

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

108年度上訴字第695號

上訴人 臺灣苗栗地方檢察署檢察官
被告 邱汶瑞

選任辯護人 江錫麒律師（法扶律師）
王炳人律師（法扶律師）
周銘皇律師（法扶律師）
被告 謝文振

選任辯護人 楊曉菁律師（法扶律師）
被告 周文平

選任辯護人 繆聰律師

上列上訴人因被告違反貪污治罪條例等案件，不服臺灣苗栗地方法院105年度重訴字第9號中華民國107年12月26日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署103年度偵字第614號、第3902號），提起上訴，本院判決如下：

主 文
上訴駁回。

理 由

一、公訴意旨略以：被告謝文振前係苗栗縣西湖鄉公所（下稱西湖鄉公所）建設課長（已退休），負責綜理、督導該課相關業務；被告邱汶瑞係西湖鄉公所建設課臨時工程助理員，負責承辦工程履約管理及結算業務，均係依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人。被告周文平係暘昇工程顧問企業有限公司（下稱暘昇公司）工程師，承作

「101年度懷恩塔回饋四湖村基層建設工程」（下稱本案工程）規劃、設計及監造業務，為受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公共事務之人員。緣西湖鄉公所依據「苗栗縣西湖鄉納骨塔回饋金使用辦法」，對納骨塔所在之西湖鄉四湖村提供回饋金，由西湖鄉公所編列預算辦理四湖村基層建設工程。西湖鄉公所遂於「102年度臺灣省苗栗縣西湖鄉總預算」中編列「懷恩塔回饋四湖村基層建設工程」經費，預算金額新臺幣（下同）120萬元，並於民國102年5月14日辦理「101年度懷恩塔回饋四湖村基層建設工程委託規劃設計監造」採購案開標，暘昇公司得標後由被告周文平負責規劃設計及監造。被告謝文振、邱汶瑞及周文平均明知「苗栗縣西湖鄉納骨塔回饋金使用辦法」規定，回饋金不得支用於私人，竟以劉華臺與西湖鄉鄉長熟識之故，於辦理本案工程各施工地點會勘時，明知坐落在苗栗縣○○鄉○○段00000地號土地上建物（門牌號碼：苗栗縣○○鄉○○村0鄰○○○0號）係劉華臺之私人住宅，且連接至苗119線鄉道之道路至該屋前即終止，並無向下延伸至其他地方，應不得列為施工地點，竟共同基於圖利之犯意聯絡，由謝文振及邱汶瑞於會勘後指示周文平將上開住宅庭院列為本案工程「第七工區」之施工地點，被告周文平另基於行使公務登載不實之犯意，於公務上製作不實之本案工程設計圖說，即未標示上開道路末端已遭上開住宅阻隔，並送交西湖鄉公所而行使，致不知情之西湖鄉公所鄉長李文林依上開設計圖說核定本案工程施工項目及地點，並據以辦理採購。嗣得標廠商依上開設計圖說在上開住宅庭院內鋪設約145平方公尺之混凝土路面，而直接圖利劉華臺50,303.85元之工程費用。因認被告邱汶瑞、謝文振均涉犯貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪嫌；被告周文平涉犯貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪嫌及刑法第216條、第213條之行使公務員登載不實文書罪嫌等語。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不

01 能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154
02 條第2項、第301條第1項前段定有明文。此所謂認定犯罪事
03 實之證據，無論其為直接或間接證據，均須達於通常一般人
04 均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，始得據為有罪
05 之認定，若其關於被告是否犯罪之證明未能達此程度，而有
06 合理性懷疑之存在，致使無法形成有罪之確信，根據「罪證
07 有疑、利於被告」之證據法則，即不得遽為不利被告之認定
08 （最高法院29年上字第3105號、40年台上字第86號、76年台
09 上字第4986號判例同此見解）。又刑事訴訟法第161條第1項
10 規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明
11 之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據
12 及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有
13 罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成
14 被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判
15 決之諭知（最高法院92年台上字第128號判例見解相同）。

16 三、另按無罪判決，無刑事訴訟法第154條第2項「應依證據認
17 定」之犯罪事實之存在。因此，同法第308條前段規定，無
18 罪之判決書只須記載主文及理由；而其理由之論敘，僅須與
19 卷存證據資料相符，且與經驗法則、論理法則無違即可，所
20 使用之證據亦不以具有證據能力者為限，即使不具證據能力
21 之傳聞證據，亦非不得資為彈劾證據使用。故無罪之判決
22 書，就傳聞證據是否例外具有證據能力，本無須於理由內論
23 敘說明（最高法院100年度台上字第2980號判決意旨參
24 照）。本判決既依下述理由為被告無罪之諭知，依前開說
25 明，自無庸先一一論說各項證據之證據能力，先予敘明。

26 四、公訴意旨認被告謝文振、邱汶瑞及周文平涉犯上開罪嫌，無
27 非係以被告謝文振、邱汶瑞及周文平之供述、證人劉華臺之
28 證述、證人即施作得標廠商負責人呂其昌之證述、證人即西
29 湖鄉公所主計主任呂美智之證述、苗栗縣西湖鄉納骨塔回饋
30 金使用辦法、苗栗縣西湖鄉102年度總預算、「101年度懷恩
31 塔回饋四湖村基層建設工程委託規劃設計監造」採購案開標

01 紀錄及決標公告、苗栗縣○○鄉000○○○○○○○○村
02 ○○○設○○○○○○○○○○○○○○縣○○鄉○○段00000
03 地號土地建物查詢資料、本案工程設計圖說、本案工程採購
04 決算書、航照圖及現場照片為主要論據。

