最高法院刑事判決

115年度台上字第10號

上　訴　人　李泰明

選任辯護人　陳國文律師
　　羅婉婷律師
　　高海葳律師
上　訴　人　洪明鑑

選任辯護人　侯雪芬律師
上　訴　人　陳麒文

選任辯護人　王東山律師
　　王炳梁律師
　　顏世翠律師
上　訴　人　蘇凱達（原名：蘇德昌）

選任辯護人　王仲軒律師
上　訴　人
即 參與 人　合昌營造工程股份有限公司

代　表　人　陳葉春江
代　理　人　林志忠律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年8月13日第二審更審判決（110年度重上更三字第60

號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署99年度偵字第15310號，100年度偵字第23525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。至原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。本件原審審理結果，認為上訴人李泰明、洪明鑑、蘇凱達（原名蘇德昌）、陳麒文（下稱李泰明等4人；李泰明時任交通部臺灣區國道高速公路局〈下稱高公局〉局長；洪明鑑時任高公局拓建工程處〈下稱拓建處〉處長；陳麒文為上訴人即參與人合昌營造工程股份有限公司〈下稱合昌公司〉實際負責人，亦為臺灣技研製作所股份有限公司〈下稱臺灣技研公司〉負責人；蘇凱達則為臺灣技研公司及合昌公司經理）有如原判決事實欄所載之共同圖利合昌公司之犯行，合昌公司因李泰明等4人上開犯行，共獲不法利益新臺幣（下同）329萬1,385元，經扣除尚未實際取得之工程款232萬3,857元，實際取得之犯罪所得為96萬7,528元，因而撤銷第一審關於諭知李泰明等4人部分之無罪判決，改判論處李泰明、洪明鑑共同犯公務員對主管事務圖利各罪刑；論處陳麒文、蘇凱達非公務員與公務員共同犯對主管事務圖利各罪刑；及宣告合昌公司實際取得之犯罪所得96萬7,528元沒收、追徵。已詳述其憑以認定之證據及理由。

二、上訴期間為10日，自送達判決後起算，民國109年1月15日修正公布前刑事訴訟法第349條前段定有明文。此所稱之「送達判決」，係指合法之送達而言。是以，上訴期間係自應受送達人

收受判決後起算，與送達人是否延遲為送達無涉。又判決書合法送達之日期，係在處理上訴期間起算之問題，與實體事實無關，屬程序事項，是其證明方法，依自由證明為之，且無須達到毋庸置疑，或毫無懷疑之程度，只需使法院產生大致確信之心證即為已足。而民事訴訟法第141條規定：「送達人應作送達證書，記載下列各款事項並簽名：一、交送達之法院。二、應受送達人。三、應送達之文書。四、送達處所及年、月、日、時。五、送達方法（第1項）；送達證書，應於作成後交收領人簽名、蓋章或按指印；如拒絕或不能簽名、蓋章或按指印者，送達人應記明其事由（第2項）；收領人非應受送達人本人者，應由送達人記明其姓名（第3項）；送達證書，應提出於法院附卷（第4項）。」依刑事訴訟法第62條規定，於刑事訴訟程序，準用之。是送達證書既由執行送達之人員所製作，用以向命送達之機關陳明其送達之事實及時間，並為命送達機關認定送達時間及效力之憑據，苟已符合法定要式，且法院審酌卷內資料後，客觀上並無受送達人實際收受文書之時間與送達證書所載文義有不合之虞，則依送達證書之記載認定送達時間，即無違法可指。原判決認定第一審於103年1月24日判決後，該判決書正本於同年2月27日送達予承辦檢察官，是檢察官於同年3月10日提起上訴（原應至103年3月9日屆滿，惟該日為國定假日，順延至同年月10日屆滿），並未逾期等情，係依憑證人王春森（第一審法院書記官）、湯尹琳（第一審法院錄事）、林汝潔（第一審法院法警）之證詞，卷附送達證書、裁判書類登記簿等證據資料，逐一剖析、相互印證，復載敘：⑴如何認定王春森於103年1月24日製作第一審裁判書正本後交付湯尹琳，湯尹琳依本案當事人之人數，複印裁判書正本並於其上用印，於103年2月10日列印送達證書後，在翌日先行將判決書正本寄送予李泰明等4人及其等辯護人，再於同年月17日將寄送予檢察官之判決書正本連同送達證書，交由第一審法院工友送至該院法警室，林汝潔則於同年2月27日上午送達予檢察官林卓儀收受；⑵依上情，佐以送達證書及第一審法院送達檢察官裁判書

