

最高法院刑事判決

110年度台上字第3452號

上訴人 林光華
選任辯護人 陳樹村律師
周南宏律師
陳威廷律師
上訴人 郭茂良
選任辯護人 葉武侯律師
上訴人 林全明
選任辯護人 李淑妃律師
上訴人 徐景祥
選任辯護人 陳惠美律師
上訴人 許吉中
選任辯護人 黃燦堂律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國110年3月2日第二審判決（109年度上訴字第1133號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署108年度偵字第4909、7582、7583、7584、7585、7586、8265、8266、8268號），提起上訴，本院判決如下：

主 文
上訴駁回。

理 由
壹、關於林光華、林全明、徐景祥、許吉中部分，及郭茂良如原判決附表（下稱附表）二編號1、9、10所示部分
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。

01 二、本件原判決撤銷第一審關於其附表一編號4至10、附表三編
02 號1至7、附表四編號1至7所示部分之有罪判決，及上訴人林
03 光華、林全明、徐景祥關於「108年度東港溪崁頂堤防維護
04 管理工作（一工區）採購案（案號108K01，下稱108年一工
05 區採購案）」圖利屏東縣崁頂鄉洲子社區發展協會（下稱洲
06 子協會）部分之無罪判決，改判論處林光華犯如附表一編號
07 4至7、林全明犯如附表三編號1至4所示之共同對主管事務圖
08 利各4罪刑，及論徐景祥以犯如附表四編號1至4所示之共同
09 對主管事務圖利4罪，均免刑；另維持第一審關於論處林光
10 華如附表一編號1、3所示之單獨、共同不違背職務收賄2罪
11 刑及諭知沒收，暨上訴人郭茂良如附表二編號1所示之共同
12 不違背職務收賄罪1罪刑及同附表編號9、10所示與上訴人許
13 吉中共同犯政府採購法第87條第3項之以詐術使開標發生不
14 正確結果各2罪刑部分之判決，駁回郭茂良、許吉中各該部
15 分在第二審之上訴。已詳敘調查、取捨證據之結果及得心證
16 之理由。並就林光華、郭茂良、林全明、徐景祥、許吉中（
17 下稱上訴人5人）否認犯罪及所辯各語，認均非可採，予以
18 論述及指駁。

19 三、犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法
20 院自由判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，
21 即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。且經驗法則與
22 論理法則俱屬客觀存在之法則，非當事人主觀之推測，若僅
23 憑上訴人之主觀意見，漫事指為違背經驗與論理法則，即不
24 足以辨認原判決已具備違背法令之形式。本件原判決綜合全
25 辯論意旨及調查證據所得，本於事實審之推理作用，依法認
26 定：林光華為屏東縣崁頂鄉第17、18屆鄉長（自民國103年
27 12月25日起，至109年4月底因當選無效判決確定被解職），
28 負責綜理鄉務，審核屏東縣崁頂鄉公所（下稱崁頂鄉公所）
29 之預算編列及監督該所施政措施；郭茂良自103年12月25日
30 迄今，擔任屏東縣崁頂鄉代表會（下稱崁頂鄉代會）第20屆
31 副主席、第21屆主席，負責崁頂鄉代會議政事務之管理及綜

理會務；林全明自103年12月25日迄今，擔任崧頂鄉公所秘書，襄助鄉長處理鄉務，並於105年至108年間，擔任由崧頂鄉公所辦理之「東港溪崧頂堤防（NO.0+038-NO.4+000）維護管理工作採購案（案號105K02，下稱105年一工區採購案）」、「東港溪崧頂堤防（NO.4+000-NO.7+500）維護管理工作採購案（案號105K03，下稱105年二工區採購案）」、「106年度東港溪崧頂堤防維護管理工作（一工區）採購案（案號106K01，下稱106年一工區採購案）」、「106年度東港溪崧頂堤防維護管理工作（二工區）採購案（案號106K02，下稱106年二工區採購案）」、「107年度東港溪崧頂堤防維護管理工作（一工區）採購案（案號107K01，下稱107年一工區採購案）」、「107年度東港溪崧頂堤防維護管理工作（二工區）採購案（案號107K02，下稱107年二工區採購案）」、「108年度東港溪崧頂堤防維護管理工作（二工區）採購案（案號108K02，下稱108年二工區採購案）」等採購案（以上7採購案合稱本件採購案）之評選委員及開標、決標主持人；徐景祥自104年7月迄今，擔任崧頂鄉公所建設課課長，承辦鄉內建設及採購業務，並督導該課下屬辦理建設課業務，並負責承辦105年一、二工區採購案、106年一、二工區採購案，及督導下屬林泐澍（業經原審判決無罪確定）簽辦107年一、二工區採購案、108年二工區採購案。是林光華、郭茂良、林全明、徐景祥4人，均係依法令服務於地方自治團體，具有法定職務權限之公務員。本件林光華因擔任崧頂鄉長，對崧頂鄉公所清潔隊員有人事晉用及核定之權，竟對於上開職務上之行為，期約、收受羅慶立（行賄罪業經原審判刑確定）所交付賄款新臺幣（下同）150萬元，作為甄選錄取羅慶立之子羅乾正擔任崧頂鄉清潔隊技工之對價（即原判決事實欄〈下稱事實〉二、1.部分）；林光華另基於要求、期約、收受賄賂之犯意，告知鍾妙汝（所犯行賄罪業經原審判刑確定）得交付賄賂讓其子張偉宸得從臨時人員轉成正式清潔隊員，再與並無任用崧頂鄉公所清潔隊員權限之

