

會議論文

直接性原則及總額沒收在 公務員圖利罪之運用

陳明呈*

目 次

壹、前 言	二、本罪評價重點應係「違背職務行為」
貳、犯罪所得沒收之審查流程	三、不法利益之認定
一、沒收審查流程概述	肆、公務員圖利罪之犯罪所得認定
二、直接性原則之定位	一、違背職務行為所獲取者是否必為不法利益
三、犯罪所得範圍之認定	二、不法利益與違背職務行為之關聯性
四、德國沒收新法之「兩階段計算法」	伍、結論與建議
五、犯罪所得應結合違法行為加以判斷	
參、公務員圖利罪之簡要分析	
一、本罪沒收主體	

* 臺灣高等法院高雄分院法官。

壹、前 言

犯罪過程所產生一切財產利益該如何界定沒收範圍？又犯罪行為一旦既遂，後續衍生利益是否仍屬犯罪所得¹？面對一般財產犯罪，認定犯罪所得並不困難（例如甲竊取乙所有現金新台幣1,000元或行動電話1支），然若所獲利益不以具體財物為限（例如公務員圖利罪），抑或犯罪過程具有連續性，甚至利益實現結果必須藉由一連串事實加以組成（例如工程招標弊案）者，對於甫適用新沒收制度的我國審判實務來說，判斷上確有相當難度。

我國刑法²前自2015年12月30日修正公布沒收相關規定（2016年7月1日施行，下稱沒收新制），大幅變革刑事沒收制度，相關刑事特別法暨刑事訴訟法亦陸續配合修正或新增相關規定（例如沒收特別程序、非附隨搜索之扣押），立法理由或多數論者均一再強調「任何人都不得保有犯罪所得」或「無人能因犯罪而受利益」之概念，充分顯示沒收新制係以澈底剝奪犯罪所得作為基本原則，也直接影響實務審判方向。

無論將沒收犯罪所得定性為「準不當得利之衡平措施」³（本

¹ 沒收客體雖包括原物沒收（沒收犯罪所得財物）及追徵價額（針對行為人其他財產執行），僅前者始與犯罪具有直接關聯性，惟因刑法第38條之1條文乃規定「犯罪所得」，又為與公務員圖利罪之「不法利益」相互區辨，本文爰採「犯罪所得」通稱實施犯罪應沒收之財產所得客體。

² 為避免用語冗長重複，本文以下敘及中華民國刑法者均直接引用條號；另我國最高法院前自2019年7月4日起正式實施大法庭制度，且一併廢除判例、決議制度，但考量以往相關判決、判例或決議具有代表審判實務見解之意義，故本文仍予引用作為論述依據，先予敘明。

³ 林鈺雄，〈利得沒收之法律性質與審查體系——兼論立法之展望〉，月旦法學雜誌第238期，2015年3月，頁55至62；古承宗，〈沒收不法所得與刑罰威嚇的功能關聯——兼評智慧財產法院103年度刑智上易字第13號判決〉，裁判時報第36期，2015年6月，頁36至49。

次修法明確採此立場)」或認具有「刑罰」性質⁴，均須體認此舉本質上實屬國家直接干預人民財產權之強制手段，其中原物沒收固較無爭議，但因增列「追徵價額」作為原物沒收之替代手段⁵，執行結果勢將涉及行為人直接犯罪所得以外其餘正當財產權利（甚至是第三人財產）之侵犯。鑑於憲法針對財產權應著重既有財產狀態之尊重，縱使係犯罪行為人，唯有當財產來源或使用目的牴觸公共利益時，符合比例原則檢驗下始能加以剝奪。

職是，延續澈底剝奪不法利得暨犯罪預防⁶之前提下，犯罪所得本非行為人之正當財產權，故沒收犯罪所得之目的、手段固有正當性，但法院仍應平衡考量沒收犯罪所得暨避免過度（雙重）剝奪之原則，審慎認定其實質內涵暨範圍，絕非容許逕以打擊犯罪、剝奪犯罪所得為名，不當（過度）地侵害犯罪行為人之財產權。

本文擬以「公務員圖利罪」為例，尤其針對易產生混淆之工程弊案類型（可能涉及洩漏底標、違法開標或核發工程款等不同態樣）加以說明，藉由其中有關直接性原則及總額原則之體系化分析，兼及指出實務審判過程可能產生之疑慮，盼能更進一步瞭解沒收新制。

⁴ 薛智仁，〈沒收之定位與從屬性（上）〉，台灣本土法學雜誌第98期，2007年9月，頁29至32。

⁵ 倘原物未經扣押，將來沒收恐有困難，故此舉應係實務上最常見之沒收執行方式。另依論者所述，追徵價額乃德國法院實際上採取沒收之主要型態，估計95%利得沒收均係針對替代價額而發，參見林鈺雄，同註3，頁72。

⁶ 此係認為沒收犯罪所得不僅可消除鉅額不法利益所形成犯罪經濟上誘因，亦得避免行為人保有犯罪所得供未來再犯罪使用，因而具有犯罪預防功能。

貳、犯罪所得沒收之審查流程

一、沒收審查流程概述

鑑於沒收新制立法過程主要參考德國法制，諸多文獻亦援引該國沒收規定作為詮釋基礎，慮及我國審判實務意見仍未臻成熟，為有助釐清不同面向爭議及便於討論起見，本文爰參酌德國（2017年修正前）沒收相關規定⁷，將犯罪所得審查要件略分為⁸：

1.存在一個刑事不法行為（前提審查）	第一階段審查
2.有無為了或產自犯罪之利得（確認犯罪所得內容）	
3.何人因犯罪而有利得（確認犯罪所得沒收主體）	
4.利得範圍及替代價額（確認沒收範圍）	
5.被害人優先原則（排除審查）	第二階段審查
6.強制沒收、裁量沒收及比例原則（法律效果）	第三階段審查

本文嘗試借用傳統刑法犯罪三階論之概念理解上述流程，其中1.至4.類如構成要件該當性之判斷（第一階段審查），應客觀審查個案是否存在犯罪所得暨其範圍及獲取主體為何，決定論知沒收對象與應否開啟沒收特別程序（相對應為第38條之1第1項及第4項）；又5.性質近似違法性審查（第二階段審查），亦即符合第一階段審查後，須再檢視有無排除沒收之法定原因（相對應為第38條之1第5項），由於此同屬客觀要件審查，僅須符合「實際合法發還」即當然排除沒收，原則上不考慮沒收主體之個別狀

⁷ 德國雖於2017年大幅修正刑事沒收規定（詳見貳、四、所述），但考量我國沒收新制乃參考該國修正前規定而制訂，本文仍認應參考該國2017年修正前規定作為論述架構，至於該國現行規定再另予說明。

