

裁判字號：最高法院 103 年台上字第 757 號刑事判決

裁判日期：民國 103 年 03 月 13 日

裁判案由：違反貪污治罪條例

最高法院刑事判決

一〇三年度台上字第七五七號

上訴人 張燦鑒

選任辯護人 蘇義洲律師

顧立雄律師

莊國明律師

上訴人 黃郁文

尤泰盛

上列二人共同

選任辯護人 盧俊誠律師

上訴人 林清堆

巫啟后

郭學書

陳俊君

上列二人共同

選任辯護人 蔡麗珠律師

江信賢律師

上訴人 林炳輝

選任辯護人 鄭慶海律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇二年四月三十日第二審更審判決（一〇〇年度重囑上更(三)字第二一號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署九十年偵字第三五三四、三五九三、三七三五、五六三三、六〇四二、六〇四三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院職權推理之作用，認定上訴人張燦鑒於民國八十七、八十八年間為台南市市長，林清堆原為台南市政府主任秘書，郭學書原為工務局技正、局長，巫啟后原為土木課課長，林炳輝原為土木課技士，均係依據法令從事徵用土地公務之人員。黃郁文原為台南市議會議長，

尤泰盛原任台南市議會機要組員兼公關室主任，陳俊君原為台南市議會職員。緣台南市民唐○雲因其所有坐落台南市○○區○○路道路用地（該路段土地於日據時期即為既成道路，七十二年間拓寬為二十米計畫道路），屢陳情台南市政府徵收未果，遂於八十七年初請田○紅（業經判決免刑確定）介紹買主，田○紅即找時任台南市議會議長之黃郁文商談，約一個月後雙方在台南市○○路「故鄉餐廳」見面，黃郁文表示願購買上述唐○雲所有之道路土地，惟須與其所列清單上其他各筆地號之土地一併購買，以利辦理徵收，嗣指示尤泰盛、陳俊君將欲購買之道路土地地號清單交與田○紅及唐○雲著手向地主（多為唐○雲家族）低價搜購土地。黃郁文與尤泰盛則負責與張燦鑒、林清堆（參與第二次徵收部分）、郭學書（參與第二次徵收部分）、巫啟后、林炳輝、戴曜坤（業經判決免刑確定）等公務人員聯絡，以關說方式遂行徵用土地從中舞弊之行為。黃郁文憑恃議長地位，要求張燦鑒指示工務局承辦人員在台南市政府八十八年度、八十九年度總預算案中，編列預算，作為徵收台南市○○區○○路○○○○號既成道路土地之徵收補償費，並指示尤泰盛出面處理收購土地事宜。張燦鑒、巫啟后、戴曜坤、林炳輝均明知道路徵收應依公平、公正、平等、比例原則辦理，且關於既成道路土地之徵收，經司法院釋字第四○○號解釋及行政院於八十五年十一月十五日發布台八十五內字第四○四九八號令函轉知各機關，明確揭示「政府興闢及拓寬道路須徵收私有土地時，如計劃範圍內包括既成道路，應同時辦理徵收」，不得為差別待遇，以合乎平等原則。惟(一)張燦鑒於八十七年三、四月間，將黃郁文要求編列徵收○○○區○○段唐○雲家族所有怡中段一二五七、一二五八、一二九三、一二九五地號等土地位置圖交付予不知情之土木課課長陳堯山（業經不起訴處分）轉交予工務局負責編列道路徵收預算之戴曜坤，告知照要求編列預算，戴曜坤明知該徵收案違反法令所揭示之平等原則而有舞弊情事，仍在台南市政府八十八年度總預算中編○○○區○○路○○○○號道路土地徵收補償費共計新台幣（下同）五千五百五十一萬五千元之預算建議案，經張燦鑒核可決行後，於八十七年四月間將上開預算建議案送台南市議會審查通過，戴曜坤即將土地位置圖轉交予知情之林炳輝負責辦理徵收，嗣不知情之林炳輝助理洪○珍描繪圖稿時，發現上開四筆地號土地係呈現L型不規則形狀，不符徵收規定，違反前述行政院發布之職權命令，不可能在台灣省政府審查時通過，而告知林炳輝此情，林炳輝則轉告尤泰盛及剛任工務局土木課課長之巫啟后，建議將一二五八地號逕為分割出一二五八之一地號，另就未在指示範圍內之一二五九地號逕為分割出一二五九之一地號，捨原擬徵收之一二五七、一二五八地號，改徵收一二九二、一二九三、一二九四、一二九五及前述逕為分割之一二五八之一與一二五九之一地號等六筆土地，尤泰盛與林炳輝及巫啟后商量後同意辦理，即於八十七年八月十九日行文台南市安南地政事務所，辦理土地分割，以使被徵收道路土地成為一完整區段，且接近黃郁文、張燦鑒

