

最高檢察署

檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書
(109 年度台上大字第 3214 號)

檢察官 朱朝亮
陳瑞仁
吳巡龍
黃則儒
林俊言
蔡秋明

本件提案之法律問題

違章建築依相關法令係屬應即予查報、拆除者，主管該事務之公務員未依法予以簽報（拆除），致使原起造人仍得繼續保有該違章建物之整體用益狀態等情形，是否屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所規定之圖其他私人不法利益？

目錄

| | |
|---|----|
| 壹、與法律爭點相關之本案事實 | 1 |
| 貳、本案一二審判決對上開法律爭點之見解 | 3 |
| 一、臺灣士林地方法院民國 106 年 12 月 22 日 104 年訴字第 236 號判決(採否定說) | 3 |
| 二、臺灣高等法院民國 109 年 4 月 6 日 107 年度上訴字第 768 號刑事判決(採肯定說) | 4 |
| 參、我國最高法院對於本案法律爭點之見解 | 6 |
| 一、採否定說者 | 6 |
| 二、採肯定說者 | 7 |
| 肆、我國學界對此法律問題之見解 | 8 |
| 伍、本案所涉及法令之外國立法例與實務 | 10 |
| 一、美國，以伊利諾州法、紐約州、德州為例 | 10 |
| (一) 美國伊利諾州 | 10 |
| (二) 美國紐約州 | 12 |
| (三) 美國德州 | 14 |
| 二、英國 | 15 |
| 三、義大利 | 17 |
| 四、瑞士 | 20 |
| (一) 瑞士刑法第 312 條濫用職務罪 | 20 |
| (二) 瑞士刑法第 314 條背信執行職務罪 | 22 |
| (三) 瑞士法小結 | 23 |
| 五、日本 | 24 |
| (一) 公務員圖利行為，得以刑法第 247 條之背信罪論斷 | 24 |
| (二) 公務員違背任務，對於國家或地方自治團體加諸財產上損害，該當背信罪 | 24 |
| (三) 日本法小結 | 27 |
| 陸、本署對本案法律問題之意見 | 27 |
| 一、圖利行為包括消極不作為 | 27 |
| 二、所謂不法利益係指不公平之違法狀態利益 | 28 |
| 三、不法利益包括現實財物及其他之無形利益(含使用利益) | 30 |
| 四、不法利益產生之時點與計算方式 | 32 |
| 五、圖利罪應否廢止應屬立法論，非本件法律爭點 | 32 |

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

提出人 最高檢察署檢察官 朱朝亮

上訴人

即被告 林韋鳴

選任辯護人 許博森 律師

陳羿綦 律師

葉雅婷 律師

上列上訴人即被告因涉犯貪污罪經臺灣士林地方法院檢察署檢察官於民國 104 年 8 月 31 日以 104 年度偵字第 9838 號、第 10138 號案件提起公訴，認涉犯貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款圖利罪嫌。嗣經臺灣士林地方法院於民國 106 年 12 月 22 日以 [104 年度訴字第 236 號](#) 判決無罪。一審檢察官不服，提起上訴，經臺灣高等法院於民國 109 年 4 月 6 日以 [107 年度上訴字第 768 號](#) 撤銷一審無罪判決改判有罪，並處有期徒刑陸年，褫奪公權參年。被告不服，上訴至貴院，經貴院第二庭於 110 年 5 月 14 日以 [109 年度台上大字第 3214 號](#) 裁定將此案之法律問題提交最高法院刑事大法庭裁定。茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

本件二審法院認定之犯罪事實為：

被告林韋鳴自民國 94 年 7 月 6 日起至 97 年 9 月間，擔任臺北市政府都市發展局建築管理工程處（下稱建管處，於 95 年 8 月 1 日改隸屬臺北市政府都市發展局，機關全銜改為「臺北市建築管理處」，於 101 年 2 月 16 日更名為「臺北市建築管理工程處」，下同）違建查報隊第四分隊小隊長，負責執行臺北市大同區、士林區及北投區違章建築認定及查報取締職務，為依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員。陳仲明於 92 年 1 月 8 日與黃銘坤簽定受讓租賃契約，接手經營「貴子坑企業社」（設於臺北市○○區○○路 000 巷 00 號），續於 92 年 11 月 8 日起接手原公司名稱為「稻香村開發事業有限公司」（設立日期：79 年 1 月 4 日，址設：臺北市○○

區○○路段 000 巷 00 號 1 樓)，在位於臺北市○○區○○路 000 巷 00 號、17 號經營「貴子坑鄉村俱樂部」，並於 95 年 10 月 31 日設立「貴子坑開發事業有限公司」（址設：臺北市○○區○○路 00 號 2 樓），一同經營貴子坑鄉村俱樂部。其明其所接手經營貴子坑鄉村俱樂部之建物座落土地毗鄰臺北市○○區○○段○○段 000○○000○○000 地號土地均為財政部國有財產署北區分署(下稱國有財產署北區分署)管理之國有土地，均經臺北市政府公告劃定為水土保持法所定之山坡地範圍，屬限制開發利用之保護區，未經主管機關即國有財產署北區分署同意及臺北市政府工務局大地工程處許可，不得擅自墾殖、占用或從事開發經營(所違反水土保持法案件，經原審判決有期徒刑 6 月，得易科罰金確定)(下略)

(承上)…詎林韋鳴於附表壹所載日期前往貴子坑鄉村俱樂部進行勘查時，均可見附表壹所示違建物與該處既存違建物之材質、外型均明顯不同，有拆後重建，及非使用原有材質進行修繕，並有增建、加層、加高，使用鋼筋混凝土、水泥磚牆等永久性建材進行修繕、修建等行為，均不符上開既存違建物之修繕、修建，甚至有拆後重建之情，而屬新違建，均應依上開規定查報拆除，竟為圖陳仲明得以繼續無權占用附表壹所示之國有土地及保有附表壹所示之違建物之不法利益，即以僅查報如附表壹所載之泳池上方鐵架、查報部分違建物即利用不鏽鋼搭建 5 間湯屋，及景觀餐廳頂樓所搭鐵架等違建物，之後多次前往該處，則僅拍照表示曾經查報違建物區，已查報拆除無復建，景觀餐廳部分則稱為既存違建之方式拍照後辦理結案，對於其他主要違建物如多湯屋、生活小市集、綠房餐廳等違建均未曾拍照或勘查，變相容許陳仲明得以在附表壹所示國有土地上持續經營包含有數間餐廳、湯屋溫泉區、游泳池、高爾夫球場等貴子坑鄉村俱樂部，直接圖利陳仲明無權占用如附表壹所示之國有土地，因而得如附表貳編號一所示相當於土地補償金之利益，金額合計新臺幣(下同)61 萬 8567 元；及因附表壹所示違建物均未遭查報拆除，而獲得如附表貳編號二所示違建物之不法利益合計 403 萬 366 元(計算式詳如附表貳編號二所載)。

貳、本案一二審判決對上開法律爭點之見解

一、臺灣士林地方法院民國 106 年 12 月 22 日 [104 年訴字第 236 號](#)判決（採否定說）

摘錄一審判決理由如下：

公訴意旨雖以最高法院 [103 年度台上字第 3591 號](#) 刑事判決意旨「...依原判決之認定，本案違章建築依法令規定並無取得農業產銷必要設施興建核准函、建築執照、使用執照之可能，本應依法拆除，而因黃琮福、李駿成、鄭武鵬等人之不法行為使本案違章建築獲得免於被拆除之整體利益，且渠等之行為均係使本案違章建築免於被拆除不可或缺之一環，原判決乃認係直接圖第三人即徐雪玉、陳新發得以保留本案建物之不法利益經核並無不合……」為由，並提出貴子坑鄉村俱樂部歷年帳冊、所得稅申報資料為證，主張被告林韋鳴上開所為既已致使違章建築獲得免於被拆除之整體利益，自屬貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款所定不法利益之標的。然該案係針對民眾購買都市計畫內農業區之土地後，未經依法向主管機關申請核發建築執照，即擅自在農業區土地上動工興建房屋，為避免該違章建築物遭強制拆除，由具有公務員身分之被告容許該民眾將供居室使用而非作為農業產銷必要設施之農業集貨場使用之違建，以農業產銷必要設施之集貨場（倉庫）名義，先申請核發都市計畫農業區農業用地申請興建農業設施之使用許可，再補辦建築執照、使用執照之方式進行，藉以使上開違章建築就地合法，致使該民眾獲得免於遭拆除建築物之利益，是其抽象論斷所據基礎事實乃審核建築執照或使用執照之公務員，就明知不能核准執照之違章建築，違法賦予該違章建築就地合法之權源，藉以使上開違章建築就地合法，顯與本案僅係針對單純使用該違章建築所有或管領者之獲益，並不相同，尚不得就該判決要旨與其基礎事實分離而予片面割裂；而公訴意旨所舉判決要旨，既屬該案法官對於卷證資料之評價及意見，亦核與本案情形不同，是公訴意旨執此比附援引，顯屬誤會，自難憑採。

