

法務部廉政署

聯合國反貪腐公約第二章「預防措施」及第三章「定罪和執法」國內法規檢視及立法建議委託研究案

研究報告

研究主持人：王玉全副教授

協同主持人：胡韶雯副教授、黃相博助理教授

研究執行單位：法務部廉政署

研究執行期間：中華民國 106 年 1 月 14 日至 106 年 7 月 20 日

印製日期：中華民國 106 年 7 月 17 日

聯合國反貪腐公約第二章「預防措施」及第三章「定罪和執法」國內法規檢視及立法建議委託研究案

受委託單位：世新大學

研究主持人：王玉全

協同主持人：胡韶雯、黃相博

研究期程：中華民國 106 年 1 月 14 日至 106 年 7 月 20 日

研究經費：新臺幣貳拾捌萬伍仟元

法務部廉政署 委託研究

中華民國 106 年 7 月

（本報告內容純係作者個人之觀點，不應引申為本機關之意見）

中文摘要

本報告第一編首先就《聯合國反貪腐公約》第 9 條關於政府採購和政府財政管理之要求，檢視我國現行政府採購制度中，與廉正倫理有關之規範。其次，再就德國公務員規範體系、《公務員法律地位法》上保密義務之除外規定以及《聯邦資訊自由法》等加以比較分析，並參酌柏林《貪腐紀錄法》，及德國《聯邦政府競爭公告法》草案等，提出值得我國參考之規範。此外，由於貪腐往往透過金融機構傳遞或隱匿賄款，公約第 14 條亦要求制定金融機構預防洗錢措施，本報告遂檢視我國《洗錢防制法》對於金融機構之特別規定，並比較德國《銀行法》關於洗錢防制之規定，提出改革建議。

第二編係就公約第 12 條私部門及第 33 條保護檢舉人之規定，自內部控制、寬宥制度、高額罰鍰、機構關係人、通報義務及吹哨者保護等六個面相，探討美國企業防弊法制規範及實務運作問題，並檢視我國現制及落實情形，提出政策與立法建議。其中涉及《證券交易法》、《公開發行公司建立內部控制制度處理準則》、《商業會計法》、《銀行法》、《行政罰法》等相關現行法制及《律師倫理規範》、《上市上櫃公司誠信經營守則》、《上市上櫃公司治理實務守則》等自律規範之探討，以及對於未來制定私部門吹哨者保護法制所應留意之程序正義問題。

第三編則分析貪腐行為與貪腐行為所侵害之法益，以確定具有刑事立法意義之貪腐定義，提出符合公約第三章要求之立法建議。我國目前就公約第 18 條所定之影響力交易，及公約第 21 條所訂之私部門賄賂行為，均未立法處罰，有違公約之立法要求。此外，學理上認為德國《刑法》第 298 條招標中之限制競爭協議罪所保護之利益與私部門賄賂罪相同，因此，立法者或可考慮一併增設此種行為之處罰規定。本報告就以上行為提出立法建議及參考條文草案，期使我國相關法制之改革，能在符合憲法與刑法原理原則之前提下，與公約接軌。

Abstract

Referring to the requirements of public procurement and management of public finances under Article 9 of the United Nations Convention against Corruption, Part I of this report begins with a review of the norms relating to integrity and ethics in the government procurement system in Taiwan. Following the review is a comparative study on German code of conduct of civil servants, the exemption of confidentiality under the Law on the Status of Civil Servants (Beamtenstatusgesetz) and several concepts of Federal Freedom of Information Act (Informationsfreiheitsgesetz). This report also refers to the relevant provisions of the Berlin Corruption Register Law (Korruptionsregistergesetz) and the draft of German Federal Competition Register Law (Wettbewerbsregistergesetz) that are worthy to be introduced to Taiwan. In addition, since bribe money is often transmitted or hidden through financial institutions, Article 14 of the Convention also requires the establishment of measures to prevent money laundering in financial institutions. Therefore, this report then compares the anti money laundering provisions for financial institutions under Taiwan's Money Laundering Control Act with the requirements provided by German Banking Act (Kreditwesengesetz – KWG) in order to make suggestions for the AML reform in Taiwan.

Part II of this report focuses on Article 12 (private sector) and Article 33 (protection of reporting persons) of the Convention. It includes discussion on six aspects of internal control, remedying harm from criminal conduct, high money penalty, Institution-affiliated party, duty to report and whistleblower protection. By exploring the U.S. legal system and the practical problems regarding anti corruption requirements for the U.S. enterprises, this report makes several policy and legislative suggestions for the legal reform in Taiwan. Relevant provisions provided by Taiwan's laws and regulations such as Securities and Exchange Act, Regulations Governing Establishment of Internal Control Systems by Public Companies, Business Entity Accounting Act, Banking Act, and Administrative Penalty Act are discussed for enhancement. Several self-regulatory provisions in rules of professional conduct for lawyers and best practice principles for listed companies are suggested for amendment or enactment. This report also suggests the rule maker considering procedural justice issues in the whistleblower protection arena.

To give a clear definition of criminal corruption, Part III begins with an analysis of corrupt activities and the infringement of "Rechtsgut" caused by corruption.

Accordingly, this report tries to make effective legislative proposals that meet Chapter III requirements of the Convention. As to trading in influence (Article 18) and bribery in private sector (Article 21) stated in the Convention, there is still no corresponding punishment or penalty in Taiwan. In addition, Article 298 of German Criminal Code (Strafgesetzbuches) that requires restricting competition through agreements in the context of public bids is considered protecting the same interests as private sector bribery. Therefore, it is suggested that the legislature may consider the establishment of such a punishment in Taiwan as well. This report then makes suggestions and draft provisions for the amendments of relevant laws in Taiwan. It is expected that such a legal reform will be in line with both constitutional and criminal principles and then in accordance with the requirements of the Convention.

目錄

第一編 「聯合國反貪腐公約」第2章「預防措施」國內法規檢視及立法建議.....	1
第一章 「聯合國反貪腐公約」第2章第9條 政府採購和政府財政管理.....	1
第一節 前言.....	1
第二節 國內法規檢視.....	2
一、 公正程序要求	2
二、 禁止請託關說	3
三、 書面公共工程及採購契約之資訊公開.....	3
四、 審計機關之主動稽察權.....	4
五、 採購廠商資格登錄制度.....	4
六、 擴大申報財產之人員範圍.....	5
七、 洗錢防制.....	5
八、 捐贈政治獻金之限制.....	6
九、 政府採購法相關重要子法及行政規則.....	6
第三節 德國法比較參考.....	8
一、 德國公務員規範體系.....	8
二、 公務員法律地位法上保密義務之除外規定	9
三、 聯邦資訊自由法	9
四、 柏林貪腐紀錄法	9
五、 聯邦行政禁止接受餽贈或禮物要點.....	10
六、 各邦的反貪污條款	11
七、 薩克森邦政府預防和防制反貪腐的邦行政法規	11

八、 德國聯邦政府競爭公告法（Wettbewerbsregistergesetz）草案.....	13
第四節 立法建議.....	14
第二章 「聯合國反貪腐公約」第 2 章第 14 條 金融機構	
預防洗錢措施.....	16
第一節 前言.....	16
第二節 我國法制檢視.....	16
一、 洗錢防制法.....	16
二、 實務案例研析	18
第三節 德國法比較	22
第四節 立法建議	22
第二編 美國企業防弊規範及啟示.....	25
第一章 前言	25
第二章 美國企業防弊相關規範.....	25
第一節 內部控制	25
第二節 寬宥制度	27
第三節 高額罰鍰	28
第四節 機構關係人.....	32
第五節 通報義務	34

一、 審計委員會應建立通報程序	34
二、 企業律師專業責任	34
第六節 吹哨者保護	36
第三章 美國法之啟示	38
第一節 內部控制	38
第二節 寬宥制度	39
第三節 高額罰鍰	40
第四節 機構關係人	41
第五節 通報義務	42
第六節 吹哨者保護	44
第三編 定罪和執法	53
第一章 總論：刑法上貪腐之定義與其意義	54
第一節 概說	54
第二節 具有刑事立法意義的貪腐行為概念	56
一、 刑法學上的貪腐概念：法典化的貪腐行為	56
二、 「經濟人」決策模式的核心概念：「交換」	58
三、 道德意義的貪腐行為	59
四、 社會學與規範概念的貪腐行為：濫用受人委託的權力	61
五、 小結	62
第三節 貪腐行為的法律性質	63

一、	義務犯（Pflichtedlikte）特質	63
二、	以受委託的權力來源及內容區分公、私部門的貪腐行為	66
第二章	貪腐行為侵害的法益	71
第一節	貪腐行為在經濟學面向上的社會損害	71
一、	貪腐行為在經濟發展上的正面意義	71
二、	反駁意見：貪腐是「看不見的拳頭」	72
第二節	公部門貪腐行為侵害的法益	74
第三節	私部門貪腐行為侵害的法益	75
一、	公、私部門貪腐行為侵害法益的區分	75
二、	私部門貪腐行為侵害的法益屬性	76
三、	德國刑法典中相關規定的法益概念	78
四、	私人不正利益的獲得與法益侵害：以我國圖利罪構成要件作為批判對象	85
第四節	結論：私部門貪腐行為的應罰性與需罰性	86
第三章	我國已設有刑罰規定之罪名	89
第四章	應考慮增訂之罪名	107
第一節	影響力交易罪	107
一、	法制小史	107
二、	立法例與公約	107
三、	法律性質與分析	111
四、	增訂條文的建議	114
第二節	（招標中）限制競爭協議罪的需罰性	115

一、	（招標中）限制競爭協議罪的需罰性.....	115
二、	增訂條文的建議	115
第三節 商業交易賄賂罪.....		116
一、	立法例與公約	117
二、	法律性質與分析	121
三、	增訂條文的建議	123

總說明

本報告分為三編，第一編與第二編的內容係就聯合國反貪腐公約（以下簡稱反貪公約）第 2 章「預防措施」，進行國內立法進行審視與建議。反貪公約第 2 章的規範重心在於對各締約國採取有效的預防貪腐政策，同時也要求非政府組織扮演社會重要角色，為本公約中面向最廣、相關部門與機關最多，同時問題層面也最繁瑣的一個章節，因此分由兩位協同主持人由德國法與美國法的角度，加以深入探討。第三編所處理者為反貪公約第 2 章「定罪和執法」，涉及的是刑事法上的規定。本報告將集中討論第 2 章中刑事實體法的部分，並且就我國現行法未設處罰規定之條文提出立法建議。

一、第一編內容說明

第一編就「聯合國反貪腐公約」第 2 章「預防措施」中的第 9 條有關政府採購和政府財政管理和第 14 條有關金融機構預防洗錢措施兩部分，檢視國內法規及提出立法建議。

其中關於第 9 條有關政府採購和政府財政管理，本章就此相關規定，首先檢視我國現行政府採購制度中，與廉正倫理有關的規範，對於公正程序之要求、禁止請託關說，以及書面公共工程及採購契約之資訊公開，此等程序上之要求，從機關內部建立公正採購制度。此外，佐以外部審查稽核機制，就審計機關之主動稽察權、建立採購廠商資格登錄制度、擴大申報財產之人員範圍，加強洗錢防制，同時規範捐贈政治獻金之限制，要求相關資料建置，以加強預防貪腐之成效。就政府採購法相關重要子法及其他行政規則，皆在本章第二節中，一一加以檢視。其次，再就德國法上相關規範，從德國公務員規範體系，公務員法律地位法上保密義務之除外規定以及聯邦資訊自由法，加以論述以為比較參考。另，柏林貪腐紀錄法，雖然僅為邦層級的法規，但最近德國聯邦政府也提出競爭公告法（Wettbewerbsregistergesetz）草案，類似制度的建立與執行成效，可茲借鏡。此外，聯邦行政禁止接受餽贈或禮物要點以及各邦的反貪污條款、薩克森邦政府預防和防制反貪腐的邦行政法規，亦值得為我國之參考。

另就第 14 條有關金融機構預防洗錢措施部分，本章則就我國洗錢防制法中，對於金融機構之特別規定，加以檢視，其次參酌德國銀行法中，關於洗錢防制之規定，作一比較分析。我國目前金管會係依據洗錢防制法執行與金融機構相關之洗錢防制業務，但有無必要如同德國銀行法般，將與洗錢防制有關之風險分析建置需求，納入銀行法中加強規範，似可思考。

二、第二編內容說明

聯合國反貪腐公約第 12 條為規範私部門防貪腐之預防，第 33 條則涉及舉報貪腐之吹哨人保護措施，本編就私部門防貪腐之預防，自內部控制、寬宥制度、高額罰鍰、機構關係人及通報義務等面相，探討美國企業防弊相關規範及實務運作，並檢視我國現制，提出改革建議。另就私部門吹哨人之保護，建議參酌美國沙賓法及陶德法蘭克法相關規定，立法將公開發行公司及其非公開發行子公司員工均納入保護範圍，同時應避免如美國實務因主管機關裁決遲延，減損對私部門吹哨人之實質保護。

「內部控制」方面，美國 2002 年沙賓法第 404 條之規定，係為確保與財務報導有關之內部控制制度之有效性，但遵法成本極高；2010 年陶德法蘭克法第 989G 條及 2012 年企業籌資法第 103 條則陸續增訂豁免規定。我國公開發行公司依證券交易法第 14-1 條及公開發行公司建立內部控制制度處理準則第 22 條，僅須每年辦理自行評估，例外才由會計師專案審查內控制度，遵法成本較低。然為補自行評估之不足，主管機關金融監督管理委員會即需依證交法第 38-1 條善盡監理之責，必要時即時指定會計師進行專案審查。

「寬宥制度」方面，依美國聯邦量刑準則第 8 章規定，企業嚴格執行並有效落實法令遵循計畫，即可大幅減免刑責，相當程度提高企業採行法律遵循計畫之誘因。此外，聯邦海外反貪污行為法對違反法令者處以巨額罰金，但對預先建置法令遵循機制者得減免處罰，甚至放棄追訴。我國採「先行政後司法」之制裁方式，企業可能因裁罰遠低於不法利潤，而不畏行政裁罰。建議調整制裁方式並建立鼓勵公司之誘因，於行政機關作成行政制裁或檢察官起訴前，酌予衡量行為人努力之因素，鼓勵其健全組織之法令遵循機制，以達目標。

「高額罰鍰」方面，美國聯邦存款保險法第 8 條第 i 項第 2 款、聯邦準備法第 29 條及紐約州銀行法第 44 條等，均基於可裁罰行為之嚴重程度及責任高低將罰鍰分為三級，並規定違規行為持續時監理機關每日可裁罰之上限金額。此外，每日罰鍰上限隨通貨膨脹而定期調整且非絕對，監理機關得依被處罰主體之違法獲利情形調整。建議我國考量依違法行為構成要件之不同，分級酌予提高罰鍰數額。然而，美國對銀行紓困時，為服民心，遂以高額罰鍰制裁內部人；且近來恐怖行動及金融犯罪亦透過洗錢隱匿不法所得，故一旦違反洗錢防制之法律遵循，常處重罰。我國現況與美國有別，亦欠缺相當的資源與市場，故更應重視管制謙抑性，制定較具法律管制彈性且能通過成本效益分析之法令。

「機構關係人」方面，關係人藉由優勢地位影響銀行決策經營或與銀行交易，易生損害。依美國聯邦存款保險法第 3 條第 u 項規定，銀行法執法裁罰之對象包括問題銀行及三類「機構關係人」。此外，銀行及其機構關係人如違反關係人交易之規定，依聯邦準備法第 29 條規定，得對機構關係人處以罰鍰。由於行為之

負責人不及於大股東或其他利害關係人，故依我國銀行法第 127-1 條，對於未申報利害關係人之情形僅能處罰銀行，無法處罰有申報瑕疵之大股東，建議參考美國法模式，修正銀行法以對違法之「機構關係人」處以罰鍰。

「通報義務」方面，美國沙賓法第 301 條要求公開發行公司之審計委員會應建立通報程序，受理員工以保密匿名方式，通報可疑之會計與審計事項。另於同法第 307 條定有企業律師陳報義務，且不但於法律層次要求企業律師應負陳報義務，並授權主管機關得懲戒違反法令之專門技術人員。我國目前尚無相關法律要求企業建立內部通報機制，僅於上市上櫃公司誠信經營守則第 23 條規範上市(櫃)公司應訂定具體檢舉制度，惟此等自律規範並無法律上之強制力，如欲落實，當以法律或法律明確授權所制定之命令加以規範為宜。另關於律師倫理規範第 33 條但書第 4 款適用上之疑義，建議參考美國法制，放寬律師於合理相信有其必要之範圍內，得揭露其代表委託人之相關資訊，使企業內、外部律師均得善盡其擔任把關者之責任。

「吹哨者保護」方面，美國沙賓法第 806 條保護公開發行公司之員工吹哨者，陶德法蘭克法第 929A 條則明確將公開發行公司之非公開發行子公司員工納入保護範圍，同法第 922 條更授權證券管理委員會獎勵並保護舉發證券市場不法行為之吹哨者。雖然我國上市上櫃公司治理實務守則第 28-2 條及上市上櫃公司誠信經營守則第 23 條訂有保護及獎勵檢舉人相關規範，惟此等規定均屬自律規範性質而非法律，並無法律上之強制力，且對於揭弊者之保護甚為有限。因此，考量公開發行公司規模龐大，其不法行為亦將對社會公益影響至鉅，建議參酌美國沙賓法及陶德法蘭克法相關規定，未來立法將公開發行公司及其非公開發行子公司員工均納入保護範圍，建構我國私部門吹哨者保護法制。然美國實務上仍有因主管機關調查人員案件量過多，調查曠日廢時等程序不正義之問題存在，我國未來立法應以之為借鏡，避免因主管機關裁決遲延，減損對吹哨者之實質保護。

三、第三編內容說明

本報告就反貪公約第三章的規定，集中處罰關於刑事實體法規定的部分，內容包括貪腐犯罪的基本概念以及反貪公約所提出之刑罰規定立法要求加以處理，共分為四章，說明如下：

第一章所討論的是刑法上的貪腐行為概念。國內文獻對於我國現行法上個別犯罪的成立要件討論頗豐，但是對於貪腐行為在其他面向上的討論較少，為了避免在與聯合國反貪腐公約接軌時，我國立法上忽略了其他重要背景認識，因此本報告擬先就貪腐行為的各種面向討論加以介紹，並從中試圖建構刑法上的貪腐行為概念，也就是具有可罰性的貪腐行為的描述。透過本章的討論，本報告認為貪腐行為在刑法上可定義為「濫用他人委託的權力（違反義務），換取

由大眾所負擔的私人不相稱利益（不正利益），並因而造成他人的損害（侵害法益）」。藉此定義我們可以確定貪腐行為的義務犯性格，也就是以違反義務作為實現構成要件的方式。而由義務的來源，也就是委託權力的屬性，可以獲得區分公、私部門貪腐行為的要素，凡行為違反國家任務委託而生的義務，即屬公部門的貪腐行為；而若委託者係私人，則屬私部門的貪腐行為，不過並非所以濫用私人委託權力的行為都是貪腐行為，釐清這點的關鍵則指向法益的概念。

第二章所探討的是貪腐行為所侵害的法益。首先本報告由經濟學面向的觀點展開，針對貪腐行為在經濟上的正面與負面意義加以剖析，基於貪腐行為對自由競爭與公眾福祉所造成的妨礙，貪腐在現代社會應被認定為是弊多於利的行為模式，因此，在個案中倘有利多於弊且合於法律規定或法律精神的情形，諸如對於法令、政策或議案之形成、制定、通過、變更或廢止所為之遊說，或可透過阻卻違法的方式予以調和。

另外透過法益概念，也可以更進一步地界定公、私部門的貪腐行為。由於公、私部門對於市場上競爭機制的反應以及目的皆不同，其貪腐行為所造成的侵害在評價上亦有不同。公部門的貪腐行為所侵害之法益，在刑法上迭有爭議，可以確定的是此等法益係屬集體法益，同時指向人民對公部門的信賴、國家體制的運作以及經濟層面上的集體利益。至於私部門貪腐行為的刑罰規定所保護的法益則是市場的自由競爭。至於德國於 2015 年修正刑法第 299 條時所增設的「業主模式構成要件（Geschäftsherrentatbestand）」，其用意在於確保受託人與受雇人在商業交易行為中，忠誠且不受影響地履行其對業主之義務，本報告與多數德國學者見解一致，認為此一利益屬個人法益，一來不應劃入企業賄賂罪之保護範圍內，而且單純以違反對業主之義務作為處罰的理由，恐有失之過苛之虞，因此應透過背信罪，也就是只有在違反義務引起業主財產上損失時，始具可罰性。

本章在處理貪腐行為侵害法益，也就是其應罰性問題後，接著提出需罰性的討論，作為立法與修法時的參考。

第三章與第四章則是針對反貪公約中所提出之定罪立法要求加以回應。在第三章中，本報告將我國業已設有刑罰規定的部分加以對照比較，以檢視我國現行法與相關修正草案是否符合反貪公約的要求。第四章則是就我國未設刑罰規定的條文提出立法建議，俾使未來我國草擬法案與立法機關了解反貪公約與外國立法例如何加以規範我國尚未設有處罰規定的貪腐行為，同時也參酌我國國情與企業經營運作之特性，設計合於反貪公約要求與我國情勢的構成要件，作為立法時之參考。本章所提出的立法建議包括三項罪名：影響力交易罪（反貪公約第 18 條）、招標中限制競爭協議罪（德國刑法第 298 條），以及商業交易賄賂罪（反貪公約第 21 條）。

第一編 「聯合國反貪腐公約」第2章「預防措施」國內法規檢視及立法建議

第一章 「聯合國反貪腐公約」第2章第9條 政府採購和政府財政管理

第一節 前言

聯合國反貪腐公約第9條，關於政府採購和政府財政管理，各締約國均應依其國家法律制度之基本原則採取必要之步驟，建立對預防貪腐特別有效且以透明度、競爭及依客觀標準決定為基礎之適當採購制度。此類制度得在適用時考量適當之最低門檻金額，所涉及者應包含下列事項：

1. 公開發送採購程序及契約之資料，包括招標文件與決標相關資料，使潛在投標人有充分時間準備和提交投標書；
2. 事先確定參加政府採購之條件，包括甄選與決標標準及投標規則，並予以公布；
3. 採用客觀及事先確定之標準作成政府採購決定，以利事後稽核各項規則或程序之正確適用與否；
4. 建立有效之國內復審制度，包括有效之申訴制度，以確保在依本項訂定之規則未受到遵守時得訴諸法律及進行法律救濟；
5. 酌情採取措施，以規範採購承辦人員之相關事項，如特定政府採購之利益關係聲明、篩選程序及培訓要求。

各締約國均應依其國家法律制度之基本原則採取適當措施，促進政府財政管理之透明度和課責制。此等措施應包括下列事項：

1. 國家預算之通過程序；
2. 按時報告收入及支出情況；
3. 由會計和審計標準及相關監督構成之制度；
4. 迅速而有效之風險管理及內控制度；及
5. 在本項規定之要求未受到遵守時，酌情加以導正之措施。

各締約國均應依其國家法律之基本原則，採取必要之民事和行政措施，以維持與政府開支和財政收入有關之帳冊、紀錄、財務報表或其他文件完整無缺，並防止竄改此類文件。

本章就此相關規定，首先檢視我國現行政府採購制度中，與廉正倫理有關

的規範，對於公正程序之要求、禁止請託關說，以及書面公共工程及採購契約之資訊公開，此等程序上之要求，從機關內部建立公正採購制度。此外，佐以外部審查稽核機制，就審計機關之主動稽察權、建立採購廠商資格登錄制度、擴大申報財產之人員範圍，加強洗錢防制，同時規範捐贈政治獻金之限制，要求相關資料建置，以加強預防貪腐之成效。就政府採購法相關重要子法及其他行政規則，皆在本章第二節中，一一加以檢視。其次，再就德國法上相關規範，從德國公務員規範體系，公務員法律地位法上保密義務之除外規定以及聯邦資訊自由法，加以論述以為比較參考。另，柏林貪腐紀錄法，雖然僅為邦層級的法規，但最近德國聯邦政府也提出競爭公告法（Wettbewerbsregistergesetz）草案，類似制度的建立與執行成效，可茲借鏡。此外，聯邦行政禁止接受餽贈或禮物要點以及各邦的反貪污條款、薩克森邦政府預防和防制反貪腐的邦行政法規，亦值得為我國之參考。

第二節 國內法規檢視

一、 公正程序要求

關於行政程序之公正程序要求，行政行為之決定，除應恪遵依法行政之外，應避免有利益衝突之情事，如有行政程序法所規範應迴避之事由，該管公務員即應自行迴避，或依申請，或依職權命令迴避。另外，禁止為法定程序外的接觸，依行政程序法有第 47 條第 1 項規定：「公務員在行政程序中，除基於職務上之必要者外，不得與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸。」同條第 2 項及第 3 項並規定，此項行政程序外之接觸，並應作成書面及對其他當事人公開。

又其他關於公職人員利益衝突迴避之相關規定，為促進廉能政治、端正政治風氣，建立公職人員利益衝突迴避之規範，有效遏阻貪污腐化暨不當利益輸送，特制定公職人員利益衝突迴避法，除其他法律另有更嚴格之規定者外，有關公職人員利益衝突之迴避，應優先適用本法之規定。公職人員知有利益衝突者，應即自行迴避（第 6 條）。服務機關或上級機關知有應自行迴避而未迴避情事者，應命該公職人員迴避（第 10 條第 4 項）。又例如第 9 條規定禁止互惠交易，公職人員或其關係人，不得與公職人員服務之機關或受其監督之機關為買賣、租賃、承攬等交易行為。另，有關旋轉門條款之設計，公務員服務法第 14 條之一規定，公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問。

政府採購法第 15 條特別就採購人員應遵循之迴避原則予以規定，機關承辦、監辦採購人員離職後三年內不得為本人或代理廠商向原任職機關接洽處理離職前五年內與職務有關之事務。機關承辦、監辦採購人員對於與採購有關之事項，涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益時，應行迴避。機關首長發現承辦、監辦採購人員有前項應行迴避之情事而未依規定迴避者，應令其迴避，並另行指定承辦、監辦人員。廠商或其負責人與機關首長有第二項之情形者，不得參與該機關之採購。但本項之執行反不利於公平競爭或公共利益時，得報請主管機關核定後免除之。

二、 禁止請託關說

公務員服務法第 15 條規定，公務員對於屬官，不得推薦人員，並不得就其主管事件，有所請託或關說；公職人員利益衝突迴避法第 8 條規定，公職人員之關係人不得向機關有關人員關說、請託或以其他不當方法，圖其本人或公職人員之利益。所謂關說、請託，指其內容涉及機關業務具體事項之決定或執行，且因該事項之決定或執行致有不當影響特定權利義務之虞者（公職人員利益衝突迴避法施行細則第 4 條）。

政府採購法第 16 條規定對於採購請託或關說之處理，請託或關說，宜以書面為之或作成紀錄。政風機構得調閱前項書面或紀錄¹。第一項之請託或關說，不得作為評選之參考。而依政府採購法施行細則第 16 條規定，所謂請託或關說，係指不循法定程序，對採購案提出下列要求：一、於招標前，對預定辦理之採購事項，提出請求。二、於招標後，對招標文件內容或審標、決標結果，要求變更。三、於履約及驗收期間，對契約內容或查驗、驗收結果，要求變更。採購人員倫理準則第 4 條規定，採購人員應依據法令，本於良知，公正執行職務，不為及不受任何請託或關說。機關遴選採購評選委員會委員，不得有接受請託或關說之情形（採購評選委員會組織準則第 4 條之一）。為確保採購評選委員會委員公正辦理評選，委員應依據法令，本於專業及良知，公正執行職務，不為及不受任何請託或關說（採購評選委員會委員須知第四點）。

三、 書面公共工程及採購契約之資訊公開

我國 94 年 12 月 28 日制定公布的政府資訊公開法第 7 條明定主動公開政府

¹ 為規範行政院及所屬機關、機構請託關說事件之登錄與查察作業，符合透明化及登錄標準化，行政院訂定行政院及所屬機關機構請託關說登錄查察作業要點，然而因為政府採購法已經有就請託或關說之處理，明文規定以書面為之或作成紀錄，故該要點第四點第 1 款規定政府採購法所定之請託或關說行為，不適用本要點之規定。

資訊之範圍及其方式。其中法規命令、行政指導有關文書、施政計畫、業務統計、研究報告、預算及決算書、**書面之公共工程及採購契約**、支付或接受之補助以及合議制機關之會議紀錄等，依行政程序法第 45 條之規定，除涉及國家機密外，均屬主動公開之項目。本條所列之各項政府資訊，如有涉及本法第 18 條第 1 項各款規定應限制公開或不予提供者，不在主動公開之列。至公共工程及採購契約較重大者均以書面為之，為利於民眾知曉及監督契約之履行，依政府資訊公開法第 7 條第 8 款規定，原則上應主動公開之。至於非屬書面之契約，如均主動公開，恐將影響效率及浪費公帑，爰不規定需主動公開²。

財政部為辦理本部及所屬機關（構）資訊業務，特設財政資訊中心。依財政部財政資訊中心組織法第 2 條第 6 款規定，本中心掌理事項，包括政府採購及民間參與公共建設資訊體系之建立與管理。

四、 審計機關之主動稽察權

為配合政府採購法第 111 條規定，爰於 87 年 11 月 11 日修正公布審計法第 59 條規定，審計機關對於各機關採購之規劃、設計、招標、履約、驗收及其他相關作業，得隨時稽察之；發現有不合法定程序，或與契約、章則不符，或有不當者，應通知有關機關處理。各機關對於審計機關之稽察，應提供有關資料。將第一項財物稽察範圍及方式修正之。並為利審計機關對於各機關採購之稽察，於修正條文第二項規定各機關對於審計機關之稽察，應提供有關資料³。

查修正前審計法第 59 條規定，各機關營繕工程及各種財物購置、定製或變賣之開標、比價、議價、決標、驗收在一定金額以上者，應照法定程序辦理，並於一定期限內通知審計機關派員稽察；其不合法定程序，或與契約、章則不符者，審計人員應糾正之。修正後，審計機關對各機關之採購程序得隨時稽察。審計機關之稽察權能，由被動通知，改採得隨時主動出擊，顯見對於採購機關會產生一定的拘束力，促使其依法遵法辦理採購，而有防制貪腐事件發生之效果。

五、 採購廠商資格登錄制度

中小企業發展條例第 38 條規定，廠商資格及登錄制度之建立。各級政府及公營事業辦理公告採購、公共工程或委託研究發展工作者，應依實際需要，建

² 政府資訊公開法第 7 條立法理由參照。

³ 審計法第 59 條立法理由參照。本條施行日期定為 88 年 5 月 27 日

立供應廠商或投標廠商之中小企業資格及登錄制度。

六、 擴大申報財產之人員範圍

政府採購法第 15 條第 5 項規定，採購之承辦、監辦人員應依公職人員財產申報法之相關規定，申報財產。公職人員財產申報法於 96 年 3 月 21 日修正，**擴大應申報財產之人員**，於第 2 條第 1 項第 12 款規定，**辦理採購業務之主管人員**，屬於應適用本法之公職人員範圍者，應依本法申報財產。而其範圍授權由法務部會商各該中央主管機關另以法規命令訂定之。因該款涉及高達十八種業務主管人員，為使各項業務之範圍及主管人員之定義明確，以利公職人員及受理申報機關（構）確認財產申報對象，法務部爰於 97 年 10 月 16 日訂定公職人員財產申報法第 2 條第 1 項第 12 款業務主管人員範圍標準，其重點除逐一定義司法警察、稅務、關務、地政、會計、審計、建築管理、工商登記、都市計畫、金融監督管理、公產管理、金融授信、商品檢驗、商標、專利、公路監理、環保稽查、採購等十八種業務範圍，以利申報義務人及受理申報機關（構）遵循外，並定義本款所稱採購人員，指專責承辦採購業務之人員；主管人員係指依機關編制所置並執行主管職務之主管、副主管人員，俾便受理申報機關（構）認定主管人員之適用範圍。

七、 洗錢防制

洗錢防制法第 3 條第 8 款規定，政府採購法第 87 條第 3 項⁴、第 5 項⁵、第 6 項⁶、第 89 條（受託辦理採購人員洩密之處罰）⁷、第 91 條第 1 項、第 3 項（強制採購人員洩密之處罰）之罪，為洗錢防制法所稱特定犯罪。意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得；或掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者；收受、持有或使用他人之特定犯罪所得，則構成洗錢防制法所稱之洗錢行為，可依同法第 14 條規定加以處罰，處七年以下有期徒刑，併科新臺幣五百萬元以下罰金。前項之未遂犯罰之。但前二項情形，不得科以超過其特定犯罪所定最重本刑之刑。

⁴ 以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。

⁵ 意圖影響採購結果或獲取不當利益，而借用他人名義或證件投標者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者，亦同。

⁶ 第三項之未遂犯罰之。

⁷ 受機關委託提供採購規劃、設計或專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，洩漏或交付關於採購應秘密之文書、圖畫、消息、物品或其他資訊，因而獲得利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金。前項之未遂犯罰之。

八、 捐贈政治獻金之限制

為避免個人、政黨、人民團體及營利事業透過捐贈的迂迴手法達到實質賄賂的效果，政治獻金法第 7 條第 1 項第 2 款及第 11 款規定，該款所定之個人、政黨、人民團體及營利事業，如與政府機關（構）有巨額採購或重大公共建設投資契約，且在履約期間之廠商，或是與政黨經營或投資之事業有巨額採購契約，且在履約期間之廠商，不得捐贈政治獻金。為利政黨、政治團體及擬參選人查證所收受獻金，是否符合前開第 1 項規定，各該機關應將相關資料建置於機關網站，以供查詢；未建置之資料，政黨、政治團體及擬參選人得以書面請求查詢，受請求之機關，不得拒絕。關於第 2 款之相關資料，由行政院公共工程委員會及財政部，第 11 款則由內政部，建置之。

前述所謂「巨額採購」，依 88 年 5 月 17 日行政院公共工程委員會(88)工程企字 8806853 號令發布之「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」第 8 條規定，採購金額在下列金額以上者，為巨額採購：

- 一、工程採購，為新臺幣二億元。
- 二、財物採購，為新臺幣一億元。
- 三、勞務採購，為新臺幣二千萬元。

九、 政府採購法相關重要子法及行政規則

為建立完善之政府採購制度，除配合修正政府採購法施行細則(105.11.18)，以符合實務運作需要，其他相關重要子法如下所列：

- 一、在程序面有：政府採購公告及公報發行辦法 (097.05.20)、電子採購作業辦法 (091.07.17)、機關主會計及有關單位會同監辦採購辦法 (099.11.29)、機關優先採購環境保護產品辦法 (090.01.15)、投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準 (104.10.29)等；
- 二、在組織面有：採購評選委員會審議規則 (097.05.05)、採購評選委員會組織準則 (099.05.12)、採購稽核小組組織準則 (100.10.27)、採購稽核小組作業規則 (089.10.16)、採購申訴審議委員會組織準則 (105.05.25)等；
- 三、有關爭議處理之法規有：採購申訴審議規則 (101.09.04)、採購申訴審議收費辦法 (096.03.13)、採購履約爭議調解規則 (097.04.22)、採購履約爭議調解收費辦法 (101.08.03)；
- 四、針對採購人員之行為及資格規範則有：採購人員倫理準則 (088.04.26)、採購專業人員資格考試訓練發證及管理辦法 (106.01.24)。

為規範公務員受贈財物、飲宴應酬、請託關說等相關標準，於 97 年 6 月 26 日訂定發布公務員廉政倫理規範，並於同年 8 月 1 日生效，因而前於 82 年 9 月 14 日訂定之「端正政風行動方案」⁸業於 98 年 7 月 8 日停止適用。後公務員廉政倫理規範又於 99 年 7 月 30 日修正，公務員應依法公正執行職務，不得假借職務上之權力、方法、機會圖本人或第三人不正之利益，以提升政府之清廉形象。公務員不得要求、期約或收受與其職務有利害關係者餽贈財物。但有下列情形之一，且係偶發而無影響特定權利義務之虞時，得受贈之：(一)屬公務禮儀。(二)長官之獎勵、救助或慰問。(三)受贈之財物市價在新臺幣五百元以下；或對本機關(構)內多數人為餽贈，其市價總額在新臺幣一千元以下。(四)因訂婚、結婚、生育、喬遷、就職、陞遷異動、退休、辭職、離職及本人、配偶或直系親屬之傷病、死亡受贈之財物，其市價不超過正常社交禮俗標準。所謂正常社交禮俗標準，指一般人社交往來，市價不超過新臺幣三千元者。但同一年度來自同一來源受贈財物以新臺幣一萬元為限。公務員如遇有受贈財物情事，應依規定簽報其長官及知會政風機構。

為端正政風、澄清吏治，對於雖未構成貪瀆犯罪而涉及行政違失之案件，仍應即追究行政責任，原 83 年訂定之「執行肅貪行動方案防貪部分應注意事項」，後修正為「執行端正政風行動方案防貪部分應注意事項」⁹（103 年廢止），以及 86 年訂定「政風機構加強行政肅貪作業注意事項」、於 100 年 7 月 27 日修正為「政風機構加強行政肅貪作業要點」¹⁰，促使公務員知法、守法，避免貪瀆情事發生。防貪部分關於請託關說、贈受財物及飲宴應酬之規定，特訂定關於請託關說、餽贈、飲宴應酬應為之「知會」，得以口頭或書面為之，政風機構受知會後，應即簽報登錄建檔。

然而在 88 年 4 月 26 日依政府採購法第 112 條訂定的「採購人員倫理準則」中，對於公務員在辦理政府採購案件中接受廠商禮物邀宴，是否涉及行政程序外接觸之「職務上之必要者」，或可認為屬於「正常社交禮俗」，未有詳細之規範，是否可以適用前述「公務員廉政倫理規範」之規定以單純之餽贈案件登錄處理？應值深入探究。為使辦理政府採購人員接受餽贈邀宴中之「與其職

⁸ 82 年 9 月 14 日行政院臺八十二研展字第 5295 號函訂定發布全文 5 點；98 年 7 月 8 日行政院臺臺法字第 0980087657 號函停止適用；並自即日生效。

⁹ 原名稱：執行肅貪行動方案防貪部分應注意事項，83 年 2 月 8 日法務部(83)法政字第 02928 號函訂定發布全文 11 點；94 年 9 月 15 日法務部法令字第 0941115779 號令修正發布名稱及全文 10 點；103 年 12 月 16 日法務部法廉字第 10305048291 號令廢止，並自 103 年 12 月 16 日生效。

¹⁰ 86 年 4 月 19 日法務部法 86 政字第 10719 號函訂定；94 年 8 月 17 日法務部法令字第 0941113580 號令修正發布全文 12 點；100 年 7 月 27 日法務部廉政署廉政字第 1000700035 號函修正發布名稱及第 2 點、第 10 點、第 11 點，並自 100 年 7 月 20 日生效(原名稱：政風機構加強行政肅貪作業注意事項)。

務有利害關係者」之定義適用上更加明確，是否屬於前述公務員廉政倫理規範之「且係偶發而無影響特定權利義務之虞時」之情形，應予以釐清，以杜不法貪瀆疑慮。

第三節 德國法比較參考

反貪腐制度之建立，不僅有賴於制定完善的反貪污法律，並確實執行法律，加以制裁，同時也應建立預防貪污、有效遏阻貪污發生的機制，強化審計部門的監督職責、司法機關的反貪污職能，並發揮媒體的監督力量，及動員個人和社會組織的力量，建構反貪污的完整網絡。多元治理之必要，是因為政府部門的反貪污措施並不一定可靠。德國的國際透明組織就認為，在有些國家，政黨、警察機關、法院有時就是貪污最嚴重的機構¹¹。以下有關德國政府倫理法制之說明，先就德國公務員規範體系做一個概括的介紹，其次再依序介紹德國公務員法律地位法（Beamtenstatusgesetz）、聯邦資訊自由法

（Informationsfreiheitsgesetz）、柏林貪腐紀錄法（Korruptionsregistergesetz），以及薩克森邦政府預防和防制反貪腐的邦行政法規。最後介紹德國聯邦政府競爭公告法（Wettbewerbsregistergesetz）草案。

一、 德國公務員規範體系

德國基本法第 33 條第 2 項至第 5 項規定作為規範聯邦及各邦，包括鄉鎮市等公務員之憲法基礎。規範德國公務員之法律，最重要也是最上位的法規範基礎是由聯邦制定、1953 年 7 月公布的聯邦公務員法（Bundesbeamtengesetz，簡稱 BBG）¹²及 1957 年 7 月的公務員基準法（Rahmengesetz zur Vereinfachung des Beamtenrechts，亦稱 Beamtenrechtsrahmengesetz，簡稱 BRRG）¹³。其次，再由各邦依公務員基準法所定之原則，分別對其所屬公務員制定相關公務員法，例如「柏林邦公務員法」或「巴伐利亞邦公務員法」等。

然而由於社會環境之變遷，主要為因應政府財政赤字，採行節約措施，以及配合歐盟化的要求，德國公務員制度進行了一連串的改革，從 1997 年的公務員法改革條例（Dienstrechtsreformgesetz），到 2002 年的聯邦公務員懲戒法，2009 年的公務員法新條例（Dienstrechtsneuordnungsgesetz），德國公務員制度有極大的變革。其後由於刪除德國基本法第 75 條第 1 項第 1 款有關聯邦對於各邦框架立

¹¹ <http://www.transparency.de/Verwaltung.63.0.html>.

