陸、圖利罪之構成要件

一、犯罪主體適格

(一)公務員之定義

刑法第 10 條規定：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」茲分述如次：

（1）身分公務員

即所謂「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關」，係指國家或地方自治團體所屬機關中依法令任用之成員故其依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務者，即應負有特別保護義務及服從義務。至於無法令執掌權限者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，例如僱用之保全或清潔人員，並未負有前開特別保護義務及服從義務，即不應認其為刑法上公務員。例如市政府裡的工友或保全人員,即非屬刑法上的公務員。(刑法§10Ⅱ①前段)。

至於由政府捐助成立之各種財團法人機構，例如，財團法人國家衛生研究院、財團法人國家實驗研究院等，其性質與公司化之公營事業機構相同，均為私法形態組織，並非依法行使公權力之中央或地方機關，故應排除於國家、地方自治團體所屬機關之列。

（2）職權公務員

係指非服務於國家或地方自治團體所屬機關，而具有依「其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者」，此類之公務員，因其從事法定之公共事項，應視為刑法上的公務員。例如，農田水利會會長及其專任職員(依水利法及農田水利會組織通則)、各公立學校或公營事業之承辦監辦採購人員(依政府採購法)等，均屬之(刑法§10Ⅱ①後段)。

公法社團、財團法人之事務，是否視為公共事務？學說不一，鑒於公法人之事務的性質，日益多元化，即使帶有公法色彩，賴以區辨之界限亦不明確。除非法令上有將公法人之職員視為公

務員之規定，否則，似無必要將公法人之職員解釋為公務員[12]。

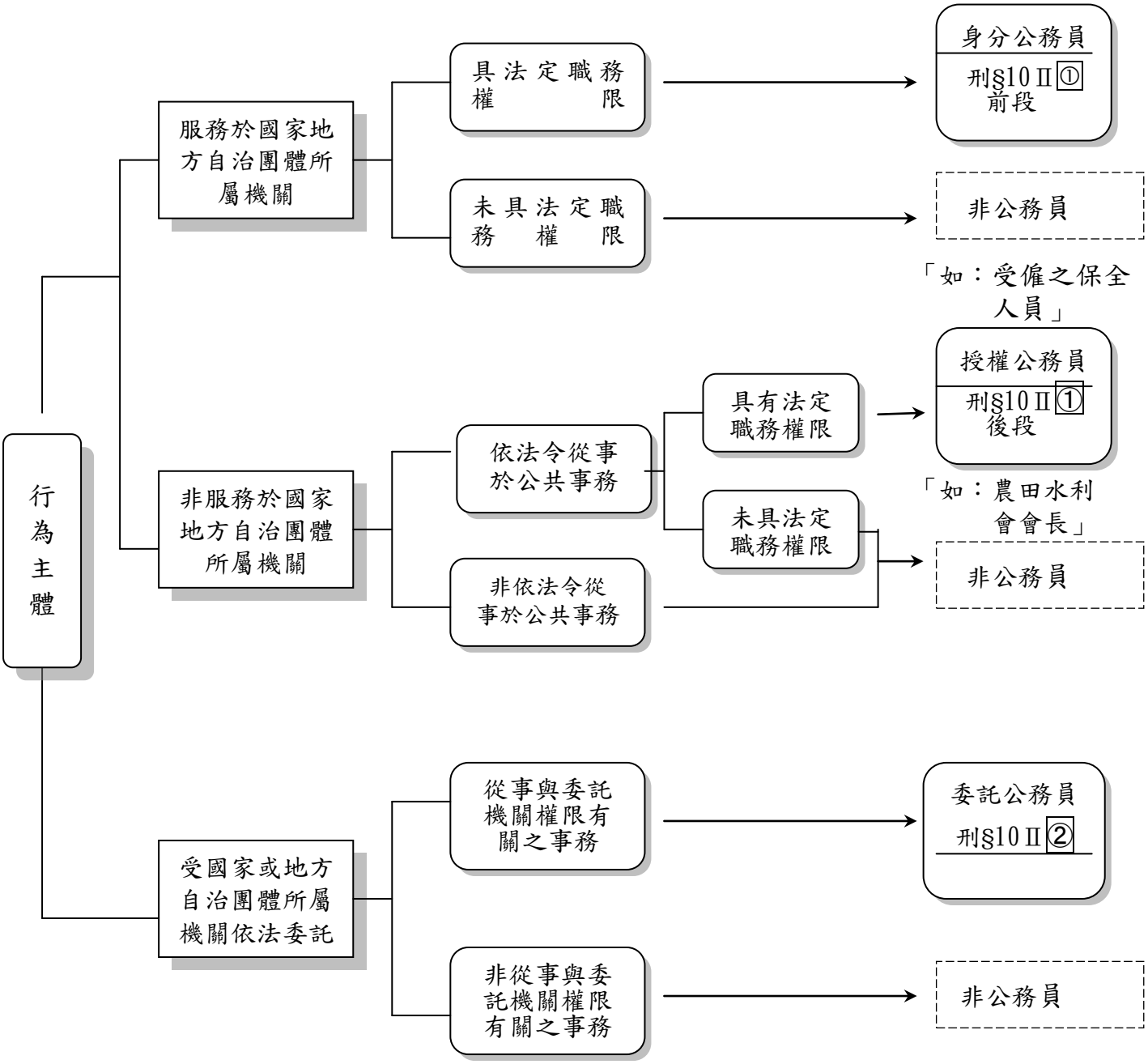
（3）委託公務員

係指受國家或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，因受託人得於其受任範圍內行使委託機關公務上之權力，故其承辦人員應屬刑法上公務員。 行政機關為委託時，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙（行政程序法第 16 條第 2 項）。例如：私立學校錄取學生、確定學籍、獎懲學生、核發畢業證書或學位證書（釋字 382 號）；公私立大學校、院、系所教師評審委員會關於教師升等評審之權限（釋字 462 號）；依船員法第 59 條，船長受委託行使船上之治安緊急權；依商品檢驗法第 26 條對商品檢驗之委託；陸委會依台灣地區與大陸地區人民關係條例委託財團法人海峽交流基金會處理兩岸事務；依證券交易稅條例委託證券商代徵證券交易稅；依建築法委託經主管機關認可之專業機構或人員檢查供公眾使用之建築物；中央存款保險股份有限公司依存款保險條例第 21 條第 1 項所為之金融檢查……等是(刑法§10Ⅱ②)。直接、間接委託均包括在內。

其中刑法第一種公務員類型，即身分公務員類型，除須服務於國家或地方公共團體所屬機關外，尚需具有法定職務權限。此際，新刑法可謂係限縮刑法公務員之成立範疇。惟 94 年刑法增設第二種公務員類型－即授權公務員類型及第三種公務員類型－即委託公務員類型；其中第二種授權公務員類型，在解釋上或許尚可含括於舊刑法公務員之概念內，惟第三種委託公務員類型，則為舊刑法公務員之概念所無法涵攝。具體言之，若個案為涉及委託從事公共事務之貪污案件，因貪污治罪條例第二條後段已有相應規範，且貪污治罪條例為刑法之特別法，有較刑法優先適用之規範地位，故無論於新舊法適用期間，應依貪污治罪條例規定處斷之結論，均無二致。惟若個案為涉及委託從事公共事務之公務員職務犯罪，非屬得利型之貪污案件時，此際即無貪污治罪條例之適用，應回歸刑法規定論處，則無法為舊刑法所涵攝之委託從事公共事務主體類型，即得以舊刑法之委託公務員類型加以規範。此際，新刑法可謂係擴張刑法公務員之成立範疇。

[12] 甘添貴著，刑法新修正之公務員概念，刑法總則修正重點之理論與實務，元照出版公司，2005.9。

94年間修正之刑法關於公務員概念之修訂，雖多認係朝限縮公務員概念之方向修法，然經過3年多施行，是否果如修正理由所稱，公務員定義業經限縮，如公立醫院、公營事業金融機構員工等主體，將被排除在刑法公務員的適用範圍之外，仍須依據前開說明，視個案情況所該當之公務員主體類型，分別論定新法之公務員概念較舊法規定為限縮或擴張。


行為主體
服務於國家地方自治團體所屬機關
具法定職務權限
身分公務員
刑§10Ⅱ①前段
未具法定職務權限
非公務員
「如：受僱之保全人員」
非服務於國家地方自治團體所屬機關
依法令從事於公共事務
具有法定職務權限
授權公務員
刑§10Ⅱ①後段
「如：農田水利會會長」
未具法定職務權限
非公務員
非依法令從事於公共事務
受國家或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事務
委託公務員
刑§10Ⅱ②
非從事與委託機關權限有關之事務
非公務員

(二)、刑法公務員認定之標準

1、身分公務員

(1)限具公權力性質之機關

身分公務員服務之國家或地方自治團體所屬機關，是否須具有公權力性質？最高法院96年度台上字第5853號判決認為「所稱國家、地方自治團體所屬機關之『所屬機關』，通說認指行使公權力之國家或地方行政機關及其他獨立組織體」，即明白揭示必須該行政機關必須具有行使公權力之性質。且最高法院96年度台上字第387號判決亦認為「公營事業機構所從事之事務，原則上非基於國家公權力之作用，故非屬行使國家統治權之公務機關，其所屬之人員，自非依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關之公務員」，故公營事業機構之人員，因非服務於具有公權力性質之機關，故排除具有身分公務員之刑法上公務員身分。

(2)限具法定職務權限內容

有關身分公務員之法定職務權限，實務上法院判決解釋之內涵，大致可以區分為二大類，茲簡述如下:

①以法令規定之權限為基準

所謂法定職務權限，係指在國家或地方自治團體所屬機關之人員，其所從事之事務，須有「法令規定之權限」，只要公務員在其職權範圍內所應為或得為之事務，不以涉及公權力行使之事項為限，即無關權利之公行政行為或私經濟行為，均包含在內。換言之，此等職務權限係因公務員服務於特定之機關，係在執行該服務機關之法定事務權限，故公務員之法定職務應依附在機關本身職務權限。而此種職務權限不能僅限定在機關組織對外的職權事項，縱屬機關組織單純內部之業務事項，亦應包括在內。再者，不論是國家或各地方自治團體所屬機關，各機關之組織法規均有明確規定其職務權限，不論其具體或抽象職權，應

均作為公務員之法定職務權限[13]。

②以職務列等表為基準

所謂法定職務權限，係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務列等表，其餘不在職務列等表範圍者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，因其從事之職務與公權力無涉，自非刑法上之公務員。然部分機關或組織並無職務列表等規範機關內部成員之職務權限，且所謂「職務列等表」乃是針對不同的職務，依照其工作權責以及所需資格，將對應適當職稱、官等與職等予以表列，其實與服務於國家機關組織成員之職務權限並沒有關連性。故最終法定職務權限內容，仍應回歸機關組織本身之法定事務權限加以判斷。

2、授權公務員判斷標準

(1)公共事務之內涵

刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」，其主要判斷依據在於是否有依法令授權執行公共事務。而具有法定職務權限者，此涉及到公共事務範圍認定的標準。所謂「公共事務」，不問其為國家或地方之事務，惟以涉及有關公權力行使之事項為限。蓋此類人員雖未服務於公務機關，原非一般觀念之公務員，惟依法令負有一定公共事務之處理權限，自應以涉及有關公權力行使之事項為限。始能令其負有特別服從義務。而所謂涉及有關公權力行使之事項，凡公務員代表國家行使權利之行為，而與國家之權力作用有關者，均屬之，故國家公行政之行為，除私經濟作用之私法行為外，均屬於公權力之範圍。至於公權力行使之事項。究應如何認定?台灣高等法院 95 年度矚上訴字第 1 號判決認為：「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」。最高法院 96 年

[13] 所謂法定職務權限，凡為公務員職務範圍內所應為或得為之事務均屬之。不限於公權力行使事項，並涵蓋無關公權力之行政作用行為及私經濟行為（69 年台上 4459 號判決有關萬里鄉停車場管理自制條例停車管理員是否公務員案）。

度台上字第 6032 號判決即認為:「所謂公務員，在主體要件上，限於服務於國家、地方自治團體所屬機關之公務人員，或是依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者，或是受國家、地方自治團體所屬機關依法委託而從事與委託機關權限有關之公共事務者;在事務要件上除服務於國家或地方自治團體機關之人員外，則必須係從於公共事務，且與公權力之行使有關者，始足當之。私經濟行為，並不包含在內」。此為大部分法院判決所採取之立場，足徵所謂公共事務僅限於公權力行使之事項[14]。

(2)依政府採購法辦理採購，招標、審標、決標等訂約前三個階段為區分標準

依政府採購法第 3 條前段規定，政府機關、公立學校、公營事業辦理採購，須依政府採購法相關規定辦理，故若不具公務員身分之公營事業或公立學校之職員，依政府採購法之相關規定辦理採購事項時，係屬其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限之人員。惟是否依政府採購法辦理採購、招標、審標及決標等訂約前三個階段為區分標準，實務有二種見解：

①區分說：

[14] 例如以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是否為公務員？為例。最高法院 97 年台上字第 706 號刑事判決認：「現行刑法第 10 條第 2 項第 1 款所定之公務員，後段所稱「其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限」之人員，即學理上所指之授權公務員。此類型公務員並非服務於國家或地方自治團體所屬機關，但具有依「其他法令從事於公共事務，而具有法定職務權限」，因其從事法定之公共事務，故應視為刑法上之公務員。又本款所定之公務員，以具有「法定職務權限」為要件，亦即其所從事之事務，須有法令規定之權限為準據（如公務人員任用法第六條之職務列等表）；所稱「法定職務權限」，除依法律（如組織條例、組織通則）外，以命令（如組織規程、處務規程、業務管理規則，以及機關其他之內部行政規章等）明文規定者亦屬之。倘無「法定職務權限」者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，仍不屬於刑法上之公務員。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 60 年興建啟用迄今，並自行經營管理，此有該管理處 96 年北市宇三字第 09630486200 號函可考。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 10 條第 2 項第 1 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 91 年 7 月 17 日公布、同月 19 日施行之「殯葬管理條例」第 7 條之規定為說明，已不相適合，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。」

「依政府採購法第 74 條、第 75 條第 1 項第 1 款、第 76 條、第 83 條(91 年 2 月 6 日修正前第 83 條第 1 項)、第 85 條之 1 至 4，第 85 條之 1 第 1 項等規定，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。被告二人係負責履約階段之監工，及驗收階段之協助驗收，依據上開說明，其二人非屬依政府採購法規定之監辦採購事務人員，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」，故依政府採購法規定之監工、驗收階段，係屬私經濟事項，並非公權力作用之行為，故在此階段之承辦人員，並非刑法上之公務員。（臺灣高等法院高雄分院 96 年度上更（一）字第 11 號）

②一體適用說(通說)

「……公營事業依政府採購法辦理採購，自招標、決標（包含開標、投標、審標）、履約管理（包含訂定採購契約、對工程採購之分段查驗）、至驗收，均屬完成採購作業之各階段行為，具有連貫性，不容任意予以割裂。雖現行政府採購法就採購機關（包含事業單位在內）與廠商間就有關採購事項所生之爭議，依是否已經訂約而異其處理程序，即就招標、審標、決標等訂約前之作為，以異議、申訴等行政爭訟程序救濟，申訴審議判斷視同訴願決定；訂約後之履約爭議，則以調解或仲裁等程序解決(91 年 2 月 6 日修正政府採購法第 74 條、第 75 條第 1 項第 1 款、第 76 條、第 83 條、第 85 條之一至之四等規定參照）。其中關於招標、審標、決標等階段爭議之申訴審議判斷視同訴願決定，固應認均係執行公權力之行為；然機關於訂約後與廠商間之履約爭議（包括履約管理及驗收），依 91 年 2 月 6 日修正前政府採購法第 74 條規定，原亦得適用異議、申訴程序解決，嗣該法於 91 年 2 月 6 日修正時，雖就履約爭議修正為以調解、仲裁程序解決，惟其立法意旨僅在於使救濟制度

單純化，並避免原規定履約或驗收之爭議，得由得標廠商自由選擇適用申訴程序或仲裁、起訴，將造成救濟體系積極衝突，實有不宜，爰予刪除（見該法第 74 條修正理由）；則此之修正，乃立法者基於晚近行政事務態樣日益複雜，對於某類行政事項處理結果，應如何定其爭訟途徑，而單純從簡化救濟程序上之考量所為之技術性規定而已。此種區分，使出自同一採購行為之爭議，強分為須依兩種不同之爭訟程序以求救濟，是否適當，已不無爭議。又參諸上揭說明，依政府採購法規定之公營事業之承辦、監辦採購等人員，既均屬修正後刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」，亦無僅因上開處理爭議之救濟程序上之便宜規定，即進而強行區分其承辦、監辦前階段之招標、審標、決標等人員，始屬刑法上之公務員，而後階段之履約、驗收等承辦、監辦人員，則否定其為刑法上公務員，而致原本同以依法令從事公共利益為前提之群體事務（即公共事務）定其主體屬性之體系，因此割裂而異其適用之理。……」（最高法院 97 年度台上字第 3868 號判決參照）

其他法院判決關於：(1)中華電信股份有限公司電信研究所技術士、研究助理、承辦未依政府採購法所訂程序之採購事務；(2)台電公司輸工處變電技術課技術二股股長，負責承辦依政府採購法規定之選擇性招標建立合格名單廠商承製能力審查業務；(3)中油股份有限公司興建工程處技術員、負責政府採購法採購案之工程監工、監造、參與驗收之人員；(4)公立國小校長、總務主任負責辦理依政府採購法規定之採購案等案例，不問其執行之階段，均認屬於刑法上之公務員。綜言之，依政府採購法辦理採購之人員，是否僅限於招標、審標、決標等訂約前三個階段，始具有刑法上公務員之身分，尚有上述爭議，仍無確論[15]。

3、委託公務員判斷標準

[15] 白忠志撰，論新刑法公務員定義變更後之影響，臺灣士林地方法院檢察署編印，97 年 3 月。

(1)委任公務員是否具有行政主體地位之獨立性

委託公務員是否必須取得行政主體地位，依法院解釋適用結果，大致可區分為二：(1)採取肯定立場者，依最高法院 96 年度台上字第 1765 號刑事判決意旨「貪污治罪條例第 2 條所指受公務機關委託承辦公務之人，係謂其所受委託承辦者，必為該機關職掌公共事務(公權力)範圍內之公務，受任人因而享有公權力之職權及權利主體之身分，於其受任之範圍內行使公權力而言。至若受公務機關委託，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，並非獨立之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。」，其認為受委託執行公務或公權力之人員，依修正後刑法第 10 條第 2 項第 2 款規定，固屬公務員，惟實務上委託之事務，有與公權力之執行有關者，有與公權力之執行無關者，因受託執行之人員並非一般概念之公務員，其無公務員所享之權利及待遇，如受託之事務與公權力無關，自不宜課以與一般公務相同之責任，故應以受公務機關委託行使公權力之人員為限，始得認為係刑法上之公務員。行政機關依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理者(參照行政程序法第 16 條第 1 項)，該民間團體或個人，因受委託而取得原先行政機關所具有之權限。在必要之情形下，亦負有特別保護或服從之義務[16]。所謂「必要之情形」，應本於平等原則予以考量，亦即其所取得行政機關所授權而從事之事務，倘純屬私法上之事務，基於平等原則，應無令其負有特別義務之理。又參酌現行刑法第 10 條公務員定義之修法理由:「至於受國家或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，因受託人得於其受任範圍內行使委託機關公務

