最高法院刑事判決

114年度台上字第3932號

上　訴　人　黃品睿

選任辯護人　林朋助律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國114年6月5日第二審更審判決（114年度重上更一字第2號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署109年度偵字第5746、7014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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。本件原判決撤銷第一審判決事實欄參之三、四部分不當之科刑判決，認上訴人黃品睿有其事實欄所載犯行明確，改判仍論處上訴人非公務員與公務員共同犯對主管事務圖利共2罪刑，各量處有期徒刑1年1月，褫奪公權1年，及為相關沒收之諭知，已詳述其憑以認定之證據及理由，俱有卷存證據資料可資覆按。

二、上訴意旨略以：證人李宜蓓已於原審詰問陳述，其於法務部廉政署接受廉政官（下稱廉政官）詢問時之陳述，以及證人林如意於廉政官詢問時之陳述，均屬傳聞而無證據能力，原判決採為認定事實之依據，違反證據法則。依證人鄭光輝及劉子田於第一審之陳述，其等並未洩漏底標，僅事先告知上

訴人採購項目及數量，目的是讓有意投標之上訴人得以事先準備，以便得標後順利履行。本件係屏東縣萬丹鄉公所（下稱萬丹鄉公所）每年例行性活動之採購案，其等告知之事項，可從每年例行性之公告內容得知，上訴人並未因此取得更有利之地位，無不公平競爭之情形。上訴人係為回饋家鄉才參與投標，並無與公務員共同圖利之犯意。原判決未就本件例行性活動之歷次標案廠商數量調查，逕認上訴人為共犯，有證據調查職責未盡及判決不備理由之違法。本案具有公務員身分之共犯鄭光輝及劉子田，其等所受之宣告刑均較上訴人為重，卻均獲判緩刑確定。上訴人不具有公務員身分，僅因所犯其餘數罪，於原審前次審理判處有期徒刑確定，本案卻經發回更審，以致未能同受緩刑宣告，原判決量刑亦難認允當云云。

三、按被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第159條之2定有明文。所謂前後陳述不符，應就前後階段之陳述進行整體判斷，以決定其間是否具有實質性差異。而所謂「較可信之特別情況」，應就前後陳述時之各種外部情況進行比較，以決定何者外部情況具有可信性。又得為證據之被告以外之人在審判外之陳述應先具備任意性之要件，捨此即無證據適格之可言。本件原判決業已敘明李宜蓓先後於廉政官及原審之陳述確有不符，然其於廉政官詢問時之陳述，係依其自由意志所為，並無來自上訴人同時在場之壓力干擾，且距離本案行為時間較近，記憶較為清晰，就此客觀條件、環境以言，具有較可信之特別情況，且相較於原審所陳就本案之情節俱已不記得而言，為證明上訴人犯罪事實存否所必要，依刑事訴訟法第159條之2規定，其於廉政官詢問時之陳述例外具有證據能力等旨。核所為之上開論斷，於法尚屬無違。又刑事訴訟法第159條之5之立法意旨，在於確認當事人對於傳聞證據有處分權，得放棄反對詰問

權，同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情形，均容許作為證據。原判決以檢察官、上訴人及其原審之辯護人於原審並未爭執林如意於廉政官詢問時陳述之證據能力，並同意引為證據使用（見原審卷第318、376頁），認合於刑事訴訟法第159條之5第1項之規定，而有證據能力，未再贅依同法第159條之2、第159條之3等規定，就此未經具結之陳述，判斷其證據能力，於法要無違誤。上訴意旨誤解上開規定，指摘原判決採證違反證據法則云云，並非適法之第三審上訴理由。

四、證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，並已於判決內詳述其取捨證據及得心證之理由，而無違經驗、論理法則者，自不得任意指為違法而執為第三審上訴之合法理由。本件原判決綜合上訴人於偵查及第一審之自白、鄭光輝及劉子田之供述、證人即上訴人配偶李宜蓓、證人即本件標案之合作廠商林如意分別於廉政官之陳述、如其附表（下稱附表）一所示其餘證人之陳述、附表三、四所示之採購案證據資料，認定鄭光輝為萬丹鄉公所主任秘書，劉子田為萬丹鄉公所農業課代理課長，均係依據法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員，就「2018年屏東萬丹紅豆牛奶節、社區成果展暨跨年晚會宣傳文宣品及工作服裝」勞務採購標案（下稱2018紅豆牛奶節採購案）、「2019屏東萬丹紅豆牛奶節、農村特色推廣活動暨跨年晚會宣傳文宣品及工作服裝」勞務採購標案（下稱2019紅豆牛奶節採購案），均為評審委員，為使上訴人承作其等所主管之2018紅豆牛奶節採購案、2019紅豆牛奶節採購案（下合稱本案採購案）等事務，非公務員之上訴人與公務員之鄭光輝、劉子田共同基於圖利之犯意，由鄭光輝指示劉子田在招標文件公告前，將屬於本案採購案招標文件之一之採購需求表（其上載有所需文宣品、工作服裝之品項、規格及數量）應秘密事項，洩漏交付予上訴人，並明

