

法務部廉政署「刑法賄賂罪、餽贈罪及影響力交易罪之增修」研討會

會議紀錄

時 間：民國一〇七年七月三日（星期二）

地 點：法務部廉政署第一會議室

開幕主持：法務部陳明堂政務次長

參加討論：陳子平教授、林鈺雄教授、李聖傑副教授、陳瑞仁參事、惲純良助理教授、王玉全教授、李進榮檢察官【依發言先後序】

指導機關：法務部

主辦機關：法務部廉政署

共同主辦：台灣法學會刑事法委員會、新時代法律學社、刑事法研究會



「刑法賄賂罪、餽贈罪及影響力交易罪之增修」 研討會議程表

- ❖ 時間：107年7月3日（星期二）14時
- ❖ 地點：法務部廉政署第一會議室
- ❖ 指導機關：法務部
- ❖ 主辦機關：法務部廉政署
- ❖ 共同主辦機關：台灣法學會刑事法委員會、新時代法律學社、刑事法研究會

程 序	起 訖 時 間	時 間	議 程 內 容	備 考
報 到	13:45 14:00	15分		
開 幕	14:00 14:10	10分	法務部長或次長致詞	
上 半 場 (100分鐘)	14:10 15:00	50分	【議題一】行收賄罪之立法改造—刑法第121條、第122條 ▶主持人：陳子平教授（刑事法研究會會長／政治大學法學院兼任教授） ▶報告人：國立臺灣大學法律學系林鈺雄教授 ▶與談人：國立政治大學法律學系李聖傑副教授	<u>發言時間：</u> 主持人10分鐘 報告人25分鐘 與談人15分鐘
	15:00 15:50	50分	【議題二】餽贈罪之引進—刑法第122條之1 ▶主持人：陳子平教授（刑事法研究會會長／政治大學法學院兼任教授） ▶報告人：法務部陳瑞仁參事（美國哥倫比亞大學法學碩士） ▶與談人：國立雲林科技大學科技法律研究所憚純良助理教授	
	15:50 16:10	20分	中場休息	20分鐘
下 半 場 (50分鐘)	16:10 17:00	50分	【議題三】影響力交易罪之增訂—刑法第134條之1 ▶主持人：國立臺灣大學法律學系林鈺雄教授 ▶報告人：世新大學法律學系王玉全副教授 ▶與談人：臺灣臺北地方檢察署李進榮檢察官（德國波昂大學法學博士）	<u>發言時間：</u> 主持人10分鐘 報告人25分鐘 與談人15分鐘
綜合座談	17:00 18:00	60分	綜合座談	60分鐘
閉 幕	18:00 		賦歸	

法務部陳政務次長明堂致詞

各位先生女生午安，刑法賄賂罪、餽贈罪及影響力交易罪之增修，是為維護政府形象、澄清吏治並提升國民對政府的信賴度，為司改國是會議重要決議之一。廉政署為我國肅貪專責機關，由陳瑞仁參事及林鈺雄教授等專家學者組成「法務部廉政署貪污修法推動小組」進行法制增修研議，並召開記者會周知國人，引進拿錢喬事情的影響力交易罪，同時修改賄賂罪要件，並增訂餽贈罪。透過今日舉辦的研討會，促進實務界及學術界修法共識，預祝今日研討會圓滿成功，謝謝。

【議題一】行收賄罪之立法改造—刑法第 121 條、第 122 條

陳子平教授（主持人）：

我國司法實務對於貪腐犯罪之構成要件有採取較寬鬆解釋者，也有採取較嚴格解釋者，如對價關係及職務行為，有採法定職務權限說及實質影響力說。我國司法實務要求非常具體「對價關係」，而日本法則是採用抽象的對價關係。其實學界並沒有要求採用具體的對價關係，那實務界為何會產生問題？又「職務行為」究竟是採法定職務權限或實質影響力？法定職務權限是因刑法第 10 條第 2 項公務員定義有「法定職務權限」文字，但這是犯罪主體公務員資格的問題，與職務行為是不同層次的問題，外國立法例有哪個國家會要求到這種程度？但我國竟要求法定職務權限才算職務，這在解釋面根本是不同層次問題。對於「職務」的解釋，形式影響力是最寬鬆的解釋；實質影響力，如中正大學黃士軒老師提到於法規或事實上之參與可能性。我認為在不違反罪刑法定主義前提可做最寬鬆解釋。另外，我國於 2015 年立法通過聯合國反貪腐公約施行法，要求儘量依照聯合國反貪腐公約的內容，所以有今日參考公約第 18 條影響力交易罪之修法，以下請林老師報告。

林鈺雄教授（報告人）：

基本跟加重職務收賄罪是整個貪污罪修法核心所在，目前我國實務發生處罰重卻罰不到的困境，因此提出修法建議，主要是從基本職務收賄罪之截堵功能為中心，結合訴訟證明，參考德國刑法 1997 年的修法，回歸以基本職務行為為中心，重新設計刑法第 121 條、第 122 條之構成要件，這是法條設計之基本出發點。

我國學界真正在寫貪污罪及貪污治罪條例的文章並不多，普通刑法被特別法之貪污治罪條例架空，但貪污治罪條例是於動員戡亂時期制定的法律，其法律效果過重，學者多從罪刑法定主義觀點限縮解釋，將貪污治罪條例解釋的比文義窄，目的是要架空適用，但有些卻悖離文義，所以縱使動員戡亂時期臨時條款已廢除，治亂世用重典還是一樣沒有改變。

舉 1993 年案件為例，A 公司在 1993 年間一直被台南縣環保局稽查，公司派乙副理送 10 萬元給環保局長甲，目的欲獲取環保局人員不要每天來稽查，希望環保局採取較寬鬆或不刁難之查緝標準，涉案金額只有 10 萬元但到 2000 年才第一次為有罪判決，前後更審八次。更六審為最後一個判決有罪的事實審，法院認為 A 公司是要交換寬鬆或不刁難之查緝標準，非屬社會相當之餽贈，也不是一般禮尚往來，因此認定具職務行為對價關係。上訴後遭最高法院撤銷，理由以 A 公司交錢只是要跟局長打交道但沒有說：「局長，我給你這 10 萬元，是要叫你做什麼」，原審認定 10 萬元是要換取較寬鬆稽查方式但無法證明與職務有何關係。本案歷經更七、更八都判無罪，依速審法不得上訴，最後是技術性解決。本案有三個確定事實：第一、給 10 萬元是因為 A 公司不堪被環保局頻頻取締，送錢對象是環保局長，不是小姨子或親戚還要證明局長知不知情，送錢時機在被頻頻取締後；第二、甲收受這 10 萬元沒有爭論，即便甲辯稱後來有退款，但與賄賂之認定無關；最後，乙送錢目的是希望環保局不要增加公司困擾。在這三個清楚前提下，法院仍然是判決本案連基本職務賄賂罪都不構成，遑論加重職務受賄罪。

最高法院認定基本職務受賄罪和違背職務受賄罪間的關係為何？我國實務認二者間是互斥性構成要件，分別檢驗的結果既不是 A，也不是 B，則兩者都不構成。相較德國法採取截堵性構成要件，先用違背職務加重收賄罪檢驗，不構成就會落入外面這個基本職務收賄罪，欠缺的只是一個違背義務的要素而已。如從最高法院撤銷發回的理由，有時候其實看不太出問題是出在實體法上還是訴訟法上，到底是不構成職務行為、還是欠缺對價關係或是在訴訟法上證明門檻沒有達到？剛剛案例提到為換取較寬鬆的查緝標準，如此還不構成對價關係之不法約定，那什麼樣的案例會構成？如以實務見解，則我國賄賂罪基本上只處罰不上道的賄賂者，賄賂者要講清楚而且還要留下證據，最好是白紙黑字約定：「我送錢是要求你這位局長違背職務，下令公務員不要再來查我們公司環境，你沒有答應的話，我這 10 萬元要拿回去喔」，如此白話的邀約通常都會被拒絕，智慧型犯罪用這種不食人間煙火的標準來看當然會有悖離現象。我不是指實務見解都是這樣解釋，只是在部分法院中它已經被解釋成這樣，所以只能用修法手段把它修回來，終結不食人間煙火現象。

個人研究後提出的解決方法是建立截堵性職務收賄罪之構成要件，此構成要件本身要有足夠明確性，要能發揮截堵功能，參考 1997 年德國刑法第 331 條，也是截堵性構成要件的設計，希望能達到以下要求：首先，放棄互斥性構成要件，貪污治罪條例其實本來也沒有要用互斥性構成要件，當初因扁案而有對普通職務行為行賄罪之行賄者要處罰的立法，但立法時卻加上「不違背職務收賄」的用語，在此之前這只是實務用語並非立法用語，於是就變成違背職務與不違背職務的互斥關係，導致分別檢驗後會發生兩頭落空的情形，但若是截堵性構成要件的設計，就可避免發生這種現

