

刊登於中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 34-52 頁。

政府採購犯罪的實務脈動－聚焦瀆職行為

蕭宏宜*

壹、前言

觀察最高法院判決，可以發現政府採購犯罪所涉及的爭點，除了政府採購法（以下均簡稱「採購法」）所規範的圍標罪（採購法第 87 條，含蓋強制圍標、詐術及合意圍標與借牌參與行為）、綁標罪（採購法第 88 條）、洩漏採購資訊罪（第 89 條）、妨害採購人員決定罪（採購法第 90 條）與強制洩漏採購資訊罪（採購法第 91 條）外，多集中在授權公務員的認定、違反職務的瀆職行為及不法利益的計算等爭議。由於作者已於東吳大學法學院 2014 年「第一屆工程法研討會」中，針對公務員概念，特別是「執行公共任務的私人」與「借牌陪標」行為，做過實務見解的巡譯與檢討¹，本文擬進一步針對採購行為涉及瀆職的情形，選擇近兩年判決予以介紹、評析，期能深化政府採購犯罪的研究成果。

圍繞著「瀆職」行為的採購法問題，就刑法解釋學而言，除了在成罪條件上涉及「公務員」的行為主體資格要求與「對向犯」概念外，尚涉及貪墨行為複雜的內部關連結構與貪污治罪條例所造成的種種規範適用問題。礙於篇幅，下文僅針對貪污治罪條例規範之「建築或經辦公用工程舞弊罪」（第 4 條第 1 項第 3 款）與「主管職務圖利罪」（第 6 條第 1 項第 4 款）所面對的必要參與犯疑義及職務行為的概念範疇，扼要梳理個人的初步看法與既有的研究成果；至於系爭條例立法上的存廢、貪污犯罪在比較法上的發展與制度創新，如宜否設計財產來源不明罪、制訂利用影響力受賄罪²等規制策略³，甚至對參與者的沒收與追徵，為免失焦，均不再耙梳。

貳、政府採購與公務員瀆職

為便於後續評論，以下先就相關的重要實務立場，透過摘錄判決要旨的方式，略做介紹與整理：

* 作者為東吳大學法律系專任副教授。

1 部分內容可見拙著，借牌陪標行為的刑事責任問題，法學叢刊，第 59 卷第 3 期，2014 年 7 月，頁 47-66。新近論述可參閱伍開遠，政府採購法上圍標犯罪行為之研究，中律會訊，第 16 卷第 6 期，2014 年 5 月，頁 26-41；同作者，政府採購法上綁標犯罪行為之研究，中律會訊，第 17 卷第 2 期，2014 年 9 月，頁 57-72。王乃彥，工程圍標之刑事規制，東吳大學法學院「工程法律座談會（第六回）」，2015 年 1 月 21 日。

2 其實貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款的「非主管職務圖利罪」，透過實務對「違背『法令』」與「利用職權機會」的寬鬆解釋，已可部分涵蓋「利用影響力受賄」的事實。換言之，「對於非主管或監督之事務」若還能利用「職務上之機會」或身分圖不法利益，現實上極有可能是運用其實質影響力，逼迫或教唆（關說/斡旋/協調/指導？）「主管或監督該事務的公務員」，透過渠等職務上的行為創造出（不法）利益。也因此，立法論上除了考慮增訂利用影響力受賄罪，或於賄賂罪增訂斡旋或行政指導等行為態樣外，另一種可能的出路，是修改貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款的「非主管職務圖利罪」。

3 可見靳宗立，我國懲治貪污之法制演進與檢討，檢察新論，第 12 期，2012.7，頁 56 以下。

一、經辦工程舞弊罪

1. 收取回扣與賄賂之關係

行為人就工程所收取之款項，究係犯罪計畫中之「犯罪所得」分配結果，抑或屬「回扣」或【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 34 頁】「賄賂」性質，往往存在解釋空間⁴。據此，實務見解指出：「貪污治罪條例第四條第一項第三款之經辦公用工程收取回扣罪，重在保障公用工程之品質，特別明文嚴禁公務員就經辦之公用工程收取回扣，以免廠商偷工減料降低工程品質，確實維護大眾之公共安全，對於公務員就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之，因客觀上對承作廠商有相當不利之影響，雖經交付回扣之人同意，其情節亦較一般收受賄賂為重，乃列為公務員特別重大之貪污行為，不論公務員有無違背職務之行為，均應課以該罪刑，係同條例第四條第一項第五款違背職務收受賄賂罪、第五條第一項第三款不違背職務收受賄賂罪之特別規定，自應優先適用。從而，對於因違背職務或不違背職務而收取回扣之公務員行賄者，仍應依同條例相關規定論處。而所謂『回扣』，係指經辦公用工程之公務員圖為自己不法之所有，與對方約定，就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之而言。又對於回扣金額，如交付之一方於工程款中，按約定成數或比例為基準，自行增減量定，以提取回扣款，只要收受之一方允受，其犯罪行為即屬完成，並非須與約定成數或比例完全一致為必要。至於係在公用工程由對方得標前或後所為期約，或由應給付之建築材料費或工程價款直接提取、扣取，或由對方先另行籌措同額款項支應，因對於公用工程之品質具有等同之危害性，又均係以一定比率或部分應給付之建築材料費或工程價款，作為違背或不違背職務行為之對價關係，並無不同，自非所問⁵。」

實務見解對於本罪的構成要件尚有如下闡釋：所謂「浮報價額、數量」，係指「於實際建築、經辦公用工程或購辦公用器物時，故為提高價額，或虛列支出之項目、數量，使總價額提高，藉機從中圖利；『回扣』係指就應付給之建築材料費或工程、採購價款，向對方要約，提取一定比率，或扣取其中一部分，為自己或其他第三人圖得不法利益；而所指『其他舞弊情事』則為對於同條項款浮報價額、數量、收取回扣之補充規定，係指其違法行為並非浮報價額、數量或收受回扣，但與之有同質性之犯罪行為，始屬相當⁶。」

換言之，「僅須公務員經辦工程或購辦公用器材等事項時，因違法致公庫支付不應支出之費用，或無法達到應有之品質，而生與列舉之『浮報價額、數量、收取回扣』具有同等之危害性，即足當之。是其『舞弊』，祇要行為【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 35 頁】人主觀上具備玩弄、操作違法或不當手段，因職務之便獲知情報，遂官民勾結，於訊息正式公開揭露前，由其他共犯居中為正常交易之假象，再以迂迴曲折之手段，役使不知情之下屬完備建築、經辦或購辦之相關行政程序，使行為外觀形式上合於法定程序，實則從中自肥，而依通常智識能力判斷其方法、目的，欠缺社會相當性，且

4 案例如最高法院 103 年度台上字第 499 號判決，茲不贅。

5 最高法院 104 年度台上字第 1144 號判決。同旨並見同院 104 年度台上字第 316、520 號，103 年度台上字第 4083、4398 號等判決。

6 最高法院 103 年度台上字第 582 號判決。

係藉勢排除其他優惠條件或壓制有利交易空間，使機關作成反於常情而損害公庫之交易決定，致公帑虛耗，以獲取個人之不法財產上利益之任何情形，即屬之。是以公務員若施以上開方法而為該建築、經辦或購辦行為，即與本罪之犯罪構成要件該當⁷。」

