

性隱私新法之解釋適用 暨 110 年度台上大字第 5217 號裁定之簡評

目次

性隱私新法之解釋適用.....	2
一、 性影像.....	2
二、 §319-1~319-3.....	3
三、 §319-4.....	7
四、 競合.....	9
五、 總評及延伸討論.....	10
評 110 年度台上大字第 5217 號裁定.....	13
一、 案例事實.....	13
二、 法律爭議.....	13
三、 大法庭見解.....	14
四、 分析.....	15
五、 結論.....	17

性隱私新法之解釋適用

一、性影像

本次修法的共通要件，為「性影像」，立法者並在§10VIII 新增了定義，不過這樣的定義，根據學說上的批評，顯得左支右絀。

第一個問題在於，性影像並未要求攝影對象之「識別性」或「特定可能性」，可能無法與特定個人相連結，進而可能沒有性隱私的侵害，無法與新修罪章相配合；第二個問題則是性影像之定義欠缺「私密性」（非公開性）之規定，進而本來就預設會公開之成人影片等等，仍可能被納入相關罪名之規範中；第三，新法單純以部位、行為作為對象，「性關聯」可能有所不足；第四，性隱私之侵害與「足以引起性慾或羞恥」（類似猥褻之定義）間之關聯性不足¹，並且這種類似猥褻之定義，本身就曖昧不明，有不夠明確之疑慮。

墨說：前開學說之批評，本講義僅贊同第四點，理由在於，如同§10II 之公務員之規定，何謂公務員，雖可先有一個齊一的定義，但仍應觀察個別條文之體系位置及規範目的，予以詳細的設定²，因此雖性影像是與「妨害性隱私及不實性影像罪章」一同訂立，但不代表其定義必然與性隱私相關聯，是否與性隱私相關，是刑法分則的任務。於是，本條項最大的問題應是在於，所謂「足以引起性慾或羞恥」，這類性道德或性風俗的論述，過於模糊不清，將有恣意之風險，既然性影像這個定義的出現，是慮及個人的性人格或性隱私，則與猥褻概念難以類比。

¹ 林琬珊（2023），「性影像」與隱私之刑法保護—新修刑法「性影像」規定之評析，月旦法學雜誌，333 期，頁 51-56。

² 謝煜偉（2015），論授權公務員概念，台大法學論叢，44 卷 3 期，頁 1009。

二、§319-1~319-3

(一) 保護法益

1. 性隱私

➤ 立法理由³

法務部及行政院所表示之立法理由，雖不僅提到**隱私及人格法益**，尚有提到**名譽法益**，但從條文體系觀之，本罪首要著重者乃性隱私。

➤ 許澤天⁴

性隱私於人格中最为私密，且既有法規有其適用限制，亦無法**彰顯行為獨特之不法內涵**，故增訂之。

2. 性的表現自由

➤ 古承宗⁵

從本罪類型化的行為類型來看，行為客體已不限於**未公開或私密性者**，因此隱私權已不再是保護重點，而是一般人格權的**性的表現自由**。但從§10VIII 之新增定義及各行為態樣綜合觀之，可能根本欠缺**人格識別性**，既然不影響他人與自己之**互動**，則刑法可能並無積極介入之必要。

³ 法務部新聞稿，2022 年 3 月 10 日。

⁴ 許澤天（2023），四版 2023 年春季增補資料，刑法分則（下），頁 362-2-362-3。學說上相同見解，林琬珊，前揭註 1，頁 50 以下。

⁵ 古承宗（2023），刑法作為抗制「數位暴力」之手段—以惡意影音為例，月旦法學雜誌，333 期，頁 18-19。

3. 墨說

本講義則是初步認為，保護法益應綜合觀察立法目的、**構成要件**等各個要素後方為設定，而立法目的既為保護**性隱私**，且構成要件亦無明示排除，則縱條文未有**私密性**、**非公開性**等要求，在設定保護法益後，仍可實質從保護法益推導出**不成文之構成要件**。即除行為要合乎形式之構成要件之外，尚須該行為實質上具有侵害隱私法益之**適格性**，始有處罰之可能。

