

01 臺灣高等法院臺南分院刑事判決

02 113年度上訴字第2090號

03 上訴人

04 即被告 曾培原

05 選任辯護人 王正明律師

06 上列上訴人即被告因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣嘉義地
07 方法院113年度訴字第313號中華民國113年10月11日第一審判決

08 (起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署113年度偵字第7168號；移送
09 併辦案號：113年度偵字第10383號)，提起上訴，本院判決如
10 下：

11 主 文

12 原判決關於所處之刑部分撤銷。

13 上開撤銷部分，曾培原處有期徒刑參年。褫奪公權伍年。

14 事實及理由

15 一、上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。刑事
16 訴訟法第348條第3項定有明文。本件被告僅就原判決關於所
17 處之刑部分提起上訴，業經明示在卷（本院卷第75頁、100
18 頁），是原判決其他部分，均不在本院審理範圍。

19 二、本判決書除量刑部分外，餘均引用原審判決書之記載。

20 三、被告上訴意旨略以：(一)被告初犯，犯後坦承犯行，已知所悔
21 悟，被告除要求新臺幣（下同）2萬至3萬元之賄款外，個人
22 毫無所得，原判決量刑仍稍嫌過重，請再酌減其刑。(二)「犯
23 第4條至第6條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不
24 正利益在5萬元以下者，減輕其刑」，貪污治罪條例第12條
25 第1項定有明文。被告固向謝文偉要求分包工程、紅包，以
26 及其以未依法舉報上開違規情事而使○○公司免去遭行政機
27 關裁罰及限期改善等不正利益之犯行，惟謝文偉未交付任何
28 財物予被告，是就本案犯行被告個人並未實際取得或圖得任
29 何財物或有何犯罪所得。又原判決既審認被告暗示謝文偉其
30 已查悉○○二期工程B4區有違規整地及施作基樁之事實，且
31 有上開權限可依法舉報違規情事使○○公司遭行政機關裁

罰，乃向謝文偉索要2萬元至3萬元之紅包、分包○○二期工程之部分工程，以及避免○○公司遭行政機關裁罰，藉由此等賄賂及不正利益作為其護航○○二期工程順利施工對價，故其所得財物未逾5萬元，應適用貪污治罪條例第12條第1項規定減輕其刑。(三)本件被告犯罪所得財物僅賄賂款之2萬元至3萬元，並未因要索分包而圖得個人利益，原判決未援依貪污治罪條例第12條第1項所規定減輕其刑，並在有期徒刑2年以下量刑，及給予緩刑寬典，容有未洽。

四、經查：

(一)、犯第4條至第6條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑。貪污治罪條例第8條第2項前段定有明文。而「貪污治罪條例第8條第2項前段規定，指犯該條例第四條至第六條之罪而有所得者，除在偵查中自白外，尚須具備自動繳交全部所得財物之要件，始能依該項規定減輕其刑。而若無犯罪所得，因其本無所得，自無應否具備該要件之問題，此時祇要在偵查中自白，即應認有上開規定之適用」（最高法院111年度台上字第4099號、110年度台上字第1805號、107年度台上字第516號、103年度台上字第2103號、93年度台上字第1741號判決意旨參照），本件被告並無犯罪所得，因其於偵查中自白（偵卷第151頁、152頁），爰依法減輕其刑。

(二)、本件是否有貪污治罪條例第12條第1項減輕其刑規定適用部分：

1.犯第4條至第6條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣5萬元以下者，減輕其刑。貪污治罪條例第12條第1項定有明文。本件依原判決認定之犯罪事實及所犯法條，被告為嘉義縣○○鄉公所○○課○○，負責辦理農業用地作農用設施容許使用案件之建設執照、使用執照審查作業，並有專案管理巡查等業務之權限，因職務上知悉○○公司在嘉義縣○○鄉○○村○○地區開發之○○二期工程（工程統包由○○○○股份有限公司施作），有未取得農業

