

最高檢察署

108 年度台庭聲字第 3 號

提案予刑事大法庭聲請書

檢察官 朱富美

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

法律爭點

爭點：貪污治罪條例第4條第1項第5款違背職務收賄罪及第5條第1項第3款不違背職務收賄罪之「職務上之行為」之認定標準為何？民意代表所制衡之行政機關職掌之事務，是否屬於民意代表之「職務上之行為」？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實	1
貳、本案下級審對上開法律爭點之見解	4
一、臺灣新北地方法院 98 年度矚訴字第 1 號判決	4
二、臺灣高等法院 106 年度重上更（一）字第 42 號判決	5
三、小結	8
參、聲請提案予刑事大法庭之理由	11
一、所涉及之法令	11
二、「職務上之行為」之學說	11
(一) 法定職權說	12
(二) 分立規範模式解釋	13
(三) 公務說	13
(四) 實質影響說	13
(五) 小結	16
三、外國立法例	17
(一) 美國	17
(二) 日本	21
(三) 德國	23
(四) 小結	25
四、法律見解具有原則重要性之具體內容及法律見解歧異之裁判	25
(一) 實務見解有關「職務上之行為」認定之演變	25
(二) 最高法院對「職務上之行為」判斷標準之見解歧異	27
(三) 中央或地方民意代表關說、遊說，是否為「職務上之行為」	28
1. 否定說	28
(1) 議員個人接受人民陳情，向政府建議，非職務上之行為	28
(2) 以立委因遊說所從事之特定行為是否屬其職權之行使而為判斷	28
2. 肯定說：	29
(1) 關於「職務上之行為」認定，及於因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，經由請託足以形成一定之影響	29
(2) 「選民服務」若屬立委職務上慣習，且影響、干預其他公股代表擔任董事長之民營公司作為或不作為特定事項，即與立委職務上之行為具密接關連性	33
五、該具有原則重要性、歧異之見解對於裁判結果之影響	36
六、本署見解	37
(一) 我國學說及實務主流見解採「實質影響說」	37

(二) 「實質影響說」之判斷標準	37
(三) 民意代表所制衡之行政機關職掌之事務，屬於民意代表之「職務上之行為」	39
(四) 本案蘆洲市公所清潔隊之行政人員，均為蘆洲市市民代表職務影響力所及	39
(五) 依原審認定，被告林敏志收錢與其向蘆洲市公所清潔隊之行政人員施壓有對價關係	41
(六) 最高法院對「職務上之行為」判斷標準，見解仍有歧異	42
(七) 原審判決理由違背最高法院晚近認定「職務上之行為」之見解	43
肆、結論	45

最高檢察署檢察官提案予刑事大法庭聲請書

108 年度台庭聲字第 3 號

108 年度上字第 4225 號

聲 請 人 最高檢察署檢察官朱富美

被 告 林敏志

上列被告因貪污治罪條例等案件，於中華民國 108 年 8 月 27 日經臺灣高等法院為第二審判決（[106 年度重上更\(一\)字第 42 號](#)），檢察官已於法定期間內提起上訴，因原審判決所持足以影響裁判結果之法律見解，最高法院刑事庭先前裁判之見解已產生歧異，且屬原則上重要性之重大爭議，有統一見解之必要，認應提案予刑事大法庭，茲將理由分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

一、林敏志係臺北縣蘆洲市（現已改制為新北市蘆洲區，以下仍稱「臺北縣蘆洲市」或「蘆洲市」）第 3 屆市民代表，為依地方制度法服務於地方自治團體鄉（鎮、市）所屬立法機關（蘆洲市市民代表會），具有集體行使議決蘆洲市公所規約、審查蘆洲市市公所預算、決算、議案及發言質詢蘆洲市公所首長、官員之政策之權，亦為依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員；蔡○龍為址設臺北縣泰山巒（現改制為新北市泰山區）○○○路 00 巷 0 號清○環保工程有限公司（下稱清○公司）負責人，清○公司領有乙級廢棄物清除許可證，許可營業項目為一般廢棄物及一般事業廢棄物之清除，屬於乙級清除機構（蔡○龍業經臺灣新北地方法院以 [98 年度矚訴字第 1 號](#) 判決處有期徒刑 2 年，緩刑 5 年，並應於判決確定後 6 個月內向公庫支付新臺幣 100 萬元，未上訴而確定）。

二、緣蘆洲市市民代表會於民國 93 年 6 月 24 日，議決通過「臺北縣

蘆洲市非公有市場暨攤販集中區使用公有垃圾收集設施收費自治條例」(下稱「蘆洲市垃圾收費自治條例」)，並自 93 年 10 月 1 日起實施(惟在本條例實施前，蘆洲市公所即已核可非公有市場及攤販所產生家戶以外之一般廢棄物得由特定之民間環保公司清除載運進入蘆洲市垃圾轉運場傾倒)。該條例第 5 條第 1 項明訂：「為體恤『非公有市場及攤販』於地方繁榮及稅收不無助益，且考量本市垃圾轉運至八里垃圾掩埋場暨焚化廠，均需付給該場(廠)新台幣(下同)480 元之轉運費(200 元入場費及 280 元回饋金)，基於使用者付費原則，收取之規費，現暫以每噸 600 元整為徵收基準(480 元轉運費+粗估本隊垃圾收集設施、人力、處理費用約 120 元)」，復於同條例第 8 條第 1 項規定：「使用本市之公有垃圾收集設施時，不得隨車或利用其他方式夾帶事業廢棄物。」亦即蘆洲市公所轉運非公有市場及攤販產生之一般廢棄物(不得夾帶事業廢棄物)至八里垃圾掩埋場暨焚化廠，每噸僅向業者收取 600 元之必要成本，遠低於環保業者自行清運至合法焚化廠或掩埋場所需支付之 1800 元至 2000 元，價格低廉，且有合法名義，因此民間環保業者無不亟思透過關係申請循此管道進場。

三、林敏志與蔡○龍均明知蘆洲市公所核定清○公司載運忠○市場進入垃圾轉運場之廢棄物數量為每日 1 車 5 噸，惟因清○公司違法載運該公司另行清運佳○百貨、萬○蛋品商行、摩○旅館、創○廚房等私營利事業單位收取清運之一般事業廢棄物進場傾倒，實際上每日載運入場之廢棄物重量超過 8 噸，蔡○龍為求林敏志利用其民意代表之身分施壓負責管理蘆洲市垃圾轉運場之蘆洲市公所清潔隊人員，以避免清潔隊人員干涉或阻礙清○公司司機蔡○聰超量載運或夾帶一般事業廢棄物進上述轉運場傾倒，經謀議後，蔡○龍即自 95 年 10 月間起，以每日 8 噸、每噸 1300 元，

而以每日 1 萬元計算之對價，於每月上旬，親自或委託其不知情之子女蔡○順、蔡○萍至林敏志住處，各交付 30 萬元現金予林敏志或其不知情之配偶林○軒（其中由蔡○龍囑由蔡○順代交 3 次，託由蔡○萍代交 1 次，其餘各次均係由蔡○龍親自交付），林敏志則明知清○公司有前開違反廢棄物清理法及蘆洲市垃圾收費自治條例規定之情事，且其代表人民依法行使職權，不得營求私利，竟為謀取不法利益，基於不違背職務之行為收受賄絡之犯意，按月各收受蔡○龍或蔡○龍囑由其子女蔡○順、蔡○萍各交付之賄款，並憑恃其係市民代表，可監督市政及質詢、監督清潔隊業務正常運作之身分，於清○公司垃圾車司機載運垃圾進場，遇有清潔隊人員檢查、阻撓時，向該等人員施壓，以排除清○公司超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙，除使蘆洲市公所短收規費外，並使蘆洲市公所仍需支付廢棄物最終進入焚化廠或掩埋場之處理費用，清○公司則因此獲得免支付垃圾處理費用予焚化廠或掩埋場之利益。而林敏志則自 95 年 10 月起至 97 年 6 月止（共計 21 個月），按月各向蔡○龍收取 30 萬元，經各扣除每月支付予蘆洲市公所之使用公有垃圾收集設施規費 9 萬元後，計每月各向蔡○龍實際收受 21 萬元，合計共向蔡○龍收受取得 441 萬元之不法利益（計算式：每月 21 萬元，自 95 年 10 月至 97 年 6 月，共計 21 個月，合計 441 萬元）。

四、案經臺灣板橋地方法院檢察署（現已改制為臺灣新北地方檢察署）檢察官以 97 年度偵字第 18647 號、第 21351 號、第 25959 號、98 年度偵字第 3314 號對林敏志涉犯貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之對於違背職務之行為收受賄賂罪嫌提起公訴，臺灣新北地方法院以 [98 年度矚訴字第 1 號](#) 判決林敏志犯對非主管、監督事務圖利罪，處有期徒刑捌年，褫奪公權伍年，未扣案之所得財物新臺幣肆佰肆拾壹萬元應予追繳沒收，如全部或一部無法追繳

時，以其財產抵償之。臺灣高等法院以 [104 年度上訴字第 1546 號](#) 判決原判決關於林敏志有罪及定應執行刑均撤銷。林敏志犯對非主管、監督事務圖利罪，共二十一罪，各處有期徒刑五年貳月，各褫奪公權伍年，各未扣案之所得財物新臺幣貳拾壹萬元應予追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。應執行有期徒刑捌年，褫奪公權伍年，未扣案之所得財物新臺幣肆佰肆拾壹萬元應予追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。最高法院以 [106 年度台上字第 259 號](#) 判決原判決關於林敏志、盧○安有罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院。臺灣高等法院以 [106 年度重上更\(一\)字第 42 號](#) 判決原判決關於林敏志對非主管、監督事務圖利罪（即原判決事實三）部分暨定應執行刑部分，均撤銷。林敏志犯對非主管、監督事務圖利罪，處有期徒刑參年，褫奪公權參年。未扣案之所得財物新臺幣肆佰肆拾壹萬元，沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣新北地方法院 [98 年度矚訴字第 1 號](#) 判決

節錄判決原文如下：「……(6)民意代表主要之職司，在於議案之議決及審議，係以集體行使權力之方式展現，其個人無所謂之主管、監督事務，而行政機關主掌管理與執行之特定行政事務，固民意代表個人質詢權行使所作用之對象，然非民意代表本身之「職務」，亦非其「主管、監督之事務」，是民意代表就其所制衡之行政機關職掌事務，無貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款、第 5 條第 1 項第 3 款之賄賂罪，與第 6 條第 1 項第 4 款對於主管、監督事務圖利罪之適用。惟市民代表之質詢或決議，既係在代表會中，直接針對市公所首長、官員之決策或政務施行而來，縱該質詢或決議並無法律上之拘束力，然事實上之影響力殆不可免。是被告蔡○龍每日多匯 3 噸之進場費用予

被告林敏志，實係請被告林敏志利用其市民代表身分所產生之影響力，向蘆洲清潔隊員說項，被告林敏志確係利用其身分為自己圖利。綜上，被告林敏志利用其市民代表之身分，以上開方式，向被告蔡○龍收受441萬元不法利益之事實，堪以認定。……(一)被告林敏志所為，係犯裁判時即98年4月22日修正貪污治罪條例第6條第1項第5款之對非主管或監督事務圖利罪……」。

