

## 淺析貪污治罪條例一級貪汙罪類型、保護法益與適用問題

編目：刑法



主筆人：何台大

何台大老師於課堂上以深入淺出的體系圖、表格、圖解等方式幫助考生快速建立體系。並指導如何快速上手作答、以法益思考導向找罪名、開標題、寫出漂亮架構與完整論理。另，提供面對選擇題時的答題訣竅，使考生在考試的有限時間裡發揮最大實力。

◎最新課程請點閱高點法律網 [www.license.com.tw/lawyer](http://www.license.com.tw/lawyer)

### 壹、前言

近年來，公務員貪瀆案件一直為國人所關注，報章雜誌、新聞媒體往往以大幅版面或聳動標題報導此類案件。「清廉、公正、效能」的施政似乎為國人所期待，且為多數機關所倡導，然而，貪污弊案卻層出不窮，不論公共工程、水土保持（容任業者濫行砍伐、通過山地開發建案）、政府採購等，常因弊案而導致施政效能不彰，甚至釀成災害。

貪污治罪條例（以下簡稱「本條例」）之立法，在第 1 條即明言其「嚴懲貪污，澄清吏治」之決心；該條例第 4 條特別列舉某些行為類型，並課以極為嚴厲之刑度—無期徒刑或十年以上有期徒刑，刑度可比擬殺人罪；且在實務將本條例解釋為特別規定的運作模式下，第 4、5、6 條幾乎架空所有普通刑法之瀆職罪與公務員身分犯罪。該條所規範之「重大」貪污犯罪，其概念理由為何，是否有刑法瀆職罪章以外更值得保護之法益、或是其行為態樣對於法益侵害之情形最嚴重？

此外，本條例第 4 條與普通刑法之適用上亦有競合問題，而依照實務見解，本條規定乃刑法之特別規定，優先適用本條規定，但究竟如何適用，則有加以研究之必要。本文將本條例第 4 條各款行為態樣予以類型化，進而討論其保護之法益，以及科以嚴厲處罰之加重理由；最後，本文將點出我國法加重規定不合理之處。



## 貳、一級貪污犯罪之保護法益與類型分析

### 一、貪污罪保護之基本法益

本條例所列舉之各罪，雖不完全相當於刑法上瀆職罪，但學說上有認為基本上應可認屬刑法瀆職罪之一部分(註 1)；立法機關認公務員職務犯罪類型非刑法足以規範，乃訂定特別刑法(從早期之「戡亂時期貪污治罪條例」至現今之「貪污治罪條例」)，學說上有認為形成刑法規範被切割之情形(註 2)。

因此，若欲討論本條例第 4 條各款加重規定所欲保護之法益，仍有必要先討論瀆職罪之基本保護法益，以及將各條款規範予以類型化(否則過於龐雜)。

學說上有認為瀆職罪並非單純保護與個人利益無關之「國家意思實現」(Umsetzung des Staatswilles)，否則無法解釋為何不違背職務之受賄行為也有可罰性(如刑法第 121 條、本條例第 5 條第 1 項第 3 款)；其所保護之法益，還有公務的廉潔性(Lauterkeit des öffentlichen Dienstes)以及公眾對公務廉潔之信賴。(註 3)公務員貪污罪所保護之法益，在於維護公共行政之公正與公平(依法行政)，因此，原則是抽象危險犯之規定(註 4)，但仍有採結果犯之立法(註 5)。

本條例第 4 條第 1 項各款之加重類型，以行為態樣(手段)為列舉之規定。學者有分別就各款定其罪名為：「竊取或侵占公用器材、財物罪」(第 1 款)、「藉勢勒索財物罪」(第 2 款)、「經辦工程舞弊罪」(第 3 款)、「以公用運輸工具裝運違禁物品罪」(第 4 款)、「違背職務收賄罪」(第 5 款)(註 6)。

由於本條例第 1 條所言之立法目的「嚴懲貪污、澄清吏治」過於籠統抽象，故本文放棄從該條來討論法益之分析方法；本文以下部分將先從文義解釋的角度，依照「可能兼及的」保護法益，類型化區分本條例第 4 條各款規定。(註 7)至於本條例對若干行為以特別法規定，在刑度上有明顯之加重，其是否有保護其他在刑法瀆職罪章以外，特別重要之法益，或兼及保護其他法益，或其何以「重大」，本文亦將於以下討論分析之。

