

從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

## 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

鄭文中<sup>※</sup>

### 目 次

- 壹、緒論
- 貳、民意代表職務及其行使於本質上之特殊性
- 參、鴛鴦埋頭式政治獻金法之若干疑慮
- 肆、民意代表收受賄賂之實務見解
- 伍、類推解釋及其形態
- 陸、代結論：可能之修法

---

<sup>※</sup> 文化大學法律學系副教授。

## 摘要

民意代表之產生及其職務行使，甚至在若干法律制度之設計上與一般公務員或是法官有著本質上之不同。在職權來源產生及日後職務行使過程中，收受民眾金錢，而有若干違背職務之行為，是否得以或應以公務員職務賄賂罪相繩。換言之，刑法理應做如何反應以及現行之處理是否得當，為本文問題之出發點。本文主要以最高法院實務見解及刑法解釋之原則為基礎，探究民意代表收受賄賂與公務員賄賂是否存在差異，反思當前實務目的擴張解釋之解決方式。

本文以實務見解發展為主幹。自最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決透過密切關聯性或實質影響力之認定，形式上不斷地將公務員收受賄賂職務「上」之行為擴張、延伸至職務「外」之行為以降，實已有透過類推適用之法學方法，而使得原本屬於構成要件是否存在之事實認定問題，在個案審理中有出現模糊、甚至消失之虞；實務見解動輒以「目的性擴張」之手段詮釋個案事實，或有所懲罰之制裁效果，然以犧牲刑法罪刑法定原則內涵及刑法最後手段性之本質思考作為代價，兩者是否相當，實有探究餘地。文末則簡要說明我國刑法繼受來源，德國刑法典關於民代賄賂罪規範內容之變遷及其他歐美國家相關之立法例，提出可能之修正方向。

**關鍵詞：**實質影響力、類推適用、目的性擴張、職務行為、職務賄賂罪

## 壹、緒論

不論西東古今，公務員藉由職權貪贓枉法，人民對之皆深惡痛絕。眾所皆知，公務員貪瀆所傷受害者，除了戕害機關清正廉能形象外，同時打擊了守法公務員之士氣、榮譽感，更動搖國家公權力不可收賣之人民信賴感。

根據法務部廉政署 108 年度工作報告，當年度年受理並立案（廉立字案件）計有 879 件，其中以行政事務 128 件（14.56%）、營建 120 件（13.65%）最多。<sup>1</sup> 與以往之統計之大宗，例如採購弊端、公共工程綁（圍）標，職權濫用似亦若合符節。<sup>2</sup> 細究前述案件，其實不難發現，大多涉及：公務員直接、間接圖利特定廠商而變更招標方式，涉及借牌綁標與圍標等，藉此收受回扣；採購業務承辦人自己或受上級長官壓力勾結特定廠商，鑽營採購上的漏洞，形式比價、洩漏底標或其他投標廠商等方式，藉此收取回扣；業務承辦人乘業務之便，濫用職權，包庇特定對象，圖利他人並藉此收取不當利益等，換言之，均圍繞著一項核心犯罪類型，即公務員收受賄賂。而公務員收受賄賂，或以執行職務時所握有之國家公權力為客體，待價而沽，或以官商交相賊，勾結而形成利益共生之共犯結構，無視政府運作之公益性考量，嚴重扼傷政府整體之廉潔與威信，侵蝕國本。

由於貪瀆犯罪危害國家社會既深且鉅，國際間及各國莫不制定種種策略方案、法律規範，力圖打擊、禁絕貪瀆。特別是在上個世紀 90 年代以降，前蘇聯瓦解，華沙集團東歐諸國民主化，自由化、全

---

<sup>1</sup> <https://www.aac.moj.gov.tw/6398/6666/6670/6678/823942/post>，最後瀏覽，2021/12/13。

<sup>2</sup> <https://www.aac.moj.gov.tw/media/56917/681516571293.pdf?mediaDL=true>，最後瀏覽日，2021/12/13。

球化浪潮漸次席捲而來，跨國公司集團競逐新興市場無不使出混身解數，於此同時，亦伴隨賄賂外國公職人員歪風，為避免不公、惡性競爭，經濟合作暨發展組織（Organization for Economic Cooperation and Development，OECD）會員國於 1997 年簽定防制國際商業交易中行賄外國公職人員公約（Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions）<sup>3</sup>；2005 年生效之聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption）<sup>4</sup>第 16 條，更將禁止行賄對象擴及國際組織機構之人員，而歐盟防制行賄歐盟及其會員官員公約（Convention against corruption involving public officials）<sup>5</sup>亦於同年生效。一時之間，將刑事處罰範圍擴及行賄（外國）公職人員之行為，蔚為風潮。此一趨勢對於我國稍後之法制，包含規範解釋在內造成影響。

就個別國家方面，以我國刑法於制定實行以來即受其重大影響之德國為例，直至 1994 年的德國刑法典修正方始出現關於民意代表收受賄賂之獨立處罰規定，而且並非規定於一般所熟知的 331、332 條中，換言之，德國自 1877 年帝國刑法典制定伊始，超過一個世紀以上，賄賂民意代表之犯罪行為是與作為下位概念之普通投票賄賂罪規定於同一罪章中，1994 年德國刑法典 108e 條始將賄賂民意代表，獨立規定於該國刑法典第 4 章「對憲政機關及其選舉與表決之犯罪」（Straftaten gegen Verfassungsorgane sowie bei Wahlen und Abstimmungen）

<sup>3</sup> <https://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>，最後瀏覽日，2021/12/13。

<sup>4</sup> [https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf)，最後瀏覽日，2021/11/13。

<sup>5</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133027>，最後瀏覽日，2021/12/13。

### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

罪章中，並於 2014 年進行修正。關於此一部份，於後再述。

關於公務員職務賄賂罪，目前實質影響力說係最高法院之有力見解。此項見解首見於最高法院於 2010 年對於前總統陳水扁涉及之龍潭購地案之判決，最高法院在此案中「新創理論」，取代先前習用的「法定職權說」。在程序上，最高法院自為判決之方式即頗具爭議，刑事訴訟法第 300 條固然賦予法院此項職權，在案件同一性範圍之基礎上，在未變更犯罪事實之情況下，法院有適用法條之最終權限，然而依刑事訴訟法第 95 條第 1 款亦科予法院，於變更起訴法條時，有告知被告之義務，然而最高法院並未踐行此一程序，已屬嚴重違反程序法則，且係對被告實體利益造成侵害之突襲性裁判，於被告提起上訴後，最高法院依法須撤銷改判；除此重大程序瑕疵外，實體認定方面之爭議更不在話下，除於後將探討之「職務行為」概念外，最高法院則是非如此不足以「保護國民對公務員職務公正性之信賴」之判決理由，除以國民對於貪瀆犯罪深惡痛絕之法律情感為據外，在法理說服上似亦未提出堅強之論理。自此，公務員職務賄賂罪即形成法定職權說與實質影響力說兩種見解之爭論；此外，2011 年又於貪污治罪條例增定第 11 條第 2 項「不違背職務行賄罪」之規定，此種以不違背職務受賄罪做為普通受賄罪而與違背職務受賄罪對立之規範模式，更增添公務員職務賄賂罪在個案適用上之疑義。

簡言之，不論是最高法院實務見解之變更或是國會修法，似乎都無法解決司法具體實踐所產生之難題，連帶卻促使爭議情形之新生。本文不揣簡陋，試圖從民意代表職務之特殊性及其職權行使與行政權、司法權之公務員在本質上若干之差異出發，探討，並以「駝鳥埋頭」式立法之政治獻金法為佐據，思考捐贈政治獻金予自然人與預防民意代表貪瀆之問題；而後針對最高法院實務見解，特別是實質影響

力說之部分，以擴張解釋之觀點及其在司法實務上曾出現之實例進行討論，最後則以思考目前較為人所關注之法律相關修正內容，提出本文之拙見作為結語。

## 貳、民意代表職務及其行使於本質上之特殊性

在現代憲政民主制度下，政府部門之權力區分為立法權制定法律，形成規範，行政權執行法律，處理公共事務，司法權則是依據法律獨立審判，定紛止爭。

三權「權力分立」(separation of powers)，各有所司。<sup>6</sup>然而相較於行政官員或司法官員之產生，制定法律，形成規範之立法權，不論是中央民意代表或是地方民意代表，都是經人民投票選舉出來的，代表選區，即各鄉、鎮人民；縣、市人民以及全體國民行使政權及立法權，監督政府推行各項國家建設及執行法令規章。簡言之，欲擔任中央或地方民意代表，必須經過公職人員選舉產生。然而選舉制度為人所詬病者，其中一項即是選舉經費支出。為杜絕因選舉所產生之弊病，立法院制定一系列：「陽光法案」，其中政治獻金法即屬適例。

