

最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5217 號刑事裁定

鑑定意見書

許恒達
國立臺灣大學
法律學院教授

利害關係揭露：本人僅接受最高法院委託，提供其所徵詢法律問題之鑑定意見，未收受檢方、被告或辯護人任何報酬。

許恒達

壹、問題意識	3
貳、職務行為受賄罪之疑義	3
一、「職務上行為」之定義與爭議.....	3
二、民意代表「職務上行為」的概念界限.....	6
三、借鏡德國法制.....	8
1、公務員職務行為受賄罪（德國刑法第 331 條）	8
2、民意代表受賄罪（德國刑法第 108c 條）	11
3、省思德國法的規範方向.....	13
四、我國法之解釋之基礎論點.....	14
五、職務上行為的一般概念.....	15
六、民意代表之職務上行為的特別考量.....	18
1、民意代表職務行為的特殊要求.....	18
2、事務領域的限制.....	19
3、法定公務外觀的限縮.....	20
七、本文見解與案例審查.....	22
1、民意代表之職務上行為的定義.....	22
2、問題回應與案例檢討.....	22
參、非主管監督事務圖利罪	24
一、非主管監督事務圖利罪的非難內涵：不法利益輸送.....	24
二、利用身分關係的不法圖利方法.....	25
三、「違法」的判斷基準.....	27

最高法院向本人徵詢下列有關事實之法律意見：

被告於民國 99 年間任立法委員，甲廠商為取得中聯公司（中鋼公司持股執達 35% 之子公司；中鋼公司則為經濟部持股 20% 以上之民營公司；經濟部對於中鋼公司及中聯公司之董事長、董事、經理人等高層人事選派，具有實質控制力）之合約，甲廠商遂約定給付被告一定金錢作為對價，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，並索取締約文件。

（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，並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，如不從揚言要撤換中聯公司副總經理乙，中鋼公司後來遂要求中聯公司，中聯公司後來將甲評為合格廠商，並締結合約。

最高法院就上述事實之法律評價，認為可能涉及以下兩項核心爭點：

- 1、民意代表（即具立委身分之被告）受託於議場外對行政機關或公營事業承辦人員為關說、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？
 - 2、民意代表違反公職人員利益衝突迴避法
- 針對上述兩項爭議，爰提出本人之鑑定意見如后：

壹、問題意識

被告與甲廠商約定內容為「在議會外向行政機關或公營事業承辦人員請託特定事項」，被告並因此收受特定價額，在後續流程實行與甲廠商約定的行為，最終效果即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，我國現行法上尚無公務員斡旋受賄罪，被告的論罪自應考慮受賄罪（約定行為+收受對價）與圖利罪（被告向承辦人員請託，致使甲廠商獲得不法利益）。

而在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，係屬民意代表，除了極少數事例外，難以具體指明民意代表的請託究竟違反何種職務義務，雖然有若干事例中，仍認為可以成立違背職務受賄罪，但一般實務與學說的討論重心，均聚焦於「職務行為受賄罪」是否成罪，特別是被告收受價金而實行的請託、關說及施壓，是否屬於民意代表的職務上行為，下文討論重點也將置於此處，此即最高法院徵詢的第一項議題。

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，應該不是職權所提供的機會，而是利用民意代表可以質詢主管機關，中鋼及中聯公司又恰是官方有直接或間接股權的公司，這使得民意代表或多或少具有相當程度的影響力，被告正是運用這類影響力，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「非主管職務職務圖利罪」的「利用身分」類型。

以下就分別針對這兩項罪名及其連結的爭議，提出本鑑定意見。

貳、職務行為受賄罪之疑義

一、「職務上行為」之定義與爭議

依貪污治罪條例第 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。

本案涉及職務行為受賄罪的主要問題是：職務行為受賄罪的構成要件，必須以「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。

我國實務對此問題，在長年判決見解中，某程度上已經形成若看法，茲簡要

整理如下：首先，雖然政府職能分由三權分立的機關構成，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，我國法仍採取將分立三權下轄的公務員，同置於單一受賄罪構成要件下處理，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¹。

其次，近期實務受到學說發展的影響，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／職務關聯行為」²，具體職務權限指公務員依據法令規定，針對個別、具體事務處理所具有權限所執行的行為，例如承辦公務員針對具體個案所作成的行政處分，或是法官針對承審案件所作成的判決³；而一般職務權限則指雖非公務員針對具體事務的處理範圍，但依法令之規範，仍為該公務員所屬職責的一般性事務範圍，亦即，公務員雖未針對該個案具有承辦權限，但若該事務還屬公務員依法令所具有的抽象、一般性職務權限範圍，亦可承認該活動的執行是公務員的職務上行為，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，原則上仍可計入職務上行為之列⁴。

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的公務活動，亦即不在法令規範之列，此時即須考慮是否能認定為「職務密切關聯行為」，所謂職務密切關聯行為的問題意識，在於非屬法令明文規範、卻與公務員所具權限職務具有關聯性的活動，得否承認為公務員的職務上行為。由於職務密切關聯行為欠缺法令規範基礎，因此會面臨兩項關鍵質疑：

第一，因為欠缺法令基礎，那麼要如何給予密切關聯行為充分的實質概念限定，即生疑問；發展迄今，學說與實務大致發展出幾種不同的見解，包括公務說（視該事務是否具有公務性質）、地位利用說（視該事務是否為公務員利用其職位所產生的影響力、從而實行的行為）與影響力說（視該事務是否與公務員原有職務之間，具有影響性）⁵。

第二，由於貪污治罪條例僅處罰職務上行為與不正利益的期約，若將欠缺法令基礎的密切關聯行為納入職務上行為，是否已經超出「職務上行為」的文字界限，而有違反罪刑法定原則的疑慮⁶，尤其定性密切關聯行為實質內涵的看法共

