國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士論文

指導教授：陳志輝 博士

貪污治罪條例修廢之檢討

研究生：吳應魁

中華民國九十九年七月

謝辭

論文口試後，內心真的是百感交集，因為這代表我跨過了一個人生重要的階段。在專班的學習過程中，最令我感到印象深刻的是我生活上的變化。因為消防工作性質的關係，必須 24 小時輪班執勤，以致於修課的時間必須「排除萬難」，甚至經常與我的副手「生仔」調整工作時段，而導致他的生活作息也跟著我一起變得混亂，所以心裏真的感到過意不去，因此，首先必須感謝的人就是他。其次，在同一時段，有許許多多重要的人生大事在這四年中也湊巧地發生，而確實也令我相當手忙腳亂。

記得剛進專班的第一年，就認識了我的老婆—怡婷，先不管認識的過程如何的「曲折離奇」，光是要擠出時間和她見面，就得絞盡腦汁，更別說是要想出一些告白及約會的橋段。而就在這種工作、感情與課業三方「交迫」的情況底下，經常就能創造出超人的意志及體力，而且也不知哪來的時間，總之，最後終能感動天地，讓她接受了我。不過，在此同時，當時高齡父親的身體也出現了狀況，一方面有論文與工作的壓力，另一方面又得往返醫院及家庭，這真的是一種難忘的經歷，而事實上，母親為了照顧父親，也生了重病。但不管如何，最終，先父未能參與此一時刻，應該是我內心永遠的遺憾。

對於有工作與家庭的「學生」來說，一方面必須兼顧論文，另一方面又必須把工作的內容給完整的交待，憑心而論，二者都無法盡善盡美，所以只能盡力而為，但求無愧於心，在體會了這一層面後，心裏的壓力也就減少了許多，這樣子才能靜下心來，完成論文。雖然覺得仍然存有可以進步的空間，但寫論文確實是花了許多時間才能有的成果，所以心裏還是十分滿意自己的努力過程。

不論如何，撰寫的過程中，實際體會到真正的研究學問是有方法及步驟的，並非只是自己原先所設想的，因此，透過指導老師陳志輝

老師循循善誘、不厭其煩的指導與說明之後，論文得以完成，就像老師所說的：「要有開始，才會有結束」，這中間的過程，並非一句話可以形容，但確實是必須下定決心想著手去做，才可能有所收穫。而想要深入的對刑法課題加以研討，亦並非一朝一夕可以完成，而對於自己自不量力想法，回想起來，確實感到有些汗顏，所以，對於老師在我撰寫過程中的費心，在此也由衷表達感謝。而對於口試老師林東茂老師在口試時，給予的鼓勵與指導，當然是心存感激，而且也無法形容，如果有機會可以讓林老師在課堂上給予教導，受其法學素養的薰陶，一定是不一樣的感受。在學的過程中，已受過李聖傑老師的指導，所以口試的過程中，對李老師的口詢方式並不陌生，而李老師也確實指出論文的修改方向與思考的路徑，對於論文的撰寫與修改，有很大的幫助。當然，也很感謝在學的過程中，曾指導我的師長與學長及同學們，讓我對法學有長足的認識與學習進展。

再者，一定要提的人是我第二個指導老師—就是怡婷，我的另一半，她交待我務必在謝辭中提及（否則可能有不可預知的後果）。因為她真的是每天叮嚀與交待，雖然她看不懂法律的文章，也沒有實際的指導我寫作，但是每次在我偷懶的時候她就會適時的提醒，應該把握時間，不僅如此，在校對與準備資料的工作上，她常常擔任秘書的角色，而也多虧她的「指導」，我才能兼顧論文、工作與家庭，我想，這應該是我為何在研修人生這門課程選擇她做為伴侶的主要原因吧。

最後，其實我不太理解論文與謝辭的關連究竟為何？但可以推知應該是與學位的完成及感恩的出發點，而發表感想吧。然不論如何，我也想要感謝自己的堅持與努力，在許多次想放棄的念頭之後，又不斷的提醒自己，應該要有所堅持，因此能對於做學問的方法，有更深的認識，期許自己在未來能繼續保留這份對目標達成的動力，而這應該是一個不錯習慣吧，我想。

吳應魁　謹誌

摘要

貪污治罪條例（以下稱本條例）目前乃專為公務員貪、瀆犯罪所適用之特別刑法法典。而整部法典條文僅 20 條，但產生之爭議卻不少。如公務員之認定、法條之競合、特別法之適用等等。多年來一直有修廢議題等相關之討論，然相關之問題，依舊存在。再者，以懲治貪污、整肅官箴為目的之立法，何以一般非公務員身分之被告，起訴比例為全部起訴被告之四成，原因為何？當中之問題確實值得深究。

由立法目的及背景觀察，本條例的前身，如「官吏犯贓治罪條例」、「懲治貪污條例」、「懲治貪污暫行條例」等，皆為戰亂時期，物資與民生必需之供應缺乏，以致對於公務員之操守特別要求，而時值今日，背景時空皆異，有否特別立法加以處罰之必要，應有討論空間存在。再者，對於法條之適用問題與法條條文之內容問題，如犯罪主體之適用、與刑法圖利罪、背信罪之適用及構成要件重疊、不明確之用語，亦應一併釐清，至少在存廢之問題尚未解決之前，本條例應有適當評價，以符合公平正義之期待。

法律存廢與修訂之過程中，有時並非僅符合法理而已，因社會大眾或國家需要而訂定，是許多法條當時立法之目的，而為何討論到存廢問題?可想而知，必定是該法條無法因應國家或社會之變遷以致。所以，回歸此一立論，在討論本條例之存廢問題時，必須加以審酌的就是社會或一般人民對於該法之需求程度如何?有否取代?是否得以更換存在之型態，保持原有之功能，又不致於侵害到刑法法典正常運作之方法，這應該才是討論此一問題的主要目的，否則並無實益。

最後，隨著時代之變遷，以往專門針對侵害人身犯罪之刑罰，所影響的範圍逐漸被人忽略，取而代之的是影響更大的白領階級的犯罪，因為其所侵害法益之程度更為嚴重，世界各國亦有此一研討的趨勢，所以不論本條例之存廢與否，相信未來相關的議題應該是會逐漸被重視。顯而易見的，這無法只依賴訂立相關刑法重罰即可，而必須輔以其他行政作為與全民守法共識的建立，才是治本之道。

目錄

第一章 緒論 1
第一節 研究動機與目的 1
第一項 研究動機 1
第二項 研究目的 2
第二節 研究範圍 5
第三節 研究方法與研究限制 6
第一項 研究方法 6
第二項 研究限制 7
第二章 貪污治罪條例之沿革與現況 9
第一節 貪污治罪條例歷史沿革及演進 9
第一項 立法目的與背景 9
第二項 本條例立法沿革 13
第二節 當前修法之方向及現況 15
第一項 當前修法之背景與現況 15
第二項 行政院相關修法之重點與問題 17
第三節 小結 39
第三章 貪污行為實務運作問題研討 41
第一節 本條例犯罪主體適用問題 41
第一項 公務員之分類及限制條件 41
第二項 公務員身分認定 48
第三項 適用問題 50
第四項 無身分之犯罪主體 55
第二節 本條例之適用規範關係不明 63
第一項 普通刑法與特別刑法之意義與關係 65
第二項 特別刑法與普通刑法之區別實益 66
第三項 刑法與特別刑法之適用 67
第四項 貪污、瀆職應有適用界限 82
第三節 刑罰過高問題 88
第一項 刑罰過重違反罪刑相當 89
第二項 宣告刑與法定刑不相當 91
第三項 刑度過高導致無罪率高 93
第四章 貪污行為內容問題檢討 95
第一節 本條例保護之法益 95
第一項 法益及範圍界定 95
第二項 貪污罪之保護法益 96
第三項 瀆職罪之保護法益 98

第四項 小結.....99
第二節 各種貪瀆行為之構成要件檢討.....100
第一項 本條例第四條內容之檢討.....100
第二項 本條例第五條內容之檢討.....119
第三項 本條例第六條第一項前三款內容之檢討.....125
第三節 圖利行為之構成要件檢討.....132
第一項 圖利罪之性質.....132
第二項 圖利罪之構成要件分析.....133
第三項 與刑法第 131 條第 1 項之競合.....141
第四項 圖利罪之界定與適用.....143
第四節 特別身分公務員之加重處罰.....148
第一項 調查、追訴或審判人員之加重.....148
第二項 違背職務行賄之適用.....150
第三項 對於外國公務員之賄賂罪.....153
第五章 同質性與存廢型態評析 155
第一節 貪污、圖利與背信.....155
第一項 貪污、瀆職與圖利.....155
第二項 貪污、瀆職與背信.....165
第三項 小結.....169
第二節 存廢型態之評析.....170
第一項 維持現狀.....170
第二項 完全廢止本條例.....171
第三項 貪、瀆分立專章.....174
第三節 防制貪污犯罪改革對策.....175
第一項 貪污刑事政策改革與本條例之問題.....175
第二項 其他防制貪治法律應配合修正.....177
第三項 存廢及修正芻議.....178
第六章 結論 191
第一節 檢討.....191
第一項 本條例適用問題之改進方向.....191
第二項 本條例內容問題之改進方向.....193
第二節 建議.....195
第一項 存廢型態分析.....195
第二項 預防勝於治療.....198
參考書目 202

第一章　緒論

第一節 研究動機與目的

第一項 研究動機

《貪污治罪條例》（以下稱本條例）一直是政府澄清吏治，整肅貪、瀆之法律，對於公務員貪污犯罪之處罰亦是特別法之形式存在，而刑法之瀆職罪章反而因此受限。然建立廉能政府，檢肅貪瀆，已是世界各國之潮流及共識，我國當然亦不例外，是故，民眾對於政府打擊貪污、行政中立，提昇政府效能，更是有所期盼。國際透明組織(Transparency International,TI)於 2009 年 11 月 17 日調查全球貪腐印象指數(Corruption Perception Index，簡稱 CPI)，公布全球 180 個評比國家中，台灣以 5.6 分排名第 37 名，尚屬中度廉潔國家。當中，較東亞各國排名如新加坡（9.2 分，第 3 名）與香港(8.2 分，第 12 名)及日本(7.7 分，第 17 名)，仍有一段差距[1]，顯見防制貪污，仍有努力空間。

再者，公務員違法貪、瀆，造成國家利益及社會資源分配不公，而貪污犯罪仍然有追訴不易，定罪率不高之現象，形成民怨，故而如何在法律及制度上討論出方向是本文所欲研討之出發點。法律之適用，最深切感受者必定是人民，而本條例之適用及內容上，或多或少出現了問題，以致肅貪之效果仍舊不彰，試想，以澄清吏治為目的之貪污治罪條例，一般民眾被起訴之比例竟佔 44.04%（如表一），可想而知，其令一般大眾所不解之

[1] 參見台灣透明組織新聞稿：http//www.tict.org.tw/c_index.html。查閱時間，2010 年 6 月 7 日。

原因。以往學者對此問題多所討論，但實際上並無獲得實際解決或改善，是以，尋求出可行且適切之作為應可有效達成目的，係為本文之發想。

表格 1

89 年 7 月迄今各層次人員(含民眾)起訴人次及比例						
身分	高層簡任(相當)以上公務員	民意代表	中層薦任(相當)人員	基層委任(相當)以下公務人員	一般民眾	備註
人數	866	737	2576	4020	6452	
比例（%）	5.91	5.03	17.58	27.44	44.04	
資料來源：法務部法務統計。查詢時間：2010 年 4 月 30 日。 查詢網站： http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=69841&ctNode=27438&mp=001						

第二項 研究目的

討論本條例修廢問題之目的究竟為何?已經適用多年的法律是否有必要修改?答案不言可喻！就貪瀆犯罪之定罪率（表二）而言，明顯較一般犯罪之犯罪率低（一般為 9 成以上，貪瀆案約只有 5 至 6 成），其中必定有特殊之原因，此為本文論述之出發點。因法律是對應於人類生活之各種需要而產生，故而亦應隨著人類演進加以調整，以適應其變遷。

表格 2

各地方法院檢察署貪瀆案件 89 年 7 月迄今及全部刑案定罪率各年度統計表			
項目別	貪瀆案件定罪率		全部刑案定罪率
	以貪瀆罪及非貪瀆罪起訴者	以貪瀆罪起訴者	
	%	%	%
89 年 7-12 月	-	-	88.4
90 年	50.0	63.9	89.3
91 年	49.0	52.1	90.4
92 年	66.3	65.8	90.2
93 年	49.9	41.1	92.2
94 年	52.9	48.9	95.2
95 年	60.6	56.8	95.7

96 年	62.0	59.9	96.0
97 年	67.6	59.5	95.9
98 年	64.8	58.7	95.4
99 年 1 月至 2 月	52.8	42.4	95.3
累計 89 年 7 月至 99 年 2 月底	60.9	56.1	93.4
說明：1、本表定罪率係針對民國 89 年 7 月迄今，偵結起訴及起訴後裁判確定之統計。 2、非貪瀆罪係指原以貪瀆罪偵辦，而以其他罪名起訴者。			
資料來源：法務部法務統計。查詢時間：2010 年 4 月 30 日。 查詢網站： http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=69841&ctNode=27438&mp=001。			

若欲檢討本條例存廢之理由，對於其中的法條內容當然必須論以相同的檢視，針對有必要釐清的用語及構成要件之內容亦同。因不論存廢與否，該條例本身之法條內容修正亦十分重要，畢竟在現行實務上修正成合宜之法條是比較迫切需要的。簡言之，不管法律本身存廢影響如何，當然必須兼以目前適用上之問題做一檢討評估，始得發揮功效。又本條例相較於中華民國刑法法典而言，屬特別刑法[2]，而特別刑法多為特定之人、時、地、事而訂，例如陸海空軍刑法之於陸海空軍軍人，而懲治叛亂條例僅對叛亂事件適用，戰時軍律只在戰爭時有效，本條例立法目的所謂者何？何以必須以特別法形式存在？倘若其背景、原因消失，則相關之問題就相對衍生。

從「懲治貪污暫行條例」進而「懲治貪污條例」，一直至現行之「貪污治罪條例」，其中亦經多次立法與修法，而貪污犯罪卻從未停歇，甚至古今皆有?此恐錯誤的立法思考以致。實務上為了少數之特定人所適用之法

[2] 鄭善印，貪污治罪條例在立法上之評估與檢討，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 58-59，2003 年 3 月。歸納刑法的分類方法有眾多方式，大多是依其目的和法律間的相對性加以分類，如立法上的分類為特別刑法與普通刑法，亦有稱之為主刑法與輔刑法及附屬刑法與主刑法等。又將特別刑法依其存在的形式區分成單行刑法與附屬刑法，如行政法或商法中處刑罰者屬之。

律而予以常態適用，在法律上的地位已然形成一種不公平，而此種特別立法更似乎有違憲法的平等權精神。又縱非專屬公務員有本條例之適用，但以之與刑法相對應條文比較[3]，明顯可知其著力於特定身分之公務員的貪贓枉法。準此，無論就立法方式、立法目的及規範的實質內容觀之，皆有檢討、修正之必要，而本文於此論之，以期減少法律適用問題所造成之社會成本和司法資源之浪費（如下表三所示，判決無罪或不受理者，約佔 40-50 %）

表格 3

98 年 2 月至 99 年 2 月貪瀆案件定罪率每月數據表			
月份	當月判決有罪確定人數(含貪瀆及非貪瀆罪)	當月判決確定人數(不含不受理判決或及其他)	當月定罪率%
98 年 2 月	96	174	55.2
98 年 3 月	64	101	63.4
98 年 4 月	74	121	61.2
98 年 5 月	57	89	64.0
98 年 6 月	74	108	68.5
98 年 7 月	86	165	52.1
98 年 8 月	65	86	75.5
98 年 9 月	78	104	75.0
98 年 10 月	89	159	56.0
98 年 11 月	134	192	69.8
98 年 12 月	94	106	88.67
99 年 1 月	90	155	58.06
99 年 2 月	43	94	44.33
資料來源：法務部法務統計。查詢時間：2010 年 4 月 30 日。 查詢網站： http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=69841&ctNode=27438&mp=001			

[3] 例如本條例第 4 條第 1 項第 1 款竊取公物與刑法第 320、321 條之竊盜相較，其構成要件幾乎涵括，卻因行為人身分不同而不同適用。

第二節 研究範圍

貪污治罪條例中，相關爭議頗多，如犯罪主體、共犯、未遂犯之處罰、與刑法之競合問題、構成要件之內容、刑罰、犯罪所得計算與追繳以及刑事訴訟中有關舉證責任之轉換等，為免相關討論失焦，故無法將所有問題一一論述，僅針對貪瀆犯罪行為中，相關之爭議，予以闡述，亦即論述之重點係本條例之犯罪主體、貪污犯罪主要重點，即第 4 條至第 6-1 條之條文內容等，以此為相關之討論，判斷本條例之修改方向與存廢選擇。

本文之研究範圍係針對本條例相關條文之內容上及適用上問題之檢討，亦即就本條例各條中有關條文文義上之內容問題以及在實務上各條文間之適用問題加以研討。其主要範圍如下：

一、 以整體修法之背景與現況，探討本條例之前身及立法與時空背景，了解當時立法狀況，及目前法條內容之脈絡。

二、 就剛通過之立法條文，討論未來之修法重點。

三、 就本條例實務上運作產生之問題加以研討，如與刑法之適用關係及貪污、瀆職之區分，再針對貪污犯罪行為，即本條例第 4 條至第 6 條中，犯罪主體問題加以討論其範圍及認定。其次，有關本條例之刑度問題及無罪率問題向來為人所爭議，本文亦欲予界定。

四、 針對本條例產生疑義之各條，如立法目的、貪污犯罪之第 4 條至第 6 條，以及圖利罪問題、特別身分之公務員加重等，試圖予以釐清。

五、 最後，對於本條例之研修及存廢與否之根本問題，加以分析，以求適切之對應之道。

國立政治大學 National Chengchi University

第三節 研究方法與研究限制

第一項 研究方法

欲討論本條例之修廢問題想當然應針對有爭議條文作一適切之檢討，是以，對於條文內容本身，經參考法學方法[4]後，認為理當應用下列幾種方式檢討之，亦即有關法文疑議部分，將以文義解釋方式，探求其真義，例如本條例第 4 條第 1 項第 3 款，關於回扣之定義無法由字面上推論，無類似用語可供參照，難理解其真義。再者，面對本條例之法源問題及存在價值論而言，法理之追求是必然的。又本文利用實務上對於本條例之研討、適用及審判等，尤其針對實務審判上之見解評析或大法官相關見解，並比較法學的立場，亦即比較分析法，找出其他法律之共同性或相異性，加上他國之立法方式比較，所謂他山之石即是，另外對於當前社會上所關注之焦點，亦即對於未來可能的修法方向，最新法案之審查內容等亦一併提出，以論證本文之核心。此外，以立法沿革過程對於本條例之立法背景及歷程做一整理，企圖找出其立法之脈絡及趨勢，所謂繼往開來、見古知今即是。

綜上，有鑑於本文單方之論述面向，必定有其盲點，為撰寫過程中不致造成偏頗，即歸納著重於以下研究方法：

一、比較法研究：

藉由比較法的研究方法，蒐集相關參考文獻及期刊、論文或比較相

[4] 有關法學方法之分類及種類各有不同，總括而言，可視為法的本體論、解釋論、漏洞論、適用論與價值論，依序探討法的來源與存在形式、對於成文法規範在單一條文與複數條文規範時其意義之解釋與掌握，亦包括一般法釋義學中之各項解釋方法，如文義解釋與論理解釋之諸方法、法律漏洞之發現與填補之方法、法在不同之規範主體與時空間之適用方法，以及法在當代社會統合之價值觀下應有的評價與應有之內涵與法的修廢等，參見楊仁壽，法學方法論，頁 111 以下，2005 年。

關之立法例等，比較分析後，再以文義解釋方法加以詮釋，歸納整理出本文論述之方向，而刑事學說理論、實務裁判見解等有關判例及判決、犯罪統計等資料，並比較各國類似之立法例，加以綜合分析及批評，藉以釐清我國學說及實務對本條例問題的見解。

二、分析研究法：

藉由蒐集相關修法資訊，並以歸納、分析方式對於學說及實務資料內容進行多方面的理解及分析，另以學說或研究論文之歸納、實務見解之分析及本文觀點等之三個面向加以驗證，以期達成研究之目的及論述之依據。

三、文獻探討法：

針對本文架構中值得探究的問題，廣泛蒐集期刊、書籍、著作、論文、 研究報告、統計數據、會議紀錄以及實務判例及函釋…等等相關文獻，以既有之研究成果作分析、歸納、整理，期能對於本文之研究有所助益；另對於立法沿革探求其法規之演進及過程並參考其他立法型式以確立修廢之選擇。

國立政治大學 National Chengchi University

第二項 研究限制

本文主要的思考方向係由本條例中各條文之構成要件與相關規範之法益效用等，進而討論法條所要達成之效果並加以論述，接著分析整部法律之存廢與否，由犯罪主體、犯罪構成要件、刑度等面向加以切入討論，此乃針對法條之條文及構成要件之論述與比較而為出發，而實務之判決中，有許多條文並不經常使用，勢必無法研討出一結論，而若斷以不常使用而認定其存廢，實非妥當，畢竟法律之存在目的，有時是為了部分教化及宣示、預防功能。是以，僅能由條文內容之適切與否加以研析，而少部分才能以判決見解加以佐證。

國外相關之特別刑法規定不同於我國，而有關貪污、瀆職等特別刑法之法令規定相關之參考文獻相較於其他國家刑法的內容，明顯不足，導致相同的案例、法令無從比較，部分之延伸討論較少，僅能由國內之研究加以比較。

由此亦可推知，特別刑法的形態，其他國家似乎較不常出現。從而，討論事物之面向可以有很多，由不同角度觀察，所得到的結果必不相同，而亦因為如此，就有看法上的盲點、缺漏；另有些則屬「技術上」的不足，不易克服，如受限語言上之能力不足，導致參考的外文資料較為缺漏，此即本文研究上之瓶頸。

國立政治大學
National Chengchi University

第二章 貪污治罪條例之沿革與現況

第一節 貪污治罪條例歷史沿革及演進

貪污一詞原非法律用詞，首先出現於法律上使用係民國 27 年 6 月 27 日頒行的「懲治貪污暫行條例」，而歷史上各朝代對於官員貪贓枉法皆有所規範，亦有處刑罰[5]，然究竟貪污之界定為何?其實並無統一見解，不論在名詞的定義或描述性的概念，皆難以具體化。是以，本條例原為貪污治罪，但實際內容與貪污的一般概念[6]卻無法融合。

最早出現針對貪污之刑罰是《左傳》昭十四年傳：「惡而掠美為昏，貪以敗官為墨，殺人不忌為賊」，《夏書》曰：「墨、賊、殺，皋陶之刑也」。直至近代，民主時期，貪官污吏仍是百姓之痛。雖有其他層面肯認貪污為必要之惡，或有可能有正面之影響[7]，但畢竟是一種少數見解，原因無他，即貪瀆的出現，代表著是國家社會整體資源被少數人不平等的瓜分。

第一項 立法目的與背景

如前述，懲治貪污之刑罰，自古至今皆有，歷朝各代皆有針對貪污立

---

[5] 張晉藩，中國法制通史，頁 41，1998 年。

[6] 貪，欲物也，求無厭足也。污，穢也，不流之濁也。今人率以不法之手段，期獲分為利益之腐化行為謂之貪污，固不限於國家官吏始有貪污之行為也。此與一般人多以公務員才有貪污之可能不同。見劉清波，中共特種刑法論，頁 87-88，1981 年 5 月。

[7] 有經濟學研究認為，貪污可能有助於高度之經濟成長，且為經濟發展必要之惡。見胡佳吟，公務員貪污犯罪影響因素之研究，台北大學犯罪學研究所碩士論文，頁 32，2003 年。

法，如舊律法中即有相當於現行法之行賄罪、圖利罪等等[8]，而真正使用貪污一詞應用於法律者，乃首見於民國 27 年，即前述之「懲治貪污暫行條例」。

清末民初，民國肇建，對於官吏之貪瀆行為，大多規定於「暫行新刑律」之中，而其前身為「大清新刑律」，此二法對於貪瀆犯罪皆有相關規範，而二者因部分內容與民主政體相悖，故於民國元年 4 月 30 日，經參議院刪修相關章節，整合為「中華民國暫行新刑律」，貪瀆罪章首見於該法之第二編分則之第六章瀆職罪[9]，是以，國家初立，百廢待舉，法條之研修，大多皆以繼受為主，無關乎整體之體系。

歷史以來，針對貪污的規範，係以刑法法典為主，可想而知，貪、瀆本為刑罰犯罪之一種，與其他犯罪無異，差別者幾稀，換言之，並未針對身分、對象或其他相關者之出現而為特別規定，亦非特別法之形式存在。

第一款 前身與背景

民初，戰亂仍頻，民國 3 年 6 月 5 日，由袁世凱公布「官吏犯贓治罪條例」係首次以特別法形式懲治貪瀆之特別法，原訂三年後到期失效廢止，然於黎元洪繼任後，即宣布廢止。之後，民國 9 年 10 月 19 日，北洋政府又以第 22 號教令，公布有「辦賑犯罪懲治暫行條例」，並於辦理賑務案件結束後即行廢止。隔年 3 月 29 日，又另以第 11 號教令公布「官吏犯贓治罪條例」，全文共 7 條，並限定施行三年，其後即無特別條例方式之

[8] 舊律中以唐律較具代表，其中第 47 條規定：「諸有事以財行求，得枉法者，坐贓論，不枉法者，減二等。即同事共與者，首則併贓論，從者各依己分法」。第 48 條：「諸監臨主司，受財而枉法者，一尺杖一百，一疋加一等，十五疋絞。….不枉法者，四十疋加役流。」等，觀之，其早有立法規範，且歷代皆有，直至清末，大清新刑律中亦有對貪贓枉法之貪污犯罪，訂有法律規範。

[9] 徐國香，戡亂時期貪污治罪條例修正問題之研究，法務部研究報告，頁 2-3，1991 年 11 月。

形態存在。國民政府奠都後，於民國 17 年 3 月 10 日公布「中華民國刑法」，同年 7 月 1 日施行，其有關貪、瀆之條文，係納編於第二編分則之第四章瀆職罪中。

有關貪污之刑罰規定是否以特別法方式之立法模式其實多有爭議，然始終未獲共識，是以，直至抗戰初起，頒定「懲治貪污暫行條例」之時，皆以刑法為體系，而無針對貪污特別規範之法典。

第二款 懲治貪污暫行條例

抗戰爆發後，因戰亂而無法紀，致不肖官吏有機可乘，貪贓枉法者日眾，故而於民國 27 年 6 月 27 日頒訂「懲治貪污暫行條例」，觀其立法理由[10]可知，當時確實因時勢所需，時空背景及環境以致；且當時亦包含軍人及辦理社會公益事務者，以廣義之公務員為犯罪主體，足見其特別法之地位及需求。

本階段之特色經歸納有：法定刑從重，並採主觀主義，且不以犯罪所得多寡為量刑標準、適用對象係特別身分、將貪污行為構成要件描述，採列舉方式、對於犯罪所得採沒收財產主義，追繳並顧及犯人家屬之生活必需、誣告他人貪污者依刑法處、犯貪污者，不論身分，均由軍事機關審判。

第三款 懲治貪污條例

前述暫行條例經實施後，必有若干檢討，至民國 32 年 6 月 30 日，加

[10] 「值茲抗戰時期，人力、財力、物力之徵募，公有、軍用資料之使用、支應浩繁，深恐有肖官吏，乘機巧取，特制定懲治貪污暫行條例，公布施行，冀以嚴刑峻法與軍法制裁，肅清奸蠹，用端治本」見徐國香，同前註 9，頁 5。

以修正公布，且更名為「懲治貪污條例」，而該條例中，第 11 條，訂有審判程序，亦即將本條例之犯罪，依特種刑事案件之審判程序，惟當時並無特種刑事案件訴訟條例。是以，另以訓令明示：所有貪污案件，仍先以軍事審判程序辦理。至政府轉臺後，於民國 39 年 5 月 19 日，又修正該條例，共 17 條。該修正後之條例，又於民國 43 年 5 月 7 日於存廢問題之討論後於 43 年 6 月 1 日施行期滿後予以廢止該廢止案同年 5 月 22 日予以公布。

懲治貪污條例之前身係暫行條例，是以，總有其適應性，不可能無限延伸，故而接續其後者，勢必面對相同問題。觀其特別法形式之沿革歷程，即可推知，其因應時代變遷而生，諸多相關配套，無法配合，以致最終面臨檢討存廢之運命，而其結果可想而知。再者，深究其廢止理由，無論是立法之目的及功能喪失、國家社會情勢之變遷、處罰刑度過重等等，實無法逐一由修正方式補足，或有再以特別法形態存在之必要。換言之，此一時期修正法條不足以適切因應此一問題，採取廢止法條則相對有其必要性。

第四款 戡亂時期貪污治罪條例

經七年，懲治貪污條例廢止之後，貪瀆犯罪當然不可能完全消失，甚有多起重大案件，接連發生，故而於民國 50 年 5 月間，由當時立院院會提出制訂戡亂時期貪污治罪條例之議案，期能嚴懲貪墨，整飭吏治。其草案條文共計 20 條，於民國 52 年 7 月 2 日通過，完成立法，始訂名「戡亂時期貪污治罪條例」。

其間，該條文於適用上多有爭議，故而由行政院再提部分修正，於民國 62 年 3 月 12 日提院會通過，送立院審議，並於同年 8 月 7 日，修正通

過，此係本修例之前身。其與前述懲治貪污條例相較，嚴懲之立法意旨，有過之而無不及，對於適用對象採概括認定，且訂有不適用刑法中有關假釋之規定，其嚴密程度，可見一斑。又戡亂時期宣告終止後，相關法令即面臨失效問題，而關於「戡亂時期貪污治罪條例」之修正及適用亦同，是以，其後於民國 81 年 6 月 30 日修正公布研修之條例，始有「貪污治罪條例」。

第二項 本條例立法沿革

因戡亂時期終止，本條例之前身即「戡亂時期貪污治罪條例」必須檢討，憲法增修條文第 8 條（民國 80 年 4 月 22 日）明載，適用該時期之法律未完成修訂程序者，得適用至民國 81 年 7 月 31 日止。故於民國 81 年 6 月 30 日修正前條例並公布，訂名為「貪污治罪條例」，全文共計 18 條。

以本條例與戡亂時期貪污治罪條例相較，除法律名稱將戡亂時期等字刪除外，最大之修法方向係死刑刪除，以及關於假釋之規定，明顯可知修正方向以刑度之考量為主，再者，關於未遂之規定，本條例亦減少對未遂犯之處罰，如前身之第 7 條，將該條例之第 4 至 6 條未遂者罰之，而本條例即與限制在第 4 條之 1 至 4 款、第 5 條第 1、2 款及第 6 條之第 5 款，即為示例。

如立法院於民國 79 年審議之「戡亂時期貪污治罪條例修正草案」之研修經過歷程中所述[11]，為「社會各界對嚴懲污、澄清吏治之期盼，仍甚殷切」之目的，考慮酌予修正，直言之，無論成平或亂世，一般人對於貪

[11] 立法院公報，80 卷，30 期，頁 269-281，1990 年。
見 http//lis.ly.gov.tw//tsc.gi/lgimg?@8003000:0269:0281. 查閱時間，2009 年 3 月 11 日。

污之厭惡，不曾稍減，是以，雖為特別立法，且又因戡亂時期終止，而檢討之，但仍未予以廢止適用，可見「在相當時間內本條例仍有繼續實施之必要」。

民國 82 年，為配合行政院推動行政革新，且鑑於歷年推行各項防貪措施成效不彰，法務部提案修正本條例，此次研修之重點在於：第 4 條至第 6 條提高得併科之罰金、第 6 條第 1 項第 5 款圖利與便民之區別、第 10 條第 3 項財產抵償之扣押、第 14 條對掌理風紀業務、調查人員之不為舉發罪增列。經 3 年，亦即民國 85 年 10 月 3 日，修正後公布。全文共 20 條，至此，本條例之整體性算是大致架構完成。不過仍有少部分之問題，並未達成共識而配合修改。

民國 90 年針對刑法中，有關圖利罪之第 131 條之再修正案被提及，同時，本條例之第 6 條亦同時檢討，而併案討論。因刑法中，關於圖利之規定，自民國 23 年以來，即無修正，而當時對於圖利與便民之爭議[12]，引發廣泛討論，進而促成刑法該條之修正，此時，本條例之第 6 條第 1 項第 4 款之構成要件幾乎與之完全相同，是故，同時提出修正，由此知，當時對於相關且同類之法條修正，得以合併檢討，如此才有保有法規範之完整性，實值得一提。

本條例第 11 條關於行賄第 2 條人員之規定，隨著商業活動增展，與其他國家之政府、官員接觸亦增多的情形下，研修增定行賄外國公務員

[12] 修正理由所述：「第一項第四款、第五款圖利罪修正為結果犯。俾公務員易於瞭解遵循，避免對便民與圖利他人發生混淆，而影響行政效率。爰將本條圖利罪修正以實際圖得利益為構成要件」其次，關於構成要件之「違背法令」用語，於修正理由中有說明，係指包括法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則等，對多數不特定人就一般事項所作對外發生法律效果之規定。藉以明確該條文中對於違背法令、不法利益中之不法內涵作一整合，避免適用上產生障礙。

罪，是以，民國 91 年底，由行政、司法二院所提關於行賄外國公務員之規範，增訂於第 11 條第 2 項，另外，關於本條例之第 12 條減刑規定，為配合刑事政策之改變，及給予微罪者自新機會，增訂第 12 條之 1，並有不起訴處分配合，提高犯錯之人願意自首之誘因與機會。此二者，於民國 92 年 1 月 23 日修正公布。

公務員之用語，散見於各種法律中，其中，又以刑罰之影響及效力最深，然實質上對於公務員之判斷仍莫終一是，實務適用上多有疑問。據此，民國 94 年 1 月關於刑法上公務員予以重新立法定義，而本條例第 2 條相關者，亦配合檢討修正，僅以「公務員」之用語，排除其他構成要件，與刑法之修正相乎應。同時對於共犯與正犯亦配合刑法修正，加入條文內容，並於民國 95 年 5 月 5 日，修正公布。

總括而言，晚近對於本條例之修正，大多以刑法及相關刑事之政策為主軸，配合調整，而實際對於法律本身存廢，較少討論，而近期隨著重大貪瀆弊案發生，亦掀起修法之討論，本條例為防制、嚴懲貪污，確實有研議之法條[13]並於立院審議，足見社會觀念、社會事件及社會問題，經常影響法律之修正及改革之方向，無庸置疑。

第二節 當前修法之方向及現況

第一項 當前修法之背景與現況

[13] 行政院於 97 年 9 月 18 日經行政院第 3110 次院會通過「貪污治罪條例部分條文修正草案」，即行政院（97）年 8 月 28 日法檢字第 0970803193 號函。

由於近些年重大貪污案之出現，如國務機要費、首長特別費及政治獻金等，社會上對於貪污懲治之議題，又重被挑起，據此，民意所向，有對本條例之修法引發討論，甚至提出修法，其中，又以本條例及洗錢防制法中，相關法條為最主要的標的。如前節所述，國家與社會隨著時代、環境所需，對應的法律，就會產生應變的需求，申言之，目前對於貪污的防制、處罰，是面臨整體思考而改進、檢討的時機，而當前對於此一類問題，仍舊是圍繞著犯罪後的處理，無法從人性的角度思考，造成修法的立意良善，但結果卻是爭端不斷。

本條例之部分條文修正案，目前所遭遇的問題即修法的目標及方向並無共識，而對於相關問題的討論，始終無法進入實質法理的討論，之所以如此，不外乎本條例之處罰刑度重，立法者不得不謹慎面對以及立法者本身有所顧慮[14]。即便如此，我們不得不承認，貪污犯罪不只是單純的社會問題，而很有可能是國家的癌細胞，一經發現而不根除，所造成的後果就是無藥可醫。亦即，現在不只是討論可能的問題而已，而應該是徹底檢討的最好時機。無怪乎寧可違反多項刑事訴訟之法理[15]，仍有財產不明來源罪的法條形態，應孕而生[16]。

現代國家在民主政體之架構下，立法者在充分享有立法權之原則下，有一定之空間及自由，然非謂毫無限制，衡諸民主國家之法治原則與憲法

---

[14] 聯合新聞網，見 http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NAT1/4527265.shtm。查閱時間 97 年 12 月 3 日。

[15] 曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（上）--評產財不明來源罪，月旦法學雜誌，141 期，頁 237-239，2007 年 2 月。

[16] 貪污治罪條例部分條文修正草案總說明：「財產不明來源罪對於肅貪工作有其必要性與不可替代性。在此之前，公職人員財產申報法第 10 條，已有舉證責任轉換之規定：貪污治罪條例第 10 條對貪污犯罪所得之追繳、沒收、追徵、抵償、扣押規定……。以及洗錢防制法第 8 條之 1 凍結資產規定….，執法人員若能將財產來源說明義務與其他法規妥善運用，機先掌握不法財產之所在，以便及時採取保全措施，將有助於日後沒收不法所得，其對防制貪污犯罪應可收相當程度之嚇阻與偵辦效果。」見 www.deposewww.com/yao/law-1.html.。查閱時間 97 年 12 月 3 日。

保障的條件後，始有相當之立法權，並非任意為之。而刑事立法之良窳，更是不可等閒視之，畢竟，刑罰對於基本人權之侵害，不可不謂嚴重，而若僅以執法者方便管理、方便偵察等理由即予擴張，而相對於憲法對基本人權保障，其究孰輕孰重，應著實檢視之。

第二項 行政院相關修法之重點與問題

第一款 增訂不說明財產來源罪

對於財產不明來源之研修，早於民國 89 年間，法務部即提出研擬，增訂財產來源不明罪之相關立法研修建議，當時即參考香港「防制賄賂條例」、新加坡「防制貪污法」以及馬來西亞「反貪污法」中有關財產不明來源罪之立法例，然當時輿論及社會共識尚未成形，嗣民國 97 年之後，因政府相關弊案之發生，始有相關立法之催生[17]。

由法務部研議對本條例之修正草案，已於民國 98 年 4 月 4 日三讀通過，其影響之層面尤其廣泛，該增訂條文為本條例第 6 條之 1，規定「有犯第 4 條至前條之嫌疑者，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自涉嫌犯罪時及其後三年內任一年間所增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金」。此係所謂財產來源不明罪之內容，然仔細觀之，恐有下列問題：

[17] 林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，檢察新論，第 6 期，頁 80，2009 年 6 月。

第一目 立法例檢視

一、 香港：

早年香港在人口急遽增加，經濟快速發展的社會變動中，政府必須提供大量的服務及應付市民對於社會資源的需求日亦增大，而造成了百姓對於資源的分配特別重視，以致於一般人大多抱持著行賄就能獲得資源的心態，同時也形成了公務員對於各項工作亦要求各種費用等等的公然索賄的社會問題。香港廉政工作係由香港「廉政公署」負責，該署於一九七四年依據香港總督特派廉政專員公署條例而成立，以肅貪倡廉為目標，依據「防止貪污條例」、「防止賄賂條例」、「舞弊及非法行為條例」執行任務。現今的香港目前是公認的世界最廉潔的地區之一。在著名的國際反腐敗組織（Transparency International）——透明國際每年公佈的國際清廉指數(CPI)排名中，香港一直名列前茅，在亞洲的排名，僅次於新加坡。

（一）香港立法例及重點特色

於 1948 年，香港政府即已制定「防止貪污條例」(the Prevention of Corruption Ordinance)，對於議員、企業家及公僕涉嫌貪腐者，處以 5 年以上徒刑，由警務處刑事偵緝處下反貪腐科負責。但諷刺的是，當時貪腐最嚴重的正是警界，反貪腐效率自然難以彰顯。並於 1968 年，基於新加坡政府推動反貪腐工作已具有相當成效，香港政府內部港英官員亦主張應成立獨立反貪腐機構，但卻遭警界強大反彈而作罷。

1971 年，港府再通過「防止賄賂條例」(the Law on the Prevention of Bribery Ordinance)，並廢止了前法，將防止貪污的法規統一整理，直至現今。而歸納其內容大致為 35 條之法條及 2 條附則[18]，共計 35 條，

[18] 參考網站 http://www.hklii.org/hk/legis/ch/ord/201/，查閱時間 2010 年 8 月 19 日。

分述如下[19]：香港之防止賄賂條例（Law on the Prevention of Bribery Ordinance）其規定之犯罪主體為全體香港市民，包括政府公務員、公共機構僱員、私人機構僱員及無職業之市民，與本條例針對公務員犯貪污之犯罪之目的有所差異，繼廢止了防止貪污條例（Prevention of Corruption Ordinance）之後，防止賄賂條例（Law on the Prevention of Bribery Ordinance）更是將防貪、肅貪之規範集大成，形成較為完整。而規納其主要之重點[20]為：

（二）概念之界定

總則部分有關之名詞定義，將貪污犯罪之模糊空間減少，以利適用時釐清爭議：

1、任何人，如其本人或任何代理人，直接或間接向他人或為他人之利益以信託方式而給予或提供、同意承擔或承諾給予或提供任何利益者，均屬提供利益。

2、任何人，如其本人或任何代理人，為其本人或為他人而直接或間接要求、示意要求，請求或表示願意收受任何利益者，均屬索取利益。

3、任何人，如其本人或任何代理人，為其本人或為他人而直接或間接收

[19] 其內容包含 1、簡稱。2、釋義。3、索取或接受利益。4、賄賂。5 為合約事務上給予協助等而作的賄賂。6 為促致他人撤回投標而作的賄賂。7 與拍賣有關的賄賂。8 與公共機構有事務往來的人對公職人員的賄賂。9 代理人的貪污交易。10 來歷不明財產的管有。11 行賄者與受賄者即使目的未達仍屬有罪 12 罪行的罰則。 12A 串謀。12AA 資產的沒收。12AB 就沒收令提出的上訴。12AC 有關沒收令法律程序的訟費。13 特別調查權力。13A 提交物料及提供協助令。13B 根據第 13A 條獲得的資料的披露。13C 發布根據第 13B 條披露的資料的限制。14 獲得資料的權力。14A(由 1996 年第 48 號第 17 條廢除)。14B(由 1996 年第 48 號第 17 條廢除)。14C 限制令。14D 限制令的更改及撤銷。14E 指示的申請。15 法律顧問及有特權的資料。16 獲得協助的權力。17 搜查的進一步權力。17A 旅行證件的交出。17B 旅行證件的發還。17BA 離開香港的准許。 17C 有關擔保、報到等事項的進一步條文。18(廢除)。19 習慣不能作為免責辯護。20 被控人的聲明及陳述作為證據的可接納性 21 金錢資源或財產的證據。 21A 公職薪俸等的證明書。22 給予或收取賄賂的人不作從犯看待。23 向參與犯罪者獲取證據的權力。24 舉證責任。25(廢除)。 26(廢除)、27 向律政司司長報知瑣屑無聊、虛假或無根據的申訴。28 獲判無罪時的訟費。29 虛報犯罪等的罪行。30 披露受調查人身分等資料的罪行。30A 對舉報人的保障。31 就第 II 部所訂罪行提出檢控須經律政司司長同意。31A 檢控罪行的時限。31AA 提交涉及行政長官被懷疑犯罪的事宜。31AB 立法會議員等披露根據第 31AA 條收取的資料。32 他罪成立的裁定及罪行詳情的修改。33 被裁定犯了本條例所訂罪行的後果。33A 法庭禁止僱用被定罪人的權力。34 若干條文的適用範圍擴及已廢除條例所訂罪行。35 附表的修訂等等。

[20] 程景民編著，香港廉政公署，北京中國書藉出版社，頁 54-64，2000 年 1 月 1 版。

取、收受或獲得，或同意收取，收受或獲得，或同意收取，收受或獲得任何利益者，均屬接受利益。

所謂「利益」是指：

（1）禮物、借貸、費用、報酬或佣金，其形式包括金錢、有價證卷、其他財產或任何財產之權益。

（2）任何職位、雇佣或契約。

（3）支付、免除、清還或清理任何借貸、責任或其他負債之全部或一部。

（4）任何其他服務、優惠（款待除外），包括加以維護以使免受任何行政、民事或刑事性質之訴訟、控告，無論該等訴訟或控告經已進行或尚未進行者。

（5）執行或不執行任何權利、權力或職責。

（6）有條件或無條件提供，承擔或承諾提供前文在上述（1）-（5）所指之任何利益。

另外對於「公共機構」之範圍，亦有明確之規定，所謂公共機構係指：香港政府、行政會議、立法會、市政局、區域市政局，各區議會及由行政長官或行政長官會同行政會議或其他代表所委託之各類委員會或其他機構，無論是否支領酬勞。此外，尚針對各類委員會或條例表所載之 89 家機構，如香港大東電報局、中華電力有限公司、香港中文大學、香港隧道有限公司、香港電視廣播有限公司，香港考試局、消費者委員會等等。而「公共機構雇員」則指上述公共機構之任何雇員或成員，不論其為臨時或永久僱用或是否支領薪酬，併排除股東為公共機構雇員。

（三）屬犯罪之事項

按該條例之規定，賄賂的授受雙方，均屬犯罪。亦即行賂之人亦為犯罪主體。該條例之第 2 部分即有具體規定。

1、索取或接受利益：

任何政府雇員，如無行政長官之一般或特別許可，而索取或接受任何利益者，均屬違法。

2、賄賂：

任何人不論在香港或其他地方，如無合法權力或適當理由，因公共機構雇員從事下列事項或為誘使或酬謝該員從事下列事情而向其提供任何利益者，均屬違法—執行或不執行或曾經執行或不執行其公共機構雇員分內之任何事務；加速、拖延、妨礙或曾經為前述方法執行或不執行，其公共機構雇員分內應執行或不應執行之事務、妨礙事務進行之賄賂罪、協助或妨礙公共事務罪等等。

