最高法院110年度台上大字第5217號違反貪污治罪條例提案予刑事大法庭案件法律意見書

國立臺灣大學法律學院
謝煜偉教授

因　鈞院審理110年度台上大字第5217號違反貪污治罪條例提案予刑事大法庭案件，選任本人為專家學者受諮詢法律意見，並諭示如下所示之法律問題，謹提示書面意見，供 鈞院卓參。

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

一、問題一：民意代表「職務上行為」之範圍

首先，貪污治罪條例第5條第1項第3款之構成要件：「（公務員）對於**職務上之行為**，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者」與中華民國刑法第121條構成要件：「公務員或仲裁人對於**職務上之行為**，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益」兩者大抵相同，因此以下討論皆以修先適用之後者（貪污治罪條例之普通賄賂罪）作為檢討之規範標的[1]。本提案問題一可以分成兩個層次，一是抽象的規範要件解釋，亦即何謂「職務上行為」由於提案庭已經彙整相當完整豐富

[1] 較為棘手的是，行賄罪作為受賄罪的對向，理應使用相同的文義較能維持概念理解上的明確性，然貪污治罪條例第11條第2項中卻使用所謂「不違背職務之行為」，其文義與「職務上行為」是否完全相同？似有疑問。在此或可理解為是立法技術上的疏漏，理論上兩者應該做同義詞解釋，始不會發生針對同一公務員行為的賄賂，僅處罰其中一方的疑問。在此，實務見解亦同此理解，參見最高法院108年度台上字第1544號刑事判決：「貪污治罪條例第4條第1項第5款、第5條第1項第3款之公務員對於違背職務或職務上行為收受不正利益罪，及第11條第4項、第1項與第2項之非公務員對於公務員關於違背職務或不違背職務之行為交付不正利益罪之成立，乃以行賄者對於公務員違背職務或**職務上行為**，基於行賄意思交付不正利益，冀求買通公務員踐履（或不執行）所賄求之違背職務或**職務上行為**；公務員明知行賄者賄求上情，仍收受該不正利益，允以相關違背職務或職務上行為作為報償，則該不正利益之收受與交付間即具相當對價關係，而足當之。」

的學說實務見解，特別是關於日本法院實務見解以及學說狀況，本意見書捨去重複的學說臚列，將僅聚焦在以下三點：（一）普通賄賂罪的保護法益、（二）職務密切關連說作為解釋「職務上行為」的疑義、（三）民意代表「職務上之行為」之適用範圍。

（一）保護法益論爭

關於貪污犯罪的保護法益，學說上常見的說法有四種：身分廉潔性說、職務不可買收性說、純粹性（執行職務公正性）說[2]、公正信賴說[3]。學說內容已多有文獻介紹，茲不贅。一般認為，由於「職務上行為」不涉及具體執行職務公正性妨礙的問題，因此普通賄賂罪之保護法益難以用純粹性說加以解釋，必須從公正信賴說的角度予以理解始為妥適。先從結論而言，本意見書認為，瀆職罪之保護目的既與公務員之身分廉潔性無關，亦與國民對職務公正性之信賴感減損無涉。筆者僅接受「執行職務之公正性」作為瀆職罪的保護法益，並且反對以「信賴」作為保護法益。其理由如下。

信賴法益除了有內容模糊難以界定侵害或其危險狀態的問題點之外，其無法適切發揮法益概念之「體系批判功能」，同時，就體系內部的解釋基準而言，由於難以劃定出人民信賴狀態的「終局損害」乃至於具體危殆狀態，僅能透過一些類型上具抽象危險的要素交織而成「抽象危險犯」，加以保護。然而，保護這種集合法益的抽象危險犯要透過何種構成要件的設計，才能正當化刑罰的介入，其實並不容易。因為信賴（感）是一現實的社會心理狀態，縱使不是憑空想像，但要如何找出從信賴轉換為不信賴的危險惹起「閾值」，其實並沒有一個穩定而具說服力的標準。到最後就是交給國民的代言人：立法者；亦即，由立法者來決定出究竟哪一種「犯罪構成要件（實行行為＋外界變動狀態）」將會造成人民信賴之受損或危險[4]。

