

最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

(110 年度台上大字第 5217 號)

檢察官 蔡瑞宗
蔡秋明
林麗瑩
許祥珍
李濠松
李進榮
林俊言

本案提案之法律問題

- 一、民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構承辦人員為關說、請託或施壓等特定行為，是否屬民意代表「職務上之行為」？得否即援引一般公務員所謂「實質影響力說」作為認定之標準？
- 二、民意代表違反公職人員利益衝突迴避法第 12 條禁止假借職權圖利之規定，是否該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款非主管或監督事務圖利罪所稱「違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」之要件？

目錄

壹、本件提案之法律問題	1
貳、與法律爭點相關之本案事實及二審法院之見解	1
一、本案基礎事實	1
二、二審法院見解：利用職務上機會之選民服務，非職務上之行為	3
參、本案所涉及之我國法律條文	6
肆、本案法律問題一之各種見解與本署主張	6
肆之一：最高法院之各種不同見解	6
一、甲說：職務行為說	6
(一)甲-1 說：實質影響力說	6
(二)甲-2 說：公務外觀或形式上公務性質說.....	7
二、乙說：圖利說	8
肆之二、法律問題一所涉之外國立法例與實務見解	8
一、日本法	8
(一)日本刑法第 197 條第 1 項前段收受賄賂罪的「關於其職務」	10
1. 職務行為	10
2. 職務密接關連行為	11
3. 對私法人之行政指導，亦屬職務密接關連行為.....	13
(二)基於自己職務而利用其事實上影響力之行為，是否為職務 密接關連行為之判斷基準	14
1. 學說見解	14
(1)公務說	14
(2)影響力說	14

(3)地位利用說	14
2. 實務見解：最決昭 59 年 5 月 30 日，刑集 38 卷 7 号 2682 頁	15
(三)國會議員斡旋行為之法律適用	15
(四)小結	17
二、德國法	18
(一)公務員收賄罪	18
1. 職務行為與職務行使	18
2. 抽象職權範圍	20
3. 不法協議	20
(二)民意代表收賄罪	22
1. 履行代表事務	23
2. 「不正」利益	23
(三)小結	24
肆之三、本署對本案法律問題一之意見—採甲說（職務行為說）	24
一、「對於職務上之行為」應解為「與職務密切關聯之行為」	24
二、德國有擴大「職務行為」內涵之趨勢，但立法例與我國迥異， 尚無直接引用之必要	26
三、甲-1 說與甲-2 說並非互斥關係，應依個案情形究屬準職務行 為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行 為、或基於職務而有實質影響力之行為，而判斷是否「與職 務密切關聯之行為」	27
四、民意代表收賄對私法人關說、請託、施壓，應屬準職務行為， 至少是利用實質影響力之行為，屬「與職務密切關連行為」	29
伍、問題二之各種見解與本署主張	30

伍之一、最高法院之各種不同見解	30
一、甲說：否定說	30
二、乙說：肯定說	31
伍之二、外國立法例之啟示	31
一、瑞士	31
(一)體系位置及保護法益	31
(二)構成要件行為	32
(三)主觀要件	32
(四)競合問題	33
二、義大利	33
(一)立法沿革	33
(二)犯罪類型及保護法益	34
(三)構成要件行為	34
1. 執行職務	34
2. 違背法律或法規命令	35
3. 行為類型	35
4. 利益衝突時未迴避	35
(四)犯罪結果	36
1. 財產利益	36
2. 損害	36
3. 「不法」之意義	36
(五)主觀要件	37
三、比較與分析	37
(一)瑞士刑法與我國貪污治罪條例之差異	37
(二)義大利刑法與我國貪污治罪條例比較	38
伍之三、本署對法律問題二之意見—採肯定說	38
一、圖利罪係違背職務收賄罪之截堵構成要件	38

二、濫用職權與濫用職位	39
三、雙不法結構	39
四、圖利罪之定性	40
五、「濫用」職位應包括違反陽光法案	40
六、公職人員利益衝突迴避法與圖利罪	41
陸、結論	42

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

111 年度台庭蒞字第 11 號

提出人 最高檢察署檢察官蔡瑞宗

上訴人

即被告 林益世

上列被告因違反貪污治罪條例案件，最高法院提案庭(刑事第八庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與最高法院先前裁判之法律見解歧異，已於民國 111 年 6 月 22 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判([110 年度台上大字第 5217 號](#))，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

壹、本件提案之法律問題

- 一、民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構承辦人員為關說、請託或施壓等特定行為，是否屬民意代表「職務上之行為」？得否即援引一般公務員所謂「實質影響力說」作為認定之標準？
- 二、民意代表違反公職人員利益衝突迴避法(下稱利益衝突迴避法)第 12 條禁止假借職權圖利之規定，是否該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款非主管或監督事務圖利罪所稱「違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」(下稱違背法令)之要件？

貳、與法律爭點相關之本案事實及二審法院之見解

一、本案基礎事實

- (一) 被告林益世於民國 99 年間任立法委員，為具有法定職務權限之公務員，並兼當時執政黨中央政策委員會執行長(俗稱大黨鞭)，中國鋼鐵股份有限公司(下稱中鋼公司)係經濟部持股 20% 以上之民營公司，中聯資源股份有限公司(下稱中聯公司)則係中鋼

公司持股達 35% 之子公司，經濟部透過公股股權之管理或經由中鋼公司，對於中鋼公司、中聯公司之董事、董事長及經理人等高層人事之選派具實質控制力。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」。

(二) 甲廠商為取得中聯公司銷售某產品契約，與被告約定給付一定金錢為對價，由被告為甲廠商於立法院內、外向經濟部、中鋼公司、中聯公司為下載所示關說、請託或施壓等特定行為：

1. 私下介紹甲廠商負責人認識中鋼公司總經理並請託協助取得締約機會，及索取該等契約銷售對象、資格等相關文件。
2. 以其立法委員名義出具便箋，爭取承購中聯公司契約，要求經濟部國會聯絡人至其辦公室拿取並轉交中鋼、中聯公司處理。
3. 藉經濟部部長列席立法院院會之機會（非質詢時），口頭促請其注意上揭請託事項。另帶同助理向中聯公司董事長索取契約承購資格標準文件。
4. 得知甲廠商經中聯公司評選不合格，即去電指責中聯、中鋼公司高層，藉故以中聯公司承辦人(副總經理)乙外界關係複雜為由，指稱「評選過程如(承辦人)乙有搞鬼，就看我有無能力換掉他」及揚言要拿評選標準找「經濟部部長評理」，中鋼公司總經理應允再研究予甲廠商第 2 次評選機會。

(三) 俟中鋼公司以契約遴選審查表部分條件對新進廠商不利應予修改，要求中聯公司給予甲廠商 2 次評選機會，中聯公司高層因被告上揭（撤換乙）言語，屈從其要求，修改標準重新評分，使甲廠商評定為合格廠商，取得承購該產品之權利，並締結銷售合約，被告則收得約定之金錢。原判決認被告係假借其立法委員職務所具有對經濟部選派中鋼公司或中聯公司高層人事之間接影響力

之權力及機會，以恫嚇方式迫使該 2 公司同意中聯公司與甲廠商締結契約，甲廠商因此獲得承購權之契約上不法利益，所為與民意代表「職務上行為」無關，論以刑法第 134 條前段、第 346 條第 2 項之公務員假借職務上之權力及機會，故意犯恐嚇得利罪。檢察官以原判決不應割裂評價被告上載各行為，忽略民意代表基於同一目的行使職權之實質影響力，逕認所為關說、請託或施壓等行為，與其職務不具關連性，非屬其職權之行使，有適用法則不當之違法為由，提起上訴。

二、二審法院見解：利用職務上機會之選民服務，非職務上之行為

本案原二審判決略以：「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，基於構成要件明確性原則，及瀆職罪保護法益在於公務員職務行使之公正性與廉潔性，故所謂『職務上之行為』，包括其法定職務權限事項，及具公務外觀，與其職務權限事項之行使，有密切關聯性之輔助事務行為在內。公務員收受賄賂，利用職務上之行為，向無隸屬或監督關係之他公務員關說、請託或施壓等，圖使他公務員為交付賄賂者所意欲之職務上或違背職務上之行為。該項收受賄賂，與其利用職務上之行為，為關說、請託或施壓等，即有對價關係，應成立不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意欲之職務上或違背職務上之行為，而受影響（最高法院 [108 年度台聲字第 207 號](#) 裁定意旨參照）...個別立法委員參與議決有關上開各項立法院法定權限之行為時，所為諸如提案、連署、表決或同意之各項行為，就立法院內部或對他機關而言，均屬於其擔任立法委員之「法定職務權限行為」或「職務密接關連行為」。所謂「選民服務」，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，其性質是否屬立法委員「職務上之行為」，攸關立法委員從事「選民服務」時要求、期約或收受具有對價關係之財物或利益，是否應論以要求、期約或收受賄賂罪之認定。詳言之，判斷立法委員

所從事之「選民服務」是否該當於收受賄賂等罪「職務上之行為」之要件，其重點仍在於立法委員「選民服務」之整體過程中，有無運用自己身為立法委員之「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」，諸如於作成上開屬於立法委員職務權限之「選舉立法院正、副院長」、「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」、「罷免或彈劾總統、副總統之提案及表決」、「議決行政院提請覆議之法律案、預算案、條約案」、「行政院院長不信任案之提案及表決」等議案時，經由出席立法院院會或各種委員會之投票、提案、質詢、表決、要求提出或調閱文件等權限之行使，達到實質影響立法院有關法律案、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作成，抑或實質影響其他行政機關有關公務之決定或執行。倘「選民服務」之內容，為立法院權限範圍內之法律案、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，或利用立法委員之質詢權、預算權、文件調閱權等權限，間接影響、干預其他政府機關或公務員為或不為特定公務行為時，該「選民服務」行為即屬立法委員「職務上之行為」。反之，其所為如與上開各項職務權限無關，不涉及立法委員職務權限之行使，例如向無質詢、審議或監督關係之行政機關、公務員或私人詢問或請託，則該行政機關或公務員有關公務之決定或執行，或私人行為之作成非出於立法委員職務權限之實質影響力，則不因稱之「選民服務」，即一概評價為立法委員「職務上之行為」。

基於被告林益世無權要求證人鄒若齊至立法院報告中鋼公司股東大會通過之預算及營運狀況或備詢...經濟部雖係中鋼公司之大股東，中聯公司係中鋼公司轉投資之子公司，該2公司本質上均為民營企業，並非政府機關，亦非國營事業機構。縱官股占有多數股權，具有遴選、任命、指派董事、董事長、經理人等公股代表之實力，此等董事、董事長、經理人縱為政府機關派駐民營公司執行政府意志之公

股代表，有依政府意志行事之事實上義務，但此等人員究非刑法上之「公務員」...被告請託及施壓、恫嚇，對於中鋼公司或中聯公司之經營階層而言，實際上雖然具有不得不配合之實質影響力，然此影響力之來源，充其量係來自其豐沛之地方勢力、黨政關係，與身為立法委員「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」之行使，並無關係。被告所發揮影響力之作用對象，係中鋼公司及中聯公司等民營企業之經營階層，並非其質詢權、監督權等立法委員職務權限所及之政府機關或公務員，其結果更與政府機關或公務員有關公務之決定及執行無涉，因此被告向中鋼公司鄒若齊及中聯公司翁朝棟請託或施壓、恫嚇之行為，非屬收賄等罪所定「職務上之行為」...無積極證據顯示被告另利用其職務權限要求經濟部部長施顏祥等政府機關或公務員就此事撤換或調整中聯公司或中鋼公司內部人事，自難認該當於立法委員「職務上之行為」。綜上，被告前開所為，並非其立法委員之法定職務權限行為，亦非其職務密接關聯行為，且無實質影響經濟部作成特定行政行為（例如命令或指示公股代表與地勇公司締約或撤換、調整中鋼公司、中聯公司內部人事）以達請託目的之主觀犯意或客觀行為，是非收賄等罪所定之「職務上之行為」。

