

公務員收取回扣與收受賄賂之區別

The Distinction between Taking Kickbacks and Taking Bribes for Public Servants

李進榮

Jinn-Rong Lee

德國波昂大學法學博士，最高檢察署調辦事檢察官

Juris Doctor of University of Bonn, Germany

Prosecutor at Supreme Prosecutors Office

簡目

壹、前言

貳、案例介紹

參、評釋

肆、德國實務與學說

伍、我國實務與德國通說之差異

陸、「回扣」與「賄賂」之區分

柒、結論

中文摘要

我國貪污治罪條例將公務員「收取回扣」與「收受賄賂」分別規定，然二者應如何區分，最高法院見解分歧，有認為二者本質上並無不同，亦有認為二者應嚴格區分，然區分標準卻語焉不詳，此不僅影響判決安定性及刑度，亦使交付回扣者之論罪及回扣處理，滋生疑義。除公領域外，私領域亦有收取回扣與收受賄賂問題，如何區分與論罪，實務見解亦莫衷一是，考諸前述混亂原因，在未能深究「回扣」與「賄賂」之本質及兩者差異所在。反之，德國實務與學說對兩者已有明確可行之區分標準，殊值參考，於本文中有詳細介紹。為容易理解，本文擬以最高法院最近二則公務員於購辦公用器材收取廠商款項之確定判決作為案例，說明回扣與賄賂究應如何區分。

關鍵字：回扣、賄賂、公務員、貪污治罪條例。

壹、前言

「回扣」雖係新聞媒體常見之詞，如「工程採購涉收回扣，桃園 2 議員遭約談」¹或「公司前副總收回扣，判刑 4 年 10 月」²，不論公私領域，凡收取回扣者一旦遭查獲，似難脫免刑責，然細繹我國現行法律，明文將回扣科以刑罰者僅貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款規定：「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」，而同條項第 5 款則規定「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」，同條例第 5 條第 1 項第 3 款則規定「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」，從形式上觀之，立法者顯有意將「收取回扣」與「收受賄賂」分別以待，然二者應如何區分，法律並無明文，最高法院向來認為「回扣與賄賂雖均係屬對公務員之不法原因給付，但前者係指公務員與對方期約，將應付給之工程或採購價款中，提取一定比率或扣取其中一部分，圖為不法所有者而言；後者則指對於公務員職務之行為或違背職務之行為，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。兩者之定義及要件有別，自不容混淆」³。此段語意模糊，既稱「與對方期約」，復云「將應付給之價款中提取一定比率或扣取一部分」，似乎當事人間如約定「給付價款之一定比率者」屬回扣，「特定具體金額者」屬賄賂，如此區分究有何依據或實益，於具體個案如何應用等，均值探究，蓋此不僅涉及法律之正確適用（收取回扣與收受賄賂分別處罰），更與沒收及交付回扣者應否及如何處罰相關。

回扣不僅存在我國公私⁴領域，在德國亦非少見，Schünemann 稱收取回扣為現代國民經濟根深蒂固之惡習（Krebsübel），並估計所造成之損害達數十億歐元⁵。該國自 1983 年首件回扣判決以來⁶，經實務與學說多年努力已將回扣與賄賂之差別闡述綦詳，且其觀點與我國實務採形式區分說截然不同，殊值參考。

本文擬先從二則究應構成收取回扣或收受賄賂，各審級法院有爭議之案例論起，俾明

1 參閱聯合新聞網，工程採購涉收回扣 桃園 2 議員遭約談，2024 年 2 月 22 日，<https://udn.com/news/story/7321/7783988>，2024 年 5 月 20 日。

2 參閱聯合新聞網，南港輪胎前副總也捲內鬼案 收回扣害公司多付 623 萬今判 4 年 10 月，2023 年 8 月 10 日，<https://udn.com/news/story/7321/7360945>，2024 年 5 月 20 日。

3 最高法院 94 年度台上字第 439 號、104 年度台上字第 3635 號刑事判決。

4 著名案例如鴻○股份有限公司高階經理等人收取回扣，參閱最高法院 108 年度台上字第 778 號、110 年度台上字第 1486 號刑事判決。

5 Bernd Schünemann, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12 Aufl. 2012, § 266 Rn. 5.

6 BGH NJW 1983, 1807 ff.

瞭我國實務如何以前述「一定比率」判斷回扣與賄賂，及其衍生之疑義，繼而介紹德國通說對回扣之定義及如何論罪，末了省思德國作法能否及如何應用至我國收取回扣及收受賄賂之區分。

貳、案例介紹

一、案例一

（一）事實

甲擔任某市議會秘書期間，因職權得知該市議會將發包多媒體系統建置案，乃要求有意承作該標案乙須支付工程金額 40 % 之回扣予己，其中 20 % 「前金」須於招標前給付。甲知悉乙將借牌投標，並讓乙提出標案規格及指定評選委員，使該標案完全為乙量身訂作，乙於招標前交付甲「前金」新臺幣（下同）800 萬元，該筆款項乃乙借自借牌公司。嗣評選結果，由乙借牌公司以 6,472 萬元得標，待工程款全數撥付後，乙自行彙算還須給付甲約 1,788 萬元（即工程款 6,472 萬元 \times 40 % $-$ 800 萬元 = 1,788 萬元），扣除甲積欠乙約 1,388 萬元債務後，將餘額 400 萬元託人交給甲。

（二）二審判決

本件二審認為甲成立收受賄賂罪，判決理由：「公務員對於職務上行為收受之財物或其他不正利益，與公務員職務範圍內踐履賄求之特定行為有對價關係，亦即交付財物或其他不正利益之人，其目的係以公務員踐履或消極不執行某特定職務上之行為以為回報，而公務員主觀上亦有收受該財物或其他不正利益後踐履或消極不執行某特定職務上行為以資報償之意思，實乃對於職務上或違背其職務之行為收受賄賂，自不能拘泥相關人員之用語，遽論以收取回扣罪。從而，本件甲乙及證人等於調詢及偵查中雖均稱交付款項為『回扣』，純屬一般人對工程標案交予公務員不法金錢之習慣用語，不影響法院認定該款項之性質及法律適用」⁷。

（三）最高法院判決

最高法院則認為甲構成收取回扣，理由如下⁸：

1. 若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，並由該廠

7 臺灣高等法院臺中分院 105 年度上訴字第 1651 號、1652 號刑事判決。

8 最高法院 108 年度台上字第 4053 號刑事判決。

商事先依照得標金額之一定比率以其他方式籌措金錢而為給付，此時縱使收取金錢之時點是在未開標或發包前，此特殊之「預付」方式亦無礙於收取回扣之成立，否則若僅能構成收受賄賂罪，無異形成處罰漏洞，有礙將收取回扣罪定位為賄賂罪特別規定之旨。

2. 甲於乙借牌之公司透過綁標而得標前，即依約定收取乙向借牌公司預先墊支工程款中一定比率之款項，其行為似非不得成立收取回扣罪；原審既已注意甲與乙主觀上係對本件工程約定並收受回扣，卻對於甲此部分行為何以不能成立收受回扣均未說明，徒認僅成立上開違背職務收受賄賂罪，難謂無判決理由不備之違法。

