

職務、密切關連行為與影響力交易(一)

曾昭愷 法務部綜合規劃司副司長

一、貪瀆犯罪？職務犯罪？

我國學說、實務對公務員犯罪之各種型態泛稱為貪瀆犯罪，或有將之分類為貪污罪與瀆職罪者。事實上，所謂「刑法上公務員」與其他法律上的公務員概念不同，是指「手上掌有公職務之人」，而且依其掌握到公職務的方式不同，又區分為「身分公務員」、「授權公務員」、「委託公務員」等三種。前者意指行為人在中央或地方政府機關任職，無論是透過考試、選舉、約聘、僱用或政務任命，無論是臨時或長期任用（註1），占有該機關職缺而依法令或依長官事務分配而掌握到公職務；後二者則是無論來自任何身分，偶然承擔某種任務，有法令直接授予公職務（授權公務員），或者法令間接容許政府機關透過公法契約或其他公法行為，將公職務委託給行為人（委託公務員）。傳統所稱之貪瀆犯罪，實際上就是公務員（或部分情形下之非公務員）從不同面向去濫用、破壞公務員手中掌有的公職務，造成公職務的廉潔性不受信賴。例如收賄罪本質上是公務員以出賣職務的方式去濫用破壞手上所掌公職務；利用職務上機會詐取財物罪是公務員以耍詐的方式去濫用破壞手上所掌公職務；圖利罪則是公務員以特殊背信的方式去濫用破壞手上所掌公職務；刑法第134條之所以對公務員加重，並非倫理性的加重非難，而是因為公務員以瀆職罪章以外的犯罪手法去濫用破壞手上所掌公職務，危害公職務對外的廉潔信賴。

基於以上對貪瀆犯罪之本質說明，本文贊同德、日甚至中國大陸地區之立法趨勢，貪瀆犯罪之罪章

名稱應思考正名為「職務犯罪」，以彰顯其犯罪本質。

二、日本司法實務及學說對職務概念的論述

日本司法實務及學說為因應多樣化的職務犯罪態樣，針對職務犯罪所稱之「職務」概念，跳脫雖明確卻過於狹隘的「具體職務權限說」，改採較符合司法實務實際面的「一般職務權限說」，甚至將職務的概念擴展到所謂「職務密切關連行為說」，亦即雖然不是公務員固有的職務行為，但如果是和固有職務有密切關連的行為，還是可以認為是「職務」的內容，若因此而犯罪，仍有構成職務犯罪之可能。其理論根據是，如果公務員以職務密切關連行為收取賄賂，仍會危害到職務的公正性（註2），讓職務行使不受到國民信賴。

日本實務通說採用的所謂「職務密切關連行為」，被認為包含在職務的概念內，若有針對職務密切關聯行為收賄者，就可以肯定成立賄賂犯罪。大致上至少有二大類型：（一）雖非自己固有的職務，但屬於習慣上負責的職務，或者屬於由自己的職務所派生出來的職務；（二）基於自己職務產生的影響力加以運用的行為。（註3）當然，日本學說對於所謂職務密切關連行為的判斷基準並不是沒有疑慮，適用上會不會有超越文義的明確性問題？透過擴大解釋職務概念的方式來擴大適用賄賂罪的範圍，是否妥當？也有學說認為有待思考（註4）。

（待續）

註釋

註1：最高法院105台上277號判決參照。

註2：中森喜彥，刑法各論，有斐閣2015年10月10日4版1刷，頁308。

註3：山口 厚，刑法，有斐閣，平成27年11月5日第3版第2刷，頁482。

註4：中森喜彥，前掲書，頁309。