



犯罪防治



第五期
研究專刊

<http://www.moj.gov.tw/mp302.html>

No. 5

中華民國104年7月

出版者：法務部司法官學院・發行人：蔡清祥・主編：吳永達・執行編輯：楊雅芳

發行所：法務部司法官學院地址：10671 台北市大安區辛亥路3段81號
犯罪防治研究中心辦公室：10048 台北市貴陽街1段235號6樓616

電話：(02)2733-1047
電話：(02)2311-1298

編印單位：大光華印務部



編者的話

為激發更多的刑事政策創意思考，以期為學術界與實務界提供前瞻性的整合服務，本學院自103年7月起，創辦「犯罪防治研究專刊」，為落實讓學術界與實務界形成策略聯盟，促進國內外犯罪問題防治與研究交流，提昇國家推動刑事政策的精準度與執行力，本學院將於104年8月5日與法務部廉政署共同舉辦「2015年廉能學術研討會-防貪策略的聚焦與創變」活動，本期專刊「犯罪防治論壇」，特配合發表三篇論文；另在「心情隨筆」單元，亦特別邀請學者撰寫短評，以回應近期內連續發生之數起重大社會犯罪事件，並促進學術的多元溝通。

隨著國家政經的發展及社會的繁榮，犯罪問題未曾止息，且更將日趨嚴重、複雜，本學院對於犯罪防治問題研究的努力，亦將永不止息，期望因為有您的支持及參與，共同發揮集體力量，使這個新的犯罪防治研究園地，不斷成長、茁壯，並蘊育出豐碩甜美的工作果實。



目錄

編者的話 1

最新訊息 2

犯罪防治論壇

採購貪污與圖利罪之研析—以民間參與公共工程、虛偽規格圖說及同等品驗收不實為例 3

警政貪瀆犯罪型態及其防治策略 19

東西方貪腐型態與防制策略之比較研究 34

心情隨筆

「解鈴仍需繫鈴人，戒毒要靠吸毒者」——戒毒成功最重要的關鍵人物仍是吸毒者本人 50

「網路霸凌」行為如何管制 51

全球女童／少女被害保護機制的在地化 52

龔重安殺人事件的省思 54

大事紀要 56

活動剪影 56



最新訊息

一、司法官學院辦理第二屆「傑出碩博士犯罪防治研究論文獎」，申請期間，104年9月1日至同年10月1日止。歡迎教育部認可之國內各大學院校各系所碩博士研究生提出申請。

二、司法官學院將於104年8月5日09:00至16:00在該學院五樓大禮堂與法務部廉政署共同舉辦《「2015年廉能學術研討會-防貪策略的聚焦與創變」》活動，全程參加者核與4小時公務人員學習時數，歡迎儘速踴躍報名。

法務部司法官學院
第二屆 傑出碩博士 犯罪防治 研究論文獎

申請期間 104年9月1日至10月1日

申請資格 教育部認可之國內各大學院校碩博士研究生

獎勵名額 碩士研究生三名，博士生二名

獎勵方式 碩士研究生獎金新臺幣三萬元整，
博士研究生獎金新臺幣五萬元整，
並公開頒贈獎狀乙紙

主辦單位 法務部司法官學院

申請規定及表格 請上 <http://www.moj.gov.tw/mgs302.html>
司法官學院犯罪防治研究資料庫網站下載。

連絡電話及e-mail信箱
(02)2311-1298 楊雅芳小姐
yangyf@mail.moj.gov.tw

2015 廉能學術研討會
防貪策略的聚焦與創變

104 8/5 (星期三)
09:00~16:00

法務部司法官學院大禮堂 (臺北市大安區辛亥路三段81號5樓)

時 間	議 程
09:00-09:30	報 到
09:30-09:50	長官致詞 法務部部長 羅瑩雪 法務部司法官學院院長 蔡清祥 法務部廉政署署長 賴哲雄
09:50-10:50	第一場主題：採購貪污與圖利罪之研析－以民間參與公共工程、虛偽規格圖說及同等品驗收不實為例 主持人：國立臺北大學犯罪學研究所特聘教授兼社會科學學院院長 許春金 發表人：國立中正大學犯罪防治學系暨研究所教授兼系主任及所長 許華孚 與談人：1. 行政院公共工程委員會主任秘書 蘇明通 2. 法務部廉政署主任秘書 林嘉慧
10:50-11:00	休 息
11:00-12:00	第二場主題：警政貪污犯罪型態及其防治策略 主持人：銘傳大學社會與安全管理學系特聘教授 蔡德輝 發表人：國立中正大學犯罪防治學系副教授 馬躍中 與談人：1. 內政部警政署政風室主任 陳大偉 2. 中央警察大學外事警察學系教授兼系主任 李宗勳
12:00-13:30	中 餐
13:30-14:30	第三場主題：東西方貪腐型態與防制策略之比較研究 主持人：法務部政務次長 陳明堂 發表人：國立中正大學犯罪防治學系教授 陳慈幸 與談人：1. 行政院顧問 謝立功 2. 世新大學行政管理學系副教授 陳俊明
14:30-15:00	茶 敘
15:00-16:00	綜合座談 主持人：法務部廉政署署長 賴哲雄 列席人：三場次發表人及與談人
16:00	賦 歸

指導單位 | 法務部
辦理單位 | 法務部廉政署 法務部司法官學院
協辦單位 | 國立中正大學

活動聯絡人：
法務部廉政署徐小姐 02-2630-9586 分機 2074
法務部司法官學院楊小姐 02-2191-0189 分機 7369



採購貪污與圖利罪之研析－以民間參與公共工程、虛偽規格圖說及同等品驗收不實為例

蔡浩志*、劉育偉**、許華孚***

摘 要

政府採購各階段行為態樣繁複，涉法案件之刑事偵審，常見政府採購法與相關子法、貪污治罪條例及刑法之交錯適用。認定個案事實時，多需要採購招標規格圖說、商情分析與採購計畫文件清單或驗收格式文書之取證，至於適用法律，則著重相關法令及採購行政規則之解釋，尤其在結合促進民間參與公共建設法及獎勵民間參與交通建設條例之案件，更涉及「興建經營合約」之法律性質辯證，與行為人有無公務員身分之認定，整體反映於法院判決數據現象分析，亦見貪污治罪條例各罪及圖利罪之低定罪率、高上訴及發回比率，長久以來，即為我國司法實務關注之難題。本文擬先以最高法院 101 年台上字第 3385 號判決及 102 年台上字第 4887 號判決為對照契引，簡述國內興辦重大工程案件以貪污治罪條例及圖利罪訴追時所面臨之實況，進一步擇取虛偽規格圖說及同等品驗收不實之個案研析為研究途徑，以司法終審確定案件及不起訴確定案件為對象，考察政府採購與工程貪污案件偵辦之脈絡，並提出有關採購貪污案件犯罪預警及鞏固偵查實效之五個建議面向。

關鍵詞：政府採購法、貪污治罪條例、促進民間參與公共工程法、獎勵民間參與交通建設條例、圖利罪

The Research on Anti-Corruption Act and Kickback Statute: The Cases Analysis of BOT, Fake Specification and Mistakable Acceptance

Hao-Chih Tsai*, Yu-Wei Liu**, Hua-Fu Hsu***

ABSTRACT

Government procurement system engages in various patterns. The illicit cases involve in criminal liability. Most cases are likely to be uncovered with regard to anti-corruption act and kickback statute. Particularly, as regards BOT (Build, Operation and Transfer) in relation to public infrastructure or traffic transportation establishment, the contract of construction and management would somehow result in legal disputes and a debate on the identification of governmental officials. According to the judicial statistics, the real picture of crime on anti-corruption and kickback presents a low conviction rate, high further appeal and remanded rate. This is always a puzzle in the judicial practice in Taiwan. The article aims to cite 3385

* 蔡浩志，國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所碩士、海洋大學海洋法律研究所法學碩士。

** 劉育偉，國立中正大學教育學院犯罪防治研究所博士候選人、國立中正大學犯罪研究中心助理研究員。

*** 許華孚，國立中正大學犯罪防治學系暨研究所專任教授暨系主任、所長，臺灣青少年犯罪防治研究學會理事長、中華民國犯罪學學會副理事長，本文通訊作者兼指導教授。



judgment of Taiwan supreme court in 2012 and 4887 judgment in 2013 in order to further elaborate criminal case of BOT involving in anti-corruption act and kickback statute. Moreover, the paper will choose the criminal cases of fake specification and mistakable acceptance in government procurement system for further analysis. In final, five suggestions are proposed in providing for the field of crime prevention and investigation in relation to anti-corruption act and kickback.

Key words: Government Procurement Act, Anti-Corruption Act, BOT, kickback statute

壹、採購貪污案件實務統計概況

一、前言

為關注「腐敗貪污」對於各國社會穩定與安全所造成的影響與威脅的嚴重性，維持各國民主體制與價值觀、道德觀與正義及持續發展之法治，2003年10月31日聯合國大會通過「反貪腐公約」（United Nations Conventions against Corruption，簡稱UNCAC），經30個簽署國之國內最高立法機關批准後90日，於2005年12月14日生效。

我國法務部廉政署2011年7月成立迄今，作為前揭公約第6條「預防性反貪腐機構」（Preventive anti-corruption body or bodies）及第36條「專職機關」（Specialized authorities）於我國之具體實踐，依該署2013年度工作報告詳細彙整之統計數據，2011年至2014年間，該署偵辦案件，廉立（立案偵查）2,177件，以採購貪污案件330件（佔15.16%）為最多，廉查（發交該署肅貪組或地區調查組調查）案件554件，其中亦以採購涉法案件占28.7%為最多（共159件，包括一般採購102件、工程57件）¹，該署2011年7月至2013年12月調查貪污案件類型統計表，並將「廉查」案件分類為「重大工程」、「一般工程」、「鉅額採購」、「一般採購」等類型，循此徵諸我國「工程及採購貪污案件」之犯罪預防與刑案偵辦，洵屬廉政肅貪工作之核心重點。