⁸ 此係參考學者林鈺雄援引德國沒收法制所提出之審查流程，參見氏著，同註3。另由本文依各項要件性質略加修正並歸納為「三階段審查模式」。

況（除非各行為人是否發還之情形有所差異）；至於6.概念上類似有責性之判斷（第三階段審查），當確定犯罪所得客觀要件且無免予沒收事由者，法院應視個案（甚至依各被告實際狀況差異⁹）不同，憑以裁量得不宣告沒收或酌減之（相對應為第38條之2第2項）。

準此，一旦法院認定被告實施不法行為獲有犯罪所得，即應審查是否合於第38條之1第5項規定而不予宣告沒收或追徵（此時法院無裁量權），倘無此項免予（排除）沒收事由，再進一步考慮是否該當第38條之2第2項「裁量沒收事由」（法院具有裁量權），未可混為一談。

二、直接性原則之定位

前述犯罪所得沒收第一階段審查包括「有無為了或產自犯罪之利得（確認犯罪所得內容）」，此要件概念上類似合併「構成要件結果」暨「因果關係」之判斷，亦即除認定個案有無犯罪所得外，尚須審認該項犯罪所得與不法行為兩者之關聯性。

參考德國修正前刑法第73條第1項規定，犯罪所得依其取得（發生）原因可分為「為了犯罪（für die Tat）獲取的報酬（對價）」及「產自犯罪（aus der Tat）獲得的利潤（利益）」兩類，前者指行為人因犯罪取得之對價，後者則係直接因實現犯罪本身而在某個過程獲得之財產價值¹⁰，此一區分目的除有助於觀察利益流向外，亦僅後者始可能出現被害人求償（或發還）而排除沒收之情形。

鑑於刑法部分犯罪係禁止以不法手段獲取財產利益（例如一般財產犯罪），此類型易於透過對犯罪事實之觀察確認所得內容

⁹ 例如甲、乙雖共同實施竊盜罪，但是否均該當第38條之2第2項所定要件或個別酌減範圍則未必相同。

¹⁰ 林鈺雄，同註3，頁66。

（例如竊盜所得財物）；另有犯罪本身與財產法益無涉（例如侵害生命、身體法益或超個人法益之罪），縱非以禁止獲取不法財產為規範目的，行為人仍可能因實施犯罪獲取報酬或從中衍生其他經濟利益。故參考德國2017年修正前規定及多數文獻意見，犯罪過程所生之財產利益是否屬於犯罪所得，宜本諸「直接性原則（Unmittelbarkeitsprinzip）¹¹」（即犯罪與利得兩者間直接關聯性）加以認定，欲判斷何種財產利益直接源自犯罪應採取規範性標準，依據系爭構成要件保護目的認定真正反應不法內涵之財產利益，並非全部與犯罪行為有因果關係的財產利益都含有不法瑕疵¹²。故針對「產自犯罪獲得的利潤（利益）」必須以犯罪構成要件作為基礎加以解釋，未可逕將犯罪過程所產生一切可能經濟利益均視為不法利得¹³。

三、犯罪所得範圍之認定

當法院先判斷何者屬於「直接利得¹⁴」（確認犯罪所得內容），再進而審查「犯罪所得範圍」，倘認定非屬直接利得者，邏輯上即不生應否扣除犯罪成本（此乃判斷沒收範圍）之問題。

針對沒收犯罪所得範圍向有「總額原則（Bruttoprinzip）」

¹¹ 此要件在德國2017年修法前，或有認為應屬沒收犯罪所得之不成文構成要件要素，參見王士帆，〈2017年德國犯罪所得沒收新法——刑法基礎綜覽〉，政大法學評論第153期，2018年6月，頁91。

¹² 薛智仁，〈非法經營銀行業務罪之犯罪所得（上）——兼論犯罪所得沒收之分析架構〉，月旦法學教室第149期，2015年3月，頁66。

¹³ 陳明呈，〈犯罪不法利得之管制與對第三人之程序保障〉，司法研究年報第34輯〈刑事類〉第4篇，頁46。

¹⁴ 相較直接利得屬於犯罪所得沒收之固有範圍，「間接利得」係指中間介入其他法律或事實行為而欠缺直接關聯性的利得，參見林鈺雄，同註3，頁74至75。此類情形例如變賣贓物所得之金錢，但不包括行為人以犯罪所得從事其他法律行為之衍生所得（例如以賄款購買彩券或發票中獎、投資股票或經營其他事業而獲利）。

及「淨額原則（Nettoprinzip）¹⁵」之分，前者指犯罪行為人因犯罪所得或所生之財物或財產上利益，只要是犯罪所生或所得者，均為追徵範圍；後者則認為犯罪行為人因不法行為所得之利益得以成為剝奪對象及範圍者，僅限定在扣除行為人支出或耗損後剩餘之淨額部分，始屬於得以沒收或追徵之範圍¹⁶。就此我國沒收新制明確表示採取總額原則¹⁷。但即便採取「總額原則」，是否得逕將犯罪過程所產生全部財產利益一概視為犯罪所得？容有探究餘地。

儘管德國自1992年修正刑事沒收規定改採總額原則（該國自1975年起原採取淨額原則），但聯邦最高法院所持立場仍有些許歧異¹⁸，該院刑事第一庭為求財產剝奪相關法律更簡單、有效且具威嚇性，遂採取擴張解釋¹⁹，但第三、五庭傾向限縮解釋之立

¹⁵ 儘管沒收新制與多數學者傾向採取總額原則，學者薛智仁極力主張應採淨額原則（同時輔以罰金刑），實值參考。有關淨額原則之介紹與分析，參見氏著〈犯罪所得沒收制度之新典範？評析食安法第49條之1之修正〉，臺大法學論叢第44卷特刊，頁1350至1355。

¹⁶ 曾淑瑜，〈犯罪所得沒收追徵及保全程序之研究〉，軍法專刊第58卷第2期，2012年4月，頁56。

¹⁷ 參見第38條之1第4項立法說明：「(三)依實務多數見解，基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收」。

¹⁸ 下列註釋所引用德國聯邦最高法院案例，轉引自Prof. Dr. Thomas Rönau（德國漢堡Bucerius法學院刑法、經濟刑法與刑事訴訟法教席）前於2015年11月25日來臺參加「正當法律程序在刑事訴訟之運用——國際研討會(二)」所發表「財產剝奪、利得沒收以及協助返還」講稿及會議紀錄。

¹⁹ BGHSt 47, 369（塞爾維亞貿易禁令案，刑事第一庭）：認為如果買賣違反貿易禁止令，且這樣的買賣依據對外經濟法第34條第4項是可罰的，那麼計算所得時就應該認為整個銷貨收入都是所得，不扣除批發價及其他支出。

BGHSt 52, 227（廣告信件案，刑事第一庭）：認為若廣告行為違反不正競爭法第16條而具有可罰性，而且在該廣告行為之後簽訂買賣契約，那麼刑法所非難的不只是簽訂契約本身，還包括契約的執行，因

