公務員斡旋賄賂暨影響力交易罪立法芻議*

許　恒　達**

要　目

壹、導論：三人型貪污結構的解釋疑難
貳、斡旋賄賂與影響力交易的比較立法例
一、聯合國反貪腐公約
二、德國刑法
三、日本刑法
四、法國刑法
五、奧地利刑法
六、小　結
參、現行法的應對機制及其限制
一、三人型貪污結構的典型事例
二、三人型貪污結構的解釋疑難
三、現行貪污刑事法制的規範缺口
肆、斡旋賄賂及影響力交易的入罪必要性
一、貪污犯罪的保護法益與行為態樣
㈠瀆職罪章與貪污治罪條例諸罪名的法益整合問題
㈡公務法益的實質內涵
㈢公務法益與兩類瀆職行為的整合解釋
二、規範定性與刑罰需求

DOI：10.3966/102398202017090150003

* 本文曾於2016年8月31日發表於雲南大學主辦之第七屆兩岸刑事法論壇，當日評論人、與會學者及兩位審稿委員對本文提出的斧正意見，筆者在此敬致謝忱，惟文責當由筆者自負。

** 政治大學法學院教授，德國法蘭克福大學法學博士。

投稿日期：一〇五年十二月二十三日；接受刊登日期：一〇六年四月二十八日
責任校對：蘇淑君

三、非難重心的重新解讀
㈠受賄中間人的處罰理由
㈡受請託之事的法律性質
㈢中間人請託後行為的定性
㈣受賄前行為的限定
㈤中間人的身分屬性
㈥事前／事後斡旋受賄
㈦處罰行賄者的規範理由與界限
伍、結　論
一、立法對案
二、案例分析

摘　要

我國已經將聯合國反貪腐公約內國法化，而公約要求處罰收受賄賂而請託主管公務員的影響力交易行為，未來如何因應，即為立法上必須處理的棘手難題。本文即討論公務員斡旋賄賂罪及影響力交易罪是否及如何入罪化的問題，討論脈絡先從公約內容及德國、日本、法國、奧地利等立法例的比較檢討切入觀察，接著分析我國現行貪污刑法中既有的相關規範有無處罰缺口，然後再從法益保護及規範必要性等面向，檢討構成要件的設計走向，最後則提出筆者建議未來的立法條文。

關鍵詞：聯合國反貪腐公約、影響力交易、公務員斡旋賄賂、賄賂、圖利、貪污

壹、導論：三人型貪污結構的解釋疑難

對抗貪污是世界各國近期立法重心，貪污一般可區別為公領域（public corruption）及私領域貪污（private corruption）等兩類，前者指服務於公部門人員（亦即公務員）利用職權或職務活動之便，讓自己或第三人從中獲利，在公領域貪污行為中，以特定或不特定職務執行作為對價而收受他人提供好處的賄賂行為（Bribery），可說是最主要的行為態樣，世界各國在其刑事立法中，幾乎都有處罰公領域賄賂行為的刑罰規範；相對於此，後者則指一般公司或自營企業職員，利用其業務活動之便，讓自己或第三人從中得利[1]，而其犯罪行為一般也傾向採取類似賄賂的處罰立法[2]。

暫時先不處理私部門貪污，單以我國刑事法有關公部門貪污的規範為例，刑法典第121條、第122條分別規定職務上受賄／行賄，以及違背職務而受賄／行賄的刑事責任，除了典型賄賂之外，刑法第131條又另外訂定主管職務圖利罪，處罰擔任主管職務的公務員違法執行公務，進而圖利自己或他人並獲得財產利益的行為，雖然圖利罪並不是各國均有的處罰規範[3]，但至少可以為，刑法典中的賄賂與圖利等罪名，共同構成公部門貪污行為的兩大處罰依據。

然而，我國真正用來對抗貪污的刑事法律，其實不是刑責相對和緩的刑法典，而是具有戰時法律特色、卻又變形為平時法制的貪

---

1 Vgl. *Dölling*, Handbuch der Korruption, 2007, § 1 Rn. 2; *Kerner/Rixen*, GA 1996, S. 359-366; *Geisler*, Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre, 2013, S. 22ff.

2 我國法目前只有在特別法中針對兼具官方及民間色彩的事例有相關規定，例如證券交易法第172條第1項，但尚無一般企業經理人或僱員的賄賂罪。

3 有關圖利罪的比較立法，參考李進榮，我國圖利罪之檢討與立法展望——與瑞士法及義大利法爲比較，檢察新論，19期，頁4-10，2016年1月。

污治罪條例，該條例專門處罰公部門貪污，主要刑罰規範均聚焦於公務員利用職務執行之便，讓自己或第三人不法獲利的行為類型[4]。貪污治罪條例首重處罰公務員非法獲利行為，而因利益具有流動及可讓渡特性，公務員自須在職務行為執行過程中，先行創造財產利益的不法流動，再從中獲利，透過財產關係不法流動過程的分析視角，大致上可以把貪污治罪條例所定義的「貪污犯罪」，區別為三個主要類型[5]：第一類是由公務員透過對價期約，作成特定職務行為，並以此收受他人提供的好處，此即最典型的賄賂罪，貪污治罪條例對於受賄／行賄罪的規定，其內容與刑法典大同小異，只不過另外處罰刑法典不罰的職務上行賄罪，此外也大幅調升刑度；第二類的財產流動方式則是由公務員執行非法職務行為，創造不正當的利益輸送結果，此一規定早見於刑法第131條第1項的主管職務圖利罪，而在貪污治罪條例中，立法者先加重主管職務圖利罪刑度，同時擴張一併處罰公務員針對非主管職務活動，而利用職權機會或身分而圖利自己、他人的「非主管職務圖利罪」；第三類則是公務員利用職務機會侵害公部門財產，因而獲利的職務上財產犯罪。質言之，現行法制不僅對貪污行為設定了非常嚴苛的刑事責任，其刑事責任甚至高達無期徒刑，同時又採取極其寬廣的貪污定義，甚至與公務執行無直接關係的公務員竊取公物案例，也都算入貪污犯罪之列（！），而因貪污治罪條例幾乎包括了原有刑法典的

4　相關討論，僅參考林鈺雄，貪污瀆職罪之立法展望，檢察新論，19期，頁46-48，2016年1月；吳耀宗，刑法抗制貪污犯罪之新思維，檢察新論，19期，頁74-75，2016年1月；許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，82期，頁176-184，2012年6月。

5　當然，除了這三類主要犯罪以外，貪污治罪條例中還有若干次要性的犯罪形態，例如財產來源不明罪、一般人行賄罪、公務員包庇貪污罪等等，由於這些次要性貪污犯罪並非本文重點，在此即不詳予申述。

規定，運用競合規則的結果，其較重處罰規定已然全面架空刑法典[6]。

此外，貪污治罪條例中除了受賄、行賄兩類古典行為態樣外，還有主管／非主管職務圖利的兩種圖利型罪名[7]，大部分公務員利用職務貪污的行為態樣都可以納入處罰，但是近年來仍舊出現了若干無法全面應對的困難案例，這些困難案例通常涉及較為一種特別的犯罪結構，我們或可統稱為「三人型貪污結構」（Drei-Personen-Konstellation）[8]。

以眾所周知的陳〇扁前總統龍潭購地案為例[9]，該案某民間廠商甲為求高價出售其龍潭區土地，希望將其土地一併規劃到新設的科學園區內，但主管機關科學園區管理局長丙卻不同意，甲乃透過管道與總統乙聯繫，並請求介入協調，同時也承諾給予乙總統4億元佣金。乙總統乃利用職權召開整合型會議與丙協調，丙即同意以先租後購方式，將甲廠商土地納入科學園區範圍內，嗣後甲即交付約定的4億元佣金予乙。本案甲廠商並未直接與丙交涉，而是透過位居高位的乙總統，透過甲、乙之間「4億／協調主管丙之決定」

6 相關批評，僅參考高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學雜誌，94期，頁44-45，2003年3月。

7 我國實務向來認爲圖利罪是概括構成要件，此一見解不無疑問，但非本文論述重點，詳見最高法院102年度臺上字第3839號判決：「貪污治罪條例第六條第一項第四款、第五款規定之圖利罪，乃處罰公務員貪污行為之概括規定。」

8 有關此概念討論，vgl. *Zeiser*, Trafic d'inflence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, 2012, S. 29f.

9 本案事實整理自最高法院99年度臺上字第7078號刑事判決。相關評釋參考黃士軒，公務員賄賂罪中的職務行爲——以我國最近之學說與最高法院實務爲中心，中正法學集刊，48期，頁95-114，2015年7月。

的對價期約，最終達成甲出售土地的獲利結果。

另一個具有代表性案例是立法委員林〇世案[10]，該案同樣是民間廠商甲為了取得國營企業丙公司的合約，與時任立法委員的乙相互期約，甲提供佣金給乙，乙則利用立法委員的身分地位向丙公司施壓，試圖讓丙公司委託甲處理瀘渣，該案嗣後因甲未取得丙公司合約而公諸於事。

雖然兩案當事人不同，但同樣涉及三人型貪污結構，各該案例中收受佣金的乙，均非園區土地規範／爐渣合約的實際主辦人員，但在政府體系中占有高位，具有影響其他政府或國營企業單位的實質權力，民間人士甲為了讓主管公務機關丙作成有利甲的公務決定，甲乃提供報酬給乙，約定由乙出面遊說或者運用乙的身分影響力，促使承辦公務員或公營事業負責人丙依甲意思執行公務行為。

在三人型貪污結構中，甲不是行賄給承辦公務員丙，而是支付佣金給具有影響力的乙，乙不是承辦公務員或公營事業主管，難以直接認定乙構成以「職務行為」進行交易的公務員受賄刑責，甲當然也不成立行賄罪，而真正實施有利甲之行為的丙，卻又未拿到甲提供的好處，古典賄賂罪在此顯然無從適用。若改採非主管職務圖利罪來觀察上開案例刑責，必須先行確認丙實施違法的公務行為，且已經讓自己或第三人獲得不法利益，一旦這些要件不能成立，就無法以圖利罪處罰行為人丙，而因在圖利罪的模式下，甲、乙刑責必須從屬於丙罪名而論以共犯，若丙不該當該構成要件，連帶也排除甲、乙的圖利罪共犯刑責。

10　本案事實整理自臺北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決。相關評釋參考吳耀宗，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（林〇世貪污案），月旦裁判時報，25期，頁102-119，2014年2月。

質言之，三人型貪污結構並不屬於刑法典及貪污治罪條例預想的規範類型，要運用現行法合理正確地解釋，勢必有非常高的釋義學難度，學理上也出現應該獨立立法規範的呼聲，這些主張大多取法日本刑法第197條之4的公務員斡旋受賄罪，以此規定來看上述案例，即直接以向主管公務員丙施行斡旋行為而收取對價的「斡旋受賄」為由，處罰中間人乙，同時一併以「斡旋行賄」處罰甲[11]，直觀而論，增訂此一規範似可解決處罰漏洞，然而，貪污治罪條例中早已有非主管職務圖利罪，若引入日本刑法斡旋賄賂刑責時，是否絕對必要？這個問題恐怕需要更精密的分析討論[12]。

類似情況不只發生於我國，提供對價予中間人，再透過中間人遊說主管人員，毋寧是全球貪污結構中不難發現的事例，尤其透過具有社經及政治分量的乙居間穿梭，一方面可以省去甲廠商到處拉隴人際關係的麻煩，不必長期「培養」不同主管職務的官員，只要鎖定特定有權力的乙長期投資；另一方面，因為真正承辦公務員丙沒拿到好處，對價期約也只存在於甲、乙雙方之間，這使得偵查貪污犯罪更不容易，隱藏犯行效果當然也顯然更好。這類三人型貪污

11 日本刑法有關行賄刑責，參見余振華，不違背職務行爲行賄罪之立法芻議，警察法學，8期，頁195，2009年11月。

12 有關斡旋賄賂或影響力交易是否入罪的討論，參考吳耀宗，同註4，頁84-86；林鈺雄，同註4，頁69-70；薛智仁，公務員圖利罪之立法商榷，檢察新論，19期，頁32-33，2016年1月；黃士軒，初探公務員非主管監督事務圖利罪中的「利用職權機會或身分」圖利行爲——兼與日本斡旋賄賂罪之簡要比較，檢察新論，19期，頁141-146，2016年1月；謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議，政大法學評論，142期，頁266-272，2015年9月；陳子平，就許恒達教授「賄賂罪職務行爲之探討」報告之與談意見，檢察新論，17期，頁121-123，2015年1月；吳天雲，日本向公務員關說的刑事規範——刑法斡旋收賄罪與斡旋得利處罰法，刑事法雜誌，50卷1期，頁118-130，2006年2月；李進榮，聯合國反貪腐公約第18條「影響力交易」之立法建議，檢察新論，21期，頁277-286，2017年1月。

結構，早已經成為各國貪污犯罪的打擊重點之一，在國際反貪腐運動中，一般咸稱為「影響力交易」（trading in influence; trafic d'influence; Einflusshandel）[13]，而集國際反貪腐運動大成的聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption），在公約第18條也要求締約國立法禁止並處罰影響力交易，由於我國最近以「聯合國反貪腐公約施行法」將整部公約條款內國法化，該施行法甚至要求行政院二〇一五年十二月公告施行三年內，完成相關內國法修訂，我國迄今尚無影響力交易的處罰明文，未來如何修正此類規範，自有深入研究必要。而除了我國文獻常常介紹的日本刑法公務員斡旋賄賂罪之外，在法國、奧地利等西歐法制先進國家，早已將影響力交易納入成文刑法的處罰範圍。面對這股沛之莫然能禦的刑罰化趨勢，我國是否應該追隨國際潮流，擬定獨立新罪名，恐怕是貪污法制不能迴避的問題。

本文討論重心正是聚焦三人型貪污結構，討論未來我國如何因應處罰影響力交易的立法需求，筆者將設法澄清三個疑點：第一，刑法及貪污治罪條例的現有規定是否足以解決三人型貪污結構的複雜情況？第二，如果不能完全解決，是否應該增訂新罪名？第三，如果確有獨立立法制裁必要，立法者應該如何設計其構成要件。筆者將先於第二段說明國際公約發展，介紹具有代表性的外國立法例；接著在第三段則轉回現行法，分析並檢討現行法應對三人型貪污結構，是否有規範不足之處；接著在第四段分別從法益保護需求及構成要件設計方向等重心，分析可能的立法走向，最後在結論處，筆者也將設法提出具體、可行的規範建議，並分析有關案例。

而在展開討論之前，必須先行確認兩個重要概念：斡旋賄賂／

---

13 相關定義，vgl. *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 28-31; *Philipp*, Der Straftatbestand des Einflusshandels (Trafic d'influence), 2015, S. 36-40.

影響力交易，由於我國學理討論三人型貪污結構時，絕大多數的論述都借鏡日本刑法的立法及學說，日本刑法中也專門針對「具公務員身分的中間人」定有斡旋受賄罪，因此往往使用「（公務員中間人）斡旋（主管公務員）」的概念描述其可罰重心，不過在國際公約及歐洲的討論脈絡下，通常又以「影響力交易」綜合地描述「有／無公務員身分中間人」的賄賂行為。雖然「斡旋」源自於日本法，但對於我國刑法學的用語已有長期影響，而「斡旋」似乎不宜作為「影響力交易」的對應用語，不過在國際公約及歐洲反貪法制中，「影響力交易」早成為主要使用概念。幾經考量，本文採取較為折衷的概念用法，此即當中間人具公務員身分時，即稱為「公務員斡旋賄賂」，而當中間人欠缺公務員身分時，則改稱為「（非公務員之）影響力交易」[14]。

貳、斡旋賄賂與影響力交易的比較立法例

我國現行刑事法制中，尚無處罰中間人「收受報酬而遊說主管公務員」的獨立罪，為求後續討論之便，我們可以先行檢視比較法制發展。以下就分別從聯合國反貪腐公約具體規定，以及對我國法制尤具參考價值的德國、日本法制著手分析，此外也一併說明法國、奧地利等兩個西歐法治先進國家的相關規範。

[14] 換言之，本文重要的三個概念，可簡要定義如下：「三人型貪污結構」專指行賄者非向主管職務的公務員行賄，而是向中間人，再由中間人出面向主管務公務員請託實行，此類事例非我國貪污法制能夠全面因應的疑難；「斡旋賄賂」則指該中間人具公務員身分的三人型貪污結構，至於「影響力交易」則是中間人欠缺公務員身分的三人型貪污結構。

一、聯合國反貪腐公約

一般對影響力交易行為最具代表性的立法方向，自即二〇〇三年通過的聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption，以下簡稱反貪腐公約或公約）第18條規定，聯合國官方中文版本內容如下：

「**各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將故意觸犯之下列行為定為犯罪：**

(a)向公職人員或其他任何人員直接或間接行求、期約或交付任何不正當利益，使其濫用本人之實際影響力或被認為具有之影響力，以為該行為之人或其他任何人從締約國之行政部門或政府機關，獲得不正當利益。

(b)公職人員或其他任何人員為其本人或他人直接或間接要求或收受任何不正當利益，以作為該公職人員或其他人員濫用其本人實際或被認為具有之影響力，從締約國之行政部門或政府機關獲得任何不正當利益之條件。」

反貪腐公約第18條第(a)項先要求應以刑罰制裁提供對價的民間人士（甲），至於第(a)項所要求的入罪內容，包括該民間人士甲以直接或間接方式，行求、期約或交付不正利益予中間人乙，在反貪腐公約脈絡下，乙可以是公務員或非公務員[15]，至於乙與甲之間的對價內容，必須是運用乙個人影響力，使得行政部門或政府機關（丙）作成決定，該決定亦須有利於甲[16]。反貪腐公約第18條第(a)項要求締約國設立犯罪構成要件處罰以他人斡旋為對價而提供

15　反貪腐公約第18條第1項對於乙的身分，許可爲公務員或一般私人，此點與我國學界向來主張僅限於「公務員斡旋受賄」並不相同，毋寧較傾向「影響力交易」的立法模式。

16　有關本項解釋，vgl. *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 44f.

報酬的影響力行賄者。

至於同條第(b)項則要求締約國處罰收受報酬的乙，不論乙是否為公務員，只要乙向甲要求，或自甲處收受對價報酬，並以之向行政或政府機關（丙）運用影響力，使其作成有利於甲的決定，乙亦應成立犯罪[17]。

值得特別說明的是，本條在解釋上的特別問題：

第一，反貪腐公約同時規範影響力行賄（甲）與影響力受賄（乙），但不要求甲、乙必須直接產生意思交換，即使透過他人而間接產生合意，亦屬公約處罰範圍[18]。

第二，受賄者乙所獲得報酬，並不以金錢為前提，也可以包含非實體利益（例如性招待），不過該報酬必須為「不正當利益」，至於什麼情況稱得上不正當，則須視乙地位而定，如果乙在法律制度中本來就可以向甲收受報酬，並向丙進行遊說，即無不正當可言，也不是公約要求的入罪範圍[19]；此外，該報酬也不限於由甲給付給乙，若甲給付予第三人，而乙亦明知，並以該第三人獲得報酬為對價，向丙進行遊說，亦屬公約規範。例如甲以提供乙之子丁進入名門私立高中為對價，請乙向丙遊說，「丁獲得入學許可」並非乙直接受領的好處，但只要乙願意以之為遊說對價，亦可構成公約所要求的斡旋受賄罪[20]。

第三，反貪腐公約對於乙的影響力施用對象，只規範內國政府或行政機關所屬之人，但未言及外國公務機關或國際組織官員，例如甲、乙約定向外國法院的法官丙，針對丙承審的甲案件進行遊

---

17 Vgl. *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 45.

18 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 45.

