最高法院刑事判決

107年度台上字第4009號

上　訴　人　賴英錫

選任辯護人　林春榮律師

　　薛松雨律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107 年7 月31日第二審更審判決（107 年度重上更三字第1 號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署96年度偵字第3402、24589 、29407 號、98年度偵字第11821 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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件經原審審理結果，認上訴人即被告賴英錫為改制前臺中縣政府（以下仍稱臺中縣政府）建設局局長，為公務員，有原判決事實欄（下稱事實欄）所載犯行，均事證明確，因而撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判依修正前刑法連續犯、牽連犯規定，論處上訴人連續犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪刑（牽連犯民國96年7 月11日修正公布洗錢防制法第11條第1 項洗錢罪；依刑事妥速審判法第7 條減刑，處有期徒刑6 年6 月，褫奪公權3 年）及沒收（追徵）宣告。

二、本件上訴意旨略以：

證人潘忠豪（原名潘忠志，違反商業會計法等罪案件，經原審101 年度上訴字第580 號判決確定）於法務部調查局臺中市調查站詢問（下稱調詢）陳述之證據能力，原判決誤將一

般供述證據須具備任意性之要件，作為傳聞證據例外取得證據能力之特別要件，未受本院第一次發回意旨之拘束，又僅憑潘忠豪調詢陳述離案發時間較近、記憶清晰，有適用證據法則不當之違法。偵訊筆錄之作成必早於起訴後之審理程序，原判決僅以潘忠豪於98年4 月13日偵訊筆錄係採一問一答方式，且較接近案發時點，遽認該筆錄具證據能力，自非適法。潘忠豪於98年4 月23日偵訊中提及上訴人部分之陳述係以被告身分所為，未經具結，原判決僅憑嗣後潘忠豪轉為證人身分應訊之具結，認全部筆錄皆具證據能力，於法未合。況原判決認定上訴人犯罪時間係92年11月25日前及93年4 月間，距潘忠豪98年4 月13日及同年月23日應訊時已相隔5 年，應因記憶淡忘而有顯不可信之情，依刑事訴訟法第159 條之1 第2 項規定，上開陳述應無證據能力。

刑事訴訟法第159 條之4 第3 款之文書應具特信性始具證據能力，與同條第1 、2 款以除顯有不可信之情況外均得為證據者有別，原判決僅以潘忠豪於登記簿上所載手稿並無不可信之情況，認該手稿屬上開條文第3 款之文書，即有違法。依證人即臺中縣政府建設局城鄉計畫課課長陳淵河於第一審之證述，除申請人潘忠豪不繳納回饋金或有其他違法事項外，該「同意設置許可函」勢必核准，上訴人已無否准權力，如有利用主管事務刁難並索賄之意圖，依經驗法則應於批示同意前為之。查上訴人係於92 年9月23日就潘忠豪申請土地使用證明（即同意設置許可函）批示後，於92年11月下旬始向潘忠豪取得新臺幣（下同）90萬元支票，並無證據足證潘忠豪於上訴人批示前即有請託，且上開申請案經上訴人批示後即移由農業局辦理通知繳納回饋金事宜，祇要潘忠豪完成繳費即應核發使用同意書，故上開申請案後續處理與上訴人建設局局長身分無關，此與證人陳雙銘、陳淵河、高嘉良於100 年8 月17日第一審證詞相符，原判決遽認上訴人取得系爭90萬元與其職務行為有對價關係，未說明何以未採上開有利於上訴人之證據，自有理由不備、違反論理法則及經驗法

