

## 最高法院刑事判決

109年度台上字第4457號

03 上訴人 沈肇祥

04 選任辯護人 邱一偉律師

05 上訴人 胡英明

06 選任辯護人 魏辰州律師

07 上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院  
08 花蓮分院中華民國109年4月15日第二審更審判決（108年度原重  
09 上更一字第1號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署102年度偵字第  
10 229、421、930、3596號），提起上訴，本院判決如下：

11 主 文

12 上訴駁回。

13 理 由

14 一、刑事訴訟法第377條規定：上訴於第三審法院，非以判決違  
15 背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決  
16 違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依  
17 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  
18 用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三  
19 審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背  
20 法律上之程式，予以駁回。

21 二、本件原判決(一)撤銷第一審對上訴人甲○○部分之科刑判決，  
22 改判於變更檢察官起訴法條（貪污治罪條例第4條第1項第3  
23 款之公務員經辦公用器材、物品收取回扣罪，下同）後，分  
24 別論以如原判決附表（下稱附表）二所示貪污治罪條例第4  
25 條第1項第5款之對於違背職務上行為收受賄賂2罪刑（即原  
26 判決事實欄 下稱事實欄V二、三部分，原審以其於偵查中  
27 自白，依貪污治罪條例第8條第2項前段規定減輕其刑，分別  
28 處有期徒刑5年6月、5年4月，均褫奪公權5年），定應執行  
29 有期徒刑7年6月，褫奪公權5年，並為相關沒收之宣告。(二)  
30 撤銷第一審對上訴人乙○○部分之科刑判決，改判於變更檢  
31 察官起訴法條後，分別論以如附表三所示貪污治罪條例第4  
32 條第1項第5款之對於違背職務上行為收受賄賂、不正利益罪

01 刑（即事實欄四部分，原審以其犯罪情節可憫恕，認科以最  
02 低度刑仍嫌過重，依刑法第59條規定酌減其刑，處有期徒刑  
03 7年6月，褫奪公權5年），並為相關沒收（追徵）之宣告。  
04 已詳敘其調查證據之結果及證據取捨並認定事實之理由，所  
05 為論斷，均有卷存證據可資覆按。

06 三、甲○○、乙○○之上訴意旨分述如下：

07 (一)甲○○上訴意旨略以：

08 1.甲○○就事實欄二之花蓮縣卓溪鄉公所（下稱卓溪鄉公所）  
09 民國100年度防災應變設備工程採購案（採購滅火器26支共  
10 新臺幣 下同）258萬元，採購手電筒21支共21萬元，總金  
11 額279萬元，下稱防災應變設備工程採購案）擇定3間廠商比  
12 價、議價之過程，因為行政機關內部要如何擇定2家以上之  
13 廠商，並無具體相關之規定，行政機關在擇定向何間締約廠  
14 商詢問，應屬其之裁量權限，甲○○擇定百安消防器材有限  
15 公司（下稱百安公司）等3間廠商詢價，並未違反相關規定  
16 ，而與違背職務收受賄賂罪之要件不符，原判決此部分之認  
17 定與法有違。

18 2.關於事實欄三之卓溪鄉公所101年度LED路燈採購案（金額為  
19 101萬7702元，下稱41盞LED路燈採購案）部分，甲○○對於  
20 財經課課員陳昭伎向何廠商詢價、比價，並無支配力，均是  
21 由陳昭伎自行決定；甲○○雖在比價、議價程序擔任主持人  
22 ，但此為卓溪鄉公所秘書林萬金在簽呈所指派，並非甲○○  
23 所爭取，也非甲○○與卓溪鄉鄉長蘇正清之預謀行為，又因  
24 該採購決標是以最低標者得標，因此甲○○雖是擔任主持人  
25 並宣布決標，但實為無任何裁量權之例行性行為，不具相當  
26 因果關係，亦未違背任何職務。且陳昭伎雖依甲○○之建議  
27 ，向晶亮電工股份有限公司（下稱晶亮公司）等3間公司發  
28 函詢價，但本件採購並非甲○○之職務，甲○○只是利用職  
29 權機會或身分，原判決認定甲○○故意辦理虛偽比價、議價  
30 而違背職務，論以違背職務收受賄賂罪，與法有違。

31 3.甲○○2次行為所得之金額僅有3萬元，自應依甲○○自己實

01 際所得之總額為準，始能達到行為人責任及公平的刑事政策  
02 目的；甲○○與蘇正清之間並非違背職務罪之收受賄賂罪共  
03 犯，因此在計算不法利益時，自應分別計算，不得將蘇正清  
04 取得之不法利益與甲○○取得之利益共同計算，故應有貪污  
05 治罪條例第12條減輕其刑規定之適用。原判決合併計算，自  
06 有違誤。