3、有關合約方面為得協助或方便之行賄罪：

例如，任何公共機構雇員，如無合法權力或適當理由，因從事下列情事而索取或接受任何利益，或索取或接受任何利益作為在下列事情中給予協助或運用影響力之報酬或代價者，均屬違法。如促成、簽定或取得第 1 款所述之任何合約或分轉包合約。

4、撤回投標之賄賂罪：

如凡有合約招標承投以為公共機構從事任何工作，提供任何服務，辦理任何事情或供應任何物件、材料或物品時，任何人如無合法權力或適當理由，而向他人提供任何利益以誘使或酬謝該人撤回或不參加投標，或因他人撤回投標或不參加投標而予之提供任何利益者，均屬違法。

5、關於拍賣之賄賂罪：

如任何公共機構或代任何公共機構所舉行之拍賣中，任何人如無合法權力或理由，而向他人提供任何利益以使或酬謝該人不作競投或曾經不作競投，或因該人此舉而向之提供利益者，均屬違法。

6、與公共機構交易之人對公共機構雇員之賄賂罪：

如任何人如無合法權力或適當理由，經由任何政府部門、辦理處或機

構與政府有任何事務來往時，提供任何利益給予受雇於該部門、辦事處或機構之政府雇員者，均屬違法。

7、代理人之貪污罪：

如任何代理人，如無合法權力或適當理由，而索取或接受任何利益作為從事下列事情之報酬或代價，或因從事下列事而索取或接受利益者，均屬違法。例如，辦理或不辦理，或曾經辦理或不辦理任何有關其主事人事務或業務之事務者。

8、財產不明來源罪：

如任何人，如屬政府雇員或曾屬政府雇員，而維持生活標準，高於與現在或過去薪俸相稱之標準者，或所支配之財富或財產與其現在或過去薪俸不相稱者，除非能向法院合理解釋其生活水準之來源或該財產之合法來源者，否則均屬違法。

9、賄賂之未遂犯罰之：

（四）刑罰：

由該法之罰則部分觀之，其刑罰之程度不可謂不重。如犯前述(第 2 部分)部分之貪污行為(除第 1 條外)者，處 3 年以上 10 年下有期徒刑，得科或併科 10 萬元以上 50 萬元（港幣）以下之罰金。又如犯前述第 1 條之賄賂(行賄或受賄)者，得處 1 年以下有期徒刑，得科或併科 10 萬元下罰金。並得由法院命其依照方式，將犯罪所得之一部或全部追繳之。

（五）証據：

1、慣例不得作為辯護理由：

犯貪污罪之被告不得以行政慣例、或專業、行業或業務慣例為辯護理由。

2、被告之聲明書或陳述書可視為證據：

違反該法之被告於訴訟中，依照法定程序及條件所作之聲明書或陳述

書，法院可接受為證據，並得於訴訟中，適當引用該文件。

3、產財之証據：

違反該條例之被告，於一定期間內，擁有與其為人所知之收入不相稱而不能為合理之解釋或一定期間內，其財產之獲得與增加不能為合理之解釋，則如有事證得證該被告有要求、期約或收受賄賂時，該財產得視為犯罪所得之證據。

4、薪俸之證明書：

被控以財產來源不明罪者，於訴訟中，所呈交之證明書，如有下列情形者，法院應予接受，而毋須另加證明。(1) 該證明書乃證明政府雇員每月薪俸及津貼，及任內之薪資總額，惟執行公務之開銷不得計算。或有證明其職位及曾任或不曾任之職位。(2) 該證明書乃由布政司簽署。該證明書由布政司簽署，且無反證者，均視為證明書之內容為事實。

5、行賄或受賄者不得視為從犯：

除他法另有規定外，於第 2 部所載之犯罪訴訟中，不得只因證人本身或他人代為將利益支付或交付予被告，或只因該被告或他人代為將利益支付或交付予該證人而將該證人視為從犯。

6、獲取參與犯罪人士證供之權力：

此為一般所謂「污點證人」之特色，亦即若被告或犯罪嫌疑人於訴訟進行中，對於合法訊問之一切事項，作詳實之證供，且於法院審理之過程中，依據裁判司條例第 85 條之規定，該被告或犯罪嫌疑人仍如是作證者，於未故意隱瞞或虛假之證詞，並以書面向律政司證明該情事者，法院不得以其作證所透露之罪責加以追訴。易言之，即一定條件下，得針對犯罪中之同夥或知情者，提供證據，並確為實情，有助偵查及審判犯罪之事實，則對該人不得加以訴追、科刑。

7、舉證責任：

於控告當事人違犯該條例所載罪項時，如以合法權力或適當理由作為

辯護者，其舉證責任由被告負擔。

以香港與英國之財產不明來源之立法模式來看，其關於財產不明來源之規範有二種模式，其中英國防止貪污法第 2 條（Prevention of Corruption Act 1916c.64.s.2）規定，除非有反證推翻，否則依本法訴追之犯罪程序中，服務於公務單位之人自欲求與公務單位訂立契約之人所收取之現金或禮物，均應被認定為本法中所謂之賄賂（以已經實際收取為限，排除要求、期約）。又香港之防止賄賂條例（Prevention of Bribery Ordinance）則為遠高於薪俸之生活水準與控制有顯不相當之財產又無法說明來源者，即屬犯罪。其二者明顯不同處在於，英國之來源不明產財係推定為犯貪污之所得，而香港則另成立一罪[21]。

二、新加坡：

有關新加坡的貪污防制法（Prevention of Corruption Act,cap241）之內容計有下列幾項重點[22]：

（一）機關之隸屬及職權：

該法於條文中並無明定有關機關職權之隸屬，然僅於第 3 條中規定其總統對於貪污調查局局長與副局長有人事之任命權，並於但書中規定，倘總統與內閣對人事意見相左時，總統仍有取決之權力[23]。由該法第 15 條第 1 項規定，該局之局長或任何調查員於依該法起訴或收到可靠消息或合理懷疑時，得逕行逮捕，又第 17 條第 1 項第 3 款之規定，除其他法律另有

[21] 廖先志，從英國及香港相關法律論我國財產不明來源罪草案——以舉證責任倒置與無罪推定原則為中心，出國報告，頁 4-5，2009 年 9 月。

[22] 陳新民，新加坡肅貪的法制分析—兼論我國建立肅貪署的隸屬問題，軍法專刊，第七十四卷第九期，頁 1-7，2001 年 9 月。

[23] 新加坡為實施內閣制之國家，是故依行政原理應由內閣為其任免，是故肅貪調查局應屬內閣之機關，惟因該法之公佈後，即由總理負責，但法條文中仍無明白指出此一觀點。

規定外，該調查局成員得免檢察官之裁定，發動行使刑事訴訟法對於犯罪調查進行之一切權力。故而可知，該調查局之職權已類似檢察官之權力。該局成員之調查權視同警察官之特性，有刑事訴訟法之適用，亦在某種程度上突顯其特色。

（二）檢察官之肅貪權：

檢察官對於肅貪之功能與角色於該法中亦有規範，如第 33 條之規定，非經檢察官同意，不得起訴本法之犯罪，故使檢察官對於貪污犯罪之起訴有最後之裁量權，又對銀行有查帳及要求資訊提供之權，即該法第 20 條規定，檢察官可命令或授權與貪污調查人員銀行之查帳權力，同法第 21 條對於政府或公共團體中之成員之貪污犯罪偵查時，得要求他人或稅捐機關提供一定之資料。亦即針對第 20 條第 1 項及第 21 條之規定，若檢察官認為有犯該國刑法第 161 條至 165 條或第 213 條至 215 條之犯罪且有證據或有其共同正犯、意圖犯、教唆犯之證據時，此時亦包含其配偶、子女或有事實足認其代理人或受託人在內，檢察官得命令或授權查帳或要求相關內容之副本。另外除其他法律另有規定者外，檢察官得於起訴之過程中，以書面通知：1、要求他人提供書面聲明，列舉本人或其配偶、子女或為其所控制之動產，說明其取得日期及來源；2、要求提供書面聲明，本人及其配偶、子女在上述通知中移出國外之貨幣或財產；3、要求提供書面聲明其本人或所控制之所有產財；4、要求稅捐機關提供上述資料中詳細之資料，包括其本人或配偶、子女之相關資料及所掌控之任何文件或經簽證之文件之副本；5、要求政府任何部門之負責人或總裁、主席等官員提供上述資料或文件；6、要求任何銀行經理交出該人或其配偶、子女在該銀行之所有文件之副本，如不依此規定者，即構成犯罪。再者，檢察官有強制處分之權力，如強制處分之搜索、查封權等等。

（三）肅貪程序之證據制度：

有作證赦免制度、關於金錢證據之事項、對檢舉者保護之明確規定及現行犯逮捕之強制義務等。如下分述，1、該法第 35 條規定，當二人以上被以貪污罪起訴或為該犯罪之共犯、教唆犯者，法院得要求其中一人或多人為該起訴作證，僅該等人應完整提供真實有效之證據，即可獲得法官之赦免憑證。又該法第 24 條規定，獲有無法證明來源或與其收入顯不相當之財產者，得被視為貪污之所得，2、與之相關之人獲有上述財產或孳息，且有理由相信其與被告針對犯行有相關時，該財產得視為其犯罪所得。3、對於檢舉者保護有明確之規定，該法第 36 條對檢舉者之保護有一定之規定，如證人無義務或被允許透露告密者之姓名或地址。4、有關之於現行犯之逮捕規定於該法第 32 條第 2 款：「一個政府官員被交付或要求賄賂時，應逮捕向他交付或要求賄賂之人並將該人解送最近的警察機關，如其無合理之理由而不為之者，構成犯罪，並處六月以下有期徒刑科或併科（美金）五千元以下罰金」使之產生對於逮捕現行犯有義務化效果。

（四）其他相關重點：

該法幾經修正，尚有諸多特色，例如法庭可命違法者交罰款方式交出賄贓、控方無需證明受賄者是否有能力、權力或機會或有無實行受人所託之事項、可調查該國人民在國外之貪污犯罪及向貪污調查局提供假情報之行為可被視為犯罪等[24]，再如其名詞定義較為精確，適法者得以減少爭議，如貪污治罪條例中有「不正利益」一詞，卻無標準可供認定，而新加坡之貪污防治法則對於該賄賂之利益加以定義。包括有金錢、任何禮物、貸款、酬勞、佣金及有價證卷或其他任一財產上之利益等，其他如：職務、僱傭或契約、任何之貸款、債務免除、清償或任何其他服務、贈與、或免予懲

[24] 謝立功、董顯惠，新加坡反貪法制簡介，臺北市政府主計處廉政電子報第 2 期，94 年 8 月 30 日，網址：http://www.dbas.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=61686&ctNode=6153&mp=120001，查閱日期，2010 年 2 月 22 日。

處、免受行政、刑事訴追或公務職責等等。對於代理人、民意代表、公共團體等均有單獨之規範及處罰，另外，同法第 10 條，擴大對貪污認定之範圍，將圍標行為視為貪污，足見其與本條例之體例明顯不同。

三、本條例修正草案內容：

修正草案之總說明列舉多國之立法例，企圖說明所增加條文之內容，以期得以獲得立法者之支持，其中有舉如聯合國 2003 年訂定之「反貪腐公約」，其第 20 條明文規定，一公職人員之消費水平和生活方式應與其薪水收入水平相當，否則應可要求其提出解釋，而明知他有貪污舞弊之行為，且產生非法收入或資產時，若無確切證據時，得作為起訴之根據。又如新加坡 1960 年之防止賄賂法、1988 年之沒收貪污所得利益法及香港之防止貪污條例、防止賄賂條例等等，皆有類似規定，然我國既有「公職人員財產申報法」規範相關人員之申報義務，亦有處罰，是否仍需要以刑罰恫嚇？即便無刑罰無以達成威嚇之效果，但仍不能僅以「嫌疑」即予認定其違法，並負有舉證之責任，尚應衡諸其他各種可能，而一一加以查核並排除，始有可能「推定」該收入為犯罪所得[25]。其他整理相關之立法例如，澳門法第 28 條財產來源不明罪第 1 項之申報產財義務人之財產異常而無法解釋來源、中國大陸刑法於刑法修正案中提出刑法第 395 條第 1 款：「國家工作人員的財產、支出明顯超過合法收入，差額巨大的，可以責令該國家工作人員說明來源，不能說明來源的，差額部分以非法所得論，處五年以下有期徒刑或拘役；差額特別巨大的，處五年以上十年以下有期徒刑。財產的差額部分予以追繳。」以及馬來西亞之反貪污法（Anti-Corruption Act）第 24 條第 1 項規定：依據刑法第 10 條、第 11 條、第 13 條、第 14 條或第 15 條提起公訴時，除非有相反證據，被告所要求、期約或收受之

[25] 曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（上）--評產財不明來源罪，月旦法學雜誌，141 期，頁 269-272，2007 年 3 月。

利益，應推定為貪污所得[26]，此等皆為相關國家對於財產來源不明有關之立法例，細究之，其多以持有來源不明之財產即犯該罪，與本條規定之「無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者」構成要件賦予「說明義務」不同。

第二目 相關修法之法理問題

一、舉證責任倒置之問題

法務部於修正條文總說明中舉出，為維護國家利益，應容許轉換舉證責任。因我國刑事訴訟法第 161 條第 1 項雖規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」惟於具備舉證責任轉換之必要性、檢察官舉證之困難性、合理之關聯性(由前提事實推認推定事實之存在係屬合相當)或被告反證之容易性等條件下，將其轉換於被告，應被容許，如《聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約》第 5 條第 7 項規定：「可考慮確保關於販毒所得的收益或應予沒收的其他財產的合法來源的舉證責任可予倒置，但這種行動應符合其國內法的原則和司法及其他程序之性質」即為示例，另有以刑法第 310 條第 3 項規定：「對於誹謗罪之事實能證明其為真實者，不罰」，以及《組織犯罪防制條例》第 7 條第 2 項規定：「犯第三條之罪者，對於參加組織後取得之財產，未能證明合法來源者，除應發還被害人外，應予追繳、沒收。」等，係舉證責任並非絕對之立法例，且其轉換之程度上以該被告之說明僅須達法官對該控訴事實產生動搖之心證即可[27]。

[26] 陳文琪，貪污罪被告不說明財產來源罪問題探討，刑事法雜誌，第 53 卷，第 4 期，頁 38-43，2009 年 8 月。
[27] 陳文琪，貪污罪被告不說明財產來源罪問題探討，同前註 26，頁 52。

然國家刑罰權之行使，其目的在於發現犯罪侵害之事實，進而處罰犯罪，就現代法治國原則所衍生之國家刑事基本原則之前提下，其最後之理性（ultima ratio）即刑法應為防衛社會之最後手段。亦即當社會發生衝突時，無法以其他手段解決問題，始有刑事制裁之適用[28]，由此觀之，刑罰之主導在於國家，並且在其他可能之解套方式皆無可用之情形下，予以介入，故基於主導地位之國家，如將舉證之責任大部分以實體刑法立法附加於人民，是否妥適?可能必須再加以深究。其原因在於舉證責任攸關訴訟之勝敗，故又有諺云：「舉證之所在，敗訴之所在。」再者，隨著時代演進，人民對於法院之實體正義無不要求，在證據法上要求對等之程序正義，而違法收集之證據已排除其證據力[29]，更何況舉證責任轉換至刑罰上不對等之人民，此應深思。

綜上，舉證責任原則並非絕對之權力，且本條亦非將其完全付予被告，尚需犯本條例第 4 條至第 6 條罪之被告，始有說明義務。惟此一脈絡是否合理、有效，應以詳察。按刑罰之目的在於發現事實，並嚇阻犯罪，故此應為偵查目的之最高原則，貪污犯罪中該利益有時十分龐大，而僅以此條文而提高定罪率，實難助於事實之發現，公平正義無法伸張，難謂其目的與手段有相關，其二，本條是否足以解決貪污之舉證問題，亦有疑義，蓋若能轉而擴大檢調在偵查、蒐證之權力，才是正道。其三，本條之立足點在於公務員之財產申報，故而其被動之申報方式應予檢討，必須根本上從公職人員財產申報法予以處理，最後，仿效他國之立法例，其效用應予檢討，如香港之財產來源不明罪在適用上並非常態[30]。準此，違反常態之原則應盡力避免使用。

---

[28] 許玉秀，新學林分科六法—刑法，頁 42-50，2006 年。
[29] 劉海倫，緘默權之理論與實務，國立台灣大學法律研究所碩士論文，頁 1-3，2003 年。
[30] 林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，同前註 17，頁 83-87。

二、關於有罪推定部分

無罪推定原則之意義在於刑事被告經司法追訴審判於判決確定有罪之前，均應推定其無罪，然推定無罪之實質意涵並無表示被告真的完全無辜，而是在有限之證據之下，無法證明其有罪，畢竟在被告個人之能力有限之情形下，難以證明其無罪，而司法機關若以有罪推定，亦易形成寧可錯死一百，也不願放錯一人的態度，所以古語有云：「功疑唯重、罪疑唯輕，與其不殺不辜，寧失不矜」，據此，在基本人權與司法追訴功能二相權衡下，取其損害輕者，勢所當然。而在本條例第 6-1 條修訂過程中，其說明之內容，以世界各國之趨勢，而將舉證責任加諸被告，並以有罪推定其為貪污，就如草案說明中所述，係未免調查、追訴程序中斷而已，實無完整體系之法理立論，恐有侵害基本人權之可能。有論者提出判斷舉證責任倒置有無違反無罪推定原則之判斷方式，並以英國與香港實務見解判別其是違背無罪推定之基本權利，即犯罪對公共利益危害之程度、刑度、是否為特別知識及舉證之容易度、前提事實與推定之事實有無合理關連及該舉證責任倒置是否是必須等 5 種方式加以判斷，而此僅於推論而得，其並非學理，是故，各國皆對於各種犯罪情形之舉證責任，在認定上不盡相同[31]。然貪污犯罪之偵查，有時確有難處，於相關之配套及程序尚未完備之時，實不應冒然應用，畢竟，對於國家公權之監督有時易放難收，不宜只以偵查不易即予以放寬而不加以限制。

三、沉默權之例外

依本條例第 6-1 條規定，有犯第 4 條至前條之被告，……，「得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明

[31] 廖先志，從英國及香港相關法律論我國財產不明來源罪草案——以舉證責任倒置與無罪推定原則為中心，同前註 21，頁 12-15。

或說明不實者」，……。此係付予被告說明之義務，此即否定被告有沉默權。

沉默權之起源在英國，其目的在於對抗宗教法庭不人道之審訊方法，後來被歸納為「任何人不得強迫提供反對自己的證據」，觀其主因，為懲罰宗教異議份子，遂行專制統治[32]，猶如前述二者，皆有侵害基本人權之可能，而起因亦是執政者對於司法追訴之濫用，美其名為實行調查而發現真相之手段，實則立於不對等之訴訟侵害，此時，又因輿論及世界潮流之時勢所趨，而予以重提，應屬不智。爾後，又再因之而有所偏失，造成人權受損，再予以補救，又必須經過許多民主、人權之演進。試想，如無正當理由而濫行緘默權，即給於刑罰，則若真有貪污，而緘默即予以處罰，此時，犯罪者必二相權衡，當然仍然行使緘默權，深究其道理可知其實無防弊、嚴懲之效。以是之故，貪污犯罪之偵查雖確有其難處，但欲加之責任，仍應多加思索，再三考慮，以免重蹈覆轍。

第三目 構成要件不明確問題

關於修正條文中，對於第 6 條之 1 及第 10 條增定的第 2 項中，仍可見到許多構成要件不夠明確之用語，而此一情形，更散見於本條例中多項條文，而於增訂時，應多研議才是。而其中關於此一部分，涉有可能產生明確性之疑義者有下列幾項，其一為「來源可疑」之財產，其二為「來源合法」之認定，係說明如下：

[32] 李小羿，論刑事被告之緘默權，國立中正大學法律研究所，碩士論文，頁 25，2000 年 7 月。

一、財產來源不明罪之法益

討論財產來源不明之立法，應先檢視其法益，以判斷是否須保護?且若保護之法益不同，其採取之立法方式亦有差異，故有將貪污罪法益歸納為主觀說與客觀說二者，即主觀說著眼於職務之「純正性」，客觀說係基於職務行為「不被收買性」，而本罪之事實行為觀察無法明顯區別。又推論若以財產來源不明所欲保護之法益應以保護目的切入，則可處罰者是公務員應遵守廉潔義務及以公務員之執行公務之公正性應不容質疑[33]，而其與香港之「防制賄賂條例」中之「來歷不明財產的管有罪」所欲保護之法益明顯不同，因該條文認定公務員擁有來源不明之財產時，即認定為貪污犯罪，並處以較其他貪污犯罪之刑度重之刑。

二、何謂正當來源之財產?

修正條文之構成要件描述為「無正當理由未說明、無法提出合理說明或說明不實者」，就一般人而言，無正當理由而拒絕說明正當來源似不易理解，原因在於：如果嫌疑人無貪污之事實，則選擇的方式就只有拒絕說明來源或直接說明來源，即可面對偵查，無需畫蛇添足，而選擇說明不實之內容。比較有疑問的是涉有貪污犯行之嫌疑人，就可能有複雜之心理狀態，如拒絕說明來源，但提供部分證據要求檢察官自行查明或拒絕說明來源，但說明無法透露之理由等等之情況，倘以本條之規定強迫其就犯，是否妥適?又無法提出合理說明之判斷基準為何?係檢察官認定或法官之標準始克當之？抑或是被告提出說明後，則如何判斷其合理與否？最後，所謂「說明不實」者，倘偵察機關足以證明其來源為一合法途徑，則屬說明不實，則是否得以本條論罪?若足以偵察，則應論以本條例第 4 至 6 條之罪即可，又何須以「說明不實」定罪，此豈非疊床架屋?

[33] 林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，同前註 17，頁 90。

再者，合法來源之財產是否就非貪污?而非法來源之財產就一定是貪污所得?答案很明顯是否定的，是以，單純以此作為構成要件而加諸刑法，是否得當?試想，合法來源之財產，很可能是洗錢後的結果，例如，犯罪後利用海外洗錢後再予以匯入，並做合法投資而獲利，此時根本無從查起。而非法來源之財產亦非必然與貪污有關，如經營特種行業之獲利、賭博等等，亦有可能產生有不相當之收入，但嫌疑人似乎亦不容易說明該財物之來源，而若僅以此而論貪污，實顯草率，亦有倒果為因之邏輯上之錯誤。

三、合併申報總額之財產

檢視犯本條例之罪者，必須屬於被告身分時，始有認定其財產是否為貪污所得之限制，且尚需符合「涉犯罪時及其後三年內任一年間所增加之財產總額超過其最近一年合併申報之綜合所得總額」之條件，才有本條之適用。故而若以此一觀點出發，則公務員涉貪污犯罪（本條例第 4 條至第 6 條）且資產超過 1 年薪資總額時，始有說明之義務，然資產增加 1 年薪資所得是否得視為貪污所得?而貪污所得有無可能納入申報?

所謂超過申報總額之資產其認定標準係基於該公務員之申報及申報之義務，就一般人而言，達薪資收入二倍是否為不相當之收入?申言之，所謂收入超過 1 年薪資所得之判斷，僅取決於檢察官或法官而已。即便法務部於 2002 年曾試圖說明其內涵，提案限定該用語之範圍，限定為「公務員於該涉嫌犯罪行為前後一年內所獲得或增加之財產總額，逾同時期薪俸所得一倍以上」即屬巨大之差額，且定有公式[34]，但仍僅屬於單方面的

[34] 曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（上）--評產財不明來源罪，同註 15，頁 243。

假設，並無實務與學理之支持，無法真實反應其問題，只能間接證明其收入可能過大且快速，如此而已。

第四目 擴大貪污犯罪所得財物之認定範圍

本條例第 10 條第 1 項規定：「犯第 4 條至第 6 條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人」。其第 2 項又規定：「犯第 4 條至第 6 條之罪者，本人及其配偶、未成年子女自犯罪時及其後三年內取得之來源可疑財物，經檢察官或法院於偵查、審判程序中命本人證明來源合法而未能證明者，視為其所得財物。」此係針對本條例就貪污犯罪所得財物之認定範圍之擴大。

財產來源不明罪之構成要件之為公務員資產總額超過其薪資收入之差距甚大，顯示其有其他財產之來源，而若無正當理不說明、無法提出合理說明或說明不實該財產之正當來源，則推定該財產之取得與濫用職權有關。本條例第 6-1 條條文係明定有關犯第四條至第六條之罪者，本人及其配偶、未成年子女自犯罪時及其後三年內取得之來源可疑財物，經檢察官或法院於偵查、審判程序中命本人證明來源合法而未能證明者，視為不明來源所得之財物。亦即針對觸犯第 4 條至第 6 條之貪污犯，課以其對於所得財物有證明合法來源財物之義務，規定其本人及配偶、未成年子女自犯罪時及其後三年內這段期間內所得來源可疑之財物，經檢察官或法官於偵察、審判程序中命本人證明來源合法而未能證明者，就視為其犯貪污罪所得之財物，依法得以扣押、追繳、沒收、追徵、抵償。

總括而言，產生爭議者有二，其一為第 6-1 條中，「合理說明」之判斷標準為何?如收入之金額或有出入，則是否為「合理說明」抑或「說明

不實」。依法務部「檢察機關辦理貪污案件應行注意事項部分規定」第四之三條規定：「有關本條例第六條之一案件之被告，對於財產來源的說明必須具體、明確，倘無法為具體、明確之說明，致偵查機關無從核實者；或其說明經查證為虛偽者，屬於該條無法提出合理說明或說明不實之情形」[35]，惟無法具體、明確之說明，致「無從核實者」，其查核權仍於司法機關，亦即判斷標準並無統一之見解，例如實務上常見之證人、關係人潛逃或死亡等，勢必無從核實。第二者，「來源合法」之用語是否適當，如逃漏稅之資產是否違反稅法，而夫妻之一方，是否可探知其收入來源?此二者係實務上之技術問題，有待實務上適用後始有認定標準。

再者，以犯罪事實觀察，針對貪污所得而言，利用非本人或妻子、未成年子女之第三者即白手套或由成年子女負責保管犯罪所得是常態[36]，故此一條文之功能恐有待商榷。對於犯本條例之罪者，有可能其親屬間相互協助，將所得財物轉換持有者的形態，借以逃避追查或雖已追查成功，但為保全犯罪財物，而將財物隱匿係貪污者常用之保存犯罪財物常用手段。然遭隱匿之財物，很難予以認定，且既已轉換持有人，則過程中，應有跡證可尋，絕非無計可施，如此擴大認定犯罪財物，有可能違反了「個人責任原則」又稱「自主原則」或罪止一身原則，即自己為自己之行為負完全責任，且不必為他人負責。我國刑法雖無明確且相關之條文規定，僅在第28 條關於共同實施犯罪者，皆為正犯，而勉強視為個人為滿足正犯條件之單位，然實務上對瀆職之共同正犯追徵其賄賂時，有採連帶之情形發生[37]，極有可能違反此一原則，而德國刑法第 29 條規定，共犯各為自己之罪責獨立受罰，即屬個人責任之表現[38]，是以，僅就本條所涉法理之探討而言，

[35] 法務部法檢字第 0990800465 號 函。
[36] 林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，同前註 17，頁 86。
[37] 70 年台上字第 1186 號判決。
[38] 許玉秀，新學林分科六法—刑法，前註 28，頁 45-47。

似乎不易產生有共識。

第五目 研討擴大對共犯之認定範圍

行政院關於本條例研修過程中之一小部分，即本條例第 2 條，欲增訂第二項，擴大對公務員之認定範圍，其目的如說明中所述：「本條例之犯罪屬身分犯，非公務員固得依第 3 條以共犯處罰，惟仍須證明其與公務員間有犯意之聯絡，致實務上多有藉所謂『白手套』以規避刑責者。為有效防堵貪瀆，爰參照香港立法例，增訂第 2 項」，而將非公務員納入犯罪主體。觀刑法中對共犯之規定有「共同實行」之語，而有舉證犯意聯絡之需，是以，擴大對公務員之認定範圍，其目的在於防堵利用他人實行貪污且切割犯意，而造成逃避追訴之可能性。然立法所欲達成澄清吏治之目的與之何干？僅以防堵之名，而納一般非公務員為專屬公務犯罪罪責之犯罪主體，而為達此目的，只需刪除本條例第 2 條即可，何必多此一舉？是以，似存有討論之空間。而修正說明之方向，亦可發覺其心態並非大公無私的管理者應有之態度，因為執法者與執政管理者最大之差異在於管理者應設法預防問題並能解決問題，而執法人員只需要將訂立嚴密法律，方便執行即可。

第二款 研討合於職務行賄之行賄罪

現行刑事政策，對防制貪污工作，列為要務，故行政院(98)年 9 月 24 日第 3163 次院會通過法務部研擬之貪污治罪條例部分條文修正案。其相關修正整理重點如下[39]：

[39] 行政院全球資資網，查詢時間 2010 年 6 月 2 日。
http://www.ey.gov.tw/fp.asp?fpage=cp&isInner=false&mp=1&xItem=62460&ctNode=2931。

一、 為符罪刑相當原則，將「公務員違背職務上行為行賄罪」刑度修正為 6 月以上 5 年以下有期徒刑。

二、 人民對於公務員不違背職務之行為，若有行求、期約或交付賄賂或其他不正當利益者，應課以刑事責任；違者處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 50 萬元以下罰金。

三、 該條例第 12 條之 1 有關自首得為不起訴處分之規定，因已逾施行期限，無適用餘地，予以刪除。

由上述重點可知，行政院針對不違背職務之行賄行為，欲研修本條例中之相關規定，加以規範處罰。查法務部曾於 1994 年即提出有增訂「對於第 2 條人員，關於職務上行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金」，其所持理由大致為「行賄係受賄之誘因，無行賄即無受賄」、「民眾希望獲得更好之利益或趕在別人之前而行賄，故具可罰性」、「民眾在不得已情況下行賄，檢察官得為職權處分」、「輕刑可以提醒公務員不要收，民眾不要送」及「若不入罪，民眾會認為行賄係理所當然」等。但當時立法院第 2 屆第 3 會期認為其不違反道德，故不應納入。故而思考其未來存在與否之條件應包括：不違背職務之行賄保護法益為何?是否具可罰性?行賄是否即為貪污犯罪之一種?是否導致民眾不敢檢舉而造成執法之困難?等[40]

賄賂罪所保護之法益不外乎有職務之不可買收性、職務之公正性及二者合併之信賴保護性等，而行賄與受賄不論是否違背職務，其侵害此等法益之事實確而有之。故而始有將違背職務與不違背職務之賄賂一分為二，以資區別。而行賄行為與公務員瀆職有關，係為妨礙國家公務之行使，非

[40] 余振華，不違背職務行為行賄罪之立法芻議，警察法學，第 8 期，頁 182-183，2009 年 11 月。

屬刑法瀆職罪之範籌，將其納入瀆職係立法之方便而已[41]。

又早於本修正案之提出，於中華民國暫行新刑律中第 142 條、第 143 條與舊刑法中第 128 條第 2 項中即出現有不違背職務行為之行賄罪，其後因考量採從寬原則、嚇阻受賄行為及獎勵舉發行為等因素而未於刑法中納入。從而，姑且不論行賄與受賄之關聯性[42]，按本條例第 4 條第 2 項第 5 款之規定推知，係對於違背職務之行為，要求、期約、收受賄賂者合於該條之構成要件，而對於合於職務之行賄並無處罰，再者，本條例其他各條，並無針對行賄者之規範，似有缺漏之可能，如何達成防堵公務員收賄其中之一，即無人行賄，是有以此入罪之聲音出現，以期畢其功於一役，打盡漏網之漁，此為刑事政策之主導使然。比較有爭議之點有二，首先，在於行賄者入罪易使自首及自白之意願大為降低，對於偵查之妨礙，仍有某種程度之影響。其次，不違背職務之行賄行為，不應列為貪污犯罪之體系中，其侵害法益為國家行政之妨礙，故即便加以規範，應與刑法典整併立法。

---

[41] 余振華，不違背職務行為行賄罪之立法芻議，同前註 40，頁 188-189。

[42] 大法官釋字第 96 號及不同意見書有列舉各國立法例說明行賄與受賄之關聯性：(1) 因係必要共犯而併列於一章　賄賂罪之行為在受賄者為要求期約或收受賄賂而在行賄者為行求期約或交付賄賂此等行為均互為所謂必要共犯或預期有對手之必要的共犯而行之在受賄之結果以外則不另發生行賄之結果學說上稱之為對立的或對合的必要共犯德法日刑法將行賄與受賄併列於一章其基本理論即在於此。(2) 因犯罪結果相同而認為均係職務上之犯罪瀆職罪有污公務之神聖進而危害國家之品位及國家之權威多數學者認此為其本質至賄賂罪之本質如何有謂為破壞職務上之公正者亦有謂為破壞職務之非賣性或不可買性者又有謂違反公務員之清廉義務者無論採取何說則其污損公務之神聖自無待言行賄既為受賄之因而受賄為行賄之果行賄者雖無公務員之身分但其污損公務之神聖則一均應屬職務上之犯罪德國刑法將其同為規定於第二十八章「職務上之重罪及輕罪」法國刑法規定於第三章第二節「公務員對職務上應處褫奪終身公權之重罪及一般重罪輕罪」日本刑法規定於第二十五章「瀆職罪」其基本理論亦即在於此。(3) 因適應刑事政策而行賄有獨立之規定　行賄為受賄之加功本應處以受賄共犯之刑惟行賄因本於刑事政策關係與受賄之處罰條件及輕重有不同者故有另為特別規定之必要德國刑法對於行賄認為僅須處罰使公務員為違背職務或勤務行為之行賄並須從輕處罰故另設特別規定（參照德國刑法第三百三十三條及第三百三十四條第二項）日本刑法對於行賄認有從輕劃一處罰之必要故亦為特別規定（參照日本刑法第一百九十八條）法國刑法規定對於行賄按受賄之法定刑處斷（參照法國刑法第一百七十九條）行賄與受賄之處罰不分軒輊較諸德日雖不甚合理然其規定仍本於共犯應受同一處罰之原則也我現行刑法既係仿德法日制度而為規定就各該國刑法立法原理之分析亦可見我現行刑法將行賄與受賄併列於一章乃因行賄及受賄互為必要共犯行賄與受賄同規定於瀆職一章乃因行賄與受賄發生同瀆職之結果而行賄有獨立規定乃因適應刑事政策關係殊難謂行賄規定於瀆職罪章內為立法上之便利。

據此，行賄行為是否得以規範於本條例問題，以整體防治貪污犯罪面向而言，應該是爾後修法時值得思考之方向。

第三節 小結

新修正之條文版本已經過了討論階段，但隨著立法審查之三讀通過，而產生許多不同的聲音，仍有廣泛之討論[43]，甚至有研討合於職務之行賄罪之立法可能，而目前只針對財產不明來源加以修訂並公布施行，就該條之構成要件內容分析，包含二大要件，其一即被列被告者，才負有說明義務，其二是本條之規定不溯及既往，是以，本條例對於貪污之犯罪，勢必仍然是懲治貪瀆的主要之法，而一定期間內仍以此為適用之法條，據此，吾人應知，所謂防患未然才是立法之重點，並非僅以單純刑罰面向加以考量，是以，刑事立法之內容或形式，皆應以此為依歸，加強防堵，而非著重於犯罪事後之處罰。再者，就犯罪學角度而言，犯罪者並非僅以處罰之輕重為犯罪與否之考量，而係是否被發現、追訴之可能性為取決之心態，此點應該是所有立法者應納入衡量之準則才是，而非僅以刑罰作為唯一手段。

從而，公務員較一般人負有相當之責任及義務，就行政法之角度而言，就受到較多之限制及規範，若刑法又課以「顯不相當」之義務，就不能單以「特別權力關係」或「特別法律關係」[44]而視為理所當然，倘真欲規範之，以刑法立場，則應有其他法律保障公務員之權力，如訴訟上之協助等，使其攻防能力相當。一般而言，權利與義務係相對，無相對之權利而一味負予較大之義務而無理由，不合法理。

[43] 自由時報，2009 年 3 月 27 日，A6 版。蘋果日報，2009 年 3 月 27 日，A12 版。
[44] 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，頁 243-246，2008 年 2 月增訂十版二刷。

有關本條例之相關問題，就修法之方向與時機而言，其實亦應就本次之研修版本合併討論，而非僅止於上述之相關問題而已，否則對於本條例之諸多問題，一直以來，就是研究者所爭議與詬病之處，況且實務的適用上亦有所疑問，缺乏立論之支持，是以，姑且不論爭議部分能否有所共識，然而面對新的思考方向而修法是正面且有效用的，亦即應利用部分修法之契機，加以研討，才是良策，然而行政院所出之條文卻無整體規劃或與刑法一併檢討，著實可惜。

國立政治大學
National Chengchi University

第三章 貪污行為實務運作問題研討

第一節 本條例犯罪主體適用問題

本條例適用之主體向來多有爭議，且仍未有共識，而本條例第 2 條係規範犯罪主體之身分限制為公務員，單就公務員此一身分就有許多認定上之困難[45]，遑論現實生活中公務人員貪污、賄賂，多以非公務員之共犯實行此一犯罪行為，加上許多脫法行為，如離職而為非公務員後所行之酬庸行為等，即便刑法對公務員之定義已加以修正，但本條例對於適用對象之問題果真解決?

第一項 公務員之分類及限制條件

本條例犯罪主體中所稱之公務員，適用於刑法第 10 條第 2 項之公務員有關之規定。惟刑法對公務員之認定，無一明顯標準得以適用。本條例中對公務員之用語，亦有所演進。如「官吏犯贓治罪條例」中，有以「官員」稱之，其認定範圍與當時刑律之認定範圍即不同[46]，足見其認定不易。是以，欲說明本條例之公務員範圍，亦屬不易，故與之分類，藉以論述時有所依循。又本條例以公務員為犯罪之主體，而因其為構成身分而成立犯罪，必須尚且符合因執行公務之條件，故應著重於「特別之保護或服從義務」之要件，以作為界定公務員之基準。

一、 身分公務員：

[45] 關於公務員身分之認定，單就大法官釋憲統計者，就有：大法官釋字第 5、7、8、19、20、27、42、73、92、101、113、262、308 及 555 號等相關之釋憲，顯見對於公務員一詞在刑法上之認定攸關適用與否，故相對產生許多認定及適用之問題。

[46] 大理院 6 年統字第 666 號：「官吏在行政法上有一定之範圍，與刑律第 83 條之職官相當，非如刑律官員範圍之廣。」

（一）意義：

依刑法第 10 條第 2 項第 1 款規定，公務員係「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，以及其他法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。」其中，前段所述之內容，可稱為「身分公務員」。簡言之，於認定公務員身分時，需以是否依法令，且必須服務於國家、地方自治團體所屬機關，而具有法定職務權限者。

（二）限制條件

1、依法令

刑法描述之構成要件中，有「依法令」服務於國家之用語，故依法令係身分公務員之必要條件，惟依法令之範圍如何?立法理由認為，「從事於公務」一語抽象、模糊易生爭議，宜限定於國家或地方自治團體之組織成員。因其係代表或代理國家或地方自治團體處理公共事務，自當負有特別之保護義務或服從義務。倘無法令之執掌權限，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，則不認其為刑法上公務員[47]。又司法院院解字第 1295 號認為：「村街長從事於村街公務，既有該省單行法令可據，如與中央法令尚無牴觸，自得認為刑法上之公務員。」是以，法令用語應不限於中央法規[48]。

有關學說部分，對於依法令之限制認為必須為公法性質，如僅具有私法性質，則非刑法上之公務員[49]，且法令之範圍甚廣，如依據法令而從事公務之人，即為公務員之範籌，且論產生方式為何，凡依法律及國家機關本於權限所發布之命令、規程、細則、作業要點均屬之[50]。

---

[47] 法務部編印，「2005 年中華民國刑法暨刑法施行法修正立法資料彙編」下冊，頁 116-118，20 年 12 月。

[48] 最高法院 19 年非字第 108 號判例：「被告某甲為保衛團團總，既由縣長遴委，則依縣保衛團法及當時有效之地方保衛條例各規定，自係從事於公務之職員。」

[49] 蔡墩銘，刑法上之公務員與水利會之職員，刑事法雜誌，第 15 卷第 5 期，頁 76，1971 年 10 月。

[50] 游鉦添，公務員概念與體系之檢討，輔仁大學法律研究所碩士論文，頁 56，1992 年 6 月。

於此，法令之範圍應限定為公法上之職務關係，而此關係負有特別之義務，其所謂「依法令」則必須符合依法令而取得從事公務之資格較為合理，且法令之範圍亦包含憲法、法律、法規命令及國家機關本於職權所發布之命令、規程、規則、細則、辦法、作業要點等之公法為限，其任用方式則所不論[51]。

2、國家與地方自治團體之屬性

身分公務員即依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關者，而國家、地方自治團體是否具公權力性質則為限制條件。蓋最高法院 96 年台上字第 5853 號判決：「修正刑法第十條第二項第一款前段所定『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，即學理上所稱之身分公務員。所稱國家、地方自治團體所屬機關之『所屬機關』，通說認為行使公權力之國家或地方行政機關及其他獨立組織體。此類型之公務員，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，不論該項職務是否為涉及公權力行使之公共事務，均屬之。」

有關公權力之行使部分，有以因行政法上並無肯認，且該組織有行政營利而非國家高權之行使，而認為應予排除，亦有反對者認為修正理由並無明確排除公立醫院、公營事業、公立學校等指示且大眾醫療事務靠國家預算運作之公立醫院，如何解釋為非國家或地方自治團體所屬機關[52]。本文以為，判斷之目的係辨別行為人身分是否為公務員，則應回歸於立法目

轉引自，候寬仁，最新修正刑法上公務員概念之探討，輔仁大學法律研究所碩士論文，頁 124，2006 年 6 月。

[51] 候寬仁，最新修正刑法上公務員概念之探討，輔仁大學法律研究所碩士論文，頁 126，2006 年 6 月。

[52] 候寬仁，最新修正刑法上公務員概念之探討，同前註 51，頁 128。

的及保護法益為基礎，其外觀上之行為足以令人相信具有公信力時，如公立醫院之證明、公立學校之文憑等，一般人認定其具有公信之證明力，則應論以行使公權力行為。

3、法定職務權限

所謂法定職務權限係指國家或地方自治團體所屬機關人員，其所從事之事務，須有「法令規定之權限」，僅須公務員在其職權範圍內所應為或得為之事務，不以涉及公權力之行使為限[53]。如最高法院 94 年台上字第 379 號判決認為，原判決之被告乃台南縣議員，其自 89 年 2 月 1 日起遴用陳某為助理，則被告依上開地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例第 6 條規定，向縣議會提報助理人員名冊，憑以給付助理費用，雖非行使地方制度法第 36 條之議決縣規章、預算、縣議員提案事項及審議縣決算之審核報告等之縣議會之職權，仍為由其縣員身分所衍生之職務，此即為示例。

4、小結

另有以職務列等表為判斷基準之看法，即指組織法所定之職權、編制及職等，其表格化後即成為公務員職列等表，而不在此列等表範圍者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，自非刑法上之公務員。然職務列等中其機關組織之執掌與權限，通常僅選擇少數人員加以明定，且業務範圍多為抽象表述，如工務局係掌理都市計畫、道路工程、土木工程…，及其他有關工務之事項。與上述職務列等，恐無法對應，故其法定權限之內容，恐無法適用。如最高法院 97 年台上字第 706 號刑事判決：「……本件原判決雖認定上訴人係台北市政府社會局所屬台北市殯葬管理處第二殯儀館火葬場之技工，執行火葬場排爐、撿骨（前場）、操作焚化爐（後場）等火葬作業，為

[53] 刑泰釗，貪污治罪條例圖利罪構成要件解析，屏東地檢署編印，頁 27，2009 年 4 月。

公務員等情。然稽之案內資料，台北市殯葬管理處第二殯儀館火葬場係由台北市政府於六十年興建啟用迄今，並自行經營管理，此有該管理處九十六年七月二日北市宇三字第〇九六三〇四八六二〇〇號函可考（見原審卷第十七頁）。究竟該台北市殯葬管理處第二殯儀館火葬場設置之準據法令及其機關屬性如何？上訴人係依何種法令任用擔任技工，其『法定職務權限』為何？所執行之火葬場排爐、撿骨（前場）、操作焚化爐（後場）等火葬作業，是否即為法定職務權限內之事務？此與判斷上訴人是否該當於現行刑法第十條第二項第一款（前、後段）規定之公務員，至有關係。原判決依據上訴人行為後之九十一年七月十七日公布、同月十九日施行之「殯葬管理條例」第七條之規定為說明，已不相適合（見原判決理由三），復未就刑法修正前、後公務員定義之適用區別及上開各項疑點，詳為調查研析，深入探究，為必要之說明，遽認上訴人為該第二殯儀館火葬場技工，乃依法令從事公務之人員，應逕依修正後關於公務員之狹義概念為適用云云，即難謂無適用法則不當之違法」。認為職務列等無法單獨為例證，仍應審酌其法定職務權限為宜。

二、　授權公務員：

（一）定義

刑法第 10 條第 2 項第 1 款之後段，有關「其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者」，可稱為授權公務員類型。其立法理由認為「雖非服務於國家、地方自治團體所屬機關，惟係其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者」應視為刑法上之公務員。所謂依「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，應視為刑法上之公務員，如依水利法及農田水利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。另如依政府採購法規定之各公私立學校、公營事業之承辦、監辦採購之人，亦屬之，此例係前述之「授權公務員」。

國立政治大學 National Chengchi University

（二）限制條件

1、公共事務

所謂公共事務應不論其事權，而以公權力之行使之事項有關即是。蓋此類人員雖未服務於國家或地方自治團體等，惟其依法令負有處理公共事務之權限，即涉及公權力之行使，故應負有相對之義務。

