最高法院刑事判決

107年度台上字第1583號

上　訴　人　林清井
選任辯護人　戴文進律師
上　訴　人　歐炳辰
選任辯護人　胡原龍律師
　　洪殷琪律師
　　金鑫律師
上　訴　人　劉奕發
選任辯護人　林凱律師
上　訴　人
即　參與人　東和鋼鐵企業股份有限公司
法定代理人　侯傑騰
選任辯護人　蔡順雄律師
　　鄭凱威律師
　　陳怡妃律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國107 年1 月16日第二審更審判決（106 年度上更㈠字第10號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署100 年度偵字第33137號，101 年度偵字第6999、15755 、19358 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人即被告歐炳辰、林清井、劉奕發，有其事實欄所載共同對主管事務

圖利之犯行；林清井、劉奕發另有公務員登載不實文書之犯行，因而撤銷第一審之不當判決，改判就歐炳辰部分論以共同對主管事務圖利罪刑；就林清井、劉奕發部分依想像競合犯從一重處斷論處共同對主管事務圖利罪刑；並認上訴人即參與人東和鋼鐵企業股份有限公司（下稱東和公司）因上開犯罪獲有犯罪所得新臺幣（下同）1,890 萬3,646 元，就東和公司上開犯罪所得諭知沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額之判決。已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人等所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明，核其所為之論斷，俱與卷存證據資料相符。

二、上訴意旨：

㈠林清井上訴意旨略以：①本件出售系爭18筆土地，係依據法定程序召開查估小組會議及鄉務會議辦理，林清井為桃園縣觀音鄉（現改制為桃園市觀音區，以下仍沿用舊制）公所主任秘書，因本件土地出售案已於98年度編列出售鄉有土地之預算並辦理保留預算，為避免議價程序延宕歲入計畫之執行，乃批示行政室人員江欣庭修改公所第27次鄉務會議紀錄，並無圖利東和公司之動機，應屬行政疏失；又99年11月5 日之協商會議，林嘉凌於製作會議紀錄時，林清井已遭解職並無公務員身分，自無指示會議紀錄製作之可能，劉奕發手寫更改會議紀錄之事，與林清井無關，原判決論林清井為圖利罪及公務員登載不實文書罪之共同正犯，有理由不備之違誤。②本件系爭18筆土地中，其中14筆土地屬國土保安用地，並無利用價值，東和公司仍願以7,100 萬元購買，已使觀音鄉公所獲利，且土地交易價格尚須觀音鄉民代表會追認程序及桃園縣政府核備，已遭解職之林清井無影響土地受讓價格之可能。原判決以東和公司所列之1,416萬4,384元應由觀音鄉公所分攤，認林清井與歐炳辰、劉奕發有圖利東和公司之犯意聯絡及行為分擔，有判決不備理由及理由矛盾之違誤。

㈡歐炳辰上訴意旨略以：①依劉奕發、黃久玲之證述，可證用

印申請表上之課室主管、主任秘書、鄉長等欄位並非劉奕發1人用印，原判決認定歐炳辰為規避承辦土地讓售過戶業務之財政課，指示劉奕發於用印申請書表上之課室主管、主任秘書、鄉長等欄位上蓋用「民政課課長劉奕發（代）」、「代理主任秘書劉奕發」、「觀音鄉鄉長歐炳辰（甲）」之職章發文，與卷內證據資料不符。②本件系爭18筆土地之售讓價格，經合法程序定為7,100萬元，歐炳辰並未違反桃園縣觀音鄉鄉有非公用房地出售作業要點第13點、第22點第1項之規定，且上開要點性質上僅為規範機關內部秩序及運作，非直接對外發生效力之行政規則，非貪污治罪條例第6條第1項第4款所規定違背法令之範疇。又依桃園縣觀音鄉財產管理自治條例第55條及作業要點第13點之規定，土地之讓售均須由首長核定價格後始辦理出售，原判決以未經首長核定之觀音鄉公所第27次鄉務會議決議之讓售價9,100萬元，作為計算歐炳辰圖利東和公司不法利益之依據，有事實與理由矛盾之違誤。③本件18筆土地讓售價格之核定，係經查估小組會議、鄉務會議、協商會議等法定程序所得，非歐炳辰可單獨決定，亦未對林清井、劉奕發有任何指示，且該案獲得觀音鄉鄉民代表大會支持通過，其中有14筆之國土保安地，鄉公所依法開會討論同意扣除東和公司所支出之1,526萬738元開發成本，為東和公司實際支出，並非無償取得之不法利益，原判決徒以林清井證稱：有告知歐炳辰關於東和公司願以7,100萬元購買系爭18筆土地等語，認定歐炳辰有圖利東和公司之犯意，並與林清井、劉奕發有犯意聯絡，有判決理由不備之違誤。

