國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士學位論文

公務員主管職務圖利罪之研究
－以明知違背法令為重心

指導教授 李聖傑博士

研究生 周麗芬撰

中華民國 107 年 1 月

國立政治大學
National Chengchi University

謝辭

論文主題之選定對於研究生而言，是一個重大抉擇，在幾經思考之下，不選擇以自己較為熟悉之不動產相關領域，而以刑法公務員圖利罪作為研究主題，除為了對原本較不熟悉的刑法，能有更多深入的學習，最重要的是對於從事二十幾年的公務生涯，做出一份總結報告，回顧這一段漫長的磨練，如果把它以人體結構作為形容，每天日以繼夜辦理的不動產業務，像是一個人的血肉，至於用以撐起的骨骼，也許對於每個公務員而言，可能不一樣，而我的這一段公務奇遇，卻是由圖利罪架構起大部分的工作歷程，所以在公務上的應盡義務，畫下句點之後，覺得應該對圖利罪徹底了解，雖然熟悉我的人認為，在我最精華的工作歲月，也就是最身強力壯時期，飽受圖利罪考驗之苦，但是經過這些洗鍊，現在該說感謝上天，讓我有過一些異於常人的體驗，也算是曾經驚滔駭浪，也終歸平靜，讓我能心平氣和地看清楚圖利罪的模樣。

對於一個刑法不甚熟稔的入門學生，要以一個犯罪行為做為主題，架構出論文，卻又缺乏論文寫作經驗，在撰寫之初，的確是一項考驗，有時腸思枯竭，有時又有強烈的情緒，想要把公務機關之種種情狀與困境，在面對圖利罪時之衝擊，紀錄下目前這個時空的各種現象與社會氛圍，所以萬分感謝指導老師李聖傑老師的逐步引導提點，也經由聆聽老師的課程，讓我在撰寫論文時有更多的靈感與構想。對於自己理想的堅持與信念，在行動之初，會覺得遙不可及，但是也終於踏出第一步，克服身體接續不斷的不適，完成論文的撰寫。也感謝口試老師吳耀宗老師、許恒達老師的指導及提供的寶貴意見，讓我重新思考論文內容的不足之處，及撰寫邏輯上的協調，使論文的結論有更豐富的內涵，更為面面俱到。

在撰寫論文的期間，適逢社會諸多對於公務員之負面評價，深知論文內容很難獲得社會共鳴，繼續分析圖利罪處罰的合理性，難獲支持，不過堅信公務員在社會上雖是一個平凡而不可或缺的職業別，但是有精良而且在工作上無後顧之憂的公務員，才是國家進步的原動力，最後期待論文中實務判決的彙整，對於身陷圖利罪之苦的夥伴們能有所幫助，早日獲得平安。

摘要

貪瀆案件之揭露一向是廣受社會關注的新聞，而社會大眾所熱中追逐的焦點，常為事件主角某某高官涉嫌收受多少鉅額之賄賂，甚少注意與賄賂對價有關之特定行政個案，辦理該個案之相關公務員，在賄賂案偵辦過程中，大多也成為檢調機關一併調查的人員，幸運者可能只是配合調查之證人，但是也有可能該行政個案被放大檢視，承辦之各級公務員，縱使無收受賄賂之嫌疑，甚至非行賄之對象，最後也以圖利罪起訴，其起訴之理由，則依圖利罪之規定必然為明知違背法令並且使私人獲利。

使人民獲利為政府施政目標，行政機關對於個案之審查，授予人民利益即屬常態及必然之結果，所以在司法審理時，圖利罪之檢視重心係「明知違背法令」要件。本文之研究核心即「明知違背法令」，由於違背法令、圖利之直接故意，因個別案例事實不同，由法官各依事證為判斷，難以歸納出具體之判斷原則，不同審級法院間易有不同之審判結果，故本文針對「違背法令之認定」、「違背法令之故意」、「圖利之故意」舉出數見解精闢之案例，進行分析法院審理之判斷要素。此外，並分析圖利罪規定處罰之合理性，溯源至圖利罪規定之起始點，探索其立法緣由，及歷次修法演變，與社會氛圍之互動，從處罰圖謀私利，到嚴懲貪官污吏，產生物極必反的公務員反彈與不敢勇於任事，因而於 90 年修正構成要件。是以，分析內容著重於該次修正，實務判決修法前後審理見解之轉變，對於圖利罪規定之適用論述，逐步趨近於更合理化，尤其圖利罪規定明訂違背之「法令」，以對外發生法律效果之規定為限，實務判決闡述，具該性質之法令，方影響人民之權益，有侵害社會個人法益之可能性，推論出圖利行為應罰之價值核心。

本文之另一重點，係對於圖利罪規定所保護法益之探討，主張法益必須為具體之利益，有別於學理上，以瀆職罪之共通法益逕援用於圖利罪，認為除職務之公正性及國民信賴外，必須再添加「公庫或私人之利益」為要素，以免法院審理側重於「明知違背法令」，使圖利行為之處罰目的流於規範之遵守，只著重行為不法忽略結果不法，故建議圖利罪之構成要件增訂「致生損害於公庫或私人之財產或其他利益」。

關鍵字：圖利罪、明知違背法令、法益、公務員、不法利益

目次

第一章 緒論 1
第一節 研究動機與目的 1
第二節 研究方法 4
第三節 研究範圍及分析架構 4
第二章 公務員圖利罪之立法及修法沿革 6
第一節 公務員圖利罪之由來 6
第一項 公務員圖利行為在前清時之處罰雛型 6
第二項 公務員圖利行為在民國初年之暫行處罰規定 8
第三項 處罰公務員圖利行為之規定於民國初年之歷次研擬修正 8
第二節 公務員圖利罪之立法修法沿革 9
第一項 刑法公務員圖利罪之初次訂頒及立法理由 9
第二項 刑法公務員圖利罪之第一次修正及修法理由 10
第三項 公務員圖利罪於貪污治罪條例之前身及訂頒、修正 11
第四項 刑法與貪污治罪條例之公務員圖利罪規定之併同修法 12
第三節 小結 16
第三章 圖利罪之罪質及所保護法益 19
第一節 法益理論概述 19
第一項 法益概念的雛型 19
第二項 法益理論的盛行及其反對學說 21
第三項 超個人法益之正當性 23
第二節 圖利罪所保護法益之學說見解 24
第一項 賄賂罪之法益理論 25
第二項 我國學者對於圖利罪所保護法益之論述 27
第三節 小結 29
第一項 賄賂罪所保護法益的核心 30
第二項 圖利罪所保護法益的界定 31
第四章 圖利罪之構成要件 35
第一節 行為主體 36
第一項 刑法修正前之公務員定義 36

第二項 刑法修正後之公務員定義 37
第三項 修正公務員定義之修法理由探討.....42
第四項 公務員身分之合理定義 45
第二節 客觀構成要件.....47
第一項 公務員對於主管或監督事務違背法令之行為.....48
第二項 直接或間接圖自己或其他私人不法利益 51
第三項 因而獲得利益.....54
第三節 主觀構成要件.....56
第一項 明知違背法令.....58
第二項 意圖使自己或其他私人獲得不法利益 65
第四節 小結.....66
第一項 圖利罪修法前法院之務實認定.....67
第二項 圖利罪修法後構成要件與法益之分析 68
第五章 明知違背法令之解析 72
第一節 法令以對外發生法律效果之規定為限 72
第一項 公務員服務法等倫理規範之適用爭議 73
第二項 行政規則、職權命令之效力判斷.....77
第三項 法令範圍以法益侵害為界定.....82
第二節 違背之法令與機關主管事務權責之關聯 83
第一項 執法機關對於違背法令之認定.....83
第二項 行政機關權責法令之適用責任範圍 84
第三項 違背法令權責之案例分析 85
第三節 行政裁量之界限.....90
第一項 行政法學理及實務判決見解.....90
第二項 刑事實務判決見解.....91
第三項 行政裁量違反法律原則之刑事違法性衡量 93
第四節 圖利罪之主觀犯意.....97
第五節 圖利行為獲利者之正犯身分爭議.....103
第一項 圖利行為獲利私人之對向犯爭議.....103
第二項 圖利行為之獲利私人正名為共同正犯 105
第六節 解決方法之建議.....108

第一項 圖利罪廢除或修正之學者與實務見解 110
第二項 圖利罪規定與法益保護之關聯探討 113
第三項 政府作為之改善.....116
第七節 小結.....120
第一項 明知違背法令之實務剖析 120
第二項 圖利罪規定之存廢修正 127
第六章 結論 129

國立政治大學
National Chengchi University

公務員主管職務圖利罪之研究-以明知違背法令為重心

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

公務員犯罪類型中，與公務員職務最息息相關者為公務員主管職務圖利罪，規定於刑法第 131 條及貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款，該等規定於 90 年 11 月為重要修正，對於公務員圖利罪增訂「明知違背法令」、「獲得利益」此二項構成要件，確立公務員圖利罪為結果犯，修正後之條文於適用上仍有相當爭議，復於 98 年 4 月再次修正，針對「明知違背法令」所指之法令，為明文之定義及範圍界定。於該二次之修法理由中，均敘及係為促進公務員能勇於任事，避免「便民」、與「圖利他人」發生混淆，影響行政效率。除此之外，90 年 11 月之修正總說明更提到，以圖利罪起訴之案件，獲有罪判決確定之比率偏低，多數偵查人員認為現行圖利罪有欠嚴謹，偵辦不易。上述結果導致司法公信力低落。公務員不敢勇於任事，行政效率無法提昇，造成國家競爭力之障礙。故修正圖利罪之構成要件，使公務員執行職務易於瞭解遵循，並使執法人員有一明確之執法標準，不致使守法之公務員徒增訟累。

以上修法理由及修正總說明所敘載之現象，的確命中目前公務體系的要害，其所造成國家競爭力之障礙，更是在無聲無息中吞蝕國力及國民之利益。所謂長江後浪推前浪，前浪死於沙灘上，過於勇於任事之前浪，難免為自身招致較大之公務風險，近年來公務員貪瀆事件頻傳，經過媒體之一再報導，產生公務員執行公務之寒蟬效應。而圖利罪構成要件之修正，是否有如原先修法之預期，能讓公務員更勇於任事?又公務員主管職務圖利罪於 90 年 11 月修正前規定之構成要件「對於主管或監督之事務，直接或間接圖私人不法利益」，其文義確實不明確，但修法後之條文內容，真的能讓公務員了解執行公務免於觸犯刑罰之界限？司法追訴及審判人員也形成明確之執法標準？

公務員依法行政為民主法治國之基本原則，但是無論何種類之法令規定或法學概念，均可能存在多種解釋之可能，於同一法條產生不同適用見解，勢所難免，亦為法學界之常態。公務員於依法令執行職務時，對於主辦業務法規之認知與適用方式，與司法追訴及審判人員存有不同見解，是一個必須

面對的結，因不同執法面向、職責，而產生的見解歧異，卻由行政體系之公務員承受刑罰，真的是不可承受之重。

對於行政法令之解釋及適用，除依該法令之文義外，尚宜審酌其立法之社會任務，但時事之演變，對事理之評價常為昨是今非，昔日的社會價值觀認為管的最少的政府是最好的政府，但是隨著時空之推移，逐漸推崇福利國家，政府必須為國民謀求最大的福利，達到國強民富，並尋求不同族群的平等、扶助弱勢之立足，行政法規之演變，亦是如此，因而政府政策、法令之擬訂修正，逐漸成為越來越複雜的工作，法令是國民機會與利益均等的前提，每一種法令之訂頒均有其目的與宗旨，但是由於社會體系之複雜化，立法與修法時又常隱含其他手段目標，所以現今行政法令內涵必有取捨，規定之內容可能基於公益而犧牲某些人利益，可能為了扶助弱勢、社會亟需推廣之產業，或提升國家競爭力而犧牲公庫利益，是以立法與修法的過程是一個利益權衡的取捨，而其取捨結果天平之傾斜度，建立於當時之社會氛圍與需求，防弊或興利常為主軸。故不同行政目的之法令，難免各遭致不同的批評。但是機關之行政作為，縱使自始至終行政主軸不變，依據同一規定行事，數十年來如一日，卻亦常因突如其來之特殊社會評論，造成風潮，形成負面評價，而社會評論內容亦常忽略，該公務之執行有其法令依據，卻繪聲繪影形容成為是圖利特定人之行為，當然會影響法官審判之心證。

實務上，基層之公務員通常依法令之文義執行，如果公務上據以執行之法令為數十年前訂定之法令，又年久失修，當然該法令訂定時之社會價值觀、經濟情勢或政府使命、行政目標，與現今不同，又加上當年之立法技術，及政策目的之設計，實不能以今日立法水準予以衡量，條文易有晦暗難以了解、不明確法律概念、或難以理解的不當限制條件，造成適用上之困難，但是近年來之新訂法令，適用上比較不會產生困難？答案是否定的，歸因於社會之複雜化，常為了防弊又為了興利，法令架構之複雜度及文字之冗長，日與劇增，再加上不同機關間之行政分工與協調，存在有法令適用上之相關性，以及上下隸屬機關間基於行政監督，或上級機關政策上之主導，各有其分別訂定之行政法規，所以現代公務員尤其是業務屬性較為複雜的機關，是存活在法令的藍色蛛蛛網下執行任務，申請案之行政審查檢視流程，有時宛若迷宮，當然入迷宮時要備妥迷宮路線索引圖，如政府採購案就是活生生的實例。

在迷宮裡求生存的公務員當然有其存活之道，但是矛盾與衝突是在所

難免，尤其是籠罩在圖利罪陰影下之基層公務員，為求自保之心態，對於受理人民申請案，面對複雜之法令規定，比較傾向於以嚴格之角度詮釋法令，造成執法過嚴之疑慮，又有可能因為經驗之缺乏，對於法令適用原則，產生失焦與不求甚解之窘境，倘存有這樣的執法態度，易造成申請人之困擾，原本可以核准的申請案，因為不當的法令解釋而遭到擱置或駁回，但是以現在之社會風氣，當然會招致人情關說或民意代表的關心，而機關之主管常為顧全大局，對於申請案之審查，則會採取較為寬鬆之觀點，所以接下來的劇碼，就會淪入施壓的拉拒戰。發生這樣的狀況，因個案的不同案情，很難判定孰是孰非，但是圖利罪陰影的發酵，的確占有相當大的成因。

就行政機關於業務上之行政法規而言，與民法、刑法等實定法的性質與誕生有很大的差異，民法、刑法等為繼受於德、日等國之法律，其形成有其堅實之理論基礎，如有適用疑義，甚或可參考德、日等國之實例，再順應國情酌予修正。但是行政法規雖也會繼受其他國家之規定，卻為數不少係基於我國社會需要而生，在實務運作後，發生與社會不契合現象，白話一點是產生各種弊端後，再予不斷修正，本土性較強，可說是土生土長、土法煉鋼，所以從過往的修法技術而言，很難從修正沿革中，窺知一個行政法令規範的原理原則，有時發生適用疑義時，需要仰賴機關耆老解說，話說當年如何、如何所以修法，但是修法時又做了何種保留。簡言之，機關行政有其歷史延續性，行政法規亦是如此，每一行政機關有其特有之行政屬性與政策目的。而且行政事務的複雜化，單一行政任務所涉及之行政法規絕非單一，常常非經由三、五年之歷練，難以修成正果，得以操作嫻熟，而且工作經驗的長短不同，也會對於法令適用產生不同的判斷，所以主管與承辦之間也會因經驗落差，視野不同，對個案之准許或駁回而爭執。

每一個行政機關的案件對於司法追訴及審判人員而言，都是一全新的案件，其所依據之法令如何適用，必定先經歷一翻周折的了解過程，而行政機關內部人員必需練就三、五年功夫才能遊刃有餘的業務，司法人員是否能於短短時日內就能破解是否適法，況且每一行政機關各有其專業，及歷來的實務操作方式、認事用法。縱使圖利罪已修改為結果犯，涉案人員對於涉嫌個案之處理，是否確屬「明知違背法令」?仍舊為是否成立圖利罪之關鍵，尤其在涉案人員並無收受賄賂的嫌疑時，公務員在自身無利可圖之情況下，何以甘冒觸犯刑罰之風險，違背法令圖利非親非故之他人，是因為經驗不足?

作業疏失?法令適用方式之誤認?其主客觀情狀是否該當「明知違背法令」?刑罰與罪責是否相當?在司法實務上該如何判定涉案人員確屬「明知違背法令」?其處罰的界限何在?均為值得探討之課題,而公務員主管職務圖利罪規定有否再予修正之必要,才不致於使公務員人人自危,執行公務裹足不前,最後受害是社會大眾,無形中亦損傷國家的進步。此為本文研究之動機與目的。

第二節 研究方法

本文對於圖利罪之研究,從立法沿革開始,透過文獻之蒐集,了解其立法成因,及其後因社會之回應,歷次檢討修法之情形;透過國內學者著作、發表之期刊文章、學位論文及實務判決,歸納分析圖利罪所保護之法益,並與賄賂罪之學說見解進行比較,並從檢討分析之結果,提出修正看法;對於圖利罪構成要件之探討,除蒐集國內學者在學理上之見解,進行分析,並著重歷來實務判決見解演變之歸納,由於圖利罪 90 年之修法,對於圖利罪審理見解及圖利罪規定之適用,已產生變革,將綜合學者之學理上分析,與實務判決之圖利罪成罪判斷,對於公務體系所產生之影響,提出建議方法,使我國自成一格的圖利罪,能透過保護法益之重新檢視,與規定之適度修正,而有理性評價之審理,不再與賄賂罪同為社會聳動之焦點,回歸罪刑相當之處罰,與行政自主之期待。

第三節 研究範圍及分析架構

有關公務員圖利罪於貪污治罪條例分別規定有主管職務圖利罪及非主管職務圖利罪,本文係僅就刑法第 131 條及貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之公務員主管職務圖利罪(以下文內均稱之為圖利罪)進行研究,內容共分 6 章,第 1 章為緒論,簡要敘載本文之研究動機與目的、研究方法、研究範圍及分析架構。

第 2 章公務員圖利罪之立法及修法沿革,因刑法及貪污治罪條例均有圖利罪之規定,分別就該二規定之由來,及歷次修法之變革,依文獻資料進行分析,以了解圖利罪立法、修法成因與社會觀念之關聯,及刑法、貪污治罪條例之修法差異比較。

第 3 章圖利罪之罪質及所保護法益，藉由法益理論演變之簡要說明，就國內學理上對於賄賂罪及圖利罪所保護法益之闡述，比較渠等不法內涵與保護法益之差異，分析圖利罪所保護法益重新定位之必要性，並建議法益內涵之調整。

第 4 章圖利罪之構成要件，就圖利罪之主客觀構成要件，分析現行實務判決之適用見解，並對於圖利罪規定於 90 年修法前後，及 94 年刑法公務員定義修正，在實務判決見解上之演變，進行比較歸納，檢視修法對實務判決之影響。

第 5 章明知違背法令之解析，就圖利罪之要件「明知違背法令」，剖析實務上之適用，對於行為所違背之法令，其種類、性質、範圍之界定，行政裁量之刑事違法性衡量，主觀犯意之判斷，圖利罪行為人之對向犯爭議，藉由案例或行政上之情狀，進行深入探討，並提出立法、司法、行政機關三面向之解決方法及建議。

第 6 章結論，「明知違背法令」為圖利罪審理之核心，但圖利行為之處罰，宜先以違背法令產生之結果，界定為刑事不法或行政不法，以有利益之侵害，方認定為刑事不法，圖利罪規定之構成要件宜再增加「致生損害於公庫或私人之財產或其他利益」，方屬罪責相當之刑罰。

國立政治大學 National Chengchi University

第二章 公務員圖利罪之立法及修法沿革

所謂鑑古知今，了解歷史之演變，除了探索人類過往經歷之足跡外，也不只是像看一場戲劇，或聆聽一個故事，歷史之所以吸引關注，因為它表演展現潛藏在我們內心的人性，不論科技如何進步，物質生活飛躍般的改善，但是人性未曾有太大改變，所以對於歷史的研究，可免於重蹈覆轍。又如美國大導演史蒂芬史匹柏於 105 年哈佛大學畢業典禮的演講中所言：「創造更美好未來的方法是研究過去」。尤其，法律是社會生活之規範，它的產生及演變的軌跡，更有了解的必要，因為在民主法治國家，法律反映當代對於社會生活秩序的期待，以及一般人的價值觀，法律規定之良善與否，牽繫住每個人生活的幸福指數。

法律之立法者需體察社會的需要，修法者更應審慎評估於立法後，該法律規定對社會大眾產生的影響，並順應社會生活及價值觀的改變，為適當的修正，當然修法的審酌過程中對於法條如何產生，歷次修法沿革及理由的了解，及其所造成的社會反應與衝擊，是必須要做的功課，知道「法」如何而生，如何長大茁壯，如何於社會生根，知其所以然，才能去蕪存菁，避免重複錯誤，知道未來如何走下去。所以對於刑罰規定，探索其最初立法理由，了解其規範目的，更進一步分析立法當時的社會思潮，認為該犯罪行為具有應罰性的成因，以及其後歷次修法的理由演變，係出自於社會生活環境如何的變遷而修正，徹底分析這些社會脈動的前因後果，才能抓住未來改革的關鍵，尤其就我國刑法而言，大多繼受德國法及日本法，但公務員圖利罪卻是跳脫該等國家法律體系，參照其他國家之規定而生，之後又順應社會的呼聲，經過修正後，走出自己的路徑，更有其特別值得探討之立法、修法沿革，故本文特立專章分析。

第一節 公務員圖利罪之由來

第一項 公務員圖利行為在前清時之處罰雛型

刑法第 131 條規定：「公務員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，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 7 萬元以下罰金」「犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額」，貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款規定：「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，處 5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 3000 萬元以下罰金」，該等處罰規定，一般稱之為公務員圖利罪。

我國處罰公務員圖利行為，並將其定位為瀆職罪之規定，最早出現在民國 17 年 3 月 10 日國民政府公布之中華民國刑法（一般稱之為舊刑法）第 4 章（瀆職罪章）第 136 條：「公務員對於主管或監督之事務直接或間接圖利者，處 3 年以下有期徒刑，得併科 5 千元以下罰金」，其構成要件與民國 90 年修正前之刑法第 131 條規定之圖利罪相同，另舊刑法對於涉案之上級公務員亦訂有處罰規定，即第 139 條：「公務員誘惑所屬下級公務員犯第 128 條至第 138 條之罪者，處所誘惑罪之本刑，減輕二分之一」[1]，為上級公務員教唆下級公務員為圖利行為之處罰，為現行刑法所無。

在舊刑法明訂公務員圖利罪之規定前，對於公務員類似圖利自己或他人行為之處罰，早已有雛型之出現，於前清之刑律分則草案第 33 章（章名：關於詐欺取財罪）第 365 條規定如下[2]：

凡三人以上共犯本章之罪者處二等或三等有期徒刑。

吏員當處理公務之際以圖自己或他人之利益或加害於國家或公所之宗旨背其職務損害國家或公所財產者亦同。

若係御物處無期徒刑或二等以上有期徒刑。

所謂處二等或三等有期徒刑，依刑律草案第 37 條，二等有期徒刑為 10 年未滿 5 年以上；三等有期徒刑為 5 年未滿 3 年以上[3]。故觸犯第 365 條之罪係處 10 年未滿 3 年以上之有期徒刑。

另第 365 條文後有提醒適用時應注意，本條第 2 項指吏員因職務處理國家或自治團體之事務時而為第 363 條之行為也。而第 363 條則規定：「凡為他人處理事務以圖自己或第三者利益或以加害為宗旨背其義務而損害本人之財產者處三等以下有期徒刑或一千圓以下一百圓以上罰金」[4]。

以第 365 條條文係編列於詐欺取財罪章，且於第 6 章瀆職罪章之序文揭示，「本章除第 141 條（行賄罪）及第 142 條（事後行賄罪）外皆所以罰

[1] 黃源盛，晚清民國刑法史料輯注(下），99 年 7 月，初版，頁 865,940~941；靳宗立，刑法各論 I，100 年 9 月，初版，頁 12,155

[2] 大清法規大全，頁 2087。

[3] 大清法規大全，頁 1965。

[4] 大清法規大全，頁 2086，2087。

吏員之行為有害於其職務之尊嚴及信用者而此二條之罪亦直接關於瀆職之行為故以類輯之」「除本章外關係吏員職務之行為其例亦見於他章然散見於他章者以其人為吏員故刑當較重耳至本章所定則專以吏員為限也」[5]，雖第365條之條文內容，與現行刑法第131條規定之圖利罪類似，但性質上係定位為對於公務員公務背信行為之處罰，係以第363條規定之基本構成要件，處罰類似現行背信行為，第365條則為行為人為吏員之加重處罰，並非歸類為瀆職罪，而處罰之刑度亦較現行圖利罪為低。

第二項 公務員圖利行為在民國初年之暫行處罰規定

民國元年頒布之暫行新刑律第386條規定：「官員處理公務圖利自己或第三人之利益或圖害國家公署背其職務損害國家公署之財產者處二等或三等有期徒刑」[6]，暫行新刑律之頒訂，係因民國初建立，須儘速訂定刑罰規定，以維持社會秩序，故由司法部援用大清刑律草案，就其中與民國國體牴觸之處加以修訂後，經臨時大總統袁世凱頒佈施行[7]。暫行新刑律第386條之規定內容雖不涉及國體變更，仍經文字之增刪，但其內涵及刑度並無變動(並詳見暫行新刑律第383條、第37條)。其規範內容與後來刑法瀆職罪章中之圖利罪已極為神似，可謂為圖利罪之濫觴。較大差別為暫行新刑律將「圖害國家公署背其職務損害國家公署之財產」列為處罰之構成要件，且明示所保護之法益，為後來的刑法中之圖利罪所無，另圖利之對象，明訂為自己或第三人，亦不若現行刑法民國90年修正前條文內容過於簡略，使得實務上認為應將圖利國庫者也列入處罰。

第三項 處罰公務員圖利行為之規定於民國初年之歷次研擬修正

暫行新刑律於民國4年，經研擬第一次修正草案，將第386條規定改列於第398條第1項，仍列於詐欺取財罪章，刑度變更為處三等有期徒刑，條文內容為「公務員處理公務圖利自己或第三人或圖害國家公署背其職務損害國家公署之財產者處三等有期徒刑」，並擬增訂第2項「非公務員而共

[5] 大清法規大全，頁1998-2006。
[6] 黃源盛，同註1(上)，頁398,499~500；張嘉宏，公務員圖利罪之研究，政治大學法律研究所碩士論文，91年，頁11。
[7] 黃源盛，民初法律變遷與裁判，89年4月初稿，頁195~197；靳宗立，同註1，頁9；張嘉宏，同註6，頁8。

犯者亦同」，依草案第 38 條，三等有期徒刑為 6 年未滿 3 年以上[8]。

民國 7 年又研擬刑法第二次修正草案，於瀆職罪章新增第 127 條：「公務員對於職務上主管或監督之事務直接或間接圖利者處 3 年以下有期徒刑，得併科 5 千圓以下罰金」，及第 130 條：「公務員誘惑所屬下級公務員犯第 119 條至第 129 條之罪者處所誘惑罪之本刑減輕二分之一」，並刪除原列於暫行新刑律詐欺取財罪章（本次修正改變章名為詐欺及背信罪）之第 386 條所規定之「官員處理公務圖利自己或第三人之利益或圖害國家公署背其職務損害國家公署之財產者」之處罰。其刪除理由為官員犯背信罪者加重其刑，於瀆職罪章第 131 條已有規定故刪（該規定條文內容為公務員假借職務上之權力機會或方法以故意犯本章以外各罪者加重本刑三分之一但因公務員之身分已有規定其刑者不在此限）[9]。

再於民國 8 年之改定刑法第二次修正草案，將原修正草案擬新增之第 127 條規定條文中「職務上」3 字刪除，並將該條文改列為第 141 條；原第 130 條改列為第 143 條[10]。草案之修改條文內容為第 141 條：「公務員對於主管或監督之事務直接或間接圖利者處 3 年以下有期徒刑得併科 5 千圓以下罰金」；第 143 條：「公務員誘惑所屬下級公務員犯第 133 條至第 142 條之罪者處所誘惑罪之本刑減輕二分之一」，在此時，公務員圖利罪之蹤影，算是輪廓清晰地浮現在檯面上。

第二節 公務員圖利罪之立法修法沿革

第一項 刑法公務員圖利罪之初次訂頒及立法理由

國民政府以改定刑法第二次修正草案為藍本，略加修正後，於民國 17 年 3 月 10 日頒佈施行中華民國刑法[11]（即舊刑法），公務員圖利罪現身在瀆職罪章中，第 136 條規定：「公務員對於主管或監督之事務直接或間接圖利者，處 3 年以下有期徒刑，得併科 5 千元以下罰金」，另有第 139 條關於教唆圖利之處罰規定，「公務員誘惑所屬下級公務員犯第 128 條至第 138 條之罪者，處所誘惑罪之本刑，減輕二分之一」，其雖係承自於改定刑法第二次修正草案，實則條文內容及修正理由皆起草於刑法第二次修正草案時，

[8] 法律草案彙編，修正刑法草案部，頁 8，113。
[9] 法律草案彙編，刑法第二次修正案部，頁 60-61，112-113。
[10] 法律草案彙編，改定刑法第二次修正案部，頁 20。
[11] 黃源盛，同註 7，頁 283~284；靳宗立，同註 1，頁 12；張嘉宏，同註 6，頁 8。

增訂之理由第 136 條為：「本條之罪為官吏所最易犯者，其影響於職務，實非淺鮮，故參照意大利法國荷蘭匈加利暹羅蘇丹等國增入本條」；第 139 條則為：「本條之罪，我國官吏有犯之者，及其發覺，則委諸屬員，查辦者，亦往往懲辦一二小官了事。仿外國法例，增入本條，以肅官方。及本條之罪，單以誘惑之行為而成立，若以被誘惑之人，實行犯罪，則為教唆犯，適用總則共犯各條」[12]。

舊刑法於瀆職罪章，新增公務員圖利罪，是我國對於公務員圖利行為視為瀆職，處以刑罰之起源，相較於「暫行新刑律」列屬詐欺取財罪章之第 386 條規定：「官員處理公務圖利自己或第三人之利益或圖害國家公署背其職務損害國家公署之財產者處二等或三等有期徒刑」，除該規定在規範體系上被歸類為詐欺行為（但本質為背信），因行為人為公務員之加重處罰，主要不同在於舊刑法之圖利罪未界定圖利對象，並刪除「圖害國家公署背其職務損害國家公署之財產」之構成要件，使得處罰之構成要件更為模糊不清，而且在立法理由中，對於處罰之原因，又僅以「本條之罪為官吏所最易犯者」一語帶過，以致於所處罰之行為態樣無法有清晰的輪廓，而條文之文義不明確，如執法者從嚴解釋，容易導致實質上無社會損害性之行為，也會招致刑罰。

第二項 刑法公務員圖利罪之第一次修正及修法理由

嗣於 22 年立法院設立刑法委員會草擬刑法修正草案，經 23 年 11 月三讀通過，於 24 年 1 月 1 日公布，同年 7 月 1 日施行，一般稱之為現行法[13]，該次修法將舊刑法第 136 條改列於第 131 條，條文內容修正如下：

公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者，處 1 年以上、7 年以下有期徒刑，得併科 7 千元以下罰金。

犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。

本次刑法之修正，對於圖利行為之處罰構成要件並未變更，但將刑度由處 3 年以下有期徒刑，得併科 5 千元以下罰金，提高為 1 年以上、7 年以下有期徒刑，得併科 7 千元以下罰金，另增訂第 2 項所得利益沒收或追徵之規定。其刑度之所以提高，根據當時立法院刑法委員會提交審議之刑法修正案要旨及現行法分則修正重點，窺知對於公務員瀆職罪之增修，係基於瀆職

[12] 靳宗立，同註 1，頁 155，158；張嘉宏，同註 6，頁 13；法律草案彙編，刑法第二次修正案部，頁 60-61。

[13] 林山田，中華民國史法律志（初稿），83 年 2 月，頁 495~8，靳宗立，同註 1，頁 22

行為如不嚴加處罰，則吏治永無澄清之望，故現行法除酌加公務員犯罪條文外，對於公務員之處罰一律加重[14]；增訂所得利益沒收或追徵之規定，其修法理由為舊刑法對於公務員犯直接或間接圖利之罪，無沒收及追徵價額之規定，似嫌疏漏，故增訂之[15]。

第三項 公務員圖利罪於貪污治罪條例之前身及訂頒、修正

在刑法既有之圖利罪規定之下，民國 50 年間立法院因當時公務員嚴重貪污瀆職，為嚴懲貪污與澄清吏治，提出增訂處罰之立法議案，於 52 年 7 月 2 日通過「戡亂時期貪污治罪條例」（為 81 年 7 月 17 日修正更名為「貪污治罪條例」之前身）[16]，公務員圖利罪規定於第 6 條第 1 項第 3 款，條文為「對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者，處 5 年以上有期徒刑，得併科 3 萬元以下罰金」，並於第 7 條規定，第 6 條未遂犯罰之；第 12 條規定，犯第 6 條各款之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。前項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之。其財產總額不足抵償應追徵之價額時，毋庸酌留其家屬必需生活費；第 18 條規定，犯本條例之罪者。不適用刑法假釋之規定。該等規定之制裁態度實與現代之法制有悖，堪稱為相當嚴厲之立法。以該條例之立法意旨實可註解為，犯該條例者淪為乞丐。反觀現在，對於公務員之處罰（如公務員懲戒法第 13 條），是否也陷入相同的思維模式，值得深思。

由於動員戡亂時期之宣布終止，於 80 年 5 月 1 日公布之憲法增修條文第 8 條規定，動員戡亂時期終止時，原僅適用於動員戡亂時期之法律，得適用至 81 年 7 月 31 日止，原「戡亂時期貪污治罪條例」勢必停止適用，故於 81 年 7 月 17 日修正更名為「貪污治罪條例」，而其立法目的仍揭示係為嚴懲貪污與澄清吏治而制定。

貪污治罪條例有關圖利罪，列於第 6 條第 1 項第 4 款，規定內容為「對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新台幣 100 萬元以下罰金」、「前項之未遂犯罰之」，相較於「戡亂時期貪污治罪條例」，構成要件及刑度未變更，且仍維持對於未遂犯之處罰（第 7 條改列為第 6 條第 2 項），但得併科之罰金由 3 萬元以下提高為 100 萬元以

[14] 靳宗立，同註 1，頁 23
[15] 靳宗立，同註 1，頁 160
[16] 余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 69

下。對於犯罪所得財物之處理，刪除「其財產總額不足抵償應追徵之價額時，毋庸酌留其家屬必需生活費」。另刪除第 18 條對於犯本條例之罪者，不適用刑法假釋之規定。或許是受到現代法治思潮之影響，也許是一種體認，公務員可稱之為公僕，但不可視之為公奴，回歸到一般公民應該有的刑罰處遇，但也是呼應時局不同了，畢竟已經解除戒嚴，對於刑罰之執行不應該再過度嚴苛，但是對於公務員之處罰，仍無法擺脫嚴峻之態度。

貪污治罪條例於 85 年 10 月 23 日修正，第 6 條之圖利罪修正為「對於主管或監督之事務，直接或間接圖私人不法之利益者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新台幣 3000 萬元以下罰金」、「前項之未遂犯罰之」，對於圖利對象修正明定為「圖私人不法之利益」，貪污治罪條例本次之修正，就圖利罪之構成要件與刑法做出區隔，呼應實務上的一貫見解，即最高法院自 31 年上字第 831 號判例，認為刑法第 131 條規定之圖利罪，係處罰瀆職，無論圖利國庫或圖利私人，均應成立該項罪名，懲治貪污暫行條例之圖利罪，則是注重懲治貪污，應以圖利私人為限，其圖利國庫者，則不包括在內；法務部 81 年 9 月 25 日訂頒公布之「檢察機關辦理貪污案件應行注意事項」第 1 點規定：「貪污治罪條例第 6 條第 4 款所謂之『圖利』，以圖利本人或第三人之私人為限，至圖利國庫，除合於刑法第 131 條之規定者應依該法條處斷外，不能成立本條款之罪」，故修法前之實務見解，即認為刑法及貪污治罪條例對於圖利罪之處罰有不同之範圍，但是貪污治罪條例於 85 年 10 月 23 日修正前之第 6 條第 1 項第 4 款條文內容，其構成要件之文字與刑法第 131 條一模一樣，何以司法解釋及行政規則，卻解釋出不同的適用範圍，令人費解，實缺乏刑罰規定應有之明確性與可預見性。

第四項 刑法與貪污治罪條例之公務員圖利罪規定之併同修法

刑法圖利罪於 24 年修正後，歷經了 66 年，終於在 90 年 11 月 7 日應實務上之需要再次修正，據相關文獻記載，該次修正係來自於社會壓力，學者認為，當時雷力風行整肅貪官污吏，許多公務員雖然最終無罪，但卻已經喪膽，或認為受到不公平待遇，而對於圖利罪之解釋，檢察官與法官又持有寬鬆不同的態度，造成圖利罪定罪率低，使該規定失去刑罰法規之安定性及可預見性，所以各級政府不斷向法務部要求修法將定罪條件明確化，並縮減

適用範圍，使公務員重拾勇氣，政府重建形象[17]；實務界亦有認為，圖利罪被廣泛使用做為起訴公務員涉嫌貪瀆犯罪，引起公務員強烈反彈，使公務員不敢勇於任事，妨害政務之推展，故而有修法之議[18]。另當時政府亟思促進經濟活絡，民間迭有反映圖利罪使公務員不敢勇於任事，行政院召開全國經濟發展會議，更有廢除圖利罪之議[19]。從圖利罪規定該次修正總說明，亦記載公務員執行職務時，因便民與圖利之難以區分，而不敢勇於任事，行政效率無法提升，造成國家整體競爭力之障礙。因此有必要修正圖利罪之構成要件，使公務員執行職務時，易於服務遵循，並使執法人員有一明確之執法標準，不致使守法之公務員徒增訟累[20]。

在這樣的社會情緒下，法務部 90 年 1 月提出刑法與貪污治罪條例之併同修正草案，刑法部分除圖利對象限定為「圖私人不法之利益」，並修正為結果犯，加列「違背法令」，貪污治罪條例修正為相同之構成要件，刪除未遂犯之處罰，90 年 2 月行政院將法務部提報之修正草案送立法院審議，立法院 90 年 10 月依行政院所提草案，僅將構成要件「違背法令」，修改為「明知違背法令」後，三讀通過[21]。

修正後之內容即為現行刑法第 131 條：「公務員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，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 7 萬元以下罰金。」「犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額」。其修正理由如下：

一、第一項除修正罰金額外，並修正為結果犯，其構成要件更加具體明確，俾公務員易於了解遵循，避免對便民與圖利他人發生混淆，而影響行政效率。

二、所需違背法令，該法令係指包括法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則等，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。因此，實務上對違背法令與不法利益之不法

[17] 李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌第 91 期，頁 161

[18] 黃虹霞，現行即 90 年修正後貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款違背法令之意義，萬國法律第 136 期，頁 70

[19] 江惠民，談公務員圖利罪之實務運用，檢察新論第 5 期，頁 169~170

[20] 立法院第 4 屆第 6 會期第 1 次會議議案關係文書-行政院、司法院會銜 90 年 2 月 27 日台 90 法字第 011821 號、（90）院台廳刑一字第 04990 號函

[21] 江惠民，同註 19，頁 170~171

內涵所作之判斷不完全一致，二者即仍有併存之必要，以免日後適用上產生窒礙。

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪，修正為「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」，並刪除第 2 項之未遂犯處罰。其修正理由與刑法第 131 條之修正理由大同小異，僅增加說明刪除處罰未遂犯規定之理由，係基於「修正圖利罪為結果犯，係使本罪構成要件明確化，並促進公務員勇於便民，如仍保留未遂犯之處罰，將無法達成預期目標」，刑法與貪污治罪條例之圖利罪規定，再度合體，對於所處罰行為之構成要件，又有一致的內容。

在此之後，貪污治罪條例之圖利罪較無實質上之修正，於 98 年 4 月 22 日再次修正第 6 條第 1 項第 4 款，內容變更為「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」，只是將修正前條文中「明知違背法令」其中「法令」之定義，於原修正理由提升為條文內容，其修法理由，係謂「法令」應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限，以達公務員廉潔及公正執行職務信賴要求外，更避免原條文及有關「違背法令」的範圍之不明確，致使公務員不敢勇於任事，延滯行政效率的不良影響，故以修正，以杜爭議。