01 炭頂鄉代會主席郭茂良，基於收受賄賂之犯意聯絡，推由郭
02 茂良共同收受鍾妙汝之賄款130萬元，再轉交林光華，作為
03 甄選錄取張偉宸為炭頂鄉清潔隊正職隊員之對價（即事實二
04 、3.部分）。又林光華、林全明、徐景祥均知悉郭輝政（業
05 經原審判決無罪確定）為洲子協會之實際負責人，其以洲子
06 協會得標105年一工區、106年一工區、107年一工區等3採購
07 案；鄧連祥（業經原審判決無罪確定）為屏東縣炭頂鄉港東
08 社區發展協會（下稱港東協會）之實際負責人，其以港東協
09 會得標105年二工區、106年二工區、107年二工區、108年二
10 工區等4採購案；且均明知機關辦理採購須依據政府採購法
11 第6條之規定辦理；辦理採購之決標應依據政府採購法第52
12 條第1項第3款、第50條第1項第7款、第34條第2項等規定辦
13 理；於採購案擔任評選委員時，必須依據最有利標評選辦法
14 第10條、採購評選委員會審議規則第14條第3款、採購評選
15 委員會委員須知第6點第7項及採購人員倫理準則第7條第1項
16 第6、7款等規定進行評選。竟違背上開辦理採購相關法令規
17 定，於辦理本件採購案時，共同圖利洲子協會及港東協會（
18 即事實三、部分），並採得標金額扣除成本、稅捐及其他費
19 用後之餘額計算，於105年一、二工區採購案之圖利金額合
20 計208,056元（26,474 +181,582）、106年一、二工區採購
21 案之圖利金額合計442,000元（170,000+272,000）、107年
22 一、二工區採購案之圖利金額合計410,000元（157,000+253
23 ,000）、108年二工區採購案圖利金額則為60,000元（洲子
24 協會另標得之108年一工區採購案，因所支出成本95萬元已
25 高於得標金額94萬元，因而未獲得利益，不構成圖利罪，原
26 審已敘明該部分不另為無罪諭知）。另郭茂良亦為鴻毅企業
27 工程行及鴻茂工程行負責人，許吉中則為順堡營造有限公司
28 （下稱順堡公司）之負責人，郭茂良與許吉中基於圍標之犯
29 意聯絡，先由郭茂良提供鴻毅企業工程行及富懋土木包工業
30 ，與許吉中提供之順堡公司，共同圍標屏東縣恆春鎮墾丁國
31 小災後復建工程採購案（即事實六、6.部分，下稱墾丁國小

採購案），再由郭茂良提供之鴻茂工程行，與許吉中提供之順堡公司，共同圍標屏東縣佳冬鄉玉光國小107年度操場跑道改善工程採購案（即事實六、7.部分，下稱玉光國小採購案），均使各該國小承辦人員開標發生不正確之結果各等情，已說明本於調查所得心證，分別定其取捨而為事實判斷之理由。所為論斷，合乎推理之邏輯規則，尚非原審主觀之推測，核無違背客觀存在之經驗法則與論理法則，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。

四、原判決已敘明採為論罪證據之證人賴金源、宋兵緩、宋秋蘭、鄧羅麗花、羅來和、傅淑芬、楊春桂、張家語、張偉宸、鄧志賢、林麗薇、楊德美、張淨文及同案被告郭茂良、羅慶立、鍾妙汝、郭輝政、鄧連祥、陳禹辰（業經原審判刑確定）、徐景祥、林泐澍、許吉中等人於法務部廉政署廉政官詢問（下稱廉詢）或法務部調查局屏東縣調查站調查員詢問（下稱調詢）時所為之陳述，何以具有較可信之特別情況，認有證據能力；同案被告郭茂良、林全明、徐景祥、林泐澍、林光華、鍾妙汝、許吉中、陳禹辰、羅慶立、郭輝政、鄧連祥及證人宋兵緩、宋秋蘭、羅乾正、林秀櫻、鄧清標、郭月娥、賴金源、曾輝地、鄧志賢、王龍興、林麗薇、傅淑芬、楊春桂、張家語、張偉宸、鄧志賢、楊德美、張淨文、陳韋富、林江喜、張瑞芳、陳明輝等人，於偵查中檢察官訊問時所為之證述，則皆無事證顯示有何顯不可信情況，上訴人5人及其辯護人復未具體指摘有何顯不可信之情形，亦均具有證據能力。雖原判決未就上開供述證據逐一說明如何具「特信性」或「必要性」，但已綜合論述上開證人於廉政官、調查員詢問之陳述，或因時間久遠已遺忘，或因礙於地方人情壓力而與第一審審理時所為證述不符，惟其等於廉政官或調查員前之證述均甚為詳盡，對於所詢亦針對問題回答，並能清楚陳述，顯見其等受詢問時精神狀態良好，皆出於自由意志，非經不正方法取得，受外界影響程度較低，記憶較為鮮明，外力干預較少，具有較可信之特別情況，認均具有證據