¹² 1953 年制定的聯邦公務員法，因應公務員制度改革，在 2009 年與公務員法新條例同步有重大修正。

¹³ 1957 年 7 月 1 日制定公布的公務員基準法，其後因公務員制度改革，在 2009 年 2 月有重大修正，刪除了大部分的規定。其主要功能由新制定的公務員法律地位法所取代，詳如後述。

法權限之故，從而廢除前述的公務員基準法（Beamtenrechtsrahmengesetz），而由聯邦立法統一各邦及鄉鎮的公務員法律地位，因而有 2009 年 4 月 1 日生效之公務員法律地位法（Beamtenstatusgesetz）取代之¹⁴。

德國關於聯邦公務員之權利與義務，主要規定於聯邦公務員法第 60 條至第 86 條、公務員法律地位法第 33 條至第 53 條。不過，關於公務員的迴避、政府資訊公開、以及賄賂黑名單的公告等規範，則並非有統一規範的統合性法律，而是散見於其他法律，例如行政程序法、聯邦政府資訊公開法

（Informationsfreiheitsgesetz，IFG），及各邦的賄賂公告法，如柏林（Gesetz zur Einrichtung und Führung eines Registers über korruptionsauffällige Unternehmen in Berlin，Korruptionsregistergesetz – KRG）等。

二、 公務員法律地位法上保密義務之除外規定

公務員法律地位法第 37 條規定，公務員對其職務上知悉之事項有保密義務（Verschwiegenheitspflicht），但有第 2 項各款規定之情形時，不適用之。其中第 3 款則規定，有足夠事實顯示，上級主管機關、執法機關、或邦法所定之其他行政機關，或其他公職以外的如調解員（Ombudsleute）等，涉嫌觸犯刑法第 331 條至第 337 條貪污罪者，則排除遵守前開保密義務之規定¹⁵。

三、 聯邦資訊自由法

德國的聯邦資訊自由法（Informationsfreiheitsgesetz，IFG）在 2006 年 1 月 1 日生效實施¹⁶。建立政府資訊公開的制度。原則上任何人均有權獲得所有公權力及財政的行政程序訊息。部分邦訂有自己的資訊公開法¹⁷。

四、 柏林貪腐紀錄法

¹⁴ 林明鏘，德國公務員制度之最新變革：兼論我國文官制度的危機，臺大法學論叢第 40 卷第 4 期，2011 年 12 月，頁 2037 – 2085。

¹⁵ Leppke, in: Brinktrine/Schollendorf, Beck'scher Online-Kommentar Beamtenrecht Bund, 2016, BeamStG § 37 Verschwiegenheitspflicht, Rn. 16-17; Andreas Reich, in: Reich, Beamtenstatusgesetz, 2012, BeamStG § 37 Verschwiegenheitspflicht, Rn 9.

¹⁶ Informationsfreiheitsgesetz vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), das durch Artikel 2 Absatz 6 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

¹⁷ 相關資料參見網站 <http://www.transparency.de/Informationsfreiheit.85.0.html>。最後瀏覽日 2017/5/15。

為更有效的打擊和預防貪腐，2006 年 6 月 1 日柏林邦制定了貪腐紀錄法（Korruptionsregistergesetz – KRG）¹⁸，在柏林邦成立一個資訊中心，以便蒐集和提供相關的訊息記錄，將不可信賴的自然人和法人留下紀錄。貪腐記錄器（Korruptionsregister）的目的是，協助政府採購機關檢驗投標人、申請人或潛在承包商的可信度。但資訊中心本身並不做任何有關政府採購的決定。貪腐記錄器可以以自動文件的形式呈現，詢問單位可以用自動搜索的方式來執行資料數據傳輸。價值 15,000 歐元（約合新臺幣五十萬元）以上的採購契約，在作出決定之前，政府採購機關有義務先至資訊中心查詢，投標人、申請人或潛在承包商是否有被登記在資料庫中。如有必要，採購機關亦有權延伸查詢任何背後的企業。計畫中的採購亦同。

貪腐記錄有一定年限，如果是秩序違反法案件，罰鍰不超過一千歐元者，公告一年；此外其他案件三年。如果可以證明其可信賴度，亦可申請提前刪除，通常以下狀況可認為是恢復可信賴度：

1. 該自然人或法人已採取適當的組織和人事措施以防範重複違法；
2. 已賠償因該違法所生之損害或具有法拘束力的承認其賠償義務；
3. 至少已經登記超過六個月。

在北萊因西華倫邦（Nordrhein-Westfalen）也有類似的法律規定¹⁹，不來梅邦 2011 年也有制定賄賂公告法²⁰。

五、 聯邦行政禁止接受餽贈或禮物要點

依據聯邦公務員法第 71 條規定，公務員禁止收受餽贈、禮物或其他不正利益。2004 年 11 月 8 日德國《聯邦行政禁止接受餽贈或禮物要點》

（Rundschreiben zum Verbot der Annahme von Belohnungen oder Geschenken in der Bundesverwaltung）

依據該要點第一點之規定，公務員及軍人，包括已退休者，在執行職務範圍內，不得接受餽贈或禮物。只有在符合第三點規定之要求，事先經其長官或雇主同意之例外情形下，方得收受餽贈或禮物；但無論如何不得收受任何金額的現金。如有人提供餽贈或禮物，應立即通知其長官或雇主。

¹⁸ Gesetz zur Einrichtung und Führung eines Registers über korruptionsauffällige Unternehmen in Berlin (Korruptionsregistergesetz – KRG) vom 19. April 2006, GVBl. S. 358.

¹⁹ Gesetz zur Verbesserung der Korruptionsbekämpfung und zur Errichtung und Führung eines Vergaberegisters in Nordrhein-Westfalen, Gesetz-und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen -Nr. 1 vom 4. Januar 2005.

²⁰ Bremisches Gesetz zur Errichtung und Führung eines Korruptionsregisters (Bremisches Korruptionsregistergesetz – BremKorG), vom 17. Mai 2011, Brem.GBl. S. 365. 但該法預定將於 2018 年底失效。

依據該要點第四點之規定，以下幾種例外情形，視為經職務機關默示同意：收受價值低於 25 歐元之物品（例如簡單的廣告促銷品，如原子筆、筆記本、月曆等），對物品價值之判斷，以德國市價為準；或是公務機關接待賓客所需。該要點第五點規定，違反禁止接受餽贈或禮物之規定者，構成失職或違反勞動契約之義務，因此，公務員或軍人最重可為撤職之懲戒處分；退休公務員或軍人最重可為剝奪退休俸之懲戒處分；依勞動法對於雇員或學員可提前解約。此外，違反禁止接受餽贈或禮物之規定者，並應依相關規定，例如公務員服務法第 78 條、聯邦僱員集體協議第 14 條等規定負民事損害賠償責任。再者，接受餽贈或禮物也可能構成德國刑法第 331 條第 1 項、第 332 條第 1 項或第 335 條第 1 項第 1 款之犯罪，而應受刑事制裁。

六、 各邦的反貪污條款

涉及投入公共資金之計畫的私人企業，其員工個人亦須遵守反貪污的規定。而此一要求應在簽約前即告知競標者（包含取得同意書）。上述人員應遵守反貪污之行為準則（Verhaltenskodex gegen Korruption），及禁止收受報酬及禮物的行政規則。反貪污條款必須被適當訂定在政府採購契約中。

七、 薩克森邦政府預防和防制反貪腐的邦行政法規²¹

（一） 反貪腐預防措施

行政機關應採取下列措施，亦可為個案措施，但關於這方面的決定必須記錄並說明理由。

1. 建立公務員的敏感度

公務員宣誓或任命時，就應教導貪腐的不法內含，以及禁止接受饋贈、禮品和其他利益的的相關規定，使其明確知悉在公務員服務法、懲戒法和刑法上之後果。同時明白指出，如果有貪腐嫌疑，將有可能被移送反貪腐機關。也要提醒公務員，有義務在邦網站及網路蒐集相關規定以獲得資訊，如有必要，應交付該相關規定給公務員。

2. 訓練及進修

所有位於有貪腐風險工作或職位的公務員，都應優先完成反貪腐電子學習計畫，或是一個相等的進修活動。只有在合理的個案中，例如提出學歷證明，才可能可以免除。此外公務員可以利用參加薩克森邦的公共行政學院提供的專

²¹ Verwaltungsvorschrift der Sächsischen Staatsregierung zur präventiven und repressiven Korruptionsbekämpfung in der staatlichen Verwaltung des Freistaates Sachsen (VwV Anti-Korruption) vom 11. Dezember 2015, SächsABl. S. 1847.

題進修課程，用這種方式上課來分享經驗。不執行貪腐風險任務的公務員，也鼓勵參與電子學習計畫。

3. 人員輪調

人員輪調可以防止系統性的貪腐。對容易發生貪腐的工作或職位，根據風險分析的結果指出，其在職期間最好不得超過五年。任務改變和轉換工作或職位相同，公務員在新的任務領域的職權範圍會延伸到另一群新的人際關係。該被認為有高度貪腐風險的工作或職位，應通報人事行政管理單位，指示相關組織單位及其長官，注意他的任用期間。儘管還是可能因為，例如無適當接任人選，或調職也是相同意義的職位，而延長其任用期間。公務員的個人利益，特別是輪調的時間點，也應加以考量。授權內政部製作易懂的講義，協助落實輪調。

4. 一般性的流程控制、實施行政和專業監督

對於有高度貪腐風險的工作或職位，應該在業務流程中建立適當的控制措施，例如重複提醒、最後通知，裁量決定抽查。根據風險分析結果具有高度貪腐風險的工作或職位，應該要加強實施控制，例如必要時由監理機關實施隨機測試。

5. 多眼原則（Mehraugenprinzip）

根據風險分析結果具有高度貪腐風險的工作或職位，應該要適用多眼原則，由公務員或組織單位多數的參與者，通常是兩位，以共同審查方式來確保。

6. 工作流程

為了預防公務員與第三人有貪腐的互動，在技術上和經濟上可行的範圍內，應該設定複雜的流程，或在不同組織單位間有時間廣泛分離的各項個別措施，或分配給同一單位中不同的承辦人。應盡量做到需求單位、採購單位和結算單位始終分離。組織措施，特別是管轄規定，應該達到使系統貪腐的風險最小化。

（二）反貪腐抑制措施

1. 公務員義務

當有具體的賄賂嫌疑時，亦即不僅只是可能有賄賂行為之推測而已，公務員有通報其上級長官的義務。但如有合理事實懷疑上級長官也涉入犯罪行為，則應通報更上級長官或其他上級機關。該通知也應向主管該公務員機關的反貪腐機構為之。

2. 上級的義務

如果上級長官已得到賄賂犯罪行為的確切證據，則其應通知上級機關。

3. 通報刑事追訴機關

如果上級長官已經和上級機關達成一致的共識，應立即將具體賄賂犯罪嫌疑通報刑事追訴機關。除非已經得到刑事追訴機關的同意，否則必須立即實施

預防措施以避免證據滅失，此外，懲戒法與服務法之相關措施仍不受影響。

4. 協助刑事追訴機關調查工作

機關單位應避免從事任何可能會影響刑事追訴機關進行調查的行為，特別是在其依刑事追訴機關指示，從事非其所固有的、非正式的行政調查。

5. 懲戒及服務法措施

如該當各該法定構成要件時，則應立即對該公務員採取必要之懲戒措施，或對該雇員採取必要的勞動法上之處罰措施。

6. 損害賠償請求之適用

如因該違法造成損害，應仔細全面檢視對該公務員或第三人是否有損害賠償請求權，如有，則應行使之。

內政部有權制定易懂的參考手冊，進一步實施適當的行政指導，以預防和抑制貪腐。

八、 德國聯邦政府競爭公告法（Wettbewerbsregistergesetz）草案²²

2002 年德國聯邦政府曾擬議設立全聯邦的賄賂黑名單公告制度，將涉及賄賂且判決確定的企業列入黑名單，並依違法情節輕重，公告一定年限（例如一年或三年），在期間內，黑名單上的企業被禁止參與政府採購，從而對企業施加經濟壓力，使其在參與政府採購過程中不敢使用賄賂手段。但是因為賄賂黑名單公告制度對被列入黑名單之企業影響很大，因此推動過程阻力很大，迄今尚未實施。

然而由於公共採購經濟犯罪所造成的損失，光在 2015 年就高達約 29 億歐元，為建構現代化、效率化、簡單化及彈性化的政府採購程序，並且有效打擊經濟犯罪，德國聯邦政府於 2017 年 4 月 24 日提出競爭公告法草案，擬將於政府採購中引進競爭公告制度，對於在政府採購程序中曾有經濟不法犯罪前科之廠商，建立登記資料庫。預計由聯邦卡特爾署（Bundeskartellamt）負責架構，由聯邦刑事追訴機關及聯邦及州政府行政罰主管機關負責通報，如此一來行政機關在招標時，將可以輕易的排除潛在的不法的投標廠商。目前此制度在聯邦層級，付之闕如。該登記制度，可依照行為違犯程度之嚴重性，在一定期間後，將資料庫中的記錄予以刪除。如果是違反刑法，則在判決確定後最多五年，如果違犯的是行政罰的罰鍰，則最多三年。

²² Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters vom 24.04.2017, https://www.bundestag.de/presse/hib/2017_04/-/504080。最後瀏覽日 2017/5/15。

第四節 立法建議

參考 104 年 10 月 28 日中央廉政委員會第 15 次委員會議會議資料，行政院公共工程委員會所提報告對於我國政府採購法與聯合國反貪腐公約接軌情形，業經檢視主管法令及行政措施，認為尚無不符合反貪腐公約之規定，亦無須配合制(訂)定、修正或廢止法令之情形²³。

然而參考前述德國相關法規制度，建議可參酌柏林貪腐紀錄法與聯邦競爭公告法草案，可以在政府機關內部建立相關的貪腐資料庫，供採購單位登錄及查詢，分別涉案嚴重程度，錄案供參，但為確保個人資料保護，並不對外公開，僅供政府採購內部人員查詢使用。此一制度與現行行政法採購法第 101 條規定，將不良廠商，刊登於政府採購公報，仍有不同。以下分就原因不同及法律效果不同，分述之。

政府採購法第 112 條規定，主管機關應訂定採購人員倫理準則。對於反貪腐，雖有廉政倫理規定，明定機關人員不得有收受不法利益、接受饋贈招待、不依法令辦理採購、洩密、浮編、浮報、放水等不法行為。然查，政府採購法第 101 條規定將不良廠商，刊登於政府採購公報之各款事由：

- 一、容許他人借用本人名義或證件參加投標者。
- 二、借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件參加投標、訂約或履約者。
- 三、擅自減省工料情節重大者。
- 四、偽造、變造投標、契約或履約相關文件者。
- 五、受停業處分期間仍參加投標者。
- 六、犯第八十七條至第九十二條之罪，經第一審為有罪判決者。
- 七、得標後無正當理由而不訂約者。
- 八、查驗或驗收不合格，情節重大者。
- 九、驗收後不履行保固責任者。
- 十、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。
- 十一、違反第六十五條之規定轉包者。
- 十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。
- 十三、破產程序中之廠商。
- 十四、歧視婦女、原住民或弱勢團體人士，情節重大者。

其中並未包含因對於政府採購人員犯行賄者，且經第一審為有罪判決之廠商。有無必要在政府採購法第 101 條增定一款規定，允宜參考。

²³ 104 年 10 月 28 日中央廉政委員會第 15 次委員會議會議資料第 51 頁。

且刊登政府公報，除會發生一定期間內不得參加投標或作為決標對象或分包廠商之不利效果之外，尚涉及人格權，應審慎為之。而登錄貪腐資料庫並不對外公開，僅供內部查詢，較無違權之疑慮。或可值為我國政府採購法修正之參考。

綜上析述，貪腐紀錄法或是競爭公告法比較是屬於事前防範制度，與現行政府採購法第 101 條之刊登不良廠商於政府公報制度係屬事後懲罰制度，是一種「行政罰」的手段，二者尚有不同之處。

第二章 「聯合國反貪腐公約」第 2 章第 14 條 金融 機構預防洗錢措施

第一節 前言

除了在公部門可能發生貪腐活動之外，由於貪腐往往會通過金融機構進行支付或存入賄款，因此金融機構在洗錢防制程序中，扮演關鍵性重要角色。在公約第 14 條規定中，關於金融機構預防洗錢措施，各締約國均應在其權限範圍內，對銀行和非銀行之金融機構，包括對辦理資金或價值轉移等常規或非常規業務之自然人或法人，並在適當之情況對特別容易涉及洗錢之其他機構，建立全面性之國內管理及監督制度，以利遏制並監測各種形式之洗錢；此種制度應著重於訂定驗證客戶身分，並視情況驗證實際受益人身分、保存紀錄，及報告可疑交易等規定；締約國應考慮實施適當且可行之措施，要求匯款業務機構等相關之金融機構：(a) 在電子資金移轉文件和相關電文中，填入關於發端人（匯款人）之準確而有用訊息；(b) 在整個支付過程中，保留這種訊息；(c) 對發端人（匯款人）訊息不完整之資金轉移，加強審查。

本章以下則就我國洗錢防制法中，對於金融機構之特別規定，加以檢視，其次參酌德國銀行法中，關於洗錢防制之規定，作一比較分析。

第二節 我國法制檢視

一、洗錢防制法

近來政府致力於防制洗錢，打擊犯罪，健全防制洗錢體系，穩定金融秩序，透過金流之透明，遏阻犯罪衍生的不法金流，避免金融機構被利用為從事貪腐之工具，體認應從金融機構本身內部加強預防反貪腐之措施，制定嚴格遵循的打擊貪腐政策、程序和管制措施，課予金融機構申報義務，透過公私部門合作以有效打擊貪腐。

我國自 85 年 10 月 23 日制定洗錢防制法之後，二十年來犯罪集團洗錢態樣不斷推陳出新，迭經修正，為建置完善洗錢防制體制，強化洗錢防制作為，建立透明化之金流軌跡與可疑金流通報機制為目標，爰遵照防制洗錢金融行動工作組織（Financial Action Task Force，FATF）於 2012 年發布之防制洗錢及打擊資助恐怖主義與武器擴散國際標準四十項建議，於 105 年 12 月 28 日大幅修正公布全文 23 條，並自公布日後六個月施行，以強化我國洗錢防制體質，並增進國

際合作之法制建構²⁴。

適用洗錢防制法之金融機構包括：一、銀行。二、信託投資公司。三、信用合作社。四、農會信用部。五、漁會信用部。六、全國農業金庫。七、辦理儲金匯兌之郵政機構。八、票券金融公司。九、信用卡公司。十、保險公司。十一、證券商。十二、證券投資信託事業。十三、證券金融事業。十四、證券投資顧問事業。十五、證券集中保管事業。十六、期貨商。十七、信託業。十八、其他經目的事業主管機關指定之金融機構。105 年 12 月 28 日修法後，增訂對於辦理融資性租賃業務之事業，納入為洗錢防制法規範之金融活動。

另針對非金融機構，經法務部會同中央目的事業主管機關報請行政院指定，從事特定交易之非金融事業或人員，亦納入防制洗錢體系，爰予以增訂下列非金融事業或人員：一、銀樓業。二、地政士及不動產經紀業從事與不動產買賣交易有關之行為。三、律師、公證人、會計師為客戶準備或進行特定交易時，如買賣不動產、管理金錢、證券或其他資產、管理銀行、儲蓄或證券帳戶等。四、信託及公司服務提供業為客戶準備或進行特定交易時：如擔任法人之名義代表人、擔任或安排他人擔任公司董事或秘書、合夥人或在其他法人組織之類似職位、提供公司、合夥或其他型態商業經註冊之辦公室、營業地址、居所、通訊或管理地址、擔任或安排他人擔任信託或其他類似契約性質之受託人或其他相同角色、擔任或安排他人擔任實質持股股東。以及其他業務特性或交易型態易為洗錢犯罪利用之事業或從業人員，亦納入洗錢防制體系受本法之規範。

關於建立驗證客戶身分程序、保存資料，及申報可疑交易等制度，洗錢防制法第七條、第八條規定，金融機構及指定之非金融事業或人員應進行確認客戶身分程序，並留存其確認客戶身分程序所得資料，以及留存因執行業務而辦理國內外交易之必要交易紀錄；其確認客戶身分程序應以風險為基礎，並應包括實質受益人之審查。確認客戶身分程序所得資料或交易紀錄之保存，應自業務關係終止時起，或自交易完成時起，至少保存五年；臨時性交易者，應自臨時性交易終止時起至少保存五年。但法律另有較長保存期間規定者，從其規定。違反本條所定辦法者，由中央目的事業主管機關處金融機構新臺幣 50 萬元以上 1000 萬元以下罰鍰，處指定之非金融事業或人員新臺幣 5 萬元以上 100 萬元以下罰鍰。

金融機構對於達一定金額以上通貨交易及疑似洗錢交易均依應規定確認客戶身分程序，並留存資料，對於達一定金額以上之通貨交易，除另有規定外，應向法務部調查局申報（原規定於洗錢防制法第 7 條，105 年 12 月 28 日修法

²⁴ 105 年 12 月 28 日洗錢防制法第 1 條立法理由。

後移列為第 9 條)。違反申報義務者得對金融機構處以新臺幣 50 萬元以上 1000 萬元以下罰鍰(修法前為 20 萬元以上 100 萬元以下),指定之非金融事業或人員得處新臺幣 5 萬元以上 100 萬元以下罰鍰(修法前對非金融事業或人員無規範),並增訂適用於指定之非金融事業或人員,如會計師、律師、公證人或地政士等。

金融機構應訂定防制洗錢注意事項,報請中央目的事業主管機關備查;其內容應包括下列事項:一、防制洗錢及打擊資恐之作業及內部管制程序。二、定期舉辦或參加防制洗錢之在職訓練。三、指派專責人員負責協調監督本注意事項之執行。四、其他經中央目的事業主管機關指定之事項。前開防制洗錢注意事項之執行,中央目的事業主管機關應定期查核,並得委託其他機關(構)、法人或團體辦理。如有規避、拒絕或妨礙查核者,由中央目的事業主管機關處金融機構新臺幣 50 萬元以上 500 萬元以下罰鍰、處指定之非金融事業或人員新臺幣 5 萬元以上 50 萬元以下罰鍰。

對於高風險國家,金融目的事業主管機關應得要求金融機構或獨立採取適當且有效之防制措施,包括要求金融機構強化客戶審查措施、對於與被列名國家或該國個人之業務往來關係或金融交易予以限制、禁止金融機構信賴位於被列名國家之第三者所為之客戶審查程序、要求金融機構審查、修正或在必要情形下終止與列名國家金融機構之通匯關係或其他交易,或採取其他與風險相當且有效之必要防制措施等²⁵。

洗錢防制法所定之裁罰機關為中央目的事業主管機關,當裁罰對象為金融機構時則為金融監督管理委員會。

二、實務案例研析²⁶

整理近年來我國的洗錢案例如下表,可以觀察到歷來金管會對於違反洗錢防制法及其子法「金融機構對達一定金額以上通貨交易及疑似洗錢交易申報辦法」之規定,所為之裁處金額,早年不問違犯情節輕重、違犯期間或次數等違規情節嚴重程度,一律均處以最低罰鍰 20 萬元。自去年底至今(2017)年初,方略有改變,對於計有違規情形 76 筆的彰化銀行處以 180 萬元。雖自金管會 106 年 1 月 24 日金管銀國字第 10520005601 號裁處書看不出其裁處係基於數行為數

²⁵ 105 年 12 月 28 日洗錢防制法第 11 條立法理由。

²⁶ 相關案例研析,參考金融研究發展基金管理委員會委託研究計畫「銀行法及金融控股公司法罰則規範之研析」。

罰之論述基礎，惟自行為時之法定罰鍰額度為 20 萬元以上 100 萬元以下觀之，可推測，180 萬元之罰鍰應是計算複數違規行為所得。

由此衍生疑問，違反洗錢防制法及其子法所規定之申報義務，其行為數之計算，是否如證券交易法第 43 條之 1 第 1 項後段規定「申報事項如有變動時，並隨時補正之。」故每一變動共同取得人即負一申報義務，如違反申報義務，應按次分別處罰，此與憲法第 23 條規定或比例原則無違。就其後持股異動未申報，而未以按次處罰者（持股增減變動累計達百分之一未申報者，即處罰一次），將導致處罰輕重不公，無異鼓勵取得人自始即不申報之情形發生，如此將違反公平原則及證券交易法第 43 條之 1 規定之立法意旨。即法院認為應以持股增減變動累計達百分之一未申報者，即處罰一次²⁷。

行政秩序罰法草案第 24 條原擬有連續行為之處罰規定：「連續數行為而觸犯同一違反行政義務之制序罰規定，如其行為在時間及空間上，具有相當關聯者，以一行政不法行為論，但得加重其罰鍰至二分之一²⁸。」此一規定係參考刑法第 56 條連續犯之規定，不過 94 年刑法修法時也已刪除連續犯之概念，故最後通過的行政罰法亦無此條規定。目前實務通說乃將行政不法行為透過法律予以擬制為「一行為」。

表：洗錢案例

受處分人	處分日期	處分事由	罰鍰	其他處分	法令依據
菲律賓首都銀行臺北分行	2013-02-07	對疑似洗錢表徵之交易，未依洗錢防制法之規定申報	20 萬元	無	洗錢防制法第 8 條
臺灣銀行	2014-11-04	辦理大額通貨交易申報作業，計有 5 筆未向法務部調查局申報	20 萬元		違反洗錢防制法第 7 條第 1 項及金管會「金融機構對達一定金額以上通貨交易及疑似洗錢交易申報辦法」第 4 條規定，依洗
高雄銀行	2016-01-22	1030812 及 1040730 辦理 50 萬以上換鈔交易各一筆，未依規定於期限內向法務部調查局申報大額通貨交易	20 萬元		
合作金庫	2016-	10303 至 10403 間，	20 萬元		

²⁷ 最高行政法院 91 年判字 1848 號、最高行政法院 92 年判字 1370 號、臺北高等行政法院 89 年訴字 1214 號、臺北高等行政法院 89 年訴字 1202 號。

²⁸ 釋字第 503 號解釋曾華松大法官協同意見書。

受處分人	處分日期	處分事由	罰鍰	其他處分	法令依據
商業銀行	02-05	計 <u>4 筆</u> 250 萬 4 千元，未落實登陸交易人相關資料及主管未確實覆核，致未依規定向法務部調查局申報			錢防制法第 7 條第 3 項處罰鍰
台灣中小企業銀行	2016-03-29	16 家分行 <u>62 筆</u> ，辦理大額通貨交易有未向法務部調查局申報情事	20 萬元		
兆豐國際商業銀行	2016-06-21	收受客戶存入大量美金偽鈔一案，核有未落實建立及未確實執行內部控制制度之缺失	300 萬元		銀行法第 45-1 條第 1 項、第 129 條第 7 款
花旗（台灣）商業銀行	2016-12-30	6 家分行於 104 年 3 月至 105 年 2 月間辦理大額通貨交易，計有 <u>6 筆</u> 辦理大額通貨交易有未依規定申報情事	40 萬元		違反洗錢防制法第 7 條第 1 項及金管會「金融機構對達一定金額以上通貨交易及疑似洗錢交易申報辦法」第 4 條規定，依洗錢防制法第 7 條第 3 項處罰鍰
渣打國際商業銀行	2017-01-06	9 家分行於 104 年 3 月至 105 年 2 月間辦理大額通貨交易，計有 <u>9 筆</u> ，辦理大額通貨交易有未依規定申報情事	40 萬元		
彰化商業銀行	2017-01-24	4 家分行對於符合洗錢防制法申報條件之交易未依規定申報者，計 <u>4 筆</u> 。另 5 家分行對非屬免申報規定之交易未依規定向法務部調查局申報，計 <u>76 筆</u>	180 萬元		

兆豐國際商業銀行（以下簡稱「兆豐銀行」）因紐約分行有未落實可疑交易之篩選、申報等法令遵循之缺失，其主要缺失包括：(1)防制洗錢人員及法遵主管對法規缺乏瞭解，且無專責法遵主管、(2)法遵人員未全面監控可疑交易、(3)防制洗錢程序未能持續有效監控可疑交易，不符法遵政策、(4)交易監控、客戶開戶及客戶盡職調查等之政策和程序不符聯邦法規指引。於 2016 年 8 月 19 日遭美國紐約州金融服務署(New York Department of Financial Services, DFS) 以簽署合意處分令(Consent Order)之方式，裁處 1 億 8 千萬美元（合約新台幣 57 億元）之鉅額罰鍰²⁹，創下國內金融機構在海外遭罰金額最高紀錄。針對此一案件，同年 9 月金管會認為兆豐銀行經營管理及處理過程核有未落實建立及未確實執行内部控制制度之缺失，有礙健全經營之虞，違反銀行法第 45 條之 1 第 1 項規定，依同法第 129 條第 7 款規定，核處新臺幣 1,000 萬元罰鍰，併依同法第 61 條之 1 第 1 項規定核處應予糾正，且自處分生效日起，暫停其申請增設海外分支機構至本案缺失完成改善為止，並命解除董事、總經理、紐約分行經理、副總經理、總稽核及法遵長等人之職務。對於美國法制對違規之金融機構得處以鉅額罰鍰，我國行政裁處之規範是否有必要調整提高裁罰金額之必要，予以比較研析。相關說明參考後述第二編第三節。

表：兆豐銀行受處分案例

受處分人	處分日期	處分事由	罰鍰	其他處分	法令依據
兆豐國際商業銀行股份有限公司	2016-09-14	兆豐國際商業銀行遭美國紐約州金融服務署裁罰美金 1.8 億元一案	1,000 萬元	糾正及暫停申請增設海外分支機構、命解除總經理、總稽核、法遵長等人之職務	銀行法第 45 條之 1、第 61 條之 1、第 129 條第 7 款
蔡○○	2016-09-14	同上	無	解除董事職務	銀行法第 61 條之 1 第 1 項

²⁹ 2016 年 10 月 11 日行政院新聞稿，查明兆豐案，強化洗錢防制；2016 年 10 月 7 日行政院新聞稿，兆豐銀行遭美裁罰案相關部會督管責任查核報告。

第三節 德國法比較

德國洗錢防制之規範，受到歐盟洗錢防制指令（Geldwäscherichtlinie）³⁰之影響，轉化至內國法，主要分別規定在銀行法（KWG）及洗錢防制法（Geldwäschegesetzes）中，因為洗錢多透過金融機構進行，洗錢防制措施主要影響銀行監理法規，與金融機構有關的洗錢防制主管機關仍為 BaFin，針對金融機構採取相應的監理手段，在德國銀行法第 25h 條規定，應引入合適的風險管理程序與原則，建立洗錢防制義務相關機制，以防範犯罪與恐怖活動。金融機構應建立電子數據資料庫，以辨識每一個可疑或異常的交易及支付，建立合適的申報系統。BaFin 應與金融情報中心（Financial Intelligence Unit，FIU）及刑事偵查機關密切合作。

依銀行法第 25h 條第 4 項，連結洗錢防制法第 9 條規定，金融機構應指定洗錢防制專責人員。另外在新型態的支付工具下，更要注意透過網路集資、電子支付等方式，避免成為洗錢的新管道。因此支付監理法（ZAG）第 22 條對於非現金支付交易的支付機構或電子票證機構，亦應建立安全機制防範洗錢及避免成為資助恐怖活動的推手。

針對洗錢防制義務規定之違反，依處罰對象不同，分別規定在洗錢防制法第 17 條，最高得處 100,000 歐元，與銀行法第 25h 條及第 56 條第 3 項第 7c 和 7d 款，最高得處以 200,000 歐元。金融機構違反洗錢防制之處罰對象，依德國違反秩序法第 9 條規定，得對公司負責人(Geschäftsleitung)或董事會(Verstand)或個別業務經理或董事會成員加以處罰³¹。

第四節 立法建議

我國銀行業、證券業、期貨業及保險業均已依洗錢防制法第 6 條至第 8 條、「銀行業防制洗錢及打擊資助恐怖主義注意事項」、「證券期貨業防制洗錢及打擊資助恐怖主義注意事項」及「保險業防制洗錢及打擊資助恐怖主義注意事項」等相關規定及所屬相關公會所訂定之防制洗錢注意事項範本，建立完備之洗錢防制機制，明確規範確認客戶身分、交易紀錄保存、疑似洗錢交易及大額通貨交易申報等防制洗錢之作業及內部管制程序相關事項，已充分符合本公約本項規定內容。

金管會檢查局在辦理一般或專案業務檢查時，均依「洗錢防制法」第 7 條、

³⁰ Richtlinie des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche v. 10.6.1991, ABl. EG v. 28.6.1991, Nr. L 166/77.

³¹ 如我國行政罰法第 15 條規定。

第 8 條及「金融機構對達一定金額以上通貨交易及疑似洗錢交易申報辦法」等相關規定，將金融機構對於達 50 萬元以上之通貨交易，是否確認客戶身分、留存交易紀錄憑證及通報可疑交易等列入檢查項目。

我國目前金管會係依據洗錢防制法執行與金融機構相關之洗錢防制業務，但無必要如同德國銀行法般，將與洗錢防制有關之風險分析建置需求，納入銀行法中加強規範，似可思考。

第二編 美國企業防弊規範及啟示

第一章 前言

《聯合國反貪腐公約》第 12 條第 1 項明定：「各締約國均應依其國家法律之基本原則採取措施，以防止涉及私部門之貪腐，加強私部門之會計及審計標準，並酌情對不遵守措施之行為制定有效、適度且具有警惕性之民事、刑事或行政處罰。」第 3 項亦規定：「為了預防貪腐，各締約國均應依其國家關於帳冊和紀錄保存、財務報表揭露及會計和審計標準之法規採取必要措施，以禁止從事下列行為，而觸犯本公約所定之任何犯罪：(a)設立帳冊外之帳戶；(b)進行帳冊外之交易或與帳冊不符之交易；(c)浮報支出；(d)登錄負債科目時謊報用途；(e)使用不實憑證；及(f)故意於法律規定之期限前銷毀帳冊。」

此外，該公約第 33 條規定，各締約國均應考慮在其國家法律制度中納入適當措施，以利對出於善意及具合理之事證向主管機關檢舉涉及本公約所定犯罪事實之任何人，提供保護，使其不致受到任何不公正待遇。

基此，本文擬自一、內部控制；二、寬宥制度；三、高額罰鍰；四、機構關係人；五、通報義務；及六、吹哨者保護等六個面相，探討美國企業防弊相關規範及實務運作，檢視我國現制，提出改革建議。其中涉及《證券交易法》第 14-1 條、第 14-5 條、第 38-1 條、第 174 條、第 178 條及第 179 條等條文、《公開發行公司建立內部控制制度處理準則》、《商業會計法》第 71 條、《銀行法》第 127-1 條、《行政罰法》第 15 條等相關現行法制及《律師倫理規範》、《上市上櫃公司誠信經營守則》、《上市上櫃公司治理實務守則》等自律規範之探討，以及對於未來制定公益揭露人保護法制所應留意之程序正義問題。

第二章 美國企業防弊相關規範

第一節 內部控制

2001 年美國安隆（Enron）及世界通訊（WorldCom）等大型企業陸續發生掩飾虧損、隱藏負債及財務報表編製不實等弊端，顯示強化會計稽核制度，確保財務報表正確性之重要，美國國會爰於 2002 年 7 月通過《沙賓斯奧克斯利公開發行公司會計改革暨投資人保護法》（Sarbanes-Oxley Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002，以下簡稱「沙賓法」）。《沙賓法》係以法律形式，於第 404 條³²強制要求企業管理階層必須建立與維護適當的內部控制架構與程序，並且每年評估和報告關於財務報導之內部控制有效性。該法亦透過

³² 18 U.S.C.7262.

加諸聯邦法規上的刑事責任於公開發行公司，以達到敦促董事積極進行監督之目的³³。

針對內部控制，審計委員會應：（一）瞭解負有直接責任並最終對遵循第 404 條規定負責之高階經理人；（二）瞭解「建立和維持」充分有效的內部控制過程；（三）瞭解財務報導內部控制評價之設計及運作有效性之程序；（四）瞭解為遵循第 404 條所應備妥之文件；（五）檢查經營者對財務報導內部控制有效性之報告；（六）檢查審計人員對財務報導內部控制有效性之報告；（七）評估已識別之內部控制嚴重缺失及重大弱點；（八）對經營者和審計人員在財務報導內部控制方面之努力及所進行之報告感到滿意；（九）確保經營者適當地處理已識別之重大弱點³⁴。

此外，《沙賓法》第404條規定內部控制聲明書須提及已委託會計師針對財務報導之內部控制有效性，提出獨立註冊會計師事務所之審查報告，亦即會計師每年對財務報導之內部控制有效性必須進行查核。

然而，《沙賓法》第 404 條雖立意良善，惟美國證券管理委員會（Securities and Exchange Commission, SEC）卻低估其執行成本，造成法令遵循成本過高的現象。舉例而言，大型公司第一年的執行成本較 SEC 預估者高出 8 倍、小型公司則高出 16 倍³⁵；市值低於 7,500 萬美元的上市公司所付之審計費用中間值為每 100 美元收入中支付 1.14 美元，大型公司則是每 100 美元收入中支付 0.13 美元，是故，SEC 將市值在 7,500 萬美元以下之小型公司應遵循第 404 條之時點延遲至 2008 年³⁶。然而，已有實證研究顯示，美國《沙賓法》實施一年後，美國小型公開公司被私人收購的比例顯著增加，形成一股小型公司的私有化潮（going private）的現象³⁷。

《沙賓法》第 404 條本身並未區別公司大小及類型，雖對大型企業較無顯著影響，卻對小型企業造成不成比例的法令遵循成本負擔。《沙賓法》使小型企業成為公開公司的淨利益減少，或造成其等在法令遵循上的淨成本，故相對於大型公司而言，當公開化之成本上升對這些小型公司本身而言相對較劇時，許多不堪法令遵循成本負荷的小型公司便走向私有化一途³⁸。

2008 年金融危機爆發，為因應次貸風暴所引起之一連串問題，美國復於 2010 年制訂《陶德法蘭克華爾街改革與消費者保護法》（Dodd-Frank Wall Street Reform

³³ 蔡昌憲，從經濟觀點論企業風險管理與董事監督義務，中研院法學期刊，12 期，頁 92，2013 年 3 月。

³⁴ See ZABIHOLLAH REZAEI, CORPORATE GOVERNANCE AND ETHICS 128, 2009.

³⁵ 蔡昌憲，前揭註 33。

³⁶ See ZABIHOLLAH REZAEI, CORPORATE GOVERNANCE POST-SARBANES-OXLEY: REGULATIONS, REQUIREMENTS, AND INTEGRATED PROCESSES 260, 2007.

³⁷ 蔡昌憲，前揭註 33。

³⁸ 同前註。

and Consumer Protection Act of 2010，以下簡稱「《陶德法蘭克法》」。有鑑於《沙賓法》之法令遵循成本過高，以及其造成小型公開發行公司走向私有化之現象，《陶德法蘭克法》第 989G 條豁免市值在 7,500 萬美元以下之小型發行人適用《沙賓法》第 404 條(b)款中，外部獨立會計師對內控制度有效性進行證明的要求。2012 年制訂《企業籌資法》(Jumpstart Our Business Startups Act, JOBS Act)，調整過去諸多資本市場法律限制，促進小型企業之資本形成。該法第 103 條更進一步豁免新興企業(an issuer that is an emerging growth company (as defined in section 78c of this title))適用《沙賓法》第 404 條(b)款之規定³⁹。

第二節 寬宥制度

美國《聯邦量刑準則》(Federal Sentencing Guidelines)第 8 章法人等團體之量刑標準之規定，提高企業採行法令遵循計畫之誘因。由於美國不少法律對於以組織為基礎之法人犯罪行為，科以非常嚴厲的刑事責任，企業一旦觸法，不僅信譽掃地，亦將接受到嚴苛的罰責，《聯邦量刑準則》第 8 章相關規定闡明，倘若企業對於相關法律規定之違反，訂有法令遵循計畫，並嚴格執行、有效落實其規範時，將可大幅減免刑責⁴⁰。

依《聯邦量刑準則》規定，檢驗企業內部是否建置有效的法令遵循機制，企業至少應採取下列七項步驟針對內部可能的違法行為施以謹慎勤勉之注意(Due Diligence)：(一)該企業必須已建立一套法令遵循之標準與程序，使員工與其他代理人得據以降低觸犯刑事法令之可能性；(二)企業必須指派高階主管監督企業內部是否有確實遵循上述法令遵循之標準及程序；(三)企業必須已採取謹慎勤勉之注意，不得對該企業內有違法傾向之員工授與過大之裁量權；(四)企業必須已採行合理步驟，將其法令遵循之標準及程序有效告知全體員工及其他代理人(例如參與訓練課程或其他適當方式告知)；(五)企業必須已採取合理步驟，確保其所設定之法令遵循標準能夠達成(包括監控稽核系統)，並定期評估法令遵循機制之有效性以及建立員工通報違法情事之機制；(六)企業之法令遵循標準應搭配適當之懲戒機制，包括對應查報違法情況而未查報之員工的懲戒；(七)在得知違法情事後，企業必須採取一切合理之步驟以防止將來類似情形再次發生，包括對其法令遵循機制之必要修正等⁴¹。

再者，「水門事件」也意外扯出美國公司不當政治捐款及賄賂外國政府官員，美國因此制定聯邦《海外反貪污行為法》(Foreign Corrupt Practices Act, FCPA)，自 1977 年頒布實施。該法禁止美國公司及個人或在美國上市或美國從事生意的外國企業及個人向外國政府官員透過行賄手段取得生意⁴²。該法之會計條款要求

³⁹ *Supra* note 32.