政治獻金法第 5 條規定，「得收受政治獻金者，以政黨、政治團體及擬參選人為限。」該條以明示其一，排除其他之立法方式，將得接受政治獻金之自然人限定為「擬參選人」，換言之，就我國法制而

---

<sup>6</sup> 關於我國中央政府體制之屬性，究屬總統制、內閣制或是雙首長，向來即富有爭議。大法官曾於釋字第 461 號解釋中曾謂，「我國憲法上中央政制，與一般內閣制有別」，因而或有認為，大法官並非謂我國的中央政府體制不是內閣制。然而必須指出的是，中華民國憲法第七十五條規定：「立法委員不得兼任官吏。」立法委員若無法兼任官吏，特別是內閣閣員，與歐日等國之內閣制仍屬有間。簡言之，我國立法委員欲出任部會首長必須先放棄立法委員一職，而無法與德、英、日等內閣制國家，國會議員是擔任內閣部會首長之先決條件。

### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

言，並未禁止民意代表接收選民捐款資助，不論動機是出於回饋或是認同政治理念、響應政策號召等。詳言之，現任民意代表於競選連任時，得收受選民捐款資助，而（現任）民意代表於未參選時，縱使選民認同其理念，仍不得予以政治獻金，僅得退而求其次，提供政治獻金予以推薦民代之政黨或現所屬之政黨。然而民意代表經由具體問政表現或所展現之政治理念，而使得選民提供政治獻金予其政黨，由於實務上並未有具體數據加以顯示，僅為法律上之解釋推論。不過，在此，有疑問的是，於特定民意代表競選連任時，政黨能否將特定捐款以任何方式，使其實質獲得該筆政治獻金之利益。關於此一部分，本文認為，此係政治獻金法灰色地帶，容或有模糊爭辯空間，將與「贊助」之部分，一併於後再敘。

依公職人員選舉罷免法第 2 條之規定，立法委員、直轄市議會議員、縣（市）議會議員、鄉（鎮、市）民代表會代表、縣（市）長、鄉（鎮、市）長、村（里）長等，均係由選民投票選舉產生之公職人員。正副總統選舉罷免固有其獨立之法律規範，即總統副總統選舉罷免法，但在解釋上，其仍應為公職人員選舉罷免法第 2 條所稱之公職人員，應無疑義。且依照職務之性質，民選公職人員尚得區分為民選行政職及民意代表。而前者之性質則更趨向於應考試、服公職之「公務員」。

民意代表，顧名思義，即是代表選民意見之公職人員，其職務之行使須環繞民意，而非「黨意」，更非一己之「私意」。因此廣蒐、匯集民意，進而協調、整合民意即成為其職務重要內涵。由於所謂民意背後即形成利益團體，換言之，民意代表職務行使，即含有代表不同利益團體之性質於其中，甚或得認為，折衝、協調不同利益團體之意見，整合成社會共識是其因職務所生之責任，而此亦是民意代表與一



般行政官員或司法官員之職務行使，除依法行使外，尚須符合中立、客觀之本質性需求。簡言之，相對於行政權「依法行政」、司法權「依法審判」等概念，學理上並無立法權「依法立法」之職務要求。民意代表須運用其影響力，反映具體民意與行政機關，並於行政機關之施政過程中得到相應之重視，或於立法機關中形成法律規範。

申言之，學理上既無依法立法之概念，彼邦甚至有「立法裁量」(Gesetzgeberische Gestaltung)或「立法者形成自由」(Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers)之概念，立法者對於法律規範內容「是否」、「何時」及「如何」制定，擁有一定的自主決定空間。易言之，民意代表之職務性質並非純粹依據現有法律規範行使，確切而言，民意代表反映選民觀點、意見，嗣後於國會或地方議會中進行折衝、整合，落實形成政策，並制定法律規範，形於文字；民意代表將選民之想法、意見反映與行政機關，不僅是其權利、更亦為其職責。簡言之，民意代表可謂係選民意見與政府政策或法律規範形成間之交流平台，如此或能符合當代代議政治所謂民主正當性之要求。

前述「立法裁量」或「立法者形成自由」亦非毫無限制，而是必須在符合憲法之界限、範圍內。民意代表自特定選區競選後產生，其固然得以特定選民之意見為依歸，形成其政策主張，並依其選區利益推動立法，然而代議士亦得秉持其個人之良知、良能及政治立場進行判斷，決定其所欲反應或支持之選民意見。不論如何，均不得以民意代表所代表之意見有利於特定選區、特定族群之選民或特定利益團體，即得認係違法，而以圖利罪相繩。此亦為代替選民行使立法權之代議政治之職務本質使然，換言之，民意代表基於其政治判斷，支持特定選民，為其代言，係民主政治多元意見形成之常態，其所承擔者，係政治責任，或政治生命得否延續之問題。相對於此，行政或司法官



### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

員職務行使之本質，尚不允許純僅為特定利益團體牟利，換言之，其必須符合基於社會整體利益考量，「依法行政」，或根據事實，「依法審判」。苟非如此，恐有違法，而須接受法律非難。

德國文獻曾經指出，或許是出於本能之反應，民眾向民意代表表達自身所關切或攸關自身利益之事項時，是採取遵循法規<sup>7</sup>，或至少是規避法律紅線之方式。如前所述，學理上並無立法權「依法立法」之職務要求，民意代表須運用其影響力，反映具體民意與行政機關，並於行政機關之施政過程中得到相應之重視，或於立法機關中形成法律規範，而於此過程中，似有若無導引[立法機關做成決定者即是「利益」，特別是現代民主政治之特徵，政黨政治及選區劃分之情況下，要求民意代表全然中立、客觀行使職權，恐是緣木求魚，換言之，一定程度上均呈現執行職務有偏頗之虞的情況，尤其是當其特定之政治主張或立場正是支撐成為代議士之堅實基礎。因此在這種情況下，民意代表行使職權之實務面所具體呈現者，即是其行為模式及決策型態與行政官員（Beamte）、法官（Richter）有著截然不同的判準（vollkommen andere Maßstäbe）<sup>8</sup>

承上述，由於民意代表在職務內涵及職務行使方面，在關於收受私人提供及金錢或利益之事項上，在規範安排上自然有其不同之方向，後兩者，並不允許其收受人民之提供之金錢或其他利益，否則即有損其職務內涵所具有之公益考量、行使須公正、公平之性質。然按現行法制，並非完全禁絕民意代表收受選民提供金錢或其他利益，政治獻金法極屬適例，而民意代表之職責重心即在反映選民心聲、基層民意，是否一旦兩者存有對價關係時，即得認係違背職務，而以刑事

---

<sup>7</sup> Vgl. Marcus Hartmann, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013, S.262.

<sup>8</sup> Ebd.

法律相繩，尚需有更堅實之法理依據予以說服，況且我國尚有所謂之不違背職務收受賄賂罪之處罰規定，從而似不得以、更不應以「民氣可用」、「大快人心」順勢利導、罔顧法律及因果關係認定等因素，而作為懲罰之依據。

簡言之，基於刑法最後手段性，民意代表收受選民提供之金錢或其他利益若對於行政機關推動政務、落實政策目的之任務已經達到實質干擾之程度，始能考慮以收受賄賂罪予以懲罰；反之，在未達於實質干擾之程度時，並不得違反刑法所具有之補充性、謙抑性，而仍應將管制之重心，聚焦在民意代表收受選民提供之金錢或其他利益之過程及內容公開等方面，質言之，此時規範重心應在於申報制度之具體落實。按現行法制中，嚴重違反行政管制目的之行為，在法律效果方面固然有以刑事處罰予以評價者，然而此時與貪瀆行為之不法內涵具有濃厚倫理違背性格，而須以刑罰相繩者，仍屬有間，不得不辨。

