

國立政治大學法律科際整合研究所

碩士學位論文

收取回扣罪之規範定位與存廢爭議

A Study on Subparagraph 3 of Article 4 of The Anti-Corruption

Act :

Focused on Taking Kickback Crime

指導教授：許恒達 博士

Advisor : Hsu, Heng-Da, Dr. iur.

研究生：呂奕賢

Graduate : Lu, Yi-Hsien

中華民國 一〇七年 一月

摘要

貪污治罪條例第四條第三款針對公務員經辦公共工程或採購物品案件的過程中收取回扣的行為加以規制，然而，由於本條文對於收取回扣行為的構成要件過於簡單，使得收取回扣行為的本質與構成要件應如何解釋，在實務上引起了許多爭執與矛盾的見解，因此本文於第二章中整理了目前實務上對於收取回扣罪較具爭執的六大問題，以作為後續探討的基礎。

然而，由於收取回扣罪的本質與構成要件的討論前提，乃繫於賄賂罪與圖利罪的本質是否皆屬於貪污罪之一，還是圖利罪的本質其實與賄賂罪有所不同，而應歸類於瀆職罪章中的濫權罪，蓋如圖利罪的本質與賄賂罪有所不同時，當收取回扣行為被認定較為相似於圖利罪時，此時在構成要件的解釋上，必然與以賄賂罪作為本質的解釋方式有所不同。因而，區辨賄賂罪與圖利罪的異同成了本文不可避免的重點聚焦之一。在本文的討論之下，確立了現行法下賄賂罪與圖利罪的本質實應不同，前者為貪污罪，後者為濫權罪。

在辨別賄賂罪與圖利罪的本質問題後，本文接續討論收取回扣罪的本質問題，由於賄賂罪的解釋方式與現行收取回扣罪的文義以及解釋論上存有許多爭議，輔以圖利罪中的回扣型圖利罪與收取回扣罪具有高度相似性，本文認為應以圖利罪作為收取回扣罪的本質較為合適，同時應以圖利罪作為基礎，針對收取回扣罪的構成要件加以進行解釋。同時，本文針對現行收取回扣罪的立法進行反省，蓋縱以圖利罪作為收取回扣罪之本質，仍存有許多無法解決的現行實務問題，因此本文針對收取回扣罪的存廢爭議提出本文見解，以期作為未來修法意見。

關鍵字：貪污治罪條例 4 條 3 款、收取回扣罪、賄賂罪與圖利罪的性質、對價關係、不法利益流動方向

論文目錄

摘要.....	I
論文目錄.....	II
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究方法.....	3
第三節 研究範圍與架構.....	3
第二章 實務判決研析.....	5
第一節 實務現況概說.....	5
第二節 實務上收取回扣罪之犯罪態樣及伴生之犯罪類型.....	5
第一項 收取回扣罪的犯罪態樣之分類.....	6
第一款 交付者於領取公共工程款或採辦公共用品之價款後交付 回扣予公務員.....	6
第二款 交付者於得標後先行籌措資金作為回扣交付予公務員....	7
第三款 交付者於得標前先行籌措資金作為回扣交付予公務員....	9
第二項 與收取回扣罪經常伴生之犯罪.....	10
第一款 綁標行為.....	10
第二款 圍標行為.....	12
第三款 指定特定廠商之行為.....	13
第三節 實務主要爭點整理.....	15
第一項 收取回扣罪的不法內涵.....	15
第二項 「回扣」與「賄賂」的異同.....	18
第三項 回扣的籌措來源.....	22
第四項 收取回扣者與交付回扣者是否為對向關係.....	28
第五項 「收取回扣」與「職務行為」間是否需對價關係.....	30

第六項	交付回扣者是否成立行賄罪.....	35
第四節	小結.....	38
第三章	賄賂罪與圖利罪之異同.....	40
第一節	概說.....	40
第二節	賄賂罪之法律分析.....	41
第一項	保護法益.....	41
第一款	國家意志的阻撓.....	41
第二款	執行公務的純潔.....	42
第三款	大眾對於公職人員公正性的信賴.....	42
第四款	職務行為的不可收買性或廉潔性.....	43
第五款	綜合見解.....	44
第六款	實務見解.....	44
第七款	我國學說見解.....	46
第二項	構成要件.....	47
第一款	行為主體.....	48
第二款	行為客體.....	48
第三款	行為.....	49
第一目	職務行為／違背職務行為.....	49
第二目	對價關係.....	50
第三目	構成要件行為—要求、期約或收受.....	53
第四款	對向犯之結構.....	54
第三節	圖利罪之法律分析.....	54
第一項	保護法益與罪質.....	56
第一款	實務見解.....	56
第二款	學說見解.....	56

	第一目	多數見解.....	56
	第二目	公務人員背信行為之見解.....	57
	第三目	類型化區分之見解.....	58
	第四目	不法內涵判斷之見解.....	61
第二項		構成要件.....	64
	第一款	行為主體.....	64
	第二款	行為.....	65
	第一目	圖利行為的範圍.....	65
	第二目	圖利行為的方法.....	65
	第三款	結果.....	67
	第四款	明知違背法令.....	68
第三項		對向犯之爭議.....	70
第四節		賄賂罪與圖利罪之區辨.....	71
第一項		刑法的保護法益.....	72
	第一款	法益之概念.....	72
	第二款	法益之功能.....	74
	第一目	司法解釋機能.....	74
	第二目	可罰性限縮機能.....	74
	第三款	法益之類型.....	75
	第一目	一元個人的法益學說.....	75
	第二目	一元集體至上的法益學說.....	76
	第三目	二元的法益學說.....	77
	第四目	本文見解.....	79
	第四款	集體法益理論.....	80
	第一目	集體法益的形式要件.....	80

第二目	集體法益的價值面—以功能劃分體系.....	81
第三目	集體法益的存在面—集體法益的各種構造.....	82
壹、	為個人創造自由空間的法益之存在面.....	82
貳、	保護國家架構條件的法益之存在面.....	83
第四目	集體法益各論—以「對國家制度的信賴」法益為中心.....	84
第二項	保護法益與罪質之比較.....	85
第三項	構成要件之異同.....	88
第五節	小結.....	88
第四章	收取回扣罪之定位與存廢.....	91
第一節	收取回扣罪之解釋論.....	91
第一項	收取回扣罪之保護法益.....	91
第二項	收取回扣罪之罪質.....	91
第一款	收取回扣罪與賄賂罪之異同.....	92
第一目	學說見解.....	92
第二目	本文見解.....	94
壹、	受賄行為與收取回扣行為本質上不同.....	94
貳、	回扣與違背職務行為無須具有對價關係.....	95
參、	賄賂與回扣不具同一性.....	97
肆、	收取方與交付方並非對向關係.....	98
伍、	交付回扣者不應成立行賄罪.....	100
第二款	收取回扣罪與圖利罪之異同.....	102
第一目	不法內涵.....	102
第二目	適用案例的差異.....	104
第三目	條文文義不限於收取回扣者違法執行職務.....	104

第三款	小結.....	105
第二節	實務見解與學說見解之再思與疑難.....	106
第一項	收取回扣罪為何僅限於公共工程或採購案件.....	106
第一款	無法解釋為何公共工程與採購案件特別重要.....	107
第二款	導致公共安全與品質下降的高蓋然率並無論證....	108
第二項	回扣的定義僅是斷言而無論理.....	110
第一款	回扣的定義不應限於來自公共工程或採購案件....	110
第二款	與實務和現實衝突且無法解釋為何必來自價款....	111
第三項	無法解決交付回扣的時點應為何時.....	112
第四項	無法說明排除合法職務下收取回扣之行為的理由.....	113
第三節	收取回扣罪之立法論與再定位.....	114
第一項	回歸圖利罪或以圖利罪為本質而修法之可能性.....	114
第二項	回歸賄賂罪或以賄賂罪為本質而修法之可能性.....	115
第四節	小結.....	117
第五章	結論.....	119
參考文獻	123

第一章 緒論

第一節 研究動機

收取回扣行為的規制性之重要可以從幾個觀點得知其重要性：第一，在於現今的國際社會中，對於貪瀆行為的容忍程度越加降低，例如在 2003 年時，聯合國便成針對聯合國反貪腐公約作成大會決議，並在 2005 年正式生效，而聯合國系統下的組織——世界銀行，也廣泛的宣傳打擊貪瀆行為，轉眼間，貪瀆行為從 1990 年代以後，成為了世界中不可違逆的潮流，在公共治理上成為了顯學之一¹，而文獻上也不乏許多指出貪瀆行為將導致經濟成長的阻礙²³，因為其可能成為大企業打壓新興企業的手段，也造成投資上的減少⁴，且貪瀆行為將造成人民對於國家公權力的信任感降低；第二，我國對於收取回扣行為的規定，早在民國五十二年所公布的「戡亂時期貪污治罪條例」中第四條第四款便有規定收取回扣罪，用以嚴懲在公共工程或採購案件中收取回扣的貪瀆行為，以保障公共工程與採購物品的品質，顯見立法者對於收取回扣罪的重視已久；第三，時至今日，在新聞媒體的版面上，大如政府官員，小如學校校長等，仍不時可以看到公務員因收取回扣而被搜索與遭到審判的新聞，收取回扣行為儼然成為了人民對於公務員發包工程或採購案間中必然會有的行為之印象，嚴重打擊人民對於公權力的信賴程度。同時，在比較法上，許多國家對於收取回扣行為的議題有不同程度的關注，例如

¹ Donald C. Menzel & Carole L. Jurkiewicz, Introduction to the Symposium on Ethics and Integrity in Governance 5-9 (Public Integrity. 2005)

² Arvind K. Jain, Corruption: A Review 71-121 (Journal of Economic Surveys. 2001); Vito Tanzi & Hamid R Davoodi, Corruption, Growth, and Public Finances 1-27 (International Monetary Fund. 2000)。

³ 然值得注意的是，並不是所有學者都支持這種論點，例如有學者便認為貪瀆行為與 GDP 等經濟成長的指標要解為有強烈關係仍具有經驗上與技術上的困難，詳參：Susan Rose-Ackerman, International Handbook on the Economics of Corruption 27 (Edward Elgar Publishing. 2007)

⁴ Arye Hillman, Corruption and public finance: an IMF perspective 1067-1077 (European Journal of Political Economy. 2004)

美國乃是對於採購案件中的公務員與承包商有制定反回扣法（Anti-Kickback Law）加以規制，另有些國家更進一步擴張至所謂的商業回扣與醫療回扣，蓋前者雖然是私人企業間的往來關係，仍會造成社會大眾的損害以及競爭上的不公平，後者則可能導致國家醫療資金與資源的浪費。由以上可知，收取回扣行為已成為了許多國家嘗試解決的貪瀆行為之一。

在我國目前現行法之下，收取回扣行為乃是透過貪污治罪條例加以規範之，其規範在貪污治罪條例第四條第三款：「有下列行為之一者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金：…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。」可知其主要規制對象乃是公務員，該條的立法目的乃是為了避免公務員收受回扣行為造成公共工程或採購案件的品質下降，使得廠商透過偷工減料等行為來達成彌補虧損，進而造成公共安全或劣質公物等問題。

然而，由於條文的構成要件十分簡陋，以致於該如何解釋本罪，實務見解與學說見解存有相當多的歧異，尤其以實務見解間的分歧最為衝突，不但從收取回扣行為的本質，乃至於收取回扣罪的構成要件解釋，以及不成文的構成要件應具備何者，都充滿爭議，從而使得學說上對於本罪的廢存之呼籲不絕於耳；又往往在收取回扣的過程當中，會涉及到公務員與私人間的抽成比例約定，使之看似存有對價關係的存在，而容易和賄賂罪有區分上的困難，因此實務見解在判斷收取回扣罪與賄賂罪間的區辨變得十分雜沓與混亂，無法得出一個統一的標準，區分兩者在操作上可謂無所可能。進而，在實務上最常發生的便是反覆的發回更審，此除了造成司法人員的負擔外，更將徒然造成司法資源的浪費。綜上所述，以目前的收取回扣罪之立法而言，可以說是弊大於利，顯有改進之處。

同時，學說見解雖然對於收取回扣罪的性質存有爭議，但是多數學說在於此議題上有大致上一致的見解，然而值得注意的是，多數學說對於收取回扣罪的本質未有文獻深入探討，以致於收取回扣罪的本質僅存有多數學說上簡略的概述與看似「理所當然」的解釋論，並對於少數學說所提出的見解未置一詞，為收取回扣罪的性質與爭議留下了未盡研究的空間與疑難。

第二節 研究方法

在研究方法上，本文將會先透過彙整目前實務判決對於收取回扣罪的見解做為研究基礎，整理實務見解上對於收取回扣罪的爭議問題，以作為後續開展論述的問題意識。同時，本文也將蒐集網羅與收取回扣罪相關的學術資料以及學說見解，並以整理實務見解所得的爭議問題，更深入的探討收取回扣罪的本質以及構成要件上的解釋，作為觀察實務見解的不妥之處。惟囿於本文筆者的第二外語能力之不足，本文主要參考資料係以國內文獻、學者與研究者之論著為主。

在分析完上述文獻後，筆者將基於本文的研究目的，將進一步檢視收取回扣罪的學說見解是否妥適，並進一步分析各個學說見解下的收取回扣罪所無法處理的問題為何，除了作為判斷現行法下收取回扣罪的定位與構成要件的解釋外，並將以之作為反省現行法下的問題，以及作為本文所提出的未來修法可能方向之參考。

第三節 研究範圍與架構

本文的研究對象為貪污治罪條例下第四條第三款的收取回扣行為，其構成要件與法律效果規定於同一法條之內。本文第一章緒論將主要提出為何收取回扣罪

具有研究價值，以及本文的研究動機，並架構本文的章節以利後續分析。

第二章將針對目前實務見解上對於收取回扣罪的法律見解進行整理，尤其注重實務見解上對於收取回扣罪的見解歧異，本文針對此些見解的歧異整理出六大爭點，一方面從中爬梳剖析出此些爭議的問題意識，一方面作為後續論述的重點基礎。

第三章則轉以學說見解作為論述重點，討論重心在於圖利罪與賄賂罪的異同，蓋此一爭議乃是實務見解的延續，且學說上對於兩罪的本質上是否相同具有爭議，而此一本質的爭議討論將接續著影響收取回扣罪的本質與定位，乃是重要的前提問題，因此本章將爬梳學說見解對於兩罪的論述與爭議問題，並檢視學說見解的論述，進一步確立兩罪的本質為何。

第四章則接續第三章的討論重點，以之作為檢視收取回扣罪的性質與定位問題，學說見解對於收取回扣罪所採取的不同本質所造成的可能影響以及問題為何，是為本章的討論重心。進而，本文將確立現行法下的收取回扣罪之本質以何者較為妥適，並反省現行法下的收取回扣罪在此一本質之下所面臨的困難為何。最後，本文將嘗試著提出未來修法的意見，以便解決現行法下收取回扣罪所面臨的困難。

至於末章，即第五章，則為全文的結論，將會把本文的架構以及論述邏輯與層次加以整理並精簡論述，以回頭檢視本文的研究目的與意義所在。

第二章 實務判決研析

第一節 實務現況概說

收取回扣的行為態樣是實務常見的貪污行為，且在實務對於貪污行為的判決中，收取回扣罪也佔據了一定的比例，新聞版面上更是不時便出現有收取回扣的案例⁵。由於我國極為重視貪污行為所侵犯的國家法益，因此在論罪科刑上，貪污行為的刑度非常的高且嚴峻，但也因為如此，往往在認定是否為貪污行為時，判決往往曠日費時⁶。

因此，在本章中，將針對實務見解對於收取回扣罪的本質、行為態樣進行分析，方能知道收取回扣罪在實務見解上的適用範圍為何，並進一步分析實務見解的妥適性，作為探討收取回扣罪之爭議問題的基礎，並藉以進一步回應實務見解以及學說見解。

第二節 實務上收取回扣罪之犯罪態樣及伴生之犯罪類型

在了解實務見解如何理解並適用收取回扣罪時，應先從收取回扣罪在實務上的行為樣態有哪些進行歸納，以便對於收取回扣罪通常發生在什麼樣的情形，什麼樣的時點，以及通常含括的人有哪些等問題有初步的理解；再者，我們亦可以

⁵ 近期新聞（2017年12月）如前鶯歌鎮代吳坤池收回扣判刑12年定讞、彰化市南郭國小前校長陳建東被控在任內向承包學校採購生意的廠商收取回扣而遭到判刑16年、雲林大成商工前校長陳秀娟、黃曙曜夫婦，遭控10年內涉嫌向團膳業者強索回扣超過2800萬元等；且如在司法法院法學資料檢索系統中的判決書查詢中以「回扣」作為搜尋的關鍵字，可以找到數量十分龐大的判決。

⁶ 在比較法上，美國對於負責採購的公務員之收取回扣行為亦採取嚴刑峻罰，法院對之可以處以15年刑期。Ania Thiemann, *Fighting Corruption And Promoting Competition* 2-3 (Global Forum on Competition, 2014)

透過判決的整理來得知收取回扣罪可能相形伴生的周邊犯罪有哪些，以對於可能發生收取回扣的情境有進一步的了解。

第一項 收取回扣罪的犯罪態樣之分類

在實務上，收取回扣的案件可以說是多如牛毛，可算是公務員最經常犯的貪污案件之一。從而，本文認為，如能將收取回扣罪的犯罪態樣依據某些標準作出分類，或許能對後續探討實務見解的妥適性上提供幫助釐清實務見解的合理性。因此，本文認為，以交付時間點作為區分乃是屬於有實益的區分標準，收取回扣罪並未如同賄賂罪般有交付時間點上的截堵，乃係以既遂跟未遂作為區分，此時知道實務對何時違犯收取回扣罪就有其重要性。惟如本文上述，這樣的分類之結果，須待於後續處理實務見解之妥適性方會使用，此處只作收取回扣罪的分類而已。

第一款 交付者於領取公共工程款或採辦公共用品之價款 後交付回扣予公務員

此一態樣就本條犯罪而言，是與構成要件最相符合，蓋回扣的通常定義乃是取自於公共工程款或是採辦公共物品價款，此時將之交付給公務員，公務員該當收取回扣罪要屬無疑。

惟在實務上，此類的收取回扣罪非屬最多，可能的推測是，因為交付回扣的時間點過晚，公務員認為對其已付出的心力沒有收穫，或是可以取得利益的時間點過晚，從而希望廠商能更早交付回扣以作為回報。

此一態樣可參照前溪湖鎮長案中所認定之犯罪事實⁷，在本案中，被告乃是彰化縣溪湖鎮第 13 屆鎮長，負責綜理督導溪湖鎮政務推展及經辦溪湖鎮公所公用工程之發包、督導及款項請領等業務，為刑法上所稱之公務員，而被告為了就所經辦公用工程向承包廠商索取回扣，以圖利自己，並兼藉與全體鎮民代表分贓回扣之手法，攏絡溪湖鎮民代表會全體代表，因而找尋有意合作的鎮民代表，被告並明確向有意參與之代表表示，日後包商施作工程時，會按工程款總額 25% 計算回扣，並將所收取之回扣款項交由鎮民代表會主席楊長福統一分配處理，其中 5% 分歸被告個人取得，其餘 20% 由鎮民代表會主席楊長福分配，最後找尋到共 12 位代表合作。被告為利於代表有承攬預算金額在 500 萬元以下，不須採公開招標等工程之機會，經全體有意收取回扣而與會之人討論後，為求公平起見，乃決議 12 位代表自行分成 3 組，日後各組再各自尋覓廠商承攬溪湖鎮公所預算金額在 500 萬元以下之工程施作，謀議底定後，全體鎮民代表依決議內容自行分成三組，分組就各個工程收受回扣。其中一組中，成員乃有許慶發、李克珍、何武能、陳麗雪為一組，而許慶發經李克珍、何武能、陳麗雪（委由其夫楊金泰代為決定及收受回扣）同意及授權後，經覓得按工程款 25% 計算之給付回扣條件下仍有承攬意願之廠商陳昌隆後，由陳昌隆以聖益營造有限公司廠商名義經依比價程序順利標得「III-22 號道路工程（工程款為 339 萬元）」之工程。嗣後，陳昌隆於領取工程款項後，乃至彰化縣溪湖鎮的許慶發住處，交付回扣款共 18 萬 8000 元予許慶發。

第二款 交付者於得標後先行籌措資金作為回扣交付予公

務員

⁷ 最高法院 104 年台上字第 523 號刑事判決之前審法院之前審法院臺灣高等法院臺中分院 102 年重上更(四)字第 6 號刑事判決所認定之犯罪事實，本文已改寫並精簡之。

此一態樣為目前實務上最為多數的類型，可能是因為一方面公務員為早日拿到回扣，而廠商在於得標後，對於拿到公共工程款或是採辦公共用具之款項只是早晚之事，且此時給予回扣能減少日後驗收等方面的刁難或減價等問題，因此較願意在此一時點交付回扣，從而成為了實務上最常見的收取回扣之態樣。

惟須注意的是，本文認為，只要是得標後給予回扣者，無論是全額給予，或是實務上常見的按工程期數分次給予，皆歸入此類，蓋因收取回扣之行為應該在收取之時便以既遂，不以全額給付為必要。

另外，實務上常見的另一種收取回扣之態樣乃是公務員將公共工程或採辦公共用品之案件直接指派給予特定廠商，而廠商在領取公共工程款或採購公共用品之款項前即已交付回扣，由於該案件在公務員直接指派之下，已由特定廠商確定承作此一標案，故本文亦將之歸入此類。

此一態樣可以參照彰化縣前芳苑鄉前鄉長所涉之之犯罪事實⁸，被告乃是擔任彰化縣芳苑鄉公所鄉長，負責綜理鄉政，指揮、監督所屬員工及機關，並負有主管、督導承辦公共工程之採購等職權，係依法令服務於地方自治團體所屬機關，且依政府採購法辦理公共工程採購事務而具有法定職務權限之公務員；寅○○則為彰化縣芳苑鄉鄉民，因先前曾施作芳苑鄉公所發包之公共工程，因而與被告熟識。芳苑鄉公所將於 101 年 6 月辦理「王功及永興養殖區道路改善工程」（下稱本工程）之開標事宜，伍益營造實際負責人卯○有意標得前述工程，為使伍益營造順利得標及避免其他廠商參加投標競價而有礙伍益營造得標，寅○○、卯○、其友人共同基於意圖影響決標價格及獲取不當利益，以協議使廠商不為投標之犯意聯絡，勸阻其他廠商投標，而各該廠商代表於收受寅○○等人交付之代價後，

⁸ 最高法院 105 年度台上字第 1285 號刑事判決之前審法院臺灣高等法院臺中分院 103 年度上訴字第 1674、1675 號刑事判決所認定之犯罪事實，本文已稍加改寫並精簡之。

即不為本工程之投標。後本工程於當日開標結果，果由伍益營造以最低價得標。伍益營造得標後，被告、寅○○共同基於經辦公用工程收取回扣之犯意聯絡，由寅○○電話聯繫與卯○○見面之時、地，並依約於見面後，卯○○將該工程之回扣及圍標費用共 19 萬元當場交予寅○○。寅○○於取得該筆款項後，被告即於同日下午，前往寅○○之住處，寅○○於扣除圍標費用 9 萬元後，將剩餘之 10 萬元回扣交付予被告，被告即予以收下而收受該工程之回扣。

第三款 交付者於得標前先行籌措資金作為回扣交付予公

此一態樣在實務上較為少見，通常需要是公務員與特定廠商已有長久之合作關係，且公務員通常有足夠能力透過操縱採購程序而使特定廠商得到標案，在此一前提下，由於雙方的信賴關係深厚，從而使廠商願意先行籌措並交付回扣，待嗣後得標並取得價款後作為抵償。

再者，由於採購金額在一定價額之下，公務員得直接指定特定廠商承作，而不用透過採購程序，此時若在雙方皆有認識之情形下，而公務員事先收取回扣，而案件確定由該廠商承作後方從價款中抵銷，由於該案件尚未確定，但公務員仍是收取廠商事先籌措的回扣，與此一態樣幾無差別，故本文乃將之歸入此類。

此類型可以參照彰化縣鹿港鎮前鎮長案所認定之犯罪事實⁹，在本案中，被告乃為經民選為彰化縣鹿港鎮鎮長，對外代表鹿港鎮，受上級政府指揮監督，負責督導綜理鹿港鎮之行政業務及鹿港鎮公所各課室業務，並負有主管、督導承辦

⁹ 最高法院 105 年度台上字第 1353 號刑事判決之前審法院臺灣高等法院臺中分院 104 年度重上更(二)字第 4 號刑事判決之認定事實，本文已略為改編並精簡之。

公共工程之採購等職權。於 94 年 12 月 3 日三合一選舉前，被告因選舉將屆，急需經費，遂與被告之妹婿共同基於前開收取回扣之概括犯意聯絡，由被告之妹婿於三合一選舉前，告知先前收取回扣之合作對象葉樹雄關於鹿港鎮公所預計於 94 年年底，將有 1 件預算金額為 1 千多萬元之垃圾場工程及預算金額約為 6 百多萬元之營造工程要發包，兩件工程總預算金額約 1 千 6 百多萬，惟因鎮長選舉需要經費，需先拿 200 萬元借給鎮長（即本案被告），就可以進去標這 2 件工程，且這 2 件工程原本應給付之工程回扣，即可從此 200 萬元加以扣除等語。葉樹雄遂於選舉前與祥峻公司負責人林俊良商談此事，最後決定由林俊良負責籌款，並以祥峻公司名義投標承攬上開 2 件營造工程，至於該 2 件工程所得之利潤，則由葉樹雄與林俊良均分。嗣後，葉樹雄與林俊良 2 人即拿著 180 萬元現金作為回扣，一同前往將 180 萬元交付予被告之妹婿。

第二項 與收取回扣罪經常伴生之犯罪

如前所述，實務上發生收取回扣的案件中，通常公務員在該案件不會只違犯收取回扣罪此一單一犯罪，而是會和其他與政府採購或貪污等犯罪行為相伴而生，尤其與政府採購可說是形影不離，此一特徵不難從收取回扣罪本身的構成要件中看出，蓋其乃限於公共工程款或採辦公共用品之款項，故與政府採購等犯罪行為相互依賴可為預期。從而，本文將針對收取回扣的常見伴生的犯罪態樣進行分類，藉以進一步了解何種行為態樣的案件中，是容易與收取回扣相形而生的案件。

第一款 綁標行為

綁標是在公共工程或採購工程上時常遇到的犯罪態樣之一，公務員透過對於該標案的技術、材料或設備等內容作了許多限制或特定規範，以致於僅有少部分

的廠商符合才能製造或有能力獲得此類零件，或符合該等資格，以藉此讓該特定廠商或得標案。

再者，透過綁標的方式，縱使有其他廠商有意同為競爭，成功獲得該標案，但嗣後容易因為該規格上的特殊性，使得該廠商無法繼續完成標案，此時公務員便能透過契約的壓力向廠商施壓，廠商便被迫同意支付回扣以換取公務員同意規格上的改變，避免違約之風險。

此類犯罪結合公務員收取回扣之態樣，可以參考豐原市公所委託的設計監造人員收受回扣案中所認定的犯罪事實¹⁰，在本案中，被告乃是受豐原市公所委託，提供設計監造之人員，係受地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關公共事務之公務員，亦為受機關委託提供採購設計、監造之人員。被告為利用材料進行特殊規格綁標，即與丁○○、乙○○、熊文邦、甲○○等人共同基於經辦公用工程收取回扣、意圖為私人不法之利益，對材料、規格為違反法令之限制、審查因而獲得利益之犯意聯絡；其又為能從中牟取五百萬元之工程回扣交付予丁○○、乙○○、熊文邦等人，亦與圓鼎公司陳禮晃、呂義章及文通公司顏利達等人，共同基於意圖為私人不法之利益，對材料、規格為違反法令之限制、審查，因而獲得利益之犯意聯絡，協議利用文通公司自韓國進口具有專利性之「一體成型四吋高密度聚乙烯（HDPE）管中管」及圓鼎公司生產之FRP蓋板須蓋有環保標章等材料進行特殊規格綁標，俟順利納入「工程設計預算圖」，再按得標包商使用該材料之總價一成作為工程回扣；而被告於設計「工程預算書圖」之過程中，即利用具專利性之「一體成型四吋高密度聚乙烯（HDPE）管中管」進行規格綁標，以防遭其他廠商低價搶標時，仍能逼迫工程得標包商交付一成工程回扣、約五百萬元朋分。之後，本案工程案件乃遭非預期中的泰有公司

¹⁰ 最高法院 102 年度台上字第 4969 號刑事判決之前審法院臺灣高等法院臺中分院 100 年度上更(一)字第 183 號刑事判決，本文已略加改編，以便於理解。

於第二次開標中搶標成功，而在該公司與豐原市公所簽定工程承攬契約前，乙○○、熊文邦等人雖不滿該二件工程遭泰有公司低價搶標，以致於原本配合的廠商無法得標，惟仍續行計畫利用「一體成型四吋HDPE管中管」之特殊綁標材料，逼迫泰有公司就範使用具專利性之「一體成型四吋HDPE管中管」材料，藉以從管材供應商文通公司及圓鼎公司處牟取約五百萬元工程回扣。

第二款 圍標行為

在實務上，圍標也是公共工程或採購公共用品常發生的犯罪態樣之一，且其本身可再分為數種圍標態樣，例如協議圍標或陪標等行為；協議圍標乃在實務上最常見的圍標方式，通常係廠商間協議得標順序¹¹，亦或是透過標案的金額來分配得標人選等方式來進行圍標，此時其他廠商雖然也會參與投標，但不會出低於彼此合議的廠商之標價，一方面營造競爭上的假象，一方面協助該廠商得標，避免因廠商數不足流標等問題；而陪標也是實務上常見的方式，係由有意投標的廠商為了避免流標，且營造競爭之假象，而請該些廠商助其得標，但該些廠商並無得標之意¹²。

實務上此類案件結合公務員收取回扣之例，實務上交通部高速鐵路工程局中的回扣弊案所認定之犯罪事實可供參考¹³，在本案中，被告乃擔任交通部高速鐵路工程籌備處（下稱高鐵籌備處）幫工程司，嗣後，高鐵籌備處改制為交通部高速鐵路工程局（下稱高鐵局），被告仍擔任幫工程司，迄至86年5月間調升為高

¹¹ 在比較法上，美國亦有針對此種類型加以規制，並將投標廠商間的聯合行為又稱為卡特爾行為，乃是規範於著名的反托拉斯法中。詳細內容可參閱：Richard A. Posner, *Antitrust Law* 33-48 (The University of Chicago Press, 2001)

¹² 有學者提到，除了營造競爭行為的假象以外，尚可透過不全然每次都有勾結行為的方式，以規避國家對於廠商的違法行為進行偵測。詳細參考：Chantale LaCasse, *Bid Rigging and the Threat of Government Prosecution* 409-410 (The RAND Journal of Economics, 1995)

¹³ 最高法院刑事判決103年度台上字第2477號之前審法院臺灣高等法院臺中分院102年度重上更(四)字第10號刑事判決所認定之犯罪事實，本文已略加改編，以利閱讀理解。