較完整的說明，如：貪污治罪條例第四條第一項第三款之犯罪態樣，為「建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，『浮報價額、數量』、『收取回扣』或有『其他舞弊情事者』」，係屬公務員之重大貪污行為，為同條例第六條第一項第四款公務員圖利罪之特別規定。所稱「浮報價額、數量」，係指於實際建築、經辦公用工程或購辦公用器物時，故為提高價額，或虛列支出之項目、數量，使總價額提高，藉機從中圖利；「回扣」係指就應付給之建築材料費或工程、採購價款，向對方要約，提取一定比率，或扣取其中一部分，為自己或其他第三人圖得不法利益；而所指「其他舞弊情事」則為對於同條項款浮報價額、數量、收取回扣之補充規定，係指其違法行為並非浮報價額、數量或收受回扣，但與之有同質性之犯罪行為，始屬相當。又圍標行為之所以具有可非難性與違法性，在於破壞政府採購程序之市場競爭。而九十一年二月六日修正前政府採購法第八十七條第四項（合意圍標）規定，意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭罪，其所謂「使廠商不為投標或不為價格之競爭」之「廠商」，係本罪行為之客體。如投標之廠商本無投標之意思，僅為陪標而容許他人借用其名義或證件參加投標者，因該廠商並非政府採購法第八十七條第四項規定之被害客體，自不能以該罪相繩。故在九十一年二月六日政府採購法第八十七條第五項（借牌圍標）修正公布生效前，若行為人僅單純借用他人名義或證件參與投標，出借名義或證件之廠商，本身既無參與投標或競價之意思，行為人自無使該廠商不為價格競爭決意之可言，自不屬政府採購法處罰之圍標行為。依原判決認定之事實，本案「委外規劃監造標」（下稱委外規劃標）部分，係由馮輝文提供嘉東資訊管理顧問有限公司（下稱嘉東公司）、基石公司及企龍廣告有限公司（下稱企龍公司）三家廠商資料予徐宗煌，於八十九年十二月四日開標日前，傅鑫福告以馮輝文填具標單金額新台幣（下同）四十八萬【中律會訊第18卷1期，2015年7月，第36頁】元，馮輝文再告以楊少謙基石公司標單金額須高於五十萬元，開標當日，即由嘉東公司、基石公司及企龍公司三家廠商形式上進行比價，而由內定之嘉東公司以四十八萬元順利取得委外規劃標。理由內並說明：「倘若企龍公司確實有意參加本案委外規劃標之投標，被告傅鑫福豈有仍介紹其他廠商參與投標之理？顯見企龍公司並無意獲取本案委外規劃標。．．本案委外規劃標之三家廠商既均由同一人即被告馮輝文所提供，企龍公司復無投標之真意，則本件應係數廠商一同圍標本案。．．」（見原判決第九一頁第七行以下）。倘若屬實，本件之委外規劃標案，係數廠商一同圍標之態樣，則企龍公司與基石公司及得標之嘉東公司間，究係本於「合意」之方式進行不正競爭，而屬「參與協議且有投標意願之廠商」而構成「合意圍標」之行為？抑或僅係「無投標意願而容許借牌陪標之廠商」而構成修正前「容許借牌陪標」行為？原審未予釐清，遽論上訴人等所為係屬貪污治罪條例第四條第一項第三款之圍標舞弊犯行，已有可議。再原判決認定上訴人等所為係犯貪污治罪條例第四條第一項第三

7 最高法院 103 年度台上字第 1439 號判決。

款之經辦公用工程舞弊罪，理由內以渠等有共同圍標之犯行，說明所犯舞弊之行為除「浮報價額」及「收取回扣」之犯罪態樣外，均包括「提高技術功能排除其他廠商參標」（見原判決第一一九頁第七行以下），似認上訴人等所為尚構成貪污治罪條例第四條第一項第三款所謂「有其他舞弊情事者」之要件。惟原判決所認定之「圍標，提高技術功能排除其他廠商參標」等情，並非合於上載「浮報價額」或「收取回扣」之要件，如何得認與「浮報價額、收取回扣」之例示情形具有同質性之危害性？抑或僅為渠等達成「浮報價額」、「收取回扣」之犯罪手段？原判決未予釐清，逕於主文欄同時論知尚有「其他舞弊情事者」之概括、補充規定，有理由不備之違誤⁸。

2. 對向犯的構成要件屬性

「按貪污治罪條例第四條第一項第三款規定之公務員建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事之罪，其不法之行為，係存在於公務員單方，因出於公務員之主動，致公帑虛耗，公務員卻從中自肥，情節實重，乃課以本條例中最重之刑度。雖不排除有與非公務員共犯之情形，惟設若官民（或官商）違法勾結，各取所需好處，其間公務員違背職務之對價，實屬賄賂性質，公務員應依同條例第四條第一項第五款之違背職務要求、期約或收受賄賂罪，而商民則依第十一條論處行賄罪（學理上以『對立犯』稱之）分別論處。此二種公務員獲致不法利得之犯罪類型，並不相同⁹。」【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 37 頁】

換言之，「貪污治罪條例第四條第一項第三款公務員經辦公用工程收取回扣罪，其收取回扣之公務員與交付回扣之行為人，係處於對向關係，因彼此間交付回扣與收取回扣之對立意思合致或行為完成，而對該公務員處以收取回扣之罪，交付回扣者與收取回扣之公務員，尚難論以共同正犯，即交付回扣者不成立交付回扣罪¹⁰。」

二、主管職務圖利罪

雖然實務見解認為貪污治罪條例第四條第一項第三款公務員經辦公用工程收取回扣罪「為同條例第六條第一項第四款及刑法第一百三十一條第一項公務員圖利罪之特別規定¹¹」，就圖利行為的判斷而言，仍有以下值得補充的重要發展：

「就上訴人圖利對象童素惠因而獲得之利益如何乙節，……理由欄貳之四（一）卻謂：有關認定上訴人圖得金額之計算，並不影響其犯罪事實之認定云云（見原判決第一一一至一二頁）。此部分理由說明所持之見解，亦有可議之處。……政府採購法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等，為政府採購法第二條所明定；又依同法第七條第四項之規定，採購兼有工程、財物、勞務二種以上性質，難以認定其歸屬者，按其性質所占預算金額比率最高者歸屬之。……原判決事實欄認定其中屬工程部分之金額，……均未達各採購案預算金額之一半。倘若上開資料無誤，則各採購案之招標公告「標的分類（原判決第二頁誤繕為『標類分類』）」、「廠商資格摘要」

8 最高法院 103 年度台上字第 582 號判決。

9 最高法院 104 年度台上字第 76 號判決。

10 最高法院 103 年度台上字第 3324 號判決。同旨：「其相對之廠商，既係將本求利之營利行為，若非與公務員出於共謀，違法勾結，而由公務員浮報價、量，圖利廠商或各取所需，除另有符合其他犯罪要件之行為外，自無論以該罪之餘地。（最高法院 103 年度台上字第 4457 號判決）」

11 最高法院 103 年度台上字第 1145 號判決。

內容，未依採購工程部分為記載（見工程合約影印冊第一六、二一、三一頁），究有何違背法令之處？原判決對此未予究明，率為上訴人不利之認定，亦嫌遽斷。……依原判決認定之事實，上訴人係明知附表一編號四、六、七採購案包含工程，乃故意於招標公告內不當限制投標廠商資格（見原判決第二至三頁）；但未說明上訴人就此部分，究竟如何圖利童○○，以及童○○因而獲得之不法利益為何？併有事實與理由不符及理由不備之違誤¹²。」

詳言之，關於「不法利益」的認定，依最高法院 102 年度第 3 次刑事庭會議決議，目前認為：「貪污治罪條例第六條第一項第四款之罪所指之不法利益，係指一切足使圖利對象（本人或第三人）之財產，增加經濟價值之現實財物及其他一切財產利益，不論有形或無形、【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 38 頁】消極或積極者均屬之。而公務員圖利對象收回成本、稅捐及費用部分，原來即為其所支出，並非無償取得之不法利益，固不在所謂圖利範圍；至圖利對象所得之利潤，無論是否為『合理利潤』，則仍係本款所稱之不法利益。此為本院所持之一致見解¹³。」