⁴⁰ Federal Sentencing Guidelines Manual §8C4.11.

⁴¹ *Id.*, §8B2.1.

⁴² 吳盈德，美國聯邦「海外反貪污行為法」對我國企業法規遵循之啟示，中正財經法學，9

公司遵守該法所設計有關會計作業的規定：確實記錄和保存帳目，且帳目應忠實的反映該公司的交易；另外，還要求公司設計並維持合理的內部控制制度，並明文規範個人受本法之罰金或罰款，不得轉嫁於企業⁴³。

而該法一方面對於違反法令規定者處以巨額罰金，同時對於預先建置法規遵循機制者提供減輕或免於處罰，甚至放棄刑事追訴等相關誘因措施。此外，檢察官於偵查、起訴時，亦將考量整體犯罪事實，例如犯罪行為所涉及之廣度與深度、牽涉之員工層級與人數、不法行為之嚴重性、持續時間與頻率、公司事後補救、檢討損害及懲罰違法失職員工等作為，並斟酌公司是否立即向有關單位揭發不法行為，及調查程序上之配合度等。美國法院的寬宥制度，也有助於企業勇於揭弊與配合調查⁴⁴。

第三節 高額罰鍰

對於違法但不構成刑事犯罪之行為所為之金錢制裁，美國各法典基本上稱之為「civil money penalty」或「civil penalty」，從而與罰金所使用之「Fine」加以區別⁴⁵。既是主管機關發動的制裁手段，屬行政責任之性質，究竟應譯為行政罰款、民事罰款、民事制裁、民事處分或有更恰當之翻譯，都有許多討論空間，然其主要目的並非填補不法行為所造成的損失或傷害，無論處罰之程序是否須經法院判決，其性質可能比較傾向或接近行政處罰⁴⁶。職是之故，本文且將之譯為「罰鍰」，然美國與我國之罰鍰制度不盡相同，於法制移植過程中，不可不慎，合先敘明。

美國之罰鍰有須透過法院民事訴訟程序為之，亦有由行政主管機關透過行政程序自行為之。美國民眾在司法與行政之間，向來較信任司法，因此，對授予行政機關直接經濟制裁權，相當謹慎，從而美國之罰鍰一般係由行政機關向地方法院對違法行為人提起民事訴訟來解決，僅在部分特殊情況下才由法律直接授權行政機關為之。如《1934年證券交易法》第21A條第(a)項規定，對於證券違法行為及內線交易行為須處以罰鍰時，應由SEC向聯邦地方法院提起民事訴訟，再由法院經調查後決定⁴⁷。

有別於此，美國銀行主管機關經由法律直接而明確之授權，可對所轄問題金融機構及機構關係人處以罰鍰。以聯邦銀行主管機關財政部金融管理局（OCC）為例，其裁處罰鍰之一般法源基礎規定在美國《聯邦存款保險法》（Federal Deposit

期，頁 3-4，2014 年 7 月。

⁴³ 許順雄、陳麗秀，私部門需要反貪腐的規範：從國內舞弊案例及國際反貪腐趨勢說起，會計研究月刊，359 期，頁 109，2015 年 10 月。

⁴⁴ 吳盈德，前揭註 42，頁 30-31。

⁴⁵ 陳太清，美國罰款制度及其啟示，安徽大學學報，5 期，頁 116，2012 年。

⁴⁶ 林仁光，西風東漸－談內線交易 Civil Penalty 制度之發展，月旦法學雜誌，231 期，頁 82-83，2014 年 7 月。

⁴⁷ 陳太清，前揭註 45。

Insurance Act, FDIA) 第 8 條(i)項(2)款 (美國法律彙編第 12 編第 1818 條第 i 項第 2 款) 中。本條基於可裁罰行為之嚴重程度及責任高低，將罰鍰分為三級，並規定違規行為持續時，OCC 每日可裁罰之最高金額，該等金額亦會因通貨膨脹而定期調整。聯邦法對聯邦存款保險要保機構或其機構利害關係人課處罰鍰之三級規定⁴⁸如下：

(一) 第一級罰鍰

違反任何法律或法規、違反金融主管機關作成之前述任何處分、違反聯邦金融主管機關就該要保機構或其機構利害關係人之申請案、通知或要求所課與之條件、違反該要保機構與聯邦金融主管機關之書面協議 (以下統稱違規行為)，則於違規行為持續期間，處以每日5千美元以下罰鍰。

(二) 第二級罰鍰

觸犯前述任何一項違規行為、或於從事要保機構事務時輕率妨礙該機構之安全及健全經營、或違反忠實義務，而該等違規行為係屬不法行為之一部分，或造成或可能造成該要保機構非屬輕微之損失、或使違規者獲得金錢上或其他利益，則於違規行為持續期間，處以每日2萬5千美元以下罰鍰。

(三) 第三級罰鍰

故意觸犯前述任何一項違規行為、或於從事要保機構事務時故意妨礙該機構之安全及健全經營、或故意違反忠實義務，且故意或輕率造成該要保機構重大損失、或使違規者因該違規行為而獲得重大金錢或其他利益，則於違規行為持續期間，應對每項違規行為處以罰鍰，罰鍰限額規定如下：1、要保機構以外之違規者，處以每天1百萬美元以下罰鍰。2、要保機構違規，處以每日1百萬美元或該要保機構總資產之1%以下罰鍰，以兩者中較低金額罰之。

第三級每日最高1百萬美元之罰鍰金額反映了第一任布希政府精明的政治判斷，其體認到動用數十億納稅義務人之稅賦，以保護倒閉金融機構之存款戶，尤其被儲蓄機構主事者惡名昭彰的濫用，恐將引起公憤。因此，布希政府試圖以高額罰鍰發送一個清晰、易懂的信號：存款機構內部人之劣行將面臨嚴厲制裁⁴⁹。

近年來，美國恐怖份子行動猖獗、金融犯罪等重大刑事案件，透過洗錢隱匿不法所得、逃漏稅問題嚴重。財政部金融犯罪執法網絡 (Financial Crime Enforcement Network, US Treasury Department, FinCEN) 於2014年發函通知所有金融機構重新檢視並強化內部法律遵循機制。相關主管機關積極執行銀行保密法及

⁴⁸ 12 U.S.C. 1818(i)(2).

⁴⁹ RICHARD SCOTT CARNELL, JONATHAN R. MACEY & GEOFFREY P. MILLER, THE LAW OF FINANCIAL INSTITUTIONS 464 (5th ed. 2013).

反洗錢法所加諸金融機構之申報義務。2016年8月更進一步希望擴大反洗錢法適用之金融機構範圍，要求所有金融機構都必須建立洗錢防制之法律遵循機制⁵⁰。

除了上述聯邦銀行監理機關之罰鍰規定外，由於美國對於銀行業採雙階監理（dual banking system），原則上依州法設立之銀行，即歸由州級銀行監理機關監理⁵¹。金融危機後，美國各州監理機關對所監理之機構進行重大執法裁罰之件數與日俱增。此間最積極的州級監理機關之一便是紐約金融服務署（New York's Department of Financial Services, NYDFS）。為增加紐約州對於新興金融產品和服務之監理，NYDFS遂於2011年成立，設於紐約州或其他地區而受其監理之金融機構將近3,300家，總資產超過6.6兆美元。儘管運作時間相對較短，NYDFS自成立以來針對逃稅、濫用次貸及操縱市場等違法行為，已裁罰將近60億美元，然其最關注者乃是反洗錢及違反法令之案件。目前已有10起案件遭NYDFS裁罰超過1億美元，其中6案涉及反洗錢及法令遵循程序之不足，包括2014年對法國巴黎銀行（BNP Paribas）超過22億美元之罰鍰，此為NYDFS史上裁罰的最高數額⁵²。

此外，NYDFS在確保其執法行動可追究個人責任方面，極為強調，亦與其他聯邦監理機關形成明顯對比。NYDFS雖然無權提起刑事訴訟，但禁止多名銀行高階主管參與經營該機關所監理之機構，從事不當行為。NYDFS並提出一套新規定，要求銀行法令遵循主管（chief compliance officers）保證該銀行維持強有力的反洗錢計劃，法遵主管如提供虛假或誤導性的保證，其個人恐將構成犯罪⁵³。

NYDFS近年拉高法遵機制與防制洗錢規定，也接連裁罰多家外商銀行。2016年除了我國兆豐國際商業銀行紐約分行被裁罰1.8億美元外，當年第4季，陸續又裁罰中國農業銀行2.15億美元，以及義大利聖保羅銀行2.3億美元⁵⁴。根據NYDFS與兆豐銀行簽署之合意處分令（Consent Order）所述，兆豐銀行及紐約分行之違法行為包括：（一）未維持有效之反洗錢及OFAC遵循計劃，違反紐約州法典第三章第116.2C條；（二）無法有效維持紐約分行帳冊、帳戶、記錄之真實準確，以反映所有交易及行為活動（actions），違反紐約州銀行法第200-C條；（三）未於發現舞弊、不誠實，作假記錄、遺漏真實記錄及其他錯誤處置時，立即向主管官員報告，違反紐約州法典第三章第300.1條。

⁵⁰ 林仁光，由兆豐銀案談銀行監理－由銀行治理及銀行保密法之遵循出發，月旦法學雜誌，259期，頁，2016年11月。

⁵¹ Office of Comptroller of Currency, National Bank and the Dual Banking System 3 (2003) available at http://www.occ.treas.gov/publications/publications-by-type/other-publications-reports/_pdf/dualbanking.pdf.

⁵² MICHAEL BARR, HOWELL JACKSON & MARGARET TAHYA, FINANCIAL REGULATION: LAW AND POLICY 845 (1st ed. 2016).

⁵³ *Id.*

⁵⁴ 楊筱筠、郭幸宜，美國祭反洗錢新法金管會接招，經濟日報，2017-01-04，available at <https://udn.com/news/story/7238/2208455>（最後瀏覽日：2017年5月9日）。

基此，NYDFS紐約州銀行法第44條關於罰鍰之規定，裁罰兆豐銀行1.8億美元。該法依金融機構之規模與性質，將之區分為二類，以定罰鍰金額。兆豐銀行屬第二類金融機構，相關規定如下：

銀行機構、銀行控股公司、在本州設分行、代表人辦事處或其他辦事處之外州銀行、外國銀行公司經本州主管機關准予設立分行、代理機構或代表人辦事處者⁵⁵，違反本編任何法律或授權命令、違反主管機關依本章（紐約州銀行法）第39條作成之前述任何終局或暫時之處分、違反主管機關就該機構之申請或請求所課與之條件、違反該機構與主管機關之書面協議，則於該違規行為持續期間，處以每天5千美元以下罰鍰⁵⁶。

主管機關如認定該機構已觸犯前述任何一項違規行為，或已輕率地為不安全及不健全之經營，且該等違規行為或經營行為係屬不法行為之一部分，或造成或可能造成該機構非屬輕微之損失、或使該機構獲得金錢所得或其他利益，則於該違規行為或經營行為持續期間，處以每天2萬5千美元以下罰鍰⁵⁷。

主管機關如認該機構故意（**knowingly and willfully**）觸犯前述任何一項違規行為、或故意為不安全及不健全之經營、或該機構故意觸犯前述任何一項違規行為因而嚴重損害公眾對該機構或該等機構之信心，且無論於何種情況下，該機構故意或輕率之違規行為或經營行為造成該機構重大損失而為威脅到該機構之安全及健全，則於該違規行為或經營行為持續期間，處以每天25萬美元或該銀行機構或銀行控股公司之銀行子公司總資產之1%，或外州或外國銀行在本州總資產之1%以下罰鍰⁵⁸。

無論被裁罰之對象為第一類或第二類之金融機構，主管機關於處以罰鍰前，應考量（但不限於）下列因素：（一）該機構高階主管（**senior management**）、董事或受託人（**trustees**）參與之範圍；（二）該機構於主管機關調查本案行為時之配合程度；（三）其他監理機構已作成之裁罰；（四）該機構之財源（**financial resources**）與善意（**good faith**）；（五）違法之嚴重性；（六）過往違法之記錄；以及（七）其他公平正義（**justice**）及公共利益（**public interest**）所要求之事項⁵⁹。

⁵⁵ banking organization, bank holding company out-of-state state bank that maintains a branch or branches or representative or other offices in this state, or foreign banking corporation licensed by the superintendent to maintain a branch, agency or representative office in this state.

⁵⁶ N.Y. B.N.K. Law § 44 2(a)(b).

⁵⁷ N.Y. B.N.K. Law § 44 3(a)(b).

⁵⁸ N.Y. B.N.K. Law § 444.

⁵⁹ N.Y. B.N.K. Law § 445.

第四節 機構關係人

金融集團之關係人為求自身利益，藉由其優勢地位，影響銀行決策、參與銀行事務、與銀行從事交易等，易造成銀行損害，不利銀行之安全及穩健經營。因此，美國銀行法執法裁罰之對象不僅是問題銀行本身，尚包括聯邦存款保險法第3條第u項（美國法律彙編第12編第1813條第u項）所規定之三類「機構關係人」（Institution-affiliated party, IAP）⁶⁰，分述如下：

第一類：由聯邦存款保險公司（Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC）保險存款之金融機構的「任何董事、經理人（officer）、受僱人或控制股東（銀行控股公司除外）」，以及此類金融機構之任何代理人（agent）和取得該等金融機構控制權之任何人。無論此等規範客體是否實際參與銀行事務，均有適用。

第二類：參與銀行事務之任何股東（銀行控股公司除外）、顧問、合資人（joint venture partner），以及由聯邦銀行主管機關認定之任何其他人。

第三類：任何獨立的契約相對人（包括任何律師、估價師或會計師），故意或輕率地（knowingly or recklessly）參與對金融機構造成「超過最低限度之財務損失」或產生「顯著不利影響」之(1) 任何法令之違反、(2) 受任人義務之違反，或(3) 不安全不穩健之實務運作。

不同於前兩類人，獨立的契約相對人僅於「故意或輕率」時，始得裁罰，一般過失（negligence）甚至重大過失（gross negligence），尚不足以成為裁罰對象。因此，銀行的外部律師不會只是因為給予銀行錯誤建議而變成應受裁罰之機構關係人。（但事後看來，錯誤建議與輕率似乎相當雷同。）此外，不當行為須造成（或威脅到）銀行顯著不利影響，或超過銀行「最低限度的財務損失」，但監理機關似可很容易地指稱獨立的契約相對人所為造成超過最低限度的損失，因此，以損失作為衡量標準可能難以排除許多裁罰措施⁶¹。即便機構關係人於監理機關裁罰前從銀行辭職，亦無法免於裁罰；監理機關可在機構關係人離職六年內之任何時間裁罰之⁶²。

《聯邦準備法》（Federal Reserve Act）第29條⁶³針對違法之關係人交易，亦授權聯邦準備理事會（Federal Reserve System, Fed）對會員銀行及其機構關係人處以罰鍰。該條所規定之罰鍰亦分為三級：

（一）第一級罰鍰

⁶⁰ 12 U.S.C. §1813(u).

⁶¹ CARNELL, MACEY & MILLER, *supra* note 49, at 445.

⁶² *Id.*

⁶³ 12 U.S.C. 504.

任何會員銀行及其機構關係人違反《聯邦準備法》第22條（銀行檢查員、會員銀行、銀行職員及董事之違反規定）、第23A條（與關係企業之關係）、第23B條（與關係企業交易之限制）等規定及其授權發布之行政命令時，於違規行為持續期間，處以每日5千美元以下罰鍰。

（二）第二級罰鍰

任何會員銀行及其機構關係人觸犯前述任何一項違規行為、或於從事會員銀行事務時輕率妨礙該機構之安全及穩健經營、或違反忠實義務，而該等違規行為係屬違法行為的一部分，或造成或可能造成該要保機構非屬輕微之損失、或使違規者獲得金錢上或其他利益，則於違規行為持續期間，處以每日2萬5千美元以下罰鍰。

（三）第三級罰鍰

任何會員銀行及其機構關係人故意觸犯前述任何一項違規行為、或於從事授信機構事務時故意妨礙該機構之安全及健全經營、或故意違反忠實義務，且故意或輕率造成該授信機構重大損失、或使違規者因該違規行為而獲得重大金錢或其他利益，則於違規行為持續期間，應對每項違規行為處以罰鍰，罰鍰限額規定如下：1、會員銀行以外之違規者，處以每天1百萬美元以下罰鍰。2、會員銀行違規，處以每日1百萬美元或該要保機構總資產之1%以下罰鍰，以兩者中較低金額罰之。

《聯邦準備法》第22條第h項原則禁止會員銀行授信予其執行業務參與決策之經理人（executive officer）、董事（director）、主要股東（principal shareholder）或其利害關係人（related interests）；符合下列情形時，才例外允許銀行授信與其內部人及利害關係人：一、禁止給予優惠條件；二、須事先經過核准；三、符合對單一內部人（執行業務參與決策之經理人、董事或股東）授信之總額限制；四、符合對全體內部人授信之總額限制；五、禁止執行業務參與決策之經理人與董事透支（overdraft）帳戶⁶⁴。此處所稱「會員銀行」亦包括該銀行之子公司⁶⁵。

此外，授信關係人原則上尚包括該會員銀行之母公司及該母公司所屬其他子公司之執行業務參與決策之經理人、董事及主要股東，但執行業務參與決策之經理人或董事如無權參與且未參與有關該會員銀行之重大決策，或該子公司之資產未逾控制會員銀行及該子公司之母公司之資產總值之10%，且未被其他公司所控制者，則例外不受規範⁶⁶。

⁶⁴ 12 U.S.C. 375b.

⁶⁵ 12 U.S.C. 375b 9 E.

⁶⁶ 12 U.S.C. 375b 8.

依據美國聯邦準備理事會（Fed）所訂定之內部人（insiders）授信規則O（Regulation O, 12 CFR §215）第8條規定，會員銀行須透過年度調查（annual survey）辨識該銀行所有內部人，並維護該等內部人資料⁶⁷。針對會員銀行關係企業（the member bank's affiliates）內部人，會員銀行除透過年度調查方式⁶⁸辨識外，亦可透過詢問借款人，由借款人識別其是否為會員銀行關係企業之內部人（borrower inquiry method）⁶⁹，或其他聯邦銀行主管機關認為有效辨識內部人之替代方式（alternative recordkeeping methods）⁷⁰，辨識該關係企業之內部人，並維護該等內部人資料。

第五節 通報義務

一、 審計委員會應建立通報程序

2002 年《沙賓法》第 301 條規定⁷¹，公開發行公司之審計委員會，應建立下列程序：（一）受理、保留與處理通報之程序，受理關於會計、內部會計控制或審計事項相關之通報；及（二）受理員工以保密、匿名之方式，通報可疑之會計與審計事項。SEC 於 2003 年 4 月依《沙賓法》第 301 條發布有關規定，要求全國證券交易所及店頭市場，在一公司之審計委員會未建置關於通報其員工或他人之財務不法行為的遵循程序等情形，將不准該公司證券掛牌交易⁷²。

紐約證券交易所及全國證券商協會進一步於 2003 年發布規則，要求上市公司須制訂及揭露「企業行為及倫理準則」（code of business conduct and ethics），該守則不僅適用於公司經理人及員工，亦適用於董事⁷³。

二、 企業律師專業責任

近年來國內、外相繼發生之重大企業弊案，在在顯示專業知識與倫理觀念間之嚴重失衡，以往採行之公司治理模式，或許可降低造成錯誤決策之可能性，卻無法杜絕企業之貪瀆舞弊，尚須在內部控制與倫理規範上，予以更進一步的強化。美國學者甚至指出，企業律師在先前發生的公司財務醜聞中，經常協助經營階層從事不當行為，抑或未能於事前發現並制止經營階層從事不當行為。事實上，美

⁶⁷ 12 CFR §215.8(b)(1).

⁶⁸ 12 CFR §215.8(C)(3).

⁶⁹ 12 CFR §215.8(C)(2).

⁷⁰ 12 CFR §215.8(C)(3).

⁷¹ 15 U.S.C. 78j-1.

⁷² NYSE Rule 303A.10; Nasdaq Rule 4350(n).

⁷³ 轉引自蔡昌憲，前揭註 33，頁 91。

國能源巨擘安隆公司於 2001 年爆發重大弊案後，其內部調查報告即指出，該公司「缺乏內部法務有力和有效監督，及外部律師客觀且具批判性的專業意見。」當經營階層和會計人員企圖犯法時，律師之職責應係發現和防止不法行為，而非同流合污充當該等不法行為之共犯⁷⁴。

《沙賓法》第 307 條規定⁷⁵，企業律師應向公司法務長或執行長陳報實質違反證券法、違背忠實義務、或類似的公司或代理人的違法行為之證據。如法務長或執行長對前開證據未予適當回應，律師應向董事會之審計委員會，或其他非受僱於公司之董事組成的委員會，或逕向董事會陳報，以使高階主管或董事正視該違法行為之存在並加以處理而後止。

另一方面，公司內部法務人員既受僱於公司，則應對公司負忠實義務，並為公司本身之利益服務，而非為公司之董監事、經理人、員工、股東或其他利害關係人之個人利益服務。然而，要求受僱於公司之企業法務人員僅對公司本身盡忠實義務，而置經營階層之指示於不顧，不僅法務人員在心理上調適不易，且實際運作上亦相當困難。美國學者甚至認為，企業律師如同住在「愛麗絲夢遊仙境」的世界，雖對其委託人負有不可分割之忠實（loyalty）、忠誠（fealty）及效忠（allegiance）義務，但除非透過可能不利於委託人利益〔自然人代表〕之聲音，否則委託人實際上無法和律師對話。僱用或解僱企業律師的人，可能有也可能沒有與委託人相反之利益；而企業律師之委託人其實本身是一個虛構的「人」，其存在或消滅則由企業律師並未代表之股東決議為之⁷⁶。因此，企業律師如果在某種程度上根本不關心道德因素，或因考慮道德因素，而在適用上絕望地拋出雙手變得如此沮喪，都不會令人感到意外...⁷⁷。

惟從現代公司治理之角度以觀，美國亦有學者認為，無論擔任公司內部法務人員或外部法律顧問，律師均應：一、排除公司董事、經理人、受僱人、股東或其他利害關係人之個人利益，為公司之廉正健全而服務；二、在公司董事會監督下，負責實行有效的法令遵循制度，以確保遵守所有適用之法規；三、提供董事會或董事會之委員會關於特別調查之諮詢，並直接向董事會或董事會所設置委員會報告；四、有妥當之行為準則以符合美國證券管理委員會和州檢察官之要求並確實執行該等行為準則；五、注意堅持律師本身之專業倫理規範及其代表公開發行公司之責任⁷⁸。

⁷⁴ Rezaee, *supra* note 34, at 308.

⁷⁵ 15 U.S.C. 7245.

⁷⁶ See JEFFREY BAUMAN, MILTON C. REGAN, LEGAL ETHICS AND CORPORATE PRACTICE 78, 2005.

⁷⁷ *Id.*, at 79.

⁷⁸ Rezaee, *supra* note 34, at 311.

第六節 吹哨者保護

美國早於1863年所制定《不正請求法》(False Claims Act)中規範Qui tam分享訴訟，以保障內部人不會因對外舉發而受有不當對待的同時，並容許其得分享因其舉發所得之利益，確立起對外通報、舉發行為之正當性。其後，在有關租稅、環境保護、核能發電、飛安、健保、職業安全等各種法律中，亦陸續納入鼓勵此種舉發組織內部不法行為之條款。

1980年代後期，美國政府為廣泛獲取詐欺、行賄及非法交易訊息，於1988年制訂《詐欺法》(Major Fraud Act of 1988)當政府與民間所訂金額逾一百萬美元之契約有詐欺情事時，對提供檢舉者訂有法律保護措施，禁止被檢舉者對檢舉者從事報復行為，違反者得科以罰金一百萬美元以上，或處或併處十年以下有期徒刑。該法以保護條款換取公司內部人之合作，減少政府於訴訟中因缺乏有力證據造成之損害⁷⁹。

1989年制定的《吹哨者保護法》(Whistleblower Protection Act of 1989)由直屬美國總統之獨立機關「特別法律顧問辦公室」(the Office of Special Counsel)專責該法之執行，為從事舉報揭發非法或不當政府活動之聯邦政府或所屬機構行政部門員工，提供法律保護。

2002年《沙賓法》第806條(Whistleblower protection for employees of publicly traded companies)明定舉發者保護條款。禁止發行公司或其經理人、員工、承攬人、次承攬人、代理人，對於提供公司內部資料、出席作證或以其他任何方式協助調查企業詐欺案件之員工，予以解雇、降級、停職之處分，或有威脅、恐嚇、攻擊或歧視之行為如員工因提供資料或出席作證等行為而受到上開對待時，得於90日內向勞工部提出申訴；如勞工部無正當理由而未於收受申訴後180日內做出最終決定，該員工得逕向有管轄權之地區法院請求重新審理，受訴法院應予受理，該等案件不受民事事件起訴金額之限制⁸⁰。

由於《沙賓法》對吹哨者之保護主要以公開發行公司本身員工為主，加以美國勞工部和法院對《沙賓法》多採取嚴格解釋的限縮適用，使得許多員工無法受到補償或是必須過重負擔舉證的責任，而對於針對輕微的財務不正確行為或是詐欺提出吹哨的勞工，補償也是被限縮或甚至是沒有補償⁸¹，亦未提供獎金以鼓勵吹哨者舉發企業不法情事。

⁷⁹ 羅贊興、陳逸珊、黃書芸、黃馨儀，美國企業改革法案(Sarbanes-Oxley Act of 2002)對我國上市公司管理制度適用性之探討(上)，證交資料，505期，頁27，2004年5月。

⁸⁰ 18 U.S.C. 1514A.

⁸¹ 林志潔主持，法務部廉政署委託，私部門公益通報者保護法立法研究期末報告，頁52，2013年。

2010年《陶德法蘭克法》第929A條⁸²明確將公開發行公司之非公開發行子公司員工納入保護範圍（including any subsidiary or affiliate whose financial information is included in the consolidated financial statements of such company），另第922條⁸³於美國1934年證券交易法（Securities Exchange Act of 1934）第21條項下增列吹哨者獎勵及保護機制。自2010年7月21日起之證券相關檢舉案件，均可適用前開條文授權SEC獎勵並保護舉發證券市場不法行為之吹哨者，期望透過提供高額獎勵、強化資訊保護及反報復條款之方式，鼓勵知情者對公開發行公司的違規案件進行舉報，以利SEC採取有效行動，達到保障投資人權益的目標。

根據2017年4月3日紐約時報之報導，美國聯邦主管機關勞工部（Labor Department）職業安全及健康管理局（Occupational Safety and Health Administration, OSHA）近期下令富國銀行（Wells Fargo）必須支付某位曾在該銀行財富管理團隊工作之前任經理540萬美元，且必須重新僱用該名經理⁸⁴。

OSHA表示該名經理在洛杉磯地區工作，並有良好的工作績效，卻在向該銀行之主管及道德操守熱線通報了二名屬下可疑的欺詐行為後，突然被解僱。OSHA調查發現該名經理通報內部欺詐一事，對其解僱案而言，至少是「至關重要的因素」，因此作出有利於該名經理之處分，裁處540萬美元。此乃OSHA施行吹哨者保護計劃有史以來最大的處分金額，也是OSHA在川普總統就任以來公布的第一筆罰款，旨在支付該名經理因被解僱所喪失之薪資、補償性損害賠償，及相關法律費用⁸⁵。

事實上該名經理早在2010年即被解職，雖曾被告知有90日之期間能在富國銀行取得新的職位，但最後並未成功仍被解僱，此後，該名經理亦無法找到從事銀行業務的工作。本案於2011年即已向OSHA提出申訴，歷經6年之調查才做出決定，OSHA官員辯稱，由於案件本身的複雜性及OSHA調查人員龐大的案件負擔（該名調查人員手上至少還同時處理其他30件申訴案），本案難以避免需要很長時間調查，但OSHA也一直致力於簡化整個調查過程。民間倡導吹哨者的非營利組織「政府責任計畫」（Government Accountability Project）法務長指出：「失業的吹哨者在經濟上無法等待六年的正義，遲延作成有利的處分，就像病人死後才做心臟移植一樣，於事無補。」⁸⁶

另一方面，富國銀行在書面聲明中表示，該行不同意調查結果，認為本案僅是OSHA初步的處分，到目前為止，尚未舉行任何關於本案法律基礎之聽證

⁸² *Supra* note 80.

⁸³ 15 U.S.C. 78u-6.

⁸⁴ Stacy Cowley, *Wells Fargo Whistle-Blower Wins \$5.4 Million and His Job Back*, The NY Times, Apr. 3, 2017, available at <https://nyti.ms/2nCQ9B2> (last visited: 04/28/2017).

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

(hearing)，該行並將要求對本案進行完整的聽證。此外，該名被解僱之經理是否會回到以前的工作崗位，也是未知數⁸⁷。

第三章 美國法之啟示

第一節 內部控制

我國《證券交易法》第14條之1規定，公開發行公司、證券交易所、證券商及第18條所定之事業應建立財務、業務之內部控制制度（第1項）。主管機關得訂定前項公司或事業內部控制制度之準則（第2項）。第一項之公司或事業，除經主管機關核准者外，應於每會計年度終了後3個月內，向主管機關申報內部控制聲明書（第3項）。公開發行公司如未遵守本條第1項或第3項規定，建立財務、業務之內部控制制度，或依法向主管機關金融監督管理委員會申報內部控制聲明書，則主管機關得依同法第178條及第179條處「為行為之負責人」新臺幣24萬元以上240萬元以下罰鍰；主管機關並應令其限期辦理；屆期仍不辦理者，得繼續限期令其辦理，並按次各處新臺幣48萬元以上480萬元以下罰鍰，至辦理為止。

金管會依《證券交易法》第14條之1第2項授權，制定《公開發行公司建立內部控制制度處理準則》，該準則第22條第1項規定，各公開發行公司自行評估內部控制制度，應先督促其內部各單位及子公司每年至少辦理自行評估一次，再由內部稽核單位覆核各單位及子公司之自行評估報告，併同稽核單位所發現之內部控制缺失及異常事項改善情形，以作為董事會及總經理評估整體內部控制制度有效性及出具內部控制制度聲明書之主要依據。同準則第25條規定，會計師受公開發行公司委託或本會依據本法第三十八條之一指定專案審查公司內部控制制度，應依本準則及有關法令辦理之，其未規定者，依會計研究發展基金會發布之一般公認審計準則辦理。足見我國公開發行公司通常僅須每年至少辦理自行評估，例外才須由會計師專案審查公司內部控制制度，此與美國法要求大型企業之會計師在企業年報中特別揭露查核該企業內部控制制度的有效性之審查報告，以確保該企業與財務報導有關之內部控制制度的有效性，並不相同，或可大幅簡省企業遵法成本，但亦可能導致內部控制制度有效性之判斷失真。

《證券交易法》第38-1條規定，主管機關認為必要時，得隨時指定會計師、律師、工程師或其他專門職業或技術人員，檢查發行人、證券承銷商或其他關係人之財務、業務狀況及有關書表、帳冊，並向主管機關提出報告或表示意見，其費用由被檢查人負擔（第1項）。繼續一年以上，持有股票已在證券交易所上市或於證券商營業處所買賣之公司已發行股份總數百分之三以上股份之股東，對特定事項認有重大損害公司股東權益時，得檢附理由、事證及說明其必要性，申請主

⁸⁷ *Id.*

管機關就發行人之特定事項或有關書表、帳冊進行檢查，主管機關認有必要時，依前項規定辦理（第2項）。是故，金管會應依本條規範善盡監理之責，必要時即時指定會計師專案審查公司內部控制制度，以補公司自行評估之不足。

此外，我國雖有內控制度相關法令，惟似因董事監督功能不彰，頻生內控失靈而致公司損害的事件，除健全獨立董事制度外，似亦應同時強化董事究責規範以使權責合一，進一步使董事有適當誘因從上而下地落實企業內控制度與法令遵循；如此之配套措施或始能讓董事會除須依法律為業務執行機關，負責公司經營決策之外，也能發揮有效的決策與監督功能⁸⁸。美國《沙賓法》亦透過加諸聯邦法規上的刑事責任於公開發行公司，以達到敦促董事積極進行監督之目的

企業財務報告如有虛偽之記載，依第174條第1項第5款規定，發行人、公開收購人、證券商、證券商同業公會、證券交易所或第十八條所定之事業，於依法或主管機關基於法律所發布之命令規定之帳簿、表冊、傳票、財務報告或其他有關業務文件之內容有虛偽之記載，或依同條第6款規定，於財務報告上簽章之經理人或會計主管，為財務報告內容虛偽之記載時，均處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣二千萬元以下罰金。

《商業會計法》第71條則規定，商業負責人、主辦及經辦會計人員或依法受託代他人處理會計事務之人員有下列情事之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六十萬元以下罰金：一、以明知為不實之事項，而填製會計憑證或記入帳冊。二、故意使應保存之會計憑證、會計帳簿報表滅失毀損。三、偽造或變造會計憑證、會計帳簿報表內容或毀損其頁數。四、故意遺漏會計事項不為記錄，致使財務報表發生不實之結果。五、其他利用不正當方法，致使會計事項或財務報表發生不實之結果。《證券交易法》第174條第1項第5款及第6款「財務報告虛偽記載罪」與《商業會計法》第71條「財務報表不實登載罪」如發生競合時，則屬於法條競合的特別關係。

第二節 寬宥制度

公司董事會除擔負法令遵循機制建置義務外，應配合國際趨勢與政府推動行為準則政策方向，建立公司行為準則作為全體內部職員一致遵循標準。法令遵循僅是行為準則諸多規範項目之一，行為準則是落實法令遵循之手段，兩者間相輔相成⁸⁹。目前我國制度並未強制各行業依照行業特性，制定適用之行為準則規範，因此未獲國內公司重視。建議師法美國，將行為準則與法令遵循機制結合，作為

⁸⁸ 蔡昌憲，從內控制度及風險管理之國際規範趨勢論我國的公司治理法制：兼論董事監督義務之法律移植，臺大法學論叢，41卷4期，頁1836，2012年12月。

⁸⁹ 王志誠，法令遵循主管制度之發展及挑戰，存款保險資訊季刊，23卷4期，頁92-100，2010年12月。轉引自吳盈德，前揭註42，頁31-32。

未來司法實務界認定董事是否善盡注意義務標準之一，藉以具體明確化我國董事法令遵循注意義務認定標準⁹⁰。

美國與我國關於行為準則規範法源差異頗大，強制效力強弱亦顯著不同。在美國，行為準則實施與發展已經相當悠久，多數大型公司已訂有內容繁雜與周詳之行為準則；反觀我國「先行政後司法」之制裁方式，企業可能因為裁罰遠低於不法利潤，而不畏行政裁罰。美國政府對於違反「海外反貪污行為法」之行為，除對公司管理階層個人為刑事制裁，政府天價的罰金及昂貴的訴訟費，也往往會重挫企業之利潤，其嚇阻效力相較於我國之制裁方式為高。如能參考美國聯邦「海外反貪污行為法」建立鼓勵公司之誘因，於行政機關作成行政制裁或檢察官起訴前，酌予衡量行為人努力與否之各項因素，方能確實鼓勵其健全組織之法令遵循機制，以達目標⁹¹。

第三節 高額罰鍰

我國兆豐國際商業銀行因紐約分行有未落實可疑交易之篩選、申報等法令遵循之缺失，於 2016 年 8 月 19 日遭美國紐約州金融服務署（NYDFS）以簽署合意處分令（Consent Order）之方式，裁處 1 億 8 千萬美元（合約新台幣 57 億元）之鉅額罰鍰，創下國內金融機構在海外遭罰金額最高紀錄。針對此一案件，同年 9 月金管會對兆豐銀行核處 1,000 萬元罰鍰並予糾正及暫停申請增設海外分支機構，並命解除董事、總經理、總稽核、法遵長等人之職務。然外界對於我國法制是否能如美國法制對違規之金融機構處以鉅額罰鍰，提出質疑。

美國法《聯邦存款保險法》、《聯邦準備法》及紐約州法⁹²基於可裁罰行為之嚴重程度及責任高低，將罰鍰分為三級，並考量銀行承受能力及其持續經營之需要，規定違規行為持續時，監理機關每日可裁罰之最高金額，該等金額亦隨通貨膨脹而定期調整，且最高罰鍰限額並非絕對，監理機關得依被處罰主體之違法獲利情形加以調整，以符合「任何人不得從自己違法行為中獲利」之原則，值得參考，以考量是否依違法行為構成要件之不同，分級酌予提高罰鍰數額。

然而，美國高額之罰鍰上限源自於第一任布希政府的政治判斷，其認為動用數十億納稅義務人之稅賦，以保護倒閉金融機構之存款戶，尤其被儲蓄機構主事者濫用，恐將引起公憤。因此，試圖以高額罰鍰發送一個清晰、易懂的信號：存款機構內部人之劣行將面臨嚴厲制裁。此與我國國情顯有不同。

再者，美國近年來恐怖份子行動猖獗、金融犯罪等重大刑事案件，透過洗錢

⁹⁰ 馮震宇，企業當責與社會當責－當責不可忽略法令遵循，能力雜誌，626 期，頁 60-65，2008 年 4 月。轉引自吳盈德，前揭註 42，頁 32。

⁹¹ 吳盈德，前揭註 42，頁 32。

⁹² N.Y. B.N.K. Law §44.

