

# 民意代表的職務上行爲

——析論最高法院110年度台上大字第5217號裁定

■林俊言 最高檢察署調辦事檢察官

## 壹、前言

貪污治罪條例第5條第1項第3款規定：「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。」是為公務員職務受賄罪，而民意代表收賄，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，是否屬上開規定所稱之「職務上之行為」？

最高法院刑事第八庭就上開法律問題於徵詢各庭意見時，有採肯定說之見解，認凡屬「與職務密切關連的行為」，均屬民意代表的職務上之行為，而如何判斷「與職務密切關連的行為」，又有實質影響力說與公務外觀說（形式上公務性質說）的區別；也有否定說的見解，認為僅成立圖利罪，致各庭見解生有歧異，乃就此問題提案刑事大法庭。嗣經大法庭審理結果，以110年度台上大字第5217號裁定採肯定說，而對「與職務密切關連的行為」之判斷，兼採實質影響力與公務外觀的綜合判斷說。以下即依序說明爭議所在及司

法實務上之解決與定調。

## 貳、最高法院之各種見解

### 一、甲說：職務行為說

就民意代表職務上之行為的範圍，採廣義解釋，肯認「與職務密切關連的行為」（下稱「職務密切關連行為」）概念，得涵攝於職務行為之文義範圍內，惟依其判斷標準不同，區分為：

#### （一）甲-1說：實質影響力說

貪污治罪條例之公務員受賄罪，所稱「職務上之行為」，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，祇要該行為與其職務具有密切關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當。至所謂與其職務權限有密切關連之行為，包括由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及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，使特定之公務機關

DOI：10.53106/207798362023070133008

關鍵詞：職務上之行為、職務密切關連行為、運用職務或身分地位發揮影響力、前後整體行為觀察

或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形。倘其影響力並非因其本身之職務權限而來，即僅具有空泛之影響力，自難認亦屬其職務上之行為（最高法院104年度台上字第2255號、100年度台上字第5472號等判決）。

## （二）甲-2說：公務外觀或形式上公務性質說

貪污治罪條例之公務員受賄罪，所謂「職務上之行為」，指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為。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連之行為，亦應認屬職務行為之範疇，包括職務事項本身及為妥適行使職務事項而附隨之準備工作與輔助事務行為在內，利用由行政慣例所形成，為習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之附隨職務亦屬之，惟此附隨之職務，須具有公務外觀或形式上具公務性質，且與其固有職務事項本身有直接、密切之關連性，始包含在內。

立法委員基於代議民主制度，在議會內行使法定職權之提案、審議、質詢等議會活動，固屬其職務行為，至於為行使上開職權，而在議場外從事譬如召開協調會、具名發函要求說明報告、開會前拜會、議場中休息協商等準備工作或輔助行為，仍具有公務外觀，且與其上開職務行為有直接、密切之關係，自亦屬其職務上之行為；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、預算等議案及質詢備詢有關

之行政機關派員出席者，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，且與憲法賦予之立法委員議決、審查、質詢及備詢等主要職務有密切關連性，同屬其職務範圍內得為之行為（最高法106年度台上字第283號、106年度台上字第3122號、108年度台上字第3592號等判決）。

## 二、乙說：圖利說

在行政機關收受賄賂之上級公務員，藉由「行政一體」之上下隸屬關係，對於服從其指揮、監督之下級公務員所掌之事務而取得對價，因其身分地位就該事務足以形成一定程度之實質上影響力，無待親力親為，而得認係該收受賄賂公務員的職務上之行為（行政一體之實質影響力說）。然如收受賄賂之公務員，與承辦該職務之公務員間，並無上下隸屬關係，無從透過指揮、服從之途徑，影響該職務之決定，不能成立不違背職務收受賄賂罪。至收受賄賂之公務員，為圖得自己或其他私人之不法利益，係藉由其職務上之一切機會或由職務衍生之機會，或利用其特殊身分為手段，致使承辦該事務之公務員，於執行職務時，心理受拘束而影響、干預或形成特定結果或內容之決定者，應屬得否論以圖利罪之範疇。收受賄賂之公務員對承辦該職務之公務員所為關說、請託之行為如該當圖利罪之犯罪構成要件，論以圖利罪，無適用法則不當之違法（最高法院103年度台上字第1327號、103年度台上字第3356號等判決）。

## 參、與日本法制之比較<sup>1</sup>

提案裁定稱貪污治罪條例第5條第1項第3款「對於職務上之行為」之解釋，自最高法院103年度第8次刑事庭會議決議<sup>2</sup>，就「職務上之行為」擴張及於一般職務權限行為，不以公務員實際上所具體負擔之事務為限，亦即在法令上係屬該公務員之一般職務權限，即該當賄賂罪之「職務性」要件，並引進日本實務及學界已形成共識之「職務密切關連行為」（即下述日本法之「職務密接關連行為」）概念以為補充，肯認「職務密切關連行為」得涵攝於「職務上之行為」文義範圍內，後並有最高法院107年度台上字第1563號等判決，持相同見解，已形成穩定之見解。

按日本刑法第197條第1項前段所使用之文字為「關於其（公務員）職務」（公務員が、その職務に関し），雖與

我國貪污治罪條例第5條第1項第3款「對於職務上之行為」之文字不盡相同，然前述最高法院決議及裁判援引日本法「職務密切關連行為」，將之涵蓋入貪污治罪條例第5條第1項第3款「對於職務上之行為」文義中，應不會有解釋上扞格之處，以下即就日本法制對此議題之發展探討與分析之。

