



## 請託行為與貪污犯罪

### ——評最高法院110年度臺上大字第5217號 刑事大法庭裁定

許 恒 達\*

#### 要 目

壹、導 論	(三)省思德國法的規範方向
貳、大法庭裁定之內容	四、我國法解釋之基礎論點
一、基礎事實與法律爭點	(一)職務密切關連行為的判斷要件
二、受賄罪職務上行為之定性	(二)民意代表之職務密切關連行為
三、非主管監督事務圖利罪所違犯 之法令	五、小結：具體案例適用
參、職務行為受賄罪之爭議	肆、非主管監督事務圖利罪之疑義
一、「職務上行為」的爭議脈絡	一、不法內涵：違法之利益輸送
二、大法庭裁定的疑點	二、利用身分關係不法圖利的評判 依據
三、借鏡德國法制	三、大法庭裁定的疑點
(一)公務員職務行為受賄罪 (德國刑法第331條)	四、小 結
(二)民意代表受賄罪(德國刑法 第108e條)	伍、結 論

DOI : 10.53106/102398202024090178002

\*

國立臺灣大學法律學院教授，德國法蘭克福大學法學博士。

投稿日期：一一二年八月三十一日；接受刊登日期：一一二年十二月十五日

責任校對：張碧霞



## 摘 要

本文討論民意代表收受不正利益，而關說行政機關或公家具有實質支配力之公司重要成員，而請託作成對特定私人有利之決定時，是否構成刑責之問題。近期最高法院因受到矚目的立法委員受賄請託案，對於上述案例作成重要的大法庭裁定，本文即以大法庭裁定為中心，主要討論兩則罪名：公務員職務行為賄賂罪，以及非主管監督事務圖利罪。

前罪的爭點集中於應該如何定性民意代表的職務上行為，大法庭採取較為寬鬆的看法，只要民意代表本於職務或職位之影響力而請託他人，且有形式上公務性質，即認定為職務上行為，但本文認為此種見解過度擴大職位的影響力，且形式上公務性質的定義不明，不僅現實上難以適用，更有牴觸罪刑法定原則之嫌，故本文主張應該以民意代表固有職務為中心，具體觀察請託對象身分及請託事務是否為民意代表可得質詢、監督、建言的範圍。

後罪爭點則聚焦於如何判定請託行為人利用身分關係而犯非主管監督事務罪的「違法」標準，大法庭採取擴充至公務員行政倫理規範的看法，但本文認為此項見解誤會法律與行政倫理界限，較合理的看法應該從請託事務本身是否違法進行判斷。

**關鍵詞：**職務上行為、賄賂罪、非主管監督事務圖利罪、職務密切關連行為、民意代表



## 壹、導 論

現代法治國家建立在行政、立法、司法等三權分立（Gewaltenteilung）的基礎上，固然在總統制與內閣制的政府組織下，三權之間的關係有所不同，但立法權作為國家行為民主正當性的來源則無二致。在現代法治國中，立法權並非透過直接民主方式行使其職權，而是透過代議制度，人民依選舉制度選出民意代表（代議士），再由民意代表實現立法權，立法權在三權分立的制度下，擔負反映民意、形成民意，並賦予法律民主正當性<sup>1</sup>，此外，立法權還一併擔負監督政府職責，雖然民意代表並非行政權，不能直接作成攸關人民權利的具體個案決定，至多只能形成抽象立法，但民意代表因為對行政機關有監督權限，透過這種監督權限，也就使得民意代表可以帶給行政機關相當程度壓力，從而促成行政機關作成有利於選民的政策及決定<sup>2</sup>。

倘若民意代表接受選民的好處，並以該好處作為對價，向行政機關請託，以使其作成有利於特定選民的決定，此時該民意代表是否因為「收受好處，促成行政機關之決定，而使選民獲益」而構成犯罪？這個問題始終煩擾著我國實務。以現行法來看，主要涉及貪污治罪條例（下稱「貪污條例」）第5條第1項第3款之職務行為受賄罪，以及同條例第6條第1項非主管監督事務圖利罪，然而就上述事實而言，要適用這兩罪尚有諸多個別解釋的疑義。最高法院為了解決長期實務爭議，近期作成極具重要性的110年度臺上大字第5217號刑事大法庭裁定，該大法庭裁定究竟是否真正解決問題，抑或造成更麻煩的實務困擾，自然有待檢討，接下來就以本則裁定為

<sup>1</sup> 蕭文生，立法機關（上），月旦法學教室，21期，頁76-77，2004年7月。

<sup>2</sup> 蕭文生，立法委員之質詢權與行政院之答復義務，月旦法學雜誌，244期，頁22-23，2015年9月。



中心，具體分析民意代表收受好處而請託其他公務員可能涉及的犯罪成立疑義。

## 貳、大法庭裁定之內容

### 一、基礎事實與法律爭點

首先簡要說明大法庭處理本案的基礎事實：被告於2010年間任立法委員，並兼任當時執政黨之立法院中央政策委員會執行長，屬刑法上之公務員。中國鋼鐵股份有限公司（下稱「中鋼公司」）是經濟部持股20%以上之民營公司，中聯資源股份有限公司（下稱「中聯公司」）則是中鋼公司持股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。

甲廠商為取得中聯公司之合約，乃與被告約定給付特定數額價金作為對價，並由被告出於協助甲廠商之意思，而實行下列行為：

(一)被告「私下」「介紹」中鋼公司總經理給甲廠商認識；被告私下請託中鋼總經理給予甲廠商締約機會，並索取標案文件。

(二)被告另以立法委員名義出具便箋，其內容為「爭取承購中聯公司契約」，被告並要求經濟部國會聯絡人至辦公室拿取，再轉交中鋼公司及中聯公司。

(三)被告藉經濟部長列席立法院會時，於非質詢時間，口頭促請經濟部長注意其所請託事項，並另帶助理向中聯公司索取契約承購資格標準文件。

(四)被告得知甲廠商經中聯公司評選不合格，即打電話指責中聯公司及中鋼公司高層，要求讓甲廠商取得第二次評選機會，倘若兩家公司不從，被告揚言要撤換中聯公司副總經理乙；中鋼公司礙於其立委



身分，後來要求中聯公司，中聯公司乃將甲評為合格廠商，甲並與中聯公司締結合約。

總結上述相關事實，被告成立犯罪的關鍵在於：被告與甲廠商約定以金錢作為對價，而「向行政機關或公營事業承辦人員請託特定事項」，被告收受該對價後，依其約定而在後續流程請託相關人員，最終讓甲廠商獲得與中聯公司簽約的利益，由於被告並非能直接決定中聯公司簽約的主辦人員，其主要行為是收受好處而出面向主辦中聯公司合約關係的人員斡旋，礙於我國現行法尚無公務員斡旋受賄罪，其論罪應考慮以特定行為之實行而交換金錢好處的職務行為受賄罪，以及透過向承辦人員請託，致使甲廠商獲得不法利益的非主管監督事務圖利罪<sup>3</sup>。

不過具體討論本案議題前，必須先行說明兩點：第一，由於被告當時為立法委員，係屬中央層級立法權的民意代表，民意代表最重要的工作在於反映民意以形成政策及立法，請託行為作為反映特定具體選民民意的方式，除了極少數事例外，恐怕難以具體指明民意代表的請託內容究竟違反何種職務義務，故除非有極端情況，一般不考慮違背職務受賄罪，實務與學說的討論重心乃聚焦於「職務行為受賄罪」是否成立<sup>4</sup>；此項罪名同時存在於刑法第121條及貪污條例第5條第1項第3款，雖然兩項規定文字略有不同，但大致的解釋輪廓並沒有差異，然因貪污條例之罪刑度較高，故優先適用貪污條例規定論罪科刑。而就其成罪要件的解釋，包括「存在賄賂或不正利益」、「對價關係」及「公務員以其『職務上行為』作為對價

<sup>3</sup> 有關本案一審判決之評釋，參見吳耀宗，立法委員替代人「喬」契約而收錢，該當何罪——評臺北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決（林○世貪污案），裁判時報，25期，頁114-119，2014年2月。

<sup>4</sup> 詳細分析，參見許恒達，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，頁77-79、96，2015年1月。



給付」，依本案事實，前兩項要件大致上沒有什麼疑義，被告確有收受價金，價金與接續實行的請託、關說及施壓具有對價性，真正爭點在於：被告答應且實行的上開請託／關說行為，是否屬於民意代表的職務上行為，倘若認為這些行為無關民意代表的代議士職務，並將之理解為純粹私人活動，因為貪污條例不處罰收受好處的私人行為，被告也就不成立職務行為受賄罪。大法庭裁定討論重點也置於此處，更在這個脈絡下，提出其第一項爭點：「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，是否屬其『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？」<sup>5</sup>

第二，圖利罪包括主管監督事務圖利罪及非主管監督事務圖利罪，由於被告不是主管中聯公司合約的行政機關公務員，只能考慮非主管職務圖利罪是否成立，而該罪又包括「利用職權機會」或「利用身分」兩類，本案被告向主管職務之人請託，應該不是趁利用立委職權提供的機會，而是利用民意代表可以質詢行政機關，而中鋼及中聯公司雖然是民營企業，卻恰是官方有直接或間接股權具有實質控制力的公司，這種官方控制的屬性，讓作為民意代表的被告可以透過經濟部施展其影響力，致令中聯公司接受請託，使得甲廠商取得合約。就該合約事務，被告雖不具法定權限，卻仍運用民意代表身分所產生的影響力，請託中鋼及中聯公司的主辦人員實施特定行為，故其重點在於「非主管職務監督事務圖利罪」的「利用身分」類型。然而，該罪要求行為人必須對該非主管監督之事務，明知「違法」而圖利他人，既然行為人並無權限，又如何能違法圖利，即生疑義，關鍵爭點即在所違之法的定性範圍，大法庭將本則

<sup>5</sup> 此部分引文均為最高法院110年度臺上大字第5217號刑事大法庭裁定內容，為求精簡篇幅，後文將不再逐項引註。



裁定的第二個核心爭點，設定為：「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，是否該當貪污條例第6條第1項第5款圖利罪所稱『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？』。」

在將本案爭議設定清楚之後，大法庭接著分別就兩項爭點提出其觀點，以下分述之。

## 二、受賄罪職務上行為之定性

針對職務行為受賄罪的成立，裁定先簡要說明相關立法規範，以及職務行為受賄罪所謂「職務上行為」的解釋發展。大法庭指出，早期判決先例將職務上行為理解為「具體職務權限」之行為（最高法院67年度臺上字第473號判決），但最高法院在103年度第8次刑庭會議決議之後，承認「一般職務權限」，不再限定具體職務權限之行為，此為擴張之始；在該次決議之後，對於要不要進一步再為擴張至所謂「職務密切關連行為」，甚至採取所謂實質影響力的觀點定性職務上行為，包括最高法院各庭內在的實務見解，則有諸多不同意見。就此爭議，大法庭先強調民意代表職務特性：「民意代表負責立法權行使，有權責反映民意以監督行政機關，或據為政策主張、推動成為法案，並得憑藉其職權、身分地位對於第三人之職務行為形成一定程度之影響，其職務性質及義務固與行使司法權、行政權之公務員有異，然倘對其職務上之行為收受賄賂，已侵害其執行職務之公正性及國民對該職務公正之信賴，可罰性與一般公務員並無不同」，接著引用數則最高法院判決指出：「邇來本院相關案例，參採上揭實務見解，就民意代表職務上之行為，肯認包括『職務密切關連行為』」，從這段文字可認為，大法庭認為民意代表行



使立法權，雖有別於行政權與司法權，但判斷職務上行為的標準則無不同；而因請託行為涉及影響有權限的第三人行為，恐難定性在較傳統的具體或一般職務權限之列，因此大法庭將主戰場鎖定在「職務密切關連行為」的討論層次。

接著大法庭認為：「由於『職務密切關連行為』概念具有多義性、抽象性，首應釐清者，即探究其內涵及判斷基準。受賄罪之『規範目的及保護法益』重在保護職務執行公正性，要求不受經濟利益介入之破壞或妨害。因此，『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」，依大法庭所見，職務密切關連行為極不易定性，因此必須從保護職務公正性，使其不受經濟利益介入的角度予以分析，為了避免請託行為影響相對人職務之公正性，應該理解為「運用職務或身分地位對相對人發揮影響力」的行為，若相對人因而受到影響而造成其職務公正性受到干擾或受到拘束，即應認定行為人的「請託行為」屬於職務上行為。大法庭更深入強調，此類行為包括：(一)附隨之準備工作與輔助事務行為、(二)因職務或身分地位關係對「行政機關公務員，或受政府實質支配控制之公有民營企業人員」所生事實上之影響力行為。

從實質保護法益視角予以定性後，大法庭又再從形式觀點進行限縮：「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」，至於何謂「形式上具有公務活動之性質」，裁定中舉例指出：「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」，依其見解，大法庭要求運用影響力的請託行為另須具備「公務活動之性質」，但如何判斷該要件，裁定僅強調必須整體觀察，應具有形式上、客觀上或至少延伸意義上的客觀公務屬性，但不以公務時間或公務場所為限。

應用上述觀點以判定民意代表職務行為，裁定先舉例：「對於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」，然後從抽象視角強調：「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。」換言之，大法庭認為包括：(一)在議場外向同職權之立法機關民意代表請託、勸誘，使其為特定表決或議案內容、(二)在議場外，利用民意代表的職務或身分地位影響力，而向行政機關或公營事業人員請託，若該請託行為亦具備形式上公務活動性質時，亦屬其職



務上行為。

### 三、非主管監督事務圖利罪所違犯之法令

本案另一個爭點涉及非主管監督事務圖利罪，大法庭先提及實務向來意見，指明「主管監督事務」的定性：「主管事務，不論為恆久或暫時、全部或一部、主辦或兼辦，係出之於法令之直接授予或主管長官之事務分配，均所不計，更不以有前後決定之全權為限。所謂監督事務，係指有權監察督導之權責範圍內事項，申言之，事務雖非由之所直接主掌管理與執行，然行為人對於該有直接主掌管理與執行之人之權責事項，依法令有予以監察督導之權責與權限之意」，若不符合此項定義，即為非主管監督事務：「第5款所謂非主管或監督之事務，係指第4款所規定對於主管或監督之事務之對稱，其意義範圍可由上之反面推知。」

既然被告公務員並不主管監督系爭事務，又如何違法？大法庭指出：「本條第一項第五款所定之『非主管或監督之事務』圖利罪，雖係利用職權機會或身分而圖利，似無違反其職務上義務之可能，但所謂『違背法令』並非僅指與執行該項職務有關之法令，尚及於所有公務員所應遵守之基本規範，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』。故此款以『違背法令』為構成要件，仍有必要。」大法庭在此處廣泛引用立法當時的資料及立法理由（此即裁定中所稱之立法說明六），強調立法者訂定本罪時，一再強調必須以違法行為作為圖利罪成立要件，至其所違之「法」，裁定指明不同於主管監督事務圖利罪：「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[...]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』。」

值得注意的是，大法庭就此更強調立法意志作為解釋法律的優先考量：「法官在解釋法律時應受法律目的及其基礎之立法者價值決定之拘束。因此，解釋之目標首要當然應該探求歷史上立法者的意思，賦予歷史上立法者之意圖以『初步的優位』，應符合憲法原則。但有特別強的反對論證，則可以推翻該優位順序。在法概念個別化下，相同文字使用於同一法規，未必一定要作同辭同義之解釋。參照或增訂或修正違背法令之相續立法緣由，以及第4款主管或監督圖利罪與第5款之非主管或監督圖利罪，有其本質上之差異，其行為人所應遵循法令之適用範圍自亦有不同。則第4款之違背法令，固應作限縮適用，期使公務員勇於任事，授益人民，但第5款之違背法令，仍應維持90年11月立法說明六所指之適用範圍，始符規範意旨。」

應用上述觀點解釋本案，大法庭認為：「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，有效遏阻貪污腐化及不當利益輸送[...]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。』除分別明白揭示公職人員執行職務所生利益衝突之迴避義務及假借職權機會、方法圖利之禁止外，同法第17條並有違反第12條規定者須科以公法上處罰之明文，尚非僅受公務員內部懲處而已」，基此，裁定認為：「可徵本條規範應屬『義務性道德』，而非屬『期待性道德』。又本條以嚴懲職務行為廉潔性之破壞，與非主管或監督圖利罪規定同係就公務員透過濫權行為創造之不法利益輸送之圖利行為予以規範處罰，以確保職務執行之公正、廉潔性，二者不論規範目的、保護法益及對公務員廉潔性之要求均具相當之同質性；『各級民意機關之民意代表』係利益衝突迴避法第2條第1項第5款所稱公職人員，屬同條所定具高度權力、影響力之公務員，為該法規範之對



象，第12條則係規定民意代表假借職權機會、方法圖利之禁制，建立民意代表利益衝突迴避之規範，其濫權違反上述規定，自該當於貪污條例第6條第1項第5款非主管或監督圖利罪所稱之『違背法律』。」

綜上所述，大法庭認為從立法意旨優先性的角度來看，非主管監督事務圖利罪的違法範圍較寬，包括「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」，利衝法第12條禁止公務員假借職務所生的機會、權力或方法使他人獲利，屬規範公務員行止的「義務性道德」，違反第12條規定亦屬本罪的違法範圍。