此外，尚應注意¹⁴：貪污治罪條例第六條第一項第四款於九十年十一月七日修正公布為「對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者」，此所謂「法令」，依立法理由說明，雖係指法律、法律授權之法規命令、職權命令、委辦規則等對多數不特定人民就一般事項所作對外產生法律效果之規定而言。惟實務適用上關於「法令」之範圍，有不同之闡述。因此，於九十八年四月二十二日再修正為「對於主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他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，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者」，已將「法令」之範圍明文化。所謂「法規命令」，係指「行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」，行政程序法第一百五十條第一項定有明文；而所謂「職權命令」，則係行政機關依其法定職權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。圖利罪構成要件所違背之「法令」，固不及於行政程序法第一百五十九條所指「上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象規定」之「行政規則」。但為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、行使裁量權，甚至彌補法律之闕漏不足或具體化抽象法律規範內容以利執行等事項，所頒訂之解釋性、補充性、具體性規定與裁量基準，雖以下級機關、屬官為規範對象，但因行政機關執行、適用之結果，亦影響人民之權利，而實質上發生對外之法律效果，其有違反者，對於法律所保護之社會或個人法益，不無侵害，應認屬於「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」。

12 最高法院 104 年度台上字第 1128 號判決。

13 最高法院 103 年度台上字第 4380 號判決。

14 最高法院 104 年度台上字第 1292 號判決。

參、評析

緣於實務見解認為「貪污治罪條例第四條第一項第三款所指之舞弊情節，因其行為本身欠缺『對向往返』之對立結構，即其本質上，顯然無從排除『公務員』與『藉此獲取不法利益之私人』，聚合朝同一目標而共同犯罪之情形，是未具公務員身分之馮○○、何○○、徐○○，就貪污治罪條例第四條第一項第三款之經辦公用工程舞弊【中律會訊第18卷1期，2015年7月，第39頁】弊罪，仍應與參與之公務員成立共同正犯¹⁵。」

加上過往一直認為：「貪污治罪條例第六條第一項第四款之對於主管監督事務圖利罪，係屬身分犯，以公務員為犯罪主體。不具公務員身分者，若僅單純為公務員圖利之對象，則該非公務員與公務員間，係屬於相互對立之對向關係，縱彼此行為間有所合致，並使該非公務員因而獲得不法利益，亦因彼此之行為各有其目的，尚不能遽論以該罪之共同正犯；惟於非公務員與公務員間，並非單純處於對向關係，而係具有『合同平行性』之犯意聯絡及行為分擔，彼此朝相互一致之同一目的，共同對於公務員所主管或監督之事務，直接或間接圖自己或其他私人不法利益並因而獲得利益，依同條例第三條規定，自仍得成立本罪之共同正犯¹⁶。」以肯認圖利罪亦存在「圖利－獲利」的對向關係為基礎，推導出「在欠缺處罰獲利者的明文規定下，難以透過共同正犯等參與方式予以網羅」的結論。問題是，就犯罪結構而言，圖利罪果然具有賄賂罪的同質性¹⁷？

新近實務立場已出現變更，轉而認為：「貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，雖屬身分犯，以公務員為犯罪主體。然因公務員不待他人意思之合致或行為之參與，其單獨一人亦得完成犯罪，故非屬學理上所謂具有必要共犯性質之『對向犯』，自不得引用『對向犯』之理論而排除共同正犯之成立。倘非公務員與公務員具有犯意聯絡及行為分擔，共同對於公務員主管或監督之事務，違背法律或命令等，利用職權機會或身分圖自己或其他私人之不法利益，因而獲得利益者，該非公務員與公務員間，依貪污治罪條例第三條及刑法第二十八條、第三十一條第一項之規定，自得成立圖利罪之共同正犯。此為本院最近統一之見解¹⁸。」何者為是？

一、必要參與犯與對向犯的概念釐清

賄賂罪屬於典型的貪污行為，觀察此種犯罪類型，明顯存在「必要的雙主體對向關係」，也因此，學說與實務向來習以「對向犯」的概念，嘗試處理其參與問題。惟，在「行賄」與「收賄」明顯存在行為形式的差異下，雙主體彼此間的行為既非一致，刑法解釋

15 最高法院 103 年度台上字第 499 號判決。

16 最高法院 101 年度台上字第 6510 號、100 年度台上字第 592 號判決。惟應注意：「貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪，以公務員為犯罪主體，無此身分者，得以依同條例第三條之規定成立共同正犯者，固以聚合二人以上朝同一目標共同參與犯罪實行之『聚合犯』為限，不包括二個或二個以上之行為，彼此相互對立之意思經合致而成立犯罪之『對向犯』。惟自然人與法人，在法律上各具有獨立之人格，縱使該自然人為法人之負責人，因財產權係各自獨立，法人之財產法益並不完全等同於該法人負責人財產法益。是公務員即非不得與無此身分之法人之負責人共同圖利該法人，而成立圖利罪之共同正犯。（最高法院 101 年度台上字第 4999 號、100 年度台上字第 6600 號判決）」

17 黃榮堅教授似亦觀察到此一爭議，並嘗試透過將圖利罪理解為賄賂罪的補充規定，並認為「得利」的私人欠缺罪責（期待可能性）的方式，合理化實務「不罰」的見解。見氏著，圖利罪共犯與身分，台灣本土法學雜誌，第 3 期，1999.8 頁 90。

18 最高法院 103 年度台上字第 2888 號判決。同旨見最高法院 103 年度台上字第 1641、1670、1365、726 號判決。

學上如何妥適回應不【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 40 頁】同行為主體的加工參與關係¹⁹？為了究明實務意見遞嬗的背後法理，有必要就對向犯作為特殊的參與類型及圖利罪的犯罪結構予以探討，爰說明如下：

必要的參與犯²⁰，意指刑法分則中存在若干構成要件，必須有兩個以上的行為人共同參與，才能夠實現。於 2005 年刑法修正前，由於「共犯」的概念涵蓋共同正犯，所以又稱為「必要共犯」。詳言之，有些犯罪行為，因其特定的方式或立法要求，導致構成要件的實現一定需要多數人的共同協力加工²¹。簡單的例子如：「聚眾」妨害公務（刑法第 136 條第 1 項），就一定要聚集多數人，於公務員依法執行職務時施以強暴脅迫，若沒有多數人，根本無法該當「聚眾」；再如：通姦罪（刑法第 239 條），如果沒有兩個人（至少有一方有配偶），怎麼互為性交？

依最高法院 81 年度台非字第 233 號判例：「共犯²²在學理上，有『任意共犯』與『必要共犯』之分，前者指一般原得由一人單獨完成犯罪而由二人以上共同實施之情形，當然有刑法總則共犯規定之適用；後者係指須有二人以上之參與實施始能成立之犯罪而言。且『必要共犯』依犯罪之性質，尚可分為『聚合犯』與『對向犯』，其二人以上朝同一目標共同參與犯罪之實施者，謂之『聚合犯』，如刑法分則之公然聚眾施強暴、脅迫罪、參與犯罪結社罪、輪姦罪等是，因其本質上即屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰之規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法總則共犯之規定外，其餘均應引用刑法第二十八條共同正犯之規定。而『對向犯』則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰之明文，當亦無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。」

由上可知，我國實務向來承認並使用「必要共犯」的概念，同時也與學說的看法相同，將其再細分為聚合犯（Konvergenzdelikte）與對【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 41 頁】向犯（Begegnungsdelikte）兩大類²³。前者在概念上均屬於刑法分則所特別規定的正犯²⁴；後者比較麻煩，多名參與者既然是由對立的方向以達成相同的目標而

19 柯耀程，賄賂罪成罪條件之認定，月旦法學雜誌，第 110 期，2004.7，頁 224；同作者，刑法釋論 I，2014，頁 595 以下。

20 林山田，刑法通論（下），10 版，2008，頁 152。

21 事實上，殺人罪或竊盜罪在觀念上也要求必須存在被殺者或被竊者，此等犯罪類型之所以不在對向犯（必要參與犯）的概念範疇，根本原因即在於欠缺多數人「共同協力或加工」的相互參與行為（wechselseitige Teilnahme）。觀念參考 Geisler, Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre, 2013, S. 246 f.