### 一、日本刑法第197條第1項前段收受賄賂罪的「關於其職務」

收受賄賂罪是公務員以與其職務有關者為對價，收受不法利益為內容之犯罪<sup>3</sup>，即日本刑法第197條第1項前段<sup>4</sup>規定：「公務員關於其職務要求、期約、收受賄賂者，處5年以下有期徒刑。」其中「關於其職務」，包括職務行為與職務密接關連行為<sup>5</sup>。

#### （一）職務行為

<sup>1</sup> 最高檢察署對於本案之法律問題，於該案言詞辯論意旨書析論依各國法制，會得到如何之結論時，關於德國法之比較部分，略述如下：「……德國在『違背職務收賄罪』之職務行為亦限於具體特定之職務行為，然在不違背職務收賄罪，則從原『職務行為』放寬為『職務行使』，只須某公務措施與原本職權間具有『功能性關連』即為已足，高階公務員職權較廣泛，有功能關連性之公務措施亦多，應較低階公務員更容易成立收賄罪，且『職務行使』不以具外部效力為限，僅具『準備』或『輔助』性質亦可。此項趨勢與我國實務自最高法院99年度台上字第7078號以後將職務行為由『法定職權說』改採『實質影響力說』相似……」，參見最高檢察署訴訟組資料，林益世貪污案言詞辯論意旨書，<https://reurl.cc/Nq9ydp>，18-24頁。而下文之說明，僅以筆者較熟悉之日本法制進行比較。

<sup>2</sup> 最高法院，刑事庭會議決議，103年度第8次刑事庭會議決議，<https://reurl.cc/LX52WK>（最後瀏覽日：2022年12月2日）。

<sup>3</sup> 淺田和茂、井田良（編著），新基本法コンメンタール刑法，日本評論社，二版，2017年9月，419頁（神例康博執筆）。

<sup>4</sup> 第一百九十七條 公務員が、その職務に関し、賄賂を收受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、五年以下の懲役に処する。この場合において、請託を受けたときは、七年以下の懲役に処する。引自：e-gov法令検索：刑法，<https://reurl.cc/yMdk3a>（最後瀏覽日：2022年10月13日）。

<sup>5</sup> 淺田和茂、井田良（編著），同註3，420頁（神例康博執筆）。

職務係指因公務員地位所相應之應處理的一切執務<sup>6</sup>，例如對於有職務權限之公務員以金錢供養，換取其權限行使或權限不行使<sup>7</sup>。由於收受賄賂罪以公務員職務公正的社會一般信賴為保護法益<sup>8</sup>，故與賄賂相應之對價關係的職務，以公務員在法令上有一般職務權限為已足<sup>9</sup>，即抽象之職務權限，非指涉其現時所擔當之具體事務<sup>10</sup>。

所謂抽象之職務權限的認定，例如：起訴書載以被告為名古屋刑務所（監獄）戒護科在職之看守，雖未具體說明其職務內容，然「監獄戒護課之看守」之記載，可以當然推知其戒護勤務乃受長官指揮之監獄警戒，看視

監督在監者之日常行動，即非公訴事實不特定<sup>11</sup>；又如已載明被告為大藏省事務官，在四谷稅務署擔當物品稅、酒稅之賦課減免有關之調查、決定等職務，其職務之性質為公眾皆知事項，毋庸再以證據證明之<sup>12</sup>。從交付賄賂之人的觀點，其賄賂毋庸指向特定具體之個別職務<sup>13</sup>。例如名古屋市交通局用度課長接受遊興飲食款待，收受向來與該局有交易關係廠商的謝禮，允諾將來於職務上便宜處理將買入鐵路T型軌條，雖尚未為購入之具體行為，亦該當收受賄賂罪<sup>14</sup>。

因此，包括擬於將來履行之職務<sup>15</sup>、依內部事務分配有職掌某事務，然非現時日常所擔當之事務<sup>16</sup>、轉職前職務而

<sup>6</sup> 最決昭28年10月27日，刑集7卷10号1971頁，<https://reurl.cc/7p1ZDQ>（最後瀏覽日：2022年10月11日）。判決要旨：<https://reurl.cc/xQrYOL>（最後瀏覽日：2022年10月11日）。

<sup>7</sup> 最決平14年10月22日，刑集56卷8号690頁，<https://reurl.cc/nO8Q3X>（最後瀏覽日：2022年10月11日）。判決要旨：<https://reurl.cc/2mdxkO>（最後瀏覽日：2022年10月11日）。參見前田雅英，刑法各論講義，東京大学出版會，七版，2020年1月，500頁。

<sup>8</sup> 西田典之、山口厚、佐伯仁志（編集），注釈刑法 第2卷—各論（1）（77条～198条），有斐閣，2016年12月，731-733頁（上嵩一高執筆）。

<sup>9</sup> 最決昭33年9月30日，刑集12卷13号905頁，<https://reurl.cc/ZbyXAl>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。判決要旨：<https://reurl.cc/bEl7ky>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。

<sup>10</sup> 前田雅英，同註7，501頁。川端博、西田典之、原田國男、三浦守、大島隆明（編著），裁判例コンメンタル刑法第2卷（§ 73～§ 211），立花書房，2006年9月，370-371頁（下津健司執筆）。淺田和茂、井田良（編著），同註3，420頁（神例康博執筆）。