論述及此，筆者已經簡要整理大法庭裁定的主要看法，大法庭裁定僅針對二項爭議提問作成抽象性的解釋，但未再進一步判定本案相關事實的法律效果<sup>6</sup>，接下來的討論，筆者將先分別檢討大法庭有關二項爭議的看法，然後再提出筆者的個人見解。

## 參、職務行為受賄罪之爭議

### 一、「職務上行為」的爭議脈絡

依貪污條例第5條第1項第3款，要構成職務行為收受或期約賄賂罪，必須公務員以其「職務上之行為」為給付內容，再與行賄者提供的賄賂達成對價關係合意，至於公務員事後究竟有無履行對價約定行為，其實與本罪的成立沒有必然關係。由於對價關係的期約往往在密室中進行，難以取得相關證據，公務員事後所實行的履行對價行動，通常成為判斷對價關係內容的參考依據。

<sup>6</sup> 大法庭作成裁定之後，最高法院原合議庭（亦稱小法庭）亦依大法庭見解，作成最高法院110年度臺上字第5217號刑事判決，將本案發回二審法院更審，判決之具體理由大致同於裁定見解，於此不贅述。



職務行為受賄罪以「職務上之行為」作為對價合意的給付內容，被告是民意代表，如何判斷民意代表的職務上行為，特別是民意代表「在議會外請託」仍否認定為職務上行為，即生重大爭議。我國實務在長年判決見解中，其實已經形成若干基本論述理路，茲簡要整理如下：首先，雖然政府職能分由三權分立，但由於我國未採取德國立法例，區別須依法執行／裁判的行政暨司法權，以及制定法律的立法權兩類公務活動，進而有不同範圍的受賄罪刑責，我國法仍將分立三權的下轄公務員同置於單一受賄罪構成要件，並透過「職務上行為」的統一概念，直接詮釋不同權能公務員的職務範圍<sup>7</sup>。

其次，近期實務受到學說影響，逐漸將公務員的職務上行為區別為三個類型，此即「具體職務權限／一般職務權限／職務密切關連行為」<sup>8</sup>，具體職務權限指公務員依據法令規定，針對個別、具體事務所具有法定權限而執行的行為，例如承辦公務員本於法令規範，針對具體個案作成的行政處分，或是法官針對承審案件所作成的判決<sup>9</sup>；而一般職務權限則指某項行為雖非公務員就具體事務的處理範圍，但依法令規範，仍為該公務員所屬職責而可介入或監督的概括事務，公務員縱未針對該個案具有承辦或核決權限，但該事

<sup>7</sup> 相關分析，參見吳燦，公務員賄賂罪之職務上行為，檢察新論，17期，頁111-115，2015年1月；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，223期，頁72-79，2011年7月。

<sup>8</sup> 學說見解參見黃士軒，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，48期，頁60-66，2015年7月；李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，223期，頁26-46，2011年7月；蔡銘書，同前註，頁70-72；吳天雲，賄賂罪與國會議員的職務權限——日本最高裁判所平成20年3月27日，法學叢刊，243期，頁89-93，2016年7月。本號裁定亦採相同見解。

<sup>9</sup> 黃士軒，同前註，頁60。



務仍屬公務員依法令所具有的抽象管轄或監督範圍，公務員自可依其權限而介入處理該事務，我國現今學說大致承認其亦屬職務上行為，例如某項許可執照承辦人的上級公務員，雖然不就該個案執照的核可與否作成具體決定，但仍對該具體決定具有指揮監督權限，此種指揮監督權限即屬一般、抽象職務權限範圍，仍可計入職務上行為之列<sup>10</sup>。根本言之，不論具體或一般職務權限，都屬於法令規範形構的職務範圍。

至若公務員所承諾給付的活動，無法納入具體或一般職務權限，此時即須考慮是否能認定為「職務密切關連行為」，其問題意識在於非屬法令明文規範、卻與公務員所屬權限具有關聯性的活動，得否承認為職務上行為即生疑問，我國迄今之相關見解大致參考日本學說觀點，整理出三種主要見解，包括：(一)公務說（視該活動是否具有公務性質）、(二)地位利用說（視該活動是否為公務員利用其職位所產生的影響力，從而實行之行為）與(三)影響力說（視該事務是否與公務員原有職務之間，具有影響關係）<sup>11</sup>。

具體言之，公務說源自保護職務公正性的基本理念，主張非法

<sup>10</sup> 黃士軒，同前註，頁60-62。

<sup>11</sup> 李錫棟，同註8，頁32-45；曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，151期，頁236-237，2007年12月；謝煜偉，定分止爭抑或治絲益棼？——評最高法院110年度台上大字第5217號刑事大法庭裁定暨其本案判決，台灣法律人，25期，頁154-156，2023年7月。特別要說明的是，最高法院針對職務密切「關聯」或「關連」行為的用字，其實在不用裁判中並不相同，本號關鍵大法庭裁定是選用「密切關連」，但早先的判決中亦有「密切關聯」的用語，此外學者亦有不同用字，雖然用字不同，但最高法院與學說見解針對上述概念／用字，其實沒有內容或概念上的差別。筆者幾經考慮，在本文中視脈絡而混用，亦即選用較貼近的關聯／關連用字，例如談及本次大法庭裁定時，儘可能選用「關連」，但引用本次裁定以外的判決，則視判決原文而選用「關聯」，至於筆者個人見解則傾向使用「密切關聯行為」。



定活動必須具有「公務活動性質」，才能納入密切關連行為之列，其重點在於該活動必須與公務員原有職務之間具有公務屬性關係，例如行政機關官員請託民營事業作成特定契約之決定，因請託事項「特定私人間契約之締結」，本質上無關行政機關的原有職務，故屬純粹民間事務，即非職務上行為<sup>12</sup>，但若議員在委員會中遊說其他議員，考量該請託、遊說是原有職務活動的公務屬性延伸，則屬職務上行為<sup>13</sup>。

影響力說則認為非法定活動必須能「影響」原有職務之執行，亦即該非法定活動是否及如何執行，對原有法定職務之執行而言具有重要意義，兩者間存在相互重要關係，該非法定活動才能被理解為職務上行為。例如經濟部官員為讓實現政策需求，方便自己的產業政策，因此請託A廠商向B廠商購買產品，由於「請託A廠商購買特定流品」之行為，足可影響官員本於法定職務的產業政策實踐成果，因此可認定具有影響關連性，故屬職務上行為<sup>14</sup>。

地位利用說則強調，只要行為人利用公務員之地位而請託他人，不論請託事項為何，只要動用其職位所生的人際關係，該行使地位影響力的請託行為即為職務密切關連行為；依此項標準，越高階或越具決定、監督權限之公務員向他人請託，其地位的優勢幾乎必然會促令受託者接受，而可解釋為職務上行為。以上例來看，經濟部官員請託廠商，購買特定產品，雖然請託內容屬於純粹民事關係，但請託行為過程使用「經濟部官員」的地位影響力，故屬職務

<sup>12</sup> 李錫棟，同註8，頁39-41、46-47。

<sup>13</sup> 李錫棟，同註8，頁49。必須特別說明，「公務說」強調特定行為有無公務屬性，其與「公務外觀說」（從時間、地點、公務員執行態樣觀察，可認定具有公務外觀，故屬密切關連行為，就此定義，參見謝煜偉，同註11，頁156）。

<sup>14</sup> 李錫棟，同註8，頁44-45。



上行爲<sup>15</sup>。

上述三說對我國現行法解釋極為重要，雖然近期已經有不同見解認為，不必要採取三說的定義<sup>16</sup>，但在討論職務密切關連行為的脈絡下，仍然必須釐清及選擇上述三說，才能正確地定性職務上行爲的概念界限。

第二，由於現行法僅處罰職務上行爲與不正利益的期約，若將欠缺法令基礎的密切關連行為納入職務上行爲，是否已經超出「職務上行爲」的文字界限，即衍生違反罪刑法定原則的疑慮<sup>17</sup>，既然共有三種定性密切關聯行為實質內涵的看法，究竟採何說才能符合罪刑法定原則的形式界限，也就必須仔細省察。

誠如本次大法庭裁定所指，我國主流實務見解雖接納職務密切關連行為可納於職務上行爲，但究應如何實質界定仍有相當歧見<sup>18</sup>。在大法庭裁定之前，實務有採取實質影響力說的主張，指標性判決是最高法院99年度臺上字第7078號刑事判決，該判決指出：「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[...]陳○扁不顧行政院院長、副院長之反對，以總統之地位強力介入，當場裁示採行李○木所提之『先租後購』方案，並配合辜家之需求，限期於二、三個月內與達○公司談妥土地價格，使國科會、行政院改變態度，以異常之行政程序核准，乃基於總統地位實質上影響力所造成之結果，自與總統之職務有關連性」，依其見解，雖然總統依法並無介入科學園區土地事務的權限，但職務行為並不

<sup>15</sup> 相關觀點，參見李錫棟，同註8，頁41-44。

<sup>16</sup> 參見黃士軒，同註8，頁108-113。

<sup>17</sup> 相同質疑，參見蕭宏宜，賄賂罪的「職務上行爲」概念——兼評最高法院99年度臺上字第7078號判決，東吳法律學報，24卷1期，頁102-111，2013年4月。

<sup>18</sup> 僅參考吳燦，同註7，頁116-118；李錫棟，同註8，頁51-54。



限於法令明訂，只要公務員對於某項國家政策或人事安排有親身參與或介入干預的可能性，就可以認為總統原有職務與「介入土地事務」間有實質影響力，故得認定為職務上行為<sup>19</sup>。

不過，透過實質影響力擴張職務上行為的觀點，在判決公布之後受到許多批評<sup>20</sup>，其後最高法院見解也開始有所修正，最具關鍵性的改變應該是最高法院106年度臺上字第3122號刑事判決，該判決指出：「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聯之行為，亦應認屬其職務行為之範疇，包括由行政慣例所形成，及習慣上所公認為其所擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及其附隨之準備工作與輔助事務均屬之，始符合上開條例設立之宗旨。」依其見解，職務上行為包括法定之具體及一般職務權限，還包括尚無法律明文規定，但長期行政慣例所形成的職務密切關聯行為，就其定義，最高法院接續認為：「除已具有公務行為之外觀外，且與[...]主要職務有密切關聯性，亦屬其職務範圍內得為之行為」，依其所見，職務密切關連行為必須符合：(一)有公務行為外觀、(二)且與主要職務之間具有密切關連性，只要能符合這兩項條件，公務員非法定之活動也足可計入職務行為的範疇<sup>21</sup>。

在此脈絡下，法院進一步處理立法委員的法定職務範圍，包括：「依憲法第63條及立法院職權行使法規定，立法院除議決法律

<sup>19</sup> 亦有認為本案見解不必依實質影響力說，只要擴張解釋一般職務行為即可解決爭議，參見黃士軒，同註8，頁95-103。

<sup>20</sup> 例如蕭宏宜，同註17，頁105-113；柯耀程，「職務」概念的解釋與限制，法學叢刊，222期，頁26-28，2011年4月。

<sup>21</sup> 對於此項見解的分析與批評，參見黃士軒，公務員賄賂罪與非主管監督事務圖利罪之界線——評最高法院106年度台上字第1337號刑事判決，檢察新論，27期，頁298-302，2020年4月。



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外，亦包括議案審議、聽取總統國情報告、聽取報告與質詢、同意權之行使、覆議案之處理、不信任案之處理、彈劾案之提出、罷免案之提出及審議、文件調閱之處理、委員會公聽會之舉行、行政命令之審查、請願文書之審查、黨團協商等職權。而憲法第67條第2項及憲法增修條文第3條第2項第1款亦規定立法院所設各種委員會得邀請政府人員與社會上有關係人員到會備詢，及立法委員在開會時有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權。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，立法院所設各種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，邀請相關部會作業務報告，並備質詢，於審查議案後提報院會決定。是立法委員在立法院各委員會內對行政機關提案，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。」

不過最高法院並不以此為限，判決接續強調：「立法院內雖設各種委員會處理不同之事務，此僅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名義代為提案之權力。因此立法委員在立法院院會、各委員會、委員會公聽會及黨團協商所為提案、連署、審議、質詢等議事活動，均屬憲法賦予立法委員之固有職權」，依其觀點，雖然法律明訂立法委員在其所屬委員會有法定權限，但實務運作而言，立法委員仍可參與非所屬委員會的運作，只要在立法院從事委員會、公聽會或黨團協商等議事活動，仍認為屬於立法委員的「固有職權」。

最高法院接著指出：「惟一般人民請願，除依立法院各委員會組織法之規定向立法院提出請願書外，亦有以向立法委員提出陳情書之方式為之。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、預算等議案及質詢與備詢有關之行政機關派員出席者，受邀之行政機關依行政慣例及習慣，原則上均會予以尊重而派員出席參與立法委員主持之協調會，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，且與憲法賦予立法委員議決、審查、質詢及備詢等主要職務有密切關聯性，亦屬其職務範圍內得為之行為，此均在貪污條例第5條第1項第3款收受賄賂罪之構成要件『職務上之行為』之文義涵攝範圍內。」依最高法院所見，現行立法院運作實務中，立法委員常以國會辦公室之名召開協調會，邀請行政機關出席，這些行為雖然欠缺法令明文規範，但是「具有公務外觀」，也與立法委員議決、審查、質詢、備詢等法令授權職務有關聯性，最高法院因此承認為職務密切關連行為，從而可納入「職務上行為」。

雖然上述見解提出了相對清晰的判斷方向，某程度來說，判決更將立法委員的職務區別為三個層次：

(一)法定職務的行使，例如人事案投票、議案表決、對於行政機關的質詢等，這些行為都屬於法定議事活動，均有法令明文授權，而因立法院議事採取委員會中心制，立委有權參與所屬委員會的議事活動，在院會、公聽會或所屬委員會的議事行為，自屬立法委員典型的職務上行為。

(二)立委雖然應在所屬委員會議事，但在我國長年的立法院運作生態下，即使立委非特定委員會的成員，仍可透過該委員會的同僚委員，在該委員會提案，雖然此類活動並非法令規範所及，但最高法院仍肯定只要在立法院公務框架下（院會、各委員會、委員會公聽會及黨團協商）所執行的活動，均屬立法委員的固有職權。

(三)此外，依我國立法院長久慣例，還有一些欠缺法令明文規範的委員活動，這類活動主要關乎立法委員代民眾出面向行政機關陳



情，期待行政機關就特定政務推動，採取有利於特定民眾的決定，其具體作法例如在立法院召開協調會（行政機關基於尊重亦會派員出席），或是以立委名義函請行政機關作成特定決定。嚴格來說，此類活動並無法令依據，能否算是立法委員的職務上行為即生爭議，最高法院在判決中認為，若能符合「具公務行為外觀」以及「與立委主要職務有密切關連性」，則其陳情亦得認為是立委的職務上行為<sup>22</sup>。

上述觀點可說是大法庭裁定之前，實務對於民意代表職務行為最明確的看法，不僅注意到立委有法定職務，還有非法定職務態樣，而「非法定職務」還可進一步分類，此外，該判決更強調職務密切關連行為必須具備「公務行為之外觀」，此項要求似乎不是向來學說所強調，卻被法院採納。即便如此，上述見解只是最高法院在單一判決的表態，卻不具有法律層次拘束力，為了讓相關問題更能完整解決，最終仍透過大法庭機制解決長期爭議，然而在筆者看來，大法庭裁定恐怕未能真正定紛止爭。

## 二、大法庭裁定的疑點

接下來討論大法庭裁定的合理性，筆者認為可分為四點來觀察。

第一，大法庭裁定先提出了立論基本立場，指出我國法採取一體式的受賄罪規定，解釋上不必區別行政、立法、司法等不同權力的公務員，只要發展共通解釋標準即可；而此項共通標準可再區別法定之具體／一般職務權限，以及欠缺法定的職務密切關連行為，而因職務密切關連行為欠缺法律明文，大法庭因此要求必須同時符合實質條件（職務或地位之影響力）與形式條件（公務活動之

<sup>22</sup> 有關本判決之評釋，參見同前註，頁289-298。



性質)。

上述架構可茲贊同，誠如裁定所言，採取何種立場規範公務員受賄罪，必須優先尊重立法政策，不得跳脫立法既定框架，立法者既已作成一體規範的法制設計，當然必須在此前提下進行解釋；至於區別具體權限、一般權限與職務密切關連行為的思考方向，本文亦完全贊同。申言之，公務員本於具體主管事務權限而作成的決定，當然屬於職務上行為，例如發放建物使用執照的承辦公務員，對於執照發放具有個案決定權限，自屬職務上行為；而一般權限，主要指公務員本於法規已規範的權限範圍，公務員縱無主辦權限，但因為法規給予抽象、一般性權限，可以透過公務系統的階層指揮關係，產生一定程度參與個案決定的可能性，此種情況通常發生於該管上級公務員收賄，因而動用不指揮監督權限，要求不知情之下級公務員作成具體公務決定，或是同階層因分工，受賄公務員因而亦有部分地域管轄權限，可對系爭事項作成特定決定的情況，重點在於上級對下級本於法定抽象權限有監督關係，而同層級共享權限的不同土地管轄關係，考量一般職務權限仍是法令規範所及，將之納入職務上行為應屬合理<sup>23</sup>。

