

學術與實務對話

中正大學法律學系副教授
黃士軒專訪



國立中正大學法律學系專任副教授
日本東京大學法學博士
採訪 / 整理：曾昭愷

非主管監督事務圖利罪的理論與實務（一）

「貪瀆犯罪」有人稱之為「職務犯罪」，換句話說，這種犯罪的認定和職務這個概念的判斷有很重要的關係，是不是請您先嘗試解釋一下「職務」這個概念？

在回答這個問題之前，我想先說明一下一個背景。職務這個概念和貪污治罪條例的各個犯罪都有密切的關係，也有它的重要性。不過，因為在學術或實務的議題上，最近都較聚焦在公務員賄賂罪以及非主管監督事務圖利罪的範疇，所以在這種學術與實務議題導向的影響下，我自己在談職務概念時，在範圍上就主要限縮在賄賂罪這方面。但是，基本觀念於其他類型的職務犯罪應該也有適用。我先針對職務概念作一個簡單的說明，從「職」這個字加上「務」這個字來看，「職務」字面上就是基於一定的職位所進行的一定事務。這樣的理解下，放在公員犯罪下面，就是擔任一定職務的公務員所進行與這個職務相當的事務。不過在現代的公務員犯罪上，像受到重視的公務員賄賂罪來看，它文字是用職務上行為或者是違背職務的行為，不是使用職務二個字。在這種用語下，到底職務這個概念和法條使用的職務上行為或者違背職務行為之間有什麼關係？可能就值得我們思考一下。

就此問題，我們就針對一些我們在實務上看到的賄賂罪類型來看。舉例來講，我們可能可以分為二個類型，一種是法律直接有明定公務員的職務的情況，像法官、檢察官或司法警察等，都有法律明定他們的審判、偵查等法定職務，我們可以很清楚他們的職務內容，此部分比較沒有問題。但是我們也可以發現，在最高法院的實務中，個案上有很多是法律並未明白規定某某公務員並不是有哪些法定職權可以作哪些具體事務，但公務員做了這些事而收受賄賂的話，法院仍認為構成收受賄賂罪的情況。

舉例來說，某市市長在下屬的公文上批示或加註一些意見，這些加註意見的行為未必會是法律明定的職務當中，但在我國最高法院往往仍會認為它是職務上行為。所以我們可以發現，重要的不是從行政法規上去觀察，這個公務員法定職務上有哪些事務可以做，重要的是在刑法上的意義，也就是公務員可以在他的職務上公正的進行事務，並且民眾對公務員可以公正執行職務有充分的信賴。只要是會影響到這個目的的話，就有可能被納入到職務犯罪的範圍。因此，雖然原則上公務員要有一定的職位，但是職位本身，或者法律所直接明文規定的事務並不是唯一的判斷標準，實際上還是要從是不是破壞到職務犯罪所保護的法益來決定它的範圍。以上就是初步我對職務概念的想法。

就您所接觸的司法實務見解中，是否可以幫我們整理一下，我國司法實務對於「職務上行為」大致上是如何來判斷的？

關於這個問題，如同前面所說的，賄賂罪一直是我們所重視的一個主要領域，所以在實務上，有必要判斷職務上行為這個爭點的主要場域，主要也是在賄賂罪這個問題上。這部分的實務見解是有經過一些變遷的。如果就最近的觀察，大致上可以2010年作為分界，之所以以這個時點作分界，是因為在這一年，最高法院引進了實質影響力這個概念到賄賂罪的職務上行為的判斷，轉折算是蠻明顯重大的。

根據我目前的研究，在2010年以前法院在判斷行為所做的事是不是他的職務上行為時，會先去解釋與這位行為人職位有關的各種行政法規上的法令，同時也會去看有沒有有一些行政上的慣行，讓行為人有可能去左右或參與這項事務的進行。如果得到的

答案是肯定的話，而且行為人事實上也在進行這樣的事務，這樣就可能被認為是行為人職務上的行為。

例如剛才所舉的例子，首長對部屬的指揮監督行為，未必都會出現在行政法規當中，不過接受機關首長的指揮監督是理所當然的事，這是解釋上的一種典型，實務上也有出現地方首長直接在建設課長的公文上批示的例子。其次像行政上的慣行，例如先前在各地的地方議員可以建議的補助款類型，這種建議權本來沒有很具體的法規授權。但是也有見過實務認為這是職務上行為構成賄賂罪的例子。也就是議員從廠商那裡收受賄賂，行使議員的地方建設補助建議權，並且獲得補助後要求獲補助單位與特定廠商進行施工合作等等，這種情形中，議員最後是以賄賂罪來處罰。