為便於對照比較，茲將刑法及貪污治罪條例對於公務員圖利罪之規定及歷次修正，列表如下：

公布日期	刑法	貪污治罪條例
17.3.10	第 136 條　公務員對於主管或監督之事務直接或間接圖利者，處 3 年以下有期徒刑，得併科 5 千元以下罰金。 第 139 條　公務員誘惑所屬下級公務員犯第 128 條至第 138 條之罪者，處所誘惑罪之本刑，減輕二分之一。	
24.1.1	第 131 條　公務員對於主管或	

	監督之事務，直接或間接圖利者，處1年以上、7年以下有期徒刑，得併科7千元以下罰金。 犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。	
52.7.2		（戡亂時期貪污治罪條例） 第6條第1項第3款　對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者，處5年以上有期徒刑，得併科3萬元以下罰金。 第7條　第4條至第6條之未遂犯罰之。
81.7.17		第6條第1項第4款　對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者，處5年以上有期徒刑，得併科新台幣100萬元以下罰金。 前項之未遂犯罰之。
85.10.23		第6條第1項第4款　對於主管或監督之事務，直接或間接圖私人不法之利益者，處5年以上有期徒刑，得併科新台幣3000萬元以下罰金。 前項之未遂犯罰之。
90.11.7	第131條　公務員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	第6條第1項第4款　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

國立政治大學 National Chengchi University

	他私人不法利益，因而獲得利益者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 7 萬元以下罰金。 犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。	其他私人不法利益，因而獲得利益者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新台幣 3000 萬元以下罰金。
98.4.22		第 6 條第 1 項第 4 款　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，因而獲得利益者處 5 年以上有期徒刑，得併科新台幣 3000 萬元以下罰金。

國立政治大學 National Chengchi University

第三節 小結

我國對於公務員圖利行為之處罰，始於民國 17 年之刑法第 136 條「公務員對於主管或監督之事務直接或間接圖利者，處 3 年以下有期徒刑，得併科 5 千元以下罰金」，其立法理由為「本條之罪為官吏所最易犯者，其影響於職務，實非淺鮮，故參照意大利法國荷蘭匈加利暹羅蘇丹等國增入本條」，依當時之理由，完全無法了解其規範目的及功能，難道是只因為公務員有圖利行為？又因義大利、泰國等國有此處罰，本國刑法也必須有此規定，但是本國刑法規定大多繼受自德國，而該國並無處罰公務員圖利行為之規定，何以不從德國法？另外大多數國家也無此規定[22]，且從立法理由也看不

[22] 李茂生，同註 17，頁 160-161；李忠雄，公務員圖利他人罪之迷思，法令月刊，47 卷 10 期，頁 26-27；各國刑法彙編上冊，頁 607；下冊頁 1557

出圖利行為之可罰性，更不用說所保護之法益為何？

就「公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者」之文義，實難讓人理解其意義，受規範者也很難預見何種行為，會被視為圖利，將受到處罰。本來政府機關的重要任務，就是要興闢大眾之利益，何以公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖利，就因而成立犯罪，圖利罪之文義所設之處罰條件，與社會生活之實際狀況，產生邏輯上的矛盾，像這樣處罰規範內容不完足的規定，就能剝奪一個公務員的自由，實過於嚴苛。反觀前清時期，刑律分則草案第 365 條規定：「吏員當處理公務之際以圖自己或他人之利益或加害於國家或公所之宗旨背其職務損害國家或公所財產者，處二等或三等有期徒刑」，民國初年暫行新刑律第 386 條規定：「官員處理公務圖利自己或第三人之利益或圖害國家公署背其職務損害國家公署之財產者處二等或三等有期徒刑」，對於公務員圖利行為之處罰，較能有明確之處罰行為態樣，並揭示所指涉之犯罪行為所侵害之法益，使公務員知所遵循。

圖利罪之後的修法及貪污治罪條例之增訂，構成要件一直都沒有改變，對於處罰之刑度及罰金卻是一再提高，從 17 年刑法之 3 年以下有期徒刑；24 年刑法修正為 1 年以上 7 年以下有期徒刑；52 年增訂戡亂時期貪污治罪條例為 5 年以上有期徒刑，此後維持該刑度迄今，其間刑度之提高，猶如三級跳，同樣的犯罪行為，刑度竟如此快速竄升，其修法背景都是為了嚴懲貪污與澄清吏治。但是觀察當時之時代背景，從 17 年到 34 年長年處於戰亂，34 年以後雖然戰爭結束，卻處於極度貧困的農業社會，以及新政府的統治磨合期，在社會動盪、物資缺乏的年代，公務員貪污、趁機圖利自己，起因於社會秩序無法維持，所產生無可避免之惡，所以執政者採取嚴刑峻罰的手段，也就是亂世用重典，但是重罰有效果嗎？就猶如 43 年廢止之「懲治貪污條例」，當時廢止之理由之一就是：「政府實行勵精圖治政策，法治行政規模已具相當可觀性，因之，更凸顯出徹底根絕公務員瀆職現象並非全部依賴此一條例之嚴刑重罰即可收預期之效果」[23]，沒想到了 52 年，政府對苦心經營的「法治行政規模」喪失信心，又創造出「戡亂時期貪污治罪條例」，嚴刑重罰重現江湖。

圖利罪被廣泛運用且嚴刑峻罰，引起公務員強烈反彈，部分公務員執行職務並未獲得利益，卻被以圖利罪起訴，因此造成公務員為求自保，只能事

[23] 余振華，同註 16，頁 70

事謹慎，法令從嚴解釋，有學者形容公務員之行政行為，只要是涉及利益事務，都難逃圖利罪魔掌，這個規定究竟是為使公務員時時警惕，還是宣示公務員多作多錯、少作少錯，不作就沒錯[24]。當然會形成社會大眾認為公務員無法勇於任事，連偵辦人員對於圖利罪原規定也不滿意，認為該規定有欠嚴謹，偵辦不易，所以在此多方怨聲載道的情況下，終於催生圖利罪的修正，圖利罪於 90 年變身為「公務員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」，修正後的構成要件有比較明確嗎？實務執行上會比較不窒礙難行嗎?能夠達到讓公務員勇於任事的目的，而且不再圖利與便民傻傻分不清楚嗎?部分學者及實務界，持不太樂觀的態度[25]。

我國的公務員圖利罪誕生於兵荒馬亂的年代，雖然是承襲自義大利、泰國的規定，但是大部分國家並無此規定，頂多是稍微類似的公務員刑罰規定，所以有學者評論我國之圖利罪，為民國初年時土法煉鋼所煉製而成的刑罰法規[26]。立法當時的政府可說是一個尚未成形的政府，在行政上更談不上有任何法治基礎，公務員給社會大眾的觀感，以及事實上的行為，當然還是停留在前清時期貪污、作威作福的腐敗形象，而造就出這樣的公務環境，是源自於極度貧窮且戰亂的社會，大部分的物質資源，聚集於政府機關，當時所謂的公務員圖利罪之處罰，可能著眼於公務員掠奪政府物資圖利自己。

圖利罪訂定迄今 90 年，社會經濟環境已大幅轉變，政府體系結構的法制化，內控監督機制的強化、縝密，公務員想要掠奪政府物資圖利自己，已經不再有太大的可能空間，政府機關掌握的不再是物質資源，而是依法令得授予人民權利及利益，或擔負社會秩序、法律秩序維護者的角色，所以較可能產生的公務員圖利行為，轉變為違背法令圖利他人，所以必須要規範處罰的不法內涵已有本質轉變，且公務員素質已有大幅提升，對公務員的觀感，不宜停留在舊時代的既定印象，而對於其公務之執行，仍給予最嚴厲的檢視，和最嚴峻的刑罰，時代已經不一樣，公務員不再是民初小說中那種山寨主模樣，社會對於公務員不當行為的處罰視野，應該有所改變，期待公務員有所作為，就需先審視公務員刑罰，才能有新的契機。

---

[24] 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，頁 201
[25] 李茂生，同註 17，頁 160-161；江惠民，同註 19，頁 173；黃虹霞，同註 18，頁 71
[26] 李茂生，同註 17，頁 161

第三章 圖利罪之罪質及所保護法益

有關公務員圖利罪之罪質，國內學者有認為係屬公務背信性質；有認為屬瀆職罪中之濫權罪[27]，亦有因該罪規定於貪污治罪條例，將其歸類為貪污罪。另犯本罪之行為主體必須具備公務員身分，故屬於身分犯，而於刑法第131條於90年修正之修法理由中，則揭示將圖利罪修正為結果犯。但是有學者認為，修法理由所敘載的結果犯，是實害犯的意思[28]，即認為將圖利罪定位為實害犯是比較恰當的歸類方法。

學者之所以主張圖利罪之罪質，可認係為公務背信或濫權行為，係分析圖利罪所保護之法益而來。刑法之目的在於保護法益，犯罪規定必須有其保護之法益，為長久以來之學界共識，故保護法益之存在為刑罰規定的正當化基礎。公務員圖利罪是大部分國家所沒有的刑罰規定，而賄賂罪則是各國普遍存在之公務員犯罪刑罰，也是很古老的處罰規定，所以對於賄賂罪所保護法益之研究，已經有長久的歷史，尤其是德國與日本，各有多種不同的學理見解，但是圖利罪所保護法益，就很難從其他國家的研究中找出蛛絲馬跡，由於賄賂罪與圖利罪都是列於刑法的瀆職罪章，且一樣都出現在貪污治罪條例，依該條例以嚴懲貪污為目的，所以圖利罪很容易被認為其不法內涵屬貪污，而將賄賂罪所保護法益之論述，移植到圖利罪，但是賄賂罪與圖利罪這對連體嬰，一定要這樣一直連在一起嗎?還是需要動一下手術，從二者之間的差異做出發，做一下切割，各謀生路。本文將從法益的觀點，再做分析。

第一節 法益理論概述

第一項 法益概念的雛型

在學說上普遍認為刑法的目的在於確認刑罰的基礎，冀能達到保護法益的功能，而有「犯罪規定必須有其保護的法益」、「犯罪規定不得僅在保護意識形態」，以及不應有欠缺保護法益的刑事立法，法益概念有限制國家恣意制定刑法規定，隨意擴大刑罰權範圍的作用[29]等見解。國內學者有認為個別刑法規範是否有明確的保護法益，牽涉刑罰發動之必要性[30]，保護法益

[27] 許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，臺大法學論叢第43卷第3期，頁728-730
[28] 許玉秀，評析公務員圖利罪之修正，法學講座第4期，頁32
[29] 黃榮堅，基礎刑法學（上），95年9月，三版，頁22,23；王皇玉，刑法總則，103年12月，一版，頁26
[30] 李聖傑，家族相似性探討刑法典範之應用-以法益為核心，刑事法學的新視野，頁162

的必須存在，是相關犯罪類型入罪化的指標[31]。另有學者分析指出，透過法益概念才能清楚解釋犯罪構成要件的實質內容，法益的機能在於劃定入罪化處罰界限，如果立法者處罰某個行為，必須該行為損害法益或具有危害法益的潛在可能性[32]。有德國學者認為，在德國刑法學說中，將法益作為判斷可罰性基礎及界線的重要因素，對於歐洲法文化而言，是重要遺產之一[33]。

法益的概念起源甚早，為眾多法學者所關注研究之主題，法益概念之啟蒙開端，源自於義大利法學家貝加利亞（Beccaria），其於 1764 年發表的名著「論犯罪與刑罰」，其中的論述後來發展成為法益的概念[34]，在當時首先提出「刑法的目的是保障人類共同生活的基本條件」這個命題，認為法律是獨立且孤立的個人之間共同生活的條件[35]，主張國家刑罰權應限制在「社會的損害行為」上[36]。

之後在 19 世紀初有 Feuerbach 主張的「權利侵害說」，係由社會契約論演繹而來，認為國家刑罰權應限縮在對應於侵害權利的行為的範圍裡，並制定形式實定法告誡人民，對於觸犯者施以刑罰[37]，實定法之目的在保護個人與國家之權利，侵害國家權利稱為公罪；侵害個人權利稱為私罪。但是在如何的前提下，可認定為值得刑法保護的權利，則相當的不清楚[38]。

Birnbaum 在 1834 年發表的論文中揭示「法益」（有翻譯為法的財）概念，被視之為法益概念的起源，該說認為犯罪所以應予規範，乃在其對於法律所加以保護的益（Gut），有所侵害[39]，又認為權利不能被侵害，只有「生活中的利益」才是被侵害的對象，並提出犯罪是侵害或威脅了應由國家保護的財（益），其所謂財（益）的客體，有人、事物、生命、名譽、人格自由、財產，又創設公共財（益）的概念，做為宗教犯罪或風俗犯罪侵害的財（益）[40]，這樣的想法後來即被稱為法益，故有國內學者將其直接稱之為法益理論。此理論並發展出新的被害人論述，即「法益持有人」的觀點，除了具體個人、國家為法益持有人外，還包括社會整體，一個多數人連帶集結的共同關係，

[31] 李聖傑，侵害著作權與偽造文書印文罪之法益保護的思考，月旦法學雜誌第 104 期，頁 238
[32] 許恒達，刑法法益的概念的茁生與流變，月旦法學雜誌第 197 期，頁 139
[33] Claus Roxin,法益討論的新發展（許絲捷譯，月旦法學雜誌第 211 期，頁 258）
[34] 林鈺雄，新刑法總則，103 年 9 月，四版，頁 10
[35] 張嘉宏，同註 6，頁 49
[36] Claus Roxin, 同註 33，頁 259
[37] 張嘉宏，同註 6，頁 49-51
[38] 許恒達，同註 32，頁 140-142
[39] 柯耀程，刑法釋論 I，103 年 8 月，一版，頁 28
[40] 張嘉宏，同註 6，頁 53-55

當行為人干擾了共同關係的順暢機能，刑罰就可以正當的介入，也就是超個人法益概念的出現[41]。

第二項 法益理論的盛行及其反對學說

法益理論到了 19 世紀末葉，進入德國刑法理論的中心地位，當時法學大師 Binding、Liszt 分別提出狀態說及利益說。Binding 在 1872 年發表「規範論」，陸續提出對於法益的定義，所謂法益係指「從實定法的角度來看不應該變更、擾亂，而應予以維持的利益」、「在立法者眼中成為共同體之健全生活條件，以實定法盡力防範其不受侵害或危殆化之一切事物」，並強調規範是為了保護法益而存在，沒有不侵害法益的犯罪。像公共利益、公眾幸福、道德的概念不能作為法益，國家必須保護合於國家目的之整體狀態，所以被稱之為狀態說[42];Liszt 則主張利益說，認為刑罰目的是「保護法益」，法益則是「法所保護的人類生活利益」，是前於實定法的生活條件，也將犯罪分為對個人的犯罪以及對全體犯罪，所謂「全體」包含國家及社會[43]。

在此之後，更有許多學者對於法益理論進行深入的探討，並嘗試對「法益」做出更明確的定義，在第二次世界大戰之後，以法益概念限制立法者之處罰權限的想法，發展成政治改革討論的重要課題。法學大師 Roxin 主張應將刑罰的目的限制於「保護法益」[44]。認為「個人法益」是指「對於個體的自由發展、基本權的實現和以這個目的為基礎國家體系之正常運作而言是必要」的事實情狀或設定的目標，另只能單就作為「最終有益於個體生活條件」這一點來承認整體法益。而且呼應 Beccaria 等人所建構之社會損害理論，指出只有在能指出真正的損害在哪裡時，才可能侵害其存在和發展條件[45]。而純粹的道德、感受、禁忌；不可捉摸而抽象的保護客體；特定的價值觀或者設定目標等，不宜列屬為法益[46]。歸納而言，法益保護必須有防止社會侵害的作用，如果沒有損及他人的利益，還不足以被認定為犯罪行為[47]。

雖然法益理論為刑法學說中的主流，但仍有其反對主張，Jakobs 自 1970

---

[41] 許恒達，同註 32，頁 142-143
[42] 張嘉宏，同註 6，頁 57-60
[43] 張嘉宏，同註 6，頁 60-61，85
[44] Claus Roxin, 同註 33，頁 261
[45] Claus Roxin, 同註 33，頁 263
[46] Claus Roxin, 同註 33，頁 264
[47] 李聖傑，同註 30，頁 144

年代大力提倡規範理論，認為透過刑罰有效地節制人的行動，才是有效保護法益的方法。由刑法清楚宣示，社會成員不得實施之可能損害法益行為，產生行為規範，社會成員倘不理會刑法的誡命規範，則對行為人科予相當的行為制裁[48]。法益的保護必須依賴社會成員穩定的規範價值認同，行為基本價值觀的建立，才是刑法的基本任務[49]。以規範理論學者的論述，刑法的目的不是法益保護，而是在建立規範不可破壞的確信及其有效性，執行刑罰可以達到刑罰的目的，社會的運作型態獲得確認[50]。

法益理論及規範理論的擁護者，雖然在形式上的論述相當對立，但是實則是對於刑法的存在目的，處於不同面向的探討，規範理論似乎是從結果面，針對侵害行為結果的發生，以一般預防的觀點，推導出刑法做為行為規範的絕對必要價值。但似為倒果為因的論述方式，以侵害行為結果的產生，再反觀推崇其處罰規範的重要性，只是在重申人類社會固有的教條信仰，雖然刑罰對於犯罪行為的抑制效果，是人類社會長久無法抹滅的信念，也是群聚生活維持秩序及生活條件，不得不然的手段，但是規範理論對於各種犯罪類型的處罰立論，難以說明各刑罰規定存在之必要性的源頭，即無法說明其可罰性。

相對的法益理論，是從犯罪的開始，即犯罪源頭侵害行為的內涵進行分析，探究其損害的實質，而不是以直覺式的或社會感受，率然認定行為的可罰性。就一個刑罰規定而言，必須能解析出其入罪理由，才能獲得社會認同，這樣的刑法規定才能達到宣示效果，而讓大多數人信服遵從，也就是規範理論者所強調的形成社會成員對規範價值之認同，以建立行為基本價值觀，所以法益理論與規範理論應該是相輔相成，處於互補關係，才能完整論述刑法存在的目的。

雖然法益理論遭反對者評論為法益的概念不明確、欠缺清楚的定義，難以做為刑罰的前提及設立處罰界線[51]，但是無需如此悲觀，從法益理論的發展過程，雖然是學派眾多，對於法益的定義眾說紛紜，但仍然有其共同脈絡，以刑法所處罰之行為，須對個人或社會共同生活利益，造成實質的損害或危險，為其基本條件，再對不同犯罪類型，為處罰門檻的設定，也已成為刑罰

[48] 許恒達，同註 32，頁 148
[49] 黃榮堅，同註 29，頁 41
[50] 李聖傑，同註 30，頁 145；Claus Roxin, 同註 33，頁 277
[51] Claus Roxin, 同註 33，頁 263；許恒達，同註 32，頁 134-135

規範的普遍模式。尤其是科技的進步，導致社會生活方式不斷改變，對於新衍生的侵害行為態樣，是否應該增設刑罰規定予以處罰，有賴分析是否存有侵害法益為前提，以限制立法者增列刑罰規定之恣意，是未來不斷轉變的社會，一個維持秩序、共生共榮的重要關鍵。

第三項 超個人法益之正當性

國內學者對於法益有將其簡單的定義為刑法所保護的生活利益，或者必須以法律的規範來保護的人類生活共同利益[52]。而刑法保護法益的功能，在於藉由行為侵害法益的檢視，成為依循罪刑相當考量刑罰適當性的重要標準[53]。在學說上將法益分類為個人法益及整體法益，個人法益如生命、身體、自由、名譽、財產等，為來自於社會一般人高度同質性生活，所感受而接受其為生活之利益；整體法益則指不特定範圍之社會多數人的利益，又區分為社會法益及國家法益[54]。又有將整體法益稱之為超個人法益，學者論述其本質是使個人得以開展人格、自由，使其權利得以運用、保障及實現的法律秩序、機制及制度[55]。本文所探討之公務員圖利罪，則列屬為保護國家法益之刑罰規定。

超個人法益所保護的是全部社會人共同之利益，對於此所指之共同利益，在學理上產生一元論與二元論之不同見解[56]。一元論認為超個人法益可以還原為個人法益的項目，與個人法益間僅具有量差關係，所謂社會並非超個人存在的一個實體，乃多數人之集合，所以社會法益，非以社會為主體所享受之法益，係社會上不特定多數人個人法益之集合體；二元論則認為超個人法益為個人法益項目以外之獨立法益項目，社會是超越個人而存在，為了保護多數個人之共通利益，將個人利益抽象化、一般化形成獨自的領域[57]。

刑法保護超個人法益之規定，以其法益內涵，是否得以還原為個人法益，學理上產生處罰侵害超個人法益正當性問題之爭論。有學者認為，實定法規範之侵害超個人法益的犯罪，如果該法益無法被還原為個人法益的話，這個犯罪的刑罰規定就缺乏實質正當性，國家或社會等超個人法益，無論如何都

[52] 黃榮堅，同註 29，頁 25；參閱李聖傑，妨害性自主：第一講保護法益，月旦法學教室第 19 期，頁 98
[53] 李聖傑，從例外狀態考量財經刑法的新課題，月旦刑事法評論第 1 期，頁 20
[54] 黃榮堅，同註 29，頁 25-27
[55] 王皇玉，同註 29，頁 27
[56] 黃榮堅，同註 29，頁 29
[57] 黃榮堅，同註 29，頁 29；陳子平，刑法各論（下），頁 1

必須以個人為依據[58]。另外從法律作為保護人的利益出發點，任何脫離人的保護的基本意義者，都欠缺法規的正當性基礎。國家與社會若不是以多數人集合體的意義出現，而是以獨立於個人以外的存在體出現所塑造出來的利益說法，可能背離人民真正可以感受到的利益狀態[59]。

然而從實定法上之觀察，某些超個人法益可以還原為個人法益的項目，如公共危險罪，但有一部分超個人法益無法分析出有保護個人法益之內涵，如妨害公務罪[60]。有國內學者認為，保護超個人法益的項目，必須符合一般人民的具體感受，而不僅是建立在文字上的幻覺或少數利益的需求上，如保護善良風俗的犯罪規定。超個人法益與個人法益不是絕對的一元關係或二元關係，超個人法益不限於刑法所保護之個人法益的集合，但是必須是多數社會人可以感覺到的利益關係[61]。另外有學者認為，國家並非超越個人所存在之實體，係由憲法賦予為保護個人生活利益而存在之組織體，國家法益並非以國家為主體所享受之法益，係指為保護人民生活利益所不可或缺之外部前提條件，此等前提條件之破壞，招來社會生活的混亂，亦侵害個人生活利益之安全，也就是國家組織、社會制度，均非目的本身，國家、社會組織或制度所以受刑法保護，在於其確保人民之生存及自由發展而已[62]。

有日本學者則認為，必須限定超個人法益犯罪的範圍，只有對於個人法益有侵害或有危險存在的情形，才可認為構成侵害超個人法益的犯罪，將個人法益侵害之犯罪成立，設定為侵害超個人法益犯罪成立的必要條件或外部界線，以論證超個人法益存在的正當性或保護需求性，以防止獨裁，及避免以保護超個人法益之名，採取的政治性緊急行為，而引發的刑罰濫用[63]。

第二節 圖利罪所保護法益之學說見解

我國公務員圖利罪置於刑法之瀆職罪章，又出現於貪污治罪條例，被歸類於侵犯國家法益之犯罪，為向來毋庸置疑之共識，但是對於所侵害之國家法益內涵，尚仍是眾說紛紜，由於大多數國家無圖利罪之處罰，實無法從其他國家之學說理論再為延伸探討，國內對於圖利罪之保護法益之研究，多半

[58] 張嘉宏，同註 6，頁 87-89
[59] 黃榮堅，同註 29，頁 28-29
[60] 黃榮堅，同註 29，頁 29；張嘉宏，同註 6，頁 88-89
[61] 黃榮堅，同註 29，頁 30-32
[62] 甘添貴，刑法各論（下），103 年 9 月，修訂三版，頁 371；王皇玉，同註 29，頁 28
[63] 張嘉宏，同註 6，頁 91-92

從瀆職罪之整體共通法益，或同為公務員犯罪之收受賄賂罪或濫權罪，由該等犯罪既有之學說理論做比較分析後，試圖定義出圖利罪所保護之法益內涵，而認為收受賄賂罪與圖利罪所保護的法益是相同的學者，不在少數。

第一項 賄賂罪之法益理論

對於圖利罪所保護法益，國內學者看法大多係由賄賂罪之法益所推導而出，故其釐清，必須從有關賄賂罪之各種法益理論說起，其起源於羅馬法的職務行為不可收買性說，以職務行為不得作為利益之對價的思考；日耳曼法的職務之不可侵犯性，以職務行為有不公正地被執行為要件[64]，以此二學說為基礎，衍生出日後德國及日本眾多不同的理論，德國學說認為賄賂罪所侵害之法益有國家意志的實現、公務的廉潔性、公共行政之正直性及公正性、國家行政之功能作用、執行公務之無可收買的可能性、公眾對於國家的信賴、法治國行政機關形象之國家利益[65]，似乎仍未脫出於羅馬法、日耳曼法的思考範圍，多半為抽象而無法具體化的理念，所描述的法益只是一種虛無飄渺的存在。有國內學者將上述理論，歸納整合為下列四類[66]：

一、國家意志的阻撓與竄改

二、執行公務的純潔與真實

三、公務行為的無酬性

四、社會大眾對於公職人員及公務行為的信賴

至於日本學說對於賄賂罪所保護之法益，亦是處於百家爭鳴狀態，有職務不可收買性說、職務公正性說、公務行為之公正性以及不可收買性說、信賴保護說、純粹說，以及將以上學說綜合運用的觀點等[67]，與德國學說極為相似，其中信賴保護說與純粹性說處於相對抗的態勢，信賴保護說認為刑法所保障的不是一種單純的國家法益，刑法保障的利益必須能解釋成歸諸於人民，貪污罪的保護法益應該是人民對於公正地執行的職務的信賴。純粹性說則是將公務員倫理的忠誠義務與職務公正性說連結的學說。對於信賴保護說有相當多的批評，認為民眾的信賴僅是公正職務執行的反射，所謂的信賴是非常抽象、不明確[68]。

---

[64] 陳子平，同註 57，頁 523

[65] 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，頁 34-35

[66] 林山田，刑法各罪論（下），95 年 11 月，五版二修，頁 70-72

[67] 陳子平，同註 57，頁 523；李茂生，同註 17，頁 162-163

[68] 李茂生，同註 17，頁 162-163

信賴保護說為日本之通說，但是其反對者除提出上述批評外，針對該說在實務運作上之分析，受攻擊較為致命的缺口，是對於公務員職務公正之信賴無法量化，是否有侵害信賴之情事?又如何判斷是否侵害社會通念上對公務員之信賴，尤其是對某些無具體職務權限之公務員，在具體個案之認定上似有困難[69]。

國內學者對於賄賂罪所保護之法益的見解，大多不引用國家意志、公務行為不可收買性，比較接近日本的職務公正性說或信賴保護說，而各有不同的支持者，亦有二者兼採的看法。以上三說的論述分別如下：

一、職務公正性說：公務員執行職務收受賄賂，不管執行職務是否違法，皆已形成人民對於公務行為可以收買的觀念，金錢可能影響或支配國家任務行為，則國家任務依法行政的公正性原則，都可能變形。職務連結關係上的收受賄賂，是立法對於其危害依法行政的當然認定，故收受賄賂罪保護之法益是國家任務行為的公正性。質疑公務員之廉潔性、公務行為之無酬性、社會大眾之信賴為依法行政概念之周邊現象，對於法益的表達並不精確。另有進一步闡述，受賄行為侵害支持行政有效運作所必須之中立性與平等性，公務員就合法職務受賄，破壞行政有效運作之周邊條件而值得處罰，違背職務受賄則是額外提升職務行為不符真正國家意志之危險[70]。

二、信賴保護說：賄賂罪所保護之法益為國民對於公務員廉潔及公正執行之信賴，亦即國民對於公務員不得收受賄賂等法定以外之不法報酬，而應公正執行職務之信賴即國民之信賴。對於「職務公正性說」則批評，假設公務員合法公正執行職務，而收受不法報酬，並未侵害公務執行之公正，即認為無法合理解釋職務公正性適合作為違背職務之受賄罪所保護之法益，另認為「職務行為之不可收買性或廉潔性」係以國家權威或公務威信做為保護法益，已不合時宜[71]。

三、兼採職務公正性說及信賴保護說：賄賂罪所保護之主要法益為「職務行為之公正性」，即便職務行為被公正地執行，如公務員就關連職務之事件收取賄賂，將喪失國民對於公務之信賴，而有害於公務之妥適運作，

[69] 曾淑瑜，刑法分則實例研習：國家、社會法益之保護，修訂二版，頁 12-13

[70] 黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，台大法學論叢第 38 卷第 4 期，頁 318-319；薛智仁，公務員圖利罪之立法商榷，檢察新論第 19 期，頁 25

[71] 甘添貴，公務員之操守及刑事責任，月旦法學雜誌第 18 期，頁 30

因此「社會對於公務員等職務公正之信賴」為賄賂罪之第二保護法益[72]。另有學者則認為，係確保公務行為的純潔與真實，阻止公務行為的可賄賂性，確保社會大眾對公職人員及其公務行為的不受賄性或不可收買性的信賴，並使國家意志不因公職人員的行為受阻撓或竄改[73]。

新近有學者主張「資源公平分配」之新法益概念，認為牽涉公權力之貪污行為，因有公權力之人不依法行政，可能侵害人民之生活利益，從資源公平分配角度，公務貪污行為可區分為獲利型及圖利型；單純瀆職行為則屬國家效能的破壞，如委棄守地罪，既不是獲利型也不是圖利型。貪污行為得以「資源公平分配」作為上位概念，將其共同保護法益定位為「經由國家權力合理分配國家資源的公平性」，把資源當作保護法益的客體[74]。

我國實務上對於賄賂罪所保護之法益，有認為係國家公務執行之公正，如最高法院 28 年台上字第 3136 號判例、69 年台上字第 1414 號判例、105 年台上字第 1578 號判決，另有認為賄賂係破壞公務員之不可收買性及廉潔性，如最高法院 102 年台上字第 1640 號判決。

第二項 我國學者對於圖利罪所保護法益之論述

國內學者大部分認為圖利罪與賄賂罪之不法內涵極為相似，故對於圖利罪所保護法益之論述，常引用有關賄賂罪之法益理論，認為二者所保護法益相同，縱使解析圖利罪與賄賂罪之不法內涵不盡相同者，亦將犯賄賂罪所破壞之法益內涵，延伸運用到圖利罪，大致而言，多數學者認為圖利罪所保護法益為職務之公正性，或國民對於公務員廉潔及公正執行之信賴，即前述之信賴保護說，茲分述如下：

一、職務公正性說

國內學者對於圖利罪所保護法益之論述，以職務公正性說為出發點者，其論述之內涵可再細分如下：

（一）公務執行的公正廉潔

瀆職罪的共通特質為侵害公務的公正性，因此，不違背職務的受賄罪才有處罰的理由。至於圖利罪，當公務員已經違背法令進行圖不法利益時，公務的公正性已經遭到破壞，私人因而獲得不法利

[72] 陳子平，同註 57，頁 524
[73] 林山田，同註 66，頁 72
[74] 李聖傑，貪污治罪條例與刑法典之整併，月旦刑事法評論第 7 期，頁 73~74

益，對公務的公正性是實害，縱使未獲得不法利益，就公務的公正廉潔而言是一種危險，這個危險本身已經是一個實害[75]。

（二）依法行政原則

瀆職罪的規定在確保公職務必須被正確行使，即學說所謂公務行為的公正性，具體意義是依法行政。瀆職罪章各犯罪類型的核心意義，係以依法行政原則作為保護法益，圖利罪屬於處罰瀆職的性質，圖利他人可以構成犯罪，顯然所考慮的是依法行政的法益保護[76]。

二、信賴保護說

學者認為公務員不得奢求法定以外之報酬，影響國民對其執行公務之信賴。公務員操守犯罪之保護法益，不問為賄賂罪抑或圖利罪，實為國民對於公務員廉潔及公正執行職務之信賴，簡言之，應以「國民之信賴」為保護法益[77]。另有學者為使本說「國民之信賴」之法益內涵，更具說服力，對之再予分析解構，而有下列二種論述：

（一）信賴法益之侵害以圖利的結果為內容

瀆職罪章的法益是民眾對於公務員執行職務公正性的信賴，此信賴內容可以用各種犯罪的相異構成要件加以明確化。瀆職罪中屬於具體職務的犯罪，可區分為利益交換（貪污）、人民權益侵害（濫權）等二種類型，圖利罪應該是屬於濫權類型，公務員圖利自己或他人，該利益終究是要來自某處，不知情提供出這種利益的人（私人或國庫），都可說是利益受損。圖利罪保護法益的內容，要靠獲利的結果來加以補充[78]。

（二）財產損害為信賴法益減損的判斷門檻

對國家公務公正運作的信賴利益，是透過眾多國民的認同，而累積建立的集體意識，什麼情況下累積性認同受到損害不易判斷，當個案事實越過信賴崩解的臨界點，刑罰必須介入處罰，透過制裁重建信賴。圖利罪為連結行政系統財產管理信賴的刑罰介入，應該要有較嚴格的門檻限制，宜以透過國庫或具體個人的財產損害，為

[75] 許玉秀，同註 28，頁 32
[76] 黃榮堅，同註 70，頁 308
[77] 甘添貴，同註 71，頁 30
[78] 李茂生，同註 17，頁 163-165

人民信賴的減損依據[79]。

新近學者主張「資源公平分配」之新法益概念，認為牽涉公權力之貪污行為，因有公權力之人不依法行政，可能侵害人民之生活利益，從資源公平分配角度，公務貪污行為可區分為獲利型及圖利型；單純瀆職行為則屬國家效能的破壞，既不是獲利型也不是圖利型。貪污行為以「資源公平分配」作為上位概念，其共同保護法益為「經由國家權力合理分配國家資源的公平性」，設計個別行為類型，呈現不同強度之規範[80]。

綜上，國內學者對於圖利罪所保護之法益，無論採何種看法，幾乎都是將圖利罪及賄賂罪所保護之法益畫上等號，而對於賄賂罪所保護法益之研究，係經歷長久的演進，而形成各種不同見解，至於圖利罪所保護之法益內涵分析，除主張「資源公平分配」、「財產損害為信賴法益減損的判斷門檻」者外，大部分是將賄賂罪之闡述，直接毫無保留且原封不動地運用在圖利罪上，並未就該二不同犯罪類型，所存在的不法內涵差異，對二者所保護之法益，再有更細膩的區分。

至於實務見解，對於圖利罪及賄賂罪所保護法益的看法，似乎略有區隔，賄賂罪部分，早期最高法院 28 年台上字第 3136 號判例、69 年台上字第 1414 號判例係採職務公正性說；圖利罪則採信賴保護說者，貪污治罪條例第 6 條於 98 年 4 月 22 日修正時，其修法理由，即敘載該條文之「明知違背法令」其中「法令」應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限，以達「公務員廉潔及公正執行職務信賴」要求……。似認為圖利罪所保護法益為公務員廉潔及公正執行職務之信賴，其後最高法院 97 年度台上字第 931 號、103 年度台上字第 3389 號、103 年度台上字第 3571 號判決，認為公務員明知違反執行職務所應遵守之法令，而濫用其裁量權，致影響裁量決定之公平性與正確性，圖取自己或其他私人不法利益，因而獲得利益，係破壞國民對公務員廉潔及公正執行職務之信賴。

第三節 小結

就前述國內學者之各家看法，對於賄賂罪保護之法益採職務公正性說者，對於圖利罪亦採該說；對於賄賂罪採信賴保護說者，對於圖利罪即亦採

[79] 許恒達，同註 27，頁 738-742
[80] 李聖傑，同註 74，頁 73~74

同於該理論之說理。但是收受賄賂罪與圖利罪在犯罪行為的實質內容，卻存在很大的差異，二者之間是否適合以相同的論述，來詮釋其所保護之法益，值得再予探究。

收受賄賂罪與圖利罪雖同屬公務員為主體之犯罪類型，但是在犯罪行為態樣上的相同點，只在於違背職務收受賄賂罪有違背職務之行為，圖利罪亦然，二者最大不同在於不法利益的流向，收受賄賂罪是由行賄者將財產利益移轉公務員，圖利罪之圖利他人行為，不法利益則流向私人。只是在其共通點上，職務公正性說及信賴保護說指出該二者對於社會造成的侵害危險性，但是卻只說中賄賂罪與圖利罪間的重疊點，也就是其核心要素，不過對法益尚未有完足的描述，尤其是賄賂罪。所以有學者採綜合說，將德國歷來對於賄賂罪的法益理論如國家意志的阻撓與竄改、執行公務的純潔與真實、公務行為的無酬性、社會大眾對於公職人員及公務行為的信賴等整合，如此對於賄賂罪所保護的法益，才算是完整的註解；主張「資源公平分配」之新法益概念，則是對於貪污行為所侵害之法益內涵，有更具體之描繪，不再如歷來學理，像是空中樓閣般的抽象形容，對於貪污行為成立犯罪之檢視，有助於朝向較為合理化之發展。

第一項 賄賂罪所保護法益的核心

先就賄賂罪而言，職務公正性說及信賴保護說，前者以賄賂侵害的法益為公務行為的公正性，後者則認為係侵害國民對於公務員廉潔及公正執行職務之信賴，二者雖各有支持者，且係處於略為對立的見解，但是在二者論述內涵，實則無太大差異，前者強調公務員應依法行政之公正執行公務的外觀；後者是公務員不依法行政所破壞公務公正執行之信賴，只是描述手法的略有不同，職務公正性說所形容的是賄賂產生的先階段效應；信賴保護說是演繹進一步的後續影響，其實都是抽象、無法具體化的表徵或人民的情緒累積，尚未達到法益作為刑罰發動之必要性指標，應該有的危害社會共同生活利益的明顯輪廓，即對社會損害性的描繪不夠具像，雖然已相當接近地指出社會整體利益的可能損害點在哪裡，但是就像是灰姑娘的玻璃鞋，不是穿在灰姑娘腳上，沒有完全合腳，也像是沒有射中槍靶的靶心，落點只在槍靶的外圍，那一點小小的差距，就是未指出賄賂實際所損害的具體「利益」為何？又如超個人法益一元論者所主張的，未具體陳述出能還原的保護個人法益

內涵。

對於賄賂行為所損害之法益，以職務公正性說及信賴保護說之描述，所以尚未能還原出保護個人法益之內涵，係因為賄賂個案所連結之公務員職務上行為，倘係未依法令執行，該職務上行為並不一定會造成公庫或私人利益之損害，亦無法衡量已達到對公務執行「信賴」崩潰的程度，而確實足以造成信賴利益之損害，而必須以刑罰制裁，所以職務公正性說及信賴保護說，尚無法完全涵蓋形容賄賂罪所保護的法益。

賄賂罪所保護的法益，應該得以再更具體地描繪，找出其立於保護超個人法益地位，並得以還原侵害個人利益的立論點，本文認為，賄賂是對於國家法治制度的破壞，是人民依法令得向政府取得之法律上利益，卻需額外支付報酬之制度性破壞，而且造成行賄人財產之損害，或增加履行其他不必要之作為，另外如賄賂行為廣泛性地在社會上蔓延，形成全面性的社會陋習時，更會造成大多數人，於向政府行使依法令規定當然應得之權益時，不得不向公務員額外給付財產或作為的利益損害，也就是法治體系所塑造的制度上共同生活利益遭破壞，所以賄賂所造成的是個人利益之損害，且將會是社會上大多數人之利益損害，也就是依法律應享有的社會共同生活之「法治利益」受侵害，也將造成國家資源分配的不公平，而不單只是職務公正性或對公務公正執行之信賴等抽象利益概念。

第二項 圖利罪所保護法益的界定

賄賂所損害的利益是在法治制度下，人民超出於法律規定，額外給付公務員財產或作為，而且給付的內容沒有固定標準，其質與量因人而異，這個具體的利益損害，是從刑法規定的圖利行為中所沒有的，這也是本文所認為，不宜直接將賄賂罪所保護的法益，套用在圖利罪上的最大理由。

將職務公正性說及信賴保護說運用到圖利罪，來說明該犯罪類型所保護的法益，更覺得不夠踏實，只不過是將一個抽象的概念，即未依法行政所呈現的不公正「現象」，作為刑罰的成立基礎，其立論點過於薄弱，必須要再重新檢視，法益的功能在於藉由行為侵害法益的檢視，成為刑罰適當性的標準，刑罰規範是否有明確的保護法益，牽涉刑罰發動之必要性，所以法益必須是一個具體的利益，一個可以透過演繹說明的社會生活共同利益，如同前述國內學者所主張的，就超個人法益而言，縱使不是刑法所保護之個人法