### 參、駝鳥埋頭式政治獻金法之若干疑慮

自上一個世紀的下半葉伊始，自由國家的理念（liberaler Staatsentwurf）及其以有限干預為主的社會控制概念（一項干預性法律之制定，必須符合一定的前提，亦即其僅能在別無其他控制機制的干預下，社會的自主性將面臨崩潰的範圍內，始得為之）被以社會國原則作為指引方針的理念所取代。<sup>9</sup>在干預型的社會國家中，法律是一項具有調節性的、預防性質的社會控制工具。易言之，20 世紀以降，特別是在二次大戰後，隨著國家任務範圍不斷擴張，國家行政職

---

<sup>9</sup> 鄭文中，以刑事司法外部之觀點看刑事訴訟協商程序之形成--以德國法制為觀察中心，法學叢刊第 53 卷第 2 期，頁 75-77。

### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

能不斷增加，大量行政法規出現，對於違反管制者，固然須施加行政罰，然而對於嚴重妨礙行政管制目的之達成或國家履行義務之違法行為，甚至將施加刑事處罰，簡言之，在行政處罰之基礎上，即出現了所謂附屬刑法（*Nebenstrafrecht*），亦有稱之為行政刑法。

我國於 2004 年通過政治獻金法。政治獻金法之立法目的在於，「規範及管理政治獻金，促進國民政治參與，確保政治活動公平及公正，健全民主政治發展」，對於嚴重妨礙此一目的達成之行為，本法第 25 條、26 條設有刑罰之規定。簡言之，該法在本質上即應屬附屬刑法。制定政治獻金法之目的，簡言之在於捐獻之透明化及公開化，避免金權政治對於民主體制所造成之負面影響，或是將負面影響降低至可以被控制之情況。然而對於我國政治獻金法之規範能否達成此一目標，鄉乖之批評甚多，為避免失焦本文僅針對若干與探究主題主觀上認為更有相關之部分進行討論。<sup>10</sup>

文獻上批評較多者，諸如政治人物以成立基金會之方式收受政治獻金，似乎已成為募集政治資金最常見、最便利之管道，而競逐地方行政首長，乃至於國家元首大位者，尤為常見，甚至演變成為收受賄賂的白手套；我國政治獻金法第五條明定，得收受政治獻金者，以政黨、政治團體及擬參選人為限。換言之，對於政黨或政治團體，任何時間均得進行捐獻，而對於自然人，不論是否現為公職人員，對之僅得於競選期間捐贈政治獻金；依同法第十七條及第十八條，不論政黨、政治團體及擬參選人捐贈政治獻金有一定上限，然而並未禁止捐獻者對於捐款指定用途，又，關於政黨內部政治資金之運用，政治

---

<sup>10</sup> 關於我國政治獻金法之缺失及其可能之修正，參見藍敏煌，我國政治獻金法制度之研究，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2010 年，頁 151-174。

獻金法並未有規範，亦即政黨撥付予其所提名候選人之金額並無總額限制，如此恐將造成規範之漏洞，即特定之捐贈者藉由捐贈政治資金予政黨，同時要求將其中之一定比例或金額轉贈予特定候選人之情形。

另外上有所謂「贊助」之問題。實務上此種贊助人力、物力之情況屢見不鮮，不論是在競選期間與否，亦不以擬參選人為限。以近來四項公民投票為例，由不知名「熱心人士」、「認同政治理念支持者」捐贈之電話拜訪，而由特定政治人物出聲錄音，向不限其選區內之有投票權之民眾放送、請託；平日於選區所舉辦之各式問政說明會，而接受之花費贊助；政治人物長年於選區內各大重要路口懸掛巨幅看板，謂以係熱心支持者所贊助；甚或有熱心支持者提供義工為政治人物從事選民服務，雖無選區助理知名，惟有助理之實質，凡此種種是否皆屬於政治獻金之「變形」？

我國政治獻金法第二條固然規定，政治獻金是指對從事競選活動或其他政治相關活動之個人或團體，無償提供之動產或不動產、不相當對價之給付、債務之免除或其他經濟利益。依規定政黨、政治團體及擬參選人收受之政治獻金，屬金錢以外之動產、不動產、不相當對價之給付、債務之免除或其他經濟利益者，應依收受時之時價折算開立收據，並依本法相關規定處理之。前項時價應敘明資料來源，如無時價可供參採者，得自行合理估算，並敘明其估算之方式及依據。然而前所例示之情形，多在非從事競選活動期間，且其主辦者及其成果歸屬者通常皆以自然人之現任民意代表，或有意挑戰之潛在擬參選人居多。換言之，此種情況堪稱政治獻金法明顯之漏洞。政治獻金法明文禁止民意代表平日，及非競選活動期間可收受政治獻金，然而以贊助型態出現之政治獻金「變形」無所不在。是以，本文認為，對於自

### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

然人之政治獻金捐贈限於競選活動期間，恐係「鴛鴦埋頭」式之規範型態，眼不見為淨？亦或是刻意為之立法型態？

政治獻金法立法管制之重心，本文認為，似應參酌洗錢防制法之 2018 年《國家洗錢及資恐風險評估報告》公布之洗錢威脅辨識結果。我國深受洗錢「非常高度威脅」之犯罪共有八大類型，包含毒品販運、詐欺、組織犯罪、貪污、走私、證券犯罪、第三方洗錢、稅務犯罪等，因此在政策制定及相關法律之強化、修正當以前述之八大前置犯罪為最優先。相同法理，民意代表收受選民提供之金錢或其他利益或許係意圖干擾行政機關推動政務、履行政策任務之前置行為，此時管制重心應在於申報制度相關規範之優化，減少規範模糊、迴旋空間，同時課予真實申報之義務，並於義務人有嚴重違反行政管制目的之行為時，予以刑事處罰。如此或可形成若干嚇阻之預防效果，減少民意代表收受賄賂罪適用之可能。

## 肆、民意代表收受賄賂之實務見解

關於民意代表及公務員收受人民金錢或其他利益，是否觸犯職務收賄罪之認定，必須是公務員以其職務行為與私人進行交易，始得有對價性，亦即公務員要求、期約或收受之賄賂或不正利益，必須是以其已實施或即將實施之職務行為作為對價。<sup>11</sup> 關於職務行為之認定，各審級法院對於究應採「實質影響力說」或「法定職權說」，十數年來，見解不一，而爭論不休，並導致社會對法院判決產生標準因人而異、因案而異之遐想，動搖人民之司法信賴感。

---

<sup>11</sup> 事實上，我國現行刑法並無對價關係此一構成要件要素之明文規定，而係學說及實務仿效舊德國刑法典第 331 條第 1 項而為之(目的)限縮解釋。

## 一、「法定職權說」

關於職務行為之認定，採「法定職權說」者主張，應以法律之規定為依歸。例如：最高法院 98 年度台上字第 395 號判決謂：「所謂『職務』，必以屬於該公務員『法定』職務權限範圍內之事項，始足當之，故雖具公務員身分，若其用以詐財之行為，與其法定職務權限無關者，即無利用其職務機會以詐財之可言。」<sup>12</sup>然而眾所周知，公務科層組織龐雜，高度專業化、權責制度明確、嚴格層級節制體系、規則及程序齊備等為其主要特徵，在此種情況下，立法者實無法針對職務行為於刑法規範中加以定義，基於公務行為之日趨多樣及複雜性，現實上即有必要透過其他法律及經由法律授權，而能對外產生效力之法規命令進行補充，以使其具體、明確。

再者，從功能法之觀點觀察，立法者並無法即時地對迅速變遷之情勢進行快速之回應，或發布純技術之規範，因此行政立法行為有其重要性。然而必須注意的是，當行政機關就必要之規範加以補充時，必須使受規範者得自規範本身即能知悉其行為有受處罰之風險，且與所援引之法規命令合併觀察，可以明確判斷行為之可罰性。<sup>12</sup>例如，最高法院 99 年度台上字第 3570 號判決：「『法定職務權限』，則指所從事之事務，符合法令所賦與之職務權限，例如『機關組織法』規所『明定』之職務等。」；最高法院 85 年度台上字第 5119 號判決認為，依台灣省各縣市議會組織規程第四章有關縣市議會職權之規定，旨在「明定」縣市議會正、副議長之設置及產生方式，並賦予全體縣市議員選舉及被選舉為正、副議長之權，自難謂選舉正、副議長亦屬縣市

---

<sup>12</sup> Nolte, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 103 A bs. 2 Rdn.153.