¹ 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，2015年1月，頁111-115；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，2011年7月，頁72-79。

² 學說見解參見黃士軒，公務員賄賂罪中的職務行為，國立中正大學法學集刊，48期，2015年7月，頁60-66；李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，223期，2011年7月，頁26-46；蔡銘書，同註1，頁70-72。

³ 黃士軒，同註2，頁60。

⁴ 黃士軒，同註2，頁60-62。

⁵ 李錫棟，同註2，頁32-45。

⁶ 相同質疑，參見蕭宏宜，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，2013年4月，頁102-111。

有三說，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。

針對上述議題，大致實務與學說主流見解都已經接納職務上行為包括法令範圍內的「具體職務權限」與「一般職務權限」的相關活動，但能否擴張至「職務密切關聯行為」，以及採取何種標準界定其內涵，則仍有重大爭議。我國主流實務見解大多認為欠缺法令明文規範的職務關聯行為，仍可納於職務上行為之列，但究應採取何種實質界定方法，則仍有相當的歧見⁷。

例如實務有採取實質影響力說的主張，最重要的指標性最高法院判決，可說是 99 年度台上字第 7078 號刑事判決，其中最高法院指出：「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，並配合專家之需求，限期於二、三個月內與達裕公司談妥土地價格，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，雖然法令上並無總統可以介入科學園區土地事務的規範，但職務行為並不限於法令明訂，只要公務員對於某項國家政策或人事安排有親身參與或干預的權限，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⁸。

不過上述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⁹，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 106 年度台上字第 3122 號刑事判決，最高法院指出：「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。又貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，此之所謂『職務上之行為』，應依上開立法旨趣從廣義解釋，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，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」。

依上述最高法院看法，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，至於職務密切關聯行為的定義，最高法院接續指出：「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，職務密切關聯行為必須符合(1)有公務行為外觀、(2)且與主要職務之間具有密切關聯性，只

⁷ 僅參考吳燦，同註 1，頁 116-118；李錫棟，同註 2，頁 51-54。

⁸ 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 6，頁 95-103。

⁹ 例如蕭宏宜，同註 6，頁 105-113。

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¹⁰。

以上兩則指標性最高法院判決，基本上都承認「非法定」形態的職務密切關聯行為，只不過 99 年度台上字第 7078 號刑事判決中，只要求與法定職務間具有實質影響力，即屬可納於職務密切關聯行為，相反地，在 106 年度台上字第 3122 號刑事判決中，則除密切關聯性之外，還要求必須具備公務外觀。從實務見解的討論脈絡來看，這兩說也就構成本案最高法院進行爭點分析的兩種見解，並於民意代表的職務行為判斷上具有重要性。

二、民意代表「職務上行為」的概念界限

接下來則討論民意代表究竟有那些職務上行為，已如前述，因為我國並未仿造德國立法例，區隔規範「立法權」與「行政、司法權」的受賄行為，而是採取齊一規範方式，在此脈絡下，實務所採用判斷職務上行為的具體權限、一般權限及密切關聯行為等見解，自得應用於解釋民意代表的職務上行為。

上述觀點可見於 106 年度台上字第 3122 號刑事判決，最高法院就此先詳細探論在法律規範下，究竟有那些明文規範的立法委員職務權限：「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」，以上論及的各項立法委員權限，均有憲法本文、增修條文、立法院組織法作為授權依據來源，可說是立法委員的法定權限。

不過最高法院也指出：「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職務，但實務運作而言，立法委員仍可參與非所屬委員會的

¹⁰ 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，2020 年 4 月，頁 298-302。

運作，因此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，此均在貪污治罪條例第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聯行為，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：

- (1) 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，這些行為大致上都屬於議事活動，且有法令明文依據作為授權基礎，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，都屬於立法委員典型的職務上行為。
- (2) 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。
- (3) 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，若這類協助民眾陳情的行為能符合「具公務行為外觀」以及「與立委主要職務有密切關聯性」，則其陳情亦得認為是立委的職務上行為。

上述觀點可說是實務發展迄今，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。雖然必須肯認最高法院的努力，不過在筆者看來，仍然有若干疑義尚待釐清：

第一，最高法院認為，即使現行法令未規範立委在「非所屬委員會」的議事

行為，特別是「請託」同僚在該委員會提案，其雖屬非法定職務，但仍可理解為立委的「固有職權」，此項論點似乎有待商榷。申言之，立法院透過委員會處理議事活動，其目的是有效促成專業取向的分工立法，但委員會的分工卻帶來立法實務侷限，當甲委員未參與特定委員會，卻對該委員會負責的議題有想法而想要提案立法時，反而只能請託屬於該委員會的同僚代為提案，也因此衍生出委員會中代為提案的作法。雖然現實意義存在「請託提案」的變通需求，但從刑法學角度來看，考量其欠缺法令授權，更只是因應實務需求所產生的變通方式，該「請託行為」能否稱之為「立委之固有職權」，顯然尚待研析。

第二，最高法院在固有職權之外，還認為即使欠缺明文的向行政機關請託行為，考量其屬長期慣行，只要符合公務外觀，又與「議決、審查、質詢及備詢等主要職務」具有關聯性，同樣可認定為立法之職務上行為。然而就最高法院提高的標準來看，何謂「公務外觀」？是否可以透過請託時的時間或地點認定？或者其他的判斷方法？這些疑問均未於判決中清楚解釋；此外，請託行為還必須與立委職務有關，但當立委針對其選民某項個案利益請託行政機關官員時，究竟這種請託行為與立法職務的關聯性何在，似待詳究。。

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，這一點尤其表現在最高法院採取參考日本觀點的學說見解，將受賄罪「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聯行為。不過，日本學說之所以如此發展，或有相當程度受到德國立法及學說發展影響，隨著德國法在 1970 年代及 2014 年的修法之後，針對民意代表的受賄行為，又逐漸開展出與日本及台灣法制的不同取徑，這對於本案爭議的分析，也就提供了重要的參考價值。接下來將先簡要介紹德國法制的相關發展，接下來再針對本案爭議提出本文的具體見解¹¹。