原指示徵收之四筆土地面積總合，又能符合五千餘萬元預算之需求。嗣劉○池（另案審理）知悉此事，認有利可圖，即與張燦鑒、黃郁文等基於徵用土地從中舞弊之概括犯意聯絡，同意共同出資購買該三之三七號計畫道路土地，尤泰盛另向有犯意聯絡之盧○獻（經判決免刑確定）借款一千萬元作為購地資金，約定將收購之部分土地應有部分，登記在盧○獻名下，借款於道路土地徵收後即償還。尤泰盛即委由不知情之代書王○福負責辦理土地過戶買賣事宜，由尤泰盛、陳俊君、田○紅等人依土地公告地價四成之價格將現金、支票交予王○福，分別以劉○池、盧○獻名義向唐○雲、唐○根家族購買前揭三之三七號計畫道路所在之怡中段一二五七、一二五八、一二五八之一、一二九三、一二九五等五筆道路用地；並以劉○池名義向吳○旺家族購買安中路怡中段一二五六、一二五九、一二五九之一、一二九二、一二九四地號等五筆道路用地應有部分二分之一（另應有部分二分之一地主許瑞蓮拒絕出售），完成前開十筆道路土地所有權移轉登記後，尤泰盛與巫啟后、林炳輝等研商，決定選擇性先辦理一二九二、一二九三、一二九四、一二九五、一二五八之一、一二五九之一等六筆道路用地之徵收，至於未一併徵收之一二五六、一二五七、一二五八、一二五九等四筆道路土地則留待下年度再行編列預算徵收。巫啟后、林炳輝即撰寫土地徵收計劃書，簽請市長張燦鑒親自核准後陳報台灣省政府，予以核准，台南市政府即辦理該六筆地號道路土地徵收公告並發放徵收補償費，劉○池獲得三千七百五十萬五千三百八十四元，盧○獻獲得一千零二十一萬七千八百七十二元，許○蓮則獲得六百八十五萬一千七百六十八元之補償費。黃郁文、尤泰盛、劉○池、盧○獻、陳俊君、田○紅等人從上述道路徵收案，扣除收購土地成本，獲得不法所得合計為三千四百零八萬八千零四十元。(二)黃郁文因前開怡中段一二五六、一二五七、一二五八、一二五九等四筆道路土地尚未被徵收，即要求張燦鑒在台南市政府八十八年度下半年及八十九年度總預算案中續編列道路土地徵收補償費五千餘萬元，張燦鑒與黃郁文、尤泰盛、巫啟后、林炳輝、戴曜坤再次承上開徵用土地共同舞弊之犯意。張燦鑒於八十七年十月間，在台南市○○路「開創台灣文化基金會」，將其以便條紙書寫記載「議長、怡中段一二五七、一二五八、一二九三、一二九五道路用地、五千多萬」之備忘錄交給巫啟后轉交戴曜坤，作為八十八年度下半年及八十九年度編列道路預算案之依據。適有台南市民王○橫欲出售其所有坐落安中路之道路土地，請田○紅代尋買主，田○紅再徵詢黃郁文是否願意購買，黃郁文即指示尤泰盛和陳俊君接洽，約一個月後，尤泰盛和陳俊君即承前概括犯意聯絡，交給田○紅包含土地地號、地主姓名及地址之清單，請其透過王○橫找清單所列地號地主購地；黃郁文則請尤泰盛向戴曜坤要求怡中段道路土地徵收預算應增加為一億三千萬元，戴曜坤乃編列兩種預算，一案將土木課新建道路工程預算編列為十億元，其中六千萬元為怡中段道路土地徵收補償款，另一案將新建道路工程總預算編列為二十億元，

舞弊之概括犯意聯絡，而違法辦理。嗣發現上開十七筆土地之徵收金額超過預算二億二千萬元，遂與尤泰盛協調將張○貞所有之一○七九地號，分割出一○七九之二地號不予徵收，其餘列入徵收範圍。郭學書於八十八年七月十六日就任工務局局長，於辦理徵收過程，林炳輝向其報告上開擬徵收之十七筆道路用地間尚隔有其他私有地，違反法令，必會遭內政部退回，林炳輝屢向郭學書及巫啟后說明報告討論，郭學書及巫啟后均明知黃郁文指定之土地徵收，係徇私舞弊之違法行為，竟不予拒絕，仍秉承張燦鎰之意，與張燦鎰、黃郁文基於共同犯意之聯絡及行為之分擔，而指示林炳輝照尤泰盛之要求辦理徵收，林炳輝即簽擬徵收計劃書函稿，郭學書授權不知情之侯伯瑜蓋上工務局局長郭學書乙章轉地政局，呈林清堆代張燦鎰決行，於八十八年八月間陳報內政部，內政部以「工程用地範圍內之既成道路何以未同時納入徵收」為由駁回，尤泰盛知悉後，即與林炳輝、巫啟后討論，採林炳輝建議，尤泰盛決定犧牲其個人所購買登記在盧○獻名下及劉○池名下之安中路一二五六、一二五七、一二五八、一二五九等四筆地號道路土地不辦理徵收，而以登記在張○貞名下之安中路安中段一號、怡中段一○三三、一○三四、一○三五、一○三六、一○六五之三、一○六六、一○七七、一○六八、一○七一、一○七二、一○七五之二、一○七九、一○七九之二等十四筆地號土地，加上案外人楊○男等人名下所有在同一路計畫範圍內之其他十九筆地目旱、田、養之畸零地（均○○○區○○段），共計三十三筆道路用地，辦理徵收。再次向內政部陳報徵收計劃書，徵收費用共計二億零三百三十六萬九千三百四十八元，內政部因不知有上開舞弊情形而予核准，台南市政府即辦理徵收公告，並發放徵收補償費，發放情形為：張○貞獲得一億九千一百十七萬二千零七十二元，其他另十九筆案外人楊○男等人則為一千二百餘萬元。黃郁文、尤泰盛、陳俊君、張○貞等人扣除購地成本後獲得不法所得計一億三千三百八十二萬零四百五十一元等事實。上訴人等貪污犯行罪證明確，因而撤銷第一審關於上訴人等部分之科刑判決，改判仍論處張燦鎰、巫啟后、林炳輝、林清堆、郭學書共同依據法令從事公務之人員，徵用土地，從中舞弊罪刑（張燦鎰、巫啟后、林炳輝均為連續犯）；黃郁文、尤泰盛、陳俊君共同連續與依據法令從事公務之人員，徵用土地，從中舞弊罪刑，已詳述其依憑之證據及認定之理由，並對上訴人等否認犯罪之辯詞，如何不足採信，均依據卷內資料予以說明，從形式上觀察，並無違背法令之情形。上訴人等臚列了數十點上訴理由指摘原判決違法，本院將之歸納為下列數項逐一指駁如下：

壹、關於證據能力之問題

- （一）刑事訴訟法第一百五十九條、第一百五十九條之一之立法理由，無論共同被告、共犯、被害人、證人等，均屬被告以外之人，並無區分。本此前提，凡與待證事實有重要關係之事項，如欲以被告以外之人本於親身實際體驗之事實所為之陳述，作為被告論罪之依據時，本質上均屬於證人

