

最高法院刑事裁定

108年度台聲字第207號

聲請人 最高檢察署檢察官

上列聲請人因林敏志違反貪污治罪條例案件（本院108年度台上字第3592號），聲請提案予刑事大法庭裁判，本院裁定如下：

主 文

聲請駁回。

理 由

一、按最高法院刑事庭各庭審理案件期間，當事人認為足以影響裁判結果之法律見解，刑事庭先前裁判之見解已產生歧異，或具有原則重要性，得向受理案件之刑事庭聲請以裁定提案予刑事大法庭裁判，法院組織法第51條之4第1項定有明文。最高法院刑事庭各庭受理前開聲請，如認其聲請不合法律上之程式或法律上不應准許，依同條第3項規定，應以裁定駁回之。如認其聲請為有理由，應依同法第51條之2（經評議後認採為裁判基礎之法律見解，與先前裁判之法律見解歧異，應以裁定敘明理由，提案予刑事大法庭裁判）或第51條之3（經評議後認採為裁判基礎之法律見解具有原則重要性，得以裁定敘明理由，提案予刑事大法庭裁判）規定辦理。又同法第51條之4第1項所稱「先前裁判之見解已產生歧異」，係指先前裁判已有複數紛歧之見解，將紛歧之見解分別適用於本案，將有不同之裁判結果。又同法第51條之2第1項所稱「採為裁判基礎之法律見解，與先前裁判之法律見解歧異」，係指在相同事實之前提下，該法律爭議在合議庭受理之案件與先前裁判，均對裁判形成具有必要性，且合議庭採為裁判基礎之法律見解及先前裁判之法律見解分別適用於該法律爭議後，將對法律爭議得出不同之結論。又同法第51條之3所稱「法律見解具有原則重要性」，係指法律見解有促使法律續造之價值，或因屬新興、重大且普遍性之法律爭議，而有即時、預為統一見解之必要性者。各庭對於原則重要性提案是否提出，得行合義務性之裁量。

二、本件聲請意旨略以：

01 (一)公務員「職務上之行為」可分為「一般職務權限行為」及「
02 與職務密切關聯行為」。 「一般職務權限行為」指公務員依
03 據法令可以實施的職務內容，及其作用或組織行為目的，可
04 得認定屬職務內容者，包括無獨立裁量權限的輔助職務。「
05 與職務密切關聯行為」則指雖非法定職務本身，但與職務具
06 有緊密關係的準備或附隨活動。但公務員「職務上之行為」
07 是否應包括「與職務密切關聯行為」？若是，其界限為何？
08 我國學說上有「法定職權說」、「分立規範模範解釋」、「
09 公務說」及「實質影響說」。學者大多採「實質影響說」，
10 認為國家分官設職，雖已規定各類公務員之職權，但由於公
11 務活動範圍甚廣，法令難以全部規定，且層級越高之公務員
12 其職權越龐大，為免掛一漏萬，公務員對於「職務上行為
13 」之規範，即不限於法定職權範圍，採「實質影響說」並不
14 違背罪刑法定主義。僅少部分學者採「法定職權說」。本院
15 99年度台上字第7078號、100年度台上字第3656、7001號
16 、101年度台上字第2044、2049、4150、6482號、102年度
17 台上字第2967、3799號判決，均係採「實質影響說」。認「
18 職務上之行為」不限於收賄公務員自己之職務，尚包括其「
19 職務影響力所及」之其他公務員之職務行為。我國學說及實
20 務主流見解，雖均採「實質影響說」，但其判斷標準仍然不
21 明。且就中央或地方民意代表關說、遊說，是否為「職務上
22 之行為」？亦有否定說（94年度台上字第628號、103年度
23 台上字第1327號）及肯定說（107年度台上字第1563號）。
24 外國立法例上，美國、日本及德國均未採狹隘的「法定職權
25 說」。就美國、日本法制，公務員「職務上之行為」係指與
26 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
27 定之「一般職務權限行為」外，尚包括「職務密切關聯行為
28 」（日本關於「職務密切關聯行為」的判斷標準，學說上有
29 「公務說」、「影響力說」及「地位利用說」，實務則指雖
30 非法定職務本身，但與職務具有緊密關係的準備或附隨活動
31 ，包括「附隨於本來職務行為之常態性行為」與「基於職務