三、借鏡德國法制

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，受賄罪的成立界並非單一，而是先行區別受賄者在三權分立之下的權力內涵，接著才能決定究應採取何種條文判定該公務員的受賄刑責。

1、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

¹¹ 進一步分析，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，2015 年 1 月，頁 83-91。

適用法律為施展公權力依據，其無制定、創設法律權限¹²，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，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非法的好處，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，包涵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)，後來在 2015 年德國刑法再次修正刑法第 331 條時，則未再改變。換言之，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」¹³。

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¹⁴，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，究竟那些「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點，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」¹⁵；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」¹⁶；此外還有觀點認為，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)¹⁷；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」¹⁸。

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

¹² SK-StGB/Stein/Deiters, 9. Aufl., 2016, § 331 Rn. 24.

¹³ Dazu Udo Ebert, Verletzung der amtlichen Schweigepflicht als Bezugshandlung der Bestechungstatbestände? Zur Auslegung des Begriffs »Diensthandlung« in den §§ 331 ff. n.F. StGB, GA 1979, S. 361 f.

¹⁴ 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. 13 ff. 新近見解則可參考 Schönke/Schröder/Heine/Eisele, 30. Aufl., 2019, StGB § 331 Rn. 31 ff.

¹⁵ Ebert, GA 1979, S.

¹⁶ Ebert, GA 1979, S. 379 ff.

¹⁷ Ebert, GA 1979, S. 383 f.

¹⁸ Ebert, GA 1979, S. 384.

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」¹⁹。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²⁰；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²¹。

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²²，原則上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²³。

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²⁴，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²⁵，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、是否符合內部分工、是否在其執行職務的地點或時間，即不再重要²⁶，例如財政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²⁷；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²⁸。不過，主流德國學說也認為，倘若事務性的關係並不顯著，則應否認具有直接關聯性，例如檢察官利用機會，以案件關係人名義向辦案

¹⁹ SK-StGB/Stein/Deiters, 9. Aufl., 2016, § 331 Rn. 25.

²⁰ SK-StGB/Stein/Deiters, 9. Aufl., 2016, § 331 Rn. 25.

²¹ MüKoStGB/Korte, 4. Aufl., 2022, § 331 Rn. 109.

²² Schönke/Schröder/Heine/Eisele, 30. Aufl., 2019, StGB § 331 Rn. 31.

²³ Schönke/Schröder/Heine/Eisele, 30. Aufl., 2019, StGB § 331 Rn. 31; MüKoStGB/Korte, 4. Aufl., 2022, § 331 Rn. 108.

²⁴ 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，2011 年 7 月，頁 4-8。

²⁵ NK-StGB/Kuhlen, 5. Aufl., 2017, § 331 Rn. 67; SK-StGB/Stein/Deiters, 9. Aufl., 2016, § 331 Rn. 28.

²⁶ MüKoStGB/Korte, 4. Aufl., 2022, § 331 Rn. 109.

²⁷ NK-StGB/Kuhlen, 5. Aufl., 2017, § 331 Rn. 68.

²⁸ MüKoStGB/Korte, 4. Aufl., 2022, § 331 Rn. 109.

警察打聽檢驗結果，即被認為非屬檢察官的職務執行²⁹。

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³⁰。

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 (Amtstellung) 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³¹，但學說見解不一，有主張亦能納入職務行為類型的觀點³²，但也有採取反對見解的看法³³；此外，若行為人是利用其職務所知悉的「認知」而使特定活動可能，多數見解則認為非屬職務行為³⁴。

2、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，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。

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，此即民意代表為自由委任制，可依其個人信念決定事務，只要依其意志而決定如何進行議事，就應該予以尊重，

²⁹ NK-StGB/Kuhlen, 5. Aufl., 2017, § 331 Rn. 69.

³⁰ NK-StGB/Kuhlen, 5. Aufl., 2017, § 331 Rn. 71.

³¹ Fischer, StGB; 69. Aufl, 2022, § 331 Rn. 6.

³² Z.B. Fischer, StGB, § 331 Rn. 6.

³³ MüKoStGB/Korte, 4. Aufl., 2022, § 331 Rn. 112; SK-StGB/Stein/Deiters, 9. Aufl., 2016, § 331 Rn. 30.

³⁴ MüKoStGB/Korte, 4. Aufl., 2022, § 331 Rn. 112.

國家不應過度介人民意代表的決定形成過程；此外，民意代表實現民主正當性，其職務內容與依法執行無關，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。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³⁵。

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³⁶，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，至於民意代表應該如何參與議事，對於議案、立法或監督政府的實踐上，究有何種傾向或態度，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³⁷，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，下一輪的選舉中恐怕難以為繼，「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」，也不應該全完開放，將「一切選民服務活動」均予納入，德國立法者採取折衷方案，亦即「委任職務之活動」，其具體內容應該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³⁸，雖然此項文字可以包括諸多民意代表行為態樣，但原則上應以關涉議會決定的行為作為限度，否則恐怕諸連過廣³⁹，甚至使得民意代表一切關於反應民意的行為都屬於委任職務⁴⁰，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）⁴¹。

³⁵ 參見許恆達，同註 11，頁 87-91。

³⁶ Dazu Moritz Eckhardt, Novellierung der Abgeordnetenbestechung, 2016, S. 106.

³⁷ 英譯參見 Eckhardt (Fn. 36), 2016, S. 106.

³⁸ Fischer, StGB, § 108e Rn. 19; MüKoStGB/Müller, § 108e Rn. 32.

³⁹ Fischer, StGB, § 108e Rn. 28.

⁴⁰ Eckhardt (Fn. 36), S. 108.