<sup>11</sup> 名古屋高判昭24年6月30日，LEX/DB 27912729。

<sup>12</sup> 東京高判昭27年11月29日，LEX/DB 27914659。

<sup>13</sup> 大判大5年11月6日，大審院刑事判決錄22輯1727頁，LEX/DB 27942976。大判大12年6月4日，大審院刑事判例集2卷473頁，LEX/DB 20000558。

<sup>14</sup> 名古屋地判昭31年4月10日判決，LEX/DB 24003436。名古屋高判昭和31年7月18日判決，LEX/DB 24003437。

<sup>15</sup> 最決昭36年2月9日，刑集15卷2号308頁，<https://reurl.cc/7pxOkk>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。判決要旨：<https://reurl.cc/60zWL5>（最後瀏覽日：2022年10月7日）。

<sup>16</sup> 最判昭27年4月1日，刑集6卷4号665頁，<https://reurl.cc/D3zAj5>（最後瀏覽日：2022年10月13日）。判決要旨：<https://reurl.cc/4pKojK>（最後瀏覽日：2022年10月13日）。

於轉職後收賄<sup>17</sup>、適法之職務行為<sup>18</sup>、不作為之職務行為<sup>19</sup>等均屬之<sup>20</sup>。

## (二)職務密接關連行為

戰前的大審院（＝最高裁判所前身）時期，就地方議會議員在議場外勸誘說動其他議員支持之行為，認雖不在法令上一般職務權限範圍之內，然係為使職務圓滑遂行，與職務行為有密接不可分之關連性，為準職務行為，故仍該當收受賄賂罪<sup>21</sup>。戰後，最高裁判所除了延續上揭大審院所發展認定職務密接關連行為包括準職務行為之見解，並及於事實上所管職務行為<sup>22</sup>，另擴大其範疇，涵蓋基於自己職務而利用事實上影響力者<sup>23</sup>。如眾議院議員收受100萬日元賄賂，在眾議院大藏委員會審查液化石

油瓦斯課稅法案，勸誘非己所屬委員會之其他國會議員，投票支持某議案，就原審認定勸誘行為，雖非屬國會議員之一般職務權限，然卻是對於不同立場議員之職務權限行使，給予事實上影響力之職務密接關連行為，認為原判決判斷正當<sup>24</sup>。國會議員基於國政調查權，在委員會質詢之際，施壓通產省官員為一定行為，屬職務密接關連行為<sup>25</sup>。另外，公務員核心職務所當然附隨之行為（附隨行為），不應在職務密接關連行為之範圍，然因附隨行為與職務本身有密接關連，致附隨行為與職務密接關連行為的界限不容易劃分，故判例<sup>26</sup>依然將附隨行為納入職務密接關連行為<sup>27</sup>。

從判例發展出來的職務密接關連行為，指涉非屬職務行為但與職務有密接

<sup>17</sup> 最判昭58年3月25日，刑集37卷2号170頁，<https://reurl.cc/D3z2eE>（最後瀏覽日：2022年10月13日）。判決要旨：<https://reurl.cc/eOR2QK>（最後瀏覽日：2022年10月13日）。

<sup>18</sup> 最大判平7年2月22日，刑集49卷2号1頁，<https://reurl.cc/5pmxeG>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。判決要旨：<https://reurl.cc/gMdXmz>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。

<sup>19</sup> 最決平14年10月22日，刑集56卷8号690頁，<https://reurl.cc/KQ7WAe>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。判決要旨：<https://reurl.cc/9pekX8>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。

<sup>20</sup> 參見山中敬一，刑法各論Ⅱ，成文堂，2004年9月，805-807、810-812頁。

<sup>21</sup> 大判大2年12月9日，大審院刑事判決錄19輯1393頁，LEX/DB 27534801。

<sup>22</sup> 最決昭31年7月12日，刑集10卷7号1058頁，<https://reurl.cc/qN9ZM0>（最後瀏覽日：2022年10月24日）。判決要旨：<https://reurl.cc/7pZj61>（最後瀏覽日：2022年10月24日）。

<sup>23</sup> 西田典之、山口厚、佐伯仁志（編集），同註8，756-757頁（上嵩一高執筆）。西田典之，刑法各論，弘文堂，六版，2012年3月，494-495頁。

<sup>24</sup> 最決昭63年4月11日，刑集42卷4号419頁，<https://reurl.cc/MNpKrX>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。判決要旨：<https://reurl.cc/yMd9pl>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。

<sup>25</sup> 東京地判平1年11月6日，LEX/DB 27917261。

<sup>26</sup> 縣立醫科大學教授兼為該大學附設醫院醫療部長，將長年跟隨自己之醫師往有一定關係之其他醫院擔任醫師，此派遣行為與醫師之教育指導職務有密接關係。參見最決平18年1月23日，刑集60卷1号67頁，<https://reurl.cc/kqo4Zx>（最後瀏覽日：2022年12月8日）。判決要旨：<https://reurl.cc/OEm2Xv>（最後瀏覽日：2022年12月8日）。

<sup>27</sup> 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀（編集），大コンメンタール刑法，青林書院，三版，10卷193条～208条の3，2021年3月，46-47頁（古田佑紀、渡辺咲子執筆）。

