

# 裁判選輯及評釋：刑事

張書欣\*

【裁判字號】最高法院110年度台上大字第5217號刑事裁定

【裁判案由】違反貪污治罪條例

【裁判日期】民國112年03月02日

【裁判要旨】

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。民意代表違反公職人員利益衝突迴避法第12條之規定，該當貪污治罪條例第6條第1項第5款圖利罪所稱之「違背法律」。

【評釋】

## 一、本案爭點

(一) 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，是否屬其「職務上之行為」？得否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（下稱利益衝突迴避法）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？

## 二、關於爭點一部分

(一) 按：「有下列行為之一者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣六千萬元以下罰金：三、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。」貪污治罪條例第5條第1項第3款定有明文。

(二) 經查，最高法院先前裁判就此爭議持有以下不同見解：

### 1. 職務行為說：

就民意代表職務行為之範圍採廣義解釋，肯認「與職務密切關連的行為」均可包括在職務行為之文義範圍內，惟依其判斷標準不同，又得區分為：

#### (1) 實質影響力說：

所謂「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

\* 本文作者係執業律師

**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，使特定之公務機關或公務員為職務上積極之行為或消極不為行為之情形。（可參最高法院104年度台上字第2255號、最高法院100年度台上字第5472號判決）

## (2)公務外觀說：

與公務員職務具有密切關連性之職務行為，包括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。（可參最高法院106年度台上字第283號、最高法院106年度台上字第3122號、最高法院108年度台上字第3592號判決）

## 2.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，得認係該收受賄賂公務員之職務上行為。**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，應屬得否論以圖利罪之範疇。**

（可參最高法院103年度台上字第1327號、最高法院103年度台上字第3356號判決）

3.此爭議於高等法院更一審時，認定此非職務行為，僅依刑法「假借職務機會恐嚇得利罪」判刑4年10月；檢察官上訴三審後，最高法院承審庭認為歷審見解有歧異，爰提案刑事大法庭統一見解。

（三）次查，大法庭就法律爭議一認為，民意代表得憑藉其職權、身分地位對於第三人之職務行為形成一定程度之影響，民意代表倘對其職務上行為收受賄賂，已侵害其執行職務之公正性及

國民對該職務公正之信賴，可罰性與一般公務員並無不同，肯認民意代表職務上之行為包括「職務密切關連行為」。

(四) 復考量受賄罪之規範目的及保護法益，重在保護職務執行公正性，要求不受經濟利益介入之破壞或妨害，因此，「職務密切關連行為」之內涵著重在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。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。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，如具備上述條件，即認屬職務密切關連行為。至於與職務完全無關之私人活動，則不能肯認具職務性。

(五) 承上，大法庭認為向同一人或多數人為多次關說、請託或施壓等情形，應就前後整體行為觀察，如該行為與其職務同具形式上公務活動性質，或相類之客觀公務活動，或與公務活動有關及其延伸之行為，不論是否在公務時間或公務場所均屬之。因此，**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。**

### 三、關於爭點二部分

- (一) 按：「有下列行為之一，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金：五、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。」貪污治罪條例第6條第1項第5款分別定有明文。
- (二) 次按「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。」利益衝突迴避法第12條定有明文。
- (三) 最高法院對此爭議持有以下不同見解：

#### 1. 否定說

貪污治罪條例第6條第1項第5款圖利罪所稱「違背法令」之「法令」，是以違反與執行職務有直接關係之法令為限，至於違反其他屬於道德性、抽象性或與職務無直接關係之義務法令，則不包括在內。而利益衝突迴避法之立法目的，原係「為促進廉能政治，端正政治風氣，建立公職人員利益衝突迴避之規範，有效遏阻貪污腐化暨不當利益輸送」，性質上

屬陽光法案之一環，並非與執行職務有直接關係之法令。（最高法院98年度台上字第5208號判決）

## 2.肯定說

參利益衝突迴避法之立法目的，一則揭示：於執行職務時，因其作為或不作為，直接或間接使本人或其關係人獲取利益之意旨，再則該法禁止假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益，是以，利益衝突迴避法與貪污治罪條例第6條第1項第5款相同。依利益衝突迴避法第10條第1款規定：「民意代表，不得參與個人利益相關議案之審議及表決」違反者，將科以公法上之行政罰。是對於具有市議會議員法定職務權限之民意代表而言，難認屬於道德性、抽象性或與職務無直接關係之義務法令。（最高法院99年度台上字第3452號判決）

（四）查，大法庭首先以立法解釋方法探詢立法時之政策、立法目的及歷次修法緣由，認為貪污治罪條例第6條第1項第5款所謂「違背法令」，尚及於所有公務員所應遵守之基本規範，並非僅指與執行該項職務有關之法令，故對非主管監督之事務，如有違反其他公務員應遵守之法令或義務者，仍屬「違背法令」。

（五）次查，利益衝突迴避法已明白揭示違反規定者，須科以公法上處罰，尚非僅受公務員內部懲處而已，且參同法第12條立法理由可知，該規範應屬「義務性道德」，而非屬「期待性道

德」。又本條以嚴懲職務行為廉潔性之破壞，與非主管或監督圖利罪規定同係就公務員透過濫權行為創造之不法利益輸送之圖利行為予以規範處罰，以確保職務執行之公正、廉潔性，二者不論規範目的、保護法益及對公務員廉潔性之要求均具相當之同質性。

