最高法院刑事庭具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文

目錄

裁判要旨
一、110 年度台上字第 5217 號.....1
二、111 年度台上字第 1333 號.....11
三、112 年度台上字第 604 號.....12
四、112 年度台抗字第 188 號.....13
五、112 年度台抗字第 345 號.....15
裁判全文
110 年度台上字第 5217 號.....16
111 年度台上字第 1333 號.....30
112 年度台上字第 604 號.....34
112 年度台抗字第 188 號.....40
112 年度台抗字第 345 號.....45

最高法院刑事庭具有參考價值裁判要旨

112 年 3 月

一、110 年度台上字第 5217 號（裁判書全文）

（一）本件關於被告被訴貪污部分，本庭評議後，認擬採為裁判基礎之法律見解，涉及下列二項爭議：

1. 民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，是否屬其「職務上之行為」？得否即援引一般公務員所謂「實質影響力說」作為認定之標準？（下稱法律爭議一）

2. 民意代表違反公職人員利益衝突迴避法（下稱利益衝突迴避法）第 12 條禁止假借職權圖利之規定，是否該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款所稱「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」之要件？（下稱法律爭議二）

上揭法律爭議一、二，本院先前相同事實之裁判，已有積極歧異，經依徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不同見解，因而裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一見解。

（二）經刑事大法庭於民國 112 年 3 月 2 日以 110 年度台上大字第 5217 號裁定，宣示主文：「民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，實質上係運用其職務或身分地位之影響力，使該管承辦人員為積極之行為或消極不為行為，如形式上又具公務活動之性質者，即與其職務具有密切關連，該當於貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款公務員職務受賄罪之職務上之行為

。」「民意代表違反公職人員利益衝突迴避法第 12 條之規定，該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款圖利罪所稱之『違背法律』。」並於裁定理由說明：

1.法律爭議一部分：

⑴貪污治罪條例立法目的在於「嚴懲貪污，澄清吏治」，該條例第 5 條第 1 項第 3 款公務員職務受賄罪（下稱受賄罪）規定之「職務上之行為」究何所指，觀察我國實務之運作，本院早期判決先例（67 年台上字第 473 號）見解，就所謂職務上之行為，多採取必須屬該公務員實際所負擔之職務（即具體職務權限）始有受賄罪適用，且認僅具一般職務權限者，不該當職務上之行為要件，而成立圖利罪。嗣本院 103 年度第 8 次刑事庭會議決議變更先前見解，闡述擴張及於公務員之一般職務權限，不以實際具體負擔之事務（內部事務分配）為限。又本院基於法之續造，於相關案例，就公務員「職務上之行為」之意涵範圍迭有提出：「所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，祇要該行為與其職務具有關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當」之見解，將「實質影響力之職務密切關連行為」概念涵攝於「職務上之行為」文義範圍內。可知所謂公務員「職務上之行為」，包括雖非法令上所列舉之職務權限，但實質上與其職務具有密切關連之行為。

⑵民意代表職務性質及義務固與行使司法權、行政權之公務員有異，然倘對其職務上之行為收受賄賂，已侵害其執行職務之公正性及國民對該職務公正之信賴，可罰性與一般公務員並無不同。邇來本院相關案例，參採上揭實務見解

，就民意代表職務上之行為，肯認包括「職務密切關連行為」（106 年度台上字第 283、3122 號、107 年度台上字第 1563、2052、2545 號、109 年度台上字第 5024 號、110 年度台上字第 932 號等判決參照）。由於「職務密切關連行為」概念具有多義性、抽象性，首應釐清者，即探究其內涵及判斷基準。受賄罪之「規範目的及保護法益」重在保護職務執行公正性，要求不受經濟利益介入之破壞或妨害。因此，「職務密切關連行為」之內涵著重在行為人是否實質上有運用其職務或身分地位對相對人發揮影響力，即對相對人職務執行之公正有無實質影響，或於後續執行相關職務時有無因此受拘束等項為審查，亦即從該行為實質上有無對相對人職務之執行形成影響力加以判斷。此影響力行為之態樣，包括為妥適行使職務事項而附隨之準備工作與輔助事務行為，以及因職務或身分地位關係對第三人所生事實上影響力之行為，至於影響力之對象，包括行政機關、公營事業機構（含其他受政府實質支配控制之公有民營企業）人員。再本於「構成要件明確性原則、避免不當擴大受賄罪處罰範圍」要求，必須形式上又具有公務活動之性質者始屬該當，倘具備上述條件，應認屬職務密切關連行為。至與職務完全無關之私人活動，則不能肯認具職務性。又向同一人或多數人為多次關說、請託或施壓等情形，應就其前後整體行為觀察，倘該行為與其職務同具形式上公務活動之性質（例如開會前拜會、議場中休息協商、出具建議補助單等），或相類之客觀公務活動（例如至行政機關、公營事業機構拜會、以電話表達關切或要求至辦公室說明、出具便箋或名片轉交承辦人員等），或與

公務活動有關及其延伸之行為（例如具名發函或透過行政機關國會聯絡人向行政機關反映特定團體或人民意見、召開協調會邀請行政機關說明等），不論是否在公務時間或公務場所均屬之。另對與具同一權限之民意代表於議場外勸誘、請託或施壓使其贊成某議案而連署，或代為提案、質詢等行為，亦屬民意代表職務上之行為，自不待言。

⑶綜上，民意代表「職務上之行為」之意涵，本不以法令所列舉之事項為限，其他與其職務具有密切關連之行為，亦應屬之。民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，實質上係運用其職務或身分地位之影響力，使該管承辦人員為積極之行為或消極不為行為，如形式上又具公務活動之性質者，即與其職務具有密切關連，該當於受賄罪之職務上之行為。

⑷貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之非主管或監督圖利罪，實質上係運用其職權機會或身分地位之影響力而圖利，因此個案如不符上開職務性要件之形式上具公務活動之性質者，尚應探究有無圖利罪之適用，併此敘明。

2.法律爭議二部分：

⑴貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之違背法令貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款係規定主管或監督圖利罪，第 5 款則為非主管或監督圖利罪。所謂主管事務，係指對於自己所主掌管理與執行權責範圍內之事項而言，所謂監督事務，則指有權監察督導之權責範圍內事項，申言之，事務雖非由之所直接主掌管理與執行，然行為人對於該有直接主掌管理與執行之人之權責事項，依法令有予以監察督導之權責與權限之意。至於第 5 款非主管或監督之事務，係指

第 4 款所規定對於主管或監督之事務之對稱，其意義範圍可由上反面推知。一定之國家事務，恆由特定之公務員為之主管或為之監督，而此特定之公務員以外之公務員，即屬非主管或監督之人員，範圍甚廣。本條項第 4 款、第 5 款於 90 年 11 月 7 日修正公布，除為使本罪構成要件明確化，修正圖利罪為結果犯外，並增訂「明知違背法令」為構成要件之一；復於 98 年 4 月 22 日再次將「明知違背法令」的概括規定修正公布為「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」。第 4 款、第 5 款所指之「法令」概念有別，應分別適用，茲說明如下：

①90 年 11 月增訂之「明知違背法令」，於立法說明分別載明「三、加列公務員所為之圖利行為必須係違背法令之行為，始足當之。按公務員執行職務給予人民利益本是正常之事，而圖利行為之處罰，係在規範公務員圖利私人不法利益之行為，惟有具體指明執行職務違反法令，方能進一步判斷是否有給予不法利益之意圖。否則，公務員執行職務，完全依法令規定為之，而使人民獲得利益者，將均有觸犯圖利罪之虞，公務員勢必無法勇於任事，為人民謀求福利。依目前審判實務之通說均認圖利罪之成立，必須該圖利行為違反執行職務時所應遵守之法令始足當之，惟此項『違背法令』之要件並未規定於法文之內，一般公務員並不瞭解，極易誤認給予人民『方便』及『利益』即有圖利之嫌，在行政裁量時，只顧『防弊』而忽略『興利』。另一方面，間有少部分基層

之偵查人員對圖利罪構成要件之內涵未能充實認知，執法偏差，徒增公務員之訟累。如能在條文中加列『違背法令』之要件，當可使公務員行政裁量範圍內之事項與非法圖利行為之區分更為明確。故有必要明定圖利罪之成立，必須以公務員對主管監督事務有違背法令之行為為要件。五、所稱『違背法令』，該『法令』係指包括法律、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。六、本條第一項第五款所定之『非主管或監督之事務』圖利罪，雖係利用職權機會或身分而圖利，似無違反其職務上義務之可能，但所謂『違背法令』並非僅指與執行該項職務有關之法令，尚及於所有公務員所應遵守之基本規範，故對非主管監督之事務，如有違反其他公務員應遵守之法令或義務者，仍屬『違背法令』。故此款以『違背法令』為構成要件，仍有必要。」可徵前述立法說明三、六，係分別針對第 4 款主管或監督圖利罪、第 5 款非主管或監督圖利罪，各就其所指之違背法令而為之闡述。

②98 年 4 月 22 日雖再次修正「明知違背法令」為現行條文，惟此僅係將前揭 90 年 11 月修正之立法說明五所稱「違背法令」略作文字修正而予以明文化而已。本次修正係由立法委員陳◯德等 16 人提案，提案說明為「貪污治罪條例第六條公務員圖利罪條文中所指之『法令』，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限，以達公務員廉潔及公正執行職務信賴要求外，更避免原條文及有關『違背法令』的範圍不明確，致使公務人

員不敢勇於任事，延滯行政效率的不良影響。爰將『明知違背法令』的概括規定修正為『明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則或委辦規則』，以杜爭議。」依其提案說明所指「有關『違背法令』的範圍不明確，致使公務人員不敢勇於任事，延滯行政效率的不良影響」等旨，顯然係針對第 4 款規定具有職務執行之主管或監督圖利罪而為，不及於第 5 款之非主管或監督圖利罪。嗣經審查會審理結果則以：「現行條文關於『法令』之意義，依原立法理由解釋，本係指『包括法律、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，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，最高法院 96 年（度）台上字第 2594 號判例(決)議(亦)採相同見解，爰依委員陳○德等提案，除第一項第四款及第五款中『自治規則或委辦規則，』修正為『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。』外，餘照案通過。」經查，審查會所舉本院 96 年度台上字第 2594 號判決案例事實，乃係就第 4 款規定之主管或監督圖利罪所為之論述。

③刑法第 131 條之主管或監督圖利罪與貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款規定之構成要件相同，兩者於 90 年 11 月 7 日同時修正公布，增訂「明知違背法令」此一要件，參照前述立法說明三之意旨，主要係為因應打破行政體系於施政上之困境而來，俾使公務員於執行職務時易於瞭解遵循。從而，98 年 4 月陳○德委員等提案所指之「公務員圖利罪條文中所指之『法令』，應限縮適用範

圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限。」對照 90 年 11 月立法說明三末段所稱「在條文中加列『違背法令』之要件，當可使公務員行政裁量範圍內之事項與非法圖利行為之區分更為明確。故有必要明定圖利罪之成立，必須以公務員對主管監督事務有違背法令之行為為要件。」適足證明 98 年 4 月修法說明所謂「法令，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限」，而不包括有關公務員倫理基本規範之法律者，應僅限於第 4 款之主管或監督圖利罪，始有其適用。

④普通刑法中並無規範公務員「非主管或監督之事務」圖利行為之相同規定，第 5 款規定之非主管或監督圖利罪，其主體為第 4 款主管或監督事務者以外之人，本身並無與職務執行有關之任何主管監督事務，誠如 90 年 11 月立法說明六所指者，其乃係利用職權機會或身分而圖利，自無違反其職務上義務之可能，因認：第 5 款所謂「違背法令」，尚及於所有公務員所應遵守之基本規範，並非僅指與執行該項職務有關之法令，故對非主管監督之事務，如有違反其他公務員應遵守之法令或義務者，仍屬「違背法令」。立法者雖認第 5 款之非主管或監督圖利罪，亦有增訂「違背法令」之必要，但 90 年 11 月立法說明六所指之違背法令之適用範圍，並不因 98 年 4 月一併將第 5 款之違背法令為相同之修正或其第 4 款採限縮法令之適用範圍，而產生質變。

⑤原則上，法官在解釋法律時應受法律目的及其基礎之立法者價值決定之拘束。解釋之目標首要應探求歷史上立法者意思，賦予「初步的優位」，以符合憲法原則。但

有特別強的反對論證，則可以推翻該優位順序。在法概念個別化下，相同文字使用於同一法規，未必一定要作同辭同義之解釋。參照或增訂或修正違背法令之相續立法緣由，以及第 4 款主管或監督圖利罪與第 5 款之非主管或監督圖利罪，有其本質上之差異，其行為人所應遵循法令之適用範圍自亦有不同。則第 4 款之違背法令，固應作限縮適用，期使公務員勇於任事，授益人民，但第 5 款之違背法令，仍應維持 90 年 11 月立法說明六所指之適用範圍，始符規範意旨，而達澄清吏治之效。否則此類犯罪，終將因難竟與職務執行有關之法令，而得以脫免處罰，洵非立法旨意。

⑵利益衝突迴避法第 12 條係貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款規定之違背法律

①利益衝突迴避法之立法目的，在於促進廉能政治、端正政治風氣，建立公職人員利益衝突迴避之規範，有效遏阻貪污腐化及不當利益輸送；同法第 5 條規定：「本法所稱利益衝突，指公職人員執行職務時，得因其作為或不作為，直接或間接使本人或其關係人獲取利益者。」第 6 條第 1 項規定：「公職人員知有利益衝突之情事者，應即自行迴避。」第 12 條規定：「公職人員不得假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益。」除分別明白揭示公職人員執行職務所生利益衝突之迴避義務及假借職權機會、方法圖利之禁止外，同法第 17 條並有違反第 12 條規定者須科以公法上處罰之明文，尚非僅受公務員內部懲處而已。

②依 107 年 6 月 13 日修正公布第 12 條立法理由載明：「

條次變更。本條未修正之理由：查本法屬於行政不法之規定，對於未達刑事不法程度或未發生具體結果之利用職務機會圖利行為具有相當嚇阻力，所欲維護者為依法行政原則。雖刑法、貪污治罪條例有關於公務員圖利罪之規範，公務員服務法亦有禁止公職人員假借職權圖利之規定，然對於民意代表等許多公職人員並不適用公務員服務法，且違反公務員服務法規定者僅生按情節輕重，分別予以懲處之法律效果，加以就各級民意代表而言，原第七條規定係較具有效力之制裁規定，監察院歷年對於議員、鄉鎮市民代表關說圖利之行為，即依本條規定裁處之。」等旨，可徵本條規範應屬「義務性道德」，而非「期待性道德」。又本條以嚴懲職務行為廉潔性之破壞，與非主管或監督圖利罪規定同係就公務員透過濫權行為創造之不法利益輸送之圖利行為予以規範處罰，以確保職務執行之公正、廉潔性，二者不論規範目的、保護法益及對公務員廉潔性之要求均具相當之同質性；「各級民意機關之民意代表」係利益衝突迴避法第 2 條第 1 項第 5 款所稱公職人員，屬同條所定具高度權力、影響力之公務員，為該法規範之對象，第 12 條則係規定民意代表假借職權機會、方法圖利之禁制，建立民意代表利益衝突迴避之規範，其濫權違反上述規定，自該當於貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款非主管或監督圖利罪所稱之「違背法律」。

註：本件為本院統一之法律見解

參考法條：公職人員利益衝突迴避法第 2 條第 1 項第 5 款、第 12 條、第 17 條。

貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款、第 6 條第 1 項第 4 款、第 5 款。

刑法第 131 條。

二、 111 年度台上字第 1333 號（裁判書全文）

公立醫院固為政府機關依相關法規所設立，然其與病患間所成立之醫療關係，乃立於私法主體地位所從事之私經濟行為，與公務機關立於統治權之行政主體所為公權力行使不同。是公立醫院與病患間之醫療關係，仍屬一般私法契約之性質，自難認「公立醫院」係執行統治權而行使公權力之公務機關。從而，公立醫院基於其與病患間之私法醫療關係，自所從事之私經濟醫療行為收取之醫療費用，既非立於公務機關地位，居於統治權所為公權力行使而徵收、納用等程序取得，其單純依據醫院與病患間之一般私法醫療契約收取之款項，性質上應認與前揭貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 1 款所規定之公有財物有別，而無該款罪刑規定之適用；惟服務於該機構之「身分公務員」，既具有公務員身分，自應秉於公務員所應有之忠誠、廉潔義務，不得有所違反，否則縱服務於此等機構，仍屬貪污治罪條例所規範處罰之對象。且上開條例第 1 條已明文規定其制定意旨係為嚴懲貪污、澄清吏治，故於第 6 條第 1 項第 3 款規定公務員於職務上竊取或侵占非公用私有器、財者，亦屬本條例所規定應予處罰之貪污行為，以嚴懲其職務上所為對公務員應保有之廉潔性及忠誠義務之破壞。是如對其因職務上密切關連行為或關係而持有之私有器、財予以竊取或侵占者，即應認屬該款規定處罰之範疇，俾符貪污

治罪條例制定目的，及就「公用、公有財物」、「非公用私有財物」特予分別定其處罰要件及刑罰差距之意旨。

參考法條：貪污治罪條例第 1 條、第 4 條第 1 項第 1 款、第 6 條第 1 項第 3 款。

三、 112 年度台上字第 604 號（裁判書全文）

拘提係以強制力將被告（或證人）引至法院或其他一定處所，俾為訊問、裁判或執行之強制處分，其主要目的之一在強制「就訊」，故與「傳喚」規定在刑事訴訟法同一章。但拘提之於被告而言，有時兼具保全被告及證據之功能，性質上仍與「傳喚」有別，且因拘提所加之強制力係在一定期間內拘束人身自由，故除情況急迫之法定情形外，原則上拘提被告應用拘票（刑事訴訟法第 77 條第 1 項）。為兼顧拘提程序強制被告就訊或保全被告與證據等目的，並將拘提之被告即時解送指定處所（同法第 91 條前段），若被告抗拒拘提，得用強制力行之（同法第 90 條前段）；執行拘提後，應於拘票記載執行之處所及年、月、日、時（同法第 80 條前段）；且拘票應備 2 聯，執行拘提時，應以 1 聯交被告或其家屬（同法第 79 條）。換言之，拘提被告之目的及拘票之效力，既及於「拘獲並解送指定處所」期間，其執行方式規範重點乃在「交付拘票」使被告或家屬知曉其被何機關、拘至何指定處所及其原由，俾便防禦，以符合憲法第 8 條第 2 項規定意旨。倘不交與拘票，其拘提即非適法，被告自無同往指定處所之義務。此與「搜索」係對於特定之物件、人之身體、住居等處所，以發現「物」或「人」為目的而實施之強制處分，其令狀效力側

重「在現場完成搜索程序俾發現特定之物或人」，是除依法不用搜索票之情形外，其執行應以搜索票「出示」同法第 148 條在場之人（同法第 145 條），使在場人明瞭當場實施之搜索係有權執行及搜索之對象、範圍，其程序並不相同。現行法對於令狀拘提之執行，既依其強制處分之性質、目的、手段等區別，明定與令狀搜索相異之程序，倘警員已依前述程序執行拘提，而未有其他違反規定情事，即不能任意指其程序為違法。

參考法條：憲法第 8 條第 2 項。

刑事訴訟法第 77 條第 1 項、第 79 條、第 80 條、第 90 條、第 91 條、第 145 條、第 148 條。

四、 112 年度台抗字第 188 號（裁判書全文）

監獄對於受刑人符合假釋要件者，應提報其假釋審查會決議後，報請法務部審查；法務部參酌監獄陳報假釋之決議，應為許可假釋或不予許可假釋之處分，監獄行刑法第 115 條第 1 項、第 118 條第 1 項前段定有明文。而假釋出獄者，在假釋中付保護管束；並由檢察官聲請該案犯罪事實最後裁判之法院裁定之；刑法第 93 條第 2 項、刑事訴訟法第 481 條第 1 項第 2 款亦規定明確。是以，許可假釋處分與交付保護管束裁定所依據之法律規定並不相同，其訟爭救濟程序亦各異其徑。另監獄行刑法第 138 條第 2 項規定：「核准假釋者，應於保護管束命令送交監獄後二十四小時內釋放之。但有移交、接管、護送、安置、交通、銜接保護管束措施或其他安全顧慮特殊事由者，得於指定日期辦理釋放」，故矯正機關是否釋放已核准假釋之受刑人乃繫

於執行檢察官核發之保護管束命令，自不得將該條項但書規定所指「銜接保護管束措施」視為核准假釋處分之附款。

再保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。假釋出獄者，假釋中付保護管束，屬於保安處分之一種，其目的在監督受刑人釋放後之行狀與輔導其適應社會生活，期能繼續保持善行。依保安處分執行法第 64 條第 2 項之規定，法務部得於地方檢察署置觀護人，專司由檢察官指揮執行之保護管束業務，因此受刑人假釋中之保護管束事務，自係由檢察官指揮執行。又對於刑罰或保安處分之執行得聲明異議之事由，固限於檢察官執行之指揮為不當者，然此所稱檢察官執行之指揮不當，不應侷限於已核發指揮書之情形，凡檢察官有積極執行指揮之違法及其執行方法有不當等情形，均屬之，是受刑人於假釋釋放前之銜接保護管束措施，雖尚非經檢察官具體核發指揮書實施保護管束措施，然觀護人所擬該處遇計畫措施，均須經由檢察官核示許可決定，自應屬檢察官指揮執行職權之範疇，倘檢察官執行指揮有不當，受刑人自得向法院聲明異議。