類登記簿上檢察官林卓儀所蓋簽收章之日期均為103年2月27日，及林汝潔在送達證書「送達時間」欄蓋用內容為「檢察官簽章日期與實際送達日期相符」之戳印，論斷何以認定檢察官林卓儀係於103年2月27日收受第一審法院判決書；㈢李泰明及其原審辯護人雖指稱：湯尹琳於103年2月11日寄送第一審判決書予李泰明等4人及其等原審之辯護人後，即應將第一審判決書正本交法警室送達予檢察官，是檢察官應於103年2月13日，至遲亦應在同年月20日即收受第一審判決云云，然如何不足以採信各等旨之理由，乃依職權採證認事之適法行使，尚難指為違法。至卷內之臺灣新北地方檢察署103年2月份檢察官判決送閱日、件數調查表，僅係統計該署檢察官「收受判決」送閱之日期，尚難執此遽謂檢察官林卓儀遲延收受第一審判決，是原判決就該證據資料未為無益之說明，難謂有理由不備之違法。李泰明等4人上訴意旨擷取部分事證片段內容，漫指原判決未查明何以檢察官收受之時間會較其等晚10日，亦忽視湯尹琳、林汝潔等人遲延送達判決之人為疏失，無異變相容忍不合理之行政慣例，不僅違反程序正義，亦有違反證據法則、理由不備之違法云云，均非適法之第三審上訴理由。又陳麒文及其原審辯護人於原審雖曾聲請函詢檢察官林卓儀收受送達如其等於111年3月25日所具刑事聲請調查證據狀所示共計44件判決之日期，以證明檢察官林卓儀有故意延誤收受第一審判決正本並蓋日期章戳等情，惟原判決已詳述認定檢察官在送達證書上所蓋收受第一審判決正本之日期章戳與實際收受之時間相符所憑之證據及理由，且復於理由欄壹一、之㈤詳予敘明何以無調查必要之理由，要無李泰明等4人上訴意旨所指調查職責未盡之違法可言。

三、證據能力部分：

㈠被告以外之人於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「與審判中不符」，是指其陳述自身前後不

符，其前甚為詳細，於後則簡略，亦屬之。所謂「較可信之特別情況」，係指與審判中之陳述為比較，有其可信之特別情況而言。是否有此可信之特別情況，應就前後陳述時之各種外部情況，就事物之一般性、通常性與邏輯之合理性為審酌予以判斷。而該陳述者是否因時間之經過導致記憶力減退；陳述時有無其他訴訟關係人在場；陳述時之心理狀況、有無受到強暴、脅迫、詐欺、利誘等外力之干擾等，均屬判斷之事例。原判決於理由欄壹之二㈢內，已敘明何以認定洪明鑑於100年8月4日在法務部調查局北部地區機動工作組（下稱北機組）所為之陳述與審判中不符，惟該審判外之陳述，具有較可信之特別情況，依刑事訴訟法第159條之2規定具有證據能力等旨，另由其理由欄貳之二「認定犯罪事實所憑之證據及理由」內，引用洪明鑑該次審判外陳述作為論罪憑證之一，亦可徵原判決認洪明鑑該審判外之陳述，於證明犯罪事實之存否具有必要性。核原判決認上開證人之審判外陳述具有證據能力，於法尚無違誤。李泰明上訴意旨指稱原判決以洪明鑑上開陳述距離案發時間較近、記憶較清晰認有特別可信性，又未說明該審判外陳述具必要性之理由，均於法有違云云，並非上訴第三審之適法理由。又原判決並未引用洪明鑑於100年7月29日在北機組應詢所為之陳述，作為認定本案犯罪事實之證據，則其就李泰明於原審主張洪明鑑該日在北機組應詢時，遭調查員數度打斷、故意以不實之事項誘導詢問，洪明鑑該日之陳述不得為證據云云，未說明是否可採，要無李泰明所指判決理由不備之違法可言。

㈡檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察（下稱偵查人員）對於證人之訊（詢）問，除禁止以強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞詢問或其他不正之方法取供，以擔保其陳述之任意性外，對於訊（詢）問之方式，刑事訴訟法並未明文加以限制。因此，偵查人員以其所希望之回答，暗示證人之誘導詢問方式，是否法之所許，端視其誘導詢問之暗示，是否足以影響證人陳述之情形而異。如其詢問內容，有暗示證人使為故意異其記憶之陳述，乃屬虛偽誘導，或有因其暗示，足使證人發生錯

