

法規範憲法審查聲請書

聲請人 徐千祥

代理人 張智皓律師 地址：高雄市新興區民生一路 52 號 2 樓
G 室 (承星綜合法律事務所)
陳雅琴律師 電話：07-2238356
許雪螢律師 傳真：07-2263088

1 為聲請人受違反貪污治罪條例案件，認臺灣高等法院臺南分院 100 年
2 度重上更(三)字第 14 號刑事判決，所適用之貪污治罪條例第 5 條第 1
3 項第 2 款之規定及判決中表示之法律上見解，有牴觸法定法官原則、
4 公平審判原則、憲法明確性原則、憲法第 7 條、恣意禁止原則、憲法第
5 8 條及第 23 條之虞，更與貴 大院釋字第 641 號、第 669 號及第 790 號
6 解釋意旨不符；暨聲請人因告訴瀆職等案件聲請交付審判，認臺灣臺南
7 地方法院 105 年度聲判字第 30 號刑事裁定，所適用之刑事訴訟法第
8 232 條之規定及判決中表示之法律上見解，有違法律明確性原則之虞，
9 更侵害憲法保障人民之訴訟權，爰提出聲請書如下：

10 聲明

- 11 一、刑事訴訟法第 17 條第 8 款，依「最高法院第二次發回更審以後
12 之民、刑事上訴案件分案實施要點」將第二次發回更審以後案件
13 分由原主辦股辦理，違反法定法官原則及公平審判原則而違憲。
14 二、刑事訴訟法第 232 條違反法律明確性原則及憲法第 16 條訴訟權
15 保障而違憲。
16 三、貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款違反憲法第 7 條、恣意禁止
17 原則、憲法第 8 條人身自由基本權及憲法第 23 條比例原則而違
18 憲。

1
2 **貳、歷審裁判**

3 **臺灣高等法院臺南分院 100 年度重上更(三)字第 14 號刑事判決**
4 **之部分：**

- 5 一、臺灣臺南地方法院 93 年度訴字第 1205 號判決(附件 1)
6 二、臺灣高等法院臺南分院 95 年度上訴字第 655 號判決(附件 2)
7 三、最高法院 96 年度台上字第 5876 號判決(附件 3)
8 四、臺灣高等法院臺南分院 96 年度上更(一)字第 461 號判決(附件 4)
9 五、最高法院 99 年度台上字第 928 號判決(附件 5)
10 六、臺灣高等法院臺南分院 99 年度重上更(二)字第 53 號判決(附件
11 6)
12 七、最高法院 99 年度台上字第 8203 號判決(附件 7)
13 八、臺灣高等法院臺南分院 100 年度重上更(三)字第 14 號判決(附件
14 8)
15 九、最高法院 102 年度台上字第 4236 號判決(附件 9)

16 **臺灣臺南地方法院 105 年度聲判字第 30 號刑事裁定之部分：**

- 17 十、臺灣臺南地方法院 105 年度聲判字第 30 號裁定(附件 10)

18
19 **參、聲請標的 (確定終局判決所適用之法律或命令之名稱及內容)**

- 20 一、刑事訴訟法第 17 條第 8 款：「法官於該管案件有下列情形之一
21 者，應自行迴避，不得執行職務：法官曾參與前審之裁判者。」
22 (下稱「系爭規定一」)
23 二、刑事訴訟法第 232 條：「犯罪之被害人，得為告訴。」(下稱「系
24 爭規定二」)
25 三、貪污治罪條例(下稱本條例)第 5 條第 1 項第 2 款之規定「有下
26 列行為之一者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣六千萬元
27 以下罰金：二、利用職務上之機會，以詐術使人將本人之物或
28 第三人之物交付者。」(下稱「系爭規定三」)

1
2 **肆、聲請期間內聲請：**

3 一、按憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定：「人民就其依法定程序用盡審
4 級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁
5 判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」次
6 按憲法訴訟法第 92 條第 2 項規定：「第五十九條第一項之法規範
7 憲法審查案件或第八十三條第一項之案件，聲請人所受之確定終
8 局裁判於本法修正施行前已送達者，六個月之聲請期間，自本法
9 修正施行日起算；其案件之審理，準用第九十條第一項但書及第
10 九十一條之規定。」再按 大院釋字第 185 號解釋「確定終局裁
11 判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經
12 本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁
13 判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異
14 問題。」。

15 二、憲法訴訟法於民國(下同)111 年 1 月 4 日施行，本聲請案件按上
16 開憲法訴訟法第 92 條規定，刑事確定終局裁判於憲法訴訟法施
17 行前已送達者，就法規範審查案件，其聲請期間應自 111 年 1 月
18 4 日起算六個月內聲請（即 111 年 7 月 4 日之前）。故聲請人於
19 111 年 6 月 30 日提出本聲請書向憲法法庭聲請法規範憲法審
20 查，核屬符合上開憲法訴訟法第 92 條之規定。

21
22 **伍、主要爭點**

23 一、針對系爭規定一之部分：

24 刑事訴訟法第 17 條第 8 款「法官曾參與前審之裁判者」，該「前
25 審」應包含最高法院法官曾參與前次發回更審之情況。本案聲請
26 人遭臺灣高等法院臺南分院 99 年度重上更(二)字第 53 號判決
27 有期徒刑陸年、褫奪公權伍年，上訴後經最高法院將原判決撤銷
28 發回，再經臺灣高等法院臺南分院 100 年度重上更(三)字第 14

1 號判決有期徒刑陸年，褫奪公權伍年，聲請人再為上訴時，最高
2 法院依當時「最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件
3 分案實施要點」(附件 11)第 2 點將該案分由原主辦股辦理(即所
4 謂更二連身條款)，已違反法定法官原則及公平審判原則，使參
5 與更二審上訴最高法院裁判之法官無須適用系爭規定一予以迴
6 避，而直接參與聲請人更三審上訴最高法院之審理過程，侵害憲
7 法保障人民之訴訟權。

8 二、針對系爭規定二之部分：

9 刑事訴訟法第 232 條「犯罪之被害人，得為告訴。」，該「被害
10 人」依最高法院向來見解僅限縮於因犯罪行為而直接受有損害之
11 人而言，私人法益被侵害雖不排除與國家法益被侵害同時發生，
12 惟私人法益仍須符合直接受侵害，始得提起告訴。惟告訴作為促
13 使國家發動偵查的原因，被害人應泛指權利領域受犯罪影響的人，
14 縱使是在保護國家或社會法益之犯罪，亦可能將涉及其中的個人
15 當成直接被害人。是，臺灣臺南地方法院 105 年度聲判字第 30
16 號裁定認聲請人就刑法第 138 條毀損公文書罪、第 165 條湮滅
17 他人刑事證據罪、第 169 條第 2 項意圖使他人受刑事處分而偽
18 造、變造證據或使用偽、變造證據罪、第 213 條公務員登載不實
19 公文書罪等侵害國家法益之罪屬間接受害，並非直接被害人，不
20 得為告訴，侵害憲法保障人民之訴訟權。

21 三、針對系爭規定三之部分：

22 本件聲請目的則係因系爭規定三規定「有下列行為之一者，處
23 七年以上有期徒刑，得併科新臺幣六千萬元以下罰金：二、利
24 用職務上之機會，以詐術使人將本人之物或第三人之物交付
25 者。」未能考量個案個別化差異，統一規定七年以上自由刑，
26 不僅條文內文義「利用職務上之機會」迄今無明確規範，且法
27 院實務就系爭規定三「著手」標準採認不一，違反憲法明確性
28 原則，亦使適用該法規之人民遭受「特別權力關係下」之遺害，

1 進而可能承受行為當時所未認識且過度評價之刑罰制裁並生
2 罪責與處罰不相當之結果，準此，有違反憲法第 8 條及 23 條
3 比例原則之疑義，聲請人是據以提出聲請解釋。

4 5 陸、案情摘要

6 一、本件聲請案所涉及司法刑事案件之原因事實如下：

7 (一) 聲請人案件

8 1、確定判決認定事實略為：

- 9 A. 聲請人於 92 年 1、2 月間，任海巡署海洋巡防總局高雄直
10 屬船隊專員時，與線民羅卓文於 92 年 4 至 6 月間某日謀
11 議共同利用職務上機會，詐取查獲大麻植株「緝獲獎金（即
12 績效獎金）」與「檢舉獎金」（此部分協議由聲請人分得三成、
13 羅卓文分得七成）。
- 14 B. 羅卓文得知吳豐裕有意栽種大麻植株，乃與聲請人基於共
15 同詐取獎金之犯意聯絡，主動提議其可在泰國取得品質更
16 佳大麻種子，吳豐裕亦提供其資金，羅卓文遂於 92 年 8 月
17 28 日，再以秘密證人身分向聲請人檢舉，由聲請人對其製
18 作「吳豐裕等人意圖販賣毒品而走私大麻種子回臺種植大
19 麻」秘密證人檢舉筆錄，又為能順利通過海關檢查，乃於 92
20 年 8 月 28 日，由聲請人帶同羅卓文，至臺灣高等法院高雄
21 分院檢察署找葉清財檢察官稱欲查獲幕後金主，葉清財檢
22 察官遂同意羅卓文以證人保護法身分運送大麻種子入境，
23 羅卓文出發至泰國第一次買種子未果，第二次成功遂得以
24 將混藏於茶葉罐內之 1 萬餘粒大麻種子於 92 年 9 月 30 日
25 夾帶運送入境，其後於 92 年 10 月 2 日前後某日交予吳豐
26 裕種植，再以與買家交貨為由，於 92 年 10 月 16 日於屏
27 東九如遭聲請人當場查獲（合計共扣得大麻植株 1,101 株）。
- 28 C. 嗣海巡總局直屬船隊隊員丁嘉慶因不知上情，於 93 年 1 月