05 五、訊據被告邱汶瑞、謝文振、周文平均堅詞否認有何公訴意旨
06 所載犯行，辯解如下：

07 (一)被告邱汶瑞辯稱略為：施工地點係四湖村村長帶領去會勘
08 的，我並不認識劉華臺，沒有圖利的犯意。辯護人辯護意旨
09 略以：綜合修正前苗栗縣西湖鄉殯喪設施使用管理自治條
10 例、苗栗縣西湖鄉納骨塔回饋金使用辦法相關規定可知，回
11 饋金可補助四湖社區發展協會，亦可僅針對發展協會之特定
12 人予以補助，不限於四湖村全體村民，顯見回饋金係專為四
13 湖村村民而設，起訴意旨稱回饋金應公款公用，不得支用於
14 私人，並未見其出處。又懷恩塔回饋工程為單方面提供福
15 利，應屬給付行政性質，給付行政僅需預算上合法，合法性
16 即無疑問，司法機關僅能就違法與否的監督，不宜行使適當
17 與否之審查權限。另依據證人徐春慶、被告邱汶瑞、謝文振
18 於偵查中之證述及陳述可知，懷恩塔回饋工程所有工程點，
19 依慣例均由四湖村村長所提，嗣被告邱汶瑞會勘後，向上級
20 長官簽核，經鄉長核准後才能施作，被告邱汶瑞就何地點施
21 作並無決定權，何來圖利私人之可能。且懷恩塔回饋工程之
22 經費既是源於回饋金，僅限制於四湖村村民使用，是本案工
23 程施作地點在四湖村內，並未違反回饋金使用辦法，被告邱
24 汶瑞並未圖利他人。另本案「第七工區」施工位置在苗栗縣
25 ○○鄉○○段00000地號土地，其所有權人為建台中學，劉
26 華臺父親興建本案房屋及圍牆前，現況道路原延伸至本案第
27 七工區道路工程終點，後因前開房屋及圍牆之興建，使現況
28 道路被圍牆阻隔，有空拍圖可憑。從空拍圖可知，劉華臺住
29 處坐落在00-00地號土地內，附近無其他住戶，故該房屋通
30 往119線鄉道之道路，顯係專供劉華臺與所屬社區居民使
31 用，為鄉公所出資鋪設，僅因劉華臺父親私人設置圍牆，致

01 使原道路部分成為劉華臺之庭院，惟仍不減損原做為道路使用之目的，是前開道路於興建時既無圖利私人，被告邱汶瑞
02 將劉華臺住處庭院內道路列入懷恩塔回饋工程，亦難謂圖利
03 私人。更何況，依卷內劉華臺與被告邱汶瑞之陳述，被告邱
04 汶瑞與劉華臺並不相識，縱劉華臺曾稱其透過妻子認識鄉長
05 等情，亦無從推論被告邱汶瑞知悉劉華臺與鄉長熟識，而有
06 圖利之主觀犯意。且被告邱汶瑞、周文平、謝文振於偵查中
07 均證述於會勘後，對於是否將第七工區列入工程施工地點，
08 均感到有疑慮，惟基於尊重四湖村村長之意見，而列入預算
09 書中留待鄉長決行。再者，本案第七工區費用，僅69027.6
10 元，顯非鉅額工程，若被告邱汶瑞已有相當疑慮，衡情豈會
11 於無明確動機下，願甘冒圖利罪之風險，刻意將第七工區列
12 入施工地點，並於設計圖說上為不實記載，藉此誤導西湖鄉
13 鄉長等語。
14

15 (二)被告謝文振辯稱略以：本案應該只是行政上的疏失，我沒有
16 圖利的意思。辯護人辯護意旨略為：被告謝文振並不認識劉
17 華臺，無從知悉劉華臺與鄉長是否熟識，檢察官徒以「因劉
18 華臺與西湖鄉鄉長熟識之故」等臆測之詞，認為被告謝文振
19 有圖利劉華臺之動機，並無依據。且由被告謝文振於102年5
20 月20日即已提出退休之申請，並於同年9月2日生效等情可
21 知，被告謝文振身為即將退休而申請月退休金之人，並無任
22 何圖利之動機與誘因。又貪污治罪條例之圖利罪，其中所謂
23 法令，必須與公務員執行職務所應遵循或行使裁量權有直接
24 關係者為限，而非屬於道德性、抽象性或與職務無直接關係
25 之法令，檢察官所引行政程序法第4、6至8條之平等、比例
26 及誠信原則為上訴理由，該等條文僅係行政機關為行政行為
27 時之概括性抽象法律，為行政裁量權限內之法律概念，並非
28 執行具體職務時就相關義務之特別規定，亦即針對回饋金管
29 理所有之特別規定，如有所違反，乃行政處分有瑕疵，是否
30 應循行政救濟程序予以撤銷之問題，並非圖利罪所謂之法
31 令。再者，本案既屬行政裁量事項，該回饋金係針對四湖村

01 民因納骨塔設置，而生居住、財產等權益受損而提撥之彌補
02 方案，使用上應有其特殊性，並應尊重四湖村村長提出之建
03 議方案，「第七工區」客觀上為私人土地，然周圍確有多家
04 鄰戶聚落之外觀，復與納骨塔比鄰，為治喪車隊必經之地，
05 是將回饋金使用於此，並無逾越法定裁量範圍。被告謝文振
06 並不認識劉華臺，亦係由四湖村村長引導至「第七工區」會
07 勘，從「第七工區」外圍觀察，亦有多戶鄰家聚落，測量後
08 計畫書、預算編列均由承辦人員負責，亦在預算內執行，工
09 地均在四湖村內，為最深受納骨塔影響所苦之處，難謂有
10 異。況本件「第七工區」工程，亦經鄉長批可，並非被告謝
11 文振授意，亦非其能控制，難謂有何圖利他人之意圖等語。

