

2024年台灣刑事法學 春季裁判研究會

日期：2024年3月2日(星期六) 13:30-17:00
地點：臺中律師學院(臺中市西區臺灣大道2段218號32樓)
主辦單位：台灣刑事法學會、全國律師聯合會刑事法委員會
社團法人臺中律師公會
協辦單位：當代法律雜誌社



時間	議程
13:00-13:30	報到
13:30-13:40	研討會致詞 社團法人臺中律師公會代表
13:40-13:45	主持人 沈元楷 律師(全國律師聯合會刑事法委員會副主任委員)
13:45-15:00	議題報告
	題目/ 累犯之刑罰裁量： 以最高法院大法庭110年度台上大字第5660號裁定為中心 報告人/ 馬躍中 教授(台灣刑事法學會監事、國立中正大學犯罪防治學系暨研究所)
	題目/ 論強制採尿與令狀規制—— 以111年度憲判字第16號判決為中心 報告人/ 劉芳伶 副教授(台灣刑事法學會會員、東海大學法律學院)
	題目/ 公務員賄賂罪中的職務密切關連行為概念—— 評最高法院110年度台上大字第5217號刑事裁定 報告人/ 黃士軒 副教授(台灣刑事法學會秘書長、國立政治大學法學院)
	報告人/每位25分鐘
15:00-15:20	茶敘
15:20-17:00	綜合座談 主持人/ 許恒達 教授(台灣刑事法學會理事長、國立臺灣大學法律學院)
17:00	散會

2024 年台灣刑事法學春季裁判研究會

累犯之刑罰裁量

以最高法院 110 年度台上大字第 5660 號裁定為中心

報告人：馬躍中 教授

累犯之刑罰裁量：

以最高法院110年度台上大字第5660號裁定為中心

馬躍中教授
國立中正大學犯罪防治學系 系主任兼所長

大綱

- 壹、本案爭點及其弦外之音
- 貳、量刑制度現況
- 參、德國法分析
- 肆、我國是否應有量刑規則
- 伍、具體建議

壹、本案爭點及其弦外之音

- 一、本案之法律爭議
- 關於累犯之刑罰裁量，法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑，訴訟程序上應否先由檢察官就被告構成累犯之前階段事實以及應加重其刑之後階段事項，主張具體指出證明之方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎？

壹、本案爭點及其弦外之音

- 二、大法庭見解：
 1. 檢察官就被告構成「累犯事實」負實質舉證責任，並指出證明之方法。
 2. 法院對於檢察官未盡職調查，不負補充性調查責任。
 3. 單純提出前案紀錄表，尚難謂為已具體指出證明方法而謂盡實質舉證責任。

壹、本案爭點及其弦外之音

- 三、釋字七七五沒有說的事：

1. 大法官認為：一律加重原則宣告違憲，但並沒有說一律加重「最高」本刑。

本裁定原文：（裁定：S. 4, Rn 13-15）

……因累犯不分情節一律加重法定本刑，個案上過苛而不符罪刑相當、比例原則，因而得不加重「最底本刑」，則為實體判斷……

壹、本案爭點及其弦外之音

- 三、釋字七七五沒有說的事：

2. 就科刑調查：針對獨立進行辯論之規定，付之闕如！

- 對累犯者加重本刑涉及科刑。目前刑事訴訟法，僅規定科刑資料之調查時期應於罪責資料調查後為之（刑事訴訟法第288條第4項參照），及賦予當事人對科刑範圍表示意見之機會（刑事訴訟法第289條第3項參照），對於科刑資料應如何進行調查及就科刑部分獨立進行辯論均付闕如。

- 本裁定：檢察官就被告構成「累犯事實」負實質舉證責任，並指出證明之方法。

貳、本案爭點及其弦外之音

- 三、釋字七七五沒有說的事：
- 3. 未宣告累犯違憲！
- 法官即無裁量空間，即有正確適用法律之義務。

壹、本案爭點及其弦外之音

- 四、弦外之音

阻斷可能的累犯違誤案件，並將責任推給檢察官！！

- （裁定：S. 6, Rn 11-29）
- 該可能構成累犯之前科、素行資料既已列為量刑審酌事由，對被告所應負擔之罪責予以充分評價，依重複評價禁止之精神，自無許檢察官事後循上訴程序，以該業經列為量刑審酌之事由應改論以累犯並加重其刑為由，指摘原判決未依累犯規定加重其刑違法或不當。

未來累犯之刑罰裁量之走向

我國量刑現況



德國法分析



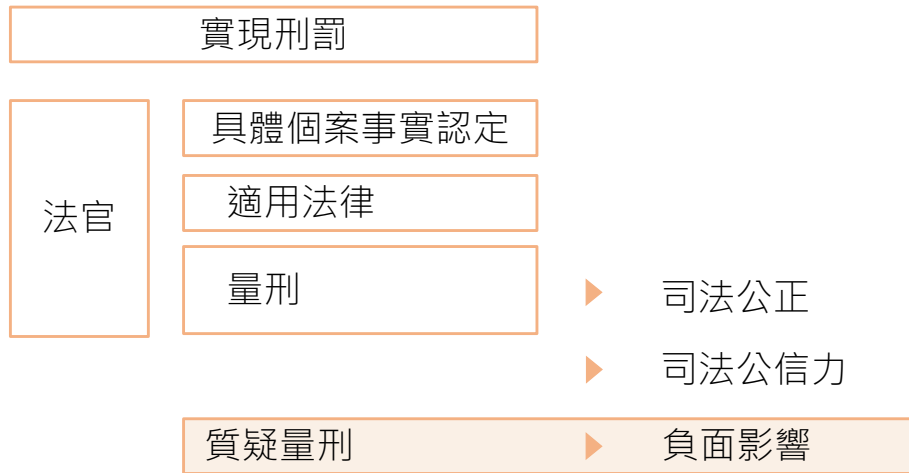
我國是否應有量刑規則



具體建議

貳、量刑制度現況

貳、量刑制度現況



貳、量刑制度現況

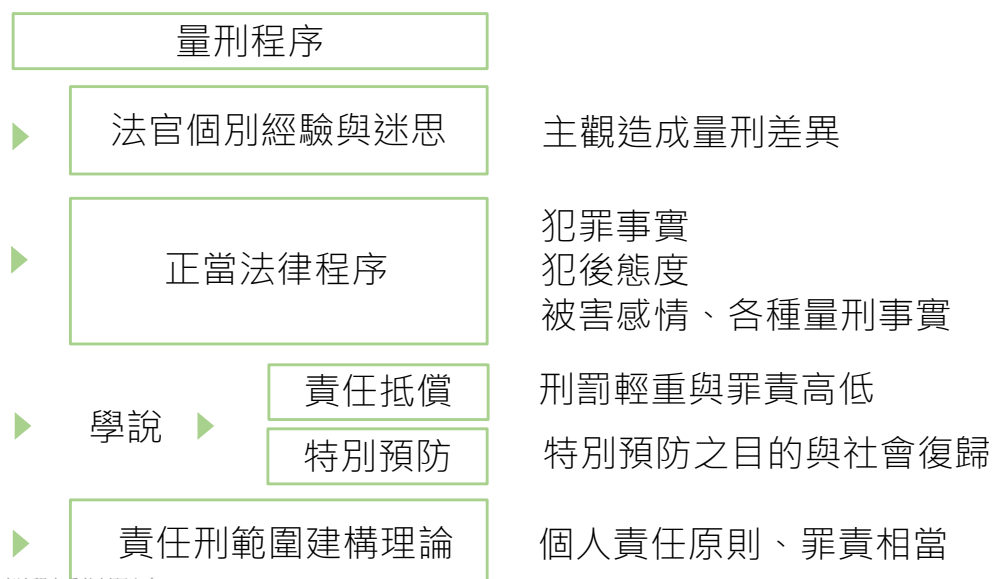


貳、量刑制度現況

- 一. 我國量刑實務演進
- 二. 量刑基本概念與框架
- 三. 台灣AI量刑資訊系統介紹與評估
- 四. 刑事量刑及執行參考要點
- 五. 刑事案件妥適量刑法草案