由民間機構依「促進民間參與公共建設法」（以下稱促參法）或「獎勵民間參與交通建設條例」（以下稱獎參條例）參與之公共建設，其間涉及貪污治罪條例與圖利罪之刑事追訴案件，包括最高法院101年台上字第3385號判決（高雄捷運「獎勵民間參與交通建設」案，以下稱「高捷獎參案」），及102年台上字

第4887號判決（臺北車站「促進民間參與公共工程」案，以下稱「臺北車站促參案」），均曾喧騰一時，尤其臺北車站促參案，歷經上訴、更審，其間有關歷審之證據取捨、心證形成理由及論理經驗法則等激盪辯證，亦仍受社會各界關注聚焦迄今²。

「高捷獎參案」之部分被告，2003年間經檢方以「違背職務上行為收受（交付）賄賂罪」起訴，並追加起訴圖利罪，經一審判決（高雄地院96矚重字第1號）部分被告職務收賄部分有罪，部分被告無罪，案經上訴後，經二審臺灣高等法院高雄分院（96年度矚上重訴字第3號判決），以部分被告涉犯「背信罪」及「商業會計法」第71條第1款之「明知為不實之事項而記入帳冊罪」撤銷改判（無罪部分維持），嗣後經最高法院101年7月5日判決駁回被告等上訴，全案確定（背信、登載不實部分有罪；收賄、圖利部分無罪），經查考本案判決心證理由重點，即涉及依照獎參條例興辦之BOT（Build, Operate and Transfer）民間參與模式工程，「興建營運合約」之公私法契約性質釋疑，以及「評決小組」委員之公務員身分認定。

相對的，「臺北車站促參案」，則朝向收賄罪之對價關係與證據證明力為論辯重點，被告經檢方以「對於職務上行為收賄罪」起訴，經臺北地方法院96年度訴字第553號判決無罪，復經上訴臺灣高等法院（98年上訴字第3419號判決）維持無罪判決，上訴至最高法院99年台上字第4082號判決撤銷發回，再經臺灣高等法院99年上更（一）字292號判決撤銷改判被告「對於職務上行為收賄」罪，上訴至最高法院101年台上字第4315號判決再度撤銷發回，嗣經臺灣高等法院101年重上更（二）字104號判決撤銷改判，又再次上訴最高法院102年台上字第4887號

¹ 法務部廉政署，〈102年度工作報告〉，103年10月，頁30至32。若自100年7月至102年12月為貪污案件類型統計期間，則「廉查」字之一般採購案件增至195件（15.06%），工程案件增至134件（10.35%），為案件比例最高、次高之類型。

² 臺灣高等法院新聞稿，網址：<http://tph.judicial.gov.tw/newsDetail.asp?SEQNO=64847>。植根法律網，網址：<http://www.root-law.com.tw/NewsContent.aspx?ID=35699>。中央社新聞：<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201312050022-1.aspx>，最後瀏覽日期：2015.4.19。



判決駁回上訴，全案確定（職務上收賄，有罪判決確定）。觀諸本案，在初審與上訴審來回之間，著重於證據證明力之論辯證，尤其在更一審時，以通訊監察譯文作為證據方法，並以證人證述等證據補強作為認定被告收受賄賂之犯罪事實基礎，撤銷先前之無罪判決，厥為全案認事用法之關鍵，亦屬偵辦工程採購案件，以「收（行）賄行為及資金清查」，作為偵查核心對象之例證。

然而，依前揭 2013 年度工作報告附錄 3「貪污案件起訴成效統計報告摘要」所載，2000 年 7 月至 2013 年 12 月，各地方法院檢察署偵辦貪瀆案件累計起訴 6,779 件，起訴人次 1 萬 9,227 人，起訴案件貪瀆金額 356 億 4,016 萬 2,884 元。已確定判決者 1 萬 2,851 人中，以貪瀆罪起訴經判決有罪者 5,673 人，以非貪瀆罪起訴經判決有罪者 2,271 人，總計有罪判決者達 7,944 人，確定判決定罪率為 61.8%，從而，該報告分析結論進一步指出：「貪瀆案件之定罪率，因 85 年 10 月 23 日貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款、5 款構成要件修正為結果犯³，及 95 年 7 月 1 日刑法修正條文施行後，公務員定義範圍限縮⁴，致與全般刑案定罪率相比較低」。

我國貪瀆刑事案件定罪率偏低問題，長久以來即為社會各界重視焦點之一，回溯至 20 年前，司法院 1994 年「臺灣地區司法偵貪瀆案件之統計分析」報告⁵，即指出貪污案件「無罪判決比例高」、「上訴撤銷發回比例高」等特性。此外，監察院司法及獄政

委員會 2009 年 2 月 11 日第 4 屆第 8 次會議決議，就我國實務上貪瀆案件之定罪率問題，進行專案調查研究指出：司法院統計 2001 年 1 月至 2008 年 12 月刑事案件於各審級法院確定之定罪率為 87.72%，而貪污治罪條例案件於各審級法院確定之定罪率則為 48.52%，未及半數⁶，復以前述 1994 年間即已進行之司法統計資料指出，1984 至 1994 年間，各地方法院暨分院對貪瀆案件終結判處有罪予以科刑者計 4,541 人占 45.47%，無罪者 2,113 人占 21.16%（其餘案件為不受理或上訴審），貪瀆案件之低定罪率顯著，尤其在「圖利罪」案件，於各審級法院確定案件定罪率，2001 年至 2008 年間，平均僅 16.51%（最高為 2006 年 36.84%，最低為 2001 年 7.09%）。

晚近最新有關貪污案件定罪率之整體研究與統計資訊，另有監察院 2013 年 12 月 12 日公告之「檢調單位偵辦公務機關辦理公共工程採購人員涉嫌貪瀆圖利案件，經起訴後之定罪率甚低，最終雖還其清白，然動輒起訴，嚴重打擊公務員勇於任事之意願，使政府施政趨於保守，影響政府效能及我國國際競爭力甚鉅。究圖利罪相關構成要件之規定是否周延？檢調單位是否為求績效濫行調查起訴？是否影響政府效能及打擊公務員士氣？容有深入瞭解之必要乙案報告」，亦指明貪污案件，乃至工程採購案件之低定罪率（法務部統計 2008 年至 2012 年定罪率平均為 33.2%；工程會統計 2007 年至 2011 年平均定罪率 25%）問題⁷。

參照前揭廉政署 2013 年工作報告「成果案例選

³ 貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款：「對於主管或監督之事務，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，因而獲得利益者」。（同條項第 5 款：對於非主管或監督之事務）。

⁴ 95 年 7 月 1 日修正施行後之刑法公務員定義，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。

⁵ 司法院統計資料，1984 至 1994 年間，高等法院終結貪瀆案件一審上訴二審者共計 2,878 件、6,614 人，各占終結總件數及人數之 58.85%、56.80%，餘為第三審發回更審者，計 2,012 件、5,031 人，占總數 41.15%、43.20%，二審之貪瀆案件近半數為三審發回更審案件。司法院網站統計資料：<http://www.judicial.gov.tw/juds/rsh83.htm>，最後到訪日期：2015.4.11。

⁶ 葉耀鵬、陳健民、劉興善、錢林慧君，《貪瀆案件定罪率之探討》，監察院專案調查研究報告，100 年 5 月，頁 1。按貪瀆案件定罪率係依「人數」計算（意即：並非以案件數計算，多數貪瀆案件為共同被告案件），且倘檢察官起訴 5 罪，最後判決確定者僅其中 1 罪有罪，有罪罪名縱非屬貪污治罪條例所定貪瀆罪，亦屬貪瀆案件有罪定讞。例如以圖利罪起訴時，不僅只有該貪污治罪條例之罪嫌，亦同時起訴其他刑法偽造文書等罪嫌，嗣法院判決圖利罪部分無罪，但判決偽造文書罪有罪定讞，亦屬貪瀆案件有罪定讞。貪瀆案件定罪率之計算方式如此寬鬆，近 10 年之統計仍僅 5 成左右，圖利罪約 3 成，遠低於一般刑案 8 成以上之定罪率。

⁷ 李復甸，《監察院 1020800181 號調查報告》，102 年 12 月 12 日，頁 7 至 8 指出：本案經向權責機關法務部與工程會，調取有關辦理工程採購之公務員遭以圖利他人罪嫌檢舉、調查、遭起訴後之定罪率為何及是否較一般公務員涉犯圖利罪定罪率為低等資料，目前未進行相關統計。然據法務部統計 97 至 101 年公務人員瀆職及貪污犯罪者職類及裁判確定情形定罪率平均為 46%，其中建設及工程人員職類瀆職及貪污犯罪裁判確定情形定罪率平均為 33.2%，而工程會統計 96 年至 100 年建設及工程人員職類瀆職及貪污犯罪裁判確定情形定罪率平均 25%，即建設及工程人員職類瀆職及貪污犯罪定罪率，均較一般公務人員瀆職及貪污犯罪低。



輯」之「再防貪作為」乙節，列舉該署 2013 年代表性案件 10 件（利用職務上機會詐取財物罪 2 件、違背或不違背職務收賄罪 6 件、公務員洩漏或交付國防以外秘密罪 1 件）、偵辦洩密案件 3 件（均為公務員洩漏或交付國防以外之秘密罪）、行政肅貪案件 6 件（利用職務機會詐取財物 1 件、公務員登載不實 3 件、行政違失責任 1 件、收受賄賂 1 件）及刑事案件 10 件（收受賄賂或不正利益 6 件、瀆職與殺人未遂 1 件、利用職務上機會詐取財物 3 件），幾無圖利罪案件之成案適例。

是以，參照監察院 2010 年專案研究報告結論：「圖利罪之構成要件涉及不確定法律概念，與便民難以區隔，致司法權輕易介入行政權核心領域，影響現代法治國行政之積極性與效率性，允宜審慎研究除罪化必要」乙段，允宜相互呼應，足見圖利罪案件於偵辦實務上之處理難度與見解歧異。

二、案例研析、問題意識與研究途徑之提出

政府興辦重大公共工程所涉之刑案偵審實務，常見於審判階段，尤其在上訴及更審之間，面臨著政府採購法、獎參條例及促參法，建構民間機構參與政府公共工程之投資（合建）契約關係性質認定爭議，最高法院 101 年台上字第 3385 號判決（高捷獎參案），以及該案之二審判決即臺灣高等法院高雄分院（96 年度囑上重訴字第 3 號）判決，均引用「高雄高等行政法院 92 年訴字第 569 號判決」意旨⁸，與「興建營運合約」第 20 章有關「爭議之處理」約定為「仲裁條