參考法條：監獄行刑法第 115 條第 1 項、第 118 條第 1 項、第 138 條第 2 項。

刑事訴訟法第 481 條第 1 項、第 484 條。

刑法第 93 條第 2 項。

保安處分執行法第 64 條第 2 項。

五、 112 年度台抗字第 345 號（裁判書全文）

按刑事法有關「免除其刑」、「減輕或免除其刑」之法律規定用詞，係指「應」免除其刑、「應」減輕或免除其刑之絕對制，依據「免除其刑」及「減輕或免除其刑」之法律規定，法院客觀上均有依法應諭知免刑判決之可能，是以刑事法有關「免除其刑」及「減輕或免除其刑」之法律規定，均足以為法院諭知免刑判決之依據。而刑事有罪判決確定後，發現其事實認定有重大違誤，受有罪判決之人依法應受免刑之判決時，刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款特別將之列為再審事由而明定「六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」因此，該款所稱「應受……免刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內，始與憲法第 7 條保障平等權之意旨無違（憲法法庭 112 年憲判字第 2 號判決意旨參照）。毒品危害防制條例第 17 條第 1 項「減輕或免除其刑」規定，係指「應」減輕或免除其刑而言，對於符合該條項所定要件者，法院客觀上亦有依法應諭知免刑判決之可能，足為法院諭知免刑判決之依據，是依上開說明，自得執為聲請再審之原因。

參考法條：刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款。

毒品危害防制條例第 17 條第 1 項。

裁判字號：最高法院 110 年度台上字第 5217 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 03 月 03 日
裁判案由：違反貪污治罪條例
最高法院刑事判決　　110 年度台上字第 5217 號
上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官邱智宏
被　　告　林益世
選任辯護人　蔡世祺律師
上列上訴人因被告違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國 110 年 6 月 9 日第二審更審判決（107 年度重上更一字第 29 號，起訴案號：原最高檢察署特別偵查組〈該組於 106 年 1 月 1 日廢除〉101 年度特偵字第 3、4、5、7 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於有罪（含轉爐石契約不另為無罪諭知）部分撤銷，發回臺灣高等法院。
其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即林益世有罪〈含轉爐石契約不另為無罪諭知〉）部分：

一、本件原審審理結果，認定被告林益世於民國 99 年間任立法委員，為具有法定職務權限之公務員，兼中國國民黨中央政策委員會執行長，有其犯罪事實欄所載恐嚇得利犯行明確，因而撤銷第一審關於被告公務員假借職務上之權力及機會，故意犯恐嚇得利罪部分科刑之判決，改判仍依想像競合犯，從一重論處被告公務員假借職務上之權力及機會，故意犯恐嚇得利罪刑，併為褫奪公權及沒收、追徵之諭知。固非無見。

二、惟查：

㈠本件關於被告被訴貪污部分，本庭評議後，認擬採為裁判基礎之法律見解，涉及下列二項爭議：

1.民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，是否屬其「職務上之行為」？得否即援引一般公務員所謂「實質影響力說」作為認定之標準？（下稱法律爭議一）

2.民意代表違反公職人員利益衝突迴避法（下稱利益衝突迴避法）第 12 條禁止假借職權圖利之規定，是否該當貪污治罪條例第

6 條第 1 項第 5 款所稱「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」之要件？（下稱法律爭議二）

上揭法律爭議一、二，本院先前相同事實之裁判，已有積極歧異，經依徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不同見解，因而裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一見解。

㈡經刑事大法庭於 112 年 3 月 2 日以 110 年度台上大字第 5217 號裁定，宣示主文：「民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，實質上係運用其職務或身分地位之影響力，使該管承辦人員為積極之行為或消極不為行為，如形式上又具公務活動之性質者，即與其職務具有密切關連，該當於貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款公務員職務受賄罪之職務上之行為。」「民意代表違反公職人員利益衝突迴避法第 12 條之規定，該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款圖利罪所稱之『違背法律』。」並於裁定理由說明：

1.法律爭議一部分：

⑴貪污治罪條例立法目的在於「嚴懲貪污，澄清吏治」，該條例第 5 條第 1 項第 3 款公務員職務受賄罪（下稱受賄罪）規定之「職務上之行為」究何所指，觀察我國實務之運作，本院早期判決先例（67 年台上字第 473 號）見解，就所謂職務上之行為，多採取必須屬該公務員實際所負擔之職務（即具體職務權限）始有受賄罪適用，且認僅具一般職務權限者，不該當職務上之行為要件，而成立圖利罪。嗣本院 103 年度第 8 次刑事庭會議決議變更先前見解，闡述擴張及於公務員之一般職務權限，不以實際具體負擔之事務（內部事務分配）為限。又本院基於法之續造，於相關案例，就公務員「職務上之行為」之意涵範圍迭有提出：「所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，祇要該行為與其職務具有關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當」之見解，將「實質影響力之職務密切關連行為」概念涵攝於「職務上之行為」文義範圍內。可知所謂公務員「職務上之行為」，包括雖非法令上所列舉之職務權限，但實質上與其職務具有密切關連之行為。

⑵民意代表職務性質及義務固與行使司法權、行政權之公務員有異，然倘對其職務上之行為收受賄賂，已侵害其執行職務之公

正性及國民對該職務公正之信賴，可罰性與一般公務員並無不同。邇來本院相關案例，參採上揭實務見解，就民意代表職務上之行為，肯認包括「職務密切關連行為」（106 年度台上字第 283、3122 號、107 年度台上字第 1563、2052、2545 號、109 年度台上字第 5024 號、110 年度台上字第 932 號等判決參照）。由於「職務密切關連行為」概念具有多義性、抽象性，首應釐清者，即探究其內涵及判斷基準。受賄罪之「規範目的及保護法益」重在保護職務執行公正性，要求不受經濟利益介入之破壞或妨害。因此，「職務密切關連行為」之內涵著重在行為人是否實質上有運用其職務或身分地位對相對人發揮影響力，即對相對人職務執行之公正有無實質影響，或於後續執行相關職務時有無因此受拘束等項為審查，亦即從該行為實質上有無對相對人職務之執行形成影響力加以判斷。此影響力行為之態樣，包括為妥適行使職務事項而附隨之準備工作與輔助事務行為，以及因職務或身分地位關係對第三人所生事實上影響力之行為，至於影響力之對象，包括行政機關、公營事業機構（含其他受政府實質支配控制之公有民營企業）人員。再本於「構成要件明確性原則、避免不當擴大受賄罪處罰範圍」要求，必須形式上又具有公務活動之性質者始屬該當，倘具備上述條件，應認屬職務密切關連行為。至與職務完全無關之私人活動，則不能肯認具職務性。又向同一人或多數人為多次關說、請託或施壓等情形，應就其前後整體行為觀察，倘該行為與其職務同具形式上公務活動之性質（例如開會前拜會、議場中休息協商、出具建議補助單等），或相類之客觀公務活動（例如至行政機關、公營事業機構拜會、以電話表達關切或要求至辦公室說明、出具便箋或名片轉交承辦人員等），或與公務活動有關及其延伸之行為（例如具名發函或透過行政機關國會聯絡人向行政機關反映特定團體或人民意見、召開協調會邀請行政機關說明等），不論是否在公務時間或公務場所均屬之。另對與具同一權限之民意代表於議場外勸誘、請託或施壓使其贊成某議案而連署，或代為提案、質詢等行為，亦屬民意代表職務上之行為，自不待言。

⑶綜上，民意代表「職務上之行為」之意涵，本不以法令所列舉之事項為限，其他與其職務具有密切關連之行為，亦應屬之。民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說

、請託或施壓等行為，實質上係運用其職務或身分地位之影響力，使該管承辦人員為積極之行為或消極不為行為，如形式上又具公務活動之性質者，即與其職務具有密切關連，該當於受賄罪之職務上之行為。

⑷貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之非主管或監督圖利罪，實質上係運用其職權機會或身分地位之影響力而圖利，因此個案如不符上開職務性要件之形式上具公務活動之性質者，尚應探究有無圖利罪之適用，併此敘明。

2.法律爭議二部分：

⑴貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之違背法令貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款係規定主管或監督圖利罪，第 5 款則為非主管或監督圖利罪。所謂主管事務，係指對於自己所主掌管理與執行權責範圍內之事項而言，所謂監督事務，則指有權監察督導之權責範圍內事項，申言之，事務雖非由之所直接主掌管理與執行，然行為人對於該有直接主掌管理與執行之人之權責事項，依法令有予以監察督導之權責與權限之意。至於第 5 款非主管或監督之事務，係指第 4 款所規定對於主管或監督之事務之對稱，其意義範圍可由上反面推知。一定之國家事務，恆由特定之公務員為之主管或為之監督，而此特定之公務員以外之公務員，即屬非主管或監督之人員，範圍甚廣。本條項第 4 款、第 5 款於 90 年 11 月 7 日修正公布，除為使本罪構成要件明確化，修正圖利罪為結果犯外，並增訂「明知違背法令」為構成要件之一；復於 98 年 4 月 22 日再次將「明知違背法令」的概括規定修正公布為「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」。第 4 款、第 5 款所指之「法令」概念有別，應分別適用，茲說明如下：

①90 年 11 月增訂之「明知違背法令」，於立法說明分別載明「三、加列公務員所為之圖利行為必須係違背法令之行為，始足當之。按公務員執行職務給予人民利益本是正常之事，而圖利行為之處罰，係在規範公務員圖利私人不法利益之行為，惟有具體指明執行職務違反法令，方能進一步判斷是否有給予不法利益之意圖。否則，公務員執行職務，完全依法令規定為之，而使人民獲得利益者，將均有觸犯圖利罪之虞，公務員勢必無法勇於任事，為人民謀求福利。依目前審判實

務之通說均認圖利罪之成立，必須該圖利行為違反執行職務時所應遵守之法令始足當之，惟此項『違背法令』之要件並未規定於法文之內，一般公務員並不瞭解，極易誤認給予人民『方便』及『利益』即有圖利之嫌，在行政裁量時，只顧『防弊』而忽略『興利』。另一方面，間有少部分基層之偵查人員對圖利罪構成要件之內涵未能充實認知，執法偏差，徒增公務員之訟累。如能在條文中加列『違背法令』之要件，當可使公務員行政裁量範圍內之事項與非法圖利行為之區分更為明確。故有必要明定圖利罪之成立，必須以公務員對主管監督事務有違背法令之行為為要件。五、所稱『違背法令』，該『法令』係指包括法律、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。六、本條第一項第五款所定之『非主管或監督之事務』圖利罪，雖係利用職權機會或身分而圖利，似無違反其職務上義務之可能，但所謂『違背法令』並非僅指與執行該項職務有關之法令，尚及於所有公務員所應遵守之基本規範，故對非主管監督之事務，如有違反其他公務員應遵守之法令或義務者，仍屬『違背法令』。故此款以『違背法令』為構成要件，仍有必要。」可徵前述立法說明三、六，係分別針對第 4 款主管或監督圖利罪、第 5 款非主管或監督圖利罪，各就其所指之違背法令而為之闡述。