則等適用法則不當之違法。

ŋ 彼得潘休閒農場係於92年12月11日向臺中縣政府建設局城鄉計畫課申請建築線指定，依建設局分層負責明細表記載，建築線指定屬第4層決行，與上訴人建設局局長之職權無關，上訴人更未本於局長職權介入指定程序，此與陳雙銘、陳淵河、高嘉良於100年8月17日第一審證詞相符。又本件建築線指定內容並無異動，縱逾8個月期限，前所為之建築線指定仍為有效，無須重新申請指定，原判決未說明何以不採上開對上訴人有利證據之理由，有理由不備及適用法則不當之違法。再者，上訴人就授權課長決行之事項，固仍有核閱或指示辦理之可能，惟須以上訴人知悉相關申請案件為前提，上訴人對於潘忠豪申請指定建築線一事無從知悉，原判決未究明上訴人是否知悉申請案，逕認上訴人假借款之名行收賄之實，有違經驗及論理法則。

ē 依潘忠豪之證詞，其並未要求上訴人為職務上之特定行為，上訴人亦未明示或默示允為潘忠豪所冀求之職務上特定行為，至於潘忠豪因擔心開發案遭刁難，或因上訴人為建設局局長，而同意先後借款90萬元及50萬元，均係其個人內心想法，並未表現於外，上訴人主觀上非在踐履賄求對象之特定行為，依本院70年台上字第1186號判例及104年度台上字第2706號刑事判決，並不具對價關係。原判決未依本院前二次發回意旨之法律上意見拘束，徒憑潘忠豪之證述，以及本件開發案因借貸金額龐大，取得土地使用證明之進度將影響資金利息壓力等臆測之詞，推測擬制上訴人向潘忠豪取款，確有以公務員踐履或消極不執行某特定職務上行為作為對價之意，認上訴人犯不違背職務收受賄賂罪，違背證據法則，有判決適用法則不當之違法。

賄賂罪之「職務性」要件，原判決引用本院104年度台上字第76號判決意旨，認若於法令上係屬於該公務員之一般職務權限即屬之，並不以該公務員實際上所具體擔負之事務為限，惟該判決係參酌日本學說及實務見解而為解釋，忽略我國

刑法第121條第1項及貪污治罪條例第5條第1項第3款係以「對於職務上之行為」作為要件，應以公務員職務範圍內所應為或得為之行為為限，此與日本刑法以「公務員就其職務」為要件，於解釋上可認包括「法令上屬於該公務員之一般職務權限」有別，故原判決就本件是否涉及上訴人職務上行為之認定，有違本院58年台上字第884號判例及罪刑法定主義，自屬違法。

ě 潘忠豪於偵審中屢稱與上訴人為世交，素有往來，此與其母林春珠於100年9月14日第一審證詞，其妻謝倪維珊於107年3月20日更審中證詞相符，又潘忠豪於偵審中亦證稱本件金錢來往係私人借貸關係，與彼得潘休閒農場之審查過程無涉，相關審查係由農業局及工務局負責，不需建設局審查等語，並與受潘忠豪委託向農業局提出申請之聯成聯合建築師事務所水土保持技師蔡憲宜於106年3月8日更審中證稱：建設局人員未因本申請案而刁難或索賄，亦未向潘忠豪回報遭刁難或索賄等情相符，再者，上訴人於107年5月22日審理時已說明為何向潘忠豪借款之原因，原判決未說明上開證詞何以不足採，有理由不備之違法。

原判決以上訴人92年至97年之公職人員財產申報資料，認定上訴人資力雄厚，並無向潘忠豪借款之必要。惟資力雄厚不等同無借款需求，況上訴人亦有房屋及土地貸款，因之是否有積極財產，與有無借貸之需求並無關連，原判決上開認定有違經驗法則。再者，縱上訴人主張本件係借款之說詞有疑甚或不能成立，惟並無積極證據證明潘忠豪與上訴人間就交付款項與踐履職務上特定行為有對價之合意，應不能為有罪之認定，原判決顯有適用法則不當之違法。

本院25年上字第2260號判例、101年度台上字第6422號判決意旨，謂受賄人既已將賄款退還行賄人，即不能更向受賄人追繳沒收，或以其財產抵償之，雖係就刑法第122條第4項規定為闡釋，惟貪污治罪條例係刑法瀆職罪之特別法，就收受賄賂之沒收自應為同一解釋而有適用。原判決引用本院92

