



## 「職務密切關連行為」 與「運用身分地位 之影響力」

曾昭愷

臺灣高等檢察署  
臺南檢察分署檢察官

目次	壹、前言 貳、「職務犯罪」之所以稱之為職務犯罪 參、職務犯罪保護對象是「職務」而非「身分」應予區辨 肆、增加「形式上具公務活動之性質」要件，實務上如何判斷？ 伍、「職務密切關連行為」與「事實上影響力行為」之關係 陸、「圖利」為何是一種犯罪？為何「圖利」應予處罰？ 柒、二種圖利罪所謂「違背法令」之解釋問題 捌、結語
----	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

### 文前說明

為便於本文之說明，擬針對相關法律關係當事人之代號標示如下：

- C：為民間廠商。
- A：為掌有A職務的公務員。
- B：為掌有B職務的公務員。

### 壹、前言

我國司法實務關於貪污治罪條例第5條第1項第3款：「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。」所謂「職務上之行為」之解釋，長久以來存有重大爭議。若將其解釋得太狹窄，恐無法發揮規範功能；將之解

釋得太寬濫，又恐違反罪刑法定原則。鄰國日本也面臨相類問題，同樣透過司法判決解釋，企圖在不過度違反罪刑法定原則之前提下，適度擴張「その職務に關し」的文義範圍<sup>1</sup>。

我國最高法院大法庭於2023年3月2日，針對上開爭議作成110年度台上大字第5217號裁定，該裁定之提案事實乃針對民意代表的施壓斡旋行為所作。本裁定所揭示採用「職務密切關連行為」相關理論，除民意代表外，是否能一體適用到其他一般公務員？我國司法實務近年來雖似趨向肯定，然此問題茲事體大，非本短文篇幅有辦法處理，因此本文擬暫限於該裁定之前提基礎事實為範圍來討論。

依法院組織法第51條之10規定，大法庭裁定雖僅對提案庭提交之案件有拘束力，惟事實上其擴散效果，全國各司法機關在處理此類案件時，可能產生實質上的影響。究竟本案大法庭裁定是否真能對上開爭議產生一錘定音的效果？恐繫於該裁定之論述內容是否經得起各方檢驗。

## 貳、「職務犯罪」之所以稱之為職務犯罪

從保護法益觀點來解讀，貪污治罪條例或刑法瀆職罪章所保護的法益，均為「公職務」的正當行使以及其廉潔可

以信賴，與其稱為「貪瀆犯罪」，不如稱之為「職務犯罪」來的精確，本文以下從之。換言之，職務犯罪所保護的是公務員手上所掌之「公職務」而非「公務員本身」，也不是公務員的「身分地位」。這就是為什麼將「刑法上的公務員」定位為掌握到公職務的那種人，脫離手中所掌的公職務，便無刑法上公務員可言。<sup>2</sup>再加上貪污治罪條例第2條規定，除了共同正犯或必要共犯等特別規定外，原則上只有「刑法上的公務員」才會受本條例各罪規範，在在顯示上述法律所保護的對象是「公職務」這東西。

在前述認知下，即使是貪污治罪條例第6條第1項第5款之非主管監督事務圖利罪，原則上也限於「刑法上的公務員」才有觸犯該罪之可能，也就是行為人A雖然未直接掌有被影響公務員B的那種職務（B職務），但因行為人所掌A職務行使產生的影響力，足以影響B職務的行使方式，而掌有A職務的公務員A仍不避嫌，對掌有B職務的公務員B進行影響行為，用以圖取廠商C的不法利益。

## 參、職務犯罪保護對象是「職務」而非「身分」應予區辨

「利用職務行使」與「基於身分地位」之區隔不明，往往造成過去不少職務犯罪類型之爭議。例如某些公務員詐

領小額補助款之案型，究屬「基於身分地位」詐領應論以普通詐欺罪？還是屬於「利用職務行使」詐領應論以職務詐欺罪（職務犯罪）？長久以來造成司法實務不少爭議<sup>3</sup>。

貪污治罪條例第6條第1項第5款條文所稱「利用職權機會或身分」，在犯罪結構上似應理解為「行為人利用自己掌握、行使A職務的這種職權機會或身分」<sup>4</sup>，而不包括一般理解上的行為人在社會或在官場上之身分地位。換言之，本款犯罪，本質上仍是由行為人行使法定固有（A）職務的這種職權機會或身分地位出發，並且「職務」概念擴張到與法定固有職務有密切關連之行為，均可認為是行為人的「職務上行為」。而所謂密切關連行為中，有一種類型叫作由法定固有職務衍生「事實上的影響力」，行為人運用這種影響力去影響其他公務員B對B職務的正當行使。