22 按：1992 年當時的刑法，所謂的「共犯」是採取廣義解釋，涵蓋共同正犯。並見甘添貴，必要共犯與總則共犯規定之適用，月旦法學雜誌，第 10 期，1996.2，頁 46。

23 此種分類方式應係源自百年前 Freudenthal 於「犯罪的必要參與」（Die Notwendige Teilnahme am Verbrechen）一書所倡，s. Roxin, AT II, 2003, § 26 Rn. 41. 進一步的概念說明 vgl. Geisler, Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre, 2013, S. 257 ff.

24 應注意的是：刑法分則中的複數行為主體，其內部關係未必等同於刑法總則犯罪參與中的共同正犯。舉例：就「結夥犯」概念使用而言，儘管結夥者彼此之間仍可能同時成立共同正犯，直接以「三人以上的共同正犯」描述結夥，等於將概念的區別標準單純訴諸人數的差異，完全無法反映出作為加重處罰事由的評價基礎。從犯罪心理學的角度觀察，應是基於在場數人間產生的時空上緊密連結，從而導致犯罪更容易於實現，並且升高了法益的被害危險，換言之，是指社會大眾對於三人以上出現在犯罪現場，所造成的侵害恐懼感的體現。據此，我認為結夥的認定無

共同作用，多數見解與我國實務遂認為，為了避免破壞刑法就參與型式的處罰安排，對向犯應排除刑法總則關於犯罪參與規定的適用。舉例：行賄行為只能考慮是否成立行賄罪，（不論是否處罰），不再另外成立收賄罪的共同正犯與教唆犯。爭議因此而生：這類主要透過對性犯罪「行為人－被害人」、「優勢－劣勢」的現象觀察所要求的「邏輯上必須的共同作用」（denknotwendig Zusammenwirken²⁵），如何成為排斥刑法總則正犯與共犯規定的特殊參與形式？即便立法者有意不罰對向犯中的相對人，如果相對人的行為方式超越其角色扮演（rollenüberschreitender Weise）²⁶，換言之，一旦必要參與者的行為逾越了實現構成要件必須的最低共同作用要求（Mindestmitwirkung），又該如何？舉例：某甲意圖損害債權人的債權，於自己的房子將受強制執行之際，主動對乙提議，欲將房屋低價賣給乙，乙明知甲的用意，卻因貪小便宜，應允購買。將甲的行為理解為係立法者所預想的構成要件事實範圍，因此不再成立教唆或幫助，技術上或許可通；但，稍微修改一下案例事實，如果是乙聽說甲有一棟房屋且手頭很緊，於是主動教唆甲低價賣屋呢？德國與我國實務見解認為對向犯「一律」排除刑法總則犯罪參與規定的適用作法相異，彼邦多數意見認為，後案中乙的行為方式顯然逾越了實現構成要件所必要的參與程度，應成立教唆犯²⁷。【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 42 頁】

德國在概念思考與適用範圍上的差異，給了我們一個省思「對向犯」的契機：一方面可以認為，當刑法的規定是禁止販賣猥褻物品，也僅處罰販賣者時，透過反面解釋，應可推論立法者是刻意不罰買受者；既然如此，如果還把購買的行為理解為是「教唆或幫助」販賣，進而讓購買者也成為販賣者的共犯，不就破壞了原先的立法決定？另一方面，如果立法者的決定可以被推翻，例如貪污治罪條例對「不違背職務的行賄」不予處罰的立場改變，德國學說與實務所謂「最低限度的共同作用」不罰的原則，似乎也不是那麼理所當然，遑論認為立法者刻意不罰的結論，是來自反面解釋，並非果然存在什麼一般性的特殊參與排除法則。

詳言之，不罰的理由可能是：參與者對於自己的法益並不負有保護義務，並且，從共犯處罰根據（法益侵害導向的折衷惹起說）出發，共犯的成立必須以侵害一個相對於其自身，仍是受保護的法益為前提²⁸。就此，除了重利罪與未成年人合意性交猥褻罪外，如：媒介性交猥褻罪（刑法第 231 條第 1 項）、媒介未滿十六歲之男女為性交猥褻罪（刑

庸比照共同正犯的要件，考慮客觀上是否對構成要件的實現提供重要的肇因貢獻；結夥的內涵與刑法總則的共同正犯並非相同，毋寧是放棄二元參與體系，以「在場」為前提所採行的「擴張行為人」概念思考。拙著，竊盜行為的犯罪參與問題，月旦法學雜誌，第 230 期，2014.7，頁 213 以下。

25 Gropp, AT, 3. Aufl., 2005, § 10 Rn. 160 f. 也有意識到此等「共同作用」的說法過於模糊，而刻意加上「必須出於自由意志」的要件者，vgl. Heinrich, AT, 3. Aufl., 2012, Rn. 1376.

26 Jescheck / Weigend, AT, § 64 V 1., S. 698; Krey/Esser, AT, 4. Aufl., 2011, § 30 Rn. 1031.

27 更詳細的討論見林書楷，刑法總則，2 版，2014，頁 402 以下。應注意的是，若立法者預設不罰的必要參與者，剛好也是構成要件所要保護的對象（被害人）時，如：積極找人借款並表示願負高額利息（刑法第 344 條）、未滿 16 歲的未成年男女刻意找成年男女性交或猥褻（刑法第 227 條）等，即便行為方式有所逾越（積極參與自我侵害），對被害人仍不能適用刑法總則的犯罪參與規定處罰。

28 Roxin, a.a.O., § 26 Rn. 44 f. 自己參與侵害自己的法益，刑法不加以處罰。（如：不處罰自殺、自傷或自毀所有物等行為；囑託他人殺、傷自己，如沒死，不會構成加工自殺罪（刑法第 275 條後段）或加工自傷罪（刑法第 282 條後段）的教唆犯。國內有學說指出，為何此種情形，構成要件所保護的被害人不會因其參與而具有可罰性，理由不在於對向犯的概念，而是因為欠缺共犯的處罰基礎－該構成要件的法益對於從事教唆或幫助的被害人欠缺保護價值，因為任何人都無法以具有刑法意義的方式攻擊自己的法益。許澤天，對向犯之研究，成大法學，第 19 期，2010.6，頁 51。

法第 233 條第 1 項)、販賣猥褻物品罪(刑法第 235 條第 1 項),都是一樣的道理,不會成立教唆或幫助犯。另一種不罰的理由,則是參與者處於類似緊急避難的立場²⁹,如:教唆他人藏匿自己(刑法第 164 條第 1 項)。就此,實務亦特別指出:「犯人自行隱避,在刑法上既非處罰之行為,則教唆他人頂替自己以便隱避,當然亦在不罰之列。」(最高法院 24 年上字第 4974 號判例)」以彰顯對於人性自我保護的尊重³⁰。

據此,不論是必要的參與犯或其中的對向犯概念,其實都是對現象的觀察,而不是真的一定能把參與型式切割為同方向의共同加工(聚合犯)與不同方向의合致加工(對向犯),遑論進一步以此概念推導出不罰的結論。簡之,對參與者是否處罰與能否適用刑法總則的犯罪參與規【中律會訊第 18 卷 1 期,2015 年 7 月,第 43 頁】定,實際上是透過立法政策的決定與個別的構成要件解釋而得知,並不是來自什麼高深的一般性(必要參與)原則或行為方式是否超越最低限度的共同作用。舉例:「購買」侵害著作權的光碟不會成立重製罪的教唆犯,為什麼唆使他人違法「散布」光碟,就會成立³¹?