或有學說反駁認為，公正執行職務本身並沒有單獨存在的價值。甚至，所有的超個人法益，或者制度利益，都是為了要服務在國家或社會各制度底下的個人而存在。然而，「信賴」本身也沒有單獨存在的價值，人民之所以會信賴社會制度或公務制度，仍舊是為了要藉著利用並期待這些制度來促進自我的人格實踐。況且，至少我們可以透過各種行政規則與法令規章來比對確認公務執行的公正狀態與不公正狀態，但是我們沒有其他更有效且明確的方法來確認行為所導致的信賴或不信賴狀態。

因此，關鍵的問題仍舊在於究竟哪一種對於「執行職務公正性」的攻擊態樣

---

[2] 李錫棟

[3] 近年文獻，僅參考川端博，賄賂罪の保護法益についての覚書き，收於：井上正仁、酒巻匡編，三井誠先生古稀祝賀論文集，2012 年，頁 454-463；擁護公正信賴說的經典文獻，參見斎藤信治，賄賂罪の保護法益：信頼保護説の妥当性(1)，法学新報 96(1／2)，1989 年 11 月，頁 73-91；斎藤信治，賄賂罪の保護法益--信頼保護説の妥当性(2)，法学新報 96(3／4)，1990 年 1 月，頁 49−76；斎藤信治，賄賂罪の保護法益：信頼保護説の妥当性(3 完)，法学新報 96(5)，1990 年 4 月，頁 1−35。

[4] 相關說明，參見謝煜偉，抽象的危險犯論の新展開，2012 年，頁 142。

是值得發動刑事處罰的？實際上，無論採取純粹性說或公正信賴說，單就貪污罪處罰界線的設定，並無太大差別，唯一有差異者為普通賄賂罪。

從純粹性說的立場出發解釋普通賄賂罪時，通常會從「違背職務賄賂之危險犯」角度來理解普通賄賂行為的可罰性基礎。例如現任日本最高裁法官山口厚氏曾認為在解釋普通賄賂罪的可罰性基礎時，應考量即便職務行為本身合法，一旦要約或收受賄賂就會「將職務行為置於賄賂的影響之下的危險」進而出現在執行職務過程中「不當行使裁量權之危險性」（危險性說）[5]。不過學說也批評，這種說法並無法順利解釋有關職務行為之事後收賄類型，因為職務行為已完遂才建立起對價關係，特別是在完事後始萌生索賄之意的情況下，很難說履行職務行為有受到賄賂影響之危險[6]。此外，若雙方一開始即明確約定換取合法裁量下的職務行為，則也難謂具有潛在從合乎職務轉換為違背職務行為之危險性。因此，山口氏所主張的「危險性說」看法，相當程度限縮了普通賄賂罪的成罪範圍（排除事後受賄類型，亦排除後續無不當裁量餘地之類型等），但在解釋論上未必能夠妥適解釋日本現行法[7]。不過，由於我國法對於事後賄賂行為的可罰性理解與日本並不相同，仍有思考採取危險性說的餘地。

進一步來看，這種危險性說的想法可以發揮限定「職務上行為」的作用，亦即，「職務上行為」應限定在具有裁量空間、但因受到金錢對價之影響而可能產生實質上裁量判斷不當之行為。如此一來，該行為將緊扣公務員本來的職務權限內容，不過，若雙方一開始即明確約定換取合法裁量下的職務行為，如前述難謂具有潛在從合乎職務轉換為違背職務行為之危險性。因此，我們可以進一步思考是否還有其他可能的潛在侵害公正性的危險存在？本意見書認為，另一種解釋途徑是將重心放置在：在金錢收買下，將產生**未來**潛在妨害職務公正性的危險性（新危險性說）。