②98 年 4 月 22 日雖再次修正「明知違背法令」為現行條文，惟此僅係將前揭 90 年 11 月修正之立法說明五所稱「違背法令」略作文字修正而予以明文化而已。本次修正係由立法委員陳根德等 16 人提案，提案說明為「貪污治罪條例第六條公務員圖利罪條文中所指之『法令』，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限，以達公務員廉潔及公正執行職務信賴要求外，更避免原條文及有關『違背法令』的範圍不明確，致使公務人員不敢勇於任事，延滯行政效率的不良影響。爰將『明知違背法令』的概括規定修正為『明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則或委辦規則』，以杜爭議。」依其提案說明所指「有關『違背法令』的範圍不明確，致使公務人員不敢勇於任事，延滯行政效率的不良影響」等旨，顯然係針對第 4 款規定具有

職務執行之主管或監督圖利罪而為，不及於第 5 款之非主管或監督圖利罪。嗣經審查會審理結果則以：「現行條文關於『法令』之意義，依原立法理由解釋，本係指『包括法律、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，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，最高法院 96 年（度）台上字第 2594 號判例(決)議(亦)採相同見解，爰依委員陳根德等提案，除第一項第四款及第五款中『自治規則或委辦規則，』修正為『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。』外，餘照案通過。」經查，審查會所舉本院 96 年度台上字第 2594 號判決案例事實，乃係就第 4 款規定之主管或監督圖利罪所為之論述。

③刑法第 131 條之主管或監督圖利罪與貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款規定之構成要件相同，兩者於 90 年 11 月 7 日同時修正公布，增訂「明知違背法令」此一要件，參照前述立法說明三之意旨，主要係為因應打破行政體系於施政上之困境而來，俾使公務員於執行職務時易於瞭解遵循。從而，98 年 4 月陳根德委員等提案所指之「公務員圖利罪條文中所指之『法令』，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限。」對照 90 年 11 月立法說明三末段所稱「在條文中加列『違背法令』之要件，當可使公務員行政裁量範圍內之事項與非法圖利行為之區分更為明確。故有必要明定圖利罪之成立，必須以公務員對主管監督事務有違背法令之行為為要件。」適足證明 98 年 4 月修法說明所謂「法令，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限」，而不包括有關公務員倫理基本規範之法律者，應僅限於第 4 款之主管或監督圖利罪，始有其適用。

④普通刑法中並無規範公務員「非主管或監督之事務」圖利行為之相同規定，第 5 款規定之非主管或監督圖利罪，其主體為第 4 款主管或監督事務者以外之人，本身並無與職務執行有關之任何主管監督事務，誠如 90 年 11 月立法說明六所指者，其乃係利用職權機會或身分而圖利，自無違反其職務上義務之可能，因認：第 5 款所謂「違背法令」，尚及於所有公務員所應遵守之基本規範，並非僅指與執行該項職務有關之法令，故對非主管監督之事務，如有違反其他公務員應遵守

之法令或義務者，仍屬「違背法令」。立法者雖認第 5 款之非主管或監督圖利罪，亦有增訂「違背法令」之必要，但 90 年 11 月立法說明六所指之違背法令之適用範圍，並不因 98 年 4 月一併將第 5 款之違背法令為相同之修正或其第 4 款採限縮法令之適用範圍，而產生質變。

⑤原則上，法官在解釋法律時應受法律目的及其基礎之立法者價值決定之拘束。解釋之目標首要應探求歷史上立法者意思，賦予「初步的優位」，以符合憲法原則。但有特別強的反對論證，則可以推翻該優位順序。在法概念個別化下，相同文字使用於同一法規，未必一定要作同辭同義之解釋。參照或增訂或修正違背法令之相續立法緣由，以及第 4 款主管或監督圖利罪與第 5 款之非主管或監督圖利罪，有其本質上之差異，其行為人所應遵循法令之適用範圍自亦有不同。則第 4 款之違背法令，固應作限縮適用，期使公務員勇於任事，授益人民，但第 5 款之違背法令，仍應維持 90 年 11 月立法說明六所指之適用範圍，始符規範意旨，而達澄清吏治之效。否則此類犯罪，終將因難覓與職務執行有關之法令，而得以脫免處罰，洵非立法旨意。

⑵利益衝突迴避法第 12 條係貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款規定之違背法律

①利益衝突迴避法之立法目的，在於促進廉能政治、端正政治風氣，建立公職人員利益衝突迴避之規範，有效遏阻貪污腐化及不當利益輸送；同法第 5 條規定：「本法所稱利益衝突，指公職人員執行職務時，得因其作為或不作為，直接或間接使本人或其關係人獲取利益者。」第 6 條第 1 項規定：「公職人員知有利益衝突之情事者，應即自行迴避。」第 12 條規定：「公職人員不得假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益。」除分別明白揭示公職人員執行職務所生利益衝突之迴避義務及假借職權機會、方法圖利之禁止外，同法第 17 條並有違反第 12 條規定者須科以公法上處罰之明文，尚非僅受公務員內部懲處而已。

②依 107 年 6 月 13 日修正公布第 12 條立法理由載明：「條次變更。本條未修正之理由：查本法屬於行政不法之規定，對於未達刑事不法程度或未發生具體結果之利用職務機會圖利行為具有相當嚇阻力，所欲維護者為依法行政原則。雖刑法、

貪污治罪條例有關於公務員圖利罪之規範，公務員服務法亦有禁止公職人員假借職權圖利之規定，然對於民意代表等許多公職人員並不適用公務員服務法，且違反公務員服務法規定者僅生按情節輕重，分別予以懲處之法律效果，加以就各級民意代表而言，原第七條規定係較具有效力之制裁規定，監察院歷年對於議員、鄉鎮市民代表關說圖利之行為，即依本條規定裁處之。」等旨，可徵本條規範應屬「義務性道德」，而非「期待性道德」。又本條以嚴懲職務行為廉潔性之破壞，與非主管或監督圖利罪規定同係就公務員透過濫權行為創造之不法利益輸送之圖利行為予以規範處罰，以確保職務執行之公正、廉潔性，二者不論規範目的、保護法益及對公務員廉潔性之要求均具相當之同質性;「各級民意機關之民意代表」係利益衝突迴避法第 2 條第 1 項第 5 款所稱公職人員，屬同條所定具高度權力、影響力之公務員，為該法規範之對象，第 12 條則係規定民意代表假借職權機會、方法圖利之禁制，建立民意代表利益衝突迴避之規範，其濫權違反上述規定，自該當於貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款非主管或監督圖利罪所稱之「違背法律」。

刑事大法庭已就前揭法律見解歧異予以統一，則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第 51 條之 10 規定，自應受刑事大法庭前揭裁定之拘束。

㈢原判決認定被告受陳啟祥（業經檢察官為緩起訴處分確定）請託並約定收取一定金錢為代價，為達使地勇選礦股份有限公司（下稱地勇公司）取得中聯資源股份有限公司（下稱中聯公司）銷售之「轉爐石著磁性產品」契約承購權（下稱轉爐石契約）目的，而為地勇公司於立法院內、外向經濟部、中國鋼鐵股份有限公司（下稱中鋼公司）、中聯公司為所載關說、請託等行為，因地勇公司經中聯公司評選不合格，明知經濟部得藉由公股管理權之運作，實質掌控中鋼公司及中聯公司之董事、董事長及經理人等高層人事之選派，其身為立法委員，對於經濟部具有監督預算及審議預算案及其他法案之職權，對於經濟部部長有質詢權，其得利用上述各項職權，間接影響中鋼公司或中聯公司之董事、董事長及經理人等高層人事之選派，意圖為地勇公司取得與中聯公司締結轉爐石契約之財產上不法利益，假借其立法委員職務對經濟部選派中鋼公司或中聯公司高層人事

發揮間接影響力之權力及機會，向中聯公司董事長翁朝棟恫嚇稱：「評選過程如果（副總經理）金崇仁有在搞鬼，你就看看我有沒有能力換掉金崇仁」，並揚言拿遴選標準找經濟部部長評理，暗示將藉立法委員之職權影響力「撤換」金崇仁，復去電中鋼公司總經理鄒若齊表示金崇仁與外面人士交往複雜、關係匪淺，使鄒若齊心生畏懼，唯恐中鋼公司未來人事安排遭受刁難，應允研究再予評選機會，並要求翁朝棟修改遴選條件給予地勇公司第 2 次評選機會，翁朝棟、金崇仁因而屈從被告要求修改標準重新評分，地勇公司因此取得承購該契約權利，並締結銷售合約，被告則收得約定之金錢等情，理由雖說明：被告上開請託、施壓行為，對於中鋼公司及中聯公司經營階層，固具實質影響力，然此影響力之來源，充其量係來自其豐沛之地方勢力、政黨關係，與立法委員「法定職務權限行為」或「職務密切關連行為」之行使並無關係，發揮影響力之對象，非其質詢、監督權所及之政府機關或公務員，結果與公務之決定及執行無涉，非屬其「職務上之行為」，認被告係假借其立法委員職務上權力及機會，以恫嚇方式使鄒若齊、翁朝棟及金崇仁心生畏懼，同意締結契約，地勇公司因此獲得契約上不法利益，論以刑法第 134 條前段、第 346 條第 2 項之公務員假借職務上之權力及機會，故意犯恐嚇得利罪等旨（見原判決第 3 頁第 19 行至第 8 頁第 23 行、第 78 頁第 12 至 23 行、第 94 頁第 31 行至次頁第 4 行），惟其認定民意代表「職務上之行為」之標準不僅有違本院前揭統一見解，且就被告迫使中鋼公司、中聯公司相關經營階層修改標準重新評分，地勇公司因此取得承購轉爐石契約權利，究係運用其立法委員職權之影響力或係豐沛之地方勢力、政黨關係，其事實之認定與理由說明互相齟齬，已有適用法則不當及理由矛盾之違誤。

㈣貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之圖利罪，其所謂利用職權機會或身分者，係指公務員假借其職權所可憑藉之一切機會，或由職務所衍生之機會，或利用其身分，對於該事務產生某種影響力之謂。原判決既認被告有所載為使地勇公司取得中聯公司銷售之轉爐石契約權利，假借其立法委員職務具有對經濟部選派中鋼公司及中聯公司董事、董事長及經理人等高層人事發揮間接影響力之權力及機會，對中鋼公司總經理、中聯公司董事長恫嚇施壓，以達地勇公司取得與中聯公司締結轉爐石契約