益的集合，但是也必須是多數社會人可以感覺到的利益關係，而不僅是建立在文字上的幻覺或少數利益的需求上。所以要重新檢討的是圖利罪破壞何種社會共同生活「利益」。

就職務公正性說的觀點，係以依法行政原則作為圖利罪之保護法益，當公務員已經違背法令進行圖不法利益時，公務的公正性已經遭到破壞，太過於強調行為不法，而忽略結果不法，認為違背法令的行政行為，就已經造成社會利益的損害，但是在這裡所指的利益太過於抽象，如果從每個個案中觀察，並不是每個案例，違背法令必定會產生國家或社會或個人的利益損害，縱使經過多層次的推衍並仔細的觀察，在某些行政事件依然找不出實質的利益損害在哪裡，所造成的只是在不同的人民之間的不公平現象，這樣的公務行為一定要用刑法處罰嗎?以行政懲戒，難道無法達到處罰效果嗎?這也是刑法之最後手段性問題，必須其他處罰手段達不到效果時，才動用刑法侍候。

對於何以某些行政行為違背法令，分析不出有實質的利益損害，可能的原因至少有以下二種：

一、政府組織的龐大與功能的複雜，並不是所有機關所掌事務，或所有法令規定，都牽涉龐大利益或大多數人的公益，很多的機關的職掌及許多的法令，處理的只是雞毛蒜皮的小事，就算處理錯誤也不會對任何人造成傷害。

二、某些法令甚至法律，規範的不知所以然，沒有清晰的規範目的，所設定的禁止或限制條件，未必確實能防杜國家或社會或個人利益的損害，在沒有很堅實的說理下，只是因為在草擬法案時的直覺式立法，或社會輿論壓力，這樣未經深思熟慮的規定，只有落實到行政執行面時，才能體現出其不合理之處。

所以就算是違背法令的公務行為，也不會造成任何人的利益損害。而學者所主張「單純的規範維護並不適合定位為發動刑罰的唯一要件。法益保護成為國家刑罰權正當性檢視，重點應該置於個別具體案例行為人對於法益破壞的行為可能，而不只是強調所謂義務的違反」[81]，對於圖利罪的處罰，極具理念上的重要性。

雖然有些學者認為圖利罪屬公務背信性質，但是很少有人將圖利罪與

[81] 李聖傑，名不正事不成-與公務員登載不實，月旦法學教室第 142 期，頁 31

業務背信等同視之，刑法第 342 條背信罪規定：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處 5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 50 萬元以下罰金」，其中之構成要件「致生損害於本人之財產或其他利益者」，明確揭示背信行為所侵害之法益，使該犯罪行為之處罰具備正當性之立論，但是在圖利罪規定卻沒有這樣的構成要件，而讓人懷疑圖利罪所保護的具體法益在那裡?必須要明確的利益侵害論述，才具有入罪化之正當性，而不是一有違背法令且獲有利益，即具可罰性。況且有外國學者將公司比擬為「私人政府」[82]，足見現今社會經濟的極度資本化，私人企業規模之龐大，其所產製的社會功能與影響力已不亞於政府，所以公務員做為政府的員工，不一定要科予高於私人企業員工的刑責，私人企業員工的違背任務行為，必須有使其雇主造成財產利益之損害，才以刑法加以處罰，故對於政府員工違背職務行為，也必具備類同於這樣的利益侵害，才須科予刑責。

信賴保護說所主張，圖利罪所保護的法益是民眾對於公務員執行職務公正性的信賴，也是無法掌握及具體化的可罰基礎，有德國學者認為，刑法基本上不保護……權利主體的心理狀態。信任就如同對「法和平性」的保護，是處於一個過高也過於抽象的層次，而不應做為刑法保護客體[83]。亦有日本學者提出如前述之質疑，對於公務員職務公正之信賴無法量化，是否有侵害信賴之情事如何判斷?也就是個案的違背法令圖利行為，是否達到動搖民眾對公務員的信賴，很難有認定的標準，此說在出發點上，與職務公正性說所強調的公務員應依法行政的公正性要求，其核心價值頗為雷同。的確，做為公務員的核心理念，即為依法公正地執行職務，不可辜負人民的付託及信賴，但是這種行政上的責任與群眾期待，是否適宜直接援用作為刑罰的基礎，將其論述為圖利罪所保護的法益？以刑法之謙抑性及最後手段，其立論仍嫌薄弱，尚須再進一步指出實質的利益侵害。

本文認為，賄賂罪是法治制度下人民依法應享有之公民權益，需額外付出利益方能取得，其實質的利益侵害，在於法治制度的破壞，造成人民的額外付出，將造成國家資源分配的不公平，簡言之，就是「法治利益」之侵害。而圖利罪與賄賂罪之同質性，在於行為人均是對法治運作之公正性的破壞，

[82] 參閱劉連煜，現代公司法，105 年 9 月，增訂 12 版，頁 21-22
[83] 參閱 Claus Roxin, 同註 33，頁 272

及造成國家資源分配的不公平，但是圖利行為並無人民需額外付出之利益損害，也就是不存在賄賂罪前述之實質性利益侵害；圖利罪之罪質及不法行為內涵與業務背信罪反而較為相近，同屬於執行職務時之不法行為，而造成利益侵害（業務背信罪為本人之財產或其他利益；圖利罪為國家資源公平分配之利益），所以圖利行為之個案違背法令，必須具備類同於業務背信罪，有「致生損害於本人之財產或其他利益」之實質性利益侵害要素，才是對於圖利罪所保護的法益，有明確而具體的描繪，方足以架構圖利行為必須施以刑罰之正當性。

圖利罪所保護的法益，本文主張以職務之公正性、國民之信賴及國家資源分配之利益為核心，而衍生之「公庫或私人之財產或其他利益」，當公務執行的違背法令，動搖國家資源分配之公平性時，將產生一體兩面之效應，可能形成公庫財產或其他利益之侵害，或有可能造成私人財產或其他利益之損害，只有在公庫或私人財產或其他利益之實質侵害業已形成，方為處罰之前提，因個案之違背法令，實無法判斷造成法治制度的侵害程度（即增加社會對職務公正性負面觀感及缺乏信賴之強弱程度），而達到必須以刑法處罰之違法性，故僅以無法衡量且抽象的法治制度下職務公正之破壞，作為刑罰的基礎，有違刑法之最後手段性，只會形成刑罰濫用及受規範者的不安與恐懼。所以執行公務違背法令時，除造成職務公正性之破壞，是否造成國家資源分配之不公平，而進一步有「公庫或私人之財產或其他利益」之受侵害，是判斷採行之處罰手段，應為行政懲戒或施以刑罰的界線，因為僅有違背法令之作為，並無實質上之「公庫或私人之財產或其他利益」侵害時，只適合評價為行政失當，而非刑事不法。

第四章 圖利罪之構成要件

圖利罪之構成要件依刑法第 131 條規定為「公務員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」，即行為主體須為公務員，客觀構成要件為對於主管或監督事務違背法令，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益；主觀構成要件為對於主管或監督事務明知違背法令圖不法利益之直接故意。

刑法 90 年修法以前，圖利罪之構成要件為「公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖利」，實務見解之解讀，早期最高法院 46 年台上字第 175 號判例認為「刑法第 131 條之罪，旨在懲罰瀆職，只須公務員對於主管或監督之事務，有直接或間接圖利之意思，而表現於行為，即已構成，並不以實際得利為限」，歷經多年之判決實例，逐漸形成更為具體之見解，如最高法院 87 年度台上字第 2251 號判決：「圖利罪祇須公務員於執行職務時，違反執行職務所應遵守之法令，主觀上有圖私人不法利益之意思，客觀上並將該犯意表現於行為即屬既遂」、88 年度台上字第 7485 號判決：「對於主管或監督之事務，直接或間接圖利罪，以行為人有為自己或第三人圖得不法利益之犯意並圖謀利益為構成要件，至是否為圖利行為，應視其行為在客觀上有無違反其職務所應遵守之法令或有無濫用其裁量權致影響其裁量之公正性而斷」、89 年度台上字第 1261 號判決，除持以上相同見解之外，更指出不以公務機關受有財產上之損害為必要。

有學者及實務界人士歸納，修法前實務之通說，對於圖利罪之審理，合於法令之職務行為並不成立圖利罪，法律雖然沒有明文規定，圖利行為必須違反執行職務所應遵守之法令，始構成圖利罪，仍僅就違背法令之職務行為，探討有無成立圖利罪[84]。另有實務界人士亦認為，前述實務判決見解，在闡述圖利罪隱藏之構成要件及違法性要素，使圖利罪有較具體可循之標準，以不致於公務員行為對他人有利，即依圖利罪處罰，修正後刑法及貪污治罪條例之圖利罪構成要件，增列「明知違背法令」，僅將此隱藏之構成要件明文化。在該次修法之再修正草案總說明中，亦明白揭示，修正條文將「違背法令」之要件列明，使目前偵查實務上之通說法典化，圖利罪之構成要件，將

[84] 李茂生，同註 17，頁 168；呂潮澤，修正前後公務員圖利罪之比較適用，刑事法學雜誌第 47 卷第 3 期，頁 10

更臻明確[85]。

修正後圖利罪之構成要件，雖仍維持修法前之通說，以公務員違背法令為核心要件，但由於刑法第 10 條第 2 項對於公務員定義之修正，再加上刑法、貪污治罪條例之圖利罪條文修正內容，增加「明知違背法令」之主觀要件，及「因而獲得不法利益」之客觀要件，圖利罪之構成要件內涵已略有變動，所以在實務審理上，如何適用亦產生新的問題，猶待考驗。

第一節 行為主體

第一項 刑法修正前之公務員定義

圖利罪之行為主體為公務員，依 94 年 2 月 2 日修正前刑法第 10 條第 2 項規定之公務員定義：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員」，學者認為該規定所謂依「法令」，包含中央及地方政府之法令，「公務」指中央、地方政府及民意機關之事務，而刑法的公務員範圍較公務員任用法所規定為廣，除考試任用人員外，尚包含民意代表、約聘、雇人員、公營事業人員，另採日本最高法院之判例見解，從事單純機械的、肉體的勞務，不屬公務員[86]。另有學者認為，公務員之概念有身分公務員與職務公務員之別，修正前規定係依所從事之職務是否為公務為認定準據，有否一定身分，並非所問，顯採職務公務員，與行政法上之公務員涵義不同，且與一般國民之社會通念有相當差距，所謂公務，一般係認為係國家或地方公共團體之事務，實務上常見未說明任何理由，即直接認定為公務員[87]。

刑法第 10 條第 2 項於 94 年修正前，如學者之觀察，判例或判決對於認定被告是否為公務員，常依法條之文字，以被告係「依據法令從事於公務之人員」一語帶過，逕認定為公務員，以公務員之刑責判刑，早期判例如鄉公所之雇員、僱工（公墓管理工）、台灣省菸酒公賣局人員認屬公務員[88]，政府股份百分之五十以上及全部公股之公營銀行職員、公立醫院之醫師皆

---

[85] 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，頁 128；立法院第 4 屆第 6 會期第 1 次會議議案關係文書-行政院、司法院會銜 90 年 2 月 27 日台 90 法字第 011821 號、（90）院台廳刑一字第 04990 號函

[86] 梁恒昌，刑法總論，83 年 4 月，17 版，頁 38~39

[87] 甘添貴，刑法上公務員之定義與涵蓋範圍，月旦法學雜誌第 92 期，頁 26~31；最高法院 27 年台上字第 2106 號判例

[88] 最高法院 27 年台上字第 2097 號判例、最高法院 70 年台上字第 1059 號判例最高法院、50 年台上字第 1172 號判例

為公務員[89]，在這些案例中，判決理由之記載，對於犯罪身分之判斷，常以直覺式認為屬社會通念想當然爾之方式為裁判。但是，被告之身分是否為公務員，影響判刑輕重甚鉅，若經認定為公務員，依規定常負較重之刑責或為加重處罰，某些犯罪行為類型如收受賄賂罪，行為人若非公務員，應為無罪告，在判決理由中，雖常未詳敘被告具公務員身分之理由，但仍有其共通脈絡可循，似以服務於政府組織者即認定為公務員。

修正前刑法以「依據法令從事於公務之人員」定義為公務員，此概括性之定義，在實務上面對五花八門的犯罪情狀，確有其必要，且從事於公務者之不當行為將有遭致國家法益受侵害之危險，以「從事於公務」劃定公務員行為之刑罰範圍，對於國家法益有概括性之保護作用，但是落實到實務運作上，卻容易產生個案解釋上之寬鬆不一，造成不同的審判結果，以公務員定義之核心要件「從事於公務」而言，何謂公務？實不易界定其範圍，本文認為宜定位為「涉及社會不特定多數人利益之公共事務，由政府組織執行者」，以行為所造成之社會危害可能性，限定公務員身分加重處罰之範圍，才能從抽象的概念中，框定規範之核心價值及刑罰目的，避免過於擴大以公務員罪責處罰之範圍，宜視被告所執行之事務性質，對於社會大眾利益之影響性，並非政府組織之所有事務皆為公共事務，而公共事務不限為公權力之行使，某些私經濟行為亦屬之。

第二項 刑法修正後之公務員定義

刑法第 10 條第 2 項規定之公務員定義，於 94 年 2 月 2 日修正，新條文內容為「稱公務員者，謂下列人員：

一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。

二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」。

刑法對於公務員之定義，由於與行政法規有不同之規範目的，而有不同的界定範圍，修正後對於原過度抽象、概括的公務員定義，透過分類的方式，

[89] 最高法院 91 年台上字第 790 號判決、93 年台上字第 1068 號判決、93 年台上字第 1389 號判決、92 年台上字第 1141 號判決

企圖描繪出較明確的意涵，以避免適用上之困擾，有學者將修正後所定義之公務員分為下列三大類型[90]：

（一）身分公務員：即刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段規定，依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之人員。

（二）授權公務員：即刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段規定，其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。

（三）委託公務員：即刑法第 10 條第 2 項第 2 款規定，受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。

一、學說意見

國內學者對於公務員之定義，在刑法修正後於適用上有下列不同見解：

（一）以特別服從義務界定公務員

公務員因執行公務，始能對特定法益造成侵害或危險，故法秩序高度要求其服從之特別義務，界定公務員之概念，應以公務員犯罪共通之本質，即特別之服從義務為界定其範疇之基準。但對於上述三種不同類型之公務員，採不同之適用標準如下[91]：

1. 身分公務員：本類公務員依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務，當負有特別服從義務，自應認屬刑法上公務員。凡經依法任用，服務於國家或地方自治團體所屬機關，具有法定職務權限之身分者，即屬之。對於「機關」範圍只限於執行國家公權力之公務機關，不含醫院、學校、公營事業、財團法人，卻又認為「職務權限」不以公權力行使之事項為限，私經濟行為亦包含在內。
2. 授權公務員：雖非服務於國家或地方自治團體所屬機關，惟依法令有一定公共事務之處理權限之人員，應負有特別服從之義務，自應認屬刑法上公務員。但既非一般觀念之公務員，對於公共事務之範圍限於公權力行使之事項，私經濟行為則除外。
3. 委託公務員：受委託者取得委託之行政機關所具有之權限，亦負有特別服從之義務，應屬刑法上公務員。但受委託之公共事務以涉及公權力行使之事項為限，倘屬私經濟行為則不包含在內。

（二）以公共事務定義公務員身分

[90] 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，刑法總則修正重點之理論與實務，頁 138~149

[91] 甘添貴，同註 90，頁 136~149

修正後刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段，以國家權力運作機制定義公務員概念的要素，採組織論；後段依公共事務定義公務員，以國家權力運作機制內涵及目的為要素，採功能論。刑法第 10 條第 2 項第 1 款規定之公務員，與舊法之差別要素是職務權限，新法增加「法定職務權限」之限制條件，但並無實質作用，因職務權限規定常流於概括籠統，新法第 10 條第 2 項第 1 款之內涵上與修正前的規定並無不同，未放棄舊法所採功能論，也未限縮公務員範圍。都是由公共事務發生的機構定義公務，進而定義公務員身分，國家權力機構是公務員的定義要素。並提出醫療事務屬公共事務，公立醫院宜解釋為機關，公營事業人員的行為與國家權力運作有關者，仍不宜排除具公務員身分[92]。

（三）個別化公務員概念

主張「個別化公務員概念」之學者，認為公務員概念只能依據個別犯罪類型作界定，行為法益侵害可能性決定公務員概念，不是公務員概念意義決定法益侵害可能性，要以立法定義公務員，在技術上只能作最廣解釋，再就個別法條依個別規範目的作限縮解釋，要從功能意義與組織意義之區別，針對不同犯罪類型之公務員概念作理解分類。功能意義公務員其定義核心在於實質執行公共事務，所謂公共事務指國家對於人民之任務行為，包括國家公權力行為、給付行政、私經濟行為，適用於瀆職罪、妨害公務罪、偽造公文書罪等；組織意義公務員以依公務員任用法任用之公務員為限，適用於公務員竊取或侵占公有財物、利用職務機會詐取財物、非主管監督圖利罪[93]。

（四）以組織意義公務員作為認定原則

主張刑法之公務員定義宜再修正，改以組織意義公務員做為認定原則，並考量國家權力事項之規劃執行授權委託私人之趨向，增設受託行使公權力之私人或團體為準公務員。刑法針對公務員而設立或加重處罰之犯罪類型，係由於社會對公務員依法公正執行職務有較高之期待，即公務員有特別的法義務。刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段規定之身分公務員服務之機關，宜採廣義之解釋，不應限定為公權力機關，包含學校、醫院、公營事業；刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段規定之授權

[92] 許玉秀，公務員概念的立法定義-第 16 次修正刑法檢討（第 10 條第 2 項），新修正刑法論文集，頁 102,108~112

[93] 黃榮堅，同註 70，頁 326~327

公務員，原非屬國家組織之成員，基於法令之授權從事特定公共事務，授予國家權力，而視同為公務員，如私立學校頒予學位；刑法第 10 條第 2 項第 2 款規定之委託公務員，係扣除基於法令授權外，其他具有委託關係授予國家權力之人員[94] 。

二、實務見解

刑法修正公務員定義後，實務見解對於公務員定義，大多採學者所提出之「身分公務員」、「授權公務員」、「委託公務員」分類方式，依循修法理由之意旨，於相關實務案例，採行下列見解：

（一）身分公務員

身分公務員著重於其身分及所執行之職務，祇須具有「法定職務權限」，為公務員職務範圍內所應為或得為之事務，即應負有特別保護義務及服從義務，不問該項職務是否為涉及公權力之公共事務，均屬之。倘無「法定職務權限」者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，仍不屬於刑法上之公務員。另有強調「法定職務權限」，涵蓋無關公權力之行政作用行為及私經濟行為[95]。

（二）授權公務員

1. 公立醫院之醫師

公立醫院雖為國家或地方自治團體所屬機關，惟醫師之醫療服務，性質上屬與病患成立醫療契約之私經濟行為，與一般民眾前往私立醫療院所就診之情形無異，並非本於國家公權力之作用而行使與公權力有關之公共事務，非刑法第 10 條第 2 項所指之公務員[96]。

2. 公立醫院之工作人員

公立醫院，雖為國家或地方自治團體所屬機關，惟非依法行使公權力之中央或地方機關。醫院行政工作之人員及教師與醫師員工，自不屬於第一款前段之身分公務員類型。無論是身分公務員或授權公務員，祇要是具有法定職務權限之人，在從事公共事務範圍內之事項均屬之，並非以涉及公權力之行使事項為前提，即私經濟行為而與公共

[94] 吳耀宗，評析刑法新修正之公務員概念，警大法學論集第 11 期，頁 278,252,253,262,263
[95] 最高法院 97 年度台上字第 706 號、96 年度台上字第 4459 號刑事判決
[96] 臺灣高等法院 94 年度矚上訴字第 74 號刑事判決

事務有關者亦包括在內。法定職務權限，其中所謂「法定」包括各機關組織法或條例、機關內部行政規則[97]。

3. 公營事業人員

公營事業非基於國家公權力之作用，故非屬機關。基於法令授權所從事者，若非代表國家行使公權力，即為無關乎國家統治權作用之行為，無課予特別保護與服從義務，將之列為刑法上公務員。另有認為身分公務員或授權公務員，祇要是具有法定職務權限之人，在從事公共事務範圍內之事項均屬之。國營事業廠長，固非身分公務員，然其是否為授權公務員，仍須依該事業之相關組織規定，檢視其所職掌者是否為公共事務；銀行行員不享有公務上之職權，無從行使行政主體之權力，乃基於私法地位，所為之私經濟之商業行為，其所執行與公共事務無關，難認係修正後之刑法所謂之公務員[98]。

4. 公立學校校長

刑法修正施行後，因公立學校非行使國家統治權之國家、地方自治團體所屬機關，則公立學校校長及其教、職員自非依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關之身分公務員。然依司法院釋字第 462 號解釋意旨，教師升等資格評審程序應屬公法上之行政行為，各大學校長關於承辦該校教師升等評審應屬修正後所稱之其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限之授權公務員[99]。至於採購行為，涉及國家經濟利益資源之運用與分配，人民平等權之保障等公共利益，具有公共事務之性質，公立學校校長經辦該校工程營繕與財物購置自屬刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段規定之公務員[100]。

5. 公立大學教授

主持研究計畫之公立大學教授其任務係在於提出學術研究之成果，雖有辦理採購，因非採購專業之人員，且所涉亦非攸關國計民生事項，不符合公務員有關公共事務、法定職務權限等要件，自非刑法上之公務員。另受民間委託或補助，執行研究發展計畫，由學校與委託或提供補助者簽約，受託或補助之研究經費撥入學校帳戶，教授為執行研

[97] 臺灣高等法院 93 年度重上更(三)字第 230 號刑事判決，最高法院 97 年度重上更(三)字第 608 號刑事判決

[98] 最高法院 96 年度台上字第 387 號、97 年度台上字第 3610 號、97 年度台上字第 1790 號刑事判決

[99] 最高法院 97 年度台上字第 510 號刑事判決

[100] 最高法院 101 年度台上字第 5303 號刑事判決

究計畫參與採購事務，因經費既係來自民間，不涉及國家資源之分配使用，與公共事務無涉，非屬授權或委託公務員，自不能認為具有刑法上之公務員身分[101]。

（三）委託公務員

以受機關依法令委託從事委託機關權限之公共事務，得以自己名義獨立對外行使公權力職權者，依私法契約委託，僅屬履行之契約當事人，並非委託公務員[102]。另有認為委託關係，必須具有法律依據，且僅以法律有規定者為限，不包含行政命令[103]。

第三項 修正公務員定義之修法理由探討

修正後刑法第 10 條第 2 項，公務員定義的核心仍圍繞在「從事公共事務」者為前提，並未超脫修正前之規定範疇，只是強調必須具備「法定職務權限」，有學者指出就刑法第 10 條第 2 項第 1 款而言，舊法條文的「依法令從事於公務」如理解為：依法令規定而從事於職務權限範圍內的行為，則修正前後的規定並無不同[104]。新法所定義公務員，除服務於機關之公務員外，創設出授權公務員，及受機關委託不具備公務員任用資格之委託公務員，相較於行政法上對於公務員之定義[105]，刑法之規定有相當程度的落差。

刑法第 10 條第 2 項之修法理由，敘載諸多理由、例示，期待實務判決，對於既存之爭議，能有一致的身分判定，但是實務所遭逢的案例事實五花八門，修法理由窮盡文字的描述，並不能完全順應實際案例之需要，並解決問題，因為政府組織龐雜，各機關職掌及人員類別多樣化，無法用簡單的三種分類，就能完全架構公務員身分體系，反而因運用過多的文字描述、例示，

---

[101] 最高法院 103 年度第 13 次刑事庭會議決議

[102] 最高法院 104 年度台上字第 1144 號刑事判決

[103]最高法院 104 年度台上字第 1144 號、3635 號刑事判決

[104] 許玉秀，同註 92,頁 109~110

[105] 公務員服務法第 24 條：本法於受有俸給之文武職公務員，及其他公營事業機關服務人員，均適用之。公務人員任用法施行細則第 2 條：本法所稱公務人員，指各機關組織法規中，除政務人員及民選人員外，定有職稱及官等、職等之人員。前項所稱各機關，指下列之機關、學校及機構：一、中央政府及其所屬各機關。二、地方政府及其所屬各機關。三、各級民意機關。四、各級公立學校。五、公營事業機構。六、交通事業機構。七、其他依法組織之機關。其他尚有公務員保障法第 3 條、國家賠償法第 2 條…..。

及修法後實務見解之衍生性解讀，使得公務員身分的判斷，更是讓人眼花撩亂，偏離社會大眾的認知，又難以歸納出合理的判斷體系與原則。

刑法第 10 條第 2 項之部分修法理由，針對公務員定義修正之說理，與刑法之規範目的不甚契合，產生失焦狀況，且甚至有超越法條文字意涵的疑慮，茲分析如下：

（一）修法理由一：

本條第 2 項有關公務員之定義，其規定極為抽象、模糊，於具體適用上，經常造成不合理現象，例如，依司法院釋字第 8 號、第 73 號解釋，政府股權佔百分之五十以上之股份有限公司（如銀行），即屬公營事業機構，其從事於該公司職務之人員，應認為係刑法上之公務員。然何以同屬股份有限公司，而卻因政府股權佔百分之五十以上或未滿之不同，使其從事於公司職務之人員，有刑法上公務員與非刑法上公務員之別？實難以理解。究其根源，實為公務員定義之立法不當結果，應予以修正。

本文認為，公營事業機構之認定以政府股權佔百分之五十以上為區分，係依國營事業管理法及公營事業移轉民營條例之規定，司法院釋字第 8 號解釋係援引該等規定，及公務人員服務法之公務員定義「受有俸給之文武職公務員及其他公營事業機關服務人員」，解釋政府股權佔百分之五十以上之股份有限公司，屬公營事業機構，從事於該公司職務之人員，應認為係刑法上之公務員。其推論係基於當時之行政法規，但忽略行政法規與刑法之規範目的有所不同，又未注意刑法之公務員定義，係謂依法令從事於「公務」之人員，認定是否屬刑法上之公務員，應就該人員是否為「依法令從事於公務」為準據，而非僅以其是否任職於政府組織為認定基礎，故修法理由所指之不合理現象，應屬司法院釋字第 8 號、第 73 號解釋之合理與否，並非刑法第 10 條第 2 項之立法不當。問題之癥結只在於「公務」之定義，歷來之實務見解並未建立認定標準。

（二）修法理由三：

第 1 款前段所謂「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關」係指國家或地方自治團體所屬機關中依法令任用之成員。故其依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務者，即應負有特別保護

義務及服從義務。至於無法令執掌權限者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，例如僱用之保全或清潔人員，並未負有前開特別保護義務及服從義務，即不應認其為刑法上公務員。

本文認為，修法理由敘載依法任用而服務於機關之公務員，因負有特別保護義務及服從義務，故應屬刑法上公務員，在說理上，偏離刑法定義公務員之價值核心。因公務員對於國家負特別服從義務之論述，源自於德國之特別權力關係理論，係指權利主體基於特別的法律原因，為達成特定的公法上目的，在一定範圍內，對相對人有概括的命令強制權，相對人則負有服從義務，強調行政主體對於相對人自由、權利之限制，不適用法律保留原則，相對人不得循行政爭訟途徑尋求法院救濟。近年來國內學者主張宜以特別法律關係或特別身分關係取代特別權力關係[106]。該等理論所論述之服從義務，乃公務員對於國家之服從關係，而刑法之規範在於處罰不法之法益侵害行為，二者無直接關聯，有服從義務者未必須加重處罰。

刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段規定之身分公務員，所以定義為刑法上公務員，其不法行為應科以加重之刑事責任，不在其依法處理公共事務，應負有特別保護義務及服從義務，而是在於處理公共事務，影響不特定多數人之權益，如有不法行為，易造成不特定多數人利益侵害，其評價之重心，宜在於其執行事務之性質，溯本清源應以刑法之功能及目的，係為保護法益，定義公務員時，應就該人員之行為，是否足以造成國家法益之侵害為斷。負有特別保護義務及服從義務，不應是定義公務員，施以加重刑責之理由。

（三）修法理由四：

如非服務於國家或地方自治團體所屬機關，而具有依『其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者』，因其從事法定之公共事項，應視為刑法上的公務員，故於第一款後段併規定之。此類之公務員，例如依水利法及農田水利會組織通則相關規定而設置之農田水利會會長及其專任職員屬之。其他尚有依政府採購法規定之各公立學校、公營事業之承辦、監辦採購等人員，均屬本款後段之其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限之人員。

[106] 陳愛娥，特別權力關係到特別身分關係，月旦法學教室第 103 期，頁 33,42~43

本文認為，刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段規定之授權公務員，修法理由中特別強調係規範「非服務於機關」而從事法定公共事項之人員，並舉例農田水利會人員、學校、公營事業之承辦、監辦採購等人員為授權公務員，容易產生對於公務員身分判斷之混淆。雖然在行政法學之理論，行政機關、學校、公營事業屬不同類別之行政組織體[107]，似學校、公營事業並非機關，但公務人員任用法施行細則第 2 條規定，學校、公營事業為「機關」，各機關組織法規中，除政務人員及民選人員外，定有職稱及官等、職等之人員為公務員。且以社會大眾之認知，任職於學校、公營事業，與服務於機關之公務員並無分野，皆稱之為公務員，修法理由對於刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者」，定位為「非服務於機關」如學校、公營事業之人員，值得商榷，亦已超越法條文義範圍。

第四項 公務員身分之合理定義

刑法第 10 條第 2 項對於公務員定義之修正，在實務上相當多的判決，依照該法條及其修法理由之意旨，逐漸形成許多遵循的原則，但是這些判斷的脈絡是否恰當，影響判決結果的合理性，猶待不斷的調整。以刑法第 10 條第 2 項之公務員定義及修法理由之敘載，不論是身分公務員、授權公務員、委託公務員，均以該等人員所執行之事務是否為「公共事務」做為判斷核心，以行為人所執行事務為「公共事務」，影響不特定大多數人之利益，方足以構成國家法益之侵害，以區別於一般人，而科以較重之刑責，實屬適當之立法，本文對於公務員定義之合理範圍及界定，分析如下：

（一）身分公務員

宜指任職於政府組織不論為機關、公營造物或公營事業，具有法定職務權限，且其執行之職務限於公共事務，不論為行使公權力或私經濟行為（私權行政），凡具備「公共事務」之性質，足以影響不特定大多數人之利益之事項，涉及國家資源之分配，執行者均宜認定為公務員。

（二）授權公務員

[107] 李震山，行政法導論，104 年 8 月，修訂 12 版，頁 69~75

身分公務員與授權公務員實無明文區分之必要，就修法理由四，強調授權公務員係指非服務於「機關」之人員，並舉例如農田水利會會長、職員，學校、公營事業之採購人員，但農田水利會組織通則第 23 條已明訂該會會長及各級專任職員，視同刑法上之公務員，既有特別規定，即從其規定；公立學校、醫院及公營事業在某些行政法明訂為「機關」，一般社會通念亦視公立學校、醫院及公營事業為「機關」，在刑法之修法理由卻定性為「非機關」，容易產生適用上之混淆，倘考量該等組織之任務大部分非屬公共事務（如醫療行為，屬醫療契約之履約），其人員執行之事項非公共事務時，不宜認定為刑法上之公務員，為避免實務上適用之混淆，宜併同「機關」人員（身分公務員），皆限於執行公共事務之行為時，方認屬刑法規範之公務員，亦可避免皆為依法任用之人員，因任職單位屬性之不同，而有刑事責任輕重不同的差別待遇。

至於公營事業人員之身分判斷，依國營事業管理法、公營事業移轉民營條例，政府資本超過百分之五十之事業，方列為國營或公營事業，即以政府資本大於私人資本者為公營；私人資本大於政府資本者為私營，本為合理之判斷基準。任職於公營事業之人員，其任用資格係依公務人員任用法，所領薪資大部分來自於政府資本，倘執行公共事務，列屬為刑法規範之公務員，並無不妥；任職於私營事業（縱使有政府資本）之人員其所適用之待遇、人事制度，必有別於公營事業，其所從事之業務大多為私經濟行為，縱使偶有公共事務之性質，既私營事業大部分資本來自於私人，而非政府資本，其員工與任職於私人企業，無太大差異，則任職於該事業者，仍需科以公務員之刑責未免過苛。

（三）委託公務員

受機關依法委託，從事委託機關權限之公共事務者，既受託人於受任範圍內執行公共事務，就該事項之執行影響不特定大多數人之利益，且依行政程序法第 2 條第 3 項規定：「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」，受託人既係執行公共事務且賦予機關之外觀，故其承辦人員屬刑法上公務員，對於社會大眾權益之保障，實無不妥。

本文認為，刑法上公務員身分之認定，應界定為任職於政府組織，並以執行「公共事務」者為限，以及受機關依法委託，從事委託機關權限之公共

事務者，所謂「公共事務」以影響不特定大多數人利益，涉及國家資源分配之事項為限，因執行「公共事務」者，如有不法行為，易造成不特定多數人利益侵害，以刑法之功能及目的，係為保護法益，故定義公務員時，應以該人員之職務，即公務上之行為，足以造成國家法益之侵害者，方賦予公務員之身分，科以較重之刑責，反之，具有依法任用資格者，其不法行為倘非由於執行公共事務，則宜列屬侵害個人法益之刑責。另不宜與行政法上已形成之公務員範圍有太大落差，以避免造成實務判決之理由，產生社會大眾難以理解之疑慮。

定義公務員以執行「公共事務」為判斷要素，在說理上，難免會被認為僅較適用於刑法瀆職罪章之純粹瀆職罪，且學者所主張「個別化公務員概念」，認為公務員概念只能依據個別犯罪類型作界定，針對不同犯罪類型之公務員概念作理解分類，實為重要的概念，畢竟不同犯罪類型其不法行為態樣不同，於總則中定義公務員，適用於分則個別犯罪類型之構成要件，難免產生格格不入之狀況。但是以非純粹瀆職罪、貪污治罪條例有別於刑法所增加之犯罪行為類型，若行為人之職務非執行「公共事務」，以及為犯罪行為客體之公職人員非執行「公共事務」，是否有必要科予行為人較重的罪責，或宜回歸一般犯罪類型之刑責，亦為值得探討的課題，因不屬本文研究之主軸，故不加以論述。

第二節 客觀構成要件

刑法及貪污治罪條例將圖利罪之客觀構成要件及主觀構成要件，均明訂於法條之中，依刑法第 131 條第 1 項規定：「公務員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，處……」、貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款：「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，因而獲得利益者處……」，其客觀構成要件可拆解為「公務員對於主管或監督事務違背法令之行為」、「直接或間接圖自己或其他私人不法利益」、「因而獲得利益」等三項，分述如下：

第一項 公務員對於主管或監督事務違背法令之行為

構成圖利罪之行為，須以行為人對於其主管或監督事務違背法令為限，該構成要件可分為下列二要素：

一、行為人之主管或監督事務

有關公務員「主管事務」之界定，早期最高法院刑事 32 年上字第 304 號判例，已闡明係指依法令於職務上對於該事務有主持或執行之權責者而言。實務判決仍延續維持此見解，認為主管之事務，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，對於「監督事務」則以公務員依據法令規定，雖無主持或執行之權限，但對該事務有監管與督導之職責而言。是否為主管或監督之事務，應依各機關之組織法規或相關法令予以認定[108]。另有更具體的闡述，則認為須以行為人具有可藉以圖利之主管或監督事務之身分或職權為前提，否則即難遽依圖利罪論擬[109]。

至於民意代表如立法委員、議員，實務界有認為民意代表為依據法令從事公務之人員，但各級議會之議員係以集體表決之方式行使職權，雖對於議案有投票權，但議案能否通過不具備決定權，並不認為民意代表對於政府機關事務有主管或監督職權[110]。而有實務判決，認為議員得以身分影響議會決議，甚至政府決策施政之功能，透經此非主管或監督之議事，藉其議員之身分地位，遂行圖利犯罪行為，依貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款非主管或監督圖利罪判刑[111]。

二、違背法令之行為

公務員之職務行為是否違背法令，一般人常提及圖利罪與公務員執行職務便民之分際，圖利行為與便民都是給予人民利益，主要區別是以有無違背法令，便民係於職務在法令許可之範圍內所為，只是在手續或程序上給予他人方便，他人所獲得者是合法的利益[112]。故應先瞭解圖利罪規定之「法令」範圍，貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款已明訂包含法律、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

[108] 最高法院 96 年度台上字第 3104 號、97 年度台上字第 2109 號、100 年度台上字第 5070 號刑事判決
[109] 最高法院 93 年度台上字第 4008 號、97 年度台上字第 5293 號刑事判決
[110] 邢泰釗，圖利罪構成要件解析，99 年 1 月版，頁 58~59
[111] 最高法院 92 年度台上字第 522 號刑事判決
[112] 最高法院 99 年度台上字第 6103 號刑事判決

定。該等法令依相關規定之定義如下：

（一）法律：依憲法第 170 條、中央法規標準法第 2 條、第 4 條規定，法律應經立法院通過，總統公布。得定名為法、律、條例或通則。

（二）法規命令：依行政程序法第 150 條規定，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。法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。

（三）職權命令：行政機關為執行法律在其職權範圍內，不經立法院授權，而依其職權逕行制頒之補充性行政命令[113]。依中央法規標準法第 7 條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院」，另依行政程序法第 174 條之 1 規定：「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第 7 條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後 2 年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效」。

（四）自治條例：依地方制度法第 25 條、第 26 條規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例」、「自治條例應分別冠以各該地方自治團體之名稱，在直轄市稱直轄市法規，在縣（市）稱縣（市）規章，在鄉（鎮、市）稱鄉（鎮、市）規約」。

（五）自治規則：依地方制度法第 27 條規定：「直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所就其自治事項，得依其法定職權或法律、基於法律授權之法規、自治條例之授權，訂定自治規則。前項自治規則應分別冠以各該地方自治團體之名稱，並得依其性質，定名前項自治規則應分別冠以各該地方自治團體之名稱，並得依其性質，定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。」、「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）

[113] 李震山，同註 106，頁 308

自治規則，除法律或基於法律授權之法規另有規定外，應於發布後分別函報行政院、中央各該主管機關、縣政府備查，並函送各該地方立法機關查照」。

（六）委辦規則：依地方制度法第 29 條規定：「直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所為辦理上級機關委辦事項，得依其法定職權或基於法律、中央法規之授權，訂定委辦規則」「委辦規則應函報委辦機關核定後發布之；其名稱準用自治規則之規定」。

（七）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：指上述所列舉之法令種類以外之規定，而對多數不特定人民發生法律效果者。如行政程序法第 159 條規定之行政規則，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、抽象之規定，原則上不包含在內。但例外於執行、適用結果，間接影響人民權利，具有「事實之外部效力」，則屬圖利罪規定之其他規定[114]。

依貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之文義，圖利罪規範之法令範圍，無論是法律或命令均須為對多數不特定人民所作對外發生法律效果之規定，另依該規定於 98 年 4 月 22 日修正時之修法理由敘載，條文所指之法令，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限，以達公務員廉潔及公正執行職務信賴要求外，更避免原條文及有關違背法令的範圍不明確，致使公務人員不敢勇於任事，延滯行政效率的不良影響，故以修正為現行條文，以杜爭議。雖由以上之明文推知，圖利罪規定之「法令」範疇，可歸納須具備之要件有二：一、與公務員之職務具有直接關係，二、對多數不特定人民發生對外法律效果。看似明確，但是在實務運作，對於「法令」的範圍仍有爭議，如是否包含公務員服務法等倫理規範?在個案審理上，如何判斷是否為發生對外法律效果之法令，將在下一章再作分析。

至於如何確定公務員之行為是否違背法令，依法務部訂頒之「檢察機關辦理貪污案件應行注意事項」第 4 點規定，檢察官於偵辦時，宜就

[114] 陳東誥，同註 85，頁 134~136

下列事項主動函詢主管機關或相關機關：

（一）違背之法令，現時有效，且未與其他機關解釋相牴觸。

（二）主管法規機關或其上級機關有無就該項法規為相關之釋示。

（三）被告行使裁量權之法令根據及範圍。

同一注意事項第 2 點第 4 項公務員所為之裁量，除其有故意違反法令所定之裁量範圍者外，不宜以濫用裁量權為由，認其係違背法令。對於行使行政裁量權、行政疏失與為違背法令之界線，亦一併於下一章分析。

第二項 直接或間接圖自己或其他私人不法利益

圖利罪規定的第 2 個客觀構成要件為「直接或間接圖自己或其他私人不法利益」，該要件又可再細分之要素為「直接或間接圖利」、「圖自己或其他私人利益」及「不法利益」分述如下：

