

# 憲法法庭 111 年憲裁字第 254 號裁定不同意見書

黃瑞明大法官提出

黃虹霞大法官加入

詹森林大法官加入

本件聲請人主張依中華民國 102 年 1 月 23 日修正公布之公務人員任用法（下稱任用法）第 28 條第 1 項第 4 款規定：「有下列情事之一者，不得任用為公務人員：四、曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。」及第 2 項前段規定：「公務人員於任用後，有前項第 1 款至第 8 款情事之一者，應予免職。」（下合稱系爭規定）對於曾犯貪污罪之公務人員一律免職，且不得再任用為公務人員，而未對揭弊者（又稱吹哨者 whistleblower）提供保護而違憲。多數意見決議不受理，本席認為具有受理審查之價值，爰提出不同意見。

## 一、本件聲請案之原因事實大要及聲請人之主張

聲請人戴先生原係新竹縣家畜疾病防治所技士，參與所內多位人員以申報人頭、開立不實統一發票之方式，詐取計畫款項，作為招待上級長官、私人或同事聚餐私用，聲請人向法務部廉政署自首，因而查獲其他正犯或共犯，經新竹地方法院 103 年度訴字第 65 號刑事判決有罪，依貪污治罪條例第 8 條第 1 項規定免除其刑，因聲請人未上訴而確定。新竹縣政府依系爭規定予以免職，聲請人就該免職處分，依法提起訴願及行政訴訟，經臺北高等行政法院以 105 年度訴字第 1075 號判決駁回，乃向最高行政法院提起上訴，經該院以

上訴不合法而裁定駁回。故本件聲請案應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決。

按貪污治罪條例第 8 條規定：「(第 1 項)犯第 4 條至第 6 條之罪，於犯罪後自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。(第 2 項)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；因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」以鼓勵曾經涉入貪污情事之公務人員自首並勇於揭發弊端，因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑（下稱免刑），是為對於揭弊者之保障。本件聲請人符合該條之規定而獲得免刑判決<sup>1</sup>，然而卻因系爭規定未對揭弊而獲免刑判決者有除外之規定，而被免職且不得再任公務員，因此主張系爭規定不符憲法第 18 條服公職權之制度性保障並違反比例原則而違憲。

## 二、系爭規定之例外——貪污犯受緩刑宣告而未被撤銷者，得再任公職（司法院釋字第 66 號解釋）

(一) 按公務人員曾服公務有貪污行為經判決有罪確定者，不得為公務人員之規定，係源於 43 年 1 月 9 日公布之任用法第 17 條第 2 款規定：「有左列事情之一者，不得為公務人員：二、曾服公務有貪污行為經判決確定。或通緝有案，尚未結案者。」查司法院於 45 年 11 月 2 日公布釋字第 66 號解釋，聲請人考試院因臺中市政府認為司法院 44 年 11 月 21 日公布之釋字第 56 號解釋：「公務員被判褫奪公權，而其主刑經宣告緩刑者，在緩刑期

---

<sup>1</sup> 刑事訴訟法第 299 條第 1 項規定：「被告犯罪已經證明者，應諭知科刑之判決。但免除其刑者，應諭知免刑之判決。」

內，除別有他項消極資格之限制外，非不得充任公務員。」與考試法第 8 條第 1 項第 2 款規定及任用法第 17 條第 2 款所列情事有所歧異，而聲請大法官解釋。釋字第 66 號解釋指出：「考試法第 8 條第 1 項第 2 款及公務人員任用法第 17 條第 2 款所列情事，均屬本院釋字第 56 號解釋所謂他項消極資格，其曾服公務而有貪污行為經判決確定者，雖受緩刑之宣告，仍須俟緩刑期滿而緩刑之宣告並未撤銷時，始得應任何考試或任為公務人員。」