㈢劉奕發上訴意旨略以：①劉奕發未曾擔任過財政課長，也未處理過鄉有土地讓售案件，不知悉土地讓售所應遵循之相關法令，自無明知法令規定而故意違背圖利他人之主觀犯意。於99年11月5日協商會議及第28次鄉務會議中，財政課長黃久玲、承辦人員曾媛清均出席會議，亦未曾在會議中表示第27次鄉務會議已決定讓售價格，甚至曾媛清主張退還東和公

司所繳款項時，劉奕發仍以簽呈提供兩個方案供鄉長參考定奪，足見劉奕發並無繼續辦理轉讓之意思，應無圖利之犯意，原判決有判決理由不備及理由矛盾之違誤。②關於第27次鄉務會議紀錄，劉奕發係因主任秘書林清井要求江欣庭修改會議紀錄，始配合長官林清井指示修改內容，於99年11月 5日之協商會議劉奕發並未參與，因會議主席林清井告知會議紀錄內容有誤需修改，劉奕發始遵循長官指示修改林嘉凌所製作之會議紀錄，並無登載不實之犯意；且製作會議紀錄之林嘉凌對會議紀錄有實質審查權，其曾質疑劉奕發手寫修改內容與會議實際情況有異，仍照繕修改，顯非不知情，原判決認定劉奕發有登載不實之故意，有事實及理由矛盾之違誤。

㈣東和公司上訴意旨略以：①原判決未說明東和公司如何明知違法而取得不法利益、如何因共同被告之違法行為而取得無償或顯不相當之對價、如何取得不法利益，亦未有任何構成要件該當與否之涵攝，有判決理由不備之違誤。②本件系爭18筆土地出售價格，證人陳永智、劉釗均證述從未私下就系爭土地價格與其他被告進行洽商、接觸，東和公司非明知他人違法行為而取得不法利益，且東和公司預以7,100 萬元買下系爭18筆土地，非無償取得，在查估價格過程中，系爭18筆土地之查估價格雖有高達1 億1,507 萬6,100 元，亦有僅認價值5,777 萬9,436 元之估價，若以其中間值計算，東和公司支付7,100 萬元非顯不相當，東和公司既然與證人陳永智、劉釗並無洽商、接觸，自然非為他人實行違法行為因而取得，顯不該當第三人沒收之要件，原判決諭知沒收，顯有理由不備及適用法律不當之違誤。③本件土地出售案件應屬私法上買賣契約，由買賣雙方磋商而達成價金合意，不論觀音鄉公所買賣價金之形成有無瑕疵，亦不論該價金是否符合觀音鄉公所預設，均與善意之東和公司無涉，原判決以第27次鄉務會議通過之9,100 萬元，與最後決定之7,100 萬元相比較認定有不法利益，但第27務鄉會議所定之價額並非雙方