年度台上字第5053號及88年度台上字第1114號判決意旨，認本件賄款仍應諭知沒收，不因上訴人已返還而免責，與上開判例有違。況依105 年7 月1 日施行之刑法第38條之1 規定，應向潘忠豪宣告沒收而非向上訴人為之，原判決有適用法則不當之違法云云。

三、惟查：

被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、證人）於司法警察（官）調查中所為之陳述，與其在審判中之陳述不符時，基於實體真實發現之訴訟目的，依刑事訴訟法第159 條之2 規定，倘認其於調查中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，即例外地賦與證據能力。又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，已依法具結擔保其係據實陳述，如有偽證應負刑事責任，具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159 條之1 第2 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。」至於被告以外之人，於偵查中未經具結所為之陳述，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，僅於具有「特信性」、「必要性」時，即例外得為證據，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，此類被告以外之人，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159 條之2 、第159 條之3 之同一法理，例外肯認為具有證據能力，為本院一致之見解。所謂「具有較可信之特別情況」（即特信性），立法政策上並未有列舉或例示明文，其內涵完全委由法院就個案主客觀的外部情況，依事物之一般性、通常性與邏輯之合理性為審酌判斷。倘法院就調查中陳述時之外部附隨環境、狀況或條件等相關事項，例如：陳述人之態度、與詢問者之互動關係、筆錄本

身記載整體情況、詢問者之態度與方式、是否告知陳述人之權利、有無違法取供等情狀予以觀察，綜合判斷陳述人陳述時之外在、客觀條件已獲確保，具有可能信為真實之基礎，即得謂「具有較可信之特別情況」。原判決說明潘忠豪於調詢及檢察官偵訊時以被告身分陳述部分，與其審判中陳述不符部分，其調詢、偵訊陳述如何之具有較可信之特別情況，並具有採證上之必要性，符合上述傳聞例外規定而得為證據，已於理由欄壹一、二 敘明，尚無不合。且： 98年4 月23日檢察官先以被告身分訊問潘忠豪：「（律師未到庭是否可以開始訊問？）可以。」「（對今日程序有無意見？）沒有。」「（你與賴英錫有無親戚關係？）沒有」，檢察官諭知潘忠豪具結義務及偽證處罰並命朗讀證人結文具結，改以證人身分訊問潘忠豪等情，有上開偵訊筆錄可稽（97年度他字第3442號卷三第115 頁），所踐行之訴訟程序並無不合。潘忠豪以被告身分受訊問時，既並未陳述與上訴人本案有關部分，上訴意旨所指「該具結之效力並未及於具結前以被告身分所為之供詞，該供詞自均無證據能力」云云，容有誤會。潘忠豪製作之工商支票登記簿、支票客票登記簿，原判決理由欄壹三已說明除本案支票外，尚有其他支票號碼及受款人之記載，該等登記簿係屬潘忠豪基於備忘目的而製作，如何屬於刑事訴訟法第159 條之4 第3 款規定得為證據文書之理由（原判決第10頁），至於理由載敘「因認上開手稿，並無不可信之情況」，用語稍欠周全，惟不影響論述之本旨。證據之取捨與證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背經驗法則或論理法則，復已敘述其理由，即不能任意指為違法。

原判決綜合卷內證據資料及調查證據之結果，敘明認定上訴人為臺中縣政府建設局局長，綜理全局業務，為依法令服務於地方自治團體所屬機關，具有法定職務權限之公務員，有事實欄所載春龍開發股份有限公司（下稱春龍公司）為申請開發彼得潘休閒農場，由春龍公司總經理潘忠豪以其個人名