覺之危險，致為異其記憶之陳述，則為錯覺誘導，為保持程序之公正及證據之真實性，固均非法之所許。然如其之暗示，僅止於引起證人之記憶，進而為事實之陳述，係屬記憶誘導，或就已經調查所得之相反事證，為釐清案情，發現真實，提供證人解釋、辯正機會，並未要求證人憑空臆斷或曲意迎合，則為澄清誘導，本屬偵查人員調查犯罪情形及蒐集證據之職責所在，即非法所不許。卷查原判決引為證據之證人葉王宗於100年7月29日及證人游國棟於100年11月10日偵查中向檢察官所為之陳述、洪明鑑於100年8月4日在北機組應詢所為之陳述，在檢察官或北機組訊（詢）問時，游國棟已於98年7月9日暨99年4月15日在北機組應詢時稱：靜壓植樁工法是有專利的，當時符合補充說明文件規範的只有合昌公司1家等語；證人陳惠良（許曉嵐之夫）、黃智呈於99年3月25日在北機組表示：本案寄予洪明鑑之陳情信函，係其等應蘇凱達之請製作等語，而法務部調查局99年3月5日鑑定結果，亦認該2封陳情信函之信封，係同一批次印製，且信封上所貼之郵票暨所蓋之郵戳內容均相同等情，則北機組調查員於100年8月4日詢問洪明鑑，及檢察官分別於100年7月29日、100年11月10日詢問葉王宗與游國棟時，即令有提及陳情信函不實、國內僅有合昌公司有靜壓植樁工法機具代理權等語，核屬記憶誘導或澄清誘導之偵查技巧，尚非法所不許。洪明鑑上訴意旨指摘原判決引用之上開陳述，係檢察官以不實事項誘導所得，不得作為證據云云，並非上訴第三審之適法理由。又陳麒文於提起第三審上訴後，始主張檢察官訊問證人陳紹來時，違反不得疲勞應訊之規定云云，顯係於第三審主張新事實及新證據，難認係上訴第三審之適法理由。再者，原判決並未引用證人江明泉、高銘志於北機組或偵查中應訊（詢）之陳述，作為認定本案犯罪事實之憑證，洪明鑑上訴指摘原判決不應引江明泉、高銘志於偵查中受誘導之證言為其不利之認定云云，顯與卷內資料不符，同非適法之第三審上訴理由。

㈢關於行政院公共工程委員會（下稱工程會）依原審之前審囑託就本件增建東西向快速公路萬里瑞濱線大華系統交流道工程（下稱156標工程）擋土牆原設計採懸臂式工法，有無必要變更為靜壓植樁工法等事項為鑑定，所出具之鑑定報告書，何以具有證據能力，業據原判決於理由欄說明甚詳。陳麒文上訴意旨僅指稱：工程會某委員接到自稱「交管謝」之投書，並將之寄給檢察機關，此乃本案偵辦原因之一，工程會既為告發及移送機關，其所為之鑑定自不得為證據云云，並未根據證據資料指出該委員為工程會實施本件鑑定之人，已屬空泛指摘。況行政院採購暨公共工程委員會，為政府採購法之主管機關；司法、監察或其他機關對於採購機關或人員之調查、起訴、審判、彈劾或糾舉等，得洽請主管機關協助、鑑定或提供專業意見，此參政府採購法第6條第3項、第9條第1項規定自明。則原審之前審囑託工程會為鑑定，自非無據。準此，益徵陳麒文此部分指摘，與法律所規定得上訴第三審之理由不相適合。

㈣審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，此參刑事訴訟法第47條規定自明。卷查原審審判長於114年6月25日審理期日行調查證據程序時，提示第一審勘驗檢察官於100年7月29日偵訊陳紹來錄音錄影光碟之勘驗筆錄，並告以要旨，賦予陳麒文及其原審之辯護人表示意見之機會，此有該日審判程序筆錄在卷可憑（見原審重上更三卷㈣第61至64頁）。陳麒文上訴意旨指稱原審審理期日未提示上開勘驗筆錄云云，顯與卷內資料不符，其空言指摘，自非適法之第三審上訴理由。又本件第一審受命法官於102年8月27日上午，在其辦公室內，播放勘驗陳紹來上開偵訊筆錄之錄影錄音光碟時，雖未將其勘驗時、日及處所先行通知陳麒文及其第一審之辯護人，使其等在場，依刑事訴訟法第219條準用同法第150條第1項、第3項之規定，所踐行之訴訟程序固不無瑕疵。然已依同法第42條、第43條規定製作勘驗筆錄暨附件即該次庭期檢察官、陳紹來及其偵查中之辯護人侯雪芬律師間之問、答全文內容，以及檢察官於休庭時請陳紹來坐在椅子上休息、法警拿筆錄給陳紹來與侯雪芬律師閱覽，侯