同意之價金，9,100 萬元亦非交易價格，自有不法利益計算錯誤之違誤云云。

三、惟查：

㈠證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第 155 條第1 項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法，而資為合法之第三審上訴理由。本件原判決依憑卷內相關證據資料，已說明：①林清井、劉奕發於99年10月11日參與觀音鄉公所第27次鄉務會議，依證人黃久玲（財政課課長）、蘇智穎（主計室主任）於第一審審理中證述：渠等有參加該次會議，該次會議有作成9,100 萬元讓售價之決議，沒有印象有第2 份會議決議之證詞；及證人蘇智穎會後簽呈意見影本，其上載有地價業經鄉務會議通過等情事（見原判決第16、17頁），可知當日會議獲得以9,100 萬元讓售價之決議。至何以會有內容不同之第2 份會議紀錄，證人江欣庭於第一審審理中證述：係劉奕發指示其修改會議紀錄內容（見原判決第19頁）。而劉奕發於調查局、偵查中亦自承：第1 份會議紀錄真實（見原判決第18頁）；另於第一審審理中證述：江欣庭做的第1 份紀錄是9,100 萬元，但經林清井退回，並告知價格在7,500 萬元至9,100 萬元之間，並要找東和公司進行協商，其在旁邊有聽到，即要求江欣庭依照林清井之指示更改，歐炳辰沒有指示價格（見原判決第19至20頁）。另林清井亦自承：其有要求江欣庭更正會議紀錄（見原判決第20頁）。經綜合上開林清井、劉奕發不利於己之供述，佐以證人黃久玲、蘇智穎、江欣庭之證詞及卷附會議紀錄，可知江欣庭製作第1 份鄉務會議紀錄呈核，與會各單位主管並無意見，迨於99年10月20日呈核至林清井時，林清井乃指示江欣庭修改第1 份鄉務會議紀錄，劉奕發亦在場要求江欣庭依林清井之指示修改。而劉奕發既已蓋印通過江欣庭原所呈送修改前之該公所第27次鄉務會議紀錄，顯亦認同第1 份會議紀

錄之內容正確，嗣竟配合林清井要求江欣庭將會議紀錄修改，且所修改之內容復與第1次呈核內容大相逕庭，劉奕發、林清井自有公務員登載不實文書之犯意。②就99年11月5日協商會議紀錄部分，該次會議係由林清井主持，劉奕發並未參加，由劉奕發之下屬林嘉凌擔任紀錄，前後製作2份協商會議紀錄。證人林嘉凌於上訴審審理中證述：劉奕發未參與該次會議、事後劉奕發修改成第2次版本後交由其照稿繕打，該次協調會無結論，雙方對價格有落差，其依主管劉奕發指示及林清井的紙條修改與實情不符之內容，但為保護自己，有留存修改前後之簽呈及會議紀錄（見原判決第21、22頁）；另證人即東和公司員工陳永智、劉釗亦證述：該次會議沒有獲致結論（見原判決第21頁）。而林清井亦坦承：該次會議沒有決議，故其用便條紙貼在會議紀錄表示待有決議再呈核（見原判決第21頁）等情，核與第一審勘驗該協調會之錄音光碟內容：雙方並無以8,600萬元扣除開發費用1,500萬元作為讓售價格之共識，且主計室主任蘇智穎亦於協商會中，提醒林清井依法令須以讓售時所查估市價出售系爭18筆土地之情形相符（見原判決第23頁）。林清井於第一審準備程序、審理時則供述：事後有收到東和公司願以7,100萬元購買，其當時已解職，遂口頭告知歐炳辰、劉奕發此事（見原判決第22、23頁）。經綜合上開參與人員之供述及卷附勘驗紀錄，可認該次協商會議並未就讓售價格作成結論，尚待後續討論，林嘉凌所製作第1份協商會議紀錄固較簡略，純係整理與會人員陳述內容後摘要紀錄，但與陳述者之意思並無違背，且所載結論亦屬正確。而林嘉凌第1次簽呈上，確貼有林清井自承由其所書寫「待結論再明確再簽文上呈」等文字之便條紙（見他字卷第18頁），由該便條紙之文義觀之，可明確知悉該次協商會議確無任何結論。劉奕發竟仍不顧曾出席該會議之紀錄人林嘉凌之意見，執意要求林嘉凌依照林清井之指示及其手寫修改後之會議紀錄內容重新繕打上呈，且所修改之內容復與第1次呈核內容大相逕庭，劉奕發、