[16] 所謂特別保護或服從義務，並非指公務員與國家間上對下之關係，而是刑法對於公務員或執行特定職務之公務員，有較一般人民更高程度的要求或法義務，而刑法之所以針對公務員或特定職務公務員設立各種犯罪罪名或加重其罪責，也是因為社會其對公務員或特定職務之公務員依法公正執行其職務有較高程度的期待，表現在刑法領域，便是各種應為或不應為之法律義務。

上之權力，故其承辦人員應屬刑法上公務員，爰參考貪污治罪條例第 2 條後段。國家賠償法第 4 條第 1 項規定而於第 2 款訂之」，立法意旨亦限於受任範圍內行使委託機關公務上之權力，故所謂受公務機關委託承辦公務之人，其所委託承辦之內容，需該機關公權力範圍內之公務。受任人需因受委任而具有公務上之職權及權利主體之身分，於其受任之範圍內，行使公務主體之公權力始可。而公法上所稱之「委託行使公權力」有三大特徵：一是公權力；二是須受委託人直接作成決定；三是其係私人且是以自己名義所為；「委託行使公權力」易與「行政助手」之概念相混淆。「行政助手」並無獨立之判斷權限及行使公權力，而係基於其與行政機關間之契約，單純協助行政機關處理行政事務者而言，前揭最高法院判決意旨即揭明斯旨，且有部分法院判決，亦採取相同立場。(2)持保留立場者，大多數法院判決見解仍未區分是否必須取得行政主體之地位，而將行政委託與行政助手之概念區分，僅就其委託事務是否屬於公權力事項區別。例如最高法院 96 年台上字第 799 號判決，就有關臺中商業銀行承辦代收汽車燃料使用費之員工是否屬刑法上委託公務員一案，即認為「汽車使用燃料費之徵收，係基於國家行政權由行政主體向繳納義務人課徵之公權力行使事項，此與政府機關基於私法經濟行為，向契約相對人收取對價，並不發生行使公權力之情形，尚屬有間，是受託代收者，即屬修正前貪污治罪條例第 2 條後段所定受公務機關委託承辦公務之人。……，無論依修正前後之刑法第 10 條第 2 項之規定，均符合公務員身分」，並未細論該金融機構是否因國家或地方自治團體所屬機關之委任，而取得行政主體地位，具有得以課徵稅款之權力，抑或僅單純受國家或地方自治團體指示收受稅款，協助該機關處理行政事務，並非獨立之官署或具有自主之地位，而不具刑法上公務員身分[17]。

[17] 法醫所諮詢人員、海基會人員、證交所人員、公立學校兼辦總務教師(法務部、學者甘添貴均採公務員見解) 公立銀行受政府機關委託代收費款項，屬於政府公權力行使之事項（此部分

(2)公共事務限於公權力事項

由於刑法第 10 條第 2 項第 2 款之委託公務員定義，係參考修正前貪污治罪條例第 2 條後段及國家賠償法第 4 條第 1 項規定而增訂，就公共事務之概念，實務判決在解釋適用上，仍僅限於公權力事項。至於私經濟事項之委託，僅屬一般私法契約之委任，或依其他民事契約所發生私法上權義關係，所委任者並非機關權力範圍內之公共事務，受委任人不因而享有公法上之權力，不屬於委託公務員之範圍。如此解釋，與刑法上公務員範圍要求具有特別保護及服從義務之特性相符。

（三）實務見解

1、身分公務員

所謂身分公務員，依刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段規定，係指依法令服務於國家或地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限者，依各級法院判決適用結果，屬具有身分公務員之身分者，包括：(1)服務於國家行政機關者，例如：交通部基隆港務局港埠工程處操作員、國立大學研究所所長、國安局總務室採購組小組長、有給職顧問、行政院退輔會榮民服務處總幹事、專員。行政院退輔會台東農場知本分場主任、財政部基隆關稅局僱用之正式編制工友、國立國父紀念館及陽明山中山樓管理所駐警隊副隊長、地檢署書記官、海巡署海岸巡防總局北部機動海巡隊副組長、隊員、交通部臺灣鐵路管理局工務處台北工務段施工股股長兼任鐵路局發包工程施工主任、前幫工程司兼任工程監工，國立高雄海洋技術學院校長。(2)服務於地方自治團體者，例如依法任用服務於省政府、各縣（市)政府，鄉（鎮、市)公所人員(縣市長；鄉鎮市長；縣市議員；衛生局局長及稽查員；地政局局長；縣政府建設局或工務局之聘僱；約僱人員；民政課課員兼里幹事；警察局員警；臺灣省政府臺北水源特定區管理委員會技士；臺北自來水事業處工程員；臺北市交通

法務部則採否定見解)；機車行受環保局委託代驗機車排氣量之檢測、地檢署採尿人員、警局委託拖吊業者，僅屬於行政輔助人，與委託行使公權力不同，非公務員；公營事業原則上非公務員、政府股份百分之五十以上者則視是否有公共事務處理權限(以上為學者甘添貴見解)。

裁決所約僱人員；工務局違章建築拆除隊技工；鄉鎮公所建設課技士或約僱人員；臺北市政府環境保護局稽查大隊第一中隊機動組隊員；衛生所主任兼醫師；澎湖縣立體育場場長；村(里)長[18]；台南地政事務所臨時僱員擔任櫃台收費員，收取各項繕本之行政規費並製發收據，視其工作內容是否屬於該地政事務所職權範圍所應為或得為之事務而定，一經指派可認為法定職務權限，與單純為肉體性、機械性勞務人員不同，為身分公務員（97 台上 6616 號）。

2、授權公務員

所謂授權公務員，依刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段 規定，係指其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者。依各級法院判決適用結果，具有授權公務員之身分者，包括：(1) 中華電信股份有限公司電信研究所技術士、研究助理，承辦未依政府採購法所訂程序之採購事務；(2) 替代役；(3) 台電公司輸工處變電技術課技術二股股長，負責承辦依政府採購法規定之選擇性招標建立合格名單廠商承製能力審查業務；(4) 臺北縣政府警察局義勇警察大隊永和分隊隊員；(5) 國立中興大學研發處之組員兼秘書，負責辦理財物採購、經費運用與財物管理之人；(6) 中油股份有限公司興建工程處技術員，負責政府採購法採購案之工程監工、監造、參與驗收之人員；(7) 公立國小校長、總務主任，負責辦理依政府採購法規定之採購案；(8) 台灣糖業股份有限公司糖廠承辦政府採購之承辦人。又自來水公司員工經辦購地案（98 台上 6818 號）；替代役於監所奉派勤務夾帶違禁物（98 台上 2828 號）；成大航空太空工程所教授辦理採購案（97 台上 4813 號）；台電員工對於電器承攬業之簽約等承作工程之管理（95 台上 6324 號）；高雄海洋學院院長核定升等人選送請評議（97 台上 510 號）等法院均認為係授權公務員。

3、委託公務員

所謂委託公務員，依刑法第 10 條第 2 項第 2 款規定，

[18] 白忠志撰，論新刑法公務員定義變更後之影響，臺灣士林地方法院檢察署編印，58 頁，97 年 3 月。

係指受國家、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。依各級法院判決適用結果，具有委託公務員之身分者，包括：(1) 台中商業銀行承辦代收汽車燃料使用之職員、(2) 勞工保險局非編制臨時人員，協助門診電腦報表分件工作、(3)受農委會新竹糧管處(北區糧食管理處)委託辦理公糧稻米經收、保管、加工、撥付等業務者、(4)教育部委託國立大學辦理生物奧運參賽計畫之承辦人、(5)桃園機場福利促進委員會保稅倉庫櫃檯員，負責配合海關檢驗擔任關棧之櫃台員、(6)受監理機關委託執行汽車檢驗之民間汽車保養公司之檢驗員、(7)農會受行政院農業委員會或地方自治團體委託辦理農業推廣業務之承辦人[19] [20]。(8)被告張○○、楊○○雖屬於財團法人更生保護會高雄分會副執行祕書、幹事，惟更生保護會既非受法務部委託從事與委託機關權限有關之公共事務，且依更生保護會執行業務方式及與更生人之關係，亦

---

[19] 臺灣高等法院檢察署「因應刑法修正相關法律問題座談會」第 10 號：依新修正刑法第 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，為公務員。上開受託人是否限於直接與國家、地方自治團體所屬機關簽定委託契約之人員為限?

法務部研究意見：刑法第 10 條第 2 項第 2 款有關受委託公務員之規定：「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」，所謂「依法委託」係指其委託為法令所容許者，因此不論係直接委託或間接委託均屬之。

[19] 九十四年刑法修正前實務見解，認必須「所委任者為該機關權力範圍內之公務，或受任人因而享有之職權及權力主體之身分，於其受任範圍內得行使行政主體之權力者為限；若僅受公務機關私經濟行為之民事上委任或其他民事契約所發生之私法上權義關係，所委任並非機關權力範圍內之公務，受任之人亦不因而享有公法上之權力，尚不能謂為受公務機關委託承辦公務之人（參考最高法院88年度台上字第1124號判決）」，例如：受稅捐稽徵處之委託，而以代徵員名義代徵屠宰稅之人員(院解字第3800號)、受政府機關或部隊僱用、派用載運公物之人(院解字第2806號)、食鹽公賣店受公務機關委託承銷官鹽之商人(院解字第2569號)、公有銀行委託農會代收中國石油公司加油站油款，負責承辦是項事務之農會職員(參照最高法院70年度台上字第4834號)、受中央公教人員生活必需品配給委員會之委託，承辦配送液化石油氣公務之人(參照最高法院95台上字第3927號)、台灣省糧食局委託各級農會辦理肥料換穀或保管公糧碾製白米等業務，負責承辦是項業務之農會職員（臺灣高等法院臺南分院檢察署63年4月份司法座談會)、承辦農會辦事處經臺灣銀行轉委託代辦鄉公所鄉公庫業務之農會職員（參照最高法院73台上字第6736號）、生物奧林匹克亞競賽之計畫主持人兼指導委員會與工程委員會總召集人，係受教育部委託承辦上開選拔及培訓公務之人、國際貿易局委託財團法人中華民國紡織品外銷拓展協會辦理外銷紡織品配額之分配(臺灣高等法院93年上訴字第1773號判決)為從事公共事務範疇，94年刑法修正後仍可參考適用 。

非涉及公權力之行使，自非屬於刑法第 10 條第 2 項第 1、2 款之公務員。另從被告張○○、楊○○因受更生保護會懲處而向法務部提出訴願，經法務部分別以法訴字第 097170 0145 號、第 0971700146 號為訴願決定，認為更生保護會並非政府機關，依更生保護法第 4 條第 1 項及同法施行細則第 3 條第 1 項規定辦理更生保護事業，僅受法務部之指揮、監督，非受法務部委託執行業務，更生保護法對於更生保護會辦理更生保護事業，亦無委託行使公權力，自非訴願法第 10 條所定依法受法務部委託行使公權力之團體，此有訴願決定書 2 份在卷可查，亦足認法務部亦認定更生保護會所執行更生保護業務並非受國家所屬機關依法委託，是以，被告二人於行為時即非公務員。(臺灣高雄地方法院 97 年度訴字第 815 號刑事判決)

4、非公務員

除了上述具有新修正刑法上之公-務員身分者外，另有部分係在修正前具有刑法上公務員身分者,因本次刑法修正後而受到影響，不具公務員身分者，包括:

(1)國營或公營事業、金融機構之員工：

例如:臺北農產運銷股份有限公司拍賣員、前臺灣省政府所屬臺灣省農工企業股份有限公司嘉義機械廠廠長、前臺灣省菸酒公賣局(即臺灣菸酒股份有限公司)、桃園機場免稅處主任、臺灣省自來水公司員工、臺灣菸酒股份有限公司林口印刷廠印刷技術員，台鹽實業股份有限公司董事長、台灣電力股份有限公司所屬人員、中華郵政股份有限公司郵務士或專職人員、台灣銀行襄理、職員、中央信託局員工、臺灣土地銀行職員、臺灣省合作金庫經理、中國農民銀行經理、華南商業銀行經理、臺灣中小企業銀行職員、臺灣產物保險股份有限公司職員、中國石油股份有限公司採購人員、退輔會榮民事業工程處職員、退輔會臺北紙廠供應組組長、操作員、助理員，榮民工程股份有限公司員工、中華電信股份有限公司電信研究所經理、台肥公司董事長、台汽公司員工、唐榮鐵工廠股份有限公司董事長、總經理、經理，雲林縣古坑果菜市場股份有限公司董

事長、總經理，公營公用事業斗南漁市場股份有限公司董事長[21]。

(2)公立醫院之醫師：

例如：國立台大醫院、台北市立中興醫院之醫師、行政院衛生署立醫院醫師、護士、台北市立和平醫院院長、三軍總醫院藥劑師、署立醫院檢驗科組長。

(3)公立學校之教師：

例如：臺灣師範大學、台北市立建國中學之教師。

(4)其他：

例如：臺北榮民總醫院公務車司機、台南市環境保護局清潔隊水肥班受僱擔任隊員兼駕駛、臺灣鐵路局台北運務段臺北站站務佐理、國防部中山科學研究院聘僱人員、榮工處北二高隧道施工處工務組長、受公立學校委託負責設計、監造工程之人、台南市政府公告甄選委託辦理工業區開發審查之顧問機構、臺北自來水事業處南區營業科科員、股長、國立交通大學客家文化學院之約用助理員，負責院系經費預算之檢據核銷等業務、受託發放鄉公所搶救工程款之村民,退輔會高雄榮民技術勞務中心委外成立「施工所」僱用之工所負責人、業務助理、工地監工，技術士、台南市政府市府顧問、受農委會中區糧食管理處委託辦理公糧稻米經收、保管 加工、撥付等業務者、高雄縣茂林鄉公所公共造產風景區管理站收費員、臺灣自來水公司負責承辦政府採購法採購案之監造、協助驗收等業務之人員、中油股份有限公司負責工程之處長、監造員、行政院農業委員會南區糧管處委託辦理加工學校午餐白米業務之承辦人。

然以上僅係原則性解釋，實務上仍須視其實際經辦業

[21] 按刑法總則於 94 年 2 月 2 日修正，於 95 年 7 月 1 日公布施行，其中關於公務員之定義亦隨之修正，刑法第 10 條第 2 項第 1 款，稱公務員者，必須為依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而其有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者，始足當之。公營事業之員工，非服務於國家或地方自治行政機關之人員，不屬上揭刑法第 10 條第 2 項第一款前段之身分公務員，本件被告臺鹽公司鄭寶清與多寶公司訂立契約並未本於行政權力，應非公務員身分，故不成為貪污治罪條例之圖利罪之主體。(臺灣高等法院臺南分院 95 年訴字 700 號、鄭寶清、台鹽貪汙案刑事判決)。

務之性質而認定之。

(四)、爭議個案分析

1、公營事業機構內從事該事業職務之人員是否為公務員？

(1)否定說：

依刑法第 10 條第 2 項之修正理由說明，修法後刑法公務員之範圍，原則上排除公營事業機關之從業人員。其次，公營事業機構之行為係屬私經濟領域，與一般公務員之行為與公共事務有關之概念並不一致，參諸憲法增修條文第 10 條第 4 項之規定，揭示國家對公營事業金融機構之管理，本於企業化經營之原則。故就此等從事私經濟活動之公營事業人員，應排除於刑法公務員之範疇[22]。

(2)區分說：

①實現公共目的說：

有學者就功能論的觀點認為，如果以所執行的職務是否為了實現公共行政目的，決定公務員的身分，則因為公營事業本身有自己的營利目的，服務於公營事業，不應該當然就等於執行以公共行政為目的的職務，公營事業的一般受僱人並不當然是公務員。但是，代表政府股權參與經營或監督公營事業營運的人，則是為了公共行政目的而執行職務，這種人在服務於公營事業期間，所為與事業體有關的行為，應該具有國家權力運作的意義，可以認定是公務員的公務行為[23]。

②公共事務處理權限說：

有學者認為公營事業，既非依法行使公權力之中央或地方機關，其從業員工自不屬於新刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段之公務員。惟得否視其為第 1 款後段之公務員？宜視其是否依法令負有一定公共事務之處理權限而定。如公營事業之員工，依政府採購法之規定承辦、監辦採購之行為，其採購內容縱僅涉及私權或私經濟行為之事項，惟因公權力介入甚深，仍宜解為有關公權力之公共事務，而可

---

[22] 參照台灣高等法院暨所屬法院因應新修正刑法施行座談會法律問題研討結論要旨，司法周刊，第 1288 期，2006 年 5 月。

[23] 許玉秀，公務員概念的立法定義－第十六次修正刑法檢討系列(下)(第 10 條第 2 項)，司法週刊，第 1250 期，2005 年 8 月，第 2 頁。

認係第 1 款後段之公務員[24]。

(3) 實務見解

原則上「公營事業機構所從事之事務、原則上非基於國家公權力之作用，故非屬行使國家統治權之公務機關，其所屬之人員，自非依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關之公務員。」然而「公營事業機構人員若因從事於特定之公共事務，而由法令授予一定之國家權力，使其得從事與國家權力作用有關，而具有國家公權力性質之事項，為節制使其代表國家適當行使公權力，固得課予特別之保護義務及服從義務，而視其為刑法上之公務員，但其基於法令授權所從事者，若非代表國家行使公權力，即為無關乎國家統治權作用之行為，自無課予特別保護與服從義務，將之列為刑法上公務員，嚴予規範其職權行使之必要」[25] [26] [27]。

2、公立醫院人員

公立醫院人員，包括醫師、護士、藥劑師等醫事人員，正如同公營事業一樣，由於修正前實務解釋適用上，認為公立醫院之人員係屬刑法上之公務員，而修正後之法院解釋適用，對於公立醫院之人員不具有刑法上身分公務員類型之身分，均持肯定見解。理由有二：(1)認為「公立醫

---

[24] 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於台灣刑事法學會編，刑法總則修正重點之理論與實務，2005 年 9 月，第 144 頁。

[25] 最高法院 96 年台上字第 387 號判決，認：「如依其他法令之依據，諸依政府採購法，承辦、兼辦採購等人員仍可能構成刑法所稱之授權公務員」。

[26] 花蓮高分院 96 年度更二字第 7 號、95 年度重上更三字第 73 號、台南高分院 95 年上更一字第 198 號。

[27] 公營銀行臺灣土地銀行員工甲，因收受客戶之賄賂，而未依公司之規定違法核准放款，甲是否構成刑法第 122 條第 1 項之違背職務受賄罪及貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之罪？臺灣高雄地方法院第 24 號法律問題研討結果：

(一)依修正後刑法第 10 條第 2 項規定:「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關有關之公共事務者。」則修法後刑法關於公務員概念之範圍，限縮於「與公共事務及公權力之行使相關之人員」，甲係公營事業員工，所從事之放款業務，並非公權丸之行使，則甲並不具有刑法所稱公務員之身分，是其因放款收受賄賂之行為，自非屬刑法第 122 條第 1 項及貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款規範之範疇。

(二) 臺灣土地銀行係屬以營利為目的之公營事業機構，其行為係屬私經濟領域，與一般公務員之行為與公共事務有關之概念並不一致，參諸憲法增修條文第 10 條第 4 項之規定，揭示國家對公營事業金融機構之管理，本於企業化經營之原則，故就此等從事私經濟活動之公營事業人員，應排除於刑法公務員之範疇。