由於「被告係因其身為立法委員之職務，而對身為中鋼公司及中聯公司大股東之經濟部具有上述質詢權、預算及各項法案審議權等權力，且正係因其具有此等職權，方有權力及機會透過受其監督、制衡之經濟部而間接對中鋼公司或中聯公司之高層人事安排發揮一定程度之實質影響力。反之，倘其並非立法委員，對經濟部既無何等監督、制衡權能，自更無透過經濟部間接影響中鋼公司或中聯公司高層人事安排之可能。衡情被告當係在此等認知及基礎上，方膽敢對中鋼公司鄒若齊、中聯公司翁朝棟及金崇仁等人以揚言撤換金崇仁之方式施加恫嚇；中鋼公司鄒若齊、中聯公司翁朝棟及金崇仁等人，亦因此方對被告上開恫嚇言詞心生畏懼，不得不屈從配合修改審查標準而使地勇

公司如願取得轉爐石承購權。由是而論，被告假借其身為立法委員之公務員職務上之權力及機會，對於鄒若齊、翁朝棟及金崇仁等人施加上述恫嚇手段…」等情。

參、本案所涉及之我國法律條文

貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款

有下列行為之一者，處 7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 6000 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。

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款

有下列行為之一，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金...五、對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。

肆、本案法律問題一之各種見解與本署主張

肆之一：最高法院之各種不同見解

一、甲說：職務行為說

就民意代表職務行為之範圍，採廣義解釋，肯認「與職務密切關連的行為」(下稱「職務密切關連行為」)概念，得涵攝於職務行為之文義範圍內，惟依其判斷標準不同，區分為：

(一)甲-1 說：實質影響力說

貪污治罪條例之公務員受賄罪，所稱「職務上之行為」，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，祇要該行為與其職務具有密切關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當。至所謂與其職務權限有密切關連之行為，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。倘其影響力並非因其本身之職務權限而來，即僅具有空泛之影響力，自難認亦屬其職務上之行為（最高法院 [104 年度台上字第 2255 號](#)、[100 年度台上字第 5472 號](#) 等判決）。

(二)甲-2 說：公務外觀或形式上公務性質說

貪污治罪條例之公務員受賄罪，所謂「職務上之行為」，指公務員在其職務權責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及一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其固有職務權限具有密切關連之行為，亦應認屬職務行為之範疇，包括職務事項本身及為妥適行使職務事項而附隨之準備工作與輔助事務行為在內，利用由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之附隨職務亦屬之，惟此附隨之職務，須具有公務外觀或形式上具公務性質，且與其固有職務事項本身有直接、密切之關連性，始包含在內。

立法委員基於代議民主制度，在議會內行使法定職權之提案、審議、質詢等議會活動，固屬其職務行為，至於為行使上開職權，而在議場外從事譬如召開協調會、具名發函要求說明報告、開會前拜會、議場中休息協商等準備工作或輔助行為，仍具有公務外觀，且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；立法委員就人民向其陳情之事項，以立法委員國會辦公室名義召開協調會之方式，邀請與其所掌理法律、預算等議案及質詢備詢有關之行政機關派員出席者，該以立法委員國會辦公室名義，邀請相關行政機關派員出席協調會之行為，除已具有公務行為之外觀外，且與憲法賦予之立法委員議決、審查、質詢及備詢等主要職務有密切關連性，同屬其職務範圍內得為之行為（最高法 [106 年度台上字第 283 號](#)、[106 年度台上](#)

[字第 3122 號](#)、[108 年度台上字第 3592 號](#)等判決)。

二、乙說：圖利說

在行政機關收受賄賂之上級公務員，藉由「行政一體」之上下隸屬關係，對於服從其指揮、監督之下級公務員所掌之事務而取得對價，因其身分地位就該事務足以形成一定程度之實質上影響力，無待親力親為，而得認係該收受賄賂公務員之職務上行為（行政一體之實質影響力說）。然如收受賄賂之公務員，與承辦該職務之公務員間，並無上下隸屬關係，無從透過指揮、服從之途徑，影響該職務之決定，不能成立不違背職務收受賄賂罪。至收受賄賂之公務員，為圖得自己或其他私人之不法利益，係藉由其職務上之一切機會或由職務衍生之機會，或利用其特殊身分為手段，致使承辦該事務之公務員，於執行職務時，心理受拘束而影響、干預或形成特定結果或內容之決定者，應屬得否論以圖利罪之範疇。收受賄賂之公務員對承辦該職務之公務員所為關說、請託之行為如該當圖利罪之犯罪構成要件，論以圖利罪，無適用法則不當之違法（最高法院 [103 年度台上字第 1327 號](#)、[103 年度台上字第 3356 號](#)等判決）。

肆之二、法律問題一所涉之外國立法例與實務見解

一、日本法

提案裁定稱貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款「對於職務上之行為」之解釋，自最高法院 103 年度第 8 次刑事庭會議決議¹，就「職務

¹ 「某市政府警察局之警員 A 發覺轄區外之他市有大型職業賭場，惟因收受賭場經營者給付之金錢而不予調查或通報。該警員應否成立對於違背職務之行為收受賄賂罪？

甲說（肯定說）：

一、刑事訴訟法第二百三十一條第二項規定：「司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。」並無管轄區域之限制。又警察任務為依法維持公共秩序，保護社會治安，防止一切危害，促進人民福利；其職權包括依法協助偵查犯罪。警察法第二條、第九條第三款分別定有明文。內政部警政署亦頒訂「警察機關通報越區辦案應行注意事項」，其第一點即揭示：「為提升打擊犯罪能力，發揮各級警察機關整體偵防力量，避免於越區辦案時因配合不當，致生不良後果，特訂定本注意事項。」又於「各級警察機關處理刑案逐級報告紀律規定」第二點第一款明定：「各級警察機關或員警個人發現犯罪或受理報案，不論其為特殊刑案、重大刑案或普通刑案，均應立即處置迅速報告分局勤務指揮中心，按照規定層級列管，不得隱匿、延誤或作虛偽陳報擅自結案。」足見警察機關雖有轄區之劃分，然此僅為便利警察勤務之派定、規劃、指揮、督導及考核而已，非指警察僅能於自己所屬管轄區域內協助偵查犯罪。

二、依題旨，A 雖任職於某市政府警察局，惟既發覺他市有經營職業賭場之犯罪行為，仍

上之行為」擴張及於一般職務權限行為，不以公務員實際上所具體負擔之事務為限，亦即在法令上係屬該公務員之一般職務權限，即該當賄賂罪之「職務性」要件，並引進日本實務及學界已形成共識之「與職務密切關連的行為」概念以為補充，肯認「職務密切關連行為」得涵攝於「職務上之行為」文義範圍內，後並有最高法院 [107 年度台上字第 1563 號](#) 等判決，持相同見解，已形成穩定之見解。

按日本刑法第 197 條第 1 項前段所使用之文字為「關於其(公務員)職務」(公務員が、その職務に関し)，雖與我國貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款「對於職務上之行為」之文字不盡相同，然前述最高法院決議及裁判援引日本法「與職務密切關連的行為」，將之涵蓋入貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款「對於職務上之行為」文義中，應不會有解釋上扞格之處，以下即就日本法制對此議題之發展探討與分

有依法調查或通報等協助偵查犯罪之職責，其違背此項職務而收取對價，自應成立對於違背職務之行為收受賄賂罪。

乙說(否定說)：

一、法院組織法第六十二條規定，檢察官於其所屬檢察署管轄區域內執行職務，但遇有緊急情形或法律另有規定者，不在此限。足見除非有但書情形外，否則檢察官僅於其所屬檢察署管轄區域內，始有行使偵查犯罪之職權。而刑事訴訟法第二百二十九條第一項第一款規定，警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長於其管轄區域內為司法警察官，有協助檢察官偵查犯罪之職權。可見該款司法警察官，於管轄區域內，才有協助檢察官偵查犯罪之職權。又同法第二百三十條第一項第一款、第二項、第二百三十一條第一項第一款、第二項，雖僅規定警察官長、警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查。但既規定警察官長應將犯罪嫌疑調查之情形報告該管檢察官及協助偵查犯罪之司法警察官；警察應將犯罪嫌疑調查之情形報告該管檢察官及司法警察官；警察官長應受檢察官之指揮，偵查犯罪；警察應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪。顯見上開警察官長、警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查之職權，亦應限於管轄區域內，始得為之。再者，警察勤務條例第三條規定，警察勤務之實施，應晝夜執行，普及轄區。警察機關通報越區辦案應行注意事項第一點規定，為提升打擊犯罪能力，發揮各級警察機關整體偵防力量，避免於越區辦案時因配合不當，致生不良後果，特訂定本注意事項。第二點第一項第一款前段規定，於管轄區外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應依第三點所定程序通報當地警察機關會同辦理。均可見警察官長、警察原各有管轄區域，於管轄區域內始有調查犯罪之職權，因調查犯罪，如欲於管轄區外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警察機關會同辦理。而於搜獲他轄犯罪確切情報，則可通報當地警察機關偵處。並非得於管轄區域外調查犯罪。否則，無異較檢察官與協助偵查犯罪之司法警察官，擁有更廣泛不受轄區限制之調查犯罪權限，顯非適宜。又貪污治罪條例第四條第一項第五款所謂「職務」，係指公務員法定職務權限範圍內，並有具體影響可能之事務。

二、依題旨，A 係某市政府警察局警員，縱發覺他市有經營職業賭場之犯罪行為，並收取賭場經營者之金錢，然因其無在自己所屬管轄區域外調查犯罪之職權，自無成立對於違背職務之行為收受賄賂罪之餘地。

以上二說，以何者為當，提請 公決

決議：採甲說。」

引自最高法院，刑事庭會議決議，103 年度第 8 次刑事庭會議決議，<https://reurl.cc/LX52WK> (最後瀏覽：2022 年 12 月 2 日)。

析之。

(一)日本刑法第 197 條第 1 項前段收受賄賂罪的「關於其職務」

收受賄賂罪是公務員以與其職務有關者為對價，收受不法利益為內容之犯罪²，即日本刑法第 197 條第 1 項前段³規定：「公務員關於其職務要求、期約、收受賄賂者，處 5 年以下有期徒刑。」其中「關於其職務」，包括職務行為與職務密接關連行為⁴。

1.職務行為

職務係指因公務員地位所相應之應處理的一切執務⁵，例如對於有職務權限之公務員以金錢供養，換取其權限行使或權限不行使⁶。由於收受賄賂罪以公務員職務公正的社會一般信賴為保護法益⁷，故與賄賂相應之對價關係的職務，以公務員在法令上有一般職務權限為已足⁸，即抽象之職務權限，非指涉其現時所擔當之具體事務⁹。

所謂抽象之職務權限的認定，例如：起訴書載以被告為名古屋刑務所(監獄)戒護科在職之看守，雖未具體說明其職務內容，然「監獄戒護課之看守」之記載，可以當然推知其戒護勤務乃受長官指揮之監獄警戒，看視監督在監者之日常行動，即非公訴事實不特定¹⁰；又如已載明被告為大藏省事務官，在四谷稅務署擔當物品稅、酒稅之賦課

² 淺田和茂、井田良(編著)，新基本法コンメンタール刑法[第 2 版]，日本評論社，2017 年 9 月，419 頁(神例康博執筆)。

³ 第九十七條 公務員が、その職務に関し、賄賂を收受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、五年以下の懲役に処する。この場合において、請託を受けたときは、七年以下の懲役に処する。引自:e-gov 法令検索:刑法，<https://reurl.cc/yMdk3a>(最後瀏覽:2022 年 10 月 13 日)。

⁴ 淺田和茂、井田良(編著)，前掲註 2 書，420 頁(神例康博執筆)。

⁵ 最決昭 28 年 10 月 27 日，刑集 7 卷 10 号 1971 頁，<https://reurl.cc/7p1ZDQ>(最後瀏覽:2022 年 10 月 11 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/xQrYOL>(最後瀏覽:2022 年 10 月 11 日)。

⁶ 最決平 14 年 10 月 22 日，刑集 56 卷 8 号 690 頁，<https://reurl.cc/nO8Q3X>(最後瀏覽:2022 年 10 月 11 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/2mdxkO>(最後瀏覽:2022 年 10 月 11 日)。

⁷ 參見前田雅英，刑法各論講義 第 7 版，東京大学出版会，2020 年 1 月，500 頁。

⁸ 西田典之、山口厚、佐伯仁志(編集)，注釈刑法 第 2 卷--各論(1) (77 条~198 条)，有斐閣，2016 年 12 月，731-733 頁(上嵩一高執筆)。

⁹ 最決昭 33 年 9 月 30 日，刑集 12 卷 13 号 905 頁，<https://reurl.cc/ZbyXAl>(最後瀏覽:2022 年 8 月 23 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/bE17ky>(最後瀏覽:2022 年 8 月 23 日)。

