

最高法院刑事判決

110年度台上字第3042號

上訴人 臺灣高等檢察署花蓮檢察分署檢察官崔紀鎮

被告 連志岳

選任辯護人 林永頌律師

蔡維哲律師

上列上訴人因被告違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國110年2月26日第二審更審判決（109年度重上更四字第8號；起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署96年度偵字第4779、5006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。至於判決究竟有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、原判決以公訴意旨略以：被告連志岳於民國93年間係花蓮縣壽豐鄉（下稱壽豐鄉）鄉公所秘書，與該鄉鄉長張懷文、建設課課長吳勝連（該2人均經判決無罪確定）及建設課技士張治國（經判刑確定）均為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。壽豐鄉公所因辦公廳舍老舊亟需改建，被告、張懷文及蓮花營造有限公司實際負責人劉翼（違反政府採購法經判刑確定）共謀由劉翼負責施作，劉翼徵得台典工程顧問股份有限公司（下稱台典公司）負責人林志誠配合，由劉翼製作計畫書、工程概算表等相關文件予壽豐鄉公所向花蓮縣政府申請補助，壽豐鄉公所於93年8月間籌得新臺幣（下同）50,311,000元工程經費。被告

、張懷文、吳勝連及張治國基於意圖為他人不法之利益、損害壽豐鄉財產及全體鄉民利益及經辦公共工程舞弊之犯意聯絡，明知辦公大樓新建工程（下稱「本體工程」）並非異質工程，然為使劉翼順利取得工程施作及編列預算之主導地位，張懷文及被告指示張治國於同年8月間擬具簽呈以「最有利標」、「統包」方式辦理招標，藉由提高工程技術及品質門檻，降低一般廠商投標意願，經核可後層報花蓮縣政府。花蓮縣政府認壽豐鄉公所應先行評估確認工程標是否屬於異質工程，張懷文為達圖利特定廠商之目的，指示各課室主管召開會議，然未就工程各項進行實質翔實評估討論，通過仍以「最有利標」及「統包」方式招標，並報經花蓮縣政府同意。張治國即擬具「壽豐鄉公所辦公廳舍及周邊設施改建工程公開評選監造案」之採購公告文稿（其中監造費預算1,125,000元）於93年11月10日、11日呈核吳勝連、被告及張懷文。被告因劉翼已與林志誠有給付先期規劃廠商設計費用之默契，竟未依「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」（下稱「評選及計費辦法」）評估有無專案管理必要，逕退回該採購公告文稿，並要求張治國重新簽辦。張治國於同年11月24日擬具預算1,125,000元「壽豐鄉公所辦公廳舍及周邊設施改建工程公開評選規劃、監造案」之公告文稿，經核准後由建設課臨時雇員江郁芳（更名江芷葳，以下仍稱江郁芳）上網公告（江郁芳公告時，將預算誤植為1,500,000元）。被告認「本體工程」係以「統包」辦理，為給付廠商規劃費用，再於同年12月2日指示張治國將該標案名稱改為「壽豐鄉公所辦公廳舍及周邊設施改建工程委託專案管理（含監造）技術服務案（下稱「專案管理標」）」逕行上網公告。嗣於93年12月10日開標時，僅有台典公司1家廠商投標，擔任資格標審查之吳勝連及張治國明知依政府採購法第48條第1項規定，不應開標、決標，且台典公司投標金額（以工程發包後扣除稅額、保險費之5.5%，約2百餘萬元）已超過上網公告之1,500,000元，被告係評選委員召集人，仍進行書