二、臺灣高等法院民國 109 年 4 月 6 日 [107 年度上訴字第 768 號](#)刑事判決（採肯定說）

摘錄二審判決理由如下：

（1）本件被告林韋鳴辦理查報違建勘查，因有前述故意不為查報違建行為，使同案被告陳仲明自 94 年 6 月間起至 97 年間，接續在附表壹所示國有土地上拆後重建湯屋區，及就生活小市集、綠房餐廳等違建物進行加層、加高擴大建築面積之修繕行為，並使用永久性建材進行修繕、修建等所為，均違反既存違建修繕、修建，而均應依上開規定查報拆除，但均因被告林韋鳴故意不為查報，致同案被告陳仲明得無權佔有使用附表壹所示地號之國有土地，及附表壹所示各違章建物均因被告林韋鳴不為查報拆除使陳仲明因未查報拆除而得以保有該違建物，自屬獲有財產上之不法利益，應無疑義。至於公訴意旨並認被告林韋鳴故意不查報拆除前開違建物，致業者陳仲明得以於 94 年間起至 103 年間違法經營貴子坑鄉村俱樂部，使貴子坑公司獲得 3 億 7961 萬 4696 元之不當營業利益部分。然陳仲明雖利用上開違建物而在貴子坑鄉村俱樂部內經營各間餐廳、高爾夫球場、KTV、湯屋、游泳池及所提供服務、販售商品等契約行為，即此部分收益，顯因另外與至該處消費民眾間另成立買賣契約，提供泡湯、餐飲、歌唱、打球等服務契約以致，然陳仲明是否因此未拆除違建物必然獲得此部分營業收益部分，仍繫乎於視當時消費市場、社會經濟等客觀環境經濟狀態、及經營具體情形而定，尚難一概而論，縱有營業獲利，顯難認與建築違章建物間具有相當因果關係，是公訴意旨此部分所稱被告林韋鳴未查報前開違建物，致貴子坑公司獲得營業利益部分，顯有誤會，併此說明。（2）不法利益之計算：①無權占有國有土地部分：本案因被告林韋鳴就附表壹所示違建物故意不為查報行為，使部分違建物占用附表壹所示地號、範圍國有土地部分，業者陳仲明並無任何合法使用權源，為證人陳仲明、沈嫚嫻證述在卷，同前開所載，而國有財產署北區分署陸續於 101 年 11 月及 102 年 8 月接獲檢舉及勘查發現後，依據陳仲明所占用面積及事實，就該處 000、000 地號部分，均從 102 年起收取如附表貳編號一所示相當不當得利之使用補償金，亦為證人沈嫚嫻陳述明確，並有財政部國有財產局北區分署 104 年 5

月 18 日台財產北管字第 10400122371 號函附臺北市○○區○○段○○段 000○000○000 地號國有土地遭占用收取補償金細目在卷可按（見偵查卷 13 第 2 至 12 頁，偵查卷 5 第 197 至 201 頁）。②又被告林韋鳴故意不查報附表壹所示違建物，圖利業者陳仲明，使其得以因不查報而免予拆除，而保有附表壹所示各違建物所獲得不法利益部分：有關業者陳仲明為附表壹所示違建物實際主導並出資改建、修建及拆後重建者，其為具有事實上處分權人，據卷內相關證人證述及評估表所載有關附表壹各違建物約於 95 年至 97 年間被告林韋鳴調職前陸續完成，據證人陳仲明及施工人員所述，僅得知附表壹所示違建物至遲於被告林韋鳴於 97 年間調職前陸續完成，則均認於 97 年間完成。被告林韋鳴違反上開要點，未就附表壹所示違建物查報拆除，而使業者陳仲明因而保有附表壹所示違建物，則有關附表壹所示違建物價值，則依其興建年份、所使用建材材質、第 1 層或第 2 層、折舊等進行估算，則依據違建物所在之臺北市政府地政處 92 年 2 月 12 日北市第二字第 09230483000 號函修正之「臺北市地價調查用建築改良物標準單價表」、「臺北市地價調查用建築改良物耐用年數及每年折舊率表」及「臺北市地價調查用全棟建築改良物之裝潢、設備及庭園設施等費用標準表」計算附表壹所示之違建物，而所以如附表貳編號二所載之材質、樓層、面積等，建物價值，依上開單價表所列之標準，及依上開折舊率表所列不同材質之耐用年數，判斷折舊率，並於有疑義時以最有利於被告林韋鳴解釋方式認定，故附表壹所列違建物未經查報違建拆除而保有不法利益即應扣除其搭建附表壹所示各違建物所支出相關之材料、折舊等費用。故建物單價，裝潢、設備及庭園設施總費用為 25001 元以上者屬第一級費用，鋼筋混泥土建物僅有第二、三類，故以有利於被告計價，即 2 樓之鋼筋混泥土之建物計價每平方公尺 11500 元，（年折舊率 1.3%），2 樓磚造之建物計價在 11500 元以下者，以 11500 元（年折舊率 1.9%）計價，2 樓輕鋼架造之建物計價（未分類）以最有利被告計算認定之每平方公尺 7200 元（年折舊率 1.65%），歷經年數以起造完成後至拆除日計算【建物現值公式：建物單價×{1-（年折舊率×歷經年數）}×建物面積】，依此計算如附表貳編號二所示 被告林韋鳴因圖利業者陳仲明而未查報拆除之湯屋、生活小市集、

綠房餐廳等違建物價值部分，致陳仲明獲得該違建物之事實上處分權之利益金額均詳如附表貳編號二所載，共計 403 萬 366 元。

參、我國最高法院對於本案法律爭點之見解

一、採否定說者

最高法院 [72 年度台上字第 4607 號](#) 刑事判決

圖利他人之罪，必須所圖者為不法之利益，方屬構成，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 [85 年度台上字第 2657 號](#) 刑事判決

所謂「違章建築」，係指違反建築法令規定未領得建築執照，擅行興建之建物者而言，縱該類建物本身未能取得產權之登記，不受建築法令之保護，惟建造人仍原始取得該建物之所有權，對單純使用該違章建築所有(或管領)者之獲益，似尚難認其該項利得即屬不法利益之範疇。

最高法院 [85 年度台上字第 6081 號](#) 刑事判決

所謂「違章建築」，係指違反建築法令規定未領得建築執照，擅行興建之建物者而言，縱該類建物本身未能取得產權之登記，不受建築法令之保護，惟建造人仍原始取得該建物之所有權，對單純使用該違章建築所有(或管領)者之獲益，似尚難認其該項利得即屬不法利益之範疇。

最高法院 [92 年度台上字第 6071 號](#) 刑事判決

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一七六號土地上面之二層違章建物一棟，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，免因建築法第八十六條規定遭裁罰、拆除及勒令停用而無法維持每月平均約十餘萬元(新台幣，下同)之收入，因而獲得五萬元以上之利益

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。

二、採肯定說者

最高法院 [87 年度台非字第 135 號](#) 刑事判決

建築物因違章不得請領使用執照，固仍不乏其一般用益之經濟價值，惟既不得請領使用執照，連帶不能申請合法供水、供電，又須隨時擔負行政罰被勒令拆除違建物之風險，更無法辦理建築改良物之所有權保存登記後，充分發揮交易上應有之融通性及處分權能，凡此依生活體驗所得無不充分顯示違章建築與合法房屋間存有截然不同之經濟價值，倘對違章建築竟違背規定逕予核發使用執照，使成合法房屋，其因此不當巧取之經濟加值，自難謂非不法利益。

最高法院 [90 年度台上字第 1988 號](#) 刑事判決

依建築法第七十三條規定，建築物非經領得使用執照，不准接水、接電、或申請營業登記及使用。故未能取得使用執照之建築物，非但無法辦理所有權第一次登記，抑且不能供水、供電，無從發揮法律上之處分權能，及物之通常使用、收益權能，並負有違章拆除之危險，其交易價值與合法建築物顯不相同。從而違法核發使用執照，使成為合法建築物，其所加值之利益，即屬不法之利益。如果公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖私人之此項不法利益者，殊難謂不該當於貪污治罪條例第六條第一項第四款之罪。

最高法院 [103 年度台上字第 3591 號](#) 刑事判決

本案違章建築依法令規定並無取得農業產銷必要設施興建核准函、建築執照、使用執照之可能，本應依法拆除，而因黃○○、李○○、鄭○○等人之不法行為使本案違章建築獲得免於被拆除之整體利益，且渠等之行為均係使本案違章建築免於被拆除不可或缺之一環，原判決乃認係直接圖第三人即徐○○、陳○○得以保留本案建物之不法利益經核並無不合。

最高法院 [103 年度台上字第 2262 號](#) 刑事判決

所謂「利益」，依立法理由說明，係指一切足使圖利對象（本人或第三人）之財產，增加經濟價值之現實財物及其他一切財產利益，不論有形或無形、消極或積極者均屬之，且與「犯罪所得」之概念，並非相同。又一般未取得使用執照之建築物雖為地政機關所不許登記，尚非不得以之為交易標的，並非毫無交易價值，私人因公務員違法核發使用執照或修建建照執造之圖利行為，所獲得之不法利益，應係指原建築物成為得向地政機關登記之建築物或其後修建，因而取得或增加之價值。

肆、我國學界對此法律問題之見解

我國學界有主張圖利罪應該納入條文所無之「致生財產損害」的實質要素，此種主張以許恆達副教授為主，其認為圖利罪屬於濫權罪名的原始型態，可罰性在於公務員執行職務時違反法令，致生國庫或特定個人的財產損害，從而實現利益輸送結果，故應納入不成文的「致生財產損害」之實質要素。¹依此推論，違建案型即應不成立圖利罪，許教授指出：「既然本案（按：涉案的十二戶建物在興建過程中，未遵守原圖興建，致使長期無法從主管機關取得使用執照，所有人因而透過管道，請託當地負責核發建物使用執照的公務員，該公務員明知該建物為違建，但顧及熟人請託，仍違法發給使用執照）沒有任何人發生財產損害，對社會公信的影響當然比不上造成損害同時又發生不法利得的事例，依本文之見，不應構成圖利罪。論者或許可能批評，筆者見解無異大開圖利罪後門，對此筆者的回應是：即便上述兩案不成立圖利罪，仍有其他罪名可以處罰該公務員，最有可能構成的是刑法第 213 條的公務員登載不實罪，換言之，縱然在此類案例中排除圖利罪刑責，還有其他罪名足以有效地處罰行為人，尚不致有無法可罰的情況。」²