¹⁰ 前田雅英，前掲註 6 書，501 頁。川端博、西田典之、原田國男、三浦守、大島隆明(編著)，裁判例コンメンタール刑法第 2 卷 (§73~§211)，立花書房，2006 年 9 月，370-371 頁(下津健司執筆)。淺田和茂、井田良(編著)，前掲註 2 書，420 頁(神例康博執筆)。

¹⁰ 名古屋高判昭 24 年 6 月 30 日，LEX/DB 27912729。

減免有關之調查、決定等職務，其職務之性質為公眾皆知事項，毋庸再以證據證明之¹¹。從交付賄賂之人的觀點，其賄賂毋庸指向特定具體之個別職務¹²。例如名古屋市交通局用度課長接受遊興飲食款待，收受向來與該局有交易關係廠商的謝禮，允諾將來於職務上便宜處理將買入鐵路 T 型軌條，雖尚未為購入之具體行為，亦該當收受賄賂罪¹³。

因此，包括擬於將來履行之職務¹⁴、依內部事務分配有職掌某事務，然非現時日常所擔當之事務¹⁵、轉職前職務而於轉職後收賄¹⁶、適法之職務行為¹⁷、不作為之職務行為¹⁸等均屬之¹⁹。

2.職務密接關連行為

戰前的大審院(=最高裁判所前身)時期，就地方議會議員在議場外勸誘說動其他議員支持之行為，認雖不在法令上一般職務權限範圍之內，然係為使職務圓滑遂行，與職務行為有密接不可分之關連性，為準職務行為，故仍該當收受賄賂罪²⁰。戰後，最高裁判所除了延續上揭大審院所發展認定職務密接關連行為包括準職務行為之見解，並及於事實上所管職務行為²¹，另擴大其範疇，涵蓋基於自己職務而利用事實上影響力者²²。如眾議院議員收受 100 萬日元賄賂，在眾議院

¹¹ 東京高判昭 27 年 11 月 29 日，LEX/DB 27914659。

¹² 大判大 5 年 11 月 6 日，大審院刑事判決錄 22 輯 1727 頁，LEX/DB 27942976。大判大 12 年 6 月 4 日，大審院刑事判例集 2 卷 473 頁，LEX/DB 20000558。

¹³ 名古屋地判昭 31 年 4 月 10 日判決，LEX/DB 24003436。名古屋高判昭和 31 年 7 月 18 日判決，LEX/DB 24003437。

¹⁴ 最決昭 36 年 2 月 9 日，刑集 15 卷 2 号 308 頁，<https://reurl.cc/7pxOkk> (最後瀏覽：2022 年 8 月 23 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/60zWL5> (最後瀏覽：2022 年 10 月 7 日)。

¹⁵ 最判昭 27 年 4 月 1 日，刑集 6 卷 4 号 665 頁，<https://reurl.cc/D3zAj5>，(最後瀏覽：2022 年 10 月 13 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/4pKojK> (最後瀏覽：2022 年 10 月 13 日)。

¹⁶ 最判昭 58 年 3 月 25 日，刑集 37 卷 2 号 170 頁，<https://reurl.cc/D3z2eE> (最後瀏覽：2022 年 10 月 13 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/eOR2QK> (最後瀏覽：2022 年 10 月 13 日)。

¹⁷ 最大判平 7 年 2 月 22 日，刑集 49 卷 2 号 1 頁，<https://reurl.cc/5pmxeG> (最後瀏覽：2022 年 8 月 23 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/gMdXmz> (最後瀏覽：2022 年 8 月 23 日)。

¹⁸ 最決平 14 年 10 月 22 日，刑集 56 卷 8 号 690 頁，<https://reurl.cc/KQ7WAe> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/9pekX8> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。

¹⁹ 參見山中敬一，刑法各論 II，成文堂，2004 年 9 月初版，805-807、810-812 頁。

²⁰ 大判大 2 年 12 月 9 日，大審院刑事判決錄 19 輯 1393 頁，LEX/DB 27534801。

²¹ 最決昭 31 年 7 月 12 日，刑集 10 卷 7 号 1058 頁，<https://reurl.cc/qN9ZM0> (最後瀏覽：2022 年 10 月 24 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/7pZj61> (最後瀏覽：2022 年 10 月 24 日)。

²² 西田典之、山口厚、佐伯仁志(編集)，注釈刑法 第 2 卷--各論(1)(77 条~198 条)，有斐閣，2016 年 12 月，756-757 頁(上嵩一高執筆)。西田典之，刑法各論 第 6 版，弘文堂，

大藏委員會審查液化石油瓦斯課稅法案，勸誘非己所屬委員會之其他國會議員，投票支持某議案，就原審認定勸誘行為，雖非屬國會議員之一般職務權限，然卻是對於不同立場議員之職務權限行使，給予事實上影響力之職務密接關連行為，認為原判決判斷正當²³。國會議員基於國政調查權，在委員會質詢之際，施壓通產省官員為一定行為，屬職務密接關連行為²⁴。另外，公務員核心職務所當然附隨之行為(附隨行為)，不應在職務密接關連行為之範圍，然因附隨行為與職務本身有密接關連，致附隨行為與職務密接關連行為的界限不容易劃分，故判例²⁵依然將附隨行為納入職務密接關連行為²⁶。

從判例發展出來的職務密接關連行為，指涉非屬職務行為但與職務有密接關係之(1)準職務行為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為、(2)基於自己職務而利用其事實上影響力之行為²⁷，即法條文字「關於」之解釋²⁸。不過此解釋方法使非職務行為亦得成立收受賄賂罪，不無忽視「關於其職務」之文義實與「對於其職務」(職務に対して)相當，故也有學說主張應將上開職務密接關連行為均以「職務行為」涵蓋²⁹，而最高裁判所第一小法廷昭和 59 年 5 月 30 日駁回上訴之決定中，論述大學設置委員會、齒學專門委員會委員，就設置大學之委員會審查中間結果、競爭對手等訊息，於正式通知前洩漏給行賄者乙案，認定二審法院將此正式通知前的洩漏行為，

2012 年 3 月，494-495 頁。

²³ 最決昭 63 年 4 月 11 日，刑集第 42 卷 4 号 419 頁，<https://reurl.cc/MNpKrX> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/yMd9pl> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。

²⁴ 東京地判平 1 年 11 月 6 日，LEX/DB 27917261。

²⁵ 縣立醫科大學教授兼為該大學附設醫院醫療部長，將長年跟隨自己之醫師往有一定關係之其他醫院擔任醫師，此派遣行為與醫師之教育指導職務有密接關係。參見最決平 18 年 1 月 23 日，刑集第 60 卷 1 号 67 頁，<https://reurl.cc/kqo4Zx> (最後瀏覽：2022 年 12 月 8 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/OEm2Xv> (最後瀏覽：2022 年 12 月 8 日)。

²⁶ 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀(編集)，大コンメンタール刑法〔第三版〕第 10 卷 193 条~208 条の 3，青林書院，2021 年 3 月，46-47 頁(古田佑紀、渡辺咲子執筆)。

²⁷ 松原芳博，賄賂罪・その 1 (刑法各論の考え方 41)，法学セミナー 722 号，2015 年 3 月，106 頁。

²⁸ 西田典之，前掲註 22 書，495 頁。

²⁹ 西田典之，前掲註 22 書，495-496 頁。

認定為職務密接關連行為³⁰，亦屬職務行為，可為此說之適例³¹。

職務密接關連行為固界定為非職務行為，但其與職務行為確有不容易界分之處，如著名的洛克希德•丸紅途徑判決：美國「洛克希德公司」(「The Lockheed Corporation」)之日本代理商「丸紅株式會社」(下稱「丸紅公司」)社長，向「全日本空輸株式會社」(下稱「全日空公司」)推銷洛克希德公司產製之特定機型客機時，對於當時的內閣總理大臣請託以下事項：(A)請其指揮運輸大臣對全日空公司做出獎勵購買該特定機型之行政指導(或稱A途徑)。(B)由其自己對全日空公司進行購買之勸誘(或稱B途徑)，丸紅公司社長並約定事成後交付內閣總理大臣5億日圓之報酬。就上述A途徑，最高裁判所大法庭認定運輸大臣建議全日空公司選購特定機型客機之勸誘的行政指導，屬於運輸大臣之職務權限，內閣總理大臣促成運輸大臣推動上開勸誘之「活動」，為內閣總理大臣之職務權限³²，然並未言及此屬於職務密接關連行為，係補足意見闡釋該指示為內閣總理大臣之一般指示權限之外，屬職務密接關連行為³³。

3.對私法人之行政指導，亦屬職務密接關連行為

公務員對於私人、私法人之行政指導，是標準的職務密接關連行為。例如，縣防疫課員，對於承擔簡易水道事業之工事業者，為推薦或介紹之行為，是與職務行為有密切關係之行為³⁴。上揭洛克希德•丸紅(B)途徑，總理大臣對全日空公司進行購買之勸誘，亦為準職務行為，係職務密接關連行為³⁵。

³⁰ 最決昭59年5月30日，刑集38卷7号2682頁，<https://reurl.cc/MXD9Kk>(最後瀏覽：2022年10月14日)。判決要旨：<https://reurl.cc/0X5Ly9>(最後瀏覽：2022年10月14日)。

³¹ 淺田和茂、井田良(編著)，前掲註2書，423頁(神例康博執筆)。

³² 最大判平7年2月22日，刑集第49卷2号1頁，<https://reurl.cc/5pmxeG>(最後瀏覽：2022年8月23日)。判決要旨：<https://reurl.cc/gMdXmz>(最後瀏覽：2022年8月23日)。至於B途徑，二審循既有之最高裁判所見解，認定為準職務行為，最高裁判所大法庭於本案並未處理此問題。二審判決參見：東京高判裁昭62年7月29日判決，LEX/DB 27804250。

³³ 山中敬一，刑法各論II，成文堂，2004年9月初版，808-809頁。

³⁴ 最決昭39年3月5日，判例集150号671頁，<https://reurl.cc/lZakzj>(最後瀏覽：2022年12月8日)。

³⁵ 東京高判昭62年7月29日，LEX/DB 27804250。

(二)基於自己職務而利用其事實上影響力之行為，是否為職務密接關連行為之判斷基準

1.學說見解

如何將基於自己職務而利用其事實上影響力之行為，劃入職務密接關連行為，學說上有三種主張：公務說、影響力說、地位利用說，以下說明之³⁶。

(1)公務說

以形式上是否有事實上公務之性質為基準。例如：為了使其他議員做出決定而勸誘等行為，屬於意思形成決定前之準備行為，認定為公務，勸誘等準備行為是其職務密接關連行為³⁷。市議會議長投票前，在餐廳、黨部等地，勸誘派系內市議員投票之某議長候選人，而交付報酬、探病慰問金、療養費、旅費、洋服布料等賄賂³⁸，此種要求是市議會議員職務有密接關連行為³⁹。

(2)影響力說

以對本來之職務行為之事實上影響力有無為判斷。即對於本來之職務行為有事實上影響力，而有害於職務公正者，是其職務密接關連行為⁴⁰。

(3)地位利用說

行為人對於職務行為之相對人，利用公務員之地位行使其影響力而言⁴¹。如國立東京藝術大學教授勸誘指導學生前去特定樂器商處購入小提琴，該特定樂器商則予以回扣，由於指導教授對於學生成績評量以爾後指導有影響，為教授利用其地位而行使其事實上影響力⁴²。

就上揭三種見解，判例本就有事實上影響力之行為，採為職務密

³⁶ 山中敬一，前揭註 33 書，809-810 頁。

³⁷ 山中敬一，前揭註 33 書，809 頁。

³⁸ 東京地判昭和 42 年 6 月 30 日，LEX/DB 27670422。

³⁹ 最決昭 60 年 6 月 11 日，刑集 39 卷 5 号 219 頁，<https://reurl.cc/2m2pQE> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/eOe1Mb> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。

⁴⁰ 山中敬一，前揭註 33 書，810 頁。

⁴¹ 山中敬一，前揭註 33 書，810 頁。

⁴² 東京地判昭 60 年 4 月 8 日，LEX/DB 27803824。

接關連行為，故影響力說難以直接當作判斷基準，地位利用說無法否定如斡旋行為這種「看你面子」(顔をきかす)認定為職務密接關連行為，仍屬利用其地位之事實上影響力，界限也不明確，而公務說將本來非公務，但處於公務之周邊或其附隨，屬公務之準備行為均納入，較能判斷其公務性格，為較有力之學說⁴³。

