

刑事大法庭陳述意見狀(二)

案 號 110 年度台上大字第 5217 號

股 別 詠股

案 由 貪污治罪條例

被 告 林益世 詳卷

選任辯護人 方伯勳律師 博理法律事務所

設台北市中正區衡陽路 10 號 3 樓

電話：(02)2388-6555

傳真：(02)2388-6569

1 為被告刑事大法庭案件，提出陳述意見狀事：

2 最高法院 110 年台上大字第 5217 號提案裁定所提法律問題：

3 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
4 員為關說、請託或施壓等特定行為，是否屬民意代表「職
5 務上之行為」？得否即援引一般公務員所謂「實質影響力
6 說」作為認定之標準？

7 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
8 避法）第 12 條禁止假借職權圖利之規定，是否該當貪污
9 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
10 稱「違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條
11 例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般
12 事項所作對外發生法律效果之規定」（下稱違背法令）之要
13 件？

14 茲因辯護人取得鑑定人鑑定意見書的時間(其中二份為12月
15 14日，另二份為12月23日)距離鈞院開庭時間(12月28日)緊

1 迫，辯護人對於上述法律問題只能陳述重點意見如下：

2 壹、關於法律問題一的部分

3 一、問題核心：

4 將公務員所欲為形式上法定權限以外的行為，在何種標準
5 下可以被理解為法條中「職務行為」的概念。

6 二、幾個前提概念

7 (一)本罪要求、期約、收受賄賂等構成要件行為的客體對象 8 為「職務行為」

9 賄賂罪構成要件行為係指要求賄賂、期約賄賂或收受
10 賄賂，而上述行為的對象或客體是「對於職務行為」。
11 這個職務行為並不需要事實上已經執行。職務行為的
12 事實上執行，屬於個案的事實及證據與證明的問題層
13 次，並非構成本罪之法律要件。

14 (二)公務員(自然人)的行為如何被理解為國家行為(活動)

15 國家行為(活動)是由公務員(自然人)為之，而公務員
16 都有法定範圍的任務分工，公務員職務行為若受金錢
17 財務或特定利益介入，國家行為就有不公正的危險(或
18 印象)，這樣會造成人民對於國家機關存在的正當性產
19 生質疑因而影響國家行為(施政)的效能及穩定¹。由
20 於，賄賂罪屬於抽象危險犯，若先以不具功能性(標
21 準性)的描述語句說明公務員的「職務行為」，係指公
22 務員的行為至少以什麼標準可以被評價為「國家性」，
23 換句話說，就是公務員行為至少以什麼標準可以認為

¹ 這就是貪污犯罪要保護的法益。賄賂罪只是其中一種類型。

「足以」而造成國家不公正的風險²。這裡描述「至少」是因為，立法者在條文上有意區別「職務行為」與「職務機會行為」，這二種行為都可能被評價為具有國家性³，而與單純個人私人活動區分。但職務行為與職務機會行為如何區別，並須再尋求另一標準。賄賂罪所禁止的行為是，具有國家性的公務員「職務行為」被金錢財物或特定利益所換取或有換取的可能性。

三、幾個論證上的錯誤

(一)以職務行為不可收買性作為保護法益，並以此作為職務行為的標準。

職務行為不可收買性只是構成要件行為的反面描述，刑法法益概念，必須說明這種狀態存在的好處及狀態不存在的壞處。職務行為不可收買性的語句並未提供好處及壞處的解答。若以職務行為的不可收買性為保護法益，並以此作為「職務行為」的「標準」，就屬於循環論證，並不可採。

(二)將職務行為的法律標準與證據對於事實的證明問題混為一談

這裡的問題是職務行為法律概念用何種標準建構，下一個層次就是確認背景事實是否能夠符合這個法律概念，至於證據對於背景事實的證明以及數個各別事

² 這種以「足以」的描述方式，可以參見刑法第310條第1項對於誹謗行為的描述-「足以」毀損他人名譽之事或政府採購法第34條第2項對於秘密的描述-「足以」造成限制競爭或不公平競爭之資料。這種對於構成要件行為描述的方式，學說上稱為「適格犯」，性質上仍屬於抽象危險犯。因為「構成要件行為」在個案中仍須依據案例事實具體判斷是否「足以」，故學說上有稱為「抽象-具體危險犯」，以有別於屬於結果犯性質的具體危險犯。