¹ 許恆達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，臺大法學論叢第 43 卷第 3 期 (09. 2014)

² 許恆達，前揭文頁 41。

李茂生教授在其文章³中對於圖利罪之不法利益所做的分析大要如下：（一）圖利罪之不法利益不應限於財產利益，而應考慮包括勞務給付與性交約束⁴。（二）不應該透過結果之不法來反推行為不法，而應依客觀證據發覺有圖私人不法利益之可能性時，就可以認定這是構成要件該當的違背法令行為，如果進一步私人有因此而獲得不法利益，則當然可以成立圖利罪⁵。但該文對於如何界定結果之不法性，並未進一步具體說明，故無從確定就違建案型其係採肯定或否定說。

許玉秀教授則認為：「受賄罪中的不正利益和公務員圖利罪中的私人不法利益其實並無不同，但後者直接依行為是否違背法令而定義，前者則依職務的對價關係來決定，非職務上應得之不正利益，當然不是依法應得之利益，換言之，也是不法利益，只不過這個利益可以和不違背職務的行為共同發揮滿足構成要件的效果，違背法令的部分，可以只是收受賄賂的部分，公務員圖利罪中的不法利益，則無法脫離違背法令的行為而存在。」可見許教授係將行為不法與結果不法聯結在一起考量，認為只要是行為違背法令，其所致的利益就屬不法。此種定義似亦為謝煜偉教授所贊同，其曾指出「私人的不法利益其實是依據承辦公務員是否違背法令而來」⁶。許、謝二位教授之看法應與後述義大利學者之「贅文說」（不法利益之不法二字是贅文）相符，惟因其文章中並未提及違建案型，故無從確定其二人對本件法律問題是否採肯定說。

另綜合散見於學界與實務界之否定說之論述有：（一）免於拆除並非無形之財產利益，僅是附隨利益，亦未消極減少國家財產利益；（二）負責查報違章建築之公務員，對違建之取得、占有、用益沒有防止義務只有查報義務，所以其消極不簽報不得以積極圖利罪相繩。（三）簽報後並非一定馬上拆除，所以公務員行為與繼續使用無因果關係。（四）特定公務員之庇護罪、包庇罪最重刑度為1年以上7年以下，同樣情形，卻要對一般公務員論以圖利罪之5年以上有期徒刑之刑度，其輕罪重罰，亦有違反罪刑相當原則之不當。（五）一旦採

³ 李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌（No. 91）2002.12

⁴ 李茂生前揭文，頁11。

⁵ 李茂生前揭文，頁12。

⁶ 謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議，政大法學評論第143期（104年9月），頁37。

肯定說，未來對所有諸如警察不開罰單取締交通違規環境髒亂、及其他公務員任何法定作為義務之不作為，勢必皆應以圖利罪論處，核與近來立法及各界紛紛主張應限縮圖利罪適用之意旨相悖。

伍、本案所涉及法令之外國立法例與實務

一、美國，以伊利諾州法、紐約州、德州為例

(一) 美國伊利諾州

美國聯邦法並無圖利罪之規定。但州法有類似規定，謹以伊利諾州 (Illinois)⁷、紐約州與德州為例。

伊利諾州法第 720 章第 33 條第三項 Sec. 33-3. Official Misconduct 公務不當行為罪之規定如下⁸：

公務人員或受雇人員或政府特別代理人，在其職權內或特別代理人之職權內 (in his official capacity or capacity as a special government agent)，為下列行為者，犯不當行為罪：

- (a) 故意或重大過失 (Intentionally or recklessly) 不履行 (fails to perform) 法律所要求之應為義務，或
- (b) 知悉地 (Knowingly) 執行 (performs an act) 其明知法律所禁止的行為，或

⁷ 伊利諾州被認為是美國最腐敗之州之一，故其反貪法制較發達。其社會報導可參：<https://www.chicagomag.com/Chicago-Magazine/December-2010/Why-Is-Illinois-So-Corrupt-Local-Government-Experts-Explain/>

⁸ 2010 Illinois Code, CHAPTER 720 CRIMINAL OFFENSES, 720 ILCS 5/ Criminal Code of 1961. Article 33 - Official Misconduct

Sec. 33-3. Official Misconduct.) A public officer or employee or special government agent commits misconduct when, in his official capacity or capacity as a special government agent, he commits any of the following acts:

- (a) Intentionally or recklessly fails to perform any mandatory duty as required by law; or
- (b) Knowingly performs an act which he knows he is forbidden by law to perform; or
- (c) With intent to obtain a personal advantage for himself or another, he performs an act in excess of his lawful authority; or
- (d) Solicits or knowingly accepts for the performance of any act a fee or reward which he knows is not authorized by law.

A public officer or employee or special government agent convicted of violating any provision of this Section forfeits his office or employment or position as a special government agent. In addition, he commits a Class 3 felony.

(c) 意圖為自己或他人獲取個人利益，而執行超過其合法權限之行為
（**With intent to obtain a personal advantage for himself or another, he performs an act in excess of his lawful authority**），或
(d) 因執行任何行為而索求或收受其明知法律並未授權之費用或報酬
公務人員或受雇人員或政府特別代理人因違反本項而定罪者，沒收其職位、雇傭或特別代理地位，並論以第三級之重罪⁹。（下略）

此項條文中之(c)與我國之圖利罪最為接近，惟須注意(c)罪所圖利益，不限於「不法利益」，且並不以自己或對方已經得利為必要，此點與我國不同。另由以上條文可知，美國伊利諾州的公務不當行為罪除圖利罪以外另包括沒有圖利之單純違法職務行為即(a)罪與(b)罪，可見比我國有更多的類型。

關於公務員對違法行為不積極移送法辦，在伊利諾州是否成立該州之公務不當行為罪，有一判決足供參考。

People v. Thoms, 50 Ill. App. 3d 398 (1977)

本案被告係一警長，其屬下在執行公務時攔下一名十七歲開車少年，以涉嫌無照駕駛罪（在該州屬輕罪之一種）逮捕押回警局，被告因與該少年之父親熟識，遂未將該少年移送法院，且未等該少年交付保證金即將之釋放。被告被訴二罪名，即前述 Sec. 33-3 之(a)罪與(b)罪，一審均判有罪。被告上訴後二審法院認為逮捕人犯後應移送法院以及未交保前不得釋放人犯均有法律明文規定且為被告所知悉，該案情形下被告已無裁量權可言（no discretion），而此二罪檢方並無庸證明被告有貪污之動機（it is not necessary to prove that the officer acted from corrupt motives in order to convict.），故維持有罪判決（惟認為僅能對其中一罪量刑）。

由此判決可知，已無裁量空間後，仍不為積極舉發，在伊利諾州得構成公務不當行為罪。

⁹ 法定刑在二年至五年有期徒刑，730 Ill. Comp. Stat. § 5/5-4.5-40 (2020)

(二) 美國紐約州

紐約州公務不當行為罪 New York Consolidated Laws, Penal Law - PEN § 195.00 Official misconduct 條文如下¹⁰：

公務人員意圖獲取利益或剝奪他人之利益 (with intent to obtain a benefit or deprive another person of a benefit) 者成立公務不當行為罪：

1. 知悉未經授權，而從事與其職位相關但構成無權行使職能之行為，或
 2. 知悉依法或依其職位之本質有執行義務，卻不執行。
- 公務不當行為罪屬於 A 級輕罪¹¹。

此條規定與前述伊利諾州法 Sec. 33-3(c)類似，相當於我國之圖利罪，惟仍須注意此罪只要有圖利之意圖即構成，並不以對方已經得利為必要，此點與我國不同。另須注意者係此條之「獲取利益」與「剝奪他人利益」之行為是使用「或」，所以並不以「他人損害」為必要之構成要件。

至於條文中之 benefit (利益) 依紐約州法 PEN § 10.00 之定義係指：受益人之任何利得或利益，且包括受益人之希望或同意下之第三人之利得或利益 (“Benefit” means any gain or advantage to the beneficiary and includes any gain or advantage to a third person pursuant to the desire or consent of the beneficiary.)

此外，關於條文中之「獲取利益」除了自己利益外有無包括他人利益？法院判決是採肯定說，但檢察官必須證明被告有此圖利之意圖：

People v. Thompson, 58 Misc. 2d 511 (1969)

¹⁰ A public servant is guilty of official misconduct when, with intent to obtain a benefit or deprive another person of a benefit:

1. He commits an act relating to his office but constituting an unauthorized exercise of his official functions, knowing that such act is unauthorized; or
2. He knowingly refrains from performing a duty which is imposed upon him by law or is clearly inherent in the nature of his office.

Official misconduct is a class A misdemeanor.