及承購權之財產上不法利益，被告並收得約定之金錢等情。倘屬無訛，因民意代表違反利益衝突迴避法第 12 條之規定，該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款圖利罪所稱之「違背法律」，此為前揭本院統一之法律見解，原判決雖認被告上載關說、請託或施壓等特定行為非屬民意代表「職務上之行為」，然倘明知不得假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人之利益，仍一再憑藉其對中鋼公司、中聯公司高層人事選派之影響力，為請託、施壓等行為，能否認係利用立法委員之職權機會或身分地位而為影響？依地勇公司及被告或已獲取利益、或收取約定報酬之事實，被告是否該當同條例第 6 條第 1 項第 5 款圖利罪之要件？俱非全無疑義，此攸關被告所犯罪名之認定，原審未及審究，並說明其論斷之理由，亦有調查未盡及理由不備之違誤。

㈤審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，均應一併加以注意，並綜合全部證據資料，本於經驗及論理法則定其取捨而為判斷，否則即有判決理由不備之違法。原判決依憑證人中鋼公司總經理鄒若齊、中聯公司董事長翁朝棟於審理中之證詞及卷附經濟部相關函稿及附件、國營事業管理法第 3 條第 3 項規定等證據資料，認定 99 年間經濟部指派所載張家祝等 3 人為中鋼公司公股代表，鄒若齊非指派之公股代表，而中聯公司係中鋼公司轉投資之子公司，均為民營企業，公股代表有關公司經營事項之決定，與公務之決定或執行無關，被告實際係向鄒若齊、翁朝棟請託、施壓，立法院無權要求其等至各委員會報告或備詢，所為均非立法委員職務權限所及之對象及事務，難認被告前揭請託、施壓等行為，屬其職務上之行為，而為被告有利之認定（見原判決第 77 頁第 3 行至次頁第 23 行）。但查：

1.依證人張家祝於偵查證述：地勇公司案部分，翁朝棟曾提過被告非常不高興，我就請翁朝棟跟被告說明，被告處理沒有結果的時候，有打電話給我，我跟被告說我會請總經理鄒若齊去瞭解處理，總經理會與被告聯絡，我跟鄒若齊說請他去找被告，後來鄒若齊有陸續跟我報告等詞（見特偵第 3 號卷四第 259、260 頁），證人鄒若齊於偵查時證稱：記得有一次在中鋼公司的 6 樓，張家祝確實有提過轉爐石的事情，也有提到被告、轉爐石跟中聯公司的事情，這也就是為什麼我會找翁朝棟董事長問評鑑的結果（同卷五第 193 頁反面），倘若屬實，似指地勇公司

經評選不合格後，被告係先向中鋼公司董事長張家祝請託關說，張家祝因而指示鄒若齊負責處理，原判決就被告有無為地勇公司就轉爐石契約向張家祝關說、請託一事，未綜合審酌張家祝、鄒若齊大致相符之證述，即認被告請託、施壓對象為鄒若齊、翁朝棟，非中鋼公司公股代表，與張家祝、鄒若齊所證情節未盡相合，尚嫌速斷，並有理由不備之違法。

2.觀諸憲法第 67 條規定「立法院得設各種委員會。各種委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢。」國營事業管理法於 97 年 1 月 9 日修正公布增訂第 3 條第 3 項「政府資本未超過百分之五十，但由政府指派公股代表擔任董事長或總經理者，立法院得要求該公司董事長或總經理至立法院報告股東大會通過之預算及營運狀況，並備詢。」本次修正係由親民黨黨團及國民黨黨團提案，提案說明為「政府資本未超過百分之五十者。雖不屬上述國營事業之定義範圍，自不受此法規範；惟公司法第 369 條之 1(2)第 2 項規定，能直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者為亦屬『控制公司』；其立法意旨在於防止控制公司利用從屬公司從事不利益之經營；是以政府公股實質能掌控之公司屬政府經年重大之投資要項，關乎國家產業經貿發展方向甚深，屬於控制公司角色的公股，應負連帶責任，且國會實有監督之必要」嗣經審查會審理結果則以：「除第三項修正外，餘均照案通過。」（見上訴審卷一第 354 至 359 頁），自已賦予立法院要求公股代表之公司董事長或總經理到場報告、備詢之權限，而經濟部為督導公股代表依法執行職務，就公股代表之職責與義務，亦訂有經濟部所屬事業民營化後公股股權管理要點，則立法委員在法律上所能監督、干涉之事務範圍為何？除預算、營運狀況外，依上開提案說明及管理要點相關規定，轉投資公司之重大決策、業務經營是否與母公司之營運狀況相關，而同認為其監督之對象事務？抑或僅侷限於有關公務決定或執行之事務？原審未予調查釐清，並剖析明白，徒憑公股代表所為關於公司經營事項之決定，非有關公務之決定及執行，遽認被告所為非屬其「職務上之行為」，即有理由欠備及調查未盡之違法。

㈥檢察官起訴之犯罪事實為裁判上一罪者，基於刑事訴訟法第 267 條審判不可分之原則，及與此原則同一訴訟理論，始有所謂犯罪事實之一部擴張或犯罪事實之一部減縮，而應於理由內

敘明就未起訴部分一併審判，或就起訴之一部不另為無罪、免訴或不受理判決之可言；設若起訴事實為屬單純一罪及實質上一罪者，法院於不妨害事實同一之範圍內，得自由認定事實，適用法律，則屬刑事訴訟法第 300 條變更起訴法條之範疇。申言之，倘法院審理結果所認定之事實，與起訴之基本社會事實同一，僅係與檢察官論罪法條有異，自得逕行變更起訴法條，無須就起訴之罪名不另為無罪之諭知。

本件檢察官起訴被告以立法委員職務上之行為，協助陳啟祥之地勇公司與中聯公司締結轉爐石契約，並收取約定之金錢，認被告涉犯貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之公務員對於違背職務行為收受賄賂罪嫌，原判決認被告係構成刑法第 134 條前段、第 346 條第 2 項之公務員假借職務上之權力及機會故意犯恐嚇得利罪，理由謂：被告之行為非屬職務上之行為，惟起訴書犯罪事實已論及被告藉由揚言撤換中聯公司金崇仁之恫嚇手段，以使地勇公司取得中聯公司轉爐石承購權之不法契約上利益之犯行，此部分事實業經起訴，自得依法審理等旨（見原判決第 95 頁第 12 至 23 行）。則原審所認定之事實與起訴之基本社會事實既屬同一，自應依刑事訴訟法第 300 條之規定變更檢察官所引起訴法條，並說明其理由即足，乃原判決認被告被訴違背職務受賄犯行，尚屬不能證明，且與前開有罪部分，有實質上一罪關係，說明不另為無罪之諭知等由（同判決第 96 頁第 23 行至第 98 頁第 26 行），係就同一犯罪事實，改論以刑法第 134 條前段、第 346 條第 2 項之罪，復諭知不另為無罪之判決，依上開說明，其法則之適用自非允當。被告主張本部分檢察官之上訴應有刑事妥速審判法（下稱速審法）第 9 條規定適用，即不足採。

三、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而上述違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認此部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即被告被訴促成爐下渣契約續約涉犯違背職務收受賄賂不另為無罪諭知）部分：

一、按速審法第 9 條第 1 項規定，除同法第 8 條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、判決違背司法院解釋或違背判例者為限。所稱「維持第一審所為無罪判決」，並不以在主文內諭知者為限

，即第二審撤銷第一審所為無罪之判決，改判論被告一部分有罪，一部分因不能證明犯罪，而於理由內說明「不另為無罪諭知」，或第二審係維持第一審「不另為無罪諭知」部分之判決亦屬之，始合於立法旨趣。是檢察官對於上開類型案件提起第三審上訴，自應在上訴理由內具體敘明原判決究竟如何具備速審法第 9 條第 1 項各款所列事項，係屬法定要件。如其上訴理由書狀並未具體敘明該等事項，或形式上雖係以判決所適用之法令牴觸憲法，或判決違背司法院解釋、本院判例為由，實際上所指摘之情事，顯然與該法第 9 條第 1 項所列之上訴理由不相適合者，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。至於法院組織法於 108 年 1 月 4 日經修正公布，並於同年 7 月 4 日施行，為因應大法庭制度之施行，刪除原第 57 條規定之判例選編及變更制度，另增訂第 57 條之 1，其第 1 項、第 2 項明文規定若該判例已無裁判全文可資查考者，應停止適用；其餘未經停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之本院裁判相同。亦即未經停止適用之判例，雖回歸裁判之本質，但其表示之法律見解，於本院未認有變更之必要而循大法庭相關程序變更前，其性質上仍為本院一致之見解。而速審法第 9 條第 1 項第 3 款所列「判決違背判例」之上訴理由限制規定，雖未因應修正，惟依照該條立法理由載稱：「判例係就具體個案之判決中因有關法令之重要事項有統一見解之必要而作成，故判決違背判例者，自屬最高法院得以審查之事項」等旨，於上開法院組織法修正後，速審法第 9 條第 1 項第 3 款所稱之「判決違背判例」，應解釋為「判決違背原法定判例之法律見解」，俾符前開立法意旨。

二、依原判決之記載，檢察官起訴意旨係認被告收受地勇公司負責人陳啟祥交付之賄賂現金，違背其立法委員之職務，接續向中鋼公司董事長、總經理及中聯公司董事長請託、干預，促成爐下渣契約續約一事，協助地勇公司繼續取得爐下渣原料，因認被告涉犯貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之公務員對於違背職務行為收受賄賂罪嫌。惟經原審審理結果，仍以不能證明被告此部分之犯罪，維持第一審該部分不另為無罪諭知之判決，駁回檢察官在第二審之上訴，已敘明其論斷之理由（見原判決第 8 頁第 21 至 22 行、第 96 頁第 23 行至第 98 頁第 26 行）。檢察官乃於 110 年 7 月 1 日提起第三審上訴，依前開說明，即應

對此部分之上訴具體敘明原判決究竟如何具備速審法第 9 條第 1 項所列事項。茲檢察官上訴意旨雖執本院 108 年度台聲字第 207 號裁定、107 年度台上字第 1563 號判決意旨，主張原判決維持第一審就此部分無罪之認定係違背法令，然前述裁判非本院於法院組織法修正施行前依法選編之判例，核與速審法第 9 條第 1 項第 3 款規定不相符合，至其餘上訴意旨，亦未指出原判決就此部分有何具備速審法第 9 條第 1 項各款所列事項，揆之首揭說明，難謂符合上開得為第三審上訴之法定要件。其此部分上訴不合法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 397 條、第 401 條、第 395 條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　3　　日

刑事第七庭審判長法　官　段景榕

法　官　沈揚仁

法　官　楊力進

法　官　宋松璟

法　官　汪梅芬

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　6　　日

裁判字號：最高法院 111 年度台上字第 1333 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 03 月 22 日
裁判案由：違反貪污治罪條例
最高法院刑事判決　　111 年度台上字第 1333 號
上　訴　人　蔡鎮隆
上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國 110 年 11 月 2 日第二審判決（110 年度上訴字第 2002 號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署 108 年度軍偵字第 27 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件原判決認定上訴人蔡鎮隆有其犯罪事實欄所載之各犯行，因而撤銷第一審不當之科刑判決，改判依想像競合犯之規定，從一重論處上訴人竊取公有財物罪刑，固非無見。