象。其次是「職務行為」，要求具體特定的職務行使，我幾乎無法找到比較法上採用此基準為基本構成要件，建議仿照德國法以「職務行使」替代「職務行為」的立法用語定義內涵。因為實務對於「實質影響力」和「法定職權說」的紛爭已經太久，所以應該用立法手段讓它走向一個新的時代。第三，修法方向要結合證據法和實體法，否則不法約定難以證明可能導致訴訟上沒有成立可能性。第四，是結合刑事政策思考會有自首、自白減免刑規定。整個草案便是依照這個模式思考，當然有人會問為什麼只進行普通刑法修法，而未修改貪污治罪條例？這是一個很重要的原則性決定，若照目前的方向修法，處罰範圍會比目前實務認定更大一點。如剛剛舉例環保局長案就可以落入處罰範圍。貪污治罪條例的刑度要修回一個正常法治國家的刑度，放棄重刑思想，在目前政治上很困難，所以我主張不修貪污治罪條例，檢驗個案時還是優先適用特別法，當不構成貪污治罪條例，則回到普通刑法適用。雖然我個人的立場是直接廢掉貪污治罪條例，但以目前政策來看，建議先修改刑法較為可行。

本草案的具體修法內容是以不法約定為中心，設計出加重/變體的構成要件，基本構成要件是第 121 條，加重變體是第 122 條，在義務違反性的情況。首先，行為主體是公務員，包含行政公務員、司法公務員、民意代表。至於為何將原有的「仲裁人」刪掉，是因為仲裁人已經可以包含在新的刑法公務員定義裡面。有爭論的是民意代表是否屬於刑法公務員？是否納入？解釋論來講沒有問題，惟就立法論來講，有主張將民意代表排除，我則持保留態度。歐洲幾個國家的立法例如法國、義大利、奧地利等國，將公務員定義包含民意代表，並且適用受賄罪處罰，所以我國法律並非獨步全球，我個人不覺得在這階段有改變的必要。至於地方首長是選舉產生的一般公務員，當然屬於刑法之公務員。

行為型態的部分是「要求、期約、收受」不正利益。從解釋論來看，要求、期約、收受本來就不會只有「明示」，也包含「可得推知」、「隱藏的或掩蔽的形式」。以環保局長收賄案為例，在這個時機送錢是什麼意思，這就是「可得推知」的意思表示行使方式。「不正利益」的部分，目前法條文字是「賄賂或其他不正利益」，不過德國及日本刑法並沒有如此區分，也沒有必要，此種區分反會增加撤銷發回機會，你說它是賄賂，法官就說怎麼不是不正利益；你說它是不正利益，法官就說可以換價金錢，怎麼不是賄賂，撤銷來撤銷去，連一個簡單的餐費到底是不正利益還是賄賂，實務上甲說乙說都有，有時採甲說，有時採乙說，為避免沒有意義的劃分，建議直接刪除，用不正利益就好，「不正」加上，表示排除社會相當性。

本次修法重點是基本職務收賄罪把「職務行為」改成「職務行使」，這是新發明的用語，是為告別過去「實質影響說」跟「法定職權說」標準太寬鬆的時代。「職務行使」雖然還是要有對價關係，但是很寬鬆；如果是加重職務收賄罪，就會以違背職務行為作為對價，也就是把對價關係的文字

定上去，而且保留「職務行為」用語，以表示是不同的層次。這樣的立法方式在德國法基本上都沒有爭論，也跟陳老師所說日本法的抽象職務認定有點類似。「不法約定」部分在基本職務收賄罪跟違背職務收賄罪不一樣。後者違背什麼職務必須有具體對象，而基本職務收賄罪在德國法上有幾種典型情況，像「打好關係」、「投餌」或「事後酬謝」，就是約略、寬鬆之對價關係。法條若通過，公務員接受明顯跟社會不相當的給付，比如小科員人家找你作仲介，並約定支付 2 億元仲介費，即可以本條處罰。目前實務上先檢驗義務違反性，再論要不要成立基本職務收賄罪，這是完全錯誤，因為義務違反性跟基本職務收賄罪無關，公務員約略的以其職務為交換對價，縱使是合法的行政裁量，也是構成基本職務收賄罪，被禁止的是公務員不應該把它拿來作為交換標的，如果以違背職務行為為約定對象則是第二層加重的問題。用此觀念檢驗臺灣高等法院 106 年上重訴字第 17 號判決，可發現高院檢驗上就是犯這個錯，將義務違反性問題檢驗錯誤，那是加重職務要檢驗的。總之，本報告基本立場是治亂世用法治國，我們當然希望法治國家反貪腐要遵守刑法原理兼顧法安定性，而不會落入像貪污治罪條例這種重刑主義，也不會落入現在刑法無能追訴的狀況，畢竟司法效能是屬於法治國重要的一環。

李聖傑副教授（與談人）：

一般文獻對於截堵性構成要件的性質欠缺充分介紹，主要是過往對於構成要件要素解釋習慣以互斥性思考操作，而構成要件行為是否以截堵性構成要件操作，涉及保護法益在立法政策上的保護密度。在罪刑法定原則前提下，以截堵性構成要件作為立法設計選擇，牽涉到整體社會對於特定法益被侵害的容忍態度。如果我們對於貪污行為顯現為零容忍的狀態，那麼截堵性構成要件可以充分發揮這樣的功能。

立法政策除了引進截堵性構成要件的立法思考，透過侵害法益堆疊設計表達對不同不法行為程度的加重處罰。在基本構成要件設計出來後，再思考加重構成要件，亦即將截堵構成要件的保護法益說明為 A，並呈現為基本構成要件。在 B 不等於零的前提下，只要找到不法行為 A 加 B 的關係，就可以在行為的制裁思考上，設計為 A 加 B 大於 A 的加重構成要件。至於獨立的 B 要素，究竟是不法加重還是罪責加重，還可以在學理說明上進一步詮釋。德國刑法第 331 條以公務員行為之不法約定為核心，建構出一個從基本到加重構成要件的規範模式。基本構成要件規定只要利用職務取得利益，獲得利益與職務行為有關，都不被容許，再透過對違背職務的行為加重處罰，使貪污行為在不同事實情節上符合一般社會期待的正義。特別一提，司法人員貪污行為在德國刑法是加重處罰，但目前我們並沒有對司法人員的身分為加重制裁，如果司法威信是社會在乎的法益時，則立法設計應該考量把司法人員的受賄為加重處罰。

賄賂罪的保護法益，我認為單純忠誠義務的違背只是表現了公務員對於行為規範違反的現象，從法益內涵思考，還要進一步說明違背忠誠義務行為究竟造成什麼具體人民生活利益侵害或是有受到侵害的危險。賄賂行為所侵害的基本法益，在德國刑法文獻上的討論是分歧的，在修法的說明上最後以「公務行為的純粹性」此抽象內涵作為概括性的說明，並且在「公務行為純粹性」的意義解釋列舉了相關不同的法益主張，使得公務行為的純粹性成為其他個別保護法益的主張所最終可能表現的目標。

不過，個人以為此處應該被強調的法益是社會資源的公平分配，以公務員依法行政所可以成就的資源公平分配為本罪基本構成要件所要保護的法益，然後堆疊其他法益侵害作為加重要件。如果公務員依法執行公權力，則人民享有資源公平分配的機會。當公務員的忠誠義務不再被強調是賄賂行為侵害的法益時，貪污治罪條例所標榜的重刑思考也將被挑戰。本次修法設計基本上沒有動貪污治罪條例，事實上當我們理解賄賂行為的基本構成要件設計時，會使貪污治罪條例不再具備特別法的規範位階，所以即使在政治現實上立法者不願意處理貪污治罪條例與刑法的整併，但經過刑法賄賂罪之截堵與堆疊的立法設計，貪污治罪條例在規範適用的順序上，就不會再優先於刑法被適用，也符合刑法罪刑相當基本原則。

【議題二】餽贈罪之引進—刑法第 122 條之 1

陳子平教授（主持人）：

一九七幾年代日本刑法典曾增加「斡旋收賄罪」，但後來仍不足以防堵公務員貪腐，尤其是國會或地方議員的貪腐行為，所以又增設了公職相關人員的「斡旋得利處罰法」，處罰對象不只是國會議員、地方議員及議長，還包括了秘書，但這代表截堵功能發揮得很好嗎？未必。我國法條修訂有時候是彌補司法實務對於法條解釋的缺陷，民國 94 年時公務員定義為什麼要修改？是因為大法官會議解釋把政府股份占百分之五十以上的公營事業全部當公務員，忽略要依法令從事公務才是公務員，所以那次修法為了限縮公務員範圍，但修法的結果因為文字使用「法定職務權限」反而限縮公務員職務行為的認定。本次推動修法是希望把截堵構成要件的功能變得更周延，讓司法機關適用上不會有太多困擾。增訂不需要有對價關係之餽贈罪，也是基於此理由，讓反貪腐規定能夠更加周延，接下來請陳參事報告。

陳瑞仁參事（報告人）：

餽贈罪是專門用來處理「對價關係」，而「對價關係」已被我國最高法院嚴格限制到不可思議程度，貪污修法小組委員林鈺雄老師希望公務員賄賂罪改以「職務行使」（Dienstausübung）取代「職務行為」（Diensthandlung），一旦改造成功就不需要餽贈罪，所以餽贈罪是貪污治罪條例的臨時條款，是一個過渡時期。我們希望不管法院在「對價關係」