不過，大法庭肯認欠缺法令依據的密切關連行為亦屬職務行為，筆者原則贊同，因為公務活動可能涉及的事項及種類繁多，個別公務員身處於公務系統，本來就能透過公務機制而作成許多法令未曾明訂的事項，要求這些事項必須有法令明訂才可納入職務上行為，自屬不合理要求。舉例來說，交通部的甲公務員負責決定興建國道的土地範圍，但因國道可能包涵相鄰縣政府所有土地，甲因此

<sup>23</sup> 參見李錫棟，同註8，頁27-32；黃士軒，同註8，頁108-109。另外必須說明，實務上確有上級公務員將公務之核決權限授與特定下級公務員，此時只要是上級指揮所及，亦應認定屬於上級公務員之職務上行為。



必須與縣政府承辦人乙「協調、聯絡」，甚至「請託」，甲向乙進行協調、聯絡、請託的活動，嚴格來說並非甲的法定職務，但顯然這些活動至關甲的決定，當乙所代表的縣政府不願出讓土地興建國道，甲承辦的公務活動自然陷於障礙<sup>24</sup>。從這個案例可認為，要求公務活動全面以法令規範，顯非合理要求。

既然如此，接受公務活動有法令未規範的「職務密切關連行為」，自屬合理的看法，不過礙於欠缺法令授權，解釋上必須發展出與法律用語「職務上行為」的合理關係，否則恐有類推適用而違反罪刑法定原則之嫌，真正核心關鍵即是如何拿捏密切關連行為的實質／形式要件。

第二，先從保護法益內涵來看，裁定見解強調兩個重點：(一)受賄罪用以保障「受賄公務員」的職務公正性，不能受到經濟利益影響而作成，因此(二)職務密切關連行為著重受賄者不能運用其影響力，從而請託「其他公務員」，影響其他公務員「職務執行之公正」<sup>25</sup>。這段文字的前半段並無誤會，之所以禁止受賄，正是用以禁止受賄公務員因收受特定賄賂，而在執行職務活動時偏袒行賄者，從而發生不公正後果；在此脈絡下，即使納入職務密切關連行為的解釋，並擴張至「請託第三人」的非法定活動，整體賄賂罪保護法益仍在「受賄公務員」的職務公正，亦即，受賄公務員不得收

<sup>24</sup> 可能該當賄賂罪的事例如：本案甲公務員原訂要向縣政府承辦人乙協調A、B兩塊公有土地，但當地地主丙獲知後，認為B地鄰近丙所有的土地，不應開發，並應考慮開展較遠的C公有地，故期約甲並給予好處，使甲從原本預定向乙請託A、B公有地之計畫，轉為向乙請託開發A、C公有地。本案中甲受賄的對價即「請託A、C兩塊公有地之開發計畫」。

<sup>25</sup> 原裁定文字為：「『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。」



受好處，並本於好處提供者利益，作成干擾「受賄公務員」本人職務公正性的行為，這種行為即包括利用自己職務產生的影響力，舉例來說，甲立委收受某利益團體100萬元，在其所屬委員會議事時，向乙立委請託作成有利該團體的議事決定，甲收受100萬元的對價是「在委員會議事時請託乙」，該請託行為並非典型的立委權限，但因立法院採取合議制，議案通過必須進行委員會內部的討論與說服過程，甲理應在未收受好處的情況下，本於甲的良知與專業進行議事，包括甲自己的投票，以及議事過程中說服乙作成與自己相同選擇，「說服乙」是甲法定職務的延伸，甲就說服乙作成何種決定，當然不可以因受賄而有利特定人，而應秉持公正，倘若甲受賄而請託乙作成有利行賄者的決定，也就影響了「甲」本身的職務公正性，至於在這種情況發生時，受請託的「乙」之職務公正性倒不必然一定受到影響，尤其在甲的請託內容合法而涉及政策選擇，而且乙對於甲受賄完全不知情時，受請託者乙只是單純接受甲的建議，乙仍本其公正性而接受甲的判斷，乙職務公正性並不因為甲受賄而請託就受到影響。

從這個案例可以推論：即使擴張職務上行為至職務密切關係行為，特別是請託行為時，受到侵害的職務公正利益，絕非受請託者（其他公務員）的職務公正性，而是請託者（亦即受賄公務員）的職務公正性。可惜的是，大法庭定性保護法益的起手式，就已經完全走錯方向，大法庭擴張職務密切關連行為解釋的理由，完全從「受請託者」的職務公正性立論，但容納職務密切關連行為所擴張保護的利益，始終是受賄而「請託者」的職務公正性，受請託者的職務並不因此而不公正，只有當受請託者也收受好處而作成職務行為時，受請託者的職務才會陷於不公正之境。大法庭自始就對於擴張解釋職務上行為所關聯的法益內容有所誤會，誤將受請託者的職務公正性判定為請託者職務受賄罪的保護利益，也難怪接下來的討



論完全失焦<sup>26</sup>。

第三，姑且不論裁定定性保護法益的明顯偏誤，我們直接檢討裁定所提出的實質標準，大法庭認為，受賄公務員運用影響力而介入其他事務的手法包括兩類，其一是「為妥適行使職務事項而附隨之準備工作與輔助事務行為」，其二則是「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」，這兩種分類的確是學說上討論職務密切關連行為的個別類型，然而裁定將「對他人發揮影響力」作為兩類次項行為的上位概念，恐怕理解有誤。申言之，所謂準備工作或輔助事務行為專指為了達成法定職務行為而必須作成的協力活動，例如主辦徵收土地之公務員為了掌握相關土地使用具體情況，因而「前往該地進行實地考察」的行程安排，或是為了召開會議而「使用線上系統預約會議室」，這些行為雖無明文，卻是實踐法定職務行為的先決條件，自然與公務員的職務行為有非常強烈的關係，雖可納於職務密切關連行為之列，但這些輔助行為不必然涉及運用影響力而向他人請託，裁定見解將「運用影響力而請託」理解為輔助行為的上位概念，論理恐有違誤。

再來審視真正運用影響力請託他人的第二類行為範疇，既然請託他人，就必須考量如何能使他人接受請託，此時行為人究竟基於何種社會關係才有辦法請託，即涉及請託影響力的來源為何，就此議題，大法庭認為不論影響力出自「職務」或「身分地位」，均可納入職務密切關連行為範圍，而滿足其實質條件<sup>27</sup>。然在筆者看來，這種解釋明顯超出法條用語「職務上行為」的文義界限。

<sup>26</sup> 不完全贊同本文分析之見解，另可參考謝煜偉，同註11，頁158-159。

<sup>27</sup> 未進一步區別此項差別，但主張民意代表收錢喬事應有可罰性之見解，參考林鈺雄，公務員職務上行爲之實務檢討——兼論民意代表職務收賄之可罰性，檢察新論，17期，頁104-107，2015年1月。



根本言之，所謂職務影響力，指的是公務員因其法定職務之故，有權參與特定事務的決定過程，因而使得行為人可以遊說、勸誘其他相關人士，舉例來說，甲立委在所屬委員會可以投票決定議案，因此在委員會討論某項議案時，「請託乙立委支持」。甲之所以能請託，乙之所以會接受請託，都是因為甲是所屬委員會成員，且有參與議事的法定權限，甲正是利用法定參與議事的職務，進而衍生的影響力而在議場中請託乙，乙若會接受，也可能是因為甲是有權參與議事且發表意見的有權限同僚。源自職務所生的影響力，大致上與公務員法定職務關係極度密切，納入密切關連行為自有其合理性。

相反以觀，倘若影響力源自身分關係，這表示公務員之所以能夠請託他人，且該他人之所以可能接受請託的關鍵原因，不是因為請託事務與自身法定職務有所重疊，而是因為自己在公務部門服務而與許多人都有「交情」，其他公務員可能為了長久情誼而接受請託，或是其位高權重可以影響人事，受請託者顧慮未來工作升遷而願意作人情；舉例來說，甲是財政部國稅局高級官員，其受賄而請託經濟部工業局長乙形成有利於特定廠商的補貼政策，甲能請託乙，且乙可能接受請託的緣由，其實與甲在財政部的稅務工作活動無關，純粹是兩人交情或是未來升遷的期待。這些導因身分關係的影響力根本無關甲自己的公職業務，這些人際交往關係都源自「身分」的影響力，卻與公務員「職務」無直接關係，運用身分影響力而請託他人，固然有礙公務員職位官箴，但根本不會干擾受賄者自身職務的公正性，以案例來看，甲不管再怎麼受賄請託乙，甲自己於財政部的稅捐公務活動上，並沒有任何的違反公正之處，貿然將無關甲自身職務公正性的行為納入處罰之列，恐怕完全不符合「職務上行為」的法律文字，大法庭卻無視「身分」與「職務」之間的明顯差異，直接將身分關係的影響力投射到職務上行為，其解釋明



顯不符現行法。

值得特別說明的是，大法庭針對上述擴張至「身分影響力」的見解，其實沒有任何具體說理，在裁定全文中，完全看不到論證的實質理由。唯一的理由，恐怕是大法庭有關接納職務密切關連行為的保護法益緣由：「受賄公務員收受好處而請託他人，干擾該他人所屬職務的公正性」。然已如前述，此項論點建立在完全錯誤的理解上，受賄公務員所屬職務活動的公正性，才是真正必須保護的規範理由，受賄而運用影響力自須限定在受賄公務員自身職務所延展的請託事項，並且不能任意擴張保護受請託者的職務公正性，否則已然超出職務上受賄罪可能的保護範疇。大法庭恐因錯誤地理解保護法益內涵，才會作出「為保護受請託者的職務公正性，必須擴張受賄者之職務上行為至運用身分關係影響力」的錯誤結論<sup>28</sup>。

第四，已如前述，大法庭裁定中，針對職務密切關連結實質要件的說理且結論有誤，而就其形式要件則有待進一步分析。前文已經強調，裁定認為職務密切關連行為欠缺法令授權，故須具有特定實施方式，此項方式即「形式上公務活動之性質」，在此大法庭明顯放棄最高法院106年度臺上字第1337號判決中所言的「公務活動外觀」形式條件，轉而改採「形式上具公務活動之性質」<sup>29</sup>。然而，大法庭在裁定中完全未給予「形式上具公務活動之性質」任何

<sup>28</sup> 相近批評，參考謝煜偉，同註11，頁158。

<sup>29</sup> 本文認為大法庭所稱「形式上公務活動之性質」不同於早前所謂「公務外觀」的見解，這一點尤其可從大法庭強調時間、地點等因素不是判斷重點，相同觀點參考黃士軒，同註21，頁295-296；不過，學說上仍有將「形式上具公務性質」等同公務外觀的理解方式，參見謝煜偉，同註11，頁147，註7。依本文見解，大法庭裁定雖強調「形式上具公務性質」，但其一方面放棄形式性，另一方面也未言及公務性質的要求內容，此項要件除了與過去「公務外觀」的定義有別之外，尚難確認大法庭所強調的重點為何。



定義，僅舉例說明會前拜訪、利用會議休息協商、出具建議補助單、公務拜會、致電關切、出具便箋或名片、具名發函等，都具有公務活動之性質，不過大法庭也強調，形式上的公務活動性質不須拘泥於公務時間或公務場所，其對立面是私人活動。平心而論，裁定這段論述僅指明公務活動不同於私人活動，而綜查所舉案例，幾乎沒有任何從「形式」標準或實質「公務性質」的定性方法，大法庭更明文反對考量公務時間或公務場所等真正的「公務外觀」指標，那麼究竟要從哪些指標來判斷「形式上的公務性質」，裁定本身又未予表態，實為可惜。

綜合以上四點分析，筆者認為大法庭見解雖然出發點正確，將請託行為的職務屬性連結職務密切關連行為，但卻誤解了職務行為受賄罪的保護法益，誤將「受請託者職務公正性」涵納到請託者成立受賄罪的保護範疇，進一步使得實質條件過度擴張至「身分關係影響力」，形式條件也只要求「請託內容涉及受請託者的公務活動」，大法庭見解完全把職務行為受賄罪擴張解釋成「斡旋受賄罪」，自非允宜。

### 三、借鏡德國法制

既然大法庭原要定紛止爭的見解，反因錯誤設定保護法益，造成後續解釋困擾，那麼究竟如何正確解釋現行法，筆者自應提出應對方案。我國迄今有關職務上行為的討論，大多取道日本刑法學觀點，將「職務上行為」區別為三類，並格外重視最具爭議的職務密切關連行為，而密切關連行為又有三種不同定義（公務說、影響力說、地位利用說）。不過，若能仔細考察學術文獻或可發現，日本學說見解其實與德國舊法時代發展出來的各類解釋有高度近似性，公務說、影響力說或是地位利用說都可以找到與德國舊法解釋相對應的主張，只不過德國法歷經1970年代及2014年數次修法之後，針



對民意代表職務行為的解釋，又逐漸開展出與日本及臺灣法制的不同取徑，這對於本案爭議的分析，也提供重要的參考價值。接下來將先簡要介紹德國法制發展脈絡，接下來再針對本案爭議提出本文見解<sup>30</sup>。

德國刑法在二次戰後，大致對於公務員受賄行為區隔為不同的兩個規範區塊，此即行政司法系統的職務上行為受賄罪，以及立法系統的買票罪。前者主要規定見於德國刑法第331條，而後者見於德國刑法第108e條，其構成要件在結構上有重大區別，這也使得德國法制上，必須先行區別受賄者在三權分立之下的權力內涵，才能決定究應採取何種條文判定該公務員的受賄刑責。

#### (一)公務員職務行為受賄罪（德國刑法第331條）

先談適用範圍較大的公務員受賄罪，德國法自始就將刑法「公務員」限定於行政、司法兩種國家權力屬性的執法人員，主要理由在於這兩類公務員均以適用法律為施展公權力依據，其無制定、創設法律權限<sup>31</sup>，倘若其本於收受他人提供的好處，且與提供好處之人之間，形成以特定方式合法或違法執行公務行為的不法合意，也就使公務員原應「依法執行公務」轉為「依好處、偏好執行公務」，即成立收受賄賂罪。

不過，針對收受好處的公務員究竟要提供何種類型的給付以換取好處，在1975年之前，德國刑法的規定是「與其職務有關聯之行為」（*in sein Amt einschlagende Handlung*），依其定義，可涵納任何與公務員職務本身產生關聯性的活動，此項規定一直到1975年德國刑法修正之後，才改為「職務之執行」（*Dienstausübung*），而

<sup>30</sup> 進一步分析，參見許恆達，同註4，頁83-91。

<sup>31</sup> SK-StGB/Stein/Deiters, 9. Aufl., 2016, § 331 Rn. 24.



2015年德國刑法再次修正刑法第331條時，則未再改變。簡言之，德國刑法在1975年之前，針對職務受賄罪的公務員的給付內容，要求須以「與其職務有關聯之行為」作為對價始能成罪，而在1975年以後，則修正為「職務之執行」<sup>32</sup>。

值得注意的是，雖然在1975年修法，對於公務員受賄對價的文字有所變更，但從基本論述來看，實際上似乎沒有太多差別<sup>33</sup>，基本上純粹的法定職務行為均屬之，而純粹的私人活動則不屬之，不過真正的爭議在於，究竟哪些「關聯行為」可以納入受賄罪的不法合意，學說上則有不同意見。

由於在1975年修法之前，並未直指「職務之執行」作為對價內容，僅要求該對價內容必須與「與其職務有關聯性」（in sein Amt einschlagende），因此在當時討論中，主要集中於公務員承諾受賄的特定行為，究竟在什麼樣的連結點上，產生與公務員所屬職務之間的關聯性。例如當時有見解認為，必須以公務員「職責的事務領域」（amtlicher Aufgabenbereich）作為關聯性的連結基礎，倘若公務員特定行為，欠缺與其事務領域的關聯性，則非屬「與其職務有關聯之行為」<sup>34</sup>；另也有見解認為，若公務員運用其職位（Amtsstellung）所帶來的影響力，進而使不法合意所承諾的行為成為可能，則該行為即屬「與其職務有關聯之行為」<sup>35</sup>；此外還有

<sup>32</sup> Dazu Ebert, Verletzung der amtlichen Schweigepflicht als Bezugshandlung der Bestechungstatbestände? Zur Auslegung des Begriffs »Diensthandlung« in den §§ 331ff. n.F. StGB, GA 1979, S. 361f.; Wentzell, Zur Tatbestandsproblematik der §§ 331, 332 StGB, 2004, S. 142ff.

<sup>33</sup> 從修法前的德國刑法重要註釋書來看，有關部分論點基本上大致相同，dazu vgl. Schönke/Schröder, StGB, 15. Aufl., 1970, § 331 Rn. 13ff. 新近見解則可參考 Schönke/Schröder/Heine/Eisele, 30. Aufl., 2019, StGB § 331 Rn. 31ff.