³ 因為我國立法將假借或利用職務機會行為，也規定於貪污治罪條例及刑法第134條，故具有侵害國家法益之性質。

實(間接事實)可否在推論另一組事實(待證事實)，仍然屬於證據及證據對於事實證明的問題，與這裡我們要討論的法律概念如何定義無關⁴。

這裡還是要特別提醒，本案提案裁定描述的背景事實，與更一審的事實及理由有出入而容易引起誤會，主要就是中鋼公司不是「國營事業」，而中聯公司只是中鋼的轉投資公司本非國營事業，而本案起訴書及更一審判決所載事實涉及中鋼總經理鄒若齊並非官股代表，並無國營事業管理辦法 3III之報告公司預算及備詢的適用，而中聯公司只是轉投資公司本非國營事業，其董事長翁朝棟，亦無國營事業管理辦法 3III之報告公司預算及備詢的適用⁵。

四、普通賄賂罪的不法結構

不論是我國刑法或貪污治罪條例，針對公務員普通賄賂罪的客觀構成要件均為「公務員對於職務上行為要求、期約、收受賄賂或其他不正利益」，但應注意的是，所謂犯罪構成要件該當性（不法），不是只有客觀構成要件該當（客觀不法），還要必須具備主觀構成要件（故意或故意＋特殊意圖）該當（主觀不法），單純客觀構成要件該當或主觀構成要件該當，都不是構成要件該當。賄賂罪的構成要件故意，必須要對於符合客觀構成要件的全部事實均有認知（想像），並且對於要求、期約、收受賄賂或其他不正

⁴ 鑑定人林志潔教授鑑定意見書(14-15 頁)記載「職務行為之判斷，應屬舉證責任的問題，……」，似有錯誤。檢方大法庭言詞辯論意旨狀(29 頁)強調「宜就各種舉動為整體評價，…，而不應割裂評價」，亦有此情形之錯誤。

⁵ 從本案鑑定報告的內容觀察，鑑定人並未注意此部分。例如洪兆承教授鑑定意見書 29 頁，許恒達教授鑑定意見書第 23 頁。

1 利益的構成要件行為要有意欲。

2 要注意的是，我國賄賂罪的條文是規定「對於職務上行為」
3 並非規定「對於職務」或「對於職務行使」，是以辯護人
4 認為「職務」、「職務行使」及「職務行為」，必有罪刑法
5 定原則下區別的意義，就此部分先簡述如下：

6 (1)職務＝公務員身分的類型

7 若法條使用「職務」概念，這是從公務員身分類型（哪
8 種公務員）所生，因為身分類型就會同時存在這個公務
9 員身分的任務，因這個身分（伴隨任務及地位）的影響，
10 辯護人認為立法因而規範相關法條中的「職務（權）機
11 會」或「身分影響」的概念。基於賄賂罪的條文是描述
12 「對於職務上行為」而非僅規定「對於職務」，是以「對
13 於職務」一詞只考慮公務員身分類型所伴隨任務及地位
14 的問題，將「行為」要件棄而不顧，有生違反罪刑法定
15 原則的疑慮。

16 (2)職務行使＝職務(公務員身分類型)+發動權限的抽象可 17 能性⁶

18 當若法條使用「職務行使」，若要將「行使」與「行為」
19 概念作區別，因為行為必須是顯現於意志外的特定行動
20 或靜止，故「職務行使」僅係指公務員的身分類型所導
21 出的職務，該職務所伴隨權限發動的抽象可能性（但尚
22 未有意發動）。這是立法者若欲將社會上與公務員打好