款」以及相關司法機關之判解，與行政機關之函釋等證據資料觀點，認定高雄市政府與高雄捷運公司間簽訂之合約為「私法契約」，進而依興建營運合約第 8.1.7 條認定，「評決小組組織章程」，僅為興建營運合約之附帶或補充合約，性質仍屬民事、私經濟、私法性質合約，認定「評決小組成員」，並非高雄市政府「依法令」委託之公務員，未具刑法上公務員身分⁹，成為認定被告等人被訴貪污治罪條例之違背職務收（行）賄罪及圖利罪部分無罪之關鍵，以下即先行摘錄「高捷獎參案」之歷審見解，以資參佐。

鑑於政府採購階段繁複，涉法案件之偵辦，常見大量之文書及供述證據取捨，且涉及政府採購法、貪污治罪條例及刑法之交錯適用，案件量龐大，且多涉及前揭契約法律關係與公務員身分認定，本文擬採個案研析，作為可行研究途徑，擇取由檢調案件實際偵辦之個案分析為研究對象，以採購案件中之「圖利罪、偽造文書罪」主軸，考察虛偽圖說、同等品驗收失當與圖利罪間之關係。

研析案例事實摘要如下：

（一）案件（移送）事實

1、公務員身分認定

被告 A 為某政府機關計畫採購單位，負責擬定該機關使用機具之「裝備申購計畫清單」與「規格需求」，並參與開（招）標階段廠商資格及投標文件審查、履約管理、會（協）同驗收等採購行政事務，為依法令服務於國家所屬機關，而具有法定

◎本文彙編整理

資料來源：司法院法學資料檢索系統（最後瀏覽日期：2015.4.19）

判決機關	判決字號	判決日期	「興建營運合約」公法？私法？性質	評決小組委（委託）公務員身分？
高雄地院	96 年度重囑字第 01 號 (94 重囑 05 號)	96 年 7 月 31 日	高雄市政府對於由國家預算所編列支付之六個區段標之招標、審標及決標等事務之處理，本屬執行公權力之行為，而高雄捷運公司則依興建營運合約受高雄市政府委託辦理「公開六標」工程發包作業。	評決小組中由高雄市政府指派之委員均應認係受高雄市政府之委託代為執行高雄市政府監督辦理公開招標作業此公共事務之人員，有受託公務員之身分，自屬新刑法所稱之公務員。

⁸ 高雄高等行政法院 92 年訴字第 569 號判決意旨：「在給付行政及誘導行政內，除法律別有反對規定或與事件之性質相抵觸外，公行政得選擇公法或私法之組織及行為形式。惟公行政如採用私法形式執行直接行政任務，則仍應受某一定程度之公法拘束，不能全面享有私法自治，從而產生「行政私法之問題。而公行政在需求行政內，係以私法契約，取得所須之人力、物力，此際縱然基於一定之政策考量，對特定對象給予獎勵，亦不影響有關契約之私法性質，惟此種應受優待之地位，通常係以公法設定之，亦即在雙階理論中，就政府獎勵民間參與公共建設，就是否給與獎勵投資為決定之第一階段，應為公法之性質，至於已決定給與獎勵投資後，實際上如何給與獎勵之第二階段，與受獎勵投資者所締結之契約，乃為私法性質」。

⁹ 至於「公權力行使」乙節，96 年度囑上重訴字第 3 號判決指出：「高雄市政府與高雄捷運公司雙方之權利義務皆按照興建營運合約之約定，而為私經濟關係，再就興建營運合約之履行，高雄捷運公司僅是私法契約中之一方當事人，而非行使公權力之機關。而評決小組就公開六標之評決，既屬興建營運合約之履行事務，亦應屬私經濟行為之一部分，故評決小組成員自亦非執行高雄市政府公共事務，且亦無行使公權力可言」。



判決機關	判決字號	判決日期	「興建營運合約」公法？私法？性質	評決小組委（委託）公務員身分？
臺灣高等法院高雄分院	96 囑上重訴 3 號	98 年 6 月 5 日	◎在高雄市政府捷運工程局為辦理甄選投資廠商之選商階段，適用政府採購法應無疑義。惟於高雄市政府經甄選出特約廠商並簽訂興建營運合約後，此簽訂之契約，即屬私法性質，其內容無涉「公權力之移轉」，自始非「行政契約」性質。 ◎高雄市政府依獎參條例評選出高雄捷運公司（政府選商程序），並與高雄捷運公司簽約後，即由該公司「自行」辦理「公開六標」之選商程序（民間發包選商階段），二者為不同層次之選商程序。實務上在適用獎參條例之工程案件中，事實上區分為「政府選商（特許公司）程序」及「民間選商程序」，在政府選商程序中，是由政府組成甄審委員會後，依法評選最優聲請廠商（特許廠商），再由該最優聲請廠商將全部工程劃分不同標案後，分別以「民間業主」之地位，將工程發包予各廠商施作，前階段是所謂「政府選商程序」，而後階段為「民間選商程序」，兩者性質迥異，不能混為一談。	◎評決小組組織章程之最重要內容，即評決小組之職掌及評決小組之組成，與興建營運合約之約定並無不同，是評決小組組織章程，只是興建營運合約下之附帶或補充合約，而非獨立合約，且其性質，仍同興建營運合約，屬民事、私經濟、私法性的契約。評決小組並不因該評決小組組織章程之簽訂，而質變為公法上為執行高雄市政府法定任務性編組。 ◎而興建營運合約及評決小組組織章程，亦僅是私法契約，並非「法令」，尚難作為高雄市政府委託之法令基礎。另觀興建營運合約第 8.1.7 條約定，公開六標之辦理係基於高雄捷運公司之同意，自非依據任何形式之法令。況依興建營運合約第 8.1.8 條約定，公開六標之招標作業，應由高雄捷運公司「自行辦理」，顯見高雄捷運公司並非受高雄市政府依法委託者。從而，評決小組，顯非高雄市政府依法委託而組成至明。
最高法院	101 年台上 3385 號判決	101 年 7 月 5 日	高雄捷運公司既經高雄市政府依甄選程序，取得本件捷運工程之興建營運特許權，其中「公開六標」非自償部分，依興建營運合約第 8.1.8 條約定，應由高雄捷運公司「自行辦理」，仍屬興建營運合約之一部，並非高雄市政府依法委託。至「公開六標」雖應公開招標，但無政府採購法之適用，其目的在於使高雄捷運公司股東以外之廠商亦有參與投標之機會。且評決小組之職權為審定招標文件、招標公告、評決開標結果及決標等事項，決標結果尚須高雄捷運公司董事會通過，自非受託執行公權力或公共事務。	民間機構為實現交通建設之興建、營運所需之採購行為，乃居於私人地位之私經濟活動，而非受託從事公共事務，並無行政機關依法行政原則之適用，自亦不生採購公正性、客觀性及信賴性之保護問題。此觀參法第四十八條規定「依本法核准民間機構興建、營運之公共建設，不適用政府採購法之規定。」益臻明瞭。故民間機構因履行投資契約，其承辦採購事務之人員即非刑法第十條第二項第一款後段或第二款所定之公務員。

職務權限並從事於公務之人員。

2、疑涉虛偽規格圖說、驗收不實

- (1) 96 年 8 月起，被告 A 承辦某政府機關建案規劃，並委由該機關採購單位辦理招（決）標及履約驗結之「人工浮橋」購案期間，明知本案採購計畫清單所附「需求規格書」，載明儲存橋材所用之標準貨櫃，應為「兩側全開門」型式。
- (2) 得標廠商即○○○股份有限公司（以下稱甲公司），疑似為減省採購成本，向乙公司（供貨商）訂購「兩端開口」貨櫃交付驗收。被告 A，逕自認定前揭交付之貨櫃型式符合採購規範需求，即以合格品驗收。

3、疑涉同等品審查不實、涉嫌圖利

被告 A 明知甲公司於履約時，無法提供該公司於投標送審之規格審查表中指明「HAMMER」或「Detmers」兩種特定廠牌之「地面搬運系統」，卻審查同意該公司於 98 年第 1 次（第 2 批 4 套）驗收未能通過後，另行提出之「貨櫃搬運系統（規格、功能、效益及價格）比較表」，以利該公司向「○○企業有限公司」（以下稱丙公司）訂購價格低廉之拖板車、吊臂及引擎進行拼裝，用以供貨履約。

4、案經檢調單位接獲檢舉，認被告前揭「虛偽規格圖說」及「同等品審查不實」之犯行，共計「圖利」甲公司新台幣（以下同）9,398 萬 3,866 元。涉



犯貪污治罪條例第6條第1項第4款「對主管事務，違背法令圖利自己或他人，因而獲得利益」及刑法第213條、216條「行使公務員登載不實文書」等罪，移送檢察機關偵辦。

(二) 本文以下即以本件實例為契引，分項說明：

- 1、採購驗收階段可能衍生之行政失當行為，與虛偽規格圖說之認定。
- 2、採購招標階段同等品審查之疑義與圖利罪之關係。
- 3、採購合理利潤與圖利罪不法所得之闡釋辯證。

貳、採購清單文件、驗收程序與刑事（行政）不法

一、採購文件圖說、規格設定與犯罪認定

(一) 圖利罪有關「明知違背法令」與「直接獲致利益」之實務見解

- 1、貪污治罪條例第6條第1項之犯罪構成要件以行為人「明知違背法令」為必要，並將圖利罪規定為「實害犯」。至所謂「違背法令」，依立法理由說明，該「法令」係指法律、法律授權之法規命令、職權命令、委辦規則等，對不特定多數人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定而言。該所謂「明知」，係指須具圖利而違背法令之「直接故意」，即主觀上有違背法令以積極圖取不法利益之意思，客觀上並將該犯意表現於行為，因而獲得利益為要件。易言之，其違背之法令與圖得利益之間，必須具有相當之關聯性始足當之¹⁰。
- 2、「公務員對於主管或監督之事務直接圖利罪，以明知違背法令，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，並因被告行為之結果，直接獲得不法利益為構成要件」¹¹；「公務員對於主管事務圖利罪，必須對於主管之事務有圖利之意思，而表現於行為，始與犯罪構成要件相當，不得僅以公務員所為失當行為之結果，可能使人獲得不法之利益，遽行推定該公務員自始即有圖利他人之犯意」¹²。