鐵局第五組副工程司，係依據法令從事公務之人員。被告於87年2月間，經辦高鐵局「高鐵用地取得零星樁位測釘工作案」（下稱測釘案），該案於87年4月8日第1次招標，僅有邱億工程顧問股份有限公司（下稱邱億公司）前來投標，因投標家數不足而流標後，被告竟基於經辦公用工程收取回扣之犯意，與邱億公司負責人邱永協議由邱永聯合其他廠商圍標測釘案，被告則利用其參與底價小組建議底價之機會，主導建議底價接近邱億公司之標價，俾利邱億公司得標，邱永並應交付被告陳冠廷工程價款1.5成之回扣。邱永遂於87年5月間，在位於高雄市的邱億公司，與聯鈺測量有限公司（下稱聯鈺公司）負責人杜業源協議另聯合恆益工程顧問有限公司（下稱恆益公司）負責人王生元圍標測釘案，待邱億公司得標後，該測釘案臺中以北路段由聯鈺公司施作並均分利潤，杜業源則負責籌措3家廠商之押標金新臺幣45萬元。87年5月16日開標日，因邱永等人之圍標行為，致使高鐵局第四組承辦招標業務不知情之公務員林麗珠將未有實際競標之不實事項登載於職務上所製作之「開標紀錄表」，足以生損害於高鐵局就測釘案委辦程序之正確性及公正性。開標結果，果由邱億公司以與核定底價相同之標價得標，並於87年6月10日與高鐵局訂立「高鐵用地取得零星樁位測釘工作合約」。

第三款 指定特定廠商之行為

在實務上收取回扣罪經常伴生的犯罪行為中，亦有公務員直接指定特定廠商，此種行為發生的原因通常是因為在一定數額之下的標案，可以不用透過公開招標等程序，直接由公務員找尋合適廠商即可¹⁴；惟公務員如違反招標程序，應該公開招標或比價者，違反此等程序而逕自指定特定廠商，亦常有之，故本文將之納

¹⁴ 可能出現此種情形的有未達公告金額的案件，以及採取限制性招標的案件。其中，對於限制性招標而言，我國法乃採例外許可的立場，而以目前的國際潮流上，世界貿易組織的政府採購協定亦對於限制性招標採取例外允許的立場，並列舉得以採行此種制度的案件。詳細參考：Sue Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO* 224-231 (Springer Netherlands. 2003)

入此一類型的犯罪態樣。

此一類型之犯罪態樣可參照一則中央研究院分子生物研究所的收取回扣案件中所認定之犯罪事實¹⁵，在本案中，被告謝繼遠任職於中央研究院分子生物研究所（下稱：中研院分生所），擔任總務，業務範圍包括綜理該所機械、電器、空調、給水、消防、電梯等設備技術業務之計畫及執行、技術工作分配督導及考核、建築物設施維護管理及實驗室設備維修核銷業務、行政室總務委外勞務合約履約管理，為依法令服務於國家所屬機關而具法定職務權限之身分公務員。謝繼遠於中研院分生所任職前，與葛仁勃同為臺北市勞工局職業訓練中心同事，兩人因此熟識。因謝繼遠於 72 年間轉往中研院分生所任職，葛仁勃另於 91 年自職訓中心退休後，經營仁昱行從事水電空調維修，謝繼遠因此將部分中研院分生所內之水電空調維修交由葛仁勃承攬。嗣後，謝繼遠知悉依政府採購法及中央研究院採購作業要點等相關法規中，設有「公告金額十分之一（含 10 萬元）以下而逾零用金每筆限額之採購，得不經公告程序，由需求或承辦採購人員先行訪價，並將訪價結果簽報總辦事處各該採購單位主管核准後辦理」之規定，認有利可圖，即與仁昱行負責人葛仁勃期約，由謝繼遠依前揭中央研究院採購作業要點所規定之承辦採購人員兼採購單位主管身分，或以定期維修保養名義，自行填寫維修申請單向葛仁勃訪價，並由謝繼遠核准葛仁勃入所施作；或以臨時故障需緊急維修、不及訪價，通知葛仁勃先入所施作，事後逐月請款時後補報價單；葛仁勃於每月請款時，應輪流以人頭廠商名義請領，以免遭人起疑，每張請款發票不得逾 10 萬元，以規避前揭 10 萬元以上之採購案依政府採購法須公開議價、比價、招標規定，並應按請款發票張數，以每張發票約 2 萬 5 千元之金額供作謝繼遠指定葛仁勃獨攬分生所水電空調工程之回扣。

¹⁵ 最高法院 106 年度台上字第 125 號刑事判決之前審法院臺灣高等法院 104 年度上訴字第 2825 號刑事判決所認定之犯罪事實，本文已略加改編並予精簡，以利理解閱讀。

第三節 實務主要爭點整理

在本節中，將針對實務上對於收取回扣罪的性質、構成要件的認定以及相關的論罪等問題進行整理，嘗試歸納出實務上較為一致的見解，並透過實務見解對於收取回扣罪的定位，分析實務見解是否妥適與有無矛盾。

第一項 收取回扣罪的不法內涵

依據貪污治罪條例第四條第一項第三款收取回扣罪的內容，無法得知收取回扣罪的不法內涵為何，究竟是屬於賄賂罪的一種態樣，還是屬於性質上有爭議的圖利罪之一，又抑或是立法者獨具匠心規範的特殊規範？從而，本文認為有必要先從收取回扣罪的不法內涵進行討論。

先從最高法院近期見解觀察起，依據最高法院 104 年度台上字第 1144 號刑事判決：「貪污治罪條例第四條第一項第三款之經辦公用工程收取回扣罪，重在保障公用工程之品質，特別明文嚴禁公務員就經辦之公用工程收取回扣，以免廠商偷工減料降低工程品質，確實維護大眾之公共安全，對於公務員就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之，因客觀上對承作廠商有相當不利之影響，雖經交付回扣之人同意，其情節亦較一般收受賄賂為重，乃列為公務員特別重大之貪污行為，不論公務員有無違背職務之行為，均應課以該罪刑，係同條例第四條第一項第五款違背職務收受賄賂罪、第五條第一項第三款不違背職務收受賄賂罪之特別規定，自應優先適用。從而，對於因違背職務或不違背職務而收取回扣之公務員行賄者，仍應依同條例相關規定論處。」由本判決可知，目前最高法院對於收取回扣罪的不法內涵乃是將之定位為賄賂罪的特別規定，屬於貪污罪的一種態樣。

惟，在最高法院 97 年度台上字第 3636 號刑事判決卻出現這樣一段見解：「惟按貪污治罪條例第四條第一項第三款之犯罪態樣，為『建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量或收取回扣，或有其他舞弊情事者』，係屬公務員之重大貪污行為，為同條例第六條第一項第四款公務員圖利罪之特別規定。所稱『浮報價額、數量』，係指就原價額、數量故為提高，以少報多，從中圖利而言；又『回扣』係指就應付給之建築材料費或工程價款，向對方要約，提取一定比率，或扣取其中一部分，為自己或其他第三人圖得不法利益；而『其他舞弊情事』則為概括補充性之規定，例如偷工減料、以劣品冒充上品、以贗品代替真品等是，係指與『浮報價額、數量』、『收取回扣』等為自己或其他第三人圖得不法利益，有同等危害性者而言。」依據本判決的見解，係認為收取回扣罪是圖利罪的特別規定，收取回扣罪本質上的不法內涵應該是圖利罪。從而，由以上兩個判決似可窺知，最高法院對於收取回扣罪的不法內涵仍存有一定歧異。

然而，如果沿著此一脈絡細究之，即可得到解答。最高法院認為收取回扣罪之所以屬於圖利罪之一，係因最高法院認為，圖利罪相較於其他貪污犯罪，乃具有補充性地位之性質，學說上多稱此一犯罪為「截堵式構成要件」，針對現行法下不足以規範的貪污行為，透過本罪加以掌握，成為刑法規制的對象，此可從最高法院 51 年度台上字第 750 號判例即可得知：「刑法第一百三十一條之罪，係關於公務員職務上圖利之概括規定，必其圖行為不合法各條特別規定者，始受本條之支配，若其圖利行為合於其他條文之特別規定，即應依該條文論擬，不得適用本條。」。

因而，收取回扣罪、賄賂罪及圖利罪之間的關係可從最高法院 98 年度台上字第 1061 號刑事判決得到明確解答：「惟貪污治罪條例第四條第一項第三款既將

公務員建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品利用職務上機會，有浮報價額、數量或收取回扣，或有其他舞弊情事之行為態樣另行規定為獨立之犯罪類型，則其中浮報價額、數量已屬公務員利用職務上機會詐取財物罪之特別規定，自應優先適用，並不再論以詐取財物之罪；且二者亦屬構成要件不同之罪名。此觀同條例第六條第一項第四款之對於主管或監督事務圖利罪，為處罰公務員貪污行為之概括規定，必其圖利行為不合於同條例第四條、第五條及第六條第一項第一款至第三款等特別規定者，始有其適用自明。且行為人若已成立第四條、第五條及第六條第一項第一款至第三款等特別規定之罪，即不再論以對於主管或監督事務圖利罪；倘行為人另犯有主管或監督事務圖利罪，二者仍屬犯罪構成要件不同之罪名自明。」此一論述也能從近期最高法院 102 年度台上字第 668 號刑事判決得到支持：「貪污治罪條例第四條第一項第三款公務員建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣罪，為同條第五款對於違背職務之行為收受賄賂罪及同條例第五條第一項第三款對於職務上行為收受賄賂罪；暨同條例第六條第一項第四款公務員圖利罪之特別規定。」

然而，雖然實務見解對於圖利罪是否屬於貪污犯罪的概括規定而具有補充性地位，多採取肯定見解，從而肯定收取回扣罪的本質係屬於貪污犯罪，縱非屬於貪污犯罪中的賄賂罪，仍可透過同屬貪污犯罪的圖利罪加以納入；但在學說上對於收取回扣罪的本質則存有爭議，因為學說上對於圖利罪的本質本身就存有疑義，有見解贊同實務見解，認為圖利罪的本質是貪污罪¹⁶，而將之定位於補充性地位，為概括條款，亦有學說見解認為圖利罪的本質係為濫權罪¹⁷，並對於實務見解及部分學說所採之「圖利罪係屬貪污罪之概括規定」此一見解採取質疑態度。從而，圖利罪的本質歧異進一步衍生出收取回扣罪的本質歧異之爭議，有見解認為收取回扣罪的本質如同實務見解所說，乃為賄賂罪，故收取回扣罪為賄賂罪的特別規

¹⁶ 例如林山田教授、甘添貴教授、張麗卿教授...等，本文僅在此臚列述數位教授，詳細請參後述。

¹⁷ 例如李茂生教授、許恆達教授等，亦有部分實務人士支持此一見解，詳細請參後述。

定¹⁸，但亦有學說見解認為收取回扣罪的本質應為圖利罪¹⁹，與賄賂罪概無關係。此一學說爭議，將會在本文的第三章及第四章作進一步說明，本處僅稍作說明。

惟須強調者，乃是收取回扣罪雖然在實務見解下定位為貪污罪之一，但不表示構成收取回扣罪必然成立貪污罪之其他規定，如賄賂罪、圖利罪等，因為從以上判決僅能推論出收取回扣罪的本質為何，與收取回扣罪和賄賂罪、圖利罪如何論罪概屬不同層次之問題，不容混淆。

第二項 「回扣」與「賄賂」的異同

在確認實務見解將收取回扣罪定位為貪污罪後，且在實務見解經常有認為收取回扣罪乃賄賂罪之特別規定下，此時即生「回扣」與「賄賂」有何差別的問題，因為如果兩者並無差別，僅是行為程度上的差別，立法者大可以以現行賄賂罪的規定為基礎，將該收取的行為設立為結果加重犯即可，因此，必然是立法者認為賄賂與回扣間仍存有一定程度上的差異，才將兩者分開立法，各自成立罪名，從而，此時就有區辨兩者的必要性存在。

就此一問題，實務見解長期一直維持一致的看法，可以參照最高法院 105 年度台上字第 1285 號刑事判決：「『回扣』與『賄賂』，雖均屬對公務員之不法原因給付，但兩者之含義尚有不同。前者係指公務員就應付給之建築材料費或工程

¹⁸ 林山田教授即認為收取回扣此一圖利瀆職之行為，回扣在本質上顯為對於公務員的特定職務行為的相對給付，而與公務員的職務行為構成對價的必要關聯，因此回扣屬於收賄罪或行賄罪的賄賂乃為不爭之論；收取回扣罪存在於違背職務與不違背職務收賄罪及圖利罪之外，乃是條文的形式區分，而無實質上區分之意義。詳見林山田，刑法各罪論（下冊），著者發行，元照，增訂五版，2005 年，頁 77-78。相同見解者，可參照林鈺雄，貪污瀆職罪之立法展望——以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心，檢察新論，19 期，2016 年 1 月，頁 55；張麗卿，刑法上公務員受賄犯罪研究，輔仁法學，第 44 期，頁 34-35。

¹⁹ 許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，載：貪污犯罪的刑法抗制，元照，初版，頁 135-137，2016 年 5 月；李進榮，我國圖利罪之檢討與立法展望，檢察新論，19 期，2016 年 1 月，頁 16。

價款，向對方要約，提取一定比率或扣取其中一部分，圖為自己不法之所有而言；後者係指對於公務員之職務行為或違背職務行為，所給付具有一定對價關係之金錢或可以金錢計算之財物等不法報酬而言。」簡言之，最高法院認為回扣是取自於公共工程或採辦公共用品的價款之中，而賄賂則並無此一限制，故兩者之間存有一定差異。

再者，實務見解也一致認為，回扣與賄賂所包含的客體範圍亦有所不同，可以參照最高法院 104 年度台上字第 3316 號刑事判決：「其所稱之『回扣』與『賄賂』性質雖然相近，但意義與範圍仍有區別，前者通常為財物，後者包括財物與不正利益，前者無要求、期約回扣之犯罪態樣，後者有要求、期約賄賂之態樣，二者不宜混淆。」從而，回扣只限於金錢，或者是可換算為具有金錢價值的物品，而賄賂則除了具有金錢價值的財物外，尚可以包含實務上常見的「喝花酒」、「性招待」等不正利益；此將進一步導致在沒收、追繳範圍上計算的不同。

由上述實務見解可以得知，實務見解將回扣嚴格定義為「取自公共工程或採辦公共用品的價款，而所獲得的財物」，並不包含賄賂罪中常見的不正利益，然而，在實務上的收取回扣罪案例中，經常會有喝花酒、性招待等不正利益牽涉其中，實務見解將回扣的客體範圍作限縮解釋，所為為何呢？如果認為收取回扣罪本質為賄賂罪，則應該將不正利益也含括於客體範圍內，方屬合理，尤其在面臨上述的不正利益之情形，如是廠商或承作人取自公共工程或採辦公共用品的價款，此時將難以解釋不將該不正利益列入沒收、追繳範圍的理由。然而，實務見解對於為何限縮解釋，目前並無明確給出合理解釋。

在得知實務見解認為回扣與賄賂為不同的犯罪客體後，緊接著便需要判斷如何區別兩者，以避免罪名上的誤用。就此而言，目前實務判決可以說是紛紜雜沓，

常見者如依據對價關係之有無作為判斷標準，可以參照最高法院 105 年度台上字第 1258 號刑事判決：「本案 A7、A9 及 A13 工程，依證人陳炳、謝宗哲於偵查中之證述，其等所交付之款項，並非對於林清彬之職務或違背職務之行為所給付之對價，非屬貪污治罪條例所稱之賄賂。惟其等得標承作芳苑鄉公所之工程交付款項與鄉長林清彬，縱所交付之款項非來自承攬廠商領取工程款之報酬，依上開說明，亦足認係回扣，林清彬收取回扣之行為，係犯貪污治罪條例第四條第一項第三款之經辦公用工程收取回扣罪。」

另有判決則是依據雙方約定報酬的內容是否和事後給付有所關連作為判斷標準，可以參照最高法院 104 年度台上字第 3635 號刑事判決：「……倘若無訛，則該決標前之得標報酬約定，與事後部分付款，似屬『回扣』性質。原判決則依不違背職務各收受賄賂罪名論擬，關涉事實認定和法條適用，原審未加釐清，遽行論斷，自嫌欠洽。」

亦有判決是從收取回扣罪是否限於公務員主動收取為判斷依據，最高法院 104 年度台上字第 3653 號刑事判決：「原判決徒將『收取回扣』之範圍，限縮於僅指公務員主動收取之單方不法行為，且就起訴意旨認上訴人等係一行為同時犯上開第三款收取回扣罪及同條項第五款違背職務收受賄賂罪，應依刑法第五十五條從一重處斷之主張，亦未予置論。其逕對上訴人等論以違背職務收受賄賂罪，要難認適法。」可資參考。

尤有甚者，亦有從收取回扣的金額方有零頭數額的可能性作為判斷依據，最高法院 101 年度台上字第 6122 號刑事判決：「……如果均屬無訛，李清福似於指定橋頭鄉公所公用工程之廠商時，即要求按工程款一點五成（15%）計算而收取回扣款，而依附表二認定李清福、張輝明收受之十二次款項，少則新台幣（下同）

三萬五千元，多至一百二十九萬五千元，金額不一，半數以上有零頭二、四、五、六千元不等之金額，其中金額亦有一百二十九萬五千、四十九萬五千、七十二萬六千、七十七萬五千、九十五萬二千元，似非任意要求之金額，與一般賄賂金額大不相同，而依上開說明，收受回扣並不以所交付者與約定成數或比例完全一致為必要，亦不以工程完工或付款時扣取為限。原判決僅以許駿懋交付款項與工程款 15% 回扣款之比例不符，黃振興交付款項之時間在工程完工、驗收、付款日前，與一般回扣款之給付時間不符，遽認黃振興、陳文柱、鐘新榮、許駿懋等四人交付李清福、張輝明如附表二所示之款項，並非回扣，而係賄賂，難認適法。」即屬是例。

然而，雖最高法院對於如何判斷是否屬於回扣抑或是賄賂的標準極為浮動，上述判決乃利用是否有零頭作為判斷依據，不過有趣的是，在實務上曾有行為人是否成立公務員不違背職務收賄罪，發生如何認定小額金額是否屬賄賂的問題，雖和「回扣」與「賄賂」的區分有所差別，但在實務對於「回扣」與「賄賂」如何區分的議題上，應有可資比較之處。在本案中，檢察官乃為被告之利益上訴至最高法院，認為被告所收受的回扣金額僅為數千元，與實務上發生的收取回扣之金額數量有極大差異，故被告應不成立公務員不違背職務收賄罪，但檢察官提出的此一見解遭到最高法院反駁，最高法院 103 年度台上字第 3778 號刑事判決：「檢察官對附表一編號 2 部分，為被告利益提起上訴之上訴意旨略稱：……被告所稱之公基金，雖無法令依據，然基金來源除被告、豐原托兒所內員工每人繳納五百元或一千元以外，尚有廠商所提供者，用以支付員工聚餐、慶生、探視生病、生產等花費。被告主觀上，應係出於接受廠商餽贈之意，並將之作為豐原托兒所辦公室之公費（類似特別費之性質），由專人管理，一一記帳供查，而非出於不違背職務收受賄賂之意。且對照陳孟恩證稱：被告並非每一筆交易均收錢等語，益見被告僅偶而接受廠商之捐贈，金額亦僅區區數千元，實與一般採購案件之收受

回扣或賄賂情形不符。原判決既認陳孟恩係以冀求與豐原托兒所間之採購案，日後能順利推展，而給付七千二百五十元，即與本件採購案無對價關係，乃又認被告犯不違背職務收受賄賂罪，亦有判決理由矛盾之違法等語。……惟查：……(三)再：……2. 貪污治罪條例第五條第一項第三款之不違背職務收受賄賂罪，祇須所收受之金錢或財物與其職務有相當對價關係，即已成立，且包括假借餽贈等各種名義之變相給付在內。又是否具有相當對價關係，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，不可僅以交付之財物名義為樂捐或贈與，即謂與職務無關而無對價關係。」可資參照。就本判決而言，姑不論下級審對於「回扣」與「賄賂」之區分的問題，對於此一判決可知，最高法院認為公務員不違背職務收賄罪的判斷重點並非在於金額之大小，且金額之大小與此一金額是否為賄賂並無必然之關係，從而只要構成公務員不違背職務收賄罪的構成要件即該當本罪，至於金額大小之辯解則非適論。平心而論，本案中最高法院所持見解應可以支持，蓋在公務員不違背職務收取賄賂罪中，並無考量金額大小此一要件，從而是否成立本罪的重點仍應在於判斷行為人之行為是否構成本罪的構成要件，才是正確判斷本罪成立與否的方式，從而最高法院的說理應為正確而可資支持；但持此一判決與上述透過零頭加以區分「回扣」與「賄賂」的見解，即顯得最高法院對於此一議題上的判斷基準飄浮不定。

由以上可以得知，目前最高法院對於如何區辨回扣與賄賂尚屬爭議之中，並無一套明確的區分標準，從而衍生出許多區分方式，惟此些方式是否合理則有待檢驗。

第三項 回扣的籌措來源

實務見解既然認為回扣與賄賂蓋屬不同之客體，無論是性質抑或是範圍均有

所不同，則此時回扣作為回扣罪之客體，其來源即有所探討的實益，以利區辨回扣與賄賂。在本文上述內容中提到，目前最高法院將回扣嚴格定義為「取自公共工程或採辦公共用品的價款，而所獲得的財物」，因此在此一見解下的邏輯推論應可認為回扣的籌措來源必取自於公共工程或採辦公共用品的價款，亦即，回扣必然是價款已將由廠商取得或已由廠商取得之情形下，由該價款中取出一定比例作為回扣而交付給公務員；換言之，回扣必然取自於公共工程或採辦公共用品的價款之中。

然而，依據最高法院 105 年度台上字第 1285 號刑事判決卻出現如此一段見解：「而所稱『回扣』固係指就應給付之建築材料費或工程價款或器材、物品之價金，向對方要約，提取一定比率，或扣取其中一部分，圖為自己或第三人不法之利益而言，然不以自應給付之建築材料費、工程價款、器材、物品之價金中直接提取或扣取為限，縱令廠商係自承攬工程所應得之報酬或販賣公用器材所得價款以外財源籌措而得，仍屬上開法文所稱之『回扣』，亦不以所交付者與約定成數或比例完全一致為必要。」由上可知，最高法院乃認為回扣的籌措來源可以外於公共工程或採辦公共用品的價款，由廠商事先籌措而交付公務員，且此一見解為最高法院長期以來穩定之見解。

最高法院上述的見解則再度引發了回扣與賄賂的區辨爭議，蓋賄賂之交付並無時間點上的限制，可以於事前交付，亦可於事後交付，而在實務見解又認為回扣的來源可以先行籌措之下，則在如何認定該款項究屬回扣還是賄賂之問題上，屢屢為此爭議不下，成為經常發回更審的原因之一。此時，如果回扣與賄賂具有極高的相似性，且無明確的區分標準之下，值得思考的是，如果兩者之間實際上並無太大不同，何必強硬區分兩者，以致於造成司法實務上的混亂及司法資源上的浪費？

再者，收取回扣罪在實務上的行為態樣可以依照收取回扣之時點，大致上區分為得標後給予給付全額金額、在得標後先給予部分金額，待取得款項後另行交付剩餘金額，以及取得價款後全額給付者等三者。此時，如果承接上述實務見解，究竟應該以何時作為既遂犯的成立時點？是應以收取工程款後之給付作為成立時點，抑或是肯認實務見解所認為的取得工程款前之給付亦可成立既遂犯，遂生疑義，此依據最高法院 103 年度台上字第 3353 號刑事判決：「……以及乙○○約定百分之八部分之回扣，尚未收取，則所犯經辦公用工程收取回扣犯行，是否已達既遂程度之判斷，均有關係，自應調查釐清明白認定，始足為法律適用之依據。」亦得觀察到最高法院對於既遂時點的猶豫。

在此一問題上，實務見解上雖存有爭議，但多數最高法院的穩定見解可以參照最高法院 102 年度台上字第 4703 號刑事判決：「行為人有犯罪之故意，而著手實行犯罪行為，並致犯罪構成要件之實現，為犯罪既遂；如已著手實行犯罪行為，而未致犯罪構成要件之實現，雖非犯罪既遂，然仍屬未遂犯，如有處罰未遂犯之特別規定，仍應予論罪。貪污治罪條例第四條第一項第三款之建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，收取回扣罪，所稱之回扣係指就應付給之建築材料費或工程、採購價款，向對方要約，提取一定比率，或扣取其中一部分，為自己或其他第三人圖得不法利益。是如公務員就經辦之公用工程，向對方要約回扣，即屬已著手於犯罪之實行，如已取得回扣，其犯罪即屬既遂，如尚未收取回扣，因上開犯罪，同法條第二項有處罰未遂犯之規定，則應依未遂犯處罰之。……縱屬無訛，應係被告要約索取回扣，尚未達於收受回扣款既遂之程度，仍不能解免於其已著手於犯罪行為之實行，而應負收取回扣未遂罪責。原判決徒以被告辯稱該五十萬元為借款為可採，即為無罪之諭知，其法則之適用難謂允洽。檢察官上訴意旨執以指摘，即非無理由，應認原判決關於無罪部分，有撤銷發回之原因。」

意即最高法院多數見解認為，當雙方僅具有收取、交付回扣的合意之時，公務員乃該當於收取回扣罪的未遂階段，而須等到交付、收取回扣的實行行為之時點，公務員方該當於收取回扣罪的既遂階段。然而，依照此一見解，最高法院並未區分何時交付回扣方屬既遂時點，從而縱使公務員在廠商得標後，立即向廠商收取回扣，無待廠商取的公共工程或採辦公共用品之價款，亦無礙於收取回扣既遂罪之成立。

在實務上，收取回扣罪之行為經常與其他政府採購法或貪污治罪條例所規定的其他罪名伴隨相生，而常見者即如圍標、綁標等行為，且公務員與廠商之間乃具有長期的合作關係。此時，依照上述實務見解之脈絡，如公務員與特定廠商合意將標案透過圍標、綁標等方式交由該特定廠商得標，該廠商並已事先依照得標金額的一定比例作為回扣，交付與公務員，惟嗣後卻由其他廠商得標，此時公務員是否可以論以收取回扣既遂罪？

就上述問題，實務見解尚存有爭議，有認為在未開標或未發包前，由於得標人尚未確定，故無從收受回扣，不得論以收取回扣罪，最高法院 102 年度台上字第 863 號刑事判決之意旨即屬是例：「實務上常見給與工程回扣款案件，有係於承包廠商完成工程而取得工程款後始交付者，亦有一經得標即為交付者，不論係自工程款撥付，抑或得標廠商先行支付，均係在得標廠商已確定之情況下而為交付，始符合經驗法則及論理法則。則於未開標或發包前而不知得標廠商為何人之情況下，如何認定廠商交付之款項為工程回扣款，殊難想像。是原判決前揭認定顯違背客觀存在之經驗法則、論理法則。」然而，上述實務見解卻似與最高法院一貫的態度有所矛盾，因為最高法院已經肯認回扣的籌措來源可以是工程款之外，如果在雙方安排妥當，便可以力排其他欲同為競爭的廠商，而由交付回扣的廠商得標，如此情形之下，若認為公務員因為收取回扣的時點在未開標或發包前，從

而不得論以收取回扣罪，則是否形成處罰漏洞？再者，既然實務見解認為收取回扣罪乃是賄賂罪的特別規定，本質上既屬於賄賂罪，而在賄賂罪中，賄賂的交付時點縱使在事前為之，無論後續結果如何，亦無礙於收受賄賂罪的成立，但為何在收取回扣罪上，卻有實務見解認為此時便不能成立收取回扣罪？

反之，也有實務見解認為，縱使收取回扣的時點是在未開標或發包前，亦無礙於收取回扣罪之成立，最高法院 105 年度台上字第 1353 號刑事判決：「至於二之(五)王泰山所稱之垃圾場工程及營造工程，依卷內資料，決標日期分別為民國九十五年一月四日（或同年月五日）及九十四年十二月二日，而黃正隆鎮長任期自九十一年三月一日起至九十五年二月二十八日止，是上開工程決標日期尚屬黃正隆任職期間經辦之公用工程，王泰山既依此向葉樹雄稱先借款新台幣（下同）二百萬元供為黃正隆選舉之用，待其標得上開工程後，再與應給付之回扣相抵，則王泰山假借貸之名而收取該部分之工程回扣，雖因故嗣後返還，究仍無礙已著手犯罪行為之實行。原判決對於黃正隆、王泰山如何應負收取回扣未遂罪責之理由，業已論述甚詳，核無違誤。」可資參照；值得一提者，在該案中，由於被告乃因事後不在原本職位，而無法使交付回扣的廠商得標，因而將回扣款項退回，最高法院認此時被告應論以收取回扣未遂罪。惟有疑義者，公務員既已收取回扣，何以以其事後返還回扣，即論以收取回扣未遂罪？蓋收取行為完成之當下，本罪即屬既遂，怎能以其事後返還，認為犯罪又由既遂轉為未遂？

本文認為，在實務見解認定收取回扣罪的本質是賄賂罪的前提之下，就推論而言，應為肯定答案，方能使論述邏輯較為一貫，故以後者最高法院之見解為妥適。然而，此時卻產生了一個怪異的情形，公務員所收取的「回扣」與「公共工程或採辦公共用品之價款」的關係可說是非常微薄，回扣既非來自於公共工程或採辦公共用品之價款，且廠商也無論如何皆無法獲得公共工程或採辦公共用品之

價款，而無法由該款項之中獲得彌補，該「回扣」充其量只能說是廠商參照標案金額，給予公務員該金額一定比例的「想像不法所得」，在本質皆已喪失之下，該「回扣」是否仍可稱為「回扣」？且該行為既已無涉於公共工程或採購公共用品，但此時公務員卻須論以收取回扣既遂罪，此一結論是否合理，實乃值得深思。

而由交付時點的問題可以進一步衍生另一個問題，即收取回扣罪行為態樣之問題，依據貪污治罪條例第四條第二項之規定可以知道，收取回扣罪係採取未遂與既遂的立法模式，而與賄賂罪所採取的要求、期約、收受等三階段行為模式有所差異，且實務見解也認為此一區分至關重要，可參照最高法院 104 年度台上字第 3316 號刑事判決：「貪污治罪條例第四條第一項第三款公務員『經辦公用工程收取回扣罪』，係公務員單方、主動之不法行為，致工程、器材等品質低劣，或公帑虛耗，公務員卻從中自肥，情節實重，故課以貪污治罪條例中最重之刑度，此罪為同條項第四款『違背職務收受賄賂罪』之特別規定。其所稱之『回扣』與『賄賂』性質雖然相近，但意義與範圍仍有區別，前者通常為財物，後者包括財物與不正利益，前者無要求、期約回扣之犯罪態樣，後者有要求、期約賄賂之態樣，二者不宜混淆。」即可得知。

然而，在實務見解認定本質為賄賂罪的特別規定的話，則為何收取回扣罪的行為態樣不比照賄賂罪的規定，採取要求、期約、收受等三階段行為的立法模式，反而採取未遂、既遂的規定方式？以賄賂罪作為本質的收取回扣罪，卻在行為態樣上與賄賂罪大相徑庭，所持理由究屬為何？如果無特別理由，在認定收取回扣罪為賄賂罪的特別規定之情形下，這樣的立法方式無疑是造成司法實務混亂的源頭之一，因為實務見解的發回理由中，兩罪之間的犯罪態樣之區分即回發回理由之一，此亦可參照上述最高法院判決：「原判決認定陳勇全不願支付回扣，遂未明示拒絕，以各種理由推託等情，似認上訴人與陳勇全並無意思合致，惟理由攔

貳之一之(三)之7載述：上訴人顯然已實行與陳勇全『期約收取回扣』之行為，僅因陳勇全遲未支付而未得逞等語，前後不相一致，且似認收取回扣之不法行為尚有期約階段，即非允適。」從而，如依照實務見解認定收取回扣罪是賄賂罪的特別規定，則為何兩者的犯罪態樣之規定如此不同，便需要給出具有說服力的論據。