場²⁰。

針對上述犯罪所得範圍認定差異，論者或有進一步細分「絕對總額原則」及「相對總額原則」，進而指出德國乃採取相對總額原則²¹。然應究明者，「總額原則」及「淨額原則」係用以區分沒收範圍（即認定犯罪所得內容後、再決定應否扣除犯罪成本），但論者所稱「相對總額原則」實涉及犯罪所得認定（有無犯罪所得之審查），亦即直接性原則如何解釋之問題，而非討論應否扣除犯罪成本，要未可以詞害意而有所混淆。

四、德國沒收新法之「兩階段計算法」

正當沒收新制大幅仰賴德國法制憑為我國規範架構之際，德國政府評估該國原本刑事沒收規定未能有效達成剝奪不法財產之刑事政策，同時相關規定過於複雜與模糊（尤其是被害人償還），導致實務上不得不經常放棄財產剝奪措施，故為簡化犯罪所得沒收制度及建構全新被害人償還規定，乃自2017年7月1日施

此，執行契約時的買賣價格也是直接自犯罪所取得之物。

²⁰ BGHSt 47, 260（希爾德斯海姆貪污訴訟案，刑事第五庭）：認為被告經由給付賄款成功地讓特定建築計畫至少在很大一部分付諸實行。對被告而言，他當初是以明顯較低廉價格購入將來預計作為建地之用的土地，如今透過被告的行賄，他在投機購入的土地上獲利機會明顯提高。因此，被告所獲得利益在於實現可觀的投機獲利可能性。這個獲利機會符合法條文字所規定的「某種東西」；反之，土地最終出售價格並不是直接源自於犯罪的所得。

BGHSt 57, 79（武器交易案，刑事第三庭）：認為一間有限公司（訴訟參與人）的女性經理人從事輕型狩獵以及運動武器買賣，她（輕）過失違反對外經濟法第34條第1項規定而將武器運輸至外國。雖然該次出口沒有經過必要的允許，但如有提出申請的話，行政機關必定會准許（該庭援引刑事第五庭對不法圖像的核心思考，謹慎地找出刑事規範保護目的），認為只有未取得同意而節省的財產價值，或者（正面表述）請求同意的費用才值得非難（也才可以剝奪），因為行為人所獲得的只有此部分才與犯行的不法存有內在（規範目的）關聯。

²¹ 林鈺雄，同註3，頁71至72。

行「刑法財產剝奪改革法案」，修正範圍擴及刑法、刑事訴訟法與若干特別法，變動條文達上百條，其中刑法總則沒收規定則有10條，此為該國自1975年以來最大規模的刑事沒收變革²²（下稱德國沒收新法）²³。

德國修正前刑法第73條第1項原依犯罪取得（發生）原因區分「為了（für）」及「產自（aus）」犯罪等兩種類型，已如前述，修正後雖保留「為了犯罪（für die Tat）」之情形，但將「產自（aus）」修正為「由（durch）」，強調不法行為與所取得財產利益間以具有因果關聯（Kausalzusammenhang）為必要（但也僅此為已足），不僅符合《歐盟2014/42/EU沒收指令》第2條第1款對犯罪所得所設「直接或間接由犯罪取得之任何經濟利益」之定義，同時架空過去聯邦最高法院刑事第5庭BGHSt 47, 260（即註20）採取直接性之見解²⁴。

德國沒收新法透過第73條第1項及第73d第1項²⁵規定，針對犯罪所得採取兩階段計算法，「第一階段」（第73條第1項）改依對標的物之觀察方法認定犯罪所得，將犯罪所得之直接關聯性擴張至因果關聯性，行為人（共犯與正犯）或第三人實施違法行

²² 此部分修正沿革暨介紹，參見王士帆，同註11。

²³ 有趣的是，德國沒收新法針對被害人求償將原本「協助償還模式」（國家僅係協助被害人求償）改為「賠償模式」（原則由國家先沒收犯罪所得，事後再由被害人向國家請求發還），反而與我國沒收新制方向一致。

²⁴ 王士帆，同註11，頁90至91。

²⁵ 本項規定：「認定犯罪所得價額時，應扣除正犯、共犯或他人之支出。但為實施犯罪或預備犯罪已支出或投資者，除為履行對被害人之債務所為之給付外，不予扣除」。

乍看此規定前段易使人產生德國沒收新法改採淨額原則之錯覺，但實際上整體閱讀可知但書乃明確表示禁止扣除犯罪成本，且前段所稱「正犯、共犯或他人之支出」亦須與違法行為具有時間和事務的關聯性，始得扣除。參見王士帆，同註11，頁94至95。

為而於犯罪流程任何階段取得的整體財產利益，只要違法行為與不當利得之間有因果關聯性者，皆屬之²⁶；「第二階段」再依第73d第1項判斷犯罪所得數額應否扣除行為人的支出或對待給付。

五、犯罪所得應結合違法行為加以判斷

由於沒收新制主要參考德國法制，可以預見德國沒收新法日後將成為我國討論沒收犯罪所得之重要依據。至於論者固有謂上述兩階段計算法係將「相對總額原則」明文化²⁷，然依貳一、所述可知犯罪所得內容認定與是否扣除犯罪支出本屬二事，我國審判實務亦採相同意見²⁸，故德國沒收新法此部分修正對我國沒收新制而言，重點毋寧在於是否變動犯罪所得內容之認定標準。

論者雖謂依德國沒收新法，犯罪流程任何階段取得的整體財產利益，只要違法行為與不當利得之間有因果關聯性者皆屬犯罪所得云云（參見註26），然本文傾向採「直接性原則」之見解，縱令參考德國沒收新法得適度放寬認定標準，但針對「是否獲取犯罪所得」仍應結合保護法益暨社會事實加以觀察，依據構成要件保護目的認定真正反應不法內涵之財產利益，未可單就事實面觀察，逕將犯罪歷程所衍生全部財產利益一概視為犯罪所得，否則恐有過度侵害行為人財產之虞。

²⁶ 林鈺雄，〈相對總額原則／兩階段計算法（上）〉，月旦法學教室第197期，2019年3月，頁63；王士帆，同註11，頁94。

²⁷ 林鈺雄，同註26，頁58至59。

²⁸ 最高法院106年度台上字第3號判決要旨：……解釋新刑法應依兩階段計算法，先於前階段界定其有無利得，其次於後階段再判斷其利得之範圍，此時（後階段）始生不扣除成本之問題。就工程合約而言，在前階段審查時關於工資及進料成本等中性支出，不計入直接利得，因「沾染污點」之不法部分，並非合約執行本身，而係合約取得之方式；至後階段利得審查範圍時，不法利得之利潤，則不得扣除「犯罪成本支出（例如為取得工程合約，而向公務員行賄之賄款）」。是以，新刑法關於不法利得沒收之規定，與本院前揭見解並無不同。