。而被告之對質詰問權，係憲法所保障之基本人權及基本訴訟權，被告以外之人於審判中，已依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問者，因其信用性已獲得保障，即得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。然被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中（下稱警詢等）或檢察官偵查中所為之陳述，或因被告未到場，或雖在場而未能行使反對詰問，無從擔保其陳述之信用性，即不能與審判中之陳述同視。惟若貫徹僅審判中之陳述始得作為證據，有事實上之困難，且實務上為求發現真實及本於訴訟資料越豐富越有助於事實認定之需要，該審判外之陳述，往往攸關證明犯罪存否之重要關鍵，如一概否定其證據能力，亦非所宜。而檢驗該陳述之真實性，除反對詰問外，如有足以取代審判中經反對詰問之信用性保障者，亦容許其得為證據，即可彌補前揭不足，於是乃有傳聞法則例外之規定。偵查中，檢察官通常能遵守法律程序規範，無不正取供之虞，且接受偵訊之該被告以外之人，已依法具結，以擔保其係據實陳述，如有偽證，應負刑事責任，有足以擔保筆錄製作過程可信之外在環境與條件，乃於刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」另在警詢等所為之陳述，則以「具有較可信之特別情況」（第一百五十九條之二之相對可信性）或「經證明具有可信之特別情況」（第一百五十九條之三之絕對可信性），且為證明犯罪事實存否所「必要」者，得為證據。係以具有「特信性」與「必要性」，已足以取代審判中經反對詰問之信用性保障，而例外賦予證據能力。至於被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，因欠缺「具結」難認檢察官已恪遵法律程序規範，而與刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之規定有間。細繹之，被告以外之人於偵查中，經檢察官非以證人身分傳喚，於取證時，除在法律上有不得令其具結之情形者外，亦應依人證之程序命其具結，方得作為證據，此於本院九十三年台上字第六五七八號判例已就「被害人」部分，為原則性闡釋；惟是類被害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。本院九十三

年台上字第六五七八號判例，應予補充（見本院一〇二年第十三次刑事庭會議第三號提案決議）。本件關於林炳輝、巫啟后、林清堆、郭學書、戴曜坤、張○貞、盧○獻、蔡○甫、田○紅、陳○元、張○珍、洪○珍等人於偵查中之供述，其中：林炳輝、張○貞、巫啟后、戴曜坤、盧哲獻、田○紅、陳○元、張○珍於偵訊時以被告身分應訊；林清堆於九十年三月二十九日，則以關係人身分應訊，九十年六月一日，以被告身分應訊；蔡○甫於九十年四月十七日，以被告身分應訊；郭學書於九十年四月十七日、九十年六月一日，以被告身分應訊，九十年五月九日，以關係人身分應訊，至於九十年三月二十一日，點名單固載為證人身分，惟筆錄已記載告知被告之權利事項，並有律師在場，此部分當亦以被告身分應訊；又洪○珍於九十年五月十七日，非以證人身分應訊，雖均未具結，然參酌檢察官訊問渠等前，均依法告知權利事項，並無違反法定障礙事由期間不得訊問規定，且筆錄均交閱覽無訛始簽名等各項陳述時之外部客觀情況觀察，足認渠等係出於自由意志而陳述，出於「真意」之信用性獲得確切保障。綜合其等記憶陳述之正確性，彼此互核大致相符，應具有較可信之特別情況，又為證明被告是否涉犯本罪所必要；另林清堆於九十年三月二十三日、九十年四月十七日，蔡○甫於九十年四月十七日，均以證人身分應訊，均經具結，上訴人等均未指陳有何顯不可信之情況，原判決認為均有證據能力，其所持理由，雖未盡相符，然結論則無二致，不能指為違法。

- （二）被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之二定有明文。所謂「證明犯罪事實之存否所必要」，係指因無法再從同一陳述者取得證言，而有利用原陳述之必要性；只要認為該陳述係屬與犯罪事實存否相關，並為證明該事實之必要性即可。而是否「具有可信之特別情況」，應依陳述時之外部客觀情況觀察，除詢問有無出於不正方法、陳述是否出於非任意性外，兼須就有無違反法定障礙事由期間不得詢問及禁止夜間詢問之規定、詢問時是否踐行告知義務、警詢筆錄所載與錄音或錄影內容是否相符等各項，為整體之考量，以判斷其先前之陳述，是否出於「真意」之信用性獲得確切保障。綜合其記憶陳述之正確性，與其餘證人之陳述大致相符，應具有較可信之特別情況，又為證明被告是否涉犯本罪所必要，有證據能力。本件調查員於詢問巫啟后前，已依法告知其權利事項，並非夜間詢問，亦無違反法定障礙事由期間不得詢問規定，原判決認其係出於自由意志，所為論斷，不違經驗法則與論理法則，不能指為違法。

另張○珍於第一審以證人身分具結作證時，經提示其於九十年三月二十一日、同年月二十九日由法務部調查局南部地區機動工作組（下稱南機組）製作之筆錄，張○珍確認上開供證均屬實在；洪○珍於九十年四月二日南機組筆錄，經檢察官於九十年五月十七日偵訊時提示所問：「所述是否實在？」答：「均實在。」；戴曜坤、盧○獻於偵查中，就其於南機組所為陳述，亦分別確認「供述實在」；林炳輝於南機組所述：「第一次八十八年間徵收一二五八之一等六筆土地，戴曜坤告訴我係前工務局長陳○元、市長張燦鑒與台南市議會議長黃郁文協調要徵收補償台南市○○區○○○○○號道路用地哪些地號，並謂前開六筆土地係議長黃郁文要的，我遂依指示遵照辦理」、「我只是依照市長張燦鑒與議長黃郁文協調編列之通過預算辦理前開土地徵收事宜」、「我完全依照上級長官市長張燦鑒、議長黃郁文、前工務局長陳○元、工務局長郭學書、課長陳堯山、課長巫啟后及戴曜坤等人指示辦理徵收補償事宜」等語，經原審以證人身分實施交互詰問，林炳輝供稱：「我有這樣講沒錯」，原審因認張○珍等人上開於南機組之筆錄內容，已分別引據為偵查中或審判中供述內容之一部分，而得引用。雖偵查或審判筆錄未全盤抄錄南機組筆錄，記載較為簡略，然其陳述要旨相同，且上開偵查或審判筆錄本有證據能力，原審予以採擇，亦難指為違法。至原審認上開南機組筆錄具有證據能力部分，雖有未洽，然不影響判決本旨，亦不能據為第三審合法上訴理由。