### 二、加重條款可能的保護法益與類型化區分

#### 貪污治罪條例第 4 條

有下列行為之一者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金：

一、竊取或侵占公用或公有器材、財物者。



- 二、藉勢或藉端勒索、勒徵、強占或強募財物者。
  - 三、建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事者。
  - 四、以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者。
  - 五、對於違背職務之行爲，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。
- 前項第一款至第四款之未遂犯罰之。

### (一)類似財產犯罪型

本條例第 4 條第 1 項第 1 款規定，基本上行爲態樣屬於竊盜或侵占罪（若僅提出、截留而未侵占入己，依個案情形，可能成立竊盜或侵占未遂），但行爲客體限於公用或公有財物，因此，若純粹就構成要件來看，其保護法益上可能與國家對於公物的持有與所有權較有關連。而該二款規定並無「意圖爲自己或他人不法之所有」此一主觀不法要素，亦即，若行爲人不具有不法所有意圖，雖不成立刑法財產犯罪，仍可成立本罪，就此而言，又與處罰個別財產法益之犯罪略有不同。

第 4 條第 1 項第 2 款之「強占」、「強募」，可能包含搶奪或強盜等行爲，故就此而言，其保障之法益兼及財產權與人民處分財產之自由意志。本款規定之行爲態樣與恐嚇取財罪相似，保護人民之整體財產法益。本文認爲，本類犯罪規範於本條例，仍非單純保護財產法益，其規範之主體以公務員爲主（本條例第 2 條），似認爲公務員有機會利用公權力、職務機會爲較嚴重之侵占、勒令取材等行爲，而加重處罰之。此外，立法者在制定此類加重類型時，或許認爲「國家財」此一法益比「私人財」更爲重要，因此對於侵害國家財產的行爲予以加重處罰。

### (二)類似圖利罪型

第 4 條第 1 項第 3 款乍看之下似爲刑法第 131 條圖利罪之行爲態樣之一。但本款規定並未有如第 131 條「明知違背法令」之主觀構成要件；另將職務事項限縮於建築、經辦公用工程、購辦公用器材物品；行爲態樣限於浮報價額、數量、收取回扣、其他舞弊情事（概括條款）；不以得利爲必要。

本款之保護法益，除刑法瀆職罪章圖利罪本身保護之法益外（如廉潔、公正等），就構成要件之分析，應係著重在保護公共工程或後勤營繕品質（註 8）、政府採購之品質等。

### (三)收賄罪型

本條例第 4 條第 1 項第 5 款規定與刑法第 122 條第 1 項構成要件基本上完全相同，係違背職務收賄罪，保護之法益解釋上與刑法第 122 條



第 1 項同，皆為保障國家功能執行者的不可收買、公務執行的廉潔性與人民之信賴(註 9)。

併予說明者，此規定與刑法收賄罪規定完全相同，因此其保護之法益與刑法收賄罪並無二致，而沒有額外或附帶保護之法益。

#### (四)減輕查緝可能性型(？)

本條例第 4 條第 1 項第 4 款為一獨特之立法，該構成要件乍看之下難以與一般人印象中之「貪污」行為相連結，且為刑法所未規定，學說上對於本款規定多有批評(註 10)，而未對本款保護之法益及類型多作著墨。

本文作者努力思考該條之立法用意，該條款禁止以公用(務)運輸工具裝載法律所禁止之物品或漏稅物品，除了單純不希望公用運輸工具上裝載該類物品而「藏污納垢」外，或許是因為若該等物品裝載於公用運輸工具內，難以被查緝或發覺，可能提高該類物品被運輸、流通之風險，因此特別制定本款規定。另外還有一可能之理由，亦即透過公用運輸工具節省運費、稅金或難以被查緝之「利益」，而為圖利罪之一種(加重)類型，從實務上少數論及本款之判決(註 11)中，就其整體意旨來看，似傾向本款為圖利特別規定之看法。