面審查，其未依上開政府採購法規定不予決標，當場宣布台典公司得標。嗣江郁芳上網公告，登載決標價格 1,125,000 元。「專案管理標」決標後，張懷文核可與台典公司簽約，惟林志誠發現壽豐鄉公所提出之「專案管理契約」第 7 條計算之委託酬金過少，乃向被告、吳勝連及張治國表示必須再增加 1.9 %之規劃費用（827,782 元），否則不予締約。被告及張懷文明知林志誠要求無正當理由，且該工程成本無增加規劃費用之必要及預估，竟未經協議、選擇不予締約或依政府採購法第 50 條第 2 項規定撤銷決標並通知廠商及刊登政府採購公報，而指示張治國將原採購公告文稿第 14 條預算金額 1,125,000 元「竄改」為依「評選及計費辦法」支付，以與林志誠要求增加支付之 1.9% 規劃費用相符。張治國為使該變更支付辦法合於行政流程，乃於 93 年 12 月 27 日擬具「上網疏忽誤以公開招標網站（應上網招標方式為採限制性招標），擬准依原公告稿第 14 條預算金額：工程專案管理技術服務費百分比抑（誤植為「仰」）是另訂底價辦理議價，簽請核示」簽呈，雖主計主任鐘苗銘特別簽擬意見：提醒相關人員應依招標文件須知第 8 點（即「委託廠商承辦技術服務，其服務費用之計算，悉依據評選及計費辦法之公有建築物工程技術服務建造費用百分比法內容，雙方議定之」辦理）等語，被告、張懷文、吳勝連亦均知鄉公所內部已決定監造費用應依張治國於 93 年 11 月 10 日所簽擬之額度，且「專案管理標」已依「公開招標」及「最有利標」以 1,125,000 元決標，以及決標後增加「專案管理標」之專案技術服務費用，已涉招標文件內容之採購金額變更，依政府採購法第 50 條第 1 項第 7 款規定應撤銷決標並重新辦理招標，竟均同意依張治國擬具之意見辦理，使台典公司溢領專案管理技術服務費用達 805,414 元，圖利台典公司及林志誠，因認被告就「專案管理標」共同涉犯修正前貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款圖利及刑法第 216 條、第 211 條行使變造公文書、第 342 條第 1 項背信罪嫌云云。惟經原審審理結果，認為不能證明被告就「專案管

理標」有前揭公訴意旨所指圖利、行使變造公文書等犯行，因而撤銷第一審就此論處被告修正前貪污治罪條例第6條第1項第4款對主管事務圖利部分之判決，改判諭知被告無罪。原判決已審酌卷內證據資料，詳述其取捨證據及得心證之理由，對於檢察官所舉證據及卷內各項證據資料，何以均不足以證明被告犯罪，亦在理由內詳加剖析論敘。核其所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，尚無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、檢察官上訴意旨略以：

(一) 歷審均認被告圖利台典公司，祇是圖利金額認定不同，第一審與起訴書認為圖利805,414元、上訴審至更二審均認係424,691元，迨更三審囑託「社團法人台灣舞弊防治與鑑識協會」（下稱舞弊防治鑑識協會）以會計利潤法鑑定結果，認定被告圖利台典公司13,973元，然該協會將預定完工日期95年2月28日誤為實際完工日，原審函請該協會更正實際完工日為96年3月30日，並再行鑑定說明：台典公司於94、95、96年度領取之報酬乘以各該年度純益率合計，是否為負數？台典公司領取稅後報酬1,838,490元，該報酬乘以94至96共3年度之平均純益率，是否為負數？等情，經該協會109年10月7日台鑑協字第1091007001號函覆稱：原審所詢問係數學問題，經計算為負53,696元等語，原判決遽認定台典公司就「專案管理標」無獲利。然「專案管理標」之「營業淨利」，應單獨就該標案為調查、計算，不應與台典公司之其他工程、標案混合計算年度純益率或盈虧。原判決逕採該協會關於此部分之意見，為有利於被告之認定，有採證不當之違法。

(二) 該協會覆函亦發現原審所詢問之計算基礎有所不當，於上開109年10月7日函另說明：其函覆表(一)之純益率，並非「專案管理標」之純益率，「專案管理標」之收入僅占台典公司3個年度總收入之4.56%，其所佔比例及代表性均甚低，以「專案管理標」收入乘上全公司之純益率，認定「專案管理標