（六）是以，大法庭結論認為「各級民意機關之民意代表」係具高度權力、影響力之公職人員，為該利益衝突迴避法規範之對象，同法第12條則係民意代表假借職權機會、方法圖利之禁制規定，以建立民意代表利益衝突迴避之規範，故其濫權違反上述規定，自該當於貪污治罪條例第6條第1項第5款非主管或監督圖利罪所稱之「違背法律」。

四、貪污治罪條例之違背職務收賄罪法定刑為10年以上、對職務上行為收賄罪法定刑為7年以上，至於圖利罪之法定刑則為5年以上，三者之刑度實有相當之落差，是以個案中被告之行為是否屬於職務上行為，對被告影響甚大，大法庭就上開爭議已提出明白見解，日後承辦案件遇有類似案例事實時，可資參照

\*\*\*\*\*

【裁判字號】最高法院111年度台上字第5588號判決

【裁判案由】妨害性自主罪

【裁判日期】民國112年2月9日

【裁判要旨】

刑法第221條第1項之強制性交罪，係以對被害人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法為其要件，該罪所保護法益乃為個人之性決定自由。得否認為行為人已著手實行強制性交之構成要件行為，應視其依主觀上之認識，是否已將強制性交之犯意表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察，必以由其所施用開強暴、脅迫等非法方法，足以表徵其係基於強制性交之犯意而為，且與性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，始得認已對於強制性交罪所要保護個人性決定自由之法益，形成直接危險，開始實行足以與強制性交罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，而已達著手階段。

【評釋】

一、按：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」、「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。前項之未遂犯罰之。」刑法第25條第1項、第221條定有明文。

二、查，實務上對於著手時點認定標準有以下不同之理論：

(一) **客觀說**：主張行為人唯有已開始實行嚴格意義之構成要件行為，始可認定為犯罪行為之著手，可參最高法院30年上字第684號、最高法院96年度台上字第4026號刑事判決意旨。

(二) **實質客觀說**：認為行為人開始實行與

構成要件具有「必要關聯性」之行為，或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險行為者，即已著手。最高法院84年台上字第4341號判決即採此見解。

(三) **主觀說**：著重於行為人的主觀意思，若依行為人之犯意及其犯罪計畫，而可判斷犯罪行為已經開始實行者，即可認定為著手。

(四) **主客觀混合說**：此說折衷主觀說的觀察角度與客觀說的判斷標準來加以判斷是否著手，最高法院100年台上字第3553號判決即認為：「犯罪為侵害法益之行為，行為人是否已著手於犯罪之行為，自應就行為人主觀犯意及客觀行為綜合判斷，如依行為人對於犯罪之認識，已開始實行與犯罪構成要件有必要關聯性之行為，而該行為對於法律所保護之法益形成直接危險時，即屬犯罪之著手行為。」

三、次查，著手之各判斷標準自有其立論基礎，然而最高法院認為形式客觀說將著手時點往後過度推延，致使若干在實質上可以認定為已達著手實行階段之行為，仍認定為預備階段，對法益之保護不周。而主觀說則忽略行為之客觀面，過度擴大未遂犯之範圍；至於實質客觀說，因未考量行為人之主觀意思，致使難以正確判斷客觀事實之意義。由於上開諸說各有缺失，是以，**最高法院乃認為應以折衷之主客觀混合說較為可採，蓋主客觀混合說係以行為人之主觀認識為基礎，再**

以已發生之客觀事實為判斷，亦即行為人依其對於犯罪之認識，開始實行足以與構成要件之實現具有必要關聯性之行為，此時行為人之行為對保護客體已形成直接危險，即屬犯罪行為之著手。主客觀混合說對於著手時點之判斷標準已較具體明確，且以行為人主觀上所認識之事實，作為判斷背景事實，並加上客觀層面之限制，不致於擴大未遂犯之範圍，復能避免其餘各說之缺失。

四、又查，刑法第221條第1項之強制性交罪，係以對被害人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法為其要件，該罪所保護法益乃為個人之性決定自由。依照上開最高法院闡述意旨，有關強制性交罪之著手，應視其依主觀上之認識，是否已將強制性交之犯意表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察，必以由其所施用上開強暴、脅迫等非法方法，足以表徵其係基於強制性交之犯意而為，且與性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，始得認已對於強制性交罪所要保護個人性決定自由之法益，形成直接危險，開始實行足以與強制性交罪構成

要件之實現具有必要關聯性之行為，而已達著手階段。

五、承上，最高法院維持本件原審之見解，認為倘被告意圖與被害人為性交，而透過網路訊息表達要脅見面配合之意思，於二人尚非面對面且被害人已報警並由警員陪同前往之情形下，被告傳送訊息之脅迫手段，難謂在時間、地點與手段上，已密接於強制性交罪之「性交」構成要件行為，自不能認已達強制性交罪之著手階段。惟被告脅迫被害人相約見面，欲使被害人行無義務之事，已屬對於被害人著手實行強制行為，因行為人報警而止於未遂，應論以刑法第304條第2項、第1項之強制未遂罪。

六、本文認為，著手之認定涉及行為人之行為是否進入未遂階段（倘行為人所涉犯法條有處罰未遂犯），而最高法院111年度台上字第5588號判決之見解同最高法院109年度台上大字第4861號刑事裁定，對於著手時點之判斷，已明白採取主客觀混合理論，以彌補往昔採形式客觀等說之缺失，為犯罪著手時點提供可資操作且可預見之判斷標準，得作為將來處理類似案件之參考。