12 (三)被告周文平辯稱略以：設計圖說是比例尺很大的示意平面圖
13 而已，目的只是讓廠商知道施作的起迄點，並非詳細的建築
14 套繪圖等語（見原審卷四第232頁、第234頁、第237頁）。
15 辯護人辯護意旨略為：被告周文平繪製各工區施工平面圖行
16 為，並非從事公共事務，而且與公權力之行使無關，僅係受
17 公務機關私經濟行為之民事上委任，被告周文平並非刑法上
18 之公務員。又被告周文平並不認識劉華臺，本案係因四湖村
19 村長建議施作，被告周文平至現場會勘時，並未走到最裡
20 面，並不知悉裡面還有一道圍牆，其所繪製之施工示意圖只
21 是標示位置圖與施工方式，並無繪製與現況不符圖說之主觀
22 犯意，且被告周文平會勘完後，有向被告謝文振、邱汶瑞提
23 及「第七工區」涉有私人土地疑慮，卻因被告謝文振以四湖
24 村村長表示裡面還有3、4戶人家，且該處緊鄰納骨塔，所以
25 為較寬鬆之認定，指示被告周文平將之繪入設計圖說，由上
26 級來核定，因此被告並無非法圖利之主觀犯意。另被告周文
27 平所繪製之施工圖，並未將實際地形地物完整繪製，僅為施
28 工平面示意圖，且比較其他工區繪製方式並無甚大差異，足
29 認被告周文平並未針對「第七工區」之道路情形，故為與現
30 況不符之圖示繪製，足認被告周文平並無行使公務員登載不
31 實之犯意等語。

01 六、被告謝文振係已退休之前西湖鄉公所建設課長，負責綜理、
02 督導西湖鄉公所建設課相關業務，被告邱汶瑞係西湖鄉公所
03 建設課臨時工程助理員，負責承辦工程履約管理及結算業
04 務，被告周文平係暘昇公司工程師，承作本案工程規劃、設
05 計及監造業務等情，業經被告謝文振、邱汶瑞及周文平於原
06 審審理中供承在卷（見原審卷一第212頁反面），並據證人
07 即暘昇公司負責人康德全於偵訊中證述明確（見臺灣苗栗地
08 方檢察署103年度偵字第614號卷，下稱第614號偵卷，第198
09 頁至同頁反面），且有「101年度懷恩塔回饋四湖村基層建
10 設工程委託規劃設計監造」採購案開標紀錄及決標公告、本
11 案工程設計圖說在卷可稽（見法務部廉政署101年度廉查中
12 字第7號卷一，下稱廉卷一，第268頁至第269頁反面、第286
13 頁至第287頁反面、第291頁）。是此部分事實，應堪認定。

14 七、經查：

15 （一）刑法所稱之公務員，94年2月2日修正前之刑法第10條第2項
16 規定：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員」。94年
17 2月2日修正、95年7月1日施行之刑法第10條第2項規定為：
18 「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方
19 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
20 事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方
21 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
22 共事務者。」第一款前段係「身分公務員」，同款後段則為
23 「授權公務員」。無論係「身分公務員」或「授權公務
24 員」，祇要是具有法定職務權限之人，在從事公共事務範圍
25 內之事項均屬之。第一款所謂「依法令」、「法定」係指法
26 律規定、法規命令、行政規則、職權命令、職務命令等而
27 言，自包括各機關組織法或條例、機關內部行政規則在內。
28 第一款前段所指依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關
29 之公務員，著重其服務於上開機關之身分，即所謂身分公務
30 員，其對涉及公權力行使之公共事務，及其他法令所賦與雖
31 與公權力無關，但仍屬其職務範圍內所應為或得為之事務，

01 皆負有特別保護義務及服從義務，所為自均屬公務員職務上
02 之行為。與第一款後段所規定因法令授權或第二款所稱受國
03 家、地方自治團體等公務機關依法委託，而從事於公共事務
04 之授權公務員與受託公務員，原均不具備公務員身分，僅於
05 執行有關公權力行使之公共事務時，始得認係公務員執行職
06 務上行為之情形有別。又公務機關基於排除危害及維護安全
07 之目的，所為對人民之權利、自由、財產加以干預、限制，
08 或課予人民義務、負擔之干涉行政行為，固係居於統治權主
09 體之地位所為行使公權力之行為；其本於現代民主國家積極
10 主動提供人民最大服務與照顧，以滿足民生需求之重要職
11 能，為維持、改善人民生活，而提供人民給付、服務等利益
12 之給付行政行為，亦同屬基於國家、地方自治團體統治權作
13 用之公權力行為（最高法院106年度台上字第106號判決意旨
14 參照）。經查，本案懷恩塔回饋四湖村基層建設工程回饋金
15 使用計畫（包含系爭「第七工區」之施工地點設計圖說），
16 本應由四湖村辦公處向西湖鄉公所提出，然因四湖村辦公處
17 承辦人員不諳電腦操作，乃由被告邱汶瑞委由被告周文平製
18 作計畫書與預算書後，交由四湖村辦公處向西湖鄉公所呈文
19 等情，業經被告周文平坦認在卷（見臺灣苗栗地方檢察署10
20 2年度他字第560號卷一，下稱第560號他卷一，第114頁反
21 面），並有四湖村辦公處102年6月7日西鄉四湖字第102004
22 號函附之計畫及施工圖說附卷可稽（見廉卷一第8頁至第14
23 頁），堪信為真。而本案懷恩塔回饋金使用依據，係西湖鄉
24 公所依據西湖鄉公墓暨納骨塔管理自治條例第33條，所制訂
25 之西湖鄉納骨塔回饋金使用辦法，即該回饋金係使用於懷恩
26 塔所在之四湖村村民，用來改善四湖村之基礎建設，顯已該
27 當給付行政之公權力行為。被告周文平既受西湖鄉公所承辦
28 人員即被告邱汶瑞委託製作前揭計畫書與預算書，自屬執行
29 有關公權力行使之公共事務，衡諸上開最高法院判決意旨，
30 被告周文平即為受託公務員，辯護意旨認被告周文平並非刑
31 法上之公務員，顯有誤會，先予敘明。

