

01

## -最高法院刑事判決

02

107年度台上字第3172號

03

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官鄭堤升

04

上訴人 李泰明

05

(被告)

06

選任辯護人 尤伯祥律師

07

吳孟宇律師

08

楊適丞律師

09

上訴人 洪明鑑

10

(被告)

11

選任辯護人 侯雪芬律師

12

上訴人 陳麒文

13

(被告)

14

選任辯護人 江東原律師

15

王東山律師

16

上訴人 蘇凱達(原名蘇德昌)

17

(被告)

18

選任辯護人

19

(即原審之

20

選任辯護人) 李承志律師

21

黃文承律師

22

參與人 合昌營造工程股份有限公司

23

代表人 陳葉春江

24

上列上訴人等因被告等貪污案件，不服臺灣高等法院中華民國107年5月29日第二審更審判決(105年度上更(一)字第8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(其中蘇凱達部分，由原審之選任辯護人代為上訴)，本院判決如下：

29

主 文

30

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

31

理 由

32

壹、本件原審審理結果，認定上訴人(即被告)李泰明、洪明鑑

01 、陳麒文、蘇凱達有其事實欄所載貪污犯行明確，因而撤銷  
02 第一審關於李泰明、洪明鑑、陳麒文、蘇凱達均諭知無罪之  
03 判決，改判論處李泰明、洪明鑑、陳麒文、蘇凱達共同犯對  
04 主管事務圖利罪刑，另諭知參與人合昌營造工程股份有限公  
05 司之財產不予宣告沒收。固非無見。

06 貳、惟查：

07 一、依刑事訴訟法第159條之2規定，被告以外之人於司法警察  
08 （官）調查中所為之陳述，與審判中不符時，必其警詢陳述  
09 符合「具有較可信之特別情況」及「為證明犯罪事實存否所  
10 必要者」，始有傳聞法則例外規定之適用。而所稱「為證明  
11 犯罪事實存否所必要」，係指先前陳述之重要待證事實，與  
12 審判中之陳述有所不符，而該審判外之陳述，係證明待證之  
13 犯罪事實存在或不存在所不可或缺，亦即就具體案情及相關  
14 卷證判斷，為發現實質真實目的，捨該項審判外之陳述，已  
15 無從再就同一供述者取得相同之供述內容，縱以其他證據代  
16 替，亦無從達到同一目的之情形者，始足當之。若除去先前  
17 之陳述，仍有其他相類之證據可資代替，並得據以證明待證  
18 之犯罪事實存在或不存在者，即與上述「必要性」之要件不  
19 合。又刑事訴訟法第159條之2規定係針對「被告以外之人  
20 於檢察事務官、司法警察（官）調查中所為之陳述」有無證  
21 據能力之判斷，至於被告以外之人於「偵查中向檢察官所為  
22 之陳述」，如以證人身分訊問並經具結，應以同法第159條  
23 之1第2項規定判斷有無證據能力，倘被告以外之人於檢察  
24 官偵查中非以證人身分，未經具結之陳述，則得本於同法第  
25 159條之2或第159條之3等規定之同一法理，定其有無證  
26 據能力。陳麒文、蘇凱達、洪明鑑及其等之辯護人於原審已  
27 分別具狀爭執其等以外之同案被告蘇凱達、陳麒文、洪明鑑  
28 、證人陳紹來、張明志及游國棟等人於法務部調查局北部地  
29 區機動工作組（下稱北機組）詢問或檢察官偵訊時所為陳述  
30 之證據能力（見更（一）審卷（一）第277頁，卷（二）第15頁、第156  
31 至157頁），原判決理由與其附表（下稱附表）一、先說明洪