(二) 構成要件

1. 攝錄性影像罪 (§319-1)⁶

(1) 第一項⁷：未經他人同意與無故

本條項的構成要件充滿了冗詞贅字，其一為「**未經他人同意**」，理由在於，**被害人承諾／同意**已是學說、實務共同承認的**阻卻構成要件事由**或**超法規阻卻違法事由**，且本罪之保護法益若為**隱私權**，則根據我們對既有的§315-1 及§315-2 的解釋，必然會包含被害人之**主觀意願**及**客觀的合理性判斷**⁸，如此一來，隱私權受侵害與否，必然要考量被害人同意與否，無須添加此要件。尤有甚者，本條既明文「未經他人同意」，那麼是否可以針對§315-1 及§315-2 做**反面解釋**？而認為無論是否經被害人同意，均會構成要件該當？顯見立法技術之拙劣。

此外，所謂「**無故**」在學說上亦有不少討論。實務見解及部分學說認為，本要件是創設額外的阻卻違法事由，使法官可以做出額外的**優越利益衡量**（**正當理由**）；另有學說認為，本要件為**提示性**的阻卻違法要素，且可被既有的阻卻

⁶ 用語參考自許澤天，前揭註 4，頁 362-7。

⁷ §319-II：「未經他人同意，無故以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄其性影像者，處三年以下有期徒刑。」

⁸ 許恆達（2018），侵入建築物罪的攻擊客體與保護法益／簡評台灣高等法院 105 年度上易字第 1405 號刑事判決，台灣法學雜誌，335 期，頁 199-201。

違法事由所涵蓋，沒有必要另設此要素⁹，目前的多數見解應屬後者。於是，立法者顯未見學說上的討論，而添加無用的要素。縱或認為，本要素有存在必要，被害人同意與否，本也可以被包含在「無故」，因此所謂的「未經他人同意」更無必要存在。

墨說：除上開既有問題外，本講義認為，在涵攝時應添加不成文之構成要件要素，以使得本罪在解釋上貼合「性隱私」，而應審查被害人是否有「合理隱私期待」。這樣子的說法，並不違反罪刑法定主義，其一在於，合理隱私期待的設定本就合乎立法者原初之意旨，立法者未在構成要件表彰此一與保護法益至為相關之要素，有極大之闕漏；其二則是，刑法第一條，即罪刑法定主義的本質，是在於對國家刑罰權之限縮，以及對立法者之尊重¹⁰，因此對條文添加不成文的構成要件要素¹¹，與此無違。

(2) 第二項¹²：限制從屬性與意圖營利

本項顯見的第一個爭點是，是否需要具備限制從屬性，即是否要從「共犯正犯化」的角度理解此罪名，不過立法者既新設構成要件，且條文未有此要求，應將其理解為獨立的正犯，並不要求該他人確實已為前項行為。

第二個也是萬年爭點，所謂「意圖營利」之正當性究竟從何而來？立法者顯然不在意正確的刑事學論述，而僅以「惡性重大」作為本要件之正當性來源。本講義初步可以提供的三個思考方向是，圖利是否會造成更大的法益侵害？圖利之行為人是否應被給予更高的主觀非難？或者，圖利只是一個立法者設定的

⁹ 許恒達（2013），GPS 抓姦與行動隱私的保護界限－評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第四〇七號刑事判決，月旦裁判時報，24 期，頁 70-73。

¹⁰ 薛智仁（2015），家暴事件的正當防衛難題－以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法學期刊，16 期，頁 43-47。

¹¹ 學說上為表彰法益侵害，而針對條文添加不成文之構成要件要素者，如：許恒達（2014），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，43 卷，3 期，頁 735-742。又如被通說、實務所承認的詐欺取財罪（§339）之「陷於錯誤」要件。