19 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 45f.

20 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 46.

說，亦非公約範圍[21]。

第四，反貪腐公約僅只規範乙尚未對丙實施影響力之前，即與甲構成對價合意，倘若乙未與甲為意思聯絡，就直接向丙施加影響力，嗣後再向甲要求先行實施影響力的報酬，此種「事後型」的斡旋受賄，並不在公約規範之列[22]。

以上簡要敘述了反貪腐公約第18條的實質內容，反貪腐公約僅對締約國產生有限制約，締約國雖有義務將公約整體規範內國法化，但個別內容是否／如何內國法化，則應視締約國法制具體決定，第18條僅只作為立法參考，無法直接拘束任何國家的刑事司法系統，不過，透過第18條的明文，可以得知影響力交易的管制，已然成為反貪腐刑事法制的重要發展方向之一。

二、德國刑法

接著談對我國刑事法制最具重要意義的德國法。德國早於二〇〇三年簽署反貪腐公約，但其批准生效則遲至二〇一四年[23]，目前公約已經足以拘束德國立法者，但德國並未全面將反貪腐公約規範要求內國法化。

具體而言，德國刑法仍然只有傳統職務行賄／受賄罪與違背職務行／受賄罪，雖然因為公約的要求，德國法改變職務上行為／違背職務行為相對立的立法態度，放寬職務上賄賂罪的對價關係要求，只要有寬鬆的對價期約即可成罪，在此意義下，職務上行／受賄罪已成為整個反貪法制的截堵構成要件[24]，但在其法制上，仍未

---

21 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 46.

22 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 46.

23 *Jäckle*, ZRP 2014, S. 121ff.

24 *Lackner/Kühl*, Strafgestzbuch, 28. Aufl., 2014, § 331 Rn. 10a; *Dölling*, ZStW 112 (2000), S. 343-345.

獨立處罰影響力行賄及受賄行為[25]。至於在立法層面的討論，德國學理仍然保持相對抗拒態度，論者有認為這是因為德國長期以來欠缺菁英階級，使得現實上請託行為相對有限，也因此降低立法介入管制的制裁需求所致[26]。

三、日本刑法

另一個對我國貪污法制有重要影響者是日本刑法。日本刑法典很早就已經有公務員斡旋受賄的立法，一九五八年就已經訂定第197條之4的公務員斡旋受賄罪，當時立法理由認為：「**若公務員不正當的接受請託收受大額金錢，而向其他具有職務權限的公務員斡旋，因並非自己的職務行為，故不構成犯罪**（筆者按：職務上受賄罪）〔……〕**至於最近，參酌再於刑法中增加斡旋行收賄罪以肅正公務員綱紀之輿論高漲，政府基於相同之觀點而認為有立法之必要**」[27]，而在一九八〇年日本又修正本罪，將原本三年以下有期徒刑提高至五年以下有期徒刑[28]。從時間發展軸線來看，日本公務員斡旋受賄罪的立法遠比二〇〇三年才公布的聯合國反貪腐公約更早出現。

至於日本刑法第197條之4的規定，依據我國學者對日本法的研究，可翻譯如下：

「**公務員受請託，以使其他公務員為職務上不正行為，或使不為相當行為，而進行斡旋或已為斡旋，作為其報酬，收受、要求或期約**

---

25 有關德國現行立法無法處理的貪污關聯事例，vgl. *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 120ff.

26 有關其文化背景的理由，參考Bernd Heinrich著，許恒達譯，德國刑法對非法影響力交易的處理㈢，法務通訊，2814期，3-4版，2016年8月。

27 立法理由之翻譯，參考吳天雲，同註12，頁119。

28 日本立法歷程，參見謝煜偉，同註12，頁267-271。

賄賂者，處五年以下懲役刑[29]**。**」

日本刑法第197條之4僅專門規範斡旋受賄行為，行為人也僅限具公務員資格者，倘若中間人欠缺公務員資格，縱使具有重要社會地位而受賄向主管公務員施用影響力，仍不在本條處罰範圍內。至於本罪相對應的斡旋行賄行為（甲），日本刑法則規範於第198條，該條為針對所有行賄者的共通處罰規範[30]。

至於日本刑法第197條之4解釋重點，可分述如下：

第一，本條構成要件著重具公務員資格的中間人，以「斡旋其他公務員」作為對價，與給予報酬之人達成期約或收受報酬的行為，處罰範圍也擴張至要求型[31]。

第二，對價合意時點，日本刑法同時許可「事前期約」與「事後期約」，前者即一般先行合意後，再實施斡旋行為的案例，但日本刑法亦一併處罰後者，此即公務員先完成向其他公務員的斡旋行為之後，再以之向可能獲利的民間人士請求提供後謝[32]。

第三，行為人必須施展個人影響力於其他主管事務的公務員，在此所稱的影響力行為，依日本法主流解釋，行為人必須以公務員的立場進行交涉，如果僅單純以私人地位遊說主管公務員，仍稱不上本條所稱斡旋[33]。

第四，行為人斡旋主管公務員後，致令其實施的行為，條文規定是「不正行為」，但一般解釋上須為違法執行公務[34]，在此意義

---

29 日本法條乃直接引用黃士軒教授之翻譯，參見黃士軒，同註12，頁142。

30 參考西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法各論，頁628-629，2012年12月，2版。

31 參考同前註，頁627。

32 山口厚著，付立慶譯，刑法各論，頁738，2011年10月，2版。

33 謝煜偉，同註12，頁271；黃士軒，同註12，頁143。

34 謝煜偉，同註12，頁270-271。

下，如果斡旋所企圖作成的公務行為並不違法，仍不構成本罪。

以上簡要分析日本法規定，相對於反貪腐公約擴張至非公務員的中間人，日本法相對限縮，僅限定於中間人公務員濫用公務地位，受賄而使主管公務員執行違法行為的類型，在這個意義下，日本法顯然緊緊貼附著公務員身分關係設計處罰規範[35]，一旦脫離公務員身分或地位濫用，即使中間人公務員受賄，尚不在處罰之列。

四、法國刑法

接下來討論同樣在反貪腐公約生效前，就已經處罰影響力交易的法國刑事立法。法國法早於十九世紀末期，就已經討論是否要處罰影響力交易行為，當時法國刑事司法實務面臨三人型貪污結構的解釋困擾[36]，法國乃於一八八九年正式在刑法典中納入第177條規定。依其規定，若行為人有民選公務員資格，收受他人提供之報酬，並同意以運用影響力為對價，即構成犯罪，當時僅處罰受賄一方，但刑責未擴及行賄一方[37]。該法在二次戰後經過數次修正，並於一九九四年以法國新刑法姿態重新調整項次後，整併為現行法第432-11條、第433-1條與第433-2條等規定。以下說明就以現行法國刑法涉及影響力交易具體條文為中心。

首先是公務員斡旋受賄罪，其規定於法國刑法第432-11條第2項（Article 432-11），同條第1項是職務上受賄罪的刑事責任，此即公務員與行賄者之間對於其職務、事務或委任授權（un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat）形成對價關係，相對於此，第2項的斡旋受賄則以公務員以其「運用影響力」作為對價，

35 更進一步分析，參見謝煜偉，同註12，頁270-271。

36 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 58ff.

37 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 60.

具體規定可翻譯如下：

「具有公權力、受公共事務之委託或經公共選舉而受委任之人，無論任何時間，直接或間接為自己或第三人之利益，要求或收受他人所提供之利益或好處，就其無權限之事，以濫用其事實或聲稱之影響力，從而獲得官方或行政機關許可、人事任免、事務委託或其他有利決定為對價者，處10年以下有期徒刑，併科100萬歐元罰金，其罰金數額並得增計其所得利益之雙倍額度。[38]」

相對應於公務員影響力受賄罪，法國刑法在第433-1條第1項第2款則規範以向他人斡旋為對價而行賄公務員的刑事責任，其具體規定如下：

「對於具有公權力、受公共事務委託或經公共選舉而受委任之人，無論任何時間，直接或間接為該人或第三人之利益，行求、期約或給予利益或好處，就其無權限之事，以濫用事實或聲稱之影響力，從而獲得官方或行政機關許可、人事任免、事務委託或其他有利決定為對價者，處10年以下有期徒刑，併科100萬歐元罰金，其罰金數額並得增計其所得利益之雙倍額度[39]。」

---

38 «Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui : [...]
2° Soit pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.»

39 «Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à

除了公務員斡旋受賄／行賄之外，法國刑法擴張刑責到不具有公務員身分的

影響力交易，其見於法國刑法第433-2條第1項，具體規定如下：

「**無論任何時間，直接或間接為自己或第三人之利益，要求或收受他人所提供之利益或好處，就其無權限之事，以濫用其事實或聲稱之影響力，從而獲得官方或行政機關許可、人事任免、事務委託或其他有利決定為對價者，處5年以下有期徒刑，併科50萬歐元罰金，其罰金數額並得增計其所得利益之雙倍額度。**[40]」

同樣道理，若民間人士對於欠缺公務員資格的中間人行賄，藉以讓其協助遊說公務機關，法國刑法第433-2條第2項，也予以處罰，其具體規定如下：

「**對於第1項之請求予以同意，或於任何時間，直接或間接為該人或第三人之利益，行求、期約或給予利益或好處，就其無權限之事，以濫用事實或聲稱之影響力，從而獲得官方或行政機關許可、人事任免、事務委託或其他有利決定為對價者，處與前項相同之刑責**

---

une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui : [...]
2° Soit pour qu'elle abuse, ou parce qu'elle a abusé, de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.»

40 «Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de solliciter ou d'agréer, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.»

（按：5年以下有期徒刑，併科50萬歐元罰金，其罰金數額並得增計其所得利益之雙倍額度）[41]**。**」

以上簡要條列法國刑法有關影響力交易的主要條文，上開條文的具體解釋又可以分為幾個重點：

第一，法國刑法是本文介紹各立法例中最為擴張、同時刑事責任也最重的類型，其處罰範圍包括中間人（乙）屬於一般人及公務員兩種類型，處罰範圍也遍及行賄／受賄，刑度設計更是相對特別，法國刑法在此不區別受賄／行賄的刑度，其刑度相同，中間人若為公務員時，斡旋行賄與受賄的最高刑責均為十年，而若中間人並非公務員時，影響力交易刑度則下調至最高五年。

第二，法國刑法對於斡旋賄賂及影響力交易的非難重點，同樣集中於對價合意關係，基本構成要件行為只要構成對價合意即足，而若雙方尚未產生合意關係，而只有一方有要求或行求行為，也足以滿足刑事責任[42]。換言之，遊說他人本身僅作為中間人對價合意的期約給付，而中間人是否實行約定的請託，在法國刑法上並不重要；此外，法國主流見解亦認為，中間人只要能夠動用職業情狀、社會地位或人際關係而影響主管公務員，即可成立刑責，中間人究竟以何種方式遊說主管公務員，在此並非重點[43]。而法國法在各別條文中均附加了「無權限之事」（sans droit），此項要件依法國學

---

41 «Est puni des mêmes peines le fait de céder aux sollicitations prévues au premier alinéa ou de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle abuse ou parce qu'elle a abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. »

42 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 67.

43 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 71.

界主流見解，自屬無意義的構成要件要素[44]。

第三，原本在二〇〇〇年以前，以上條文中並無「無論任何時間」（à tout moment），當時僅處罰先有對價合意，嗣後再由中間人向主管公務員遊說的類型，但若兩者時間點對調，就無法處罰事後發生的對價交易；因此法國刑法在二〇〇〇年以後，在其相關規定中，均納入此項明文，表示不論中間人影響公務機關決定的事前或事後形成對價合意，均得納入處罰範圍[45]。

第四，至於斡旋或影響力交易所連結的公務活動，包括官方許可、人事任免、契約或事務委託，以及有利於行賄者的公務決定，依法國法上的見解，在此不論公務活動是否合法，均一律納入處罰範圍[46]，即使中間人遊說事務屬於合法的公務決定，只要中間人收受賄賂，同樣可以納入上述條文處罰之內。

論述及此可以發現，相對於德國法的不罰與日本法限定公務員濫用地位的規制走向，法國刑法極度擴張影響力交易的處罰範圍，幾乎把所有相關行為，以及所有不應該發生的利益收受、期約等行為，一律納入刑法的處罰範圍。

五、奧地利刑法

接下來我們再將視角轉向與德國刑法結構近似的奧地利刑法。二次戰後的奧地利，自一九六四年開始大幅度修改其有關貪污的刑法構成要件[47]，十餘年後，一九八二年起又有一波接續的修正[48]。至於奧地利現行反貪污刑事法制的基本結構，亦與德國法相近，其

44 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 67f.
45 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 68.
46 *Zeiser*, aaO. (Fn. 8), S. 72.
47 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 306.
48 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 306.

刑法第306條至第307條規範了一般性職務上受賄／行賄罪。不過，奧地利刑法第302條還另外有公務員違法濫權罪，處罰公務員故意違法執行職務，因而造成人民權利受到侵害的行為[49]。

就影響力交易的處罰而言，於一九六四年第一次修正刑法典時，已經在刑法典中納入第308條的不法干預罪（verbotene Intervention），該條文另於二〇一二年時，立法者又大幅修正其具體構成要件內容[50]。

由於奧地利針對影響力交易的原始及現行法，均對本文接續討論具有重要意義，因此筆者將先談奧地利一九六四年訂定的舊法，其構成要件如下：

「**出於明知而直接或間接影響公務員或仲裁人，使其在職務領域內違法作為或不作為，並以影響力之施用作為對價，為自己或第三人之利益，向他人要求、期約收受賄賂者，處2年以下有期徒刑。賄賂金額超過3,000歐元者，處3年以下有期徒刑；賄賂金額超過5萬歐元者，處6個月以上5年以下有期徒刑[51]。**」

舊法時代基本上只處罰影響力交易中的受賄方，並無直接處罰

---

49 奧地利貪污刑法的簡要討論，vgl. *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch, 2012, S. 1-3.

50 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 307f.; *Marek/Jerabek*, aaO., S. 83.

51 „Wer wissentlich unmittelbar oder mittelbar darauf Einfluss nimmt, dass ein Amtsträger oder ein Schiedsrichter eine in seinen Aufgabenbereich fallende Dienstverrichtung pflichtwidrig vornehme oder unterlasse und für diese Einflussnahme für sich oder einen Dritten einen Vortreil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen. Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Wer die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

行賄方的明文，不過與日本法不同，並無行為人公務員資格的限制，另外值得注意之處，在於規範上採取雙行為犯（zweiaktiges Delikt）的立法模式[52]，亦即，行為人必須先後實施「要求、期約、收受」以及「實際運用影響力」等雙重行為，才能構成影響力受賄罪，如果欠缺其一，即不構成犯罪；此外，影響力運用所要達成的公務活動，還進一步限制為違法公務執行，如果行為人遊說對象是使主管公務員作成職務上行為，則不在處罰之列。

而在二〇一二年，奧地利修法變革其原有的第308條影響力交易罪名，修法後可罰範圍及處罰的時間點有全面性的調整，奧地利現行刑法第308條共有五項規定，先將其相關規定翻譯如下：

「為自己或第三人之利益，以不正影響其他公務員或仲裁人之決定為對價，而要求、期約或收受賄賂者，處2年以下有期徒刑[53]。

以他人不正影響公務員或仲裁人之決定為對價，而向該他人行求、期約、交付賄賂者，依前項罰之[54]。

賄賂金額超過3,000歐元者，處3年以下有期徒刑；賄賂金額超過5萬歐元者，處6個月以上5年以下有期徒刑[55]。

---

52 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 324; *Bertel*, in: Wiener Kommentar, 2010, § 308 Rn. 1.

53 „Wer für sich oder einen Dritten dafür einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder eines Schiedsrichters nehme, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.“

54 „Ebenso ist zu bestrafen, wer einem anderen dafür einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, dass dieser einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder eines Schiedsrichters nehme.“

55 „Wer die Tat in Bezug auf einen 3 000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Wer die Tat in Bezug auf einen 50 000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

以影響公務員作成違反義務之作為或不作為公務執行為目的，或行求、承諾、交付不正利益（依奧地利刑法第305條第4項認定之）予公務員或仲裁人，或與其利益相關之第三人者，構成對該公務員或仲裁人之不正影響力施用[56]。

本罪行為人若構成其他較重之罪名，即不構成本罪[57]。」

以上簡要翻譯奧地利刑法第308條，從其規定中可以發現，第1項是基礎的影響力受賄罪構成要件，其內容不再採取雙行為犯結構，直接修正為受賄型構成要件行為，行為人不必實行約定的請託行為，「請託實施特定公務行為」僅只作為對價合意的一方預定給付內容而已[58]，奧地利現行法將兩者整合起來，並以新的概念「不正影響力施用」（ungebührliche Einflussnahme）作為斡旋受賄者與行賄者之間的對價給付內容[59]。

至於什麼樣的約定給付，才稱得上「不正影響力施用」，奧地利現行法第308條第4項採用了立法定義的方式予以規範，包括兩類不同的情況。第一類是以「影響公務員，使其作成違反義務的作為或不作為之公務執行」作為對價而相互期約，這一類主要以違反義務（pflichtwidrig）公務執行為重點，只要中間人與斡旋行賄者針對影響主管公務員，使其作成違反義務的作為或不作為，即可構成

---

56 „Eine Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder Schiedsrichters ist dann ungebührlich, wenn sie auf die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts abzielt oder mit dem Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines ungebührlichen Vorteils (§ 305 Abs. 4) für den Amtsträger oder für ihn an einen Dritten verbunden ist.“

57 „Der Täter ist nicht nach den vorstehenden Absätzen zu bestrafen, wenn die Tat nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist.“

58 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 325.

59 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 326.

本罪所要求的對價關係[60]；不過，奧地利對於「違反義務」的解釋，不同於「違法」，違反義務除了職務行為本身違法之外，還包括違反公務員職務執行時所應踐履的義務，例如不得循私（Parteilichkeit）執行職務的工作要求[61]，以具體案例來看，若甲廠商提供報酬請好友乙向主管公務員丙請託，讓丙在評選時盡可能地選擇甲廠商，而丙果然選擇了甲廠商，本案請託內容「在合法界限內，丙盡可能選擇甲」雖然不違法，但已經違反了公務員不得循私作成決定的義務，故乙亦可成立本罪[62]。

第二類則是涉及請託合法且合義務的公務活動，由於其具體內容較不易掌握，我們可以先談一種較明確的案例，如果中間人所影響的公務員活動內容，本身合法且符合職務執行義務，此時即不適用影響力交易有關罪名，例如在下文的《情況1》中，甲建商申請建照時，提供10萬元報酬給乙，請乙出面向承辦公務員丙遊說，但遊說內容僅「請丙依法發照」，考量乙承諾向丙的請託內容，性質上屬於合法且合義務的公務行為，甲、乙均不構成任何刑責。

不過，針對此種情況，同條第4項另設有特別規定，此即中間人雖向主管公務員遊說合法公務活動，但卻附加給予主管公務員特定報酬，中間人一方面向行賄者期約自己享有的賄賂；另一方面又向主管公務員為職務上行賄，這種作為中間人而雙方受賄／行賄的行為，依據第308條第4項，即屬法條所規定的「行求、承諾、交付不正利益予公務員或仲裁人，或與其利益相關之第三人」，可直接

60 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 327.

61 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 327.