關係之1.準職務行為或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為2.基於自己職務而利用其事實上影響力之行為<sup>28</sup>，即法條文字「關於」之解釋<sup>29</sup>。不過此解釋方法使非職務行為亦得成立收受賄賂罪，不無忽視「關於其職務」之文義實與「對於其職務」（職務に対して）相當，故也有學說主張應將上開職務密接關連行為均以「職務行為」涵蓋<sup>30</sup>，而最高裁判所第一小法廷昭和59年5月30日駁回上訴之決定中，論述大學設置委員會、齒學專門委員會委員，就設置大學之委員會審查中間結果、競爭對手等訊息，於正式通知前洩漏給行賄者乙案，認定二審法院將此正式通知前的洩漏行為，認定為職務密接關連行為<sup>31</sup>，亦屬職務行為，可為此說之適例<sup>32</sup>。

職務密接關連行為固界定為非職務行為，但其與職務行為確有不容易界分之處，如著名的洛克希德·丸紅途徑判決：美國「洛克希德公司」(The Lockheed Corporation)之日本代理商「丸紅株式會社」（下稱「丸紅公司」）社長，向

「全日本空輸株式會社」（下稱「全日空公司」）推銷洛克希德公司產製之特定機型客機時，對於當時的內閣總理大臣請託以下事項：(A)請其指揮運輸大臣對全日空公司做出獎勵購買該特定機型之行政指導（或稱A途徑）。(B)由其自己對全日空公司進行購買之勸誘（或稱B途徑），丸紅公司社長並約定事成後交付內閣總理大臣5億日圓之報酬。就上述A途徑，最高裁判所大法庭認定運輸大臣建議全日空公司選購特定機型客機之勸誘的行政指導，屬於運輸大臣之職務權限，內閣總理大臣促成運輸大臣推動上開勸誘之「活動」，為內閣總理大臣之職務權限<sup>33</sup>，然並未言及此屬於職務密接關連行為，係補足意見闡釋該指示為內閣總理大臣之一般指示權限之外，屬職務密接關連行為<sup>34</sup>。

### (三)對私法人之行政指導，亦屬職務密接關連行為

公務員對於私人、私法人之行政指導，是標準的職務密接關連行為。例如，縣防疫課員，對於承擔簡易水道事

<sup>28</sup> 松原芳博，賄賂罪・その1（刑法各論の考え方 41），法学セミナー722号，2015年3月，106頁。

<sup>29</sup> 西田典之、山口厚、佐伯仁志（編集），同註8，495頁。

<sup>30</sup> 西田典之、山口厚、佐伯仁志（編集），同註8，495-496頁。

<sup>31</sup> 最決 昭59年5月30日，刑集38卷7号2682頁，<https://reurl.cc/MXD9Kk>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。判決要旨：<https://reurl.cc/0X5Ly9>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。

<sup>32</sup> 淺田和茂、井田良（編著），同註3，423頁（神例康博執筆）。

<sup>33</sup> 最大判平7年2月22日，刑集49卷2号1頁，<https://reurl.cc/5pmxeG>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。判決要旨：<https://reurl.cc/gMdXmz>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。

至於B途徑，二審循既有之最高裁判所見解，認定為準職務行為，最高裁判所大法庭於本案並未處理此問題。二審判決參見：東京高判裁昭62年7月29日判決，LEX/DB 27804250。

<sup>34</sup> 山中敬一，刑法各論II，成文堂，2004年9月，808-809頁。

業之工事業者，為推薦或介紹之行為，是與職務行為有密切關係之行為<sup>35</sup>。上揭洛克希德·丸紅(B)途徑，總理大臣對全日空公司進行購買之勸誘，亦為準職務行為，係職務密接關連行為<sup>36</sup>。

## 二、基於自己職務而利用其事實上影響力之行為，是否為職務密接關連行為之判斷基準

### (一) 學說見解

如何將基於自己職務而利用其事實上影響力之行為，劃入職務密接關連行為，學說上有三種主張：公務說、影響力說、地位利用說，以下說明之<sup>37</sup>。

#### 1. 公務說

以形式上是否有事實上公務之性質為基準。例如：為了使其他議員做出決定而勸誘等行為，屬於意思形成決定前之準備行為，認定為公務，勸誘等準備行為是其職務密接關連行為<sup>38</sup>。市議會議長投票前，在餐廳、黨部等地，勸誘派系內市議員投票之某議長候選人，而交付報酬、探病慰問金、療養費、旅費、洋服布料等賄賂<sup>39</sup>，此種要求是市

議會議員職務有密接關連行為<sup>40</sup>。

#### 2. 影響力說

以對本來之職務行為之事實上影響力有無為判斷。即對於本來之職務行為有事實上影響力，而有害於職務公正者，是其職務密接關連行為<sup>41</sup>。

#### 3. 地位利用說

行為人對於職務行為之相對人，利用公務員之地位行使其影響力而言<sup>42</sup>。如國立東京藝術大學教授勸誘指導學生前去特定樂器商處購入小提琴，該特定樂器商則予以回扣，由於指導教授對於學生成績評量與爾後指導有影響，為教授利用其地位而行使其事實上影響力<sup>43</sup>。

就上揭三種見解，判例本就有事實上影響力之行為，採為職務密接關連行為，故影響力說難以直接當作判斷基準，地位利用說無法否定如斡旋行為這種「看你面子」（顔をきかす）認定為職務密接關連行為，仍屬利用其地位之事實上影響力，界限也不明確，而公務說將本來非公務，但處於公務之周邊或其附隨，屬公務之準備行為均納入，較能判斷其公務性格，為較有力之學說<sup>44</sup>。

<sup>35</sup> 最決昭39年3月5日，判例集150号671頁，<https://reurl.cc/lZakzj>（最後瀏覽日：2022年12月8日）。