⁴¹ Fischer, StGB, § 108e Rn. 27.

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⁴²。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」⁴³，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⁴⁴。

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，此種情況即非屬委任職務⁴⁵。然而實務常常面臨判斷困擾，德國學說上有主張應該從公務外觀視角觀察，例如民意代表受賄後，以「署名為民意代表的信函向特定機關請託」，即屬「執行其委任職務」⁴⁶。德國學說還有提出了一套分析架構，可供參考⁴⁷：

- (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：
 - (A) 政黨會議→非屬「執行其委任職務」
 - (B) 政黨／委任活動→選區選民服務→個案判斷
 - (C) 委任活動→議會政黨事務、委員會、大會議事等→屬之

3、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，而現行法則以「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，德國法就此的基本態度認為，原則上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職務產生關聯性，這一點從舊法時代已屬學說論辯的重心，尤其在舊法時代，因為法條規定「與其職務有關聯之行為」，特定活動的關聯性如何能與行政／司法公務員的「職務」產生關係，也就必須確認建構且串連該關係的介面因子，從以上討論大致上可以發現，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」、「知識」，不同學說對於這

⁴² Fischer, StGB, § 108e Rn. 28.

⁴³ MüKoStGB/Müller, § 108e Rn. 33.

⁴⁴ Fischer, StGB, § 108e Rn. 26; Schönke/Schröder/Eser, 30. Aufl., 2019, StGB § 108e Rn. 20.

⁴⁵ Eckhardt (Fn. 36), S. 110.

⁴⁶ Eckhardt (Fn. 36), S. 110.

⁴⁷ Eckhardt (Fn. 36), S. 111.

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⁴⁸，擴張解釋基本上都是延循「關聯性」的「實質視角」進行，在舊法時代屬立法明文，而修法後則為解釋共識，真關鍵其實要如何把關「關聯性」的實質操作準據，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的解釋疑義，尤其考量民意代表本身並無固定的職務上義務，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。

在筆者看來，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，例如在政黨會議中游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，尚不致干擾本罪所有保護的公務利益，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公務活動外觀屬性，某個活動愈是具有形式上的公務性質，愈容易被定性為「委任職務」。

四、我國法之解釋之基礎論點

前文已經說明我國現行實務見解與德國法制沿革，在具體分析我國法之前必須先行思考，究竟要從什麼樣的觀察視角思考民意代表受賄而期約給付內容為何。我國立法結構迥異於德國法，自不宜將德國法的解釋方法直接應用於我國法，不過，即便兩國立法有不同架構，處罰公務員賄賂的刑法基礎法理仍有共通之處，

⁴⁸ 平心而論，司法公務較無擴張需求，但行政公務基於其屬性，則必需要擴張解釋。

故仍可從德國法獲得相當啟發。依筆者之見，或許可以從四個不同視角反思相關議題。

第一，究竟應該如何設計賄賂罪的構成要件，涉及內國的刑事政策酌定方向，並沒有絕對正確的立法模式，各國可以考量本身的內國政策需求因地制宜。德國法採取區隔立法權／行政及司法權的立法模式，我國則不區別三種不同國家權力，而將這三種權力的配屬公務人員，置於同一個構成要件下管制其賄賂行為，這是台、德兩國立法政策的自由選擇。

第二，由於台灣在此採取迥異於德國的立法策略，將屬於立法權的民意代表適用相同其他權限的賄賂罪構成要件，既然立法者採取了共同的規範模式，顯然有必要發展出「職務上行為」的共通解釋原則，此項共通解釋原則應能應用於行政、司法、立法各權限公務員的解釋，而不是僅只專用於民意代表⁴⁹。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、密切關聯行為之外，而密切關聯行為更是有不同的定義及見解，不同於上述看法，德國刑法也不限於法定職務，而是透過功能關聯性的實質概念，擴張解釋職務行為的範疇，我們在此脈絡下，或許可以透過功能關聯性的實質論點學說，進而澄清「職務上行為」的概念邊緣何在。

第三，我國法未將立法權的公務員獨立出來，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，不過筆者也必須指出，若注意到立法權的功能在反應民意，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。

第四，若能透過上述兩點的分析而確認職務上行為的範圍，則該文字還必須能通過罪刑法定原則的審查，否則無法肯定具有正當性。

基此，必須先確認我國職務行為受賄罪的一般性解釋方向為何，就此必須先行討論我國三分說與德國的功能關聯性理論；待確認職務上行為的一般性內涵之後，再就立法權特點，思考是否要對民意代表的職務上行為給予特別的擴張或限縮，就此或可參考德國刑法第 108e 條的規範緣由。

五、職務上行為的一般概念

首先討論職務上行為的一般性定義。我國法將之區別為具體權限、一般權限與職務密切關聯行為。如果公務員就其具體主管之特定職務，因受賄而採取較特別的措施，例如發放建物使用執照的承辦公務員，因受賄而加快行政作業流程，本於其具體權限的特性，通常會承認為其職務上行為。

⁴⁹ 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、密切關聯行為之外，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。

至於一般權限，主要指公務員本於法規已規範的權限範圍，該受賄公務員就具體個案，縱無主辦權限，但因為法規給予抽象、一般性權限，因此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收賄而指揮下級，或是同階層因分工而有地域管轄的情況，重點在於上級對下級本於法定抽象權限有監督關係，而同層級之不同土地管轄也不因此排除權限，將之納入職務上行為應屬合理⁵⁰。