如何定義，至少法院當認定沒有對價關係時請不要直接跳到無罪，而是再檢驗有沒有成立餽贈罪之可能，這才是餽贈罪設計的目的所在。

餽贈罪是參考美國立法例，美國法一般賄賂罪規定與我國賄賂罪差不多，但適用上較嚴格，美國法雖趨向法定職權，但因為還有好幾張網截堵，縱使沒有成立賄賂罪，後面還有幾張法網補位。餽贈罪是約翰甘迺迪總統競選諾言創立廉能政府的實現。美國法餽贈罪與賄賂罪最主要的不同就是餽贈罪的關聯性是用「因為」這兩字，「because of」或是「for」；至於傳統行收賄罪，除主觀有意圖影響職務行為外，最主要用 in return for。餽贈罪之公務員行為與不正利益間不需要強到有所謂「作為回報」，僅需一般關聯性即可，這是最主要區別。

美國法餽贈罪跟行收賄罪是規定在同一個法條不同項次，所以有截堵作用而非互斥性，其法條設計會讓讀者明白當不成立賄賂罪時要思考會不會成立餽贈罪。以「in return for」作為回報，美國法用拉丁文 (quid pro quo)，一般翻譯為「對價關係」，也就是狹義對價關係成立行收賄罪。無對價關係但與職務行為有關聯性者，成立餽贈罪，如驗收當天廠商請負責驗收的公務員喝花酒，甚至送小紅包，我國最高法院會問喝花酒時廠商有沒有講到「拜託喔，今天驗收請你放水一下」或者是本來不能通過，但讓他通過等等，如果沒有講的這麼明白就判無罪。美國法則認為縱使認為沒有對價關係也不要緊，因為如果沒有驗收這件事情，廠商絕對不會請公務員喝花酒，所以至少還是有一個「linking」存在，有一個因果關係在，有一個原因關係在，雖然沒有強到「作為回報」，因為雙方沒有講：「你不請我吃花酒的話，我就不蓋章」，但至少是一方表達感謝，一方接受邀請，這與職務行為還是有一個關聯性，就會成立餽贈罪。餽贈罪與行收賄罪有一個很重要的不同，就是送禮的那個人有沒有企圖影響職務行為，沒有企圖就不會成立行收賄罪，但還是會成立餽贈罪，所以有人說餽贈罪就是「thank you」，行收賄罪就是「please you」。

既然不正利益與公務員職務行使無對價關係，那餽贈罪為何還要處罰？剛剛李聖傑教授談到賄賂罪之保護法益為何。美國的社會文化是支付小費即可獲得不同的服務，因此美國法認為公務員有接近(access)政府服務的公平性，提供餽贈的人雖然沒有故意(intend)影響(influence)公務行為，但還是會自公務行為獲益，尤其屬合法裁量權無法認定有違背職務時，例如獎勵青年創業符合條件者均得申請，有 10 人申請核准 3 人，這 3 人間若有人送禮給公務員，縱使認定無對價關係但至少與公務行為有關聯性，就可以加以處罰，立法上具可行性。

美國法也有截堵性觀念存在，行收賄罪漏接就用餽贈罪截堵。美國判例認為餽贈罪跟賄賂罪是一種 lesser included offense，簡單來講，較輕的構成要件被包含在一個較重的構成要件當中。在美國不能兩個罪都成

立，但是陪審團可以變更法條，檢察官用行收賄罪起訴，陪審團可以把他判成餽贈罪。就好像是打棒球，發出滾地球，游擊手漏接的話由左外野手或是中外野手補位，而非我國最高法院的操作在那邊比違背職務或不違背職務，然後互踢皮球，美國法認為是補位而不是互斥。例如高雄地院 104 年訴字第 911 號判決公務員驗收期間有收現金或接受招待，甚至一起到國外旅行，但是卻因為接受現金或招待當時期間沒有談到要公務員配合怎樣辦理驗收而判無罪；還有近期臺灣高等法院 104 年囑上字第 6 號案，仲裁人收了 50 萬，但當事人堅稱是因為仲裁決定拖了二、三年才作出來，為了感謝仲裁人才送給他這 50 萬，高等法院認定無對價關係而判無罪，因為送這 50 萬的時候沒有提到仲裁要對我好一點，只是說因為拖太久所以送給你錢，這樣子就判無罪。還有最近 107 年維持無罪的案件，臺灣高等法院 105 年上訴字第 2880 號判決廠商在驗收期間贈送公務員 ipad 平版電腦，因為送的目的只是要感謝，完全沒有叫公務員驗收放水，法院認定跟驗收完全沒有關係判決無罪。以上無罪案例，我國如果有餽贈罪的話，希望法官停下腳步，想想看有沒有成立餽贈罪的可能。

餽贈罪在美國的操作結論，如證明純粹屬於私人關係餽贈，像是大學同學聚會、結婚禮物則會判無罪；再來針對 position，這個就是最有爭議的，因為他是縣長、環保局局長才送給他錢，而不是針對他的職務，這在美國本來都還是用餽贈罪判決，但到 1999 年 Sun-Diamond 案聯邦最高法院認為不能僅以因地位跟職位送錢即成罪，而是要能指出是哪種職務行為，不過無需特定到幾月幾號行使某個職務行為，而是只要知道職務行為是驗收就好，只要能判斷不是生日禮物即可。美國實務還沒有定論的是一連串的好處跟一連串的職務行為間有因果關係(linking)時，能不能判有罪？目前還是判有罪，但這不是定論。至於檢察官已經證明是大學同學關係，但送禮是因為某個職務行為具有雙重目的的話，美國還是以餽贈罪判有罪，這種「串對串」的餽贈，如逢年過節平常就一直在送禮物，送禮者期待的是公務員職務行為。目前「串對串」的理論在美國聯邦地方法院跟聯邦上訴法院，都還是認為成立餽贈罪，但是也有可能受挑戰。

制定餽贈罪時有考慮只處罰公務員，還是送禮的人一併處罰？我國行收賄罪原本對不違背的行賄者是沒有處罰，後來才納入規範。我們討論的結果是送禮的人也要入罪化。那到底是訂在普通刑法或是訂在貪污治罪條例？我們決定放在普通刑法，獨立一個條文並緊接在行收賄罪之後。最後一個問題就是社會相當性的判斷，要定一個地板條款，決定餽贈的價值是多少始進入刑事處罰。

目前廉政署版本的草案是規定在普通刑法增訂第 122 條之 1，我認為法條文字要寫明「雖無對價關係」。這幾個字擺進去雖然感覺上很彆扭，但目的是要說明當法官認為沒有對價關係時，請思考有沒有成立餽贈罪的可能性，所以條文要把「雖無對價關係」文字擺進去。至於不正利益一萬元以

下到底是要減輕或免除其刑或者是不罰，我比較偏向直接訂為不罰就好，一萬元以下是用公務員倫理規範或行政懲戒而不一定要用刑法相繩。

惲純良助理教授（與談人）：

從德國法角度來講貪污罪保護的是集體法益，德國學者 Tiedemann 說像這種超個人法益的犯罪類型，處罰重點在於行為不法跟義務的違反；抽象危險犯跟具體危險犯在結構上的差異會被弱化。因為如果認為具體危險犯必須達到「實害的發生與否取決於偶然」的程度，那麼就必須在個案中針對個別的被受害者為檢驗。而抽象危險犯往往是在超個人法益的犯罪當中，你找不到一個直接的被害人，具體危險的程度變得沒有辦法檢驗，因為沒有一個可能的實害結果出現，因此 Tiedemann 認為抽象危險犯跟具體危險犯在集體法益的結構中，差異性會被弱化，它只是一個間接的影響而無法被證實。假設辦理政府採購業務的公務員收受賄賂洩漏底價，對於其他的廠商有沒有具體損失？如果沒有人洩漏底價的話，其他的廠商也可能是最低標，這只是期待利益的問題，而期待利益在刑法上承認的範圍是很狹窄的，嚴格講起來在這種情況下並沒有刑法保護的期待利益存在。

王玉全教授及我的指導教授 Hefendehl 曾經提出批評，認為 Tiedemann 只處理到構成要件層面，因為他談的是抽象危險、具體危險犯罪結構的問題，沒有從法益核心面切入。無論是賄賂罪或是餽贈罪，在法益保護的核心問題上，Hefendehl 一直強調個人法益的實害見得到但集體法益該如何保護？如果客觀上沒有實害要怎麼辦？但它必須是存在的，這叫做「實存」，也就是實際存在。一般講到集體法益的內容就是「信賴」，Hefendehl 以等電車為例，在德國主要是看行車時刻表，如果有人在下雪天等電車，結果發現電車誤點，當然他很生氣，可是如果第二天早上他還是同時間出現在電車站等車，代表他還是信賴行車時刻表；但是如果他決定騎腳踏車上班，就表示他不再信賴這個時刻表。所以信賴雖然看不到摸不到，但它確實存在，這就是信賴在集體法益經常被提到的情形。