<sup>36</sup> 東京高判昭62年7月29日，LEX/DB 27804250。

<sup>37</sup> 山中敬一，同註34，809-810頁。

<sup>38</sup> 山中敬一，同註34，809頁。

<sup>39</sup> 東京地判昭和42年6月30日，LEX/DB 27670422。

<sup>40</sup> 最決昭60年6月11日，刑集39卷5号219頁，<https://reurl.cc/2m2pQE>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。判決要旨：<https://reurl.cc/eOe1Mb>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。

<sup>41</sup> 山中敬一，同註34，810頁。

<sup>42</sup> 山中敬一，同註34，810頁。

<sup>43</sup> 東京地判昭60年4月8日，LEX/DB 27803824。

<sup>44</sup> 山中敬一，同註34，810頁。西田典之、山口厚、佐伯仁志（編集），同註8，767-768頁（上篤一高執筆）。

## (二) 實務見解：最決昭59年5月30日， 刑集38卷7号2682頁

最高裁判所在大學設置委員會、齒學專門委員會委員違反守密義務，就設置大學之委員會審查中間結果、競爭對手等訊息，於正式通知前洩漏給行賄者乙案，肯定二審<sup>45</sup>認定被告得以在其公務員職務遂行過程中，利用事實上影響力影響其同僚，故屬職務密接關連行為之見解，協同意見補充認定利用事實上影響力之三個標準：1.該行為是否與該公務員之職務權限有實質的連結；2.是否為得以左右公務之行為；3.是否使公務公正性受質疑<sup>46</sup>，是判例中所提出較為明確之判斷標準。

### 三、國會議員斡旋行為之法律適用

如同上述大審院將地方議員之勸誘其他議員行使職權，認定勸誘為職務密接關連行為，論以日本刑法第197條第1項前段收受賄賂罪，一般公務員收賄使其他公務員為（＝働きかける）職務上

行為，於公務員所為之斡旋（あつせん）與其擔當之職務執行有密接關係者，亦屬收受賄賂罪之「關於其職務」<sup>47</sup>，戰後之最高裁判所判例<sup>48</sup>，也延續相同之見解<sup>49</sup>。

收賄而斡旋使其他公務員為職務上不正行為、不為職務上相當行為，確屬貪污行為，戰前曾於戰時刑事特別法第18條之3有斡旋收賄罪之規定，惟因1945年二戰結束而廢止，直至1958年（昭和33年）才再於刑法中增設第197條之4<sup>50</sup>。依現行刑法第197條之4規定：公務員受請託，以使其他公務員為職務上不正行為，或使不為相當行為，而進行斡旋或已為斡旋，作為其報酬、收受、要求或期約賄賂者，處5年以下有期徒刑。本罪之成立，無須公務員利用其地位積極斡旋，僅以其公務員立場為之即成立<sup>51</sup>。本條增設後，公務員的斡旋行為與其擔當之職務執行有密接關係，仍成立第197條第1項後段之受託收賄罪，即二罪間有法條競合之補充關係<sup>52</sup>，第197條之4的增設，不影響第197條第1項

<sup>45</sup> 福岡高判昭56年12月21日，LEX/DB 24005979。

<sup>46</sup> 最決昭59年5月30日，刑集38卷7号2682頁，<https://reurl.cc/MXD9Kk>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。判決要旨：<https://reurl.cc/0X5Ly9>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。

<sup>47</sup> 大判昭19年7月28日，大審院刑事判例集23卷143頁，LEX/DB 27922611。

<sup>48</sup> 最決昭32年12月19日，刑集11卷13号3300頁，<https://reurl.cc/GEKREG>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。判決要旨：<https://reurl.cc/V14v1y>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。

<sup>49</sup> 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀（編集），同註27，153頁（河上和雄、小川新二、佐藤淳執筆）；西田典之、山口厚、佐伯仁志（編集），同註8，804頁（上嶋一高執筆）。

<sup>50</sup> 參見西田典之、山口厚、佐伯仁志（編集），同註8，800頁（上嶋一高執筆）。

<sup>51</sup> 最決昭43年10月15日，刑22卷10号901頁，<https://reurl.cc/eO11a7>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。判決要旨：<https://reurl.cc/nOeey8>（最後瀏覽日：2022年10月19日）。

<sup>52</sup> 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀（編集），同註27，153頁（河上和雄、小川新二、佐藤淳執筆）。

後段受託收賄罪的適用範圍<sup>53</sup>，故有學者認為斡旋使公務員為職務上不正行為的要件，應予以刪除<sup>54</sup>。

日本運通長期壟斷米麥等政府食糧之運送工作，適政府欲開放其他業者加入，社會黨猪俣浩三議員與民社黨竹本孫一議員在眾議院預算委員會質詢壟斷情事，日本運通為阻撓避免其利益受損，乃行賄社會黨大倉精一議員與自民黨池田正之輔議員，由渠等去斡旋使猪俣浩三議員、竹本孫一議員不再質問此事項，嗣後斡旋成功，猪俣浩三、竹本孫一即不再質問，此案件發生在第197條之4增設後，法院就大倉精一議員與池田正之輔議員斡旋使其他國會議員不為一定行為，為論以刑法第197條第1項後段受託收賄罪，而論以第197條之4的斡旋收賄罪<sup>55</sup>。發生在國會議員受大型統合建設土木公司賄賂，針對調查中之違反公平交易法之ゼネコン(General Contractor)污職事件，將公平交易委員會委員長找來議員會館，要求不要針對公司之獨占等違反公平交易法為告發行斡旋事<sup>56</sup>，最高裁判所認此種不得為告發之要求，對於該委員會之裁量判斷有不當影響，無法正當行使其告發及調查