隱匿不法所得、逃漏稅問題嚴重，如有違反洗錢防制之法律遵循，動則處以高額罰鍰，以防範於未然。2016年8月更進一步希望擴大反洗錢法適用之金融機構範圍，要求所有金融機構都必須建立洗錢防制之法律遵循機制，此亦與我國現況大不相同。

何況縱使某法域制定一項具有高法令遵循成本及行政執行成本之管制措施，法域競爭仍將可能迫使該管制法域改善系爭過度管制之實質內容。是故，對於市場的管制，即市場失靈存在，政府是否介入管制，宜先考量管制手段本身所生之成本與效益，選擇管制成本較低之手段，臺灣欠缺與美國相當的資源與市場，在法令之制定上更應重視管制謙抑性，制定較具法律管制彈性且能通過成本效益分析的法令⁹³，此為效法美國法時所應特別留意之處。

第四節 機構關係人

我國醫療材料商「鼎興貿易」負責人何宗英，自 2008 年至 2016 年間，陸續偽造與診所、醫院的假交易契約，向金融機構詐貸金額逾 37 億元，受害銀行或租賃公司多達 13 家，渠等共同侵害他人財產或違害金融秩序法益重大，顯係重大經濟犯罪，後於 2016 年 11 月 21 日偵結終結，何宗英遭檢察官起訴並具體求處有期徒刑 20 年。其中永豐銀行、華南銀行涉關係人交易文件，同年 8 月金管會下令 14 家銀行在 8 月底前交出清查報告，檢查局也調查部分銀行，於 10 月 21 日檢調約談永豐銀行相關人員，永豐銀行總經理張晉源以 300 萬元交保，同月 23 日檢調約談華南銀行相關人員，華南銀行前代理總經理賴明佑以 500 萬元交保，同年 11 月金管會對永豐銀行裁罰 1,000 萬元，此已為我國銀行法裁罰最高上限，對於華南銀行則處 800 萬罰鍰。然現行對於未申報利害關係人之情形僅能處罰銀行，卻無法處罰有申報瑕疵的大股東，美國對於此類違規案件之處罰主體包含大股東、利害關係人或該行負責人等，我國似付之闕如。

查《銀行法》第 127-1 條第 2 項規定，銀行依第 33 條辦理授信達主管機關規定金額以上，或依第 91-1 條辦理生產事業直接投資，未經董事會三分之二以上董事之出席及出席董事四分之三以上同意者或違反主管機關依第 33 條第 2 項所定有關授信限額、授信總餘額之規定或違反第 91-1 條有關投資總餘額不得超過銀行上一會計年度決算後淨值百分之五者，其行為負責人處新臺幣二百萬元以上一千萬元以下罰鍰。

此處對於利害關係人交易的處罰對象，為行為負責人，所謂「處罰其行為負責人」，並非因法人犯罪而轉嫁代罰其負責人，係其負責人有此行為而予以處罰

⁹³ 蔡昌憲，評我國強制設置薪酬委員會之立法政策—從經濟分析及美國金融改革法談起，中研院法學期刊，11 期，頁 325，2012 年 9 月。

⁹⁴。倘其負責人有參與決策、執行者，即為「法人之行為負責人」，依《銀行法》第 18 條及《公司法》第 8 條第 1 項之規定，並參酌《金融控股公司法》第 17 條第 1 項規定訂定之「金融控股公司發起人負責人應具備資格條件負責人兼職限制及應遵行事項準則」第 2 條規定，所稱負責人，指金融控股公司或銀行之董事、監察人、總經理、副總經理、協理、經理或與其職責相當之人。然而，「行為之負責人」不及於大股東、利害關係人或該行負責人等，因此為求規範之完整性，《銀行法》第 127-1 條第 2 項構成要件，是否有擴張裁罰對象之必要，應予研議。

我國《行政罰法》第 15 條雖已規定，私法人之董事或其他有代表權之人，因執行其職務或為私法人之利益為行為，致使私法人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人如有故意或重大過失時，除法律或自治條例另有規定外，應並受同一規定罰鍰之處罰。私法人之職員、受僱人或從業人員，因執行其職務或為私法人之利益為行為，致使私法人違反行政法上義務應受處罰者，私法人之董事或其他有代表權之人，如對該行政法上義務之違反，因故意或重大過失，未盡其防止義務時，除法律或自治條例另有規定外，應並受同一規定罰鍰之處罰。依前二項並受同一規定處罰之罰鍰，不得逾新臺幣一百萬元。但其所得之利益逾新臺幣一百萬元者，得於其所得利益之範圍內裁處之。然銀行法如有特別規定，自應優先適用。

美國銀行監理機關裁罰之對象不僅是問題銀行本身，尚包括聯邦存款保險法第 3 條第 u 項（美國法律彙編第 12 編第 1813 條第 u 項）所規定之三類「機構關係人」。《聯邦準備法》第 29 條（美國法律彙編第 12 編第 504 條）更明定會員銀行及其機構關係人，如違反關係人交易之規定，聯準會均得處以罰鍰，值得參考。

第五節 通報義務

依據《沙賓法》第301條規定，公開發行公司之審計委員會須建立處理有關會計、內部控制及審計等相關事宜之程序，包含員工以匿名或保密方式舉發其存疑之會計或審計事項之處理程序。本條規定強化內部通報機制之合理性，透過有獨立董事參與的審計委員會作為建制之權責單位，架構獨立的通報機制，員工可以直接獨立地從事通報，避免一般主管之干預，改善以往監控體制下資訊不流通之困擾。此外，允許員工之匿名通報，應該更能激發通報之意願⁹⁵，值得參考。

我國目前尚無相關法律要求企業建立內部通報機制，僅於臺灣證券交易所與證券櫃檯買賣中心2014年11月修訂之《上市上櫃公司誠信經營守則》第23條規定：「上市上櫃公司『應』訂定具體檢舉制度，並應確實執行，其內容至少應涵蓋下

⁹⁴ 最高法院 103 年度台上字第 3398 號刑事判決要旨。

⁹⁵ 陳一銘、李智仁，公司治理與公益通報保護法制，萬國法律，158 期，頁 110，2008 年 4 月。

列事項：一、建立並公告內部獨立檢舉信箱、專線或委託其他外部獨立機構提供檢舉信箱、專線，供公司內部及外部人員使用。二、指派檢舉受理專責人員或單位，檢舉情事涉及董事或高階主管，應呈報至獨立董事或監察人，並訂定檢舉事項之類別及其所屬之調查標準作業程序。三、檢舉案件受理、調查過程、調查結果及相關文件製作之紀錄與保存。四、檢舉人身分及檢舉內容之保密。五、保護檢舉人不因檢舉情事而遭不當處置之措施。六、檢舉人獎勵措施。上市上櫃公司受理檢舉專責人員或單位，如經調查發現重大違規情事或公司有受重大損害之虞時，應立即作成報告，以書面通知獨立董事或監察人」惟此等自律規範並無法律上之強制力，如欲落實，恐須以法律或法律明確授權所制定之命令加以規範為宜。

就律師之保密義務，依我國 2009 年修正前之《律師倫理規範》之規定，除於「委任人未來之犯罪意圖及計劃或已完成之犯罪行為之延續可能造成第三人生命或身體健康之危害者」外，別無其他之例外情形，致使律師於發現公司內部有重大違法之證據時，不僅無法對主管機關或社會投資大眾提出警告，反而仍負有保密義務；一旦對外報告，亦恐因有違律師倫理規範而依律師法移付懲戒，同時亦可能觸犯刑法第 316 條洩漏業務秘密罪，產生刑事責任。《律師倫理規範》於 2009 年修正後，第 33 條規定：「律師對於受任事件內容應嚴守秘密，非經告知委任人並得其同意，不得洩漏。但有下列情形之一，且在必要範圍內者，得為揭露：一、避免任何人之生命、身體或健康之危害。二、避免或減輕因委任人之犯罪意圖及計畫或已完成之犯罪行為之延續可能造成他人財產上之重大損害。三、律師與委任人間就委任關係所生之爭議而需主張或抗辯時，或律師因處理受任事務而成為民刑事訴訟之被告，或因而被移送懲戒時。四、依法律或本規範應揭露者。」以作為律師保密義務與揭露義務之界限。有疑義者，本條但書第 4 款之例外規定限於「依『法律』或本規範『應揭露』者」，倘該項揭露義務並非於法律層次或律師倫理規範中規定，而是在行政主管機關所定之法規或其他行政命令加以規範，抑或法律並未明文應揭露之事項，但要求律師不得出具虛偽不實之意見時，則律師發現委任公司有異常或違法等情事時，得否依本條但書第 4 款之規定，予以揭露⁹⁶？

美國 2002 年以來公司治理法制之改革中，不但於法律層次要求企業律師應負陳報義務，並授權主管機關得懲戒違反法令之專門技術人員，相關法規命令及律師公會之倫理規範亦配合修正，大幅放寬律師於合理相信有其必要之範圍內，得揭露其代表委託人之相關資訊，以求具體落實對企業內、外部法律從業人員為擔任把關者之期待，值得我國進一步改革企業法律從業人員專業倫理規範架構之參考，期能藉由專業倫理之強化，提升公司治理之效能，防杜企業之貪瀆舞弊⁹⁷。

⁹⁶ 胡韶雯，由公司治理導向論企業法律從業人員之保密義務與揭露義務—從我國資本市場近年實務案例出發，法令月刊，62 卷 7 期，頁 76，2011 年 7 月。

⁹⁷ 同前註，頁 80。

第六節 吹哨者保護

如前所述，美國已強制立法要求公開發行公司必須建置內部通報機制，企業若能建立完善內部通報機制，並鼓勵內部人善用該機制，不僅能防微杜漸，於不法案件程度擴大前予以改善，亦能降低查處成本並避免損及企業商譽，我國於訂定吹哨者法規制度時，允宜予以考量⁹⁸。

關於我國私部門吹哨者保護法制之建立，2013年已有優秀之研究團隊提出報告⁹⁹，本文不再贅述。然從美國企業吹哨者保護之立法歷程以觀，2002年《沙賓法》對吹哨者之保護主要以公開發行公司本身員工為主，加以美國勞工部和法院對《沙賓法》多採取嚴格解釋的限縮適用，使得許多員工無法受到補償或須過重負擔舉證的責任。2010年《陶德法蘭克法》雖明確將公開發行公司之非公開發行子公司員工納入保護範圍，某程度保護對象局限性之問題，甚至授權SEC獎勵並保護舉發證券市場不法行為之吹哨者，期望透過提供高額獎勵、強化資訊保護及反報復條款之方式，鼓勵知情者對公開發行公司的違規案件進行舉報，以利SEC採取有效行動，達到保障投資人權益的目標。然而，從近期富國銀行之吹哨者經過漫漫六年終於申訴成功之案例顯示，即便是制度看似較為健全之美國，實務上仍有主管機關調查人員負責之案件量過多，調查曠日廢時等程序不正義之問題存在。我國未來建立私部門吹哨者保護法制時，應以此為借鏡，避免因主管機關裁決遲延，減損對吹哨者之實質保護。

此外，雖然臺灣證券交易所與證券櫃檯買賣中心於2016年9月修訂之《上市上櫃公司治理實務守則》第28-2條規定：「上市上櫃公司『宜』設置並公告內部及外部人員檢舉管道，並建立檢舉人保護制度；其受理單位應具有獨立性，對檢舉人提供之檔案予以加密保護，妥適限制存取權限，並訂定內部作業程序及納入內部控制制度控管。」而前揭2014年11月修訂之《上市上櫃公司誠信經營守則》第23條亦要求上市上櫃公司訂定具體檢舉制度，包含對於檢舉人身分及檢舉內容之保密、保護檢舉人不因檢舉情事而遭不當處置之措施，以及檢舉人獎勵措施。惟此等規定均屬自律規範性質而非法律，並無法律上之強制力，且對於揭弊者之保護甚為有限。因此，考量公開發行公司規模龐大，其不法行為亦將對社會公益影響至鉅，甚使外資質疑我國企業之管理能力及透明度而怯於投資，為維繫我國經濟持續發展，健全資本市場，提振國內外投資人之信心¹⁰⁰，建議參酌美國《沙賓法》

⁹⁸ 張燕平，美英兩國吹哨者法規制度與實務運作之介紹，證券服務，654期，頁40，2016年10月。

⁹⁹ 林志潔主持，法務部廉政署委託，私部門公益通報者保護法立法研究期末報告，2013年。

¹⁰⁰ 安怡芸，強制公開發行公司內部建立揭弊機制之必要性分析（下），證券服務，624期，頁30，2014年4月。

及《陶德法蘭克法》相關規定，未來我國至少應立法將公開發行公司及其非公開發行子公司員工均納入保護範圍，建構私部門吹哨者保護法制。

茲將我國目前落實聯合國反貪腐公約第12條、第33條之情形，以及本報告關於美國法相關規範之討論及對我國相關政策與立法之啟示與建議，分別彙整如下表2-1及2-2。

表 2-1 聯合國反貪腐公約第 12 條之研究與建議

聯合國反貪腐公約第 12 條私部門	
1. 各締約國均應依其國家法律之基本原則採取措施，以防止涉及私部門之貪腐，加強私部門之會計及審計標準，並酌情對不遵守措施之行為制定有效、適度且具有警惕性之民事、刑事或行政處罰。 2. 為達到這些目的而採取之措施得包括下列事項： (a) 促進執法機構與相關私營實體間之合作； (b) <u>促進制定各種旨在維護相關私營實體操守標準及程序，包括正確、誠實及妥善從事商業活動和所有相關職業活動，並防止利益衝突之行為守則，及在企業之間及企業與國家間之契約關係，促進良好商業慣例採用之行為守則；</u> (c) 增進私營實體透明度，包括酌情採取措施，以識別參與公司設立及管理之法人與自然人身分； (d) 防止濫用對私營實體之管理程序，包括政府機關對商業活動給予補貼和核發許可證之程序； (e) 在合理期限內，對原公職人員之職業活動，或公職人員辭職或退休後在私部門之任職，進行適當之限制，以防止利益衝突。前揭限制僅預此種活動或任職與該公職人員任期內曾擔任或監管之職權具有直接關連； (f) <u>確保民營企業依其結構及規模實行有助於預防與發現貪腐之充分內部審計控制，並確保此種民營企業帳冊和必要之財務報表符合適當之審計及核發執照程序。</u> 3. <u>為了預防貪腐，各締約國均應依其國家關於帳冊和紀錄保存、財務報表揭露及會計和審計標準之法規採取必要措施，以禁止從事下列行為，而觸犯本公約所定之任何犯罪：</u> (a) <u>設立帳冊外之帳戶；</u> (b) <u>進行帳冊外之交易或與帳冊不符之交易；</u> (c) <u>浮報支出；</u> (d) <u>登錄負債科目時謊報用途；</u> (e) <u>使用不實憑證；及</u> (f) <u>故意於法律規定之期限前銷毀帳冊。</u>	
我國目前執行情形	
金融監督管理委員會	一、本會訂有相關財務報告編製準則，供所轄銀行業、證券業、期貨業及保險業適用遵循，如有違反並設有相關罰則加以規範。 二、同時，本會依據會計師法第 11 條第 2 項訂定「<u>會計師查核簽證財務報表規則</u>」，及證券交易法第 14 條第 2 項之授權，訂定「<u>證券發行人財務報告編製準則</u>」，規範財務報告之內容、適用範圍、編製及其他應遵循事項。另我國準則制定機構會計研究發展基金會專責制定財務會計及審計準則公報，上開準則及公報私營部門均應遵循。

	三、證券交易法及會計師法關於財報編制不實及簽證會計師應負之民事、刑事及行政責任，亦訂有相關規範。
銓敘部 金融監督管理委員會 法務部 廉政署 財政部	銓敘部 <u>公務員服務法第 14 條之 1</u> 已規定，公務員於其離職後 3 年內，不得擔任與其離職前 5 年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問。 金融監督管理委員會 一、就 2(e)部分：我國公務員服務法第 14 條之 1 已明定公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問，本會及所屬人員，均依前開規定辦理。 二、就 2(f)部分： (一) 本會已訂有相關內部控制制度處理準則，供所轄銀行業、證券業、期貨業、保險業及公開發行公司適用遵循。 (二) 公開發行公司如發生內控制度重大缺失、財務報導不實或違反法令情重大、舞弊或有舞弊之嫌等情事，本會得命令公司委託會計師專案審查公司之內部控制制度，並取具審查報告報本會備查。 法務部（廉政署） 一、行政院 98 年 7 月 8 日訂頒「<u>國家廉政建設行動方案</u>」已規定「推動企業誠信」7 項具體策略：強化公司治理及企業倫理，推動相關配套措施，加強企業內、外部監督，保障投資人及員工權益；倡導企業社會責任，加強與企業及民間各界的溝通，凝聚企業與私部門反貪共識；輔導、獎勵企業建立倫理規範及內控機制；建立公司治理、企業誠信與倫理評鑑機制，以利社會大眾及員工監督企業經營；加強與跨國企業經理人及國際重要機構派駐人員溝通座談，改善妨礙競爭力的因素；加強企業貪瀆線索發掘、蒐證及調查偵辦；加強政府公股管理督導，促進公股事業誠信經營。 二、本方案每半年請相關機關提出執行成效檢討報告，以強化公司治理、企業倫理及社會責任。 三、法務部以 100 年 4 月 27 日法政字第 1001104252 號函頒「<u>政風機構推動廉政宣導及社會參與實施方案</u>」，以推動廉政社會參與為主軸，採取「促進民眾參與，發展社區關係」、「擴大教育宣導，型塑廉潔價值」、「運用傳播媒體，暢通宣導管道」、「結合網絡資源，推動企業誠信」、「鼓勵檢舉不法，提供多元管道」等 5 大策略，整合各政風機構力量，擴展廉政治理網絡。 四、「<u>公職人員利益衝突迴避法</u>」已建立公職人員利益衝突迴避之規範，有效遏阻貪污腐化暨不當利益輸送。 財政部

	一、就 2.(a)部分： 依據關稅法第 19 條規定，海關得對納稅義務人、貨物輸出人或其他供應鏈相關業者實施優質企業認證，經認證合格者，給予優惠措施。藉此加強海關與廠商間夥伴關係，促進徵納雙方合作，以利法規遵循。 二、就 2.(d)部分： 財政部業依據關稅法第 19 條第 3 項授權訂定「優質企業認證及管理辦法」，其內容包括：優質企業申請認證應具備之資格條件、申請程序、優質企業之分類、供應鏈業別、優惠措施、停止或廢止適用條件、得先予放行之特定報單、擔保方式、申請自行具結之條件、稅費繳納方式及其他應遵行事項。爰海關對於優質企業之認證已有明確標準，並對外公開，以利海關與廠商共同遵守。
金融監督管理委員會 財政部	金融監督管理委員會 一、私營企業財務報表揭露違反財報編製準則及會計和審計標準之法規採取必要措施：臺灣證券交易所股份有限公司及財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心依審閱上市櫃公司財務報告作業程序進行選案查核，就涉及背信、財務報告不實或非常規交易移送司法檢調機關。 二、本會檢查局已定期或不定期對金融服務業辦理一般檢查或特定查核範圍之專案檢查，如發現金融服務業有涉及背信、財務報告不實或非常規交易將移送司法檢調機關。 財政部 一、依所得稅法第 21 條及稅捐稽徵機關管理營利事業會計帳簿憑證辦法規定，營利事業應保持足以正確計算其營利事業所得額之帳簿憑證及會計紀錄。若有應給予未給予，應取得未取得，或應保存未保存憑證者，應依稅捐稽徵法第 44 條規定處罰；另營利事業未依前開辦法規定設置帳簿並記載者，除依稅捐稽徵法第 45 條規定處罰外，並通知補正；屆期未辦理者，應依所得稅法第 83 條規定核定其所得額。營利事業若有虛列成本費用等短漏報所得額情事，應依所得稅法第 110 條規定處罰。 二、現行所得稅法及相關法令已有周延規定，尚無需再予規範。 三、依<u>加值型及非加值型營業稅法</u>第 32 條第 1 項規定，營業人銷售貨物或勞務應依規定開立統一發票交付買受人，但免用統一發票營業人得掣發普通收據。營業人若有應給予未給予，或應取得未取得，或應保存未保存憑證者，已於相關法令訂有處罰規定。 四、依據關稅法第 17 條規定，納稅義務人或貨物輸出人辦理進出口報關時，應填送貨物進口、出口報單，並檢附相關文件；進出口報單如有海關緝私條例第 37 條所列虛報情事，則依該條規定處罰。

	五、依據<u>關稅法</u>第 98 條規定，納稅義務人或貨物輸出人及其關係人對於進出口貨物有關之紀錄、文件、會計帳簿及相關電腦檔案或資料庫等資料，應自進出口貨物放行之翌日起，保存 5 年；同法第 13 條第 2 項及第 42 條規定，海關為調查證據或進口貨物之完稅價格，得請被調查人提供進出口貨物有關之紀錄、文件、會計帳冊等相關資料，被調查人不得規避、妨礙或拒絕，違者，依同法第 75 條規定處罰。 六、現行關稅法及相關法令已有周延規定，尚無需再予規範。
財政部	一、依<u>所得稅法</u>第 24 條第 1 項前段規定，營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額；又依<u>所得稅法</u>第 38 條及<u>營利事業所得稅查核準則</u>第 62 條規定，經營本業及附屬業務以外之費用或損失，不得列為費用或損失。依此，營利事業各項成本費用之列支均應符合所得稅法及營利事業所得稅查核準則相關規定，若有不符者，均不得認列。 二、依<u>加值型及非加值型營業稅法</u>第 19 條第 1 項規定，營業人下列進項稅額，不得扣抵銷項稅額：一、購進之貨物或勞務未依規定取得並保存同法第 33 條所列之憑證者。二、非供本業及附屬業務使用之貨物或勞務。但為協助國防建設、慰勞軍隊及對政府捐獻者，不在此限。三、交際應酬用之貨物或勞務。四、酬勞員工個人之貨物或勞務。五、自用乘人小汽車。依此，營業人申報進項稅額扣抵銷項稅額均應符合加值型及非加值型營業稅法相關規定，若有不符者，均不得扣抵。 三、現行所得稅法、加值型及非加值型營業稅法及相關法令已有周延規定，無需再予規範。

研究與建議

美國法相關討論及規範	我國相關規範例示	政策與立法建議
一、內部控制 - 確保與財務報導有關之內控制度之有效性，但遵法成本極高。 - 相關法律規定： 2002年沙賓法§404 2010年陶德法蘭克法§989G 2012年企業籌資法§103	- 證券交易法§14-1、§38-1、§174(I)(5)、§178、§179 - 公開發行公司建立內部控制制度處理準則§22 - 商業會計法§71	- 公開發行公司僅須每年辦理自行評估，例外才由會計師專案審查內控制度，遵法成本較低。但金管會應依證交法§38-1善盡監理之責，必要時即時指定會計師專案審查，以補自行評估之不足。 - 除健全獨立董事制度外，應同時強化董事究責規範使權責合一。
二、寬宥制度 - 聯邦量刑準則第8章 - 企業嚴格執行並有效落實法令遵循計畫，即可大幅減免刑責。	無	我國採「先行政後司法」之制裁方式，企業可能因為裁罰遠低於不法利潤，而不畏行政裁罰。

• 提高採行法遵計畫之誘因。 • 聯邦海外反貪污行為法 • 對違反法令者處以巨額罰金。 • 對預先建置法規遵循機制者提供減免處罰，甚至放棄追訴。		• 調整制裁方式並建立鼓勵公司之誘因，於行政機關作成行政制裁或檢察官起訴前，酌予衡量行為人努力之因素，鼓勵其健全組織之法令遵循機制，以達目標。
三、高額罰鍰 • 基於可裁罰行為之嚴重程度及責任高低將罰鍰分為三級，並規定違規行為持續時每日裁罰上限。 • 1989年金融機構改革、復甦及執行法§951 • 聯邦存款保險法§8(i)(2) • 聯邦準備法§29 • 紐約州銀行法§44 • 每日罰鍰上限隨通貨膨脹而定期調整且非絕對，監理機關得依被處罰主體之違法獲利情形調整。	• 銀行法§127-1	• 建議考量依違法行為構成要件之不同，分級酌予提高罰鍰數額。 • 美國對銀行紓困時，為服民心，遂以高額罰鍰制裁內部人。且近來恐怖行動及金融犯罪亦透過洗錢隱匿不法所得，故一旦違反洗錢防制之法律遵循，常處重罰。 • 我國現況與美國有別，亦欠缺相當的資源與市場，更應重視管制謙抑性，制定較具法律管制彈性且能通過成本效益分析的法令。
四、機構關係人 • 關係人藉由優勢地位影響銀行決策經營或與銀行交易，易生損害。 • 美國銀行法執法裁罰之對象包括問題銀行及三類「機構關係人」。 • 聯邦存款保險法§3(u) • 銀行及其機構關係人如違反關係人交易之規定，均得處以罰鍰。 • 聯邦準備法§29	• 銀行法§127-1 • 行政罰法§15	• 我國銀行法對於未申報利害關係人之情形僅能處罰銀行，無法處罰有申報瑕疵之大股東，建議參考美國法模式，修正銀行法以對違法之「機構關係人」處以罰鍰。
五、通報義務 • 公開公司之審計委員會應建立通報程序，受理員工以保密匿名方式，通報可疑之會計與審計事項。 • 2002年沙賓法§301 • 企業律師陳報實義務。 • 2002年沙賓法§307	• 上市上櫃公司誠信經營守則§23 • 律師倫理規範§33	• 自律規範並無法律強制力，如欲落實，恐須以法律或法律明確授權所制定之命令加以規範為宜。 • 美國不但於法律層次要求企業律師應負陳報義務，並授權主管機關得懲戒違反法令之專門技術人員，可資參考。

表 2-2 聯合國反貪腐公約第 33 條之研究與建議

聯合國反貪腐公約第 33 條保護檢舉人		
各締約國均應考慮在其國家法律制度中納入適當措施，以利對出於善意及具合理之事證向主管機關檢舉涉及本公約所定犯罪事實之任何人，提供保護，使其不致受到任何不公正待遇。		
我國目前執行情形		
法務部 檢察司 廉政署	法務部檢察司 證人保護法第 15 條第 1 項規定，檢舉人、告發人、告訴人或被害人有保護必要時，準用保護證人之規定。 法務部廉政署 一、「貪污治罪條例」第 18 條，明定貪污瀆職案件檢舉人應予獎勵及保護。另行政院業於 105 年 3 月 16 日以院台法字第 1050156012 號令修正發布「獎勵保護檢舉貪污瀆職辦法」並公告施行，以完善對貪污瀆職案件檢舉人之獎勵保護法制。 二、順應世界立法趨勢，型塑我國機關內部人員勇於舉發內部不法行為之風氣，本署於 101 年 8 月即委託政治大學進行揭弊者保護專法之立法研究，並於 102 年 11 月完成「揭弊者保護法」草案初稿提送法務部，由法務部於 103 年 12 月 31 日及 104 年 10 月 30 日函報「揭弊者保護法」草案送行政院審議，行政院已召開 4 次審查會，刻由行政院審議中。	
美國法相關討論及規範	我國相關規範例示	政策與立法建議
六、吹哨者保護 • 1863年不正請求法 • 1988年詐欺法 • 1989年吹哨者保護法 • 2002年沙賓法§806 • 2010年陶德法蘭克法§929A、§922 • 2017年4月OSHA下令富國銀行須支付被解雇之經理540萬美元，且須重新僱用之 • 2010年即被解職，此後便找不到從事銀行業務之工作。 • 本案於2011年即向OSHA提出申訴，歷經6年才決定。	• 上市上櫃公司治理實務守則§28-2 • 上市上櫃公司誠信經營守則§23	• 自律規範保護力道不足。 • 公開發行公司規模龐大，其不法行為亦將對社會公益影響至鉅，建議參酌美國沙賓法及陶德法蘭克法相關規定，立法將公開發行公司及其子公司之吹哨員工納入保護。 • 美國仍有因主管機關調查人員案件量過多，調查曠日廢時等程序不正義之問題存在，我國未來立法應避免因主管機關裁決遲延，減損對吹哨者之實質保護。

第三編 定罪和執法

本編所要處理的問題是聯合國反貪腐公約（以下簡稱反貪公約）第三章定罪和執法，本章自第 15 條起至第 42 條迄，主要內容在於貪腐行為的刑事實體與程序規定。這些條文在本報告中的處理概說如下：

其中第 15 條至第 25 條為構成要件規定，包括 11 項罪名：賄賂國家公職人員、賄賂外國公職人員或國際組織官員、公職人員侵占、竊取或挪用財物、影響力交易、濫用職權、不法致富（資產非法增加或財產來源不明）、私部門之賄賂、私部門財產之竊取或侵占、犯罪所得之洗錢行為、藏匿犯罪所得財產以及妨害司法，共計 11 條罪名。其中多數條文於我國現制中已設有刑事處罰之規定，但內容並未完全相同，針對此類規定，本報告中將就我國現行規定加以簡略地介紹，並與反貪公約加以對照，就不同處提出意見。另外，影響力交易與私部門之賄賂二罪，則為我國現制中未設刑事處罰規定的行為態樣，在報告中將有較為深入的探討，包括外國立法例與學說的介紹與檢討，作為他山之石，同時也會因應我國國情，提出相關立法建議。

本報告將先就貪腐行為的本質與貪腐所侵害的法益兩個基本問題加以檢討，透過這種傳統刑法釋義學的方式，對於貪腐行為的概念範圍，透過各種觀察角度求取最大公因數的定義，由此定義來決定刑法構成要件要素的設計；再透過法益概念以應罰性與需罰性加以界定，確保我們在法制上與反貪公約接軌的同時，不致違反憲法與刑法理論上的原理原則。最後，針對反貪公約第三章要求立法或要求考慮立法之罪名，而我國尚未相同或類似之刑罰規範者，或規範密度不足之條文，提出立法與修法的建議。

第一章 總論：刑法上貪腐之定義與其意義

第一節 概說

貪腐（Korruption）一詞源自拉丁文的 *corrumpere*，廣義而言，所指涉者包括賄賂、腐敗（*Verderbtheit*）以及道德敗壞（*Sittenverfall*），在刑法文獻針對相關構成要件的討論中，循此字義衍生出的行為人導向定義（*täterorientierte Definitionen*）之下，貪腐是為了**獲取不正利益的義務違反**¹⁰¹。然而，這定義並非毫無爭議¹⁰²，特別是文獻上強調貪腐是一個跨學科且多面向的概念，另一方面，不論在哪一個學科、哪一種面向，對於貪腐一詞始終欠缺明確、統一的定義，從而對於貪腐的處罰界限也就顯得模糊，這樣的問題在法院適用法律時存在，在立法者制訂防制貪腐的規範時也是如此。由於貪腐的行為事實有著多變之態樣以及在其行為模式不同領域中的多元發展，定義甚為困難，即便各界經年加以討論，也難以獲得一致或足以成共識的定義¹⁰³。這點也可以在各國現行法的規定中得到驗證，立法者避免以立法的方式定義，而以個別貪腐行為模式的制裁規範取代定義¹⁰⁴，例如在個別的貪污犯罪採取列舉式的立法¹⁰⁵。或以我國法制為例，立法者在不同的法律規範中，針對形形色色的貪腐行為制定了刑責不一一的刑罰規定，諸如我國刑法典第四章中的瀆職罪章、特別刑法的貪污治罪條例，多數的條文即為一般人眼中的典型貪腐行為，但卻不見貪腐一詞的立法定義¹⁰⁶。

本報告所戮力者不在求取放諸四海皆準的貪腐定義，而是在於求取有助於對刑法上犯罪行為的描述以及對此等行為的判斷有實益的貪腐概念，也就是對於立法與司法的實務工作有幫助的定義，或者說是確定貪腐一詞在刑事法學上的兩項相互影響、互為因果的要件，一是貪腐的行為模式，一是貪腐行為所侵

¹⁰¹ *Kindhäuser*, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, ZIS, 2011, S. 462.; *Dölling*, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C für den 61. DJT 1996, S. C 10.

¹⁰² 反對意見僅參見：*Volk*, Merkmale der Korruption und Fehler bei ihrer Bekämpfung, in: GS-Zipf, S.421 ff.。該名學者主張以「違反規則」取代「義務違反」定義貪腐行為。

¹⁰³ 僅參見：*Bannenberg*, in: Wabnitz/Janowsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, § Rn. 4; *von Armin/Heiny/Ittner*, Korruption: Begriff, Bekämpfungs- und Forschungslücken, FÖV Discussion Paper Nr. 33, 2 Aufl., S. 2; *Dölling*, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C für den 61. DJT 1996, S. C 10; *Rotsch*, Korruptionsprävention in Unternehmen – Möglichkeiten und Grenzen, ZIS, 2011, S. 155.

¹⁰⁴ 參見 *Sprafke*, Korruption, Strafrecht und Compliance, 2010, S. 2 f.

¹⁰⁵ *Wolf*, Maßnahmen internationaler Organisationen zur Korruptionsbekämpfung auf nationaler Ebene, FÖV Discussion Paper Nr. 31, S. 50.

¹⁰⁶ 德國的情形也是如此，*Dölling*, Grundlagen der Korruptionsprävention, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 1. Aufl., Kap. 1., Rn. 1. (S. 2);英國在 2003 年的貪腐法案（*Bill on Corruption*）也遭到相同的問題，而造成貪腐在概念上難以統一的原因，正是因為貪腐行為的多樣化，見：*Sprafke*, Korruption, Strafrecht und Compliance, 2010, S. 3.

害或威脅的法益。前者為形塑構成要件行為的基礎，它必須是能夠對於特定法益造成實害或危險的行為；後者則是社會共同生活中不可或缺的利益，而且侷限在因為特定行為模式（此處即指貪腐行為）而受到負面影響的利益。

刑法作為一部規定犯罪行為的成立要件以及與其相應的法律效果之法規範，其目的在於限制國家的刑罰權，也就是要求國家處罰一個受規範者時必須具有正當性，在形式上必須於法有據（即必須恪遵罪刑法定原則），而實質上的依據，則取決實質的犯罪概念。實質的犯罪概念乃是先刑法且用以提供立法者確認行為應否施以刑罰的標準¹⁰⁷，在法釋義學上取決於特定行為模式的**應罰性**（*Strafwürdigkeit*），在刑事政策上的檢驗準據是**需罰性**（*Strafbedürftigkeit*）。長久以來，應罰性的標準指向行為是否侵害法益而具有**社會侵害性**

（*Sozialschädlichkeit*），而需罰性則是就刑罰目的和保護法益的重要性與刑罰之間進行比例原則的檢驗¹⁰⁸，來確定對特定行為的刑事制裁與刑法最後手段原則、罪刑相當原則相符¹⁰⁹。只要我們持續由不同面向探究法益的概念與侵害法益的行為，任何一個實質的犯罪概念，都必然是一個多面向的概念，這點與具可罰性的貪腐行為概念並沒有不同。例如制定竊盜罪的構成要件時，我們不可能不對於動產（行為客體）的概念進行各種知識經驗的理解，也因此才會在我們擁有發電與蓄電的能力後，發展出準動產的概念，進而將竊取電能的行為列入犯罪行為的清單中¹¹⁰；在德國廢除男性同性性行為的處罰規定¹¹¹、近親性交行為可罰性的合憲性解釋¹¹²，以及在我國通姦行為應否除罪化的討論上¹¹³，我們都可以明確地看到這樣的軌跡。

以下的討論，即由貪腐的行為模式在刑法釋義學上的意義與貪腐行為所侵害的利益展開，並試著對於我國關於貪腐行為的刑事立法與修法提出建議。

¹⁰⁷ 僅參見：*Roxin*, AT I, 4. Aufl., § 2 Rn. 1; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl., § 7 I. 1. (S. 50)。犯罪概念在德國刑法史上的發展，參見 *Vormbaum*, Einführung in die modern Strafrechtsgeschichte, 2011, S. 53 ff。

¹⁰⁸ 參見 BVerfGE 39, 1, 47; 88, 203, 258。

¹⁰⁹ 參見許玉秀，釋字第 594 號解釋部分協同意見書，貳、。

¹¹⁰ 德國刑法實務與學界對此曾進行極其複雜的討論，最後在實定法中所呈現的是第 248c 條竊電罪的規定，其過程極具啟發性。

¹¹¹ 依德國舊刑法第 175 條（始於 1872 年）之規定，成年的（生理）男性間的合意同性性行為具可罰性而為一犯罪行為。1957 年，德國聯邦憲法法院以該條不違反平等原則（德國基本法第 3 條第 2、3 項）與自由人格發展權（德國基本法第 2 條第 1 項），宣告該規定合憲。1969 年修改條文，以年齡作為行為主體（18 歲以上）與行為客體（21 歲以下）的限制，彰顯其保護重心在於青少年。遲至 1994 年該條文始遭廢止。

¹¹² 參見 BVerfGE 120, 224。

¹¹³ 參見釋字第 554 號解釋。

第二節 具有刑事立法意義的貪腐行為概念

文獻上對於貪腐較為廣義的理解是「各種為了獲取不正利益的權力濫用之行為模式（alle Formen des Missbrauchs von Macht zur Verschaffung unzulässiger Vorteile）」¹¹⁴，或是如同歐盟執行委員會（EU-Kommission）及聯合國全球反貪方案（Global Programme against Corruption）將之定義為「獲取私人利益的權力濫用」。這類涵攝範圍寬廣的定義模式，在學說上廣泛地受到引用¹¹⁵，同時也經常為國際組織於防制貪污的領域中所使用¹¹⁶，諸如國際透明組織將之定義為「為私人利益之委託權力濫用」（the abuse of entrusted power for private gain）¹¹⁷，也是在原本的定義中，對於權力的來源予以限縮為受他人委託的範圍內¹¹⁸。

由上述幾種貪腐的定義中，我們可以獲知「權力濫用」乃是其最大公因數，同時也可以發現，就準備刑事立法的目的來看，這些過於廣泛的定義，雖然能夠跳脫現行法而切合刑事政策討論的前提所需，但卻無法與其他規範對象的區隔¹¹⁹，諸如侵占、背信，也都符合這樣的定義。因此，本文擬先將權力濫用當作是貪腐行為的基本要件，再逐步對其他要件加以探究。以下所要釐清的是刑法規範上的貪腐概念，作為設計構成要件時的方針。首先要討論的是各種面向的觀察，以及這些不同的觀點就貪腐行為所提出的要件，再由刑法制裁貪腐行為的規範目的以及法釋義學，來找尋答案，最後就企業貪腐提出立法時設計構成要件的建議。

一、 刑法學上的貪腐概念：法典化的貪腐行為

這種概念指的是違反法規範的貪腐行為，它取決於實定法的佈局，若非立法者所禁止者，即非屬此概念之貪腐行為¹²⁰。在刑法學上，則是反映在實定法的框架中，也就是由現行法的構成要件去歸納出描述貪腐的構成要件。德國學者有將刑法學概念的貪腐概念再區分為狹義與廣義兩組構成要件¹²¹：1997 年以

¹¹⁴ **Dölling**, Grundlagen der Korruptionsprävention, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 1. Aufl., Kap. 1., Rn. 1. (S. 3); **Landfried**, Parteifinzen und politische Macht, S. 173 ff.

¹¹⁵ **Rotsch**, Korruptionsprävention in Unternehmen – Möglichkeiten und Grenzen, ZIS, 2011, S. 155.

¹¹⁶ **Wolf**, Maßnahmen internationaler Organisationen zur Korruptionsbekämpfung auf nationaler Ebene, S. 50 f.

¹¹⁷ 參見：http://archive.transparency.org/news_room/faq/corruption_faq（最後瀏覽日期：2016 年 7 月 20 日）

¹¹⁸ **von Armin/Heiny/Ittner**, Korruption: Begriff, Bekämpfungs- und Forschungslücken, FÖV Discussion Paper Nr. 33, 2 Aufl., S. 14 f.

¹¹⁹ 參見 **Dölling**, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C für den 61. DJT 1996, S. C 10.

¹²⁰ **von Armin/Heiny/Ittner**, Korruption: Begriff, Bekämpfungs- und Forschungslücken, FÖV Discussion Paper Nr. 33, 2 Aufl., S. 2.

¹²¹ **von Armin/Heiny/Ittner**, Korruption: Begriff, Bekämpfungs- und Forschungslücken, FÖV Discussion

「貪腐防制法（Gesetz zur Bekämpfung der Korrupt）」為名修正與新增的實體法規範¹²²，屬狹義的刑法上貪腐概念，包括德國刑法公務罪章中第 331 以下關於公部門的賄賂行為¹²³、第 108b 條的賄選行為、第 108e 條的民意代表收賄與行賄行為，以及第 298 條招標中之限制競爭協議罪（Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen）、第 299 條商業交易之受賄與行賄罪

（Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr）¹²⁴。另外，若循此脈絡，則今（2016）年 6 月 4 日開始實行之新增規定¹²⁵，第 299a 條醫療行為受賄罪（Bestechlichkeit im Gesundheitswesen）與第 299b 條的醫療行為行賄罪

（Bestechung im Gesundheitswesen）以及第 300 條的加重處罰規定，似乎也可以歸於此類。另有學者以行為主體類型作為區分標準，將上述德國刑法中的貪腐態樣區分為四類，即：公務員的貪腐行為（德國刑法第 331 條以下）、商業交易中的職員貪腐行為（德國刑法第 299 條），以及 2016 年甫公布實行的醫師及衛生健康事業的貪腐行為（德國刑法第 299a 條、第 299b 條）¹²⁶。

至於廣義的刑法上貪腐概念，則是還包括了經常與前述狹義刑法上的貪腐犯罪行為相互關聯地發生的構成要件，諸如侵占（Unterschlagung）、勒索（Erpressung）、詐欺（Betrug）與背信（Untreue），這些傳統分類上屬侵害財產法益的犯罪行為。另外，強制、洗錢，津貼詐欺（Subventionsbetrug 德國刑法第 264 條）、公務員妨礙刑事制裁（Strafvereitelung im Amt 德國刑法第 258a 條）、侵害職務秘密（Verletzung des Dienstgeheimnisses 德國刑法第 353b 條），以及偽造、變造文書犯罪等犯罪，也被歸類於此。

然而這種所謂的刑法意義上的貪腐行為概念，無法使得貪腐的概念清晰，反而使得其輪廓更為模糊，這點在作為廣義的刑法上貪腐概念的諸多構成要件中，我們可以特別明顯地感受到。例如一般被理解為侵害公共信用的偽造、變造文書犯罪，其行為態樣雖然多元，但不太可能全數理解為與貪腐或權力濫用相關的行為。由這點來看，至少這種概念與前述的多數國際組織所採的定義未

Paper Nr. 33, 2 Aufl., S. 2 ff. 該研究報告就法學上的貪腐概念還有更為細緻的區分與說明，但囿於篇幅，因此僅就與私部門貪腐關係密切者擇要介紹。另外，分類架構相同但內容有異者，見：

Ahlj, Zum Korruptionsbegriff, Kriminalistik 50 (1996), S. 154, 156.

¹²² 該法案採取條款立法的方式（詳見下述），在德國刑法典中，除了新增第 26 章的妨礙（商業）競爭處罰規定外，同時也對第 30 章中涉及貪腐行為的構成要件及擴大利得沒收進行修正。該法案的內容及德國刑法第 26 章最早的條文可見 BGBl. I 1997, S. 2038 ff.。

¹²³ 主要為第 331 條接受利益（Vorteilsannahme）、第 332 條索賄（Bestechlichkeit）、第 333 條提供利益（Vorteilsgewährung）以及第 334 條行賄（Bestechung）四種行為類型以及第 335 條的加重規定。亦參見 **Dölling**, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C für den 61. DJT 1996, S. C 9.

¹²⁴ 結論上同此分類者：**Rotsch**, Korruptionsprävention in Unternehmen – Möglichkeiten und Grenzen, ZIS, 2011, S. 155; **Bannenberg**, in: Wabnitz/Janowsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, § Rn. 5.

¹²⁵ 參見 BGBl. I 2016, S. 1254 ff.