比較麻煩的是實務近期逐漸承認的職務密切關聯行為，從其實質角度來看，現有見解包括地位利用說、影響力說等見解。綜觀這兩種看法，結論上都要擴張職務上行為的範圍，而兩說均緊扣著一個核心概念：當某項活動欠缺法律規範為職務時，能否納入職務上行為，應考慮該活動能否透過「介面因子」而產生適足連結，從而與行為人既有的職務產生密切關係，某程度而言，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的問題意識，公務員的特定活動必須審視其與原有職務是否存在關聯性，只不過該怎麼判斷關聯性，有不同的介面因子作為中間連繫因素，換言之，不論我國實務有關密切關聯行為的各說，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，依地位利用說，其認為職務可產生職位，基於職位勢將衍生人際關係上的影響力，若行為人利用職位所生的影響力，該基於職位所能達成的「運用影響力」活動，即可理解為職務上行為⁵¹；相同道理，依影響力說，則強調應從公務員原有職務的「事務領域」作為介面因子，非屬於原有職務的活動必須與原有職務之事務領域產生關聯性，才能夠認定為職務上行為；德國學說更的從職務執行所獲取之「知識」，作為關聯性介面因子的看法。

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，依地位利用說，甲的職務產生「交通局長」職位，足能發生人際關係的拘束力，甲即利用這種拘束力而請託，故請託屬於扣連於「職位」而產生關聯性的職務上行為；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，故請託無從連結甲既有的事務領域，非屬職務上行為；至於採取「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，亦非職務上行為。

如能認可上文分析，那麼應該採取何種介面因子聯結非原有職務的活動，從而擴張解釋職務上行為？依本文之見，上述三說只有「事務領域」的見解較為適宜，具體理由有三點：第一，職務上行為的判斷與審思重心，在於公務員承載公共事務的決定權限，可得應用該權限而帶來他人獲利、損失或其他生活關係的改變，現代公共事務設官分職，每位公務員所能執行的活動有限，不可能一切都會經手管理，因此只有限定在該公務員職務而可經辦、管理、監督的該當事務領域，

⁵⁰ 參見李錫棟，同註2，頁27-32；黃士軒，同註2，頁108-109。

⁵¹ 主張此說者，參見陳子平，就許恒達教室「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見，檢察新論，17期，2015年1月，頁130。

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，但此種空間仍有界限，自須以事務領域所能連結的非法定活動為前提，才能合理地設計賄賂的犯罪結構⁵²。

第二，倘若採取地位利用說，勢必將職務上行為開放至無關職務、只關乎職位，進而發揮影響力的活動，例如上例交通局長的請託行為，不能否認，局長的確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以請託，然而，這種影響力已經完全與局長執行的行政公務無關，而是一種因為局長地位所產生的人際關係，完全脫逸於公務活動範疇，與公務活動禁止行受賄所要保護的核心利益無涉，筆者反對從職務建構關聯性的地位利用說；透過職務之工作所獲取知識而證成關聯性，實際上也是局長原有職務的附帶效果，亦即局長工作所附帶產生的邊際認知，該邊際認知同樣是公務活動衍生的其他周邊事項，不是公務活動的核心，同樣不足以認定職務密切關聯行為。

第三，再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行法令規範職務的「事務領域」，亦即公務活動的規畫、執行或管理有所關聯，事務性的聯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間，本質上屬於違反憲法及刑法的類推適用。

綜合以上三點，筆者認為職務上行為大致上可以包括以下三種類型：

- 1、**具體的職務權限**：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、**一般的職務權限**：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
- 3、**職務密切關聯行為**：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的範疇。

⁵² 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為，一律納入職務上行為，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為，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」。

六、民意代表之職務上行為的特別考量

1、民意代表職務行為的特殊要求

論述及此，還要進一步思考：是否單純從事務領域的關聯性論斷職務上之行為即為已足，或者還必須特別顧慮立法權本身的特性，而在解釋民意代表的職務上行為時，給予相當程度的特別處理？

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，這一點自應有效地表現在民意代表職務行為的解釋上。德國法之所以要有特別規範設計的理由在於：立法權的核心工作是反應民意，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「創設規範與形成政策」，以達成反應民意的民主政治期待，最後作成具有民主正當性的立法⁵³。那麼本文所要處理的民意代表請託問題，也就必須放在這個脈絡思考其職務行為的特性。

若進一步考量今日繁雜的政府組織與公共事務管理的結構，政府需要處理的事項眾多，個別民意有時不易受到受視，透過民意代表來反應選民需求，往往成為不可避免的選項；民意代表要讓行政機關重視其選民，實務運作也有許多不同管道，民意代表可能在議場中直接表達選民訴求，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，這些反應民意方法，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（以朋友立場私下聯絡請託），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應民意的公／私方法，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因收受好處而實行公權力行為，不能僅因其收受好處而代為請託，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應民意，確實有違公務倫理（為民喉舌不能出於受賄誘因），但這種行為恐怕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上行為。不過我們也必須承認，民意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。

為了解決上述困擾，或許必須從嚴解釋民意代表具有公權力屬性的職務上行為，一方面具體考量民意代表實踐立法權的職務屬性，另一方面則參考德國刑法第 108e 條的法理，從而合理地畫分出民意代表因受賄而具可罰性的職務行為對價，以及純粹違反公務倫理的受賄私人行為，即為解釋我國法必要的工作。

換言之，解釋上應優先參考德國刑法第 331 條，而從功能關聯性視角解釋我國職務上行為的一般性解釋方向，但仍不能完全無視民意代表的職務屬性，其中尤應注意德國刑法第 108e 條的內蘊法理，才能合理畫定民意代表職務上行為與私人活動的界限，避免因為民意代表常常要反應民意，就直接認為：「出於受賄，

⁵³ 參考蕭文生，立法機關（上），月旦法學教室，21 期，2004 年 7 月，頁 76-78。

以任何方式反應民意」均為其職務上行為，如此將帶來極不合理的解釋後果⁵⁴。筆者認為，針對民意代表多樣且難以直接定性公／私屬性的反應民意及請託行為，解釋上必須在「事務領域之關聯性」的標準外，進一步發展後續限制，相關限制可以從「事務領域屬性」及「法定公務外觀」兩個角度分析。