二、案例二

（一）事實

丙案發時擔任立法院秘書長，自 101 年起至 104 年止，每年兩次向承包立法院電腦工程之公司負責人丁索取 300 萬元至 1,450 萬元之款項，丁就丙每次索取金額自行核算結果，大約係該次承包價款之 20%，丁乃於下次承包電腦工程時，預先準備 20% 款項，以備丙要求時交付，並要其公司經理於向立法院提案或報價時，將給付丙款項計入總價中以為補償。

（二）地方法院判決

一審認為丙構成收取回扣罪，丁則成立交付賄賂罪，理由如下⁹：

1. 丙雖係以一年二次要求丁給付具體款項，然丁依公司得標金額及其過往擔任小包時給付經驗，丙要求款項大抵係得標金額 20%，丁所屬公司以 20% 計入成本而報價或請款，並於下次承包時預先準備相應款項，以備丙要求時交付，丙構成貪污治罪條例之收取回扣罪。
2. 丁交付丙款項時，尚有部分採購案未確定得標，是丁歷次交給丙款項，主觀上不僅為了支付回扣，同時更希冀丙日後持續提供一切有助於丁所屬公司就已得標案件執行、驗收順利及再取得新購案等意思，其交付丙款項與丙於各該採購案中所為協助丁所屬公司取得採購案間，具有對價關係。
3. 公務員收取回扣，應依特別規定論以較重之收取回扣罪，不應僅論以收受賄賂罪，而收取回扣與藉勢藉端勒索容有不同，在於交付回扣者，並非單純被害人，其交付回扣亦含有行賄公務員，且於得標款中仍保有一定利潤之情，丁對收取回扣之公務員有行賄之意者，仍應依行賄罪論處。

9 臺灣臺北地方法院 105 年度金重訴字第 2 號刑事判決。

（三）高等法院及最高法院判決

二審及三審認為丙構成收受賄賂罪，丁則成立交付賄賂罪，理由如下¹⁰：

1. 丙丁間並未就丙所收款項之計算方式，以及是否來自採購案一定比率或某部分價款有所約定（包括默示合意），僅係丁自行估算。
2. 丁交付丙之款項，並非均相當於採購款之 20 %，與一般回扣之計算方式有異。從二人交、收款模式觀之，應僅係就一段期間之採購案包裹式收取及交付賄款，並以請託及允諾協助推動丁所屬公司之採購案，作為對價關係，性質上應屬賄賂，而非回扣。

參、評釋

案例一臺中高分院注意到「甲乙約定，乙須支付工程金額 40 % 予甲」，雖約定「一定比率」，但因該款項乃得標前交付，且係向借牌公司借得，並非「自工程款中提取或扣取一定比率」，與最高法院向來對回扣之標準：「自應付給之工程或採購價款中，提取一定比率或扣取其中一部分」不盡相符，所以認為甲構成收受賄賂；反之，最高法院似乎僅因甲乙約定「一定比率」之支付，即認定屬回扣，而不論款項之由來及給付時間點，縱使在未開標前「預付」亦無妨。

案例二丙雖索求「具體數額」，然地方法院依丁自行評估該數額係採購金額 20 %，而實質認定符合「一定比率」；上級審則因丙索求非屬「固定某一比率」，而認構成收受賄賂罪。

一、「一定比率」並無法律上意義

惟依吾人所見，以當事人約定「一定比率」或「具體數額」作為區分回扣與賄賂標準，並無實益，蓋「一定比率」於確定母數後，亦能得出「具體」金額，如約定得標款一成為回扣，最後得標款係 100 萬元，則一成回扣即係 10 萬元，而具體金額於母數確定後，亦能換算成「一定比率」，如約定廠商須給付 10 萬元，始能得標，最後得標款 100 萬元，似亦能稱約定「一成」好處，如此約定支付「一成」與「10 萬元」，結果有何不同？縱認為「一成」好處，須從工程款中扣除，始屬「回扣」，然該工程款最後亦歸屬支付款項之廠商所有，款項究出於支付者何處財產，純出於支付者之任意，不應與收取者構成何罪有所關聯。

案例一甲於擔任議會秘書期間，就另一件工程採購案，亦係透過綁標方式使特定廠商

10 同前註。

得標，並由該廠商依約定於開標前預付甲 300 萬元，得標後再支付 50 萬元，除當事人約定給付「具體數額」外，情節與案例一殆無不同，然第二審及第三審均認為構成收受賄賂罪。事實上案例一甲乙雖約定支付「一定比率」，然乙前後二次支付甲亦均係具體數額之款項，甲所犯兩案分論收取回扣與收受賄賂，實乏堅強依據。

二、採「競合說」問題依舊

我國實務原堅持「回扣與賄賂之定義及要件有別，自不容混淆」，但嗣後改稱「收取回扣與收受賄賂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，且由於收取回扣之情節較一般收賄罪為重，因此不論公務員有無違背職務之行為，係同條例違背或不違背收賄罪之特別規定，自應優先適用」¹¹；「收取回扣本質上仍屬賄賂之一種，因此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」¹²。似從「區分說」改為「競合說」，惟此不僅未解決「回扣」與「賄賂」之區別基準，反而衍生諸多疑義：既然回扣本質上屬賄賂，則收取回扣罪有無獨立存在之必要？何以「收取回扣之情節較一般收賄罪為重」，究係從何情節得出該結論？

三、交付回扣者如何處罰

實務另一難題係：交付回扣者究應如何處罰？實務採「區分說」者認為收取與交付回扣者「係處於對向關係…兩者顯係各有其目的，而無犯意聯絡可言，渠等自應就其行為分別負責，尚難論以共同正犯」¹³；因貪污治罪條例並無交付回扣之處罰，似應不罰；至於採「競合說」者，則稱：「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…於發生競合關係之情形時，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，仍應依同條例第 11 條相關規定論處」¹⁴。交付回扣者既可構成交付賄賂罪，則更增「回扣」概念上有否獨立於「賄賂」外之必要性疑慮。

11 最高法院 104 年度台上字第 316 號、第 1144 號刑事判決。

12 最高法院 107 年度台上字第 1568 號刑事判決。

13 最高法院 100 年度台上字第 5341 號刑事判決。

14 最高法院 107 年度台上字第 1568 號刑事判決。

肆、德國實務與學說

一、回扣之概念

德國通說稱回扣，係指收受給付之一方（廠商 A）將所收受給付（價金）一部分返還予給付方（甲公司）所屬人員（甲公司經理乙），簡言之，即乙以經理身分將甲公司應付之價金交給 A，A 收到後將價金一部分款項交給乙本身收受，好像乙將價金當球一樣踢給 A，A 再踢（部分）回來，所以德文「回扣」乃借用足球術語稱「Kick-Back」（字義踢回來）。