(二) 偽造文書主觀犯意採「直接故意」認定

刑法第213條之登載不實罪，以公務員所登載不實之事項出於明知為前提要件，所謂明知，係指直接故意而言，若為間接故意或過失，均難繩以該條之罪。刑法第213條之公務員登載不實事項於公文書罪，旨在保護公文書之正確性，以維護公文書之公信力；所謂明知不實事項而登載，祇須登載之內容反於事實之真實性而出於其直接故意者，即足當之。故公務員如明知他人製作之文書其內容係登載不實之文書，而仍直接引用該文書作為本身職務上所製作公文書之內容，自己構成刑法第213條之公務員登載不實文書罪¹³。

二、驗收程序分工、行政流程與權責分析

(一) 「採購規格圖說文件」、「供述證據」與「驗收實況流程」之辯證

- 1、被告A就案內貨櫃規格「虛偽圖說及驗收不實」進而圖利甲公司等犯行之供述：
 - (1)「伊當時考量到橋材有露儲的需求，所以需要貨櫃保存，並希望貨櫃是可以兩邊開口，以利橋材的儲卸，並且加快橋材卸下貨櫃的速度，材質部分需要符合『ISO40呎標準貨櫃』，合金鋼材製成，櫃體須經防鏽、防蝕、防水處理，外觀為綠色或迷彩，規格大小為8X8X40呎。因為一般貨櫃是在『8X8呎單側』開口，伊當時考量到如果可以在『8X8呎雙側』均有開口，因為兩邊開口，已較一般單側開口的貨櫃性能較優，可以符合快速裝卸的需求，因此「需求規格書」所載「兩側全開門」的規格，主要是為了達到「以利橋材裝卸及搬運」的功能，然而，全案採購契約文件，包括規格需求書內，從未明訂「標準貨櫃必須在8X40呎側開口」，若有明確記載，甲公司交付之該批「8X8呎雙側開口」貨櫃必定無法通過驗收。
 - (2)本案契約內並無貨櫃型式規格之明確圖說，只有文字記載。驗收當時，渠等所見到的貨櫃型式，與契約所載8X8X40呎標準貨櫃相符，以目視驗收外型、規格都沒有問題，另再依契約明訂之程

¹⁰ 最高法院95年台上字第1582號、93年台上字第4499號、92年台上字第3126號判決參照。

¹¹ 最高法院97年台上字第2251號、93年台上字第1148號、83年台上字第1132號、80年台上字第5594號判決參照。

¹² 最高法院88年台上字第6685號判決、86年台上字第5083號判決、85年台上字第271號判決、75年台上字第4595號判決、73年台上字第5900號判決參照。

¹³ 最高法院46年台上字第377號判例、39年台上字第18號判例；87年台上字第1483號判決參照、96年台上字第6841號判決、93年台上1212號判決參照。



序，交由接收裝備單位即丁訓練中心，基於其技術能力，完成驗收階段的功能測試，出具「規格檢驗報告表」，得以證明貨櫃品項之合格認定結果。

2、證人（甲公司技術代表 B）證稱

- (1) 就貨櫃開口方式曾提出說明，表示長邊（8X40 呎側）開口之貨櫃，其結構可能無法負荷橋材重量，支撐力不足，亦有在搬運中變形之可能，即有安全顧慮，當時考量甲公司的說法是合理的，而且橋材還是可以裝卸，且符合規範，無需辦理契約變更。
- (2) 本次採購案主要是購買橋材，貨櫃是屬於附屬設備，雖然投標廠商另有提出 8X40 呎側開口的貨櫃圖片，但沒有進一步說明商源，以致無法得知市場上是否確實有出產 8X40 呎側開口規格並可負荷橋材重量之貨櫃，然無論 8X40 呎側或 8X8 呎側開口之貨櫃均符合最初設定之使用需求。

3、採購文件與驗收（主驗、會驗、協驗）等層次分工與究責

- (1) 採購文件記載與證人供述內容是否相符？

本案契約（採購計畫清單）所附「人工浮橋規格需求書、七、（一）、1」、「規格檢驗報告表、八、（一）」及甲公司 97 年 2 月間投標時出具「人工浮橋規格審查表、七、（一）」備註敘引附件「○○貨櫃屋型錄（第 4 頁）」、「○○興業型錄」及「○○企業型錄」等貨櫃圖說，均載明「兩側全開門（或『可改為兩側全開門』）」等文字描述，惟觀諸所附貨櫃圖說（含插圖）13 幀，均難以確定圖說描述之「全開門」貨櫃，其「兩側」究指「8X8 呎端（短）邊」或「8X40 呎側（長）邊」，又另一投標廠商即○○公司，雖於投標時檢附「8X40 呎側」開口之貨櫃圖說 2 幀，惟於所附「8X8X40 呎 ISO 標準尺寸貨櫃參考圖」中明文加註「修改後貨櫃即非 ISO 標準櫃，承載重量也因側邊開口關係影響貨櫃框架之扭曲應變能力，將降低實際承載重量，由 18 噸至 15-16 噸」、「建議採兩側臨近前後邊框處，各開一至二櫃門設計」、「保留原櫃尾門一扇，總計櫃門數 3-5 扇」等說明，與乙公司投標代表 B、丙公司負責人 C 及丁公司負責人 D 供稱「長邊（8X40 呎側）開口之貨櫃，其結構可能無法負荷橋材重量，支撐力不足亦有在搬運中變形之可能，即有安全顧慮」、「標準貨櫃兩側（長邊）全開門涉及到結構

強度的問題，不可能實現，而兩端全開門的貨櫃要進出較長的橋材時，可以同時使用二台堆高機作業，並不影響橋材的存放」及「兩端開口已是特殊規格貨櫃，若將貨櫃改成兩側全開口，結構強度不足，吊貨櫃時會塌陷」等語相符。

- (2) 廠商投標文件與契約意思表示內容是否合致？

① 甲公司向乙公司訂購之「兩端全開 40 呎貨櫃」材料合約書所附「標準貨櫃示意圖（一）」、「標準貨櫃一側門全開示意圖（二）」及「兩側全開貨櫃示意圖（三）」，均為「8X8.6 側（短）邊全開」，甲公司無論於投標文件圖說或向第三廠商尋求供貨時，均未曾以「二側（長）邊全開」即為「8X40 呎側邊全開」，為籌獲貨櫃所需規格之契約意思表示。

② B 公司 98 年 4 月 24 日出具「銷貨證明」，亦於「櫃門」欄位登載「貨櫃兩側為全開門」，然配合圖說以觀，該「兩側開口」，即指「8X8 呎端（短）邊兩面開口」型式，足認被告所述案內貨櫃係橋材主體之「配屬」設備，目的係為達到「以利橋材裝卸及搬運」功能，甲公司交付之「8X8 呎側兩端開口貨櫃」，既經使用（接收）單位之性能規格測試認定合格，亦經徵詢廠商澄覆之「8X40 呎側開口貨櫃將有承載負荷及框架支撐等疑慮」說明，復因全案「需求規格書」未就「兩側全開門」敘明究為「8X8 呎端」或「8X40 呎側」，被告即參照各家公司投標時所附之貨櫃圖說，基於建案計畫及需求審定權責，考量「8X40 呎側開口貨櫃，經改裝後即與 ISO 標準貨櫃型式不符」，認定甲公司交付「8X8 呎側」開口貨櫃，符合契約（採購清單）規範，並依使用單位（丁訓練中心）之「性能測試結果」為驗結付款依據。

- (3) 驗收規範與方式是否符合招標文件？實際驗收過程與使用現況為何？

① 次查本案「內購物資核定書」所附「國內財物勞務採購計畫清單」、「1. 檢驗方法」、「2. 性能測試：目視檢查合格之次日起 7 日曆天（含）內，由使用單位（丁訓練中心）依規格檢驗報告表實施性能測試，於完成之次日起 5 日曆天（含）內出具報告，並由丁訓練中心之上級機關建案會驗單位（戊）彙整後函送履約驗收單位」等合約驗收程序，參以丁訓練中心之上二級機關招標、購辦、履驗付款之核定與執行單位（己）內購案財物勞務採購接收暨會驗結果報告單（97 年 12 月 1 日、

98年6月26日)所載驗收意見分別「本案俟承商交貨品性能測試合格,並完成教育訓練…始同意完成驗收」、「…並經性能測試合格,始同意完成驗收」等記載,足證本案於前揭期日由表載之主、會、協同驗收人員進行目視驗收後,即應待裝備接收(使用)單位即丁訓練中心進行性能測試,出具「規格檢驗報告」後,驗收程序方告完成。

②經查被告以使用單位丁訓練中心97年12月2日及98年7月10日規格檢驗報告表「八、(一)、檢驗結果」為判定貨櫃規格之依據,並將該中心出具之兩份功能測試報告,分別呈轉丁訓練中心之上二級機關招標、購辦、履驗付款之核定與執行單位(己)辦理驗結付款(97年12月24日○○○字第○○○○○號函、98年8月10日○○○字第○○○○○號函參照),核與被告結證之驗收流程相符,復與證人即購辦核定單位約驗結處承辦人F所稱「伊負責目視驗收,是對於數量品項進行審查,當時從外觀來看,廠商交付的貨櫃數量沒有問題,外觀也符合標準貨櫃大小,兩端門均可開啟,並交由接收(使用)單位即丁訓練中心,依據規格檢驗報告表,進行實際的裝卸功能測試,認定貨櫃驗收合格。至於所謂貨櫃兩端開或兩側開的差異,是後續接受調查局詢問時,才知道有所差別」等驗收實況相符。

③又參考核定單位(己)內購案財物勞務採購接收暨會驗結果報告單(97年11月21日、98年5月22日)所載兩次驗收不合格記錄內,均未登載與「配屬標準貨櫃外觀、數量、規格或形式」有關之任何缺失,是本案2次驗收不合格原因,均與貨櫃規格無涉,復查本案4次驗收(97、98年各2次,均為首次不合格,第2次驗收合格),被告僅參與其中98年第1、2次「協同」驗收,且會同目視驗收後,須依據使用單位丁訓練中心完成性能測試之規格檢驗報告表,作為呈報己核定單位驗結付款之依據,另前揭4次現貨驗收(即清單所載目視檢查),均有主、會、協及監辦人員共同與驗。

④復據建案單位(戊)函復「本案依契約需求規格書所載,承商所交付之貨櫃與契約相符,本機關採購之人工浮橋7付,運用於學校教育訓練及救災應援,使用正常,裝備於97、98年交貨後,經學校教育與使用單位測試,裝備操作已日臻熟練」

等使用現況說明,核與丁訓練中心前揭測試報告相符。

(4)客觀國家標準規範能否證明圖利或偽造犯意?