62 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 327. 又例如中間人請託主管公務員，請其讓某案件加快處理，該請託內容雖然合法，但卻不符合主管公務員應該依序辦理的職責與義務，故亦屬於違反義務之請託內容，中間人若因此受賄，即可構成第308條第1項刑責。

認定乙與甲以「不正施用影響力」而達成期約，而可構成第1項罪名，舉例來說，在《情況2》中，我們修正甲、乙間的合意為：「甲給乙10萬元，乙則須遊說丙公務員，使其合法發照，同時乙亦將提供丙1萬元報酬」，僅當乙與甲達成上開合意，即便遊說的「發照」實質內容合法，但已經添加給予丙公務員不正報酬依據第308條第4項規定，可理解為「施用不正影響力」的對價期約，因此甲、乙間已針對「施用不正影響力」達成了合意對價，乙可以直接論以構成第308條第1項罪名[63]。換言之，第308條第4項的第二種情況，專門用來處罰預計向主管公務員行賄，但尚未展開行動，不過卻已經與他人合意，並以「行賄主管公務員實施職務上行為」為對價，而收受他人報酬的中間人[64]。

附帶言之，倘若在《情況3》中，乙除了《情況2》期約內容外，又進一步實際執行了對甲承諾，請託了丙並提供丙1萬元報酬，則乙不僅構成第308條第1項的影響力受賄罪，還會進一步成立奧地利刑法第307a條的職務上行賄刑責。

最後，相應於受賄罪，奧地利刑法立法者也於二〇一二年增補了原來不處罰的影響力行賄刑事責任，此時行賄者即適用獨立的構成要件予以處罰，且不再考慮與影響力受賄的共犯參與問題[65]。

綜合以上討論，奧地利有關影響力交易罪的現行法制，可說是德語系國家中最完整規範，其修法走向則不再要求受賄者必須親自執行對價給付的遊說行為，二〇一二年後轉而採取非常類似法國刑法及聯合國反貪腐公約的規範策略，不論有無公務員身分，只要以中間人角色出現與行賄者對價期約，而中間人的給付內容，符合第

63 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 329.
64 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 329.
65 *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 332-333.

308條第4項所謂「不正影響力運用」的規定，即得構成第308條第1項刑責。

六、小　結

論述及此，筆者已經分析聯合國反貪腐公約、德國、日本、法國、奧地利有關影響力交易的法制動向，我們可以簡要整理圖表如下：

	甲 （提供報酬給乙，以交易乙對丙施用影響力，即斡旋行賄行為）	乙 （以對丙之影響力施用作為給付內容，與甲提供之報酬構成對價，即斡旋受賄行為）	丙 （非斡旋罪之處罰對象，但乙對丙的行為將產生何種影響，與甲、乙刑責是否成立有關）
聯合國反貪腐公約	*1.* 公約第18條第(a)項 *2.* 行求、期約、交付 *3.* 與乙達成運用影響力於丙之對價合意	*1.* 第18條第(b)項 *2.* 包括公務員及非公務員 *3.* 要求、期約、收受 *4.* 與甲達成運用影響力於丙之對價合意	*1.* 非規範所及 *2.* 甲、乙之對價合意限於「乙運用影響力至內國行政或政府機關之丙，使丙作成合法或違法決定」
德　國	不罰	不罰	非規範所及
日　本	*1.* 日本刑法第198條 *2.* 行求、期約、交付 *3.* 與乙達成運用影響力於丙之對價合意	*1.* 日本刑法第197條之4 *2.* 僅限公務員 *3.* 要求、期約、收受 *4.* 事前／事後均可 *5.* 與甲達成運用影響力於丙之對價合意	*1.* 非規範所及 *2.* 甲、乙之對價合意限於「乙運用影響力至屬公務機關人員的丙，且讓丙實施違法職務行為」

	甲 （提供報酬給乙，以交易乙對丙施用影響力，即斡旋行賄行為）	乙 （以對丙之影響力施用作為給付內容，與甲提供之報酬構成對價，即斡旋受賄行為）	丙 （非斡旋罪之處罰對象，但乙對丙的行為將產生何種影響，與甲、乙刑責是否成立有關）
法　國	*1.* 法國刑法第433-1條第1項第2款（對公務員斡旋行賄）／第433-2條第2項（對一般人影響力交易行賄） *2.* 行求、期約、交付 *3.* 與乙達成運用影響力予丙之對價合意	*1.* 法國刑法第432-11條第2項（公務員斡旋受賄）／第433-2條第1項（一般人影響力交易受賄受賄） *2.* 要求、期約、收受 *3.* 與甲達成運用影響力予丙之對價合意	*1.* 非規範所及 *2.* 甲、乙之對價合意限於「乙運用影響力至具官方或行政機關身分的丙，並針對合法／違法的許可、人事任免、事務委託或其他有利於甲的決定」
奧地利	*1.* 奧地利刑法第308條第2項 *2.* 行求、期約、交付 *3.* 與乙達成運用不正影響力予丙的對價合意	*1.* 奧地利刑法第308條第1項 *2.* 要求、期約、收受 *3.* 與甲達成運用不正影響予丙的對價合意	*1.* 非規範所及 *2.* 甲、乙之對價合意限於「乙請託丙作成違反公務員義務之公務行為」或「乙以行賄方式，請託丙作成符合公務員義務的公務決定」

（製表：許恒達）

參、現行法的應對機制及其限制

本文討論主軸是三人型貪污結構，涉入犯罪的行為人關係較為複雜，若再考慮涉入者可能有不同身分關係，其參與犯罪行為態樣也有差別，甚至損害結果也不盡然相同，這麼多種變項排列組合後，可以想像到的侵害手法極其多樣，為了減省討論的困難度，在接下來的論述中，將透過較簡單的案例分析問題，分析個案中貪污法制的應對策略，尤其仔細思考刑法介入程度是否合宜，一併檢討現行法制可能無法處理的疑點。

一、三人型貪污結構的典型事例

既然本文聚焦於三人型貪污結構，首先說明一則典型案例：

《案例一》甲廠商明知工程不符規定，無法取得建照，故交付100萬元給任職當地工務局長的友人乙，希望乙代為協助，乙收錢之後即命令承辦該申請案的下屬丙科員核發建照給甲，不知乙收錢情事的丙雖明知違法，但仍遵從乙的指示辦理，最後甲違法取得建照。

單從本案的甲、乙關係來看，甲行賄乙，乙收受賄賂，而該賄賂「100萬元」與「乙命令下屬丙，使其違法發照」構成對價關係，問題在於，要構成賄賂罪，公務員必須把合法或違法職務行為納入對價關係的合意內容，乙並非該案件承辦人，僅只為上級主管，此時乙得否構成受賄罪即有疑義。此問題涉及乙的職務行為該如何解釋，一般實務及學說均認為：職務行為並不以具體、個案承辦的職務為前提，只要受賄公務員對於系爭事務處理有抽象權限，即可認定為職務行為[66]，基此見解，違法核發該建照雖然非乙具體

[66] 相關討論，參考周慶東，貪瀆罪中的職務行爲意義——德國刑法上的觀點，法學叢刊，223期，頁3-12，2011年7月；李錫棟，日本法上賄賂罪職務行爲之研究，法學叢刊，223期，頁51-54，2011年7月；蔡銘書，關於賄賂罪職務行爲

主管事務，但仍在乙的抽象職務範圍內，故甲、乙分別構成違背職務之行賄罪與受賄罪；至於真正違法核發建照的丙，當丙不知甲、乙間的對價交易，也未收受任何賄款時，不會成立受賄刑責，只就其違法核發建照的行為本身擔負行政或刑事責任，最主要的考慮罪名僅為公務員主管職務圖利罪[67]。

本案以現行法而論，並無太多的解釋疑義，可以直接適用賄賂罪名，就能全面評價相關疑義的基礎型案例。不過，如果稍微修正一下案例，解釋上就會出現些許不易處理的情況。

《案例二》甲廠商為了能夠獲得工程標案，乃以100萬元請求任職於民政局的公務員好友乙，代為疏通主管標案的公務員丙，以讓甲得標。乙將收錢與請託之事均告知丙，由於乙負債甚多，丙決定作個人情給乙，因此違法使丙得標，嗣後甲果然將100萬元轉交給乙。

本案中承辦公務員丙並未真正受賄，但其主觀上已經知悉「自己違法執行招標職務／甲給付乙100萬」的對待給付關係，只不過此處對價性的確認，分別由甲、乙先行溝通，確認甲提出要約，再由乙、丙意思聯絡，確認丙接受甲所提出的要約，甲、丙之間並無任何意思的「直接」聯絡，僅透過乙居間媒介，間接相互肯認對方所提供的給付，但這仍可認定甲、丙之間對於給付／對待給付的對價關係。接下來的問題只是，是否刑法許可丙本於「乙（第三人）受利益，丙自己卻未獲利益」作為對待給付內容？由於刑法典及貪

之最高法院裁判動向，法學叢刊，223期，頁101-103，2011年7月；黃士軒，同註9，頁80-89；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號判決，東吳法律學報，24卷1期，頁111-112，2013年4月。

67 以現行刑法而言，除了主管職務圖利罪之外，必須視未來是否發生意外，如果因建照違法發給而致生災害，則可能構成公務員廢弛職務釀成災害罪，但該罪僅屬瀆職罪章中的濫權型，與貪污罪無關。

污治罪條例有關受賄、行賄的構成要件中，都只簡要地採取「對於職務上行為／違背職務行為，要求、期約或收受『賄賂或不正利益』」的文字，此處所稱的「賄賂或不正利益」是否包括期約受賄者未實際享受，而改由第三人領得或享有的特別情況，即有疑義[68]。

就此問題，最高法院曾經著有判決認為：「**貪污治罪條例第四條第一項第五款之對於違背職務上之行為收受賄賂罪，祇須所收受之賄賂或不正利益與其違背職務有相當對價關係，即已成立，且包括假借餽贈、顧問費等各種名義之變相給付在內。亦不以本人直接收受者為限，即使形式上係假借、利用第三人名義或由第三人收受，仍包括在內，方符貪污治罪條例嚴懲貪污，澄清吏治之立法本旨。又是否具有相當對價關係，應就違背職務行為之內容、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**」[69]，依此見解，即使行賄者約定給付內容由第三人收受，且該第三人與受賄者無親屬或身分的同一歸屬效果時，仍然不妨害受賄者以之成為職務執行的對價約定內容，基此，丙既然與甲間接地形成對價合意，即使是由乙獲得利益，仍不排除丙構成違背職務受賄罪，而甲構成違背職務行賄罪，至於乙的刑責，因為受賄／行賄屬於對向犯，意思對立的雙方必須分別適用不同形態的構成要件，判斷上一定要將

68 相異於我國刑法，德國刑法針對「受賄者」未真正得利，而是同意行賄者讓第三人得利以作爲賄賂給付的事例，德國刑法是直接定義在一般賄賂罪構成要件中，賄賂包括受賄者得利或第三人得利等兩種情況，vgl. *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 331, Rn. 6; LK-*Sowada*, § 331 Rn. 41.

69 參見最高法院104年度臺上字第2669號刑事判決。必須特別說明，該案基礎事實與《案例二》有些微差異，其事實可簡化如下：負責採購之公務員收受賄賂，但指定將部分賄賂款項移轉給第三人收受。換言之，行賄者與受賄者仍然具有直接的意思連絡關係。

乙歸於甲／丙其中一方，考量乙收受了甲所提供金錢，應該劃於丙的一方較為合理，故乙應與丙構成違背職務受賄罪的共同正犯。

以上兩則案例都是中間人收受賄賂，再由終端公務員執行有利於民間人士的公務行為，但仍可透過受賄罪「職務行為」與「賄賂」概念的擴張解釋，以受賄／行賄的基礎罪名處理參與貪污結構者的刑事責任。

二、三人型貪污結構的解釋疑難

雖然《案例一》與《案例二》尚無太大疑問，但三人型貪污結構在接續案例中，仍會出現無法繼續適用賄賂罪名的解釋障礙案例，在現行法及實務框架下，通常以改論圖利罪的方法解決爭議[70]，然而因為圖利罪的不法非難迥異於賄賂罪，若干個案可能在解釋結果或論理過程中遇上麻煩。我們可以先看下述案例。

《案例三》甲廠商明知工程不符規定，無法取得建照，故交付100萬元給任職當地財政局長的友人乙，希望乙居間協助，乙收錢之後即找上承辦該申請案的工務局丙科員，丙科員雖不知乙收錢事宜，但因丙科員曾任職於財政局，不得已只好賣乙面子，違法核發建照給甲。

《案例三》與《案例一》有些相似，其差別在於公務員乙、丙之間關係，在《案例三》中，乙服務於非主管建照的財政部門，單從職務行為必須與公務員服務單位、職級相互連動的觀點來看，

70 實務上甚至有判決認為，圖利罪是賄賂罪的概念規定，如果賄賂罪不成立時，仍可考慮採用圖利論罪，參見最高法院94年度臺上字第3190號刑事判決：「貪污治罪條例第四條第一項第五款之對於違背職務之行為收受賄賂罪，係對於公務員貪瀆行為之特別規定；而同條例第六條第一項第四款之圖利罪，則為公務員貪瀆行為之概括規定；必其犯罪情形不合於公務員貪瀆行為之特別規定者，始適用圖利罪之概括性規定」。

甲、乙雖然有對價期約，但作為對價期約一方給付的「乙遊說承辦公務員丙違法發照」，顯然非乙原有的職務範圍內，倘若對乙的職務行為採取較嚴格的「法定職務」解釋方向，因為乙是財政局長，不負責工程建照事務，不論乙再如何與他人期約，乙本身所能提供的對待給付不算是職務上或違背職務行為，不可能成立受賄罪，支付報酬的甲連帶不成立行賄罪，至於承辦公務員丙，根本未實質參與對價關係的期約過程，更與賄賂罪名無關。在這個論理基礎下，本案無從構成賄賂刑責。

不過，我國實務近期若干判決中，則改採一種新的解釋觀點，從而讓本案可能構成賄賂刑責。質言之，早期實務判決確實採取以上的「法定職務」觀點處理個案，否認本案構成受賄／行賄罪的可能性，但在二〇一〇年前後，若干個案中，承審法院不再堅守嚴格限定職務行為的傳統角度，轉而採取相對寬鬆、擴張的「實質影響力說」，此即只要非承辦公務員運用其地位或身分所帶來的影響力，與他人進行對價期約，該「職務影響力之運用」可認為屬於職務行為，並構成受賄／行賄的對價關係交易對象[71]。依此觀點，能

[71] 關鍵判決即最高法院99年度臺上字第7078號刑事判決，有關龍潭土地案的看法：「**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〔……〕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**」。必須特別強調，「影響力交易」與「實質影響力說」的文字相近，但事實上涉及兩個不同層次的概念。前者用於描述中間人不具備公務員資格而受賄，進而向主管公務員請託的事例，而相關對於影響力交易的立法，則著重於處罰此一「欠缺公務員身分之中間人」，此種立法在我國尚無，但恐怕是未來難以抗拒的立法方向。後者則指中間人具有公務員資格，亦同樣以「向主管公務員請託」爲由受賄，而我國法院發展出來，用以對該「有公務員身分之中間人」直接處以公務員職務上或違背職務受賄罪的論證理由。

夠納入賄賂罪對價關係的職務行為，除了具體、抽象的法定職務行為外，還包括行為人本於地位或身分，附帶對其他公務員決定的影響力運用效果，採取本說審視《案例三》，乙與甲已經針對「乙公務員運用影響力介入丙公務員的決定」達成對價合意，乙的行為因屬公務員地位的實質影響力運用，足以納入構成賄賂的期約給付，故構成職務上行為受賄罪[72]，甲即可成立同類行賄罪名，至於丙未參與對價期約，只能再回歸至主管職務圖利罪處理丙的刑責。

多數學說見解對此種擴張式的解釋，大多持反對見解[73]，本文亦贊同反對見解，首先，法院願意在那些判決中採取實質影響力說，尚無任何脈絡可循，只能說其採納完全取決於法院「隨機」的個案見解，這種完全無規則可循的法律適用態度，勢必影響社會大眾的遵法意識，也對個案被告極度不公平。此外，這種脫離法條文義的解釋方式一開，受賄／行賄的成罪空間，將與參與期約的公務員本身職務脫鉤，只要公務員層級甚高，或者人際交往關係綿密，就有更強的實質影響力，這使得職務上行為完全無定型、限制功能可循。簡言之，「職務上行為」的規範文字，完全無法容納對價期約可以包括「職位附帶的對他人影響力運用效果」，實質影響力說已然超出受賄罪限定期約內容僅是職務權限行使範圍的字義界限，顯有違反罪刑法定主義的疑慮[74]，所以解釋上絕無採取實質影響力說的空間，應該回歸至以法定職務為中心、但開放至抽象職務活動

72 此即最高法院99年度臺上字第7078號刑事判決中，有關龍潭土地案及101大樓人事案，最高法院對於陳〇扁前總統刑事責任的判定結果。

73 反對見解參考黃士軒，同註9，頁95-106；蕭宏宜，同註66，頁102-111；柯耀程，「職務」概念的解釋與限制，法學叢刊，222期，頁26，2011年4月。惟亦有從比較法觀點考察後，支持擴張職務行爲至「是否動用地位影響力」的見解，參見陳子平，同註12，頁130。

74 參見蕭宏宜，同註66，頁108-111。

的傳統見解。準此，乙既未以自己的法定抽象或具體職務行為與甲約定對價，故不成立受賄，甲當然也不構成行賄罪。

即使不採取實質影響力說分析《案例三》，仍不代表現行法無從處理。另一種可能作法是取道非主管職務圖利罪：乙任職於財政局，並無建照發給權限，但乙利用長期在公部門服務，又是現任財政局長，享有較高地位，乙乃利用此項職位及人際關係帶來的影響力，遊說承辦公務員丙違法發照行為，使得丙獲得建照而能夠取得建物合法所有權，此項行為可以構成非主管職務圖利罪，而開啟整起事件的甲，雖無法直接成立獨立正犯罪名[75]，但至少可以透過共同正犯或共犯的方式，依附於乙刑責而構成同罪的正犯或共犯[76]。至於違法執行職務的承辦公務員丙，若其主觀上明知違法，則可構成主管職務圖利罪[77]。

相對於採用實質影響力說解釋《案例三》，以非主管職務圖利

---

75 非主管職務圖利罪所謂的「違法」，應該指被請託的主管職務公務員，而不是構成該罪的非主管職務公務員，參見謝煜偉，同註12，頁264。

76 最高法院原來的見解認爲，圖利罪屬於對向犯，因此被圖利之一方不成立刑事責任（適例參見最高法院88年度臺上字第5741號判決）。不過此項見解在同院103年度第4次刑庭會議中，已經被修正，最高法院認爲：「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」，本於最高法院的新見解，甲雖然是被圖利的對象，但並不妨害甲成爲本罪的共同正犯或共犯。

77 實務上多數案例中，遊說他人的非主管事務公務員，通常構成非主管職務圖利罪，但被遊說而違法執行職務的公務員，則改論主管職務圖利罪，相關案例參見最高法院100年度臺上字第1387號刑事判決。