回扣既屬原先給付之一部分，實際上係出自收取回扣乙所隸屬之一方（甲公司），而非交付回扣者這方（廠商 A）。倘乙不收取回扣，則甲公司可預期支付較少價金，現乙收取回扣，破壞此項具有財產性質之「期待利益」¹⁵，此「期待利益」本應歸屬甲公司，卻由乙取走。反之，倘廠商 A 給付乙之款項並未作為原先甲公司所給付價金之一部分，則乙所收取之款項，不論冠以何種名稱（即使稱「回扣」或「傭金」），均非此所稱之回扣，而係賄賂。總之，回扣實際上係來自收取回扣乙所隸屬之甲公司，而賄賂則出自甲公司以外之第三者（廠商 A）給付。

Schünemann 曾說明回扣形成過程：「甲為乙公司與廠商丙協商契約時，本提出數額 X 作為價金，但談判過程中發現廠商丙即使降低數額 Y 仍願接受。倘甲最後以數額 X 為乙公司與廠商丙簽訂契約，而將數額 Y 作為回扣收受（廠商丙實際收到數額（X-Y）），則因數額 Y 部分已屬乙公司財產之期待利益，卻由甲取走，故侵害乙公司之財產」¹⁶。

綜上，行為人向交易他方索取款項，究竟係屬「回扣」或「賄賂」，端視交易他方是否已將該款項列入價金考量，如未給付該款項，價金將再降低者，即屬期待利益之「回扣」；反之，行為人有無收取款項均不影響價金者，則屬「賄賂」¹⁷。

15 我國實務亦承認「期待利益」，如最高法院 80 年度台上字第 2205 號刑事判決稱：「背信罪所稱財產或其他利益上之損害，係指減少現存財產上價值之意，凡妨害財產上增加以及喪失日後可得期待之利益亦包括之，又所生損害之數額，並不須能明確計算，祇須事實上生有損害為已足，不以損害有確定之數額為要件，被告等另開設同一營業項目之公司，既已致原服務公司失去接受訂單之機會，自有妨害其交易利益之增加，喪失期待利益之結果，因認被告等構成刑法背信罪」。

16 Bernd Schünemann, a.a.O. (Fn. 5), § 266 Rn. 167.

17 Bernsmann/Gatzweiler, Verteidigung bei Korruptionsfällen, 2008, S. 153.

二、德國背信罪規定

（一）概說

德國刑法或特別刑法並未針對「收取回扣」特設處罰規定，通說則以刑法背信罪為處罰依據，茲簡介德國該罪之要件，條文如下：

1. 濫用基於法律、公家機關之委託或法律行為所生處分他人財產或使他人負擔管理他人財產利益之義務，致將財產利益託付之人因而受有損害者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。
2. 第 243 條第 2 項與第 247 條，第 248 條 a 及第 263 條第 3 項之規定，準用之。

本條第 1 項前段之「濫用基於法律…所生處分他人財產或使人負擔義務之權限」係「濫用理論」之具體規定；同項後段「違背基於法律…所負管理他人財產利益之義務」則係「違背信任理論」之具體規定¹⁸，前後段之關係，舊說認係相互獨立之二構成要件（即二元論），新說則認為「違背信任構成要件」可包括「濫用權限構成要件」，後者係前者概念下之一種特殊形態，兩者行為人均須對委託之本人負有財產照料義務（Vermögensbetreuungspflicht）（即一元論）¹⁹。

依前述說明，德國背信罪之構成要件大致如下：1. 行為主體：對本人負有財產管理照料義務者；2. 構成要件行為：濫用對外權限與違反財產照料義務；3. 行為客體：他人之財產；4. 行為結果：財產損害；5. 構成要件行為與犯罪結果間須具有直接關聯性；6. 主觀要件：（未必）故意。

18 我國學說對於背信罪之本質有「濫用理論」及「違背信任理論」二說，即源自於此。前者認為背信行為本質在於權力之濫用，而侵害本人之財產。重視者乃代理權限之濫用，所以背信行為僅限於法律行為，且必須與第三人產生法律關係，若係事實行為則不包括在內；後者認為背信行為本質乃在於信託義務之違背，行為人基於法律原因，或其他事實原因，而負有經營或管理他人財產之義務，背信行為即為違背此等信託義務之失信行為，背信行為無論涉及的是對第三人或本人之關係，不論是法律行為或事實行為均包括在內。參閱甘添貴，刑法各論（下），三民，2014 年修訂 3 版，頁 347；陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品文化，2016 年 6 版，頁 582；陳子平，刑法各論（上），元照，2022 年 5 版，頁 702 以下；曾淑瑜，刑法分則實例研習—個人法益之保護，三民，2013 年修訂 3 版，頁 375 以下。

19 Bernd Schünemann, a.a.O. (Fn. 5), § 266 Rn. 6 ff, 18 ff; Urs Kindhäuser, in NomosKommentar zum Strafgesetzbuch, 4 Aufl. 2017, § 266 Rn. 11 ff. 我國實務似亦採一元論，如最高法院 82 年度台上字第 282 號、86 年度台上字第 3629 號、98 年度台上字第 7316 號刑事判決等：按背信罪之本質，既採「違背信任說」，其可罰性基礎在於信任（賴）關係之違反，背信行為自係指「違反信任關係之行為」。而行為人濫用其事務處分權限，並未逸脫出「信託義務違反」之概念範圍。無論是「違背信託義務之行為」或「受託事務處分權限之濫用」，均屬背信罪「違背任務之行為」。

（二）構成要件行為

背信罪之構成要件行為係「濫用權限」與「違反財產照料義務」，後者概念上可包括前者，前者係後者之特殊形態。所稱「濫用權限」，係指逾越本人內部授權範圍，於外部從事對本人有效之處分或負擔法律行為，亦即「內部違反義務，外部卻有效力」²⁰，倘對外不具法律效力，如行為人欠缺代理權，或與第三人通謀虛偽意思表示，則至多屬「違反財產照料義務」²¹。

（三）財產損害

依德國刑法第 266 條第 1 項規定，背信罪須造成財產損害始屬既遂，且僅處罰既遂，不及未遂。「財產損害」之前提須受不利影響之客體係屬「財產」，何謂財產，德國通說係採「法律－經濟的財產概念」，即受法秩序保護或不為法秩序所否認之所有具金錢價值之物總稱。判斷財產損害時除須考量「財產本身」（客觀面）外，尚須注意「財產擁有者」之情況（主觀面）。承認「主觀面」作為財產損害之判斷基準於背信罪特具意義，蓋背信行為常發生於受託人與第三人間，委託之本人常未參與，為加強被害人保護，殊有將委託人與其交付管理財產間之關係納入損害認定之必要。

財產犯罪可大別為侵害「個別財產法益」（Eigentum）及「整體財產法益」（Vermögens als Ganzes）兩種類型，前者構成要件所保護係針對財產的特定部分，通常係個別之物，如竊盜、侵占罪等，此等犯罪既遂係以所涉及之標的狀態有所改變（如破壞他人持有，建立自己持有；易持有為所有），不以被害人之財產總額減少為必要；後者所保護係整體財產，犯罪既遂須被害人整體財產在數額上減少，背信罪即為適例²²。背信罪之財產損害認定須比較背信行為所造成財產之流出與流入，此時須適用會計法則之「整體結算」原則：結算後如財產「增加」部分大於或等於「減少」部分，原則上即無財產損害可言，惟如增加部分對委託管理財產之本人毫無實益，或從一開始本人即知無財產增加之可能，則依「個人化財產損害」及「目的偏離」等理論亦可能構成財產損害，茲將判斷步驟敘述如下：