二、臺灣高等法院 106年度重上更(一)字第42號判決

節錄判決原文如下：「……(七)按民意代表主要在於議案之議決及審議，係以集體行使權力之方式展現，其個人並無所謂主管、監督事務；又關於行政機關所主掌管理及執行之特定行政事務，固屬民意代表個人質詢權行使所作用之對象，然此並非民意代表本身之「職務」，亦非其「主管、監督之事務」。是民意代表就其所制衡之行政機關職掌之事務，應無貪污治罪條例第4條第1項第5款之違背職務行為收賄罪、同條例第5條第1項第3款之職務上行為收賄罪、第6條第1項第4款之對於主管或監督事務圖利罪等規定之適用。惟市民代表之質詢或決議，既係在市民代表會中，直接針對市公所首長、官員之決策或政務施行而來，縱該質詢或決議並無法律上之拘束力，惟對於公務員職行職務勢有或多或少的影響，當可想像。蔡○龍利用被告林敏志擔任蘆洲市市民代表之身分，欲藉由林敏志施壓負責管理蘆洲市垃圾轉運場之蘆洲市公所清潔隊人員，以排除清○公司違法超量載運或夾帶一般事業廢棄物進場傾倒之障礙而獲取利益，因而於前述期間，按月交付不法利益予被告林敏志收受等情，業經本院認定如前。是共同被告蔡○龍顯係利用被告林敏志擔任蘆洲市市民代表身分之影響力，向蘆洲市公所清潔隊員施壓或說項，被告林敏志則明知清○公司有前述違反廢棄物清理法及蘆洲市垃圾收費自治條例規定之情事，亦明知以其擔任蘆洲市市民代表之身分，應依法行使職權，不得

營求私利，惟為謀取其自己及清○公司之私人不法利益，竟違反廢棄物清理法及經蘆洲市市民代表會議決通過之「蘆洲市垃圾收費自治條例」規定，於前述期間（共計 21 個月），利用其市民代表之身分，藉機就前述非其主管或監督，但為其市民代表影響力所及之事務，為自己圖取不法利益，按月各向蔡○龍收取 21 萬元款項之事實，顯堪認定。被告林敏志所辯，均係卸責之詞，不足採信，其所為前揭各次收受取得不法利益之犯行，事證明確，堪以認定，應依法論罪科刑。……

（一）核被告林敏志所為，係犯裁判時即 98 年 4 月 22 日修正貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之對非主管或監督事務圖利罪。又按貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款對於非主管或監督之事務，利用職權機會或身分圖利罪，其所謂「利用職權機會圖利」者，係指假借或利用其職權上一切可資憑藉之機會而據以圖利者而言。其所假藉或利用者，並不以其職務上具有決定權者為限，即使由職務上所衍生之機會，亦包括在內。另所謂「利用身分圖利」者，則指行為人之身分對於該事務具有某種程度之影響力，而利用此身分據以圖利者而言。上述所謂對於該事務有無可資憑藉之機會或影響力，並非指行為人對於該事務有無主持、執行或監督之權限，苟從客觀上加以觀察，因行為人之職權或其身分上之機會有所作為，致使承辦該事務之公務員於執行職務時心理受其拘束而有所影響，行為人並因而圖得自己或他人不法利益，即足當之（最高法院 [100 年度台上字第 5807 號](#) 判決意旨參照）。另貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之對於非主管或監督之事務，明知違背法律等規定，利用職權機會或身分圖利罪，祇要公務員依其身分，對於該事務有某種影響力，而據以圖利；或對該事務，有可憑藉影響之機會，而據以圖利，即屬相當（最高法院 [102 年度台上字第 2868 號](#) 判決意旨參照）。再按貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款所定職務上之行為，係指公務員在職務範圍內，應為或得為之行為而言。若公務員在職務範圍內，不應為而為或應為而不為者，則應屬同條例第 4

條第 1 項第 5 款所謂違背職務之行為（最高法院 [103 年度台上字第 3626 號](#) 判決意旨參照）。是關於貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款所規定違背職務行為收受賄賂罪，及同條例第 5 條第 1 項第 3 款所規定職務行為收受賄賂罪，均係以公務員之職務為其範圍，亦即係以公務員「在職務範圍內，應為或得為之行為」，或「在職務範圍內，不應為而為或應為而不為」而言，如非屬前述職務範圍，即非其「職務上之行為」，尚難認為應成立違背職務行為收受賄賂罪，或職務行為收受賄賂罪。至於貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款對於非主管或監督之事務，利用職權機會或身分圖利罪，則係以該管公務員「利用職權機會或身分」圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益為其要件（最高法院 [105 年度台上字第 939 號](#) 判決意旨參照）。（二）被告林敏志既係蘆洲市市民代表，則其職務或權限範圍自僅包括議決蘆洲市公所預算、決算、議案及質詢首長、單位主管等前揭權限，並不包括蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理，或蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場等項工作，是就蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理業務（主管機關為蘆洲市公所），而應屬蘆洲市公所清潔隊之行政人員（即清潔隊員）職掌範圍之職務上行為（包括蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場），自非擔任蘆洲市市民代表之被告林敏志職掌範圍之職務上行為。同案前審共同被告蔡○龍既係企求被告林敏志利用其擔任蘆洲市民意代表之身分，施壓負責管理蘆洲市垃圾轉運場之蘆洲市公所清潔隊人員，以避免清潔隊人員干涉或阻礙清○公司司機蔡○聰超趟、超量載運廢棄物進上開轉運場傾倒，而於前述期間，按月交付款項予被告林敏志收受，林敏志亦明知清○公司有前開違反廢棄物清理法及蘆洲市垃圾收費自治條例規定之情事，更明知其代表人民依法行使職權，不得營求私利，卻基於以其蘆洲市市民代表身分圖利本人之犯意，按月各收受蔡

○龍(或蔡○龍囑由其子女蔡○順、蔡○萍,下同)各交付之各賄款,並憑恃其係蘆洲市市民代表,可監督市政及質詢、監督清潔隊業務運作之身分,於清○公司載運垃圾進場,遇有清潔隊人員檢查、阻撓時,向該等人員施壓,以排除清○公司超趟、超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙,並因而按月收受蔡○龍所交付之前揭款項,其間有對價關係,已如前述。而被告林敏志就此部分所為,既係在清○公司載運垃圾進場,如遇有蘆洲市清潔隊人員檢查、阻撓時,即向該等人員施壓,以排除清○公司超趟、超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙。是核被告林敏志所為,係憑恃其具蘆洲市市民代表之身分,有監督市政及質詢、監督清潔隊業務運作之身分,而為前揭施壓,以排除清○公司超趟、超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙,此項行為並非其前述職務範圍內之行為,難認係違反「公務員在職務範圍內,應為或得為之行為」,或「在職務範圍內,不應為而為或應為而不為」,自應成立貪污治罪條例第6條第1項第5款之對於非主管或監督之事務,利用身分圖利罪,而非第4條第1項第5款之違背職務行為收受賄賂罪,或同條例第5條第1項第3款之職務行為收受賄賂罪。公訴意旨認被告蔡○龍係「對於有監督市政職權之林敏志關於違背職務之行為,連續交付賄賂」,並認為被告林敏志前揭收受不法利益之行為係犯貪污治罪條例第4條第1項第5款之違背職務行為收受賄賂罪,自屬誤會,惟其社會基本事實相同,應依法變更起訴法條,原審、本院均已告知被告林敏志變更法條之意旨,並給予充分答辯之機會,不致對之產生突襲。……」。

三、小結

綜上,關於「職務上之行為」之認定,臺灣新北地方法院 [98年度矚訴字第1號](#)判決認為「民意代表主要之職司,在於議案之議決及審議,係以集體行使權力之方式展現,其個人無所謂之主管、監督事

務，而行政機關主掌管理與執行之特定行政事務，固民意代表個人質詢權行使所作用之對象，然非民意代表本身之「職務」，亦非其「主管、監督之事務」，是民意代表就其所制衡之行政機關職掌事務，無貪污治罪條例第4條第1項第5款、第5條第1項第3款之賄賂罪，與第6條第1項第4款對於主管、監督事務圖利罪之適用。惟市民代表之質詢或決議，既係在代表會中，直接針對市公所首長、官員之決策或政務施行而來，縱該質詢或決議並無法律上之拘束力，然事實上之影響力殆不可免。」

而臺灣高等法院 [106 年度重上更\(一\)字第 42 號](#) 判決亦採臺灣新北地方法院之上開見解，另引用最高法院 [103 年度台上字第 3626 號](#) 判決，以「再按貪污治罪條例第5條第1項第3款所定職務上之行為，係指公務員在職務範圍內，應為或得為之行為而言。若公務員在職務範圍內，不應為而為或應為而不為者，則應屬同條例第4條第1項第5款所謂違背職務之行為。」認為：「被告林敏志既係蘆洲市市民代表，則其職務或權限範圍自僅包括議決蘆洲市公所預算、決算、議案及質詢首長、單位主管等前揭權限，並不包括蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理，或蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場等項工作，是就蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理業務（主管機關為蘆洲市公所），而應屬蘆洲市公所清潔隊之行政人員（即清潔隊員）職掌範圍之職務上行為（包括蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場），自非擔任蘆洲市市民代表之被告林敏志職掌範圍之職務上行為。」

本案臺灣新北地方法院 [98 年度矚訴字第 1 號](#) 判決、臺灣高等法院 [106 年度重上更\(一\)字第 42 號](#) 判決均認為，「民意代表主要在於議案之議決及審議，係以集體行使權力之方式展現，其個人並無所謂主管、監督事務；又關於行政機關所主掌管理及執行之特定行政事務，

固屬民意代表個人質詢權行使所作用之對象，然此並非民意代表本身之「職務」，亦非其「主管、監督之事務」。是民意代表就其所制衡之行政機關職掌之事務，應無貪污治罪條例第4條第1項第5款之違背職務行為收賄罪、同條例第5條第1項第3款之職務上行為收賄罪、第6條第1項第4款之對於主管或監督事務圖利罪等規定之適用。」但又均強調，「惟市民代表之質詢或決議，既係在市民代表會中，直接針對市公所首長、官員之決策或政務施行而來，縱該質詢或決議並無法律上之拘束力，惟對於公務員職行職務勢有或多或少的影響，當可想像。」

然本案曾經最高法院以 [106年度台上字第259號](#) 判決原判決關於林敏志有罪部分撤銷，發回臺灣高等法院。以「林敏志究係違背職務收受賄賂或圖利，以及所圖清○公司獲得之不法利益究為幾何？事實認定並不明確，已有可議」等理由撤銷發回，對於林敏志究係違背職務收受賄賂或圖利，已提出疑問，惟臺灣高等法院 [106年度重上更\(一\)字第42號](#) 判決就此仍援用前審即臺灣高等法院 [104年度上訴字第1546號](#) 判決，認為「被告林敏志既係蘆洲市市民代表，則其職務或權限範圍自僅包括議決蘆洲市公所預算、決算、議案及質詢首長、單位主管等前揭權限，並不包括蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理，或蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場等項工作，是就蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理業務（主管機關為蘆洲市公所），而應屬蘆洲市公所清潔隊之行政人員（即清潔隊員）職掌範圍之職務上行為（包括蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場），自非擔任蘆洲市市民代表之被告林敏志職掌範圍之職務上行為」，僅以原審未依刑事妥速審判法第7條規定減輕其刑而撤銷改判此一部分，並未就林敏志究係違背職務收受賄賂或圖利為進一步之調查或說理，容有未洽。

參、聲請提案予刑事大法庭之理由

一、所涉及之法令

我國公務員收賄罪分為：刑法第 121 條第 1 項與貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務收賄罪、刑法第 122 條第 1 項與貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之違背職務收賄罪。因現行法律上開刑法條文之內容被特別法貪污治罪條例所取代而無適用餘地，且本案與違背職務收賄罪無涉，故以下僅列貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款。另外，我國對於不違背職務之行賄罪本來並無處罰規定，於 100 年修正貪污治罪條例才改為要處罰，並此敘明，以便與相關外國法對照(詳後述)。

貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款規定：「有下列行為之一者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣六千萬元以下罰金：三、對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。」此條款於 52 年 7 月 15 日公布施行之戡亂時期貪污治罪條例即有規定，該款文字未曾更動。同條於 85 年修正時，修正理由同第 4 條，表示：「檢肅貪污，澄清吏治、建立廉能政府，為目前政府施政重點之一，目前一般民意調查超過六成民眾都認為政府貪污日益嚴重，而貪污治罪績效不彰，非現行法律不週延，而在於檢調單位偵辦及執行之決心與技術不足……」。由修法理由，可見賄賂罪保護法益包括「公務員職務行為之公正性」、「公務員廉潔性」及「社會對公務員職務之信賴」。