2、公權力介入

涉及公共事務外，其所行使之行為應代表國家公行政行為，而排除私經濟行為。如台灣高等法院 95 年矚上訴字第 1 號判決認為：「……學理上稱為『授權公務員』，係指依法令授權而從事於公共事務且具有法定職務權限之人員。是除須具有法令授權之依據外，尚須從事於公共事務，所謂公共事務，如以政府行為作用之法律型態區分，可分為公權力行為及私經濟行為。公權力行為指國家居於統治主體適用公法規定所為之各種行為，私經濟行為，則指國家非居於統治權地位，而係居於與私人相當之法律地位，在私法支配下所為之各種行為。國家公行政之行為，除私經濟行為外，均宜認其屬於公權力之範圍。……」且最高法院 96 年台上字第 6032 號判決，亦有相同看法，故實務上判決採此一立場。惟有以公權力介入之時點加以判別者，如臺灣高等法院高雄分院 96 年上更一字第 11 號判決：「依政府採購法第 74 條、第 75 條第 1 項第 1 款、第 76 條、第 83 條…等規定，可見立法政策係採政府機關之招標、審標、決標等訂約前之作為為執行公權力之行為，以異議、申訴程序救濟，申訴審議判斷視同訴願決定。訂約後之履約、驗收等爭議，則以調解或仲裁程序解決，即屬私經濟行為事項。……兼辦採購事務人員，所為行為係屬私經濟行為事項，即非屬刑法第 10 條第 1 項第 1 款後段之授權公務員」之看法。

三、委託公務員：

（一）定義：

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。」此可稱為委託類型公務員。其與前二項不同者在於是否具有「法定權限」之限制而已，故由構成要件可推知其範圍較前二者廣。「委託公務員」因受託人得於其授權範圍內，行使公務上之權力，並考量其涉及與民眾權利、義務之相關事宜，而參照本條例第 2 條及國賠法第 4 條第 1 項之規定，增訂之。

（二）限制條件

1、行政主體地位

委託公務員是否必須取得行政主體地位於實務上有二種見解，如最高法院 96 年台上字第 1765 號判決認為：「貪污治罪條例第 2 條所指受公務機關委託承辦公務之人，係謂其受委託承辦者，必為該機關職掌公共事務（公權力）範圍內之公務，…而所承辦者僅係在行政機關指示下，協助該機關處理行政事務，性質上僅為機關之輔助人力，並非獨立官署或具有自主之地位，尚難認係受公務機關委託從事公務之人員。」其二為保留立場者，係不區分行政主體地位，而區別行政委託與行政助手之概念，而單純討論其委託事務是否具有公權力。如最高法院 96 年台上字第 799 號判決認為，金融機構單純受託，而非行為公權力徵收稅款，僅協助行政事務性質。

2、限於行使公權力

同前述，較無爭議之處在於受委託者必須執行公權力，否則不認為具有公務員身分。而倘受任者非機關權力範圍之公共事務，其受委託人不因而享有公法上之權力，則排除其適用。

第二項 公務員身分認定

依前段所述，刑法上對於公務員之定義與分界，難免涉及其他政府與人民間之權力、義務，非僅以刑事與刑罰角度面對此一問題，以致也造成了學者的批評[54]。本條例經 95 年 5 月之修正後，關於犯罪主體部分，已單純化而將本條例之第 2 條後段較受爭議之「其受公務機關委託承辦公務之人，犯本條例之罪者，亦同」等用語，予之刪除，減少在適用上之疑慮，使得整部法律的適用，回歸於刑法上對公務員之定義，惟單以立法定義而言，其個別適用仍屬不易。

一、犯罪行為難以區別：

刑法中對於若干犯罪類型中行為主體之資格常加以限制，故要成立此一犯罪類型，必須具備有該法定行為主體之適格，方能成罪。故稱此一犯罪類型為「特別犯」或「身分犯」。至於未對犯罪主體限制之犯罪行為，則稱「一般犯」犯罪以不受行為者身分之影響為原則，故任何人犯罪，僅需具有責任能力，即應成立犯罪才是。以本條例為例，賄賂罪中之收受賄賂罪為身分犯，而無身分之人為共犯者，則依刑法第 31 條第 1 項之規定，仍以共犯論。是故，無身分者雖不能單獨犯身分犯罪，但若與具該身分之人共犯，仍得以該法制裁。然此對本條例適用時，即產生二問題，其一，本條例第 3 條規定：「與前條人員共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷」，與刑法第 31 條之適用產生疑問。第二，本條例亦有所謂不以身分構成犯罪之不純正身分犯之規定，則倘若有共犯，則產生問題，例如本條例第 7 條之規定。

二、貪污係屬身分犯罪？

[54] 見白忠志，論新刑法公務員定義變更後之影響，同前註 59，頁 20-24。

行為主體限制之部分不僅止於成立犯罪而已，更有以行為主體限制而成立加重或減輕要件之形式者。限定特定身分之人如公務員、仲裁人等之情形者，稱「純正身分犯」或「純正特別犯」，如公務員職務犯罪之各類型；而以特定身分犯罪而加重或減輕者，又稱為「不純正身分犯」或「不純正特別犯」[55]，例如刑法第 134 條：「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，加重其刑至二分之一。」之規定。又刑法第 31 條的規定，因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑，此即身分犯純正、不純正的法律基礎所在。例如公務員之配偶，並不具備公務員資格，卻藉此關係犯貪污瀆職之罪，雖不能論以貪污瀆職罪之正犯，但仍能論以共犯，得減輕其刑，此即為「不純正身分犯」的代表例。有關不純正身分犯常舉的實例則有刑法第 272 條之殺直系血親尊親屬罪而殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。據此，「身分犯」必須具備特定身分，才能觸犯的刑罰，如果不具特定身分，至多就是共犯，例外中的例外才會論為正犯。至於純正、不純正最大的區別在於，科刑程度的輕重或免除。同樣的罪名以殺人罪章來看，刑法第 271 條是基本刑度，第 272 條是加重其刑，第 273 條至第 276 條是相對的減刑規定。具備特定身分就以特定身分論罪科刑，此即刑法「罪刑法定主義」的原則所在。又有以「違法身分」與「責任身分」將不純正身分犯之概念取代，用以區分純正身分犯之構成刑罰之意義，亦即不純正身分犯在立法體例上存有基本構成要件之犯罪類型，且該類型犯罪，一般人均得犯之，是以，不純正身分犯僅具有加重或減輕之意義而已[56]。

---

[55] 此一分類係以其型態為區分，故各家學說之分類不盡相同，見柯耀程，公務員圖利罪及其參與關係之思辯，變動中的刑法思想，作者自發，頁 416 註釋 5，1999 年 9 月。

[56] 靳宗立，刑法之傳承與變革，五南圖書出版社，頁 245-246，2007 年 10 月初版。

三、爭議問題導致判斷不易

有關身分公務員之認定方面，其有爭議之類型即包含軍職人員、類軍職人員，如替代役、公立學校教師及公立醫院醫師等。而授權公務員部分，亦因公共事務範圍多，無統一標準，且授權範圍不易界定等產生爭議。而委託公務員更是不易釐清，如委託方式、委託者之行政主體地位及受託人之公權力行使範圍究竟何？或單純為行政助手地位等，其判斷確實不易。

四、小結：

在貪污型態日益精進之同時，其共犯之關係與結構變得十分複雜，而此無疑突顯了現行共犯理論之不足，而刑法本身對於此一問題尚無有效之解決方法，而本條例又有身分與共犯相關問題產生，實應避免圖增困擾[57]。

第三項 適用問題

第一款 公務員之適用--刑法第 10 條第 2 項

本條例第二條規定：「公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷。」是故，除限定公務員為犯罪主體外，對「公務員」一詞，並無認定。想當然而，刑法中有公務員之定義，故須就刑法上之規定加以檢視。但亦因如此，新刑法對公務員之定義也連帶影響了本條例之適用。

就刑法之發展過程而言，係由「身分刑法」轉向「職務刑法」之形態，故公務員之概念上，遂有「身分公務員」與「職務公務員」的概念區別[58]，

[57] 謝瑤偉，同前註 126，頁 60-62。
[58] 吳曉婷，圖利罪之研究，台北大學法律學研究所，碩士論文，頁 32，2006 年 1 月。

而修正前之刑法中規定：「稱公務員，謂依法令從事於公務之人員」即採職務公務員之概念。反之，身分公務員即指在經國家考試並一定程序任用者，稱之。而不論身分公務員或職務公務員，在實務上對於認定公務員之界限仍無所遵循[59]。據此，雖有進一步針對身分犯為犯罪主體之區別者[60]，論述其構成犯罪要素或刑之加減要素者，然仍有未盡之處[61]。

本條例經修正後對於犯罪主體之認定係由刑法第 10 條第 2 項規定而適用，故新修正關於公務員之內容亦連帶適用於本條例，而猶如前述，公務員身分影響到犯罪成立與加重減輕之條件，其認定範圍當然更顯重要，是故，實務上在此一認定問題仍有許多爭議，例如最高法院 97 年台上字第 1429 號判決認為：「新修正之刑法公務員可將其區分為『身分公務員』（第 1 款前段）、『授權公務員』（第 1 款後段）、以及『委託公務員』等，惟修正後刑法上公務員之概念及其定義，較之修法前，有擴張亦有限縮。因此，公立學校教師之教學行為，得否認屬現行刑法第 10 條第 2 項第 1 款所稱之『法定職務權限』之行為，而認其為現行刑法所規定之公務員？非無疑義。」又如最高法院 96 年台上字第 5853 號判決：「…至營造物機關對所屬成員之指揮監督，則屬職務上之指示權限。修正刑法第十條第二項第一款前段所定『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，即學理上所稱之身分公務員。…依原判決理由…已列明被告等依照台北自來水事業處組織規程第八條規定之職務權限內容，自屬上揭條文所指具有法定職務權限之人。然原判決並未就上引自來水法之規定，以及本件公營造物機關設置目的與其對外利用關係之規章內容等項，詳為研析，深入探究被告等依法令所服務之機關是否全然與公權

[59] 白忠志，論新刑法公務員定義變更後之影響，士林地院檢察署 96 年度研究發展項目研究報告頁 8，2008 年 3 月。
[60] 白忠志，論新刑法公務員定義變更後之影響，同前註 59，頁 11-12。
[61] 候寬仁，最新修正刑法上公務員概念之討論，同前註 52，頁 215-217，2005 年 6 月。

力之行使無涉，徒以：台北自來水事業處雖屬公營事業機構，被告等所從事之業務，並非公權力之行使，不具刑法所稱公務員身分等由，據為論斷，自尚欠允洽。」等等[62]，準此，對於本條例犯罪主體之適用，仍有待釐清。

第二款 公務員認定不易原因

第一目 修正理由觀察

修正前刑法對公務員之定義本來就有爭議，即如修正理由所述：「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，…。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？實難理解，…。」因此，造成認定上困難的舊刑法條文，已予以修正，而其真正原因在於二點，其一，刑法為罪刑法定，一旦在適用時，若無每一位審判之法官，皆可套用之標準，則難免爭議。其二，疑似具有身分之人，因刑罰之追訴，無不設法找出爭點，並能期望脫離刑法入罪或加重，導致必成為審判期間之攻防爭點。

為求慎重，因「公務員在刑法所扮演之角色，有時為犯罪主體，有時為犯罪客體，為避免因具有公務員身分，未區別其從事職務之種類，即課予刑事責任，而有不當擴大刑罰權之情形」，而轉而謹慎面對此一課題，確實可貴，然較弔詭之處在於，既肯認其具有公務員身分，又何須區別其從事職務之種類，此豈非違反刑罪法定？

[62] 另可參考對刑法修正後之公務員身分較有爭之判決如：最高法院 96 年台上字第 2717 號判決、95 年台上字第 6324 號判決等。

第二目 公務員無統一法典適用

我國迄今尚無統一之公務員法典，各法律對公務員概念之界定亦未必一致，以《國家賠償法》之角度而言，採最廣義之公務員定義，即「依法令從事公務員之人員」，而《公務員任用法》又嚴格限縮，導致行政法規與刑事法規對公務員之認定差異大。惟因其得以刑法第 10 條第 2 項對公務員之修正已成事實，即便仍有諸多改進之空間，但現行所面對的問題仍必須採妥適解決之道。撇開刑法之適用問題，針對本條例之適用而言，所面臨的是較刑法高出許多的刑度，更應審慎面對。而究竟何種界定方式或基準較為妥適?本文以為，應同前所述，就目前之條文來檢討，「公權力」之有無，得為判斷之基準[63]，再加以犯罪行為當時之主、客觀對其身分之認定。以本條例第 4 條第 2 項第 5 款為例，對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂之人，必定握有某一公權力，而此時，主觀上認為可以掌握此一權力，得以左右其成敗之關鍵，而客觀上行賄之人亦認同此時該人員俱有此一特性，才有行賄。再以修正理由適例，不論公股是否過半，其公司有無公權力之行使即為先決要件，而不再討論其法人之地位，排除其為刑法上之公務員應為妥適。至於公權力之定義及公權力作用性質之機關或可以「國家居於統治主體的地位適用公法規定，可以對人民下令、禁止、

[63] 最高法院 84 年台上字第 5755 號判決要旨：「貪污治罪條例第二條後段所定受公務機關委託承辦公務之人犯該條例之罪者，亦依該條例處斷。於茲所謂：『受公務機關委託承辦公務之人』，係指公務機關所委託承辦者，為該機關本身權力範圍內之公務，受任人因而享有公務上之職權及權力主體身分，於其受任之範圍內行使公務主體之權力而言. 如非委託機關本身權力範圍內之公務，而係基於私法上關係所生之債權、債務，殊與貪污治罪條例第 2 條後段所稱之『受公務機關委託承辦公務』者不同，要無該條之適用」。最高法院 92 年台上字第 2987 號判例要旨：「貪污治罪條例第 2 條後段所稱受公務機關委託承辦公務之人員，並不以直接與公務機關簽訂委託契約對之人員為限，此觀該條係規定『受公務機關委託承辦公務之人員』，並非規定『直接受公務機關委託承辦公務之人員』自明，故受託處理公務之人員再與他人訂約，將其所受委託之公務，再委託他人辦理，該間接受託之人員，於辦理該項公務與原來之公務員有同一之職權時，即係受公務機關委託承辦公務之人，不能因係間接受託之故，將其受託承辦之公務，認為非受託之公務，而視為一般業務。至受公務機關委託承辦公務之人，法律上並無須直接與公務機關簽訂委託契約之限制，間接輾轉委任，亦同；又受委託承辦公務之人，亦不以專職辦理受託公權力事項為限，亦包括兼辦該項委託公務之人員。」而針對間接委託仍視為具有公權力之行使而有適用。最高法院 91 年台上字第 2361 號亦同。

確認或形成的各種作用」此一性質[64]，凡此，公務員之認定問題，應推論其存有適用之準則。

第三目 小結

本條例對於公務員之適用，與刑法已趨於一致性，而刑法第 10 條第 2 項第 1 款之仍有爭議者，係依法令之性質如何？公權力如何判斷？機關屬性及分類依據等。再者，民意代表為刑法上之公務員[65]，而處理民眾關說、請託係本於職務之特性，且其對公務員亦有某種程度上監督之權，其身分性質特殊，其檢視之標準該如何界定?學理上有以職務行為不法對價、違背法令或私人獲取不法利益三特徵為基準[66]，可茲參考。值得注意的是，實際上對於此三者之舉證，有相當之困難。例如，關說而給予壓力是否等同違背法令?倘合於職權之督促，則舉證上確實產生困難。又不法對價常因雙方涉案而有同舟一命之情感，經常無法於偵查中獲有證據，因為給予議會期間之審查及質詢或預算之護行是否有對價?此為這類型犯罪之必然現象，故本文以為，較為妥適的方式應另訂法律規範，以免形成規範上之漏洞。

關於貪污之防制問題，世界各國皆以擴大認定範圍為趨勢[67]，是以，擴大其範圍並非問題所在，不能僅以所犯之刑過重[68]，即予以限縮，尤其私人機構尚有侵占及背信之可能，何況我國國營、公股事業仍不在少數，單純限制公務員之範圍無繼於事，就本條例而言，應針對於公務員之界定

[64] 白忠志，論新刑法公務員定義變更後之影響，同前註 59，頁 37。
[65] 大法官釋字第 42 號解釋、院解字第 3041 號。
[66] 許玉秀，貪污罪-廣義的公務員圖利罪-，台灣本土法學雜誌，36 期，頁 205，2002 年 7 月。
[67] 許玉秀，公務員概念的立法定義—第 16 次修正刑法檢討，新修正刑法論文集，司法院發行，頁 92-96，2006 年 12 月初版。
[68] 許玉秀，公務員概念的立法定義—第 16 次修正刑法檢討，同前註 67，頁 117。

應更為明確，除盡可能擴大對貪污之公務員身分之認定範圍外，甚而或可採正面列舉方式或不以公務員為犯罪主體，抑或直接規範公務員之範圍及種類，以杜爭議才是。

第四項 無身分之犯罪主體

第一款 貪污行為對非公務員犯罪之適用

第一目 非公務員之適用

本條例第 3 條規定，係將非具有公務員身分之犯罪行為人納入本條例所規範，故曰非公務員之適用。而稱身分，乃示特定關係之一例，係專指屬於行為人主體所具有之特定資格，如公務員。或其他特定關係，則指身分外之一切具有人的關係之特殊地位或狀態，如持有關係等[69]。

一、共犯判別問題：

本條例與刑法發生職務犯罪行為之競合關係，主因於公務員所為之行為具有雙重特別犯之關係，亦即貪污與職務違背二種犯罪之關係。此種手段與目的之牽連關係之判斷，較近似於對價關係之判別[70]，而之於非公務員之適用本條例，見於本條例第 3 條相關規定，限於共犯本條例而有適用，是以，如對於身分與職務違背加以切割後，很可能就產生無法可罰之情形

[69] 陳樸生、洪福增，刑法總則，五南出版社，頁 270，2001 年 6 月，初版 8 刷。

[70] 是否具有相當對價關係，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係以及賄賂之種類，價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，即如最高法院 84 年台上字第 1 號判例：「貪污治罪條例第五條第一項第三款之對於職務上之行為收受賄賂罪，祇須所收受之金錢或財物與其職務有相當對價關係，即已成立，且包括假借餽贈等各種名義之變相給付在內。又是否具有相當對價關係，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，不可僅以交付之財物名義為贈與或政治獻金，即謂與職務無關而無對價關係。」

[71]，如果公務員以非公務員身分之妻子、助理、女友等等，進行受賄行為，而若無法證明其間之相當對價關係，則無法針對實際貪污之公務員本身加以論罪。再者，無公務員身分之共犯，本有刑法第 31 條第 2 項之適用，卻因本條例第 3 條之存在而被排除，產生困擾，因共犯之涉入，情節之輕重，應如何判定?畢竟，在幫助立場之共犯，論以主謀者同罪，亦難以服眾，而如何符合比例原則?

二、貪污犯罪常有共犯：

不僅上述此一情形容易發生法律漏洞，就實務上[72]對於貪污、行賄等犯罪多以非公務員而為共犯之態樣居多，甚至於非公務員亦有可能假借相關公務員之名義而違法、貪污，是故，非公務員之適用本條例對於本條例第 1 條之立法目的完全消失殆盡。此觀廠商送回扣之情形，既不肯認其行賄，亦不認定其為被害人，此與一般人之價值判斷有違[73]。準此，非公務員而適用本條例之情形，產生有矛盾，而適切的解決之道，端看立法者對於貪污之刑事政策所採取之走向。

三、小結：

[71] 以最高法院 88 年台上字第 3633 號判決要旨為例:「貪污治罪條例第六條第一項第四款（修正 前戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款）所規定之公務員對於主管或監督之事務，直接或接間圖利罪，固不以公務員圖利自己為限，並包括圖其僚私人不法之利益在內。惟該罪係身分犯，無身分者與之共犯，必該無身分者與該公務員聚合，朝同一目標，共同圖利該公務員、或共同圖利該無身分者以外之其他第三人，始克相當；倘公務員圖利之對象即該無身分者，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。此觀無身分者，對於公務員關於職務上之行為、或違背職務之行為賄賂，公務員因而對之為『圖利』行為時，職務上行為賄賂僅處罰公務員，違背職務行為賄賂，行賄者與受賄者則分設不同之處罰條文，該無身分者，均不與該公務員論以共同正犯自明」。

[72] 見最高法院 95 年台上字第 4211 號判決、93 年台上字第 2081 號判決、88 年台上字第 3633 號判決等，經常以非公務員為犯罪之主體或是所謂白手套之關係人之貪污、行賄犯罪，借以逃避法律制裁手段者，為常態。換言之，很少有公務員自己實施本條例之罪而不假他人。

[73] 最高法院 93 年台上字第 5421 號判例：「公務員經辦公用工程，收取回扣罪，其交付回扣之人縱係對公務員職務上之行為為之，不成立交付回扣罪，但此種玷辱公務員應公正廉潔執行職務之違背公序良俗行為，自不在法律保護範圍之內，倘猶認其屬被害人，豈非變相鼓勵貪污?自與制定貪污治罪條例旨在嚴懲貪污，澄清吏治之立法本旨有違。是以對公務員經辦公用工程，交付回扣之人，不能認屬被害人，其所交付之回扣應予沒收，不得發還。」

本文以為，在整個貪污的過程中，涉入之人必定多且雜，包含公務員、商人、民意代表、白手套等中間人，如欲防範貪污犯行，則應針對此等，加以規範，加強其防貪之目的，而排除僅規範公務員適用之情形，即可達此目的。

第二目 貪污行為之共犯—配偶、未成年子女

有關本條第 3 條之規定：「與前條人員共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷」之規定，就文義上而言，無公務員身分而為教唆、幫助者，無刑法第 29 條、第 30 條之適用，亦即排除刑法對於教唆、幫助之規定，而應直接論以本條例之罪責，然幫助犯與正犯同一罪，即便有刑法第 31 條第 1 項之適用，但仍不免產生爭議。

關於現行刑法對於正犯與共犯之區別大致可分為二種方式，即所謂「限制正犯」與「擴張正犯」二種，而所謂「限制正犯」係指正犯應親自實施該當構成要件行為者，實屬之。換言之，共犯在限制正犯之概念下即非親自實施犯罪構成要件行為而實現其結果者，根據此一性質可知，正犯與共犯在本質上有所差異，其次，對於此一原則下，有將間接正犯納入正犯之範圍中之立場[74]，反之，在擴張正犯之概念底下則無法將間接正犯納入正犯之情形，以致，認為正犯與共犯並無區別，僅實定法上之規定有所差別而已。倘以實行「犯罪行為」為前提所立之刑法，而以擴張正犯之概念而為認定正犯、共犯時，相對有違刑法罪刑法定體系之嫌，故而應加以肯認新刑法在正犯、共犯區別之立場係限制正犯概念。

本條例於第 6-1 條中，於偵查貪污犯罪時，公務員本人及配偶、未成年子女涉有犯罪時，其後三年任一年間財產總額增加超過最近一年度中合併申報之綜合所得時，得付予說明之義務。此時，公務員之配偶、未成年

[74] 陳子平，新刑法總則之理論基礎-正犯與共犯，月旦法學雜誌，135 期，頁 173，2006 年 8 月。

子女視為有犯罪嫌疑。就前段所述，新刑法對於正犯之認定限制，則公務員之配偶、未成年子女除非有證據證明及為共犯，否則不應認定為犯罪主體而加以規範。

第三目 學說

本條例在犯罪主體之規範上有若干疑問，首先，觀第 2 條之犯罪主體之條文內容及第 1 條之立法意旨可知，公務員屬本條例所規範之主體，但倘若貪瀆所侵害之法益係國家公權及國家財產損失，則本屬親手犯之特性，不可能有其他非公務員為正犯之可能，則此等條文豈非虛設?再者，第 3 條之構成要件係僅以「共犯」一詞帶過，而如果真有與公務員共犯之人，則又如何共同實施?換言之，僅以教唆、幫助而共同實施犯罪，就論以同罪，明顯過度評價。是故，即便上述法條間就有體系上相互矛盾之情形下，只好限縮其認定範圍，而就「共同正犯」之條件下始肯認非公務員有本條例之適用。

學說上對於共同正犯之本質相互對立之見解被歸納為二種，即「犯罪共同說」與「行為共同說」，分述如下[75]：

一、「犯罪共同說」：

此說以為，共同正犯係指數人共同實行特定之犯罪而言，即共同正犯係共同實行一定犯罪基本要件之事實者。而將共同正犯解釋為「數人共犯一罪」，而稱「犯罪之共同」。

二、「行為共同說」：

共同正犯係指數人共同之行為而遂行各自之犯罪（數人共同犯數罪）。亦

[75] 陳子平，新刑法總則之理論基礎-正犯與共犯，同註 74，頁 176。

即，若將共同正犯視為個人之集合體，則此說係將共同正犯解為各共同者間之「個別性利用關係之行為」。

此外，亦有將刑法第 31 條第 1、2 項之共犯與身分加以分析歸納，與德、日之學說比較而得出其理論基礎，即共犯從屬性理論與共犯獨立性理論對立、共犯從屬性說，及以違法身分與責任身分而為解釋者，其無非就非身分犯參與犯罪之論罪加以檢討而已，亦即就刑法第 31 條第 1 項之立法技術應為共犯獨立性說無疑，惟其適用範圍並無包含共同正犯、教唆犯或幫助犯。故而，以違法身分與責任身分而為解釋者，較受肯定。換言之，第 31 條第 1 項當指純正身分犯類型，無身分者原無論罪之餘地，然因共同實行則有連帶作用，仍以共犯論之，亦具有可罰性。相對於第 2 項而言，指為不純正身分犯之類型，此一刑罰加減或免除事由，依個人原則，並不影響無特定關係之共犯，仍科以通常之刑[76]。

第四目 實務

有關正犯與共犯之問題，實務上著墨頗多，係因概念上不易描述與區分，故而各見解皆有其論點，就區別本條例之正犯與共犯問題亦如此。故而由實務上之見解或可見端倪。大理院統字第 893 號：「有共同之犯意仍為共同實施犯罪行為之正犯、第 869 號：「替人向強盜說項而分得贓物者應以正犯論」、第 650 號：「代盜搖船臨時並未實施強盜行為不能謂為共同正犯」、第 499 號：「受寄漏稅物或違禁物並將原物變更因而獲利者前者不構成刑律上之犯罪後者應以販運違禁物之共同正犯」、第 443 號：「共同實施犯罪行為應以共同正犯論唯行為有輕重之別則處刑亦自有伸縮之餘地」等，以及第 1157 號：「正犯既無正條可科即無事前幫助從犯之可

[76] 余振華，共犯與身分之比較法考察，「刑法深思、深思刑法」，頁 323-327，自刊本，2005 年初版。

言」。綜上述案例之種類及見解觀之，正犯與共犯本為刑法上之一大難題，何況本條例較刑法處罰為重，不可不慎。又司法院院解字第 2522 號：「刑法第三十一條第一項規定，係指因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助之人，雖無特定關係，仍應按共犯之例論處而言，該項犯罪既係因特定關係而成立，並非因特定關係致刑有重輕，其無特定關係之共犯，祇能依該罪所定之刑科處，別無所謂通常之刑，自無適用同條第二項之餘地。禁煙禁毒治罪暫行條例第十三條第一項之包庇罪，係因公務員身分而成立之罪，普通人民幫助公務員抽收煙燈捐包庇煙犯，關於包庇行為，依刑法第三十一條第一項及第三十條，應即適用禁煙禁毒治罪暫行條例第十三條第一項論處，如正犯公務員原有禁煙職責，其抽收煙燈捐原屬收受賄賂性質，即係公務員對於主管或監督事務圖利，依上述刑法之規定，該幫助犯應又成立懲治貪污暫行條例第三條第一項第二款之罪，並應依刑法第五十五條從一重處斷。」，同前，司法院院解字第 2354 號：「非公務員與公務員共同收受賄賂，而縱容他人吸食鴉片，依刑法第三十一條第一項應成立禁煙禁毒治罪暫行條例第十三條第一項之共同正犯，依同條例第二十二條第一項規定，應由有軍法職權之機關審判」。此點係判斷無身分者，與有身分之公務員共同實施該犯罪之行為者，有成立該罪之依據，惟共同正犯之判別，即產生爭議。

以前述之共同正犯學說之論點而言，以往實務見解如大法官釋字第 109 號，係採「共同意思主體說」，其理由在於「共同犯意」與「參與犯罪」二者，對其全部行為所發生之結果，負其責任。另可參見最高法院院字第 2404 號解釋，亦有相同旨趣。是故，共同犯意與參與犯罪之行為是目前採行之判別依據。就刑法本身而言，對共犯問題尚未有效解決，而觀本條例之特殊立法方式，勢必產生更多衝突與爭論。

第五目 小結

觀本條例第 3 條規定，就文義上觀之，恐對無公務員身分而為教唆、幫助者，無刑法第 29、30 條之適用，易造成誤解，應儘量避免產生爭議。而就無身分者參與身分犯罪時，應有三種情形[77]：

一、共同正犯中之一人或數人有此身分時，對於無身分之他共同正犯者之影響。

二、正犯者有此身分時，於無身分之教唆或幫助者之影響。

三、教唆或幫助者有此身分者，對於無身分之正犯之影響。

共犯問題之理論與實務其實並未有統合之說法，例如：最高法院 76 年台上字第 7210 號判例要旨：「……司法院大法官會議釋憲第 109 號解釋，『以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分之人實施犯罪之行為者，均為共同正犯』之意旨，雖明示將『同謀共同正犯』與『實施共同正犯』併包括於刑法總則第 28 條之『正犯』之中，但此與規定於刑法分則或刑法特別法中之結夥犯罪，其態樣並非一致」，又相對於「若二人謀議犯罪而推由一人實施者，雖有犯意聯絡，行為分擔而應以共同正犯論，但並非結夥犯」[78]，貪污犯罪之態樣又豈是單純而容易認定，是以，共同正犯之認定，仍有其要件得以衡諸，以致目前實務上對於共犯之認定皆以犯意聯絡而共同實行即加以論罪，事實上刑法第 31 條 1、2 項之適用已有爭議，更何況本條例又列有共犯之適用，是以，本條例在法定刑較刑法高出許多之情形下，本條例對於共犯之適用範圍，不可謂不廣，以致整肅官箴之目的，似乎被模糊了焦點。雖執法者對於貪污欲予以嚴懲，然也造成了學理與實務的衝突。欲解決此一爭議，應認識「……共犯的刑法規

[77] 陳樸生、洪福增，同前註 69，頁 271。
[78] 最高法院 73 年台上字第 3246 號判決。

定一樣，解決問題的釜底抽薪之道就是，廢除全部關於共犯的規定」[79]，以正犯之觀點檢驗其行為是否適格，包含其配偶、未成年子女等，如此本條例之共犯問題亦得一併解決。

第二款 本條例第 15 條之適用

有關本條例之第 15 條：「明知因犯第 4 條至第 6 條之罪所得之財物，故為收受、搬運、隱匿寄藏或故買者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金」。其構成要件之內容上無法得知犯罪主體是否限定於公務員身分，亦於適用上產生困難。目前實務上有三種見解，分述如下：

一、否定說：

貪污治罪條例第 15 條之目的在於防止貪污所得追徵之困難，屬非身分犯，與同條例之第 4 至 6 條所規範之身分犯罪，其保護法益並不相同，故本罪不限定其犯罪主體之身分[80]。

二、肯定說：

肯定說又分二部分來看，即收受賄賂所保護之法益係公務員執行職務之公正性，而贓物罪之本質係以財產法益為限，故一般人無本條例之適用。又本於罪刑法定主義，如欲罰之對象不同，應予明定，觀同條例第 11 條第 2 項及第 16 條第 3 項自明，是以，本條並無規定犯罪主體，應係立法者有意之省略，據此，不應處罰非公務員而犯本條者[81]。

---

[79] 黃榮堅，共犯與身分，刑事思潮之奔騰-韓忠謨教授紀念論文集，韓忠謨教授法學基金會，頁 226，2000 年 6 月初版。

[80] 最高法院 87 年台上字第 931 號判決。

[81] 姜仁修，貪污治罪條例之釋義，台灣高等法院檢察署印行，頁 71，2001 年 6 月 30 日。轉引自

三、　折衷說：

本條例中，第 4 至 6 條所規範者，除侵害國家法益外，同時亦侵害了財產法益，故該犯罪所得之物，應認定為贓物，另外，有關賄賂罪所保護之法益，係公務員之職務公正性，其所得財物則非贓物。故而理論上，應採肯定說為宜，然未免爭議，仍應明文規定較妥[82]。

以本文觀點論之，各論點係以法益保護之目的為出發點，而判定本條之適用範圍，然其爭點且無法自圓其說之處在於倘若採無身分而有適用，則體系上無法說明本條例之第 2、3 條存在之意義，而若採限定身分犯之論點則明顯違反罪刑法定原則及法益保護之衝突，實屬兩難。就刑法第 349 條第 2 項之寄藏贓物罪言，主要保護法益乃財產上之權利，而以本條例之規範保體系而言，乃公務員執行職務之公正性與不可買收性，二者差異甚大[83]。惟就本條例之立法目的和嚴懲貪污之功能考量下，應採非身分犯亦有適用較能符合原意。換言之，既無法清楚交代本條例之保護法益及目的之考量下，應先以立法原意及目的、功能等，加以審視及適用，至於非公務員為犯罪主體之適用，應針對本條例之第 2、3 條加以修正，予以明文，較有實質助益。

第二節 本條例之適用規範關係不明

法律為社會之規範，目的在於維持社會及人的秩序、發展，而因應人類相互間共同之生活需求，必然產生了相因應的法律，且各具有其特殊之

邢泰釗，就我國實務運作觀點，評現行貪污治罪條例，月旦法學雜誌，94 期，頁 12，2003 年 3 月。

[82] 王聖惠，貪污犯罪之實務研究，基隆地方法院報告，頁 316，1989 年 6 月。轉引自邢泰釗，就我國實務運作觀點，評現行貪污治罪條例，月旦法學雜誌，94 期，頁 12，2003 年 3 月。

[83] 最高法院 97 年台上字第 6830 號判決。

目的與內容。如隨著工業化及資訊化發展，環境有了變化，而有了環保、資訊相關法規，生活條件與日增進，民主和人權之演進，產生有憲法為保障人類生存的價值，此即法律的社會目的，而法律目的與社會現象產生變化之結果，則相關之法律運作就有若干問題，本條例亦不例外。直言之，刑法攸關國家人民間之重要權利、義務，而若多以特別刑法立法，則刑法自然被逐漸排除適用，則長期發展之刑法法理，將因之動搖。

以圖利罪與受賄罪為比較，在刑法之職務圖利犯罪形態中，採特別規定排斥普通規定（Lex specialis derogat legi generali）之適用原則，亦即同樣獲有不法利益，但以受賄罪為適用，於通說上並非全無疑義[84]。其原因在於，圖利罪並非公務員瀆職犯罪之次位適用性質，與其他之瀆職罪之主、客觀要件要求均有差異。如實務上，受賄之行為主體與職務間應具有對價關係，而行賄者與受賄人有對向關係，如最高法院 70 年台上字第 1186 號判例：「刑法上之收受賄賂罪，以他人有行求賄賂之事實為前提，若他人所交付之物並非基於行賄意思，則其物即非賄賂，自無收受賄賂之可言。故賄賂之不法報酬必須與公務員之職務行為或違背職務行為具有一定之對價關係，苟非關於職務行為或違背職務行為之報酬，即不得謂為賄賂。」可茲為證。又圖利罪之行為並未要求相互對價之要件，僅係以職務上取得不法利益之單方面行為，故而於二者如何適用特別規定與普通規定之關係?

承前述，因本條例之存在，以致刑法第 131 條之圖利罪並無適用之餘地，而本條例之第 6 條第 2 項訂有未遂之處罰，故造成圖私人之利益時，處罰未遂，有本條例之適用，對於非圖利私人之瀆職行為，始有刑法之適

[84] 柯耀程，圖利罪修正與法律適用問題分析（上），月旦法學雜誌，頁 205，2002 年 1 月。

用[85]，故而其適用關係難以分明，此誠然因對於特別刑法認識之謬誤以致。據此，有必要加以理解才是。

第一項 普通刑法與特別刑法之意義與關係

一、 意義與區別：

刑法規定犯罪類型及其法律效果。原則上，對於主要的刑事實體法是普通刑法。普通刑法之外，還有特別刑法與附屬刑法。普通刑法包括總則與分則，總則規定各犯罪類型的原理原則；分則規定各個犯罪類型，吾人所謂之刑法，是指普通刑法，亦稱做核心刑法。而所謂特別刑法，通常的情況是（略有例外）普通刑法已有規定的事項，重複規定於一個獨立的法典而特別刑法的條文都很少。主要的特別刑法包括有陸海空軍刑法、洗錢防制法、貪污治罪條例、懲治走私條例（普通刑法沒有相同的規定）、毒品危害防制條例、槍砲彈藥刀械管制條例、組織犯罪防制條例等，依其外觀及存在之形式檢視，故而無普通刑法即無特別刑法。

二、 依存關係：

又刑法就其適用對象與範圍之不同，以及適用之優先順序，而有普通刑法與特別刑法之區分，而普通刑法係指適用於一般人或一般刑事案件或平時普及於全國之常典，故屬一般性與經久性之原則刑法，此即普通刑法，反之，針對特定之人、事、時、地的特別需要而制定者，且限定有條件之適用者，屬特殊性或短暫性之例外刑法[86]，此即特別刑法之意義。是以，普通刑法與特別刑法之區分方法係依據其存在之特性即「針對性」以及「時效性」，加以區分，亦即所謂類似原則規定與但書規定之差別。而就其二者之區分，本應可輕易理解，惟本條例與普通刑法間構成要件相

[85] 柯耀程，圖利罪修正與法律適用問題分析（下），月旦法學雜誌，頁 118，2002 年 2 月。
[86] 林山田，刑法通論（上冊），作者自發，頁 30，2008 年 1 月，增訂十版 1 刷。

近，有些僅以刑度為區別，造成區分不易。

三、小結：

按普通刑法與特別刑法係對立而存在，故普通刑法與特別刑法之關係確立，應於針對立法技術上之區別即可，不宜並存二個不同之法律位階，以致於造成紊亂之刑事制裁法體系，換言之，普通刑法與特別刑法僅是形式上有所不同，例如存在的法典不同或規範範圍之不同，而除此之外，應視為同是刑事制裁法之角色，故有以去特別化而僅留附屬刑法狀態之看法[87]。本文以為，如同前述，除非刑法司法體系之一元化概念應有共識，而能認同特別刑法與普通刑法之地位相同，只是其各種條件形式之不同而已，否則不僅是本條例與普通刑法之爭議不易釐清，其他過多的特別刑法（亦包含附屬刑法）亦將遭遇衝突之考驗。

第二項 特別刑法與普通刑法之區別實益

現行認可之特別刑法與普通刑法存在與適用，並未有清楚之區別與界定。惟就肯認特別刑法有其適用效力之看法已然存在[88]。故而在此應加以區別之，就中央法規標準法第 16 條：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」是以，實務上公務員犯貪污瀆職罪者，優先適用本條例，然特別法與普通法係相對存在，無普通規定即無可能有特別規定。故普通法中已有規定，而對此種規定之事項，必須再以特典之形式予以重複規定者，始可稱特別法[89]，部分法規與其特別法雖不易混淆，表面上即可認識，然仍不乏問題發生之可能[90]，尤其在適用上，經常產生爭議。

---

[87] 林山田，同前註 86，頁 50。
[88] 請參見大法官釋字第 476、554 與 551 號解釋。
[89] 柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討，月旦法學雜誌，94 期，頁 48，2003 年 3 月。
[90] 最高法院釋字第 121 號。

特別法相對於普通法而存在的價值與目的在於同一事項所能適用之效力，亦即立法目的的有效規範，而特別法與普通法間之適用係基於特別法優先普通法之適用原則，換言之，如針對同一規範事項時，以特別法優先，而普通法則效力受到凍結。我國刑法本「罪刑法定主義」，刑法第一條即明示。據此，用以確認刑法理論及立法趨向均認為：「刑法之機能在積極創造文化，並非專事於消極的咎其既往。」且刑法典係就一般性之適用範圍設其規定，具有通常性、普通性，故不易隨時代之變化而及時修改，亦難為適應時代之需要而定其存廢，是一國之刑法，於刑法典外，尚有特別法之制定，此即特別法存在之目的[91]。既特別法為因應特別規範而專法制定，故特別刑法於制訂之初期，有其當然存在之功能，此自不待言。惟若無法區別二者時，其影響甚大。

現今存在之特別刑法與普通刑法區別之目的在於適用之優先選擇順序，而特別刑法之立法目的及內容應有其方向及範圍，並非任何特別事項皆應以特別方式立法，其內容應符合「目的正當性」、「手段必要性」及「限制之妥當性」[92]，尤其以刑事制裁為處罰之法律更應注意相對之基本人權，此即刑法立法原則中關於比例原則及過度禁止三原則之內涵[93]。惟實務上對於特別刑法之定義並無判別之原則，以致適用上仍無可依循。

第三項 刑法與特別刑法之適用

刑法之適用，不外乎應符合其基本原則，即包括罪刑法定原則、法治

[91] 陳樸生，特別刑法之特質與體系（一），軍法專刊，第 4 期第 9 卷，頁 5，1963 年 4 月。
[92] 大法官釋字第 551 號。
[93] 吳佶諭，從刑罰目的觀論刑罰裁量，中國文化大學法律研究所，碩士論文，頁 34-37，2008 年。

國原則、罪責原則與比例原則、慎刑原則與人道原則等刑法之主要原則。另外對於適用之犯罪之理論中之構成要件亦應符合，始有刑法之適用，此為基本之適用原理。而此一部分，理應對特別刑法有必然之拘束。暫且不論刑法與特別刑法是否容易區別，其形式上或構成要件用語，甚或刑度上總有差別，以致於適用上必須有所分別，此乃應然，否則司法功能即停止而不得用，亦隨之相關問題而產生。

一般而言，特別法優於普通法之適用原則，皆能明白其意義，而特別刑法優於普通刑法是否即此一原則之延伸，答案應是否定，因特別法與普通法之關係並非全然指特別刑法與普通刑法之關係，故無法等同論之[94]。特別刑法係依相對性而分類所得「在普通刑法之外，針對特定人、時、地或事項而制定之非常態刑法」，大致可分為二種類別，第一即主刑法以外之法典稱之。第二即除刑法以外之以刑罰為手段之法規，如附屬於行政法規中之刑罰條文即是。多數說為刑事單行法與附屬刑法之分類為主[95]。由廣義角度來看，以立法形式面分析附屬刑法係特別刑法之一，直言之，相較於中華民國刑法法典而言，除外之法條中有刑事制裁者，皆應屬之。而就統治行政面向而言，其實並無差別，原因在於管理者以較高、較痛苦之手段要求被管理者遵守部分之行為規範，以達管理之目的，則無論是否於刑法法典本文，就處罰結果觀之，其效果並無差別。惟當發生問題時，在適用選擇上，就會產生困難。

第一款 一般法律適用原則

法律應就具體發生之事實而檢驗其是否符合構成要件，並據此尋求其

[94] 李紹威，特別刑法與優先適用之效力，軍法專刊，第 46 卷第 11 期，頁 14，2000 年 11 月。
[95] 李紹威，特別刑法與優先適用之效力，同前註 94，頁 15。

適當之法律效果，惟社會生活所發生之事實，經常涉及多種法律之規範，就本條例而言，因法定刑較一般法條高，更衍生適用之問題，難有合理之評價。而法律之適用原則大致上歸納有二種，即一般原則與個別原則，其中所謂的一般原則係實體法之適用，而個別原則是針對各機關適用法律之程序原則。

所謂一般法律適用原則係各機關不論職權均應共同遵守之適法原則，即所謂的「特別法優於普通法」、「法律修正後之準用原則」、「後法優於前法原則」、「法規之暫停適用及停止或恢復適用之程序原則」、「一事不二罰」等。與本條例相競合之法條，可能產生爭議之處在於特別法優先原則及後法優於前法原則。故產生一行為同時犯二種特別刑法時，該如何適用之疑問?