準此，犯罪過程產生（或創造）之利益要非全然等同犯罪所得內容。在一般個案中，兩者或許完全（高度）重疊且易於判斷（例如公務員收受賄賂、竊盜他人財物），但涉及複雜交易或摻雜其他事實者（例如賤價出售公司土地而成立背信罪，該土地事後多次輾轉出售由建商興建大樓獲利；公務員違法核發建物使用執照予建商使其對外銷售獲利，或洩漏工程底價予特定廠商協助其投標政府工程），實未可無限擴張認定犯罪所得。故法院應沒收之「犯罪所得」首先必須直接源自於犯罪（即參考「直接性原則」），要非實施犯罪後一切衍生財產利益均得評價為不法。另縱認屬於犯罪所得，亦須考量行為人未必全數取得（例如共犯間朋分款項），從而沒收（追徵）犯罪所得（因採總額原則，遂不生扣除成本問題）乃以不法利益範圍為外部界限，論理上通常等於或小於不法利益（除非另有孳息或高價轉手之例），始符合比例原則之要求。

參、公務員圖利罪之簡要分析

一、本罪沒收主體

我國審判實務向來認為公務員圖利罪²⁹係貪污治罪條例與其他公務員瀆職罪之一般規定，必以行為人之圖利行為不合其他法律各該特別規定者，始受本罪支配，倘其圖利行為合於其他條文或款項之特別規定，即應依該特別規定之罪論擬，無再適用本罪

²⁹ 我國公務員圖利罪分別於刑法第131條及貪污治罪條例第6條第1項第4款（同條項第6款另有公務員利用職務上機會圖利罪）定有明文，兩者構成要件除關於「違背法令」有所差異外（貪污治罪條例第6條第1項第4款採取較明確之規範），由於審判實務向來因特別法優於普通法且貪污治罪條例法定刑較重，乃逕行適用貪污治罪條例第6條第1項第4款規定論罪。由於本文討論重點在於本罪犯罪所得沒收之問題，遂概以公務員圖利罪稱之，不再區分刑法或貪污治罪條例之規定。

之餘地³⁰。亦即認定公務員圖利罪係其他具體公務員瀆職犯罪之補充規定，唯有當行為人未能該當其他罪名之際，始有本罪之適用，尤其在公務員收受賄賂案件審理過程中，圖利罪往往成為最後處罰手段，一旦客觀證據無從證明公務員所收取利益與違背職務行為存有對價關係，法院即須轉而審究行為人違背職務之舉是否同時使自己或他人獲得利益等節，憑以決定應否變更起訴法條而為審判³¹，因此較少單純論以公務員圖利罪之例。

又公務員貪瀆犯罪多涉及行為人收取特定利益（例如收受賄賂、工程回扣）而該當其他罪名，抑或針對公務員圖利自己之例，審判實務就犯罪所得乃著重認定公務員本身實際獲利數額（例如收取賄賂數額、工程回扣應如何計算），茲以利益流向暨參考實務意見主張多數行為人共同犯罪之情況下，關於犯罪所得沒收或追徵應各按其利得數額負責，並非須負連帶責任³²之立場，此一審理方向對公務員部分尚不生疑義。

然我國審判實務向來認為依刑法第31條或貪污治罪條例第3條³³規定，在純正身分犯之犯罪類型，無特定身分關係之人與具有特定身分關係之人仍得成立共同正犯³⁴（迄今未見有變更傾向），且針對公務員圖利罪乃認因公務員不待他人意思之合致或行為之參與，其單獨一人亦得完成犯罪，故非屬學理上所謂具有必要共犯性質之「對向犯」，自不得引用「對向犯」之理論而排除共同正犯之成立，故甲、乙二人具有犯意聯絡及行為分擔，共同對於甲主管之事務，圖乙之不法利益並因而使乙獲得利益，依貪污治罪條例第3條及刑法第28條、第31條第1項規定自得成立圖

³⁰ 最高法院93年度台上字第5076號判決要旨。

³¹ 此部分批評意見參見陳明呈，〈公務員圖利罪存廢論〉，高雄大學法律學系研究所碩士論文，97年7月，頁44至50。

³² 最高法院104年度第14次刑事庭會議決議參照。

³³ 本條規定：「與前條人員共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷。」

³⁴ 最高法院28年上字第3067號判例、91年度台上字第1907號判決要旨。

利罪之共同正犯³⁵；又因行賄罪與公務員圖利罪所侵害之法益均為國家公務公正執行，兩者具有法條競合關係，依重法優先輕法適用之原則應逕論以公務員圖利罪³⁶。

職是，面對公務員不法圖利他人之情況，法院必須依照行為人犯罪事實及計畫，釐清公務員與被圖利者（可能係非公務員之共同正犯或第三人）不法利益內容暨流向。倘犯罪所得未扣案，鑑於沒收犯罪所得主要基於「任何人都不得保有犯罪所得」之思考，解釋上僅實際受領者方為沒收主體³⁷，原則須針對犯罪行為人（第38條之1第1項），例外始擴及第三人（同條第2項），遂應透過利益流向審認實際獲取犯罪所得究係何人，進而依「支配管領（事實上管理權）」確認沒收主體（亦即行賄之一方亦可能成為沒收犯罪所得之對象），或依法開啟第三人沒收特別程序。

二、本罪評價重點應係「違背職務行為」

公務員圖利罪既由立法者歸類為瀆職犯罪類型，其中「違背職務行為」一節理應為評價重點。但細繹本罪條文結構，除要求行為人主觀上必須明知違背法令（或明知違背法律、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）外，客觀構成要件似僅規範「因而獲得利益」，縱令將「直接或間接圖自己或其他私人不法利益³⁸」等語解釋為獲取不法利益之「行為」，仍無法類同刑法瀆職罪章或貪污治罪條例其他犯罪，可

³⁵ 最高法院103年度第4次刑事庭會議決議。

³⁶ 最高法院107年度台上字第2319號判決要旨。

³⁷ 最高法院104年度第14次刑事庭會議決議不再援用以往關於連帶沒收之相關見解，改認沒收或追徵應就各人所分得之賄賂為之。

³⁸ 事實上，筆者認為「圖利」應定性為特別主觀構成要件要素，「直接或間接圖利」則用以單純描述事實狀態，均無法直接描述公務員違背職務行為之規範內涵。參見陳明呈，同註31，頁81至88。