明鑑、陳麒文、蘇凱達、陳紹來、張明志及游國棟於北機組或偵查中之審判外之陳述，對於李泰明有無指示洪明鑑於「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）採用「靜壓植樁工法」、洪明鑑有無迫使林同棧工程顧問股份有限公司（下稱林同棧公司）改採靜壓植樁工法，及李泰明、陳麒文有無向同昌建築無限公司（下稱同昌公司）負責人黃乾鐘施壓等涉及被告等人是否成立圖利犯行等重要事項，以洪明鑑、陳麒文、蘇凱達、陳紹來、張明志及游國棟於調詢或偵查時所為之陳述，距案發時間較為接近，記憶較清晰，且與第一審所陳不符（詳附表一），因認洪明鑑、陳麒文、蘇凱達、陳紹來、張明志及游國棟於調詢及偵查之陳述具有特別可信之情況，且為證明被告等人犯罪事實存否所不可或缺，依刑事訴訟法第159條之2規定均有證據能力等旨（見原判決第10頁第16行以下至次頁第6行、第51頁背面）。但：(一)、原判決引用同案被告蘇凱達民國100年7月29日偵查時以證人身分經具結，以及同年8月8日於偵查中以被告身分，未經具結所為不利於李泰明、陳麒文之陳述，執為認定李泰明、陳麒文有向黃乾鐘施壓156標工程改採靜壓植樁工法之部分論據（見原判決第18頁末1行至次頁第1行、第35頁第25行以下，見第15310號偵查卷卷(二)第185、187、190頁，卷(三)第26至27頁），而蘇凱達於偵查中所為之陳述，應就以證人身分訊問並經具結，或非以證人身分，未經具結2部分加以區分，分別依據刑事訴訟法第159條之1第2項或類推適用刑事訴訟法第159條之2或之3等規定定其有無證據能力，原判決將上開蘇凱達於偵查之陳述，悉逕依刑事訴訟法第159條之2規定定其有無證據能力之論據，顯違證據法則。(二)、原判決理由併援引證人游國棟於北機組詢問時與偵訊或第一審供述相符之證詞，採為認定97年12月30日協調會中，係未經同昌公司同意逕行指定合昌營造工程股份有限公司（下稱合昌公司）為其下包商之依據（見原判決第33頁第21至30行），該部分之北機組供述即欠

01 缺必要性之要件，與上開傳聞例外之規定不合，自屬採證違  
02 法。又(三)、原判決依附表一之記載為據，說明證人洪明鑑、  
03 陳紹來、游國棟於北機組詢問時或偵查中所為審判外之陳述  
04 與第一審之證述有所不符，因具有特信性、必要性等傳聞法  
05 則例外要件，該等北機組之陳述，依刑事訴訟法第159條之  
06 2規定，均有證據能力（見原判決第51頁背面）。惟依據該  
07 附表之記載，所列「偵查中供述」乙欄，其中①「編號1-證  
08 人洪明鑑」部分，所載「（第15310號）偵查卷(二)第185頁  
09 ，卷(四)第67頁背面、第68頁」之供述內容，似係將證人蘇凱  
10 達、陳麒文於偵訊或調詢之陳述內容，錯引列為洪明鑑之證  
11 言；②「編號4-證人陳紹來」及「編號6-證人游國棟」之供  
12 述內容，係其等於偵查中以證人身分訊問經具結之證詞，尚  
13 非於調詢或偵查中未經具結之陳述。前開附表一之記載即有  
14 錯引或與刑事訴訟法第159條之2傳聞法則例外要件不符之  
15 違誤。

16 二、事實認定與理由說明不相一致，或事實、理由內之記載前後  
17 齟齬，或與所採之證據不相適合，均屬判決理由矛盾之當然  
18 違背法令。證人黃智呈、高銘志於北機組之陳述，屬被告以  
19 外之人於審判外之陳述，同案被告蘇凱達於偵查中之供述，  
20 指陳陳麒文犯行部分，對陳麒文而言，屬被告以外之人於審  
21 判外之陳述，均屬傳聞證據。而蘇凱達及其辯護人於原審已  
22 爭執黃智呈、高銘志於北機組陳述之證據能力，陳麒文及其  
23 辯護人則爭執同案被告蘇凱達於偵查供述之證據能力（見更  
24 (一)審卷(一)第277頁，卷(二)第156至157頁，卷(五)第226至22  
25 7頁），原判決理由先說明證人黃智呈、高銘志於調詢時之  
26 陳述與第一審證述並無二致，欠缺必要性，無刑事訴訟法第  
27 159條之2傳聞例外規定之適用，蘇凱達於100年11月11日  
28 調詢供述及其於偵查中供述，提及陳麒文犯行部分，對陳麒  
29 文而言，屬被告以外之人於審判外之陳述，均無證據能力（  
30 見原判決第8頁第12至17行、第11頁第6至8行），惟繼又  
31 採納證人黃智呈、高銘志於北機組之陳述為陳麒文、蘇凱達