¹² §319-1II：「意圖營利供給場所、工具或設備，便利他人為前項之行為者，處五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。」

成罪限制？

(3) 第三項¹³

(4) 第四項（未遂）

2. 強制攝錄性影像罪（§319-2）：其他違反意願之方法

本條爭點將延續在**強制性交罪**（§221）的討論，即何謂「**其他違反意願之方法**」，目前至少有三說：**低度強制手段說**¹⁴、**既存強制狀態說**¹⁵及實務的**強制手段不要說**。實務見解在本罪是否會採取相異於強制性交罪的解釋方法，須觀察後續相關判決，但學說見解變動之機率不高，蓋兩罪之強制手段之區別僅在「**催眠術**」爾，未來在有新文章產出前，同學在考試上要嘗試將本罪之概括條款與強制性交罪之概括條款作比較。

3. 供人觀覽性影像罪（§319-3）¹⁶

本罪主要在處罰**散布行為**，其中會有問題的應該是「**重製**」，原因在於，本

¹³ §319-1III：「意圖營利、散布、播送、公然陳列或以他法供人觀覽，而犯第一項之罪者，依前項規定處斷。」

¹⁴ 許恒達（2022），*刑法裁判精選－評強制性交罪基礎犯行解釋的實務近況*，*月旦法學雜誌*，321期，頁 134-146。

¹⁵ 蔡聖偉，〈論強制性交罪違反意願之方法〉，《中研院法學研究期刊》，18期，2016年3月，頁 85-96；盧映潔，〈強制性交罪與乘機性交罪之區別〉，《月旦法學教室》，20期，2004年6月，頁 16-17。

¹⁶ §319-3：「I 未經他人同意，無故重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽其性影像者，處五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。

II 犯前項之罪，其性影像係第三百十九條之一第一項至第三項攝錄之內容者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。

III 犯第一項之罪，其性影像係前條第一項至第三項攝錄之內容者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科七十萬元以下罰金。

IV 意圖營利而犯前三項之罪者，依各該項之規定，加重其刑至二分之一。販賣前三項性影像者，亦同。

罪的保護法益既為「性隱私」，則單純的重製行為並沒有入罪的必要，雖立法理由認為重製後有流傳之可能，即應加以禁止¹⁷，但更顯得重製行為只是一個「可能」侵害性隱私的行為，而並非已經侵害性隱私的行為。縱或以**抽象危險犯**的角度去理解本行為，根本也不合乎**經驗法則**，蓋所謂的重製行為，如複製、貼上、擷取片段等都是，我們要如何說明這些行為與後續的散播有高度關聯性？況犯行往往要等到散播時才被發現，既實務上根本難以發現重製行為，則要如何禁止？單純以入罪化一事要求人民不為特定行為，是天方夜譚。

三、§319-4

(一) 保護法益

學說見解之細部主張雖有所不同，但均認為，利用**深偽技術**所製作出來的性影像，由於**反於真實**，因此對他人隱私權之侵害極為輕微甚至根本不存在，因此本罪所保護者為**一般人格權**¹⁸。

不過在現行法下，妨害名譽罪章本可發揮相同之規範功能，本罪是否有立法必要，實有思考餘地¹⁹。應注意的是，學說上有認為性影音應該與**妨害名譽**脫鉤處理，因為性有其複雜的社會脈絡，倘若認為性影音妨害一個人的名譽，形同汙名化了性工作者，故有肯定本罪立法之空間²⁰。

V 前四項之未遂犯罰之。」

¹⁷ 許澤天，前揭註 4，頁 362-10。

¹⁸ 陳俊偉（2023），重思深度偽造影音的入罪化—以人工智慧的科技風險規制為思考方向，月旦法學雜誌，333 期，頁 50 以下；許澤天，前揭註 4，頁 362-12-362-13。