一、圖利方式：直接圖利及間接圖利

「直接圖利」係指取得利益之方法不利用迂回之方式，而係公務員直接從辦理之事務取得，即以行為人之行為直接使自己或他人獲得利益；「間接圖利」則指以與其職務有關之其他行為而迂迴取得利益，行為人係透過他人之行為，使自己或他人獲得利益[115]，如公務員透過他人出面經營與其職務有關之營業，間接取得不法利益[116]。既以直接或間接方式圖利皆構成圖利罪，再針對獲利之手法為區分，其實益不大，似僅在於強調縱使以間接方式獲得利益亦在處罰之列。

二、圖利對象：圖自己或其他私人利益

（一）圖利對象不包含國庫

圖利罪規定之圖利對象，歷來實務見解認為刑法及貪污治罪條例所規定之範圍有所不同，該二規定所指圖利對象，均包括自己或他人，但刑法尚含圖利國庫，雖原規定之構成要件同為「公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖利」，但實務仍持此看法，係源自於最高法院自 31 年上字第 831 號判例，認為刑法第 131 條規定之圖利罪，係處罰瀆職，無論圖利國庫或圖利私人，均應成立該項罪名，懲治貪污暫行條例

[115] 施俊堯，公務員圖利罪實務見解，研習論壇月刊第 99 期，頁 42；曾淑瑜，同註 69，頁 41；最高法院 95 年度台上字第 5182 號刑事判決

[116] 林山田，同註 66，頁 124

之圖利罪，則是注重懲治貪污，應以圖利私人為限，其圖利國庫者，則不包括在內。又法務部 81 年 9 月 25 日訂頒公布之「檢察機關辦理貪污案件應行注意事項」第 1 點規定：「貪污治罪條例第 6 條第 4 款所謂之『圖利』，以圖利本人或第三人之私人為限，至圖利國庫，除合於刑法第 131 條之規定者應依該法條處斷外，不能成立本條款之罪」，貪污治罪條例第 6 條遵循該等見解，於 85 年 10 月 23 日修正為「對於主管或監督之事務，直接或間接圖私人不法之利益者，處……」，對於圖利對象修正明訂為「圖私人不法之利益」，再於 90 年刑法及貪污治罪條例之圖利罪規定，同步修正為「公務員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」，將圖利罪所規範之圖利對象，明訂限於圖利自己或其他私人，則圖利國庫顯已不在處罰之列。

（二）圖利對象須為特定人

有認為圖利之對象，須為特定人或可得特定之自然人或法人，方成立圖利罪[117]。實務判決闡述，圖利對象即獲利之人雖不以公務員本人為限，尚兼及其他私人，此私人當指公務員違法圖使其獲得利益之受益對象，於官民勾結之情形，通常即為該相與勾結之人民或其指定之人員[118]。另有實務判決認為，公務員違背法令執行公務而產生之利益，係由不特定公眾受益，非屬不法利益；為特定人所獨享，認屬圖私人不法利益，實為值得重視之見解，例如開闢道路，供不特定公眾往來通行之便利，臨近該道路之住戶，縱因而獲得享用該公共設備之利益，難謂係獲取私人之不法利益；然公共工程鋪設之道路，苟非屬供不特定之公眾往來通行之道路，縱除土地所有權或使用權人外，尚有其他特定私人取徑利用，仍屬圖私人不法利益[119]。此案例揭示一個很重要的理念，執行公務縱使有違背法令，但是其執行結果，並未有法益之侵害，反而不特定之公眾受有利益，仍不宜以圖利罪論處。

三、不法利益

（一）不法利益之定義

圖利罪規定之不法利益，有實務判決闡述，係指因公務員對於主管或

[117] 邢泰釗，同註 109，頁 81~82

[118] 最高法院 100 年度台上字第 5796 號刑事判決

[119]最高法院 100 年度台上字第 6832 號刑事判決

監督事務違背法令之不法行為，因而使自己或第三人獲得之利益。所謂「不法」應指公務員違背法令之行為；所稱「利益」，則指除物以外之財產上利益，得為積極財產之增加或消極財產之減少而言[120]。貪污治罪條例第 6 條於 90 年修正時之修立法理由說明，即定義「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者，包括現實財物及其他一切財產利益（含有形、無形、消極或積極）[121]。

（二）不法利益須可轉換為財產上可計算之數額

法務部訂頒之「檢察機關辦理貪污案件應行注意事項」第 3 點規定：「對不法利益之調查，應確定其圖利之對象及數額，且係屬於可轉換及可計算之不法利益，以彰顯其圖利之具體犯罪事實」，實務判決亦持相同見解，認為圖利罪之成立，其圖得之利益均須可轉換為財產上之不法利益，並可計算其數額，始與法意相符。此觀同條例第 12 條：「犯第 4 條至第 6 條之罪，情節輕微，而所得或所圖得財物或不正利益在新台幣 5 萬元以下者，減輕其刑」，不法利益之數額，攸關是否成立圖利罪，以及所犯圖利罪有無減輕其刑規定之適用[122]。有學者認為，不法利益之範圍，應排除人情壓力下給予他人之些許方便，即不具實質性之利益[123]。

（三）不法利益之計算範圍

有關圖利罪因違背法令之行為所獲得利益，應列屬為不法利益之範圍及數額，及是否確有獲得利益，亦涉及圖利罪之成立與否，實務判決有認為，圖利罪屬於結果犯，而所謂不法利益，係指合法利益以外之有形、無形之利益而言，故為圖得不法利益而支出之相關成本及其他必要費用部分，應從行為人所獲得之「不法利益」中扣除，不能算入犯圖利罪所獲得之不法利益內[124]。最高法院 102 年度第 3 次刑事庭會議決議，亦明確指出，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，自不在所謂圖利範圍。意即圖利之對象必須實際有獲得財產增加之利益，並可計算出獲得之財產數額，方符合圖利罪修正為結果犯之立意。

---

[120] 最高法院 103 年度台上字第 2467 號刑事判決

[121] 行政院、司法院 90 年 2 月 27 日會銜台 90 法字第 011821 號、（90）院台廳刑一字第 04990 號函

[122] 最高法院 98 年度台上字第 1918 號、100 年度台上字第 1920 號刑事判決

[123] 蔡惠芳，圖利罪之犯意與其證明-平最高法院 100 年度台上字第 550 號刑事判決，月旦裁判時報第 22 期，頁 84

[124] 最高法院 98 年度台上字第 1991 號、101 年度台上字第 1891 號刑事判決

另外正常利潤是否如同成本及必要費用，可不算入犯圖利罪之不法利益內?圖利罪規定於 90 年修法前，即有最高法院 78 年度台上字第 295 號刑事判決認為正當利潤應予剔除，不能算在不法利益內[125]，修法後復有判決認為承包廠商本該有合理之利潤，故所謂不法利益，須扣除合法利潤始足當之[126]。但是在政府採購案之某些案例，有更進一步的見解，認為合法之政府採購案，得標廠商於扣除材料成本、管銷費用及稅捐後，通常固會有合理之利潤，然如勾結公務員違背正當招標程序或法令規定，使其原來無法取得之標案順利得標，則上揭所指合理利潤，仍屬得標廠商本不應取得，而違法取得之「不法利益」[127]。

第三項 因而獲得利益

一、圖利罪修正為結果犯前之實務見解

圖利罪於貪污治罪條例 85 年修法前，實務見解認為，刑法第 131 條之罪，旨在懲罰瀆職，只須公務員對於主管或監督之事務，有直接或間接圖利之意思，而表現於行為，即已構成，並不以實際得利為限。圖利罪祇須有圖利之行為即為既遂，不以得利為構成要件[128]。該條例於 85 年修法時，將構成要件由「對於主管或監督之事務，直接或間接圖利」，修正為「對於主管或監督之事務，直接或間接圖『私人不法』之利益」，雖只是將圖利對象限縮為私人，不及於圖利國庫，但已有判決經由對於不法利益內涵之闡述，而將圖利罪之獲利概念，略有悄悄地改變，於判決理由中指出，「不法利益」為抽象之法律概念，並非具體之犯罪事實，因之公務員直接或間接圖私人不法利益究竟為何，仍應具體審認，以彰顯不法利益之具體犯罪事實[129]。

二、圖利罪修正為結果犯後之實務見解

刑法、貪污治罪條例於 90 年修法後，把圖利罪歷來被定義為舉動犯之見解，變更為結果犯，並在修法理由中揭示，以實際圖得利益為構成要件，並不處罰未遂。具體而言，即公務員執行職務違背法令以圖利私人，

[125] 邢泰釗，同註 109，頁 87
[126] 最高法院 96 年度台上字第 2828 號刑事判決
[127] 最高法院 101 年度台上字第 6511 號、103 年度台上字第 1925 號刑事判決
[128] 最高法院 46 年台上字第 175 號、67 年台上字第 3085 號判例
[129] 最高法院 89 年度台上字第 100 號刑事判決

且所圖之私人並已因而獲得利益[130]。若行為人縱然有圖利之不法企圖，而實際上未獲得利益者，除成立其他罪名外，尚難課以圖利罪責[131]。另學者認為，公務員違背法令之行為與私人獲得之不法利益之結果間必須具有因果關係[132]，而實務判決中亦有相同見解，認為尚須違背法令行為與所圖自己或其他私人之不法利益間，有相當因果關係為必要。若其行為與所圖自己或其他私人之不法利益間，並無相當之因果關係，自不能以行為人一有違背法令之行為，即科以圖利罪責[133]。

整體而言，圖利罪規定於 90 年之修正，客觀構成要件增列「違背法令」、「因而獲得利益」，於修法理由中，揭示其修法目的係為促使公務員勇於便民，避免便民與圖利他人發生混淆，影響行政效率。實際上較大之變革，係增列「因而獲得利益」之構成要件，使圖利罪之罪質修正為結果犯，且刪除處罰未遂犯。至於增列之另一構成要件「違背法令」，於修正草案條文對照表中，則敘明審判實務之通說，認為圖利罪之成立，必須圖利行為違反執行職務時所應遵守之法令，此次修法係將實務之通說明文化，使行政裁量範圍內之事項與非法圖利之區分更為明確。

本次修法之修正草案總說明提出的另一個重要修法目標，則為構成要件之明確化，以避免圖利罪規定有欠嚴謹，偵辦不易，獲有罪判決比例偏低，司法公信力低落，更為使公務員於執行職務時易於遵循，並使執法人員有一明確之執法標準，不致使守法之公務員徒增訟累。修法後之規定內容，是否能達到前述諸多目的，實則很難衡量。從修法目的及新增構成要件而言，修法係試圖限縮圖利罪之成罪範圍，但是新增列之構成要件「因而獲得利益」，部分案件於審理時，仍未注意列入斟酌，而遭最高法院發回更審[134]，所以法規雖已修正，但是仍有待執法人員對於圖利罪之成罪要件，能隨著修法腳步，改變偵辦及審理時之固有認知。另外從文獻之統計記載（如下表）[135]，

年別	合計	有罪		無罪	
	人數	人數	百分比	人數	百分比
89	295	80	27.1	215	72.9

[130] 最高法院 92 年度台上字第 3126 號刑事判決
[131] 最高法院 100 年度台上字第 1718 號刑事判決
[132] 蔡惠芳，同註 122，頁 84
[133] 最高法院 94 年度台上字第 2034 號、103 年度台上字第 1925 號刑事判決
[134] 最高法院 100 年台上字第 1718 號、102 年台上字第 3578 號刑事判例
[135] 邢泰釗，同註 109，頁 1

90	236	54	22.9	182	77.1
91	53	27	50.9	26	49.1
92	180	39	21.7	141	78.3
93	180	41	22.8	139	77.2
94	140	29	20.7	111	79.3
95	152	53	34.9	99	65.1
96	267	109	40.8	158	59.2
97	235	112	47.7	123	52.3

以修法前後 89 年至 97 年間，以圖利罪起訴判決確定有罪與無罪之比例，修法與定罪率高低並無絕對的正相關，另有實務人士指出，依法務部之統計方式，89 年 7 月至 97 年 7 月間，圖利罪之定罪率為 32.9%，但若以依圖利罪起訴之被告，最後依圖利罪定罪之比率，圖利罪之定罪率為 10%以下[136]。則修法後條文之構成要件於文義上雖已較為明確，但是仍然偏低的定罪率，反映出修正後規定落實到實務上之運作，檢調人員與法官間，對於圖利罪之成罪認定，及法條之解釋適用，存有落差。

第三節 主觀構成要件

圖利罪規定於 90 年修正時，將主觀構成要件明訂於法條之中，須以行為人具備「明知違背法令直接或間接圖自己或其他私人不法利益」之故意，方構成圖利罪，學者及實務之見解，均認為依法條之文義限定於「直接故意」，即刑法第 13 條第 1 項規定之「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生」，排除同法條第 2 項規定「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意」之間接故意。

刑法第 213 條之公務員登載不實罪，亦於條文中規定「明知」為主觀構成要件，早期判例對於該罪規定「明知」之闡述，認為公務員在職務上所掌公文書，有為虛偽不實之登載行為，且足生損害於公眾或他人之客觀行為外，須其在主觀上明知為不實，該法條中之「明知」係指直接故意而言，不含間接故意或過失[137]，即揭示刑法條文中規定之「明知」以「直接故意」為限。另依「檢察機關辦理貪污案件應行注意事項」針對圖利罪之主觀構成要件，

[136] 紀致光，從法院判決探討圖利罪未來走向，刑事法雜誌第 54 卷第 3 期，頁 165
[137] 最高法院 46 年台上字第 377 號、69 年台上字第 595 號刑事判例

於第 2 點規定：「圖利行為，應限於公務員自始有為自己或其他私人圖取不法利益之直接故意為限，僅行政之失當行為，不能成立該罪。而判斷有無圖利之直接故意，除查明公務員有無圖利之動機外，並應調查是否明知違背法令」，於實務判決亦認為，明知違背法令係指須具圖利而違背法令之直接故意，即主觀上有違背法令以積極圖取不法利益之意思，客觀上並將該犯意表現於行為，因而獲得利益為要件[138]。學者也認為，刑法條文中規定主觀構成要件為「明知」者，則該犯罪型態僅處罰具「直接故意」之行為人，圖利罪規定之明知係指直接故意而言，不包含間接故意[139]。

在學理上，構成要件故意係指行為人在認知客觀構成要件下，實現該構成要件事實之意欲，包含認知與意欲二要素，並將故意分為直接故意及間接故意，其中直接故意則為行為人認識或明確預見，其行為會導致犯罪要件之實現及結果發生，並決意為之；間接故意則係行為人認識或預見其行為會導致犯罪要件之實現及結果發生，但容忍或聽任其發生，即犯罪之實現並不違背其本意[140]。有學者認為圖利罪所規定之直接故意，必須兼具對於「明知違背法令」及「意圖使自己或其他私人獲得不法利益」之認識，更有認為該二主觀構成要件之犯意，在證明時有先後關係，必先證明有「明知違背法令」後，方證明圖自己、他人獲不法利益[141]，實務上亦同認為，「違背法令」之故意，並不等同「圖利」之故意，後者之故意需有「犯意顯現於外」之行為佐證[142]。

另有學者剖析刑法規定之各犯罪類型中，條文雖以「明知」作為主觀構成要件，但只對該規定之部分客觀構成要件要求明知，並非對客觀構成要件之實現亦須明知，如刑法第 285 條規定之傳染花柳病罪，僅行為人須明知有花柳病，隱瞞而與他人為性行為，無須明知將因此傳染他人[143]。又如刑法第 213 條之公務員登載不實罪，實務見解認為，僅以明知為不實之事項而登載於職務上所掌之公文書，及足以生損害於公眾或他人為要件，不因其登

---

[138] 最高法院 91 年度台上字第 6006 號、93 年度台上字第 6953 號、97 年度台上字第 6317 號、103 年度台上字第 890 號刑事判決

[139] 王皇玉，同註 29，頁 218；林鈺雄，同註 34，頁 190；陳子平，同註 57，頁 576；蔡惠芳，同註 122，頁 86

[140] 林鈺雄，同註 34，頁 185,188,190

[141] 陳子平，同註 57，頁 576；蔡惠芳，同註 122，頁 85

[142] 紀致光，同註 135，頁 176~177

[143] 許澤天，直接故意與超級故意，月旦法學教室第 174 期，頁 27

載時有無生損害於公眾或他人之犯意，及實際上已否生損害，而為區別[144]。亦指僅須對部分客觀構成要件有認識，而無須就客觀構成要件之實現亦須明知(無須有實害之認識)[145]。綜整前述對於法條中主觀構成要件規定為「明知」之論述，則適用於圖利罪之主觀構成要件，行為人須對於「違背法令」及「意圖使自己或其他私人獲得不法利益」有所認識，並決意為之，無須明知因而獲得不法利益之結果。

第一項 明知違背法令

圖利罪主觀構成要件之明知違背法令，學者認為係指行為人從事主管或監督事務時，對於違背法令之行為具備「明確認識」之心理狀態[146]。既對於違背法令必須有明確之認識，則於執行職務，如有適用法令之見解錯誤、不同見解或行政疏失或行為失當，應屬對於違背法令不具備明確認識，另外對於得為行政裁量之事務，或執行之法令涉及不確定法律概念，如何判斷有違背法令之故意，分析如下：

一、見解錯誤

學者及實務界人士，有認為公務員執行職務，如有適用法令之見解錯誤不宜認定為明知違背法令[147]，更有進一步指出，依圖利罪修法過程，立法目的是要限縮圖利罪適用範圍，避免公務員對法令不熟悉觸犯圖利罪[148]。採此見解之學者分析，以「明知違背法令」為構成要件，其立法用意在於行政法規之法制難免有疏漏，造成解釋空間大，應排除見解錯誤而形成之違背法令，況且法官對於錯綜複雜之行政法令，於事後之邏輯推論，並非為公務員執行公務時所能預為知悉，如果非屬故意不去知悉行為之違法性，應調查是否有刑法第 16 條禁止錯誤之情形[149]。

持不同見解之學者，則認為不知道自己行為違背法令，是欠缺不法意識，以明知為構成要件，則行為人之違背法令僅係間接故意，不成立圖利罪，有商榷之餘地，了解法令並不困難，公務員對於職務法規應有較高之認識程度，不宜因行為出於間接故意，否定圖利罪之成立，放任公務員行政怠惰及不負

---

[144] 最高法院 31 年上字第 1826 號刑事判例
[145] 陳子平，同註 57，頁 326
[146] 蔡惠芳，同註 122，頁 85；呂潮澤，同註 84，頁 10~11
[147] 蔡惠芳，同註 122，頁 85；呂潮澤，同註 84，頁 10~11
[148] 江惠民，同註 19，頁 178
[149] 蔡惠芳，同註 122，頁 85

責任之心態[150]。另有學者亦認為，以直接故意縮減犯罪之成立範圍，應該要有堅實的理由，如公務員之間接故意，是違法執行職務圖利自己或他人，因而獲得利益，會影響民眾對公務員之信賴，故圖利罪排除間接故意，是不當立法[151]。

公務員執行公務對於法令適用之見解錯誤，究竟非出於故意，不應認定為明知違背法令，雖學者認為，公務員不知道自己行為違背法令，係間接故意，亦應成立圖利罪，但於公務之執行大多為積極之作為，殊難想像，在何種情況下，公務員對於行政法令之適用與執行，其主觀意思會有預見其違背法令而其發生並不違背其本意，即預見公務之執行會違背法令，就算違背法令也容任其發生，除非是消極之不作為，但對於應執行之公務抱持消極之不作為之狀態，而使他人獲得不法利益，實務判決認為，圖利罪不以積極行為而犯之者為限，在法律上有積極作為之義務，卻為直接或間接圖自己或其他私人不法利益，而違背該法定義務，以消極不作為方法達到使圖利之對象獲得利益，亦足當之[152]。所以消極之不作為的情況下所成立的圖利罪，也必須以公務員明知不作為係違背法令為前提。故圖利行為之主觀意圖，幾乎不可能有間接故意之違背法令發生，就算是執行公務不了解法令，造成圖利，也不能比擬為間接故意。

二、不同見解

適用法令之見解另一個層面的問題是見解不同，更非屬於違背法令之直接故意，由於公務之執行日趨複雜，尤其是受理人民申請案，常會不只涉及一種法令規定，在層層套疊之行政法令適用流程，很可能在不同環節中，對於法規文義的認識不同，就會有不同的判定，不只在行政機關執行公務適用行政法令時如此，在民事訴訟、刑事訴訟程序適用各種法令時，也是會產生同樣情況，所以才有學者提出，法官對於錯綜複雜之行政法令，於事後之邏輯推論，並非為公務員執行公務時所能預為知悉，又行為當時之法律狀態是否相當複雜不清，通行於公務員間之法律理解與認知是如何？法院必須調查釐清[153]，如此才能避免因見解不同，而誤以為執行公務違背法令。

---

[150] 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，頁 54~55
[151] 李茂生，同註 17，頁 167~168
[152] 最高法院 104 年度台上字第 2545 號刑事判決
[153] 蔡惠芳，同註 122，頁 85

法務部訂頒之「檢察機關辦理貪污案件應行注意事項」第 4 點規定：「為確定公務員之行為是否違背法令，宜主動函詢主管機關或相關機關，違背之法令，現時有效，且未與其他機關解釋相牴觸，及主管法規機關或其上級機關有無就該項法規為相關之釋示。」，該等偵辦方法之提示，均為執行公務是否違背法令之必要檢驗，以避免因見解不同之冒然起訴。而實務判決亦認為，涉及行政法令之適用疑義，審理之法院可函詢該法之主管機關歷年之見解。縱認行政主管機關歷來之見解，與立法意旨不符，不能拘束法院，不宜遽認行為人明知行政主管機關之見解違法，以其依行政主管機關解釋所為之行政行為，即有圖利他人之犯意[154]。又公務員對於不同法令之解釋及適用，本於確信或誤認為其職權之所在，而為有利於人民之解釋及適用，應認係其依法行政職權之行使，縱其見解事後不為有權之上級機關所採，亦不能謂其於行政行為時係「明知違背法令」而令負圖利罪責。更有認為，公務員係對所應適用之法律、法規、命令……等所持之見解不同，或因疏失而致錯誤引用，因主觀上欠缺以違背法律、法規、命令……等手段不法圖利之直接故意，自與該罪之成立要件不符[155]。

由以上實務判決，對於行政法令之適用，必然存在之不同見解，均採不宜貿然視為圖利行為，科予圖利罪之刑責，況且行政機關各有其專業領域與不同的政策任務，對於行政法令規範目的之探求、行政專業之任務目的之了解、長期累積之行政經驗所形塑的政策目標等，法院在審酌公務員執行公務是否違背法令時，均應納入考量，以免與行為人之見解不同，尤其是輿論的誤導，產生對公務行為有違背法令之誤解，增加訟累。

三、行政疏失

由於公務機關長期人力無法增加，且社會生活日趨複雜，各種行政法令及行政流程，亦隨之更為龐雜，再加上經驗傳承之無法接續，故公務員工作負擔日趨沈重，過度講求結案效率，造成超時工作為常見現象，如此忽略工作品質的高壓環境，在作業流程中產生之作業疏失已在所難免，另外行政法令規定內容過於複雜（如政府採購法）且不同法令層層堆疊交錯適用，造成違背法令之疏失更是無法避免，既然為不慎產生之過失，即不應以具有直接故意之違背法令視之。故學者及實務界人士，有認為公務員執行職務，如有

[154] 最高法院 102 年度台上字第 3578 號刑事判決
[155] 最高法院 91 年度台上字第 6006 號、104 年度台上字第 1801 號刑事判決

因行政疏失之違反法令，不宜認定為明知違背法令，而成立圖利罪[156]。實務判決亦認為，行政疏失非係主觀上「明知」違背法令，不得論以圖利罪[157]。

四、行為失當

法務部訂頒之「檢察機關辦理貪污案件應行注意事項」第 2 點第 1 項規定：「刑法第 131 條、貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利行為，應限於公務員自始有為自己或其他私人圖取不法利益之直接故意為限，僅行政之失當行為，不能成立該罪」，已明確指出行政上失當行為，不能成立圖利罪。學者及實務界人士亦有認同此看法[158]，在實務判決，於圖利罪修法前尚未將明知違背法令明訂為構成要件時即認為，圖利罪必須對於主管之事務有圖利之意思，而表現於行為，始與犯罪構成要件相當，不得僅以公務員所為之失當行為，可能使人獲得不法之利益，推定該公務員自始即有圖利他人之犯意[159]。修法後仍持相同見解，並認為圖利罪之成立，在主觀上行為人須認識其所為之行為具體違反執行職務所應遵守之義務，另須有不法得利之意圖，即意圖藉由違反職務行為謀得非法利益。此意圖須依證據認定之，不得僅以公務員所為失當行為之結果，使人獲得不法利益，據以推定該公務員自始有圖利之犯意[160]。

五、行政裁量

依行政法學理，行政機關基於法律之明確授權或默示授權，對於個別案件之法令適用及決定，如該案事實與法律規定之構成要件符合，行政機關有權選擇作為或不作為，或選擇不同法律效果之處分，即所謂之行政裁量[161]，係法律許可行政機關行使職權時，得為之自由判斷，但仍應遵守法律優越原則，及誠信原則、平等原則、比例原則等一般法律原則，尤不得違反其授權法律之授權目的及範圍，而形成裁量逾越、裁量濫用、裁量怠惰等裁量瑕疵[162]。而依行政程序法第 10 條規定：「行政機關行使裁量權，

[156] 蔡惠芳，同註 122，頁 83；呂潮澤，同註 84，頁 10~11；紀致光，同註 138，頁 174~175
[157] 最高法院 92 年度台上字第 2985 號、102 年度台上字第 4568 號、105 年度台上字第 2139 號刑事判決
[158] 蔡惠芳，同註 122，頁 83~84；施俊堯，同註 114，頁 42；紀致光，同註 135，頁 174
[159] 最高法院 85 年度台上字第 271 號、86 年度台上字第 1463 號、86 年度台上字第 6874 號、87 年度台上字第 2238 號刑事判決
[160] 最高法院 94 年度台上字第 6030 號、100 年度台上字第 5757 號刑事判決
[161] 吳庚，行政法之理論與實用，105 年 9 月，增訂 14 版，頁 117~118；李震山，同註 106，頁 288~289
[162] 吳庚，同註 160，頁 121

不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的」、行政訴訟法第 4 條規定：「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論」、第 201 條規定：「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷」。故行政法院之實務判決認為，法律規定行政機關有行政行為之裁量權，行政法院自應尊重其裁量空間，除有逾越裁量權限、不為裁量或裁量錯誤等裁量瑕疵之情形，應認為係逾越權限或濫用權力，以違法論外，不得就行政行為之合目的性，進行審查；行政裁量必須符合法規授權之目的，若不注意此要求，則可能構成裁量濫用，另裁量決定結果必須維持法規範圍內，若不注意此要求，則可能構成裁量逾越，均屬裁量錯誤，為司法審查之範圍[163]。

綜合上述行政法學理及實務判決見解，行政機關得在法律之授權目的及範圍內，就得為行政裁量之事項自為判斷，但不得逾越比例原則等法律原則，行政法院僅就有裁量瑕疵之情形為審查，對於逾越權限或濫用權力之行政處分，法院得予撤銷。至於涉及行政裁量之個案，如何判斷是否成立圖利罪，有學者認為，違法裁量行為不必然具有刑事不法，必須有不法結果即不法獲利，則行政不法之行為才值得以刑法規範為刑事不法，於圖利罪而言，行政裁量於經由證據發現有圖不法利益之可能時，應可認為是符合構成要件之違背法令，如有因此獲得不法利益，即可成立圖利罪[164]。另有實務人士認為，公務員明知逾越法令授權之行政裁量，構成圖利罪之違背法令，但在法令授權範圍之裁量，縱使不當或不符公平原則、比例原則，僅負擔行政責任[165]。二者分別係以是否有不法獲利及以法令授權範圍，作為行政瑕疵裁量係應擔負刑事責任或行政責任之劃分界線。實務判決認為，公務員於法令授權範圍為裁量，因裁量不當或不符比例原則而未具違法性，僅論究行政責任，須明知違反執行職務所應遵守之法令，致影響裁量決定之公平性與正確性，圖取自己或其他私人不法利益，因而獲得利益，方該當圖利罪之犯罪構成要件[166]。

六、不確定法律概念

[163] 最高行政法院 90 年度判字第 1783 號、94 年度判字第 01800 號判決
[164] 李茂生，同註 17，頁 170~171
[165] 施俊堯，同註 114，頁 45
[166] 最高法院 97 年度台上字第 931 號刑事判決

行政法規之用語會有涵意不確定或多種可能之解釋，而法規本身不作概念之界定，依行政法學理稱之為不確定法律概念，於具體事實個案適用不確定法律概念時，行政機關得自由判斷，則稱之判斷餘地[167]。國內學者分析德國學說之通說，將不確定法律概念分為有判斷餘地及無判斷餘地，前者包括（一）考試、測驗之評分（二）公務員、教師、學生之能力、品行考核（三）高度屬人性之判斷（四）科技事項之判斷（五）獨立行使職權之合議機構之判斷事項（六）預測性判斷。對於該等事項除其判斷有明顯瑕疵，行政法院應尊重主管機關之決定，即法院之審查權受有限制。其餘之不確定法律概念則歸類為無判斷餘地，行政法院有完全之審查權[168]。

早期行政法學者認為，不確定法律概念於具體適用時，應僅有一個正確的解釋結果[169]，因不確定法律概念之意涵，行政機關應依通常法律解釋方法探求，無自行判斷之餘地，應受行政法院完全之審查。但晚近學者認為，不確定法律概念仍有甚多涉及價值判斷或利益衡量，行政法院對於行政機關所做解釋及適用之審查，應有其界限，不宜為完全之審查。因而主張行政機關於適用不確定法律概念時有一定之判斷餘地，在此範圍內行政法院應予尊重，所謂判斷餘地的範圍，則大致如前述 6 類事項[170]。

國內實務見解，對於行政法規中之不確定法律概念，大法官釋字第 553 號解釋闡述，法條使用不確定法律概念，即係賦予該管行政機關相當程度之判斷餘地。地方自治事項涉及不確定法律概念，上級監督機關為適法性監督，其情形與行政訴訟中之法院行使審查權相似，固應尊重該地方自治團體所為合法性之判斷，但如其判斷有恣意濫用及其他違法情事，上級監督機關尚非不得依法撤銷或變更，另於解釋理由中提出法院及上級機關之審查密度宜參酌重點，實務判決亦認為，行政規定之不確定法律概念，固應尊重主管機關相當程度之判斷餘地，惟主管機關之判斷所根據之事實，是否符合論理法則或經驗法則，法院有衡情斟酌之權[171]。

學者歸納指出，法規中之不確定法律概念，行政機關有權判斷，並有自主性之判斷空間，如判斷結果符合普遍之價值觀，法院原則上應予尊重，但若有爭執，仍可就該判斷加以審查。尤其是在特定領域內（如同前述 6 類事

[167] 吳庚，同註 160，頁 118,124
[168] 吳庚，同註 160，頁 124~127
[169] 吳庚，同註 160，頁 133~134；李建良，行政裁量與判斷餘地，月旦法學教室第 98 期，頁 46
[170] 李建良，同註 169，頁 46~47
[171] 最高行政法院 93 年度判字第 1588 號判決

項)，應允許行政機關有充分之判斷餘地，於行政機關有顯然違法或不當時，法院方予適度審查[172]。另有學者提出更宏觀的見解，認為行政裁量及行政判斷均涉及行政自主餘地之肯認及界定，行政絕對不是機械性的依法，只要有行政就有裁量，不但需認真看待依法行政原則，且應重視行政權力之積極主動性，才能解決行政自主與司法控制分際之難題[173]。所以不但行政法院對於行政機關之行政自主必須尊重，普通法院就圖利罪之審理，對於行政機關之作為，亦應審酌其基於行政目的所為法令適用見解，除對於法令之解釋，超出一般的法律解釋方法，不宜驟然認定行政判斷之濫用，而視為違背法令。

綜整而言，圖利罪規定之「明知違背法令」，係於 90 年修法時所增加之主觀構成要件，法務部原草擬之刑法修正草案，僅在於修正客觀構成要件，將圖利對象限定於私人，明示不包含國庫，再次提出修正草案時，雖又增訂「違背法令」、「因而獲得利益」之要件，但最終出現「明知」之直接故意主觀構成要件，係於立法院朝野協商所得之結論[174]，故於修法理由中並未有修法說明，而藉由其他刑法法條之解釋，推論出「明知違背法令」必須是對於違背法令之直接故意，不包括間接故意及過失。但在行政實務運作，可能會有行為人之主觀認知上非出於直接故意之違法意圖，而在法令適用上之見解錯誤、不同見解或行政疏失或行為失當等狀況，另外得為行政裁量之事項，或法令涉及不確定法律概念行政機關應有自主判斷空間之情形，屬於法院審理上之灰色地帶，均有賴個案就客觀情形做個別判定。

由於修法前，圖利罪之主觀構成要件，未明訂為直接故意，故實務判決，對於認定行為人違背法令之主觀心理意圖，尚未有著墨，僅強調圖利罪之成立，必須以行為人有主觀之圖利犯意，並客觀上有將犯意表現於行為。故日後在法院實務審理，如何將明知違背法令與未具備直接故意之法令適用見解錯誤、不同見解、行政疏失、行為失當、行政機關之行政自主判斷等二者間，能作出區隔判斷，才不悖於修法目的，必須以具備「明知違背法令」之直接故意，方以刑罰論處，其餘對於法令不當判斷所形成之處分，應該屬於行政懲戒之範疇。

---

[172] 李震山，同註 106，頁 461~462

[173] 李建良，同註 168，頁 49

[174] 行政院、司法院 90 年 2 月 27 日會銜台 90 法字第 011821 號、（90）院台廳刑一字第 04990 號函、立法院公報第 90 卷第 51 期院會紀錄，頁 116~117

第二項 意圖使自己或其他私人獲得不法利益

有實務人士指出，圖利罪於 90 年修正前之實務通說，圖利罪之主觀犯意，應包含對於公職義務違反之認識，以及獲得不法得利之意圖[175]。其中獲得不法利益之意圖，修法前實務判決之見解認為，圖利罪以行為人於行為時有為自己或第三人圖取不法利益之犯意而表現於外，始為相當，至有無此犯意，應依積極證據認定，不能僅以公務員所為失當行為之結果，使人獲取利益，據以推定公務員自始即有圖利他人之犯意[176]。另圖利罪，必須有積極的圖取不法利益之犯意與行為始足當之，如僅有消極行為，亦不成立圖利罪[177]。

有論者表示，圖利罪修正後，其規定之主觀犯意之內涵並無改變[178]。學者則分析，圖利罪規定之圖利意圖，必須是公務員違背法令行為獲得之不法利益，於實施違背法令行為時可預見之結果，亦須是所積極追求之目的，即有意藉由違背法令行為，產生不法利益，換言之，是為了不法利益，實施違背法令行為，而獲取之不法利益，是公務員為違背法令行為幾乎或非常確定可能產生之結果，即可推論為有預見，或行為時有意獲取不法利益[179]，即強調違背法令與獲得不法利益之主觀意圖間的關聯性，即圖利罪主觀犯意，必須是違背法令、圖獲不法利益二者兼具。

實務判決之見解，與修法前的看法無太大差異，亦認為圖利罪之成立，不僅行為人須有為自己或第三人圖得不法利益之犯意，行為人更須有將圖得不法利益之犯意，顯現於外之積極行為，始能構成[180]。另有進一步的解析，認為圖利罪之成立，在主觀上，行為人須認識其所為具體違反執行職務所應遵守之義務，另須有不法得利之意圖，即意圖藉由違反職務行為謀得非法利益[181]。綜整而言，圖利罪之圖利意圖，必須是公務員可透過執行公務之違背法令，因而使自己或他人獲取不法利益，有所認識，並決意實施之直接故意。

有論者提出，法院實務認為，圖利之犯意需有「犯意顯現於外之積極行為」之證據以資認定，但是如何佐證並無必然之標準，法院認為可朝調查圖利之動機予以證明，但如何證明甚為困難，被告可以業務繁忙、專業不足等

---

[175] 呂潮澤，同註 84，頁 12~13
[176] 最高法院 85 年度台上字第 4159 號、87 年度台上字第 2238 號刑事判決
[177] 最高法院 86 年度台上字第 1926 號刑事判決
[178] 呂潮澤，同註 84，頁 13
[179] 蔡惠芳，同註 122，頁 86~87
[180] 最高法院 103 年度台上字第 3611 號刑事判決
[181] 最高法院 94 年度台上字第 6030 號刑事判決

說詞，推翻圖利動機，所以法院實務見解認為，需證明被告非因過失而違背法令，且行為之始即確知其行為可產生不法圖利之結果，方足以證明有圖利之犯意[182]。

另依法務部訂頒之「檢察機關辦理貪污案件應行注意事項」第 2 點亦規定，判斷有無圖利之直接故意，應查明公務員有無圖利之動機。有實務人士指出，經檢察官起訴之圖利罪，常見無法說明被告之圖利動機，及提出證明，以致被認定無圖利之故意判決無罪，又於第二審判決，對於被告圖利動機未調查認定，亦成為最高法院撤銷發回之理由[183]。就如實務判決之看法，被告主觀上圖利之犯意，應就其顯露於外之言行、舉止或其他外在客觀事實詳為調查、細心推敲其圖利之故意、動機為何？如何形成犯意？並應就證據詳為審酌認定上訴人主觀上有圖利犯意之理由。不得僅憑被告客觀上有違反職務之行為，逕自推斷主觀上必有圖利之犯意[184]。

綜合圖利罪修法前後之見解，圖利意圖之認定，必須是行為人有圖利之主觀意思，且係藉由違背法令之行為，使自己或他人產生不法利益，需認識行為違背法令，及該行為與產生不法利益之結果存有關聯性，並決意實施之。至於成罪之認定上，必須有圖得不法利益之犯意，顯現於外之積極行為的證據，以實務上之見解，對於行為動機之調查，為證明圖利意圖之必須程序，其審認方式，可從行為人顯現於外之言行、舉止或其他外在客觀事實加以判定，並提出合理之推論說明。

第四節 小結

圖利罪規定於 90 年之修正，構成要件從「公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖利」，修正為「公務員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」，此次修正從修正草案總說明提出的修法目標，應該是構成要件之明確化，其修法有二大原因，其一為圖利罪有罪判決比例偏低，多數偵查人員認為，圖利罪規定有欠嚴謹，偵辦不易，導致司法公信力低落。以刑事訴訟程序係在確定國家之刑罰權及範圍而言，構成要件不明確之刑罰規定，的確是執法人員的困擾，所產生之間接效應，就是社會對於判決結果之疑惑，但這些只是執法人

[182] 紀致光，同註 135，頁 174~175
[183] 江惠民，同註 19，頁 172
[184] 最高法院 100 年度台上字第 2127 號刑事判決

員的不便利感，及社會情緒性的反應，第二個修法原因公務員不敢勇於任事，才是對於社會大眾實質性的最大禍害，就如修正草案總說明所指出的「行政效率無法提昇，造成國家競爭力之障礙」，如果公務員畏懼於圖利罪之刑罰，在公務執行時只在行政法規上字字斟酌，受理人民申請案後，第一目標就是如何駁回，這樣的不利益是整體社會無法承受，而一個刑罰規定，也不應該是讓受規範者感到戒慎恐懼，造成公務運作無法正常化的元凶，及公務員這個職業別無時無刻的危機感。

圖利罪規定修法後，構成要件增列「明知違背法令」、「因而獲得利益」，其中「明知違背法令」之違背法令只是將實務通說明文化，再加上主觀意圖須為直接故意，至於「因而獲得利益」，於修法理由中，揭示圖利罪修正為結果犯，係為避免公務員便民與圖利他人發生混淆，影響行政效率。但增加該構成要件，於公務體系之運作及司法審理，對便民與圖利他人並不因而有所區隔，而便民與圖利他人之界線，就常理而言，應在於公務之執行有無違背法令，且便民之要義係在於行政效率提升的訴求，具體方法應該是行政作業流程及法令規定之簡化。所以將避免公務員便民與圖利他人發生混淆，列為構成要件增訂「因而獲得利益」之修法理由，有點匪夷所思，實在推論不出二者間之關聯性，或許是因為在圖利罪偵查及審理時，被告常以便民做為藉口，用以推翻圖利之動機及犯意，但是以增訂「因而獲得利益」作為是否成立圖利罪之界定，並不能解消公務員遭遇便民與圖利他人無法釐清時之窘境，在司法審理時，同樣無法有該作用。實質上而言，修法新增構成要件「明知違背法令」、「因而獲得利益」，其立意係將經實務判決累積之見解，將其列為法條部分內容而明文化，另為限縮圖利罪之成罪範圍，並將原本不明確含混不清之構成要件，明列為數個較能理解判斷的要件，使公務員不再易於被羅織入罪。