二、惟按：

㈠貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 1 款所為「竊取或侵占公用或公有器材、財物者，處無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 1 億元以下罰金」之規定，係屬公務員特別重大之貪污行為，因所處之刑罰極為嚴厲，故為貪污治罪條例所設最嚴重之第一級貪污犯行。是就其適用上自應秉持刑法謙抑思想，在界定涵攝「公用或公有器材、財物」之範圍時，予以嚴格限縮，俾符憲法上罪刑相當原則；而同條例第 6 條第 1 項第 3 款固亦規範對公務員竊取、侵占財物行為之處罰，然係規定「竊取或侵占『職務上持有』之非公用私有器材、財物者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 3 千萬元以下罰金」，前者乃以行為客體應為公用、公有為限，係著重在公用、公有器、財之保護；後者則以公務員竊取或侵占職務上管領持有之非公用私有器、財為客體，係側重於公務員職務上廉潔性及忠誠義務違反之處罰，兩者規範意旨及目的不同，保護之行為客體暨構成要件有別，處罰之刑罰重輕亦差異至鉅。鑑此，所謂公用，指供公務機關使用，當以現時已經作為公用，或依其計畫確定即將作為公用而言；所謂公有，如以動產之移轉所有權而言，基於罪刑法定主義之要求，必須該財物因交易或徵用等原因，經交付而移入「公務機關」（含其指派之人）實力支配之下，而為公務機

關所有，始得謂之。此與第 6 條第 1 項第 3 款所定竊取、侵占「職務上持有」之非公用私有財物罪，其侵占之客體係非公用之私有財物者，迥然有別。

㈡公立醫院固為政府機關依相關法規所設立，然其與病患間所成立之醫療關係，乃立於私法主體地位所從事之私經濟行為，與公務機關立於統治權之行政主體所為公權力行使不同。是公立醫院與病患間之醫療關係，仍屬一般私法契約之性質，自難認「公立醫院」係執行統治權而行使公權力之公務機關。從而，公立醫院基於其與病患間之私法醫療關係，自所從事之私經濟醫療行為收取之醫療費用，既非立於公務機關地位，居於統治權所為公權力行使而徵收、納用等程序取得，其單純依據醫院與病患間之一般私法醫療契約收取之款項，性質上應認與前揭貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 1 款所規定之公有財物有別，而無該款罪刑規定之適用；惟服務於該機構之「身分公務員」，既具有公務員身分，自應秉於公務員所應有之忠誠、廉潔義務，不得有所違反，否則縱服務於此等機構，仍屬貪污治罪條例所規範處罰之對象。且上開條例第 1 條已明文規定其制定意旨係為嚴懲貪污、澄清吏治，故於第 6 條第 1 項第 3 款規定公務員於職務上竊取或侵占非公用私有器、財者，亦屬本條例所規定應予處罰之貪污行為，以嚴懲其職務上所為對公務員應保有之廉潔性及忠誠義務之破壞。是如對其因職務上密切關連行為或關係而持有之私有器、財予以竊取或侵占者，即應認屬該款規定處罰之範疇，俾符貪污治罪條例制定目的，及就「公用、公有財物」、「非公用私有財物」特予分別定其處罰要件及刑罰差距之意旨。

三、依原判決犯罪事實欄記載：上訴人在國防醫學院三軍總醫院北投分院（下稱三總北投分院）醫務行政室擔任病歷掛批小組長，嗣轉服士官初任下士，負責管理病歷室、門診室及急診室之掛號批價、退費、辦理入住院手續及申請病歷之收費作業等業務期間，明知其他負責收費同事收取病患或其家屬所繳納之現金，存放於三總北投分院急診室掛號櫃檯抽屜現金袋內，為公有財物，竟基於公務員登載不實及意圖為自己不法之所有竊取公有財物之犯意，明知如原判決附表（下稱附表）一、二所示之金額，均係病患或其家屬所繳納之費用，竟於民國 106 年 8 月某日起至 108 年 5 月某日止，自急診室掛號櫃檯抽屜內之現

金袋接續竊取上開現金等情。如若無訛，上訴人所竊取之置放於該院急診室掛號櫃檯抽屜內現金袋內現金，其來源似均由到院就診之病患或其家屬，基於私經濟關係之就診所繳付之醫療相關費用，其性質與一般民人至各醫療院所看診、住院所需支付之就診醫療費用無異。係由應診者依其就醫關係而支出，並由醫院指派之當班人員先為收取，然後暫予置放櫃檯抽屜內。而原判決於理由並謂「掛號室收費同仁於每日 20 時結算清點與明細表比對，將當日收費存放於現金袋，翌日由上班同仁將明細表上呈，出納人員至掛號室清點核對明細表後將現金袋及明細表一併收去等情，此經證人楊玉梅於憲兵隊詢問時證述無誤（見偵卷第 57 頁〈應係「軍偵」卷第「67」頁之誤〉），似亦認定當日所收取之醫療費用，係暫存置放於現金袋內，於翌日始由辦理財務之出納人員予以清點核對收受。則三總北投分院既係基於私經濟之醫療關係而向就診軍民收取附表一、二之金額，原判決於其犯罪事實欄逕記載為公有財物，惟於理由並未就上訴人所竊取之該等金錢，如何認定係公有財物，為完足必要之說明，難謂無理由欠備之違法。

四、犯貪污治罪條例第 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（下同）5 萬元以下者，減輕其刑，同條例第 12 條第 1 項定有明文。而此之情節輕微與否，應依一般社會通念，審酌貪污舞弊之手段、型態、戕害吏治之程度及對社會秩序、風氣之影響等一切情節予以認定，並非所得或所圖得財物或不正利益在 5 萬元以下，當然可認為「情節輕微」；再刑法第 59 條之酌量減輕，係於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情（顯可憫恕），認為宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，而有其適用，此與貪污治罪條例第 12 條所定之「情節輕微」，係單純從法益侵害面觀察被害之程度有異，而刑法第 59 條所定之情堪憫恕，則需參酌最低法定刑度，本於罪刑相當原則，判斷行為人所受之刑罰是否超過其所應負擔罪責，致遭受過度之處罰，以符憲法上刑罰相當原則之旨，二者規範目的及要件並非一致。是以，於不符合貪污治罪條例第 12 條所定「情節輕微」要件時，若依其他法定減刑事由予以減輕後，認宣告法定最低度之刑猶嫌過重者，自仍得審酌是否有刑法第 59 條之適用，尚非以有其他法定減刑事由，即不得再依此衡酌得否酌減之。上訴人於原審提出多項事證（見原審卷第 41 至 163

頁），主張其應有刑法第 59 條酌減其刑之適用，而原判決固以上訴人所犯係因個人入不敷出之動機，且亦未見有何特殊原因與環境顯堪憫恕，並以已依貪污治罪條例第 8 條第 2 項前段規定減輕其刑，衡情已無縱宣告減輕後之刑，仍有情輕法重之情，因認並無刑法第 59 條規定之適用。惟對於上訴人於原審一再主張得據以酌減其刑之改服志願役、所處家庭、經濟環境，及其服役功績表現等各項事由證據資料，係如何不足認有上開酌減其刑之適用餘地，似未依法踐行相關調查程序（見原審卷第 261、262 頁），而後據以說明，即逕以前揭理由謂本件無該規定之適用，亦非無證據調查未盡，併理由欠備之違失。

五、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而第三審法院應以第二審判決所確認之事實作為判決基礎，原判決上述違法情形，既影響於本件之事實確定及法律適用，本院無可據以為裁判，自應將原判決撤銷，發回原審法院更為適法之審判。又原判決認與前揭撤銷部分有裁判上一罪關係之公務員在職務上所掌管之準文書為不實登載罪部分，基於審判不可分之原則，應併予發回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 397 條、第 401 條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　22　　日

刑事第九庭審判長法　官　蔡彩貞

法　官　梁宏哲

法　官　周盈文

法　官　林庚棟

法　官　莊松泉

本件正本證明與原本無異

書記官　張齡方

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　29　　日

裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 604 號刑事判決
裁判日期：民國 112 年 03 月 15 日
裁判案由：違反毒品危害防制條例
最高法院刑事判決　　112 年度台上字第 604 號
上　訴　人　林柏君
選任辯護人　邱柏青律師
　　王君育律師
上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國 111 年 10 月 18 日第二審判決（111 年度上訴字第 2078 號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署 109 年度偵字第 16622 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決及第一審判決關於持有第二級毒品純質淨重二十公克以上罪刑部分撤銷。
林柏君犯持有第二級毒品純質淨重二十公克以上，處有期徒刑壹年伍月。
其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷改判（即持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上罪刑）部分：

一、本件原判決認定上訴人林柏君明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第 2 條第 2 項第 2 款公告之第二級毒品，非經許可，不得持有，猶基於持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上之犯意，於民國 109 年 5 月 4 日向不詳姓名之男子購得原判決事實欄（下稱事實欄）一所示第二級毒品甲基安非他命而非法持有，嗣翌（5）日為警持檢察官核發之拘票在新北市○○區○○路 0 段00之0號之台灣中油○○交流道加油站拘獲並執行附帶搜索查扣甲基安非他命 7 包(驗前總淨重 176.34 公克，驗餘淨重共計 176.03 公克，驗前純質淨重約 165.42 公克)等情。
二、原判決前述認定，係以上開犯罪事實，已據上訴人坦承購入並持有事實欄一所示為警查扣之甲基安非他命 7 包等情不諱，且有扣案甲基安非他命及鑑定書可按，核與案內相關事證相符，堪信屬實，該事證已明，其犯行堪以認定。而認上訴人前述犯行，係犯毒品危害防制條例第 11 條第 4 項之持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上罪。另敘明：㈠員警執行拘提如何已令上訴

人知悉拘提意旨，並依規定將檢察官核發之拘票交付上訴人簽收，雖搜索票之案號處曾經塗改，不影響檢察官合法核發拘票之認定，何以其拘提程序並無違法，其附帶搜索上訴人座車，因而查扣前述甲基安非他命，其證據取得程序亦無違法可言。㈡第一審依刑法第 57 條規定，衡酌上訴人犯行情節及行為人屬性等各量刑事由量處之刑，如何並無不合。因而維持第一審此部分科刑判決，駁回上訴人該部分在第二審之上訴。原非無見。