二、圖利罪結構與對向犯的適用疑義

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款主管職務圖利罪與刑法第 131 條不僅規範內容重疊,刑度更一口氣拉到 5 年以上,做為濫權利益輸送行為的處罰圖騰,不論是學界或實務的相關論述,已近汗牛充棟³²。相對於此,(舊)實務見解向來認為:「……『對向犯』因行為者各有其目的,各就其行為負責,彼此間並無犯意之聯絡,當然無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。又貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪,係屬身分犯,以依據法令從事公務之人員為犯罪主體,無此身分者,依同條例第三條之規定,固亦得成立本罪之共同正犯。然必無此身分者與有此身分者,並非互相對立之『對向犯』,而係彼此有犯意聯絡及行為分擔,朝同一目的,共同對於有此身分者所主管或監督之事務,直接或間接圖得該有此身分者本人或圖得其他第三人不法之利益,始足當之,若該有此

29 Roxin, a.a.O., § 26 Rn. 46 ff.

30 惟教唆他人於自己成為被告的案件偽證,實務卻持否定立場:「按刑法上之偽證罪,不以結果之發生為要件,一有偽證行為,無論當事人是否因而受有利或不利之判決,均不影響其犯罪之成立。而該罪所謂於案情有重要關係之事項,則指該事項之有無,足以影響於裁判之結果而言。被告在訴訟上固有緘默權,且受無罪推定之保障,不須舉證證明自己無罪,惟此均屬消極之不作為,如被告積極教唆他人偽證,為自己有利之供述,已逾越上揭法律對被告保障範圍。最高法院二十四年上字第 4974 號判例謂『犯人自行隱避,在刑法上既非處罰之行為,則教唆他人頂替自己,以便隱避,當然亦在不罰之列』,乃針對刑法第一百六十四條第二項頂替罪所作之解釋,尚不得比附援引,藉為教唆偽證罪之免責事由。」(最高法院 97 年度台上字第 2162 號判決)」

31 許澤天,前揭文,頁 60 以下(該文並介紹德國 Gropp 教授所謂「離心犯」與「向心犯」的處理方式);林書楷,前揭書,頁 404 以下。

32 黃榮堅,圖利罪共犯與身分,台灣本土法學雜誌,第 3 期,1999.8,頁 84 以下;李茂生,新修公務員圖利罪芻議,月旦法學雜誌,第 91 期,2002.12,頁 160 以下;柯耀程,圖利罪修正與法律適用問題分析(上),月旦法學雜誌,第 80 期,2002.1,頁 196 以下;黃惠婷,論貪污治罪條例與公務員圖利罪,台灣法學雜誌,第 132 期,2009.7,頁 42 以下;許玉秀,評析公務員圖利罪之修正,法學講座,第 4 期,2002.4,頁 29 以下;許玉秀,公務員圖利罪,台灣本土法學雜誌,第 3 期,1999.8,頁 92 以下;陳東誥,公務員圖利罪關於違背「法令」之意義,台灣本土法學雜誌,第 97 期,2007.8,頁 126 以下;呂潮澤,修正前後公務員圖利罪之比較適用,法令月刊,第 54 卷第 4 期,2003.4,頁 1 以下;邢泰劍,圖利罪構成要件解析,屏東地檢署,2010;蔡蕙芳,圖利罪之犯意與其證明,月旦裁判時報,第 22 期,2013.8,頁 81 以下;陳友鋒,公務員圖利罪一變身為結果犯後之困境及其可能出路,華岡法粹,第 46 期,2010.3,頁 59 以下;江惠民,談公務員圖利罪之實務運用,檢察新論,第 5 期,2009.1,頁 169 以下;許恆達,從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪,台北大學法學論叢,第 82 期,2012.6,頁 180 以下;同作者,主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省,台大法學論叢,第 43 卷第 3 期,2014.9,頁 719 以下。

身分者所圖利之對象，即係該無此身分者，則二人係居於彼此相互對立之對向關係，行為縱有合致，並使該無此身分者因而得不法之利益，但二人之行為既各有其目的，分別就各該行為負責，彼此間即無所謂犯意聯絡與行為分擔，除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難以上開圖利罪之共同正犯論處。」

更詳細的理由說明，或可上溯自最高法院 87 年度台上字第 626 號判決：「貪污治罪條例第六條第五款之圖利罪為身分犯，依同條例第三條之規定，無身分者與之共犯，固得成立該罪。惟無身分者構成此罪之共同正犯，必須與有身分者有犯意聯絡及行為分擔，亦即在合同意思範圍內，【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 44 頁】各自分擔犯罪行為之一部分，相互利用他人之行為，遂行其得利之目的，始克相當。否則無身分者（尤其被圖利者）與身分者非屬合同之平行一致性犯意聯絡，而為對立一致性之關係（被圖利者與圖利罪犯者，與行賄、受賄同，皆屬對立性質），縱因而得利，仍難以圖利罪相繩（此觀違背職務之行賄罪、受賄罪處罰輕重相去甚遠，不違背職務之行賄罪並不處罰，舉重以明輕，居於補充法地位之圖利罪，更應為此解釋）。」

據上可知，最高法院一度認為圖利罪中的「圖利者—被圖利者」間的關係，一如賄賂罪的「收賄者—行賄者」，皆具有對立性質，因此，若圖利之對象即係無身分者，彼此間即居於對向關係，分別就各該行為負責，除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難論以圖利罪之共同正犯。

先不說所謂「對立一致性之關係」能否作為原則性概念，從而成為排除刑法總則犯罪參與規定的理論基礎，從貪墨行為（Bestechlichkeit und Bestechung）的法益保護³³角度而言，圖利行為的參與者並非侵害自己持有的法益，立法者亦未明示被圖利者遭逢巨大之心理壓力，而處於欠缺期待可能性的必然違法狀態³⁴，既然共同侵害了，「國家公務執行之公正」³⁵，如何透過攀附「對向犯」的說詞，從而排除不法與罪責？

如前述，最高法院新近判決在結論上改弦更張，認為：「因公務員不待他人意思之合致或行為之參與，其單獨一人亦得完成犯罪，故非屬學理上所謂具有必要共犯性質之『對向犯』，自不得引用『對向犯』之理論而排除共同正犯之成【中律會訊第 18 卷 1 期，2015

33 德國早期的實務意見曾認為是職務義務的不可侵害性或公務執行的純潔性，「die Unverletzlichkeit der Dienstpflicht od. die Reinheit der Amtsausübung」s. RGSt 72, 174, 176; BGHSt 10, 237, 241; Graupe, Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte, 1988, S. 76 ff. 新近聯邦最高法院的判決固已確認貪污犯罪（Bestechungsdelikte）的規範目的在於職務行為的不可收買性與國家職務的純潔性，而非法人的財產利益或國家意志的扭曲（BGH NJW 2001, 2558, 2559; BGHSt 47, 22, 25; BGHSt 47, 295, 303），學說則仍有爭議。有認為是：「為了避免國家機器的功能運作陷入危險」或「國家行政的功能運作與機構」（Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., 2007, § 331 Rn. 3.），亦有認為在於「阻止國家行為的權威性受到動搖」（Wentzell, Zur Tatbestandsproblematik der § 331, 332 StGB, 2004, S. 79.），更有認為「屬於複合法益，兼及對公務員的廉潔性與國家決策客觀性的信賴」者（Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., 2011, § 331 Rn. 1.）。