1 28 日按正常程序簽呈公文，報請核發查獲本件大麻之檢舉
2 獎金 770,700 元及緝獲獎金 231,210 元（共計 1,001,910
3 元），惟其後因臺灣臺南地方法院檢察署檢察官循線偵辦此
4 案，經行政院海巡署海岸巡防總局函轉內政部審核時，發現
5 本案尚有疑義，而未通過核發前開檢舉獎金及緝獲獎金。

6 2、經過之訴訟程序：

7 A. 本案前經臺南地方法院 93 年訴字第 1205 號判決，宣告聲
8 請人為依據法令從事之公務人員，利用職務上之機會詐取
9 財物，犯貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 二款、第 2 二
10 項之利用職務上機會詐取財物未遂罪，處有期徒刑 7 年 10
11 月；

12 B. 後經臺灣高等法院臺南分院 95 年上訴字第 655 號判決，經
13 提第三審上訴最高法院依 96 年台上字第 6876 號將原判決
14 撤銷發回臺南高分院；臺南高分院依 96 年上更（一）字第
15 461 號改判聲請人有期徒刑 6 年，再經最高法院依 99 年台
16 上字第 928 號判決撤銷發回；

17 C. 臺南高分院依 99 年上更（二）字第 53 號判決，復經最高法
18 院依 99 年台上字第 8203 號判決撤銷發回，臺南高分院依
19 100 年上更（三）字第 14 號判決聲請人犯利用職務上機會
20 詐取財物未遂處有期徒刑 6 年；最高法院依 102 年台上字
21 第 4236 號刑事判決駁回上訴因而確定。

22 3、聲請人案件除就本案聲請解釋之法規範存有疑義，偵審過程 23 並有諸多爭議之處：

24 A. 聲請人沒有貪污之動機：

25 聲請人查獲吳豐裕栽種大麻植株案乃是葉清財檢察官看到
26 新聞報導，認為南部地區種植大麻氾濫，主動致電查訪辦理，
27 非聲請人主動立案簽辦。且葉清財檢察官是親自偵訊秘密證
28 人羅卓文後，再由聲請人簽辦交海巡署海洋總局直屬船隊監

1 聽辦理，此有葉清財檢察官於臺南高分檢偵訊筆錄可證(附
2 件 12)。

3 **B. 聲請人沒有請領獎金、沒有犯罪行為：**

4 聲請人查獲吳豐裕栽種大麻植株案後已調離原職，聲請人並
5 未請領獎金，而係承接業務該組主任溫耀宗看到起訴書後主
6 動指示隊員丁嘉慶簽辦，殊與聲請人無關。

7 **C. 吳豐裕的確出於己意栽種大麻經判決定讞有罪：**

8 吳豐裕等因違反毒品危害條例案件，另經臺灣高等法院高雄
9 分院 99 年度重上更(二)字第 86 號刑事判決(附件 13)分別判
10 處有期徒刑 7 年、6 年，並經最高法院 100 年度台上字第
11 1728 號刑事判決(附件 14)駁回其二人之上訴而確定。既吳
12 豐裕栽種大麻經判決有罪，表示其並非遭聲請人陷害教唆，
13 而是自身即有栽種大麻之犯意。聲請人查獲犯罪有功無過，
14 何以構成使用詐術請領獎金？又既然破獲栽種大麻，申請破
15 案獎金本為理所應當。

16 **D. 偵辦檢察官挾怨報復、羅織犯罪？**

17 原高雄六龜分局分局長唐○○於 84 年 4 月 26 日在旗山分
18 局長辦公室內舉槍自殺，謠傳唐○○曾說是遭聲請人檢舉害
19 其受到調查。聲請人直至 104 年在屏東監獄服刑時才偶然知
20 悉當年偵辦本案件之王森榮檢察官為唐○○之堂姐夫，聲請
21 人方才想起於本案偵辦過程中，王森榮檢察官曾於偵訊羅卓
22 文時不斷詢問與本案無關、且非在其轄區又事隔九年之唐○
23 ○自殺案(附件 15)。

24 **E. 偵辦檢察官、檢事官涉嫌違犯瀆職罪？**

25 羅卓文曾具結證稱，93 年 8 月 23 日遭王森榮檢察官等約
26 訊，有製作三份筆錄(均有簽名)，且第一及第二份筆錄(檢事
27 官製作)內容與第三份筆錄(王森榮檢察官製作)內容不同，惟
28 該案卷宗僅有對聲請人不利之第三份筆錄(附件 16)。經調閱

1 該日偵訊錄影光碟，在羅卓文離開後，王森榮檢察官等談話
2 內容竟提及「不要了、撕掉、不要放在一起、都丟掉、畫個
3 叉叉」及「第一份、第二次」等語(附件 17)，可見王森榮檢
4 察官等三人涉嫌將先前經檢事官製作之筆錄及錄音或錄影
5 光碟予以撕毀、丟棄等不法情事。

6 F. 一份書面筆錄，卻有兩份錄音光碟？

7 承上，羅卓文於 93 年 8 月 23 日應訊製作三份筆錄，然卷內
8 竟僅有一份對聲請人不利之筆錄，更啟人疑竇者係，該日審
9 訊錄音光碟竟有兩份，既然有二片光碟，至少應該也要有二
10 份書面筆錄方合乎常情。羅卓文於審理程序不止一次具結證
11 稱此情：

12 101 年 10 月 8 日更三審審判程序具結證稱：他於 93 年 8 月
13 23 日下午 4 時 20 分王森榮檢察官製作偵訊筆錄之前，有兩
14 份經檢事官製作之筆錄，都有簽名，但都與後來王森榮檢察
15 官製作之筆錄內容不同等語（附件 18）。

16 101 年 8 月 15 日更三審準備程序中表示：「在此兩片光碟之
17 前，應該還有訪談筆錄，我是 12 點被電話通知要去開庭，
18 叫我 1 點多去，但我沒有看到這些筆錄，應該也是有光碟，
19 當天是有三個檢事官先問的。」（附件 19）。

20 又，何以當天偵查過程檢察官未全程錄音錄影(抑或遭人為
21 湮滅)？原應有三份筆錄、三份錄音光碟，竟僅存一份筆錄、
22 兩份錄音光碟。以上種種悖於常理之情，實令聲請人難以甘
23 服。

24 G. 參與前審裁判之法官未自行迴避：

25 觀諸聲請人就更二審及更三審判決上訴第三審之最高法院
26 99 年度台上字第 8203 號判決及最高法院 102 年度台上字
27 第 4236 號判決，前者係由「賴忠星法官、呂丹玉法官、吳
28 燦法官、蔡名曜法官、葉麗霞法官」組成合議庭，後者由「賴

1 忠星法官、蘇振堂法官、呂丹玉法官、張惠立法官、吳燦法
2 官」組成合議庭。

3 101年4月16日最高法院廢除保密分案制度後，判決書所
4 列的最後一名法官即為主辦法官(見附件20司法周刊101年
5 4月13日第1589期)，可知吳燦法官為承辦法官，與賴忠
6 星法官、呂丹玉法官均曾參與前審裁判，而未自行迴避。

7
8 (二) 聲請人提起告訴(聲請交付審判)案件

9 1、聲請人因前開被告案件之偵辦檢察官、檢事官有涉嫌違犯瀆
10 職罪等行為，遂於103年8月18日具狀向臺灣臺南地方法
11 院檢察署提出刑事濫權追訴罪、毀損公文書罪、湮滅他人刑事
12 證據罪等告訴(告發)。

13 2、惟經臺灣臺南地方法院檢察署檢察官為不起訴處分，提起再
14 議後發回續查，惟仍再做出不起訴處分，提起再議聲請、交付
15 審判亦均遭駁回。

16
17 柒、涉及之基本權

18 一、針對系爭規定一之部分：

19 聲請人案件更三審判決上訴最高法院，依當時「最高法院第二次
20 發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點」將該案分由原
21 主辦股吳燦法官承辦，且組成合議庭賴中星法官、呂丹玉法官亦
22 有參與前審裁判未自行迴避，已違反法定法官原則，侵害聲請人
23 依憲法第16條所保障之訴訟權。

24 二、針對系爭規定二之部分：

25 聲請人提起交付審判案件，即臺灣臺南地方法院105年度聲判
26 字第30號裁定依刑事訴訟法第232條規定逕認聲請人所提起告
27 訴之犯罪並非直接被害人，不得為告訴，是亦不得提起再議、聲
28 請交付審判，侵害聲請人依憲法第16條所保障之訴訟權。

1 三、針對系爭規定三之部分：

2 聲請人受違反貪污治罪條例案件，即臺灣高等法院臺南分院刑事
3 判決 100 年度重上更(三)字第 14 號判決，所適用之貪污治罪條
4 例第 5 條第 1 項第 2 款之規定及判決中表示之法律上見解，侵
5 害聲請人依憲法第 7 條、恣意禁止原則、憲法第 8 條人身自由基
6 本權及第 23 條比例原則。

7
8 捌、聲請解釋之理由及聲請人對本案所持之法律見解

9 一、爭點一部分

10 (一) 公平審判原則

11 1、司法院釋字第 665 號解釋理由書第 1 段謂：「憲法第十六條規
12 定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害
13 時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之
14 救濟。」亦即憲法第 16 條保障人民之訴訟權，乃在確保人民
15 依法定程序訴訟及受公平審判之權利。