三、上訴人下列上訴意旨並非有據：

㈠拘提係以強制力將被告（或證人）引至法院或其他一定處所，俾為訊問、裁判或執行之強制處分，其主要目的之一在強制「就訊」，故與「傳喚」規定在刑事訴訟法同一章。但拘提之於被告而言，有時兼具保全被告及證據之功能，性質上仍與「傳喚」有別，且因拘提所加之強制力係在一定期間內拘束人身自由，故除情況急迫之法定情形外，原則上拘提被告應用拘票（刑事訴訟法第 77 條第 1 項）。為兼顧拘提程序強制被告就訊或保全被告與證據等目的，並將拘提之被告即時解送指定處所（同法第 91 條前段），若被告抗拒拘提，得用強制力行之（同法第 90 條前段）；執行拘提後，應於拘票記載執行之處所及年、月、日、時（同法第 80 條前段）；且拘票應備 2 聯，執行拘提時，應以 1 聯交被告或其家屬（同法第 79 條）。換言之，拘提被告之目的及拘票之效力，既及於「拘獲並解送指定處所」期間，其執行方式規範重點乃在「交付拘票」使被告或家屬知曉其被何機關、拘至何指定處所及其原由，俾便防禦，以符合憲法第 8 條第 2 項規定意旨。倘不交與拘票，其拘提即非適法，被告自無同往指定處所之義務。此與「搜索」係對於特定之物件、人之身體、住居等處所，以發現「物」或「人」為目的而實施之強制處分，其令狀效力側重「在現場完成搜索程序俾發現特定之物或人」，是除依法不用搜索票之情形外，其執行應以搜索票「出示」同法第 148 條在場之人（同法第 145 條），使在場人明瞭當場實施之搜索係有權執行及搜索之對象、範圍，其程序並不相同。現行法對於令狀拘提之執行，既依其強制處分之性質、目的、手段等區別，明定與令狀搜索相異之程序，倘警員已依前述程序執行拘提，而未有其他違反規定情事，即不能任意指其程序為違法。稽之案內資料，本件警員執檢察官核發

之拘票執行拘提後，業於拘票記載執行拘提之處所及年、月、日、時，並將其中 1 聯交與上訴人受領簽名，有該拘票、報告書及通知書可按，原判決綜合相關事證整體判斷，認前述員警執行拘提之程序並無違法，核與卷存訴訟資料尚屬無悖，並無上訴意旨所謂適用法則不當之違法。上訴意旨誤以員警拘提時未先「出示」拘票，即屬違法，泛言本件警員違法拘提實施之附帶搜索亦非合法，因此查扣之第二級毒品不得做為證據云云，指摘原判決之採證違法，並非有據。

㈡刑事訴訟法第 77 條第 2 項所定拘票上應記載之事項，係為使被告知悉其受拘提之原由與內情，其中除被告之姓名，係資以分辨人別，必須嚴格遵守確實填載外，其餘事項倘漏未記載、記載不完全，甚或案號有誤寫之情事，固有文書作業疏失，然若於檢察官或法官關於拘提之意思決定並無影響，即不生拘票無效之問題。依同法第 78 條規定，司法警察（官）仍得據以執行拘提。原判決對於本件承辦警員拘提上訴人所憑拘票，其人別資料、拘提期限、流水編號俱屬無誤，僅案號欄有誤寫塗改之情形，何以不影響檢察官核發拘票意思決定之正確性及該拘票之效力，業根據卷證資料逐一剖析論述，記明理由及所憑。並無認定拘提合法性違誤致適用法律錯誤、理由不備之違法可指。上訴意旨置原判決之明白論敘於不顧，仍就原審已指駁說明之同一事項，持不同見解再事爭執，泛言警員據以拘提之拘票上原記載之案號乃前案之案號，而屬違法拘提，指摘原判決僅以其拘票誤載前案案號，無礙該拘票之合法性為由，認其拘提為合法，有理由不備及適用法律錯誤之違法云云，難認有據。又同法第 130 條之附帶搜索，本質上係違反被搜索者之自由意志，於執行拘提時，以強制力干預其人身自由、財產之強制處分，是若員警已依法拘提犯罪嫌疑人或被告，不論其拘提是否以強制力行之，對於被拘提對象當時正在使用、或雖非其正在使用，然為其能立即控制範圍內之交通工具，本得實施附帶搜索。原判決就前述警員執檢察官核發之拘票合法執行拘提，並附帶搜索上訴人能立即控制範圍內之座車，因而查扣前述毒品各情，業說明何以可採取該附帶搜索查扣之毒品為證而予論處之認定。縱警員因上訴人抗拒拘提，而用強制力拘提，仍不影響前述拘提與附帶搜索之既有事實及其合法性之判斷。上訴意旨僅憑己見，對於法院認事用法職權之適法行使，任意評價，

泛言其遭警員拘提時，已被壓制在地，未乘坐車內，故前述座車內部並非其可立即控制之範圍，並無滅證或危害執法人員安全之虞，而與附帶搜索之要件不相符合等語，指摘原判決關於本件附帶搜索合法性之判斷，及採取該違法附帶搜索扣案之毒品為證，有法律適用錯誤及不備理由之違誤，亦屬無據。至上訴意旨所稱員警拘提上訴人時附帶搜索前述座車座椅夾層而查扣毒品，係以附帶搜索規避搜索程序採取法官保留之限制一節，縱或非毫無研求餘地，然綜合前述搜索程序之情節、執行者之主觀意圖、影響上訴人權益之種類及輕重、犯罪所生危險或實害、發現必然性及對上訴人訴訟上防禦不利益之程度等事項，依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定審酌人權保障及公共利益之均衡維護結果，仍無足影響本件搜索、扣押相關證物具證據能力之認定，上訴意旨執以指摘，難認有據。

四、上訴人執前詞上訴，雖無理由。然上訴人於 109 年 5 月 4 日購入而持有本件第二級毒品甲基安非他命，嗣翌（5）日凌晨 2 時 55 分在事實欄一所示台灣中油○○交流道加油站為警查獲其持有前述第二級毒品純質淨重 20 公克以上之犯行後，除供稱其前 1 日曾向綽號「智威」之成年男子購入甲基安非他命外，另於警詢中已供出其毒品上游為吳○○（真實姓名詳卷），經檢察官依上訴人之該項指證內容偵查起訴吳○○涉嫌於 109 年 5 月 4 日販賣第二級毒品予上訴人（該案起訴書亦載敘本次係經上訴人於警詢中供出吳○○為其毒品上游，而由警方持法院核發之搜索票至吳○○居所執行搜索而查獲），並經臺灣新北地方法院於 110 年 4 月 14 日以 110 年度訴字第 54 號判決根據上訴人之證述暨其他相關事證，認定上訴人向吳○○購入上開毒品後，旋於翌日凌晨 2 時 55 分許在新北市○○區○○路 0 段 00 之 0 號之台灣中油○○交流道加油站，為警查獲，並扣得其持有之甲基安非他命共 7 包各情，論處吳○○犯販賣第二級毒品罪刑，有第一審卷內相關事證及上訴人提出之該案件刑事判決在卷可按。原判決未及審酌釐清，致未適用毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定，減輕其刑，即有判決不適用法則之違法。

五、上訴意旨執上開吳○○刑事判決指摘原判決有未適用前述規定減輕之違誤，即屬有據，而此為本院得依職權調查之事項，且不影響於其事實之確定，可據以為裁判。爰將原審及第一審判決關於持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上罪刑部分予以撤

銷，並依毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定減輕其刑，復以上訴人之責任為基礎，參諸原判決所審酌此部分之一切情狀，量處如主文第 2 項所示之刑。

貳、上訴駁回（即持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上之沒收）部分：

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。

二、刑法沒收新制業將沒收定位為刑罰及保安處分以外獨立的法律效果，已非從刑。是沒收雖以犯罪（違法）行為為前提，但於不生裁判歧異之前提下，若原判決論罪時就諭知沒收部分並無不合，僅罪刑部分之適用法則不當，第三審於不影響事實確定之情形，自可僅就罪刑部分撤銷改判，另就沒收部分判決駁回上訴。

三、本件原審審理結果，認為上訴人有事實欄一所示持有第二級毒品純質淨重 20 公克以上之犯行明確，且第一審判決此部分諭知沒收已載敘所憑之事實及理由，核屬有據，因而維持第一審該諭知沒收之判決，並無不合。上訴意旨對於原判決此部分僅泛言該罪刑之論處不當，復未具體指摘原判決該沒收之諭知有何違法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 397 條、第 398 條第 1 款、第 395 條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　15　　日

刑事第八庭審判長法　官　何菁莪

法　官　何信慶

法　官　劉興浪

法　官　黃潔茹

法　官　朱瑞娟

本件正本證明與原本無異

書記官　王毓嫻

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　21　　日

附錄本案論罪科刑法條
毒品危害防制條例第 11 條第 4 項：
持有第二級毒品純質淨重二十公克以上者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣七十萬元以下罰金。

裁判字號：最高法院 112 年度台抗字第 188 號刑事裁定
裁判日期：民國 112 年 03 月 22 日
裁判案由：妨害性自主等罪假釋付保護管束
最高法院刑事裁定　　112 年度台抗字第 188 號
抗　告　人　陳韻名
上抗告人因妨害性自主等罪假釋付保護管束案件，不服臺灣高等法院中華民國 111 年 12 月 9 日駁回其聲明異議之裁定（111 年度聲字第 2886 號），提起抗告，本院裁定如下：

主　文

原裁定撤銷，應由臺灣高等法院更為裁定。

理　由

一、原裁定意旨以抗告人陳韻名因犯強制性交等罪刑，經法務部於民國 111 年 5 月 4 日核准假釋，及原審法院以 111 年度聲字第 1646 號裁定假釋中付保護管束，並附加害人處遇計畫事項確定在案，因臺灣新北地方檢察署（下稱新北地檢署）檢察官以抗告人假釋後住所不宜提供其實際入住，致抗告人獲准假釋迄今仍未釋放，其雖向該署檢察官陳情執行假釋釋放，仍經新北地檢署於 111 年 6 月 15 日以新北檢增木 111 執聲他 1885 字第 0000000000 號函（下稱系爭函文）否准其請求，而據以聲明異議。惟抗告人為性侵害犯罪受刑人，其受性侵害犯罪防治法第 20 條第 3 項第 4 款規定（按該法業於 112 年 2 月 15 日修正，上揭規定移至第 34 條第 1 項第 4 款）命其居住於指定處所之「保護管束」，性質上為假釋釋放主授益處分之「附款」，非屬檢察官執行之指揮，不能單獨撤銷，抗告人應就監獄應為假釋釋放之行政處分依法爭訟，刑事訴訟法第 484 條之聲明異議無從審究。另其就不能單獨爭執之「保護管束」附款不服，顯不合法，亦無依法院組織法第 7 條之 3 第 1 項（移送至有審判權之管轄法院）之義務，乃駁回其聲明異議。固非無見。

二、惟按受刑人以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議。刑事訴訟法第 484 條定有明文。此所稱「檢察官執行之指揮不當」，係指就刑之執行或其方法違背法令，或雖非違法而因處置失當，致受刑人蒙受重大不利益者而言。而是否屬檢察官執行之指揮，得為聲明異議之標的，自應就檢察官所為之實質內容予以觀察、判斷。