林清井就此自有公務員登載不實文書之犯意。③依99年當時有效之「桃園縣觀音鄉財產管理自治條例」第55條規定：「鄉有財產之計價比照國有財產計價方式及相關法令規定辦理（第1項）。鄉有不動產之處分價格須辦理市價查估時，由本所財政、工務、民政、農經、主計等單位主管組成查估小組，並由財政課召集之（第2項）。地價查估後，應由主任秘書召集財政、工務、民政、農經、主計、政風單位主管及相關單位人員審議通過，由首長核定辦理（第3項）。」另同時有效之「桃園縣觀音鄉鄉有非公用房地出售作業要點」第13點規定：「出售之房地由執行出售單位檢附查估表、地籍位置圖註明四鄰地權屬及有關資料，提經本所鄉務會議審議通過，由首長核定後，再行辦理處出售（含標售、讓售）及繳款承購等後續事宜」、第22點第1項規定：「通知讓售繳款時間及逾期繳款，依下列規定辦理：㈠本所應於核定讓售價格10日內通知承購人繳款。㈡繳款時間，限於承購人接到繳款通知書之次日起40日內繳清，如逾期不繳款者，註銷承購案（並於2年內不得再申請承購）」（見偵字第33137號卷㈦第44至49頁、第29至31頁）。本件系爭18筆土地經桃園縣政府97年9月12日以府財產字第000000000000號函准予依照前揭自治條例規定辦理讓售，並經桃園縣政府以99年5月3日府財產字第0000000000號函重申斯旨（見偵字第33137號卷㈣第95頁，偵字第33137號卷㈡第27頁）。是本件係屬專案讓售土地，其辦理程序即應依上開規定為之。是依上開自治條例、作業要點之規定，本件系爭土地之出售，應先進行市價查估，組成查估小組，土地價格在查估後須經相關單位審議通過後，再由首長核定。然本件係協議價格處理，不僅東和公司無協議土地讓售價格之地位，財政課承辦人曾媛清於協商議會議召開前天，簽陳表示召開協商會議訂定價格不符作業要點（見原判決第26頁）；財政課另於99年12月3日簽陳表示：本件讓售價格不符規定；再於100年1月5日簽請發函撤回繳款書；另於100年1月25日簽陳退還東和公

司所繳款項，不應辦理過戶等語，迭次指摘本件土地出售程序、價格有瑕疵等情；而歐炳辰仍執意批示即應辦理後續移轉（見原判決第28頁）。本件實際上係以協議價格方式辦理，且核定讓售價格低於委外查估價格、查估小組查估價格及第27次鄉務會議決議，土地讓售程序不符合法定程序辦理，自有圖利東和公司之行為。而本件林清井自承：其於解職後，仍有受歐炳辰要求繼續襄助鄉務，有跟歐炳辰提及東和公司願以7, 100萬元承購，歐炳辰亦同意此價格讓售；歐炳辰則坦認：其有因林清井告知東和公司願以7,100 萬元購買，而指示提交於鄉務會議討論，有歐炳辰指示移交財政課續辦之簽呈影本可證；劉奕發1人蓋用3章規避財政課阻撓，並將相關文件交由東和公司簽收使其辦竣土地移轉登記，歐炳辰、林清井、劉奕發3 人有共同對主管事務圖利之犯意聯絡、行為分擔。其事實之認定及證據之取捨，俱有卷內證據資料可資覆按，核與經驗法則、論理法則無違。歐炳辰、林清井、劉奕發上訴意旨仍謂無圖利之主觀犯意；林清井、劉奕發另謂無登載不實文書之主觀犯意云云，顯係對原判決事實認定及證據取捨之職權行使，圖憑己見再事爭執，自非合法上訴第三審之理由。