中華民國國家標準CNS「貨櫃詞彙(總號:3747,類號:Z5052),經濟部標準檢驗局94年12月5日修訂公布」所載編號6013「啟閉口」說明「係貨櫃上之開口,以可移動或可移除之嵌版關閉之,作為承受結構之負載,且具風雨密閉及合理氣密」,備考加註「開口(open)一詞係指於貨櫃之一或若干個之側、端、或頂部之永久開口」,又編號「6014、6015」之「端(側)櫃門」分別說明係「位於端壁(側壁)之嵌版」,復參考「貨櫃之形式、構件、構造等之用語圖示」(前揭詞彙第18頁)所標註端(側)壁之圖說,雖可證明貨櫃「端」、「側」在公定通用之標準語彙上雖有所區別,惟該貨櫃詞彙與圖說,係屬全案立案調查後所獲之政府資訊,從未見附於本案契約(清單)文件而列為規範定義之一部分,又於訂(履)約管理、購辦協調及驗收簽辦文稿中,亦未見被告曾引用前開規範用語而得據以證明其對貨櫃「端、側之分」有所直接明知,故被告A會同主、會、監驗人員目視驗收後,進而依計畫清單「十、檢驗方法」之明文規定,以丁訓練中心出具之規格檢驗報告表為憑,認定甲公司交付之8X8呎兩端開口貨櫃驗收合格,尚難證明其有何違背法令而圖利他人,或明知不實事項而登載之直接故意。

(二)行政失當行為之認定

1、本案「需求規格書」所載「標準貨櫃(呎寸8X8X40呎)每套橋材需配賦40呎標準貨櫃7只,……貨櫃為兩側全開門,以利橋材裝卸及搬運」等規格說明,佐以本案「內購物資核定書」及「國內財物勞務採購計畫清單」所附規格審查文件,併需求單位即丁訓練中心所出具之「規格檢驗報告表」所載驗收合格記載,以及A公司、B公司出具之貨櫃規格所附圖說及「40X8X8ISO標準尺寸貨櫃參考圖」所載「8X40呎側開口之貨櫃,已非屬ISO標準貨櫃」等情,是本件政府採購驗收程序,由丁訓練中心之上二級機關招標、購辦、履驗付款之核定與執行單位(己)(購辦履驗)、丁訓練中心之上二級機關建案會審單位(戊)(建案會審)及丁訓練中心(使用接收)等機關分層(權)負責,尚非被告得以「獨



力支配」驗收結果與合格品認定，又無法證明其他驗收人員與被告間有何犯意聯絡，即難認被告確有圖利甲公司而明知不實、收賄或圖利之直接故意，或配合為不實登載（行使）、違背職務或違反法令等共同驗收不實犯行。

- 2、復參諸被告簽擬之戊建案購辦單位 97 年 6 月 23 日○○○字第○○○○○○號令發「97-98 年度人工浮橋購案教育訓練審查意見暨會議記錄」、97 年 7 月 10 日○○○字第○○○○○○號「復甲公司承製 97 年度人工浮橋購案相關配屬裝備規格尺寸審復相關事宜」書函、97 年 7 月 25 日「甲公司函覆有關 97-98 年度人工浮橋購案依約製作相關配屬裝備規格尺寸事宜」簽呈等 3 份文稿資料，被告在本案第一批標的 97 年 11 月 15 日首次交貨驗收日前，既已認定隨裝配賦之 40 呎標準貨櫃，若採（左右）兩側全開門方式實施改裝，恐影響櫃體結構與荷重，並請丁訓練中心協助確認貨櫃功能，該部分究屬履約之主要或次要部分，即容有牽涉更改（修訂）繳製標的規格尺寸，或以「以性能較優之替代品交貨」之變更契約疑義（核定單位己之內購財物、勞務採購契約通用條款 20.3【4】參照），然被告為建案需求單位之主辦人員，未循程序協調招標訂約單位（招標購辦核定單位己）研討是否更正貨櫃規格記載方式，或就是否需行修約程序行文釋疑，遂依合約清單規範描述，並以丁訓練中心之規格檢驗報告表為據，認定其負責「協同」驗收之部分貨櫃為合格品，其購辦程序顯有行政違失，併予敘明。

參、同等品驗收、採購利潤價差與圖利罪之認定

一、同等品審查之實務程序步驟

（一）地面搬運系統「HAMMER」、「Detmers」等特定廠牌商名之同等品審查不實及圖利等供述

- 1、「本案貨櫃搬運系統，必須要有自有動力及足夠的舉重能力，得以將裝有橋材的貨櫃，裝運至搬運系統上，再由貨櫃車頭進行運送。因此在建案單位（戊）提出的規格審查表上，有說明地面搬運系統本身必須具備動力，舉重及搬運能力須達 2 噸（含）以上，因此在驗收階段，即需依據該項功能進行實際審查」、「伊當時參加 98 年第二批（共 4 套）人工浮橋第 1 次、第 2 次驗收時，

先前 97 年驗收第一批（共 3 套）人工浮橋，已通過丁訓練中心之功能驗收並撥交使用，98 年驗收時，並未接獲任何關於前批（97 年）地面搬運系統的問題，因此認定甲公司提出「○○（庚）公司」協同籌獲產製的搬運系統符合本軍需求，且功能效益比較表的說明均屬實」、「在招標階段，沒有廠商特別提出同等品審查，也沒有在投標文件中同意以同等品進行廠商資格審查，本案主要採購品項是人工浮橋，人工浮橋此單一設備品項有其功能特殊性，不會有交付同等品的空間。

- 2、至於搬運系統是附屬品項，案內的同等品功能效益比較表，在 97 年驗收第一批時並未檢附，而是在 98 年第 1 次驗收時，因核定履驗單位已代理承辦人某 G 之要求而補充提出，該表格說明，應該也涵蓋到 97 年交付的同一規格搬運系統」、「依據丁訓練中心出具的會驗結果報告表，搬運系統部分，回歸合約需求規格的要求，重點即是自有動力及舉重能力，甲公司提供的系統功能在交貨時已通過審查驗證，確實如其所述效益。另外，甲公司另外也有提供教育訓練，協助取得證照，這部分也是確實履約」等語。

（二）公開招標案件之採購文件，需有「同等品採購」規範註記

- 1、按本案既採公開招標（內購物資申請書、核定書及國內財物勞務採購計畫清單參照），為避免不當限制廠商競爭，依政府採購法第 26 條第 3 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，而已在招標文件中加註『或同等品』字樣者，不在此限」，次按「政府採購法第 26 條執行注意事項」第 8 點第 1 項「機關擬訂定之技術規格無國際標準或國家標準，且無法以精確之方式說明招標要求，而必須於招標文件要求或提及特定之廠牌時，應註明『或同等品』字樣」及本案「投標須知 4.6」「招標文件中，允許投標廠商提出同等品時，欲提供同等品之廠商，應於投標文件內提出外，同時須敘明同等品之廠牌、價格及功能、效益、標準或特性等相關資料，以供審查；經審查不合格者，以不合格標處理」等明文規定。
- 2、是本件既未於採購計畫清單內註明「特定廠商（名）」，亦未於「（12）品名料號及規格」加註



「或同等品」，另「(18) 同等品」欄位亦留空白，是依前揭法規要求及採購文件所示，本案即非屬前揭「允許投標廠商提出同等品」之採購案。故甲公司於投標時於「規格審查表、七、(二)」之「貨櫃地面搬運系統」之「佐證資料」備註記載「『附件八-1HAMMER 型錄』、『附件八-2Detmers』或符合規範之同級品」等說明，僅係該公司提出「具有製造、供應或承做能力之證明」、「現有或得標後可取得履約所需設備技術之說明」與「建議之規格功能」，加註「或符合規範之同級品」亦僅為因應規格審查時之補充說明，並廠商資格審查佐證資料（政府採購法第 36 條第 4 項授權訂定「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」第 3、4 點參照），尚非指案內「地面搬運系統」已因甲公司檢附之規格審查表「七、(二)」已明確指定特定商品或型號（「附件八-1 HAMMER」、「附件八-2 Detmers」），即代表該兩種特定型號，已列為契約規範，是依本案清單所載及購案性質，招標機關既未允許投標廠商提出同等品，甲公司自始即無須出具任何「廠牌、價格、標準、特性或互換代用件等相關審查資料」，更遑論有進行同等品審查程序之必要（投標須知 4.6 參照），合先敘明。

（三）實際驗收流程與同等品審查

1、驗收程序「誤引同等品審查」之原因探究

本案 98 年 5 月 22 日第二批人工浮橋（四套）驗收時，主驗人員 G 所為「貨櫃搬運系統之廠牌型號非屬契約規定，承商說明屬符合規範之同級品（請廠商備文送採購中心及陸軍工兵處審查）」之「不合格認定」，原係出於對於案內搬運系統必須進行「同等品審查」之誤解，以致甲公司以 98 年 6 月 11 日○○○字第○○○○○○號函檢附「原契約與同級品之規格、功能、效益及價格比較表」，提出「有關案內貨櫃搬運系統之性能、規格，係依據合約規範提出優於原契約所列之產品，提升本產品之功能效益，且本公司同意不增加價金」等說明。然案內甲公司依前揭規格審查表「七、(二)」所載「或符合規範之『同級品』」，交付「更公司」產製之地面搬運系統，是否得「依合約規範通過驗收」，尚非前揭由被告所簽辦之同等品審查得以決定，仍應回歸「採購清單所附需求規格書」明文記載「每套橋材須配賦貨櫃地面搬運系統乙套（組），本身具備動