01 (二)「苗栗縣西湖鄉納骨塔回饋金使用辦法」第2條第1項規定：

02 本使用辦法所稱回饋金，由西湖鄉公所編列預算（回饋金支
03 用比例：經常門10%、資本門90%），「回饋金之使用應由村
04 辦公室擬定回饋金使用計畫書」，經報請西湖鄉公所核定後
05 始得運用，有該使用辦法在卷可稽（見廉卷一第260頁）。
06 經查：

- 07 1.觀諸卷附「苗栗縣西湖鄉101年度懷恩塔回饋四湖村基層建
08 設工程回饋金使用計畫」（見廉卷一第272頁至第275頁），
09 所列工程內容含苗35線支線土地公廟前、苗33線旁（3
10 處）、苗33線支線（2處）及119線支線等7處工程位置，而
11 未有本案工程設計圖說所列「第七工區」之施工地點。
- 12 2.被告邱汶瑞於偵查及原審審理中均證稱略以：本案工程列有
13 8處工區，其中「第七工區」是119線旁路面挖除及整平，本
14 來周文平幫四湖村村長製作的使用計畫書中是提報7處工程
15 位置，但其中編號3、4部分因故未列入施工地點，經費有
16 剩，且村長還有帶我、謝文振及周文平去會勘其他地點，就
17 追加了本案工程的第二、三、七工區，但沒有再請村長提出
18 新的使用計畫書，我先前雖有反應過「第七工區」屬私人土
19 地的疑慮，但謝文振還是說先給周文平評估一下，至於准不
20 准，待完成預算書後逐層報請鄉長來決定等語（見廉卷一第
21 30頁至第31頁反面、第69頁至第72頁；臺灣苗栗地方檢察署
22 102年度他字第560號卷三，下稱第560號他卷三，第131頁反
23 面至第132頁反面、第135頁；第614號偵卷第158頁反面至第
24 159頁、第211頁反面；原審卷四第16頁至第28頁、第36頁至
25 第40頁、第45頁至第50頁、第225頁至第227頁）。
- 26 3.被告周文平於偵查及原審審理中均證稱略為：我於會勘結束
27 後，邱汶瑞拜託我幫忙製作使用計畫書，我就自己審酌預算
28 金額搭配會勘地點後，選擇其中7處作為使用計畫書內的工
29 程位置，並交給邱汶瑞，後續由他交給四湖村長徐春慶，再
30 由村長函給西湖鄉公所，至於我之後繪製的本案工程設計圖
31 說會有8處工區，是因為使用計畫書內的編號3、4部分未實

01 際施作，預算上還有5萬元可以使用，且先前村長也有帶領
02 我、邱汶瑞及謝文振去過「第七工區」的位置會勘，並提出
03 該處路面損壞，有挖除後重新鋪設的需求，所以由我向邱汶
04 瑞說明後，他就指示將「第七工區」畫入本案工程設計圖說
05 內，而列入本案工程施工地點等語（見廉卷一第100頁反面
06 至第103頁、第145頁反面至第146頁、第147頁反面；第560
07 號他卷一，第114頁反面、第115頁反面；第614號偵卷第125
08 頁反面；臺灣苗栗地方檢察署103年度偵字第3902號卷，下
09 稱第3902號偵卷，第128頁反面；原審卷四第55頁至第62
10 頁、第65頁至第70頁）。

11 4.被告謝文振於偵查及原審審理中均證稱略以：「苗栗縣西湖
12 鄉101年度懷恩塔回饋四湖村基層建設工程回饋金使用計
13 畫」內有提出7處工程位置的需求，但沒有被完全採納為本
14 案工程施工地點，經費因此還有剩餘，就列入四湖村村長提
15 報的其他地點，我沒有參與計畫書及設計圖說的製作，也沒
16 有要求村長依最後的施工地點提出修改後之使用計畫書等語
17 （見廉卷一第3頁至同頁反面、第5頁；第614號偵卷第211頁
18 反面；原審卷四第225頁至第227頁）。