權限，該當刑法第197條之4「使（公務員）不為職務上相當行為」（「職務上相当ノ行為ヲ為サザラシム可ク」）斡旋收賄罪<sup>57</sup>。

然而，使他人為一定行為或不為一定行為（働きかける行為）應到何種程度，才該當犯罪，國會議員經由選舉產生，代表一定利益團體而向行政機關為意見之表達、反映，並不少見，又國會議員與一般公務員於使他人為一定行為或不為一定行為甚有不同<sup>58</sup>，以上述ゼネコン污職事件為契機，2001年增設斡旋得利處罰法，國會參、眾議員、議長、議員之秘書受請託，行使基於議員身分之影響力，就關於行政處分之作成，使公務員為或不為職務上行為，進行斡旋或已斡旋，而收受作為斡旋報酬之財產上利益，均予以處罰<sup>59</sup>。

#### 四、小結

日本於百年前從判例發展出來的職務密接關連行為，將議員在議場外並非行使法定職務的勸誘、斡旋等非職務行為，解為準職務行為、或本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為，嗣後擴及基於職務而有事實上影響

<sup>53</sup> 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀（編集），同註27，194頁（河上和雄、小川新二、佐藤淳執筆）。

<sup>54</sup> 西田典之，同註23書，504頁。

<sup>55</sup> 東京地判昭46年9月20日，LEX/DB 27916821。

<sup>56</sup> 事實部分見一審判決：東京地判9年10月1日，LEX/DB 28035193。

<sup>57</sup> 最決平15年1月14日，刑集57卷1号1頁，<https://reurl.cc/dW6R9y>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。判決要旨：<https://reurl.cc/MNqrWL>（最後瀏覽日：2022年10月19日）。

<sup>58</sup> 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀（編集），同註27，196頁（河上和雄、小川新二、佐藤淳執筆）。

<sup>59</sup> 大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀（編集），同註27，188-191頁（河上和雄、小川新二、佐藤淳執筆）。

力之行為，均屬第197條第1項「關於其職務」之文義涵蓋範圍，以維護對於職務公正性的社會信賴，因此不論受要求之人為議員<sup>60</sup>、私（法）人<sup>61</sup>，亦不論是否在1958年刑法第197條之4增設前後，勸誘、斡旋與其擔當之職務執行有密接關係者，均該當第197條第1項<sup>62</sup>，而使被勸誘、斡旋對象為職務上不正行為<sup>63</sup>，或使不為相當行為<sup>64</sup>，既經第197條之4規範為斡旋收賄罪，則以該條處罰之。

職務密接關連行為的本質為非職務行為，較多之判例透過「關於其職務」的「關於」解釋之，另有擴大解釋「職務」而納入之見解，惟職務密接關連行為包括準職務行為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為、基於職務而有事實上影響力之行為，並無爭議。

我國最高法院稱係從賄賂罪之「職務性」要件，引進日本實務及學界已形

成共識之「職務密切關連行為」概念以為補充，即非採從「關於」解釋之「關於說」，而係採「職務說」。又日本無圖利罪，利用議員身分之影響力所為之勸誘、斡旋等行為（常屬非主管監督事務），若經認定與其擔當之職務執行有密接關係者，可以收受賄賂罪論斷；我國最高法院在採行「職務上之行為」包括「職務密切關連行為」之日本見解後，必須解決貪污治罪條例第5條第1項第3款與同條例第6條第1項第5款之非主管圖利罪之適用關係，惟此問題無法從職務上之行為解釋所援引之日本法獲得參考，應另覓解釋之道<sup>65</sup>。

#### 肆、本文意見

本文認為，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<sup>66</sup>，依個案情形或屬準職務行為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之

<sup>60</sup> 如上揭議場外勸誘其他議員投票給某議長候選人，東京地判昭和42年6月30日，LEX/DB 27670422。勸誘不同委員會之眾議員支持某議案，最決昭63年4月11日，刑集42卷4号419頁，<https://reurl.cc/MNpKrX>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。判決要旨：<https://reurl.cc/yMd9pl>（最後瀏覽日：2022年10月14日）。

<sup>61</sup> 如上揭洛克希德·丸紅B途徑判決，東京高判昭62年7月29日判決，LEX/DB 27804250。

<sup>62</sup> 如前揭大判昭19年7月28日，大審院刑事判例集23卷143頁，LEX/DB 27922611。最決昭32年12月19日，刑集11卷13号3300頁，<https://reurl.cc/GEKREG>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。判決要旨：<https://reurl.cc/V14v1y>（最後瀏覽日：2022年8月23日）。

<sup>63</sup> 如上揭最決平15年1月14日，刑集57卷1号1頁，<https://reurl.cc/dW6R9y>（最後瀏覽：2022年10月14日）。判決要旨：<https://reurl.cc/MNqrWL>（最後瀏覽日：2022年10月19日）。

<sup>64</sup> 如上揭東京地判昭46年9月20日，LEX/DB 27916821。

<sup>65</sup> 最高法院刑事大法庭110年度台上大字第5217號裁定，即從貪污治罪條例第6條第1項第4款、第5款之歷次修法意旨進行解釋。

<sup>66</sup> 依立法委員行為法第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授受。」而所謂「接受人民遊說」係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（立法委員行為法第15條第2項），故如有本案所指特定行為，該立委恐已有違反立法委員行為法第16條。