義向臺中縣政府建設局申請土地使用證明書（即同意設置許可函），另委託建築師向臺中縣政府工務局申請加強山坡地雜項執照，上訴人明知土地使用證明書係由其職掌之建設局決行文件，而雜項建築執照之審查流程亦需會辦建設局，竟基於對職務上行為收受賄賂之概括犯意，於92年11月25日前之下旬某日、93年4 月間某日，先後在潘忠豪住處，向潘忠豪各以借款名義，要求賄賂90萬元、50萬元，潘忠豪因顧慮審查時程，並擔心被刁難，基於交付賄賂意思而分別交付90萬元、50萬元支票各一紙（其中50萬元支票嗣由上訴人向潘忠豪換取現金），而上訴人即基於收受賄賂犯意，予以收受等犯行之得心證理由。對於上訴人否認犯罪，辯稱：90萬元係其妹賴家蓁所借，50萬元係其配偶陳惠敏所借，均非屬賄賂；其取得金錢之時點，潘忠豪各該申請案均已非在建設局審查或會簽狀態，並無對價關係云云。亦逐一說明依憑上訴人之供述（即坦承有於事實欄二、　　所示時地，向潘忠豪各拿取90萬元、50萬元支票）、潘忠豪於調詢、偵訊之證詞（即與上訴人僅有數面之緣，少有往來，並不是好朋友的關係，上訴人是找藉口向伊要錢等語）、上訴人自92年至97年間之財產申報資料（即可供提領之存款均維持在百萬元以上，可供換價之股票亦在3 百萬元至5 百萬元之間，並持有多筆不動產，非無資力而需向他人借貸之人）、上訴人與潘忠豪並未簽訂借據或憑證，亦無借款期間、利息或擔保品之約定、上訴人於取得90萬元支票後，係交付許坤仲作為購買臺中縣○○鄉○○路「皇家莊園」建案預售屋之訂金，嗣上訴人將購屋改為投資，迨退出投資取得許坤仲交付之90萬元支票，並未返還潘忠豪、本件於95年12月14日檢警發動搜索後，上訴人曾先前往潘忠豪處探問，於96年2 月26日以其配偶陳惠敏名義匯款51萬元與潘忠豪，另於98年3 月25日上訴人接受調詢、偵訊後，於98年4 月1 日由賴家蓁匯款105 萬元與潘忠豪等證據資料，綜合研判，認定潘忠豪交付90萬元、50萬元支票之對象為上訴人，性質非借款，而係賄款（原判

決第16至26頁）。另依陳淵河於第一審之證詞，建設局為核發土地使用證明之主管單位，在申請人向農業局繳納回饋金之後，倘另查有不合規定之情事，仍有否准核發之權限，說明申請案件未經正式核准前，承辦機關仍握有否准之權限（原判決第27、28頁），因認上訴人上開辯解俱無可採。另敘明潘忠豪於第一審、原審改證稱與上訴人係多年朋友，二筆錢確係借款云云、證人即潘忠豪之母林春珠於第一審證稱曾見上訴人與潘忠豪數度在家吃飯云云、證人即潘忠豪之妻謝倪維珊於原審證稱其家族與上訴人夫妻曾不定期聚餐出遊云云、證人即上訴人之妹賴家蓁於第一審證稱係其開口向潘忠豪借錢、證人許坤仲於第一審證稱上訴人於電話中告知其妹有去看屋等，如何因與潘忠豪、上訴人之證供不符，均不足採為有利上訴人之證據。核係原審採證認事職權之適法行使，尚無不合。