能力等旨，論述雖稍嫌簡略，然原審於調查後，依卷內資料查無非法或不當取證而不得為證據之情形，復為證明本件犯罪事實所必要之重要關係事項，雖未逐一說明具有證據能力之理由論斷，並不影響其判決本旨，亦無違法可言，尚難謂有何林光華上訴意旨所指採「包裹式」以同一籠統理由，將被告以外之人在審判外之陳述認有證據能力而違背證據法則或判決理由欠備情事，或有和郭茂良上訴意旨所指悖於證據法則之違誤。至林光華被訴收受陳寶玉所交付120萬元賄賂部分，原審將另行審結，原判決贅載證人陳寶玉於廉政官詢問或偵訊時之證述亦具有證據能力乙節，雖有瑕疵，然除去上開贅載後，並不影響已審結部分之判決結果，尚與判決理由矛盾之違法情形並不相當。

五、審判期日之訴訟程序如何踐行，依刑事訴訟法第47條規定，專以審判筆錄為證。依據卷內原審之審判筆錄記載，審判長於最後言詞辯論期日調查證據時，俱依卷內證據之性質逐一為提示並告以要旨，且詢問上訴人5人及其等辯護人有無意見，已足以擔保證據之真實性並確保其等訴訟防禦權之行使。更於調查證據程序最後，原審審判長詢問「尚有何證據請求調查？」時，上訴人5人及其等辯護人均答稱「無」（見原審卷第5宗第457、458頁），復對調查證據之方式，未當場表示異議，又未當庭聲請傳訊調查，原審所踐行之證據調查程序，於法即無不合。另審判長於調查證據完畢後，已依序命檢察官、上訴人5人、其等辯護人就事實、法律及量刑分別辯論，有該審判程序筆錄在卷為憑（見原審卷第5宗第39至538頁），所踐行之辯論程序於法無違，亦無剝奪林光華、郭茂良、林全明行使訴訟防禦、辯明權之違法可言。至林光華之原審辯護人於原審109年12月22日審判期日庭呈之刑事準備（二）暨聲請狀，聲請傳喚證人陳韋富、鄧清標、蔡勝全、楊春桂，待證事實為「林光華並無指示或影響身為一、二工區標案評選委員之上開4名證人，應由特定廠商得標」（見原審卷第4宗第141頁），然上開4證人於廉詢及偵

訊之證述，對林光華所主張上開待證事實，已皆為有利林光華之證述（見偵卷六第80、139；155、177；238、363；386、447頁），僅楊春桂另為不利林全明之證述，原審乃依林光華聲請傳喚楊春桂到庭行交互詰問（見原審卷第4宗第104至113頁），且原判決引為證據之上開4人審判外陳述，係採信其等證述擔任評選委員並無專業知識或相關經驗為實質評選之專業能力等情（見原判決第62至63頁），從而原審認為本件事證已明，且林光華、林全明及其等辯護人迄原審辯論終結均未提出異議，因而未再行依聲請傳喚證人蔡勝全、鄧清標、陳韋富等人，或依職權再傳喚楊春桂或其他證人為調查，亦難認有何證據調查職責未盡或有實質侵害林光華、林全明對質詰問權之違誤。林光華上訴意旨指摘上開3證人之審判外陳述無證據能力，原審未再傳喚調查為不當，有調查未盡及侵害對質詰問權云云，及林全明上訴意旨指摘楊春桂所為不利伊之證述不足採信云云，均難謂有據，雖原判決未敘明上情，容有疏漏欠當，然對於判決之本旨無影響，仍與判決理由矛盾或調查未盡之違法有別。

六、原判決認定林光華期約、收受羅慶立所交付賄款150萬元，作為錄取羅慶立之子羅乾正擔任崁頂鄉清潔隊技工之對價，已敘明如何綜合林光華之部分不利己供述，證人即同案被告羅慶立、鄧連祥之供證，證人即羅慶立之妻宋秋蘭、宋秋蘭之胞兄宋兵緩、時任崁頂鄉清潔隊長賴金源之證言，核與卷內如附表七所示宋秋蘭自其郵局、農會帳戶各提領現金50萬元、20萬元共計70萬元，與宋兵緩自其彰化銀行、郵局帳戶各提領現金40萬元共計80萬元之帳戶交易明細，暨扣案林光華之妻林秀櫻之筆記本所記載「106.5.28,150慶立」之時間、數目及名字均相符，佐以羅乾正如何經2次甄選而錄取，由林光華核定後任用為編制內清潔隊技工之甄選公告、體檢報告、報名表，經甄選委員林全明、徐景祥、陳韋富、鄧清標評分合格，再簽請林光華核定後進用，並報環保局核備之甄選錄取名單等相關證據資料，相互勾稽，斟酌取捨，而認