罪為中心的解釋進路，顯然較為合理，不過這種思考方式也絕非完美，主要問題涉及如何安置不法非難的主要對象。析言之，圖利罪與受賄罪非難的重心並不相同，受賄罪的非難核心是受賄公務員與行賄者之間的對價期約，其刑事制裁完全無關受賄者是否執行期約內容，處罰時點甚至可以提早至任何一方提出對價要約；至於圖利罪則著重處罰行為人濫權實行職務（主管職務圖利），或是利用職務機會、人際關係（非主管職務圖利），進而自行或使其他人作成違法公務決定，最後實現自己或他人的不法獲利，整個發展過程可稱為不法利益輸送關係，因此不可能不實際執行該違法公務行為，此外，不法獲利亦應緊扣著該違法公務決定本身，必須是違法公務執行所直接帶來的財產利得。《案例三》中圖利行為所帶來的財產利得，其實僅限於丙違法核發建照之後，甲廠商可以合法取得建築物所有權登記的增值利益，至於甲廠商給付予乙的費用，雖然讓乙賺了一手，但該項財產利得並不在圖利罪非難之列[78]。

如果肯認以上論點，本於非主管職務圖利罪處罰本案行為人，僅非難了乙、丙接續實現的不法利益輸送過程，對甲的非難僅及於「參與」不法利益輸送過程，至於甲、乙之間以「公務員影響其他公務員之決定」為對價，相互作成期約合意，並移轉100萬元的財產利益，在圖利罪框架下則完全不能評價，此種以金錢誘使公務員運用其地位影響力，進而干擾公務機關依法決定的行為，倘若不納入制裁之列，因為會影響公務運作機能，不免出現法律漏洞，也因此學理上常見的主張即是：刑法應考慮仿造日本刑法第197條之4的規定，另行訂定公務員斡旋賄賂罪來處理類似案例，將不法非難從利益輸送的後階段流程，前置到期約對價的前階段，從而有效地處

78 如果再從沒收的效果來看，由於圖利罪不干擾甲、乙之間的對價期約，因此乙所收受的賄賂無從沒收。

罰「令其他公務員為特定職務行為」的受賄及行賄行為[79]。

某程度而言，增訂公務員斡旋賄賂罪確實可以解決若干問題，居間而收受民間人士報酬的公務員中間人，不再僅因其參與公務員接續不法圖利而受有非難，只要其承諾於未來請託承辦公務員，從而收受民間人士所提供的利益，本身就構成斡旋受賄刑責。不過，學理上針對是否應該積極立法處罰斡旋賄賂的行為，則有不同看法，部分看法斡旋賄賂行為本身就有獨立可罰性，故應積極增訂[80]。反對說的主要理由大致可分為兩點：第一點是解釋論層次，由於現行法已經有非主管職務圖利罪，此項罪名處罰範圍甚至比斡旋賄賂罪更廣[81]，既然已有非主管職務圖利罪，已足解決大多數案例，不一定要另行制定斡旋賄賂罪[82]，若以前述《案例三》來看，甲、乙、丙三人刑責在一定限度內，都能依據非主管職務圖利罪處罰，顯見斡旋賄賂罪的立法需求並不強烈；第二點是立法論層次，公務員「向其他主管公務員運用影響力」並非法定職務，不屬於公務活動核心，僅屬公務活動的周邊條件，要減少公務活動周邊條件的不當干擾，應該優先將遊說、關說與陳情等措施制度化，絕非優先考慮刑事制裁，此罪名一旦訂定，勢必將刑法保護重心置於公務員廉潔（不收錢）的社會期待，積極採取刑事責任處罰斡旋賄賂的公務員，不無過度強化公務員廉潔道德訴求的疑慮[83]。

必須承認，以上兩點對於增訂獨立斡旋賄賂罪的質疑，確實有相當力道，但相對而言，支持增訂斡旋賄賂罪的主張，也指出了以

---

79 謝煜偉，同註12，頁267；吳天雲，同註12，頁130；林鈺雄，同註4，頁70；吳耀宗，同註4，頁84-86。

80 謝煜偉，同註12，頁266-267。

81 黃士軒，同註12，頁145。

82 黃士軒，同註12，頁145-146。

83 以上見解，參見薛智仁，同註12，頁33。

主管職務／非主管職務圖利罪作為解決問題機制時，可能無法完滿處理三人型貪污結構的解釋障礙。至於如何從針鋒相對的學理意見中找到解答，具體討論將於下文進行。

三、現行貪污刑事法制的規範缺口

首先分析解釋論疑義，如果真有增訂罪名需求，我國現行貪污法制必須難以合理解決三人型貪污結構的處罰障礙，倘若已經足以充分處理，自然不必再行強加新的構成要件。已如前述，現行貪污刑事法制中，已經有非主管職務圖利罪，但因其定位為「圖利罪」的次類型，構成要件的設計上，必須限定於受請託公務員已經違法執行職務，繼而創造不法利得，該不法得利可能歸屬於原請託的民間人士／收錢斡旋公務員／違法執行職務公務員／案外人，雖然看似範圍很廣，但若主管公務員所作成決定未達違法程度，或者無法認定該民間人士已有財產獲利時，非主管職務圖利罪即無從適用，此時整個犯罪流程中，已經發生金錢流動及干擾公務機能的行為，卻無法構成刑事責任。適例討論如下。

《案例四》基本事實同《案例三》，甲廠商明知工程不符規定，無法取得建照，故交付100萬元給任職當地財政局長的友人乙，希望乙居間協助，乙收錢之後即找上承辦該申請案的工務局丙科員，丙科員不知乙收錢事宜，但因丙科員堅持依規定行事，拒絕乙的遊說，仍不核發建照給甲。

在《案例四》中，公務員乙雖然不是主管公務員，但已經收受甲提供的好處，進而遊說主管的公務員丙，但公務員丙並不為所動。由於丙未參與甲、乙間的對價合意，也未實施違法行為，因此不構成賄賂或圖利的任何刑責；而乙雖然向丙遊說，但最終未發生任何違法職務行為，也未輸送任何不法利益，因此乙不成立非主管職務圖利罪；乙、丙既然不成立圖利刑責，甲也無從正犯可得依

附，故甲最終也是無罪。

從《案例四》中可以發現，倘若受遊說的公務員丙不願配合乙的行為時，前端以100萬元約定報酬的甲、乙兩人，根本不足以構成犯罪，然若考慮甲已對公務員乙支付對價報酬，進而透過乙在公務部門的人際關係干預合法公務決定，這個行為已經對公務活動依法的屬性造成相當程度影響，故應考慮前置處罰界限。此外，我們可以再討論《案例五》：

《案例五》甲廠商為求在某工程案中得標，交付100萬元給任職當地財政局長的友人乙，希望乙居間協調，讓甲能夠得標，乙收受100萬元後，向不知情的工務局主辦工程採購公務員丙遊說，要求丙協助綁定規格標，丙因曾為乙下屬，不得已而違法在招標文件綁定規格標，未料在決標前因甲廠商員工出面爆料而停止本標案的採購程序。

《案例五》的特點在於，丙雖然接受乙的遊說而在招標文件中違法綁標，該行為可能構成違反政府採購法的刑事責任。但撇開政府採購法，單就貪污法制而論，由於最終未決標，沒人拿到標案而有財產利得，丙不成立主管職務圖利罪，乙也不構成非主管職務圖利罪，乙、丙既然無罪，甲當然也無刑責可言。本案例的問題在於，丙已經實施違法行為，僅因事後甲廠商員工爆料的偶發因素，使得全部均無人成立刑責，這樣的解釋結果，其實對整體貪污的規範治理，帶來相當程度困擾。我們可以再談另一種情況。

《案例六》某公司負責人甲進口貨物來臺，但長期以來主管機關認定應適用較高關稅稅率的進口稅則條文，甲多次主張應適用較低稅率的進口稅則條文而未果，為求能夠改變主管機關的判斷，甲請託熟識的地方政府市長乙居間協商，甲並交付乙100萬元作為請託報酬，乙收錢之後即找上主管關稅的局長丙，局長丙雖不知乙收錢事宜，但經乙遊說，同意依據乙的建議修正甲公司貨物所適用的進口稅則，嗣

後甲的貨物即依較低稅率課關稅。

《案例六》中，甲交付100萬元給具公務員身分的乙，乙也承諾影響主管修法的公務員丙，丙最終修正適用進口稅則項目的決定，雖因乙煽動所致，但只要丙仍然在裁量空間或判斷餘地的範圍內，其決定仍屬合法，此時丙不適用主管職務圖利罪，由於丙無違法行為，乙當然也不會構成非主管職務圖利罪，至於出錢的甲，更不會成立任何刑責，甲、乙、丙均為無罪。既然圖利罪不評價甲、乙之間的對價期約，即使乙收受100萬元並介入協調，仍非現行貪污刑法禁止的行為態樣。

《案例七》甲為中藥商，因為法令禁止其調劑，甲為了能讓法令鬆綁，因此請託擔任地方政府首長的市長乙，甲並交付100萬元給乙，請求乙協助向多位立法委員疏通，乙逐一協調，終獲包括丙在內多位立委認同（均不知甲、乙100萬元約定情事）而修法通過中藥商的調劑權。

《案例七》中，甲、乙之間有100萬元與「向其他公務員請託」的約定，但這不在圖利罪非難範圍內，圖利罪只關切立委丙是否違法，以及甲是否因此獲利。就獲利問題來談，即使中藥商透過修法取得調劑權，這僅只是一個抽象的政府許可，不等於事實上的財產獲利，即使嗣後甲中藥商依新法調劑而收取「費用」，該費用也直接源自甲提供的開藥服務，丙與其他立法委員修法，並不直接帶來特定中藥商利得，換言之，即使甲提供對價讓乙利用其人際關係遊說立委，因為立委通過的法案只是抽象授權，無從實現甲獲得財產利益，本案當然也不適用非主管職務圖利罪；此外，立委修法是公意形成法律的過程，是立法權的運用，本身並無合法／違法可言，既然受到遊說的公務員丙並未違法，圖利罪自然更不可能成立。而甲、乙之間雖然有對價交易，但乙是地方首長，即使以「向立法委員遊說，使其同意中藥商調劑權」向對價而受賄，仍非乙法

定職務上行為，若又拒絕前文提過的實質影響力說來定性職務行為，那麼甲、乙均不構成賄賂罪刑責[84]。綜合言之，本案參與者均屬無罪，該結論不免茲生爭議。接下來討論另一種事例。

《案例八》甲為了能夠承作某公股達45%之A公司的工程案，請託任職於地方政府的市長乙，並以100萬元為對價，拜託乙向其好友A公司之董事長丙說項，乙嗣後向不知100萬元對價情事的董事長丙請託，果然使得甲承作A企業工程案。

《案例八》中，甲為了自己的利益給付公務員乙財產利益，不過，雙方期約的乙給付內容，則是遊說非公務員的董事長丙，雖然官方股份占A公司達到45%，官方對於A公司仍有實質控制權，但既然已屬於民營化的企業，其董事長不再依法令從事於公權力相關事務，故非刑法意義的公務員，不論乙再怎麼遊說丙，丙如何積極接受乙的建議而協助甲取得標案，都已經脫離刑法貪污犯罪的打擊區塊，在此乙與甲均不成立非主管職務圖利罪[85]，至於市長乙雖然收受100萬元，但僅向官股比重極高的A公司請託，該請託行為並非市長職務行為，因此甲、乙不適用賄賂罪名，結論即是本案無刑責可言。接下來我們再談中間人非屬公務員的情況。

《案例九》甲為了讓自己能夠承作鄉公所標案，請已經自民間企業退休的好友乙，代為向其女婿丙（負責鄉公所標案管理）請託，甲並與乙約定請託報酬為100萬元，乙收受100萬元後，向丙遊說，丙勉強答應協助，嗣後即綁規格標給甲，甲遂順利承作鄉公所標案。

---

84 常見的情況是乙爲立法委員，而收受甲賄賂向其他立委疏通，此種情況乙是否構成受賄罪，另參考許恒達，賄賂罪職務行爲之再探討——以民意代表受賄事例爲中心，檢察新論，17期，頁91-96，2015年1月。

85 不過要注意的是，本案仍須考慮丙侵害公司利益而可能涉及的背信罪刑事責任，甲、乙在此意義下，有可能納入背信罪廣義共犯的處罰範圍，但此點已經超出本文討論範圍，不再深入處理。

《案例九》的特點在於，作為中間人的乙並非公務員，乙收受賄賂後，透過身分與人際關係，使得丙協助甲成功取得標案。以現行法而言，本案應考慮丙構成主管職務圖利罪，而甲、乙均非公務員，無法獨立構成任何貪污罪名，只能依附於丙的行為論罪。故依現行法，甲、乙的刑責是丙主管職務圖利罪的共犯。乍看本案例在現行法框架確實能夠處理，不過誠如前文所述，圖利罪只能處罰以丙為中心的違法執行公務行為，以及後續衍生的不法利益輸送過程，但對於甲、乙之間的對價期約，則未予完全評價[86]。

以下分析了若干案例，我們可以初步認為，雖然非主管職務圖利罪解決了三人型貪污結構的解釋疑難，但該罪主要的不法非難著重於公務員利益身分地位帶來的人際關係，使得承辦公務員實施違法行為，創造不法獲利，但仍然有無法完全打擊的層面，這些層面可簡要歸納為五個重點：

㈠不論是主管或非主管職務圖利罪，均非難「不法利益輸送過程」，但對於源起不法利益輸送的開端，亦即獲利私人與中間人之間的對價交易，則完全無法評價；

㈡具公務員身分的中間人，若自民間人士處獲有向其他公務員請託的對價報酬，但只要中間人實際請託的公務員，未違法執行職務，不論是承辦公務員拒絕請託，或者請託內容屬於純粹職務上行為，均不可能適用圖利罪處罰；

㈢即使中間人具公務員身分，其收受對價報酬而利用身分關係請託主管公務員違法執行職務，若未能讓行賄的民間人士獲得財產利得，礙於圖利罪限定適用於不法獲利結果已經實現的情況，此時

86 當然，甲、乙均非公務員，本段討論僅是指出，甲、乙針對影響公務員執行公務的期約，不在圖利罪的處理範圍內，至於是否刑法必須非難欠缺公務員身分的甲、乙期約，則屬另一個問題，這部分將於後文討論。

不適用圖利罪，故無法處罰任何參與者；

㈣若中間人具有公務員資格，但其請託對象純屬私人，無任何公務員資格，即使公部門能夠實際支配該私人的經營方針或人事任免，依現行貪污法制，亦無刑事責任；

㈤當收受請託報酬的中間人不是公務員，但其請託對象為公務員時，依現行法及實務見解，仍可以透過主管事務圖利罪及共犯的規定處罰，不過此一法律效果未評價該非公務員被收買而主動請託其他公務員的事實關係，而倘若承辦人因為第　點中的理由，不構成主管職務圖利罪時，整體報酬約定過程，也不再受到貪污刑事法制的評價。

綜合以上初步討論，我們可以認為：雖然主管／非主管職務圖利罪解決了一些三人型貪污結構的法律疑難，卻無法全面非難其中的對價期約過程，此外，當個案中出現若干阻卻圖利罪成立的障礙事實時，圖利罪也難以構成，所謂能夠透過圖利罪修補三人型貪污結構的處罰問題，恐怕有待斟酌。

倘若可以接受以上質疑，為了填補可能存在的貪污法制缺口，恐怕必須創設影響力交易或公務員斡旋賄賂罪直接處罰甲、乙之間的對價期約行為，接續問題即是：應該如何設計斡旋賄賂的構成要件？

一個直觀想法或許是，可以設計出一個條文，能夠把《案例四》至《案例九》的所有甲、乙對價合意行為，全面納入處罰，但這樣直觀想法，必然面臨處罰必要性與正當性的質疑。舉例來說，《案例六》與《案例七》的丙之行為，均屬合法職務執行，僅因乙收錢遊說，就要處罰甲、乙行為，此時是否應該動用刑罰解決問題，即有疑慮；又例如《案例八》的董事長丙，雖然是國營企業，但其行為不必然屬於公務員，僅因乙透過其公務員的地位向丙遊說，就要入乙於貪污刑責，此時是否有適足的法益受到干擾，亦有

進一步審視的必要；至於《案例九》中已經不再是公務員資格的退休人員乙，僅因利用長期服務公職所產生的人際關係，從而收受好處並影響承辦公務員的職務行為，是否就應該納入斡旋受賄罪的制裁範圍，自應檢討斡旋賄賂罪名的具體處罰理由；甚至，以上各案中提供好處給乙的甲，在斡旋賄賂的構成要件中，擔任行賄角色，但刑法是否應該積極地擴張處罰範圍至甲，則必須有更明確的理由。

從以上說明中不難發現，雖然斡旋賄賂罪的立法，可以填補並封鎖各該案例中的刑責缺口，但這些案例的「處罰缺口」是否應該全面填補？或者刑法放棄介入，改由行政罰予以處理？這些問題恐怕必須挑戰訂定新罪以解釋可罰缺口的直觀感情，無論如何，立法政策仍須有所篩選，僅有直接、嚴重干擾貪污法制所要保護的法益時，才能納入處罰之列，就此顯然有必要從保護法益視角再一次地分析，究竟應該動用新訂條文及其刑事制裁補足那些處罰缺口。

肆、斡旋賄賂及影響力交易的入罪必要性

一、貪污犯罪的保護法益與行為態樣

㈠瀆職罪章與貪污治罪條例諸罪名的法益整合問題

要析論新立法是否有正當性，直觀而不假思索的理由，或許是國際發展潮流所趨，尤其近期出現了透過法律將無法簽署國際公約予以內國法化的政策下，此項理由更形強烈。與本文處理入罪問題最有關係的，應屬二〇一五年五月二十日公布的「聯合國反貪腐公約施行法」，依該法第2條第1項規定，我國可直接適用公約規範，而第7條第1項更是明文要求於三年內將公約內國化法。如依施行法規定，顯然無可迴避必須新增現行法不存在的斡旋賄賂或影響力交

易刑責，但公約內容是否及如何內國法化，必須衡酌我國法制現實需求與系統性，並非公約有要求就一律內國法化[87]，尤其反貪腐公約第18條有關影響力交易刑責的處罰，公約中只要求締約國應考慮採取立法或其他措施（Each State Party Shall Consider Adopting Such Legislative and Other Measures）處理影響力交易的貪污類型，並未直接強制締約國不用考慮其內國情狀，就可以一律採取刑事制裁處罰影響力交易行為，在此前提下，恐怕反貪腐公約內國法化還不足以證成新增罪名的正當理由。依筆者所見，真正重點毋寧是能否符合貪污入罪基本門檻的實質法益問題[88]，亦即：必須從法益的需保護性，具體地分析入罪化的必要性與界限何在[89]。

然而，在我國法的脈絡下，「貪污犯罪」的概念範圍並不容易拿捏，尤其有關條文規範於不同法典（刑法典之瀆職罪章／貪污治罪條例），而刑法瀆職罪章中，又同時規範貪污型瀆職（受賄、行賄、主管職務圖利）及濫權型瀆職罪（枉法裁判、違法拘禁、凌虐人犯等），至於貪污治罪條例，部分內容與刑法貪污型瀆職重疊，部分則屬利用職務權限侵害財產（例如公務員竊盜或侵占公有財物），而部分又屬條例新創罪名（例如公共工程舞弊、財產來源不明罪），要完整且全面說明其法益並非易事。

我們或許可以先談貪污治罪條例的具體規範，在條例中其實包括兩種基本的處罰形態，此即與刑法瀆職罪章重疊罪名（例如違背

87 薛智仁，同註12，頁33；姚思遠，聯合國反貪腐公約施行法短評，月旦法學雜誌，246期，頁199-202，2015年11月。

88 法益作爲入罪化門檻，相關討論僅參考*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 2, 2006, § 2 Rn. 7-50.