16 2、構築現代法治國司法程序的基石之一為公平審判原則，而法
17 官的無偏頗性與中立性是公平審判原則的核心內涵。具國內
18 法律效力之公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項第 1、2
19 句所定：「人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事
20 控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之
21 法定管轄法庭公正公開審問。」(附件 21)，亦明白揭示「公平
22 審判原則」之旨。

23 3、據此，法官必須處於中立第三人的位置裁判爭端，因而，若在
24 具體個案中有事證足認法官的中立性不能獲得確實的擔保時，
25 應該排除或拒卻之。且法官是否具備公正性，應從合理第三人
26 角度檢視之。

27 (二) 訴訟權保障之核心、公平審判原則的落實—迴避制度

28 1、司法院釋字 761 號解釋理由書第 6 段：「本於有權利即有救濟

1 之憲法原則，人民於其權利遭受侵害時，必須給予向法院提起
2 訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機
3 會，此乃憲法第 16 條保障訴訟權之核心內容（本院釋字第
4 752 號解釋參照）。而訴訟權之落實，則有賴立法機關制定法
5 律，進一步形塑具體訴訟制度。立法機關具體化訴訟制度固然
6 有一定之自由形成空間，惟仍不得違背前揭訴訟權保障之核
7 心內容。關於訴訟制度之形塑，須關照之面向不一，法官迴避
8 制度是其中一項。其目的有二：其一是為確保人民得受公平之
9 審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個
10 人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突（本院釋字第 601
11 號解釋參照）；其二是要求法官避免因先後參與同一案件上下
12 級審判及先行行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救
13 濟之意義。綜上，可認法官迴避制度實乃確保法官公正審判，
14 維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，而屬憲法第 16 條訴訟權保障
15 之核心內容。」明白指出法官迴避制度屬訴訟權保障之核心內
16 容，且為確保法官公正審判（即公平審判原則之核心內涵），維
17 繫訴訟救濟本旨所不可或缺。

18 2、是以，迴避制度之目的既在於確保公平審判，系爭規定一所謂
19 「前審」之解釋自應以能否維持公平審判為判斷基準。

20 (三) 法定法官原則

21 1、所謂法定法官原則，係指案件審判法官（或合議庭）之組成，應
22 以事先一般抽象之規範明定案件之分配，不得恣意操控由特
23 定法官承辦，以干預審判，為法治國家所依循之憲法原則，早
24 於 17 世紀歐洲各國即可發見，當代則有德國將法定法官原則
25 明文列於德國基本法第 101 條第 1 項規定：「非常法院不得設
26 置；任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪。」

27 2、司法院釋字第 665 號解釋理由書第 3 段謂：「法院經由案件分
28 配作業，決定案件之承辦法官，與司法公正及審判獨立之落

1 實，具有密切關係。為維護法官之公平獨立審判，並增進審判
2 權有效率運作，法院案件之分配，如依事先訂定之一般抽象規
3 範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不
4 當干涉案件分配作業，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並
5 無不符。法官就受理之案件，負有合法、公正、妥速處理之職
6 責，而各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，
7 且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於
8 不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法
9 第七十八條、第七十九條參照）時，法院就受理案件分配之事
10 務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法
11 院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，
12 並提升審判運作之效率。」

13 3、是，法定法官原則乃法治國原則下，用以確保民眾對於法官之
14 公正不偏頗、獨立且客觀之基本要求。

15 (四) 更二連身條款、系爭規定一違反公平審判原則、法定法官原則

16 1、法院內部就受理案件分配之事務，雖得於合理及必要之範圍
17 內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求。
18 然所訂立之分案規則，仍不得違反前述公平審判原則及法定
19 法官原則。

20 2、最高法院為使發回更審三次以上即更二以後再行上訴之民、
21 刑事案件早日確定，特訂定「最高法院第二次發回更審以後之
22 民、刑事上訴案件分案實施要點」。其中第2點規定，將更二
23 審上訴之案件，一律分由發回前之原主辦法官辦理，並提前分
24 案。之後無論發回多少次，只要上訴就都固定分給同一位主辦
25 法官。

26 3、一般刑事案件從地檢署偵查程序，第一、二審事實審審理程序，
27 到第三審法律審審理程序，若再經發回更一審、更二審、更三
28 審……，案件所消耗之勞力、時間、費用不可謂不大，對當事

1 人而言，事已至此，速審速結是否為當事人所欲追求者已非無
2 疑。況更二連身條款是否確有使案件早日確定之效果亦非絕
3 對，蓋最高法院案件為五位法官組成合議庭審理，倘僅主辦法
4 官一人瞭解案情，其餘四位法官不必然瞭解案情，如何使案情
5 早日確定？，又，縱原主辦法官瞭解案情，熟悉卷證資料，亦
6 不必然能使案件早日確定，司法實務上更五審、更八審、更十
7 審之案件所在多有，且最高法院多不自為判決，若主辦法官基
8 於任何因素一再藉故將案件撤銷發回，反而導致案件無法確
9 定。

10 4、是，更二連身條款存在之理由應僅在於使熟悉卷證之原主辦
11 法官得節省閱卷之時間，雖對於達成訴訟經濟尚非無效果，然
12 就此剝奪被告之審級利益，使案件實際上產生了指定法官之
13 效果，實有違法定法官原則。

14 5、現任最高法院法官錢建榮法官早於 103 年即為文指出：「從當
15 事人的立場而言，尤其刑事案件的被告，總是不希望遇見已有
16 定見(或成見)的法官，不幸如此，被告只能寄望下一位法官。
17 這在上、下級法院間就叫『審級利益』；在發回或再次上訴的
18 原審間就叫『公平法院』，法定法官原則要保障的就是這些正
19 當法律程序。釋字第六六五號解釋確立法定法官原則為法治
20 國家所依循之憲法原則，他要求的就是：『法院案件之分配不
21 容恣意操控』，也就是隨機、盲目的分案，不得恣意操控由特
22 定法官承辦，否則就有干預審判之嫌。更早的釋字第一七八及
23 二五六號解釋就強調，撤銷發回再上訴的案件，如無事實上的
24 困難，原承辦法官應迴避，這是審級利益，更是維護『公平法
25 院原則』。最高法院的更二連身條款，甚至重大刑事案件一上
26 訴就連身的慣例，等於牴觸隨機、盲目分案的法定法官原則，
27 形同指定特定法官承辦，有違憲之嫌。」(附件 22)

28 6、再者，以一般客觀合理第三人之角度觀之，倘參與前次審判程

1 序合議庭組成之法官已做出對被告不利之心證，被告如何信
2 賴當次審判程序該法官不會產生預斷而失去救濟之意義？實
3 則，最高法院已承審過該案前次審判程序之法官，案經發回後
4 更審上訴時，自應依系爭規定一自行迴避，方得確保公平審判
5 原則之落實。

6 二、爭點二部分

7 (一)「告訴」為被害人落實訴訟權之途徑

8 1、憲法第 16 條所稱之訴訟權，自被害人立場言之，任何人民之
9 權利受不法侵害時得尋求司法機關之救濟，此項救濟於刑事
10 訴訟程序之途徑有二：其一得自行向法院提起訴訟，此謂之自
11 訴，提起訴訟者即為自訴人。其二若被害人因恐個人法學智識
12 有限且欠缺公權力支持，未能順利蒐集證據並於審判中舉證
13 暨為訴訟行為，另得向檢察官提出告訴，由檢察官進行犯罪情
14 事之偵查。

15 (二)現行實務見解限縮被害人之告訴權，侵害憲法保障人民之訴訟 16 權

17 1、「刑事訴訟法第二百十三條規定，犯罪之被害人得為告訴，所
18 謂被害人，指因犯罪行為直接受害之人而言，至其他因犯罪間
19 接或附帶受害之人，在民事上雖不失有請求賠償損害之權，但
20 既非因犯罪直接受其侵害，即不得認為該條之被害人，因而陳
21 告他人之犯罪事實，請求究辦，亦祇可謂為告發，不得以告訴
22 論。」最高法院 20 年度上字第 55 號刑事判例參照。

23 2、前開判例雖不再援用，然最高法院歷來見解就刑事訴訟法所
24 謂「被害人」之解釋，均援用前開已廢止之判例。惟學者對前
25 開見解則多有提出質疑：

26 A. 「告訴作為促成國家發動偵查的原因（刑訴法第二二八
27 條第一項）時，固然與告發一樣是向追訴機關申告犯罪事實
28 之存在，但是告訴人在訴訟上被賦予比告發人更多的權限，

1 主要理由在於其係對於該犯罪之追訴具有特殊利益之人，
2 能夠因為犯罪的追訴而獲得滿足。因此，不論犯罪為告訴乃
3 論或非告訴乃論之罪，也不論該犯罪係保障個人法益或超
4 個人法益，凡是對於該犯罪之追訴擁有滿足利益之人向追
5 訴機關申告犯罪事實，並表達追訴之意思，檢察官即應開始
6 偵查，告訴人亦享有相關的訴訟權限。換言之，從告訴作為
7 促成國家發動偵查的原因之一來說，其被害人概念可以擴
8 及犯罪涉及其權利領域的任何人，不必侷限在系爭犯罪保
9 護法益之持有人。在此意義上，受濫權羈押之人或受凌虐之
10 人犯，固然是人身自由或身體連帶受損的被害人；因為他人
11 偽證而可能受到不利裁判的被告，或是有利證據遭他人湮
12 滅的犯罪嫌疑人，儘管不是系爭犯罪保護法益的持有人，也
13 是因為偽證或湮滅證據而司法權利受損的被害人。」(附件
14 23)