」之純益（為負數），並不適宜。又台典公司提供監造及工程管理服務，計收服務收入，其主要成本為人力成本，其他相關費用「應該不高」。但「專案管理標」之「確實成本」、「費用」究為若干，因所可取得的證據有限，「無法確切得悉」。惟估計「專案管理標」之獲利，使用該「專案管理標」之營業毛利，再扣除「可能之相關費用」支出，比較適當，其3年平均毛利率估計為45.23%，「估算」該「專案管理標」之營業毛利，為831,539元。又分析台典公司94至96年之損益表，發現其95年度之營利事業所得稅結算申報之成本及費用，業經國稅局調整，96年度的成本及費用，未經國稅局調整，該成本率、費用率，與95年比較，差異達30%，不甚合理。將96年度的薪資費用部分重分類至人工成本，計算其96年度之營業成本如表(三)所示7,182,491元，較符合固定費用係不論營業收入多寡，金額不變，變動費用則隨營業收入金額之提高而增加，隨營業收入降低而減少之一般情形。綜上，「專案管理標」之收入1,838,490元，僅佔台典公司3年平均毛利率近45.23%，估計「專案管理標」之營業毛利約831,539元、營業成本約為1,007,000元，而與「專案管理標」相關之營業費用應有限，因此不宜以報酬金額與各年純益率或平均純益率的乘數為負值，而主張「專案管理標」無獲利等語。原判決逕認109年10月7日函覆意見所謂專案管理標案營業費用有限，係臆測之詞，祇採鑑定意見有利於被告部分，認定被告無罪，有理由不備及矛盾之違法。

(三)原判決又謂縱依舞弊防治鑑識協會第1次之鑑識會計報告，台典公司就「專案管理標」獲有13,973元的利益，但考量該標案跨越3個年度，壽豐鄉共支付（含營業稅）1,930,414元，不論金額、年度、報酬比例，都甚微小，難認被告具有圖利之犯意。佐以被告係壽豐鄉公所秘書，實難想像其甘冒重罪，只為圖利台典公司區區1萬餘元利益。然則，台典公司於93年12月10日投標所獲取之利益並非微小，被告擔任公務員已久，早知依法行政之必要性，其既於投標前運籌4、5個

月，共同正犯張治國及包商劉翼等人奔走其間，其等屢向被告陳報、說明，不僅借牌投標，又故意漏未議價，「專案管理標」顯非張治國一人所能蒙蔽決定。原判決遽認被告無圖利犯意，有採證違反證據法則及經驗、論理法則之違法。

四、本院查：

證據的取捨、證據的證明力及事實的認定，都屬事實審法院的自由裁量、判斷職權；如其此項裁量、判斷，並不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明；且既已於判決內論敘其何以作此判斷的心證理由者，即不得單憑主觀，任意指摘其為違誤，而據為其提起第三審上訴的合法理由。

圖利罪之處罰，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，而有圖自己或其他私人不法利益之犯意為必要。所謂明知，係指直接故意而言；若為間接故意或過失，尚難逕以該罪相繩。是以圖利罪之成立，行為人在主觀上，一方面須認識其所為之行為，具體違反執行職務所應遵守之義務，另一方面並須有不法得利之意圖。亦即，意圖藉由違反職務行為，謀得非法利益，始屬該當。又此意圖，必須依憑證據認定之，不得僅以公務員因有失當行為，結果使他人獲得不法之利益，逕行據以推定該公務員自始即有圖利他人之不法犯意。