院固屬國家、地方自治團體所屬機關，惟服務於該醫院之醫師僅單純從事於醫療行為，並無法定職務權限，不具修正後刑法第 2 條第 1 項前段之身分公務員類型」。(2)認為「公立醫院係供醫師及所屬醫事人員執行醫療業務、提供醫療服務，性質上仍屬於與病患成立醫療契約、提供醫療服務之私經濟行為，與一般民眾因病前往私立醫療院所就診之情形無異，並非本於國家公權力之作用而行使與公權力有關之公共事務，故依據修正後刑法第 10 條第 2 項之規定，公立醫院醫師非刑法所指之公務員」。前者說法仍然肯定公立醫院人員係服務於國家或地方自治團體所屬之機關，惟因不具法定職務權限，故不具有刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段之身分公務員之類型；後者則以公立醫院人員因非服務於具有公權力性質之機關，故不具刑法第 10 條第 1 項第 1 款前段之身分公務員之類型。兩者雖均認為公立醫院人員不具刑法上身分公務員之身分，然其理由卻不相同[28]。

如前所述，公立醫院行政人員「若因從事於特定之公共事務，而由法令授予一定之國家權力，使其得從事與國家權力作用有關，而具有國家公權力性質之事項，為節制使其代表國家適當行使公權力，固得課予特別之保護義務及服從義務」者，自仍可視為刑法上之公務員。

3、公立學校人員

公立學校之人員，包括校長、教師、職員等，刑法修正前之實務解釋適用上，亦認為公立學校人員係屬刑法上之公務員。然 94 年刑法修正後之法院判決解釋適用，則認為公立學校人員不具有刑法上身分公務員類型之身分。其理由：「所謂國家、地方自治團體所屬機關，係指執行國家或地方地治團體公權力之行政機關及其他公務機關而言。至國家或地方自治團體所設置之獨立組織體，除行政機關及其他公務機關以外，尚有公立學校、公立醫院及公營事業機構。而公立學校、公立醫院，雖

[28] 以上引自白忠志撰， 論新刑法公務員定義變更後之影響，臺灣士林地方法院檢察署編印，97 年 3 月。

為國家或地方自治團體所屬機關，惟並非依法行使公權力之中央或地方機關」。即認為公立學校並非行使公權力事項之機關，故在服務於公立學校之人員，不具有刑法上身分公務員之類型」。

如前所述，公立學校行政人員「若因從事於特定之公共事務，而由法令授予一定之國家權力，使其得從事與國家權力作用有關，而具有國家公權力性質之事項，為節制使其代表國家適當行使公權力，固得課予特別之保護義務及服從義務」者，自仍可視為刑法上之公務員。例如：臺灣高等法院 94 年上易字第 1201 號認國立大學研究所所長、臺中高分院 94 上更(二)字 163 號認中興大學研發處組員兼秘書、花蓮高分院 96 年上更(二)字第 7 號、95 年重上更(三)字第 73 號認國小校長、總務主任俱仍為刑法公務員。

4、從事勞務性工作之人員

至於無法令執掌權限者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，例如僱用之保全或清潔人員，並未負有前開特別保護義務及服從義務，即不應認其為刑法上公務員。臺灣高等法院臺南分院 95 年度上訴字第 1152 號判決要旨即認為「刑法上所謂之公務員者，既須係具有公權力行使之法定職務權限之人，則其所稱『法定職務權限』應係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務列等表，其餘不在職務列等表範圍內者(如工友、司機、技工、清潔隊員等適用勞動基準法之勞工)，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，因其從事之職務與公權力行使無涉，自非刑法上公務員」。

法律問題

地檢署工友詐領核發之證人旅費，是否為公務員？

5、金融機構、超商受託代收稅款，交通違規罰款，是否係受國家、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？

編　　號	1

判決案號	最高法院 90 年度台上字第 40 號
判決要旨	稅收係基於國家行政權由行政主體向納稅義務人課徵之公權力行使事項，此與政府機關基於私法經濟行為，向契約相對人收取對價（如中油油款），並不發生行使公權力之情形，尚屬有間。從而，凡受前者稅務機關委託代收稅款者，即屬貪污治罪條例第二條後段規定「受公務機關委託承辦公務之人」，且此受公務機關委託承公務之人，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；又該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，縱係僅兼辦該項受託公務，仍屬無妨。

編　　號	2
判決案號	最高法院 96 年度台上字第 799 號
判決要旨	汽車使用燃料費之徵收，係基於國家行政權由行政主體向繳納義務人課徵之公權力行使事項，此與政府機關基於私法經濟行為，向契約相對人收取對價，並不發生行使公權力之情形，尚屬有間，是受託代收者，即屬修正前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」。又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之人員為限，此揆之該條文係規定「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，將該項公務，認為非受託之公務，而視為一般之業務。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，亦包括兼辦該項受託公務之人員。本件田中分行係受台灣銀行彰化分行委託代收汽車燃料使用費，而台灣銀行係受交通部之委託，再輾轉委託台中商業銀行辦理，此有卷附「台灣銀行彰化分行委託台中商業銀行田中分行代收國稅契約」影本可稽，則承辦是項業務者，即屬受委託承辦公務之人，上訴人係田中分行職員，承辦該項業務，自屬上述受公務機關委託承辦公務之人。

6、屏東縣政府文化局資產課課長，並經屏東縣政府指定兼任由屏東縣政府成立之財團法人屏東縣文化基金會推廣組組長，負責藝文活動之推廣及受補助團體經費之審核，該局指定為本建案業務之承辦人，負責工程驗收等業務，其身分是否為公務員？

判決案號	高等法院高雄分院97年度上訴字第1708號
判決要旨	被告林○○於案發時為屏東縣政府文化局資產課課長，並兼任財團法人屏東縣文化基金會推廣組組長，其法定職務權限顯不包含為基金會驗收工程，而非屬刑法第10條第2項第1款前段之公務員。然被告係受文化局及基金會指定為本案工程驗收，有屏東縣政府97年屏府文推字第0970099350號函可憑，此時被告已代表為驗收李水成與基金會間工程案之公共事務。況被告本案之水上飛機工程因金額在

	100 萬元以上，且係全額獲行政院體委會之全額補助，依政府採購法第 4 條：「法人或團體接受機關補助辦理採購，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額在公告金額以上者，適用本法之規定，並應受該機關之監督」之規定，及行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8807697 號函示，單項補助金額在 100 萬元以上者，適用政府採購法第 4 條之規定，有該函可憑，而本件工程發包前，相關承辦人所擬具之簽呈，亦說明係依政府採購法之相關規定辦理限制性招標，復經機關首長即屏東縣縣長依政府採購法施行細則第 23 之 1 條之規定核准在案，故被告關於本件工程之驗收程序自亦須依該法之規定辦理。而依刑法第 10 條第 2 項立法意旨認為:「所稱之公務員應視依法令負有一定公共事務之處理權限而定。公營事業之員工，如依政府採購法之規定承辦、監辦採購之行為，其採購內容，縱僅涉及私權或私經濟行為之事項，惟因公權力介入甚深，仍宜解為有關公權力之公共事務。」立法說明：「依政府採購法規定之各公立學校、公營事業之承辦、監辦採購等人員，均屬本款後段之其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限之人員。」是被告於本件所辦理之工程驗收行為，既有政府採購法之適用，則為涉及公權力之公共事務，被告自應認係刑法規定之(2)所稱授權公務員。

7、招標單位依政府採購法第 52 條第 1 項第 3 款規定，採用最有利標決標時，擔任評選委員之民間學者教授，可否視為圖利罪之犯罪主體（廣義公務員）？

（一）、肯定說

臺北地方法院 96 年度訴字第 1562 號判決
本件「新竹市第十七村、第十八村、第十九村新建統包工程」招標案，衡其性質雖屬新竹市政府居於私人相當之地位所對外從事之私經濟行為，然依政府採購法第 1 條、第 3 條明定：為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定政府採購法，政府機關、公立學校、公營事業（下稱機關）辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。是機關採購案倘應適用政府採購法時，已非純粹之私法關係，仍屬具有法定職務權限之公共事務，況政府採購法第 74 條、第 75 條第 1 項第 1 款、第 76 條、第 83 條分別就有關廠商與機關間就招標、審標、決標之爭議，規定得提出異議及申訴，申訴、審議判斷視同訴願決定，等同於就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。據此，自應認政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為（最高法院 97 年台上字第 1266 號判決、最高行政法院 93 年度裁字第 625 號裁定亦同是認），且是從事公共事務之範疇甚明。 又依政府採購法第 94 條規定「機關辦理評選，應成立 5 人至 17 人評選委員會，專家學者人數不得少於 3 分之 1 ，其名單由主管機關會同教育部、考選部及其他相關機關建議之。評選委員會組織準則及審議規則，由主管機關定之。」，而被告陳錦賜等人行為時之採購評選委員會組織準則第 3 條明確規定「本委員會應於招標前成立，並於完成評選事宜且無待處理事項後解散，其任務如下：一訂定或審定招標文件之評選項目、評審標準及評定方式。二辦理廠商評選。協助機關解釋與評審標準、評選過程或評選結果有關之事項。」。另參佐採購評選委員會審議規則第 6 條之 1 所規定之「（評選）委員辦理評選，應於機關備具之評分（比）表逐項載明各受評廠商之評分或序位，並簽名或蓋章。

機關於委員評選後，應彙整製作總表，載明下列事項，由參與評選全體委員簽名或蓋章。其內容有修正者，應經修正人員簽名或蓋章：一採購案。二各受評廠商名稱及標價。本委員會全部委員姓名、職業、評選優勝廠商或評定最有利標會議之出席委員姓名。四各出席委員對於各受評廠商之評分或序位評比結果。五全部出席委員對各受評廠商之總評選結果。前項第四款，各受評廠商之評分或序位評比結果，其所標示之各出席委員姓名，得以代號代之。」，況依據被告陳錦賜等人行為時之最有利標評選辦法（係依據政府採購法第 56 條第 4 項規定訂之）第 15 條規定：「採序位法評定最有利標者，應依下列方式之一辦理，並載明於招標文件：一價格納入評比，以序位第一，且經機關首長或評選委員會過半數之決定者為最有利標。二價格不納入評比，綜合考量廠商之評比及價格，以整體表現經機關首長或評選委員會過半數決定序位第一者為最有利標。前依招標文件載明之固定價格給付，以序位第一，且經機關首長或評選委員會過半數之決定者為最有利標。評選委員辦理序位評比，應依下列方式之一辦理，並載明於招標文件：一就各評選項目分別評分並換算為序位，再加總計算各廠商之序位。二就各評選項目分別評定廠商序位，再將其序位乘以各該項之權重，加總計算各廠商之序位。機關依第 1 項第 1 款或第 3 款評定最有利標，序位第一之廠商有二家以上，且均得為決標對象時，其決定最有利標廠商之方式，準用前條規定。」，亦見評選委員及其成員乃是政府機關辦理招標、審標、決標期間，依政府採購法第 94 條、採購評選委員會審議規則、採購評選委員會組織準則等相關法令規定授權成立、使其享有法定之職務權限（包含訂定或審定招標文件之評選項目、評審標準及評定方式；辦理廠商評選；協助機關解釋與評審標準、評選過程或評選結果有關之事項），並依所享有之法定職務權限辦理廠商評選，而就公共事務行使公權力，自當屬修正後刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段

之授權公務員無誤。而被告陳錦賜等既均為本案「新竹市第十七村、第十八村、第十九村新建統包工程」招標案，於招標、審標、決標期間之評選委員，已經本院認定如前所述，揆諸前揭說明，被告陳錦賜等均屬修正後刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段所稱之授權公務員無誤。

（二）、否定說

臺南地方法院 96 年度矚重訴字第 1 號判決
「貪污治罪條例第二條後段規定之『受公務機關委託承辦公務之人』，必以所委任者為該機關權力範圍內之公務，或受任人因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任範圍內得行使行政主體之權力者為限，若僅受公務機關私經濟行為之民事上委任，或其他民事契約所發生之私法上權義關係，因委任者並非機關權力範圍內之公務，受任者亦不因而享有公法上之權力，尚不能謂為受公務機關委託承辦公務之人員。」最高法院 92 年台上字第 672 號裁判意旨足資參照。據此，貪污治罪條例之犯罪主體，以公務員為限，而受公務機關委託承辦公務之人，須因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任之範圍內得行使行政主體之權力者，該受任人方屬於公務員。 查（1）被告等擔任南科減振工法規劃技術服務案評選委員乙職，除林聰意外，係屬外聘、無給職之學者專家，乃就被告之專業領域進行專業判斷建議，評選出符合行政院國家科學委員會採購需求之較優廠商；且本件評選委員會，並非採購行為之主體，並無受委託承辦機關公權力範圍之職務，亦未因而享有公務上之職權及權利主體之身分，評選委員會所評定結果建議是否被採用，仍屬國科會之行政裁量權，因本件緣於高鐵 BOT 案，是其性質實較近於私經濟契約而非涉及公法上委託行使公權力之行政

契約，被告並無行使公權力之身分。

（2）次按被告等之擔任評選委員，身份屬外聘且無給職之學者專家，有在公共工程委員會網站學者名單，或在國科會網站人才庫之研究人才名單內，且為在減振之研究方面世界頂尖之學者。況評選委員係採多數決之議決方式，只是各依本身之專業知識合議評選出條件較佳之工法，是否決標之權仍在行政機關，故評選委員並無受委託承辦該機關公權力範圍內之職務，亦無因而享有公務上之職權及權利主體之身份，僅係提供相關專業意見供行政機關參酌諮詢，充其量僅屬「行政輔助人」而已，確與受委託行使公權力不同。且評選委員每次出席會議僅領取車馬費而已，平時並未受有如同公務員身分上及福利上之保障，公訴人認評選委員為受行政機關委託行使職務之公務員，容有所誤。

（3）準此，公訴人雖認被告等評選委員，均為受國家委託依法從事與委託機關職權有關之公共事務之公務員，惟如上所述，渠等僅係民事上之委任、非受託承辦公務，受委任者不能具有公法上之權力，即無行使公權力之身分，縱有犯罪行為，仍不得為貪污治罪條例之犯罪主體，不能適用該條例處斷。據此，評選委員會非屬刑法第 10 條第 2 項第 2 款之公務員，從而擔任評選委員之被告亦非受行政機關委託行使職務之公務員，自無適用貪污治罪條例處斷之餘地。

一：犯罪主體適格

判決案號	臺北地方法院 95 年度訴字第 1436 號
判決要旨	1. 公立學校、公立醫院或公營事業之員工，因非服務於國家或地方行政機關之人員，自不屬於第一款首段之身分公務

	員。惟得否視其為第一款後段之授權公務員？則宜視其是否依法令負有一定公共事務之處理權限而定。公立學校、公立醫院或公營事業之員工，依政府採購法之規定承辦、監辦採購之行為，其採購內容，縱僅涉及私權或私經濟行為之事項，惟因公權力介入甚深（最高行政法院 93 年度裁字第 625 號裁定意旨參照），仍宜解為有關公權力之公共事務。亦即，授權公務員所為公共事務固限於涉及有關公權力行使之事項，然如係依政府採購法規定之承辦採購事務人員，其採購內容，縱僅涉私權或私經濟行為之事項，惟因公權力介入甚深，仍宜解為有關公權力之公共事務。 2. 查被告龔照勝乃係台糖公司董事長，而為公營事業之員工，自非修正刑法第 10 條第 2 項所規定之「身分公務員」及「受託公務員」，……有關蘭花咖啡館金山店、建國大樓改建部分，被告龔照勝雖非該等採購案之承辦、監辦人員，然依政府採購法第 22 條（第 1 項第 16 款除外）、政府採購法施行細則第 23 條之 1、中央機關未達公告金額採購招標辦法第 2 條之規定，被告龔照勝有決定是否採限制性招標之決策權限。是以前開採購案之採購內容，縱涉及私權或私經濟行為事項，然因公權力介入甚深，且被告龔照勝依前開規定，就此公共事務負有一定決策權限，則被告龔照勝就蘭花咖啡館金山店、建國店之採購案，自屬修正後刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段規定之授權公務員。

二、職務性

（一）必須為執行職務之行為

貪污治罪條例所規定之「職務」，係指職權事務而言，公務員於任職期間，皆有一定之職掌事務，本此職掌事務即有處理之職權，至於此項職權事務之取得，究係直接出於法令規定或上級主管授權，究係永久性或臨時暫辦、兼辦，均無不同，更不以最後有決定之職權為限，祇須涉及其職務事項為已足。代理人責任亦認為執行職務，但若查明本人並未請假，則無代理職務之責任。（91 台上 98 號）

（二）對於主管或監督之事務圖利

第6條第1項第4款有4種類：1、對於主管之事務直接圖利罪。如出納將公款以私人名義存入銀行，期得不法利息。2、對於主管之事務間接圖利罪。如地政登記公務員隱名參與退休同事所設之土地代書事務所，獲取不法之利益。3、對於監督之事務直接圖利罪。如對投標有監督權之公務員洩漏底標而使特定之人得標，即係以洩漏國防以外秘密罪（刑法第132條）為方法，達到圖利結果。4、對於監督之事務間接圖利罪。如對於機關採購事務有監督權責之公務員，暗示供應商人容納其親友在其公司掛名領薪圖利。所謂「主管事務」，指行為人依據法令之規定，在職務上對於該事務有主持或執行之權責而言[29]。所謂「監督事務」，指行為人依據法令之規定，雖不直接掌管該事務，但對於掌管該事務者，有監察督導之權責而言。至於究係行為人主管之事務，抑係監督之事務，均應依據有關法令之規定，就具體之事實予以認定[30]，其職務說明書、職掌表、相關簽呈、會議紀錄等等係重要參考資料。民意代表例如立法委員於依法行使職權時，均為依據法令從事公務之人，但係依會議方式，以多數

[29] 高院 86 年度上更（一）字第 364 號判決要旨：按貪污治罪條例所謂之「主管事務」，係指依法令於職務上對於該事務，有無主持或參與執行之權責而言。次按行政裁量權，固為法律授權行政機關得於一定範圍內自由裁量之權力，惟仍非漫無標準，苟係處分之作成，違反合目的性及合義務性之判斷、或有逾越及濫用裁量之情事，仍屬違法，此乃行政行為之基本原則。至圖利只須有直接或間接圖利之意思而表現於行為，即已構成，不以實際得利為限，查被告身為台南縣關廟鄉鄉長，自屬依據法令從事公務之人員，乃竟對於主管之事務，直接為己圖得不法利益，核所為係犯修正前貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪。

[30] 參最高法院 72 年台上字第 5565、6616 號判決。

決定方式決議事項，係屬集體行使職權。雖然各級政府機關應受各級議會監督，卻不得謂受各級民意代表個人監督，換言之，各級民意代表對於議案有投票權，但該議案能否通過，該民意代表個人不具備決定權，是以並不認各級民意代表有主管或監督之事務可言。另在採合議制集體行使職權之方式執行職務之人員，如司法院大法官等，其個人亦無法主管或監督之事務可言，故此等人員雖屬公務員，然個人對於特定行政機關，難謂有主管、監督之權責。

（三）對於非主管或監督之事務而利用職權、機會或身分圖利

1、所謂「職權」，係指公務員所掌之權力而言，亦即因職務上關係而賦予公務員便於處理事務而具有之權力，例如維護治安或協助調查犯罪，為警察職權;而所謂「職務」，係國家分配於公務員所掌之任務，通常執行於該職務者，即得本於該職權行使公權力。