⁶ 德國目前現行法將公務員普通賄賂罪從過去「職務行為」修改為「職務行使」，此部分請參考檢察官大法庭言詞辯論意旨書第 18-20 頁

關係，卻未針對特定行為⁷收買，也納入賄賂罪之範圍，
可以考慮使用的文字。

(3)職務行為＝職務＋發動權限之特定事實情狀

當法條使用「對於職務（上）行為」，因為「行為」必須是顯現於意志「以外」的行動或不為（靜止），因此「職務行為」係指公務員身分類型所導出的職務，不僅係指職務進而伴隨權限發動的抽象可能性，尚必須符合「發動權限之特定事實情狀」。所謂「發動權限的特定事實情狀」，係指行為人與相對人形成不法協議（期約類型）或有意形成不法協議（要求或行求類型），必須是針對於公務員欲為之特定行為⁸，而這個特定行為可以與公務員「有意發動權限」相連結，這與「發動權限的抽象可能性」（有機會發動權限），有所不同。應注意的是，這個概念與最高法院 103 年第 8 次決議所述一般職務權限及具體職務權限並不衝突，蓋此決議關於警員偵查權限係對於已知的特定不法行為，以不查緝作為對價，至於警員對於查緝不法行為是否在其轄區範圍，只涉及有無具體管轄權的問題，因為對價關係的內容是針對「不查緝的特定行為」，仍然屬於「對於職務行為」的賄賂，並無問題。

辯護人分析上述「對於職務」、「對於職務行使」、「對於職務行為」的差異，不僅是要說明三者客觀上有所不同，更

⁷ 行為的概念是意志顯現於外的身體行動或靜止，本質上就是具體特定而非抽象，這裡描述「特定」只是提醒。

⁸ 若承認賄賂罪可以針對「過去已為」的行為，當然一定是針對「特定」的行為事實。

1 重要的是，對於賄賂罪主觀要件犯罪故意的認知要素，所
2 要認識（想像）的背景事實也會不同。就「對於職務行為」
3 這個要素的事實認識（想像），要針對「公務員所欲發動
4 權限的特定行為去收買」（有意發動權限），而非只是想像
5 公務員權限有發動的抽象可能性（有機會發動權限）。

6 因此沒有爭議的是，「對於職務上行為」必然包括「對於
7 法定職務行為」，若行為人所欲為之行為本屬於「法定職
8 務行為」，則「對於法定職務行為」的背景事實有認知，
9 行為人主觀上必有「有意發動法定權限」的意識。

10 五、公務員所欲為形式上法定權限以外的行為，在如何標準下 11 可以被理解為「職務行為」的法律概念？

12 這裡必須先以公務員「法定職務」為起點來思考「職務行
13 為」的標準，因為既然公務員都有任務分工，若屬於公務
14 員「法定職務的行為」，自然就會被理解為具有國家性（公
15 務性）。然基於事理本質，公務員從事法定職務的行為，
16 都會有一些達成法定職務目的之附隨、準備等行為，這些
17 公務員所為形式上並非法定職務的行為，在一定的脈絡
18 下，也可以被評價為具有國家性（公務性），亦即形式上
19 法定職務外的行為，在何種標準下可以納入「職務行為」
20 的概念範圍。是以假設「職務行為」包含「法定職務行為」
21 及「與法定職務有密切關連的行為」二種類型，至少都是
22 以「法定職務」為連結因素，來界定「職務行為」的概念
23 範圍，這是「法定職務行為」及「與法定職務有密切關連

的行為」，具備「等價性」而均屬職務行為的要件⁹。例如立法委員言論免責權的問題，釋字435號解釋表示「與此（在院會或委員會之發言、質詢、提案、表決）直接相關之附隨行為」，如院內黨團協商、公聽會之發言均屬應予保障之事項。也是以同樣的論理邏輯確認待判斷的對象行為與法定職務的關連性。

為了說明的聚焦，辯護人先說明與「什麼？」有「關連」，再說明「密切」的關連。

（一）與「什麼？」有關連：至少與「法定職務」有關連為必要，但未必充分。

1.與「什麼？」有關連：關連性對象為何？

（1）法定職務：法律規定的權限事務

（2）法定職務行使：發動法定權限的抽象可能性

（3）法定職務行為：發動法定權限的特定事實情狀

上述三種與「什麼？」有關連，即關連性對象的類型，辯護人採取上述（3）的理由如下：

A.既然法律概念的「職務」、「職務行使」、「職務行為」，有不同的意義，若僅要求形式上權限外的行為與「法定職務」或「法定職務行使」有關，而不要求與「法定職務行為」有關，則行人主觀上對其所欲為形式上權限外之特定行為背景事實雖有認知（想像），但卻對於有意發動法定權限並無想像，顯然尚不足已達