¹²⁶ **Heinrich** 著，許恒達譯，德國刑法對於非法影響力交易的處理（一），法務通訊第 2812 期（2016,02,12），頁 3。

盡相符，同時還創造了更多曖昧不明的空間。

與其說這是定義，不如說只是一種在現行法中尋找與貪腐相關的規定的成果，如果不是憑藉著先於構成要件存在的貪腐概念，這種歸納的結果根本無法成形。上述狹義的刑法上貪腐行為，乃是立法者以防制貪腐為目的而設計的構成要件，而廣義者則還包括為了方便狹義的刑法上貪腐行為的進行（如偽造文書）、為了湮滅其所留下的痕跡（如洗錢），或者是與該行為同時並行（如侵佔、詐欺或背信）的行為，因此也被稱為貪腐行為的伴隨犯行（*Begleitdelikte*）¹²⁷，但它們也可能伴隨其他的犯罪或獨立地出現，例如為了影響裁判結果（偽證）而偽造文書、單純為了取得他人財產所為之詐欺。這種概念的說明，在司法實務上，對於貪腐行為的判斷無法提供太大的幫助。由於其概念內涵取決定現行法的布局，在法典中規範的行為模式因而不可能成為此分類下的貪腐行為，所以對於立法工作也是毫無助益可言，毋寧說它是在立法後經由審判實務形成的分類。如果我們不能先確定規範之目的何在——也就是侵害何種利益時，刑法必須以貪腐之名對其加以制裁——，這種刑法意義上的貪腐概念最多只是套套邏輯（*Tautologie*）下的產物。更何況犯罪行為在罪刑法定原則的要求下，或因立法技術的限制、或因為立法者的怠惰或過失、或因為客觀事實迅速變遷，原本就具有一定程度的不完整性，甚至在貪腐行為刑事制裁化的過程中，這樣的不完整性還可能出於立法者的自己本身的貪腐行為。一言以蔽之，行為合法絕非意味著該行為並非貪污腐敗¹²⁸，特別是如果我們的目的是在於尋找一個作為立法方針的貪腐概念，就必須另闢蹊徑。

二、「經濟人」決策模式的核心概念：「交換」

如果我們先不帶任何評價性色彩地觀察前面所提到的各種貪腐定義，可以發現各種定義間具有一個共通點：以權力來換取私利，而者更是更細緻且帶有法學色彩的描述方式：基於代理人濫用其權力地位，而以不受容許的貢獻

（*Leistung*）換取相應之對價的利益取向交換行為¹²⁹。這裡本文先將其中至為重要的權力來源的問題先行擱置，要討論的是「交換」這個概念。交換的概念正是經濟學定義貪腐的方式¹³⁰，也就是由「經濟人（*homo oeconomicus*）」¹³¹的

¹²⁷ *Rotsch*, *Korruptionsprävention in Unternehmen – Möglichkeiten und Grenzen*, ZIS, 2011, S. 155.

¹²⁸ *von Armin/Heiny/Ittner*, *Korruption: Begriff, Bekämpfungs- und Forschungslücken*, FÖV Discussion Paper Nr. 33, 2. Aufl., S. 13 f.

¹²⁹ *Sprafke*, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, 2010, S. 3.

¹³⁰ *Dölling*, *Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?*, Gutachten C für den 61. DJT 1996, S. C 9。而 *Dölling* 也使用了交換的概念來定義公、私部門的貪腐行為，見 *Dölling*, *Grundlagen der Korruptionsprävention*, in: *Dölling* (Hrsg.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, Kap. 1., Rn. 2. (S. 3)。

¹³¹ 這裡所謂「經濟人」，又稱之為經濟人的假設，即完全理性（*Perfect rationality*）的經濟活動參與者，在經濟學與博弈論中為一種描述效用極大化的理論模型，也就是假設人參與經濟活動的一切行為都是為了追求滿足自己的最大利益。

角度出發探究貪腐現象。所謂經濟人的概念源自 **Adam Smith** 「聰明人」的說法，在經濟人的假設中，參與經濟活動者以理性計算得失，追求效用極大化的，用白話來講，就是「唯利是圖」的利益交換。除了使自己透過交易取得的最大利益之外，理性的經濟人不受其他社會因素（諸如宗教、道德、政治、種族、性別、年齡）的影響，而只在意付出（包括以出賣別人的委託作為付出）是否取得有利代價¹³²。在這種經濟人模式的貪腐概念中，貪腐是受託人為了自己或他人的利益而背叛委託人的過程，包括由計算利弊得失到做成決定、付諸實現。由於行為人以權力濫用交換來的不僅是私利，同時也可能包括被發現後的後果，唯利是圖的經濟人會把這一切可能的利弊得失放在他做成決定的計算之中，因此，這種分析方式可以作為防制貪腐的策略擬定¹³³，使得在計算之後讓人們得到放棄這種交換。詳言之，由行為人以追求自身最大利益的這樣的分析中，我們可以探究行為人內在貪腐傾向的成因、可能的行為模式，並藉此研議預防的手段（例如降低誘因、避免易於圖得私利的漏洞）、與調查的方法。對於本文所要討論的貪腐概念而言，這種說法還能夠貢獻「權力濫用『交換』私利」這個必要條件。但這並非處罰貪腐行為的充分條件，因為追求或創造利益，即使是在道德上應予譴責的情形，也不會成為刑法處罰的對象¹³⁴，即便獲取利益是以權力濫用的方式交換得到的，對之加以刑罰，仍然需要進一步要件來加以限縮¹³⁵。否則像是草率的工作或者是曠職¹³⁶，也算得上以違反職業道德的方式來背叛了業主而謀取自己的利益，但是處罰這種行為有沒有正當性呢？這一點，則是涉及到的法律與道德間的關係，以及這種交換是否造成了法律不可容忍的損害。在刑法上，即取決於行為的社會損害性以及刑法的最後手段性，必須先確定了貪腐行為侵害的法益為何，才能進一步加以確定。

三、道德意義的貪腐行為

自柏拉圖直至盧梭，這些哲學上的思想大家一脈相承的看法是，貪腐是道德淪喪的源頭¹³⁷，這兩個概念，也就結下了不解之緣。接下來，就由最原始的社會行為規範，作為我們探究貪腐概念的入口。以道德倫理為出發的貪腐概念，是由社會成員所普遍接受的價值判斷標準來看待貪腐這件事。有學者將公

¹³² 參見洪謙德，廖育信，台灣國際研究季刊，第5卷第2期（2009），頁58、71-72。

¹³³ **von Armin/Heiny/Ittner**, Korruption: Begriff, Bekämpfungs- und Forschungslücken, FÖV Discussion Paper Nr. 33, 2 Aufl., S. 27 f.

¹³⁴ **Roxin**, AT I, 4 Aufl., § 2 Rn. 17; **Schüneman** 著，王玉全、鍾豪峰、張姿倩譯，刑事不法之體系：以法益概念與被害者學作為總則體系與分則體系間的橋樑，刑事法之基礎與界限：洪福增教授紀念專輯（2003,04），頁133。

¹³⁵ 這也就是需罰性（*Strafbedürftigkeit*）的判斷，質言之，即對於具應罰性的行為是否應以刑罰予以制裁的判斷，也就是檢驗以刑罰對應不法的必要性。見：許玉秀，釋字第594號解釋部分協同意見書，貳、。

¹³⁶ 此例見 **von Armin/Heiny/Ittner**, Korruption: Begriff, Bekämpfungs- und Forschungslücken, FÖV Discussion Paper Nr. 33, 2 Aufl., S. 28。

¹³⁷ **Sprafke**, Korruption, Strafrecht und Compliance, 2010, S. 2.

部門中貪腐行為視為國家與政治文化的測試平台（*Prüfstand*），因為幾乎在所有的立法例都存在著這樣的現象，即刑事制裁的對象僅僅是部分令人感到不滿的貪腐行為，而這樣的刑事立法所造就可罰性界限，具侷限性且欠缺體系可言¹³⁸。特別是這裡所謂的不滿，如果我們將之理解為是一種違背社會上道德與倫理的價值觀而引起的情緒，那麼必須先行追問的是，這個標準是否扭曲而本身即屬腐敗，因而根本不適合作為貪腐判斷的標準¹³⁹。此外，刑罰規範的制定，也就是立法者決定可罰性的界限，應該取決於由社會現狀的分析所確認的保護需求，即否有必要以刑法對抗特定行為模式的社會侵害性，而不是源自於群眾的情緒¹⁴⁰，且何況在立法上還存在著這樣的風險：最後決定將特定行為的處罰法典化的僅僅是少數人的意見。這一點在我們所處的文化圈特別值得重視，先撇開官場現形記式的極端案例¹⁴¹不講，對於一些約定俗成的習慣是否為法律所容許，抑或屬刑事不法行為，不論在公、私部門中，都極具不確定性¹⁴²。例如飲宴應酬對我們而言是司空見慣的商業文化，那麼招標一方的人員（不論是公務員抑或是私人企業的受雇人）接受投標廠商的招待，是否能與社會通念所接受的交易習慣區分、究竟有沒有處罰的必要¹⁴³、或者逾越什麼程度才有處罰的必要，即有透過需罰性的概念來加以澄清之必要。

相較於應然存在的法律規範，道德規範一方面可能過於寬鬆，但也可能是較為嚴苛的。由現代法治國的角度來看，刑法並非捍衛倫理道德，也不應該成為不食人間煙火的行為規範，這不僅不切實際，而且反而有害於其預防功能。以社會中的道德與倫理作為標準，除了前述標準可能因受到扭曲而不適格的問題外，由於今日的社會價值體系多元，參於社會共同生活的人們可能來自不同的文化圈，彼此間想法也因而不一致。因此，想要從道德標準中取得一個統一的價值判斷幾乎不可能，同時也與刑法的功能不符。再者，司法者若是直接將貪腐的判斷訴諸於道德觀，這因人而異的標準將或高或低而難以統一。一旦立法者縱容以單純道德上的價值判斷作為法官認定貪腐犯罪的決定性標準，首當其衝的是明確性原則的要求將被破壞，那麼恣意判決的結果將無從避免。換言之，在立法與司法實務上，刑法規範都不應該直接訴諸道德規範。

文獻上有認為，由道德與倫理的觀點來看，所謂的貪腐，即「個人藉著公

¹³⁸ *Ahlf*, Zum Korruptionsbegriff, *Kriminalistik* 50 (1996), S. 154.

¹³⁹ *Rotsch*, Korruptionsprävention in Unternehmen – Möglichkeiten und Grenzen, *ZIS*, 2011, S. 155.

¹⁴⁰ 參見 *Schüneman* 著，王玉全、鍾豪峰、張姿倩譯，刑事不法之體系：以法益概念與被害者學作為總則體系與分則體系間的橋樑，刑事法之基礎與界限：洪福增教授紀念專輯（2003,04），頁 134。

¹⁴¹ 這部小說記載了晚清公部門貪腐黑暗的一面，從書中我們可以清晰地得知，捐官在當時乃是法律規定公務員任用制度；而出了事、想升官就花錢疏通拉關係，則是人之常情；想做官必須花錢，做了官必定賺錢，在當時更可謂是普世價值。這些在當時被普遍接受的行為模式，正凸顯出這種社會標準不適合於作為貪腐的判斷依據。

¹⁴² *Rotsch*, Korruptionsprävention in Unternehmen – Möglichkeiten und Grenzen, *ZIS*, 2011, S. 155; *Bannenberg*, in: Wabnitz/Janowsky (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4. Aufl. 2014, § Rn. 1.

¹⁴³ 參見 *Rosenau*, in: *SSW-StGB*, 3. Aufl., § 331 Rn. 13。

共或私人的任務，來獲得由大眾所負擔而被評價為不相稱之利益」¹⁴⁴，也就是說，是一種以他人委託的權力來換取個人利益的行為，而這個利益顯然大於行為人的貢獻，或者是他根本毫無貢獻可言。不容否認的是，在大多數立法例中的現行刑法中，特別是在核心刑法中，大部分的規定與道德規範相互一致。另一方面，大多數違反道德的行為卻並不違反法規範，也因此學說上特別強調刑法上的罪責是法律上的責任，而非道德上的責任¹⁴⁵。同樣是行為規範，法律與道德間最顯著的不同在於判斷的對象。法律是以人與人之間的關係作為對象，其價值取決於行為對於他人或群體而言是好是壞；而道德則以個體

（*Einzelwesen*）作為對象，其價值取決於行為本身¹⁴⁶。刑法作為國家最嚴厲的制裁手段，所在乎的並不是行為本身在社會成員的眼裡應該獲得怎樣的評價，而是行為引發了有害於共同生活的外界變動，也就是行為侵害了法益或者是具有社會損害性的特質¹⁴⁷。否則，若對於單純不道德的行為施以刑罰，則將違反在民主與法治國原則下的憲法基本原則¹⁴⁸。例如說，在今天這個貧富差距懸殊的社會中，一個唯利是圖又為富不仁的商人集資經營房地產而獲取暴利的行為，可能會遭到網民們揭道德大纛予以撻伐，但是若非造成他人的不利益，則並非法律制裁的對象。反過來說，如果一個在道德上受到譴責的行為，除了行為本身被評價為惡之外，同時也對其他人帶來壞處，此時即為法律評價的對象。換言之，個人藉著受委託之公共或私人的任務，來獲得由大眾所負擔而被評價為不相稱之利益的行為，只有在造成他人損害時，法律才有介入的可能。

四、社會學與規範概念的貪腐行為：濫用受人委託的權力

在前面我們所提到被廣泛引用的「各種為了獲取不正利益的權力濫用之行為模式」、經濟人決策模式的「受託人為了自己的私利而背叛委託人的過程」，以及道德意義的「個人藉著公共或私人的任務，來獲得由大眾所負擔而被評價為不相稱之利益」等等貪腐概念，描述的其實就是以權力濫用換取個人利益的現象，而強調以這種現象來定義貪腐的模式經常為社會學採用。這樣的定義乃是以對於公務的理解作為闡釋的背景，以忽略實定法現狀的方式，亦即不以刑法典上的規定為限，來獲得超越法律規定上意義的貪腐定義：濫用委託之權利

¹⁴⁴ *Dölling*, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C für den 61. DJT 1996, S. C 9; *Bannenberg*, in: Wabnitz/Janowsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, § Rn. 4.

¹⁴⁵ 進一步的文獻指引參見 *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl., § 38 I., Fn. 1 (S. 50)

¹⁴⁶ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., S. 43; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., § 14 II 2. (S. 214).

¹⁴⁷ *Schüneman* 著，王玉全、鍾豪峰、張姿倩譯，刑事不法之體系：以法益概念與被害者學作為總則體系與分則體系間的橋樑，刑事法之基礎與界限：洪福增教授紀念專輯（2003,04），頁123-124；林鈺雄，新刑法總則，四版，頁8-9。

¹⁴⁸ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S. 52.

以獲取私利¹⁴⁹。這種社會學上的貪腐定義，有一個值得我們注意的特色，即在於強調遭濫用的權力乃是透過他人委託而來。在公部門中，公務員受到國民的委託行使權力而為公共利益負責，而濫用這種權力來追求私利正是公務員職責的對立面；同樣的，在私部門，企業託付權力之人（例如公司的董事）的職責，亦應以委託人（例如出資股東）的利益為導向。按此，不論在公部門或私部門，受國家或他人委託權力者利用該權力謀求私利，為成立貪腐的要件之一。

五、 小結

以權力濫用作為貪腐行為的基本要件，藉由上述討論的補充，可以先將貪腐定義為「濫用他人委託的權力（違反義務），換取由大眾所負擔的私人不相稱利益（不正利益），並因而造成他人的損害（侵害法益）」¹⁵⁰。相較於一開始本文介紹的各種貪腐定義，諸如：「各種為了獲取不正利益的權力濫用之行為模式」、「獲取私人利益的權力濫用」、「為私人利益之委託權力濫用」，這個結論貢獻了立法上的需求而言必要的兩點補充，即「濫權交換私利」的行為模式與透過「由大眾所負擔的私人不相稱利益」來定義不正利益。

不過，這個結論要進化為刑法上貪腐犯罪的構成要件，仍無可避免地有著雖不至於空泛但卻有待補充的性格。按本文的看法，重點在於將濫用他人委託權力換取私利與造成他人損害進一步具體闡釋，用以確定構成要件行為與行為所侵害的法益。這必要就規範目的進一步地確定這兩項要件，使得貪腐這個概念至少在刑事規制規範中得以明確。例如即有公法學者在討論公告賄賂黑名單（Korruptionsregister）¹⁵¹時認為，所謂貪腐，係指發生於政府採購與企業間或不同企業間交互作用，且造成國家經濟上損失的故意違法行為¹⁵²，即是針對政府採購目的、採購中可能發生的交易關係以及基於預防貪腐弊端發生所下的定義。同時，在上述討論的過程中，大體上呈現出幾個對於貪腐行為定義較為重

¹⁴⁹ von Armin/Heiny/Iltner, Korruption: Begriff, Bekämpfungs- und Forschungslücken, FÖV Discussion Paper Nr. 33, 2 Aufl., S. 16.

¹⁵⁰ 類似的看法見：周漾沂，對賄賂罪保護法益的反思，收錄於海峽兩岸暨第十一屆內地中青年刑法學者高級論壇賄賂犯罪論文集（2016,08），頁 94。該文認為：「在法律層次，只有因為貪婪而傷害別人（侵害個人法益），或違背體制任務付託時（侵害國家法益），才例外地成為可回溯的（可能僅有犯罪學上意義的）犯罪原因。」

¹⁵¹ 柏林於 2006 年 6 月 1 日開始實行的貪腐企業公告法（Gesetz zur Einrichtung und Führung eines Registers über korruptionsauffällige Unternehmen in Berlin; Korruptionsregistergesetz – KRG）即採此一制度，即將曾因犯與賄賂相關之特定之罪（見該法第 3 條）而經判決確定的企業列入黑名單中並予以公告，在一定年限內（第 8 條）禁止其參與政府採購，作為貪腐行為的預防手段。這項立法雖被認為有違憲之虞而尚未推廣於德國各邦，不過學者就此所提供的定義仍是指向行政法上的規範目的，而與刑法有所不同，應屬無疑。參見本文註 152。

¹⁵² Pietzcker, Korruptionsregister, Unternehmenshaftung, Transparenzgesetze, in: von Armin H. H. (Hrsg.), Korruption und Korruptionsbekämpfung, S. 161。其中「造成國家經濟上損失」在刑法上公務員賄賂罪（我國刑法第 121 條、第 122 條）中，即因不在規範保護目的範圍內而不在構成要件之列。

要的討論方向，並且指出作為刑事立法的方針，同時也排除無關的道德要素（單純對個人的評價性判斷），以及無助於解決問題而僅僅是歸納結果呈現的刑法學意義的貪腐概念。另外，有些定義是從觀察貪腐現象的描述而產生的要件，像是有些定義中指出貪腐行為具有秘而不宣（*verdeckt*）的特質。雖然暗地進行是貪腐的典型特徵之一，但卻不是認定貪腐的必要條件，否則將使貪腐行為過於狹隘，畢竟像是因為膽大妄為或因愚昧無知而毫不遮掩的賄賂行為，還是會被我們指為是貪腐行為¹⁵³。諸如此類的觀點，也可以排除在討論範圍之外。

作為立法上的準備，對於貪腐的定義一方面必須不受現行法的侷限，另一方面必須提出具體清楚的分界標準，用以區分貪腐行為與其他規範對象，諸如背信罪等財產犯罪¹⁵⁴。因此本文擬以前述的定義作為基礎，透過兩個維度來限縮貪腐的概念，獲致本文所嘗試的定義難題，也就是在公、私部門中的可罰性貪腐行為的個別定義：一是針對公、私部門的貪腐行為做出區分，涉及的問題是行為人所濫用的權力的來源，同時也藉此將濫用受委託的權力交換私利這點來確認構成要件行為的性質；另一個則是法益保護原則出發¹⁵⁵，特別是在經濟刑法中一再被強調的特性：集體法益（*Kollektive Rechtsgüter*）¹⁵⁶或超個人法益（*überindividuelles Rechtsgut*）¹⁵⁷，也就是貪腐行為所造成的侵害為何。透過這兩個面向將「為了換取私人不正利益」以及「濫用受他人委託的權力」這兩大要素加以限縮，以期勾勒出貪腐行為的大致輪廓，使其能夠成為抽象但明確的實質犯罪概念文字描述。

以下將先說明貪腐行為的法律性質並區分公、私部門的貪腐行為。然後。針對貪腐行為所造成的社會損害，也就是貪腐行為的犯罪客體（法益），進行探討，。在總論式的說明後，再就個別犯罪形態提出立法上的建議。

第三節 貪腐行為的法律性質

一、 義務犯（*Pflichtedlikte*）特質

¹⁵³ *Dölling*, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C für den 61. DJT 1996, S. C 10。德國國際透明組織亦將祕密一詞由其對貪腐的定義中刪除，見：*von Armin/Heiny/Iltner*, Korruption: Begriff, Bekämpfungs- und Forschungslücken, FÖV Discussion Paper Nr. 33, 2 Aufl., S. 25.；至於贊成祕密作為貪腐要件者，見該文第 25 頁註 86。

¹⁵⁴ 參見 *Dölling*, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C für den 61. DJT 1996, S. C 10。

¹⁵⁵ 以法益概念用於限縮解釋貪污治罪條例之條文的類似看法，見：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－，法令月刊第 63 卷第 9 期（2012,09），頁 9。

¹⁵⁶ *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, 4 Aufl., Rn. 65; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S. 252 f.

¹⁵⁷ BT-Drucks. 13/5584, S. 12.

即便按照本文目前的獲得的結論，還沒有完整地呈現出描述貪腐行為類型的構成要件，但是從違背其所受之公、私部門之委託，濫用所受委託的權力換取利己這點來看¹⁵⁸，行為人乃因為受他人之委託，而處於負有利他

（*fremdnützig*）的特別義務的地位，而與一般義務，即所有受規範者因禁止規定所生之不作为義務（如禁止殺人）、因純正不作为犯構成要件中的誡命規定所生之作为義務（如受退去之要求即應離開他人住宅）皆有所不同¹⁵⁹。濫用受他人委託的權力，即是背於對該他人的特別義務，因此，可以確定的是貪腐犯罪行為必須是義務犯¹⁶⁰。按照 *Roxin* 的看法，義務犯與支配犯

（*Herrschaftsdelikte*）同為實現構成要件的核心人物，但兩者呈現的正犯犯罪行為事實不同。相對於支配犯著重於操控犯罪過程的行為特質、其成立取決於實現構成要件的外在事實，義務犯的處罰基礎則在於行為違反了特別義務。當行為人基於他所承擔的社會角色負有一定任務時，透過違背這種基於社會角色而生、先於構成要件之特定義務的方式，使得構成要件結果發生，義務犯的構成要件即告實現¹⁶¹。反之，如果不具此等義務或未違反此等義務，縱使行為與結果間具有事實上的因果關係，該行為在規範上也不會被評價為實現了義務犯的構成要件。也就是說，由形式上來看，義務犯與支配犯是兩種不同的構成要件類型，其區別在於描述構成犯罪事實的方式不同，前者以違反義務、後者以支配犯罪的流程作為構成要件行為。

所謂先於構成要件的義務，指的應該是在立法者創設某個刑法構成要件之前，因為其他的規範目的而存在的義務。像是基於醫病關係中對病患隱私的尊重，在醫療倫理中要求醫生對於病患的病情負守密義務，這早在兩千多年前就已由醫學之父 *Hippocrates* 所寫下，而今天我們也透過醫生這個社會角色去要求他們不對別人透露因為醫療行為而得知的病患隱私，並認為保守此等秘密是醫生這個職業的任務。正因為這種先於構成要件的義務出自於人參與社會生活而被分配的任務，違反義務多半損害其他成員的利益，也就是具有社會侵害性。當立法者將因違反這種義務而具社會侵害的行為認定為具有需罰性

（*Strafbedürftigkeit*），並進而透過立法以刑罰制裁時，違反這樣的義務就成為了構成要件要素，例如刑法第 316 條以刑罰相脅，要求醫師保守病患在醫病關係中的秘密。也因此，義務犯雖然仍要求行為人的行為引起法益的實害或危險，但正犯行為以引起結果的構成要件特別義務之違反或者是違反創設正犯性

¹⁵⁸ 進一步的文獻指引見：*Dölling*, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C für den 61. DJT 1996, S. C 10。

¹⁵⁹ 參見 *Kindhäuser*, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, ZIS, 2011, S. 463。

¹⁶⁰ 學說上多採身分犯（*Sonderdelikte*，或譯為特別犯）這個名詞，例如 *Heine/Eisele*, in: Sch/Sch-StGB, 29 Aufl., Vorbem. §§ 331 ff. Rn. 1.

¹⁶¹ *Roxin*, AT I, 4 Aufl., § 10 Rn. 129 ff; *ders.*, AT II, § 25 Rn. 268 ff.; *ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., § 34 I (S. 354).

的義務（die täterschaftsbegründenden Pflichten）作為標準¹⁶²，而不是以支配構成要件的實現作為標準。

有學者反對所謂的行為人導向定義，認為採取這種義務違反性（Pflichtwidrigkeit）出發的定義方式涵蓋過廣，將使得貪腐概念涵蓋了諸如背信、逃稅、違反撫養義務（德國刑法第 170 條）等行為，而未能切中貪腐概念的核心，進而主張以**違反規則的利益交換**（ein regelwidriger Tausch von Vorteilen）作為貪腐之定義。而其中的「違反規則」則以三種規則為其違反對象：規範（貪腐行為）雙方的契約規則（Vertragsregeln）、涉及行為人與委託人間關係的內部規則（Innenregeln），以及關於國家威信、競爭自由以及公、私部門決策之一般性規範的外部規則（Außenregeln），並認為在公部門的賄賂罪中，不法約定即為違反公務員不得出賣國家決策的規則。這種說法所強調的是，貪腐就只是違反規則的利益交換，而且在構成要件中，不需要職務間關連性或利益概念來彰顯負面評價¹⁶³。循此說法，一個可以囊括所有領域的貪腐共同構成要件（allgemeiner Tatbestand）是：「於決策時未遵守規則而由此為自己或第三人要求、期約或收受利益者，處.....之刑（Wer sich bei einer Entscheidung nicht an die Regeln hält und dafür einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit ... bestraft.）」¹⁶⁴。

惟此一說法與前文所整理的貪腐行為概念頗不相同，主要的差異即在於透過「違反規則」還是「濫用他人委託之權力」來交換利益。本文認為，這裡的差異主要並非交換利益的方式，而是對於這方式的描述，因此其優劣應以描述的明確程度定奪。以違反規則取代濫用他人委託之權力或違反義務，只是以規範形式的描述方式取代具體事實的描述方式。如果單純以違反規則一詞作為貪腐在定義上的要件，用來描述刑法意義上具不法特質的貪腐行為成立要件，過於廣泛而顯得空洞且毫無操作可能性，同時涵攝範圍更加無邊無際，更甚於以（濫用受委託權力為內容的）義務違反性作為核心的定義。由上面提到的「貪腐共同構成要件」來看，除了可以包括持此見解的學者自己所言的背信、逃稅及違反撫養義務等行為外，甚至連買賣毒品等違禁品的行為都在此脈絡下成為貪腐行為，這顯然已然脫離一般日常用語對於貪腐一詞的理解。因此持此說的學者再以前述三種規則類型，作為限縮利益交換構成貪腐行為的範圍，認為利益交換只有在違反涉及法律上與道德上規範的契約規則、內部規則與外部規則時，才構成所謂的貪腐行為。然而，所謂的契約規則與內部規則，正是分配雙方義務的規則，如果沒有違反義務，也就不可能違反此二規則；再者，例如僱主透過員工之勞務取得他方支付的對價，但未依契約支付該薪資，也是違反此

¹⁶² Roxin, AT II, § 25 Rn. 271 ff

¹⁶³ Volk, Merkmale der Korruption und Fehler bei ihrer Bekämpfung, in: GS-Zipf, S.421 ff.

¹⁶⁴ Volk, Merkmale der Korruption und Fehler bei ihrer Bekämpfung, in: GS-Zipf, S.424。持反對意見並認為貪腐不是獨立的犯罪，因此也不可能制定出所謂的貪腐共同構成要件者，僅參見 Kindhäuser, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, ZIS, 2011, S. 461.

等規則的利益交換；或者是貪圖方便而非私利，違反政府採購法第 14 條前段之規定，分批辦理公告金額以上之採購，甚至是在上班時間不務正業玩股票、經營副業之類的行為，如按此說，也會是一種貪腐行為。

而所謂外部規則則是指向受保護的法益，違反規則但沒有法益受損害或威脅的事實，原則上也不會發生刑法上的法律效果，以此作為架構貪腐概念的要素，著眼點應在於貪腐行為侵害的對象。像是打黑工、買賣贓物這些違反外部規則的利益交換行為，被認為與貪腐概念不符¹⁶⁵，原因正是在於將違反外部規則的利益交換作為貪腐行為的一種根本劃錯重點，把侵害利益這個或可作為限縮貪腐概念的要件，用在貪腐行為本身的描述上。再由這種說法特別強調「關於國家威信、競爭自由的外部規則」來看，這兩種法益正好被是德國刑法第 26 章與第 30 章所保護的法益，因此，這種說法同時只是一種套套邏輯的戲法——以違反實定法中貪腐罪章的行為，或者更精確地說：以侵害貪腐犯罪刑罰規範所保護的法益之行為，定義貪腐行為——。進一步由經常出現的社會活動來看，於私部門中，符合因他人委託所生的義務，但違反外部規則的利益交換行為，可能只是受託人代替委託人行使財產權利。由我國憲法第十五條為財產權之規定觀之，財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源。只要在資源合理分配的要求下，國家得於不違反憲法第 23 條比例原則之範圍內，以法律對於人民之財產權予以限制¹⁶⁶。如依前述見解，由於構成要件該當性的判斷僅僅以規則違反作為判準，不需要職務間關連性或不法利益的概念補充其內涵，那麼，除了打黑工、買賣贓物這類行為明顯與貪腐行為的概念不符外，行為人受委託代為處分財產時違反財產權行使限制之規範，例如代為操縱聯合行為（參見公平交易法第 15 條、第 34 條），即應認定為屬貪腐行為。

以違反規則的利益交換作為貪腐的定義以及作為貪腐共同構成的核心要件，實際上只能發揮無助於立法的形式效果，就算是這種定義的方式涵攝範圍與公、私部門的各種貪腐行為外延全等，特別是能夠包括德國刑法第 298 條招標中之限制競爭協議罪（*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*），但這也只是先射箭再畫靶的做法。不過這也提供了我們一個機會，去思考貪腐的定義在刑法上的意義何在。如果接受以濫用他人委託來換取利益的定義，那麼除了可以確定其義務犯之屬性外，區分公、私部門的貪腐行為的標準，也可以由義務的來源加以探究。

二、以受委託的權力來源及內容區分公、私部門的貪腐行為

（一）義務來源作為區分要素

¹⁶⁵ *Kindhäuser*, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, ZIS, 2011, S. 463.

¹⁶⁶ 釋字第 596 號理由書。

由前述貪腐行為定義分析的結論與實質的犯罪概念來看，濫用他人所委託的權力換取私人利益並因此而造成社會損害，始有可能成為刑法上處罰的貪腐行為。由此來看，當我們處罰某種貪腐行為時，所有構成這種犯罪的行為事實都必然符合義務犯的概念，而且是屬於**純正義務犯**。因為濫用他人委託之權力，也就是違反受託人這個角色的義務，在犯罪的判斷上具有建構不法的意義，而非不純正義務犯中違反義務作為加重或減輕刑罰的理由。也就是說，只有居於受託人的地位，才可能透過濫用他人所委託的權力，來違背由這個身分所代表的義務，也只有受託人才可能實現貪腐犯罪的構成要件。一言以蔽之，貪腐行為的主體必須以居於受他人委託行使權力的地位為前提，受託人乃是建構貪腐行為的身分要素，在構成要件要素上的意義是一種對行為主體產生資格的限制¹⁶⁷。但身分只是一種形式的表徵，義務才是構成要件行為前提、才是實質上的犯罪成立要件¹⁶⁸。如果以義務犯的概念來區分公、私部門的貪腐犯罪，則判斷的標準在於（被違背的）委託權力之屬性，而非取決於受委託人形式上的身分為何，這也意味著，委託權力的屬性決定貪腐行為所違背的義務為何，也因而決定了受委託人在具有何種刑法意義的身分。

以刑法上的公務員為例，雖然對於公務員定義的討論，多半集中於限縮行為主體的意義與功能，例如只有公務員收受不正利益才會構成第 121 條第 1 項的收受賄賂罪。但刑法上公務員概念的適用，並非僅限於此。在某些構成要件中，公務員身分的功能在於界定行為客體，例如第 135 條施強暴脅迫於公務員、第 140 條當場侮辱執行公務之公務員等¹⁶⁹；此外，於第 21 條第 2 項之法定阻卻違法事由，或者是對於某些必須透過公務員身分來界定構成要件要素者而言（例如第 138 條「公務員職務上掌管或委託第三人掌管之文書」、第 139 條「公務員所施之封印或查封之標示」，以及第 10 條第 3 項公文書的認定），公務員的身分都扮演決定性的角色¹⁷⁰。在上述各種犯罪事實的判斷要素中，行為主體與行為客體的適格性都是取決於判斷的對象是否負有特定義務，負有義務之人（行為主體）不履行義務、妨礙（行為客體）義務的履行等行為，才是刑法要評價的對象。正因如此，在刑法上將公務員身分的理解為對於公務負特別義務之人¹⁷¹；在公務員犯罪或以公務員作為行為客體的犯罪中，構成要件故意成立所要求的，也非行為人正面肯認其具公務員的身分，而是認識到建構公務員身

¹⁶⁷ 參見 *Roxin*, AT I, 4 Aufl., § 10 Rn. 130。另外，純正義務犯指的就是刑法第 31 條第 1 項的「因身分或其他特定關係成立之罪」。

¹⁶⁸ 本文認為，這也就是 *Roxin* 使用義務犯的概念來取代身分犯的原因。參見 *Roxin*, AT I, 4 Aufl., § 10 Rn. 129。

¹⁶⁹ 參見 *Satzger*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 11 Rn. 14; *Eser/Hecker*, in: Sch/Sch-StGB, 29 Aufl., § 11 Rn. 13; *Korte*, in: MK-StGB, 2. Aufl., § 11 Rn. 16。

¹⁷⁰ 林鈺雄，新刑法總則，五版，頁 53-54。

¹⁷¹ 必須特別說明的是，此處所指的義務是先於構成要件的義務，也就是公務員應客觀公正地履行國家所委託任務的義務，與所謂加重職務收賄罪（如我國刑法第 122 條、德國刑法第 332 條）的「職務行為之義務違反性（Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung）」不同，後者為加重處罰的必要條件，見林鈺雄，貪污瀆職罪之立法展望——以基本職務收賄罪為中心，檢察新論第 19 期（2016,01），頁 61-62。

分的事實狀態¹⁷²。

承上所述，純正義務犯的構成要件中明示或默示的特別義務，才是對於行為主體適格性的評價重心。以公部門貪腐犯罪為例，其貪腐行為所侵害的法益為何，在學說上尚未取得最終的共識並且在一些個案當中仍有爭議，但是沒有爭議的是，這些以公務員行為為主體的構成要件，其不法內涵在於違反特定義務的行為，而這些義務則是以源自於國家高權在公共性任務的委託作為上位概念¹⁷³。凡行為違反上述國家任務委託而生的義務，即屬公部門的貪腐行為。這點可以作為我們將公、私部門貪腐行為區分的參考基準，在界定私部門的貪腐行為時，可將貪腐行為中屬公部門的予以剔除。除了消極面向上排除公部門貪腐行為外，繼承由委託權力的來源與內容的定義方式以及依照義務犯的特性來看，我們可以將私部門的貪腐行為定義為違反私人委託義務的行為。

（二）違反利他特別義務者即貪腐行為？

接下來的問題是，是否所有違反由委託而生之利他義務的行為都應該歸類於貪腐行為，也就是探討此一義務要素是否為貪腐行為的充要條件。以違反私人委託的義務作為構成要件行為者，在傳統刑法中最顯著的例子即為背信罪

（*Untreue*）。德國刑法第 266 條背信罪的規定包括濫用權限（*Missbrauchstatbestand*）與違背委託（*Treubruchstatbestand*）兩種構成要件，兩者間之關係如何，學說上容有爭議。有認為兩者分屬不同概念而各自獨立¹⁷⁴，亦有認為前者與後者間僅是寬嚴程度上有所差別，濫用權限之背信構成要件較違背委託者來得更為精確而較為限縮，因此為特別規定而應優先適用¹⁷⁵。但無論濫用權限或違背委託的背信行為，皆以行為具義務違反性作為處罰的要件¹⁷⁶，以德國實務與主流見解所主張的嚴格的一元背信理論（*streng monistische Untreuetheorie*）為例，只有當行為人具有為他人照管財產的義務

（*Vermögensbetreuungspflicht*）時¹⁷⁷，透過違背此等義務而造成該他人財產上的損失時，才可能構成本罪¹⁷⁸。不過，背信罪乃是財產犯罪，其所侵害者為個

¹⁷² *Satzger*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 11 Rn. 15; *Eser/Hecker*, in: Sch/Sch-StGB, 29 Aufl., § 11 Rn. 13.

¹⁷³ 參見 *Rudolphi/Stein*, in: SK-StGB, 7. Aufl., § 11 Rn. 12 ff; vor § 331 Rn. 7 d.

¹⁷⁴ 僅參見：*Schünemann*, in: LK-StGB, 12 Aufl., § 266 Rn. 13 ff., 18 f.

¹⁷⁵ 德國多數見解採此說，進一步的文獻指引見 *Wessels/Hillenkamp*, BT II, 39 Aufl., Rn. 749.

¹⁷⁶ *Schünemann*, in: LK-StGB, 12 Aufl., § 266 Rn. 29; *Saliger*, SSW-StGB, 3 Aufl., § 266 Rn. 18 ff; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 4. Aufl., § 266 Rn. 64; *Wessels/Hillenkamp*, BT II, 39 Aufl., Rn. 758, 769; *Rengier*, BT I, 19. Aufl., § 18 Rn. 6, 35.

¹⁷⁷ 僅參見 *Wessels/Hillenkamp*, BT II, 39 Aufl., Rn. 752, 769 f.; *Saliger*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 11 Rn. 15; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 4. Aufl., § 266 Rn. 19, 22 ff.

¹⁷⁸ *Mitsch*, Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB, JuS 2011, S. 98。惟此等義務必須達到何種程度，始能認為重大（*gravierend*）而達到應罰性的門檻（*Strafwürdigkeitsschwelle*）（如：BGHSt 46, 30; 47, 148; 47, 187），諸如所違反的義務係源自以保護財產為目的之（刑法以外）規範（見：BGHSt 55, 288, 299 ff.; *Jahn*, Strafrecht BT: Pflichtverletzung bei der Untreue, JuS 2011, S. 183 ff.），則有進一步探討的餘地，見 *Rönnau*, (Rechts-)Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue, ZStW 122 (2010), S. 303 ff.; *ders.* Untreue als Wirtschaftsdelikt, ZStW 119 (2007), S. 909 ff.; *Kargl*, Die Missbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB), ZStW 113 (2001), S. 577 ff.; *Beulke*, Wirtschaftslenkung im Zeichen des Untreuetatbestands, in: FS-Eisenberg, S. 252 ff.; *Jahn*, Strafrecht

人的財產法益；此外，行為人若得到有效的同意（*Einverständnis*），即不具前述的義務違反性而排除行為的構成要件該當性¹⁷⁹，也就是說，得到委託人同意的行為，就該財產法益而言，我們可以將該行為理解成權限範圍之內或符合委託內容的行為，沒有濫用權限或違背委託的可能，自然也就不可能構成背信罪。這點可以說明背信罪保護範圍侷限於個人（財產）法益。

在決定貪腐行為，特別是私部門貪腐行為是否與如何處罰之前，必須先釐清其與背信罪間的關係。如果私部門貪腐行為的不法內涵全等於背信行為，那麼就沒有另外立法的必要；如果兩者並非全等，始有必要考慮另外立法處罰私部門貪腐行為。單就違背源自於私人授予權利所生義務的行為特質來看，兩者在行為態樣上的區別，還不足以說服我們另行立法處罰私部門貪腐行為。要說明何以在背信行為之外，我們需要額外的刑罰規定來對抗這類的違背義務行為，只可能在法益的概念下尋找理由。簡言之，私部門貪腐行為，也就是違背義務去濫用他人所委託的權力以求換取私人利益的行為，所造成的社會侵害除了背信罪所保護的個人財產法益以外，還必須包括其他損害，同時也與公部門的貪腐行為保護的法益不同時，該行為的應罰性始得以證成。

（三） 貪腐行為以及其鄰近概念：義務違反性作為區分要素

這裡會產生一個疑問，不論在公、私部門中，行賄者的行求、期約或交付賄賂的行為難道不是貪腐行為嗎？由義務違反性（或稱「行為人導向」）所建構的貪腐概念的確不是，而且也不值得意外，毋寧說這才是在分類上正確的理解方式。貪腐行為作為先於構成要件、而非由構成要件所定義的行為類型，依本文的見解即描述濫用他人委託的權力（違反義務）而換取私利的行為，其功能在於確定所有貪腐行為在具有社會侵害性而經立法成為分則條文時，其共同要件不致因為其他構成要件的介入而產生混淆，這在立法與司法實務上都具有重要的意義。我國最高法院所創造出的「實質影響說」，就是忽視了貪腐行為的義務犯性格，或是混淆了這種特別義務的界限，而將這種運用影響力干擾公務機關決策來換取利益的行為用來取代義務違反性，進而將公務員運用其職位所生之影響力換取利益之行為認定為是收賄行為（貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款）¹⁸⁰。這種販售並運用其影響力、藉由濫用影響力而交換不正利益的行為模式¹⁸¹，也就是以對於公務機關決策的實際影響力或被認為具有之影響力為標的

BT: Pflichtverletzung bei der Untreue, JuS 2011, S. 183 ff.; **Saliger**, Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes, JA 2007, S. 329 f.; **Perron**, Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes, GA 2009, S. 226 f.。

¹⁷⁹ **Rönnau**, (Rechts-)Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue, ZStW 122 (2010), S. 305; **Beulke**, Wirtschaftslenkung im Zeichen des Untreuetatbestands, in: FS-Eisenberg, S. 256; **Mitsch**, Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB, JuS 2011, S. 101; Wessels/**Hillenkamp**, BT II, 39 Aufl., Rn. 758 ff. **Schünemann**, in: LK-StGB, 12 Aufl., § 266 Rn. 100; BGHSt 52, 323, 335。認為這是阻卻違法的承諾（*Einwilligung*）者，見 BGHSt 9, 203, 216。

¹⁸⁰ 參見 99 年度台上字第 7078 號判決。

¹⁸¹ 林鈺雄，貪污瀆職罪之立法展望——以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心，檢察新論第 19 期（2016,01），頁 69。

之買賣或利益交換的行為，買賣雙方也都未負此等特別義務¹⁸²，所違反的並非由公務員身分所生的特別義務，因此其可能的可罰性的基礎並非公務員的身分或特別義務，而是透過其影響力干擾公務機關決策，對於國家體制的運作的負面影響，換言之，濫用影響力之行為人所違反的是一般義務，即與我國刑法與貪污治罪條例中的收受賄賂罪的構成要件不符。這也是我們在立法時必須考慮將反貪公約第 18 條的影響力交易罪內國法化的原因。

除了前述影響力交易行為外，同樣的疑問與相應的答案也發生在招標中之限制競爭協議行為（例如：德國刑法第 298 條），所指的就是一般日常中我們稱之為圍標的行為，這種以使招標者接受特定出價為目的之協議行為，並沒有違反源自於他人委託而生的利他特別義務。這也是未違反特別義務的「一般犯（Allgemeindelikt）」，其行為本身並不具備足以令其被評價為真正貪腐行為的要素，之所以在學說上將它們理解為廣義貪腐行為的下位概念，例如將招標中之限制競爭協議行為歸類為企業貪腐的一種，是著眼於它們與真正的貪腐行為的緊密連結關係。

所謂與真正的貪腐行為的緊密連結關係，指的是具有規範重要性的關連性，因此應取決於行為與貪腐行為或貪腐行為所侵害的法益之間的關係：圍標行為侵害的法益與企業貪腐所侵害者相同、公、私部門的行賄行為所侵害的法益與其所對應的受賄行為所侵害者相同、影響力交易行為所侵害的法益，則是與公部門貪腐所侵害的法益相同。此外，行賄行為（在學說上經常被理解為受賄的對合犯，在學說有將之稱為積極賄賂行為（aktive Bestechung¹⁸³））可能是收賄行為的教唆犯（當行賄行為喚起收賄者的犯意時）、幫助犯（當行賄行為提供已有收賄犯意者有利於實現構成要件的物質或心理上的條件時），甚至是共同正犯（當行賄與收賄者的犯意是雙方共同形成的決意時）；影響力交易行為是的基本構造被認為是真正貪腐行為構成要件的準備階段¹⁸⁴（im Vorfeld der eigentlichen Korruptionsstraftatbestände ansetzen），同時這種行為也被認為是貪腐犯罪的擴張（Erweiterung der Korruptionsdelikte）¹⁸⁵、間接貪腐（indirekte Korruption），或是所謂的次級貪腐（Korruption zweiten Grades）¹⁸⁶，這也說明了它本身並非貪腐行為。

¹⁸² 聯合國反貪腐公約第 18 條中的影響力交易構成要件，乃是以法國刑法中相關規定為藍本所制訂。德國文獻中對此著墨的專論較少，目前以 2012 年所出版的這本博士論文最為詳盡：

Zeiser, *Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?*。至於影響力交易行為中，販賣影響力之人是否屬身分犯之行為主體規定，或者說聯合國反貪腐公約第 18 條中所稱「濫用其本人實際或被認為具有之影響力」，是否屬義務犯中違反義務之行為，則有待進一步釐清。

¹⁸³ **Rengier**, BT II, 14 Aufl., § 60 Rn. 2.