定林光華有上開不違背職務收賄之犯行。並說明因林光華與羅慶立關係密切，羅慶立曾向林光華詢問清潔隊甄選事宜，且親自至鄉公所拿取報名表，確有其子羅乾正錄取成為編制任內技工為對價而行賄動機之論據。另就林光華、林秀櫻、羅慶立、宋秋蘭對上開筆記本之記載究為何意之辯解，及宋秋蘭、宋兵緩、鄧連祥對上開款項之用途或來源、去向之辯詞，何以均不足採，皆不足作為有利林光華之認定各等旨，均已依據卷內資料予以指駁及說明。所為論斷，經核於法並無不合，亦無林光華上訴意旨所指調查未盡、採證違法或判決理由欠備、矛盾之違誤。

七、原判決認定林光華與郭茂良共同收受鍾妙汝所交付賄款130萬元，作為甄選錄取鍾妙汝之子張偉宸為正職崁頂鄉清潔隊員之對價，已敘明如何依憑鍾妙汝在廉詢、調詢及第一審均坦承伊為使伊子張偉宸能成為正式清潔隊員，而交付郭茂良賄款130萬元轉交予林光華，之後郭茂良再退還20萬元等情，核與證人張家語、張偉宸父子於廉詢及檢察官偵訊時證述情節相符，並有如附表八所載之張偉宸提領金額明細在卷可佐。而林光華如何先指示賴金源函請屏東縣政府核准崁頂鄉公所增設清潔隊員2名，並函請崁頂鄉代會同意墊付薪資後，再進行核定上網公告、勾選評選委員辦理面試等徵選程序，又聯絡鍾妙汝轉告張偉宸儘速體檢，於僅7日之報名截止期限，由張偉宸1人報名並錄取報到等事實，亦有賴金源之證詞及卷附林光華與鍾妙汝所持用門號手機之通聯紀錄及通訊監察譯文、崁頂鄉公所甄選進用張偉宸為清潔隊員之全卷等相關證據資料在卷可稽，足認林光華與郭茂良確有上開犯行。且載敘郭茂良事後如何將其分得之20萬元退還鍾妙汝等情，何以仍不影響罪名之成立，然因已無犯罪所得，而不為沒收之諭知。復就所確認之事實，敘明郭茂良雖係崁頂鄉代會主席，然並無法定職務權限得以核定崁頂鄉公所清潔隊員之任用，是其與具有法定職務權限之崁頂鄉長林光華，基於犯意聯絡，推由郭茂良為收賄行為之實行，郭茂良依刑法第

31條第1項前段及貪污治罪條例第3條規定，仍成立不違背職務收受賄賂罪之共同正犯之論據。另就鍾妙汝於原審改稱：事後由辯護人處得知林光華否認有收受郭茂良轉交之賄款，應該是伊被郭茂良詐騙云云，如何不足採，亦不能作為有利林光華、郭茂良之證明各等旨，均已依據卷內資料予以論述及說明。所為論斷，並無認定事實未憑證據之情形，亦無林光華、郭茂良上訴意旨所指摘採證違法、調查未盡、違反無罪推定、適用證據法則不當或判決理由欠備、矛盾之違誤。至原判決附帶敘明可推論林光華延續之前陳寶玉之子郭勇亨從臨時人員甄試轉正職之相同模式等語（見原判決第50頁），原審將另行審結之林光華被訴收受陳寶玉賄賂部分，已先為預斷，尚有未恰，核屬贅餘，惟予以除去後，仍不影響此部分犯行之認定及判決之結果，亦與不適用法則之違法情形並不相當。

八、公務員執行職務，應遵守法令規章，受法律及一般法律原則之拘束，不得逾越法令而濫用裁量權。而機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇；機關辦理招標，不得於開標前洩漏底價，領標、投標廠商之名稱與家數及其他足以造成限制競爭或不公平競爭之相關資料；機關發現有足以影響採購公正之違反法令行為，於開標前發現者，其所投之標應不予開標；於開標後發現者，應不決標予該廠商；機關辦理採購之決標，以合於招標文件規定之最有利標為得標廠商，決標依政府採購法第52條第1項第3款規定辦理者，應依招標文件所規定之評審標準，就廠商投標標的之技術、品質、功能、商業條款或價格等項目，作序位或計數之綜合評選，評定最有利標。政府採購法第6條第1項、第34條第2項、第50條第1項第7款、第52條第1項第3款、第56條第1項前段分別定有明文，此為承辦、監辦採購之公務員於辦理採購職務時，所應遵循之特別法令規範。又共同實行犯罪行為之人，在共同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，彼此協力、相互補充以達其犯

罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。故共同正犯在客觀上透過分工參與實現犯罪結果之部分或階段行為，以共同支配犯罪「是否」或「如何」實現之目的，並因其主觀上具有支配如何實現之犯罪意思而受歸責，固不以實際參與犯罪構成要件行為或參與每一階段之犯罪行為為必要。僅參與事前之計劃、謀議而未實際參與犯罪，或僅參與犯罪構成要件以外之行為，倘足以左右其他行為人是否或如何犯罪，而對於犯罪之實現具有功能上不可或缺之重要性者，與其他參與實行犯罪構成要件行為之人，同具有功能性的犯罪支配地位，而為共同正犯。是以，承辦或監辦採購業務之公務員，於辦理所主管之採購案時，對於圖利他人犯行實現所應配合之違反採購法令行為，是否為不可或缺之重要環節，具有功能上不可或缺之重要性，自應整體觀察綜合判斷，以評價是否為同具有功能性的犯罪支配地位之共同正犯。原判決關於認定崁頂鄉公所鄉長林光華、秘書林全明、建設課長徐景祥（下稱林光華等3人）辦理本件採購案，共同圖利洲子協會及港東協會部分，已敘明係依憑徐景祥於廉詢及檢察官偵訊時之供證，核與證人即同案被告郭輝政、鄧連祥、證人鄧羅麗花於廉詢時之證詞相符，並有卷附鄧連祥前往崁頂鄉公所找林全明之監視錄影照片，及鄧連祥請求林全明將二工區採購案之投標金額提高之林全明所持用門號手機之通訊監察譯文可資佐證，參以鄧清標、蔡勝全、楊春桂、陳韋富於廉詢與檢察官偵訊時及楊春桂於原審審理時之證詞，勾稽本件採購案全卷暨卷內其他相關證據資料，相互印證，斟酌取捨後，經綜合判斷，而認定林光華等3人辦理本件採購案，確有違背上揭採購法令，共同圖洲子協會及港東協會不法利益之行為。並敘明如何認定：林光華於辦理本件採購案時，明知給予廠商不公平差別待遇，係違反上揭採購法律，竟自徐景祥承辦105年一、二工區採購案起，即指示徐景祥將一工區給洲子協會、二工區給港東協會辦理，及幫該2協會製作所有投標文件，並指派均無實質評選本件採購案相關

經驗或專業知識能力之鄧清標、蔡勝全、楊春桂、陳韋富等人擔任評選委員；林全明已知悉上開內定廠商，竟仍將應保密之投標廠商家數洩漏給港東協會代表鄧連祥，並主持本件採購案之開標、決標；徐景祥係本件採購案之承辦人，明知林光華之指示已違反上開政府採購法規定，竟仍配合林光華之指示，親自或指示所屬林泐澍為該2協會製作全部之投標文件等情。復就所確認之事實，載敘林光華等3人對前揭犯行何以皆有犯意聯絡及行為分擔，同具有功能性的犯罪支配地位，俱為共同正犯；暨何以本件採購案非以圖利對象，而係依每年預算編列核撥後，另行起意著手同時辦理每年度一、二工區採購工程，來區分犯意及犯行，爰認應按每年度構成1罪，共成立4罪，且犯意各別，行為不同，應予分論併罰之憑據。另就林光華等3人否認犯罪之所辯，如何俱不足採，及卷內其他有利於之證據，如何皆不能採納等旨，亦於理由內予以說明、指駁甚詳。所為論斷，俱有卷存事證足憑，並無認定事實未憑證據之情形，亦無林光華等3人上訴意旨所指摘證據調查職責未盡、採證違法、違反無罪推定或適用自白、補強、經驗、論理等法則不當或判決理由欠備、矛盾之違誤。林光華等3人上訴意旨徒憑己意而為相異評價，再為事實上枝節性爭辯，仍爭執並無圖利之犯意聯絡或行為分擔云云，均非有據，皆非適法之第三審上訴理由。

九、貪污治罪條例第6條第1項第4款之公務員違法圖利罪，除公務員對於其主管或監督之事務，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，直接或間接圖自己或其他私人不法利益外，尚須該公務員圖利之對象因而獲得利益，始克成立。而此所稱「利益」，依該條款立法理由說明，係指一切足使圖利對象（包括本人或第三人）之財產，增加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。且公務員圖利對象因而獲得之不法利益，並不包含其原來支出部分

之成本、稅捐及費用。又本罪為結果犯，並無處罰未遂犯之規定，自以圖利結果實際發生、圖利對象因而實際獲有利益為必要，否則即無從構成圖利罪，倘圖利對象果因而獲得利益，公務員之違法圖利行為即已既遂，至圖利對象獲得利益後如何使用或處分，並不影響圖利罪名之成立。而所稱圖利對象之「其他私人」，參照刑法第38條第3項、第38條之1第2項及民事訴訟法第40條第3項規定，包括自然人、法人、非法人團體，始與法律規定之意旨相符。稽之卷內資料，本件採購案中，洲子協會得標105年一工區、106年一工區、107年一工區等3採購案；港東協會得標105年二工區、106年二工區、107年二工區、108年二工區等4採購案，已如前述。雖洲子協會、港東協會均非私法人，惟皆為立案設有代表人且有獨立財產之民間非法人團體，於本案屬於被告以外之第三人。本件採購案係分別為該2協會標得，且均因而獲得利益，雖該2協會之犯罪所得，經原審認依刑法第38條之2第2項規定意旨，予以沒收、追徵有過苛之虞，而不為第三人沒收之諭知；然亦認定洲子協會與其代表人郭輝政、港東協會與其代表人鄧連祥或其配偶鄧羅麗花均屬有別，該2協會均有獨立之帳戶與會務組織運作及經費開銷，林光華等3人獨圖利該2協會，對炭頂鄉內其他社區發展協會不公平，仍屬對圖利罪保護法益之不法侵害，是林光華等3人均明知違反執行職務所應遵守之前開採購法令規定辦理本件採購案，直接圖上開2協會不法利益，因而該2協會皆獲得利益，破壞國民對公務員廉潔及公正執行職務之信賴，為保護法益具有可罰性，已該當貪污治罪條例第6條第1項第4款所規定公務員對於主管之事務，明知違背法令規定，直接圖其他私人不法利益，因而獲得利益之構成要件。徐景祥上訴意旨持憑個人主觀見解，爭執：上開2協會沒有辦理法人登記，是非法法人團體，且該2協會就本件採購案所得之利益，用之於公益，讓村民有工作機會，並為村內除草維護環境清潔，難認屬不法利益，與圖利罪構成要件不符云云，指摘原判決論處其圖