### 參、與普通刑法各罪之比較

#### 一、「重大」的意義與比較客體

所謂「重大」貪污，其所保護之法益，應當特別重要(至少比刑法瀆職罪章保護之法益更重要)，亦即，該法益被侵害時，人民會感受到較嚴重的不愉悅，法秩序之和平狀態被嚴重破壞；或是雖然保護相同法益，但該等行為態樣對於同一法益之侵害與破壞較為嚴重、危險性較高，此時若不違反罪刑相當、比例原則，則可為加重規定。隨著法益侵害之程度，為輕重不等之刑罰規範，才能達到預防的效果。

從本條例之立法背景(前身)來看，起於抗戰時期，在處於戰爭之危難時，居然有人大發國難財，國家徵收人民的財物，卻聽憑軍人、公務員貪污，可以想像人民的憤怒，而希望貪污的軍人、公務員被處重刑。1945 抗戰勝利後，繼續沿用懲治貪污條例，其背景因素或許因為人民希望回到原本的生活環境，卻發現公務員還是藉機發財，因此感到憤怒(？)；但是從接收臺灣時期開始，至 1954 年已經遠離戰爭了，不應繼續存在重罰，所以廢除懲治貪污條例。1963 年，發生一連串的貪污，震驚社會，立法委員於



是增訂「戡亂時期貪污治罪條例」，從政治的立場來看，或許這是統治者的安撫手段之一。但是 1963 年開始，應當脫離所謂的戰爭思考（至少 1954 年的廢止懲治貪污條例就是這樣的原因），1963 的立法，只能說是治亂世用重典的思考、以及摻雜某些政治因素，產生非戰時侵佔幾萬元可能也要處以過高刑度（一級貪污罪）的問題。

本文認為，思考貪污行為是否「重大」，必須擺脫戰時想法，同時，也必須找出比較的客體（和什麼行為相比下，屬重大之行為）。於此，本文將本條例第 4 條各款行為拆解並類型化後，與刑法分則相類（或學說上認為保護法益相同或相近之刑法瀆職罪章）各罪比較。

## 二、與刑法收賄罪構成要件完全相同的二款規定

比較明顯的發現是，本條例第 4 條第 1 項第 5 款（違背職務收賄罪）、與刑法第 122 條第 1 項構成要件完全相同，因此，該款規定並不算是「重大」貪污行為。若立法者認為在某些案例，收受利益範圍、影響過廣、因而為違背職務情節嚴重，刑法分則之刑度過輕，則此時只需調整刑法分則之法定刑上限，由法官依據個案情節輕重，而為妥善之量刑，實無庸另起爐灶，在特別法中安插構成要件完全相同之規定。

## 三、其他各款規定之檢討

第 4 條第 1 項第 1 款之行為，態樣類似財產犯罪之行為，基本上不具有刑法財產罪章（尤其該當公務侵占之行為）與不純正瀆職罪以外所保護之法益，其行為態樣不論從構成要件、或實務案例與相關研究，原則上並非刑法財產犯罪與瀆職罪章外之「重大」犯罪。或許立法者心中存有假設：侵害國家財產法益比侵害私人財產法益更為重大；然而接下來必須面對的質疑是，何以國家財產法益較為重大？本文以為，除非立法者提出說明，在侵害國家法益情形，會造成更大程度的傷害，或是其他法益的侵害，否則無法說明侵害國家財產之行為即屬重大。

本條例第 4 條第 1 項第 3 款經辦工程舞弊罪，防止公務員透過公共建設、設備而謀取利益，導致公共工程、採購必須付出過大成本，並避免工程或採購品質下滑，基本上應當可以算是值得保護的法益。但是，其是否較刑法瀆職罪章收賄罪重大，重點不在收取的回扣、利益，而在於公務員是否因而為違反專業判斷或法規命令之行為，因而導致工程品質下降甚至釀成災害（最典型者例如：防波堤工程、水土保持工程、相關水利、防災工程等）；或是其浮報價額過鉅，嚴重影響經辦工程或採購事宜。

最後，討論奇特的犯罪類型，第 4 條第 1 項第 4 款以公用運輸工具裝運違



禁物品罪，必須就禁止之物品為何（亦即增高何物之查緝難度），始能個別認定。既然並非所有漏稅物品之持有運送皆以刑罰處罰，則無必要一概將公務員以公務車運送漏稅物之行爲入罪，若立法者擔憂國家稅收受到影響，則應在稅法、懲治走私條例另爲更細緻的規定爲妥；運送違禁物部分，不區分違禁物為何、危險性之高低，一概列爲一級貪污罪，實難判斷其「重大」處何在。縱使運輸槍砲彈藥此類高危險之物品，一旦查緝可能減低，將危害人民安全，使社會秩序不和平，但仍宜將此規定在槍砲彈藥刀械管制條例或刑法持有危險物品罪規定。