㈡按共同正犯，係共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍內，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，其成立不以全體均參與實行犯罪構成要件之行為為必要。故其所實行之行為，非僅就自己實行之行為負其責任，並在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯所實行之行為，亦應共同負責，此即所謂「一部行為全部責任」之法理。原判決已說明：林清井於任職觀音鄉主任秘書期間，負責鄉有土地管理、處分事宜，其於觀音鄉公所第27次鄉務會議，依憑查估小組查估系爭18筆土地市價，審議通過以 9,100萬元作為讓售價格後，為降低讓售價格圖東和公司之不法利益，而與劉奕發共同令江欣庭修改而登載不實內容之第2 份鄉務會議紀錄，俾以協商方式與東和公司議價較低之讓售價

格；復為遂行賤賣鄉有土地之意圖，林清井雖已喪失公務員身分，仍藉繼續在鄉公所襄助歐炳辰處理鄉務之影響力，指示劉奕發施壓林嘉凌竄改而登載不實內容之第2份協商會議紀錄。歐炳辰雖未參與前述行為，惟於99年11月中，經林清井報告知悉東和公司願以7,100萬元承購系爭18筆土地，歐炳辰明知違背上開自治條例及出售作業要點等法令規定，即予同意以林清井私自與東和公司協議之7,100萬元為讓售價格，並令承辦單位財政課依憑第2份協商會議紀錄提交第28次鄉務會議審議，無視財政課多次簽陳讓售程序違背法令，仍執意核定7,100萬元賤價出售系爭18筆土地。而劉奕發任職代理主任秘書，負責鄉有土地管理、處分事宜，亦罔顧財政課以讓售程序違背法令，反對移轉登記系爭18筆土地予東和公司之意見，承歐炳辰之命，在讓售系爭18筆土地辦理契約行為相關文件之用印申請表上之「課室主管、主任任秘書、鄉長」等項欄位，均由劉奕發1人蓋章，用印發文予東和公司，俾東和公司得順利辦竣系爭18筆土地移轉登記。歐炳辰於99年11月間，經林清井告以東和公司願以7,100萬元承購系爭18筆土地，明知違背法令，卻予同意，並遂行後續讓售事宜，其主觀上對加入之前林清井、劉奕發之圖利行為有予利用而共同犯罪之意思，客觀上並立基於該前行為上賡續進行犯罪，該前行為因此與其加入後之行為存有相互利用、補充等不可分離之依附關係，而對其加入後犯罪之實現具原因力，歐炳辰加入前之圖利行為，亦應負共同正犯之責。至林清井雖自99年11月11日起，即非公務員，惟對於其已有犯意聯絡並參與之圖利東和公司行為，不惟在客觀上並未明確解除其對共同正犯劉奕發之影響力，甚且憑藉其仍繼續襄理鄉務之影響力，指示劉奕發命林嘉凌修改協商會議紀錄，並謀取歐炳辰加入圖利行為，復提供助力，此從林清井於偵查中供承：「…陳處長（陳永智）打電話給我，表示說公司願意以7,100萬元來購買，不能有其他費用，因為我當時已經被解職，但鄉長說希望在他找到新的主秘前繼續幫忙，所以