貳、量刑制度現況 – 我國量刑實務演進

早期作法



貳、量刑制度現況 – 我國量刑實務演進

早期作法

刑法第57條

量刑標準

▶ 法律規定外的三個主要考量

- 一、被告的可責性與犯行對被害人造成傷害程度
- 二、保護社區或社會的秩序與安定，期許藉由科刑警示犯罪人。
- 三、現實面的考量：制度面與組織上的限制、行政與經濟面的考量、罰則對被告及被害人家屬的影響。

貳、量刑制度現況 – 我國量刑實務演進

司法院釋字775號解釋的影響

理由書

- ▶ 刑事訴訟法，僅規定科刑資料之調查時期應於罪責資料調查後為之及賦予當事人對科刑範圍表示意見之機會，對於科刑資料應如何進行調查及就科刑部分獨立進行辯論均付闕如。
- ▶ 法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實及其他科刑資料，指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決。

貳、量刑制度現況 – 我國量刑實務演進

司法院釋字775號解釋的影響

- ▶ 2020年1月，修正刑事訴訟法第289條第2、3項
當事人就科刑範圍「表示意見之機會」修正為「辯論之」
- ▶ 未完整的針對科刑辯論階段辯論內容具體的規範

貳、量刑制度現況 – 我國量刑實務演進

量刑基本框架與步驟的建立

- ▶ 刑法第57條
 - ▶ 量刑資訊系統
 - ▶ 量刑趨勢建議系統
- ▶ 參考英國法
 - ▶ 量刑審酌事項參考表
- ▶ 2021年12月14日
 - ▶ 刑事案件妥適量刑法

貳、量刑制度現況 – 量刑基本概念與框架

基本概念

- ▶ 刑事法規定了每項犯罪的法定處罰範圍
- ▶ 無加重或減輕規範，法官必須在法定刑罰範圍內判處刑罰
- ▶ 有加重或減輕規範，依情節調整法定刑幅度，作為量刑的幅度
- ▶ 因量刑範圍的廣泛性，需針對個別案件，確保量刑公正

貳、量刑制度現況 – 量刑基本概念與框架

基本框架

- 第一階段** ▶ 個人責任原則為基礎
- 第二階段** ▶ 考慮一般預防的目的，根據一般情況對責任量刑進行微調
- 第三階段** ▶ 考慮其他因素進一步調整責任刑

貳、量刑制度現況 – 台灣AI量刑資訊系統介紹與評估



貳、量刑制度現況 – 台灣AI量刑資訊系統介紹與評估



- ▶ 局限性
 - ▶ 人員配備限制
 - ▶ 判決數據的覆蓋範圍有限
 - ▶ 可能使某些罪行過時的立法變化
 - ▶ 僅關注一審判決
- ▶ 缺乏量化量刑因素權重的能力，沒有涵蓋所有可能的量刑因素，無法評估這些因素對量刑結果的影響。

貳、量刑制度現況 – 台灣AI量刑資訊系統介紹與評估

人工智能輔助事實量刑資訊系統

- ▶ 標註判決書量刑因素
- ▶ 自動提取關鍵詞檢索，並解讀加重處罰法規的適用情況
- ▶ 量刑考慮因素
 - ▶ 事實內容
 - ▶ 社會因素

貳、量刑制度現況 – 台灣AI量刑資訊系統介紹與評估

基於評估的人工智能輔助量刑資訊系統

客觀社會事實

主觀評價因素

犯後態度、作案手法、造成的傷害、受害人的態度以及其他考慮因素

- ▶ 對被告有利 中立或不確定 對被告不利
- ▶ 以刑法第五十七條規定的量刑考慮因素作為量刑因素

貳、量刑制度現況 – 台灣AI量刑資訊系統介紹與評估

人工智能輔助量刑資訊系統

- ▶ 台灣
- ▶ 基礎為過去的判決數據
- ▶ 僅為參考而無法律約束力
- ▶ 無違憲疑慮

人工智能風險評估工具

- ▶ 美國
- ▶ 涉及司法自由裁量權的核心
- ▶ 仍然需要法官進行綜合判斷
- ▶ 不違反憲法原則

貳、量刑制度現況 – 台灣AI量刑資訊系統介紹與評估

量刑趨勢推薦系統

- ▶ 涵蓋各種不同類型的犯罪
- ▶ 僅具有參考性，不具有法律約束力

▶ 焦點小組

審檢辯三方、學術界與民間團體組成

調整量刑因素的權重和影響力

▶ 局限性

僅限於一審判決

未公開的權重公式

排除死刑和無期徒刑案件

對某些罪名僅提供單一建議量刑

貳、量刑制度現況 – 刑事量刑及執行參考要點

刑事量刑及執行參考要點 (2018年8月7日)

- 立法理由 ▶ 提升刑罰之可預測性，避免不合理之歧異
- ▶ 數罪併罰訂執行刑須符合內部界限以及刑罰的框架
 - ▶ 未區分加重和減輕因素
 - ▶ 沒有提供量刑因素的權重或其對量刑分佈和最終結果的影響

貳、量刑制度現況 – 刑事案件妥適量刑法草案

刑事案件妥適量刑法 (草案)

- ▶ 在司法院設置獨立的「刑事案件量刑準則委員會」
- ▶ 訂定「刑事案件量刑準則」
- ▶ 參考美國、英國（英格蘭、威爾斯及蘇格蘭）等地設立量刑委員會並訂定量刑準則之模式

貳、量刑制度現況 – 刑事案件妥適量刑法草案

刑事案件妥適量刑法

- 一、設立獨立之量準會，並訂定量刑準則
- 二、量準會之定位及職掌 ▶ 二級獨立機關
- 三、量準會委員之組成、資格及任命過程
- 四、量準會之組織及人員 ▶ 研究發展、資料分析、成效評估

貳、量刑制度現況 – 刑事案件妥適量刑法草案

刑事案件妥適量刑法

- 五、訂定量刑準則之參考事項及程序
- 六、定期提出量刑準則成效評估報告
- 七、量刑準則具有原則上拘束力**
- 八、明文化量刑基本原則及定應執行刑原則
- 九、施行日期由司法院定之

參、考察德國法

- 一. 基本思考
- 二. 基本理論
- 三. 量刑框架與步驟
- 四. 小結

參、考察德國法 – 基本思考



參、考察德國法 – 基本思考

德國刑事制裁體系

- ▶ 罪責原則 ▶ 罪刑相當原則
- ▶ 行為人的再社會化
- ▶ 德國刑法第46條 ▶ 犯人的罪行程度是判決刑罰的基礎
- ▶ 權衡罪刑的考量因素
- ▶ 減輕刑罰
 - ▶ 德國刑法第46a條 ▶ 與被害人和解、損害賠償
 - ▶ 德國刑法第46b條 ▶ 幫助查獲、預防嚴重犯罪
 - ▶ 德國刑法第49條 ▶ 特別的法定減輕事由