二、「職務上之行為」之學說

公務員以「職務上之行為」交易他人的賄賂，為收賄罪的要件，但如何判斷是否屬於公務員「職務上之行為」，則長期困擾我國司法實務。公務員「職務上之行為」可分為「一般職務權限行為」及「與職務密切關聯行為」，「一般職務權限行為」指公務員依據法令可以實施的職務內容，及依其作用或組織行為目的，可得認定屬職務內容者，

包括無獨立裁量權限的輔助職務。「與職務密切關聯行為」則指雖非法定職務行為本身，但與職務具有緊密關係的準備或附隨活動。

但公務員「職務上之行為」是否應包括「與職務密切關聯行為」？若是，其界限為何？國內學者之見解相當紛歧，範圍由窄至寬主要有「法定職權說」、「分立規範模式解釋」、「公務說」、「實質影響說」等學說，分述如下。

(一) 法定職權說

柯耀程教授認為：「職務」一詞，無法透過文義、論理解釋乃至歷史解釋，以求其具體的概念形象，必須從法規範目的作目的解釋。而依罪刑主義之要求，目的解釋不能逾越文義解釋與論理解釋範圍，且對於犯罪成罪條件，應採取嚴格的目的限縮解釋。所謂「職務關聯性」、「職務實質影響力」均屬於擴張解釋的產物，故僅限於公務員之法定職務權限才屬於其職務行為¹。

蕭宏宜教授主張：政府官員法定職務權限應從管轄權觀點予以限定，不含公務員利用其地位施影響力於屬於他人之職務行為。公務員對於特定任務的執行，來自於事務、土地與層級管轄的分配，有管轄權即有法定職務權限，至於機關內部的職務分配或事務分擔，並不改變管轄權範圍，仍屬「職務上之行為」。例如立法委員就非自己所屬委員會審議之法案對其他委員會委員進行勸說，仍屬「職務上之行為」；但立法委員基於監督地位產生的實質影響力，例如以選民服務為名找局處官員「協調」，即非「職務上之行為」²。黃士軒教授亦持相似見解³。

¹ 柯耀程，「職務」概念的解釋與限制，法學叢刊，2011年4月，222期，26-28頁。

² 蕭宏宜，賄賂罪的「職務上行為」概念—兼評最高法院99年度台上字第7078號判決，東吳法律學報，2013年4月，24卷1期，112-114頁。

³ 黃士軒，公務員賄賂罪中的職務行為—以我國最近之學說與最高法院實務為中心，國立中正大學法學集刊，2015年7月，48期，112-113頁。

(二) 分立規範模式解釋

許恒達教授認為：在現代憲政秩序下，民意代表的職務性質與行政官及司法官不同，民意代表並非純粹依據現有法令行事，民意代表可以支持特定選民意見，為其利益推動立法；人民意見亦可透過民意代表向行政機關反應。此乃民主政治形成多元意見之一部分，不因該意見有利於特定團體，而認為其行為違法，因此我國應仿德國法，將民意代表收賄刑責與其他公務員分開規範。因我國目前收賄罪採公務員統一規範模式(即包括民意代表)，宜限縮解釋民意代表的職務行為，僅限於民意代表的議會活動及議會中的相關官方行為，排除外於議會活動的選民服務、反應民意或體制外關說；若涉及議會活動以外的關說行為，則不在民意代表的職務行為，僅能審酌是否涉及非主管職務圖利罪，或仿日本修法另立「斡旋受賄罪」⁴。

(三) 公務說

林山田教授主張：「所謂職務上的行為即職務行為，係指依據法律、行政規章或服務規程所規定的屬於公務員職權範圍內所應為或得為的行為。……至於職務行為的種類或重要性，均非所問，縱係準備或支援工作等具次要性者，亦可認為係職務行為。⁵」林山田教授未進一步闡釋其主張，只能由其用語判斷，其解釋「職務上之行為」之範圍，似較接近日本的「公務說」(詳後述)。

(四) 實質影響說

林鈺雄教授則很有條理地分析公務員「職務上之行為」，其認為：公務員職務上行為之審查應分為以下 4 層次：(1)是否公務員？肯定者才進入第二層；(2)是否「職務行為」？肯定者進入第三層；(3)是

⁴ 許恒達，賄賂罪職務行為之再探討—以民意代表受賄事例為中心，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，68 頁，91-96 頁。

⁵ 林山田，刑法各罪論(下)，2004 年 1 月，4 版，78 頁。

否有「對價給付關係」？肯定者成立職務收賄罪。至於那種職務收賄罪，則進入第四層審查；(4)不法合意指涉的職務行為有無「義務違反性」？若具備「義務違反性」，成立貪污治罪條例第4條第1項第5款違背職務收賄罪；若不法合意指涉的職務行為不具備「義務違反性」，則成立貪污治罪條例第5條第1項第3款不違背職務收賄罪⁶。

林鈺雄教授解釋，因「職務上之行為」是貪瀆罪共同基礎要素，解釋上不能太限縮，「職務上之行為」只要具有功能的關聯為已足，無庸具體權限；是否在機關內部事務分配範圍內更非所問；只要具職務之外觀，至於職務行為本身是否合法、有無濫用，都無礙「職務上之行為」之成立⁷。民代約定收錢辦事，再透過他公務員實施的職務行為，從收賄的規範目的來看，一樣影響國家公權力的廉潔與公正，可罰性並無不同，並非所謂的「選民服務」所能正當化。「有些實務判決以所謂的民代只是私人關說(諸如『XX立委只是運用其充沛人脈和影響』)為由而否定民代成立職務收賄罪，並不足採。⁸」許澤天教授見解大致與林鈺雄教授相同，不在此重覆⁹。

吳耀宗教授亦主張：貪污治罪條例第5條第1項第3款規定「職務上之行為」，並非「法定職務權限行為」；公務員職權範圍，法令很難全部包含在內，仍須與國家機關組織之相關法令連結，否則必然產生重大法律漏洞。賄賂罪法益包括「公務員職務行為之公正性」、「公務員之廉潔性」，只要二者之一受到侵害，即可能成立犯罪，不以影響國家公務行為之公正性為必要。就日本及德國法界之見解觀察，有關賄賂罪之「職務行為」，沒有採「法定職權說」如此狹隘見解者。

⁶ 林鈺雄，公務員職務上行為之實務檢討—兼論民意代表職務收賄之可罰性，檢察新論，第17期，2015年1月，98頁，99-100頁。

⁷ 林鈺雄，公務員職務上行為之實務檢討—兼論民意代表職務收賄之可罰性，檢察新論，第17期，2015年1月，98頁，101-102頁。

⁸ 林鈺雄，公務員職務上行為之實務檢討—兼論民意代表職務收賄之可罰性，檢察新論，第17期，2015年1月，98頁，105頁。

⁹ 許澤天，對於職務上之行為受賄概念的辨正，許澤天老師的研究網站，<https://sites.google.com/site/xuzetian/laoshideyanjiuwangzhan/Home/duiyuzhiwushangzhixingweishouhuigainiandebianzheng>(最後瀏覽日2019年1月29日)

我國少部分學者見解認為依罪刑法定主義，應採「法定職權說」，但罪刑法定主義係指無論採取何種解釋方法，均禁止超出法條之可能文義範圍，亦即禁止類推適用，並非禁止合理的擴張解釋。公務人員任用法第 3 條第 1 項第 3 款規定：「職務，係分配同一職稱人員所擔任之工作及責任」，應指公務員本其職位而實際上所從事的各種相關事務之行為，是否法定並非關鍵所在，如此解釋不僅較符合一般國民常識，公務員也瞭解其收賄與職務關聯行為間有對價關係，並無難以預期的問題¹⁰。曾淑瑜教授亦持相同見解，其說理大致與吳耀宗教授上開意見相同，不在此重覆¹¹。

吳耀宗教授更解釋：立法委員有議決預算案(憲法第 63 條)、向各部會首長提出質詢(憲法增修條文第 3 條第 2 項第 1 款)、文件調閱權(立法院職權行使法第 45 條以下)，依國營事業管理法第 3 條第 1 項第 3 款雖規定政府出資超過百分之五十者為國營事業，但只要政府是該事業體最大股東，即便出資低於百分之五十，對於該事業體之重大人事、重大決策經營管理，便有支配性影響力，仍屬實質國營事業，依同條第 3 項規定：「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。」此雖僅是單純私經濟行為，仍屬國家事務，立法委員基於監督質詢行政部門以及對於預算案、法律案等審議權限，對實質國營事業之經營事項有實質影響力，立法委員因收賄而關說、施壓該等公司與廠商簽約，自屬對立法委員職位有關聯性之事務收賄¹²。

陳子平教授認為：我國司法實務目前基本上對「職務上之行為」已採職權之實質影響力，但對於實質影響力之判斷，司法實務之判決

¹⁰ 吳耀宗，立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？--評台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號刑事判決，月旦裁判時報，2014 年 2 月，25 期，102 頁，110-112 頁。

¹¹ 曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，151 期，2007 年 12 月，233 頁，236-237 頁。

¹² 吳耀宗，立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？--評台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號刑事判決，月旦裁判時報，2014 年 2 月，25 期，102 頁，114-119 頁。

仍存有寬窄之分，有判決對「職務」內容做了相當狹隘之字義解釋，看似在維護罪刑法定主義之人權保障功能，結果不僅忽略刑法法益保護功能，亦漠視我國民意代表經常為牟取私利、以民代身分強勢關說之不法現狀。我國此現象更甚於日本，而不同於德國，自然應採日本司法實務與學界所採之見解，在職務關連性的判斷採「地位利用說」，不論形式上為「選民服務」、「關說」、「遊說」，必須對他方發生影響力，始認為具有職務關連性，如此解讀，並不違反罪刑法定主義，也才符合絕大多數民眾之法感¹³。

李錫棟教授主張，日本在大正2年之判例，即承認「與職務密切關聯行為」亦具有職務性質，我國如仍固守法定職權說，無異尚停留在日本100年前之見解。參考日本實務及學說，應以「公務說」、「地位利用說」、「影響力說」三說兼用，不論公務員利用其地位而對他人施影響力，或實施與公務有影響關聯的行為，都應屬於職務上行為¹⁴。

此外，甘添貴教授主張：「所謂職務行為，解釋上係指不違背職務之行為，乃公務員或仲裁人在其職務範圍內所應為或得為之行為，亦即在權限範圍內之事項，本其職務上應為而不違背其義務者而言。其範圍，通常固多依法令之規定，惟不以由法令直接規定為必要，亦不限於有獨立裁決權之事項；在上級公務員之指揮監督下，承命而處理之從屬或輔助職務者，亦屬之。¹⁵」似亦採實質影響說。

(五) 小結

中央或地方民意代表，均屬於公務員，民代收賄於議會中的行為，包括提出議案、召開法案或議案審查會、參與議案表決，作為收賄之對價，固屬其「職務上之行為」；民意代表若收賄而替特定廠商向公務機關關說、施壓，是否屬民意代表之「職務上之行為」？

¹³ 陳子平，就許恒達教授「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見，檢察新論，17期，2015年1月，120頁，130。

¹⁴ 李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，2011年7月，223期，17頁，51-54頁。

¹⁵ 甘添貴，刑法各論(下)，三民，2010年2月，380-381頁。

收賄罪是犯罪黑數頗高的隱性犯罪，既不容易被發現，且因密室交易而難以蒐證定罪，不宜再限縮解釋「職務上之行為」，以免貪官污吏有俟無恐。在我國學界，採「實質影響說」的學理較堅強，認為國家分官設職，雖已規定各類公務員之職權，但由於公務活動範圍甚廣，法令難以全部規定，且層級越高之公務員，其職權越龐大，為免掛一漏萬，公務員對於「職務上之行為」規範，即不限於法定職權範圍；民意代表若因收賄，為廠商進行關說，應構成不違背職務收賄罪。少部分學者則認為依罪刑法定主義，應採「法定職權說」；民意代表收賄為廠商進行關說，不構成不違背職務收賄罪。

三、外國立法例

(一) 美國

美國法界認為政府本應對民眾公平地提供資源及服務，貪污是藉由向公務員賄賂或餽贈，不公平地獲取服務或資源。美國聯邦政府於1962年制定、1963年1月施行「賄賂、貪污與利益衝突罪」(Bribery, Graft and Conflicts of Interest)，立法目的有五：(1)確保所有人民與政府機關往來，能受到平等對待；(2)政府機關之決策決定不受私人因素影響；(3)提升政府效能；(4)維持民眾對政府信賴；(5)防止公務員利用職位獲取私利¹⁶。

美國聯邦法賄賂罪不論是否違背職務，對行賄者及收賄者雙方都處罰，且法定刑相同；違背職務收賄與不違背職務收賄之法定刑亦相同。聯邦法 18 U.S.C. §201(b)規定收賄罪：「……(2)公務員或被指派為公務員之人，為本人、其他人或團體，直接或間接腐敗地要求、尋求、同意收受或收受任何有價值之物，而以下列事項作為回報者：(A)被影響任何公務行為之履行，或(B)被影響去從事、幫助、勾結、縱容或製造機會詐欺美國聯邦政府，或(C)違背職務而為或不為任何行

¹⁶ Rosewell B. Perkins, The New Federal Conflict-of-interest Law, 76 Harv. L. Rev. 1113, 1118 (1963).

