

圖利與保密 (上)

內政部警政署九十三年政風幹部專精班專題演講全文

甘 添 貴

整理：張 容 瑞

一、圖利的概念及相關法律問題

(一) 圖利的概念

所謂圖利，就是圖得不法利益的意思。利益，本來沒有合法與非法的分別。所謂不法利益，是指以不法的手段或方法獲得的利益。所謂利益，是指一切足以增加財產經濟價值的利益，包括現實財物及其他一切有形、無形或積極、消極的財產利益。問題在於，圖利行為是否屬於貪污行為？「圖利行為」與「貪污行為」之間是不是可以劃上一個等號？關於這一點，在九十年刑法重新修訂之前，就普通刑法所界定的圖利行為與貪污治罪條例所界定的圖利行為二者相較以觀，事實上仍有其差異性存在。因之，圖利行為是否屬於貪污行為？這個問題，可以從兩方面加以觀察：

1、法律的規定

有關公務員操守的犯罪，在普通刑法上，主要規定在第四章瀆職罪，所謂瀆職，是指公務員褻瀆其所執行的職務。以刑法第一百三十一條公務員圖利罪規定為例，性質上即為瀆職行為的一種類型；在特別刑法上，則規定為貪

污罪，其範圍甚為廣泛，有重大貪污罪、較重貪污罪及較輕貪污罪，其內容除賄賂及圖利行為外，尚擴及盜賣、侵占、竊取、勒索、勒徵、強募及詐取等行為在內（貪污治罪條例第四、五、六條）。可見依貪污治罪條例的規定，貪污行為的概念較廣，其內涵包含圖利行為在內。圖利行為，也是屬於貪污行為的一種。

2、行為的本質

依歷年來最高法院的判例，公務員不問是出於圖得「自己」或圖得「第三人」的不法利益，甚至圖利「國庫」的行為，都是屬於瀆職行為。換句話說，我司法實務向來認為，刑法第一百三十一條第一項的圖利罪，是處罰公務員的瀆職行為，故無論圖利國庫或圖利私人，都應成立該條項罪名。我在學校授課談到這個條文的時候，常提供學生一個思考點，舉例來說明，譬如說學校總務單位人員，替公家機關採購壹百臺電腦，假設一臺電腦定價是五萬元，他跟廠商百般討價還價，結果以三萬五千元成交，為國家省錢，這算不算是圖利國庫的犯罪行為？如果是的話，公務員該如何執行職務才不會構成圖利罪？該條的規定是否會成為公務員執行職務時綁手綁腳的「緊箍咒」？至貪污治罪條例第六條第一項第四款的圖利罪，



陸、法學講座





司法實務向來則認為該罪旨在懲治貪污，應以圖利私人為限，如果是圖利國庫，則不包括在內。

依照判例的解釋，圖利行為，須以圖利自己或第三人的私人不法利益，始為貪污；如係圖利國庫者，雖得構成刑法上的圖利罪，但仍無法成立貪污罪。可見圖利行為，在本質上如將其視為瀆職行為，則與貪污行為，仍有差別，並非完全相同的概念。

不過，政府鑒於公務員的圖利行為與公務員的便民行為及行政裁量行為，在實務上極難區分，不但易滋爭議，且容易導致行政效率的低落。因此，業於民國九十年十一月將刑法第一百三十一條修正為須係圖利自己或其他私人不法的利益者，始能成立圖利罪。依照新修正的規定，公務員縱有圖利國庫的行為，已不屬於瀆職行為，並不成立刑法上的圖利罪。圖利行為，在普通刑法上，既屬於瀆職行為，也是貪污行為；在貪污治罪條例上，則為貪污行為的一種，兩者的概念內涵已沒什麼差別。

(二)圖利與便民及行政裁量

政府一再宣導公務員是人民的公僕，一切行政應以「便民」為考量。所以，行政機關為提高行政效率，加強服務百姓，每自動或被動採行各種便民措施。而無論何種便民措施，必然有多數或少數民衆獲得利益。舉例來說，某市政府建管處官員，基於體諒建商資金調度困難的考量，假設一張建照核發時間是兩個月的期限，該官員覺得讓廠商的資金在時間上拖這麼久，資金的調度運用必定壓力很沉重，所以把核發建照的期限縮短為一個月，這不但是便民行為，且必定會有許多建商獲得利益。