原判決認為不能證明被告有上揭公訴意旨所指之圖利犯罪事實，已援引卷內證據資料說明：

(一)依張懷文、江郁芳、鐘苗銘、吳勝連、張治國於偵審時之供述，壽豐鄉公所因辦公大樓老舊須拆除改建，經籌得工程經費5千餘萬元，於93年8月間經該鄉鄉民代表會臨時大會議決通過「辦公大樓興建工程經費」案（按即「專案管理標」所依附之本體工程），由張治國辦理招標作業。張治國於93年8月6日簽擬採「最有利標」經核可後層報花蓮縣政府，花蓮縣政府認壽豐鄉公所應先行評估確認本體工程是否屬於異質

01 工程，張懷文指示各課室主管就此召開會議，通過仍以「最
02 有利標」及「統包」方式招標，並報經花蓮縣政府同意。張
03 治國原認「本體工程」不須委託專案廠商承包技術服務，可
04 逕行發包工程，其於同年11月9日簽擬以50,000,000元為基
05 礎，「預估監造費」1,125,000元（未列計專案管理或規劃
06 、設計費），經層呈核准。然壽豐鄉公所因人員不足，不了
07 解「統包」相關事宜，相關主管討論「本體工程」標案有專
08 案管理之必要，被告乃指示張治國辦理，張治國遂於同年11
09 月17日簽擬辦理先行公開評選規劃、監造廠商，並以政府採
10 購法第22條第9款及「評選及計費辦法」辦理評選。鐘苗銘
11 在簽呈上註記依「評選及計費辦法」第4條、第4條之1、第4
12 條之2規定辦理，吳勝連註記評選委員應具備之資格，被告
13 註記擬聘之評選委員，張懷文批示由被告擔任召集人予以核
14 定。張治國依簽呈所准，沿往例作業方式，於同年11月24日
15 製作採購公告（稿），同日江郁芳上網公告時，誤上公開招
16 標網站且將預算金額誤載為1,500,000元，並勾選預算金額
17 不公告，決標方式記載「非複數決標，未定底價最有利得標
18 」。林志誠從網站上得知「專案管理標」辦理招標，但上網
19 找不到底價，也不知一開始預估係1,125,000元，其以「評
20 選及計費辦法」附表四的費率第壹類為基準，決定以5.5%投
21 標。同年12月10日開標時，僅台典公司投標，投標金額記載
22 「工程發包後扣除稅額、保險費之5.5%」，因張治國未將該
23 百分比換算為具體金額，其與吳勝連2人疏未發覺台典公司
24 投標金額已超過同年11月9日簽准「預估」之1,125,000元，
25 認資格符合，交付評選委員審查，經審核合格，被告即評選
26 會主席當場宣布台典公司為最優廠商。惟依「評選及計費辦
27 法」之規定，主持人吳勝連應進行「議價」始能決標，然吳
28 勝連未進行議價，逕宣布由台典公司得標，嗣江郁芳整理開
29 標資料，於同年12月13日將決標金額載為1,125,000元，交
30 給課長、政風單位簽名後，即依據開標紀錄直接上網登載決
31 標公告（未再經被告及鄉長簽核），張治國並於同日簽請張