參、考察德國法 – 基本理論

操作理論 Spielraumtheorie

- ▶ 法官在法定刑之內確定與罪責相適應的刑罰的幅度，在此操作空間內，須考量「特別預防」，最終決定刑罰。
- ▶ 在較寬的法定刑幅度內，有較窄的刑罰幅度與特定犯罪的罪責相適應。
- ▶ 理論模糊，缺乏具體的標量刑框架步驟準。

參、考察德國法 – 量刑框架與步驟

德國的量刑具體步驟

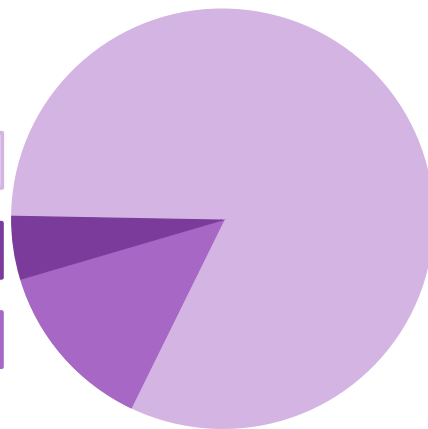
- 1 ▶ 確定法定刑的範圍
- 2 ▶ 確定相關的刑罰目的
- 3 ▶ 確定具體量刑事實
- 4 ▶ 確定量刑事實的評估方向
- 5 ▶ 對先前單獨評估的量刑事實，進行權衡和綜合考量
- 6 ▶ 將權衡結果實施在特定的刑罰範圍中
- 7 ▶ 決定刑罰類型與可能的制裁手段
- 8 ▶ 最終的整體評估

參、考察德國法 – 小結

德國刑事處遇措施 施用情形

▶ 仍以罰金刑為主

▶	罰金刑	82 %
▶	監禁刑	5 %
▶	緩刑帶觀護協助	13 %



參、考察德國法 – 小結

小結

- ▶ 德國刑法的刑罰幅度較為寬泛，法官在量刑方面有較多的裁量空間。
- ▶ 德國刑法第46條規範量刑的基本原則，但就總體而言不具有可操作性，對於法官的實際量刑沒有指導意義。
- ▶ 德國判例所提出的幅的理論試圖將第46條的量刑基本原則進一步具體化，但事實上也不能為法官日常的量刑提供幫助。

肆、我國量刑現狀分析

- 一. 混淆刑罰目的與量刑目的
- 二. 應建立量刑事由結構化
- 三. 我國需要量刑準則嗎？

肆、我國量刑現狀分析

混淆刑罰目的與量刑目的

▶ 刑事量刑及執行參考要點

對於不法侵害行為給予相應責任刑罰之應報功能

矯正行為人並使其復歸社會之特別預防功能

嚇阻犯罪、回復社會對法規範之信賴、一般預防

- ▶ 先釐清刑罰目的，以其目的及功能作為量刑指導原則
- ▶ 除應報及預防效果外，量刑並應考量關係修補、實質賠償及犯罪原因消除等面向

肆、我國量刑現狀分析

應建立量刑事由結構化

▶ 雙重評價禁止原則

▶ 刑法第57條

- ▶ 行為責任要素
- ▶ 與行為罪責、行為人人格相關的量刑因子
- ▶ 整體犯罪過程以及人格相關的量刑因子

肆、我國量刑現狀分析


我國需要量刑規範嗎？

- ▶ 量刑規範，的確可以提高量刑的透明度及可依賴性
- ▶ 我們仍無法找到一個合理機制，如何將量刑事實轉化成量刑的結果
- ▶ 關於對於傳統大陸法系在量刑上，過於倚重法官個人的審判經驗，可能會危害判決一致性和透明性

伍、結論

總結

- ▶ 在傳統大陸法系中，量刑是法官的核心職責
- ▶ 我國目前之量刑指引系統，可供法官參考，在調整的同時仍符合量刑目的
- ▶ 量刑準則是為確保未來判決的一致性和可預測性，維護公正有效的司法程序



感謝您的聆聽。

2024 年台灣刑事法學春季裁判研究會

論強制採尿與令狀規制

以 111 年度憲判字第 16 號判決為中心

報告人：劉芳伶 副教授

20240302@台中律師學院

論強制採尿與令狀規制

—以111年度憲判字第16號判決為中心

東海大學法律學院法律學系 劉芳伶副教授

日本東京大學法學博士/律師

1

今日講綱/論文目次

壹、前言	1
貳、問題之所在	2
參、「違反受採尿者之意思之非侵入性方式採尿」之處分定性	3
一、111年憲判字第16號判決與111年憲判字第1號之比較	3
二、日本最高法院1976年之借鏡	5
三、介於傳統的強制處分與任意處分之間的中間類型	6
肆、解釋論上正當化強制導尿之可能性分析	8
一、111年憲判字第16號判決之貢獻	8
二、強制導尿之合憲性與合法性問題	10
伍、結論	14

2

3

壹、前言

■ 日本分類

1. 代表性實務見解：日本最高法院1980年10月23日判決（強制採尿令狀案）
2. 任意供尿，自然解尿任意提出尿液樣本⇒任意處分
3. 強制採尿：以醫療性手段實施侵入性的導尿方式以採取尿液⇒強制處分

■ 台灣分類

1. 代表性實務見解：111年憲判字第16號判決
2. 違反受採尿者之意思之「侵入性方式採尿」=人工導尿=強制採尿
3. 違反受採尿者之意思之「非侵入性方式採尿」=自然解尿⇒任意？強制？

4

貳、問題之所在

111年憲判字第16號判決意旨

「一、刑事訴訟法第205條之2規定：『檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑或被告，得違反犯罪嫌疑或被告之意思，……有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據時，並得採取之。』係就檢察事務官、司法警察官或司法警察以非侵入性方式採取尿液而為規範。惟其規定不符憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第22條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨，應自本判決公告之日起，至遲於屆滿2年時失其效力。又本判決公告前，已依上開規定採取尿液而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。二、相關機關應自本判決公告之日起2年內，依本判決意旨妥適修法；自本判決公告之日起至完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第205條之2規定以非侵入性方式採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑事訴訟法第205條之2規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後24小時內陳報該管檢察官許可；檢察官認為不應准許者，應於3日內撤銷之；受採尿者得於受採取尿液後10日內，聲請該管法院撤銷之。」

5

貳、問題之所在

111年憲判字第16號判決意旨重點歸納

- **第一點**，採尿處分所侵害之基本權為憲法第22條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權。
- **第二點**，從基本權保障之觀點，刑訴法第205條之2之規範內涵應進行目的性限縮，即應解為僅授權偵查輔助機關得以非侵入性的自然排尿方式採尿，而不及於侵入性的人工導尿方式。
- **第三點**，刑訴法第205條之2之規範內涵即便進行目的性限縮，仍不符憲法正當法律程序原則之要求，而無法為合憲性解釋，應立法修正。
- **第四點**，創設修法前依據同條規定進行非侵入性之採尿之合法性要件，亦即，應事先報請檢察官核發鑑定許可書（下稱事前報檢許可制）；情況急迫時，雖得逕依同條規定以非侵入性方式採取尿液，但事後應陳報檢察官許可（下稱事後報檢許可制）受採尿者亦得聲請撤銷等之規範。

6

貳、問題之所在

套用日本法觀點重新咀嚼

- 我國16號判決所謂「非侵入性方式採取尿液之實施」之類型，在日本法架構下會被理解為自然解尿之任意處分，而無令狀規制之適用
- **第一點與第二點**之我國憲法法庭所示意旨，若按日本法來理解，亦會得出同旨
- **第三點**所示，應將我國刑訴法第205條之2之規範內涵予以目的性限縮，解為以「非侵入性方式採取尿液之實施」者為限，那麼，按日本法之理解重新解釋，就會得出相反的結論，亦即應解為「並無不符憲法正當法律程序原則」
- **第四點**若依據日本法之觀點重行檢視，即會失其論據。復有是否侵害立法裁量權之問題

