

購屬私法行為之本質。

肆、追繳押標金制度之目的與法律性質

政府採購行為，受私法規範，惟投標廠商如有政府採購法第31條第2項所定各款情事，所繳納之押標

金，已發還者，依法予以追繳，其制度之設立，旨在建立公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，並確保採購品質為目的，擔保投標者能遵照投標應行注意事項以踐行相關程序，確保投標公正目的，避免不當或違法行為介入（註3）。

（待續）

註釋

註3：參自政府採購法第1條立法宗旨。

職務、密切關連行為與影響力交易(二)

曾昭愷 法務部綜合規劃司副司長

三、我國司法實務針對職務概念之演變

針對職務概念內涵，我國司法實務早期甚至曾出現最狹隘的「具體職務說（要有具體的事務分配）」（註5），亦即甲縣市的警察在乙縣市無法認其有具體職務，此時該警員在乙縣市難認有構成職務犯罪之可能。嗣後實務上漸感具體職務說與現實脫節過遠，改放寬為一般職務說（註6），亦即只要是警察就有抓小偷的職務，只要行為人利用其所掌公職務犯罪，進而破壞濫用其職務，就有構成職務犯罪的空間，至於公務員內部職務的區域劃分，只是內部事務分配問題，不影響職務犯罪之成立。

依最高法院之進一步說明，其職務之範圍，並不以現在具體職務權限為限，一般職務權限亦包括在內。所謂「一般職務權限」係與該公務員在法令上具有共通之職務權限（一般的、抽象的職務權限），其判斷標準，則依該公務員之地位、擔當變更之可能性、事務處理狀況等因素加以判斷，以該公務員對於該職務行為有無影響性之可能。依此只要公務員與其地位相隨而在公務上所應處理之一切

事務均屬之，且此之職務未必要係伴隨獨立裁決之權限，即使是在上級公務員指揮監督之下受其命令而為之輔助性職務或屬代理性質，或係過去曾擔當而目前已經沒有擔當之事務，或係未來才得執行之事務，均可在職務上不應為而為，或應為而不為，或不正当為之，而皆成為收賄之對象（註7）。

近年來我國最高法院更受日本學說實務的影響，除具體職務說和一般職務說外，更將職務概念擴展到所謂「職務密切關連之行為」，並確認為其為職務範圍。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聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。此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，以及其附隨之準備工作與輔助事務均屬之，始符其規範本旨（註8）。而「職務密切關連之行為」各種類型中，最耳熟能詳的，就是出現在我國司法實務「本於職務衍生的影響力（實質影響力）」。進一步言之，依日本及我國司法實務之見解，「與職務密切關聯之行為」也涵蓋在「職務」的概念中，濫用破壞「與職務密

註釋

註5：最高法院70年台上字第702號判決參照。

註6：最高法院104台上字第76號判決、103年第8次刑事庭會議決議參照。

註7：最高法院108年台上字第29號刑事判決參照。

註8：最高法院107年台上字第823號、1563號、2545號刑事判決參照。

接關聯之行為」就是濫用破壞「職務」，構成職務犯罪。

四、我國遵循聯合國反貪腐公約第18條之立法方向

我國雖非聯合國反貪腐公約之締約國，然而我國為展現參與國際社會之企圖心，使我國的廉政跟上先進國家水準，以較激烈的方法，主動透過制定聯合國反貪腐公約施行法明文規定之方式，將上開公約內國法化，亦即具有國內法律之效力。其中依公約第18條之規定，要求會員國制定影響力交易犯罪之規範，亦即對於那些手中掌有本案關鍵職務之公務員而言，行為人客觀上是有影響力之人，行為人竟在外收取不正利益，受託向手中掌有本案關鍵職務之公務員運用影響力；或者有人企圖使前述有影響力之人對公務員運用其影響力，而交付利益給有影響力之人，進而去運用其影響力。簡述其要件為：(一)意圖使人由公務機關之決定獲取不正利益；(二)對掌有本案關鍵職務之公務員而言，客觀上被認為有影響力之人，他可能是公務員也可能不是公務員；(三)前述有影響力之人在外向請託人收取不正利益；(四)運用有影響力行為人所具有之影響力；(五)已針對手中掌有職務之公務員運用影響力。

五、未來有待釐清的概念

(一)我國司法實務上所稱的「(實質)影響力」與影響力交易立法所稱之「影響力」概念是否相同？就此問題，顯然我國司法實務所稱之(實質)影響力，是所謂擴大職務概念所謂職務上密切關連行為的一種類型，指公務員本於固有職務衍生的影響力；影響力交易立法所稱之影響力則不限於公務員本於固有職務衍生的影響力，泛指對本案掌有關鍵職務的公務員客觀上有影響力之人，兼及有影響力的公務員和非公務員。

(二)與職務密切關連之行為是否在「職務」概念內容的涵蓋範圍？就此問題，依我司法實務所稱之與職務密切關連之行為，是屬於擴大職務概念後的類型，與具體職務權限、一般職務權限同屬公務員公

職務的概念內涵。

(三)影響力交易立法所稱的影響力是否為「職務」概念內容？影響力交易立法中所稱之影響力概念極廣，泛指來自公務員或非公務員的影響力。然而只有一種情形的「影響力」可能被職務的概念所涵蓋，也就是公務員運用其固有職務衍生的影響力去影響手上掌有本案關鍵職務公務員之情形。

(四)公務員出賣自己職務衍生的影響力替他人去影響掌有本案職務公務員構成何罪？就此問題，職務犯罪所保護的法益是「職務」的廉潔可信賴，而所謂「刑法上公務員」則是指掌握到公職務之人，脫離職務概念就無刑法上公務員可言。因此，若有刑法上公務員在外收受不正利益，受託運用其職務衍生的影響力，去影響可能會受其影響的公務員，除構成影響力交易犯罪外，可能尚有是否構成貪污治罪條例第6條第1項第5款圖利罪(註9)之問題，同時，若依我國司法實務之見解推論，其尚可能觸犯公務員收賄罪，產生法規競合。

附帶一提的，有鑑於部分刑法法條之所以對公務員有加重其刑之規定，其背後法理並非對公務員作倫理性的加重非難，而是在於行為人之行為已濫用破壞到所掌之公職務，危及公職務執行的廉潔信賴。當刑法上公務員涉犯影響力交易犯罪時，立法上是否適宜再規定加重其刑？是否會有重覆評價之疑慮？恐有爭議。

六、結語

為積極處理「職務」概念過於狹隘，無法因應職務犯罪多樣化，導致肅貪功能受阻之問題。一方面司法實務最高法院近年來，陸續引進日本司法實務及學說之見解，不斷擴大職務的概念至所謂「與職務密切關連之行為」。另一方面立法者除思考立法放寬職務概念外，也以聯合國反貪腐公約第18條為基礎，引進歐陸國家的影響力交易立法。二方面的努力固然均值得肯定，但是來自不同法律體系的「與職務密切關連行為(影響力)」以及「影響力交易」，不久的未來可能同時出現在我的法典及實務判決中，司法實務如何整合相關概念以求法律體系一致，是未來值得觀察的。(全文完)

註釋

註9：本條款與其說是圖利罪，不如更精確的說可能是我國斡旋犯罪之規範依據。