第一項 圖利罪修法前法院之務實認定

修法前之圖利罪規定「公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖利」，單就文義而言，大部分的公務行為，都會成立圖利罪，因為以現在的社會觀點，政府的責任就是為民興利，所以佔很大比例的公務行為都是在圖利他人（依法授與人民利益），其實都可能已經算是踏入圖利罪的警戒線，如最高法院 46 年台上字第 175 號判例認為「刑法第 131 條之罪，旨在懲

罰瀆職，只須公務員對於主管或監督之事務，有直接或間接圖利之意思，而表現於行為，即已構成，並不以實際得利為限」，簡而言之，公務員有直接或間接圖利之意思，而表現於行為，就成立圖利罪，以這樣的解釋內涵，可能有些公務員每天都在進行犯罪行為，岌岌可危。

經由上述實務見解，整個政府體系儼然近似一個龐大的犯罪集團，因為一直不斷地從事圖利行為，這個很容易讓公務員動輒得咎的判例，沿用到圖利罪之構成要件修正後之 91 年 8 月 13 日才決議不再援用。但是在該判例之後，最高法院對於圖利罪之成罪判斷，建立了很重要的指標，如 87 年度台上字第 2251 號、88 年度台上字第 7485 號刑事判決指出，圖利罪須公務員於執行職務時，違反執行職務所應遵守之法令，主觀上有圖私人不法利益之意思，客觀上並將該犯意表現於行為。也就是秉持法官造法之精神，由於圖利罪規定之文義不明確，過於容易使公務員入罪，影響公務運作之情況下，在實務審理上，界定在何等範圍內之圖利行為，才必須以刑罰論處，即建立二個判斷成罪要件，其一為違反職務法令，其二為表現於行為之圖利犯意。

第二項 圖利罪修法後構成要件與法益之分析

雖然在實務判決對於圖利罪成立與否之認定，已有前述較為妥適之見解，但是文義不明確的法條規定，仍將使公務員易陷入被起訴的危機，影響公務執行之安定，所以於 90 年之修法，第一要務就是把「違背法令」明訂為圖利罪之構成要件外，從修正後之法條解析，其客觀構成要件包含「公務員對於主管或監督事務違背法令之行為」、「直接或間接圖自己或其他私人不法利益」、「因而獲得利益」等三項，另有主觀構成要件「明知違背法令直接或間接圖自己或其他私人不法利益」之直接故意。但是修正後法條內容，有達到修正目的嗎?從法條文字以觀，似有較為明確，但是能否達成使公務員能勇於任事之任務，卻是很難找出得以衡量的指標。

至於圖利罪現行規定所勾勒出之應罰行為態樣，是否能命中圖利行為的違法性範圍，亦不超越處罰正當性的界線，換句話說，是否只要是構成要件該當的行為，就會有法益的侵害，而不會是欠缺違法性要素及處罰正當性，所以要先釐清圖利罪所保護的法益，即圖利行為所破壞的社會共同生活利益，再檢視其規定之構成要件，是否能達到保護法益之效果。對於圖利罪所保護的法益，國內有採職務公正性說或信賴保護說，該二說之核心都是在於

依法行政，認為違背法令圖不法利益，係破壞公務的公正性；破壞人民對公務員公正執行職務的信賴，簡言之，公務的公正性及公正執行職務的信賴就是法益，也確實與前述修法前實務判決見解契合，係以公務員是否違反職務法令為成立圖利罪之先決判斷。

圖利罪規定於 90 年修正構成要件增列「明知違背法令」、「因而獲得利益」，形成違反職務法令雖仍是成罪之主要判斷，但是圖利行為之處罰範圍已有縮減，朝向是否有圖利犯意的研判，及是否確有不法得利，由於當時之修法理由，並未對該罪所保護的法益有所分析，只是凸顯為了使公務員能勇於任事，對於所增加之構成要件，並沒有較為細膩及構思之說明，以及法條規定內容與達成修法目的之間的關聯性提出論述，直到 98 年又修正貪污治罪條例 6 條第 1 項第 4 款，對於圖利罪構成要件之違背法令，明訂所謂法令之範圍，於修法理由中敘明，修法目的還是為了使公務員能勇於任事，但是終於提到，圖利罪是為達到公務員廉潔及公正執行職務信賴要求，似乎修法理由所揭櫫之圖利罪所保護法益，從前述之信賴保護說。

但是以信賴保護說所指圖利罪所保護法益，係人民對公務員公正執行職務的信賴，只是群眾之認知情緒，且抽象而無法量化，並非實質具體之社會生活利益，或者與大眾之生活利益有直接的連結，對於無法衡量之群眾信賴認知情緒的破壞，加以處罰，是否具有施以刑罰之正當性，值得深思。圖利罪規定修正後增列構成要件「明知違背法令」、「因而獲得利益」，其所保護法益似乎應重新審思，更須經過實際案例反覆審理中，檢討是否切合社會生活現況之需要。

一、明知違背法令之審視

就構成要件「明知違背法令」而言，實務見解原所表彰之「職務公正性」法益，延續存在，但修法後更應強調是行為人違背法令之主觀意圖，即對於違背法令之認識，以圖利罪整體規定意旨，尚包含因違背法令而圖利自己或他人之認識。以現今社會生活型態越來越複雜，也許是因為科技的進步、思想的改變，也是因為道德淪喪，而弊端叢生，所以行政法規必須不斷修正，逐漸步向複雜化，再加上執行單位的上級機關基於政策考量，而制訂政策指導性法令，這些法令之產生，部分來自於學說理論，或是社會輿論，所以可能是舶來品，或者是街頭巷尾的各抒己見、七嘴八舌，這些所謂的政策理想，與執行機關長久遵循之行政命令當然會有扞格，行政機關長期執行之原訂

法令、專業領域與累積行政經驗所建立之行政慣例，被上級政策法令強行融合執行的結果，某些機關法令適用之複雜化程度，非一般人所能想像。

公務之執行如何選擇最適切之法令解釋方式，做出最有利於社會之行政作為，有賴於長期的行政經驗，以及對於行政命令規範目的之理解，並融合於機關行政專業及任務，這些看似簡單的道理，當然不是一個初到機關的新人，能夠於每個行政任務融會貫通運用得宜，甚至具有多年經驗的主管也難以辦到，因為很多行政命令是經過長年的演變修正，而形成現今的規模，而其間演變的成因與立法不當導致錯誤行政的慘痛教訓，未必可以在修法理由中看得到，所以很多行政法令規定內容之必要性及適當性，目前執行之公務員也說不出其所以然，甚至在成為圖利罪被告時，也無法論述出該機關適用解釋法令之合理性，因為以其有限的工作經驗，無法徹底說明行政命令之規範目的、機關被賦予之政策任務、行政專業之運用這三個鐵三角間的融合，才能推論出的行政命令之合理解釋內涵。

基於行政命令前述有別於其他實定法之複雜適用情形，又由於法令文字本即可能存在多重文義，所以行政機關在處理公務時，對於行政法令之適用解釋、行政裁量之判斷，極有可能與司法偵查人員、法官產生落差，既然「明知違背法令而圖利」明訂為圖利罪之構成要件，如執法人員認為公務員於執行公務對於法令有見解錯誤、不同見解，或作為上之行政疏失、行為失當，即應審慎探究行為人是否有直接故意以違背法令圖利之主觀意思，對於執行上有裁量空間或判斷餘地之不確定法律概念法令，尤應尊重行政機關之行政自主權，以免流於司法權主導行政權的現象，或產生行政機關畏懼於無法預測日後司法機關對於法令之適用見解，恐身陷纏訟無妄之災，而在公務執行時對於法令之適用流於過度嚴苛的態度，為圖利罪修法後在司法實務，必須多所斟酌的重點。

二、因而獲得利益之分析

圖利罪另一新增構成要件「因而獲得利益」，就表象而言主要係在限縮成罪範圍，似無法描繪體現出圖利罪所保護的法益，需從修法理由及實務見解，對於「不法利益」之定義及範圍，再結合「因而獲得利益」要件，圖利罪所保護的法益，方能約略勾勒出其概略外觀。如本章前述彙整之修法理由及歷來實務見解，「不法利益」係具有經濟價值之有形或無形、消極或積極之財產利益；須可轉換為可計算其數額之財產上利益；支出之相關成本及其

他必要費用部分，應從行為人所獲得之「不法利益」中扣除，不能算入犯圖利罪所獲得之不法利益內；承包廠商本該有合理之利潤，故不法利益，須扣除合法利潤。

從以上實務見解，對於圖利行為之「不法利益」所劃定之範圍，並以有實際獲得利益為限，除能彰顯其圖利之具體犯罪事實外，可推論實務亦認為，單純違背法令之公務行為，並不具足實質之法益侵害，必須有實際獲利，且「不法利益」必須是可轉換為可計算數額之財產利益，才能推導出有法益侵害；若係未獲得利益，何以論證可能有不特定多數人或特定個人之法益受到侵害，又如所獲取利益無法轉換為可計算數額之財產，則違背法令之行為所造成法益受侵害程度，尚不足以採取以刑罰之嚴厲手段科處行為人。至於，支出之成本、必要費用及合理之利潤須扣除，不能算入犯圖利罪所獲得之不法利益之見解，係立論於公務行為屬與人民交易之案例，如政府採購，在該類案例，政府既未因公務行為而支出超過一般交易行為之正常給付，則公庫並未受到損害，即無實質上之利益侵害，實無必要以刑罰處罰行為人，所應論究之違背法令所造成執行公務之不公正，宜以行政違法，以行政手段施以懲戒，方符合比例原則。

圖利行為依現行規定以違背法令「因而獲得利益」方成立圖利罪，原立意係用以限縮圖利罪成罪範圍，另就常理而言，違背法令之公務行為有「獲得不法利益」之結果，才會有國家資源分配的不公平，造成公庫或私人之利益受到侵害之可能性，用如此迂迴的推論，似可達到以存有實質性之法益侵害，推導出以圖利罪處罰之正當性。但本文認為以如此迂迴的方式，推導出圖利罪現行規定所保護的法益，倒不如以直接明文之方式，以「公庫或私人之財產或其他利益」為所保護法益，當公務執行的違背法令，已造成公庫或私人之財產或其他利益之侵害，方為處罰之前提，基於圖利罪與背信罪之犯罪行為高度同質性，宜採背信罪之方式，於法條中明確將「致生損害於本人之財產或其他利益」列為構成要件，揭示背信行為所侵害之法益，使犯罪行為之處罰具備正當性之立論，在圖利罪規定中，增訂類此構成要件，使圖利罪所保護的法益，不只是對公務執行之信賴的群眾情緒性認知。

第五章 明知違背法令之解析

圖利罪規定於 90 年之修正，將其構成要件修正為公務員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，其文義雖已較修正前明確，但是在實務上之審理，對於該修正後各個構成要件之適用，存有不同見解，經過諸多案例的累積，部分已逐漸形成較為一致之實務看法，僅就其中「明知違背法令」而言，對於圖利罪規定所指涉之法令種類、範圍；公務員於職務執行應承擔刑事責任之法令範疇；行使行政裁量是否違背法令之衡量；違背法令與圖利他人之主觀故意連結；公務員之圖利行為與獲利者間是否屬對向關係疑義等實務審理癥結，其中部分雖已趨近於「使公務員勇於任事」之修法理由，而推演出合理且普遍一致之實務見解，但仍有部分，由於個案之行為情狀、客觀事實之不同，尚難歸納出較能普遍適用之規則，於本章將作深入解析。

第一節 法令以對外發生法律效果之規定為限

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款於 98 年修正後，明訂圖利罪構成要件之違背法令，所指法令為法律、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。於修法理由敘明，條文所指之法令，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限。故圖利罪規定中「法令」，以「與公務員職務具有直接關係」為範圍，而以「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」為限。

雖然於 90 年修正貪污治罪條例第 6 條時，於修正理由中已敘明「法令」之範圍限縮在「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。」，但在實務處理上爭議不斷，其後於 98 年修法時，為使「違背法令」之範圍明確化，故將該法令範圍明訂於條文，又於修法理由中強調與行為人職務有直接關係者為限。在實務判決上有更進一步闡述，「法令」須與公務員之執行職務所應遵循或行使裁量權有直接關係者為限。即公務員於執行具體職務時，須違反該具體職務之相關義務所為之特別規範。如於辦理政府採購法業務時，違反政府採購法及相關採購、營繕等之法令[185]。

[185] 最高法院 98 年度台上字第 1721 號刑事判決

至於實務上最常見之問題，如違背之「法令」是否包含公務員服務法等倫理規範?另圖利罪規定於法條中所列舉法令在中央法規標準法、行政程序法或地方制度法均訂有其定義及效力（如前章所敘），該等法令均可能僅規範內部事宜之內部規定，亦有可能係對外發生效力之規定[186]，如從一般學理，「法規命令直接對外發生效力，行政規則以對內生效為原則，或僅有間接對外生效之作用」[187]，故於實務上較易產生疑義者為行政規則、職權命令，在個案中如何審認是否屬於對人民所作對外發生法律效果之法令。故分別做以下之分析。

第一項 公務員服務法等倫理規範之適用爭議

實務上對於圖利罪規定「違背法令」之法令，是否包含公務員服務法等倫理規範，長期以來存有肯定及否定之不同見解。實務界有認為持肯定者，可能係因 90 年修正貪污治罪條例於第 6 條第 1 項第 5 款之修正理由敘載：「違背法令並非僅指與執行該項職務有關之法令，尚及於所有公務員所應遵守之基本規範，故對非主管監督之事務，如有違反其他公務員應遵守之法令或義務者，仍屬違背法令」[188]，則依該次修法之修正理由，形成第 6 條第 1 項之第 4 款及第 5 款所規定之「違背法令」，其法令所指涉之範圍似有不同，第 4 款主管監督事務圖利罪規定之法令為對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果者；第 5 款非主管監督事務圖利罪則為非僅指與執行該項職務有關之法令，尚及其他公務員應遵守之法令或義務者，該款修正理由之描述文字，似已有隱含公務員服務法等倫理規範。

一、貪污治罪條例之圖利罪 98 年修正前之見解

貪污治罪條例於 90 年修正後之判決，對於圖利罪規定之法令是否包含公務員服務法等倫理規範，其論述理由如下：

（一）認為包含公務員服務法等倫理規範

1. 主管監督事務圖利罪部分[189]

公務員服務法第 6 條、第 13 條之公務員不得假藉權力，以圖本身或他人之利益，亦不得經營投機事業之禁止規定，屬貪污治罪條例

[186] 李震山，同註 106，頁 235
[187] 吳庚，同註 160，頁 269
[188] 邢泰釗，同註 109，頁 73；江惠民，同註 19，頁 176
[189] 最高法院 93 年度台上字第 2295 號、94 年度台上字第 857、1047 號、95 年度台上字第 2514 號刑事判決

第 6 條第 1 項第 4 款所稱之法令；行為違反公務員服務法第 1 條、第 6 條、第 14 條第 1 項、第 22 條之規定構成圖利罪。

2. 非主管監督事務圖利罪部分[190]

公務員服務法係規範公務員執行其職務時，所應遵守之事項，凡屬公務員，均應受該法之規範，且經立法院通過，總統公布施行之法律，自屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款所稱之法令；具一定程度之指揮、監督權責者，違反公務員服務法第 6 條所稱有假借權力以圖本身或他人之利益，屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款所稱違背法令；台北市議會議員宣誓就職條例第 6 條第 1 款規定，代表人民依法行使職權，不營求私利，即屬其行使民意代表職權所應恪遵之法律之一，違背該宣誓條例等所定民意代表應謹守廉潔問政之法律義務，符合修正新法圖利罪明知違背法令之構成要件。

（二）認為不含公務員服務法等倫理規範

1. 主管監督事務圖利罪部分[191]

公務員服務法規定內容，帶有濃厚之道德要求及不確定之法律概念，該法對於違反者亦訂有行政處分或罰則，違反公務員服務法即係圖利罪之違背法令，是否符合新法之修法意旨？應深入審酌；違背法令，應以與執行職務直接關係之法令為限，公務員服務法所定之屬於道德性、抽象性義務法令自不在內，否則無異與修法在於限縮圖利罪之適用之旨趣相悖；公務員違反公務員服務法第 1 條、第 6 條，因失職而遭受懲戒處分，除其行為與刑事處罰之構成要件合致外，不得追訴處罰；公務員服務法係屬公務員之行為準則，縱然違反，僅構成應依該法懲處之事由，難認即有刑事上之違法性，且並非就執行具體職務時，就該具體職務之相關義務所為之特別規定，非屬貪污治罪條例第 6 條圖利罪所稱之法令。

2. 非主管監督事務圖利罪部分[192]

公務員違反上開規範，有因失職遭受懲戒處分之可能，除其行為與刑事處罰之構成要件合致外，不能追訴處罰。

---

[190] 最高法院 92 年度台上字第 780、522 號刑事判決

[191] 最高法院 92 年度台上字第 2965 號、96 年度台上字第 355、2069、1252 號、97 年度台上字第 931 號刑事判決

[192] 最高法院 94 年度台上字第 4584 號刑事判決

上述判決論斷公務員服務法是否屬圖利罪規定之法令，認為應包含者，所持理由係公務員服務法既為法律，且屬禁止規定，違反者即違背公務員應遵守之法律義務，屬貪污治罪條例第 6 條所稱違背法令，在立論上稍嫌薄弱；認為不應包含者，則論述公務員服務法之規定為行為準則，其內容具不確定之法律概念，對於違反者訂有行政處分或罰則，違背者應依該法懲處，難認即有刑事上之違法性，如認屬係圖利罪之違背法令，與修法在於限縮圖利罪之適用旨趣相悖。並強調圖利罪之違背法令，應以與執行職務直接關係之法令為限。

貪污治罪條例第 6 條於 98 年修正前，有多位實務界人士認為，圖利罪規定之法令，不宜包含公務員服務法等倫理規範[193]，更有明確指出，刑事違法性，必須以存有法益侵害為判斷基礎，單純違反公務員服務法未觸犯刑罰法律之行為，不過是違背道德之風紀問題，刑事違法性極為薄弱，不足以破壞國家法益，而處以刑罰[194]。但另有認為，公務員服務法為公職人員所應遵守義務之基本規範不得違反，否則應接受刑罰[195]等懲處之禁止規範效力，且攸關執行公務純正性、廉潔性之國家法益不被侵害之功能，不應排除在圖利罪規範之外。

二、貪污治罪條例之圖利罪 98 年修正後之見解

貪污治罪條例第 6 條於 98 年修正時，第 1 項第 4 款主管監督事務圖利罪、第 5 款之非主管監督事務圖利罪之「法令」，同時於法條中限定為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。在修正理由中，更強調此項修正，於圖利罪所指之「法令」，應限縮適用範圍，以與公務員之職務具有直接關係者為限，避免原條文「違背法令」範圍不明確，使公務員不敢勇於任事。該次修法之委員提案說明三、四指出，單純違反公務員服務法之行為，屬倫理道德之違背或風紀問題，刑事違法性極為薄弱，不足危及國家統治機能及社會利益，不宜任意牽連，依圖利罪論處[196]。修法後之判決，有認為公務員服務法係屬公務員之行為準則與服務規範，縱然違反，僅構成應依該法懲處之事由，難認即有刑事上之違法性，非屬貪污治罪條例第 6 條圖利罪所稱之法律。違背公務員服務法第 6 條、第

[193] 黃虹霞，同註 18，頁 80；江惠民，同註 19，頁 177；邢泰釗，同註 109，頁 73~74
[194] 陳東誥，同註 85，頁 133
[195] 呂潮澤，同註 84，頁 17
[196] 立法院公報第 98 卷第 17 期院會紀錄，頁 65

20 條規定，以圖利罪論處，有適用法則不當之可議[197]；公務員服務法第 6 條及第 19 條等規定，並非就執行具體職務時，就該具體職務之相關義務所為特別規定，尚非屬貪污治罪條例第 6 條圖利罪所稱之法令[198]。

本文認為，公務員服務法及其他公務員倫理規範之性質，應不屬貪污治罪條例第 6 條圖利罪所規定「對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果」之法令，更非屬與公務員之職務具有直接關係之法令。單純違反公務員服務法，就貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之文義，並不成立圖利罪之違背法令，已甚為明確，故不宜再引為判定觸犯圖利罪之法令，方符合圖利罪規定之立法目的。

再就公務員服務法（修正日期為 89 年 7 月 19 日）整體規範架構而言，第 1 條至第 21 條所規定係公務員之行為準則及執行公務之工作倫理規範，或有抽象或有具體，違反該等行為準則、倫理規範，依第 22 條前段規定，應按情節輕重，分別予以懲處；後段規定，觸犯刑事法令，並依各該法令處罰。故違反公務員服務法規定之行為，原則上其法律效果為「懲處」，並非刑罰，而第 22 條後段規定「觸犯刑事法令，並依各該法令處罰」屬事理之當然，為毋庸規定之贅文；第 23 條規定之法律效果亦為「懲處」；看似例外處以刑罰之第 13 條第 3 項規定：「公務員利用權力、公款或公務上之秘密消息而圖利者，依刑法第 131 條處斷」，亦只是就刑法第 131 條圖利罪例舉行為態樣，並非獨立之刑罰規定，綜觀全部條文，只有第 23 條規定：「離職公務員違反本法第 14 條之 1 者（公務員於其離職後 3 年內，不得擔任與其離職前 5 年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問），處 2 年以下有期徒刑，得併科新台幣 1 百萬元以下罰金」，為唯一有獨立構成要件以刑罰為法律效果之規定。故就公務員服務法本身對於違反者所明訂之法律效果，唯有違反本法第 14 條之 1，方應科予刑責，牴觸其他法條之行為，除有符合刑罰規定外，均應只視其義務違反情節之輕重，予以懲處。

由以上針對公務員服務法之結構分析，再反觀在判決中，該法常被引用為觸犯圖利罪之法條，如第 6 條：「公務員不得假借權力，以圖本身或他人之利益，並不得利用職務上之機會，加損害於人」、第 13 條第 1 項：

[197] 最高法院 103 年度台上字第 3571 號刑事判決
[198] 最高法院 104 年度台上字第 2538 號刑事判決

「公務員不得經營商業或投機事業。」第 14 條第 1 項：「公務員除法令所規定外，不得兼任他項公職或業務。其依法令兼職者，不得兼薪及兼領公費」，縱然該等失當行為情節較為嚴重，以社會上之觀感，予以處罰並不為過，但是處罰的方法有否與圖利罪連結之必要，再檢視公務員服務法其他法條如第 7 條：「公務員執行職務，應力求切實，不得畏難規避，互相推諉，或無故稽延。」、第 11 條：「公務員辦公，應依法定時間，不得遲到早退，其有特別職務經長官許可者，不在此限。」，該二法條既然與第 6 條、第 13 條第 1 項、第 14 條並列，則違反第 6 條等需科以圖利罪之刑責，是否違反第 7 條、第 11 條及其他情節較為輕微之法條，亦屬觸犯圖利罪，不然很難推論出合理的邏輯引據，如此一來，身為公務員將是動則得咎，終日惶惶不安，行為稍有不慎，即以圖利罪科予刑責，如何使公務員勇於任事。

另外，需特別予以強調的是刑罰之目的，在於處罰侵害法益之行為，公務員服務法所規定係公務員之行為準則及執行公務之工作倫理規範，不若與公務員執行職務有直接關係且對外發生法律效果之法令，方足以產生國家法益侵害之直接可能。公務員服務法只是在行政組織內，對於所屬員工基於管理上之需要，維持行政組織工作秩序之內部規範，如有違反，僅施以行政懲處，於手段與目的之間並未失衡，公務員行為義務基本規範之違反，並不必然需科以刑罰。所以將圖利罪之違背法令，限定在對外發生法律效果之法令，且為執行具體職務時，與該職務行為直接相關之規定，具有該性質之法令，公務員如有執法不公，對社會大眾才可能發生法益侵害，才以刑罰處斷，方符合比例原則。

第二項 行政規則、職權命令之效力判斷

依貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款規定，圖利罪構成要件之違背法令，所指法令列舉出法律、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，並加上概括條款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。所列舉之法令種類與概括條款間之聯繫詞為「或」，故就該法條整體文義而言，所規範之法令無論其種類為何，應限定僅指「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」具外部

效力者而言[199]，方符合修法理由中所持之修法目的，「法令」應限縮適用範圍，以避免原條文及有關「違背法令」的範圍之不明確，致使公務員不敢勇於任事，延滯行政效率的不良影響。在實務上常面臨的問題，係對於審理之個案中所執行之行政規則、職權命令，是否屬圖利罪所指法令的判斷，分析如下：

一、行政規則為圖利罪規範標的

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款於 90 年修法時，已於修法理由中，如現行條文闡述「法令」之範圍限縮在「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」，由於列舉之法令種類，未敘及行政規則，又明訂法令之範圍，限於對外發生法律效果者，且依行政程序法第 159 條第 1 項規定：「本法所稱行政規則，係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、抽象之規定」，故行政規則原則上僅具內部效力，又法務部 92 年 6 月 18 日法檢字第 0920022371 號函釋：「有關刑法 91 年 11 月 7 日修正公布施行之刑法第 131 條、貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款、第 5 款圖利，依立法理由之說明即將『違背法令』之『法令』定義為法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則等，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，而行政規則與契約條款，因與上開立法理由所稱法令之內涵不符，認應非屬該條所稱之法令」[200]，進而實務判決，原則上認為圖利罪之違背法令，該「法令」應係指行政程序法第 150 條第 1 項所稱之「法規命令」，應不及於該法第 159 條非直接對外發生法規效力之「行政規則」；圖利罪之「法令」係指對外發生法律效果之規定者而言，並不包括行政機關之內部規定，甚有直接敘載行政規則排除在外，倘違反行政規則，只有行政責任[201]。

（一）行政法學說見解

上述見解就某些個案所執行之行政規則僅發生對內效力者，固非

[199] 陳東誥，同註 85，頁 134；陳子平，同註 57，頁 576~577

[200] 吳慎志，公務員圖利罪認定問題探討，刑事法學雜誌第 53 卷第 4 期，頁 75

[201] 最高法院 94 年度台上字第 923 號、95 年度台上字第 878、1435 號、96 年度台上字第 2594 號、98 年度台上字第 1308 號刑事判決

無見，但是形式上之行政規則，並非全然僅有對內效力，依行政程序法第 150 條第 2 項規定：「行政規則包括下列各款之規定：一、關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。二、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準」，故有學者將行政規則分為下列5類：一、組織性，如第 1 款規定；二、作業性；三、裁量性；四、法規解釋性；五、要件判斷性等 4 類則係就第 2 款規定所為分類。各類行政規則之內涵及效力範圍如下[202]：

1. 組織性行政規則：屬機關之組織、事務分配、人事管理規定，原則上無外部效力。
2. 作業性行政規則：屬機關業務處理方式，為機關人員之行為基準，若依此所為行為對人民產生效力，屬內規對外反射之效力。
3. 裁量性行政規則：為機關依法律之授權，預設之裁量基準，如具備法規命令之外形，直接適用於人民，非僅具內部效力。
4. 法規解釋性行政規則：為上級機關對下級機關為行政決定之一致性，就法令中不確定法律概念之詮釋，或認定事實及證據之判斷基準。經由機關之反覆適用，對人民產生事實對外效力或間接對外效力。
5. 要件判斷性行政規則：為專門技術領域，授權機關公布之判斷標準或裁量基準，對人民生命、財產、權利產生影響之內部規範。

就以上之分類，行政規則中僅組織性行政規則（如行政機關分層負責實施要點），不具有對外發生法規範效力，非屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所稱之法令，如有違反僅負行政責任，其餘 4 類行政規則均可能有對多數不特定人民具對外發生法律效果之規定。有實務人士認為其中裁量性、法規解釋性、要件判斷性行政規則雖係機關內部規範，但執行、適用結果，間接影響人民權利，具有「事實之外部效力」[203]。另有國內行政法學者認為，學理界定行政規則僅具對內效力，公務員如有違反，僅構成懲戒之事由，不屬違法，為過分化約之錯誤。如違反組織性之行政規則，當適用該原則無誤；違背行政規則中屬裁量性、政策方針指示、對規範之解釋者，可能影響對外行為效力，據以作成之行政

[202] 李震山，同註 106，頁 234~239
[203] 陳東誥，同註 85，頁 134~135

處分，便有違法或不當，故在學理上有稱之為間接效力或附屬效力[204]。

（二）實務判決之轉變

近來實務判決對於行政規則之效力屬性，與學者之見解，已逐漸趨於一致，而且有細膩的闡述如下：

1. 僅對內產生效力之行政規則[205]

行政機關內部分層負責明細表屬內部事務、權責之分配規範，非具有對外發生法規範效力，非屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所稱之法規性命令等對多數不特定人民就一般事項對外發生法律效果之規定；總預算編製要點縱屬執行預算法所訂頒之規定，其內容係上級機關對下級機關規範如何編列地方歲出、歲入總預算內部性運作規則，仍應究明其性質是否對多數不特定人民發生法律效果，以決定是否合於圖利罪之法令；地方法院民事執行處選任鑑定人參考要點僅屬關於機關內部事務之分配、業務處理方式等一般性規定之組織性行政規則，非屬貪污治罪條例圖利罪之法令。行政規則屬於有關機關內部之組織、事務分配、業務處理方式、人事管理等之一般性規定者，既僅單純發生對內之法律效果，與一般人民之權利義務無涉，非屬貪污治罪條例主管事務圖利罪規定所指之「法令」。

2. 對外產生效力之行政規則[206]

上級機關為協助下級機關統一解釋法令、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者，所訂頒之解釋性、補充性、具體性規定與裁量基準，雖以下級機關為規範對象，但因行政機關執行、適用結果，亦影響人民之權利，而實質上發生對外之法律效果，其違反者，對於法律所保護之社會或個人法益，不無侵害，而具有違法性，亦應認屬上揭圖利罪所指之違背法令。

綜合上述判決見解，係就行政規則之性質效力一分為二，非具有對外發生法規範效力者，如學者所稱組織性行政規則，僅涉及機關內部事務之分配、內部性運作規則，非屬貪污治罪條例圖利罪之法令；對外發生法律效果之解釋性、補充性、具體性規定與裁量基準，則影響人民之權利，違

[204] 吳庚，同註 160，頁 291

[205] 最高法院 101 年度台上字第 720 號、103 年度台上字第 3611 號、106 年度台上字第 294 號刑事判決、最高法院 98 年度台上字第 2019 號、101 年度台上字第 5604 號刑事判決

[206] 最高法院 100 年度台非字第 154 號、103 年度台上字第 3611 號刑事判決

反者侵害社會或個人法益，具有違法性，為圖利罪構成要件所指違反法令。已改變將行政規則認為純屬內部規定，而排除在圖利罪規範外之見解，趨近於圖利罪構成要件修正，所欲達到之修法目的，而且有輪廓更清晰的說理，再加上對於圖利罪所保護法益之強調，凸顯圖利罪所處罰法益侵害之價值核心。

二、職權命令為圖利罪規範標的

職權命令係出自於中央法規標準法第 7 條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院」，但並未定義職權命令之要件，行政程序法並未有明文，僅於第 174 條之 1 規定：「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第 7 條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後 2 年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效」。

學者認為所謂職權命令係指非法律授權，行政機關依其法定職權所發布之命令，學理上應限於行政規則，但事實上其內容涉及人民權利義務為數不少，綜合歷來大法官解釋之見解，歸納職權命令之合法要件有三[207]

（一）發布機關依組織法規定有管轄權限

（二）執行某一特定法律所必要

（三）內容限於細節性及技術性事項。

另參之大法官釋字第 479 號解釋闡述：「行政機關依其職權執行法律，雖得訂定命令對法律為必要之補充，惟其僅能就執行母法之細節性、技術性事項加以規定，不得逾越母法之限度，迭經本院解釋釋示在案。」，足見職權命令對於我國行政機關之運作是無法缺席的存在；大法官釋字第 514 號解釋：於法制未臻完備之際，基於職權所發布之命令，固有其實際需要，但涉及人民憲法上權利之限制，應有法律之授權。由此可見，在現行法律體制下，不只有僅具機關內部效力之職權命令，尚存在發生對外效力者。

在實務審理時，個案涉及行政機關執行業務違反職權命令，是否均屬觸犯圖利罪，最高法院之相關判決認為，職權命令當指中央法規標準法第 7 條規定各機關依其法定職權訂定之命令，如該職權命令係就不特定人民所作對外發生法律效果者，亦屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規

[207] 吳庚，同註 160，頁 271,278

定之「法令」；反之，如僅對行政內部之下級機關及所屬行政人員發生效力之職權命令，則不屬之。倘僅違反具有內部效力之行政規則或職權命令，則屬行政責任或懲戒責任之範圍，尚非圖利罪規範之對象。另有更進一步闡述，職權命令雖受規範者為公務員，惟當各機關遵守辦理後，對外發生效力，影響不特定人民之權利與義務，係就不特定人民所作對外發生法律效果，當屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所定之職權命令[208]。故如同對於行政規則之認定，僅對外發生法律效果之職權命令，方屬圖利罪規範之對於違反者科予刑罰之法令。

第三項 法令範圍以法益侵害為界定

自貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款於 98 年修正，限定圖利罪所指違背法令之法令範圍，在眾多案例反覆適用後，實務判決對於該法條所規範之法令範圍，在界定之說理上，可說是越辨越明，許多判決所持理由，更是推演出原修法理由，尚未充分闡明之法理，尤其是在有關違反行政規則之案例，貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款法條所列舉之法令種類獨漏行政規則，看似刻意遺漏，但是在行政法學理上，行政規則不單只是適用於機關內部之法規，亦有影響人民權利義務，產生對外法律效果者，如解釋性、補充性、與裁量基準類型之行政規則，常具有此特性，應歸類為圖利罪法條所指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，另職權命令亦是具內部規範之外觀，但常有對外效力之雙重性。

再就圖利罪所保護之法益而言，大多學者認為係維護職務執行的公正性，或公務員廉潔及公正執行職務之信賴，但本文認為必須是公務執行的違背法令，影響職務之公正及國家資源之分配，已造成公庫或私人之財產或其他利益之侵害，方為以圖利罪處罰之前提，職務是否公正執行影響公庫或私人之財產或其他利益，才是圖利罪所保護之具體法益。故前述實務判決中所揭櫫，「影響人民權利之規定，而實質上發生對外之法律效果，其違反者，對於法律所保護之社會或個人法益，不無侵害，而具有違法性，應認為圖利罪構成要件所指違反法令」，精準描繪出違背法令與科以刑罰間之關聯，必須是所違背之法令為影響人民權利，實質上發生對外法律效果者，方能造成社會或個人法益之侵害，才具有刑法上合理之可罰性，否

[208] 最高法院 97 年度台上字第 2329 號、98 年度台上字第 292 號、100 年度台上字第 7124 號刑事判決

則，違反除此之外的法令，只擔負行政責任，應受懲戒。

所以圖利罪所指違背法令之法令範圍，於法條中所規範之各類法令，無論是法律或行政命令，應依其規定之內容，檢視其適用之結果，是否影響人民權利義務，產生機關之對外法律效果，以判定是否屬圖利罪規定所指法令，其範圍固應限縮在對人民產生法律效果者，但也不宜過度限縮範圍，僅以法令形式之外觀，係為上級機關對下級機關，或依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作之規定，而將行政規則全部排除在圖利罪規範之外，才能貼近貪污治罪條例規定保護國家法益之意涵。再則，法院於個案審理，亦應實質上探討所涉法令規定之內容，是否係被告所執行公務，與其職務具有直接關係，並檢視是否為執行公務之人員，在職務上應擔負之公務權責範圍，以符公務體系權責分明之常規。故圖利罪規定所指違背法令之法令範圍，其要件限定在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，實為值得肯定之立法，以免圖利罪所處罰之違背法令行為漫無邊際，一有違反法令，無論該法令之性質，及行為造成之侵害輕重，即科予刑罰，而造成執行公務時之惶恐不安，難以有建樹性之行政效能。

第二節 違背之法令與機關主管事務權責之關聯

第一項　執法機關對於違背法令之認定

有關圖利罪於檢調機關之偵查及法院之審理，判斷個案之公務行為有無違背法令，依法務部訂頒之「檢察機關辦理貪污案件應行注意事項」第 4 點規定：「檢察機關為確定公務員之行為是否違背法令，宜就下列事項主動函詢主管機關或相關機關：

一、違背之法令，現時有效，且未與其他機關解釋相牴觸。

二、主管法規機關或其上級機關有無就該項法規為相關之釋示。

三、被告行使裁量權之法令根據及範圍。

歸納而言，檢察機關於偵辦圖利案件，調查公務員涉及圖利行為有無違背法令，應先查明該案公務員執行公務所適用之法令是否仍有效、其法令之適用結果是否與上級機關之釋示及其他機關解釋牴觸，並查閱行使裁量權之法令規定」，該等調查程序之踐行，應可避免檢察機關對於所偵辦個案之法令適用見解，與公務機關之普遍認知有過大落差。但於法院之審理，歷來大法

官解釋闡明，各機關依其職掌就關於法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束；法官於審判時應就具體案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束[209]。故推知法院於審理圖利案時，固可就該案函請主管機關提供法令適用之意見，但主管機關所說明之解釋內容，法院仍需自為獨立判斷，並可於判決時敘明理由，採不同見解。

第二項　行政機關權責法令之適用責任範圍

法院審理圖利案時，除對於個案適用法令之見解，得為獨立判斷外，圖利罪所指違背法令之法令範圍，亦是法院為適法性判斷時，不可忽略之前提要素，貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款於 98 年修正時，圖利罪所指違背法令之法令範圍，明訂僅限於「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」，其所產生之效果，就是違背法令圖利行為之應罰範圍，限定於涉及人民利益之公務行為，即劃定出一條合理的處罰規範界線，但就行政機關的實際運作，另外一個更重要需釐清的分野，就是機關執行公務的權責法令適用範圍，具體一點描述，即機關執行個案時之法令適用責任範圍，貪污治罪條例法條明訂之法令範圍，為該條例法條之規定中一條很明顯的「實線」，而執行機關之權責法令適用範圍，仍是尚待司法解釋明確化之的「虛線」。

前述法條修正時之修法理由中，敘明「圖利罪條文中所指之『法令』，應限縮適用範圍，以與公務員之『職務具有直接關係』者為限，以達公務員廉潔及公正執行職務信賴要求外，更避免原條文及有關『違背法令』的範圍之不明確，致使公務員不敢勇於任事……爰將『明知違背法令』之概括規定，修正為……『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』」，是以圖利罪之「法令」應以與公務員之「職務具有直接關係」者為限，其意旨係涉及圖利罪所保護之法益，及為使公務員勇於任事，故圖利行為違背之法令須明確匡定為「對外發生法律效果之規定」，另從修正後法條之整體文義以觀，及各機關具有不同之執掌權限，圖利罪所應限定之與「職

[209] 大法官釋字第 137、216、374、407 號解釋

務具有直接關係」之法令，亦應界定為機關執行個案中所主管或監督事務之法令，於執行機關於職權範圍內，依其權責所適用，且得為及應為適法性認定之法令，也就是釐清行為人在職務上應擔負之法令適用責任範圍。

在法院實務判決亦援引前述修法理由之見解，認為圖利罪之違背法令，其法令應以與執行職務有直接關係者為限；須為公務員執行具體職務時，就該具體職務之相關義務所為之特別規定；須與公務員之執行職務所應遵循或行使裁量權有直接關係者為限，即公務員於執行具體職務時，須違反該具體職務之相關義務所為之特別規範[210]。雖然這些判決大部分係在闡述公務員服務法屬於道德性、抽象性義務法令，違反者難認即有刑事上之違法性，該法不屬於圖利罪規範之法令，但圖利罪之成立，仍應以舉出有違反執行具體職務有直接關係之法令為限。

前述對於圖利行為以違背與執行職務有直接關係之法令為限，方科以刑責之實務見解，看似極為簡單明瞭，但是落實於個別案例，卻仍是容易形成不同的判斷結果，某些個案最高法院與高等法院間存有認定上之分歧，其關鍵在於所違反之法令，是否為涉案機關其權責所應為之適法性認定，以及該法令規範目的之達成，是否為該機關法令適用之責任範圍。茲舉最高法院106 年度台上字第 294 號刑事判決之案例如下：

第三項 違背法令權責之案例分析

一、案情

本案係地方法院民事執行處之不動產拍賣案，委託不動產估價師事務所辦理不動產鑑價事宜，有關委託鑑價事宜之執行，司法院訂頒「地方法院民事執行處選任鑑定人作業參考要點」（下稱「選任鑑定人參考要點」），另有該地方法地院訂定之「地方法院民事執行處鑑價公司分配表」(下稱「鑑價公司分配表」)，書記官甲委託非該院分配表指定該股之環○不動產估價師事務所（下稱環○事務所）鑑價，法院判決結果認定，書記官甲明知環○事務所之乙並無不動產估價師執照，係向具有不動產估價師執照之丙借牌經營環○事務所，仍故意違反不動產估價師法第 1、5、6、14、17、22、44 條之規定，將其承辦之 27 件強制執行鑑價案件，指定由乙所經營之環○事