¹⁸⁴ **Zeiser**, *Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?*, S. 29.

¹⁸⁵ **Kühl**, *Das Unrecht als Kern der Straftat*, in: FS-Kühne, S. 22

¹⁸⁶ **Zeiser**, *Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?*, S. 29.

第二章 貪腐行為侵害的法益

由預防的角度來看，了解症狀才能對症下藥，因此，明辨貪腐透過何種渠道、造成何種社會成本，對於防制貪腐行為的措施擬定極為重要¹⁸⁷。由當代的刑事法學來看，法益保護被認為是刑法的任務¹⁸⁸，另一方面，侵害法益是實質的犯罪概念的前提，從而法益保護原則是刑罰規範正當性的基礎。因此，我們必須確認所謂的貪腐行為確實對法益造成威脅或實害，否則不可能將之列為犯罪行為。因此，我們必須先確定貪腐行為造成的社會侵害為何。

第一節 貪腐行為在經濟學面向上的社會損害

一、貪腐行為在經濟發展上的正面意義

貪腐對於我們的社會生活是否真的帶來了損害？不同的時代、不同的觀點以及所觀察的環境有所不同時，恐怕結論也會有所不同。由經濟學與企業倫理的觀點來看，在早期，貪腐行為並沒有被人們當作是嚴重的社會問題，在開發中國家甚至被認為是政治上的常態；在許多不同的國家中，地方性的貪腐一再地被容忍。其中一個在理論上頗具爭議的論點在於，之所以貪腐行為能夠為我們所接受，是因為它對經濟發展而已具有潤滑劑的功效，而且可使得官僚體系下被過度控管（Überregulierung/Overregulation）的市場運作得以舒緩、使得官僚機器的齒輪得到潤滑（高效率潤滑假說，Die „Efficient Grease“-Hypothese）¹⁸⁹。這樣的說法在學術文獻上曾受到長期支持，循此觀點，貪腐行為被視為一種工具，能將造成損失的國家政策調節到較佳成果的路線；是一種準市場經濟機制（quasi-marktwirtschaftlicher Mechanismus），使因國家干預而受損的經濟效益復原，簡言之，貪腐的作用如同對抗錯誤政策的保險機制¹⁹⁰。

事實上，在經濟學面向的討論上，貪腐所具有的正面意義還不少，像是：

1. 原本屬於局外人（Outsider）的改革者，藉由貪腐對抗在市場上已站穩腳跟的供給方，打破由這些原本的局內人（Insider）利用國家政策阻礙其他供給方進入市場的圍籬，貪腐行為在這裡成為突破逆境與市場革新的手段；2. 在發展中與轉型期的國家中，貪腐行為有助於迴避其政府荒誕不經的過度控管並改善投資環境¹⁹¹；3. 在具有恣意裁量空間的官僚體系中，貪腐給投資者帶來較大的

¹⁸⁷ Pies/Sass, Wie sozial-schädlich ist Korruption? – Ein Überblick zum Erkenntnisstand der empirischen Forschung, in: Pies (Hrsg.), Wie bekämpft man Korruption?, S. 11.

¹⁸⁸ 文獻指引見：鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，初版（2012,04），頁 168，註 2。

¹⁸⁹ Pies/Sass, Wie sozial-schädlich ist Korruption? – Ein Überblick zum Erkenntnisstand der empirischen Forschung, in: Pies (Hrsg.), Wie bekämpft man Korruption?, S. 23, 25.

¹⁹⁰ Pies/Sass, Wie sozial-schädlich ist Korruption? – Ein Überblick zum Erkenntnisstand der empirischen Forschung, in: Pies (Hrsg.), Wie bekämpft man Korruption?, S. 23.

¹⁹¹ 以「文明衝突論（The Clash of Civilizations）」聞名的保守派政治學家 Samuel P. Huntington 即曾說道：「就經濟成長而言，比刻板、過度集權、不正直官僚政治的社會更糟的，就只有刻板、

期待保障，排除既有的不確定性，提升公司企業的投資意願；4. 甚至有學者認為，當無法確保公平合法的競爭時，競爭的選擇功能將由貪腐取代，也就是說，最具有經濟實力的供給方在貪腐上的競爭，因為能夠提出相對而言較高的賄賂，因此有能力擊敗競爭對手獲得生意，而這並非負面的分配結果¹⁹²。簡言之，貪腐是思慮未周且抑制效率的國家干預所引起的現象、是不良治理下的產物，透過「敵人的敵人即為朋友」這樣的論證方式，上述這些貪腐的正面效果論述於焉浮現。

二、反駁意見：貪腐是「看不見的拳頭」

約莫二十年前，這樣的學說爭論狀況開始改變，前述認為貪腐具有正面效益的看法開始鬆動。跨國的貪腐實證研究鮮明地指出貪腐行為所引起的社會損害效應，在實證分析中證明了貪腐扭曲了刺激經濟上、政治上與行政上具生產性的活動之誘因，所帶來的是非生產性的交易模式¹⁹³，也就是所謂的尋租（Rent-Seeking¹⁹⁴）。以上在經濟學上所提出的貪腐正面意義，在學理上也開始遭到進一步的強烈駁斥。

反對上述貪腐對經濟發展具有正面意義的觀點認為，貪腐並不能被當作是 **Adam Smith** 所比喻的「看不見的手」，在經濟學模型中能夠促使最佳結果發生，而是「**看不見的拳頭**」，它可能導致沒有效率的經濟體系每況愈下。瑞典籍諾貝爾經濟學獎得主 **Gunnar Myrdal** 即認為，貪腐與過度控管間的因果關係並非如同前述持貪腐具正面意義見解的學者所言，而是恰好相反：並非過度控管造成了貪腐的現象，而是過度控管是貪腐的後果。其立論基礎在於，政府機關於期待賄賂時，會先採取過度控管的手段並且延宕行政程序，藉此使貪腐的可能性盡可能地擴大¹⁹⁵。至於其他主張貪腐正面意義的觀點與其反對意見，如下表所示¹⁹⁶：

過度集權、正直官僚政治的社會。」換言之，在特定情形之下，貪腐的政府反而有利於經濟發展。轉引自 **Pies/Sass**, *Wie sozial-schädlich ist Korruption? – Ein Überblick zum Erkenntnisstand der empirischen Forschung*, in: Pies (Hrsg.), *Wie bekämpft man Korruption?*, S. 24。

¹⁹² 以上的介紹，引自 **Pies/Sass**, *Wie sozial-schädlich ist Korruption? – Ein Überblick zum Erkenntnisstand der empirischen Forschung*, in: Pies (Hrsg.), *Wie bekämpft man Korruption?*, S. 24 f.

¹⁹³ **Pies/Sass**, *Wie sozial-schädlich ist Korruption? – Ein Überblick zum Erkenntnisstand der empirischen Forschung*, in: Pies (Hrsg.), *Wie bekämpft man Korruption?*, S. 10 f., 23 ff.

¹⁹⁴ 尋租活動又稱為競租，是指在沒有從事生產的情況下，為壟斷社會資源、或維持壟斷地位，從而得到壟斷利潤（亦即經濟租）所從事的一種非生產性的尋利活動。整個尋租活動的全部經濟損失要遠遠超過傳統壟斷理論中的「純損」三角形。至於企業或個人在尋租過程中所爭取的市場，則稱為「尋租市場」。尋租市場愈大，表示一個經濟環境中能被不公正壟斷的事物較多，而整體的經濟效益也會因而降低。

以上的說明，見：<https://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E5%B0%8B%E7%A7%9F>（最後瀏覽日期：2017/04/28）。

¹⁹⁵ **Pies/Sass**, *Wie sozial-schädlich ist Korruption? – Ein Überblick zum Erkenntnisstand der empirischen Forschung*, in: Pies (Hrsg.), *Wie bekämpft man Korruption?*, S. 28.

¹⁹⁶ 參見 **Pies/Sass**, *Wie sozial-schädlich ist Korruption? – Ein Überblick zum Erkenntnisstand der empirischen Forschung*, in: Pies (Hrsg.), *Wie bekämpft man Korruption?*, S. 28 ff.。該文第 32 頁另有

	貪腐具有正面意義的見解	反對意見
一、	對於不智的過度控管政策，貪腐行為有助於迴避其政府荒誕不經的過度控管並改善投資環境。	貪腐並非選擇性地運作，它在明智治理的政策下亦可能發生。
二、	貪腐可以提升經濟效率。	可望獲得賄賂的官僚以獨占者自居，藉由製造人為的短缺，來推動價格的上揚，使得經濟效率低落。
三、	貪腐給投資者帶來較大的期待保障。	由於在現有規範的具體執行中無從明確預測，貪腐所造成的法律不確定性將大大地影響企業投資意願。
四、	貪腐可使局外人進入市場，帶動改革。	局內人大可透過貪腐確保其利益，因此貪腐並不會帶來改革，而是阻礙改革。
五、	最具經濟實力者透過貪腐取得委託並非負面的分配效果。	透過長期合作或人情關係所形成的貪腐模式，出線者未必是出得起較高賄款的經濟上強者，因此也未必能在候選人的行列中形成最佳的分配。

不容諱言的是，貪腐行為在某些個案中確實可能彌補一些（特別是不當政策所造成的）缺陷，但是縱容甚至是鼓吹這種行為模式，顯然弊多於利，因為如此將會導致對於經濟制度運作能力的信賴喪失、而背離規則的行為模式也可能向其他的領域擴散，在任何情況之下，貪腐都絕非最佳解決方案¹⁹⁷。由法律規範的角度來看，這樣的說法相當具有啟發性，因為假使確定了貪腐是造成社會損害而侵害法益的行為模式，那麼這種行為同時所帶來的正面意義，只可能在利益衡量之下成立阻卻違法事由。不過，「導致對於經濟制度運作能力的信賴喪失」是否適合作為刑法上所保護的法益，恐怕還有進一步討論的空間；至於「背離規則的行為模式也可能向其他的領域擴散」，其避免的任務在刑法學上則是被歸類於刑罰目的理論中的預防功能之中，況且這並非貪腐行為所直接導致的可能結果，而是容忍與鼓吹貪腐可能引起的現象，因此與此處要討論的法益侵害概念不符。貪腐所侵害利益在經濟學面向的觀察所得到的成果，在法律文獻上最後呈現的，則是集中在對自由競爭與公眾福祉妨礙¹⁹⁸。

對照表，惟因本報告著重者係法學上的觀點，研究面向相異，因此與此處略有不同。

¹⁹⁷ Pies/Sass, Wie sozial-schädlich ist Korruption? – Ein Überblick zum Erkenntnisstand der empirischen Forschung, in: Pies (Hrsg.), Wie bekämpft man Korruption?, S. 29 f.

¹⁹⁸ 文獻指引見：Sprafke, Korruption, Strafrecht und Compliance, 2010, S. 3.

第二節 公部門貪腐行為侵害的法益

公部門貪腐行為所侵害的法益，在學說上被認為是**集體法益**，同時屬複合法益，亦即其處罰規定具有**複合保護目的**（komplexer Schutzzweck）¹⁹⁹，此外幾乎可謂別無共識，其內容各家說法不同而極具爭議²⁰⁰，包括：政府決策的公平客觀性與國家威信²⁰¹（或更具體地說：人民對國家舉措的安心信賴）、公共行政的效率²⁰²。公務員對國家的忠誠關係、人民對公務機關公正性之信賴、公共行政的內部合秩序運作、公務義務的違反、國家決策的適妥性

（Sachgerechtigkeit）與不可收買性（Nicht-Käuflichkeit oder Unentgeltlichkeit）²⁰³、國家決策的適妥性對人民的利益、國家機關的基本效率與執行公務的公平性²⁰⁴。再加上德國立法例上所採的見解，認為貪腐行為所危害的是國民對於國家及其機關的廉潔（Integrität）的信賴²⁰⁵，可謂是琳瑯滿目。不過仔細觀察可以發現，這些法益指向**人民對公部門的信賴**（包括涉及公平性與忠誠關係的論點）、**國家體制的運作**以及**經濟層面上的集體利益**。對於國家及其機關的信賴，其本身並不適合作為建構貪腐犯罪處罰基礎的法益，否則在極其腐敗的國家，這種信賴根本不存在，如此，豈非在預防目的上最需要處罰貪腐的區域，反而無法證成其處罰的理由。維護體制的運作，才是這裡保護的法益²⁰⁶，例如上述的公共行政的內部合秩序運作、國家決策的適妥性。至於經濟層面上的集體利益，即如前述本章第一節所述，例如公共行政的效率、國家決策的適妥性，不過貪腐所造成的不應是「導致對於經濟制度運作能力的信賴喪失」（參見本章第二節），而是對「經濟制度運作能力」的威脅。至於公務義務的違反，應該是貪腐行為的描述，因為公務義務本身並非利益。

所謂複合保護目的，應可解作只需其中一個法益受到侵害，造成侵害的行為即與該規範抵觸而具可罰性，應成立該犯罪。例如，就我國商標法第 1 條來

¹⁹⁹ **Kuhlen**, in: NK-StGB, 4. Aufl., § 331 Rn. 10; **Stein/Rudolphi**, in: SK-StGB, 8. Aufl., § 331 Rn. 4; **Rosenau**, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 331 Rn. 6 f.; **Korte**, in: MK-StGB, 2. Aufl., § 331 Rn. 8 f.; **Sowada**, LK-StGB, 11. Aufl., vor § 331 Rn. 34 ff.

²⁰⁰ 現在較具代表性的重要觀點整理，參見 **Zeiser**, *Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?*, S. 167 ff.。

²⁰¹ BGHSt 15, 88, 96; **Rengier**, BT II, 16. Aufl., § 60 Rn. 7; BT-Drucks. 7/550, S. 269.

²⁰² **Korte**, in: MK-StGB, 2. Aufl., § 331 Rn. 8.

²⁰³ BGH 1 StR 372/01, Urteil v. 23.05.2002, HRRS-Datenbank, Rn. 34 = BGHSt 47, 295, 303.。惟人民對於公共行政中的職務行為，亦不乏負有對價義務者，故學說上有對此說所提出之不可收買性採反對立場者，見：**Rosenau**, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 331 Rn. 6; **Schröder**, *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die bestechlichkeit vom Ermessensbeamten*, GA 1961, S. 289.。

²⁰⁴ 僅參見 **Rosenau**, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 331 Rn. 6.。

²⁰⁵ BT-Drucks. 13/8079, S. 2.

²⁰⁶ 參見 **Hefendehl**, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, S. 124 ff.。類似看法但將體制的功能區分為需要透過人民信賴而協力參與（例如訴訟制度）及不因欠缺信賴而不加利用（例如警察）兩種，並認為在後者中，信賴減損不具體制功能運作上的建構性意義者（即便因為賄賂而對警察的信賴減損，也不會使得警察的法律任務落空），見：周濛沂，*對賄賂罪保護法益的反思*，收錄於海峽兩岸暨第十一屆內地中青年刑法學者高級論壇賄賂犯罪論文集（2016,08），頁 93-95.。

看，該法所保護之法益為「消費者利益，維護市場公平競爭，促進工商企業正常發展」，但即便消費者明確地知道所購買的是假貨，而支付較低的價格購買仿冒品，這種在市場上常見的交易行為，雖然就消費者利益而言並沒有造成侵害，甚至可以獲得較高的消費需求滿足，但販賣仿冒品的行為仍會因為侵害市場公平競爭及有礙於工商企業正常發展，而被認定為構成該法第 96 條第 2 項的商標侵權行為。至於前述應與私部門貪腐行為加以區分的背信罪，則屬財產犯罪中的侵害整體財產（*Vermögen als Ganzes*）的行為，其特徵在於（透過義務的違反）造成被害人財產上的損失²⁰⁷，其處罰規定則之目的僅僅在於保護財產法益²⁰⁸。換言之，行為侵害或威脅國家體制或經濟制度運作能力其一，即可認定為違反複合保護目的。

第三節 私部門貪腐行為侵害的法益

一、公、私部門貪腐行為侵害法益的區分

貪腐行為以違反義務的利益交換作為核心，因此在進行交易時特別容易發生貪腐行為。不論在公部門或私部門中，貪腐行為多半發生在國家或私人企業與其他參與社會活動之人的交易活動中。而兩者間的不同，主要在於對於市場上競爭機制的反應，對此，國家於採購商品與勞務與私人企業有明顯的不同之處。私人企業的採購成本來自於其資本或盈餘利潤，原則上基於競爭力的考量，採購的決定多半以供貨價格這個客觀的標準為導向，通常價格最為優惠或本益比（*Kosten-Nutzen-Verhältnis/cost-benefit ratio*）最優者即獲其青睞，最後成交結果大體上取決於供需法則。但在公部門的採購中，因為其資金來源多半來自於國家稅收而並非全然自於市場交易，市場力量（*Marktkräfte/ Market Force*）影響的程度較低。再者，公部門可能有其特定行政目的（例如培植在地行業發展），因此這種透過價格競爭機制所產生的效應較為限縮²⁰⁹，交易結果與供需法則間的關係會隨著行政目的而鬆緊不一。相較於私部門，公部門在採購上受到市場情勢與對市場供需關係影響的程度較低，受政治上的影響較高，同

²⁰⁷ 我國刑法第 342 條第 1 項的規定，要求背信罪之成立必須以行為人主觀上具有「為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益」的意圖，與德國刑法第 266 條第 1 項之規定不同，後者並不以得利意圖為主觀要件，在德國學說上將背信罪稱之為純粹的損害他人犯罪（*reines Fremdschädigungsdelikt*），見 Wessels/*Hillenkamp*, BT II, 39 Aufl., Rn. 748。

²⁰⁸ 僅參見 *Kindhäuser*, in: NK-StGB, 4. Aufl., § 266 Rn. 1.; Wessels/*Hillenkamp*, BT II, 39 Aufl., Rn. 747。強調受侵害者係他人委託之財產者，見 *Schünemann*, in: LK-StGB, 12 Aufl., § 266 Rn. 23。

²⁰⁹ 參見 *Kindhäuser*, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, ZIS, 2011, S. 466。以 William N. Dunn 提出的公共政策評估六項標準為例，除了在第二項標準「效率性（*efficiency*）」一環中必須考慮本益比外，尚須考慮效能性（*effectiveness*）、充分性（*adequacy*）、公平性（*equity*）、回應性（*responsiveness*）以及適當性（*appropriateness*）。他在著作中同時也提出了三點公部門在做成決策上與私部門不同的考量因素：公共政策程序的性質、公共政策目標的集體性質以及公共物資的性質，WILLIAM N. DUNN, PUBLIC POLICY ANALYSIS 203-204 (5th ed., 2011)。

時也因為受到政治與經濟因素緊密交錯的影響，在公部門的採購中受到非經濟因素的影響較大，看不見的手（invisible hand）也不再只有供、需兩隻，隨之而來的是，發生貪腐的風險也明顯較高²¹⁰。

由上述公、私部門的交易活動間的差異來看，從中違背義務交換私利所造成的侵害也會有所不同。除了可能對於委託人的財產造成侵害或威脅，在私部門中貪腐行為所造成的干擾指向市場秩序，而公部門的交易因為目的、影響決策因素較複雜，其中的貪腐行為侵害之面向也會較廣。學說上對於公部門貪腐行為侵害的法益的各種說法已如前述，主要集中在對於國家決策與行政效率、國家與公務員間的委託關係以及人民對公務機關的信賴所造成的負面影響，在本報告中則將之歸納為國家體制或經濟制度運作能力兩種，而對於國家體制的影響並非私部門貪腐行為可以造成。也就是說，由侵害的法益區分兩種貪腐行為並非難事。另一方面，由保護法益的不同來確認前述區別公、私部門的貪腐犯罪之標準，符合以法益與行為態樣所交織而成的刑法分則架構，同時也切合刑法規範目的的分類標準。在公、私部門交雜的貪腐犯罪中，可以藉由行為所侵害的法益來正確歸類，並藉此認定所實現的構成要件為何。例如私人企業的主管向官方行賄，或者是僱用高官親屬來培養所謂的政商關係²¹¹，行賄者固為私人，但收到好處者則是公務員，遭到破壞的也是公務員義務，因此應屬公部門貪腐。這樣的行賄行為是否在概念上同時也屬於私部門貪腐行為，則以確認該行為所違背的義務以及因而所造成的侵害是什麼為前提，由立法上來看，則必須先確認處罰私部門貪腐行為的規範所要保護的法益是否存在以及內容為何。

二、 私部門貪腐行為侵害的法益屬性

由我國立法實務來看，2013 年立法院 17 名立法委員以「可能導致企業不公平競爭，造成企業體質劣化，嚴重甚至可能破壞國家整體經濟良性發展」為由，提案增訂「企業賄賂防制法」，該草案的提出，最重要的動機之一在於現行刑罰規定被認為不足以預防一再發生的私部門貪腐行為，歸根究柢，這其實正是因為這樣的行為被認為侵害了某種社會共同生活的必要利益而有動用刑法予以制裁的必要，因此要解決的問題在於，所謂的私部門貪腐行為是否侵害了法益與侵害了什麼法益。只有當該立法草案描述的貪腐行為所侵害之法益，現行法並未提供保障，才會有另行制定新的刑罰規範的必要。由法益保護原則來看，侵害法益乃是以刑罰制裁的必要條件而非充分條件²¹²。當特定行為模式侵

²¹⁰ 參見 *Pietzcker*, Korruptionsregister, Unternehmenshaftung, Transparenzgesetze, in: von Armin H. H. (Hrsg.), *Korruption und Korruptionsbekämpfung*, S. 160.

²¹¹ 案例參見：林志潔，反制跨國行賄與強化企業法令遵循——以美國海外反貪腐法(FCPA)為例，月旦法學雜誌第 242 期（2015,07），頁 6-7。

²¹² *Schüneman* 著，王玉全、鍾豪峰、張姿倩譯，刑事不法之體系：以法益概念與被害者學作為總則體系與分則體系間的橋樑，刑事法之基礎與界限：洪福增教授紀念專輯（2003,04），頁

害刑法所保障的法益時而具有社會侵害性，即可肯認該行為模式具應罰性；具有應罰性的行為還必須通過比例原則的檢驗，以確定處罰這樣的行為符合刑法最後手段原則，藉此來證成該行為模式具有需罰性²¹³。簡言之，這些被我們歸類於企業貪腐的行為類型，只有在侵害了刑法上所保護或必須保護的法益（具應罰性），而且符合比例原則的要求，也就是必須符合刑法的最後手段原則（具需罰性），我們才有可能動用刑法來加以裁制。

如果我們把私部門貪腐行為理解為侵害財產法益的行為（例如將之理解為背信行為），或者是我們認為在現行規定以外的私部門貪腐行為，根本沒有侵害法益、也沒有處罰的必要，那麼立法者就應該安於現狀。很顯然的，我國推動企業賄賂防制法的立法委員們認為這裡所涉及的法益並非財產法益，亦非個人法益，這一點由立法草案第 1 條明文指出立法目的乃在於「為防制企業貪瀆，提升國家競爭力」即可得證。那麼，這法益究竟為何？與現行法間的消長關係如何？或許我們可以試著先由現行法與企業貪腐間的關係來切入。

再以我們司法實務上經常拿來處理企業貪腐案件的背信罪²¹⁴為例。即便學說上一致地認為由諸多不確定的法律概念所組成的背信罪構成要件，雖然過於模糊而有背於明確性原則之虞，但背信行為在本質上仍屬財產犯罪，該條文所保護的法益仍是以財產法益為中心，這一點雖然偶有不同見解²¹⁵，但還算得上具有共識²¹⁶。如前所述，在適用該條文時，除了財產損害外，還必須確定行為人的義務違反性。基於這些規範意義的標準，背信罪的成立必須藉由經濟概念的解釋與類推適用禁止來加以限定，另一方面也應就集體法益範疇與構成要件行為的描述加以考量²¹⁷。由此觀之，一來因為背信罪構成要件相對不明確的特性，使得背信罪的涵攝範圍極具彈性；二來，背信罪的構成要件同樣是以義務的違反作為行為不法的核心概念。因此我們甚至可以說，因為貪腐行為在現實上通常都是藉由被害者財產上的損失來中飽私囊，因此，絕大多數的（私部門）貪腐行為都可能同時滿足背信罪的構成要件。換言之，私部門的貪腐行為若要自立門戶成為獨立的犯罪類型，首先基於應罰性的考量，必須說明它所侵害的法益與背信罪不同；其次，因應需罰性的要求，對於貪腐行為侵害的法益，還必須證明具有另行立法以刑罰制裁的必要²¹⁸。

136-137。

²¹³ 許玉秀，釋字第 594 號解釋部分協同意見書，貳、；**Schüneman** 著，王玉全、鍾豪峰、張姿倩譯，刑事不法之體系：以法益概念與被害者學作為總則體系與分則體系間的橋樑，刑事法之基礎與界限：洪福增教授紀念專輯（2003,04），頁 137-139

²¹⁴ 背信罪或許不算一個夠傳統的犯罪行為，嚴格說來，背信罪遲至普魯士刑法典時代才確定了它現在的雛型，也就是以特定的信賴關係為基礎的財產犯罪。

²¹⁵ 例如有認為背信罪同時也附帶地保障對法律與經濟往來可靠性的信賴，文獻指引見：

Kindhäuser, in: NK-StGB, 4. Aufl., § 266 Rn. 1 Fn. 3。

²¹⁶ 對此可以參考 **Schünemann** 對於德國聯邦最高法院判決（BGHSt 52, 323）的批評，見：

Schünemann, in: LK-StGB, 12 Aufl., § 266 Rn. 179 f.。

²¹⁷ **Tiedemann**, Wirtschaftsstrafrecht AT, 4 Aufl., Rn. 142.

²¹⁸ 參見 **Kubiciel**, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr – Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB, ZIS 2014, S.669。

三、 德國刑法典中相關規定的法益概念

(一) 基本概念

以德國企業貪腐相關立法的經驗為例，首先是德國刑法第 298 條的規定。德國於 1997 年透過「條款立法」(Artikelgesetz)²¹⁹的模式通過了貪腐防制法 (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption)，其中新設的第 26 罪章妨礙(商業)競爭罪 (Straftaten gegen den Wettbewerb)²²⁰。於此罪章當中，最具爭議性的即為第 298 條，也就是對於招標中之限制競爭協議行為的刑罰規定。立法者當時捨棄了以招標人財產為保護對象的立法模式，而是直接以自由、公平的競爭這樣的經濟活動制度為其保護的法益²²¹。也就是說，行為人於在私人企業中亦可能出現的有關商品或商業性服務招標時，提供出自於違法之約定而以促使招標人接受特定之投標時，構成要件即已實現。至於招標人對於違法之約定是否因受隱瞞而不知情，則非所問。另外，由於保護的不是財產法益，因此，在招標人陷於不實資訊而生之錯誤而受有財產上之損失時，所成立的之詐欺罪與本罪應依想像競合處理之²²²。這種單單以實現市場經濟的基本原則作為保護的對象，自然也就成為了學說上質疑或者是以其他概念加以補充的對象²²³。

德國經濟刑法學者 **Tiedemann** 認為，經濟上的競爭，也就是本罪章所保護的法益，正是德國經濟憲法 (Wirtschaftsverfassung) 的指導原則。自經濟學上秩序自由主義 (Ordoliberalismus) 以降，即使其間經濟學上的基本命題與假說變動者眾，但在建構法律秩序框架上，自由競爭被視為在最大可能確保自由的範圍中推動經濟最高效率的動力²²⁴。由經濟自由主義與自由放任 (laissez-faire) 的經濟政策所造成的負面經驗出發，以佛萊堡學派經濟學者 **Walter**

²¹⁹ 此種立法模式屬綜合立法的一種，即立法者為達到某一特定立法目的，將各自獨立且分佈於不同法典中相關法律規定，依其性質與內容，將增刪修正之條文組成「條款(Artikel)」一併加以修正，因此具有完成之立法或修法架構一目了然、促進整體法規結構完整一致，且有避免散見於各法典之相關規定不同調等優點。相關說明參見：陳新民，一個新的立法方法——論「綜合立法」的制度問題，法令月刊第 51 卷第 10 期 (2000,10)，頁 137、139-141、143-144。該文作者認為，綜合立法具有政策性(較能彰顯政策目標)、全面性、同步性與經濟性等正面意義。

²²⁰ 關於該次修法後構成要件的分析，僅參見：**Dölling**, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), S. 334-355；**Bauer**, Korruptionsbekämpfung durch Rechtsetzung, S. 39 ff.

²²¹ BT-Drucks. 13/6424, S. 4; 13/5584, S. 9, 12; **Dölling**, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), S. 348; **Pasewaldt**, Zehn Jahre Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäß § 298 StGB, ZIS 2008, S. 84; **Bosch**, SSW-StGB, 3 Aufl., § 298 Rn. 1; **Rogall**, SK-StGB, 7. Aufl., § 298 Rn. 4; **Dannecker**, NK-StGB, 4. Aufl., vor §§ 298 ff. Rn. 17, § 298 Rn. 12.

²²² **Dölling**, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), S. 348.

²²³ 相關的介紹可參見：**Pasewaldt**, Zehn Jahre Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäß § 298 StGB, ZIS 2008, S. 84 ff., Fn. 6 m. w. N.。認為自由競爭並非刑法上所必須保護的對象而否定其應罰性者：**Achenbach**, Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs: Ein Nachweis normativer Fehlregulierung des Marktes, KritV 2009, S 297 ff.

²²⁴ **Tiedemann**, in LK-StGB, 12. Aufl., vor § 298 Rn. 1.

Eucken 為首的秩序自由主義論者致力於發展出一套市場經濟系統的秩序框架，用來保障市場上的競爭與國民個體的自由。簡言之，由經驗上看，允許經濟生活上不受限制的自由以及經濟上的權力實體對此等自由的利用，將導致其他的經濟主體不自由，也就是全然的自由可能包括走向不自由。秩序自由主義論者由這個自由悖論（*Freiheitsparadoxon*）開展出與史前自由主義

（*Paläoliberalismus*）相反的主張，認為建立並保障自由競爭制度，而非完全不予干預，才能避免市場經如此濟因自由競合遭受扭曲而瓦解²²⁵。

（二） 2015 年修法後差異

德國刑法於 2015 年修法²²⁶時，立法者將「業主利益」增列入第 299 條的商業交易賄賂罪保護的法益，就解釋論（*de lege lata*）來看，將企業貪腐所侵害的法益擴及到自由競爭之外。本次修法，除了保留舊法中的競爭模式構成要件（*Wettbewerbstatbestand*）²²⁷外，另外新增設了業主模式構成要件

（*Geschäftsherrentatbestand*；德國刑法第 299 條第 1 項第 2 款、第 2 項第 2 款）的規定，所處罰的對象，則是以違反對業主義務之不法約定（*die Unrechtsvereinbarung auf eine Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherrn*）為其核心。由文義上與立法理由來看，這兩種立法模式所保護的法益不同，前者保護的與德國刑法第 298 條相同，皆為自由、公平的競爭；後者則將保障範圍擴及業主利益，惟此處所指之利益，並非財產上的利益，而是一種曖昧不明的義務履行，一如立法目的所言，此一規定用意在於確保受託人與受雇人在商業交易行為中，忠誠且不受影響地履行其對業主之義務²²⁸。先不論這義務的範圍究竟有多大、內容究竟如何，透過刑罰保障這種由業主與受雇人間契約所生之忠誠義務，這樣的處罰方式顯然過於前置²²⁹、可罰性範圍也過廣，並因此而引發學者間的對於該規定所保護的法益為何以及由此而衍生的適用問題產生疑慮²³⁰，同時，由於業主模式構成要件形同處罰背信未遂之行為，也將與德國刑法上背信罪不罰未遂的現況衝突²³¹。學者間多半認為，業主模式構成要件所保

²²⁵ *Peters*, *Wirtschaftspolitik*, 3 Aufl., S. 150 f.

²²⁶ BGBl. I 2015, S. 2025.。關於修法的背景介紹與簡明分析，可參見：*Kubicjel*, *Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr – Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB*, ZIS 2014, S. 667 ff.。

²²⁷ 文獻上對德國刑法第 299 條保護法益的各種見解，見 *Wollschläger*, *Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb*, S. 5 ff.; *Menn*, *Der geschäftliche Betrieb als "Dritter" im Sinne des § 299 StGB*, S. 37 ff.

²²⁸ BT-Drucks. 25/15, S. 21; BT-Drucks. 18/4350, S. 21; *Rosenau*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 5.

²²⁹ *Schünemann*, *Der Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Korruption – überflüssige Etappe auf dem Niedergang der Strafrechtskultur*, ZRP 2015, S. 69

²³⁰ 對兩種模式保護法益詳盡的中文介紹分析，見惲純良，商業賄賂行為可罰性簡析——以 2015 年德國刑法典第 299 條商業賄賂罪之修正為鑑，月旦刑事法評論第 4 期（2017,03），頁 74-90。德國學者對 2015 年修法後本條保護法益之質疑，文獻指引見 *Rosenau*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 3。

²³¹ 由此而生的批評見：惲純良，商業賄賂行為可罰性簡析——以 2015 年德國刑法典第 299 條商業賄賂罪之修正為鑑，月旦刑事法評論第 4 期（2017,03），頁 82-83，94。

護的法益仍以自由競爭為主²³²，而競爭者與受欺瞞之業主的利益²³³則被認為受到間接保護²³⁴或被稱為次級法益（*sekundäres Rechtsgut*）²³⁵。此外，德國刑法第 26 章乃是以妨礙自由競爭為名，而受託人或受雇人違反其對雇主的義務作為保護對象，兩者間顯然是枘鑿方圓，更何況後者屬類似背信之規定²³⁶，縱使認為此等違反義務行為具有應罰性，由需罰性來看，也會因為在財產犯罪中已有背信罪之規定，而否定在商業交易賄賂罪中業主模式構成要件的立法必要²³⁷。

在上述的說明中，正好表現出兩個就法益理論而言甚為重要的面向，可以用來解決私部門貪腐行為在刑法上的評價問題。背信罪所代表的是以傳統的、既有的規定來解決之途徑，其規定乃是停留在個人法益、傳統的財產法益範圍內，透過構成要件的解釋與涵攝，違背義務而造成他人財產損害的私部門貪腐行為既然滿足了該構成要件成立的必要條件，自然也就應該成立該罪名。而德國刑法第 298 條則是專門就圍標行為所設的處罰規定，立法者的決定乃是著眼於貪腐行為經常與違法投標、招標行為關係緊密地進行²³⁸。在保護法益的設定上，立法者以自由、公平的商業競爭作為保護的對象，這則是屬於超個人的集體法益。但這不意味著這種限制競爭的約定行為本身必須是刑法概念上的貪腐行為，因此構成要件的设计未必得以違反義務為核心的義務犯，正如同諸如刑法第 122 條第 2 項中對於公務員所為之行求、期約或交付賄賂的行為也不是真正的貪腐行為，但是在法典中應與侵害相同法益的其他真正貪腐行為歸為一類，因此被置於我國刑法的瀆職罪章中。至於德國刑法第 299 條 1 項的受賄行為則為義務犯，以受託人或受雇人違反義務（濫用業主之委託）交換私利為構成要件行為，因此屬貪腐行為，按照上述德國學說的理解，所保護的法益主要仍為自由競爭。至於同條第 2 項的行賄行為並非以違背義務換取私利，而是收買受託人或受雇人從事貪腐行為，侵害的法益與該條第 1 項收賄行為相同，因

²³² *Rosenau*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 5; *Dannecker/Schröder*, Neuregelung der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr Entgrenzte Untreue oder wettbewerbskonforme Stärkung des Geschäftsherrnmodells?; *Kubicjel*, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, ZIS 2014, 670 f.

²³³ 在舊法時期（2015 以前）認為行賄者的競爭者財產為本罪保護法益者，見 *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II, 9. Aufl., § 68 Rn. 2；同時也將業主財產視為是保護法益者，見 *Walter*, Angestelltenbestechung, internationales Strafrecht und Steuerstrafrecht - Entgegnung auf Randt, wistra 2001, S. 321, 323 f.。

²³⁴ *Rosenau*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 5.

²³⁵ *Kubicjel*, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr – Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB, ZIS 2014, S. 670 f.

²³⁶ *Tiedemann*, wirtschaftsstrafrecht BT, 3. Aufl., Rn. 200。中文的批評可見譚純良，商業賄賂行為可罰性簡析——以 2015 年德國刑法典第 299 條商業賄賂罪之修正為鑑，月旦刑事法評論第 4 期（2017,03），頁 81-83。

²³⁷ 因類似的理由而認為德國刑法第 299 條第 1 項第 2 款、第 2 項第 2 款應於條文中明確限定「行為違反於交易程序中與競爭相關義務（im Rahmen von Geschäftsvorgängen seine wettbewerbsbezogenen Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletzt）」者，見 *Kubicjel*, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr – Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB, ZIS 2014, S. 669 ff.。

²³⁸ *Dölling*, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), S. 348.