司法院釋字第 66 號解釋宣示公務人員有貪污行為經判決確定，受緩刑之宣告者，於緩刑期滿而未被撤銷時，始得應任何考試或任為公務人員，係就任用法第 17 條第 2 款貪污犯不得為公務人員之規定，宣示受緩刑宣告而未被撤銷者為例外。75 年制定公布任用法全文，條次調整為第 28 條，意旨不變，後曾多次修法，但均維持 43 年 1 月 9 日公布第 17 條第 2 款之原意，並未依據司法院釋字第 66 號解釋而修改，第 28 條第 2 款規定於 85 年 11 月 14 日修法時改列為第 4 款，僅標點符號修改而原意不變；其他修改包括增列第 5 款規定公務人員犯前 2 款以外之罪，即內亂、外患及貪污罪以外之罪，受緩刑宣告者得不受「不得為公務人員」之限制。亦即公務人員犯內亂、外患、貪污以外之罪諸如傷害、詐欺等罪有罪確定而受緩刑宣告者，則仍得為公務人員。

是依任用法第 17 條第 2 款（現為第 28 條第 4 款）規定，公務人員犯貪污罪者，縱受緩刑宣告，仍不得再任公務人員。任用法經多次修正（最近一次為 108 年 4 月 3 日），但該款之規定意旨均未變更，因此在立法上一貫維持公

務人員曾犯貪污罪經判決有罪確定者，縱獲緩刑宣告，仍不得再任公務人員。基此銓敘部 106 年 8 月 11 日部法三字第 1064253227 號函復法務部指出，公務人員犯貪污罪經判決有罪確定而獲緩刑宣告者，得於緩刑期滿後再任公務人員之依據，為司法院釋字第 66 號解釋，而為任用法第 28 條第 1 項第 4 款規定之例外。

- (二) 銓敘部上開回復法務部函結論：「綜上，公務人員有貪污行為經有罪判決確定，無論受緩刑宣告或免刑判決，二者均屬有罪判決；惟受緩刑宣告者係依前開司法院釋字第 66 號解釋，得俟緩刑期滿而緩刑之宣告並未撤銷，亦即與未曾受刑之宣告相同時，得再任為公務人員。至免刑判決者自始未受刑之宣告，宜否比照受緩刑宣告者，得再任為公務人員一節，因涉及刑法有關緩刑及免刑相關規定，尚須審慎研議。」是依現行法之規定，公務人員犯貪污罪縱因揭弊而依貪污治罪條例第 8 條規定而獲免刑判決，仍應予免職且不得再任公務人員，即為本件確定終局判決之基礎。

### 三、免刑判決與緩刑宣告犯罪情節輕重及何者對被告較有利之比較

公務人員犯貪污罪經有罪判決確定，受免刑判決者，不得任公務人員；受緩刑宣告未被撤銷者，則得再任公務人員，如此之現象是否合理即值探討。

- (一) 查「免刑」係針對犯罪情節輕微，顯可憫恕者，在最低法定刑度以下減輕其刑仍嫌過重之情形，所為應不予執行宣告之刑罰之特別處置（刑法第 59 條及第 61 條規定

<sup>2</sup>參照)；「緩刑」則係指受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，以暫不執行為適當（刑法第 74 條規定<sup>3</sup>參照）而言，兩者相較：受免刑判決與受緩刑宣告，前者犯罪情節顯較後者輕微，是如法律就受免刑判決者及受緩刑宣告者之相類違法（例如貪污）行為另作其他懲處，比如為得否再任公務員為規定，則本於責罰相當原則，應認為若受緩刑宣告者得再任公務員，則受免刑判決者自應得再任公務員。

(二) 至於緩刑之效力為「緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力」（刑法第 76 條前段規定），且緩刑宣告在一定條件之下得被撤銷（刑法第 75 條、第 75 條之 1 規定參照），而免刑判決則無此規定，僅不科刑。相較於緩刑宣告，受免刑判決者，於判決確定時，即已不科處刑罰，亦無撤銷免刑之規定，足見判決當下，就形式上觀察，免刑判決較緩刑宣告是對被告更有利之宣判。免刑判決及緩刑宣告皆為有罪判決，但緩刑宣告可能設有負擔（刑法第 74 條第 2 項規定參照），且須於 2 年至 5 年期間內無撤銷緩刑宣告之事由，否則將可能繼續執行刑罰，而無刑之宣告失其效力可言（刑法第 76 條但書規定參照）。但若是緩刑期間屆滿，則此時依刑法第 76 條前段規定，刑之宣告失其效力，而所謂刑之宣告失