89 國際公約帶來重刑嚴罰的討論，可參考高山佳奈子著，謝煜偉譯，「政治」主導下之近年日本刑事立法，月旦法學雜誌，172期，頁138-142，2009年9月。

職務受賄／行賄、職務上受賄、主管職務圖利罪），以及獨立新罪名（例如公務員竊取公有財物、公共工程收受回扣罪、財產來源不明罪等）。綜觀後者的不重疊獨立罪名，大致上均與公務員利用其職務地位、權力、機會或人際關係，從而獲取不法財產，這一點與刑法瀆職罪章第134條不純正瀆職罪「公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯本章以外各罪者，加重其刑至二分之一」，有著幾近相同的規範旨趣，倘若公務員藉由職務權力、機會或關係而犯罪，不只是原犯罪利益受損，還包括公務員應恪遵的公正職務執行義務，因此我們可以將這些不重疊規定，理解為不純正瀆職罪的特別構成要件[90]。

再回頭檢視刑法瀆職罪章，就會發現大致上可以再區別為：*1.* 貪污型瀆職（職務受賄／行賄、圖利罪），此即形式上同時規範於瀆職罪章及貪污治罪條例的重疊型罪名，而實質上又涉及財產利益不法流動的犯罪手法；以及 *2.* 濫權型瀆職（例如枉法裁判、違法拘禁、凌虐人犯等罪名），此即形式上未於貪污治罪條例重疊規定，實質上亦無涉財產關係流動的損害流程，其內容主要是公務員違法執行職務而造成具體損害。那麼接下來判斷法益的關鍵問題即是，這兩類罪名保護相同或不同法益？

對於上述問題，學理上有不同看法。德國通說較傾向否定見解，其認為貪污型瀆職有較特別的法益保護內涵（職務公正性、公正性信賴、不可收買性等說）[91]，而濫權型瀆職則應觀察其最終的侵害對象決定保護法益，其保護內涵原則上不可一概而論，部分條

---

90 當然，這樣的說法相對簡略，就此應具體考量個別構成要件才能瞭解，進一步討論，參見許恒達，同註4，頁176-184。

91 Schönke/Schröder/*Heine/Eisele*, StGB § 331 Rn. 8-10; MüKoStGB/*Korte*, StGB § 331 Rn. 2-9; NK-StGB-*Kuhlen*, § 331 Rn. 9-11.

文保護純粹國家司法系統，部分條文保護個人自由，也有兩者共同保護的情況[92]；另一種見解持肯定說，主張貪污型或濫權型瀆職均保護同樣法益[93]。就這兩種內容相異看法，筆者認為相同法益說較為合理，因為這些罪名都是公務員在職務活動過程中，利用職務帶來的權力、地位、機會，從而藉機自行獲利、使他人不法獲利，或者造成他人損害，不論最終結果為何，其非難重心始終在於公務員職務活動過程的濫權問題，正是這種公務員濫用國家給予的權力、地位或機會，才能造成構成要件所規定後果，即便是貪污型的瀆職行為，不論是主管或非主管的圖利行為（公務員自己違法執行職務，或循著公務體系後門而利用他人違法職務行為造成不法利益輸送），或是職務上／違背職務受賄（公務員利用給予他人便利的機會，或自行違法執行職務行為而收受好處），其源頭都是公務活動所具備的權力關係，該公務員只要脫離公務地位，即無從濫權，也無法產生貪污、圖利或損害他人後果[94]。

從整體損害的關鍵源頭觀察，不論貪污型或濫權型瀆職，都具備相同不法非難特徵；再考量形式上關鍵罪名都在刑法典中，貪污治罪條例又有部分條文與瀆職罪章重疊，未重疊罪名本質上也沒有

---

92 Z.B. NK-StGB-*Kuhlen*, § 340 Rn. 4, § 344 Rn. 4, § 345 Rn. 4; Schönke/Schröder/*Hecker*, StGB § 340 Rn. 1, § 345 Rn. 1. 另可參考吳耀宗，同註10，頁99-102。

93 李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，91期，頁160-166，2002年12月；高金桂，同註6，頁34-36；許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，國立臺灣大學法學論叢，43卷3期，頁731-742，2014年9月。類似觀點，vgl. *Heinrich*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 307ff. 德國學者Heinrich認爲公務員犯罪保護國家權力的合法運作，其共通處在於權力的濫用行爲，個人損害在此只是其耦合的利益，但不能反推個人法益屬於公務員犯罪的保護法益。

94 當然，唯一例外即考慮本文討論的影響力交易，從而請託主管職務者的犯罪行爲。

偏離相同規制理念，基此筆者認為，不論貪污治罪條例或刑法瀆職罪章的貪污型／濫權型瀆職，均應採取相同法益觀點定性其保護軸線，兩者可以合併稱為公務員犯罪，其保護法益或可稱為「公務法益」[95]。

㈡公務法益的實質內涵

那麼公務法益實質內容為何？由於針對瀆職罪章的法益論述，絕大多數的討論都匯集在賄賂罪的法益內涵，確認其保護內涵時，我們或可先從賄賂罪法益討論脈絡切入觀察。學理一直有見解認為，賄賂罪保護「職務不可出賣性」，這個說法一來只是把賄賂行為換句話說，未提出更精確的保護方向定性，二來也無法合理地解釋濫權型瀆職行為，本文意見與多數見解相同[96]，此說並無可採之處[97]。

至於近期較主要的賄賂罪法益定性，不論德國學說[98]，或者我國學理觀點[99]，大致上傾向從國家機關公正執行職務的功能觀點（Funktionsfähigkeit des Staatsapprates）定性法益[100]，而在此觀點前提下，又可分為三種次說。第一說可稱為純粹公正性說，其主張

---

95 進一步討論，參考黃榮堅，侵害財產法益的貪污犯罪？——評最高法院99年度台上字第3號及100年度台上字第459號等刑事判決，法令月刊，63卷9期，頁3-6，2012年9月；許恒達，同註4，頁164-166。

96 相同理由，僅參見薛智仁，同註12，頁24。

97 除此之外，學理上另有保護職務義務及掩蓋國家意志等說，但均有缺點，於此不予詳論，參見許恒達，賄賂罪之對價關係及證明難題，軍法專刊，60卷2期，頁70，2014年4月。

98 有關法益問題在德國學說上的詳細討論，參見*Heinrich*, aaO. (Fn. 93), S. 222ff.; *Roxin*, Walter Kargl-FS, 2015, S. 461-463.

99 我國學說對各說的分析，參見李茂生，同註93，頁161-163；余振華，同註11，頁183-186。

100 Vgl. nur Schönke/Schröder/*Heine/Eisele*, StGB § 331 Rn. 3.

公務員依法執行職務的公正性或純粹性（Reinheit der Amtsausübung）是保護重點，公務員只能依法執行職務，不能違法執行，也不應該有偏見理由或循私動機而執行職務，一旦公務員不依法執行職務，勢必造成公務機關欠缺效率或執行公務的公平性，即有可罰必要[101]；第二種見解則強調，雖然職務公正性是保護內涵，但不足以全面描述其保護界限，就此應該進一步添加人民對職務公正性的信賴（Vertrauen in die Reinheit der Amtsausübung），才能完整地說明法益內涵[102]；而第三種見解則是德國近期較主流的意見，該說認為賄賂罪保護內容應該是「職務公正性、公正性之信賴、職務不可收買性」的包裹式複合法益（komplexes Rechtsgut）[103]。

平心而論，對許多個案爭議，這三說本質上沒有太多差別，也因此常常有見解認為，不論再怎麼解釋公務法益，根本無助於解決具體問題[104]。的確，許多公務員犯罪的個案問題解答，往往難以從法益角度予以決定，例如應該要求受賄罪採取嚴格或寬鬆的對價關係[105]，這些問題恐怕無法直接從法益問題得到回覆，不過這不

101 近期主張，參見薛智仁，同註12，頁24-25；Ähnliches vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 93), S. 275ff.

102 此說爲我國較多數見解，參見李茂生，同註93，頁162-163；甘添貴，刑法各論（下），頁379，2015年5月，4版；陳子平，刑法各論（下），頁570，2016年9月，增修版；許恒達，同註93，頁783-742。

103 參見林山田，刑法各罪論（下），頁72，2006年11月，5版；高金桂，同註6，頁34-36；*Lackner/Kühl*, aaO. (Fn. 24), § 331 Rn. 1; NK-StGB-*Kuhlen*, § 331 Rn. 12; MüKoStGB/*Korte*, StGB, § 331 Rn. 8.

104 近期文獻，僅參考*Greco*, GA 2016, S. 250-251.

105 有關賄賂罪對價關係的議題，參考許恒達，同註97，頁72-81；吳耀宗，賄賂罪「對價關係」要件之鬆動？（下），月旦裁判時報，38期，頁36-44，2015年8月。

代表法益概念沒有任何功能。法益定性涉及整體罪名的解釋主軸，透過法益可以有效地掌握該罪在刑法體系中的基礎概念，即使個案解釋不必然上溯至法益概念，但這無損於法益的重要性，舉例來說絕大多數的殺人罪解釋問題，往往與生命法益的具體內容無太直接關係，即便如此，所有對於殺人罪章的討論基點，仍然是澄清生命法益的內容及起算／終了時點；即使法益解決具體個案的效能有限，但公務法益概念的釐清，仍然提供了掌握處罰界限的機能，尤其在若干處罰重點不清的構成要件，法益仍可提供解釋者關鍵的思考方向，例如我國法上特有的主管職務圖利罪，往往存在處罰界限與非難重點不明的疑難，若能先清楚地定性其法益保護內容，或可較明確地掌握該罪名[106]。綜合以上理由，法益仍然有其解釋上不能放棄的指導功能，複合式法益概念使得一切相關利益都納入保護，法益概念勢必失去限制處罰範圍的效果，表面上納入廣泛的保護內容，但事實上由於所有關聯狀況都屬於保護所及，本質上已然完全架空公務法益所能提供的指導機能，該說恐怕說服力有限，也不適合作為公務法益的解釋觀點。

至於純粹公正性說及公正信賴說之間的選擇，兩說主要差異在於是否透過「人民信賴」強化公正執行職務的法益定性需求，純粹公正性說的支持者認為，保護重點應該是公務員依法執行公務的系統性機制，至於人民信賴對於建構公務法益而言，意義相對有限，其僅是公正性的反射利益，而其內容亦難以判斷，尤其在涉貪頻仍處，倘若人民毫無公務系統信賴，豈非不處罰公務員犯罪？真正保護重點是公務員依法執行職務的公正性，而不是人民對公正性的信賴[107]。不可否認，以上批評有一定程度的說服力，人民信賴內涵

106 進一步討論，許恒達，同註93，頁743-745。

107 近期主張，參見薛智仁，同註12，頁24-25。Auch vgl. *Kindhäuser*, ZIS 2011, S.

並不容易確認，另一方面也不是公務體系的內在成分，本於內涵不確定、定位又外於公務系統的信賴保護進而處罰公務員，不免令人質疑，然而筆者則有不同看法。

我們或可先談依法公正執行公務的目的來談。在公務員執行職務過程中，必須遵守非常多的行事與職務規則，這些規範擔保公務活動依據最有利於多數人的標準作成，「依法公正執行」自屬於公務體系的制度性機能，這項機能一旦受到干擾，的確帶來重大不利益，故需要刑法介入保護；問題在於，構成這些制度性機能的規章典範，其內容與法源往往有極大差別，從授權依據而言，部分規章屬於行政作業的內部規範，部分源自於成文法律的具體授權，而這些規章的內容也極度瑣碎，包括許多時間、地點、次序等規範，固然公務員所有行為必須恪遵一切規章，才能夠稱得上完全依法執行公務，也才能全面地維護公務活動的制度性利益。若採取純粹職務公正性說，理論上只要公務員未能遵守執行公務所應踐履的法規、命令、準則之一，就已然破壞公務員依法執行職務的制度機能，依法執行的純粹性即受破壞，進而可證成刑法的介入必要而設定為犯罪行為。這種想法勢必將刑事責任成罪範圍擴張至公務員違反內部行政規則的行政不法行為，但是刑法顯然不因公務員純粹違反了法令就要科處刑事責任，許多不直接涉及人民權益的內部控管規則違反行為，應該交由公務員行政懲處制度處理，而不是直接構成刑事責任，單從依循規則的公正性來審視公務法益，不無模糊行政不法與刑事不法界限的疑慮。

更根本地討論，依法執行公務的公正性需求，雖然已成為超越具體個人的系統制度性利益，但若進一步詳究該制度的保護理由，答案恐怕不是公務員本來就該依法執行，毋寧是因為公務活動必然

465.

涉及受管制／保護的個別人民，僅當公務員依據法律及事前規範執行公務，人民才有辦法預期自己權利受干預、保護的範圍，受到法律不當影響者，也才有依據及理由事後透過爭訟機制向司法機關爭取個人利益，一言以蔽之，依法執行職務僅是對公務系統本身運作規則的描述，這種系統機能不是為了服務公務系統而存在，而是為了維護多數人利益，固然公務系統的運作已經自成格局，也透過法令形成系統機能，但只要該系統最終指向維護具體個人利益，我們就不能忽視「公務系統的公正運作機能→人民利益」之間的連動效果，換言之，只有從公務系統所服務的人民利益角度，理解要求公務員依據法令的行事準度，才會讓公務法益的保護有現實意義，否則根本只是抽象公務系統內部欠缺具體說理的主張而已，更精確說，社會成員對於公正性的信賴顯然不是反射利益，而是構成公務功能效果的先決前提。

此外，如果純以公務員的公正執行作為保護法益，法制設計上，應該要有一則不考慮具體人民損害、僅單以公務員濫權就構成犯罪的概括型條文[108]，其他公務員犯罪再積累其上而形成特別要件。但顯然我國刑法並無類似罪名，除了賄賂型犯罪之外，多數條文多是以濫權造成具體損害為成罪條件，只要在解釋上接受濫權型瀆職也保護公正執行職務的系統機制，就能夠回應瀆職罪章各種添附個人損害的解釋困擾。回過頭來談，正因為整體法秩序必須在「違反執行職務法令之行政不法」與「公務員犯罪」之間，劃出明確界限，常見作法即刑法瀆職罪章中，在公務員違法執行職務之後，添加更具體的個人損害結果要素以茲區別兩者界限，也有採取

108 有關普通濫權罪基本要件，可參依瑞士刑法第312條、奧地利刑法第302條，vgl. *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, 7. Aufl., 2013, § 59 Rn. 8-12; *Marek/Jerabek*, aaO. (Fn. 49), S. 4ff.

具體行為人或第三人利得作為判斷基準，這些「違反職務」以外的要素指出了關鍵重點：公務員違反法令規定執行職務，還不足以完全證成其刑法的可罰性，還須其他要素來佐證，此一要素正是涉及公務利益的一般人民，僅當公務員不再依法執行公務，而該效能引起嚴重的社會／個人干擾效果，使得人民在當下無從期待公務執行的依法性，此時才能認定公務法益的損害效果[109]。最後要補充的是，縱然在貪腐嚴重之處，除非該地人民完全不透過公務系統辦事，否則不可能無任何信賴，只要人民仍然透過公務系統分配利益，該公務系統的功能就必然透過信賴（那怕極度稀少）支撐，所謂貪污嚴重國家無信賴的說法，不免有所誤會。

透過以上分析，筆者認為純粹的公正性說仍有若干論理缺陷，並不適合用以解釋我國法，較能合宜掌握公務法益的取徑，仍是透過公正性的人民信賴視角。在此要強調的是，公正執行職務確實是超脫個人的系統性功能，該功效已經脫離原有個人，而成為公務效力所及的領域範圍內，適用於所有人的系統性利益；然若要使得系統得以公正執行其功能，除了公務系統內部運作得當之外，還必須受公務系統效用所及的人民信賴該系統，接受系統的運用以及其產出結果，欠缺人民對於公務系統的信賴，將無從透過公務系統進行有實質效果的利益分配，在這個意義下，信賴構成了公務體系的運作前提，刑法既然作為保護利益的最後手段，理應在犯罪者干擾公務體系而達到侵損人民信賴時，才有介入處罰的正當性。在此意義下，公務法益即為「公務體系依法公正執行職務所連動的人民信賴」，公正性是公務系統運作的機能層面，而信賴則是支撐公務系統運作的前提，兩者共同構築公務法益的實質內涵。

不可否認，提及人民信賴，往往直接與社會成員的內在主觀想

109 進一步討論，參見許恒達，同註97，頁70-71。

像有關，但在公務法益領域，信賴的想像對象應該聚焦於公務體系作成決定的遵法特性，也只在依法執行時能夠合宜地分配個案當事人利益，作成影響具體當事人利益的公正決定。在此意義下，公務系統最終產出的公務決定，其決定內容須符合一定程度的經驗上可預期性，而社會成員即可以本於經驗期待而獲致公正的公務活動結果，這種信賴的內涵並非具體公務員或私人行為，毋寧涉及超越於個人的系統功能及系統產出面向[110]，亦即，因為公務系統有其運作基調，社會成員相信公務系統的運作與結果會在其經驗可得預測的範圍，所以願意參與公務系統，並由公務系統作成利益分配結果，這種放心地讓公務系統分配利益，並接受其作成決定的可接受性，正是所謂對系統功能的信賴。基此，所謂公務系統的信賴減損，指的正是社會成員共享的經驗法則想像已經改變，不再認為公務系統運作及其結果能夠符合其經驗期待[111]，這是一個多數人共同主觀的現象，只要社會中每位成員從原有的期待程度下降，或者部分成員期待改變（而部分未改變），都可以認定信賴已經發生減損，但現實的困難在於難以覓得絕對判別標準，操作上只能分成兩個階段進行。

首先是有關「信賴減損」定義的調整，因為我們不可能找得到絕對標準，而其具體內涵又富有變動特性，因此應理解為一種「社會成員對公務處理結果之經驗期待的改變可能性」，在此不須強求現實已然變動，只要發生某項事件，而依通念觀察，足以認為該事件若經由刑事訴追、媒體報導或任何公告周知方法而讓一般社會成員認知到時，一般社會成員將不再相信公務系統執法與決定內容的公正性，反而可能預期公務系統會作成不公正的決定，此時按照通

110 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 127.
111 類似見解，vgl. aaO., S. 130-131.