01 之事實上影響力的偶發性行為」)、「附隨於本來職務行為
02 之常態性行為」(美國)。德國法則將民意代表與一般公務
03 員區別作不同規定，民意代表之「職務上之行為」限於「執
04 行其委任職務」之行為，一般公務員之「職務上之行為」是指
05 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
06 其他公務員的行為。

07 (二)原審106年度重上更(一)字第42號判決謂：「按民意代表主要
08 在於議案之議決及審議，係以集體行使權力之方式展現，其
09 個人並無所謂主管、監督事務；又關於行政機關所主掌管理
10 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
11 用之對象，然此並非民意代表本身之『職務』，亦非其『主
12 管、監督之事務』。是民意代表就其所制衡之行政機關職掌
13 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
14 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
15 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
16 定之適用。」、「被告林敏志既係蘆洲市市民代表，則其職
17 務或權限範圍自僅包括議決蘆洲市公所預算、決算、議案及
18 質詢首長、單位主管等前揭權限，並不包括蘆洲市垃圾清除
19 、集運、處理及一般廢棄物清理，或蘆洲市垃圾轉運場之清
20 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
21 進場等項工作，是就蘆洲市垃圾清除、集運、處理及一般廢
22 棄物清理業務(主管機關為蘆洲市公所)，而應屬蘆洲市公
23 所清潔隊之行政人員(即清潔隊員)職掌範圍之職務上行為
24 (包括蘆洲市垃圾轉運場之清潔車進出管制、檢查民間環保
25 業者清運垃圾有無確實依規定進場)，自非擔任蘆洲市市民
26 代表之被告林敏志職掌範圍之職務上行為。」。

27 (三)本院就「職務上之行為」之判斷標準，103年度台上字第13
28 27號判決雖謂：「由人民選舉之立法委員基於代議民主制度
29 ，受託對政府遊說或接受人民遊說，應以立法委員因遊說所
30 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
31 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

01 。」然1.107年度台上字第2052號判決謂：「貪污治罪條例
02 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
03 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
04 之行為。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職
05 務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切
06 關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權
07 限有密切關聯之行為，包括由行政慣例所形成，為習慣上所
08 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
09 法定職務關係或因之所生之必要輔助性權力，經由指揮、監
10 督、干預、或請託之方式，足以形成一定之影響，使特定之
11 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
12 形。」2.107年度台上字第1563號判決謂：「公務員貪污罪
13 之不法核心內涵，係公務員對於國家忠誠義務之違反。故貪
14 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
15 性，禁止公務員因受金錢或其他不正利益之污染，而影響其
16 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
17 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
18 1項第3款所定之公務員對於職務上之行為，要求、期約或
19 收受賄賂或其他不正利益罪，其中所謂『職務上之行為』乙
20 語，應依上開立法旨趣，從廣義解釋，係指公務員在其職務
21 權責範圍內，所應為或得為之行為而言。而其職務範圍，除
22 公務員之具體職務權限及一般職務權限外，縱或非法法律所明
23 文規定，但既與其固有職務權限具有密切關聯，亦應肯認屬
24 其職務行為之範疇，包括由行政慣例所形成，及習慣上所公
25 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
26 準備工作與輔助事務均屬之，始符合上開條例設立之宗旨。
27 前開法律見解有顯著歧異，該項歧異並已影響本案被告是
28 否成立不違背職務收受賄賂罪之認定。

(四)本案法律爭點為：貪污治罪條例第4條第1項第5款違背職
30 務收受賄賂罪及第5條第1項第3款不違背職務收受賄賂罪
31 之「職務上行為」之認定標準為何？民意代表所制衡監督之