力，舉重及搬運能力須達 20 噸（含）以上」等規格功能標準。

2、回歸採購計畫清單規格與驗收規範審查之驗收程序

按本案國內財物勞務採購計畫清單「十、檢驗方法」、「2、性能測試」規範，由丁訓練中心依「規格檢驗報告表」，實施「性能測試」而定。從而，參照戊單位 97 年 12 月 24 日○○○字第○○○○○○號函附「規格檢驗報告表」所載「八、橋樑配備系統（下路式結構橋樑組件）」、「(二) 地面搬運系統」、「吊掛貨櫃（裝載堆高機 2 部、構榭 24 個、大滾具 4 個，含貨櫃淨重橋 4,050 公斤，合計 20,212 公斤）達 20 噸以上」，暨 98 年 8 月 10 日○○○字第○○○○○○號函附「規格檢驗報告表」所載「八、橋樑配備系統（下路式結構橋樑組件）」、「(二) 地面搬運系統」、「吊掛貨櫃（裝載橋板面 50 塊，含貨櫃淨重 4,050 公斤，合計 20,750 公斤）達 20 噸以上」等功能測試記載，據以認定地面搬運系統驗收合格，非但符合採購清單「十、驗收方式」之明文規範，亦有前揭丁訓練中心之「功能測試報告」以資憑信，即難遽認被告主觀上有何明知違背法令以積極圖取自己或他人不法利益之意思，或有何客觀上直接圖利於甲公司並使其獲致不法利益之結果。

3、驗收缺失改正之澄覆

又被告 A 參照本案「98 年第 1 次驗收不合格原因」，按甲公司 98 年 6 月 11 日○○○字第 0980009 號函檢附「原契約與同級品之規格、功能、效益及價格比較表」，辦理本案驗收缺失有關承商澄覆暨審復事宜（建案戊單位 98 年 6 月 19 日簽呈說明、98 年 6 月 19 日○○○字第○○○○○○號函參照），核與戊單位 100 年 9 月 2 日○○○字第○○○○○○號函復「依契約通用條款 20.3 規定審查地面搬運系統規格、功能及效益，符合契約規範」等說明一致，即難認被告 A 就案內地面搬運系統之規格目視驗收及功能性能測試過程，有何明知不實事項而登載或行使前揭公文書等情。

（四）驗收程序涉及偽造文書犯行之直接犯意與行政疏失責任

1、綜上，本案自始即採「公開招標」，依政府採購法第 26 條第 3 項規定，招標文件即不得指明



特定廠商，避免不當限制競爭，然甲公司投標時，在「規格審查表、七、(二)」之「貨櫃地面搬運系統」之「佐證資料」備註說明「附件八-1 HAMMER 型錄」、「附件八-2 Detmers」或「符合規範之同級品」，僅係該公司依據「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」第 3 點、本案 (TB97001L013) 招標單第 5 點、投標須知 1.3 等規定，附具規格功能之證明文件，並作為廠商資格之補充說明，並非指「貨櫃地面搬運系統」已明確指定特定商品或型號，本案即無所謂「同等品審查」之問題，甲公司更無提出所謂「規格、功能、效益及價格比較表」作為驗收合格依據之必要，又採購機關亦未允許投標廠商提出同等品 (投標須知 4.6 參照)。故甲公司交付之「地面搬運系統」是否符合契約規範及原訂規格需求，仍應回歸採購清單所載「十、驗收方法」，及清單所附需求規格書「地面搬運系統：本身具備動力，舉重及搬運能力須達 2 噸 (含) 以上」之明文要求而定。至被告 A 依據丁訓練中心完成性能測試後出具之「規格審查表」，認定搬運系統驗收合格，並轉送軍備局採購中心辦理驗結付款，與採購文件所訂驗收方式及功能測試等程序相符，即查無被告主觀上有違背法令以積極圖取不法利益之意思，或客觀上直接圖利於甲公司或明知不實事項而為登載或行使公文書之積極證據。

- 2、至本採購案於已單位履約驗結之專責承辦人自始即為 F，何以「98 年第 1 次驗收」時改由 G 主驗 (核定單位已 98 年 5 月 22 日內購案財物勞務採購接收暨會驗結果報告單參照)，致因 G 顯然誤解案內地面搬運系統允許廠商提出同等品，認即應以同等品審查方式辦理，肇致後續履約爭議，此經 F 到庭證稱：「本案在採購中心履約驗結處，是由我專責承辦，但是 98 年第 1 次驗收時，因為我剛好在處理另外一個案子，所以由 G 代理我參加人工浮橋 98 年第 1 次驗收，因為本次人工浮橋驗收地點在臺中○○，G 家住臺中，距離驗收地點比較近，所以我和他協調，請他代我前往該處驗收人工浮橋，至於我在驗收當天，是

從新竹南下，G 原本要與驗的案子，履約地在彰化，我搭高鐵下去就近在彰化比較方便」等語徵知，渠等竟為圖公務路程之便，逕自協調相互代理採購驗收此等專責承辦之高度技術性工作，導致代理主驗之 G，因發覺甲公司交付「庚公司」產製之地面搬運系統，與其投標時出具規格審查表附記「HAMMER」、「Detmers」等特定廠牌商名不同，逕認本案應要求廠商提供功能效益比較表進行同等品驗收，判定為不合格原因之一，即導致甲公司後續出具之「地面搬運系統比較表」而招致履約爭議等情，容有行政疏失。

二、犯意聯絡、收(行)賄、採購合理利潤與直接獲致不法利益之辯證

(一)窮盡調取通連紀錄、通訊監察等偵查步驟能否證明收賄犯行？¹⁴

甲公司縱有以規格或性能不實之貨櫃、地面搬運系統或堆高機等品項之犯意，意圖減少成本，獲取較佳商業交易利潤，然就全案擬定申購計畫清單與規格需求、參與開(招)標廠商投標文件及資格審查、履約管理、會(協)同驗收等採購行政事務以觀，是否得以證明被告 A 與甲公司負責人 H、技術代表 B 或行政承辦 I 等人，基於犯意聯絡及行為分擔，明知違背法令而圖利、違背職務收取賄賂或明知不實事項而有登載於職務上所掌公文書或行使之犯行，此經本署調取 B、F、A 等人信用卡消費紀錄，及 H、B、A、F、常 J、K、L 等人使用 0919XXX600、0988XXX812、0932XXX510、0980XXX981、0958XXX020、0987XXX448 等共 20 餘號行動(室內)電話通聯紀錄，並自 99 年 7 月 20 日至 99 年 8 月 18 日、12 月 2 日至 12 月 31 日，及 100 年 1 月 1 日至 1 月 30 日期間，就受監察人 H、B、A、K、L 等使用之 0932XXX583 等 11 號行動電話實施通訊監察，均查無渠等間有異常通聯紀錄或通訊內容有何涉及貪污不法犯行之積極事證，另移送意旨係以「A100 年 5 月 16 日調查筆錄」，作為認定甲公司技術代表 B 與被告 A「共同謀議為驗收不實」之唯一證據(移送書第 10 頁參照)，惟遍查該份筆錄，僅見被告 A 稱：「我忘記甲公司有無派人帶同前開函文(指該公司 97 年 7 月 3 日

¹⁴ 柯耀程，〈貪污治罪條例在適用上的評估與檢討——貪污治罪條例與刑法相關規定之適用與競合〉，月旦法學，94 期，2003 年 5 月，頁 55。公務員職務違背之利益創設行為，區分為兩種現象：(一)創設外來的不正當利益，例如要求、期約、收受賄賂罪。(二)創設向外的不正當利益，即為圖利罪。

○○○字第○○○○○○函請戊單位確認規格需求公文)至戊單位與我洽談」、「我記得在驗收前,甲公司B在電話中或到戊單位我忘記了,但我記得他主動說貨櫃要裝橋材,如果在貨櫃長邊兩側開口,貨櫃結構無法負荷橋材重量,且有安全顧慮,容易造成貨櫃在搬運間變形,所以我認為甲公司的說法合理,也符合我們的需求」(調查筆錄第3至4頁參照)等語,均僅為被告對於貨櫃規格衍生認定歧異之解釋說明,實難遽認有何積極證據足證被告A與B,於何時、地,如何共謀圖利、收賄或偽造文書等犯罪。復綜合前揭證據資料,亦無法證明被告A、H、B及F等間有何不法資金往來,從而查無被告「利用職權機會或身分,圖自己或其他私人不法利益,並因而直接獲得不法利益」(最高法院93年台上字第1148號、91年台上字第5185號、80年台上字第5594號判決參照)之明知故意及客觀事證,另亦無其他積極證據足證被告與渠等間是否涉有違反政府採購法或偽造文書等犯行之犯意聯絡或行為分擔。

(二)採購合理利潤之實務認定標準莫衷一是?