我雖然遭解職，但還是每天進公所，所以我就去跟劉奕發說對方打電話來表示願意以7,100萬元買，所以我們就以7,100萬元作為決議價格賣給他們」、「當東和（公司）以電話告知願意以7,100 萬元購買時，我有向鄉長報告，他也同意以此價格出售」等語（見他字卷第135 頁）；復於第一審審理時供述：「我因為曾經是主秘，所以才到觀音鄉公所交代財政課，說東和公司同意以7,100 萬元購買，讓財政課依後續程序辦理。賣公產需送（觀音鄉鄉民）代表會同意，賣多少價格不需要代表會同意，當鄉長決議核定7,100 萬元要賣，我們想要去代表會邀功，說有把垃圾場賣掉，且說歲入（預算）是8,600 萬元，但我執行是7,100 萬元，希望代表會於審決算時不要再說這些事情」等語（見第一審卷㈢第105 頁）即得確知。而劉奕發100 年1 月1 日前之階段，其雖不具負責鄉有土地管理、處分權責之身分，惟其於100 年1月1日起，代理主任秘書一職，負有鄉有土地管理、處分之責，繼續參與圖利行為（見原判決第28至30頁）。說明歐炳辰、林清井、劉奕發就本件圖利犯行、林清井、劉奕發就本件公務員登載不實文書之犯行，應負共同正犯之責之理由。又貪污治罪條例第6 條第1 項第4 款之圖利罪，公務員固不待他人意思之合致或行為之參與，其單獨1 人亦得完成犯罪，但仍不排除共同正犯之成立可能。公務員與無公務員身分之人，如具有犯意聯絡、行為分擔，共同對於該公務員主管之事務，圖第3 人（即圖利之對象）之不法利益並因而使其獲得利益，即得依貪污治罪條例第3 條及刑法第28條、第31條第 1 項之規定，成立圖利罪之共同正犯。本件林清井於土地出售時已非公務員，但其與具公務員身分之歐炳辰、劉奕發共同圖利，依上開說明仍得成立共同正犯，原判決對此說明略嫌簡略，但與判決結果不生影響。歐炳辰、林清井、劉奕發上訴意旨，仍就各自犯行否認有共同之犯意聯絡，行為分擔，林清井已不具公務員身分，且事後土地交易價格經觀音鄉民代表會追認，而無圖利犯行云云，顯係對原判決已明白論斷

敘明之事項，空泛指摘，非適法上訴第三審之理由。

㈢貪污治罪條例第6條第1項第4款圖利罪之規定，係以行為人「明知違背法令」為必要。所謂「違背法令」，依立法理由之說明，該「法令」係指法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則等，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而言，原則上並不包括行政程序法第159條規範上、下級機關或長官對屬官間內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規效力之行政規則。但上級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，甚而彌補法律之闕漏不足或具體化抽象法律規範內容以利實行等，所訂頒之解釋性、補充性、具體性規定與裁量基準，雖同以下級機關、屬官為規範對象，但因行政機關執行、適用結果，影響人民之權利，而實質上發生對外之法律效果，其違反者，對於法律所保護之社會或個人法益，不無侵害，而具有違法性，仍應認為圖利罪構成要件所指違反法令之行為。本件系爭土地出售流程，違反「桃園縣觀音鄉財產管理自治條例」第55條、「桃園縣觀音鄉鄉有非公用房地出售作業要點」第13點、第22點第1項之規定，業如前述。上開作業要點內容係源於自治條例第55條，雖以下級機關、屬官為規範對象，但因行政機關執行、適用對外處分鄉有土地之結果，影響人民之權利，而實質上發生對外之法律效果，對於法律所保護之社會或個人法益，不無侵害，歐炳辰、林清井、劉奕發違反，自屬圖利罪所指違背法令。上訴意旨仍謂本件所違反者非圖利罪所指之法令，亦有誤會。

㈣本件依據92年10月30日修正發布「國有財產計價方式」第5點第2款、92年11月7日修正發布「國有財產估價作業程序」第9點第3款、「平均地權條例施行細則」第11條等規定，本件專案讓售土地中，有14筆屬國土保安用地，應保持原地形地貌，不得從事任何開發利用或開挖整地行為，有桃園縣政府99年5月3日府財產字第0000000000號函可憑。故本

件僅有4 筆丁種建築用地應分擔額109萬6,354元，此屬上列規定可減除之開發成本（第4 項整地、改良費用）；至東和公司所列如環評開發、建築師簽證、監造、土地變更編定、植栽綠化、空污等14項開發費用，認應由觀音鄉公所分攤之費用1,416萬4,384 元（即臚列分攤總額15,260,738 元－依法可減除之費用1,096,354 元），於法無據（見原判決第31、32頁），自不得扣除。歐炳辰上訴以該款項係東和公司實際支出，扣除並無不當云云，顯與上開規定不合。