<sup>34</sup> Ebert, aaO. (Fn. 32), S. 377f. 本說內容接近「影響力說」。

<sup>35</sup> Ebert, aaO. (Fn. 32), S. 379ff. 本說內容接近「地位利用說」。



觀點認為，所謂「與其職務有關聯之行為」的判定重點，並不在於如何與公務員的法定職務內容相互連結，而是在於不法合意的行為內容，實際上具有公務屬性（*in amtlicher Eigenschaft*）<sup>36</sup>；最後還有見解認為，只要公務員利用其於職務活動中所知悉的認知，並本於該認知而有利實行特定行為，此種使用公務活動所取得之知識（*Verwertung amtlichen Wissens*）從而實現的行為，即屬「與其職務有關聯之行為」<sup>37</sup>。一言以蔽之，德國舊法所謂「有關聯性」的連結重點，包括四種不同的看法：事務領域、職位、公務屬性及職務取得認知。這四種見解不完全相同，但判斷後的結論則部分相同、部分相異。

雖然學說相對繁多，但因德國舊法文字中，格外強調特定活動與職務之間的關聯性，因此當時的解釋主軸，均著重在如何的關聯性，始能將欠缺法律明文規範，亦無具體權限的活動納入處罰範圍，當時主流意見認為：只要符合以下兩個特質：1. 依其本質，某個行為與其職務具備內在關聯性（*die Handlung steht ihrer Natur nach zu dem Amt oder dem Dienst des Beamten in einer inneren Beziehung*），而且 2. 該行為不完全外於公務員原有的事務領域（*nicht völlig außerhalb seines Aufgabenbereiches*），符合這兩個基本條件，即可從寬認定為「與其職務有關聯之行為」<sup>38</sup>。不過此一定義，學說有認為定義過度簡單，在1975年以後的德國實務上，已經較少使用此項標準來定義新法的職務之執行<sup>39</sup>；但也有不同意見主張，舊法有關「與其職務有關聯之行為」的解釋與現行法距離並

<sup>36</sup> Ebert, aaO. (Fn. 32), S. 383f. 本說內容接近「公務說」。

<sup>37</sup> Ebert, aaO. (Fn. 32), S. 384.

<sup>38</sup> SK-StGB/Stein/Deiters, aaO. (Fn. 31), § 331 Rn. 25.

<sup>39</sup> SK-StGB/Stein/Deiters, aaO. (Fn. 31), § 331 Rn. 25.



不如想像中之大，不論法律規定為「與其職務有關聯之行為」而強調其「不外於原有事務領域」的負面方向解釋，或是「職務之執行」而採取功能關聯性的正面解釋，其實都有不完全特定的屬性<sup>40</sup>。

德國在1975年修法改為「職務之執行」之後，其學說與實務仍然繼續延續前一代法律文字的爭議，大致上主流學說均認為，其指行政或司法系統公務員本於其職務，為實現公權力職責所須開展的行為，原則上必須落於其官方功能的領域，並本於其職務而有所需要<sup>41</sup>，尚亦可包括為實現其法定職務行為所必須要準備或協力行為（*vorbereitende oder unterstützende Tätigkeit*），例如對於最終決定的簽呈文件，或是對於其他公務員的公務活動建議，都可以計入職務執行之列，尤其是層級愈高的公務員，其所具有的決定權限愈高，因此其職務執行的相應領域也會比較寬廣<sup>42</sup>。

而對於1975年迄今的德國現行法而言，最重要的判斷標準莫過於與公務員原有事務領域具有「功能關聯性」（*funktionaler Zusammenhang*）的標準<sup>43</sup>，此即著重該特定活動與公務員的事務領域（*Aufgabenbereich*）是否具有直接關聯性<sup>44</sup>，只要判定有功能關聯性，那麼公務員是否就該事務具有管轄權、是否符合單位的內部分工、是否在其執行職務的地點或時間，均非重點<sup>45</sup>，例如財政

<sup>40</sup> MüKoStGB/Korte, 4. Aufl., 2022, § 331 Rn. 109.

<sup>41</sup> Schönke/Schröder/Heine/Eisele, aaO. (Fn. 33), StGB § 331 Rn. 31.

<sup>42</sup> Schönke/Schröder/Heine/Eisele, aaO. (Fn. 33), StGB § 331 Rn. 31; MüKoStGB/Korte, aaO. (Fn. 40), § 331 Rn. 108.

<sup>43</sup> 深入研究，參見周慶東，貪瀆罪中的職務行為意義——德國刑法上的觀點，法學叢刊，223期，頁4-8，2011年7月。

<sup>44</sup> NK-StGB/Kuhlen, 5. Aufl., 2017, § 331 Rn. 67; SK-StGB/Stein/Deiters, aaO. (Fn. 31), § 331 Rn. 28.

<sup>45</sup> MüKoStGB/Korte, aaO. (Fn. 40), § 331 Rn. 109.



部門管理稅務的主管，告知承辦具體個案的稅務人員，對於特定納稅義務人採取較為有利的稅率認定看法<sup>46</sup>；透過功能關聯性中介，也就擴張職務之執行的規範範圍，即使欠缺具體事務的管轄權，只要特定活動與其一般性的事務領域有關係，也可以理解為該公務員的職務行為<sup>47</sup>。不過，主流德國學說也認為，倘若事務性的關係並不顯著，則應否認直接關聯性，例如檢察官利用機會，以案件關係人名義向辦案警察打聽某項檢驗結果，即被認為非屬檢察官的職務執行<sup>48</sup>。

值得注意的是提供建議的公務員活動（*beratende Tätigkeit*），尤其當公務員欲利用其影響力而使承辦人作成特定決定時，必須該建議事務屬於公務員的職務有關聯性的範圍，才能認定為職務之執行。例如司法事務官（*Rechtspfleger*）協助法官審查法律問題，並給予法官特定法律見解的建議，該提供建議的行為即屬職務之執行<sup>49</sup>。

不過，德國法也面臨爭議，最主要議題涉及若行為人僅濫用其職位（*Amtsstellung*）影響力，亦即因為行為人擔任該公務職位，從而使得自以作特定行為，此種類型是否可以認為是職務之執行，學說則有不同意見，德國實務上有採取肯定說的判決<sup>50</sup>，但學說見解不一，有主張亦能納入職務行為類型的觀點<sup>51</sup>，但也有採取反對見解的看法<sup>52</sup>；此外，若行為人是利用其職務所知悉的「認知」而

<sup>46</sup> NK-StGB/Kuhlen, aaO. (Fn. 44), § 331 Rn. 68.

<sup>47</sup> MüKoStGB/Korte, aaO. (Fn. 40), § 331 Rn. 109.

<sup>48</sup> NK-StGB/Kuhlen, aaO. (Fn. 44), § 331 Rn. 69.

<sup>49</sup> NK-StGB/Kuhlen, aaO. (Fn. 44), § 331 Rn. 71.

<sup>50</sup> Fischer, StGB, 69. Aufl., 2022, § 331 Rn. 6.

<sup>51</sup> Aao.

<sup>52</sup> MüKoStGB/Korte, aaO. (Fn. 40), § 331 Rn. 112; SK-StGB/Stein/Deiters, aaO. (Fn.



使特定活動可能，多數見解則認為非屬職務行為<sup>53</sup>。

### (二)民意代表受賄罪（德國刑法第108e條）

有別於適用於行政權與司法權公務員的職務受賄罪，德國法對於立法部門的公務員則有完全不同的處理方式，自近代1871年德意志帝國刑法典開始，德國法從未將立法部門民意代表納入公務員的規範內，毋寧以獨立規定處理。

最初規定認為民意代表的受賄行為僅限於「買票罪」，亦即收受他人賄賂而作成特定的「投票或表決」，雖然在1953年及1994年均有所修正，但均維持同一規範立場，民意代表主要以買票罪作為規制核心。不過這種立法方向受到許多批評，尤其是對於民意代表刑責過度限縮，而德國簽署聯合國反貪腐公約後，為了將公約要求內國法化，因此德國在2014年大幅翻修相關規範<sup>54</sup>，新法規定的主要構成要件是：「聯邦、邦或地方自治團體之民意代表，於執行其委任職務時（*bei der Wahrnehmung seines Mandats*），受他人委託或依他人指示（*im Auftrag oder auf Weisung*），以實行或不實行特定行為作為對價（*als Gegenleistung*），而為自己或第三人要求、期約、收受不正利益（*unberechtigter Vorteil*）者，處五年以下有期徒刑或罰金刑」，雖然德國立法者放棄了以「買票罪」規範民意代表收受好處的傳統，但並未因此與一般受賄罪整合規範，仍然採取獨立的規範模式<sup>55</sup>。

---

31), § 331 Rn. 30.

<sup>53</sup> MüKoStGB/Korte, aaO. (Fn. 40), § 331 Rn. 112.

<sup>54</sup> 修法歷程，vgl. Hoven, NStZ 2015, S. 554ff.; Jäckle, ZRP 2012, S. 97ff.; Wolf, CCZ 2013, S. 99ff. 各項立法對案可參考Mayer, Abgeordnetenbestechung (§ 108 a.F. StGB) eine Vorschrift auf dem Prüfstand, 2014, S. 85ff.

<sup>55</sup> 修法後德國法之解釋問題，vgl. Willems, Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung



值得注意的是，德國新法仍不放棄獨立規範民意代表受賄行為，其主要理由在於：立法權的屬性與行政、司法權完全不同，此因民意代表為自由委任制，可依其個人信念決定事務，只要本於充分考量而依憑意志決定如何進行議事，就應該予以尊重，國家不應過度介入民意代表的決定形成過程<sup>56</sup>；此外，民意代表實現民主正當性，其職務內容不直接關聯「依法」執行公務需求，若再考量民意代表必須實現政黨的特定利益，其工作形態在於說服他人，只受到法律框架的限制，但無嚴格的職務上義務，但行政或司法官員則非如此<sup>57</sup>。基於上述理由，德國法將民意代表除外於一般受賄罪的規範界限<sup>58</sup>。

即便德國法對於民意代表受賄行為，採取較為寬鬆的刑事管制策略，2014年以後的德國新法仍脫離了純粹買票罪的處罰框架，並且擴張處罰界限至民意代表執行職務而受賄的行為，其關鍵即是新修法後「執行其委任職務」的不法合意給付態樣，申言之，民意代表欠缺職務義務<sup>59</sup>，其關涉公務的主要活動無非實現選民託付，從而實現代議政治的委任期待，此項委任當然表現在議事與表決的進行，至於民意代表如何參與議事，以及對議案、立法或監督政府事務上，採取何種傾向或態度，德國法認為，憲政秩序不可要求民意代表依據任何法律事先給定的條件進行立法形成活動，法律上只能

---

und ihre Auswirkungen auf die Praxis, CCZ 2015, S. 32f.

<sup>56</sup> 更精確地說，即使是收受賄賂而形成特定立法倡議，該收賄方式也是形成立法政策的過程之一，立法者同樣會考量人情事故而形成立法主張，若要動用刑法介入管制收賄動機所致生的立法主張，不無對於「立法者形成政策自由」的自由領域帶來過多的干預危險性。有關德國立法機制緣由，vgl. *Heinrich*, ZIS 2016, S. 389ff.

<sup>57</sup> *Heinrich*, aaO., S. 391.

<sup>58</sup> 參見許恆達，同註4，頁87-91。

<sup>59</sup> Dazu *Eckhardt*, Novellierung der Abgeordnetenbestechung, 2016, S. 106.



要求民意代表就議會活動的實踐，亦即根植於民主政治的議事委任事項，必須建立在自由及良心上，如果因為受賄而在議會活動中採取特定決定，將有害於憲政秩序。因此民意代表僅限於執行其憲法付託的委任職務時，才受到不得受賄的法律約束，「執行其委任職務」即原則上當然與議會活動有關，包括參與議事、透過議會取得資訊、提出法案、發言等。

民意代表的私人行為，不在「執行其委任職務」範圍之列，因其私人行為而受賄無關法益保護需求。但如何界定「執行其委任職務」（其英譯為：**acting in the exercise of his or her functions**）與「私人行為」並非易事<sup>60</sup>，民意代表因其個人特質與政治形象才能夠當選，受到選民託付而監督政府，若完全無視於選區居民的需求，任期屆至後的下一輪選舉恐怕難以為繼，「選民服務」當然成為民意代表工作之一，當民意代表必須時刻實行「選民服務」，直接服務方式自然是就特定事項請託行政機關，當這種請託源自受賄時，應否將民意代表的請託行為算入職務行為，即有爭議。

德國立法者對此認為，不應該限縮至「議會中的議決」，也不應該完全開放，將「一切選民服務活動」均予納入。為平衡前述利益，德國立法者採取折衷方案，僅規範「委任職務之活動」不得透過對價予以收買，而其涵義，亦應採取比較廣義的視角理解，不僅包括院會或全體議員的會議，還包括委員會、口頭或書面的質詢，甚至是議會中的黨團會議也包括在內<sup>61</sup>，雖然此項文字可以包括諸多民意代表行為態樣，但原則上以關涉議會決定的行為作為限度，否則株連

<sup>60</sup> 英譯參見Aao., S. 106.

<sup>61</sup> Fischer, aaO. (Fn. 50), § 108e Rn. 19; MüKoStGB/Müller, 4. Aufl., 2022, § 108e Rn. 32.



過廣<sup>62</sup>，甚至使得民意代表一切關於反映民意的行為都屬於委任職務<sup>63</sup>，這一點尤其見於立法理由限定於「僅限於國會議事之討論案」（*ausschließlich bei parlamentarischen Verhandlungsgegenständen*）<sup>64</sup>。

不過，什麼才稱得上「委任職務之活動」，在個案中同樣難以判斷，學說亦有見解認為，即使民意代表在外於議事程序中的請託，也有納於法條規範態樣的空間，只不過這被立法理由明文排除<sup>65</sup>。至於學說迄今主要肯認的類型，包括在議會議事過程中，該民意代表提出建議、討論或為特定意向之投票，即屬於「委任職務之活動」<sup>66</sup>，或者在議事活動中堅持或反對某項特別的政策意見等行為，甚至是議會所召開記者會的公開發言，均可屬之<sup>67</sup>。

既然應該限定在議事活動的相關行為，那麼縱然與其委任有關，但欠缺議會活動的實質屬性，例如議員收受好處，進而利用其民意代表地位或人際關係向行政機關運用影響力，使得行政機關作成特定決定，此種情況理應不是委任職務範圍<sup>68</sup>。然而實務常常面臨判斷困擾，尤其是民意代表受賄而請託其他公務員時，因此有認為應該觀察其所要影響的目標為何，以進行個案判斷，但是否這種請託行為能納入「委任職務之活動」則仍有爭議，學說上亦有傾向贊同的見解<sup>69</sup>。此外學說上也有提及，若民意代表以「署名為民意

<sup>62</sup> *Fischer*, aaO. (Fn. 50), § 108e Rn. 28.

<sup>63</sup> *Eckhardt*, aaO. (Fn. 59), S. 108.

<sup>64</sup> *Fischer*, aaO. (Fn. 50), § 108e Rn. 27.

<sup>65</sup> *Fischer*, aaO. (Fn. 50), § 108e Rn. 28.

<sup>66</sup> *MüKoStGB/Müller*, aaO. (Fn. 61), § 108e Rn. 33.

<sup>67</sup> *Fischer*, aaO. (Fn. 50), § 108e Rn. 26; *Schönke/Schröder/Heine/Eisele*, aaO. (Fn. 33), § 108e Rn. 20.

<sup>68</sup> *Eckhardt*, aaO. (Fn. 59), S. 110.

<sup>69</sup> *Kubiciel/Hoven*, NK 2014, S. 345.



代表的信函向特定機關請託」，亦屬「執行其委任職務」<sup>70</sup>，平心而論，相關見解仍陷於爭議之中。值得一提的是，德國學說還有提出了一套分析架構，可供參考<sup>71</sup>：

1. 私人活動→非屬「執行其委任職務」

2. 民代兼職→非屬「執行其委任職務」

3. 政治活動：

(1) 政黨會議→非屬「執行其委任職務」

(2) 選區選民服務→個案判斷

(3) 議會政黨事務、委員會、大會議事等→屬「執行其委任職務」

而在德國2014年修法後，真正至關民意代表職務行為的爭議，則屬發生於疫情期的口罩案<sup>72</sup>。在2020年因Covid 19病毒引發新冠肺炎，造成各國人民感染致死率極高的疾病之際，當時德國並無太多準備，口罩數量亦顯然不足，在2021年時，廠商甲、乙兩人計畫從亞洲進口防疫口罩供德國政府機關使用，因此聯絡當時任職於聯邦眾議院之議員丙，以及任職於巴伐利亞邦議會之議員丁，雙方並期約賄賂，再由丙、丁運用其影響力，向德國聯邦政府及邦政府請託，以使政府機關購買甲、乙公司進口之口罩，或是與甲、乙公司合作以取得更多口罩。經由丙、丁兩位議員居間仲介，兩位議員更因此與德國聯邦政府及巴伐利亞邦政府多位官員聯繫，要求其與甲、乙之公司締約買受口罩，最終行政機關均與甲、乙之公司訂定口罩購買合約<sup>73</sup>。後來丙、丁被檢察官以犯德國刑法第108e條提起

<sup>70</sup> Eckhardt, aaO. (Fn. 59), S. 110.

<sup>71</sup> Eckhardt, aaO. (Fn. 59), S. 111.

<sup>72</sup> 相關判決事實及德國聯邦最高法院之理由，vgl. BGH Beschluss vom 5. Juli 2022 -StB 7 - 9/22.

<sup>73</sup> Vgl. Kuhlen, JR 2022, S. 649ff.