所以，任何一個便民措施，既曰「便民」，就有人民獲得利益，如此，便民行為是否屬於圖利百姓或圖利他人的行為？如果是的話，公

務員執行職務真的只能用「動輒得咎」四個字來形容！圖利個人的行為或許不對，但是圖利國庫的行為則錯在哪裡？在便民服務與圖利他人之間，究應如何劃出一個清楚的界線？至為不易。公務員於執行職務時，如何拿捏於兩者之間，頗為困擾，稍有不慎，即有觸法的可能。為避免圖利他人而身涉刑責，雖政府加強便民的口號，震天價響，但是行政效率，一直未見大幅提昇；便民措施，也始終無法具體落實。為何如此？根本的原因，實因刑法第一百三十一條尚未修正前，原有圖利罪的規定本身，過於曖昧與抽象，加上解釋偏差的關係。此外，公務員為一定的行政處分時，其所適用的法律依據，如果是不確定的法律概念或授權行政機關得自由裁量者，有沒有逾越裁量或濫用裁量，判斷本極困難，其與圖利之間，更是牽扯複雜，導致公務員動輒得咎，而無法勇於任事。

刑法第一百三十一條尚未修正前，圖利罪構成要件的行為，僅規定「圖利」二字，極為抽象與簡略，不但是「不確定的法律概念」，而且是「規範或與價值有關的概念」。因此，在解釋上，極可能出現重大的差異。譬如，有認為圖利行為，必須違反執行職務時所應遵守的法令，始能成立者；也有認為公務員對於自己所主持經辦或監督的事務，祇要藉機圖利，就是違背委任。至於實際上有無違背其所負職務，則在所不問者。

就修正前圖利罪構成要件的規定而言，所謂圖利，祇須公務員對其主管或監督的事務，有直接或間接圖利的意思，而表現於行為，就可以成立。至其有無違背職務，對於本罪的成立，並不生影響。例如，工程綁標事件，即未必有違背職務的情形存在。因而，公務員於執行職務時，雖未違背其職務，為替政府省錢，而與廠商百般計較，致節省公帑時，也有可能成立圖利國庫罪之嫌，其不合理，實至為顯然，

毋待詞費。

(三) 現行圖利罪的規定

九十年十一月，行政院為使圖利罪的構成要件更為具體明確，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。在行使行政裁量時，亦不致只顧防弊，而忽略興利。因此，將刑法及貪污治罪條例中的圖利罪，同步加以修正。

現行刑法第一百三十一條規定：公務員違背職務，對於主管或監督的事務，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。犯前項之罪者，所得的利益沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。茲就此修正後的條文，略為研析如次：

1、圖私人不法利益

修正前刑法第一百三十一條第一項的圖利罪，著重在處罰瀆職，故無論圖利國庫或圖利私人，均應成立該條項的罪名。但是如前所述，公務員不論有無違背職務，凡有圖利國庫的行為，亦均得成立本罪，不但使得公務員動輒得咎，且只顧防弊而忽略興利，勢必使一切行政革新，流為空談。因此，修正後規定為須係圖私人不法利益者，始能構成本條項的犯罪，頗為適當。至其係圖自己或第三人的不法利益，則非所問。

2、結果犯

犯罪的類型，有所謂舉動犯與結果犯。舉動犯，是指行為人只要實施一定的犯罪行為，犯罪就已成立。例如，刑法第三百零九條公然侮辱罪，甲在眾人面前罵乙是個畜生，甲一罵完，馬上就成立公然侮辱罪的既遂。結果犯，是指行為人除了實施一定的犯罪行為外，還必須發生一定的結果，犯罪才成立。例如，刑法

第二百七十一條殺人罪，除了殺人行為外，還必須發生死亡的結果，才成立殺人罪的既遂。

將犯罪類型區分為結果犯與舉動犯，其作用何在？在犯罪的「既遂」與「未遂」的認定上有重大的關係。舉動犯，是一有犯罪的舉動，就成立犯罪既遂。結果犯，則是雖有一定犯罪的舉動，如未發生結果，犯罪不一定成立，最多僅成立未遂犯而已。之所以稱為「最多」，是因為刑法第二十五條明文規定未遂犯之處罰以法律有特別規定者為限，並非每一種犯罪行為都有處罰未遂犯的規定。如本條的圖利罪，即屬適例。因而，圖利行為如果沒有獲得利益，行為人雖然主觀上明知違背法令，客觀上亦有實行違背職務圖利他人的行為，圖利罪仍然沒有成立。

