

法第 19 條「……予以消毒、銷燬或退運……」之規定並未衝突，有行政院農業委員會動植物防疫檢疫局 88 年防檢四字第 88506408 號函在卷可證，益見本件金龜樹、雞蛋花並非僅有退運或燒燬，尚可以切除銷燬及消毒方式處理，則商檢局台中分局採感染部分切除銷燬，餘株消毒等方式處理，應屬合法之行政裁量，尚難指被告有違法圖利亞森、永信等公司。至商檢局 85 年檢台五字第 16391 號函，係被告依上開方式處理之後，商檢局始表示之意見，並非被告為本案處理時即已存在之行政命令，自僅得作為以後相類案件之處理依據，尚不得以此溯及推論被告有故意圖利亞森、永信等公司之行為。

## 捌、法條競合

瀆職罪係公務員對於國家忠誠關係之破壞而危及人民對於政府行政官署之信賴，其不法內涵乃在於破壞依法執行職務之服務原則，損害國家法益。至於瀆職罪章中有各種不同的瀆職行為，所侵害之法益種類可區分為：國家利益、政府之威信與政府之統治機能、國家之內部秩序、公務員執行職務之廉潔與公正、人民之合法權益等<sup>69</sup>。

學說上及實務上均認為，公務員圖利罪，係關於公務員職務上圖利之概括規定，必其圖利行為不合刑法各條特別規定者，始受本條之支配，若其圖利行為合於其他條文之特別規定，即應依該特定條文論擬，不應適用圖利罪，已如前述。惟另有以下二項爭點，值得研究，茲述如下：

### 一、公務員圖利罪與背信罪之競合

公務員違背職務，圖利自己或他人，或造成公務機關之財產損失時，若不符合貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之構成要件時，得否成立刑法第 342 條之背信罪，結合同法第 134 條公務員之加重規定論罪？

**案 由：** 公務員違背職務，圖利自己或他人，或造成公務機關之財產損失時，若不符合貪污治罪條例第 6

<sup>69</sup> 林山田，刑法特論（下），三民書局，95 年 11 月。

條第1項第4款之構成要件時，得否成立刑法第342條之背信罪，結合同法第134條公務員之加重規定論罪？

**台灣高等法院檢察署研究意見**：採修正之乙說。

公務員為國家處理屬於私經濟範疇之財產事務，而非公權力範圍內之公務，如有假藉職務上之權力、機會或方法，意圖自己或第三人不法之利益或損害國家之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於國家之財產或其他利益，於不合於瀆職之構成要件時，得成立刑法第342條之背信罪，並適用刑法第134條關於公務員犯罪加重其刑之規定。

## 法務部研究意見：

採乙說，惟理由修正如下：(92年6月3日法檢字第0920802472號)

- (一) 按公務員亦可為刑法第342條背信罪之犯罪主體，所謂違背之職務，依現行實務見解，包含公務、私經濟行為在內。蓋公務員擔任國家或地方自治團體，或是國營事業，或為公法人，或為私法人，均合於刑法第342條所稱「他人」之要件，而公務員執行公務，係為國家、地方自治團體或國營事業處理事務時，其意圖為自己或他人不法利益，或損害國家、地方自治團體或國營事業之利益，違背其任務，致生損害於國家、地方自治團體或國營事業之利益者，應屬構成背信罪之要件。
- (二) 公務員擔任公務，其所處理者係公眾之事務，並非自己事務，傳統背信罪係排除承攬型態之事務，以承攬有代價係為自己之事務，但受雇人關於自己工作上事務，則認定屬背信罪之他人事務（最高法院29年上字第1858號及29年上字第674號判例參照）。
- (三) 公務員貪瀆罪之立法向以嚴刑重處，足見立法政策就公務員對其職務責以更高之忠誠義務，故其違背職務圖利於自己或他人，或致損害於公務機關時，若不符合圖利罪之要件，則應審視是否構成背信罪之要件，再依刑法第134條公務員之加重規定論處。

法院對於圖利罪修正後之因應態度，因認圖利罪之定罪可能性極低，近來最高法院亦有改論背信罪者，而將60多年來極少適用之最高法院28年度上字第2464號判例重新提出。例如，中正國際機場航站弊案於85年間爆發，中華顧問公司受政府委託承辦航站工程，諸多民航局場站組官員及中華顧問公司工程師因違法核准施工；或因收受廠商的回扣、浮報價額，被檢察官依共同圖利罪嫌起訴。臺灣高等法院90年6月審判本案，被告劉暉富等8人均獲無罪。上訴後，最高法院91年台上字第2656號判決認：「…公務員基於公法上之規定，關於職務上之行為，如有意圖為自己或第三人不法之

利益，或損害其服務機關之利益而為違背其職務之行為，致生損害於服務機關之財產或其他利益者，雖因不符合貪污治罪條例或其他瀆職特別規定之構成要件，而不成立瀆職罪名，仍非不可以背信罪相繩。(28年度上字第2464號判例)」，將本案發回更審<sup>70</sup>。

## 二、圖利罪之競合比較

犯90年11月7日修正公布前貪污治罪例圖利罪，應先審認該犯行依修正前後新、舊法均成立犯罪，始有進一步適用刑法第2條第1項定，擇用法定刑較輕法律之問題。如依舊法不成罪，即應逕依刑法第1條罪刑法定原則諭知無罪；如依舊法成罪，但依新法不予處罰，則應依刑事訴訟法第2第4款規定諭知免訴，均無依刑法第2條第1項比較新、舊法適用之餘地。亦不得不顧被告行為依新舊法均成立犯罪之前提是否存在，即先就新舊法之犯罪構成要件互作比較，而以新法規定比較嚴謹之犯罪構成要件對被告有利為由，逕行適用新法。(最高法院96年度台上字第638號判決)

---

<sup>70</sup> 最高法院28年上字第2464號判例：「公務員關於職務上之行為，有時雖亦足以構成背信罪，然以不合於瀆職罪之構成要件為限，如其犯罪行為已足成立瀆職罪名，即不能以其違背職務而認為構成背信罪。」，參見中國時報，91年7月14日7版。