

出國報告（出國類別：考察）

## 第七屆海峽兩岸刑法論壇

服務機關：國立政治大學

姓名職稱：李聖傑 副教授

派赴國家：中華人民共和國

出國期間：2016/8/28 – 2016/9/3

報告日期：2016/11/2

## 摘要

報告人參與第七屆海峽兩岸刑（事）法論壇擔任會議之與談人，並以「公務員圖利行為的刑法評價」做為主題，針對同場會議發表相關議題之付立慶、王效文教授提出回應與反思，並認為圖利罪的定性判斷，其實不可避免必須先處理公務員圖利行為的可罰性基礎。並就二位教授之理論而言，王教授對於圖利罪的解釋，如果在同一處罰基礎的觀察角度下，其實不過是行為類型的不同。至於付教授之理論，圖利罪表面看起來在學說上有「職務行為不可收買」、「職務行為公正性」、「職務行為不可收買與公正性」與「清廉義務」等區隔，其實就這些不同主張的保護法益在行為規範的轉置上，都可以表達為人民對於國家工作人員正確行使職務的行為期待，並形成所謂的依法行政的行為規範。

## 目次

目的 .....	3
過程 .....	3
心得與建議 .....	12
附件（活動照片） .....	13

# 國立政治大學邁向頂尖大學計畫

## 出國成果報告書（格式）

計畫編號 <sup>1</sup>	105H113	執行單位 <sup>2</sup>	法學院
出國人員	李聖傑 副教授	出國日期	105 年 8 月 28 日至 105 年 9 月 3 日，共 7 日
出國地點 <sup>3</sup>	中國大陸	出國經費 <sup>4</sup>	12,000 元
報告內容摘要(請以 200 字~300 字說明)			
<p>報告人參與第七屆海峽兩岸刑（事）法論壇擔任會議之與談人，並以「公務員圖利行為的刑法評價」做為主題，針對同場會議發表相關議題之付立慶、王效文教授提出回應與反思，並認為圖利罪的定性判斷，其實不可避免必須先處理公務員圖利行為的可罰性基礎。並就二位教授之理論而言，王教授對於圖利罪的解釋，如果在同一處罰基礎的觀察角度下，其實不過是行為類型的不同。至於付教授之理論，圖利罪表面看起來在學說上有「職務行為不可收買」、「職務行為公正性」、「職務行為不可收買與公正性」與「清廉義務」等區隔，其實就這些不同主張的保護法益在行為規範的轉置上，都可以表達為人民對於國家工作人員正確行使職務的行為期待，並形成所謂的依法行政的行為規範。</p>			
一、目的			
<p>本次參與之海峽兩岸刑（事）法論壇，乃是兩岸刑事法學界開啟互動交流之代表性會議，並曾由本校刑事法研究中心於 2011 年舉辦「第十八屆刑法週，暨第二屆海峽兩岸刑事法論壇」研討會，並受兩岸學界甚至一般民間媒體重大矚目，而屬重要會議。時至 2016 年該會議將於對岸雲南大學舉辦「第七屆海峽兩岸刑（事）法論壇」會議，並鄭重邀請包含本校刑事法學專精之本國刑事法學者共襄盛舉、學術交流。據此報告人應邀赴陸出席，以期得促進兩岸學術交流、提升我國學術品質。</p>			
二、過程			
<p>報告人於本次參與會議與報告過程中，透過發表「公務員圖利行為的刑法評價」與談出席之付立慶、王效文教授發表之文章，達成學術交流之成果，並將報告內容呈現如下：</p>			
壹、前言			
<p>具有國家公權力的人員是否能夠不徇私舞弊的依法行政，與國家的行政效能有著直接關聯，而國家行政效能的增減，同時衝擊著在全球化的經濟秩序下個別國家競爭力不同程度的消長，也因此落實建置一個具有防制貪腐效果的規範體系，並使得政府施政受到人民的信賴與支持，總是成為大多數國家所積極追求的目標。海峽兩岸刑法論壇在經過幾次刑法重要基本原則的深度對話</p>			