我們可以思考，為什麼民眾願意額外花錢，希望公務員依法行政讓人民得到他理應得到的東西？在政治不清明，貪污腐敗嚴重的政府體制中，最常見的不是「有能力的人」花錢收買官員違法，而是「沒能力的市井小民」花錢去確保自己能夠獲得理應得到的利益。諸如明明符合所有條件去申請核發津貼，卻因為沒有送紅包而被變相刁難退件，或者過海關不給錢，就等著被扣留盤查，拖延通關時間……。這些大大小小的例子或許我們都曾經經歷過。這些紅包並不是要求公務員「徇私」，而是要求公務員「秉公」處理，按照規定來。在這些常見的案例中，這些賄賂就像是擔保公務員依法行政的保證金一樣，給錢不但不是侵害職務公正性，反而是促進當下職務的公正履行。

那麼，為什麼我們仍要透過刑事處罰，來解消這種看似促進職務公正履行的

---

[5] 山口厚，刑法各論，2 版，2010 年，頁 612。相類見解，參見林幹人，刑法各論，2007 年，2 版，頁 443-444；曽根威彦，刑法の重要問題〔各論〕，2 版，2006 年，頁 380。

[6] 參見高橋則夫，刑法各論，2011 年，頁 655；西田典之，刑法各論，6 版，2012 年，頁 489。

[7] 另一種理解法益侵害的途徑是「職務的公共性被私物化」的看法。參見生田勝義ほか著，刑法各論講義，4 版，2010 年，頁 325。

賄賂行為呢？因為這種職務公正性是透過公務員任意喊價，獲取薪俸額外報酬所維繫著的，問題是國民並沒有行賄的義務，沒有行賄的人，所面臨到的恐怕是公務員的違背職務行為。一旦透過這次的職務收買行為將非常有可能建立起送紅包送禮的潛規則，那麼職務公正性的維繫將隨時因為有無送禮而處於極不穩定的狀態，對具體的人民來說，其很可能會面臨到公務員消極不依法行政（違背職務行為）的對待。普通賄賂罪就因此成為保障未來類似職務之公正性不受到金錢等不確定因素的妨害的抽象危險犯。

因此，無論是傳統的危險性說或新危險性說，關鍵重點在於得以有效限縮「職務上行為」的射程範圍在該公務員基於職務權限所應為或得為之公務行為。相對的，若採取公正信賴說，除非對於「能產生信賴減損的類型上因果路徑」進行某種限定性的觀點，否則難免會對「職務上行為」的射程範圍採取更為擴張性的認定，例如，採取實質影響力的觀點將公務員利用身分地位來關說也納入「職務上行為」的範疇[8]。

（二）「職務上行為」的解釋

提案裁定就法律問題一部分，首先先將「與（本來）職務有密切關連的行為」概念直接包含在「職務上行為」的文義範圍內。公務員基於原本的職務權限（包含了法定職務權限以及基於其他行政規則、行政慣例等形成之職務權限範圍）所為之行為（下稱「本來職務行為」）及「與本來職務行為具密切關連之行為（下稱「密切關連行為」）兩者可能在性質上並不相同，密切關連行為可能與其本來職務行為全然異質，而有難以限定其類型的疑慮。日本過去以來的實務判例時常以「準職務行為或事實上所掌管之職務行為」來替換「密切關連行為」，相關學說上亦常有以「透過規範或其他如行政慣例等形成之事實上的職務行為」來說明密切關連行為之內涵。在此需釐清的是，密切關連行為再怎麼向外延伸，也不能屬於「職務外行為」，因此即使採取職務密切關連性說的立場，所謂密切關連性充其量只是從公務員實際從事之職務權限範圍來劃定職務行為的界限。至少，所謂職務行為之意涵，並不需要僅侷限在透過法律所賦予之權限，亦即並非需限於「法定之職務權限」，例如未有明文規範的行政慣例、行政指導等仍以遂行公務為目的之行政作為，仍應屬於公務員實際從事之職務上行為。

學說上曾經分別從公務說、影響力說、地位利用說等三種觀點分別討論「密切關連行為」之內涵[9]。這三種看法在文獻上已經有相對詳細的介紹與說明，在此僅針對幾項容易混淆之處做澄清。首先，就公務說而言，賄賂罪處罰的目的在於公務執行的公正性，無論是透過行政慣例或法律規定，該密切關連行為仍須具備公務性質。從此種觀點來看，即使不使用「密切關連行為」的用語，從「具體