念來看，已有極高可能性讓一般人的經驗期待發生變化，現實上幾可推定每一位具體個別社會成員已然發生信賴動搖，或者至少可推定有部分社會成員會有想像改變，此時就可以認定信賴減損。

其次，既然信賴減損不需要也不可能透過經驗意義的方法認定，毋寧是運用經驗法則，推論正期待改變的高度可能性，那麼重點就是要找尋「足以減損信賴之事件」，該事件通常發生於「反於公正性的個案決定」作成之時，當出現了這個決定，必然不公正地分配個案中的當事人利益，依經驗法則就可以認為已經發生信賴減損的效果。而即便事件發生時，其他社會成員不必然知情，但這不會妨害該事件對於信賴減損的推定功能。

必須特別說明，一般「信賴概念欠缺穩定內涵」的批評，正是聚焦於「事件後」的經驗期待的變動，在這個階段，社會成員可能對公務運作及其結果產生認知或期待的變動，媒體輿論可能帶來內容相左的意見風向，甚而公務系統可能會有諸多措施、處置來修補或調整社會大眾的觀感，由於這些非特定性因素都可能影響社會成員的共同心理認知，以之作為信賴的法益內涵確非恰當之舉。然而，如果我們能夠轉換思考角度，承認信賴本身絕非穩定而一成不變，毋寧浮動、變遷又可得修補，甚至在現代國家中，要讓公務系統的信賴歸零是難以想像的事情，在此意義下，信賴的保護重心在於盡可能地防止社會成員心理上對系統運作認知產生變化，因此，只要任何依通念可得推論，某項事件極可能帶來公正經驗期待變化，該事實的出現就可認為已有「足供判斷經驗期待的改變可能性」已然存在，因此原有的信賴產生動搖而減損。

綜合上述，所謂信賴減損是一個可能性的推測，此即現在發生了一個「足以改變未來經驗期待」的事件，而在未來有機會衍生公眾對系統運作的經驗期待發生改變時，這種「足生未來期待變遷」的現在事實，就可以認定信賴發生減損（動搖／改變的可能性）。

而若再從實質作用來談，信賴減損的規範意義，不在於具體地認定社會成員心理意識有無變動，而是探尋並創設一個「足以改變社會成員經驗期待」的客觀事件，以該事件的發生與否，作為認定信賴減損（足生社會成員經驗期待改變）的成立門檻，當事實上發生了門檻所標誌的事實時，即可推論信賴已經減損，從而進入可罰領域[112]。

那麼，真正問題在於如何篩選判定信賴減損的事實門檻？這個問題可以從形式與實質兩個層面分析。就形式面而言，考量信賴不具絕對的恆定性，很容易陷入個案判斷欠缺具體標準的困擾，合理作法應該是交由立法者透過構成要件結果予以限定、篩選；至於實質上應該從什麼角度決定，筆者認為應該本於「公務系統產出不公正決定而影響當事人利益」之客觀事實，作為判定信賴減損的最低門檻，申言之，當公務系統內在決定形成過程未能公正時，雖然已經干擾公務執行的公正性，但此時尚無任何外部效力，不足以認定信賴發生減損，但當公務系統作成決定，該決定內容明顯違反公正的法治需求時，除了直接受規範的對象之外，還會包括利害關係人的利益都會受到連帶受有波及，考量公務系統的非公正運作已經帶來具體當事人不利益，也讓整體分配利益標準陷於不公正情境，此時才足以認定滿足信賴減損的門檻，事實上，這也是我國整體刑事

112 附帶一提，近期學理上對信賴法益最重要的論點，是Hefehdehl接續發展的累積犯論（Kumulationsgedanke），其主張即使個別行為看來不危險，但只要多數個別行為產生累積作用後，可能帶來集體法益干擾（例如公正性之信賴），此時即可本於累積性作用的推測而認定該單一行為的危險性（Vgl. *Hefendehl*, aaO. (Fn. 110), S. 183ff.）。筆者雖然贊同信賴的法益觀，但仍從單一行為本身認定法益的干擾效果，累積犯論在單一行為時就擬制出「多重單一行為」而再以之作為危險性認定基準，此種多重行為的擬制恐有違反個人及行為責任主義之虞，故筆者並不贊同。

立法設計的基本軸線。

綜上，筆者認為純粹職務公正說無法合理解釋公務犯罪的法益內涵，由於公務法益並非獨立於其所服務的人民，人民信賴構成了公務系統的運作前提，公務法益的干擾必須波及該運作前提，否則僅屬行政不法，因此，透過「對公務系統信賴」串連「公務員公正執法」的公正信賴說是較合理的見解，至於判斷什麼時候信賴受到干擾，就此應該認為，信賴並非現實上可得判斷，而是一種社會期待的修正可能性，因此只要公務活動作成決定損及個人利益，或者造成非法利得，透過這種個人化的指標即可認定。

㈢公務法益與兩類瀆職行為的整合解釋

接下來問題則是，如何以上述觀點解釋各類不同的公務犯罪？已如前述，公務員犯罪分為兩大類型，首先是濫權型瀆職，這類犯罪都有「公務員違法執行職務→損害個別人民（或造成不當得利）」的構成要件結構，在公正性信賴的法益觀察視角下，瀆職型罪名先以公務員違法執行職務為前提，確認了公務公正執行受到干擾後，接著再連結具體個人損害，並以之作為信賴受干擾的判斷媒介，從純粹瀆職且不涉利得罪名的立法態樣來看，可說是最能符合公正信賴說觀點的構成要件[113]。

其次是貪污型瀆職，這類有比較高的解釋難度，以職務上受賄罪為例，公務員以特定合法職務上行為為對價，向他人收受報酬，該行為如何能夠在未違法執行職務時，侵害「公正職務的人民信賴」，的確需要進一步說理。依本文之見，公務員執行職務時，除了必須符合形式具體規則之外，在作成決定之時，還必須依循法的基本原則，這一點尤其在作成裁量行為時格外重要，例如行政機關

113 許恒達，同註93，頁738-740。

決定裁罰金額、法院在法定刑範圍內宣告被告刑度，只要符合法律的形式授權，理論上沒有違法可言，但若該裁量公務員或法官，因為收受好處而作成較輕／較重決定時，該決定雖然形式合法，實質上卻因為收受報酬，進而影響到主管事務者所應踐履的公正處理義務，即便決定本身不違法，仍然可能帶來嚴重的信賴減損，我們可以把這種因收受特定好處而影響個案公正決定的關聯因素，稱之為「循私因子」，當個案決定摻入循私因子後，勢必擾亂公務系統的固有機能，產生合法卻不公正、甚至是違法的個案決定[114]。

為了有效地保護公務活動的公正性以及其社會信賴，立法者須將可罰性前置到職務執行之前的「循私因子」產生過程，只要主管職務的公務員自願以特定職務行為作對價，接受行賄者提供循私的潛在因素（要求、期約、收受賄賂），縱或循私因子不直接影響承辦公務活動的外觀，毋寧只產生心理促成效果，原則上仍能產生可罰性。說得更簡單些：收了錢，也不代表主管公務員的決定一定有利於行賄者，但在賄賂對價已然實現誘因下，不容易想像這種收錢卻不依合意執行的可能性，兩者之間雖然不具有決定論的必然性，卻有著高度的正關聯性，刑法即因此推定形成對價期約的主管公務員決定，有非常高的機率受循私因子左右，即使承辦公務員嗣後執行職務完全合法，但事實上也與依據法律原則與公正判斷的職務要求相互衝突，這是一種「形式不違法／實質上高度可能違反公務基本職務原則」的類違法職務行為，此種事例倘若發生時，人民對公

114 此種透過交易的循私因素，亦屬權力濫用的形態，並造成實質法益干擾，vgl. *Geisler*, aaO. (Fn. 1), S. 52-58. 學說上對此點大致觀點相同，但概念使用及論證理由則有些微差別。例如有從收受賄賂者必須同時爲國家／行賄者雙重服務的觀點，立論其循私帶來的威脅，vgl. *Saliger*, Walter Kargl-FS, S. 496-498. 亦有認爲這是公務員不得因他人給予好處而違法干擾其公務決定的利益，vgl. *Roxin*, aaO. (Fn. 98), S. 463.

正職務執行的信賴勢將受到進一步干擾而減損，從而可茲認定職務範圍內的受賄行為，在推論上，透過循私因子的成就（對價期約），就可認定有高度可能性發生類違法職務行為，從而有高度可能性引發後續流程中的公正信賴減損效果，亦即，行賄／受賄的對價期約創造了循私因子，也產生了「公正信賴」利益的抽象危險性[115]。

換言之，受賄罪是為了保護人民對職務公正執行的信賴，前置可罰性至循私因子產生過程的抽象危險犯[116]，要求、期約、收受賄賂行為雖然離後階段的職務行為作成，還有一段時、空距離，但因受賄者是有決定權限的主管公務員，期約後一旦依約履行，可能帶來更嚴重的信賴減損效果，所以必須將刑法處罰對象，前置到職務行為實施前，具有抽象危險性的循私因子產生過程（主管公務員＋建立對價關係）[117]。

進一步來說，倘若主管公務員與他人的對價期約，不僅是職務行為，還是違法的職務行為，那麼該種以違法職務行為作為期約對

115 *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 331 Rn. 1. 必須強調，依本文之見，「信賴減損」是「社會成員對公務活動經驗期待的改變可能性」，該減損必須遞延至個別損害發生才能認定；而因爲循私因子所帶來的「信賴減損可能性」，是在尚無足供認定經驗期待改變可能性的公務決定以前，就本於特定事實認定未來有高度發生信賴減損的可能。

116 *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 331 Rn. 1; SSW-StGB/*Rosenau*, § 331 Rn. 8.

117 近期學者有認爲職務上受賄罪不直接碰觸職務公正性的核心，而是影響公務有效運作的周邊條件（參見薛智仁，同註12，頁25），此項見解正確認知到賄賂與瀆職罪的保護對象差別，不過本文認爲，與其說保護公務公正執行的「周邊條件」，倒不是說立法者將可罰性前置到還沒真正實施公務活動的時點，也還沒出現任何足以具體干擾信賴之個人損害要素的「循私因子」。在此思考角度下，損害公務法益的整體流程應是：「循私因子產生→循私而爲合法職務活動→信賴減損」，立法者認爲一旦產生循私因子，後面兩項要素即可推定成立，故納入可罰性範圍。

價的循私因子產生過程，對於公正信賴的危險性及干擾效果，比職務上受賄罪更形強烈，故須加重處罰。相反地，如果行為人不是承辦某項事務的公務員，而是提供該承辦公務員循私因子，礙於行為人欠缺主管職務身分資格，僅只提供誘因創造公務員循私的機會（行求、期約、交付賄賂），若與受賄的承辦公務員受賄行為相較，一方面其行為在多數情況下更加前置處罰的時間點[118]；另一方面行賄行為對於公正信賴的干擾效果，相對比於承辦公務員的受賄，其危險性顯然較低，因此立法上通常採取對向犯模式，並設定較受賄更輕的刑度。

二、規範定性與刑罰需求

論述至此，筆者認為貪污與瀆職的保護法益相同，都是公務活動公正、依法執行的社會信賴，但不同罪名則以不同的構成要件保護公務法益，典型瀆職罪應該本於「違法執行→信賴損害」的核心保護內涵，而職務行賄／受賄則是透過推論方式，認定公務法益有受損可能性，從而以抽象危險犯方式保護的前置型犯罪。

那麼，斡旋賄賂／影響力交易行為是否能夠在這套系統下找到正確定位？不論是反貪腐公約、法國及奧地利的現行法，均套用賄賂罪以設計有關罪名的構成要件，不論有無公務員資格的中間人通常擔任受賄者，當中間人與行賄者針對「報酬／向主管公務員運用影響力」達成對價合意，即可成立犯罪。日本法雖然在中間人的資

118 一般情況的案例中，賄賂流程通常是「(1)甲廠商提出要約→(2)乙承辦公務員允諾→(3)乙公務員依約執行、(4)信賴減損」，甲即使向乙行賄，也不保證乙必然接受甲的要求，因此對於行賄者的處罰，對比於受賄者的處罰，顯然其處罰時點更加前置。不過，這僅是正常流程，也有可能是乙先向甲要求提供賄賂，而使得第(2)階段更早於第(1)階段出現，甚至沒有第(1)階段而只處罰第(2)階段（此即乙承辦公務員要求賄賂，甲廠商卻拒絕）。

格上限定為公務員，同時將影響力施用後所要達成的活動，限定在違法公務行為，但基本的設計理念似乎也未逸脫上述結構；至於近期主張應該增訂斡旋賄賂罪的看法，大致也是依從相同理路，主張應仿造原始賄賂罪設計新的公務員斡旋賄賂構成要件[119]。不可否認，此一看法確實有相當說服力，尤其考量立法目標，正是用來填補非主管職務圖利罪無法徹底評價的三人型貪污結構前階段犯行（參考《案例三》中，此即甲、乙針對施用影響力的100萬元交易），直觀以論，只有透過比照原始賄賂的評價基準，才能把這個未予處理的漏洞填補起來，而若我們採用法國刑法策略，全面將影響合法、違法公務活動的影響力交易入罪化，可望一次解決所有可罰性漏洞，然而依筆者之見，這種不假思索就全盤照抄的看法，恐怕帶來更多疑慮。

承前所述，不論職務／違背職務賄賂罪，均未直接損害公務法益核心，即使是具有職務權限的公務員行為人受賄，也只是有可能在未來實施（準）違法職務行為，公務法益在對價締結時，只有推論上的損害可能性，但未真正受干擾[120]，「職務權限公務員＋對價期約」共同構築的事實，只能在推論層次上產生公務法益的抽象危險性；以此觀點為前提，三人型貪污結構的中間人即使有公務員身分，其仍欠缺所請託之事的法定職務權限，無論如何還得施用人際地位的影響力，取得承辦公務員的首肯後，再讓承辦公務員為其實施期待的公務行為，整個流程與最終的法益破壞仍然有不算短的時、空間距，一言以蔽之，中間人達成「受賄期約」時，終端公務法益所受到的危害可能性，仍舊遠低於典型職務行為受賄罪，貿然將其入罪化，恐怕難以回應處罰過度前置的質疑。

---

119 謝煜偉，同註12，頁267。

120 *Abanto Vásquez*, Klaus Tiedemann-FS, S. 927.

為求更清楚的說明，我們可以把整體流程圖示如下：

(0)行賄者向中間人行賄→(1)中間人期約受賄→(2)中間人向承辦公務員施用影響力→(3)承辦公務員接受影響而為預期行為→(4)信賴受損

當中間人與行賄者而達成斡旋受賄對價期約時，只從(0)達到(1)階段，仿造法國刑法，把可罰性設定在這個時點，距離真正承辦公務員施行關鍵行動，還有(2)、(3)兩個階段，其時、空距離甚大，能否達到信賴受損的變數甚多，例如中間人是否真的施行影響力（亦即為(2)階段之行為），承辦公務員是否接受中間人遊說而協助（亦即為(3)階段之行為），都還在未定之天，要以(1)階段行為判定存在公務法益的抽象危險性，顯然過度擴張公務法益保護射程，也有過度前置刑事責任的疑慮[121]。此外，能夠納入處罰的公務法益抽象危險，基本上建立在「主管職務者＋對價期約」的前提，中間人不論再怎麼對價期約，都欠缺主管職務權限，無從違法或不當執行公務行為，單以中間人請託主管公務員和他人對價期約，都未能達到公務法益受有抽象危險性的處罰下限。

既然抽象危險不足，可以考慮的修正方向，或許是放棄著重處罰純粹中間人受賄即予處罰的影響力型立法例，改採日本刑法著重公務員斡旋賄賂的立法走向，此即在判定抽象危險時，納入更多限制，藉此強化抽象危險的法益鄰接性，此即日本法(1)階段上限定中間人須具公務員資格，然後再限定(2)階段中間人承諾斡旋之事再限定為違法職務行為，亦即透過「中間人須具公務員資格」，以及「所斡旋之事須為違法公務活動」的雙重要素，強化抽象危險性，使其能通過可罰性的最低門檻。

[121] 學說上亦有類似批評，應值贊同，參見薛智仁，同註12，頁33。

不可諱言，改採日本刑法公務員斡旋受賄罪的立法例，讓可罰性建立在更加明確的抽象危險性上，在法益危險的強弱光譜上，確實比法國立法例更加合宜。不過，筆者認為日本刑法的立法例，仍然有三點解釋疑義。

首先談日本法的立法理由，日本法之所以限定中間人資格為公務員，其於一九五八年的立法理由中已揭明，公務員斡旋賄賂的立法目的，純粹是為了「肅正公務員綱紀」[122]，此種見解一方面將斡旋受賄的保護對象，從公務活動必須公正執行的社會信賴，轉向公務員清廉自持的道德訴求，不免有刑法道德化的疑慮。

其次，即使不論日本的立法理由，日本刑法學者也試圖從職務的不可收買性與職務公正性等不同觀點，設法合理化該罪保護內涵[123]，但在筆者看來，這些努力恐怕成效有限。職務的不可收買性本身只是把賄賂行為換句話說，賄賂本來就是公務員出賣職務行為，以「職務行為不得出賣」回答「為什麼要處罰公務員出賣職務的行為」，本來就是以問答問；而即使依日本法，斡旋的中間人是公務員，對於所斡旋之事並無主管或承辦權限，在此未涉及主管職務的出賣問題，根本無從依職務不可收買觀點解釋其可罰性[124]；相對來說，從職務公正信賴說立場的日本學說自然較有說服力，不過誠如前文所述，雖然日本刑法的雙重限制更能有效判定第(1)階段行為的抽象危險性，然而其仍以中間人期約合意作為主要的構成要件行為，欠缺職務權限的公務員與他人期約行為，此事件與最終公務法益間的距離過度遙遠，後階段損害法益的接續發展因素（亦即(2)、(3)階段）是否出現極度不明確；縱然中間人有公務員資

122 參見吳天雲，同註12，頁119。
123 參見吳天雲，同註12，頁122-123；謝煜偉，同註12，頁269-270。
124 相同批評，亦見吳天雲，同註12，頁123。

格，且能影響主管公務員主管的決定，但只要主管公務員未曾參與犯罪過程，在(1)階段時點絕不可能影響公務法益，此種情況帶來公務法益的危險性，仍然不及主管職務公務員的受賄期約，既然危險性仍過度薄弱，要證成公務公正信賴的抽象危險，恐怕還須更深入說理。

最後，由於日本法的斡旋中間人並非主管職務者，其關鍵功能不在於身分、資格，而在於本身掌握對主管職務公務員的高度影響力，這種影響力可能來自於中間人擁有巨額財富，或是中間人享有極受一般人景仰的道德地位，也可能中間人在企業或政府中位居高層，即使中間人並不具備公務員資格，不必然使得他影響力變低，在現代資本社會中，企業家、財團大股東、無公務員身分卻有良好人脈的退休政客，甚至是與檢、警長期交好的黑道老大，才是真正擁有這種高度影響力的人，具有公務員（通常是高階公務員）身分的中間人，只是創造影響力地位的形態之一，但不能因此而倒過來主張，只有公務員才不得成為受賄而運用影響力的中間人，以日本法規範模式掌握斡旋賄賂罪的可罰內涵，似乎仍有再檢討的空間。

學說上也有反駁的看法認為，之所以要求斡旋中間人必須具有公務員身分，是因為管制重心在於中間人濫用源自公務員身分衍生的地位、權力或方法，這種關係才能讓主管公務員願意接受請託[125]。但依本文所見，處罰中間人受賄的主因，在於中間人向主管公務員的請託行為，從而讓主管公務員受到影響而無法公正地執行公務，中間人的可罰性始終依附於「影響主管公務員，使其循私執行公務」，至於主管公務員之所以接受請託，通常肇因於中間人的特別地位，然而中間人就請託之事始終欠缺主管職務權限，不論中間人濫用公務員地位，或是仗其社會經濟的強勢角色，都足以讓

[125] 謝煜偉，同註12，頁270-271。

主管公務員受到心理層面的干擾，這種干擾是否出於公務地位、機會、權力的濫用，事實上不是非難核心，任何足以干擾主管公務員的社會、經濟、地位影響力，進而拘束主管公務員實行公務活動時的決定方向，都能夠產生「影響主管公務員，使其循私執行公務」的作用，問題重心應該在於應該如何設定中間人對主管公務員心理層面的拘束效能，將可罰性限制於中間人的公務濫用，恐怕過度解釋中間人的公務員身分，而忽視管制重心在於其「影響力」的層面。

三、非難重心的重新解讀

論述及此可以發現，不論是法國或日本立法例，都參考「職務賄賂」的立法模式掌握斡旋賄賂或影響力交易，但因職務賄賂罪是公務法益的抽象危險犯，不法非難位於相對前端的對價期約，受賄主管公務員嗣後即使未實施約定的職務上行為，仍可本於定型期約對價所推論的抽象危險構成犯罪；但是斡旋型賄賂屬於三人關係，受賄中間人欠缺職務權限，又必須輾轉請託主管公務員，才有辦法干擾公務法益，依本文之見，堅持從職務賄賂的觀點來掌握斡旋賄賂或影響力交易，始終無從脫免上述犯行過度前置的質疑[126]，問題是：倘若不採取職務賄賂模式來設計其可罰行為，還有什麼其他選項？

我們或許可以從中間人在損害流程中的角色切入。中間人在整個三人型貪污結構中扮演雙重功能，一方面與前端行賄者達成期約合意（甚而收受賄賂）；另一方面，倘若中間人盡責任地實踐其承諾，就必須向主管公務員請託特定職務執行。誠如前文討論，斡旋賄賂的處罰重心，實難安置於「（無職務權限之）中間人／行賄

126 *Abanto Vásquez*, aaO. (Fn. 120), S. 927.