---

<sup>2</sup> 刑法第 59 條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」及第 61 條規定：「犯下列各罪之一，情節輕微，顯可憫恕，認為依第 59 條規定減輕其刑仍嫌過重者，得免除其刑：一、最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。但第 132 條第 1 項、第 143 條、第 145 條、第 186 條及對於直系血親尊親屬犯第 271 條第 3 項之罪，不在此限。二、第 320 條、第 321 條之竊盜罪。三、第 335 條、第 336 條第 2 項之侵占罪。四、第 339 條、第 341 條之詐欺罪。五、第 342 條之背信罪。六、第 346 條之恐嚇罪。七、第 349 條第 2 項之贓物罪。」

<sup>3</sup> 刑法第 74 條第 1 項規定：「受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告 2 年以上 5 年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。」

其效力，即緩刑若未因法定原因而遭撤銷，則緩刑期滿後，原宣告刑失其效力，就和未曾犯過本罪之狀態一樣，則就結果而論，緩刑宣告似較免刑判決對被告較為有利。至於警察刑事紀錄證明，對於受緩刑之宣告，未經撤銷者，以及受免刑之判決者，均不予以記載，則無差別（警察刑事紀錄證明核發條例第6條第2款及第4款規定參照）。故依刑法規定，就免刑與緩刑之條件及結果比較，何者對被告有利，尚非可一概而論。

- (三) 司法院釋字第66號解釋僅係針對受緩刑宣告者能否應任何考試或任為公務人員為宣示，並未對受免刑判決者為宣示，依前所述，於判決當下，對被告而言免刑係較緩刑有利之判決，依舉輕以明重之法理，對受免刑判決者，不應受到較受緩刑宣告者更不利之待遇，既然受緩刑宣告而未被撤銷者得再任公務人員，受免刑判決者亦應相同適用，始為合理。然而，銓敘部前揭函指出：「公務人員曾服公務有貪污行為經有罪判決確定，其緩刑或免刑並非概以犯罪情節輕重為斷」，其意似指公務人員有貪污行為經有罪判決確定獲免刑判決者，主要原因可能是依據貪污治罪條例第8條規定，在犯罪後自首，或在偵查中自白，因而查獲其他正犯或共犯，乃致獲得免刑判決，至於其個人之貪污情節，有可能是情節重大者，若非有「查獲其他正犯或共犯」之戴罪立功行為，未必能獲得緩刑之宣告。因此為顧及公務人員官箴形象及國民對公務執行信賴度，未能認同受免刑判決者，亦應如同受緩刑宣告者一般，得再任為公務人員。如此之疑慮固的道理，然而揭弊者亦有可能是在長官壓迫之下或是處於其所任職機關集體作弊文化，身不由己而同流合污

者，其犯行自然較諸長官為輕，但與其他附從而同流合污者相同，僅因其冒著風險出而揭弊，始得以破獲集體貪污。若其他同屬共犯者皆能獲得緩刑之宣告，而該揭弊者之參與程度與其他共犯皆相同，原亦得獲得緩刑，僅因其有揭弊行為，故獲得較緩刑形式上更有利之免刑判決，若因此反而不能再任公務人員，豈非讓揭弊者處於更不利之地位，不僅造成實質不公平，且打擊了揭弊者，亦違背貪污治罪條例第 8 條規定鼓勵自首或自白之立法意旨。