- 07 4.縱認甲○○有為形式比價、議價之情形，但其對於最後採購  
08 之結果，並未有重大之影響，包括採購之總價和商品之品質  
09 ，均不會因為和不同廠商購買而有太大的不同。又所得利益  
10 幾乎可說沒有，即使認定有違反法令處，亦應論以圖利罪。
- 11 5.原判決認乙○○有刑法第59條之適用，甲○○所為之犯罪情  
12 形更為輕微，且已全部繳回犯罪所得，卻未有刑法第59條之  
13 適用，有違反比例原則。又原判決對於刑法第57條所列之事  
14 項，並未於判決理由中逐一詳為說明其審酌之理由，亦有理  
15 由不備之違誤。甲○○實際上並未獲得利益，純粹是誤解法  
16 令，法敵對意識非重，且不敢再犯，案件確定後，亦不能再  
17 任公務員，長期累積之年資及退休金，將化為烏有，所受之  
18 實質懲罰不可謂不大，原判決之科刑違反比例原則，有量刑  
19 過重之違誤，請更為較輕之量刑等語。

20 (二)乙○○上訴意旨：

- 21 1.關於事實欄四之101年度LED路燈採購案（採購34盞LED路燈  
22 下稱34盞LED路燈採購案V，採購金額為84萬3948元，採  
23 購40盞LED路燈 下稱40盞LED路燈採購案V，採購金額為99  
24 萬2880元），原判決於事實欄四、(二)、3之記載，林錦坤沿  
25 循先前41盞LED路燈採購案交付約採購金額8%之賄款默契，  
26 但於理由欄貳、五、(二)、3、(1)則認定乙○○向林錦坤要求  
27 提高賄款成數；又34盞、40盞LED路燈採購案之採購總金額  
28 為183萬6828元，何以林錦坤事後僅交付12萬7千元之賄賂，  
29 而非採購金額8%之14萬6946元，乙○○竟毫無任何異議，且  
30 依林錦坤於101年11月20日8時24分28秒起與乙○○之通訊監  
31 察譯文，若乙○○於收受賄款前業已與林錦坤就索賄相關事

01 宜達成協議，何以乙○○須於收受賄款後詢問林錦坤關於賄  
02 款之用途，原判決有理由矛盾之違誤。

03 2. 自101年11月1日起至101年11月19日林錦坤交付賄款予乙○○  
04 ○○止，乙○○與林錦坤、林裕閔等人並無任何聯繫討論<sup>34</sup>盞  
05 、40盞LED路燈採購案之事，乙○○並無可能與林錦坤、林  
06 裕閔達成對於違背職務之行為交付、收受賄賂之合意；林錦  
07 坤雖在第一審為不利於乙○○之證述，但其於偵訊時即供稱  
08 未曾與乙○○談過賄賂成數之事，林錦坤於偵訊時所處之情  
09 境，相較於其在第一審反覆不一之證述，顯較為可採；又依  
10 陳昭伎、林錦坤及林裕閔之證述，可證明林錦坤、林裕閔並  
11 無與乙○○洽談提供3家估價單以供虛偽比價之情事，乙○○  
12 ○無從知悉晶亮公司及其他同為LED廠商之報價單均為晶亮  
13 公司所提供。然原判決就上開有利於乙○○之證據未予採信  
14 ，復未於理由項下敘明其取捨之原由，理由亦屬不備。

15 3. 乙○○於原審主張應依貪污治罪條例第8條第2項之規定減刑  
16 ，原判決認乙○○固於偵查中自白，惟因未自動繳交受招待  
17 餐飲價值約5千元之不正利益，而未依上開規定減輕其刑，  
18 倘原審認本件應自動繳交之犯罪所得包括5千元，自應為適  
19 當之曉諭，惟乙○○不知除前已繳交之犯罪所得財物外，尚  
20 有價額相當於5千元之不正利益應予繳納，致未能全數實際  
21 繳交犯罪所得，原判決有不適用法則、審判程序足以影響判  
22 決結果之違誤等語。

#### 23 四、惟查：

24 (一) 犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審  
25 法院之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法  
26 則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規  
27 定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法而資為合法第三  
28 審上訴理由：

29 1. 原判決綜合卷內所有證據資料及調查證據之結果，敘明認定  
30 甲○○是卓溪鄉公所托兒所所長（任期為94年5月至101年1  
31 月）、行政課課長（任期自101年2月起），同時兼辦採購業