設施容許使用及開工許可而違法整地、施作基樁之情況，乃於民國112年12月7日，在○○○咖啡店，向○○公司○○二期工程之○○部主任謝文偉要求分包工程，作為其違背職務不予舉報○○公司違反區域計畫法第15條規定而免予遭裁罰之對價，然因消息走漏，被告方於113年1月16日至17日，以○○公司有上開違法事由會簽嘉義縣○○鄉公所○○課函轉嘉義縣政府辦理，由嘉義縣政府裁罰○○公司6萬元罰鍰並命限期改善，另由經濟部就違反電業法部分，裁罰100萬元罰鍰，因認被告犯貪污治罪條例第4條第1項第5款之違背職務要求賄賂及不正利益罪。是本件被告之犯行僅止於「要求」賄賂及不正利益階段，自無犯罪之「所得」可言。至於○○公司遭裁罰之6萬元、100萬元罰鍰部分，因本件被告並非涉犯圖利罪（貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪為結果犯，且不處罰未遂犯，最高法院110年度台上字第106號判決意旨參照），此部分自與被告本案是否適用上開規定減輕其刑無關，核先敘明。

2. 貪污治罪條例第12條第1項所稱「所圖得財物或不正利益」則係指行為人意圖所得而尚未取得之財物或利益而言（最高法院111年度台上字第4532號判決意旨參照）。起訴意旨認被告所要求之不正利益為「要求謝文偉將○○二期工程分包與其指定之人施作」，係依○○公司○○二期工程之建廠部主任謝文偉證稱：「113年1月16日義竹○○課○○曾培原到B4工區勘驗發現有違規基樁施作前，曾培原就曾多次前來工地找我，當面要求我是否能提供○○二期工程給他找人承攬施作，我立即回覆說該工程已經完成發包給○○公司統包，我無權答應，也無法將該工程分配給你找人承攬施作」、「如果真的想要承攬○○二期工程，我可以介紹統包商○○公司現場負責人張朝陽聯繫」（他卷第7-8頁）、「我有跟張朝陽說，並問他有沒有工作可以給曾培原，張朝陽說他要想一下，我跟牠說曾培原想找你談一下工作，張朝陽回覆我說現在工程均已發包，若有工作需待選舉後再與其公司進行

討論，我有回復曾培原上開內容，曾培原也說好」（他卷第53頁）、「我除了跟張朝陽說外，我另外會跟○○公司總經理翁吉良說，說曾培原有一些要求希望可以拿到一些工作，總經理跟我說都已經統包給○○，已經無其他工程可以發包」（他卷第54頁）等語，證人張朝陽即○○公司工地主任則證稱：曾培原有聯絡他希望能夠承包這個工程，印象是112年年底到113年年初這段時間提到的，謝文偉跟我提是因為工程分包發包事項是我這邊統籌處理，所以提到曾培原曾經向他提過這個要求，但我自己沒有直接或間接接到曾培原聯絡，關於曾培原的訴求，我都是從謝文偉這邊聽聞的（他卷第31頁）；謝文偉跟我轉述曾培原希望分包工程的要求，如果我願意發包工程給曾培原，就直接找蔡芳旗談後續的合作模式，謝文偉跟我提這些情形是因為我有發包權，問我可不可以，但是我當時工程都已發包出去（他卷第33頁）等語，依上開證人證述可知，被告雖曾向謝文偉要求分包部分工程給特定廠商，然因○○二期工程已經統包給○○公司，謝文偉並未同意被告，而實際統包該工程之○○公司工地主任張朝陽亦證稱，該處工程均已發包完成，無法另外再發包工程給被告施作，則實際上被告要求分包工程部分，並未獲謝文偉或張朝陽之承諾甚明，換言之，就被告所稱包工之事，雙方並無進一步洽談工程項目、工程款或抽成等內容，且○○二期工程既已發包完畢，被告實際上亦無從再以分包方式獲取利益，本無從計算實際上之「可圖得」之財產上利益。