雪芬律師請求補充筆錄，檢察官同意補充、庭訊結束時，法警拿筆錄予陳紹來與侯雪芬律師閱覽，其等閱覽後簽名之錄影畫面（見第一審卷㈥第61至65頁背面）。其後於第一審、原審前審（上訴審、更一審暨更二審）及原審審判程序提示前揭第一審勘驗筆錄及附件予陳麒文與其各審之辯護人並告以要旨，供其等表示意見及辯論，陳麒文及各審辯護人對於上揭勘驗過程均無爭執，亦未聲請重新或再度勘驗，復未曾爭執勘驗筆錄暨附件之證據能力。是原審以該勘驗筆錄，作為認定陳紹來於檢察官訊問時，未受脅迫或誤導，其陳述出於任意性之憑證，尚無不合。是第一審受命法官上揭勘驗程序之瑕疵，既無礙於陳麒文防禦權或其他訴訟權利之保障，即於判決結果並無影響，陳麒文上訴意旨此部分指摘，並非第三審上訴之合法理由。

五、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，其取捨判斷苟不違背經驗法則與論理法則，並已於理由內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不生判決違背法令之問題。又共同正犯間，在合同意思範圍內，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，原不必每一階段均參與，祇須分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責。再者，事實審法院就調查所得之證據資料，本於自由心證認為證言一部為真實者，採取或捨棄其一部，以為裁判之根據，並非法所不許，且法院採信其部分之陳述時，當然排除其他不相容部分之證詞，此為法院取捨證據法理上當然之結果。原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院職權推理之作用，認定李泰明4人有如其事實欄所載之犯行，已詳細說明其採證認事之理由。所為論斷，亦俱有卷證資料可資覆按。復載敘如何認定：㈠高公局奉行政院核定辦理156標工程，該工程於96年10月17日以18億3,860萬元由同昌建築無限公司（下稱同昌公司）得標，履約督工由拓建處臺北工務所負責執行，委託監造及專業技術顧問部分則由林同棪工程顧問股份有限公司（下稱林同棪公司）大華監造工務所負責；同昌公司並於同年11月16日依約申報開工，其中有關擋土牆部分，全線均依發包規範，以鋼筋混凝土結構，

採懸臂式工法施工；㈡陳麒文於92年間起多次向李泰明介紹日本靜壓植樁工法，且定期拜訪李泰明，以圖推廣該工法，李泰明嗣於97年8月初將陳麒文提供之靜壓植樁工法簡介交予洪明鑑，並指示在156標工程使用；㈢陳麒文指示蘇凱達寄送內容不實之陳情信函至拓建處；洪明鑑於97年8月11日收到後，未經主辦單位查明陳情內容是否屬實，即批示「大華I/C 施工環境噪音及進度應予加強，擇期召開研商可行方案→工務課」，且於拓建處臺北工務所承辦人黃雅仲就該陳情內容調查後，於同年月18日簽請移由○○市○○○○區工程處處理時，仍批示「1.本處宜就目前社會趨勢發展需要使用低噪音，並具環保減碳有效率之施工法。2.本案請擇期研擬大華交流道工程採用無噪音施工之方式之可行性」等語，並於同年月19日臨時召開會議，由陳麒文與蘇凱達以合昌公司人員身分與會介紹靜壓植樁工法及發放簡介，洪明鑑且未經分析評估即裁示156標工程之擋土牆改採靜壓植樁工法施工，並要求林同棪公司提出試辦分析報告，足見陳麒文、蘇凱達共同製作上開陳情信函，目的在使洪明鑑得以假借民眾陳情，進而指示156標工程改採靜壓植樁工法，且已內定由合昌公司進行施作；㈣林同棪公司提出之試辦分析報告認無變更設計之必要性，惟洪明鑑仍堅持變更工法，林同棪公司為配合拓建處指示，而於同年11月18日陳報建議在「萬瑞線4K+930～5K+020及匝道CRC0K+053～0K+235」二路段改採靜壓植樁工法，拓建處旋同意備查。洪明鑑遂於同年12月30日召開協調會議，惟同昌公司因不願配合而未派員出席，惟洪明鑑仍於該次會議中決議：「請同昌公司於98年元月1日前整地完成，並確認合昌公司施工所位置……請合昌公司於98年元月4日前完成施工所設置、機具進場並完成試機作業……於98年元月5日正式施作」，直接替同昌公司指定下包商為合昌公司。同昌公司負責人黃乾鐘（已於103年2月2日死亡）不得已，因而授權李權紘（同昌公司總經理）、游國棟（該公司156標工程督工人員）與陳麒文、蘇凱達協議，雙方於98年1月20日原議定同昌公司可自改變工法之工程款總價中