¹¹ 法定刑一年以下有期徒刑，參 New York Consolidated Laws, Penal Law - PEN §70.15

本案被告係一警探，被查出曾在一家非賽馬場之私人賭場下注之紀錄，因而被訴涉犯前述 PEN § 195.00 之公務不當行為罪（知悉有人非法賭博而不執行逮捕）。紐約 Saratoga County 的區法院（county court）雖然認為該罪之圖利是有包括他人利益，但檢方必須證明被告有圖利自己或他人之意圖，而本案檢方只證明被告知悉他人犯罪，卻未提出任何證據用來證明被告有圖利他人意圖，故認為檢方舉證不足而駁回起訴（demurrer）。

僅知悉他人犯罪但仍有裁量空間時，尚不得論以公務不當行為罪之案例，另有一判決足供參考：

People v. Mackell, 47 A.D.2d 209 (1975)

本案被告係紐約州 Queens County 的檢察長還有二名地檢署同事，他們三人都是某吸金集團的投資者，但涉嫌在知情後故意不調查地檢署之投資者是否為共犯，亦未將此訊息傳達給正在調查該案之其他地檢署，因而被特別檢察官起訴。其罪名之一就是前述之 PEN § 195.00 之公務不當行為罪（知悉有人犯罪而不予追訴）。被告等在一審被判有罪處有期徒刑六月。上訴法院（Supreme Court of New York, Appellate Division）撤銷原判決，主要理由是依該郡之規定，檢察長對於要不要提起訟訴有裁量空間，被告等行為雖有不當，但此點應無刑事責任。

但如果警察是進入違法賭場參加賭博而不執行逮捕呢？紐約州法院有判決認為此時就構成了。請參下列判決：

People v. Heckt, 62 Misc. 2d 287 (1969)

本件被告們係警察，涉嫌多次在不法職業賭場參與賭博（主持人抽頭金為 15%）而未進行逮捕取締，因而被起訴前述 PEN § 195.00 之公務不當行為罪。被告認罪協商時認罪，後來反悔聲請撤回認罪並駁回大陪審團之起訴。Erie County 的區法院駁回被告之聲請，其判決指出：本罪包括圖利他人¹²，但要有證據足證該行為可以被認為是「貪腐」（there must be that evidence of conduct which is deemed or may be

¹² 本判決指出依據 PEN § 10.00 之法條定義，利益指受益人之任何利得或利益，且包括受益人之希望或同意下之第三人之利得或利益（“Benefit” means any gain or advantage to the beneficiary and includes any gain or advantage to a third person pursuant to the desire or consent of the beneficiary.）

classified as "corrupt") 而本件被告等參與賭博當然涉及本身之輸贏，賭場主人也因而獲利。且被告等之警察身分是在場人均知，這帶給所有人安全感，也多少鼓勵場主繼續非法營業 (It cannot be said that the participation by police officers did not in a small degree encourage and influence the continuation of the illegal conduct of the organizers of the games.)，本件亦無不能進行調查與逮捕之法律理由，故其貪腐情事已堪認定，法院因而駁回被告之聲請。

由上可知，紐約州相當於我國圖利罪之 PEN § 195.00 公務不當行為罪，須在公務員主觀上有圖利意圖，且知悉違法行為後並無裁量空間時，始得成立。而其利益包括自己利益與他人利益，亦包括實際利得 (gain) 與財產上之其他利益 (advantage，例如繼續經營賭場之利益)。惟其所圖利益，並不限於「不法利益」。

(三) 美國德州

美國德州法 Texas Penal Code 39.02 – Abuse of Official Capacity 「公務權能濫用罪」規定如下：(a)公職人員意圖獲取利益，或意圖損害或欺騙他人，而故意或知悉地：(1)違背有關公務人員職位或雇用之法律；或(2)誤用 (misuse) 其職位或雇用所保管或持有之政府財產、服務、人員、或其他屬於政府之任何有價值之物者，成立本罪¹³。(下略，依(1)或(2)及所涉利益之價格而分屬不同之法定刑)。

由條文可知，德州 Texas Penal Code 39.02(a)(1)類似我國之圖利罪，惟所圖利益不限於「不法利益」，且不以結果發生為必要。而 39.02(a)(2)擴大型態到對於政府人員器材之誤用，此方面比我國更為詳細¹⁴。例如在 State v. Trevino, 930 S.W.2d 713 (Tex. App. 1996) 案，市政府的總務處長命其所屬人員使用公款購買油漆到其私人住宅油

¹³ (a) A public servant commits an offense if, with intent to obtain a benefit or with intent to harm or defraud another, he intentionally or knowingly:

(1) violates a law relating to the public servant's office or employment; or

(2) misuses government property, services, personnel, or any other thing of value belonging to the government that has come into the public servant's custody or possession by virtue of the public servant's office or employment.

¹⁴ 在我國比較有爭議之圖利型態，例如高官公務員命公家工友到其私人住宅（非公家宿舍）打掃洗衣；土地測量員在假日期間使用公用器材幫民間土私測土地而打工賺錢，在德州 39.02(a)(2)之法條結構下，應都會成立該圖利罪。

漆，一審陪審團即判決認其成立 39.02(a)(2)之誤用公家人員及財物圖利罪。（但德州上訴以其他理由，即一審法官有關共犯證人之陪審團指示有誤而撤銷有罪判決命重審）。

另須注意者係此條之「獲取利益」與「損害他人」之行為是使用「或」，所以並不以「損害他人」為必要之構成要件。此點與紐約州相同。

二、英國

相對於美國若干州之制訂法，英國之不當公務行為罪（Misconduct in Public Office）並無制訂法，而是不成文的普通法（common law）之罪名，其淵源可推至十二世紀，但有案可尋的第一個案件應是十八世紀的 R v Bembridge (1783) 3 Doug 327; 99 ER 679 案¹⁵，基本上是在制訂法無法適用或難以適用之情況下才論以此罪¹⁶。

此罪依據英國上訴法院（the Court of Appeal）於 2004 年給予英國檢察總長之 2003 年第 3 號法律意見書¹⁷ *Attorney General's Reference No 3 of 2003* [2004] EWCA Crim 868¹⁸，其構成要件為¹⁹：

- (1) 以公務人員之身分行之；
- (2) 故意疏於履行其義務且 / 或故意為不當行為；
- (3) 到達濫用公眾對其職位之信任之程度；
- (4) 且無合理藉口或正當化之理由。²⁰

¹⁵ Misconduct in public office, The Law Commission, House of Commons (2020)，頁 12。

¹⁶ In R v Rimmington, R v Goldstein [2005] UKHL63 at paragraph 30 the House of Lords: "...good practice and respect for the primacy of statute...require that conduct falling within the terms of a specific statutory provision should be prosecuted under that provision unless there is good reason for doing otherwise."

¹⁷ 依據英國法 36 Reference to Court of Appeal of point of law following acquittal on indictment, Criminal Justice Act 1972 英國的檢察總長可以在被告被判無罪後，對於所涉法律爭點請求英國上訴法院表示意見。

¹⁸ 全文可參：<http://www.uniset.ca/other/css/20051QB73.html>

¹⁹ The elements of the offence of misconduct in a public office are: (1) a public officer acting as such ; (2) wilfully neglects to perform his duty and/or wilfully misconducts himself ; (3) to such a degree as to amount to an abuse of the public's trust in the office holder ; (4) without reasonable excuse or justification .

²⁰ 此罪最重可判無期徒刑，但 2005 至 2016 年之判決均未超過十年，請參前揭 The Law Commission 書頁 144。

可知英國普通法的不當公務行為罪並不以「圖利」為構成要件，比我國寬鬆很多，所以對於本件系爭法律問題「不法利益」亦未有特別定義。然英國皇家檢察總署法律指導手冊（The Code for Crown Prosecutors）對於本罪之構成要件說明²¹有指出，本罪雖然不是「結果犯」（result crime），但檢察官仍應證明被告對其行為所造成之結果（consequence）有所認識（Whilst there is no need to prove any particular consequences flowing from the misconduct, it must be proved that the defendant was reckless not just as to the legality of his behaviour, but also as to its likely consequences.）。

另外值得一提的是，本罪若涉及公款之使用（盜用公款），上訴法院判決認為檢察官應證明被告主觀上有「不誠實」之犯意：

英國上訴法院判決 R v W [2010] EWCA 372²²

本件被告係一警官，其在一年之內多次使用公家的信用卡在私人花費上共計£12,500，因而被起訴涉犯前述普通法之不當公務行為罪。被告辯稱其僅是挪用，打算日後會返還款項，而且很多同事都是這麼做。一審法官認為本罪之構成要件並無庸有「不誠實」（dishonest）這個主觀要件，因此並沒有對陪審團下此種指示。被告被判有罪後提起上訴，上訴法院 the Court of Appeal）認為在涉及竊取或詐取款項（the acquisition of property by theft or fraud）時，該犯行之基本要件就是證明其不誠實（an essential ingredient of the offense is proof that he is dishonest），故撤銷該有罪判決而命令重新審判。²³

英國法小結：

從法制史而言，英國普通法之不當公務行為罪可以說是英美法系各國圖利罪之始祖，其基本型態是針對「公務員違背法令之行為」，並沒有「圖利自己或他人」或「損害他人」之要素在。後來各國發展其本國之圖利罪時，才開始加入其他類型或要素。例如前述伊利諾州

²¹ 全文請參：<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/misconduct-public-office>

²² 本判決全文可參：<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2010/372.html>

²³ 此判決另外指出英國普通法之 Official Misconduct 可分為五大類：(a) frauds and deceits (fraud in office); (b) wilful neglect of duty (**nonfeasance**); (c) "malicious" exercises of official authority (**misfeasance**); (d) wilful excesses of official authority (**malfeasance**); and (e) the intentional infliction of bodily harm, imprisonment, or other injury upon a person (oppression)

法第 720 章 Sec. 33-3 之公務不當行為罪之(a)罪與(b)罪顯然是同於英國普通法，都在於違背法令之公務員行為，而(c)罪與(d)罪則創設出圖自己或他人利益之類型。

三、義大利

義大利刑法第 323 條規定²⁴公務濫用罪：「公務員或負責公務之人在職行其職務或服務時，違背有關其行為之法律或具有法律效力之特別規定，且已無裁量餘地時；或在面對自己或親人之利益或其他法定情形時，未能迴避，而故意獲得自己或他人之不正利益（ingiusto vantaggio）或造成他人之損害者，處一年至四年之有期徒刑。但構成更重之罪名者，依該罪論之。」²⁵

從條文言之，其特色係於 2020 年修法時有把「且已無裁量餘地時」明文化²⁶，此點實與其他國家（包含我國）之實務見解相符。

依德國學者 Alten 之分析²⁷，本條之行為類型包括不作為，而所謂之「財產利益」含取得有報酬之職位、建照之核發，但不含政治威望之增加。因條文有「不正」二字，所以本條之罪須有「雙重不法」（義 *doppia ingiustizia*，德 *doppelte Unrechtmäßigkeit*，英 *double injustice*），即公務員之行為不法加上結果之不正義。

²⁴ 1968 年義大利刑法第 324 條有關圖利罪之規定已經廢除，改為現行法條。

²⁵ 義大利原文：Art. 323. Abuso di ufficio.

Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. 依 Google 翻譯之英文：Art. 323 Abuse of office. Unless the fact constitutes a more serious crime, the public official or the person in charge of a public service who, in carrying out his duties or service, in violation of specific rules of conduct expressly provided for by law or by acts having the force of law and from which there are no margins of discretion, or by failing to abstain in the presence of one's own interest or that of a close relative or in other prescribed cases, intentionally procures an unfair financial advantage for oneself or others or causes unjust damage to others is punished with imprisonment from one to four years.

²⁶ 此段已無裁量餘地是 2020 年修法時才引進者，原來之文字僅是違背法律或規則。請參 <https://www.giurisprudenzapenale.com/2021/01/11/la-cassazione-si-pronuncia-sulla-configurabilita-del-delitto-di-abuso-dufficio-dopo-la-riforma-d-l-16-luglio-2020-n-76/>

²⁷ 關於義大利刑法第 323 條圖利罪之分析，中文文獻請參考李進榮，我國圖利罪之檢討與立法展望－與瑞士法及義大利法為比較，檢察新論第十九期，頁 3-20 (2015 年)該文依作者之註釋，主要參考德國學者 Alten 之文章。

而對於此所謂雙重不法的內涵，德國學者 Alten 的分析²⁸摘要如下：

義大利刑法第 323 條第 1 項產生財產利益應為「不正」，這個特殊的違法性要素係在 1990 年 4 月 26 日修法時明文化的，但在這之前，實務及學說就已經使用該要素作為限縮的前提要件。儘管如此，有些學者認為，該「不正」的用語是贅文（義 pleonasm；德 Pleonasmus；英 Pleonasm），因為經由違背法令的職權行為所產生的利益或損害總是不正的²⁹。持這樣觀點者認為，「不正」的用語僅是重述其他構成要件所描述的不法性。³⁰

但義大利目前通說認為，違法性的要求並非多餘。刑法也有其他規定要求構成要件結果之「不正」。例如：恐嚇取財的利益若由於受法秩序保護而非不正，那麼該暴力或威脅不構成恐嚇取財罪，而是構成強制罪。

舉一個結果沒有不正的例子，市長在沒有取得建築委員會必要的同意下，核發建築許可，但受益人是有權提出申請的。這樣的情形，市長違反法律規定而濫用職權，但對市民創造的財產利益，卻不能視為是不正的，因為他本來就有權獲得許可，在合法核發許可的情形也不會無法獲得許可。³¹

衡量是否「不正」，並不取決於道德或社會觀點，而是純粹取決於法律觀點。最高法院也同樣強調，不正的要素並非依政治或社會標準，特別是不應依公共的上位利益或公共行政來衡量，而是僅依據客觀法律(Cass., Sez. VI, 7.3.1995)³²。

學者 Segreto 和 De Luca 則主張利益之不正性應該把良好行政運作及行政不偏頗之憲法原則（der Verfassungsprinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung）列入考量，

²⁸ Klaus Alten, *Amtsmissbrauch- Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs*, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften (2012)頁 212-

²⁹ Alten 前揭書頁 213。

³⁰ 瑞立刑法一般是被做同樣之解讀，請參下述之瑞士法部分。另我國學者許玉秀、謝煜偉亦認為私人的不法利益其實是依據承辦公務員是否違背法令而來，已如前述，應可謂採贅文說。

³¹ Alten 前揭書頁 215。

³² Alten 前揭書頁 218。

學者 D'Avirro 亦有相同主張，即相較於其他人民，有創造出差別待遇³³。

以上係德國學者 Alten 的分析。

至於雙重不法之內涵在實務見解部分，可參考義大利最高法院 2014 年一則判決 Cass. Pen. 36125/2014³⁴。最高法院在該判決中指出雙重不法是該院多年來一向之見解，此雙重係指公務員行為之違背法令與其所導致之利益之不正性，必須分開來評價，亦即，其結果之不正性必須從其本身來判斷，不能僅係公務員違背法令之反映而已³⁵。但主張結果有公正性時，不能僅指出其有法律上之保障，還必須指出在實務上其他相同權利之人亦享有相同利益³⁶。換言之，所謂結果之不正性，必須與相同狀況下之其他人比較，如果有不公平的現象，其利益即屬不正。

至於其結果之不正性之案例，可以參考義大利最高法院另一判決 Cass. pen. 27936/2008 案³⁷，該案之被告為公立醫院之醫師，違背法令指使患者轉至其所開設之私人診所做進一步之醫療而另外收費，其所得之利益即被判定為「不正」，因為相較於其他患者，至其私人診所

³³ 同上。Entscheidend sei die Schaffung einer diskriminierenden Situation im Vergleich zu anderen Bürgern.

³⁴ 此判決全文（義大利文）請參：<https://renatodisa.com/corte-di-cassazione-sezione-vi-sentenza-25-agosto-2014-n-36125-per-la-sussistenza-del-reato-di-cui-allart-323-cod-pen-e-necessario-verificare-se-levento-di-vantaggio-o-di-danno-sia-ingiusto/>

³⁵請參該判決之 2.4 段中之此段話：è necessario verificare se l'evento di vantaggio o di danno sia **ingiusto in sè e non soltanto come riflesso della violazione di norme da parte del pubblico ufficiale**.（英譯：it is necessary to verify whether the event of advantage or damage is unfair in itself and not only as a reflection of the violation of rules by the public official.）

³⁶請參該判決之 2.4 段中之此段話：Il vantaggio e il danno sono infatti ingiusti allorché non spettino in base al diritto oggettivo. Ad escludere l'ingiustizia non è dunque sufficiente che il destinatario della condotta abusiva sia titolare di una posizione giuridica astrattamente tutelabile ma occorre che questa sia tale in concreto, avuto cioè riguardo alle condizioni normativamente previste, anche per l'ipotesi di concorso con la posizione di altri titolari di diritti analoghi (Cass. Sez. 6, 7-3-1995, Bussolati, Cass. pen. 1996, 800)（英譯：The advantage and the damage are in fact unfair when they are not due on the basis of objective law. Therefore, to exclude injustice, it is not sufficient that the recipient of the abusive conduct is the holder of an abstractly protectable legal position but it is necessary that this be such in practice, that is, having regard to the regulatory conditions, also for the hypothesis of concurrence the position of other holders of similar rights (Cass. Section 6, 7-3-1995, Bussolati, Cass. Pen. 1996, 800).）

³⁷ 本案判決之摘要（義大利文）請參：<http://www.overlex.com/leggisentenza.asp?id=1078>

門診之患者必須付出更多的費用，即有不公平性產生，故所得利益即屬不正。

最後一提的是「損害他人」這種圖利罪之類型（我國法條並無此類型）是早在義大利刑法於 1889 年統一前的 1853 年 Tuscany 刑法即已存在，限縮在拘束人身自由之損害³⁸。義大利刑法 1889 年刑法的第 175 條延續此類型，至 1990 年刑法大修後融合為第 323 條。須注意者係現行法第 323 條「故意獲得自己或他人之不正利益，或造成他人之損害者」係使用「或」這個字，所以並不以「他人損害」為所有圖利罪之必要之構成要件，此點與紐約州、德州法均相同。³⁹

四、瑞士

（一）瑞士刑法第 312 條濫用職務罪

瑞士刑法第 312 條規定：「官署成員或公務員，濫用其職權，以便為自己或第三人創造不法利益（unrechtmässigen Vorteil）或對他人施加損害者，處五年以下有期徒刑或罰金。⁴⁰」

該條規定所保護的法益，一方面是國家關於可靠、可信賴之公務員的利益，也就是公務員盡職盡責地行使賦予他們的權利；另一方面是人民免於國家權力遭濫用的利益。本罪的行為人除了公務員之外，也包括官署成員，例如市議會議員。另外，在損害他人之類型，如屬消極的不作為，則需具有保證人之地位（法律上有防止義務）者，始得論以該罪（例如明知已有違法作成的強制處分在，故意不撤銷之，以便損害他人）⁴¹。

³⁸ Alten 前揭書頁 7-8。

³⁹ 故國內部分學者主張我國圖利罪應以「致生財產損害」為不成文之構成要件，如果沒有損害於他人就不應成立圖利罪（下述）。從比較法而言，似無依據。

⁴⁰ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Januar 2022)

Amtsmissbrauch

Art. 312

Mitglieder einer Behörde oder Beamte, die ihre Amtsgewalt missbrauchen, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem andern einen Nachteil zuzufügen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

⁴¹ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 312 Rn. 1-2.