1. 依「整體結算」原則，將受牽動之「個別財產」及「相對應之價值」化為數字，並引入市價或交易價後進行結算，如「相對應之價值」（財產增加部分）小於「個別財產」（財

20 BGHSt 5, 61 (63); St 47, 293 (296); 49, 17 (23 f); JR 1985, 28; NJW 1995, 1535.

21 BGHSt. 8, 149 (150); 54, 148 (157 f); Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 19), § 266 Rn. 82. 但有不同意見，認縱對外不具法律效力，仍可構成濫用權限之背信罪，Vgl. Gunther Arzt, Zur Untreue durch befugtes Handeln, FS für Bruns, 1978, S. 365 ff.

22 蔡聖偉，所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（上），月旦法學教室，第 69 期，2008 年 7 月，頁 55；惲純良，期待地位作為背信罪的財產損害，台灣法學雜誌，第 277 期，2015 年 8 月，頁 196。

產減少部分)時,財產損害出現。

2. 如兩者等值或「相對應之價值」大於「個別財產」時,尚須進一步審視客觀增加的部分,是否符合被害人個人需求或情狀,不符合時,財產損害亦出現(個人化財產損害理論)。
3. 在無償行為,雖欠缺可增加財產之實體對待給付,但給付之原定目的達成時,不構成損害;反之,偏離原定目的時,則認有損害(目的偏離理論)。

三、收取回扣之論罪

依德國通說,德國民法第 687 條第 2 項、第 681 條第 2 句及第 667 條規定,受任人因處理委任事務,所收取物品均應交出,然此交出義務僅屬一般債務,非屬背信罪之財產管理義務,所以收取回扣者之背信行為,非因其收取回扣而未交出,而係原可為本人簽訂較有利(不含回扣),卻簽訂較不利(包含回扣)之契約²³。

回扣之約定,因有悖於公共秩序及善良風俗,依德國民法第 138 條規定(我國民法第 72 條),無效,此之無效亦及於主契約,例如市長與廠商約定,後者應給付採購款「一成」予己作為獲得標案之報酬,廠商同意,並將該回扣計入價金後向市政府請款;「一成約定」部分,無效,而市長為該市與廠商所簽訂之採購契約,亦無效。市長之背信行為,依前揭說明並非以對外有效為前提之「濫用權限」,而係「違反財產照料義務」²⁴。

收取回扣者之背信行為乃原可為本人簽訂較有利(不含回扣),卻簽訂較不利(包含回扣)之契約,如該較不利契約已超過交易市價,則依「整體結算」原則已屬財產損害,惟如未超過市價時,是否仍構成財產損害,則有疑義。學說認為倘行為人怠於增加本人原可期待之利益,亦能構成財產損害²⁵,此際財產損害之判斷採「應有」狀態,而非僅限於「實際」狀態,是行為人收取回扣,雖契約給付與對待給付等值,交付回扣之他方如未交付回扣,應會在價格上依回扣額度降價時,則比較行為人收取回扣前後本人「應有」之財

23 BGHSt 47, 295 (298 f); BGH NJW 2006, 2864 (2866 f); 2006, 3290 (3297); 2009, 3248 (3251); Alfred Dierlamm, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2018, § 266 Rn. 274; Erik Kraatz, Kick-Back“-Zahlungen als strafbare Untreue Versuch einer dogma-tischen Konkretisierung und Systematisierung, ZStW 122 (2010), S. 521 (526); Thomas Thalhofer, Kick-Back, Exspektanzen und Vermögensnachteil nach, 2007, § 266 StGB, S. 69; Thomas Rönna, “Kick-backs”: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue, FS für Kohlmann 2003, S. 239 (249).

24 BGHSt 50, 299 (313 f); Urs Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 19), § 266 Rn. 90; Rönna, a.a.O., (Fn. 24), S. 239 (248); Thalhofer, a.a.O., (Fn. 24), S. 51.

25 Walter Perron, Keine Unmittelbarkeit des Vermögensschadens, ausbleibender Gewinn als Nachteil - liegt der Untreue ein anderer Begriff des Vermögens-schadens zugrunde als dem Betrug? FS für Frisch 2013, S. 857 (865).

產狀態，即可得出損害額至少係「回扣額度」²⁶。

綜上，在收取回扣關於財產損害，具體判斷步驟如下：

- (一) 行為人收取回扣，訂約他方將回扣計入總價中，致給付與對待給付不等值時，則於契約成立時已構成財產損害²⁷；
- (二) 行為人收取回扣，訂約他方雖將回扣計入總價中，但給付與對待給付等值，因此際本人已有期待利益，卻被行為人取走，構成財產損害²⁸。

四、交付回扣者之刑責

收取回扣者取走應歸屬本人之期待利益，致生本人損害，可構成背信罪，已如前述，交付回扣者與收取回扣者有犯意聯絡及行為分擔，似應成立共同正犯，惟背信罪行為主體須具有財產管理義務，屬於身分犯，欠缺身分之人與具有身分之人共同犯罪，依德國刑法第 28 條第 1 項規定²⁹，僅能成立教唆犯或幫助犯³⁰，是交付回扣者僅論以背信罪之教唆犯（主動提出要支付回扣）或幫助犯（收取回扣者先提出）。

五、適用疑慮

德國通說將系爭款項是否計入總價中，而定性為「回扣」（有計入）或「賄賂」（無計入），並異其法律效果，學理上固甚清楚，然在實務操作上恐生疑義，例如甲與乙公司交易多年，每次交易均額外付給乙公司經理丙一定款項，而乙公司自甲廠商採購款皆相同，如此甲支付丙款項究係「回扣」抑或「賄賂」，客觀上無從辨明，恐得求諸甲主觀意思³¹。甲如諳法律，或將答辯款項未計入價金，使案件成為處罰較輕之「商業賄賂」³²，而非供

26 BGHSt 49, 317 (332 f); 50, 299 (314 f); BGH NJW 06, 2864 (2867).

27 BGHSt 47, 83 (89); 50, 314; Rönna, a.a.O. (Fn. 23), S. 239 (261).

28 Kraatz, a.a.O. (Fn. 23), S. 521 (531); Werner Beulke, Der findige Bauunternehmer, JuS 1977, S. 35 (37).

29 德國刑法第 28 條：

（1）共犯（教唆犯或幫助犯）欠缺構成正犯可罰性之特別個人要素時（第 14 條第 1 項），應依第 49 條第 1 項減輕其刑。

（2）特別個人要素如係加重、減輕或排除刑罰事由時，僅適用於具有該要素之參與者（正犯或共犯）。

30 德國學說認為共同正犯亦屬正犯，故對因身分或特定關係成立之罪共同實行者，亦均須具有身分或特定關係始能成立共同正犯，此與我國刑法第 31 條規範之情形不同。

31 同說 Bernsmann/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 17), S. 153.