所以，修正前刑法所規定的圖利罪，是舉動犯，只須行為人將直接或間接圖利的意思，表現於行為，即足成立，並不以實際獲得利益為限。修正後規定為結果犯，須因而獲得利益者，始能成罪。此項修正，由舉動犯改為結果犯，縮小本罪的適用範圍，可以避免公務員動輒得咎，對於行政效率的提昇，應會有相當大的助益。

3、明知違背法令

首先，先釐清「明知」二字之意涵。刑法第十二條規定，犯罪行為非出於故意或過失者，不予處罰。所謂「故意」（刑法第十三條規定）的內涵為何？通常可以用「知」跟「欲」兩個字來對之作一詮釋。亦即，行為人「知道」或「認識」某個犯罪事實，並且「有意」使之或讓之發生，「知」與「欲」二個字加起來就等於故意。

至於故意與過失的差別，可以舉例說明如下：第一種情形，行為人主觀上「有知有欲」，而且抱著「希望」「積極」的心態。例如：甲在操場上丟擲標槍，當甲正要丟擲之際，看見仇





人某乙站在前方，甲知道如果丟擲標槍過去，可能會打到乙，甲心想反正乙是仇人，乾脆讓乙死了算了！甲主觀上有意讓乙死亡，客觀上有丟擲標槍的行為，乙也因而產生死亡結果，這是屬於故意的情形。

第二種情形，行為人主觀上雖「有知有欲」，但抱著「無所謂」、「消極」的心態。例如：甲知道如果丟擲標槍過去，可能會打到乙，而且乙跟甲無冤無仇，甲並不想殺死乙，但是甲心裡想，乙明明知道甲在練習標槍，卻還站在那裡不走，所以心想將乙打死了也無所謂，甲主觀上有知有欲，但是消極的欲，這也是屬於故意的情形。

第三種情形，行為人主觀上「有知無欲」，並未抱有「消極」的心態。例如：甲知道如果丟擲標槍過去，可能會打到乙，但是甲心裡想，乙離得那麼遠，相距五十公尺之遠，而自己丟擲標槍頂多二十公尺而已，不可能打到乙，沒想到一丟擲過去，突然刮起一陣大風，有如神助地，標槍竟然被丟擲達五十公尺之遠，還把乙打死了，完全出乎甲的意料之外，這是屬於過失的情形。

第四種情形，行為人主觀上「無知無欲」，純屬於意外。例如：甲在操場上丟擲標槍，看見操場上都沒有人，所以就丟擲標槍出去，沒有想到乙突然跑過來，竟然打到了，這時甲主觀上既無「知」又無「欲」，這也是屬於過失的情形。

在這裡要談的「明知」，是指第一種情形「有知有欲」的「積極」的故意心態而言。行為人必須積極希望犯罪結果實現，在學理上，我們稱之為「直接故意」（刑法第十三條第一項「明知」二字參照）。至於第二種情形「有知有欲」「消極」的故意心態而言，行為人主觀上並未積極希望犯罪結果發生，但是就算發生也無所謂，所以行為人主觀上僅具消極性，在學理上，我

們稱之為「間接故意」或「未必故意」（刑法第十三條第二項參照）。此第二種故意情形並未如第一種故意情形具有「明知」的主觀構成要件要素，縱然具備之，亦不能成立圖利罪。因之，行為人明明知道這樣做違背法令，仍然積極地去實現，這才是屬於「明知違背法令」之情形。

修正後圖利罪成立的前提條件，必須公務員明知違背法令，始能成立。此一「明知違背法令」要素的規定，等於是把箝在公務員頭上的「緊箍咒」打開來了，以往公務員執行職務，雖想便民卻常動輒得咎，明明是職權內得以行政裁量的事項，但卻常成為民意代表藉機挑毛病的地方。規定此項要件，可使公務員行政裁量範圍內的事務與非法圖利行為的區分，更為明確。

明知違背法令，有的為形式的違背，例如，明知法令的發布違背法定的程序；有的為實質的違背，例如，明知行為的實質內容違反法令的規定。不過，因法令的種類及內容，相當龐雜，而且法令發布是否違背法定的程序或行為的實質內容是否違反法令的規定，並非所有公務員均能瞭解，如果因公務員的誤解或不知法令的規定，致圖得私人不法利益時，就沒有「明知違背法令」的問題，尚難對該公務員繩以圖利的罪責。所以，此次修法，特別規定須「明知」違背法令，亦即對於違背法令，須有直接故意，始能成罪。