1、按貪污治罪條例第6條第1項第5款之「不法利益」,如「違背法令」所得之財物,是否「全部淨所得」俱為不法利益?或指全部淨所得合理利潤(以市價或未逾一般行情之利益為基準)不法利益條文內容並不明確。合理利潤如何計算,缺乏客觀之標準:政府機關編列預算所預留與廠商之合理利潤如何計算?目前實務上並無一定標準,以致於在計算上產生諸多困擾¹⁵。如在圍標比價得標案,工程廠商或公務員不法利益標準如何計算?目前實務上有認為工程預算之二成為合理利潤,扣除後即為不法所得(調查局移送意見);亦有為認為浮編工程預算不法金額,可從三種方式來計算(工程單位政風機構意見):1.該機關最近一次類似工程採購之單價分析表。2.該機關近三年之平均值(採購項目之單價分析)3.主計處每年(或定期)之市場訪價或物價水準統計等相關市場調查統計表。至於一般案件,法院有以市價、未逾一般行情之利益為計算標準者。實務上不法利益之計算,個案不一,頗多困擾¹⁶。且實務見解揭諸:「貪污治罪條例之圖利罪,需以明知違背法令,圖自己或其他私人之不法利益,

因而獲得利益者為要件。承包工程或出售商品之廠商本該有合理之利潤,故所謂不法利益,須扣除合法(正當)利潤始足當之,故其買進及賣出之間自有差額價格之存在,若認該差額即為圖利所得,其採證自與經驗法則有違」(最高法院97年度台上字第4644號、93年度台上字第5609號、78年台上字第295號、76年台上字第6219號、56年台上字第1555號判決參照)。

2、以本案為例,經查移送意旨認定被告圖利甲公司金額(9,398萬3,866元)係以驗收結算金額1億9,680元扣除逾期罰款78萬7,200元,再扣除甲公司購入橋材價款9,832萬1,265元及堆高機價款370萬7,669元(財政部高雄關稅局97B0013904、97B0015801、98B0004002、98B000306號進口報單參照)所得。然此計算方式,係認定案內甲公司交付之49只貨櫃及7套地面搬運系統與契約規格需求歧異,即一概排除於供貨成本計算之外。然按政府採購法第72條、政府採購法施行細則第98條及政府採購法第63條第1項授權訂定「採購契約要項」第51點等有關部分驗收、改正費用及減價收受等規定及前揭最高法院判決意旨以觀,本案合約價金與廠商成本價差,仍應扣除49只貨櫃之進貨價格1,097萬2,080元(甲公司與○○公司97年9月簽訂之材料合約書參照),及地面搬運系統(含13噸貨櫃吊臂14支、三菱S6K-T引擎7台及40呎貨櫃專用板台7台)進貨價格2,226萬4,500元(甲公司、○○公司及○○公司間98年2月10日、98年3月2日及97年9月22日合約書共4份參照)等共計3,323萬6,580元成本外,另更應將全案倉儲場租、運送費用、教育訓練、備份料件、技術文件、採購作業及履約管銷等費用列計扣除,合併前揭採購進銷貨、稅務及進口紀錄等資料作為本件採購案合約價金及進貨成本價差,及甲公司運籌本案所應獲得合理(正當)利潤之核計基礎,自不得逕以移送意旨所載粗估概算之進銷貨間之極大化價差,即遽以推論被告即有違背法令而圖利之犯意,或有何直接使甲公司獲致不法利益之客觀事實。

3、另以前述「高捷獎參案」有關圖利罪部分,高等

¹⁵ 邢泰釗,〈就我國實務運作觀點,評現行貪污治罪條例〉,月旦法學,94期,2003年5月,頁11。

¹⁶ 同註4,頁141。



法院高雄分院二審判決（96 年矚上重訴字第 03 號判決）指出：就相關得標廠商而言，投標廠商於得標後需先支出工程設計規劃及施作之成本，於工程完工後方得請領工程款，是廠商所獲取者乃係依承攬契約支付之報酬，尚非不法利益所得比擬，上訴意旨僅依 92 年度營造業同業利潤標準（即淨利為標價百分之八）以推測方式計算，認得標廠商獲有不法利益結果。然依該試算表僅是將各區段得標金額乘以上開同業利潤標準所得之數字，該數字實際上僅為同業利潤標準換算之結果，以此作為被告圖利得標廠商之數據亦嫌率斷。並指出公訴人迄今均未舉證證明本件系爭案件所謂「不法利益」究竟為何？金額若干？僅根據最高法院 95 年度台上字第 7141 號判決意旨，以同業利潤為依據，然最高法院並未採取以同業利潤標準作為不法利益之判斷標準，尚不得以此作為認定不法利益之依據。

肆、廉政工作報告列載類案與犯罪防治（預警作為）¹⁷

法務部 2015 年施政目標與重點之「關鍵策略目標」乙項，指出「機關目標：建立廉能政府」，說明法務部將持續整合反貪、防貪、肅貪業務，推動「防貪—肅貪—再防貪」的機制，督導各級政風機構，落實內控管理，建立機關風險評估資料，透過「防貪、肅貪、再防貪」的治理機制，就機關出現潛存違失風險事件或人員，提出「預警作為」；針對行政肅貪或刑事肅貪個案，建構「再防貪措施」，以達到肅貪與防貪工作結合之目標¹⁸，是以，法務部廉政署 102 年度工作報告列載「預警作為」數案，以下即就採購涉法案件與「虛偽規格圖說及驗收不實」之「預警作為」案例摘錄如下：

（一）最有利標之得標廠商報價與同規格產品商情差異過大，不予決標

○○縣政府依經濟部能源局「擴大設置 LED 路燈專案計畫作業要點」辦理「擴大設置 LED 路燈工程」（採最有利標），政府處於開標後接獲廠商檢舉，疑有規格綁標情形。該建設處認該規格評選標準常見於國內，且為區分產品效能之差異性，經評選委員會審定之並選標準並無不妥。惟查優勝廠商「○○公

司」之 LED 路燈於該府報價每盞 1 萬 2,434 元，顯高於該公司於新北市及高雄市政府之得標價 8,000 元，每盞價差 4,434 元，總價差計 1,371 萬 4,362 元。案經政風機構依據檢舉函提出分析，並簽請調卷瞭解，縣長遂於 102 年 6 月 7 日批示不予決標，避免公帑浪費且有圖利少數廠商之虞。

（二）利用剩餘款辦理後續採購擴充，調整經費編列方案為「原購案工程款變更契約追加預算」

- 1、○○市政府○○局於辦理「○○市○○市場遷建計畫工程」委託專案管理及設計監造勞務採購。該工程原無後續增建停車場之需求，經議員及攤商要求該局增建停車場。惟因增建停車場之經費來源未定，故先辦理該工程 1、2 樓工程發包，並以工程「後續擴充採購」方式，增建 3、4 樓為停車場。該工程 1、2 樓工程於決標後，主辦單位擬動支該工程發包剩餘款，先行辦理該工程第二期委託專案管理及設計監造招標作業，並提供 3 種經費編列方案，表示考量公平性及避免浪費公帑，該案所需經費係依據「方案二」（依據採購法工程專案管理技術服務建造費用百分比法上限 76.5% 計算，費用約需 2,455 萬元）計算而得。
- 2、該局政風室認遽採「方案二」編列經費有高估預算、浪費公帑之疑慮，嗣後若由原得標廠商得標承攬，更易遭外界質疑涉有圖利不法情事，建議審慎考量辦理。嗣後經多次邀集相關單位研商，建案單位經濟發展局，採納該局政風室意見，以「方案三」編列經費，據以調降採購案預算金額，節省公帑約 1,192 萬元（方案三：將 3、4 樓增建經費約 4 億元視為本案工程預算 4 億 6,800 萬元）之增加經費，並以「方案二」金額乘上原採購之得標比例 73%，費用約需 1,352 萬元）。

（三）要求廠商重新檢視圖說設計疏失，同意變更圖說並減少價金

○○市政府○○局○○處受託辦理「○○新行政中心及○○醫院新建工程（水電部分）工程案」，得標廠商針對設計監造廠商所設計部分消防設備，提出其備註說明及配線大樣圖與合約標準所列項目不同之疑義，經會勘後決議以決標文件（標單）優先適用，而欲辦理變更設計修正圖說及追加減施作工項。嗣經○○處○○室發現本案標單僅標明項目金額及數量，

¹⁷ 法務部廉政署，同註 1，頁 70 至 73。

¹⁸ 資料來源：國家發展委員會網站：<http://www.ndc.gov.tw/>，最後到訪日期：2015 年 4 月 12 日。



並無規格及施作內容。修改設計圖說，涉及施作項目規格及功能改變，若因此減省功能，應釐清減省之金額。案經函請設計廠商說明，該設計廠商除坦承圖說設計疏失外，並同意於變更圖說後減省功能部分於尾款扣減 10 萬 9,776 元。

伍、結語

法務部調查局 2013 年廉政工作年報，統計 2009 年至 2013 年移送案件主要適用法條罪名分析，貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款、第 5 款「違背職務與不違背職務圖利罪」案件數量，自 2009 年至 2013 年，分別為 89、61、78、51、47 件，呈現下降趨勢，另外與政府採購貪污案件攸關之貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款「建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品、浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事」罪¹⁹，自 2009 年至 2013 年，分別為 28、23、23、15、19 件，亦趨同圖利罪移送案件數量，逐年下降。反觀貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款「利用職務上機會詐取財物」案件，由 2009 年至 2012 年分別為 69、44、61、49 件，至 2013 年遽增為 157 件，從而可徵見檢調機關偵辦移送罪名，或有受政府採購行為以圖利罪偵辦之低定罪率影響。乃至貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款「對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益罪」及第 5 條第 1 項第 3 款之「對於職務上之行為，要求期約或收受賄賂或其他不正利益罪」，自 2009 至 2013 年，移送案件數量均維持在 20 至 40 件上下（至少 21 件，至多 39 件），收賄案件偵辦數量維持穩定，亦與透過資金清查、通訊監察、行動跟監、通聯或數位證據之採用，得以就「收賄罪」維持較高之偵查實效。

本文先前例舉「臺北車站促參案」，雖較未涉及民間機構與政府機關間成立之投資（合建）契約關係或公務員身分認定疑義，全案關鍵反而是在於收賄行為之客觀舉證及對價關係之認定，除通訊監察譯文之外，包括帳戶存款明細分類帳、存款往來明細表、取款憑條、買匯水單、外匯活期存款取條，扣案證物及檢察官履勘現場筆錄、模擬將賄款放入容器之錄影光碟翻拍照片、第一審與原審勘驗扣案物證容量及空間

餘留情形之筆錄，均成為收賄罪之補強證據，足見參與興建公共工程案件，有關收賄罪之偵辦，取決於資金流向清查、通訊監察或扣案物證等直接證據之取得，亦需嚴謹精緻之偵查程序始得克竟全功。