第四項 收取回扣者與交付回扣者是否為對向關係

賄賂罪中，交付方與收受方的關係，實務見解認為乃為對向關係，亦即為了實現犯罪的構成要件之內容，須有對向關係的他方為一定行為之協力的必要，從而須在有他方協力之情形下方能完成犯罪，學理上又稱之為「對向犯」。對向犯的處罰在立法模式上可分為三種，第一種是對於參與雙方皆進行相同刑罰，常見者如通姦罪、重婚罪；第二種則是對於參與雙方給予不同的刑罰，常見者如違背職務之行賄罪與收賄罪；第三種則是僅給予一方刑罰，而他方不課與刑罰，常見者如不違背職務收賄罪與行賄罪。而對向犯的區別實益，乃在於對向犯中的雙方無法成立共犯，雙方之間並無犯意聯絡，僅就自己的行為負責，從而當其中一方犯罪時，須以法律有明文，方能進行論罪，此可參照最高法院81年台非字第233號判例：「而『對向犯』則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰之明文，當亦無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。」

與此相同，收取回扣罪的本質既然為賄賂罪，則就常理而言，收取回扣罪的

雙方也應該是對向關係方屬合理，然而在實務見解在此問題上卻仍有歧異，有判決認為，收取回扣罪乃是出自於公務員單方、主動的行為，如最高法院 104 年度台上字第 3316 號刑事判決即贊同此一見解：「係公務員單方、主動之不法行為，致工程、器材等品質低劣，或公帑虛耗，公務員卻從中自肥，情節實重，故課以貪污治罪條例中最重之刑度，此罪為同條項第四款『違背職務收受賄賂罪』之特別規定。」從而，在此一見解之下，收取回扣罪的雙方關係應非對向犯之關係，因為對向犯乃是建立在雙方為了各自的目的、各取所需，彼此之意思合致而為一定行為，進而成立的犯罪。此時，此一見解便與收取回扣罪的本質產生了衝突，因為在認定收取回扣罪的本質是賄賂罪的前提下，反卻認為收取回扣罪乃是由一方單方、主動為索取回扣行為即可成立，實與賄賂罪是對向犯的本質有所差異。就此而言，此一見解與最高法院邏輯上的一貫性上有所衝突，惟仍未見持此一見解的法院作出進一步之說明。

反之，亦有法院認為，收取回扣之行為並不限於公務員單方、主動為之，只要雙方之間有所合意，縱使公務員乃是被動同意而收取之，亦非不可成立收取回扣罪，此見解可以參照最高法院 104 年度台上字第 3653 號刑事判決：「……而所謂『回扣』，於公務員建築或經辦公用工程之情形，係指該公務員與對方約定，就應給付之建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分，圖為自己不法之所有而收取者而言。其構成固限於建築或經辦公用工程，並以上開計算方式收取之，然本質上仍屬『賄賂』之一種。且公務員收取回扣本不必然出於其主動；收受賄賂亦不必然係被動為之。又交付回扣者，縱係被動同意，然如因此得以承作該工程或出售該器材、物品，亦未必即屬合法行為而不可課以相當之罪名。是收取回扣與違背職務收受賄賂，二罪之間容有發生競合關係之可能性存在。原判決事實既認定陳明生委由于寧向潘治中（業經第一審論以行賄罪，免刑確定）、黃政達（業經第一審論處行賄罪刑，並宣告緩刑確定）二人告知，可協助黃政達

建築師事務所於塘岐國小『校舍拆除整建暨游泳池新建工程』之建築師遴選得標，但黃政達須交付該工程設計監造費用百分之二十之賄賂，經黃政達同意並交付上開比率之賄賂等情，倘若無訛，揆諸上開說明，上訴人等所為是否不能構成同條項第三款之『收取回扣』罪，即非無進一步研求之餘地。原判決徒將『收取回扣』之範圍，限縮於僅指公務員主動收取之單方不法行為，且就起訴意旨認上訴人等係一行為同時犯上開第三款收取回扣罪及同條項第五款違背職務收受賄賂罪，應依刑法第五十五條從一重處斷之主張，亦未予置論。其逕對上訴人等論以違背職務收受賄賂罪，要難認適法。」就此而言，本件判決雖未言明其乃認為收取回扣罪係為對向犯，但卻指出公務員無論是主動還是被動，只要交付、收取回扣之行為是建立在雙方意思合致的同意下，便可論以公務員收取回扣罪，其內容即與對向犯的意涵相吻合。就目前司法實務上，此一見解為較多數法院所採，且論述多明確指出收取回扣罪之本質為對向犯，最高法院 103 年度台上字第 3324 號刑事判決：「按貪污治罪條例第四條第一項第三款公務員經辦公用工程收取回扣罪，其收取回扣之公務員與交付回扣之行為人，係處於對向關係，因彼此間交付回扣與收取回扣之對立意思合致或行為完成，而對該公務員處以收取回扣之罪，交付回扣者與收取回扣之公務員，尚難論以共同正犯，……」可資參照。

第五項 「收取回扣」與「職務行為」間是否需對價關係

承上所述，實務見解乃認為收取回扣罪的本質為賄賂罪，而無論是學說見解，抑或是實務見解，皆肯認賄賂罪的構成要件中，對價關係即為構成要件之一，須在公務員的職務行為與財物或不正利益有對價關係之下，致使公務員職務行為有不公正的危險。依據最高法院 99 年度台上字第 4369 號刑事判決，該判決對於對價關係之內涵以及如何認定對價關係，有詳細之解釋：「……又貪污治罪條例第四條第一項第五款、第五條第一項第三款所定公務員對於違背職務上之行為或對

於職務上行爲，收受賄賂或不正利益罪之成立，以其收受之財物或不正利益，與公務員職務範圍內踐履賄求之特定行爲（違背其職務或爲其職務上之行爲）是否有對價關係爲必要。所謂『對價關係』，係指行賄者交付賄賂或其他不正利益之目的，係以公務員踐履或消極不執行某特定職務上之行爲以爲回報，而公務員主觀上亦有收受賄賂或其他不正利益後踐履或消極不執行某特定職務上行爲以資報償之意思。惟職務行爲之行賄者，支付此等相對給付，祇須就某一特定職務行爲概括地確定，且在大體上可認定其間具有對價關係之程度，即爲已足，而不以對職務行爲之種類與內容具體而詳細地加以確定爲必要。兩者如有對價關係，不問行賄者以何種名義爲之，其收受之一方即應成立收受賄賂罪，若非關於違背其職務或爲其職務上之行爲之報酬，其收受之財物或不正利益即不得謂爲賄賂或不正利益，無成立該等罪名可言。又交付者本於『對於違背職務上之行爲或對於職務上行爲』而行賄之意思，以賄賂或不正利益買通公務員，冀求對於職務範圍內踐履或消極不執行賄求對象之特定行爲，而公務員有職務上之行爲存在，明知交付者係對於其『違背職務或爲職務上行爲』，冀求對於職務範圍內踐履或消極不執行賄求對象之特定行爲而行賄，明示或默許允爲於其職務範圍內踐履或消極不執行冀求之違背職務或爲職務上之行爲，進而收受交付者交付賄賂或不正利益，其收受財物或不正利益，與公務員允爲於其職務範圍內踐履或消極不執行賄求之特定行爲間，應可認其具有對價關係。然交付者固有『違背職務或對於職務上行爲』而行賄之犯意，而於公務員收受交付者交付之財物或不正利益之時，交付者並未要求，該公務員亦未明示或默許允爲於其職務範圍內踐履或消極不執行冀求之特定行爲（違背其職務或爲其職務上之行爲），該公務員於其後所爲或消極不執行違背職務或職務上之特定行爲，縱客觀之結果符合交付者交付時主觀之期待，因主觀上並非在踐履或消極不執行交付者所冀求違背職務或爲職務上之特定行爲，二者間尚非可認即具有對價關係。亦即對於違背其職務或爲其職務上行爲收受賄賂或不正利益罪，交付者冀求公務員對於職務範圍內踐履或消極不執行賄求

對象之特定行為而行賄，與公務員收受交付者交付賄賂或不正利益，允為於其職務範圍內踐履或消極不執行冀求之違背職務或為職務上之行為，彼此已達成意思之合致，在主觀上均認為彼此具有對價之關係存在，而實際為交付、收受，已形諸於外表示其職務範圍內踐履或消極不執行冀求之違背職務或為職務上行為之『可賄賂性』即足以構成本罪，不以公務員果真為職務範圍內踐履或消極不執行行賄者冀求之違背職務或為職務上行為為必要。」上述實務見解除了解釋何謂對價關係，也認為對價關係的認定上，職務行為或違背職務行為與不正利益之間的對價關係無須精確相對應，只須要概括地相對應，可認為兩者之間有對價關係即可；再者，也指出對價關係的認定上，需要雙方對此皆有認識，亦即客觀上有交付財物的行為，主觀上有此一財務乃職務行為或違背職務行為的報酬，此時方能肯認雙方有意思達成合致，成立對價關係，此時，即無待於公務員真的為職務行為或違背職務行為，即可認為公務員已該當賄賂罪，因其職務行為或不違背職務行為已呈現了可收買性。

從而，在認為收取回扣罪的本質是賄賂罪之前提下，賄賂罪之對價關係的解釋應該在收取回扣罪上有一體適用之餘地，應毫無爭議，惟在實務見解上，卻對於公務員的收取回扣行為與職務行為是否具有對價關係，存有兩種截然不同的見解。有實務見解認為，收取回扣罪無論是違背職務或是不違背職務，皆須有對價關係，並無不同，最高法院 104 年度台上字第 1144 號刑事判決：「至於係在公用工程由對方得標前或後所為期約，或由應給付之建築材料費或工程價款直接提取、扣取，或由對方先另行籌措同額款項支應，因對於公用工程之品質具有等同之危害性，又均係以一定比率或部分應給付之建築材料費或工程價款，作為違背或不違背職務行為之對價關係，並無不同，自非所問。」可資參照。

又另有實務見解認為，收取回扣罪雖然是賄賂罪的特別規定，但不必然需有

賄賂罪之構成要件中之對價關係的適用，惟縱持此看法，然實務見解各自所持的理由仍不一致。有判決即認為，在立法理由中，並未在收取回扣罪中限制職務行為或違背職務行為須和回扣有對價關係，最高法院 104 年度台上字第 3653 號刑事判決：「……考其立法意旨，係在於『公用』工程及『公用』器材、物品，係供公眾或多數人使用，與公眾安全、公共利益密切相關，對於建築、經辦或購辦公務員之廉潔，自應為高度之要求，嚴防其有貪污舞弊之行為，並將浮報價額、數量，收取回扣等承辦公用工程或公用器物採購常見之舞弊手法，列明於本款，一方面以杜爭議，一方面資為認定其舞弊內涵之參考。至其是否以違背職務之行為為對價，究係公務員或對方主動，就上開立法意旨觀之，均非所問。」即為是例。

再者，亦有判決從回扣與賄賂的定義為出發，認為回扣乃是來自工程價款或建築材料費，公務員為圖自己利益而從中提取一定比例之金額；而賄賂則是對於職務行為或違背職務行為之對價給付，從而回扣並無對價關係此一構成要件，本文上述所提到的最高法院 105 年台上字第 1285 號刑事判決即屬之，此種見解也為最高法院長期的多數見解，如最高法院 97 年度台上字第 2904 號刑事判決：「又上訴人與張○○約定按得標工程款一定比例提付金錢，究係單純回扣之約定，嗣為達順利收取回扣款始為洩漏底標等違背職務上之行為？抑或約定以違背職務為收取賄款之對價？攸關罪名之認定，原判決未予釐清論明，自不足資為適用法律之依據，已有未合。」即採此一見解。

如果依照多數實務見解，認為收取回扣罪不以對價關係為構成要件之一，則此時便產生了本質上的疑義。如上所述，賄賂罪的犯罪重心為利益交換，職務行為或違背職務行為須與報酬有對價關係，因此，在認定收取回扣罪的本質是賄賂罪之下，依照邏輯上的推論，收取回扣罪的犯罪重心應該也是存在於利益交換，

意即收取回扣之行為必須和回扣之間有對價關係方屬合理。然而，多數實務見解卻認為收取回扣罪不須以對價關係為構成要件，原因為何，不見說明。

本文認為，此一實務見解的立論基礎之一，可能是源自於其對於收取回扣罪的理解，其認為收取回扣罪既然是賄賂罪的特別規定，則在構成要件上當然不需要以賄賂罪的構成要件為基礎，故無須考慮賄賂罪之構成要件對於收取回扣罪之構成要件的影響。惟這樣的解釋方式，不禁令人反思，是否有違法律解釋的方式以及立法技術，蓋在立法上，縱使認為一個罪名是某一犯罪條文之特別規定，通常是在此一基礎犯罪條文的構成要件上或增設構成要件，或放寬某些構成要件之認定，或減縮部分要件等立法方式，但皆不至於影響到此一特別規定仍是以基本犯罪之核心作為主要基本價值。如多數實務見解的解釋方式真如上述所說，則不得不認為這樣的思考方式太過於簡略，從而忽略了法律的解釋方式，並給予了特別規定的適用範圍大肆地溢脫於基本犯罪的構成要件之外的可能性。此時，應該要思考的是，既然收取回扣罪的犯罪重點與賄賂罪的犯罪重點大不相同，則是否一定要強制讓兩者有所掛勾？又或者應該將兩者脫鉤解釋，使收取回扣罪或作為一獨立的犯罪，或以其他性質與之更為相似的犯罪作為基礎，而不以賄賂罪作為基礎，從而在解釋上與適用上方能真的有獨立自主的空間，無須瞻前顧後、顧此失彼，此實乃值得深思。

反之，如果按照少數實務見解的解釋，認為收取回扣之行為與回扣之間須具有對價關係，雖實務見解多未解釋為何兩者間須具有對價關係，但在合理的推論之下，應可以認為實務見解之所以如此認定，乃是因為收取回扣罪的本質是賄賂罪，故對價關係也應是收取回扣罪的構成要件之一。

然而，此時便又產生了賄賂罪與收取回扣罪的區分問題，因為在實務見解的

解釋之下，雖然賄賂罪與收取回扣罪的行為客體有根本性的不同，但兩罪的其他構成要件上是有一定程度的相似性，在此一脈落下，如又認為賄賂罪的對價關係此一構成要件在收取回扣罪上亦有適用，則兩者之間要如何區分，可謂是難上加難；最後，可想像地，在無法歸納出一個區分標準的情形下，即流於法院各說各話，甚至各個法院恣意地認定與解釋，相互攻訐，一再發回更審，造成司法資源的浪費。

第六項 交付回扣者是否成立行賄罪

在賄賂罪中，如本文上述，收取賄賂者與交付賄賂者之間的關係乃為對向關係，從而交付賄賂者之行為乃依據貪污治罪條例第11條第1項及第2項，成立違背職務或不違背職務行賄罪。

而在本節中，上述的實務見解皆是從收取回扣罪的構成要件為出發點，進而推論出實務見解乃將收取回扣罪的本質定位為賄賂罪，如果接續此一脈絡，與收取回扣的公務員呈現對向關係的交付者所違犯的犯罪，便不難推論得知；在賄賂罪之下，對向犯乃是成立行賄罪，則交付回扣罪的對向犯即應成立交付回扣罪。惟在目前的刑法以及貪污治罪條例當中，並未針對交付回扣者立法處罰，意即目前並未有交付回扣罪此一罪名；然而，在認定收取回扣罪是賄賂罪的特別規定，本質上為賄賂罪的前提下，既然交付賄賂者並沒有一條「交付回扣罪」此一行賄罪之特別規定，此時便應有基本規定的適用，即應該要回歸適用行賄罪此一基本規定，似方屬合理。

上述的結論，也是目前部分實務見解的看法，認為交付回扣者應該要成立違背職務或不違背職務行賄罪，如最高法院101年度台上字第3186號刑事判決：「原

判決綜核莊進昌、王金柱及同案共同正犯陳清輝於偵查及第一審之自白，證人即同案被告羅萬華、林秋化、羅文宏（已經第一審論處行賄罪刑確定）……」在此一判決的犯罪事實中，公務員在一審判決中即被論以收取回扣罪，而交付回扣者則被論以交付賄賂罪，其一審判決就此一部分之論罪更臻明確：「寅○○、卯○○、戊○○、丙○○、癸○○等人復基於上開交付賄賂之概括犯意，而已○○復與甲○○、庚○○則共同基於經辦工程收受回扣概括犯意，於寅○○、卯○○、戊○○、丙○○及癸○○等廠商所承攬之前開附表三之工程，於工程驗收時，收受寅○○等廠商致送每件決標工程款百分之一之回扣現金，計收受寅○○十一萬八千四百八十元、卯○○十四萬一千三百七十元、戊○○九萬二千零二十元、丙○○二十六萬一千九百元及癸○○四萬四千七百九十元（如附表三所示），該些回扣款項己○○再與主辦人甲○○或庚○○各平分百分之五十。」最高法院 102 年台上字第 668 號刑事判決的一、二審判決亦採此一見解，臺灣花蓮地方法院 93 年矚重訴字 1 號刑事判決可資參照。

然而，亦有實務見解認為，收取回扣罪中的收取方與交付方之間乃是對向關係，具有對向結構之特徵，從而須要法律對於交付方有處罰之明文，否則只有收取方得論以收取回扣罪，交付方不得論以收取回扣罪，亦不得論以收取回扣罪的共同正犯，臺灣高等法院 100 年上訴字第 3095 號刑事判決即為此一意旨：「按共犯在學理上，雖有『任意共犯』與『必要共犯』之分，而所稱『必要共犯』，依其犯罪性質，又可分為『聚合犯』、『對向犯』2 者；其中，所稱之『對向犯』，係指 2 個或 2 個以上之行為人，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，因行為人各有其目的，而各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟刑事法律規定僅處罰其中部分行為人之行為，其餘對向行為者，縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯。貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款之公務員經辦工程『收取回扣』罪，即屬其適例。……申言之，

貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款之公務員購辦公用物品『收取回扣』罪，雖因關此行為本身所蘊含之對立結構(『收取回扣』、『交付回扣』)，自論理邏輯以言，除非法律另就『交付回扣』之他方設有處罰明文，否則，關此犯罪主體，當只限於『收取回扣』之公務員，至『交付回扣』之他方，則恆無與『收受回扣』之公務員論以共同正犯之可能(最高法院 93 年度臺上字第 2541 號判決要旨參照)。」換言之，此一見解並非否認收取回扣罪的本質是賄賂罪，從而認為賄賂罪中的行賄罪之規定不能適用在收取回扣罪上，而是認為交付回扣的處罰須法有明文，或增設交付回扣罪，或修正行賄罪之適用範圍，但無論如何，其仍認為收取回扣罪是賄賂罪的態樣之一。

惟值得注意的是，在認定交付回扣者是否應成立行賄罪的實務見解中，大部分的被告皆不會上訴到最高法院，反而在一、二審法院便告確定。考究其原因，可能是因為大部分的行賄者被判處的刑罰若非緩刑，抑或是免刑等對於其人身權益干預較小的刑罰，且不一定有前科留下，從而選擇在下級審便接受這樣的判決結果，也因此很難見到最高法院對此議題的態度為何。

然而，這些行賄者所行賄的公務員，有很大一部分的比例在一、二審法院被論以違背職務或不違背職務收賄罪，但由於被告不服而提起上訴，進而在第二、三審的法院須判斷本案究屬賄賂罪還是收取回扣罪，如嗣後斷定公務員所違犯的犯罪係為收取回扣罪，惟此時行賄者已被判處行賄罪確定，無從改變判決結果，遂形成了收取回扣的公務員被判處收取回扣罪，而行賄者論以行賄罪的終局結果。因此，在比例的顯示上，看似實務見解之多數較為支持交付回扣者能論以行賄罪的現象，但此能否代表最高法院的見解果真如此認為，恐怕尚有疑義。

此外，如延續最高法院多數意見，認為交付回扣者應成立行賄罪，但如上所

述，這種的論罪方式，一方面會造成論罪上的不協調，意即一方論以收取回扣罪，一方卻論以行賄罪，進而將牽動收取回扣罪的本質爭議，以及行賄罪是否與收取回扣罪是對向犯分別論處的罪名；另一方面，依據最高法院 104 年度台上字第 1144 號刑事判決：「……，因客觀上對承作廠商有相當不利之影響，雖經交付回扣之人同意，其情節亦較一般收受賄賂為重，乃列為公務員特別重大之貪污行為，不論公務員有無違背職務之行為，均應課以該罪刑，係同條例第四條第一項第五款違背職務收受賄賂罪、第五條第一項第三款不違背職務收受賄賂罪之特別規定，自應優先適用。從而，對於因違背職務或不違背職務而收取回扣之公務員行賄者，仍應依同條例相關規定論處。」既然收取回扣罪的本質雖為賄賂罪，但因為惡性較為重大，從而有為之設立特別規定的必要，然而，依照此一邏輯，交付回扣者的惡性不也應較違背職務或不違背職務行賄罪的惡性來的重大，卻何以無交付回扣罪的訂立，如此不免有邏輯矛盾之疑慮。

第四節 小結

本章整理了目前實務見解對於收取回扣罪的不法內涵，實務對於收取回扣罪的定位係為賄賂罪的特別規定，本質仍屬貪污罪，而部分實務見解乃將之視為圖利罪的特別規定，然無論採取何一見解，皆是肯認收取回扣罪係屬於貪污罪之一，概屬無疑。

接著本章進一步以多數實務見解所認為的賄賂罪之特別規定作為收取回扣罪的本質，並比較收取回扣罪的構成要件上與賄賂罪的構成要件有何差別，以檢視若以賄賂罪的角度來看待收取回扣罪是否合適。由本章的整理可知，若以賄賂罪作為收取回扣罪的本質，將面臨一些說理上的困難，甚至是賄賂罪的構成要件無法在收取回扣罪下得到圓滿的解釋，從而是否能以賄賂罪作為收取回扣罪的本

質，實應深加思考。

惟縱使認為收取回扣罪與賄賂罪之行為態樣與構成要件上具有一段差異而不可比擬，但多數實務見解還是將之視為賄賂罪的特別規定，並不因賄賂罪與收取回扣罪的構成要件上的解釋之衝突而受到影響，因此，雖然對於收取回扣罪與賄賂罪的行為態樣與構成要件之差異等相關問題之論述頗有缺漏，但此一見解已成為最高法院多數之穩定見解。



第三章 賄賂罪與圖利罪之異同

第一節 概說

透過第二章實務見解對於收取回扣罪的分析，為數不少的實務見解乃透過收取回扣罪係為賄賂罪之特別規定，而以此基礎下進行兩者間差異之論述，然而，透過對實務見解之分析，可以知道本罪的行為態樣乃至於構成要件，都和實務見解所認為本罪應屬於的賄賂罪之行為態樣與構成要件，具有一定的差異。

相較之下，學說見解上則有認為，收取回扣罪的保護法益乃至於行為態樣，毋寧是較相似於圖利罪，而在此一見解下，圖利罪與賄賂罪顯然是兩個本質上有所不同的犯罪，兩者間在保護法益與構成要件上，都具有不小的差異，故無法同時將兩者納入貪污罪而加以理解，並進一步將收取回扣罪亦納入貪污罪之中；然而，仍有部分學說見解傾向於與多數實務見解採取相同立場，圖利罪的本質仍是屬於貪污罪之一，並更進一步認為收取回扣罪與貪污犯罪中的賄賂罪兩者間的本質並無不同，雖然在行為態樣跟構成要件上與賄賂罪不一樣，但是保護法益皆同，乃是貪污罪的概括規定，具有補充其他賄賂罪名無法掌握之犯罪的作用，成為截堵式構成要件。

從而，透過上述學說見解上的歧異可以知道，如果要探究收取回扣罪的本質為何，則需要先區分圖利罪與貪污罪的不同，尤其在多數學說將圖利罪是為貪污罪的概括規定，且實務見解認為圖利罪與貪污罪中的賄賂罪具有相似性之情形下，更有必要比較賄賂罪與圖利罪間兩者於保護法益、行為態樣與構成要件上的差異，方能對於此一爭議為一定論，進而對於收取回扣罪的本質進行定性，因此本章將針對圖利罪與賄賂罪的異同進行分析，並進一步判斷圖利罪的本質究屬為何。

第二節 賄賂罪之法律分析

在欲進行賄賂罪與圖利罪的異同之比較前，須先針對賄賂罪的保護法益及構成要件進行討論，方有與圖利罪比較之基準。從而，本節將對賄賂罪的保護法益及構成要件詳加討論。

第一項 保護法益

與進行賄賂罪與圖利罪兩者間的比較，首先應先針對兩罪的法益進行比較，蓋如果兩罪所保護的法益不同，則顯見兩者各自所具的本質即有差異。

在學說上對於賄賂罪的保護法益之論述頗具有爭論，無論是國外、國內的文獻，皆已累積有相當多的論述，因此本文將先針對賄賂罪的法益進行整理，以便在後續與圖利罪的法益進行比較。

第一款 國家意志的阻撓

有學者認為賄賂罪所破壞的法益乃是國家意志遭受無端的阻撓與違法的竄改，由於受賄的公職人員與行賄者之間彼此的不法約定，公職人員在收受或期待收受賄賂的情狀下，自然不能依法公平而正確地執行公務行為，這無異是對於國家意志的阻撓與竄改。此說的見解有其例外之處，例如公職人員並無收受賄賂，但於實施公務行為之後，方收受賄賂者，則無阻撓或竄改國家意志的情狀²⁰。

²⁰ Blei, BT, S. 454; Wessels/Hettinger, BT-1, Rn. 1106. 轉引自林山田，同註 18，頁 70。

第二款 執行公務的純潔

此又被學者稱為「職務行為的不可侵犯性」，學者認為，本罪罪質的另一脈絡乃是源自於日耳曼法，又稱「日耳曼法主義」，係指公務員在從事公職時，須兢兢業業，維持職務的公正性而不得有所逾越；如果因而收受賄賂或其他不正利益等，並從事違背職務之行為，即為褻瀆其職務，故應加以處罰。換言之，此種思想乃是認為公務員的職務行為具有「不可侵犯性」，公務員於執行職務時應盡忠職守，維持職務的公正；因此，其收受不法報酬的可罰性基礎乃在於侵害執行職務的公正性，僅有在其從事違背職務的行為並因而侵害職務的公正性時，才有加以處罰的必要。

在認為賄賂罪的罪質係基於職務行為的不可侵犯性之下，僅在以違背職務之行為為對價而要求、期約或收受賄賂時，始加以處罰，因此其所保護的法益乃是「國家的作用」或者是「公務的公正性」²¹。換言之，賄賂罪所破壞者乃是執行公務的純潔真實，公務員本來即應依法廉潔而公正地執行職務，但由於賄賂行為，而使公務執行的純潔性與真實性受到損害²²。

第三款 大眾對於公職人員公正性的信賴

亦有學者認為賄賂罪破壞社會大眾對於公職人員的公正性及其公務行為的正確性等的信賴。公職人員執行公務，本應就事論事，公正無私，而能獲得社會大眾的信賴，但因有賄賂行為的存在，而使這種信賴為之消失，並進而導致國家

²¹ 甘添貴，刑法各論（下），三民，修訂三版，2014年，頁376-378。

²² 轉引自林山田，同註18，頁71。

威信之損傷。這種信賴或威信不必等到公職人員已實際收受不當利益，而是在公職人員對外表示其有收受不當利益的意願，足以使他人感到公務行為的可收買性時，即已受到損傷²³。

第四款 職務行為的不可收買性或廉潔性

學說上對此又稱為公務行為人的無酬性。公職人員除其固有的薪俸之外，對其所執行的公務行為，不得收受任何酬勞，故賄賂行為即是對於無酬性的破壞，從而應予處罰²⁴。

有學者進一步延伸，認為本罪的保護法益如何定位，須先從賄賂罪的罪質進行探討，蓋此兩者的關係乃至為密切。學者認為，賄賂罪的罪質有兩種思考脈絡，其中之一乃源自於羅馬法，因此將之稱為「羅馬法主義」，係指公務員在從事公務行為時，必須堅守職務上的情操，除了依法獲得的報酬之外，不得再接受法律明定以外之報酬。這種思想乃是認為公務員的職務行為具有「不可收買性」，亦即具有「廉潔性」，因此公務員在執行職務時須廉潔乾淨，如果收受賄賂或其他不正利益等法定以外之報酬，即為褻瀆其職務，從而應該受到處罰。換言之，賄賂行為的可罰性乃在於取得賄賂或不正利益，至於是否有實施違背職務之行為，則與犯罪的成立與否無關。

本罪的保護法益在此一脈絡下，則公務的執行自然不因是否獲得一定對價而受影響，縱使公務員乃公正地執行職務，惟當公務員一旦為要求、期約或收受不法報酬，便應該受到處罰；依此，有關賄賂罪的保護法益，乃是「國家的權威」

²³ 轉引自林山田，同註 18，頁 71-72。

²⁴ 轉引自林山田，同註 18，頁 71。

或「公務的威信」²⁵。

第五款 綜合見解

有學者認為，上述第一款至第四款皆可以作為賄賂罪的保護法益，蓋其各自觸及到賄賂罪的本質與行為態樣，然各有其不足之處，從而認為賄賂罪的保護法益本身即具有多方面的觀點，乃呈現多面性，故應可將賄賂罪的保護法益歸納成：「確保公務行為的純潔與真實，阻止公務行為的可賄賂性，確保社會大眾對公職人員及公務行為的不受賄性或不可收買性的信賴，並使國家意志不因公職人員的圖利瀆職行為而受到阻撓或竄改。」²⁶。

第六款 實務見解

最高法院對於賄賂罪的保護法益所持態度亦具有相當程度之分歧，有認為本罪的係保護國家公務執行的公正性²⁷，另有認為本罪所保護的法益係為職務行為的純潔性與公正性²⁸，亦有認為應係保護職務的不可收買性或廉潔性²⁹。而在這些見解中，實務見解的論述內容與學說見解並無太大差距。

²⁵ 甘添貴，同註 21，頁 376-378。

²⁶ 林山田，同註 18，頁 72。

²⁷ 最高法院 106 年度台上字第 8 號刑事判決：「而貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款、第 5 條第 1 項第 3 款所規定之要求、期約或收受賄賂罪所侵害之法益固為國家公務執行之公正，……。」可資參照。

²⁸ 最高法院 106 年度台上字第 67 號刑事判決：「貪污治罪條例第四條第一項第五款有關公務員對於違背職務行為受賄處罰之規定，旨在防止財物或不正利益介入公務執行，確實保障公務員執行公務之純潔與公正性，以建立國家執行公務之公信力。」可資參照。

²⁹ 最高法院 102 年度台上字第 4043 號刑事判決：「從事與委託機關權限有關之公共事務，具有法定職務權限之人，本應奉公守法、廉潔自持，善盡其審查職責，惟竟貪圖利益，利用職務上機會詐取財物及收受賄款，無視專業倫理及法令規範，罔顧國家法益，敗壞官箴，並腐蝕國民對於公務不可收買性及廉潔性之信賴，所為實不足取，……。」可資參照。

除了上述見解之外，部分最高法院判決則發展出不同於學說見解的保護法益，認為賄賂罪的保護法益應包含國家之官箴，最高法院 98 年度台上字第 580 號刑事判決：「又對於職務上之行為交付賄賂，行賄者雖不成立行賄罪，但被害法益為國家之權力作用，所侵害者為國家之官箴及公務員執行公務之純正，為侵害國家法益之犯罪，從法益保護之目的而言，行賄者仍不能認係被害人，收賄者收受之賄賂，應予追繳沒收。」可資參照。然而，究竟何為國家之官箴，實務見解並未給予明確的論述，從而無從得知此一保護法益的內容為何。

有研究者認為，此一用語在缺乏學說見解與實務見解的說明下，只能從文義解釋與體系解釋探究該一用語的內涵。論者認為，從文義解釋上，該詞最接近的意思是公務員倫理，惟公務員倫理於學理上並無支持，且將倫理作為保護法益，亦抵觸刑法的最後手段性³⁰；其次，在最高法院將該詞與執行職務的純正性放置在一起時，代表此兩者顯然非同一意思，故不能等同視之³¹。在文義解釋無法圓滿理解該用詞下，如以目的解釋，最高法院使用此一用語的時機皆在於下級審認為應將行賄者所交付之賄賂發還予行賄者，最高法院認為此時行賄者並非是被害人，故應不在於發還之列。最高法院在此一論述下使用該用語，應僅是無心插柳而使用該用語³²。