2、事務領域的限制

先談事務領域的實質限制，專就立委的請託行為而言，其作為中央民意代表，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⁵⁵，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，無法適用具體權限或一般權限行為，此時要考量是否請託屬於職務密切關聯行為；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的串連基礎，較有關的既有法定職務應該是「質詢權」。申言之，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，接受立法的評批及建議，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⁵⁶，在此定義下，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，並透過質詢取得資訊，進而「提供建議」，理論上立委除了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政策選項，當該政策其他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政策選項，其與「質詢」的既有職務，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的界限為據，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，自應以行政權所能負責的領域為限，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⁵⁷，超出行政系統所能執行的公務活動界限，即非質詢標準，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

⁵⁴ 學說上有認為：「不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，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，2015年1月，頁106-107），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。

⁵⁵ 有關立法委員職權，參見蕭文生，同註53，頁86-89。

⁵⁶ 有關質詢權的定義與內容，參見蕭文生，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，2015年9月，頁22-25。

⁵⁷ 參見蕭文生，同註56，頁26。

能納入立委可得質詢範圍⁵⁸。

既然質詢標的應限定在行政系統的公共事務，立法系統的建議、請託權限，當然也限定在行政系統所能承載的職務範圍，倘若超出受質詢的行政機關職務權限，立委建議、請託當然也不再是其立法權的公務活動範疇，反而是利用立委身分所進行的請託，以本文視角來看，這種超出行政機關職務權限的請託，本質上已經不再具備立委「職務」所生「事務領域」的關聯性，立委可得監督或進言的權限所在，反而是因為立委有其「職位」，所以能夠近距離地接近行政機關官員，才能針對非屬立法權限的事務徵詢其意見，並提供近似於請託的建議，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聯行為，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聯行為。

舉例來說，立委請託交通部長，要求在特定國道路段增設交流道以利其選區鄉親使用，國道路段的交流道增設權限，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，能納入該立委的職務上行為；但若立委請託衛福部長，要求其使某 A 私人醫院進用特定 B 醫師，此種請託純屬涉及私人醫院聘用醫師的私法契約，屬於純粹私人間的民事關係，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。

3、法定公務外觀的限縮

其次則是法定公務外觀的實質限制，立委作為民意代表，其公開活動無時無刻不在反應民意，要反應民意就必須沿特定管道進行，例如(1)立委在議場質詢時口頭請託特定事項，(2)在質詢時間以外以書面質詢稿方式請託，(3)立委另外以立委名義專函請託，(4)立委藉會議時於議場洗手間巧遇官員口頭請託，(5)立委私下打電話請託，以上這些都是反應民意而請託行政機關實行特定行為的方式，是否各種不同的反應民意方式，都可理解為職務上行為，即生疑義。

前文曾經提過，德國刑法之所以獨立出民意代表的特殊受賄罪，是基於民意代表職權不是「執法活動」，而是「政治活動」，該政治活動包括選民服務、立法公意形成等全然不同於行政、司法型的概念，繁多態樣的政治活動難以區辦公、私關係，由於受賄罪只能處罰公權力活動的職務行為，若不限縮解釋，很有可能將受賄罪擴張至私人活動的受賄行為，使得立委因私人活動受賄而被處罰，無端擴張受賄罪的規範設想，不僅有害民主政治的形成，更違反貪污犯罪保護公務公正而不保護廉潔道德的基本設想，無論如何，刑法不應是解決政治活動不清明的優先選項。基此，德國法採取折衷解決方案，其限定須有議事活動的「法定公務外觀」，亦即民意代表須因受賄，在形式議事進展過程中實行請託行為，這種具備官方會議或至少政黨屬性的發言、說項或建議，才能納於受賄罪的「執行委任

⁵⁸ 蕭文生，同註 56，頁 27。

職務」之列，如果非於議場中的活動，包括私下致電，或是在議事行為以外其他的口頭請託，都不能列入處罰範圍。

筆者認為上述觀點有其見地，亦可借用其觀點解釋我國法上民意代表的請託行為，主要理由有三點：首先，考量立委有諸多反應民意或請託事項的管道，如果一切請託都屬於職務上行為，則立委恐無任何私人活動可言，但立委有許多公、私領域的灰色行為地帶，因此必須在請託行為的形式管道上，採取相對較嚴格解釋，只有在進行法定職務活動的場合執行請託，才能理解為職務上行為。本此看法，(1)立委於議場中質詢官員，並進行有利於特定人的請託行為，或是(2)立委於書面質詢稿中質詢官員，同時提出有利特定人的請託，這兩類均符合職務上行為所要求的法定公務外觀。

其次，由於法律用語是「職務上行為」，依本文之見，雖然在實質意義上可以擴張至不具法定屬性的實質活動（例如：請託），但政治面選民服務的請託行為執行方式，若無進一步的形式條件限制，勢將全面改變民意代表的公、私行為界限，甚至我們可以認為，如果請託是以私人活動方式進行，不僅立委可以實行，一般稍具知名度的社會聞人也同樣可以作得到，未要求形式面管道的限制，將造成職務上行為毫無明確標準可言，恐有架空罪刑法定原則的疑慮。例如立委私下致電交通部長，要求增設交流道，「私下致電請託」其實不僅只是立委，當地鄉親只要因為與部長熟識而知道其電話，同樣可以作得到，立委與鄉親的影響力高低只是人際關係的深淺，法律意義並沒有任何差別；相反地，立委可以在「議事程序質詢」部長，提出請託，部長甚至對於該請託負有答復義務，議事程序的質詢行為彰顯了立委施展立法權的效果，這種作法絕非在地鄉親可為。從充實罪刑法定原則的可預見性、可理解性及可審查性需求來看，限定具立法權法定官方活動外觀的請託方式，才能真正落實罪刑法定原則。