19 5.互核被告三人上開之證述均相符，且佐以證人即苗栗縣西湖
20 鄉四湖村村長徐春慶於偵查中證稱略為：回饋金的基層建設
21 工程的位置，都是我選的，村民有需求，我就會報給公所決
22 定，當初我有帶邱汶瑞、謝文振及周文平去「第七工區」的
23 位置會勘，但之後的使用計畫不是我製作的，且最後定案的
24 施工地點，也超過使用計畫的7處等語（見廉卷一第210頁反
25 面至第211頁；第614號偵卷第59頁至同頁反面、第211頁）
26 可知，上開使用計畫內所無之「第七工區」，乃係由被告謝
27 文振、邱汶瑞指示被告周文平畫入本案工程設計圖說乙節，
28 應堪認定。準此，「第七工區」本非屬上開使用計畫之需求
29 範圍，是於西湖村辦公處未提出相應之修正後使用計畫前，
30 應不得列入本案工程施工地點而屬回饋金使用之範圍。故此
31 部分應已違背「苗栗縣西湖鄉納骨塔回饋金使用辦法」第2

01 條第1項之規定，堪予認定。

02 (三)101年8月21日經苗栗縣政府同意備查之「苗栗縣西湖鄉殯葬
03 設施使用管理自治條例」第33條規定：納骨塔收入部份，每
04 年按時提撥結算盈餘百分之五作為回饋本鄉西湖村「基層建
05 設」經費，有該自治條例在卷可稽（見原審卷四第293頁、
06 第297頁）。經查：

07 1.本案工程「第七工區」之位置，係坐落在苗栗縣○○鄉○○
08 段00000地號土地上劉華臺住宅庭院內，該土地所有權人為
09 財團法人臺灣省私立建台中學財團，且週遭附近3面為劉華
10 臺住宅之圍牆所圍繞乙節，有上開土地建物查詢資料、航照
11 圖及現場照片在卷可稽（見廉卷一第280頁至第284頁、第28
12 9頁至第302頁）。復經證人劉華臺於偵查中證稱略為：西湖
13 鄉公所在我住宅大門及圍牆內之私人土地上鋪設道路，該路
14 外人不可以隨意進出及使用，圍牆裡其他住戶都是我的親戚
15 等語（見廉卷一第167頁反面至第168頁、第189頁反面至第1
16 90頁反面；第560號他卷一第51頁反面）；證人陳劉華英於
17 原審審理中證稱略以：該地圍牆內有3戶人家，除了我以
18 外，還有我哥哥劉華臺及姐姐劉華美，裡面的路當初是我爸
19 爸所鋪的，後來由我先生跟姊夫將之加寬，鄉公所是我哥哥
20 去要求後才來鋪的等語（見原審卷四第71頁至第80頁）。顯
21 見「第七工區」之施工地點係位在私人土地內，且非為供公
22 眾使用之道路，要無公益性質，自難認屬「基層建設」。

23 2.本案工程經開標後，由得標廠商即佳翔營造有限公司依上開
24 設計圖說在「第七工區」鋪設145平方公尺之混凝土路面，
25 且費用為69027.6元乙節，有本案工程採購決算書、苗栗縣
26 ○○鄉○○000○○00○○○○鄉○○○○0000000000號函在卷
27 可稽（見廉卷一第304頁至第308頁；原審卷三第61頁至第62
28 頁），應堪認定。

29 3.準此，足認將「第七工區」列入本案工程之施工地點，顯已
30 違背「苗栗縣西湖鄉殯葬設施使用管理自治條例」第33條之
31 規定無訛。

01 (四)檢察官固以補充理由書認被告謝文振、邱汶瑞及周文平係違
02 背政府採購法第6條及預算法第25條之規定等語（見原審卷
03 二第151頁至第152頁）。惟證人即時任西湖鄉公所行政室主
04 任羅濟先於偵查中證稱略以：建設課若有發包需求，會上簽
05 呈報鄉長，經核准後轉由行政室發包，建設課不可能自己去
06 發包等語（見臺灣苗栗地方檢察署102年度他字第560號卷二
07 第12頁至第13頁反面），顯見被告謝文振等三人均非辦理採
08 購之人員。又預算法第25條規定：政府不得於預算所定外，
09 動用公款。然本案工程既係編列預算後依法採購執行，自應
10 無公款法用之違反。是此部分公訴意旨，尚無足採。

11 (五)被告謝文振、邱汶瑞及周文平均無圖利之主觀犯意

12 1.按圖利罪，必以為自己或第三人圖取不法利益之犯意，且已
13 表現於行為，始足當之，而有無此項犯意，須以證據認定
14 之，不得以公務員失當行為之結果，使人獲得不法利益，即
15 遽行推定其自始即有圖利他人之犯意（最高法院73年度台上
16 字第4595、第5900號、78年度台上字第1571號判決意旨參
17 照）。次按貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪，係以
18 「對於主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規
19 命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對
20 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，
21 直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益
22 者。」為其犯罪構成要件。故圖利罪之處罰，以明知違背法
23 令，而有圖自己或其他私人不法利益之犯意為必要，所謂明
24 知係指直接故意而言，若為間接故意或過失，均難以該罪相
25 繩（最高法院91年度台上字第6006號判決要旨參照）。準
26 此，本案仍應審究有無具體事證，得以證明被告謝文振、邱
27 汶瑞及周文平主觀上明知違背法令，而有圖利劉華臺之犯
28 意。

29 2.被告謝文振、邱汶瑞及周文平於原審審理中均陳稱：不認識
30 劉華臺等語（見原審卷四第289頁）。證人劉華臺於偵查中
31 則證稱略以：來會勘過的有4人，包括四湖村村長徐春慶、