<sup>1</sup> 單位出國案如有 1 案以上，計畫編號請以頂大計畫辦公室核給之單位計畫編號 + 「-XX（單位自編 2 位數出國案序號）」型式為之。如僅有 1 案，則以頂大計畫單位編號為之即可。

<sup>2</sup> 執行單位係指頂大計畫單位編號對應之單位。

<sup>3</sup> 出國地點請寫前往之國家之大學、機關組織或會議名稱。

<sup>4</sup> 出國經費指的是實際核銷金額，單位以元計。

後，此次在個別犯罪類型的討論中，以貪污犯罪作為主題探究，不但在議題設定上符合世界潮流，如能針對具有強烈腐蝕國家施政基礎的貪污犯罪，經由完整的罪質學理分析，確實凝聚出個別犯罪要件在具體案件適用時的解釋射程，顯然對於強化政府廉能信賴，進而鞏固法治社會的基礎，更體現了學術研究的重大時代意義<sup>5</sup>。

在本次研討會議，作者有幸被大會賦予擔任第二場次關於具有國家公權力之人圖利行為之報告議題的與談任務，在拜讀中國人民大學法學院付立慶教授（受賄罪中“為他人謀取利益”的體系定位與實務認定）與台灣成功大學法律學系王效文教授（論公務員圖利罪：一個比較法的分析）兩篇學術大作後，不但經由付教授的論述使得作者對於中國大陸刑法規範貪污犯罪有更完整且深層的認識<sup>6</sup>，透過王教授以比較法的觀點切入，所全面呈現關於圖利罪的犯罪要件說明（特別是關於奧地利與瑞士的規範介紹），更補充了作者過往研究領域所未曾探觸的視野。在此除了深深感佩兩位教授對於公務員圖利行為刑法管制的犯罪分析，所具有的重大學術價值，更惶恐自己對於公務員圖利行為刑法管制的初淺認識，根本不足以達成大會所交付的與談任務。

儘管如此，為了能夠讓本次論壇順利進行，作者只好在反覆閱讀兩位教授的文章後，除了分別針對兩位教授的報告論文，先提出簡要的整理分析，並嘗試在海峽兩岸涉及公務員圖利行為的不同規範，藉由可能存在之法益保護的交集範疇，進行規範比較，也在保護法益的交集基礎下，對於相關個別犯罪要件的適用，從要件性質與解釋範疇提出自己不成熟的見解，希望兩位教授以及與會學者不吝指教。

## 貳、不同規範的求同意義

相對於台灣刑法對於公務員圖利罪有獨立處罰的規定，中國大陸則是以圖利行為表現為普通收賄罪的要件，而規定於其刑法第 385 條，這一部份付教授在他的報告論文中分別從傳統四要件與犯罪的三階層檢視有很清楚的釋義說明。為了能使讀者一目了然的知悉兩岸對於有國家公權力之人所為圖利行為的刑法管制的要件設計，本文針對兩岸的圖利刑為的刑法管制規範，在進行要件闡釋之前，先分別呈現中國大陸刑法與台灣刑法的具體規範，並簡要說明兩岸相關行為的規範體系。

### 一、大陸方面

#### 第 385 條第 1 項（中國大陸刑法）

<sup>5</sup> 在此除了對於籌備此次會議的聯繫與工作人員表達最大的感謝外，更要對陳子平老師在組織台灣參與人員無悔付出的辛勞，致上最高敬意。

<sup>6</sup> 感謝付教授在為文時，很體恤的在報告論文之外，以作者說明的方式，短文介紹了中國大陸對於國家工作人員涉及貪污犯罪的各種行為處罰類型，並整理了目前中國大陸學理與實務所存在的問題爭點。此一簡要的說明不但清楚表達了貪污犯罪在中國大陸的刑法規範體系，更畫龍點睛給予閱讀者一個完整的鳥瞰高度。

國家工作人員利用職務上的便利，索取他人財物的，或者非法收受他人財物，為他人謀取利益的，是受賄罪。

付教授在其[作者說明]的附加論述中，認為中國大陸刑法第 385 條所規範的受賄罪為普通受賄罪，該條條文的規定，視行為人是否存在有「為他人謀取利益」的不同規範，區隔為索賄型受賄罪與被動之收受型受賄罪兩種不同行為類型，而收受型受賄罪的犯罪成立則必須有行為人為他人謀取利益之要件存在，並說明此一觀點除了在立法理由有所主張，並為多數學說與實務所認同<sup>7</sup>。