34 看法相異：黃榮堅，前揭文，頁 190。

35 最高法院 69 年台上字第 1414 號判例。依本文，由於國家所欲實踐的種種功能必須透過公務員始能達成，德國聯邦最高法院所謂「職務行為的不可收買性與國家職務的純潔性」，可以看成是國民對公務執行的公正性要求下的附隨效果，換言之，不過是把「對制度的信賴」換個說法而已，不是對法益的描述。有疑義者在於，如以公務執行的公正性作為保護法益，會否與處罰「不」違背職務收賄行為的我國刑法產生扞格？按，「未」違背職務只是彰顯職務行為在形式上的合法性，並不能因此推論公務的執行亦屬公正。事實上，不論公務員行為有無違背職務，國民一旦對於職務行為的公正性產生疑慮，同樣都會動搖國家公務執行的功能，而使國家機器的運作陷入危險，也因此，公務執行的公正性是否遭受侵害，與是否違背職務之間並無必然性。要之，即使就不違背職務的合法行為收受賄賂，一樣會有導致職務行為受到賄賂影響的危險。見拙著，賄賂罪的「職務上行行為」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，2012.7，頁 101。

年7月，第45頁】立。」在結論上是對的，可惜就理由構成著墨不深：若圖利罪「不待他人意思之合致或行為之參與，單獨一人亦得完成犯罪」，不僅與賄賂罪在結構上顯然有別，同院認為「貪污治罪條例第六條第一項第四款、第五款規定之圖利罪，乃處罰公務員貪污行為之概括規定，必其行為不合於同條例第四條至第六條之其他特別規定者，始有其適用。倘其圖利之行為合於其他條文或款項之特別規定，即應依該特別規定之罪論處，無再適用本罪之餘地。」之見解，亦有修正必要³⁶。

詳言之，以圖利罪作為貪污行為的概括規定，已經無法解釋「未」違背職務的收賄罪（貪污治罪條例第5條第1項第3款），與圖利罪在不法要素上的歧異；就違背職務的收賄罪而言，更難以解明賄賂罪的成立既要求「對價關係」（Unrechtsvereinbarung³⁷），顯然行賄者與收賄者雙方的交易時點，必然發生在違背職務行為之前，並且不以行賄者未來果然獲得不法利益為必要。反觀圖利罪，對價關係並非成罪的必要條件，而係以公務員違背職務的圖利行為本身作為規範對象，並因此產生不法利益的結果，兩罪的不法核心根本有別，如何產生邏輯上的包含關係，從而使圖利罪成為概括規定，進一步論以法條競合？

就德國刑法以論，與圖利罪在構成要件與立法目的上較為「近似」者，應係其「針對行政預算的背信」行為（Haushaltsuntreue³⁸）。按，背信罪在歐陸法史上係為了填補侵占罪的規範不足而發展出來的獨立財產犯罪類型：由於侵占的不法內涵是對他人財產的所有權能（支配權）造成侵害，此等越權的處分行為只處理以「物」為行為客體的財產權交易類型，而無法及於無形的財產利益，並且，一旦行為人透過契約或代理而取得從事法律行為的權限，針對「授權範圍內」【中律會訊第18卷1期，2015年7月，第46頁】的濫權處分，即難以侵占罪論擬。舉例而言，行為人挪用公款的行為均可成立侵占罪，若屬公務員，尚可進一步成立公務侵占罪與圖利罪；若於權限範圍內濫權而致本人受到財產損害，則只能考慮背信罪。據此，應可將圖利罪理解為「違背（國民）信賴＋違法濫用（職務）權限」的特殊背信行為⁴⁰！

若然，最高法院100年度台上字第4902號判決提供了一個有趣的觀點：「背信係因

36 柯耀程教授很早就發現圖利罪有其特殊的主、客觀要件，不宜解為瀆職罪的「概括條款」。見氏著，圖利罪修正與法律適用問題分析（上），月旦法學雜誌，第80期，2002.1，頁205以下。支持實務見解的學者，如林山田，刑法各罪論（下），5版，2005，頁126；高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學雜誌，第94期，2003.3，頁44。

37 最高法院103年度台上字第2042號判決：「刑事法上之賄賂，乃指一定行為或不行為之不法代價，此一對價關係，必須存在於相關之對合犯（或對向犯）之間，屬於犯罪構成要件之客觀要素之一……」德國實務與學說，s. BGHSt 39, 46; Kargl, Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsnahme (§ 331 StGB), ZStW 114, 774 (2002); Zimmermann, Korruption und Gubernation, ZStW 124, 1030-1040 (2012)。

38 最高法院69年台上字第1414號判例。依本文，由於國家所欲實踐的種種功能必須透過公務員始能達成，德國聯邦最高法院所謂「職務行為的不可收買性與國家職務的純潔性」，可以養成是國民對公務執行的公正性要求下的附隨效果，換言之，不過是把「對制度的信賴」換個說法而已，不是對法益的描述。有疑義者在於，如以公務執行的公正性作為保護法益，會否與處罰「不」違背職務收賄行為的我國刑法產生扞格？按，「未」違背職務只是彰顯職務行為在形式上的合法性，並不能因此推論公務的執行亦屬公正。事實上，不論公務員行為有無違背職務，國民一旦對於職務行為的公正性產生疑慮，同樣都會動搖國家公務執行的功能，而使國家機器的運作陷入危險，也因此，公務執行的公正性是否遭受侵害，與是否違背職務之間並無必然性。要之，即使就不違背職務的合法行為收受賄賂，一樣會有導致職務行為受到賄賂影響的危險。見拙著，賄賂罪的「職務上行為」概念一兼評最高法院99年度台上字第7078號判決，東吳法律學報，第24卷第1期，2012.7，頁101。

40 類此立場已見許玉秀，公務員圖利罪，台灣本土法學雜誌，第3期，1999.8，頁99。

身分而成立之罪，無身分者固得與有身分者共同實行犯罪而成為共同正犯，惟有身分者若係為圖無身分者之不法利益，而該無身分者並未參與犯罪構成要件之行為，其純屬對立之共犯，不得僅憑該無身分者獲有不法之利益，即以共同正犯論處。故無身分者若否認與有身分者有犯意聯絡、行為分擔，法院自應在事實欄具體認定其有犯意聯絡之犯罪構成事實，並在理由內說明其依據，方為合法。」技術上，無身分者會否成立共同正犯或共犯，本來就不以身分有無作為關鍵，而在於個案中是否存在犯罪參與行為；偏偏「參與」有無的認定，又不看是否親自實行，只要主觀上存在自己犯罪的意思，即為已足！也因此，所謂「無身分者並未參與犯罪構成要件之行為，不得僅憑該無身分者獲有不法之利益，即以共同正犯論處」是一句空話，沒有實益。關鍵因此在於，最高法院將對向犯的概念套入背信罪⁴¹，並進一步認為無共同正犯成立的可能，依照本文前述關於對向犯概念與賄賂罪的內涵說明，則顯屬誤解－公務員不論是否進一步從事違背職務行為，均存在「職務－利益」的對價交換，從而導致公務執行的公正性受到破壞；與此相異，不論圖利罪或是背信罪，所謂獲得不法利益或造成財產損害的結果，未必來自「給予者－取得者」之間的事先約定，而也可能在從事圖利或背信行為後，只造成給予者或取得者的單方財產變動，無所謂「對價」可言。據此，違背公、私任務的行為與獲得利益的（外部）第三人之間的關係，難以類比如「行賄者－收賄者」。