為者。其刑責與行賄者相同。¹⁷」其中 18 U.S.C. §201(b)(2)(A)相當於我國不違背職務收賄罪，18 U.S.C. § 201(b)(2)(C)相當於我國違背職務收賄罪。美國收受賄賂罪之成立，行賄者需有影響公務員「職務上之行為」之意圖，收賄者則需有「職務上之行為」受影響之犯意，亦即「有價值之物」與「職務上之行為」需有對價關係。

美國聯邦法§201(c)(1)另有饋贈罪之規定：「(A)任何人，除法律另有規定屬適當者外，因公務員、前公務員、或經選任而具備公職身分者，因曾為或將為公務行為，直接或間接地給予、或承諾給予任何有價物，成立饋贈罪，處 2 年以下有期徒刑，得科或併科罰金。(B)公務員、前公務員、或經選任而具備公職身分者，除法律另有規定屬適當者外，因曾為或將為公務行為，為自己期約、要求、收受或同意收受任何有價物，成立收受饋贈罪，刑責與饋贈罪同。¹⁸」饋贈罪與賄

¹⁷ 聯邦法 18 U.S.C. §201(b)分別規定行賄罪及收賄罪：「(1)任何人直接或間接腐敗地交付、要約或承諾任何有價值之物給公務員或被指派為公務員之人，或向該等人交付、要約或承諾任何有價值之物給任何其他人或團體，而意圖(A)影響任何公務行為，或(B)影響該等公務員或被指派為公務員之人去從事、幫助、勾結、縱容或製造機會詐欺美國聯邦政府，或(C)誘使公務員或被指派為公務員之人違背職務而為或不為任何行為者。處 15 年以下有期徒刑，得併科罰金.....」

18 U.S. C. § 201, “(b) Whoever—

(1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent—

(A) to influence any official act; or

(B) to influence such public official or person who has been selected to be a public official to commit or aid in committing, or collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or

(C) to induce such public official or such person who has been selected to be a public official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official or person;

(2) being a public official or person selected to be a public official, directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity, in return for:

(A) being influenced in the performance of any official act;

(B) being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or

(C) being induced to do or omit to do any act in violation of the official duty of such official or person;”

¹⁸ 18 U.S. Code § 201, “(c) Whoever—

(1) otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty—

(A) directly or indirectly gives, offers, or promises anything of value to any public official, former public official, or person selected to be a public official, for or because of any official act performed or to be performed by such public official, former public official, or person selected to be a public official; or

(B) being a public official, former public official, or person selected to be a public official, otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty, directly or indirectly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of any official act performed or to be performed by such official or person;

賂罪主要不同在於：檢察官不必證明饋贈者有影響公務員職務行為之意圖，只需證明其饋贈是因為「職務上之行為」即足。例如廠商先與公務員打關係，希望該公務員將來尚未特定之職務行為有利行饋贈人，或對公務員過去某行為表示感謝¹⁹。如果送禮兼有「私人情誼」及「公務關係」之雙重目的，其中合法目的部分不能對非法部分產生隔離效果，所以仍然構成饋贈罪²⁰。

美國賄賂罪與饋贈罪犯罪主體為「公務員」時，定義上均包括國會議員及地方議員²¹。「職務上之行為」(official act)指「公務員基於其權限或地位，得處理之任何問題、事項、訴訟、程序或爭議，所為之任何決定或作為。²²」聯邦最高法院在 *United States v. Birdsall* 案²³表示：行收賄罪公務員之職務範圍，並不以法令有明文規定者為限，尚

(2) directly or indirectly, gives, offers, or promises anything of value to any person, for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or for or because of such person's absence therefrom;

(3) directly or indirectly, demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or for or because of such person's absence therefrom;

shall be fined under this title or imprisoned for not more than two years, or both.”

¹⁹ *United States v. Sun-Diamond Growers of California*, 526 U.S. 398, 414 (1999), “The distinguishing feature of each crime is its intent element. Bribery requires intent “to influence” and official act or “to be influenced” in an official act, while illegal gratuity requires only that the gratuity be given or accepted “for or because of” an official act....In other words, for bribery there must be a quid pro quo- a specific intent to give or receive something of value in exchange for an official act. An illegal gratuity, on the other hand, may constitute merely a reward for some future act that the public official will take (and may already have determined to take), or for a past act that he has already taken.” 此外，賄賂罪收賄者除公務員外，尚包括其他人或團體；饋贈罪則收賄者僅限公務員本人；賄賂罪收賄者不含「前公務員」，但饋贈罪犯罪主體則包含「前公務員」。美國聯邦行政法規規定例外得收受饋贈之範圍，5 USC §7353 規定：「(a)除本條 b 項例外許可情形外，任何國會議員或在行政、立法與司法機關任職的公務員，均不應要求或收受下列自然人之任何有價值物：(1)該人或其所任職機構，正在尋求政府公權力之行使或不行使，或與政府有生意往來，或其業務行為正受政府監管；(2)該自然人的實質利益，有受到該公職人員或僱員公權力之行使或不行使影響之高度可能。」同條(b)(1)雖規定：各機關負責監管之倫理辦公室，得就本條之執行及合理例外情形，發布命令或行政規則。但禮物具影響公權力行使或不行使之可能性時，縱使符合命令或行政規則之規定，收受仍屬違法。

²⁰ *United States v. Biaggi*, 909 F.2d 662 (2d Cir. 1990); *United States v. Bryant*, 655 F.3d 232 (3d Cir. 2011).

²¹ 18 U.S.C. §201(a) “(1)For the purpose of this section—

(1) the term “public official” means Member of Congress, Delegate, or Resident Commissioner, either before or after such official has qualified, or an officer or employee or person acting for or on behalf of the United States, or any department, agency or branch of Government thereof, including the District of Columbia, in any official function, under or by authority of any such department, agency, or branch of Government, or a juror;”

²² 18 U.S.C. §201(a) “(3) the term “official act” means any decision or action on any question, matter, cause, suit, proceeding or controversy, which may at any time be pending, or which may by law be brought before any public official, in such official's official capacity, or in such official's place of trust or profit.”

²³ 233 U.S. 223 (1914).

包括既定之慣行(established usage)。此見解基本維持至今，雖聯邦最高法院在 *McDonnell v. United States* 案²⁴有略作限縮，聯邦最高法院認為：上級公務員收賄後僅安排承辦公務員與廠商見面、認識，沒有進一步關說，尚並不構成「職務上之行為」；但如果公務員因向廠商收賄而施壓或關說另一位公務員為職務上之行為，仍構成「職務上之行為」²⁵。

在 *United States v. Traficant* 案²⁶，聯邦參議員 Traficant 長期間接受廠商 Buccis 兄弟之賄賂，並答應運用其職務上影響力作為回報。Buccis 兄弟嗣涉案，Traficant 乃多方請託、關說，包括約見 Ohio 州交通廳副廳長，請託 Ohio 州交通廳不要調查 Buccis 之商業行為；寫信給 North Carolina 聯邦監獄典獄長，請託 North Carolina 監獄將 Anthony Bucci 移監到 Pennsylvania；打電話給聯邦交通部高速公路局委員，關說高速公路局不要將 Robert Bucci 列為禁止承攬契約之名單。聯邦檢察官乃起訴 Traficant 涉犯 18 U.S.C. §201(b)(2)(A)不違背職務收賄罪及逃漏稅等共 10 項罪名，結果該 10 項罪名均經法院判決有罪確定，本案被告 Traficant 聲請上訴聯邦最高法院，經駁回確定²⁷。

在 *United States v. Mario Biaggi and Meade Esposito* 案²⁸，紐約區聯邦眾議會議員 Biaggi 涉嫌收受保險經紀商 SVR 會長 Esposito 之旅遊度假招待，Biaggi 並因 Esposito 之請託，打電話給紐約市副市長及以印有聯邦眾議院標誌之信封、信紙寫信給紐約市市長，試圖關說調降 SVR 保險客戶 Coastal 公司之廠房水電使用費率，並請其議員助理負

²⁴ 136 S.Ct. 2355 (2016).關於本案，中文介紹詳見蘇彥圖，職務行為的刑法範疇，與政治貪腐的平庸——評美國聯邦最高法院 *McDonnell v. United States* 案判決，收錄於「刑事法與憲法的對話，許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集」，元照，2017年3月，523-543頁。

²⁵ 136 S.Ct. 2355, 2371-2372 (2016), “That decision or action may include using his official position to exert pressure on another official to perform an “official act,” or to advise another official, knowing or intending that such advice will form the basis for an “official act” by another official. (該決定或作為可以包含運用他的職位去向另一個公務員施壓，使其實施一個職務行為，或向另一個公務員提出建議，而明知或意圖讓該建議成為另一位公務員之職務行為之基礎。)”

²⁶ 368 F.3d 646 (6th Cir. 2004).

²⁷ 543 U.S. 1055 (2005).

²⁸ 853 F.2d 89 (1988).

責關注該事進展；Biaggi 並向 Esposito 承諾，將打電話給海巡署指揮官幫 Coastal 公司爭取契約。因均無結果，Coastal 公司隨後宣告破產。被告 Biaggi 辯稱向政府機關關說發包修船工程給廠商與立法行為無關，並非國會議員之「職務上之行為」。但聯邦第二巡迴法院駁回其上訴，該院表示：國會議員之「職務上之行為」應包括一般人認為其職位所得行使之所有行為，亦即包括國會議員所慣行與被接受之非立法行為，在 United States v. Carson 案²⁹被告參議員助理 Carson 因利用參議員對公務機關之影響力以幫助私人，本院認屬「職務上之行為」（並經聯邦最高法院駁回上訴確定），本案眾議員 Biaggi 以眾議院信封、信紙為他人關說，並請議員助理持續關注，自應構成「職務上之行為」，惟無法證明該等餽贈與特定職務上之行為有對價關係，以收受饋贈罪判刑確定³⁰。

（二）日本

日本刑法第 25 章貪污瀆職罪第 197 條第 1 項前段規定：「公務員就有關其職務，收受、要求或期約賄賂時，處五年以下懲役。……」第 197 條之 3 規定：「(1)公務員犯前二條之罪，而為不正行為或不為相當行為時，處一年以上有期懲役。(2)公務員就有關職務上為不正行為或不為相當行為，收受、要求或期約賄賂，或使提供賄賂於第三人，或為提供之要求、期約時，亦與前項同。」其中第 197 條第 1 項前段相當於我國之不違背職務收賄罪，第 197 條之 3 相當於我國違背職務收賄罪³¹。

日本公務員「職務上之行為」，係指與公務員地位相隨而在公務上所應處理之一切事務。公務員「職務上之行為」原則上依法令規定，

²⁹ 464 F.2d 424 (2d Cir), cert. denied, 409 U.S. 949 (1972).