01 西湖鄉公所承辦人、課長及測量的先生，除了村長外，其餘
02 3人的名字伊並不清楚等語（見廉卷一第191頁）。是被告謝
03 文振、邱汶瑞及周文平與劉華臺間互不相識乙節，應堪認
04 定，則其等間既無特殊情誼，即難認被告謝文振、邱汶瑞及
05 周文平有何圖利劉華臺之動機。再者，綜觀全卷證據資料，
06 除證人劉華臺於偵查中曾證稱：我老婆認識鄉長的姑丈，我
07 是透過這樣的關係才認識鄉長的等語（見廉卷一第168頁）
08 外，無其他證據可資證明被告謝文振、邱汶瑞及周文平均知
09 悉劉華臺與西湖鄉鄉長為熟識，或曾受鄉長李文林及劉華臺
10 之請託或要脅，自難逕為對被告謝文振、邱汶瑞及周文平為
11 不利之認定，遽認被告謝文振、邱汶瑞及周文平係如公訴意
12 旨所載僅因劉華臺與西湖鄉鄉長為熟識之故，而均有圖利之
13 主觀犯意。

14 3.被告邱汶瑞於偵查及原審審理中均證稱略為：會勘位置都是
15 四湖村村長徐春慶提出並帶去的，於會勘「第七工區」的位
16 置時，我有覺得怪怪的，因為看起來像圍牆內私人住宅的通
17 道，不像馬路，我在車上有向課長謝文振反應，說這樣有圖
18 利的疑慮，但因為看起來還是有幾戶人家在住，我不是很確
19 定是不是私人土地，也沒有反對，後來謝文振還是說先給周
20 文平評估一下，至於准不准，待完成預算書後逐層報請鄉長
21 來決定，鄉長於審核時若有疑問，就會來詢問我們，並要我
22 等帶他去看，所以我當時就沒有請領地籍資料來看等語（見
23 廉卷一第30頁反面至第31頁反面、第71頁反面至第72頁；第
24 560號他卷三第132頁至同頁反面、第135頁；第614號偵卷第
25 158頁反面；原審卷四第16頁至第28頁、第36頁至第40
26 頁）。

27 4.被告周文平於偵查及原審審理中均證稱略以：「第七工區」
28 位置的會勘是四湖村村長徐春慶於102年6月7日前，帶領
29 我、邱汶瑞及謝文振去的，當時劉華臺也在現場，當時路旁
30 有圍牆，我有懷疑是否為私人土地上的道路，但還是先去丈
31 量破損路面的長、寬，等到會勘後，我、邱汶瑞及謝文振就

01 有在車內討論說這裡很像是私人區域，有圖利的疑慮，很敏
02 感，先不要列入使用計畫，至於後來會列入設計圖說，那是
03 邱汶瑞指示的，我不知道原因，只能照辦等語（見廉卷一第
04 101頁至第103頁、第145頁反面至第146頁、第147頁至同頁
05 反面；第560號他卷一第115頁至同頁反面；第614號偵卷第1
06 25頁；第3902號偵卷第128頁反面；原審卷四第55頁、第60
07 頁至第63頁）。

08 5.被告謝文振於偵查中證稱略以：於會勘「第七工區」位置
09 時，我有覺得很奇怪，該地可能屬私人住宅，但四湖村村長
10 表示該地還有3、4戶住家，且因該地緊臨納骨塔，我就還是
11 尊重村長的建議，而先讓周文平先進行測量，想說之後讓上
12 級去考量，鄉長全村跑，他都知道施工地點等語（見廉卷一
13 第3頁反面至第4頁；第614號偵卷第188頁反面、第199
14 頁）。

15 6.由被告謝文振、邱汶瑞及周文平上開證述可知，其等於會勘
16 後對是否將「第七工區」列入本案工程施工地點，雖稍有疑
17 慮，惟基於尊重回饋金使用地點即四湖村村長之意見，而於
18 預算書中列入留待予鄉長決行，亦經被告謝文振與邱汶瑞於
19 原審審理時陳述明確（見原審卷四第288頁）。依此，顯見
20 「第七工區」之選定，係由四湖村村長徐春慶依據村民之請
21 託，帶領被告謝文振、邱汶瑞及周文平前往該地點會勘，經
22 上開人員討論後，由被告邱汶瑞委請被告周文平，代四湖村
23 辦公處概算製作計畫書與預算書，再交由四湖村辦公處呈請
24 西湖鄉公所逐級審核，最後由鄉長李文林核定一節，至為明
25 確。據此以觀，被告謝文振、邱汶瑞及周文平是否有明知
26 「第七工區」之選定，已經違反苗栗縣西湖鄉殯葬設施使用
27 管理自治條例第33條、苗栗縣西湖鄉納骨塔回饋金使用辦法
28 第2條第1項或其他政府採購法、預算法，甚至是行政程序法
29 等相關規定，而仍故為圖利劉華臺之行為，已非無疑。再
30 者，被告謝文振、邱汶瑞及周文平僅有會勘施工地點及參與
31 討論之權限，也無最終之決定權，更遑論被告周文平僅係受

01 託代四湖村辦公處製作計畫書及預算書。足徵被告謝文振、
02 邱汶瑞及周文平對於「第七工區」能否使用系爭納骨塔回饋
03 金施作一節，並無單憑己意即可准駁之決策權限，自難以四
04 湖村辦公處申請施作此一經眾人討論及西湖鄉公所審核始能
05 選定之施工地點，遽論被告謝文振、邱汶瑞及周文平有何貪
06 污圖利之主觀犯意。則衡諸前揭最高法院判決要旨，尚難對
07 被告謝文振、邱汶瑞及周文平以貪污治罪條例第6條第1項第
08 4款之圖利罪嫌相繩。