向來，多數實務見解認為賄賂罪的保護法益，係為國家公務執行的公正，此一法益內容乃最高法院長期穩定的見解，早期判決如最高法院 28 年度上字 3136 號刑事判決、最高法院 69 年度台上字第 1414 號刑事判決，近期判決則有最高法院 106 年度台上字第 8 號刑事判決、最高法院 106 年度台上字第 67 號刑事判決、

³⁰ 常天霽，論賄賂罪中的對價關係，國立中正大學法律學院法律學系研究所碩士論文，頁 16-17，2016 年 8 月。

³¹ 常天霽，同上註，頁 17。

³² 常天霽，同上註，頁 17。

最高法院 105 年度台上字第 1872 號刑事判決等可資參照³³。

第七款 我國學說見解

綜合前述學說見解，可以知道賄賂罪的保護法益究屬為何，乃是長期以來的學說爭論。本文將在本款爬梳各個學說見解的論述與脈絡，藉以釐清現行學說見解對於賄賂罪的保護法益以何一保護法益為主。

有學者認為，賄賂罪所在的瀆職罪章所欲保護的一般性法益乃是民眾對於公務員於執行職務時公正性的信賴（公共信賴），而這個公共信賴的內容可以用各種犯罪的構成要件加以明確化³⁴。另有論者採取類似見解，認為本罪的保護法益係對於國民對公務員公正執行職務之信賴，並且認為在實務見解所採取的「國家公務執行之公正」下，乃忽略了職務的廉潔性與不可收買性，且無法規範公務員收受賄賂而公正執行職務之情形³⁵。另有學者認為，採取本說的立論基礎應從「國民授權」作為解釋基礎，蓋處罰公務員收受賄賂而執行職務係基於國家公權力乃源自於國民全體的授權，公權力依此一授權而依據法令貫徹公共利益，從而當公務員收受賄賂而執行職務時，無論該職務何法與否，皆已損及人民對於依法執行公務的信賴³⁶。

³³ 有論者觀察最高法院於賄賂罪的保護法益之見解，亦認為最高法院將「國家公務執行之公正」作為此罪的保護法益。甘添貴，同註 21，頁 378。

³⁴ 李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，第 91 期，2002 年 12 月，頁 162。李茂生教授認為，瀆職罪章的保護法益之論據，可分成羅馬法的「職務不可收買性」、日耳曼法的「職務行為公正性」，以及近代發展而來的「公務員的廉潔性」，在職務不可收買性與公務員廉潔性有可能導致貪污罪過度擴張，並進而侵入濫權罪的保護領域下，應以職務行為的公正性作為瀆職罪章的保護法益較為妥適，且應進一步擴張之，成為「信賴保護說」，蓋刑法所保護的法益以不單純是國家法益，應可歸諸於人民，將人民對於公務員可公正地執行職務之信賴納入保護領域。

³⁵ 甘添貴，同註 21，頁 378。

³⁶ 許恒達，賄賂罪之對價關係及證明難題，載：貪污犯罪的刑法抗制，元照，初版，頁 65。許恒達教授認為，在過往曾提出的學說中，「公務員應遵守公職義務」無法解釋行賄罪為何應受處罰、「貫徹國家意志」無法解釋合法職務受賄罪，以及「職務行為的不可收買性或廉潔性」並未闡釋不可出賣或收買職務行為的實質理由下，此三說均有無法克服之問題，故應不可採。採同一見解者，另有林書楷教授，林書楷教授針對學說目前對於本罪所提出的主要見解有所探討，並且

除上述學說外，另有不少學者認為賄賂罪的保護法益乃是多面向之觀點。有論者認為，本罪的保護法益係包含「確保國家意志免於遭受竄改」、「保障國家功能執行者的不可收買性」、「公務執行的純潔性」與「人民對公務執行的信賴性」³⁷；另有論者認為我國賄賂罪是兼採「公務員的職務行為不可收買性或廉潔性」以及「不可侵犯性」，並且認為本罪處罰的目的在於「保護國民對公正執行職務的信賴」³⁸；亦有論者認為是「保護國家意志免於受到阻撓與竄改」、「執行公務的純潔與真實」、「公務行為的無酬性」以及「大眾對於公職人員及公務行為的信賴」³⁹。

綜合上述，可知目前國內學說對於賄賂罪的保護法益之最大共識乃在於「公務員執行職務時的公正性之信賴」，因此本文將以此作為賄賂罪的保護法益，進一步作為與圖利罪之保護法益比較，與再定位收取回扣罪的基準。

第二項 構成要件

在賄賂罪的構成要件上，依據貪污治罪條例第四條第一項第五款：「對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。」及第五條第一項第三款：「對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。」分別

說明各說之缺失，值得參照。詳見：林書楷，貪污治罪條例之適用與檢討，興國學報，第 15 期，2014 年 1 月，頁 165-167。惟有論者認為，信賴保護說不足以作為本罪的保護法益，因為既然以對規範效力的信賴作為保護法益，當然以規範存在作為前提；問題是，若作為規範本身即在保護法益，則此時即無須再以對規範效力的信賴作為保護法益。詳細探討可參照：蕭宏宜，賄賂罪的「職務上行為」概念——兼評最高法院 99 年度台上字第 7078 號刑事判決，東吳法律學報，第 24 卷第 1 期，2012 年 7 月，頁 101。

³⁷ 黃惠婷，論貪污治罪條例與公務員圖利罪，台灣法學雜誌，第 132 期，2009 年 7 月，頁 42-43。惟須注意者，黃惠婷教授認為，整個貪污治罪條例的保護法益即為以上四者，從而在檢討該條例的任何條文時，皆須以此四者作為保護法益進行探討。

³⁸ 許永欽，我國公務賄賂與商業賄賂罪之研究，法學叢刊，第 243 期，2016 年 7 月，頁 105-106。

³⁹ 林山田，同註 18，頁 72。

訂有對於違背職務收賄罪與不違背職務收賄罪之規定，並於該兩條的第二項皆有未遂犯之規定。

雖然在刑法第一百二十一條及第一百二十二條亦針對此二種賄賂罪的犯罪態樣有所規定，但由於貪污治罪條例係為特別刑法，應優先適用，且該條例對於賄賂罪的規範與刑法之規定並無太大差異，因此僅需討論該條例的賄賂罪規範即為已足。

第一款 行為主體

依據貪污治罪條例第二條之規定，該條例的適用對象為公務員，而在刑法中的賄賂罪之行為主體限於公務員或是仲裁人為限，在認為貪污治罪條例的賄賂罪規定與刑法的賄賂罪規定並無不同之情形下，應認為兩者的規範主體應亦為相同，從而貪污治罪條例的本罪主體應亦為公務員與仲裁人。

公務員係指依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限之人員(刑法第十條第二項)；仲裁人則是指雖然不具公務員身分，但於他人爭議中，依法令仲裁雙方當事人爭議之人員，例如勞資爭議處理法中的勞資爭議仲裁委員，或是仲裁法中的仲裁人，以及鄉鎮市調解條例中的調解委員會委員等⁴⁰。

第二款 行為客體

本罪的行為客體為賄賂或不正利益。這兩者係指針對行為人的職務行為所給

⁴⁰ 林山田，同註 18，頁 75。

付的不法報酬或補償，其數額或經濟價值的高低，均在所不問。賄賂是指金錢或其他可以以金錢計算的財務，包括假借餽贈等各種名義的變相給付在內；其他不正利益則是指賄賂以外的一切足以供人需要或滿足慾望的有形或無形的不正當利益而言，不以經濟上的利益為限，包括物質上的利益與非物質的利益，前者如設定債權、免除債務、給予無息或低息貸款；後者如給予地位、允與性行為或性服務等⁴¹。

第三款 行為

第一目 職務行為／違背職務行為

賄賂罪的行為人必須對於職務上的行為／違背職務之行為，實施要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，方構成本罪；否則，行為人所為之行為若與其職務行為無涉，縱使有利益上的收受，亦無法構成本罪⁴²。換言之，必須是對於公務員的特定之職務行為／違背職務行為所為的相對給付，也就是必須與職務行為具有對價或對等關係，亦即以賄賂或不正利益以買通公務員，使對於職務上行為／違背職務之行為實踐履行行賄者所請求之特定行為⁴³。

所謂職務上行為係指必須是屬於該公務員或仲裁人權限範圍內的事項，始足當之；詳言之，職務上之行為即為職務行為，係指依據法律、行政規章或服務規程等規定，屬於公務員職權範圍內所應為或得為的行為⁴⁴。惟近期有實務見解⁴⁵對

⁴¹ 林山田，同註 18，頁 75-76；盧映潔，刑法分則新論（修訂八版），新學林，2014 年 2 月，頁 36。

⁴² 林山田，同註 18，頁 82。

⁴³ 盧映潔，同註 41，頁 34。

⁴⁴ 林山田，同註 18，頁 82；盧映潔，同註 41，頁 33。

⁴⁵ 例如最高法院 103 年度台上字第 487 號刑事判決：「而此所謂「職務上之行為」，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，祇要該行為與其職務具有關聯性，實質上為該職務影

於職務行為之範圍之理解較學說上來的廣泛，且亦有學者支持此一實務見解⁴⁶。實務見解認為，行為人的行為只要是出於「與其職務具有關聯性」、「實質上為該職務影響力所及」，則屬於職務上行為。此將涉及到賄賂罪中，職務行為之範圍的重大爭議——究應採取法定職務說，還是應該採取實質影響力說，無論是在實務見解上，亦或是實務見解上，現今仍處於紛紜雜沓之爭論中。然而，在此一問題上，無論採取何種見解，與本文所關切之問題並無太大差異，故僅簡介於此⁴⁷。

而所謂違背職務之行為係指行為主體違背法律、行政規章與服務規則的規定，以及違反上級公務員命令的職務行為，因而對於其職務上之行為不應為而為之，或應為而不為，以及超越其職權或裁量範圍而為的具有義務違反性的職務行為⁴⁸。學者認為，職務行為可以區分成限定行為與裁量行為，而公務員所為的職務行為是否具有義務違反性，因分別就職務行為係為限定行為，抑或是裁量行為而分別判斷。在前者中，只需要該行為違背法規或上級命令，即為違背職務之行為，在後者中，則尚需判斷是否有超出或濫用裁量權限，致影響其裁量決定之公平性與正確性，此時方可稱為違背職務之行為⁴⁹。

第二目 對價關係

在賄賂罪中，學說見解與實務見解皆肯認本罪的職務行為／違背職務之行為

響力所及者，即屬相當。」採取相同觀點的判決，可以參照最高法院 100 年度台上字第 7001 號刑事判決、最高法院 101 年度台上字第 2049 號刑事判決及 101 年度台上字第 4150 號刑事判決等。

⁴⁶ 吳耀宗，立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？—評臺北地方法院一〇一年度金訴字第四七號刑事判決（林○世貪污案），月旦裁判時報，第 25 期，2014 年 2 月，頁 106-112 頁；李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，第 56 卷第 2 期，2011 年 7 月，頁 45-46、56-57。

⁴⁷ 詳細討論可以參照：許恒達，賄賂罪之職務行為與民意代表受賄罪，載：貪污犯罪的刑法抗制，元照，初版，頁 21 以下；吳耀宗，同註 46，頁 94 以下；李錫棟，同註 46，頁 17 以下。

⁴⁸ 林山田，同註 18，頁 87；盧映潔，同註 41，頁 38-39。

⁴⁹ 林山田，同註 18，頁 87。

須和賄賂或其他不正利益之間須具有對價關係，然而，無論是刑法，抑或是貪污治罪條例，在賄賂罪的規範上皆無此一要件的明文。

對價關係係指行為人要求、期約或收受賄賂或其他不正利益的行為，須與其職務行為／違背職務行為間存在對等或是等價關係的必要關聯，換言之，賄賂與其他不正利益乃是職務行為／違背職務行為的相對給付。有學者認為，職務行為／違背職務行為不需要達到對職務行為／違背職務行為的種類與內容具體而詳細地加以確定為必要，只需要對於該職務行為可以概括地確定，且大體上與賄賂或其他不正利益間可認定具有對價關係，即為已足⁵⁰。又，對價關係的判斷，有學者認為，應就職務內容、交付者與收受者間的關係、賄賂的種類、價額、贈與的時間等客觀情形加以審酌⁵¹。

最高法院對於對價關係的認定，與學說見解並無太大差異，最高法院 106 年台上字第 184 號刑事判決對此有詳盡之說明，並且更進一步說明對價關係如何認定，尚須參酌公務員之主觀上之意思⁵²：「……惟查，貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款對於職務上之行為收受賄賂罪，須所收受之金錢或財物與其職務有相當對價關係，始足當之。而所謂職務上行為之對價關係，除客觀上應審酌職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等情形外，亦應審究交付者與收受者主觀上之認識而綜合判斷。如交付者本於行賄之意思，

⁵⁰ Blei, BT.S. 459, 轉引自林山田, 同註 18, 頁 76-77。另須注意者，林山田教授於其論著中，僅提到職務行為與賄賂或其他不正利益間的對價關係，但在違背職務收賄罪亦應具有該要件下，應認林山田教授對於違背職務收賄罪下的對價關係此一要件的論述乃同於不違背職務收賄罪，方屬妥適。

⁵¹ 林山田, 同註 18, 頁 77；盧映潔, 同註 41, 頁 34。

⁵² 然而，值得注意的是，學說見解與實務見解對於對價關係的認定標準雖然明確，但是在實務上的操作上，卻並非如該標準一樣明確，且時常成為發回更審的原因，從而，如何具體操作對價關係的認定，已成為學說與實務上的重大爭議，相關論著不勝枚舉，近期文獻可以參照：許恆達，同註 34，頁 53 以下；吳耀宗，賄賂罪「對價關係」要件之鬆動？（上）－評「前交通部長郭○琪臺北車站商場標租收賄案」歷審判決，月旦裁判時報，第 37 期，2015 年 7 月，頁 37 以下；吳耀宗，賄賂罪「對價關係」要件之鬆動？（下）－評「前交通部長郭○琪臺北車站商場標租收賄案」歷審判決，月旦裁判時報，第 38 期，2015 年 8 月，頁 36 以下。

以賄賂買通公務員，冀求公務員職務範圍內踐履特定之行為，而公務員明知交付者係對於其職務上行為行賄，猶明示或默許允為行賄者所冀求之職務上行為，進而收受，則其收受財物與其職務上之行為，即具有對價關係。又公務員為其職務上之特定行為在先、收受他人交付之財物在後之情形，是否可認二者間具有對價關係，除該公務員事先有要求、期約賄賂或其他不正利益者外，應研求該公務員於為職務上特定行為之時，主觀上有無將因之收受財物之認識為斷；苟公務員為職務上特定行為之時，主觀上有將因之收受財物之認識，而後交付者主觀上又係因該公務員先前為職務上特定行為之原因而交付財物，仍應認該公務員收受財物，與其先前職務上之特定行為，具有對價關係。若公務員為職務上特定行為之時，主觀上並無將因之收受財物之認識，則不能認該公務員事後收受財物，與其先前之職務上行為間，具有對價關係，即無可成立上開罪名。故公務員為職務上特定行為之時，其主觀上有何將因該特定行為而收受財物之認識，亦即有何積極證據足以證明其所收受之財物與其所為特定行為二者有如何之對價關係，自應分別在科刑判決所認定之犯罪事實內明確記載，並說明其所憑之證據及認定之理由，方足資為適用法令之基礎。」可資參照。

除此之外，學說見解與實務見解多肯認賄賂或其他不正利益於具體個案中的約定稱呼為何，只要該利益與職務行為／違背職務行為具有對價關係，即為已足，不因假借餽贈、禮物或政治獻金等名義而受到影響，最高法院 106 年度台上字第 462 號刑事判決：「賄賂之不法報酬與公務員之職務行為，是否具有相當對價關係，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，由法院依具體個案事實為判斷認定，祇要依社會通念，已足認受、授雙方主觀上均有各以所冀求者為對價關係之默示合致即足，縱使係假藉社交餽贈或政治獻金等各種名義之變相給付，仍難謂與職務無關而無對價關係。」可資參照。

第三目 構成要件行為—要求、期約或收受

賄賂罪的主要行為乃是要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，三者間係為擇一關係，行為人只要有三種行為的其中一種，即足以構成本罪。

要求係指行為人所求相對人交付賄賂或其他不正利益而言，行為人必須就其職務行為而索求賄賂或其他不正利益，方成立本罪。行為人只要有要求他人交付賄賂或其他不正利益的意思表示，無論係直接或間接向相對人表示，亦不問係明示或暗示，均可構成本罪的要求賄賂行為。行為人只要有要求的意思表示即為已足，不以相對人對之允諾為必要；惟如相對人已為允諾，則行為階段已自要求而演進為期約行為，而非要求行為⁵³。

期約則是指行為人與相對人雙方就其所期待的事項而為約定收受賄賂或其他不正利益而言。這種不法約定係由行為人主動，或是由其相對人主動而成者，均非所問。無論是要求行為，抑或是期約行為，只要相對人對外表示其可賄賂性，而足以使相對人了解其意思之時，雙方並因此達成合意，行為即為既遂⁵⁴。學者強調，相對人必須具有允諾交付賄賂之誠意，否則只能成立要求賄賂⁵⁵。

收受係指收取或接受賄賂或其他不正利益而言，行為人係出於主動，抑或是被動而收受，均非所問。行為人的收受亦不限於直接收受，間接受受亦可以構成本罪的收受行為。又行為人所收受之物必須是他人本於行賄之意思而交付者，方能構成本罪的收受賄賂；否則，若他人所交付賄賂或其他不正利益的行為並非出

⁵³ 林山田，同註 18，頁 79。

⁵⁴ 林山田，同註 18，頁 79；盧映潔，同註 41，頁 34。

⁵⁵ 盧映潔，同註 41，頁 34。

於行賄之意思，則行為人自無收受賄賂可言⁵⁶。學者認為，收受行為的既遂之認定，若是有形財務，乃是以占有取得之時為既遂，如果是無形之利益，則為現實享受之時為既遂⁵⁷。

第四款 對向犯之結構

最高法院⁵⁸認為，在賄賂罪中，收受賄賂罪與交付賄賂罪間乃呈現為必要共犯中之對向犯的結構，以彼此之間相互對立之意思，業經合致而成立犯罪，收受賄賂之公務員與交付賄賂之非公務員係處於對向關係，顯係各有目的，而無犯意聯絡可言，自應就其行為分別負責，尚難論以共同正犯。

在學說上，雖有認為由於受賄罪與行賄罪乃是各自成立，屬於非必要共犯，且兩罪間各自的成立與否並不受到另一罪成立與否的影響，從而應認為本罪並不屬於對向犯；然而，在目前學說多數上，多肯認受賄罪與行賄罪間係為對向犯結構，此乃基於賄賂罪的結構使然，雖然各自成罪並不以另一罪成立為前提，然卻須有另一罪的對向主體存在，方有使賄賂罪／行賄罪成立的可能⁵⁹。

第三節 圖利罪之法律分析

在現行法中，圖利罪分別在我國刑法與貪污治罪條例訂有規定，依據刑法第一百三十一條第一項：「公務員對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或

⁵⁶ 林山田，同註 18，頁 79；盧映潔，同註 41，頁 34。

⁵⁷ 盧映潔，同註 41，頁 34。

⁵⁸ 如最高法院 106 年度台上字第 67 號刑事判決、106 年度台上字第 522 號刑事判決、106 年台上字第 249 號刑事判決等皆同此一見解。

⁵⁹ 此一爭議可以參照：洪湘嫻，刑法賄賂罪之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2013 年 7 月，頁 115 以下。

間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者」，而在貪污治罪條例則規定在該條例第六條第一項，並且依是否為主管或監督之事務而分別規定，第四款：「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。」及第五款：「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。」

由上述內容可知，貪污治罪條例第六條第一項第四款以主管或監督之事務的圖利罪，與刑法第一百三十一條第一項的圖利罪，係為相同規範，從而僅論以前者即為已足；然而，該條例第六條第一項第五款乃是對於刑法圖利罪進一步的擴張規範。此時，在構成要件上，圖利罪與賄賂罪顯然具有差異，兩者間能否相提並論，非無疑問。

除此之外，除了構成要件上的差異，更重要者，乃是圖利罪與賄賂罪的保護法益是否相同，蓋在多數學說認為圖利罪亦屬於貪污罪之一，而為賄賂罪的概括規定，作為貪污罪的截堵式構成要件，兩者間所欲保護之法益並無不同；然而，近來有許多學說對於此一觀點提出反思。

圖利罪的保護法益為何，將進一步影響到收取回扣罪的保護法益如何認定以及收取回扣位的再定位，從而有必要對圖利罪的保護法益乃至於構成要件、行為態樣進行分析，故本節將以此為主軸，進行探討。

第一項 保護法益與罪質

第一款 實務見解

依據上述第二章第三節第一項中所提及，最高法院⁶⁰對於圖利罪的保護法益，其見解乃認為與賄賂罪並無二致，兩者皆為貪污罪的規定，僅在一行為分別成立兩罪時，基於賄賂罪乃是圖利罪的特別規定，優先論以賄賂罪。

第二款 學說見解

第一目 多數見解

對於實務此一見解，多數學說乃採取贊同之看法，雖然學者間的各自由理由具有微些差異。有學者認為，圖利罪與賄賂罪乃具有侵害同一法益之競合關係，成立法條競合⁶¹；另有學者認為，貪污罪與瀆職罪間具有差異，不可一概而論，而圖利罪無疑是貪污治罪條例所欲規範的貪污行為之一⁶²；亦有學者認為，將圖利罪定位為貪污罪之一，乃具有政治學上之依據，蓋政治學上對於公領域貪污之定義的共通點均指為獲得私益而濫用公權力，而圖利罪即具有此一特質⁶³。除此之

⁶⁰ 詳細請參照最高法院 98 年度台上字第 1061 號刑事判決、最高法院 102 年度台上字第 668 號刑事判決等。

⁶¹ 林山田，同註 18，頁 126；甘添貴，同註 21，頁 414；盧映潔，同註 41，頁 72。惟須注意者，林山田教授於其論著中僅表示圖利罪為瀆職圖利罪的概括條款或一般條款，而林山田教授所臚列得與圖利罪成立法條競合者，乃瀆職罪中具有貪污罪本質的法條，從而應可以推論林山田教授乃認為圖利罪係為瀆職罪中的貪污罪之概括規定或一般規定，並非是所有瀆職罪的概括規定或一般規定。

⁶² 柯耀程，公務員貪污瀆職犯罪基礎講座：第二講－貪污與瀆職犯罪規範適用之區分，月旦法學教室，第 123 期，2012 年 12 月，頁 60。

⁶³ 李進榮，同註 19，頁 17-18。從此一角度進行觀察者，尚有謝煜偉教授，其認為在此一觀點下，確實可能從歷史沿革中找到依據，而得出圖利罪是賄賂罪的概括規定此一結論，可參照：謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議，政大法學評論，第 142 期，2015 年 9 月，頁 237。

外，學者更爬梳圖利罪的立法起源以及後續發展，認為當初於我國刑法中增設圖利罪之規定時，乃將之定於瀆職罪章，立法者原注重者係為職務違反，如瑞士、義大利立法例⁶⁴，惟嗣後於 1963 年另定貪污治罪條例時，將刑法圖利罪之內容另定於該條例中，並增訂非主管或監督事務之圖利罪的類型，此時乃彰顯立法者欲將本罪定位於貪污罪，注重不法利得之用意⁶⁵。

第二目 公務人員背信行為之見解

另有學者認為，雖然其肯認實務見解對於貪污罪與圖利罪的保護法益相同之看法，且亦贊同實務見解對於貪污罪的保護法益定位於侵害公務的公正性⁶⁶，然而其對於圖利罪的行為本質為何，則有不同見解。學者認為，圖利罪的本質乃是公務人員的背信行為，其違背人民的委託而危害人民的利益，造成的損害較一般背信罪來的廣泛而嚴重，因而獨立立法而成的特殊背信罪⁶⁷。

同時，學者對於實務見解將圖利罪作為貪污罪的概括規定此一說法並不贊同，認為此一說法無法清楚描述受賄罪與圖利罪之間的區別，且實務見解此一說法，僅為區別的結論，而非是區別的理由，但應探究的重點實為後者⁶⁸。

學者認為，透過有無違背法令，可以區別出不違背職務收賄罪與圖利罪，且

⁶⁴ 惟有學者針對此一立法過程進行探究，認為其實本罪的立法並非是繼受至國外立法例，實為我國土法煉鋼而成的法規。詳細參照：李茂生，同註 34，頁 160-161。

⁶⁵ 惟本文對於此一見解抱持保留之態度，蓋最初於刑法中增訂圖利罪時，乃是將之定位於瀆職罪，是否因將之另增訂於貪污治罪條例，並多增設一類型，即可認為立法者將之視為貪污罪？不無疑問。尤有進者，可否認為將之定於貪污治罪條例中，就認為改變了其本為瀆職罪之本質？此皆仍待說明。

⁶⁶ 許玉秀，評析公務員圖利罪之修正，法學講座，第 4 期，2002 年 4 月，頁 32。學者認為，瀆職罪章的共通特質乃在於「侵害公務的公正性」，此乃瀆職罪的可罰性基礎。

⁶⁷ 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 號不起訴處分暨台北地方法院 87 年度訴字 629 號判決，台灣本土法學雜誌，第 3 期，1999 年 8 月，頁 99。

⁶⁸ 許玉秀，貪污罪——廣義的公務員圖利罪，台灣本土法學雜誌，第 36 期，2002 年 7 月，頁 206。

僅在後者會有私人獲得不法利益⁶⁹；而在與違背職務收賄罪上，由於其與圖利罪乃為具體與概括規定的補充關係，無法從違背法令及圖私人不法利益等兩項判準作為區分，蓋此兩項判準在此二罪中乃為相同，故因從不法利益的流向作為觀察，方得區分出兩者間的差異⁷⁰。詳言之，違背職務收賄罪中的不法利益，乃是違背職務行為交換而來，亦即違背職務本身同時產生私人不法利益；反之，在圖利罪中的自己或私人不法利益，則是由違背法令的行為本身可以衍生出不法利益，而非違背法令行為的對價⁷¹。

此外，學者觀察二罪後，亦提出另一區分觀點，認為受賄罪的違法行為與私人不法利益皆集中於行為人身上，但在圖利罪中，則包含公務員與他人合謀私人不法利益及純粹只有他人獲得不法利益等兩種情形⁷²。亦即，違背職務收賄罪中，收賄人必然獲得不法利益，他人則不一定；惟在圖利罪中，即使行為人未獲得不法利益，只要他人有獲得不法利益，亦可該當本罪⁷³。

第三目 類型化區分之見解

另有學者乃是從瀆職罪章的保護法益皆是民眾對於公務員於執行職務時公正性的信賴（公共信賴）作為出發點，認為公共信賴的內容可以從各種犯罪的相異構成要件加以明確化，而在明確化的過程中，由於各個瀆職罪的犯罪類型與態樣具有差異性，從而在保護法益上亦將具有差異。在此一見解之下，賄賂罪與圖利罪的保護法益雖然皆是以執行職務的公正性之信賴作為出發點，然而兩罪各自的保護法益及公共信賴之內容，需要透過各自的基本要素加以確定，因此在確定

⁶⁹ 許玉秀，同上註，頁 206。

⁷⁰ 許玉秀，同上註，頁 206。

⁷¹ 許玉秀，同上註，頁 206。

⁷² 許玉秀，同上註，頁 206。

⁷³ 許玉秀，同上註，頁 206。

保護法益之後，下一步即應著手於犯罪類型的區分⁷⁴。

論者於其著作中提及，在日本法上，瀆職罪章可以分成貪污罪與濫權罪，前者係指以合法／違法的職務行為作為對價，以交換賄賂或不正利益，後者則是指濫用權限而侵犯到人民的權益。然因我國的規定較日本法複雜，而不能直接適用本一分類。

因此，論者認為，應將我國的瀆職之犯罪類型分成兩種，一者為事關具體職務的犯罪（論者稱之為 A 類型），一者為利用一般職務的犯罪（論者稱之為 B 類型）；而在 A 類型中，又可分成有關利益交換的犯罪類型（論者稱之為 A1 類型，此即為貪污類型）及其他有關人民權益侵害的類型（論者稱之為 A2 類型，例如枉法裁判罪、濫權追訴處罰罪等，此為濫權類型）。在 A1 類型中並無明確的人民權益受到侵害，A2 則有之；而兩罪都具有一定限定之方法，得將法益的具體內容，即公共信賴的內容加以具體化。

從而，學者認為，A1 類型（貪污類型）的保護法益即為民眾對於公務員於執行職務時不會要求、期約、收受超越合法範圍對價之信賴，A2 類型（濫權類型）的保護法益則為民眾對一些特殊公務員於執行職務時不會濫用職權，直接侵害到人民權益的信賴⁷⁵；並由此可知，A1 類型必然包含合法與違法職務，且人民有無利益受損在所不論，A2 類型則僅包含違法職務，且必須要求有特定具體利

⁷⁴ 李茂生，同註 34，頁 163-164。

⁷⁵ 從而，在此一見解之下，瀆職罪章的保護法益，即「公共信賴」，似為一個概括而上位的保護法益，實則將因為各瀆職罪的內涵不同，進而使各瀆職罪的保護法益不同；亦即，縱使認為圖利罪是貪污罪之一，但是保護法益也不見得與賄賂罪相同。此將與多數學說將貪污罪的法益一律解為相同，而適用於各個屬於貪污罪的罪名，有所不同。

益的侵害或危殆⁷⁶。此一學說見解之上述分類可以整理如下⁷⁷：

		罪質的特徵	構成要件特徵
A 類型： 事關具體職務的犯罪，涉及民眾對於公務員具體職務執行的信賴。	A1 類型	1. 有關利益交換的犯罪類型（貪污類型） 2. 沒有明確的人民權益受害	1. 以行為態樣（要求、期約、收受）特定處罰範圍 2. 保護的法益是民眾對於公務員執行職務時，不會要求期約或收受超越合法範圍對價的信賴 3. 包含合法與違法的職務行為
	A2 類型	1. 其他有關人民權益侵害的類型（濫權類型） 2. 有明確的人民權益受害	1. 以特殊公務員身犯與個人法益特定處罰範圍 2. 保護法益是民眾對於公務員執行職務時，不會濫用職權、違法侵害人民權益的信賴 3. 限於違法的職務行為
B 類型： 利用一般職務（之權力、機會或方法）的犯罪，就是一般所謂的非純粹瀆職罪（刑 134）。涉及公務員基於其身分、地位而行事時之公正性的信賴。			

在確立上述犯罪的類型化後，學者認為，此時將發現圖利罪無法納入此一類型化後的任一類型，因此只能試圖透過與各類型的差異比較，以及擴張解釋之方式，將之納入此一類型化分類中。由於圖利罪的行為類型似於 A2（濫權類型），但是結果上非直接侵害人民權益，而是提供不法利益，此時又似 A1（貪污類型）；

⁷⁶ 李茂生，同註 34，頁 164。

⁷⁷ 引用自：張嘉宏，公務員圖利罪之研究，國立政治大學法律學院法律學系研究所碩士論文，頁 114，2003 年 7 月。惟研究者的表格內容有部分為其本身解讀學者之原文後的補充與用語，本文認此些用語與學者原文之內容有些差異，因而稍作刪減，以貼近學者原文之見解。