2、所謂「身分」，乃指基於職權或職務關係所取得一種法律地位與社會地位，身分既由職權而生之法律資格，一般而言既利用其身分即容易利用職權達其目的，二者幾可認為是一體二面。

3、所謂「機會」，指一切與職權或職務有關之現成之事機、機緣而言。如警員受友人之託利用機會取出查扣之機車。對於非主管或監督之事務，利用職權機會或身分圖利罪，須公務員利用職權機會或身分之圖利行為，與其所圖自己或其他私人之不法利益具有關聯性，始足當之。（高等法院96年度重上更（三）字第227號、最高法院97年度台上字第2388號判決）

（四）關於職務性，有下列三點值得注意：

1、影響力原則

第6條第1項第5款之成立，必須行為人所具備之特定職務上之職權、機會或身分，可對於非主管或監督之事務有某種影響力而據以圖利，行為人藉此特定之影響力運用，獲取利益(參照最高法院73年台上字第1594號判例)，所謂對於該事務有無影響力或有無可憑藉影響之機會，係指從

客觀上加以觀察，因行為人之身分及其行為，或憑藉其身分之機會有所作為，致使承辦該事務之公務員，於執行其職務時，心理受其拘束而有所影響，行為人並因而圖得不法利益而言（最高法院83年度台上字第6163號判決參照）。若並未利用身分對承辦公務之人員施以壓力，使其心理受到拘束，而圖自己或第三人不法之利益，不成立該款之罪名[31] [32]。按貪污治罪條例第6條第1項第5款之罪，如前所述，必須行為人之身分，對於該事務有某種影響力，而據以圖利，如係利用機會圖利，亦必須行為人對該事務，有可憑藉影響之機會，準此，所謂對於該事務有無影響力或有無可憑藉影響之機會，非指行為人對於該事務有無主持或執行之權責，或對於該事務有無監督之權限，而係指從客觀上加以觀察，因行為人之身分及其行為，或憑藉其身分之機會有所作為，致使承辦該事務之公務員，於執行其職務時，心理受其拘束而有所影響，行為人並因而取得不法利益而言。例如台北縣政府祕書與石碇鄉某安養中心開發案，是否有影響力？「擔任祕書負責交付專案之籌劃及審查、代理主持或出席重要會議及其他交辦事項，則對陳○○所提前揭申請案是否全無影響力應加調查。」。（96年度台上字第638號判決）

[31] 被告陳ＯＯ任總統府副秘書長，其職務為襄助總統府秘書長處理事務(總統府秘書長職務內容則為承總統之命，綜理總統府事務，並指揮、監督所屬職員)，外勞引進事務非其主管或監督之事務，應屬不爭之事。至被告如何利用身分、職權，對於外勞引進事務發生影響力，或對於該事務，有可憑藉影響之機會，致使高捷公司得以通過勞委會之審核，依上所述，公訴人所提出之事證，均不足為被告不利之認定。是以公訴人徒以被告曾接受甲○○之招待赴泰國曼谷、韓國濟州島旅遊之結果，即與嗣後華磐公司取得管理高捷公司引進之外勞之權利，劃上等號，尚屬無據(臺灣高雄地方法院、94 年矚訴字第 6 號刑事判決)。

[32] 貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款對於主管或監督之事務圖利罪，或第 5 款對於非主管或監督之事務圖利罪，均需以「對於該事務」有主持或執行之權責或有監察督導之權責，或「對於該事務」有某種影響力或有可憑藉影響之機會，而「據以圖利」為要件，始足當之（最高法院 31 年上字第 304 號判例、73 年台上字第 1594 號判例參照）。惟本件被告宋文有委託趙家昱幫他處理代墊付租金等費用事宜，趙家昱起先都是自己想辦法去張羅這些錢，但後來在趙家昱自己沒有辦法負擔時，才照著許瑞益所說之架構去找三個聯絡處督導調借週轉尋求支援，而各聯絡處之督導亦均以私人之金錢來借給趙家昱，完全無涉任何公款與公務之執行。是縱令認宋文委託趙家昱代付租金，係存心賴帳不還，欲揩部屬趙家昱個人之油、無意付款（但事實並非如此），惟就此項欲佔屬下便宜之單純事實，因根本不牽涉到任何可資據以圖利之「事務」（不管這項事務是否屬其主管監督或非屬其主管監督之「公務」），既缺乏據以圖利之「事務」對象，顯不符合貪污治罪條例第六條圖利罪之構成要件，無成立圖利罪之餘地。（臺灣高等法院 96 年度矚上更（一）字第 2 號刑事確定判決）。

關於總統職權部分，實務上有二種見解：

實質影響力說
臺灣臺北地方法院95年度矚重訴字第4號、97 年度金矚重訴字第1號、98年度矚訴字第2 號刑事判決
1.所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，祇要該行為與其職務具有關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當。（最高法院99年台上字第7078號刑事判決） 2.國家重大政策及人事任用，一旦總統親力親為，親身參與、影響、干預或形成特定結果或內容之決定時，自屬總統實施職務範圍內之行為，總統不得藉此收受對價。否則，總統可藉諸其實質影響力，因職牟利，或擇定特定政策，以達一定之目的，事後復能以非憲法明定權限卸責，豈為我國憲政體制之真義？是總統基於職位，以其實質上對於行政院各首長之人事任用權，要求各該首長就特定事項採取特定方案，此一作為應屬總統職務上行為，洵堪認定，其藉機收取對價，當非法之所許。（臺灣高等法院98年度矚上重訴字第60 號刑事判決） 3.無論在規範上或現實上，我國總統對於國家重大政策及重要人事任免確具實質決定權，並非僅限於憲法條文所列舉之權力而已。再者，公務員瀆職罪保護之法益，非僅在於維護公務員執行職務乃之公正，同時亦在確保社會一般人對公務員執行職務公正之信賴(最高法院72年度台上字第2400號判決)，是以，貪污治罪條例之職務上行為，自應由公務員所為行為實際上是否為其職務權限所及斷之，至權力運作實況與憲政上總統權責是否相符或有權無責等學說實務爭議，則所不問。準此，國家重大政策及人事任用，一旦總統親力親為，親身參與、影響、干預及形成特定結果或內容之決定時，自屬總統實施職務管圍內之行為。

總統職權列舉說
臺灣臺北地方法院98年度矚金重訴字第1號刑事判決
1. 綜合憲法之規定，大法官之相關解釋，國內法政學者之論著等，認我國憲法關於總統職權係採列舉規定，行政院長之職權係採概括規定，因之，本院認金融機關合併之事項，並非憲法所列舉之總統職權。 2. 檢察官所指被告吳淑珍、陳水扁所為之各項犯行，諸如打電話予李庸三部長、傳話富邦金蔡萬才、阻止他人購買中投…等行為，亦均非關總統職權之行使。 3. 貪污治罪條例第5條第1項第3款之職務上收受賄賂罪，所謂「對於職務上之行為」，必公務員法定權限範圍內之行為始足當之，此為最高法院一向之見解，上開行為既非總統法定職權之行使，則被告陳水扁、吳淑珍自難認符合該條之規定。 4. 陳水扁逾越總統法定職權所為的行為，邏輯尚不能因總統「僭越」其他機關職權範圍的行為，而擅將該等事務的處理權限，逕自劃入總統的法定職權範圍。

2、釐清職權範圍

同一職系、職稱、職等之公務人員，在不同公務機關內所負責經辦之職務內容，並不完全相同，且部分人員之工作項目，或依臨時任務編組方式交付，或由單位主管依權責指派，故其職務權限因人、因時、因地而有差異，甚至缺乏明文記載或正式派令，僅憑首長或主管口頭之指派，遇有疑義爭議時，常造成無謂困擾，同時由於渠等職權範圍界限模糊，均需就具體個案情節予以認定，不僅增加查處時之人力時間浪費，且亦容易產生誤判，有時會成為涉案對象日後翻供之依據。

法院審理案件應即查明涉案對象實際工作之業務職權範圍，諸如係法定職權抑或上級主管授權或會辦、協辦、主辦、驗收、監驗等以釐清責任。公務人員於接獲上級長官指派任務時，最好形諸於文字或有書證、人證為憑，以免日後空口無憑，給自己帶來無謂的困擾。

3、公務機關之私法行為

公務機關有時因業務需要，常有私法契約或商業經濟之活動，如某公務機關提供交通車及駕駛予公益團體使用、某國家公園管理處附設服務中心販售紀念品、某政府單位公開標售廢紙等。則負責經辦該項業務之人員，為此類私法契約或商業經濟行為時，其身分定位如何？此仍應視該項業務之性質及具體個案情節來加以認定。如：某公務機關司機甲奉派駕駛公務車支援某公益團體所舉辦活動之人員運送事宜，就此次協助運送之事件而言，應屬該機關與該公益團體間之私法行為，故甲向該團體申報汽油費時以少報多，詐取數十公升之油費，仍可能構成刑法詐欺罪。若甲以重複報銷之方式，於取得該公益團體所給予之足額汽油費後，以該團體未補助油費為由，仍向所屬機關總務部門重複申領油費，則此時甲亦可能另涉刑法詐欺罪嫌。94年刑法修正後司機已非公務員，除為共犯外，並無貪污治罪條例之適用。

實務彙編

1. 上訴人恃其縣議員身分，以在議會審議預算時可以負責代為爭取預算為詞，向縣政府所轄單位高價推銷該項預算應行採購之貨品，並以偽裝之比價方式，圍標獨占，獲得暴利，自屬依據法令從事公務之人員對於非主管之事務利用身分圖得不法利益。（69年台上字第1325號判例要旨）
2. 桃園縣縣議員，有審查桃園縣政府預算、決算、議案及發言質詢桃園縣政府首長、官員之政策之權，對於非主管或監督之事務，利用其桃園縣議員身分圖利之犯意，向廠商表示可代向市長遊說，使焚化爐能儘快過關運作，並以需錢打點相關人事為由，要求新台幣（下同）1千萬元公關費，判決有期徒刑7年。（臺灣桃園地方法院刑事判決90年度訴字第400號）
3. 金門縣議會議員對「議員地方工程配合款」之撥用，是否屬其主管或監督之事務？抑或利用職權機會圖利。

（最高法院96年度台上923號、福建高等法院金門分院94年度重上更（三）字第4號判決）

4. 關於議員補助款之核放，是否屬於議員之職權，法院並無定見。新竹地方法院 95 年訴字第 529 號判決認：「依據地方制度法第三十六條之規定，縣（市）議會之職權如下：「一、議決縣（市）規章。二、議決縣（市）預算。三、議決縣（市）特別稅課、臨時稅課及附加稅課。四、議決縣（市）財產之處分。五、議決縣（市）政府組織自治條例及所屬事業機構組織自治條例。六、議決縣（市）政府提案事項。七、議決縣（市）決算之審核報告。八、議決縣（市）議員提案事項。九、接受人民請願。十、其他依法律或上級法規賦予之職權。」由上開規定可知，縣議員為社團申請補助款，並非屬上開所列縣議員之法定職權。

雖然「新竹縣政府推行社運工作補助款補助要點」第三條第二項規定申請補助款方式之一為：「依據新竹縣議會函送補助推行社運工作聯繫單（需檢齊活動計畫書及經費概算），報本府『核辦』。」但該補助要點並非上揭地方制度法第三十六條第十款所規定之「法律」或「上級法規」，則顯然亦無法依該款之規定而認定是依其他法律所賦予縣議員之職權。況且依上開補助要點文義觀之，對於縣議會函送之工作聯繫單，新竹縣政府尚有「核辦」即審核辦理之權限，可見補助款之發放與否，決定權乃在新竹縣政府，而非在於新竹縣議會或縣議員，此亦可由卷附新竹縣政府九十五年八月十日府社行字第 0950106144 號函所附之「新竹縣政府推行社運工作補助款作業流程圖」（見本院卷一第六一、六二頁）中所示必須經過新竹縣縣長、新竹縣政府主計室核定，最後由新竹縣政府財政局開立支票支付之過程可知。故縣議員填具工作聯繫單為社團申請補助款，顯非新竹縣議員之法定職權。」，然臺灣板橋地方法院 93 年度矚訴字第 1 號、臺灣臺東地方法院 90 年度訴字第 283 號、臺灣高等法院花蓮分院 95 年度上更（一）字第 93 號判

決，均認為：「議員補助款在實際運作上，可謂係具體指定權，而非僅止於建議而已，應屬於職務上行為。」

5. 貪污治罪條例第6條第1項第4款對於主管或監督之事務，直接或間接圖利罪，以行為人具有可藉以圖利之主管或監督之事務為要件。雲林縣林內鄉公所清潔隊員對於違法傾倒垃圾或廢棄土既無舉發、查緝或取締之權責，縱有私設垃圾場供違法傾倒廢棄物牟利之事，仍不該當於圖利罪之構成要件。（臺灣高等法院臺南分院93年重上更(三)字第56號、最高法院93年度台上字第4008號）

6. T市長胡○於九十一年間指示採取「電子遊戲場業暫緩受理發照」政策，電玩業者柯○於九十四年一月間，透過議長張○出面向市府關說，協助取得兩張電玩執照。張○指示市議會機要祕書關○居間協調，並親自打電話給市長。後又向時任經濟局長廖○要求盡快核發。張○復電話給胡、廖二人詢問審核情形，廖○在簽呈上以鉛筆註記「張議長12/7」之字樣。後執照順利核發，柯女按月支付一百萬元給張○。判決：「電玩執照核發主管機關為○市政府，並非擔任民意代表的張○，市議會對發照的行政事務無議決或審議權，因查無市府在此發照行為有違法法令或濫用裁量權，倘若張○有收受報酬代業者出面關心合法發照行為，道德上固足非議，但並不違法。」（臺灣高等法院台中分院99年上訴字第94號判決）

7. 被告林武忠固為高雄市議會議員，而甲、乙、丙均僅係其議員服務處主任、助理，依其等身分、職務而言，交通大隊逕舉中心並非該議會隸屬之下屬機關或單位，顯見其等對於交通大隊逕舉中心之職權行使，均無影響力，檢察官亦未舉證以資證明其等有共同利用議員之身分對逕舉中心施壓或影響逕舉中心依法承辦之業務；換言之，公務員對於非主管或監督之事務圖利罪所處罰者係針對「公務員利用職權機會或身分機會對某種事務加以不法影響因而造成圖得不法利益之結果」，而非單純

處罰「公務員之身分」。故被告林武忠及其服務處人員轉達民眾之陳情或請託，應尚非「假借權力」或「利用職務上機會」為施壓可比，公訴人雖以報載傳聞議員向交通大隊施壓之剪報作為犯罪依據，然此僅屬風聞傳說，自不能作為犯罪之證據。（臺灣高等法院高雄分院99年度上更（一）字第244號刑事判決）

二：職務性

編　　號	2-1
判決案號	最高法院92年台上字第522號(周伯倫榮星花園貪污案)
判決要旨	市議會係民意機關，以議員集體表決方式作成決議，且依台北市議會組織規程之規定，市議會開會時，市長有向市議員提出施政報告之責，市議員有向市長及各局處首長質詢之權。是故議員縱無個人單獨之權限，於具體議會運作之過程，依其提案、發言、表決之過程，仍各具其議員身分及影響決議甚至政府決策施政之功能，尚非絕無透經此項非主管或監督之議事，藉其議員之身分地位，遂行圖利犯罪行為之餘地。原判決認定上訴人等市議員身分固無個人單獨決定權限，但仍具議事發言反對榮星開發案之決策影響力，兩者應無矛盾。

編　　號	2-2
判決案號	最高法院93年台上字第4499號**（圖利罪與公務員服務法第6條之關係）**
判決要旨	公務員服務法第6條規定「公務員不得假借權力，以圖本身或他人之利益，並不得利用職務上之機會，加損害於他人。」此為公務員執行職務不得濫權之規定，可分為「假借權力」與「利用職務上機會」兩種型態，得假借權力者，必與其地位或職務而對該項事務有指揮監督之權限相關。

編　　號	2-3
判決案號	最高法院94年度台上字第5045號

判決要旨	貪污治罪條例所規定之「職務」，係指職權事務而言，公務員於任職期間，皆有一定之職掌事務，本此職掌事務即有處理之職權，至於此項職權事務之取得，究係直接出於法令規定或上級主管授權，究係永久性或臨時暫辦、兼辦，均無不同，更不以最後有決定之職權為限，祇須涉及其職務事項為已足。

編　　號	2-4
判決案號	最高法院 94 年度台上字第 1827 號
判決要旨	貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款所定：「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利自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。」**其中所稱利用身分圖利，必須該依據法令從事公務之人員，利用其身分地位，對於該項非屬其主管或監督之事務具有某種影響力，而圖取不法利益，並因此獲利，始克當之。考其立法目的，係在於確保公務員之廉潔操守，防杜公務員恃其身分地位，圖謀不法利益，是就其行為外觀而言，仍須與其公務員之身分具有客觀之連結關係，亦即與公務立場有關。自反面以言，倘行為人係基於私人地位，憑藉其個人之學識經驗或專業能力，從事私經濟行為，縱其私經濟行為有違背法令情形，且與其平日負責執行之公務具有同質性或包容性，因與公務員之職務廉潔義務無直接關係，尚無逕以上開圖利罪責相繩之餘地，僅能就其違法行為，依一般人之身分予以評價。**

編　　號	2-5
判決案號	最高法院 96 年度台上字第 3104 號
判決要旨	**刑法上所謂監督事務，係指公務員雖不直接掌管其事務，但對掌管其事務者有監督之職權而言。若進而就該事務有主持或執行之權者，則為主管而非監督事務。**本件原判決事實欄既認定黃茂俊對原判決附表三審核人為黃茂俊各欄部分有審核工程設計圖及預算書之職權，原判決理由欄亦說明黃茂俊利用其審核設計圖及預算書之權責、機會，圖得不法利益，則黃茂俊自屬對

	自己「主管」之事務圖利，乃原判決又論處黃茂俊對於「監督」之事務圖利罪，自有理由矛盾之違法。

三、明知性

貪污治罪條例之「明知違背法令」， 所謂明知係指「直接故意」而言。如二輪拼裝機車究應如何銷毀，既有疑義，被告就未依規定銷毀二輪拼裝機車之違背法令之事實，應無直接故意。(參照最高法院 91 年度台上字第 557 號判決)又公務員對於不同法令之解釋及適用，因無明確之先例可循，其基於時效，本於確信或誤認為其職權之所在，而為有利於人民之解釋及適用，應認係其依法行政職權之行使，縱其見解事後不為有權之上級機關所採，亦不能謂其於行政行為時係「明知違背法令」。(參照最高法院 91 年度台上字第 6006 號判決)。圖利罪並不以被圖利人知悉或與公務員有犯意聯絡之必要。（參照最高法院 76 年度台上字第 233 號判決）

公務員之圖利罪乃處罰故意犯之規定，因此涉案嫌疑人是否具有犯罪之故意，以有圖利自己或他人不法利益之犯罪動機或目的而表現於行為者始克相當，不能以公務員失當行為之結果，使人獲得不法利益遽行推定其自始即有犯罪之犯意(最高法院 73 年台上字第 2282、5900 號判決參照)。是判斷有無圖利犯意，除被告於執行公務之過程中有無違反相關法律、內部行政規範或命令及此等違反行為是否給予私人不法之利益外，在認定有無犯意部分涉及被告與被訴圖利之第三人是否有親誼故舊或非尋常之交往關係、被告對相關法規規定了解之程度及其他客觀因素等，亦即對行政疏失與刑事責任予以適當之區分[33]。