三、（不違背）職務行為的概念射程

實務目前的意見為：「貪污治罪條例第五條第一項第三款所稱『職務上之行為』，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言；亦即指其權限範圍內之事項，而不違背其義務責任者而言。反之，若在其職權範圍內，不應為而為之，或應為而不為，或不以正當方式為之，而與其職務上之義務責任有所違背者，則屬同條例第四條第一項第五款所謂之『違背職務之行為』。準此，若公務員受賄之原因，係對於其職務上應為或得為之行為者，則受賄人應成立同條例第五條第一項第三款之『對於職務上【中律會訊第18卷1期，2015年7月，第47頁】之行為收受賄賂或其他不正利益罪』。反之，若受賄之原因，係對於其職務上所不應為，或應為而不為，或不以正當方式為之，而違背其職務上之義務責任者，則應成立同條例第四條第一項第五款之『對於違背職務之行為收受賄賂或其他不正利益罪』。又公務員對於其職務上行為，縱具有自由形成或裁量之權限，但若係因收受賄賂或其他不正利益而故意為違法或不當之裁量，縱在形式上具備『行使其職務上行為』之外觀，但若實質上違背國家機關賦予公務員該項職務權限之本旨，或悖離公務員所應忠誠踐履之責任或義務者，即應為『違背職務行為』之評價，而非『職務上行為』之範疇⁴²。」

「貪污治罪條例第五條第一項第三款之不違背職務行為賄賂罪，係以公務員對於其職務上之行為要求、期約或收受賄賂為要件。公務員於其所擔任的、基於具體職務權限之職務，構成賄賂犯罪，並無問題，但對於並無執行該職務之具體權限（事務分擔），而就屬於該公務員之一般職務權限，是否仍應承認其『職務性』，此在日本實務與學說（日

41 最高法院 99 年度台上字第 1294 號判決亦同。

42 最高法院 103 年度台上字第 1581 號判決。

本刑法第一百九十七條第一項前段規定：『公務員關於其職務收受賄賂，或為賄賂之要求或期約者，處五年以下懲役。』），均認為只要在法令上係屬於該公務員之一般職務權限即可，縱使該公務員並未具體擔負分配之事務，亦構成賄賂罪。至於在何種範圍內得以承認一般職務權限，則應從所掌事務之性質、該公務員之地位、職責變更之可能性、相互受影響之程度等因素，斟酌該公務員對於職務行為產生影響之可能性，據以具體判斷。按之『某警員雖任職於某市政府警察局，惟既發覺他市有經營職業賭場之犯罪行為，雖非屬其管區、亦未經主管之命令，因其仍有依法調查或通報等協助偵查犯罪之職責，其違背此項職務而收取對價，自應成立對於違背職務之行為收受賄賂罪』，此為本院最近一致之見解（按此之見解，與日本最高裁判所平成十七年三月十一日裁定『東京都警視廳調布警察署地域課所屬之警察官（即被告）偵查犯罪之一般職務權限，及於由同廳多摩中央警察署刑事課擔任告發之案件的偵查』，正是一致）。亦即，關於職務上之行為，我國實務近亦係採取只要在法令上係屬於該公務員之一般職務權限，即該當於賄賂罪之『職務性』要件，並不以該公務員實際上所具體擔負之事務為限。而所稱之『職務』，係與公務員之地位相對稱，乃指公務員與其地位相隨而在公務上所應處理之一切事務而言；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、未來之職務者，亦屬之。依原判決之認定，謝○○對於如附表壹之二所示各該工程，既有指派監工、檢驗員，並於公路總局○區處養護課挖路管制中心授【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 48 頁】權工務段自行派員為刨除查驗時，有權指派人員到場檢查之一般職務權限，則其於各該路段施工期間，雖係指派工程司 X、Y、Z 等人進行系爭工程之檢查，而未實際具體擔負該項工作，揆之說明，究仍不失其職務性⁴³。」

誠然，即便是透過刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段「國家或地方自治團體所屬機關」的形式標準所確立的組織意義的公務員，不僅有多元的進用方式，如任用、特任、特派、派用、聘用、僱用、約聘或選舉等涵蓋行政處分與行政契約，甚且依同條項的公務員定義，更「可能」兼含非上述機關，但亦參與國家任務實現的功能意義的公務員，如 PPP（Public-Private-partnership）、受委託行使公權力等型態。一旦堅持以法律明文規定的具體職務權限作為職務上行為的判準，單就公務員的行為主體適格性而言，即可能會遭遇困難。何況，於組織意義的公務員類型，如果組織法本身是以概括規定的方式（如：「其他有關……事項」）描述業務執掌範圍，所謂「職務權限」等於沒有實質內容，遑論就功能意義的公務員而言，根本難以具體列舉⁴⁴。考量賄賂各罪的保護法益與國民無法確知

43 最高法院 104 年度台上字第 76 號判決。

44 最高法院所謂「公務員對於其職務上行為，縱在形式上具有『行使其職務上行為』之外觀，若實質上已違背國家機關賦予公務員該項職務權限之本旨，且悖離公務員所應忠誠踐履之責任或義務，即非職務上之行為」的論述，應係發軔於 100 年度台上字第 1105 號判決—以立委的立法權行使而言，即以該法案「是否有利於國計民生」，作為是否為「職務上之行為」的判斷方式！茲摘錄其意旨如下：「貪污治罪條例對於公務員要求、期約、收受賄賂或其他不正利益行為之處罰，分為『對於職務上之行為』與『對於違背職務之行為』二種情形；前者係指公務員以其職務範圍內所應為或得為之行為，作為收受賄賂或其他不正利益之對價；例如檢察官或法官對於依法本應起訴或論罪科刑之案件，因收受被害人之賄賂或其他不正利益，而予以起訴或論罪科刑；或立法委員就某項有利於國計民生之法案，因收受賄賂或其他不正利益，而積極推動或投票贊成該法案完成立法或修法程序等是。後者則指公務員因收受賄賂或其他不正利益，而故意違背其職務上所應忠誠踐履之責任或義務，積極為其職務上所不應為之行為，或消極不履行其職務上所應為之行為而言。例如檢察官或法官對於依法本應起訴或論罪科刑之案件，

機關內部事務的權限分配，實不應被所謂「『法定』職務權限範圍內之事項」左右職務行為的認定。在這樣的背景下，最高法院為了避免法益保護出現疏漏，用心可昭，並且似乎解決了過往判例所謂「法定」職務權限的認定難題⁴⁵。【中律會訊第18卷1期，2015年7月，第49頁】

惟，作者始終認為，如果要將「非」職務權限的行為，例如：公務員利用其影響力，就「非」主管或監督的事務，對其他公務員進行關說、勸誘或建議，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；透過對是否存在密切關聯性或實質影響力的認定，已然逸出職務行為的概念外延，而屬於目的性的擴張解釋矣⁴⁶。從概念的制定目的與罪刑法定原則而言，對於「職務上行為」的解釋一旦跳脫「法定」的職務權限，根本無法處理後續的行政處分效力與責任歸屬！

回顧最高法院多數判決與學界所採取的解釋內容，職務上之行為係指屬於公務員職權範圍內所應為或得為的行為，既言職權範圍內，自當限於實際上「有」管轄權的情形，如何及於事實上「沒有」管轄權的個案？最高法院目前的作法，不僅叛離該院判例見解，將職務行為的範圍外延後，更顯得治絲益棼一體系上與貪污治罪條例第5條第1項第2款的「職務上之機會」與同法第6條第1項第5款的「非主管或監督之事務」如何區別⁴⁷？是否涵蓋私法形式的行政行為⁴⁸？會成立廢弛職務致釀災害罪嗎⁴⁹？遑論進一步延伸了刑法第134條的適用範圍。

