

最高法院刑事判決

113年度台上字第742號

上訴人 張翼隆

選任辯護人 陳朱貴律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國112年11月9日第二審判決（111年度上訴字第2774號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署108年度偵字第6723號，109年度偵字第3577、6992號，110年度偵字第565號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審審理結果，認上訴人張翼隆有原判決犯罪事實欄（下稱事實欄）所載犯行明確，因而撤銷第一審不當之判決，依想像競合犯規定，論處上訴人犯對主管事務圖利罪刑（尚想像競合犯行使偽造私文書罪、行使公務員登載不實公文書罪），併為褫奪公權及相關沒收、追徵之判決。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之得心證理由。

三、上訴意旨略以：

（一）依證人即鴻鐸國際有限公司負責人何鴻昌於第一審所證，可知「卓蘭鎮納骨塔廣場及土地公修復工程」（下稱系爭工

01 程) 決標時，上訴人未觸及「香爐」更新工項，係何鴻昌於
02 得標後始詢問上訴人分包「香爐」更新工項之事，上訴人基
03 於何鴻昌請託而幫忙，與上訴人是否提供道教會員證及法師
04 人員資格之奏(陞)職證等文件(下稱法師資格文件)，暗助
05 何鴻昌得標無涉。此部分上訴人主觀犯意，難謂符合圖利罪
06 之構成要件。原判決遽認上訴人就「香爐」更新工項獲有不
07 法利益新臺幣(下同)5萬8,880元，即有調查職責未盡及理由
08 不備之違法。

09 (二)何鴻昌向賴木杉借牌巨匠土木包工業投標系爭工程，原判決
10 於事實及理由欄均未認定得標之金額？而未能與何鴻昌交付
11 上訴人之69萬8,000元互相比對，自有判決理由不備之違
12 法。

13 (三)依證人即時任殯葬管理所所長陳大興所證，可知系爭工程涉
14 及納骨塔祭祀及土地公施工，非道教方式辦理會產生信仰紛
15 爭，始於主管會報中提出上開看法，並由○○縣○○鎮公所
16 (下稱卓蘭鎮公所)主任秘書徐士凡決定採取「異質性招
17 標」方式，上訴人為求慎重，上網查詢發現有法師資格證
18 照，方將法師資格文件列為審查標準(配分5%)，並無限制
19 競爭問題。且上訴人僅係約僱人員，只承辦小額採購案件，
20 有關採購公文簽呈須經殯葬管理所所長審核後，層層上呈，
21 會辦監辦政風、主計，評選過程公平、公開，再由機關首長
22 或授權人員決定，並無違反政府採購法等情。系爭工程採購
23 案得標金額436萬8,000元，名義上雖由上訴人承辦，但僅奉
24 命上簽呈，既無法證明系爭工程採購案屬上訴人主管事務，
25 則上訴人是否須利益迴避，即有深入研求之餘地。原判決未
26 就上訴人在系爭工程招標案中之地位及分量，卓蘭鎮公所人
27 員配置，審酌上訴人對於系爭工程招標事務是否具有主持或
28 執行之權責？詳予調查斟酌，即遽予認定，有應於審判期日
29 調查之證據未予調查及理由欠備之違誤。

30 (四)依何鴻昌於法務部廉政署中部地區調查組(下稱廉政署)詢
31 問及偵查中所證，倘上訴人曾將主持「廣易壇」道壇之道教

01 法師林瑤毅之法師證件影印後，由侑仝國際有限公司負責人
02 羅賢嫻輾轉交何鴻昌，既為私利，自應於民國106年4月11日
03 取得法師資格文件後，儘速影印輾轉交予何鴻昌，參與投
04 標，方符常理。何以遲至106年6月5日截止前幾天始由羅賢
05 嫻將法師資格文件轉交何鴻昌前往投標？原判決所為認定，
06 不符情理。且羅賢嫻未告知法師資格文件如何取得，何鴻昌
07 亦不知道羅賢嫻從何處取得法師資格文件，如何證明何鴻昌
08 所取得法師資格文件，係由上訴人輾轉交付？況106年5月26
09 日（下稱第1次招標）系爭工程招標，迄至106年6月5日截止
10 時，並無限制需檢附法師資格文件，則上訴人無須向林瑤毅
11 借用法師資格文件，影印後輾轉由羅賢嫻轉交何鴻昌。原判
12 決就上情未說明認定之理由，有理由不備之違法。