[33] 被告張俊雄於民國 82 年 1 月起擔任位於南投縣南投市平和國民小學之教師兼人事管理，負責主管、監督學校教職員之請假、出勤狀況及成績考核等職務，被告王英祥則自 85 年間起，在平和國小擔任教師兼註冊組組長之工作，均係依據法令從事公務之人員。緣王英祥 85 學年度第 2 學期即 86 年 2 月 26 日起至同年 6 月 26 日止，經校方安排兼任該校五年四班、五年五班、五年六班每週各 4 小時之自然課及六年三班之每週 2 小時美勞課之授課教學，詎料王英祥於整學期中均未到校授課，且僅於 86 年 2 月 27 日、同年 5 月 28 日、及同年 5 月 30 日至 6 月 14 日共計 12 日 4 小時有辦理請假手續外，其餘期間均未依規定辦理請假手續，張俊雄明知上情，非但未就其主管之教職員出勤事務作確實之監督及考核，竟為幫王英祥圖得其私人不法之利益，而與之共同連續基於概括犯意連絡及行為之分擔，由張俊雄私自請託不知情之黃美月，到校為王英祥代課，而未檢具相關人事資料辦理扣薪手續，而使不知情之出納人員於 86 年 3 月份起至同年 6 月份止，仍逐月核發全額之薪俸予王英祥，而直接圖得私

問題：行政慣例能否阻卻犯罪故意？行政首長循慣例用公帑僱用私人幫傭能否阻卻犯罪故意？

例一、省政府勞工處長林○、副處長○、黃主委等人無編列預算下，於宿舍以打字員名義雇用工友洗衣、炊煮。

例二、北商專楊校長，無宿舍公費雇用工友到私宅打掃。

肯定說：(實務)

被告循例違反預算編制調用工友，不具有圖利故意，但法院並未直接說明理由，從處分理由和判決理由中只能確定，前者認為循行政慣例而行為具有阻卻違法的作用，後者則認為法無明文依行政慣例而無違法性，從而似乎可以認為處分和判決皆因行為人不認識行為的違法性而認定行為人欠不法圖利的故意[34]。

人不法之利益共計新台幣（下同）25 萬 6896 元。二、公訴人以：按教師及職員曠職、曠課者，按日扣除薪俸。連續曠課、曠職逾一星期或一學期內、曠職或曠課合計 10 日以上者，應予解聘或免職。未經學校同意，自行調代課者，以缺課論，而無故缺課者，除以曠課處理外，並規定時間通知補授所缺課程，經三次通知仍不補授者，予以解聘，台灣省公立學校教師及職員出勤差假管理辦理定有明文。　被告王英祥於平和國小 85 學年度第 2 學期未曾依規定授課。　被告張俊雄明知被告王英祥未到校授課且未請假。　被告張俊雄職司人事出勤之考核業務，明知王英祥未依規定請假且曠課，未依據相關規定簽報扣減薪俸，且於出納人員製作之員工薪資印領清冊核章，顯有圖利王英祥之行為為其論據。因認被告涉犯第六條第四款之罪嫌云。臺灣高等法院臺中分院 90 年度上訴字第 215 號刑事確定判決認：「一、圖利罪之圖利犯意須依證據認定，不得僅以公務員所為失當行為之結果，使人獲得不法利益，據以推定該公務員自始即有圖利他人之犯意。且公務員之圖利罪乃處罰故意犯之規定，因此涉案嫌疑人是否具有犯罪之故意，以有圖利自己或他人不法利益之犯罪動機或目的而表現於行為者始克相當，不能以公務員失當行為之結果，使人獲得不法利益遽行推定其自始即有犯罪之犯意(最高法院 73 年台上字第 2282、5900 判決參照)。是判斷有無圖利犯意，除被告於執行公務之過程中有無違反相關法律、內部行政規範或命令及此等違反行為是否給予私人不法之利益外，在認定有無犯意部分涉及被告與被訴圖利之第三人是否有親誼故舊或非尋常之交往關係、被告對相關法規規定了解之程度及其他客觀因素等，亦即對行政疏失與刑事責任予以適當之區分。二、（一）被告王英祥於 85 年 10 月 21 日至 86 年 1 月 29 日止，被診斷為器質性精神病及憂鬱症巴金森氏症門診 8 次，請假時間長達 2 個月又 20 日，被告病情之嚴重程度，雖猶能勉強至和平國小辦理相關行政事務，然已無法實際從事授課教學之工作甚明。依前開被告所提出請求准予退休之報告書影本所示，任職教育 43 年餘，於其即將退休之際忽染重疾且至完全無法勝任教學工作之程度。(二)參酌本案全部卷證，無任何證據足資證明被告張Ｏ雄自王英祥處得到任何利益及證人即同國小六年三班級任導師陳Ｏ亦在無任何報酬之情形下，自願為被告王Ｏ祥該班之美勞課程擔任代課工作之事實，被告張Ｏ雄委請黃Ｏ月擔任代課老師之動機，顯然係因多年同事情誼，為幫助王Ｏ祥渡過難關，在情急失慮下所為，此作為明顯侵害學童之受教權利、學校之人事管理及教職員間權益之公平性，其行為在行政上不合法應無疑義，然是否具有刑事犯罪之故意合理之可疑。」

[34] 被告葉○○自民國 74 年 4 月間起，擔任內政部營建署玉山國家公園管理處處長，其明知玉山管理處並未設置首長宿舍，78 年 2 月間擅自僱用賴女擔任臨時工，派在玉山管理處秘書室，擔任玉山管理處有關清潔維護、公文遞送及其他雜務兼處長公館客廳之清潔，日薪新台幣（下同）430 元，僱用賴素蓮擔任臨時工，實際工作則在葉世文位於南投市中興新村中正

否定說：(學者)[35]

一、 兩案被告預算中未編列首長宿舍專職工友，為省府首長約雇的是打字的技工而不是普通工友，編列預算、執行預算以及監督預算的執行的確是單位主管所主管和監督的事務。

二、 行政首長在長期行政歷練之間，對法規的界限有一定程

路 220 巷 4 號私人住宅從事清潔打掃、接聽電話工作，未曾至玉山管理處簽到上班，亦未曾從事玉山管理處有關清潔維護等工作。81 年 6 月 20 日，葉世文奉命改調內政部營建署陽明山國家公園管理處處長，仍輾轉囑陽明山管理處秘書室課員陳燕能於 81 年 6 月 23 日，簽請僱用賴素蓮擔任臨時人員，從事陽明山管理處管服（遊客）中心清潔整理工作，唯賴素蓮仍未到陽明山管理處簽到上班，實際工作仍在葉世文上開位於南投市私人住宅，從事清潔打掃、接聽電話工作，其簽到簿則放置於中興新村葉世文私宅，由賴素蓮簽完後按月影印郵寄陽明山管理處。由陽明山管理處之公費（業務費）支出，僱用賴素蓮實際從事葉世文私宅之清潔打掃工作，達到葉世文以賴素蓮清理私宅之目的，對於主管之事務直接圖利於己。迨 82 年 6 月間，為內政部營建署發覺賴素蓮實際工作內容與僱用之工迨 82 年 6 月間，為內政部營建署發覺賴素蓮實際工作內容與僱用之工作內容不合，始於 82 年 7 月 1 日將賴女解僱，並由賴素蓮繳回自 78 年 3 月 1 日起至 81 年 6 月 20 日止向玉山管理處領得之薪資合計 63 萬 2544 元，及繳回自 81 年 7 月 1 日起至 82 年 6 月 30 日止向陽明山管理處領得之薪資計 21 萬 7750 元。因認被告有犯貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之對於主管之事務直接圖利罪嫌云。

臺灣高等法院臺中分院 86 年度上更(一)字第 275 號刑事確定判決認：

（一）被告經常以自宅接待來訪人員之事實，應屬可信，被告因職務上之關係，對於為考查、研究國家公園生態而來訪之專家學者提供其自宅以為接待場所，既係公務上有此需要，則其以公費僱請臨時工在其公館處理清潔、接聽電話及傳送公文等工作，並無圖利之可言。

（二)依審計部於 82 年 11 月作成之「中央政府各機關正副首長配置服務人員數量調查彙計表」顯示中央機關正副首長在自宅有幫庸及清潔員者即分別達 33 人與 13 人，是公費雇傭可稱係公家機關普遍存在之現象，已形成一種行政慣例，而究竟機關首長能否以公費僱用人員於自宅服務？據銓　部 84 年中台法一字第 1186531 號函稱：「查有關政府機關首長以公費僱用人員於自宅服務是否違法疑義乙節，目前人事法令尚乏規範。」依該函所示，人事法既乏規範，即不得當然視為違法。又內政部以台（84）內總字第 8402037 號函覆台灣南投地方法院所詢玉山、陽明山國家公園管理處以公費僱用臨時工友在處長住宅工作，是否符合機關進用臨時人員之規定乙案，謂：「該等人員係以臨時人員自行僱用，採按日計酬，從事清潔維護工作，於業務費用內開支，又因專家、學者前往從事調查研究絡繹不絕，該處利用處長居所接待，意在節省公帑。」，亦肯定被告之作為，並不認為有違反規定，而賴素蓮之在被告宅邸工作，係由玉山國家公園管理處秘書室簽擬，經人事、會計、政風單位會章同意，其後被告改調陽明山國家公園管理處，仍係經秘書室之簽請僱用賴素蓮擔任臨時人員，此有簽呈可稽，是賴女之派在被告宅邸服務，並非被告之擅自調用。（三）按貪污治罪條例有關圖利罪之成立，須以行為人有為自己或第三人圖得不法利益之犯意為構成要件，若無從證明公務員有不法圖利之犯意，則其行為縱然失當，亦難遽以圖利罪相繩。被告於玉山國家公園管理處及陽明山國家公園管理處任職處長期間，均無首長宿舍，依照規定被告原可對外租屋供宿舍使用，惟為節省公帑，未租屋而仍使用其住宅為宿舍，並依行政慣例，循秘書室之簽報調用工友賴素蓮在宅邸為客房之清潔兼服務前去拜訪之專家、學者借宿過夜之打雜工作，則賴素蓮之工作，已非純為被告私人處理　事務，亦有協助處理公務之性質，是以對於公費僱用在首長公館從事因公務所生雜務工作，在未經立法明文確定其違法性前，被告既係循例辦理，主觀上自欠缺圖利意思。

[35] 許玉秀，公務員圖利罪評釋-臺灣南投地方法院檢察署 86 年偵字第 600 號不起訴處分暨臺北地方法院 87 年訴字第 629 號判決，台灣本土法學雜誌第 8 期，1999.8。

度的理解和掌握，判斷行為是良好的行政慣例或不合法的行政陋規並不困難，循利己慣例而行，應有圖得不法利益之認識與「未必故意」。貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款的構成要件所描述的具體事實，被告有認識和意欲。「行政慣例」和被告「不識不法利益」之間的因果關連，並不能否認被告對具體事實的認識，只能促成檢討被告對公務員圖利罪構成要件意義的理解是否有誤。換言之，被告既然能認識到公務員圖利罪所指涉的具體事實，即沒有構成要件錯誤的問題。

三、 行政陋規造成行政首長對「不法利益」之理解模糊，而以為約僱臨時工友服侍自己生活起居是一種「首長待遇慣例」，是被許可的「額外利益」，不是公務員圖利罪的「不法利益」，這是對公務員圖利罪構成要件概念的評價錯誤，屬於一種包攝錯誤，也就是對規範適用範圍的誤解，應依禁止錯誤的法理處理。

四、 我國刑法第 16 條規定不得因不知法律而免除刑事責任，但按情節得減輕其刑，如自信行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑（按 94 年修正為「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑」)。所謂不知法律，應該包括不知有刑罰規定或阻卻違法事由、誤以為仍然有效的刑罰規定或阻卻違法事由已失效，以及誤解刑罰規定或阻卻違法事由的適用範圍。包攝錯誤的情形應該包含在第三種情形當中。因為對構成要件概念理解的錯誤，以致以為自己符合構成要件的具體行為事實非構成要件所能涵攝，和誤解刑罰規定的適用範圍相同，因此包攝錯誤的情形，應該適用刑法第 16 條處理，但不能阻卻犯罪，可能減輕其刑或免除其刑。未編列預算而約僱工友，則在經費執行報告上，可能另行構成公務員登載不實的偽造文書罪(刑法§231)。至於將打字技工調派宿舍幫傭，另行構成公務員登載不實之偽造文書罪則無疑義。在偽造文書的部分，可能涉及下級公務員是否可以依刑法第 21 條第 2 項之規定，「依所屬上級公務員命令」

而阻卻違法。通常情形，這應該屬於明知命令違法的情形，不能阻卻違法，但是在有行政慣例的情形下，下級公務員對於長官行為是否明顯違法較欠缺判斷能力，因此視情況仍然可能依刑法第 21 條而阻卻違法[36]。

三：明知性

編　　號	3-1
判決案號	最高法院 93 年台上字第 4499 號
判決要旨	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。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**。

編　　號	3-2
判決案號	最高法院 94 年度台上字第 6030 號
判決要旨	圖利罪之成立，在主觀上，行為人一方面須認識其所為之行為具體違反執行職務所應遵守之義務，另一方面須有不法得利之意圖，即意圖藉由違反職務行為謀得非法利益。而此意圖須依證據認定之，不得僅以公務員所為失當行為之結果，使人獲得不法利益，據以推定該公務員自始有圖利之犯意

編　　號	3-3
判決案號	最高法院 94 年度台上字第 4584 號
判決要旨	1. 貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款「明知違背法令」之意涵： 貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款，於 85 年 10 月 23 日、90 年 11 月 7 日先後修正公布；90 年 11 月 7 日修正為**「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之不法利益，因而獲**

[36] 行政慣例須法令未規定的情形下，在完全無規範的情形下，在平等原則下，才有行政慣例的適用。（高雄地院 91 年訴字 268 號）

	得利益者。」；所謂「明知違背法令」，應指行為人明知其所為之行為違背執行職務所應恪遵之法令，而非指一般道德性、抽象性或與職務無直接關係之義務法令。 2. 貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款「明知違背法令」與公務員服務法之關係： 公務員服務法係就公務員依法令執行職務時或任職期間所應遵守忠誠、服從、保密、保持品位之義務暨濫權、經商、推薦關說、接受招待餽贈、贈送財物等之禁止，與（在職期間與退職後）兼職之限制之概括性行政規範。公務員違反上開規範，有因失職遭受懲戒處分之可能，**除其行為與刑事處罰之構成要件合致外，不能追訴處罰。**公務員服務法第六條雖規定「公務員不得假借權力，以圖本身或他人之利益，並不得利用職務上之機會，加損害於他人。」，僅係規範全體公務員在執行職務時，不得有濫權行為（圖得個人利益或加損害於他人），並非就執行具體職務時，就具體職務上所為之特別規定。

四、違法性

（一）違背法令

所謂「違背法令」之「法令」包括法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則等，對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定。至於違反僅具內部效力之行政規則或契約條款、採購契約要項，則屬行政責任之範圍，並非本法規範之對象。目前各機關訂頒許多有關內部執行參考之裁罰基準，公務員如果違反該裁罰基準，因該基準僅供機關內部人員之參考，僅有

內部效力，與一般人民無關，如裁量違反該基準，不構成圖利罪[37] [38] [39] [40]。

（二）「法律」是否包含「公務員服務法」等部分？

92年間SARS疫期期間，衛生署前秘書室主任李中杉擅自依嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例「徵用」之三暉公司N95型口罩11萬2千8百個，擅自將其中5萬個前述口罩交付長庚醫院，嗣後並指示張雲勇轉告歐素芬在掌管之進貨明細表上，不實登載進貨量為「6萬2千8百」個，被控涉嫌貪污治罪條例第6條第1項第5款對於非其主管之事務，利用職權機會或身分圖利他人、公務員登載不實罪案，92年6月檢察官起訴書指摘李中杉「逾越權限，恣意曲解法令，擅自循私交付防疫口罩予特定醫院，欠缺悔意，請從重量刑，以資懲儆」。然臺灣臺北地方法院卻僅認李

---

[37]「貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款於 85 年 10 月 23 日修正為：『對於主管或監督之事務，直接或間接圖私人不法之利益者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新台幣 20 萬元以下罰金』，嗣於 90 年 10 月 25 日修正為『對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或其他私人之不法利益，因而獲得利益者，處五年以上有期徒刑，得併科新台幣 20 萬元以下罰金』；其規範條件較舊法更為嚴謹而限縮其適用之範圍，其構成要件限制為：（一）明知違背法令（二）直接或間接圖自己或其他私人之不法利益（三）因而獲得利益；所稱「違背法令」之「法令」，修正草案說明係指法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則等對多數不特定人民就一般事項所作對外產生法律效果之規定；至其違背法令，應以與執行職務直接關係之法令為限，其他有關公務員服務法所定之屬於道德性、抽象性義務法令自不在內，否則無異與修法在於限縮圖利罪之適用之旨趣相悖，檢察官將違背法令之定義擴張至違反公務員服務法之相關規定，自有誤會。」（最高法院 96 年台上字第 355 號裁判意旨參照）。

[38] 軍訓處前開留用經費之運用，教育部並未訂定相關使用標準或規範，係軍訓處行政主管權責認定，有教育部函文為證，經費使用是否合於合約約定，乃行政裁量範圍，不能以被告未依慣例決定經費支用方式，謂其有圖利之意思。(臺灣高等法院 88 年度上訴字第 3445 號宋文貪瀆案刑事確定判決)

[39] 金融行庫之徵、授信業務係以各行庫之授信實務作為徵、授信之準則，並無具體法令規範之，且該授信實務之裁量基準僅供裁量機關內部人員參考，僅具內部效力，與一般人民無關，亦難有構成圖利罪之議。（臺灣高等法院 92 年度重上更（十二）字第 232 號判決參照）。其他如 1.財政部備查之銀行公會決議、2.公營事業內部之人員獎懲表及營業手冊、3.地方政府所頒布的工程法令如：廢棄土要點、4.台電人員獎懲表及營業手冊，均非此之法令。「都市計劃公共設施用地多目標使用方案」則為職權命令（臺灣高等法院 99 上訴字 3732 范振宗案）

[40] 採購契約係契約雙方當事人間有關權利義務之約定，其效力通常僅及於契約雙方當事人間（或有第三人效力契約者），其性質與法令之性質大相逕庭，行政院公共工程委員會所訂採購 契約要項，依其第一點所規定「本要項・・・作為機關訂定各類採購契約之參考。本要項內容，機關得依採購之特性及實際需要擇訂於契約。」足徵其所規範者為機關內部秩序及運作，且並非直接對外發生法規範效力，再依其所用名稱為「要項」，並非法規之名稱，亦未送請立法院備查，則參諸前述說明，應非屬法規命令、亦非職權命令，而係行政規則。

君偽造文書罪判決2年，緩刑4年。臺灣高等法院進一步改判無罪。經最高法院發回，臺灣高等法院94年度上更(一)字第815號判決不僅維持無罪判決，並謂李君行為「在在顯示不畏辛勞，戮力從公，勇於任事，節省公帑之公務員風範，乃三贏之舉 」。