者」的對價交易，因此筆者主張，必須向後延展非難重心，中間人必須已經實際上向主管公務員運用其影響力，達到第(2)階段實行程度，才能建構適足的可罰性。析言之，中間人通常具備社會、經濟、政府部門的影響力，且已事實上影響主管公務員時，此時主管公務員真正地受到干擾，才對公務法益產生初步損害可能性，刑法也才產生介入的正當性。

當中間人受罰的理由被移置到請託行為實行，非難重點自應調整為中間人促令主管公務員執行特定職務行為，在正常情況下，主管公務員在受請託前，欠缺一定要以特定方式實行職務的想法，而受到中間人請託後，主管公務員很有可能礙於中間人的地位與未來人際關係而接受請託，接著再實施特定職務行為。從這個過程來看，中間人其實是對於主管公務員實行特定職務活動的教唆行為[127]，亦即，中間人利用其既有社會關係，透過心理因果關係的連結，促使原無特定職務行為意思的主管公務員，產生所請託之特定職務行為的執行意思，進而實行該特定的職務行為[128]。

---

127 當然，在此的教唆是純就中間人的「行爲」立論，至於教唆內容是否要達到不法行爲程度，相關討論於後段處理。

128 值得注意的是，學說上對於非主管職務圖利罪「利用身分關係」一類，有解釋主張限定爲中間人必須對受請託的公務員，至少達到間接正犯或共同正犯的程度，並排除教唆犯及幫助犯的參與效果（參見謝煜偉，同註12，頁264-266；對此見解的疑義，另參見薛智仁，同註12，頁30-31，註33），此項解釋方法能否援用至斡旋受賄罪，即有若干討論必要。依本文之見，由於非主管職務圖利罪必須與主管職務圖利罪串連，所以必須前臺的主管公務員有違法執行職務的行爲，而該違法又與後臺的非主管公務員有關，而爲了限縮有關的效果，才要從「正犯性」的觀點限縮。然就本文討論的斡旋賄賂罪脈絡，前臺的主管公務員究竟是否被煽動，並非重點所繫，毋寧承認後臺斡旋中間人獨立的刑罰需求，因此不必採用此種正犯性的限縮方式，只要斡旋的中間人實際上施行特定行爲的請託即可，而此種請託在刑法上的定性，基本上只要達到教唆即足。

如果可以接受以上論點，非難中間人的理由，即透過教唆方式參與主管職務公務員的職務行為，不過，雖然其處罰的本質在於教唆主管公務員，但教唆的規定畢竟是共犯，共犯必須嚴守從屬性原則[129]，倘若中間人未能成功地讓主管公務員違法瀆職，進而構成刑事不法行為，那麼教唆行為人也不會受到處罰；而當刑法要處罰中間人時，必須創設出獨立的正犯構成要件，直接制裁「教唆主管公務員執行特定職務行為」的過程，不再理會受教唆的主管公務員是否已實施受教唆內容，換言之，中間人被新構成要件入罪的理由，應在於施用影響力，其刑法規範上的意義即是教唆主管公務員實施特定職務行為的正犯化構成要件行為[130]，該教唆行為已不再從屬於被教唆主管公務員的不法行為，故此時即為「未遂教唆」的發展階段[131]。

不過，由於刑法已經於二〇〇六年的修法時，全面放棄處罰「未遂教唆」行為，所有教唆犯都以正犯不法行為已然實現為前提，若要前置以獨立構成要件處罰特定犯罪的未遂教唆，在法益關聯效果上須有特別強烈理由，否則實難肯定未遂教唆獨立正犯化的正當性，筆者認為，在此必須對「未遂教唆」行為附加其他的危險因子，可能的考量進路即是：當無主管權限的中間人與他人期約請託報酬時，此種前行為將使得中間人後階段的請託，同時具有兩種

---

129 刑法於2006年以前，仍然有刑法第29條第3項處罰已經實行教唆、卻未產生正犯行爲的未遂教唆，但此項規定已於刑法修正時廢除。有關廢除時的理由，僅參見余振華，教唆未遂之廢止與間接正犯之界定，載：刑法總則修正重點之理論與實務，頁282-294，2005年9月。

130 相同看法，Vgl. *Philipp*, aaO. (Fn. 13), S. 403ff.

131 之所以排除幫助型的理由，在於幫助型的正犯必須已經有特定犯意，而在三人型貪污結構中，若主管公務員已有不法執行特定職務的意思，且中間人已經知道主管公務員的不法犯意，則其請託根本不算是影響力之運用，合理刑責應該認定爲該行爲的幫助犯或共同正犯。

干擾公益法益的效果，第一種效果是對於主管公務員的未遂教唆；第二種效果則是間接的循私作用，因為中間人已經事前與行賄者約定報酬，他人之所以願意提供報酬，絕大多數情況均是因為提供報酬者能夠獲得好處，此項報酬期約足使中間人請託內容「有利於行賄者」，當收受好處的中間人再向主管公務員請託，主管公務員也如實執行該行為後，這個職務行為顯然高度可能地偏頗且獨厚提供利益之人，此時就有循私因子間接影響主管公務員情事，而循私因子本來就是刑法管制的公務法益抽象危險，只不過在職務賄賂是由「主管職務＋期約報酬」判定，在此則改從「非主管職務＋期約報酬＋影響主管職務者」判定其公益法益的抽象危險性。

舉例來說，總統丙計畫提名A擔任某項職務，但已經走漏風聲，公民團體乙認為以A長年作風，不適合該職務，乃正式向總統丙進言，要求丙不得提名A。此案例中乙並未收受任何人好處，純粹是基於公民團體針砭時政立場，雖然事實上乙向總統丙教唆實行特定職務方式的行為，但乙的教唆仍不足產生公務法益的危險性，也不適合納入刑法制裁範圍；相對於此，若對該同一職務有高度興趣的甲長期與乙熟識，先行向乙以人情請託，拜託乙向丙總統遊說「不提名A，改提名甲」，乙果然向丙提出此項要求，此時乙雖實施請託，該請託也出於循私且有利於甲的目的，但由於循私的源頭純粹來自人際關係，這是每個人在生活中都可能面臨的交際關係，處罰乙的必要性相對有；但若再修正案例，甲並非只是以人情拜託乙代為說項，而是提供報酬給乙，並由乙代為向丙總統請託，乙收受報酬而實施請託，當然不再如同前兩個案例，只是純粹公民意見表達，或者一般性的人際交往，正因乙期約對價並收受好處，負有使得甲有效得利的期約責任，此項義務存在自然使乙必須盡力完成甲的請託，丙的公務活動即面臨極其嚴重偏頗可能性，甲、乙透過報酬／請託的對價期約，使得「循私因子」作用可能性大幅提升，

此時對公務法益的影響即已提升至值得納入處罰範圍。換言之，雖然三個案例中乙均請託丙，後階段行為相同，但不同的前階段狀況（乙自發請託／乙出於人情而請託／乙受賄而請託），會讓請託行為產生公務法益危險性的差異性，從而也使得處罰的需求不同[132]。

一言以蔽之，當中間人滿足了兩重干擾公務法益的抽象危險效果：「請託（未遂教唆）」＋「與行賄者合意（間接創造循私因子於未來作用的可能性）」，即能本於雙重行為抽象危險性的加總，產生納入刑法管制的必要性，此種處罰正是本文探討的斡旋受賄行為。確立了處罰規範方向後，接下來再分點說明具體細節。

㈠受賄中間人的處罰理由

承上，中間人有雙重處罰理由，其一是向主管公務員請託，此即實施特定職務行為的未遂教唆；其二是間接引起循私因子的視角，此即中間人因為收受賄賂，而將請託一件有利於行賄者之事，才施用其影響力。基此，中間人所實施的雙重行為（對價期約＋施用影響力），雖然個別觀察均不具備公務法益的適足危險性，然而考量中間人合意收受行賄者所提供的好處後，才願意利用自己影響力向主管公務員遊說，該請託內容勢必有利於行賄者，此時主管公務員往往難以直接抗拒其要求，很容易作成有利於行賄者的個別決定。為了有效杜絕偏頗且有利行賄者的公務決定，兩種抽象危險行為加總的不法能量，已經達到有效施用刑事制裁的程度，故得以獨

132 筆者提及這三個案例，只是用以說明中間人「純粹請託」、「本於人情而請託」與「受賄後而請託」等事例中，乙行爲對公務法益的危險性迥然不同，不過筆者必須強調，這不代表第三個案例一定要納入刑事制裁，相關討論請見後文詳述。此外，類似於本文看法者，另可參考李進榮，同註12，頁283-286。

立構成要件處罰中間人，其處罰正當性的疑慮已然大幅降低。

因此，實施請託（主要的不法因素）與受賄對價合意（輔助性的不法因子），此兩項要件在中間人的入罪化過程中缺一不可，必須兩重抽象危險同時存在，才能處罰該中間人，以刑法語彙來表達，必須採取雙行為犯的構成要件設計模式處罰中間人（受賄期約＋實行請託），兩種行為必須接續實行，才得構成斡旋或影響力受賄罪，只有從雙行為犯設計其構成要件，才能免於過度前置可罰性的質疑。

㈡受請託之事的法律性質

再就中間人後階段請託行為而言，既然是前置的未遂教唆處罰，原則上只要中間人事實上已為請託，不要求主管公務員允諾中間人，當然更不要求主管公務員已經實施受請託的特定職務行為。問題在於請託內容，可能有符合／違背主管公務員職務義務兩類，依筆者之見，當所請託的特定職務行為本身合法時，主管公務員根本不可能因為受請託而違背職務，此時未遂教唆行為內蘊的抽象危險性無從附麗，要以刑法管制特定合法職務活動的未遂教唆，實無任何理由。基此，中間人請託主管公務員之事，應僅限於違背職務的特定公務活動，如果請託之事並未違背職務義務，此時並無處罰的必要性。

另外必須強調，斡旋受賄罪雖然是促成主管公務員違背職務行為的前置處罰，但既然不要求主管公務員的不法行為，在形式上兩者已經脫鉤，斡旋／影響力受賄罪自即純粹的前置構成要件，此時不必再要求請託之事足以構成瀆職罪刑責，只要是違背職務的行政或刑事不法行為，均可成為所請託之事，也足以讓中間人構成斡旋受賄罪名。

㈢中間人請託後行為的定性

既然中間人的後行為是未遂教唆，其向主管公務員的「請託」，原則上也應該比照教唆行為的概念進行解釋，依筆者見解，教唆必須符合向他人「要求」（auffordern）實行「特定違法職務行為」，而非僅只「惹起」（herbeiführen）他人的行為意思[133]。亦即，中間人必須對主管公務員明確請求施行特定行為，兩人亦須有意思溝通與連絡，不能只是在流程中置入足以讓主管公務員特定行為的因素；此外，中間人所要求實行的內容也必須達到特定或至少可得特定的程度。

值得一提的是，雖然影響力施用不論受請託公務員狀況如何的未遂教唆，但未遂教唆仍有數種不同階段，包括⑴開始著手實行教唆，但教唆內容未達主管公務員；⑵完成教唆，教唆內容亦達到主管公務員，但後者未生犯意；⑶教唆內容達到主管公務員，後者已生犯意，但未實施所請託行為[134]。依本文之見，如果只是單純著手實行教唆，恐怕過度前置，例如中間人只要開始寫信或電話連絡，即使主管公務員還沒收到信或沒接到電話，就已滿足實行影響力的後行為，此行為態樣恐怕過度擴張可罰性。比較合理的看法，應該是至少達到第⑵階段，亦即中間人已經完整告知主管公務員其意思，並要求其實施特定違法的職務行為，至於主管公務員是否被喚起犯意，則非所問。

㈣受賄前行為的限定

至於中間人前階段受賄行為的定性，考量重點應該認為：由於

---

133 德國通說見解Vgl. *Roxin*, aaO. (Fn. 88), § 26 Rn. 75. 本文採取的是Roxin對於教唆行爲的「明確要求」，參見*Roxin*, aaO. (Fn. 88), Rn. 74, 76.

134 有關此一階段，vgl. *Roxin*, aaO. (Fn. 88), § 28 Rn. 9-13.

實施未遂教唆才是中間人的處罰主軸，前行為只是讓該未遂教唆足以補充適用可罰性的從屬不法要素。在不法流程的觀察軸線上，中間人必須透過前階段行為，佐證其於後階段實施的請託行為，有非常高的可能性將有利於特定之人，此種高度可能性原則上必須透過中間人與行賄者雙方存在「施用影響力／給予報酬」的交易過程，展現其定型而累加的抽象危險效果，此一抽象危險效果也足以讓後階段主管公務員的違法行為，摻入循私、有利於特定人的法益干擾因素。

基此，中間人與獲利者（行賄者）之間，當然要已經達成雙方合意，才能適當且充分地表現出循私因子帶來的抽象危險，筆者認為：中間人的前行為必須達到期約、收受階段，亦即中間人已經和提供報酬的行賄者達成意思合致，如果僅中間人單方面要求，而獲利者尚未允諾前，中間人即向主管公務員請託，此種單向要求受賄的前行為，不足讓中間人產生足夠的內在心理誘因，也欠缺適足引起後階段循私效果的危險因子，本文主張斡旋／影響力受賄罪的前行為，應該排除中間人單方面要求類型的行為態樣，只保留期約、收受兩類，至於中間人是否依期約內容實際收受賄賂，並不影響罪名成立與否。

㈤中間人的身分屬性

中間人不法行為評價有兩個重心，其中以請託為主，以對價期約為輔，依本文之見，中間人的資格不必限制為公務員，任何人受賄後利用影響力請託主管公務員，都有可能構成影響力受賄罪。之所以承認一般人可以構成影響力受賄罪的具體理由有二：

首先，看主要非難理由的請託，只要中間人具備特別的社會、經濟、政治影響力，這種關係使得中間人的請託格外令人難以拒絕，中間人是否擁有公務員身分，在影響力分析視角下，並無關鍵

或絕對重要性。

至於學理上可能的進一步批評或許主張：欠缺公務員身分的中間人，其受賄與否已經不是非難重點，此時又如何將該受賄的一般身分中間人入罪化？筆者的見解認為，非難重心始終在於中間人參與、影響主管公務員的活動本身，只不過因為該影響活動的行為時間點相對前置，必須附加有效循私因子的抽象危險性，才能納入處罰。而循私因子的產生，重點不在於「本身公務活動與賄賂」的連結，而在於「公務或私人地位影響力與賄賂」的連結，公務活動所連動的循私因子，雖然已經達到處罰的下限，但不是處罰下限本身，納入處罰的循私因子，應該是將「一般影響力連結賄賂」的循私抽象危險性，任何影響力施用連結賄賂的循私因子效果，才是處罰的真正下限。依此見解，影響力交易的受賄並非不能處罰，但其法定刑應輕於公務員斡旋受賄罪。

其次，作為輔助性不法要素的期約對價前行為，雖然本質上僅限於公務員才不得受賄，但即使中間人是公務員，仍然不是有權限針對所請託之事作出決定的主管或承辦人員，一個無公務員身分、卻有事實上影響力的人受賄後請託，與另一個非承辦公務員、同樣有影響力的人受賄後請託，兩者都不是因為公務員職務關係而能夠受賄並請託，毋寧因為他們長期的社會耕耘帶來影響力，或是久任公職所產生的人際關係，才有辦法收受賄賂；質言之，收受賄賂只能用以佐證中間人可能透過其影響力，使得公務機關作成極有利於行賄者決定的可能性，這種「公務員作成偏頗決定的可能性」，並不會因為中間人有無公務員資格，而有任何差別，只要中間人受賄之後，能夠成功地左右主管公務員的決定內容，就已經實現補充請託行為不法能量的循私效果。

基於上述兩點理由，中間人即使無公務員身分，同樣能夠透過個人影響力請託主管公務員，使其作成特定的違法公務活動，此

外，即使該中間人收受賄賂，也同樣本於受賄定型事實，實現公務活動偏頗的抽象危險性，在此邏輯下，以一般人為行為主體的影響力受賄罪，已具有充分的可罰性。不過，倘若行為人具備公務員身分，考量公務員擔任國家公職，且其行為往往涉及國家權力，相較於一般人民，法律制度課予公務員較高的特別守法責任，這一點尤其表現在公務員服務法第6條：「**公務員不得假借權力，以圖本身或他人之利益，並不得利用職務上之機會，加損害於人**」，這表示公務員因為其職務使然，對於運用自身公務地位的影響力，受到更強烈的規範要求，法律就此強烈且直接地要求公務員不可以利用自己的公務權力，影響他人而造成利益的不正當分配。相對於一般人並無類似的法律義務，公務員因為服務於公務機關之故，負有較高的守法義務，不僅是個人守法義務的加重，其侵害造成更嚴重的公務法益破壞，同時也違反更形強烈的公務員期待可能性[135]，在這個意義下，倘若中間人若具備公務員身分，即得以不法及罪責身分的特別理由，設立加重構成要件予以特別規範[136]，此即公務員斡旋受賄罪。依本文見解，一般人的影響力交易受賄罪與公務員斡旋受賄罪的差別，同時涉及不法及罪責要素，亦即，公務員負有更高的遵法責任，因此在不法侵害及其期待可能性均可予以強化，故

135 許玉秀教授對刑法第163條第1項（公務員縱放人犯之重罪）及第162條第1項（一般人縱放人犯之輕罪）的區別，同時涉及不法及罪責身分，筆者認為此種處理模式可引用至本文議題的解釋，相關討論限於篇幅無法再行深入，參見許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，載：刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯，頁482、497，2003年4月。

136 此項罪責身分的定位意義，在於公務員及非公務員共同收受好處後，再向主管公務員請託時，由於公務員身分僅關聯罪責，只有公務員身分者適用加重斡旋受賄罪，欠缺公務員身分者則適用一般性的斡旋受賄罪。關於不法身分與罪責身分，參考黃榮堅，共犯與身分，載：刑事思潮之奔騰——韓忠謨教授紀念論文集，頁208-217，2000年6月；許玉秀，同前註，頁474-486。

本此理由，於斡旋受賄時承擔比影響力交易受賄更重的刑事責任[137]。

㈥事前／事後斡旋受賄

另一個在比較法上的重要走向，即不再嚴格要求受賄者「對價期約／實行請託」的先後順序，這一點尤其見於法國刑法納入「任何時間」的新修訂，「先對價期約，再實行請託」或者「先實行請託，再對價期約」，都可以納入影響力交易罪的處罰範圍。

針對此一爭議，筆者倒不是完全反對事後型的入罪化。只不過考量現行貪污相關罪名中，並無任何事後型職務賄賂的明文處罰，基礎的職務行為受賄罪僅限於事前受賄，倘若如此，沒有理由在前置／補充型的中間人受賄罪條文中，積極地納入事後斡旋受賄的類型。更精確地說，立法論上有納入空間，但要納入前應該要有全盤的修法因應，而非單一罪名修正。因此，筆者認為在現行貪污法制結構下，維持典型的「先對價期約，再實行請託」規範，是相對合理的選項。