行為，或基於職務而有實質影響力之行為，均與該民意代表之職務權限有實質的連結，為「職務密切關連行為」，亦屬「職務上之行為」。理由如下：

### 一、「對於『職務上』之行為」應解為「與職務密切關連行為」

最高法院103年第8次刑事庭會議決議，就員警收受轄區外業者賄款而不為通報之行為，將貪污治罪條例第5條第1項第3款之「職務上之行為」，擴張及於一般職務權限，理由是管區之劃分，無礙於警察協助偵查犯罪之職務<sup>67</sup>，嗣最高法院107年度台上字第1563號判決就立法委員對行政機關之關說、請託行為，從「公務員貪污罪之不法核心內涵，係公務員對於國家忠誠義務之違反。故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」出發，進而解釋「貪污治罪條例第5條第1項第3款……所謂『職務上之行為』……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，縱或非法律所明文規定，但既與其固有職務權限具有密切關連，亦應肯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……」，可見如提案庭所述，最高法院援引日本法，應係將貪污治罪條例第5條第1項第3款之「對於職務上之行為」與前述日本法「關於其職務」為相同解釋，即「職務上行為」文義的最大內涵，為與「職務密切關連行為」，此與日本實務解釋日本刑法第197條第1項「關於其職務」之文義，從維護對於職務公正性的社會信賴出發，如出一轍。

惟日本實務係透過法條文字中「關於其職務」的「關於」，認非職務行為與職務有密接關連，故解釋為職務密接關連行為；而我國最高法院不採日本多數之「關於說」，改採「職務說」，應係為因應兩國法條文字上差異所致。詳言之，擴大解釋「職務上之行為」涵蓋「職務密接關連行為」，僅能從民意代表在其「職」上（利用身分地位）及「務」上（利用職務）所為行為，開展文義解釋。如上揭最高法院107年度台上字第1563號判決稱「職務密切關連行為」，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，均係因民意代表在其「職」上（利用身分地位）或「務」上（利用職務），才可能實現。而基於職務而有事實上影響力之行為，在日本法亦屬職務密接關連行為，依最高法院104年度台上字第2255號、100年度台上字第5472號等判決，亦將因自己之法定職務

<sup>67</sup> 欠缺事務或土地管轄以及違反內部事務分配規則，均不影響職務行為之認定，僅具有「抽象的」職務範圍即已足，在我國及德國均為通說，參見陳子平，刑法各論（下），三版，2020年1月，597頁；許澤天，刑法分則（下冊），四版，2022年7月，515-516頁。

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，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形，涵蓋在內。

由此可見，最高法院將「對於職務上之行為」與日本法「關於其職務」為相同解釋，確係立基於民意代表在其「職」上（利用身分地位）及「務」上（利用職務）所為，故而將該職務上所為非職務行為本身解釋為「職務密切關連行為」，而列入職務上之行為，此解釋尚在文義解釋範疇，並無逾越之。

## 二、職務上之行為既可涵蓋議場內、外「職務密切關連行為」，其判斷就不應拘泥實質影響力或公務外觀，而應綜合判斷之

如上所述，日本法之職務密接關連行為，始於處理議員受賄後，勸誘其他議員行使職權，勸誘行為被定性為準職務行為，其後，本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為，及基於職務而有實質影響力之行為，均涵蓋於其範圍內。諸如收賄使其他議員，一般公務員為一定行為，或影響其等職務上

之決定，對私人或私法人為行政指導，國會議員基於國政調查權，在委員會質詢之際，施壓通產省官員為一定行為等。

最高法院既援用日本法，不論以實質影響力<sup>68</sup>來判斷「職務密切關連行為」（大法庭提案甲-1說），或稱應有公務外觀始得納入「職務密切關連行為」（大法庭提案甲-2說），都容易生有漏網之魚致評價不完整，因前者（甲-1說）無法使處於公務周邊或其附隨之公務準備行為被納入，後者（甲-2說）容易給予民意代表創造不同名義造成逸脫法律之結果，均未必妥適。故如引用日本法為「職務密切關連行為」的判斷，應如同日本實務發展一般，無須拘泥實質影響力或公務外觀，應先作不同類型之區分，如屬於準職務行為、或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為，則毋須以實質影響力為判斷；如屬利用其身分、地位，或其職務權限等實質影響力而施壓、請託、關說，於確定該行為與該公務員之職務權限有實質的連結，而得以左右他人（含其他議員、公務員、私（法）人）決定，因而使職務公正性受質疑者，也包

<sup>68</sup> 實質影響力說，始於最高法院99年度台上字第7078號判決：「……賄賂罪所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言。故貪污治罪條例之職務上行為，應從公務員所為，實質上是否為其權限所及，以為判斷。……中華民國總統……為具有實權之總統。且實際上運作，關於行政院重大政策之決定、重要人事之任免，亦確與總統商議並經其首肯，而具有關鍵性之實質決定權，並非僅限於條文上所列舉之事項而已。又總統就國家重大政策或重要人事，一旦親身參與或干預，對於該特定結果，即具有實質上之影響力，自不得藉此職務上所得為之行為，收受對價。」

而後立法委員部分，也採納之，如104年度台上字第2255號判決「……本件上訴人從事之事務，是否憲法賦予之職權之一，或為其行使憲法職權有重大關連或所必要輔助性權力？抑或係與其職務發揮之作用力具密接性，能為其立法委員職務之實質影響力所及，而屬其職務行為？即值研酌……」。