最後，或許會有論者質疑，何以要這麼嚴格地鎖死在「法定公務外觀」？能否放寬至雖非法定、但已有慣例的「協調會」？依本文之見，協調會迄今並未於立法院組織法、立法委員職權行使法中有相應的法源，可說是立委選民服務實務上，為了緩減對行政部門的壓力，同時能夠向選民交待，從而發展出來的折衷作法，固然行政機關出於尊重立委權限，向來派員參與，但在協調會中，行政機關並沒有絕對答復或配合義務，固然立委樂於應用這種法制定位不明的替代措施服務選民，並取代透過質詢方法所能產生的法定效果，也迴避可能因質詢留下紀錄的可能疑慮。然而，考慮到協調會本身欠缺法律授權，僅只是立法院變相的折衷作法，應認為其欠缺「法定公務外觀」，在協調會中立委的請託行為，只能認為是「立委本其職位而借用官方會議室，行政機關出於尊重而派員出席」，這些條件均與立委執行「法定職務」應該具備的法定外觀屬性無關，貿然將之納於職務行為之列，恐怕衍生更多問題。

七、本文見解與案例審查

1、民意代表之職務上行為的定義

綜合以上分析，筆者認為立委就特定有利私人事項而請託行政機關的行為，本質上屬於立委的職務密切關聯行為，須符合以下三項條件，才屬於職務上行為：

- (a) 該請託與立委既有職務，具有事務領域的關聯性（此項要件考量立委的質詢權屬性，大致上均能符合）；
- (b) 事務領域限制：請託事務內容，必須屬於被請託之行政機關既有行政權責範圍之事務，如超出該行政權責，即不能與立委質詢權建立事務領域的關聯性；
- (c) 法定公務外觀限制：立委進行請託時，必須具有法定公務活動外觀，就此應排除純粹源自慣例、卻無法律依據的「召開協調會」。

2、問題回應與案例檢討

本於上述，再回到最高法院提及的事例及相關法律疑義，以下說明本文看法：

問題一：民意代表於議場外，對於行政機關或公營事業人員關說、請託或施壓，是否為職務上行為？

- (1) 關說、請託或施壓雖非民意代表的法定職務行為，但仍須考察能否納於「職務上行為」擴張解釋之「職務密切關聯行為」。由於民意代表有向行政機關質詢權（取得資訊／提供建議），其向行政機關公務員進行遊說，應理解為可能關聯質詢權的密切關聯行為，但若向公營事業人員為之，除非該公營事業直接受立委質詢範圍所牽動，否則不屬於職務行為。
- (2) 事務領域限制：由於質詢權僅限於行政權所及的範圍，關說、請託或施壓的事項，必須屬於該受質詢、監督對象可得決定的權限內事項，否則排除於職務上行為之外。
- (3) 法定公務外觀限制：立委必須於法定職務執行之場合，向行政機關或公營事業人員為請託，始得認定為職務上行為。

問題二：是否應採「實質影響力說」？

筆者認為實質影響力說的定義不精確⁵⁹，所謂之「影響力」其實是「關聯性」，亦即特定行為與公務員職務之間具有關係，重點應該是產生關聯性的「介面因子」為何。有從「事務領域」判定關聯性，亦有從「職位」判斷者，本文反對從職位建構關聯性，僅限於事務領域始可合法建構關聯性，不過立法權的民意代表職務行為，應予進一步限縮。

⁵⁹ 對實質影響力說的批評，參見黃士軒，同註 2，頁 100-106。

最高法院提出之甲-1 說並不合理，因為該說未合理區別關聯性的介面因子，將「事務領域」及「職位」等類型，一律納入影響力（關聯性）的判斷之內，這點可見於其行文「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」，該段定義完全忽略事務領域／職位所形成的關聯性並不相同，而以模糊字眼一律納入關聯性的範圍，解釋上恐怕擴張過度，有違反罪刑法定原則疑慮，筆者礙難贊同。

至於甲-2 說亦不合理，該說雖列舉立法委員之各項權限，並且將密切關聯性定性於「固有職務權限」，此項見解與甲-1 說明顯不同，其產生關聯性的介面因子，亦限定在原職務的事務領域，應可贊同，但甲-2 說認為公務外觀包括「協調會」，此項見解考量協調會並非立法委員法定職務範圍，而是長期的公務慣例，將公務慣例直接理解為法定職務，並不合適，此點應有修正必要。

案例分析

至於最高法院個案提及之問題，茲提出見解如下：

- (一) 被告私下「介紹」私下介紹中鋼公司給甲廠商認識，該行為僅為人際社會關係，無涉職務上行為；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，此為密切關聯行為範圍⁶⁰，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；此外，被告是「私下請託」，亦不符合「法定公務外觀」的基本條件。
- (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 項的授權，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，不符事務領域限制；至於致信中聯公司，中聯公司雖是中鋼公司之子公司，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，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職務的「事務領域」所生關聯，自非職務密切關聯行為。此外要補充的是，被告要求經濟部國會

⁶⁰ 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。

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，本質上更是欠缺法定公務外觀的屬性（無法律規範立委的發信名銜關係）。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，經濟部長只能就中鋼公司之政府所持股份有管理權，但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；此外，被告是在「非質詢時間」請託，既非質詢期間提出要求，欠缺法定公務外觀，此項事實亦非職務上行為。

(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，雖具有職務之關聯性，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，自非職務密切關聯行為。故此項事項非職務上行為；此外，被告私下致電，亦欠缺法定公務外觀。綜合上述理由，此項事實無關立法職務上行為。

參、非主管監督事務圖利罪之疑義

一、非主管監督事務圖利罪的非難內涵：不法利益輸送

不同於刑法僅規範主管監督事務圖利罪，依貪污治罪條例第 6 條共規定了兩類圖利罪，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不同。