⁹ 鑑定人洪兆承教授亦採類似論點（鑑定意見書。第16頁，第9行。關於等價性的概念，以不作為犯為例，不作為與作為等價的前提是，行為人必須有作為義務（刑法第15條參照）。或是以故意的類型為例，直接故意（刑法13Ⅰ）與未必故意（13Ⅱ）都是故意的類型，二者雖有認知及意欲程度的差異，但都要求對於構成犯罪事實具有認知及意欲之心理狀態。

1 到權限外行為與權限內行為能夠等價而都屬於職務
2 行為的概念。簡單對說，當我們以「關連」的概念來
3 解釋職務行為的概念範圍時，究竟係指「權限外的行
4 為」與「法定職務」或「法定職務行使」或「法定職
5 務行為」哪個有關連，這會重大影響上述「等價性」
6 的判斷及影響賄賂罪故意所要認知的內容。

7 **B.職務行為與利用「職務上機會(職權機會)或身分影**
8 **響」的行為，屬於立法者有意區別的法律概念。**

9 依據解釋方法的體系解釋，似不能將刑法 134 條「假
10 借職務上機會」或貪污治罪條例 6(5)之「利用職權機
11 會或身分」也成為賄賂罪之職務行為的範圍，否則立
12 法意旨就會落空。再從近來檢方對於公務員請領加
13 班費的案件，只構成一般詐欺罪而不構成貪污治罪
14 條例 5I(2)「利用職務上機會」詐取財物罪，請領加
15 班費雖跟公務員的身分有關，但仍然排除在利用職
16 務上機會概念之外，依據「舉輕明重」法理，似可推
17 **論檢方認為職務上機會行為不屬於職務行為的概念**
18 **念。**此外，從法務部參考國外立法研修增訂「公務員
19 影響力交易罪」或「公務員斡旋他人職務行為罪」的
20 立法，亦可得出職務行為與利用職務上機會(職權機
21 會)或身分的行為，屬於立法者有意區別的法律概
22 念。基此，為了使「職務行為」與「職務機會行為」
23 的法律概念有所區別，權限外的特定行為必須與「法

1 定職務行為」有連結才能屬於職務行為，而非僅與
2 「法定職務」有連結。

3 2.上述「與?有関連」即「関連對象」的確定，對於賄賂
4 罪犯罪故意的影響。

5 犯罪故意必須對於符合構成要件要素的事實的認知
6 (想像)，既然可能將法定權限外的特定行為當作職
7 務行為的範圍，則公務員所欲為之特定行為必須與
8 「(1)法定職務或(2)法定職務行使或(3)法定職務行為
9 有関連」，對於上述「對象事實，即(1)或(2)或
10 (3)及二者之関連性」要有「想像」，才會具有犯罪
11 故意的「認知」要素。

12 因為賄賂罪的條文文義不是只描述「對於職務」而是
13 「對於職務上行為」，因此関連性之對象不能僅採取
14 上述「(1)法定職務」。即使假設採取上述関連性對象
15 為「(2)法定職務行使」¹⁰，行為人主觀上除認識所為
16 之特定行為(即被認定有関連之行為)外，亦必須有發
17 動法定權限抽象可能性(有機會發動法定權限)的意
18 識¹¹，才是對於「関連性對象及関連性」事實的全部認
19 知，才會具有賄賂罪所要求對於對價關係事實的認
20 識，若個案中行為人只對於所欲協議的特定行為(即被
21 認定有関連之行為)有所認知，但主觀上並無發動法定
22 權限的抽象可能性意識，不能因此被認定具有犯罪故

¹⁰ 此似為檢方意見，大法庭言詞辯論意旨書第30頁。

¹¹ 這個部分學說上稱為對於規範性構成要件要素事實的社會重大意義(涵)的認知。參見許澤天，刑法總則二版，第100頁。

意。例如立法委員要求他人支付金錢以多雇用幾位法定限額外的助理，如果沒有伴隨可能未來有機會發動質詢或提案權限的意識，仍然沒有犯罪故意。

辯護人對於「關連性對象」採取「(3)法定職務行為＝法定權限發動之特定事實情狀」，亦即所謂職務上行為除了法定職務行為外，尚包括「與法定職務行為有關連性的行為」，是以這裡的故意，必須對於權限外之特定行為與權限行為（法定職務行為），及這二個行為有「關連性」事實，均有所想像，才會具備犯罪故意的認知要素，是以上述假設案例，行為人尚必須對於某個「特定事務」有意發動質詢(或提案、審查、表決行為)的想像，才是對於「關連性對象及關連性」事實的全部認知。