值得支持的判決意見如：「法院組織法第六十二條規定，檢察官於其所屬檢察署管轄

因收受被告之賄賂或其他不正利益而故意對被告為不起訴處分或判決被告無罪，或因收受賄賂或其他不正利益而故意遲延不結案等是；又例如立法委員明知某特定職業或利益團體所遊說、推動之法案，不利於大眾福祉或社會整體利益，其基於忠誠踐履選民付託及維護大眾福祉之立法委員職責，本不應贊同該項法案立法或修法，卻因收受該特定職業或利益團體之賄賂或其他不正利益，而利用其立法委員職權，故意違背其前揭職責積極推動或投票贊成使該法案完成立法或修法程序等是。前者應成立同條例第五條第一項第三款之公務員對於職務上行為收受賄賂罪，後者則構成同條例第四條第一項第五款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂罪。又公務員對於其職務上行為，縱具有自由形成或裁量之權限（例如偵查權、公訴權、審判權、立法修法權及行政裁量權等），但若係因收受賄賂或其他不正利益而故意為違法或不當之裁量，縱在形式上具有『行使其職務上行為』之外觀，惟其實質上已違背國家機關賦予公務員該項職務權限之本旨，且悖離公務員所應忠誠踐履之責任或義務，自應為『違背職務行為』之評價，而非『職務上行為』之範疇。」

45 支持者如：林鈺雄，公務員職務上行為之實務檢討，檢察新論，第17期，2015.1，頁103以下。

46 本段及以下論述摘自拙著，賄賂罪的「職務上行為」概念—兼評最高法院99年度臺上字第7078號判決，東吳法律學報，第24卷第1期，頁112以下。

47 相較於貪污治罪條例第6條第1項第4款的具體職務圖利罪，本罪的構成要件為：「對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他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，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。」所謂主管之事務，係指公務員「依據法令規定，在其職務範圍內有主持或執行權限之事務而言。」所謂監督之事務則係指公務員「依據法令之規定，雖無主管之權限，但依其職權對之應負監管與督導之事務。」主管或監督之事務，應依各機關之組織法規或相關法令予以認定。呂潮澤，修正前後公務員圖利罪之比較適用，法令月刊，54卷4期，2003年，頁6；黃惠婷，論貪污治罪條例與公務員圖利罪，台灣法學雜誌，132期，2009年，頁50。

48 公行政一旦適用私法，即產生所謂「國庫行政」（fiskalische Verwaltung）的問題。詳言之，公行政得以私法主體（國庫；Fiskus）的地位，在私法領域內，從事類如：行政之一時交易行為、行政輔助行為、行政營利行為、行政之私法上財產管理行為，甚至以私法形式履行高權任務，謂之「行政私法」。參閱陳敏，行政法總論，7版，新學林，2011年，頁661以下。

49 林東茂教授針對廢弛職務致釀災害罪即主張必須依「事物管轄的分配」為據。理由是：「公務員有責任區域，非責任區域的公務員，對於災害的防止並不站在管控的位置，就沒有相應的職務。……公務員必須在『違反依法行政』的具體情況下，才是廢弛職務。」氏著，廢弛職務致釀災害罪，法學叢刊，54卷3期，2009年，頁9。

區域內執行職務，但遇有緊急情形或法律另有規定者，不在此限。足見除非有但書情形外，否則檢察官僅於其所屬檢察署管轄區域內，始有行使偵查犯罪之職權。而刑事訴訟法第二百二十九條第一項第一款規定，警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長於其管轄區域內為司法警察官，有協助檢察官偵查犯罪之職權。可見該款司法警察官，於管轄區域內，才有協助檢察官偵查【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 50 頁】犯罪之職權。又同法第二百三十條第一項第一款、第二項、第二百三十一條第一項第一款、第二項，雖僅規定警察官長、警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查。但既規定警察官長應將犯罪嫌疑調查之情形報告該管檢察官及協助偵查犯罪之司法警察官；警察應將犯罪嫌疑調查之情形報告該管檢察官及司法警察官；警察官長應受檢察官之指揮，偵查犯罪；警察應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪。顯見上開警察官長、警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查之職權，亦應限於管轄區域內，始得為之。再者，警察勤務條例第三條規定，警察勤務之實施，應晝夜執行，普及轄區。各級警察機關通報越區辦案應行注意要點第一點規定，為發揮各級警察機關整體偵防力量，提升打擊犯罪能力及避免於越區辦案時，因執行、配合不當，引致不良後果，特訂定本要點。第三點第一項前段規定，各級協助偵查犯罪人員，於管轄區外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警察機關會同辦理。第六點第二項規定，各級警察機關搜獲他轄犯罪確切情報，可通報當地警察機關偵處，因而偵破刑案或緝獲逃犯，視同共同偵破。均可見警察官長、警察原各有管轄區域，於管轄區域內始有調查犯罪之職權，因調查犯罪，如欲於管轄區外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警察機關會同辦理。而於搜獲他轄犯罪確切情報，則可通報當地警察機關偵處。並非得於管轄區域外調查犯罪。否則，無異較檢察官與協助偵查犯罪之司法警察官，擁有更廣泛不受轄區限制之調查犯罪權限，顯非適宜。又貪污治罪條例第四條第一項第五款所謂『職務』，係指公務員法定職務權限範圍內，並有具體影響可能之事務。……依上開說明，警察官長、警察各有管轄區域，於管轄區域內始有調查犯罪之職權，如何謂上訴人等就管轄區域外之妨害風化行為，具有調查犯罪之職權？殊非無疑⁵⁰。」

肆、結論

本文針對必要參與形式中的對向犯概念提出批判，認為多數學說與實務見解所謂參與者是「由對立的方向以達成相同的目標而共同作用」或所謂「對立一致性之關係」，均難以作為排除刑法總則正犯與共犯規定適用的理由。事實上，從行為方式的差異觀察，一開始就注定是錯誤的視角：不僅難以解釋個別構成要件中的不同行為，對法益同樣造成危險與侵害；以此形式化的邏輯嘗試推導行為的可罰性有無，恐怕是對立法政策決定與不法、罪責等犯罪成立要件的漠視。緣此，縱使不放棄對向犯的使用，亦不宜作為「限制刑罰」的特殊參與形式，而無寧只是針對「不罰參與者」，有更簡便的說明方式而已。

本文同時支持最高法院揚棄「圖利罪屬於對向犯」的見解，除了對結論稍做理由上的補強，【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 51 頁】還另行指出圖利罪與賄賂罪

50 最高法院 102 年度台上字第 4882 號判決。

就不法核心而言，有其本質上的差異，並且在犯罪結構上較近於背信罪。也因此，實務認為圖利罪屬於貪污行為的概括規定、背信罪屬於對向犯的看法，亦在其立場變更後，均有一併修正的必要。

最後應指出的是，實務自民國 103 年開始，引進日本的「一般職務行為」說，在兩國的規範文字不同下，恐難脫就個案進行類推適用之嫌，遑論等於是把概念外延由封閉的定義轉化為開放的不確定概念。若裁判者認為因此將造成法益保護不足的情形，即屬法律漏洞，只能透過立法的方式予以入罪。要之，刑法規範的適用者不應創造性的填補漏洞，而應只是一張說出法律的嘴巴，並在法條沒有規定時，沉默無語。

系爭最高法院判決將「職務上之行為」透過創造性的補充（die productive Ergänzung）適用於過往多數判決無法包攝的案件，進而肯定受賄罪成立可能性，或許是不願意讓貪墨者得以僥倖迴避貪污治罪條例的重刑，然而，此種以目的論解釋包裝的超越法律（*per meter legem*）的解釋，除了懲罰性的制裁效果，無法解決貪污問題，遑論在不考慮貪污治罪條例的犯罪類型安排下，以犧牲刑法的罪刑法定與最後手段原則作為解釋的代價，顯然逾越司法裁判的分際。就立法論而言，本文建議除了微幅修訂「對於職務上之行為」用語，仿效日本改為「『關於其』職務之行為」外，或可參考日本刑法第 197 之 4 條斡旋受賄罪、第 198 條斡旋行賄罪與德國刑法第 331 條職務收賄罪、美國刑法第 201 條（c）（1）（B）收受餽贈罪之相關規定，以作為貪污的抗制手段。【中律會訊第 18 卷 1 期，2015 年 7 月，第 52 頁】