09 7.卷附本案工程設計圖說未有比例尺之記載，且觀諸其他工區
10 繪製方式，與「第七工區」要無特殊差異，並依各工區所標
11 示長、寬、高等內容，足認本案工程設計圖之重點，應係標
12 示各工區施工地點之尺寸及約略位置。是被告周文平於本案
13 工程設計圖說上繪製「第七工區」施工地點時，未繪出週遭
14 劉華臺等住戶之圍牆，要難認係出於使他人誤認為非在私人
15 土地內之目的而刻意省略。再者，被告周文平對「第七工
16 區」施工地點連接苗119線之道路他端，固未為道路終止之
17 標示，然觀諸其繪製之苗119線，尚有分別以箭頭標示往
18 「三湖」及「五湖」之行向，上開道路則未有箭頭標示行
19 向，顯有相當差別，故是否會使他人誤認上開道路有延伸至
20 其他地方，尚非無疑。公訴意旨徒以被告謝文振、邱汶瑞及
21 周文平為圖利劉華臺，推由被告周文平就「第七工區」施工
22 圖示為與現況不符之繪製，使西湖鄉鄉長李文林依據該設計
23 圖說辦理採購等語，然關於李文林如何依據該設計圖說為核
24 准之批示，遍觀全卷，並無李文林對此部分之陳述，自無從
25 使本院形成李文林若知「第七工區」係專供劉華臺等住戶使
26 用，即不會予以批准，然卻因被告周文平所繪製「第七工
27 區」之施工圖說，使其陷於錯於錯誤而為批准等心證。

28 (六)按刑法第213條之公務員登載不實文書罪係作為犯，必該公
29 務員明知為不實之事項並積極登載於其職務上所掌之公文
30 書，即以積極作為之方式實行犯罪，始得成立。若僅明知其
31 為職務上應登載之事項而故不為登載之消極不作為，因其並

01 無登載之行為，除視其情形或成立其他罪名外，尚與該罪之
02 構成要件有別。又同法216條之行使第213條之公務員登載不
03 實文書罪，係以行為人本於該文書之內容有所主張為成立要
04 件。公務員就所擬之公文為呈判或會簽，乃其職務上之層轉
05 行為，並非自己持用該文書對於內容有何主張，尚與行使有
06 別（最高法院97年度台上字第3719號判決參照）。查被告周
07 文平所製作之「第七工區」施工圖說，僅為施工之示意圖，
08 並無明知為不實之事項而故為虛偽之繪製等情，業如前述。
09 且被告周文平係受被告邱汶瑞之委託，代四湖村辦公處製作
10 計畫書與預算書，再交由四湖村辦公處逐級核章往上呈核，
11 過程中均未有反對之意見，則被告周文平在客觀上究有何
12 「積極登載」不實事項於其職務上所掌公文書，其後並予以
13 行使之行為，即堪質疑。則衡諸上開最高法院判決意旨，被
14 告周文平即難遽論以刑法第216條、第213條之行使公務員登
15 載不實文書罪。

16 (七)至卷附證人呂其昌之證述，僅能證明「第七工區」係其依設
17 計圖施作；證人呂美智之證述，僅能證明西湖鄉公所經辦10
18 1年懷恩塔回饋四湖村基層建設工程之經費，係依據苗栗縣
19 西湖鄉納骨塔回饋金使用辦法，將懷恩塔回饋金提撥部分款
20 項納入西湖鄉公所102年度預算中，以編列預算方式支應，
21 並指定使用於四湖村公共建設或活動預算，均與被告謝文
22 振、邱汶瑞、周文平被訴犯行無涉，自無從用以證明被告謝
23 文振、邱汶瑞及周文平確有公訴意旨所指之犯行。

24 八、綜上所述，依舉證分配之法則，對於被告之成罪事項，應由
25 檢察官負舉證義務，檢察官並未舉證使本院產生無合理懷疑
26 之確信心證，依「罪證有疑，利於被告」之證據法則，自不
27 得對被告為不利之認定。則本件既無積極明確之證據，足以
28 認定被告謝文振、邱汶瑞、周文平有檢察官所指此部分之犯
29 行，自屬不能證明被告謝文振、邱汶瑞、周文平犯罪，揆諸
30 上開法律及說明意旨，自應為被告謝文振、邱汶瑞、周文平
31 無罪之諭知。原審以被告謝文振、邱汶瑞、周文平犯罪不能

證明，而為被告謝文振、邱汶瑞及周文平無罪之判決，雖理由稍有差異，但結論核無不合。

九、檢察官上訴意旨略以：(一)被告謝文振、邱汶瑞、周文平均屬刑法上所規定之公務員，且於本案工程中，被告謝文振於案發時係西湖鄉公所建設課長，負責綜理、督導西湖鄉公所建設課相關業務、被告邱汶瑞於案發時係西湖鄉公所建設課臨時工程助理員，負責該課經辦工程履約管理及結算業務，被告周文平係暘昇工程顧問企業有限公司工程師，承作西湖鄉公所所經辦「101年度懷恩塔回饋四湖村基層建設工程」規劃設計及監造業務，且被告3人於施工前均前往現場會勘乙情，業經被告3人於準備程序中自承，依最高法院102年度台上字第3028號、102年度台上字第958號、101年度台上字第6427號判決要旨，被告3人於本案工程實質上均具有參與決定、辦理採購程序之權限，足以影響採購結果，且對本案工程有監管與督導之權責，自均屬政府採購法第6條之辦理採購人員以及貪污治罪條例第6條第1項第4款之主管事務公務員，而有該等條文之適用。再依照臺灣高等法院臺中分院104年度上訴字第193號判決意旨，被告3人所應遵守之法律乃行政程序法平等、比例及誠實信用原則、預算法第25條及政府採購法第6條，且此3部分條文實應就其精神合併觀之，不應割裂適用；預算法第25條規定「政府不得於預算所定外，動用公款」，然非謂工程係編列預算後執行即為以足，應是所有政府機關預算編列之使用，須合乎公共利益及不得為預算範圍外支出，只有在對鄉內大多數公眾有利益之公共工程，始得動支，故原審以被告3人並非辦理採購之人員、本案工程係編列預算後依法採購執行等理由，認為被告3人無政府採購法第6條之適用及本案並未違反預算法，實有誤會。(二)又依上開補充理由書所述，本案認被告3人所違背之法律除政府採購法第6條、預算法第25條外，尚違反行政程序法第4條、第6條至8條之行政行為應受法律及一般法律原則之拘束、行政行為應遵守平等、比例及誠實信用原則等規