第二款 特別刑法之適用

第一目 適用之法理[96]

特別刑法因係補充或加強普通刑法之法律，而在各種特別刑法中又因各種情境、條件有所差異，而彼此間又有相互交錯之規範內容，此亦即特別法之競合。法律之競合與犯罪競合並不相同，所謂犯罪之競合係指一個犯罪行為，同時具備二種以上名稱之法條的構成要件，因其係想像上競合之結果而從一重罪，故實質上仍屬數罪而非僅一罪。反之，法律競合則是行為僅具備一個犯罪構成要件，因法律上有二個以上之規定且有不同之處罰，故法官在審判時應選擇適用而為裁判，其在本質上僅係一罪而非數罪，故無從一重處之餘地。

[96] 陳煥生，刑事特別法實用，月旦出版社，頁 25-27，1997 年 7 月初版二刷。

第二目 適用選擇原則

一、特別法優於普通法：

依中央法規標準法第 16 條之規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」之內涵可知，若該法內涵為一般性原則而為立法之形式，則相對於特別規範之範圍和內容則為特別法規，而有優先適用。例如本條例第 4 條第 1 項第 5 款：「對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益」之於刑法第 122 條：「公務員或仲裁人對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂，或其他不正利益者，…」，而優先適用本條例之情形。

二、狹義法優於廣義法：

狹義法與廣義法競合時，狹義法優先適用。如刑法第 349 條、第 350 條為一般贓物罪之廣義法，懲治走私條例第 3 條運送、銷售或藏匿走私物是狹義法，二者競合時應優先適用懲治走私條例。

三、後法優於前法：

依中央法規標準法第 18 條規定：「各機關受理人民聲請許可案件適用法規時，除依其性質應適用行為時之法規外，如在處理程序終結前，據以准許之法規有變更者，適用新法規。但舊法規有利於當事人而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規」。如要塞堡壘地帶法係民國 20 年至 43 年經三次修正公布，其第 9 條對於非經許可在要塞堡壘地帶為測量、攝影、描繪、記述其內容者，有處罰。而在民國 40 年至 61 年修正公布施行之妨害軍機治罪條例第 8 條亦有相關規定，故妨害軍機治罪條例為公布施行較後之法律，故應為優先適用。惟刑事法規在適用此一原則時，仍須特別注意刑法第 2 條第 1 項之規定，以免有違刑法之法條、法理。

國立政治大學 National Chengchi University

四、重法優於輕法：

一般而言，就中央法規標準法第 16 條之解釋及於所謂法定刑較重而有優先適用, 如本條例第 4 條第 1 項第 5 款與刑法第 131 條之圖利罪二者, 即為顯例。

五、變態法優於常態法：

如敵前逃亡，在陸海空軍刑法第 93 條至 96 條與戰時軍律第 7 條均有規定，但因戰時軍律乃適應作戰時期需要而特別制定之變態法，故優先適用。

六、　全部法優於一部法：

如搶劫而故意殺人時，就搶劫之一部分行為，在懲治盜匪條例第 5 條第 1 項第 1 款有規定，而殺人部分又觸犯刑法第 271 條之罪。而在懲治盜匪條例第 2 條第 1 項第 6 款有對搶劫而故意殺人之全部行為有處罰，則不另適用刑法第 271 及懲治盜匪條例第 5 條第 1 項第 1 款即是。

國立政治大學 National Chengchi University

第三款 本條例之適用與競合

刑法之優先適用效力而言，有所謂「明顯適用較重處罰者」，如組織犯罪條例第 17 條，以及「刑法理論上的優先適用原則」，即「法條競合」（Gesetzeskonkurrenz）之理論，包括特別關係、補充關係、排斥關係及擇一關係等四種。

實務上對於特別刑法與普通刑法相互間所採取之原則大致可分為：特別法優於普通法原則、新法優於舊法原則、全部法優於一部法原則及重法

優於輕法原則，惟其共同點皆為刑重者優先而已[97]。就前述之特別法適用選擇之原則即中央法規標準法第 16 條之構成要件，無法分辨適用之準則，而二種不甚相關之特別法的立法有無前後可比較，此亦因加以釐清。其原因即在於特別刑法與附屬刑法究誰屬特別法?有無適用選擇基準或條件?如一行為同時有本條例與其他條文之構成要件合致，則如何適用?分述如下：

第一目 本條例與刑法瀆職罪之規範目的

一、瀆職罪章規範目的：

瀆職罪章之規範目的係公務員執行公務必須依據法律與命令之規定，以忠誠、廉潔且公正地執行職務，故瀆職罪章之各罪係針對公務員違法失職或濫權行為中具有較高不法內涵者，所規範之立法，所以本質上就是規範公務上之犯罪。惟有二種例外之犯罪行為亦規範在該罪章中，即所謂違背職務之行賄罪與非公務員洩漏或交付國防以外秘密罪，此二者因具有破壞公務行為之純正性與體系編排之故，而與瀆職罪章一併列入。觀瀆職罪章規範之目的而言，乃針對國家利益與政府之威信、國家內部秩序、公務員執行職務之公正廉潔等法益之保護，而深究之，與貪污賄賂之法益似有所不同[98]。亦即賄賂之法益有所謂國家意志之阻撓與竄改、執行公務之純潔與真實、公務行為之無酬性與社會大眾對公職人員及公務行為之信賴等四種，故而其規範之目的主要是針對公務員違法或不公正之執行職務行為而言。

[97] 李紹威，特別刑法與優先適用之效力，同前註 94，頁 19。

[98] 學者將瀆職罪之犯罪類型分為廢弛職務或違背職務之瀆職、濫用職務之瀆職與賄賂之瀆職等類型見蔡墩銘，刑法各論，頁 619-621，三民書局，2006 年 9 月修訂五版一刷；有將瀆職與賄賂之法益區分為二者，見林山田，刑法各罪論（下冊），自刊本，頁 41-43，1999 年增訂二版。

二、本條例規範目的：

本條例規範主要目的係第一條有關立法目的所規定為嚴懲貪污、澄清吏治而加以立法，即專門針對公務員之貪污行為加以規範，觀其條文內容可知，主要為公務員貪污、圖利之犯罪行為，如第 4 條至第 6 條，以及行賄罪與包庇罪等。

三、　規範目的比較：

以特別法存在目的觀察，刑法之瀆職罪包括了公務員執行公務之純潔與公正，且亦有貪污、賄賂等規範，而本條例係專為公務員之貪污、賄賂犯罪所訂立，故而在規範目的上，重疊性高且無特別保護之處，且刑法之瀆職罪章更可將公務員之貪、瀆行為一併規範。又以刑度之差別作為二者之差者，則刑度之特別並非訂立特別法之目的，且對於罪責原則又無法清楚交待，故以規範目的而言，本條例並無有力之立論足以說明其特別存在之必要。

第二目 本條例與普通刑法之選擇條件

近年關於法條競合之討論，有部分觀點逐漸得以整合，接受繼受德國刑法學之觀點，如法條競合的擇一關係與特別關係已有共識，而部分尚有些分歧，例如補充關係與吸收關係。按本條例與普通刑法之區分，其亦屬競合之一，惟非常態刑法與普通刑法之間，其構成要件內容幾乎相同，有些僅有刑度之差別，其情況頻繁且競合之法理不易理解[99]，而適用於司法實務上更應加以釐清才是。就法條競合之關係而言，本條例與刑法之間是一種例外存在之類型，亦即歸納於特別關係中之從屬關係之一種特例，亦有認為並非從屬關係，因其所涉為同一事項[100]，惟皆是一種立法上疏失[101]，

[99] 許玉秀，法條「應該」如何競合?—檢索特別、補充、吸收關係，頁 149，1999 年初版。
[100] 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 35，2003 年 3 月。

即構成要件幾乎完全相同，並非完全的重合，應係從屬關係之特別類型。

按法律依其所適用之人、事、時、地範圍之不同，可區分為「特別法」與「普通法」。特別法取決於與普通法之相對性，而本條例對於普通刑法之法典而言，不論在立法形式上明顯可推知其性質，亦即特別法之型態十分明顯，惟就立法之條文內容檢視，即可發現有疑義。例如，本條例之第 6 條第 1 項第 4 款及第 5 款與刑法第 131 條之適用即為顯例，因本條例之圖利罪係特別法之規定，以致刑法第 131 條幾乎無所適用，而就實際構成要件之內容並無不同，僅刑度上之不同，然卻因有「特別規定」而排除刑法之適用，其與特別法與普通法存在之「相對性」有違。

第三目 特別法間之競合

以普通刑法為比較基準，則其他形式之刑罰規定，皆為特別刑法，而特別刑法間，亦有可能產生競合之問題。例如採購法第 88 條：「受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，……。『其意圖為私人不法之利益，對廠商或分包廠商之資格為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，亦同。前項之未遂犯罰之。』」之後段，與刑法第 131 條之圖利及本條例之第 6 條第 1 項第 4 款或第 5 款之規定及目的相同，而適用標準如何?

真實競合之基本結構，乃建立在規範適用之複數關係上，其目的在於確認法律之效果，故而基於評價對象之差異觀之，有二種基本類型可供識別：1、單數評價對象的競合關係，包括想像競合與牽連關係；2、複數評

[101] 許玉秀，法條「應該」如何競合?—檢索特別、補充、吸收關係，同前註 99，頁 179。

價對象的競合關係，此種複數評價對象又因處理方式不同，而可分為實質競合與事後競合二種型態[102]。而本條例與刑法間之競合，其評價對象應屬單一，應以第 1 種基本類型觀察，其判別標準係就牽連犯與想像競合之區別可得。透過行為數及意圖之審查可知，「修正前刑法所謂牽連犯，係指行為者意念中祇欲犯某罪，而其實行犯罪之方法，或其實行犯罪之結果，觸犯行為人目的行為以外之其他罪名而言。若行為人係以一個意思決定發動一個行為，而其結果侵害數個相同或不同之法益，符合數個犯罪構成要件而觸犯數個罪名者，則應依刑法第五十五條前段想像競合犯之規定從一重處斷，無論以牽連犯之餘地。」[103]，是以， 就本條例之第 4 條第 1 項第 3 款而言，承辦採購之公務員亦有可能因違反採購法第 88 條第 1 項而產生二者競合，本條例第 5 條第 2 項與採購法第 87 條第 3 項等，皆有可能產生競合之疑問，而雖政府採購法之規範並非專為公務員規定，但公務員亦可能為犯罪之主體因故論罪，導致二法產生競合問題，是以，一公務員同時犯有二種以上之特別法時，應以犯罪意圖及行為數加以審酌，據以理解其為法條競合抑或犯罪競合，並非僅以牽連犯或連續犯之規定為參考[104]。

以特別刑法之種類而言，不論附屬刑法或特別法之條文，皆因專為保護某種特殊權利(法益)、資源而為之特別規範，在構成要件規範之圍範難免相近似，尤其本條例之圖利罪為概括規定，極易產生競合問題。是以，公務員出於圖利之犯意，而為一謀求利益之行為，不論是收受賄賂或回扣，而產生二法條之適用。

刑法上關於法條之競合一直都是艱澀難以理解的課題，而本條例所遭

[102] 柯耀程，論實質競合，刑事法學新趨勢—Lothar Philipps 教授七秩祝壽論文集，頁 369，2001 年初版。
[103] 最高法院 97 年台上字第 5609 號判決。
[104] 97 年台上字第 4079 號判決。

遇之困難亦如是。雖實務上皆以同時涉案之二種法條一併起訴求刑[105]，如本條例與背信罪[106]、本條例與政府採購法[107]等，然實際上之一貪污行為常發生有二種以上特別法之適用。而本條例係刑法之特別法，則與行政法中附屬刑法偶有競合是可想而知，例如公共工程之舞弊，一定牽涉有政府採購法與本條例之適用、海關人員受賄而協助走私就很有可能同時犯懲治走私條例與本條例[108]，是以，針對此一課題即應有對應之道。

法條間的競合問題多且雜，法條間之競合乃指一個犯罪事實，同時有數個構成要件可以適用之情形。實務上處理此一問題大多以「概括犯意」一語帶過，似略顯草率[109]，而為避免過度評價或有重覆評價之故，應先理解法條競合、想像競合及數罪併罰之區別，而取決之重點則在於侵害法益與行為數之問題加以釐清，始得有所概念。關於特別法之間的適用方式有二問題，其一即中央法規標準法第 16 條之一般法律之適用原則，惟此一困擾乃如前述之立法疏失，而又於修法時，忽略了同法第 21 條第 4 款之規定，於同一事項已定有新法規，並公布或發布施行者，應廢止原法規，以致造成本條例與普通刑法之區別僅只於刑度之奇怪立法。從而，吾人可由前述得知，其特別法與普通法之區別，應只建立於同一事項而為之規範，產生有競合理論中之「特別關係」，換言之，由法益及行為數之角度切入討論時，若相較於刑法而言，屬附屬刑法之二個特別法條文，其保護之法益必定不盡相同，例如海關人員協助走私而受賄，則懲治走私條例第 10 條為例與本條例於立法者對於法益之保護必有差異，故行為人以貪污之

[105] 事實上，貪污之犯罪係一切貪、瀆之總稱，一定會發生有其他種的犯罪行為，如偽造文書、洗錢等，此皆為貪污行為之前、後過程，非單僅以貪污治罪條例即可含括，故而犯貪污者，通常都合併有其他違法之事實，鮮少僅有合於本條例之犯罪而無其他法律之違反者。

[106] 台灣高等法院 96 年矚上重訴字第 84 號判決、台北地院 96 年矚重訴字第 1 號判決。

[107] 台灣高等法院 97 年上訴字第 5513 號判決。

[108] 台灣高等法院 96 年重上更（四）字第 171 號判決。

[109] 台北地方法院 97 年矚訴字第 1 號判決、93 年訴字第 100 號判決、96 年訴字第 869 號判決、97 年重訴字第 21 號判決、96 年訴字第 65 號判決。

犯罪概念執行貪污與包庇走私之犯罪行為，造成二個法益之受侵害，係想像競合，簡言之，本文以為其應視二者立法目的係分別保護二法益，應論以刑法第 55 條前段，從一重處。

第四目 本條例條文間之適用

關於本條例各條文間，有時也有競合之狀況[110]，例如賄賂罪之要求、期約及收受之間的關係，目前實務上通說採吸收關係而加以帶過，另有關本條例之第 4 條第 1 項第 3 款與第 5 款或第 4 條第 1 項第 3 款與第 5 條第 1 項第 2 款等，實務上起訴有以刑法第 55 條及 56 條之規定，論以從一重罪，惟審理之法院仍視為單純犯一罪而非競合[111]，其理由係根據本條例各條文間構成要件及法益之區隔：「此觀同條例第六條第一項第四款之對於主管或監督事務圖利罪，為處罰公務員貪污行為之概括規定，必其圖利行為不合於同條例第四條、第五條及第六條第一項第一款至第三款等特別規定者，始有其適用自明。且行為人若已成立第四條、第五條及第六條第一項第一款至第三款等特別規定之罪，即不再論以對於主管或監督事務圖利罪；倘行為人另犯有主管或監督事務圖利罪，二者仍屬犯罪構成要件不同之罪名自明。」是以，本條例中之各條文應以事實行為對應主要適用之法條，而對於該行為無相對應之條文，但仍有造成圖利、貪污之事實者，始得論以主管或非主管事務之圖利罪[112]。

---

[110] 嚴格來說，本條例以構成要件之比較即可知，本條例之貪污罪係以第 6 條第 1 項第 4、5 款之主管、非主管事務之圖利罪為一般規定，其他貪污犯罪為特別情狀之特別規定。

[111] 最高法院 98 年台上字 1061 號判決。

[112] 大法官釋字第 174 號不同意見書：……「公務員瀆辱職守，圖謀不法利益之行為，並非一端，如收受賄賂、違法徵收，侵佔職務上持有之物等，各具有其特定之類型，因之，法律均另予特別規定處罰之專條，自應優先適用，而戡亂時期貪污治罪條例（以下簡稱貪污條例）第六條第三款、第四款之罪，係關於公務員職務上圖利之概括的規定，必公務員之圖利行為，不合於各該條之特別規定者，始能成立圖利罪。歷年來判例及一般學者之見解，無不如斯。」

第四款 本條例與刑法之適用選擇

解決了本條例與其他特別刑法之法律適用問題後，進一步再探討本條例與刑法本身之關係，其本質上存在有一部分之衝突性。即本條例雖為刑法規範貪污之特別法，然實質上卻只是存在形式不同，而規範之內容幾乎相同，而所保護之法益亦無二致。

第一目 俱有背信罪之本質

無論公務員之種類或特性，僅具有身分而且執行公共事務時犯貪污行為[113]，吾人皆可以視此一行為係背信之行為。因國家付與公權給公務員，並由其代為執行相關事務，如果將國家視為一法人地位時，則公務員意圖為自己或第三人獲有利益，或損害了本人之利益（即國家之利益），且此一行為勢必違背了公務員為民興利、為民服務之任務，無疑是背信罪之違反[114]，直言之，若只討論本條例之核心法條第 4 至 6 條而言，皆可視為刑法上之圖利，而不論圖公務員自己或他人之利益，實務上皆視為刑法上背信之一種。是以，難以區別本條例與刑法之關係的重點就是因為如此，而事實上，本條例係由刑法中之公務員職務犯罪中，所篩選出之貪污類型所作之特別規範，而就其構成要件之描述性可推知，該條文間僅係將可能的犯罪行為狀態分類而已，故於適用上經常與背信罪同時審查。

第二目 選擇基準

刑法與本條例究竟為何種關係?如果能有效加以界定，則能予以適用，以排除適用上之困擾，因為，刑法上公務員職務犯罪類型之規定，係

[113] 在此僅限於獲取不正財物、利益之貪污行為，而排除不獲有任何利益之瀆職行為。
[114] 許玉秀，公務員圖利罪，台灣本土法學雜誌，第 8 期，頁 99，1999 年 8 月。

因以公務員為犯罪主體為資格作為成立犯罪之必要條件，應屬純正特別犯之類型，且因公務員身分定位特殊，與國家、人民間相互之關係無法定義，故特予以專門規範，然本條例中，卻存在有相當多條文，係非純正特別犯之內涵，甚至亦存有與貪污之名無關之規定，如本條例第 15 條：「明知因犯第 4 條至第 6 條之罪所得財物，故為收受、搬運、隱匿寄藏或故買者，…」之規定，顯與貪污、瀆職行為無關，充其量僅因其為貪、瀆行為所得之財物之銷贓犯罪而已，實在無法歸納出與貪、瀆行為有關，以是之故，造成許多在適用上之困擾，而對於刑法，其適用之範圍也就被限縮[115]。此一困擾，實易造成特別法與普通法區別之混淆。亦即，前例與刑法第 349 條第 1 項相較後即可發現，其適用關係不明，即便有「明知」二字加以限制，但此係徒增認定之困擾。

本條例整個法典之內容與刑法之關係其實在本質上無法區別（外觀上是二部法典），以致貪污、瀆職二行為無法與之區別，故應加以設立標準並適當區分，使本條例無論在檢討修法或整併上有所依歸，公務員在職務上之犯罪類型大致可分為二種，因其個別在職務上有可能產生之情況在適用之時，應就個別事實而分別適用本條例或刑法，並非僅以本條例概括而適用所謂特別法優於普通法，排除刑法之適用，如此即為前述所謂過度之評價。不論如何區分，有可能在適用之時，同時有二種法條之適用。不過，必須加以說明的是，在只有貪污而不發生職務違背即瀆職行為之時，並無二法適用之競合問題，應分別討論，其劃分方式如下[116]：

[115] 柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討，同註 89，頁 52 以下。
[116] 柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討，同註 89，頁 49-50。

一、規範同一性

所謂規範同一性指的是不同形式之法律，其所欲規範之目的亦不盡相同，進而對於規範之內容有不同之認定。即本條例係立於懲治貪污之目的訂定，而刑法之圖利罪係基於懲處瀆職之公務員為目的為前提，故在套用同一事實的狀況不能作同一認定。而特別法之相對性基準即於此，換言之，即「法律之規範範圍有相同，僅規範之（保護）目的有所不同」。如刑法第 271、272 條及 273 條之關係即是[117]。故同一犯罪行為，因為法律所要保護之法益及目的不同，而有所謂的特別規定，始可稱之為普通法與特別法之關係。直言之，在本條例與刑法之間，有許多情形，造成適用規範關係的混沌不清[118]，而導致本條例過度擴張，而壓縮了刑法的適用空間，實非正軌。據此，由刑法與本條例圖利罪之構成要件幾乎相同之情形下，吾人可推論，並無特別法之性質，唯一不同者，乃刑罰之處罰效果而，實為多此一舉。再者，仍有其他條文有相同情況發生。如本條例第 4 條第 1 項第 1 款之情形之於刑法第 320 條之竊盜罪、第 335 條之侵占罪，本條例第 4 條第 1 項第 5 款之行賄罪與刑法第 121 條、第 122 條等，可供對照。

規範目的同一性係指普通刑法與本條例之區別適用之方式，以最高法院 84 年台非字第 214 號判例：「電業法第一百零六條之規定，係在保護經營供給電能之事業，並非一般之用電戶，此觀該條各款、同法第二條及處理竊電規則之規定自明。故私接電線，若係通過電力公司允許供電之鄰人電錶所設之線路內，因用電已有電錶控制計算，該通過電錶控制計算後之

[117] 刑法第 271-273 條規範殺人行為，觀其殺人之目的與結果均相同，而立法者為考量保護法益及行為之特殊情狀，將殺人之行為區分而有普通殺人、義憤殺人及殺害直係尊親屬等不同的殺人罪，並有特別之規範，此係特別規範與普通規範之區別實益，即此處所論述之規範同一性之實例。

[118] 陳榮源，貪污治罪條例立法上之研究，國防大學管理學院法律研究所，碩士論文，頁 118，2004 年 6 月。

電氣，即屬該鄰人所有之動產，如予竊取，即應視其犯罪形態，依刑法之竊盜罪章論處。」觀之，其規範保護之目的不同，即有適用選擇之餘地，此即為顯例。

如前例所述，本條例與普通刑法之規範保護目的，大部分難以區別，以致認定上難以辨別，造成適用選擇之方式，無法有效取得共識，而僅以實務認定之「特別法」優先適用，造成爭議。

二、評價對象同一性

以適用對象與範圍之區別而言，有時特別法亦得為特別之規範，並得單獨存在，以保護特別之對象。通常特別法係對普通法所規範之範圍在適用對象時，予以限縮，亦即所謂適用對象之限定，可能由規範之人、事、時、地或物加以限縮。換言之，針對同一對象作規範，稱規範對象同一性，或針對一般化之普通規範予以範圍上之限縮。故對於特別法在區分上有下列幾種態樣，如針對時間之區別者，即時間上的特別法，例戰時軍律，有對地域管理之特別法，如台灣省取締流氓辦法，有對人之特別法，如陸海空軍刑法，有對物的特別刑法，如肅清煙毒條例保護社會等[119]。

適用對象之限定，亦得為特別法存在之條件，是以，最高法院 43 年台非字第 14 號判例：「刑法第一百二十二條第三項對公務員關於違背職務之行為交付賄賂之罪，雖於懲治貪污條例第五條有概括規定，但懲治貪污條例為有關身分犯罪之特別法，其犯罪主體已於該條例第一條有所列舉，被告甲以一普通人民獨自私製菸絲，被警查獲，為求免究而交付賄款新臺幣十四元五角，自應依刑法第一百二十二條第三項論科，原審竟援引懲治貪污條例第五條第一項處斷，顯屬違誤。」為例，其限定犯罪主體即針對

[119] 陳榮源，貪污治罪條例立法上之研究，同前註 118，頁 102-103。

適用對象之限定，故而以刑法之規定而言，其貪污、行賄應亦為公務員、仲裁人等，與本條例之適用選擇並無不同，造成認定之困擾。

簡言之，本條例目的係嚴懲貪污、澄清吏治，然其規範對象與刑法並無不同，實無特別法之特性。

三、小結

無論由規範的目的與規範對象二者檢視本條例，其與刑法之瀆職罪章及其他相關條文而言，並無「特別之處」，並導致本條例擴張了貪污行為[120]，其結果並非僅刑法效力被長期凍結，而且仍使得部分的刑法法理無法正常運作，如罪刑相當之違反、明確性原則等。是以，檢討後應進一步修正是符合需求的。

進一步言，本條例與普通刑法之適用選擇就實務面向而言，其適用之方式多以「特別法」優於「普通法」而排除普通刑法在公務員之貪污行為之論罪，逕以本條例論之，以致普通刑法之防制貪污犯罪（不含瀆職罪）功能不張，是以，貪污與瀆職應有所區分，始得純化本條例與刑法之適用。

第四項 貪污、瀆職應有適用界限

貪污而後瀆職或因瀆職後才能貪污，其中必有其手段及目的之牽連關係，而此一關係論證，因建立在特別目的規範上，而特別犯與一般犯之認定即以此為基礎，是以，法律特別規範或稱特別規定之行為、情狀，應在特別犯才有適用，否則即衍生適用上之困擾。造成此一狀況者，係本條例之諸多條文之構成要件，過度擴張貪污之範圍，以致侵蝕刑法之適用。例本條例第 4 條第 1 項第 1 款，其犯罪主體在事實上不可能僅公務員才可犯

[120] 柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討，同前註 89，頁 55-56。

之，則以特別規範有何實益?而其手段與目的又有何相關?

本條例規範之貪污行為過多，以致令人無法由外觀上作明顯區別何為貪污?何為瀆職?而導致刑法瀆職罪章形同虛設，實務上之適用就容易產生爭議[121]，為使法典的體系有所遵循，且保護法益能歸於統一，則應試圖將貪污與瀆職作一合宜之區別。僅管在貪污的定義上，始終是莫衷一是[122]，然非謂無法區分，是故，倘若無法由文義上將貪污作一界定，並清礎的與瀆職作區分，但吾人得由犯罪的事實行為的特點加以觀察，得出一合適的區別界限[123]，而將所欲保護之法益純化，避免混淆。

第一款 職務上創設不正利益之行為

所謂「貪污」應排除瀆職之範圍，以利適用時之選擇，而貪污應指與利益相關，不論是職務上（內）創設利益，如賄賂，或在職務上對外創設有利益，如圖利等，均屬之。所謂職務上創設利益係限定於公務員利用職務而創設有不正之利益，並僅限於創設之利益，若單純利用職務而獲有利益，應予以排除，且對於職務外所創設之利益亦包含之，而此係法益保護單純化後之結果，即本條例所要保護之法益應予以明確化[124]，方有助於貪污與瀆職之區別，刑法或本條例之適用界限得以訂立，而多樣之法益內容易造成立法目的之混沌，此係有待立法與修法之解套，方可釐清。

由刑法之體系檢視較易理解之，即刑法在關於職務上創設不正利益形

---

[121] 參見最高法院 31 年台上字第 831 號判例。

[122] 有論者整理並討論貪污之定義，惟各種角度意見分歧，無法歸納出合適之方向。楊素珍，貪污犯罪與其防制對策之研究，中國文化大學法律學研究所，碩士論文，頁 11-16，2001 年 12 月。

[123] 柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討，同前註 89，頁 51-52。

[124] 刑法瀆職章中保護之法益依不同論點及特性有許多種類，而無統一、明確之方向，尤其對於賄賂罪所侵害之法益，見解很多。見林山田，刑法各罪論，頁 32，2006 年 10 月修訂 5 版 2 刷。

態之規定有三，刑法第 121 條不違背職務的賄賂罪、第 122 條違背職務的賄賂罪及第 131 條之圖利罪。白話言之，所謂「創設」利益才是貪污、瀆職區別之重要分水嶺，因擔任有公職而本身職務以外之利益設法取得，不論是要求、期約或收受等，均屬職務外之利益，與佔用公物、竊取公物所得利之情形[125]，明顯不同。

第二款 單純違背職務之行為

於區別貪污與瀆職時，利用所謂「職務上創設」與「單純違背職務」之用語並非等同於「職務上行為」和「非職務上行為」之差別，合先敘明。因為公務員行意識而為之行為，究為「職務」或「私務」，實難定論。故而實務上皆為限制「職務」行為而為判定，即職務行為應以該公務員或仲裁人職權範圍內者為限，且與其職務具有密切關係之行為[126]。

所謂單純違背職務之行為係與前款之說法相對之定義，即非為職務上創設利益之行為而有貪污者，例如本條例第 4 條第 1 項第 1 款規定之侵占公用或公有器材、財物者。就構成要件對於犯罪形態之描述性而言，必為該公務員有保管該公用器物、財物者，始有可能犯罪，而此係單純就職務上應為保管而並未發生有對外創設利益之行為，就構成要件與主觀意圖而言，與前述就職務上對外創設利益，明顯不同，故而不為等量評價。

與前述所謂職務上創設不正利益相對者，即單純違背職務之行為，應視為公務員之瀆職行為。與職務上創設不正利益者，加以區隔，而此一分

[125] 有類似見解認為其分類應為「賄賂性貪污與侵占性貪污」，與此處所表述內容，大致相同，主要目的係區別其法益之不同。見洪宜和，「窩裡反」條款之研究---以貪污犯罪偵查為例，國立中正大學法律學研究所，碩士論文，頁 134，2004 年 6 月。

[126] 謝瑤偉執筆，貪污犯罪及其防制對策之研究，法務部研究報告，1995 年 6 月。

類方式係就犯罪之主觀意圖與職務利用之程度加以區別。換言之，此種犯罪類型係由刑法之瀆職罪相繩，較為妥適。

第三款 貪污與瀆職之適用區別

依前二款之判斷標準，本文試圖將本條例貪污、瀆職之犯罪型態加以區別，分別適用之：

表格 4

條文	貪污犯罪	瀆職犯罪	說明
第 4 條第 1 項第 1 款		竊取或侵占公用或公有器材、財物者	依本文前款之判別標準，公務員侵占公物屬瀆職行為應無疑異。而竊取公有物得否論以貪污？抑或瀆職？似乎無法予以完整論述，然基於體系編排立場，本文以為，應屬瀆職行為較為合理。按竊取行為與職務並無直間關係，倘真利用職務之機會接近並行竊取，與貪污之對外創設利益標準並無相關。
第 4 條第 1 項第 2 款	藉勢或藉端勒、勒徵、強占或強募財物者。		藉勢或藉端之行為即以職務、身分對外設法謀利，應歸屬貪污行為。
第 4 條第 1 項第 3 款	建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事者。	（建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事者）	本款較有爭議之處乃有關收取回扣部分是否為賄賂，與其適用區別有相當關係。倘認為收取回扣即賄賂者，則應視其為貪污行為，反之，若不為肯

國立政治大學 National Chengchi University

			認時，則應論以違背職務而獲利，予之視為瀆職行為，合先敘明。
第 4 條第 1 項第 4 款	（以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者。）	以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者。	本款就判別條件而言，似乎有模糊空間，因裝運之目的為何？於條文中僅限制不得裝運，則裝運與職務之關係如何，即無法判定。若裝運後，自行販賣獲利，則應屬貪污行為，反之，僅裝運行為，則應屬利用職務而裝運，應屬違背職務之瀆職行為。
第 4 條第 1 項第 5 款	對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。		賄賂罪屬單純之貪污行為，應無疑問。
第 5 條第 1 項第 1 款		意圖得利，擅提或截留公款或違背法令收募稅捐或公債者	擅提或截留行為與職務之關係必有直接相關連，且無對外創設利益之可能。
第 5 條第 1 項第 2 款	利用職務上之機會，詐取財物者。	（利用職務上之機會，詐取財物者。）	本款主要判別之關鍵在於「詐取財物」四字，惟詐取財物究屬貪污或瀆職行為?依適用本文判別條件似無法判斷。詐取之財物必須與職掌非直接相關，使行為人必須以詐欺之行為而獲取，應論以貪污較為合宜。本文以為，利用職務上

國立政治大學 National Chengchi University

			之機會詐取財物，應以職掌之事務有間接關係機會較多，立法目的亦在於此，否則即以「利用職務上之機會，獲取不正利益」規範即可，而非「詐取」[127]。
第 5 條第 1 項第 3 款	對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。		賄賂罪屬單純之貪污行為，應無疑問。
第 6 條第 1 項第 1 款		意圖得利，抑留不發職務上應發之財物者。	抑留職務上應發之財物而得利，係單純不法獲取職務上之持有之利益，屬單純之瀆職。
第 6 條第 1 項第 2 款		募集款項或徵用土地、財物，從中舞弊者。	以「從中舞弊」即可推知其為瀆職行為。
第 6 條第 1 項第 3 款		竊取或侵占職務上持有之非公用私有器材、財物者。	同第 4 條第 1 項第 1 款之說明。
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	本款之判別重點在於「主管或監督之事務」，因主持或負有監督之事務權責，始有犯本款之可能，故應視為利用職務而從中獲利，屬瀆職行為。

[127] 相反見解如最高法院院解字第 3317 號認為，贓私、侵占公務上持有物與利用職務上機會詐取財物相近似，屬瀆職行為。而觀此三者，實務見解似推論利用職務上機會詐取財物為職務範圍內獲取利益，非對外創設有利益。

		益。	
第 6 條第 1 項第 5 款	對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益。		本款之判別重點在於「非主管或監督之事務」，因非主持或負有監督之事務權責，始有犯本款之可能，故應視為非利用職務而從中獲利，乃對外創設利益，屬貪污行為。

第三節　刑罰過高問題

保護法益與刑罰之評價有直接關係，而在罪刑相當原則之前提下對本條例作審查，可發現相對於刑法瀆職與其他罪章之相同法益對照下的立法量刑，明顯可知其差異在於刑罰之刑度過高，故以本條例第 6 條第 1 項第 4 款與刑法第 131 條第 1 項之比較為顯例[128]。是以，就刑罰目的而言，較偏重於一般預防理論[129]，即認為刑罰之目的在於對社會大眾形成心理強制之威嚇效果，亦即以較高刑度，企圖預防貪污，且可兼顧應報之效果，此觀第 1 條之立法目的即可推知。而相對於應用該理論之缺失，本條例當然亦不例外，其中，以犯罪學研究之結果來看，高破案率才是有效預防犯罪之方法，以是之故，不論其立法目的為何？仍必須以其實施結果檢視，來討論是否達成目的及產生之效果。據此，由實務適用角度來看，有若干問

[128] 本條例第 6 條第 1 項第 4 款與刑法第 131 條第 1 項皆為公務員之圖利罪，而本條例之刑度為 5 年以上有期徒刑，得併科 3000 萬以上罰金，刑法圖利罪則為 1 年以上，7 年以下有期徒刑，得併科 7 萬元以下罰金。可見二者刑度之差距甚異。

[129] 所謂一般預防理論係根據刑罰之應報功能而言，強化刑罰之威嚇，通常以重刑制裁為主，見林鈺雄，新刑法總則，元照出版社，頁 14-20， 2009 年 2 版。

題。另就刑事政策之角度觀之，比較廉潔度較高之國家，其貪瀆罪之法定刑都較我國相對低，且根據研究統計後發覺，其重刑威嚇之效果不甚明顯，而有效偵查與定罪是比較有效之方式[130]。是以，重罪處罰貪瀆之效果，實有檢討之必要[131]。

第一項 刑罰過重違反罪刑相當

構成要件該當行為經過違法性之判斷而確認後，罪責之判定就攸關其所要付的刑事責任，用以檢驗行為人之違法性之構成要件該當行為係可非難，接著就討論此犯罪者之刑度問題，因為之其所能擔負責任與刑度是有相對性的。而刑罰與罪責相當亦即刑法法定刑相較刑法科處行為人的刑罰種類或刑罰的輕重程度，必須與行為之人罪責程度相當，而具罪責相當性，此即形成罰刑相當原則。於此，刑罰之輕重程度不得逾越罪責之高低度，逾越行為罪責程度的刑罰，應予以禁止[132]，此係法官量刑之範圍和限制，切不可因為增加威嚇功能而逾越罪責相當之刑度。本條例之目的雖為扼止貪瀆、嚴懲污吏，然仍應考慮所欲保護之法益及被侵害之方式、程度等等，對於本條例第 12 條、刑法第 57 條及第 59 條之立法目的加以參酌較為妥適，而事實上，實務之審判對於量刑之處理，皆以上述各條衡諸減輕刑期，足見本條例之規範刑度，實嫌過重。

---

[130] 紀致光，貪瀆犯罪採重罪政策之效果研究-以侵占罪為例，國立台北大學犯罪學研究所，碩士論文，頁 38-39，2005 年。

[131] 主張施用嚴刑以嚇阻犯罪之重刑思考，在實證研究之效果上難以證實，參照盧映潔，法律人的老調新彈-論重刑思考，刑事法學之理想與探索，甘添貴教授祝壽論文集，頁 181-210，學林文化出版，2002 年 3 月。

[132] 林山田，刑法各論（上），作者自版，頁 32-33，2006 年 10 月修訂 5 版 2 刷。

第一款 罪刑相當原則

所謂罪刑相當原則之上位概念為罪責原則，當中有二個衍生之實質意義，其一即罪責是刑罰的前提要件，第二是刑罰必須與罪責相當。依據罪責原則，無論在刑事立法上或在刑事司法上，均須固守罪刑相當原則或超量禁止原則。如此，一方面，可以保障行為人的基本權利或自由不受逾越其罪責程度的干預或剝奪；另方面，則使行為人或社會大眾對於刑法明定的法定刑或法官宣判的宣告刑，均能有本該如此加以處罰之共識，而形成罪有應得之感。在如此的情形下，始能透過刑事立法與刑事司法，以罪刑相當的公正刑罰，提昇人民的法意識，而使刑罰能夠充分發揮其鎮壓犯罪與預防犯罪的功能。

第二款 量刑空間過大

對於同樣之貪污行為，於本條例之適用，並無二致，而對於量刑時，適用刑法第 57 條關於刑之酌科與加減規定或極少適用之第 59 條關於犯罪情狀之判別與減刑時，予以減輕刑度並非一體適用，而完全取決於法官對犯罪之各種情狀、責任等，一切基礎為考量，故有第 57 條之立法理由：「科刑得當誠非易事，惟經日久，能細心推勘情節，且具有判斷力，及不偏蔽之法官能之…」，而法定刑過高，所造成的量刑空間加大，常有討論之餘地，如第 59 條之立法理由：「其理由謂為裁判犯罪而制定分則以下各條，然同一犯罪，情節互異，若株守一致，則法律之範圍過狹，反致有傷苛刻，故予審判官以特權，臨時酌量犯人之心術與犯罪事實，減一等或二等也。…」可知，刑度過高，就會產生此種情形之考量較多，反之，刑度本來就少時，法官審酌之空間就相形變小。適當之量刑本非容易，而本條例之法定刑普遍較高，以致無法區別犯罪程度，導致刑之酌科與加減條件經常使用時，易為詬病。試想，同一職位而貪污之金額不同，是否以貪污之

金額作為量刑之條件?又不同職掌，而所涉之金額相當，得否視為量刑標準?

第三款 小結

刑度過高，相對於法官宣告時，可裁量之空間就加大，因其與刑法第57條併用時，可減少之刑期，相對就增多了。實務上對於宣告刑與法定刑有相當之落差[133]，即為佐證。是以，檢討適當之法定刑，有助於法官之量刑參酌及判斷，而減少其量刑空間，亦可減少法官個人之失誤，對於各犯罪事實，有一裁量標準，以減少個人專斷之可能性。又在目前廢除連續犯及牽連犯之情形下，量刑僅採一罪一罰之原則，而過高之刑度，是否有實益?值得深思。

第二項 宣告刑與法定刑不相當

法定刑係法律上抽象規定刑罰之形式，即對一定之犯罪行為，訂定有相關處罰之刑及刑度，又可分為絕對法定刑與相對法定刑，亦即在絕對法定刑之犯罪裁判適用時，法官無選擇及彈性之餘地。例如刑法第334條：「犯海盜罪而有左列行為之一者，處死刑：一、放火者。二、強制性交者。三、擄人勒贖者。四、故意殺人者。」由上述分則規定即可推知，若符合

[133] 如台灣高等法院97年度上訴字第4404號，本條例之圖利罪法定刑為5年以上有期徒刑，而判決主文宣告刑為1年8月，執行刑為1年且予以緩刑。台灣高等法院96年度重上更(三)字第222號判決：「甲○○公務員，對於主管事務，明知違背法令，直接圖其他私人不法利益，因而獲得利益，處有期徒刑貳年陸月，褫奪公權參年。」台灣高等法院96年度上更(一)字第149號判決：「乙○○共同連續依據法令從事公務之人員，對於主管之事務，明知違背法令，直接圖其他私人不法利益，因而獲得利益，處有期徒刑貳年捌月，褫奪公權參年。戊○○共同連續依據法令從事公務之人員，對於主管之事務，明知違背法令，直接圖其他私人不法利益，因而獲得利益，處有期徒刑貳年柒月，褫奪公權參年。」又如台灣高等法院97年度矚上訴字第1號關於甲○○之判決、97年度重上更(三)字第139號判決、97年度上訴字第3689號判決、96年度上更(一)字第2號、97年度上訴字第3652號、97年度上更(一)字第251號判決。

海盜罪且有其禁止行為者，法官僅得以死刑論之，無量刑之空間。而所謂相對法定刑即法官得在一刑度內，依其心證而決定刑度，如刑法第 271 條：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」即是。又宣告刑係法官基於上述二者原則，於裁判後實際量定對外宣示之刑度，僅需遵守上述二者之原則即可。通常二者有絕對之關係，至少於量刑時，必須遵守法定刑之規範，不得任意為之。

以本條例而言，就實務統計之結果[134]可以推知，本條例目前在實務上較常適用之法條限定於少部分常用之條文，且宣告刑亦與原本之法定刑較低，甚至在偵查之過程中，即因刑度過重，而貪污所得較少，且涉案人數過多，而採微罪不舉的處分，明顯是一種避重就輕的舉措[135]。而推估其原因，不外乎其刑度過高而犯罪所得、情狀過低以致，轉而適用刑法解套，其本質即與本條例之貪污行為合致，為何不以本條例相繩，其道理不言自明。又如主管特支費之判決[136]理由所述，由特別費之性質描述而推論其為實質補貼首長之薪資及以往之行政慣例為立論，排除主觀犯罪意圖及構成要件之合致，似乎仍有未盡之處。換言之，該案恐因衡量特別費行之有年，論其有罪加諸本條例之刑度，則影響著實甚大。

---

[134] 鄭善印，貪污治罪條例在立法上之評估與檢討，同前註 2，頁 61 以下。

[135] 92 年 10 月間發生公務員利用國民旅遊卡假刷卡申請補助乙案，法務部調查局接獲檢舉，經向交通部觀光局及聯合信用卡處理中心調閱該等旅行社申報之國民旅遊卡消費申報資料，並依檢舉資料初步過濾，發現涉案之公務員約達 1 千 5 百餘人以上，所涵蓋之服務機關達 3 百餘個，犯罪金額達新臺幣 2 千餘萬元，經報請各地檢察署進行偵辦，觸犯此等行為之公務員原應依「貪污治罪條例」第 5 條第 1 項第 2 款「利用職務之機會詐取財物」罪論處，但因人數眾多、　影響甚鉅，經法務部審慎研議後，審酌該等公務員詐領強制休假補助費之行為，尚難構成「利用職務之機會」，改依刑法第 339 條詐欺罪及第 210 條偽造私文書等罪進行偵辦，當時造成社會相當大之振撼。為使案件順利進行及給予該等公務員自新機會，法務部乃要求各機關政風室勸說該等涉案人員自首，獲同意後先由機關配合收回原申領補助費，並安排至調查局各外勤處站製作筆錄，再移送該管地檢署依刑事訴訟法第 253 條，由檢察官以 367 條之微罪，參酌刑法第 57 條審酌情狀所列事項，對坦承有上述詐欺及偽造文書行為之公務員，予以不起訴處分，不坦承者及旅行社負責人、業務人員，則由法務部調查局將所調查之犯罪事實移送地檢署偵辦。

[136] 台灣高等法院 96 年矚上重訴字第 84 號判決。

以現行實務觀之，法官量刑與本條例之各條法定刑期，明顯有落差，歸咎其成因，即上述所言，法定刑度過高，而大多數貪污犯罪之犯罪者，其犯罪之意圖與其他種類之刑事犯罪不盡相同，惡性較輕，且所圖之犯罪所得少且損失皆屬輕微，導致法官在宣告刑度時，明顯與其法定刑有所落差，是以，此一情況亦非合理之現象，較其他犯罪刑罰差異甚大，豈有懲治效用?