(二)密切關連的分析：不僅是與上述(1)或(2)或(3)之對象有關連，尚必須「密切關連」。

關於「密切關連」這個要件的論述，提案裁定引用歷年實例(甲說)，提出與固有權限的「輔助」、「附隨」等事務，並以直接¹²或密切關連¹³等文字，來論述「密切關連」這個要件。可以拿來比較的是，釋字 435 號解釋關於立法委員言論免責權表示「與此(在院會或委員會之發言質詢提案表決)直接相關之附隨行為」，則是使用「附隨」、「直接」的用語。

¹² 這裡即使不使用「直接」一詞，也可以用「重要」。

¹³ 這裡顯然違背定義內容不應有被定義對象之文字的原則

以下就針對提案裁定所列之各種職務行為的標準，提出辯護人的質疑與意見：

●對於甲說-職務行為包括職務密切關連行為的意見

◎甲-1 說:實質影響力說

「實質影響力」一詞，論理上必須先說明釐清，究竟是指「?對?»的事實影響力。透過邏輯與經驗，可能是「特定人對於特定人做某件事的影響力」(即「人對於人及事的影響」，國內稱為「實質影響力說」、日本稱為「地位利用說」¹⁴)或「特定事對於特定事的影響力」(即「事對於事的影響」、日本稱為「影響力說」¹⁵)。這個部分，提案裁定的甲-1 說似係指「特定人對於特定人做某件事的影響力」。然而應特別注意的問題是，究竟是只要有「實質影響力」就符合「密切關連」的要件，抑或必須先符合「輔助或附隨事務」的前提下，再來判斷「實質影響力」才符合「密切關連」的要件?這裡論理上有下列立場：

1.密切關連＝實質影響力¹⁶

辯護人對於這種立場的意見為，當實質影響力一詞的內涵為何不明確時¹⁷，則難以區別法條中「職務行為」與「職務機會行為」的差異，建議不宜採取。

¹⁴ 日本的「地位利用說」請參考檢察官大法庭言詞辯論意旨書第 14-15 頁。

¹⁵ 日本的「影響力說」請參考檢察官大法庭言詞辯論意旨書第 14 頁。

¹⁶ 提案裁定的甲-1 說似乎是這個標準。

¹⁷ 究竟是「人對於人及事的影響」抑或「事對於事的影響」

2.密切關連＝輔助、附隨等事務+實質影響力

辯護人對於這種立場的意見為，在「輔助、附隨等事務」的前提下，這裡的實質影響力，合於事裡的思考似乎只能就發動法定權責的抽象可能性（有機會發動職權）或有意發動職權的脈絡下去判斷，果若如此，這已與後述的甲-2 說類似，待對於甲-2 說說明後再一併表示。

◎甲-2 說 公務外觀或形式上公務性質說

日本學說稱此為「公務說」¹⁸或是提案裁定所稱之「公務外觀或形式上公務性質說」，都是使用**公務外觀或公務形式**的用語，然而這裡所謂公務的「外觀」或「形式」的標準為何？為何要用「外觀」或「形式」這個可能容易從表象理解的詞彙當標準？一般情形我們不會因為警察穿著制服吃麵或立委在議會內看韓劇就說這是公務，可能也不會以立委在議會外的場合從事明顯與提案修法或準備質詢有關的事，就說一定不是公務，提案庭擬採取**（甲-2 說）公務外觀或形式上公務性質說**，若不說清楚「外觀」或「形式」的標準為何，顯然仍是難以判斷操作，如果這裡的「**公務外觀**」不是僅擷取「**部分事實**」，例如上述警察穿著制服、立委在議會內或是用立委名義發函，而是要考慮「**全部事實**」，要看具體行為

¹⁸ 日本的「公務說」請參考檢察官大法庭言詞辯論意旨書第 14 頁。

1 的全部內容，是否能符合「公務」概念，若是如此，
2 應該就直接稱為「公務說」即可。

3 既然這裡問題的核心在於公務員的行為以什麼標
4 準可以被評價為「國家性」(或稱公務性)，辯護人對
5 於甲-2 說的名稱修改為「公務說」，並提出標準及
6 理由如下：