文獻上比較常見的批評為集體法益所保護的信賴與對規範的信賴沒有區別，且太過抽象。這裡要澄清的是 Hefendehl 講的信賴，跟對規範的信賴是不一樣的。作為刑法保護的法益，表示這裡必須有一個利益存在，才可能動用刑法保護它，而這個信賴跟那種對規範的信賴是不一樣的，對規範的信賴只是當規範沒辦法有效發揮作用時，所產生的一種效果，而這裡的信賴是在法益的位階。嚴格說起來也不是所有的信賴都會被保護，必須是跟現代社會生活有極度密切關聯、不可或缺或為憲法所保障的一些機制等，這一類的信賴才是我們要用刑法保護的信賴。所以有人說 Hefendehl 的理論認為集體法益保護的是一種信賴，這句話只說了一半，要看是對什麼東西的信賴而定。以德國刑法第 331 條來看，Tiedemann 教授有講到義務的違反，其實這已經變成集體法益的核心，也就是說義務的違反跟制度的

損害已經相當於等位、同位，並且在這種制度內個人處分權限會被弱化、被否定，個人在這種制度內往往只是扮演共同建構的因素，並不是當中的主體。

從德國第 331 條的角度來說，收賄是從制度內部影響國家行政的效能，如果擴張到極致，會造成國家制度功能完全喪失的結果。也就是說國家行政的客觀及合法是建立在人民的信賴上面，信賴跟制度是交纏的，相互增強的，因為信賴看不到也摸不到，因此貪污犯罪應該是用抽象危險犯來處理。以餽贈罪來講，如果戶政事務所公務員跟來辦理的人要求、期約、收受不正利益，人民的信賴會不會受影響？當然會！沒送錢的人一定會想：為什麼他送錢就比較快？那是不是以後我們大家都應該這麼做，這是信賴作為保護法益和國家制度信賴的問題。

再來，傳統上不違背職務收受賄賂罪的對價關係其實非常難證明，最高法院把對價關係理解為相當於「給付」跟「對待給付」關係，用這種嚴苛標準理解，那公務員的給付跟對待給付是什麼？對待給付其實是從國家拿的薪俸，因為不違背職務行為正好是公務員領薪水應該做的事情，尤其具裁量空間時，更難因為在薪水外另外收受不正利益就咬住對價關係。我基本上贊同陳參事的講法，要不就是採取德國刑法第 331 條的立法，把對價關係放寬，用一個寬鬆的方式來看待；要不就是在賄賂罪以外再加一個餽贈罪截堵。這次剛修正的環境犯罪條文中也有通過輕微條款，以輕微條款來宣示容許風險的最高界線，如參事建議餽贈罪的處罰門檻也許是一萬元，當然門檻金額可以再研究，以上主要是在講法益跟犯罪結構間連動的關係，結構上要怎麼設計的問題。

【議題三】影響力交易罪之增訂—刑法第 134 條之 1

林鈺雄教授（主持人）：

現行草案設計是參考外國法，以美國跟德國為例，條文設計的方式雖然不同，但截堵式設計的構想卻很類似。若用打棒球為比喻，打一個滾地球出去，有時候球比較慢投手就會先接起來，當投手沒有接到的時候，後面還有游擊手、外野手，所以有一層一層的防漏。

德國法的設計是有一個非常強的游擊手，縱使游擊手接不到，外面還有一個外野手有防漏的功用。我國的問題是在重刑主義下設計出不好用的法條，至少已經被實務解釋得很不好用，所以通常都是天堂跟地獄，不是幾年以上有期徒刑，不然就是無罪，很多時候法官也判不下去，而藉由扭曲現行法或是過度限縮現行法解釋論的方式達到起碼抵抗重刑主義的效果，產生目前用解釋論來扭曲立法規定的狀況。

我們現在的做法剛好相反，在刑度方面符合法治國家基本的「行情」，訂在普通刑法當然也是跟這個行情比較有合理關係。普通刑法雖然罰的

少，但就是罰的到，它有不同層次的補漏設計。以職務行為來講，如果要判加重職務收賄罪，須具體說明違背什麼職務，所以要求的對價關係是最高的；其次低的就是一般職務收賄罪，只要抽象、約略的對價關係即可，如環保局長案至少已經構成這種約略對價關係，至少以德國刑法來說這是可以構成基本職務收賄罪。

不過職務行為基本上還是有範圍限制，如前總統府陳哲男副秘書長關說司法案例，要把它扣到是具體職務行使？總統府副秘書長跟司法職務行使要怎麼扯得上關係，縱使你用實質影響力也是要擴張到很大的範圍。從法治國的角度來看，有沒有一種方式是我們不要這麼扭曲牽強附會，而是法治國家可以正常面對？A 公務員以 B 公務員的職務販賣影響力去收錢，行為該不該處罰？對價關係如何認定？此即為典型的影響力交易的問題。我認為我們要考慮增訂影響力交易罪，即除了第 121 條、第 122 條之外，還有一個第 134 條之 1 的影響力交易罪以處罰販賣影響力的情況。至於行為主體是不是包含「被認為」有影響力之人，這是立法論的問題，以下請王玉全副教授報告。

王玉全副教授（報告人）：

影響力交易罪是很道地的舶來品，繼受法國法學的思考方式比較多，聯合國反貪腐公約基本上也是用法國刑法的規定來做基底，所以引入我國的體系當中可能會有水土不服問題。我分三部分報告，先介紹聯合國反貪腐公約第 18 條，再來就是從基礎理論來看怎麼可以使它在我們體例當中合理的存活下去，最後再來看草案第 134 條之 1 如何應用。

首先，聯合國反貪腐公約第 18 條第一項是「購買」影響力的行為，第二項是「販賣」影響力的行為，稱為對合犯。影響力交易罪的交易對象是影響力，我給你好處，你對於政府機關施加影響力，形成一個買賣的對向關係，三面關係是常見的影響力交易行為運作結構。首先，影響力購買者跟影響力販賣者間達成一個共識，你給我錢，我替你跟公務員說些什麼；第二個部分是影響力販賣者拿了錢之後，他果真去施加影響力在公務機關上面；第三個部分是買賣的目的，也就是希望公務機關對於影響力購買者或是其他的人做成有利的決策，比如買方兒子在公務機關工作想要獲得較好升遷機會，找上主管的太太講一些話或是給一些錢，去影響她的枕邊人，到最後讓他的兒子順利升官，這就是屬於典型的影響力交易行為。以聯合國反貪腐公約第 18 條來看，三面關係並不是所有的部分都是構成要件。公約第 18 條的構成要件其實只要影響力購買者跟影響力販賣者對影響力交易內容達成一致協議，此時就符合公約第 18 條的要求構成影響力交易罪。

我國刑法體系基於法益保護原則，要先討論的是有沒有法益保護存在？基本上我認為影響力交易罪侵害的法益跟一般傳統公部門貪腐行為是一樣的，對政府制度的信賴。當然也有一些經濟刑法學者認為影響力交易

可能影響經濟層面的集體利益，造成國家福祉整體下降等情形。在歐洲理事會反貪腐刑法公約的報告書上有明確講到保護的對象是公行政在決策形成程序上的透明與公平，所以基本上可以認定與一般傳統的貪瀆保護的法益是一致的。

既然保護法益跟公部門的貪瀆行為一樣，那它跟公部門貪瀆罪的關係是什麼？學理上認為影響力交易罪是提前的處罰，是真正貪瀆行為的預備行為，有影響力交易之後，很可能會引起後面的貪瀆行為，有將之稱為次級貪瀆、間接貪瀆，而不是傳統貪瀆行為。在立法上既然是提前處罰，從罪刑相當的角度來看，處罰應該要比第 121 條、第 122 條傳統賄賂罪來的輕，一來畢竟行為人不必然是公務員，也不是直接將公務員職務行使作為對價關係的交換，所以影響力交易行為對於法益的侵害而言，距離比較遙遠、危險的程度較低，故法定刑會比較輕。

接下來是需罰性的考量，大部分國際報告認為貪腐行為一定會連結政治文化，德國至今未將影響力交易罪入罪化，基本上也跟他們的文化有關。法國屬菁英政治，所以彼此間的影響力比較大。回到我國檯面上很多人物大部分也是同一間學校畢業，不過真正危險的其實不在這個地方，比較大的問題是派系和政黨產生的問題，有些人不具有公職人員身分可是在政黨裡面扮演非常有力的角色，對於公務機決策的影響力甚至高於一般公務員，現行法要處罰這種人非常困難，從政治文化上面來看，影響力交易的行為在我國確屬常見，因此可以考慮把影響力交易罪入罪處罰。

德國目前尚未就影響力交易罪立法，學者多認為可以透過公部門的貪腐犯罪及背信罪來處理。德國對於公部門的貪腐行為在對價關係的要求較為寬鬆，像我們剛剛講的打好關係、投餌等情形都可以用賄賂罪搭配正犯、共犯理論來處理；另外就是以背信罪處罰。德國 Heinrich 教授曾提到這兩種處理方式在面對影響力交易行為的時候，還是會產生一些漏洞，當施加影響力或販賣影響力的那個人他不具有公務員身分，譬如說官夫人、駙馬爺，就完全不可能以公部門貪污的構成要件處罰；而背信罪本身是財產犯罪，還必須要造成財產上的損失才有可能成立，因此有很多我們認為不應該存在的貪腐行為不在目前德國法處罰範圍內。

