

徐育安筆記

利用職務機會詐取財物罪之解釋與適用*

—以議員虛報助理補助費為主要案例

德國波昂大學法學博士
臺北大學法律系教授

壹、問題提出

貪污治罪條例第5條第1項第2款之規定，即「利用職務上的機會，以詐術使人將本人之物或第三人之物交付」，其中「利用職務上的機會」應如何解釋，是一個亟待重新檢討的問題，該利用是否應與公務員的職務行為有關，還是只要利用公務員身份亦可包括在內，例如行為人施用詐術使他人誤信其為有特定職務或職權而要求不法利益者，是否構成本款之罪？一個與此有關的案例是，我國法制上向來對地方或中央議會之議員助理之聘用，提供一定金額之補助款。然而議員對於助理費之補助有浮報、虛報等不實行為時，是否得適用本罪？

貳、利用職務詐取財物罪之實務適用

一、職務上機會詐取財物之基本定義

實務對利用職務上機會詐取財物罪適用的理解，可以用兩個判決做初步說明，首先在最高法院在106年度台上字第17號判決中，就詐取財物部分指出，其在本質上應該屬一種詐欺取財罪；意即實務上理解本罪的核心在於詐欺，至於行為人當然需具公務員身分，但較具疑義者為何謂「利用職務上的機會」？最高法院105年度台上字第3126號判決中對此有較詳細的說明，利用職務上之機會「係指假借



職務上一切機會，予以利用者而言。而所利用之機會，並不限於職務本身固有之機會，即使由職務上所衍生之機會，亦包括在內，即此規定之重點在於機會，復不以職務上有決定權者為限」。

最高法院的說明將職務上機會理解為泛指一切機會，上述見解並未能完全釐清機會的意義與職務的關係，若公務員對於某項事務不具備決定權，則該事務與其職務的關係為何，是否與職務有所牽涉為已足，這會讓實務上相關適用無法明確，甚至可能出現不需要有職務的關聯性，這樣的解讀。若更審慎地進行概念上的區分，將會出現疑問。按照實務意見，似乎只要行為人居於公務員之地位詐取財物，就足以成立利用職務上機會詐取財物；依此，本罪其實已轉變成「利用身分上的機會詐財罪」。但觀諸本條例其他規定，如第6條第1項第5款之條文內如，除了有所謂的「利用職務上的機會」之外，尚有「身分」這個要素，由此可見，本法即存在身分概

註釋

* 原文全文刊載於台灣法學雜誌，第345期，2018年6月，第123-137頁。

念與職務概念兩者的區分，實不宜混淆。

二、適用上之歧異

若更全面地分析實務對於利用職務上機會詐取財物罪之適用，可以觀察到實務對於「職務上之機會」的解釋相當寬鬆，尤其肯定機會衍生的行為，將造成適用過度擴張的情形，但卻也出現限縮性的判決意見。

（一）與職務相關

首先，是臺南高分院 105 年度上訴字第 414 號判決，涉及負責勞工退休事務的勞工局科員，利用工作上獲得的資訊，偽造多項私文書、授權書以及公司決議，請領無人領取之退休金。此處涉及的是，該公務員利用其職務上所獲悉之退休者個資後，以其名義偽造文書，再由自己審核蓋章表示無誤後，向銀行請領退休金中飽私囊，本案行為人藉由其職務之機會與職務行為方得完成詐取財物之行為，可謂為本款之核心案例。

其次，在最高法院 106 年台上字第 3553 號判決，涉及外交部駐外館長不實申報交際費用的行為，本判決事實與法律適用饒富意義之處在於，一般我們可能認為，餐食飲宴的行為與公務員職務無涉，然而，由於駐外外交人員與外國人士進行交際活動，係為推展外交事務常見且必要方式之一，因此，可以說此等活動本身即是外交職務範圍內之行為，實務上認為若浮報交際費用則係本款所謂利用職務上的機會，值得肯定。