¹⁹ 古承宗（2023），刑法作為抗制「數位暴力」之手段—以惡意影音為例，月旦法學雜誌，333 期，頁 19；許恒達（2022），深度偽造影音及其刑法規制，法學叢刊，265 期，頁 23-24。

²⁰ 廖宜寧（2022），從「妨害風化的猥褻物品」到「妨害性隱私的性影像」—散布性關聯影音圖像之不法性質，月旦法學雜誌，327 期，頁 168-170。

(二) 構成要件

1. 製作不實性影像罪 (§319-4I²¹)

本罪須出於**供他人觀覽**之意圖，而同學應注意「**足生損害於公眾或他人**」之要件²²。雖目前學說見解未明，但本要件根據我們對於保護法益的設定，即是要求該性影像本身必須要有損害他人人格（**社會評價減損**）之可能性，此有賴同學於個案中詳細涵攝。不過本講義其實認為，在經過立法討論及媒體充分報導的現今，社會氛圍對於色情影片的檢驗力道應會加大²³，故而深偽影音（DeepFake）減損他人社會評價的效果，可能較諸網紅小玉案發生時低落了許多。

2. 供他人觀覽不實性影像罪 (§319-4II²⁴)

3. 圖利、販賣而犯前兩項之罪 (§319-4III²⁵)

²¹ §319-4I：「意圖散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽，以電腦合成或其他科技方法製作關於他人不實之性影像，足以生損害於他人者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。」

²² 111 年公務人員特種考試司法官考試第二試 111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試法律專業科目評分要點與閱卷委員的話：「雖然在考試時，考生可查閱法律條文，但在評閱時仍可發現眾多考生並未有效地利用這項工具。縱不論不成文構成要件要素，這些要件必須藉由深入學習方能瞭然於心；許多法律條文中已經明文規定的成文構成要件要素，包含眾多客觀構成要件以及主觀構成要件的法定意圖，考生都視若無睹不加檢驗，辜負了此考試提供法律條文係為避免純粹背誦的美意。」

²³ 一旦大家很驚訝某人去拍成人影片，可能就會先檢驗一下該影片是否係經由深偽技術而來。

²⁴ §319-4II：「散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽前項性影像，足以生損害於他人者，亦同。」

²⁵ §319-4III：「意圖營利而犯前二項之罪者，處七以下有期徒刑，得併科七十萬元以下罰金。販賣前二項性影像者，亦同。」

四、競合

(一) §319-1、§319-2

如何競合，學說目前尚未表態，本講義僅能整理可能出現的問題，於下討論之。構成攝錄他人性影像罪的犯罪行為，有高機率也會成立§315-1②之**竊錄罪**，競合的可能論述方向是，攝錄他人性影像罪是為性隱私而特別設定，因此與竊錄罪處於**特別關係**，應優先適用之；也有可能認為，成立攝錄他人性影像罪通常就會伴隨竊錄罪，而應是**吸收關係**，不過這樣的說法存在的問題是，本罪之**刑度**並未高於竊錄罪。

此外，亦可能成立§224 之**強制猥褻罪**或§225II 之**乘機猥褻罪**²⁶。不過此時強制／乘機猥褻罪即成為必然伴隨之現象，可能應論以**吸收關係**，但問題仍舊在於刑度與吸收關係之論理並非一致。因此，本講義認為或許未來學說會將攝錄他人性影像罪解釋為強制／乘機猥褻罪的特別規定，但構成要件要素是否有相互包含之關係，仍舊有待論述。另一個學說上可能的解釋方向是，將強制／乘機猥褻罪之「猥褻」概念一改先前之定義，而限於**觸摸**始得該當，不過這種解釋方式顯然會過度忽略保護法益在構成要件解釋上的作用，亦有問題。