01 懷文與台典公司訂約。惟林志誠收受張治國所交付之簽約文
02 件，發覺酬金過低，乃更正契約書上之金額後交還張治國，
03 張治國予以更正，然鐘苗銘發現張治國擬更正之契約酬金超
04 過93年11月9日簽呈之1,125,000元，且與招標須知所載服務
05 費計算方式及張治國所擬原契約計費比例等內容均不同，要
06 求張治國請台典公司更正，否則不予簽約。林志誠為此到鄉
07 公所爭執擬簽訂契約之酬金過低，不能配合簽約。被告得悉
08 上情，乃指示張治國擬具簽呈再行處理。張治國逕將採購公
09 告稿內之預算金額「1,125,000元整」更正為依「評選及計
10 費辦法」支付，並於同年12月27日簽擬（略以）：本案服務
11 費因上網疏忽誤以公開招標網站，擬准依原公告稿第14條預
12 算金額：工程專案管理技術服務費百分比計價抑是另定底價
13 辦理議價，簽請核示等旨之簽呈（下稱系爭簽呈）層核，鐘
14 苗銘簽具：「專案管理標」招標文件須知第8點，其服務費
15 用之計算，由雙方議定，請承辦人依招標文件須知辦理；被
16 告則簽具：本案採「限定性」（應係「限制性」之誤）招標
17 ，應以工程專案技術服務費百分比計價始符合原案精神等語
18 ；張懷文批示依被告所擬具意見辦理。惟張治國竟未依「評
19 選及計費辦法」進行議價，而依照台典公司所要求修正後「
20 建築工程委託規劃監造契約書」第7條服務費百分比計價層
21 送核准，與台典公司訂約。可見「專案管理標」係經壽豐鄉
22 鄉長及相關主管等討論，非被告、或與林志誠謀議，刻意無
23 端製造「專案管理標」，並無證據足以佐證於林志誠投標前
24 ，被告就台典公司投標金額有所知悉，遑論圖利台典公司之
25 謀議。至張治國將93年11月24日採購公告招標金額「1,125,
26 000元」變造為「依評選及計費辦法」支付一節，不論吳勝
27 連、鐘苗銘、張懷文，其等或稱：會簽時並無塗改痕跡，或
28 稱沒有印象，或稱看不到被更正的資料等語。即令張治國亦
29 未指證係被告指示，自不能認定由被告授意張治國進行變造
30 。

31 (二)鐘苗銘於第一審審理時證稱：投標文件是否符合招標須知，

屬實質問題，須由開標主持人（按即吳勝連）或承辦人（按即張治國）進行審查；證人即評選委員王錦華、林玉峰、楊鵬志於檢察官訊問時，均證稱：其等就投標廠商提出之服務建議書進行評分，不處理工程價格之事各等語。參以被告係評選委員兼召集人，卷附93年12月10日開標紀錄記載：主持人吳勝連，紀錄張治國，而被告並未參與。尤以，開標後未依「評選及計費辦法」規定議價，而逕行宣布台典公司得標者，係吳勝連而非被告。且張治國93年12月13日簽呈略以：「本所辦理系爭專管案於93年12月10日上午舉行公開招標，由台典公司為最優廠商，在合於評分標準以上，主持人當場宣布得標，擬請准予訂約，可否？請核示」，吳勝連僅簽記「擬：如簽，請示」；鐘苗銘則只蓋章及填押日期。可見不論該簽呈或在其上簽具意見之人，均未提及台典公司投標金額高於93年11月9日簽呈所載「預估」監造費用1,125,000元一事。又江郁芳證述：其不須經秘書、鄉長簽核，直接上網公告決標公告等語。自不得僅以決標公告記載預算金額：1,500,000元、底價金額：1,125,000元、決標金額：1,125,000元等事項，遽行推認被告於開標前或開標時，知悉台典公司投標金額高於張治國所簽之1,125,000元，而有圖利台典公司、林志誠之故意。

(二)張治國擬具93年12月27日之簽呈之緣由，吳勝連於檢察官訊問、第一審審理時係證稱：張治國並未提及其受被告指示上簽呈，這個簽表示（張治國）作業上疏失才須由鄉長批示。被告就「專案管理標」從頭到尾未給指示；張懷文於調詢、檢察官訊問時亦證稱：因我看了簽呈後有疑問，找被告了解，他說是承辦人員承認發包作業有誤。被告有拿招標須知給我看，並表示應該依照招標須知第8點辦理各等語，尚難認係由被告指示、要求張治國擬具該簽呈。又觀諸「專案管理標」規劃、監造須知第8點係載明：「委託廠商承辦技術服務，其服務費用之計算，悉依據評選及計費辦法之公有建築物工程技術服務建造費用百分比法內容，雙方議定之」，被