3. 實則，被告為主管公務員身分，無法以公務員身分承包○○二期工程，其之所以向謝文偉要求分包，主觀上係出於賺取佣金之目的，此依證人謝偉文證稱：曾培原的意思就是要討工作，他這樣是因為他是中間人，若他不是公務人員就可以直接跟我們拿工作了，因為他是公務人員，所以一定要透過朋友或相關廠商跟我們拿工作（他卷第56頁）、曾培原跟我講過要去找芳旗的事情，我就有跟○○的張朝陽講說，請他們要去找芳旗。曾培原的意思是如果我們去跟芳旗談好拿工

作，他就不將違法施工一事上報（他卷第57頁）等語，及證人張朝陽證稱：113年1月9日的錄音檔裡面，曾培原叫謝偉文去找豐期就是蔡芳旗，當初曾培原要求將工程轉包的時候，他說只要去找蔡芳旗自然就會知道後續如何安排（他卷第15頁）、曾培原稱我也是這樣，不然我也可以直接拿，指的是這個利益他需要透過蔡芳旗配合將利益以工程款形式洗出來（同卷第16頁）等語即明，是被告本身為主管公務員，無法以自己相關之公司行號名義分包主管工程，其當無透過分包工程賺取「工程本身」利潤之可能，其之所以要求謝偉文、張朝陽與蔡芳旗聯繫，目的在於賺取介紹分包工程之佣金，此亦為被告在偵查中供稱：我於113年1月9日跟謝文偉約在我家附近的○○○，當時是要謝文偉聯絡他的下包跟蔡芳旗去調解利益上的糾紛，我趁勢要看有沒有工作或利益可以拿，但我還沒有跟蔡芳旗講好，我如果講好可能會再去找蔡芳旗或謝文偉的下包，看我沒有功勞也有苦勞會不會給我什麼利益，我當時是希望可以拿到金錢，因為兩方在吵架，我想要趁這樣從中獲取金錢上的利益，可能是向蔡芳旗或雙方包商取得金錢利益（偵卷第151頁背面-152頁）等語在卷，而○○二期工程實際上已經發包完成，無法再依被告之意另外再轉包部分工程給蔡芳旗所經營之工程公司，謝文偉、張朝陽因而並未與蔡芳旗接洽，此除為謝文偉、張朝陽證述明確如上，並經證人蔡芳旗即○○○○公司開發主任證稱：我沒有參與○○二期工程，沒有人找我施作○○二期工程，我自己○○○○公司的工作就做不完了，我不知道張朝陽在○○二期工程有把工程轉包給誰，曾培原並沒有向我表示要分包○○二期工程（他卷第75-77頁）、曾培原關於要分包○○公司的工程都沒有來找過我（他卷第110頁）等語在卷，是被告雖有意透過介紹分包工程方式賺取佣金，然因謝文偉、張朝陽並未配合，實際上亦未與蔡芳旗洽談相關工程項目、款項，被告意圖賺取賄賂或不法利益之行為，因而僅止於「要求」之階段，而無何實際上犯罪之「所得」，且

因雙方並無「期約」之事實，是被告本件犯行「所圖得」之財物或不正利益，當應依卷內證人之證述及被告供述加以認定，是以，本件證人謝文偉、張朝陽、蔡芳旗均未證稱被告所欲賺取之利益數額為何，被告則於原審審理時供稱：（你打算由違規不舉報來換取多少錢？）大約2至3萬元（原審卷第172頁）等語，則本件被告違背職務要求賄賂或不正利益而「圖得之財物或不正利益」，應認定為2萬至3萬元，合於貪污治罪條例上開規定「新臺幣5萬元以下」之要件。

4.本院審酌被告雖向謝文偉要求賄賂或不正利益，然謝文偉未曾允諾，被告實際上並未因此獲得財產上利益，再被告於消息走漏後，已簽請主管機關查處，○○公司業經裁處罰鍰，並未因此發生不利於公共利益之後果，衡以本件被告所圖得之利益為2萬至3萬元，尚非鉅額，犯罪情節堪稱輕微，爰依貪污治罪條例第12條第1項規定減輕其刑，並遞減輕之。