7 1.以個案的具體特定行為內容為背景，先判斷該行
8 為內容依據法定權責的「功能與目的」是否已進
9 入法定權責的「事務領域範圍」，再判斷該行為內
10 容與發動法定權限之間是否符合「事理關聯性」，
11 若均肯定，則可認為具有公務性¹⁹。「事理關聯性」
12 並非僅指發動法定權限的抽象可能（有機會發
13 動），而是要具備發動法定權限的特定事實情狀
14 （有意發動）。

15 2.就民意代表的案例要注意請託或關說事務的權責
16 範圍

17 基於立法委員職責的特殊性，例如：民營公司(官
18 股低於 50%)不論董事長總經理是否為官股代表，
19 公司對外締結契約的對象，並不涉及股權投資管
20 理及公司預算，立法委員依據國營事務管理辦法
21 第 3III，並無要求報告及質詢之權力。雖然鑑定人
22 許恒達教授及洪兆承教授似乎誤認中鋼及中聯公
23 司屬於國營事業，但鑑定人許恒達教授鑑定意見

¹⁹ 這個標準與鑑定人許恒達教授的論述方法類似，但用語及某些細部標準不同。許恒達教授鑑定意見書第 18-21 頁。

書第 23 頁(二)及洪兆承教授鑑定意見書第 28 頁的結論，均認為具體的工程締約事務不在立法委員的權責監督範圍。再者，即使鈞院不贊同許恒達教授所認為基於慣例的立法院內「協調會」，因無法規依據所以不具有「法定公務外觀」，但這個部分與本案(林益世案)並無關連。此外，檢察官言詞辯論意旨書第 29 頁所述「應整體評價不應割裂評價」的部分，這是檢方將認定事實的證據及證明的推論問題，與這裡要討論的職務行為法律概念的建構混為一談，附此敘明。

3.還是要特別提醒這裡的判斷，如前所述「事理關聯性」並非僅指發動法定權限的抽象可能（有機會發動），而是要具備發動法定權限的特定事實情狀（有意發動）。所謂「發動法定權限的特定事實情狀」，係指行為人與相對人對於形成不法協議（期約類型）或有意形成不法協議（要求或行求類型），必須與公務員有意發動法定權限發生連結。

●對於乙說-圖利說(行政一體之實質影響力說)的意見：
提案裁定所述之乙說，將職務行為的認定限制在藉由「行政一體之上下隸屬關係所產生的實質影響力」，這個部分辯護人認為這屬於個案的事實現象，並非判斷標準。尤其是採取這個標準對於民意代表的職責屬性，顯然無法適用。再者，職務行為概念的重點，在

於被判斷對象的「自己」行為是否被評價為具有「公務性」，至於被影響的他人是否屬於所隸屬的公務員或公務員的公務行為並非重點。是以，辯護人建議不應採取乙說。

六、辯護人對於法律問題一的結論

(一)「對於職務」、「對於職務行使」、「對於職務行為」法律概念有所不同，且如前所述我國賄賂罪法條的「職務上行為」，必須與其他相關法條的「職務上機會行為」有所區別，才不會使立法意旨落空，而有違反罪刑法定原則的疑慮。

(二)如前所述職務行為除「法定職務行為」外，要將形式上法定權限行為外之行為納入職務行為概念，必須建立在「與法定職務行為有密切關聯的行為」，才可以納入「職務行為」的概念範圍。

(三)密切關連的標準，以個案的具體特定行為內容為背景，先判斷該行為內容依據法定權責的「功能與目的」是否已進入法定權責的「事務領域範圍」，再判斷該行為內容與發動法定權限之間是否符合「事理關聯性」，若均肯定，則可認為具有公務性。這裡事理關連性的重點係指「有意發動法定權限的事實情狀」，而非發動法定權限的抽象可能性（有機會發動權限）。

(四)民意代表的職務行為，有關「密切關連」的判斷，必須注意權責事務範圍的界線(例如國營事業管理辦法第3III之適用)。亦不能僅以有發動提案、質詢、審查或表

1 決的抽象可能來建構與民意代表法定權責行為有「密切
2 關聯」的要件。這樣對於民意代表職務行為的理解，才
3 能在民意代表反映民意與職務行為求得平衡。即使公務
4 員受民眾請託的行為在某些狀況不在職務行為概念範
5 圍之內，仍然可以透過其他規定作為處罰依據，例如刑
6 法第 134 條之規定或其他特殊規定例如刑法第 158 條，
7 再配合未來可能增定之影響力交易罪或是公務員斡旋
8 罪，亦不至於規範不週，而產生處罰漏洞。