- （三）測謊鑑定，係依一般人在說謊時，會產生遲疑、緊張、恐懼、不安等心理波動現象，乃以科學方法，由鑑定人利用測謊儀器，將受測者之上開情緒波動反應情形加以紀錄，用以分析判斷受測者之供述是否違反其內心之真意而屬虛偽不實。故測謊鑑定，倘鑑定人具備專業之知識技能，復基於保障緘默權而事先獲得受測者之同意，所使用之測謊儀器及其測試之問題與方法又具專業可靠性時，該測謊結果，經鑑定人分析判斷有不實之情緒波動反應，依補強性法則，雖不得作為有罪判決之唯一證據，但非無證據能力，仍得供裁判之佐證，其證明力如何，事實審法院有自由判斷之職權。林炳輝經法務部調查局以控制問題法及混合問題法測謊，關於「尤泰盛未向其關說」，呈現情緒波動反應，研判有說謊等情，有該局九十年四月十日（九十）陸（三）字第九〇一三二八七六號鑑定通知書在卷可參，且林炳輝同意測謊，亦未指陳鑑定人及方法有何問題，則原判決以之為「尤泰盛確有向林炳輝關說」之補強證據，其採證認事職權之適法行使，不能任意指摘為違法。

- （四）審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第四十七條定有明文。又同法第二百八十八條之二規定法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明

力之適當機會，旨在使當事人及上開各訴訟關係人，得就各項證據資料之憑信性及其與待證事項間之關聯性表示意見，或請求調查反證或以其他適當方法爭執證據之證明力，以落實當事人訴訟上之攻擊、防禦權利，俾法院據以形成正確之心證。是其所指適當機會，應由法院依訴訟程序進行之情形及程度而為判斷，祇要以充分保障當事人訴訟上之攻擊、防禦權利為已足，於每一證據調查完畢立即行之，固無不可，但法院（審判長）本其訴訟指揮權，苟認數證據彼此間互相關聯，不宜強行割裂，而合併命辯論其證明力，亦無違法可言。原審審判長於審理期日，將本案相關證據，分供述證據與非供述證據兩大類，再依序逐一提示或合併提示相關聯之證據，並給予上訴人等及其辯護人陳述辯論證據證明力之機會，有審理筆錄在卷可參，其所踐行之訴訟程序，核無不合。

貳、關於「徵用土地，從中舞弊」罪適用法律之問題

- （一）貪污治罪條例第六條第一項第二款規定之徵用土地，從中舞弊罪。所謂「舞弊」，係指玩弄、操作違法或不當之手段，刻意製造外人難以得悉實情之外觀假象，而從中獲取私人之不法財產上利益而言。而該條例第六條第一項第四、五款之公務員圖利罪，均係關於公務員職務上圖利之概括規定，必其圖利之該行為不合貪污治罪條例其他特別規定者，始依概括規定之圖利罪論處。而上開概括規定之圖利罪，條文既規定須「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。」則為特別規定之貪污治罪條例第六條第一項第二款徵用土地從中舞弊罪，其舞弊行為，自亦必須有「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」之情形，始有其適用。所謂「法規命令」，依行政程序法第一百五條第一項之規定，係指：「行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」；所謂「職權命令」，則係行政機關依法定職權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。倘行政機關為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、行使裁量權，甚至彌補法律之闕漏不足或具體化抽象法律規範內容以利執行等事項，所訂頒之解釋性、補充性、具體性規定與裁量基準，雖以下級機關、屬官為規範對象，但因行政機關執行、適用之結果，亦影響人民之權利，而實質上發生對外之法律效果，其有違反者，對於法律所保護之社會或個人法益，即不無侵害，仍應認屬於「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」之職

權命令，首應敘明。

- (二) 土地法第二百零八條第二款明定國家因交通事業之需要，得徵收私有土地。另依都市計畫法第四十八條之規定，依本法指定之公共設施保留地供公用事業設施之用者，由各該事業機構依法予以徵收或購買；其餘由該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所依左列方式取得之：☐徵收。☐區段徵收。☐市地重劃。」關於既成道路，司法院曾於八十五年四月十二日釋字第四〇〇號解釋：「既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。若在某一道路範圍內之私有土地均辦理徵收，僅因既成道路有公用地役關係而以命令規定繼續使用，毋庸同時徵收補償，顯與平等原則相違。」行政院遵循上開司法院解釋意旨精神，於八十五年十一月十五日發布台八十五內字第四〇四九八號函（下稱第四〇四九八號函），明示「既成道路符合行政法院四十五年判字第八號判例存在公用地役關係時，於政府尚未按計畫依法徵收前，如因公眾通行之需要，得為必要之改善與養護，至政府興闢及拓寬道路需徵收私有土地時，如計畫範圍內包含既成道路，應同時辦理徵收」，並經內政部「轉知相關機關照辦」。行政院為台南市政府辦理徵收之上級機關，其為執行土地法第二百零八條第二款、都市計畫法第四十八條之規定，本其法定職權依司法院釋字第四〇〇號解釋，就執行法律有關之細節性、技術性事項以第四〇四九八號函，指示下級機關辦理既成道路土地徵收之處理原則與技術性事項為具體之規範，自屬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之職權命令，既經內政部轉知相關機關照辦，對下級機關之台南市政府及所屬公務員，自有拘束力。另行政程序法係於八十八年二月三日公布；並自九十年一月一日施行，另於八十九年十二月二十七日增訂第一百七十四條之一，九十年六月二十日、九十年十二月二十八日分別修正為：「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第七條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後二年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效。」惟所謂逾期失效並無溯及既往之效力。本案土地徵收係於八十七年十二月間及八十八年十月間，均在行政程序法施行前，則第四〇四九八號函，當時自屬有效，不受嗣後施行之行政程序法影響。另中央法規標準法第七條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」固賦予行政機關送置義務，使立法機關得以監督，然

並非以此為命令之生效要件。因此，若行政機關之職權命令漏未併送立法院，並不影響其效力，併予說明。上訴人等以上開行政院第四〇四九八號令函，僅為行政規則性質，不具法令規範之效力云云，核屬誤解。