#### （一）付立慶教授的釋義說明

在肯定「為他人謀取利益」為受賄罪的必要要件的前提下，付教授在其報告論文中首先從四要件的分析，分別從客觀要件與主觀要件的學說不同屬性主張，一一探討該「為他人謀取利益」的要件定性。相關主張客觀要件的學說中，付教授並整理區隔為謀利行為說與承諾行為說而加以檢視，由於謀利行為說對於行為人所謀之利益是否正當與他人是否取得利益皆不影響受賄行為的犯罪成立判斷，付教授認為單純以客觀謀利行為的進行即判斷為犯罪，不僅不符合受賄罪行為階段的想像，也違背了犯罪既遂的刑法原理<sup>8</sup>。也因此付教授以四要件省思「為他人謀取利益」的要件性質時，主要是針對承（許）諾行為說（新客觀要件說）與意圖謀利說（主觀要件說）著手，並提出從法益保護的完整性、操作證明的便利性以及解釋方法的容許可能等三個面向加以檢驗<sup>9</sup>。而在說明相關學說的適用可能之前，付教授並且進一步以具體可能存在的案例類型，表現於學說適用的可行性判斷。經過檢驗操作後，付教授認為「意圖」與「默示承諾」在主觀要件與客觀要件的屬性歸屬有事實上的認定困難，付教授因此主張在受賄罪對於「為他人謀取利益」的要件性質，應從犯罪實質意義所呈現的刑事不法或有責性加以探究<sup>10</sup>。付教授進一步指出，是否為他人謀取利益事實上很難想像會影響受賄行為的可譴責性，付

<sup>7</sup> 參閱付立慶，本次研討會所發表之「受賄罪中“為他人謀取利益”的體系定位與實務認定」文章，3 頁。

<sup>8</sup> 參閱付立慶，註 3 文，5-6 頁。

<sup>9</sup> 參閱付立慶，註 3 文，8-12 頁。

<sup>10</sup> 參閱付立慶，註 3 文，16-17 頁。犯罪為具有刑事不法而具備有責性的行為的實質概念，為多數刑法學者所肯認，三階層犯罪檢驗體系在刑事不法的判斷中，藉由構成要件的類型意義，將不法要件更細緻區分為構成要件該當性與違法性二個不同階層，為避免違法性的符號理解在文章說理上產生混淆，相對部分學者以「違法」的符號表現，本文皆以「不法」作為用語表達，特此說明。

教授因此在論文很清楚的表達，「為他人謀取利益」應為不法要件，並且因為「為他人謀取利益」此一判斷要件，「可能體現為客觀行為也可能體現為主觀心理」，而提出「混合的違法要素」的主張<sup>11</sup>。

## （二）「混合的違法要素」之我見

付教授對於受賄罪中「為他人謀取利益」的釋義說明，不但充分整理了不同學說意見的介紹，也針對個別學說適用有很深入的優、缺點分析，就釋義方法的操作而言，確實有相當值得參考的學術價值。然而從實質犯罪意義所開展的（刑事）不法與有責性要件詮釋受賄罪中「為他人謀取利益」的要件屬性，進而表達為「混合的違法要素」的主張，似乎更應該對於「（刑事）不法」與「有責性」概念的體系意義加以強調。

從刑法保護法益的功能出發，行為之（刑事）不法的探究，與法益是否為整體社會秩序之不容許侵害有著密切關聯，而有責性則是在確定行為具備有刑事不法後，所表現的社會制裁判斷。在形式的犯罪檢驗的階層設計中，構成要件要素其實已經被賦予（也被期待）充分扮演判斷行為是否有法益破壞的功能角色。至於刑事實體法要件的設計，如何在案例事實加以證明或在證明上是否困難，其實不涉及經由釋義闡釋而判斷究竟應否理解為構成要件要素的說理。即使在古典理論所主張不法要件為客觀，有責性為主觀要件的架構下，也不因為行為人必須對於構成要件有主觀的有責性認識與意欲（故意），相關構成要件被說明為主、客觀混合的要素。關於「為他人謀取利益」的受賄行為，更應該思考的，或許是在處罰國家工作人員利用職務上的便利而接受賄賂時，是否在刑事立法的政策上，可被看待為法益破壞。