此歸為一類。

針對這兩個例子所呈現出的對比，我們必須先行理解個人法益與集體法益的關係，才能在設計刑罰規範時做出正確的選擇，使得修正或增設的規定能夠更合理地被運用。個人與集體法益間的關係，甚至這種分類是否正確，在學說仍容有爭議的空間，惟限於篇幅以及與主題的關連性，於此不多做介紹，而是直接提出暫時的結論。刑法乃至於所有的法律最終要保護的都是個人的利益，即便在保護所謂的集體法益的規定中，諸如公共危險罪章中之諸罪名，保障的仍是參與社會生活之人的在生命、身體、財產等利益。但是如果一個以保護集體法益為名的構成要件所描述出的侵害法益行為，到頭來在任何個案中都可以還原為個人法益、都可以以保護私人法益的構成要件來加以涵攝，那麼這個構成要件存在的必要性就值得懷疑。回到我國刑法賄賂罪的規定來看，如前所述，公部門的賄賂行為所侵害之法益為政府決策的公平客觀性與人民對國家的信賴等等，這樣的法益就並非在任何個案中都能夠還原為個人法益。從邏輯上來看，在法益被區分為個人與集體的前提下，如果集體法益總是能夠還原為個人法益，那麼這個集體法益在刑法中就沒有存在的必要，或者至少在立法上不應當作是一個獨立的法益，它不過只是像一個可以被拆解後還原為一塊塊的樂高積木而已，而真正的集體法益不是這種物理上可以還原的堆砌，而是不可逆的化學變化²³⁹。如此，集體法益在立法政策上才會有獨立地具有前述的指導構成要件的解釋與分則條文體系建構的意義。而德國企業貪腐相關規定所保護的自由競爭，就是這樣的集體法益，當自由競爭受到破壞時，就會產生「**由大眾所負擔的私人不相稱利益**」，舉一個簡單的例子：當我們可以透過圍標或賄賂的方式取得商業交易上的優勢時，對於從事交易之人而言，交易的決策就不再以成本與獲利的計算為重心，或至少產生將成本用於達成圍標協議或行賄的誘因，受託人代業主決定交易事項時，決策形成的基礎也可能由價格移轉到賄賂的利益上，在破壞自由競爭制度的背後所引起的經濟上效應，諸如將研發或品管的成本移作貪腐行為之用，導致商品或服務的品質下降，所造成的苦果將由所有參與社會共同生活的人負擔。侵害這種集體法益的行為，就我國刑法典的安排來看，與**第十九章妨害農工商罪章**性質吻合，因此在立法時可以考慮將私部門貪腐行為置於此罪章中。

（三）德國刑法第 301 條的反思

德國刑法第 301 條的前身為不正競爭防止法（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb = UWG）舊法第 12 條，該舊法條文為絕對告訴乃論之罪

（*absolutes oder reines Antragsdelikt*），但由於參與競爭者（*Mitbewerber*）多半對於就自己所從事的商業活動進行公開的爭論（例如訴訟）有所顧忌，導致經常沒有人提起告訴，因此該規定幾無實際上的意義可言。1997 年的貪腐防制

²³⁹ 採取這種看法的論述，見：*Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S. 74; *Kuhlen*, Umweltstrafrecht—auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), S. 704.

法，將是項規定修正後引進該國刑法，按其第 301 條第 1 項之規定，第 299 條商業交易賄賂罪乃是所謂的**相對告訴乃論之罪**（*relatives Antragsdelikt*）²⁴⁰，也就是說，除非刑事追訴機關基於刑事追訴具特別的公共利益而認為必須依職權干預者，商業交易中的賄賂行為為告訴乃論，以同條第 2 項中所列之告訴權人之告訴為訴訟條件。其中所謂之特別公共利益作為告訴乃論的例外，在個案中由刑事追訴機關決定之，為一不確定的法律概念²⁴¹，係以透過特定方式影響大眾的利益者，諸如：涉及的利益與給予之優惠金額高低、參與者在法律上的身分地位²⁴²，此外，依據德國刑事程序與罰鍰程序準則（*Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren = RiStBV*）第 242a 條第 1 項之例示規定，當行為人曾因相關的財產犯罪（特別是經濟犯罪）而受有罪判決者、公務員參與其中而犯之、犯罪行為影響了較多的企業、涉及的企業過半財產屬公部門且執行公共任務者、所威脅或造成實害的是顯著的損害，或者有足夠的證據顯示，告訴權人因害怕發生經濟上或業務上不利利益而未能提起告訴，即應認為具有特別公共利益。學說上則有就諸多個案予以類型化而加以描述者，判斷的關鍵則是指向涉及利益或損害的高低、行為的不法與罪責內涵程度、是否有公務員參與犯罪行為等²⁴³。

而德國刑法（舊法）第 301 條第 2 項告訴權人中的被害人，實務與多數學說皆認為除了參與競爭者外，還包括了收賄職員或受託人的業主

（*Geschäftsherr*）²⁴⁴。2015 的修法，仍然保留了被害人作為告訴權人的模式，因此在新法中，收賄職員或受託人的業主仍是告訴權人²⁴⁵。簡言之，德國現行相對告訴乃論的制度，一方面藉由引進追訴機關依職權提起公訴，彰顯德國刑法第 299 條較不正競爭防止法具有更強的公共利益保護色彩²⁴⁶；另一方面保留了私人利益作為保護法益的空間。

在告訴乃論之罪中，告訴作為積極的訴訟要件，若有欠缺即不得追訴、處罰²⁴⁷，無合法之告訴時，國家機關並非不得發動偵查，而只是影響提起公訴與實體審判的合法性而言。告訴乃論的制度，乃是以被害人的利益來限縮國家追訴權力，而非國家追訴原則的例外，其目的在於避免國家在被賦予追訴犯罪的任務時過分擴張國家權力。因此，在被害人消極地無追訴利益或其有不追訴的積極利益時，以追訴犯罪之公共利益與被害人的私人利益間的衡平予以控制²⁴⁸。欲將此概念帶入商業交易賄賂罪來審視本罪之性質及保護法益，必須先確定此處所謂之公共利益與被害人的私人利益各自為何。

²⁴⁰ *Tiedemann*, in LK-StGB, 12. Aufl., § 301 Rn. 1; *Rosenau*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 301 Rn. 1.

²⁴¹ *Rogall*, in: SK-StGB, 7 Aufl., § 301 Rn. 5.

²⁴² *Rosenau*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 301 Rn. 2.

²⁴³ *Tiedemann*, in LK-StGB, 12. Aufl., § 301 Rn. 7 ff.

²⁴⁴ 僅參閱 *Heine/Eisele*, in: Sch/Sch-StGB, 29 Aufl., § 301 Rn. 3.

²⁴⁵ *Tiedemann*, in LK-StGB, 12. Aufl., § 301 Rn. 2 f.; *Rosenau*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 301 Rn. 3.

²⁴⁶ *Tiedemann*, in LK-StGB, 12. Aufl., § 301 Rn. 1.

²⁴⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），七版，頁 47；刑事訴訟法（下），七版，頁 33。

²⁴⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），七版，頁 47-48。

被害人一詞作為告訴權人，一般的理解即是各該告訴乃論之罪直接保護的法益持有人，或者說是因犯罪直接受有損害之人²⁴⁹，接下來我們要問的是，受賄者之業主與參與競爭者的什麼利益，在商業交易賄賂行為中受到了侵害。首先可以排除的是所有集體法益，特別是自由競爭，因為業主與參與競爭者皆屬個人，不具集體法益持有人的適格性。因此唯一合理的推論必須是業主與參與競爭者的個人法益受到貪腐行為的侵害或威脅，他們才可能是這裡所謂的被害人、才可能成為相關犯罪的告訴權人，也就是說，他們在追訴犯罪上的利益，才有必要與追訴犯罪之公共利益進行權衡。

依據德國不正競爭防止法第 2 條第 1 項第 3 款的立法定義，所謂的參與競爭者，是指與作為商品或勞務供給或需求方的其他企業處於具體競爭關係（in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen）之企業。作為刑法上被害人的參與競爭者，學者沿用這樣的定義，認為必須是在同一市場中從事交易，且提供或購買相同或類似（具可替換性）之商品或服務者。這種告訴權人的資格，並非由交易關係（geschäftbezogen）來理解，也就是說，市場上的競爭者是否為告訴權人的判斷，不以實際上爭取業主的定單或契約為必要²⁵⁰。由這點來看，只要是可能參與競爭者，不論在個案中是否參與交易上的競爭，都具有提起告訴的權利。但是這些未實際參與競爭的「被害人」，究竟因為商業交易賄賂行為而直接受到了什麼損害？按德國經濟刑法學者 Tiedemann 的理解，對於參與競爭者而言，保護的法益是他的機會平等與財產利益²⁵¹，但是沒有實際參與者，就該個案而言，何來機會平等可言？另一方面，並沒有直接而有力的理由，來說明商業交易賄賂行為是否侵害了（處於具體競爭關係中的）參與競爭者的財產法益，也無法明確地解釋這樣的行為是否對於參與競爭者的財產造成危險、或者是這樣遙遠的危險是否具備了發動刑罰的理由，因此只能如前所述，強調參與競爭者的利益透過的構成要件而受到間接保障。但這樣的說法又可能與被害人的概念不符，因為如果參與競爭者的利益僅是受到間接保障意味著商業交易賄賂行為僅僅是間接侵害了個人法益，則該參與競爭者根本與被害人概念不符，何能取得告訴權？

作為被害人的業主，則必須是賄賂行為違反了對他所負的義務，也就是說賄賂對業主乃是祕而不宣的，始具有告訴權²⁵²。除了和參與競爭者的利益一樣是受到該構成要件的間接保護外，學說上同時也主張，此處所謂的利益是忠誠地履行對業者的義務，同時並非所有的義務違反都具有構成要件該當性，而是侷限於交易程序中的違反義務行為²⁵³，這也是與參與競爭者的狀況不同的地方。但是這裡的疑問在於，忠誠地履行義務，是否可以被當作是一種法益，以

²⁴⁹ 林鈺雄，刑事訴訟法（下），七版，頁 35-36。

²⁵⁰ Tiedemann, in LK-StGB, 12. Aufl., § 301 Rn. 2.

²⁵¹ Tiedemann, wirtschaftsstrafrecht BT, 3. Aufl., Rn. 197.

²⁵² Tiedemann, in LK-StGB, 12. Aufl., § 301 Rn. 3.

²⁵³ Kubiciel, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr – Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB, ZIS 2014, S. 669、672.

及德國刑法修正後的第 299 條是否也將顯不具應罰性的情形包括在內，對此的批評，見本章第三節三、(二)。

如依我國程序法的規定來看，唯一可以作為德國刑法第 301 條這種相對告訴乃論模式的正面理由，在於告訴人享有的訴訟地位。除了不起訴處分書應送達於告訴人外，告訴人還得聲請再議及聲請交付審判²⁵⁴。易言之，即對於此等案件的不起訴處分，受欺瞞的業主與參與競爭者可循此內部救濟與外部監督之途徑，確保起訴法定原則之貫徹。不過，值得商榷的是，確保起訴法定原則或避免檢察官濫權不起訴的途徑不只有告訴權人聲請再議或交付審判，僅以此作為將商業交易賄賂罪規定成相對告訴乃論之罪，卻造成刑法體系上更大的問題，顯然輕重失衡。

(四) 小結：

本報告認為私部門貪腐行為保護的法益應為集體法益，個人法益則是確有可能間接受到保障，這在公共危險罪章的立法例中已有跡可循，同時更是集體法益與個人法益間的關係（集體法益由多數個人法益累積而成，但不能還原為個人法益。參見本章第三節三、(二)）以及其具有複合保護目的之本質使然。也就是說，當我們將構成要件的功能理解為是確認行為是否侵害法益的檢驗時，那麼私部門貪腐行為在構成要件中應該以描述侵害集體法益，也就是自由競爭，作為其內容，只不過這種侵害自由競爭的行為，經常會對於他人的財產造成危險。至於直接侵害個人法益的行為，在構成要件的設計與刑法分則的體系安排上，應該分別處理，業主模式的構成要件，不應出現在商業交易賄賂罪中，而是回歸個人財產法益的罪章，如果真有修法的必要，應考慮改變的是現行背信罪的構成要件。更何況業主利益可能與自由競爭衝突²⁵⁵，德國新法納入業主模式的規定，無疑是治絲益棼，徒增解釋論上的困擾，也找不到立法論上堅強的理由。

至於相對告訴乃論的規定亦是如此。將受違背義務的業主與參與競爭者列為告訴權人，意味著兩者皆為因犯罪直接受有損害的被害人，雖然在刑事訴訟程序中，對於確保法定起訴原則具有些許正面意義，但必須面臨的是如何解釋受有損害之內容為何的難題，同時也混淆了商業交易賄賂罪保護的法益。因此，並不建議繼受這樣的立法模式。

如果接受上述的論點，那麼企業貪腐的刑罰規定，所保護的法益就僅是單純的自由、公平的商業交易競爭，那麼在我國刑法體系的安排上，宜將相關之規定，諸如德國刑法第 298 條的招標中之限制競爭協議罪以及第 299 條的商業交易賄賂罪置於刑法第十九章妨害農工商罪章中為宜。

²⁵⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法（下），七版，頁 36。

²⁵⁵ Tiedemann, in LK-StGB, 12. Aufl., § 301 Rn. 6.

四、 私人不正利益的獲得與法益侵害：以我國圖利罪構成要件作為批判對象

在對私部門貪腐行為所侵害的法益有初步理解後，接著要檢討貪腐行為定義中經常出現的另一個要素，也就是私人不正利益，不過這個要素在犯罪成立中應該扮演何種角色，應該由各該構成要件所保護之法益來決定。簡單地說，如果保障的是財產法益，在客觀構成要件中，即應規定為了謀取不正利益而造成他人的財產損害為要素，而不是得到不正利益。因為由法益保護原則的觀點來看，行為具有社會侵害性的理由不在於行為人得到利益，而在於侵害了應受規範保障的利益。若保護的法益不是財產法益，那麼不僅客觀上得利與否不應作為客觀構成要件要素，甚至有無造成財產上侵害，也與犯罪的成立無涉。我國刑法第 131 條、貪污治罪條例第 6 條公務員圖利罪於 2001 年修正時，立法者基於使「構成要件更加具體明確，俾公務員易於瞭解遵循，避免對『便民』與『圖利他人』發生混淆，而影響行政效率²⁵⁶」為由，增設了「因而獲得利益者」的規定，使得該條由單純完成圖利行為的行為犯，變成行為人必須因其圖利行為而獲有利益的結果犯。姑且不論此一限縮在避免「便民」與「圖利他人」的區分上並不具有直接的幫助，而只是一種透過公務員獲得利益，來表徵私人可能因圖利行為獲利的立法模式，單就獲得利益作為構成要件結果這點來說，也就是以客觀上行為人因其圖利自己或其他私人的行為而獲得不正利益，作為限縮圖利行為可罰範圍的手段，即與我國立法者制定圖利罪之規範目的扞格不入。

以濫用他人委託之權力的方式而獲得利益，可以用來建構貪腐行為的主觀不法要素（意圖），並用來限縮構成要件該當行為的外延。然而在客觀面，它只是可能發生的一種結果，在刑事立法上或可作為量刑審酌之事由，但對於犯罪成立與否的判斷，並非決定性的要素，在客觀構成要件的設計上可以不予以考量，更何況貪腐行為與財產犯罪之間的關係有待進一步澄清。實定法中最明顯的例子就是收受賄賂罪的構成要件，不論是我國刑法第 121 條第 1 項、抑或是德國刑法第 331 條第 1 項之規定，要求、期約與收受賄賂這三個擇一構成要件行為，在犯罪成立上的評價均為等值，也就是說，只要客觀上具備了三者中的其中一個行為事實，就足以成立本罪，至於公務員是否確實收到賄賂，在犯罪成立與否的評價上並無影響。由此觀之，行為人得利與否對於其行為是否不法的判斷，根本就沒有任何影響。

在貪腐犯罪中，行為人濫用了委託人所託付的權力，這種類型的行為本身以及所引起的結果是否對於社會共同生活的成員造成利益的損害或威脅，也就是該行為是否具社會侵害性，才是制定刑罰規範時的決定因素。至於獲得利益與侵害法益是兩回事，前者從來就不是刑法要處罰的對象，而後者不僅是發動

²⁵⁶ 參見民國 90 年 11 月 07 日刑法第 131 條立法理由一、貪污治罪條例第 6 條立法理由一。

刑罰的必要條件，同時在刑法上還具有犯罪類型區分功能，刑法分則就是循著法益類型建構其體系，成為法益保護的清單。因此，本文認為，我國圖利罪於前次修正時，於客觀構成要件中增設了「因而獲得利益」的要素，即於客觀構成要件中多加了不當的限縮條件而成為以私人獲利為犯罪成立要件的結果犯規定²⁵⁷。按照這樣的立法，行為人縱使出於圖利私人的意圖，透過執行主管或監督之事務行為，造成國家或其他私人財產上的侵害，若是行為人自己或其圖利之對象未能因此得利²⁵⁸，即因為刑法第 131 條、貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款並無未遂犯處罰之規定而不構成犯罪。這樣的行為縱使已經違背了公務上的義務、使國家決策失卻其應有的適妥性、破壞了人民對國家信賴，卻因為與規範目的無關的偶然事實（沒有私人獲利的結果發生）而不成罪，這樣的結論顯然不具說服力。

第四節 結論：私部門貪腐行為的應罰性與需罰性

由各種不同學科與觀察面向的看法結合義務犯的概念，將私部門貪腐行為定義為「為了換取由大眾所負擔的私人不相稱私利而濫用私人委託之權力，造成社會大眾的損失」，可以提供立法者作為制定構成要件時的參考建議。特別是在討論的過程中，始終圍繞著貪腐的現象與刑法規範目的，因此所顯現出的正是構成要件雛形。不過，德國刑法第 298 條的招標中之限制競爭協議行為以及第 299 條第 2 項的商業交易行賄行為，未必濫用私人委託或信賴關係，定義上來看並非真正貪腐行為，而是一種經常與貪腐行為關係緊密地進行的協議行為。同樣沒有濫用權力委託的行為態樣，還有被歸類於公部門貪腐的影響力交易罪，文獻上認為，購買或販售對於公務機關決策的影響力之行為，乃是真正貪腐行為構成要件的準備階段²⁵⁹。除此之外，影響力交易罪所交易的並不是職務行為的決定本身，而是（可能）左右公務機關決策的影響力，因此並非濫用國家委託的權力，而是濫用對受國家委託而行使權力之人的影響力。由這兩點來看，正好表明了這種交易行為，不論是購買或販賣影響力的一方，其行為皆非貪腐行為。招標中之限制競爭協議、商業交易行賄以及影響力交易這三種行為，都不是真正的貪腐行為，但所侵害的法益與貪腐行為所侵害的相同：限制競爭協議行為、商業交易行賄行為影響了自由、公平的商業競爭，影響力交易行為所侵害的法益則與公部門貪腐行為所侵害的法益相同。

另一方面，貪腐只是一種特定的行為模式——也就是前述的違反義務或稱

²⁵⁷ 參見民國 90 年 11 月 07 日貪污治罪條例第 6 條立法理由一、三。

²⁵⁸ 最高法院認為，所謂「因而獲得利益」，係指行為人本人或其圖利之對象因而獲利者，而非僅限於本人，參見最高法院 92 年台上字第 776 號判決。

²⁵⁹ Zeiser, *Traffic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?*, S. 29.

濫用他人委託之權力——，但所侵害者則可能是完全不同的法益²⁶⁰。公、私部門的貪腐行為所違反之義務因委託權力之性質不同而有別，權力委託的來源與濫用委託權力換取私利所侵害法益的不同，即是區分公、私部門貪腐行為的分類要素。與同樣是違背義務換取私利的背信罪相比，私部門貪腐行為所侵害的法益並非財產，而是自由競爭，這可作為區分私部門貪腐與背信行為的標準。至於德國刑法第 299 條第 1 項第 2 款與第 2 項第 2 款所採的業主模式構成要件，有與背信行為混淆的疑慮，再者，如果所要保護的是業主的利益，不論是保障財產上的或是受託人依約履行義務，都不必然是由大眾所負擔的不利益。侵害這種個人法益的行為與貪腐行為無關，如果真有人罪化的必要，也應該是修改背信罪或其他保護個人法益的構成要件，而不是制定為私部門貪腐犯罪的構成要件。

以上兩點的意義在於立法者制定刑罰規定時，依循保護的法益將限制競爭協議行為、商業交易行賄行為置於與私部門貪腐行為相同的章節之下，但在這些構成要件的建構上，不須以違背因委託所生之義務作為要素。換言之，違反義務僅僅是核心的、真正的貪腐行為在刑法上的定義，以及立法者架構真正貪腐行為之構成要件（例如我國刑法第 121 條第 1 項）的模式。

由法益保護原則出發，實質的犯罪行為必須侵害法益而具有社會侵害性。如果立法要將私部門的貪腐行為納入刑罰的對象，除了必須確定這種行為侵害了法益外，還必須確定私部門貪腐行為所侵害的法益不在現行法的保護清單之中²⁶¹。德國立法者於該國刑法第 26 罪章的立法可以作為我們參考的依據，特別是刑法第 298 條招標中之限制競爭協議行為罪與第 299 條商業交易之受賄與行賄罪。這兩個條文都是企業貪腐的下位概念，保護的法益都是無法還原為個人（財產）法益、同時在現行法中沒有其他的條文保障的集體法益（經濟市場中自由、公平的商業競爭）。然而，自由競爭作為刑法保護的法益並非理所當然，甚至可謂是飽受質疑的。

認為以侵害自由競爭的行為不具應罰性的學者主張，這種行為未對社會內部關係造成顯著的威脅與損害而欠缺結果不法²⁶²；再者，由於市場經濟自由競爭始終處於變化之中，判斷行為對於自由競爭的影響，取決於變異中的經濟生活環境，因此，相對於其他刑法上所保護的法益，自由競爭欠缺固定或至少可以清楚界定的範圍，對於自由競爭的侵害在事實上與規範上的確認，又必須藉由不可預估的經濟生活與經濟政策加以斟酌，以此作為保護的法益，將陷於與明確性原則不符的窘境²⁶³。如果由憲法的角度來看，憲法對於經濟政策上所採

²⁶⁰ *Kindhäuser*, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, ZIS, 2011, S. 461.

²⁶¹ 類似看法：*Kubiciel*, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr – Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB, ZIS 2014, S. 669。

²⁶² *Achenbach*, Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs: Ein Nachweis normativer Fehlregulierung des Marktes, KritV 2009, S. 297.

²⁶³ *Achenbach*, Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs: Ein Nachweis normativer Fehlregulierung des Marktes, KritV 2009, S. 299.

取的是中性的態度，由此無法導出立法者對於具體經濟制度建構或保證的義務，因此有認為由憲法中無法導出保障經濟制度的刑事制裁規範，就這點而言，無法援引憲法作為以刑法保障自由競爭的合法化依據²⁶⁴。但換一個角度來看，市場經濟作為一種經濟制度，將作為其核心概念的自由競爭作為需要保護的法益也沒有違反憲法價值秩序²⁶⁵。而在需罰性的考量上，由於其他手段可能較刑罰更具成效，例如透過公私協力或公司內部反貪機制加以預防，具有較能掌握企業結構的優勢，或者是透過其他民法或行政法的規範來制裁干預自由競爭的行為，若是如此，即有違刑法的最後手段原則。

由行為犯、抽象危險犯等構成要件模式來看¹，欠缺結果不法尚不至在法理上無法取得立足點，同時對於立法工作也不至於造成太多的困擾。只是這樣的立法方式相較於實害犯而言，是一種將可罰性前置化的模式，必須以受威脅的法益具有較高的保護價值為前提。因此，立法者必須將構成要件行為對於自由競爭造成的侵害界定在較高而且可以估算的程度，以符合明確性原則以及最後手段原則的要求。對此，本文的建議是，配合保護自由競爭的規範目的，對於「企業」使用較為緊縮的概念，限定於交易規模較大、對於其交易市場經濟影響程度較高，同時使用在法律上較為明確的名詞，一方面配合臺灣社會中小企業與家族企業較多的國情，另一方面排除對自由競爭較為輕微威脅或侵害的情形，以符合刑法的最後手段原則。例如將商業交易賄賂罪之行為主體規定為「公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人之受託人或受雇人」，於限制競爭協議之構成要件中，亦可將招標者限定為「公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人」。除此之外，在新增此等行為之處罰前，應通盤檢討相關法領域規定及其他配套措施，諸如加強推行諸如法規遵循、公私協力等反貪機制法制化，以及健全刑法以外的預防措施與監督機制。如此，立法者對於具特定規模之參與交易者，因其所造成市場經濟中自由、公平的商業競爭重大威脅的貪腐行為加以刑事制裁，始可謂在應罰性與需罰性的要求下取得立足點。

²⁶⁴ Achenbach, Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs: Ein Nachweis normativer Fehlregulierung des Marktes, KritV 2009, S 298.

²⁶⁵ BVerfGE 4, 7, 18.

第三章 我國已設有刑罰規定之罪名

聯合國反貪腐公約第三章關於「定罪與執法」的規定，自第 15 條至第 43 條共計 29 個條文，其中第 15 條至第 25 條之規定，在刑法上屬「構成要件」之規定。其中第 18 條影響力交易、第 21 條私部門之賄賂兩種犯罪態樣，在我國並未設有處罰規定，先行敘明如下：

我國實務上就貪污治罪條例與法瀆職罪章之犯罪中的「職務上行為」，其認定標準雖然有採所謂的「實質影響說」²⁶⁶，即公務員運用實質上影響公務機關決策之結果即屬之，不過，一方面實質影響說並未普遍為實務所接受，這點由最高法院時而具體特定職權作為認定標準即可得之²⁶⁷；再者，此類貪污犯罪之構成要件皆採身分犯之立法模式，行為主體必須具備公務員身分，而與聯合國反貪腐公約第 18 條以「具有實際影響力」或「被認為具有影響力」作為行為主體認定之標準不符，易言之，非公務員而對於公務機關之決策具有實質或表見影響力者，縱使以此等影響力交換私人不正利益，在我國仍非具有可罰性之行為，因此無法將我國此類規定認為與反貪公約第 18 條影響力交易罪等而視之。

關於私部門之賄賂行為，我國刑法中亦無類似公部門賄賂行為之處罰規定，在實務上只能透過刑法第 335 條普通侵占罪、第 336 條公務公益侵占罪、業務侵占罪、第 339 條詐欺罪、第 342 條背信罪，銀行法第 125 條之 2、第 127 條，以及證券交易法第 171 條、第 172 條、第 173 條等規定加以處罰，惟此處所列之犯罪行為，僅證券交易法第 172 條（就證券交易所及證券投資信託事業之董事、監察人或受僱人之收受賄賂行為之處罰規定）、第 173 條（向證券交易所及證券投資信託事業之董事、監察人或受僱人之行賄賂行為之處罰規定）屬賄賂行為之處罰，況且此二規定之處罰對象涵攝範圍亦於聯合國反貪腐公約第 21 條「以任何身分領導私部門實體或為該實體工作之任何人」相去甚遠。至於上述刑法之構成要件，皆為財產犯罪，規範目的與保護法益（詳見本報告第二章第三節）亦與之不符。

綜上所述，本報告將聯合國反貪腐公約第 18 條、第 21 條之規定，歸類於我國未設有相關規定之範疇中，並於本報告第三編第四章中提出立法建議。至於其他於我國已設有相關刑罰規定之構成要件以及刑事程序上較為重要的規定（至第 33 條迄），以下列圖表將聯合國反貪腐公約與我國刑罰規定對照比較。此外，依該公約之用語及《聯合國反貪腐公約實施立法指南》將刑事定罪區分為「刑事定罪之義務：強制性犯罪」以及「考慮刑事定義之義務：非強制性犯

²⁶⁶ 此一見解源於 99 年台上字第 7078 號判決，近期採取此說的判決如：106 年台上字第 89 號判決、106 年台上字第 206 號判決、105 年台上字第 2039 號判決。其中 105 年台上字第 939 號判決更認為：「利用身分圖利者，其所謂對於該事務有無影響力或有無可憑藉影響之機會，非指行為人對於該事務有無主持或執行之權責，或對於該事務有無監督之權限，苟從客觀上加以觀察，因行為人之身分及其行為，或憑藉其身分之機會有所作為，致使承辦該事務之公務員，於執行其職務時，心理受其拘束而有所影響，行為人並因而圖得自己或他人不法利益，始足當之。」

²⁶⁷ 林鈺雄，貪污瀆職罪之立法展望，檢察新論第 19 期（2016.01），頁 55-57。

罪」，以下的圖表中將一併說明公約條文的此一屬性，將之區分為強制立法義務與非強制立法義務：

聯合國反貪腐公約	我國相關規定	簡評
第 15 條賄賂國家公職人員 各締約國均應採取必要之立法和其他措施，將故意觸犯之下列行為定為刑事犯罪： （a）向公職人員直接或間接行求、期約或交付不正當利益於其本人、其他人員或實體，以使該公職人員於執行公務時作為或不作為； （b）公職人員為其本人、其他人員或實體直接或間接行求或收受不正當利益，以作為該公職人員於執行公務時作為或不作為之條件。	刑法第 121 條、第 122 條 貪污治罪條例第 11 條（第 1 項、第 2 項）	屬強制立法義務。 本條收賄主體、行賄對象為「國家公職人員」，其定義規定於聯合國反貪腐公約（以下未特別說明者，皆指本公約）第 2 條第 a 款。 本條以「以使該公職人員於執行公務時作為或不作為」、「以作為該公職人員於執行公務時作為或不作為之條件」為構成要件，於我國賄賂罪區分「不違背職務」與「違背職務」兩種類型不同。
第 16 條賄賂外國公職人員或國際組織官員 1. 各締約國均應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：向外國公職人員或國際組織官員直接或間接行求、期約或交付其本人、其他人員或實體不正當利益，以使該公職人員或該國際官員於執行公務時作為或不作為，以利	貪污治罪條例第 11 條第 2 項 對於外國、大陸地區、香港或澳門之公務員，就跨區貿易、投資或其他商業活動有關事項，為前二項行為者，依前二項規定處斷。	本條第 1 項為強制立法義務，第 2 項為非強制立法義務。 我國現行法將「大陸地區、香港或澳門之公務員」與外國公務員併列，以彰顯特殊之政治情勢。另外，我國

獲得或保有與進行國際商務活動有關之商業或其他不正當利益。 2. 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：外國公職人員或國際組織官員為其本人、其他人員或實體直接或間接行求或收受不正當利益，以作為其在執行公務時作為或不作為之條件。		規定之「公務員」在解釋上是否能包括「國際組織官員」，恐有疑義。 另此一規定僅就針對「跨區貿易、投資或其他商業活動有關事項」為其內容，與公約本條第 1 項之規定相符，但並未設與本條第 2 項類似之規定。
第 17 條公職人員侵占、竊取或挪用財物 各締約國均應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：公職人員為其本人或其他人員或實體之利益，侵占、竊取或挪用其因職務而受託之任何財物、政府或私有資金、有價證券或其他任何有價物品。	本條所規定之情形，如屬公務員假借職務上之權力、機會或方法，故意為侵害財產法益之犯罪，得依刑法相關規定及刑法第 134 條處斷。 另外，貪污治罪條例第 4 條至第 6 條設有類似但更為具體之刑罰規定。	本條為強制立法義務。
第 18 條影響力交易 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	我國無此規定。	本條為非強制立法義務。 我國雖無影響力交易罪之規定，不過，我國最高法院部分採所謂「實質影響說」之判決（如：99 年度台上字第 7078 號判決）以公務員運用其職位所生之影響力

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。		換取利益之行為，作為認定收賄行為（貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款）的實質基準，頗有雷同處。惟依我國現制與前揭最高法院見解，「影響力販賣者」侷限於公務員，此與反貪公約第 18 條顯不一致，應有研議立法之必要。
第 19 條濫用職權 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：濫用職權或地位，即公職人員在執行職務時違反法律而作為或不作為，以為其本人、其他人員或實體獲得不正當利益。	貪污治罪條例第 4 條至第 6 條、刑法第 131 條，均類似但不盡相同之規定	本條為非強制立法義務。
第 20 條不法致富（資產非法增加或財產來源不明） 在不違背其國家憲法和法律制度基本原則之情況，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：不法致富或資產非法增加，即公職人員之資產顯著增加，而其本人又無法以其合法收入提出合理解釋。	貪污治罪條例第 6 條之 1	本條為非強制立法義務。 此一處罰規定在我國學說上迭有肯、否不同見解，爭議主軸主要在於違反不自證已罪原則與比例原則，又，本條係屬非強制立法規定，因此有論者認為應刪除貪污治罪條例是

		項規定²⁶⁸。即此一規定為非強制立法義務，且背於我國「憲法和法律制度基本原則之情況」，因此縱我國現行法已有處罰規定，仍得刪除或修正之。 惟我國目前除貪污治罪條例外，於洗錢防制法新法（106年6月28日施行）第15條亦設有非公務員就特定與洗錢相關事項的財產來源不明行為處罰規定。
第 21 條私部門之賄賂 各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將在經濟、金融或商業活動過程中故意觸犯之下列行為定為犯罪： （a） 向以任何身分領導私部門實體或為該實體工作之任何人，直接或間接行求、期約或交付其本人或他人不正當利益，以使其違背職務而作為或不作為； （b） 以任何身分領導私部門實體或為該實體工作之	我國無此規定。	本條為非強制立法義務。 類似行為我國刑法現制中，只能依財產犯罪之定處罰，諸如：業務侵占罪、背信罪、詐欺罪。 另外，部分特別法則是針對特定行為主體或特定行賄對象設有處罰規定，諸如：銀行法第 125 條

²⁶⁸ 許恒達，財產來源不明罪與反貪腐公約內國法化之評估，聯合國反貪腐公約專題學術研討會論文集，頁 301。另可於廉政署「聯合國反貪腐公約相關研究論文」網頁下載。下載網址：<http://www.aac.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=476140&ctNode=46206&mp=290>（最後瀏覽日期：2017/05/25）。

任何人，為了其本人或他人直接或間接要求或收受不正當利益，以作為其違背職務而作為或不作為之條件。		之 2（銀行負責人或職員之背信行為）、銀行法第 127 條（銀行負責人及職員收受不當利益）、證券交易法第 171 條（公司之董事、監察人、經理人或受僱人之非常規交易行為及背信或侵占行為、證券交易法第 172 條（證券交易所及證券投資信託事業之董事、監察人或受僱人之收受賄賂行為）、證券交易法第 173 條（向證券交易所及證券投資信託事業之董事、監察人或受僱人之行賄賂行為）。 惟前揭各刑罰規定，不僅構成要件與反貪公約第 21 條不同，規範目的亦相異，應有研議立法之必要。
第 22 條私部門財產之竊取或侵占 各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將在經濟、金融或商業活動過程中故意觸犯之下列行為定為犯	我國刑法財產犯罪以及特別法之規定中，已設有竊盜、侵占以及背信之規定。	本條為非強制立法義務。

罪：以任何身分領導私部門實體或在該實體中工作之人員，竊取或侵占其因職務而受託之任何財產、私有財物、證券或其他任何有價物品。		
第 23 條犯罪所得之洗錢行為 1. 各締約國均應依其國家法律之基本原則，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) (i) 明知財產為犯罪所得，為了隱匿或掩飾該財產之非法來源，或幫助任何參與觸犯前置犯罪者逃避其行為之法律後果，轉換或轉移該財產； (ii) 明知財產為犯罪所得，隱匿或掩飾該財產之真實性質、來源、所在地、處分、轉移、所有權或有關權利； (b) 在符合國家法律制度基本概念之情況： (i) 在取得財產時，明知該財產為犯罪所得，仍獲取、占有或使用之； (ii) 對觸犯本條所定之任何犯罪，有參與、結夥或共謀、未遂，與幫助、教唆、提供協助及建議行為； 2. 為了實施或適用本條第 1 項規定： (a) 各締約國均應尋求將本條第 1 項適用於範圍最為廣泛之前置犯罪；	洗錢防制法（新法） 第 2 條（洗錢定義） 本法所稱洗錢，指下列行為： 一、意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得。 二、掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者。 三、收受、持有或使用他人之特定犯罪所得。 其中特定犯罪定義，以列舉方法規定於同法第 3 條；特定犯罪所得之立法定義，見同法第 4 條。至於罰則規定於第 14 條至第 18 條，其中第 14 條為洗錢行為之基本構成要件、第 15 條為特殊財產來源不明罪、第 16 條為第 14 條、第 15 條的（身分）加重構成要件，第 17 條為洩漏相關資訊罪（第 1 項行為主體為公務員，第 2 項為不具公務員身分之從業人員）。	本條為強制立法義務。 我國於 85 年 10 月 23 日公布洗錢防制法，並於六個月後施行，是時條文共計 15 條，迄今業經 7 次修正，最近一次修正日期為 105 年 12 月 28 日，修正後全文共計 23 條，新法將於今（106）年 6 月 28 日施行。 依據新法第 1 條之規定：「為防制洗錢，打擊犯罪，健全防制洗錢體系，穩定金融秩序，促進金流之透明，強化國際合作，特制定本法。」足見該法並非僅為反貪腐所設。

(b) 各締約國均應至少將本公約所定之各類犯罪定為前置犯罪； (c) 為了本項第(b)款之目的，前置犯罪應包括在相關締約國管轄範圍之內和之外觸犯之犯罪。但如犯罪發生在一締約國管轄權範圍之外者，僅在該行為依其發生地所在國法律為犯罪，及依實施或適用本條之締約國法律，該行為若發生在該國也為犯罪時，始構成前置犯罪； (d) 各締約國均應向聯合國秘書長提供其實施本條之法律，及此類法律隨後所為任何修正之影本或說明； (e) 在締約國法律基本原則要求之情況，得明定本條第 1 項所定之犯罪不適用於觸犯前置犯罪之人。		
第 24 條藏匿犯罪所得財產在不影響本公約第 23 條規定之情況，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：該行為所涉及之人雖未參與觸犯本公約所定之任何犯罪，但在觸犯此等犯罪後，明知財產為本公約所定任何犯罪之結果，藏匿或寄藏此種財產。	洗錢防制法第 2 條中將「意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源而移轉或變更特定犯罪所得」(第 1 款)、「掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者」(第 2 款)，以及「收受、持有或使用他人之特定犯罪所得」(第 3 款)等行為定義為洗錢行為。而依同法第 3 條第 1 款、第 2 款之規定觀之，公約所定之犯罪皆屬第 2 條中之「特定犯罪」。按此，公約第 24 條所指之藏匿犯罪所得財產罪，在我	本條為非強制立法義務。

	國係依洗錢防治法第 14 條處斷。	
第 25 條 妨害司法 各締約國均應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) 在涉及本公約所定犯罪之訴訟程序中使用暴力、威脅或恐嚇，或行求、期約或交付不正當利益，以誘使作偽證或干擾證言或證據提供； (b) 使用暴力、威脅或恐嚇，干擾審判程序或執法人員對本公約所定之犯罪執行公務。本項規定都不得影響締約國就其他類別公職人員之保護進行立法之權利。	本條 a 款部分： 「誘使作偽證或干擾證言或證據提供」之行為，可依具體個案成立刑法第 165 條偽造、變造、湮滅或隱匿證據罪、第 168 條偽證罪、第 169 條第 2 項及第 171 條第 2 項之誣告罪等罪名之教唆犯、共同正犯、間接正犯處斷。另外，法務部所擬修正刑法第 165 條及第 168 條的修正草案中，亦針對依據限制從屬說（教唆犯之處罰必須以正犯行為具刑事不法為前提要件），教唆被告偽造、變造、湮滅或隱匿於自己刑事案件之證據不具可罰性之漏洞，增訂獨立處罰之規定；草案第 172 條之 1 則增設「騷擾證人罪」，以保障證人不受恐嚇、脅迫、騷擾²⁶⁹。 至於所使用之手段如為「暴力、威脅或恐嚇」，對於個人自由法益造成侵害者，則各依具體個案視情形成立刑法第 26 罪章（妨害自由罪）之罪名；對證人使用「行求、期約或交付不正當利益」為手段者，如前所述，應可成立偽證罪之教唆犯，至於對象倘為被告，依現行法不具可罰性，其理由亦見於前述。	本條為強制立法義務。

²⁶⁹ 依據家庭暴力防治法第 2 條第 3 款之立法定義，騷擾係指「任何打擾、警告、嘲弄或辱罵他人之言語、動作或製造使人心生畏怖情境之行為。」

	本條 b 款部分： 首先，對於公職人員個人自由法益造成侵害者，則各依具體個案視情形成立刑法第 26 罪章（妨害自由罪）之罪名。 至於「干擾審判程序或執法人員對本公約所定之犯罪執行公務」部分，則各依具體個案視情形成立刑法第 5 罪章（妨害公務罪）之罪名。刑法第 5 罪章與公約本條 b 款之差異在於，本款規定侷限於「對本公約所定之犯罪執行公務」，相對於此，刑法第 5 罪章之規定即屬普通、概括之規定，規範對象及於所有「公務員依法執行職務」。此外，法務部版本刑法第 172 條之 4 的修正草案中，就不當之言詞、動作，或違反法官、檢察官之命令或指揮、或妨害司法程序之進行者，設立處罰規定。須注意者在於，此處諸構成要件行為之涵攝範圍與公約定之「干擾」較為具體但未盡相同。	
第 26 條法人責任 1. 各締約國均應採取符合其法律原則之必要措施，確定法人參與本公約所定犯罪，應承擔之責任。 2. 在不違反締約國法律原則之情況，法人責任得包括民事、刑事或行政責任。 3. 法人責任不得影響觸犯此種犯罪之自然人刑事責	除民法上法人本即為權利義務主體，因而負有民事上之責任外，法人在我國為行政罰裁處之適格對象，行政罰法業已設有相關規定（第 7 條第 2 項，第 15 條）。惟依我國現制，法人並非刑法上適格之行為主體、被告。	本條為強制立法義務。