- (三)「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束」、「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇」、「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴」、「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的」、「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論」，行政程序法第四條、第六條、第八條及第十條，行政訴訟法第四條第二項分別定有明文。行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的，其過程不符合法律授權之目的者，為濫用權力之行政處分，以違法論。又行政裁量權乃行政便宜原則之展現，因應行政事務多元化之彈性需求，賦予公務員自由判斷餘地之空間；公務員於法令授權範圍內為裁量，因裁量不當或不符比例原則而未具違法性時，僅須依其情節論究其行政責任，然若明知違反執行職務所應遵守之法令，而濫用其裁量權，致影響裁量決定之公平性與正確性，圖取自己或其他私人不法利益，因而獲得利益，破壞國民對公務員廉潔及公正執行職務之信賴，行為該當於犯罪構成要件，即具有可罰性。內政部亦先後函示：「行政機關關於行政法法理上處理原則，參照司法院釋字第四八八號解釋『基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨；法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤須對採取影響人民權利之行政措施時，其應遵行之程序作必要之規範』，足見『正當法律程序原則』除要求該程序形式上須符合憲法優位原則、法律優位原則、法律保留原則、法律明確性原則、具體明確授權原則，實質上尚須符合比例原則、平等原則、誠實信用原則、信賴保護原則、徵收補償原則等『實質法治國原則』，如此所為之程序規定方屬『合理』，據此規定所進行之程序方屬『正當』。因都市○○○設○道路用地之公共設施保留地多為線性規劃，如以作為該○○○區○○○○○道路而多有占地遼闊、地價劇動、地緣複雜等性質，故實務執行方面，地方政府擬以徵收方式取得都市○○道路用地亦多有以分期分區開發方式克服實施問題，惟如經依上開規定書面審核，倘若發現該徵收案之徵收範圍內或與他徵收案之相關關係中，有明顯違反上述『正當法律程序原則』，將會駁回該徵收案」、「地方政府為興闢及拓寬道路需徵收私有土地時，往往限於經費之編列，而分期分區取得，在徵收實務上尚無不可，但如同一期徵收計畫範圍內包含有既

成道路，應同時辦理徵收，因此內政部在審核需用土地人因道路需要申請徵收土地之案件時，均特留意申請徵收之道路用地是否連貫之問題，如依其所附徵收土地圖說所示，發現於同一徵收案內工程用地範圍內有未同時列入徵收之既成道路，均依上開行政院函要求需用土地人應同時申請徵收」等情，復有內政部九十年八月二十七日台內地字第九〇一一九〇五號、一〇〇年五月二十四日台內地字第〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號、一〇〇年十一月七日台內地字第〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號函在卷可參。台南市政府徵收已興闢或拓寬道路之既成道路私有土地時，因限於經費之編列，得行使裁量權而分期分區取得，固為法所許可，然仍應遵循前述司法院釋字第四〇〇號解釋意旨精神與行政院第四〇四九八號職權命令之規定，並不得違反行政裁量之原理原則，非可恣意為之，而圖利特定之人，自屬當然之解釋。

- (四) 本件台南市政府辦理上開二次徵收補償，均非為興闢或拓寬道路必要而需優先辦理徵收，而係應時任台南市議會議長黃郁文之要求，以形式上合於土地徵收條例等法令規定，實質違反行政院職權命令及行政法揭示之公平、平等原則選擇性徵收土地，刻意迴避同一既成道路之其他地主，使黃郁文等人短期投資既成道路，而獲取鉅額徵收補償費。且林炳輝、巫啟后、戴曜坤於辦理第一次徵收土地補償時，又依黃郁文指定居中協調之尤泰盛之要求，辦理上開怡中段一二五七、一二五八、一二九三及一二九五號土地之徵收補償時，因發現徵收之土地呈L型不規則形狀，不符規定，乃又先將其中之一二五八、一二五九號土地辦理分割登記後，先辦理原指定徵收之部分土地，其餘再計劃留待下年度即第二次徵收土地補償時予以徵收；第二次徵收土地補償時，又由林清堆事前將市府預算送議會正式審查之前，以概算名義送交議長黃郁文任意增刪，其營私舞弊之行為，明顯濫用行政裁量權，已違背行政法之原則；嗣又由巫啟后、郭學書、林炳輝等人依尤泰盛之指定，欲以跳躍徵收之方式，肆意徵收上開第一次尚未被徵收之上開四筆道路用地，雖經內政部以不符規定而予退回，台南市政府仍辦理第二次徵收黃郁文要求之道路用地，足以證明張燦濤、林清堆、巫啟后、郭學書、林炳輝及同案被告戴曜坤等人辦理上開二次徵收補償時，確有違反行政裁量權，並以此圖利黃郁文等人之犯意及行為。且系爭安中路三之三七號道路，於日據時期即闢為道路，在七十二年間已拓寬為二十米道路，有台南市政府九十七年四月十五日南市都管字第〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號函在卷可稽，並經證人即本案被徵收土地前地主唐○根、唐○傑、唐素珍、王○橫、謝素蘭、王國珍等人證述無訛，既係就已鋪設完成之路面，選擇特定路段徵收，顯與改善道路交通之行

政目的無關，已不合目的性原則；唐○根等人均證稱：台南市政府十餘年來一直未表示徵收，不知有徵收之事，始會以低價賣地，如知要徵收，就不會賣地等語，原判決認定張燦鎣、林清堆、郭學書、巫啟后、林炳輝等人徵收特定人之道路土地，圖利黃郁文等人，造成差別待遇，違反平等原則，均屬濫用權力，並非行政裁量權之合法範疇，縱因上級機關失察而核准，具形式上合於土地徵收條例等法令之規定，然實質違反上開行政院職權命令及行政法揭示之公平、平等原則，原判決認定該當於「徵用土地，從中舞弊」之犯罪構成要件。其所適用之法則，核無不合。