13 (五)依昌勝工程顧問股份有限公司負責人林育璋於偵訊時所證，
14 上訴人係在106年7月28日（下稱第2次招標）系爭工程招標
15 後，經林育璋之詢問，乃轉向林瑤毅索取法師資格文件，影
16 印後交付林育璋轉交羅賢嫻，再輾轉交予何鴻昌等情。則原
17 判決認定上訴人早於106年4月4日清明節後1週之106年4月11
18 日即向林瑤毅取得法師資格文件，影印後，於106年5月26日
19 委請林育璋轉請羅賢嫻轉交何鴻昌，再由何鴻昌備妥標案參
20 與招標乙節，顯與林育璋上開所證不符。原判決未說明何以
21 不採林育璋證詞之理由，顯有理由不備之違法。

22 四、關於取捨證據及認定事實，乃事實審法院職權之行使，倘其
23 採證認事暨對證據證明力所為之判斷，不悖於通常一般人日
24 常生活之經驗，又未違背客觀上所認為確實之定則，並已敘
25 明何以為此判斷之心證理由者，即不能任意指為違法。又為
26 避免政府採購發生利益輸送情事，防杜各項採購流弊，修正
27 前政府採購法第15條第2項明定，機關承辦、監辦採購人員
28 對於與採購有關之事項，涉及本人、配偶、三親等以內血親
29 或姻親，或同財共居親屬之利益時，應行迴避。而機關承辦
30 採購人員擬定採購項目有先詢價、規劃等相關籌備作業，採
31 購人員為圖利自己而於採購籌備階段將事先規劃部分工項需

01 具備特殊資格文件，並透過採購工程之設計監造廠商或其友
02 人協請向特定廠商邀標，再傳達該事先規劃之部分工項由採
03 購人員自行履行，受邀標之廠商應允，採購人員並提供特殊
04 資格文件協助備標，待受邀標之廠商順利得標後，採購人員
05 即與受邀標之廠商取得共識，由採購人員就事先規劃之部分
06 工項另尋分包廠商而完成履行，俾自受邀標之廠商分取價金
07 牟利，則採購人員藉由分包之約定，由受邀標之廠商得標後
08 承做事先規劃之部分工項，取得價款得利，自屬對於其主管
09 之採購事務違反前述規定而違背法令。

10 (一)原判決依憑調查證據之結果，並綜合卷內證據資料，已敘明
11 如何認定上訴人有事實欄所載犯行之所憑證據及得心證之理
12 由。並說明上訴人係於106年6月5日卓蘭鎮公所撤回第1次招
13 標，重新招標之際，假意可協助得標廠商辦理系爭工程採購
14 案中之祭典法會工項，實則欲藉此由自身承辦祭典法會工項
15 以謀不法利益，始於第2次招標之「○○縣○○鎮公所投標
16 須知」（下稱投標須知）新增投標廠商須檢附法師資格文件
17 等情（見原判決第3頁第10至18列），嗣因「有足以影響採
18 購公正之違反或不當行為」簽准廢標，再於107年1月19日
19 （下稱第3次招標）、107年2月1日（下稱第4次招標）重新
20 招標時，改採評分及格最低標之決標方式，仍於招標文件內
21 將法師資格文件等列為審查標準；併說明法師資格文件之新
22 增，如何認係上訴人所增訂，目的係為確保何鴻昌能順利得
23 標，使其自身得以承做祭典法會工項，縱投標須知中新增法
24 師資格文件，須經其他主管同意始決行，仍屬其他主管是否
25 尊重上訴人所擬或與上訴人有犯意聯絡之問題（見原判決第
26 14頁第3至19、31列至15頁第6列）；復依據證人林育璋、林
27 瑤毅、羅賢嫻及何鴻昌等證述暨羅賢嫻與何鴻昌間之LINE對
28 話紀錄，認定林育璋委請羅賢嫻向何鴻昌邀標，並告以何鴻
29 昌得標後，須將系爭工程中之祭典法會工項由卓蘭鎮公所承
30 做，且上訴人先於106年4月4日清明節後1週向林瑤毅詢問願
31 否承攬系爭工程內含之祭典法會工項，並取得林瑤毅法師資