9 (五)提案裁定所描述林益世案的基礎事實其中關於「(一)私下
10 介紹甲廠商負責人認識中鋼公司總經理並請託協助取
11 得締約機會，及索取該等契約銷售對象、資格等相關文
12 件。」、「(二)以其立法委員名義出具便箋，爭取承購中
13 聯公司契約，要求經濟部國會聯絡人至其辦公室拿取並
14 轉交中鋼、中聯公司處理。」，因為中鋼公司不是「國
15 營事業」，而中聯公司只是中鋼的轉投資公司本非國營
16 事業、而本案起訴書及更一審判決所載事實涉及中鋼總
17 經理鄒若齊並非官股代表，並無國營事業管理辦法 3III
18 之報告公司預算及備詢的適用，而中聯公司只是轉投資
19 公司本非國營事業，其董事長翁朝棟，亦無國營事業管
20 理辦法 3III 之報告公司預算及備詢的適用，況且這裡僅
21 涉及民營公司對外締結民事契約的細節(對象及內容)，
22 行政機關並無法律規定的權限，顯然也不在立法委員對
23 於行政機關行使法定權責所及事務領域的範圍之內，不
24 能僅因「以其立法委員名義出具便箋」的部分事實，就

1 認定有公務外觀或公務性，尤其是本案卷內的便簽與支
2 付金錢的陳啟祥所請託之內容完全無關。再者，提案裁
3 定所載「(三)藉經濟部部長列席立法院院會之機會（非質
4 詢時），口頭促請其注意上揭請託事項。另帶同助理向
5 中聯公司董事長索取契約承購資格標準文件。」部分，
6 該事實是否存在並非無疑，縱使存在，因請託之內容涉
7 及民營公司對外締結民事契約的細節（對象及內容），經
8 濟部並無法律規定的權限，被告對此具體內容亦無要求
9 報告或質詢的權限，卷內具體事實亦未顯現被告有意對
10 其行為之相對人（經濟部長），伴隨發動法定權限的可能
11 性或若行為之相對人不為處理，即有意發動法定權限的
12 具體事實，是以，被告對此所為並非「職務行為」。此外，
13 提案裁定所載「(四)得知甲廠商經中聯公司評選不合格，
14 即去電指責中聯、中鋼公司高層，藉故以中聯公司承辦
15 人（副總經理）乙外界關係複雜為由，指稱「評選過程
16 如（承辦人）乙有搞鬼，就看我有無能力換掉他」及揚
17 言要拿評選標準找「經濟部部長評理」，中鋼公司總經
18 理應允再研究予甲廠商第2次評選機會。」²⁰，這個部分
19 因為被告具體行為之對象為私人，且具體行為內容亦僅
20 涉及民營公司對外締結民事契約的細節（對象及內容），
21 仍在不在立法委員可以要求報告或質詢之範圍內，至於
22 指稱「評選過程如（承辦人）乙有搞鬼，就看我有無能
23 力換掉他」及揚言要拿評選標準找「經濟部部長評理」，

²⁰ 此事實是否存在及證據評價取捨的合理性並非無疑。

只是顯示透過此行為形成相對人心理上之壓力，無從顯示被告有意對經濟部長行使任何法定職權之意，否則對於特定事項找政府官員處理或主持公道，若都是顯示立法委員有意發動要求報告或質詢的權力，均無法排除在職務行為概念之外，顯非合理。

貳、關於法律問題二的部分

提案裁定所要討論的問題是指，民意代表違反利益衝突迴避法第 12 條「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」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，這個問題的解釋方向，與非主管監督事務圖利罪，是否必須建立在「非主管監督事務公務員」影響「主管監督事務公務員」的情形？若採肯定見解，則本罪的「違背法令」自然是從「主管監督事務公務員」所違背的法令出發，而不是以「非主管監督事務公務員」違反了什麼法令，因為既然不是對於事務有主管或監督權限，對於該公務員就沒有規範具體的禁止利益輸送行為的法令。鑑定人許恒達教授及謝煜偉教授採取這個立場，所以利益衝突迴避法第 12 條當然不是本罪違背法令的「法令」。然就法條文義及國內其他學說意見(例如許澤天教授)²¹或實務案例，認為不須將本罪限制在「非主管監督事務公務