01 務；乙○○是卓溪鄉公所財經課課長（任期自101年2月起）  
02 ，均係依法令服務於地方自治團體而具有法定職務權限之公  
03 務員。緣卓溪鄉公所辦理100年度防災應變設備工程採購案  
04 、101年度LED路燈採購案，採購經費主要來源均為花蓮縣議  
05 員建議款；甲○○於兼辦卓溪鄉公所防災應變設備工程採購  
06 案（即事實欄二部分）、41盞LED路燈採購案（即事實欄三  
07 部分），而分別有事實欄二、三所載，對於違背職務之行為  
08 收受賄賂犯行；乙○○於經辦卓溪鄉公所34盞、40盞LED路  
09 燈採購案，而有事實欄四所載，對於違背職務之行為收受賄  
10 賂、不正利益犯行之得心證理由。經核原判決關於甲○○、  
11 乙○○部分之採證認事並無違反經驗法則、論理法則，亦無  
12 任意推定犯罪事實、違背證據法則、判決理由不備、理由矛  
13 盾或不適用法則、適用法則不當之違誤。

14 2. 對於甲○○否認有為上開犯行所辯稱及其辯護人為其辯護稱  
15 ；①甲○○所涉之採購案均屬臺灣銀行（下稱臺銀）共同供  
16 應契約（下稱共約），共約採購之商品金額，在經濟部委託  
17 臺銀辦理共約開標時即已確定，有意願之締約商亦明列於網  
18 站上，後續訂購機關於網路下訂系統中也不能更改商品價格  
19 ，故在共約之採購中，並不存在比價、議價流程，只於大量  
20 採購時廠商可能願提供之「優惠條件」。而大量採購情形，  
21 訂購機關內部如何擇定2家以上廠商詢問，無具體相關規定  
22 ，係由機關內部簽辦程序選定訂購對象，此屬訂購機關之裁  
23 量權。②關於防災應變設備工程採購案，甲○○曾先詢問有  
24 無廠商願意承作而未果，才由林錦坤提供3間廠商之估價單  
25 ，其以最優惠之條件擇定採購廠商，並無較差條件之廠商違  
26 法得標之情事，難認係「虛偽比價」而違背職務。③甲○○  
27 擔任卓溪鄉公所行政課課長後，已無兼辦採購業務，與陳昭  
28 伎非隸屬關係，甲○○於41盞LED路燈採購案中僅要求陳昭  
29 伎發文問議員有無建議款，其他事項均未經手，其提供3間  
30 廠商之估價單，僅係隱含建議陳昭伎去詢價；其擔任41盞LE  
31 D燈比價程序之主持人，係秘書指派，應屬意外，且和決標

01 予晶亮公司間難認有相當因果關係存在，縱令有因果關係，  
02 依晶亮公司提出之估價單，本應決標予該公司，甲○○宣布  
03 決標予晶亮公司，亦未違背任何職務等語。另說明下列各旨  
04 ；①行政院公共工程委員會99年10月19日工程企字第09900  
05 415800號令頒之「機關利用共同供應契約辦理採購監辦規定  
06 一覽表」，係就共約採購事項所訂定之行政規則，應為承辦  
07 相關採購案件之公務員所恪守。又行政機關利用共約採購，  
08 商品價格於經濟部委託臺銀辦理共約開標時固已決定，然訂  
09 約條件仍包含商品運送由何方負擔、保固期間長短、後續維  
10 修服務、廠商願否加贈贈品等項，仍有依上開一覽表明載進  
11 行比價、議價程序之需要。公務機關所以規定公物採購以比  
12 價、議價方式辦理，旨在藉由各廠商競價、調價之方式，彰  
13 顯程序之公平，並期得以合理、低廉之價格採購，達成節省  
14 公帑之目的。苟公務員實際上係由1人或1家廠商，取用數家  
15 廠商名義參與形式上之比價、議價，則使此等方式之目的、  
16 效果盡失，實質上顯已違反政府採購法規定甚明。且於大量  
17 採購情形，訂購機關內部如何擇定2家以上廠商，固屬訂購  
18 機關之裁量權，然仍不能由1人或1家廠商，以取用數家廠商  
19 名義參與形式上之比價、議價方式進行。所謂「條件較優」  
20 「條件較差」者，應係藉由各廠商比價、競價、調價之程  
21 序而產生，並非該1人或1家廠商於報價時預作安排而決定，  
22 否則政府採購法規定之比價、議價程序形同虛設，採購機關  
23 亦無可能以合理、低廉價格採購達成節省公帑之目的，甲○○  
24 ○辯稱其係以最優惠之條件擇定採購廠商，無虛偽比價，故  
25 無違背職務云云，不足憑採等旨（見原判決第23、25頁）②  
26 如何依陳昭伎、林裕閔（晶亮公司業務員）、林錦坤之證言  
27 ，及41盞LED路燈採購案之相關簽呈、比價、議價決標會議  
28 紀錄、相關通訊監察譯文等證據資料，而認41盞LED路燈採  
29 購係由甲○○指示承辦人陳昭伎行文向議員申請補助款，廠  
30 商估價單亦由甲○○交付陳昭伎，且經費簽稿並照會甲○○  
31 ，甲○○復承鄉長蘇正清之命，主持比價、議價決標程序，