利罪責有適用法則不當之違法，要屬誤解，亦非適法之第三審上訴理由。

十、政府採購法之制定目的，在建立公平、公開之政府採購程序，以提升採購效率與功能，確保採購品質，使政府採購程序回歸市場競爭機制，以節省國庫支出。因之，倘參與政府採購發包案之不同廠商，彼此間雖有公司法規範之關係企業關係，或上、下游廠商之垂直關係，為獲取最大商業利益，各自以自身名義參與投標，並各自決定投標價格，形成政府採購程序之公平市場競爭環境，要無施用詐術或其他非法之方法，使開標發生不正確結果之行為；然倘參與投標之各該廠商，無論彼此間是否為關係企業，或各具獨立法人格，祇要該等廠商均係行為人能掌控、決策，並於投標時，實際決定以其中一家廠商投標金額略高於另一家廠商之方法，製造形式上價格競爭，而實質上不為競爭，致發包機關誤信所參與投標之廠商間確實有競爭關係存在，破壞招標程序之價格競爭功能，足使開標發生不正確之結果，即該當政府採購法第87條第3項規定詐術圍標罪。原判決認定郭茂良與許吉中基於圍標之犯意聯絡，由郭茂良提供之鴻毅企業工程行及富懋土木包工業名義，與許吉中提供陪標之順堡公司名義，共同圍標墾丁國小採購案，捏造有3家以上合格廠商投標之假象，致墾丁國小之承辦人員陷於錯誤而予以開標、決標，並由鴻毅企業工程行以227萬元得標，使開標發生不正確之結果，許吉中於決標後兌領取得陪標之押標金16萬元後，再寄還郭茂良；及由郭茂良提供之鴻茂工程行名義，與許吉中提供陪標之順堡公司名義，共同圍標玉光國小採購案，亦致玉光國小之承辦人員陷於錯誤而予以開標、決標，由鴻茂工程行以351萬元得標，使開標發生不正確之結果，嗣決標後，許吉中再將押標金15萬元匯還郭茂良等情，已敘明各有如附表十二之六、十二之七所載卷證足憑。郭茂良上訴意旨泛稱：雙方係合夥、合作關係，得標之工程共同施作非圍標云云，與前開附表所載，於決標後許吉中旋即寄回或匯還代墊之陪

標押標金之支票及收支明細等卷內客觀事證顯然不符，且與上述關係企業或上、下游企業間共同投標情況不同，又未提出合作之證據，自無從執為有利之認定；許吉中上訴意旨則援引本院其他審理採限制性招標之不同採購案所為判決，泛指原審未審酌上開2採購案究否採公開招標，亦未詳論伊與郭茂良究竟犯意如何聯絡，行為如何分擔云云，並未依據卷內證據資料具體指摘，同非上訴第三審之適法理由。

十一、刑之量定及酌定應執行刑之刑期、是否適用刑法第59條酌減其刑、免除其刑或宣告緩刑，均屬事實審法院得依職權裁量之範疇。又同案被告之共同正犯，參與情節各有不同，亦無從比附援引指摘量刑失當。原判決已說明各以上訴人5人無之責任為基礎，並審酌徐景祥擔任建設課長，本應奉公守法，處理鄉內採購案事務，明知承辦之採購案違反法令，竟仍屈從長官共同圖利他人，惟其與林光華並無親誼關係，因是下屬公務員，不敢違背直屬長官之命令而共犯本案，在地方法民選首長威權下，基層公務員的處境時有難以抉擇，尚難過度苛責，且其於偵查中已自白犯行，並供出係受長官指示圖利上開2協會，因而查獲共同正犯林光華、林全明，為避免公務員於犯小錯後，不敢揭發弊案，藉否認犯罪圖求獲判無罪機會，致浪費司法資源，雖徐景祥嗣於審理中為無罪答辯，然考量本件圖利他人之案情，尚屬輕微，兼鼓勵公務員積極勇於檢舉長官不法之犯行，暨量刑應符合必要性及比例原則之價值要求，爰就其所犯圖利4罪，均適用貪污治罪條例第8條第2項後段規定，判處免刑。復敘明審酌郭茂良身為崁頂鄉代會主席，不知廉潔自持，恣意妄為，經手轉交賄款而與鄉長共同收受賄賂，惡性非輕，爰不依刑法第31條第1項但書規定減輕其刑，又其原分得賄款20萬元已退還鍾妙汝，已無犯罪所得，亦不另宣告沒收；暨就維持第一審判決關於郭茂良、許吉中部分，審酌第一審認郭茂良有違選民之託付，經營營造業而共同圍標公共工程；許吉中則以其經營公司作為郭茂良投標政府採購案之陪標廠商，均有礙公共工程投