15 B. 「誣告罪之被害個人得提起自訴，但何以湮滅證據罪、偽證
16 罪卻非屬犯罪之直接被害。學說上認為，誣告罪之保護法益
17 除國家司法權之行使外，尚及於個人法益，即保護個人不因
18 他人之虛偽申告行為而成為司法決定之被害人。惟為何不
19 能認為，偽證罪除國家司法權之行使外，尚保護個人不因他
20 人虛偽陳述行為，而成為司法決定之被害人。

21 一旦承認犯罪構成要件之保護法亦具有『雙重機能』時，在
22 解釋上許多所謂國家或社會法益之犯罪，皆有此種雙重機
23 能，且解釋上具多種可能性。故在國家與社會法益之犯罪，
24 以法益保護作為是否可以提起告訴之標準，並不合理與明
25 確。尚且，刑法上之法益保護可否與刑事訴訟法上之犯罪被
26 害人劃上等號，亦有疑問。此處應找尋另種判斷標準。

27 告訴人在刑事訴訟法上之權限，主要包含：1.聲請撤銷原緩
28 起訴處分(刑訴法§253-3)；2.告訴人對不起訴或緩起訴處分

1 聲請再議(刑訴法§256I)；3.告訴人聲請交付審判(刑訴法§
2 258-1)。從上開權限觀之，此些權限主要與被告之利益相反，
3 而涉及起訴與否。立法者賦予此些權限的考量，主要在於該
4 案與告訴人具有密切之關係，在訴訟法上提升其地位。因
5 此，告訴人之認定，必須從此觀點加以出發。換言之，告訴
6 人必與該案件具有緊密、密切之關係。

7 總之，犯罪之直接被害人應該係指因該犯罪行為對於被害
8 人之生活領域產生直接、重大與密切之不利益。……例如，
9 實務見解認為，刑法第 124 條枉法裁判罪，係侵害國家法
10 益之罪，縱裁判結果於個人權益不無影響，但該罪既為維護
11 司法權之正當行使而設，其直接受害者究為國家，而非個
12 人，個人即非因犯罪而同時被害者，自不得提起自訴。惟枉
13 法裁判之結果於個人之生活領域勢必產生重大、密切之不
14 利益。因此，該實務『非同時被害』之見解並不正確。」(黃
15 朝義，《刑事訴訟法》四版，頁 164-165)

16 3、是，告訴作為促成國家發動偵查的原因，似無必要如最高法
17 院見解將所謂「被害人」限縮解釋為直接被害人，惟如若認僅
18 限於直接被害人，則就直接被害人之解釋應擴大指涉因該犯
19 罪行為對於被害人之生活領域產生直接、重大與密切不利益
20 之情形。

21 (三) 系爭規定二違反法律明確性原則

22 1、所謂法律明確性原則，按司法院釋字第 636 號解釋理由書第
23 2 段：「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件
24 應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律
25 效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以
26 保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概
27 念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，
28 並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違(本院

1 釋字第 432 號、第 491 號、第 521 號、第 594 號、第 602
2 號、第 617 號及第 623 號解釋參照)。」

3 2、刑事訴訟法第 232 條規定所謂「被害人」究何所指，依前開
4 最高法院判例認為僅限縮於因犯罪行為而直接受有損害之人
5 而言。惟，當人民權利或法律上利益遭受侵害(即成為犯罪被
6 害人時)，欲透過刑事司法程序提起救濟，通常須提起刑事告
7 訴，然何為犯罪之直接被害或間接被害，殊難想像一般未受專
8 業法學教育之人民得區分並理解之。

9 3、且司法是否得加以審查確認亦容有疑義。林鈺雄教授認為：

10 「實務見解肯認之直接被害人，如違法徵收罪被違法徵收稅
11 款之個人(51 台上 1884)、誣告罪或準誣告罪受誣之個人(26
12 渝上 893、54 台上 1139)。反之，實務見解認為個人未直接
13 受害之犯罪，如枉法裁判罪(54 台上 246、100 台上 4234)、
14 拘留剋扣罪(73.05.15 刑議 5-2、75 台上 742)、公務員圖利罪
15 (70 台上 1799)、湮滅證罪(26 上 1121)、偽證罪、妨害投票
16 罪。

17 以上實務關於直接被害與間接被害的區別標準，籠統而恣
18 意。……至於誣告罪與偽證罪之區別，更是牽強附會：若以『繫
19 於執行審判或偵查職務之公務員是否採信』為準，則誣告罪是
20 否成立，不也取決於此，何獨偽證為然？若以『被害人是否受
21 有名譽上之損害』為準，則偽證他人犯罪之情形，不也損害他
22 人名譽？何獨誣告罪而已？這除因循舊例外，難有合理解釋。
23 整體而言，以上實務見解相當限縮犯罪被害人概念……告
24 訴，只是促使國家發動偵查而已，無論是否涉及訴訟要件，實
25 無必要太過嚴格限制。」(林鈺雄，《刑事訴訟法 下冊》7 版，
26 頁 39-41)

27 4、是，系爭規定二所謂「被害人」之概念，其文義乃受規範者難
28 以理解，司法審查則流於恣意，顯然違反法律明確性原則，而

1 有侵害憲法保障人民之訴訟權之虞。

2 三、爭點三部分

3 (一) 聲請解釋憲法之理由

4 1、按司法院釋字第 790 號解釋理由書：「對違法情節輕微之個案
5 (…)，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，…，無從具體考
6 量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌
7 情輕法重，致罪責與處罰不相當，可能構成顯然過苛之處罰，
8 而無從兼顧實質正義」。

9 2、按「人民身體之自由應予保障，憲法第八條定有明文。鑑於限
10 制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係屬不得已之
11 最後手段。立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，
12 並認施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成
13 目的而侵害較小之手段可資運用，雖得以刑罰規範限制人民
14 身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，
15 仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之
16 危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲
17 法第二十三條比例原則無違」(司法院釋字第 669 號解釋理由
18 書參照)。

19 3、復按許大法官宗力於司法院釋字第 699 號協同意見書內對於
20 因法律規定最低刑度起步太高、法定刑過重，而侵害人民受憲
21 法所保障第八條之人身自由權問題評論如下：「長久以來有關
22 刑度問題，釋憲機關多本於尊重立法形成之態度，對刑罰總類
23 及處罰之衡平性常欠缺具體的審查步驟，但本件多數意見認
24 系爭規定未設衡平條款，以至於對情節輕微案件，法官無從宣
25 告緩刑或易科罰金，非宣告自由刑不可，有違罪刑相當原則。」

26 4、本件聲請人經臺灣高等法院臺南分院審理確定判決，認成立
27 系爭規定三、本條例第 2 項之罪。然其擔任警職長達十餘年
28 之久，無犯罪紀錄，素行良好，且已婚育子家庭健全，聲請人

1 多次立功破格升遷，然其僅係如往常專辦業務，並由他人出於
2 追緝不法犯罪之目的而呈報申領獎金（未遂），而因此涉犯系
3 爭規定三、本條例第 2 項之罪，雖犯罪情節輕微，但系爭規
4 定三之罪，法定最輕本刑為 7 年以上有期徒刑，即使依刑法
5 第 59 條公平合理條款予以調整，其最低刑度仍超過兩年以上
6 有期徒刑，毫無緩刑餘地，顯係過度評價而對人身自由權構成
7 過度侵害之刑罰制裁，尚無法調整本條刑罰過苛的情形。

8 5、再者，觀察歷來諸多案件，多有公務員不清楚利用規定，而因
9 被認為詐領小額補助款適用，造成情輕法重之事件頻繁發生，
10 甚至有少將挪用預算作為部屬加菜金 2880 元而適用系爭規
11 定三，雖最終該案經總統為特赦，然如同本件聲請人求助無門
12 之處境，仍屬常態，該本條例規定挑戰著現有法制對於救濟及
13 公平之論罪是否得以伸張，基此，本件聲請人確信系爭規定三
14 有牴觸憲法上法律明確性原則及罪刑相當性原則致有違憲而
15 無效之疑義，而有聲請解釋的必要。

16 (二) 貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款（系爭規定三）牴觸憲法 17 上法律明確性原則

18 1、法律明確性原則之意涵：基於法治國原則，以法律限制人民權
19 利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見
20 其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之
21 準據明確，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規
22 定所使用之概念，其意義依法條文義、立法目的及法體系整體
23 關聯性，須為受規範者可得理解，且為其所得預見，並可經由
24 司法審查加以確認，始與法律明確性原則無違（司法院釋字第
25 432 號、第 521 號、第 594 號、第 617 號、第 623 號、第
26 636 號及第 690 號解釋參照）。惟涉及拘束人民身體自由之刑
27 罰規定，其構成要件是否符合法律明確性原則，應受較為嚴格
28 之審查（司法院釋字第 636 號解釋參照）。

1 2、系爭規定三後段，「詐取財物者」，宜改為「以詐術使人將本人
2 之物或第三人之物交付。」與刑法第 339 條之條文一致，以
3 避免適用上之疑義。蓋貪污治罪條例既為刑法之特別法，如無
4 特殊理由或目的，基於司法效益法文應儘趨一致，以避免適用
5 上之不必要之困擾。