(四)法規的競合

1、圖利罪與違背職務受賄罪

公務員直接或間接圖私人不法的利益，因而使自己或他人獲得利益者，除成立圖利罪外，也可能同時觸犯刑法第一百二十二條的違背職務受賄罪。此際，依法條競合的法理，違背職務受賄罪為基本規定，圖利罪為補充規定，應優先適用違背職務受賄罪的基本規定，

排除圖利罪補充規定的適用。例如，最高法院五一年台上字第七五〇號判例認為：「刑法第一百三十一條的罪，係關於公務員職務上圖利的概括規定，必其圖利行為不合刑法各條特別規定者，始受本條的支配。若其圖利行為合於其他條文的特別規定，即應依該特定條文論擬，不得適用本條。」此項法條競合的法理，在普通刑法上的適用是如此，在貪污治罪條例上的適用亦是如此。

2、刑法上的圖利罪與貪污治罪條例上的圖利罪

公務員的圖利行為，除成立刑法第一百三十一條的圖利罪外，也同時觸犯貪污治罪條例上第六條第一項第四款的圖利罪。此際，依中央法規標準法第十六條「法規對其他法規所規定的同一事項而為特別的規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」的法規適用原理，應優先適用貪污治罪條例第六條第一項第四款的圖利罪處斷。

(五) 行賄行為可罰性的再省思

1、行賄罪本質上為妨害公務罪

有關公務員操守犯罪的保護法益，是國民對於公務員公正執行職務的信賴。公務員於執行職務時，如未堅持其操守，而收受法定以外的不法報酬，侵害國民對於公務員公正執行職務的信賴，自具有可罰性，應予以處罰。不過，公務員此種違反操守的行為，是公務員從其執行職務的本身，褻瀆其所執行的職務，故刑法將其作為瀆職罪的一種。至行賄行為，則是一般人從公務員執行職務的外部侵犯公務員所執行的職務，在本質上自與受賄行為有所差別。所以，大法官會議釋字第九十六號解釋認為：刑法第一百二十二條第三項的行賄行為，性質上不屬於瀆職罪，其幫助或教唆者，亦同。

2、收賄重行賄輕思想的質疑

自有關公務員操守犯罪的本質及保護法益加以觀察，向來均認為賄賂或圖利罪，是侵害國家權力作用的犯罪。因而，受賄行為的惡質性與可罰性，均較行賄行為為重。國民的法意識，也是如此。各國立法例歷來對於賄賂行為所設計的刑罰制度，收賄罪的處罰，均較行賄罪為重。例如，我刑法僅規定對於公務員違背職務的行賄行為，始加以處罰；且規定自首或自白者，得減免其刑（刑法第一百二十二條第三項參照）。至對於公務員不違背職務的行賄行為，則放任不罰（刑法第一百二十一條參照）。貪污治罪條例所設規定，亦同此理念，充分顯示收賄重、行賄輕的思想。

目前，對於公務員合法職務上的行為行賄，並沒有成立行賄罪的問題。舉例來說，甲是建管處的官員，掌管核發房屋使用執照，而核發期限是一個月，甲很幫忙建商乙而依法於期限內迅速發給其使用執照，乙為感激甲公務員的幫忙，私下送給甲壹百萬元。公務員甲收受這壹百萬元構成合法執行職務之收受賄賂罪（刑法第一百二十一條第一項參照），但是建商乙的行賄行為，法並無處罰其犯罪的明文規定，亦即乙並不構成行賄罪。民國二十四年制定刑法時，主要是有一個期待，在刑事政策上希望能讓行賄者勇於檢舉貪污。因為，行賄者縱然實行賄賂，公務員所執行者仍然為合法範圍內的職務行為，所以對公務的妨害情節並不大，頂多僅為公務員違背其操守的廉潔而已，所以對於行賄者網開一面，對之並不科處行賄罪責。如果公務員所執行的是違背職務的行為，因影響公務執行的公正，就頗具嚴重性，此時對行賄者的實行賄賂行為就必須科處行賄罪責。（未完待續）♥

（本文作者現職為輔仁大學法律學系主任、教授）