這就是認為這種預算的執行，行政慣行上以議員的建議為必要，進而認為這是議員的職務上行為。這種情形在地方制度法修法後，有了一個較抽象的規定，因此是否為職務行為的解釋上的疑難少了一點，但是基本上最高法院仍是在法規的實質解釋範圍來處理，比較不會脫離法制度去判斷職務上行為是否存在。與此相對，在2010年以後，如同刑事法學界或實務界所知道的，在前總統涉及的購地案、101大樓人事案這兩個比較著名的案件，最高法院使用了實質影響力的概念，透過實質影響力的肯定，認為總統對各該事項都有實質影響力，都是總統職務上的行為，因而認為成立職務上收賄罪。

這兩個案子比較有名，大家對事實關係比較了解，我在這裡比較想要強調的是，引進這種判斷後，前面所說法規上的實質解釋或許就不是最重要的，重要的判斷標準則是公務員他是否能夠左右這項事務的進行。像101大樓人事案這件，比較能呈現這種判斷標準的特徵，101大樓是私人企業的子公司，在這個私法上的人事案發生的過程我們可以看見，法院在掌握行為人透過財政部長去影響私人企業職務安排的決定時，實際上引進了實質影響力的概念，肯定職務行為乃至於公務員受賄罪的成立。

99年台上字第7078號判決後，可以看到最高法院各庭陸續採用這個概念。最高法院的見解如此，相信各高等法院、地方法院應該也會有很多跟從這種見解判斷賄賂罪中的職務上行為是否存在的判斷。這種狀態存在一段時間後，近日最高法院見解又有一些值得注意的發展。最高法院至少在去年的數則判決中，可以看出有脫離實質影響力概念的動向，也就是不採實質影響力作為判斷職務上行為的標

準。較明顯的例如107年台上1829號判決中可以看出，對於地方議員利用行使地方建設補助款建議權的類型，最高法院認為成立職務上受賄罪，但在判決理由中說明原審判決使用實質影響力的概念雖有不當，但對結論並無影響。在這個判決可以看出最高法院有脫離實質影響力概念的跡象。

此外，更為明顯的是以下的這兩件，一件是106年台上字3122號判決，這個判決最高法院面對的是立法委員利用他的立法委員辦公室，找某港務局的人來協調，他之所以要找港務局的人來協調，是因為這位委員收受賄賂，希望港務局能做一些配合調整管轄區域，使請託者能順利進行他的業務。這個案例最高法院也肯定成立職務上收賄罪。和這個判決有點像的還有106年台上字第283號判決，這位立法委員也是收受賄賂後，找證期局的人來委員辦公室說明委託人涉嫌炒作股票案件的調查狀況，藉由了解這個說明，立法委員想要施壓擺平委託人所涉及的這個案件，這件立法委員也被最高法院認為成立職務上收賄罪。

當然，在這個判決後還有，像106台上字第1337號判決，同樣是立法委員的行為，他是利用他的國會辦公室，去找國有財產局的官員，目的要讓特定廠商能先租用或購買中部一個市場用地的案件。這個案件最高法院最後認為成立非主管監督圖利罪。這幾個判決除明示實質影響力的概念與職務的判斷無關以外，判決也提出兩個重要的標準，這是我在以前的判決中沒有見過的。

法院判斷職務上行為的兩個標準，第一是要有公務的外觀，第二是要與原本的職務要有直接或密切的關連才行，若有符合上述標準，基本上就可以肯定是公務員的職務上行為。不過在此仍要注意的是，使用這兩個判斷標準，再參照前述三個不採實質影響力概念的判決，同樣都是立法委員的相類案型，前二者成立職務上收賄罪，後一者則成立非主管監督職務圖利罪。這種不同的判斷結果的背景是什麼？也是值得注意。

我認為，關鍵在於與立法委員原本職務密切關連行為中，究竟法院認為何為立法委員的原本職務認知不同而產生歧異。認為構成職務上收賄罪的判決，在判決事實中認定立法委員對被約談施壓的部會人員有預算質詢的職權，他利用行使這個職權的準備行為，也就是約談、約詢相關的部會人員或政府官員的行為，來收取賄賂，就是職務上收賄行為。但是，倘若將被關說部會公務員所進行的職務事項，也就是委託人所請託立法委員希望達到的事