輕易透過構成要件內容獲悉立法者所設定之具體違背職務行為態樣³⁹。

「違背職務行為」係指公務員違反法定職務內容或附隨義務誡命規範之舉，又刑法第131條雖規定「明知違背法令」（另貪污治罪條例第6條第1項第4款為「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」），但本罪既明定「對於主管或監督之事務」，亦有判決認為所謂違背法令解釋上應以與執行職務有直接關係之法令為限⁴⁰，故倘公務員「明知違背法令」猶執意為之，透過客觀面觀察即為「違背職務行為」，二者具有一體兩面關係。再將公務員圖利罪與其他瀆職犯罪併列以觀，即可發現本罪顯然採取不同規範模式，選擇將瀆職罪重點——「違背職務」列為主觀要件，而非以客觀要件加以評價，致使「違背職務行為」未能透過條文內容加以確認⁴¹。

鑑於違背職務行為始為公務員瀆職犯罪之評價重點，透過上述分析與一般客觀犯罪事實合併觀察，當可推論公務員圖利罪之客觀構成要件至少應包括「違背職務行為」、「使自己或他人獲得利益之行為」及「因而獲得利益」等三部分（略如下圖所示），方屬完整。故本罪非難對象應係公務員「意圖使自己或其他私人獲得不法利益」再加上「違背職務行為」，至於獲得利益與否僅為單純事實狀態（亦涉及犯罪既遂認定），其不法內涵仍須透過行為人「主觀不法意圖」或「違背職務行為」加以彰顯，

³⁹ 例如刑法第121條、第122條及貪污治罪條例第4條第1項第5款、第5條第1項第3款之「對於（違背）職務上行為收受賄賂」、同條例第4條第1項第1款「竊取公用器材」或第3款「經辦公用工程浮報價額、收取回扣」等。

⁴⁰ 最高法院96年度台上字第355號、第1252號及第2069號判決要旨。

⁴¹ 本罪「明知違背法令」應屬公務員違背職務行為之錯置，參見陳明呈，同註31，頁115至116。

尚未可徒憑公務員行為結果確使自己或他人獲得利益之事實，即率爾論以本罪。

主觀要件→明知違背法令+行為故意

客觀要件→（違背職務行為）+使自己或他人獲得利益之行為
+因而獲得利益

三、不法利益之認定

觀乎本罪修正理由⁴²，似可推認立法者認為「不法利益」係獨立判斷之客觀構成要件，不僅與「明知違背法令」概念上應予區別，且有意藉此形塑行為結果（即獲取利益）之不法內涵。另無論公務員圖利罪修正前後，我國審判實務向來均認本罪所圖得利益係指不法利益而言，如係合法利益即不構成該罪⁴³，顯見審判實務亦認為圖利對象在邏輯上應兼含合法利益與不法利益二類，僅有當行為人所圖利客體為不法利益時，方能論以本罪，因此二者間關聯性即有分析探究之必要。

又本罪條文「不法『利益』」及「因而獲得『利益』」重複使用「利益」一詞，倘將兩者同視，屬於構成要件結果之「因而獲得『利益』」應係伴隨違背職務行為而生之靜態事實，理論上只有「存在」或「不存在」，真正被檢驗是否違反法律誠命規範者仍係動態之違背職務行為。就如同刑法殺人罪在結果判斷上只有被害人「死亡」或「未死亡」二種選擇，理論上不需要、也不

⁴² 修正理由第7點：本條將「違背法令」與「圖自己或其他私人『不法』利益」之「不法」並列，乃因從以往偵查實務案例之見解觀察，對於公務員因違背法令之行為所生之利益是否當然為「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，二者即仍有併存之必要，以免日後適用上產生窒礙。參見「圖利罪修正之問題與回答」，法務部印製，頁8至12。

⁴³ 最高法院86年度台上字第5332號判決要旨。

可能再有第三種選項，法律所評價者乃係行為人致令被害人死亡是否該當殺人行為，以及該行為與被害人死亡間有無因果關係等節，根本不存在「合法死亡」或「非法死亡」之區別。為避免解釋上可能產生之矛盾，應可推認前述「不法利益」與「因而獲得利益」二者概念及規範對象仍應明確區分。

或有論者認為利益本身並無合法與不合法的差別，故所謂不法利益是指以不法手段或方法所得之利益⁴⁴。倘採此一見解，乃將檢驗利益是否不法之判斷標準取決於促使利益發生之構成要件行為，也就是公務員是否實施違背職務之舉。又因公務員違背職務客觀上顯難認係合法行為，再依前述本罪須以實施違背職務行為作為基礎，如此極易推導出凡是違背職務行為所產生之利益必為不法，也排除合法利益之存在可能性，更使條文中「不法」成為不具任何規範意義之要件，實與立法本意有悖，故此一解釋方向恐有待商榷。

本文認為若擺脫傳統習於將不法利益與違背職務行為合併觀察之限制，改由其他面向審視，同時參考刑法其他犯罪有關「不法」之解釋，嘗試將「不法利益」理解為對於利益歸屬權限之評價，亦即論究獲得利益者對於該利益之取得或保有是否具有正當法律權源，如此將可使不法利益與違背職務行為在概念上相互區隔，縱令公務員實施違背職務行為同時使自己或他人獲得合法利益之情況仍有成立空間，此若參考我國審判實務以往對於民眾持續使用業經查報、猶未依法拆除之違章建築是否屬於不法利益之例，即傾向採取此見解⁴⁵。

從而本文嘗試將「不法利益」重新定位在主觀故意之層次，使其概念上等同刑法其他犯罪（例如竊盜罪或詐欺罪）中「意圖

⁴⁴ 甘添貴，〈圖利與保密（上）〉，日新雜誌第4期，2005年1月，頁81。

⁴⁵ 最高法院85年度台上字第2657號、第6081號判決要旨。

（不法所有）」之主觀構成要件，進而將原本公務員圖利罪「公務員意圖使自己或第三人獲得利益」加上「違背職務行為」之條文結構，補充成為「公務員意圖使自己或第三人獲得『不法』利益」加上「違背職務行為」。在此規範模式下，本罪正確論罪過程應為：參酌客觀證據足以推認公務員有為自己或第三人獲取不法利益之意圖，進而實施違背職務行為，最終確實發生得利之行為結果時，即該當本罪構成要件；倘未發生得利結果或所得並非不法利益，論理上應屬未遂而不罰（本罪已刪除未遂犯處罰規定）。換言之，法院應將「不法利益」由單純協助判斷行為不法內涵之輔助標準，改為限定行為人主觀不法意圖，藉此提升本罪處罰之正當性，或許不失為值得思考之方向。

肆、公務員圖利罪之犯罪所得認定

一、違背職務行為所獲取者是否必為不法利益

承前所述，本罪條文分別在「圖自己或其他私人不法『利益』」與「因而獲得『利益』」均使用「利益」一語，又立法者既未針對行為結果要件的「利益」同樣賦予「不法」之要求，如此即衍生一項問題——是否公務員意圖使他人獲得不法利益且實施違背職務行為，據此所產生全部財產利益均得以不法利益視之？