[210] 最高法院 96 年度台上字第 355、2069 號、97 年度台上字第 931、5293 號、98 年度台上字第 1721 號刑事判決

務所鑑價，依貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款、第 12 條第 1 項判處有期徒刑 3 年確定。

二、最高法院與高等法院間之見解歧異

最高法院之有罪判決，雖認為「選任鑑定人參考要點」及「鑑價公司分配表」非屬「解釋性行政規則」，亦非「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」，僅屬於機關內部事務之分配、業務處理方式之「組織性行政規則」，僅具有重要參考之性質，而無強制拘束力，非屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款圖利罪規定之「法令」，被告縱有違反該規定之客觀情形及主觀認識，亦無從以公務員違法圖利罪相繩。被告書記官甲觸犯公務員違法圖利罪，乃因其明知乙無不動產估價師執照，係向具有不動產估價師執照之丙借牌經營環〇事務所，仍故意違反不動產估價師法規定，將其承辦之強制執行鑑價案件，指定由乙所經營之環〇事務所鑑價，與地方法院民事執行處其他各股單純未依「鑑價公司分配表」委託鑑定人鑑價之情形，係不同之二事。但是承辦該等強制執行案之執達員丁因不知悉乙未具有不動產估價師資格，獲判無罪，至於乙對於執達員丁是否常施以餽贈，暨執達員丁之女是否任職於乙所經營之環〇事務所，僅係丁違反公務員服務法之問題。另外核定該等委託估價案之法官或司法事務官，未被起訴。所以，綜整而言，書記官甲所犯錯誤，就是在與乙聊天時，不小心知道乙未具有不動產估價師資格。

本案高等法院之更一審，則判決甲無罪，該院亦認為「選任鑑定人參考要點」及「鑑價公司分配表」非屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款圖利罪規定之「法令」，被告縱有違反該規定，亦未觸犯圖利罪。但亦無積極證據足認環〇事務所之鑑價並非由估價師所為，及被告甲對此情有所認識，得繩以圖利罪責。其判決理由所依據之證據，則包括環〇事務所登記之負責人為估價師丙，乃符合不動產估價師法規定，並經甲任職之地方法院依「選任鑑定人參考要點」認可，得受委託辦理該院不動產拍賣之估價。乙、丙分別證述環〇事務所之案件，所有最後鑑價出去之報告，具估價師資格之丙都會核閱過，估價報告並以丙名義出具，環〇事務所是乙、丙合夥，不是借牌。故法院認為不動產估價師法第 17、36 條雖規定，不動產估價師不得允諾他人以其名義執行業務，若有違反者，應予停止執行業務或除名。被告甲僅是知悉證人乙本人無不動產估價師資格，至於乙、丙間就環〇事務所合夥經營

之模式究竟為何，尚非被告甲所得知悉。雖甲、丙對於環〇事務所是否係借牌經營說詞反覆，但尚難認丙未從事任何估價相關工作，是自難遽為被告甲不利之認定。

三、案情分析

（一）法令規定

本案認定被告甲是否觸犯圖利罪，關鍵為其是否有違背主管事務法令，最高法院與高等法院間之見解分歧點，在於甲是否明知違反不動產估價師法之規定，該法係規範不動產估價師資格之取得、登記、公會、獎懲等事項，為對於從事不動產估價業者之資格及業務行為管制規定，最高法院判處被告甲觸犯圖利罪，其論罪之事實核心只在於甲知悉乙無不動產估價師執照，係向具有不動產估價師執照之丙借牌經營不動產估價事務所，並受委託辦理法院強制執行案之不動產估價，就所描述之當事人行為情狀，應係涉及不動產估價師法第 14 條第 2 項，未取得不動產估價師資格者，不得辦理土地、建築改良物估價業務。違反者依同法第 32 條，處新臺幣 5 萬元以上 25 萬元以下罰鍰；第 17 條第 1 項規定，不動產估價師不得允諾他人以其名義執行業務。違反者依同法第 36 條第 1 項第 3 款規定，應處予停止執行業務或除名之懲戒；第 37 條第 2 項規定，直轄市及縣（市）主管機關應設不動產估價師懲戒委員會，處理不動產估價師懲戒事項；第 38 條規定，不動產估價師有第 36 條各款情事之一時，利害關係人、直轄市或縣（市）主管機關或不動產估價師公會得列舉事實，提出證據，送請該不動產估價師登記地之不動產估價師懲戒委員會處理。

（二）認定權責

依不動產估價師法第 2 條規定，其主管機關在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。違反前述規定者，應由該法主管機關縣（市）政府研議處罰，其中未取得不動產估價師資格者，擅自辦理土地、建築改良物估價業務，由縣（市）政府依第 32 條規定依職權科處罰鍰，如本案乙不具有估價師資格，倘經縣（市）政府查明確有違反第 14 條規定之事證，得逕予開單處罰，屬行政罰並未涉及刑罰；估價師丙倘經縣（市）政府查明確違反第 17 條第 1 項規定，允諾他人以其名義執行估價業務之事證，當依第 38 條規定，提出證據，送請該縣（市）不動產估價師登記地之不動產估價師懲戒委員會處理，而懲戒委員會做出懲處決定前，應先依

第 39 條規定，通知被付懲戒之不動產估價師，限於 20 日內提出答辯或到會陳述，再行決定是否依第 36 條第 1 項第 3 款規定，處予停止執行業務或除名之懲戒，亦屬行政罰並未涉及刑罰。該二項處罰之權責機關均為縣（市）政府，對於事實之認定，或不動產估價師法之適用，不論是違反第 14 條之逕予裁罰，或第 17 條第 1 項規定之送請懲戒委員會處理，縣（市）政府方有認定之職權。

（三）事實之歸納及法令之適用

由本案之相關事證，環○事務所為地方法院依「選任鑑定人參考要點」合格選任，得辦理該院強制執行案之不動產估價，且該事務所登記之負責人為估價師丙，依不動產估價技術規則第 16 條第 1 項之規定：「不動產估價師應製作估價報告書，於簽名或蓋章後，交付委託人。」，本案估價報告書業由丙簽名或蓋章後交付法院，在形式上已符合不動產估價相關規定，丙既已簽章，即應擔負該估價報告書所記載鑑價結果合理性之專業責任，且丙於偵查或法院審理時，均表示環○事務所向地方法院出具之估價報告書，雖係由乙至不動產所在現場履勘，但其初估之結果，均經丙複閱後，確保其評估價之不動產價格之合理性，故除非有確實之證據，得以證明丙未複閱評估該等不動產價格，實難認定乙、丙已違反不動產估價師法第 14 條、第 17 條第 1 項等規定。

本案之相關事證高等法院更一審判斷，尚難認丙未從事任何估價相關工作，有違反不動產估價師法之規定。本案書記官甲之主管事務為辦理強制執行案，被認定違法圖利之行為，係委任估價師鑑價時違反不動產估價師法第 14 條、第 17 條第 1 項等規定，但就甲之權責而言，該法非其主管事務法令，不具認定事實、適用法令之職權，縱使明知乙不具有估價師資格，言談間得知乙借牌經營不動產估價師，但乙所提及之「借牌」行為情狀，是否該當於不動產估價師法第 17 條第 1 項規定之「不動產估價師不得允諾他人以其名義執行業務」，猶待查得確實之證據，即須證明丙對於環○事務所出具之估價報告書，未依估價技術規則審核估價結果之合理性，書記官甲方得簽報任職之法院，依同法第 38 條規定以利害關係人通知縣市政府送請懲戒委員會處理。並經懲戒委員會決議認定，乙、丙確違反不動產估價師法第 17 條第 1 項，並做出處分，倘書記官甲明知丙受懲戒處分，仍舊將鑑價案委由環○事務所辦理，才可論以明知違背不動

產估價師法，豈可依甲、乙無意間之閒聊，就可認定有違背該法之情事。

不動產估價師法既非法院書記官於行政權責內，於執行職務時應負審查認定義務之法令，故於其辦理強制執行案時，縱有發現估價師疑似有違背該規定之情事，惟該估價師是否有「允諾他人以其名義執行業務」之事實，並非書記官其權責應審查認定，亦非其所得認定，倘未予妥處，僅為行政作業之失當，未予通報任職之法院，轉知縣市政府處理，屬不諳非權責法令之疏失，終究不動產估價師法之適用及執行非其主管之權責事務，實不應以有違背該規定，即科予圖利罪之罪責。就另一層面而言，倘乙、丙確已違反不動產估價師法第 14 條、第 17 條第 1 項等規定，所面對之處罰，僅為行政罰，尚無科予刑罰之規定。但若以甲明知乙、丙確已違反不動產估價師法，即因此必須以圖利罪之重罪論處，顯然輕重失衡，亦與不動產估價師法之規範目的相左，並產生不適當之連結。

經由上述之案例分析，並就圖利罪規定之整體文義，所指違背法令，在解釋上亦應限縮為公務員之主管事務法令，即具體個案所執行職務時，於該公務員權責範圍內，得用以認定事實並為行政上之決定之法令，並非公務員所執行個案任務內，所有牽涉之法令，縱使非該行為人之主管權責應負審查認定義務，只要一有違反，均應由該公務員承擔圖利罪之刑事責任，如此實有違反政府體系分官設職之原則，亦有逾越公務員在行政任務上應擔負之責任範圍。就有如前述實務判決所論述，圖利罪之違背法令，其法令以公務員執行具體職務時，就該具體職務之相關義務所為之特別規定；須與公務員之執行職務所應遵循或行使裁量權有直接關係者為限。再綜整實務判決，對於圖利罪規定之「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[211]。簡言之，圖利罪之成立，必須是涉及圖利之行為中，其法令之執行、適用，與公務員主管權責有關者為限。圖利罪之審理，實不容忽視行政機關畢竟各有不同職司，個自擔負不同之義務責任，超出公務員執行公務之權責範圍，涉及其他機關職掌之法令適用或執行，縱有失當情事發生，僅係行政疏失，不宜以圖利罪處罰，否則逾越該公務員在行政上應負擔之義務責任，並有違主管事務圖利罪規定，係規範公務員主管事務行為，及修法理由中所闡述，圖利罪之違背法令，其法令應以與執行職務有直接關係者為限。

[211] 最高法院 97 年度台上字第 5293 號刑事判決

第三節 行政裁量之界限

圖利罪案件涉及行政裁量之個案，法院對於行使裁量權之合法性認定，實務判決認為，公務員於法令授權範圍內得為裁量，並賦予自由判斷之空間，若未逾越法令授權範圍，因裁量不當或不符比例原則未具違法性，僅須論究其行政責任，公務員明知違反執行職務所應遵守之法令，或濫用其裁量權，致影響裁量決定之公平性與正確性，圖取自己或其他私人不法利益，因而獲得利益，行為該當於圖利罪之犯罪構成要件[212]。若法令已規定甚為明確，主管機關自應嚴格遵守該規定，不得另為行政裁量[213]。學者亦認為，行政裁量乃法律效果的裁決，行使裁量權應遵守法律規定之要件及程序，行政機關行使裁量權選擇之法律效果，超出法律授權之裁量範圍，則屬裁量逾越[214]。是以行政機關行使裁量權的第一條界限，就是法律規定的授權範圍。

第一項 行政法學理及實務判決見解

在法令規定的授權範圍內所為之裁量，在行政法學理及實務判決，另有認為仍須遵守第二道防線，就是一般法律原則，如法律優越原則、平等原則、比例原則、誠信原則，以及行政上之合目的性、合義務性，更不得逾越行使裁量權所授權法律之授權目的[215]。如違反該等原則，行政法學理上稱之為裁量濫用，有學者將其細分為下列三類[216]：

一、衡量瑕疵

行政裁量之衡酌，漏未審究應斟酌之觀點，未做合乎授權意旨之適合考量。例如對於山坡地之開發、利用致有發生災害或危害公共設施之虞者，依山坡地保育利用條例第 15 條規定，主管機關應予限制，並得緊急處理；所需費用由經營人、使用人或所有人負擔。但主管機關常貪圖方便，逕選擇由土地所有人負擔費用，其裁量即屬衡量瑕疵。

二、濫用權力

行使裁量權摻雜無關之因素，或有悖於授權目的之動機。憑藉個人恩怨或好惡，做選擇性執法。如拆除違建，該房屋屬特定團體所有，即刻意排除。

---

[212] 最高法院 99 年度台上字第 6103 號刑事判決
[213] 最高法院 97 年度台上字第 4262 號刑事判決
[214] 李建良，同註 168，頁 42
[215] 吳庚，同註 160，頁 121~122；施俊堯，同註 114，頁 45~46
[216] 李建良，同註 168，頁 43~44

三、違反一般法律原則及憲法保障之基本權

行使裁量如違反平等原則、比例原則、誠信原則等原則，亦屬違法，有關是否符合平等原則之審酌，應就行政機關長期相同案件之處理方式，已形成行政先例者，不得隨意變動，稱之為「行政自我拘束」。

學者另有提出行政裁量權的界限，行政決定之公益適合性亦應列入考量，認為行政行為除須具備合法性外，尚須考量公益適合性，主張行政機關於行使裁量權時，應遵守之行政義務，包含行政基準之探求、類型化處理、事實調查評價、最優判斷條件充足，以期在行政過程中能做出符合公益適合性之決定，且法院之事後司法審查，除就合法性審查外，同時應針對公益適合性為審查[217]。

在實務判決，最高行政法院則認為法院應尊重行政機關之裁量空間，除有逾越裁量權限、不為裁量或裁量錯誤等裁量瑕疵，應認為係逾越權限或濫用權力之行為，以違法論外，不得就行政行為之合目的性，進行審查；行政裁量之決定，必須符合「法規授權之目的」，否則可能構成裁量濫用；裁量決定結果必須「維持法規範圍內」，否則可能構成裁量逾越，均屬裁量錯誤，為司法審查之範圍。行政規則係借助於行政實踐及「平等原則」，產生行政自我約束之效力，而發生對外效力，此為平等原則對行政機關效力次原則之行政自我拘束原則。行政法院對行政機關依裁量權所為行政處分之司法審查範圍限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性；法院只作法的監督，以免過度介入行政權之行使，受理訴願機關則對於行政處分除可作合法性審查外，並可及於合目的性。但法院就訴願決定合法與否審查時，並非不可及於此[218]。綜整該等法院見解，較為側重行政裁量之行使必須在法令規定授權範圍內，且不得違反法律之授權目的，倘有逾越，則屬違法，為司法得審查之範圍。但對於行政裁量之妥當性及合目的性，則認為法院不宜介入審查，有別於學者之見解，但晚近在看法上則略有審查程度上之改變。另認為行政規則之訂定，以作為行政裁量之基準，即是平等原則之具體實現。

第二項 刑事實務判決見解

在刑事案件，對於行使裁量權是否違法，而成立圖利罪，實務判決可分

[217] 賴恆盈，行政裁量通說理論之檢討與行政裁量義務論，月旦法學教室第 219 期，頁 119

[218] 最高行政法院 90 年度判字第 1783 號、94 年度判字第 1800 號、99 年度判字第 212 號、106 年度判字第 225、381 號判決

列以下二種不同見解：

一、違反一般法律原則之行政裁量屬違法

圖利行為應視其行為客觀上有無違反執行職務所應遵守之法律規範，或有無濫用、超越其裁量權，致影響裁量權決定之公平性與正確性。裁量權之行使，並非得以任意或自由為之，仍應受一般法律原則之拘束，必須符合所適用法律授權之目的，若故意違反比例原則、平等原則時，得認係濫用裁量權而為違法；裁量權之行使，仍應受適合性、必需性與比例性原則之限制，並非得由公務員以主觀意思恣意為之，故意或濫用裁量權，而圖私人不法利益時，仍不能免於圖利罪責；行政裁量所為處分違反合目的性及合義務性之判斷，或有逾越及濫用裁量權，仍屬違法；形式上合於法令規定，實質違反行政法令揭示之公平、平等原則選擇性執法，造成差別待遇，違反平等原則，均屬濫用權力，並非行政裁量權之合法範疇；於法律無規定須裁量行政時，仍應本諸公平、比例、誠信等法律原則而為裁量行政，顯然違反該等原則，即難謂屬合法之依法行政[219]。綜整該等刑事判決，對於圖利罪涉及行政裁量之案件，判斷裁量權之行使是否違法，與行政法院及學者看法相同，以法令規定之裁量範圍為第一線判斷基準，再論究是否符合法律之授權目的，及有否遵從比例原則、平等原則、誠信原則等一般法律原則。

二、法令授權範圍內為裁量屬適法行為

公務員於法令授權範圍內為裁量，因裁量不當或不符比例原則而未具違法性時，固僅須依其情節論究其行政責任，然若法令未授權公務員得裁量之權限，公務員即無任何行政裁量權可言。明知違反執行職務所應遵守之法令，或濫用其裁量權，致影響裁量決定之公平性與正確性，圖取自己或其他私人不法利益，因而獲得利益，行為該當於犯罪構成要件，即具有可罰性；公務員執行職務，應遵守法令規章，受法律及一般法律原則之拘束，不得逾越法令而濫用裁量權；公務人員基於職權所為之行政裁量，縱事後認有不當或不正確，因行為不具違法性，並不成立犯罪[220]。綜整該等刑事判決，雖強調行使裁量權於法令授權範圍內為之，縱使不當或不符

[219] 最高法院 87 年度台上字第 2083 號、86 年度台上字第 7655 號、89 年度台上字第 1261 號、97 年度台上字第 4262 號、103 年度台上字第 757 號、91 年度台上字第 7498 號刑事判決

[220] 最高法院 99 年度台上字第 6130 號、97 年度台上字第 931 號、95 年度台上字第 4648 號、105 年度台上字第 741 號刑事判決

比例原則，仍不具違法性，僅需論究行政責任，但卻又兼論濫用裁量權具有可罰性，公務員執行職務受一般法律原則之拘束，故對於違反一般法律原則之行政裁量，是否成立圖利罪，在論述上似模稜兩可，沒有明確的定論。

第三項 行政裁量違反法律原則之刑事違法性衡量

對於行政機關行使裁量權之違法性判斷，刑事庭之審理見解，可說是跟隨行政法學理及行政法院實務見解，但是以刑事判決之法律效果，是對於破壞法益之不法行為，施以刑罰制裁，而行政法院對於行政事件之審理，係為對於行政機關之行政作為不服之當事人，所進行之司法救濟程序，二者間之功能顯有不同，則對於行使裁量權之違法性判斷，採相同之判斷標準是否適當，有實務人士指出，於行政法之學理及實務見解，認為行政裁量未逾越法令授權範圍，仍不應違反比例原則、平等原則等一般法律原則，否則屬裁量濫用之違背法令，係基於行政機關之行政裁量違反一般法律原則時，認定為違法，得經由司法審查撤銷原行政作為，對於人民之權益較有保障；刑事訴訟之圖利罪案件，審認公務員所為行政裁量有否違背法令，則是決定其是否應受刑罰，該二訴訟程序性質目的不同，自不宜引用相同之觀點進行審查。況且圖利罪構成要件之違背法令，明訂「法令」為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，即不包含濫權裁量之違反「一般法律原則」，又一般法律原則運用於行政實務則屬不確定之概念，於不同人之間會有不同之認定結果，公務執行所為之行政裁量，於法院之事後審查時，是否會被判定成立圖利罪，執行之公務員沒多少人敢有把握[221]。

圖利罪之審理，涉及行政裁量之個案，對於裁量之行使如違反比例原則、平等原則等一般法律原則，也認定為違背法令而成立圖利罪，是否洽當，是一個值得深思的問題。如果將個別行政作為，是否符合比例原則、平等原則等法律原則，也列為違背法令之考量，實有司法權過度介入行政權之疑慮，行政機關公務之執行，常因社會環境及價值觀的變化，而隨之改變政策及執行內涵，也會因個案當事人行為情狀，及執行當時現況之不同，而有略為差異性之處理，這是順應社會生活，行使裁量權時所必要之彈性處理，但是行政機關執行公務當時之社會環境及價值觀，難以在法院之事後審理時完全

[221] 江惠民，同註 19，頁 178

還原，而且行政個案進行評價決定時所處之情狀及氛圍，亦無法分毫無差的還原呈現，尤其是執行公務時面臨重大災變的特殊事件，所以法院審理圖利案，判斷行政作為是否符合比例原則、平等原則，實需克服時空落差，可能以審理時之社會觀點為行為評價，對被告難期公允，故有實務判決認為，行政機關基於行政目的要求，於不同時間、地點、對象，視個案具體情形，作出不同決定、處分，原屬其行政裁量權之範疇，行政裁量倘無明顯違法濫權或失當，法院不宜逕為相異之認定；且法院判斷行為是否違法、可責，不能脫離行為之時、空因素[222]。

各個機關之行政運作，是經由歷來的行政經驗累積，再加上其本身之專業養成，以及上級機關順應社會轉變的需求，形成政策走向於不同時間點，賦予不同的任務要求，所以行政機關對於公務的執行，在時空的轉換下，會隨著世代的流轉呈現蛻變的樣貌，行政裁量的決定，亦是如此，行政機關對於社會最大利益的追求，會不斷轉移其重心，行政裁量的決策亦需隨之轉變，因此行政機關之累積行政經驗、專業及不斷轉變的政策任務，司法機關實無法於刑事審理中予以替代判斷。故有論者指出，行政法令在公務運作上，與民法、刑法偏重於法律要件及法律效果之概念解釋及推論適用，有顯著不同，故法院對於行政上的違法判斷，不能侷限於法條文字的解釋，應審酌行政作為必須考量之整體政策目的、各方利益權衡協調，並尋求最大公益，行政作為並非機械式地將法律具體化即可[223]。

行政機關之行使行政裁量，除須遵守法律之授權範圍，對於如何方能符合比例原則、平等原則等法律原則，最重要的還是要根基於前述行政經驗累積、行政領域專業，以及政策目標，並非由司法機關針對法條以概念解釋及推論適用方式即能推斷。以國有土地之管理為例，如國有土地遭私人建築房屋占用，通常一般人期待的處理方式，依法論法必定是排除佔用，難道沒有更好的辦法嗎?不排除占用就是圖利行為，觸犯圖利罪!是這樣嗎?依國有財產法及民法等其他規定，國有土地之處理方式有出租、標租、出售、標售、排除佔用、告發竊占、委託管理、合作開發、委託經營、招標設定地上權、都市更新……，這些處理方式都依法有據，而且都適用於國有土地被占用之情形，這時候就是產生法條競合，必須行使行政裁量，當然就要借重於行

[222] 最高法院 101 年度台上字第 446 號刑事判決
[223] 邢泰釗，同註 109，頁 114

政經驗、行政領域專業，以及政策目標，最重要的是社會氛圍，如果處理之方式棄社會氛圍於不顧，就會被冠上違反比例原則、平等原則、公益原則、誠信原則的抽象罪名。

就一個歷史悠久的機關而言，其主要業務的作業模式，都有其歷史成因，也就是所採取例行性之行政裁量選擇，都是經過歲月的洗鍊，而能在各方利益角逐中立於不敗之地，避免糾紛產生，但是當社會型態轉變，輿論勝於一切的言論自由時代，輿論常導致行政裁量的行使錯亂，就國有土地被占用案件為例，國有財產署之常態處理方式，占用人如提出申請，且符合國有財產法第 42 條第 1 項第 2 款規定，則出租與占用人，於訂立租賃契約後，承租人如再依國有財產法第 49 條第 1 項規定申請讓售，則出售與承租人。若以社會上「公平正義」之呼聲，必有論者以維護國庫權益觀點，認為以排除占用較為洽當，但據統計 105 年國有財產署經管之國有土地被占用高達 345,259 筆、面積 25,156 公頃[224]，且以國有財產署之權責不具有公權力之行使，如以排除占用方式處理，必須提起民事訴訟，嗣獲勝訴判決後，再向法院聲請強制執行，除國有土地被占用數量龐大，辦理排除占用人力不堪負荷，且將引起占用人之抗爭，更嚴重的問題，在於訴訟之裁判費及強制執行之聲請費用金額頗巨，國有財產署每年只能擇定數件占用情形嚴重之土地提起訴訟，故以該署之慣例，是將國有土地出租或出售與占用人，除增加國庫收益外，更是保障占用人依國有財產法應享有之權益。

國有土地之被占用，以一般人之論點，處理方式除了首選之排除占用外，另有論者提出，辦理標售、招標設定地上權、合作開發較為可行，由占用人承租，無異鼓勵占用，但是這些處理方式，仍必須正視土地被占用之前提現況，如占用情形複雜、占用人眾多，得標人承受後必定須處理占用問題，這樣的土地招標再多次，也是乏人問津；占用情形如較為單純、占用人數較少，或許會有建商以其豐富之開發經驗及財力，願意投標承受土地，但是其取得土地所有權後，如無法妥善處理占用人之相關權益，將會引起抗爭，也就是占用人會高舉目前非常火紅的社會議題「居住正義」，縱使占用人不符合國有財產法規定之得以申請承租之要件，仍舊會主張政府未保障其居住權益。所以國有財產署自成立以來，業務之主軸一直是依國有財產法第 42 條、第 49 條辦理國有土地出租、出售，使被占用國有土地納入管理，或釋出國土

[224] 財政部國有財產署 105 年業務年報，頁 22~23

地由民間自行開發興建房屋，並增加國庫收入，亦是增加地方政府之地價稅、房屋稅、土地增值稅等稅收。

國有財產署處理國有土地被占用，面臨國有財產法諸多法條適用之競合，依其累積之行政經驗、專業及增加國庫收入的政策任務，在法律授權範圍內為前述之行政裁量選擇，為可選擇之不同規定之間，較為適當之處理方式，但該處理方式是否符合比例原則、平等原則、公益原則、誠信原則等法律原則，因各人對於最大社會利益的追求眼光不同，必定有不同衡量結果，且各有說詞。基於國有土地數量龐大，且政府人力及財力有限，斷無法如私有地以精緻管理之方式，進行管理利用及處分，如果拘限於用私有地地主管理「數量有限」之私有地的角度，檢視國有財產署處理國有土地被占用問題之方式，可能有論者會認為，國有財產署之處理方式，有不太符合前述法律原則之疑慮。

目前其他行政機關公務之執行，也常會有像國有財產署管理國有土地般，外界所無法察覺到的視角，及全方位審視機關公務處理之客觀條件，所以一旦有圖利罪案件被偵查，經過媒體斷章取義地的報導，常無法理性分析，機關長期以來執行公務，其常態處理方式之可行性及合理性，而以一般生活經驗之部分觀察驟下結論，更何況比例原則、平等原則均是抽象的法理原則，落實到行政實務，各方均會產生不同的解釋與認定，在司法機關進行偵查或審理時，亦容易陷入一般市民以單純日常生活之主觀看法，評斷公務執行是否合於比例原則、平等原則等法律原則，而忽略行政機關長期所執行之業務，係經過不斷修正法令、作業方式及導正失敗措施，已累積諸多經驗，使公務之執行開闢出最適當之處理方式，但是由於經驗傳承的斷鍊，許多公務員係按過往的作業模式操作，只是按表操課，無法論述出公務執行之歷史成因，及各種主客觀條件所造就出之行政模式，而容易被冠以違反比例原則、平等原則等法理原則，無法反駁，行政手段是否符合一般法律原則，會因時、因地及發生事件主客觀條件之不同，又可因司法人員之不同，其主觀審認會產生差異的結果，所以一般法律原則在實際案例之判斷上，既難以樹立超越人為主觀思考外的客觀判斷標準，實不宜列入審認違法圖利之一環，公務行為是否觸犯圖利罪，仍宜回歸法條規定，以違背「法令」為範圍，只要公務作為在法令規定之適法範圍內，不宜再由司法機關擴及一般法律原則之判斷，列入判決論罪之思考，以保留行政機關之行政自主，縱使確有逾越一般法律

原則，亦屬行政手段之失當，應僅審究行政責任，是以，公務員所擔負之刑事責任及行政責任之分野，在此處宜再有明確的界線，當可避免一有利害關係人向偵查機關檢舉，即可以揣測之詞，使行政機關陷入刑事追訴之困境。

第四節 圖利罪之主觀犯意

圖利罪之主觀構成要件為「明知違背法令直接或間接圖自己或其他私人不法利益」之「直接故意」，學者認為圖利罪所規定之行為人主觀犯意，包含明知違背法令及圖自己或其他私人不法利益，即行為時明確認識其行為違背法令，且必須獲得不法利益是進行違背法令行為時所預見之結果、積極追求之對象，並有意藉由違背法令行為，獲得不法利益之結果[225]。即學理上所闡述「直接故意」之「認識」與「意欲」，指行為人對於所有客觀構成要件要素有所認識，以及意欲、希望客觀構成要件適時得以實現的心理情緒。而「意欲」係行為人內在心理態度及情緒，實有證明之困難，故學理上有採取「意欲客觀說」，即藉由客觀之事實或行為人之客觀行動，證明或推論行為人具有實現客觀構成要件之「意欲」[226]。

在實務判決對於圖利罪之犯意，向來如「意欲客觀說」之見解，認為圖利罪以行為人於行為時有為自己或第三人圖取不法利益之犯意而表現於外，始為相當，至有無此項圖取不法利益之犯意，應依積極證據認定，不能僅以公務員所為失當行為之結果，使人獲取利益，為事後之觀察，據以推定公務員自始即有圖利他人之犯意，而且行為人必須有積極的意思及積極的行為始足當之[227]。另外，圖利罪規定於 90 年修正前為舉動犯，並且處罰未遂，故修正前實務判決則以圖利罪祇須公務員於執行職務時，違反執行職務所應遵守之法令，主觀上有圖私人不法利益之意思，客觀上並將該犯意表現於行為即屬既遂[228]。

圖利罪之成立，必須證明行為人有圖利犯意之存在，且需有積極證據，足以認定行為人有為自己或第三人圖取不法利益而表現於外之行為。有實務人士指出，該主觀犯意之舉證門檻高，且認定心證空間大，圖利犯意之證

---

[225] 蔡惠芳，同註 122，頁 85~86

[226] 王皇玉，同註 29，頁 218,220

[227] 最高法院 85 年度台上字第 4159 號、87 年度台上字第 2083 號、97 年度台上字第 6317 號、97 年度台上字第 5829 號、101 年度台上字第 3316 號刑事判決

[228] 最高法院 87 年度台上字第 2250 號刑事判決

明常為法院與檢察官間認知上之差異，也是圖利案判決無罪的主因之一[229]。學者將圖利犯意分明知違背法令及意圖使自己或其他私人獲得不法利益二個層次，其實務上常用以認定之證據如下[230]：

一、公務員的自白

二、透過通訊監察截聽的公務員自知違法之言詞

三、記載違法之書面陳述

四、證人之證言，如共同被告、廠商，行為態樣可能有 1.公務員先拒絕核准，後改變立場同意辦理 2.個案明知不符規定，約定賄賂後核准 3.洩漏底標 4.公務員開立告發單，再於公務系統將告發資料刪除 5.計畫性為規避法令之脫法行為

行為人之主觀意圖，需藉由表現於外之行為推論證立，且必須掌握顯現圖利犯意之行為證據，確實是具有相當高之困難度，故實務上可能逕以使他人獲利之結果，即推論公務員有違背法令之圖利犯意，但以下案例以社會生活經驗之合理推論，認定被告圖利犯意之有無，可視為指標性之判斷原則：

一、執行公務時受壓迫於不得已情況所為，屬無圖利之犯意[231]

被告鎮公所里幹事甲負責查報鎮公所推動九二一地震救災、賑災業務，原依國道新建工程局（下稱國工局）鑑定結果，判定受災戶之房屋均未達半倒程度，受災戶群起至鎮公所抗議，鎮公所於 88 年 10 月 20 日召開協調會，經鎮長裁示認定受災戶之房屋為半倒後，里幹事甲仍依國工局人員鑑定結果，在其所製作之「住屋災害勘查報表」簽註，受災戶之房屋未達半倒，經鎮長訓斥後，鎮長另指派其他人員重新抄寫謄錄「住屋災害勘查報表」，由各受災戶自行於該勘查報表上勾填受損情形為半倒，里幹事甲未參與重新謄寫，因其不同意簽章，受災戶聞訊後再度群起抗議。鎮公所復於 88 年 10 月 21 日召開協調會，抗議民眾（多達 80 幾人）情緒激動，不友善舉止及粗俗言語譏諷，使甲承受極大壓力，致陷於恐懼、臉色蒼白，法院認為足堪認甲無選擇不配合之餘地，因而在重新謄寫之「住屋災害勘查報表」蓋章，係基於不得已情況所為，尚不能據甲於勘查報表上蓋章，遽認其主觀上有與鎮長、鎮公所之秘書、課長共同圖

[229] 紀致光，同註 135，頁 175
[230] 蔡惠芳，同註 122，頁 85~88
[231] 最高法院 100 年度台上字第 2652 號刑事判決

利受災戶及行使登載不實公文書之犯意聯絡，判決甲無罪。

一個令人很感傷而且戲劇化的判決，本案承辦里幹事甲雖最終判決無罪確定，但是從 88 年 9 月 21 日發生大地震，開始辦理賑災，一直到 100 年 5 月判決無罪確定，想必精神上承受極大的壓力，另外鎮長已於 101 年 11 月 22 日死亡，秘書、課長以犯主管事務圖利罪，各處有期徒刑貳年，均緩刑伍年，並均應向公庫支付新台幣陸萬元，並褫奪公權參年，雖然免去牢獄之災，但是公職生涯就此結束，以秘書、課長在職時之薪資微薄，想必生活將陷入困頓。

判決書記載 921 地震後，受災戶之房屋確有受損，內心不免惶恐不安，被告等人體恤災民之痛苦，且為舒緩本身受災戶抗爭所遭受的壓力，並同情受災戶之遭遇，乃違法發放受災住屋半倒慰助金每戶 17 萬元、租金補助每戶每人每月 3 千元，其等圖利之行為雖法所不容，但其情可憫。就 921 地震後，全國各地受災情況慘重，受災戶之房屋既有受損，縱未達半倒，想必也須修繕，除了財產上之損失，身心遭受之創傷，亦待撫平，住屋半倒慰助金每戶 17 萬元，也只是些許的補助，故以鎮長身為行政首長，敢勇於發放慰助金，以安定災後紛亂的社會不安情緒，於情於理值得喝采，但是無法通過法令這道關卡的考驗，必須面對刑事訴訟程序的折磨，連帶秘書、課長最終工作不保，唯一企圖堅守法令防線的承辦員，也因為承受不了群眾壓力而棄守，當然必定需面對追訴程序的重重考驗，幸而有熱心證人願意作證其所面對的群眾壓力，而逃過一劫。

這場訴訟浩劫被告之行為誰是誰非很難定論，以鎮長之職務體恤民眾遭遇災難的困頓，勇於擔當發放慰助金，這是身為行政首長該有的施政高度與歷練思考，里幹事甲企圖堅守依法行政的職責，卻又必須有極大的勇氣，一夫當關萬人莫敵，這是超人也無法完成的任務。這是目前行政機關經常要面對的公務縮影，尤其是在法令規定不明確，並且涉及眾多民眾利益的案件，如何抵擋群眾的抗爭壓力，日後面對司法偵查又能夠全身而退，是目前行政機關想要達到依法行政的使命，必須通過的考驗也是迫切的危機。一般人談到圖利罪被告，聯想到的是貪贓枉法的官吏，但是事實上，起訴的背後，卻是一段又一段辛酸故事，其不為人知的磨練，只有被告獨自承受。

二、不能因處理結果有利特定人民推定公務員有圖利他人之犯意[232]

鄉長甲受村長乙之請託於村辦公室（房屋所有權人為村長乙）前土地以公務經費施作擋土牆等工程，經以圖利村長乙遭起訴，最高法院認為興建擋土牆等設施，其目的倘在防止災害之發生，以防衛人民之生命、財產安全，不論其興建處所係在公有或私人土地上，其主觀上既出自於維護公共安全之全般考量，縱因而附隨使特定之人民獲得利益，仍不得以圖利罪相繩。人民對於行政興革之建議、行政上權益之維護，得向主管機關陳情，公務員依法有處理之義務，不能僅因其處理之結果有利或興利於特定之人民，從事後結果之觀察，據以推定公務員自始即有圖利他人之犯意。其後高等法院更二審判決認為，鄉長主管各項公共工程之預算編列、發包、施工及監驗等職務，在預算範圍內，關於在何處施作何種工程，仍屬其職務範圍內之職權，縱有裁量不當或不符比例原則而未具違法性時，僅須依其情節論究其行政責任。縱認村長乙因此得利，應僅屬附隨之反射利益，殊難遽認被告圖利村長。最高法院最終審判結果，重申村長之房屋作為村里辦公室使用，為防止土石坍落，便利附近居民進出村里辦公室，擋土牆工程確實有施作之必要且具有一定公共利益，不能以該擋土牆工程施作地點所有權屬村長所有，逕認該擋土牆工程與公共利益無涉，既與公共利益有關，即與圖利私人無涉。

本案原審之有罪判決，其不同見解在於村辦公室設置在村長住處，常會有土石流發生，擋土牆興建處與外界已無聯絡道路，為村長私人住處使用範圍，因為村長住處是最後一戶，該項工程施作主要用意係為了村長之私人利益，亦即該工程之施作旨在保障私人之財產等安全，即便附隨地使被告所稱之前往洽公、飲茶酒聚會村民亦同受安全保障，亦屬圖利私人可能使他人（不論 1 人或多人）一併受惠之反射利益效果，要不能導果為因而謂對他人之反射利益等同於公共利益，而能解免圖利私人不法利益之罪責[233]。

本案歷審不同見解，其關鍵在於所興建之擋土牆究係為公益或僅為私益，以該擋土牆長度超過 30 公尺，所產生之防災效果，依常理而言並非僅止於村長住處一戶，倘發生較為嚴重之土石災害，對於村長住處之鄰戶

[232] 最高法院 103 年度台上字第 3611 號刑事判決、臺灣高等法院 103 年度重上更(二)字第 42 號刑事判決、最高法院 105 年度台上字第 741 號刑事判決

[233] 臺灣高等法院 102 年度重上更(一)字第 33 號刑事判決

應亦有防災功能，除非村長住處如孤島般為該區域內之唯一房屋，縱使如此，該房屋作為村辦公室使用已非一般住家，出入者眾，亦非與村長熟識者，才會進入該處所，故擋土牆之興建並非與公共利益完全無涉，則鄉長指示以公務經費興建該擋土牆，除為其職權內之合法作為，依客觀社會生活之常態觀察，非屬具有圖利村長個人或其所熟識少數人之犯意，應不成立圖利罪之犯行。

三、既未獲取不法利益，自無獲取不法利益之犯意[234]

鄉公所為辦理活動委託廣告設計宣傳印刷品製作之採購案，被以圖利罪起訴，經法院審理認為，被告鄉長甲及承辦員乙容任投標人丙借用他人名義投標，未依政府採購法第 50 條規定，不予決標、廢標，撤銷決標，固有不當，但決標金額 298,500 元，丙之成本及費用合計 252,140 元，加計其經驗及智慧之代價 5 萬元，已超過決標之金額，並未就本件採購案獲有利潤，即無獲取不法利益之結果。從而法院認為既未從系爭標案獲取不法利益，本件被告自無因違反政府採購法之行為，而使投標人獲取不法利益之意思可言。況且圖利罪法定刑為 5 年以上有期徒刑，公務員豈甘冒重責，卻僅使他人獲得規模不大且獲利微薄之採購案，難以遽認有圖利他人犯罪之不法犯意。

本案法院以被告無圖利他人之主觀犯意，判決被告無罪，主要之推論理由在於丙未因承做系爭標案獲得利益，則被告即無使私人獲得不法利益之犯意。再從判決理由中，檢視被告鄉公所之承辦員乙是否有主觀犯意，乙係於 96 年 3 月始任職於鄉公所，原本業務與政府採購較無關連，無承接大型活動之經驗，以致誤以為系爭採購案金額在 10 萬元以下，可逕指定廠商施作，主計發覺提醒採購金額大於 10 萬元，須公開招標，方於 97 年 5 月製作簽呈，改採「訂有底價參考最有利標精神得標」之方式招標，似未有足夠之辦理政府採購教育訓練及經驗，即打鴨子上架，辦理內容複雜之招標程序，是否對於政府採購法有確實之認識，就以被告於法庭中答覆訊問時表示「丙本身應該是沒有公司，他是以個人名義來當顧問。伊可以『預見』丙是借某企業社的牌來投標，而借牌是違法的」，足見乙對於招標程序違反政府採購法第 50 條規定，因而構成違背法令圖利他人之圖利罪客觀構成要件並無認識，倘有認識，就不會在法庭中為不利於己之陳