檢審意見不同之原因，關鍵在於本案一審法院謂:「除非另有觸犯刑事法令(如公務員服務法第21條之一)罪，否則僅係行政懲處責任，並非此所謂之違背法令」。臺灣高等法院93年上訴字第220號判決更直接表示「本院認違背公務員服務法第1、6條之規定，非屬貪污治罪條例第6條之違背法令。」故為李君無罪之判決。

然77年間前台北市議員周伯倫涉及榮星花園開發瀆職案[41]，92年1月29日最高法院卻又認為違反宣誓條例第6條第1款「代表人民依法行使職權，不營求私利。」、公務員服務法第六條:「公務員不得假借權力，以圖本身或他人利益。」,「屬行使民意代表職權所應恪遵之法律之一」，因此構成違反貪污治罪條例第6條第1項第5款對於非其主管之事務，利用職權機會或身分圖利他人罪的違背法令，從而判處周君6年，褫奪公權4年。二種完全不同見解。

（三）所謂違背法令，其違背的法令是否限於職務上之法令？

至於規範道德性或與職務有關之義務法令是否也包括在內？如公務員服務法、公職人員利益衝突迴避法、立法委員行為法、宣誓條例等是否都包括在內？民意代表、公營事業員工適用之範圍與一般公務員是否有不同？實務上見解不一[42]，惟近來採否定見解者頗有日漸增加之趨勢[43]。

貪污治罪條例第6條第1項第5款修正理由有謂:「違背法令並非僅指與執行該項職務有關之法令，尚及於所有公務員所應遵守之基本規範，故對非主管監督之事務，如有

[41] 周君貪污治罪條例案，台北地檢署78年偵字第1295等號、台灣高等法院91年8月20日90年度重上更（四）字第122號、最高法院92年1月29日92台上字第522號定讞。92年2月7日入監，94年6月17日假釋。

[42] 參閱呂潮澤著，修正前後公務員圖利罪之比較適用，法令月刊，第 54 卷，第 4 期。

[43] 臺灣高等法院 93 年上訴字第 530 號(前國工局長鄭文隆貪污案)刑事判決參照。

違反其他公務員應遵守之法令或義務者，仍屬違背法令」[44]，該修正理由雖有檢討空間，然前述高院判決對此修正理由棄之不顧，卻未見敘明不採之理由。目前實務有認為二者都包括在內，事實上，諸如公務員服務法…等法律頗多條文，帶有濃厚道德色彩及不確定之法律概念，該等法令本身亦訂有違反之行政處分或罰責。假如公務員違反上述法令，易構成圖利罪之違背法令，如此公務員違反法令之機會、範圍頗廣，則此次修正貪污治罪條例除改為結果犯部分外，其他實質影響頗有限。作者於91年間即指出貪污治罪條例6條第1項第4、5款圖利罪之問題所在，應速予修法或統一解釋，以安定法律秩序，惟迄今仍無下文[45] [46]。

（四）98年4月22日修正公布貪污治罪條例第6條

98年4月22日圖利罪雖修正如下，惟上述問題，仍未解決。

修正前	修正後
有下列行為之一者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金： 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	有下列行為之一者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金： 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

[44] 貪污治罪條例第六條修正條文對照表：「貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款所定之「非主管或監督之事務」之 圖利罪，雖係利用職權機會或身分而圖利，似無違反其職務上義務之可能，但所謂「違背法令」並非僅指與執行該項職務有關之法令，尚及於所有公務員所應遵守之基本規範，故對非主管監督之事務，如有違反其他公務員應遵守之法令或義務者，仍屬「違背法令」。故此款以「違背法令」為構成要件，仍有必要。

[45] 參閱拙著，從實務運作觀點，評貪污治罪條例，月旦法學，2003 年 3 月，94 期。

[46] 學者有認：在判斷是否合於「明知違背法令」時，會因行為人所涉及之法規係屬義務賦予規範或權利賦予規範，而異其結論:在義務賦予規範領域，例如刑法規範與行政罰規範，乃遵循「法無禁止，即屬許可」之法理;而在權利賦予規範領域，例如公務任用、公務員保險、公務員撫卹等規範，則受「法無許可，即屬禁止」法理之支配。因此，對於義務賦予規範，行為人僅在明確認識其存在;在權利賦予規範，行為人僅於明確認識其不存在，而仍實行圖利行為，始合於「明知違背法令」。參許玉秀文，頁94，惟其理論仍有欠明確。

己或其他私人不法利益，因而獲得前項第一款至第三款之未遂犯罰之。	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。 前項第一款至第三款之未遂犯罰之。

（五）阻卻違法事由

1、行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪。本件上訴人擅用他人之空白信紙一張，雖其行為適合刑法第335條第1項之侵占罪構成要件，但該信紙一張所值無幾，其侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上尚難認有科以刑罰之必要。且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質的違法性，而不應繩之以法。（最高法院74年度台上字第4225號判例）

2、被告A為高雄市政府新聞處第三科科長、黃○○則係該處約雇人員，A於民國83年利用職務之機會自黃○○取得當時市長夫人之照片4幀，撰文投稿國防部「吾愛吾家」刊物而獲取之稿酬3,000元，係不法利益，並據而謂被告之行為圖利自己1,400元（即文字部分之給付），圖利黃○○1,600元（即配圖照片4幀部分之給付）云云。查（1）被告挪用作為「吳○的牽手—秀外慧中的蔡○」乙文配圖之高雄市市長暨其夫人之公務活動照片四幀投稿於國防部吾愛吾

家刊物，稿酬（含照片四幀之提供酬勞）共3,000元，係由證人黃○○執行職務時所拍攝，以公費沖洗之照片，其原有之底片仍由黃○○保管，惟該4幀照片之沖洗費用，僅約值新台幣10元左右，則被告挪用公有照片之行為縱有違背行政程序，並使新聞處受有極其輕微之財產上損害，尚難認其行為具有實質之違法性而不應以貪污罪相繩。(2)稿酬(含照片4幀之提供酬勞）共3,000元，則係被告個人智慧創作前揭文章，而刊物基於民事契約給付稿費，其創作過程雖有是否侵害他人著作權之疑義，然尚非不法利益。（3）一般所謂「圖文並茂」，乃是就文章及配圖作整體觀察之評價，卷附刊物所登載前揭文章之配圖照片4幀，並非「吾愛吾家」徵文介紹市長夫人之主要內容，而只是作為「秀外慧中的蔡○」之例證而已，凡此觀諸配圖上附有：「吳○伉儷的愛心，深獲各界好評。」等等文字即明，是以出版社就照片部分之給付，實係就前揭文章整體觀察認值予採用並編輯作為刊物之文章後，依一般慣例於核付稿費時，分項計算文字與配圖之酬勞，配圖部分之酬勞並非即係其原有照片4幀單獨存在之價值，殆無疑義。公訴人見解，容有違背一般經驗之誤(臺灣高雄地方法院85年度訴字2580號判決)。

四：違法性

編　　號	4-1
判決案號	臺灣新竹地方法院 90 年訴字第 527 號 臺灣高等法院 93 年上訴字第 530 號（前國工局長鄭○○貪污案）
判決要旨	公訴人指被告鄭文隆所違反之法令為系爭工程合約附件之施工標準規範一般規範第 8、10 條規定及公務員服務法之規定，經查上開規範第 8、10 條之規定為有關承包商違約之相關規定，內容包括承包商違約之原因，國工局對承包商違約通知及處理程序，接管承包商未完成之工程，並驅離

	承包商、評值承包商所完成之工程、國工局可自行完成未完之工程或另覓其他承包商完成之，可以處置或變賣承包商施工設備、臨時工程、材料、及工程款應如何付款處理等規定，其規範之對象均為承包商而非國工局之公務員，查其內容為系爭工程合約之一部分，而非交通部或國工局之內規，係規定於承包商違規時，國工局有何契約上之權利。……。施工標準規範為本件工程契約之一部分，其效力乃在規範契約當事人，不及於契約以外之多數不特定人民，並未對當事人以外之人產生法律效果，非公訴人所指之職權命令。

編　　號	4-2
判決案號	最高法院 93 年度台上字第 667 號
判決要旨	內政部警政署所頒定之警察風紀手冊內所載：「警察人員不得經營商業、投機事業及投資風化、治安有關之事業，警察人員亦不得利用職務上之權力、機會、方法或名義，從事商業交易活動」之規定是否屬行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定？抑或祇是上、下級機關或長官對屬官間，為維護內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規效力之「行政規則」？若屬後者，其與 90 年 11 月 7 日修正，同年月 9 日施行之貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款所稱之「法令」是否相當？原判決俱未審認、說明，即認前開警察手冊內所載之「警察人員不得經營商業或投機事業規定事項」屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款所稱之「法令」，顯有理由不備之違法。

編　　號	4-3
判決案號	最高法院 94 年度台上字第 666 號
判決要旨	行政機關發佈之要點是否屬於 85 年貪污治罪條例修正前第 6 條第 1 項第 5 款之法令：貪污治罪條例

	第 6 條第 1 項第 5 款所謂「明知違背法令」之法令，包括法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則等在內，舉凡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均屬之。**被告等行為時有效之「各機關委託技術顧問機構承辦技術服務處理要點」係行政院依法訂定發布施行之命令，公務員於辦理相關委託技術顧問機構承辦技術服務工作，如明知而違反該規定，自符合前開「明知違背法令」之要件**。

編　　號	4-4
判決案號	最高法院 96 年度台上字第 2069 號
判決要旨	檢察官上訴意旨略以：公務員不得假借權力，以圖本身或他人之利益，並不得經營商業或投機事業，為公務員服務法第 6 條、第 13 條第 1 項所明定。被告身為警察人員，竟利用其職權，為棄土業者廖進貴處理土質清運、居民抗爭等難以解決之事，使廖某得以順利經營，且其投資之報酬達投資金額之十倍之，應屬投機事業之不法利益，**原審未察，認被告所違背者為行政規則，不在圖利罪之規範範圍內，置上開公務員服務法之規定於不顧，自有可議等語。按貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所稱「違背法令」之「法令」，修正草案說明係指法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則等對多數不特定人民就一般事項所作對外產生法律效果之規定；至其違背法令，應以與執行職務有直接關係之法令為限，其他有關公務員服務法所定之屬於道德性、抽象性義務法令自不在內，否則無異與修法在於限縮圖利罪之適用旨趣相悖**[47]。

[47] 檢察機關辦理貪污案件應行注意事項第 4 點：為確定公務員之行為是否違背法令，宜就下列事項主動函詢主管機關或相關機關（一）違背之法令，現時有效，且未與其他機關解釋相抵觸。（二）主管法規機關或其上級機關有無就該項法規為相關之釋示。（三）被告行使裁量權之法令根據及範圍。

編　　號	4－5
判決案號	臺灣高等法院 97 年度上訴字第 761 號 最高法院 97 年度台上字第 5664 號判決
爭　　點	**行政院「公共工程施工品質管理作業要點」是否該當圖利罪「違背法令」所稱之「法令」**
判決要旨	所謂「職權命令」，則係行政機關依法定職權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。依司法院釋字第 443、479 號解釋意旨，行政機關僅就與執行法律之細節性、技術性次要事項，依其法定職權發布命令為必要之規範者，亦屬之。故行政機關苟係依其職權執行法律，而就執行法律有關之細節性、技術性事項，訂定命令，為具體之規範，俾為執行法律所必要之準據者，自屬前述所稱之法令。此與行政程序法第 159 條所指：「上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象規定」之「行政規則」有別。……則上開「公共工程施工品質管理作業要點」既係主管機關基於政府採購法之規定，為維護機關工程品質，執行法律所必要之技術性、細節性之規定，自為貪污治罪條例第六條第一項第四款所規定之法令[48]。

[48] 辦理驗收所涉違法性之參考：
臺灣高等法院高雄分院 97 年上訴字第 1708 號判決認定：「工程合約所得主張之各項請求權，僅具有私法上民事契約之個別效力，且其基礎係由契約當事人經相互磋商後始訂立（可以差別待遇），並非源自對不特定多數人就一般事項所作對外發生法律效果之規定（無可差別待遇），故此部分被告縱屬有意省略而不為主張，亦僅違背契約之約定，而非『違背法令』」。然而最高法院認：「林○○明知『水上飛機』設置工程於 92 年 7 月 29 日，實際上並未完工，猶於其職務上製作之『驗收證明書』、『竣工報告表』、『驗收記錄』上，不實記載已於該日完工，倘若無訛，是否已違反政府採購法第 72 條有關辦理工程採購驗收之規定，能否謂為不屬『違背法令』？尚非無疑」。

按依據政府採購法第 72 條第 1 項規定：「機關辦理驗收時應製作紀錄，由參加人員會同簽認，驗收結果與契約、圖說、貨樣規定不符者，應通知廠商限期改善、拆除、重作、退貨或換貨…」，另施行細則第 96 條亦規定「機關依本法第 72 條第 1 項規定製作驗收紀錄，應記載下列事項，「案號、驗收標的名稱及數量、廠商名稱、履約期限、完成履約日期、驗收日期、驗收結果，驗收結果與契約、圖說、貨樣規定不符者其情形、其他必要事項」，由辦理驗收人員會同簽認，有監驗人員或廠商參加者，亦應會同簽認。

前開「驗收結果與契約，圖說，貨樣規定不符者其情形」，係驗收紀錄應載明事項，應屬於「法令」上之強制規定，上揭故意漏載工程逾期完工天數，協助廠商規避罰款，應屬違背「法令」。（參考上述 97 年上訴字第 1708 號判決、最高法院 98 年台上字 3898 號判決）

編　　號	4－6
判決案號	最高法院 98 年度台上字第 292 號
爭　　點	**明知而違背「經濟部水利署暨所屬機關工程驗收注意事項」是否該當圖利罪「違背法令」所稱之「法令」**
判決要旨	查原判決認定上訴人所明知違背之法令，為經濟部水利署暨所屬機關工程驗收注意事項 12 條及第 7 條第 3 款。惟上開工程驗收注意事項第 12 條內容已明載「驗收人員應……」，第 7 條則係規範「驗收前之準備工作」其第 3 款亦載明「工務所於工程完工前應……，須特別留意……」等語，顯然係對經濟部水利署所屬機關驗收及監工人員為就驗收及驗收前之準備工作所為之規定，並無直接對外發生法規範之效力。原判決認該注意事項係「對多數不特定人民就一般（監工）事項所作對外發生法律效果之規定，仍屬職權命令，自係圖利罪所稱『違背法令』之『法令』」云云，復未就該注意事項如何對多數不特定人民就一般事項發生如何之法律效果，予以闡述說明，自有可議」

五、積極性

圖利罪原則上要有積極的作為，但是也有例外情形。例如最高法院81年台上字第446號判決認為以不法圖利故意之消極行為，達至圖利之目的，仍可成立圖利罪。如某稅捐機關的職員積壓某公司違章罰鍰的公文達3年半之久，使違章案件逾核課期間不能移罰，使某公司得免受罰505萬1,626元，仍依圖利罪判決有罪，認有不純正不作為犯的情形，亦可成立。

實務彙編：

（一）公務員對於主管之事務直接圖利罪，必須具有積極圖取不法利益之犯意與行為，始克成立。上訴人不過消極的收取春節致送金，並無積極圖取該款之行為，尚

難遽以圖利罪責相繩。（最高法院70年度台上字第2899號判決）

（二）警察局違章建築拆除隊，對於應該拆除之違章建築不予拆除，尚不能證明有受賄情事，但其對於同樣情形者，乃強制拆除，對於後者自不構成妨害自由罪，但對於前者應否構成刑法第131條之圖利罪?

研究結論：

乙說：圖利他人限於不法圖利他人，建築雖係違章，但其利益並非不法，而圖利他人罪應屬積極行為，消極行為不構成。至於後者，依法令之行為應屬不罰，其對於前者應拆除而不拆除，祇構成行政上處分問題，不涉刑事。

（三）戡亂時期貪污治罪條例第 6 條第 3 款之圖利罪，性質上雖屬行為犯之一種，但不以積極行為而犯之者為限；苟行為人在法律上有積極作為之義務，具備為自己或第三人圖得不法利益犯意，違反此項義務，而以消極不作為方法達到圖得不法利益目的者，亦包括在內。（最高法院 81 年度台上字第 446 號判決）

六、特定人

圖利罪一定要圖利的對象係特定或可得特定之自然人或法人。如為空泛之全體國民或國庫，則不包括在內。

判決案號	最高法院 96 年度台上字第 5553 號
判決要旨	貪污治罪條例重在懲治貪污，故所處罰之圖利罪，以圖取「私人」之「不法」利益為限，而排除圖利國庫之情形，並使之與合法之便民措施相區隔，用資兼顧公務員行政效率之維護。而所謂私人，除行為之公務員自己外，當包括其他第三人在內；圖利之結果縱有其他原非圖利對象之特定私人，不論一人或多人，併因而獲取不法利益，亦於該罪圖取私人不法利益要件之認定，不生影響。私人所有土地已成為既成道路者，因供不特定之公眾往來通行有年，事實上已形成道路使用，而具有公共用物之性質，以公共工程款於

	其上鋪設水泥路面或設置駁坎、護欄等，裨益不特定公眾往來通行之便利與安全，屬便民措施，臨近該既成道路之住戶，縱因而獲得享用該公共設備之利益，固難謂係獲取私人之不法利益。

七、財產性

（一）圖利罪所圖得者，均必須轉換為財產上之不法利益，並可計算其數額。貪污治罪條例立法意旨既為嚴懲貪污，即要有圖使對方財產上不法利益有不法增加之客觀事實，如地政事務所公務員登載不實之地目，使原本登記為「農牧用地」之土地非法變更登填為「建地」，讓土地所有權人得以高價出售該筆土地，其地目變更之差價，即為圖私人不法利益之價額，此價額具有財產上之價值。倘僅為單純行政便宜、反射利益[49]、尚未轉換為可計算數額財產上利益之單純的期待之利益，此皆與圖利罪成立要件有間。例如實務上認如係屬「免於接受調查與呈報移送之煩擾」之利益，而非具體明確且可以計算價額之消極利益（免受裁罰），即非不法利益，此部分情節未具可罰性。(參考臺灣臺南地方法院 90 年度訴字第 1165 號判決)私自留存週轉金應急，可依法定利息計算其不法利益。如僅係單純滿足精神上之需要，而無法以金錢計算其利益者，即非不法利益。至於「出海作業之不法利益」、「交付 5 張空白告發單，而免受開單告發繳納罰鍰之利益」、「取得使用執照之利益」，實務上亦曾認具財產上之不法利益[50]。又如未領建築執照，擅行興建房屋，僅不過違背行政規定，對於違章建築，不能視為不法利益，因之違章建築應簽報拆除而不報，尚難認為係圖利他人，自不成立圖利之罪。（最高法院 72 年度台上字第 4607 號判決）不法提錢支付包商工程

[49] 參考司法院大法官會議釋字第 469 號解釋。
[50] 林東茂主持，公務員涉及刑事案件之類型化研究，臺灣刑事法學會，91 年 7 月。

款項，造成鄉庫損失仍購成圖利罪。（台南高分院98年重上更7字第31號）

（二）貪污治罪條例第6條第1項第4、5款不法利益之內涵為何？所謂不法利益係指金錢或得易以金錢之財物，並包括不正利益。易言之，不法利益＝賄賂＋不正利益。所謂賄賂係指金錢或能用金錢計算之財物皆屬之，如現金、禮券、手飾、衣服、電器用品、房屋、書畫等。所謂不正利益係指賄賂以外足以供人需求或滿足人之慾望之一切有形或無形之不正當利益皆屬之，包括財產上之不正利益與非財產上而足以滿足人需要之利益，例如性交享樂、招待飲食、遊樂、免除債務、設定債權、晉升官階、提供投資等都是。惟不法利益必須可移換為財產上之不法利益，並可計算其數額為限。至於貪污治罪條例第10條規定「犯第4條至第6條之罪者，其所得財物，應予追繳。」條文所指財物，不包括不正利益在內[51] [52] [53]。