- (五) 依案發當時有效之台灣省各縣市議會組織規程準則第十九條第一項第二款規定，議決縣市政府之預算，係「議會」之職權。同準則第二十二條規定預算審查之程序，應送議會決議。第三十條、第三十一條則規定程序委員會、其他委員會之設置、運作，以及大會之決議方式，關於預算案，通常議會係透過程序委員會作初步審定後，再交付預算審查委員會進行聯席審查，最後送大會審議。至於議長得依第二十七條召集議會。並無預先審查預算之權力。而第三十三條更規定：「縣（市）議會會議應公開舉行。但主席或議員三人以上提議或第二十五條列席人員之請求經會議通過時，得舉行秘密會議」，揭示會議公開之原則。本件台南市政府編列徵收上開土地預算時，竟無視上開規定，私下交付預算書初稿予議長審查，已違背行政、立法分權之原則。何況，黃郁文為私利，先以低價搜購道路土地，再利用其議長身分私自增刪預算，台南市政府人員，仍予配合，原判決認係徵用土地從中舞弊之行為。其採證認事職權之行使，不違論理法則，不能任意指摘為違法。縱黃郁文事後未出席台南市議會第十四屆第一次及第三次聯席審查預算會議，仍無解於其幕後主導本件犯罪之刑責。至於行政院主計處九十五年十月二日處忠一字第○九五○〇〇五七九五號函雖略以：行政院尚未將預算案正式送立法院之前，於預算籌編過程中亦會邀請總統府、立法院等秘書長及行政院各部會首長參加，就其預算額度交換相關意見且預算相關法規並無規定不可以與議會單位作協調及聯繫等語；證人黃思文證稱：「概算會調整，概算可以增減，但預算只能減，那是議會的職權」、證人林峰雄證稱：「預算還沒有定案之前，還沒有送到會之前，都可以增增減減」；「市長可以要求指示或是同意增增減減。還沒有定案之前都可以，市政府可以找市議會互相聯繫協調，這是全國都這樣，不是只有台南市」及證人許淑玫證稱：「在預算書編好，送請議會審議就是預算案，未送審議之前都稱為概算，在概算階段，各單位就額度是可增增減減，且在預算相關法規規定，並沒有規定不可以與議會單位作協調及聯繫」等情，均係指依正當程序且未涉舞弊之情況

而言，與本件案情不同，均難據為有利上訴人等之認定，原判決未再贅敘不予採納之理由，尚非理由欠備。

- (六) 法官依據法律獨立審判，法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解。又行政機關對其職權範圍內專業性事項所為之決定，雖有判斷餘地，惟地方自治機關處理自治事項之判斷有恣意濫用及其他違法情事，上級監督機關尚非不得依法撤銷或變更，此項違法與否之爭議，固應循行政爭訟程序處理。然就犯罪是否成立或刑罰應否免除，縱以行政處分爭議為斷，刑事法院仍應依職權自行判斷。不受行政爭訟程序之拘束。原判決認定本案兩次徵收，上訴人等有濫用權力等違背法令情事，事涉徵用土地舞弊之刑事責任，乃原審審判職權之適法行使，上訴意旨徒以本案二次徵收均屬行政機關之裁量職權及經上級機關許可，應由行政法院認定有無違法，非刑事法院所得審查云云，顯屬誤會。

參、關於公務員明知上級命令違法之職務上行為之問題

依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰，但明知命令違法者，不在此限，刑法第二十一條第二項規定甚明。本件第一次徵收案，依林炳輝供認：「八十七年徵收預算六月五日通過，洪○珍發現徵收土成L型……當時知道市長指示不合理，但因畏懼其權勢，雖可拒絕，但我們仍照辦」，及巫啟后供述：「負責徵收業務之承辦人林炳輝發現市00000000地地號地形為L型不符徵收條件……即將市長張燦鑒交辦徵收之地號重新分割整理為……整塊土地以符合徵收要件」、「本徵收案係市長張燦鑒配合台南市議會議長黃郁文之要求辦理」等語。第二次徵收案，據林炳輝供稱：「上開十七筆地號土地選擇跳躍式徵收是依照市長張燦鑒裁決交由我們執行的」、巫啟后供稱：「前開徵收案因選擇跳躍式徵收被內政部駁回後，工務局長郭學書、主秘林清堆、市長張燦鑒等人皆知情，因前開徵收案係台南市議會議長黃郁文要求辦理……我因為是基層公務員我也無奈，戴曜坤也向我講這是市長和議長的決策」等語，核與證人張○珍證稱：「上述跳躍式徵收，確實明顯違反一般徵收作業程序，當初我與林炳輝二人辦理徵收業務時，亦明知此方式無法通過內政部之審核，林炳輝遂聯絡台南市議會公關室主任尤泰盛至辦公室討論，尤泰盛來辦公室後即堅持要我們依照前述十七筆地號跳躍式徵收……其間尤泰盛一再施壓，我等迫於其係議長之人，只好配合以跳躍式之方式辦理徵收」等情相符，原判決認定郭學書、林清堆、林炳輝、戴曜坤、巫啟后等人明知該二次徵收違法，即非無據，雖其等係奉上級之命令辦理，並無決定之權，乃明知命令違法，仍予辦理，自不能援引刑法第二十一條第二項前段之規定免責。

肆、關於共同正犯之問題

共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，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，不問犯罪動機起於何人，亦不必每一階段犯行，均經參與。又關於犯意聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立。且數共同正犯之間，原不以直接發生犯意聯絡者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內。從而除共謀共同正犯，因其並未參與犯罪構成要件之實行而無行為之分擔，僅以其參與犯罪之謀議為其犯罪構成要件之要素，故須以積極之證據證明其參與謀議外，其餘已參與分擔犯罪構成要件行為之共同正犯，既已共同實行犯罪行為，則該行為人，無論係先參與謀議，再共同實行犯罪，或於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與，均成立共同正犯。本件台南市政府辦理兩次徵收補償之原由，均係應黃郁文之要求，即先由田○紅介紹黃郁文購買原台南市○○區○○路道路用地所有權人唐彩雲等人之土地，黃郁文再指示知悉本件從中舞弊之尤泰盛、陳俊君，經由田○紅仲介，低價搜購怡中段既成道路土地，並以劉○池、盧○獻、張○貞分別出名登記為上開土地所有權人；張燦鋆則依黃郁文之要求，指示均知悉本件從中舞弊之台南市政府承辦人員辦理上開二次徵收補償，由知情之戴曜坤編列上開二次徵收補償之預算，其中第二次徵收補償之正式預算送請台南市議會審核前，先由林清堆以「概算」名義送交黃郁文增刪，黃郁文將系爭三之三七號徵用土地預算任意提高為二億五千萬元後，因市議員黃玉雲、唐瑞明要求增列二項工程，致預算不足，林清堆始依張燦鋆之授權將黃郁文提高之預算二億五千萬元減為二億二千萬元後，送請議會審議通過。巫啟后、林炳輝與戴曜坤辦理上開二次土地徵收補償，林清堆、郭學書辦理上開第二次土地徵收補償，均係應黃郁文之要求，由黃郁文指定尤泰盛居中指定辦理上開二次徵收補償之徵收地段、地號，違反上開行政院第四○四九八號職權命令及行政法揭示之平等原則，黃郁文所為已逾越一般民意代表服務選區人民之程度，亦與民意代表轉送人民陳情案件明顯有別，顯係為其個人利益，而張燦鋆、林清堆身為市府長官，巫啟后、郭學書、林炳輝與同案被告戴曜坤等為承辦公務員，明知本案二次徵收之道路土地與黃郁文個人利益有重大關聯，猶應黃郁文之要求徵收補償，則渠等與黃郁文、尤泰盛、陳俊君、張○貞、劉○池、盧○獻間就本案徵用土地舞弊行為，雖參與時間及程度不一，並非全程參與；或直接之聯絡，或間接之聯絡，惟彼等各自分工，相互利用他人之行為以完成本案二次徵收補償程序，彼此間顯有犯意聯絡與行為分擔，原判決認係「徵用土地，從中舞弊」之共同正犯（林清堆、郭學書及張○貞參與第二次土地徵收，劉○池及盧○獻參與第一次徵收，分別僅就各該次徵收