## 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

議員「職務上之行為」。由於此種補充公務行為之法規命令須符合一定限制，且其所得規範者非無界限，在具體個案中，並非審理之法院所得恣意詮釋。只是這些補充職務行為的規範，於一般公務員而言，由於其所執掌的事項有限且具體，所以較易劃清其範圍。

### 二、「實質影響力說」

有別於「法定職權說」，司法具體實踐有將公務員之法定職務擴張及具體職務權限說（98 年度台上字第 2991 號判決、102 年度台上字第 3288 號判決參照），及一般職務權限說（101 年度台上字第 4867 號判決參照）者，並經最高法院 103 年度第 8 次刑事庭會議決議，關於職務行賄罪之「職務上之行為」採取「一般職務權限」，而不以實際上所具體擔負之事務為限。不過，不論是具體職務權限說或是一般職務權限說，仍應以公務員自己之職務行為為限。而晚近出現之「實質影響力說」<sup>13</sup>，實務見解則認為，公務員之「職務上之行為」則並不以收賄公務員個人之職務為限，並擴及其「職務影響力所及」之其他公務員之職務行為。<sup>14</sup>

最高法院 107 年度台上字第 2052 號判決：「...而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至

---

<sup>13</sup> 最高法院自 99 年度台上字第 7078 號判決（龍潭購地案）以降，關於職務行賄罪之「職務上為」採取「實質影響力說」，已成為實務見解之有力說。或有認為，最高法院已改採「實質影響說」，關於此一部分，參閱吳燦，公務員賄賂罪之職務上行為，檢察新論，17 期，2015 /1，108 頁，頁 117-118。對於最高法院是否已改採「實質影響說」，本文抱持較為保留看法。

<sup>14</sup> 最高法院 100 年度台上字第 3656 號、7001 號、101 年度台上字第 2044 號、2049 號、4150 號、6482 號、102 年度台上字第 2967 號、3799 號判決，均採此一見解。



所謂與其職務權限有密切關聯之行為，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。」準此，有下列情形之一者，習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務；因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，足以形成一定之影響。簡言之，依「實質影響力說」，所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，祇要該行為與其職務具有關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當。」<sup>15</sup>

實務見解丕變，實質影響力說橫空出世，首見於最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決。<sup>16</sup>最高法院於本案中認為：「惟查：(一)、貪污治罪條例第五條第一項第三款之對於職務上之行為收受賄賂罪，祇須所收受之金錢或財物與其職務有相當對價關係，即已成立，且包括假借餽贈等各種名義之變相給付在內。又是否具有相當對價關係，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，不可僅以交付之財物名義為佣金或餽贈，即謂與職務無關而無對價關係。再所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，祇要該行為與其職務具有關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當。」（最高法院 100 年度台上字第 3656 號判決、100 年度台上字第 7001 號判決、103 年度台上字第 3356 號判決參照）。

<sup>15</sup> 最高法院 100 年度台上字第 3656 號判決、100 年度台上字第 7001 號判決、103 年度台上字第 3356 號判決，107 年度台上字第 1563 號判決參照。

<sup>16</sup> 此號判決即眾所周知之前總統陳水扁、吳淑珍夫妻所涉及之龍潭購地案。

### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

實質影響力說認為，不論是違背依法行政義務抑或以濫用職權作為犯罪手段，為避免法益保護之疏漏，以公務員為行為主體之貪瀆行為，應由「法律規定的具體職務權限」作為判準，改以「職務關聯性與實質影響力」為斷。最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決謂：「總統就國家重大政策或重要人事，一旦親身參與或干預，對於該特定結果，即具有實質上之影響力，自不得藉此職務上所得為之行為，收受對價」；又，如最高法院於 102 年度台上字第 3799 號判決亦肯定該案件中之公務員對系爭事務具備職務權限，「上訴人明知以其副總司令之地位、職務，對海測艦採購案，具有一定程度之指揮、監督權責，而為其副總司令職務之實質影響力所及，乃為協助鄭正光，竟利用其任副總司令之身分，在其辦公室接見由鄭正光帶領之義大利 F 廠總經理及業務經理等人，並收下該廠所製造之各類軍艦目錄，允諾交予海軍總部有關承辦單位參考研究。鄭正光終得於八十二年一月間，以喜光公司名義順利取得義大利 F 廠之代理權，並於同年五月四日以四千八百五十萬美元得標。」

然而，實務認定之標準浮動，並未有一致之見解，文獻上對此討論、爭辯不已。歸納實質影響力說，其要件可分為：「祇要該行為與其職務具有關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當」；「祇須該行為與其職務具有關連性，且依該公務員之身分地位所產生對該職務實質上之影響力所及者，即屬相當，不以親力親為為必要。」；「貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之對於職務上之行為之收受賄賂罪，其中職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行為，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。」亦即，有下列 2 種情形之一應認屬於「職務影響力所及」，判斷該當「職務上之行為」：(1) 習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，(2) 因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，足以形成一定之影響。<sup>17</sup>一言以蔽之，在實質影響力說之涵蓋下，公務員之「職務上之行為」不限於公務員自己之職務行為，另包括其他公務員之職務行為。

而關於民意代表，特別是有關國會議員「職務賄賂罪」之部分，司法實務就「職務上之行為」上開二判斷標準於個案中之適用，見解有顯著差異。最高法院 103 年度台上字第 1327 號判決認為，「應以立法委員因遊說所從事之特定行為是否屬其職權之行使而判斷」，該段文字以是否屬其「職權之行使」判斷是否「職務上之行為」，並不認為立法委員之職權範圍應將「遊說」涵蓋在內。然而最高法院 107 年度台上字第 2052 號判決則是明確表示，「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」均屬之，關於「職務上之行為」認定，及於必要輔助性權力，經由請託之方式，足以形成一定之影響，使特定公務員為職務行為之情形。上開歧異見解已影響本案被告是否成立不違背職務收

---

<sup>17</sup> 最高法院刑事判決 107 年度台上字第 2052 號判決。

賄罪。就其發展趨勢而言，似漸有全面性地取代以法令綜合解釋作為實質認定職務權限之基礎的作法，而產生刑事處罰範圍繼續擴大之情形。

### 三、學說之批評

觀察上述實務判決中所揭示之要件，最高法院似不斷地擴張實質影響力所及之範疇，從而亦不難窺知，文獻上爭執或學說上對此質疑之重點何在。簡言之，國內學說關於「職務」收受賄賂罪之觀察與批評，特別是對於司法具體實踐之部分，主要集中在有關罪刑法定原則及其主要派生原則之一討論上。在進行此一部分之說明前，本文依序先將學說上之主要意見分述如後：

贊同法定職權說之學者認為，「職務」收受賄賂行為成罪與否，應以刑法第十條第二項關於公務員認定之規定為基礎，並依據歷史解釋及尊重權力分立原則，為限縮瀆職罪之適用可能性，應採取所謂的「法定職務權限」；<sup>18</sup> 亦有學說主張，在個案判斷上，或可套用訴訟法上管轄權之概念，據之先認定是否屬於公務員之職務，一旦管轄範圍得以確認，並不受機關內部事務分配等外觀形式之變更而影響管轄範圍之本質事項。以構成要件要素之概念或文字而言，皆有其外延和內涵，外延是具體的，內涵是抽象的，而概念的外延及其邊界雖有其模糊性，惟仍具有概念內涵的構成性質。

詳言之，以職務此一概念制定目的及其於個案適用時應考慮之罪刑法定原則而言，「職務上行為」與「法定」的職務權限或可理解成

---

<sup>18</sup> 柯耀程，「職務」概念的解釋與限制，法學叢刊，第 56 卷第 2 期，2011.04，10 頁以下。

上述之關係，本質上即應對於「職務上行為」理解成「法定」的職務權限，否則，不僅將擴張刑法公務員瀆職犯罪之適用犯罪，同時在公務員職務直接關係之行政法事項上，恐亦將產生問題，蓋此時特定公務員有無權限採取具體之行政措施，包括進行行政處分在內，及其責任歸屬，均將產生質疑。蓋如採實質影響力見解，所謂與其職務權限有密切關聯之行為，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，就「非」主管或監督的事務，對其他公務員進行關說、勸誘或監督的事務，甚至對私人進行行政指導或斡旋等影響行為，也解釋為屬於法定職務權限的範圍，即明顯是將職務「外」之行為轉化為職務「上」之行為，如此已然逸脫職務行為的概念外延。<sup>19</sup>再者，若以目的解釋角度以觀，於公務員行為是否應涵攝至「職務」概念內之解釋上，前者固非特定公務員之主管事項或係其執行關係之法定職務，然將所有於習慣上公認具有因果相關，或是具有一定影響力之情況，率皆吸納入後者之範圍，並據之作為成罪之基礎，如此顯有違目的解釋方法之要求，而與罪刑法定原則相悖逆。<sup>20</sup>