標公平性，兼衡其等之刑法第57條各款所列情狀，分別就郭茂良所犯共同不違背職務收賄罪，量處有期徒刑7年8月，褫奪公權5年；就郭茂良、許吉中所犯共同妨害投標各2罪，皆各處有期徒刑6月、5月，並分別定其應執行刑，暨各諭知易科罰金之折算標準，未逾越法定刑度及刑法第51條第5款規定之範圍，且無違公平正義，而予以維持之理由，屬其刑罰裁量權之適法行使，並未違背比例及罪刑相當原則，自無違法可言。又刑法第59條酌量減輕其刑之規定，係推翻立法者之立法形成，就法定最低度刑再予減輕，為司法之特權，適用上自應謹慎，未可為常態，其所具特殊事由，應使一般人一望即知有可憫恕之處，非可恣意為之；另刑法第74條宣告緩刑與否，亦屬實體法上賦予法院得為裁量事項，自應就行為人是否適具緩刑情狀，於裁判時綜合裁量。原判決未對許吉中酌減其刑，或對許吉中、徐景祥宣告緩刑，無違公平正義，亦無違法可指。

十二、被告犯罪已經證明，應諭知科刑之判決。但免除其刑者，應諭知免刑之判決，刑事訴訟法第299條第1項定有明文。參照同條第2項及刑法第61條規定，「免刑」仍屬有罪判決，但因法律上之原因，無論知科刑判決之必要，而使其得免受其刑（包含主刑及從刑褫奪公權）之執行，亦即有罪無刑之判決，與無罪判決不同，亦與有罪判決宣告緩刑有別。因緩刑係暫不執行主刑，並附期限及條件消滅主刑，但緩刑之效力不及於從刑褫奪公權，刑法第74條第5項、第76條規定甚明，不可不辯。又貪污治罪條例第1條已揭示該條例之制定，係為「嚴懲貪污、澄清吏治」，同條例第17條明定：「犯本條例之罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權。」乃屬立法裁量，又有刑法第37條規定得裁量褫奪期間之長短，及依法判處免刑即可豁免從刑褫奪公權，可資適用得以調和，自不能遽指上揭貪污犯罪判處有期徒刑以上一律應宣告褫奪公權規定係違憲。原判決認定徐景祥於偵查中已自白犯行，且因而查獲共同正犯林光華、林全明，爰適用貪污治

01 罪條例第8條第2項後段得免除其刑之規定，判處免刑，已如
02 前述。惟原判決另將「縱為緩刑之宣告，因不及於從刑褫奪
03 公權，將影響其繼續服公職之機會」（見原判決第80頁），
04 作為判處免刑之理由，則有誤解。蓋「曾服公務有貪污行為
05 ，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案，不得任用為公務人
06 員，公務人員任用法第28條第1項第4款定有明文。而免刑判
07 決既屬有罪判決，原審諭知徐景祥免刑之判決確定，徐景祥
08 即喪失現任及再任公務員之資格，其之前累積之公務員年資
09 ，亦無以為續，殊無可能不「影響其繼續服公職之機會」。
10 考其立法意旨，褫奪公權對犯貪污罪者，限制於一定期間內
11 再服公職，性質上兼有預防犯罪與社會防衛之目的，故於緩
12 刑內執行褫奪公權，並未悖於緩刑及褫奪公權同具有預防再
13 犯罪之本旨。因而原審倘宣告緩刑，因緩刑之效力不及於應
14 併宣告1年以上10年以下之從刑褫奪公權，而褫奪期間自判
15 決確定時起算，期間內應褫奪為公務員及公職候選人之資格
16 ，刑法第36條、第37條第2項至第5項規定甚明，不但應自裁
17 判確定時起立即解職，褫奪繼續服公職機會，且於褫奪公權
18 期間更一併剝奪其為公職候選人及再應考試服公職之資格，
19 殊為不利。雖依司法院釋字第66號解釋意旨及刑法第76條前
20 段規定，公務員因貪污行為經判刑並諭知緩刑確定者，於緩
21 刑期滿未被撤銷，即可再應公職考試或任公職，仍有再任公
22 職，得以接續公務人員年資之機會。然宣告緩刑除有被撤銷
23 緩刑之法定事由外，更有上開褫奪公權之不利益，與判處免
24 刑相較，利弊因人而異。是服公務有貪污行為，逕判處免刑
25 而一併豁免從刑褫奪公權，或宣告主刑緩刑並褫奪公權各一
26 定期間，究竟何者較為有利？端視行為人之個人客觀條件及
27 主觀認知而有不同，未可一概而論。允宜審視上開免除其刑
28 、褫奪公權、緩刑、附條件免刑或緩刑制度之規範意旨，並
29 以行為人之責任為基礎，於裁判時本於一般法律原則，綜合
30 審酌繫屬個案之一切情狀，為整體評價後妥適裁量。本件依
31 原判決認定之事實及審酌之量刑因子，徐景祥於87年投入公