（二）職務衍生機會

實務上認為職務機會包括「衍生出來的機會」，而若未能對「衍生」之意義予以限縮，恐產生無限擴張的重大疑義。首先，是最高法院 106 年度台上字第 3519 號判決，行為人為市政府都發局廣告物管理科職員，他佯稱可以幫忙喬違章的問題以此詐取財物，但事實上其並不負責相關業務，因此並不存在任何的職務上關聯。本判決則認為，被告過去曾待過都發局住宅管理科，雖然被調往其他科別後謊稱可以幫忙喬事，法院認為這仍是「利用職務上的機

會」，屬職務上「衍生的機會」。其次，是最高法院 106 年度台上字第 225 號判決，被告雖為消保官，但讓對方相信可以幫忙化解水土保持案件，避免可能受到的裁罰。判決同樣也認為，利用消保官的職務，讓對方相信他有喬事的能力，也是屬職務上所「衍生的機會」。

從這兩個判決可以看出，實務對於衍生機會的解釋，已經清楚地脫離行為人身為公務員所身負固有職務之範圍，只要相對人的受騙與行為人身為公務員有所關連，因為行為人之身分而產生的信賴感，致使相對人輕信上當，在實務上即可認為屬衍生機會，而被涵蓋於本條例第 5 條第 1 項第 2 款的適用範圍。（註 1）從上述判決中可以看出，此處實務上對於何謂機會的解釋，明顯地超出了一個嚴謹的範圍，如此一來，恐將思考的重點放在是否有損官箴上，而不再是瀆職或貪污。

（三）限縮性見解

最高法院曾於 85 年度台上字第 6304 號判決指出，本條例第 5 條第 1 項第 2 款所謂利用職務上之機會詐取財物罪，須於行詐時利用其職務上之機會因勢乘便所致，……，此與同條例第 6 條第 1 項第 5 款之對於非主管或監督之事務，利用職權機會或身分圖利罪，以對非其職務之事務，因其身分而有影響力或有可憑藉影響之機會而圖利者，迥然有別。判決認為，當行為人在施行詐術時，必須是在利用其職務所帶來的時機，利用這樣的機會始足當之。該判決明白指出，適用本條例第 5 條的情形，必須與第 6 條的非主管職務利用身分或者職務上機會予以區別。其後，最高法院於 90 年度台上字第 7308 號判決同樣指出，本條例第 5 條第 1 項第 2 款之適用，若行為人施用詐欺的行為跟法令上職務無關，即非利用職務上的機會詐取財物。

最高法院於 96 年台上字第 271 號判決中，也對於所謂「職務所衍生之機會」予以限縮適用，就駐外人員對於申請房租補助費進行不實申報之情形，本判決指出，該謊報行為非上訴人派駐新加坡所行使之事項，稱此為所衍生之職務當有所矛盾，況且因駐外商務人員身分而得申請房租補助費之機會，是否

註釋

註 1：反對此處實務之擴張見解者，柯耀程，「職務」概念的解釋與限制，法學叢刊，第 56 卷第 2 期，2011 年 4 月，頁 23。

等於利用職務所衍生之機會，亦有疑問。觀察判決之意見，要求審查該補助費是否與職務之進行有直接的關連，抑或僅是對於公務員個人之津貼，採取較為嚴格的解釋(註2)。

按照最高法院上述自 85 年以來的限縮性意見，若未對第 5 條第 1 項第 2 款與第 6 條第 1 項第 5 款之適用範圍予以區分，除了失去文字上的意義外，也是無視立法者劃分這兩個條款的意義。自此觀察，初步可以認為，為了區分這兩條，第 5 條仍要與職務的行使有密切關聯時才能適用，否則很容易就落入第 6 條的範圍裡，造成體系上的紊亂。依此，當某公務員不具有特定職權之身分時，應屬第 6 條所要處理的範圍，不論是對於該職權相關事務具有影響力，抑或是使相對人信賴其具影響力，而從中取得不法利益之行為，皆屬「利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益」之情形(註3)。然而根據實務較為普遍的看法，限縮第 6 條之適用範圍，以不具職權或身分之公務員，利用其影響力使其他公務員屈從之情形為限(註4)。當然，即便是第 6 條第 1 項第 5 款之適用，按照本款之要求，尚須檢視是否違背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。