認為共犯），不違經驗法則與論理法則，不能指為違法。

伍、關於原審採證認事職權之問題

- （一）證據之取捨及其證明力之判斷，屬於事實審法院之職權，苟其所為之判斷，並不違背經驗法則及論理法則，即不能任意指為違背法令，又證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院仍得本其自由心證予以斟酌，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信，而原判決採信證人之部分證言時，當然排除其他部分之證言，縱未於判決理由內說明捨棄他部分證言之理由，仍於判決本旨無生影響，均不得據為上訴第三審之適法理由。原判決論處上訴人等徵用土地，從中舞弊罪刑，係依憑上訴人張燦鑒、林清堆、郭學書、巫啟后、林炳輝、黃郁文、尤泰盛及陳俊君之部分陳述，證人戴曜坤、陳堯山、洪○珍、張○珍、唐○根、唐○傑、陳○○華、唐○珍、吳○旺、吳○讚、許○蓮、田○紅、王○福、盧○獻、唐○雲、王○橫、王○輝、謝○蘭、王○珍、李○○冷、王○、王○折、吳○○來、王○輝、張○貞、謝○玲、蔡○惠、黃○川、李○佑、翁○正、林○利、陳○南、涂○芳、陳○元、黃○等人之證詞，及台南市政府函市議會之總預算書表、台南市議會函同意市府徵收劉○池等土地案、台南市○○○○路都市○○道路申請徵收土地計劃圖冊、土地買賣所有權移轉契約書及土地所有權移轉相關登記資料、法務部調查局測謊鑑定通知書、張燦鑒書寫之備忘錄：「議長怡中段1257、1258、1293、1295道路用地（5千多萬）」等直接、間接證據，本於推理作用，確信其為真實之程度，而為有罪之認定，並非單採上開部分上訴人及證人之證詞為論斷之依據。其中關於上訴人等是否知悉編列預算徵收土地違法，張燦鑒書寫之便條紙（備忘錄），其真實性如何，張燦鑒有無對下屬指示編列預算徵收土地，上訴人等對黃郁文借用他人名義購置土地是否知情，林炳輝是否知悉編列預算情事，其與巫啟后、戴曜坤等人前後之供詞，以何者為可採，證人林○雄、林○雄、黃○文、陳○山、陳○元所為有利於上訴人等之證詞何以不予採納等事項？原審認部分供詞為可信，予以採擇，其餘供詞為不實，加以摒棄，此乃原審採證認事職權之合法行使，其所為判斷，尚無悖離一般經驗、論理法則，自不得指為違法。
- （二）任何故意之犯罪行為，一般皆源於犯罪之動機；犯罪之動機，乃行為人決定犯罪意思之間接的原動力，屬於犯罪之遠因，雖為科刑時應審酌事項之一，但除特定條文認為係犯罪要素外，通常並非以之為構成犯罪之要件。貪污治罪條例第六條第一項第二款之徵用土地，從中舞弊罪為圖利罪之特別規定，含有圖利罪之性質，已如前述，必有圖利自己或他人不法利益之意圖及動機存在。原判決認定張燦

濫、林清堆、郭學書、巫啟后、林炳輝等人徵用土地，從中舞弊，已在事實及理由欄內明確記載：第一次徵收案圖利黃郁文、劉○池、盧○獻等人獲得不法所得共三千四百零八萬八千零四十元；第二次徵收案圖利黃郁文、張○貞等人獲得不法所得計一億三千三百八十二萬零四百五十一元，則張燦濫等人徵用土地，從中舞弊，其等犯罪之動機在圖利黃郁文等人，不言而喻，非僅為了府會和諧而已。原判決雖未明確記載其等犯罪之動機，祇是行文較為簡略而已，並非理由矛盾或欠備，自不得據為上訴第三審之適法理由。

(三) 本件台南市政府第一次擬徵收之土地原呈 L 型不規則形狀，上訴人等為遂行圖利黃郁文等人，乃將部分土地先行逕為分割，以符合行政院職權命令所示徵收土地應相連完整之規定，其餘未徵收之土地留待下年度再予徵收，並於辦理第二次徵收時，依尤泰盛之指示採「跳躍式徵收」，嗣遭內政部退回後，經互相商議結果，仍予以徵收黃郁文預先取得登記在同案被告張○貞名下之系爭十四筆土地，以「形式上合法」，實質違反上開行政院第四○四九八號職權命令及行政法揭示之平等原則，而圖利黃郁文等人。雖該二次徵收土地案嗣後均以分割或放棄徵收部分土地以符合行政院職權命令所示徵收土地應相連完整之規定，而通過內政部之審核，但其徵收過程確有從中舞弊情事，且第一次與第二次徵收土地時間為相連之會計年度，該二次徵收土地中間確有跳躍台南市○○路○○段第一二五一、一二五四、一二五五等地號土地之事實，且均係選擇黃郁文等人搜購之土地徵收，而非以某處為基點，朝某特定方向連貫徵收之，上訴人巫啟后、林炳輝、戴曜坤及證人張幼珍等人將之稱為「跳躍式徵收」，用語雖非精確，但究非無據，原判決加以引用，乃判決文字是否妥當之問題，對於原判決認定上訴人等徵用土地，從中舞弊之犯行無生影響，即不得據為上訴人等合法之上訴理由。