公訴，本案歷經數審，最後上訴至聯邦最高法院。

聯邦最高法院判決指出，本案核心爭點在於，議員受賄而向行政機關請託實行特定行為是否能符合「執行其委任職務」之構成要件要素，聯邦最高法院先指明，立法當時所規範的「委任職務」（Mandatstätigkeit）本以議會內事務為限，包括在委員會等會議中參與行為與遊說行為，但若涉及外於議會之事務，特別是議員為了私人利益而向行政機關請託並運用影響力的行為，則不在「委任職務」概念涵納之列（狹義說）<sup>74</sup>，不過法院也承認，此項見解不受若干學說意見所接受，德國學說上仍然有主張應該包括向行政機關運用影響力而請託的非議會活動（廣義說）<sup>75</sup>，法院在此比較了不同解釋視角之間的優劣，並提出了若干具體理由：

1. 議員本身具有自由委任的性質，可訴諸個人良心在委任事務上作成決定，但委任事務應以議員本身在議會中之地位及代表性的執行為前提，不能包括出於特定私人利益之目的，而於議會活動之外，向行政機關請託之行為<sup>76</sup>；2. 從體系解釋的觀點來看，德國刑法有關行政、司法系統公務員受賄罪的職務行為，學說與實務均承認可透過功能關聯性的視角擴張解釋，這種操作的主要理由，在於上述公務員有其特定依法執行義務的領域，但議員並不負相應義務，反而應該代表各方利益團體參與立法政策形成，因此立法機關議員不能採取相同的擴張解釋立場，也不能透過功能關聯性的方式擴張其委任職務的範圍<sup>77</sup>。本於上述理由，最後聯邦最高法院宣示其見解認為，議員在議會外請託他人，並非德國刑法第108e條所規

<sup>74</sup> Zusammenfassung vgl. aaO., S. 651.

<sup>75</sup> Zusammenfassung vgl. aaO., S. 652.

<sup>76</sup> Zusammenfassung vgl. aaO., S. 652f.

<sup>77</sup> Zusammenfassung vgl. aaO., S. 653ff.



範的對價給予內容，故不能成立本罪，至於若認為此屬處罰漏洞，應該透過立法解決，而不是擴張解釋法條<sup>78</sup>。

### (三)省思德國法的規範方向

論述及此，已經簡要說明德國法的規範走向，與我國明顯不同的是，德國法區別行政、司法／立法等兩個不同系統，規範所屬公職人員的賄賂問題，而就公職人員透過不法合意所提供的給付內容，兩個不同條文規範內容仍然有極大區別。

就行政、司法系統而言，主要適用德國刑法第331條的職務行為受賄罪，在1975年以前，以「與其職務有關聯之行為」為要件，現行法則改以「職務之執行」為要件，雖然有見解認為兩者不同，舊法時代所提出的標準難以應用於修正後的現行法，但實際以觀，相應解釋並沒有太多改變，德國法沿續的基本態度認為，不要求絕對的法定職務，毋寧許可與法定職務具有關聯性的活動態樣，重點在於該特定行為如何與法定職務產生關係<sup>79</sup>，這一點從舊法時代已屬學說論辯重心，尤其在舊法時代，法條規定「與其職務有關聯之行為」，解釋上必須確認建構「關聯性」的介面因子，學說及德國實務所提及足可建構該關聯性的介面因子，包括「事務領域」、「職位」、「公務屬性」、「知識」，不同學說對於這些因子的採納範圍有所不同。

而在1975年修法之後，雖然改為「職務之執行」，但其範圍的拿捏，同樣未完全取道法律規範的職務，德國學說及實務同樣認可擴張

<sup>78</sup> Zusammenfassung vgl. aaO., S. 658.

<sup>79</sup> 我國近期有立法建議將職務上行為修正為「職務行使」，並納入關聯性的視角決定其概念界限，參見林鈺雄，公務員職務賄賂罪之立法芻議，法學叢刊，254期，頁10-11，2019年4月。惟此項修法建議若未能澄清如何掌握「關聯性」，最後的結果恐怕與現行法相差無幾。



解釋，其中最重要的判斷標準，其實是舊法原有規定卻被刪除的「功能關聯性」，亦即，原來在舊法存在「關聯性」（*einschlagend*）文字，雖然此項文字被刪除，但實質精神卻仍在修法之後繼續適用，並轉為功能關聯性（*funktionaler Zusammenhang*）的解釋方法，因為基礎進路並無差別，所以能與法定職務串連效果的介面因子，同樣在現行法的解釋上扮演重要角色，所以德國現行學說與實務才會就到底是「事務領域」產生關聯性，還是可以開放到「職位」或「知識」，仍舊存在爭議。

綜觀德國刑法第331條修正與解釋的發展，我們可以注意到，形式面的法定職務從來未成為核心的限定標準，反而基於行政與司法公務活動的現實需求而擴張解釋<sup>80</sup>，擴張解釋基本上都是循沿「關聯性」的「實質視角」，在舊法時代屬立法明文，因此發展出不同見解，修法後雖然文字有變，擴張至有關聯性之非法定公務活動，仍為解釋共識，真正的關鍵其實在於要如何控管「關聯性」的實質準據，就此有從事務領域、職位、知識等不同介面因子的思考方法。

相反於此，立法類型的民意代表職務行為受賄罪，則依據德國刑法第108e條，該條在2014年修法前，只是純粹的表決及投票受賄，無關其他的議事或職務執行行為，但2014年修法之後，從處罰純粹表決擴張至「執行委任職務」，此項用語卻帶來諸多解釋疑義，考量民意代表本身在議會以外，並無固定的職務類型，若任意解釋反而可能使得民意代表的一切生活作為都是「執行委任職務」，德國主流意見在此也認同必須有所限縮，但問題是限縮解釋的標準何在，一直要等到口單案才有比較明確的方向，德國實務就

<sup>80</sup> 平心而論，司法公務較無擴張需求，但行政公務基於其屬性，則必須要擴張解釋。



此明確採取限縮解釋方法，將委任職務全面限制到議會活動，外於議會活動的請託行政機關則不包括在內。

綜整以上分析，或許德國法考量到民意代表的權力屬性，只要具有民意代表身分，除了非屬典型公務的準備行為，例如在政黨會議中遊說或請託其他民意代表給予支持，其對於行政機關的建言或給予意見，幾乎都傾向從法定公務外觀的視角判斷其是否符合「執行委任職務」，例如德國立法極度傾向限定於議會核心與周邊事務的決議、討論等流程，倘若民意代表受賄而未於議會活動中施展影響力，只能認定為其私人行為，尚不致干擾本罪所保護的公務利益，故不予處罰。換言之，當問題場域移轉到立法權的民意代表時，考量到民意代表行為態樣繁多，現實上也沒有具體職務內涵足可限定，更沒有法令直接限定其行為界限，因此整體問題的重心就不是實質判斷的關聯性，而是趨向形式判斷的議會活動，某個活動愈是具有議事活動性質，愈容易被定性為「委任職務」。

雖然我國立法結構迥異於德國法，不宜直接應用解釋我國法，不過，處罰公務員賄賂的刑法基礎法理仍有共通之處，故仍可從德國法獲得相當啟發。依筆者之見，或許可以從三個不同視角反思我國法。

第一，我國立法者採取三權共同規範模式，自須發展出能應用於行政、司法、立法各權限公務員的「職務上行為」共通解釋原則，不是僅只專用於民意代表<sup>81</sup>。在此脈絡下，我國與德國解釋均未將職務上行為限定於法令授權範圍，而是透過職務密切關連行為

<sup>81</sup> 在此脈絡下，除了我國實務援用日本刑法學說，進而發展出來的三分說：具體權限、一般權限、密切關連行為之外，德國刑法學也採取功能關聯性見解判斷是否符合職務上行為，這些觀點大致上都與職務上行為的共通思考方向有關。



／功能關聯性的實質概念擴張解釋，在此脈絡下，我們或許可以透過德國舊法時代的各項見解，再搭配功能關聯性的德國現行法解釋方向，澄清「職務密切關連行為」的解釋界限。

第二，我國法未有立法權公務員的獨立賄賂罪，在此當然不能「直接」援引德國刑法第108e條立法定義我國民意代表的職務上行為，但若注意到立法權的功能在反映民意，民意代表實質上擔負協助人民表達其意願，從而使得政府決定符合民主正當性的責任，對於民意代表不可受賄的行為界限，也就必須忠實地考量立法權迥異於其他兩權的特性，這項特點也就使得德國刑法第108e條的規範精神有助於我國法解釋。

第三，若能透過上述兩點的分析而確認職務密切關連行為的範圍，則該解釋結果還必須能通過罪刑法定原則的審查，亦即足可涵容於受賄罪所明訂的「職務上行為」之法律文字，否則無法肯定符合罪刑法定原則。

接下來就從上述視角，思考應該如何定性，然後再具體分析如何進一步解釋民意代表的請託行為。

#### 四、我國法解釋之基礎論點

##### (一)職務密切關連行為的判斷要件

論述及此，我們大致已接受兩類有法令授權的職務上行為：

##### 1. 具體職務權限

在有法令抽象規範基礎的前提下，公務員就自己承辦具體事務的執行或決定權；

##### 2. 一般職務權限

其指在有法令抽象規範基礎的前提下，上級對下級就一般事務的管理、監督，或是平行階級欠缺地域管轄、但有抽象一般權限的法定



### 職務活動。

這兩類規範都以法定職務為前提，不過，現實上無法全面規制公務員的職務活動，尤其考量公務員業務甚多，倘若要求全面將其職務「法令化」，不免要求過苛，這也正是各國實務操作上，均在一定條件下接受欠缺法令授權的職務密切關連行為，但這不表示一切無明文的活動均屬之，重點還是如何援用相關學說發展出合理的解釋方法。

我國現今主流意見參考日本學說，包括公務說、地位利用說、影響力說等，這些見解與德國舊法時代的諸多見解，其基本思考架構大致相同，其重點均是考量未有法令授權的活動，能否透過某個「介面因子」而連結行為人既有法定職務，從而產生密切關係，甚至還可以認為，這些觀點其實與德國舊法至現行法時代，實務與學說始終存在的功能關聯性有著相同問題意識，只不過該怎麼判斷關聯性，不同學說考量不同的介面因子以作為中間聯繫因素。換言之，不論我國實務有關密切關連行為的各說，或是德國學說的功能關聯性理論，本質上並沒有太大差異性。

更具體來看，任何欠缺法令授權的公務員行為，要能被納入職務上行為之列，就必須與公務員既有公務活動有相當程度的關聯性，這種將法定公務活動有效擴張，從而可以涵納非法定行為的居間效果，接續構建其職務行為屬性的因素，即為本文所稱的「介面因子」，選擇不同的介面因子，也就使得職務密切關連行為的範圍有所不同，解決問題的真正關鍵，即是選擇合理的介面因子以判定職務密切關連行為。

舉例來說，任職於市政府交通局長的公務員甲，若收受建商乙的好處，而向建管處承辦人丙請託，希望能夠加快使用執照的發放時程。在這個案例中，甲向丙之請託行為，並非甲身為交通局長的具體或一般法定職務，甲是否成立受賄罪，取決於該請託行為能否



納入職務密切關連行為。若將判定的介面因子置於「職位」，那麼職位勢將衍生人際關係的擴展性影響力，行為人利用「職位」影響力而請託他人，甲「局長」高位的介面因子而得以請託乙，該請託即屬密切關連行為<sup>82</sup>；然若強調「事務領域」才能產生關聯性，則甲既有職務均在處理或監督交通的公務活動，其與「請託使用執照」無關，故請託行為無從連結甲既有的事務領域，非屬密切關連行為；若以採取「知識」作為關聯性的介面因子，則請託與甲擔任交通局長所獲悉的知識無關，亦非職務密切關連行為。

如能認可上文分析，那麼應該採取何種介面因子擴張解釋職務上行為？依本文之見，只有「事務領域」的見解較為適宜，具體理由有三點：

第一，職務上行為的判斷重心在於公務員有關公共事務的決定權限，公務員可得應用該權限，帶來他人獲利、損失或改變具體生活關係，現代公共事務設官分職，每位公務員能執行的活動有限，不可能一切事務都由單一公務員經手管理，因此只有限定在該公務員本其業務內容而可經辦、管理、監督的該當事務領域，才有必要透過刑法進行管制，要求公務員不得以該當事務領域的權責活動換取他人所提供的賄賂或好處，而公務員事務領域所可能連結的活動，有時難以完全以法令方式規範，刑法管制在此必須容許一定程度的個案判斷空間，不過，此種個案判斷空間並非毫無界限，筆者認為僅能以公務員原本職務範疇的事務領域為中心，並以該事務領域作為「介面因子」的擴張基準點，進而探論其可得連結的非法定活動。

之所以採取上述解釋，乃因事務領域的實質標準才是該公務員

<sup>82</sup> 主張此說者，參見陳子平，就許恆達教授「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見，檢察新論，17期，頁130，2015年1月。



所具有的權限所在，只有在相應權限所能承載的職務量能前提下，為達成原經辦事務目的進而衍生的非法定活動，才可符合保護法益本旨及立法文字框架，從而納入職務上行為的範圍。申言之，以事務領域為中心的擴張解釋操作，形式上不致逸脫「職務上行為」所規範的「職務」文字，因為這些都是為了實質公務權限及既有工作目的衍生的官署工作內容，也都是屬於公務員核心職責所在，不致抵觸立法者預先劃定的刑事管制法律界限，符合罪刑法定原則的誠命<sup>83</sup>。

另一方面，這種解釋也能在實質上將保護法益合理限定在至關「職務」的依法公正執行，立法者禁止公務員透過對價交易其權限所及的公務行為，理論上應以該公務員受到授權而得執行的公務權限為限，此因公務員在權限內執行公務，須本於法令規範，若因收受好處而以特定方式執行權限內公務，自即侵擾了公正公務執行的核心利益，相反來說，無關其公務權限的行為，縱或有期約或收受好處，也與職務公正性法益無關；至若公務員受賄而承諾實行的行為，若屬超出該公務權限的非法定活動，除非其與法定權限行為存在不可或缺的關係，而使得非法定活動成為踐履法定權限行為的必然前提或附帶行動，其與賄賂連結的對價期約，也才有侵擾公務執行公正性的可能性。在此脈絡下，自然僅限固有法定事務領域所衍生的非法定活動，才會受到賄賂罪構成要件所管制，本於達成公務活動不得沾染不當利得而公正性期待，從而至關公務公正執行的法益，非法定活動也就必須限定於本於事務領域屬性而擴張的態樣。

綜合上述分析，事務領域作為介面因子的解釋視角，同時能符合形式面的罪刑法定原則及實質面的法益保護原則，應可充分吻合

<sup>83</sup> 相近見解，參考吳耀宗，同註3，頁111-112。



賄賂犯罪的基礎犯罪結構<sup>84</sup>，筆者認為此項論點方具說服力；而在具體應用上，必須謹慎地觀察公務員因受賄從而承諾實行或已實行的非法定活動，與公務員原法定職務內容之間，是否具有實質關聯性，該非法定活動必須與法定職務客觀目的、效能、作用等事務領域因素，具有重大連結屬性，例如若未實行該非法定活動，就無從實現原有法定職務效果（表決時向其他議員「請託」支持特定意見），或者某項非法定活動是法定職務的事務領域必然附帶的周邊行動（辦理縣政府會議時，必須「向特定廠商租用」擴音設備），必須肯認以事務領域作為介面因子的擴張關係，才能認可非法定活動的職務上行為屬性<sup>85</sup>。

第二，倘若採取「職位」作為擴張解釋的介面因子，職務上行為勢將擴大至無關職務、只關乎職位，進而發揮公務員本於個人地位，而可能影響他人意志的請託活動，例如上例交通局長的請託行為，我們雖然不能否認，職務／職位本質上並不容易區別，局長的請託也利用職務併同的職位效果，從而產生對外人際關係的影響力，然而，這種影響力已經完全與交通局長執行的行政公務無關，而是一種因為局長地位所生的個人勢力，基於這種個人勢力而產生

<sup>84</sup> 本文見解大致上與學說所謂「影響力說」近似，不過筆者必須強調，「影響力說」不同於「實質影響力說」，後者是我國實務提出，其內容將職務至職位所生關聯性之行爲，一律納入職務上行爲，此種見解涵蓋過廣，實不足採；至於影響力說應解讀為透過公務員既有職務的「事務領域」，從而相關聯的活動均屬職務上行爲，其重點在於「關聯性」而非「影響力」，實應正名為「職務（事務領域）關聯性說」。

<sup>85</sup> 學說另有主張接受關連性，但應限制到「相同權限」（曾根威彥著，陳子平、李純如譯，政治活動與公務員犯罪，法學新論，36期，頁6-7，2012年6月），例如立法委員請託立法委員，但不包括立法委員請託行政機關人員，此項見解固有其作用，但限制過度嚴格，尤其考量立法委員還有質詢行政機關的權責，亦得本於質詢衍生進一步的建言權限。



人際關係的說服力道，推到極致，更將完全脫逸於交通本職事務領域範疇，無法吻合法條所稱的「職務」上行為，此外，也與公務活動禁止行受賄所要保護的職務活動之公正性利益（亦即：交通關聯事務之處理或執行的依法作成，而非依賄賂利益作成）無涉<sup>86</sup>。大法庭裁定接納以職位作為擴張解釋的介面因子，除了違反罪刑法定原則，更無視賄賂罪保護法益的要求，筆者反對從職位建構關聯性。