參、議員虛報助理費用之矛盾適用

對於議員「虛報助理費用」之行為，實務並沒有一致的看法，這種不同意見的矛盾將會呈現在接下來討論到的這兩個判決裡；這兩個判決其實是針對同一個案件，故特別突顯實務上面對這個問題沒有一個確定的做法，對此先以肯定與否定二種見解予以歸類：

(一) 否定說

以最高法院 103 年度台上字第 4374 號判決為例，

對於是否成立利用職務機會詐取財物罪，強調一個判斷的重點，在《地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例》第 6 條規定，縣市議員一個人可以獲得補助新臺幣(下同)8 萬塊的助理費，人數方面規定在 2 到 4 人之間，判決指出若是超過 4 人的話，雖然法律所沒有禁止，但超過 4 人的部分無法獲得補助。

判決中提到聘用的助理不以向議會申報者為限，這表示議會給予議員聘用助理的補助費，而其餘細部工作條件皆由議員全權決定。且判決書中提到一個關於所得稅的關鍵論點，就是不論議員向議會申報何人為其助理，仍可將經費按月先行撥入議員帳戶；換言之，按照議會內部規定，若議員未提報助理名冊則所得稅由議員來負擔。此種讓議員負擔所得稅的做法，對於當事人來說，就會認為這筆款項既然撥入到自己帳戶內，不就意味任其全權處理？依此似乎變成稅賦上的自我決定。

(二) 肯定說

最高法院對於是否成立利用職務機會詐取財物罪，在更早之前就出現肯定立場之判決，如 94 年台上字第 3897 號判決指出，利用職務上機會詐取財物罪，係指公務員為圖取不法所得，而假藉職務上可利用之機會，以欺罔等不誠實之法，獲取不應或不能取得之財物。而依地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例第 6 條之規定，直轄市會議員每人最多得遴用助理 6 人，縣(市)會議員則是 2 人，且助理費用每人每月支給不得超過 4 萬元。判決認為其立法本旨係因議員所司業務龐雜且常涉及專業，有補助其遴用助理、協助問政以提高議事品質之必要。惟衡量政府財政負擔，超過規定之部分當由議員自費處理；如實際遴用員額或所支月薪，未達該上限則僅予覈實補助，非謂一律給予每月 8 萬元之補助款，任由議員將其間差額挪作他

註釋

註 2：支持性意見，謝煜偉，公務員虛報薪津費用之刑事責任—評臺灣高等法院一〇三年度上更(一)字第四〇號刑事判決，月旦裁判時報，第 42 期，2015 年 12 月，頁 71 以下。

註 3：如最高法院 90 年台上字第 5898 號、94 年台上字第 2105 號判決(相關事實參閱臺灣高等法院 92 年重上更(四)字第 212 號判決)。

註 4：有系統整理實務關於第 6 條第 1 項第 5 款之適用，請參閱謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議—論貪污治罪條例第六條第一項第五款，政大法學評論，142 期，2015 年 9 月，頁 26 以下；黃士軒，初探公務員非主管監督事務圖利罪中的「利用職權機會或身分」圖利行為—兼與日本斡旋賄賂罪之簡要比較，檢察新論，19 期，2016 年 1 月，頁 126 以下。

用。故議員利用職務上之機會，虛報助理名額或月薪、詐領助理補助款，自應構成利用職務上機會詐取財物罪。

最高法院在前揭 103 年之判決改採否定說之立場，但其復在 104 年台上字第 3732 號判決再採肯定說，這樣的改變令人注意，因為，該判決與 103 年台上字第 4374 號判決都是對同一個案件所為。究此改變見解的原因，與內政部的一個函釋有直接關連，即內授中民字第 1040014217 號函，該函文指出補助議員助理的費用並非實質薪資，不得因為匯入帳戶的作法而被認為是實質上的薪資。按內政部函釋之意見並和經費核銷制度結合，亦即從經費科目上來說，存在不同科目間流用的限制，人事費不得流出至業務費。故前揭 104 年之判決據此認為，若有議員以虛報的方式領取助理補助款，應成立利用職務上機會詐取財物罪。106 年台上字第 2999 號判決中也一樣提到，由於助理補助費並非實質薪資，議員利用不實的方式領取助理補助款，可以成立本條例第 5 條第 1 項第 2 款的「利用職務上詐欺」。