6 3、法律明確性原則在刑法上的體現：

7 刑法的任務就是在劃定國家刑罰權之範圍，使人民對於其行
8 為是否違法、違法行為應負擔如何之法律效果，有預見之可
9 能。此原則包含構成要件明確性與法律效果明確性。前者指刑
10 法對於犯罪行為之法律要件的規定需力求明確，避免使用可
11 以彈性擴張而具伸縮性、模稜兩可或模糊不清之不明確概念
12 或用詞作為構成要件要素；後者係指刑法對於犯罪行為之法
13 律效果的規定需力求明確，科處刑罰或保安處分之種類必須
14 確定，法定刑之高度與低度間之差距不可過大，且不得使用絕
15 對不定期刑之規定。

16 4、刑事法規中罪刑法定原則之目的：

17 因有罪刑法定原則之存在，刑法始具有法確實安定性。人民藉
18 由明確規定之罪與刑，預知其行為是否具有違法性，會受何等
19 刑罰制裁，而產生預防犯罪之刑罰威嚇功能，且因國家刑罰權
20 已明確規定，足以確保人民不受逾越法律規定範圍外之處罰，
21 使刑法產生保障人權之功能。

22 5、是本件聲請釋憲之系爭規定三處 7 年以上有期徒刑，則依貴
23 大院上開解釋意旨參照，並參憲法第 8 條之規定，系爭規定
24 三涉及刑罰法律規定，屬對人民身體自由之限制，則於一定限
25 度內，為憲法保留之範圍，應審究其法定要件是否符合法律明
26 確性原則，且受較為嚴格之審查。

27 (三) 聲請人確信系爭規定三違反法律明確性之理由

28 1、「利用職務上之機會」為系爭規定三處罰貪污之犯罪構成要件，

1 屬於拘束人身自由之刑罰規範，此構成要件應符合法律明確
2 性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律
3 預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實
4 現。

5 2、然何謂「利用職務上之機會」，學者及歷來司法機關針對「利
6 用職務上之機會」解釋有所歧異，提證如下：

7 A. 按貪污治罪條例第五條第一項第二款「利用職務上之機會
8 詐取財物」者，所說「利用職務上之機會」，即職務上一切
9 之事機，資以為用。「詐取財物」，即以欺罔手段，使人陷於
10 錯誤而交付財物，財物兼指動產及不動產。凡意圖為自己或
11 第三人不法之所有，藉職務上之一切事機，資為詐取財物之
12 用者，即構成本罪。（參照徐世賢、陳煥生合著：刑事特別
13 法實用第一百三十六頁）

14 B. 另按貪污治罪條例第五條第一項第二款所定之利用職務上
15 機會詐取財物罪，係指公務員為圖取不法所得，而假藉其職
16 務上所可利用之機會，以欺罔等不誠實之方法，獲取不應或
17 不能取得之財物，即足當之。而所利用之機會，並不限於職
18 務本身固有之機會，即使由職務上所衍生之機會，亦包括在
19 內，且此機會，不以職務上有決定權者為限，因職務上衍生
20 之申領財物者，亦包括在內（最高法院 104 年度台上字第
21 516 號判決意旨參照）。

22 C. 再按所謂利用職務上之機會詐取財物，必因法律或命令賦
23 予行為人以一定之職務，而行為人竟利用此項職務之機會
24 或因此項職務所衍生之機會予以詐財者，始足當之。若其用
25 以詐財之行為，與其法令上之職務無所關涉者，即無利用其
26 職務之機會以詐財之可言。故行為人固不以原有此項職務
27 為限，然必須有利用其職務上之機會以詐取財物為要件（最
28 高法院 96 年度台上字第 271 號判決意旨參照）。

1 3、惟以上「利用職務上之機會」之定義，非但在裁判上引生爭議
2 (是否包含衍生的機會)，且無法使受規範者瞭解其內涵，分析
3 如下(附件 24)：

4 A. 查實務上認為職務機會包括「衍生出來的機會」，而若未能
5 對「衍生」之意義予以限縮，恐產生無限擴張的重大疑義，
6 只要相對人的受騙與行為人身為公務員有所關連，因為行
7 為人的身分而產生信賴感，致使相對人親信上當，在實務上
8 即可認為屬衍生機會，而被涵蓋於系爭規定三之適用範圍，
9 如此解釋，明顯超出一個嚴謹的範圍，恐將思考終點放在是
10 否有損官箴而不再是瀆職或貪污。

11 B. 另比較我國刑事體系上必須要予以參照的條文是刑法第
12 134 條不純正瀆職罪，規定公務員利用職務上面的權力、機
13 會或者是方法而犯瀆職罪章以外之罪者，提高處罰至二分
14 之一，而其中所謂其他之罪當然也包括詐欺罪。最高法院於
15 88 年度台上字第 3600 號裁判中即已指出，本條之適用前
16 提，是以公務員於執行職務行為時，利用此與該公權力行為
17 相關之機會犯罪者，方得以適用刑法第 134 條，並非只要
18 有所牽扯即可。換言之，刑法第 134 條之適用，也絕非單
19 純以利用公務員身分犯罪，即屬該當，而是必須濫用職務進
20 行之權限或時機而為犯罪。

21 C. 且德國刑法立法例就公務員瀆職第 340 條之規定，亦屬公
22 務員利用職務機會犯罪的條文，針對利用職務機會進行傷
23 害的行為予以加重處罰，其中包括兩種下位類型，一個是在
24 執行職務之期間，另外一個概念是跟職務有關係。在此要指
25 出的是，本條文不論是第一種情形或是第二種情形，都是以
26 職務上的濫權，作為解釋適用的核心概念，亦即必須檢討是
27 否與身負公權力者所為之職務活動相關，而非僅以空泛的
28 身分判斷。

1 D. 是綜合上述，若從本條例第 6 條與第 5 條的區分比較，以
2 及第 5 條與刑法第 134 條、第 123 條，進行整體的考察，
3 會得出對於所謂「利用職務上的機會」，應回歸職務上的濫
4 用來判斷的結果。換言之，若沒有這方面的職務，而僅是利
5 用其身份上的地位，或是因此而生的信賴關係，即非「利用
6 職務上的機會」，此種情形充其量為本條例第 6 條第 1 項第
7 5 款的問題，若要適用第 5 條的話，即忽視了立法者對於兩
8 者之間的區分。

9 4、基此，「利用職務上之機會」為系爭規定三處罰詐欺申領獎金
10 之犯罪構成要件，然此構成要件迄今仍欠缺明確，不足使受規
11 範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功
12 能，亦無從使執法者有準據可循，自不能保障規範目的之實
13 現，違反法律明確性原則而為無效。

14 (四) 系爭規定三著手之認定：

15 1、學說見解

16 A. 查犯罪行為的階段，司法實務及學說大多分為決意、陰謀、
17 預備、未遂、既遂。按刑法第 1 條前段規定「行為之處罰，
18 以行為時之法律有明文規定者為限。」，基於罪刑法定主義，
19 讓國家不得擅斷而恣意的對人民實施處罰，且須讓人民有
20 遇見法律規範，進而達到憲法保障人權之目的。

21 B. 按刑法第 25 條第 2 項規定「未遂犯之處罰，以有特別規定
22 者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。」，在此一連串行為，
23 法律就未遂階段之處罰，須法有規範，始得為之。而所謂未
24 遂，按同條第 1 項規定「已著手於犯罪行為之實行而不遂
25 者，為未遂犯。」，須審認「著手」之標準，使得認定行為
26 人之犯罪行為是否達「未遂」階段，而得處罰。

27 C. 查關於「著手」認定之學說，分論如下：

28 對於犯罪行為階段，有認定「著手」時點之必要性，在於「保

1 護法益」、「避免太過前置刑罰而羅織入罪」之選擇，以達作
2 為最後手段性之目的。是在學術討論上，有以下理論：

3 I. **形式客觀理論**，係指行為人已經開始**實施**嚴格意義的構成
4 要件該當行為；

5 II. **實質客觀理論**，係指從客觀面觀察，行為人之行為是否已
6 經對構成要件所要保護的客體造成直接危險；

7 III. **主觀理論**，係指行為人主觀上覺得是著手就是著手。亦即
8 依行為人之犯意及其犯罪計畫，可以判斷行為人之犯罪行
9 為已經開始施行，就屬著手；

10 IV. **主客觀混合理論**，即所謂**印象理論**，此為通說。係指自行
11 為人主觀上犯罪計畫以觀，是否客觀上行為和構成要件行
12 為間，無法插入另一個中間行為、或是是否客觀上行為對
13 保護法益已經造成直接危險。依行為人的犯罪計畫或對於
14 完成犯罪行為的主觀認知，開始**實行**與構成要件的**實現**具
15 有密切關係的實行行為，而在行為人主觀的想像中，這種
16 **實行**行為若繼續不中斷地進行，勢必直接導致構成要件的
17 實現，行為人假如開始實行上述的行為，即屬著手實行。
18 簡而言之，是以行為人的認識為基礎背景，再以一般人角
19 度觀察該行為與構成要件行為是否具備密切關聯性。

20 2、實務見解

21 A. 查刑事**實體**法規範未遂犯處罰之規定不勝枚舉，是司法實
22 務對於「著手」**實**有認定之必要，而上開臚列之學說，**實務**
23 均有所採。而以本件刑事之時空背景下，司法判決各有所採
24 之見解，臚列如下。

25 B. 採形式客觀說之**實務**見解有，以下司法判決

26 I. 最高法院 21 年非字第 97 號判例「預備行為與未遂犯之
27 區別，以已未著手於犯罪之**實行**為標準，所謂著手，即指
28 犯人對於犯罪構成**事實**開始實行而言。」，此有最高法院
29 21 年非字第 97 號判例一份可參(附件 25)