7

貳、問題之所在 套用日本法觀點重新咀嚼

- 有關第四點之進一步說明
 1. 有關「強制處分」與「任意處分」之處分定性之分類，已在我國實務通說上獲得確立，而任意處分最典型之類型即係所謂經同意之處分⇒自然解尿（自願提供尿液樣本）⇒經同意之處分⇒又如何「違反受採尿者」之意思？
 2. 自然解尿（自願提供尿液樣本）⇒經同意之處分⇒提高規範密度⇒司法者行立法裁量⇒是否侵害立法權（權力分立觀點）？
- 問題核心應歸結於「違反受採尿者之意思之非侵入性方式採尿」此種類型之處分定性之上

8

參、「違反受採尿者之意思之非侵入性方式採尿」之處分定性

- 一、111年憲判字第16號判決與111年憲判字第1號之比較
- 二、日本最高法院1976年之借鏡
- 三、介於傳統的強制處分與任意處分之間的中間類型

9

參、一、111年憲判字第16號判決與111年憲判字第1號之比較

- 111年憲判字第1號判決：「中華民國102年1月30日修正公布之道路交通管理處罰條例第35條第5項規定：『汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第1項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。』（108年4月17日修正，僅微調文字，規範內容相同，並移列為同條第6項；111年1月28日修正同條規定，本項未修正）抵觸憲法第8條保障人身自由、第22條保障身體權及資訊隱私權之意旨，應自本判決公告之日起，至遲於屆滿2年時失其效力。又本判決公告前，已依上開規定實施相關採證程序而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。相關機關應自本判決公告之日起2年內，依本判決意旨妥適修法。自本判決公告之日起2年期間屆滿前或完成修法前之過渡階段，交通勤務警察就駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測，認有對其實施血液酒精濃度測試，以檢定其體內酒精濃度值之合理性與必要性時，其強制取證程序之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之。情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後24小時內陳報該管檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於3日內撤銷之；受測試檢定者，得於受檢測後10日內，聲請該管法院撤銷之。」

10

參、一、111年憲判字第16號判決與111年憲判字第1號之比較

- 其一，1號判決系爭採血處分所侵害之基本權，除16號判決所指摘之憲法第22條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之外，還侵害了憲法第8條保障人身自由之基本權
- 其二，條文規定「血液或其他檢體之採樣及測試檢定」，文義上，「其他檢體」可以包括「尿液」
- 其三，16號判決與1號判決同樣創設了「事前報檢許可制」與「事後報檢許可制」等超法規合法性要件⇒1號判決「其強制取證程序之實施」⇒16號判決「違反受採尿者之意思之非侵入性方式採尿」亦應定位為「強制取證程序」

11

參、一、111年憲判字第16號判決與111年憲判字第1號之比較

- 16判決在理由書中指出「就採尿之方式觀之，違反受採尿者意思採取其尿液，其方式可大別為侵入性與非侵入性方式兩大類。侵入性方式之採尿，係由第三人以侵入身體之器具，強行採取受採尿者體內之尿液（例如將導尿器具插入人體內以強制導（取）尿）。非侵入性方式之採尿，則係於受採尿者自行解尿後予以採集，其如屬違反受採尿者意思為之者〔下稱**強制性要素一**〕，具體實施方式，通常係受採尿者受制於採尿人員可得支配之實力範圍下〔下稱**強制性要素二**〕，因採尿人員之要求，而自行喝水、走動以產生尿意，從而自行解尿、採集，最終由採尿人員取得定量之尿液。」
- **強制性要素一與強制性要素二之關係為何**

12

參、二、日本最高法院1976年之借鏡

- 日本最高法院1976年3月16日第3小法庭裁定（下稱日本最高法院1976年裁定）指出，所謂「強制偵查（處分）」之「強制性」：
 - ①「壓制個人之意思」
 - ②「就身體、住居、財產等施以制約」
- 要件①與要件②之關係為何
 - 1. 採擇一關係說⇒日本通說即重要利益（含權利）侵害說
 - 2. 併立關係說

13

參、二、日本最高法院1976年之借鏡

- 最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決（下稱106年判決）亦指出「...偵查機關所實施之偵查方法，固有『任意偵查』與『強制偵查』之分，其界限在於偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益之處分而定。倘有壓制或違反個人之意思，而侵害憲法所保障重要之法律利益時，即屬『強制偵查』，不以使用有形之強制力者為限，亦即縱使無使用有形之強制手段，仍可能實質侵害或危害他人之權利或利益，而屬於強制偵查。」其用語上，除「壓制」外還包括「違反」，又其所指稱「倘有壓制或違反...，『而』侵害...利益時」（雙引號與下線為筆者所加）

14

參、二、日本最高法院1976年之借鏡

我國	壓制或違反個人之意思	侵害憲法所保障重要之法律利益
日本	壓制個人之意思	侵害憲法所保障重要之法律利益
A 強制取證	O	X
B 強制取證	X	O
C 任意取證	O	O
D 強制取證	X	X
16 號判決	強制性要素一 違反個人之意思	強制性要素二 「受制於採尿人員可得支配之實力範圍下」尚未達到「侵害憲法所保障重要之法律利益」之程度

15

參、二、日本最高法院1976年之借鏡

併立關係	強制性要素①	強制性要素②
我國	壓制或違反個人之意思	侵害憲法所保障重要之法律利益
日本	壓制個人之意思	侵害憲法所保障重要之法律利益
E 任意取證	O	X
F 任意取證	X	O
G 強制取證	O	O
H 任意取證	X	X
16 號判決	強制性要素一 違反個人之意思	強制性要素二 「受制於採尿人員可得支配之實力範圍下」尚未達到「侵害憲法所保障重要之法律利益」之程度

16

參、二、日本最高法院1976年之借鏡

由以上兩表可得重點有三：

其一，若按日本基準，我國16號判決所指摘的強制性要素一與強制性要素二，並不該當於日本1976年裁定所指摘的強制性要件①與②。

其二，日本通說採擇一關係說，我國實務見解在文脈上則傾向於併立關係，於此意義上，似乎可以理解為日本對於強制處分之認定會較我國更為寬鬆。不過，要特別注意的是，日本的強制性要件①，僅限於「壓制」之情形，相對於此，我國的強制性要素①則不以「壓制」為限，還包括「違反」個人之意思的情形

其三，我國106年判決在強制處分之強制性的認定上，須「達到『而侵害憲法所保障重要之法律利益之程度』者，相對於此，16號判決之見解則似乎包括「尚未達到『侵害憲法所保障重要之法律利益』之程度」者。就此點而言，在是否該當強制處分之認定上，16號判決之認定與106年判決之認定，似乎存有並不一致的問題

17

參、三、介於傳統的強制處分與任意處分之間的中間類型

- 綜上所述，可以先行確立的是，在我國，16號判決以及1號判決，認為實施採尿對於基本權侵害性係相當重大，故而連「違反受採尿者之意思之非侵入性方式採尿」之自然排尿此種類型，都將之定性為強制處分，於此之上，更自創檢察官保留以為規制之程序；相對於此，在日本，會認為此種類型尚未對基本權構成重大侵害，而將之定性為任意處分。又我國16號判決所稱在非侵入性方式採尿之前提下還能該當於「違反受採尿者之意思」之情形，具體以言，像是以任意處分之名長時間留置被告而等同於實質違法逮捕之情形即為適例。事實上，日本也有實際的案例，亦即日本最高法院1994年9月16日判決（下稱日本最高法院1994年判決）