告所簽註「應以工程專案技術服務費百分比計價，始符合原
案精神」係重申該須知以百分比計價之原則，其既未指明無
須依「評選及計費辦法」第11條之規定議價，復未否定鐘苗
銘所簽註「本案招標文件須知第捌點，…雙方議定之，故本
案請承辦人依招標文件須知辦理」。是被告所批註意見，尚
難認其有排除經依工程專案技術服務費百分比計價仍應進行
「議價」程序之意。尤以該簽呈並未載明台典公司投標之具
體金額，自難推認被告於該簽呈簽註意見時，知悉台典公司
將獲取超出張治國原「預估」之1,125,000元。

(四) 證人楊運鴻（93年間起擔任壽豐鄉公所建設課課員、兵役課
課長，自95年7月10日任該所建設課課長）於更一審審理時
證述：93年11月9日簽呈所列1,125,000元，僅提到監造費，
並未將專案管理列入，總經費扣掉工程款以後，剩下之經費
可以支付專案管理之費用（雖須經過更改預算金額之簽辦程
序），台典公司所承辦之標的、內容、範圍，與上開93年11
月9日簽呈所載有所不同（多了專案管理）等語。可見台典
公司到壽豐鄉公所爭執，並非毫無所本。既然總經費扣掉工
程款後仍有剩餘經費，祇要更改預算金額簽辦程序即可支應
台典公司「專案管理標」之規劃費用，實難認被告有指示或
與張治國共同謀議圖利台典公司或林志誠之必要。

(五) 林志誠於第一審審理時陳稱：其收受壽豐鄉公所建設課提供
「專案管理標」契約書初稿及其相關附件，向被告表示工程
爭議之所在，被告要我再跟主辦單位協商，依正常程序往上
簽核；台典公司有提供修正版本給壽豐鄉公所，後來收到壽
豐鄉公所通知可依修正條文更正計費辦法，所以就將修正條
文浮貼在契約上，壽豐鄉公所稱會依照內部程序簽辦，此部
分係江郁芳或張治國與其接洽等語。可見縱使被告知道林志
誠爭執1.9%的規劃費用沒有列入契約書計價，至多證明被告
知悉林志誠就規劃費用有異議，並請求壽豐鄉公所納計此部
分費用，仍難認被告已知按更改前之「專案管理標」契約第
7條約定，台典公司（後續）之報酬將逾上開93年11月9日簽

01 呈之預估金額1,125,000元一事。又吳勝連於調詢、鐘苗銘
02 於第一審審理時，或證稱不知「專案管理標」契約曾經更改
03 ，或證稱不知更改後之情形各等語。再觀諸「專案管理標」
04 契約書封面，鐘苗銘於其上記載：「專案管理標」請於上級
05 補助款及本所自籌款範圍內辦理；張治國載稱：依公告預算
06 金額「評選及計費辦法」支付酬金各詞，均未特別提及「專
07 案管理標」契約書第7條有浮貼、修正之情，或就此點逐級
08 請求裁示，而吳勝連、被告僅只於封面蓋章，並無其他註記
09 。又鐘苗銘於第一審審理時證述：契約金額一般係由承辦人
10 員張治國訂立，既不能排除張治國將該契約書先呈核後，再
11 浮貼修正該契約書第7條條文之情形。則被告是否知悉該契
12 約書（按指第7條）修改後之內容，亦有疑義。