「職務濫用 (Amtsmissbrauch)」為挪用國家權力 (der zweckentfremdete Einsatz staatlicher Macht)，即未按原定用途使用國家權力。「職權的濫用」(Missbrauch der Amtsgewalt)的意涵較「職務濫用」窄，是指行為人基於依職權所享有之高權，於不應當出現高權之領域，為處置或強制的行為。職權(Amtsgewalt)係所有用來執行職務(高權)行為所可能使用之權力的整體。例如檢察官威脅行為人，逮捕後會引渡到祕魯，且要行為人立即自費飛往蒙特維多接受訊問；或是執行公務員擅自停止扣押薪資等，都是濫用其職權⁴²。

非濫用職權，而是視情形依其他規定是違反職務義務的可罰行為，例如執行公務員自己身為主要債權人的自利行為，讓其他債權人簽立債務協議，而把抵押物所賣得的價金用來全數滿足自己的債權，這樣的情形，因為沒有使用下命權，所以並非職務濫用(BGE⁴³ 76 IV 283)。

職權的濫用不僅是與目的無關的運用職權，也包括不合比例的使用手段、或是與本質、目的無關的使用強制力，這樣的情形，構成要件就限縮於所使用的粗暴而明目張膽的手段與要達成的目的不合比例的案例，例如警察因為一星期前有 100 瑞士法郎遭竊而在沒有充分理由下逮捕嫌疑人及執行脫衣搜索⁴⁴。

主觀要件上，行為人要有知悉其本身的特性並有意地濫用職權的故意或未必故意，如果行為人相信自己是合義務所為，就欠缺故意。此外，行為人還要有得利或損害意圖。在此之利益不需具備實體的性質，枉法裁判所創造的利益也算是濫用職務⁴⁵；損害也不需具備實體

⁴² Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 312 Rn. 1, 3.

⁴³ BGE 為 Bundesgerichtssentscheide 之縮寫，即瑞士聯邦法院判決。

⁴⁴ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 312 Rn. 6.

⁴⁵ 註釋書原文：「Vorteile brauchen nicht materieller Natur zu sein (ZR 45 [1946] Nr. 82, FREY/OMLIN 85, HEIMGARTNER BSK Art. 312 N 23, vgl. BGE 99 IV 13) - so kann auch die Verschaffung von Vorteilen durch Rechtsbeugung Amtsmissbrauch darstellen(THORMANN/VON OBERBECK Art. 312 N 3, RIESEN 295)-, ebenso wenig die Nachteile (BGE 99 IV 14 - Schmerz durch Schläge).」。

的性質，毆打造成痛苦也算是損害，例如警察在調查過程中毆打一位義大利籍的嫌疑人(BGE 99 IV 14)。當然，損害也應具備不法性⁴⁶。利益或損害不需具備財產法上的性質，例如警察在訊問過程打斷被訊問人的二顆牙齒，屬於濫用職務(BGE 104 IV 23)⁴⁷。

(二) 瑞士刑法第 314 條背信執行職務罪

瑞士刑法第 314 條規定：「官署成員或公務員，於為法律行為時損害其應維護之公共利益，以便為自己或第三人創造不法利益（unrechtmässigen Vorteil），處五年以下有期徒刑或罰金。自由刑應與罰金刑併科。⁴⁸」

本條為瑞士刑法第 158 條背信罪的特別規定，限定適用於公務員或官署成員於締結法律行為時損害公共利益的情形。不單是在權限範圍內作決定要受到處罰，僅是官署成員，就算沒有參與表決，但對於決定有貢獻也算，只要行為人享有事實上的決定權限即足。本條保護的並非私人利益，而是保護公共利益。只要不被瑞士刑法第 314 條排斥，瑞士刑法第 158 條仍可補充適用⁴⁹。

瑞士刑法第 314 條所規定之「締結法律行為」是指，行為人作為公共利益的代理人，處理私法的法律行為，例如買賣、租賃、僱傭契約。實務上，在符合法條文義下，只要行為人基於其專業及其職位，享有事實上的決定權限為該法律行為，即滿足要件⁵⁰。而締結的法律

⁴⁶ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 312 Rn. 7. 註釋書原文：「Selbstverständlich müssen auch die Nachteile unrechtmäßig sein.」

⁴⁷ Hauser/Rehberg, StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch, 12 Auflage, 1992, Art. 312, S. 335.

⁴⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Januar 2022)

Ungetreue Amtsführung

Art. 314

Mitglieder einer Behörde oder Beamte, die bei einem Rechtsgeschäft die von ihnen zu wahren öffentlichen Interessen schädigen, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden.

⁴⁹ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 314 Rn. 1.

⁵⁰ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 314 Rn. 2.

行為會損害公共利益，且結果上必須產生損害⁵¹。主觀上，行為人除了具備損害的故意，還要有不法得利意圖⁵²。而不法性應當已存在於行為的形式中。例如，官署成員違法核發建築許可(同意申請人在建築區以外之處蓋鄉間別墅，該處有較好的視野且土地相對便宜)，該核發建築許可已是法律上不允許，就此並給申請人創造出不法利益。此舉漠視相關的程序及區域計畫規定，給申請人創造建築的可能性。該利益是不法的，因為依相關建築及計畫法規定，不能同意在建築區以外之處興建建築物。該官署成員知悉在建築區外建築活動的限制，這些限制原本主要來自水源保護法，現在依建築法、區域計畫法而得出。被告因此很明顯有得利的意圖。並且，透過漠視區域計劃僅能在建築區建築的基本原則，被告也損害了公共利益(BGE 111 IV 83)。又例如市議員依其私人利益促成蓋一間學校的工程發包，因為無法證明有產生損害以及證明有損害的故意，所以不符合瑞士刑法第 314 條的要件(BGE 101 IV 408)。

最後，因為瑞士刑法第 314 條係針對私法的法律行為，而第 312 條是針對高權行為，所以這兩條規定沒有競合關係。

(三) 瑞士法小結

瑞士刑法第 312 條濫用職務罪之濫用職權為自己或第三人創造不法利益或對他人施加損害，該利益或損害不需具備實體的性質，也不需具備財產的性質，實務及學說並未就「不法」多所著墨，重點在於判斷有無濫用職務、濫用職權。可能的原因是，若確認有濫用職務、濫用職權，即可推論所創造之利益或施加之損害就是「不法」。瑞士刑法第 314 條背信執行職務罪之損害應維護之公共利益而為自己或

⁵¹ Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 314 Rn. 3.

⁵² Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth(Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, 2018, Art. 314 Rn. 4.

第三人創造不法利益，其不法性應當已存在於行為的形式中，是以實務及學說上亦未就「不法」多所論述。

五、日本

(一) 公務員圖利行為，得以刑法第 247 條之背信罪論斷

日本並無圖利罪之規定，然日本刑法第 247 條規定：「為他人處理事務，以謀求自己或第三人之利益或損害本人為目的，而為違背任務之行為，致損害本人之財產，處五年以下有期徒刑或五十萬日圓以下之罰金。」所謂「他人」指事務處理之委託者，包括自然人及法人，法人尚包括有法人格之社團、國家、地方自治團體等⁵³，刑法改正準備草案第 148 條並對公務員之背信行為加重處罰⁵⁴。換言之，公務員之圖利行為違背其任務，係以刑法第 247 條之背信罪加以處罰。

依最高裁判所前身大審院明治 45 年（1911 年）5 月 6 日判決⁵⁵：被告助次郎為受司法省所聘監督鶴岡區裁判所廳舍新築工程之人，其接受工程承包商即被告小林昌德、中村米治之託，於工程之監督予以寬厚對待，並受賄自行車 1 台與現金 200 日圓水果一箱，許可使用未依工程設計書所載之材料，致國家受有財產上損害，被告助次郎該當刑法第 197 條受賄罪、第 247 條背信罪，為同法第 54 條一行為觸犯數罪名。

戰後，此觀點依舊維持，如最高裁判所第二小法廷昭和 34 年 8 月 8 日駁回上訴第三審之決定⁵⁶，認定村長將議會通過之道路修繕維持費，充為選舉運動經費，係違背任務，該當背信罪。

(二) 公務員違背任務，對於國家或地方自治團體加諸財產上損害，該當背信罪

背信罪以謀求自己或第三人之利益或損害本人為目的為其要件之一，主觀上，行為人要有圖利加害目的，施加財產上損害之故意（含

⁵³ 西田典之，刑法各論(第六版)，弘文堂，2012 年，255 頁。

⁵⁴ 島戶純，大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀(編)大コンメンタル刑法〈第 13 卷〉第 246 条~第 264 条，弘文堂，2018 年 8 月，235 頁。

⁵⁵ 大判明 45-5-6，LEX/DB 27918578。

⁵⁶ 最決昭 34-8-8 刑集第 13 卷 10 号 2747 頁，<https://reurl.cc/vqnmal>（最後瀏覽：2021 年 5 月 26 日），判決要旨：<https://reurl.cc/bX6Gdv>（最後瀏覽：2021 年 5 月 26 日）。

未必故意，大判大正 13・11・11 刑集 3 卷 788 頁)⁵⁷，至於違背任務行為，係行為人違背與本人(包括國家或地方自治團體)間的信任關係，如行為人形式上有違反法令、章程、內規、契約等，而逸脫通常業務執行範圍，對本人來說是實質不利益行為⁵⁸。

1. 稅務人員怠於徵收地方稅，該當背信罪

稅務人員本有忌憚對方身分而未積極徵收地方稅，嗣後與該人共謀，致使稅捐之時效消滅，渠等該當背信罪。實例如下：(千葉地方裁判所平成 16 年 11 月 16 日判決⁵⁹)被告為千葉縣縣議員，居住在千葉市，滯納平成 3 年度市縣民稅普通徵收第 4 期金額 3034 萬 4000 日元。自平成 11 年間開始，被告不停威嚇千葉市負責徵收該筆金額之徵稅官員(A、B 等 2 人)，使渠等更加懈怠，寄望得以因為時效完成而以免除自己應納稅金，以圖個人之利益與加損害於千葉縣、千葉市。於平成 14 年 4 月，A、B 等 2 人升任千葉市財政局稅務部納稅管理課課長、特別滯納整理室室長，A、B 等 2 人均知悉渠等有公正且嚴格遂行市縣民稅徵收之任務，竟與被告共謀，明知欠缺停止執行滯納處分法定要件，亦未踐行滯納處分停止執行之裁決手續，由渠等在線上系統就本件徵收金相關之滯納金停止執行處分為不正處理，致使上開稅金之徵收權時效完成，對千葉縣、千葉市加以經濟上損害。判決結果，本案被告經判處有期徒刑 1 年 6 月。