職，歷經數機關單位，工作資歷都是辦理土木工程相關業務，於林光華於103年12月25日上任崁頂鄉長後，徐景祥始於104年7月調任建設課長，已非最底層之承辦公務員，見時任農業課長陳文良因工作上不配合，被降調到民政課擔任課員後，在林光華威權下，為保自己仕途，一再屈意迎合鄉長違法指示，共同圖利他人長達4年之久，更進而要求課內下屬配合辦理，多年來同流合污，惡性非輕，迄案發後始於偵查中自白，並供出長官犯行，能獲原審判處免刑寬典，實已寬厚之至。參以徐景祥於法院審理中始終否認犯行，且於事實審亦未請求宣告緩刑，其情狀似與宣告緩刑之要件未盡相符。況以徐景祥現齡已逾50歲，於我國公務員之考選、進用現況競爭激烈，待緩刑期滿屆時是否仍有再任服公職機會實難期待，遑論想方設法再任公職，倘為再續接併計原公務員年資，以補足退休年資請領退休金，相較年金改革下奉公守法之公務員，難謂公允，更讓社會觀感不佳，實難評價係其應受保障之正當合理期待利益。是原判決所載判處免刑方可「不影響其繼續服公職之機會」之理由，雖有誤解，尚有未恰。然原判決判處免刑之結論，對徐景祥並非不利，檢察官亦未為徐景祥之不利益提起上訴，上開瑕疵核屬贅餘，然縱予以除去，仍不影響本件判決免刑之結果。從而，徐景祥之上訴意旨援引與本案案情不同、無拘束力之其他案件之裁判情形，執以指摘原判決既不欲影響其繼續服公職之機會，卻對伊為免刑判決，致使伊因而遭免職無法繼續服公職，且終生無法再服公職云云，指摘原判決理由矛盾，仍非上訴第三審之適法理由。

十三、綜合前述及其他上訴意旨，上訴人5人均係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，再事爭執，或對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力及刑罰裁量之職權適法行使，徒以自己之說詞，就相同之證據為不同之評價，任意指為違法，或單純為事實上枝節爭辯，或非依據卷內資料漫為指摘，均非足以影響判決結果之合法第三審

上訴理由，要與法律規定得為上訴第三審理由之違法情形，不相適合，難謂已符合首揭法定之上訴要件。應認林光華、徐景祥、許吉中之上訴，及林全明關於圖利、郭茂良關於不違背職務收賄、違反政府採購法第87條第3項以詐術使開標發生不正確結果部分之上訴，皆違背法律上之程式，均予以駁回。至林全明上開關於二工區採購案所犯圖利罪，尚洩漏投標廠商家數消息給鄧連祥，而想像競合犯刑法第132條第1項之公務員洩漏國防以外之秘密消息罪部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款規定，不得上訴於第三審法院之罪，又無同條項但書所示情形，林全明上開圖利重罪之上訴既不合法，應予駁回，則此項洩密輕罪自無從併予實體審判，應併從程序上予以駁回。

十四、又對於本案之判決提起上訴者，依刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定，其上訴效力固及於以上訴人違法行為存在為前提之參與人相關沒收判決部分；但須其上訴係合法時，始有效力相及之可言。查本件僅有上訴人5人對原判決不服提起上訴，而林光華等3人上開共同犯對主管事務圖利各4罪部分之上訴，既不合法律上之程式，而應從程序上駁回，其上訴效力，自不及於原判決關於參與人洲子協會、港東協會均不予沒收部分之判決，故無須併列上開原審參與人為本判決之當事人，附此敘明。

貳、關於郭茂良如附表二編號2至8所示部分

一、按刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，而諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。

二、郭茂良不服原審判決，於110年3月29日具狀提起上訴，已聲明就附表二所示之罪均提起上訴，然原判決維持第一審關於附表二編號2、3所示郭茂良共同犯公務員洩漏國防以外之秘密消息2罪刑，及編號4至8所示郭茂良借用他人名義或證件

01 投標5罪刑部分，分別係犯刑法第132條第1項及政府採購法
02 第87條第5項前段之罪，核均屬刑事訴訟法第376條第1項第1
03 款規定不得上訴於第三審法院之案件，又無同條項但書所示
04 情形，均不得上訴於第三審法院。從而，郭茂良對於原判決
05 此部分之上訴，自非合法，應併予駁回。

06 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

07 中 華 民 國 110 年 6 月 23 日

08 刑事第五庭審判長法官 吳 信 銘

09 法官 何 菁 莪

10 法官 林 英 志

11 法官 蔡 廣 昇

12 法官 梁 宏 哲

13 本件正本證明與原本無異

14 書記官

15 中 華 民 國 110 年 6 月 28 日