18

參、三、介於傳統的強制處分與任意處分之間的中間類型

- 本件事實概要是，警察在上午11點10分對犯罪嫌疑人所駕駛的車輛實施攔停實施行政盤查，從其言行判斷認為有高度的吸毒嫌疑，於是將手伸入車窗直接把車鑰匙拔走，並繼續由數名警察輪流盤查，直到下午5點43分，仍〔對其〕不斷勸說，〔要求以〕任意同行〔的方式一起〕到警察署；不過，犯罪嫌疑人都一直果斷地拒絕。又在〔勸說的〕過程中，警察為了讓犯罪嫌疑人鎖車所以曾一度將車鑰匙交回，豈料其竟然趁機鑽進車內，警察立刻從其兩臂腋下穿過予以環抱藉此加以阻止，犯罪嫌疑人只好又將車鑰匙交給警方，其後，警方就一直保管著。而在下午3點26分左右，現場指揮的警察官為了取得令狀暫時離開，之後，約莫在下午5點2分，簡易法院核發了以系爭車輛以及犯罪嫌疑人之身體為對象暨實施強制採尿之搜索扣押令狀，而在5點43分執行令狀強制排除犯罪嫌疑人之抵抗。具體上，警方先搜索扣押該車輛，並壓制暴走的犯罪嫌疑人強制帶往醫院，晚間7點40分至7點52分在醫院進行強制採尿。

19

參、三、介於傳統的強制處分與任意處分之間的中間類型

- 有關本件行政盤查之性質，日本最高法院1994年判決指出：「本件到搜索扣押令狀之執行開始為止，在這段期間，警方非但不讓被告繼續開車，還將其留置在現場超過了6個半小時，雖然一開始〔依職務進行盤問〕是有適法性，即便考慮到被告吸食安非他命的嫌疑是越來越大，不過，為了讓被告任意同行而進行的說服行為也已經超越了〔任意處分的〕限度，而且被告的行動自由被長時間的剝奪，勘此諸點，不得不說〔本件所進行的職務質問之全體而言〕已經逸脫了作為任意偵查可得容許之範圍，係屬違法。...〔惟在本件〕職務質問之過程中，警察官所行使之有形力，像是將車鑰匙拔走不還，或是不讓被告拿著車鑰匙鑽進車內等程度，皆未構成過度強制，而可謂為仍僅止於為了阻止被告繼續駕駛之目的上所必要最小限度之範圍內。又路面積雪甚滑，被告本身反覆出現因為可疑有安非他命中毒的異常之舉動，即便如此，被告還是執意要從盤越公路開往宮城方面，因此，不僅是任意偵查的側面，就交通危害防止之交通警察的側面而言，也應可謂為有阻止被告繼續開車之高度必要性。然而，被告卻還是固執己見要親自駕車，一直斷然拒絕以其他方式為任意同行，考慮到被告的這種態度，就結果而言，可以說警察官進行長時間的說服也是有不得已的一面，有鑒於此，實不能認為警察官從最初一開始就有違法留置〔被告〕之意圖。綜合考慮此間諸般情事...雖不得不謂警察官未早期請求令狀而長時間將被告留置在現場之措施係屬違法，然其違法尚未達到將令狀主義之精神視為無物之重大程度。」（〔 〕內文字與下線為筆者所加）。

20

參、三、介於傳統的強制處分與任意處分之間的中間類型

- 上例定性
 1. 日本定性⇒違法的任意處分
 2. 我國定性⇒該當於16號判決所謂「違反受採尿者之意思之非侵入性方式採尿」之情形⇒違法的強制處分

問題點

若將之定性為強制處分，那麼就令狀原則之對應性來說，原則上應受司法審查之法官保留規制方為正理⇒16號判決未採⇒我國有論者加以批評指摘

21

參、三、介於傳統的強制處分與任意處分之間的中間類型

- **以併立關係為前提**：16號判決與106年判決相較⇒「違反受採尿者之意思之非侵入性方式採尿」雖有違反個人意思之成分，但就為了遂行採尿之目的而限制人身自由之部分，由於係以合法拘捕為前提，就此點來說，尚未達到「侵害憲法所保障重要之法律利益」之程度⇒「違反受採尿者之意思之非侵入性方式採尿」之情形會傾向於解為任意處分
- **以擇一關係為前提**：會傾向於解為強制處分
- **小結**⇒在「違反受採尿者之意思之非侵入性方式採尿」之情形⇒就邏輯上而言，係有可能將之定位為介於傳統的強制處分與任意處分之間的中間類型⇒本文將之稱為中間型強制處分

22

肆、解釋論上正當化強制導尿之可能性分析

- **我國強制導尿之可否**
在111年憲判字第16號判決之後，是否還有可能依據現行刑訴法第205條之2以外的條文來進行強制導尿？
- **分項說明**
 - 一、111年憲判字第16號判決之貢獻
 - 二、強制導尿之合憲性與合法性問題

23

肆、一、111年憲判字第16號判決之貢獻 基本權之侵害性與中間型處分之雙觀點

- 其一，將我國刑訴法第205條之2之規範內涵解為限於「非侵入性方式」之自然解尿。此旨自值得贊同
- 其二，不囿於強制處分與任意處分之二分法，從資訊隱私權保障之觀點，將自然解尿的類型也納入強制採尿的規範射程內，即本文所謂中間型強制採尿處分
- 其三，對於中間型強制採尿處分與傳統型強制採尿處分進行層級化規制，即對於前者係採檢察官保留之規制，而不採比較嚴格的法官保留之令狀規制

24

肆、二、強制導尿之合憲性與合法性問題 合憲性問題

■ 違憲說（小早川義則）

主要係以美國法之「適正程序保障」（due process clause）區分為程序上的適正程序保障與實體上的適正程序保障為其論述前提，而認為強制導尿縱然定位為最後手段且有法官所核發之令狀為據並必須直接由醫師親手實施等措施，至多也只能評價為尚不違反程序上的適正程序保障罷了，然而，其之實施必然伴隨著強烈的屈辱感等精神上打擊，對人格尊嚴造成顯著的戕害，此情已然該當於美國聯邦最高法院Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952) 所指摘「對良心造成驚嚇」（shocks the conscience）之程度，而顯然違背實體上的適正程序保障，且難以否定強制採尿仍有造成身體傷害或人體生理機能之障礙的可能性，故也難謂為僅有程序上的適正程序之保障已然充分，從而應解為強制導尿係屬違憲。

25

肆、二、強制導尿之合憲性與合法性問題 合憲性問題

■ 合憲說（實務通說）

主要的理由有四，①在沒有其他替代的偵查方式，且有偵查之急迫性與必要性之時，強制導尿作為最後手段，應屬可容許之強制處分。②在強制導尿之情形，雖會伴隨著屈辱感等精神上打擊，不過，像是實施勘驗之時也會進行裸身或是身體孔洞（例如肛門等）之檢查時，亦同，若此，強制導尿之情形，並無予以區別對待之必要，換言之，兩種情形都沒有違反適正程序保障之問題。③被處分人明明可以任意提出尿液，若此，自然也就不至於會招致強制導尿的屈辱，其捨此不為而招致屈辱，偵查機關也只能徒嘆奈何。④強制採尿必須由醫師等專業醫療人士親自實施，只要其實施合於醫療常規適切地的進行，鮮少有對身體上乃至於健康上造成甚麼特別的危險之可能性，即便極少數的情形果真萬一不幸引起生理機能之障礙，其程度亦屬輕微。