- 1 II. 最高法院 25 年度非字第 164 號刑事判例「刑法第二十五
2 條第一項所謂著手，係指犯人對於構成犯罪之事實開始實
3 行而言，其在開始實行前所為之預備行為，不得謂為著手，
4 自無成立未遂犯之餘地。」，此判例雖於 108 年 7 月 4 日
5 施行之法院組織法第 57 條之 1 第 1 項規定，停止適用，
6 惟於本案之時空背景下，仍係當時司法判決應遵循之見解，
7 此有最高法院 25 年度非字第 164 號刑事判例一份可參
8 (附件 26)；
- 9 III. 最高法院 30 年度上字第 684 號刑事判決「刑法第二十五
10 條所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件
11 之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前
12 之準備行動，係屬預備行為，除法文有處罰預備犯之明文，
13 應依法處罰外，不能遽以未遂犯罪論擬。」，此有最高法
14 院 30 年度上字第 684 號刑事判決一份可參(附件 27)；
- 15 IV. 依上開實務見解可知，刑法第 25 條已著手於犯罪之實行，
16 係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行而言。

17 C. 採實質客觀說(實務較多數的見解)

18 實質客觀說為近年司法審判實務上，較多數之見解。此由實
19 務判決中提及「...客觀上已足認認其行為係與侵犯他人財物
20 之行為有關，且屬具有一貫接連性之密接行為，顯然已著手
21 於竊盜行為之實行...」即明，尚有最高法院 84 年度台上字
22 第 4341 號判決(附件 28)、最高法院 82 年 4 月 13 日 82 年
23 第 2 次刑事庭會議(二)決議可參(附件 29)。

24 D. 採主客觀混合說

25 I. 最高法院 100 年台上字第 3553 號判決「又犯罪為侵害法
26 益之行為，行為人是否已著手於犯罪之行為，自應就行為
27 人主觀犯意及客觀行為綜合判斷，如依行為人對於犯罪之
28 認識，已開始實行與犯罪構成要件有必要關聯性之行為，
29 而該行為對於法律所保護之法益形成直接危險時，即屬犯

1 罪之著手行為。」，此有最高法院 100 年台上字第 3553
2 號刑事判決一份可參(附件 30)；

3 II. 臺灣高等法院 107 年度上訴字第 2064 號刑事判決：「關
4 於未遂犯之處罰，必須判斷行為人是否已經著手。而關於
5 犯罪行為的著手標準，學說早以從早期的形式客觀理論
6 (亦即必須行為人客觀上開始實施構成要件該當的行為
7 即為處罰標準)，走向實質客觀理論及主客觀混合理論(印
8 象理論)。實質客觀理論認為，行為人開始實行與構成要
9 件有必然從屬關連之行為，從自然理解下足以當做是犯罪
10 構成要件的一部分時，就算是著手；而主客觀混合理論則
11 強調必須依照行為人對於犯罪行為的想像，直接著手使犯
12 罪構成要件實現者，始為未遂犯。是否著手於犯罪構成要
13 件還是要以行為人主觀認知的事實背景為判斷基礎，否則
14 從純粹客觀的角度來看未遂行為，永遠難有所謂的著手行
15 為，因為行為人實施一個行為而未實現其預想的結果，客
16 觀上永遠有未實現的原因。所以不能僅以客觀理論或實質
17 客觀理論為判斷標準，因而主客觀混合理論方為學說及實
18 務判斷的通說，本院參以實質客觀理論已修正單純客觀理
19 論可能產生的處罰時點過早或過晚的缺陷，從而以主觀理
20 論，即行為人主觀所認知的背景加以觀察，輔以實質客觀
21 理論，即行為人已經實施與構成犯罪要件有必然從屬關連
22 的行為，也就是說，如果事實無阻礙的發展下去，將會導
23 致構成要件的完全實現，或行為人的行為已經直接對於法
24 律所欲保護的法益造成具體直接的危險，即屬構成著手。」
25 此有臺灣高等法院 107 年度上訴字第 2064 號刑事判決
26 一份可參(附件 31)。

27 3、查系爭規定三處罰未遂犯，就未遂犯之認定標準，已如上述共
28 有四說，司法判決實務均有所採，是究竟犯罪行為應採何種標
29 準之認定來論「著手」，進而得以處罰未遂犯之處罰，根本欠
30 缺客觀化之標準。亦即，系爭規定「利用職務上之機會，詐取
31 財物者」之「著手」程度，究採形式客觀理論、實質客觀理論、

1 主觀理論、主客觀混合理論，根本沒有一致標準存在。

2 (五) 系爭規定三與刑法之法律解釋不一致：

- 3 1、查 100 年 6 月 29 日修正後之貪污治罪條例第 5 條第 1 項第
4 2 款「利用職務上之機會，以詐術使人將本人之物或第三人之
5 物交付。」，考其立法意旨「第五條第一項第二款後段，「詐取
6 財物者」，宜改為「以詐術使人將本人之物或第三人之物交付。」
7 與刑法第 339 條之條文一致，以避免適用上之疑義。蓋貪污
8 治罪條例既為刑法之特別法，如無特殊理由或目的，基於司法
9 效益法文應儘趨一致，以避免適用上之不必要之困擾。」。
- 10 2、次查，臺灣高等法院臺南分院 97 年重上更(六)字第 273 號刑
11 事判決「(二)按貪污治罪條例第五條第一項第二款利用職務上
12 之機會、詐取財物罪，乃刑法詐欺罪之特別規定，應以公務員
13 有為自己或第三人不法所有意圖之主觀犯意存在，並表現於
14 外，在客觀上假借或有利用職務上可乘之一切事機，以欺罔手
15 段，而使相對人陷於錯誤而交付財物，以遂其獲取不法所有犯
16 意之目的者為構成要件。」，亦肯認系爭規定為刑法詐欺罪之
17 特別規定，就系爭規定之「著手」標準，應採與刑法第 339 條
18 詐欺罪相同之標準，此有臺灣高等法院臺南分院 97 年重上更
19 (六)字第 273 號刑事判決(附件 32)。
- 20 3、再查，司法實務對刑法第 339 條詐欺罪之著手標準採主客觀
21 混合理論，只要「著手施以詐術」詐取財物，財產法益即存在
22 被侵害的危險。是依上述立法意旨，可知系爭規定認為「財物」
23 為法益危險存在之處。
- 24 4、然查，本件聲請人並沒有向上級單位申請破獲獎金之動作存
25 在，尚不存在施以詐術之行為，是該獎金根本不存在被詐取之
26 法益侵害危險中，因此，本件依上開說明，根本尚未達「著手」
27 程度。
- 28 5、綜上所述可知，聲請人所涉案件法院審理所採「著手」標準，

1 與刑法第 339 條詐欺罪所採標準不同，亦即與前開立法理由
2 所述應與刑法第 339 條解釋有所相違。且由此可知，選擇犯
3 罪行為之「著手」標準不一，會導致不同的判決結果，進而致
4 令人民無法知悉自己的行為是否屬刑事規定之範圍。尤以最
5 常誤觸系爭規定之擔任公職之人民，在處理職務上事務，法院
6 審理標準不一，擔任公職之公務員會因無法預見哪一個行為
7 會招致貪污治罪條例之羅織而生寒蟬效應，讓其在工作方面
8 無所適從。是以，著手標準不明確，會致人民根本無從預見系
9 爭規定涵射範圍，令人民無所適從。

10 (六) 違反憲法第 7 條平等權及恣意禁止原則，致侵害聲請人受憲法
11 第 8 條人身自由

12 1、司法院釋字第 211 號解釋：「憲法第七條所定之平等權，係為
13 保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管
14 機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之
15 不同處置。」司法院釋字第 666 號解釋理由書「憲法第七條
16 所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人
17 民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相
18 同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。」，亦即憲法
19 的平等權，係要求「相同者，相同對待之；不同者，不同對待
20 之」。

21 2、又所謂恣意禁止原則係出自平等權所衍生，指不得恣意為無
22 正當理由之差別待遇，如果立法者恣意形成差別待遇，則法律
23 的平等原則無法維持，平等原則遭受破壞。

24 3、又平等權之體現，亦應於法院在審判相同案件類型時有所適
25 用。如竊盜案，司法實務以主客觀混合理論作為認定「著手」
26 之標準，法院在審理同類案件時，即應做相同之認定，人民亦
27 因得以預見自身何行為階段以達「著手」，而會有所預見。法
28 院審理就相同竊盜案件，採不同「著手」標準來審認被告犯行，

1 就會產生相同案件，為不同處理。

2 4、本件判決所採「著手」標準，違反平等原則，侵害聲請人平等
3 權

4 A. 法院就系爭規定，採認標準不一

5 查，臺灣高等法院臺南分院 97 年重上更(六)字第 273 號刑
6 事判決「(二)按貪污治罪條例第五條第一項第二款利用職務
7 上之機會、詐取財物罪，乃刑法詐欺罪之特別規定，應以公
8 務員有為自己或第三人不法所有意圖之主觀犯意存在，並表
9 現於外，在客觀上假借或有利用職務上可乘之一切事機，以
10 欺罔手段，而使相對人陷於錯誤而交付財物，以遂其獲取不
11 法所有犯意之目的者為構成要件。又然按已著手於犯罪行為
12 之實行而不遂者，為未遂犯；未遂犯之處罰，以有特別規定
13 者為限，刑法第二十五條著有明文。而未遂罪指已著手於犯
14 罪之實行而不遂，或不能生犯罪之結果者而言，所謂著手指
15 實行犯意，尚未達於犯罪既遂之程度，與著手以前所為之準
16 備行為，迥乎不同（最高法院 20 年上字第 823 號判例參
17 照）。...(三)...依渠等上開所述，己○○似已申請上級核撥本
18 次查緝獎金，但尚未獲核撥。(四)...是本案在改制前後均查
19 無辦理申請獎金及敘獎等相關手續，亦未遞送相關資料至上
20 級機關，被告等雖有上開供述，但無證據證明其所述為真，
21 自應作對渠等有利之認定，即認定渠等尚未著手。」