而關於職務範圍，除公務員之具體職務權限、一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬職務行為之範疇。至所謂與其職務權限有密切關聯之行為，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

---

<sup>19</sup> 同前揭註 13。

<sup>20</sup> 蕭宏宜，賄賂罪的「職務上行為」概念—兼評最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決，東吳法律學報，第 24 卷第 1 期，109 頁以下。

### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

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。」亦即，有下列 2 種情形之一應認屬於「職務影響力所及」，判斷該當「職務上之行為」：（1）習慣上所公認為其擁有之職權或事實上所掌管之職務，（2）因自己之法定職務關係或必要輔助性權力，足以形成一定之影響（107 年度台上字第 1563 號判決參照）。

#### 四、小結

隨著公務員職務收受賄賂犯罪行為人位階不斷地升高，或為國會議民代表與民選首長，包括總統及縣市長，此等公務員其掌職權往往趨於概括且廣泛。因此實質影響力固有其學理上缺陷，司法實務似未有限縮適用之情形，而學說上亦不乏支持者。其中一項有力之論據，即是日本刑法之規定。

中華民國刑法號稱繼受歐陸日耳曼法系，然而實際上於繼受之始係間接透過日本學者之傳譯，換言之，自草擬立法之初即受日本法之影響頗深，當然此僅是背景因素，更重要原因則是，日本刑法上所稱「關於職務」與我國刑法及貪污治罪條例關於公務員職務賄賂罪構成要件中所稱之稱為「對於職務之行為」，有學者認為並無不同。簡言之，支持或傾向實質影響力概念之學者，主要係以日本刑法學上承認「職務密切關聯行為」概念作為支撐，我國法上所使用之法條文字「對於職務之行為」，與日本刑法所稱「關於職務」並無差異，皆指「與職務有關連」而言，而該職務行為包含對於「職務行為本身」以及對



於「與職務有密切關連之行為（準職務行為）」。<sup>21</sup>然而日本學說上，關於關於職務關聯性之判斷判斷，尚無定論，亦是不爭事實。<sup>22</sup>就我國實務及學說較多採取之影響力說，原則是以該當事務是否對公務員原本的核心職務有影響作為判斷標準。賄賂罪所規定的公務員「職務上行為」係指公務員本其職位而實際上所從事的各種相關事務之行為，至於是否有「法定」，並非關鍵所在（或可稱為「事實上的職位關聯性事務之行為」。亦即，公務員職務上行為，可能是源自於法令有所明文，也可能僅是居於協助或提供意見之地位，均在所不論。不論是「法定職務權限行為」、「職務密切關聯性行為」、「職務實質影響力所及之行為」，或是所謂「事實上的職位關聯性事務之行為」，均在其可能的文義範圍之內。因此，不採取「法定職務權限說」，並沒有違反罪刑法定主義之問題。<sup>23</sup>

外國法理是否得作為個案審判之依據，對此本文持較為保留之看法，單純學理上之探討固無不可，且或可做為日後法律修正之參酌，然而在罪刑法定原則之下，刑事法之審理並不得如同民事法之審理，得將外國法規定視為法理，於個案中以資運用。再者我國與日本刑法有關公務員瀆職行為之整體法律構造已不完全相同<sup>24</sup>，採取法定職權

<sup>21</sup> 李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊第 56 卷第 3 期，2011.07，頁 56 以下。

<sup>22</sup> 關於職務關連性之判斷基準，日本學說有主張「公務說」、「影響力說」及「地位利用說」參照曾淑瑜，賄賂與職務之關連性，月旦法學雜誌，第 151 期，頁 234；李錫棟，前揭註，頁 31。

<sup>23</sup> 林朝雲，論「法定」職務權限與賄賂罪中「職務行為」的關聯性，中央警察大學法學論集第 29 期，2015.10，頁 171；吳耀宗，〈立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？—評臺北地方法院 101 年度金訴字第 47 號刑事判決（林○世貪污案）〉，月旦裁判時報第 25 期，2014.02，頁 109。

<sup>24</sup> 黃士軒，公務員賄賂罪中的職務行為—以我國最近之學說與最高法院實務為中心，國立中正大學法學集刊，頁 73-74。



說之（實務）見解是否即屬保守的解釋，非毫無疑問。

## 伍、類推解釋及其形態

### 一、擴張解釋與法官造法

如前所述，學說上對於「職務」收受賄賂罪實務見解質疑之重點，相當程度是集中在罪刑法定原則及其主要派生原則之討論上。無法律即無犯罪，無法律即無刑罰。罪刑法定係現代法治國家刑法規範最核心之價值元素。由罪刑法定原則衍生出多項派生原則，其中一項即是類推適用禁止（*Analogieverbot*）。<sup>25</sup> 所謂類推適用，係指就法律所未規定之行為，比附援引其他「相類似於此等行為之法律規定」，並進而適用該法律之效果。由於刑法係涉及確認犯罪構成要件及其法律效果，即刑罰之法律，其結果對於犯罪行為人，即被告之基本權利干預既深且鉅，是以刑法嚴格禁止類推適用。不過罪刑法定原則之目的在於禁止使得行為人或被告獲得法定內容更為不利結果，因此有利於行為人之類推並未禁止。

依最高法院 101 年台上字第 5879 號判決：「典型之解釋方法，是先依文義解釋，而後再繼以論理解釋；惟論理解釋及社會學解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義，故如法文之文義明確，無複數解釋之可能性時，僅能為文義解釋，自不待言。而文義解釋，係依照法文用語之文義及通常使用方式而為解釋，據以確定法律之意義。」所謂「始於文義」係涉及適用方法的順序，在多數方

---

<sup>25</sup> 其他派生原則尚有構成要件和罪責明確性、溯及既往禁止、習慣法禁止及絕對不定刑期禁止。

法當中，必須文義作為解釋之起點。先確定某一法律條文或用詞整個可能意義範圍，在解釋時，先將所有可能意義範圍列入，才不會有遺漏。(二)「終於文義」則指瞭解可能的整體文義後，採用文義範圍大小(廣義與狹義)的問題。解釋的結論，即使採取擴張解釋(廣義)，也不能超出「可能的字義範圍」之外，否則就進入填補漏洞、創設新規則的情形，不再是屬於解釋範圍內的工作。<sup>26</sup>

以公務員為行為主體的貪污行為，不論是違背依法行政義務抑或以濫用職權作為犯罪手段，透過「法律規定的具體職務權限」作為基準，或許難以避免法益保護的疏漏，改以「職務關聯性與實質影響力」為斷，卻更加無法揮別目的性擴張解釋與悖離構成要件明確性原則的質疑。在構成要件認定之判斷上，有條件地允許刑事法院在個案的定罪上，適用嚴格限制之合目的性擴張解釋，刑事法院於進行擴張解釋須以符合立法意旨為原則，不得逾越解釋許可權之範圍，簡言之，並不允許刑事法院越權解釋或違背規範本意而為恣意解釋。至於類推適用於刑事審判上固然原則不被允許，然而罪刑法定之本意在於使行為人免受較法律明文規定者更重之不利益結果，換言之，有利於被告之類推於此並無不許之理，惟必須注意者，類推適用仍須以法律明確規定為前提。一言以蔽之，在罪刑法定原則下，相對民事法院，刑事法院之自由裁量權係有其限度的，且必須約制在特定的合理範圍內。唯有如此，方有可能真正落實罪刑法定原則之具體內涵。

法律固然需要詮釋，但法律解釋仍應符合解釋方法之要求。刑法的解釋受限於權力分立原則與民主原則下的罪刑法定要求，自應注意避免將對於法律的解釋(Auslegung)與法的發現(Rechtsfindung)

---

<sup>26</sup> 劉幸義，適用法律與填補漏洞之區別—以大法官再任、回任爭議為例，月旦法學雜誌，第 266 期，頁 93-106。

## 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

相混淆。常見於刑法的多數說進一步指出，解釋的過程必須侷限在法律條文的文義範疇；符合語法規則的意義確定，不只是解釋的起點，也是從事解釋時的絕對界線<sup>27</sup> 換言之，解釋法律不能超越可能的字義範圍之外，並不是說，法官行使審判職權時，絕對不能逾越字義範圍；只有在特定要件下法官才能以超越可能字義範圍的方式審判，但此際已經不再屬於解釋法律，而是進入法官造法的領域。<sup>28</sup>