(三)、刑法第59條規定所稱「犯罪之情狀可憫恕」，係指審酌刑法第57條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕，在客觀上顯然足以引起一般同情者而言（最高法院38年台上字第16號、45年台上字第1165號、51年台上字第899號判決意旨參照）。又刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，必以犯罪之情狀可憫恕，認為宣告法定最低度之刑猶嫌過重者，始有其適用。如別有法定減輕之事由，應先依法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，始得為之（最高法院88年度台上字第1862號判決意旨參照）。刑法第59條酌減其刑，係以「犯罪情狀可憫恕」為法定要件，此與上開貪污治罪條例第12條第1項所稱「情節輕微」並不相等，是個案中雖符合「情節輕微」之減刑條件，亦非必然有刑法第59條酌減其刑規定之適用，法院仍應就依貪污治罪條例第12條第1項減刑後之法定最低刑度，衡以是否有客觀上顯然足以引起一般同情之情況，據以決定是否依刑法第59條規定再酌減其刑。又刑法第59條酌減其刑之規定，係屬法院裁量減輕事由，影響於處斷刑之範圍。究其本

質，與法院在法定刑、處斷刑之範圍內，所為關於形成宣告刑之量刑判斷，俱屬與犯罪情狀有關之科刑事項，而具有不可分之關係。是第一審判決後，倘檢察官未上訴，祇被告明示就判決之刑一部上訴者，其上訴效力自及於罪責以外之法院應適用或不應適用刑法第59條規定之當否（最高法院111年度台上字第2116號判決意旨參照），本件被告明示僅就量刑上訴，本院審理範圍當及於刑法第59條適用當否，且本院業就本件是否有刑法第59條適用列為爭點，命被告及辯護人提出證據調查之聲請及曉諭辯論（本院卷第100-101頁、107-108頁），自無礙於被告之訴訟防禦權。本院審酌被告本件犯罪情節固屬輕微，然本件依貪污治罪條例第8條第2項、第12條第1項規定遞減輕其刑後，法定最低刑度已經大幅降低，本院考量被告於112年11月、12月間即已知悉○○二期工程有前述違反規定之事實，竟於112年12月7日要求謝文偉在辦公處所以外之○○○咖啡店見面，向謝文偉要求分包工程，經謝文偉以工程均已統包給○○公司後，被告仍不罷休，又於113年1月9日再度相約於同一地點，對謝偉文提出相同之要求，並對謝文偉稱：「我要重，還是輕，我不知道耶」、「這樣你們要過去了」、「我也是這樣，不然我也可以直接拿」、「用工作是合理的」等語，絲毫不見被告身為公務員之廉潔品格，主動要索不正利益，甚至謝文偉已經對被告稱：「你們公務人員要很小心，不然現在這麼嚴重，現在選舉前都沒有敢動就是怕這樣，禁不起出一件事，臺南那裏沒有人敢准，風聲鶴唳沒有人敢准」（他卷第20-21頁），被告仍執意為之，在消息走漏後，竟又對謝文偉興師問罪（他卷第22頁背面），其有恃無恐之心態，嚴重斲傷公務員之形象，要無可取，是本件並無量處法定最低刑度於客觀上顯然足以引起一般同情之情況，無刑法第59條酌減其刑規定之適用。