格文件，再影印交付林育璋透過羅賢嫻輾轉交付何鴻昌之理由（見原判決第13頁(三)、第15頁(五)）；且勾稽卷附第1次招標、第2次招標之投標須知，第2次招標之投標須知確實新增「6. 本案工程誦經儀式採道教誦經儀軌，受雇人須領有道教會會員證及法師人員資格之奏（陞）職證等證明文件」之記載（見原判決第14頁第24至30列）；再敘明如何認定上訴人交付林育璋之法師資格文件與巨匠土木包工業投標時檢附之法師資格文件同一之理由（見原判決第21頁第3至12列）。又上訴人於107年2月23日後某日與何鴻昌聯繫，如何以工程契約價金為對價，由上訴人施作祭典法會工項，何鴻昌應允之；嗣何鴻昌為使履約過程順利，如何詢問上訴人一併分包「香爐」更新工項，上訴人接續為圖不法之利益，且不知迴避，應允並以工程契約價金作為對價之理由綦詳；更就上訴人所為如何認係違反修正前政府採購法第15條第2項規定之採購事項，涉及本人利益，應行迴避而未迴避，及上訴人以不瞭解政府採購法相關規定之辯詞，如何不足採取，均詳予敘明理由等旨（見原判決第14頁31列至15頁第6列、第4頁第26至31列、第18頁27至29列、第19頁6.及(六)）。所為論斷說明，俱與卷證資料相符，並無調查未盡、理由欠備之違法。上訴人指摘原判決未說明何鴻昌取得法師資格文件係上訴人輾轉交付及上訴人向林瑤毅借用法師資格文件之理由，有理由不備之違法云云。均係就原判決已於理由內詳為說明之相同事項，再為爭執，難認是適法之第三審上訴理由。

(二)所謂「異質之工程、財物或勞務採購」，依政府採購法施行細則第66條（嗣於108年11月8日刪除）規定，乃指在同一個採購案中，由不同廠商所供應的工程、財物或勞務，在技術、品質、功能、效益、特性或商業條款等，有所差異的採購。再依同施行細則第64條之2規定，機關得於招標文件訂定評分項目、各項配分、及格分數等審查基準，並成立審查委員會及工作小組，採評分方式審查，就資格及規格合於招標文件規定，且總平均評分在及格分數以上之廠商開價格

01 標，採最低標決標。本件第3次招標，縱或由主任秘書徐士
02 凡決定採「異質性招標」，並改採評分及格最低標之決標方
03 式，然參酌徐士凡所證，第1次招標經撤標是主計有意見，
04 迎神、退神法會不能寫一式，要寫清楚施工細項等語（見臺
05 灣苗栗地方檢察署108年度偵字第6723號〈下稱6723卷〉卷
06 三第337頁），足徵第1次招標並無投標廠商資格需提出法師
07 資格文件之限制，則在卓蘭鎮公所採「異質性招標」訂定招
08 標評分項目時，未必須將法師資格文件列為評分項目，況第
09 2次招標限制投標廠商須提出法師資格文件，於何鴻昌借用
10 巨匠土木包工業名義得標後，因涉及「有足以影響採購公正
11 之違反或不當行為」而簽准廢標，嗣於第3、4次招標時，上
12 訴人仍執意將法師資格文件列為評分項目之一，顯然係本於
13 為確保何鴻昌能順利得標，使其自身得以承做祭典法會工項
14 無訛。又上訴人於106年4月4日清明節後1週向林瑤毅詢問願
15 否承攬系爭工程內含之祭典法會工項，並取得林瑤毅法師資
16 格文件，早已預做第2次招標關於投標廠商需檢附法師資格
17 文件之準備，並非於第3、4次招標時，始因系爭工程決定採
18 「異質性招標」而準備，亦不因第3、4次招標上訴人將投標
19 廠商需檢附法師資格文件為評分項目之一，並依行政程序層
20 層上呈簽准，而影響原判決之本旨。再上訴人已自承其任職
21 卓蘭鎮公所擔任約僱人員，負責墓政業務及中小型工程採購
22 業務等語（見臺灣苗栗地方檢察署108年度他字第354卷第90
23 頁），並於第一審對起訴書犯罪事實一所載，上訴人自106
24 年1月1日起，擔任卓蘭鎮公所殯葬管理所約僱人員，辦理納
25 骨塔相關業務及採購業務等情，均不爭執（見第一審卷一第
26 200頁、原審卷一第154頁），此與陳大興所證相符（見6723
27 卷卷一第342頁），則上訴人係依法令服務於地方自治團體
28 所屬機關，而具有法定職務權限之公務員，系爭工程之採購
29 業務屬上訴人之法定職務無誤。上訴意旨以「異質性招標」
30 係層層上呈，由機關首長或授權人員決定，其無法主導系爭
31 工程採購案，亦非有主持或執行之權責，自無利益迴避之問