（三）修正前戡亂時期貪污治罪條例之圖利罪，固不以直接圖得財產上不法利益為要件，但無論係圖利自己或他人，其所圖得者，均必須可轉換為財產上不法利益，並可計算其數額，始與法意相符。徵諸同條例第10條所得財物應予追繳及第12條第1項情節輕微，而其所得或所圖財物在銀元3千元以下者，適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律之規定，尤屬顯然。（參照最高法院82年度台上字第5911號判決）「綜上所述，縱如依檢察官起訴書所載本件違法核發『農業用地作農業使用證明』，然其所圖得林孝信之不法利益，經轉換為財產上之不法利益

[51] 參考最高法院74年台上字第1355號判例。

[52] 圖利罪所圖者，均必須可轉換為財產上之不法利益，並可計算其數額。（最高法院82年度台上字第5911號判決）。並請參見前註48。

[53] 圖利罪所稱之不法利益，亦可參考刑法342條背信罪之解釋。21年度上字第1574號判例：「刑法第366條之背信罪，必須違背任務之行為係為圖取不法利益，或圖不法損害之手段，始得成立。至該條所謂意圖為自己或第三人得不法利益一語，原指自己或第三人在法律上不應取得之利益，意圖取得或使其取得者而言。如果在法律上可得主張之權利，即屬正當利益，雖以非法方法使其實現，僅屬於手段不法，無構成背信罪之餘地。」

並計算其數額，其結果為零，本件顯然客觀上亦無法構成圖利罪」(臺灣桃園地方法院 95 年度訴字第 1323 號判決)

實務彙編：

(一)違章建築是否構成不法利益，實務見解如下：

1. 違建倘若由合法所有權人加以使用，承辦公務員故意不予拆除查報，並不構成不法利益。(最高法院 87 年台非字第 135 號、93 年台上字第 6336 號判決)

2. 公務員對本來是違章的建物，違法登記為合法建物，構成使他人取得不法利益。(最高法院 72 年台上字第 4607 號、82 年台上字第 4712 號、85 年台上字第 2657 號判決)

(二)甲男擔任某分局刑事組小隊長，負責轄區內犯罪偵查及特種營業之查緝工作，為依法令從事於公務之人員。於臨檢時查獲 A 美容店涉嫌僱用明眼人從事按摩行為，甲乃依職權製作臨檢紀錄表，載明該美容店僱用明眼人從事按摩行為違反規定等情節，並請該店值班經理丁男在該紀錄表上簽名。該美容店負責人乙見狀即撥打電話通知時任法官之庚男（已另案起訴)，甲男因不願得罪庚，乃擅自隱匿上開已製作完畢之臨檢紀錄表而未為陳，使上開可能涉及違反身心障礙者保護法之事實未再續為調查或裁罰，甲男之行為是否涉嫌貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪？

甲雖於○○美容店現場製作完成臨檢紀錄表，但甲所屬單位仍應續就相關涉案人士(如店內從業人員及負責人、消費者等)製作筆錄、填寫呈報單，報請分局長裁示獲准後，始能將被臨檢之營業場所負責人及從業人員移請○○市政府依身心障礙者保護法第 65 條第 1、2 項之規定裁處罰鍰，其結果係屬於不確定之狀態，甲之行為僅屬「怠於調查職務」之失當行為。又直接圖利罪，須所圖或所獲得者為不

法之利益，若不能視為不法利益，縱使另犯他罪，亦難論以上開罪名；而所謂財產上之不法利益，必須可轉換為財產上之利益並可計算其數額，始與法意相符。就本案中，〇〇美容店負責人及從業人員當時所獲致者，殆屬「免於接受調查與呈報移送之煩擾」之利益，而非具體明確且可以計算價額之消極利益（免受裁罰）。故甲怠於續行調查之失當行為，並未達到圖其他私人不法利益之程度，復不能認為〇〇美容店負責人與從業人員之行為即可獲得不法利益，此部分情節未具可罰性。(參考臺灣臺南地方法院刑事判決 90 年度訴字第 1165 號刑事判決)

(三)被告葉盛茂於 96 年 12 月 12 日經鄒求強、周有義面報開曼群島金融情報中心，以黃睿靚及陳致中疑似涉嫌洗錢交易，發函洗錢防制中心，請求提供黃睿靚、陳致中、陳水扁、黃百祿之相關資料，乃先以電話告知當時之總統府辦公室主任林德訓，調查局有收到陳水扁家人海外資金資料，又謂調查局還在繼續蒐集相關資料，等有具體的資料再來跟陳水扁報告等語。同時指示鄒求強與開曼群島金融情報中心聯繫，請其提供具體之帳戶資金情形。嗣於 97 年 1 月 18 日收到前述之帳戶資金資料時。被告經閱後，依其專業知識及上述情形，應知該資金係重大犯罪之不法所得，參以被告於本院 97 年 9 月 15 日庭訊時已供稱，於 95 年 12 月開向陳水扁報告吳景茂上述帳戶資金情形時，陳水扁曾說家人有些錢在海外做「外交」事務等語，陳水扁所述資金用途與黃睿靚又不同等情，被告豈能諉為不知係洗錢之犯罪資料。被告明知於此，於 97 年 1 月 30 日本件公文製作完成後，攜帶公文原件及附件資料親至總統府交給陳水扁，自屬為使陳水扁家人得以繼續掩飾或隱匿該犯罪所得，其違背法令(洩漏偵查中應秘密之文書、消息，同時隱匿職務上所掌之公文書)圖利陳水扁家人之犯意甚明。被告葉盛茂於洩漏本件公文及

附件資料予陳水扁當時，已知該情報係陳水扁家族涉及貪污洗錢之資訊，且當時並知道部分資金已遭凍結，仍基於圖利陳水扁家人掩飾及隱匿重大犯罪所得而為本件犯行，事後復未有任何偵查作為，甚且在周有義一再向其查詢本件公文下落時其卻一再訛稱已交付予檢察總長，並有故意阻礙檢察機關偵查犯罪之行為，更顯見其圖利之犯意甚明。被告對於其主管偵查犯罪事務，違背職務及法令，且違背利益迴避原則，交付本件公文連同附件資料，洩漏屬偵查中應秘密之文書、消息予涉案之當事人家屬陳水扁，致陳水扁家人得以繼續為洗錢之行為，得有前述帳戶內資金1,918,473.44美元重大犯罪不法所得資金免遭查封凍結之利益，被告違反貪污治罪條例之圖利罪犯行堪以認定。(臺灣臺北地方法院97年矚訴字第 3 號葉盛茂瀆職案刑事判決。按此案關於「圖利陳水扁家人掩飾及隱匿重大犯罪所得」是否具圖利罪之財產性值得研究。)

(四)警察機關之交通大隊於該交通秩序罰僅有「舉發權」，並無裁罰權。警察機關依其舉發權經初步判讀後即逕予製單舉發，尚得依相關規定程序，於 15 日內，向處罰機關陳述意見，尚未就此即已確定，則該遭測照桿拍照之民眾，是否即應受罰而繳納該筆罰鍰，且雖至裁罰之監理機關予以裁罰而開立裁決書，民眾仍得於接到裁決書之翌日起20日內，向管轄之地方法院聲明異議，此亦不乏裁罰之監理機關雖認應予開罰之個案，仍有遭法院撤銷處分裁定不罰之案例；尤有甚者，裁罰之監理機關一再堅持裁罰無誤，以致屢屢再就已經地方法院交通法庭撤銷裁決處分並為不罰之裁定提起抗告，惟仍遭抗告駁回之事例。則本件在交通大隊逕行舉發中心任職之被告甲及乙雖依交通大隊隊長室祕書陳○○之示意，逕將民眾疑似交通違規而遭拍攝送洗交回後之照片予以事先抽出絞碎，然該所謂疑似交通違規之

照片，或僅有約一半將製單逕行舉發，且縱經舉發，亦尚非終局確定應予處罰而需負擔繳納該違規罰鍰之不利益，既尚無所謂因此而得免卻受罰繳納罰鍰之不法利益存在，上開被告等人上開所為，即無圖他人之不法利益可言。（臺灣高等法院高雄分院 99 年度上更（一）字第 244 號刑事判決）

八、不法利益性

圖利罪之利益須具有金錢之可轉換性，已如前述。同時另有三項議題值得研究，即何謂不法；不法與利益的關聯性；利益如何計算，茲申述如下：

（一）何謂不法？

所謂「不法」係指經由行為而顯現於客觀可見，而為法規範所否定之非價而言，亦即違法性行為本身，係一種層升概念，存有程度輕重不等之現象，在不法領域中具有民事不法（例如民法上之侵權行為）、行政不法（例如行政法上之秩序違反行為）及刑事不法（例如刑法上之犯罪行為）等不同程度之不法[54]。而在同屬刑事不法領域中，各種犯罪行為亦有不同程度的不法內涵，例如殺人與傷害兩罪之不法內涵即有高低，故其刑度有所區別，此是從行為故意與行為結果的角度區別其不法內涵；又如普通竊盜與加重竊盜二罪可由其行為手段區別其不法內涵；違背職務受賄罪與不違背職務受賄罪則是由行為情狀區別其不法內涵，故各種罪名間各有其不同程度之不法內涵[55]。此係「不法」之文義解釋，在圖利罪當「不法」與「利益」相連時，又衍生如下解釋。

（二）「違背法令與不法利益」之關聯為何？

按貪污治罪條例第6條第1項第5款之「不法利益」，如「違背法令」所得之財物，是否「全部淨所得」俱為不法利益？或指「全部淨所得」-「合理利潤」（以市價或未逾一般行情之利益為基準)＝不法利益？條文內容並不明確。如

[54] 林山田，刑法通論（下），1998 年 2 月，自版。

[55] 帥嘉寶，公務員圖利罪違法性與不法內涵之檢討，刑事法雜誌，第三十卷第二期，一九八六年四月，頁三十至三十一。

甲官乙商勾結洩漏底價得標，如乙商所得利益(例如1千萬元)未逾一般行情之利益或合理利潤（例如1千2百萬元)，則1千萬元是否即非不法利益？惟乙如未以違反法律之不正當手段，即無承攬工程之機會，則其連1千萬元之利益亦不可能獲得，其他參與投標者亦因而喪失了以正當手段取得締約機會的利益。因此，是否此1千萬元即應謂之不法利益。最高法院78年度台上字第295號認：「公務員圖利罪，必須所圖得之利益，係屬不法之利益，始能成立；故屬於正當利潤部分，應予剔除，不能一併計算在圖利罪所得不法利益之內而併予宣告發還被害人。…符合規定之物品市價與投標金額之差額為合法利潤；不符合規格之物品價格與符合規格之物品之市價，其差額始為不法利益。」亦即目前實務認全部淨所得－合理利潤（市價、未逾一般行情之利益)＝不法利益。但如利潤合理即為合法利益，不啻有鼓勵違法之嫌，亦與貪污治罪條例之立法目的有悖。惟如認不法利益為「全部淨所得」，則條文中「不法利益」之「不法」應予刪除[56] [57]。

（三）合理利潤如何計算，缺乏客觀之標準

政府機關編列預算所預留與廠商之合理利潤如何計算？目前實務上並無一定標準，以致於在計算上產生諸多困擾。如在圍標比價得標案，工程廠商或公務員不法利益標準如何計算？目前實務上有認為工程預算之2成為合理利潤，扣除後即為不法所得（調查局移送意見)；亦有為認為浮編工程預算不法金額，可從三種方式來計算（工程單

[56] 最高法院 81 年台上字第 76 號、臺灣高等法院高雄分院 90 年重上更 (三)字第 416 號判決。至於為何以市價為計算標準，臺灣高等法院 89 年度上更（二）字第 674 號判決認：「如認公務員於承辦公務過程中有觸法之行為，並知交易對方因此將獲得未逾一般行情之利益，均應科以圖利罪名，而公務員與得利之人復有犯意聯絡時，則公務員為共同圖利之私人圖得之利益（未逾一般交易通常所得獲取之數額），即為其犯罪所得之財物，於適用貪污治罪條例第 9 條第 1 項追繳沒收之結果，將使國庫因此獲取未有任何犯罪發生時，亦應支出，而因有犯罪發生追繳後，反而不必支出之不當利得，當非合理。」

[57] 貪污治罪條例第六條修正理由謂：本條將違背法令與圖私人不法之利益之不法並列，乃因從以往偵、審實務案例之見解分析，對於公務員因違背法令之行為所生之利益是否即當然為不法利益，仍有歧異之看法，可見公務員違背法令與不法利益間之關係，仍未見釐清。實務上對違背法令與不法利益之不法內涵所作之判斷既不完全一致，二者即有併存之必要，以免日後適用上產生窒礙。該修正理由，語意不明，對於解決問題並無實益。

位政風機構意見)：1、該機關最近一次類似工程採購之單價分析表。2、該機關近三年之平均值(採購項目之單價分析)。3、主計處每年（或定期)之市場訪價或物價水準統計…相關市場調查統計表。至於一般案件，法院有以市價、未逾一般行情之利益為計算標準者。實務上不法利益之計算，個案不一，頗多困擾，立法根本上似可考慮將全部淨所得列為不法利益[58] [59]。

案例：大同餐盒每份四十元，原審認為利潤三至五元，然所需支出材料…工資等成本及合理利潤為若干？是否超出合理利潤應查明。（96台上2828號）

（四）供給勞務獲取相當之報酬，並非不法利益

若公務員所圖者非不法之利益，則縱違反公務員服務法，仍難以刑事圖利罪相繩，如公務員兼營商業、國校教員課後收費補習、機關長官向其所隸下級機關推介職員，公務員對其所監督之事務，以本身業務上之技術為關係人設計圖樣收受報酬，若無圖得不法利益，僅係供給勞務、商品而獲取報酬，既非不法所得，不成立圖利罪[60]。

（五）圖利金額之計算及沒收

民法不當得利以受有財產上之利益，為其要件之一。所謂財產上之利益，包括:1、積極的增加：(1)財產權之取得:包括物權、債權之取得、期待權之取得、占有之取得。

---

[58] 如(一)甲商本欲以 200 萬元競標疏浚工程，經乙承辦公務員告之底標為 140 萬元，甲遂以 150 萬元得標。此 50 萬元，可否謂不法利益？(二)甲本欲以 120 萬元競標，經乙告之底標為 150 萬元，甲遂以 152 萬元標，該工程事後得利四十萬元。(三)如甲以 152 萬元得標後將之以 130 萬元轉包與丙，得利 22 萬元，此 22 萬元是否全部俱為不法利益。後二例不正利益，如何計算？實乏客觀可依據之標準。

[59] 參張嘉宏著，公務員圖利罪修正評析，刑法法學講座第 4 期，2002 年 4 月，第 1 至 28 頁。又如政府土地原值 10 億 7,756 萬 5,500 元，經民意代表施壓賤售，僅得款 4 億 9,270 萬 1,000 元，使政府短收 5 億 8,479 萬 4,500 元，使陳金德等人獲同額之不法利益。陳某等人復以該地與台開合建大樓，扣除上述購地成本，可獲淨利 17 億 1 千萬元。則沒收之不法利益，是否應以 17 億 1 千萬元計算標準。臺灣士林地方法院檢察署 83 年偵字 5800 號起訴書。臺灣士林地方法院 83 年訴字 1280 號刑事判決。類此本於不法利益，投資所得之收益，應參洗錢防制法第 12 條之規定立法予以沒收，始符合正義。

[60] 屏東地方法院檢察處 59 年 9 月、宜蘭地方法院檢察處 53 年 10 月、高雄地方法院檢察署 54 年 9 月，新竹地方法院檢察處 54 年 9 月各法律座談會，均採同一見解，見前司法行政部刑事司編刑事法律問題彙編第 2188 頁、司法院 79 年 6 月研究年報第 10 輯中冊、台高院 81 年上訴字第 2321 號判決。

(2)財產權之擴張及效力之加強:例如因附合而擴張、因第 1 次序抵押權之消滅而第 2 次序之抵押權昇為第 1 次序。(3)權利限制之消滅：例如因限制物權之消滅，而減去所有權之負擔。(4)債務之消滅:亦為增加債務人財產之原因。二、消極的增加:謂財產本應減少而未減少，例如：居住他人房屋或使用他人勞力，因而節省租金或工資之付出[61]。圖利罪之「利益」應可供參考適用，惟必須可轉換為財產上之不法利益，並可計算其數額且利益以直接獲得同額之不法利益為限，其衍生之利益不在沒收之列。例如民意代表不法施壓公有行庫賤賣原值 10 億 7 千 7 百餘萬元之公有土地，僅售 4 億 9,277 萬 1 千元，其後漲價建屋轉售，售得 17 億 1 千餘萬元，仍僅沒收 5 億 8 千 4 百餘萬元。(臺灣高等法院 90 年度上更(一)字第 329 號陳金德台開貪瀆案刑事判決)

[61] 史尚寬著，債編總論上冊，70 頁以下；鄭健才，債法通則，頁 78，三民書局，70 年。

實務彙編

1、上訴人為倉庫主管人員，就其主管之事務使某甲得利，雖其週轉所得利益究竟若干無法計算，然此僅為不能宣告沒收之原因，要無礙於圖利罪之成立。（參照最高法院46年度台上字第477號判決）

2、刑法第131條第2項係規定犯同條第1項之罪者，所得之利益沒收之，如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。是其應沒收追徵者，應以實施犯罪行為者自己或其共犯所得之利益為限，如實施犯罪行為者自己或其共犯並未得利，即無沒收或追繳之可言。原判決認定上訴人為圖利洪某，將育苗中心補助款，先期借與新台幣5萬元週轉，使洪某獲得新台幣2,300元，乃又諭知上訴人所得利益2,300元沒收，揆諸上開說明，其適用法則，自有違誤。（最高法院69年度台上字第820號判決）

3、刑法第131條第2項「犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額」等規定。其應沒收或追徵者，以實施犯罪行為者自己（或其共犯）所得之利益為限，如實施犯罪行為者自己（或其共犯）並未得利，即無沒收或追徵之可言。（最高法院70年度台上字第3002號）

4、刑法第131條之公務員圖利罪，固以公務員就主管或監督之事務基於得利之意思，而從事直接或間接之圖利行為為既遂，不以實際得利為必要，但該條第2項應沒收或追徵者，仍以實施犯罪行為所得之利益為限，如實施犯罪行為者未得利益，即無沒收或追徵之可言。（最高法院71年台上字第8128號）

5、被告為臺中市政府行政室主任，乃依據法令從事公務之人員，奉命辦理臺中市與加拿大溫尼市締結為姊妹市事宜，購買機票及退票為其主管之事務，因之持有應即繳還市府之機票退票現款餘額44萬4,767元之公款，私自留存週轉應急，經市府數度催促，延不交還，雖非意圖為