[8] 退一步言，即使採取公正信賴說的觀點，只要能夠嚴守「職務上行為」文義範圍的解釋，也不至於會採取過於擴張的認定方法。關鍵在於，社會信賴的對象並不是公務員身分廉潔性，而是對於職務公正性的信賴。

[9] 參見堀内捷三，賄賂罪における職務行為の意義，内藤謙ほか編，平野龍一先生古稀祝賀論文集（上），1990 年，頁 502-506。

職務權限說」（而非法定職務權限說）的角度，內涵幾乎完全相同。是以，密切關連性說的公務說，從本意見書的立場而言，基本上是可採取的看法。然而，即使採取公務說，仍須進一步處理何謂公務性質。在此仍難以一概而論，例如需綜合考慮在職場內外、勤務時間內外、是否有出現一定之法律效果等面向始能判斷。其次，就影響力說而言，此說所謂的「影響力」並非指該行為對其他公務員之職務行為的影響力，而是指該密切關連行為之作成，是否會對本來職務行為產生影響，特別是對於後續執行相關職務時可能會因此受到拘束等影響之可能性[10]。最後，就地位利用說而言，此說與我國所提出之實質影響力說較為接近，係指該行為對作用對象（其他公務員）能否發揮一定的地位影響力，若為肯定亦屬密切關連行為。然而，利用公務員之職位、地位所為之指揮、監督，若具備上下隸屬關係等情形的話，其指揮監督行為原本就可以屬於該公務員本來之職務行為（或至少可以符合事實上的具體職務權限範圍）來解釋，相對的，如果像是政府首長（如總統、行政院長等）或者民意代表，並沒有明確劃定的指揮監督關係的話，則基於首長或民意代表的職位、地位所發揮的影響力顯然就已經逸脫了職務上行為的文義範圍。更遑論若不具備上下隸屬關係、或者對於公務機關、公務員以外之機構、民間組織發揮事實上之影響力者，更顯然超出了職務上行為的意涵。這種權勢地位的濫用，應該屬於非主管監督事務圖利罪或公務員不純正瀆職罪「假借職務上之權力機會或方法」之行為態樣的問題（詳問題二之討論）。

附帶說明，提案法律問題一最後提及：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？過去司法實務的「實質影響力說」有兩種，一種是將「因自己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影響力，使特定公務機關或公務員為職務上積極作為或消極不作為之行為」納入職務上行為的範疇[11]，而另一種則是更為擴張地將「影響力作用的對象擴張到其他非公務機關或非公務員之範圍」來解釋職務上行為[12]。或許這種說法可以大幅度將不當關說之案例納入處罰範圍內，但是如此一來「職務上行為」的文義將喪失不法內涵的限定作用，變成圍繞著該職位所附帶的所有對任何他人的影響力運用效果，都會該當於在實質影響力說解釋下的「職務上行為」，顯有違背罪刑

[10] 參見最決昭和 59 年 5 月 30 日刑集 38 卷 7 号 2682 頁的調查官解說。原本此說是基於公正信賴說的觀點而提出之見解，近來亦有從純粹性說的角度說明該行為對於後續本來職務行為可能產生具體的不正影響。嶋矢貴之，賄賂罪，法学教室，306 号，2006 年 3 月，頁 55-63。

[11] 僅參見最高法院 100 年度台上字第 5472 號判決、104 年度台上字第 2255 號判決。明確提到影響力對象需限於特定公務員之職務行為者，如臺灣臺北地方法院 101 年度金訴字第 47 號判決中提及「假手他人滿足對價事項型」：「倘收賄等公務員所發揮之實質影響力，並非作用於任何政府機關或公務員有關公務決定或執行之過程，或未導致任何行政行為之作成，則與本罪所要求一般國民對於公務職權行使公正性之信賴之保護法益無關，除另可能構成他罪外，不得以收賄等罪相繩。」

[12] 僅參見臺灣高等法院 99 年度矚上重訴字第 77 號判決、最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決（關於台北金融大樓公司董事長人事案之犯罪事實部分）：「職務上行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，應從公務員所為實質上是否為其權限所及以為判斷。……總統對於重大行政政策、任免重要人事等事項具有實質決定權，自不得藉此職務上所得為之行為收受金錢、財物或假借餽贈名義之變相給付為對價。」