³⁰ 853 F.2d 89, 97 (1988) “Biaggi's suggestion that a congressman's only "official act[s]" within the meaning of § 201 are acts in the legislative process itself is untenable. The language of the section does not mention legislative acts, and courts have read the section and its predecessors sufficiently broadly to encompass all of the acts normally thought to constitute a congressman's legitimate use of his office.”

³¹ 陳子平，就許恒達教授「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，120 頁，121-122 頁。

但法令規定不可能沒有遺漏，故亦得經由解釋法令合理地確定其範圍，即使受上級公務員指揮監督之下級公務員職務，亦屬之。故日本公務員「職務上之行為」分為「一般職務權限行為」與「職務密切關聯行為」，「一般職務權限行為」指公務員依據法令可以實施的職務內容，及依其作用或組織行為目的，可得認定屬職務內容者。只要在法令上屬於該公務員之一般權限即可，縱使該公務員並未具體擔負該職務，仍構成收賄罪³²。

對「職務密切關聯行為」範圍此問題，日本學說判斷標準有三說³³：即(1)「公務說」；(2)「影響力說」；(3)「地位利用說」。「公務說」最為限縮，主張限定具有公務性質之準備或附隨活動。「影響力說」則主張，基於其職務可以影響公務行為時，該非公務行為(例如關說、請託)因和公務行為產生實質連結，故亦屬「職務密切關聯行為」。「地位利用說」則主張，應考量公務員在實行該行為時，是否運用公務員地位而產生之影響力於其他公務員，若是，則可認為是職務行為³⁴。其中「公務說」係從形式上判斷；「影響力說」與「地位利用說」則就實質影響力作判斷。

依日本實務³⁵，「職務密切關聯行為」則指雖非法定職務行為本身，但與職務具有緊密關係的準備或附隨活動，包括「附隨於本來職務行為之常態性行為」與「基於職務之事實上影響力的偶發性行為」二類。以最高裁判所最決昭 63.4.11 刑集 42 卷 4 期 419 頁案為例³⁶，被告為眾議院議員，並屬於運輸委員會委員，因接受請託而對屬於大藏委員

³² 吳燦，公務員賄賂罪之職務上行為，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，108 頁，110 頁；李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，2011 年 7 月，223 期，27-28 頁；蔡銘書，關於賄賂罪職務行為之最高法院裁判動向，法學叢刊，2011 年 7 月，223 期，71 頁。

³³ 李錫棟，日本刑法上收賄罪之型態，法學叢刊，2013 年 10 月，232 期，29-31 頁；蔡銘書，關於賄賂罪職務行為之最高法院裁判動向，法學叢刊，2011 年 7 月，223 期，70 頁。

³⁴ 李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，2011 年 7 月，223 期，38-45 頁；曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，2007 年 12 月，151 期，236 頁；陳子平，就許恒達教授「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，120 頁，125-126 頁。

³⁵ 請參考吳燦，公務員賄賂罪之職務上行為，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，108 頁，109-111 頁。

³⁶ 大坂地判昭 54.9.20 刑裁月報 11.9.835、大阪高判昭 58.2.10 判 15.1~21、最決昭 63.4.11 刑集 42 卷 4 期 419 頁，引自陳子平，就許恒達教授「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，120 頁，127 頁。

會委員之其他國會議員關說，該關說行為雖非眾議院議員狹義職務行為，但其關說目的，是對被關說議員職權行使產生影響，因此日本法院仍認為「與職務密切關連行為」。

(三) 德國

德國的「中央或地方民意代表」並不隸屬於「公務員」之概念，就民意代表之收賄罪與公務員之收賄罪採分立規範模式，民意代表收賄罪規定於德國刑法第 108e 條；公務員之收賄罪又依是否違背職務，分別規定於德國刑法第 331 條(不違背職務收賄罪)及同法第 332 條(違背職務收賄罪)。德國刑法第 108e 條第 1 項規定：「聯邦或邦之民意代表，於執行其委任職務(*bei der Wahrnehmung seines Mandats*)時，受他人委託或依他人指示，以實行或不實行特定行為作為對待給付，而為自己或第三人要求、期約或收受不正利益³⁷者，處五年以下有期徒刑或罰金刑。」德國刑法第 331 條第 1 項規定：「公務員、歐洲公務員或對公務負有特別義務者，對於職務行使(*Dienstausübung*)為自己或第三人要求、期約或收受利益，處三年以下有期徒刑或罰金刑。」德國刑法第 332 條第 1 項規定：「公務員、歐洲公務員或對公務負有特別義務者，以已實行或將實行之職務行為(*Diensthandlung*)，並因此已違背或可能違背其職務義務作為對待給付(*Gegenleistung*)，而為自己或第三人要求、期約或收受利益，處六月以上五年以下有期徒刑。情節輕微者，處三年以下有期徒刑或罰金刑。未遂犯罰之。」

由上開條文內容可知，德國刑法並未區分民意代表不違背職務與違背職務的收賄類型，德國刑法第 108e 條民意代表收賄罪之保護法益為「整個代議制度的廉正及功能」，而民意代表客觀獨立執行其委任職務，是民主法治國原則的基石³⁸。所謂「執行其委任職務」(*bei der Wahrnehmung seines Mandats*)，包括全部的委任職務活動，除了議會

³⁷ 德國刑法第 108e 條第 4 項規定：「如收受之利益符合民意代表法律地位之主要規定，非屬不正利益。下列情形非屬不正利益：1.政治上委任或政治上機能及 2.依政黨法或相關法律許可的捐助。」

³⁸ MüKoStGB/Müller, 3. Aufl. 2017, StGB §108e Rn. 1.

的投票或表決，也包括在委員會、黨團的協商、協調、諮詢及準備。此外，在委員會會議外的活動、黨內的活動，如果會影響議事過程或其他民意代表，也屬於執行其委任職務³⁹。

德國刑法第 331 條第 1 項不違背職務收賄罪及德國刑法第 332 條第 1 項違背職務收賄罪之保護法益均為「公務的廉正」(die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes)，即保障公共行政之效能及專業公正行政之普遍信賴⁴⁰。德國刑法第 331 條第 1 項之「職務行使」(Dienstausübung)是指公務員執行被賦予之任務，不以公務員有具體的土地或事物管轄權限為必要，亦不取決於內部事務分配，即具有抽象權限已足，不以有具體權限為必要。職務行使的概念應廣泛加以理解，包括所有與公務員任務範圍有功能關聯的行為，至少包含歸屬於公務員一般任務領域或與其有直接關聯者，在客觀上顯現為職務行使行為，主觀上也有履行任務之意。職務行使不以直接對外生效為必要，也與是否具有高權性質(hoheitlicher Charakter)無關，包括準備及支援(vorbereitende und unterstützende Tätigkeiten)其他公務員的行為，例如構思草稿、擬具鑑定意見、撰寫附註、提供其他公務員諮詢、建議採購事項(Vorschläge zu einer Auftragsvergabe)等⁴¹。而具有廣泛決定權限的高階公務員，例如市長或機關首長，可歸屬於其職務行使之範圍亦較廣⁴²。

又德國刑法第 331 條第 1 項不違背職務收賄罪不以職務行使為利益之對待給付為必要，是以不用證明有一個特定、已實行或將實行的職務行為，從而放寬不法約定(Unrechtsvereinbarung)的內容⁴³。相較於此，德國刑法第 332 條第 1 項違背職務收賄罪之職務行為是利益之

³⁹ MüKoStGB /Müller, 3. Aufl. 2017, StGB §108e Rn. 32, 34. Heinrich, Protokoll Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 18. Wahlperiode, 7. Sitzung, S. 71.

⁴⁰ MüKoStGB/Korte, 3. Aufl. 2019, StGB §331 Rn. 4, 8.

⁴¹ MüKoStGB/Korte, 3. Aufl. 2019, StGB §331 Rn. 108. OLG Hamburg 14.1.2000 – 2 Ws 243/99, StV 2001, 277 (278), und 11.7.2000 – 2 Ws 129/00, StV 2001, 284. BGH 4 StR 99/07 – Urteil vom 21.06.2007.

⁴² Schönke/Schröder/Heine/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB §331 Rn. 31.

⁴³ Schönke/Schröder/Heine/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB §331 Rn. 30.

對待給付，亦即須連結一個特定的、已實行或將實行違背義務的職務行為⁴⁴。

(四) 小結

綜上，可瞭解不論依美國、日本或德國法界之見解，均認為任何公務員均不得將其「職務上之行為」與他人交易，有關賄賂罪之「職務上之行為」，均沒有採狹隘的「法定職權說」見解。

就美國、日本法制，公務員「職務上之行為」係指與公務員地位相隨而在公務上所處理之一切事務，除依法令規定之「一般職務權限行為」外，尚包括「職務密切關聯行為」(日本)、「附隨於本來職務行為之常態性行為」(美國)。德國法將民意代表與一般公務員區別作不同規定，民意代表之「職務上之行為」限於「執行其委任職務」之行為；一般公務員之「職務上之行為」是指所有與公務員任務範圍有功能關聯的行為，包括準備及支援其他公務員的行為。

四、法律見解具有原則重要性之具體內容及法律見解歧異之裁判

(一) 實務見解有關「職務上之行為」認定之演變

最高法院 [58 年台上字第 884 號](#) 判例表示：「刑法上之賄賂罪所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。所謂違背職務之行為，係指在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為者而言。」但對於「職務上之行為」之認定，由採取具體職務權限(參照 [98 年度台上字第 2991 號](#) 判決、[102 年度台上字第 3288 號](#) 判決)，擴張及於一般職務權限(參照 [101 年度台上字第 4867 號](#) 判決)，並經最高法院 103 年度第 8 次刑事庭會議決議，關於「職務上之行為」採取「一般職務權限」，並不以實際上所具體擔負之事務為限。而最高法院 [99 年度台上字第 7078 號](#) 判決(陳水扁、吳淑珍龍潭購地案)認為：「惟

⁴⁴ MüKoStGB/Korte, 3. Aufl. 2019, StGB §332 Rn. 6.