[234] 最高法院 105 年度台上字第 710 號刑事判決

述，況且借牌投標須擔負刑事責任，係借牌人及被借牌者的不法內部關係，基於此利害關係，豈可能透露與招標作業之承辦員知悉，而使自己處於不法行為外洩之風險。判決理由推論乙容任投標人借用他人名義投標，係因乙於法庭中表示「『預見』投標人是借牌投標」[235]之含混且不利於己之陳述，似為言詞表達不當，亦有可能庭訊時筆錄之製作，未能詳實記錄被告言詞之真意，所造成審理之誤解，乙既如此不熟悉政府採購法第 50 條規定與其職務之關聯性，何來明知違背該法令而圖利他人之犯意。

本案乙對於所承辦採購業務之相關規定不甚熟稔，政府採購案自然人亦可投標，實無須於擬訂採購案時，就採購金額不大之標案，對於投標人之資格設定不必要限制，使得投標人借牌投標，而容易產生違背法令之情形，另外，判決書提及涉案鄉公所地處偏遠，本無足夠人才籌辦觀光促銷活動，為被告 2 人所供承，系爭標案 2 次招標均僅有一家來投標，似見餘人興趣缺缺，被告既迫於時間壓力，又乏人問津，且自己無力處理，其等因應之方式，容任丙借用企業社名義投標固有不當，但終究難以遽認即有圖利他人犯罪之不法犯意。該等情形反映出偏鄉行政機關在公務執行上之困境，對於法令規定不熟悉，容易使承辦人員陷於違背法令之危機，人力物力不足，時間緊迫，又須戮力完成任務，匆促間達成活動之舉辦，竟使獲利空間有限之標案，衍生出圖利廠商之疑慮。

以上案例不只是偏鄉行政機關才會發生的狀況，由於行政機關經驗傳承上的斷層，政府採購法及其相關子規定過於複雜，辦理招標需準備之招標文件眾多內容繁複，又需審視業務上需求，就招標文件內容逐項檢視，政府採購法令及函釋不斷更動，招標程序亦是種類繁多，尤其是須經評選之標案，評選方式眾多，作業流程又多有不同，所以要熟悉政府採購之辦理，除須有詳盡之教育訓練，更需有長期的磨練，並非短期內所能成就，故稍有不注意，就會有違反規定之情形發生，而不自知。又以本案投標人借牌投標情形，屬借牌人及被借牌者的內部關係，以一般情形非辦理招標機關所能查知，若經檢舉進入司法調查，以偵查機關無遠弗屆之調查機制，方能查明，但招標機關人員於接受偵訊時，有可能基於被調查之精神壓力，產生不當之言詞表達，易被誤認於辦理招標時，即明知有借牌投標之情形，而陷入被懷疑明知違背該法令圖利他人之誤解。

[235] 臺灣高等法院花蓮分院 105 年度原重上更(一)字第 1 號刑事判決

第五節 圖利行為獲利者之正犯身分爭議

依學理所指廣義之共犯，及刑法修正前共犯之定義，共犯係指數人共同犯罪之情形，包含共同正犯、教唆犯、幫助犯。共犯並有「任意共犯」與「必要共犯」之分，前者指可由一人單獨完成之犯罪，而由二人以上共同實行，該數人具有犯意聯絡與行為分擔，依刑法第 28 條規定，成立共同正犯；後者係指依刑法分則規定之構成要件，必須有數人之參與實行，始能成立之犯罪[236]。依最高法院 81 年台非字第 233 號判例，「必要共犯」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行者，謂之「聚合犯」，如公然聚眾施強暴、脅迫罪、參與犯罪結社罪等，「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 28 條共同正犯之餘地。刑法 94 年修正第 4 章章名為正犯與共犯，於修法理由中說明，正犯為犯罪行為之直接實行者；共犯為間接參與實行行為者如教唆犯、幫助犯。雖共犯之定義範圍改採狹義共犯，但實務判決對於「對向犯」之認定仍維持前述判例之見解[237]。

第一項 圖利行為獲利私人之對向犯爭議

圖利罪規定之圖利私人，其獲取不法利益之私人，是否與為圖利行為之公務員同屬共同正犯，實務判決原大多認為，公務員圖利之對象為無公務員身分者，兩者係處於對向之關係，該無身分者縱因而得利，除涉犯他項罪名外，尚不能遽依公務員圖利罪之共犯論擬[238]。即獲取不法利益之私人，在公務員成立圖利罪之情形下，因論之為對向犯，不以圖利罪論處刑事責任。國內學者有採不同見解，或有贊成該看法，分別如下：

一、獲利之私人與公務員間非屬對向犯為共同正犯

[236] 王皇玉，同註 29，頁 402~403
[237] 最高法院 97 年度台上字第 533 號刑事判決、臺灣高等法院 98 年度台上字第 3185 號刑事判決
[238] 最高法院 87 年度台上字第 2251 號刑事判決

獲利之私人有可能與公務員間有共同實行圖利關係，因刑法第 28 條共同實行之涵義，包含採行非嚴格意義不法行為的行為人。實務所稱圖利者與被圖利者各有目的，僅係雙方動機上之差異，但對於圖利實現的意圖一致，有可能具有共同之行為決意（犯意聯絡）下的行為分擔，而符合共同實行關係，只是被圖利者欠缺公務員之身分，在實務上成為不構成共同正犯的理由[239]。圖利行為的獲利私人，若係教唆、幫助或參與不法圖利行為，既提供相當的參與助力，沒有理由不能成立共同正犯，雖未有處罰獲利之私人的明文規定，但是獲利者只要達到功能支配程度，則應回歸共犯之一般規定，即依刑法第 31 條規定成立圖利罪的共同正犯。如果僅因套用對向犯理論，使獲利之私人不罰，反而使執行職務未獲利之公務員，承擔高度之刑責，顯然是不合理的刑責安排[240]。

二、圖利罪之處罰規定不及於獲利之私人

實務判決以平行一致的犯意聯絡或對立一致性關係，以否定獲利私人成立圖利罪之共犯，並不是一個明白的說理。圖利罪所侵害的法益是國家行政機能受到危害，圖利行為造成行政機能之危害，參與之人民沒有理由要與公務員負一樣的責任，以賄賂罪有行賄者與受賄者之罪責輕重不同的規定，立法者就獲利私人之參與圖利行為無處罰規定，應解釋為其立意就是不罰[241]。圖利罪之身分關係為犯罪成立要件，不具有公務員身分，無由成立規定之直接正犯，此種要求不能以刑法總則之規定，任意曲解。但以官商勾結之情形，不具公務員身分者，不能成立共同正犯，只能論以幫助犯，產生法感與法理不相容之情況，宜從刑事立法上修正規定，使不具身分者，亦能合理加以處罰[242]。

實務判決向來認為，圖利行為之獲利私人與實行之公務員為對向犯，並非共同正犯不應以圖利罪科刑，其立論多半是，無公務員身分者（被圖利者）與公務員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（此觀行賄罪、受賄罪處罰輕重相去甚遠，舉重以明輕，居於補充法地位之圖利罪，更應為此解釋）；公務員圖利之對象，即係該無此身分

[239] 許澤天，對向犯之研究，成大法學第 19 期，頁 68
[240] 許恒達，同註 27，頁 761～762

[241] 黃榮堅，圖利罪共犯與身分，台灣本土法學雜誌第 3 期，頁 189~190
[242] 柯耀程，公務員圖利罪及其參與關係之思辯，全國律師第 1 卷第 6 期，頁 14

者，而二人係居於彼此相互對立之對向關係，則二人之行為既各有其目的，分別就各該行為負責，彼此間並無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[243]。

圖利罪之某些個案中，公務員與案內未具公務員身分之私人，並非立於絕對之對向關係，而是與公務員共同圖利第三人，實務判決針對該種情形，另有不同看法，認為無公務員身分者若僅單純為公務員圖利之對象，則二者間具對向關係，行為縱有合致，並使該無公務員身分者因而獲得不法利益，彼此之行為各有其目的，尚不能遽論以圖利罪之共同正犯，惟二者間若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，朝同一目的，共同對於有公務員所主管或監督之事務，直接或間接圖得不法利益並因而獲得利益，依貪污治罪條例第 3 條規定，並非不得成立圖利罪之共同正犯[244]；圖利罪以公務員為犯罪主體，無此身分者，得以依貪污治罪條例第 3 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」。是公務員即非不得與無公務員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[245]。

第二項 圖利行為之獲利私人正名為共同正犯

近來對於圖利行為之獲利私人與公務員為對向犯之見解，有重大轉折，產生完全不同看法，最高法院 103 年度第 4 次刑事庭會議決議，貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪，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。題旨所示甲、乙二人具有犯意聯絡及行為分擔，共同對於甲主管之事務，圖乙之不法利益並因而使乙獲得利益，依貪污治罪條例第 3 條及刑法第 28 條、第 31 條第 1 項之規定，自得成立圖利罪之共同正犯。最高法院之決議，於法院實務審理已採為判決基礎[246]，使圖利行為之獲利私人不以圖利罪處罰，改論以與公務員共同承受圖利罪刑責之大翻轉。實務判決除採納前述見解之說理，

[243] 最高法院 87 年度台上字第 626 號、91 年度台上字第 6756 號、94 年度台上字第 2040 號刑事判決、95 年度台上字第 2346 號刑事判決
[244] 最高法院 94 年度台上字第 6008 號刑事判決
[245] 最高法院 101 年度台上字第 4999 號刑事判決
[246] 最高法院 103 年度台上字第 726、1670 號、106 年度台上字第 257 號刑事判決

部分判決有更進一步論述，認為數人基於共同犯罪之犯意聯絡，推由其中一人或數人實行犯罪行為之全部或一部，於此犯意聯絡範圍內，所生全部犯罪結果，即應由全部之人共負其責，而論以共同正犯，非謂未參與構成要件行為之實行者（獲利之私人），即無庸負責[247]。

對於共同正犯之認定，大法官釋字第 109 號解釋闡述，以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。在解釋理由更詳述，共同正犯，係共同實施犯罪行為之人，在共同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，其成立不以全體均行參與實施犯罪構成要件之行為要件；參與犯罪構成要件之行為者，固為共同正犯；以自己共同犯罪之意思，參與犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行為者，亦均應認為共同正犯，使之對於全部行為所發生之結果，負其責任。實務判決亦認為多數人出於自己共同犯罪之意思，彼此分工協力共同實現犯罪行為，互為補充而完成犯罪，即多數行為人基於犯意聯絡與行為分擔者，為共同正犯，學說上稱之為「功能性的犯罪支配」；在功能性犯罪支配概念下，多數人依其角色分配共同協力參與構成要件的實現，其中部分行為人雖未參與構成要件行為之實行，但其構成要件以外行為對於犯罪目的實現具有不可或缺之地位，仍可成立共同正犯[248]。

學理上之共同正犯之成立要件包含一、二人以上之行為二、共同行為決意（犯罪意思聯絡）三、共同實行犯罪行為（行為分擔），犯罪意思聯絡指出於違法之故意，有認識且有意願之交互作用下，成立共同一致的犯意；行為分擔，為各個參與者基於共同行為決意之角色分配，分擔犯罪行為之實行。其中有所謂共謀共同正犯，指在主觀上雖有共同行為決意，但共同謀議犯罪行為之數人中，其中一人或數人並未分擔實行犯罪行為，從功能支配理論，仍具對於構成要件實現之支配性及原因力，雖僅有犯罪意思聯絡，仍列屬共同正犯[249]。雖該類型共同正犯較具爭議性，有學者分析，如犯罪組織之首腦，不以犯罪行為當時在場共同實行為必要，只要基於原先之共同行為決意，其

[247] 最高法院 106 年度台上字第 257 號刑事判決
[248] 最高法院 101 年度台上字第 5199 號刑事判決
[249] 王皇玉，同註 29，頁 435~441

主導之犯罪貢獻，於實行時仍繼續產生作用即可。也就是對犯罪流程做出決定性貢獻，有功能支配關係就成立共同正犯[250]。

圖利行為之獲利私人是否與為圖利行為之公務員成立共同正犯，實務見解原認為二者屬對向關係之對向犯，無犯意聯絡與行為分擔，既法無明文處罰獲利之私人，則該私人不在以圖利罪科予刑責之列，雖部分判決之特殊個案，係不具公務員身分之私人，與為圖利行為之公務員共同圖利其他第三人，而成立共同正犯，係因渠等非立於絕對之對向關係，而係具有「合同平行性」之犯意聯絡及行為分擔，非屬對向犯，故為例外，使不具公務員身分之私人亦擔負圖利罪之罪責。但是，在行政實務之運作，圖利行為之發生，獲利私人與為圖利行為之公務員間，並非如實務之原看法無犯意聯絡，亦有可能共同謀議不法圖利行為之情形，只是不可能有行為分擔，因為圖利行為之實行行為，囿於公務執行之權限，只能由公務員單獨一方完成，無須獲利私人之行為分擔，而且二者間並非如典型之對向犯，如賄賂、賭博、重婚等罪，雙方行為確屬對向關係，圖利反而是朝同一目的，同為獲利之私人圖取不法利益，故將其歸類為對向犯，實屬牽強。

另就圖利罪規定之文義，探究不出有處罰獲利私人之涵義，而實務上之原見解即迂迴比對賄賂罪，牽強套用對向犯理論，排除獲利私人以圖利罪科刑，不論就行政上或司法面之實務，除了牽強外還有不切實際。以圖利罪之犯罪行為結構，有很大的比例，獲利私人與公務員間有如共謀共同正犯，有犯意聯絡，若獲利私人在明知特定公務作為係違背法令之情況下，仍透過直接或間接之方法（如陳情、關說、施壓），要求公務員為違背法令之公務執行，使其獲得不法利益，即屬共同謀議犯罪行為，雖其礙於無行政職權，無法為圖利行為之分擔，但最後其獲得不法利益之結果為犯罪行為之目的，亦為犯罪決意之成果，而犯罪目的及成果之獲益人，依貪污治罪條例第 3 條及刑法第 28 條、第 31 條第 1 項之規定列為共同正犯，實屬事理之衡平。

國內有學者認為，公務員依法行政原則，並非無公務員身分即不可能侵害，就沒有特別規範之拘束，不宜因身分特別就因此對特定法益，具高於一般人的保護地位，以法益保護作為刑罰權之正當性檢視，應視行為人對於法益破壞的可能性，而不是強調義務的違反。以行為主體的特別規定，作為彰顯特定法益之存在，具行為主體身分者親自實行之強調，亦不應該成為無特

[250] 林鈺雄，同註 34，頁 446~449

別身分者，支配他人實行之參與法益侵害行為，不成為共同正犯之理由[251]。以圖利行為之成因來自於獲利之私人，為法益侵害之共同行為人，亦為圖利行為之功能支配者，故亦應將獲利私人列為圖利罪之共同正犯，尚能有刑罰規定之預防犯罪功能，減少圖利行為之發生，並建立人民面對行政上之利益請求，能知法守法，共同維護依法行政的社會生活保障，畢竟政府行政機能的正常運作，並非端賴公務員一方之遵守法令，除了有依法行政的公務員，也需要有守法信念的人民，如果民眾仍普遍存有脫法的僥倖心態，各憑手段，爭取不法利益，依法行政也就像是顛簸的馬車，隨時有翻覆的危機。

第六節 解決方法之建議

圖利罪規定於 90 年之修法，將構成要件為突破性修正，就其文義而言已較為明確，但是學者及實務人士仍認為該規定之明確性不足，且對於使公務員勇於任事的修法目的之達成，難以有太高之期待，並有指出圖利罪起訴後定罪率低，來自於圖利罪規定之不明確，導致檢察官與法官對於該規定之解釋態度不同，檢察官就圖利罪構成要件及圖利罪個案所涉行政法令之解釋，抱持比較嚴格的論點，法官則採較為寬鬆之看法，圖利罪之偵辦起訴轟轟烈烈，較之審理結果有罪判決偏低，如此雷聲大雨點小之現象，易產生社會大眾對於司法缺乏信賴[252]，更有進一步分析指出判決無罪之原因，最常見為檢察官對於行政規定及行政作業程序之不熟悉，且對於違背法令之認知與法院之看法有落差，肇因於檢察官未充分查證，並予被告充分說明與提出證據之機會[253]，亦由於行政命令之規定時有疏漏及矛盾，易有不同解釋空間，對於公務行為是否違背法令，難以做出無爭議之判斷，又行為人之主觀意思，是否有圖利之直接故意，亦甚難舉證有顯現於外之積極行為，而認定其有圖利之犯意[254]。

圖利罪規定於 90 年修法迄今 10 餘年，經歷無數個案之判決結果，透過最高法院諸多判決見解，已將修法後對於該規定在適用上之疑義，逐步釐清並可歸納出許多原則，可做為判決之準據，詳如本文第 4 章及第 5 章分析，已逐漸降低圖利罪規定文義不明確之疑慮，如檢察官於偵辦涉嫌圖利行

[251] 李聖傑，同註 81，頁 31~32
[252] 李茂生，同註 17，頁 160~161；紀致光，同註 135，頁 160,178；江惠民，同註 19，頁 173
[253] 江惠民，同註 19，頁 174~175
[254] 紀致光，同註 135，頁 174~175

為之個案時，能確實斟酌最高法院歷來對於圖利罪之適用見解，逐一檢視涉案公務員之公務行為，是否符合最高法院成罪之認定，則圖利罪起訴後定罪率低的現象，可望獲得部分改善。所以圖利罪個案是否成罪之見解歧異，關鍵還是在於需個案判斷之爭點，即每案所涉及行政法令之適用，如何判定個案公務行為是否違背所涉行政法令，且有明知違背法令之直接故意，需就該案審酌行政法令之正確適用解釋，最高法院有判決認為，其方法宜向法令主管機關函詢查證歷來之適用解釋，縱使認為主管機關歷來之見解，與立法意旨不符，不能拘束法院，亦不宜即認定行為人明知見解違法，而以其等依行政主管機關解釋所為之行政行為，即有圖利他人之犯意[255]。

對於行為人是否明知違背法令之判斷，首要涉及個案行政法令之妥當適用，如實務人士之闡述，行政法令之適用不是只在於法律要件及法律效果之概念解釋及推論，亦必須考量整體政策目的、各方利益權衡協調[256]，更因行政法令常有立法技術上之瑕疵，所以個案之公務行為是否違背法令常仍有彈性的解釋空間，在不同人間會產生之不同之涵攝結果，若又無明確之行為人外顯行為證據，以證明公務員有圖利他人之犯意，只是以旁敲側擊的間接方式認定犯意（如機關內部的解釋見解、政策改變或內部之意見磋商），尤其是在執行公務之行為人與受圖利之人並不認識，且無公務上之洽談與接觸之情況下，所有涉案人員可能僅因承辦一件公文，就因追訴機關認為該公文之決定違背法令，陷入被偵查、起訴、判刑的一連串司法糾葛，不僅是對於行政機關在個案之事實認定及法規適用見解的否定，也是對於行政能力的打擊，就機關人員而言，承辦該案之受偵查人員必須承受沈重精神壓力，其周遭之同僚，也會產生寒蟬效應，對於辦理同類案件改採過度嚴峻的審查標準，再經過媒體對於案情的報導，影響辦理同類案件之其他機關，在不明就裡的情況下，所產生的波浪效應更為驚人，在恐慌氣氛下，該類案件在無聲無息中，呈現慢性停辦狀態。

一件圖利罪的起訴，不是經過媒體一時報導，事情就落幕了，影響所及是機關內部對於業務執行正確與否的自我懷疑，檢調單位為了解所偵查之個案，比較該類案件之其他個案之審查尺度及原則，大量向行政機關調閱同類型案件，恐慌氣氛隨之蔓延，擾動該機關之行政氛圍，易產生所謂軍心渙

[255] 最高法院 102 年度台上字第 3578 號刑事判決
[256] 邢泰釗，同註 109，頁 114

散現象，基於人性之趨吉避凶，當然影響行政效率，而這只是機關內部效應，所受到波及的是廣泛的社會大眾，申請人所送之該類申請案，將受到行政機關最審慎嚴謹的態度審查，核准之路可想而知將是相當周折，所以圖利罪規定於 90 年修法之主要目的在於使公務員勇於任事，到了 98 年再次微幅修正貪污治罪條例之圖利罪規定，還是為了公務員不敢勇於任事，圖利罪的夢魘是公務員及洽辦公務的民眾揮之不去的陰影，有許多學者提出廢除圖利罪規定之論述，亦有立法委員提出刪除圖利罪之提案，甚而有學者認為應廢除貪污治罪條例回歸刑法，但是在修法過程中，均未被採納，晚近又有立法委員提出圖利罪構成要件之修正提案，但仍舊無疾而終，圖利罪規定在我國社會是否有其存在之必要，倘仍有保護特定法益之功能，應如何修正，才能符合社會生活需要，不再是公務員不敢勇於任事的牽絆，為本章分析重點。

第一項 圖利罪廢除或修正之學者與實務見解

圖利罪同時規定於刑法第 131 條及貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款，該二規定之構成要件相同，只是處罰之刑度不同，在實務上之適用，以貪污治罪條例為刑法之特別規定，依特別法優先適用普通法之學理，遂依貪污治罪條例之加重規定科刑。圖利罪規定並非世界各國所普遍設置之刑罰，雖然於我國由來已久，但是造成行政效率之阻礙，甚至被認為是政治性產物，圖利罪之存廢或修正，向來為學界及實務界所關注之議題，而有下列各項見解：

一、廢止貪污治罪條例

學者分析貪污治罪條例可追溯源自於懲治貪污暫行條例，該條例制定於 27 年對日抗戰初期，嗣於 32 年另訂定懲治貪污條例，雖於 43 年施行期滿廢止，又因戒嚴時期之需要，再訂立戡亂時期貪污治罪條例，於 81 年因解嚴修正為貪污治罪條例，皆為限時性、非常態性之立法，富有濃厚之亂世用重典意味，但現今時空環境已不同，對於公務員貪污案，其行為所造成法益侵害及危險性輕微者，仍依該條例予以處罰，不免有嚴刑酷法之疑慮，貪污治罪條例宜以檢討廢止，其中該條例規定之圖利罪與刑法規定之構成要件幾乎相同，可直接回歸刑法規定[257]。

二、降低圖利罪之處罰刑度

[257] 余振華，同註 16，頁 69,71,73,82~83

學者認為貪污治罪條例係起源於對日抗戰時期的特別法，用於混亂政局下整肅官箴，修正前之圖利罪並沒有不當擴大刑罰權，問題只在於貪污治罪條例之嚴刑峻罰，使得公務員犯罪在我國犯罪評價結構中等同於殺人罪、強盜罪，在立法上違背罪刑相當原則，但是嚴刑峻罰不能挽救政府的清廉度，應該給予公務員瀆職行為於犯罪評價體系中一個適當的評價。在國家行為的相對化，即公共事務逐漸由私人分擔，公務員瀆職行為宜定位為加重背信罪[258]。

98 年修正貪污治罪條例時，亦有立法委員提出刪除該條例之圖利罪規定，回歸刑法規定，其理由為貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款規定與刑法第 131 條，除刑度有別，構成要件相同，刑法規定之圖利罪，已遭貪污治罪條例架空，形同具文。另特別刑法之於普通刑法，對於同一規範對象所為相同規定，若已不存在人、事、地、物之特殊性現象，當回歸適用普通法，動員戡亂時期已於 80 年終止，貪污治罪條例之歷史功能不復存在，難認有任何人、事、地、物之特殊規範理由，又貪污治罪條例之圖利罪規定，可處 5 年以上有期徒刑（最多加重至有期徒刑 20 年），而於刑法規定，則為處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，前者之處罰明顯過重，違反比例原則及罪責相當之刑期相對性原則[259]。另有學者認同，由於貪污治罪條例規定過於嚴苛，使得許多案件因法重情輕，法官之審理採取嚴格之證據審核及要件解釋，以致有罪判決者少，無罪者居多，讓峻法流於「無」法[260]。

三、廢除圖利罪

學者認為圖利罪本質上是一個政治考量下的產物，且是企圖一網打盡的概括性規定，縱使釐清規定的諸多問題，獲得合理、有共識的解釋，仍存在條文本身的缺陷，即無法實現刑法的基本原理-「刑法謙抑性」[261]。有實務人士認為，圖利罪定罪率甚低，導致人民對司法不信賴，已成為肅貪行動的負債，宜考慮廢除圖利罪之必要，刑罰是正義的最後一道防線，因應犯罪行為實應建立預防、處罰、修復或其他對抗犯罪之措施，對於違法公務員，則應即時賦予行政及民事責任，較高效率之行政及民事程序究

[258] 許玉秀，同註 92，頁 114,117~119
[259] 立法院公報第 98 卷第 17 期院會紀錄，頁 65~66
[260] 黃惠婷，同註 149，頁 57
[261] 李茂生，同註 17，頁 176

責，對於不法者之實質處罰更甚於圖利罪之追訴。行政機關的內部防貪機制，外部之監察、媒體皆為適當的監督力量[262]。

另有學者認為，圖利罪規定是多餘的立法，並缺乏刑罰之正當性，因違法之職務行為已因侵害其他法益而入罪，如成立公務員登載不實罪、詐欺罪、背信罪、公務洩密罪，沒有適用圖利罪之必要。刑事制裁非唯一保障行政有效運作的手段，基於刑罰之最後手段性，必須優先尋求非刑罰之預防手段，如懲戒、內部稽核、工作輪調、改善行政作業流程。另圖利罪之定罪率低，犯罪預防效果有限，反而因法定刑高，被濫用為發動羈押或通訊監察之工具[263]。

在政府之相關研究報告中，監察院之「貪瀆案件定罪率之探討專案調查研究」，亦指出圖利罪之構成要件涉及不確定法律概念，與便民難以區隔，致司法權輕易介入行政權核心領域，影響現代法治國行政之積極性與效率性，允宜審慎研究除罪化[264]。

四、修正圖利罪之再度提案

對於圖利罪之構成要件，曾有立法委員再度提出修正提案，提議修正刑法第 131 條為：「公務員對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己不法利益而獲利者或圖其他私人不法利益，致損害國家或公共之財產或其他利益者，處……。」，修正貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款為：「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，直接或間接圖自己不法利益而獲利者或圖其他私人不法利益，致損害國家或公共之財產或其他利益者，處……」，但是在 103 年 4 月 29 日法務部刑法研究小組會議討論結果，即決議不予修正。雖於 104 年 6 月 3 日立法院程序委員會提出，亦僅列為報告案。

前述立法委員之修正草案遭否決之主要原因，係對於圖利罪所保護法益，仍維持歷來之見解，採公務員執行職務之公正性及信賴性，並認為圖利行為所涉不僅國家或公共之財產或其他利益受損，尚涉及公權力執行之合法公平。如採取背信結構模式，將使公務員違背職務行為之犯罪構成

[262] 紀致光，同註 135，頁 177~180
[263] 薛智仁，同註 70，頁 25~29
[264] 李進榮，我國圖利罪之檢討與立法展望-與瑞士法及義大利法為比較，檢察新論第 19 期，頁 16

要件，比一般財產性犯罪之背信罪嚴格，顯與廉能政府之要求不符。現行圖利罪之構成要件已明確化、限縮化，便民與非法圖利之界線清楚，當不致使公務員不敢勇於任事。而法務部之研究意見，認為圖利罪之成立要件，繫於須「損害其應維護之公共利益」之結果，與圖利罪係為防止公務員執行職務時侵害職務執行公正性法益之立法目的有違[265]。

第二項 圖利罪規定與法益保護之關聯探討

從學者與實務之見解，對於圖利罪處罰之適當性，有認為處罰過重，流於嚴刑峻罰，不符「罪刑相當原則」，宜回歸刑法規定；未慮及「刑法之謙抑性」，宜考量優先採行其他行政處罰措施；對於圖利行為之「重複立法」，宜以其他犯罪類型之刑罰，替代圖利罪，該等評論均凸顯出圖利罪規定之內涵，違反刑法理論之基本原則。另外圖利罪刑罰正當性之檢視，也就是其所保護法益之檢討與調整，也是需重視的課題，其法益內涵是否只定位在公務員職務執行公正性或民眾的信賴，或應有實質具體之利益侵害，才需科予刑罰，在最近的圖利罪修法提案，已出現這樣的概念，但是遭否決，顯然此新論點，尚無法翻覆既定的思維，仍舊不被採納。

最新的立法委員所提圖利罪修正提案，提議修正構成要件為「公務員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，致損害國家或公共之財產或其他利益」，刪除「因而獲得利益」，增加「致損害國家或公共之財產或其他利益」，與學者所發表之評論極為相近，學者認為，圖利罪在解釋上應納入財產損害的不成文要素，即「致生國庫或私人之財產損害」之要件，另無財產損害，但獲有財產利益之案例，在本質上不應成立圖利罪[266]。由此思維，足以作為圖利罪所保護法益重新審視的開端，也是檢討圖利罪規定之規範目的、構成要件需要正視的核心。

一、圖利罪所保護法益之溯源及反思

我國於民國 17 年訂定圖利罪規定，在起跑點的構思上，就沒有明確的保護法益，其立法理由只是參照義大利、泰國之立法，又認為圖利係官吏所最易犯之行為而訂定，以當時規定之條文，構成要件為「公務員對於主管或

[265] 洪培根，我國圖利罪之檢討與立法展望-與瑞士法及義大利法為比較之與談意見，檢察新論第 19 期，頁 39~40

[266] 許恒達，同註 27，頁 763

監督之事務直接或間接圖利」，從文義上推敲，似乎是為處罰公務員透過職務對公庫楷油，圖得利益，以 17 年當時之社會，法治制度尚未成熟，在刑事立法上，未正視刑罰，必須行為存有侵害之法益，僅以嫌惡行為，即論處科刑，又未考量刑罰之最後手段性，卻視為理所當然。其後由於圖利罪之處罰行之已久，在學理上，從同為瀆職罪章之其他犯罪行為，推演出圖利罪所保護法益，最常見為引用賄賂罪，但是不同犯罪行為，其不法內涵不同，如此比附援引是否洽當，又加上其構成要件所規定處罰的行為態樣過於抽象，實值得探討圖利行為對於社會之侵害內涵，及檢視圖利罪其保護法益，是否具備立法之正當性，時至今日，法治制度業甚成熟，我國是否仍需保留此未明究裡的刑罰，或應為適當的修正。

在實務上，逐漸反思圖利罪之處罰正當性，也可能是由於最高法院 46 年台上字第 175 號判例之見解：「刑法第 131 條之罪，旨在懲罰瀆職，只須公務員對於主管或監督之事務，有直接或間接圖利之意思，而表現於行為，即已構成，並不以實際得利為限」，對於圖利罪之認定，其解釋方式過於嚴峻，容易入罪，為期審理上有較為恰當之解釋適用，最高法院 87 年度台上字第 2251 號判決認為：「圖利罪祇須公務員於執行職務時，違反執行職務所應遵守之法令，主觀上有圖私人不法利益之意思，客觀上並將該犯意表現於行為即屬既遂」，即加入「違反執行職務所應遵守之法令」，成為圖利罪 90 年修法前之不成文構成要件，並成為通說，使圖利罪處罰重心，轉置為公務員之違背法令行為，雖使圖利罪處罰之範圍，不再是漫無邊際，亦使圖利罪所保護法益，名正言順的，更可確立是執行職務依法行政之公正性，或國民對於公務員公正執行職務之信賴。但是如此一來，也使得法條規定「公務員對於主管或監督之事務直接或間接圖利」，就文義而言，原本可能是處罰侵害公庫利益圖謀私利之行為，性質上所保護法益為公庫之財產法益，但是因此轉換為依法行政之職務公正性。

圖利罪在 90 年之修法，將明知違背法令明文列為構成要件，並將圖利行為延後到發生獲利之結果才處罰，其實也只是將立法之初，處罰藉由職務獲取私利之構思，卻在實務上視為舉動犯過度前置處罰之解釋方式，導正為處罰確實獲利之行為，條文之修正後內容，似也可以只透過司法解釋，即可達成，所以圖利罪規定在表象上，似有重大變革，構成要件已有變更，但卻未正視圖利罪之檢討，重點在於其所保護法益之闡明，圖利行為是否造成社

會共同生活利益的侵害，何種行為態樣，才需要以刑罰加以處罰，否則應只科予行政責任。

二、圖利罪所保護法益之調整

圖利行為之處罰，是否宜仍側重於規範公務員對於法令之遵守，所保護法益僅為職務行為之公正性，只要有法令之違背而獲得利益，即科予刑罰。有實務界人士指出，圖利罪之認定，相當依賴其他法令之規定，法院為不使違背不同層次之法令皆論以圖利罪，以致於其法律效果一致，遂以提高故意之證明門檻，以使刑事或行政不法之規範維持其層次[267]。這樣的觀點，可推論出一個很重要的關鍵，不同的行政法令，執行後的法律效果輕重有別，所以違背行政法令之結果，所產生的侵害大小不一，其外部效果，可能只是執法不公，並未有任何公庫或私人利益受到侵害，有學者分析出之案例，如未遵守原圖興建之建物，違背法令核發使用執照；幼稚園娃娃車私自加裝座位，違法做成合格檢驗結果，該二案雖均有私人獲利，但是未有公庫或他人受有損害[268]。未造成有實質上利益侵害之職務行為，只是違背法令而獲得利益，是否適合以刑罰處罰，而且一旦認定有罪，判處 5 年以上有期徒刑。

如果只思考違背行政法令而獲得利益，就科以刑罰，實過於強調規範之教條性遵守，未考量有否公庫或私人利益侵害之產生，必然有處罰過重及缺乏正當性的疑慮，況且行政法令執行後之結果，對社會生活資源利益分配之影響，其效應因行政法令之性質與立法目的而有不同，違背行政法令是否必定會造成不公正，尚賴該行政法令立法技術之良窳，有時可能只是形成單一案件機會的不均等，也可能未造成機會的不均等（如政府採購案有招標程序之違背法令，但是只有 1 人投標），縱使有造成個人間之不公平，所形成之不公平程度及權益損害，個案均有不同，只是因執法上之不公平結果，一律責以執行之公務員 5 以上有期徒刑，則該公務行為所造成之社會損害，與科以行為人之刑責，顯不相當，如果這樣的處罰手段不論以違反比例原則之過度非難，以及有違罪刑相當原則，實在也無法提出更貼切的形容。違背行政法令造成之行政執法不公平，性質上屬行政不法，應探究的只是行政責任，誠宜以行政懲戒處置，有形成公庫或私人利益之損害，對整體社會而言，方

[267] 紀致光，同註 135，頁 177
[268] 許恒達，同註 27，頁 758~759

屬有實質性之惡害，以具備利益侵害作為刑罰與行政懲戒之分野，使法院審理時，不須再衡量刑事不法與行政不法應有不同處罰程度，因而對危害性較輕微之行為，判決無罪，降低定罪率，為重新定位圖利罪所保護法益之重要思考要素。

圖利罪處罰重心，其落點一直聚焦在違背法令，保護法益為職務執行之公正性與國民之信賴，行政法令之違背未必皆產生社會侵害，或公庫、私人之利益損害，也非一定產生不公正之效應，因為政府機關依法令得以釋出之利益與機會，並非皆為奇貨可居，如某些政府採購案常乏人問津，承辦單位必須積極邀請廠商投標，以免流標影響公務運作。換個角度而言，行政法令之違反，在性質上既為行政不法，如果違背法令之效果，又不造成國家資源分配不公之社會侵害，進而損害公庫、私人之利益，卻施以刑罰，實為過度嚴苛，所以圖利罪所保護法益，不宜只在於職務執行之公正性與國民之信賴，必須再加上公庫、私人之財產或其他利益，並在圖利罪之立法上，其構成要件中增加該要素，始科予刑責。如同為職務行為之不法，刑法第 342 條之背信罪，為他人處理事務，…….「致生損害於本人之財產或其他利益」，才以刑罰處罰。公務行為單純的只是違背法令而獲得利益，就留給行政懲戒處置。

第三項 政府作為之改善

學者提出貪瀆行為的成因，包含華人社會根深蒂固的關係主義、公務員素質高低、權力之獨佔程度、政府資訊之透明性等，解決方法不能只冀望刑罰，須優先尋求非刑罰之預防手段，如健全懲戒制度、強化專業監督、內部稽核、工作輪調、改善行政作業流程[269]。首長級的官員不守法及不知如何守法，是法治建設最根本障礙，要讓公務員對於職務有責任心、榮譽感，在內控上公布組織規範，讓行政作業程序透明化，刑罰雖對於貪瀆行為有一定之預防及壓制功能，但只屬最後手段[270]。實務人士指出，因應貪瀆行為應建立預防、處罰、修復或其他對抗之措施，不宜依賴刑罰，對於違法公務員，應即時以較高效率之行政及民事程序究責，對於不法者之實質處罰更甚於圖利罪之追訴，行政機關亦應著重內部防貪機制，避免不法行為發生[271]。

[269] 薛智仁，同註 70，頁 32,28~29
[270] 黃惠婷，同註 149，頁 57
[271] 紀致光，同註 135，頁 179~180

上述列舉之貪瀆行為成因，有涉及社會風氣之華人社會關係主義、首長級的官員不守法及不知如何守法，較難經由政府機關的因應措施加以改善；公務員權力之獨佔性涉及各機關之既定組織及業務職掌，也是無法避免的因素；公務員素質高低、公務員對於職務有責任心、榮譽感，涉及各機關行政風氣，及人事管理的運作及培訓，與圖利罪之規定與處罰屬不同層面之問題，亦較難以由行政手段獲得具體改變。

至於刑罰以外之改善方法，政府資訊之透明性、改善行政作業流程，則為各機關積極努力之行政重點，如不斷檢討修正業務職掌之行政法令、行政作業流程（即 SOP）、受理人民申請案之處理時限、人民提出申請案之應附繳文件，並於機關網站公布行政法令、解釋函、行政作業流程、人民申請案之處理時限、申請案之應附繳文件以及申請案之填寫製作案例、申請案之辦理進度，各基層服務機關並設有服務台，由資深人員及志工輔導民眾填寫製作申請案，部分機關甚至每日嚴格控管申請案、公文之處理時效，如有辦理逾期即列入考核、懲處，而且相當重視民眾的陳情，以及對公務員服務不善的檢舉處理。政府機關的努力，除了展現我國法治制度相當成熟，服務機制可謂傲視全球，也是預防貪瀆行為相當堅實的防護網，形容得通俗一點，就是與行政機關接洽公務不用走後門，因為政府法令資訊不但透明，完全攤在陽光下，且行政作業流程亦不斷精進改善。

有關前述改善方法中，強化專業監督、內部稽核，是各機關之會計、政風單位之常態性業務，另外各主管機關對於其所屬基層單位，亦有年度性業務查核，又審計機關對於各機關之查帳作業，實則尚包含業務執行之查核。所以目前政府機關之行政運作，可說受到多層次的稽核、節制，又加上前述行政資訊透明性的強化機制，除了便民也是防杜貪瀆行為的重要工具，但是本文認為，這些形式上的措施，只是看似精緻的外觀，就如同電腦設備的硬體，如果只強調華麗的外殼，缺乏技術精良、高效率的軟體，也是無濟於事，對於層出不窮爆發的圖利案件，如何防止一再引爆，行政機關不再被披露形容像犯罪集團，需要的高技術軟體，是公務員的軟實力，改善圖利行為對於社會所帶來的負面效應，必須立法、司法、行政機關三管齊下。

一、立法、司法機關可行的具體作為

立法機關之任務在於圖利罪之修法，使圖利罪之刑罰免於過重，而與公

務員違背法令之公務行為應非難科責之程度，顯不相當，又構成要件之內涵，加入侵害公庫或私人利益之要件，使有具體實害之公務行為，方成立犯罪，以避免公務員人人自危，造成執行公務時，對於行政法令之解釋適用過度嚴苛。

在司法機關層面，法院審理圖利罪歷來解釋適用之逐步轉變，已使圖利罪規定罪刑不相當之疑慮略有解消，就如學者所描述，法官面對法重情輕之情形，涉案之公務員雖有違背法令之嫌，若在該案承辦公務員並未獲有利益之案例，可能基於對於行政法令解釋之誤解、作業疏失，或者人情壓力下不得不然之彈性處理，對於社會並未造成具體實害之行為，只是存有行政法令解釋適用之見解差異，法官也不忍心重判 5 以上有期徒刑。所以有賴修法，解決法院審理圖利罪時，法重情輕的難題。