2.實務見解：最決昭 59 年 5 月 30 日，刑集 38 卷 7 号 2682 頁

最高裁判所在大學設置委員會、齒學專門委員會委員，違反守密義務，就設置大學之委員會審查中間結果、競爭對手等訊息，於正式通知前洩漏給行賄者乙案，肯定二審⁴⁴認定被告得以在其公務員職務遂行過程中，利用事實上影響力影響其同僚，故屬職務密接關連行為之見解，協同意見補充認定利用事實上影響力之三個標準：(1)該行為是否與該公務員之職務權限有實質的連結；(2)是否為得以左右公務之行為；(3)是否使公務公正性受質疑⁴⁵。是判例中所提出較為明確之判斷標準。

(三)國會議員斡旋行為之法律適用

如同上述大審院將地方議員之勸誘其他議員行使職權，認定勸誘為職務密接關連行為，論以日本刑法第 197 條第 1 項前段收受賄賂罪，一般公務員收賄使其他公務員為(=働きかける)職務上行為，於公務員所為之斡旋(あっせん)與其擔當之職務執行有密接關係者，亦屬收受賄賂罪之「關於其職務」⁴⁶，戰後之最高裁判所判例⁴⁷，也延續相同之見解⁴⁸。

⁴³ 山中敬一，前掲註 33 書，810 頁。西田典之、山口厚、佐伯仁志(編集)，前掲註 22 書，767-768 頁(上嵩一高執筆)。

⁴⁴ 福岡高判昭 56 年 12 月 21 日，LEX/DB 24005979。

⁴⁵ 最決昭 59 年 5 月 30 日，刑集 38 卷 7 号 2682 頁，<https://reurl.cc/MXD9Kk>(最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/0X5Ly9>(最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。

⁴⁶ 大判昭 19 年 7 月 28 日，大審院刑事判例集 23 卷 143 頁，LEX/DB 27922611。

⁴⁷ 最決昭 32 年 12 月 19 日，刑集 11 卷 13 号 3300 頁，<https://reurl.cc/GEKREG>(最後瀏覽：2022 年 8 月 23 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/V14v1y>，(最後瀏覽：2022 年 8 月 23 日)。

⁴⁸ 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀(編集)，前掲註 26 書，153 頁(河上和雄、小川新二、佐藤淳執筆)；西田典之、山口厚、佐伯仁志(編集)，前掲註 22 書，804 頁(上嵩一高執筆)。

收賄而斡旋使其他公務員為職務上不正行為、不為職務上相當行為，確屬貪污行為，戰前曾於戰時刑事特別法第 18 條之 3 有斡旋收賄罪之規定，惟因 1945 年二戰結束而廢止，直至 1958 年(昭和 33 年)才再於刑法中增設 197 條之 4⁴⁹。依現行刑法第 197 條之 4 規定：公務員受請託，以使其他公務員為職務上不正行為，或使不為相當行為，而進行斡旋或已為斡旋，作為其報酬、收受、要求或期約賄賂者，處 5 年以下有期徒刑。本罪之成立，無須公務員利用其地位積極斡旋，僅以其公務員立場為之即成立⁵⁰。本條增設後，公務員的斡旋行為與其擔當之職務執行有密接關係，仍成立第 197 條第 1 項後段之受託收賄罪，即二罪間有法條競合之補充關係⁵¹，第 197 條之 4 的增設，不影響 197 條第 1 項後段受託收賄罪的適用範圍⁵²，故有學者認為斡旋使公務員為職務上不正行為的要件，應予以刪除⁵³。

國會議員收賄斡旋，使不同黨議員議會上不再質問，於第 197 條之 4 增設後，成立斡旋收賄罪⁵⁴。發生在國會議員受大型統合建設・土木公司賄賂，針對調查中之違反公平交易法之ゼネコン(General Contractor)污職事件，將公平交易委員會委員長找來議員會館，要求不要針對公司之獨佔等違反公平交易法為告發行斡旋事⁵⁵，最高裁判所認此種要求不得為告發，對於該委員會之裁量判斷有不當影響，無法正當行使其告發及調查權限，該當刑法第 197 條之 4「使(公務員)不為職務上相當行為」(「職務上相当ノ行為ヲ為サザラシム可ク」)斡旋收賄罪⁵⁶。

⁴⁹ 參見西田典之、山口厚、佐伯仁志(編集)，前掲註 22 書，800 頁(上瀧一高執筆)。

⁵⁰ 最決昭 43 年 10 月 15 日，刑 22 卷 10 号 901 頁，<https://reurl.cc/eO11a7> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/nOeey8> (最後瀏覽：2022 年 10 月 19 日)。

⁵¹ 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀(編集)，前掲註 26 書，153 頁(河上和雄、小川新二、佐藤淳執筆)。

⁵² 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀(編集)，前掲註 26 書，194 頁(河上和雄、小川新二、佐藤淳執筆)。

⁵³ 西田典之，前掲註 22 書，504 頁。

⁵⁴ 東京地判昭 46 年 9 月 20 日，LEX/DB 27916821。

⁵⁵ 事實部分見一審判決：東京地判平 9 年 10 月 1 日，LEX/DB 28035193。

⁵⁶ 最決平 15 年 1 月 14 日，刑集 57 卷 1 号 1 頁，<https://reurl.cc/dW6R9y> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/MNqrWL> (最後瀏覽：2022 年 10 月 19 日)。

然而，使他人為一定行為或不為一定行為(働きかける行為)應到何種程度，才該當犯罪，國會議員經由選舉產生，代表一定利益團體而向行政機關為意見之表達、反映，並不少見，又國會議員與一般公務員於使他人為一定行為或不為一定行為甚有不同⁵⁷，以上述ゼネコン汚職事件為契機，2001年增設斡旋得利處罰法，國會參、眾議員、議長、議員之秘書受請託，行使基於議員身分之影響力，就關於行政處分之作成，使公務員為或不為職務上行為，進行斡旋或已斡旋，而收受作為斡旋報酬之財產上利益，均予以處罰⁵⁸。

(四)小結

日本於百年前從判例發展出來的職務密接關連行為，將議員在議場外並非行使法定職務的勸誘、斡旋等非職務行為，解為準職務行為、或本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為，嗣後擴及基於職務而有事實上影響力之行為，均屬第 197 條第 1 項「關於其職務」之文義涵蓋範圍，以維護對於職務公正性的社會信賴，因此不論受要求之人為議員⁵⁹、私(法)人⁶⁰，亦不論是否在 1958 年刑法第 197 條之 4 增設前後，勸誘、斡旋與其擔當之職務執行有密接關係者，均該當第 197 條第 1 項⁶¹，而使被勸誘、斡旋對象為職務上不正行為⁶²，或使不為相當行為⁶³，經第 197 條之 4 規範為斡旋收賄罪，則以之為處罰規定。

⁵⁷ 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀(編集)，前掲註 26 書，196 頁(河上和雄、小川新二、佐藤淳執筆)。

⁵⁸ 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀(編集)，前掲註 26 書，188-191 頁(河上和雄、小川新二、佐藤淳執筆)。

⁵⁹ 如上掲議場外勸誘其他議員投票給某議長候選人，東京地判昭和 42 年 6 月 30 日，LEX/DB 27670422。勸誘不同委員會之眾議員支持某議案，最決昭 63 年 4 月 11 日，刑集第 42 卷 4 号 419 頁，<https://reurl.cc/MNpKrX> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/yMd9pl> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。

⁶⁰ 如上掲洛克希德・丸紅 B 途徑判決，東京高判昭 62 年 7 月 29 日判決，LEX/DB 27804250。

⁶¹ 如前掲大判昭 19 年 7 月 28 日，大審院刑事判例集 23 卷 143 頁，LEX/DB 27922611。最決昭 32 年 12 月 19 日，刑集 11 卷 13 号 3300 頁，<https://reurl.cc/GEKREG> (最後瀏覽：2022 年 8 月 23 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/V14vly>，(最後瀏覽：2022 年 8 月 23 日)。

⁶² 如上掲最決平 15 年 1 月 14 日，刑集 57 卷 1 号 1 頁，<https://reurl.cc/dW6R9y> (最後瀏覽：2022 年 10 月 14 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/MNqrWL> (最後瀏覽：2022 年 10 月 19 日)。

⁶³ 如上掲東京地判昭 46 年 9 月 20 日，LEX/DB 27916821。

職務密接關連行為的本質為非職務行為，較多之判例透過「關於其職務」的「關於」解釋之，另有擴大解釋「職務」而納入之見解，惟職務密接關連行為包括準職務行為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為、基於職務而有事實上影響力之行為，並無爭議。

我國現行刑法第 131 條、貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之主管或監督事務圖利罪，及貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之非主管或監督事務圖利罪，如以日本刑法第 197 條第 1 項「關於其職務」的解釋來看，均有被涵蓋其內之空間，例如議員身分之影響力所為之勸誘、斡旋等行為，不論是否為主管或非主管監督事務，亦不論是否指向特定具體之個別職務，若經認定與其擔當之職務執行有密接關係者，則可以收受賄賂罪論斷。

二、德國法

德國刑法第 11 條第 2 項第 2 款對公務員之定義，已排除行使立法權之聯邦及地方民意代表，所以民意代表收賄罪(第 108e 條)與一般公務員收賄罪(第 331 條以下)乃分別規定，茲先說明一般公務員收賄罪。

(一)公務員收賄罪

1.職務行為與職務行使

德國刑法第 331 條規範一般收賄罪⁶⁴，第 332 條設有違背職務收賄罪⁶⁵，於 1997 年之前，不論係公務員「職務上收賄罪」(刑法第 331

⁶⁴ 德國刑法第 331 條(職務上收賄罪)(Vorteilsannahme)

(1)公務員、歐洲公務員或對公共事務負有特殊義務者，為自己或第三人對職務行使，要求、期約或收受利益者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。

(2)法官、歐盟法院之成員及仲裁人，為自己或第三人要求、期約或收受利益作為已實施或將來實施裁判行為之對待給付者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。未遂犯罰之。

(3)行為人期約或收受非由其所要求之利益，而主管機關在其權限範圍內事先准許收受利益，或行為人立即向主管機關通報，並取得其允許收受者，不依第 1 項規定處罰。

⁶⁵ 德國刑法第 332 條(違背職務收賄罪)(Bestechlichkeit)

(1)公務員、歐洲公務員或對公共事務負有特殊義務者，為自己或第三人要求、期約或收受利益作為以下情事之對待給付，即已實施或將來可能實施違背職務之行為，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。

情節輕微者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。未遂犯罰之。

(2)法官、歐盟法院之成員及仲裁人，為自己或第三人要求、期約或收受利益作為以下情事

條)或「違背職務收賄罪」(刑法第 332 條)均要求具體、特定之「職務行為」(Diensthandlung)，但因諸多公務員收受款項案例，難以證明係以某特定職務行為作為對價，修法呼聲四起。幾經立法折衝，最後在職務上收賄罪選定範圍較為寬鬆之「職務行使」(Dienstausübung)以取代「職務行為」，而在違背職務收賄罪則仍保留需具體特定之「職務行為」。

「職務行使」範圍可包括「職務行為」，其認定只須某公務措施與公務員原本職權間具有「功能性關聯」(funktionaler Zusammenhang)即為已足⁶⁶，因此高階公務員應較低階公務員更容易成立收賄罪，蓋前者職權較廣泛，與其職權有功能關聯性之公務措施亦多，例如局處首長在該局處職權範圍內之所有決定與其他措施均屬「職務行使」⁶⁷。又「職務行使」不以公務措施有外部效力為限，僅具有「準備」(vorbereitend)或「輔助」(unterstützend)性質亦可，如起草行文、完成鑑定或提供諮詢等⁶⁸。

完全不屬於公務員職權範圍內之私人行為，如警察就非公務執行所見聞之事項至法庭作證⁶⁹，或僅利用執行公務時所實施之非職權範圍之行為，則非職務行使(或行為)，但違反法令或上級命令之公務措施並不會改變「職務行使」(或行為)之屬性，如監獄管理員拍攝所看管戰犯照片，並將之出賣於記者⁷⁰；或精神病院護士違規將酒帶給監護安置在該處之犯人，並收取報酬⁷¹等，均構成違背職務收受賄賂罪。至於兼職(Nebentätigkeiten)，縱未經許可或利用執行職務所獲取之知

之對待給付，即已實施或將來可能實施違背職務之裁判行為，處 1 年以上 10 年以下有期徒刑。情節輕微者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑或罰金。

(3)行為人要求、期約或收受利益作為將來行為之對待給付，如對他人為下列之表示者，適用第 1 項及第 2 項之規定：

1. 會在行為中違反其職務，或

2. 該行為如屬其裁量範圍，在行使裁量時會受利益影響。

⁶⁶ Sowada, LK 12 Aufl. §331 Rn. 52.