32 商業賄賂在我國雖不罰，但在德國，依其刑法第 299 條規定，企業職員或代表於商業交易往來時收賄，則可處三年以下有期徒刑或罰金。

稱計入價金，使丙涉有背信罪，自己亦陷入共犯之嫌³³，結果丙之刑責將取決甲之供述，恐非刑事政策之福。

伍、我國實務與德國通說之差異

由前述介紹可知，關於「回扣」我國實務與德國通說大別有下列差異：

- 一、德國通說認為，廠商支付公務員款項必須算入採購或工程總價中，始屬回扣，所以公務員所收之款項看似由廠商支付，實際上卻出自公務員所屬之公家機關，廠商不過配合公務員監守自盜，倘廠商未將支付予公務員之款項計入總價中，而由廠商自行吸收者，則屬賄賂。我國實務則認回扣來自交付回扣之一方，此與賄賂相同，與後者區別，乃因雙方約定「一定比率」或廠商直接從工程款扣取一部分交予公務員；準此，兩國差異主要在於回扣來源之不同。
- 二、依德國通說，支付回扣之廠商不過係配合公務員演出，兩者並非對向犯，可成立共同正犯；我國實務則認為兩者係對向犯，支付回扣者原無處罰規定，現則可依行賄罪處罰。
- 三、依德國通說，回扣與賄賂兩者款項來源相反，不能併存；我國實務有認為回扣本質上仍屬賄賂之一種，因此「收取回扣」與「違背職務收受賄賂」二罪間容有發生競合關係之可能性存在。
- 四、德國收取回扣之公務員，如本身對公家機關亦具有財產管理義務者，可構成刑法背信罪；我國實務因貪污治罪條例第4條第1項第3款即有處罰規定，似未意識能成立背信罪。換言之，公務員收取回扣在德國係屬財產犯罪，在我國則屬貪污罪。
- 五、收取回扣者不論身分，在德國均能構成背信罪；我國實務則區分公務員與非公務員異其處罰：前者構成貪污治罪條例收取回扣罪，後者成立刑法背信罪。

陸、「回扣」與「賄賂」之區分

一、款項來源互異

依吾人所見，對於「回扣」之定義應以德國通說可採。「賄賂」乙詞應遠較「回扣」出現的早，而賄賂概念上向來須由「交付」與「收受」兩對立之動作組成始稱完整，因此不論係德國刑法或我國貪污治罪條例均將「收受賄賂」與「交付賄賂」異其處罰，學說上稱為對向犯。回扣如要與賄賂為本質上區分，則必須拋開「一方所收即對方所給」之對向

33 Thalhofer, a.a.O. (Fn. 23), S. 118.

模式，另尋款項來源，否則就像我國實務不論如何闡釋（如一定比率、扣取一定金額等），均無法擺脫「賄賂」之窠臼，我國實務近來常稱「回扣本質上仍屬賄賂之一種，二罪間可競合」，即為落入此窠臼之最佳說明。

依德國回扣概念，收取回扣之公務員不僅自身獲得利益，且會造成所屬公務機關財產損害，如此「損人利己」，稱「收取回扣情節較一般收賄罪為重」（我國實務用語）始有依據，蓋收取賄賂之公務員，其利益來自交付賄賂者，除非公務員因收賄另有損害公務機關之行為，否則收賄本身尚未造成公務機關財產損害。

二、收取回扣之本質：圖利自己

依德國回扣概念，回扣實際上係來自收取回扣之公務員所屬公家機關，而非形式上交付回扣者，收取回扣本質上係公務員單方圖利自己，貪污治罪條例第4條第1項第3款收取回扣罪限於「建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品」，乃因此時行為人方有對經費上下其手之機會，此與賄賂不限於職務上行為實施之際，實施之前或之後收受均可，明顯不同。最高法院早期判決結論與此相同：「公務員利用採購職權向商人索取回扣，其因回扣所得的款項，並非商人交付的賄賂，而係公務員對於主管或監督的事務直接圖利而來」³⁴；或「賄賂與回扣性質迥異，收受賄賂與收取回扣所成立之罪名亦不相同，如屬前者，應成立收受賄賂罪，後者則構成圖利罪」³⁵。學說上亦有認為，貪污治罪條例第4條第1項第3款所稱「其他舞弊情事」如偷工減料、以劣品冒充上品或以膺品代替真品等，經辦公務員不至於直接偷工減料，而係與承包商約定默許其為之，而由公務員協助通過驗收，使該承包商不法獲利，核其行徑係屬典型圖利罪。「回扣」既與「其他舞弊情事」並列，本質上並無不同，都以不法圖利自己或他人，致令得利作為前提，其較圖利罪加重處罰之原因，乃在於涉及公共工程或公用採購，具有高度公益性而強化保護³⁶。

上開最高法院早期判決欠缺理由，學說則以「其他舞弊情事」之「概括條款」推論「收取回扣」之「例示條款」，與一般由「例示條款」推論「概括條款」之過程迥異，且未探討「回扣」與「賄賂」在利益交換過程中之差異，尚有未洽。

34 最高法院 51 年度台上字第 2379 號刑事判決。

35 最高法院 56 年度台上字第 560 號、57 年度台上字第 1540 號刑事判決。該二號判決之犯罪時間均在貪污治罪條例公布實行前。

36 許恒達，貪污犯罪的刑法抗制，元照，2016 年，頁 295。

三、「回扣」概念之必要性

學說有認為：回扣在本質上係對於公務員特定職務行為之相對給付，而與公務員之職務行為構成對價之必要關聯。索取、收受或交付回扣，應屬於受賄罪或行賄罪之賄賂³⁷；另批評「圖利說」稱：回扣倘係公務員對於主管或監督事務直接或間接圖利而來，則賄賂何嘗不是如此途徑而得，故以公務員圖利罪說明兩者差異顯不足採，貪污治罪條例固將「收取回扣」與「收受賄賂」異其處罰規定，然此僅係特別刑法之形式區分，並非實質區分³⁸。準此，回扣概念似無獨立存在之意義。

倘對「回扣」概念，仍如同我國實務採「一方支付他方收受」之對向模式，則不論如何望文生義地解釋，均難與「賄賂」有何實質區分，是學說得出「收取回扣」與「收受賄賂」相同之結論，不足為奇。惟如認回扣實際上係出自收取回扣者所屬之單位，而賄賂則係他方支付，亦即回扣來自內部，賄賂來自外部，二者款項來源及行為態樣均不同，回扣概念自有獨立存在價值。