第三，至若將介面因子定在透過公務活動所獲取的知識，進而證成關聯性，這種關聯性並非公務活動本身，反而是原有職務活動中附帶產生的效果，以上例來看，局長工作見多識廣，也就附帶產生特定人際關係或特定處理手腕的邊際認知，該邊際認知雖然是公務活動衍生的周邊事項，卻從來不是公務活動的核心所繫，同樣不足以認定職務密切關連行為。

綜合上述分析，從罪刑法定原則來談，貪污條例現行規範是「職務上之行為」，從法律文字所能包括的範圍來看，可以肯定涵納典型的具體權限，也足可包括不具具體權限，但至少法令規範的一般權限類型，至若某項活動欠缺法令規範，只要該活動能夠與現有法令規範職務的「事務領域」，亦即公務活動的規劃、執行或管理有所關聯，事務性的連結特性還能勉強納入職務上行為的法律文字界限。然若改從職位或獲悉知識的角度建構上述關聯性，此時雖可大幅擴大解釋，但解釋後其實已經將「職務上之行為」超譯為「職位所生之影響力」或「職務獲悉知識之利用行為」，後面這兩類活動手法，已經逾越法條規範「職務」兩字所能容涵的文義空

---

<sup>86</sup> 相同批評，參見曾昭愷，「職務密切關連行為」與「運用身分地位之影響力」，月旦律評，14期，頁44-45，2023年5月；謝煜偉，同註11，頁157-159。



間，本質上屬於違反憲法及刑法的類推適用。至於從保護法益的思考架構來分析，也只有「職務」之「事務領域」所連結的附帶活動或相應之影響力運用<sup>87</sup>，可得認為是職務上行為<sup>88</sup>，基此，筆者認為職務上行為還包括：

### 3. 職務密切關連行為

以「公務員既有職務」為中心，進而擴張解釋，若某項活動與既有職務的「事務領域」具備關聯性，亦可納於職務上之行為。

最後要補充的是，雖然本文力主從界面因子的連結關係定性密切關連行為，但與大法庭見解不同之處，在於僅限於「事務領域」所連結的非法定活動，但不包括「職位」的擴張解釋；至於大法庭強調應一併觀察該非法定活動是否具有「公務活動性質」，就此筆者則有兩點看法：第一，所謂「形式上公務活動之性質」實為難以定性的法律概念，即便是大法庭裁定都未言明何謂形式上公務活動性質，判斷重點反而應該是能否實質地跟法定職務之事務領域相聯，符合此項連結要素時，公務關聯性就會油然而生，額外判斷的要求明顯欠缺合理性，而究竟何為公務性質，大法庭裁定也未提出明確標準，具體批評已如前文所指，在此不再贅述。

第二，在大法庭見解之前，我國實務曾有主張應一併考量「公務外觀」的看法，亦即從執行請託的時間、地點及場合決定是否為職務行為，僅當時間、地點、場合從第三人視角能判定具有公務外觀，才可認為是職務上行為。此項看法所著重的客觀形式雖判斷方

<sup>87</sup> 相近觀點，另見吳耀宗，實質影響力？，月旦法學教室，159期，頁28，2015年12月。

<sup>88</sup> 不過接近本文觀點的吳耀宗教授意見，似又主張「事實上的職位關聯性事務之行為」，其強調以「職位」為中心，但綜覽其說，似乎又較傾向從「事務領域」為中心而建立關聯性，就此參考吳耀宗，賄賂罪「職務行為」之研究，警察法學，14期，頁263-265，2015年7月。



便，但筆者仍認為公務外觀並非重點，即使有公務外觀，也不直接能認定為職務上行為，例如無關具體案件承辦權責的工友，利用承辦公務員不在現場時，假冒其名義批改公文，該工作批改公文行為雖然貌似有公務外觀，但實難認定為職務上行為<sup>89</sup>，又例如民意代表在公開會議中，於質詢臺上警察局官員，要求其協助某些廠商取得低價成本原料，此項業務根本與警察局權限無關，不可能理解為職務行為；相反地，縱或欠缺公務外觀，也不代表不涉及職務行為，舉例來說，民意代表深夜以個人手機，私下致電請託建設局官員核發官方補貼款給特定新創公司，該請託雖然欠缺公務外觀（私下致電），但本質上卻完全是該民意代表利用可得質詢、建言之便所提出的請託，理應判定為密切關連行為<sup>90</sup>。綜合以上考量，筆者不贊成透過公務外觀限縮職務上行為的範圍<sup>91</sup>。

## (二)民意代表之職務密切關連行為

論述及此，已經討論過職務上行為的概念，此項標準應可應用到三權分立下的各類公務員。不過接下來必須思考，究竟解釋民意代表的職務上行為時，有無特別之處。前文曾經提過，德國法注意到立法權本身與其他權力不同之處，其主要理由在於：立法權的核心工作是反映民意，透過代議民主政治形成政策，進而實現管制事務的相應立法，民意代表的職務重點不在「依法」執行，而在「創

<sup>89</sup> 此項事例參考謝煜偉，同註11，頁156。

<sup>90</sup> 對於公務外觀是否予以考量，筆者曾採肯定說，但考量現實情況需求，以及公務外觀本身的不確定性，就此見解應有所調整。原見解參考許恆達，同註4，頁93-96。

<sup>91</sup> 認為最高法院曾採公務外觀說，但亦傾向質疑的立場，參見黃士軒，同註21，頁301。



設規範與形成政策」，藉以實現具備民主正當性的立法<sup>92</sup>，而德國立法應用至口罩案的解釋時，也完全體現這個觀點，民意代表向行政機關請託其與私人間的合約關係，尚難直接認為是民意代表的執行職務行為；在筆者看來，雖然德國法條與我國規範結構不同，但核心理念則無二致，我們或許可以在思考民意代表請託行為的職務行為屬性時，一併考量德國法解釋法理。

析言之，在今日繁雜政府組織與公共事務管理結構的前提下，政府需要處理事項眾多，個別民意有時不易受到受視，透過民意代表來反映選民需求，自然不可避免；民意代表要讓行政機關重視其選民，實務運作有許多不同管道，民意代表可在議場中，針對法案的實質內容表態，藉以符合其所代表選民的訴求，也可能利用會議進行之便，與行政機關人員當面溝通，此外，民意代表還能透過私下管道請託，甚至以友人立場向熟識的行政機關官員提供建議，這些反映民意方法，有些較具有公權力屬性（議事中直接提供建議），有些則明顯偏向私人活動（以朋友兼議員的立場私下聯絡請託熟識的行政官員），有些則介於中間的灰色地帶（趁開會休息時間提出建議）。

由於法律並不限制反映民意的公／私途徑，使得民意代表職務行為與私人活動間難以清楚區分，然而，刑法只在乎民意代表不能「出於收受好處，而實行其立法權能之公權力」，不能僅因其純粹收受好處、純粹請託他人，甚或收受好處而請託他人，就一律認定為受賄罪。固然民意代表收受選民好處，而以私人管道協助反映民意，確實有違公務倫理（為民喉舌不能出於受賄誘因），不過，這種行為不是職務行為受賄罪的核心打擊目標，受賄罪既然是職務犯罪，自應聚焦於收賄而實行具有公權力意義的職務活動，然而民意

<sup>92</sup> 參考蕭文生，同註1，頁76-78。



代表的私人活動與職務行為又難以區別，任意擴張解釋不免處罰到無關公務利益的私人不道德行為。

為解決上述困擾，解釋上或可考慮參考德國舊法及現行刑法第331條的解釋途徑，同時也注意德國刑法第108e條的內蘊法理，清楚地區隔民意代表職務行為／私人活動之間的界限，才可避免把受賄賂而實行的民意代表的請託行為，單純基於「因受賄而作成」而一律理解為職務行為，如此將帶來極不合理的解釋後果，根本言之，受賄罪的對價關係與職務行為是兩個有關係但不相同屬性的要件，不能因為公務員某行為出於對價關係而作成，就把該行為定性為職務行為<sup>93</sup>。基此筆者認為，針對民意代表多樣且難以直接定性公／私屬性的反映民意及請託行為，解釋上必須抓緊「事務領域之關聯性」的標準，亦即，民意代表的職務密切關連行為，必須從其法定固有職權謹慎地延伸，並在法定固有職權所框限的事務領域視角下具體判斷。

以中央層級的立委請託行為來看，立委能實行的法定職務行為包括法案之提案、法案及預算案審議、質詢行政機關、表決等<sup>94</sup>，當立委針對特定民眾利益事務向行政機關請託，現行法制中並無請託行為屬於立委法定職務的規範，無法適用具體或一般權限行為，故其議題涉及職務密切關連行為；依本文之見，請託必須與民意代表的「既有法定職務行為」具備「事務領域」關聯性，判斷上必須先行確定有無法定職務足可作為關聯性的橋接管道，較有關的既有

<sup>93</sup> 學說上有認為：「不符合法定容許例外的金錢，議員一概不能收受[...]處罰議員收賄就是要避免良心和自由的代議被金錢左右和污染」（參見林鈺雄，同註27，頁106-107，2015年1月），然此項見解不無將受賄罪轉為「收受餽贈罪」，甚至把公務公正性的法益直接擴張理解為公務員的廉正道德期待，實有疑慮。

<sup>94</sup> 有關立法委員職權，參見蕭文生，同註1，頁86-89。



法定職務應該是「質詢權」。亦即，立委可以透過質詢而獲取行政機關的資訊，並在此項資訊的基礎上，接受立委批評及建議，消極面可以防止不符民意的政策推動，積極面可以促進施政效能而落實民主<sup>95</sup>，透過質詢權的行使，立委可以針對行政機關的各項政策、法案、措施、決定或施政方針進行監督，一方面可以取得資訊，另一方面也可以「批評現有政策，並提供更妥適之建議」，亦即，立委可質疑行政機關既有政策或決定，當然也可以提供行政機關更好的抽象政策或具體決策選項，當該決策選項涉及特定人利益時，也就產生類似請託的關係，在此視角下，「請託」雖然未有法律明文，但作為一種提供給行政機關參考的建議行為，其與「質詢」的法定既有職務，在立委監督政府、有效促進政府施政效能的立法事務領域上，應可認定有事務領域的關聯性。

然而我們必須注意，法律上並未限制立委質詢的內容，立法也可以針對諸多事項質詢政府官員，但嚴格來說，立委只能監督「行政機關」，透過質詢所能達成的監督效能，自然以行政權所能執行公權力作為界限，誠如學者所見，質詢權建立在民主政治與責任政治的前提，著重行政權向立法權負責的權力分立結構，立法委員可得質詢的權限範圍，自應以行政權所能負責領域為限，包括行政系統所能負責的人員執務，以及行政系統依法所從事的公務活動<sup>96</sup>，超出行政系統可得執行的權限，即非質詢標的，立委自無獲得相應資訊，進而提供建議的法律權限。不過要注意，行政權可能會以間接行政行為或私法行為的方式作用，只要存在這種行政權的作用可能性，也能納入立委可得質詢範圍<sup>97</sup>。

95 有關質詢權的定義與內容，參見蕭文生，同註2，頁22-25。

96 參見蕭文生，同註2，頁26。

97 蕭文生，同註2，頁27。



既然質詢標的限定在行政系統的公共事務<sup>98</sup>，立法系統的建議、請託權限，當然也限定於行政系統所能承載的職務範圍，超出受質詢的行政機關職務權限，立委建議、請託當然不再是立法權的公務活動範疇，反而該理解為，行為人利用立委身分及職位向其熟識之行政官員進行人情請託，這種逾越質詢權所得影響之行政機關權限的請託行為，本質上不再符合立委「職務」衍生「事務領域」的關聯性，毋寧是立委有「職位」才能近距離接近行政機關官員，才能針對非屬立法權限的事務請託，換言之，就此必須具體審視立委的請託事務內容，倘若屬於行政機關職務權限，則該請託可認為具有事務領域的關聯性，從而認定為立委的職務密切關連行為，相反地，如果請託內容已經超出請託對象的該管行政權限，則其請託其實是建立在職位關聯性上，即非屬與立委的職務密切關連行為。一言以蔽之，判斷民意代表請託行為是否屬於公務員之職務上行為時，必須具體地觀察其「請託對象」及「請託事務」，必須兩者均在該民意代表可得監督、質詢且給予建言的權限範圍之內，方屬該民意代表的職務上行為。

舉例來說，立委在非會議期間私下致電請託交通部長，要求在特定國道路段增設交流道以利其選區鄉親使用，立委本來就可以給予交通部長政策形成的建議權限，該對象可認為是質詢權限的延伸，而請託事務方面，國道路段的交流道增設權限，自屬於交通部所轄行政權範圍，故屬立委所得質詢事務的關聯事項，可認為是質詢權之法定固有權限在事務領域上的延伸，屬於立法的職務密切關

<sup>98</sup> 更深入以觀，因為司法權本身限定於依法裁判、依法作成的被動屬性，理論上沒有請託的可能性，更非立法委員可得質詢、監督的範圍，若立法委員收受賄賂而期約請託法官，該請託不可能屬於立法委員的職務上行為，而是利用其個人職位的影響力，並不在立法委員質詢權可得涵容的範圍內。



連行為；但若立委請託衛福部長，要求其運用醫事司的影響力，讓某A私人醫院進用特定B醫師，此種請託對象雖然是立委可得監督、質詢的中央部會首長，但請託事項純屬涉私人醫院聘用醫師的私法契約，應定性為純粹私人間的民事關係，不是行政權範圍，自然也不是立委透過質詢權可得監督所在，其請託即非與立委質詢權有事務領域關聯性的職務上行為。

又例如：某縣議會的議員，以寫有其議員職銜的信紙及信封致函熟識的財政部賦稅署長，請託署長未來課徵特定民眾國稅時，能適用較為有利該縣民財產權的核課方式。此項請託對象是財政部官員，已然超出地方議員可得監管的法定權限，而所請託之事項，也無關地方議員的質詢權限，故應認為該議員的請託行為屬於利用個人「職位」影響力的行為，本文主張職位影響力無關職務上行為，故縱使縣議員收受好處而請託，仍不成立受賄罪。

綜合以上分析，筆者認為民意代表就特定有利私人事項而請託行政機關的行為，確有可能屬於民意代表的職務密切關連行為，但須符合以下條件：該請託與立委既有法定職務，具有事務領域的關聯性，此項要件主要考量民意代表的質詢權屬性，而可得解釋為質詢權延伸的建議權限，具體判斷上，必須觀察請託對象及請託事務，受民意代表請託之人及事項，必須屬於該行政機關既有行政權責範圍之事務，並得受到民意代表的監督與質詢，從而民意代表得就其質詢內容提出「建議」，請託行為是一種具體化的建議，並可成為民意代表職務密切關連行為，但如請託事務超出民意代表可得監督、質詢的對象及權責範圍，即不能與質詢權建立事務領域的關聯性，也就不再屬職務密切關連行為<sup>99</sup>。

<sup>99</sup> 與本文論點不同，但結論近似，參見謝煜偉，同註11，頁160-161。尤應說明者，若立法委員借用立法院會議室，召開協調會，並請中央級行政機關官員



## 五、小結：具體案例適用

應用本文見解解釋最高法院在本號裁定中抽象化之事實內容，茲簡要分析如下：

(一)被告私下「介紹」中鋼公司總經理給甲廠商認識，該行為僅為人際社會關係，無涉職務上行爲；至於私下請託中鋼公司總經理，就此問題應先說明，被告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」，應認上述規定賦予被告對於中鋼總經理質詢權（獲取資訊／提供經營建議），而與質詢權相連結可以產生進一步的建議或請託權限，此為密切關連行為範圍<sup>100</sup>，但立委經營建議僅限於國營事業管理法第3條第3項授權，而得對政府有公股之中鋼公司營運事項，不及本案關鍵簽約對象的轉投資中聯公司，故應認其請託不符合事務領域的要求。

(二)被告以立委便箋致信予中鋼公司及中聯公司，請託中聯公司之合約。對中鋼公司而言，基於國營事業管理法第3條第3項所授權，雖具與質詢權可建立事務領域的職務關聯性，但因請託事項為中聯公司合約，並非中鋼公司有關官方持股的營運問題，不符事務領域的連結性質；至於致信中聯公司，中聯公司雖是中鋼公司之子

---

前來協調會以請託有利選民事項，該行為是否為職務上行爲的關鍵，並非是否在立法院召開的公務外觀問題，而是行政官員及所請託事項，是否為立法委員質詢、監督、建言權限所及範圍，若請託對象及請託事務均屬之，則可認定為職務上行爲（相同結論，參見謝煜偉，同註11，頁161）

<sup>100</sup> 值得特別說明的是，憲法第67條第2項規定：「各種委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢」，就此不能認為立委對「一切事務」均可質詢，而應認為：(1)得邀請之關係人員，應限於與立委可監督事項有關；(2)受邀請亦無絕對出席義務。就此不應本於該項規定而任意擴大立委權責範圍。



公司，但中鋼公司只持股35%，可認為中聯公司非屬政府持股而係民營公司，立委請託民營公司，顯然不是固有職務質詢權應用所及，毋寧只是以「職位」為由而運用影響力，此種影響力並非本文主張的本於固有法定職務的「事務領域」所生關聯，自非職務密切關連行為<sup>101</sup>。此外要補充，被告要求經濟部國會聯絡人拿取便箋，該行為並不具有法律意義，無須特別討論。而被告以「立法委員名義」出具便箋，此行為雖然有立法委員名義，但實際上並非法定職務活動的範圍，尤其考量立法委員可就官方事務或私人事務，均以其名義出具便箋，此項外觀雖然貌似提出立委名銜，但實際上較接近職位所帶來的影響力作用，綜上，立委以便箋致信中鋼公司及中聯公司，均非職務上行為。