- (四) 本件聲請人曾觸犯貪污治罪條例之罪，於新竹地方法院 103 年度訴字第 65 號刑事判決就 11 位共同被告中，有 2 人獲判免刑，8 人獲判緩刑，故判決有罪而未獲緩刑或免刑者僅 1 人。聲請人獲免刑判決之理由為：「因本件係被告戴○○不懼壓力，勇於檢舉並挺身自首，是被告戴○○於犯罪後自首，並已自動繳交其全部所得財物，亦因而查獲其他正犯，均應依貪污治罪條例第 8 條第 1 項免除其刑。」另外有 8 位共同被告獲得緩刑宣告之理由為：「前均未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有臺灣高等法院被告前案紀錄表各 1 份在卷可按，皆因一時失慮致罹刑章，且犯後均能坦承犯行，態度良好，足見有其悔意，且各人全部之實際犯罪所得亦均已繳還，經此偵審程序及刑之宣告，當知所警惕，信無再犯之虞，本院認上開所宣告之刑均以暫不執行為適當，故併依刑法第 74 條第 1 項第 1 款之規定，均宣告緩刑如主文所示，以啟自新。」

新竹地方法院前開判決書特別指出聲請人「不惜壓力，勇於檢舉並挺身自首」，因而給予免刑判決，若是聲請人

與其他獲緩刑者之共同被告犯案情節類似，原亦可有獲緩刑宣告之機會，因法院給予免刑之較有利判決，反而因此未能如其他共犯者獲得再任公務人員之機會，這絕非系爭規定立法之原意。

#### 四、貪污犯獲免刑判決或緩刑宣告者能否再任公務員應予檢討改善

由上討論顯示公務人員犯貪污罪受緩刑宣告而未被撤銷者，因司法院釋字第 66 號解釋而得再任公務人員，相同犯行者因有自首或自白而查獲其他正犯或共犯而獲免刑判決者，反而不得再任公務員，可能造成不公平、不合理之現象，該現象已經成為實務界關注之議題，聲請人之案例並非特例。實務上曾有犯貪污罪者蔡男因犯行輕微於一審判緩刑，二審認蔡男自首且繳回犯罪所得，依貪污治罪條例規定可免刑，一審卻僅給予減輕其刑及緩刑，並不恰當，而改判免刑。但蔡男認為依任用法之規定，緩刑期滿未經撤銷仍有再任公職機會，但免刑判決反而讓他終身喪失公務員再任機會，因此不服二審判決，提起上訴，最高法院認為二審的免刑判決自形式觀之，較一審有利，然而蔡男已主張免刑判決致其無法再任公務人員，將遭受比緩刑宣告更不利益之影響，原審卻未於量刑時將上揭因素併列檢視而予以審酌，亦未說明其諭知免刑判決因此剝奪蔡男再任公務人員資格所取捨之理由，其量刑是否妥適，即非無疑義，因而撤銷原判決而發回更審（最高法院 109 年度台上字第 4816 號刑事判決參照）。媒體就此亦有所報導<sup>4</sup>，最高法院檢察署前主任檢察官亦曾著

---

<sup>4</sup> 蕭博文，公務員涉貪判免刑 最高法院認未必有利發回更審，中央社，<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202011100097.aspx>，2020 年 11 月 10 日刊登。



文討論<sup>5</sup>，可見本件聲請人所主張系爭規定對所有犯貪污罪經有罪判決確定者一律免職，且不得再任公務員之規定，有所不周之情事，已非個案，而具有普遍性之問題，且司法院釋字第 66 號解釋，就受緩刑宣告者對系爭規定形成例外情事，造成貪污犯究應判處緩刑或免刑始對被告較為有利之爭議，確有必要就此檢討改進，或可考慮補充解釋司法院釋字第 66 號解釋之可行性，在一定條件下，將適用範圍擴張至受免刑判決者，並於目前擬議中之揭弊者保護法案中，將此問題列入考量。

---

<sup>5</sup> 葉雪鵬，刑法上的免刑與緩刑，有何不同？，臺灣高等檢察署法律常識問題，<https://www.tph.moj.gov.tw/4421/4475/4483/844454/>，2021 年 1 月 20 日刊登。