取得15%之管理利潤，但因陳麒文反悔，並與蘇凱達偕同李泰明至同昌公司向黃乾鐘施壓，同昌公司始同意於98年2月12日與合昌公司簽約。嗣拓建處就該擋土牆工程變更設計改採靜壓植樁工法，並採限制性招標，通知同昌公司進行議價，經2次議價不成，於98年3月17日第3次辦理議價時，始因同昌公司同意減價以底價4,436萬元承作而決標；㈤156標之擋土牆工程，無論依同昌公司與高公局簽訂之合約內容，或基於防汛及環保目的，均無變更改採靜壓植樁工法之必要各等旨之理由。並就洪明鑑於第一審改稱：李泰明並沒有指明靜壓植樁工法用在哪個工地或工程，之前陳稱李泰明指定用在156標工程，是說錯云云；高公局102年11月27日工字第0000000000號函暨附件與證人張明志所稱：在97年8月19日之會議中並未看到廠商云云；及證人黃一平、張明志、陳紹來於第一審證稱：156標工程兩路段改採靜壓植樁工法之契約變更，係出於對監造單位即林同棪公司專業判斷所為之決定、證人黃祥德證稱：其製作前揭兩路段試辦之可行性建議方案，係基於專業考量與綜合評估，並無受到不當外力影響各等語，如何不足為有利於李泰明等4人之認定；以及就李泰明等4人否認犯行之辯解，何以不足採信，亦根據卷內資料於理由內詳為論述、指駁。凡此，均屬原審採證認事職權之適法行使，所為說明無悖於論理法則及經驗法則，亦無調查證據未盡、理由不備或矛盾之違誤。且查：㈠同昌公司已於98年1月20日與合昌公司達成前揭協議，卻於同年1月31日李泰明與陳麒文、蘇凱達至同昌公司找黃乾鐘後，即於同年2月12日，以工程總價3,842萬3,997元之價格與合昌公司訂定分包工程承攬合約。而同昌公司依原協議，其可獲取665萬4,000元之利潤（得標價4,436萬元×15%），惟依其標得之價額與前述承攬合約之差額，僅能獲取593萬6,003元之利潤，差距非微，堪認黃乾鐘確係因李泰明該次到訪始同意推翻原對同昌公司較有利之協議。㈡陳麒文、蘇凱達原並不認識洪明鑑，卻於李泰明交付靜壓植樁工法簡介予洪明鑑後，即指定洪明鑑為上開陳情信函之收件人；佐以游國棟於偵查中證

稱：李泰明在高公局每月例行性之工程督導會議都會提到靜壓植樁工法要加速進行等語，及高公局於98年2月10日針對156標工地召開之局長視察工地指示事項及工程推動會議中，李泰明要求靜壓植樁工法施工需依照預定時程98年2月16日前開始實施，並考慮兩區段同時施工，發出之會議紀錄亦記載上開內容，惟李泰明卻以該會議紀錄未經其批核而追回，再發送之會議紀錄即刪除上開記載，此亦據游國棟、洪明鑑陳述在卷。準此，堪認李泰明非僅交付靜壓植樁工法簡介予洪明鑑，而係與洪明鑑、陳麒文、蘇凱達就本案犯行有犯意聯絡及行為分擔。㈢依證人翁贊鈞、江明泉於第一審之證詞、林同棪公司提出之試辦分析報告及工程會鑑定結果，均認無變更為靜壓植樁工法之必要，且改採靜壓植樁工法施工，156標工程整體工期不變，惟經費較原設計之工法增加3,643萬餘元等情，亦有林同棪公司98年1月20日函、拓建處契約變更書等在卷可參，亦堪認156標之擋土牆工程無變更為靜壓植樁工法施工之必要。綜上諸情，益徵原審上開認定無悖於經驗及論理法則。李泰明等4人上訴意旨置原判決所為明白論斷於不顧，仍執陳詞，泛稱原判決有判決理由不備與矛盾及採證違法之情形，自非適法之第三審上訴理由。

六、政府採購法係以建立公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質為其立法目的。為達採購之公平性，機關在辦理採購時，不得不當限制投標廠商之資格，以排除其他可能之競標者（俗稱「綁資格標」），亦不得不當限制得標廠商所使用之技術規格（俗稱「綁規格標」）。政府採購法第37條係有關禁止綁資格標之規定，而第26條規定：「機關辦理公告金額以上之採購，應依功能或效益訂定招標文件。其有國際標準或國家標準者，應從其規定（第1項）；機關所擬定、採用或適用之技術規格，其所標示之擬採購產品或服務之特性，諸如品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序，在目的及效果上均不得限制競爭（第2項）；招標文件不得要求或提及特定之商標或商