(三)被告在立法院非質詢時間口頭請託經濟部長中聯公司之合約，經濟部長雖是被告質詢權所及之人，但只能就中鋼公司之政府所持股份有管理權，對於中聯公司則無法律意義的管理權限，故不具事務領域的關聯性，此項事實亦非職務密切關連行為。

(四)被告致電中聯公司與中鋼公司，要求給予第二次評選機會。對中鋼公司而言，雖具有職務關聯性，但因請託事項為中聯公司與他人的民事合約，並非中鋼公司有關官方持股的營運問題，不符事務領域限制，非屬職務上行為；對中聯公司而言，立委請託民營公司，只是以「職位」為由而運用影響力，此種影響力並非本文主張的「職務」之關聯性，自非職務密切關連行為。

---

<sup>101</sup> 基本見解近似，但主張兩家公司均為「實質的國營事業」，因此請託行為亦成立職務上行為的見解，參見吳耀宗，同註3，頁115-118。



## 肆、非主管監督事務圖利罪之疑義

### 一、不法內涵：違法之利益輸送

不同於刑法僅規範主管監督事務圖利罪，依貪污條例第6條另規定兩類圖利罪，包括第6條第1項第4款的主管監督事務圖利罪：「對於主管或監督之事務，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，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者」，以及同條同項第5款的非主管監督事務圖利罪：「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。」以上兩種不同類型圖利罪的法定刑相同，最終的利得後果也完全一樣（被圖利者須「因而獲得利益」），但圖利的方法則有明顯差異。

主管監督事務圖利罪的行為人必須有主管或監督權限，對於該事務本來就有公務的決定權、監督地位或執行可能性，行為人主觀明知且客觀上違反法令規範，最後將不法利益輸送給不應獲利的自己或他人<sup>102</sup>，依筆者個人所見，本罪不法非難的實質核心在於「行為人有職務權限，故意違法執行職務，因而導致財產利益的不當輸送」，雖然個案解釋上仍有若干疑義，其不法內涵重點在於違法行為創造不法利益輸送效果<sup>103</sup>。

<sup>102</sup> 重要討論，參見李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，91期，頁165-175，2002年12月。

<sup>103</sup> 具體分析，參考許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，國立臺灣大學法學論叢，43卷3期，頁745-759，2014年9月；施俊堯，公務員圖



相對於主管監督事務圖利罪，非主管監督事務圖利罪的行為人欠缺特定公務活動的處理權限，本身無法「直接」違法執行公務而啟動不法利益輸送流程，立法者特別設計兩種足可「間接」實現輸送利益的啟動手法，此即法條規範的「利用職權機會」與「利用身分」，雖然學說見解略有不同，但大致可以認為：「利用職權機會」指具公務員身分的行為人因為某些場合的便利，能夠出入公務場所或接近執行職務處所，行為人利用上述便利而介入原無權經辦事務，進而產生「表見主管監督權限」，並利用這種表見權限實現不法利益輸送後果，具體案例包括抽換掉包物品、挾帶物品、濫發文件、刺探秘密、濫用保管物品機會或擅接無權主管工作<sup>104</sup>。

相對於此，利用身分則著重於行為人本於公務系統的制衡關係（例如民意代表對行政官員的監督屬性），或是公務系統的上下級關係（例如同官署的上級與下級公務員），利用這種身分特性，以請託或關說方法形成對他人的無形心理影響力，進而使該主管、監督的行政官員或下級公務員，基於心理影響而同意實行請託內容，從而啟動不法利益輸送<sup>105</sup>，雖然行為人並非親自實行不法利益輸送行為，但整個流程的源頭，正是行為人透過心理機制影響他人，因此追本溯源而處罰啟動心理影響力的行為人。

從以上分析可以發現，不論主管監督事務圖利罪或非主管監督事務圖利罪，行為人完成法定犯行（(一)有權限者直接違法執行公務／(二)無權限者利用機會而創造表見權限／(三)無權限者請託他人）

---

利罪實務見解，研習論壇月刊，99期，頁46-47，2009年3月。

<sup>104</sup> 謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議——論貪污治罪條例第六條第一項第五款，政大法學評論，142期，頁258-259，2015年9月；黃士軒，初探公務員非主管監督事務圖利罪中的「利用職權機會或身分」圖利行為，檢察新論，19期，頁126-130，2016年1月。

<sup>105</sup> 謝煜偉，同前註，頁264-266；黃士軒，同前註，頁134-136。



之後，都必須啟動不法利益輸送關係，圖利罪才能成立，兩罪極為類似之處即是：具有公務員身分的行為人，不論就其個人職務違法執行，或是利用機會而創造表見權限，甚至經由主管監督事務的他人，都要產製不法非難核心的利益輸送關係。

不過，上述三種情事在行為能否違法，則略有不同：(一)有主管監督權限的公務員，因具備事務的主管監督權限，確實可以直接啟動不法利益輸送流程而圖利他人，這是最典型的成罪手法。至於(二)類型，其指公務員欠缺權限，卻利用公務場所或處理事務的近鄰關係，創造出「表見權限」，例如利用有形物理條件（例如行為人可進出公務場所）的盜用，冒充自己有相應的公務主管或監督權限，假冒有權限違法執行公務而不法圖利他人，又例如行為人利用接近物品機會，冒充自己是有權限公務員，而掉包物品，又例如欠缺權限的行為人，利用工作之便，以貌似有權者的方法挾帶違禁物品，無論如何，表見權限會使得行為人貌似存在相關主管或監督權，繼而才有辦法實現不法利益輸送<sup>106</sup>。

比較不易解釋者是(三)類型，當行為人利用身分關係請託他人時，欠缺主管監督權限的公務員當然無法直接作成職務行為，解釋上只能請託有權限之人，換言之整個流程可分為前後階段，前階段是行為人請託有權限之公務員，而後階段則是受請託的有權限公務員執行相應職務行為，從而真正啟動不法利益輸送流程。如能接受以上兩階段流程的分析架構，那麼究竟「違法」是指哪一個階段即生疑義<sup>107</sup>。

以本文討論的抽象化問題來看，行為人是立法委員，請託經濟部長或中鋼公司主管，要求中鋼公司的子公司中聯公司向特定廠商

<sup>106</sup> 相近觀點，參見謝煜偉，同註104，頁259；黃士軒，同註104，頁130。

<sup>107</sup> 具體案例之分析，參考黃士軒，同註104，頁131-136。



採購，行為人具有公務員身分，也確實請託能實質影響中聯公司的經濟部及中鋼公司人員，使得中聯公司依行為人期待向特定廠商採購，若行為人要成立非主管監督事務圖利罪，自須認定其違法，但違法究竟指的是(一)立委「請託行為」本身違法？還是(二)「經濟部長」接續實行受請託行為亦須違法，而立委因請託創造該違法後果？這個問題將於下一段接續討論。

## 二、利用身分關係不法圖利的評判依據

針對利用身分關係圖利的不法判斷，究竟應繫於前、後階段，筆者認為或可思考幾個不同層次。第一，就前階段而言，請託行為本身是否違法，在刑法本文並無明確表態，非主管監督事務圖利罪的構成要件中，其實沒有寫明是否禁止利用身分關係的請託行為，此外，請託行為涉及請求有權限公務員協助，並期待該公務員實行相應的關說內容，法條也沒交待，究竟立法者是否要求只有「請託他人實行違法事項」才納入處罰，亦或「請託他人實行合法事項」也要處罰。

第二，礙於立法者無法詳細規範請託行為內涵，而且本罪所要處罰的行為人又欠缺真正的公務權限，欠缺創造表見權限而貌似有主管、監督的授權，在此前提下，真正能啟動整個利益輸送流程的源頭，實際上端賴後階段具有主管或監督權限的公務員，如可接受此項論點，這表示「請託行為」本身根本無從建構本罪非難，還需要後階段受請託者已經實行違法公務活動，才能實現不法利益輸送，請託之無權限公務員的不法內涵，事實上建構於受請託之有權限公務員的不法執行，以及基於該不法執行從而衍生的他人獲利流程；不過必須注意的是，受請託的公務員，縱然在客觀上必須實行不法職務行為，但這不代表該受請託的公務員必然成立犯罪，倘若其明知違法卻故意為違背職務義務的行為，依我國現行實務作法，



可成立主管監督事務圖利罪，不過，若其不確定是否違法，主觀上欠缺故意，或是雖然有疑慮，但未達圖利罪所要求的「明知違法」要素，僅在客觀上啟動了不法輸送流程，這些事例都會排除受請託者的圖利罪刑責<sup>108</sup>。換言之，非主管監督事務圖利罪真正的非難重心，在於請託公務員動用身分關係的影響力，「促成」他人客觀上實行不法職務行為，並以之實現不法利益輸送。

我們或許可從一則實務案例來觀察：行為人甲擔任鎮民代表，為了讓廢土業者丙獲利，甲向擔任清潔隊長的乙請託，乙接受請託後，遂違法發給丙棄土同意函，丙未真正至廢土場傾倒廢土，而是任意傾倒，但透過丙發給的同意函取得填埋完成證明。法院最後認為，有權限而受請託的乙違法執行職務，故成立「主管監督事務圖利罪」，而實行請託但無權限的甲，則成立「非主管監督事務圖利罪」<sup>109</sup>。從這則案例可以發現，當甲公務員要利用身分而成立非主管監督事務圖利罪時，他必須要請託具有權限的乙公務員，而乙公務員也就必須違法執行公務，才有辦法啟動不法利益輸送，最終論罪上，往往出現被請託的乙公務員成立「主管監督事務圖利罪」，而請託的甲公務員，則成立「非主管監督事務圖利罪」<sup>110</sup>。

第三，在此意義下，筆者認為本罪利用身分型的手法，應該理解為一種特殊的教唆行為，本罪正是這種「特殊教唆行為」的正犯化，而因被獨立正犯化，因此論罪上可以獨立進行，被教唆者不一定要成立犯罪。依本文之見，非主管監督事務圖利罪特殊性在於：

(→)行為人（請託者）與被請託者，同樣具有公務員資格，但雙方

<sup>108</sup> 就此參見謝煜偉，同註104，頁265。

<sup>109</sup> 本案終審判決參見最高法院95年度臺上字第6561號刑事判決。相關論罪另見事實審最後判決，即臺灣高等法院92年度上更(二)字第541號刑事判決。

<sup>110</sup> 注意到此點的討論，參見謝煜偉，同註104，頁264-265。



又另具監督關係或隸屬關係，行為人並利用此種關係，產生心理拘束效果。

(二)被請託者在心理拘束下，在客觀上違法執行公務，從而使得請託者透過該被請託者，啟動並進一步實現了不法利益輸送流程。

(三)請託者客觀上必須利用身分關係而請託他人，而在請託時，行為人主觀上必須知悉自己的請託行為、請託事項之具體內涵，還必須「明知」該請託事項違法<sup>111</sup>。

(四)雖然被請託者啟動該流程，其可能因明知違法而成立主管監督事務圖利罪，但也可能「非明知違法」而不成立上述罪名。但無論如何，被請託者是在知情狀況下（再次強調：不必然明知！），受到心理拘束的請託<sup>112</sup>，而實行客觀上的不法利益輸送。

如可接受上述看法，這表示請託者正是利用了雙方身分關係所生的心理拘束性特點，以一種附具心理拘束、雖可抗拒但不易抗拒的方式，教唆被請託者違法執行職務，從而實現不法利益輸送<sup>113</sup>。

第四，既然非主管監督事務圖利罪是一種特殊教唆行為的正犯化，其不法性建構／依附在受到請託而至少在客觀上實行違法職務的公務員，本罪構成要件所稱的「違法」，自然不是取決於「請託者」違背了何種法令規範，而是「被請託者」因心理拘束而客觀上「違法執行職務」，從而啟動不法輸送利益的流程。判定個案有無

<sup>111</sup> 此部分之解釋可參考教唆犯之各項解釋議題，僅參見許澤天，刑法總則，6章邊碼118-134，2023年5月，4版。

<sup>112</sup> 至於這種「心理拘束」效果的強度，限於篇幅筆者無法再多加申述，初步只能強調，其要求未達間接正犯之強制支配程度，但亦須受到一定程度的自由決定干擾。就此可參考吳耀宗，同註87，頁28-29；謝煜偉，同註104，頁264-265。

<sup>113</sup> 倘若被請託者非出於故意，這表示欠缺權限的請託者支配且利用了有權限而不知情的公務員，此種情況已經接近「表見權限」的類型，論罪上應該考慮適用「利用職權機會」。不同意見，參見謝煜偉，同註104，頁265，註60。



違背法令，不是觀察請託者是否違反公務員倫理相關規範，而是具體地確認受請託的公務員，究竟客觀上有無實現違背法令的不法利益輸送流程，換言之，作為判定基礎的「法令」內容，自應連結「被請託者」所執行的公務活動，是否因違法而啟動利益輸送流程<sup>114</sup>。

更精確地說，違法與否的審究重點，並非「請託行為」，因為行為人欠缺主管或監督權限，其請託行為無法直接帶來不法利益輸送效果，其可能的違法行為均無從直接啟動輸送流程，即使違反公務員的倫理誡命，至多只是公務員職務倫理的問題而已，請託者既然欠缺該事務的決定及監督權限，現實上也就不能證成非主管監督事務圖利罪的不法內涵。從本文見解來看，非主管監督事務圖利罪是一種特別態樣的教唆犯，透過獨立條文立法將該特殊教唆犯設計成正犯，其不法性亦非請託行為本身，而是請託行為所關聯的事務內容是否違背法令，所謂「明知違法」，指的正是「請託者（犯罪人）」主觀上明知：被請託者因實行受請託之違法行為，進而不法利益輸送。」應納入審查對象，應該是「被請託者」的行為，審查的法令範圍，也應該考量有無啟動不法利益輸送的可能性<sup>115</sup>。

### 三、大法庭裁定的疑點

論述及此，我們再回來檢討大法庭裁定。前文已經提過，裁定清楚意識到利用身分關係的類型極難認定「違法」，大法庭遂自始揭明，非主管監督事務圖利罪所違之「法令」的範圍，比主管監督事務圖利罪更廣，大法庭再考察立法過程沿革，認為立法者當初就採取上述觀點，且無更強的反對論證，大法庭因而採取立法者原先的解釋立場，最後得出其法令範圍包括「所有公務員所應遵守之基

<sup>114</sup> 相同觀點，謝煜偉，同註104，頁263-264；曾昭愷，同註86，頁47-48。

<sup>115</sup> 謝煜偉，同註104，頁263-264。



本規範」；而利衝法第12條禁止公務員假借職務上權力、機會或方法圖他人利益，大法庭更認為該條可推導出公務員面對利益衝突的「迴避義務」，尤其考量違反該條規定時另有行政法的制裁，故屬義務性道德，故違反利衝法第12條的「請託行為」，可認定為違背法律。依此見解，立委請託公務員，以圖特定廠商之利的行為，自屬非主管監督圖利罪所謂的「違法」圖利。對於大法庭裁定，筆者則有不同意見。以下分點說明：

第一，公務活動的特點在於有權限始能作成關鍵性決定，該決定因為足以產生公權力作用而可得左右人民利益變動，只有濫用公務權限而啟動不法利益輸送，才有刑法介入的必要性與正當性。在此脈絡下，欠缺權限的公務員，根本不可能在公務系統啟動不法利益輸送，其請託行為縱然有違公務員職務倫理，但至多也只是行政不法層次，要達到刑事不法的可非難程度，仍有相當距離，既然圖利罪在乎不法利益輸送，真正關鍵就必須以「有權限之受請託者執行違法公務」為前提，只有在這種條件下，才真正致使公務活動所連結的依法執行利益受到侵擾，刑法才有介入空間。

基此，大法庭裁定將違法與否的審視重點置於「請託行為」而非「受請託者之職務行為」，並以利衝法第12條的職務倫理違反性作為判斷重心，至於受請託者是否違法，大法庭則未置一辭。在本文看來裁定見解明顯畫錯重點，會讓利益發生不法變動的關鍵原因，絕非請託行為本身，而是有權限公務員接續的違法行為，甚而，裁定對於究竟該有權限公務員合法執行職務時，是否請託行為人也成立犯罪亦未表態，但從其強調請託行為本身違法來看，似乎不排除請託他人實行合法行為亦成立犯罪，如果連請託他人實行合法行為都會成立犯罪，那麼幾乎所有針對行政機關政策決定的遊說活動，都有可能納入犯罪之列，這將造成刑責範圍的不當擴大。

第二，請託行為未直接受到刑法禁止，本身可說是公務員職業



倫理的道德期待問題，依裁定所見，似乎只要行為人違反倫理期待後，造成任何經濟利益的變動，都可稱之為違法圖利流程，依此觀點，幾乎把「違反公務員倫理期待」等同「違法刑法義務」，這種論調恐怕完全忽視刑法以保護法益，而非處罰悖德行為的基本命題。