製作寄送不實之陳情信函至交通○○○區○○○路局拓  
建工程處（下稱拓建處），使洪明鑑得以假藉民眾陳情，指  
示變更為靜壓植樁工法之部分論據（見原判決第20頁第1行  
以下、第21頁第4行以下），以及採納蘇凱達於偵查中不利  
於陳麒文供述，執為認定陳麒文有與李泰明達成在156標工  
程改採靜壓植樁工法之合意，暨李泰明、陳麒文有向黃乾鐘  
施壓改採靜壓植樁工法之部分論據（見原判決第18頁末1行  
至次頁第3行、第35頁第25行以下），上揭理由之說明前後  
齟齬，均有判決理由矛盾之違法。

三、供述證據與非供述證據係依證據法則之運用差異所為之證據  
分類。其中證據文書，如以物（證據物）之存在或其性狀為  
證據之證據方法，屬於非供述證據，其證據能力有無，概依  
證據排除法則加以認定，無傳聞法則之適用；如以其所記載  
之內容或文義為證據之證據方法，則為供述證據，其內容包  
括被告之陳述及被告以外之人之陳述，是否得為證據，分別  
依自白法則與傳聞法則為判斷。原判決理由貳二(四)說明：97  
年8月19日會議後，江明泉將洪明鑑裁示之事項轉知林同棧  
公司），由林同棧公司指派工程師翁贊鈞研擬後出具「"靜  
壓植樁"工法於國道1第156標之試辦分析報告」，並於同  
年月25日由江明泉帶同翁贊鈞至拓建處報告該分析報告，內  
容除將靜壓植樁工法簡介、工法優點、施工步驟、適用區域  
、限制條件、目前臺灣採用靜壓植樁工法之情形、本工程擋  
土措施分析、概估可能增加工期及費用等項予以簡略說明外  
，結論並認「一、靜壓植樁工法適用於都會區或施工場地受限  
之工程，較能彰顯其優點及符合其成本效益；二、如前述分析  
所示，本工程因地質條件因素，可試辦區段只有主線縱坡調  
高路段之擋土牆改以PC樁植入，若現場鑽探之岩盤高於植入  
樁長則植樁工法較不適用。依基隆河岸現地開挖結果，岩盤  
面約在地表下0~6M」等情（見原判決第29頁第8行以下）  
，並據以說明該報告係評估靜壓植樁工法適用於156標之試  
辦分析，可資證明證人江明泉、翁贊鈞證述屬實（見原判決

01 第9頁第6行以下)等情,實係以該分析報告內容為其認定  
02 依據,而該項分析報告係屬被告以外之人於審判外之陳述,  
03 自屬傳聞證據,陳麒文、洪明鑑及蘇凱達於原審已具狀爭執  
04 其證據能力(見更(一)審卷(一)第281至282頁,卷(二)第14頁,  
05 卷(五)第227至228頁),原判決自應就該文書證據究如何符  
06 合刑事訴訟法第159條之1至第159條之5所規定傳聞證據  
07 具有證據能力之例外情形為適法之說明,僅執上情即謂應有  
08 證據能力等詞,採證難謂合於證據法則。本院前次發回意旨  
09 ,已指明及此,原判決未予究明,致該瑕疵仍然存在。

10 四、貪污治罪條例第6條第1項第4款圖利罪為結果犯,圖利對  
11 象是否獲得不法利益及獲得若干不法利益,攸關圖利罪名成  
12 立與否及量刑之輕重,自應於有罪判決內詳加認定記載,並  
13 敘明憑以認定之證據與理由,始為適法。又本罪關於公務員  
14 圖利對象因而獲得之不法利益,並不包含其支出之成本、稅  
15 捐及其他費用。原判決事實及理由敘述被告等圖利之對象合  
16 昌工司獲得不法利益計算部分,援引卷附合昌公司大華系統  
17 交流道擋土牆靜壓植樁分包工程(損益表)備註欄為據,記  
18 載該工程98年度完工比例認列收入為新臺幣(下同)34,627  
19 ,676元,經扣除與工程直接有關之各類稅費(印花稅、營業  
20 稅)、工程成本後,合昌公司獲得1,494,561元之不法利益  
21 (計算方式詳附表二所示)。並依證人柯翠婷會計師之證言  
22 說明:因合昌公司損益表所載之營業費用係以當年度幾個案  
23 子分攤,則銷售費用、管理費用等營業費用不能明確歸屬於  
24 某一特定合約,乃捨全部完工法,而採完工比例法為認列,  
25 上揭損益表所列計之銷售及管理費用等營業費用,應予剔除  
26 等語(見原判決第5頁末1行至次頁第4行、第42頁第6行  
27 以下、第44頁第9行以下)。但李泰明等人否認犯罪,原判  
28 決論以犯前揭圖利之罪,自應將所圖利廠商獲得不法利益之  
29 事實詳加認定記載,並敘明憑以認定之證據與理由。依上揭  
30 理由之說明,似亦肯認合昌公司參與156標工程確有支出銷  
31 售及管理費用等營業費用,僅因無法確認歸屬數額,而不予