第三項 刑度過高導致無罪率高

無罪率係指法院受理檢察官起訴後，經實際審判，所得之判決結果比率而言。以圖利罪為例，本條例圖利罪之無罪率經過實證統計後分析[137]，無罪率平均約七成，亦即判決無罪之案件為全部起訴案件比例之七成，歸究其原因如下，第一，為肅貪之人員相關法令及專業不足，其次，為最高法院之發回率過高，以致事實難以認定，第三即刑罰過重，以致法官於審判時，採最嚴格之證據法則，第四是本條例之構成要件不夠明確，造成認定上無所依據，最後就是偵查起訴標準與審判之標準不一，而此等缺漏，造成司法資源過度浪費，實應予以正視[138]。易言之，貪官污吏從古至今不曾消失，一味求處重刑而欲嚴懲之，是否妥適?要知除法定刑罰外，搜證或偵查、審判過程亦有檢討之空間才是。

就整體貪污犯罪之起訴與審判結果（包含上述之圖利罪在內）觀察，無罪之比例仍然過高，其所造成之影響，亦非僅公務員不敢任事，國家整體之進步亦有所受阻且著實浪費司法資源。以下表五為例，起訴案件與判決確定之比例為 50%，明顯可知本條例之無罪率之高。

---

[137] 刑泰釗，就我國實務運作觀點，評現行貪污治罪條例，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 14-15，2003 年 3 月。

[138] 黃虹霞，現行即九十年修正後貪污治罪條例第六條第一項第四款違背法令之意義，萬國法律，136 期，頁 70，2004 年 8 月。

表格 5

89 年 7 月迄今定罪率分析					
貪瀆案件起訴總人次	14651	非貪瀆罪起訴經判決確定人次	1691	貪瀆罪起訴經判決確定人次	5636
判決確定人次	7327	判決無罪者人次	394	起訴經判決有罪	3162
		判決有罪者人次	1297	起訴經判決無罪	2474
資料來源：法務部法務統計。查詢時間：2010 年 4 月 30 日。 查詢網站： http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=69841&ctNode=27438&mp=001					

由此可知，法官對於本條例之適用皆較為嚴謹，以致判決有罪人數不高，主要原因係同前述，如偵察過程疏漏、偵察不易、審判過程久，導致事實真相不易釐清等等。據此，或許可歸究於偵察過程產生問題，如無明顯之被害人以致人證不易取得等，然既有此一疑異，鑑於本條例之適用不易及刑度確實較高，更應於犯罪偵察時，詳盡且仔細，以免造成司法資源濫用，或造成公務員不敢任事，再者，法定刑過高，就法官審理過程而言，亦產生較高之證據標準，此一問題多少影響其定罪率。

國立政治大學 National Chengchi University

第四章 貪污行為內容問題檢討

第一節 本條例保護之法益

第一項 法益及範圍界定

法益者，法律所要保護的利益，此乃法益的基本概念，而刑法最重要之任務就是保護法益不被侵害。故而刑法分則所訂定之各種構成要件，就是要達到法益保護之目的的一種手段。是以，欲理解刑法中各分則之構成要件之目的及功能者，應先認識該條條文相關之法益。而究竟「法益」之實質內涵為何?亦應先加以釐清。

所謂法益是一個社會或國家所認同在共同生活上不可或缺的基本價值或社會的秩序，而該共同價值或秩序必須以刑事制裁之手段加以保護之，否則不能維持國家或社會的正常運作及功能。直言之，犯罪就等同於法益破壞，而現今之刑法學說對於法益概念已是眾所公認之架構構成要件與解釋構成要件之基礎[139]，亦即每個不法構成要件，均有其所欲保護的法益。「關於如何構成刑法各論之體系，向來有二個見解，其一為，認為應依法典之編排順序為構成體系，其二認為應以理論之體系說明刑法各論即可，惟多數學者採第二種見解。其中，第二種見解將法益分為個人法益、社會法益之二分說及個人法益及社會法益、國家法益之三分說」[140]，亦即認為就體系上而言，討論刑法法益時，應有所順序，且分為三種。

就法益之概念界定而言，其必先於構成要件制定前就存在，而立法者

[139] 林山田，刑法特論（上），三民書局，頁 2-4，1978 年 9 月初版。
[140] 黃東熊，刑法概要，頁 201-202，1998 年初版。

因社會共同生活之價值及秩序加以研修而成法條文，進而，造成了法益之於刑法之目的並確定構成要件之成立，便於檢視犯罪之成立與否，再討論其處罰之必要性有無，亦即無法益之受損，則不應論以刑罰，其後再談論是否其罪與刑能相當，此即應有之法益共同概念。亦如有以為「刑法以刑罰之強制力處罰及執行規定為重心，為國家最嚴峻之權力作用相關，因而不免具有制裁犯罪與嚇阻犯罪之形象；法益保護主義之意旨乃在於強調刑法角色之第一要義，並非在於炫示刑法之威嚴性，而是在於保護法益即法律所承認及加以保護之利益。…而本於刑法抑制之謙抑主義及保護法益之關聯性，可謂為處罰之存在與正當化之依據所在！重要法益的存在，源於社會、倫理價值觀念，其實體早先於法律規範形成之前，而在法律制度發展之後加以確認保護。」[141]是以，法益係以形而上的存在，應該是一種所有人可共同認識的觀念，且能被具體的描述。故而吾人可知，法益應該是與人直接相關的權利，即便有社會法益及國家法益，然其與個人權益仍有直接有相關性。就刑法之體系編排而言，有將法益歸納為國家法益、社會法益及個人法益，而不論是二分法或三分法，其本質上就只有二種，即個人法益及與個人直接相關聯的倫理價值規範，始應由刑法加以保護。故而其實國家法益其本質上可視為部分個人法益及部分社會法益之集合。

第二項 貪污罪之保護法益

關於貪污罪之本質為何?學說上有不同見解。有以之分為客觀說者，即基於職務行為之不可收買性之立場，主張以侵害職務廉潔為本質，即如有關於職務收受賄賂或其他不正利益者，則不問其各別具體職務行為是否正當，皆應加以處罰。而相對者即主觀說者，即其基於職務行為之純正性及不可侵犯性，認為本罪以職務行為不可侵犯性為本質，故必須該公務員

[141] 蘇俊雄，刑法總論Ⅰ，頁 5，1995 年 10 月。

從事不正當之職務行為，始克當之[142]。

與貪污、瀆職有關之法益有許多，如「職務之非賣性」、「職務之不可收買性」、「職務之不可侵犯性」以及「公務員之公正廉潔之義務」等[143]，其他亦有不同種類歸納之法益形態，如不法內涵乃在破壞依法執行職務的服務原則，損害了「國家法益」、「政府威信」與「政府統治機能」、「國家內部秩序」以及「人民合法權益」等等。而究竟貪污之賄賂罪係違反何種法益，經學說統計歸納共有下列四種[144]：

一、國家意志的阻撓與竄改：公務員因收賄而不能公平而正確地執行公務行為，但此說亦有例外，即公務員於實行公務後，方收受賄賂者，則無上述情況。

二、執行公務之純潔與真實：公務本依法且公正地執行，但由於賄賂而使公務執行的公正、純潔遭受破壞。而此一說法之批判乃指出，若持此一見解，將使賄賂罪之不法內涵無法與其他瀆職罪清楚地區別。

三、公務行為的無酬性：公務員受領國家既定之薪俸外，不得再收受執行職務之其他額外之報酬，而亦有反對見解者，認為有時公務行為尚收取部分規費，並非全具無酬性。

四、社會大眾對於公務人員及公務行為的信賴：公務員執行公務，本應就事論事，公正無私，進而獲得大眾信賴，但因賄賂而使此等信賴消失，導致國家威信受損。且此等損傷不必等到該公務員實際收受賄賂，而是僅表

---

[142] 管高岳，貪污犯罪之成因及防制之道-刑事法學之理想與探索-甘添貴教授祝壽論文集，學林文化出版，頁 216，2002 年一版。
[143] 謝瑞智，中外刑事政策之比較研究，中央文物供應社，頁 608，1987 年 6 月。
[144] 林山田，刑法各罪論，同前註 124，頁 40-43。

示願意收受不正利益時，已然受損。

本條例亦為廣義刑法之一，而當然有其所要保護之法益存在，故而深究其法益，即可將每條條文之構成要件加以分類及釐清，就本文前述之情形，將貪污與瀆職應加以區分，可使原本看似雜亂的規範條文，得以化繁為簡，其原因在於貪污係利用職務而對外創設有利益，而瀆職則否，如此可將貪、瀆之法益分開之，使其體系得以一致。

是以，公務員貪污，若以法益之分類觀察，其致國家之財物受損，應可視為單純之財產受損，其侵害之法益應可加純化，而國家之威信、形象及公益受損害，應與瀆職受損之法益相同。

第三項 瀆職罪之保護法益

單純的瀆職係公務員違背職務，而造成法益之受損，應與貪污之法益加以區別，致體系上得以分立。易言之，倘公務員於執行職務時，並無對外創設利益，僅就其本身職務上既有且應防守之利益加以損害或取得，則形成瀆職，此時瀆職之法益，始被侵害。換言之，公務員對本身之職守有違，不論是在財物上之得利或違背職務之法規範造成損害。

而觀刑法瀆職罪章之各罪，計有：委棄守地罪、不違背職務之受賄罪、違背職務的受賄罪、受賄而違背職務罪、違背職務的行賄罪、準受賄罪、枉法裁判或仲裁罪、濫用追訴處罰權罪、凌虐人犯罪、違法執行刑罰罪、過失執行不應執行刑罰罪、越權受理訴訟罪、違法徵收稅款罪、抑留或剋扣款物罪、廢弛職務釀成災害罪、公務員圖利罪、公務員洩漏或交付國防以外秘密罪、公務員過失洩漏或交付國防以外秘密罪、非公務員洩漏或交

付國防以外秘密罪、郵電人員妨害郵電秘密罪、不純正瀆職罪等，共計二十一條，其中，以第 120 條：「公務員不盡其應盡之責，而委棄守地者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」為例，觀其構成件推知，其為單純瀆職，因瀆職罪係國家公權及威信等利益之受損，而賄賂部分即係前述有關職務上對外創設有利益，非本職務上原有保管或原有之利益者，故加以分析可知，瀆職罪之法益應係單純之國家法益(或社會法益)受損，亦即國家之財產、內部秩序及政府威信受損。倘造成公務員在職務上獲有不法利益，而此利益非一般人所持有，僅該管公務員所特有之責任或利益有被侵害之可能，此即本文強調之單純瀆職行為。

第四項 小結

之所以區別貪污、瀆職二者之目的在於區分二者之法益不同，而不同之法益就必須不同之構成要件加以分別規定，始有意義，再者，不同法益之規範其保障的國家與社會秩序亦不相同，且各有其保護之必要及目的，並依其保護目的，衡諸各行為是否犯罪，以為適當評價。是以，欲探討本條例之構成要件內容問題，當然必先理解其法益。

就刑法的特性而言，因具有強制力且為最後手段性，任何刑事立法皆應審酌衡量法益之有無，並加以調整，使其罪(法益)與刑相當，而法益如果只是個人法益的延伸，亦即「法益的基礎，是在法益概念的界定原則確立之後，而依刑法未出現前的人類社會的客觀歸納所得的既定範圍，即個人之生命、健康、自由、名譽及財產，為個人法益！至於超個人法益與個人法益之間的關係問題，按照米雪兒馬克斯（Michael Marx）認為在超個人法益只具有『係導出來的機能』，而個人法益則是本身具有之功能，而

不是『推論出來的機能』」[145]故而應認為其僅個人法益之集合才是，並非因其為眾多個人法益之集合，即予嚴懲，實應衡諸其法益之本質受侵害程度及種類。

而審酌前述法益之內涵可知，細究貪污、瀆職侵害之法益，確有不同，一者為非職務上所掌握之利益，而利用了公務執行之權利，加以貪污，而另一者則單純利用了職務上之便利或失職，以致侵害了所掌管之財物、利益。簡言之，所謂瀆職其侵害之法益係公務員職務上負有義務，而貪污法益則係公務員利用職務之義務獲有利益。前者如廢弛職務釀成災害罪，後者典型如收賄。據此，認清其差別，與其所要保護之法益有所對應，應可審慎訂立合適之構成要件，以達保護目的。

第二節 各種貪瀆行為之構成要件檢討

第一項 本條例第四條內容之檢討

一、第 4 條第 1 項第 1 款：

（一）內容：

本條例第 4 條第 1 項第 1 款關於竊取或侵占公用或公有器材 財物者，觀其構成要件並深究之，計有下列四種可能之犯罪類型，即竊取公用財物、竊取公有財物、侵占公用財物、侵占公有財物四種情狀。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 1 款之條文	刑法相關之條文

[145] 陳志龍，法益與刑事立法，自刊本，頁 114-158，1997 年 3 版。

竊取或侵占公用或公有器材、財物者 （處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金）	第 320 條： 第 1 項：意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。 第 2 項：意圖為自己或第三人不法之利益，而竊佔他人之不動產者，依前項之規定處斷。 第 3 項：前二項之未遂犯罰之。 第 335 條： 意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。 第 336 條： 第 1 項：對於公務上或因公益所持有之物，犯前條第一項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。 第 2 項：對於業務上所持有之物，犯前條第一項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。

（三）構成要件檢討：

1、竊取與侵占：

本款與刑法竊盜罪之用語與規範目的相近，其中竊盜罪尚有對行為人主觀之意圖之規定，亦即刑法第 320 條第 1 項即規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，而竊取他人之動產者，為竊盜罪」，而其構成要件必須要有主觀構成要件將該動產以所有為意圖，而行竊取之行為，建立新的持有關係者。而竊取者，係破壞他人之持有，而建

立自己之持有關係。又其所使竊取或侵占之犯罪客體不以該公務員所屬者為限，包含所有公用、公有器材與財物。如司法院解釋院字第 2727 號：「懲治貪污條例第三條第二款盜賣侵占或竊取公有財物罪之犯罪主體，不以本部隊或本機關之人員為限。」而不包含刑法第 320 條第 2 項之竊佔不動產之行為，如司法院解釋院字第 2718 號：「已廢止之懲治貪污暫行條例及現行之懲治貪污條例，雖均有竊取公有財物之規定，但不包括竊佔不動產行為在內，故遇有竊佔不動產之犯罪，仍應依刑法第三百二十條第二項處斷。又犯罪行為著手於舊法有效期間，而完成於新法施行以後，自應適用新法。」

所謂侵占者，指將合法之持有財物，轉換成以自己意思之持有，而有表現其變易之行為而言，故侵占者必先持有，此乃先決條件。刑法第 335 條第 1 項規定有侵占之罪責，必須要有先持有他人的財物，而後起意將自己所持有的他人財物予以侵吞入己，犯罪才能成立。是故，不論本款之構成要件描述如何，以現實上之可能性而言，一般人得以侵占者，就不必竊取，得以竊取者，亦不必侵占，二者互不相容，既原先占有、保管者，僅侵占即可取得該財物，又何必以竊取方式取得，而本款將此二者併列，有畫蛇添足之嫌。

2、公有及公用器材、財物：

所謂公用者，係為私用一詞之相對概念，此一用語不言自明，乃指公家機關所使用或供公眾使用，故不論所有權之歸屬且實務上亦包含軍用物，如司法院解釋院字第 2413 號：「專為軍事電訊而設之通訊兵團，其所存之軍用電線，及其他之通訊器材，係軍用品，亦屬公有之財物，軍人或公務員如在作戰期內盜賣或竊取該項器材者，應分別適用懲治貪污暫行條例第二條第三款或第三條第一項第三款論罪。」，又該客體亦不論其合

法與否，如司法院解釋院字第 2348 號認為違禁物亦得成為竊盜客體，不論其所有權是否為公所有，僅係供公眾使用者，即為公用。是以，包括公有及非公有在內[146]，故公用一詞已足；財物指的是財產及物品，亦即任何有體之動產均屬之[147]。

（四）刑度比較：

刑法第 320 條關於竊盜罪責係 5 年以下有期徒刑，而因公務員身分而竊盜者，竟達 10 年以上之刑度，似嫌過重，再者，以侵占而論，刑法第 336 條第 1 項之公務侵占罪相較之，處 1 年以上 7 年以下之刑者，本條所訂刑度，似無適當之理論基礎。

（五）檢討及分析：

公務員身分犯竊取或侵占罪者，不應另訂有規範，僅針對公務員侵占公用財物加以規定已足，因「若公務員並非利用其職務上之權力、機會或方法，而竊取或侵占公用或公有器材、財物，實與無公務員身分之人而『竊取或侵占公用或公有器材、財物』者無異」又何必以此超重之刑相加[148]；而就刑法中並無此一犯罪類型可供比較，「因之倘遇發生公務員利用職務上之便利竊取、侵占公用或公有器材、財物等之情形，則僅得依刑法第 134 條不純正瀆職罪加重其竊盜或侵占罪刑期至二分之一」。然此似乎正呼應了其構成要件之「意圖為自己或他人不法利益」前提[149]，不易證明其主觀之不法意圖，故而此二者並無實益，其次，就犯罪之評價而言，在刑度上應適用刑法第 336 條 1 項之規定應為合理，畢竟對於所侵害之法益而言，應酌予衡量，並非一味重罰即有效果。

---

[146] 最高法院 162 年台非字第 36 號判例。
[147] 司法院院字第 2718 號解釋。
[148] 陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，月旦法學雜誌，94 期，頁 22，2003 年 3 月。
[149] 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，94 期，頁 76，2003 年 3 月。

本款與刑法第 328 條之強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付者，其構成要件幾乎相同，與刑法第 320 條之竊取、竊占等用語，亦無差別。

二、第 4 條第 1 項第 2 款：

（一）內容：

本條例第 4 條第 1 項第 2 款有關藉勢或藉端勒索、勒徵、強占或強募財物者。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 2 款之條文	刑法相關之條文
藉勢或藉端勒索、勒徵、強占或強募財物者 （處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金）	第 328 條： 意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付者，為強盜罪，處五年以上有期徒刑。

（三）構成要件檢討：

1、藉勢或藉端：

所謂藉勢或藉端係憑藉權勢或假藉端由，藉勢係利用、假借權勢之意，而藉端則利用、假借機會之意，又藉勢或藉端係藉勢或藉端使人為交付財物之行為，其勒索之手段，祇以施用恫嚇使人發生恐怖心理為己足[150]，而為法條用語應言簡意賅之原則下，應修正為利用職務上機會一語，即可含括，不應累文。又藉勢或藉端之犯罪主體實務上不以本人為限，且亦非

[150] 司法院解釋院字第 2255 號。

與其職務權限範圍為必要，如司法院解釋院解字第 3672 號：「懲治貪污條例第二條第四款之藉勢或藉端勒索財物罪祇以行為人憑藉其本人或他人之權勢或以某種事由為藉口施行恫嚇以索取財物為構成條件不以所藉權勢事由在其職務範圍內或與其職務有直接關係為必要」。

2、勒索、勒徵、強占或強募財物：

所謂藉勢或藉端勒索指意圖為自己或第三人不法之所有，憑藉權勢或假藉端由，施用恫嚇方法，使人發生畏懼而交付財物。而此四者皆為非法取得之手段，故而得以非法方法取得他人之財物即可[151]，實務上對於此四種情況，視為同一程度，且被害人主觀意識到被迫而心生畏怖時，始構成本罪[152]，與之刑法 328 條之強盜構成要件相較，構成要件用語類似(強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法)，而公務員欲以強勢手段而致使被害者不能抗拒之可能性不高，縱果真犯之，因之以致使不能抗拒為犯罪之手段，則任何身分之人皆能犯之，觀刑法 328 條之規範，公務員強取財物而欲達強暴脅迫致人不能抗拒之程度，似乎與公務員身分毫無關係，惶論以貪污行為？且若具有公務員身分而犯罪者，尚有刑法第 134 條之利用公務員身分加重處罰即足以概括。

（四）刑度比較：

大法官釋字第 630 號解釋認為，刑法第 329 條之擬制強盜罪，立法者認為亦必須達到強盜罪中之強暴、脅迫程度，始有論以該罪，尚未違背罪刑相當與比例原則。故就構成要件規範之內容而言，故本款中之藉勢或藉

[151] 最高法院 83 年台上字第 1004 號判例：「貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 2 款的『藉勢、藉端勒索、勒徵或強募罪』，則必須相對人心生畏懼或交付財物是迫於相對人藉勢恫嚇，於意思自由壓抑或脅迫的情況下交付財物，才能成立。」意即，行為人必須憑藉權勢、權力而出於恫嚇、脅迫手段，使人心生畏怖心、恐懼感，才構成本罪。另可參照最高法院 86 年上字第 5214 號判例。

[152] 見 94 年上(二)更字第 172 號判決。

端強占、強暴、脅迫而至不能抗拒之程度而取得財物，其刑度與之相關聯性之刑法第 328 條相較，刑度亦相對較高，似乎無立論之依據，且亦不符合構成要件所要評價之目的，惟有相反見解者，認為其不僅破壞人民對於國家法治行政之信賴，更積極侵害人民財產上之權利，故應科以較強盜罪更重之刑，以契合「罪刑相當」之要求[153]。本文以為，單就本款刑度為無期徒刑或十年以上有期徒刑為刑法第 328 條之強盜罪刑度之二倍以上，且具身分者尚且依刑法加重其刑至二分之一[154]，而實務上之審理重判刑度者少，其立法威嚇之目的大於實質目的。

（五）檢討及分析：

關於本款之成立要件而言，「其一經施以強暴脅迫之行為以足，不論他人是否因此而受危險或至不能抗拒，則所非問」[155]與刑法之強盜罪認定等同，而公務員藉勢、藉端施以勒索、勒徵、強占或強募等，亦幾乎沒有分別，而其手段與目的間之連結係公務員之身分而非其他不具身分之人得以為之，故而成立犯罪之條件肯定較為容易，並非科以重刑始為唯一條件；另為使構成要件得以明確或統一，應可參照刑法第 134 條之立法用語，即「公務員假借職務上之權力、機會或方法」而非法取得他人財物者即可[156]，畢竟，構成要件規範之犯罪態樣，應力求明確，以藉勢、藉端、勒索、勒徵、強占或強募等臚列各式之犯罪行為態樣，似與刑法分則之體系有違。

三、第 4 條第 1 項第 3 款：

（一）內容：

第 4 條第 1 項第 3 款之構成要件關於建築或經辦公用工程或購辦公用

[153] 余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，同註 149，頁 77。
[154] 依刑法第 65 條第 1 項規定：「無期徒刑不得加重」。
[155] 刁榮華，特別刑法各論，文新書店，1976 年初版，頁 59。
[156] 余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，同註 149，頁 76-77。

器材、物品浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事者。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款之條文	刑法相關之條文
建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事者 （處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金）	無

（三）構成要件檢討：

1、建築或經辦公用工程、購辦公用器材、物品：

所謂「公用」者，而刑法有相類似用語者係第 188 條：「妨害鐵路、郵務、電報、電話或供公眾之用水、電氣、煤氣事業者」，意即供公眾所用者為「公用」，亦非供公務使用為限。故所謂「公用工程」指係一切因公眾所用之一切工程，如道路、橋樑、港口、碼頭、機場等一切建築工程，且包含軍用之工程，如司法院解釋院字第 2602 號：「主辦軍工工程人員與包商洽訂建築契約，不照當地物價及包商要求之價格切實審核而擅自核增加，如與包商勾串舞弊，應成立懲治貪污條例第二條第二款之罪。」，「經辦公用工程」就刑法條文比較後，其他無類似條文用語可資參考。

而「經辦」意指經手辦理等動作及程序，故應包括規劃、簽約、驗收、付款、執行等事宜，而「公用器材」物品，亦可推知為一切因公眾所使用之物品[157]。所謂「購辦」者其立法意旨應指辦理採購事務，即購買、辦理

[157] 大法官釋字第 174 號解釋提及：「公務人員侵占職務上持有之非公用私有財物者，為貪污行為，同條例既無處罰專條，自應視其是否主管或監督之事務等情節，分別按上開二款規定論罪。查該二款規定，與失效之懲治貪污條例第四條第六款及第七款之立法本旨相同，本院院解字第三〇八〇號及院解字第三〇一五號解釋，對現行法仍有補充之功用，自不因懲治貪污條例廢止而失其效力。惟如其情節輕微，而其所得或所圖得財物在三千元以下者，應有戡亂

之意，惟其省略購買、辦理，而逕稱購辦，此一用語反令人難解其意[158]，其構成要件用語應予簡化，以免用詞繁鎖。

2、浮報價額、數量：

又所謂「浮報」者，指原價格以少報多是也，如最高法院 75 年台上字第 5136 號判決：「戡亂時期貪污治罪條例第四條第四款經辦公用工程浮報價額數量罪，所謂「浮報價額數量」，係指就原價格故為提高，以少報多，從中圖利而言。」，而此構成要件係形容建築、採購之人而有可能從中獲利之各種行為態樣。最高法院 70 年台上字第 2974 號判例：「戡亂時期貪污治罪條例第四條第四款公務員經辦公用工程浮報數量罪之所謂「浮報」，本含有詐欺性質，其詐欺行為已為浮報罪行所吸收，不應另行論罪。」倘該公務員有浮報行為，應肯認其吸收詐欺行為，單純論以本款之罪。

3、「收取回扣」者：

（1）內含：

係於應付款項費用中，扣除一定比率之數額，收為己用。如最高法院 71 台上字 7804 號判決：「戡亂時期貪污治罪條例第四條第四款之經辦工程收取回扣罪之所謂回扣，係指將應付給之建築材料費或工程價款中，與對方要約，提取一定比率或扣取其中一部份，圖為不法之所有而言。」

（2）「收取回扣」與「賄賂」之關係：

在外觀行為觀察其並無不同，惟有時確時難以釐清，如有贊成與賄賂有差別者，如「貪污治罪條例第四條第一項第三款所稱『建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品收取回扣』及同條項第五款或第五條第一項第

時期貪污治罪條例第十二條第一項規定之適用，併予補充解釋。」公用仍應判斷其所有權而適法。

[158] 陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，同註 148，頁 25。

三款『對於違背職務之行為收受賄賂』、『對於職務上之行為收受賄賂』，其犯罪態樣不同。而所謂『回扣』與『賄賂』，雖均屬對公務員之不法原因為給付，但前者係指公務員就應付給之建築材料費、工程價款或購辦費用，向對方要約，提取一定比率或扣取其中一部分，圖為自己不法之所有而言；後者則係指對於公務員之職務行為或違背職務行為，給付具有一定對價關係之金錢或可以金錢計算之財物等不法報酬而言。」[159]。學說上亦有此一觀點，如關於受賄行為之態樣有三，即「要求」、「期約」、「收受」者，並限制該賄賂或不正利益與行為人有「對價關係」始得成立賄賂，而一般經辦採購、建築之公務員之收取回扣，未必與相對人有對價關係，往往僅係利用職務上之便利從中獲得相對人事後有意無意之非對價性饋贈，形成長期之利益共生團體，其次本款之用語分析而言，多為違背職務在先，收取回扣在後，非如受賄罪之賄賂在前，違背職務在後之情形[160]。另有認為其二者並無差別，如最高法院 93 年台上字 5421 號判例認為：「……其收取回扣，廠商莫不偷工減料以彌補其給付而降低工程品質，嚴重影響公共安全，其情節與違背職務之受賄無異。…」，本文以為，回扣與賄賂其對價關係上必有差別，因回扣者，必須建立在承辦案件中，浮報或協助減少成本等，從中獲利，其必有一定之比例或成數，而賄賂並不以此為準，故仍得以此為判別。

(3)「收取回扣」與「圖利」之關係：

觀最高法院 96 年台上字第 1967 號判決：「刑法第一百三十一條及貪污治罪條例第六條第一項第四款之公務員圖利罪，均係關於公務員職務上圖利之概括規定，必其圖利之該行為不合刑法或貪污治罪條例各條特別規定者，始依本罪論處，倘其圖利之行為合於其他條文或款項之特別規定，即

[159] 97 年台上字第 1817 號判決及 95 年台上字第 6602 號判決亦同此看法。

[160] 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 78，2003 年 3 月。

應依該特別規定之罪論擬，無再適用本罪之餘地。原判決認定上訴人等二人就其中部分工程之所以以上開方法圖利廠商張○○等人，旨在向渠等索取工程回扣款，並已取得回扣，因而認其係犯連續收取回扣罪與連續指定工程之圖利罪，兩部分有方法結果之牽連關係，依修正前刑法第五十五條後段規定，從一重之連續經辦公用工程收取回扣罪處斷，揆之前開說明，其適用法則即難謂適當。」可知，應認為收取回扣係單純以本款加以論罪，而排除圖利之概括規定適用。

（4）其他舞弊事項：

所謂「其他舞弊事項」有指除收回扣外，其他一切非法圖利之行為而言，亦指其他不依法令辦理事務之行為，係為前段行為態樣之補充規定，若有前段之行為者，應適用之，而排除概括規定[161]，其他行為態樣如 A、與承包商勾結，不依當地物價確實審核造價，從中圖利；B、明知包商偷工減料，不為舉發或仍加以驗收，圖得不法利益；C、興建工程浮報造價；D、採購時以膺品冒充真品或以低級品冒充高級品[162]等行為態樣。此係構成要件概括式規定之一，在此近似於空白刑法，有違明確性原則，就刑法分則之內容及任務上原則，應立求精密明確，，故此一用語應予刪除，較為妥適。

（四）刑度比較：

[161] 最高法院 94 年台上字第 6046 號判決：「此「其他舞弊情事」，係對於同條款所云「浮報價額、數量」及「收取回扣」之補充概括規定。依原判決認定之事實，林○○等五人與伍○○、林○○於第一、二次招標流標後，將系爭工程預算增加不必要之項目、配備或數量，由二十四億八千萬元浮編至五十一億三千八百萬元，並由吳○○所實際經營之○○公司藉圍標之方式，以二十二億八百七十萬元及馬克一億一千五百萬元（合計約四十三億元左右）得標，則渠等自有「浮報價額、數量」之犯行。依主要規定應優於補充規定適用之原則，前述原判決主文諭知補充規定「其他舞弊情事」之罪名，而未諭知主要規定「浮報價額、數量」之罪名，於法有違。」

[162] 施茂林，刑法瀆職罪與貪污治罪條例解析，國家文官培訓訓練教材，頁 246-247，轉引自高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 40，2003 年 3 月。

以本款之刑度（處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金）而言，與刑法第 122 條第 1 項與第 2 項觀察，違背職務而受賄且因而行違背職務者，處無期徒刑或 5 年以上有期徒刑者，仍嫌過重。

（五）檢討及分析：

對於構成要件研析可知，其排除了行為人主觀意圖之具備性，且不論是否獲利亦非所問，易言之，亦即行為人僅需具備「浮報」之客觀構成要件行為，即成立此罪，而未考慮其行政疏失情況，其嚴謹度似不足[163]，實務上對於收受回扣與受賄二者，在區別上有所爭議。而有以該公共事物之價金，應予以比例上之分隔，即超過二成者，視為賄賂[164]，然事實上，收受回扣即收受款項獲利，二者並無差異，應一律視為圖利，觀收受回扣之行為可知，其必定是該公務員給予廠商或第三人利益之後，廠商或第三人將其利潤交予該公務員，是以，不論事前要求、期約，事後收受，本質上就是圖利之行為；另有關「其他舞弊事項」之用語應予以刪除不用較為妥適，否則刑罰權之界限無從確定，是以其不明確之規定應屬無效，亦稱之為「不明確即無效原則」（Void for vagueness doctrine）[165]。

四、第 4 條第 1 項第 4 款：

（一）內容：

第 4 條第 1 項第 4 款有關公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者，其構成要件可一分為二，即公用運輸工具犯罪及必須裝運物品為違禁物品或漏稅物品者。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 4 款之條文	刑法相關之條文

[163] 余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，同註 149，頁 76-77。
[164] 邢泰釗，就我國實務運作觀點，評現行貪污治罪條例，同註 170，頁 11。
[165] 陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，同註 148，頁 25。

以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者 （處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金）	無

（三）構成要件檢討：

1、公用運輸工具：

觀本條例之前身「戡亂時期貪污治罪條例」之同條款：「以公用馬匹、馱獸、船艦、舟車、或航空器，裝運違禁品或漏稅物品者」觀之，明顯係直接簡化而來，所謂「公用運輸工具」指該交通工具係公用運輸即可，不以該交通工具是否係公有為限，其究屬公有或屬徵用或暫時供公用均所不問[166]。實務上亦有相同看法，如最高法院 92 年台上字第 2106 號判決：「按貪污治罪條例第四條第一項第四款所規定，依據法令從事公務之人員以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品之罪，其所謂公用運輸工具，凡供機關、部隊等公務單位所使用之運輸工具，均應包括在內。」

2、裝運：

裝運係本款之構成要件行為，其主要行為有二，即裝載及搬運(運輸)，且非屬同義複詞。故不以裝載而運送為必要，如已裝載而未運送，仍應論以既遂之罪。如最高法院 44 年台上字第 515 號判例：「上訴人等結夥行竊，既已將竊得之鋁片裝入牛車，預備運走，則其竊盜行為顯已既遂，自不因被警截獲而有異。原判決依竊盜未遂罪論科，不無違誤。」即為示例。又參考懲治走私條例第 2 條及第 3 條，有私運及運送等用語，其與本款之裝運應屬不同，而私運、運送僅限於為他人運送，其運送已包含於銷售在內[167]，而本款之裝運則所不問。

3、違禁物品與漏稅物品：

而違禁物品指依法不得製造、運輸、販賣、轉讓或持有之物品，例如

[166] 刁榮華，特別刑法各論，同前註 155，頁 59。
[167] 最高法院 80 年台上字第 3381 號判決。

槍砲、彈葯、管制刀械、毒品、麻醉藥品、偽藥、禁藥等。而違禁物品之認定不易，刑法第 38 條第 1 項僅規定違禁物須沒收，卻無相關種類及規範。如槍枝係違禁物，然槍枝之單獨零件卻非違禁物，如司法院解釋院解字第 3807 號：「單純販運由槍拆出之各種零件不成立犯罪其零件自不得以違禁物論惟販運者如係為避免發覺或便於搬運故將整個槍枝拆開以為運輸仍應分別情形依刑法第一百八十六條第一百八十七條論處」，又司法院院解字第 3505 號：「獵槍及子彈係專供狩獵之用不能認為違禁物」，排除獵槍為槍、其子彈非彈葯，再者，軍用地圖卻認為是違禁物[168]，無法依是否具有危害社會之性質加以判別，足見其並無相關之認定標準。

而所謂漏稅物品，指的是依法應繳納稅捐而未繳納稅捐之物品[169]。如稅捐稽徵法、所得稅法、印花稅法、使用牌照稅法、契稅條例、娛樂稅法、海關進口稅則、貨物稅條例等等，相關之應納稅之法令，而未繳納之物品即屬之。

（四）刑度比較：

本款之刑度與前款相同，係無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金，惟刑法中無相同之規範得以比較。但無謂是違禁物品或漏稅物，僅係以公用運輸加以裝運即處重刑，似無必要，且本款實務上之適用情形亦少，難以評估實際效用。

（五）檢討及分析：

而所謂公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品，現實生活中，極少發生，觀立法之初，民生、工業未開，而利用公用運輸工具犯罪之情形或有之，而現今較不易發生，如民國 29 年之司法院解釋院字第 2472 號提及馱

[168] 司法院解釋院解字第 2308 號。相關認定尚有賭具、賭洋並非違禁物，見院解字第 1318 號。
[169] 陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，同註 148，頁 26。

馬與舟車不同，即可知當時之時空背景已不復，再者，違禁物品究竟為何?此亦等同於一種空白構成要件，其種類及存在的狀況極多，故易生爭議，而漏稅物豈有動用刑罰之必要?此一條文之存在恐有待商榷。況此條文之規範目的恐已喪失，而刑法中又無類似條文可以參照，吾人可知，欲以此種方式犯罪以公務員較有可能之情形應其必定是有利可圖，僅可能因有機會接觸公用之運輸工具而利用之，僅為媒介用並非刻意以之犯罪，況現今公用運輸工具者眾，如公車、捷運等，一般人皆可使用，其為民生必用之交通工具，幾乎以達人人必用之程度，故可以圖利罪相繩即可，本條應無存在實益[170]。再者，針對漏稅物品以公用運輸載送，而訂定處罰之保護法益為何?實難理解，以現今之常理判斷，其應無保護之法益，何需以本條例相繩?

五、第 4 條第 1 項第 5 款：

（一）內容：

第 4 條第 1 項第 5 款對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之條文	刑法相關之條文
對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者 （處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金）	第 121 條： 第 1 項：公務員或仲裁人對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。 第 122 條： 第 1 項：公務員或仲裁人對於違背職務之行為，要求、期約或收

[170] 邢泰釗，就我國實務運作觀點，評現行貪污治罪條例，同註 170，頁 10-11。

	受賄賂，或其他不正利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。 第 2 項：因而為違背職務之行為者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。

（三）構成要件比較：

1、違背職務之行為：

本款之限制條件為「對於違背職務之行為」，係指對職務上之義務有所違反者言[171]。如在職務上應為而不為或不應為而為即是。所謂違背職務之行為，係指在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為者而言[172]。而違背職務或不違背職務之行為必須以「與同條第一項之公務員違背職務受賄罪，既以公務員是否已因受賄，而發生違背職務之結果行為，以為區別之標準，則法院就該違背職務事項之具體內容，以及公務員作為或不作為之結果，已否達於違背職務之程度，均須明確予以認定，方足資為適用法律之依據。」[173]。

2、要求、期約或收受：

所謂「要求」即請求給付之謂，即行為人以關於違背職務之行為，以和平方式，主動請求他方行賄，而他方尚不明白行為人之意思者；而一經要約即成立本罪，不以他方承諾為成立要件。所謂「期約」指關於給付賄賂或不正利益之意思，雙方合致者而言，即行為人與他方，就行為人從事違背職務之行為，而他方交付賄賂或不正利益一項，雙方意思表示一致者

[171] 最高法院 47 年台上字第 889 號判例認為，職務上掌管之文件而交付於人，則違反職務上掌管之義務。
[172] 最高法院 58 年台上字第 884 號判例。
[173] 最高法院 65 年台上字第 1688 號判例。

即是。而「收受」者，即行為人就其已為或將為之違背職務行為向他方實際收取賄賂或不正利益者，而他方交付從而受領，得為事實上處分而言，不問基於受方之要約，或他方之自動，均屬之。此三者，具有階段性，亦即要求、期約或收受等，前者係後者之低度行為、階段行為、基礎行為、當然行為、部分行為，若其行為已至期約，要求行為已為期約行為吸收，只須論以期約之罪；若其行為已至收受，只須論以收受之罪，不再論以要求、期約之罪，與刑法第 122 條第 1 項之解釋相同[174]。

3、賄賂或其他不正利益：

賄賂與不正利益乃「受賄罪之客體，一為賄賂，二為不正利益，所謂賄賂，指金錢或可以金錢計算之財物而言，所謂不正利益，指賄賂以外足以供人需要或滿人慾望一切有形無形之利益而言」[175]。故「賄賂」，指的是金錢或有財產上之價值之物品而言，不正利益則是指除賄賂以外，凡足以供人需要，或能滿足一定慾望者，不論形無形均屬之[176]。又有關賄賂係指有形之財物，與不正利益不盡相同，其事實行為如大理院解釋統字第 1580 號：「刑律所稱賄賂不包括不正利益在內惟官吏犯贓治罪條例一至三條既於賄賂外明定有其他不正利益字樣則官吏明知於其職務有關而受人讌請自與該條例第一第二條所稱收受不正利益相當」，及最高法院 74 年台上字第 1355 號判例：「戡亂時期貪污治罪條例第十條規定應予追繳沒收者，係以被告貪污所得之財物為限，而「不正利益」既無明文規定，自不能包括在內。乃原判決立文竟將上訴人接受邀宴及召妓玩樂之不正利益，折算新台幣三千八百元，併予宣告追繳沒收，即難謂洽。」 即認為不正利益難以金錢計價。又賄賂或不正利益之成立，必須以對價關係為判別，如最高法院 70 年台上字 1186 號判例：「刑法上之收受賄賂罪，以他人有行求賄

[174] 參照最高法院 46 年台上字第 812 號判例。
[175] 最高法院 21 年上字第 369 號判例。
[176] 刁榮華，特別刑法各論，同前註 155，頁 60。

賂之事實為前提，若他人所交付之物並非基於行賄意思，則其物即非賄賂，自無收受賄賂之可言。故賄賂之不法報酬必須與公務員之職務行為或違背職務行為具有一定之對價關係，苟非關於職務行為或違背職務行為之報酬，即不得謂為賄賂。」

（四）刑度比較：

以刑法第 122 條第 1 項處三年以上十年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。而同條第 2 項因而違背職務者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。本款不論是否違背職務者，皆處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金。相較之下，不論在刑度上或罰金之額度，皆高出許多，似乎違反罪刑相當。

（五）檢討與分析：

與刑法第 122 條第 1 項：「公務員或仲裁人對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂，或其他不正利益者」相較，其法條用語分析之，且除犯罪主體中仲裁人不同外，其第 122 條之公務員之違法行為，即要求、期約及受收三種，實務上多以收受行為，吸收前二種行為，換言之，一經收受，則認定其成立收受賄賂，而不另論以要求、期約之罪責。而實務上，對於公務員或仲裁人實行違背職務之行為與賄賂或其他不正利益之獲得，應有「對價關係」，始得成立犯罪。又公務員犯此罪之手法多變化，有時於行政裁量之範圍內，得否論以本罪，頗有爭議，是故，仍以刑法加以統合即可，亦即本條例之用語與刑法之規範重疊，應不須重覆規定，另亦可將不違背職務之行賄以刑法第 121 條加以納入考量，對於不違背職務之行賄加以處罰，減少行賄風氣才能有效嚇阻賄賂等行為，如此才能有效整合。另有關刑法第 122 條之加重結果之情形，本條例並無相對應之處罰，惟應考慮本條例之刑度顯已過重，則若再予之加重，是否適宜?故可考慮

刑法第 122 條之刑度酌予提高，即可達成嚇阻之立法目的[177]，而既與之相似程度過高，應可考慮單純適用刑法之規範即可。

六、第 4 條第 2 項：

（一）內容：

對第 4 條第 1 項第 1 至 4 款之未遂犯處罰。

（二）構成要件檢討：

本條例第 4 條第 1 項第 1 款至第 4 款中，有許多構成要件無法區別其未遂及既遂之情形，如第 2 款之侵占公有、公用物等，且既、未遂之判定向來爭議，倘僅為了嚇阻犯罪而加以設定，則容易造成司法爭訟上之浪費。

（三）檢討及分析：

檢討未遂犯之處罰在犯罪行為之應罰性中討論，可引申其理論點，亦即在行為犯之犯罪情況中，已實施完成客觀不法構成要件之行為人，則屬既遂，反之，則屬未遂。而在結果犯之情形下，原則上必須發生行為結果，犯罪實屬既遂；反之，結果未發生則屬未遂[178]。於此，對於公務員犯前述之罪者，須檢討其為行為犯或結果犯之後，始有討論未遂犯處罰之餘地。而就未遂犯之處罰論點中，對於行為人之主觀想法是刑法思想中，亦即行為人之主觀想法變成了客觀之論罪依據，是以，原本只應造成結果始認定有犯罪之發生，惟基於社會全體對於某種犯罪行為之厭惡，才對該種犯罪行為，處罰未遂[179]。此固然是立法條件之一，但又如前述本條第 1 項第 3 款之規範，其一經施以強暴、脅迫之行為已足，且無階段性可資分別，故

[177] 余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，同註 149，頁 73。
[178] 林山田，刑法通論（上冊）增訂十版，頁 454，2008 年 1 月。
[179] 依智麒，論犯罪行為應罰性---以刑法 185 條之 3 為例，中國文化大學法律研究所碩士論文，頁 67-72，2007 年 7 月。

訂立未遂犯處罰，並無實益，應予以廢除較為合理。

第二項 本條例第五條內容之檢討

一、 第 1 項第 1 款：

（一）內容：

意圖得利，擅提或截留公款或違背法令收募稅捐或公債者。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 1 款之條文	刑法相關之條文
意圖得利，擅提或截留公款或違背法令收募稅捐或公債者。 （處七年以上有期徒刑，得併科新台幣六千萬元以下罰金）	第 129 條： 第 1 項：公務員對於租稅或其他入款，明知不應徵收而徵收者，處一年以上、七年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。 第 2 項：公務員對於職務上發給之款項、物品，明知應發給而抑留不發或剋扣者，亦同。

（三）構成要件檢討：

本款之構成要件之行為，有「擅提」、「截留」、「收募」三者。其主觀不法構成要件要素為「得利之意圖」。其限制條件為收募行為必須違背法令。其客體為公款、稅捐及公債。其中，擅提或截留之行為不以違背法令為限[180]，僅後段之收募稅捐與公債須違背法令執行始可論罪。

所謂「意圖得利」，指求取不法利益之謂；擅提公款，指意圖得利，對未經奉准不應提取之公款，擅自提取之行為。擅自截留公款，指意圖得利對應行解送之公款擅自截留之行為。違背法令收募稅捐，指意圖得利無

[180] 司法院解釋院解字第 2877 號。

法令之依據或法令之內容不符，而收募稅捐之行為。違背法令收募公債，擅提或截留公款所侵害之類型大多為公款存入私人帳戶而圖得利息為主，應屬公務的侵占類型。擅提或截留公款之行為，須有得利之意圖，惟不必至不法所有之意圖；若對該公款已有不法「所有」之意圖時，應屬本條例第 4 條第 1 項第 1 款之侵占公有財物罪[181]。

本款之構成要件為刑法第 129 條第 1 項與第 2 項之集合，即「明知不應徵收而徵收者」與「職務上發給之款項、物品，明知應發給而抑留不發或剋扣者」二者，即為「意圖得利，擅提或截留公款或違背法令收募稅捐或公債者。」蓋「擅提或截留公款」等同於抑留不發，差別在於擅提之行為而已。而明知不應徵收與違法收募稅捐亦無法分別，其文義射程相近似。故而主要之差別在於本款須以「意圖得利」為主觀要件，而刑法 129 條以「明知」為限制。

（四）刑度比較：

本款處七年以上有期徒刑，得併科新台幣六千萬元以下罰金與刑法第 129 條第 1、2 項之刑度為一年以上、七年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金，相較之，不論在刑度或罰金額度，皆高出許多。

（五）檢討及分析：

與刑法同質性較高之條文相比較，可知刑法第 129 條第 1 項之規定，即公務員對於租稅或其他入款，明知不應徵收而徵收，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，二相對照，似乎已概括了本條例所規範之犯罪類型，且刑度上較為合理。而現行公務員較無可能非依法律而徵稅，故而人民如遇有違法之募稅，豈會配合?實務上出現有類似之案例[182]，然觀其成因，大多係出

[181] 最高法院 76 年台上字第 7035 號判決。
[182] 最高法院 90 年台上字第 5226 號判決。

於自願配合，故而與本款構成要件不符。又意圖得利而將公款截留，係指「獲取利息」而非侵占為己有，而刑法第 129 條第 1、2 項之公務侵占相較，不僅構成要件之重疊性高，且刑度上也明顯過高[183]，是故，本款應建議予以廢除，保留刑法相關之規定即可。

二、 第 1 項第 2 款：

（一）內容：

利用職務上之機會，詐取財物者。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之條文	刑法相關之條文
利用職務上之機會，詐取財物者 （處七年以上有期徒刑，得併科新台幣六千萬元以下罰金）	第 134 條： 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，加重其刑至二分之一。 第 339 條： 意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。 以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。 前二項之未遂犯罰之。

[183] 陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，同註 148，頁 28。

（三）構成要件意義：

本款之構成要件行為為詐取。其客體為財物。限制條件為利用職務上之機會。

1、利用職務上之機會：係指可資運用職務上之一切事機，與刑法第 134 條所謂假借之意義相當。如最高法院 95 年台上字第 3355 號判例：「貪污治罪條例第五條第一項第二款規定之利用職務上之機會詐取財物罪，其所謂『利用職務上之機會』，係指假借職務上之一切事機，予以利用者而言，其所利用者，職務本身固有之事機，固不論矣，尚包括由職務上所衍生之機會，可見此規定之重點在於機會」即是。

2、詐取財物：指以欺罔方式使人陷於錯誤而交付財物之謂，並須被詐欺人因其詐術陷於錯誤[184]，否則不構成本罪[185]。如最高法院 94 年台上字第 3897 號判例：「……利用職務上機會詐取財物罪，係指公務員為圖取不法所得，而假藉其職務上所可利用之機會，以欺罔等不誠實之方法，獲取不應或不能取得之財物，即足當之；…」

（四）刑度比較

與相近似之刑法第 134 條及第 339 條相較之，本款刑度為七年以上有期徒刑，得併科新台幣六千萬元以下罰金，而第 339 條之處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金，可知其刑度亦為過重。