身為職務犯罪中之一種罪名，同條例第6條第1項第5款條文規定為「利用職權機會或身分」<sup>5</sup>，或許未必精確。本文原期待大法庭裁定能作限縮解釋，將「職權機會或身分」限縮於「掌握、行使A職務的職權機會或身分」，並對因職權機會或身分產生的影響力加以不當運用。然而頗為可惜的是，本裁定並未作上述限縮解釋，反針對上述影響力作大幅擴張，認為公務員，不僅可能運用其掌握或行使A職務產生之影響力，也可能運

用其「身分地位」產生的影響力，去影響另一公務員B關於B職務的正當行使。何謂「身分地位產生之影響力」<sup>6</sup>？在解讀「職務」概念時使用「身分地位產生之影響力」，似乎是比日本通說實務所使用的因職務行使「事實上產生之影響力」更為擴張。

## 肆、增加「形式上具公務活動之性質」要件，實務上如何判斷？

或許大法庭意識到，將A公務員對B公務員之斡旋行為，大幅擴張到「利用其職務之影響力」與「利用其身分地位之影響力」，可能會過於寬濫而有危及罪刑法定原則之疑慮，因此創設新增一個要件「形式上具公務活動之性質」以對職務上行為加以框限。然而「職務密切關連行為」是以職務概念為中心來框限其範圍，本就具有公職務性質，司法實務上之判斷方式，近年來已相對穩定<sup>7</sup>。大法庭再創設這個法律要件之依據為何？是否根本就與「職務」的判斷有重複的情況<sup>8</sup>？又何謂「形式上具公務活動之性質」？大法庭雖於理由中有若干舉例，但在司法實務操作上，確實可能造成界限不明。原本為了釐清一個模糊的概念，卻使用另一個更模糊的概念去解釋，是否重複判斷或是否有必要？未來

實務上如何操作<sup>9</sup>？值得觀察。

## 伍、「職務密切關連行為」與「事實上影響力行為」之關係

觀察日本司法實務的演進，其為求妥適解釋「職務」概念，使不致過於違反罪刑法定原則，又能適度發揮其規範功能，從公務員法定固有職務擴展出所謂「職務密切關連行為」。這種職務密切關連理論的正當化，是來自於特別信賴說之理論，認為如果公務員針對其職務密切關連之行為收賄，人民就會對公務員的固有職務產生質疑<sup>10</sup>。如果將法定固有職務比喻為荷包蛋的蛋黃，那麼密切關連行為就如同荷包蛋的蛋白，整個荷包蛋都可以視為職務的內容，無論破壞蛋黃或破壞到蛋白，都算是破壞到「職務」。至於所謂「密切關連行為」之態樣，最常被舉例的就包括行使固有職務時常態附隨的工作與輔助事務行為（例如議員在議會政治團體內，先選出競逐議長的候選人）（被稱為準職務行為或事實上主管職務行為），以及遂行固有職務過程，對其他公務員事實上影響力之行為<sup>11</sup>。本件大法庭裁定在理由說明過程描述：「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」似有疑義。

## 陸、「圖利」為何是一種犯罪？為何「圖利」應予處罰？

我國刑法瀆職罪章與貪污治罪條例均定有主管監督事務圖利罪，貪污治罪條例更定有所謂非主管監督事務圖利罪<sup>12</sup>。何以「圖利」是一種犯罪？圖利行為的可罰性本質何在？為定性各該罪名之罪質，我國部分司法實務及有力學說認為主管監督事務圖利罪之本質，某程度具有公務員的特別背信本質，因而刑法背信罪也順勢成為本罪之補充性罪名<sup>13</sup>；非主管監督事務圖利罪之本質，則是公務員利用自己掌握到特定職務的地位，利用其影響力去斡旋影響其他公務員職務之不當行使<sup>14</sup>。整體而言，此二罪均取名為圖利罪，圖利罪名也確實無法彰顯其犯罪本質，但此二罪是否如原裁定所述為全然不同之犯罪？恐也未必如此。

究其罪質，主管監督事務圖利罪應屬公務員B明知自己行為違背法令，而仍從事的特別背信行為；非主管監督事務圖利罪則是公務員A明知公務員B如果聽從自己唆使的方式去做，可能造成B所掌B職務的行使違背法令，仍唆使B去