主管監督事務圖利罪的行為人必須有主管或監督權限，對於相關事務本來就有公務決定權、監督地位或執行可能性，該行為人竟違反法令規範，最後將不法

利益輸送給不應獲利的自己或他人⁶¹，不論從我國長年實務累積的看法，或是依筆者個人所見，本罪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」，無論如何，其不法非難的重點在於創造不法利益輸送⁶²。

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因為欠缺核心公務活動的處理權限，本身無法直接採取「違法執行公務」典型方式，進而直接啟動不法利益輸送流程，因此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，所謂「利用職權機會」是一種因為某些機會，而能夠出入公務場所或接近執行職務處所，行為人利用有形手法干擾原無權經辦事務，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、探知秘密、濫用保管物品機會或擅接無權主管工作⁶³。

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，以請託或關說方法施用無形的心理影響力，進而使該主管的行政官員或下級公務員，實行請託內容，啟動不法利益輸送⁶⁴。

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（有權限之違法執行公務／無權限之利用機會／無權限之請託他人）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，都要產製作為不法非難核心的利益輸送關係。

以上簡要說明了非主管監督事務圖利罪的不法內涵，由於本案議題實為被告請託他人，接下來就以最高法院徵詢之問題為中心，將討論重點聚焦於利用身分關係的圖利行為。

二、利用身分關係的不法圖利方法

最高法院徵詢問題的重點，在於利用身分型之非主管監督事務圖利罪的「違法」，究應如何認定。前文已經說明，本罪非難重心在於不法利益輸送，如果行為人具有主管事務權限，實施違法行為往往可以有效帶來不法利益輸送效果，例

⁶¹ 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，2002年12月，頁165-175。

⁶² 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，臺大法學論叢，43卷3期，2014年9月，頁745以下。

⁶³ 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，2015年9月，頁258-259；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，2016年1月，頁126-130。

⁶⁴ 謝煜偉，同註63，頁264-266；黃士軒，同註63，頁134-136。

如行為人主辦公有場館的出租事宜，可以決定租期與租金，若決定以較低價額出租給他人，即能實現不法利益輸送；然而，倘若具公務員身分的行為人，實質上欠缺主管或監督權限，如何啟動不法利益輸送，即生疑義。

依本文之見，「利用職權機會型」的行為人，正是利用公務場所或處理事務的近鄰關係，創造出「表見權限」，透過這些有形的物理條件（例如行為人可進出公務場所），冒充自己有相應的公務主管或監督權限，從而違法執行系爭公務，例如無權限的行為人利用接近物品機會，冒充自己是有權限之公務員，而掉包物品，又例如欠缺權限的行為人，利用工作之便，以冒似有權者的方法挾帶違禁物品，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⁶⁵。

然而利用身分關係的結構則不相同，行為人雖具有公務員資格，但欠缺主管或監督權限，行為人只能請託具有監督權限的其他公務員，啟動值得非難的不法利益輸送流程，否則無從滿足圖利罪所需要的可罰性要求，而被請託的公務員，通常有主管或監督權限，也就足可啟動不法利益輸送流程，該被請託的公務員在論罪上可成立「主管監督事務圖利罪」，換言之，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」⁶⁶。

以一則實務案例來看，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」⁶⁷。

從以上案例可以發現，請託公務員無從創造不法利益輸送流程，只有被請託的公務員因有相應權限，才能實現此項非難後果。若能接受本文觀點，這表示單就「請託行為」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。受請託者可能同樣明知而成立主管監督事務圖利罪，也有可能因為欠缺「明知違法」要素，卻已經「違法執行職務」而在客觀上啟動了不法輸送流程⁶⁸。在此意義下，筆者認為利用身分型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。大致來說，非主管監督事務圖利罪特殊性在於：

1、行為人（請託者）與被請託者，同樣具有公務員資格，但雙方又另具監督關

⁶⁵ 相近觀點，參見謝煜偉，同註 63，頁 259；黃士軒，同註 63，頁 130。

⁶⁶ 注意到此點的討論，參見謝煜偉，同註 63，頁 264-265。

⁶⁷ 本案終審判決參見 95 年度台上字第 6561 號刑事判決。相關論罪另見事實審最後判決，即高本院 92 年度上更（二）字第 541 號刑事判決。

⁶⁸ 就此參見謝煜偉，同註 63，頁 265。

係或隸屬關係，行為人並利用此種關係，產生心理拘束效果；

- 2、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。
- 3、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，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⁶⁹。

三、「違法」的判斷基準

論述及此，筆者已經澄清非主管監督事務圖利罪的不法非難特性，接下來要處理本罪構成要件「明知違法」的法令範圍。由於本文認為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，因此是否「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」是否受到心理拘束而客觀上「違法執行職務」，從而啟動不法輸送利益的流程。判定個案有無違背法令，自然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⁷⁰。

至於最高法院就本案所徵詢的問題：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，是否該當非主管監督事務圖利罪所稱之「違背法令」要件？

筆者認為，上述提問將違法與否的關懷重點置於「請託者」，但依本文論點，請託者因為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，仍不足以證成非主管監督事務圖利罪的不法內涵。

真正問題核心其實在於，非主管監督事務圖利罪是一種特別態樣的教唆犯，而立法者透過獨立條文將該特殊教唆犯設計成正犯，根本而論，其不法性並非請託本身，而是請託事務是否違背法令，所謂「明知違法」，指的正是「請託者（犯罪人）」主觀上明知「被請託者因實行請託之行為，而違法利益輸送」。應納入審查的對象，應該是「被請託者」的行為，而審查的法令範圍，也應該考量有無啟

⁶⁹ 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 63，頁 265，註 60。

⁷⁰ 相同觀點，謝煜偉，同註 63，頁 263-264。

動不法利益輸送的可能性。⁷¹

綜上，針對最高法院的提問，筆者認為應採否定說，但理由不同於最高法院所提之見解。

⁷¹ 謝煜偉，同註 63，頁 263-264。