貪污治罪條例第5 條第1 項第3 款之對於職務上之行為收受賄賂罪，祇須所收受之賄賂或不正利益與其職務有相當對價關係，亦即具有原因目的之對應關係即已成立。而行賄者與公務員為逃避刑責，往往假借餽贈、酬謝、借貸或政治獻金等各種名義變相授受賄賂或其他不正利益，或利用時間之間隔，於事前或事後授受賄賂或其他不正利益，以掩人耳目。故是否具有相當「對價關係」，應從實質上就公務員職務行為之內容、交付者與收受者之關係、雙方授受金錢、財物或利益之種類、價額、交付之時間與真正原因等客觀情形綜合審酌，不能僅憑當事人供述形式上授受金錢或其他利益之原因，或授受之時間係在公務員所為職務上行為之前或之後，作為判斷是否具有對價關係之依據。故公務員所收受之金錢、財物或其他利益，若與職務上應為之特定行為之間具有原因與目的之對應關係者，縱係假藉上開各種名義之變相給付，亦難謂與其職務無關而無對價關係，且究係事前抑或事後給付，所交付賄賂或不正利益之價值，與該他人因公務員職務上之行為所獲得之利益之價值是否相當，俱非所問。原判

決認定上訴人自潘忠豪收受90萬元、50萬元支票與其擔任臺中縣政府建設局局長之職務上行為有對價關係，已說明依憑下列事證：

－上訴人自91年1 月31日起至96年1 月31日止，擔任臺中縣政府建設局局長，綜理全局業務，對於局內事務，縱因政府機關分層負責而非屬其決行事項，均有指揮、監督權責。

—潘忠豪於調詢、偵訊之證詞略以：伊與上訴人僅有數面之緣，少有往來，並不是好朋友的關係，所以當92年11月間上訴人親自到伊家向伊開口表示需要一筆90萬元款項周轉時，伊當然覺得很驚訝，因為伊認為和上訴人的私交關係並未到達金錢借貸往來的程度，但是，伊想到上訴人係擔任臺中縣政府建設局局長職務，而且當時正值伊以本人名義遞件向臺中縣政府申請「彼得潘休閒農場加強山坡地雜項執照案」相關審查，因臺中縣政府建設局、工務局等單位，對於該彼得潘休閒農場開發案均握有相關權限，伊希望該開發案相關申請不會遭到阻擋，伊當時認為若伊提供上訴人該筆90萬元款項，上訴人就不會對伊遞件申請的相關審查有所刁難，因此伊才會同意上訴人以借款為名義，向伊拿取90萬元款項，至於上訴人之後會不會還該筆90萬元款項，那就完全看他自己的良心，伊並沒有任何期待；約於93年4 月間，上訴人親自到伊家裡找伊，再度以借款名義向伊要求50萬元款項，伊當時的想法與伊前述92年11月間支付上訴人90萬元支票之情形一樣，... 因此伊才會再度同意上訴人以借款為名義，向伊拿取50萬元款項，至於上訴人之後會不會還該筆50萬元款項，則如同伊前述，完全看上訴人自己的良心，伊並沒有任何期待；上訴人口頭上雖然有說是借錢，但伊也認為要得回來很難，所以伊當時也沒有跟他要回來的意思，因為在檢察官傳訊之前伊根本忘了這二筆錢，更可以證明伊當時沒有想要回來的意思，伊當時的意思就是給他們的意思；92年11月間見面，是上訴人先打伊手機跟伊聯絡…，當晚見面時上訴人、上訴人妻陳惠敏及上訴人胞妹賴家蓁皆有到場，見面時間約