從事特別背信行為之態樣。此二罪名之違背「法令」內容，是否如同本號裁定，有作不同解釋的必要？恐有疑問。

## 柒、二種圖利罪所謂「違背法令」之解釋問題

法律的理念有三：法安定性、合目的性與正義。法的運作大致不脫此三理念的消長競存。然而每個人心中的正義不同，法的目的有其相對性，因此毫無疑問法安定性便成為最優先考慮的法理念<sup>15</sup>。此所以法律解釋以文義解釋為優先，除非文義解釋明顯違反立法目的或重大違反正義至令人無法忍受之程度，否則即應以文義解釋為優先考慮之解釋方法。

無論是貪污治罪條例第6條第1項第4款主管監督事務圖利罪或者是同條項第5款非主管監督事務圖利罪，均規定有明知違背法令之要件，並且均將此要件細緻修訂為「明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」。本號大法庭裁定於理由說明中，將上述每一字句完全相同的字串加以區分，認為主管監督事務圖利罪之明知違背法令要件，該「法令」限於「執行職務時所應遵守之法令」，而非主管監

督事務圖利罪則不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。

基於前述法律理念以法安定性優先原則、文義解釋優先原則，大法庭究竟是基於什麼特殊的立法目的要作限縮解釋或不作限縮解釋？究竟是基於什麼特殊的理由，要針對完全相同的文字字串賦予不同的內容？大法庭如此將完全相同的字串符號，刻意區分為不同內容，可能會產生些許疑義，且似應提出極具說服力的理由為妥。進一步說明，掌有A職務的A公務員向掌有B職務的B公務員施加影響力，要求B將B職務為特定內容之行使或不行使，犯罪主觀要件上，究竟是「A必須明知B對B職權之行使為違背法令？」還是「A必須明知自己運用A職權產生之影響力來影響B這種行為違背法令〔例如違反公職人員利益衝突迴避法（下稱「利衝法」）〕？」

從貪污治罪條例第6條第1項第5款之立法結構來看，A明知自己唆使B以特定方式行使或不行使B職務是違背法令的，仍運用自己擁有A職務產生的影響力去影響B，造成B職務的不正當行使，這才是本款犯罪所要規範的，至於A去影響B是否有違反利益衝突規定？根本不是本款犯罪所關心的事。A是否有違反利衝法，是否應依相關規定處罰？純屬另一個層面也就是單純是否違反利衝法的問題。換言之，無論是A或B，他們

所攻擊或破壞的主要對象都是B職務，B是直接對B職務作不正當行使，A則是利用所掌A職務對B的影響力，唆使B去不正當行使B職務。B是否構成同條項4款之圖利罪？A是否構成同條項第5款之圖利罪？關鍵都在於B和A是否知道B職務這樣行使是違背法令的。

本號大法庭裁定使用相當篇幅探討上述條項第4款、第5款圖利罪之「違背法令」是否包括所有公務員所應遵守的基本規範「利衝法」？大法庭本案裁定似乎認為前揭條項第4款、第5款所示之「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」應作不同的解釋。前者限於違反「執行職務時所應遵守之法令」；後者則兼含「所有公務員所應遵守的基本規範」。然似未提出極具說服力的理由說明，完全相同的文字符號，到底有什麼特殊的理由必須要作不同內容的解讀？

本文認為，就非主管監督事務圖利罪而言，重點在A公務員是否明知其利用A職務產生的影響力去影響B公務員對B職務的行使，可能造成B職務之行使違背法令？至於B進行這些施壓關說斡旋等行為是否違反利衝法規定？對於同條項第5款犯罪之成立與否並無關聯。當然，探討A行使A職務衍生之影響力是否有違法問題，並非全然沒有意義，而可

能涉及A是否構成違背職務收賄罪之問題。換言之，A的斡旋行為如果真的違反利衝法，可以思考的是除單純依利衝法處罰以外，A如果因而收受賄賂，其是否構成「違背職務（密切關連行為之影響力行為）」收受賄賂？或者只是「不違背職務（密切關連行為之影響力行為）」收受賄賂？本號大法庭裁定將上述不同層次之問題，理解為同條項第5款所關心的重點，要給A對B的影響唆使行為本身賦予「違背法令」之性質，致將文字完全相同之字串，作差異解釋，恐生疑義。

## 捌、結語

最高法院110年度台上大字第5217號裁定，擺脫「法定職務說」框架，順應近年來實務走向，採用日本通說實務發展出來所謂「與職務密切關連行為」理論，用以擴大職務犯罪之「職務」概念範圍，適度使職務犯罪的法律條文能發揮其應有的規範功能。雖然略有遊走於罪刑法定原則邊緣的批評，但本文仍肯定其基本立場。