第二個部份是歐洲理事會反貪腐聯盟的評鑑報告書指出，如果承認影響力交易罪則有可能影響合法的遊說行為。所以我們如何為遊說行為打造合法的框架，當框架形成後，可透過刑法第 21 條第 1 項依法令行為來處理，透過構成要件與違法性正反兩面的檢驗，反而才是一個比較嚴謹、完整的機制。

第三個問題，所謂的不當利益、濫用影響力、被認為具有影響力，這些名詞在適用上會不會有違反明確性原則的問題。事實上沒有一個名詞可以絕對明確，除刑法第 149 條的命令解散舉牌「三次」，剩下的大概都不明

確。所謂的明確性原則充其量畫出一條大概的界限，至少要讓受規範者得以預見。有一案例是公家機關的主管叫清潔工去他們家打掃，他認為這是行政慣例不會構成貪腐行為，像這種模糊地帶造成受規範者在個案上認為自己的行為合法時，我們還有第二套防線，就是用第 16 條禁止錯誤的標準來解決。這樣看來這幾個名詞尚不至於違反明確性原則。

我認為將影響力交易罪入罪在應罰性跟需罰性的審查基本上不會有太大的問題，從憲法角度上來看應不致於違憲。廉政署所提草案總共規定四項，第一項是販賣影響力的行為，第二項是身分加重的構成要件，第三項是購買影響力的行為，第四項刑事政策上對自首、自白的減免刑罰事由。第一項特別強調「運用其影響力」，在反貪腐公約第 18 條、法國刑法或歐洲理事會的反貪刑法公約都沒有這個要件，也就是影響力交易行為本身就是一個可罰的行為，至於販賣影響力的人是不是真的去運用了影響力，對於本罪的成立無關緊要，這是跟我們草案最大不同之處。

第二項規定是「身分上的加重」，販賣影響力的人如具公務員身分，且能找到職務行使的對價關係，那就是第 121 條的問題；但如果找不到對價關係就會構成本條加重處罰的規定，屬於不純正身分犯，就是有公務員身分的販賣影響力行為人加重處罰。

第三項是「購買」影響力的行為，也就是販賣影響力行為的對向行為，草案和聯合國反貪腐公約第 18 條在行為模式上的規定一樣，而差別則是草案多加了一個限制要件，須「致其運用影響力者」，販賣影響力的人必須真的去應用影響力才能成罪。

第四項是自首自白減免的規定，對這一類型的犯罪，最好的方式就是讓他們窩裡反，所以有自首自白減免規定，對刑事追訴會比較容易。

聯合國反貪腐公約第 18 條行為人一旦做了條文中描述的買賣影響力行為就已經成罪，至於有沒有導致後續的影響則非所問。我們在草案中加上「並運用其影響力者」的要件，它的屬性是什麼？這影響到我們在訴訟上證明程度差異。由行為對法益的威脅來看，首先可以確定的是草案的規定不屬於實害結果犯，影響力的販賣者雖有運用影響力，但並非是實害結果；第二種可能是抽象危險犯，只是多了一個「運用影響力」的具體狀態描述；第三種是抽象具體危險犯或者稱為「適性犯」，譬如刑法第 185 條之 3，指的是行為人行為還沒有達到具體危險的程度，但已經可以表現出這個行為是有造成風險、造成實害的能力；第四種是較熟悉的具體危險犯，也就是行為必須要創造出一個危險的狀態。以上差別在於如果是抽象危險犯，司法者只要證明行為人完成了立法者所描述的行為，即可成罪；具體危險犯，司法者必須在個案中判斷，這個行為是不是已經達到危險的狀態，兩者在訴訟證明的程度上有所不同。草案第 134 條之 1 構成要件解釋上還是行為犯、抽象危險犯，草案規定「並運用其影響力者」是立法者預訂的一種危

險行為，它的確是影響力交易後導致的狀態，只需判斷行為人是不是真的去運用影響力，這跟剛提到「適性犯」立法方式不一樣。從訴訟證明上來看如果把它規定成具體危險犯或是適性犯，司法者就必須去檢驗因果關係或個案中行為是否足以造成特定危險等的問題。草案中當影響力販賣者把影響力賣掉之後真的著手去影響別人，我們就認為它進入到可罰性的範圍。換句話說，只要證明他真的去做了（運用影響力）這樣就可以了。

接下來是身分的問題，基本上購買影響力的人是一般犯，而販賣影響力的人則必須具有一定的資格，也就是他必須具有影響力或者被認為有影響力的人，所以一個是一般犯，一個是純正身分犯，至於對具公務員身分的販賣者加重處罰是不純正身分犯。草案將「被認為有影響力的人」拉進來做為行為主體的時候會產生問題，什麼叫做「被認為有影響力」？是大家都認為他有影響力？還是買的人主觀上認為賣的人有影響力？如果大家都認為他有影響力或購買的人主觀上認為他有影響力，可是此人實際上是沒有影響力，而我們後面又規定「並運用其影響力」的要件，那此人是運用什麼影響力？把「被認為有影響力之人」放進條文，以聯合國反貪腐公約第 18 條來說不會有問題，因為它沒有後面「並運用其影響力」的要件，可是我們草案有，就會產生前後格格不入的問題。「被認為有影響力」之人知道自己根本沒有影響力，也沒辦法去運用影響力，而他又拿了別人的錢，這樣來看應該是用詐欺罪處理，而不是進入到影響力交易罪，因為如果販賣影響力的人實際上根本沒有影響力，客觀上根本不可能影響到後續傳統公部門貪瀆行為所要侵害的法益，所以草案這個地方會比較有問題。

李進榮檢察官（與談人）：

我先提出四個實務上經常看到的例子：第一案甲為傾倒廢土不被取締，請轄區派出所志工乙向所長表示「高抬貴手」，乙向所長關說，但所長置之不理。第二案是甲以十萬元「走路工」請乙向所長關說，乙有向所長關說，但所長置之不理。第一案跟第二案主要差別是乙這個沒有公務員身分的人有無收錢。第三案是乙收了走路工的錢以後完全沒有去關說。第四案甲提供十萬元「走路工」給議員丙，由丙向轄區派出所關說，丙收款後有向該所長關說，但所長置之不理。可以剛好用這四個例子來解釋聯合國反貪腐公約第 18 條跟廉政署草案適用上有什麼不同？

聯合國反貪腐公約第 18 條提到各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施將下列行為定為犯罪，A 款有「向公職人員或其他任何人員」，這個「其他任何人員」是指沒有公職人員身分的人，這兩個條款是把法國的三個條文濃縮成兩個條款，所以公約第 18 條是參照法國體例，起草的時候就已經有人提到會侵害到遊說行為，所以這個條文只要求各締約國要考慮立法而沒有強制處罰。回到公約條文，A 款裡面是「行求」、「期約」或「交付」任何不正當的利益，而 B 款是「要求」或「收受」，好像漏掉了「期約」，

這是因為在法國刑法中「收受」就已經包括「期約」，所以就把這個用語去掉，另外兩款裡面都有「濫用其本人實際或被認為具有之影響力」，這個不是構成要件行為而只是一個連結點，只要買、賣雙方兩個人達成協議就可以了。另外這個條文最有趣的地方是，販賣者是不是真的有影響力？影響力從何而來？或者有沒有向行政機關發揮影響力，這些都沒有關係。1887年法國參議員 Graf d'Andlau，他向有意取得法國榮譽軍團勳章的人聲稱可為他們爭取勳章，但是要收錢，然而這名參議員實際上根本沒有能力去幫他人取得勳章，因為受騙的人尚未付款，故法院將 Graf d'Andlau 論以詐欺未遂罪，這是最早出現的一個案子。第二個案件是當時法國總統 Jules Grévy 的女婿 Daniel Wilson，他也跟人家講類似的話，法院一開始也判無罪，可是到了上訴審的時候，法院認為他身為總統的女婿，對於只有總統才能頒發的勳章確實有可能發揮影響力，使交付款項者依約取得勳章，所以不能認為他是使用詐術，但又因為無其他處罰規定，所以只能判 Daniel Wilson 無罪。這就是為什麼法國的條文還有聯合國反貪腐公約都出現「實際或被認為具有」影響力的文字。但是有沒有影響力很難認定，影響力是一種可以感受，但難有一個具體數量捉摸的東西，所以法國和聯合國反貪腐公約就訂「被認為」，至於到底有沒有影響力沒有關係，反正你就是把這個影響力當作交易客體就要處罰。

廉政署草案條文加上「並運用其影響力者」，最關鍵在於前述第三個例子，乙收了走路工錢，但甲委託乙的事情，乙完全沒有向轄區的派出所所長關說。請問乙侵害什麼？看不出來他侵害什麼。在座當中的司法人員都有經驗，親戚經常會跟我們關說，叫我們去干涉某個司法案子，如果第三種情形要處罰會產生幾個疑點，最大的疑點是在於關說依照公務員服務法第 15 條、第 22 條，還有公職人員利益衝突迴避法第 17 條，只有紀律罰和罰鍰，但關說是影響力交易的實踐，更接近公務員賄賂罪所保護的法益，關說如果不予刑法處罰，對於關說的準備行為就論罪科刑，顯然有失輕重。所以我們加上「並運用其影響力者」之文字，當其實際上對公務員運用影響力才處罰，至於公務員是否因此受影響在所不問。