1個多小時，當時伊與上訴人聊天時確有提到彼得潘休閒農場開發案的送審進度，上訴人主動提到他妹妹需要一筆90萬元款項周轉，…當時伊前述彼得潘農場開發案正送件臺中縣政府審查當中，建設局是土地使用分區的承辦單位或其他審查的會辦單位，伊認為上訴人是建設局長，伊希望相關審查不會遭到阻擋，所以伊便給予上訴人該筆90萬元周轉；該次93年4月間見面，也是上訴人本人主動以電話跟伊聯絡…，這次見面只有伊、上訴人及上訴人妻陳惠敏等3人在場，前後時間約1個小時，當時伊跟上訴人聊到伊所有的申請開發案的近況，包括彼得潘休閒農場開發案。該次見面主要是上訴人要向伊要求此筆50萬元款項，上訴人僅向伊表示他太太陳惠敏要買地，需要此筆周轉，該筆50萬元款項是由上訴人本人提出，他提出該筆金額後伊便當場答應，並沒有討價還價；上述50萬元伊原係以支票方式支付，過幾天後，上訴人本人親自到伊家以該支票向伊換取50萬元現金：（為何你願意答應上訴人索賄而給予上述90萬元、50萬元款項？）〈提示調查筆錄〉是的，如伊前述，因為本開發案涉及開發的進度及大約有20％的利潤，而當時上訴人是建設局局長，對於本開發案有相關權力，伊希望本開發案不要遭到刁難、阻擋，如果被刁難成本就會變高，所以上訴人一再找藉口向伊要求金錢款項，伊就必須要給他錢，伊是在很無奈的情況下才陸續給上訴人90萬元及50萬元之款項，伊也覺得金額還不算太多；上訴人以原先50萬元支票向伊換取50萬元現金，顯然是另有用意，因為伊感覺現金比較好用，而金額一樣是50萬元，所以伊也讓上訴人兌換現金，但是，該筆50萬元款項，如伊前述，是一筆伊不得不給的錢，伊知道上訴人是找藉口向伊要錢等語（原判決第17至22頁）。

．春龍公司籌設彼得潘休閒農場過程，以潘忠豪名義於92年6月10日向臺中縣政府建設局申請土地使用證明（即同意設置許可函），上訴人雖於同年9月23日就承辦人陳雙銘之簽呈代為決行，並批示：「如擬，請依規定辦理」，惟迄至同年

12月3 日臺中縣政府建設局以府建城字第000000000 號發文准予同意設置使用函前，上訴人就承辦人陳雙銘簽呈所為之批示，僅係機關內部文書，並未對外發生效力，且依陳淵河證詞，倘另查有不合規定情事，建設局仍有否准權限，上訴人利用其有此職務上權力，在92年11月25日前某日，前往潘忠豪住處，以借款之名索求潘忠豪交付寶龍公司面額90萬元支票，係對於職務上之行為收受賄賂。而潘忠豪陳稱本開發案預計投入資金達22億元，6 年回收成本，自有資金約3 至4 成，其餘向銀行融資等語，足見本開發案金額龐大，資金來源多係向金融機構借貸，土地使用證明取得之進度，對於開發時程是否延宕、資金利息壓力均有相當之影響，潘忠豪為求得上訴人在主管業務不為刁難，使開發案順利進行，因而對於上訴人索求金錢，交付寶龍公司90萬元支票，潘忠豪交付金錢與上訴人收受金錢間，自存在對價關係。

j 潘忠豪於92年4 月18日委託建築師向臺中縣政府工務局申請加強山坡地雜項執照，建設局城鄉計畫課為該申請案內部審查成員之一，建築線指定業務亦須會簽建設局，該申請案須經審查會通過，始得核發雜項建造執照。依建設局分層負責明細表，建築線指定屬第四層或第三層負責，亦即由承辦人或課長核定決行，彼得潘休閒農場開發案申請雜項建造執照，其中建築線指定部分，係92年12月11日由承辦人陳雙銘核定，關於建築線指定有無異動疑義，係由陳雙銘、課長陳淵河於93年11月16日簽文回覆工務局，臺中縣政府於93年12月16日以府工建字第0930325470號函同意發給（93）府工建字第41至43號建造執照。然行政機關分層負責，係斟酌案件之重要性、時效性及合理保障人民權益所為規定，非因分層負責承辦人、課長可決行，即謂上層無核閱或指示之權。上訴人為建設局城鄉計畫課之首長，本有指揮、監督權責，其於93年4 月間某日，在上開雜項執照申請案仍需建設局共同參與內部審查及建築線指定業務尚需會簽建設局期間，再以借款之名索賄，潘忠豪為求得上訴人不為刁難，使開發案順利