01 與廠商接洽比價、議價事宜，甲○○確有負責承辦本件採購  
02 事宜，應屬其職務上行為之旨（見原判決第31至37頁）。

- 03 3. 對於乙○○否認有為上開犯行所辯稱及其辯護人為其辯護稱  
04 ；①林錦坤、林裕閔均證稱，其等未與乙○○洽談提供3間  
05 廠商估價單以虛偽比價之事，且101年11月1日辦理40盞LED  
06 路燈採購案比價時，林裕閔不認識乙○○；依陳昭伎於第一  
07 審所述，卓溪鄉公所辦理101年度LED路燈採購案，均係由陳  
08 昭伎依往例及相關法令函詢廠商估價辦理；乙○○於採購過  
09 程中既無虛偽比價，也未指示陳昭伎向晶亮公司訂購或有其  
10 他不法指示，自難認於辦理採購過程中有違背職務之情事。  
11 ②倘乙○○與林錦坤就違背職務收受賄賂有所討論，何以其  
12 於101年11月20日電話中猶詢問林錦坤12萬7千元之用途，且  
13 此金額與8%之賄款比例亦不相合等語。另說明下列各旨：①  
14 如何依林錦坤、林裕閔之證言，及卷附通訊監察譯文，而認  
15 乙○○於101年10月6日接受林錦坤在南安瀑布宴飲招待後，  
16 向林錦坤要求提高賄款成數，林錦坤即於同年月8日上午，  
17 指示林裕閔寄送3家廠商資料給乙○○，再於同年月9日於電  
18 話中央求乙○○「你那天跟我提的那個問題，我回來有跟公  
19 司說了…」、「你這次議價先議過嘛，陳長明的還有嘛」，  
20 從乙○○與林錦坤密接連貫的互動，及林錦坤於34盞、40盞  
21 LED路燈採購案期間，曾向林裕閔表示希望提高佣金成數，  
22 則乙○○於此之前應已知悉林錦坤將支付採購金額8%賄款，  
23 其上揭違反職務行為核與收受賄款及於101年10月6日接受宴  
24 飲招待、於101年11月1日行求賄賂間，具有對價性等情（見  
25 原判決第38至41頁）。②34盞、40盞LED路燈採購案之金額  
26 合計為183萬6828元，該金額之8%為14萬6946元，乙○○收  
27 受之12萬7000元雖不足8%，但仍較5%之9萬1841元高出許多  
28 ，且林錦坤、乙○○於交付、收受當下未點算確認金額，事  
29 後發現不符，未必敢多作爭執，不能以12萬7000元不足8%之  
30 比例，而認林錦坤所言不實之旨（見原判決第42至43頁）。  
31 4. 核原判決關於甲○○、乙○○部分之論斷，並無認定事實未

01 依卷證、調查職責未盡、理由矛盾或理由不備之違法。

02 5. 貪污治罪條例第6條第1項第4款之公務員圖利罪，係關於公  
03 務員職務上圖利之概括規定，必其圖利之該行為不合貪污治  
04 罪條例各條特別規定者，始受本罪之支配，倘其圖利之行為  
05 合於其他條文或款項之特別規定，即應依該特別規定之罪論  
06 擬，無再適用本罪之餘地。故依據法令從事公務之人員就其  
07 主管或監督之事務，倘同一行為而違背職務收受賄賂，自應  
08 依上開條例第4條第1項第5款之違背職務受賄罪之特別規定  
09 論處，無再論以上開概括規定圖利罪之必要。原審既已說明  
10 甲○○、乙○○之行為與違背職務受賄罪之要件相當，自不  
11 再成立公務員圖利罪，原判決並無適用法則不當之違誤。