具體證據更可從裁定文字中找到，大法庭認為利衝法第12條用以「促進廉能政治、端正政治風氣」，若違反該規定時，因有公法之制裁，所以該條涉及「『義務性道德』，而非屬『期待性道德』」，而這種職務倫理關涉「職務行為廉潔性」，更「與非主管或監督圖利罪規定同係就公務員透過濫權行為創造之不法利益輸送之圖利行為予以規範處罰，以確保職務執行之公正、廉潔性，二者不論規範目的、保護法益及對公務員廉潔性之要求均具相當之同質性」，從這段大法庭見解的引文中，裁定已經直接把公務員廉潔性直接理解為保護重點，當公務員因「涉入利益衝突」而「不廉潔」時，不廉潔行為所生的財產變動，將一律理解為不法利益輸送<sup>116</sup>，這種觀點顯然把公務員職務倫理無限上綱，完全忽視公務員犯罪用以保護職務行為之依法執行；一個無職務權限的公務員，僅因其涉入利益糾紛，有違「廉潔」道德期待，因此衍生的利益變動即屬構成犯罪，這種觀點明顯無視道德／法益的理論界限，也明顯將職務法益內涵解讀成破壞公務員的廉潔倫理<sup>117</sup>。

第三，判定圖利罪有無違法時，通常不會依據圖利罪本身規定

<sup>116</sup> 實務稍早之討論，參見吳慎志，公務員圖利罪認定問題探討，刑事法雜誌，53卷4期，頁71-74，2009年8月。

<sup>117</sup> 若依大法庭見解，民意代表違反利衝法第12條而請託行政機關提早發給建物使用執照，使得建商可以提早銷售建案因而獲利。該違反利衝法的行為違反義務性道德，即使行政機關並未違法發給執照，只是「提早」，建商所獲之利亦屬不法。這種論理顯然模糊了法律與道德的界限。



作為依據，而是採用圖利罪構成要件以外的其他法令作為判斷準則，例如行為人違反「政府採購法」，才能認定圖利罪的利益輸送違法。然而利衝法第12條文字「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」，不僅與非主管監督事務圖利罪的利用身分關係型概念近似，其規範內涵其實與「利用身分關係」文字大同小異，換句話說，行為人只要利用身分關係就等同「違法」，大法庭無異透過解釋方法，將原本兩個應該獨立判斷的要件（是否利用身分關係／是否違反其他法令）消融成單一要素，只要利用身分關係就等同違反法令<sup>118</sup>，原本應分就不同事實切割判斷的兩項構成要件要素，根本成為單一要素，此時恐怕牴觸解釋刑法構成要件要素時，不得消融複數要素應獨立規範判斷機能的「磨除界限禁止原則」（*Verschleifungsverbot*）<sup>119</sup>。

或許有反對上述批評認為，利衝法第12條必須先行確認有利益衝突關係，亦即應參考同法第5條規定：「本法所稱利益衝突，指公職人員執行職務時，得因其作為或不作為，直接或間接使本人或其關係人獲取利益者」，如果行為人與獲利者之間並無利益關聯性，則只能說是純粹的合法請託，尚難謂成立圖利罪。直觀來看，這種回應似乎有一定道理，但真正關鍵在於：究竟該怎麼認定「利

<sup>118</sup> 相近批評另見謝煜偉，同註11，頁162。

<sup>119</sup> 此項見解是德國聯邦憲法法院提出，用以審查背信罪之解釋，其具體內容則是：立法者創設刑法規範時，在法條中填入諸多構成要件要素，這些個別要素有其獨立且相互有間的限制犯罪功能，刑事法院解釋個別構成要件要素時，不可以擴張解釋要素，從而使得該要素內涵近同或消融於其他要素，從而使該要素不再具有實質的判斷意義，此項明確性原則推導的衍生功能，可稱為解釋構成要件要素時的「磨除界限禁止原則」。深入討論，參見薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，國立臺灣大學法學論叢，44卷2期，頁607-613，2015年6月；*Saliger*, ZIS 2011, S. 903ff.; BVerfG HRRS 2010 Nr. 656, Rn. 78.



益衝突」？申言之，利衝法第4條對於利益，又規範包括財產上與非財產上利益，而後者又涵納「有利晉陞」的效果，那麼在下列案例中：甲是交通局科長，知道交通局長乙的兒子丙正在尋求教育局司機之職務，甲一方面認為丙個性適合任職，另一方面又認為協助丙有助於自己未來受乙之賞識而晉陞，因此向教育局主管丁請託，請丁務必要任用符合資格之丙，丁因此同意而聘用丙。在這個案例中，甲不僅為了舉才，又同時為了間接讓自己獲得乙的賞識或回報，而向丁請託特定人丙，丁因此作成合法、但同時攙入特別考量的聘用丙之行為，那麼甲是否成立本罪？若依上述解讀，甲的確有利益衝突（為了自己陞遷利益而請託，同時違法利衝法第5條及第12條），丙也因此取得職位可以享有薪俸，似乎可以成立本罪。然而這種為了自己陞遷而請託的行為，究竟有沒有「利益衝突」，根本完全是甲內心期待的倫理問題，以之作為成罪或不成罪，正是坐實筆者先前「公務倫理刑法化」的批評，不僅判斷上極度困難，更是把廉潔、自持的道德訴求無限上綱。

#### 四、小 結

透過以上分析，筆者認為有關利用身分關係型非主管監督事務圖利罪的大法庭見解，完全誤會該罪的實質不法內涵。在本文看來，因為其保護法益以職務行為的合法執行為重點，而職務行為的侵擾必須以有權限公務員為前提，無權限的公務員縱或透過身分關係而執行請託，自然仍須借助有權限公務員的介入，在此理解下，筆者認為所謂「違法」，當然專指該有權限公務員的違法行為，該職務上違法行為也才可以啟動不法利益輸送的流程。換言之，本罪不法內涵應理解為透過身分關係而「教唆」（請託）他人違法利益輸送的正犯化，違法與否自然應從受請託的有權限公務員行為予以判斷，而不是行為人的請託行為。



基此，大法庭見解專從請託行為判斷有無「違法」，也就誤解了不法內涵的重點，而因請託行為本身並不直接違法，若以利衝法第12條決定其違法與否，不僅把處罰重心從職務的合法執行屬性，降低成公務員的清廉道德訴求，更是造成個案極難處理的疑義，筆者認為此項見解顯失合理；正確理解應該將「違法」與否繫於受請託的公務員事務，僅當請託事務本身違反，而且足可衍生不法利益輸送後果，現實上也如預期發生，致令私人獲取不法利益時，才能成立本罪。

## 伍、結 論

以上簡要分析大法庭針對貪污條例兩大重要議題的看法，筆者認為本則裁定存在重大疑慮。以下分點總結本文的研究成果：

一、在職務上行為的解釋層面，裁定雖然正確將問題意識定性到「職務密切關連行為」，然而對於此種擴張解釋所賴基的法益基礎（保護受請託者之職務公正性），或是解釋結果（職務或身分地位之影響力），均不合理，此項解釋結論「身分關係之影響力」可能已經超出法律文字「職務上行為」可能的承載範疇，該結論也因類推適用而牴觸罪刑法定原則。

二、就上述議題，本文認為重點應該置於連結非法定活動的介面因子，此項因子應限定為公務員原有職務的事務領域，為實現事務領域活動所必須實行的前提行為或伴隨活動，方屬符合罪刑法定原則及法益解釋方向的職務上行為。具體應用上，民意代表之請託行為，必須觀察其請託對象及請託內容，兩者均應符合民意代表可得監督、質詢、建言的職務範圍，方屬職務行為所及，否則在現行法脈絡下，只能理解為純粹以身分關係提供之私人建議，其非屬職



務行為賄賂罪的處罰對象<sup>120</sup>。

三、至於非主管監督事務圖利罪所違反之法令，其議題其實涉及判斷違法的行為態樣，由於大法庭主張應從「請託行為」來觀察，導致所違之法必須擴張至純粹職務倫理的利益衝突行為，但筆者認為此項觀點同樣誤會該罪的不法內涵，更將保護職務合法執行的法益內涵轉化成公務員廉潔的道德期待。依本則裁定見解，法條適用之後的處罰範圍，已然擴張到純粹違反公務員廉潔倫理的悖德行為，這種解釋不當擴張處罰範圍，將屬於行政倫理層次的不法事由提至刑事不法，本質上牴觸構成要件解釋時應恪遵的法益保護原則。

四、而依本文所見，上述違法與否，實應取決於受請託事務之內涵，僅當請託事項違法，且請託之公務員明知，並已經因此發生不法利益輸送後果時，才會成立非主管監督事務圖利罪。換言之，其違法與否繫於受請託者的受託內容。

<sup>120</sup> 至於此類賄賂過程是否要另立新法處罰，則屬另一個問題，參見許恒達，公務員斡旋賄賂暨影響力交易罪立法芻議，政大法學評論，150期，頁171-190，2017年9月；王玉全，影響力交易或運（濫）用影響力？——淺析刑法修正草案第134條之1，法學叢刊，253期，頁14-23，2019年1月；黃士軒，關於公務員不正行使影響力行為之我國刑事規制現況的檢驗——今後立法論的準備作業，刑事政策與犯罪防治研究專刊，24期，頁97-108，2020年4月。



## 參考文獻

### 一、中文

1. 王玉全，影響力交易或運（濫）用影響力？——淺析刑法修正草案第134條之1，法學叢刊，253期，頁1-27，2019年1月。
2. 吳天雲，賄賂罪與國會議員的職務權限——日本最高裁判所平成20年3月27日，法學叢刊，243期，頁73-98，2016年7月。
3. 吳慎志，公務員圖利罪認定問題探討，刑事法雜誌，53卷4期，頁55-80，2009年8月。
4. 吳燦，公務員賄賂罪之職務上行為，檢察新論，17期，頁108-119，2015年1月。
5. 吳耀宗，立法委員替代人「喬」契約而收錢，該當何罪——評臺北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決（林○世貪污案），裁判時報，25期，頁94-119，2014年2月。
6. 吳耀宗，賄賂罪「職務行為」之研究，警察法學，14期，頁237-274，2015年7月。
7. 吳耀宗，實質影響力？，月旦法學教室，159期，頁27-29，2015年12月。
8. 李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，91期，頁160-176，2002年12月。
9. 李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，223期，頁17-63，2011年7月。
10. 周慶東，貪瀆罪中的職務行為意義——德國刑法上的觀點，法學叢刊，223期，頁1-14，2011年7月。
11. 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，17期，頁98-107，2015年1月。
12. 林鈺雄，公務員職務賄賂罪之立法芻議，法學叢刊，254期，頁1-18，2019年4月。
13. 施俊堯，公務員圖利罪實務見解，研習論壇月刊，99期，頁33-53，2009年3月。



14. 柯耀程，「職務」概念的解釋與限制，法學叢刊，222期，頁1-32，2011年4月。
15. 許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，國立臺灣大學法學論叢，43卷3期，頁719-764，2014年9月。
16. 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，頁68-97，2015年1月。
17. 許恒達，公務員斡旋賄賂暨影響力交易罪立法芻議，政大法學評論，150期，頁113-197，2017年9月。
18. 許澤天，刑法總則，4版，2023年5月。
19. 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，頁120-130，2015年1月。
20. 曾昭愷，「職務密切關連行為」與「運用身分地位之影響力」，月旦律評，14期，頁43-50，2023年5月。
21. 曾根威彥著，陳子平、李純如譯，政治活動與公務員犯罪，法學新論，36期，頁1-12，2012年6月。
22. 曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，151期，頁233-239，2007年12月。
23. 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，48期，頁53-119，2015年7月。
24. 黃士軒，初探公務員非主管監督事務圖利罪中的「利用職權機會或身分」圖利行為，檢察新論，19期，頁117-146，2016年1月。
25. 黃士軒，關於公務員不正行使影響力行為之我國刑事規制現況的檢驗——今後立法論的準備作業，刑事政策與犯罪防治研究專刊，24期，頁45-114，2020年4月。
26. 黃士軒，公務員賄賂罪與非主管監督事務圖利罪之界線——評最高法院106年度台上字第1337號刑事判決，檢察新論，27期，頁283-303，2020年4月。
27. 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，223期，頁65-106，2011年7月。
28. 蕭文生，立法機關（上），月旦法學教室，21期，頁76-89，2004年7月。
29. 蕭文生，立法委員之質詢權與行政院之答復義務，月旦法學雜誌，244期，



頁21-31，2015年9月。

30. 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，24卷1期，頁87-119，2013年4月。
31. 薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，國立臺灣大學法學論叢，44卷2期，頁599-664，2015年6月。
32. 謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議——論貪污治罪條例第六條第一項第五款，政大法學評論，142期，頁227-279，2015年9月。
33. 謝煜偉，定分止爭抑或治絲益禁？——評最高法院110年度台上大字第5217號刑事大法庭裁定暨其本案判決，台灣法律人，25期，頁143-164，2023年7月。

## 二、外 文

1. *Ebert, Udo*, Verletzung der amtlichen Schweigepflicht als Bezugshandlung der Bestechungstatbestände? Zur Auslegung des Begriffs »Diensthandlung« in den §§ 331ff. n.F. StGB, GA 1979, S. 361-390.
2. *Eckhardt, Moritz*, Novellierung der Abgeordnetenbestechung, 2016.
3. *Erb, Völker/Schäfer, Jürgen*, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2022 (zitiert MüKoStGB/Bearbeiter).
4. *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch, 69. Aufl., 2022 (zitiert StGB).
5. *Heinrich, Bernd*, Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Amtsträgern und Mandatsträgern bei der Gestaltung der strafrechtlichen Korruptionstatbestände, ZIS 2016, S. 382-395.
6. *Hoven, Elisa*, Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht – Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, NSTZ 2015, S. 553-560.
7. *Jäckle, Wolfgang*, Abgeordnetenkorruption und Strafbarkeit – Eine unendliche Geschichte, ZRP 2012, S. 97-100.
8. *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich*, NomosKommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017 (zitiert NK-StGB/Bearbeiter).



9. *Kubiciel, Michael/Hoven, Elisa*, Das Verbot der Mandatsträgerbestechung – Strafgrund und Umfang des neuen § 108e StGB, NK 2014, S. 339-358.
10. *Kuhlen, Lothar*, Beim Tatbestand der Abgeordnetenbestechung erfasst das Merkmal „bei der Wahrnehmung seines Mandates“ nur die Mandatstätigkeit als solche, JR 2022, S. 648-664.
11. *Mayer, Fabian*, Abgeordnetenbestechung ( § 108 a.F. StGB) eine Vorschrift auf dem Prüfstand, 2014.
12. *Rudolphi, Hans-Joachim* u. a. (Hg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., 2016 (zitiert: SK-StGB/Bearbeiter).
13. *Saliger, Frank*, Auswirkungen des Untreue-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik, ZIS 2011, S. 902-918.
14. *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, 15. Aufl., 1970 (zitiert StGB).
15. *Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Heine, Günter/Eisele, Jörg*, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019 (zitiert *Schönke/Schröder/Heine/Eisele/Bearbeiter*, StGB).
16. *Wentzell, Stefanie*, Zur Tatbestandsproblematik der §§ 331, 332 StGB, 2004.
17. *Willems, Heiko*, Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung und ihre Auswirkungen auf die Praxis, CCZ 2015, S. 29-32.
18. *Wolf, Sebastian*, Regulierungsproblem Abgeordnetenbestechung: eine Analyse neuerer Entwicklungen, CCZ 2013, S. 99-103.



# **Solicitation Behavior and Corruption Crimes: A Review on Grand Chamber's Ruling No. 5217 of 2021 of Taiwan's Supreme Court**

Heng-Da Hsu<sup>\*</sup>

## **Abstract**

This article examines whether it constitutes a criminal offense when elected representatives accept improper benefits and lobby government agencies or key members of public entities with substantial decision-making power in favor of specific private individuals. Recently, Taiwan's Supreme Court issued a landmark ruling on a bribery case involving a prominent legislator. This article focuses on the Supreme Court's decision and discusses two primary issues: bribery of public officials in the course of their duties and the offense of benefiting from non-supervisory administrative affairs.

The central issue in the first charge revolves around how the actions of elected representatives should be classified within the scope of their official duties. The Supreme Court has taken a more lenient

---

<sup>\*</sup> Professor, College of Law, National Taiwan University; Dr. iur. Goethe-Universität Frankfurt am Main, Germany.

Received: August 31, 2023; accepted: December 15, 2023



stance, asserting that if elected representatives use the influence of their position to solicit others, and if the action has a public nature, it can be considered part of their official duties. However, this article argues that such an interpretation overly broadens the concept of “influence of their position” and lacks clarity regarding what constitutes a “public nature.” This not only creates difficulties in interpretation but also raises concerns about violating the principle of legality in criminal law. Therefore, the article suggests that the focus should be on the inherent duties of elected representatives, specifically examining whether the solicitation pertains to matters within the realm of their authority related to questioning, oversight, and advisory functions.

The second charge primarily concerns determining the standard of “illegality” when individuals use their relationships to benefit from non-supervisory administrative affairs. The Supreme Court has extended this standard to include the administrative ethics regulations governing public servants. However, this article argues that this interpretation confuses the boundaries between legal requirements and administrative ethics. A more reasonable approach would involve assessing whether the solicited activity itself is illegal.

**Keywords:** Official Act, Bribery, Illegal Enrichment by Official's Status, Behaviors Closely Relevant to Duty, Elected Representatives