「違背職務行為」乃自行為人（公務員）面向加以評價，「不法利益」則可嘗試以取得或保有該項利益是否具有正當法律權源之角度來觀察，已如前述，兩者邏輯上並不必然存在「違背職務＝不法利益」之對應關係。假設在即使公務員實施違背職務行為，所衍生利益未必全然屬於不法利益之前提下，約略有下列兩種情況：

（一）公務員實施違背職務行為→使自己或第三人獲取不法利益。

(二)公務員實施違背職務行為→使自己或第三人獲取合法利益。

前述(一)所示情形當係公務員圖利罪所欲處罰之標準類型，因此上揭爭議即著重於(二)所示：藉由公務員違背職務行為所衍生者是否可能屬於合法利益？

我國審判實務固認利益是否不法屬於結果評價之範疇，但針對此項疑問意見尚非全然一致，大抵可分為：

(一)利益屬於具體可供計算之經濟上利益時

涉及政府採購或工程招標而圖利他人之案件，審判實務多數意見原認為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⁴⁶，遂要求事實審法院必須詳加推究合理利潤計算標準為何⁴⁷。換言之，針對此類情形認為即使公務員實施違背職務行為，相對人仍可獲有合理利潤，因此就該合理利潤部分應屬合法利益，不得列入不法利益之範圍。另有判決採不同意見，主張行為人倘以違法手段使他人無須經由競標比價程序即可得標，縱使該他人藉此獲取符合一般同業標準之利潤，但仍屬於原本無法取得或不應取得者，當未可率爾視其為合法利潤⁴⁸。

其後最高法院捨棄上述「合理利潤」之判斷標準，改認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，從而所得不法利益乃其可領得之工程款於扣除成本、稅捐及其他費用後之餘額（無須扣除合理利潤）⁴⁹。換言之，屬於工程成本、稅捐及其他費用者即不得視為本罪之「不法利益」。

⁴⁶ 最高法院78年度台上字第295號判決要旨。

⁴⁷ 最高法院96年度台上字第2828號判決要旨。

⁴⁸ 最高法院95年度台上字第7141號判決要旨。

⁴⁹ 最高法院102年度第3次刑事庭會議決議。

(二)利益無法具體計算（無比價對象）時

例如提前領取建築執照⁵⁰、對違章建築核發使用執照⁵¹或取得公務員職務上應保密之資料⁵²等類型，因難以具體計算不法利益內容（或數額），審判實務即轉以是否違背法令來決定利益屬性，不再考慮應否扣除成本或合理利潤之情形，顯然認為在此種情況下並無合法利益之空間。至於如何認定不法利益內容，則屬另一問題。

承前所述，本文認為針對利益是否不法一節，宜自獲得利益者取得或保有該項利益是否具有正當法律權源之角度加以詮釋，故所獲利益與公務員違背職務行為兩者並非具有絕對關聯性，因而違背職務行為所衍生財產利益未必俱屬不法，例如公務員經民眾檢舉查報後，猶未即時拆除所舉發之違章建築，即屬適例（參見註45）。又或者監所管理員甲明知受刑人乙在舍房藏有現金7萬元而未予舉發，及另名管理員丙應受刑人丁之託，自監所外攜入現金2萬元交予丁花用之例⁵³，茲依監獄行刑法第71條第2項規定經檢查發見私自持有之財物，始由監務委員會決議沒入或廢棄之，故上述乙所藏放7萬元在未經決議沒入前，本屬其合法所有之物（無從證明係非法夾帶入所），自難謂係「不法利益」；至公務員丙違法夾帶現金交予受刑人丁之情形，該款項自始即非丁本於正當權源取得之物，性質上當屬不法利益無訛。

二、不法利益與違背職務行為之關聯性

(一)不法利益同時涉及行為既遂之認定

正確判斷不法利益不僅有助於認定犯罪所得內容（必要時亦

⁵⁰ 最高法院79年度台上字第3946號判決要旨。

⁵¹ 最高法院87年度台非字第135號判決要旨。

⁵² 最高法院93年度台上字第4499號判決要旨。

⁵³ 最高法院86年度台覆字第34號判決要旨。

得估算），又因公務員圖利罪採結果犯之立法模式，將犯罪結果設定在公務員或第三人實際獲利之基礎上，同時透過「因而獲得利益」要求違背職務行為與獲得利益應具有因果關係（相當關聯性⁵⁴），憑以判斷本罪既、未遂之準據。是倘行為人實施違背職務之舉，但該項利益並非源自於前開行為者，此時得利結果與違背職務行為欠缺因果關係，僅屬犯罪未遂階段，又因本罪不處罰未遂犯，此一情況即無法以刑罰加以制裁，僅得視個案情況另論以他罪或課予行政責任。故法院首要之務即在於釐清所謂「因而獲得利益」中有關「利益」如何認定之疑問。

由於我國審判實務向來針對「所圖利益」內容究係為何一節，所持意見或有歧異，以致個案審判中直接影響犯罪既遂之判斷。茲舉例說明如下：

例1：最高法院95年度台上字第1878號判決要旨

……而上訴人基於圖利胡○盛、胡○忠2人之犯意，違法核發雜項執照，使彼2人取得該雜項執照，因而獲得興建大面積工作平台之不法利益，至於案發後，該雜項執照被鄉公所撤銷，未再獲發使用執照，核屬犯罪成立後之問題，從而原判決認上訴人之行為已達圖利既遂之程度，亦無不合。

例2：最高法院96年度台上字第768號判決要旨

……原判決事實對於林○原因上訴人之協助，使其所有坐落豐原市博愛段176號土地上面之二層違章建物，取得完工證明後，究在何時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，致未立即受到主管機關依建築法第86條規定之裁罰？並未詳細認定，明確記載，已不足資為適用法律之依據。

由此可見，最高法院針對同屬違法核發建物相關執照之類似案件，分別在例1中認為相對人取得雜項執照即獲得鳩工興建之

⁵⁴ 最高法院93年度台上字第1202號判決要旨。

利益，例2卻認為單純取得完工證明尚不足以判定犯罪既遂，要求下級審法院必須詳究相對人何時申請合法營業，甚至是免受主管機關依法裁罰之時點。之所以在相類似案件獲致前述相異結論，癥結點應在於未能究明公務員圖利罪「利益」真正意涵為何之故。否則單就行為結果而言，本文認為前開案例行為人所負責職務內容既為審查核發相關執照或證明，倘有違反，藉由渠等違背職務行為所衍生之利益當係「取得原本不應核發之證照」，至於相對人取得該等證照後是否旋遭撤銷或另有他用，應非所問。