草案條文「為自己或第三人」，主要是參考草案的賄賂罪除將「職務上行為」放寬為「職務行使」，也有「為自己或第三人」的要件，這也是德國 1997 年貪污修正條文的一個修正重點，當難以證明第三人跟本人之間有什麼關聯，而有給第三人好處時也要處罰，所以這個條文要加上「為自己或第三人要求期約」的原因在這裡。

草案第三項加重處罰公務員的理由是公務員本身被賦予較高法治維護義務，他出賣自身的影響力會使人產生可收買的印象，有礙人民對公務機關的信任，故參照法國刑法第 432 之 11 規定加重。如果這些條文通過，公務員收錢不管是喬事情或者跟職務有關，當講不出一個合理的理由來就要倒大楣。草案與聯合國反貪腐公約第 18 條相同之處，包括公務員跟非公務

員，二個都是意圖犯，把處罰限縮所以加上「意圖」；另外販賣方跟買受方都要處罰；且不論販賣的人對於要影響的公務員是不是真的有影響力。而草案與公約差別的地方有下列三點：公約只有要求濫用影響力這件事，即要求、期約或收受賄賂就可以了，但草案要求要到「並運用其影響力者」；第二個是如果具有公務員身分，草案條文是要加重其刑；最後是利益流向可及第三人。

回來剛剛四個案例，第一案，不論依照聯合國反貪腐公約還是草案條文都不處罰；第二案，收了錢後有去關說，依照聯合國反貪腐公約以及草案條文都要處罰；第三案最能夠凸顯差別，依照聯合國反貪腐公約要處罰，但依照草案條文不處罰；第四案，依照聯合國反貪腐公約也要處罰，但是依草案條文要加重處罰，因為議員具有公務員身分。

公約第 18 條是依照法國體例，起草的時候就有很多國家質疑有侵害遊說之虞，我國也有遊說法，只是遊說法訂的非常嚴格，遊說法對遊說者跟被遊說者的資格均有限制，遊說的標的只限於決策性或政治性事項，如果符合這個資格跟方法就是合法遊說，那是向公務員合法表達意見，不是濫用影響力；反之，可能就會構成影響力交易罪。例如某社區居民集資委託專辦遊說業務之公司向市政府遊說，如果能設立商場下次選舉時將支持現任市長連任，屬於合法遊說，這種情形不構成影響力交易罪，因為它符合遊說者與被遊說者的資格；但是如果你去找議員向市政府施壓，可能就會構成該罪。

綜合座談

陳瑞仁參事：

各位來賓，今天舉辦座談會目的是要傾聽各方意見，每一國家設計防貪制度都有特定國情考量。先請陳博士針對有關餽贈罪的部分發言。

陳柏良博士：

我主要有三個問題跟三個建議。第一個，在美國聯邦最高法院在 Sun-Diamond 案提到賄賂罪跟餽贈罪的區別，關鍵差別是「主觀犯意」，也就是故意門檻的高低，法院認為本案中多數意見認為賄賂與餽贈的區分是：“The distinguishing feature of each crime is its intent element. Bribery requires intent "to influence" an official act or "to be influenced" in an official act, while illegal gratuity requires only that the gratuity be given or accepted "for or because of" an official act. 亦即行收賄罪當事人要有影響或被影響公權力行為行使或不行使之故意；而餽贈罪當事人只要認知餽贈行為係因公權力行為而起即可。因此，餽贈罪可以是 for the past act, or the future performance, 也就是說可以針對事前或事後，餽贈罪並非僅專門處理後階段行為，也包括前階

段，故在 Sun-Diamond 案中對餽贈罪的理解有模糊性，導致法律實踐上有 over-enforcement 或 over-criminalization 過度擴張刑事處罰或政治刑事化(Criminalization of Politics)的危險性，因此第一點的建議就是我國立法對於餽贈罪是不是要跟隨美國，還是我們要走自己的路？

第二是有關「串對串」也是所謂「線狀」(stream of benefits)的概念。陳參事書面報告主要援引兩案，第一個是美國第二巡迴法院 Ganim 案，第二個是第四巡迴法院 Quinn 案。我曾撰文探討這兩個案例(「是貪污？還是民主政治現實？初探美國聯邦法制下貪污概念的兩種圖像」一文，收錄於許玉秀老師祝壽論文集)。其實這兩案處理的是賄賂罪而非餽贈罪，故若以「串對串」理論放寬解釋對價關係，在美國反而有可能更進一步擴張對價關係，而非增訂餽贈罪。因此對於這兩個案例，應重新思考如何援引及解釋。

第三是陳參事建議用一萬元做除罪基準，我看到美國法有兩種討論模式，第一是學者 Sarah Welling 提出來的，她認為對於饋贈者跟受贈者的故意態樣與入罪門檻完全不一樣，因為她認為饋贈者(送禮者)很可能只是一般民眾，他不了解法律和公務員倫理上收禮的界線，所以不法意識相當於我國刑法第 16 條，建議設立一個極高的門檻，所以是用故意門檻作調節。第二是美國司法實務的處理，因為聯邦體系下轄機構非常多，每個機構都有自己的倫理辦公室，有自己的倫理規則，所以美國討論上會有一個現實的問題，如果行政部門或檢察官對餽贈罪 gratuity 的理解跟各個行政倫理辦公室理解不一樣的時候怎麼辦？美國在 Sun-Diamond 案曾援引 5 USC 7553 條文第一款直接設定例外條款，你收的錢雖然超過社會相當性，但如果倫理辦公室已經有一個 exception clause 例外條款在那裡時，那就認為是可以除罪，所以在除罪標準上若真要援引美國案例，建議可以參考美國第 7553 條的概念。

有關影響力交易罪，美國是將公務員分成四種：「司法官」、「官僚」、「民選政務官」及「民意代表」。「民選政務官」及「民意代表」是處理公權力決策，透過選舉機制產生而有政治獻金法的問題，所以遇到這兩種公務員在對價關係跟職務行為的認定上面就明顯不同。美國 1991 年 McCormick v. United States 跟 1992 年 Evans v. United States 案例建立標準，認為依照四種不同的公務員身分，對於職務行為定義及對價關係鬆緊度做出不同的調整。目前國內持這樣主張的學者主要有中研院蘇彥圖老師，那是用一個更大的民主圖像來討論我們到底要什麼樣的民主。我們不太可能期待總統、縣長、立法委員是看報紙或看電視來治國，政府要傾聽民意，只是要傾聽什麼樣的民意？傾聽的是全國人民民意？選區選民民意？還是特定支持者的民意？這有如陷入一種民主哲學與立法政策的價值辯論。如果討論到立法委員、民意代表或是民選政務官，是不是標準要不一樣？為何美國沒有立特別法處理影響力交易罪，那是因為在 2010 年 Citizens United v.

FEC 審理政治獻金法捐獻管制著名案例中，主筆大法官 Justice Anthony Kennedy 直接認為在民主社會裡面只要透過選舉，有捐錢的那些金主會取得對國會議員、民選公職人員包括總統，有直達天聽或特殊接觸的機會，大法官認為這是民主政治日常。所以美國在處理影響力時，認為如無法清楚定義第一會有罪刑法定原則問題。其次需要進一步思考我們需要什麼樣的政治？政治人物是一個跟選民有密切聯繫的，理解民間日常問題，但利益時有糾葛的政治人物？還是我們要一個完全乾淨，但是對於人民的利益或人民的期待沒有辦法充分理解，只能看報紙和電視治國的政治人物？這一點需要以立法政策的高度重新進行價值判斷與取捨。

林鈺雄教授：

非常謝謝，請潘教授發言。

潘怡宏助理教授：

第一、關於行賄罪保護法益的問題。現行刑法對公務員違背職務的行賄者有處罰，但不違背職務的行賄者並不處罰，草案第 121 條第 2 項、第 122 條之 1、第 134 條之 1 有把行賄行為入罪，但在刑事立法上要將現行刑法不罰之行為予以入罪，必須說明其不法內涵，要清楚界定這樣的行賄行為是侵犯什麼法益？此似乎未見具體的說明？

第二、從刑罰「特別預防理論」角度觀察，自首、自白減免刑罰的規範，基本上是刑法第 57 條犯罪後態度良好的特別明文減免其刑的規定，有促進訴訟經濟的效益。不過草案第 121 條、第 122 條只對行賄者有寬減規定，而受賄者之自首、自白卻無寬減刑罰，這是遺漏還是特別省略？另外草案第 122 條之 1 立法理由第五點說明係為鼓勵犯罪人自首、自白，爰依草案第 121 條、第 122 條體例在本條第 3 項、第 4 項為減免刑之規定，可是草案第 122 條之 1 第 3 項規定，只有行賄者偵查或審判中自白有減免刑罰規定，自首卻沒有減刑規定，是遺漏還是特別省略？另外第 134 條之 1 第 4 項規定，不同於第 122 條之 1 第 3 項、第 4 項免除其刑之規定方式，為何本條之自首及自白者毋庸繳交全部犯罪所得利益也可獲得相同寬減？建議從體系角度一併規範，無論受賄者係自首或自白，如有所得並自動繳交全部所得利益者即得減輕或免除其刑。