22 B. 承上，上開案件之被告為警職人員、未申請查緝獎金、未遞
23 送相關資料向上級機關申請獎金，法院於該案中，就系爭規
24 定之「著手」採了主客觀混合說，認為因「查無辦理申請獎
25 金及敘獎等相關手續，亦未遞送相關資料至上級機關」，是
26 認被告尚未著手而不構成系爭規定。

27 C. 反觀，聲請人徐千祥為警職人員、未遞送申請獎金相關資料，
28 係聲請人徐千祥斯時長官擅自申請、未告知聲請人徐千祥

1 之狀況下，逕為申請獎金動作，而遭檢調單位以違反系爭規
2 定起訴。然查，原審判決法院未考慮聲請人徐千祥未親自向
3 上級遞送申請獎金相關資料等與前開案件相同情狀，逕選
4 擇與前開案件不同「著手」標準，進而認定本件已達系爭規
5 定之「著手」程度。由此可知聲請人所涉案件承審法院所採
6 「著手」標準已與上開案件不同。為何相同類型案件，具相
7 同要件，法院所採認標準顯示了其於相同事務並無為相同
8 對待，顯見系爭規定之著手標準不一，實侵害人民之平等權。

9 D. 綜上所述，就系爭規定之「著手」認定，於同一類型案件，
10 是用相同的規範系統，法院竟然出現不同之判斷標準。由此
11 可見，法院的審認標準影響法規之適用，亦即所謂的法規適
12 用範圍操之於法院手中，對於相同事務未為相同對待，是系
13 爭規定違反平等原則，致法院恣意選擇法規適用，違反恣意
14 禁止原則，因此適用結果進而侵害聲請人受憲法第 8 條人
15 身自由。

16 (七) 系爭規定三牴觸憲法上罪刑相當性原則：

17 1、罪刑相當性原則之意涵及應使用審查密度：

18 A. 參「對人民受憲法第 8 條保障的人身自由或憲法第 15 條
19 保障的財產權所為的限制，不得違反憲法第 23 條比例原
20 則的要求。行政罰、刑事罰涉及對人民財產權、人身自由的
21 限制，如有個案處罰顯然過苛時，應設有調節機制，否則即
22 有違反憲法比例原則的要求，本院解釋先例上乃創設「個案
23 處罰顯然過苛禁止原則」以資適用。…。此一原則，先在有
24 關行政罰的釋憲案蘊釀開展，繼而被適用於刑事罰的釋憲
25 案，轉為罪責與處罰相當原則作為審查基準。…。10 年後，
26 本院釋字 775 號解釋（108 年 2 月 22 日公布）將罪責
27 與處罰相當原則改稱為憲法罪刑相當原則，並釋示：「其不
28 分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等

1 立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定
2 要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪
3 責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受
4 憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當
5 原則，抵觸憲法第 23 條比例原則。」司法院釋字第 790 號
6 林俊益大法官解釋協同意見書說明。

7 B. 是基於憲法所列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避
8 免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不
9 得以法律限制之，憲法第 23 條定有明文。故國家以法律明
10 確規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害
11 性之行為施以刑罰制裁而限制人民之身體自由權者，倘符
12 合罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，尚應符合罪刑
13 相當原則，始與憲法第 23 條規定之意旨無違，否則有抵觸
14 憲法第 8 條情形。

15 C. 職此之故，就系爭規定三理應為憲法比例原則之審查，然司
16 法院審查法規是否抵觸憲法，係按不同類型而採用寬嚴不
17 同之違憲審查基準。就本聲請案而言，除一般人身自由考量
18 外，更應窺究系爭條例之性質而定審查基準。本聲請案所審
19 查之法規範「貪污治罪條例」屬特別刑法，即對刑法已規範
20 之行為重複規範，不僅排除普通刑法之適用，且刑度通常大
21 幅加重，按司法院釋字第 699 號許大法官宗力之協同意見
22 書內所言，特別刑法本應屬極端例外，但我國卻因歷經長達
23 半世紀的非常法制，以及對亂世重典的普遍迷信，而有為數
24 眾多的特別刑法，嚴重破壞刑法體系，雖刑罰規定固不必要
25 也不可能強求規定在同一部刑法典中，然而無論散見何處、
26 性質上是否為特別刑法，刑罰體系的價值判斷應該是一個
27 整體，基此，回到本聲請案，刑法第 134 條原已對公務員
28 利用職務上面的權力、機會或者是方法而犯瀆職罪章以外

1 之罪者，提高處罰至二分之一，而其中所謂其他之罪當然也
2 包括詐欺罪，但立法者仍制定系爭規定三規定對違反者處 7
3 年以上有期徒刑並得併科新臺幣六千萬元以下罰金，已屬
4 明確重度自由刑。是根據上開許宗力大法官敘述意旨，更重要
5 的是，特別刑法非得以「特別」之名作為違憲審查的免死
6 金牌，反因其例外法制地位、因其適用範圍的特殊性與加重
7 之刑度，而具有更高的違憲嫌疑，對此，本聲請案如何擇定
8 審查標準，實應對特別刑法重刑規定採取嚴格審查，以敦促
9 立法者檢討特別刑法重刑林立的現象同時並保障人民人身
10 自由權。

11 2、聲請人確信系爭規定三違反罪刑相當性原則之理由

12 A. 按司法院釋字第 790 號解釋理由書記載：「人民身體之自由
13 應予保障，憲法第 8 條定有明文。人身自由乃憲法保障之
14 重要基本人權，立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制
15 人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已之強制措施，
16 具有最後手段之特性，應受到嚴格之限制（本院釋字第 646
17 號、第 669 號及第 775 號解釋參照），尤其法定刑度之高低
18 應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法
19 罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違（本院釋字
20 第 544 號、第 551 號、第 646 號、第 669 號、第 775 號及
21 第 777 號解釋參照）」。

22 B. 查貪污治罪條例立法當時處於動員戡亂時期，故其處罰規
23 定即以重刑為主軸，呈現過度嚴刑峻罰的現象。以本聲請案
24 為例，我國刑法第 339 條詐欺罪配合第 134 條即已將公務
25 員詐欺案提升刑罰程度，然系爭條例卻於訂立之初處無期
26 徒刑、七年以上有期徒刑，雖於 81 年 6 月 30 日修改刪除
27 「無期徒刑」，然修改理由仍說明「以求刑度之平衡。且本
28 條規定處七年以上有期徒刑，實已較刑法之規定為重，應可

1 達特別法從重懲處的目的」已屬牽強，其盲目而提高法定本
2 刑，是否合乎比例原則及達到「重懲處的目的」立法目的，
3 實值懷疑。

- 4 C. 該系爭規定三其設立目的即在於用嚴刑峻罰以防止公務人
5 員貪污，為政府嚴懲貪污、澄清吏治之既定政策。申言之，
6 如此重刑理應優先對貪污常態或重大貪污行為為懲治標的，
7 然從客觀實務分析，系爭條例並未嚇阻重大貪瀆，觀其過往
8 統計不僅定罪率偏低，且依現行成案且定罪以觀，占大多數
9 的卻是公務員詐領小額補助款案件，依 110 年 12 月 9 日
10 由最高檢察署舉辦之「公務員詐領小額補助款與貪污罪的
11 關係」法律研討會，學者林鈺雄即指出，公務員詐領小額補
12 貼款，像是加班費、房屋津貼、交通津貼，金額這麼小（幾
13 百元到幾萬元不等），實務上卻用貪污治罪條例第 5 條第 1
14 項第 2 款「利用職務機會詐取財務罪」偵辦，法定刑 7 年
15 以上有期徒刑，「情輕法重」，這種小額詐領案，「現在竟成
16 檢廉調偵辦貪污罪案件的大宗」，若是不修法，「以後也是會
17 大宗」，這與貪污治罪條例原先立法目的（治亂世用重典）
18 完全不相符。另就同場最高檢察署調辦事檢察官陳瑞仁指
19 出，實務上，公務員詐領小額補助款被依貪污罪辦的案子
20 「太多了」，高達 10% 以上的案件量。陳瑞仁說，他在新竹
21 地檢服務時，有個公務員在獄中被關了 22 個月，計算虛報
22 的加班費和服刑天數，這個公務員等於服刑 1 天詐領 8 毛
23 錢，判刑實在過重。基此，即足以印證系爭條例雖採取重罰
24 政策，然仍然無法遏止公務員不小心或過失之可能犯罪行
25 為產生，反倒是使多數公務員誤觸情輕法重之貪污治罪條
26 例，則事實上與所欲維護公務員清廉政治，無必然之關聯性。
27 （附件 33）