2. 市長以合法手段使違建餐廳變為合法，該當背信罪

背信罪以謀求自己或第三人之利益或損害本人為目的為其要件之一，主觀上，行為人要有圖利加害目的，施加財產上損害之故意(含未必故意，大判大正 13・11・11 刑集 3 卷 788 頁)⁶⁰。民選市長以合法手段使違建餐廳變為合法，亦該當背信罪。

實例如下：(和歌山地方裁判所平成 17 年 11 月 18 日判決⁶¹)：被告(和歌山縣某市市長)因與某料亭(高級日本料理餐廳，以下簡

⁵⁷ 品田智史，背任罪における図利加害目的，刑法判例百選II -- 各論 第 7 版，2014 年 8 月，146 頁。

⁵⁸ 橋爪隆，任務違背行為の意義，刑法判例百選II -- 各論 第 7 版，2014 年 8 月，143 頁。

⁵⁹ 千葉地裁平成 16 年 11 月 16 日判決，LEX/DB 28105039。

⁶⁰ 品田智史，背任罪における図利加害目的，刑法判例百選II -- 各論 第 7 版，2014 年 8 月，146 頁。

⁶¹ 和歌山地裁平成 17 年 11 月 18 日判決，LEX/DB 28135373，另可參照：<https://reurl.cc/yEgzN2>(最後瀏覽：2021 年 6 月 1 日)

稱「料亭」)的老闆娘為不倫關係，知悉「料亭」係由於昭和8年在國有地上建築之別莊與其後所增建之建物所構成，原於昭和28年以料理旅館營業，昭和60年因建物內之防火設備關係，不得再經營旅館業，改以「料亭」方式經營，嗣受泡沫經濟崩壞之影響，赤字攀升經營困難，平成10年至平成12年9月29日前，占用國有地之建物，積欠約539萬日元之借用金，其為現行建築基準法制定前之建築，屬於既存之不適格建築，若用途變更，須依新法改修為符合耐火、耐震之構造，恐須大筆資金，故要取得飲食店以外之用途的許可將十分困難，被告為圖利該老闆娘，以地方振興計畫再生為由，利用在「料亭」裝飾以美術品使其無須變更原有用途之巧門，並以之為觀光設施，由該市向「料亭」租用建物，另就「料亭」上開未支付之539萬日元借用金部分，前往近畿財務局和歌山財務事務所，就上開不法占用部分擬改由該市租借使用並以租金支付與其交涉，另編製預算改建租借後之「料亭」，「料亭」之建物老朽，仍將其固定資產評價為2884萬日元，而此價格之租賃合理價格應為每月36萬日元，卻設定自平成12年10月1日至32年3月31日止，每月應支付140萬日元租金，保證金700萬日元，該市之債務履行及租金等合計4900萬日元，對該市加以財產上損害。法院認定此係違背任務且加諸損害於該市的背信行為。

3. 所採措施不合理，係判斷是否違背任務之基準，所採措施加諸之財產上損害，包括消極損害

行為人違背任務行為之結果，對本人有財產上損害，係指以經濟的觀點評價本人之財產狀態，是否因為被告之行為致本人財產價值減少或應增加的價值未增加⁶²，換言之，該損害係指全體財產之減少，並包括消極之損害⁶³。背信罪之損害係指因違背任務行為而生不利益，損害評價基準原則上以金錢價值計算之，損害包括已生之經濟上不利益及其不利益發生之可能性⁶⁴。

⁶² 最決昭58·5·24刑集第37卷4号437頁，<https://reurl.cc/9rZx6O>(最後瀏覽:2021年6月2日)，判決要旨：<https://reurl.cc/zeboDN>(最後瀏覽:2021年6月2日)。

⁶³ 前田雅英，刑法各論講義 第7版，東京大学出版會，2020年1月，295頁。

⁶⁴ 品田智史 財産犯における財産上の損害概念の諸相 刑法雜誌 53卷2号 2014年2月 218、221、223、227頁。

被告為舊日本道路公團之理事，其與共犯共同將舊日本道路公團靜岡建設局原預定於平成 16 年度一次發包的高速道路高架橋工程，調整為 2 次發包，致經費將增加 1 億日元，東京高等裁判所平成 19 年 12 月 7 日判決⁶⁵，認定被告該當背信罪，即以其所採措施不合理，作為判斷違背任務的標準⁶⁶，關於損害之認定，除第一次發包工程所致之損害額，連尚未發包之第二次工程的「損害」也予以認定⁶⁷。

（三）日本法小結

背信罪係財產犯罪，承認公務員違背任務的圖利行為該當背信罪，係因造成本人(國家或地方自治團體)財產上損害，而損害係從全體財產的觀點，計算已生之經濟上不利益及其不利益發生之可能性，如違背任務行為無財產上損害，不該當背信罪。

陸、本署對本案法律問題之意見

一、圖利行為包括消極不作為

圖利罪之本質本就包含「不作為」，此從各國之立法例即可得知。美國伊利諾州法第 720 章第 33 條第三項 Sec. 33-3. Official Misconduct 對於公務不當行為罪，明文規定包括不履行 (fails to perform) 法律所要求之應為義務，法院判決 People v. Thoms (1977) 亦認為消極未將逮捕之人犯移送法院構成該罪。紐約州公務不當行為罪 New York Consolidated Laws, Penal Law - PEN § 195.00 Official misconduct 亦包括「有執行義務，卻不執行」，其法院判決 People v. Heckt (1969) 亦認警察多次在不法職業賭場參與賭博而未進行逮捕取締成立該罪。而英國普通法之不當公務行為罪亦包括「故意疏於履行其義務」，義大利刑法第 323 條之圖利罪亦包括消極行為，均已如前述。我國貪污治罪條例第六條之圖利罪之條文本身雖未明文規定包含不履行法律上

⁶⁵ 東京高裁平成 19 年 12 月 7 日判決，LEX/DB 28145191。

⁶⁶ 品田智史，背任罪における任務違背（背任行為）に関する一考察（一），阪大法学 59 卷 1 号，2009 年 5 月，119 頁。

⁶⁷ 島戶純，收於大塚仁、河上和雄、中山善房、古田佑紀(編)大コンメンタール刑法〈第 13 卷〉第 246 条~第 264 条，青林書院，第 3 版，2018 年 8 月，390 頁。

之作為義務，但條文之「違背法令」之行為態樣本就包括消極不作為，此點亦為我國實務界所採之。

最高法院 [81 年度台上字第 446 號](#) 判決指出：「戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款之圖利罪，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。」對此作為義務，最高法院更進一步於 [89 年度台上字第 5102 號](#) 刑事判決指出：「有關警察業務之保安、正俗、交通、消防、營業、建築、市容整理、戶口查察、外事處理等事項，違警處分，協助偵查犯罪，均為警察法定職掌，警察執行勤務，劃分勤區，刑事警察得配合警勤區劃分責任區，警察法第九條、警察勤務條例第六條分別定有明文。被告對其轄區內之前開波霸店之色情營業有取締之直接執行之責，原審既認被告知悉波霸店違法經營色情行業，惟竟以被告僅消極的不予取締舉發，並未積極的予以圖利，而認不成立圖利罪，顯有不適用法則之違法。」此等見解於圖利罪修法之後，並未改變，可參最高法院 [108 年度台上字第 3328 號](#) 刑事判決，該案中被告係國道公路警察分隊長，於其部屬攔阻違規車輛正進行掣單舉發程序之際，關說部屬免開單放行，最高法院維持二審法院之共同圖利罪之有罪判決（高雄分院 [108 年度重上更二字第 2 號](#) 刑事判決）。

可知我國圖利罪之公務員行為違背法令部分，本就包含不作為，在公務員已經無裁量餘地時故意違反作為義務，即有其違法性。

綜上，本件公務員雖未積極給予建照使照使違建合法化，但在依相關法令係屬應即予查報、拆除仍未依法予以簽報（拆除），即已構成違背法令之公務行為。

二、所謂不法利益係指不公平之違法狀態利益

如前所述，有多國之圖利罪構成要件，對於所圖得之利益並未限定於「不法」，例如伊利諾州法 Sec. 33-3 使用 a personal advantage；

紐約州 PEN § 195.00 與泰國刑法第 152 條⁶⁸都是使用 a benefit，均未在 advantage 或 benefit 前面加上不法或不正等形容詞。僅瑞士刑法第 312 條使用 unrechtmässigen Vorteil（英 unlawful benefit）與義大利刑法第 323 條使用 ingiusto vantaggio（英 unfair financial advantage），有在利益前面加上不法或不正之形容詞，此即義大利法院學說與判決所指出之「雙重不法」（義 doppia ingiustizia，英 double injustice）。

我國貪污治罪條例第 6 條第 4 款與第 5 款之條文規定為：「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。」除前段公務員行為之「違背法令」以外，另有在後段之條文限定為「不法利益」，應亦係採「雙重不法」理論。且民國 90 年 11 月 7 日第 6 條立法理由亦指出：「因此，實務上對『違背法令』與『不法利益』之『不法』內涵所作之判斷不完全一致，二者即仍有併存之必要，以免日後適用上產生窒礙。」等語，可知「雙重不法」應是我國立法者的本意。