回應陳博士的看法，本次修法方向是要把草案第 122 條之 1 餽贈罪當成攔截性或補充性規定處罰，如此會不會讓國家刑罰權前置化？德國刑法第 331 條雖是規範基本職務賄賂行為，但從寬解釋對價關係，而如果按照我國現行刑法第 121 條之基本職務受賄行為，實務上就對價關係採嚴格解釋，因此草案第 122 條之 1 餽贈罪是否不需要具嚴格對價關係，而只要有關聯性或相關性即可，煩請補充說明。又公務員收受不當餽贈罪與公務員廉政倫理規範第 4 條之關聯性如何？參考公務員廉政倫理規範第 4 條第 3

款，公務員受贈之財物市價在新臺幣五百元以上，或是對機關內多數人為贈與總價值超過一千元，則公務員收受之餽贈似乎就具有不法性質，而草案第 122 條之 1 規定收受不正利益達三萬元以上具備刑事不法，二者是否僅為行政不法與刑事不法層次上的差異？

林鈺雄教授：

美國法並非在如德國法有基本職務收賄罪的前提下制定餽贈罪，本次草案是要處理兩者同時增訂的情形，如同陳博士方才問到，我國對餽贈罪要有自己的想像，因為陳博士舉出美國法上有一大部分沒辦法用賄賂罪處理，而需用餽贈罪去檢驗的案例。在德國法就是按照刑法第 331 條基本職務受賄罪處理，因此兩者應否併存，這確實是一個問題，請陳參事發言。

陳瑞仁參事：

謝謝陳柏良博士指教。首先，餽贈罪設計上包括事前及事後，美國聯邦最高法院在 Sun-Diamond 案認為送禮者有沒有要影響公務員的意圖，這是賄賂罪與餽贈罪最重要的區別。但我國賄賂罪條文並沒有意圖影響公務員的規定，因此我們最高法院判決都注重在「對價關係」的認定，而沒有特別注重「意圖」(intent)要件，因此我們在設計法條時只好將重點擺在對價關係。第二、所謂「串對串」、「線狀對線狀」，我書面報告援引的兩個判決都是關於賄賂罪，所要彰顯的是我國實務也有很多「線狀對線狀」的判決，例如有公務員接受飲宴、喝花酒的事證，其職務行為一年間也許有十幾種，如果要求檢察官證明 1 月 3 日的宴會是針對哪幾次的驗收、1 月 5 日的宴會又是針對哪幾次驗收，如此造成檢察官難以舉證。但若引進 stream of benefits 觀念(無論係在餽贈罪或賄賂罪)，檢察官的舉證責任就不會變成不可能的任務，這就是我介紹線狀理論的目的。第三、關於社會相當性的概念，送禮者與收禮者應分別以觀之，而非一視同仁，應該再探求與公務員倫理規範如何結合，這一點非常有啟發性。在我國增訂餽贈罪後，如果可以證明送禮與職務行為具關聯性，就會納入刑事不法範疇。將來公務員倫理規範要跟申報機制結合，公務員收到錢後一定要申報。若申報不實，我國目前在公務員倫理規範並沒有刑事責任，在美國是用 false statement(不實陳述)處理，也就是公務員對行政機關不能講謊話，所以在美國不是只有法庭內(on the courts)才有偽證罪，倘若對審計機關為不實陳述也會有刑事責任，或許將來我國法律也會參照立法。因此若增訂餽贈罪其處理方式如前述，如果是私人關係或針對職位送禮，就用廉政倫理規範檢驗而與刑法脫鉤。

林鈺雄教授：

茂林國家風景區管理處正副處長喝花酒無罪案(高雄地院 104 訴字第 911 號判決)，就有美國法所指「串對串」問題，某承包商到處包工程，風

管處開了好幾個採購標，承包商有剛標到、標到後在等驗收或是預計要投標。現在 A 標案處於驗收階段，公務員跟廠商去喝花酒，請問是針對 A 標案還是 B 標案？需否明確到喝花酒時明白指出是為了哪一個標案吃的？這就是「串對串」的情況。又如廉政署署長請我吃飯，署長說因為貪污罪修法的事，但因為我同時也在處理吹哨者立法，無法排除署長也是為了吹哨者立法請我吃飯，目前實務要求一定要證明到署長白紙黑字講說：「今天吃這一餐就是因為貪污罪修法的事，跟吹哨者無關」這就是「串對串」訴訟證明的問題。事實上「串對串」是累積證明，如果證明門檻要求如同上述刁難，反而會因為「串對串」不是單次對單次，而無法加以處罰，因此變得非常荒謬。第二是「數額」部分，行收賄罪在我國實務傳統上採「對向犯」見解，當行、受賄者雙方數額不一時，恐無法構成對向犯，這是一個值得思考的問題。第三有關「減免刑罰」部分，剛才潘教授提到自首及自白規定有不一致的情況，建議草案再為通盤調整。

李聖傑副教授：

回應潘教授提及行賄者所破壞的法益為何之議題，討論貪污行為的修法無法忽略保護法益的討論，保護法益在我國規範體系上扮演很重要的解釋論上意義。就行賄者而言，行賄者與受賄者因為是對向犯，所以保護的法益基本上沒有不同，都是破壞「資源的公平分配」，可是往往公務員犯罪在規範上其法律效果會罰的重一點（罪則加重），如此說法或許與公務員犯罪是身分犯觀點相衝突。例如通姦者跟相姦者侵害的法益同一，只是通常會認為通姦有婚姻身分的人，我們會給他比較高的制裁期待，或許來自於通姦者違反婚姻但相姦者沒有，如此結構思考帶回公務員與行賄者關係，或許處罰公務員受賄的基礎是來自於公務員對於執行公務違背其職務之信賴關係。

林鈺雄教授：

李進榮檢察官專門研究德國法賄賂罪，關於減免刑罰部分有無意見？

李進榮檢察官：

德國刑法第 331 條、第 332 條規範行賄者與受賄者的處罰同一，並沒有減免規定。我國減免規定起因於當初以為貪污治罪條例已經規範，刑法就沒有加以規定。

林鈺雄教授：

是的，這是因為德國法在刑度上已經比我國輕很多，請問潘老師對法益或是減免的規定有沒有什麼具體建議？

潘怡宏助理教授：

建議在草案第 121 條及第 122 條增訂自首、自白減免規定，剛剛李檢察官已經說明，當初可能是考慮貪污治罪條例已有規範。但若將來立法方向是讓貪污治罪條例慢慢走入歷史，建議將自首、自白減免規定明文規範在普通刑法，我提書面資料供廉政署參考。

陳柏良博士：

補充美國法貪污犯罪侵害法益的部分，所考慮的法益有兩種：第一種是妨礙市場自由競爭，所以國際透明組織討論反貪腐時，會計算貪污提高了多少交易成本，增加了多少國家及全球的經濟損失，如 The opacity index 指數，就是計算不透明造成的成本，我國是 32%，中國是 42%，這是以自由論角度推論貪污法益為何。第二種是從平等的角度以政府進用權討論。無論是自由或平等論對於官僚或司法官的處理，兩邊的意見是一致的。但如果是民選政務人員或民意代表，平等跟自由這兩種論述就會對立，也就是主張平等論的人會比較偏向 regulation，也就是盡量規定讓金主跟候選人間交易盡可能減少；主張自由論者，則認為要 deregulation（撤銷管制規定），盡量不管各憑本事。所以在美國是有自由跟平等兩種論述，在非民選跟民選的公務員其論述會出現衝突的狀況。

林鈺雄教授：

有關影響力交易的部分請王玉全教授回應。

王玉全副教授：

德國法就民意代表跟非民意代表也有規定，我國如果比照修法工程可能會太大，很難講到底有無好處。前陣子看了一部電影〈攻敵必救〉，講的就是遊說公司遊說國會議員的故事，所描述遊說手法就是影響力交易，我認為在遊說制度下，如果不動普通刑法規定，可以去動的應該是遊說法，當然立法上面要考量的東西還很多，但如果只動遊說法的話會不會比較簡單輕鬆甚至更有效率一點。不知美國法有沒有類似操作方式？

林鈺雄教授：

請陳博士、陳參事、陳老師發言。

陳柏良博士：

美國法討論政治獻金跟遊說，其管制關鍵是在於透明化及揭露，全世界只有這一個國家政治獻金不是事後公布，而是選前就要公布。美國法規範關鍵不是刑事處罰，而是以揭露方式，讓選民自己決定要不要這樣的政治人物，等於是從 political market 的角度來講，關鍵不是用法律來改變選民或政治人物的行為，而是透過政治市場這個機制來操作，也就是供給跟需求。因為政治人物也會視選民態度趨吉避害，是從一個更大的透明化