然基於圖利罪僅包含違法職務行為，且行為態樣與貪污的行為態樣（要求、期約、收受等行為態樣）不同，復以圖利罪要求有不法得利，與 A1 類型的差異實為甚鉅，反是與 A2 類型的差異，可以將圖利罪的不法得利解為必來自他人給付（私人或國庫），蓋利益不可能無中生有，從而亦是侵害人民的權益，即可將之納入 A2 之類型⁷⁸。

附值一提者，學者亦論及，貪污治罪條例第六條第一項第五款的非主管或監督事務之圖利罪的概括規定，實已涉入 B 類型，成為規範公務員利用職務機會或身分，在不構成瀆職罪外諸罪之情形下，圖謀不法利益，並且獲得利益之情形；此種概括又概括的立法，實具非議之處⁷⁹。

第四目 不法內涵判斷之見解

亦有學者認為，如欲釐清圖利罪的保護方向，則有一先決問題須先處理，即「圖利罪結構上較為近似收賄還是濫權的犯罪型態？」蓋要透過類比而採用近似解釋方向的前提，必須兩罪具有高度相似的不法內涵，此時應考慮的不只是最終法益損害的同質性，尚包含行為人侵害法益的途徑與手法，綜合行為不法及結果不法的實質特點後，方能掌握特定犯罪的不法實質內涵⁸⁰。

學者認為，賄賂罪的可罰性基礎在於職務行為與不法利益間的對價關係，使得公務行為具有可收買性，從而侵犯人民對於依法行政的信賴，因此賄賂罪須審慎判斷有無對價關係⁸¹。然而，圖利罪的不法利益變動卻是基於具有公務員身分的行為人違法執行公務，進而直接或間接獲得不法利益，其中不必然有任何約定

⁷⁸ 李茂生，同註 34，頁 164-164。

⁷⁹ 李茂生，同註 34，頁 165。

⁸⁰ 許恒達，同註 19，頁 132。

⁸¹ 許恒達，同註 19，頁 132-133。

或對價關係，毋寧說其重心在於違法執行公務所致生的不法利益變動⁸²。

由此，學者認為可以推導出兩罪的兩點差異：其一是利益的認定標準，在賄賂罪中並無範圍限制，不限於財產利得，但圖利罪則強調財產利得，故須具有經濟價值；其二是財產流動的過程，賄賂罪僅限於對價關係而給予公務員，圖利罪則具有公務員圖利自己、公務員圖利他人及公務員圖利自己與他人三種，前兩者欠缺對價約定和關係，與賄賂罪的犯罪流程具有相當差異，惟在第三種中，流程上近似於賄賂罪，但是考量此種類型中最常出現的案件——工程案件——其中的不法利益俗稱「回扣」，雖然回扣具有賄賂、圖利的雙重性質，然其實際上是源自公務員違法執行職務而獲得之利得，並非是基於私人與公務員間的對價約定，故將之視為公務員和私人實現圖利罪後的不法利益之分贓反倒較為合適，從而此類型與賄賂罪仍不具有相似性。因此，學者認為，以賄賂罪來掌握圖利罪，並非合適⁸³。

若以濫權罪的結構來分析圖利罪，學者認為可茲贊同，蓋兩罪都是以公務員違法執行職務為前提，但濫權罪中的罪名亦非全與濫用財產有關，故以濫權罪分析圖利罪時須注意到此一差異。學者認為，濫權罪的多數條文之特徵在於「具有特定權限的公務員違法執行職務，致特定人民受有個人法益的損害」，且當特定人民的個人法益因此受到侵害時，公共信賴此一保護法益將受到強烈影響，足以明確判定此已損害公正公務運作機能的國家法益；然刑法第 124 條違法裁判罪，以及第 125 條第 1 項第 3 款後段無故不追訴或處罰犯罪、第 127 條 1 樣後段違法不執行刑罰，乃是兩種例外型的濫權罪，蓋此兩者中並無特定人民的個人法益受到侵害，取而代之的，前者是出現高度侵犯個人法益可能性的司法裁判（高度可能損害個人法益之司法裁判型），後者是侵害多數人共有的刑事追訴之公益（侵

⁸² 許恆達，同註 19，頁 133-134。

⁸³ 許恆達，同註 19，頁 134-137。

害多數人共有之公益型)。

學者分析，應以原則型的濫權罪來掌握圖利罪最為合適，原因有三：其一，濫權罪原則上須有「主觀上強烈的可歸責性」及「致生特定個人法益損害」，否則只是行政不法，僅例外於重大公益需求下，諸如刑事司法公正執行，方能在未有個人實害未出現情形下以刑法加以處罰，然而圖利罪只涉及單純財產利得的不法移轉，並不可與例外型中的法益侵害比較⁸⁴。其次，公共信賴此一法益乃是眾多國民的認同所交加相疊而成的集體意識，立法者通常會對集體意識受到侵害的判斷門檻直接揭示，以利判斷，而此一公共信賴的門檻將隨著所欲保護的公務內容進而有所差異，因此，相較於刑事司法，對於濫用公務財產之管理行為的門檻應設定在最高，即「特定人受有損害，且不法利益已經移轉」，蓋此時才有引起人民對於公共信賴的質疑與不信任之可能⁸⁵。第三，由於圖利罪在貪污治罪條例中亦有規定，而貪污罪之處罰目的在於公務員利用公職務的機會與權力，但從該條例第4條至第6條中，可以發現除了賄賂罪以外，幾乎所有犯罪都有特定私人或國庫的財產損害，至於行為人是否獲得不法利得倒為其次，從而，圖利罪既規定於其中，亦應依循該解釋路徑⁸⁶。

綜合上述，學者認為應該以濫權罪作為掌握圖利罪的基礎，且應納入「致生財產損害」此一不成文要件，此時財產損害及利得要素共同構築本罪的不法內涵，蓋前者足以立論公務員瀆職行為的刑法非難基礎，後者則為公共信賴此一不確定的法益立下門檻，透過此一雙重門檻，使圖利罪宣示其處罰核心在於：「公務員違法行為侵奪國庫或特定個人的財產利益，並將該利益移轉至特定人」，須公務

⁸⁴ 許恒達，同註 19，頁 140。

⁸⁵ 許恒達，同註 19，頁 140-142。

⁸⁶ 許恒達，同註 19，頁 142-145。許恒達教授亦提及，對於學說上認為應將圖利罪透過濫權罪中的例外型之「侵害多數人共有之公益型」加以掌握，有所不妥，蓋學說之立論基礎在於有不法利得，則必有損失，因為不法利益不會無中生有，惟許恒達教授認為此將忽略部分圖利罪的案例並不必然有「利得－損害」的連動關係，故不應透過此例外類型以掌握圖利罪。反之，應回歸到原則型的濫權罪，且在於未有財產損害下即發生利得的情形下，應認不成立圖利罪。

員完整實現此一流程方值得動用刑法處罰之⁸⁷。其次，依循此一見解，財產損害於實務和學說上以發展出較為明確的基礎，足資判斷有無利益剝奪之結果，並且透過財產損害此一中介要素，獲得利益此一要素僅須判斷圖利者有無獲得價值財產利益即為已足⁸⁸。

第二項 構成要件

由於對於圖利罪的保護法益及罪質進行分析後，不同的保護法益及罪質之認定，將進一步影響到構成要件上的解釋，且在本章第四節的部分亦將對於賄賂罪與圖利罪的構成要件進行比較，從而將在本節介紹圖利罪的構成要件。

刑法第 131 條第 1 項對於圖利罪有所規定，惟貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款復對亦有規範，從而本文將以此一典型的圖利罪進行構成要件作為探討重心，而貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款的圖利罪之行為，僅於有一同探討之必要時，方論及之，先予敘明。

第一款 行為主體

本罪的行為主體明定為公務員，而有關公務員的定義須依據刑法第 10 條第 2 項作為判斷，學說上一般將本罪認為是純正身分犯，不具公務員身分者，無從成立本罪⁸⁹。惟如是具備公務員身分之人與不具公務員身分之人共同圖利他人，該無公務員身分之人能否成立共同正犯，以及無公務員身分之人利用具備公務員身分之人能否成立間接正犯，請參照下述本罪之犯罪參與。

⁸⁷ 許恆達，同註 19，頁 146-147。

⁸⁸ 許恆達，同註 19，頁 148-149。

⁸⁹ 盧映潔，同註 41，頁 68。

第二款 行為

第一目 圖利行為的範圍

行為人必須對於其所主管或監督的事務為圖利行為，方能構成本罪⁹⁰。主管或監督之事務係指就此事務依據法令在職務上有主導或執行的權限，或雖無主導的權限，但有監督考核之權^{91,92}。若非主管或監督之事務，早期實務見解認為則不得以行為人具有公務員身分，即認應負本罪的刑責⁹³，惟在貪污治罪條例第6條第1項第5款制定後，則亦納入處罰。

第二目 圖利行為的方法

有學者認為，行為人的圖利方法有二，分別是直接圖利與間接圖利。圖利乃指圖得不法利益而言，至於公務員所圖得不法利益究為直接利益，抑或是間接利益，則非所問。所謂直接利益係指以直接方法圖得不法利益，如採購公物；間接利益則是指以迂迴的間接方式而圖得不法利益，換言之，即行為人的圖利行為與其圖得不法利益之間並不存在直接關係的圖利方法，例如公務員由其親朋好友出面經營與其職務相關的商業，而間接取得不法利益⁹⁴。

⁹⁰ 林山田，同註 18，頁 123。

⁹¹ 盧映潔，同註 41，頁 69。

⁹² 另有研究者認為，針對此一客觀構成要件應如何解釋，其實益在於檢驗是否該當公務員圖利罪之首要步驟、具有區辨貪污治罪條例第6條第1項第4款（即刑法第131條）與同條項第5款對於非主管或監督事務、利用職權機會或身分而圖利罪之適用範圍以及是否變更起訴法條；惟此一構成要件的法律性質及意義為何，以及是否有區分「主管事務」及「監督事務」的實益，值得探究。詳細請參照：陳明呈，公務員圖利罪存廢論，國立高雄大學法律學院法律學系研究所，2008年7月，頁72-81。

⁹³ 最高法院45年度台上字第922號刑事判決。

⁹⁴ 林山田，同註 18，頁 124；盧映潔，同註 41，頁 70。

而上述學說亦獲得實務見解贊同，如最高法院 101 年度台上字第 4597 號刑事判決即明確指出：「又貪污治罪條例第六條第一項第四款之對主管或監督事務圖利罪，所謂直接圖利，係指其行為結果，即可使直接獲得不法利益，而無須中間行為或事實之介入者；所謂間接圖利，係指直接圖利以外，以迂迴曲折之方法或中間介以其他事實，而使利益歸諸於己者而言。」⁹⁵；亦曾有實務人士為文對於圖利罪的條文進行分析，將圖利罪分成直接圖利與間接圖利類型，其差異在於中間有無第三人介入⁹⁶，顯係採取同此一見解。

對於上述學說見解與實務見解，學理上則有不同意見。有學者認為，在考量到圖利罪利益輸送的流程以放寬到直接／間接的所有類型，此一區分方式對於本罪的成立界限無太大的限縮效果⁹⁷。

從而，學者認為正確的理解方式應該是，在確立圖利罪的非難重心後，此時如進一步分析，則確切的觀察點毋寧是不法利益輸送流動過程中，到底是對什麼對象產生實質上的財產損害效果，蓋一般情形下，財產利得必源自他方的財產損害，透過財產損害作為中間媒介，即可有意義的區分圖利罪的各種處罰類型；依據此一基準，可將圖利罪可分成三種類型，分別是國庫損害型、私人損害型以及無人損害型⁹⁸。國庫損害型是我國實務上最常見的類型，本類型上可細分成國庫單方給付型以及國庫／私人雙務給付型，在參酌德國實務見解及多數學說見解對於國庫背信罪係採取結算原則兼以目的欠缺理論下，本類型亦應採取同樣解釋，此時除了可以規制到實際造成國庫損失的案例外，亦可以對於諸如干擾政府採購

⁹⁵ 而在近期最高法院判決如最高法院 105 年度台上字第 1334 號刑事判決、105 年度台上字第 685 號刑事判決等，亦採用此一區分方式進行判斷。

⁹⁶ 吳慎志，公務員圖利罪認定問題探討，刑事法雜誌，第 53 卷第 4 期，2009 年 8 月，頁 68。

⁹⁷ 許恒達，同註 19，頁 150-151。

⁹⁸ 許恒達，同註 19，頁 152。

應有的公平競爭秩序等案例進行進行規範⁹⁹。而在私人損害型中，學者認為，此類案例存有一特定結構，即公務員發給被圖利人與財產無關的許可或證明文件，被圖利人持此文件項第三人領取財產利益，致第三人發生財產損害，嚴格而言，公務員並未直接經辦財產事務，將之納入圖利罪處罰範圍，有所不妥，應將之排除於圖利罪的處罰範圍較為妥適，惟基於現行條文的寬泛立法而可將之涵蓋，故解釋上應嚴格限縮，除學者認為圖利罪應具有財產損害此一不成文要件外，以該第三人對於文件無實質審查權，且公務員的不法行為有造成財產損害及財產利得變動的類型化危險，以及公務員對於「其違背職務之行為將使被圖利人有以該資格圖謀不法利益」必須具有主觀上的認知¹⁰⁰。至於無人損害型，學者認為此時並無財產損害，故縱使有獲利結果，亦不應論以圖利罪，而應透過其他刑法罪名處罰行為人¹⁰¹。

第三款 結果

行為人的圖利行為，必須有因而使自己或他人獲得利益之結果，亦即本罪為結果犯。本罪的利益，依據立法理由說明，係指一切足以使圖利對象（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；因此，若行為人自己或其他私人未獲得利益，則未達到此結果。又，本罪既為結果犯，則圖利行為與獲得利益間須有因果關係。

對於本罪的不法利益如何計算，最高法院決議¹⁰²認為：「貪污治罪條例第六條第一項第四款圖利罪，除公務員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

⁹⁹ 許恒達，同註 19，頁 152-160。

¹⁰⁰ 許恒達，同註 19，頁 160-164。

¹⁰¹ 許恒達，同註 19，頁 165-167。

¹⁰² 最高法院 102 年度第 3 次刑事庭會議決議。

定人民就一般事項所作對外法律效果之規定，直接或間接圖自己或其他私人不法利益外，尚須該公務員圖利之對象因而獲得利益，始克成立；而此所謂「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；又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，乙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。」依此一見解，不法利益則須是利得扣除成本、稅捐及其他費用後所尚有剩餘者，方屬之；換言之，最高法院認為不法利益須是淨利，從而此時將遞延本罪的認定，須至成本、稅捐及其他費用都具體明確時方可判斷是否成立本罪。

對於上述最高法院決議之見解，學說上有不同意見。有論者認為，在最高法院102年第2次刑事庭決議認為圖利罪的利得計算應以淨利方足以肯認利益輸送之結果的此一見解下，將導致須至犯罪結束時才能認定有無圖利結果，造成遞延認定的問題，且此一結果將易受中間發生的市價波動等影響，使得犯罪的認定繫於諸多不確定因素，從而此一見解有所不妥。因此，學者認為，應透過在本罪中加入「財產損害」此一不成文的中介要素，藉以認定有無不法利益，蓋此時受圖利人縱無獲得淨利，由於已經肯認財產損害，只要圖利者有獲得一切具有財產價值的利益，便足以認定有獲得利益¹⁰³。

第四款 明知違背法令

學說上對於此一要件，皆此乃主觀要件，且認為本罪行為人的故意限於直接故意，意即行為人主觀上必須明知自己在進行違背法令的行為，而欲因此使自己

¹⁰³ 許恒達，同註 19，頁 148-149。

或他人獲得不法利益¹⁰⁴。依據立法意旨說明，此一要件乃是圖利罪修正時所新設的主觀要件，係為明確的排除間接故意的圖利行為之可責性，以鼓勵公務員勇於任事，以免影響行政效率。

惟有研究者認為，本罪的主觀要件，實應與一般犯罪類型相同，即包括行為人對於違背職務行為具有直接故意或間接故意等情形，蓋本罪的規範模式與其他瀆職犯罪有所不同，係以違背職務列為主觀要件加以評價，且違背法令一詞在解釋上乃與職務行為具有直接關聯性，兩者實具有一體兩面關係，從而在職務行為為客觀要件下，違背法令應為主觀要件。而「明知」一詞依據修正理由，乃是考量與刑法 213 條公務員登載不實罪的配合立法，然研究者認為此一立法忽視兩者的規範方式有所不同，此一修正有所不妥¹⁰⁵。

研究者更進一步認為，本罪的「圖利」一詞，應歸類於主觀要素較為妥適，且乃是特別主觀構成要件要素，用以表彰行為人的不法意圖，性質上屬於意圖犯類型所要求的目的結果意思¹⁰⁶。蓋「圖利」此一要件於修法前後皆保留之，而無論是修法前後，皆無從將之解為係指得利結果的可能性，且現行條文架構下亦無法得知「圖利行為」的規範內涵，如將之解為客觀要件，則只是一種客觀現象的描述而不具任何不法內涵¹⁰⁷，復以實務見解認為無從證明公務員有不法圖利下，無從成立本罪的立場¹⁰⁸，以及主觀犯意須透過行為人對於客觀構成要件的認知加以限定下¹⁰⁹，基於「圖利」的本質較近似於意圖為自己不法或他人所有下，將之定位於特別主觀構成要件要素較為合適。從而，如依此一見解，則現行法的條文

¹⁰⁴ 盧映潔，同註 41，頁 72。

¹⁰⁵ 陳明呈，同註 92，頁 115-116。

¹⁰⁶ 陳明呈，同註 92，頁 84。

¹⁰⁷ 陳明呈，同註 92，頁 83。

¹⁰⁸ 陳明呈，同註 92，頁 83-84。

¹⁰⁹ 陳明呈，同註 92，頁 84。

結構易使人產生「圖利行為」為一客觀構成要件要素，乃是立法技術不當¹¹⁰。

第三項 對向犯之爭議

早期最高法院¹¹¹認為，在圖利罪作為賄賂罪的概括規定之下，則在犯罪結構上亦應比照於賄賂罪的對向關係，肯認圖利者與被圖利者之間亦存在著對向關係，因此，當公務員所圖之不法利益來自於私人，或者公務員使私人獲得不法利益，因為雙方處於對向關係，從而除非有其他罪名的成立，否則不能對私人論以圖利罪的共犯。對於此一見解，學說上亦有贊同者¹¹²。

然在 103 年第四次刑事庭會議決議認為：「貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，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。題旨所示甲、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，依貪污治罪條例第三條及刑法第二十八條、第三十一條第一項前段之規定，自得成立圖利罪之共同正犯。」¹¹³而有學說認為，要判斷圖利罪是否為對向犯，最根本的問題乃在於圖利罪的本質為何，蓋如認為圖利罪是賄賂罪的概括規定，與賄賂罪的犯罪結構有相似性，則實務見解及部分學說見解所採擇者並非無據，然若認為圖利罪的本質係為濫權罪的犯罪結構時，則此時與賄賂罪的犯罪結構大相逕庭，不得認為圖利罪的圖利者與被圖利者間具有對向關係。

¹¹⁰ 陳明呈，同註 92，頁 84-85。

¹¹¹ 最高法院 93 年度台上字第 1256 號刑事判決。

¹¹² 甘添貴，同註 21，頁 411-412；盧映潔，同註 41，頁 71。

¹¹³ 近期至最高法院 104 年台上字第 3895 號刑事判決、105 年台上字第 1507 號刑事判決以及 106 年台上字第 297 號刑事判決等，仍採此一見解，顯已成為近年來最高法院統一而穩定的見解。

第四節 賄賂罪與圖利罪之區辨

由上述實務見解及學說見解的整理，可以發現實務見解與多數學說見解認為本罪乃是貪污罪的概括規定，其保護法益與賄賂罪相同；縱使是不採取此一見解的學者，大致上也都肯認貪污罪與濫權罪的保護法益係為相同，此一出發點乃基於認為瀆職罪名的保護法益同一的理念。

然而，本文認為，在處理賄賂罪與圖利罪的保護法益是否相同，以及區分貪污罪與濫權罪的實益時，最根本的切入點在於，為何瀆職罪章之各罪的保護法益必然相同？有無可能不同？檢視向來學說見解與研究者的文獻，並無對於此一問題有明確的回答，惟近來有學者針對此一問題亦有所意識¹¹⁴，其意見值得作為啟發。

其次，如欲進一步追究瀆職罪章之各罪名的保護法益是否有所差異，和本文所關切的賄賂罪與圖利罪的保護法益是否同一，以及圖利罪的構成要件如何解釋與適用，皆圍繞著圖利罪的保護法益為而何開展，從而最根本的問題意識，應該從刑法法益的概念進行檢討，藉以釐清圖利罪的保護法益，以利進一步檢討現行實務見解與學說見解對於圖利罪的構成要件之解釋是否妥適。

因此，本文將於本節先行介紹法益的概念、功能、以及分類，再嘗試從法益作為出發點，對於瀆職罪章的保護法益進行分析，檢視瀆職罪章中各罪的保護法益是否必然相同，抑或是存有將之解為不同保護法益的可能。

¹¹⁴ 薛智仁，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——與談意見（一）：公務員圖利罪之立法商榷，檢察新論，第 19 期，2016 年 1 月，頁 23-25。薛智仁教授對於此一問題，僅在本文中對於瀆職罪與貪污罪的保護法益之整理上，簡略表示其看法，並無太多深入探討，殊為可惜。

第一項 刑法的保護法益

第一款 法益之概念

法益在現今的刑法學中，占有舉足輕重的地位，成為一個罪名中不可或缺的要素，並進一步影響到構成要件的解釋與限縮、違法性的阻卻違法事由等。然而，即使是現今的刑法學界，亦無法給予法益的清楚的內涵與定義，使得此一問題已成為學者中百家爭鳴、長期爭論的議題，並進一步牽連超個人法益、環境刑法、風險刑法、抽象危險犯的重大爭論¹¹⁵。

有學者認為，法益作為規範的保護客體，而非主觀權利，法益是否值得保護，取決於立法者主觀上的決定，從而法益的概念屬於立法者主觀上所認為的利益，亦即取決於規範效力¹¹⁶。另有學者認為，法益乃是指「被認為是有社會上的價值，並值得以法律所保護的狀態」¹¹⁷。亦有學者認為，法益不應只是保障具體的事物，而是一個價值的概念，從而法益應該從「受保護之物」轉為「應受保護的利益與標準」，認為應以「利益」作為法益的核心¹¹⁸；並有學者進一步推論，認為法益所保護的應該是「法共同體所承認、於法律生活上有價值的客體，保護客體則是由刑罰法規的目的加以尋找」¹¹⁹。而在近期的學說中，則是有出現了主張「人的法益理論」，將法益定位為專屬於人類利益保護的對象，只有人類才是利益的歸

¹¹⁵ 許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第 197 期，2011 年 10 月，頁 134；周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，臺大法學論叢，第 41 卷第 3 期，2012 年 9 月，頁 984。

¹¹⁶ Karl binding, Die normen und ihre übertretung, Bd.1,4.Aufl., Felix Meiner, Leipzig. (zit. als Normem I), 1922, S.340f. 轉引自林宗翰，風險與功能——論風險刑法的理論基礎，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2006 年 7 月，頁 61。

¹¹⁷ Hirschberg, Schutzobjekte des Verbrechen, spezielle untersucht an den Verbrechen gegen den einzelnen, Breslau, 1910, S.72,78,38f. 轉引自林宗翰，同上註，頁 61。

¹¹⁸ V. Liszt, Der Begriff des rechtsgutes im Strafrecht und der encyclopadie der Rechtswissenschaft, in: ZStW 8(1888). 轉引自林宗翰，同上註，頁 61-62。

¹¹⁹ Honig, Einwilligung des Verletzen, Teil 1, S.92f. 轉引自林宗翰，同上註，頁 62。

屬主體，因此只有人類的利益保護才是法益理念的內涵¹²⁰；亦有出現以主張「社會侵害性」作為法益者，認為在系統功能性理論下，人是因為社會而受到保護，從而社會的損害性應理解為整個社會系統被損害，而非是個人利益受損¹²¹。

由上述可知，對於法益的概念，學者見解間具有相當差異，然而此一爭論皆在討論法益的內涵為何，但對於法益是否作為刑法的核心並無太大爭議，雖然近年來亦有學者對此提出反思，而提倡徹底反對與揚棄法益論，轉向規範理論，並獲得相當支持者的響應。惟若從一根本性的問題切入，亦即規制行為的理由為何，則將可以知道，即使是在規範理論下，此一理論也只是透過前置立法以規範行為，進一步更加的保護法益本身，從而又回到了最初的問題，此一行為的保護法益為何，蓋如無法確定該行為的保護法益，則無法有效地確定此一規範是否符合刑罰的最後手段性、最小侵害性、是否值得保護等問題。因此，規範理論其實只是法益理論下的分支理論。

另外，本文認為，相對於規範理論宣稱對於法益理論的揚棄，更值得注意的則是集體法益，蓋在現今社會中，基於社會連帶之下，以及國家的許多功能都圍繞著人民的生活機能為設置，人們彼此的生活進而開展出各種共同團體價值，但哪些的共同價值是值得保護的？理由為何？立論基礎何在？都是值得考慮再三的；尤其，共同價值對於個人的影響並不像個人法益受侵害時對於個人的影響來的強烈與明顯，是否需動用刑法來規制？以及是否可以脫離於保護個人的目的？還是只能依附於保護個人的目的下進而肯認集體法益？皆是近來學說上關注的議題，從而本文將先對於法益的概念進行簡介，並進一步探究法益的分類，進而分析現行學說對於集體法益的樣貌之論述是否妥適。

¹²⁰ 此為法蘭克福學派，詳細請參照：林宗翰，同上註，頁 66。

¹²¹ Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S.386.; Amelung, Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit, 1991, S.269-272. 轉引自林宗翰，同上註，頁 68-69。

第二款 法益之功能

有學者認為，從功能面向上著眼，法益概念具有雙重功能，一者為司法解釋機能，另一者則為可罰性限縮機能，以下分述之：

第一目 司法解釋機能

係指透過法益概念才能清楚解釋犯罪構成要件的實質內容，以決定保護方向，且於阻卻違法事由及競合理論上，皆有賴於法益的引領與支撐，並且避免構成要件內容之解釋流於恣意與擴張¹²²。換言之，此一功能顯示刑法的應用必須遵循法益原則，解釋與應用必須以保護的法益作為依據，從而有學者又將之稱為體系內含功能，以表彰此時不再懷疑法益本身的妥適與否，而只將重心擺於解釋上¹²³。

第二目 可罰性限縮機能

係指法益能劃定入罪化的處罰界限，蓋在越加複雜的社會中，立法者經常依據民意與多數人的價值觀進行立法以處罰某種犯罪行為，然而，有時這種犯罪行為為實質上只是侵犯了多數人的道德感情，甚至是某種看待事物的價值觀，此時這種犯罪行為是否值得處罰，便具有極大疑問，因為刑法不應該成為多數人教導少數人如何生活的工具，而應該是該行為必須損害法抑或具有法益的潛在可能性時，方值得動用刑法加以保護。換言之，以刑法為保護中心，可以清楚限縮刑法保護範圍，同時以刑法禁止保護道德與情感的功能¹²⁴。

¹²² 許恒達，同註 115，頁 135。

¹²³ 周漾沂，同註 115，頁 983。

¹²⁴ 許恒達，同註 115，頁 135。

有學者亦將此一功能稱為超越體系功能或體系批判功能，認為此時法益概念乃是具有先於實證法的實質內涵，以致能藉由此一內涵去檢視刑法所設定的法益是否具有法益適格，亦即是否具有刑法正當性，當一個犯罪的設定法益符合實質法益定義時，便具有正當性，反之則無。此一功能不但具有引導刑事立法的作用，亦有限制立法者恣意性作為的作用¹²⁵。

第三款 法益之類型

第一目 一元個人的法益學說

個人法益學派起源於德國學者 Michael Marx 所提出的「一元個人的法益概念」，是一個明確以自由主義、個人主義國家觀為基礎的法益學說，其認為國家不是自我目的，而是必須促進人類生存可能之發展與安全。此學說認為個人自我才是目的，超個人法益只在於有助於個人自我實現時，方有正當化的基礎，且個人法益與超個人法益間必然存有推導關係；換言之，超個人法益只是一種間接法益，且必然須可還原於個人¹²⁶。由上述可得知，在此一學說之下，超個人法益並無獨立承認的必要¹²⁷

此學說進一步由推導關係得出階層關係，認為刑法的核心在於保護個人，個人法益高於超個人法益¹²⁸，從而超個人法益的實害犯之刑度、未遂犯與過失犯之

¹²⁵ 周漾沂，同註 115，頁 983。

¹²⁶ 周漾沂，同註 115，2012 年 9 月，頁 989-990；鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2009 年 7 月，頁 175-176；林勇麒，從保護法益論政府採購法之刑事責任--國家法益假象下的競爭秩序守護者——國家法益假象下的競爭秩序守護者——，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2014 年 10 月，頁 89。

¹²⁷ 林宗翰，同註 116，頁 66。

¹²⁸ 林宗翰，同註 116，頁 66。

規定應受到節制，且所有刑法規定的正當來源都是保護法益，僅差別於保護技術¹²⁹。

由於此學說認為保護使人(個體)自由發展的條件才是法益所應保護的任務，也只有在此一前提下才值得保護¹³⁰，從而，以個人的法益學說作為基準之下，則可以揭發與個人發展無涉的虛假法益，且法益必須是可以被侵害的，構成要件行為也必須是真的可能對法益造成實害或危險，而不能只是「假定上的感受」，同時亦影響到刑法保護強度。舉例言之，支持此一學說的學者 Olaf Hohmann 認為環境法益應該是個人法益完整性的前階保護，而只有當危害環境的行為有造成個人法益的抽象危險時，方得成立犯罪，意即犯罪行為須有侵害個人法益的真實因果，且各個環境犯罪應考量與個人法益受危害之程度、遠近以決定刑度，從而，Hohmann 認為獨立於個人的生態法益之定義違反法益的價值與推導關係，亦不應設立個別生態的實害犯，以及重於個人法益的刑度有所不妥¹³¹。

另有學者進一步認為，在此一學說之下，需要明確定義個人(法主體性)的概念，並進一步以此為開展，重新定義法益的概念須以普遍有效性作為判準，並且以此檢討二元的法益學說不妥之處，以及現行肯認的集體法益是否具備適格性¹³²。

第二目 一元集體至上的法益學說

與一元個人的法益學說相反，此學說認為，所有的法益以國家為起點而建構，法益是全體或國家的整體法益，個人法益是由法律所指派或基於國家功能所推導

¹²⁹ 鍾宏彬，同註 126，頁 176-177。

¹³⁰ 林宗翰，同註 116，頁 67-68。

¹³¹ 鍾宏彬，同註 126，頁 177-179。

¹³² 周漾沂，同註 115，頁 982 以下。

而來的，而保護個人法益的原因在於為了整體的利益，並非是個人的利益。從而，刑法只用於服務於整體的利益。縱使有些法益中，個人是最中的受益者，但由於此係為社會共同生活所不可或缺的條件，因此才能成法益，此即「個人法益」，但其基本精神仍基於整體的利益，從而個人的法益處分權也只在有利於共同生活時而被准許。此學說的學者 Eberhard Schmidhäuser 便曾言，法益是受到國家保護的、被理想的財 (Gut)，人、物則是法益的客體，甚至有些罪並無法益客體的存在，國家、社會對於這些財有自己的利益，因此值得保護¹³³。

惟此一學說曾經歷不同時期間的見解轉變，早期學者反對刑法保護客體(人、物等)的主觀化，認為主體享有的權利係基於社會契約而來，非是主體的私權利，且認為刑法只保障法律承認的利益。然在當代學者中，則承認有主觀化的個人法益，而超個人法益則是所有個人的利益所集合而成，而所有法益都須與公共社會有所關連，但個人法益不必然劣於超個人法益，且共同體或國家並不能作為刑法保護的自我目的¹³⁴。