（五）檢討及分析：

利用職務上之機會，就文義上認定其範圍實屬不易，有案例如電力公司職員利用保管收據及帳務之工作，利用其職務上之機會向用戶詐取電費

[184] 最高法院 46 年台上字第 260 號判例。
[185] 刁榮華，特別刑法各論，同前註 155，頁 61。

[186]，是以，應以執行本身職務為限較為妥適，否則利用職務機會可想像其違法之範圍相當多。即如同刑法中執行「業務」之用語，一般人不易區別。故應於構成要件上加以區別，如刑法之執行業務或執行職務較為週全。又相較於刑法第 134 條、第 339 條之公務員利用職務上機會而詐欺取財之規定，其中刑法第 339 條法定刑遠較本條例重且再依刑法第 134 條之加重，仍為輕。而所謂利用公務員職務上之「機會」又比刑法第 134 條規定之「權力」、「方法」，認定範圍寬，實難謂適當之評價。

三、　第 1 項第 3 款：

（一）內容：

對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 5 條第 1 頁第 3 款之條文	刑法相關之條文
對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者 （處七年以上有期徒刑，得併科新台幣六千萬元以下罰金）	第 121 條： 第 1 項：公務員或仲裁人對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。

（三）構成要件分析：

本款之構成要件有要求、期約及收受三者，其客體為賄賂或不正利益。有限制之條件為對於職務之行為。

所謂職務上之行為，指在職務上應執行之行為而不違背其義務而言。而刑法上之賄賂罪所謂職務上之行為係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為[187]，例如法官對應諭知無罪之被告，要求、期約或收受賄賂

[186] 最高法院 63 年台上字第 3319 號判例。
[187] 最高法院 58 年台上字第 884 號判例。

即是。本款應與前條所論述之違背職務之類型相對照，明顯可知，其僅用於刑度上之區別而已，亦即違背職務而被賄賂較不違背職務而被賄賂有較重之違法性，故以重刑處罰。

（四）刑度比較：

本款為不違背職務之賄賂罪，與之相近之刑法規定為第 121 條第 1 項，而本款刑度為七年以上有期徒刑，得併科新台幣六千萬元以下罰金，刑法第 121 條第 1 項為七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。二者相較，刑度與罰金額度皆過重。

（五）檢討及分析：

觀本款與刑法第 121 條第 1 項之規定，幾乎相同，即構成要件之範圍幾乎完全涵蓋，故可同時考慮是否應回歸刑法一體適用，避免重覆規範。又除構成要件外，僅刑度上有所差異，惟刑度上之區別並非存在之條件，或可將刑法之刑度微調，則本款存在之意義即消失。

四、　第 5 條第 2 項：

（一）內容：

對於可能出現未遂犯之第 1 項之 1、2 款作未遂犯處罰之規定。

（二）構成要件分析：

未遂犯之處罰，應考慮其侵害法益之程度及不可回復性，而並非重刑度之條文，就必須有未遂之處罰。

（三）檢討及分析：

本條第 1 項之 1、2 款相關規定，其主觀構成要件之成立建構於一經

國立政治大學 National Chengchi University

著手施行即犯罪成立，不論結果是否得利[188]，例如有得利之意圖而截留公款一段時間已足，則又以未遂犯之規範加以處罰，前後之邏輯不合，恐有畫蛇添足之嫌，應酌予參考前述，將未遂之處罰刪除，較為合理。

第三項 本條例第六條第一項前三款內容之檢討

本條例第 6 條之第 1 項規定，有下列行為之一者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新台幣三千萬元以下罰金：一、意圖得利，抑留不發職務上應發之財物者。二、募集款項或徵用土地、財物，從中舞弊者。三、竊取或侵占職務上持有之非公用私有財物者。四、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。五、對於非主管或監督之事務，明知違背法令，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。另其第 2 項亦與前條相同，對於本條第 1 至 3 款，有未遂犯之處罰適用。

一、第 1 項第 1 款：

（一）內容：

意圖得利，抑留不發職務上應發之財物者。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 1 款之條文	刑法相關之條文
意圖得利，抑留不發職務上應發之財物者 （處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金）	第 129 條： 第 2 項：公務員對於職務上發給之款項、物品，明知應發給而抑留不發或剋扣者，亦同。

[188] 陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，同註 148，頁 28。

	（處一年以上、七年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。）

（三）構成要件分析：

本款構成要件為抑留不發。其主觀之不法構成件要素為得利之意圖[189]。另有限制條件為職務上所應發之職責[190]。其客體為財物。須對職務上有發給款項物品之義務，如發放員工薪資、工作補助費、加班費、績效獎金、指導費、鐘點費等依相關法令規定應發給之款項或物品，均屬之。而與職務無關，基於私法關係之款項或物品，如代轉送財物予以剋扣、向廠商購買財物，剋扣或抑留應付之款項等，或有觸犯圖利或侵占罪，但尚不能適用於本罪。

所謂「抑留不發」係指圖得不法利益而故意遲延不發之行為；而所謂職務上應發給之財物，指在職務上有發給義務之財物，如公務員之薪俸。其不發之金額不論一部或全部，皆成立本罪；又如「捏稱已發，實際上已變更持有之意思而為所有之意思時，則成立本條例第 2 條之侵占公有財物罪」[191]，刑法第 129 條第 2 項之所謂「抑留」係指遲延不發，不問全部或一部皆屬之；「剋扣」則指發不足額之意。故抑留與剋扣不盡相同。

（四）刑度比較：

本款之刑度為五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金，而刑法第 129 條第 2 項之刑度為一年以上、七年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金，與之相較，本款之刑度過重。

（五）檢討及分析：

[189] 司法院解釋院解字 4016 號。
[190] 最高法院 41 年台特非字第 9 號判例。
[191] 最高法院，同前揭註 190 判例後段。

相較於刑法第 129 條第 2 項之規定，公務員對於職務上發給之款項、物品，明知應發給而抑留不發或剋扣者，本款在構成要件之用語上並無明顯不同，僅在主觀構成要件上限定為「意圖得利」，而推敲其用語，可能之情形限於二種，即意圖得利而不發與明知應發而不發。相較於刑法 129 條 1 項之用語係不論是否得利，而本條例則限定於意圖得利，顯見於刑法較本款之規範範圍為大。又司法院解釋院字第 2855 號認為：抑留不發與刑法第 129 條第 2 項之罪不盡相同，其差別在於圖利自己或第三人為意圖，而就事實觀點檢視之，對於財、物之處分，職務上「明知應發」而不發，其目的僅有一可能性，即意圖自己或他人獲得利益，否則何以不發？有可能之情形恐是行政上疏失而已，不應用之以刑罰手段。是故，本條之用語，較刑法第 129 條第 2 項而言，有較嚴謹的構成要件，或可直接適用刑法第 129 條第 2 項加以規範，或修正其用語，改為結果犯加重，例如：意圖得利，扣留職務上應發之財物，因而獲利者，處較重之刑度，較為妥適。

二、第 1 項第 2 款：

（一）內容：

募集款項或徵用土地、財物，從中舞弊者。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 2 款之條文	刑法相關之條文
募集款項或徵用土地、財物，從中舞弊者 （處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金）	第 129 條： 第 1 項：公務員對於租稅或其他入款，明知不應徵收而徵收者，處一年以上、七年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。

（三）構成要件意義：

收募款項，指依法而募集之通用貨幣或有價證券或其他代替物者是，而「從中舞弊」，指辦理募集或徵用時，不依法辦理之行為，不限於圖利或得利，且於過程中，用合法掩護非法之任何行為[192]；又徵用指徵收使用及其他必要之處分而言。是以，本項之募集款項徵用土地、民伕、財物，係指有合法之根據又從中舞弊者而言。觀本款之構成要件為舞弊。其限制條件為募集款項或徵用土地、徵用財物。總括而言，係為募集款項而從中舞弊、徵用土地，而從中舞弊或徵用財物，而從中舞弊者。

（四）刑度比較：

本款之刑度為五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金，與相近似之刑法 129 條第 1 項之刑度一年以上、七年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金相較，其刑度上尚近，惟刑金刑卻不成比例。

（五）檢討及分析：

公務員募集款項之相關法令不甚完備，依法可行之募集行為為何?是否限定於因公募款?抑或為私人、私事募款，如急難救助之愛心捐款等，無法可循[193]，易產生有爭議。又因構成要件應符合明確性原則於刑法中探討的目的在於刑事立法之構成要件必須力求明確，始具有公示之效果。而所謂「從中舞弊」之用語，究竟指從中圖利?或從中阻撓?或其他破壞之行為等等，由構成要件觀之，並非限於從中圖利一行為而已，無法明瞭其規範之目的、內容、程度，實有違授權明確性，換言之，任何「不依法辦理」之行為皆有可能合致，是以，就該用語部分應加以修正，以達其規範之目的，以免產生爭議。將從中舞弊之用語改為，從中圖利者，即可符合明確性原則，亦可含括其立法原意。

[192] 陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，同註 148，頁 29。
[193] 政治獻金法、公益勸募條例等，皆未有募集款項細節之規定。

三、第 1 項第 3 款：

（一）內容：

竊取或侵占職務上持有之非公用私有器材、財物者。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 3 款之條文	刑法相關之條文
竊取或侵占職務上持有之非公用私有器材、財物者。 （處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金）	第 335 條： 第 1 項：意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。 第 2 項：前項之未遂犯罰之 第 336 條： 對於公務上或因公益所持有之物，犯前條第一項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。

（三）構成要件分析：

本款之構成要件行為，與前述第 4 條第 1 項第 1 款之規範情形幾乎相同。其中，構成要件亦為竊取或侵占，其不同者在於客體為「職務上持有之非公用私有器材、財物」。而竊取與侵占則不再綴述。職務上持有非公用之私有物於「懲治貪污條例」中曾有規定處罰，而「戡亂時期貪污治罪條例」則無此一規範，故大法官釋字 174 號認為，公務員將沒入且尚未判決之據為己有，若有此一情形，得依圖利罪加以處罰。實務判決亦有類似之案例，最高法院台上字第 443 號判決：「高雄市各市立國民中學之畢業旅行及購置體育服裝等費用，雖非由政府機關撥與學校應用之費用，係由學生視個別需要自行參加、購置，畢業旅行費用之收取及學生服裝之購

置，均非屬學校代辦之業務，不屬校長主管事務；但畢業旅行活動仍屬教學活動之一，應受校長之監督。同時，學生才裝之銷售，為各級學校員生消費合作社得代辦事項；校長依「高雄市各級學校員生消費合作社業務經營應遵守事項暨考核獎懲標準」之規定，對之亦負有指導監督之責依法令從事公務之人員侵占職務上持有之非公用私有財物者，為貪污行為，應分別按戡亂時期貪污治罪條例第六款第三款或第四款論罪，同時，圖利罪祇須行為人有圖利之意思，並表現於外，即屬成立。本件上訴人持以圖利之畢業旅行費及學生體育服裝費，均屬非公用之私有財物，上訴人對之負有監督之職責，竟據之挪用圖利，原判決論處其對於監督事務直接圖利罪刑，核無違法情形。」惟經修正後，本條例又恢復此一規範，而排除圖利罪之適用[194]。

有關職務上持有之非公用且為私有的形容方式，較無法想像其所保護之客體究竟為何?實務上有舉一例：私人公司參加公營事業工程標所繳之押標金，係基於私法上承攬契約而繳交，無公法上之性質，無論得標與否，均須發還繳納之人，即使違約，在沒入之前，仍非公款，若公務員就主管事務而侵占該押標金，自為本條例之圖利罪[195]，故而於民國八十一年六月三十日修正本條例，以杜爭議。再者，所謂非公用係指其財產並非公家機關所使用，且不所有權之歸屬亦所在不問，故其涵蓋有公有或非公有之「非公用物」[196]。又有關刑法第 336 條公務上或因「公益」上持有之用語中，公務部分不再贅文，而公益者，乃公共益利，其範圍甚廣，如最高法院 46 年台上字第 1164 號判決：「刑法第三百三十六條第一項所謂侵占公益上所持有之物，必須其物因公益上原因而持有，從而侵占之，始得構成。上訴人受糧食事務所委託保管穀物，純係基於業務上之原因，並非因辦理公益

[194] 最高法院 88 年台上字 796 號判決。
[195] 最高法院 76 年台上字第 279 號判決。
[196] 最高法院 62 年台非字 36 號判例。

而持有，自難依侵占公益上持有物之規定論科。」又如最高法院 70 年台上字第 954 號判例：「慶豐社區理事會係依台灣省社區發展十年計劃第九項第二款之規定設立，並非公務機關，而係舉辦公益為目的之民眾團體，亦非受公務機關委託承辦公務。上訴人以理事長身分持有該社區財物，乃因公益而持有。其將因公益而持有之押標金侵占花用，應成立刑法上之侵占公益上持有物罪。」此係排除公務機關之限制及公務上之行為，一般人均得以犯之，僅需該物為公益被持有而侵占之。惟尚且必須為公益上原因而持有者，始足尚之[197]。反之，如受糧食局委託保管公糧穀，並加工碾製成白米，其屬契約行為，則非公益之用[198]。

（四）刑度比較：

本款之刑度為五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金，而與刑法第 335 條與 336 條相較之，以較高刑度之 336 條為例，其刑度為一年以上七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金，二者仍相距甚大，不可不謂過重。

（五）檢討及分析：

本款之犯罪客體為職務上持有之非公用私有器材、財物，其中之器材與財物之認定應予以簡化之，畢竟，所謂財物即包含財產及有價物品，而將器材列入條文之中，豈非疊床架屋，故應以「財物」二字即可概括之。本款應予以適度修正或直考慮刪除，直接適用刑法之相關規定即可。因公務而持有之任何物品，豈有可能竊取，原因無他，即竊取係破壞原持有之關係，實為贅文，此不言自明，試想，既為職務上之持有，又何有竊取之可能性。是以，可將竊取、侵占等用語，修正為「竊占」即可，而非公用

[197] 最高法院 31 年台上字第 1129 號判例。
[198] 最高法院 45 年台上字第 971 號判例。

私有器材、財物可考慮改非公用之財物即可概括。進一步言，對於職務上持有之非公用物，其保護之客體法益應為個人之財產而非公家財產，僅因行為主體為公務員即予特別法條規範，應無必要，若非要達整治官箴之目的，可直接適用刑法第 134 條之規定加重即可。

二、第 2 項：

（一）內容：

本條之第 1 項的 1 至 3 款，設有未遂犯之規定。

（二）構成要件意義：

如前述，本條第 2 項之未遂犯處罰規定，應同前條之規範目的相同，即因立法者認為貪污行為均為眾人所惡，以致加以處罰其未遂之行為。

（三）檢討及分析：

對於本項所規定之未遂犯，在現實上幾乎不可能出現，例如上述，其非公用私有之器材、財物，如何產生職務上已經持有而予以竊取？令人匪夷所思，而侵占非公用私有器物與公務機關無關，亦與行為人身分無關，何須以貪污罪相繩?此外，本款構成要件與刑法第 336 條之用語，為公務上或因公益持有而侵占者，其範圍似足以涵括本款之規範目的。是故，本項應考慮刪除。

第三節 圖利行為之構成要件檢討

第一項 圖利罪之性質

本條例關於貪污之相關規範亦包括了圖利之部分，即第 6 條第 1 項第 4、5 款，關於主管或監督及非主管或監督二種圖利行為，且明知違背法令，

直接或間接圖自己或其他私人不法之利益，因而獲利者。而此二款對照刑法第 131 條規定之圖利罪幾乎相同，其差別僅刑度上之不同。而刑法之第 131 條之存在亦應公務員常因便民與圖利發生混淆，而不敢勇於任事，影響行政效率，以發生結果為構成要件，亦可避免圖利國庫而無私人利益，卻被認定違法。以致加以修正，惟此圖利與刑法之圖利之重疊性過高，產生諸多爭議之處，另亦無法認定包括不法利益之內涵為何?

有關圖利罪之性質包括有一般性質、身分犯性質與對向犯性質[199]，分述如下：

一、一般性：圖利罪係關於公務員職務犯罪之概括規定，必其圖利行為不合刑法各條特別規定者，始有適用[200]。

二、身分犯性質：圖利罪係因一定身分而成立之犯罪，故其犯罪主體為身分犯，且該罪之犯罪主體不僅為身分犯，更是純正身分犯之性質。

三、對向犯性質：倘公務員所圖得之不法利益，係取自該無身分關係之人，或公務員圖利之對象即為該無身分關係之人，因係處於對向關係，該無身分關係者，除涉犯他項罪名外，尚不能遽依公務員圖利罪共犯論擬。此觀立法上只處罰違背職務之行賄罪與受賄罪，而不論以不違背職務之行賄罪自明。

第二項 圖利罪之構成要件分析

一、本條例第 6 條第 1 項第 4 款、第 5 款：

（一）內容：

第 1 目：對於主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命

[199] 邢泰釗，貪污治罪條例圖利罪構成要件解析，屏東地檢署出版，頁 17-22，2009 年 4 月。
[200] 最高法院 51 年台上字第 750 號判決、最高法院 78 年台上字第 1429 號判決。

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。

第 2 目：對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。

依構成要件內容可分離出圖利罪有四種行為態樣，即對主管之事務直接圖利、對主管之事務間接圖利、對監督之事務直接圖利、對監督之事務間接圖利等。

（二）與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之條文	刑法相關之條文
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。（處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金）	第 131 條： 第 1 項：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，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科七萬元以下罰金。
貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之條文	
對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。（處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金）	

（三）構成要件分析：

1、對於「主管或監督之事務」：

內容可分為對於主管之事務與對於監督之事務二者。又所謂主管事務係指公務員依法令職務上對於某事務有主持或執行之權責而言，即指在職權範圍以內之事務。而所謂監督事務，係指公務員對某事務雖非直接主持或執行，但依法令對於掌管該事務及其主持及執行人員有監察督導之權。且指對他人事務自己立於監督地位者而言。例如各機關總務部門經辦工程招標之人，有權主持或執行工程招標事務，該事務即係其主管之事務，而就依法令對該招標事務及人員有監督權責的長官，即屬其監督之事務[201]。

又「主管或監督之事務」乃公務之具體化，析言之，公務係概括地指國家或其他公法人整體之事務而言；故主管或監督之事務即國家或其他公法人為推行政務，就該整體之事務為具體之規劃與分配，由各該機關或職位加以職掌，以明權責，從而是否為主管或監督之事務，應依各機關之組織法規或有關法令之規定資為認定其具體範圍，如司法院院解字第 3297 號認為：「屯墾處長對於屯墾地區內來往客商派兵保護並非其主管或監督之事務其向客商收取保護費如係利用其職務上之機會以圖利者自係構成懲治貪污條例第三條第七款之罪若因開墾經費不敷藉此彌補縱其目的為圖利公庫而對此不應徵收之入款故意徵收者亦應負刑法第一百二十九條第一項之罪責」，然司法院解釋院解字第 3015 號認為檢察官向刑事被告收取保證金與受關說之請託而受賄係非主管或監督事務，故而本要件須以事實而為個別評估[202]。

反之，非主管或監督事務，即前述主管或監督事務以外之相關行為，

[201] 張清雲等，圖利罪相關問題之研究，法務部發行，頁 14-15，1996 年初版。
[202] 張清雲等，圖利罪相關問題之研究，同前註 201，頁 15。

即為非主管或非監督之事務，如某甲係依法令從事公務之人員，利用職司駕訓，兼辦結業學員有關考照連絡事宜之職權機會，藉向上級請求將題目程度降低，使結訓學員心存感激，而收取致送之金錢，係利用機會而圖利[203]。故非主管或監督事務尚須達利用職權、機會或身分而為之，始足當之。實務上認為行為人必須對該非主管或監督事務有某種影響力或可憑藉之機會[204]。

2、「明知」：

又「明知」者，係為該行為人有圖不法利意之意圖而違背法律之直接故意而言。又直接圖利，即指在自己主辦或監督之事務上，積極取得不法之利益。而間接圖利，謂以迂迴輾轉之方法，使利益屬於自己或減輕自己之支出。而圖利之對象又僅限於「自己或其他私人」為限，排除圖利公庫，故本條例相關之規定構成要件係以意圖得利為主，排除圖利公益[205]，為免爭議，故修正後將其構成要件直接明示。

3、直接或間接圖利：

「圖利」乃指圖得不法利益而言。犯罪客體為自己或其他私人之不法利益。限制條件為對於主管或監督之事務及明知違背法律、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。

而「圖利」係指圖得意欲之行為而言，包含自己或其他私人，而只須有圖利意欲之行為，即構成本罪[206]。反之，本條第 5 款之對於非主管或監

[203] 最高法院 70 年台上字第 1694 號判決。
[204] 見最高法院 69 年台上字第 1594 號判決、最高法院 70 年台上字第 7375 號判決。
[205] 司法院解字第 3618 號。
[206] 刁榮華，特別刑法各論，同前註 155，頁 62。

督之事務意涵，即不屬其主管或監督之事務而言。而非主管或監督之事務，即無法直接圖利自己或他人，故以利用職權機會或身分為限制條件。是以，凡屬假借其職權、機會或身分上之憑藉，而圖利自己或其他私人者，即屬之。二款之構成要件幾乎相同，差別僅止於限制條件一者為主管或監督事務，另一者為非主管或監督之事務。行為態樣：就圖利罪的行為態樣必須先區別上述之第 4 款及第 5 款二者分別說明，即對主管或監督之事務與非主管或監督之事務。首先，「主管事務」係指公務員依法執行職務時對某事務有主持或執行之權責而言。又「監督事務」係指該公務員對某事務雖非直接主持或執行，但依法令對於掌管該事務及其主持及執行人員有監察督導之權責[207]，而針對該圖利行為之事務是否為主管或監督之事務，自應就該具體之事務，依據法令或機關之內規加以判定[208]。是以，就本條第 4 款之條文規範而言，必須以主管或監督事務為限制，然因同條之第 5 款又有非主管或監督之事務規定，則可知凡公務員無論有無上述之事權者，僅利用職權之機會或身分而犯本罪者，皆有適用本條之 4、5 款。而就圖利之方法觀之，有直接與間接二種，至於所圖之利益究為直接利益或間接利益，則所非問。所謂「直接圖利」係指以直接方法圖得不法利益，例如負有槍彈收購之責的公務員，私槍之收購自為其主管事務，偽稱公家收購而販入黑市出售圖利即是[209]，而「間接圖利」者係指以迂迴間接方式而圖得不法利益[210]，亦即行為人之圖利行為與其所圖之不法利益間，不存在有直接關係之方法，如公務員以親友名義出面經營與其職務有關之商業，以間接取得利益[211]。

4、圖利之限制條件：

[207] 張清雲等，圖利罪相關問題之研究，同前註 201，頁 14。
[208] 林山田，刑法各罪論（下冊），作者自發，頁 123-124，2006 年 11 月修訂五版。
[209] 最高法院 46 年台上字第 112 號判例。
[210] 最高法院 59 年台上字第 634 判決。
[211] 司法院院解字第 3841 號。

以獲有不法利益為條件，因 90 年 10 月 25 日修正本條例後，本條即以獲有不法利益之結果，為限制。又與於法律等認知，必須以「明知」為主觀意圖，檢視其證據認定之，而不以行為人所為之失當行為的結果，使他人獲得不法利益，即推定有圖利他人之故意[212]。於國家給付行政之概念下，有時公務員依其職權之裁量行為，難免造成少數人獲有利益之結果。對此情形，除非有相當之證據足以認定其裁量時，已具有圖利他人之故意外，否則不能據以客觀上有人獲利之事實，而反向推論該行為人有圖利之故意，而成立本罪[213]。

（四）刑度比較：

本二款刑度為五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金，刑法第 131 條第 1 項之一年以上七年以下有期徒刑，得併科七萬元以下罰金相較，其相對較高。且值得一提的是，本二款雖構成要件有差異，但其刑度卻相同。

（五）檢討與分析：

刑法第 131 條第 1 項規定之圖利罪係處罰公務員對於主管或監督之事務直接或間接圖利，主要重點是針對公務員違背職務之圖利，須其所圖之利與職務直接或間接相關，與單純利用職務上之權力或機會或方法不法得財之情形有別，如公務員就他公務員主管或監督之事務，代人關說請託，藉機索取謝儀，此索財與其職務無關，自不能論以本罪[214]。而本條例之圖利罪有二，其專為公務員而設，是刑法瀆職罪章賄賂罪及其他瀆職之特別

[212] 最高法院 57 年台上字第 2526 號判決。

[213] 最高法院 91 年台上字第 6006 號判決：按公務員之行政行為，本即有導致相關人民獲利或不利之結果，是不能單純以公務員之行為已使人民獲得利益之結果，反向推論而謂該行政行為即為圖利行為，故圖利罪之成立與否，重在審查公務員於行政行為時，有無圖自己或其他私人不法利益之犯意，而有無圖利之犯意，應依證據認定之，自不待言。

[214] 張清雲等，圖利罪相關問題之研究，同前註 207，頁 49。

法，故而本條之第 1 項 4、5 款圖利罪，分別就主管或監督之事務，直接或間接圖利與對於非主管或監督之事務，利用職權或身分圖利此二種，其中之差別在於非主管或監督之事務，利用職權機會或身分圖利罪，必須該公務員對於該事務有可憑藉影響之職權機會，而據以圖利；或行為人之身分，對該事務有某種影響力，而據以圖利之，方屬相當[215]。

就修正後之本條，有關違背法令中之「法令」修正為法律、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，對不特定多數人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定之構成要件用語，其用語源自於本條之修正及立法理由。而立法理由原本是法律條規範精神的補充說明，並不適合直接納入刑法法律條文的構成要件本身。對於法條之立法用語而言，其構成要件採正面表列方式，排除其他，應該是避免爭議之考量，且此一用法造成法條本身冗長，未必適當。僅因刑罰之特性使然，不得不明確律定。惟「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，對不特定多數人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」一語仍難免有所爭議，如法律授權之職權命令，其與行政處分之內涵極為相近，而行政處分係依職權而為之，雖依法有據，但有時授權之內容未必明確，恐與明確性原則有違[216]。

又構成要件中所謂「明知」，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[217]。易言之，其違背之法令與圖得利益之間，必須具有相當之關聯性始足當之。例如，公務員對於法條之內容有所誤解，以致於放寬了某種法律之限制，而造成了圖利，即非屬本條所規範之

[215] 最高法院 73 年台上字第 1594 號判決。
[216] 大法官釋字第 522 號。
[217] 最高法院 67 年台上字第 3085 號判例、最高法院 92 年台上字第 3126 號刑事判決。

目的。

本文以為，法條正面列舉有關法令之內容，意味著除條文中所列舉之法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則及對不特定多數人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定以外，皆不屬本條之規範，亦即除了構成要件所描述之法律，…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等以外之「法令」則不予限制，因而排除了行政慣例、機關內部規則等等，以免混淆而產生諸多爭議。其次，如果合於法律所授權之職權範圍內之行政裁量，仍應依其授權範圍內為之，不得踰越而任意為之，且應符合行政法理之約制[218]，是以，除列舉之法規、命令不得違反外，且亦受一般之刑法、行政法之法理所限制，乃違背「法令」之真正意涵。以往之圖利罪向來有結果犯與行為犯之爭議[219]，然修正為結果犯之後，並非全然解決了爭議，蓋「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」[220]，其原因即立法目的與事實之認定有所衝突，即為避免對便民與圖利他人發生混淆而影響行政效率，限縮了構成要件以發生有圖利之結果。是以本條條文一直受到社會發展與行政行為多樣化之進行而變化。

再者，對於（非）主管或監督之事務，皆加以規範，似乎無特別實益，且二者處罰皆相同，更為怪異，既所保護法益相同何以分立二條，若保護之客體不同，則罰責之評價就必須加以區別，二款並列，且同一處罰，違反平等原則無疑。據此，本文以為，如果圖利行為係以明知違背法律等等為構成要件，則非主管或監督之事項，應無可能圖利，原因在於非主管或

[218] 吳曉婷，同前註 58，頁 46-48。
[219] 參見張美蓉，論公務員圖利罪，憲兵半年刊，第 60 期，頁 46-47，2005 年 4 月。
[220] 最高法院 46 年台上字 175 號判例。

監督之事務，如何「積極」圖取不法之利益?故即便主觀上採取違背法令之故意，客觀上亦滿足之要件，仍難以直接圖有利益[221]。倘間接要求有主管權之公務員給予利益，然此非本罪有所適用。

第三項 與刑法第 131 條第 1 項之競合

一、法律競合：

圖利罪為公務員瀆職罪之一種，屬瀆職罪之概括性之一般規定[222]，本圖利罪與本條條例之相關各條關係係為貪污之概括條款，即公務員之貪瀆行為，種類及型態眾多，不法內涵各不相同，故而未必皆得以本罪論處，故有針對公務員之各種型式之貪污行為，分別訂有前述之各條，如本條例第 4 條第 1 項第 1 款至第 4 款即是。此即為貪瀆圖利之個別條款或特別條款之區別[223]，而行為人之行為若該當於本條例之其他個別條款時，則以該罪論處。如公務員對於違背職務之行為收受財物之賄賂，則論以本條例第 4 條第 1 項第 5 款之罪，則此係屬個別構成要件與概括構成要件之特別關係，則本款被排斥不用。

二、與刑法之關係：

本條例之圖利罪與刑法第 131 條之圖利罪關係吊詭。依刑法第 55 條前段之規定，即一行為觸犯數罪名者，從一重處斷。則觀本條例之圖利罪與刑法之圖利罪應不屬二種罪，則無想像競合之適用。惟經修法後，其與刑法在構成要件上似明顯不同，似不能斷以認定為同一罪。再者，依中央法規標準法第 16 條之前段規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為

[221] 參照陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，同註 148，頁 33。
[222] 呂潮澤，修正前後公務員圖利罪之比較適用，法令月刊，54 卷，第 4 期，頁 5，2003 年 4 月。
[223] 林山田，刑法各罪論（下冊），同前註 208，頁 126。

特別之規定者，應優先適用之。」則就構成要件及保護法益之目的來看，二者應為同一事項，而本條例為特別規定而優先適用之。然刑法第 131 條之構成要件限制條件又僅只於「主管或監督」，對本條例第 6 條第 1 項第 5 款之「非主管或監督」事務之用語完全相反，致使本圖利罪與刑法圖利罪之關係混沌不清，無法等同論之[224]。

刑法第 131 條圖利罪之規定，與本條例之規範相較，於修法前幾無二致，惟本條例修法後，關於構成要件之內容差別僅在於刑法 131 條仍維持「法令」二字之沿用，而本條例將之修正為立法理由中所描述之法律、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，對不特定多數人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，直接訂於法條文用語之中，與之區別，然實際上二條文仍無明顯之區別，且造成刑法第 131 條毫無適用之餘地，在立法的方式上觀察，其修法之目的即在於產生不相同的區別而已。是故，本條例與刑法圖利罪於實質上無法區別其法律關係，而造成刑法圖利罪的圖具形式，無法適用。

三、小結：

查特別法與普通法之關係，應就各該條款之構成要件要素互相比較之。倘一個構成要件在概念上必然包括著另一個構成要件之所有構成要件要素，則前一個構成要件對於後一個構成要件而言，即具有特別關係[225]。對於本條例第 6 條第 1 項第 4、5 款而言，刑法第 131 條之圖利罪其立法之功能完全相同，而除第 5 款針對非主管及監督之事務外，刑法圖利罪之目的即概括了所有公務員貪、瀆之範圍，若再將第 5 款之「非主管及監督之事務」之構成要件納入刑法考量，則對公務員之貪、污犯罪及防弊，應

[224] 余振華，廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性，同前註 149，頁 80。
[225] 林山田，刑法通論（下冊）增訂十版 1 刷，頁 241-245。

能周全。

第四項 圖利罪之界定與適用

本條例之圖利罪之構成要件範圍除與刑法第 131 條近似外，其與刑法第 342 條第 1 項之背信罪在適用上，易生混淆。

一、適用問題及內容：

有關背信罪係刑法第 342 條第 1 項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者，與公務員就主管或監督之事務明知法令而圖自己或其他私人之利益二者，似乎有重疊之空間存在。因公務員主持公務，與為他人處理事務並不違背，而圖利自己或第三人與其他私人等用語，似乎亦無差別。其主要之構成要件差別為犯罪主體問題、明知違背法律…與違背其任務之行為是否有差別，及致生損害於本人之財產或其他利益等。

二、構成要件之界定：

（一）犯罪主體：

有關犯罪主體之限制而言，因背信詐欺係一般不具特別身分之人亦可犯之[226]，而本款之圖利僅限於公務員，而正因如此，背信罪可規範之範圍較本款為多，故足以涵蓋本款即圖利罪所欲達成之效果。

（二）「(非)主管或監督之事務」與「為他人處理事務」：

本構成要件較為特別，因本條例第 6 條第 1 項 4、5 款應合併檢討，

[226] 此所謂一般人均得為犯罪主體係單純指其犯罪行為人不需特別身分，而背信罪之犯罪主體其實必須限於受任之人，始得犯之，無為他人處理事務之義務時，則所不論，故此亦為身分限制之一種情形。

係因不論主管或監督之事務(非主管或監督之事務)，本條例皆有處罰，故與所謂「為他人處理事務」之要件比較，應一併為之。

有關主管或監督之事務與非主管或監督之事務前已論述，故不再言。而所謂「為他人處理事務」係指係指受他人委任，而為其處理事務而言，亦即行為人所處理之事務，必須具有「他屬性」，如係屬於自己之事務或工作行為，並非為他人處理事務，自無由構成背信罪，如最高法院 29 年上字第 674 號判決認為：「背信罪之主體限於為他人處理事務之人，如為自己之工作行為，無論圖利之情形是否正當，原與該條犯罪之要件不符。上訴人向被告定製證章，限時完成，銀貨兩交，自屬民法上之承攬契約。被告於訂約後為上訴人製作證章，仍屬於自己之工作行為，並非為他人處理事務，縱其工作瑕疵由於故意或過失所致，上訴人除得依法請求修補或解除契約或請求減少報酬，並得請求損害賠償外，要不能繩以刑法上之背信罪。」即為示例，且須為對內關係，而非對向關係，亦即對於該他人負有一定之處理義務[227]。若含有詐術而使人交付財物之行為態樣，則應以詐欺罪論之[228]，且為他人處理事務而為侵占者，為特殊之背信行為故侵占罪成立時，則不再論以背信[229]。

（三）「直接或間接圖自己或其他私人利益」與「意圖為自己或第三人不法之利益」：

本款之直接與間接圖利與意圖二字，於文義觀之，應無不同，而有關自己或其他私人與自己或第三人之差別在於，第三人是否包含國家或其他公法人，以往本款之圖利有因圖利國庫而有爭議，係以「第三人」修正為其他私人。是以，此二者之差別即在此，亦即背信罪之第三人之範圍，尚

[227] 最高法院 71 年台上字第 1159 號判決。
[228] 最高法院 25 年上字第 6518 號判例。
[229] 最高法院 27 年滬上字第 72 號判例。

包括公法人。惟若以公務員身分為角度觀察，則情況不同，因公務員必為國家處理事務，故若為國家圖利，並不處罰，其構成要件即限制意圖為自己或第三人，而不包括委任人（他人），足見若使公眾獲利並不構成本罪。是故，此二者應無差別才是。又意圖指其具有故意之主觀認識，倘非故意而生之過失，則所不論。如最高法院 22 年上字第 3537 號判例：「背信罪之成立，以處理他人事務之人，有圖自己或第三人得不法利益，或圖加損害於本人之意思，而故為違背其任務之行為為要件，如僅因處理事務怠於注意，致其事務生不良之影響，則為處理事務之過失問題，既非故意為違背任務之行為，自不負若何罪責」又依最高法院 81 年台上字第 3534 號判決認為，背信應限於財產上之「事務」，其他非財產上之事務，自不在內，最高法院八十一年度第三０一五號判決亦同此見解。反之，圖利罪此二款皆以圖得利益為限制條件，惟其利益不限於有形之財產，亦包含其他無形之非財產上利益。

（四）「違背法律……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」與「違背其任務」：

不論主管或監督及非主管或監督之事務，在主觀上以圖利之故意，而客觀上該行為人之行為係出於圖利而為之，其違背法律、法律授權之違背法律、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，其中應包含行政法理之原則[230]，在任何利用職權之機會或身分之方式下為之，皆應以本罪論之。

有關違背其任務即指違反其受任之職務，而公務員係依法令始具有身分或權力，而違背法律、法令亦即違背其任務，故二者應無明顯差別。

[230] 許玉秀，公務員圖利罪，同前註 114，頁 93。

三、與刑法相關條文之比較表：

<table>
<tr><td>貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之條文</td><td>刑法相關之條文</td></tr>
<tr><td>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。（處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金）</td><td rowspan="3">第 342 條：
第 1 項：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者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。</td></tr>
<tr><td>貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之條文</td></tr>
<tr><td>對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。（處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金）</td></tr>
</table>

四、刑度比較：

主管或監督圖利與非主管或監督圖利者，其刑度皆為五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金，而刑法第 342 條第 1 項之背信罪，其刑度為五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。單純以構成要件近乎相似而言，二者相較，圖利之罪責明顯較重。

五、小結：

（一）法益：

就法益之觀點而言，圖利罪所要保護之目的為貪、瀆之法益，亦即涉及貪、瀆之一切法益，如公務員職務之純正、廉潔、國家之公信，當然亦包括國家財產，而背信罪係單純為財產法益之保護。

國立政治大學 National Chengchi University

（二）構成要件相似性：

以圖利罪二款之構成要件與背信規範之範圍而言，犯罪主體以公務員係依法令並獲有公權力之人，其性質上等同於受任於國家或地方自治團體，為他人處理相關之事務，此不言甚明。而相關構成要件皆相似，如違背法律與違背其任務等，其規範範圍與適用條件而言，十分類似。

（三）本文以為：

本條例與刑法第 131 條相較，其差別已不大，可以認為是相同。許多事實行為觀察，公務員圖利自己或其他私人與刑法 342 條第 1 項之背信又有競合，此二者之關係似乎錯綜複雜。而就立法之目的而言，刑法第 131 條之圖利與第 342 條第 1 項之背信，其保護目的應有所不同，此觀其分立二條與不同法益之罪章編排可知，惟其差異並不大，僅少數犯罪之態樣無法以背信罪規範而已。

六、建議本款研修方式：

針對本條例之圖利罪與刑法第 131 條之圖利罪而言，在構成要件上之描述，已明顯不同，其特別法之定位較無爭議[231]。而圖利罪本身，不論是就立法目的及構成要件規範內容觀之，其存在的價值應屬必要[232]，故而雖一直以來多所爭論，但仍保留本條之罪，以涵括公務員違法致國家利益之損害，是以，倘有圖利犯罪則適用上應直接適用本條例之罪，然此難免造成刑法之架空，故而本條例圖利罪與刑法第 131 條之圖利罪，應考慮以之統整，從而，圖利罪仍可分為對「主管及監督」及「非主管及監督」二者為區別犯罪之評價，而刑法第 131 條亦應同時修正。是故，此二款應無分立而存在之必要，應可考慮保留本條例之第 5 款構成要件之用語，因其構

[231] 呂潮澤，修正前後公務員圖利罪之比較適用，同前註 222，頁 11。

[232] 有以背信罪取代圖利之觀點，以免造成混淆及誤用等爭議，使公務員得以勇於任事。見陳明呈，公務員圖利罪存廢論，國立高雄大學法律學研究所，碩士論文，頁 24，2008 年 7 月。

成要件規範之效力最大，直接對於非主管或監督之事務圖利者論罪，並以「主管或監督」之事務者加重處罰較為合理。另依立法原意，應另定公務員「違法」圖利國庫之罰責，以周全圖利之效力[233]。

第四節 特別身分公務員之加重處罰

第一項 調查、追訴或審判人員之加重

一、內容：

有調查、追訴或審判職務之人員，犯第四條第一項第五款或第五條第一項第三款之罪者，加重其刑至二分之一。

二、與刑法相關條文之比較表：

貪污治罪條例第 7 條條文	刑法相關之條文
有調查、追訴或審判職務之人員，犯第四條第一項第五款或第五條第一項第三款之罪者，加重其刑至二分之一。	第 121 條： 公務員或仲裁人對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。 第 122 條： 公務員或仲裁人對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂，或其他不正利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。 因而為違背職務之行為者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。 第 134 條： 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，加重其刑至二分之一。但因公務員之身分已特別規定其刑者，不在此

[233] 許玉秀，公務員圖利罪，同前註 114，頁 98。

	限。

三、構成要件分析：

本條之犯罪主體於本條例規範之公務員有差別，係限於有「調查、追訴或審判職務之人員」。而所謂「調查職務」者，指依法令有調查犯罪職權之人員，如司法警察官、司法警察、軍法警察官、軍法警察等是。而「追訴職務」，是指對於犯罪嫌疑人，就其有嫌疑之行為，有向審判機關訴求科刑之職務者而言[234]。如檢察官及軍事檢察官是。而「審判職務」，即是指其職務上有審判訴訟或其他事件之職權而言，如法官、軍法官及行政訴訟之評事是。此等特定身分之人員犯本條例第 4 條第 1 項第 5 款之違背職務賄賂罪或第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務賄賂罪，均應加重其刑至二分之一。而上述違背職務之賄賂與不違背職務之賄賂罪之構成要件不再綴述，故而此條文主要之內容即規範特別身分之公務員犯此二罪之加重而已。惟本條例第 4 條刑度為無期徒刑，依刑法第 65 條第 1 項不得加重外，又主因於「整飭政風、根絕貪污，端賴職司調查、追訴或審判職務之人員對貪污者依法懲處，如此此等職務之人竟犯貪污，則應嚴懲，故特明定加重其刑」[235]。據此，本條係專為特別身分之公務員之加重規定。

四、刑度比較：

本款為刑之加重規定，與刑法第 134 條近似，其加重刑度皆為二分之一。就身分之規定而言，本款僅就調查、追訴或審判職務之人員，而刑法之加重係包含所有之公務員。

五、檢討與分析：

有俗語云：「知法犯法，罪加一等」。本條例於適用公務員身分者為原

[234] 最高法院 22 年台上字第 472 號判例。
[235] 陳樸生，刑事特別法實用，同前註 96，頁 144。

則，一般無公務員身分者為例外，即本條例第 3 條中所謂共犯本條例之罪者，而公務員與國家之關係究竟如何?其實很難說明，但刑法上對公務員課予特別之義務，如刑法第 6 條對於公務員在國外犯輕罪之適用，同法第 122 條違背職務之賄賂罪以及第 134 條對於公務員假藉機會犯罪等等，皆較一般人侵害財產法益或社會法益為重。據此，僅能描述性的說明，公務員與國家在某種特定關係下，立法機關施有較多限制與義務[236]。然不論如何，刑法對於公務員有特別期待，故多採特別規範或加重處罰，此道理尚可理解；惟本條例對於某些特別身分之公務員訂有特別之加重或處罰是否必要？其實應加以檢視之，即本條例規範之目的即整治官箴，故而其對象本就是公務員，而原來在刑法各罪責上對於公務員已特別規範，如刑法第 134 條，而本條例在刑度上明顯較刑法為高，此時又予以特別加重，猶如一隻牛剝二次皮，形成過度評價[237]。又職司有調查、追訴或審判之人員必定是公務員，此不言自明，而本條例之目的即針對公務員之貪、瀆加以嚴懲，是以，於公務員之犯罪體系中又將司法職責之人員獨立加重，似乎並無特別之立論依據，已然形成另一種身分上之歧視，似乎不甚妥適，換言之，不能單以此類身分之人，應為防貪、肅貪之表帥，而無相關法理之依循即處重刑，況本條例之各罪實以過重，再以加重並無實益，是以，考慮廢除本條，應較為洽當。

第二項 違背職務行賄之適用

同前述，本條例主要規範公務員之貪、瀆犯罪，而本條例第 11 條關於行賄之處罰係無身分之限制，亦即非公務員亦可為之，且實務上行賄者大多非公務員，換言之，公務員對公務員行賄者較少，而本條之規範明顯針對非公務員之行賄者為之。就立法目的而言，處罰公務員本無疑異，而

[236] 大法官釋字第 433 號。
[237] 鄭善印，貪污治罪條例在立法上之評估與檢討，同前註 2，頁 63。

一般人對於公務員行賄加以處罰，則有違立法原意，亦造成了一般無公務員身分之人，仍有可能觸犯本條例，與本條例之體系架構有違，以致經常有非公務員身分適用本條者。然就防止行賄效果而言，應可納入評估。

一、內容：

對於第二條人員，關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

二、與刑法相關條文之比較：

貪污治罪條例第 11 條條文	刑法相關之條文
第 1 項：對於第二條人員，關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。	第 122 條： 第 3 項:對於公務員或仲裁人關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。但自首者減輕或免除其刑。在偵查或審判中自白者，得減輕其刑。

三、構成要件分析：

關於違背職務之行為及行求、期約等相關之構成要件意義，已於前述，不另述之。「行求」者，須指定具體賄賂，但並不僅限於提供，並且行求不限於直接或間接，僅需其行賄之意，已達該員即能成立[238]。而相較於本條例第 4 條第 1 項第 5 款及第 5 條第 1 項第 3 款，其主要差別在於「收受」與「交付」。故本條處罰對象為行賄之人。觀刑法第 122 條第 3 項，其構成要件描述之要素，與之相較，幾乎相同，其差別僅在法定刑不同[239]。再者，第 11 條第 3 項中，特別規定：「不具第二條人員之身分」者，亦有處罰。亦即非公務員身分，對於違背職務而有行賄之行求、期約或交付時，

[238] 參見大理院統字第 379、1381 號。
[239] 鄭善印，貪污治罪條例在立法上之評估與檢討，同前註 2，頁 63。

亦為本條例所相繩。

四、刑度比較：

本款刑度為一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。而刑法第 122 條第 3 項處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。其刑度尚為相近，惟罰金刑則明顯過高。