(四)、撤銷原判決之理由：1.原判決認本件並無貪污治罪條例第12條第1項規定之適用，其理由略稱，被告向謝文偉要求分包

工程，索要2萬至3萬元之紅包，且○○公司因此遭裁罰6萬元、100萬元罰鍰，另有承包○○二期工程扣除成本、稅捐及其他必要支出後之會計餘額等積極利益，合計已超過5萬元（原判決書第8頁第17-31行部分），然本件原判決係認被告犯貪污治罪條例第4條第1項第5款之違背職務要求賄賂及不正利益罪，並非同法第6條第1項第4款之圖利罪，原判決引用最高法院關於圖利罪之見解，認本件關於○○公司遭裁罰之6萬元、100萬元罰鍰，均屬被告「圖得之不法利益」，本有理由之矛盾，況本件○○公司並未因此免除上開罰鍰，而未發生圖利之結果，本不構成圖利罪，原判決將上開罰鍰亦計入本件被告所圖得之利益，本有違誤。**2.**被告本件要求之賄賂或不正利益，並非分包工程本身可得之利潤，而是介紹工程與指定之人可賺取之佣金，此業經本院依卷內證據詳述如上，原判決以被告圖得「扣除成本、稅捐及其他必要支出後之會計餘額等積極利益」，不僅與卷內證據不相符合，其計算之方式或依據為何，亦未見任何說明，自有理由不備之違誤。**3.**是以，本件應有貪污治罪條例第12條第1項規定之適用，原判決未依法減輕其刑，適用法律違誤，被告上訴非無理由，應予撤銷改判。**4.**至於被告上訴後主張本件仍應適用刑法第59條規定酌減其刑，並量處2年以下有期徒刑部分，何以無理由，業經詳論如上，併予敘明。

(五)、爰審酌公務員應誠實清廉、謹慎勤勉，不得驕恣貪惰，更不得假借權力而圖本身之利益，此為公務員服務法之誠命，並為公務員之基本職業操守，蓋公務員之工作內容涉及全體國民之權益福祉，相較於私人企業員工而言，對於己身之職權應更有保持廉潔之自知，因公務人員除受領國家薪俸，更受有身分、退養等各種保障，本不應藉由公務之機會貪圖私利，再公務人員掌握國家公權力，並非使公務員藉勢、藉端向人民予取予求，而應本於服務之心態誠實執行職務。本件被告擔任嘉義縣○○鄉公所○○課○○，明知○○公司違反相關管制規定，應查報上級主管機關，竟利用接觸承包廠商

之機會，要索不正利益，經承包廠商以委婉方式拒絕後，被告仍執意索討，甚至承包廠商已經明白告訴被告，身為公務員索討不正利益恐因此身陷囹圄，被告仍不知收手，在消息走漏後，被告更怪罪於他人，毫無事態嚴重之自知，實罔顧其公務員之身分，損害公務員整體形象非輕。另斟酌被告本件並未實際獲利，所圖之利益非鉅，且並未實際造成公共利益之損害等犯罪情節，被告○○畢業之教育程度，○婚，育有○名子女，另需奉養母親，其自陳母親與配偶之健康狀況不佳，本身亦有慢性疾病，現已○○，以○○○維生等家庭生活狀況，前無犯罪紀錄之素行，暨其於偵查中即坦承犯行等犯後態度及其他一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

被告犯貪污治罪條例所定之罪，並經宣告有期徒刑以上之刑，爰審酌上開各情後，依貪污治罪條例第17條、刑法第37條第2項規定，宣告褫奪公權如主文第2項所示。本件宣告刑不符合刑法第74條第1項之要件，被告請求宣告緩刑，於法未合，併予敘明。

五、依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段、第373條，判決如主文。

本案經檢察官江炳勳提起公訴及移送併辦、檢察官廖舒屏到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　3　　月　　31　　日
　　　　　　刑事第六庭　　審判長法　　官　　吳錦佳
　　　　　　　　　　　　法　　官　　吳書嫻
　　　　　　　　　　　　法　　官　　蕭于哲

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　鄭信邦

中　　華　　民　　國　　114　　年　　3　　月　　31　　日
附錄本案論罪科刑法條全文：

01 貪污治罪條例第4條

02 有下列行為之一者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新
03 臺幣1億元以下罰金：

04 一、竊取或侵占公用或公有器材、財物者。

05 二、藉勢或藉端勒索、勒徵、強占或強募財物者。

06 三、建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數
07 量、收取回扣或有其他舞弊情事者。

08 四、以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者。

09 五、對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利
10 益者。

11 前項第一款至第四款之未遂犯罰之。