我國實務向來認為「貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款、第 5 款規定之圖利罪，乃處罰公務員貪污行為之概括規定，必其行為不合於同條例第 4 條至第 6 條之其他特別規定者，始有其適用」³⁹；倘視圖利罪為收受賄賂罪之概括條款，又認收取回扣之本質在圖利自己，確實如前述學說所批評：「回扣」與「賄賂」無區分實益。細繹圖利罪立法沿革，最早民國 24 年公布施行之舊刑法第 131 條第 1 項規定：「公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者」，立法理由稱：「本條之罪，為官吏所最易犯者，其影響於職務，實非鮮淺。故本條擬參照義大利、法國、荷蘭、匈牙利、暹羅、蘇丹等國增入本條」，民國 52 年制定貪污治罪條例時，將前述刑法條文置於同條例第 6 條第 1 項第 4 款，另於第 5 款增訂「對於非主管或監督之事務，利用職權機會或身分圖利罪」。

前揭立法理由並未揭櫫處罰之行為態樣，僅泛言係參照義大利等外國立法例而制定。義大利統一後，首部刑法於 1890 年 1 月 1 日施行，當時即有圖利罪規定。考其制定緣由，乃因認定公務員違背職務收賄罪時，「賄賂」與「違背職務行為」間須具對價性，倘欠缺或無從證明時，不構成該罪。惟行賄者本身亦處罰，當與收賄公務員相互掩飾，不易察覺對價性，犯罪黑數高，而觀察違背職務收賄之犯罪現象可知：行賄者付款後，收賄公務員

37 林山田，刑法各罪論（下冊），北京大學出版社，2012 年修訂 5 版，頁 77 以下；邢泰釗，就我國實務運作觀點，評現行貪污治罪條例，月旦法學雜誌，第 94 期，2003 年 3 月，頁 9；張麗卿，臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論，第 28 期，2011 年 2 月，頁 15。

38 林山田，同前註，頁 78。

39 最高法院 99 年度台上字第 5278 號、102 年度台上字第 3839 號刑事判決。

為履行承諾，常使行賄者獲得某種法律上所不容許利益（對法律上所容許利益，通常無須以行賄公務員方式取得），是公務員倘故意違反法令使第三人獲得利益，顯可疑犯違背職務收賄罪，但因無從證明對價性，難以該罪相繩，故創設圖利罪，俾論罪科刑後，將犯案公務員汰除⁴⁰。圖利罪不待他人意思之合致或行為參與，其單獨一人亦得完成犯罪，係單方行為（*einseitig*），而收賄罪則須彼此對立之意思合致始得成立，乃雙方行為；再從利益來源論，圖利罪之利益係出自公務員職務行為本身，而受賄罪之利益則從他人給付而來，兩者結構顯然有別⁴¹。圖利罪係違背職務收賄罪之截堵構成要件（*Auffangtatbestand*），兩者並非特殊及概括條款，僅不構成收賄罪時，始成立圖利罪。

圖利罪與收賄罪既有前述差異，則認收取回扣之本質在圖利自己，仍能清楚說明「回扣」與「賄賂」之區別，前述學說所稱「圖利罪無法說明兩者差異」，尚有未洽。

四、交付回扣者之刑責

收取回扣不應僅處罰公務員，亦應罰及交付之一方，且因交付者不過係配合收取之公務員演出，兩者並非對向關係，交付回扣者自可依我國刑法第 31 條規定與收取回扣之公務員成立共同正犯。

五、收取回扣應優先適用

「回扣」與「賄賂」之區分端視款項是否計入總價，標準雖明確，然具體判斷時或有模糊空間，例如公務員甲為所屬機關向廠商乙採購物品，乙原開價 100 萬元，經討價還價，乙願意以 90 萬元成交，並將 10 萬元交予甲，甲同意並表示乙請款時仍開立發票 100 萬元，該 10 萬元實質上係來自甲所屬公務機關，甲應構成收取回扣罪，固無疑義。嗣後甲為所屬機關再向乙採購多次，金額雖不固定，惟每次乙仍支付甲 10 萬元，則甲之後所收受款項究係「回扣」或「賄賂」難以斷言。依我國實務「收取回扣之情節較一般收賄罪為重」觀點，在兩者難以判斷時，罪疑惟輕，應認款項係屬「賄賂」。換言之，對公務員收自他人之款項，應先查清是否實際上出自所屬公務機關，如難以判斷，則認屬於支付者自身財產。

40 Klaus Alten, *Amtsmissbrauch: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs*, 2012, S. 10 f.

41 柯耀程亦認為圖利罪不論主、客觀要件均異於瀆職罪其他犯罪類型。參閱柯耀程，圖利罪修正與法律適用問題分析（上），月旦法學雜誌，第 80 期，2002 年 1 月，頁 205 以下。

六、主觀犯意

公務員如要論以收取回扣罪，因該罪係屬故意犯，公務員對所收款項係「算入總價內」乙節須有所認識，倘公務員不知悉所收受款項事後遭交付者混入總價中，或誤以為該款項係出自交付者自身財產時，僅構成收受賄賂罪。茲有疑義者，倘公務員原與交付者合意就所收款項計入總價中，然交付款項者恐如此一來啟人疑竇，而由自己財產中支付，未計入總價中，則收取款項之公務員究應論以「收取回扣未遂」或「收受賄賂」？應以後者為妥。

七、私領域亦有適用

私領域之收取回扣或賄賂在我國時有所聞，實務雖於判決之犯罪事實區分「回扣」與「賄賂」，卻未於理由中交代兩者如何定性，論罪時亦不分「收取回扣」或「收受賄賂」均以刑法第 342 條背信罪或證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之特別背信罪為據，且一同評價是否符合「違背任（職）務」及「致生本人財產及其他利益損害」⁴²。然依前述德國回扣概念，「收取回扣者」取走應歸屬本人之期待利益，致生本人之財產損害，可構成背信罪，而「收受賄賂」本身，因賄賂係來自第三人，而非委託之本人財產領域，此際對本人尚無「違背任務」或「致生其財產損害」可言，惟行為人如因收受賄賂，嗣後實施有損本人財產利益之行為，自可構成背信罪，但此與收受賄賂係屬二事。

我國實務因對「回扣」與「賄賂」之區分未有清楚認識，致在私領域將兩者混為一談，前述德國回扣概念有助於將二者明確適用。至於私領域之收受賄賂（商業賄賂），我國目前尚無處罰規定，學說上有主張應參照德國刑法第 299 條以下規定入罪化⁴³。

八、公務背信

德國回扣概念不僅於私領域，於公領域亦有適用，公務員或私人公司經理收取回扣均能構成背信罪。惟我國貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款設有收取回扣之處罰規定，則公務員收取回扣後，除犯貪污治罪條例該條款罪外，「應否」或「能否」論以背信罪？

對此，德國早期有學說認為，公務員執行職務如同時構成背信罪與瀆職罪，應僅構成

42 如臺灣臺北地方法院 103 年度金重訴字第 14 號、臺灣高等法院 105 年度金上重訴字 45 號刑事判決。

43 張天一，論商業賄賂之可罰性基礎及入罪化必要性，月旦法學雜誌，第 242 期，2015 年 7 月，頁 26 以下；許恒達，商業賄賂罪立法方向評析，檢察新論，第 24 期，2018 年 8 月，頁 48 以下；洪培根、林鈺雄、潘怡宏、許恒達、許順雄，商業賄賂罪—借鑒德國刑法第 299 條商業賄賂罪之立法芻議，月旦刑事法評論，第 7 期，2017 年 12 月，頁 82 以下。