查：(一)、貪污治罪條例第五條第一項第三款之對於職務上之行為收受賄賂罪，祇須所收受之金錢或財物與其職務有相當對價關係，即已成立，且包括假借餽贈等各種名義之變相給付在內。又是否具有相當對價關係，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，不可僅以交付之財物名義為佣金或餽贈，即謂與職務無關而無對價關係。再所謂職務上之行為，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。」改採實質影響說(最高法院 [100 年度台上字第 3656 號](#) 判決、[100 年度台上字第 7001 號](#) 判決、[103 年度台上字第 3356 號](#) 判決參照)⁴⁵。

總結而言，可參考最高法院刑事判決 [107 年度台上字第 2052 號](#) 判決：「惟查：(一)、貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之對於職務上之行為之收受賄賂罪，其中職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行為，包括由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及因自己之法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力，經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形。⁴⁶」所以，公務員之「職務上之行為」不限於公務員自己之職務行為，另包括其他公務員之職務行為。

⁴⁵ 吳燦，公務員賄賂罪之職務上行為，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，111-119 頁。

⁴⁶ 本案最高法院支持原審判決見解，認為花蓮縣議員對其每年所分得之建議補助款額度，具有實質支配權限，而為職權範圍內之行為。

(二) 最高法院對「職務上之行為」判斷標準之見解歧異

最高法院 [103 年度台上字第 1327 號](#) 判決認為：「由人民選舉之立法委員基於代議民主制度，受託對政府遊說或接受人民遊說，應以立法委員因遊說所從事之特定行為是否屬其職權之行使而判斷立法委員是否行使其職務上之行為」。然最高法院 [107 年度台上字第 2052 號](#) 判決表示：「而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行為，包括由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及因自己之法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力，經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形。」

最高法院對「職務上之行為」上開二判斷標準，見解有顯著差異，[103 年度台上字第 1327 號](#) 判決認為，「應以立法委員因遊說所從事之特定行為是否屬其職權之行使而判斷」，該段文字以是否屬其「職權之行使」判斷是否「職務上之行為」，否定立法委員之職權包括「遊說」在內。然而 [107 年度台上字第 2052 號](#) 判決明確表示，「習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及因自己之法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力，經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為」均屬之，關於「職務上之行為」認定，及於必要輔助性權力，經由請託之方式，足以形成一定之影響，使特定公務員為職務行為之情形。上開歧異見解已影響本案被告是否成立不違背職務收賄罪。

(三) 中央或地方民意代表關說、遊說，是否為「職務上之行為」

1. 否定說

(1) 議員個人接受人民陳情，向政府建議，非職務上之行為

最高法院 [94 年度台上字第 628 號](#) 判決認為：「縣（市）議會為地方民意機關，其職務行使本由縣（市）議員依法令規定為之，是縣（市）議員若代表縣（市）議會接受人民請願，並參與請願事項之處理，如審查、討論、表決或其後續執行等事務，即屬其職務上之行為，對此職務上之行為收受賄賂，固應成立貪污治罪條例第五條第一項第三款對於職務上之行為收受賄賂罪；倘縣（市）議員非代表縣（市）議會接受人民請願，而係人民向縣（市）議員個人提出陳情，該縣（市）議員因而向政府提出建議，此建議行為，即非該縣（市）議員職務上之行為，縱有利用身分圖得私人不法之利益，除合於其他犯罪構成要件，應依該罪處罰外，尚難以上開對於職務上之行為收受賄賂罪相繩。」

(2) 以立委因遊說所從事之特定行為是否屬其職權之行使而為判斷

最高法院 [103 年度台上字第 1327 號](#) 判決(立法委員高志鵬案⁴⁷)認為：「……且由人民選舉之立法委員基於代議民主制度，受託對政府遊說或接受人民遊說，應以立法委員因遊說所從事之特定行為是否屬其職權之行使而判斷立法委員是否行使其職務上之行為，要難率認立法委員之職權包括「遊說」在內。……然身為立法委員之高志鵬，受人民委託對政府遊說，乃代議民主政治制度所衍生之爭取選民選票方法之一，縱高志鵬上開所為符合立法委員行為法第 15 條規定之遊說，並因此遊說行為收取對價而違反立法委員行為法第 16 條之規定，除

⁴⁷ 臺灣高等法院臺中分院以 103 年度重囑上更(二)字第 4 號判決原判決撤銷。高志鵬共同依據法令從事公務之人員，對於非主管及監督之事務，明知違背法律授權之法規命令及職權命令，利用職權機會及身分圖自己及其他私人不法利益，因而獲得利益，處有期徒刑肆年陸月，褫奪公權肆年。未扣案之犯罪所得新臺幣伍拾萬元沒收，於全部或一部不能沒收時，追徵之。最高法院以 106 年度台上字第 1337 號判決駁回上訴而確定。

應依立法委員行為法相關規定移付立法院紀律委員會審議懲戒外，能否因此即謂高志鵬上開「遊說」行為，屬於憲法所賦予立法委員得行使之職權，而論以對於職務上之行為收受賄賂罪，非無斟酌審究之餘地。乃原判決就此未詳予究明，遽論上訴人二人以前揭罪刑，其適用之法則即有可議。」

2. 肯定說：

(1) 關於「職務上之行為」認定，及於因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，經由請託足以形成一定之影響

最高法院 [107 年度台上字第 1563 號](#) 判決(立法委員洪性榮與其子洪益元案)認為：「四、公務員貪污罪之不法核心內涵，係公務員對於國家忠誠義務之違反。故貪污治罪條例之立法宗旨，即在於確保公務員執行職務之公正，禁止公務員因受金錢或其他不正利益之污染，而影響其執行職務之公正性，俾使公務員執行職務具有不可收買之純潔性，而兼有維護公務員廉潔之作用。貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款所定之公務員對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益罪，其中所謂「職務上之行為」乙語，應依上開立法旨趣，從廣義解釋，係指公務員在其職務權責範圍內，所應為或得為之行為而言。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限及一般職務權限外，縱或非法律所明文規定，但既與其固有職務權限具有密切關聯，亦應肯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，始符合上開條例設立之宗旨。

五、又立法委員有：(一)議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。(二)立法院各委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢；立法院開會時，關係院院長及各部、會首長得列席陳述意見。憲法第 63 條、第 67 條第

2 項、第 71 條規定甚明。再依立法院組織法第 7 條、立法院各委員會組織法第 2 條及立法院程序委員會組織規程第 5 條第 1 項第 3 款規定，立法院所設各委員會，除審查該院交付各委員會之議案及人民請願書，並得於每會期開始時，邀請相關部會作業報告，並備質詢，於審查議案後，提報院會決定。可見立法委員在立法院各委員會審查預算案，係基於憲法賦予之職權範圍內之行為，本屬立法委員職務上應為之行為。而立法院內雖設各委員會，處理不同之事務，無非係立法院為有效處理議事所為之分配，不得僅因立法委員分屬於不同委員會，而否定其仍可藉由透過其他委員會委員質詢名義行使權力。因此，立法委員基於代議民主制度，在立法院院會、各委員會所為預算審查、提案、審議、表決、質詢等議事活動，屬憲法賦予立法委員之固有職權，自屬其職務上之行為。

六、原判決理由參——(四)—2.至 4.分別載敘：

(一)立法委員對農銀、中信局之預算有審查權，對其首長亦有質詢權，而預算若遭刪減，勢必影響人事任用及政務推動，且實務上民意代表假藉質詢之名義，刁難或羞辱備詢官員者，亦非罕見。上訴人之父洪性榮隸屬立法院財政委員會，職司審查財政政策及有關財政部掌理事項之議案，對農銀、中信局難謂無影響力。此由證人洪性榮自承：「因為我之前就有拜託過他們，而且農銀在立法院許多的事情，都是由我們幫忙化解，如有委員要刁難式的刪預算，我會幫忙把他們的困擾排除。所以他們依法開會可以核貸，會這麼快的通過撥款」；及證人即農銀總經理陳○林於偵查中供稱：「(前開立院財委會審預算時，是否會顧慮倘不答應洪性榮，農銀預算會遭刪減?)我有此顧慮，如果對他的案子沒有辦得很順暢的話，我顧慮會有此結果」、「(洪性榮是否有揚言要刪除預算?)他不需要講這麼白」各等語即明。又證人即中信局承辦人張○宏證稱：「(是否詢問洪某《洪○次》為何要如此急?)沒有，因為我早就知道本案有立委關說，故我揣測洪某有受壓力，故

沒多問」等語；證人蔡○昌證稱：「依照正常程序應該發文農銀詢問，但是卻在 6 月 12 日，因洪性榮當日之關說，使整個案件進行加速，農銀當日即以傳真進行說明……理事們也知道有洪性榮關說之情形，後來才會通過本案。……當時洪性榮直接找彭○南，讓我鬆口氣不用背負責任。……洪性榮來看過主席彭○南後，則整個動作都快起來。……當時我內心感到的壓力，多少有洪性榮的因素在內，但是洪性榮既然來看彭○南，有表示主辦行農銀都同意，中信局怎麼還不同意，中信局基於此原因，當然只好趕快辦理」等語；證人林○仁於偵訊中證稱：「(知本、傑廣何時第 1 次申請裝潢融資?) 86 年 1 月間就有辦說明會，邀請農銀、僑銀、中信局到臺東看現場，3 家銀行一直沒有答應，後來請洪性榮去推動，到了 86 年 5 月以後，農銀又開始辦徵信」、「(為何在 87 年 3 月間，農銀同意變更授信條件為只要 B、C 棟取得使用執照，就可以動用 5,000 萬元?) 這也是由洪性榮出面，向農銀高層拜託」、「(為何銀行都同意?) 因為洪性榮去關說」、「(為何此次貸款農銀承辦人林○明寫簽呈，請求在常董會核定前就撥款?) 因為急需要用錢，有請洪性榮跟銀行溝通」、「(裝潢融資 10% 的保留款，其中 5% 改為只要乙、丙棟拿到使用執照就可以撥，另外 5% 改為不用等到甲棟設定抵押就可以撥，這兩件事有無請人去關說?) 有，有請洪性榮去找黃○吉〈按違反銀行法部分，業經判刑確定〉關說」；復於第一審審理中證稱：「投資本案知本渡假村需求 25 億元資金，曾找東企當主辦行，找中企、竹企擔任參貸行，後來東企發生擠兌，才去找其他願意配合貸款的銀行，也透過介紹，到高雄找高企，去找高企談，沒有結果，然後找臺中的幾家銀行談，希望他們能承接這個案子，一直都沒有結果，接洽了近十家的銀行，申貸都沒有成功，之後透過陳○武介紹洪性榮，請洪性榮這邊去幫忙找銀行，因為洪性榮是立法委員，馬○林、陳○武有去問洪性榮聯貸銀行的部分，洪性榮就說去中信局、僑銀」各等語，足認馬○林、陳○武原先

已找多家行庫貸款未果，始拜託洪性榮出面關說，俟洪性榮對農銀、中信局高層進行關說後，果然順利貸得鉅款，足證洪性榮之關說，足以影響農銀、中信局之承貸意願及辦理進度，至為明確。

(二)農銀董事長、總經理或中信局理事主席、局長，綜理該行、局業務，位高權重，對放款與否，雖不能單獨決定，究難謂無影響力，否則洪性榮殊無大費周章，前往農銀、中信局，當面向陳○林、李○三、彭○南、蔡○昌等高層請託，且於第 1 次拜訪李○三、彭○南未遇，數日後即再次前往；復刻意於 85 年 6 月 12 日立法院財政委員會審查農銀、中信局預算時，再當面向此 4 人請託之理。再洪性榮向李○三關說後，李○三即指示所屬研究辦理，此據洪性榮坦言在卷；另證人陳○林亦證稱：這是洪性榮關心的案子，我告訴林○村（按經判決無罪確定）速度上要快，每當貸款進度耽誤或有困難時，洪性榮就會親自來或打電話來關心，前後他來二、三次，打電話給我一、二次，我會告訴林○村、黃○吉，洪性榮有來關心，請他們快一點，我事後就告訴李○三，李○三說「那就時間上爭取一下」等語；證人黃○吉證稱：陳○林有告訴我好幾次「洪性榮在催辦本案」，我都有轉達給營業部，要他們辦理；證人蔡○昌證稱：理事們也知道有洪性榮關說之情形，後來才會通過本案，洪性榮來看過主席彭○南後，則整個動作都快起來，當時我內心感到的壓力，多少有洪性榮的因素在內；證人張○宏於偵訊中證稱：我早就知道本案有立委關說，故我揣測洪○次也有受到壓力；證人林○仁證稱：洪性榮去談的是大方向，譬如我在辦貸款手續過程中，承辦人刁難或信心不夠，需要他溝通，把狀況向銀行高層反應，他談的對象不是董事長，就是總經理各等語；復參酌洪性榮於 85 年 6 月 12 日，在立法院向彭○南、蔡○昌關說後，中信局即於當天中午，立即趕出送件予理監事會之簽呈，並於同日下午，臨時加開審查中心與授信會之會議，通過本案各等情；在在足徵