總言之，本學說無論是早先時期還是當代時期，雖然強調集體社會、公共利益的重要性，並以此為學說上的開展，但仍未否認在此當中發展出個人法益的可能性。

第三目 二元的法益學說

二元的法益學說源自於二十世紀，對於國家角色的要求由最小干預與夜警國家轉變為社會國，要求國家保障與促進個人的自我實現，除了協助弱勢，亦包含對於社會現象、整體生活水準的要求，從而對於這些制度產生法益保護的需求，

¹³³ 鍾宏彬，同註 126，頁 179-181。

¹³⁴ 鍾宏彬，同註 126，頁 182-185。

進一步確保個人利益的實現。而在國家任務轉變之下，刑法的任務也需要有所轉變，否則國家將無法引領社會發展，亦無法提供個人必須的生活與自由。雖然此將可能造成國家對於個人權利的過度干預，但不應因噎廢食，且能透過實質正當目的與比例原則作為國家權力的遏止¹³⁵。

此學說乃是從個人做為起點，所有的個人法益或是超個人法益都是人的法益，其功能在於幫助個人於社會中自我實現，且此學說將法益更依據與個人的距離遠近，區分下位類型，從而使得傳統上的社會法益以及部分的國家法益，因為功能上較近似於個人法益，隨個人意願使用來發展生活，其他部分的國家法益則是確保國家運作的順暢以及秩序，使個人得於其中發展自我，係為一種「間接」保護到個人的關係，其對於個人發展的影響不可否認地確實較為不明確¹³⁶。當代學者為了避免再度認為可將超個人法益歸屬於個人、還原成個人法益，認為應以「集體法益」取代超個人法益一詞，更直接明確表示這是集體共享的法益¹³⁷。

總言之，此一學說亦支持集體法益（超個人法益）與個人利益具有關聯，且其基礎中心也是預設個人中心地位，只是集體法益不必然可以還原成個人法益或利益，故於此一意義下集體法益乃是獨立的自我目的¹³⁸。換言之，個人法益與超個人法益，乃是處於明確對置的關係¹³⁹。

在此一學說下，當代學說所爭論的「超個人法益與個人法益間的一元、二元之爭論」，只存在於功能面向；主體上皆是一元論，都是為了個人法益而存在，兼具個體性與社會性，為就功能上則應以二元論為是，蓋服務於全體利益的集體

¹³⁵ 鍾宏彬，同註 126，頁 186-188。

¹³⁶ 鍾宏彬，同註 126，頁 188-189；黃國瑞，法益論之解構，輔仁法學，第 48 期，2014 年 12 月，頁 279。在黃國瑞教授的文章中，將集體法益稱之為集合法益，惟內涵並無差異，為統一一用語，因此在本文中仍將之稱為集體法益。

¹³⁷ 鍾宏彬，同註 126，頁 189。

¹³⁸ 鍾宏彬，同註 126，頁 186。

¹³⁹ 黃國瑞，同註 136，頁 279-280。

法益，其對於個人的功能，實際上並不同於個人法益之於個人的功能¹⁴⁰。

同時，此學說對於一元論提出批評，認為承認公共法益的存在，雖然是為了保障個人，但不代表此一公共法益可以從個人推演而出¹⁴¹，甚至無法找到歸屬於和一明確特定的個人法益，且如將超個人法益視為是個人法益的前階保護亦有所不妥，蓋邏輯上應該是針對個人法益進行探討，如因果關係、構成要件、客觀歸責等是否存在放寬的可能，而非是將之解為超個人法益而規避此些討論¹⁴²。

第四目 本文見解

超個人法益（集體法益）的興起，乃是隨著人們生活方式日新月異，來往越趨複雜，進而在社會中所存在的風險也越加提高，在這個社會中，想要不造成他人的生活影響，可以說是已無可能。從而，個人法益已無法再滿足現今刑法規制的需求，在綜合安全意識、國家任務擴張、新的法文化興起等因素下，刑事立法陸續出現大量的危險犯之規定等刑法擴張立法的方式，以期透過前置立法的方式，對於個人更能有效的保護。

然而，如果繼續堅守一元的個人法益理論，以個人為法益的保護中心，所有保護法益皆須可還原成個人法益，則可能會有保護不周的情形，蓋如上所述，當在現今的社會越加複雜，則刑法的保護手段也應該越趨多元，且應賦予較大的彈性，使之得以規制現今社會中的不法行為；再者，集體法益往往具有濃厚的公益性質，直接以集體法益作為保障對象，也較能直接規範侵害此種公共利益的不法行為，亦可較為周全的賦予國家、社會乃至於個人的全面性保護。

¹⁴⁰ 鍾宏彬，同註 126，頁 189。

¹⁴¹ 黃國瑞，同註 136，頁 279。

¹⁴² 鍾宏彬，同註 126，頁 185-186。

另由於一元的集體法益理論，雖然在其學說的演進下，後來亦不否認個人法益在該學說下發展的可能性，然而究其根本論述而言，由於所有法益皆須溯及至集體，與現今立法之目的乃是為了更加完善的保護個人有所出入，且亦受到其他學說的強力抨擊，故不足採。

綜合上述，在二元論相較於一元論下較能妥善地達成規範現今社會下的風險，以達保護周全保護社會中存在的個體，且亦較能不受以個人法益為保護中心的束縛，更妥適的保障公共利益，使之得以間接保障到個人，應以二元論較為可採。

從而，本文將以二元論為法益的論述基礎，進一步開展二元論中的集體法益之內涵，以作為定位賄賂罪和圖利罪的法益基礎，究竟兩者的法益是否相同，或是存有差異，此待本文爬梳集體法益後，再行檢討之。

第四款 集體法益理論

學者 Roland Hefendehl 亦採取法益的二元學說，認為基本法以「個人」為中心，而集體法益則是為了實現對於個人的保護¹⁴³。Hefendehl 對於集體法益理論有深入的探討，並且嘗試為集體法益建構一類型化的區分方式，其認為可分別從集體法益的構成要件、價值面、存在面進行作為切入點，以區分不同的集體法益下所保護的內涵為何，並進一步在其論著中，對於集體法益的各類型舉出案例，示範如何操作其體系。

第一目 集體法益的形式要件

¹⁴³ 黃國瑞，同註 136，頁 279-280。

Hefendehl 認為，集體法益應該具備的形式要件有不可分配性（又稱為不可拆用性）、非排他性以及非敵對性，不可分配性係指集體法益無法明確地歸屬或分配予個人，而後兩者則是其援引自經濟學「公共財」的概念，分別具有容易造成搭便車心態以及取用無度，因此多由政府提供；然而，由於政府的提供也並不是沒有限度，因此有研究者認為，Hefendehl 言下之意應該是只要財貨初始的質、量夠大，在節制的消費之下可望不虞匱乏，則即應承認其為集體法益。而 Hefendehl 認為在構成要件上可以將法益區分成得否被具體個人所利用，進而設計構成要件，對於可利用的法益，此時利用行為即為構成要件的規範重點¹⁴⁴。

第二目 集體法益的價值面—以功能劃分體系

在價值面上，Hefendehl 則認為可以區分成兩大上位功能，而其各自具有下位的具體功能。第一個是為個人之自我實現創造自由空間的集體法益，個人信賴制度的功能，使其於社會中得以措其手足，不致個人自由遭受危害；其下可再分成對大眾直接呈現，對個人持續潛在的集體法益，以及提供社會干擾發生時的反應手段，前者係指持續不間斷的保護著社會成員之生活的法益，當社會成員有需要使用時，法益都能立刻供其使用，如貨幣、文書、經濟及環境等制度，後者則是指傳統上被歸為國家法益的司法或其他與公務人員的接洽。第二個則是保護國家架構條件的集體法益，蓋只有國家確保自身存在與運作，才能建構有利於人民實現自我的生活空間，從而此一類型的下位具體功能可區分成保護國家存續、保護特定憲法機關的運作以及其意志形成與行使，以及保護國家具體活動執行不受干擾¹⁴⁵。

¹⁴⁴ 鍾宏彬，同註 126，頁 192-195。

¹⁴⁵ 鍾宏彬，同註 126，頁 195-197。

第三目 集體法益的存在面—集體法益的各種構造

從存在面上，則可以知道法益的構造係由哪些元素或成分構成，而分析法益的構造，是為了分析法益的可能侵害方式，並知曉構成要件行為應如何設計較為妥適。延續價值面上的二分法，在集體法益的存在面上，亦可區分成為個人創造自由空間的法益之存在面和保護國家架構條件的法益之存在面¹⁴⁶。

壹、為個人創造自由空間的法益之存在面

在「為個人創造自由空間」此一法益的存在面上，可再分成可能耗盡的社會重要資源以及信賴法益，前者如自然資源，後者則是立基於制度將人們的角色予以類型化，在擔任之人的舉止符合角色期待時，可減少複雜與意外，並使之可預測，進而使人們因各角色的各司其職而對於制度產生信賴，而當人們越信賴一個制度時，變越會願意使用，此制度也將變得更加穩固。惟當角色所為的行為不合乎預期時，一開始人們只會將之視為是離群值或是偶然的紕漏，對於制度產生失望，尚不因而對於制度產生不信賴，但是當這種紕漏超越可容忍的界限时，將會使得因信賴制度而產生的減少複雜與意外的機制受到影響，蓋信賴來自行為決策，決策則分成做或不做，對應在信賴制度上，則只有信賴與不信賴的區別，區辨信賴的多或少並無意義，此一界限在科學上稱為閾值，又稱為臨界值。而對於這種持續侵犯制度信賴的犯罪，Hefendehl 將之稱為「累積犯」¹⁴⁷。當人民對於制度產生不信賴，縱使制度再如何安全，亦無濟於事。對於信賴的攻擊，則可能來自於制度內或外，制度內是指角色者違反期待的行為，制度外則是指非制度角色者試圖影響制度角色的行為，使角色者為違反行為；為了防範這些攻擊，則應從制

¹⁴⁶ 鍾宏彬，同註 126，頁 198。

¹⁴⁷ 鍾宏彬，同註 126，頁 198-201。

度角色的篩選、內控機制、隔離攻擊及刑罰等方式作為手段。然而，Hefendehl 認為，須注意只有制度信賴可以作為法益，對於規範效力的信賴不可作為法益，蓋後者係為一制裁機制，乃是對於制度（成員）的不信賴，從而與公共信賴建立而成的制度之結構有所違背，反而是靠著威嚇所建立的制度，與真正的信賴並不相同¹⁴⁸。

惟值得注意的是，並非所有學者皆同意此一由 Kuhlen 提倡，Hefendehl 接續開展的累積犯之概念。學者 Roxin 認為，在集體法益遭受損害的情形下，需要在行為人為構成要件該當的行為當下，此時便已存在法益侵害，而並非是認為整體的集體法益（諸如生態系統或國家行政）遭受侵害，蓋將集體法益的侵害與個人法益的侵害之情形分開論述並無道理，一個耳光而論以傷害罪，即使被害人的身體完整性並未受損，而一個詐欺構成要件的意義之下，當存在一個小的、對被害人整體財產而言不重要的詐欺時，也還是一個既遂的財產損害；同樣的，任何人污染水源，便是破壞環境，而任何公務人員收受賄賂，便是損害了廉正的政府行政。更何況，在個案中要如何確定一個對於信賴所生的疑慮，是非常困難的，因此這種解釋，是沒有必要的¹⁴⁹。

貳、保護國家架構條件的法益之存在面

此類法益也可分成可能耗盡的國家資源與國家運作條件兩類，前者是指國家所能掌握的資源有限，而侵害者使國家的資源或管理流於白費，後者則是指功能而言，蓋國家亦為制度之一，而這當中至關重要者則是人與事，從而如果對於此一制度中具有關鍵功能角色的擔任者，或是對於人民於參與政治中的作為或不作

¹⁴⁸ 鍾宏彬，同註 126，頁 202-204。

¹⁴⁹ Claus Roxin 著，許絲捷譯，法益討論的新發展，月旦法學雜誌，第 211 期，2012 年 12 月，頁 270-272。

為，以及國家存續或本身進行攻擊，皆應納入此類¹⁵⁰。

第四目 集體法益各論一以「對國家制度的信賴」法益為中心

Hefendehl 建立上開體系後，並在其專論中示範如何實際操作該體系，然在其所分類的所有法益中，僅有「對國家制度的信賴」此一法益和本文所關注的議題有所關聯，因此本文將僅以此一法益作為簡介，先予敘明。

在此一法益中，Hefendehl 認為人民接受國家能具有的功能中，與人民信賴最有關者為對於國家的司法和公務行政體系，因為司法和行政體系都是立基於人民的積極使用與參與，而人民要對該制度有足夠信賴才會使用，否則即使司法或行政機關作出決定，亦無法使人民信服，從而應該保障此一制度的信賴不受到外部或內部的攻擊¹⁵¹。

外部攻擊通常係指對於公務行為的客觀中立造成影響，典型者如賄賂罪，公務員雖然位於司法或行政機關內部，但因為利益來自於外部人，因此歸類於外部攻擊；又賄賂罪的法益雖然有所爭論，然德國實務界多著重於信賴的保護此一法益。當賄賂行為出現時，並不會因為一、二個賄賂行為即使得制度體系受到動搖，但當該行為超過可信賴的臨界值時，就會轉變成不信賴，且於歷史經驗來看，賄賂事件也會大量增加，從而該犯罪屬於累積犯¹⁵²。

至於內部攻擊則是指內部侵害的構成要件指涉及到內部人的行為，

¹⁵⁰ 鍾宏彬，同註 126，頁 204-205。

¹⁵¹ 鍾宏彬，同註 126，頁 212。

¹⁵² 鍾宏彬，同註 126，頁 212-213。

Hefendehl 認為只有因該行為造成外部人影響時才會影響信賴法益，例如枉法裁判、濫權追訴等，而停留在內部的濫用職權而獲利之行為則否。又內部攻擊所造成的影響遠大於外部攻擊，蓋外部攻擊還有拒絕、澄清的機會，但內部攻擊卻顯示了國家即使再如何審慎挑選公務員，仍無法避免此一傾頹的情形，而無法有彌補的機會¹⁵³。

第二項 保護法益與罪質之比較

本文認為，在探究賄賂罪與圖利罪的保護法益與罪質是否存有差別時，應該處理兩罪的保護法益是否必然同一的問題，蓋如果兩罪的保護法益得以相異，則在賄賂罪與圖利罪的保護法益相異情形下，則便有必要檢討國內現行的學說大多將兩罪的法益解為同一的說法。學說上有認為，公務員犯罪可以區分成貪污罪與瀆職罪，兩罪的法益侵害與危險應不相同，瀆職行為是破壞公物決策的內容合法性，貪污行為係破壞維持行政有效運作的周邊條件；論者認為，比起現今有力學說主張直接訴諸職務公正性的社會信賴，更能明確指出瀆職與貪污行為破壞社會信賴的具體原因，從而更有助於分析圖利罪的立法正當性¹⁵⁴。

本文以為，論者所提出的論點並非全無道理，也是值得思考的切入點，然而，採此一立場的論者似乎忽略了刑法的體系結構，蓋我國現行刑法點的設計乃是按照不同的犯罪性質予以編排，而將各同一類型的犯罪編入同一罪章，從而在進行法益解釋時，便應該考量到在同一罪章下的體系解釋，即使欲將之解為不同於其他罪名的法益，也必須給予堅強而有力的理由，且縱使法益上不同，也應該和該罪章所欲保護的法益有密切關聯，方能給予將之編入該罪章有足以說服的解釋。因此，本文認為，論者的說法忽視了體系解釋，從而將引起刑法體系的混亂，應

¹⁵³ 鍾宏彬，同註 126，頁 213-214。

¹⁵⁴ 薛智仁，同註 114，頁 23-24。

以瀆職罪章的法益解為同一較為妥適。

其次，本文對於法益理論係採二元論，前已論及。在二元論之下，集體法益雖然可以成為獨自規範的法益，然而該法益仍應間接保護到個人，方能成為值得保護的法益。從而，學說上對於瀆職罪章的保護法益，有認為是為了維護國家執行職務的公正性，抑或是採綜合理論，然而根本的問題應該在於：「採擇此些理論的最終目的為何？」詳言之，採取此些法益的目的並不在於因為保護此些目的而已，更進一步的是如此些法益所欲保護的機制或制度一旦崩潰，將造成個人於社會上的影響，除了生活上的不便以外，也可能影響個人於社會乃至於國家中的生存。從而，無論如何，都應考量到該機制、制度未被妥善保障的情形下，可能帶給人們何種影響，方能判定該法益是否為「偽法益」。從而，本文認為，在近期的多數學說對於瀆職罪章所欲保護的法益為對於執行職務的公共信賴，此同為賄賂罪和圖利罪的保護法益。

在確認兩罪的保護法益相同後，此時應進一步辨別賄賂罪與圖利罪的罪質是否相同，亦即圖利罪的本質是為貪污罪或是濫權罪。誠如學說上所指出，在於圖利罪的可能犯罪態樣中，可能存在公務員圖利自己、他人、自己與他人共三種類型，而其中與賄賂罪有相似性者，僅有自己與他人此一類型，且此一類型可透過第二章的實務判決分析可知，乃是實務上最常發生的案例，雖然在這些案例中大多數都存有公務員與私人間的抽取比例之協議，然而如果仔細觀察不法利益的流向，就會發現賄賂罪的不法利益流向是自始由交付賄賂者從自身的財產中抽取出不法利益之數額而交付給收受賄賂者，乃是直接的單向流動，而圖利罪的不法利益流向則是自始由國庫或(極少案例的)私人交付已包含不法利益之數額的財產，經由公務員交付予他私人後，再由該他私人抽取出該不法利益之數額的部分交付予公務員，公務員本身同時扮演著圖利者與被圖利者的雙重身分，呈現迴圈的流

動，故縱使是圖利罪中最接近賄賂罪的類型，亦無法有如賄賂罪的不法利益流向，能否將圖利罪的罪質解為賄賂罪，非無疑義，更遑論其他種類的圖利罪與賄賂罪之行為態樣相差甚遠。

復以圖利罪在第三種類型，也並非是對向關係，蓋公務員與該他私人間對於不法利益的約定，雖然常見的案例是兩者間有著合意，但亦不乏公務員先行讓私人得利，再予以要求不法利益，抑或是在招標之時即告知欲得標則須先答應給予一定比例的工程費用，公務員具有優勢地位而得以獨自要求該他私人承諾，且其本質與其說是承諾，倒不如說是強迫合意，亦或是命令；而在前述學說中，有將之解為公務員與私人於公務員濫用職權後對於不法利益的分贓，亦為恰當的論述，從而應可支持，故無論如何，皆與賄賂此一須雙方合意的不法利益，有所不同。

經由以上原因，可知圖利罪的本質絕非賄賂罪，且較為傾向濫權罪，以公務員違法執行職務為其行為態樣，然而是否必須具有學說上所認為的「致生國庫或特定個人損害」的要件？本文認為，學說上增加此一不成文要件的目的在於限縮圖利罪的成立範圍，避免圖利罪所包括的範圍過廣，以致於將僅具行政不法的行為也包含其中；但是否未造成國庫或特定個人損害的圖利行為必然僅為行政不法，本文認為有待思量，舉例言之，如果有一工程的成本為 4000 萬元，利潤為 500 萬元，將標價定為 4500 萬元，而 A 公務員與 B 承包商勾結，約定 500 萬利潤的 20% 須作為給予 A 公務員的不法利益，從而使得 B 承包商以近於此一標價獲得此一標案，此時對於國庫來說，並沒有造成損失，蓋國家仍是以 4500 萬的價格將此一標案委託予 B 承包商，B 僅是評估後認為縱使利潤減少 20%，仍足以維持營收，且亦能打好與 A 公務員的關係，後續能持續合作，此時能否謂之為行政不法？不無疑問，因為此時仍會影響到人民對於公務人員執行職務的信賴，無論是在招標程序上，亦或是公務人員的廉潔性與公正性上，還是公共工程的品質上，皆會

產生質疑，從而本文認為，雖然學說見解有助於限縮本罪的成立範圍，但由於圖利罪的性質使得成立範圍可能本身包含了不對國庫或私人造成損害的案例，惟仍對公共信賴有所影響，故應認為不需具備此一不成文要件。

第三項 構成要件之異同

在構成要件上，賄賂罪乃是以行為犯、抽象危險犯的方式進行立法規制，而圖利罪則是以結果犯、實害犯進行規範，兩者間在立法取向上便有不同；其次，在實行行為上，兩罪也並無太大的相同性，蓋賄賂罪係以對於不違背職務行為／違背職務行為而要求、期約、收受賄賂，典型圖利罪則是以主管或監督事務直接／間接圖利，新增設的圖利罪類型則是以非主管或監督事務而利用職權機會或身分，兩者間顯無相似性；主觀上，賄賂罪並不以直接故意為要件，但是圖利罪則需以直接故意為要件；更重要的是，圖利罪由直接圖利、間接圖利及圖利對象開展出三種類型，且圖利者與被圖利者間不需具有對向關係，圖利行為與不法利益間亦不須具有對價關係，但是賄賂罪僅存有雙方合意的對價交換，且收受者與交付者間具有對向關係，且兩者間須具有對價關係，以上皆顯示兩者間的構成要件具有極大差異。

第五節 小結

綜合前述，雖然實務見解與學說見解多有支持圖利罪乃是賄賂罪的概括規定，係屬於貪污罪之一，然本文認為，圖利罪與賄賂罪間存在有本質上的不同，賄賂罪為貪污罪之一，圖利罪則是濫權罪之一，兩者間並不存在著特別規定與概括規定的截堵式構成要件的關係。兩者間最大的差異，即顯示在對價關係以及不法利益的流向上，蓋在圖利罪中最接近賄賂罪的類型，不法利益的流向毋寧是呈現一

個迴圈的状态，國庫透過公務人員流向私人，再由私人流回公務人員，而賄賂罪的不法利益流向則是僅由私人流向公務人員，兩者間的利益流向並不一致，要將兩者強行解釋為同一罪質，顯然有所困難；其次，考量到圖利罪的其他兩種類型與賄賂罪的利益流向與罪質並無太大關聯，亦無法透過此兩種類型與賄賂罪間比擬出類似之處，從而可得出賄賂罪與圖利罪的罪質應並無相似之處，實務見解與部分學說見解顯然對此有所誤解，且其對此一論述多略而不談，僅概括的指稱圖利罪是為賄賂罪的概括規定，卻無足以支撐而具有說服力的理由，本文以為，此種不具實質論理的說理方式，顯然不足以作為理由。再者，於構成要件上，兩者間也並無顯示出太大的相同之處，因此在罪質與構成要件上皆無相似而可比較之處，本文認為，無須將圖利罪解為貪污罪。

反之，本文認為，學說上論證圖利罪的罪質係為濫權罪的論述可資贊同，蓋在最模糊而接近賄賂罪的類型中，透過實務見解的案例可知，此一類型中往往顯示了公務人員在權力上的優勢與濫用，私人對於公務人員的權力並無太多置喙之處，縱有看似合意的對價關係與對向關係，然本質上其實較近似於公務人員主掌了發動圖利的可能性，且實務上亦不少以權力作為脅迫而逼私人就範的案例，故在與私人有合意的圖利罪之案例中，毋寧是如同學說上所稱，私人僅是和公務人員對於不法利益上的分贓之朋黨。

最後，本文對於學說上認為圖利罪應加上「致生國庫或私人損害」此一不成文要件，持有保留看法，蓋對於現今社會大眾對於公務體系的信賴，不僅止於國庫或私人發生損害時才會引起崩潰，即使是未發生損害，然而對於民眾而言，其心中對於公務體系的印象即是：「公務體系的職務執行具有濫用的可能性，國家雖然宣稱這些圖利行為並未造成損害，但國家作為統治機器，其言可否信賴已值得懷疑，更遑論這中間牽涉的不公平現象。」從而在未具有損害下，亦有可能造

成國家信賴的減損，當如此行為累積至臨界值時，將使得人民普遍對於公務體系的不信賴，故應亦有動用刑法加以規制的需要。



第四章 收取回扣罪之定位與存廢

經由第三章確認賄賂罪與圖利罪之間的差異後，本章將進一步討論收取回扣罪在本質與構成要件是否和賄賂罪、圖利罪間具有相似性，以及在有相似性下，與何者較為相似。

第一節 收取回扣罪之解釋論

第一項 收取回扣罪之保護法益

貪污治罪條例係針對公務員之貪污行為所設立的特別刑法，其所規範的各種貪污犯罪類型自屬於瀆職行為，應無疑義，既然本文採取瀆職罪章的保護法益應解釋為同一法益的見解，已如前述，則貪污治罪條例的保護法益自應以公務員執行職務行為的公正性之信賴為保護法益，而貪污治罪條例其中的收取回扣罪之保護法益亦無個別解釋之必要與可能。

第二項 收取回扣罪之罪質

在確立收取回扣罪的保護法益後，本文將緊接著進一步釐清收取回扣罪的罪質，蓋在第二章的實務研析中，本文曾提及在收取回扣罪的本質上，實務見解和大多數學說見解乃採取相同立場，但有少數學說對於最高法院與多數學說見解的立場採取批判態度，而此一議題則涉及到收取回扣罪的本質究竟屬於賄賂罪還是圖利罪，又賄賂罪與圖利罪的本質並不同一，已在本文第三章中辨明，從而本文將在此處進一步檢視實務見解與現行學說間的立場，比較收取回扣罪與賄賂罪和圖利罪間的相同處與差異處，藉以得知收取回扣罪的不法內涵與構成要件較接近

何者，以釐清收取回扣罪的本質係為何者。

第一款 收取回扣罪與賄賂罪之異同

第一目 學說見解

在第二章中的實務研析中，最高法院有認為收取回扣罪乃是賄賂罪的特別規定，僅在於無法成立收取回扣罪時，才能成立賄賂罪，亦有判決認為是圖利罪的特別規定，然最高法院向來認為圖利罪本身即為賄賂罪的概括規定，故收取回扣罪的本質亦為貪污罪之一；因此，無論採取任一實務見解，皆無太大差異。

學說見解方面，則大部分的學者見解都與實務見解相去不遠，認為收取回扣罪的本質是貪污罪，但對於最高法院區辨「賄賂」與「回扣」間的差異存有不同意見。然而，本文以為，在認定賄賂與回扣兩者間並無差別的前提，乃是建立在認為受賄行為與收取回扣行為間亦無區別，才能進一步認為賄賂與回扣間並無區別，蓋若是受賄行為與收取回扣行為間已經存有差異，則要認為賄賂與回扣兩者並無區別，則須給予更充分而堅實的說理，因此本文將於以下論述先討論受賄行為與回扣行為間的異同，再進一步討論賄賂與回扣間是否存有差異，先予敘明。

在受賄行為與收取回扣行為的異同上，有學者認為，收取回扣行為的立法目的乃是立法者為了避免廠商藉由偷工減料的方式以彌補回扣的給付，進而對於公共安全與公共利益上產生危害，特此設立的處罰，然兩者間具有同質性，不應疊床架屋另為規定才是，應可透過賄賂罪的規定吸納收取回扣行為的處罰，使收取回扣行為直接回歸刑法賄賂罪的適用；且如果是立法者認為有特殊的立法目的，從而有另為規定收取回扣行為的必要之前提下，則應該在現行的刑法賄賂罪規定

中明文增設此一規定，方為妥適¹⁵⁵。

接著進一步討論賄賂與回扣兩者間的差異。最高法院向來認為賄賂與回扣係屬於兩種不同的概念，然有學者認為，回扣的本質顯然是對於公務員的特定職務所為的相對給付，而與公務員的職務行為構成對價的必要關聯，從而應屬於行賄／受賄罪中的賄賂，概屬無疑，因此實務見解認為回扣與賄賂不相同的見解並無理由，且實務見解多為斷言，不足擇採¹⁵⁶。另有學者承接此一看法，並對此做出進一步的深化論述，其表示兩者的本質係為相同，只是實務上經常出現工程或採購過程中收取回扣的弊案，因此立法者特別將此獨立規範，且兩罪間所欲處罰的立法目的皆是公務員違背公務倫理要求，以維護其保護法益，僅是因為收取回扣罪乃是從給付價額中抽取部分額度作為回扣，除了傷害國家公器的廉潔外，亦可能影響廠商的履約能力，使廠商可能透過偷工減料以彌補作為回扣部分的額度虧損，進一步影響公共工程的品質，危害公共工程的安全性與公共利益；由此可知，收取回扣罪的本質乃是和收受賄賂罪並無區別，僅是因為其類型特別，故獨立規範之¹⁵⁷。

然而，並非所有學者皆採取賄賂與回扣並無區別之立場，有學者認為，最高法院的立場應值得贊同，然而最高法院並無給出堅實而有力的理由，因此論者透過回扣款項的來源來進一步解釋此一問題。學者認為，應該先從回扣的基本定義作為探討，在我國收取回扣罪中，回扣係指收受公共工程或採購給付之一方將所收受的給付中之一部分返還予給付方的所屬人員（即公務員），則在此一定義下，回扣既然是作為原先給付的一部分，實際上係出於收受回扣者隸屬之一方，而非交付回扣者這方自有的款項。若公務員拒絕收受回扣，則行政機關便可預期支付

¹⁵⁵ 張麗卿，同註 18，頁 33。

¹⁵⁶ 林山田，同註 18，頁 77-78；林鈺雄，同註 18，頁 9-10。

¹⁵⁷ 張麗卿，同註 18，頁 34-35。

較少的工程費用或採購費用，現在公務員卻收受回扣，將破壞行政機關此項事實上期待，而此期待在德國通說上，雖然不認為是權利，但仍具有財產價值，因此收受回扣會造成財產損害，收受回扣的公務員乃是違反對於其所隸屬的行政機關所應負的財產管理照料義務。反之，若是廠商給付公務員的款項並非是作為原先給付價款的一部分，則公務員所收受的款項，無論在個案中被稱為回扣或是傭金，皆非是收取回扣罪中的回扣，而應該是賄賂。換言之，學者乃是透過回扣的來源進行賄賂與回扣的區辨，回扣款項實際上來自收取回扣的公務員所隸屬的行政機關，賄賂則是出自於交付賄賂者自有的財產¹⁵⁸。

第二目 本文見解

壹、受賄行為與收取回扣行為本質上不同

對於受賄行為與收取回扣行為是否為同一，而可以回歸賄賂罪中規定的問題上，本文認為，學說見解可能是出自於對於兩罪間構成要件的相似性作為論述的開展，則此一見解並非無見，蓋從第二章的實務見解研析中，可以發現許多判決的案件事實中，都是公務員和廠商、私人間達成一定抽成比例的合意，兩者間看似有賄賂罪之構成要件中所要求的違反職務行為與對價關係的存在。然而，是否真的存有如賄賂罪所要求的違反職務行為與對價關係，需要更進一步檢視收取回扣罪的不法內涵與構成要件，是否能透過賄賂罪的構成要件加以掌握，只有在能透過賄賂罪加以掌握的前提下，方能將收取回扣罪解釋成本質為賄賂罪，而為賄賂罪的特殊規定，或是直接透過賄賂罪規範收取回扣行為即可。

本文認為，學說見解沒有辦法解釋受賄行為與收取回扣行為兩者間，關於不

¹⁵⁸ 李進榮，同註 19，頁 15-16。

法利益流動方向的問題。在收取回扣中，不法利益流動的方向，誠如部分學者見解所言，乃是源自於公務員所隸屬的行政機關所給付予廠商或私人的公共工程款項或採購款項，此時不法利益所呈現的流向乃是一個迴圈，先是行政金關透過公務員流向私人，再由私人流回予公務員；反之，在賄賂罪中，不法利益則是直接由私人的財產中流向公務員，呈現一個單線式的流向。因此，在利益流向差距甚大的情形下，是否能謂兩者間具有同質性，已非無疑。