後者，否則司法機關得藉由背信罪介入行政領域，有違權力分立原則⁴⁴；惟帝國法院明確反對該說，認為刑法瀆職罪章並無與背信罪相符之處罰規定，立法者對背信行為亦無意在公務員僅科以紀律罰，對非公務員則刑罰處遇⁴⁵，此後公務員職務上行為亦能構成背信罪，在德國已無質疑聲音。至我國實務觀點與前述德國早期學說相似，採「瀆職罪排斥背信罪」，認為「公務員關於職務上之行為，有時雖亦足以構成背信罪，然以不合於瀆職罪之構成要件為限，如其犯罪行為已足以成立瀆職罪名，即不能以其違背職務而認為構成背信罪」⁴⁶；或「公務員對於主管之事務，如有意圖為自己或第三人不法之利益，或損害其服務機關之利益而為違背職務之行為，致生損害於服務機關之財產或其他利益者....而不成立貪污或瀆職罪名，仍非不可以背信罪相繩」⁴⁷。

惟依吾人所見，德國早期學說及我國實務見解顯不足採，蓋背信罪所保護係財產法益，而瀆職罪係「職務執行之客觀性」及「公眾對此客觀性之信賴」⁴⁸，二罪保護法益既不相同，並非法條競合，公務員如為行為主體，自應分別論罪，無瀆職罪排斥背信罪之理⁴⁹。準此，公務員於辦理採購時收取回扣，除構成貪污治罪條例第4條第1項第3款之罪外，如其對所屬機關尚負有財產管理義務者，亦可成立背信罪，兩罪應依想像競合犯從一重處斷⁵⁰。

44 Erich Schwinge/Wolfgang Siebert, Das neue Untreuestrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung f. d. Praxis, 1933, S. 59; Hellmuth Mayer, Die Untreue, in: Materialien zur Strafrechtsreform Band I, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 351.

45 RGSt 69, 334.

46 最高法院 28 年上字第 2646 號刑事判例。

47 最高法院 94 年台上字第 3476 號刑事判決；另參閱王榮聖，公務員背信罪之探討，軍法專刊，第 57 卷第 3 期，2011 年 6 月，頁 117 以下。

48 此複合說係德國通說，參閱 Dieter Dölling, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), S. 334 (335 f); Christoph Sowada, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2013, § 331 Rn. 31 ff; Thomas Rönau, Untreue als Wirtschaftsdelikt, ZStW 119 (2007), S. 887 (896); Johannes Graupe, Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte, 1998, S. 106.

49 同說許澤天，刑法分則（上冊）：財產法益篇，新學林，2023 年 5 版，頁 216 以下；伍開遠，刑法規範之發展趨勢，元照，2016 年，頁 120；甘添貴，同註 18，頁 358；Christian Lindenschmidt, Zur Strafbarkeit der parteipolitischen Ämterpatronage in der staatlichen Verwaltung, 2004, S. 43; Hans-Werner Neye, Untreue im öffentlichen Dienst, 1981, S. 12 ff.

50 最近有件「公務背信」案例：甲案發時任某軍事單位參謀長，具有一般小額採購案、定額經費及團體加菜金分配規劃之審核權限。嗣上級機關核發加菜金 2 萬元予該單位，由單位主計組保管，待承辦單位擬簽分配，經單位指揮官核定後，再核發現金予受配單位運用。依加菜金作業規定，加菜金受領對象以國防部所屬之各機關、部隊、內部幕僚單位或友軍或部外支援單位為限，不得用於民間人士。該單位指揮官某日宴客（包括三位非軍人）後，甲指示承辦部屬以前開加菜金支應，不須用到主官行政費。本件最

九、小結

（一）案例一不構成收取回扣罪

計算方式（一定成數或具體數額）對判斷收取回扣或收受賄賂，並無實益，關鍵處應係行為人所收取款項究出自何處，有無計入公家機關應付之總價中，如係肯定，則屬收取回扣，否則屬收受賄賂。案例一甲要求乙須支付「工程款 40 %回扣」始讓乙得標，乙允諾後，籌款分「前金」與「後謝」支付，該款項似無證據顯示曾計入總價中，而乙答允甲要求，嗣後並付款，顯係為順利取得標案，亦即甲之職務上行為與乙應允款項間具有對價性，該款項依前揭說明係屬「賄賂」，而非「回扣」。甲構成收受賄賂罪，乙則成立交付賄賂罪，本件二審判決觀點可採，最高法院徒以兩人約定「40 %回扣」等文字，即遽論甲應構成收取回扣罪，尚有未洽。

（二）案例二構成收取回扣罪

丁在提案或報價時，既將擬支付丙之款項計入，倘丙亦知悉所收款項實際上係出自立法院預算，則丙收取者係回扣，而非賄賂，本件第二審及最高法院見解尚有未洽。第一審判決對丙部分結論雖正確，但理由依丁證詞仍糾結於「採購金額 20 %」，則難贊同；至於對丁部分，似因囿於概念上既有「收受」，則應有「交付」者，而貪污治罪條例並無「交付回扣」之處罰規定，於是援引最近實務「競合說」觀點，順理成章地將丁論以交付賄賂罪。然依前述說明，「回扣」與「賄賂」之金流相反，兩者不可能競合，收取與交付回扣者，與收受及交付賄賂者不同，並非對向關係，而係朝同一犯罪目的之行為分擔，丁應論以丙收取回扣罪之共同正犯。

柒、結論

一、貪污治罪條例將「收取回扣」與「收受賄賂」分別處罰，顯見兩者應有區別，我國實務向以當事人約定「一定比率」（回扣）或「具體數額」（賄賂）區分兩者。此種區分並無實益，蓋「一定比率」於確定母數後，亦能得出「具體」金額；反之，具體金額於母數確定後，亦能換算成「一定比率」。

二、「回扣」概念須擺脫「一方支付他方收受」之對向模式，另從款項實際來源著手，始

高法院論甲以貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之「公務員利用職務上機會詐取財物罪」（最高法院 110 年度台上字第 2177 號刑事判決）；此項論點實有疑義，蓋系爭加菜金於指揮官宴請三位非軍人前，即由上級機關核發至甲所屬單位，甲對該款項有管理使用之權，並無所謂「詐取」問題，甲未依上級頒布之加菜金作業規定使用該款項，涉有違背任務，且致生該單位財產損害，似應構成背信罪。

能得出與「賄賂」之區別：「回扣」實際上係來自收取回扣者所隸屬之公私單位，而賄賂則出自交付賄賂者之自有財產，德國通說亦採此區分標準，可資贊同。以公務機關辦理採購為例，承辦人收取廠商另外支付之款項，如該款項算入公務機關採購款中，則屬「回扣」，反之則係「賄賂」。至當事人約定用語（回扣或賄賂）及計算方式（一定成數或具體數額）要與「回扣」或「賄賂」之認定無關。