知此舉可使上訴人事先規劃及備標，足以造成不公平競爭而影響採購之公正，應不予開標或決標，仍評選決標予上訴人（分別以成記企業社、奇登企業社名義參與投標），而違反政府採購法第34條第1項前段及第48條第1項第2款等規定，共同違法圖利上訴人，使其得以承作本案採購案分別獲得不法利益，因而認定上訴人有前述非公務員與公務員共同犯對主管事務圖利等犯行。對於上訴人所為如其前揭上訴意旨之辯解何以不足採信，亦在判決內詳予指駁，並敘明：鄭光輝、劉子田於第一審審理時，均指證為將本案採購案交予上訴人承作，才會在招標文件公告前，將本案採購案之採購需求表交付予上訴人等語，核與上訴人於廉政官詢問及檢察官訊問時自白在招標文件公告前即已知悉構圖及數量等語相符，足認上訴人與鄭光輝、劉子田已有藉由違反上開政府採購法之相關規範，使上訴人不法承作本案採購案而獲得利益之共同圖利犯罪意思聯絡。依李宜蓓、林如意於廉政官詢問時之陳述內容，上訴人於得知鄭光輝、劉子田交付之上開應秘密訊息後，即指示廠商備料及施作而積極執行，上訴人較其他投標廠商獲得更加充裕之準備時間，已影響政府採購之公正，造成不公平競爭，上訴人所為對於鄭光輝、劉子田上開主管事務違背法律規定圖私人不法利益之犯罪實現，擔負重要作用，並享受犯罪實現所生利益，具有功能上不可或缺之重要性，而為共同正犯等旨。已詳敘其整體調查、取捨證據之結果及憑以認定之心證理由，與經驗法則及論理法則無違。關於上訴人與鄭光輝、劉子田間犯意聯絡之認定，係屬事實審法院採證認事、判斷證據證明力職權之適法行使，自不得任意指摘為違法。又原判決並未認定鄭光輝、劉子田以洩漏底標之違背法令方式，使上訴人取得不公平之競爭地位。即使紅豆牛奶節如上訴人所陳係每年例行性之活動，然就本案採購案之招標文件於公告前，依政府採購法第34條第1項前段之規定，仍應予保密，本案採購案之採購需求表記載之內容，既屬招標文件之一，本件又無政府採購法第34條

第1項但書規定須公開說明或公開徵求之情形，上訴人竟可獨厚在公告之前取得，更可得以先行備標，相較其他廠商而言，自屬不公平之競爭。則上訴意旨所陳紅豆牛奶節活動先前之歷次標案廠商以及採購數量等資料，自不影響上開故意違反政府採購法規定而圖利犯行之認定，況上訴人及其原審辯護人於原審審判期日，均表示無證據請求調查等語（見原審卷第396頁），原審因認本案事證已明而未為無益之調查，自無所指證據調查未盡之違法。本案採購案之承辦人員已然內定由上訴人承作，上訴人更自承辦人員取得本案採購案應秘密事項之採購需求表，上訴人明知此不公正且不公平競爭之違反政府採購法情事，仍就所獲知應秘密事項，積極配合參與投標、承作，最終享有犯罪實現之利益，究非僅止於被動接受鄭光輝、劉子田洩漏之訊息而已，仍應負共同正犯之責。上訴意旨置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於不影響判決本旨之枝節事項，徒以自己之說詞，重為事實之爭執，而據以指摘原判決違法，自非適法之第三審上訴理由。

五、量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指為違法。上訴人所犯上開各罪，原判決適用刑法第31條第1項但書、貪污治罪條例第8條第2項前段等規定，遞減輕其刑後，認仍有情輕法重情事，依刑法第59條規定，再遞減輕其刑。復以上訴人之責任為基礎，審酌其為本案之不法獲利者，使國家採購案有不公平競爭之情形，然係聽從鄭光輝指示犯之，各採購案之金額並無重大差異，獲取之不法利益均非至鉅，且已繳回犯罪所得，前曾自白之犯罪後態度，及其智識程度、家庭生活經濟狀況等一切情狀，改判量處如上所述之刑等旨。經核已具體審酌關於刑法第57條科刑之一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量職

權，既均未逾越處斷刑規定範圍，要無濫用自由裁量權限之情形，屬其適法裁量權行使之範疇，自難執以指摘原審量刑有何違法或不當。同案之共同正犯，因涉案情節或量定刑審酌條件仍屬有別，尚不得比附援引其他共犯如何之量刑，執為原判決量定刑違法之論據。上訴意旨指摘原判決量刑過重，不符比例原則、罪刑相當原則云云，無非就原審量刑職權之適法行使為爭執，並非適法之第三審上訴理由。

六、綜上，本件上訴人上訴意旨，無非係就原審採證認事及量刑職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，再事爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，依首揭說明，其上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。又本件上訴人之上訴既非合法，而應從程序上駁回，上訴人所提出之上證一資料，本院自無從審酌，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　19　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　劉興浪

法　官　蔡廣昇

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

本件正本證明與原本無異

書記官　鄭淑丰

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　23　　日