題為由，指摘原判決有調查未盡及理由欠備云云。核屬原審採證認事職權之適法行使，自不得任意指摘為違法。

(三)本件無論上訴人何時應允何鴻昌一併承做「香爐」更新工項，因系爭工程截標前，何鴻昌已被告知倘得標，則系爭工程中之祭典法會工項由業主施做，則為使系爭工程順利履約，何鴻昌遂請上訴人一併承做「香爐」更新工項，此等工項均源於上訴人擬定於投標須知新增投標廠商需檢附法師資格文件等資格，並由上訴人提供法師資格文件影本輾轉交予何鴻昌，始得順利得標進而得以承做，則上訴人依法應行迴避而未迴避，自屬本於同一圖利自己之接續犯意而承做「香爐」更新工項，並因此而獲取相關利益。又何鴻昌之巨匠土木包工業以多少金額標得系爭標案，有卷附卓蘭鎮公所之決標公告及卓蘭鎮公所與巨匠土木包工業簽訂之工程契約可稽，既屬確定之事實，無須由法院依憑證據資料及其所得心證而為認定（見廉政署卷三第195至205頁），亦與何鴻昌依工程契約相關工項價金交付予上訴人69萬8,000元之利益不生影響。再上訴人取得法師資格文件影印後，於第2次招標截標前，交予林育璋，透過羅賢嫻輾轉交何鴻昌，即可由何鴻昌備妥標案參與投標，未必須於取得法師資格文件即刻輾轉交何鴻昌備標。末原判決已說明如何認定上訴人早於106年4月4日清明節後1週向林瑤毅借用法師資格文件之理由，復說明上訴人於第一審審理時否認於前揭時間向林瑤毅借用法師資格文件之供述，如何與其於第一審準備程序及偵查中所供相左，而難以採信之理由（見原判決第13至14頁），則林育璋何時向上訴人詢問法師資格文件情事，與上訴人何時取得法師資格文件無必然關係。上訴意旨認為「香爐」更新工項乃應何鴻昌請託而幫忙，與上訴人是否提供法師資格文件影本無涉，且上訴人遲於106年6月5日截標前始將法師資格文件影本輾轉交予何鴻昌，與常情有悖。又原判決認定上訴人早於106年4月4日後1週取得法師資格文件，與林育璋所證相左，未說明何以不採信林育璋有利之證詞，自有理由未

01 備之違法云云。無非係對原審適法的證據取捨及證據證明力
02 之判斷，徒憑己意，再為爭辯，俱非適法之第三審上訴理
03 由。

04 五、以上及其餘上訴意旨，或置原判決已明白論斷之事項於不
05 顧，猶執陳詞，仍為單純事實爭議，或就屬原審採證、認事
06 職權之適法行使，任憑主觀妄為指摘，或對於不影響於判決
07 本旨之枝節事項，予以爭執，難謂已符合首揭法定之第三審
08 上訴要件，應認上訴人之上訴違背法律上之程式，予以駁
09 回。

10 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

11 中 華 民 國 113 年 6 月 20 日

12 刑事第一庭審判長法官 林勤純

13 法官 劉興浪

14 法官 劉方慈

15 法官 黃斯偉

16 法官 李麗玲

17 本件正本證明與原本無異

18 書記官 盧翊筑

19 中 華 民 國 113 年 6 月 25 日