臺灣高等法院檢察署於 2007 年間成立「貪瀆案件無罪判決分析研究小組」，自 2005 件已定讞貪瀆案件中挑選其中 64 件作案例，分二階段分析結果，判決無罪原因分析結果（括號內係第 2 階段），行政規定認知錯誤 16 次（21 次）。蒐證不足 15 次（20 次）。欠缺證據能力（證人證言、測謊鑑定報告、偵查筆錄、傳聞證據）6 次（3 次）。構成要件不符（行為與公務無關、欠不法利益）3 次（4 次）。證據與待證事實不符（認定事實未依證據）2 次（1 次）。賄賂之對價關係不明 2 次（3 次）。法律見解錯誤 2 次（0 次）。法律構成要件變更致行為不罰 1 次（1 次）。被告自白與卷內證據不符 0 次（1 次）。無公務員身分者係圖利行為之對象，不構成圖利罪之共同正犯 0 次（1 次）²⁰。

貪瀆案件判決無罪原因占第一位者之對行政規定的認知錯誤，又可細分為：1、對行政規則及相關作業程序未查明 7 次（11 次）。2、行政疏失與犯罪故意未釐清（欠缺圖利罪之犯罪故意）3 次（5 次）。3、行為未違背法令（未違背職務、誤用行政法規）4 次（3 次）。4、行政裁量與違背法令之分際未釐清 2 次（2 次）。

臺灣高等法院檢察署全般檢討後，即明白指出所屬檢察官於偵辦貪瀆案件時，最常因行政規定及行政作業程序之不熟悉及查證不完全，致誤認被告違法；檢察官對違背法令之認知，明顯與法院心證有落差。而此項原因通常伴隨「蒐證不足」問題。亦即，檢察官未能充分查證、或給予被告充分說明或提證之機會，即行起訴，以致被告事後在審判中提出更多證據及行政規定，證明自己之行為未違法，導致案件被判無罪²¹。

又如前揭「高捷獎參案」之最高法院終審判決指出：「民間參與公共建設制度，係利用特許權競標方式，將公共建設交由民間機構興建、營運，以取代政府之傳統管制制度，彌補政府財政、人力、管理及效

¹⁹ 高金柱，〈貪污治罪條例之適用與競合〉，月旦法學，94 期，2003 年 5 月，頁 36。指出：本罪之行為若無涉及相對人之不正利益給付，而為公務員片面行為，則不生與違背職務收賄罪之競合（特別關係），但可能該當偽造文書罪、公文書登載不實罪或公務侵占罪。

²⁰ 葉耀鵬、陳健民、劉興善、錢林慧君，同註 5，頁 155 至 156。

²¹ 臺灣高等法院檢察署，〈貪瀆案件無罪判決原因分析彙編〈二〉〉序言，98 年 9 月。



率之不足。現行獎勵民間參與交通建設條例所形塑之民間參與模式，依獎參條例第六條及促進民間參與公共建設法第八條第一項第一款、第十一條等規定，交通建設不論由政府規劃或民間規劃，民間機構均係依法取得特許權，在政府監督、管理及擔保下，以自己名義，利用自有之資金、專業技術及經營理念，從事興建、營運等履行投資契約（特許權契約）之行為，乃交通建設之開創者與執行者，並非政府委託或移轉其興建及營運權之結果（最高法院 101 年台上 3385 號判決參照），即是實務上常見政府採購與促進民間參與案的法律基本性質釋疑，亦難免外界對於類案（例如前揭「臺北車站促參案」），即有提出司法偵審機關應妥切釐清政府採購、促參法及獎參條例案件性質予以釐清之建言²²。

又前揭法務部 2015 年施政目標與重點之「關鍵策略目標」乙項，另提出「提升貪瀆案件定罪率」之目標：指明該部應制訂檢察署及檢察官辦理貪瀆、重大經濟犯罪案件定罪率排序表，作為考績、升遷之重要參考。並請各檢察機關就貪瀆等重大及社會矚目案件，於決定上訴與否時，應確實依照「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 134 點規定，詳實審核原裁判認定事實有無錯誤、適用法則是否恰當，以及訴訟程序有無瑕疵、量刑標準及緩刑宣告是否適當，以決定應否提起上訴或抗告。

本文試舉最高法院 101 年台上字第 3385 號判決（高捷獎參案）及 102 年台上字第 4887 號判決（臺北車站促參案），並以個案分析採購驗收階段可能衍生之行政失當行為，與虛偽規格圖說之認定，以及採購招標階段同等品審查之疑義與圖利罪之關係，並就採購合理利潤與圖利罪不法所得進行闡釋辯證，希冀以實務見解之分析檢視，作為提升貪瀆案件定罪率之政策作為與法制擬議參考²³，並提出採購貪瀆犯罪預警、精緻偵查內容與確保偵查成果之建議思維如下：

一、建構「貪瀆預警」之績效考核制度，並踐行「採購分權」流程

觀諸前揭廉政工作報告（年報）列載類案與犯罪防治取向，貪瀆案件之「事前預警」已為廉政（政

風）部門之重要核心工作之一，從而，各級公務機關貪瀆案件預警機制之建構，應著重公務機關採購行政流程之治理觀點（類似金融監理機構之「法令遵循」、「稽核」部門職能），並將「預警機制」之績效考核制度具體化。此外，並應落實採購案件之建案（計畫部門）、購辦（行政部門）、驗收（主驗、會驗、協驗及主計政風、財務監察部門）與使用單位之功能測試（現地驗收、目視驗收）等程序之「分權制衡」及「職能整合」，結合採購稽核工作成效，改採「預警（稽核）」與「偵辦」雙軌併行之績效考核制度。

二、調整以「偵查、移送」為核心之績效考核迷思

除前述建議將「預警案件」納列為績效核分之範圍外，並宜結合刑事訴訟流程，將廉政或調查績效考核制度層次精緻化，區分為「立案」、「移送」、「起訴」、「公訴」、「判決」等階段，逐一配置不同之績效評量比重，建立「追蹤（動態）考核」模式，例如移送時「初步核分」一次，待案件起訴或判決確定後，賡續為整體考核（不起訴或無罪案件，酌量增減核分），分析不起訴或無罪判決原因，將「蒐證不足」、「證據瑕疵」、「適用條文疑義」或「法律見解差異」等理由均納入績效核分之整體檢討研析。

三、偵查作為結合實務取向，積極參與公訴，確保偵查成果

鑑於貪污治罪條例及圖利罪偵辦之低定罪率、高上訴率，偵查案件實效於法庭活動中所面臨之辯方挑戰，允為觀察重點。因此，建議透過檢調聯繫平台，賦予第一線廉政、政風及調查人員參與公訴之途徑，藉由參與公訴過程中，瞭解檢方在法庭活動中可能面臨之境況，例如經由證據能力辯論，掌握司法實務見解（舉例「行動監察（跟監、側拍）、數位資訊證據，乃至於因應衛星、行動裝置偵查取證」等新興之證據方法），進而調整類案蒐證方向，或觀察論告攻防時之論證重點，瞭解辯方常以「公務員身分」、「明知違背法令之犯意」、「公、私法契約性質」、「職務掌理範圍」及「獲取不法利益之對價證明」等辯護關鍵，作為強化精緻偵查之基礎。至於「參與公訴」模式，

²² 蔡仁惠，〈竟將促參案當採購案來辦〉，自由評論網，網址：<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/748610>，最後瀏覽日期：2014.4.19。

²³ 鄭善印，〈貪污治罪條例在立法上之評估與檢討〉，月旦法學，94 期，2003 年 5 月，頁 58 至 66。余振華，〈廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性〉，月旦法學，94 期，2003 年 5 月，頁 69 至 83，均對於貪污治罪條例之立法與實務現況提出制度面之法制修正建議。



亟待與檢察機關整合，或可考量「公訴專組協力」或「提出證據調查聲請書、(輔助)論告書」之方式逐步開展。

四、結合法制單位，建構無罪判決與不起訴處分之研析機制

建議參採臺灣高等法院檢察署於96年間成立「貪瀆案件無罪判決分析研究小組」運作方式，建構無罪判決與不起訴處分案件之研究分析機制，參採前揭監察院「貪瀆案件定罪率」調查報告所指出貪污案件無罪判決理由，以「行政規則認知錯誤」乙項為首，即包括「對行政規則及相關作業程序未查明」、「行政疏失與犯罪故意未釐清」、「行為未違背法令（未違背職務、誤用行政法規）」、「行政裁量與違背法令之分際未釐清」等原因，均可見貪瀆案件之偵查，深受法規命令、解釋性行政規則或裁量基準的複雜與多元影響，故宜結合法制單位，提供預警、偵查及案件追蹤（動態）考核流程過程適切之法制建議，並在預警及偵查階段，即借重政府採購法、營建相關法規主管機關（例如：公共工程委員會、內政部營建署、公平交易委員會）之行政函釋，充實偵查內容，作為輔助檢察機關認定犯罪事實及適用法律佐證，並以嚴謹之法律適用，反向思考取證方向，延伸偵查實效，鞏固偵查成果。

五、機關橫向整合教育訓練與研究職能，嘗試提出修法建議

貪污案件偵審實務中，涉關前揭辯方著重之「公務員身分」、「契約定性」、「獲致不法利益（對價關係）」，乃至於「違背法令」、「登載不實（偽造文書）」之直接故意等，均需行政、司法機關實務見解之長久累積及法律變遷之反思，此見諸監察院前揭專案調查報告結論指出²⁴：

- （一）貪污治罪條例之刑度疑有情輕法重，背離罪刑相當原則之問題，恐影響法官適用決斷，實務及學界多認應詳加檢討是否有回歸普通刑法之必要。
- （二）圖利罪之構成要件涉及不確定法律概念，與便民難以區隔，致司法權輕易介入行政權核心領域，影響現代法治國行政之積極性與效率性，

允宜審慎研究除罪化必要」，

綜上結論，足以徵見，貪瀆犯罪預防及案件偵辦第一線之廉政、政風及調查機關，允宜將偵查經驗中所面臨及匯集之寶貴情境資訊，有系統的詳予彙整提出質量並重之立法建議，並與司法院、法務部等法規主管機關（例如司法院刑事廳、行政及懲戒廳、法務部法制司）聯繫，結合教育訓練職能與學界研究資源，共同提出並延續修正建議，期待立法機關對於貪瀆案件相關刑事法律修正契機。

花錢買罪受

有事就花錢？ 花錢就有事！



法務部
Ministry of Justice

重大犯罪檢舉專線：0800-024099

²⁴ 葉耀鵬、陳健民、劉興善、錢林慧君，同註5，頁142、148。