13 (六)被告係大漢技術學院國際貿易系畢業，自81年間起先後擔任
14 過消防員、警員、壽豐鄉公所民政課課員、民政課課長，至
15 91年間始擔任秘書，依卷附壽豐鄉公所103年3月14日壽鄉建
16 字第1030002491號函指明：人事資料顯示無指派連志岳參與
17 政府採購法相關研習等語，此由被告於該簽呈將「限制性」
18 招標誤繕為「限定性」招標，可見其對政府採購法相關規定
19 用語，不甚熟稔。被告於「專案管理標」前，既未受有辦理
20 政府採購等專業訓練，能否以「專案管理標」採購過程之瑕
21 疵，遽認被告明知違背法令仍故意为之？至被告於「專案管
22 理標」招標之前雖與林志誠相識，然被告時任壽豐鄉公所秘
23 書，已在壽豐鄉公所任職10餘年，而林志誠自84年間就到花
24 蓮設立台典公司，台典公司所承包公務機關之投標文件、金
25 額、工程設計及相關工地協調業務，無不由林志誠處理，被
26 告與林志誠有可能因所在地域、業務或者其他原因認識，自
27 不能在無其他事證足以證明被告有圖利台典公司或林志誠之
28 故意情形下，以被告與林志誠認識，推認其有圖利台典公司
29 或林志誠之故意。

30 (七)舞弊防治鑑識協會第1次鑑定，將契約完工日誤為實際竣工
31 日，且依系爭專案管理案契約內容，台典公司必須於「專案

管理標」所依附之本體工程案完工、驗收完畢，其契約義務始告結束，該「本體工程」統包案於96年3月30日竣工，同年4月9日開始驗收，同年5月1日驗收完畢，可見其鑑定基礎不夠完整，與實情不盡相符，自不宜遽採其鑑定結果，認台典公司獲有13,973元之利益。參以109年10月7日該協會函覆之第2次鑑定稱：依照壽豐鄉公所結算驗收證明書所載，本案於94年2月4日開工96年3月30日竣工，驗收自96年4月9日開始至同年5月1日完畢，經以台典公司於94至96年度各年度領取之報酬，乘以各該年度之純益率，經計算其金額分別為負11,918元、正18,145元以及負59,923元，合計為負40,965元等語，尚難認台典公司獲有利益。至該協會109年10月7日函覆意見雖補充：台典公司就「專案管理標」之營業費用有限，94至96年度台典公司平均毛利率約45.23%，估計台典公司「專案管理標」毛利為831,539元，不宜認台典公司無獲利，且「專案管理標」的收入占台典公司3年總收入之4.56%，比例甚低，不宜以全公司純益率認定為「專案管理標」之純益率；「專案管理標」係由台典公司提供監造及工程管理服务，計收服務收入，主要負擔之成本為人力成本，其他費用應該不高，相關之營業費用有限云云。然該協會亦覆稱：「專案管理標」確實成本、費用究為若干，因可取得證據有限，無法確切得悉等語，可見該協會所為補充說明，其前提、計算基準不無假設之嫌。又「專案管理標契約」第11條第4款約定，台典公司於施工期間應指派包含建築或土木、水電工和監工人員駐工地執行監工職務，參以「本體工程」原定於95年2月28日完工，實際上卻拖延至96年3月30日。又林志誠於更四審審理時陳稱：「專案管理標」最主要開銷就是人事、相關行政及交通費用，依約必須有專任的監造人員，監造技師必須到場督導，時間拖越長，成本越高等語。自不得以上開補充意見作為認定台典公司獲有利益之依據。稽之台典公司已表明「專案管理標」之相關支出、稅捐等會計憑證及單據均無留存，舞弊防治鑑識協會鑑定所需之各該

會計憑證，事實上已經無從取得。又原判決主要係以檢察官所舉事證，不足以證明被告明知違背法令及有圖利台典公司或林志誠之故意，不符圖利罪之構成要件，不論台典公司有無獲得利益，已不影響被告不成立圖利罪之結果，其未依職權再行補充鑑定或另行囑託鑑定，顯對判決結果不生影響，不得執為上訴第三審之理由。況檢察官於原審審判期日，經審判長訊以對該協會之鑑定意見，其答稱：沒有意見（見原審卷(二)第131頁），並表明沒有其他證據請求調查（見原審卷(二)第137頁）。檢察官上訴意旨以原判決未另行囑託鑑定，指摘原審調查職責未盡云云，亦難認係適法之第三審上訴理由。