名、專利、設計或型式、特定來源地、生產者或供應者。但無法以精確之方式說明招標要求，而已在招標文件內註明諸如『或同等品』字樣者，不在此限（第3項）」，則係為防止綁規格標行為所設。因此，機關所定供不特定廠商競標之技術規格，應以達成機關於功能、效益或特性等需求所必須者為限；若所擬定、採用或適用之技術規格，逾越機關在目的及效果上所必需者，自屬限制競爭（工程會頒布之政府採購法第26條執行注意事項第2點、第3點參照）。又上開第26條係重在禁止以綁規格標方式限制競爭，於招標文件要求或提及特定之生產者或供應者，使廠商得標後別無選擇，僅能與該特定生產者或供應者訂約，為該條第3項所禁止，則於招標文件雖無明定特定之生產者或供應者，然依機關所擬定、採用或適用之技術規格，致使得標廠商僅能與特定廠商簽約或採購產品，不僅影響參與投標者競標金額之高低，亦限制分包商或產品供應鏈之競爭，當為同條第2項規範禁止之限制競爭，否則無法落實政府採購法之立法目的。另各機關不得以足以構成妨礙競爭之方式，尋求或接受在特定採購中有商業利益之廠商之建議，政府採購法施行細則第25條之1定有明文。是以，機關辦理採購自不得違背政府採購法第26條及政府採購法施行細則第25條之1之規定。再者，機關欲使用新材料、技術及工法，得採統包、最有利標、異質採購最低標、替代方案及契約變更等機制。不問採用何機制，只要屬公告金額以上之工程採購，即應遵守前述不得限制競爭之規定。而依李泰明等4人行為時工程會所定「政府採購法之查核金額、公告金額及中央機關小額採購金額」之規定，工程採購之公告金額為100萬元。查本件156標之擋土牆工程變更為靜壓植樁工法施工，雖以契約變更之方式為之，然其採購金額已逾100萬元，且拓建處就本件變更工法工程，亦係採限制性招標，並通知同昌公司議價，依前說明，自不得違背政府採購法第26條及政府採購法施行細則第25條之1之規定。從而，原判決認156標之擋土牆工程，並無由原擬定之懸臂式工法變更為靜壓植樁工法之必要，李泰明、洪明鑑竟

藉由陳麒文、蘇凱達共同製作之不實陳情信函，及尋求在本件採購中具商業利益之合昌公司之陳麒文、蘇凱達改採靜壓植樁工法之非良善意見，裁示改採該工法，並於97年12月30日同昌公司未派員出席協調會之情形下，擅自替同昌公司指定下包廠商為合昌公司，已違反政府採購法第26條及政府採購法施行細則第25條之1不得妨礙競爭之規定等情，要無違法可指。李泰明、洪明鑑、陳麒文此部分指摘，同非上訴第三審之適法理由。再者，貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪，雖以明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定（下稱法令）為要件，惟就與公務員共犯之非公務員而言，其僅須能認識公務員該行為抵觸法令而仍與公務員共同為之即該當明知違背法令之要件，並無庸確切知悉該法令之名稱及具體內容。依陳麒文、蘇凱達共同以製作不實陳情信函，作為李泰明、洪明鑑得假借民眾陳情，進而指示156標工程變更工法，並於同昌公司未曾向合昌公司詢價或簽約，且同昌公司亦未出席前開協調會之情況下，洪明鑑卻指定合昌公司為同昌公司變更工法後之下包廠商等情，均足認陳麒文、蘇凱達就李泰明、洪明鑑對於主管之事務有違背法令之舉，知之甚明。陳麒文上訴意旨指稱並無證據證明其明知李泰明、洪明鑑違背政府採購法與政府採購法施行細則前述規定云云，難認係合法之第三審上訴理由。

七、貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪為結果犯，以公務員圖利之對象因而獲得不法利益為構成要件。此所謂不法利益，係指一切足使圖利對象（本人或第三人）增加財產經濟價值之現實財物及其他一切財產利益，不論有形或無形、消極或積極者均屬之。於公務員以違法之方式使圖利對象取得工程合約之情形，圖利對象所得不法利益乃其可領得之工程款，於扣除所支出之必要成本、稅捐及其他費用後之餘額。而此非屬圖利範圍之成本、稅捐及其他費用，係指可明確歸屬於該合約之中性支出；倘非屬此類支出，即令係合法之商業成本，例如該圖利