洪性榮對陳○林、李○三、彭○南、蔡○昌等關說，確足以讓農銀、中信局之高層及承辦人員心理受拘束，而讓貸款案順利進行。……

(四)綜上所述，堪認洪性榮關說公營行庫之貸款案，係因上訴人有意經營知本飯店，而與其父洪性榮共謀，以利用洪性榮立法委員對公營行庫之影響力，順利取得公營行庫對傑廣公司及知本飯店之貸款，並收受陳○武、馬○林交付之知本飯店股（份紅利請求）權、商場所有權移轉請求權為對價之不法利益，上訴人與身為公務員之洪性榮就職務收受不正利益部分，有犯意聯絡與行為分擔等旨。」

(2)「選民服務」若屬立委職務上慣習，且影響、干預其他公股代表擔任董事長之民營公司作為或不作為特定事項，即與立委職務上之行為具密接關連性

臺灣高等法院 [102 年度金上重訴字第 21 號](#) 判決(立法委員林益世案⁴⁸)認為：「另依國營事業管理法第 3 條第 3 項規定「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。」依本條項增訂之提案說明：「一本條文增列第三項條文修正。二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 之 1 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法利益之經營；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。」(見立法院公報第 95 卷第 59 期院會紀錄)，而上開說明所載增列第三項條文並經立法院黨團協商後三讀通過，即為現行之國營事業管理法第 3 條第 3 項規定(見立法院公報第 96 卷

⁴⁸ 本案尚未確定。

第 88 期院會紀錄)；足見國會對於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之民營公司，而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，國會即有監督屬於控制公司角色之公股之必要；再者，立法院依法對於經濟部所提相關法律案、預算案、施政方針及施政報告，均有質詢、審議及監督之職權；而經濟部指派之公股代表即為中鋼公司董事長張○祝，足認經濟部對於中鋼公司之人事、財務及執行業務，具控制公司之角色而有實質掌控力；且依上揭規定，立法院得要求中鋼公司董事長至立法院報告中鋼公司股東大會通過之預算及營運狀況，並備詢。職是，中鋼公司之人事與營運狀況，與被告林益世之立法委員及國民黨政策會執行長之職務具密接關連性，堪可認定。2.再者，中鋼公司原為經濟部所屬國營事業，於 84 年移轉民營，惟民營化後經濟部仍為中鋼公司之主要股東，持股比例為百分之二十以上，故經濟部部長可藉由公股股權之管理與運作，對於中鋼公司董事長、總經理及中鋼公司轉投資直接、間接持股達百分之三十五之中聯公司董事長人事為任命……，足徵中鋼公司等政府投資之民營事業機構負責人選派前須經行政院核可之事實；又中聯公司等政府投資民營事業機構，其再轉投資民營事業機構負責人或經理人人選推派前應報行政院核可……凡此，均堪徵經濟部確實得經由公股股權之管理與運作，實質控制中鋼公司及中聯公司之人事、財務及業務執行等事項，故經濟部長基於其法定職務，對中鋼公司、中聯公司之重要人事或公司治理事項，本諸公股股份管理權，當有實質同意權及影響力，至為灼明；而立法委員對於經濟部所提相關法律案、預算案，均有審議、監督之權力，若為執政黨且立法委員過半之政黨，復身兼黨團黨鞭更可藉由黨團協商結合多數立委，直接影響議案及爭議事項之結果，深受各部會及行政院所屬單位之敬畏與重視。另立法委員亦可依據前開國營事業管理法第 3 條第 3 項規定，藉由聽取經濟部指派之中鋼公司公股代表即中鋼公司董事長至立

法院報告股東大會通過之預算及營運狀況並備詢之方式，監督中鋼公司及其子公司之預算與營運狀況。故立法委員尤其係國民黨政策會執行長若以此要求經濟部長行使公股管理權，針對中鋼公司或其轉投資直接、間接持股達百分之三十五而實質控制之中聯公司，關於營運業務為特定之建議，甚或直接對於中鋼公司、中聯公司之人事任用或營運業務為一定之建議或要求者，均具有實質之影響，而與其立法委員之職務具有密接之關連性。3.至立法委員受選民請託為達成請託事項之目的，所為之「選民服務」行為，雖非立法委員法定職務權限行為，然慣習上確係伴隨立法委員一職所經常實施，若該行為屬於立法委員職務上慣習行為而與立法委員職務具有關連性，且行為內容為利用立法委員監督經濟部，或依前開國營事業管理法第3條第3項之國會監督公股代表權限，而影響、干預其他公股代表擔任董事長之民營公司作為或不作為特定事項時，該「選民服務」行為即為其職務上之監督權限所延伸範圍，自應與立法委員職務上之行為具密接關連性，若因而濫用其職權以滿足對價之事項，自屬違背職務之行為，洵可認定。……貪污治罪條例第5條第1項第3款之職務上行為，指公務員因執行職務範圍所應為或得為行為，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，不以現在執行中者或將來始得執行者為限，亦不限於有獨立裁決權之事項，即本此立法目的所為目的性擴張解釋，並非類推解釋，無違反罪刑法定主義，更無擴張立法委員憲法及增修條文所規定之職權可言。(4)刑法上之罪刑法定主義，係指國家立法機關藉由事先將入罪化構成要件明確定義及對外宣示之手段，以防止作為國家統治機關一環之法院僅憑一己好惡而恣意擴張或類推解釋刑法各罪之構成要件，並達保護一般國民不會在毫無預見下莫名遭受國家突襲處罰之目的。就公務員以對價方式出賣其職務行為（即職務受賄）之犯罪而言，立法技術上本來就無必要且根本不可能以正面列舉之方式，窮盡列舉各式各樣公務員職務行為之內容

或行使職務之方式及其類型，僅能預設「職務上之行為」一語作為限定本罪之成立範圍，其理由已詳如前述。在此情形下，所謂「職務上行為」自不應僅以純然符合法律保留之「法定職務權限」為限，即便係依照行政上已建立之慣例或慣習，社會通念足以被認為附隨於其法定職務權限而具有密接關聯性之準備行為或其他事實行為，均應認係職務權限範圍之行為。蓋如此解釋，非但符合一般國民常識與國民感情，該公務員也甚為清楚自己收受之財物或利益，與其利用與法定職務權限具有密接關聯性之行為間，具有對價關係，亦無難以預期的問題。是以，公務員就其「職務密接關聯行為」而要求、期約或收受賄賂，仍屬「職務上之行為」之範疇，尚無違反罪刑法定主義之疑義。

(5)第以，立法委員雖不是行政官員，但依憲法及立法院職權行使法規定，對於行政院各部會所提相關法律案、預算案、施政方針及施政報告，均有質詢、審議及監督之職權，足見立法委員仍有其自身的具體職務及依法執行職務的責任。所謂立法行為的裁量性、自由形成性等，並非解免民意代表廉潔不受收買之理由，至民意代表透過何方式以達成對價目的之滿足，從收賄罪的規範目的來看，倘其行為亦影響國家公權力的廉潔與公正執行，其可罰性與行政官員即無不同，並非所謂「選民服務」或在國會議場以外之「關說行為」事項，即能正當化收取對價之行為。是被告林益世辯稱：若涉及法定議會活動以外的「選民服務」或「關說行為」，則不在民意代表的職務行為之列等語，尚有未合，無法採取。……」

五、該具有原則重要性、歧異之見解對於裁判結果之影響

本爭點司法實務已經發生歧見，至今尚未統一見解，影響法院應否對被告依貪污治罪條例5條第1項第3款論罪科刑。本爭點屬原則上重要性之重大爭議，對被告權益影響深遠，並非細節問題，有提案予刑事大法庭之必要。

六、本署見解

(一) 我國學說及實務主流見解採「實質影響說」

對於貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪「職務上之行為」之界限，目前我國學界大多數學者採「實質影響說」，認為國家分官設職，雖已規定各類公務員之職權，但由於公務活動範圍甚廣，法令難以全部規定，且層級越高之公務員，其職權越龐大，為免掛一漏萬，公務員對於「職務上之行為」規範，即不限於法定職權範圍，應採「實質影響說」，此解釋不違背罪刑法定主義，詳如前述。

我國實務關於「職務上之行為」之認定，臺灣臺北地方法院 [101 年度金訴字第 47 號](#) 判決曾就立法委員林益世案採較限縮之見解，結果造成輿論譁然⁴⁹。最高法院自 [99 年度台上字第 7078 號](#) 龍潭購地案起，已採「實質影響說」⁵⁰。之後，最高法院 [100 年度台上字第 3656 號](#)、[7001 號](#)、[101 年度台上字第 2044 號](#)、[2049 號](#)、[4150 號](#)、[6482 號](#)、[102 年度台上字第 2967 號](#)、[3799 號](#) 判決，均採相同見解，「實質影響說」已成為實務主流見解，「職務上之行為」不限於收賄公務員自己之職務，尚包括其「職務影響力所及」之其他公務員之職務行為。

(二) 「實質影響說」之判斷標準

我國公務員不違背職務收賄罪「職務上之行為」，實務雖採「實質影響說」，但其判斷標準仍然不明。最高法院 [99 年度台上字第 7078 號](#) 認為「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。」似乎認為需同時符合 2 要件：(1) 與其職務具有

⁴⁹ 吳耀宗，立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？--評台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號刑事判決，月旦裁判時報，2014 年 2 月，25 期，98 頁。另請參見林鈺雄，「困頓判決 恣意司法」，蘋果日報，2013 年 5 月 4 日；許澤天，對於職務上之行為受賄概念的辨正，<https://sites.google.com/site/xuzetianlaoshideyanjiuwangzhan/Home/duiyuzhiwushangzhixingweishouhuigainiandebianzheng>，最後瀏覽日 108 年 3 月 12 日。「如此判決，民代更敢 A？」，中國時報，2013 年 5 月 1 日；「林益世獲輕判 陳啟祥怒譏：難道我向空氣行賄嗎？」，今日新聞，2013 年 5 月 4 日；「楊蕙如評比藍綠黨證福利 結論：入國民黨勝安太歲」，今日新聞，2013 年 5 月 6 日；「法院認證「喬」事費不違法 林益世保有 4420 萬」，今日新聞，2013 年 5 月 2 日，最後瀏覽日 108 年 3 月 15 日。

⁵⁰ 請參閱吳燦，公務員賄賂罪之職務上行為，檢察新論，17 期，2015 年 1 月，108 頁，117-118 頁。

關連性，(2)實質上為該收賄公務員職務影響力所及，才該當「職務上之行為」。

其後，最高法院 [100 年度台上字第 3656 號](#) 判決亦表示：「就政務人員而言，鑒於政策決定影響之層面甚廣，祇須該行為與其職務具有關連性，且依該公務員之身分地位所產生對該職務實質上之影響力所及者，即屬相當，不以親力親為為必要。」[100 年度台上字第 7001 號](#)、[101 年度台上字第 2049 號](#)、[4150 號](#)、[6482 號](#)、[102 年度台上字第 2967 號](#)、[3799 號](#) 判決均同此旨，僅最高法院 [101 年度台上字第 2044 號](#) 認為：「而職務之所以成為賄賂罪之要件，在於公務員有可能影響該職務行為，從而，祇須公務員有影響其職務行為之可能性者，即可認為屬於一般職務權限內之職務。」

晚近，最高法院 [107 年度台上字第 2052 號](#) 判決認為：「惟查：(一)、貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之對於職務上之行為之收受賄賂罪，其中職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行為，包括由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及因自己之法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力，經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形。」亦即，有下列 2 種情形之一應認屬於「職務影響力所及」，判斷該當「職務上之行為」：(1)習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，(2)因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，足以形成一定之影響。[107 年度台上字第 1563 號](#) 判決同此見解。

可見我國最高法院晚近就貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪「職務上之行為」之界限，已兼採美國法及日本法實務

見解，收賄公務員包括民意代表在內，就(1)習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，或(2)因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，足以形成一定之影響者，為廠商向其職務權限影響所及之其他公務員進行關說並因而收賄，應構成不違背職務收賄罪。