又監獄對於受刑人符合假釋要件者，應提報其假釋審查會決議

後，報請法務部審查；法務部參酌監獄陳報假釋之決議，應為許可假釋或不予許可假釋之處分，監獄行刑法第 115 條第 1 項、第 118 條第 1 項前段定有明文。而假釋出獄者，在假釋中付保護管束；並由檢察官聲請該案犯罪事實最後裁判之法院裁定之；刑法第 93 條第 2 項、刑事訴訟法第 481 條第 1 項第 2 款亦規定明確。是以，許可假釋處分與交付保護管束裁定所依據之法律規定並不相同，其訟爭救濟程序亦各異其徑。另監獄行刑法第 138 條第 2 項規定：「核准假釋者，應於保護管束命令送交監獄後二十四小時內釋放之。但有移交、接管、護送、安置、交通、銜接保護管束措施或其他安全顧慮特殊事由者，得於指定日期辦理釋放」，故矯正機關是否釋放已核准假釋之受刑人乃繫於執行檢察官核發之保護管束命令，自不得將該條項但書規定所指「銜接保護管束措施」視為核准假釋處分之附款。

再保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。假釋出獄者，假釋中付保護管束，屬於保安處分之一種，其目的在監督受刑人釋放後之行狀與輔導其適應社會生活，期能繼續保持善行。依保安處分執行法第 64 條第 2 項之規定，法務部得於地方檢察署置觀護人，專司由檢察官指揮執行之保護管束業務，因此受刑人假釋中之保護管束事務，自係由檢察官指揮執行。又對於刑罰或保安處分之執行得聲明異議之事由，固限於檢察官執行之指揮為不當者，然此所稱檢察官執行之指揮不當，不應侷限於已核發指揮書之情形，凡檢察官有積極執行指揮之違法及其執行方法有不當等情形，均屬之，是受刑人於假釋釋放前之銜接保護管束措施，雖尚非經檢察官具體核發指揮書實施保護管束措施，然觀護人所擬該處遇計畫措施，均須經由檢察官核示許可決定，自應屬檢察官指揮執行職權之範疇，倘檢察官執行指揮有不當，受刑人自得向法院聲明異議。

卷查，㈠法務部矯正署於抗告人經法務部核准假釋後，即依監獄行刑法第 138 條第 2 項但書及法務部 104 年 10 月 29 日法綜字第 00000000000 號函示（依其附件「假釋付保護管束作業流程圖之簡要說明」，矯正機關妨害性自主案件受刑人假釋核准後，須執行保護管束檢察署觀護人室完成觀護處遇計畫，以「性侵害案件假釋出獄釋放前銜接觀護處遇計畫通報表」〈下稱通報表〉通知矯正機關，並俟出監銜接事宜確認後，始得辦理假釋

釋放手續）辦理，於 111 年 5 月 6 日函請執行保護管束之新北地檢署，由該署觀護人進行抗告人性侵害案件付保護管束人評估與處遇，載稱訪查（抗告人）入住同意書之地址不適宜讓抗告人入住，將回覆監所，請助抗告人另覓出監住所，再議出監事項，經檢察官核覆後，於 111 年 5 月 12 日以通報表通知○○○○○○○○○○（下稱宜蘭監獄），因而迄今未辦理釋放程序等情，有宜蘭監獄 111 年 7 月 28 日宜監教字第 00000000000 號函、新北地檢署 111 年 7 月 14 日新北檢增立 111 執護評 20 字第 0000000000 號函及 111 年度執護評字第 20 號觀護卷宗（影本）等在卷可按。㈡抗告人雖於同年 5 月 23 日以陳情狀載稱：其因家庭經濟狀況，無力另承租獨立房間處所，家人同意其入住（即戶籍地），其亦願接受裝置電子監控設備，保護管束之執行應無問題，合乎法定的釋放條件，請准予釋放，惟檢察官仍以系爭函文覆稱：「請台端另覓住所，以利本署辦理後續事宜」，抗告人遂以系爭函文否准其請求，認檢察官執行之指揮為不當，為此聲明異議等情（見原審卷第 5、6 頁）。倘若無誤，抗告人係以新北地檢署系爭函文否准其請求為不當，為聲明異議之標的，並指摘新北地檢署檢察官以陳報居住處所無法實施科技監控之銜接保護管束措施為由，不執行假釋釋放，其執行指揮有所不當。又㈢抗告人係因妨害性自主等罪案件經核准假釋，依上揭監獄行刑法第 138 條第 2 項但書規定及說明，須由監所通知執行保護管束檢察署觀護人預擬完成銜接處遇計畫，經檢察官核可後通知監所後，始能辦理釋放，而抗告人因所陳報居住處所，經觀護人訪查評估認不適宜裝設科技設備監控，報請檢察官覆核後通知監所助抗告人另覓出監處所再議出監事項，可見檢察官於抗告人本件假釋保護管束之執行事項，已有具體實質之指揮執行，抗告人認已造成其假釋釋放之延宕，執以指摘檢察官之指揮不當，自得依循刑事訴訟法第 484 條規定向諭知該裁判之法院（即原審法院）聲明異議，尋求救濟。乃原裁定遽認此非檢察官執行之指揮，而駁回抗告人異議之聲明，自非適法。

三、基於憲法第 16 條人民訴訟權之程序保障，及憲法第 8 條正當法律程序原則，當事人，尤其刑事被告或受刑人，於法院程序進行中，享有一定之程序參與權，其中陳述意見乃程序參與權所保障之基本內涵，亦為法院應遵循正當法律程序之一環。頃

刑事訴訟法為落實保障受保安處分人之程序參與權，亦於 111 年 11 月 30 日增訂第 481 條之 5 至第 481 條之 7 規定，視保安處分之性質是否拘束人身自由，而規範法院應或依職權傳喚受處分人到場，並給予陳述意見之機會。

又執行檢察官固應依具體個案，經考量犯罪特性、情節及受刑人個人特殊事由，包括對於受刑人家庭、生活，及其家人是否產生難以維生之重大影響等事項後，綜合評價而為合義務性之裁量，倘其裁量權之行使有裁量怠惰或濫用裁量之違法情形，法院自得介入審查。而性侵害犯罪加害人（受刑人）之居住處所有無不利保護管束之執行，須依性侵害犯罪防治法第 34 條第 1 項第 4 款規定，由檢察官命其居住於指定處所之情形，因屬核准假釋後之銜接保護管束措施，攸關受刑人何時釋放之重大權益，程序上自宜給予受刑人有陳述意見，甚且辯明之機會。本件新北地檢署檢察官係依該署觀護人進行抗告人性侵害案件付保護管束人評估與處遇所載，認抗告人假釋後之戶籍地不適宜讓其入住，乃以系爭函文回覆抗告人，請其另覓住所，以利辦理後續（出監）事項，致抗告人雖於 111 年 5 月獲准假釋，惟迄未釋放等情，倘若無誤，檢察官為上開抗告人應另覓住所之指示前，似未傳喚抗告人到場或聽取其意見，致抗告人未能就上述由檢察官單方面之裁量因素，有陳述意見之適當機會，已有不當。況且抗告人如無適當之居住處所，檢察官亦可依性侵害犯罪防治法第 34 條第 1 項第 4 款規定，指定其應居住之處所，惟檢察官逕認抗告人假釋後入住處所無法執行銜接之保護管束，致使抗告人雖經核准假釋並經法院裁定付保護管束，迄今仍無法出獄，其裁量權之行使有無遵守侵害最小的必要性原則，而違反比例原則之情事，自有再予商榷之餘地。

四、抗告意旨指摘原裁定不當，非無理由，應將原裁定撤銷，由原審法院更為適當之裁定。又案經發回，原審法院宜參酌刑事訴訟法第 481 條之 5 至第 481 條之 7 規定之立法意旨，傳喚抗告人到場，給予陳述意見之機會，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第 413 條前段，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　22　　日

刑事第七庭審判長法　官　段景榕

法　官　沈揚仁

法　官　汪梅芬

法　官　宋松璟
法　官　楊力進

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　23　　日

裁判字號：最高法院 112 年度台抗字第 345 號刑事裁定
裁判日期：民國 112 年 03 月 22 日
裁判案由：違反毒品危害防制條例聲請再審
最高法院刑事裁定　　112 年度台抗字第 345 號
抗　告　人　林長志
上列抗告人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國 112 年 1 月 31 日駁回其聲請再審之裁定（111 年度原聲再字第 5 號），提起抗告，本院裁定如下：

主　文

原裁定撤銷，應由臺灣高等法院花蓮分院更為裁定。

理　由

一、按刑事法有關「免除其刑」、「減輕或免除其刑」之法律規定用詞，係指「應」免除其刑、「應」減輕或免除其刑之絕對制，依據「免除其刑」及「減輕或免除其刑」之法律規定，法院客觀上均有依法應諭知免刑判決之可能，是以刑事法有關「免除其刑」及「減輕或免除其刑」之法律規定，均足以為法院諭知免刑判決之依據。而刑事有罪判決確定後，發現其事實認定有重大違誤，受有罪判決之人依法應受免刑之判決時，刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款特別將之列為再審事由而明定「六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」因此，該款所稱「應受……免刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內，始與憲法第 7 條保障平等權之意旨無違（憲法法庭 112 年憲判字第 2 號判決意旨參照）。毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 17 條第 1 項「減輕或免除其刑」規定，係指「應」減輕或免除其刑而言，對於符合該條項所定要件者，法院客觀上亦有依法應諭知免刑判決之可能，足為法院諭知免刑判決之依據，是依上開說明，自得執為聲請再審之原因。

二、經查，本件抗告人林長志因違反毒品危害防制條例案件，對於原審法院 107 年度原上訴字第 67 號刑事確定判決（下稱原判決，而經原審法院以上訴逾期裁定駁回其上訴，再經本院 109 年度台抗字第 416 號裁定以抗告無理由，予以駁回），以曾於偵查中供出毒品來源為李欽國，惟李欽國在逃，致未能依毒品條例第 17 條第 1 項規定減免其刑，嗣李欽國遭查獲，並因其之供述

，經原審法院 109 年度上訴字第 47、48、49、50 號判決有罪確定，符合上揭減免其刑規定，依刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定聲請再審，原裁定以上開減免其刑之規定，僅影響科刑範圍，罪名不變，與該款所定聲請再審之要件不符，而駁回其再審之聲請。惟依原裁定之記載，以抗告人所主張上揭新證據，非無毒品條例第 17 條第 1 項規定適用，而刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款所謂「應受……免刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內，毒品條例第 17 條第 1 項既屬「應」減輕或免除其刑之法律規定，依前開說明，似非僅影響科刑範圍，亦有應諭知免刑判決之可能，而認合於法定聲請再審事由之要件，原審未及審酌上情，逕予再審無理由駁回抗告人之聲請，容有違誤。抗告意旨執以指摘原裁定不當，為有理由，爰將原裁定撤銷，由原審法院另為適法之裁定。

據上論結，應依刑事訴訟法第 413 條前段，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　22　　日

刑事第七庭審判長法　官　段景榕

法　官　沈揚仁

法　官　楊力進

法　官　宋松璟

法　官　汪梅芬

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　23　　日