01 定，原審就此部分並未釐清及說明被告3人何以無須遵守上
02 開行政程序法之規定，容有違誤。(三)被告3人於會勘後對
03 「第七工區」是否適宜列入本案工程施工地點，已有相當疑
04 慮，且「第七工區」為一封閉為貫穿之道路，從現場照片一
05 望即知，鋪設之道路終點處係遭劉華臺暨其家屬住處及使用
06 處所阻隔，被告3人既到場丈量會勘，則在鋪設道路終點處
07 不可能不查見整條道路末端係封閉阻隔狀，況被告3人於丈
08 量完後所表達之疑慮業如前述，則就此2點合併觀之，可知
09 被告3人既知悉整條道路末端係成封閉阻隔狀，被告周文平
10 卻未於設計圖說內標示整條道路末端遭到劉華臺暨其家屬住
11 處及使用處所此一「私人場域」阻隔，確實會使觀該圖後而
12 決定是否施工之人誤認道路為向後延伸未遭阻隔，而有供公
13 眾使用之可能，是被告周文平此部分未繪出周遭劉華臺等住
14 戶之圍牆，顯係故意為之。是被告3人於現場會勘，經討論
15 後，由被告周文平故意將登載不實之圖說向時任西湖鄉公所
16 鄉長李文林行使，致不知情之西湖鄉公所鄉長李文林乃依周
17 文平規劃之設計圖核定上開工程施工項目及地點並據以辦理
18 該工程採購，該工程得標廠商則依該不實之設計圖在劉華臺
19 住庭院施設以約145平方公尺之混凝土路面，則被告3人均有
20 圖利劉華臺之故意，應堪認定。原審認定被告周文平於本案
21 工程設計圖說繪製「第七工區」施工地點時，未繪出周遭劉
22 華臺等住戶之圍牆，並非刻意省略乙節，應屬誤會。又本案
23 被告3人雖稱與劉華臺素不相識，且本案工程「第七工區」
24 （即包含鋪設至劉華臺住宅庭院之道路）之費用，雖僅有69
25 027.6元，惟圖利他人理由多端，素昧平生之雙方間，或因
26 第三人請託、或因其他考量而由一方圖利他方之情形所在多
27 有，而證人陳劉華英於於審理中證稱：該地圍牆內有3戶人
28 家，除了伊以外，還有伊哥哥劉華臺及姐姐劉華美，裡面的
29 路當初是伊爸爸所鋪的，後來由伊先生跟姊夫將之加寬，鄉
30 公所是伊哥哥去要求後才來鋪的等語。從證人陳劉華英上開
31 證述可知，西湖鄉公所係因劉華臺之請託，其後方有被告3

人將第七工區含括鋪設道路至劉華臺住宅庭院之行為。被告3人於本案中或為西湖鄉公所職員、或承作西湖鄉公所經辦之本案工程規劃設計及監造業務，均有因劉華臺之請託後而圖利劉華臺之動機，又從施工角度以觀，被告3人於施工前，倘未經劉華臺同意，實無法想像於施工之時，承包商膽敢逕自進入劉華臺上揭住宅內，是被告3人於施工前應與劉華臺取得相當之共識，被告3人有圖利之故意，應屬明確等語。惟查，檢察官上訴意旨所指摘部分，均業經本院論述如前，亦即被告謝文振、邱汶瑞及周文平主觀上並無明知違背法令，而有圖利劉華臺之犯意，自無從因其等上開行為，而使劉華臺等住戶獲得利益之結果，即逕予推斷其等均有圖利之犯行。綜上所述，檢察官提起上訴猶認被告謝文振、邱汶瑞及周文平有罪，惟仍未提出適合於證明犯罪事實之積極證據，上訴意旨所指各節仍難以動搖原判決之基礎，從而，檢察官上訴意旨指摘原判決不當，求予撤銷，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官石東超提起公訴，檢察官呂秉炎提起上訴，檢察官李月治到庭執行職務。

中	華	民	國	108	年	12	月	31	日
			刑事第六庭		審判長法官	唐	光	義	
					法官	許	冰	芬	
					法官	劉	柏	駿	

以上正本證明與原本無異。

被告不得上訴。

檢察官得上訴。

檢察官如提起上訴，依刑事妥速審判法第9條第1項規定，其上訴之理由以「一、判決所適用之法令抵觸憲法。二、判決違背司法院解釋。三、判決違背判例。」為限。

檢察官如不服本判決應於收受送達後十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後十日內向本院補提理

01 由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」
02 。

03 書記官 陳 秀 鳳

04 中 華 民 國 108 年 12 月 31 日