的角度來涵括這個事情。

另外補充遊說法的觀念，美國遊說發達的原因是美國法對於行政程序中的不當接觸管制非常嚴格，要求一定職等以上聯邦官員隨扈每天記錄有誰來見過主管。所以美國是前階段管制嚴格，一般人無法隨意接觸到高級官員，只好透過遊說公司來處理。他們的管制是第一端先把他鎖死，第二段再透明化(transparency)。所以美國不是用捕破網的角度，而是去做前段管制。但是值得思考的不只是貪污治罪條例或刑法貪瀆罪章，而是進一步是把遊說法跟政治獻金法一起思考，以宏觀的角度去想金錢跟影響力交易關係，要用怎麼樣的格局去控制及界定政商間或公私間利益互動的關係。

陳瑞仁參事：

補充回應陳博士提到民意代表貪污要不要另外處理部分，美國有其文化背景，而我國面臨最大困難是政治人物對於政治獻金可以很容易找出一萬個人頭來使用，而這在美國是不可能的事情。值得思考的是美國聯邦最高法院特別提到民意代表必須要服務選民，所以在政治獻金方面有放一個逃生門。但我國民情最憤怒的就是官商勾結，如果讓他們較有逃生空間，可能老百姓就會反對。所以設計這一套貪污法制時，對於民意代表要怎麼處理，確實值得思考。

陳子平教授：

我國立法委員服務處的服務處費用一個月約 20 幾萬，這不是助理費，為何它叫「服務選民」？既然政府有給民意代表服務處費用，那是不是承認「服務選民」是民意代表職務行為？而我國遊說法有規範立法委員可以遊說但不能拿錢，所以喬事情、遊說沒問題但不能拿錢。如果民意代表拿錢再去做「服務選民」行為，是不是就有收賄問題？可否如此思考？所以目前還是要符合我國國情來處理法條解釋與立法的修訂。另外因為現在修改成「職務行使」，在修法中作寬鬆解釋之後可能還是會有一個職務範圍寬窄的問題，不可能把職務行為限縮在某一個範圍之內，所以將來還會有寬窄解釋的問題。不過目前草案採截堵式立法，所以即使用「職務行使」用語，還是對職務會有解釋空間的問題。

林鈺雄教授：

如果是職務行使、有對價關係，那就落入草案第 121 條的基本職務收賄罪。如果是職務行使、有對價關係且違背職務，就是草案第 122 條的加重違背職務收賄罪。如果是職務行使沒有對價關係，就可能是第 122 條之 1 餽贈罪。縱使以較寬鬆的職務行使認定也沒有辦法對應上，那這時候就是第 134 條之 1 影響力交易罪的問題。職務行使總有一個概念外延的界線，超過界線就是影響力交易罪的問題。舉前總統府副秘書長關說喬司法案件為例就不可能是職務行使，因為職務外緣概念不管再怎麼大，也不可能大

到這種地步。影響力運用並不排除它是一個詐欺案件，詐欺罪跟影響力交易罪在某些個案中會形成一種選擇決定關係，如果真的有影響就是影響力交易；反之根本是司法黃牛在吹牛，那就是詐欺，但不會有兩者都不構成的情況。

至於將民意代表另外規定，立法政策可能要考慮兩個問題，第一、因為選舉會收受政治獻金，所以沒有理由把選舉產生的公職人員除外，因為一樣必須做選民服務。第二、將民意代表跟公務員一起規定的立法例，本身並沒有那麼高的急迫性。至於有關於民意代表跟政治獻金的問題，我認為要稍微區分，因為如果是依法律收受的政治獻金，當然不可能構成這邊所談任一罪名。不過我國因為政治獻金法本身的規定，政治人物在具體個案發生後多以政治獻金為由抗辯，例如抗辯選舉前捐獻之政治獻金是一直概括到過去，而非對應某個特定事項，如以台獨基金為由抗辯。但每一個逃生門有其極限，這可能不是貪污法制修法可以解決的問題。目前我個人的主張沒有要求把民意代表特別另外規範，當然這是可以討論的立法政策。

林麗瑩司長：

如果餽贈罪與基本職務賄賂罪同時引進，如何解決兩者適用關係？餽贈罪「線對線」的說法，雖然美國法不要求對價關係，但職務上還是要求具有對應關係。在美國法案例中，因餽贈罪是賄賂罪的攔截條款，如不構成賄賂罪，有餽贈罪攔截。有無案例是無法同時構成餽贈罪或賄賂罪？因為職務仍然要求具體、特定對應關係，可尋求草案第 121 條的解決方式，因為放寬職務的範圍，包含一連串的歷程、也包含事前事後行為，故而檢察官無須具體證明不正利益是針對哪個具體、特定職務。

林鈺雄教授：

有一個游擊手對我國實務上綁手綁腳，防守區域只有左右不超過兩公尺。於是我們換了一個德國游擊手上場，德國游擊手也就是德國刑法第 331 條基本上已經接掉大部分的滾地球，但現在又派了一個叫餽贈罪的左外野手，這個左外野手到底是有球接，還是沒球接？這裡的前提是球先過游擊手，再到外野手。請具體討論一下什麼球是游擊手接不到，一定要外野手去？廉政署草案條文是兩個一起提，這大概是將來最大的立法論上問題。

陳瑞仁參事：

如果草案第 121 條與第 122 條能涵括如德國法的觀念，其實餽贈罪可以不要增訂，至於後來又決定增訂的原因是擔心改革沒有成功。目前是採相對論，無論將來如何形成對價關係，我們先將石頭（限制）擺在路上，當法官認為沒有對價關係時，就請解釋為什麼不成立餽贈罪，這個石頭有其功用。實際上操作比如八大行業業者送紅包給警察局局長，完全沒講什麼，也查不出什麼，那就是跟職務沒有關係，應是以公務員廉政倫理規範

處理。但業者直接送給轄區警員意義就不一樣了。若業者進一步要求警員告知下次臨檢時間，就屬具體職務行為，適用賄賂罪。倘若業者跟警員說以後少來找麻煩，就會落入餽贈罪。

林鈺雄教授：

惲教授適用德國法會構成什麼罪名？

惲純良教授：

德國刑法第 331 條是以寬鬆的對價關係做認定，職務行使的德文是 Dienstaussüben，Üben 是從事什麼事情、練習，Aus 是對外；指在這個職位上，跟位子有關的一切對外相關活動，其實放的已經相對寬。我認同陳參事跟林教授提到引進德國游擊手能抓多少問題，最怕的就是即便是這樣改我國法官還是把它很壓縮來看，此時增訂餽贈罪就能派上用場。

林鈺雄教授：

若刑事警察在馬路上攔截超載的貨車，貨車司機給他錢是否構成？德國會說外觀上是警察取締行為，內部警察職務分配關係與職務行為認定無關，無礙其認定。若換個球場，德國游擊手在我國接不到球，這時就是餽贈罪的問題，請陳博士說明。

陳柏良博士：

陳參事提到 Ganim 跟 Quinn 案例，剛好讓美國的賄賂罪變得相當強大，使用游擊手跟左外野手加以分析的話，依第二及第四巡迴法院的意見，既然游擊手如此強大，左外野手就盡量休息，因此美國聯邦最高法院 Sun-Diamond 案限縮不法餽贈罪範圍到非常狹隘，美國法假設有線狀對應理論，加上針對公務員申報不實部分已有處罰，中外野手也很強，三壘手也很強，游擊手也很強，左外野手就先休息。

林鈺雄教授：

在我國游擊手還沒有這麼強大之前，先留下一下左外野手，這是立法論上討論重點。今天非常謝謝各位參與，也希望將來反貪腐法制能順利與國際接軌，謝謝在場來賓、廉政署及主席。

散會：18 時 30 分。

附錄 中華民國刑法部分條文修正草案
第 121 條

公務員對於職務行使，為自己或第三人要求、期約或收受不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科七十萬元以下罰金。

對於公務員關於職務行使，行求、期約或交付該公務員或第三人不正利益者，處二年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金。但自首者免除其刑；在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。

第 122 條

公務員以違背職務之行為作為對價，為自己或第三人要求、期約或收受不正利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科二百萬元以下罰金。

因而為違背職務之行為者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科四百萬元以下罰金。

對於公務員，以違背職務之行為作為對價，行求、期約或交付不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。但自首者減輕或免除其刑。在偵查或審判中自白者，得減輕其刑。

第 122 條之一

公務員要求、期約或收受與其職務行為間無對價關係而有關聯性之不正利益，其金額、價額或數額達三萬元以上者，處五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。前項之行求、期約或交付不正利益者，處二年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金。

犯第一項之罪，在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。自動繳交全部所得利益者，免除其刑。

犯第二項之罪，自首者免除其刑；在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。因而查獲收受利益之公務員，免除其刑。

第 134 條之一

對於公務員或公務機關有影響力或被認為有影響力之人，意圖使人由公務機關之決定獲取不正當利益，而為自己或第三人要求、期約或收受不正利益，並運用其影響力者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科一千萬元以下罰金。

前項運用影響力之人其具有公務員身分者，處七年以上有期徒刑，得併科六千萬元以下罰金。

意圖為自己或第三人由公務機關之決定獲取不正當利益，向對於公務員或公務機關有影響力或被認為有影響力之人行求、期約或交付不正利益，致其運用影響力者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。

犯前三項之罪，自首者減輕或免除其刑。在偵查或審判中自白者，得減輕其刑。