- 28 D. 另參監察院提出之貪瀆案件定罪率之探討專案調查研究報

1 告第 142 頁至第 148 頁說明「復按所謂罪刑相當原則，刑
2 事立法應先遵守「法益原則」，對於社會行為如加以犯罪化，
3 必因其法益受到侵害或危險。故刑法立法之核心在於是否
4 確有其保護之法益。無法益保護，無刑法可言；亦即，無法
5 益受到侵害或危險，則無施以刑罰之必要。從而，法定刑之
6 高低，必須從保護法益本身之價值位階探討。換言之，生命
7 法益最高，其次身體法益，其次自由法益，其次名譽法益，
8 而財產法益最低。故罪之惡性須與刑之輕重，為有對等之關
9 係。若惡重而刑輕，則無法確實發揮刑法之公平正義之效
10 用。若惡小而刑重，則侵害到犯罪行為人之基本人權與違
11 背憲法之最高指導原則「人性尊嚴」，此即為違反「罪刑相
12 當原則」。」查本系爭條例為財產犯罪之結果犯，其犯罪性
13 質與刑法詐欺罪無異，僅為財產法益的侵害，然觀諸其他刑
14 法規定，如第三十三章恐嚇及擄人勒贖罪中第 347 條擄人
15 勒贖罪，其法定本刑為無期徒刑或七年以上有期徒刑，雖與
16 系爭條例之法定刑相若，但其侵害法益與行為，卻有顯著差
17 異，蓋刑法第 347 條第 1 項之罪，係意圖勒贖而擄人者為
18 其構成要件，其犯罪行為，不但潛藏財產可能損失的風險，
19 更重要者在於存在自由甚至生命法益侵害的風險，是須立
20 法嚴禁實行，甚或較輕之刑法第 346 條恐嚇取財罪，保護
21 法益包含意思自由及財產法益，其刑度也僅處六月以上五
22 年以下有期徒刑，得併科三萬元以下罰金。又第三十章搶奪
23 強盜罪章第 330 條加重強盜罪，可能侵害生命、身體健康、
24 自由及財產法益亦同樣處七年以上有期徒刑。惟系爭規定
25 三不過是公務員詐領財產，或可能僅詐領幾百幾千塊，相較
26 上開舉例之同樣財產法益侵害罪章，無疑就行為的危險性、
27 法益的侵害性，均相去甚遠，卻須背負同樣罪刑，其罪刑顯
28 不相當，嚴重破壞刑罰機能。(附件 34)

1 E. 再者，就司法院釋字第 699 號解釋黃茂榮大法官協同意見
2 書所言之類型化不足將造成法律漏洞「在刑罰規定之類型
3 化上，可能由於具體規定中所設計之構成要件過度簡單，使
4 得其連結之法定刑的高低跨距過小，以致在司法實務上面
5 臨情輕法重的困境。立法機關對於罪刑之連結固有其立法
6 上之裁量權，但其裁量仍應符合比例原則。倘立法機關對於
7 一定犯罪類型之罪刑的立法裁量與其對於另一犯罪類型之
8 罪刑的立法裁量顯不一致時，該不一致除顯示有與罪刑有
9 關之價值判斷衝突外，並顯示其中隱藏有不符比例原則之
10 裁量之情形。當發現刑事法所規定之罪刑有上述價值判斷
11 衝突的情形時，自應予以調和，以維持體系之一貫性。」，
12 是如將數種貪污類型規定在同一規定中而適用相同處罰的
13 立法模式，卻不顧不同貪污類型犯罪之行為、類型或情節輕
14 重而一律處以重罰，將導致對情節輕微犯行給予過度嚴苛
15 之刑罰。例如系爭規定三與第 5 條第 1 項第 3 款放在同一
16 條文中，該第 5 條第 1 項第 3 款規定對於職務上之行為，
17 要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者應與系爭規定三
18 同處以 7 年以上自由刑，然就刑法第四章瀆職罪第 121 條
19 規定，公務員或仲裁人對於職務上之行為，要求、期約或收
20 受賄賂或其他不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科七
21 十萬元以下罰金，相較刑法第三十二章第 339 條第 1 項，
22 意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第
23 三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五
24 十萬元以下罰金相比，可得知兩者為不同類型、不同法益、
25 不同行為方式及不同刑度，但在貪污治罪條例卻被擺在同
26 為第 5 條第 1 項中，並處以同樣 7 年以上自由刑，即屬明
27 顯罪責與處罰不相當，而有對人民施以超越憲法第 8 條保
28 障之人身自由權之限制，違憲法第 23 條比例原則。

1 (八) 系爭規定三剝奪法官之刑罰裁量權：

2 1、系爭規定三迭經修正，而不問犯罪情節及所侵害法益之輕重，
3 更不顧刑法所規範之價值體系，一味地提高其法定本刑，其結
4 果造成罪刑嚴重失衡，且與其所欲維護社會秩序之目的，並無
5 必然關聯性。從罪刑關係之觀點而言，罪與罰不相當，違反均
6 等主義，且不符合重罪重罰、輕罪輕罰之比例原則，亦違反分
7 配主義。按刑罰之制定與適用，宜有一定彈性，供法官於解釋
8 適用時，得因事制宜，尤其刑法第 57 條更明定此一原則之運
9 用條件。法官在審理過程，發現事實真相，妥善適用法律，衡
10 酌情節輕重，給予適當刑罰，以期達到嚇阻功能及教化效果。
11 但系爭規定三規定之處罰，均重於大部分刑法規定之同樣財
12 產法益犯罪情節較重之結果犯之處罰。又系爭規定三或造成
13 法官於適用法律時，缺乏彈性，更無法以其犯罪行為輕微而予
14 以區別同條其他款犯罪行為較重之規定，而予以量處較輕刑
15 罰，難以妥適量刑，而剝奪法官之刑罰裁量權。綜上，顯見系
16 爭規定三立法顯然過苛，且嚴刑峻法下，與維護社會秩序之目
17 的無必然關聯，甚至剝奪法官依個案情狀之裁量權（此部分參
18 酌司法院釋字第 669 號解釋聲請書意旨）。

19 2、基此，聲請人確信系爭規定三牴觸憲法第 23 條所衍生之罪刑
20 相當性原則，違憲而無效。

21 玖、結論

22 綜上所述，聲請人本於確信刑事訴訟法第 17 條第 8 款、第 232
23 條、貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款規定均違憲，請大法官惠
24 賜如聲明。

此 致

憲法法庭 公鑒

中華民國 1 1 1 年 6 月 3 0 日

聲請人：徐千祥



代理人：張智皓律師



陳雅琴律師



許雪螢律師



附委任書正本乙份

證物及附件清單：

- 附件1：臺灣臺南地方法院 93 年度訴字第 1205 號判決
- 附件2：臺灣高等法院臺南分院 95 年度上訴字第 655 號判決
- 附件3：最高法院 96 年度台上字第 5876 號判決
- 附件4：臺灣高等法院臺南分院 96 年度上更(一)字第 461 號判決
- 附件5：最高法院 99 年度台上字第 928 號判決
- 附件6：臺灣高等法院臺南分院 99 年度重上更(二)字第 53 號判決
- 附件7：最高法院 99 年度台上字第 8203 號判決
- 附件8：臺灣高等法院臺南分院 100 年度重上更(三)字第 14 號判決
- 附件9：最高法院 102 年度台上字第 4236 號判決
- 附件10：臺灣臺南地方法院 105 年度聲判字第 30 號裁定
- 附件11：最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點
- 附件12：葉清財檢察官於臺南高分檢偵訊筆錄
- 附件13：臺灣高等法院高雄分院 99 年度重上更(二)字第 86 號刑事判決
- 附件14：最高法院 100 年度台上字第 1728 號刑事判決

- 附件15：勘驗羅卓文偵訊筆錄錄音帶對照總表第 頁、93 年
2 月 20 日王森榮檢察官偵訊筆錄逐字稿第 頁、84 年
4 月 26 日聯合晚報唐○○自殺案新聞
- 附件16：93 年 8 月 23 日遭王森榮檢察官等約訊對聲請人不
利之第三份筆錄
- 附件17：101 年 9 月 5 日更三審準備程序勘驗筆錄
- 附件18：101 年 10 月 8 日更三審審判筆錄
- 附件19：101 年 8 月 15 日更三審準備程序勘驗筆錄
- 附件20：司法周刊 101 年 4 月 13 日第 1589 期
- 附件21：公民與政治權利國際公約
- 附件22：錢建榮法官(93 年 6 月)，違反法定法官原則的更二連
身條款，月旦法學教室，第 140 期，頁 55、56
- 附件23：薛智仁(93 年 3 月)，無故取得電磁紀錄罪之解釋及立
法，《政大法學評論》，第 136 期，頁 101
- 附件24：徐育安，利用職務機會詐取財物罪之解釋與適用，《法
務通訊》，第 2993 期，第 6 版
- 附件25：最高法院 21 年非字第 97 號判例
- 附件26：最高法院 25 年度非字第 164 號刑事判例
- 附件27：最高法院 30 年度上字第 684 號刑事判決
- 附件28：最高法院 84 年度台上字第 4341 號判決
- 附件29：最高法院 82 年 4 月 13 日 82 年第 2 次刑事庭會議(二)
決議
- 附件30：最高法院 100 年台上字第 3553 號刑事判決
- 附件31：臺灣高等法院 107 年度上訴字第 2064 號刑事判決
- 附件32：臺灣高等法院臺南分院 97 年重上更(六)字第 273 號刑
事判決
- 附件33：110 年 12 月 9 日 ETtoday 新聞雲新聞，公務人員詐
領小額補貼款

附件34：監察院提出之貪瀆案件定罪率之探討專案調查研究報告第 142 頁至第 148 頁