⁶⁷ Korte, Müko 3 Aufl. §331 Rn.122.

⁶⁸ Korte, a.a.O., §331 Rn.108.

⁶⁹ OLG Köln, NJW 2000, 3727.

⁷⁰ BGHSt 4, 293ff.

⁷¹ BGH NJW 1983, 462.

識或能力，仍屬於私人行為⁷²。

2.抽象職權範圍

依德國通說，欠缺事務或土地管轄(sachliche oder örtliche Zuständigkeit)以及違反內部事務分配規則，均不影響職務行為之認定。換言之，毋庸確認「具體、個別的」職權範圍，僅具有「抽象的」職權範圍即已足⁷³。如此一來，逾越權限之公務措施亦可認屬職務行為，而明顯與原公務活動毫無關聯，如以公立醫師名義發出之繳稅通知或財政機關核發之建築許可等，則可排除在職務行為之列。

3.不法協議

如前所述，德國刑法於 1997 年之前，不論係「職務上收賄罪」或「違背職務收賄罪」均要求具體特定之「職務行為」，彼時條文均訂為要求、期約或收受「利益作為對待給付」(Vorteil als Gegenleistung dafür)以換取已實施或將實施之(違背)職務行為，德國學說乃將「利益係(違背)職務行為之對待給付」之對價關係稱為「不法協議」(Unrechtsvereinbarung)，並認為係公務員賄賂罪之核心，用以區分可罰賄賂罪與至多僅屬紀律罰之收受餽贈⁷⁴。惟該詞其實不甚精確，一來「不法」並非指協議內容，而係指以賄賂不當交換職務行為係屬不法；二來公務員賄賂罪包括「要求」及「行求」，此均為單方意思表示，尚無「協議」可言⁷⁵。

舊法時代，公務員收受不相干之他人所給付之利益時，究應否構成收受賄賂罪，關鍵在於該利益能否指向某具體特定職務行為，此部分倘難以證明，雖公務員不具正當事由地收受高額款項，亦無從論以該罪，此實令人不安，因此乃於 1997 年將「職務行為」放寬為「職務行使」。又因「職務行使」毋庸具體特定，與利益間已難謂有「對價

⁷² Sowada, a.a.O., §331 Rn. 55.

⁷³ Sowada, a.a.O., §331 Rn. 56.

⁷⁴ BGHSt33, 336,339; NJW 2008, 3580,3582; JZ 1993, 472; Dölling, ZStW 112(2000), 334; Sowada, a.a.O., §331 Rn. 64.

⁷⁵ Korte, a.a.O., §331 Rn.116.

關係」(Äquivalenzverhältnis)，所以新法在「職務上收賄罪」將條文「利益作為對待給付」改為「為了職務行使要求、期約或收受利益」(Vorteil für die Dienstausbübung)，俾將交付公務員利益僅為營造友好氣氛(Klimapflege)或培養關係(Anfüttern)，以利將來開口相求等情狀，亦涵蓋於職務上收賄罪處罰⁷⁶，學說稱此為「不法協議」之「放寬」(Lockerung)⁷⁷。至於違背職務收賄罪之「不法協議」則新舊法均相同。

惟公務員執行職務並非與利益有所牽涉即具有「不法協議」，下列三種情形應予以排除：

- (1) 「賄賂」作為未來或過去「職務行為」之對待給付，始有「不法協議」可言。反之，如以「職務行為」作為先前利益之對待給付，則不構成⁷⁸，學說上稱為「不對等結構」(die asymmetrische Struktur)⁷⁹。例如某市主管工程之公務員甲因需款孔急，向其從事營造之友人乙借貸，乙慨然應允。嗣後該市有工程發包，甲為報友人恩情，乃設法讓乙得標，似此即無「不法協議」，蓋公務員收受貸款利益之時，並非出自交換某職務行為。但如友人因甲之職務行為得以施作該市工程，獲益頗豐，為表感謝，乃讓甲插乾股，則雙方具有「不法協議」可構成行、收賄罪。
- (2) 因利益始能實施職務行為，欠缺「不法協議」，例如某人向警察報案，警察對其表示，因警車欠缺汽油，無法外出查案，報案者乃捐贈警局款項，俾能購買汽油出勤，似此警察雖收受款項，並不構成受賄罪⁸⁰。
- (3) 法律規定事項，亦欠缺「不法協議」，例如德國刑事訴訟法第 153a 條第 1 項第 2 款規定，檢察官得命被告向公益機構或公庫支付款項後，暫不提起公訴⁸¹，此際被告支付公庫款項係為換取檢察官

⁷⁶ Korte, a.a.O., §331 Rn.119.

⁷⁷ Sowada, a.a.O., §331 Rn. 64.

⁷⁸ Kuhlen, NSTZ 1988, 433(438f); Korte, a.a.O., §331 Rn.117.

⁷⁹ Sowada, a.a.O., §331 Rn. 66.

⁸⁰ Korte, a.a.O., §331 Rn.117.

⁸¹ 與我國刑事訴訟法第 253 條之 2 第 4 款規定相當，但在德國須經主管法院同意始可。

之職務行為，兩者間似具有對價性，但因係刑事訴訟法所許可之行為，自無「不法」可言。

「職務行使」雖不以具體特定之公務活動為必要，然「不法協議」則須積極確認，不能以推定方式行之，其存否應綜合整體情況判斷，厥為重要者乃當事人間之利益狀態，具體而言有公務員之職位、交付利益者與公務員職務之關係、利益之種類、價值、數量及給付目的以及收受利益之方式等⁸²。雖然收賄罪之成立不以公務員秘密收受利益為必要，然其收受時越掩人耳目，越足徵「不法協議」之存在；反之，越公開透明，越顯示公務員清白⁸³。另一「不法協議」之重要跡證乃公務員稍後實施符合交付者利益之職務行為⁸⁴。公務員於任職期間與他人約定，離開公職後至該人處工作，此項未來工作之約定如可認為係職務行為(行使)之對待給付，亦屬「不法協議」⁸⁵。

(二)民意代表收賄罪

舊刑法第 108e 條規定「在歐洲議會、聯邦或邦及地方自治團體選舉或表決時，試圖購買或販售投票權者，處 5 年以下有期徒刑或罰金」，遭批評適用範圍過狹，無法有效阻止民意代表收賄或對其行賄，進而確保議事完整性與政治決定之合法性⁸⁶，乃於 2014 年 9 月 1 日參照德國刑法 331 條及第 332 條一般公務員收賄罪之條文結構修改成現行法。其規定為：「聯邦或邦民意代表機關成員為自己或第三人要求、期約或收受不正利益，作為以下情事之對待給付，即在履行代表事務時，實施或不實施受他人委託或指示之行為，處 5 年以下有期徒刑或罰金。」

惟民意代表收賄與一般公務員收賄相較，構成要件行為雖均屬「要求」、「期約」及「收受」，但將一般公務員之「職務行為(或行使)」

⁸² Korte, a.a.O., §331 Rn.123.

⁸³ BGHSt53,6=NJW2008, 3580 Rn.32

⁸⁴ Korte, a.a.O., §331 Rn.123.

⁸⁵ Korte, a.a.O., §331 Rn.132.

⁸⁶ v.Arnim, JZ 90, 1014; Jäckel ZRP 12,97.

改為「履行代表事務」，明示須與利益具對價性，且未區分違背或不違背代表事務收賄罪；另要求期約收受等限於「不正」利益。

1. 履行代表事務

刑法第 108 e 條之利益須針對「履行代表事務」(Ausübung des Mandats)，倘係行政事務，如國會議長對於機關內部之行政事務收受利益，則構成刑法第 331 條以下公務員收賄罪，不在本條規範之列⁸⁷。

舊法僅及於民意代表投票行為，新法則不僅可包括投票，且及於在議會質詢、演說、書面建議，甚至在各該委員會之運作等，凡與議會工作內容直接相關之一般政治活動均屬之⁸⁸，範圍顯然擴大許多。

又條文稱：在履行代表事務時，實施或不實施受他人「委託」或「指示」之行為，係因德國基本法第 38 條第 1 項第 2 句規定，聯邦眾議院議員係全體人民之代表，不受委託或指示之拘束，只服從其良心，倘民意代表行為係出於行賄者之委託(受委託者有裁量空間)或指示(欠缺裁量空間)，已逾越前述基本法界線，而具可罰性⁸⁹。

至於民意代表收受財物，於議事外為行賄者向行政人員關說請託，能否構成本條之罪；立法理由明文排除⁹⁰，但有學者認為，此種情形仍符合「履行代表事務」之文義，得論以本罪⁹¹。

2. 「不正」利益

刑法第 108e 條第 1 項民意代表受賄罪之「利益」(Vorteil)與刑法第 331 條以下公務員受賄罪之「利益」意義相同，均包括財產上與非財產上之利益⁹²。惟本條於利益前加上「不正」(ungerechtfertigt)，旨在強調民意代表之政治性，其所取得之某些利益不在處罰之列⁹³，並於同條第 4 項第 1 句規定，民意代表所收受利益如與規範其法律地位

⁸⁷ Fischer, StGB 68. Aufl. §108e Rn.17.

⁸⁸ Fischer, a.a.O., §108e Rn.19.

⁸⁹ Fischer, a.a.O., §108e Rn.29.

⁹⁰ BT-Drs. 18/607, 8

⁹¹ Fischer, a.a.O., §108e Rn.28.

⁹² H.E. Müller, MK 4 Aufl. §108e Rn.24.

⁹³ H.E. Müller, a.a.O., §108e Rn.26f.

之重要法令符合時，非屬不正；第 2 句並明文將「政治委派及職務」與「依政黨法及其相關法規所容許之捐贈」排除在「不正利益」範圍。

(三) 小結

德國在「違背職務收賄罪」之職務行為亦限於具體特定之職務行為，然在不違背職務收賄罪，則從原「職務行為」放寬為「職務行使」，只須某公務措施與原本職權間具有「功能性關聯」即為已足，高階公務員職權較廣泛，有功能關聯性之公務措施亦多，應較低階公務員更容易成立收賄罪，且「職務行使」不以具外部效力為限，僅具「準備」或「輔助」性質亦可。此項趨勢與我國實務自最高法院 [99 年度台上字 7078 號](#) 以後將職務行為由「法定職權說」改採「實質影響力說」相似，殊值參考。

至於民意代表收賄，因民意代表並不在刑法一般公務員定義之下，因此就公務員收賄罪與民意代表之收賄罪，係規定於不同條文，並有不同之構成要件，甚難直接援引德國法之民意代表收賄罪，為我國案例之參考。

肆之三、本署對本案法律問題一之意見—採甲說（職務行為說）

民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構承辦人員為關說、請託或施壓等特定行為，依個案情形或屬準職務行為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為，或基於職務而有實質影響力之行為，均與該民意代表之職務權限有實質的連結，為「與職務密切關聯之行為」，亦屬「職務上之行為」。理由如下：

一、「對於職務上之行為」應解為「與職務密切關聯之行為」

最高法院 103 年第 8 次刑事庭會議決議，就員警收受轄區外業者賄款而不為通報之行為，將貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之「職務上之行為」，擴張及於一般職務權限，理由是管區之劃分，無礙於警察協助偵查犯罪之職務⁹⁴，嗣最高法院 [107 年度台上字第 1563 號](#) 判

⁹⁴ 欠缺事務或土地管轄以及違反內部事務分配規則，均不影響職務行為之認定，僅具有「抽象的」職務範圍即已足，在我國及德國均為通說，參見陳子平，刑法各論(下)，3 版，