司法審判中，法官對於具體個案中應適用之法律必須加以詮釋。妥當適切之解釋法律，不僅能定紛止爭，引導社會正向發展。就刑事司法而言，則是藉由適切地判斷罪刑，並施予法律效果，以實現刑罰目的。相反地，解釋法律不當，不僅恐造成犯罪行為人基本權利之侵害，亦無從恢復法的和平性。當然此時亦與罪刑法定原則內含有違。

我國自 20 世紀初繼受歐陸法系以來，於刑事司法上，個案中擴張解釋是否存在及其解釋是否得當，並非全然無疑。就司法實務，包括最高法院刑庭決議、判決、乃至於高等法院法律問題座談會，或多或少在討論均有觸及此一面向。然而，必須先行敘明者，是否均屬不當擴張解釋，不可概採否定觀點。而所謂不當擴張解釋之類型，可以大略分為怠於擴張解釋、過度擴張解釋及類推解釋等三種類型：

## 二、怠於擴張解釋

就某種程度而言，即是審判機關之「怠於執行職務」，即法官遭

---

<sup>27</sup> Silva Sánchez, Zur sogenannten teleologischen Auslegung. in: FS-Jakobs, 2007, S. 645；蕭宏宜，類推適用與空白刑法／中高院 102 上易 67 判決，台灣法學雜誌第 236 期，2013/11/15，頁 197。

<sup>28</sup> 劉幸義，前揭註 26。

遇新型態或疑難案件，原得按刑法現有之規範內容，以合目的性擴張之途徑進行解釋，從而尋得於具體個案中得以適用之法律依據，然而或因於墨守成規，或由於拘泥於法文之形式意涵，或由於保守，怠於社會意見觀念等種種因素考量，而未能，甚或是不敢進行擴張解釋。我國司法實務亦不乏類似之情況，最典型之適例當以 2020 年間遭大法官釋字第 791 號解釋宣告違憲，應立即失效之舊刑法第 239 條通姦罪與刑法第十條第五項性交行為定義之問題。

臺灣高等法院暨所屬法院 91 年法律座談會刑事類提案第 7 號之結論意見謂「刑法第二百三十九 條「通姦」，係指由於男女雙方合意，而為姦淫；和姦係指與有配偶之人互相合意，而為姦淫行為；姦淫係指男女交媾行為，而修正刑法第十條第五項之前，口交係屬姦淫以外足以興奮或滿足性慾之色情行為。民國八十八年三月三十日立法院修正通過刑法第十條第五項有關性交之定義，亦同時修正刑法第二百四十條、第二百四十一條、第二百四十三條、第二百九十八條、第三百條...，均 將上開條文內有關「為猥褻之行為或『姦淫』」修正為「為猥褻之行為或『性交』」。而修正後刑法之「性交」範圍較「姦淫」為廣，而刑法第二百三十九條與修正之刑法第二百四十條、第二百四十一條同屬刑法第十七章之妨害婚姻及家庭罪，惟該章刑法第二百四十條、第二百四十一條之「姦淫」均與刑法第十條第五項之性交同時修正，而同章第二百三十九條之「通姦」或「相姦」則未與刑法第十條第五項之「性交」同時修正，顯係就刑法第二百三十九條之通姦或相姦，仍維持原來該條係指男女姦淫行為而不擴及修正後之「性交」，是本件甲男、乙女之口交行為尚不構成刑法第二百三十九條前段、後段之罪。」簡言之，高等法院此項決議係「本於刑法之謙抑性」，刑罰實不應過度介入男女間之感情私領域，故應採嚴格解釋之立場，

### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

將刑法之通姦或相姦，限於男女雙方合意下之姦淫行為（或稱交媾行為），亦即其行為態樣應僅限於男女性器之接合而已，而非涵蓋刑法第 10 條第 5 項所列「性交」之其他行為態樣。據此，對於男女性器之接合外之「通姦行為」實務趨向於恪守文義解釋之限制。

基於罪法定主義，臺灣高等法院暨所屬法院 91 年法律座談會乙說之見解固非無據。<sup>29</sup> 惟通姦一詞屬不確定法律概念，其內涵為何，應與時俱進，隨著當代人民的價值觀而定。且依本罪所保護之法益出發，既然本罪乃保護「婚姻、家庭制度之圓滿」（參照大法官釋字第 554 號解釋），而口交行為雖非刑法第十條第五項關於性交之定義，但仍會導致婚姻、家庭制度破裂，侵害本罪所保護之法益。法律規範身為一個價值體系，其最基本要求即為貫徹其外在及內在體系上之無矛盾性，否則將導致平等原則之違反，而不得違反平等原則、禁止原則，對於立法者與司法者同有拘束力。

針對同一問題，即舊刑法第 239 條通姦行為與刑法第 10 條第 5 項性行為之認定，臺灣高等法院花蓮分院刑事判決 102 年度上易字第 26 號自文義、歷史、法律體系、法律目的性及合憲性等不同面向，認為舊刑法第 239 條通姦行為應擴張解釋，而將肛交行為涵攝於其中之見解，亦非無可採之處。似堪為通姦罪除罪化前，類推解釋之適例。類推解釋，係指就法律構成要件所未規定之內容或事項，比附援引其他「相類似於此等內容或事項之法律規定」，並進而適用該法律之效

---

<sup>29</sup> 有意忽略亦或僅是單純疏漏，本文係抱持較為嚴格之觀點，認為係修法提案機關及修法機關疏漏所致。立修法實務上並非無前例可循。例如法官之前稱為推事，為免遭刻意曲解，2003 年刑事訴訟法修正，改採所謂之改良式當事人進行主義，即將大多數關於推事之法律用語修正為法官，然而仍有部分疏漏未及修正之部分，例如第 17 條以下關於法官迴避之規定，仍是使用推事一詞，遲至 2019-2020 年間之刑事訴訟法修正時，始完全修正為法官。難道此亦是立法者有意忽略。

果。就刑事司法而言，負責個案審理之法官，此時恐即有超過必要限度進行解釋，法條構成要件要素中並未包含在內之事項或內容適用最類似之規定予以解釋、涵攝。以構成要件要素之概念或文字而言，皆有其外延和內涵，外延是具體的，內涵是抽象的，而概念的外延及其邊界雖有其模糊性，惟仍具有概念內涵的構成性質。

### 三、過度擴張解釋

至於過度擴張解釋之情況。最高法院刑事大法庭針對加重詐欺與組織犯罪強制工作競合之爭議，做成 108 年度台上大字第 2306 號裁定，採取限制肯定說，認為：「行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，依刑法第 55 條前段規定從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作。」或可為過度擴張之適例。其中郭毓洲法官於其不同意見書表示，「...想像競合犯在本質上係成立實質數罪，於處斷時應採「數罪組合原則」，將輕罪所規定之相關附屬效果一併適用，始能符合「平等」、「罪刑相當」及「充分評價」等原則，並認為現行刑法第 55 條關於處斷範圍之規定有所缺漏或不明，然基於立法與司法分際之原則，亦僅能促請立法機關修法加以解決，而非得由司法越俎代庖，逕以法理解釋之方法，逾越法條文義，自行將想像競合之處斷，改採「數罪併罰（組合）原則」，而作對行為人更不利之擴張解釋，遑論剝奪人身自由之保安處分，故本則法律爭議若採肯定說，難謂無侵犯立法權之疑慮，...」。



#### 四、（合乎）目的性擴張解釋

刑法第 321 條第 1 項第 6 款規定：「犯前條第一項、第二項之罪而有下列情形之一者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金：六、在車站、港埠、航空站或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機內而犯之。」司法實務關於「車站」此項加重處罰構成要件要素之解釋，於最高法院 62 年度台上字第 3539 號刑事判例採取（目的性）限縮解釋之觀點，認為「刑法第三百二十一條第一項第六款之加重竊盜罪，係因犯罪場所而設之加重處罰規定，車站或埠頭為供旅客上下或聚集之地，當以車船停靠旅客上落停留及必經之地為限，而非泛指整個車站或埠頭地區而言。」此一見解固然值得贊同。然而此時即面臨一項困難，所謂「供旅客上下或聚集之地，當以車船停靠旅客上落停留及必經之地為限」之車站是否以建築物為限，鄉間公路之車站，並非皆符合建築法第四條「建築物，為定著於土地上或地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁，供個人或公眾使用之構造物或雜項工作物。」，仍有為數不少之供臨時招呼站或可隨時遷移之「站牌」。臺灣高等法院暨所屬法院 66 年 1 月日法律座談會刑事類第 23 號審查意見指出，「查車站旅客，或在候車，或正準備上車，疏於防盜，行竊容易，故對此類竊盜，加重處罰，又條文所定之「車站」，並無永久或臨時之分...」。當時仍未審檢分立之台灣高等法院主管機關，即司法行政部，亦曾於司法行政部刑事司六十七年五月十五日台 67 刑（二）函字第五八一號函中表示，「臨時增設之汽車招呼站，既係供旅客上下車之處所，自亦為刑法第三百二十一條第一項第六款所稱之車