26

肆、二、強制導尿之合憲性與合法性問題 合法性問題與令狀種類

■ 合憲但違法說⇨強制處分法定主義（主要論據）

■ 合憲且合法說⇨令狀種類（爭議所在）

1. 搜索扣押令狀說（強制採尿令狀 = 日本最高法院 1980年10月23日判決 = 現今實務通說）
2. 身體檢查令狀說
3. 鑑定處分許可狀說
4. 鑑定處分許可狀與身體檢查令狀併用說

肆、二、強制導尿之合憲性與合法性問題 強制導尿之直接強制之可否

- 日刑訴法第222條（偵查/勘驗）第1項⇒**準用**同法第139條（法院/勘驗）可以進行直接強制
- 日刑訴法第225條（鑑定）/第168條第6項（鑑定）⇒**未準用**同法第139條

第百三十九條 裁判所は、身体の検査を拒む者を過料に処し、又はこれに刑を科しても、その効果がないと認めるときは、そのまま、身体の検査を行うことができる。

第百六十八條 ⑥ 第百三十一條、第百三十七條、第百三十八條及び第百四十條の規定は、鑑定人の第一項の規定によつてする身体の検査についてこれを準用する。

第百二十二條 第九十九條第一項、第百條、第百二條から第百五條まで、第百十條から第百十二條まで、第百十四條、第百十五條及び第百十八條から第百二十四條までの規定は、檢察官、檢察事務官又は司法警察職員が第百十八條、第百二十條及び前條の規定によつてする押収又は搜索について、第百十條、第百十一條の二、第百十二條、第百十四條、第百十八條、第百二十九條、第百三十一條及び第百三十七條から第百四十條までの規定は、檢察官、檢察事務官又は司法警察職員が第百十八條又は第百二十條の規定によつてする検証についてこれを準用する。ただし、司法巡査は、第百二十二條から第百二十四條までに規定する処分をすることができない。

第百二十五條 第百二十三條第一項の規定による鑑定の囑託を受けた者は、裁判官の許可を受けて、第百六十八條第一項に規定する処分をすることができる。④ 第百六十八條第二項乃至第四項及び第六項の規定は、前項の許可状についてこれを準用する。

肆、二、強制導尿之合憲性與合法性問題 強制採尿令狀/日本最高法院1980年判決

- （強制採尿）係對身體之侵入行為，同行為伴隨而來的是會造成屈辱感等精神上打擊，本件採尿係以通常所使用的導尿管插入尿道中採取尿液之方法，雖會對受採者造成某程度的肉體上之不快感乃至於抵抗感，然以由醫師等熟悉此技能者適切地實施為限，引起身體上乃至於健康上特別的障礙之危險性相對較低，即便有可能引起障礙也只不過係屬程度輕微者，而且本件強制採尿對犯罪嫌人所造成的屈辱感等精神上打擊，在以勘驗進行身體檢查之時也可能會有相同程度之情形，因此，作為偵查程序上的強制處分，並無理由絕對禁止對於犯罪嫌疑人進行如本件之強制採尿，有鑒於犯罪案件之重大性、嫌疑之存在、該當證據之重要性以及其取得之必要性、沒有其他適當的替代手段等情事，確實可以認為其乃犯罪偵查上所不得已者，作為最終手段，並經適切的法律上程序，應得允許之。
- 並參照最判(一)令和4年4月28日刑集76卷4号380頁(強制採尿令狀)

伍、代結論

■ 比較法的借鏡

1. 若借鏡日本法，就我國現行法之解釋論而言，係有可能採取第1說與第3說（因為我國並無勘驗令狀）
2. 第1說與第3說之間，又以第1說為優（因為在我國，除了法院可為鑑定許可外，檢察官亦可）

■ 我國解釋論的抉擇

1. 合憲否
2. 令狀種類

2024 年台灣刑事法學春季裁判研究會

公務員賄賂罪中的職務密切關連行為概念

評最高法院 110 年度台上大字第 5217 號刑事裁定

報告人：黃士軒 副教授

公務員賄賂罪中的職務密切關連行為概念 --評最高法院110年度台上大字第5217號刑事裁定--

國立政治大學法學院副教授 黃士軒

壹、本案事實



壹、本案事實

	第一行為	第二行為	第三行為	第四行為
時間 (民國)	99年	99年	99年	99年
擔任之公職	立法委員	立法委員	立法委員	立法委員
行為對象	中鋼公司總經理	中鋼、中聯公司	經濟部部長	中鋼公司總經理
行為內容	介紹甲廠商負責人認識中鋼公司總經理 + 請託取得標案資料	以立法委員名義之便箋請託 + 要求中鋼、中聯公司提供標案資料	於立院開院會時口頭提醒經濟部部長其請託事項	甲廠商未得標，即撤換中聯公司副總經理 ↓ 中鋼公司總經理承諾再給評選機會 ↓ 中聯公司高層因此修改評分標準，使甲廠商可取得承購該產品之權利&締約

貳、歷審判斷 (職務行為部分)

審級	1審	2審	3審	2審(更1)
成立罪名	濫權恐嚇得利罪 刑法346條2項+134條	違背職務受賄罪 貪污治罪條例 第4條第1項第5款	撤銷發回更審	濫權恐嚇得利罪 刑法346條2項+134條
主要理由	<ol style="list-style-type: none"> 1. 中聯公司及其母公司中鋼公司均為民營企業，非政府機關 2. 公股董事與董事長並非公務員 3. 請託施壓行為並非立法委員之法定職務權限行為(無關質詢) 也非職務密接關聯行為 4. 影響力來源=地方實力與政黨關係 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 經濟部透過公股可控制中鋼公司→控制力及於中聯公司 2. 違反立法委員行為法第5條 3. X對中聯公司等具有實質影響力→立法委員對行政機關之監督權→本件請託行為=密切關連行 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 立法委員行為法第5條無法作為違背職務的依據 2. 並未具體說明違背職務之具體內容 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 選民服務不當然是職務行為或職務密切關連行為 2. 本件X之恫嚇等行為有實質影響力，然其來源=地方勢力、黨政關係