至於較為棘手的§222I⑨之加重強制性交罪，結論上本罪應為其所吸收。

(二) §319-3

本罪可能與§310II 之加重誹謗罪競合，雖學說上有主張性隱私之侵害不應以**誹謗罪**處理²⁷，但倘同學沒有想要特別針對此部分做論述，則仍會遇到兩罪競

²⁶ 猥褻行為不以接觸為必要。陳子平（2017），刑法各論（上），3 版，頁 246-247，元照。

²⁷ 廖宜寧，前揭註 20，頁 168。

合的問題，此時，將會由於加重誹謗罪為本罪之必然現象，故應為本罪所吸收。

本罪亦可能與§235 之散布猥褻物品罪競合，不過同前所述，應也是吸收關係。

§222I⑨之敘述同前。

(三) §319-4

本罪可能與§310II 之加重誹謗罪競合，不過參酌學說意見，現行法及實務見解均將私密性生活情境的社會評價理解為名聲的構成因子，但此為私密形象，與個人期待公開而形成社會名聲之社會事實，有所不同，應以新法處理²⁸，今既已為立法，則誹謗罪之規範內容即不及此，將無競合之可能。當然，若不接受學說意見，則可能會是特別關係或吸收關係。

本罪可能與§235 之散布猥褻物品罪競合，應為吸收關係。

本罪在想像中可能與§315-1、§315-2 競合，但事實上可能難以發生，因為從實然的犯罪現況及應然的規範目的觀之，多僅規制由深偽技術而來的 AI 換臉，既臉部本就是個人之公開資訊，而其他部分又無識別性，則不存在隱私之侵害。

五、總評及延伸討論

(一) 猥褻概念的重新檢討

此次修法可能會影響未來的考試趨向，且根據前述，成立性影像犯罪時，將可能成立其他同樣以「客觀上足以引起性慾或羞恥之行為」(猥褻)作為內涵

²⁸ 許恒達，前揭註 19，頁 20-22。

之犯罪。因此，一來我們必須要先定義何謂「猥褻」，二來必須要對立法，甚至大法官之解釋，予以深切的批判與反省，如此才能脫穎而出，獲致高分。舉例而言，**釋字 617 號解釋**固然針對**猥褻物**²⁹提出了一個標準，但為學說猛烈批評³⁰；甚至，管制猥褻物之正當性，亦為學說所質疑³¹，請同學未來務必不要再傻傻跟著大法官釋字走了。

(二) 立法批判

跟著我們對本次修法的檢討，應不難發現，立法者將刑事法作為解決社會問題的優先手段（甚至是唯一手段），更嚴重的是，立法者完全忽視了刑法典內各罪之關係，忽略了**規範的一體性**，導致在法益的論述上或決定應如何競合時，遇到重重的困難。

正確的方式應該是，檢視現行法是否對於**犯罪實體**有辦法應對，若沒有辦法且又必須入罪化，才去審慎的思考如何入罪，此時應考量的不只是**構成要件**，還有**法益、體系**等要素³²。在立法後，更重要的是要對既有的規定做檢討，因為在設定一個應然的界線之後，實際適用上可能會遇到骨感的現實，此時或修法、

²⁹ 釋字 617 號解釋節錄：「……刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為……。」

³⁰ 司法院釋字 617 號許玉秀大法官之不同意見書節錄：「本號解釋結論明顯與立法主觀意旨不符，對於所保護的法益，復未能清楚描述，本席很難承認這是一個合乎憲法意旨的解釋，比較像是恣意的法律解釋」；類似見解，認為 617 號解釋實際上大法官對合憲性解釋的操作，是「削足適履」，見黃榮堅（2006），〈棄權又越權的大法官釋字六一七號解釋〉，《台灣本土法學雜誌》，89 期，頁 55-73。