(二)犯罪所得必須結合違背職務行為不法內涵加以觀察

承前所述，公務員圖利罪既以「違背職務行為」為規範核心，並以「因而獲得利益」憑為行為既遂（成立犯罪）之要件，同時要求違背職務行為與所獲利益應具有因果關係，然「違背職務」概念上與一般犯罪具體限定行為態樣未盡相同，尚須輔以職務上應遵守之具體法令內容加以判斷，故法院應結合保護法益暨社會事實加以觀察，依據構成要件保護目的認定足以反應不法內涵之財產利益，參考「直接性原則」認定何者始屬直接源自犯罪之不法利益（犯罪所得），要非逕將犯罪過程或事後所衍生全部財產利益均視同犯罪所得而論知沒收⁵⁵。

⁵⁵ 就此審判實務有不同意見。臺灣高等法院臺中分院104年度上訴字第193號案例事實略為：公務員甲因受請託，違法使用鄉公所預算為乙、丙所有之土地旁興建道路水溝，俾使渠2人憑以變更地目為甲種建築用地藉此提升交易價值，但該案判決除認定甲圖利內容係代為施作道路水溝工程之利益而論知沒收（追徵）外，另就土地因變更地目所增加之利益，則認該土地事後業已撤銷甲種建築用地並回復為特定農業區農牧用地，遂以有過苛之虞且欠缺刑法重要性為由而不予宣告沒收，依其意旨應認定此項利益仍屬犯罪所得（本案被告甲提起上訴經最高法院以違背法律程式為由駁回，故未見最高法院針對沒收部分表示意見）。

茲以公務員圖利罪常見洩漏工程底標為例⁵⁶，假設甲為負責承辦某政府工程招標業務之公務員，為使廠商乙能夠順利得標，遂以洩漏底標之方式使乙知悉該工程標案底價（暫不論有無另成立違背職務收受賄賂罪），則應審究甲所圖利內容應為「底標數額」、「該工程標案」或包括「工程標案所衍生之利益」？茲分析如下：

1. 假設圖利客體為「工程底標數額」⁵⁷

甲所實施「違背職務行為」客觀上觀察僅係違反法令使乙事前知悉底標數額，且於洩漏底標之時圖利行為即屬既遂，不論乙事後是否果有實際參與投標（可能基於成本考量或其他因素放棄投標），或雖有參與投標，卻因第三人出價更低以致未順利得標，均無礙甲所涉圖利既遂罪之成立。

此時由於甲違背職務行為與乙獲悉工程底標之事實完全重疊，本文認為僅須處罰甲違背職務行為本身即非法洩漏底標，即可完全評價此等犯罪事實，至於乙是否確因知悉工程底標數額而參與投標、甚至得標獲利，不過係該違背職務行為衍生之結果，倘無其他客觀事證足認甲另有不法影響開標過程之情事，自不得徒以一般認為獲悉底標極可能得標之「經驗」，率爾認定犯罪所

⁵⁶ 相同事例亦可能包括承辦公務員事前洩漏評選委員名單、廠商資格限制文件或應保密之相關招標文件。

⁵⁷ 以往審判實務針對洩漏工程底標案例，多數雖僅論以刑法第132條洩漏國防以外秘密罪。然參以臺灣高等法院102年度重曠上更(一)字第3號（即前內政部長余政憲所涉南港展覽館弊案）針對余政憲洩漏已圈選確定、尚未公告之正備取評選委員名單及投標廠商資格限制文件之舉，乃認應同時成立貪污治罪條例第6條第1項第4款對於主管之事務直接圖利罪及刑法第132條第1項洩密罪（該案經檢察官提起上訴，嗣由最高法院103年度台上字第2103號判決上訴駁回確定）；另佐以政府採購法第89條亦設有受託辦理採購人員洩密圖利罪之處罰規定，顯見認定洩漏工程底標性質上屬於公務員圖利罪之「不法利益」，概念上並非無法想像。

得範圍應及於後續財產利益。

2. 假設圖利客體為「工程標案」本身

此情況倘若乙事後未實際參與投標，或另因第三人出價更低而無法順利得標，依本罪規定法院應認定僅屬圖利未遂而不罰。

又縱令本案最終由乙順利標得工程，惟甲除前述洩漏底標之舉外，客觀上未再實施其他行為，而乙獲得工程標案乃係透過法定開標、比價、評定等過程之結果，故在事後投開標過程均屬合法之前提下，法院能否逕行擴張認為乙得標該工程確係甲違背職務行為所致？實不無疑問。

3. 假設圖利客體為「工程標案所衍生之利益」

倘認為圖利客體必須限於工程標案所衍生之財產利益（或以往實務所主張「合理利潤」），非但可能因提前查獲（例如未及驗收請款即遭檢舉查獲），以致無從具體認定獲利結果而無法成立既遂；況自甲洩漏底標之時起至乙施工完畢結算為止，其間涉及投標、結標、施工期間、人力與原物料價格調整等諸多影響獲利之變數不知凡幾，甚而當乙結算後並無獲利或未能超過一般同業利潤標準，依此標準甲仍僅構成圖利未遂而不罰。

綜上所述，即令同屬洩漏工程底標之違背職務行為，隨諸對不法利益內容之解釋差異，不僅涉及成立犯罪既遂與否之相異結論，甚至影響犯罪所得之計算暨沒收範圍。

準此，單純透過公務員自己或第三人獲得利益之客觀事實加以觀察，尚無法取代公務員違背職務行為之不法內涵，縱使二者偶然重合，評價對象仍應著重違背職務行為本身，遂應透過此項要件適度限定不法利益範圍，不得遽認公務員或第三人所獲得一切財產利益均屬犯罪所得，否則不僅造成審判實務認定困難，更可能因審查標準浮動形成過度評價之不當。是此例甲所實施違背職務行為僅限於洩漏底標本身，從而相對人所獲利益內容應係「得標工程之『機會』」，而非該工程標案本身或將來可能獲得

之利益。又因該行為並非必然使乙順利得標工程、甚至獲利，遂不得逕將乙事後得標工程或其後所賺取利潤視為「產自」或「由」犯罪獲得之利潤（利益），更不生應否扣除「合理利潤」之問題。

本文認為在洩漏工程底標之情形，犯罪所得內容僅為「得標工程之機會」，性質上固屬無法具體計算之類型，法院仍可依個案審酌涉及工程規模採為量刑參考，必要時亦可諭知罰金刑併作為處罰手段，要非可以剝奪犯罪所得為名，遽謂一概沒收全部財產利益。至於「得標工程之機會」性質上非屬具體財產利益且無從估算，遂不生對共同正犯乙沒收（追徵）犯罪所得之問題。

再設若行為人甲違背職務行為內容非僅洩漏工程底價，而係客觀上足認確使相對人乙非法得標工程者⁵⁸，相較於上述「洩漏工程底標」之例，違背職務行為不法內涵乃層升至直接影響開標結果，此時不法利益內容當係「工程標案本身（或承作工程資格）」，而非僅止於可能得標之機會，法院即應進一步審酌如何計算該項取得工程標案之利益範圍（至若係不實驗收或違法核給工程款，自不待言）。