自己不法所有侵占挪用，但主觀上對該公款全部具有不法享受其週轉利益之意圖，係犯公務員對於主管之事務直接圖利罪。其可能圖得之利益，並經函請臺灣銀行臺中分行以69年4月25日銀申字營字第2821號函復核算結果為2,913元，在銀元3千元以下，且情節輕微，依戡亂時期貪污治罪條例第12條第1項之規定，應適用處罰較輕之刑法第131條處罰。（參照最高法院71年度台上字第599號判決）

6. **問題研究**

問題（1）：甲、乙各有違章建築房屋1間，為求避免被查報取締，共同在某餐廳地下室宴請知情之管區警員丙，並邀請不知情之客人丁、戊作陪，酒宴中復召脫衣女郎表演脫衣舞，計花用餐費7,000元、表演費3,500元，兩者共10,500元，檢察官認警員丙收受不正利益，依戡亂時期貪污治罪條例第4條第6款提起公訴，法院審理時，對丙所得不正利益究應如何計算而適用法律？

結論：甲、乙為求其違章建築免遭查報取締，而宴請及以脫衣舞招待管區警員丙，此項不正利益純為警員丙而支付，甲、乙及作陪之丁、戊雖有分享，仍認警員丙犯罪所得應為甲、乙支付代價之全部，況觀賞脫衣舞部分尤不能分割計算，從而警員丙所得不正利益為10,500元，應依戡亂時期貪污治罪條例第4條第6款處斷。

問題（2）：公務員（鄉長、清潔隊長）明知其轄內土地未符合土地法、廢棄物清理法之相關規定，仍與土地所有人「共同基於圖利地主之不法犯意聯絡」，違背土地法、廢棄物清理法等相關規定，與地主簽約租地後，逕在該土地堆置廢棄物。檢察官認為系爭案件公務員圖利

地主，地主獲得不法租金暴利：

Ⅰ、地主提出其土地供鄉公所使用，地主向鄉公所收取地租，本係天經地義；姑且不論土地隨意堆置廢棄物之違法問題地主提供土地、收取租金，本係合理之對價關係，可否解釋為公務員圖地主之不法利益？

Ⅱ、若地主確實收取與市場價格顯不相當之高額租金，而公務員辯解因土地用途為「堆置垃圾」，公務員本其行政裁量，給予地主相對較高之「租金補償」，則檢察官就本件圖利罪如何解釋客觀事實、證明主觀犯意？

問題（3）：甲為鄉長，乙為營造商，二人為多年好友，乙原欲以新台幣（下同）1 千萬元競標該鄉某疏浚工程，甲事先洩漏該工程之底標為 8 百萬元，乙因此以 810 萬元得標，事成之後，乙將佣金 38 萬元（即減省之 190 萬元之 2 成）交付給甲。本件乙所獲得之不法利益究為何？

討論意見

Ⅰ、甲說：10 萬。

「公務員圖利罪，必須所圖得之利益，係屬不法之利益，始能成立；故屬正當利潤部分，應予剔除，不能一併計算在圖利罪所得不法利益之內，而併予宣告發還被害人。」(78 年台上字第 295 號裁判參照)。

Ⅱ、乙說：190 萬。

本案採競標方式，價高者得，原乙營造商欲以 1 千萬競標，因鄉長甲告知使其以 810 萬得標，使得乙營造商減少 190 萬花費，該不正利益應把消極利益計算在內，故本件乙所獲得之不正利益應為 190 萬。

八：不法利益性

編　　號	8-1（利用職務優勢經營商業牟利）
判決案號	最高法院 91 年度台上字第 2750 號
判決要旨	被告陳正忠擔任台灣電力公司輸變電工程處南區施工處第三工務段線路裝修員兼領班，…，竟基於圖利之概括犯意，自 81 年 4 月間起至 83 年 12 月間止，連續多次將黃英三等人所標得之鐵塔裝建部分，以不含稅每噸新台幣（下同）9 千元至 9 千 5 百元（若含稅則為 9 千 5 百元至 1 萬元）之代價，轉包予不具承裝資格之廖明田、李慶參承作，共計獲取不法利益約 287 萬元，……。被告於承攬鐵塔裝建工程後，因無施作能力，再將之轉包予李慶參、廖明田，固係因職務上之機會而承包、轉包，惟此承攬行為，性質上乃經營商業之行為，其利用職務之優勢經營商業獲取利潤，雖構成公務員懲戒之事由，但並不當然構成圖利罪「不法」之要件。被告以自己之責任，負責該部分工程之施作而賺取利潤，性質上亦屬經營商業所得之利潤，難認被告係圖得不法利益。

編　　號	8-2
判決案號	最高法院 92 年度台上字第 6071 號
判決要旨	貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪，為結果犯，以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，因而獲得不法利益為要件。原判決事實欄雖記載林○原因被告之協助，使其所有坐落豐原市博愛段 176 號土地上面之 2 層違章建物一棟，得以取得完工證明，據以向台中縣稅捐稽徵處登記合法房屋稅籍及申請修理廠合法營業使用，免因建築法第 86 條規定遭裁罰、拆除及勒令停用而無法維持每月平均約新台幣十餘萬元之收入，因而獲得 5 萬元以上之利益等情。但對於此項利益是否屬「不法利益」，並未明白認定詳細記載，已不足為適用法律之依據。

編　　號	8-3
判決案號	臺灣高等法院臺南分院 92 年度上更(一)字第 384 號
判決要旨	起訴意旨略以：「蔡〇雄係嘉義市布袋鎮鎮長，其為分配予地方政治勢力，並得以規避嘉義縣政府訂頒之『嘉義縣政府暨所屬各機關學校辦理營繕工程購置定製變賣財務作業程序標準表』所定工程經費新台幣 200 萬元以上須以公開招標方式發包之規定，利用省政府補助款 500 萬元編列 87 年度『布袋鎮內級配鋪設工程』時，決定將前開工程分割為 3 筆工程，並以比價方式發包。」並基於圖利蘇〇宗等三人，由蔡〇雄自行統計核算第一筆工程鋪設級配砂石所需數量為 2500 立方公尺，再指示不知情之布袋鎮公所建設課技士蔡〇宏辦理編列預算之規劃設計，被告蔡〇雄等人共謀以找人陪標及假比價，使蘇〇宗得順利以 160 萬元（該工程原核定底價為 167 萬 2650 元）得標承包，獲得不法利益 13 萬 2800 元。 惟依蔡〇宏證言及行政院公共工程委員會函覆，行政機關就各類公共工程預算之編列，均有預留承包廠商之利潤空間，且每因各該工程性質、種類、地理位置等差異，而有不同之標準，各該標準均僅係用以作為預算編列之考量基準，與廠商實際利得並非相等。又被告蘇〇宗等人得標後，實際利得如何，並無確切數據可證。

編　　號	8-4
判決案號	臺灣新竹地方法院 96 年矚訴字第 1 號
判決要旨	1. 本件公訴意旨認被告鄭永金、范玉燕等人涉有貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪嫌，乃以被告范玉燕主導指定比價廠商而謂之，查公訴人所指被告違反公職人員利益衝突迴避法第 9 條及政府採購法第 16 條之規定。惟關於利益衝突迴避法第 9 條係以與受監督機關為買賣、承攬等交易行為為要件，然本件被告范玉燕或其經營之名晟公司並未參與系爭採購案，自無交易行為可言。關於政府採購法第 16 條規定請託或關說，不得作為評選之參考，……，本件新竹縣政府 OA 採購案係依同法第 93 條簽訂共同供應契約，不生評選問題，自無違反同法第 16 條之可能，就此部分尚不成立公務員圖利罪責。 2. 本件新竹縣政府 OA 傢俱採購部分指定比價廠商，使得以參與本件新竹縣政府 OA 傢俱採購案比價，其得以參與比價競標，即並非當然可與取得本件採購案的利益同視，且又未因此有何期待利益可言。則公訴人此部分所指「主導指定比價廠商」按上所述，自非圖利罪所規範之不法利益。 3. 新竹縣政府就本案 OA 傢俱採購案本即可任意指定 1 家「中信局共同供應契約方式」廠商進行「比價」，新竹縣政府就指定廠商進行比價擁有完全之決定權，且本件係由艾銳公司與輝陽公司競價後，由艾銳公司以底價較低而得標，並無開標發生不正確結果或上述 2 家公司不為價格之競爭情形，亦無支付被告鄭永金等任何利益情事，自難認被告鄭永金等有自被告艾銳公司、輝陽公司圖取不法利益之情形或使上述 2 公司取得不法利益之情形。

九、因果性

（一）直接或間接圖利

1、「直接圖利」指行為人所為之行為，直接使自己或第三人等獲得利益，例如公務車司機私自載運客貨圖利；出納將公款以私人名義存入銀行，期得不法利息；或受農林廳委託辦理漁民貸款業務之漁會承辦人，私自借名濫貸圖利；工程承辦人員以偽造文書之方法，預支包商工程款等均是。

2、「間接圖利」則指行為人以迂迴之方式，使自己或第三人等獲得利益。換言之，行為人之圖利行為與其圖得之不法利益之間，並不存在直接關係之圖利方法，例如公務員由其親友出面經營與其職務有關。

（二）因果關係

貪污治罪條例第6條第1項第5款之規定，必須行為人所具備之特定職務上之職權、機會或身分，可對於非主管或監督之事務有某種影響力而據以圖私人不法之利益，行為人藉此特定影響力之運用，獲取利益，而此項行為明顯已違背其職務上依法令應遵守之義務，二者有相當之因果關係，始足當之。亦即行為人對於非其主管或監督之事務，在法令基礎上，本無法定執行或監督之權，只因有運用其本身之職權、機會或身分予以不當影響，而獲得不法利益，始能成立。

（三）請託、關說之法律責任

1、按貪污治罪條例第6條第1項第5款之圖利罪，以處罰不法圖利為限，雖然公務員利用職權或身分向承辦公務員關說，惟如關說內容並無不法之請求，而承辦公務員亦未因關說而為違法之決定，尚難遽以該罪相繩(最高法院72年度台上字第2442號、第4607號判決意旨亦同)(臺灣高等法院92年上更(二)字第539號陳金德台開貪瀆案)

2、被告立法委員吳某雖受有利益，惟未直接對林務局官員施壓或強迫，在座談會上要求官員聆聽農民心聲，且要現場公務員依法處理等情，並無違法。（台中高分院99年上訴字第1952號判決）

九：因果性

判決案號	最高法院 94 年度台上字第 2034 號
判決要旨	貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之對於非主管或監督之事務，利用職權機會圖利罪，除行為人對於其非主管或監督之事務，明知違背法令，而有利用職務機會之圖利行為外，尚須其行為與所圖自己或其他私人之不法利益間，有相當因果關係為必要。若其行為與所圖自己或其他私人之不法利益間，並無相當之因果關係，自不能以行為人一有違背法令之行為，即科以上開圖利罪責。

十、結果犯

圖利罪須因而獲得利益，始成立犯罪，即是「結果犯」。

(一)、結果犯：

90年修正貪污治罪條例第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，將無法達成預期目標。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」。綜上，本次修正條文中明訂公務員圖利罪必須要違背法令，而且是要圖私人不法之利益既遂者始成立犯罪，無論圖利他人或自己都要既遂，也就是說從行為犯改為結果犯。」

(二)、何謂利益：

利益包括賄賂與不正利益，已如前述；所謂財產上之利益包括:「一、積極的增加：(一)財產權之取得:包括物權、債權之取得、期待權之取得、占有之取得。(二)財產權之擴張及效力之加強:例如因附合而擴張、因第1次序抵押權之消

滅而第2次序之抵押權昇為第1次序。(三)權利限制之消滅：例如因限制物權之消滅，而減去所有權之負擔。(四)債務之消滅:亦為增加債務人財產之原因。二、消極的增加:謂財產本應減少而未減少。例如：居住他人房屋或使用他人勞力，因而節省租金或工資之付出。」[62],圖利罪之利益應可參考適用。例如：免除債務、提供擔保、授予權位、招待宴飲或性招待等，且不限於提供時已經確定之利益，其他將來會發生的利益、附條件的利益等均屬之，惟必須可轉換為財產上之不法利益，並可計算其數額者為限。

(三)、損害賠償請求權與結果犯：

圖利罪之成立，係因公務員之違背法令行為，已造成他人圖得「不法利益」，且其所圖得者可轉換為財產上不法利益，並可計算其數額。另不法利得除積極增加外，消極增加亦屬之，例如財產本應減少而未減少。

臺灣高等法院高雄分院97年上訴字第1708號判決:「工程合約所得主張之各項請求權,僅具有私法上民事契約之個別效力，且其基礎係由契約當事人經相互磋商後始訂立(可以差別待遇)，並非源自對不特定多數人就一般事項所作對外發生法律效果之規定(無可差別待遇)，故此部分被告縱屬有意省略而不為主張，亦僅違背契約之約定，而非『違背法令』；且該違約金之請求權仍然存在，不當然發生使○○縣文化基金會失權之效果，仍得再主張其損害賠償請求權，此與圖利罪採實害犯之要件，尚屬有別，自不成立圖利罪。」

法院常以政府機關仍有空泛之損害賠償請求權存在為理由，作為此類工程圖利案件，結果犯要件不備之理由。然而一般工程有保證金(押標金、履約保證金、完工保固保證金)、逾期違約金等款項，少數不肖公務員違法不向廠商要求逾期違約金，致未予扣除逾期違約金，而將履約保證金或工程給付款支付廠商，使廠商承攬人取得財產本應減少而未減少之利益，更使國家即令日後取得債權，仍須預支訴訟費用並陷於不受清償之高度危險，此種現實財產未

[62] 史尚寬著，債編總論上冊，70頁以下；鄭健才著，債法通則，三民書局，70年，頁78。

減少之利益，自屬圖利罪之利益，更遑論日後債權有不獲清償之情事。

(四)、不處罰未遂犯：

A、B為甲監獄管理員，C為受刑人，今有下列情形：

編　號	案　　例	刑　責	
		A	B
1	A與C成立以新樂園菸每包二千元出售與C之買賣契約，某日A攜100包菸入監，於中央台為B查獲，B判斷A欲出售圖利，惟鑑於同事之誼未予舉報並加以掩飾，而任其入內交貨。	○	○
2	A與C成立以新樂園菸每包二千元出售與C之買賣契約，某日A攜100包菸入監，於中央台為B查獲，B依法報上級究辦。	○	X
3	A準備以新樂園菸每包二千元出售與受刑人，惟尚未覓得對象，某日A攜100包菸入監，於中央台為B查獲，B依法報上級究辦。	X	X
4	A準備以新樂園菸每包二千元出售與受刑人，惟尚未覓得對象，某日A攜100包菸入監，於中央台為B查獲，B判斷A欲出售圖利，惟鑑於同事之誼未予舉報並加以掩飾，而任其入內販售，A遂與C達成交易。	○	○
5	A準備以新樂園菸每包二千元出售與受刑人，惟尚未覓得對象，某日A攜100包菸入監，於中央台為B查獲，B判斷A欲出售圖利，惟鑑於同事之誼未予舉報並加以掩飾，而任其入內販售，A與C交易，惟因A索價過高而未成交。	X	X

公務員受賄罪(貪污治罪條例§4Ⅰ⑤)成立要件有要求、期約、收受三階段。行賄罪（貪污治罪條例§4Ⅰ⑤）成立要

件有行求、期約、交付三階段，構成要件明確。圖利罪不處罰未遂行為，公務員單純將圖利罪犯意表現於外者，不成立犯罪。圖利罪既遂行為之成立，不以對方知悉為必要。自己或他人獲得之利益，如已成立債權請求權，結果犯部分之要件即可成立。

公務員受賄罪之刑罰、惡性較圖利罪為重，然構成要件明確。反之從上述案例可知目前圖利罪結果犯之構成要件在實務操作上，成罪與否難謂公允，此在構成要件立法技術上有待商榷。且竊盜罪五年以下有期徒刑之罪，有處罰未遂犯之規定，而圖利罪五年以上有期徒刑之罪，反不處罰未遂犯，相較之下造成刑罰失衡現象，亦非合理。此均有待立法通盤檢討。

十：結果犯

判決案號	臺灣基隆地方法院 95 年度矚訴字第 1 號（許財利貪瀆案）
主　　文	許財利共同依據法令從事公務之人員，對於監督之事務，明知違背法令，直接圖自己不法利益，因而獲得利益，處有期徒刑 7 年，褫奪公權 8 年。 戊○○共同與依據法令從事公務之人員，對於監督之事務，明知違背法令，直接圖自己不法利益，因而獲得利益，累犯，處有期徒刑 5 年，褫奪公權 7 年。 庚○○共同與依據法令從事公務之人員，對於監督之事務，明知違背法令，直接圖自己不法利益，因而獲得利益，處有期徒刑 2 年，褫奪公權 3 年。緩刑 5 年。 寅○○共同與依據法令從事公務之人員，對於監督之事務，明知違背法令，直接圖自己不法利益，因而獲得利益，處有期徒刑 2 年 8 月，褫奪公權 5 年。
判決要旨	1、貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所謂「利益」，係指一切足使其本人或其他第三人（含自然人及法人）之財產增加經濟價值者，包括現實財物及其他一切有形、無形、消極與積極之財產利益而言，如現金、債權等是。 2、本件被告許財利、戊○○、庚○○及寅○○共同以所有五豐公司土地中 C 地，於 92 年 9 月 5 日與公車處以 8,499 萬 6,780 元簽訂買賣契約，揆諸上開說明，本件於契約成立時，被告等即取得 8,499 萬 6,780 元之債權，嗣後被告許財利並實際自第 1、2 期款中分得 3 千萬元、被告庚○○自第 1、2 期款中分得 1,799 萬 8,068 元、被告寅○○自第 1、2 期款中分得 3 百萬元，渠 4 人並享有第 3 期款之債權。 3、貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪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之利益，因而獲得利益者」。本件，被告許財利購買五豐公司土地，明知依公職人員利益衝突迴避法第 9 條之

	規定「公職人員或其關係人，不得與公職人員服務之機關或受其監督之機關為買賣、租賃、承攬等交易行為」，竟故意違背此項法律規定，為圖得自己不法利益，仍以其所有之五豐公司土地，與受其監督之基隆市政府公車處簽訂買賣契約，並因而獲得利益，核被告許財利所為，係犯貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之對於監督事務圖利罪。 4、審酌許財利、戊○○、庚○○、寅○○不思正途，竟共同違法攫得不法利益，庚○○到案後始終自白犯行，犯罪後態度良好，渠等 4 人並將不法所得財物全數返還基隆市政府，自動繳交全部所得財物，並解除購地契約取消不法債權[63]。

[63] 本案有兩種見解：

一、否定說：被告主動解約退款，並沒有從中獲得不法利益，非但「無利可圖」甚至虧錢。全案頂多是沒有「利益迴避」，不成立圖利罪。

二、肯定說：所謂的「不法利益」包括物權與債權，現金是轉移物權的行為，簽約行為是債權的請求權。本購地案當初在採購「契約簽定」時，犯罪行為就已完成，不因事後解約而受影響，也不以錢有沒有「落袋為安」做考量；全案在解約後，雖然未獲利益，但是之前的簽約已獲利益，債權利益也是利益，不一定要現金才算利益。簽約以後買賣成立，就可以向市政府請求交付 8 千多萬元的債權履行，實際上已獲利益，因為認定全案圖利三要件均齊，被解不解約是另一回事，與原成立的犯罪無關，契約簽定時，就已經進入「圖利既遂」、「因而獲利」階段。若以錢沒有進到口袋做為圖不圖利的認定標準，是對法律的誤解。