³¹ 黃榮堅（1999），刑法妨害風化罪章增修評論，月旦法學雜誌，51 期，頁 81-92；廖宜寧，前揭註 20，頁 158-162。

³² 學說上類似建議者不勝枚舉，僅以此次新法相關之文章為例：許恒達，前揭註 19，頁 22-25；陳俊偉，前揭註 18，頁 21-36。

或刪除，以免刑法過度介入人民的**行為自由**³³。但我們的立法者沒有一個做到。

(三) 解釋上的對抗

在立法者生出帶有各種問題的條文時，解釋者能做也必須做的是控制好刑法這個猛獸。從老師們的文章都可以看到，對一個條文的檢討，必先從**保護法益**開始，法益具有**適格性**後³⁴，才進入**構成要件**的檢驗，不過本罪章的保護法益是相對明確的，問題不大，因此便直接檢驗構成要件。具體而言，以攝錄他人性影像罪為例，由於構成要件不夠貼合保護法益，因此我們必須**目的性限縮構成要件**，其中一個可能的方法是，針對性影像添加「**合理隱私期待**」之要件³⁵，以限縮其成罪範圍。

³³ 本講義只是很簡略的提出政策面的方向，事實上此處還有很多饒富趣味的問題。

³⁴ 保護法益不具有適格性，到底是解釋論的問題還是立法論的問題，尚有一些討論空間，但目前多數見解認為是立法論的問題。如：薛智仁（2022），略誘未成年人罪之保護法益與構成要件－最高法院 111 年度台上字第 2682 號刑事判決，台灣法律人，18 期，頁 152-164。

³⁵ 再次強調，這是本講義的初步見解，學說發展尚待觀察。

評 110 年度台上大字第 5217 號裁定

一、 案例事實

林益世（時任立法委員）與甲廠商約定對價，並為 1.私下介紹認識中鋼公司總經理及請託取得標案資料；2.以立法委員名義出具請託便箋予經濟部國會聯絡人轉交中鋼、中聯公司表達同一意願；3.於立法院召開院會時，口頭提醒經濟部部長注意其請託之事項；4.得知甲廠商未得標，即再以撤換中聯公司承辦人副總經理等語，使中鋼公司總經理承諾再給評選機會等行為。最終甲廠商順利取得承購商品之機會並締約，而林益世獲得約定之報酬。

二、 法律爭議

一、民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，是否屬其「職務上之行為」？得否即援引一般公務員所謂「實質影響力說」作為認定之標準？

二、民意代表違反公職人員利益衝突迴避法（下稱利益衝突迴避法）第 12 條禁止假借職權圖利之規定，是否該當貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款圖利罪所稱「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」之要件？

三、大法庭見解

(一) 爭議一

1. 職務行為

「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。」大法庭採取**密切關連說**及**實質影響力說**。

2. 民意代表

大法庭從規範目的及保護法益是執行職務公正性之角度，認為民意代表與一般司法、行政人員固有不同，但職務上行為包括為妥適行使職務事項而附隨之準備工作與輔助事務行為，以及因職務或身分地位關係對第三人所生事實上影響力之行為。

簡言之，只要形式上為公務活動(此指行為的外觀)，並有實質利用影響力，即屬該當。

(二) 爭議二

1. 貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之「明知違背法令」之解釋

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款**主管或監督事務圖利罪**之「明知違背法令」，根據**立法意旨**，應作限縮解釋，以使公務員**勇於任事**，使其於行政裁量時可以著重在興利而非防弊。然同條項第 5 款之**非主管或監督事務圖利罪**，雖亦有「明知違背法令」之要件，但本罪並無前述條文之考量，因此可以為不同之解釋，而可包含**公務員倫理基本規範**等，以達**澄清吏治**之效。

2. 違反公職人員利益衝突迴避法是否為違背法令

因此，公職人員利益衝突迴避法第 2 條第 1 項第 5 款既有規範民意代表，並根據第 12 條之規定，「公職人員不得假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益」，若有違反，即係貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之「明知違背法令」。