存在於司法機關之問題，則由定罪率甚低，凸顯法官與檢察官之間，對於圖利罪之認定，存有極大落差，解決之道，除了檢察官對於最高法院已形成共識之見解，於偵查時，宜針對案情逐一檢視有否成罪之可能，以避免起訴後與法院看法有太大差異，而有濫訴之嫌，此外，由於圖利罪之認定，首要在於有無違背法令，對於被告之行政法令適用意見，宜給予充分說明及提出有利文件資料之機會，由於行政機關公務之執行日益繁複，某些公務之處理所涉及之法令猶如網絡般複雜，必須針對案情及不同層次之法令及政策方案，費時釐清，白話一點就是必須回辦公室翻箱倒櫃，查調歷史公文檔案，才能將檢調所提出之疑點，逐一解說到完整無缺，不致有違法之疑慮，而圖利罪法定刑為 5 以上有期徒刑，如被告以涉嫌重大有串證之虞裁定羈押，在無法搜尋有利於己之法令解釋資料，尤其是公務處理上之少見案例，將難以充分說明涉嫌個案之適法性，更易造成檢調對於行政法令適用之誤解，而有不必要之起訴，圖利罪之認定重心既在於有無違背行政法令，而行政機關公務執行之學成亦非一朝一夕，係累積數十年之經驗，並負有任務政策導向及特定專業，所以調查單位宜有更多的耐心，了解行政法令之運作機制，更應體察不同機關業務職掌之差異，及法令適用權限之不同。

二、行政機關可行的具體作為

就行政機關層面而言，如何減少被以圖利罪起訴之擔憂，並不是只在於面對檢調機關之調查時，該有冷靜從容的應對，及避免同案被告之間互相攻

訐卸責，應從源頭做起，一為加強所執行業務之相關教育訓練，另一為改善立法技術及適時修正不合時宜之法令，分析如下：

（一）加強業務執行之相關教育訓練

教育訓練是各機關每年例行性必辦事務，但是已逐漸流於形式，甚至某些安排之課程與業務之執行毫無關聯，只是人事單位為了辦理教育訓練這項工作而舉辦，機關人員參加教育訓練常抱持應卯的心態，而加強員工之職能訓練，下列三方面之授課是必備不可或缺：

1. 法律課程

行政機關執行公務首重依法行政，要達到這項要求，必須安排員工進修法律課程，使其了解法律適用之基本原則，以免於執行法令時，因不黯行政法基本法則，除可能影響人民之權益，甚而觸及圖利罪之警戒線而不自知。

2. 執行業務之行政法令

機關所執行業務之行政專業法令，宜由法令主管機關，指派對於該法令嫻熟之人員擔任講座，讓負責辦理之人員，能了解所執行法令之意涵及規範目的，以及其他相關法令之關聯性，法令主管機關與基層執行機關，甚至與業務執行之相關機關間，亦需經常交流，舉辦座談或會議，以商談法令適用之見解，使不同機關間不致產生歧異之看法，並能齊一業務執行方式，方能於檢調單位訊問時，避免法令適用之見解不同，或承辦與主管對於法令之闡述說理有所齟齬，讓檢調單位產生違背法令之誤解，即須經由必要的訓練及經驗傳承，使公務員堅信日常所承辦業務在法令適用上之正確性，且不悖於法理，通俗一點的說法，就是不要因為缺乏自信，三兩下就被檢調單位撂倒，引起不必要之訟爭。

透過教育訓練增強公務員執法之自信，對於所執行法令適用之原理原則，能夠理解並講述完整的說理，減少同儕間以訛傳訛的法令解釋，除避免辦理錯誤造成人民的損害及不必要之紛爭，更重要的是正確適用法令，不因對於法令解釋的誤謬，或擔憂承担責任，對於所執行之法令採行過度嚴苛的適用解釋，增加人民申請權益時之困擾，甚至濫行駁回申請案，嗣申請人請託民意代表介入關心，才改採較為寬鬆的解釋方式，核准該申請案，如此必定於受檢調單位調查時，很難自圓其說，而被認定為有違背法令之直接故意。

3. 公務員圖利罪

行政機關人員普遍缺乏法律之專業，實則對圖利罪之構成要件更是陌生，由於不熟悉而產生不必要的恐懼，造成對於所執行之業務上法令，以過度嚴謹的角度詮釋，自以為如此才能自我保護，避免背負刑事責任，如果透過教育訓練，使公務員充分了解圖利罪之主、客構成要件，認識成立圖利罪之行為內涵，才不致於在執行公務時過度恐慌，影響行政效率，並且在面對檢調單位調查時，亦能維護自身權益。

（二）改善立法技術及適時修正不合時宜之法令

訂立切合政策目標又符合社會生活利益之行政法令，為行政上重要之一環，涉及人民權益之行政法令，其法條內容尤需注意下列事項：

1. 規定限制人民取得權益之相關限制條件，必須與該法令之規範目的相合，以免執行之公務員，於執行時遭逢適用爭議時，無法提出合理之說明，受規範者亦難以心平氣和，不提出陳情救濟。
2. 規定之要件文義必須明確，方不致於不同人間有不同解讀，而有差異性的認定標準，使申請案核准後，產生是否符合規定之疑義，招惹違背法令之嫌。
3. 避免規定內容過度複雜，讓承辦人員及利益相關之人民，難以理解而造成爭端，增添違背法令之疑慮。
4. 法令如已不能切合社會生活之需要，由機關內部自省或經人民認為不合事理，即應適時檢討修正，以免引起不平之鳴，轉而尋求民意代表陳情，形成違背法令之風險。

偏離規範目的、規定要件文義不明確、內容複雜、不切合社會生活需求之行政法令，均為製造執行公務違背法令疑慮之根源，均需要適當修正，一個合理且具社會價值之行政法令，才有遵行意義及實現依法行政之真諦，悖離社會生活實際需求、不合理之法令，徒令公務員、人民遵守，違背者以刑罰相繩，如此毫無意義之教條性奉行，可謂之苛政。

第七節 小結

第一項 明知違背法令之實務剖析

圖利罪之構成要件可拆解為「對於主管或監督之事務明知違背法令之行為」、「直接或間接圖自己或其他私人不法利益」、「因而獲得利益」三

項，在實務偵查或審理，首需探究行為人有否「明知違背法令」，必須存有公務員「明知違背法令」行為之前提下，再行檢視是否獲得不法利益，倘無違背法令之行為，以及為該行為之直接故意，就無需再探究其他構成要件。就「明知違背法令」而言，以實務上之重要審理要素為前述分析後，歸納下列各要項：

一、法令之種類、性質範圍

（一）對多數不特定人民所作對外發生法律效果之規定

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款明定，圖利罪規定所處罰之違背法令行為，所指之法令限定為「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」，已柄除公務員服務法等倫理規範之違反，屬圖利罪處罰之列，且經過多年來實務判決之逐步釐清，行政法令不在於其形式外觀，為內部規定或對外規範，凡其規定內容足以實質上發生對外法律效果，影響人民權利，其違反者，對於社會或個人法益構成侵害，而具有違法性，方認為圖利罪構成要件所指違反之法令。除闡述圖利罪所處罰法益侵害之核心價值，所違背法令性質與科以刑罰間之關聯，及圖利行為之所以具備刑法上之可罰性，並得以推知非對外發生法律效果之法令的違反，只擔負行政責任，僅應受懲戒。使圖利罪之處罰範圍，有合理限縮之論據，只就違反對於人民權益造成影響的法令追究刑責。

（二）與職務具有直接關係之法令

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款於 98 年修正之修法理由中，敘載圖利罪條文中所指之「法令」，應限縮適用範圍，以與公務員之「職務具有直接關係」者為限，且就圖利罪規定之整體文義，法條明定所處罰為「公務員對於主管或監督之事務」之不法圖利行為，則所指違背之法令，在解釋上亦應限縮為公務員之主管事務法令，即具體個案所執行職務，於其權責範圍，得用以認定事實並為行政上決定之法令，即與公務員主管權責有關者為限。

圖利罪於審理時，原即不容忽視行政機關各有所司，個自擔負不同之行政責任，超出公務員執行公務之權責範圍，涉及其他機關主管職掌之法令，縱有違背該法令之失當行為，僅係行政疏失，該個案辦理不當之行政機關，在整體法令適用體系中亦係受規範者，而非主管之執法者，

倘予以究責，應視其產生之侵害程度，施以行政懲處，並就該法令之規範目的、其所規定對違反者所論究之罰則處罰，而不應逕論以圖利罪之刑罰，否則顯有逾越該公務員在行政體系上所應擔負之義務責任。

其它如涉及行為義務、工作倫理之公務員服務法，該規定已明訂違反各條款各應論究之處罰方法，對於違反者，即不宜再援引圖利罪規定作為處罰手段;涉及行政原則之行政程序法之違反,雖未明訂處罰方法,但亦不宜貿然視為圖利罪所指涉之違背法令，應視其所違反條款之性質、規範目的為適當之處罰，即應秉持刑法之最後手段性。

二、行政裁量之合法性認定

依行政訴訟法第 4 條規定：「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論」、第 201 條規定：「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷」，行政法學者認為，行使裁量權超出法律授權之裁量範圍為裁量逾越,即前述規定之逾越權限;所謂裁量濫用則為牴觸法律之授權目的、漏未審究應斟酌之觀點、摻雜無關因素之考量、違反一般法律原則及憲法保障之基本權，如公平、比例、誠信等法律原則，即前述規定之濫用權力[272]。最高行政法院亦認為，行政裁量之決定，必須符合「法規授權之目的」，否則可能構成裁量濫用；裁量決定結果必須「維持法規範圍內」，否則可能構成裁量逾越，均屬裁量錯誤，為司法審查之範圍。但原則上，法院應尊重行政機關之裁量空間，不得就行政行為之合目的性，進行審查。行政法院對行政機關依裁量權所為行政處分之司法審查範圍限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性。法院只作法的監督，以免過度介入行政權之行使[273]。

最高法院刑事判決之見解，則可歸納為二類，一為公務員於法令授權範圍內為裁量，因裁量不當或不符比例原則未具違法性時，僅須依其情節論究其行政責任。公務人員基於職權所為之行政裁量，縱事後認有不當或不正確，因行為不具違法性，並不成立犯罪[274]，較趨近於最高行政法院之看法，即法院應尊重行政機關之裁量空間，司法審查範圍限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性;另一則認為,裁量權之行使,應受一般法律原則之拘束,

[272] 李震山，同註 106，頁 294~295
[273] 最高行政法院 90 年度判字第 1783 號、94 年度判字第 1800 號、106 年度判字第 225、381 號判決
[274] 最高法院 99 年度台上字第 6130 號、95 年度台上字第 4648 號、105 年度台上字第 741 號刑事判決

故意違反比例原則、平等原則、合目的性及合義務性之判斷，得認係濫用裁量權為違法，形式上合於法令規定，實質違反公平、平等原則，造成差別待遇，屬濫用權力，並非行政裁量權之合法範疇[275]。前者認為在法令授權範圍內所為裁量，縱不符比例原則而未具違法性，即不受圖利罪之規範；後者則認為形式上合於法令規定，實質違反比例原則、平等原則等一般法律原則，仍屬違法，應科予刑責。

圖利罪之成立以違背法令為前提，涉嫌之個案如其公務執行未違背法令，法院審理時是否宜以違反一般法律原則，科予圖利罪之刑責，實足容疑，本文認為基於下列理由，不宜將是否符合一般法律原則，列為認定圖利罪之不成文要件：

（一）行使裁量為各機關之行政專業範疇

行政機關之行使裁量，必須倚賴行政經驗、行政專業及政策目標為基礎，方能為符合比例原則、平等原則等法律原則之判斷，並非僅以法條之概念解釋及推論即能決定。

（二）難以樹立超越主觀思考外的客觀判斷標準

一般法律原則為抽象之法理，不同專業領域者易產生不同事實認定，行政手段是否得宜，會因時、因地及發生事件主客觀條件之不同，而有相異之決定結果，又可因司法人員之不同，在審理時其主觀審認會有差異性，易流入公說公有理、婆說婆有理之狀況，影響個案審理結果的安定性，公務行為是否觸犯圖利罪，仍宜回歸以違背「法令」為範圍，只要公務作為在法令規定之適法範圍內，不宜將是否符合一般法律原則，列為認定圖利罪之因素，使行政機關保有行政自主，縱使有逾越一般法律原則，亦屬行政手段與方法之失當，應視其造成損害程度，審究行政責任。

（三）裁量之妥當性不宜論以刑罰

刑事訴訟程序係對於破壞法益之不法行為，認定國家刑罰權之範圍，行政法院之行政事件審理，係對於行政機關之行政作為不服之當事人，所進行之司法救濟程序，就二者間功能上之不同，刑事案件之判決效果將剝奪人身自由，較諸行政事件係就人民權益為衡量，應有較嚴格之審查標準。依最高行政法院之見解，猶仍認為「行政法院對行政機關依裁量權所為行

[275] 最高法院 87 年度台上字第 2083 號、86 年度台上字第 7655 號、89 年度台上字第 1261 號、97 年度台上字第 4262 號、103 年度台上字第 757 號、91 年度台上字第 7498 號刑事判決

政處分之司法審查範圍限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性。法院只作法的監督，以免過度介入行政權之行使」，即足以保障行政訴訟當事人之權益，並維持行政機關在公務執行上之安定性，不輕易以行政裁量違法，推翻行政機關之決定，在刑事案件之審理，更應尊重行政機關裁量權之行使，宜以有否違反授權法令為界定，不宜再加入是否違反一般法律原則之抽象判斷，以免影響公務執行之積極性及自主性。

三、明知違背法令之圖利犯意認定

對於圖利罪之主觀犯意，學者認為包含明知違背法令及圖自己或他人不法利益，即行為時認識其行為違背法令，並有意藉由違背法令行為，獲得不法利益之結果[276]。實務判決對於圖利罪之犯意認定，向來認為圖利罪以行為人於行為時有為自己或第三人圖不法利益之犯意而表現於外，始為相當，至有無此圖取不法利益之犯意，應依積極證據認定，而且行為人必須有積極的意思及積極的行為始足當之[277]。但如何認定行為人表現於外之行為，具有藉由違背法令圖取不法利益之犯意，因個案之事實情狀均不同，實難以建立認定之標準，只能由法官依個案案情審酌判斷。偵查時則較易因涉案之公務員與獲取不法利益之私人過從甚密，或對於該案之辦理有所商議，則認定具有犯意，亦可能藉由該案辦理過程發生之各種情事，以捕風捉影之間接證據認定。但行政個案之核准，必須經過層層核章，以承辦員及基層主管，較可能與申請人有洽談之過程，其他核稿主管，可能整個辦理流程，從未與申請人有任何接觸或交談，則承辦員、基層主管在現行講究熱誠為民服務之行政要求下，可能在向申請人解說案情、補正內容及法令適用之行為，就被推證為有圖利之犯意，但是其他核稿主管，則無表現於外之行為，僅係於公文核章，難道就此認定不具犯意而不成立圖利罪，只論以違背法令之行政責任，是很弔詭的邏輯。

圖利行為如審認符合圖利罪之客觀構成要件，則剩餘行為人主觀意圖之認定，由於蒐集犯意表現於外之積極證據，甚為困難，即主觀犯意舉證門檻高，認定心證空間大，實為判定是否成立圖利罪之難題[278]，但從另一個層

[276] 蔡惠芳，同註 122，頁 85~86

[277] 最高法院 85 年度台上字第 4159 號、87 年度台上字第 2083 號、97 年度台上字第 6317 號、97 年度台上字第 5829 號、101 年度台上字第 3316 號刑事判決

[278] 紀致光，同註 135，頁 174~175

面觀察，何以蒐證犯意表現於外之行為困難，實際上之情形，可能涉嫌個案之所有經辦公務員，均無圖利犯意表現於外之具體行為，務實一點的說法，涉案公務員之主觀意識，並非明知其公務行為係違背法令，且與獲利之私人根本不認識，沒有圖利私人之意圖，但可能該個案經人檢舉，檢察官偵辦認為，有違背法令使私人獲得利益之嫌疑而起訴，此為常見之公務風險，是整個政府體系需正視的問題，其成因有二，分析如下：

（一）內在因素：公務員並非明知其行為係違背法令

1. 行政機關與司法機關間見解不同

行政機關與司法機關間，對於涉嫌個案之行政法令適用見解不同，並非單純之解釋方法問題，在於無可避免的癥結，法令之解釋原本極易產生不同見解，不只在司法審理上，見解不同司空見慣，行政法令之適用也是受到同樣的魔咒，如最高法院對司法實務之法令見解也不斷在更易中，上級法院推翻下級法院之法令適用見解，更是屢見不鮮，但從未見第三審認定違背法令發回更審，原審法官即背負明知違背法令圖利他人之罪嫌，故司法機關對於行政機關之行政法令解釋方式，基於行政機關之公務執行是長久的經驗累積，宜予適當尊重，應探求其解釋方式，若非超脫文義範圍，或有明顯之不合理，不宜率然認定有違背法令之故意。

2. 行政機關內部與外部意見相左

造成司法機關否定行政機關執行公務之適法性，除基於行政法令之適用解釋見解不同外，亦可能由於其他導火線，如執行機關對於法令之適用存有疑議，報請上級機關解釋，或者機關內不同層級人員間之意見歧異，甚至是執行機關與業務相關之其他機關間，因執行層面之差異，而有見解上之齟齬，這些意見的磋商過程，如陳現在所簽辦的內部文書，或機關間之公文往返、會議記錄，容易啟人疑竇，引發偵查機關以圖利罪偵辦之風險，一旦起訴，更是法院審理時的質疑。

3. 適用法令之疏失

行政法令的規定內容過於複雜，容易造成承辦單位理解上之疏失，肇致涉有圖利罪之嫌疑，如政府採購案之辦理，除有政府採購法之基本規定外，該法之子法規定極其繁多，中央主管機關對於採購業務之函釋更是多如牛毛，如此眾多之法令規定，必須花費相當多之時日，方能對

其有基本的認識，採購程序的辦理，更須備妥許多公告文件，並熟悉多樣化之開標流程，所以一個承辦採購案的新手或者經驗不足者，極容易忽略或根本不知道某些規定，導致涉嫌圖利罪之風險。

法令適用之意見分歧，或對於法令認識與理解之疏失，實不宜認定為違背法令之直接故意，是以最高法院下列判決就「明知違背法令」之犯意認定，展現對於公務員執行公務時適用法令之同理心，值得推崇：

1. 縱認行政主管機關歷來之見解，與立法意旨不符，不能拘束法院，不宜遽認行為人明知行政主管機關之見解違法，以其依行政主管機關解釋所為之行政行為，即有圖利他人之犯意[279]。
2. 公務員對於不同法令之解釋及適用，本於確信或誤認為其職權之所在，而為有利於人民之解釋及適用，縱其見解事後不為有權之上級機關所採，亦不能謂其於行政行為時係「明知違背法令」而令負圖利罪責[280]。
3. 公務員係對所應適用之法律、法規、命令……等所持之見解不同，或因疏失而致錯誤引用，因主觀上欠缺以違背法律、法規、命令……等手段不法圖利之直接故意，自與該罪之成立要件不符[281]。

（二）外在因素：受到不當人情、民意代表關說或輿論抨擊之壓力

行政機關由於畏懼觸犯圖利罪，對於法令之適用偶有採取較為嚴格之解釋，對於人民申請案為不必要之補正，或以法令未規定之理由駁回，導致申請人透過民意代表關切，許多關說案遭媒體批露後，常被形容成極大的醜聞，但是以目前的社會風氣，民意代表關切人民申請案之辦理，是公務員每日必須處理的日常業務，比例上幾乎佔所執行業務之百分之五十，民意代表之關說，大多以公函詢問案情及辦理意見，或者招開協調會居中磋商申請人與機關間之歧見，行政機關憚於民意代表之質詢權及預算之控制權，對於申請案之處理，勢必於法令得以解釋之空間為彈性處理，所以容易引來圖利之質疑。

除民意代表之意見影響申請案之處理，輿論壓力亦左右公務之進行，使公務員之執法遊走在圖利罪邊緣，如本章第 4 節所舉案例 1，鎮公所辦理九二一地震賑災，對於判定受災未達半倒程度之房屋，因受災戶群起抗議，經鎮長裁示應認定受災戶之房屋為半倒，里幹事經鎮長訓

[279] 最高法院 102 年度台上字第 3578 號刑事判決
[280] 最高法院 91 年度台上字第 6006 號刑事判決
[281] 最高法院 104 年度台上字第 1801 號刑事判決

斥，並遭受災戶再度群起抗議，承受極大壓力致陷於恐懼，法院認為其無選擇不配合之餘地，基於不得已情況，里幹事之核章發放住戶半倒慰助金，不能遽認其主觀上有與鎮長、鎮公所之秘書、課長共同圖利受災戶之犯意聯絡，判決里幹事無罪，秘書、課長以犯圖利罪，各處有期徒刑貳年，均緩刑伍年，鎮長死亡未判刑。該案為典型之行政法令立法不盡良善，對於賑災慰助金之發放認定，實不宜僵化規定以房屋半倒為唯一標準，最終由公務員承受刑罰，而法官確實審酌被告主觀犯意之有無，體察公務員執法之艱難，無法抗拒暴力式輿論，為良善之判決。

現今社會可謂是民意高漲，人民智識提升，較能透過各種資訊，熟知法令尋求最有利於己之權益，但是私人若明知特定公務作為係違背法令，仍透過陳情、關說、施壓等方法，要求公務員為違背法令之公務執行，使其獲得不法利益，即屬謀議圖利行為，是造成圖利行為之主要成因，其因而獲得不法利益，更是為犯罪目的及成果之獲益人，晚近之實務見解，認為獲得不法利益之私人與為圖利行為之公務員，二者間非屬對向犯，應成立圖利罪之共同正犯[282]，堪稱十分務實之見解，以使採行不正手段，圖取不法利益之人獲得制裁，也能使政府機關之行政，能藉由司法之導正，實現依法行政之公正平等。

第二項 圖利罪規定之存廢修正

一、廢除圖利罪規定以懲戒法之處罰替代

圖利罪規定之檢討，為學術界及實務界所一再關注，但不受法務部重視，有學者認為圖利罪規定不合刑法謙抑性原則，而主張廢除者，有認為即時為行政及民事程序究責，比圖利罪之追訴有較高效率及實質效果，或有認為刑法及貪污治罪條例已有規定其他犯罪行為類型，足以替代圖利罪，監察院之研究報告，更直指圖利罪規定使司法權輕易介入行政權核心領域，影響行政之積極性與效率性，宜審慎研究除罪化。

圖利罪所保護之法益，國內之普遍共識為職務執行之公正性與國民之信賴，探究其內涵為依法行政制度之維護，所處罰係行政行為之違法獲利，既為行政行為之不法，圖利行為造成侵害之非難程度，宜以行政究責施以懲戒，方屬相當，況既有公務員懲戒法，可針對行政違失程度之不同，採取輕

[282] 最高法院 103 年度第 4 次刑事庭會議決議

重有別之處罰，且其處罰方法較嚴重者，如免除職務、剝奪、減少退休金（剝奪退休金，指其已支領者，並應追回之），對於行為人之生計而言，已屬相當嚴厲，且採併罰主義，同一行為已受刑罰或行政罰之處罰者，仍得予以懲戒。移送懲戒係由公務員懲戒委員會採合議庭審理，與普通法院同為以言詞辯論之法庭模式進行，故公務員行政上之違失處罰，等於一頭牛扒二次皮的雙重審訊與處罰，同時面臨自由刑、失業及財產之剝奪，究其行為僅係違背法令獲得利益，某些案例獲利微薄，甚且是他人獲得利益，公務員並未獲得任何利益，其行為應責難程度，與所受處罰兩相衡量，顯然過於嚴厲。

現行圖利罪規定所保護法益之本質，只是係維繫依法行政制度，就其社會生活利益之實害程度，對違反該規定者施以刑罰，實缺乏正當性，違反刑法謙抑性原則，宜以公務員懲戒法之處罰替代刑罰，雖然主張廢除圖利罪之說理，除符合刑法之法理，且廢除圖利罪於瀆職罪既有之處罰體系，亦不會造成處罰的漏洞，切合社會之實際需要，但是以目前社會氛圍，仍舊迷信嚴刑重罰，圖利罪規定既已行之有年，且社會大眾對於圖利罪規定處罰之實質內涵，缺乏認識，又不明瞭圖利罪所帶來的惡害，故如有廢除之議，亦難獲支持。

二、處罰過重回歸刑法規定

許多學者提出，圖利罪規定之問題在於處罰過重，違反比例原則及罪刑相當原則，宜回歸刑法規定，以免法官審理時，面臨法重情輕情形，對構成要件之認定較為嚴格，以致無罪判決者居多，結果使圖利罪規定無用武之地，以圖利罪規定起訴之案例，可能係由於公務員對於所執行法令之誤解、見解不同；公務員本身未獲有利益；造成公庫或私人之利益之侵害微薄，甚且並無實質上之利益剝奪，在這些情況下，如果一律科以 5 年以上有期徒刑，於情於理均有未合，如果能回歸刑法規定法定刑為 1 年以上 7 年以下有期徒刑，在法院審理時，才能就行為人之動機、目的、手段、違反義務之損害程度為適當之斟酌量刑，方不致於因法定刑過高，行為人所造之危害輕微或無明確之故意，最終衡量結果，以無罪判決較為適當。

三、圖利罪規定構成要件之再修正

圖利罪所保護法益，長久以來定位在維繫依法行政制度，以達成職務執行之公正性，但是公務行為之單純違背法令，於未有任何公庫或私人利益受到侵害，縱使有未依法令執行之形式上不公正，而獲得利益，也可能由於行

政法令之立法瑕疵，並未存有國家資源分配之失衡，其對於社會產生的危害性，實不足以刑罰處罰，所應論究的只是行政責任，以公務員懲戒法即可達到相當之處罰，並且較能以行為人所違背行政法令之性質及法律效果之輕重，對於政府及社會的負面效果，而施以不同程度的處罰；有違背法令獲得利益之行為，已造成公庫或私人利益之侵害，有實質性之損害，方施以刑罰，在處罰手段上才具備正當性。況且在行政實務上，對於違背法令之認定，由於解釋方法之不同，而常有見解不同之情形產生，或由於行政法令多如牛毛，基於行政經驗之缺乏，而有漏未查知之疏失，再加上公務員與申請人間之洽談，經過捕風捉影之推論，縱使行為人無違背法令之主觀故意，而仍可能被認定為明知違背法令，而陷入刑事爭訟，造成在公務之執行，為避免此潛在風險，唯有對行政法令從嚴解釋，最後產生之不利益，勢必由社會大眾承受，所以圖利罪規定之構成要件，實有必要再增加「致生損害於公庫或私人之財產或其他利益」之要件。

在現行體制下，為改善公務機關因圖利罪而纏訟，只有加強公務員之教育訓練及經驗傳承，避免適用法令之錯誤及見解混亂，對公務執行之適法性，有充分之解說自信，另於行政法令之立法、修法，落實明確性及合於政策目的，並切合社會生活之需要。在社會大眾享有熱誠之公務員服務的同時，也不要讓雙方皆陷入圖利罪追訴的泥淖。

第六章 結論

就整個法體系之處罰機制，造成法益侵害之行為，訴諸刑事制裁，不法行為對社會危害性較低者，則施以行政處罰。但是對於公務員執行公務疑似違背法令之行為，向來過於側重直接以刑事偵辦，未先審視其情節之輕重，區分為刑事不法或行政不法，且採刑罰與懲戒併罰主義，在現行體制下，常先有刑事之偵查訴追，續行移送懲戒，形成以圖利罪規定處罰之後續效果，較之其他犯罪行為之制裁，更為嚴厲，所呈現之不合理現象，為社會所忽略。本文就現行圖利罪規定運作體制之影響，透過文獻及實務判決之分析，歸納出下列重點及改善意見：

一、圖利罪與其他瀆職罪所保護法益之差異

對於公務員執行公務違背法令之行為，如何判斷屬刑事不法或行政不法，依現行法如符合圖利罪規定之構成要件，當屬刑事不法，但其規定之審認內涵，並未探究違背法令行為，有否實質之社會損害性，若未造成公庫或私人之具體利益侵害，其不法程度實應只論以行政懲戒，現行體制不盡合理的認定模式下，所詮釋之圖利罪規定所保護法益，係以依法行政為主軸，用以維護職務執行之公正與國民之信賴，雖為瀆職罪之共通法益核心，但是瀆職罪章之各種不同犯罪行為類型，各有其不同之不法行為內涵，其保護法益應當有不同程度的差異，如以瀆職罪中歸類為濫權類型之刑法第 124 條之枉法裁判罪、第 125 條之濫權追訴罪，以職務執行之公正或國民之信賴，即能完足涵蓋其所保護法益，無須再論及學者就瀆職罪「貪污」類型所設之國家資源合理分配概念，因為司法不公之枉法裁判及濫權追訴，以其職務執行之不公正，就足以造成國家司法權或個人自由權之「侵害」，但就圖利罪而言，僅以依法行政職務執行公正性或國民之信賴為保護法益，則過度強調「違背法令」之處罰前提要件，忽略結果不法，必須再以國家資源合理分配概念，補充其法益內涵，因為於公務執行之違背法令，而有國家資源分配之不公平時，將衍生公庫或私人財產或利益之「侵害」，方能具足其處罰之正當性。

二、「明知違背法令」司法審理之盲點

圖利罪規定處罰之前提要件「明知違背法令」之審認，容易產生不合理之審判結果，其理由如下：

（一）公務行為是否違背法令之認定，原即有其先天不足後天失調之宿命，由於各種法令之解釋適用均易產生不同見解，見仁見智之現象，而被誤為違背法令。

（二）行政命令可能存在之立法技術瑕疵，也就是規定內容不合理，其執行之結果，未必能達到國家資源合理分配之公正使命，縱使違背亦不會產生任何損害。

（三）違背法令之直接故意，難以就行為人之外顯行為，為客觀正確之判定，在司法實務常以公務行為之捕風捉影臆測，充當為圖利犯意之證據。

在上述情況下之審理結果，容易對行為人之行為，產生不合理的評價，而論以刑罰，極可能該行為人之公務執行，未必確實存有社會實質利益損害，則科處刑罰之價值判斷內涵，便流於係對於規範之違反，最慘不忍睹的狀況，

亦可能產生行為人只是對於法令之適用解釋，在見解上與司法人員相左，而承受牢獄之災。

三、刑事不法或行政不法以圖利罪所保護法益為區隔

對於公務員執行公務違背法令之行為，應先區分其行為屬行政不法或刑事不法，若為行政不法移送行政懲戒，不再追究刑責；如為刑事不法，方循刑事追訴程序科以刑罰，定位刑事不法與行政不法之區隔，首要釐清圖利罪規定所保護法益，除職務執行之公正與國民之信賴外，宜包含國家資源合理分配作為法益核心，因當執行公務之違背法令行為，造成國家資源分配之不公平時，將會導致一體兩面之效應，可能是公庫之財產或利益之損害，亦可能是私人財產或利益之侵害，故因此所延伸之公庫、私人財產或利益，為圖利罪所保護法益需添加之要素，方足以包攝圖利行為之不法內涵所造成之惡害，達到施以刑罰之程度及必要；公務員明知違背法令之行為，縱使獲得利益，若未造成公庫或私人之具體利益侵害，對於規範之違反，應只論以行政不法，追究行政責任，依行為之輕重情狀，移送懲戒，不宜以刑事訴訟程序追訴。

就制度面而言，公務員懲戒法既已修正，公務員有違法執行職務行為，應移送公務員懲戒委員會審理，即應強化其功能，不宜再沿襲既有之作法，待刑事審理後再移送懲戒，而應先審視公務行為違背法令之內涵，如不具備侵害公庫或私人利益之刑事違法性，宜逕由公務員懲戒委員會審理，不論以刑責，具刑事違法性者，方以現行慣例，由檢察機關偵查起訴後，再論究行政責任。

四、圖利罪構成要件之保護法益一貫化

圖利罪規定之「違背法令」，貪污治罪條例雖已明定，所違背之法令其種類及性質，必須為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，實務判決闡述，據該性質之法令，行政機關執行、適用結果，影響人民之權利，而實質上發生對外之法律效果，其違反者，對於法律所保護之社會或個人法益，不無侵害，具有違法性[283]。就此論述，圖利罪規定所處罰之範疇，係違背法令影響人民權利之行為，而對外發生法律效果之規定如有違反，亦會有一體兩面之效果，可能侵害公庫或私人之財產或利益，則圖利罪規定修正後，對於「違背法令」所指法令範圍之限縮，亦是就圖利行為侵

[283] 最高法院 100 年度台非字第 154 號、103 年度台上字第 3611 號刑事判決

害之法益，已略有內涵上的改變，即隱含係保護公庫或私人之財產或利益，對於圖利行為之可罰指出更明確之要素，但尚未就圖利罪之需罰行為態樣，限縮在適當範圍之內，圖利罪規定之構成要件宜再增加「致生損害於公庫或私人之財產或其他利益」，方與修正後法令範圍之限縮相呼應，成為對社會或私人確有產生侵害之行為，才科以刑罰之具正當性立法。

五、圖利罪構成要件影響公務之執行

圖利罪規定以「明知違背法令」為檢視重心的天平，既容易產生審理上之盲點，宜再做適當的挪移，過度強調以「違背法令」做為客觀構成要件之檢視，除可能因行政法令適用見解不同，產生對行為人不盡公平之審判結果，更可能會有司法權過度介入行政權之疑慮。在圖利罪規定「明知違背法令」–「不法獲利」之審認結構下，又因現行公務之執行，多半係授與人民利益或維護公眾之權益，縱使為適法行為，使私人獲利為大多數公務執行之必然結果，故常因被認定係違背法令而起訴，但涉案公務員又認為只是法令適用見解不同，為導致公務員不敢勇於任事之主要原因，故圖利罪構成要件之審認結構，宜添加侵害公庫或私人財產或利益之要件，以解除公務員執行公務對於法令適用解釋之戒慎恐懼，以致影響行政效率，並導正公務員執行公務之態度，以保障公庫或私人之利益為重心，另從法益之檢視，方具備界定為刑事不法之正當性，不再以疑似有違背法令之行為，即予追訴，影響行政運作。

六、刑度之適當調整

貪污治罪條例所處之法定刑宜回歸刑法規定，以免對於圖利行為之處罰，仍停留在戰亂時期之嚴刑峻罰，不分行為造成侵害之大小，至少科予 5 年之有期徒刑，宜加以修正，使法院審理時，能審酌行為對於社會惡害之輕重，判處相當之刑責。

本文認為，從圖利罪所保護法益之重新檢視，及行政效能之考量，圖利罪規定宜修正為「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，並致生損害於公庫或私人之財產或其他利益者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 7 萬元以下罰金」。

參考文獻

一、中文書目

1. 大清法規大全，宏業書局，61 年。
2. 王皇玉，刑法總則，新學林出版股份有限公司，103 年 12 月，1 版。
3. 台灣刑事法學會，刑法總則修正重點之理論與實務，元照出版有限公司，94 年 9 月。
4. 司法院參事室，新修正刑法論文集，司法院，95 年 12 月。
5. 甘添貴，刑法各論（下），三民書局股份有限公司，103 年 9 月。
6. 各國刑法彙編，司法行政部刑事司，69 年 6 月。
7. 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局股份有限公司，105 年 9 月，增訂 14 版。
8. 李震山，行政法導論，三民書局股份有限公司，104 年 8 月，修訂 12 版。
9. 邢泰釗，圖利罪構成要件解析，台灣屏東地方法院檢察署，99 年 1 月，99 年 1 月版。
10. 林山田，中華民國史法律志（初稿），國史館，83 年 2 月。
11. 林山田，刑法各罪論（下），元照出版有限公司，95 年 11 月，五版二修。
12. 林鈺雄，新刑法總則，元照出版社，103 年 9 月。
13. 法律草案彙編，成文出版社，62 年。
14. 政治大學法學院刑事法學中心，刑事法學的新視野，元照出版社，100 年 5 月。
15. 柯耀程，刑法釋論 I，一品文化出版社，103 年 8 月。
16. 財政部國有財產署 105 年業務年報，財政部國有財產署，106 年 6 月。
17. 梁恒昌，刑法總論，三民書局，83 年 4 月，17 版。
18. 陳子平，刑法各論（下），元照出版社，103 年 11 月。
19. 曾淑瑜，刑法分則實例研習：國家、社會法益之保護，三民書局股份有限公司，102 年 9 月。
20. 黃源盛，民初法律變遷與裁判，國立政治大學法學叢書編輯委員會，89 年 4 月初稿。

國立政治大學 National Chengchi University

21. 黃源盛，晚清民國刑法史料輯注（上）（下），元照出版有限公司，99 年 7 月，初版。
22. 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版社，95 年 9 月。
23. 靳宗立，刑法個論 I，作者自版，100 年 9 月。
24. 劉連煜，現代公司法，新學林出版股份有限公司，105 年 9 月，增訂 12 版。

二、中文期刊論文

1. Claus Roxin,法益討論的新發展（許絲捷譯，月旦法學雜誌第 211 期，101 年 12 月）。
2. 甘添貴，公務員之操守及刑事責任，月旦法學雜誌第 18 期，85 年 11 月。
3. 甘添貴，刑法上公務員之定義與涵蓋範圍，月旦法學雜誌第 92 期，92 年 1 月。
4. 江惠民，談公務員圖利罪之實務運用，檢察新論第 5 期，98 年 1 月。
5. 余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，月旦法學雜誌，第 94 期，92 年 3 月。
6. 吳慎志，公務員圖利罪認定問題探討，刑事法學雜誌第 53 卷第 4 期，98 年 8 月。
7. 吳耀宗，評析刑法新修正之公務員概念，警大法學論集第 11 期，95 年 3 月
8. 呂潮澤，修正前後公務員圖利罪之比較適用，刑事法學雜誌第 47 卷第 3 期，92 年 6 月。
9. 李忠雄，公務員圖利他人罪之迷思，法令月刊，47 卷 10 期，85 年 10 月。
10. 李建良，行政裁量與判斷餘地，月旦法學教室第 98 期，99 年 12 月。
11. 李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌第 91 期，91 年 12 月。
12. 李進榮，我國圖利罪之檢討與立法展望-與瑞士法及義大利法為比較，檢察新論第 19 期，105 年 1 月。
13. 李聖傑，名不正事不成-與公務員登載不實，月旦法學教室第 142 期，103 年 8 月。

14. 李聖傑，妨害性自主：第一講保護法益，月旦法學教室第 19 期，93 年 5 月。
15. 李聖傑，侵害著作權與偽造文書印文罪之法益保護的思考，月旦法學雜誌第 104 期，93 年 1 月。
16. 李聖傑，從例外狀態考量財經刑法的新課題，月旦刑事法評論第 1 期，105 年 6 月。
17. 李聖傑，貪污治罪條例與刑法典之整併，月旦刑事法評論第 7 期，106 年 12 月。
18. 施俊堯，公務員圖利罪實務見解，研習論壇月刊第 99 期，98 年 3 月。
19. 柯耀程，公務員圖利罪及其參與關係之思辯，全國律師第 1 卷第 6 期，86 年 6 月。
20. 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，91 年 1 月。
21. 紀致光，從法院判決探討圖利罪未來走向，刑事法雜誌第 54 卷第 3 期，99 年 6 月。
22. 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，92 年 3 月。
23. 許玉秀，評析公務員圖利罪之修正，法學講座第 4 期，91 年 4 月。
24. 許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，臺大法學論叢第 43 卷第 3 期，103 年 9 月。
25. 許恒達，刑法法益的概念的茁生與流變，月旦法學雜誌第 197 期，100 年 10 月。
26. 許澤天，直接故意與超級故意，月旦法學教室第 174 期，106 年 4 月。
27. 許澤天，對向犯之研究，成大法學第 19 期，99 年 6 月。
28. 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，96 年 8 月。
29. 陳愛娥，特別權力關係到特別身分關係，月旦法學教室第 103 期，100 年 5 月。
30. 黃虹霞，現行即 90 年修正後貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款違

國立政治大學 National Chengchi University

背法令之意義，萬國法律第 136 期，93 年 8 月。
31. 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，98 年 7 月。
32. 黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，台大法學論叢第 38 卷第 4 期，98 年 12 月。
33. 黃榮堅，圖利罪共犯與身分，台灣本土法學雜誌第 3 期，88 年 8 月。
34. 蔡惠芳，圖利罪之犯意與其證明-平最高法院 100 年度台上字第 550 號刑事判決，月旦裁判時報第 22 期，102 年 8 月。
35. 賴恆盈，行政裁量通說理論之檢討與行政裁量義務論，月旦法學教室第 219 期，102 年 8 月。
36. 薛智仁，公務員圖利罪之立法商榷，檢察新論第 19 期，105 年 1 月。

三、學位論文

張嘉宏，公務員圖利罪之研究，政治大學法律研究所碩士論文，91 年。

國立政治大學
National Chengchi University