進行，因而對於上訴人索求金錢，交付50萬元支票，潘忠豪交付與上訴人收受間，自存在對價關係。上訴人雖於96年2月26日由陳惠敏匯款51萬元至潘忠豪設在國泰世華銀行文心分行帳戶，另於98年4月1日由賴家蓁匯款105萬元與潘忠豪，並不影響職務上行為收受賄賂罪之成立。

原判決已從上訴人職務行為之內容、上訴人與潘忠豪間之關係、上訴人向潘忠豪以借款為名要求金錢前，均曾與潘忠豪談及開發案之申請進度、上訴人與潘忠豪雙方授受金錢之種類、價額、交付之時間及上訴人係於檢警發動搜索或受訊問後，始分別將50萬元、90萬元以陳惠敏、賴家蓁名義匯還潘忠豪等客觀情形，綜合審酌，認定潘忠豪先後交付90萬元、50萬元支票與上訴人，與上訴人公務員職務上行為，均具有對價關係，並無不合。證人蔡憲宜於原審證述其受任潘忠豪申請彼得潘休閒農場雜項建造執照，申請過程並無遭建設局人員刁難或索賄，亦無與建設局局長接觸等語（原審更二卷第115頁反面），縱令屬實，亦僅蔡憲宜個人於申請過程之見聞，其既未參與上訴人與潘忠豪2次見面取款之事，所為證詞自不足為有利上訴人之證據，原判決未予說明，稍欠周全，惟縱予審酌，亦不足認原判決即不能為同一事實之認定，即與判決之結果無影響。原判決援引本院104年度台上字第76號刑事判決意旨，闡述上訴人係臺中縣政府建設局局長，綜理全局業務，負責該局包含土地使用證明之核發、建築線指定之會簽、雜項建造執照申請之會同審查，均為其職務主管及監督範圍，並無不合。

上訴意旨　至　所指各節，重執在原審之辯解各詞，依憑個人主觀意見，就原審採證認事適法職權行使及原判決已明白論斷之事項，再為爭執，難認係上訴第三審之適法理由。

四、沒收：

刑法於104年12月30日修正公布，並於105年7月1日施行，修正刑法第2條第2項規定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」是關於沒收之法律適用，於

新法施行後，應適用新法之相關規定。又本次刑法修正將沒收列為專章（第五章之一），具有獨立之法律效果，為使其他法律有關沒收原則上仍適用刑法沒收規定，刑法第11條修正為「本法總則於其他法律有刑罰、保安處分或『沒收』之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。」並增訂刑法施行法第10條之3 第2 項：「105 年7 月1 日施行日前制定之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」明白揭示「後法優於前法」原則，應優先適用刑法，至於沒收施行後其他法律另有特別規定者，仍維持「特別法優於屭通法」原則（修正理由參照）。貪污治罪條例於105 年6 月22日修正公布，並於同年7 月1 日起施行，將原第10條第1 項：「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」、第3 項：「前二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」等規定刪除，是關於犯貪污治罪條例之罪之沒收，應回歸刑法規定處理。

犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。於全部或一部不能沒收，或不宜執行沒收時，追徵其價額；犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，105 年7 月1 日修正施行刑法第38條之1 第1 項前段、第3 項、第4 項及第5 項分別定有明文。上述規定旨在澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不得保有犯罪所得之屭世基本法律原則，藉以杜絕犯罪誘因而遏阻犯罪。惟個案如已實際合法發還被害人時，基於優先保障被害人因犯罪所生之求償權，始無庸沒收。故如犯罪所得已實際合法發還被害人，或被害人已因犯罪行為人賠償而完全填補其損害者，自不得再對犯罪行為人之犯罪所得宣告沒收，以免犯罪行為人遭受雙重剝奪。又犯罪所得，依其取得原因可分為「為了犯罪」而獲取之報酬或對價，及「產自犯罪」而獲得之利潤或利益。前者指行