決就立法委員對行政機關之關說、請託行為，從「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」出發，進而解釋「貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款...所謂『職務上之行為』...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...」，可見如提案庭所述，最高法院援引日本法，應係將貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之「對於職務上之行為」與前述日本法「關於其職務」為相同解釋，即「職務上行為」文義的最大內涵，為「與職務密切關聯之行為」，此與日本實務解釋日本刑法第 197 條第 1 項「關於其職務」之文義，從維護對於職務公正性的社會信賴出發，如出一轍。

惟日本實務係透過法條文字中「關於其職務」的「關於」，認非職務行為與職務有密接關連，故解釋為職務密接關連行為；而我國實務係反向為之，所謂「援引」應循日本法有力學說擴大解釋「職務」意涵，將職務密接關連行為納入「對於職務上之行為」，理解上應認為是因應文字不同所導致之不同解釋途徑。而依上開判決，「與職務密切關聯之行為」似僅及於由行政慣例所形成，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，不包括日本法之基於職務而有事實上影響力之行為，然之前於最高法院 [104 年度台上字第 2255 號](#)、[100 年度台上字第 5472 號](#)等判

頁 597; 許澤天，前揭書，頁 515。

決，已經將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，涵蓋在內，故「與職務密切關聯之行為」解釋上應與日本法相同。

沒有疑義的是，日本法不同解釋方法所生派別，不論從「關於」或「職務」納入職務密接關連行為，均認職務密接關連行為包括(1)準職務行為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為、(2)基於職務而有事實上影響力之行為。

最高法院援引日本法見解，將「對於職務上之行為」與「關於其職務」為相同解釋，從貪污治罪條例之立法意旨，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，認「職務上行為」文義的最大內涵包括「與職務密切關聯之行為」，值得贊同。

二、德國有擴大「職務行為」內涵之趨勢，但立法例與我國迥異，尚無直接引用之必要

我國民意代表(如立法委員、縣市議會議員等)係依立法院組織法、立法委員職權行使法或地方制度法服務於國家或地方自治團體所屬立法機關而具有法定職務權限者，依刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段規定係屬公務員，而貪污治罪條例第 2 條僅稱「公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷」，並未依其職權區分行政、立法或司法等類別公務員。另聯合國反貪腐公約第 15 條要求將「公職人員」(public official)收受不正當利益列入處罰，此處「公職人員」包括民意代表。是一般公務員收賄罪之成立標準亦應適用於民意代表，此與德國刑法公務員定義因不及於民意代表，故將民意代表收賄與一般公務員收賄分別規定之情形有別。

至於前述德國立法例，該國民意代表並不在刑法一般公務員定義之下，因此就公務員收賄罪與民意代表之收賄罪，係規定於不同條文，

並有不同之構成要件，已如前述。由於立法結構上之差異，德國刑法第 108e 條民意代表收賄罪部分，職務行為之要件雖由「試圖販售投票權」放寬為「履行代表事務」，用語仍與公務員職務上收賄罪(德國刑法第 331 條、第 333 條)不同，但所謂「履行代表事務」範圍亦很廣，除了在議會質詢、演說、書面建議、及在各委員會之運作等⁹⁵，與議會工作內容直接相關之政治活動均屬之。而只要與議案或法案有關，即不限時間、地點，亦即不限於議會、委員會內之行為，黨團的協商、小組討論等準備行為，甚至議會外對其他議員運用影響力，亦包含在內⁹⁶。

至於民意代表對行政機關之決定的請託、關說或施壓行為，雖有學說認為民意代表既能監督行政機關(包括其下轄機關及所屬公營事業機構)，則收受財物後向受其直接或間接監督之行政機關人員關說請託，不論實施方式、時間及地點，因均與其「抽象職權」間具有功能性關聯，而得構成收賄罪⁹⁷，此項趨勢與上揭我國最高法院遵從貪污治罪條例之立法意旨為解釋，將「職務上行為」解為「與職務密切關聯之行為」相似，不過，目前德國實務見解仍將議場外與履行代表事務無關之關說和請託，排除在民意代表收賄的職務行為外⁹⁸，此或受限於「履行代表事務」之要件規定，與我國立法體例迥異，尚無直接引用之餘地。

三、甲-1 說與甲-2 說並非互斥關係，應依個案情形究屬準職務行為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為、或基

⁹⁵ 參照註 85。

⁹⁶ MüKoStGB/H.E.Müller, 4. Aufl. 2021, StGB §108e Rn.32.

⁹⁷ Fischer, a.a.O., §108e Rn.28；許澤天，前揭書，頁 519；林鈺雄，困頓判決恣意司法，蘋果日報 2013 年 5 月 4 日，引自 [困頓判決 恣意司法@*邂逅* | PChome Online 個人新聞台](#) (最後瀏覽日 111 年 12 月 15 日)。

⁹⁸ 最新一件為口罩弊案(Maskenaffäre)，即德國新冠肺炎疫情嚴重期間，普遍缺乏口罩時，聯邦國會議員與某邦議員涉嫌受賄而仲介政府衛生單位，高價向行賄之私人企業購買據聞從臺灣進口之口罩，聯邦最高法院裁定(Beschluss vom 5. Juli 2022 – StB 7-9/22)議員不構成刑法第 108e 條收賄罪，其中理由之一，即議員私下運用其「身分」所具有的影響力，收賄仲介私人與政府公務員買賣，該行為並不屬於德國刑法第 108e 所謂的議員履行其代表事務之行為。此案輿情譁然，國會議員下台，因此德國新執政聯盟準備修法因應。

於職務而有實質影響力之行為，而判斷是否「與職務密切關聯之行為」

如上所述，日本法之職務密接關連行為，始於處理議員受賄後，勸誘其他議員行使職權，勸誘行為被定性為準職務行為，其後，本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為，及基於職務而有實質影響力之行為，均涵蓋於其範圍內。諸如收賄使其他議員，一般公務員為一定行為，或影響其等職務上之決定，對私人或私法人為行政指導，國會議員基於國政調查權，在委員會質詢之際，施壓通產省官員為一定行為，均認定為職務密接關連行為。

最高法院稱援用日本法，以實質影響力⁹⁹來判斷是否為「與職務密切關連行為」(甲-1說)，或稱應有公務外觀始得納入「與職務密切關連行為」(甲-2說)，然前者無法使處於公務周邊或其附隨之公務準備行為被納入，後者容易造成創造名義逸脫法律結果，均未必妥適。本署認為，如引用日本法為「與職務密切關連行為」的判斷，應如同日本實務發展一般，先作不同類型之區分，如屬於準職務行為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為，則毋須以實質影響力為判斷；如屬利用其身分、地位，或其職務權限等實質影響力而施壓、請託、關說，於確定該行為與該公務員之職務權限有實質的連結，而得以左右他人(含其他議員、公務員、私(法)人)決定，因而使職務公正性受質疑者，也包括在內。

詳言之，該民意代表收賄後，以審查或推動某法案、審查預算等

⁹⁹ 實質影響力說，始於最高法院 99 年台上字第 7078 號判決：「...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而言。故貪污治罪條例之職務上行為，應從公務員所為，實質上是否為其權限所及，以為判斷。...中華民國總統...為具有實權之總統。且實際上運作，關於行政院重大政策之決定、重要人事之任免，亦確與總統商議並經其首肯，而具有關鍵性之實質決定權，並非僅限於條文上所列舉之事項而已。又總統就國家重大政策或重要人事，一旦親身參與或干預，對於該特定結果，即具有實質上之影響力，自不得藉此職務上所得為之行為，收受對價。」而後立法委員部分，也採納之，如 104 年台上字第 2255 號判決「...本件上訴人從事之事務，是否憲法賦予之職權之一，或為其行使憲法職權有重大關聯或所必要輔助性權力？抑或係與其職務發揮之作用力具密接性，能為其立法委員職務之實質影響力所及，而屬其職務行為？即值研酌...」。

議案、係為使其他議員投票支持某法案或議長、副議長或不投票、利用得以質詢、監督行政機關人員、要求任何人(包括任何私法人)前來備詢之法定職務權限等，而利用自身身分、地位或職務之實質影響力，所為上揭職務以外之任何名義之行為，包括關說、請託、施壓等以遂行之，而足以影響職務公正性，均該當之，如此才不會掛一漏萬，忽略本來就屬於「與職務密切關連行為」的準職務行為，或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為。

另外，判斷是否為「與職務密切關連行為」，宜就其各種舉動為整體評價是否屬於被告身為立法委員之職務上行為，而不應割裂評價。以本案事實為例，貳、一、(一)、1.2.3.4.之私下介紹取得資料，指示被告之立法委員辦公室主任出具「立法委員林益世」名義之請託便箋，並要求經濟部國會聯絡人轉交及在立法院召開院會時，向經濟部部長告稱：「有一事情請你注意一下」等語，及嗣後得知甲廠商未得標再使中鋼公司總經理承諾再給評選機會等作為，合併觀察，均可認係利用其質詢權、備詢權之關連行為，以達成干預、變更中鋼、中聯公司爐下渣契約及轉爐石契約廠商遴選標準之目的，在密接時間內所為舉動，法律上實不應切割評價。而被告基於同一目的對於經濟部公務員傳達其干預、影響經濟部所屬中鋼、中聯公司執行業務之意思，即已從事其「職務上」行為，對受監督之經濟部部長稱「注意一下」更已充分表達圖使對方公務員為其所意欲行為之意思，自不待經濟部公務員是否回報或被告是否追蹤後續執行情形，即得認定屬於為「職務上」行為。

四、民意代表收賄對私法人關說、請託、施壓，應屬準職務行為，至少是利用實質影響力之行為，屬「與職務密切關連行為」

如上揭日本法實務，公務員收賄對私法人為行政指導，屬準職務行為，亦屬職務關連密接行為，總理大臣勸誘全日空公司選購特定機

型客機之勸誘的行政指導，亦為其職務密接關連行為¹⁰⁰。

以相同之方式觀諸我國立法委員有邀請社會上有關係人員到會備詢備之職權(憲法第 67 條第 2 項、司法院大法官釋字第 461 號解釋)，其在委員會外，向私法人為上揭基礎事實(二)1.2.4 之關說、請託或施壓行為，係本於其立法委員身分、地位，並與上揭職務權限有實質的連結，而得以左右該私法人決定，因而將使職務公正性受質疑，故屬「與職務密切關連行為」。

德國因公務員定義不及於民意代表，對民意代表收賄罪僅處罰以不正利益換取履行代表事務，不及於民意代表之整體職務行為，此係該國立法政策考量，我國立法體例迥異，不應直接引用，在我國一般公務員收賄罪之成立標準亦應適用於民意代表，已見前述。然德國在公務員職務上收賄罪所採某公務措施與公務員原本「抽象」職權間具有「功能性關聯」者，即屬收賄罪之「職務行為」之見解，此項標準如應用至我國民意代表，則因其代表負責立法權之行使，並能監督行政機關(包括其下轄機關及所屬公營事業機構)，如收受財物後向受其「直接」或「間接」監督之行政機關人員關說請託，不論實施方式、時間及地點¹⁰¹，均與其「抽象職權」間具有功能性關聯，而得構成收賄罪¹⁰²，結論與日本法部分並無不同。

伍、問題二之各種見解與本署主張

伍之一、最高法院之各種不同見解

一、甲說：否定說

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款圖利罪所稱「違背法令」之「法令」，是以違反與執行職務有直接關係之法令為限，至於違反其他屬於道德性、抽象性或與職務無直接關係之義務法令，則不包括在

¹⁰⁰ 東京高判昭 62 年 7 月 29 日判決，LEX/DB 27804250。

¹⁰¹ Kuhlen, NK 5 Aufl. §331 Rn. 67.