貳、回扣與違背職務行為無須具有對價關係

其次，在於是否須具備對價關係的問題上，誠如第二章所述，最高法院對於此一問題，仍呈現對立見解而並無定見，然多數實務見解則係採無須具備對價關係的立場，惟對於實務見解認為收取回扣罪的本質係為賄賂罪，而為賄賂罪的特殊規定之立場下，為何收取回扣罪不須具有對價關係，則實務見解未給予清楚說明。同時，學說見解亦無法給予清楚的論述，為何其認為可以直接透過賄賂罪的構成要件掌握收取回扣罪，而無須另行立法規範收取回扣罪之下，收取回扣與違法職務行為間必然存有對價關係¹⁵⁹。

另有學說見解基於對價關係更進一步作拓深的論述，認為我國刑法第 121 條與 122 條分別規定的不違背職務受賄罪與違背職務受賄罪，在德國法上乃將前者稱為普通受賄罪，後者稱為加重受賄罪；兩者對於職務行為的內容要求有所不同，前者不以具體特定為必要，縱使是一般抽象任務之職務範圍，甚至是不特定者，皆屬之；後者則須達到特定具體的職務行為。同時，前者對於對價關係的要

¹⁵⁹ 如有論者認為可直接透過職務收賄罪包含收取回扣罪，從而無收取回扣罪另外獨立立法的必要性存在，但本文以為，此種說法毋寧都是只有結論，而未具實質說明的斷言，需要更進一步開展其論述方能支撐此一論點。採取此一見解者，可參照：林鈺雄，同註 18，頁 55。

求僅約概略即可，後者則須達到明確清楚¹⁶⁰。

姑不論這些要件在賄賂罪上的爭議，在延續收取回扣罪的本質為賄賂罪的情形下，首先此一見解所面臨的問題是：「是否有不違背職務的收取回扣罪？」尤其在現行實務所遭遇的案件中，大都是公務員與廠商、私人勾結，透過圍標、綁標、洩漏底價等違背職務的方式將公共工程案件或採購案件使特定廠商、私人得標，採用此種分類方式以掌握收取回扣罪恐有困難；再者，縱使承認此一區別方式，將進一步面臨學說上對於普通受賄罪的廣泛承認職務行為的認定，在收取回扣罪中可能動輒得咎，蓋收取回扣罪於實務上往往涉及到公務員與特定廠商、私人間的長期合作，期間所涉及的不法利益流動方向與過程往往隱晦而難以察覺，又十分錯綜複雜，採取此一概括認定的方式，雖然能減少證明上的困難，但是對於刑法所欲追求的最後手段性以及罪刑法定之刑罰根本原則乃是背道而馳，不言而喻，毋寧是將可能只是禮尚往來的社交性餽贈或利益一併納入處罰，此一見解能否支持，本文認為有所疑慮而持保守看法。同樣地，對於對價關係採取寬鬆認定的方式將會遭遇一樣的刑罰根本原則之問題，故不另述。

本文以為，在現行法下，多數實務見解的結論應為可採，蓋從不法利益與違法職務行為的交換關係觀之，不法利益從來不是由私人從其既有財產中取出部分款項作為不法利益，以交換公務員的違法職務行為，而是公務員和私人間直接約定如何分配私人所取得的公共工程款項或採購款項，並透過公務員違法職務行為而將此一款項交付予私人，私人再於私底下將此一款項交由公務員，私人在此一過程當中，毋寧扮演著配合演出的配角角色，兩者間只存在著如何朋分贓款的合意，而無對價關係的合意。因此，學說見解認為收取回扣行為與違法職務行為間

¹⁶⁰ 吳耀宗，貪污瀆職罪之立法展望——以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心——與談意見（一）：刑法抗制貪污犯罪之新思維——「貪污瀆職罪之立法展望——以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心」，檢察新論，第 19 期，頁 76-77。

具有對價關係，乃是受到了收取回扣行為表象上看似存在的「合意」與「交換關係」所迷惑而所致的結論。

參、賄賂與回扣不具同一性

至於回扣與賄賂的差別，本文認為，誠如部分學說見解的觀察，透過不法利益的源頭與流向，可以知道兩者間確實存有差異，如果要將之等同視之，則應該要解釋為何回扣的來源雖是行政機關，與賄賂來自私人具有不同，但是可以解為同一的理由。

本文推想，多數學說見解之所以將回扣解為賄賂，可能主要的理由是從結果來看，認為回扣仍是從私人的財產中所給付的金額，畢竟當行政機關將公共工程款項或採購款項給付予私人時，便成為了私人的財產，當款項再從私人給付予公務員，縱使雙方事先有約定一定比例，此時不可否認和賄賂乃是源自於私人的既有財產，毋寧是具有一定的相似性。另外，從結果作為觀察的另一個觀點是，如果撇除掉不法利益流動的來源與過程，只看公務員與私人各自整體財產上的變動，其實兩罪間並無太大區別，從而區分賄賂或是回扣的區別意義即無必要。詳言之，假設在收取回扣罪中，公共工程價款總額是一千萬元，約定回扣金額是一百萬元，則最後的財產變動金額是私人獲得了九百萬元，公務員獲得了一百萬元；反之，如果是賄賂罪的案例，則是私人給付了一百萬的賄賂予以公務員，因此透過公務員的職務行為／違法職務行為獲得了公共工程案件或是採購案件，最終財產變動金額亦是公務員獲得一百萬元，私人獲得了九百萬元，由此可以顯示出就結果而言，兩者間並無差距。且再從立法目的而言，無論是透過賄賂行為，還是透過收取回扣行為，皆可能使得私人在接下來的履約關係中，透過偷工減料或是給予劣等品質的給付，以彌補所給付的賄賂或回扣所生的虧損。

惟本文認為，在現行法規規定之下，如果僅從結果論來看，而忽略了犯罪行為的過程，所為的觀察點毋寧是一種錯誤的切入點。質言之，只有兩者間的立法目的、犯罪行為、過程與構成要件等不法內涵具有多種特徵上的相似，而歧異點出現於不甚重要的行為、過程或要件上，抑或是在文義可容許的範圍內對之進行擴張解釋，從而得以將兩者相提並論之前提下，才能認為兩者間具有相似性。以此一觀點作為切入，則可以發現學說見解的盲點在於，收取回扣罪與賄賂罪的不法內涵具有本質上的差異，兩者間無論是犯罪行為、不法利益的流動過程、構成要件中的對價關係上都不具相同性，尤其對價關係毋寧是賄賂罪中最重要的要件之一，當收取回扣罪不須具備此一要件時，便已使得兩罪要解釋為具有相似性變得十分困難，從而回扣與賄賂要解為同一，透過賄賂直接包含回扣，恐難以達成。至於兩罪都可能導致公共工程或採購物品的品質低落，這也僅是結果上的觀察，雖不能謂與不法內涵無關，但不法內涵須綜合考量，在兩罪的構成要件上已不具相似性下，縱使結果上存有相似性，亦不得逕將兩罪解為相同。因此學說見解認為賄賂與回扣相同，而可直接透過賄賂包含回扣的說法，本文認為此一說法忽略了現行法下兩罪本質上的不同，從而有此一不甚妥適之結論。

退步言之，即使從回扣的文義解釋，亦難以得出回扣與賄賂相同的結論，蓋無論是實務見解還是學說見解，均肯定回扣必然是就公共工程款項或是採購款項中提取一定比率或扣取其中一部分；換言之，需要公務員為了圖自己利益，而對於系爭款項予以抽成，方屬於回扣。然而，在賄賂的定義上，則沒有此些限制，且公務員獲得不法利益乃是因為職務行為／違法職務行為的交換代價，而非是公務員圖自己利益，因此兩者間於文義解釋上，也不具有相似之處。

肆、收取方與交付方並非對向關係

最高法院對於收取回扣罪中的公務員與交付回扣者是否處於對向關係，有認為應採取肯定見解，亦有認為應採取否定見解，實務見解至今尚無定論。至於學說見解對於此一問題少有發表意見者，大多僅認為收取回扣罪乃是賄賂罪的特別規定，且可以直接透過賄賂罪加以掌握，無須另為規定，對於此一問題未多談。本文認為，學說見解應該是因為先入為主地認為收取回扣罪的本質是為賄賂罪，且認為透過賄賂罪解釋收取回扣罪應無問題，從而未能深入探討收取回扣罪與賄賂罪的同異之處。同樣的，有論者對於最高法院的部分判決認為收取回扣罪係為對向關係的結論採取批判態度，認為最高法院未能深究收取回扣罪的本質，以致於最高法院雖然多數見解強調賄賂與回扣係屬不同，但實際上仍將賄賂與回扣等同視之，才會得出收取回扣者與交付回扣者處於對向關係的結論¹⁶¹。

本文認為，採取反對意見的學者見解應值得肯定，質言之，採取肯定見解的實務判決無法充分解釋為何兩者間具有對向關係，僅是模糊地聲稱兩者間存有對立的意思合致或行為完成，具有對向關係的存在，學說見解更對之置而不談；反對見解則是先將收取回扣罪解釋為圖利罪的特別規定，本質係為圖利罪，而圖利罪與賄賂罪的本質上有所不同，從而認為收取回扣罪的私人或廠商僅是配合演出的角色。

本文對於收取回扣罪是否本質上係為圖利罪，仍須待於後文將收取回扣罪與圖利罪的同異進行比較後，方能知曉兩者間是否有同質性，故對此部分先不予評論。然而，如果從本文上述的不法利益流動方向作為解釋基礎，應能為此一問題得到清晰的解答，因為由不法利益的流動乃是呈現迴圈式，兩者間的意思合致或行為完成，毋寧只是交付回扣者答應幫助公務員完成圖利公務員自身的幫助行為；

¹⁶¹ 李進榮，同註 19，頁 16。

肯定見解無法有效的解釋為何在現行法下，為何這樣的幫助行為可以解釋成是對向關係，如同在第三章所提到與收取回扣罪有相同犯罪結構的回扣型圖利罪，為何公務員直接圖利自己時，可以直接認定此一行為是為圖利罪，但是在中間加入一輾轉將不法利益交付予公務員的人時，此時便認為此一扣型圖利罪與賄賂罪具有相似性。本文認為，無論是收取回扣罪，還是回扣型圖利罪，公務員收取回扣時的動機都是出自於讓自己得以獲得不法利益，從而為了達成此一目的所找來的第三人加入此一犯罪結構，第三人於犯罪結構中的行為為何，並非是此二種犯罪主要的不法內涵，也因此圖利罪中的直接、間接等分類方式，毋寧是一種不具實質幫助的形式上觀察，而未能確切指出回扣型圖利罪的不法內涵，同樣的問題亦出現在收取回扣罪上。綜上所述，本文以為收取回扣與交付回扣間應不存在著對向關係，方為正確理解。

伍、交付回扣者不應成立行賄罪

對於交付回扣者是否成立行賄罪，最高法院的多數見解採取肯定立場，僅對於交付回扣者是否能直接論以行賄罪，或是仍須待立法者另行訂定交付回扣罪方能對之論處，有所爭議。至於學說上，如本文前述，目前並無學者對於此一議題多加評論，故此一爭議的討論只僅存在於實務見解之間。本文猜想是因為多數學者將收取回扣罪的本質定位為賄賂罪，且本文前述亦提及在現行實務中的案例，大多數的公務員都有違反職務內容的行為，則交付回扣者當然成立行賄罪，應屬無疑。

然而，這樣的邏輯無非會犯下幾個錯誤。首先，這毋寧也是牽涉收取回扣罪的本質問題，本文已經花費相當篇幅論述收取回扣罪與賄賂罪的差異，是否能將收取回扣罪的本質定位於賄賂罪仍存疑義，無法直接得到肯定答案；縱使撇除收

取回扣罪的本質不論，僅從收取回扣罪的犯罪結構作為觀察，在收取回扣的過程中，交付回扣予公務員的私人是否出於行賄的意圖，恐有爭議，蓋收取回扣者與交付回扣者間並不存在著對向關係，而兩者間的意思合致與其說是出自對於不法利益與違背職務行為的交換關係，更像是兩者間的分贓與私人配合演出，因此是否存有行賄罪的成立空間，本文認為應以否定見解為可採，方為妥適。

再者，認為可以成立行賄罪的思考亦存有盲點，蓋收取回扣罪的行為，是否必然涉及公務員違法執行職務的行為，不無疑問，若今有一工程案件或採購案件之程序皆合法，由某一廠商得標，嗣後公務員向該廠商索取回扣，廠商可能基於避免嗣後驗收的過程受到刁難，又或者為了之後再次投標的機會，以及藉此打好與公務員間的友好關係，因此答應並交付回扣，此時能否不論公務員於採購過程中皆是基於合法執行職務，仍認為廠商可以成立行賄罪？觀察最高法院歷來判決，似皆未能在其採取收取回扣罪的本質為賄賂罪之下，有明確地意識到此一問題，以致於實務見解的討論重心只在於肯認交付回扣者的行為為行賄行為，然是否可以成立行賄罪，抑或是須待立法者設立交付回扣罪方能論處此一行為。

另誠如本文於第二章所言，如延續最高法院多數意見，認為交付回扣者應成立行賄罪，但如上所述，這種的論罪方式，一方面會造成論罪上的不協調，意即一方論以收取回扣罪，一方卻論以行賄罪，進而將牽動收取回扣罪的本質爭議，以及行賄罪是否與收取回扣罪是對向犯分別論處的罪名；另一方面，在實務見解認為收取回扣罪雖可透過賄賂罪加以掌握，但因為該犯罪行為惡性重大，為對之懲以重刑，而有為之設立特別規定的必要，然而，依照此一邏輯，交付回扣者的惡性不也應較違背職務或不違背職務行賄罪的惡性來的重大，卻何以無交付回扣罪的訂立，如此不免有邏輯矛盾之疑慮。

綜上所述，本文認為基於採取賄賂罪的見解之下，實務與學說見解將面臨多項問題，且仍未能有效解決之，以至於留下許多解釋上的問題，更引起解釋論上的衝突；又在本質上，從本文一貫採取的不法利益流動以及收取回扣行為中公務員與廠商各自所扮演的角色，皆顯示在現行法下，毋寧直接承認收取回扣罪的本質與賄賂罪存有差異，無法透過賄賂罪加以掌握之，從而交付回扣的廠商無法論以行賄罪，更能直接而有效的解決此一問題，且乃為更直觀的解釋方式。

第二款 收取回扣罪與圖利罪之異同

第一目 不法內涵

在從收取回扣罪的犯罪結構確認與賄賂罪的不法內涵有相當明顯的差異，以及如以賄賂罪作為收取回扣罪下所生的解釋論上問題後，本文將接著討論學說上曾提及用以作為收取回扣罪的本質的圖利罪，其與收取回扣罪兩者間的異同。

在圖利罪中，雖然實務見解與大多數學說乃採直接、間接圖利的分類方式，但本文認為此一分類方式並無實益，無法有效凸顯各種類型的圖利罪之特徵，並將造成解釋論上的混淆，故不採此一分類方式。反之，本文認為，在本文已採擇圖利罪的本質係為濫權罪的情形下，較為可採的是學說上對於圖利罪的不法利益流動方向，因此將接續以此作為論述的開展。

又在圖利罪的不法利益流動中，公務員圖利自己與圖利私人的態樣並不涉及第三人於不法利益流動中的介入，且亦沒有公務員與私人朋分不法利益的過程，因此此兩者與收取回扣罪並無可資比較的基礎；但在公務員圖利自己與私人的案例中，其中包含公共工程或採購案件中最常出現的回扣型圖利罪，在不法利益流

動的方向上與收取回扣罪具有可資比擬的基礎，因此將以此作為比較主軸。

在回扣型圖利罪中，不法利益的流動方向乃是透過公務員違法執行職務下，將國庫（或極少數的私人）的資產透過公務員交付予廠商，再由廠商透過與公務員間的約定，將部分的資產作為回扣而交付予公務員，且公務員與廠商間的約定，在學說上被認為是兩者對於不法利益的分贓；而本文上述提及的收受回扣罪中之不法利益流動與此具有相似的結構，國家因為公共工程或採購案件而透過公務員將款項交付予廠商，廠商在基於與公務員間的比例約定，將此部分的不法利益交付予公務員，且廠商在此一過程中的角色，亦和圖利型回扣罪具有相似性，皆非是主要角色，毋寧都是作為協力的幫助角色。

另外，從圖利罪的類型而言，尚需討論非主管或監督事務類型的圖利罪是否得作為與收取回扣罪比較的對象。本文認為，兩者間應不具可資比較的基礎，因為一方面學說見解大多數對於非主管或監督事務類型之圖利罪抱持立法上質疑的態度，認為其乃是圖利罪的特殊類型，與一般圖利罪的立法目的及結構具有不同，然學說上在討論收取回扣罪與圖利罪的比較時，往往是在說和主管或監督事務之圖利罪的比較；其次，公務員須在自己職務範圍內所經手的案件，才有可能對於私人索取回扣，蓋回扣必然來自該案件的財產給付，則當公務員與該涉及財產給付的案件無職務上關係時，則縱使其從私人方得到給付，無論是合法或違法給付，皆與回扣無關，該財產給付也不能稱作回扣，此一論述從回扣本身的定義便可得到解答；最後，如果從貪污治罪條例的立法沿革作為觀察，可以發現在貪污治罪條例的前身「戡亂時期貪污治罪條例」於民國 52 年立法之初，便同時設有收取回扣罪以及非主管或監督事務類型圖利罪，因此兩者顯然並非有原則及特別之關係，且從立法體系的順序上，收取回扣罪反而較非主管或監督事務類型圖利罪來的前面，應可論證收取回扣罪的本質與非主管或監督事務類型圖利罪並無

關連。

第二目 適用案例的差異

兩者間在於犯罪結構上具有極相似的特徵，如真要比較兩者間的差異，應該是回扣型圖利罪並不限於公共工程或採購案件，故可能出現所有國家必須支出費用予私人的案例中，舉例言之，像是發放補助款予私人，公務員可能和私人勾結而定有不法利益的分贓約定，從而在私人獲得補助後再將部分不法利益交付予公務員；然在收受回扣的案例中，由於條文的明文規定，故只能限於公共工程或採購案件，且在目前實務見解及學說見解將之定位為賄賂罪或圖利罪的特殊規定之下，則其所規制的範圍自應該較賄賂罪或圖利罪來的限縮，否則在兩者完全相同的規定下，即有特別刑法全然架空基本刑法，以及違反罪刑均衡的疑慮¹⁶²。

第三目 條文文義不限於收取回扣者違法執行職務

其次，由於回扣型圖利罪的本質在學說見解乃是定位為濫權罪，本文亦認為此一見解妥適，則一方面圖利罪的條文明文規定，另一方面公務員濫權則必然須違反法規，故只在於公務員違法執行職務時才有可能成立圖利罪犯罪；但對於收取回扣罪是否只限於違法執行職務時才能成立，本文認為有所疑義，蓋如本文於收取回扣罪與賄賂罪的異同比較中所舉的例子，如果公務員在合法發包公共工程或採購案件後，才和廠商索取回扣，此時公務員能否成立收取回扣罪並非沒有爭議。

¹⁶² 然而，即使收取回扣罪的成立範圍較刑法中的賄賂罪或圖利罪之範圍來的限縮，仍有特別刑法過於氾濫，以及特別刑法架空基本刑法的疑慮，惟此非本處所關切的重心，故不多贅述。

本文認為，由於一方面依循收取回扣罪的條文文義時沒有明文限制須是公務員違反執行職務而收受回扣，以致於存有公務員合法執行職務並收受回扣有成立收取回扣罪的解釋空間；另一方面，如果從收取回扣的不法內涵而言，為何在合法執行職務下的收取回扣行為不能受到收取回扣罪的規制，並無道理，因為如果從實務見解及學說見解皆肯認收取回扣行為會造成公共工程或採購物品的品質下降、導致廠商偷工減料以彌補交付回扣的虧損等立法目的來看，誠如本文於收取回扣罪與賄賂罪的異同比較中所提，當公務員在合法執行職務後由特定廠商得標，此時公務員向廠商索取回扣，由於廠商可能基於日後驗收、再次投標、與公務員的良好關係等因素而交付回扣，無論公務員於招標過程中是否合法執行職務，此時廠商便因交付回扣而受有部分利潤的損失，因此廠商皆是有透過減損公共工程或採購物品的品質來達成彌補利益的動機，則能否將公務員合法執行職務下的收取回扣行為排除在收取回扣罪以外，本文採取保留看法。

第三款 小結

然而，縱使收取回扣罪與回扣型圖利罪具有部分差異，但如要在學說上認為其所相似的賄賂罪與圖利罪中選其一者，由於收取回扣罪與回扣型圖利罪的犯罪結構極為相似，兩者所侵害保護法益與所欲規範的不法內涵有高度相似性，相較之下，其與賄賂罪的犯罪結構可說是相差甚遠，亦有許多無法解釋的矛盾存在，且收取回扣罪與回扣型圖利罪的差異部分，並非不能透過解釋論上予以合理化，故本文認為，應將收取回扣罪解釋成圖利罪的特別規定，且罪質亦為濫權罪，方為合適。

在確定以收取回扣罪的罪質為濫權罪與本質為圖利罪後，須進一步確認收取回扣罪的不法內涵。保護法益仍是「人民的公共信賴」應無疑義，惟其內涵，由

於實務與學說皆認為收取回扣罪會影響到公共工程或採購物品的品質，則在現行法下收取回扣罪的不法內涵內容應該是保障「避免公務員濫用權力圖謀自己的不法利益，使人民對於公權力的行使及公共工程和採購物品之品質產生質疑與不信任，進而造成公共信賴的下降」。

至於構成要件上，收取回扣罪相較於圖利罪之規定，在範圍上僅限於公共工程或採購案件，明文限縮收取回扣罪的成立範圍，而之所以限於收取回扣罪，考量的因素應是基於公共工程及採購案件所涉及的金額巨大，因此比起其他類型的圖利罪也較來得受到關注，復參酌實務及學說對於公共工程及採購案件所涉及之品質問題乃牽涉公眾的福祉，故立法者認為有獨立規制的必要應無可厚非。

又成立圖利罪的前提乃是公務員違法執行職務，則收取回扣罪中公務員亦須違法執行職務才能成立本罪，以符合解釋上的一貫性。這也表示，當公務員於合法執行職務過程中向廠商收取回扣的行為，不但不受收取回扣罪規制，亦不受到圖利罪的規範，則除非立法者另有規定外，否則於現行法下只能解為不受懲罰之行為。

第二節 實務見解與學說見解之再思與疑難

第一項 收取回扣罪為何僅限於公共工程或採購案件

在收取回扣罪的條文文義中，僅限於公共工程或採購案件，然而為何限於這兩種態樣的案件並沒有一個明確的說明。整理目前實務見解及部分學說見解對此的解釋，大致上是出於公共工程或採購案件中，如果公務員向廠商索取回扣，則

廠商可能為了彌補交付回扣部分的虧損，透過偷工減料以及降低物品品質來減少成本，進而造成公共安全或人民人身財產上的危險。

然而，本文認為這種說法沒有道理，出於以下理由：第一，實務見解與學說見解的說法無法解釋為何只有公共工程與採購案件特別重要，以至於需要特別將之獨立規範；第二，實務見解與學說見解對於收取回扣行為是否必然導致偷工減料與降低採購物品品質的高蓋然率，也未見說明。本文將以這兩點理由，作為接下來論述的展開，進行更細緻的說明。

第一款 無法解釋為何公共工程與採購案件特別重要

實務見解與學說見解對此並無清楚的問題意識，大都是一個教條式、口號式的傳遞與斷言。本文認為，實務與學說之所以會有如此的認定，可以從立法沿革以及金額上作為參考因素。

在立法沿革上，由於無論哪個時代，公共工程皆有其必要，方能使得人民的生活更加便利並促進經濟發展，且隨著現今人民生活更加依賴國家所提供的公共工程與服務時，對公共工程與採購物品的品質要求須比立法之初更加受到重視；另外，從金額上作為觀察，由於公共工程與採購案件通常所涉及的金額龐大，如果在這當中發生收取回扣等貪瀆案件，將導致國庫的重大損害，對於納稅人的財產亦造成間接的損害。

然而，以上理由並非有力的立論基礎。首先，本文認為不是只有公共工程與採購案件才足以重大到須特別獨立立法規範之，在其他案件中發生收取回扣的案件，仍會造成人民對於公務員於執行職務時的公正性之信賴產生質疑，且亦會造

成國庫的損害和納稅人的間接財產損害。如本文於前文所述的例子，如果公務員與私人約定於私人獲得補助款後，須交付部分補助款給公務員作為回扣，此時一方面會影響到該補助款的功能，一方面也會影響人民對與公權力的公共信賴，尤其當公共信賴作為一種集體法益，當這種案件層出不窮時，對於公共信賴所造成的影響是否亞於公共工程與採購案件，本文認為不必然，蓋因為公共信賴具有累積行為侵犯而快速下降的特質，毋寧說是只要達到該信賴的臨界值，便會使得公共信賴受到質疑與破壞，因此與是否為公共工程與採購案件並無必然關係。

再者，累積犯的特質也使得金額上多寡的說理顯得不足，因為公共信賴的下降，並不會因為收取回扣案件的金額多寡而受到影響，而是收取回扣案件出現的頻率才是重要因素。又收取回扣罪所涉及的不法內涵，並未包含國庫受到重大損害此一內涵，因此雖然對公共工程和採購案件收取回扣往往造成國庫承受巨額損害，但能否就此論證收取回扣罪限於此兩種案件類型，值得深思。

第二款 導致公共安全與品質下降的高蓋然率並無論證

實務見解與學說見解多肯認收取回扣罪的不法內涵包含公共工程或採購物品下降的部分，例如最高法院 104 年度台上字第 1144 號刑事判決即認為收取回扣罪重在保障公用工程之品質，而特別明文嚴禁公務員就經辦之公用工程收取回扣，以免廠商偷工減料降低工程品質，確實維護大眾之公共安全，從而對於公務員就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之，因客觀上對承作廠商有相當不利之影響，乃列為公務員特別重大之貪污行為，不論公務員有無違背職務之行為，均應課以該罪刑。

然而，本文認為此一理由也僅是結論而非論述，蓋承本文上述，如果在現行

法圖利罪已能納入這類型態的犯罪時，要增設特別刑法進一步針對此一犯罪獨立規定，則須有特殊需求方屬妥適。然而，從本條文的立法目的觀之，並未能得出收取回扣行為與公共工程或採購案件之品質下降的必然或高度關聯，甚至連呈現正相關的統計說明亦不見之。退步言之，假設涉及收取回扣的公共工程或採購品質真有低落的問題，然該公共工程或採購品質低落的原因是否和公務員收取回扣而使廠商偷工減料間具有因果關係？不無疑問。對於現今公共工程品質低落的問題，許多學者及專業人員毋寧是更加注意目前行政機關於相關案件所實施的採購方式為「最低標」的問題，蓋採用最低標的決標方式將使得廠商削價競爭以搶得標案，進而導致廠商在施作工程時犧牲品質，而品質低落的工程或物品的使用年限也較短，故沒過多久時日便又需要再次招標，浪費公帑，形成惡性循環，此毋寧才是我國公共工程與採購物品低落的原因，因此縱使在這中間過程中發生收取回扣事件，是否能直接連結收取回扣行為與品質低落間的關係，實有疑義。

再者，如果是基於其他目的例如補助款等，更能直接顯示該收取回扣的行為直接損及該補助款的功能，蓋任何補助款都是基於特定目的以及為了達成某項功能而發放，並隨著人民不同的情形而有不同的補助金額，一旦從中扣取部分作為回扣，將直接影響到得到此一補助金額的個人，並使得該補助款所欲對個人達到的功能產生減弱的作用，毋寧較公共工程與採購案件中收取回扣行為的影響來得直接，因此為何較為直接影響的補助款之案例不能透過收取回扣罪加以規制，但公共工程與採購案件卻可以，本文認為並無道理。此外，雖然公共工程或採購案件所涉及的金額通常龐大，因此格外受到關注，但是金額龐大而受到關注是否能因此解為只有該類案件方有動用特別刑法加以規制的必要，本文持保留見解，蓋並不能因為其較為受到矚目便僅認為只有該類案件方有動用特別刑法加以規制的需求¹⁶³。

¹⁶³ 然而，值得注意的是，「公共信賴」在現實上常受到新聞媒體乃至於政策上的操控，舉例言之，近年來我國對於酒駕的容忍度越加降低，即使從 105 年內政部警政署的資料中顯示酒駕發生率自

第二項 回扣的定義僅是斷言而無論理

第一款 回扣的定義不應限於來自公共工程或採購案件

實務與學說對於回扣與賄賂乃採取不同定義，惟學說認為可以透過賄賂直接包含回扣，但實務見解認為不行；本文並對於認為賄賂與回扣採取同質解釋的見解進行評析，已於前所述。

惟本文對於實務見解所採取的回扣定義認為有所疑義，蓋實務見解將回扣侷限於國家向廠商應付給之建築材料費或工程價款，以及採購價款當中，然為何只能侷限於此兩種價款中，實務並沒有多加論述。然如本文上述，回扣並不一定只會出現在公共工程或採購案當中，毋寧是只要是透過公務員之所經辦的財產事務，都有可能存有收取回扣的現象，尤其近來都市更新頻繁，土地徵收的案例不勝枚舉，然有公務員與私人勾結，透過將原不在徵收範圍的私人土地加以劃入徵收範圍，使私人獲得補償費用，再由公務員取得部分補償費做為報酬¹⁶⁴，因此將範圍限於此兩種類型並無道理。

101 年開始持續下降，然而媒體時常操弄富有人家酒駕肇事致死傷的案例，大肆炒作大眾情緒，即使到了今年（106 年），要求酒駕刑度再次加重的呼籲仍不絕於耳。同樣的，在於貪瀆案件亦同，在媒體大肆炒作下，現今人民對於政府的權力是否存有公共信賴乃實值得深思，縱使這類案件發生率不高，但在於閱聽人所接觸的片面資訊下，已能讓不信任超過臨界值，造成公共信賴的快速下降。但這種民意上的誤導與偏見，不應作為刑法規制的指引，毋寧是需考量此類案件真實的發生率與造成的影響，以及獨立規制上的需求等因素綜合考量，方為妥適。

¹⁶⁴ 關於土地徵收回扣的案例，例如：前台中市市議會秘書長陳健楷在 2013 年 10 月 1 日被報導指出其將手伸進市議會三項工程及太平區育仁路土地徵收案，疑向廠商及地主收取回扣、贓款逾億元；惟值得注意的是，在臺灣臺中地方法院 103 年度重訴字第 224 號刑事判決乃認定本案的回扣係為賄賂，後續判決是否維持地方法院之見解，殊值觀察。又如前桃園市長李信宏於八十四年，在桃園富國段土地價購案中，涉及和李氏宗親會長李榮芳，共同對三筆土地，從中收取回扣三千三百萬元，在多次發回更審後，於 96 年 10 月台灣高等法院依收取回扣罪判刑，並於 98 年最高法院駁回上訴而定讞。

第二款 與實務和現實衝突且無法解釋為何必來自價款

再者，雖然本文對於學說上認為可以透過賄賂罪包含收取回扣行為，以及以犯罪結果作為觀察的角度已經說明該種見解的不妥之處，但必須肯認仍有參考之處。舉例言之，雖然實務見解堅持回扣必然取自於價款，且不法利益的流動呈現迴圈式，但在實務上最大的問題乃在於，如何證明此為賄賂還是回扣？又回扣如果事先由交付回扣者從其既有財產中給付，之後才取得公共工程或採購的款項，又該如何解釋？雖然以整體結果的觀點作為觀察，毋寧是忽視收取回扣罪的犯罪結構，但是卻確切的指出的收取回扣罪的最大問題，在實務上收取回扣的公務員根本不會等到廠商拿到價款時才索取回扣，毋寧都是在廠商得標前後先給付部分不法利益，再於廠商取得款項後給付剩餘部分的不法利益，這樣事先給付的不法利益，得否稱之為回扣？最高法院雖肯認回扣可以是先給付，並不必然取自價款，然一方面此和最高法院自身的定義有違，毋寧是只要求金額和回扣相同即可，至於交付時點與廠商取得價款前後皆不影響本罪的成立，另一方面則造成了賄賂與回扣在實務上認定的困難與混亂，蓋賄賂的交付時點並不限於公務員執行職務／違法執行職務之後。由上述可知，其最根本的問題在於，為何回扣的定義必然是取自價款？實務見解並沒有給予足夠充分的說理，毋寧只是一種直觀式的結論