㈤本件用印申請表上之課室主管、主任秘書、鄉長等欄位印章，依劉奕發之供述，係黃久玲告以蓋章為行政室事務，其才在上面蓋章，事後經歐炳辰告知後便塗銷等語，並未否認在申請表上用印之事實。但此部分是否由劉奕發1 人蓋3 章，事後有無塗改，對歐炳辰無視法令規範賤賣鄉有土地之認定，並無影響。又原審已說明本件土地讓售程序不合法定程序，即依據當時之自治條例第55條、作業要點第13、22點，應先市價查估，組成查估小組，地價查估後經相關單位審議通過後，由首長核定始為合法之法定程序。但本件卻係以協議價格讓售。又東和公司所列如環評開發、建築師簽證、監造、土地變更編定、植栽綠化、空污等14項開發費用，非依法可減除之費用。原判決以應依觀音鄉公所第27次鄉務會議審議通過讓售價格9,100 萬元，減除觀音鄉公所須分攤之開發成本109 萬6,354 元，計算讓售價格應為8,990 萬3,646 元（91,000,000－1,096,354＝89,903,646 元），觀音鄉公所卻以7, 100萬元低價出售予東和公司，顯有圖利東和公司不法利益1,890萬3,646 元（89,903,646－71,000,000＝18,903,646 ）。而林清井已明白供稱係經陳永智通知東和公司願以7,100 萬元購買系爭18筆土地，經告知歐炳辰後，始為後續作業。歐炳辰、林清井、劉奕發上訴意旨仍謂並無圖東和公司不法利益云云，顯非依卷內資料指摘，而得為適法上訴第三審之事由。

㈥按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者

，依其規定。犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。刑法第38條之1第1項、第2項定有明文。此乃基於任何人都不得保有犯罪所得之原則，對犯罪行為人將其犯罪所得轉予第3人，包括犯罪行為人為他人實行違法行為，而他人因而取得犯罪所得時，亦得沒收之，避免該第3人因此而獲利益。按歐炳辰、林清井、劉奕發3人所犯共同對主管事務圖利東和公司，顯已符合刑法第38條之1第1項、第2項。而關於本件不法利得計算，倘與犯罪構成要件事實之認定無涉，即不適用嚴格證明法則，祇須綜合卷證資料，依自由證明程序，釋明其合理之依據予以認定即足。原判決以：觀音鄉公所第27次鄉務會議審議通過讓售價格9,100萬元，減除觀音鄉公所須分攤之開發成本109萬6,354元，計算讓售價格應為8,990萬3,646元（91,000,000－1,096,354＝89,903,646元），觀音鄉公所卻以7,100萬元低價出售予東和公司，顯有圖利東和公司不法利益1,890萬3,646元（89,903,646－71,000,000＝18,903,646）（見原判決第25至26頁、第32頁）。犯罪所得均未扣案，而以上開估算方式，計算參與人東和公司之犯罪所得，係依循自由證明程序，就未扣案之所得財物為合理之推論。上訴意旨指摘原判決認定其犯罪所得，有調查未盡及理由不備違誤云云，自非適法之第三審上訴理由。

㈦至其餘上訴意旨，均未依據卷內資料為原判決具體違背法令之指摘，徒憑己見仍執陳詞，漫指原判決不當，自不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式。按之首揭說明，本件上訴人之上訴均違背法律上程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　華　民　國　108　年　8　月　22　日

最高法院刑事第八庭

審判長法官　蘇　振　堂

法官　林　立　華

法官　謝　靜　恒

法官　楊　真　明

法官　鄭　水　銓

本件正本證明與原本無異

書記官

中　華　民　國　108　年　8　月　26　日