四、分析

(一) 爭議一

1. 傳統二分³⁶

(1) 一般職務行為：法律雖未明訂，但依其作用或組織目的可抽象認定

(2) 密切關聯行為

A. 形式公務說：公務之準備或附隨行為

B. 地位利用說：利用公務員地位之附帶效果

C. 影響力說：非公務行為可以影響公務行為時，即屬該當

2. 德國見解³⁷

A. 原則：與依法令或委託而來之任務具有功能關係之行為

B. 職位權力濫用之情形：考量是否是該職位之特定權限、是否從第三人視角觀之該行為效力可歸屬該機關

³⁶ 許恒達（2015），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，17 期，頁 82-83。

³⁷ 許恒達，前揭註 36，頁 83-85。

3. 許說：以是否形成**機關對外效力**為準（針對民意代表之職務行為）³⁸

德國法採取**分別規範說**，即考量了**民意代表之特殊性**，而設立較為嚴格之構成要件，我國法則是採取**統一規範說**，但應可採納德國法之精神。詳言之，民意代表本就是反映多元民意者，可以反映特定團體之利益，本就**無中立、公正之要求**，行政、司法機關則否，既然設計不同，採取不同之規範方式亦屬當然。並且，民意代表之管制重心應該放在過程、金額與餽贈行為的**公開化**，才合乎社會對民意代表之期望。

此外，一來民意代表收受捐贈與代表發聲本就合乎其職業操守，二來其反應方式若循非議會活動之體制外活動進行，則尚需行政官員作出處分，其對公務公正性之影響相對有限。

於是，應**限縮**民意代表之**違背職務行為**，僅直接形成機關對外效力之**議事活動**始為該當，**選民服務**則不屬之。

反對見解可能認為，民意代表之職責本即包含監督行政機關，不過監督行政機關應在**體制內**為之，**體制外**之監督，不過就是民意代表利用身分或地位。

4. 黃說：參與可能性³⁹

為免一般職務行為過度僵化，並避免密切關聯行為過度擴張，應先判斷**法規上參與可能性**，再判斷**事實上參與可能性**，必須同時符合此二要件，始為職務行為。

墨說：實務見解對於職務行為之認定，顯然過度擴張，而我國學說向來承認**職務衍生機會**之見解，亦有修正之必要⁴⁰，不論採取前述許說或黃說，重點均在於避免對於密切關聯行為之過度解釋。至於民意代表與其他公務員間之區別，本

³⁸ 許恒達，前揭註 36，頁 91-96。

³⁹ 黃士軒（2015），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，中正大學法學集刊，48 期，頁 56。

⁴⁰ 同樣強調職務行為應採受限縮解釋者：謝煜偉（2015），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，42 期，頁 72-73。

講義認為確有考量必要。

(二) 爭議二

實務見解顯然違反了「**從身分到職務**」的風潮⁴¹，不僅以公務員執行公務**公正性**、公務員**信賴**為保護法益，更考量了公務員**廉潔性**。事實上，倘若保護法益有正確定位，應採納學說見解，必須要求該法令與**具體職務事項**相關⁴²，而非泛泛的將所有條文涵蓋其中。

甚至，單就本號裁定而言，根本就是套套邏輯，特殊圖利罪本即規範「公職人員『**違背法令**』而假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益」時之法律效果，卻在論述該「**違背法令**」之內涵為何時，可以援引宣示「公職人員不得假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益」之條文，毋寧是宣示了，特殊圖利罪本身就具有正當性，「**違背法令**」之要素形同虛設，將來只要跟錢有關的事，就跟公務員無關。

五、結論

這是一個莫名其妙的大法庭裁定，完全忽視學說見解幾十年來的發展。考試上較為重要的是，同學應把握公務員犯罪的保護法益，再根據該保護法益選擇合理之解釋方法，特別是爭議一的部分，可能成為近年命題熱區。爭議二則因為於刑法典未見類似條文，故略知一二即可。

⁴¹ 李茂生（2002），新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，91期，頁161-162。

⁴² 謝煜偉（2015），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，142期，政大法學評論，頁23-26。

NOTE.

NOTE.

NOTE.