項，也納入考慮，則會認為應該該當立法委員對不是他主管監督之事務進行施壓、關說的圖利行為。總之，現在至少有三個庭都採取了這種脫離實質影響力的見解，看起來這應該是最高法院最近的見解，以後我們可以繼續觀察，如果這種見解繼續擴散的話，我想實質影響力的概念有可能會完全被最高法院揚棄掉。

 接下來是不是跟我們談談，司法實務引進「實質影響力」這個概念所造成的衝擊？特別是從您的相關文章中發現，您似乎認為這個概念的引進，可能會對公務員收賄罪與非主管監督圖利罪的區別產生一些影響，是不是特別幫我們說明一下。

會構成衝突，是因為實質影響力的概念從 2010 年時引進我國的賄賂罪實務。其實，實質影響力概念並不是新的概念，只是在我國實務上使用這個概念時，以往會限定在非主管監督事務圖利罪，在解釋利用職權或身分等用語時使用，認為行為人對某項事務有實質上的影響力，但非主管監督職務罪是在規範行為人利用自己的影響力去影響別人的職務，不是行為人主管的職務，如果以非自己主管事務為前提的實質影響力納入到公務員收賄罪，會對公務員職務犯罪的職務判斷產生問題。換言之，只要你基於某種身分或機會有影響力的話，公務員豈不是對他人的職務上行為都可能成立職務上收賄罪？這樣顯然會讓本來以法規或法律制度為前提的職務判斷基礎受到很大的擾亂，甚至有可能架空非主管監督職務圖利罪。原因就在於本來是他人的職務，透過這樣實質影響力概念的解釋，許多行為人對非主管監督的事務也就是他人的職務去進行影響，都可能變成職務上的行為。我國學界除了我個人以外，蕭宏宜教授也有相同的看法，蕭教授也曾經在文章中提出這樣的質疑。

 如果未具備本案職務的公務員，不當運用自己的影響力去影響具有本案職務的公務員，使有本案職務的公務員去做某些違法的事（例如圖利第三人），在我國現行法上有無適當的規範處罰依據？處罰範圍如何？

關於這個問題也可以分成幾種類型來說明，第一種如果公務員影響的對象是同一個機關的長官對部屬，這是一種指揮監督權的行使，可以肯認是成立

職務上的行為，如果又有收賄情形，即可肯認可能構成公務員賄賂罪。另一種是例如不同機關或不相隸屬的高階公務員對另一機關的低階公務員施壓關說，希望被關說的公務員違法圖利第三人，此時依我國現行法往往會以非主管監督圖利罪來處罰。此還有一種類型，在不同的國家權力機關的公務員間施壓關說，例如地方議員對地方政府官員。最常見的就是議員先提出了一筆預算的執行方式，並跟地方政府表達必須依所設計的預算執行方式來執行，最常見的就是議員設計好一定的採購規格，要求地方政府一定要採購這種規格的東西，像這類行為也是以非主管監督圖利罪來處罰。其他所謂不當運用影響力，還有幾種情況，比方說對於私人公司以公務員的身分來施壓情形，當然也是公務員影響力的不當行使，這種情況例如縣議員對於承包縣政府工程的廠商表示，發現廠商未按約定方式施工，除非廠商給封口費，否則將對媒體爆料、在議會質詢甚至是移送檢調，像這種情形在我國是適用藉勢藉端勒索財物罪來處罰。目前我了解的大致是這樣。

 這裡也有一個很弔詭的問題。2005 年刑法修法後，依刑法第 2 條對「公務員」下定義，「公務員」已不是一種單純倫理性的身分，而是伴隨「職務」而存在的一種行為主體。換言之，刑法上的公務員是指「掌握到職務的那種人」，只是依其掌握到職務的方式不同，區分為身分、授權、委託公務員。以非主管監督職務圖利罪法條作為處罰依據來觀察，如果運用影響力的人沒有本案的職務，他怎麼會是刑法上的公務員？如果他有本案的職務，他和被影響的公務員不就是職務犯罪的共犯嗎？更進一步的問題是，如果要進行影響力交易的立法，是不是適合限於以公務員為行為主體？

如果我們參照第 10 條第 2 項的規定來看，雖然第 10 條第 2 項二款的規定內容不盡相同，但如同您所說的，在我們肯定某人是刑法上公務員的同時，也會肯定他可以處理一定的公共性事務。如果沒有辦法在個案中肯定行為人可處理這樣的公共性事務，只是擁有公務員資格或者只是擁有考試及格證書的話，仍然難以直接認為他有刑法上公務員身分。至於沒有本案職務而是只有影響力的人去影響掌握本案職務公務員職務行使時，該如何解決的問題。

（待續）