至於後段結果之不法性認定標準應如何界定？如前所述，義大利有部分學者認為該國刑法 323 條後段之「不正」的用語是贅文，因為經由違背法令的職權行為所產生的利益總屬不正。而瑞士實務及學說亦未對該國刑法 312 條後段之「不法」多所著墨，重點仍擺在於前段之有無濫用職務、濫用職權。再者，我國學者許玉秀、謝煜偉二位教授均撰文認為只要是行為違背法令，其所致的利益就屬不法，亦已如前述，且我國實務判決亦大多在確定公務員行為「違背法令」後即開始討論「不法利益如何計算」，並未另外對如何認定利益之不法性有所論述。故在我國如採「贅文說」，本無不可。

退步言之，若我國採「非贅文說」，亦即，結果之不法性無法直接從公務員行為之違背法令性推演出，而應獨立於公務員行為之不法

⁶⁸ 泰國刑法第 152 條規定：「有管理或監督公務職責之公務員，利用其職權圖利自己或他人者，處一年至十年有期徒刑，併科二千至二萬巴特之罰金」（Section 152 Whoever, being an official having the duty of managing or looking after any activity, takes the interest for the benefit of himself or the other person concerning such activity, shall be punished with imprisonment of one to ten years and fine of two thousand to twenty thousand Baht.）請參：<https://www.thailandlawonline.com/table-of-contents/criminal-law-translation-thailand-penal-code>

性另為判斷。則首應敘明者係貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款前段之「違背法令」係行為之不法，後段之結果「不法」則係狀態之不法。而「建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除」建築法第 25 條第 1 項前段定有明文，故違建物所有人對違建物之占有及使用均為違法狀態之繼續。對此違法狀態，主管機關本得依建築法第 86 條第 1 款採取排除該違法狀態之行政處分（罰鍰或強制拆除）。若該具體個案依相關法令應即予查報、拆除（即已無裁量空間時），主管該事務之公務員竟未依法予以簽報（拆除），致使原起造人仍得繼續保有該違章建物之整體用益狀態，較諸其他被查獲違建之人民，即有不公平現象發生而有違憲法第七條所定之平等原則，參諸前述義大利最高法院判決與部分學者之見解，此時該利益即屬不法。⁶⁹

末查我國圖利罪並不以造成他人損害為構成要件，有將此要素納入圖利罪之國家其條文亦均係「獲利」或「損害」，並非「獲利」且「損害」，故如已有不法利益，即無庸再究明何人受損害。

三、不法利益包括現實財物及其他之無形利益（含使用利益）

最高法院 [103 年度台上字第 1875 號](#) 刑事判決指出：「貪污治罪條例第六條第一項第四款圖利罪，除公務員違法圖利之行為外，尚須該公務員圖利之對象（本人或第三人）因而獲得利益，始克成立；而所謂「利益」，依立法理由說明，係指一切足使圖利對象之財產，增加經濟價值之**現實財物及其他一切財產利益**，不論有形或無形、消極或積極者均屬之，亦即除屬可得計算增加之有形價值外，其他雖非同有形價值可資計算，然倘能增加經濟價值之其他一切財產利益，亦屬不法利益之範疇。至公務員圖利對象收回成本、稅捐及費用部分，原來即為其所支出，並非無償取得之不法利益，自不在所謂圖利範圍而應予扣除。故判斷是否屬於圖利罪之不法利益，除考量可得計算增加經濟價值之**現實財物**，並扣除成本、稅捐及其他費用外，仍應審酌**其他無形之不法利益**是否符合對主管事務圖利罪之構成要件。」同一案

⁶⁹ 關於此不公平性，近日發生之冠狀病毒疫苗施打順序爭議（好心肝診所事件）亦可做為例子，接受施打疫苗雖是每一個公民的權益，但如果是違背相關規定插隊施打，此利益是否即有不法性而成為「不正利益」？

件經撤銷發回更審再上訴後，最高法院以 [106 年度台上字第 2190 號](#) 刑事判決判定被告等成立圖利罪（原審亦是判圖利罪，惟最高法院認應依刑事妥速審判法第 7 條減刑故撤銷原判決而自為判決）。該案之被告承租烏來地區原住民保留地，原來之使用目的係採取砂石，後因政府全面禁止採砂石，遂擅自興建溫泉山莊營業，該租約至民國 91 年間即到期因不符合使用目的而未能續約。被告等鄉公所公務員於 95 年間明知此等事實，竟仍以採取砂石為由准予續約，使業者得以繼續營業溫泉山莊。最高法院自為判決時並未推翻原審（臺灣高等法院 [104 年度重上更\(三\)字第 35 號](#) 刑事判決）之計算不法利益方式：「被告劉 0 0、林 0 0、蕭 0 0 對於主管之事務，明知違背法律授權之法規命令，直接圖私人不法利益，致 0 0 企業社獲得不被收回原承租使用之土地（面積 7833 平方公尺）、免遭受拆除其上建物及溫泉設備，而得以在保安保護區繼續違法經營 0 0 0 溫泉山莊，自 96 年 2 月起計至 97 年 8 月止，依 0 0 企業社銷售額與稅額申報書顯示總營業額為 4715 萬 4607 元（見調查卷第 150 至 159 頁）；營業成本每月約 190 萬元，20 個月共計約 3800 萬元，而 96 年間員工人數約 30 餘位，薪資成本比 97 年多 240 萬元，業據 0 0 企業社負責人林 0 0 於調查局詢問中供陳在卷（見調查卷第 104 頁），是總營業額 4715 萬 4607 元扣除經營成本約 4040 萬元（3800 萬+240 萬=4040 萬），營業淨收益共計 675 萬 4607 元。」

此種將物之使用利益（無形利益）亦視為不法利益之見解，最高法院在 [104 年度台上字第 2246 號](#) 刑事判決亦採之，該判決認為公墓管理員明知墓主呂 0 0 獲許可興建墓基面積僅有三坪，而實際興建六點 0 四八九坪，卻未依法舉報，係構成「直接使呂 0 0 獲得超過法定墓基面積達三點 0 四八九坪之不法使用利益」，可見「不法使用」本身就是一種不法利益⁷⁰。

最高法院此種將「使用」亦列為「利益」之見解，實符合民法 765 條對於所有權權能之規定「所有人，於法令限制之範圍內，得自

⁷⁰ 從比較法言之，紐約州法之利益（benefit）是 gain 或 advantage，其中 gain 即偏向現實財物，advantage 財偏向無形利益（例如使用利益），應亦是認為現實財物與無形利益有可能同時存在。

由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉」，故應予贊同。否定說認繼續使用僅屬附隨利益，尚屬無據。

從上可知本件不法利益之內容，應包括建物本身之價值（即現實財物）以及使用利益（即其他無形之不法利益）。

四、不法利益產生之時點與計算方式

首須指出者，圖利罪之「圖私人之不法利益究為若干雖有時無法計算，並無礙於該罪之成立，僅為不宣告沒收之原因」，最高法院 [89 年度台上字第 100 號](#) 著有判決，此見解至今應仍有適用，故所獲利益之計算本無須明確確定。亦即，原審對於實際得利之計算縱有出入，若未影響到判決結果與量刑，應屬「無害錯誤」(harmless error)。

就不法利益產生時點而言，違建物所有權之取得時點，係在違建物興建完成之時，與公務員行為並無因果關係，固堪認定。然在公務員應排除違建物之違法狀態而不排除之後，其所有權之保有即與公務員行為建立起因果關係。換言之，此時違建物所有人獲得之利益，在現實財物部分，並非建物之「所有權之取得」，而是「所有權喪失之避免」（免於被拆除），故其利益之產生時點，應是在公務員消極不作為之時，而其利益之數額應是該等建物在該時點之客觀現存價值。另外在所有權之權能即使用利益部分，違建所有人所取得者係「繼續使用違建營業之利益」，其計算亦應自公務員消極不作為之時點起算其所有扣除成本後之營業收入（不法利益之計算與沒收不同，若是沒收即不得扣除成本）。

具體言之，本署雖同意本件二審判決有關建物現存價值之計算方式，但並不同意該判決有關不法利益應排除營業收入之見解。本件不法利益應另加入營業收入，其計算方式可參考前述臺灣高等法院 [104 年度重上更\(三\)字第 35 號](#) 刑事判決。

五、圖利罪應否廢止應屬立法論，非本件法律爭點

由前述外國立法例之討論，可知在有圖利罪之立法例中我國之構成要件是屬於最嚴格者，有些國家只要有違背法令之行為就犯罪，有些國家只要有圖利之意圖就犯罪，我國係採違背法令之行為加上圖利

之意圖又加上得利之結果，已是最嚴格的立法了。至於圖利罪之法定刑雖有比若干包庇罪重，但有些包庇罪本來就不該當於圖利罪，且如果同一行為同時構成圖利罪與包庇罪，從一重處斷即可，二者不能相提併論。最後，單純的不予舉發並不會成立圖利罪，僅有在行政程序已經進行到別無裁量空間時仍消極不作為，始能成立圖利罪，係國內外均有之通說，故本件若採肯定說並不會發生否定說所述之血流成河之情形。

本署意見小結：

違章建築依相關法令係屬應即予查報、拆除者(已無裁量空間時)，主管該事務之公務員未依法予以簽報(拆除)，致使原起造人仍得繼續保有該違章建物之整體用益狀態等情形，應屬貪污治罪條例第6條第1項第4款所規定之圖其他私人不法利益。其利益包括免於拆除之建築物本身在公務員決定不簽報時之現存價值，以及自公務員決定不簽報日起至實際拆除日(或裁判日)止之扣除成本後之營業收入。

此致

最高法院

中 華 民 國 110 年 6 月 16 日

檢察官 朱朝亮

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

林俊言

蔡秋明