三、收取回扣本質上係其單方圖利自己，是貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款限於「建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品」，乃因此時行為人方有對經費上下其手之機會，與賄賂不限於職務上行為實施之際，實施之前或之後收受均可，明顯不同。至交付回扣者非以自身財產支付，僅係配合公務員演出，兩者並非對向關係，交付回扣者應依我國刑法第 31 條規定與收取回扣之公務員成立共同正犯。

四、公務員對收受款項「實際出自所屬公務單位」須有所認識，始構成收取回扣罪，否則僅能論以收受賄賂罪。

五、我國實務向來認為公務員關於職務上之行為，於不合瀆職罪之構成要件時始構成背信罪，即採「瀆職罪排斥背信罪」，此項見解顯不足採。背信罪所保護係財產法益，而瀆職罪則係「職務執行之客觀性」及「公眾對此客觀性之信賴」，二罪保護法益既不相同，並非法條競合。公務員於辦理採購時收取回扣，除構成貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款之罪外，如其對所屬機關負有財產管理義務者，亦可成立背信罪，兩罪應依想像競合犯從一重處斷。

六、「回扣」與「賄賂」在公領域之區分標準，於私領域亦有適用：「收取回扣者」取走應歸屬本人之期待利益，致生本人之損害，可構成背信罪，而「收受賄賂」本身，因賄賂係來自第三人，而非委託之本人財產領域，對本人尚無「違背任務」或「致生其財產損害」可言，除嗣後另實施有損本人財產利益之行為，否則依我國法律不構成犯罪，惟此部分有學者主張應參照德國刑法第 299 條商業賄賂以下規定入罪化。

參考文獻

中文

一、專書

1. 甘添貴，刑法各論（下），三民，2014 年修訂 3 版。
2. 伍開遠，刑法規範之發展趨勢，元照，2016 年。
3. 林山田，刑法各罪論（下冊），北京大學出版社，2012 年修訂 5 版。
4. 許恒達，貪污犯罪的刑法抗制，元照，2016 年。
5. 許澤天，刑法分則（上冊）：財產法益篇，新學林，2023 年 5 版。
6. 陳子平，刑法各論（上），元照，2022 年 5 版。
7. 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品文化，2016 年 6 版。
8. 曾淑瑜，刑法分則實例研習—個人法益之保護，三民，2013 年修訂 3 版。

二、期刊論文

1. 王榮聖，公務員背信罪之探討，軍法專刊，第 57 卷第 3 期，2011 年 6 月。
2. 邢泰釗，就我國實務運作觀點，評現行貪污治罪條例，月旦法學雜誌，第 94 期，2003 年 3 月。
3. 柯耀程，圖利罪修正與法律適用問題分析（上），月旦法學雜誌，第 80 期，2002 年 1 月。
4. 洪培根、林鈺雄、潘怡宏、許恒達、許順雄，商業賄賂罪—借鑒德國刑法第 299 條商業賄賂罪之立法芻議，月旦刑事法評論，第 7 期，2017 年 12 月。
5. 張天一，論商業賄賂之可罰性基礎及入罪化必要性，月旦法學雜誌，第 242 期，2015 年 7 月。
6. 張麗卿，臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論，第 28 期，2011 年 2 月。
7. 許恒達，商業賄賂罪立法方向評析，檢察新論，第 24 期，2018 年 8 月。
8. 惲純良，期待地位作為背信罪的財產損害，台灣法學雜誌，第 277 期，2015 年 8 月。
9. 蔡聖偉，所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（上），月旦法學教室，第 69 期，2008 年 7 月。

三、其他資料

1. 聯合新聞網，工程採購涉收回扣 桃園 2 議員遭約談，2024 年 2 月 22 日，<https://udn.com/news/story/7321/7783988>，2024 年 5 月 20 日。

2. 聯合新聞網，南港輪胎前副總也捲內鬼案 收回扣害公司多付 623 萬今判 4 年 10 月，2023 年 8 月 10 日，<https://udn.com/news/story/7321/7360945>，2024 年 5 月 20 日。



德文

1. Alten, Klaus, Amtsmissbrauch: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323 des italienischen Strafgesetzbuchs, 2012.
2. Arzt, Gunther, Zur Untreue durch befugtes Handeln, FS für Bruns, 1978.
3. Bernsmann/Gatzweiler, Verteidigung bei Korruptionsfällen, 2008.
4. Beulke, Werner, Der findige Bauunternehmer, JuS 1977.
5. Dierlamm, Alfred, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2018.
6. Dölling, Dieter, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000).
7. Graupe, Johannes, Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte, 1988.
8. Kindhäuser, Urs, in NomosKommentar zum Strafgesetzbuch, 4 Aufl. 2017.
9. Kraatz, Erik, Kick-Back“-Zahlungen als strafbare Untreue Versuch einer dogma-tischen Konkretisierung und Systematisierung, ZStW 122 (2010).
10. Lindenschmidt, Christian, Zur Strafbarkeit der parteipolitischen Ä mterpatronage in der staatlichen Verwaltung, 2004.
11. Mayer, Hellmuth, Die Untreue, in: Materialien zur Strafrechtsreform Band I, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954.
12. Neye, Hans-Werner, Untreue im öffentlichen Dienst, 1981.
13. Perron, Walter, Keine Unmittelbarkeit des Vermögensschadens, ausbleibender Gewinn als Nachteil - liegt der Untreue ein anderer Begriff des Vermögens-schadens zugrunde als dem Betrug? FS für Frisch 2013.
14. Rönna u, Thomas, “Kick-backs”: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue. FS für Kohlmann 2003.
15. Rönna u, Thomas, Untreue als Wirtschaftsdelikt, ZStW119 (2007).
16. Schünemann, Bernd, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12 Aufl. 2012.
17. Schwinge, Erich/Siebert, Wolfgang, Das neue Untreuestrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung f. d. Praxis, 1933.
18. Sowada, Christoph, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12 Aufl. 2013.
19. Thalhofer, Thomas, Kick-Back, Exspektanzen und Vermögensnachteil nach § 266 StGB 2007.

Abstract

The Anti-Corruption Act stipulates “taking bribes” and “taking kickbacks” separately. The Supreme Court's opinions on how to distinguish between the two wrongdoings are nonetheless divided. Some Supreme Court judges believe that there is no difference between the two wrongdoings in nature, while others believe that a strict distinction shall be made, and yet the criteria for distinction are unclear. The vagueness not only affects the stability of judgments and sentencing, but also causes problems in convicting those who deliver kickbacks and in confiscating the money involved. Other than the abovementioned problems in public sectors, the same wrongdoings also exist in private sectors. The judicial practices on how to distinguish and criminalize those happened in private sectors are also varied. The reason of this confusion came from the failure to distinguish the nature and the differences of “kickbacks” and “bribes”. On the contrary, German practices and doctrines have made clear and feasible criteria for distinguishing between the two. This article will introduce the details as valuable reference. To make it easier to understand, this article will take advantage of two recent Supreme Court finalized judgments as example cases to illustrate the distinction of kickbacks and bribes.

Keywords: Kickback, Bribe, Public Servant, The Anti-Corruption Act.