137 匿名審查人指出：「同註腳所引文獻（黃榮堅，217-218頁）中（筆者按：此即本文註136，而其頁碼似應爲第216-217），則將這種假借權力的犯罪歸爲第31條第1項的不法要素。關於此點，可否進一步說明作者自身對於不法及罪責兼具之犯罪類型所採取的觀點，以茲明確？」（原文照錄）。筆者誠摯感謝匿名審查人的建議，但若要詳述此不法／罪責兼具身分，恐怕已經超出本文可能篇幅，筆者僅希望未來再撰文討論之；至於審查人指出黃榮堅教授採取不法身分說，這是黃教授對於刑法第134條不純正瀆職罪的解釋，該條的一般人是犯瀆職以外的罪名，而非瀆職或貪污相關犯罪，這種情況與本文討論的中間人並不相同，尤其考量中間人並非公務員、卻又涉及公務法益的侵害，這種以公務法益爲侵害主軸的犯罪形態，並不適用採取類似刑法第134條的解釋方式。

㈦處罰行賄者的規範理由與界限

以上分析了中間人構成受賄罪的處罰理據，本於同樣觀點，也可以解釋向中間人行賄的入罪化規制方向。依本文之見，行賄者提供中間人報酬，也促成中間人進一步向主管公務員請託的關鍵動機，而從整體流程觀察，中間人的請託被定性為教唆行為，向中間人提供報酬的行賄者，應該理解為參與教唆者（中間人）行為的間接共犯[138]，不過要注意的是，發起請託的提議者，可能是中間人，也可能是行賄者，行賄者在此又可分為兩種行為模組：如果事件由中間人發起，例如乙告知甲可以代為協調丙公務員，讓丙公務員作成對甲有利的決定，但乙要求甲付100萬元報酬，這時教唆者（中間人）已經存有對丙的教唆意思，甲與乙達成對價合意應該理解為「幫助教唆行為」，亦即透過報酬期約而強化乙對丙教唆的意思；相反地，如果是甲先向乙提議，此時甲因為主動發起整起事件，甲的規範定位應該屬教唆中間人（乙）續向主管公務員（丙）實施教唆的「教唆教唆行為」。不論如何是那種形式，甲都是透過乙→丙的串連關係才能侵害公務法益，獨立以構成要件處罰甲，自即透過定型的行賄行為，處罰對中間人抽象危險行為的支援效果，其前置處罰的意味毋寧更形強烈。

接續問題則是，這麼強烈的前置處罰是否具有處罰正當性？承如前述，中間人的請託定性為未遂教唆行為，而斡旋行賄則為教唆教唆／幫助教唆的行為，若從刑法總則的共犯理論來看，幾乎所有主流見解，均認為間接共犯雖然未直接接觸正犯，但具備一定程度可罰性，其處罰仍可依據教唆或幫助的共犯行為態樣予以判斷[139]，既然間接共犯仍然可依共犯的刑責處罰，而斡旋受賄的教

138 Vgl. *Roxin*, aaO. (Fn. 88), § 28 Rn. 176-178.
139 Vgl. *Roxin*, aaO. (Fn. 88), § 28 Rn. 176-178.

唆行為人又有合理的獨立構成要件處罰依據，法制上沒有理由否認間接共犯的行賄者不能另立獨立構成要件予以制裁。

基此，行賄者透過中間人的媒介，間接製造了雙重抽象危險，並因雙重抽象危險而被納入處罰。第一重抽象危險在於行賄者教唆或幫助中間人，使其再行向主管公務員教唆為特定違背職務行為，已如前述，這是一個間接共犯的行為，中間人的未遂教唆已經被新的構成要件獨立處罰，中間人已經從共犯轉為正犯，行賄者的間接共犯行為，也同時被提升為對新正犯行為所實施的教唆或幫助行為，亦即行賄者的行動，可以被認定為對中間人請託行為抽象危險性的共犯參與情狀，從總則共犯論而言，行賄者的第一重抽象危險「參與中間人請託行為的抽象危險性」，已有相當程度的正當性。

行賄者的第二重抽象危險，則在於行賄者因對價合意所帶來的循私因子支持效果，相異於一般的間接共犯，行賄者對於中間人的支持是透過「與中間人構成報酬／影響力施用的期約」[140]，此一行為「極度可能」透過因果流程的發展，讓中間人為行賄者說情，從而使主管公務員作成有利於行賄者的公務決定，換言之，該行賄行為帶來了主管公務員作成偏頗有利個人之決定的「循私因子」抽象危險。基於這兩重抽象危險性的加總（參與中間人事實上的請託行為，以及行賄本身具有的循私因子效果），即可納入影響力交易行賄罪或公務員斡旋行賄罪以處罰該行賄者。

在此要特別補充三個行賄者可罰性的附帶問題：

首先，雖然行賄者也同樣要求雙重抽象危險，但因僅向中間人

140 相同道理，如果甲、乙之間並無報酬的期約，純粹是甲拜託乙，乙基於人情才向主管公務員丙請託，此時甲、乙因爲欠缺對價期約，不符合預設的第二重抽象危險，因此甲不成立斡旋行賄，乙也不構成斡旋行賄，甲、乙兩人僅能依丙違法行爲的共犯論罪。

的行賄，行賄者並不直接與主管公務員接觸，其介入公務法益的干擾行為，僅只於與中間人達成對價合意，因此認定行賄者雙重抽象危險的事實基礎，只要單一的期約行賄行為，即能符合雙重危險的定型要求，不必如同中間人的處罰採取雙行為犯；不過，由於行賄者的第一重抽象危險建立在對（正犯化之）中間人的參與，從共犯論的視角而言，如果與行賄者達成對價合意的中間人，尚未實行充分的不法行為，行賄者的（間接）參與根本無法從屬於中間人而連帶為抽象危險負責，行賄者的處罰在此意義下，仍須遵守共犯論從屬性的基本原則，以中間人已實現不法行為為前提[141]。

其次，行賄者的雙重抽象危險依附於中間人，倘若中間人未真正實現其個人應負責的抽象危險時，行賄者附麗於上的抽象危險也不再存在，僅當中間人已經被認定有值得受罰的抽象危險時，才能透過參與關係而證成行賄者從屬性的公務法益抽象危險性，也才足以納入處罰範圍；換言之，行賄者的第一重抽象危險，必須與中間人的抽象危險連動認定，已經肯認中間人已實行不法行為後（亦即：完成與行賄者的期約，且已完成向主管公務員請託的實行行

141 或許會有論者質疑，中間人的不法行爲並非行賄者所直接引起，如何能將中間人不法行爲整合至行賄者的處罰要件內？而即使能整合，該中間人不法行爲應該是行賄者成罪的構成要件要件要素或是客觀可罰性條件？上述的可能質疑有一定道理，但恐怕未正視行賄者的處罰是以間接共犯爲基礎，而參與（正犯化之）實質共犯的中間人，如果被參與的中間人根本未實質該當不法行爲，行賄者對於公務法益的抽象危險性勢將極其薄弱，不應科予刑責。至於中間人行爲對於行賄者可罰要件的意義，當然是構成要件要素，這種立法模式一直存在於刑法的教唆犯及幫助犯，而類似條文亦可見於刑法第275條第1項前段（教唆或幫助他人自殺，該他人的自殺並非由教唆或幫助者直接支配，但以該項既遂處罰教唆／幫助者的前提，正是被害人的自殺行爲，而我們不會認爲自殺是被害人所爲而屬於客觀可罰性條件，毋寧仍然是構成要件要素）。

為），才能擴張認定行賄者參與中間人行為的抽象危險性。如果行賄者僅向有關係的中間人行求，但中間人拒絕其要約，此時行賄者還沒完成定型的抽象危險事實（期約合致），故應排除於處罰範圍之外，基此筆者主張，行賄行為僅限於「與中間人完成期約」（期約型），以及「雙方完成期約，並已經交付報酬予中間人」（交付型）兩類，排除「行賄者單方面向中間人表達，卻未能意思合致」（行求型）的類型。

最後，相對於直接與主管公務員接觸的中間人，行賄者並未直接地接觸主管公務員，其行賄行為與終端公務法益損害，距離相對遙遠，而損害發展過程中的變數更大，對公務法益產生的危害效果相對較低，法定刑擇定時應該較低於受賄中間人。至於是否行賄罪要仿造受賄罪類型，分別以「向一般人行賄」及「向公務員行賄」區別刑度，此問題應該回歸公務員斡旋受賄的加重理由。前文已經詳述，此項加重並非不法的加重，而是罪責加重，這表示加重效果只適用於特別身分之人，而從行賄者角度而言，其所購買的給付是「有力人士的關說」，重點位於影響力有無，而不是該有力人士有無公務員身分，因此筆者認為斡旋行賄不必再區別向何人行賄，只要以單一規定、相同法定刑處理即足。

伍、結　論

一、立法對案

總結上述，較為細心的讀者或許已經注意到，本文見解似乎受到奧地利舊法的影響，該舊法堅持中間人必須實際上施行影響力而向主管公務員請託，同時又因此收受賄賂，才能構成影響力交易受賄刑責。此項立法技術後來雖然已經被放棄，但從公務法益的保護

觀點看來，或許是現有各立法例中，最忠實地表現法益保護思維的立法策略，本文基本進路，確實脫胎自奧地利舊法觀點。

承接以上討論，筆者提出以下立法對案，作為我國刑事法制未來有關罪名的立法參考：

以影響公務員或仲裁人而使其實行違背職務之行為為對價，與他人期約、收受賄賂或不正利益後，再向該公務員或仲裁人施用約定之影響力者，處三年以下有期徒刑。（影響力交易受賄罪）

公務員犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑。（公務員斡旋受賄罪）

與前兩項之行為人，就施用影響力而交付賄賂或不正利益達成期約，或期約後已交付約定之賄賂或不正利益，且前兩項受賄之人已構成不法行為者，處二年以下有期徒刑。（影響力交易行賄罪及向公務員斡旋行賄罪）

二、案例分析

行文至此，我們簡要以試擬新法回顧前文提及《案例三》至《案例九》的刑事責任。

在《案例三》中，雖然依現行法可以透過非主管職務圖利罪處罰，但採取本文見解增訂斡旋賄賂罪名後，甲、乙可分別成立斡旋行賄及公務員斡旋受賄罪，該罪可再與圖利罪競合。此外，最大差別亦在於，甲移轉給乙的100萬元即屬犯罪所得，可予沒收。

依現行法，《案例四》及《案例五》的甲、乙，均不能成立犯罪，但採本文見解，由於乙已經介入請託不法職務行為，故可以成立公務員斡旋受賄罪，甲亦得成立向公務員斡旋行賄罪。

至於《案例六》、《案例七》，因為乙所請託的行為並非違背職務的行為，即使乙已經事實上為請託，但既然無違法職務行為可言，可罰性上無須動用刑罰介入制裁，故甲、乙均無罪。

《案例八》較為麻煩，因為被乙所斡旋的丙不是公務員，而是官股有實質控制力的民營企業，依本文所見，此種情況恐怕須有特別的立法予以規定，而不能用一般的貪污罪名處理，至多僅能在丙的行為構成對該公司損害時，以背信罪或財產犯罪之共犯處罰甲、乙。基此，本案例的甲、乙均不適用有關罪名。

至於《案例九》，乙雖無公職身分，但依本文見解，只要乙事實上請託丙公務員實施違法行為，即有可罰性，故甲、乙仍可成立影響力行賄及受賄罪名。

參考文獻

一、中　文

1. Bernd Heinrich著，許恒達譯，德國刑法對非法影響力交易的處理㈢，法務通訊，2814期，3-5版，2016年8月。
2. 山口厚著，付立慶譯，刑法各論，2版，2011年10月。
3. 甘添貴，刑法各論（下），4版，2015年5月。
4. 西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法各論，2版，2012年12月。
5. 余振華，教唆未遂之廢止與間接正犯之界定，載：刑法總則修正重點之理論與實務，頁279-314，2005年9月。
6. 余振華，不違背職務行為行賄罪之立法芻議，警察法學，8期，頁181-203，2009年11月。
7. 吳天雲，日本向公務員關說的刑事規範——刑法斡旋收賄罪與斡旋得利處罰法，刑事法雜誌，50卷1期，頁117-136，2006年2月。
8. 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（林〇世貪污案），月旦裁判時報，25期，頁94-119，2014年2月。
9. 吳耀宗，賄賂罪「對價關係」要件之鬆動？（下），月旦裁判時報，38期，頁36-47，2015年8月。
10. 吳耀宗，刑法抗制貪污犯罪之新思維，檢察新論，19期，頁74-88，2016年1月。
11. 李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，91期，頁160-176，2002年12月。
12. 李進榮，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，檢察新論，19期，頁3-20，2016年1月。
13. 李進榮，聯合國反貪腐公約第18條「影響力交易」之立法建議，檢察新論，21期，頁265-286，2017年1月。
14. 李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，223期，頁17-57，2011年7月。

15.周慶東，貪瀆罪中的職務行為意義——德國刑法上的觀點，法學叢刊，223期，頁1-16，2011年7月。
16.林山田，刑法各罪論（下），5版，2006年11月。
17.林鈺雄，貪污瀆職罪之立法展望，檢察新論，19期，頁46-73，2016年1月。
18.姚思遠，聯合國反貪腐公約施行法短評，月旦法學雜誌，246期，頁196-203，2015年11月。
19.柯耀程，「職務」概念的解釋與限制，法學叢刊，222期，頁1-32，2011年4月。
20.高山佳奈子著，謝煜偉譯，「政治」主導下之近年日本刑事立法，月旦法學雜誌，172期，頁138-152，2009年9月。
21.高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學雜誌，94期，頁34-45，2003年3月。
22.許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，載：刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯，頁455-497，2003年4月。
23.許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，82期，頁141-204，2012年6月。
24.許恒達，賄賂罪之對價關係及證明難題，軍法專刊，60卷2期，頁62-83，2014年4月。
25.許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，國立臺灣大學法學論叢，43卷3期，頁719-764，2014年9月。
26.許恒達，賄賂罪職務行為之再探討——以民意代表受賄事例為中心，檢察新論，17期，頁68-97，2015年1月。
27.陳子平，就許恒達教授「賄賂罪職務行為之探討」報告之與談意見，檢察新論，17期，頁120-130，2015年1月。
28.陳子平，刑法各論（下），增修版，2016年9月。
29.黃士軒，公務員賄賂罪中的職務行為——以我國最近之學說與最高法院實務為中心，中正法學集刊，48期，頁53-119，2015年7月。
30.黃士軒，初探公務員非主管監督事務圖利罪中的「利用職權機會或身分」圖利行為——兼與日本斡旋賄賂罪之簡要比較，檢察新論，19期，頁117-146，2016年1月。

31.黃榮堅，共犯與身分，載：刑事思潮之奔騰——韓忠謨教授紀念論文集，頁195-226，2000年6月。
32.黃榮堅，侵害財產法益的貪污犯罪？——評最高法院99年度台上字第3號及100年度台上字第459號等刑事判決，法令月刊，63卷9期，頁1-13，2012年9月。
33.蔡銘書，關於賄賂罪職務行為之最高法院裁判動向，法學叢刊，223期，頁65-105，2011年7月。
34.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號判決，東吳法律學報，24卷1期，頁87-119，2013年4月。
35.薛智仁，公務員圖利罪之立法商榷，檢察新論，19期，頁21-33，2016年1月。
36.謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議，政大法學評論，142期，頁227-279，2015年9月。

二、外　文

1. *Abanto Vásquez*, *Manuel A.*, Über die Strafwürdigkeit des »Handels mit Einfluss«, in: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 913ff.
2. *Dölling*, *Dieter*, Die Neuregelgung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), S. 334ff.
3. *Dölling*, *Dieter*, Handbuch der Korruption, 2007.
4. *Geisler*, *Nicole*, Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre, 2013.
5. *Greco, Luís*, Annäherungen an eine Theorie der Korruption, GA 2016, S. 250ff.
6. *Hefendehl*, *Roland*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002.
7. *Heinrich*, *Bernd*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001.
8. *Höpfe*, *Frank/Ratz*, *Eckart* (Hg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2010 (zit. *Bertel*, in: Wiener Kommentar).

9. *Jäckle*, *Wolfgang*, Schutzgeburt – „Hauruck“ –Gesetzgebung bei der Mandatsträgerbestechung, ZRP 2014, S. 121ff .
10. *Joecks*, *Wolfgang/Miebach*, *Claus* (Hg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 45, 2. Aufl., 2014 (zit. MüKoStGB/*Korte*).
11. *Kerner*, *Hans-Jürgen/Rixen*, *Stephan*, Ist Korruption ein Strafrechtsproblem?, GA 1996, S. 355ff.
12. *Kindhäuser*, *Urs*, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl., 2010.
13. *Kindhäuser*, *Urs*, Voraussetzungen strafbarer Korruptionin Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, ZIS 2011, S. 461ff.
14. *Kindhäuser*, *Urs/Neumann*, *Ulfrid/Paeffgen*, *Hans-Ullrich* (Hg.), Nomos Kommentar zum Strafgestzbuch, 4. Aufl., 2013 (zit. NK-StGB-*Kuhlen*).
15. *Lackner*, *Karl/Kühl*, *Kristian*, Strafgestzbuch, 28. Aufl., 2014.
16. *Laufhütte*, *Heinrich Wilhelm/Tiedemann*, *Klaus/Rissing-van Sann*, *Ruth* (Hg.), Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2009 (zit. LK-*Sowada*).
17. *Marek*, *Eva/Jerabek*, *Robert*, Korruption und Amtsmissbrauch, 2012.
18. *Philipp*, *Julia*, Der Straftatbestand des Einflusshandels (Trafic d'influence), 2015.
19. *Roxin*, *Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 2, 2006.
20. *Roxin*, *Claus*, Vorteilannahme, in: Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 459ff.
21. *Saliger*, *Frank*, Das Unrecht der Korruption, in: estschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 493ff.
22. *Satzger*, *Helmut/Schlukebier*, *Wilhelm/Widmaier*, *Gunter* (Hg.), StGB Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 2009 (zit. SSW-StGB/*Rosenau*).
23. *Schönke*, *Adolf/Schröder*, *Horst* (Hg.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014 (zit. *Schönke/Schröder/Heine/Eisele* bzw. *Schönke/Schröder/Hecker*).
24. *Stratenwerth*, *Günter*, Schweizerisches Strafrecht, 7. Aufl., 2013.
25. *Zieser*, *Roland*, Trafic d'inflence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, 2012.

A Preliminary Study on the Incrimination of Trading in Influence

Heng-Da Hsu*

Abstract

Taiwan has incorporated United Nations Convention against Corruption of 2003 into domestic laws, demanding our Government to take legislative measures to establish a criminal offense for punishing trading in influence. In response to the needs of incrimination, this article aims to discuss the possible ways of its criminal regulation. In consideration of similar provisions of Germany, Japan, France and Austria, as well as the protective interests concerning corruption offenses, the is study aims to analyze the normative essentiality of criminalizing trading in influence under Taiwan's criminal law system and makes efforts to propose a legislative suggestion regarding criminal offense of trading in influence.

Keywords: UN Convention against Corruption of 2003, Trading in Influence, Trading in Influence committed by Public Officials, Bribery, Illegal Profits from Misuses of Supervision, Corruption

---

* Professor, College of Law, National Chengchi University; Dr. iur., University Frankfurt, Germany.

Received: December 23, 2016; accepted: April 28, 2017