165。

¹⁶⁵ 在比較法上，美國有學者對於回扣的定義如下：「回扣是一種公務員直接或間接地接受的任何形式補償，乃是來自於賣方、承包商、次承包商為了影響合約的得標而所給付的款項；回扣可以包括金錢、酬金、佣金、禮物、贈物、慰勞金。」由此一定義中，可以發現其並未規定須來自於公共工程或採購案，而是廣泛的含括政府與私人間的買賣行為。值得一提的是，論者也認為賄賂與回扣是不同的，當廠商打算透過給予公務員不正利益以影響公務員作出有利於該廠商的決定時，此為賄賂；而當公務員作出有利於廠商的決定，然後從廠商處收到部分的報酬或是不正利益，則為回扣。可參考：Rebecca Mirsky & John Schaufelberger, *Professional Ethics for the Construction Industry* 95 (Routledge, 2014)。另有學者將賄賂定義成廠商為了獲得利益或是規避不利益的給付，而回扣則是對於公務員作成有利廠商的決定所給予的甜頭或獎勵；論者並進一步認為回扣在計畫選擇、調查階段以及投標與簽約階段皆可能有所影響，但未多說明原因。可參考：Mu Sohail & Sue Cavill, *Accountability to Prevent Corruption in Construction Projects* 737-738 (ASCE, 2008)

又，在確認收取回扣罪的本質與賄賂罪不同後，則在同一案件中可能存有公務員的犯罪行為同時成立收取回扣罪以及賄賂罪的可能性，蓋兩者間乃是想像競合之關係，此時可能進一步引起的問題是，如何認定哪些不法利益與職務行為／違背職務行為具有對價關係而可以稱為賄賂，而哪些不法利益係出於公務員濫用權力圖利自身而向廠商索取之而可以稱為回扣？可見將進一步引起實務區辨兩者的混亂。

第三項 無法解決交付回扣的時點應為何時

在現行法下，實務見解對於回扣定義之根據的不明瞭，將進一步影響收取回扣罪的成立與否，且和收取回扣罪的本質產生衝突，尤其在實務見解堅持回扣必須來自公共工程或採購價款之情形下，卻又肯認回扣的收取時點可以在行政機關將公共工程或採購價款給付予廠商之前（以下稱為事前收受回扣），本文將於以下分述之。

由於回扣的定義之根據不明瞭，但實務見解肯定回扣的交付時點可以於事前為之，一則將產生回扣與賄賂的區辨困擾，一則無法說明允許事前交付的理由為何。對於前者，由於賄賂的交付時點於實務見解上肯認得於事前或事後為之，一旦允許收取回扣行為得於事前為之，則將進一步造成兩者的糾結不清與混亂；至於後者，由於實務見解對於回扣的定義十分清晰，須是公務員對於價款的比例抽成為要約，則自須以已取得價款為前提，這樣的定義以致於幾乎排除了回扣來自事前的可能性，且該罪的立法模式所採取的乃是未遂犯與既遂犯，毋寧需要等到廠商收到行政機關所給付的價款方能認為本罪既遂，因此如於事前給付予公務員回扣，嗣後因故未取得標案或價款，此時能否謂本罪既遂實有疑義，在本罪並非採取如賄賂罪的要求、期約、收受的模式下，本文認為應持保留見解。

再者，基於收取回扣罪之本質為圖利罪的前提下，由於圖利罪的不法利益之特徵在於公務員濫用權力後，由公務員、私人或是兩者同時獲得利益，因此須遵循的模式是：公務員濫用權力在先，不法利益的獲得在後，從而當公務員沒有濫用權力前，或是濫用權力後、但國庫財產移轉予公務員、私人或同時予以兩者之前，此時公務員所獲得的不法利益能否認定是圖利罪中的不法利益，不無疑問，則既然回扣受到圖利罪的不法利益之概念所包括，自然須遵從此一模式，且與圖利罪之不法利益作相同解釋，因此在國庫財產移轉之前的抽成約定與抽成金額的款項交付能否解為回扣，本文亦持保留看法。

第四項 無法說明排除合法職務下收取回扣之行為的理由

本文已於上述分析在現行法下收取回扣罪之本質為圖利罪的情形，欲成立本罪的前提限於公務員違法執行職務而收取回扣，但此時遺留的問題則是：排除合法執行職務而收取回扣的行為是否妥適？本文認為，思考點在於收取回扣罪的立法目的。

從立法目的而言，承本文前述，實務與學說見解認為乃是為了避免公務員收取回扣的行為導致人民對於公權力之公共信賴下降，並進而造成公共工程與採購物品品質的下降。然而，就此而言，合法執行職務而收取回扣行為是否外於此一立法目的，顯具有疑義，蓋在此一情形之下，人民心中的印象仍是：「身為人民公僕、為國家社會奉獻的公務員竟然濫用權力為貪瀆行為、收取回扣，且這種事情還層出不窮，這個國家體制還能信任嗎？」對於人民而言，公務員是在合法執行職務還是違法執行職務下收取回扣，可以說根本不是重點。

再者，本文亦曾提及，合法執行職務下收取回扣之行為，對於公共工程或採購物品之品質的下降而言，是否亞於違法執行職務，應亦具有疑義，蓋對於廠商而言，無論公務員是否違法執行職務，都是造成了廠商回扣部分的損失，則如延續實務與學說見解所認為「為了彌補回扣部分的利益損失而偷工減料」的看法，則廠商顯然有須要透過降低公共工程或採購物品的品質來彌補其虧損，進而造成公共安全或公共財低劣的問題，並降低人民福祉，故縱使是合法執行職務下收取回扣，亦有加以規制的必要，現行法下的收取回扣罪將之排除於外，顯無理由。

第三節 收取回扣罪之立法論與再定位

本文已透過收取回扣罪與賄賂罪和圖利罪的比較，得到在現行法下，收取回扣罪與賄賂罪有諸多不同點之處，且立法結構上極為相似於圖利罪，但如以圖利罪作為收取回扣罪的解釋基礎，又將面臨到諸多現行法下無法解決的問題，因此，本文以為有必要針對收取回扣罪的立法論上加以重新檢討，以便解決收取回扣罪長久以來的問題。

第一項 回歸圖利罪或以圖利罪為本質而修法之可能性

本文將先探討是否有可能將收取回扣罪廢除，而回歸圖利罪作為論罪依據，蓋收取回扣罪在本文上述已論及和回扣型圖利罪的相異性，從而將之廢除而回歸圖利罪，似無不可。然而，若透過回扣型圖利罪來掌握收取回扣行為，仍會面臨幾個困難問題，本文將分述如下。

在目前現行實務見解將圖利罪定位為賄賂罪的概括規定下，且此一見解受到不少學說見解支持，則對於圖利罪的本質為濫權罪還是貪污罪的爭議，便無可避

免地延燒至回扣型圖利罪本身，此將造成本質上問題的爭議。

再者，縱使承認圖利罪的本質為濫權罪，而與賄賂罪不同，但如本文前述提及，此時亦將產生回扣型圖利罪與賄賂罪的糾纏不清之問題，蓋對於公務員與私人間是否存有對價關係、究竟有無存在雙方合意的賄賂關係還是公務員單方濫權、合法職務行為下的回扣型圖利罪無法受到規範，以及如何區辨賄賂罪中的賄賂與回扣型圖利罪中的不法利益，都將隨著收取回扣行為回歸圖利罪，在圖利罪中引發同樣的爭議。因此，雖然本文花費許多篇幅論述現今收取回扣罪的本質較為偏向圖利罪，但無論是遵循現行法，還是回歸圖利罪的本身而透過回扣型圖利罪家以掌握之，皆面臨許多無法解決的問題，從而，本文認為透過回歸圖利罪來掌握收取回扣行為並非最為妥適之方法。

又如以維持收取回扣罪的存在，針對本文上述所提出的缺陷進行修法，本文認為仍無法避免與賄賂罪的糾纏不清之問題，在此一脈絡下，仍會如同現行法下遭遇到圖利罪與賄賂罪的本質之爭；再者，在多數收取回扣罪中，都存在有看似合意的過程，此時究竟是否存有對價關係，仍將是持續混亂的爭議問題，因此本文認為透過以圖利罪作為本質來修改現行法亦非最好的做法。

第二項 回歸賄賂罪或以賄賂罪為本質而修法之可能性

本章第一節中已經詳述現行法與賄賂間的差異何在，然而此並不影響能否將收取回扣罪廢除，並將收取回扣行為納入現行賄賂罪之中，且如能將收取回扣行為納入賄賂罪或以賄賂罪作為本質進行修法，則將可以避免掉許多現行法所面臨的爭議。只是如本文前述，在不法利益流動方向兩者存有差距之下，如何使收取回扣行為納入賄賂罪或以賄賂罪作為本質而進行修法，則必須運用法解釋學加以

處理之。

本文以為，最大的問題點在於如何解釋收取回扣行為中的對價關係，此毋寧是最重要的問題，蓋收取回扣行為與賄賂罪中的金流方向無論如何皆是呈現兩種截然不同的模式，且此一問題無論是實務見解還是學說見解皆未能給予合理說明。

本文認為，或許能以更為宏觀的角度觀察收取回扣行為，除了不法利益的流向外，應該將前階段中公務員與交付回扣者間的約定階段一同納入，將前階段解釋成要求、期約的階段，後續的回扣之流動方向縱使是透過迴圈式的方式流到公務員本身，亦無礙於對價關係的認定，蓋對價關係早已在公務員與私人約定之時早已確定，後續的交付回扣行為也只是用來證明公務員與私人間確實存有對價關係的約定，以及賄賂罪的階段之構成要件上的選擇而已，而透過這樣的解釋方式，可以解決目前實務上遇到的諸多問題。

在於不法內涵上，學說上對於收取回扣行為的本質爭議問題，在本文所採取的見解下，將不復存在，蓋此時已透過賄賂罪加以含括收取回扣行為，直接透過賄賂罪加以解釋即可。再者，此時也無須再去強分「回扣」與「賄賂」間的差異，統一使用賄賂或其他不法利益作為行為客體即可，且亦不需討論此一不法利益約定的資金來源究竟是公共工程款和採購價款，還是來自於私人的固有資產，蓋賄賂的來源出於何處本來就不具任何重要性。同時，在肯認前階段具有對價關係之下，則公務員與私人則當然為對向關係，且交付不法利益者是否成立行賄罪，僅需以雙方約定的職務行為是為合法職務行為還是違法職務行為作為判斷即可。

同時，在現行法下的收取回扣罪所不能解決的問題也將一併消失，蓋賄賂罪

的案件並無公共工程或採購案件的限制，並透過要求、期約、收受三階段的規制，使得交付時間的時點得到了明確的規定，無須如同現行收取回扣罪尚須考量後續私人是否得標而能否論與收取回扣罪等爭議，且賄賂罪本身即含有合法職務受賄罪與違法職務受賄罪，故現行法下無法受到規制的合法執行職務下而須另外尋找論罪依據的收取回扣行為，亦可直接納入賄賂罪中一併處理之，無須再出現同種本質的行為分開論以大相逕庭之罪名的荒謬現象。

至於在回歸賄賂罪之後的論刑上，收取回扣行為的刑度是否會較一般的賄賂行為之刑度還要更重，原則上兩者間應該是沒有區別，但法院可於個案之中依據刑法第 57 條所列的各款，如動機、手段……等面向進行考量；此外，論刑上需要注意的另外一點則是，本文既然肯認瀆職罪章的保護法益在於人民對於公務員執行職務的公正性之公共信賴，此時我們所應著重的犯罪部分應該在於公務員的職務行為／違法執行職務行為與收取回扣之間的對價關係，公務員僅能在侵犯此一法益的前提下，在這犯罪情狀與不法內涵中進行論刑上的調控，不應將諸如國庫、公共財產所受到的損害等其他法益納入考量，否則會有過度包括其他法益以及量刑過重等問題的引發，應予注意。

第四節 小結

現行法下的收取回扣罪在本質上較為偏向圖利罪之類型，甚至與回扣型圖利罪有高度的相似性，復以實務見解與學說見解對於收取回扣罪的諸多問題的混淆與定義矛盾、解釋論的交代不清之下，使得收取回扣罪要透過賄賂罪以作為本質來進行解釋存有許多困難。

然而，如果要透過圖利罪作為本質以對收取回扣罪進行解釋，雖然較為合理，

但卻會遇到許多難以解決的問題，實務見解與學說見解並無法解釋為何公共工程與採購案件特別重要而只限於此二類案件，且實務與學說對於回扣的定義回扣的定義乃是出自於斷言而，並未詳加解釋為何回扣須如此定義。其次，亦無法解決交付回扣的時點是否會影響到本罪成立與否的認定，以及無法合理說明為何要將具有同等破壞法益的合法執行職務下收取回扣之行為排除的理由。同時，只要收取回扣罪的本質定位為圖利罪，就必然須面對與賄賂罪之間的區分問題，將持續造成實務見解上的紛擾。

因此，本文嘗試著從賄賂罪重新定位收取回扣罪，本文以為，在現行法下已足以涵蓋收取回扣行為的所有態樣，因此並不需要另外額外設立一收取回扣罪的罪名。透過將收取回扣行為的前階段約定行為一同納入檢視，將公務員與私人在前階段之行為作為對價關係上之認定的階段，則後續的不法利益之流向縱為迴圈型亦不影響對價關係的存在，其功能乃在於證明對價關係的存在與構成要件上的則取，至於對價關係認定上的困難，則是訴訟法上舉證責任的問題，且也是賄賂罪中長期以來的爭議問題，並非收取回扣行為納入賄賂罪後才發生的獨特問題，因此亦無以此作為排拒收取回扣行為納入賄賂罪的理由。此外，在收取回扣行為回歸賄賂罪之後，其量刑的部分應該與賄賂行為並無差別，法院僅能在個案當中依據個別情形依據刑法 57 條進行量刑上的調控，且不應該考慮其他非本罪所保障的法益，以避免量刑上產生過重的問題。

第五章 結論

收取回扣罪的構成要件十分簡單，以致於實務見解對於收取回扣罪的構成要件如何解釋充滿爭議，蓋縱使實務見解認為收取回扣罪是賄賂罪的特別規定，然而在兩者構成要件差異甚鉅的情形下，能否將賄賂罪的構成要件之解釋論完全適用在收取回扣上，引起了實務見解上的激烈爭執。

首先面臨的是收取回扣罪的本質為何，實務見解有認為是賄賂罪的特別規定，亦有認為是圖利罪的特別規定，然由於實務見解認為圖利罪是賄賂罪的概括規定，故無論採以何一見解，收取回扣罪的本質皆是賄賂罪的特別規定。其次，在於「回扣」與「賄賂」的區辨上，實務見解堅持兩者定義不同，然如何區辨兩者間的差異，實務見解並無定論，導致常因此發回更審的困境。第三，實務見解雖然堅持回扣必然來自於公共工程或採購價款，但卻肯認回扣可以事先透過私人資產予以支付，此進一步加劇了回扣與賄賂的區分困難，並影響到如何判斷收取回扣罪的成罪與既遂時點，也引發了為何收取回扣罪的立法模式會與賄賂罪有所不同之疑義。再者，實務見解對於收取回扣罪是否為對向犯乃存有爭議，此時便引發了實務見解對於收取回扣罪的本質與對向犯的解釋存有矛盾，蓋如收取回扣罪為賄賂罪的特別規定，則交付方與收受方應為對向犯方為合理。同樣的問題也發生在收取回扣罪是否需具有對價關係此一賄賂罪的不成文要件上，亦造成了收取回扣罪的本質與構成要件解釋上的衝突。最後，對於交付方能否論以行賄罪，實務見解上亦存有爭議，但認為無法成立行賄罪的實務見解並非否認收取回扣罪的本質是為賄賂罪，而是認為行賄罪乃是一特別規定，則在收取回扣罪為賄賂罪的特別規定下，則亦應有一針對交付回扣行為進行處罰的特別規範，而不得逕行論以行賄罪，且在肯認可以成立行賄罪的前提下，將造成論罪上的不一致以及牽動收取回扣罪的本質問題，立法論上亦存有邏輯矛盾。

相較於實務見解，學說見解對於圖利罪的定位則具有爭議，雖然多數見解肯認圖利罪乃是賄賂罪的概括規定，是為貪污罪之一，而具有截堵式構成要件的性質，然有部分見解認為圖利罪的定位應與賄賂罪有所不同。由於賄賂罪與圖利罪之間的性質爭議將會進一步影響收取回扣罪的性質與構成要件解釋，故有先予以辨明的必要。又兩罪間主要的爭議點乃在於圖利罪的定位問題，多數學說已如上述，惟部分學說中，有認為是公務員的背信行為，亦有透過類型化方法加以解釋而將之納入於濫權罪中，還有透過不法內涵的比較來判斷圖利罪的性質較為接近濫權罪。本文以為，此時有一問題值得深思，且亦有學者提出類似看法，亦即瀆職罪章的保護法益是否必然相同，此將進一步影響圖利罪的性質與構成要件解釋，並連動影響兩者於收取回扣罪的解釋方法，故應先予以處理。本文從法益的概念作為出發，透過集體法益的確立以及刑法體系章節解釋上的完整性，認為論者提出瀆職罪章的保護法益不須完全相同的概念具有啟發性，但卻可能造成刑法體系上的崩塌，故不應採擇，從而應認為賄賂罪與圖利罪的保護法益應為相同，只是在具體的不法內涵與罪質上有所差異，連帶影響構成要件比較諸如不法利益上的流動、是否需具有對向關係、是否需具有對價關係等問題的解釋，故應以濫權罪作為圖利罪的定位較為妥適。因而，賄賂罪與圖利罪的本質應屬不同。

在確立賄賂罪與圖利罪的本質不同後，應進一步比較收取回扣罪與兩者間的差異，以判斷收取回扣罪的本質較為近似何者。本文認為，由於同屬瀆職行為，保護法益應無差異，但在罪質的比較上，收取回扣罪的不法利益流動顯然較為近似圖利罪中的回扣型圖利罪，且多數學說見解對於收取回扣罪的本質乃是賄賂罪的論述並不充分，亦無法解釋不法利益流動上的不同、回扣與賄賂上的不同處、對價關係的欠缺、對向關係的欠缺以及交付者是否應成立行賄罪等問題，從而在現行法下，應將收取回扣罪定位為圖利罪的特別規定較為合適；惟雖然現行法將

收取回扣罪的本質定位為圖利罪較為妥適，然不可否認收取回扣罪與圖利罪仍具有不同之處，像是收取回扣罪有案件上的限制，且因為其本質為圖利罪，故應只限於公務員違法執行職務下收取回扣之行為方能加以處罰，但本文認為，在收取回扣罪的文義不限於違法執行職務以及合法執行職務下收取回扣之行為所造成的損害不亞於違法執行職務行為之下，圖利罪的解釋方法能否完全套用於收取回扣罪上，本文持保留見解。

在確立現行法下收取回扣罪的本質之後，惟現行法下的收取回扣罪之文義與構成要件解釋上具有無法合理解釋的問題，並且無法處理現行法下的爭議問題。詳言之，本文認為收取回扣罪限於公共工程或採購案件並無道理，其無法解釋為何此二種類的案件特別重要，且有導致品質下降的高蓋然率而須針對這兩者單獨立法；其次，回扣的定義為何必須如同實務所稱的來自公共工程或採購案件，實務見解以及學說見解並無法給予強而有力的說明，且亦無法解決現行法下回扣與賄賂的差異，只會繼續延續這兩者的區分爭議；同時，也無法處理交付回扣的時點，將影響到論罪上的爭議；最後，如上所述，現行法下並無法解釋為何可以排除合法職務行為而收取回扣之行為，蓋其所造成的影響是否亞於違法職務行為下收取回扣之行為，本文持保留見解。

在確認現行法下收取回扣罪與賄賂罪並不相似，但以圖利罪作為本質將引發一系列無法處理的問題，本文認為，此時已到了需要審慎思考本罪的存廢爭議以及未來修法方向。基於抑制特別刑法氾濫的思考，首先應思考回歸圖利罪的可能性，然本文以為縱使回歸圖利罪而透過回扣型圖利罪加以規制，仍無法避免上述所提及的弊端，而即使是採取以圖利罪作為本質而加以修改現行法的立場，同樣會遭遇上述困境，顯然以圖利罪作為未來修法方向並非合適。

再者，本文思考透過賄賂罪加以規制收取回扣罪的可能性，雖然現行法下收取回扣罪的本質與賄賂罪顯有差別，但如廢除收取回扣罪並利用賄賂罪的解釋學將收取回扣行為含括之，則亦非不可能。本文以為，收取回扣行為與賄賂罪的最大差異點在於對價關係的認定，蓋本文前述的不法利益流動上，兩者顯然具有差距，但如果透過更為宏觀的角度觀之，將雙方的協議過程亦納入考量，則此時前階段的協議過程便符合了賄賂罪的要求、期約之構成要件，後續的不法利益之收受則是收受之構成要件，換言之，此時僅是雙方行為進行到哪一階段下應選擇何一構成要件，以及證明雙方具有對價關係的問題而已。因而，廢除現行收取回扣罪，而透過賄賂罪加以規制收取回扣行為，顯然具有可能，且亦可解決現行實務上遇到的諸多問題如賄賂與回扣的區辨、收取回扣行為的構成要件解釋等問題。故，本文認為應將現行收取回扣罪廢除，並透過賄賂罪加以含括之即可，且量刑上也應將與賄賂罪並無二致。

參考文獻

一、中文部分

(一) 專書

1. 林山田，刑法各罪論（下冊），增訂五版，臺北市：元照，2005年。
2. 許恒達，貪污犯罪的刑法抗制，初版，臺北市：元照，2016年5月。
3. 甘添貴，刑法各論（下），修訂三版，臺北市：三民，2014年。
4. 盧映潔，刑法分則新論，修訂八版，臺北市：新學林，2014年2月。

(二) 期刊

1. 李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，第91期，2002年12月，頁160-176。
2. 林鈺雄，貪污瀆職罪之立法展望——以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心，檢察新論，第19期，2016年1月，頁46-73。
3. 張麗卿，刑法上公務員受賄犯罪研究，輔仁法學，第44期，2012年12月，頁1-49。
4. 李進榮，我國圖利罪之檢討與立法展望，檢察新論，第19期，2016年1月，頁3-20。
5. 林書楷，貪污治罪條例之適用與檢討，興國學報，第15期，2014年1月，頁163-181。
6. 蕭宏宜，賄賂罪的「職務上行為」概念——兼評最高法院99年度台上字第7078號刑事判決，東吳法律學報，第24卷第1期，2012年7月，頁87-119。
7. 黃惠婷，論貪污治罪條例與公務員圖利罪，台灣法學雜誌，第132期，2009年7月，頁42-57。
8. 許永欽，我國公務賄賂與商業賄賂罪之研究，法學叢刊，第243期，2016

- 年 7 月，頁 99-134。
9. 吳耀宗，立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？—評臺北地方法院一〇一年度金訴字第四七號刑事判決（林○世貪污案），月旦裁判時報，第 25 期，2014 年 2 月，頁 94-119。
 10. 李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，第 56 卷第 2 期，2011 年 7 月，頁 17-64。
 11. 吳耀宗，賄賂罪「對價關係」要件之鬆動？（上）—評「前交通部長郭○琪臺北車站商場標租收賄案」歷審判決，月旦裁判時報，第 37 期，2015 年 7 月，頁 37-51。
 12. 吳耀宗，賄賂罪「對價關係」要件之鬆動？（下）—評「前交通部長郭○琪臺北車站商場標租收賄案」歷審判決，月旦裁判時報，第 38 期，2015 年 8 月，頁 36-47。
 13. 柯耀程，公務員貪污瀆職犯罪基礎講座：第二講—貪污與瀆職犯罪規範適用之區分，月旦法學教室，第 123 期，2012 年 12 月，頁 55-64。
 14. 謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議，政大法學評論，第 142 期，2015 年 9 月，頁 227-279。
 15. 許玉秀，評析公務員圖利罪之修正，法學講座，第 4 期，2002 年 4 月，頁 29-43。
 16. 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 號不起訴處分暨台北地方法院 87 年度訴字 629 號判決，台灣本土法學雜誌，第 3 期，1999 年 8 月，頁 92-99。
 17. 許玉秀，貪污罪——廣義的公務員圖利罪，台灣本土法學雜誌，第 36 期，2002 年 7 月，頁 205-208。
 18. 吳慎志，公務員圖利罪認定問題探討，刑事法雜誌，第 53 卷第 4 期，2009 年 8 月，頁 55-80。

19. 薛智仁，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——與談意見（一）：公務員圖利罪之立法商榷，檢察新論，第 19 期，2016 年 1 月，頁 21-33。
20. 許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第 197 期，2011 年 10 月，頁 134-151。
21. 周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，臺大法學論叢，第 41 卷第 3 期，2012 年 9 月，頁 981-1053。
22. 黃國瑞，法益論之解構，輔仁法學，第 48 期，2014 年 12 月，頁 257-299。
23. 吳耀宗，貪污瀆職罪之立法展望——以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心——與談意見（一）：刑法抗制貪污犯罪之新思維——「貪污瀆職罪之立法展望——以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心」，檢察新論，第 19 期，頁 74-88。

（三）學位論文

1. 常天霽，論賄賂罪中的對價關係，國立中正大學法律學院法律學系研究所碩士論文，2016 年 8 月。
2. 洪湘媛，刑法賄賂罪之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2013 年 7 月。
3. 張嘉宏，公務員圖利罪之研究，國立政治大學法律學院法律學系研究所碩士論文，2003 年 7 月。
4. 陳明呈，公務員圖利罪存廢論，國立高雄大學法律學院法律學系研究所碩士論文，2008 年 7 月。
5. 林宗翰，風險與功能——論風險刑法的理論基礎，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2006 年 7 月。
6. 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，國立政治大學法律學院法律學系研究所碩士

論文，2009年7月。

7. 林勇麒，從保護法益論政府採購法之刑事責任——國家法益假象下的競爭秩序守護者——國家法益假象下的競爭秩序守護者——，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2014年10月。

(四) 法院判決 (按時間與年度之先後排序)

1. 最高法院 28 年度上字 3136 號刑事判決。
2. 最高法院 45 年度台上字第 922 號刑事判決。
3. 最高法院 51 年度台上字第 750 號判例。
4. 最高法院 69 年度台上字第 1414 號刑事判決。
5. 最高法院 81 年台非字第 233 號判例。
6. 臺灣花蓮地方法院 93 年矚重訴字 1 號刑事判決。
7. 最高法院 93 年度台上字第 1256 號刑事判決。
8. 最高法院 97 年度台上字第 2904 號刑事判決。
9. 最高法院 97 年度台上字第 3636 號刑事判決。
10. 最高法院 98 年度台上字第 1061 號刑事判決。
11. 最高法院 99 年度台上字第 4369 號刑事判決。
12. 臺灣高等法院臺中分院 100 年度上更(一)字第 183 號刑事判決。
13. 臺灣高等法院 100 年上訴字第 3095 號刑事判決。
14. 最高法院 100 年度台上字第 7001 號刑事判決。
15. 最高法院 101 年度台上字第 2049 號刑事判決。
16. 最高法院 101 年度台上字第 3186 號刑事判決。
17. 最高法院 101 年度台上字第 4150 號刑事判決。
18. 最高法院 101 年度台上字第 4597 號刑事判決。
19. 最高法院 101 年度台上字第 6122 號刑事判決。

20. 臺灣高等法院臺中分院 102 年重上更(四)字第 6 號刑事判決。
21. 臺灣高等法院臺中分院 102 年度重上更(四)字第 10 號刑事判決。
22. 最高法院 102 年度台上字第 668 號刑事判決。
23. 最高法院 102 年度台上字第 863 號刑事判決。
24. 最高法院 102 年度台上字第 4043 號刑事判決。
25. 最高法院 102 年度台上字第 4703 號刑事判決。
26. 最高法院 102 年度台上字第 4969 號刑事判決。
27. 最高法院 103 年度台上字第 487 號刑事判決。
28. 臺灣高等法院臺中分院 103 年度上訴字第 1674、1675 號刑事判決。
29. 最高法院 103 年度台上字第 2477 號刑事判決。
30. 最高法院 103 年度台上字第 3324 號刑事判決。
31. 最高法院 103 年度台上字第 3353 號刑事判決。
32. 最高法院 103 年度台上字第 3778 號刑事判決。
33. 臺灣高等法院臺中分院 104 年度重上更(二)字第 4 號刑事判決。
34. 最高法院 104 年台上字第 523 號刑事判決。
35. 最高法院 104 年度台上字第 1144 號刑事判決。
36. 臺灣高等法院 104 年度上訴字第 2825 號刑事判決。
37. 最高法院 104 年度台上字第 3316 號刑事判決。
38. 最高法院 104 年度台上字第 3653 號刑事判決。
39. 最高法院 104 年度台上字第 3635 號刑事判決。
40. 最高法院 104 年台上字第 3895 號刑事判決。
41. 最高法院 105 年度台上字第 685 號刑事判決。
42. 最高法院 105 年度台上字第 1258 號刑事判決。
43. 最高法院 105 年度台上字第 1285 號刑事判決。
44. 最高法院 105 年度台上字第 1334 號刑事判決。

45. 最高法院 105 年度台上字第 1353 號刑事判決。
46. 最高法院 105 年台上字第 1507 號刑事判決。
47. 最高法院 105 年度台上字第 1872 號刑事判決。
48. 最高法院 106 年度台上字第 8 號刑事判決。
49. 最高法院 106 年度台上字第 67 號刑事判決。
50. 最高法院 106 年度台上字第 125 號刑事判決。
51. 最高法院 106 年台上字第 249 號刑事判決。
52. 最高法院 106 年台上字第 297 號刑事判決。
53. 最高法院 106 年度台上字第 522 號刑事判決。

(五) 中譯部分

1. Claus Roxin 著，許絲捷譯，法益討論的新發展，月旦法學雜誌，第 211 期，2012 年 12 月，頁 257-280。

二、外文部分

1. Donald C. Menzel & Carole L. Jurkiewicz, Introduction to the Symposium on Ethics and Integrity in Governance, *Public Integrity* (2005).
2. Arvind K. Jain, Corruption: A Review, *Journal of Economic Surveys* (2001).
3. Vito Tanzi & Hamid R Davoodi, Corruption, Growth, and Public Finances, *International Monetary Fund* (2000).
4. Susan Rose-Ackerman, *International Handbook on the Economics of Corruption*, Edward Elgar Publishing (2007).
5. Arye Hillman, Corruption and public finance: an IMF perspective, *European Journal of Political Economy* (2004).
6. Ania Thiemann, Fighting Corruption And Promoting Competition, *Global Forum*

on Competition (2014).

7. Richard A. Posner, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press (2001).
8. Chantale LaCasse, *Bid Rigging and the Threat of Government Prosecution*, The RAND Journal of Economics (1995).
9. Sue Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, Springer Netherlands (2003).
10. Rebecca Mirsky & John Schaufelberger, *Professional Ethics for the Construction Industry*, Routledge (2014).
11. Mu Sohail & Sue Cavill, *Accountability to Prevent Corruption in Construction Projects*, American Society of Civil Engineers (2008).