這一個問題的答案與處罰受賄行為的保護法益息息相關<sup>12</sup>，付教授在文章中雖然對受賄罪的保護法益亦有提及，然而在付教授所接受之「職務行為不可收買性」的法益釋義論述上，卻認為受賄罪一定必須有為他人謀取利益而收受賄賂，才發生有「錢」與「權」的聯繫關聯<sup>13</sup>，顯然在「職務行為不可收

<sup>11</sup> 參閱付立慶，註3文，17頁。

<sup>12</sup> 關於賄賂罪保護法益的立法政策，基本上有以職務行為之不可收買的羅馬法原則與職務之不可侵犯（公正性維護）的日耳曼法原則兩種立場，參閱陳子平，刑法各論（下），2014年，初版，523頁。

<sup>13</sup> 參閱付立慶，註3文，20頁。

買性」的保護法益的認同上，對於職務行為與賄賂行為的對價關聯，過度狹義的限縮在「為他人謀取利益」的要件上。儘管如此，付教授對於部分學說將「職務行為不可收買性」定位為主觀違法要素的批判，相當值得參考。事實上，主觀違法要素的發現，在於有部分犯罪類型，從行為的單純外顯的客觀形式檢驗，並沒有辦法呈現是否有法益破壞的認知，此一涉及價值判斷的不法規範要素被發現後，開啟了新古典犯罪理論的建構，並給予不法要件中關於主觀違法要素的存在基礎<sup>14</sup>。在這樣的理解背景下，不論是職務行為的不可收買性或廉潔義務的保護法益主張，除非我們認為並且接受單純的受賄行為，無法在外界客觀決定的想像上提供足夠的判斷其法益破壞的檢視標準，否則將「為他人謀取利益」操作為涉及行為不法價值要素，是沒有必要的。

## 二、台灣方面

### 第 131 條第 1 項（台灣刑法）

公務員對於主管或監督之事務，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。

### 貪污治罪條例<sup>15</sup>

對於主管或監督之事務，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，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。（台灣貪污治罪條例第6條第1項第4款）

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。（台灣貪污治罪條例第6條第1項第5款）

由於貪污治罪條例對於收受賄賂之行為另有處罰規定（該條例第4條第1項第5款違背職務受賄罪；第5

<sup>14</sup> 參閱林鈺雄，新刑法總則，2011年，三版，132頁；vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT., 5. Aufl., 1996, S. 206.

<sup>15</sup> 台灣刑法分則第四章以瀆職罪為章名，本就有針對公務員侵害國家權力作用的犯罪處罰規定，然而在1963年為了提昇政府廉潔形象，以條文所明白揭示「嚴懲貪汙，澄清吏治」的立法目的，經由重罪、重罰之嚇阻貪污犯罪的立法政策，制定了「戡亂時期貪污治罪條例」，1992年修正法規名稱為「貪污治罪條例」，刑法中瀆職罪章的相關犯罪行為，基本上在該條例皆有處罰規定。一般認為貪污治罪條例，呈現有特別刑法性質，而不再適用刑法瀆職罪，參閱陳子平，註8書，519頁。

條第1項第3款不違背職務受賄罪)，

關於公務員貪污的行為，由於貪污治罪條例也有近乎一致性的處罰規定，目前實務操作皆以貪污治罪條例作為適用規範，而不再以刑法瀆職罪章為論罪。由於貪污治罪條例對於賄賂罪與圖利罪分別規範，且賄賂罪在法規範的表現上並沒有相關「圖利」或「謀取利益」的文字規定，一般認為只要是公務員在職務上或有不正當報酬，即對於公務員一定職務為具有對價關係的相對給付，已經可以理解有賄賂罪本質的完成，至於行為人是否有圖利他人的主觀認識，與不會影響賄賂罪的成立。而圖利罪的罪質在台灣學界的詮釋中，並不完全一致。有主張處罰公務員圖利行為的原因在於公務員執行職務，本應遵守法令，不得濫用職權，以維護人民對公務員的公正、廉潔信賴。依此見解，則圖利罪本質與貪污罪相去不遠，其保護法益不外乎「公務之公正性」或「社會對於公務員等職務公正之信賴」<sup>16</sup>。然而亦有學者從國家財產保護的角度出發，認為公務員圖利罪的處罰，在於公務員受國家職務委託，本來應有忠誠執行職務義務，如公務員濫用裁量權為圖利行為，危害人民利益，就具有可罰性基礎，此一主張使得公務員圖利行為向財產犯罪性質靠攏，本質上成為一種特殊背信類型<sup>17</sup>。