(三) 民意代表所制衡之行政機關職掌之事務，屬於民意代表之「職務上之行為」

參照前述我國最高法院晚近就貪污治罪條例第5條第1項第3款不違背職務收賄罪「職務上之行為」之認定標準：「其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行為，包括由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及因自己之法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力，經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形。」本案所謂「民意代表所制衡之行政機關」，為民意代表基於地方制度法之法定職務關係，以及因之所生之必要輔助性權力，即所謂制衡之權力，從而可制衡行政機關。民意代表所制衡之行政機關，對於該行政機關所職掌之事務，民意代表便可經由指揮、監督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形，此屬於民意代表之「職務上之行為」，應無疑義。本案臺灣高等法院 [106 年度重上更\(一\)字第 42 號](#) 判決，認為民意代表所制衡之行政機關職掌之事務，非民意代表本身之「職務」，與前述最高法院法律見解容有未和。

(四) 本案蘆洲市公所清潔隊之行政人員，均為蘆洲市市民代表職務

影響力所及

地方制度法第 37 條規定：「鄉（鎮、市）民代表會之職權如下：一、議決鄉（鎮、市）規約。二、議決鄉（鎮、市）預算。三、議決鄉（鎮、市）臨時稅課。四、議決鄉（鎮、市）財產之處分。五、議決鄉（鎮、市）公所組織自治條例及所屬事業機構組織自治條例。六、議決鄉（鎮、市）公所提案事項。七、審議鄉（鎮、市）決算報告。八、議決鄉（鎮、市）民代表提案事項。九、接受人民請願。十、其他依法律或上級法規、規章賦予之職權。」是以，市民代表基於代議民主制度，鑒於上開地方制度法所賦予之諸多權限，其就政策、預算等影響層面既深且廣，祇須依其市民代表之職位所產生對該職務實質上之影響力所及者，即屬該當「職務上之行為」，與市民代表和承辦該職務公務員有無上下隸屬關係殊屬無涉。

本案被告林敏志所施壓之對象為蘆洲市公所清潔隊之行政人員，被告林敏志係蘆洲市市民代表，其職務或權限範圍包括議決蘆洲市公所預算、決算、議案及質詢首長、單位主管等權限，而預算若遭刪減，勢必影響人事任用及政務推動，且實務上民意代表假藉質詢之名義，刁難或羞辱備詢官員者，亦非罕見；因此，蘆洲市市民代表對蘆洲市公所清潔隊之行政人員垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理業務，應有實質影響力。本案臺灣高等法院 [106 年度重上更\(一\)字第 42 號](#) 判決中亦肯認：「惟市民代表之質詢或決議，既係在市民代表會中，直接針對市公所首長、官員之決策或政務施行而來，縱該質詢或決議並無法律上之拘束力，惟對於公務員職行職務勢有或多或少的影響，當可想像。」

被告蔡○龍係利用被告林敏志擔任蘆洲市市民代表之身分，欲藉由被告林敏志施壓負責管理蘆洲市垃圾轉運場之蘆洲市公所清潔隊人員，以排除清○公司違法超量載運或夾帶一般事業廢棄物進場傾倒之障礙而獲取利益，因而於前述期間，按月交付不法利益予被告林敏

志收受。足見被告林敏志究有相當影響力，否則被告蔡○龍無大費周章向之請託之理。參酌清○公司垃圾車司機載運垃圾進場，遇有清潔隊人員檢查、阻撓時，被告林敏志確實向該等人員施壓，以排除清○公司超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙，在在足徵被告林敏志之施壓行為，確足以讓蘆洲市公所清潔隊之行政人員心理受拘束而讓事項順利進行，本件蘆洲市公所清潔隊之行政人員讓清○公司超量及夾帶一般事業廢棄物進場之決定，確實屬蘆洲市市民代表職務影響力所及。

(五) 依原審認定，被告林敏志收錢與其向蘆洲市公所清潔隊之行政人員施壓有對價關係

本案臺灣高等法院 [106 年度重上更\(一\)字第 42 號](#) 判決已認定：

「理由、貳、實體部分—證明力、三、(六).....其各次收受取得之不法利益，與其以前述方式，協助排除清○公司垃圾車違法進場傾倒垃圾之障礙間，明顯存有對價及因果關係之事實，自屬明確。....參、論罪部分、二(二).....林敏志亦明知清○公司有前開違反廢棄物清理法及蘆洲市垃圾收費自治條例規定之情事，更明知其代表人民依法行使職權，不得營求私利，卻基於以其蘆洲市市民代表身分圖利本人之犯意，按月各收受蔡○龍（或蔡○龍囑由其子女蔡○順、蔡○萍，下同）各交付之各賄款，並憑恃其係蘆洲市市民代表，可監督市政及質詢、監督清潔隊業務運作之身分，於清○公司載運垃圾進場，遇有清潔隊人員檢查、阻撓時，向該等人員施壓，以排除清○公司超趨、超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙，並因而按月收受蔡○龍所交付之前揭款項，其間有對價關係，已如前述。」

依事實審認定，被告林敏志接受被告蔡○龍之委託，於蘆洲市公所清潔隊之行政人員干涉或阻礙清○公司司機超量載運或夾帶一般事業廢棄物進場傾倒時，被告林敏志即向該等清潔隊人員施壓，以排

除清○公司超量及夾帶一般事業廢棄物進場之障礙，被告林敏志因此收受共計 441 萬元報酬，其身為公務員就職務收受不正利益，被告林敏志收賄與其向蘆洲市公所清潔隊之行政人員施壓有對價關係，應堪認定。

(六) 最高法院對「職務上之行為」判斷標準，見解仍有歧異

最高法院 [103 年度台上字第 1327 號](#) 判決認為：「由人民選舉之立法委員基於代議民主制度，受託對政府遊說或接受人民遊說，應以立法委員因遊說所從事之特定行為是否屬其職權之行使而判斷立法委員是否行使其職務上之行為」。然最高法院 [107 年度台上字第 2052 號](#)、[107 年度台上字第 1563 號](#) 判決均認為：「因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，足以形成一定之影響者」，應認屬於「職務上之行為」。最高法院對「職務上之行為」上開二判斷標準，見解有顯著差異，並影響本案被告是否成立不違背職務收賄罪。基於下列理由，本署認為最高法院 [107 年度台上字第 2052 號](#)、[107 年度台上字第 1563 號](#) 見解較為妥適。

1. 貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪的保護法益，係要求公務員公正執行法定職務，並保護一般國民對於公務員職務行使公正性之信賴(參照最高法院 [72 年度台上字第 2400 號](#) 判決)。於收賄公務員並非直接以自己職務上之行為即能滿足賄賂對價約定事項，而須「假手他人」方能滿足賄賂對價約定事項之情形，倘收賄公務員對被關說公務員基於職務關係有隸屬或指揮、監督關係，具有相當影響力，進而濫用其職務產生之影響力，關說、遊說以影響或干預其他政府機關或公務員之公務決定或執行，實際上已破壞一般國民對於收賄公務員及被關說公務員公正執行職務之信賴，與收賄公務員直接以自己職務上之行為滿足賄賂對價約定事項比較，同樣侵害「公務員執行法定職務公正性」及「國民對於公務執行公正性之信賴」。

2. 且此種情況，因該對價事項之滿足，本質上係收賄公務員對其他政府機關或公務員之行為發揮職務影響力所致，與收賄公務員藉其「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」之行使，直接滿足對價事項之情形，並無二致。是在此場合，「假手他人」之收賄公務員發揮職務影響力之行為，應屬「職務上之行為」射程範圍。又關說、遊說常兼有發揮「職務影響力」及「私人情誼」之雙重關係，其中不違法部分不能對非法部分產生隔離效果，所以仍然應構成不違背職務收賄罪。

又民意代表向受其制衡監督之公務機關運用影響力，影響其公務行為，屬民意代表「職務上之行為」。民意代表關說、施壓程度若已違法，構成貪污治罪條例第4條第1項第5款違背職務收賄罪；否則屬於第5條第1項第3款不違背職務收賄罪。本案被告林敏志於蘆洲市市民代表任期內，對蘆洲市公所行使預算審查權、質詢(備詢)權等監督權限，被告林敏志親自向蘆洲市公所清潔隊之行政人員施壓，濫用其職務影響力，惟本案事實審似未具體指出被告關說、施壓具體違法情節，被告林敏志之上開行為應屬貪污治罪條例第5條第1項第3款「職務上之行為」，成立該款不違背職務收賄罪⁵¹。

(七) 原審判決理由違背最高法院晚近認定「職務上之行為」之見解

乃臺灣高等法院以 [106 年度重上更\(一\)字第 42 號](#) 判決未循最高法院 [107 年度台上字第 2052 號](#)、[107 年度台上字第 1563 號](#) 判決見解，而表示：「被告林敏志既係蘆洲市市民代表，則其職務或權限範圍自僅包括議決蘆洲市公所預算、決算、議案及質詢首長、單位主管等前揭權限，並不包括蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理，或蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運

⁵¹ 參照臺灣高等法院 103 年度囑上重更(二)字第 4 號判決「原判決關於洪益元部分撤銷。洪益元共同與公務員犯對於職務上行為收受不正利益罪，處有期徒刑肆年陸月，褫奪公權參年。」經最高法院 107 年度台上字第 1563 號判決上訴駁回而確定。

垃圾有無確實依規定進場等項工作，是就蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢棄物清理業務（主管機關為蘆洲市公所），而應屬蘆洲市公所清潔隊之行政人員（即清潔隊員）職掌範圍之職務上行為（包括蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保業者清運垃圾有無確實依規定進場），自非擔任蘆洲市市民代表之被告林敏志職掌範圍之職務上行為。」

惟公務員職權範圍，法令很難全部包含在內，仍須與國家機關組織之相關法令連結，否則必然產生重大法律漏洞。各級民意代表收賄並向公家機關進行關說、施壓，會造成政府資源分配不公、國民對政治不信任，動搖民主政治根本。況聯合國反貪腐公約第 18 條規定：「影響力交易--各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將故意觸犯之下列行為定為犯罪：(a) 向公職人員或其他任何人員直接或間接行求、期約或交付任何不正當利益，使其濫用本人之實際影響力或被認為具有之影響力，以為該行為之人或其他任何人從締約國之行政部門或政府機關，獲得不正當利益。(b) 公職人員或其他任何人員為其本人或他人直接或間接要求或收受任何不正當利益，以作為該公職人員或其他人員濫用其本人實際或被認為具有之影響力，從締約國之行政部門或政府機關獲得任何不正當利益之條件。」其中 (b) 項即明文規定因受賄而濫用影響力之人(包括公務員及非公務員)，不論其影響之公務行為是否違背職務，均應定為犯罪。我國於 104 年 5 月 20 日公布聯合國反貪腐公約施行法，該法第 2 條第 1 項規定：「公約所揭示之規定，具有國內法律之效力。」雖本案被告林敏志之犯罪行為在我國公布聯合國反貪腐公約施行法之前，但法院解釋「職務上之行為」，仍應考慮相關國際規範及思潮。

肆、結論

綜上，本署認為民意代表向受其制衡監督之公務機關運用影響力，影響其公務行為，屬民意代表「職務上之行為」。民意代表若因收賄，為業者向其職務影響力所及之其他公務員進行關說、遊說、施壓，且二者有對價關係時，至少構成貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款不違背職務收賄罪；若被告關說、施壓有具體違法情節，則構成貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款違背職務收賄罪。

本案原審判決所持足以影響裁判結果之法律見解，最高法院刑事庭先前裁判之見解已產生歧異，且屬原則上重要性之重大爭議，並非細節問題；且實務經常發生，至今尚未統一見解；該等法律爭點雖可以書狀交換方式釐清，但經由言詞辯論及法官提問，應可幫助貴院確實瞭解雙方論點，做出較妥適之決定，應提案予刑事大法庭裁判，爰依法院組織法第 51 條之 4 提出聲請。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 11 月 6 日

檢察官 朱富美
陳瑞仁
吳巡龍
黃則儒