貳、歷審判斷（職務行為部分）

*第2次上訴第3審後審判庭提案大法庭統一法律見解的裁定

*Q：民意代表於議場外對行政機關或公營機構承辦人關說、請託或施壓欲使其為特定行為，是否為民意代表之職務上行為？可否以實質影響力說為認定標準？

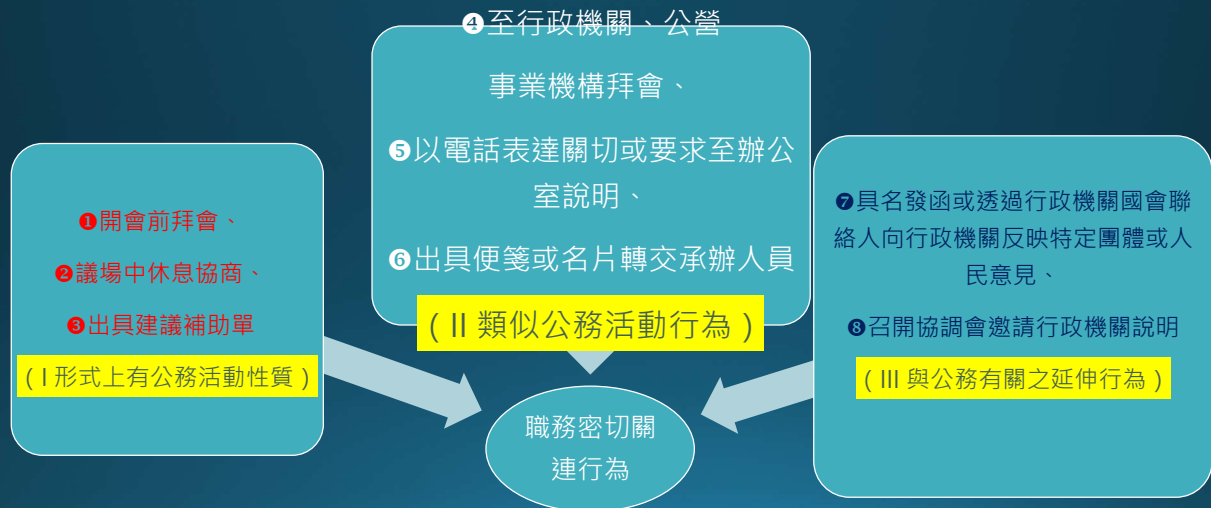
甲說	甲-1說 實質影響力說	①只要與職務有密切關連 + ②實質上為職務影響力所及 ③足以使公務員為職務上特定行為或不為特定行為
	甲-2說 公務外觀說 (刑事上公務性質說) 提案庭之見解	1. 職務行為範圍 = ①一般職務權限、②具體職務權限、③職務密切關連行為 2. ③職務密切關連行為 = 附隨行為、輔助行為、行政慣例 + 公務外觀 OR 形式上有公務性質 3. 議場外就人民陳情事項邀集行政機關等開協調會之行為 = 與議決、審查、質詢及備詢等職務有密切關連之行為
	乙說 = 圖利說	1. 有行政上隸屬的上一體關係時，指揮監督行為亦為職務上行為 2. 無上下隸屬關係時 = 利用職務上機會或身分對承辦事務之公務員形成心理上拘束而干預其行為 → 圖利之範疇

貳、歷審判斷（職務行為部分）

*本件大法庭裁定

主文	1. 民意代表受託在議場外對行政機關或公營事業人員關說、請託、施壓等行為 = 實質上運用其職務及身分地位之影響力 → 使該管承辦人為或不為特定行為 2. 若形式上具備公務活動之性質 = 職務上行為
理由	1. 公務員的職務行為判斷應依一般職務權限，不以實際承擔之具體事務為準 2. 職務上行為概念 = 99年台上字7078號判決 包括 法令上列舉之職務權限 實質上與職務有密切關連之行為 3. 民意代表的職務密切關連行為的判斷標準 → 是否可運用職務或身分地位之影響力使相對人受到拘束 → 為職務的附隨、準備事項亦為職務密切關連行為

貳、歷審判斷（職務行為部分）



貳、歷審判斷（職務行為部分）

✳ 本件大法庭裁定

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

→ 適用空間 = 不符職務性要件之形式上具公務活動之性質時

參、評釋

一、關於公務員賄賂罪職務行為的解釋的對立軸線

(一) 對立軸線1

立場1	VS	立場2
(A) 具體職務權限說	重點： 是否需要現實承擔承辦的事務才是「職務行為」？	(B) 抽象職務權限說

參、評釋

一、關於公務員賄賂罪職務行為的解釋的對立軸線

(二) 對立軸線2

立場1	VS	立場2
(A) 法定職務權限說	重點： 是否需要法令明文規定的事項才能認為是「職務行為」？	(B) 非法定(一般)職務權限說

參、評釋

一、關於公務員賄賂罪職務行為的解釋的對立軸線

*擴張的需求 =

採取具體職務權限說 + 法定職務權限說的情形

→目前並沒有學者或實務支持這樣的見解

參、評釋

二、本件之前實務見解的變遷

1. 引進實質影響力概念前的階段

2. 實質影響力的
引進
99年度台上字第
7078號判決

3. 脫離實質影響
力的階段
2018年左右出現

4. 2023年最高法
院大法庭裁定

參、評釋

二、本件之前實務見解的變遷

1. 早期實務的基本傾向→擴張解釋（法規上 + 事實上參與可能性）

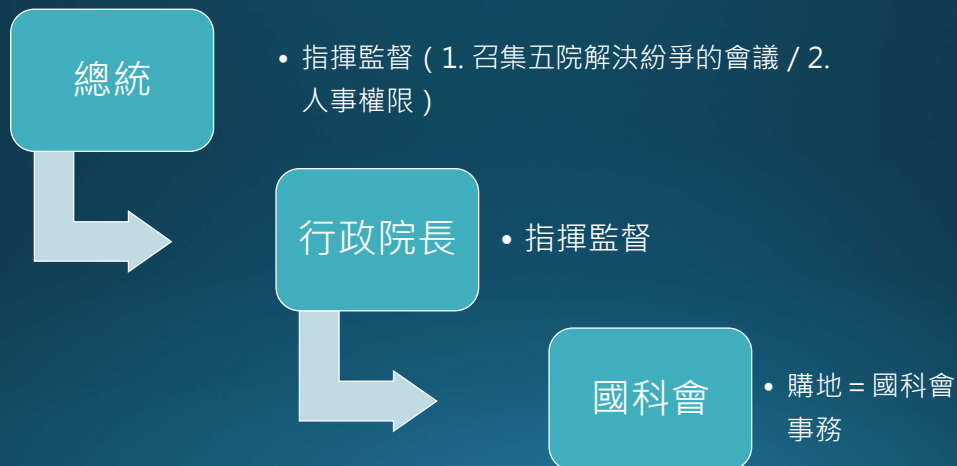
2. 實質影響力說的引進→違反罪刑法定原則的解釋論

（1）龍潭購地案→可透過指揮監督概念賦予職務行為基礎

（2）101董事長人事案→擴張解釋至民間公司的人事安排

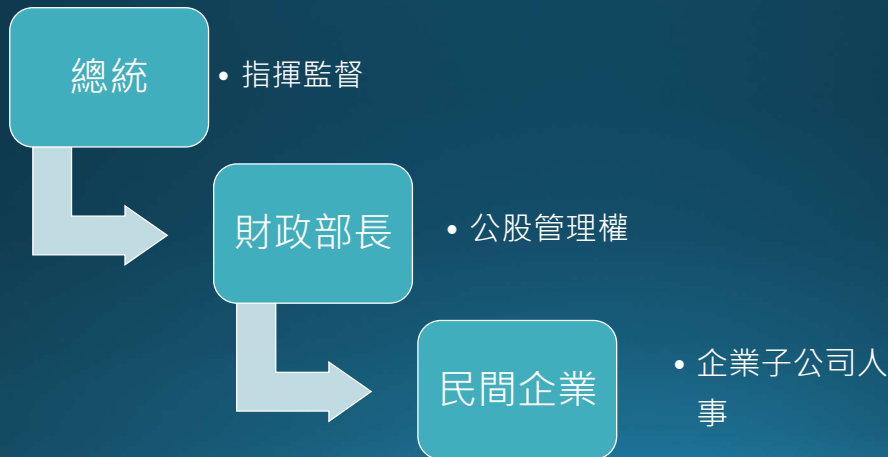
參、評釋

二、本件之前實務見解的變遷



參、評釋

二、本件之前實務見解的變遷



參、評釋

二、本件之前實務見解的變遷

* 脫離實質影響力的動向

1. 類型1--最高法院106年度台上字第3122號判決

事實關係	法院判斷
1. 事務 = 要求高雄港務局要求交通主管機關研議擴大高雄港區管理範圍 2. 立法委員A收受石油商業者X提供300萬元及請託 3. A召集交通部航政司、高雄港務局、經濟部能源局及環保署官員在其國會辦公室開協調會 + 主導作成決議：第一，要能源局委託港務局管理本件海域；第二，請能源局適時修正石油管理法，將海域範圍納入規範之決議 4. A在立法院交通委員會提案擴大高雄港區管理範圍 5. 高雄港務局反對而遲未通過	1. 職務行為包括： (A) 具體職務權限及一般職務權限外， (B) 雖非法律所明定，但與其固有職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬其職務行為之範疇包括：由行政慣例所形成及習慣上所公認為其所擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及其附隨之準備工作與輔助事務均屬之 2. 本件A的提案行為基於憲法與立法院組織等相關法規屬於A之職權 3. A召集行政機關協調之行為(I)具有公務行為之外觀外，且(II)與憲法賦予立法委員議決、審查、質詢及備詢等主要職務有密切關聯性 4. 上述提案、協調等行為均與對公務機關之實質影響力無關