為人因實行犯罪取得對價給付之財產利益，例如收受之賄賂、殺人之酬金等，此類利得並非來自於構成要件的實現本身；後者指行為人直接因實現犯罪構成要件本身而在任一過程獲得之財產增長，典型之例為竊盜、詐欺等財產犯罪所得之財物。刑法發還排除沒收條款（第38條之1 第5 項）所稱之被害人，係指因刑事不法行為直接遭受財產上不利益，而可透過因此形成之民法上請求權向利得人取回財產利益之人，故得請求合法發還之犯罪所得，祇能是直接「產自犯罪」之利得，而不包括「為了犯罪」實行所獲取之對待給付報酬。賄賂罪所侵害者為國家之官箴及公務員執行公務之純正，縱行賄人對公務員之職務上行為交付賄賂，其行為時為法所不罰，但行賄者本質屬對合犯，並非被害人，公務員收受之賄賂，應予沒收追徵，不得發還行賄者，縱公務員事後自行將賄賂返還行賄者，依刑法第38條之1 第2 項、第3 項規定，雖得對該第三人（行賄者）沒收（追徵），而發生犯罪行為人沒收（追徵）與第三人沒收（追徵）之競合關係，兩者係併存或排斥關係，法無明文規定。依修正刑法增訂第三人沒收規定之立法理由：「現行犯罪所得之沒收，以屬於犯罪行為人者為限，則犯罪行為人將其犯罪所得轉予第三人情形，犯罪行為人或第三人因而坐享犯罪所得，現行規定無法沒收，而顯失公平正義，故擴大沒收之主體範圍，『除』沒收犯罪行為人取得之犯罪所得『外』，第三人若非出於善意之情形，包括：明知他人違法行為而取得、因他人違法行為而無償或以顯不相當對價取得、或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，均得沒收之，避免該第三人因此而獲利益。至該違法行為不以具有可責性，不以被起訴或證明有罪為必要，爰增訂第二項，以防止脫法並填補制裁漏洞。」並無於有第三人介入時，祇得對該第三人沒收。申言之，修正刑法「擴大」沒收之主體範圍，除得沒收（追徵）犯罪行為人取得之犯罪所得外，亦得對該第三人沒收（追徵）其非出於善意而取得之犯罪所得。再者，依修正刑法

第38條之1 第2 項規定之第三人沒收類型，其第1 、2 款（即明知他人違法行為而取得、因他人違法行為而無償或以顯不相當對價取得）學說上稱挪移型；第3 款（即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）學說上稱代理型。前者挪移型之犯罪所得係自犯罪行為人挪移至該第三人，為避免重複沒收，倘對犯罪行為人及第三人均諭知沒收（追徵），因其等原均負同一給付內容，其中一人為給付者，他人自免其責任。後者視犯罪行為人有無分受犯罪所得，再依前開方式處理。原判決說明上訴人二次犯罪所得合計140 萬元，應適用修正後刑法第38條之1 第1 項規定沒收，上訴人雖返還行賄者潘忠豪，惟潘忠豪並非被害人，無被害人優先原則及發還排除沒收規定適用，雖未扣案，仍應予宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，並無不合。本院25年上字第2260號判例意旨「上訴人所收受之賄賂，依刑法第122 條第4 項，固應沒收或追徵其價額，但既退還行賄人，即不能更向受賄人追徵。」惟本件關於沒收應適用修正後刑法之規定，原判決依刑法第38條之1 第1 項、第3 項就犯罪所得140 萬元諭知沒收（追徵），並無違誤。上訴意旨　指摘原判決違法，核非適法之第三審上訴理由。

五、綜上，上訴意旨並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，應認上訴人之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

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　　6　　月　　20　　日

最高法院刑事第六庭

審判長法官　林　勤　純

法官　林　立　華

法官　鄧　振　球

法官　莊　松　泉

法官　黃　斯　偉

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　25　　日