為了釐清台灣關於公務員圖利罪與貪污罪的犯罪關聯，並避免單純從條文規範呈現進行適用，王效文教授將此次會議報告論文特別將重點放置於比較法的介紹，由於台灣對於公務員圖利罪的罪質研究，較少從此研究視野進行，此一全面性的釋義表現，非常值得注意。

#### （一）王效文教授對於公務員圖利罪的罪質分析

關於圖利罪的罪質檢視，王教授首先從台灣刑法第131條公務員圖利罪的立法理由，觀察到立法之初的規範溯源說明，曾經提及公務員圖利罪處罰的規定，是參仿義大利、法國、荷蘭、匈牙利、暹羅、蘇丹等國的規定而制定<sup>18</sup>。這樣方式表達的立法說明，王教授很清楚的點出了兩個質疑，除了參照相關國家獨漏台灣刑法主要繼受國之德國與日本之外，顯然還會因為有翻譯語言的事實困境，而存在有

<sup>16</sup> 參閱陳子平，註8書，2014年，初版，562頁。

<sup>17</sup> 參閱許玉秀，公務員圖利罪評釋南投地方法院檢察署86年偵字第6003號不起訴處分書暨台北地方法院87年訴字第629號判決，台灣本土法學雜誌，第3期，1999年8月，99頁。

<sup>18</sup> 參閱王效文，本次研討會報告論文「論公務員圖利罪：一個比較法的分析」之前言說明。

參考規範之立法背景資料是否充分的問題。王教授因此另闢蹊徑，在比較法的運用上轉向屬日耳曼法體系之德國、奧地利與瑞士作為分析對象。

王教授在分析上述國家的相關規範後，認為台灣關於公務員圖利行為的刑法規範，在體系定位可以有兩種方向選擇，一種方式是將圖利罪定性為公務員背信罪，是一般背信罪的特別規定，屬財產犯罪類型<sup>19</sup>。在背信類型的解釋脈絡下，單純獲得利益而未造成具體財產損害的行為，則依照財產犯罪的性質，不會存在有既遂處罰的不法基礎，更明確的說，犯罪要件所表現出對於行為人公務員身分的要求，其實不影響財產法益破壞之行為的不法程度，只是人民對於公務員廉潔的特別期待，是一種無關事務而只涉及行為人身分的制裁要素，是屬於在構成要件所表現的有責性考量<sup>20</sup>。這樣的釋義操作，顯然是以德國規定而限縮圖利罪為有特定利益損害發生之結果犯，雖然與目前台灣部分實務所主張「公務員對於主管之事務，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，原屬特殊類型之背信行為，縱因刑法修正關於公務員概念之範圍有所限縮，不符合貪污治罪條例或其他瀆職罪特別規定之身分構成要件，而不成立貪污或瀆職罪名，仍非不可以刑法背信罪相繩」之見解近似<sup>21</sup>，卻無異是對於圖利罪之構成要件，經由釋義方法的運用，增加了致生損害的結果，而這樣解釋之圖利行為與「損害」結果間所強調的因果關聯，顯然與一般認為在2001年修法後之圖利行為與「得利」結果的關聯性判斷，有所歧異<sup>22</sup>。至於另一種可能的解釋類型，則是參考奧地利刑法第302條濫用職權罪，將圖利罪定性為公務員濫權行為的制裁，王教授並清楚表示這樣的做法應該比較符合台灣在立法例上將公務員圖利行為以瀆職罪的規範體系，獨立處罰圖利行為的設計。然而為了避免刑罰不當擴大，王教授仍主張應以「損害他人權利」解釋為圖利罪的不成文構成要件要素<sup>23</sup>。