¹⁰² 同此結論 Fischer, a.a.O., §108e Rn.28；許澤天，前揭書，頁 519；林鈺雄，困頓判決恣意司法，蘋果日報 2013 年 5 月 4 日，引自困頓判決 恣意司法@*邂逅* | PChome Online 個人新聞台(最後瀏覽日 111 年 12 月 15 日)。

內，利益衝突迴避法之立法目的，原係「為促進廉能政治，端正政治風氣，建立公職人員利益衝突迴避之規範，有效遏阻貪污腐化暨不當利益輸送」，性質上屬陽光法案之一環，並非與執行職務有直接關係之法令，(修正前)該法第5至7條(即現行法第12條)規定能否謂係非主管監督事務圖利罪所稱之「法令」，仍有疑問。(最高法院 [98年度台上字第5208號](#) 判決)

二、乙說：肯定說

利益衝突迴避法之立法目的，在於促進廉能政治，端正政治風氣，建立公職人員利益衝突迴避之規範，有效遏阻貪污腐化暨不當利益輸送，一則揭示：於執行職務時，因其作為或不作為，直接或間接使本人或其關係人獲取利益之意旨，再則該法禁止假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益，法條規定與貪污治罪條例第6條第1項第5款相同。依(修正前)該法第10條第1款規定：民意代表，知有迴避義務者，不得參與個人利益相關議案之審議及表決。否則，有科以公法上之行政罰。是對於具有市議會議員法定職務權限之民意代表而言，難認屬於道德性、抽象性或與職務無直接關係之義務法令。(最高法院 [99年度台上字第3452號](#) 判決)

伍之二、外國立法例之啟示

查我國圖利罪之法條文字結構，與瑞士、義大利相似，其內容與定性，有助於對於我國圖利罪之解釋，茲介紹如下：

一、瑞士

(一)體系位置及保護法益

瑞士刑法第312條位於刑法典第18章之「違反職務及業務之可罰行為」，因該章並非規範公務員貪污，故本條非屬貪污之構成要件。本條係純正身分犯，犯罪主體為政府成員或公務員¹⁰³，屬舉動犯，構成要件行為係權力濫用，不以權力濫用後有何結果出現為必要。主觀上

¹⁰³ 兩者差別在於公務員與服務之行政或司法機關具有從屬性，而政府成員則無此關係，有似我國之事務官與政務官。Vgl. Frey/Omlin, AJP 2005, S. 82(84).

則要求故意，與意圖得利及損害。依瑞士通說本條規範目的乃為對權力有所節制¹⁰⁴，保護方向有二：公務員忠實執行職務，以及一般民眾能免於國家權力之恣意侵害¹⁰⁵。

刑法第 312 條(濫用職權)(Amtsmissbrauch):

政府成員或公務員，為使自己或第三人獲取不法利益或損害他人，而濫用權力者，處五年以下有期徒刑或罰金¹⁰⁶。

(二)構成要件行為

本條之構成要件行為係「權力濫用」。權力(Amtsgewalt)固來源於職權(Amt)，兩者卻非同一，情形有似所有權返還請求權與所有權之關係。所稱權力須具有強制力，權力濫用即指不合法地運用強制力，如欠缺法律授權、不合比例原則或形式上合法但違反規範目的等情形¹⁰⁷。反之，公務員雖有違反職務之行為，但欠缺強制性，如截留公款，怠惰未進行以致時效消滅或違法中止刑事程序等¹⁰⁸，則非權力濫用。實務上認為工程或採購決標僅具私法性質，亦不屬之¹⁰⁹。

另不作為通常不具有強制性，非此之權力濫用，如警察對事證明確之犯罪行為不調查，惟倘公務員對現存之強制狀態負有取消或終止義務，而拒為之，則可構成本罪，如法官對於羈押原因已消滅之在押被告拒絕釋放¹¹⁰。

(三)主觀要件

本條主觀要件一方面要求就全部構成要件要素，如身分及權力濫用之行為，至少須具有未必故意，另一方面則須有不法得利及損害意圖。條文並未對利益及損害進一步規範，解釋上不論是否具有財產性

¹⁰⁴ Frey/Omlin, Amtsmissbrauch-die Ohnmacht der Mächtigen, AJP 2005, S. 82.

¹⁰⁵ Heimgartner, Basler Kommentar zum Strafrecht II, 2 Aufl., Art. §312 Rn. 4.

¹⁰⁶ 原文: Mitglieder einer Behörde oder Beamte, die ihre Amtsgewalt missbrauchen, um sich oder einem andern einen unrechtmäßigen Vorteil zu verschaffen oder einem andern einen Nachteil zuzufügen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

¹⁰⁷ Frey/Omlin, a.a.O., S. 82(87).

¹⁰⁸ Frey/Omlin, a.a.O., S. 82(85f); Heimgartner, a.a.O., Rn. 13.

¹⁰⁹ BGE 101 IV407. 有反對說 Heimgartner, a.a.O., Rn.17.

¹¹⁰ Frey/Omlin, a.a.O., S. 82(86); Heimgartner, a.a.O., Rn. 18.

皆屬之，如僅為使被害人喪失顏面亦可¹¹¹。反之，公務員如自認其權力行使合乎規範，則欠缺故意，如警察之誤想防衛¹¹²。

(四)競合問題

本條與貪污之構成要件可實質競合，蓋貪污罪不一定伴隨權力濫用，而本條之不法內涵亦非貪污之構成要件所能完全實現，如不違背職務收賄罪所收買者為合法職務行使，而非濫用權力¹¹³。

二、義大利

(一)立法沿革

早在義大利 1889 年首部統一刑法典出現時，即在第 175 條規定：公務員濫用職權任意侵害他人權利者，如別無其他法律規定處罰時，處 15 日至 1 年監禁刑。其後經多次演變，至 1990 年時條文為：公務員或受託執行公務之人為自己或他人不法之非財產上利益或使他人受有不法損害，而濫用職權者，除行為另有較重處罰外，處 2 年以下有期徒刑(第 1 項)。前項情形如係為自己或他人不法之財產上利益者，處 2 至 5 年有期徒刑(第 2 項)。1990 年版條文屬舉動犯，不以結果出現為必要，僅須主觀上具得利及損害意圖，而構成要件行為係「濫用職權」。

該條公布實施後，公務員在裁量行政時亦可能濫用職權，故裁量內容可為刑事法庭審理對象，因而引發司法權是否侵害行政權之疑慮。另一方面法院審理重點仍著重在主觀上是否有得利或損害之意圖，使判決結果充滿不確定性，以致公務員為免誤觸法網，乃怠於行事，有害行政效率。七年後 1997 年，又大幅翻修成現行條文¹¹⁴。

刑法第 323 條(濫用職權)¹¹⁵：

¹¹¹ Frey/Omlin, a.a.O., S. 82(85); Heimgartner, a.a.O., Rn. 22.

¹¹² Heimgartner, a.a.O., Rn. 21.

¹¹³ Heimgartner, a.a.O., Rn. 24.

¹¹⁴ Alten, Amtsmissbrauch: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs, 2012, S. 7, 17f, 23ff.

¹¹⁵ 本條條文係從德文翻譯而來 (Alten, Amtsmissbrauch: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs, 2012, S. 22.):

„Vorausgesetzt, dass die Tat kein schwerwiegenderes Delikt darstellt, wird der Amtsträger oder der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte, der, in Abwicklung seiner Funktionen oder seines Dienstes, mittels Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder dadurch, dass er sich

如別無其他較重之處罰規定，公務員或受託執行公務之人在執行職務時，藉由違背法律或法規命令，或在涉及本人或較近親屬之事務或其他法定情形時未迴避，意圖式故意¹¹⁶使自己或他人獲得不法之財產利益或使他人遭受不法損害者，處六月以上三年以下有期徒刑。

前項利益或損害如屬重大者，加重其刑。

(二)犯罪類型及保護法益

現行條文有鑑於前述 1990 年版缺失，乃將本條從舉動犯改為結果犯，將原先意圖內容變成犯罪結果，冀審理重點由主觀面轉向客觀面，又將構成要件行為改為「違背法律或法規命令」以排除裁量行政，並強化構成要件明確性。此外，將利益衝突時未迴避亦列入本條處罰範圍。

本條係位於義大利刑法典「侵害公共行政罪」章，所保護法益依通說係「良好之行政作用」與「行政中立」，前者顯現在條文為「違背法律或法規命令」，後者為「不法之財產利益或損害」以及「迴避義務」。換言之，本條亦有二保護方向：使行政機關免於來自內部侵害及一般人民免受恣意行政行為之侵害¹¹⁷。

(三)構成要件行為

1.執行職務

本條之構成要件行為係公務員在執行職務時違背法律或法規命令或利益衝突時未迴避。稱「執行職務」即表明犯罪行為僅在公務員行使其法定職權時始能成立，利用職務機會則不屬之，蓋後者僅與行使職權有時間上關聯，而非行使職權本身¹¹⁸。

bei Bestehen eines eigenen Interesses oder des eines nahen Verwandten oder in den anderen vorgeschriebenen Fällen von der Vornahme der Amtshandlung nicht enthält, absichtlich sich oder anderen einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil verschafft oder anderen einen unrechtmäßigen Schaden zufügt, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu drei Jahren bestraft. Die Strafe wird in den Fällen erhöht, in denen der Vorteil oder der Schaden von erheblicher Schwere sind.“

¹¹⁶ 意圖式故意(dolo intenzionale)，係指具有最強「欲」之故意種類，表示犯罪結果係行為人首要目標或達成其他結果之必要手段，學說上亦有稱為「第一級直接故意」。

¹¹⁷ Alten, a.a.O., S. 1, 36, 209.

¹¹⁸ Alten, a.a.O., S. 74.

2. 違背法律或法規命令

舊法(1990年)之構成要件行為僅規定「濫用職權」，現行法則為「違背法律或法規命令」。此項改變之原因，一則法律及法規命令因制定過程較嚴謹，公佈較正式，適用期間亦較長，作為構成要件要素較具法安定性及可識別性，二則藉以表明行政裁量不再係刑事法庭審理對象，庶免司法權侵害行政權之虞¹¹⁹。又為加強構成要件明確性原則，通說認為此處之法律及法規命令須具有下列性質：

- (1) 針對具體、特定之行政行為，惟不僅限於規範實體事項，亦包括程序事項¹²⁰。
- (2) 內容完整性，而非僅指向(*weiterverweisend*)其他法規或行政作為。例如，義大利總統曾頒佈一道命令，訓令主管機關在核發建築許可時須注意當地之都市計畫及其他相關法令，該道命令即非屬此所稱法規命令¹²¹。

3. 行為類型

條文僅曰「違背法律或法規命令」而別無其他限制，是以行政行為，不論係內部或外部，決定或幕僚作業均具適格。本條亦得以不作為方式為之，如依法律規定上級有舉發下屬不法之義務，某上級長官明知下屬侵占公款，為使後者保有其犯罪結果，而未為舉發或阻止，即可構成本罪¹²²。

4. 利益衝突時未迴避

在涉及本人或較近親屬之事務時未迴避，亦屬本條之構成要件行為。惟義大利行政法或民法亦有諸多應迴避規定，茲有疑義者，此處所稱迴避究係何指。少數說認為本條之迴避係來自其他法律規定；惟如此一來，違反其他法律之迴避規定與「違背法律或法規命令」相同，而後者本身即屬本條之構成要件行為，「利益衝突時未迴避」當無另行規定之必要，

¹¹⁹ Alten, a.a.O., S. 126, 166.

¹²⁰ Alten, a.a.O., S. 71, 159.

¹²¹ Alten, a.a.O., S. 171f.

¹²² Alten, a.a.O., S. 160, 195, 197.

是通說認此處迴避義務係直接從本條得出¹²³。又本條之利益衝突須具體始有刑法上意義：如市長同時係經營某實驗室之企業負責人，僅此潛在之利益衝突尚有不足，須至市長親自核准上開實驗室之擴建始能構成本罪¹²⁴。

(四)犯罪結果

公務員不論係藉由「違背法律或法規命令」或「利益衝突時未迴避」均須造成犯罪結果，亦即使自己或他人獲得不法之財產利益或使他人受有損害，始能成罪。因本條並非財產犯罪，公務員或他人所獲得財產利益無庸如詐欺罪，必致公家機關受有財產損害¹²⁵。

1.財產利益

為使適用範圍明確，減少爭議，本次修正明定所獲得利益需具有財產性，如獲得職位、有償之工作，甚至建造執照之核發等。反之，非財產上利益，如增加威望或政治上份量則不屬之¹²⁶。此外，財產利益須「直接」由圖利行為而來，例如某市長違法為其支持選民所居住之街道裝設路燈，此對當地居民而言僅係間接利益，該市長因此不構成本罪¹²⁷。

2.損害

為使適用範圍擴大，在損害方面不似利益僅限於財產性，解釋上包括非財產性。非財產上損害可僅出於報復、敵意或歧視等動機，例如某檢察官在欠缺法律依據下對被告實施強制處分，僅為給予彼一個教訓，即可構成本罪¹²⁸。

3.「不法」之意義

此處之不法專指犯罪結果而言，與行為不法應分別以觀。換言之，濫用職權固屬不法，但不一定會導致不法之犯罪結果，義大利學說稱此為「雙重不法」(doppelte Unrechtsmäßigkeit)。例如，某市長未依法事先

¹²³ Alten, a.a.O., S. 184, 197.