站。」<sup>30</sup>

## 伍、小結

解釋之目的係在於釐清法律條文的意義，以正確適用法律條文。解釋之結果必須固守條文可能字義之最大範圍內，且不得產生新的規則，否則即進入填補漏洞、創設新規則的情形，不再是屬於解釋範圍內的工作，而是在法條之外創造新的規則之類推，其適用結果，已超出法律條文字義範圍之外，為免造成不利行為人之結果，故為罪刑法定所禁止。<sup>31</sup>

承上所述，關於擴張解釋，我國司法於具體實踐中充分呈現出不同之面貌。相類似的情況，相當程度上也反映亦在關於職務行為範圍判定之問題上。實質影響力說橫空出世以來，從「祇要該行為與其職務具有關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當」，經歷「祇須該行為與其職務具有關連性，且依該公務員之身分地位所產生對該職務實質上之影響力所及者，即屬相當，不以親力親為為必要」至「所謂與其職務權限有密切關聯之行為，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」。截至目前，似乎仍處於變形擴張階段，上述最高法院持續擴張解釋之情形是否不再發生，並非無疑。再者，實質影響力說並未如同部分贊同此說者所稱，係針對

---

<sup>30</sup> 參照彰化地院六十六年第三季司法座談會 司法行政部刑事司台(六六)刑(二)函字第一四八六號函復台高院研究結果，司法行政部公報第三八期第二〇頁。

<sup>31</sup> 劉幸義，前揭註 26。

### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

所掌職權概括且廣泛之高階公務員，特別是國會民意代表與民選首長，包括總統及縣市長，而有逐漸全面擴散之趨勢。<sup>32</sup> 而我國除刑法設有職務賄賂罪之處罰規定外，尚有適用可能性更大之特別處罰規定，即貪污治罪條例。除實質影響力說本身所涉及之文義解釋外，在體系解釋上，如何與貪污治罪條例第 6 條第 1 項 第 5 款之「對於非主管監督事務利用職權機會或身分圖利罪，甚至是同法第 11 條第 2 項之「不違背職務行賄罪」明確加以區別，實務恐無迴避、迴旋之餘地。

實務有關公務員賄賂罪的職務行為的範圍，並非僅以公務員具體承擔的事項為限，亦不以法有明文規定之事項為限。而是透過實質影響性判斷職務行為的範圍，換言之，實務見解並未堅守其以往以狹義的具體、法定職權認定，且有轉向，而改以「實質」判斷法定職務權限的範圍之傾向，然而，於見解丕變之同時，實務並未能具體、明確地說明、解釋，持續（過度）擴張對於職務賄賂罪中之職務行為權限範圍之理由為何，而其所持之法理依據何在，外國法規定是否（得以）足以作為依據，恐係問題之根源。

## 陸、代結論：可能之修法

我國刑法長期以來固然深受德國刑法之影響，然而自德國帝國刑法典 1872 年公生效實行以來，有關公務員(Amtsträger)之定義，即與我國實務及學說之觀點顯有不同。相對於我國將民意代表納入刑法公務員概念中，德國刑法第 331 條以下之公務員受賄罪之處罰對象，並不及於行使立法權之民意代表，不論是聯邦或是各邦之民意代表。德

---

<sup>32</sup> 黃士軒，前揭註 24，頁 104。

國刑法典第 11 條第 1 項第 2 款所稱公務員，係指以下三類人員，行政官員（Beamte）或法官，具有其他任何公法上之職務關係（öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis）者或是受官署委託執行公共行政任務者。

相對我國刑法第 10 條之規定，不論是 2005 年修正前或後之公務員定義，德國行法明顯地並未將民意代表納入所謂公務員之範圍內。自德國帝國刑法制定以來，乃至於後來之威瑪共和時代，聯邦共和國時代之德國刑法典有超過一個世紀的時間，並未針對民意代表收受賄賂設有特別規定予以刑事制裁，而是將之涵攝進入德國刑法典 331 條以下之一般投票賄賂罪予以刑事制裁。此種情況不但涉及彼邦特殊之法制發展背景，即是否將議員（Abgeordnete）認定為公務員之考慮，而我國並未有類似之情況，歸結原因仍在於職務收賄罪之主體為「公務員」，其概念取決於刑法總則之定義。

我國刑法總則自 2005 年修正後，即將民意代表明確列入刑法第 10 條第 2 項前段身分公務員之範圍，此與德國刑法將民意代表明確排除於公務員定義外之情形迥異，德國於 1994 年刑法典修正，專門設立 108e 條，針對議員職務收受賄賂罪加以制裁，換言之，德國自帝國刑法典以來，從未將民意代表納入公務員職務收受賄賂罪的責任主體之範圍。我國法制之立修法固然受德國法深遠影響，然民眾向來將民意代表視同為官的觀念，根深蒂固，而立法權又操之於民意代表之手，是否如同彼邦，另專門設立議員職務收受賄賂罪，單獨制裁民意代表。在長久理所當然式地將民意代表認為是公務員之觀點下，此種修法固然非絕對無法想像，然而恐仍須面對艱困之說服工作，本文認為，似宜慎重為之。

在其他歐盟國家有關民意代表，特別是國會議員（包括聯邦制國

### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

家之邦議會議員)是否適用公務員賄賂罪及其規定形式方面。同為德語系國家之奧地利，固然並未如同德國刑法典 108e 條設立關於國會議員等民意代表之單獨處罰規定，然而其並未將國會議員、邦議會議員以立法定義為公務員，而是將民意代表賄賂罪以特殊條文之方式，與公務員職務賄賂罪並列於該國刑法典中，詳言之，奧地利刑法典第 74 條第 1 項第 4a 款，如同德國帝國刑法典，並未將國會議員、邦議會議員以立法定義為公務員。2008 年該國刑法修正，同條項款雖亦有修正，在法條文字中引進了德國刑法典中「Amtsträger」之概念，然法文明確地將「合乎憲法之內國代議團體」排除於外。直到 2012 年，該國刑法修正，始於第 74 條第 1 項第 4a 款修正時，將合乎憲法之內國代議團體實施其任務排除適用之例外條款刪除，自此奧地利之國會議員、邦議會議員於執行職務過程中收受賄賂之處罰，即與公務員，主要係指行政官員及法官等並無不同。<sup>33</sup>不過仍須注意者，奧地利刑法典並未立法定義形式，將國會議員、邦議會議員等民意代表認係公務員。簡言之，與德國法之差異，主要在於即是，德國刑法典有單獨處罰議員賄賂罪之明文。

歐盟另一居於領導地位之國家，之立法例則是呈現另外一種規範民意代表賄賂行為之可能面貌。法國刑法是將民意代表明確地列入賄賂事實個別條文構成之適用，換言之，民意代表同時準用公務員賄賂罪之構成要件及法律效果，而非蓋括性地涵蓋於「公務員」此項行為主體之構成要件要素中。簡言之，法國刑法於第 432-11 ff 條以下之

---

<sup>33</sup> 關於奧地利刑法典此一部分之修正，詳細請參閱，T. Friedhoff: Die straflose Vorteilsannahme. Zu den Grenzen der Strafwidrigkeit des § 331 StGB – mit vergleichender Darstellung der entsprechenden Normen in Österreich und der Schweiz, C.F. Müller, 2012, S.115-157.；國內文獻，參見王芳凱，民意代表賄賂罪之研究——以德國刑法第 108e 條為中心，臺灣大學法律學研究所學位論文，2016，頁 116-133。

賄賂罪適用之刑為主體增定第 3 類人員，亦即除了執行公務者，受託執行公共任務的人外，尚且包括經由公開選舉當選之人員，即民意代表。此外，則是通過法律定義將賄賂要素適用於民意代表。<sup>34 35</sup>