## （二）圖利罪之定性觀察

<sup>19</sup> 參閱王效文，論公務員圖利罪：一個比較法的分析，第肆部分「我國公務員圖利罪之構成要件分析與檢討」，倒數第二段說明。

<sup>20</sup> 類似思考同樣可見黃榮堅，從個別公務員概念看政府採購中的公務員身分-評最高法院九十七年度台上字第四八一三好等判決，月旦法學雜誌第172期，2009年8月，292頁。

<sup>21</sup> 最高法院100年台上字第540號判決。

<sup>22</sup> 參閱陳子平，註8書，570頁；盧映潔，刑法分則新論，2015年，十版，70頁。

<sup>23</sup> 參閱王效文，論公務員圖利罪：一個比較法的分析，第肆部分「我國公務員圖利罪之構成要件分析與檢討」最後一段論述。

關於圖利罪的定性判斷，其實不可避免必須先處理公務員圖利行為的可罰性基礎。如果接受圖利罪之保護法益為『「公務（職務）之公正性」或「社會對於公務員等職務公正之信賴」』的學說主張，事實上可以發現其從保護法益所衍生的處罰基礎與貪污罪近乎同一<sup>24</sup>。也因此王教授在其報告論文中認為「與公務員相關犯罪可簡單區分為瀆職罪與貪污罪兩種」的區隔方式，如果在同一處罰基礎的觀察角度下，其實不過是行為類型的不同。至於王教授認為瀆職罪之可罰性在於公務員違反其職務義務，而貪污罪是公務員以職務行為為交換私利的主張，反而提供了一種思考途徑，讓我們進一步在這樣的前提定義下，觀察圖利罪與（貪污）受賄罪的體系關聯。

關於圖利罪與受賄罪的罪質關係，台灣司法實務見解一向認為公務員圖利罪屬於（貪污）受賄罪的概括規定<sup>25</sup>。然而從概括規定在本質上所具備之包含意義的截堵構成要件性質來說，由於台灣刑法對於圖利罪的成立，除了要求行為人須有圖利刑為的認識外，還必須有「明知違背法令」的直接故意。顯然圖利罪在明知的規範要件上，表現了比貪污罪只以行為人對要求、期約或收受賄賂行為之認識（含直接與間接故意）更高的成罪門檻。關於此一實務見解的批判，有學者不但從截堵構成要件的體系意義加以駁斥，更認為貪污罪的賄賂利益與圖利罪的利益變動基礎不同，斷言在現行規範要件下，圖利罪與受賄罪並不必然存在有所謂基本與特別要件的行為類型關聯<sup>26</sup>。

釐清了受賄罪與圖利罪的關聯性後，可以發現圖利罪與受賄罪雖不必然存在有包含關係，但是在同一法益保護的架構下，卻也不能因此認為兩罪一定為互不隸屬的獨立犯罪類型，尤其是當行為人對於主管或監督事務，明知違背法令，但為了謀取自己或他人不法利益，要求、期約或收受賄賂時，就形成了圖利罪對於貪污罪的完全包含關係。

參、以保護法益詮釋圖利罪與受賄罪的關聯意義—代結論

付立慶教授在其報告論文中，所介紹之中國大陸學者對於受賄罪保護法益的理解，儘管表面看起

<sup>24</sup> 參閱陳子平，註8書，524；562頁；黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，台大法學論叢，第38卷第4期，2009年12月，317頁。

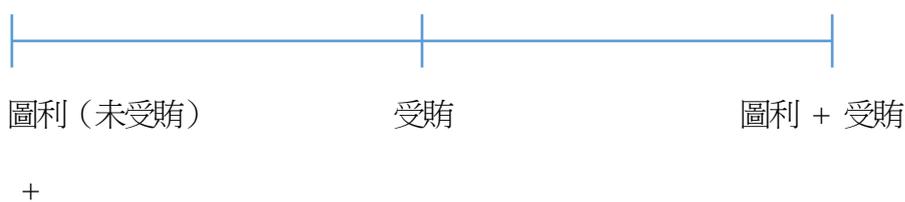
<sup>25</sup> 此為實務定見，在此僅以最高法院102年台上字第3839號判決為說明參考。