行政機關職掌之事務，是否屬民意代表之「職務上行為」？
而貪污治罪條例第5條第1項第3款不違背職務收受賄賂罪
的保護法益，係要求公務員公正執行職務，並保護一般
國民對於公務員職務行使公正性之信賴。於收賄賂並非
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」。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權或「職務密接關聯行為」之行使，
其「法定職務權限之行為」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。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」之雙重關說，其中不違法部分不能對非法部
分產生隔離效果，仍應構成不違背職務收受賄賂罪。本署認
為107年度台上字第1563、2052號判決見解較為妥適。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款不違背職務收受賄賂罪。若被告關說、施壓有具
體違法情節，則構成同條例第4條第1項第5款違背職務收
受賄賂罪。本案原審判決所持有足以影響裁判結果之法律見
解，違背本院晚近認定「職務上之行為」之見解，且本院刑
庭先前裁判之見解已產生歧異，並屬原則上重要性之重要爭

01 議，並非細節問題，應提案予刑事大法庭裁判。

02 三、惟查：

- 03 (一)貪污治罪條例第5條第1項第3款之不違背職務收受賄賂罪
04 ，基於構成要件明確性原則，及瀆職罪保護法益在於公務員
05 職務行使之公正性與廉潔性，故所謂「職務上之行為」，包
06 括其法定職務權限事項，及具公務外觀，與其職務權限事項
07 之行使，有密切關聯性之輔助事務行為在內。公務員收受賄
08 賂，利用職務上之行為，向無隸屬或監督關係之他公務員關
09 說、請託或施壓等，圖使他公務員為交互賄賂者所意欲之職
10 務上或違背職務上之行為。該項收受賄賂，與其利用職務上
11 之行為，為關說、請託或施壓等，即有對價關係，應成立不
12 違背職務收受賄賂罪。不因他公務員是否已為交付賄賂者所
13 意欲之職務上或違背職務上之行為，而受影響。原審106年
14 度重上更(一)字第42號判決所持法律見解，為本庭所不採。
- 15 (二)細繹本院103年度台上字第1327號判決(基礎事實為：被告
16 等為立法委員、國會助理，共同收受委託人交付之報酬，而
17 以立法委員之身分，向財政部國有財產局中區辦事處遊說出
18 租讓售涉案土地予委託人)所持法律見解，係認應以立法委
19 員因遊說所從事之「特定行為」，是否屬其職權之行使，而
20 非以是否符合立法委員行為法第15條所定「遊說」，判斷所
21 為是否為「職務上之行為」，該判決並未提出「特定行為」
22 ，是否為「職務上之行為」之判斷標準。而本院107年度台
23 上字第2052號判決(基礎事實為：被告等議員收受賄賂，向
24 花蓮縣政府提出補助工程款之建議案)、第1563號判決(基
25 礎事實為：被告與立法委員共同收受不正利益，由立法委員
26 出面向公營行庫高層關說，配合通過私人向公營行庫申請融
27 資)，則同認貪污治罪條例規範之「職務上之行為」，包括
28 「與公務員職務權限具有密切關聯之行為」，並例示說明該
29 項行為。就本案而言，尚無聲請人所指足以影響裁判結果之
30 法律見解，刑事庭先前裁判之見解已產生歧異之情形。其此
31 部分聲請，核與法院組織法第54條之4第1項歧異提案之要

01
02
03
04
05
06
07
08
09
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19

件不合。

(三)本院關於貪污治罪條例第5條第1項第3款之不違背職務收受賄賂罪所稱「職務上之行為」，包括與其職務權限事項之行使，有密切關聯性之行為之見解已趨一致，尚無疑義。又本案原因事實尚待調查釐清，原審所持法律見解，復為本庭所不採，爰不於本案提出原則重要性提案。

四、本件聲請人聲請提案予本院刑事大法庭裁判，為法律上不應准許，應予駁回。

據上論結，應依法院組織法第51條之4第3項，裁定如主文。

中華民國 109 年 2 月 26 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 陳世淙

法官 黃瑞華

法官 洪兆隆

法官 吳冠霆

法官 楊智勝

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 109 年 3 月 2 日