

最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5217 號裁定（民國 112 年 3 月 2 日）：

民意代表受賄後，於議場內、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」，實務上爭議不少，應否援引判斷一般公務員職務上行為「實質影響力說」作為認定之標準(爭議一)；若民意代表之上開行為，無法認定為其「職務上之行為」，但有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違反，是否該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款圖利罪所稱違背「法律」(爭議二)？以下簡略說明大法庭裁定之見解。

一、民意代表職務上行為包括與其「職務密切關連行為」：

(一) 一般公務員與民意代表之職務上行為均包括其「職務密切關連行為」

「職務上行為」經最高法院 103 年度第 8 次刑事庭會議決議，擴及公務員之一般職務權限（警察跨轄收賄，對經營職業賭場之人，不行使其依法調查或通報等協助偵查犯罪職責），嗣又擴及有「實質影響力之職務密切關連行為」，職務上行為收賄，已侵害其執行職務之公正性及國民對於該職務公正之信賴，故民意代表於此之可罰性與一般公務員相同，民意代表職務上行為包括與其「職務密切關連行為」。

(二) 是否屬於與「職務密切關連行為」，採綜合判斷

「職務密切關連行為」之內涵著重在行為人是否實質上有運用其職務或身分地位對相對人發揮影響力，即對相對人職務執行之公正有無實質影響，或於後續執行相關職務時有無因此受拘束等項為審查，亦即從該行為實質上有無對相對人職務之執行形成影響力加以判斷。此影響力行為之態樣，包括為妥適行使職務事項而附隨之準備工作與輔助事務行為，以及因職務或身分地位關係對第三人所生事實上影響力之行為。至於影響力之對象，包括行政機關、公營事業機構（含其他受政府實質支配控制之公有民營企業）人員。再本於「構成要件明確性原則、避免不當擴大受賄罪處罰範圍」要求，必須形式上又具有公務活動之性質者始屬該當，倘具備上述條件，應認屬職務密切關連行為。至與職務完全無關之私人活動，則不能肯認具職務性。

(三) 「職務密切關連行為」與否，應就其前後整體行為觀察，不可切割觀察

又向同一人或多數人為多次關說、請託或施壓等情形，應就其前後整體行為觀察，倘該行為與其職務同具形式上公務活動之性質（例如開會前拜會、議場中休息協商、出具建議補助單等），或相類之客觀公務活動（例如至行政機關、公營事業機構拜會、以電話表達關切或要求至辦公室說明、出具便箋或名片轉交承辦人員等），或與公務活動有關及其延伸之行為（例如具名發函或透過行政機關國會聯絡人向行政機關反映特定團體或人民意見、召開協調會邀請行政機關說明等），不論是否在公務時間或公務場所均屬之。另對與具同一權限之民意代表於議場外勸誘、請託或施壓使其贊成某議案而連署，或代為提案、質詢等行為，亦屬民意代表職務上之行為。

(四) 不該當職務上行為收賄罪，應判斷是否該當非主管或監督圖利罪

民意代表「職務上之行為」之意涵，本不以法令所列舉之事項為限，其他與其職務具有密切關連之行為，亦應屬之。民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，實質上係運用其職務或身分地位之影響力，使該管承辦人員為積極之行為或消極不為行為，如形式上又具公務活動之性質者，即與其職務具有密切關連，該當於受賄罪之職務上之行為。貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之非主管或監督圖利罪，實質上係運用其職權機會或身分地位之影響力而圖利，因此個案如不符上開職務性要件之形式上具公務活動之性質者，尚應探究有無圖利罪之適用。

二、利益衝突迴避法第 12 條屬「義務性道德」規範，而該當非主管監督圖利罪之「法律」：

(一) 歷次修法意旨顯示貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款與第 5 款的「違背法令」意義前窄後寬

1. 本條項第 4 款、第 5 款於 90 年 11 月 7 日修正公布，除為使本罪構成要件明確化，修正圖利罪為結果犯外，並增訂「明知違背法令」為構成要件之一；復於 98 年 4 月 22 日再次將「明知違背法令」的概括規定修正公布為「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」。
2. 90 年 11 月增訂之「明知違背法令」，於立法說明就本條項第 4 款、第 5 款係分別各就其所指之違背法令而為不同之闡述，98 年 4 月 22 日之修法，係就第 4 款規定之主管或監督圖利罪，並要求「法令，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限」，而不包括有關公務員倫理基本規範之法律者，應僅限於第 4 款之主管或監督圖利罪。
3. 貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款規範公務員「非主管或監督之事務」圖利行為，在普通刑法中並無相同規定。第 5 款規定之非主管或監督圖利罪，其主體為第 4 款主管或監督事務者以外之人，其本身並無與職務執行有關之任何主管監督事務，誠如 90 年 11 月立法說明六所指者，其乃係利用職權機會或身分而圖利，自無違反其職務上義務之可能，因認：第 5 款所謂「違背法令」，尚及於所有公務員所應遵守之基本規範，並非僅指與執行該項職務有關之法令，故對非主管監督之事務，如有違反其他公務員應遵守之法令或義務者，仍屬「違背法令」。

(二) 利益衝突迴避法第 12 條係貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款所稱之法律

1. 實務認違反刑法規定屬於違背法令，如偽造文書、洩密等規定，雖該等規定論其性質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，仍屬於貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之違背法令(最高法院 111 年度台上字第 1780 號判決參照)。
2. 利益衝突迴避法之規定，明白揭示公職人員執行職務所生利益衝突，有迴避義務，且不得假借職權機會、方法圖利，同法第 17 條並有違反第 12 條規定者有所處罰，尚非僅受公務員內部懲處而已，故第 12 條屬「義務性道德」，而非屬「期待性道德」。第 12 條之違反屬與公務員職務之執行具有直接關聯的濫權，該當於貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款非主管或監督圖利罪所稱之「違背法律」。

建議

- (一) 就已起訴或偵查中有關民意代表涉及貪瀆之案件，宜參酌本件最高法院刑事大法庭之裁定，如該民意代表之行為，除非係與職務完全無關之私人活動，則無論係在議場內或議場外，只要形式上已具有公務活動之性質，且實質上確有運用其職務或身分地位，對行政機關或公營事業機構人員發揮事實上影響力，即該當貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款所稱之「職務上行為」。
- (二) 縱不符上開職務性要件之形式上公務活動性質，而無法該當貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之構成要件，若實質上係運用其職權機會或身分地位之影響力而圖利，違反利益衝突迴避法第 12 條等「義務性道德」規範，亦該當同條例第 6 條第 1 項第 5 款之圖利罪。