

刑法判解

## 收受賄絡公務員之「法定職務」 最高法院100年度台上字第7218號判決

### 【實務選擇題】

某甲於擔任市長期間，與公共工程得標之廠商乙聯繫，表示若給予回扣將加快撥款速度，乙廠商遂允諾甲之要求，將新台幣一百萬元匯至某甲指定之戶頭，請問，關於某甲所涉罪名，下列描述何者正確？

- (A)回扣與賄賂性質不同，甲收受回扣之行為僅成立圖利罪。
- (B)無罪，因依契約本應給付乙工程款。
- (C)法律無明文規定市長有權決定撥款進度，甲所為與其法定職務無關，故無罪。
- (D)甲收受回扣之行為成立未違背職務受賄罪。

答案：D

### 【裁判要旨】

貪污治罪條例第五條第一項第三款之對於職務上之行為收受賄賂罪，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贈與或政治獻金，即謂與職務無關而無對價關係。而貪污治罪條例第五條第一項第三款所稱「職務上之行為」，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言。本件原判決認定上訴人係犯貪污治罪條例第五條第一項第三款職務上收受賄賂罪，該罪之成立祇須所收受之金錢或財物與其在其職務權責範圍內所應為或得為之行為有相當對價關係，即足當之。

### 【裁判分析】

本案基本事實為：「市長收受工程承包廠商交付之金錢後撥付工程款」。首應說明的是，由於貪污治罪條例對於公務員收受賄絡之行為設有處罰明文（貪污治罪條例第4條第1項、第5條第1項參照），因此涉及此類案件時，應優先適用該法的特別規定，排斥刑法分則的規定（刑法第121條、122條參照）。然該條所示之構成要件，諸如「違背職務之行為」、「賄賂或不正利益」等，不論在刑法分則或貪污治

罪條例的論罪上，皆是關鍵所在，尤其是如何認定公務員之「法定職務」，更是近年來的重大爭議問題<sup>1</sup>。

就此，最高法院多年來秉持的皆是「法定職權說」之立場，認為「依法令具有法定職務權限範圍內之具體特定職務行為<sup>2</sup>」，方屬法定職權，且「不法報酬苟非關於職務行為，即不得謂為賄賂<sup>3</sup>」。至於「法令」則須與公務員執行職務所應遵循或行使裁量權有直接關係者為限，與此相對者如公務員服務法僅屬公務員之行為準則與服務規範，縱然違反，僅構成應依法懲處之事由，難認有刑事違法<sup>4</sup>。在本件裁判中，最高法院認定中壢某區新闢工程之工程估驗款須經機關首長簽章許可始得撥付，是工程估驗款支付核駁屬於被告之職務上行為，下級法院之認識用法並無違誤，顯與前述的「法定職務說」採同樣判準。

然而，99年台上字第7078號判決卻另有見解，「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連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當<sup>5</sup>」。詳言之，凡公務員就實質上影響力所及之事項予以收賄，即便該事項非屬法另明文規定之職掌事項，亦屬本條「法定職務」概念所涵蓋，透露出自「法定職務說」轉向至「實質影響說」的軌跡。

補充說明者為，不論對職務行為之概念採何種看法，賄賂或不正利益均須與行為人的職務行為具有對價關係，而回扣顯係針對公務員的特定職務行為而為相對給付，與公務員的職務行為有必要關連，故性質上屬於賄賂，惟早年判決卻有以「公務員利用採購職權項商人索取回扣，其因回扣所得之款項，並非商人交付之賄賂，而係公務員對於主管或監督之事務直接圖利而來<sup>6</sup>」，故僅成立圖利罪。惟此區別何在，學者有提出質疑<sup>7</sup>。

<sup>1</sup> 相關新聞可參：〈「實質影響力」，法界盼林益世案採相同標準〉，自由時報，2012年7月27日；林鈺雄，〈特偵組與大法庭〉，自由時報，2012年11月8日；羅承宗，〈入罪阿扁 就用「實質影響力說」 有利國民黨 就用「法定職權說」〉，自由時報，2012年9月23日。

<sup>2</sup> 參照72年台上2400號判例、98年度台上字第1670號判決、98年度台上字第7218號判決。

<sup>3</sup> 99年度台上字第1196號判決、99年度台上字第14796號判決參照。

<sup>4</sup> 柯耀程，〈『職務』概念的解釋與限制〉，《法學叢刊》第56卷第2期，2011年4月，頁24。

<sup>5</sup> 後續相同觀點者，參照100年度台上字第7001號判決、101年度台上字第2049號判決、101年度台上字第4150號判決。

<sup>6</sup> 51年台上2379號判決參照。

<sup>7</sup> 林山田，〈刑法各罪論〉，2006年，頁78。

### 【關鍵字】

法定職務、法定職權說、實質影響說、回扣。

### 【相關法條】

貪汙治罪條例第4條第1項：「有下列行爲之一者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金：……五、對於違背職務之行爲，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。……」

貪汙治罪條例第5條第1項：「有下列行爲之一者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣六千萬元以下罰金：三、對於職務上之行爲，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。」

刑法第121條第1項：「公務員或仲裁人對於職務上之行爲，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。」

刑法第122條第1項：「公務員或仲裁人對於違背職務之行爲，要求、期約或收受賄賂，或其他不正利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。」

### 【參考文獻】

1. 方律師，刑法分則，2011年。
2. 林山田，刑法各罪論，2005年。
3. 林鈺雄，特偵組與大法庭，自由時報，2012年11月8日。
4. 柯耀程，『職務』概念的解釋與限制，法學叢刊，第56卷第2期，2011年4月，頁1以下。