承上所述，在對專門設立議員職務收受賄賂罪，單獨制裁民意代表之立法模式持保留態度之基礎上，我國學者<sup>36</sup>有主張放棄現行構成要件互斥之規定方式，而改以基礎構成要件及加重構成要件之立法結構，且為因應此種修法，而將公務員之職務活動在法條文字予以區隔，關於後者之部分仍沿用現行法「職務行為」之用語，而於前者之情形則將法文變更為「職務行使」換言之，即是將 2011 修法增定之貪污治罪條例第 11 條第 2 項「不違背職務行賄罪」重新定位為職務賄賂罪之基礎構成要件行為。再者，仍保留「對價關係」此一不成文之法條構成要件要素，同時因應且明顯反映基礎及加重構成要件關於職務活動規定之差異性，於認定上亦有不同之標準，在考量構成要件明確性之要求，於職務賄賂罪之基礎構成要件明文放寬行賄者與受賄者雙方對於「職務行使」之約定不再需要到達足以具體特定的程度。簡言之，此種修法之基本思維仍係建立在德國刑法之基礎上。<sup>37</sup>

<sup>34</sup> 關於歐盟國家規範民意代表賄賂行為之立法例，詳見 [http://www.coe.int/t/dg1/greco/evaluations/round3/ReportsRound3\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg1/greco/evaluations/round3/ReportsRound3_en.asp)，最後瀏覽日：2021/12/28。

<sup>35</sup> 美國聯邦法亦有類似之規定，例如 1962 年制定之「賄賂、貪污與利益衝突罪章」，其於 18 U.S. Code § 201 (C) (1) 中規定，「任何人，就公務人員、前公務人員、或『經選任而具備公職身份者』，...」（雙括弧為作者所加），所謂經選任而具備公職身份者，民意代表即屬之。從而可以得知，美國法固然處罰民意代表賄賂罪，但其關於公務員之定義及刑罰規定模式，與我國仍屬有間。

<sup>36</sup> 林鈺雄，公務員職務賄賂罪之立法芻議，法學叢刊第 64 卷 第 2 期，2019，頁 1-18。

<sup>37</sup> 王效文，賄賂罪構成要件之重構－評林鈺雄教授「貪污瀆職罪之立法展望－以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心」，檢察新論第 19 期，2016 年，頁 89-90。

### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

另外，或有建議如同日本刑法增定斡旋行賄罪。先不論日本刑法職務賄賂罪體系與我國刑法能否相通之問題。「西裝短褲木屐」或許頗為時尚，但是能否為日常所習用則不無疑問。學者亦有指明，於我國刑法增定斡旋行賄罪並無必要。原因則是在於，「在現行法解釋論就可被基本職務收賄罪涵蓋」。<sup>38</sup> 本文則認為，依最高法院持續變形、擴張中之實質影響力說之觀點，「所謂與其職務權限有密切關聯之行為，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」，「斡旋」在解釋上又如何能不構成干預、或請託之一種呈現形式，既然如此，又何須另定斡旋行賄罪？因此問題之根源，歸結恐仍在於最高法院之實務見解上。

再者就民意代表之產生及職務性質而言，相較於非透過選舉所產生之行政職官員，或是定紛止爭、職司審判之司法官員，不論在在職務本質、職務理念之設計結構不同，而有其一定之特殊性。在此不再贅述。在此須強調的是，基於刑法最後手段性，民意代表收受選民提供之金錢或其他利益若對於行政機關推動政務、落實政策目的之任務已經達到實質干擾之程度，始能考慮以收受賄賂罪予以懲罰；反之，在未達於實質干擾之程度時，並不得違反刑法所具有之補充性、謙抑性，而仍應將管制之重心，聚焦在民意代表收受選民提供之金錢或其他利益之過程及內容公開等方面，簡言之，此一部份之關鍵毋寧是在於政治獻金法等相關法律之整備及健全上，而非一律都上綱至刑法職

---

<sup>38</sup> 林鈺雄，貪污瀆職罪之立法展望－以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心，檢察新論第 19 期，頁 69。



務賄賂罪之射程範圍。斡旋行賄罪如此前置刑法保護法益之立法是否妥適，雖不敢言，將治絲益棼。惟一旦成真，恐將成為我國刑法體系「象徵立法」(symbolische Gesetzgebung)<sup>39</sup>之又一明證。

至於在未修法釐清爭議前，司法實務仍應面對者，即是個案適用上應如何解釋之問題。台北地方法院 101 年金訴字第 47 號判決<sup>40</sup>即有不同於最高法院實質影響力說之看法，認為「應就該收賄公務員為滿足所約定賄賂對價事項之一連串行為及過程（亦即參與、影響、干預等行為及其過程），為綜合性、整體性之觀察與評價，該收賄公務員有無行使何等職務權限行為、所為與其法定職務權限之關聯性、有否藉其職務權限實質影響其他政府機關或公務員為或不為特定之公務行為、最終是否因此滿足賄賂對價事項、其間有否涉及政府公務行為及其程度等情節，而為判斷。職務上行為自不應僅以純然符合法律保留之「法定職務權限」為限，即便係依照行政上已建立之慣例或慣習，社會通念足以被認為附隨於其法定職務權限而具有密接關聯性之準備行為或其他事實行為，均應認係職務權限範圍之行為。蓋如此解釋，非但符合一般國民常識與國民感情，該公務員也甚為清楚自己收受之財物或利益，與其利用與法定職務權限具有密接關聯性之行為間，具有對價關係，亦無難以預期的問題」。

此判決固然看似採取最高法院在實質影響力說前所採之法定職權說，然而其亦認為，若與法定職務具有密切相關者，仍屬於職務行為的範疇。此一見解，嗣後於上訴審並未獲得採納。純以法律見解討

---

<sup>39</sup> Vgl. Niklas, Funcke-Auffermann, Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention Eine Untersuchung am Beispiel des 'Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften' vom 27. Dezember 2003, 2007 S.22-64.

<sup>40</sup> 即前行政院祕書長林益世案台北地方法院第一審判決。



### 從擴張解釋看職務收賄罪之實務見解

論出發，此一見解亦難跳脫實質影響力之所陷之泥淖，在此即產生一項不得不面對之質疑，所謂密切相關應如何界定？此時，或許亦須藉由擴張解釋之方式解決，與實質影響力之在本質上恐無二置。<sup>41</sup>

本文認為，或得參酌已成為我國法內容之聯合國反貪腐公約(United Nations Convention against Corruption)<sup>42</sup>，或歐洲理事會貪腐刑法公約(Council of Europe's Criminal Law Convention on Corruption and Civil Law Convention on Corruption)內容。兩者皆有一項類似之規定，即是此兩項國際或區域性之協定固然對於民意代表賄賂罪均有處罰之規定，然而在規範之形式或個案適用上亦應將民意代表與一般公務員在性質上所具有之差異納入考慮，換言之，民意代表於職權行使之過程中，本即得適當地、適時地運用其影響力，已使得政策之推動、執行符合其所期待之利益方向前進，質言之，對於民代賄賂處罰之行為應限於，居中奔走、協調之民意代表「濫用」其影響力，並因此而獲有利益之情形為限。

詳言之，在現行法律構成要件之解釋部分，或可考慮引納分立規範模式的精神，具體限定民意代表職務行為的概念範疇，<sup>43</sup>而且是否應擴張至具有官方名義之會議活動，例如常見的行政、立法協調會之議事活動，容或有討論之空間，仍應視個案之情形具體認定，關於此一部分，大法庭制度仍有其於制定時被期待之功能亟待進一步發揮。蓋此時涉及裁判基礎之法律見解具有原則重要性或為免歧異判

---

<sup>41</sup> 段正明，罪刑法定主義與「實質影響力說」的反思，新社會政策雙月刊第 28 期，2013，頁 29。

<sup>42</sup> 我國已於 2005 通過聯合國反貪腐公約施行法，換言之，聯合國反貪腐公約之內容已成為我國之內國法。

<sup>43</sup> 許恆達，賄賂罪職務行為之再探討--以民意代表受賄事例為中心，檢察新論第 17 期，2015 年，頁 68-97。

決，並為符合現行法律正當程序之要求，仍應由個案裁判之最高法院提案刑事大法庭裁判，且應給予法律辯論之見解，不應逕自自為判決。至於非體制性之關說、牽線或遊說行政機關，均應非職務行為，而應予以排除。