<sup>26</sup> 參閱許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，收錄於同作者著「貪污犯罪的刑法抗制」，2016年，126頁以下。

來在學說上有「職務行為不可收買」、「職務行為公正性」、「職務行為不可收買與公正性」與「清廉義務」等區隔，其實就這些不同主張的保護法益在行為規範的轉置上，都可以表達為人民對於國家工作人員正確行使職務的行為期待，並形成所謂的依法行政的行為規範。在規範與法益的雙面關係下，依法行政所能夠成就之經由國家權力合理分配國家資源的公平性，事實上也正是台灣瀆職罪章各個不同行為類型所要共同保護的法益本質，而開展為職務行為公正性的保護法益<sup>27</sup>。

因為公務員依法履行其職務，照章行事，不但可以讓抽象的國家機能落實於國家制度的正確運行，也避免因為利益分配的不公平，而讓人民承受具體的不利益，當國家機制確實可以受到人民信賴，也是科層制度功能的具體體現。至於如何能夠區隔違反依法行政之行政不法與刑事不法，則有賴於對於侵害依法行政原則之行為，在論理上加以證立之不公平資源分配的危險狀態，作為刑事不法下限的設計。畢竟在刑法最後手段性的原則下，單純的利得並沒有足夠的說服能力發動國家刑罰權。

在分別理解大陸與台灣關於圖利要素的犯罪規範後，可以發現在以依法行政所形成的廣義保護法益的概念下，如果將海峽兩岸關於圖利罪與受賄罪的犯罪構成要件，簡要以（一）圖利（二）受賄的概念臚列出來，其實不同犯罪構成要件的組合關係，正好呈現對於侵害依法行政之保護法益的行為不同密度的刑罰管制，如果將這些管制現象，以線性圖形表達，基本上可以呈現為以下圖形來理解：



而在這樣的線性圖形關係下，或許正足以提供我們在思考現行中國大陸刑法規範關於受賄行為處罰之「為他人謀取利益」的要件定性。

台灣刑法以明知圖利與利益取得作為行為違反依法行政的刑事不法的底線，形成圖利罪與受賄罪

<sup>27</sup> 參閱黃榮堅，註20文，2009年12月，309頁。

的不完全包含的關聯關係。而對於受賄行為而言，由於行為本質上即存在有不當利益取得，所侵害依法行政所衍生的資源公平分配的利益，應該將其理解為相關公務員犯罪的原型。至於受賄行為如果還要加上圖利要件，才加以刑罰處罰，必然會造成國家刑罰權的發動更高的門檻。在這裡我們不妨從管制具有國家公權力之國家工作人員行為的政策，思考這樣的現象是不是我們所要接受甚至期待發生。如果答案是否定的，或許強調謀取他人利益只是對於非法收受他人財物的當然情境描述，是受賄行為的內含經由外顯的同位語詞表達，反而更可以避免面對國家工作人員非法收受他人財物，卻有可能因為「為他人謀取利益」的規範文字被理解為必要要件時，而受限於罪刑法定原則導致刑法管制一籌莫展的窘境。

#### 參、心得與建議

報告人於本次出國參與學術研討之過程中，以親身與談之經驗對於大陸刑事法學之發展有更深層之認識，並自該種角度觀之，大陸刑事法學雖與我國刑事法學立基之處完全不同，惟於近日發展上卻逐漸與我國刑事法制產生更多互動，探其原因，除可歸功於我國刑事法學於學術、實務發展之嚴謹外，兩岸社會具有之同質與異質性亦是考慮重點。日後若有相關機會，亦建議兩岸於刑事法學之交流上宜繼續保持與進行，方有利於學術自由發展。

#### 肆、照片



建議事項參採情形	出國人建議		單位主管覆核		
	建議採行	建議研議	同意立即採行	納入研議	不採行
1. 應加強邀請兩岸學者相互交流講學，增進對相關議題的研究深度及廣度	✓				
2. 大陸法學教育近年來有相當明顯之發展，尤其刑法學者之間的論壇與交流		✓			