法定原則的疑慮。同時，由於透過實質影響力說所納入的關說內容並不限於其他公務之履行，從保護法益的觀點來看，利用公務員身分地位喬事，頂多是薄弱的濫權行為，對公正性（或公正性之信賴）影響薄弱，而處罰重心完全偏重在斡旋對價之收受，有過度強調公務員身分廉潔性的特徵。

結論是，關於普通賄賂罪的「職務上行為」解釋，過度寬鬆的「實質影響力說」已經完全踰越職務上行為的概念範疇，其疑問自不待言，而無論是採取一般職務權限說或者職務密切關聯說，也都是對職務行為概念的擴張解釋。最終，在追尋眾多學說立場的優缺點之後，本人認為仍應以法令規定並兼及於實際操作上之權限為基準來劃定職務上行為之界限，亦即，應以「事實上具體所從事之公務」，來認定「職務上行為」，以避免普通賄賂罪成罪範圍之不當擴大。因此，本意見書贊成提案裁定所採之「公務說」，亦即除本來法定之職務權限範圍之外，亦可包括附隨之準備工作與輔助事務在內，其事務從事依據並不以法律規定賦予為限，亦可透過行政上或機關內部事務分工的慣例而形成，不過基於保護法益在於公務執行公正性之維護，該附隨之職務需具有公務性質。

（三）民意代表「職務上之行為」之適用範圍

立法委員等民意代表的法定職權範圍，可從憲法、立法院組織法、立法委員行為法等相關規定予以確立，因此立法委員基於其法定職務權限如提案、審議、議決權、質詢權、邀請備詢權而行使之行為相對清楚明確。而根據立法委員行為法第 15 條規定：「I 立法委員受託對政府遊說或接受人民遊說，在遊說法制定前，依本法之規定。II 前項所稱對政府遊說，指為影響政府機關或公營事業決策或處分之作成、修正、變更或廢止所從事之任何與政府機關或公營事業人員之直接或間接接觸及活動；所稱接受人民遊說，指人民為影響法律案、預算案或其他議案之審議所從事之任何與立法委員之直接或間接接觸及活動。」以及同法第 16 條：「立法委員受託對政府遊說或接受人民遊說，不得涉及財產上利益之期約或接受。」同法第 17 條：「立法委員不得受託對進行中之司法案件進行遊說。」可見立法委員對於政府遊說亦屬於法律所明訂之權限範圍[13]。退一步言，若不符合上述「對政府遊說」的要件，立法委員就人民陳情之事項以國會辦公室名義開協調會之方式邀請相關行政機關說明，亦可屬於附隨之具體公務遂行行為。

然而，若私下介紹廠商、請託協助取得與公營事業締約機會、直接施壓公營事業人員對於特定締約對象之考慮者，至多僅屬於利用立法委員身分地位所產生之影響力所為之舉措，依照前述關於職務上行為概念之討論，似應不屬於職務上行為之範疇。然關於本案事實是否能涵攝到職務上行為一事，會涉及到事實認定之問題，已經超出本法律意見書所能夠討論的範圍。

二、問題二：非主管監督事務圖利罪「違背法令」之解釋與適用

[13] 亦可進一步檢討民意代表受託向政府機關遊說，是否符合遊說法所規範之遊說行為。

本問題涉及非主管事務圖利罪（筆者則稱之為「特殊圖利罪」[14]）之解釋。貪污治罪條例第六條第一項第五款圖利罪於 2002 年增訂「明知違背法令」之要件，其中關於「法令」的意義，立法理由說明係指「包括法律、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，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」而言。在 2009 年修正貪污治罪條例時，則將上開立法理由明文化，而使得單純對內發生效果的行政規則排除在「法令」的範圍外[15]。