鑒於上述實務判決這兩個截然不同的立場，可知實務上對這個問題的見解存在重大的歧異，我們可以往上一個層次，回到本文前述關於「職務上的機會」的討論，就可以對於相關的適用問題有較清晰的輪廓與初步的結論。

肆、問題分析與檢討

回到原初的問題點，就是本條例中所謂的利用職務上機會詐取財物，是否應限縮在職務上的公權力濫用關係。以案例更具體地探討，就是公務員在報帳時有不實的情形，是否即屬「利用職務上的機會」詐取財物？

一個在我國刑事體系上必須要予以參照的條文是，刑法第 134 條不純正瀆職罪，規定公務員利用職務上面的權力、機會或者是方法而犯瀆職罪章以外之罪者，提高處罰至二分之一，而其中所謂其他之罪當然也包括詐欺罪。此處，很清楚的是，最高法院於 88 年度台上字第 3600 號裁判中即已指出，本條的適用前提，是以公務員於執行職務行為時，利用此與該公權力行為相關之機會犯罪者，方得以適用刑法第 134 條，並非只要有所牽扯即可。換言之，刑法第 134 條之適用，也絕非單純以利用公務

員身分犯罪，即屬該當，而是必須濫用職務進行之權限或時機而為犯罪。

另外，還可以參考的是德國刑法就公務員瀆職（Straftaten im Amt）第 340 條之規定，亦屬公務員利用職務機會犯罪的條文，針對利用職務機會進行傷害的行為（Körperverletzung im Amt）予以加重處罰，其中包括兩種下位類型，一個是在執行職務之期間（während der Ausübung seines Dienstes），另外一個概念是跟職務有關係（in Beziehung auf seinen Dienst）。在此要指出的是，本條文不論是第一種情形或是第二種情形，都是以職務上的濫權，作為解釋適用的核心的概念，亦即必須檢討是否與身負公權力者所為之職務活動相關，而非僅以空泛的身分判斷。

綜合上述，若從本條例第 6 條與第 5 條的區分比較，以及第 5 條與刑法第 134 條、第 123 條，進行整體的考察，會得出對於何謂「利用職務上的機會」，應回歸職務上的濫用來判斷的結果。換言之，若沒有這方面的職務，而僅是利用其身分上的地位，或是因此而生的信賴關係，即非「利用職務上的機會」，此種情形充其量為本條例第 6 條第 1 項第 5 款的問題，若要適用第 5 條的話，即忽視了立法者對於兩者之間的區分。

再者，必須檢視的是，助理補助款的相關報帳行為是否為議員之職務行為？如前所述，對於公務員職務行為之界定，不能單從身分認定其舉動皆屬職務行為，而要從該職位之權能判定，是否涉及公務相關權力之行使，利用此時機詐騙牟利而構成公權力之濫用。對此，若先從一般公務員的情形來說，可以先排除的是，公務員對於諸如差旅費、房屋津貼等款項的浮報，因為無涉於公權力行使，僅為內部的行政庶務。至於議員助理費補助款的報帳行為，乃是對於國家因其身分所給予的補助所提出之內部申請，既非法定職務行為，也無對外效力，若要將其認為是議員職務之行使，將難找到實質的理由。因此，此種情形既非貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款所謂之「利用職務上的機會」，另外，也未符合本法第 6 條第 1 項第 5 款違背對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果規定之要件，是故，議員助理費的虛報，應為刑法上詐欺、偽造文書或使公務員登載不實等罪之問題。