五、檢討與分析：

刑法第 122 條第 3 項之規定與本條第 1 項相較後，明顯可知其構成要件要素相同，故而形成重複規範。若其二者之差別僅止於刑度時，不應分立二法，造成適法之困擾。其次，對於合於職務之行賄未有處罰，甚為不解?行賄之目的只有一種，即有利可圖，而不論對公務員合於職務或違背職務之行為而行賄之目的為何?其結果只有一個，即從中獲取「不正利益」，不管是獲取利益、方便等，都會形成一種形式上的不公，且公務員違背職務之行為或不違背職務行為，其行使之公權皆因身分而授予，不得對價，故不論違背職務或合於職務，皆為本條例所欲保護之法益，應加以維持，是故，為使公務員公正廉潔，應考慮二者皆有法可罰，以杜貪污。

其次，本例規範公務員為犯罪之主體，然本條第 3 項卻又將非公務員身分之行賄者納入處罰，此與刑法不同，且與本條例之規範目的看似矛盾，實則乃因實務上行賄之人大多非公務員所致，故而如欲達防貪之功效，勢必非公務員亦不得行賄，故而只要將本條例第一條之立法目的重新檢討，則本條例之立法目的即可擴及一般無身分人犯貪污，非僅限於公務員之適用，較能符合立法原意且能產生本條例體系之一致性。最後，本條第 3 項之規定，非公務員身分者，亦屬貪污?其明顯與大法官之認知相背

[240]，不應論以貪污罪。

第三項 對於外國公務員之賄賂罪

一、內容：

對於外國、大陸地區、香港或澳門之公務員，就跨區貿易、投資或其他商業活動有關事項，為前項行為者，處五年以下有期徒刑或科新臺幣一百萬元以下罰金。

二、與刑法相關條文之比較：

貪污治罪條例第 11 條條文	刑法相關之條文
第 2 項：對於外國、大陸地區、香港或澳門之公務員，就跨區貿易、投資或其他商業活動有關事項，為前項行為者，處五年以下有期徒刑或科新臺幣一百萬元以下罰金。	無

三、構成要件意義：

所謂外國乃本國之相對，亦即除本國以外之國家；依「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」中有關於大陸地區之用詞定義，即大陸地區係指臺灣地區以外之中華民國領土。倘忽略主權爭議之問題而言，僅單純就法條內容觀之，即指臺灣、澎湖、金門、馬祖及統治權所及之其他地區之外的領域之公務員及香港或門之公務員者，為本條之行賄之對象，另有限制就「跨區貿易、投資行為或其他商業活動有關事項者」為其限制之範圍。所謂「貿易」者，依貿易法第 2 條規定：「本法所稱貿易，指貨品之輸出入行為及有關事項」。而跨區貿易即指跨越臺灣地區與其以外之區域而從事商品、貨物或服務之交易行為，而「投資行為」係資產之投放行為，而「其他商業活動」即與貿易、投資相關之商業行為稱之。

四、檢討與分析：

[240] 大法官釋字第 158 號：「行賄行為，不論行賄人之身分如何，其性質均與貪污行為有別，不適用公務人員任用法第十五條第二款之規定，本院釋字第九十六號解釋仍予維持」。

有關行賄之處罰，僅以對於公務員關於違背職務行為之行賄為限，如非關於違背職務之行為，則法無處罰明文[241]。對於外國公務員之身分認定及是否有職務權限尚且存疑，何況外國公務員如何侵害本國法益？對其行賄而處罰豈有實益？而刑法之定位因與國家主權相關，乃主權所及得以適用，故而對於外國公務員之相關義務及認定上，頗有困難[242]。由本條之立法方式及用語觀之，犯罪主體如具本條例第 2 條之特定身分者，依本條第 1 項論處，若不具本條例第 2 條之身分者，則以本條第 2 項規定適用（本條第 3 項之規定）；其原因有二，首先，外國公務員之身分認定有其困難，且該條(第 11 條)就外國公務員行賄必須針對跨區貿易、投資或其他商業活動有關事項等，始得論罪，單就外國之貿易、投資等商業行為行賄，則本國法益無損，即便可能影響我國其他人之商業活動行為，但並無可能舉證其損失何在?畢竟，外國之公權力行為，顯不及於我國，即便影響其公平交易之可能性，但卻無改變之可能。是以，刑法對於保護法益之範圍，仍有其限制才是，如最高法院民國 69 年台上字第 2685 號判例：「刑法第五條第五款所指犯刑法第二百十四條，第二百十六條之罪，其所謂公務員職務上所掌之公文書，係指我國公務員（如駐外使、領館人員）職務上所掌管之我國公文書而言。至於在我國境外使外國公務員在其職務上所掌之外國公文書為不實之登載，自不在我刑法保護範圍之內」。

其次是舉證上的困難，故而形成徒具形式之法條文，造成無可適用。事實上，因外國公務員不受我國管轄，在證據取得上十分不易，又無配合辦案之義務，而立法設限固然可產生有嚇阻的實質意義，但亦可能造成了執行之困擾，是以，本條文之立法原意固然可取，惟執法上之困難卻無配套或相關法令支持，是故，本條應考慮廢除較為妥適。

[241] 陳煥生，刑事特別法實用，同前註 96，頁 147。
[242] 最高法院 60 年台上字第 1746 號判例。

第五章　同質性與存廢型態評析

第一節 貪污、圖利與背信

貪污犯罪世界各國皆有之，且為各國政府極為重視之課題，因此各國政府與民間均對本身貪腐及無行政效率等問題加以挑戰，除了法律之規範，相對於強化民間力量，透過全體國民對於貪污、行賄之犯罪加以重視並防制，始有成效。對於其他曾經有效防制貪污之國家，其立法方式及法治思想方向，應可供參考。

第一項 貪污、瀆職與圖利

第一款 保護法益範圍

一、以法益之體系觀察

貪污（賄賂）犯罪與瀆職犯罪可將其侵害之法益加以劃分，而純化貪污犯罪之保護法益。就貪污行為而言，典型之貪污即所謂賄賂罪。故以本條例第 4 條第 1 項第 5 款之違背職務之賄賂罪而言，其保護法益之目的較為單純。

以立法型態來分，同為違背職務之賄賂罪之刑法，亦規範於瀆職罪章，此如前述，造成規範目的不清。細觀之，貪污對於公務員而言，不論個人或財產上之立場，皆不可能造成侵害，而以國家立場，則有形或無形之損失則難免，故此與該公務員本身之法益無關，主要則基於保護國家或社會之利益。不論是公務員之職務之不可買收性或侵害職務廉潔，甚至是單純的國家產財上之損害，其判別之主要關鍵在於該公務員之職務與公權

國立政治大學 National Chengchi University

力有無而言，故此為論以侵害法益之起點。

以圖利罪而言，應就主管或監督與非主管或監督二者分別觀察，因主管事務與非主管事務之圖利罪所要保護之法益並不相同，對此若不加以區分，經常造成圖利與賄賂(貪污)產生競合問題，進而形成適用判斷標準不一。就本條例之體系觀察，主管與非主管事務圖利與貪污保護目的不盡相同，亦即以本文前述之立場而言，主管事務之圖利應屬利用職務機會而設法獲利，而非主管事務之圖利則與貪污之對外創設利益相同，故應認非為主管事務圖利與貪污之保護法益應相同，再者，以違背職務而創設利益之貪污行為與非主事務之圖利罪構成要件相較之，可知其同為公務員對職務與公權力之保護，乃行為人故意造成不公平，而企圖從中獲取好處或利益，故其保護之法益，以立法目的與法條體系編排之立場而言，應可推論為相同，而對主管事務之圖利行為，應分立之。

二、保護範圍

就犯罪行為之可罰性而言，不法行為之不法程度，並不會完全相同，故對於其中具有較高不法內涵與罪責內涵之不法行為而言，其對於社會共同生活秩序具有動大之破壞性與危險性，故社會大眾被保護之需要程度，就相對較高。因而，必須以刑罰科處該不法之行為人，達嚇阻之目的。而不法行為是否具有社會之損壞性而須加諸刑罰，應就許多面向討論，而不法行為所破壞法益之價值與程度即為首要考量之重點，而所謂法益之價值與程度，亦等同於其主要保護之目的與範圍。

以賄賂罪之構成要件而言，其處罰條件即其行為必須違背職務，且要求、期約或收受賄賂。其所要保護之範圍即公務員必須依法而為職務上之任務，且為公正而無償。以圖利罪之處罰條件而言，其處罰條件為對主管

或監督之事務，明知違背法律等等規定，直接或間接而圖利自己或他人。其所要保護之範圍即公務員對於相關之事務，必須依法而為其職務，且必須公正且無償。二者相較，實無明顯之區別，實務上亦有認可之看法，如司法院解釋院字第 2224 號認為，要求、期約收受賄賂等行為，祇明示收受一點，然不過就上述數種行為中舉一以概其餘，要求或期約賄賂，均有「圖利」之情形。又如司法院解釋院字第 2522 號後段：「禁煙禁毒治罪暫行條例第十三條第一項之包庇罪，係因公務員身分而成立之罪，普通人民幫助公務員抽收煙燈捐包庇煙犯，關於包庇行為，依刑法第三十一條第一項，應即適用禁煙禁毒治罪暫行條例第十三條第一項論處，如正犯公務員原有禁煙職責，其抽收煙燈捐原屬收受賄賂性質，即係公務員對於主管或監督事務圖利，依上述刑法之規定，該幫助犯應又成立懲治貪污暫行條例第三條第一項第二款之罪，並應依刑法第五十五條從一重處斷。」是以，實務對於圖利與賄賂構成要件保護之範圍並無細分。

第二款 犯罪類型

一、犯罪類型

犯罪行為與成立犯罪與否有絕對之關係。因犯罪係刑事不法本質之人類行為，故必先有人之行為存在，經刑法評價其違法後，始有可能成立犯罪。同理，人類之行為，有時足以造成法益之破壞或義務違反之結果，而此結果係刑法所要保護之標的。惟細分之，此一結果尚可分為具體結果與抽象結果，且若加以限制行為對行為客體所造成之客觀可見之實害或危險，則該行為即具有可罰性。

依行為與結果之結合程度，犯罪類型可區分為行為犯與結果犯。而行為犯又稱為舉動犯，乃指行為人只須單純實現構成要件所描述之行為，無

待任何結果發生，即足以成立該犯罪。如行為人只要公然侮辱他人，即成立刑法第 309 條之普通侮辱罪。又結果犯係指行為必須發生構成要件所預定之結果，始能既遂之犯罪，亦即除實施構成要件行為外，尚得發生該當之結果，始構成既遂，如殺人罪必須行為人執行殺人之行為，尚須造成被害人死亡之結果，始成立刑法第 271 條第 1 項之普通殺人既遂，倘被害人未有死亡之結果，而該行為人僅能論以刑法第 271 條第 2 項之普通殺人未遂。

（一）貪污（賄賂）罪：

以違背職務賄賂行為而言，其對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂者，即成立犯罪，且本條例同條之第二項即規定，同條之其他款條文，有處罰未遂犯。故依其構成要件描述及不處罰未遂之情形，足見賄賂罪並不討論既未遂之問題，即一經該行為，則構成要件即該當。

（二）圖利罪：

民國 90 年修正本條例第 6 條修正條文立法理由謂：「圖利罪為結果犯，係使本罪構成要件明確化，並促公務員勇於便民，如仍保留未遂犯之處罰，將無法達預期目標。蓋未遂犯尚未獲得利益，則其行為是否確有圖私人不法利益之主觀犯意，認定不易，如一概以圖利罪之未遂犯罰之，仍難使公務員勇於便民，爰刪除第 1 項第 4 款、第 5 款圖利罪未遂犯之處罰規定，將第 2 項條文配合修正為：『前項第 1 款至第 3 款之未遂犯罰之』」即可知，立法限定圖利必須為結果犯。惟圖利行為果真為結果犯?答案可能是否定的，因為明知違法而圖利他人，不論圖利者為何?其圖利之可罰性其實已經具備，因為圖利國庫不與全民獲利相同[243]，故圖利尚有既未遂爭議時，與賄賂罪之情況相同，不討論其結果即論罪。如司法院解釋院解

[243] 許玉秀，公務員圖利罪，前註 114，頁 98。

字 3917 號認為：「司法院居院長覺公賜鑒案據西安綏靖公署（卅六）戌灰潤二鏡字○○○三四六二號代電稱「查某甲係軍車司機言明卅五萬元運費為商民某乙載運小麥五十袋由丙地至丁地檢查所被扣運費尚未收到此種犯情既遂未遂不無疑義茲有甲乙二說（甲）說圖利罪祇須有圖利之行為即為既遂不以得利為構成要件某甲應以圖利既遂論（乙）說圖利罪之既遂未遂應以已未得利為標準已經獲得不法利益者為既遂否則為未遂二說熟是事關適用法律理合電請鑒核解釋示遵」而採甲說，屬舉動犯之認定，與立法規定之結果性質不同。

二、犯罪主體

就犯罪主體而言，有時刑法規定行為人之資格與條件制限制，使成立犯罪。而針對此條件，將犯罪類型區分為一般犯、特別犯與親手犯。所謂一般人乃指在不法構成要件中，對於行為人之資格與條件，未做任何限制，任何人均屬適格之行為人而能違犯之犯罪，而刑法大多為此一類型。又特別犯，亦可稱為身分犯，係指唯有具備特定資格之人，始屬適格之行為人，而能違犯該罪。如刑法第 121 條第 1 項之受賄罪即是。而親手犯又稱為己手犯，乃指行為人必須親自直接實行禁止行為，始成立該犯罪。任何第三人雖可教唆或幫助他人違犯該犯罪，而成立親手犯之教唆或幫助，但絕不可能成為正犯，如刑法第 237 條之重婚罪。

賄賂罪與圖利罪之犯罪主體問題，前已論述，不再纍言，惟此二者，與公務員身分及職務而行公權力相關，故犯罪主體之認定，事涉得否成立犯罪，難免為爭訟之焦點。而本條例之適用經常排除刑法而優先，故本條例之圖利與賄賂其犯罪主體皆以公務員為限，應無疑問。

第三款 不法構成要件同質性與範圍差異性

一、主觀不法構成要件：「明知與意圖」

故意作為犯之構成要件該當行為，除在外觀上具備客觀不法構成要件所描述之客觀構成要件犯罪事實外，行為人尚須出於主觀不法構成要件所描述之主觀心態，此亦是構成要件故意，而且必須實現相關之客觀不法構成要件，才有犯罪之可能。是以，故意作為犯之主觀不法構成要件乃指行為人內心上故意實現客觀不法構成要件之心理情狀。而洽巧，賄賂與圖利罪，皆有相關主觀不法構成要件之規範。

而主觀不法構成要件中，少部分故意犯罪，立法者於制定時，於條文中附加特定之意圖，此即為特別之主觀不法要素。而行為人內心上希求達不法構成要件所明定之犯罪目的，而著手實行客觀之構成要件犯罪事實者，即認定有意圖之存在。惟賄賂之明知與圖利之意圖，其差別為何?承前述，明知與意圖皆為行為人主觀之心理狀態，行為人必須對欲從事之行為有所認識後，才有價值判斷，本文以為，二者就主觀不法構成要件判斷並無差別，而所不同者呈現於行為人內在之先後順序而已。

綜上，故意犯之犯罪行為，其行為人之主觀構成要件要素以明知或意圖等用語，其實並無特別性，僅立法者認為應加以限制以明其立法保護之意，故有以圖利罪之意圖二字，係瀆職罪中所要求之構成要件要求之違背職務行為誤認為主觀構成要件之錯置[244]而已。本文以為，故意犯中所要求之故意，包括了知與欲二者，前者即故意之認知要素，後者則為故意之決意要素，而此二者剛好即為法條文中之明知與意圖相符，主要乃立法者特別強調而已。

[244] 陳明呈，公務員圖利罪存廢論，國立高雄大學法律研究所碩士論文，頁 115，2008 年 7 月。

二、構成要件範圍：

立法者以欲保護之法益加以考量，制定相對應之法條文，故構成要件即為構成刑罰之法律效果的一切法律要件。就構成要件分類方面，依其性質而言，可分為描述性構成要件要素，如描述有人、事、物等事實狀態者。例如刑法第 320 條第 1 項之竊盜罪中之「動產」或第 320 條第 2 項之「不動產」即是。另一者為相對之規範性之構成要件要素，如刑法第 273 條第 1 項之義憤殺人罪中之「義憤」。而刑事立法應儘可能使用描述性構成要件要素。以此觀之，貪污罪之賄賂與圖利罪，此二者皆有較多之規範性構成要件，亦因此而爭議較多。

（一）對於（非）主管或監督之事務與（違背）職務：

對於「主管或監督」二者，係不同範疇，如最高法院 96 年台上字第 5023 號判決要旨：「貪污治罪條例第六條第一項第四款之對於主管或監督之事務圖利罪，其所謂主管之事務，係指公務員依據法令規定，在其職務範圍內，有主持或執行權限之事務而言；而所稱監督之事務，則指公務員依據法令之規定，雖無主管之權，但依其職權，對之應負監管與督導之事務，方足當之。至是否主管或監督之事務，應依各機關之組織法規或相關法令予以認定。且主管或監督，係屬不同之範疇，公務員要無可能對同一事務，本身既係主管又另負監督之責，此為當然解釋。」

「主管或監督之事務」與「非主管或監督之事務」論以同罪，且無明顯區分，單就文義上即可推知，非主管或監督者，其保護範圍更勝於主管或監督之事務，而圖利罪將二者並列，其目的乃擴大公務員對所涉事務之關係，以免缺漏所致。又違背職務或職務上之職務之用語係公務員依法令之授權，且本於該授權所為之行為，且除法令另有明文規定外，並包括官

員依正當原因所執行之一切國家公務而言[245]。準此，二者之文義範圍應以主管或監督者為較大之射程範圍。

（二）利用職權機會或身分與違背職務之行為：

有關非主管或監督事務之圖利與違背職務之賄賂罪中，利用職權機會之用語與違背職務之行為二者，其文義範圍應以利用職權機會或身分較大，因利用職權機會或身分僅須該身分有某種影響力或該人對該事務有影響之機會即可論之，反之，違背或不違背職務之行為必須討論該人是否具有該職務之權力，始有該當，故圖利罪之構成要件，應可判斷其規範程度較賄賂罪大。

（三）內容：

由本節前三款對於圖利與貪污犯罪之比較可知，其不論在犯罪主體、主觀構成要件、構成要件內容等，皆有其相近似之處，而以貪污犯罪而言，本文主張其應排除瀆職部分，將貪污與瀆職區別，故將貪污犯罪單獨與圖利罪之「貪污行為」相互對照，以免混淆。觀本條例之第 4 至 6 條之犯罪行為，其構成要件幾乎皆為描述性，如竊取或侵占公用或公有器材、財物者，而反觀圖利罪之構成要件，偏重規範性用語，故實務上多認為圖利係貪污之一般規定；且必以行為人之圖利行為不合其他法律各該特別規定者，始受圖利罪支配，倘其圖利行為合於其他條文或款項之特別規定，即應依該特別規定之罪論擬，無再適用本罪之餘地[246]，而將圖利視為所有貪、瀆行為之概括規定，故不純化之圖利罪導致內容與貪污犯罪之同質性過高。

[245] 大理院統字第 551 號。
[246] 最高法院 93 年台上字第 5076 號判決。

（四）範圍限制：

貪污賄賂與圖利罪二者之間，因前述等原因，致不易判別其差異，而認定圖利為貪、瀆行為之概括規定，故實務審判即形成一審查標準，亦即先以本條例為刑法之特別規定，第 4 條至第 6 條中相關之規定應優先適用，進而再以本條例之圖利罪足以涵括刑法與本條例之貪、瀆犯罪加以審查，倘仍無以論罪，刑法之圖利國庫行為因本條例並無處罰，而得以討論是否該當，最後，再論以刑法背信之可能，以做為公務員貪、瀆之規範。由此可知，在適用上確實嚴密，且視圖利與賄賂二者為「特別關係」與「補充關係」，惟有論者以二者仍存在有部分限制條件，而足以判別二者並非此類競合關係，係不同犯罪，該範圍限制可由下列幾點觀察[247]：

1、應否具備對待給付關係之差異：

收受賄賂罪中，行為人之職務行為與所收賄賂二者間須有對價關係，亦即交付賄賂目的在於要求行為人從事一定之行為或不行為，此即行賄與受賄二者間，對應之雙向關係，而圖利罪僅單向行為即足以成立，並不以對價關係為必要。

2、不法利益是否直接附隨於職務之上：

收受賄賂罪中之賄賂或不正利益乃附隨於公務員與相對人彼此所為不法約定之上，亦指行為人就職務行為以外之處而取得利益，然圖利罪則係將產生之不法利益直接附麗於職務行為之中，此為二者之差別。

3、獲取不法利益之人與違背職務之人是否同一：

在收受賄賂罪行為模式中，違背職務與收取賄賂之人必屬同一；然公務員圖利罪則可能出現行為人單純圖利自己或與他人合謀不法利益，甚或係違背職務進而單獨圖利其他私人之情形。

[247] 陳明呈，公務員圖利罪存廢論，同前註 244，頁 45。

造成此一範圍差異之現象成因，實因立法條文文義之範圍有其窮盡，即使立法者企圖將貪、瀆行為除之而後快，然仍不免形成規範範圍重疊與規範有交界地帶而無法清楚適用。本文以為，除上述之行為差異以外觀上得以判別外，若能對應貪瀆行為分立之先決條件，或許可以解決此一問題。所謂貪污行為與瀆職行為係不同法益與範疇，予之對應圖利罪與賄賂罪條文可推知，非主管事務之圖利係貪污行為，而主管事務圖利則應屬瀆職行為，其細分後之結果與賄賂罪相對照，較無競合問題。其理由有二，第一，非主管或監督事務之圖利行為，於犯罪時，須利用職權機會或身分，創造圖利之機會或刻意對外創設利益，如前述實務判例[248]中提及，對非管區警員且亦未受命，而利用其為警察身分，向被害人示意以給付金錢方式代為處理醫療糾紛而索取財物，以此認定為非主管事務之圖利行為，而排除違背職務之賄賂、藉端勒索及利用職務上之機會詐取等適用，可推知非主管事務之圖利適用範圍與此三者有所重疊，適用上難免必須說明。第二，圖利與便民間經常無法明確劃分，即圖利國庫得否視為犯罪行為？此即問題之所在。以刑法第 129 條第 1 項規定，明知不應徵收而徵收租稅係為違法，而徵收租稅應有利於國庫，則為何明訂處罰[249]？蓋圖利國庫與全民利益並不完全相同，而違法侵害人民財產權利，且並非全民得利，則如何能謂不具可罰性？其主因即此一行為類型係屬瀆職罪，而非貪污行為，倘加諸貪污重刑，立法者認為不妥，故排除之，惟此實乃貪、瀆不分之後果。試想，非主管事務明知不應徵稅而徵收租稅，與主管事務租稅事務之人強徵租稅，其違法程度顯不相同，更遑論以同罪？換言之，非主管事務而圖利者，其可罰性較高。而圖利國庫者，應屬瀆職行為，本文以為並非貪污行為而應另行規範防堵才是。

[248] 最高法院 67 年台上字第 473 號判例。
[249] 許玉秀，公務員圖利罪，同前註 114，頁 98。

第二項 貪污、瀆職與背信

第一款 法益保護範圍

一、以法益之體系觀察

依刑法體系編排而言，背信罪為刑法第 342 條，體例上應為對財產法益之保護；賄賂行為之法益即前述之公務員之廉潔、不可買收性等等，亦有視為國家利益或國家財產上利益之保護。故背信與賄賂二者，其法益保護種類及範圍，就法條編排體系而言有所不同。又背信罪列於財產法益罪章，然其構成要件客體中，係針對「致生損害於本人之財產或其他利益者」，故「其他利益」是否僅限於財產上利益。此觀最高法院 97 年台非字第 548 號判決：「…又刑法第三百四十二條第一項之背信罪，乃侵害財產法益之犯罪，係屬結果犯性質，其致生損害於本人之財產或其他利益，亦以財產上利益為限，…。」即知，實務上認為背信係財產法益保護範圍無疑。是以，貪污賄賂與背信之法益保護範圍僅財產法益重疊。

二、保護範圍

以背信罪之構成要件而言，以為他人處理事務之信賴感，以及財產或其他利益之保護目的為主，而貪污、瀆職罪則係保護公務員為國家代行公權力、對公務員之公正性及對國家整體施政之信賴感，甚至可引申為國家各項資源公平分配之期待。就構成要件外觀上觀察，公務員之執行公務，意圖謀利，故而為貪污、瀆職行為，經常有損害國家利益之情形，此與背信罪之構成要件，若合符節，即公務員專為國家或人民處理事務，故而產生競合。以此觀之，背信之構成要件規範之範圍，較貪、瀆行為者大。

第二款 犯罪類型

一、犯罪類型

以背信罪而言，就最高法院 29 年上字第 820 號判例：「刑法第三百四十二條第一項之罪，以損害本人之財產或其利益為構成要件之一，上訴人為某氏處理事務，雖浮開經手用款，意圖向某氏索償，但某氏並未實行給付，即尚無損害可言，不得謂已達於既遂之程度。」所述與最高法院 98 年台上字 6762 號判決理由：「惟查：(一)、證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查。而刑法第三百四十二條之背信罪，以為他人處理事務，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，為構成要件。所謂『致生損害於本人之財產或其他利益』，屬於結果犯。並以本人之財產或其他利益已否受有損害，為區別既遂、未遂之標準。」對照，其屬結果犯無異。其較貪瀆犯罪中，有屬行為犯有屬結果犯之犯罪類型不同。

二、犯罪主體

以本條例而言，其犯罪主體限定為公務員，而背信罪之犯罪主體雖無限制特別身分，惟背信罪之犯罪主體，須為委任人間，有受委任關係，亦屬身分限定之一種犯罪。如最高法院 49 年台上字第 1530 號判例：「刑法第三百四十二條之背信罪，須以為他人處理事務為前提，所謂為他人云者，係指受他人委任，而為其處理事務而言。」與貪瀆犯罪主體身分上之限制同，皆屬身分犯罪之一。

國立政治大學 National Chengchi University

第三款 不法構成要件同質性與範圍差異性

一、內容

本條例中貪污與瀆職無明顯區別，以致各款之不法構成要件同質性過高，再加上與刑法諸條文又有競合，以致適用困難。就本條例中第 4 條至第 6 條各款觀察，其描述性要件與規範性要件彼此交錯，而條文內容亦同，如藉勢與藉端、經辦與購辦等用語，故產生構成要件同質性過高。而背信罪之規定亦如此，如第三人不法之利益與損害本人之利益與其他利益等，其相互間之關係如何？是否存有差別？造成適用爭議。

依法任命之公務員，行使職權是否同為他人處理事務?按民法第 528 條：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約」規定即知委任之條件。惟任命之公務員依其任用法與服務法之規定，豈非國家與該公務員之約定，委託處理公務。又公務員受任宣示，得否為契約之承諾，足見其相似程度極高。

二、範圍限制

（一）違背職務：

背信罪之構成要件中，並無違背職務等用語，惟最高法院 98 年台上字 7316 號判決：「按刑法第三百四十二條第一項之背信罪為結果犯，以行為人所為違背其任務之行為，「致生損害於本人之財產或其他利益」為要件，而所謂「違背其任務」，除指受任人違背委任關係之義務外，尚包括受託事務處分權限之濫用在內」。而貪、瀆犯罪中，有將不違背職務之行為視為犯罪，如第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務之賄賂罪。

（二）致生損害：

國立政治大學 National Chengchi University

最高法院 95 年台上字第 2952 號判決理由：惟查：(一)、背信罪之成立，以為他人處理事務之人，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，為其構成要件；倘若其違背其任務之行為，未致生損害於本人之財產或其他利益，亦即縱本人之財產或其利益有受損害，但如與其違背任務之行為無因果關係，仍不得令其負背信罪之刑責。故而背信罪除限制係財產上發生損害，且必須有損害之結果發生，而有時貪、瀆犯罪，無明顯之財產損害。

（三）依事實行為判別：

背信罪構成要件之違背任務行為，須依事實認定，如最高法院 94 年台非字第 147 號判決：「惟行為人違背任務，是否致生損害於本人之財產或其他利益，係屬事實認定之問題。而證據之取捨及證據之證明力如何，亦屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權，苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般之人日常生活經驗之定則或論理法則，又於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法，據為提起非常上訴之理由。」而貪、瀆行為若公務員執行非職務行為，則不能論罪，如最高法院 97 年台上字第 2396 號判決理由：「…又所謂『委託行使公權力』與『單純委託辦理行政事務』有別，行政事務之委託如屬私經濟或不對外發生效力之事實行為，只要法律未有禁止規定，行政機關本於職權，得自由委託辦理；若涉及公權力行使，則應有法律或法律授權之命令之依據，即『委託公務員』身分之確立，須以受國家或地方自治團體所屬機關，依據『法律』或『授權命令』而委託，且從事與委託機關權限有關之公共事務者，始足當之。」惟職務行為亦包括事實行為，如最高法院 91 年台上字第 5948 號判決理由：「惟查公務員應依法律命令所定執行其職務（公務員服務法第一條參照），不論其所執行者係公法行為（包括行政契約、行政處分、行政計劃等）、私法行為（包括行政協助行為、營利性質之企業活動、行

政私法行為等）或事實行為，均屬之。」故有時難以生活經驗加以理解。

（四）為他人處理事務：

背信係以為他人處理事務為限制，若為自己本身之事務時，則無成立之可能。如最高法院 50 年台上字第 158 號判例：「背信罪之主體限於為他人處理事務之人，如為自己之工作行為，無論圖利之情形是否正當，原與該條犯罪之要件不符。上訴人向被告定製證章，限時完成，銀貨兩交，自屬民法上之承攬契約。被告於訂約後為上訴人製作證章，仍屬於自己之工作行為，並非為他人處理事務，縱其工作瑕疵由於故意或過失所致，上訴人除得依法請求修補或解除契約或請求減少報酬，並得請求損害賠償外，要不能繩以刑法上之背信罪。」貪、瀆行為亦是如此，因公務員因公務而枉法，始論以貪、瀆，否則與一般人犯罪相同。

第三項 小結

貪污、瀆職與圖利及背信罪之構成要件用語及範圍比較之，就圖利罪中，又可分主管事務與圖利與非主管事務之圖利行為，以其可含蓋之文義範圍而言，非主管事務之圖利與貪污行為之競合程度較高，而主管事務之圖利行為則與瀆職行為較為相近，二圖利罪就構成要件範圍討論，則應可含括整個貪、瀆犯罪之可能範圍，故可視其為貪、瀆行為之概括規定，但不應將貪污罪與圖利罪視為同一種罪而企圖完全取代，因其規範目的與範圍，明顯有所差異，此乃圖利罪幾經修正後所造成之區隔，換言之，本文以為，若圖利罪為行為犯，則應可歸屬公務員瀆職犯罪並排除貪污犯罪適用，否則難以圖利罪含括整個貪、瀆行為。

又背信罪與貪污、瀆職犯罪亦有明顯差別，而貪、瀆行為是否為背信罪之特別態樣應分為二種層次說明，第一，由犯罪類型上區別，背信與圖利係結果犯之限制，而貪污罪中之賄賂罪，一經要求即成立犯罪無待結果發生，故無法完整說明，難以一體適用。其二，若肯認圖利國庫係犯罪行為，則與背信罪主要規範目的不同，畢竟，此時應認為公務員、國家與人民立於不同地位，而公務員主要任務乃為民興利，與公務員為國家、行政機關之規範間之信賴感毫無相關，倘通過刑法瀆職罪章與本條例之罪責審查而再論以背信，實不符合公義。

第二節　存廢型態之評析

第一項 維持現狀

第一款 立法型態問題

長期以來，特別法的立法方式一直是爭議，究竟何種社會問題應以特別法規範?而何種問題又單純適用普通法即可?歸納政府面對貪污犯罪的立法型態及內容，絕大多數都是特別立法，並且重刑予以威嚇，但此舉無疑是長期戕害刑法的功能。本條例之存在，由前面論述即可推知，不論在適用上或內容上，多所爭議，而且事實上，檢、院在適用上亦有諸多困擾，是以，檢討出存廢的結論，並提供一適當的型態，使之調和，或可提供一解決當下問題之方法與思考方向。

最有可能的立法型態即維持目前的狀態，亦即本條例仍以特別法的現狀存在，故而即便往後針對其內容的法條修正，在適用上可以達成與刑法

相互用，並且不發生競合之問題，但其單獨立法之形式，仍造成部分特別刑法存在才發生之困擾[250]，而仍不免對於刑法之安定性造成部分之影響，唯一可以合理化其以特別法存在之優點即維持國民對於政府打擊貪污之決心，有宣示上的作用而已。

第二款　法條的適用問題

維持現狀所要面臨的首要問題即法條在適用上的問題，亦即刑法特別法與刑法的適用問題，不論是防制上的漏洞問題、公務員的定義能否釐清問題以及在實務上所發生的追繳、沒收等等問題，仍然是未解的習題。而長期的立法慣例未必可以支持現在法律面對社會問題，故而現狀的維持，不僅無法獲得實質助益，而貪、瀆的問題更是無法有效防止，甚至日漸嚴重。直言之，如果本條例施行多年且刑度亦比刑法高出許多，但仍無法迫使貪、瀆問題減少，而採取不變應萬變的作法，似乎是明顯不想解決問題與爭議。

第二項　完全廢止本條例

本條例的存廢型態而言，假若為了現實上諸多的問題，而完全加以否定，似乎是可行的，但其實不然，因為至少不可因咽廢食，特別是行之有年的法條，除非現實上已經完全不可能實行，據此，對於本條例以特別法形式存在的現狀，雖然無法否認有諸多爭議或適用上困難，但若無相關的配套方案因應而貿然予以廢止，似乎略顯草率，至少應先針對其適用上的問題加以解決，在條文的實質內容上加以修訂，先除去爭議，再討論其整部法律的存廢問題，或許加以檢討之後，存廢之爭議就比較次要。

[250] 柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討，前揭註 89，頁 55 以下。

以完全廢止本條例而併入刑法原則上是可行，但完全廢止而僅以目前的刑法適用之，似乎不足以因應現況，且現今國內、外對於貪污之議題十分關注，且無法不針對如何防止貪、瀆投入大量心力，可說是十分熱門的社會話題，由此一議題所討論之程度與修法之討論可知，如果刑法對於貪污、瀆職之規範上，尚無配套之修法而冒然廢止，明顯與其他世界法治國家對此一議題之概念相悖。

刑法之修法趨勢部分微調，而刑法之內容卻未見新的思維，此即目前刑事政策之現狀，在當前之刑法條文了，除了民國 92 年新修訂之妨害電腦使用罪章及部分條文針對電子記錄之修訂外，並沒有相對於時代變遷而調整的痕跡，甚而有少數法條之立法理由仍停留於民國初年(如刑法第 276 條)而未見修正，足見司法改革之牛步[251]。是以，對於貪污、瀆職之配套規範，應盡速研討，而非停留在特別法之思維，才能跳脫「特別法特別好用」之迷思及特別刑法逐漸肥大之現況[252]。

第一款　刑法體系完整

當前的刑法共分二編，分別為總則與分則，項下又分為總則編 12 章，分則編 36 章，在體系上是有所依循的，如先由國家法益之內亂及外患章起，依序才為社會法益及個人法益，而在各別的適用上亦經多次的修正及討論，至少在實務的適用上經歷常年的討論且多所調整，若能將本條例相關之條文併入刑法之瀆職罪中，在整體的架構是比較完整。

[251] 林山田，刑法改革與刑事立法政策-兼評 2002 年刑法部分條文修正草案，月旦法學雜誌，第 92 期，頁 8-10，2003 年 1 月。
[252] 鄭昆山，台灣環境刑事立法之回顧與展望，頁 295-296，2001 年 6 月。

不論貪污或瀆職，對於刑法的體系而言，欲將本條例之相關條文併入，應屬可行，只需在法條文相關保護法益之編排上，適當的加以區分即可，亦不影響整部刑法之運作，但如何有效的宣導是比較重要的。畢竟，法條文以任何形式存在都不影響其效果，只是若以不同形式存在的執法方式有所不同。是以，將本條例整體併入刑法中，應考慮的是人民的觀感，因為，行之有年的一部特別法忽然消失，對大多數人而言，應該是無法適應，即便它仍然出現於刑法中，但對於適用上的差異、執法的決心等，是否讓人足以辨視或得否判斷為民心所向才是重要。

第二款　肅貪決心之疑慮

整併本條例應該是時勢所趨，因為就可以預期的結果而言，未來將有越來越多的特別條例或法律，遵著時代的變遷，社會的腳步亦大跨進，而法律的調整受限於穩定性之特性及修法之程序，在適應社會變化的面向上，恐無法與時俱進，而將整部條例納入刑法而不加以調整，在修法的技術上或許可以配合，惟相關的配套措施應相對因應。如廢止貪污治罪條例而併入刑法瀆職章，是否獲得民意支持?是否動搖政府肅貪防弊之決心?如此等問題，皆應事先加以研討。其次，對於貪、瀆的區分問題，仍未能有效解決，而仍會造成適用上及過度評價之問題。

第三款 貪、瀆仍無明顯之適用界限

本條例回歸刑法瀆職罪章之評估應為合理，然僅就整部條例原封不動的置入，就刑法本身之架構與體系明顯有違。而即便如此，其相關內容及適用上之問題仍然存在。

倘本條例於未修正之情況下回歸刑法中，其整部條例對於貪污、瀆職並無明顯區別，以致適用上及刑度過重的問題仍然存在，貪污與瀆職的犯罪動機並不盡相同，而結果更是不同，所侵害之法益亦不能歸納為同一類型，可推知其效用不大，是故，如欲整併本條例，仍應調整貪、瀆的區別後，始有討論整併之利、弊。

第四款 部分條文之構成要件與刑法體系不合

就構成要件之描述性上，本條例有許多用語與刑法瀆職罪章明顯不同，此亦為整併上的問題之一。例如，本條例之第 4 條第 1 項第 2 款中所謂藉勢、藉端強占財物、同條第 1 項第 3 款，收受回扣等用語以及募集款項或徵用土地、財物，從中「舞弊」者等等，諸多不明確之構成要件，與刑法瀆職章比較，並無相類似之用語，若整併之，應就相關問題加以解決。據此，對於整部法律併入刑法之困難性頗高，在現實上不加以修訂本條例之部分條文而完全併入刑法，實屬不易。

國立政治大學 National Chengchi University

第三項 貪、瀆分立專章

將本條例廢止而併入刑法應是較為妥適之作法，亦為長治久安之不二法門，而單純併入刑法瀆、職罪章之困難度較高，且前述相關的部分問題仍然存在，是以，將貪污與瀆職罪章分別設立，並加以重新檢討貪、瀆之界限，而依其法益不同，分別納入刑法之瀆職章與新設之貪污罪章二者分設，並重新檢討貪、瀆之分界，而依法益之不同，加以區隔，繼而生成之效果應較單純回歸刑法之可行性大，簡言之，不僅只回歸刑法而已，而應就回歸刑法後之問題，一併加以考量。

第一款　貪、瀆分設專章維持刑法體系

如前段述，貪污、瀆職不分而混用造成法體系整合之困難，將貪、瀆分立併入刑法勢必較為容易，因本條例構成要件之特性，多屬描述性質，而與刑法用語多所出入，且於刑度之議題上亦可加以解決，如欲嚴懲貪污，則以貪污專立之章節規範，即可杜絕爭議。就刑法之體系而言，瀆職罪章為既有存在，而貪污的規範另設專章，在整部法律之架構上較為妥適，亦不需特別修改構成要件，即可兼顧其法之體系，僅須加強各條文間之部分修改及不適宜處加以廢除已足。

第二款 釐清貪、瀆法益為目標

貪污之定義不易存有共識，則如欲解決爭議則應先針對瀆職之法條文加以區分，達成貪、瀆分立之目標，此為解決本條例相關問題之基礎，本文以為，就貪污而言，為有嚴懲之決心，不宜冒然廢止，但在無法給予貪污下一定義之立法瓶頸上可轉而針對瀆職加以劃分，在本條例原有之條文中，以瀆職為形態之條文加以區別，其也剩餘之條文則認定為貪污，如此即有分設之效果，如欲針對貪污加以防制時，僅須針對貪污條文加以修訂即可。

第三節 防制貪污犯罪改革對策

第一項 貪污刑事政策改革與本條例之問題

刑事政策包括刑事立法政策、刑事司法政策與刑事執行政策，而刑事實體法之刑事立法政策即針對某特定不法行為之犯罪化或去犯罪化之問題而為之。是以，刑事制裁法體系之標準必須統一，且應顧及刑事法規之整體性與單一性，如本條例與刑法之並行，已然形成刑事制裁體系之紊亂，且違背罪責原則，造成罪、刑失調，徒增司法資源之浪費，而本條例與刑法之規定，常有此一糾葛，以致造成原應安定之刑法形同具文[253]。故而刑事司法之改革應是遲早的問題，目前僅面對此一問題所造成衝突，無法有效取決而已。是以，刑法之修法，其與刑事政策之改革應嚴肅看待。尤其是本文所探討之貪污問題與本條例與刑法之爭議，更是刻不容緩。於此討論刑事政策問題無非是期許就刑法或所謂之刑事政策對於本條例之修、廢問題可獲得有效之改善，而不僅只於法條問題的爭論，勢必以此一角度著手，始得畢其功於一役。

多年來刑法學者研究及論述之重點，始終偏重於犯罪論，而對於一般人民與政府之刑事政策所關注重點之刑罰論則較不關心，如政府部門因應民意要求調節政策，進行有關假釋及刑度之修法時，經常遭學者批評，而學者研究之論點又無法滿足立院所代表民意之需求[254]，而本條例之情形亦是如此。刑法之任務主要在保護法益之安全，惟法律為最小限度之道德，於維持社會秩序之必要範圍內，以刑法發動，有其必要，然仍應視其對於法益侵害之風險或程度加以區分。倘處罰不法行為無效或無法公平執行時，且尚有其他手段可適用者，應考慮其刑罰之必要性。與之相關者即刑事政策，其向來是法律問題較少討論之議題，而刑事法規之修廢卻取決於執政者的刑事政策，而對於貪、瀆的深惡痛絕應該也是每個時代一般百姓的共同看法，因為每個人都希望被重視，也都能公平合理的分配到共有的

[253] 林山田，刑法的革新，學林文化出版，頁 128-129，2001 年初版。
[254] 蔡碧玉，我國刑法學發展的現況與未來，台灣法學新課題（四），頁 212，2006 年 8 月初版。

資源，不論是天然或人為的資源，都必須讓每個人感覺到公平的對待。是以，討論本條例之修廢最主要的就是要使執政者或一般的公務員能夠認識到法律的規範及效果，減少貪腐，否則至少要使貪污能夠被有效的管控才有意義。

肅貪問題不只是我國所注重的問題，而全世界其他國家對於貪污犯罪之問題亦十分重視，而本文以為，當前貪污之刑事政策仍著重於法條文義之斟酌，而未能由其他方向思考，如有以建立肅貪專責或調整公務員制度，甚至是建全國人之整體防貪意識等面向，或可比單純討論法條內容或影響來的有效。而就本條例而言，採行一元化的刑事立法政策，並去特別化之刑事修法[255]，應較為有效，另由犯罪預防角度而言，亦有相同結論，故值得立法者深究。

第二項 其他防制貪治法律應配合修正

單就中華民國刑法法典而言，刑法自一九三五年公布施行至今，其間之社會型態、經濟結構，政治體制與人民之生活型態等，皆已明顯改變，故而有建議刑法應全面修正[256]。如前述，應就刑法改革面向，整體看待所有刑事法規，不論特別之單行法或附屬於其他各種法規中之刑事制裁法條，一併討論之，使其防制貪瀆之法規得以整合。

防制貪、瀆之盲點在於犯罪主體的問題，亦即公務員之認定問題，以及行政行為之屬性。欲防止貪污也必須由此處著手，因為一般公務員對於本條例及刑法之相關規定內容，至少有一定程度的了解，而且於行政機關

[255] 林山田，同前註 253，頁 7。
[256] 林山田，2005 年刑法修正總評-刑法改革與刑事立法政策-評 2002 年刑法部分條文修正草案，頁 75，元照出版社，2007 年初版。

內上下隸屬關係之公務員亦有監督的功能，而平行單位間亦有發現問題與制衡的能力，較不易造成長期的漏洞。然而，對非公務員或認定有爭議之公務員卻無相關配套措施規範，長久而言，並非妥適。以各項重大公共工程建設相繼發生弊案來看，防弊的最大漏洞就在於非公務員身分卻能掌控公有資源。在行政法上廣為討論之「雙階理論」應該是為純粹為了行政行為之判別困境而產生的，因為不論政府與人民如何合作，都無法否認其中涉有公共重大利益。而相對應之程序法規卻不健全，導致有心人有機可乘[257]。

面對著環境的快速變遷，政府的腳步漸顯顢頇之際，除了組織的再造加以調整以外，相關的配套法規應加緊規劃，而非單一法規的宣示即可畢其功於一役。對於防制貪腐的藥方也絕非只有重刑或特別法特別規範可以使用，應該是全面的就刑法或專責機構相關行政程序以及新思維的立法方向才能解套，而單就特別法加以研修易造成迷思而無法與犯罪者的思考模式切入，以致法規永遠追趕不上犯罪的腳步進化。以公務員概念為例，國際立法現狀及修法趨勢對於刑法上採取擴張定義之方向，有以刑法中之定義較為狹隘，而以行政法規加以補充者[258]，以為考量，即可一併檢討相關防貪、肅貪之法。

第三項 存廢及修正芻議

第一款 存廢之選擇---併入刑法之可行性

討論本條例之存廢問題，應先了解特別刑法存在與否之必要性，因特別刑法對於刑法而言也絕非毫無存在之可能，直言之，特別刑法對刑法而

[257] 詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論-評台北高等行政法院之 ETC 相關裁判，月旦法學雜誌，頁 46 以下，2006 年 7 月。