¹²⁴ Alten, a.a.O., S. 185f.

¹²⁵ Alten, a.a.O., S. 200.

¹²⁶ Alten, a.a.O., S. 202f.

¹²⁷ Alten, a.a.O., S. 205.

¹²⁸ Alten, a.a.O., S. 63, 206.

徵得建築委員會同意即核發某人建築許可，惟該人本有權要求市長核發，是市長雖違反法律而實施本條之構成要件行為，惟因犯罪結果非不法，而不構成本罪¹²⁹。

(五)主觀要件

舊義大利法(1990年版)係將利益及損害列為意圖，而現行法則將二者改為犯罪結果，但對其出現須具有意圖式故意，即行為人須將利益或損害視為犯罪目標。為確定此項主觀要件須深入調查行為人動機，至其他構成要件要素如「違背法律或法規命令」僅須具有未必故意即可¹³⁰。

三、比較與分析

(一)瑞士刑法與我國貪污治罪條例之差異

瑞士刑法第 312 條濫用職權罪所保護法益係行政之合法運作，此項法益可經由任何違反職務行為侵害之，為免任何違反職務行為均科以刑罰，使刑罰及紀律罰失其界線，瑞士刑法在濫用權力外增加意圖得利或損害之「主觀要件」，而我國貪污治罪條例之圖利罪則在違反法律或法規命令外增加獲取利益之「犯罪結果」。

- 1.兩法條文結構上差別主要在於「利益」之位置：瑞士刑法將利益(及損害)設為意圖，置於主觀要件，我國則將利益(不及於損害)設為犯罪結果置於客觀要件。前者為舉動犯，後者結果犯。
- 2.瑞士刑法之構成要件行為係「濫用權力」，所稱權力須具有強制力。準此，在私經濟行為或內部幕僚作業時，如草擬機關行文，再以不實說明使不知情首長簽字核准，因欠缺強制性，不構成瑞士刑法本罪¹³¹。反之，我國貪污治罪條例則為「違背法律或法規命令」，前述情狀可成罪。就此而言，我國法適用範圍顯較瑞士刑法為大。
- 3.在主觀要件方面，瑞士刑法除須具得利或損害意圖外，對其餘構成要件要素未必故意即可，而我國貪污治罪條例則對於違背法令之行為不

¹²⁹ Alten, a.a.O., S. 215f.

¹³⁰ Alten, a.a.O., S. 227.

¹³¹ Frey/Omlin, a.a.O., S. 82(84).

法部分限於明知。

(二)義大利刑法與我國貪污治罪條例比較

義大利刑法第 323 條規定與我國貪污治罪條例之圖利罪甚為相似，皆係結果犯，行為主體亦為公務員或受公務委託之人，違背法令為構成要件行為，不法利益屬犯罪結果。但兩者亦有差異：

1. 義大利刑法係將圖利罪設定為「瀆職罪」，著重在職務之違反，此觀之該條之標題為「濫用職權」自明，所以在犯罪結果有利益及損害二種。我國貪污治罪條例之圖利罪則強調在不法利益之謀取，犯罪結果僅有利益。
2. 義大利刑法除違背法令外，另增加違反利益衝突時之迴避義務作為構成要件行為，我國則另訂公職人員利益衝突迴避法。
3. 義大利刑法對犯罪結果須具有意圖式故意，其餘僅須未必故意，我國法則要求直接故意(明知)。
4. 我國法圖利對象除自己外，限於私人，排除公家機關。義大利則無此限制。

伍之三、本署對法律問題二之意見—採肯定說

民意代表違反公職人員利益衝突迴避法第 12 條禁止假借職權圖利之規定，該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款非主管或監督事務圖利罪所稱「違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」，蓋本條項非主管事務圖利罪屬「濫用職位」之貪污罪，處罰著重在不法利得，故「法令」不排除規範具有一定職位之公務員應如何行事之公職人員利益衝突迴避法，以免其規避法律，以使特定人獲得利益。理由如下：

一、圖利罪係違背職務收賄罪之截堵構成要件

公務員違背職務收賄罪之成立須賄賂或不正利益與違背職務行為間具有對價性，倘欠缺或無從證明時，則不構成該罪。惟因行賄者

本身亦處罰，當與收賄之公務員沆瀣一氣，極力掩飾彼此不法勾當，似此暗室交易，犯罪黑數必然高。義大利刑法乃觀察違背職務收賄之犯罪現象：行賄者付款後，收賄之公務員履行承諾，使行賄者獲得某種法律上所不容許利益(法律上所容許利益，通常毋庸以行賄方式取得)，亦即公務員故意違反法令使第三人獲得利益，顯可疑犯違背職務收賄罪，但因無從證明對價性，難以該罪相繩，故創設圖利罪，俾論罪科刑後，將犯案公務員汰除¹³²。準此，圖利罪係違背職務收賄罪之截堵構成要件(Auffangtatbestand)，僅於不構成後者時，始成立圖利罪。

二、濫用職權與濫用職位

義大利刑法第 323 條圖利罪之型態係「濫用職權」(Amtsmissbrauch)，與我國貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款「主管或監督之事務圖利罪」相同，但同條例第 6 條第 1 項第 5 款另針對「非主管或監督之事務」設圖利罪，此種態樣應係「濫用職位」(Missbrauch der Amtsstellung)，兩款條文均有「違背法律、法律授權之法規命令...」係為闡釋「濫用」。換言之，我國貪污治罪條例圖利罪之行為不法係「濫用職權」與「濫用職位」，此亦符合聯合國反貪腐公約第 19 條之要求(the abuse of functions or position)。

三、雙不法結構

我國圖利罪除前述行為不法外，尚須「使自己或其他私人取得不法利益」，此所稱「不法」係針對利益而言，即視受益者有無保有該利益之合法權源，如此形成「行為不法」與「結果不法」之雙不法結構。兩者應分別以觀，濫用職權或職位結果不一定即係不法利益，例如監獄管理員發現某受刑人私自持有現金，竟未陳報，惟在未依監獄行刑法第 71 條第 2 項由監務委員會決議沒入前，仍屬該受刑人所有，該管理員未予陳報，難謂使受刑人獲取不法利益¹³³。

¹³² Alten, Amtsmissbrauch, S.10f.

¹³³ 最高法院 86 年台覆字 34 號：盧映潔，刑法分則新論，2010，頁 69。

四、圖利罪之定性

我國原將圖利罪規定於刑法第 131 條瀆職罪章：「公務員對於主管或監督之事務直接或間接圖利者」，嗣於民國 52 年另定貪污治罪條例，除將刑法條文原封不動搬入，另增訂「對於非主管或監督之事務，利用職權機會或身分圖利罪」，如此貪污治罪條例之圖利罪究應定性為瀆職罪或貪污罪，即有疑義。兩者區分實益在於：倘定性為瀆職罪，則著重在職務違反，如瑞士、義大利立法例，不法利益係處罰之合理事由，以避免職務執行一有違法即科以刑罰之結果，將圖利罪限於違背某些特定法令，以縮小處罰範圍，如法律授權之法規命令、職權命令或自治條例等，即非無據。反之，如定性為貪污罪，則著重在不法利得，所違背之法令不應排除行政裁量或道德性規範(如公務員服務法、立法委員行為法、宣誓條例等)，否則反開啟處罰漏洞，如綁標或刻意分批辦理採購，規避政府採購法，以使特定人獲得利益¹³⁴。本署認為我國貪污治罪條例之圖利罪應定性為貪污罪，此可從與前述瑞士、義大利立法例比較得出：後二者之濫用職權罪皆非設於刑法貪污罪章，且主觀要件或犯罪結果均包括「利益」與「損害」，我國則訂於貪污治罪條例，且犯罪結果僅限於「利益」，顯著重在不法利得，最高法院 31 年上字第 831 號判例：「刑法第 131 條之圖利罪，係注重處罰瀆職，故無論圖利國庫或圖利私人，均應成立該條項之罪，至於懲治貪污暫行條例第三條第一項之圖利罪，則係注重懲治貪污，應以圖利私人為限，其圖利國庫者則不包括在內，是二法條之範圍不盡相同」可資參照。

五、「濫用」職位應包括違反陽光法案

「非主管監督事務圖利罪」既應定性為貪污罪，即行為人「濫用職位」而使自己或第三人獲得不法利益，而道德性規範(如公職人員利益衝突法或公務員服務法等)通常係規定具有一定職位之公務員應如

¹³⁴ 此部分爭議請參閱邢泰釗，圖利罪構成要件解析，2010，頁 71 以下。

何行事，有所違反，自屬「濫用職位」。更何況，條文稱「非主管監督事務」，則行為人縱有違反法令，亦非屬其「執行職務」所應遵守之法令，如不包括道德性規範等，則該款規定將成具文。

六、公職人員利益衝突迴避法與圖利罪

關於利益衝突迴避法，如其違反與該不法利得有因果關係，尤不得視為單純之道德性規範，特別是其違反時尚有處罰規定者。例如公職人員利益衝突迴避法對於利益、關係人、利益衝突有明確定義，該法第 12 條規定，公職人員不得假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益，違反者應處以罰鍰(同法第 17 條)，顯非單純宣示效果或倫理規範；又利益迴避是公務員處理職務之基本規範，亦是聯合國反貪腐公約第 12 條(e)要求事項，在我國法律體系中亦處處可見類似規範，且為公務人員執行職務上應遵守重要基本程序規定，仍與公務員職務之執行極為相關，自不宜以其為基本規範，而非執行具體職務之特別規定為由加以排除。

再者，司法實務亦認違反刑法規定屬於違背法令，例如偽造文書、洩密等規定，雖該等規定論其性質上均非屬於執行特定職務之規定，然因與公務員職務之執行具有直接關聯，而仍屬於貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之違背法令。參之最高法院 [111 年度台上字第 1780 號](#) 判決理由指出：「刑法或刑事特別法各罪之規範是否屬於該二罪(即貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款、第 5 款)所稱之法令，當視該等刑事法規是否與公務員職務之執行具有直接關聯。換言之，乃係依系爭犯罪構成要件有無反射出公務員職務上應遵守之行為規範而定。」亦同此意旨。則公職人員利益衝突迴避法基於同一邏輯，亦係為公務員職務上應遵守之行為規範，而與公務員職務之執行具有直接關聯，自應有加以適用而無排除之理由。

此外，違反利益衝突迴避法與圖利罪之構成要件並不相同，前者不以發生圖利結果為必要，違反利益衝突迴避法構成違背法令，非必

然構成圖利罪，不致有適用過廣之疑慮。

陸、結論

民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構承辦人員為關說、請託或施壓等特定行為，依個案情形或屬準職務行為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為、或基於職務而有實質影響力之行為，均與該民意代表之職務權限有實質的連結，應為「與職務密切關聯之行為」，亦屬貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款「職務上之行為」。

被告於本案事實貳、一、(一)、1.2.3.4.之私下介紹取得資料，指示被告之立法委員辦公室主任出具「立法委員林益世」名義之請託便箋，並要求經濟部國會聯絡人轉交及在立法院召開院會時，向經濟部部長告稱：「有一事情請你注意一下」等語，及嗣後得知甲廠商未得標再使中鋼公司總經理承諾再給評選機會等作為，經合併觀察整體評價，均可認係利用其質詢權、備詢權之關連行為，以達成干預、變更中鋼、中聯公司爐下渣契約及轉爐石契約廠商遴選標準之目的，在密接時間內所為舉動，法律上實不應切割評價。而被告基於同一目的對於經濟部公務員傳達其干預、影響經濟部所屬中鋼、中聯公司執行業務之意思，即已從事其「職務上」行為，對受監督之經濟部部長稱「注意一下」更已充分表達圖使對方公務員為其所意欲行為之意思，自不待經濟部公務員是否回報或被告是否追蹤後續執行情形，即得認定屬於「職務上」行為。

民意代表違反公職人員利益衝突迴避法第 12 條禁止假借職權圖利之規定，使特定人獲得利益，為「濫用職位」，該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款非主管或監督事務圖利罪。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中 華 民 國 111 年 12 月 19 日

檢察官 蔡瑞宗

蔡秋明

林麗瑩

許祥珍

李濠松

李進榮

林俊言