此問題的核心關鍵在於，「非主管監督事務」圖利罪中，很難在與執行該項事務有關的法令中找到具體的誡命或禁止義務。2001 年貪污治罪條例第六條第一項第五款修正理由中言及：「非主管或監督之事務之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」，也是理所當然。然而，不能因此退而求其次，從一般性、倫理性的公務員基本規範中尋求「違背法令」之依據。貪污治罪條例第六條公務員圖利罪條文中所指之『法令』，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限，以達公務員廉潔及公正執行職務信賴要求外，更避免原條文及有關『違背法令』的範圍不明確，致使公務人員不敢勇於任事，延滯行政效率的不良影響。問題的癥結並不在於法令效力是否直接或間接對外發生效力，而是該法令是否指出了當公務員執行職務或行使職權時所應遵循的具體義務內容。如果沒有投射出一個具體的誡命義務內容，則根本無法透過該法令將公務員濫權行為定位下來。

就利用身分影響力的類型而言，此處「明知違背法令」，係指斡旋者明知「被斡旋公務員之行為將違背與該職務有關之法令」，而非明知斡旋者自己違背「不得關說之法令」。長期以來走後門、關說、施壓的官場文化固然亟需匡正改善，但不應將特殊圖利罪當做是遏止這種官場文化的萬靈丹。仍然應該要將關說內容限定在涉及該管公務員職務上不正行為的類型，才能切合「具體職務公正性」的規範目的。

關於明知違背「法令」範圍的解釋，無論是利用職權機會圖利抑或是利用身分影響力斡旋圖利，都應限於與具體職務事項有直接關係之法令。此際，利用職權機會型之「法令」，涉及到行為人行使職權之際所應遵守的行為規範，而利用身分影響力型之「法令」，係指斡旋關說之公務員明知被斡旋關說者（承辦公務員）之行為將違背該職務上應具體遵守之法令[16]。

與本案有關的是公職人員利益衝突迴避法。該法第 12 條規定「公職人員不得假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益。」違反本規定者

---

[14] 本罪相關討論，僅參考謝煜偉，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 227-279；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—兼與日本斡旋賄賂罪之簡要比較，檢察新論，19 期，2016 年 1 月，頁 117-146。

[15] 立法院公報，98 卷 17 期 3703 號，頁 64-65、335。立法者有意要排除機關內部所為非直接對外發生規範效力的行政規則。

[16] 謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議，政大法學評論，142 期，2015 年 9 月，273 頁。

亦有科處新臺幣三十萬元以上六百萬元以下罰鍰之罰則（同法第 17 條）。然而，透過前述討論可知，重點不在於規範層次是否具有對外效力，重點在於該法規所析出之行為規範內容是否是以違反與執行職務有直接關係。該法第 12 條的內容與非主管監督事務圖利罪的行為規範內容幾近雷同（禁止公務員濫用權力機會或身分來圖利），若認為可以援引該條來說明所「違背之法令」，則顯然陷入循環論證，架空了「法令違背」作為條文不法內涵重心的意義，顯然不可採。

三、結論

綜合以上所述，可整合出以下幾點結論：

1. 普通賄賂罪之保護法益仍可透過純粹性說加以理解為對於妨害職務公正性的危險性。從此觀點所為之職務上行為解釋，能夠更緊扣住公務行為的核心。
2. 關於普通賄賂罪「職務上行為」之解釋，應以法令規定並兼及於實際操作上之權限為基準來劃定職務上行為之界限，亦即，應以「事實上具體所從事之公務」，來認定「職務上行為」。提案裁定所採之「公務說」應可贊同。亦即除本來法定之職務權限範圍之外，亦可包括附隨之準備工作與輔助事務在內，其事務從事依據並不以法律規定賦予為限，亦可透過行政上或機關內部事務分工的慣例而形成，不過基於保護法益在於公務執行公正性之維護，該附隨之職務需具有公務性質。
3. 民意代表若符合「對政府遊說」的要件下，本身即屬法律規定下之職務權限行為，退步言之，立法委員就人民陳情之事項以國會辦公室名義開協調會之方式邀請相關行政機關說明，亦可屬於附隨之具體公務遂行行為。
4. 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，不應該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款非主管或監督事務圖利罪所稱「違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」之要件。

受諮詢專家學者

謝煜偉

中　華　民　國　1　1　1　年　1　2　月　2　8　日