五、綜上，原判決就檢察官所提卷內證據，逐一剖析，參互審酌，仍無從獲得被告有被訴共同犯修正前貪污治罪條例第6條第1項第4款對主管事務圖利及刑法第216條、第211條行使變造公文書罪等犯行之有罪心證，而為被告有利之認定，不能任意指為違法。檢察官上訴意旨泛指原判決以被告實無甘冒重罪圖利台典公司區區1萬餘元之必要，而未慮及被告於「專案管理標」投標前已經運籌4、5個月，張治國及「借牌投標」之包商劉翼，均經判刑確定，其所為論斷違反經驗及論理法則云云，亦未具體指明原判決以檢察官所舉事證無法證明被告有明知違背法令及圖利之故意，所為論斷說明，有何不符卷存事證，或違反證據法則，逕執原判決不採舞弊防治鑑識協會109年10月7日函覆之補充意見所認台典公司獲有利益之意見，指摘原判決諭知被告無罪為違法，難謂已符合首揭上訴第三審之要件。應認檢察官之上訴違背法律上之程式，予以駁回。

六、原判決又載敘：案件自第一審繫屬日起已逾6年，且經最高法院第3次以上發回，第二審更審維持第一審所為無罪（係指經法院為實質之審理，不能證明被告犯罪或其行為不罰之實體判決。實質上或裁判上一罪案件，如就其中一部分為有罪之判決，其餘部分已於判決理由內敘明不能證明被告犯罪

或行為不罰，惟因與有罪判決部分，有實質上或裁判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知者，仍應認已經實體審理之無罪判決）判決，或其所為無罪之更審判決，於更審前曾經同審級法院為2次以上無罪判決者，依刑事妥速審判法第8條規定，不得上訴於第三審。

公訴意旨另以：被告就「專案管理標」於93年12月10日開標時，明知未達3家廠商投標應不予開標、決標，竟宣布台典公司得標；其與張治國推由劉翼虛增工程數量、價格及浮編單價，牟取私利；12月24日公告招標時，招標文件未依「統包實施辦法」第7條訂定評審標準，於選聘評審委員時，既未依吳勝連簽擬外聘專家學者擔任，又遴聘與花蓮地區有地緣關係可能有不客觀疑慮之人擔任評審委員；為確保劉翼可不經招標程序取得「本體工程」之內部裝修等工程，未依行政院公共工程委員會之投標須知範本，於投標須知載明金額、數量或期間上限，僅抽象記載「不逾契約金額百分之50為限」；嗣於94年1月13日「本體工程」標案開標時，明知有投標廠商陪標，竟未依政府採購法第50條第2項規定不予開標或決標，直接宣布劉翼「借牌」之承隆營造股份有限公司得標，又未經議價，直接以預算金額47,000,000元作為決標金額，使劉翼順利得標等情，另涉犯貪污治罪條例第4條第1項第3款經辦工程舞弊、（修正前）第6條第1項第4款圖利、刑法第342條第1項背信等罪嫌云云。

惟查，本件於96年12月28日繫屬，迄今已逾6年，經最高法院4次發回更審，第二審就上開犯行，先後以98年度上訴字第219號、100年度上更(一)字第36號、102年度重上更(二)字第14號、106年度重上更(三)字第4號判決，共計4次均不另為無罪諭知，依上開說明，皆已不得上訴於第三審，先告確定，均不在原審審理範圍等旨。檢察官上訴意旨並未指摘有何違法而提起上訴，本院毋庸審究，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 110 年 9 月 2 日

01		刑 事 第 七 庭 審 判 長	法 官	李 錦 樑
02			法 官	吳 淑 惠
03			法 官	邱 忠 義
04			法 官	錢 建 榮
05			法 官	林 孟 宜
06	本 件 正 本 證 明 與 原 本 無 異			
07			書 記 官	
08	中 華 民 國 110 年 9 月 23 日			