12 (二) 貪污治罪條例第8條第2項前段規定：「犯第4條至第6條之罪  
13 ，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減  
14 輕其刑」，旨在鼓勵犯罪行為人勇於自新，而限於偵查中已  
15 自白者，始有減輕其刑之適用，乃在防止證據滅失以兼顧證據  
16 保全。然犯罪所得財物之自動繳交，緩速與否，則與證據  
17 保全無涉。參諸立法過程資料，85年修正該條文時，增訂「  
18 如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」，並不以  
19 繳交與自白同在偵查中為必要。況偵查程序之終結，並未先  
20 行揭示或通知，被告難以預知偵查何時終結。而所謂「全部  
21 所得財物」，其數額或須至審判中方能確定。苟偵查中所繳  
22 數額較審判中認定所得短少，將因偵、審程序認定數額歧異  
23 ，徒生爭議。是被告於偵查中自白，並於最後事實審言詞辯  
24 論終結前自動繳交全部所得財物者，即有貪污治罪條例第8  
25 條第2項前段減輕其刑之適用。原判決已敘明：乙○○於偵  
26 查中就其所為違背職務收受賄賂、不正利益犯行之主要部分  
27 為承認或肯定之供述，並繳回其分得之6萬2千元，然乙○○  
28 所得財物除6萬2千元外，另有於101年10月6日在南安瀑布受  
29 林錦坤招待餐飲之不正利益，價值約5千元，乙○○就該5千  
30 元不正利益仍未於原審言詞辯論終結前自動繳交，即難謂乙  
31 ○○已自動繳交全部所得財物，無從依貪污治罪條例第8條

01 第2項前段之規定減輕其刑等旨（見原判決第51至52頁）。  
02 又本件上訴審判決關於乙○○部分，於主文欄就沒收部分即  
03 已諭知「已繳回之所得財物新臺幣陸萬貳千元沒收。未扣案  
04 之犯罪所得新臺幣伍仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不  
05 宜執行沒收時，追徵其價額。」本院前次撤銷發回更審，並  
06 未就此部分有指摘，乙○○自不得主張不知其尚有犯罪所得  
07 5千元未繳回，是原審並無乙○○上訴意旨所指審判程序足  
08 以影響判決結果之違誤。

09 (三) 制定貪污治罪條例之目的在嚴懲貪污、澄清吏治，是貪污治  
10 罪條例第12條第1項所謂「情節輕微，而其所得或所圖得財  
11 物或不正利益在新臺幣5萬元以下者，減輕其刑」，於有共  
12 同或接續所得（或所圖得）之情形者，應合併計算，合併計  
13 算結果在5萬元以下者，始得依上開規定減輕其刑。原審本  
14 於相同法律見解，認事實欄二、三甲○○與卓溪鄉鄉長蘇正  
15 清共同收受賄賂之金額，依序為14萬元、8萬元，均逾5萬元  
16 ，甲○○雖就事實欄二部分僅分得3萬元，就事實欄三部分  
17 未分得任何金額，仍無貪污治罪條例第12條第1項規定之適  
18 用等旨（見原判決第52至53頁）。難認有適用法則不當之違  
19 法。

20 (四) 刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因  
21 與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法  
22 定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用；此項犯罪情狀是否  
23 顯可憫恕而酌量減輕其刑之認定，屬法院得依職權自由裁量  
24 之事項。又刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘  
25 於科刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所  
26 列各款事項，而未逾越法定刑度，即難謂違法。原判決已詳  
27 細說明，如何經考量甲○○之犯罪情節，在客觀上顯不足以  
28 引起一般人之同情，難認有何法重情輕、可堪憫恕之處，無  
29 從依刑法第59條規定酌減其刑；並敘明以甲○○之責任為基  
30 礎，經審酌刑法第57條所定科刑輕重應審酌之事項（包括其  
31 品行及犯罪動機、手段、所生損害、生活經濟狀況，犯罪後

01 態度等一切情狀)，及就所犯上開2罪所量處之刑，考量甲  
02 ○○之犯罪情節，定其應執行刑為有期徒刑7年6月等旨（原  
03 判決第55、56至57頁），並無理由不備，且無濫用量刑職權  
04 之情事，自難率指為違法。

05 五、至甲○○、乙○○之其他上訴意旨，並未依據卷內訴訟資料  
06 ，具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為  
07 第三審上訴理由之違法情形不相適合。

08 六、綜上，應認甲○○、乙○○之上訴均違背法律上之程式，俱  
09 予以駁回。

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 110 年 3 月 18 日

12 刑事第四庭審判長法官林立華

13 法官謝靜恒

14 法官林瑞斌

15 法官李麗珠

16 法官楊真明

17 本件正本證明與原本無異

18 書記官

19 中 華 民 國 110 年 3 月 20 日