只是本文感到可惜的是，本號大法庭裁定未對貪污治罪條例第6條第1項第5款「利用職權機會或身分」用語作限縮解釋，反跳脫職務犯罪的「職務」框架，不限於「職務之影響力」，更擴大到連「身分地位之影響力」也被當作是職務的內

容，並且似乎認為可作為收賄罪之對價。是否已超出職務犯罪所要保護的法益，更逼進一步挑戰罪刑法定原則？值得思考。

又本號裁定一方面對影響力概念作前述大幅擴張，一方面又恐過度擴張而加入另一個模糊概念「形式上具公務活動之性質」來適度框限本罪構成，恐徒

增未來司法實務操作面的爭議。另外，大法庭本號裁定的基調倘若真能整合全國此類案型之法律見解，倘若真能進一步擴及所有公務員一體適用，是否會影響進行中的刑法瀆職罪章行、收賄罪以及從美國法飛來一筆的餽贈罪修法？作上述局部性的修法是否有必要？均值得觀察。♣

## 註釋

1. 日本刑律第197條參照。
2. 參閱曾昭愷，職務、密切關連行為與影響力交易（一），法務通訊，2954期，2019年5月，3頁。「刑法上的公務員」是指掌握到公職務的那種人，且依其掌握到公職務的途徑不同，大可區分為身分公務員、授權公務員以及委託公務員。
3. 實務界近年來已意識到此問題之嚴重性，檢察總長於2021年12月9日，特別針對此問題召開意見整合研討會，在檢察系統獲有初步共識。
4. 類同於貪污治罪條例第5條第1項第2款職務詐欺罪所謂「利用職務上之機會」之解釋方法，行為人是利用其掌握到特定職務，而且是利用其行使該職務時之機會，並非利用行為人的「身分」。如此解釋，才能彰顯本條例職務犯罪保護對象是職務之本質。而利用職務與利用身分不予區分，事實上造成我國實務上詐領加班費等小額補助款項類型法律適用上之爭議。
5. 保護法益是公務員的職務而不是公務員的身分地位，相同說法參閱松原芳博，刑法各論，二版，日本評論社，2021年3月，629頁。
6. 例如北部縣市的議員針對其友人的工廠污染行為，對南部縣市政府環保局基層稽查人員進行施壓關說，算不算「利用其身分地位之影響力」？
7. 最高法院105年度台上字第276號判決參照。
8. 松原芳博，同註5，628頁。
9. 如果被告抗辯，公務員乙、丙二人在一起泡溫泉時，乙提醒丙要注意B職務要如何處理，是否符合「形式上具公務活動之性質」要件？
10. 松原芳博，同註5，626頁。

11. 松原芳博，同註5，627頁。山口厚，刑法，三版，有斐閣，2015年11月，482頁。
12. 同以圖利罪為名，為何刑法瀆職罪章未訂定有非主管監督事務圖利罪？原因耐人尋味。
13. 最高法院110年度台上字第4988號判決、109年度台上字第5317號判決參照。關於圖利罪之罪質探討，參閱許恒達，貪污犯罪的刑法抗制，元照，2016年5月，146頁以下。
14. 黃士軒，初探公務員非主管監督事務圖利罪中的「利用職務機會或身分」圖利行為，檢察新論，19期，2016年1月，117頁以下。
15. 此為Gustav Radbruch在其所著「法哲學」中之論述。參閱陳清秀，法理學，二版，元照，2018年4月，81頁。

**關鍵詞：**法定職務說、職務密切關連行為、運用身分地位之影響力、利用其職務之影響力、形式上具公務活動之性質、圖利罪所謂「違背法令」

DOI：10.53106/279069731404

（相關文獻●月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)；  
更多裁判分析●月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)）

## 書籍推薦

### 📖2023年月旦〈刑事法〉實務評析精粹

作者：張明偉、蔡聖偉、陳文貴、吳燦、許恒達、張天一、林鈺雄、李佳玟、楊雲驊、謝煜偉

簡介：本書就刑事實體法及程序法之重要實務見解評析為開展。實體法收錄總則中的客觀歸責、空白構成要件錯誤、競合等；分則以不作為圖利罪及電腦詐欺罪為主。程序法收錄強制處分之救濟、證據能力、數位證據、上訴不可分、實質確定力及辯護人之抗告權等傳統及近期重要熱門實務見解，以期讀者對最新發展議題有更多的研究與學習。