²¹ 許澤天，刑法分則下冊三版，第 525 頁。

員」影響「主管監督事務公務員」的情形，亦即可以包含公務員自己違背法令濫權違犯的型態，所以仍有必須再思考利益衝突迴避法第 12 條是否屬於民意代表自己違犯本罪的法令。辯護人贊成本案提案庭提案裁定及所有鑑定人的結論，認為利益衝突迴避法第 12 條並非本罪違背法令要件的「法令」範圍，並引用提案庭提案裁定及所有鑑定人所述理由，並補充若將利益衝突迴避法第 12 條認為屬於本罪違背法令要件的「法令」範圍，將有下列可能的違誤。

一、違反行政不法與刑事不法的區別---量差異說或質量差異說

(一)違反利益衝突迴避法 12 條的行政罰構成要件及非主管監督事務圖利罪的差別形式上只剩下「不法利益」有無取得²²。

(二)雖然違背「法令」與「不法」利益，立法理由明示，二者的判斷並非一致，然最高法院在個案中實質上對於違背「法令」與「不法」利益，並未堅持區別不同標準來判斷²³，個案中只要違背「法令」而取得「利益」，該利益就可以是不法利益。將導致違反利益衝突迴避法 12 條的行政不法行為只要加上「取得利益」之要件，就構成圖利罪。

(三)將僅具行政不法的行為，因取得利益的結果，轉變成刑事不法，在行為不法並無變動(行政不法的量並未增加)狀況下，僅因取得利益結果的有無，就發生法律效果重大差異，似有違背行政不法與刑事不法的區別，必須建

²² 鑑定人洪兆承教授同此意見，鑑定意見書，第 31 頁。

²³ 例如最高法院 109 台上大 3214 裁定，關於違章建築的案例。

1 立在「行為不法與結果不法」的「量的差異」或「質量
2 的差異」。

3 二、直觀而言違反本法條所要求行為順序的結構。

4 本罪構成要件為「對於非主管或監督之事務，明知違背法律、
5 法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委
6 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
7 法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人
8 之不法利益，因而獲得利益」，簡單的說，客觀上就是公務
9 員做了「違背法令」的行為→利用職權機會或身分圖自己或
10 其他私人之不法利益→因而獲得利益。直觀而言「違背法
11 令」行為的「法令」不能是「僅描述禁止公務員取得利益的
12 抽象法令」，否則似乎抵觸本罪「違反法令行為」與「圖自
13 己或他人利益行為」的先後順序，並且二者判斷合而為一(少
14 了一個要素的判斷)，似有違反法條所要求行為順序的結構。

15 三、將利益衝突迴避法 12 條導入圖利罪的要素，將使構成要件 16 要素重複。

17 將利益衝突迴避法 12 條導入圖利罪的要素，則本罪之要件
18 為「對於非主管或監督事務，明知違背【公職人員不得假借
19 職務上之權力、機會或方法圖其本人或關係人之利益】」(下
20 稱 A)，【利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益】
21 (下稱 B)，因而獲得利益者」。可以明顯看得出來上述「(A)
22 行為要素」²⁴與「(B)行為要素」，已屬重複，重複的結果亦
23 架空圖利罪的原有「違背法令」的要件，而有違反立法者限

²⁴ 或許有人會說此要素從條文文義屬於主觀要件明知的對象，並非客觀的行為要素。但此論點並非正確，蓋若是主觀要素故意認知（明知）的對象，當然會有相對應的客觀要素。

1 制圖利罪的成立而區分不同要素的意旨，致生牴觸罪刑法
2 定原則的疑慮。

3 辯護人就提案裁定法律問題二認為，利益衝突迴避法第 12
4 條並非本罪違背法令要件的「法令」範圍，建議應採否定說。
5 綜上所述，提出辯護意旨如上，懇請 鈞院刑事大法庭審
6 酌，以維被告權益及法制。

7 謹 狀

8 最高法院刑事庭暨刑事大法庭 公鑒

9 中華民國 111 年 12 月 28 日

10 具 狀 人：林益世

11 選任辯護人：方伯勳律師