當然，在此也許會有質疑，如果公務員（特別是有機會接觸軍用制式武器的軍警相關人員）以公務車運送黑道或恐怖份子之武器，難以被察覺，此類情形是否重大？確實，其造成之危險性或許遠比貪污治罪條例立法時所設想的「貪墨」還要重大，如果立法者真的有設想到此類行爲，那麼應該更明確地指明危險物品，而非以籠統的構成要件一言以蔽之，將其他漏稅物、違禁品一網打盡。

#### 肆、結論

從本條例第 4 條之構成要件以及努力設想其可能保護之法益來看，其所兼顧之法益並非單純的依法行政、廉潔與人民信賴，而是五花八門把許多類行爲全部放進此二條文中。

基本上，與刑法分則條文構成要件完全相同之條文，明顯並非「重大」（至少與被重複規定之刑法條文比較）；與刑法類似之規定，若其沒有保護更多或更重大之法益，或是對法益侵害程度更加嚴重，也不能算是「重大」。

與本法體系格格不入之款項、太過概括之規定，實務上可能落入該規範之案型五花八門，有些在一般社會觀感下並非重大，有些則可能讓人民感到「激憤」，但是否不區分情況，一律規範爲一級貪污罪，調高法定刑上限，又把法定刑下限僵硬的鎖在十年、七年以上，造成許多輕微案件必須起訴（而無法緩起訴、不起訴）進入司法審判，有時即使法官已經努力減刑但仍有過重之問題，值得深思。



【注釋】

- 註 1：高金桂(2002)，〈貪污治罪條例之適用與競合〉，《「貪污治罪條例之評估與檢討」學術研討會論文集》，頁 2。
- 註 2：參柯耀程(2002)，〈貪污治罪條例在適用上之評估與檢討〉，《「貪污治罪條例之評估與檢討」學術研討會論文集》，頁 24。
- 註 3：高金桂，前揭註 1。另參黃惠婷(2009)，〈論貪污治罪條例與公務員圖利罪〉，《台灣法學雜誌》，第 132 期，頁 42-43。
- 註 4：Tröndle/Fischer, StGB Kommentar, Aufl. 50., 2001, §331 Rn.3.
- 註 5：詳細之說明，參高金桂，前揭註，頁 3。
- 註 6：各罪命名參考自鄭善印(2002)，〈貪污治罪條例在立法上之評估與檢討〉，《「貪污治罪條例之評估與檢討」學術研討會論文集》，頁 50-51。
- 註 7：在分類上，有將本條例犯罪分為貪污類、濫權類者，如李茂生(2002)，〈新修公務員圖利罪芻議〉，《月旦法學雜誌》，第 91 期，頁 163 以下。但本條例第 4 條所規範之類型龐雜，某幾款甚至包含許多行為態樣且無法歸類於同一型態，因此本文擬將各款拆解，歸類進刑法分則相對應之態樣：財產犯罪型、類似圖利罪型、收賄罪型、其他特殊型，如此有利於之後修法時，重新檢視回歸刑法分則之可能性以及若廢除時是否產生漏洞。
- 註 8：參余振華(2007)，〈刑法瀆職罪章與貪污治罪條例合併規定之檢討〉，《法令月刊》，59 卷 6 期，頁 35-36。
- 註 9：黃惠婷，前揭註 3，頁 43。
- 註 10：參余振華，前揭註 8，頁 40；余振華(2002)，〈廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性〉，《「貪污治罪條例之評估與檢討」學術研討會論文集》，頁 84-85；陳志祥(2003)，〈貪污治罪條例在內容上之評估與檢討〉，《月旦法學雜誌》，第 94 期，頁 25 以下。
- 註 11：報廢公務車裝運漏稅物品案(臺灣高等法院刑事判決 97 年度重上更(五)字第 143 號判決)、機場消防車逃漏稅案(臺灣高等法院刑事判決 89 年度重上更(三)字第 229 號判決)