對象平時營運之辦公室租金、水電費、一般行政人事費、行銷推廣費等常態性營運、管銷費用，既不問有無該工程合約均須支出，則不在扣除之列。否則，豈非使圖利對象可藉由該工程款支付原應給付之常態性費用，當非事理之平，亦有違人民法律感情。原判決已敘明：㈠合昌公司依與同昌公司所定合約之工程（下稱系爭分包工程）進度，可領取3,462萬7,676元之工程款，雖實際領得3,230萬3,819元，然可領而尚未領得部分乃為合昌公司之債權，亦屬增加其經濟價值之財產利益，故應以3,462萬7,676元作為計算合昌公司因本案圖利犯行所得不法利益之基準；㈡何以認定系爭分包工程之印花稅、營業稅分別為3萬6,594元、7萬3,144元，該等稅捐非合昌公司無償取得之不法利益，於計算該公司所得不法利益時，應予扣除。至與合昌公司整體營收利潤有關之營利事業所得稅，非系爭分包工程本身之支出，不列入計算圖利罪不法利益應扣除之項目；㈢依合昌公司系爭分包工程損益表（日期：98年1月1日至12月31日；下稱本案損益表）及證人即會計師柯翠婷所為：工程成本與營業費用是不同之會計科目；工程成本科目，包括材料、人工、費用、外包工程等項目，營業費用則係指公司之營運與管銷費用。又公司支出之營業費用，如不能明確歸屬於某一特定合約，即須另列「營業費用」項目，並按會計準則之配合原則，依照收入比例分攤認列。因合昌公司98年度營業收入總額為9,130萬6,373元，營業費用總額為348萬3,030元，而系爭分包工程依98年度完工比例認列收入為3,462萬7,676元，應分攤之營業費用為132萬929元等語，論斷何以認定本案損益表所列之營業費用係合昌公司日常運作之支出，非屬系爭分包工程直接有關之成本，故於計算圖利所得利益時不列為扣除之項目；㈣合昌公司可領得之工程款3,462萬7,676元，扣除前述印花稅、營業稅及系爭分包工程直接有關之工程成本3,122萬6,553元（包含材料12萬5,721元、人工14萬7,358元、費用11萬2,574元及外包工程3,084萬900元）後，共計獲取329萬1,385元之不法利益等旨之理由。核其論斷，洵無適用法則不當之違誤可指。

又：㈠依本案損益表製作時所應遵循之財務會計準則公報第11號「長期工程合約之會計處理準則」有關「工程成本之內容及處理」之規定，明定：間接與合約有關之支出，如間接人工、保險費及間接建造費等，僅於能分離至特定合約之成本，始能列入工程成本（第10條），至銷售及管理費用則不列入工程成本。但如採全部完工法，且可明確歸屬於某一特定合約時，得列入該合約之工程成本（第11條）。是以間接與合約有關之支出及銷售及管理費用，除符合上開要件外，均不應列入該工程合約之成本。稽之柯翠婷前述證詞，堪認本案損益表所列之營業費用132萬929元，並不能明確歸屬於系爭分包工程合約，另卷內亦無證據足徵係與該合約有關，且能分攤至該合約之成本，則原判決計算本案不法利益時未予以扣除，自無違法可指。㈡柯翠婷雖證稱：計算工程損益時，銷售及管理費用應予計算。工程損益之計算認列規定係財務會計準則公報第11號第14至18條。另長期工程合約，不論採全部完工法或完工比例法認列，最終結果並無不同。從本案損益表來看合昌公司系爭分包工程是虧損的云云，惟圖利罪乃在處罰以違法方式圖利之行為，重在圖利對象有無取得不法利益，與商業會計法、商業會計處理準則及財務會計準則公報（下稱商業法規）等，係在建立統一的會計規範，維護財務資訊之真實與透明，以保護利害關係人權益並維持健全之經濟秩序，二者規範目的不同。至所謂商業虧損，係依會計準則就商業主體一定期間內所有「已實現/已認列」之收入與費用進行加減後的淨結果，與圖利罪之不法利益係不同之概念。且柯翠婷係以合昌公司實際取得之工程款（3,230萬3,819元），而非以合昌公司可領得之工程款（3,462萬7,676元）作為計算是否虧損之基準，尚難逕憑柯翠婷前述證言，遽為有利於上訴人等人之認定。㈢原判決理由欄所載之「合昌公司所獲取之不法利益仍為197萬456元」，乃在說明縱令計算圖利所得利益時再行扣除營業費用132萬929元，合昌公司仍獲有不法利益（見原判決第61至62頁），並非認定合昌公司所得之不法利益為197萬456元，無判決理由矛盾之違