有論者以收受〈交付〉賄賂罪為例，彙整德國相關學說意見，(1)有認為不論承作工程資格或價金都是乙參與評選或施工之對待給付，並非行賄行為直接所致，故犯罪所得應係乙行賄進而產生「甲協助違法締約行為」本身，遂應依乙向甲之行賄數額加以追徵；或(2)認為犯罪利得應本於行賄不法行為帶來之全部後果，一律將不法後果連動之利益變動納入沒收對象，遂以全部工程標價作為沒收對象；或(3)認為沒收對象限定於行賄不法行為所直接引發的財產轉移效果，而乙得標承作資格係甲違法執行

⁵⁸ 例如最高法院102年度第3次刑事庭會議決議所設案例，公務員甲故意以竄改投標單之違法方法，使廠商乙得標承作某公共工程；又或者竄改評選結果，使乙得標獲取承作工程之資格。

職務衍生的直接後果，應納入沒收對象，「履行標案合約所獲得價金」則屬中性履約行為介入後所生對價，不應納入行賄行為沒收對象，應以「得標之預期價差利潤」認係行賄之不法對價而為沒收對象（此為德國多數見解）⁵⁹。此部分意見固以賄賂罪為論述基礎，但針對不法（違背職務）行為與犯罪所得關聯性之觀察，仍具相當參考價值⁶⁰。

另有主張採德國沒收新法之兩階段計算法，認為沾染污點的不法部分並非合約執行本身，而是取得合約的方式，因此要從執行合約所賺取之利潤，亦即執行合約的經濟價值去計算，至於工資、進料及營造費用均不應計入直接利得⁶¹。

本文認為此案例公務員甲違背職務行為雖足以影響開標結果，並使乙獲得承作工程之資格，惟此舉不法內涵僅在取得合約之方式，而非履行合約本身；況無論開標程序是否合法或由何人承作該項工程，其中屬於工程成本（可能包括工資、進料成本、管銷費用等）同係必要支出（個別廠商成本數額縱有差異，惟此係如何估算之問題），故此部分費用核與違背職務行為不生直接關聯而不得認係犯罪所得，遂應予扣除，要未可擴張認定乙因承作該項工程所領得全部工程款俱屬犯罪所得⁶²。

然上述所應扣除者，本應以承作該項工程所支出之合法、正當成本、稅捐及其他費用為限。另審判實務有認為倘該受益人因

⁵⁹ 許恒達，〈賄賂罪犯罪所得之沒收〉，月旦法學教室第179期，2017年9月，頁24至25。

⁶⁰ 依我國實務意見（註35、36）乃認行賄者亦可能論以公務員圖利罪之共同正犯，故對因行賄而共同圖利自己之非公務員而言，針對不法行為與犯罪所得關聯性之觀察非僅侷限「行賄行為」，尚須包括「公務員違背職務行為」，此與德國學說討論基礎未盡相同。

⁶¹ 林鈺雄，同註26，頁62。

⁶² 不同意見參見劉奕柳，〈由特定案型探討新刑法沒收制度之運作〉，司法研究年報第35輯〈刑事類〉第2篇，頁89至90。

可歸責事由，更致生其餘支出者，自不得調屬上開得於所獲金額中扣除之項目，否則無異於鼓勵該受益人以不法行為謀取其事或輕怠其責，亦可能使公務員圖利對象所獲不法利益因而削減，失其規範之目的⁶³，亦值參考。

伍、結論與建議

公務員圖利罪雖以「違背職務行為」為規範核心，但此一要件並未具體描述不法行為態樣，猶須輔以行為人職務上應遵守之法令內容加以判斷；又本罪所稱「利益」係指一切足使其他人或第三人（包括自然人及法人）之財產增加經濟價值者，包括現實財物及其他一切財產利益（含有形、無形之財產利益及消極與積極之財產利益）而言⁶⁴，從而隨諸個案事實之違背職務行為態樣不同，所衍生利益內容亦各有差異。

故本文認為法院應結合保護法益暨社會事實加以觀察，依據構成要件保護目的認定足以反應不法內涵之財產利益，參考「直接性原則」認定何者始屬犯罪所得，非可逕將犯罪過程或事後所衍生全部財產利益均視同犯罪所得而論知沒收，並嘗試以實務常見工程舞弊之公務員圖利犯罪類型為例，依據違背職務行為態樣差異，憑以分析犯罪所得內容應如何認定。其次，當認定犯罪所得內容後，法院應依貳一、所述第一階段審查流程進而確認沒收範圍，又因我國沒收新制明確表示採取總額原則⁶⁵，亦即犯罪所得不問成本、利潤均應沒收，遂無庸扣除犯罪成本之支出。

然應敘明者，針對本文前舉工程舞弊案例，其中不計入犯罪所得之「工程成本」與不應扣除之「犯罪成本」，二者概念上具

⁶³ 最高法院106年度台上字第2641號判決要旨。

⁶⁴ 修正理由第6點，同註42。另參見最高法院106年度台上字第1081號判決要旨。

⁶⁵ 同註17。

有根本差異。前者係指履行工程合約之中性支出（未經不法行為沾染污點部分），自始不屬於直接犯罪所得（涉及確認犯罪所得內容之審查）；後者則係實施或預備犯罪之支出或投資（例如為取得工程合約所交付之賄款），依總額原則不應自犯罪所得予以扣除（涉及沒收範圍之審查）。例如公務員甲收受廠商乙所交付之賄款100萬元，進而違法使乙取得總額1億元之工程標案（假設工程成本為8,000萬元），其中屬於不計入犯罪所得之中性成本為8,000萬元，不應自犯罪所得扣除之犯罪成本則為100萬元，依本文前述意見，本案應分別就公務員甲諭知沒收100萬元（收受賄賂之直接犯罪所得），另就乙諭知沒收2,000萬元（僅沒收與違背職務圖利行為具有直接關聯部分，且不扣除犯罪成本即100萬元賄款）為當。

此外，為避免雙重（過度）剝奪行為人財產起見，本文建議法院可在個案審判中援引第38條之2第2項「過苛條款」或參酌德國沒收新法第73d第1項規定（參見註25），適度調節諭知沒收範圍，以求公平。

鑑於沒收新制乃涉及實體法與程序法之重大變革，更澈底改變數十年來刑法關於沒收之傳統觀念，但自2016年7月1日施行以來，透過大量實務判決經驗累積，雖已逐步形成我國新刑事沒收體系，但面對部分特殊犯罪類型或個案，倘未能正確理解沒收犯罪所得審查體系暨相關概念，仍不免出現些許困惑。故本文不揣淺陋，爰提出初步研究心得，望能提供各界，尤其是審判實務作為日後審理參考，盼能共同型塑我國刑事審判之沒收體系。