[258] 許玉秀，新修正刑法論文集-公務員概念的立法定義第十六次修正刑法檢討(第十條第二項)，頁 92-93，司法院參事室編印，2006 年 12 月初版。

言，有其相對存在之必要性，由其是對應於時效的功能較為有用。原因乃在於不論任何形式之特別法都有其目的，其中對人的特別法如『陸海空軍刑法』對軍人，對地域性的特別法如『臺灣地區鄉（鎮市區）戶口普查所組織規程』及對適用時間的特別法，如『戰時軍律』等，對於特別法之形態比較之，即可發現本條例係對人的特別限定之特別法，此對人的特別刑法，以刑法之而言「刑法係制裁犯罪行為之刑事制裁法，為求刑事制裁之一體性與公平性，刑法必須一元化。」[259]，而排除了其他的附屬刑法之外，刑法的一元化原則應加以維持，以保有安定性，是故，本條例單獨存在，確實產生諸多與刑法法典在法理上的衝突，應加以三思。

本條例並非屬於附屬刑法之性質，對於刑法而言，就會造成刑法的體系及功能明顯被取代，而若真以特別法之方式存在，亦應在各條文之間，與刑法劃分，區隔其規範之範圍而不重疊，以免產生目前之諸多困擾，是故，本條例與刑法之瀆職罪章當前最好的形式應考慮整併，並考慮其肅貪之功能，加以修訂部分條文，納入刑法典中。

第二款　條文修正建議對照

表格 6

貪污治罪條例併入刑法之修正對照表		
現行條文	建議修正條文	說明
第 1 條 為嚴懲貪污，澄清吏治，特制定本條例。	廢止	不論是否併入刑法中，本條規範之內容上已無實際之功能，況且刑法第 134 條及其他各章中，已針對公務員犯罪作特別規定。 如果能併入刑法，則本條之規定無實益。
第 2 條 公務員犯本條例	廢止	

[259] 余振華，刑法瀆職罪章與貪污治罪條例合併規定之檢討，法令月刊，第 59 卷，第 6 期，頁 28，2008 年 6 月。

之罪者，依本條例處斷。		
第 3 條 與前條人員共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷。	廢止	刑法總則中第 28 條、第 31 條即可含括，不須再以本條做特別規範。
第 4 條 有下列行為之一者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金： 一、竊取或侵占公用或公有器材、財物者。 二、藉勢或藉端勒索、勒徵、強占或強募財物者。 三、建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事者。 四、以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者。	有下列行為之一者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新台幣一千萬元以下罰金： 一、侵占公有財物者。 二、利用職務上之機會非法取得財物者。 三、承辦工程及採購公物而獲有不法之利益者。 四、第 4 款：廢止。	參酌刑法第 122 條、第 129 條、第 131 條之量刑，對於本條之刑度部分，應改為三年以上十年以下有期徒刑，得併科新台幣一千萬元以下罰金。 一、本條第 1 項部分，在刑法中並不屬於貪、瀆之犯罪類型，而既為公有財物而言，侵占始有特別處罰之必要，竊盜則與身分無關，故就其構成要件比較之，應屬單純財產上之犯罪，故應可考量與竊盜罪、侵占罪合併，並以公務員身分加重其刑即可。 二、藉勢或藉端之原因在於公務員有利用其身分或公務資訊之機會及權力得以行使，較一般犯罪不同之處即在此，故以利用職務上之機會即可含括。 三、收取回扣、浮報價格從中獲利，其過程皆須有第三人協助，於取得款項後，再給予該公務員，所以其性質相同，應屬合於職務或不合於職務之賄賂。 一、以公用運輸工具裝運違禁物或漏稅物之可能性極低，且亦看不出該法益保護之必要性，所以廢止較符合體系。 二、與刑法第 122 條比較，其構

五、對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。 前項第一款至第四款之未遂犯罰之。	五、第 5 款：（廢止）併入刑法第 122 條。 （廢止）	成要件之差異性不大，應不必獨立於該條文以外。 本條第 2 項部分，應考慮廢止，因未遂犯對於貪污犯罪行為之認定，容易造成困擾及混淆。
第 5 條： 有下列行為之一者，處七年以上有期徒刑，得併科新台幣六千萬元以下罰金： 一、意圖得利，擅提或截留公款或違背法令收募稅捐或公債者。 二、利用職務上之機會，詐取財物者。 三、對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。 前項第一款及第二款之未遂犯罰之。	有下列行為之一者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣六百萬元以下罰金： 一、併入刑法第 129 條之第 1 項 二、利用職務上之機會，詐取財物者。 三、對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。 第 2 項：廢止。	參酌刑法第 121 條、第 129 條第 1 項、第 131 條之刑度，建議修正為：一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣六百萬元以下罰金。 一、關於本條第 1 項第 1 款之規定，與刑法第 129 條之規定相同，可併入之，因截留公款或違法收稅之目的必定是從中獲利，而其中違法收稅之可能性極低，實務上亦無相關案例。 二、第 2 款之規定，可維持不變。 三、第 3 款之規定，可維持不變，即屬不違背職務之賄賂罪。 與前條相較之，本條第 2 項關於未遂犯之處罰應考慮廢止，以免造成認定上之困擾。
第 6 條 有下列行為之一，處五年以上有期徒刑，得併	有下列行為之一，處七年以下有期徒刑，得併	關於本條之刑度問題，同前述，參酌刑法第 129 條第 2 項、第 131 條等，處七年以下有期徒刑較為妥適。而罰金亦為等比例之遞減。

國立政治大學 National Chengchi University

科新臺幣三千萬元以下罰金： 一、意圖得利，抑留不發職務上應發之財物者。 二、募集款項或徵用土地、財物，從中舞弊者。 三、竊取或侵占職務上持有之非公用私有器材、財物者。 四、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。 五、對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職 權命令、自治條	科新台幣三百萬元以下罰金： 一、廢止。 二、募集款項或徵用財物，而獲取不法利益者。 三、廢止本款，併用刑法第 336 條即可。 四、廢止併入刑法第 131 條。 五、對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職 權命令、自治條	一、 第 1 款之規定，幾乎與刑法第 129 條第 2 項相同，故可併入作相同規範。 二、 關於募集款項或徵用土地、財物之用語，應修正為募集款項或徵用財物即可，因財物亦可包括土地之範圍，而不必刻意強調土地，另外，從中舞弊係不確定用語，在刑罰之構成要件中應少用或避免，以免違反刑法原理原則。 三、 與本條例第 4 條第 1 項第 1 款相同，竊取或侵佔職務上持有之「非公用私有」器材、財物等。而刑法第 336 條中，對於公務而侵占已有規定，故併入即可。且因公務而侵占私有財物應不屬於貪、瀆問題，即便可能造成一般人對公務員之觀感不良，但以刑法之觀點來討論，仍不適宜以貪、瀆論罪。 四、 本款與第 5 款其內容之差別僅對主管或監督之事務與非主管或監督之事務。而為了修法前之「違背法令」之用語而修訂為…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

例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。	例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。	定，…。而法律之用語必須清晰而明確，為此修訂後，確實容易明瞭，但亦明顯冗長。為免造成困擾，即不為增、刪。
前項第一款至第三款之未遂犯罰之。	第 2 項：廢止。	
第 6-1 條： 有犯第四條至前條之被告，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自涉嫌犯罪時及其後三年內任一年間所增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰	一、第 6-1 條： 有犯第四條至前條之被告，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自涉嫌犯罪時及其後三年內任一年間所增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰	關於財產不明來源罪之訂定與否，其實多有爭議，重點在於舉證責任之轉換、無罪推定及財產之認定等等。而對於本條立法之實際功能而言，就在於對嫌疑人有命其說明之權力而已，否則科以刑法，惟如果真動用此一條文論罪，即表示偵查之功能已宣告失敗，無法證明其財產與貪污之關連。是故，以此論點，本條應有相關之配合偵查或舉證之權力付予司法機關，較為合理。

金。	金。	
第 7 條 有調查、追訴或審判職務之人員，犯第四條第一項第五款或第五條第一項第三款之罪者，加重其刑至二分之一。	有調查、追訴或審判職務之人員，犯本章之罪者，加重其刑至二分之一。	觀刑法瀆職罪章中，第 121 條、第 122 條、第 123 條、第 125 條等，都有針對特殊身分之公務員加以規範，且有相關條文對於特別身分之公務員有加重規定，故本條可併入刑法中而加重之形態。
第 8 條 犯第四條至第六條之罪，於犯罪後自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。 犯第四條至第六條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。	犯第四條至第六條之罪，於犯罪後自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。 犯第四條至第六條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。	本條屬於鼓勵自首之條款，因貪、瀆之犯罪不易為外人發現之隱密性，故而有必要鼓勵之，且可避免犯罪後有心悔改卻無管道，以致一錯再錯，一舉數得，值得延用。
第 9 條 本條例修正施行前，犯第四條至第六條之罪，於修正施行後一年內自首者，準用前條第一項之規	第 9 條：廢止	關於自首之過渡條款，若能於本條例併入刑法中，其過渡條款則無存在之必要。且法官可適用刑法第 57 條加以衡酌。

國立政治大學 National Chengchi University

定。		
第 10 條 犯第四條至第六條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。 犯第四條至第六條之罪者，本人及其配偶、未成年子女自犯罪時及其後三年內取得之來源可疑財物，經檢察官或法院於偵查、審判程序中命本人證明來源合法而未能證明者，視為其所得財物。 前二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。 為保全前三項財物之追繳、價額之追徵或財產之抵償，必要時得酌量扣押其財產。	一、犯本章之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。 二、犯第四條至第六條之罪者，本人及其配偶、未成年子女自犯罪時及其後三年內取得之來源可疑財物，經檢察官或法院於偵查、審判程序中命本人證明來源合法而未能證明者，視為其所得財物。 前二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。 為保全前三項財物之追繳、價額之追徵或財產之抵償，必要時得酌量扣押其財產。	關於本條之規定，刑法中並無相關之規範，故可加以適用，以利追訴時之追徵、追繳。而對於保全財產之扣押係必要之手段，且對於阻止犯罪所得之流失亦有一定功能，應可併入。
第 11 條 對於第二條人員，關於違背職	一、廢止，適用刑法第 122 條第	一、對於本條之規定，刑法第 122 條第 3 項已經有相同之規範，而關

國立政治大學 National Chengchi University

務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。	3 項規定即可，包含刑度部分亦適用之。	於刑度部分亦應參照，考量其併入刑法後應與刑法之刑度為基準，適用之。
對於外國、大陸地區、香港或澳門之公務員，就跨區貿易、投資或其他商業活動有關事項，為前項行為者，處五年以下有期徒刑或科新臺幣一百萬元以下罰金。	二、第 2 項：廢止。	二、關於對外國公務員之行賄，刑法中並無相關規定，惟行賄外國公務員之行為對於往來各地區、國家之間造成商業活動之不對等，故應另訂行政法規加以防範，並給予適當處罰較妥。
不具第二條人員之身分而犯前二項之罪者，亦同。	三、第 3 項：不具第二條人員之身分而犯前二項之罪者，亦同。	三、非公務員而為行賄之免刑或減刑應可沿用，以提高其改過之意願。
犯前三項之罪而自首者，免除其刑；在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。在中華民國領域外犯第一項、第二項之罪者，不問犯罪地之法律有無處罰規定，均依本條例處罰。	犯前三項之罪而自首者，免除其刑；在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。在中華民國領域外犯第一項、第二項之罪者，不問犯罪地之法律有無處罰規定，均依本章處罰。	四、關於領地外之處罰應與刑法一致，依刑法第 4 條、第 5 條及第 6 條、第 7 條等之規定為參酌，故應整併而繼續適用。
第 12 條		

犯第四條至第六條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新台幣五萬元以下者，減輕其刑。 犯前條第一項、第二項之罪，情節輕微，而其行求、期約或交付之財物在新台幣五萬元以下者，亦同。	第 1 項：廢止。 第 2 項：廢止。	一、關於情節輕微之減刑規定，因刑法中已有此一方面之規定，如刑法第 57 條及第 61 條，故可考慮加入此一部分，以減少輕微犯罪之訴訟及司法資源，應予以廢止。 二、理由同前(第 1 項)述。
第 12-1 條 於九十二年一月十三日本條例修正施行前，犯第十一條第一項、第三項之罪，或犯第四條至第六條之罪而有第十二條之情形，於九十二年一月十三日修正施行後一年內自首者，檢察官得為不起訴處分。	第 12-1 條： 於九十二年一月十三日本條例修正施行前，犯第十一條第一項、第三項之罪，或犯第四條至第六條之罪而有第十二條之情形，於九十二年一月十三日修正施行後一年內自首者，檢察官得為不起訴處分。	對於檢察官之不起訴處分權，可以加以延用，但併入刑法後，則應考慮章節之問題及條文之內容應加以修改。而為鼓勵犯貪污罪之人自首及微罪不舉之刑事政策之推動，應可考慮繼續使用。
第 13 條 直屬主管長官對於所屬人員，明知貪污有據，而予以庇護或不為舉發者，處一年以上七年以下有	第 1 項：廢止。	一、構成要件中「明知貪污有據」之構成要件來探討，其明知的主觀性，不易認定，不應直接並入刑法條文中。建議可由訂定行政處分或監察權審查加以防範。

國立政治大學 National Chengchi University

期徒刑。 公務機關主管長官對於受其委託承辦公務之人，明知貪污有據，而予以庇護或不為舉發者，處六月以上五年以下有期徒刑。	第 2 項：廢止。	二、同上述，建議可由行政處分加或監察權審查以防範。
第 14 條 辦理監察、會計、審計、犯罪調查、督察、政風人員，因執行職務，明知貪污有據之人員，不為舉發者，處一年以上七年以下有期徒刑。	第 14 條：廢止。	對於「明知貪污有據」之認定困難，故本條無存在之必要性。建議可由行政處分或監察權審查加以防範。
第 15 條 明知因犯第四條至第六條之罪所得之財物，故為收受、搬運、隱匿寄藏或故買者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金。	第 15 條：廢止。	貪污行為處罰應以共犯為限，而單純的買受、隱匿，與貪污行為並不相關，不宜論罪。再者，刑法(第 349 條)中亦有對於贓物罪之處罰，不應另訂處罰。而較應注意有無洗錢等相關犯罪行為才是。

國立政治大學 National Chengchi University

第 16 條 誣告他人犯本條例之罪者，依刑法規定加重其刑至二分之一。 意圖他人受刑事處分，虛構事實，而為第十一條第三項之自首者，處三年以上十年以下有期徒刑。 不具第二條人員之身分而犯前二項之罪者，亦依前二項規定處斷。	第 16 條： 誣告他人犯本章之罪者，依刑法規定加重其刑至二分之一。 意圖他人受刑事處分，虛構事實，而為第十一條第三項之自首者，處三年以上十年以下有期徒刑。 廢止	一、第 1 項關於誣告他人犯本條例之罪者，應改為「本章之罪」者，加重其刑，其維持沿用之目的在於，既公務員受較多之限制及規範，則一般人對公務員之誣告，應加重之，維護公務員之清譽。 第二項維持延之目的同第一項。 第三項則不必特別強調，因不論是否為公務員皆不應對公務員誣告。
第 17 條 犯本條例之罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權。	第 17 條：廢止。	公務員一經判決有罪確定，其職務則無法維持，而若以合併宣告褫奪並無實質意義。故併入刑法(第 37 條)之相關規定即可。
第 18 條 貪污瀆職案件之檢舉人應予獎勵及保護；其辦法由行政院定之。 各機關應採取具體措施防治貪污；其辦法由行政院定之。	第 18 條： 貪污瀆職案件之檢舉人應予獎勵及保護；其辦法由行政院定之。 各機關應採取具體措施防治貪污；其辦法由行政院定之。	刑法中無相關規定，但貪、瀆罪章中，可延用之。

國立政治大學 National Chengchi University

第 19 條 本例條未規定者，適用其他法律之規定。	第 19 條：廢止	以併入刑法之立法型態而言，並無本條立法之必要。
第 20 條 本條例自公布日施行。 本條例中華民國九十五年五月五日修正之條文，自中華民國九十五年七月一日施行。	第 20 條：廢止	公布施行之規定，若能順利併入普通刑法中，應可單純廢止。
資料來源：作者整理		

國立政治大學
National Chengchi University

第六章　結論

第一節 檢討

第一項 本條例適用問題之改進方向

一、適用規範關係

對於本條例與刑法之適用，向來即以特別法優先，以致普通刑法之瀆職罪章無法適用，而實務上對於本條例之爭議問題又無法有效解決，仍以本條例作為審判之依據，而本條例之特別形態又非符合一般刑事之立法，如特別法卻一般人皆有適用，非公務員觸犯本條例者竟佔大多數，毫無特別規範之立論依據，是以，在實務之適用上確實有所未盡之處。

二、犯罪主體適用問題

針對犯罪主體而言，刑法上對於公務員之定義亦多次研修，此舉足見公務員定義之於刑法有其重大意義，對於公務員之定義而言，應有適當之效果，始得讓本條例之嚇阻作用得以發揮，畢竟，誰是公務員身分得以明確釐清，有助於具有公務員身分之人認識其適用之法律，使其排除僥倖心理。而世界各國面對貪污問題，其刑事政策走向皆以擴大公務員之認定，而我國卻一直縮小認定範圍，實乃不智。以是之故，或可採刑法同一事權，將犯罪主體整合，使無特別法規範之必要，一般人亦有適用，並以公務員身分加重即可迎刃而解。

本文對於犯罪行為之共同施行者著墨不多，惟貪污犯罪甚少單獨得以完成，大多有眾多共犯或居中協助之人，尤其是賄賂罪之犯罪行為，大多

以此形式犯罪，利用無身分者行賄、受賂，借以逃避追查，換言之，身分犯罪已不易釐清，何況是共犯之參與，是以，職務犯罪參與形態之認定與處罰應可再行深究，故針對本條例中有關共犯之問題，有以直接檢視行為人其行為是否涉及貪、瀆，減少爭議[260]。惟適度之作法應以普通刑法角度加以規範，讓刑法中貪污犯罪之規定得以適用於一般人，而對公務員加重即可杜絕爭議。

三、刑度問題

本條例於修正及適用之過程中，一度有死刑之出現，並且亦曾有不得假釋之規定，基於國家或社會法益之保護觀點而言，與之相較，不可謂不重，甚至亦有超越身命法益保護之現象，如刑法第 271 條單純之殺人罪，其刑度為死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑，而本條例現行之第 4 條除死刑外，其刑度幾乎相同，就二者保護法益之目的而言，實無必要，事實上，貪污犯罪亦未曾稍止，由此知，特別法形式之立法與重罰之威嚇效果並非全然無效，但著實有限，而本條例之存在，亦增加了許多與刑法在適用上之爭議，可謂「百害而僅有一利」，即便內容修正後，其條文與普通刑法之條文不生疑議，然此一特別刑法類型之立法，應以例外為主，否則對刑法之長治久安仍有重大影響，如同『檢肅流氓條例』之存廢爭議一般，遲早面臨比例原則、明確性原則等刑法原則之檢討[261]，而多次宣告違憲之後，才面對修廢問題其實緩不濟急，亦無法週延，反觀，若不能影響其實質懲治貪污之功能，而又能兼顧刑法之體系及架構，應是值得思考之方向。

四、貪污防制之漏洞

[260] 柯耀程，公務員圖利罪及其參與關係之思辯，同前註 55，頁 431。

[261] 大法官釋字第 636 號，有關該法部分條文之構成要件用語，與貪污治罪條例之方式相同，採描述性之規定，恐有違明確性原則，而財產不明來源之規定，亦有可能違反比例原則及正當法律程序等原則。

同前述，本條例對於公務員身分之認定，以立法形式及走向觀察，似乎採限縮解釋，減少了適用之身分種類，雖有助於法律適用，但增加了貪污防制之漏洞。吾人可知，公立學校、機關或法人，其掌管之公權力及經費，豈少於一般正式機關，而限縮其公務員身分，勢必造成貪污防制之灰色地帶。更甚有公共利益十分龐大，卻以一般公法人之地位與一般民間合作，其造成弊端，僅得以一般民事救濟（或行政訴訟），如此情況，豈不令人憂慮。縱然政府能力有限，結合開發之作法乃時勢所趨，但仍應有相關配套措施及公正之監督機制，才算是符合潮流之作法。否則本條例只是掛一漏萬，徒具形式，僅能辦小案，而對真正的大案卻束手無策。

面對新的犯罪思維及可能存在之舊的犯罪結構，以立法嚴懲之方式效果確實不彰，歷代皆有對貪污之議題在立法上多所著墨，仍無法有效防杜，其原因可歸結於貪污犯罪之公務員當時之心態及貪污犯罪之特性多為結構性、隱密性，是故，立法懲治故可收一時之效，卻不能正本清源，而由預防角度之立法及公務員行政制度性之改革才是解決問題的方式，追根究底，立法嚴懲只是民主進化過程中的過渡時期，而非墨守成規的藉口，當務之急應確實檢討，有進度的針對立法上加以改革，畢竟，檢討與改進的時機不當，更遜於完全不改革。

第二項 本條例內容問題之改進方向

一、貪、瀆分立

以刑罰之特性而言，任何刑事立法皆應衡酌法益之有無，始得加以規範，此係主張法益存在者之基本立場，而法益存在與否，刑事立法本應嚴

肅且謹慎而為之。此一立場應是刑法問題共同且一致之看法。而貪、瀆行為細而分之，本有所不同，應不能等同論之，故而本文以為分立而設，較易釐清，且就法條形式之外觀比較，其犯罪主體即可明顯區別，解決本條例之諸多爭議。以同屬大陸成文法系之日本為例，其無單獨規範貪污之單行法規，對公務員貪污瀆職犯罪，係由日本刑法中之各條文加以規定，而探求賄賂罪本質之出發點為賄賂罪之保護法益為主，其觀點上與之分類為公務員職務行為的不可收買性與保護職務行為的公正性，二者間相互交織，密不可分，而二法益統括為國民對國家作用公正的信賴[262]，是以，並無區分貪污、瀆職之界限，僅以整個國家法益涵蓋，將貪污賄賂與瀆職視為公務員侵害國家法益。然為防止國家機關公務員之腐敗而侵害國家作用與以職務使國民做無義務之事的濫用職權罪與賄賂罪，二者具有不同之犯罪性質，亦即濫用職權罪中，存在做無義務之事的個人為直接被害者，而賄賂罪並無直接被害者，只是國家法益受侵害而已。是以，本文以為，應仍可視為其法益之差別，而可細分貪、瀆二者。此外，因與我國相同，日本其他有關公務員職權濫用之犯罪亦有其他相關特別法條之規定，如公安調查官之職權濫用罪（破防法 45 條）、機長之職權濫用罪（航空法 151 條）等，特別法之形態存在[263]，與我國之行政刑法相同。

二、貪瀆、圖利行為之構成要件

就本條例之貪、瀆行為構成要件加以分析討論，並建議修廢條文之內容係針對本條例在法條適用之法理及用語予以研討。本條例之第 4 條至第 6 條是整部法律之重點核心，故而其用語及規範目的必須強化。觀察其內容深究之，即可知其所有條文之犯罪構成要件態樣皆得以圖利罪加以含括。例如本條例第 4 條第 1 項第 1 款之規定，即以侵占或竊取手段而獲有

[262] 北原曉彥，受驗新報編集部，重要事項整理ノート 刑法，法學書院，頁 217-218，1996 年 3 月改訂 2 版 1 刷。
[263] 板倉 宏，刑法各論，勁草書房出版，頁 330，2004 年 6 月 1 版。

該公物、財物之利益。簡言之，圖利罪係為貪瀆犯罪之概括規範，故不論公務員以各種形式或手段犯本條例條文之構成要件，或可視為圖利自己或其他私人。而上述 3 條文之內容不過就是將圖利行為具體描述而已。故而即便在適用上有刑之輕重差別，而其差別又無一定條件區分，故而本文以為修廢應該是必經之路，只是時間差別而已。

三、適用主體範圍

本條例就適用主體方面，非公務員身分亦有適用，實務上統計得知，一般非公務員身分遭判決確定者，佔約百分之五十比例，以此觀點而言，其適用主體之範圍即失焦，況且對於公務員之定義至今仍不甚明確，故本文以為，可參照新加坡之立法將其明確化，正面列舉公務員之種類及態樣，以明確化代替文義解釋之不足，免生爭議。再者，如果一般人犯本條例之罪者眾，則其實可考慮納入刑法，使非公務員皆有適用，進而重視貪污犯罪，即可解決此一問題。

國立政治大學 National Chengchi University

第二節 建議

第一項 存廢型態分析

總括而言，本條例主要之缺失分為二個面向，其一即內容上各條文之構成要件及刑度，其二為適用上產生有競合及疑義，故而學說上有主張將本條例作條文上之修正與廢止本條例二者，而現實上就立法與修法之可能性與其他配套作為尚未完成之情況而言，不論存廢，皆應顧及其可行性，故而分析其存廢型態如下：

第一款 維持現況

由本條例之存廢型態著手，理解其可能之型態，有助於判斷存廢之選擇及利弊。以不變應萬變或許是「面對問題」的一時之選，但必定不是「解決問題」的一種方式，而事實上建議檢討的聲音一直存在，所以不改變或許可以逃避一時，卻無法有效的解決問題。是以，維持現況乃不智之舉，至少在各條文中產生之問題與爭議應優先修法才是。

第二款 完全廢止

完全廢止本條例之可行性恐怕不多，因為世界的潮流是朝著肅貪的方向前進的。而廢止後，併入刑法或可實行，但若以完全廢止而僅以目前的刑法瀆職罪章適用，似乎不足以因應現況，且現今國內、外對於貪污之防制無不用盡心力，由此一議題所討論之程度與修法之討論可知，假使刑法對於貪、瀆規範上，還未配套之修法狀況下，冒然廢止，實乃不智，且明顯與其他法治國家之概念相悖。是故，刑法立法之趨勢及司法改革之方向應作調整，而所謂不進則退即是。對於貪、瀆之配套規範應盡速檢討，如建立專責肅貪機構、強化行政機關間相互監督等方式。

第三款 回歸刑法瀆職章

回歸刑法之瀆職罪章優劣各半，因為即使為了完整刑法的架構而直接併入刑法瀆職罪章，但對於國民情感之期待有所落差，直言之，大部分人都會認為政府肅貪的決心消失，才造成貪污治罪條例消失，而若無適當的宣導，更可能造成誤解，另外，貪、瀆之適用界線仍無法釐清，因為併入瀆職罪章之貪污行為仍可視為是瀆職，即便在刑度上可與之同步下修，但

貪污、瀆職之法益不同而相同評價，就造成實質上的不公。而未修改部分之條文，其構成要件用語，與刑法格格不入，一旦併入，反而造成刑法多年維持的體系混亂。

就立法形態而言，各國的法律並無區別貪污與瀆職的形式，尤其是以特別法單獨存在之形式亦為少見。單就公務員的貪污行為不以瀆職罪而言，其實世界各國皆有法律加以規定，其差別僅在於刑度而已，而不論立法之形式如何，有與刑法為主的方式，或以單獨立法模式，但都無法客觀的比較出其優缺，事實上，若以日本為例[264]，其 2009 年貪腐印象指數（CPI）仍然居世界第 17 位，足見防止貪污，並非單純以法律為主導，即能控制此一問題，而立法防範與處罰是制度上的輔助，此一問題並不可能使得貪污問題短時間獲得解決，然至少對於法律之制定與適用，必須先行獲得改善，始有論及其他防貪措施之可能性。

第四款 貪、瀆分立專章

為使刑法之體系及架構保持完整，將本條例併入刑法應是較可行之作法，而特別刑法之單獨立法型態應減少使用，亦或是將完成階段性任務之

[264] 日本的刑法中有針對公務員的瀆職問題有所規範，此點於我國的刑法大致雷同，而其有關貪污的條文很少，內容大多與日本刑法第二十五章關於瀆職罪章（汚職の罪）為規範，第 193 條公務員濫用職權罪（公務員職権濫用）、第 194 條特別身分之公務員職權濫用罪（特別公務員職権濫用）、第 195 條特別身分之公務員暴行凌虐罪（特別公務員暴行陵虐）、第 196 條特別身分之公務員濫用職權致死傷罪（特別公務員職権濫用等致死傷）、第 197 條受賂罪（収賄、受託収賄及び事前収賄）、第 197 條之 2 關於第三人的行賄罪（第三者供賄）、第 197 條之 3 加重收賄罪及事後收賄罪（加重収賄及び事後収賄）、第 197 條之 4 違背職務的收賄罪（あっせん収賄）、第 197 條之 5 關於沒收與追徵的規定（没収及び追徴）、第 198 條行賄罪（贈賄）等等，因同屬繼受德國法之淵源，該罪章與我國刑法中的瀆職罪章相去不多，且對於貪污、瀆職並無明顯區分。

特別刑法即予廢止。而單純將本條例併入刑法瀆職罪章之困難度較高，且部分問題仍然存在，而貪污與瀆職分設專章，重新檢討貪、瀆之分界，依其法益之不同，就該問題加以考量，其懲治貪官之宣示性仍然存在，亦可兼顧國民情感，並使得相關之法益得以釐清，部分的描述性構成要件仍可維持，保有優點而減少了大部分之缺點，應較為妥適。

以法令現存之型態加以深究，係因本條例於現行之實施中，出現了問題，惟職司法律者為何不能得以明確且迅速的建議修法，而立法者又為何不能配合時政，將不良善之法令加以修正或廢止。其實在的原因即在於法律存在的原因及型態發生衝突，簡言之，就是貪污必須有法律加以嚴懲，才能符合一般社會大眾的期待[265]，但該法於實際運作時，又不盡理想以致。是故，若以考慮其型態而改變其存在之形態且確保其功能，應是檢討的第一步才是。而本文即以此為思考方向，期望對於防制貪瀆之法令，能適切的存在，且能有效發揮其功能，才是全民福祉。故而為達成此一目的，先將本條例廢止，併入刑法，且以單章形式存在，解除其特別法存在的問題，保留其防制之功能，應較為可行。

第二項 預防勝於治療

以實際公部門的反貪政策為鑑，許多值得參考的重點，以學者對於反貪對策分析其涉及的層面十分廣泛，例如有些國家層面的種族問題，以及國家外交及援助的問題，還有社會層面的制度及地方政府的普遍陋習等等，其並非一蹴可及，然其可以參酌的面向亦可以討論之。例如其所採行之反貪策略係中央政府的加強管控、收支的財政管理、地方政府的全面制

[265] 民眾對於防制貪瀆之期盼十分殷切，不僅認為現行貪污防制之法令不夠嚴謹，甚至在與政府論談中，提出政府應有「反貪行動方案」之建議。是以，遑論單純廢止本條例得見容於現今社會觀感。見王永福，不同類型公務員貪瀆犯罪之特徵及影響因素之調查研究，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文，頁 12-16，2008 年 1 月。

度改革及整個反貪的結構應健全[266]，即便如此，未必能將貪污完全消除，但至少整體社會之價值觀及認同感必定有效提昇，故而由此推知，貪、腐並非是少數個人的思想觀念而產生的，而是整個國家及社會形成之風氣，法律之改革係一單獨方向，無法使其全面性提昇。

討論本條例之存廢在本質上之意義即加強貪污之防制工作、減少法理上爭議及方便司法實務上之適用如此而已。而此亦為本條例存在之目的，故而能從預防的角度去防制貪污，而不專以立法嚴懲去防杜，應該較為有效，且亦減少了刑法及刑事特別法在修法上之負擔，所以針對預防工作著手，例如強化行政、司法監督功能，加強財產申報的監督，以防止公務員之貪污、賄賂，以及強化政風或專責肅貪機構等方式，從偵查功能之進化著手，而非貪污犯罪已完成後的懲治。機關間的相互監督亦是重點，如採購與需求或使用單位的制衡、決策與執行單位權責的劃分等，皆為可著力之預防手段。再者，落實防制貪污相關的程序法規或行政規章，由原有之相關法規著手，如獎勵保護檢舉貪污瀆職辦法、遊說法及請託關說程序、公務員廉政倫理規範等等，減少貪污之條件及環境[267]。

再者，檢討公務員之獎懲及淘汰制度而言，公務員之制度及福利應重新檢討，對於涉及貪、瀆者，應考慮淘汰，重拾公務員應有之操守及尊嚴，由制度面檢討，獎勵表現優良之公務員，淘汰不適任者，才能有效落實肅貪的政策。而關於本條例在適用上，仍有二點建議：

[266] JORGE MARTINEZ-VAZQUEZ, JAVIER ARZE DEL GRANADO AND JAMESON BOEX, FIGHTING CORRUPTION IN THE PUBLIC SECTOR, 200-211 (2007)。

[267] 防制貪污之方法仍有許多可供參考，如加強行政監督、提昇肅貪人員專業知識、專業肅貪機構，或增訂如日本刑法中斡旋收賄罪，以及建構完整防貪法規等。見余振華，刑法瀆職罪章與貪污治罪條例合併規定之檢討，同前註 259，頁 45。

第一款 對於合於職務之行賄應加以規範

本條例與普通刑法對於合於職務上之賄賂行為皆無處罰規定，而合於職務之行賄仍是應加以禁止的行為，因一旦涉入行賄必定是有利可圖的情形，例如給予方便、優先給予等等，依然是一種資源分配不公平的態樣，而若不加以禁止，則易生漏洞，尤其公務員之職務係掌控國家公權之行使，以金錢或利益得以替換則國家行政權之公正即喪失，而致於行賄者部分，為考慮其偵查及犯罪證據之保全性，應可考慮相關犯罪之自首、自白之減刑或免刑等問題，是故，應就此一問題，修訂相關條文，併入刑法中！

第二款 強化防制貪瀆觀念與機制

以新加坡為例，貪污防制法較我國之貪污治罪條例有明顯之不同，而新加坡受英美法系影響較深，而針對公務員貪污、瀆職之規範情形而言，就立法型態來觀察，現有「貪污防制法」(Prevention of Corruption Act)、「貪污、販毒及其他重大犯罪所得利益沒收法」(Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes)、「公務員紀律條例」(Official Discipline Rule)、「公務員懲戒規則」(Official Disciplinary Punishment Rule) 等等，單行之法規，可說是形成防貪之嚴密法網，其內容為防制貪污之各種手段及有關之組織的組成規定，為刑法貪污規定之補充，而就立法形態之差異而言，雖英美法系無特定之法典，然對於貪污之問題，仍採專章的形式，以彰顯其重視的程度。又非特別法體例並不影響其肅貪之功能，深究之，成功關鍵乃相關法令之配套法及國民情感支持與反貪理念得以推行。

是以，針對相關問題的法律應儘速修訂，又或者對相關之肅貪機構建

制、行政規範等，亦是可以考慮之方向，然單純的思考法制面防杜貪污問題，並非根本解決之道。除了法律規範外，整個社會的觀念與認同才是重點。另外，許多重大公共建設因政府財政問題，而採取公辦民營之模式原來是可行且節省行政資源的施政、建設方法，但良善的方法仍然會產生漏洞，其損害恐勝過一般貪污犯罪，如公共工程招標、土地的取得或具有獨佔的特性，甚至有些所謂私人之公司，其中有公有股權的狀況，亦甚有政府直接出資的情形，國家因而產生損失，而這些特性也形成一種法律漏洞，有時可能造成大開方便貪污之門。故而，可利用加強公共工程之第三人與政府之監督與查核機制或相關契約之制衡條款，如保證金或違約金等，以釐清權、責，並訂定相關辦法，以防堵漏洞。據此，畢竟要能預防貪污必須建立在全民防貪意識並配合可行且週全之法制，始有改善之可能。

國立政治大學
National Chengchi University

參考書目

書籍

刁榮華，《特別刑法各論》，文新書店，1976 年初版。

林山田，《刑法通論》（上冊），作者自版，2008 年 1 月，增訂十版 1 刷。

林山田，《刑法通論》（下冊），作者自版，2008 年 1 月，增訂十版 1 刷。

林山田，《刑法各論》（上冊），作者自版，2006 年 11 月修訂 5 版 2 刷。

林山田，《刑法各論》（下冊），作者自版，2006 年 11 月修訂 5 版 2 刷。

林山田，《刑法特論》（上冊），三民書局，1978 年 9 月初版。

林鈺雄，《新刑法總則》，元照出版社，2009 年 9 月 2 版。

吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，2008 年 2 月增訂十版二刷。

前田雅英(董璠與譯、劉俊麟校訂)，《日本刑法各論》，五南圖書出版，2000 年初版。

張清雲等，《圖利罪相關問題之研究》，法務部發行，1996 年初版。

張晉藩，《中國法制通史》，(北京）法律出版社，1999 年初版。

許玉秀，《新學林分科六法—刑法》，新學林出版公司，2006 年七版。

陳樸生、洪福增，《刑法總則》，五南出版社，2001 年 6 月初版 8 刷。

陳煥生，《刑事特別法實用》，月旦出版社，1997 年 7 月初版二刷。

陳志龍，《法益與刑事立法》，作者自發，1997 年三版。

程景民編著，《香港廉政公署》，北京中國書藉出版社，2000 年 1 月 1 版。

國立政治大學 National Chengchi University

黃東熊，《刑法概要》，三民書局，1998 年 6 月初版。

楊仁壽，《法學方法論》，三民書局，2005 年十刷。

靳宗立，《刑法之傳承與變革》，五南出版社，2007 年 10 月初版。

蔡墩銘，《刑法各論》，三民書局，2006 年 9 月修訂五版一刷。

劉清波，《中共特種刑法論》，三民書局，1981 年初版。

謝政道，《法學緒論》，揚智文化，2003 年初版二刷。

謝瑞智，《中外刑事政策之比較研究》，中央文物供應社，1987 年 6 月。

蘇俊雄，《刑法總論Ⅰ》，作者自行發行，1995 年 10 月初版。

專書論文

林山田，刑法的革新—論去犯罪化與去特別化，學林文化出版，頁 125-158，2001 年初版。

林山田，2005 年刑法修正總評-刑法改革與刑事立法政策-評 2002 年刑法部分條文修正草案，頁 73-98，元照出版社，2007 年初版。

余振華，共犯與身分之比較法考察，刑法深思、深思刑法，頁 277-328，自刊本，2005 年初版。

許玉秀，法治國之刑事立法與司法，洪福增律師八秩晉五壽辰祝賀論文集，法條「應該」如何競合?—檢索特別、補充、吸收關係，許玉秀自版，頁 149-177，1999 年初版。

柯耀程，論實質競合，刑事法學新趨勢—Lothar Philipps 教授七秩祝壽論文集，頁 365-388，月旦出版社，2001 年初版。

柯耀程，公務員圖利罪及其參與關係之思辯，變動中的刑法思想，作者自發，頁 413-432，1999 年 9 月。

許玉秀，公務員概念的立法定義—第 16 次修正刑法檢討，新修正刑法論

文集，司法院發行，頁 85-129，2006 年 12 月初版。

許玉秀，新修正刑法論文集-公務員概念的立法定義第十六次修正刑法檢討(第十條第二項)，頁 85-129，司法院參事室編印，2006 年 12 月初版。

黃榮堅，共犯與身分，刑事思潮之奔騰-韓忠謨教授紀念論文集，頁 195-226，財團法人韓忠謨教授法學基金會，2000 年 6 月初版。

管高岳，貪污犯罪之成因及防制之道，刑事法學之理想與探索，甘添貴教授祝壽論文集，頁 211-230，2002 年 3 月一版。

蔡碧玉，我國刑法學發展的現況與未來，台灣法學新課題（四），頁 161--215，2006 年 8 月初版一刷。

鄭昆山，台灣環境刑事立法之回顧與展望，頁 295-296，2001 年 6 月。

盧映潔，法律人的老調新彈-論重刑思考，刑事法學之理想與探索，甘添貴教授祝壽論文集，頁 181-210，學林文化出版，2002 年 3 月一版。

學位論文

王永福，不同類型公務員貪瀆犯罪之特徵及影響因素之調查研究，國立臺北大學犯罪學研究所，碩士論文，2008 年 1 月。

李小羿，論刑事被告之緘默權，國立中正大學法律研究所，碩士論文，2000 年 7 月。

吳曉婷，圖利罪之研究，台北大學法律學研究所，碩士論文，2006 年 1 月。

吳佶諭，從刑罰目的觀論刑罰裁量，中國文化大學法律研究所，碩士論文，頁 34-37，2008 年。

紀致光，貪瀆犯罪採重罪政策之效果研究-以侵占罪為例，國立台北大學犯罪學研究所，碩士論文，2005 年。

依智麒，論犯罪行為應罰性---以刑法 185 條之 3 為例，中國文化大學法律研究所，碩士論文，2007 年 7 月。

胡佳吟，公務員貪污犯罪影響因素之研究，國立台北大學犯罪學研究所，碩士論文，2004 年。

洪宜和，「窩裡反」條款之研究---以貪污犯罪偵查為例，國立中正大學法律學研究所，碩士論文，2004 年 6 月。

候寬仁，最新修正刑法上公務員概念之討論，輔仁大學法律學研究所，碩士論文，2005 年 6 月。

陳榮源，貪污治罪條例立法上之研究，國防大學管理學院法律研究所，碩士論文，2004 年 6 月。

陳明呈，公務員圖利罪存廢論，國立高雄大學法律學研究所，碩士論文，2008 年 7 月。

劉海倫，緘默權之理論與實務，國立台灣大學法律研究所，碩士論文，2003 年 7 月。

楊素珍，貪污犯罪與其防制對策之研究，中國文化大學法律學研究所，碩士論文，2001 年 12 月。

研究報告

白忠志，論新刑法公務員定義變更後之影響，士林地院檢察署 96 年度研究發展項目研究報告，2008 年 3 月。

徐國香，戡亂時期貪污治罪條例修正問題之研究，法務部研究報告，1991 年 11 月。

邢泰釗，貪污治罪條例圖利罪構成要件解析，屏東地檢署出版，2009 年 4 月。

謝瑤偉執筆，貪污犯罪及其防制對策之研究，法務部研究報告，1995 年 6 月。

期刊

刁榮華，貪污治罪條例有關實用問題之研究，軍法專刊，第 13 卷第 8 期，

頁 32，1987 年 3 月。

余振華，不違背職務行為行賄罪之立法芻議，警察法學，第 8 期，頁 181-203，2009 年 11 月。

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 69-83，2003 年 3 月。

余振華，刑法瀆職罪章與貪污治罪條例合併規定之檢討，法令月刊，第 59 卷第 6 期，頁 27-55，2008 年 6 月。

邢泰釗，就我國實務運作觀點，評現行貪污治罪條例，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 8-15，2003 年 3 月。

呂潮澤，修正前後公務員圖利罪之比較適用，法令月刊，54 卷，第 4 期，頁 4-12，2003 年 4 月。

李紹威，特別刑法與優先適用之效力，軍法專刊，第 46 卷第 11 期，頁 14-27，2000 年 11 月。

林山田，刑法改革與刑事立法政策-兼評 2002 年刑法部分條文修正草案，月旦法學雜誌，第 92 期，2003 年 1 月。

林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，檢察新論，第 6 期，頁 79-95，2009 年 6 月。

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 196-209，2002 年 1 月。

柯耀程，圖利罪修正與法律適用問題分析（下），月旦法學雜誌，第 81 期，頁 106-121，2002 年 2 月。

柯耀程，貪污治罪條例在適用上的評估與檢討，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 46-57，2003 年 3 月。

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 34-45，2003 年 3 月。

國立政治大學 National Chengchi University

張美蓉，論公務員圖利罪，憲兵半年刊，第 60 期，頁 45-50，2005 年 4 月。

陳新民，新加坡肅貪的法制分析—兼論我國建立淵肅貪署的隸屬問題，軍法專刊，第七十四卷第九期，頁 1-11，2001 年 9 月。

陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 16-33，2003 年 3 月。

陳樸生，特別刑法之特質與體系（一），軍法專刊，第 4 期第 9 卷，頁 5，1963 年 4 月。

陳子平，新刑法總則之理論基礎-正犯與共犯，月旦法學雜誌，第 135 期，2006 年 8 月。

陳文琪，貪污罪被告不說明財產來源罪問題探討，刑事法雜誌，第 53 卷，第 4 期，頁 35-53，2009 年 8 月。

許玉秀，公務員圖利罪，台灣本土法學雜誌，第 8 期，1999 年 8 月。

許玉秀，貪污罪-廣義的公務員圖利罪-，台灣本土法學雜誌，36 期，2002 年 7 月。

曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（上）--評產財不明來源罪，月旦法學雜誌，141 期，頁 237-265，2007 年 2 月。

曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（下）--評產財不明來源罪，月旦法學雜誌，142 期，頁 266-272，2007 年 3 月。

黃虹霞，現行即九十年修正後貪污治罪條例第六條第一項第四款違背法令之意義，萬國法律，136 期，頁 70，2004 年 8 月。

詹鎮榮，促進民間參與公共建設法之現實與理論-評台北高等行政法院之 ETC 相關裁判，月旦法學雜誌，頁 46 以下，2006 年 7 月。

鄭善印，貪污治罪條例在立法上之評估與檢討，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 58-68，2003 年 3 月。

國立政治大學 National Chengchi University

羅俊瑋，聯合國反貪污公約之贓款追回與返還制度探討，國會月刊，第 35 卷第 2 期，頁 39-60，2007 年 2 月。

其他

立法院公報，80 卷，30 期，頁 269-281，1990 年。

廖先志，從英國及香港相關法律論我國財產不明來源罪草案——以「舉證責任倒置」與「無罪推定」原則為中心，出國報告，2009 年 9 月。

外文部分

JORGE MARTINEZ-VAZQUEZ, JAVIER ARZE DEL GRANADO AND JAMESON BOEX, FIGHTING CORRUPTION IN THE PUBLIC SECTOR, (1d ed.2007)

Jonathan Moran, *The Changing Context of Corruption Control：The Hong Kong Special Administrative Region, 1997-99* (Alen Doig, Robin Theobald eds., 1999)

北原曉彥，受驗新報編集部，《重要事項整理ノート 刑法》，法學書院發行，1996 年 3 月改訂 2 版 1 刷。

板倉 宏，《刑法各論》，勁草書房發行，2004 年 6 月 1 版。

國立政治大學 National Chengchi University