(四) 至於內政部台（九十）內地字第九○一一九○五號函稱：「台南市政府以八十七年十二月二十三日八七南字地權字第四一六一七號及八十八年十月二十八日八八南字地權字第○三四八五一號公告徵收，並通知所有權人領取補償等費，於土地法及都市計畫法規定並無不合」及「按地方政府為興闢及拓寬道路需徵收私有土地時，往往限於經費之編列，而分期分區取得，在徵收實務上，尚無不可」；九十三年四月二十九日台內地字第○○○○○○○○○○號函、九十六年八月十四日台內地字第○九六○一二六○○號函認系爭徵收未違反土地法及都市計畫法之規定，一○○年十一月七日函稱：「實務執行方面，地方政府得以徵收方式取得都市○○道路用地」。台南市政府一○一年二月十四日府工公新一字第○○○○○○○○○○號函稱

：「決定徵收優先順序之方式，依都市計畫法第四十八條及地方制度法第十八、十九條規定，道路之規劃、建設及管理為地方自治事項，有關新建道路及既成道路之取得，依法屬各地方政府權責」；一〇一年二月十四日府工公新一字第〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號函、一〇一年二月二十二日府工公新一第一〇一三八六三六號函稱：「決定徵收優先順序之方式，依都市計畫法第四十八條及地方制度法第十八、十九條規定，道路之規劃、建設及管理為地方自治事項，有關新建道路及既成道路之取得，依法屬各地方政府職權。」等，均係就不知本件徵收土地有舞弊情事而為說明，無從據以推翻本件徵收有前述之違法，原判決未再贅敘不予採納之理由，雖有微瑕，然不影響判決本旨，仍不能據為第三審合法上訴理由。

- (五) 另原判決事實欄記載：「一二五〇、一二五四、一二五五地號等三筆未一併徵收」，與理由欄記載：「一二五五、一二五四、一二五一、一〇八八等四筆土地未被徵收」，前後筆數、地號固有不符，惟均係未被徵收之土地，倘有誤載漏記，非不得以裁定更正，尚難指為違法。另郭學書主張伊自八十一年二月十日起至八十六年八月十三日止，並未擔任台南市工務局土木課課長乙節，縱然屬實，原判決有所誤載，仍無解於其於八十七、八十八年間擔任該局技正、局長期間而參與共同犯罪之責任，併予敘明。

陸、原審有無調查職責未盡之問題

刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若僅係枝節性問題，或所證明之事項已臻明瞭，當事人聲請調查之證據，僅在延滯訴訟，甚或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺其調查之必要性，原審未依聲請為無益之調查，皆無違法可言。原判決綜合上開證據，認定上訴人等貪污犯行，事證已臻明確，且原審於審理期日，審判長問：「尚有何證據請求調查？」。上訴人等及原審之辯護人均稱：「沒有」等語，則原審未再調查：八十七年三月二日聯合報第三版圖文及台南市長八十八年四月十一日行程表，台南市政府各局（科室）暨所屬機關府會聯絡人名冊，辦理土地分割之公文流程，勘驗巫啟后九十年五月九日及六月四日偵訊筆錄之錄音帶，系爭道路自六十二年後何以未再徵收？本案與無既成道路或尚未都市計畫，預先低價搜購土地，刻意變更都市計畫使之成為道路，進而徵收，或要求違法為不實估價，抑或高價補償等舞弊行為，有何差異？張燦鑒於編列概算階段如何知悉黃郁文預先以低價搜購道路土地？系爭土地辦理移轉之代書費、規費或稅捐等金額各若干？巫啟后與林清堆有無怨隙等事項，為無益之調查，並非調查職責未盡。

柒、關於追繳沒收抵償之問題

按犯第四條至第六條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。前項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之。為保全前二項財物之追繳、價額之追徵或財產之抵償，必要時得酌量扣押其財產，貪污治罪條例第十條第一項、第二項分別定有明文。原判決以：①張燦鎰、巫啟后、林炳輝、黃郁文、尤泰盛、陳俊君與劉○池及已判決確定之共犯戴曜坤、田○紅、盧○獻等人，就第一次徵用土地，從中舞弊犯行，致共犯劉○池及盧○獻分別取得徵收補償三千七百五十萬五千三百八十四元、一千零二十一萬七千八百七十二元，依證人唐○雲之供證，劉○池、盧○獻係以公告現值之四成取得徵用土地，因而所取得徵收補償扣除購地成本後之不法所得合計為三千四百零八萬八千零四十元；②張燦鎰、黃郁文、尤泰盛、林清堆、郭學書、巫啟后、林炳輝、陳俊君與共犯戴曜坤、田美紅、張○貞就第二次徵用土地，從中舞弊犯行，致共犯張素貞取得徵收補償一億九千一百十七萬二千零七十二元，依證人即地主王○橫、王○輝等人之供證，係以「公告現值加四成再打三折出售」，則張○貞取得上開徵收補償扣除購地成本後之不法所得為一億三千三百八十二萬零四百五十一元。並說明原地主既已出賣土地，即難謂因本件犯罪而受害。至於未被徵收土地，既均屬既成道路，依司法院釋字第四○○號解釋，國家應依法律之規定辦理徵收給予補償，地主受領徵收補償之權利及因工程施作之權利或利益，不會因本案舞弊行為而喪失，亦難認因本案犯罪而直接受害，既無被害人，前述徵用土地舞弊之不法所得，應依上開規定連帶予以追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產連帶抵償之，適用法則，亦無不合。上訴意旨認應依圖利罪之例，扣除稅捐等成本費用乙節，然原判決認定上訴人等圖利劉○池、盧○獻及張○貞等人之金額既已扣除其向第一手購地之成本，雖以公告現值之成數為計算之標準，但其實質內容已將稅捐等費用成本計算在內，且徵用土地舞弊罪與圖利罪之規範目的不同，關於不法所得計算之方式，自難比附援引。

上訴人等其餘上訴意旨，核係對原審取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使及原判決理由已經說明之事項，或就與犯罪構成事實無關之枝節問題，或就不影響於判決本旨事項再為事實上之爭辯，徒以自己之說詞，泛指其為違法，並為單純事實上之爭執，皆非適法之第三審上訴理由，其等之上訴違背法律上之程式，均應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三 年 三 月 十三 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 黃 正 興

法官 張 春 福

法官 吳 信 銘
法官 許 錦 印
法官 周 政 達

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 一〇三 年 三 月 十 九 日
E

資料來源：司法院法學資料檢索系統