括在內。

詳言之，該民意代表收賄後，以審查或推動某法案、審查預算等議案，係為使其他議員投票支持某法案或議長、副議長或不投票、或利用得以質詢、監督行政機關人員、要求任何人（包括任何私法人）前來備詢之法定職務權限等，而利用自身身分、地位或職務之實質影響力，所為上揭職務以外之任何名義之行為，包括關說、請託、施壓等以遂行之，而足以影響職務公正性，均該當之，如此才不會掛一漏萬，忽略本來就屬於「職務密切關連行為」的準職務行為，或其本來職務行為所派生於習慣上為其事實上所管之行為。

另外，判斷是否為「職務密切關連行為」，宜就其各種舉動為整體評價是否屬於被告身為立法委員之職務上之行為，而不應割裂評價。以本案事實為例，經由私下介紹取得資料，指示被告之立法委員辦公室主任出具「立法委員林益世」名義之請託便箋，並要求經濟部國會聯絡人轉交及在立法院召開院會時，向經濟部部長告稱：「有一事情請你注意一下」等語，及嗣後得知甲廠商未得標再使○鋼公司總經理承諾再給評選機會等作為，合併觀察，均可認係利用其質詢權、備詢權之關連行為，以達成干預、變更○鋼、○聯公司爐下渣契約及轉爐石契約廠商遴選標準之目的，在密接時間內所為舉動，法律上實不應切割評價。而被告基於同一目的對於經濟部公務員傳達其干預、影響經濟部所屬○鋼、○聯公司執行業務之意思，即

已從事其「職務上」之行為，對受監督之經濟部部長稱「注意一下」更已充分表達圖使對方公務員為其所意欲行為之意思，自不待經濟部公務員是否回報或被告是否追蹤後續執行情形，即得認定屬於為「職務上」之行為。

### 三、民意代表收賄對私法人關說、請託、施壓，應屬準職務行為，至少是**利用實質影響力之行為**，屬「職務密切關連行為」

如上揭日本法實務，公務員收賄對私法人為行政指導，屬準職務行為，亦屬職務密接關連行為，總理大臣勸誘全日空公司選購特定機型客機之勸誘的行政指導，亦為其職務密接關連行為<sup>69</sup>。

以相同之論理觀諸我國立法委員有邀請社會上有關係人員到會備詢之職權（憲法第67條第2項、司法院大法官釋字第461號解釋），其在委員會外，向私法人為關說、請託或施壓行為，係本於其立法委員身分、地位，並與上揭職務權限有實質的連結，而得以左右該私法人決定，因而將使職務公正性受質疑，故應屬「職務密切關連行為」。

### 伍、刑事大法庭裁定之見解——**職務上之行為包括議場內、外之「職務密切關連行為」**

最高法院刑事大法庭110年度台上大字第5217號裁定支持最高檢察署主張，認「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

<sup>69</sup> 東京高判昭62年7年29日判決，LEX/DB 27804250。

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，該當於貪污治罪條例第5條第1項第3款公務員職務受賄罪之職務上之行為。」其主要理由如下：

### 一、民意代表有運用其身分地位或職務對相對人發揮影響力之行為，屬於與職務密切關連之職務上之行為

本號裁定如同提案裁定從「職務性」將「職務密切關連行為」涵攝入「職務上之行為」之文義，先闡述最高法院歷來以文義解釋擴展「職務上之行為」的範疇（即職務性），包括公務員之一般職務權限（警察跨轄收賄，對經營職業賭場之人，不行使其依法調查或通報等協助偵查犯罪職責），嗣又擴及有「實質影響力之職務密切關連行為」，因此，公務員「職務上之行為」，包括雖非法令上所列舉之職務權限，但實質上與其職務具有密切關連之行為。

而得以透過文義解釋擴展「職務上之行為」的範疇（即職務性）之原因，係因職務上之行為收賄，已侵害其執行職務之公正性及國民對於該職務公正之信賴，故民意代表於此之可罰性與一般公務員相同，民意代表職務上之行為包括與其「職務密切關連行為」。

因此裁定中就「職務密切關連行為」的定義，清楚揭示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。……至與職務完全無關之私人活動，則不能肯認具職務性。

值得注意的是，行為人運用其職務或身分地位對相對人發揮影響力，其受影響相對人的行為，不論是因此為積極之行為或消極不為行為，均涵蓋其中，與被援用參考的日本法相比，其適用範圍更甚於日本刑法第197條第1項前段之職務收賄罪。

### 二、是否與屬於「職務密切關連行為」，採綜合判斷

民意代表運用其職務或身分地位對相對人發揮影響力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。再本於「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。

### 三、「職務密切關連行為」與否，應就其前後整體行為觀察，不可切割觀察

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。另對與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。

#### 四、不該當職務行為收賄罪，應判斷是否該當非主管或監督圖利罪

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。貪污治罪條例第6條第1項第5款之非主管或監督圖利罪，實質上係運用其職權機會或身分地位之影響力而圖利，因此個案如不符上開職務性要件之形式上具公務活動之性質者，尚應探究有無圖利罪之適用。

大法庭裁定明確說明民意代表之可罰性與一般公務員並無不同，不應有不同的處罰標準，而這個處罰標準所爭議的「職務上之行為」的內涵，應包括議場內、外「職務密切關連行為」在內，且應整體觀察，讓民意代表收錢關說行為的刑事責任趨於明確，所持見解殊值贊同。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫及月旦系列電子雜誌[www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)）