參、評釋

二、本件之前實務見解的變遷

* 脫離實質影響力的動向

2. 類型2--最高法院106年度台上字第283號判決 (甲-2說的源頭)

事實關係	法院判斷
<ol style="list-style-type: none"> 1. 事務 = 要求證期局官員擺平受調查中案件並結案 2. 立法委員A收受科技公司業者X賄賂150萬元 3. A兩度要求政期局派主管說明 + 要求結案 4. 政期局所派組長承諾1週內結案 5. 因並無查出問題，相關檢調機關亦均結案 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 立法委員有進行提案、審議、質詢之法定職權 2. 議場外進行協調會、發函要求說明報告、開會前拜會 = 上述1.之質詢等行為之準備行為 + 具有(I)公務外觀，且(II)與其上開職務行為有直接、密切之關係，自亦屬其職務上之行為 3. 「原判決中關於X本件行為與立法委員職務有關聯性而為其職務實質影響力所及之部分，屬於贅餘之內容，即使除去也不影響本件結論」

參、評釋

二、本件之前實務見解的變遷

* 脫離實質影響力的動向

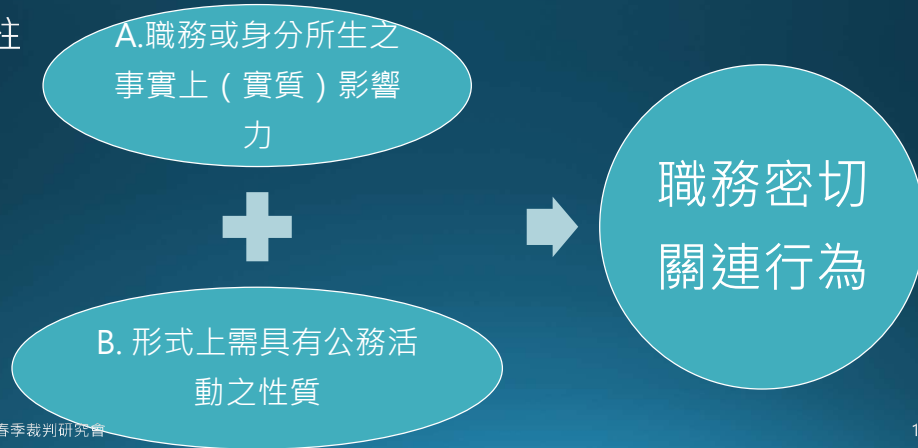
3. 類型3--最高法院106年度台上字第1337號刑事判決

事實關係	法院判斷
<ol style="list-style-type: none"> 1. 事務 = 要求國有財產局中區辦事處同意使乙公司承租價購中區辦事處之市場用地 2. 業者X透過立法委員A之助理B提供1000萬元給A 3. A召集國有財產局副局長Y至國會辦公室請託上述土地事務 4. Y同意研議-->但經中區辦事處參考法規後不同意出租 5. A於其後再2次召集國有財產局局長W、中區辦事處處長Z協商要求中區辦公室同意上述租售事務 + 請託國有財產局經中區辦事處發文至台中市政府請求解決相關問題 	<ol style="list-style-type: none"> 1. A成立非主管監督事務圖利罪 2. 本件承租價購案雖違背法令，但非立法委員A之主管或監督之事務 3. A利用其立法委員之身分，邀約管理國有財產局長到立法院會面，利用立法委員之身分及影響力，向該局長關說、請託 4. A實際取得50萬元的利益

參、評釋

三、本件大法庭的見解的構成

1. 重點 = 職務密切關連行為的概念內容
2. 兩大支柱



參、評釋

三、本件大法庭的見解的構成

3. 職務行為概念構成部分的理論意義

(1) A. 職務或身分所生之事實上(實質)影響力

* 擴張處罰範圍 = 可包含職務執行之準備、輔助事務、因身分關係對第三人所生影響力的情形

(2) B. 形式上公務性

* 限縮處罰範圍至可接受範圍 = 遵守罪刑法定原則 = 構成要件明確性的要求

參、評釋

三、本件大法庭的見解的構成

*融合甲-1說、甲-2說（新動向中的類型2）

→公務性框架下的實質影響力說 = 修正實質影響力說

→因此，所採者也不是提案庭的見解。

* 差別

公務外觀（提案庭、新動向中類型2） → 形式上公務性（本件）

* 理由？

參、評釋

四、檢討：

1. 將職務密切關連行為中的準備行為割裂觀察的問題：

（1）大法庭的解釋手法 = 下述方式1

方式1 = 新動向類型1、2	方式2 = 新動向類型3
聚焦 協調行為 → 強調與質詢OR提案等 職權行為的關連 = 定性為 準備行為 → 肯定為公務員的 職 務（密切關連）行為	整體考慮 協調行為 與 被協調事項的具體 內容

參、評釋

四、檢討：

1. 將職務密切關連行為中的準備行為割裂觀察的問題：

(2) 大法庭所採手法的問題→昧於現實的擴張解釋？

*對於受請託事務的整體觀察的必要性

*行賄者的要求 = [①邀集行政機關召開協調會 + ②要求行政機關為特定行為]

*對受託公務員而言，沒有同時做① + ②無法達到目的

→與事實構造的偏離 = ②的行為的忽略 & ②的行為無法被當成立法委員職權範圍內的行為

參、評釋

四、檢討

2. 淘空非主管監督事務圖利罪的疑慮

基於職務或身分所生對承辦公務員的「拘束力」概念→非主管監督事務圖利罪最核心的內容→且多用於處罰民意代表的關說行為

*最高法院100年度台上字第1387號判決

行為人	相對人	手段	目的
鄉民代表	鄉公所承辦課長、人員	基於民意代表身分 施壓要求鄉公所以特定規格開出採購禮品之條件	使自己參與之商品能中選得標

參、評釋

四、檢討

3. 淘空非主管監督事務圖利罪的問題

(1) 依照本件裁定的說明 = 不符上開職務性要件之形式上具公務活動之性質的時候才有非主管監督事務圖利罪的適用

(2) 形式上公務性怎麼判斷？

→ 最終是公家機關或公營事業OR政府實質控制的公司要處理的事務即可？ → 同樣違反三權分立的基本結構 → 同樣廣泛

(3) Q：議場外的行動也是職務上行為 → 能適用非主管監督事務圖利罪的具體情況不易想像

參、評釋

四、檢討：

3. 實務理論脈絡上的疑問：

前述(1)新動向類型1

→對本件的行為類型 = 開協調會，不使用實質影響力也可能成立職務上賄賂罪

→為何一定要採取實質影響力概念？

參、評釋

四、檢討

4. 本件的射程範圍

(1) 僅針對民意代表的關說、請託或施壓行為

(2) 無法推及司法、行政權的公務員

• 謝謝聆聽！