01 列計，惟原判決所採憑前揭損益表，其中會計科目明確記載  
02 「營業費用」1,320,929元，則證人柯翠婷所稱該損益表所  
03 列計之銷售及管理費用等營業費用，不能明確歸屬於某一特  
04 定合約，究係依憑如何之證據資料可資證明？又原判決既已  
05 剔除銷售及管理費用等營業費用，則損益表所列「費用（11  
06 2,574元）」之款項，其性質為何？何以又得以認列非不法  
07 利益，均未見明瞭，由形式上觀察，無法理解其如何經由證  
08 據之勾勒或計算而得致與前述應以該工程98年度完工比例認  
09 列收入34,627,676元，經扣除「成本、稅捐、及其他費用」  
10 等項目該當之關聯性，而得據為不法利益判斷之心證理由，  
11 以達事實之認定與理由說明相契合之目的。是以原判決認定  
12 被告等有圖利之犯行，既採上揭損益表為論罪之重要依據，  
13 即應在理由內或以附錄方式具體記載所採認之項目與圖利金  
14 額計算上足資連結之內容，始足認已為完備之論證。此俱關  
15 乎證人柯翠婷之證言究否可採，被告等圖利對象是否獲得不  
16 法利益之事實認定及量刑審酌事項。乃原判決未就上情釐清  
17 論明，逕依柯翠婷部分供證，即謂本案不法利益採完工比例  
18 法為認列，損益表所列計之銷售及管理費用等營業費用，應  
19 予剔除，而為不利於被告等之認定，難謂無證據調查未盡及  
20 理由欠備之違法。至於原判決關於參與人合昌公司因被告等  
21 圖利犯罪所得部分，本案部分既有上開違法之處，影響有否  
22 成立圖利罪之認定，所論知合昌公司之財產不予沒收之計算  
23 基礎，即失其依附，應併予發回。

24 叁、李泰明等4人及檢察官上訴意旨均指摘原判決不當，非無理  
25 由，而上述違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為  
26 裁判，應認仍有撤銷發回更審之原因。又(一)、原判決既已認  
27 定及敘明李泰明、洪明鑑係貪污治罪條例所稱之「公務員」  
28 ，且係與不具公務員身分之陳麒文、蘇凱達共同犯同條例之  
29 圖利罪，則主文欄載以各所犯前揭罪名，對於為「公務員」  
30 「非公務員」之犯罪主體身分，未加記載，更審後如仍認犯  
31 罪，允宜注意及之。(二)、原判決就證人江明泉於偵查中所為

01 陳述之證據能力，理由先說明屬傳聞證據，且經第一審作證  
02 ，認該偵查陳述無證據能力（見原判決第8頁第17至20行）  
03 ，繼謂江明泉前於偵查中經具結之陳述，無顯不可信之情況  
04 ，當有證據能力，復經合法調查，可為判斷之依據等旨（見  
05 原判決第9頁第26行以下），前後記載矛盾，且原判決似未  
06 引據江明泉於偵查中之陳述為被告等論罪之依據，另原判決  
07 所採納蘇凱達於第一審之證言，與記載之卷證不相適合（見  
08 原判決第35頁末1至2行），該等部分有否贅論或誤載，案經  
09 發回，併應注意審酌、更正，附為指明。

10 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

11 中 華 民 國 108 年 7 月 10 日

12 最高法院刑事第九庭

13 審判長法官 陳 世 雄

14 法官 何 菁 莪

15 法官 張 智 雄

16 法官 莊 松 泉

17 法官 段 景 榕

18 本件正本證明與原本無異

19 書 記 官

20 中 華 民 國 108 年 7 月 11 日