法可言。至原判決係以若將合昌公司尚未向同昌公司取得之工程款債權計入沒收，有過苛之虞，而就合昌公司尚未實際取得之工程款予以酌減扣除（見原判決第69至70頁），尚非就本件圖利犯行不法利益之計算，先後適用不同之基準，同無判決理由齟齬之違法。陳麒文、合昌公司上訴意旨漫言原判決有關圖利不法金額之計算違背商業法規，又未審酌柯翠婷有利其等之證詞，且認定之數額前後不一，有違背法令、採證違法及理由不備與矛盾之違法云云，尚難憑為上訴第三審之適法理由。

八、本件檢察官係起訴李泰明等4人共同以違法方式，將156標之擋土牆工程施工原採之懸臂式工法，變更為靜壓植樁工法施工，以圖利合昌公司，至起訴書犯罪事實欄所載日本技研（GIKEN）公司授權合昌公司獨家代理靜壓植樁機器及技術工法等情，僅係前提事實之說明，而原判決就此亦說明何以認定靜壓植樁工法在臺灣非專利工法，非僅合昌公司具有施作該工法之技術等旨之理由，自無李泰明上訴意旨所指已受請求之事項未為判決之違誤。另洪明鑑、陳麒文上訴意旨指稱：原判決就李泰明、洪明鑑之主文諭知「共同犯公務員對主管事務圖利罪」，未表明其等公務員身分，亦看不出其等2人有與非公務員之陳麒文、蘇凱達共犯圖利罪。且原判決亦未認定李泰明等4人究為直接圖利或間接圖利等節，惟原判決於事實欄已認定李泰明等4人共同為本件圖利犯行，使合昌公司取得不法工程利益達329萬1,385元；並於理由欄貳之二內說明上開認定所憑之證據及理由，及於理由欄貳之三「論罪部分」載敘：陳麒文、蘇凱達雖不具公務員身分，然其等與公務員即李泰明、洪明鑑間具有犯意聯絡及行為分擔，共同對李泰明、洪明鑑主管之事務，圖利合昌公司，使之獲得前述不法利益，應論以共同正犯等語，則原判決就李泰明、洪明鑑之主文諭知，及事實認定與理由說明，要無洪明鑑、陳麒文上訴意旨前述指摘之違法可言。又審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。但法院認為不必要者，不在此限，此參刑事訴訟法第271條第2項規定自明。卷查本案自檢察官起訴迄原審於114年6月2

5日行審判程序已逾12年，且高公局於原審上訴審、更一審、更二審判處李泰明等4人罪刑後，均未請求檢察官上訴，是原審認無傳喚之必要而未於審判期日傳喚高公局，及未贅為無益之說明，難謂為違法。陳麒文上訴意旨執此指摘，尚難憑為適法之第三審上訴理由。再者，是否適用刑法第59條規定酌減，事實審法院本屬有權斟酌決定，當事人自不得以未適用刑法第59條或原審未命就有無該規定之適用為調查、辯論，執為第三審上訴之理由。陳麒文上訴意旨此部分指摘，同非上訴第三審之適法理由。

九、被告之上訴，以自身受不利益之裁判，為求自己利益起見請求救濟者，方得為之。另上訴人就原判決關於同案被告或參與人部分之認定為指摘，而該部分與原判決對其所為不利之認定全然無涉者，難謂具有上訴利益，自非合法之第三審上訴理由。合昌公司上訴意旨所指營業稅，非屬圖利對象支出之稅捐，計算圖利之不法利益時不應扣除，而印花稅是否已列入工程成本項下之費用，亦有不明，原判決逕予扣除，亦有不合云云，乃主張其所得之不法利益較原判決之認定為高，顯與為自己利益請求救濟之旨相違，自非合法之第三審上訴理由。而陳麒文上訴意旨關於原審關於合昌公司參與沒收程序之進行、未經檢察官舉證即對合昌公司諭知沒收96萬7,528元等節之指摘，與原判決對其所為事實之認定無涉，依前說明，亦非屬為自己利益請求救濟，同非第三審上訴之適法理由。

十、上訴人等人其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、認事職權之適法行使，任意指摘為違法，或就不影響判決本旨之微疵提出主張，抑或非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有不適用何種法則或如何適用不當之情形，均難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。綜上，應認其等本件上訴均不合法律上之程式，予以駁回。

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　　8　　月　　20　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　林海祥

法　官　張永宏

法　官　黃紹紘

法　官　江翠萍

本件正本證明與原本無異

書記官　李淳智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　24　　日