任。 4. 各締約國均應特別確保，依本條應承擔責任之法人受到有效、適度及具有警惕性之刑事或非刑事處罰，包括金錢處罰。		
第 27 條 參與和未遂 1. 各締約國均應採取必要之立法和其他措施，依其國家法律將以共犯、幫助犯或教唆犯等任何身分參與本公約所定之犯罪定為犯罪。 2. 各締約國均得採取必要之立法和其他措施，依其國家法律將觸犯本公約所定犯罪之任何未遂行為定為犯罪。 3. 各締約國均得採取必要之立法和其他措施，依其國家法律將為觸犯本公約所定犯罪之預備行為定為犯罪。	我國於刑法總則中，對於本條第 1 項所指之參與行為（共同正犯、教唆犯、幫助犯），皆設有規定（刑法第 28 條至第 30 條），同時對於無身分之人參與身分犯行為之歸責，亦設規定（第 31 條）。 我國於刑法第 25 條至第 27 條對於三種未遂（普通、不能以及中止未遂）設有之處罰的原則性規定；至於預備犯之處罰，則散見於分則與特別刑法的各個條文中，由於是提前處罰，因此，預備犯的處罰，原則上僅限於重大犯罪行為。	本條第一項為強制立法義務，第二、三項為非強制立法義務。
第 28 條作為犯罪要件之明知、故意或目的 本公約所定犯罪須構成之明知、故意或目的等要件，得依客觀之實際情況予以推定。	我國刑法第 12 條揭示刑罰處罰以故意犯為原則，於第 13 條另設有兩項故意之定義。此外，在分則的意圖犯構成要件中，則設有主觀目的作為犯罪成立要件之規定。	本條為強制立法義務。
第 29 條時效 各締約國均應依其國家法律酌情訂定一個長期之時效規定，以在此期限內對本公約所定之任何犯罪啟動訴訟程序，並對被控訴犯罪之人已逃避司法處罰之情形，明定更長之時效或時效中斷規	刑法第 80 條 追訴權，因下列期間內未起訴而消滅： 一、犯最重本刑為死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之罪者，三十年。 二、犯最重本刑為三年以上十年未滿有期徒刑之罪者，	本條為強制立法義務。 就我國刑法第 80 條之規定觀之，追訴權時效係依各罪之法定刑區分為 5 年、10 年、20 年、30 年

定。	二十年。 三、犯最重本刑為一年以上三年未滿有期徒刑之罪者，十年。 四、犯最重本刑為一年未滿有期徒刑、拘役或罰金之罪者，五年。 前項期間自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有繼續之狀態者，自行為終了之日起算。 刑法第 83 條 追訴權之時效，因起訴而停止進行。依法應停止偵查或因犯罪行為人逃匿而通緝者，亦同。 前項時效之停止進行，有下列情形之一者，其停止原因視為消滅： 一、諭知公訴不受理判決確定，或因程序上理由終結自訴確定者。 二、審判程序依法律之規定或因被告逃匿而通緝，不能開始或繼續，而其期間已達第八十條第一項各款所定期間四分之一者。 三、依第一項後段規定停止偵查或通緝，而其期間已達第八十條第一項各款所定期間四分之一者。 前二項之時效，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算。	三種時效期間，並於刑法第 83 條規定，追訴權時效之進行，因起訴、依法應停止偵查（如：刑事訴訟法第 261 條）或因犯罪行為人逃匿而通緝者（參見刑事訴訟法第 84-87 條）三項事由停止。 就刑法第 80 條之規定觀，尚難調屬「對本公約所定之任何犯罪啟動訴訟程序」所設計的「長期之時效規定」。至於第 83 條以「犯罪行為人逃匿而通緝者」作為追訴權時效進行之停止原因，則尚可認為符合「對被控訴犯罪之人已逃避司法處罰之情形」所明定之「時效中斷規定」。
第 30 條 起訴、審判及處罰	本條第 1-7 款與我國現制或原理原則間的關係如下：	本條第 1、2、4、5 款屬強制立

1.各締約國均應使本公約所定之犯罪受到與其嚴重性相當之處罰。 2.各締約國均應依其國家法律制度及憲法原則採取必要之措施，以訂定或維持下列事項之適當平衡：既顧及公職人員執行職務所給予之豁免或司法特權，又顧及在必要時對本公約所定之犯罪進行有效偵查、起訴和審判程序之可能性。 3.在因本公約所定之犯罪起訴任何人而行使其國家法律規定之任何法律裁量權時，各締約國均應努力確保對此等犯罪之執法措施取得最大成效，並適當考量遏止此種犯罪之必要性。 4.就本公約所定之犯罪而言，各締約國均應依其國家法律，並在適當尊重被告權利之情況採取適當措施，力求確保於候審或上訴期間釋放裁定所定之條件，已考量確保被告在其後刑事訴訟程序中出庭之需要。 5.各締約國均應在考慮已被判決確定觸犯犯罪之人提早釋放或假釋可能性時，顧及此種犯罪之嚴重性。 6.各締約國均應在符合其國家法律制度基本原則之範圍內，考慮訂定程序，使相關部門得以對被控訴觸犯本公約所定犯罪之公職人員，酌情予以撤職、停職或調職，但應考量無罪推定原則。	1.內容大約等同與刑法上罪刑相當原則，此一原則源自比例原則，在我國之法源依據係憲法第 23 條。 2.我國公務員因執行職務所享有之相關特權如下： I. 憲法第 52 條所定總統之免訴特權（釋字 627 號解釋）。 II. 憲法第 73 條所定立法委員之言論免責權（釋字第 435 號解釋）、憲法增修條文第 4 條第 8 項前段之不受逮捕權。以及地方民意代表本於憲法上制度性保障原則，享有與立法委員相同之言論免責權（釋字 165 號解釋） 3.為司法上之指導原則以及刑罰目的理論之應用。 4.見於我國刑事訴訟法關於羈押、具保、責付、限制住居以及限制出境（入出國移民法第 6 條第 1 項第 3 款）之規定。另外，「臺灣高等法院審結刑事重大、社會矚目案件即時通知臺灣高等法院檢察署啟動防逃機制作業要點」，亦有達到此款要求之效。 5.見於我國刑法第 77 條及監獄行刑法第 81 條關於假釋之規定。 6.見於我國公務人員任用法第 28 條第 1 項第 4 款規定：「曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝	法義務，第 3、6、7 款屬非強制立法義務，第 8-10 款則可視為立法、司法與執行時應注意之事項。
--	--	---

7.各締約國均應在符合其國家法律制度基本原則之範圍內，依犯罪之嚴重性，考慮訂定程序，透過法院命令或任何其他適當手段，使被判決確定觸犯本公約所定犯罪之人在其國家法律確定之一段期間內，喪失擔任下列職務之資格： (a) 公職；及 (b) 全部國有或部分國有事業內之職位。 8.本條第 1 項應不妨礙主管機關對公務員行使處分之權力。 9.本公約之任何規定都不得影響下列原則：對本公約所定之犯罪及適用之法定抗辯事由，或決定行為合法性之其他法律原則，僅應由締約國法律加以闡明，及對此種犯罪，應依締約國法律予以起訴和處罰。 10.締約國應努力促使被判決確定觸犯本公約所定犯罪之人復歸社會。	有案尚未結案者」、同條項第 7 款「褫奪公權尚未復權」，不得任用為公務人員。不過前揭規定「通緝有案尚未結案者」亦在不得任用為公務員之列，似有違反無罪推定原則之疑慮。 7.除前述 6 中公務人員任用法第 28 條第 1 項第 4 款、第 7 款，經濟部所屬事業機構人員進用辦法第 9 條第 1 項第 4 款（「曾服公務有貪污行為或業務侵占行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案」，不得派（僱）用）外，別無其他相關規定，我國對反貪公約本款之立法要求頗有不足。 8.「主管機關對公務員行使處分之權力」係屬行政處分與行政罰之問題，依我國通說見解，本即不因同一事件受有刑罰而有所影響。 9.為立法、司法上的指導原則。 10.我國設有「更生保護法」，依該法第 1 條，其立法目的係「為保護出獄人及依本法應受保護之人，使其自立更生，適於社會生活；預防其再犯，以維社會安寧，特制定本法」（同法第 1 條），與本款之目的相同。惟本法係針對所有受刑人，而非專對犯反貪公約所列之罪名者，再者，受判決確定之人，與「出獄人」外延不同，前者可能大於後	
---	--	--

	者，因此規範範圍有異。	
第 31 條 凍結、扣押和沒收 1.各締約國均應在其國家法律制度之範圍內，盡最大可能採取必要之措施，以利能沒收： （a）來自本公約所定犯罪之所得，或價值與此種犯罪所得相當之財產； （b）利用於或擬利用於本公約所定犯罪之財產、設備或其他工具。 2.各締約國均應採取必要之措施，以辨認、追查、凍結或扣押本條第 1 項所定之任何物品，及最終予以沒收。 3.各締約國均應依其國家法律採取必要之立法和其他措施，以規範主管機關對本條第 1 項和第 2 項所定凍結、扣押或沒收財產之管理。 4.如此類犯罪所得已部分或全部轉變或轉換為其他財產者，應以此類財產代替原犯罪所得，對之適用本條所定之措施。 5.如此類犯罪所得已與從合法來源獲得財產相混合者，應在不影響凍結權或扣押權之情況沒收此類財產。沒收價值最高得達到混合於其中犯罪所得之估計價值。 6.對來自此類犯罪之所得、犯罪所得轉變或轉換而成之財產，或來自已與此類犯罪	本條所謂之凍結、扣押及沒收，乃是為了避免接受刑事制裁卻還能獲利的結果成為犯罪的誘因，針對財產，特別是犯罪所得，所設計的法律制度。沒收係在一定條件下永久性地剝奪財產，而凍結與扣押，則是指「暫時禁止財產轉移、轉換、處分或者移動或者對財產實行暫時性 扣留或者控制」²⁷⁰，同時，也是在確保沒收得以執行的保全程序。 關於沒收之部分，我國業已於 2016 年 7 月 1 日開始施行沒收新制，新制中的沒收屬刑罰與保安處分以外的第三種刑法法律效果，同時採總額原則並擴大沒收範圍，有利於在經濟犯罪的範疇中（包括貪腐犯罪）發揮預防的功能，同時也與反貪公約本條之規範目的與立法要求較為相符。另外為配合沒收新制，更新增刑事訴訟法第七編之二沒收特別程序之定。 至於扣押，原本即屬我國刑事訴訟法上強制處分（對於財產權的干預）之一，規定於刑事訴訟法第 133 條以下。 凍結在我國法制上則屬較為陌生之字眼，例如洗錢防制法第 13 條第 1 項「對該筆	第 1、2、3、7 款為強制立法義務，不過就文義觀定，第 1 款之要求強度似乎較低。第 8 款關於舉證責任轉換之規定，似可理解為非強制立法義務。至於其他規定，則屬立法、司法及執行上的原則性指導

²⁷⁰ 參見聯合國反貪腐公約實施立法指南，編碼 404。

所得相混合財產之收入或其他利益，亦應適用本條所定之措施。其方式和程度與處置犯罪所得相同。 7.為了本條和本公約第 55 條規定之目的，各締約國均應使其法院或其他主管機關有權要求提供或扣押銀行、財務或商業紀錄。締約國不得以銀行保密為理由，拒絕依本項規定採取行動。 8.締約國得考慮要求由罪犯證明此類犯罪所得或其他應予以沒收財產之合法來源，但此種要求應符合其國家法律之基本原則與司法程序及其他程序之性質。 9.本條規定不得解釋為損害善意第三人之權利。 10.本條任何規定都不得影響本條所定各項措施均應依締約國法律規定加以認定和實施之原則。	交易之財產為禁止提款、轉帳、付款、交付、轉讓或其他必要處分之命令」，應可理解為凍結之規定。 依本報告之理解，在以沒收為目的之下的扣押與凍結，其規範目的皆在於保全未來沒收客體，在訴訟法上皆為干預基本權的強制處分，法律性質並無不同。惟刑事訴訟法第 133 條第 1 項的規定係：「可為證據或得沒收之『物』，得扣押之」，語意上能否包括諸如禁止帳戶內金錢之流通，頗不明確，因此建議修正該條項之規定，使得此等干預基本權的保全程序能得到明確的立法授權。另外，本條第 7 款僅見於我國銀行法第 48 條第 2 項第 3 款之規定，但較為精確的執执行程序，則僅見於不具法律位階的金管銀（一）字第 09510002020 號函。至於洗錢防制法第 8 條第 2 項僅規定交易紀錄必須保存，雖然保存的意義即在於日後提供查證之用，惟關於「法院或其他主管機關有權要求『提供』或扣押銀行、財務或商業紀錄」，並未設有明確之規定，似有修正之必要。	
第 32 條 保護證人、鑑定人和被害人 1.各締約國均應依其國家法律制度並在其能力所及範圍內採取適當之措施，為本公約所定犯罪作證之證人及鑑	見於我國證人保護法。	

定人，並酌情為其親屬及其他與其關係密切者，提供有效之保護，使其免於遭到可能之報復或恐嚇。 2.在不影響被告享有正當程序等權利之情況，本條第 1 項所定之措施得包括下列事項： （a）制定為證人和鑑定人提供人身保護之程序，如在必要和可行之情況，將其轉移至其他地點，並在適當之情況允許不揭露或限制揭露有關其身分和所在地之資料； （b）訂定允許以確保證人和鑑定人安全之方式作證之取證規則，如允許藉助視聽（視訊）等通信技術或其他適當手段提供證言。 3.締約國應考慮與其他國家訂定有關本條第 1 項所定人員移管之協定或安排。 4.本條各項規定尚應適用於同時具證人身分之被害人。 5.各締約國均應在不違背其國家法律之情況，並對罪犯提起刑事訴訟之適當階段，以不損害被告權利之方式，使被害人之意見及關切得到表達與考慮。		
第 33 條 保護檢舉人 各締約國均應考慮在其國家法律制度中納入適當措施，以利對出於善意及具合理之事證向主管機關檢舉涉及本公約所定犯罪事實之任何人，提供保護，使其不致受	見於我國揭弊者保護法草案。	

到任何不公正待遇。		
-----------	--	--

第四章 應考慮增訂之罪名

第一節 影響力交易罪

一、 法制小史

影響力交易行為的處罰，在文獻上最早可回溯至羅馬帝國第二十六任皇帝 *Alexander Severush* 的時代，這位皇帝的友人因為販售事實上不存在但被認為其加以運作的影響力而被判處死刑²⁷¹。這便是文獻上所指出的第一個處罰案例。

由法制史來看，1889 年 7 月 4 日，法國在一連串買賣政治上實質影響力的醜聞推波助瀾之下，在當時刑法第 177 條（*Art. 177 Ancien Code Pénal*）原規範公務員收賄罪中，增列了公務員收受利益而濫用影響力的處罰規定²⁷²，雖然僅處罰具公務員身分的影響力販買者，但仍可謂是影響力交易行為在刑事立法上的濫觴。現在我們所看到的聯合國反貪腐公約第 18 條，係由法國提案起草，當時因為草案規定過於不明確，而且可能將合法的政治活動亦包括在內，因此極具爭議。在後來擬訂該公約的過程中，也提出來為數不少的不同意見，但最後僅止於修辭上的更動，而沒有對構成要件內容造成影響。也因為對該構成要件仍有諸多爭議與適用上的疑慮，因此該條文僅要求「各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施」²⁷³，而德國迄今未設有影響力交易的處罰規定，在學說上則是將影響力交易行為（*Trafic d'influence/Trading in influence*）稱之為濫用影響力交易行為（*der missbräuchliche Handel mit Einfluss*）。

由上述的說明中我們可以發現，將源自於法國的影響力交易罪內國法化，將無可避免的必須面對水土不服的問題。特別是我國刑法多半繼受德、日，因此在我國的刑法釋義學討論上，特別重視法益的概念，甚至可以說以法益的保護作為刑法合憲性檢驗最重要的一環，而法國刑法則沒有關於法益的討論²⁷⁴。

二、 立法例與公約

聯合國反貪腐公約第 18 條仍是以法國刑法上的規定為基調，因此在解釋前揭公約第 18 條以及作為我國立法借鏡上，仍具有重要意義。以下先將反貪公約第 18 條及法國刑法典上相關規定之原文與譯文列出：

²⁷¹ *Abanto Vázquez*, Über die Strafbarkeit des Handels mit Einfluss, in: FS-Tiedemann, S. 913. 對此亦有文獻指出，當時並不具備抽象的構成要件規定，而僅是在曾有過這種具體的個案而已，見 *Zeiser*, Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, S. 56 ff.

²⁷² *Zeiser*, Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, S. 59 f.

²⁷³ *Zeiser*, Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, S. 44.

²⁷⁴ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S. 322.

（一） 聯合國反貪腐公約第 18 條

反貪公約第 18 條所描述的影響力交易行為，用白話的方式來說，就是影響力購買者（Einflusskäufer）基於對公務機關施以影響力而獲取不正利益之目的，而給予與該管公務員具有良好關係的影響力販賣者（Einflusshändler，或稱為「居間影響者（Mittelsperson）」）不正利益，影響力販賣者為此對公務員施以影響力，以求得對於影響力購買者有利之公務機關決定。其原文如下：

Article 18. Trading in influence	第 18 條 影響力交易
Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally: (a) The promise, offering or giving to a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person; (b) The solicitation or acceptance by a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage for himself or herself or for another person in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage.	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。

（二） 法國刑法典上相關規定

該國影響力交易罪之規定迄今經過 1945 年、2000 年、2007 年以及 2011

年四次修正²⁷⁵，現行法之規定如下²⁷⁶：

法文	中文
第 432-11 條 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: 1. Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; 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.	為下述目的，由任何具有公權力、負責公共服務任務或因選舉而取得公職之人，在任何時候以直接或間接性的方式，非法地要求或接受要約、允諾、捐贈、饋贈或對其自己或他人而言有利的任何利益者，處 10 年以下有期徒刑及併科 1,000,000 歐元罰金，併科之數額，得就犯罪所得之價值，加倍為之： 1. 為完成或已經完成、為不予完成或未能完成的某一種職務、任務或授權行為、或該行為因其職務、任務或授權而易於完成； 2. 為濫用或已經濫用其實際或被認定擁有的影響力，以使之獲得當局或公行政機關之表彰、職位、契約或其他有利之決定。
第 433-1 條 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 une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de	為下述目的，由任何人在任何時候，以直接或間接性的方式，向具有公權力、負責公共服務任務或因選舉而取得公職之人非法地提出要約、允諾、捐贈、饋贈或對其自己或他人而言有利的任何利益時，處 10 年以下有期徒刑及併科 1,000,000 歐元罰金，併科之

²⁷⁵ 修正內容的介紹，見：**Zeiser**, Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, S. 61 f.

²⁷⁶ 這個中法對照的翻譯由具留法背景且已取得法國律師資格的崔雲飛律師提供。

service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui : 1. Soit pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; 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. Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite 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, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte mentionné au 1. ou pour abuser ou avoir abusé de son influence dans les conditions mentionnées au 2.	數額，得就犯罪所得之價值，加倍為之： 1. 為使其完成或不完成、或因為其已經完成或未能完成某一種職務、任務或授權行為、或該行為因其職務、任務或授權而易於完成； 2. 或為其濫用或因其已經濫用其實際或被認定擁有的影響力，以使之獲得當局或公行政機關之表彰、職位、契約或其他有利之決定。 任何人為完成或已經完成、為不予完成或未能完成第 1 款所述之行為、或在第 2 款所述的條件下為濫用或已經濫用其影響力，而屈從於具有公權力、負責公共服務任務或因選舉而取得公職之人在任何時間以直接或間接性的方式，非法地要求要約、允諾、捐贈、饋贈或對其自己或他人而言有利的任何利益時，亦課以相同處罰。
第 433-2 條 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	任何人為濫用或已經濫用其實際或被認定擁有的影響力，以使之獲得當局或公行政機關之表彰、職位、契約或其他有利之決定，而在任何時候以直接或間接性的方式，非法地要求

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 decision favorable. 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 marches ou toute autre decision favorable.	或接受要約、允諾、捐贈、饋贈或對其自己或他人而言有利的任何利益者，處 5 年以下有期徒刑及併科 500,000 歐元罰金，併科之數額，得就犯罪所得之價值，加倍為之。 任何人為其濫用或因其已經濫用其實際或被認定擁有的影響力，以使之獲得當局或公行政機關之表彰、職位、契約或其他有利之決定，而屈從於第一項之要求、或於任何時候以直接或間接性的方式，為其自己或他人之利益，而向任何人非法地提出要約、允諾、捐贈、饋贈或任何利益者，亦課以相同處罰。
--	---

三、 法律性質與分析

(一) 保護法益

如前所述，在聯合國反貪腐公約第 18 條影響力交易罪的發源地法國的刑法學討論中，並沒有法益的概念。但在我國，法益概念可謂是刑事立法中建構新構成要件的起手式。為了建構符合我國刑法學上所重視的法益保護原則以及基於此一原則所形塑而成的刑事立法模式，必須先對這個在沒有法益概念下被創造出來的構成要件，探討該罪名保護的法益究竟為何。

首先可以確定的是，影響力交易罪在法國新刑法典（nouveau code pénal = NCP）中，皆是規定在類似我國國家法益的章節中：第 432-11 條規定於執行公務者妨礙公共行政罪章中的違反公正義務一節中；第 433-1 條、第 433-2 條則在私人妨礙公共行政罪章中的積極貪腐與私人影響力交易行為一節中。由這些章節名稱與條文內容來看，行為人（不論是在積極或消極的影響力交易行為中）所侵害的，都和我國刑法第 121 條、德國刑法第 331 條賄賂罪的基本構成要件相同²⁷⁷，而由反貪公約第 1 條所列三款宗旨來看，應該也可以得到相同結

²⁷⁷ 參見 Zeiser, Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, S. 172 f.。該文認為此處的法益為公共行政運作能力的保障。

論。

影響力交易行為與公領域貪腐行為所侵害的法益相同，皆為集體法益且具有複合保護目的。所謂複合保護目的，應可解作只需其中一個法益受到侵害，即足以成立該犯罪。德國有學者主張應考慮將影響力交易行為納入私部門貪腐行為中，若如此，直接以自由、純淨的競爭這樣的經濟活動制度為其保護的法益。惟以上兩種公、私領域貪腐行為保護法益，在概念上並非互斥，應可認為前者包括後者。

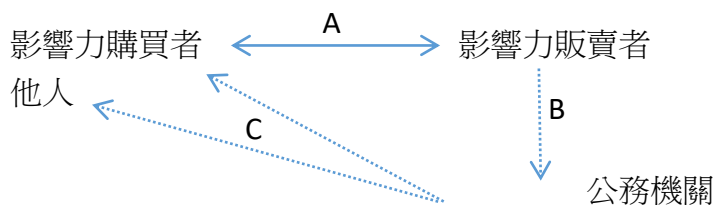
（二）與貪腐行為之關係

文獻上有認為，購買與販售影響力行為所組成，這樣的基本構造被認為是真正貪腐行為構成要件的預備行為（im Vorfeld der eigentlichen Korruptionsstrafatbestände ansetzen），或是間接貪腐（indirekte Korruption）、次級貪腐

（Korruption zweiten Grades）²⁷⁸。由保護法益來看，這樣的說法應可接受，惟此一說法將對於確定影響力交易罪之法定刑或其他法律效果時具有規範上的重要意義。簡言之，基於罪刑相當原則的要求，僅僅處於預備階段的販售或購買對公務機關影響力之行為，其處罰應較真正的貪腐行為來得輕。作為賄賂罪的截堵構成要件，影響力交易罪的法定刑較輕也較為合理，而於販賣影響力者為公務員之情形，其加重後之法定刑亦不宜重於受賄罪。

（三）影響力交易行為的構造

學說上稱其結構為三方結構（Drei-Personen-Konstellation）或三面關係（Dreiseitige Beziehung）²⁷⁹，其圖示及說明如下：



- A. 「影響力販賣者」（Einflusshändler，或稱「居間影響者」（Mittelsperson)）」與「影響力購買者」（Einflusskäufer）間就對公務機關施以影響力進行交易（要求或提供、期約、收受或給付不正利益）。
- B. 影響力販賣者對於公務機關之決策施以影響。
- C. 公務機關對於影響力購買者或他人做成（通常是）有利的決策。
（虛線表示在客觀構成要件要素的檢驗中不需考慮，但在主觀面則必須存在）

²⁷⁸ Zeiser, Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, S. 29.

²⁷⁹ Zeiser, Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, S.30.

其構成要件之架構如下：

1. 構成要件行為：由聯合國反貪腐公約第 18 條之規定觀之，本罪應屬行為犯（抽象危險犯），即既遂犯之成立，僅以 A 部分行為完成為必要。而不論其預期之影響力是否果真實施，或預期之影響力實施是否導致行為人所圖之結果。
2. 行為主體：影響力購買者並無身分資格上之限制，為一般犯，影響力販賣者則應具一定資格（具有或被認為具有實質影響力），應屬純正身分犯²⁸⁰。至於影響力販賣者若具公務員身分且其（預期的）影響力之運作非屬行使職務範圍者，若設有加重處罰規定，則該規定應屬不純正身分犯。
3. 行為客體：條文中的不正利益必須分為兩個類型來理解，一是影響力販賣者與影響力購買者間要求或提供、期約、提共或收受的对象，一是透過對行政部門或政府機關的影響力所（可能）獲得的利益。按聯合國反貪腐公約第 18 條的用語觀之，前者為後續可能造成影響力濫用的原因，同時也是影響力交易的價金，因此為行為客體。而濫用影響力則是後者之條件，也就是說，依照影響力販賣者與購買者的想像，第二種不正利益乃是透過影響力對於公務機關的干擾後所產生，與影響力交易行為本身無涉，且亦非本罪成立之必要條件，因此不是行為客體，是否為行為人主觀上追求之目的（意圖要素的对象），則有待進一步釐清。

至於交易的另一個对象，也就是對於公務機關的實質影響力，則不以實際存在為必要，按聯合國反貪腐公約第 18 條以及歐盟反貪腐刑事公約（1999,01）第 12 條之用詞，僅以被認為具有影響力即為以足。此處「被認為具有影響力」的標準，應考量採取客觀標準或影響力購買者的主觀標準，則有待進一步商榷。

4. 構成要件故意：依據故意理論，行為人認識的对象應包括所有客觀構成犯罪事實（參見我國刑法第 13 條）。就影響力交易行為的構成要件故意而言，可分由販賣與購買影響力兩個面向來說明：

第一、影響力販賣者必須認識到影響力購買者基於透過販賣者運作影響力而由公務機關不當決策獲得私利的意圖，而行求（或接受要求）、期約、交付不正利益於自己。至於對於自己的資格，亦即販賣者是否實際上真的具有此等影響力，依據法國刑法之規定觀之，販賣者僅須認識到購買者基於客觀事實，而認為自己具有影響力即為已足。對此，本報告基於法益保護原則之考量，暫持保留態度。若行為人以詐術之方式，使人誤以為其具有對公務機關之影響力，並進而提供不正利益作為運作影響力之對價，應檢驗是否成立詐欺罪。蓋此等情形，對於公部門貪腐行為刑罰規定所保護的法益既無實害，亦無危險，惟若因交付不正利益而生整體財產之減損，即應成立詐欺取財或得利罪之既遂犯；若否，則應視行為人是否已達著手階

²⁸⁰ 不過，如果由義務犯的概念來理解，則有必要進一步確定影響力販賣者所違背之（先於刑法規範的）義務為何。

段而決定是否成立未遂。

第二、影響力購買者必須認識到販賣者對於公務機關之決策具有影響力，而其購買行為將促使其運作影響力而可能獲得公務機關有利於己的決策。

5. 意圖犯：公務員對於正當之影響力運作，本來就應受其影響（例如合法的遊說行為）。因此影響力交易之雙方，主觀上必須出於濫用不正當之影響力影響公務機關決策之目的為必要，至於聯合國反貪腐公約第 18 條所規定之不正利益（*undue advantage*），亦是意圖之對象。則行為人主觀上必須出於濫用影響力而獲取不正利益之意圖，方能構成本罪。
6. 行為犯（抽象危險犯）：就影響力交易罪之基本構成要件來看，行為人僅以完成販賣或購買影響力之行為為已足，而不需對法益造成實害。
7. 加重構成要件：

本報告認為，下列情形應設立加重處罰之變體構成要件：

第一、行為人如以強暴、脅迫或恐嚇取代購買之方式，而使他人對於公務機關運用影響力，造成的危險或與購買影響力相當，惟其行為不法顯較購買影響力之行為為重，因此應加重處罰之。

第二、由於單純的影響力交易行為可能引發下一個階段的行為，即販賣者基於交易而實行濫用其影響力之行為，為一由販賣行為而引起的另一獨立行為。而此等運作影響力之行為將可能直接對於公務機關決策之形成發生影響，因此對於法益的危險，顯較單純的販售行為高。因此其不法內涵較單純的販賣影響力行為更高，在法定刑上宜加重處罰，始足彰顯兩者間在法律評價上的程度差異。

第三、販賣並濫用影響力者若本身即為公務員，由於對於國家體制之維護原本即因其職務負有特別義務，因此，若因影響力交易行為而運作其對公務機關之影響力，即應負較重之刑事責任。

四、 增訂條文的建議

基於上述說明，茲提出立法建議如下：

第 134 條之 1 影響力交易罪

意圖為自己或他人由公務機關之違法²⁸¹決定獲取不正利益，向對於公務員或公務機關具有實際或表見影響力之人行求、期約或交付賄賂（或不正利益）²⁸²，使其實行濫用影響力之行為者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金²⁸³。以強暴、脅迫或恐嚇之方式，使對於公務員或公務機關具有實際或表見影響力之人實行濫用影響力之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。

²⁸¹ 應考慮是否因後述之「利益」已屬不正而有重覆之虞。

²⁸² 此處所涉及的問題在於實務上對此二概念之區分，見 97 台上 4793 決、21 上 369 例。

²⁸³ 刑度比照貪污治罪條例第 11 條（但宜減輕之）。

對於公務員或公務機關具有實際或表見影響力之人，意圖為本人或他人由公務機關之違法²⁸⁴決定獲取不正利益，向本人要求、期約或收受賄賂（或不正利益），處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。因而實行濫用影響力之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。實行濫用影響力之行為為公務員者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣六千萬元以下罰金²⁸⁵。

前二項之行為人，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²⁸⁶。

第二節 （招標中）限制競爭協議罪的需罰性

反貪公約中並未要求增訂本罪名，不過由於保障的法益與商業交易賄賂所保障者相同，皆為自由競爭。此外，此等犯罪行為在我國經常發生，故立法者應予以審酌，考慮引進於我國刑法中。

一、 （招標中）限制競爭協議罪的需罰性

招標的交易模式，旨在確保採購上的合理支出（*Wirtschaftlichkeit der Beschaffung*）²⁸⁷。於招標中限制競爭協議的行為，不論在公、私領域中所涉及的大多為較高額的交易，透過妨礙自由競爭，所造成的招標者與參與投標者在經濟上的損失與國民經濟上的（*volkswirtschaftlich*）損失也較為巨大（即行為造成的損害重大）。另一方面，招標中限制競爭的協議行為通常伴隨欺騙（類似詐欺行為）以及私相授受的賄賂行為（即行為具負面評價）²⁸⁸。再者，妨礙自由競爭的圍標、綁標行為易於引起惡性循環，一旦市場上出現這樣的交易模式，如果不能有效地遏止，就會一再地重覆發生²⁸⁹（即具有特別的社會侵害性以及預防的需求）。

二、 增訂條文的建議

第 255 條之 1 （招標中）限制競爭協議罪

²⁸⁴ 應考慮是否因後述之「利益」已屬不正而有重覆之虞。

²⁸⁵ 刑度比照貪污治罪條例第 5 條（但宜減輕之，如：處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金）。

²⁸⁶ 比照法第 122 條第 3 項但書。

²⁸⁷ *Dannecker*, NK-StGB, 4. Aufl., vor §§ 298 ff. Rn. 13.→(Fn. 46)Immenga/Mestmäcker/*Dreher*, GWB, vor §§ 97 ff. Rn. 2.

²⁸⁸ *Tiedemann*, in: LK-StGB, 12 Aufl., vor § 298 Rn. 1; *Dannecker*, NK-StGB, 4. Aufl., vor §§ 298 ff. Rn. 15.

²⁸⁹ 參見 *Tiedemann*, in: LK-StGB, 12 Aufl., vor § 298 Rn. 1; *Dannecker*, NK-StGB, 4. Aufl., vor §§ 298 ff. Rn. 15.

意圖使辦理招標之企業或私法人接受特定報價內容，而於商品或勞務採購之招標²⁹⁰中提供違法協議之報價內容或使他人不為投標或不為價格之競爭者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金²⁹¹。

企業或私法人之代表人或受雇人，或受其委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為自己或他人之不正利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查²⁹²，或洩漏或交付關於採購應秘密之文書、圖畫、消息、物品或其他資訊²⁹³，或對投標者之資格為違反法令之限制或審查²⁹⁴，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金²⁹⁵。

第三節 商業交易賄賂罪

關於私部門貪腐行為之立法建議包括二罪名：商業交易賄賂罪以及（招標中）限制競爭協議罪，先一併於此就基本概念加以整理。

此二規定所保護的法益皆為市場經濟（Marktwirtschaft）中自由、純淨的商業競爭²⁹⁶。對於自由競爭這種經濟制度的保障，對於市場經濟的重要性與日俱增，且在學說上被視為是推動最高經濟效率的力量。自由競爭具有經濟政策與社會政策的功能，除了由市場經濟上來看，保障自由競爭具有經濟政策上的功能（透過供需法則達到最有效率的交易模式）外，自由競爭的社會政策功能，則以確保經濟上與社會上權力分配的穩定為任務²⁹⁷。按此，自由競爭作為法益，其性質上屬集體法益，其內容包括參與市場活動者的均等機會與經濟發展的有利情勢。

自由競爭為市場經濟中至為重要的法益，侵害或威脅自由競爭的行為雖然侵害了法益而具有應罰性，但並非所有此等行為都具備需罰性而必須施以刑事制裁²⁹⁸，否則將有違反於源自於比例原則的刑法最後手段原則之虞²⁹⁹。再者，

²⁹⁰ 定義參見政府採購法第 18 條。

²⁹¹ 比照政府採購法第 87 條第 4 項之刑度。

²⁹² 比照政府採購法第 88 條第 1 項前段之構成要件，但刪除「因而獲得利益者」。

²⁹³ 比照政府採購法第 89 條第 1 項之構成要件，但刪除「因而獲得利益者」。

²⁹⁴ 比照政府採購法第 88 條第 1 項後段之構成要件，但刪除「因而獲得利益者」。

²⁹⁵ 比照政府採購法第 89 條第 1 項之刑度。

²⁹⁶ *Dölling*, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), S. 348; *Pasewaldt*, Zehn Jahre Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäß § 298 StGB, ZIS 2008, S. 84; BT-Drucks. 13/6424, S. 4; 13/5584, S. 13; *Bosch*, SSW-StGB, 3 Aufl., § 298 Rn. 1; *Rogall*, SK-StGB, 7. Aufl., § 298 Rn. 4; *Dannecker*, NK-StGB, 4. Aufl., vor §§ 298 ff. Rn. 17, § 298 Rn. 12.

²⁹⁷ *Dannecker*, NK-StGB, 4. Aufl., vor §§ 298 ff. Rn. 11.

²⁹⁸ *Dannecker*, NK-StGB, 4. Aufl., vor §§ 298 ff. Rn. 12.

²⁹⁹ 具有應罰性的行為還必須通過比例原則的檢驗，以確定處罰這樣的行為符合刑法最後手段原則，藉此來證成該行為模式具有需罰性。參見：許玉秀，釋字第 594 號解釋部分協同意見書，貳、；*Schüneman* 著，王玉全、鍾豪峰、張姿倩譯，刑事不法之體系：以法益概念與被害者學作為總則體系與分則體系間的橋樑，刑事法之基礎與界限：洪福增教授紀念專輯（2003,04），頁 137-139

若以較為寬鬆的構成要件相繩，亦不免衍生不符明確性原則要求的疑慮。因此在立法上，應僅考慮將造成自由競爭重大負面影響的行為列入刑罰的對象，而且在構成要件的設計上，亦應嚴謹以對，換言之，以刑罰制裁此等行為，侷限於具高度社會侵害性之行為。以下先就商業交易賄賂罪的需罰性加以證成，復循此框架佐以貪腐行為之內涵試擬其構成要件。

再聚焦於商業交易賄賂罪上。本罪所保護的法益與（招標中）限制競爭協議罪略有出入，本罪所保障的法益非僅於以自由競爭為限，尚包括為商業競爭的純淨、對商業競爭者以及對消費者（對抗競爭自由的濫用與不當發展）的保護，而此外，本罪重視義務違反的行為特性，因此論者有稱此為經濟倫理的行為準則之保障³⁰⁰。德國於 2015 修法後增設之業主模式構成要件，即以忠誠履行對業主之義務為保護法益。對此等立法模式之批評，已見於本報告。對此等立法模式之批評，已見於本報告第二章第三節三、。本報告同時認為違反義務作為貪腐行為的要素，惟此兩者間並無扞格。本報告認為，商業交易貪腐行為，係指透過違反對業主（私人）之義務而濫用其所委託之權力來換取不正利益，而此等行為對於自由、公平的商業競爭造成危險。易言之，違反義務是對構成要件行為的描述，妨礙自由、公平的商業競爭是法益，兩者涇渭分明。

一、立法例與公約

（一）聯合國反貪腐公約第 21 條

該條以私部門之賄賂罪為名，要求各締約國「應考慮」將此等行為入罪化，而非「均應採取必要之立法和其他措施」，於聯合國反貪腐公約實施立法指南（Legislative Guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption）2012 年第二修訂本³⁰¹中，歸類為「考慮刑事定罪的義務：非必須設立的罪名（Obligations to consider criminalization: non-mandatory offences）」，在要求的強度上較被歸類為「刑事定罪的義務：必須設立的罪名（Obligations to criminalize: mandatory offences）」一例如該公約第 15 條之賄賂國家公務人員一為低，為任擇要求（Optional requirements），各國僅有考慮立法將之入罪化的義務，而非賦予必須採取立法措施或其他措施義務的強制要求（Mandatory requirements）。準此以言，我國對於私部門之賄賂罪是否及如何立法處罰，均得自行衡量後決定。

英文	中文
Article 21. Bribery in the private sector	第 21 條 私部門之賄賂

³⁰⁰ Dannecker, NK-StGB, 4. Aulf., vor §§ 298 ff. Rn. 18.

³⁰¹ 相關的名詞翻譯以聯合國簡體中文版為準，下載網址：

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_C.pdf（最後瀏覽日期：2017/05/01）。

Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally in the course of economic, financial or commercial activities: (a) The promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting; (b) The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting.	各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將在經濟、金融或商業活動過程中故意觸犯之下列行為定為犯罪： （a）向以任何身分領導私部門實體或為該實體工作之任何人，直接或間接行求、期約或交付其本人或他人不正當利益，以使其違背職務而作為或不作為； （b）以任何身分領導私部門實體或為該實體工作之任何人，為了其本人或他人直接或間接要求或收受不正當利益，以作為其違背職務而作為或不作為之條件。
---	---

反貪公約第 21 條分為兩項，a 項為行賄行為（行求、期約或交付），b 項則為受賄行為（要求或收受）之刑事處罰規定，倘於經濟、金融或商業活動過程中故意為此兩項之行為者，即屬本條之賄賂行為。惟第 21 條之構成要件，頗有明確性不足之疑慮，例如「在經濟、金融或商業活動過程中」，其範圍甚難掌握，且由條文中無法確定保護法益為何，若交付位居領導地位不正利益，用以換取職位升遷，能否構成本罪，即有疑問。

（二） 德國新舊條文比較

就德國刑法的立法經驗上來看，商業交易賄賂罪在以企業法令遵循（Compliance in Unternehmen）為框架的法律規範具有重大意義，透過德國刑法第 299 條，宣示了私部門的貪腐行為亦屬刑法處罰的對象³⁰²。

	舊法	新法
--	----	----

³⁰² Rosenau, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 1. 為框架的法律規範

德文	(1) Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge. (3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb.	(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens 1. einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, oder 2. ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze. (2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens 1. einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen
-----------	--	--

		ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, oder 2. ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.
中譯	(1)商務企業之受雇人或受託人於商業交易中，為自己或第三人要求、期約或收受利益，作為其以不正方法給予他人於競爭關係中承購商品或商業服務時優惠之對價者，處三年以下有期徒刑或罰金。 (2)於商業交易中基於競爭之目的，對於商務企業之受雇人或受託人行求、期約或交付利益，作為其以不正方法給予自己或第三人承購商品或商業服務時優惠之對價者，亦同。 (3)前兩項之規定於國外之競爭行為亦適用之。	(1)企業之受雇人或受託人於商業交易中，有下列情形之一者，處三年以下有期徒刑或罰金： 1.為自己或第三人要求、期約或收受利益，作為其以不正方法使他人於國內或國外之競爭中，於承購商品或勞務時以不公平方式給予他人優惠之對價者，或 2.未經企業之同意而為自己或第三人要求、期約或收受利益，作為其於承購商品或勞務時採取違反自己對企業的義務的作為或不作為之對價者。 (2) 於商業交易中，有下列情形之一者，亦同： 1. 對於企業之受雇人、受託人或第三人，要求、期約或交付利益，作為其以不正方法給予自己或第三人在本國或外國之競爭中，承購商品或勞務時優

		惠之對價者 2. 未經企業之同意而對於對於企業之受雇人、受託人或第三人行求、期約或交付利益，作為其於承購商品或勞務時採取違反自己對企業的義務的作為或不作為之對價者。
--	--	---

首先就 2015 年修法時名詞使用的變異說明如下：將商務企業之.....（*eines geschäftlichen Betriebes*）修改為企業.....（*eines Unternehmens*）僅是文字編纂上的更動，並無實質內容的改變³⁰³。其次，商業服務（*gewerbliche Leistungen*）修改為勞務（*Dienstleistungen*），以釐清舊法時期的爭議，使得其範圍明確性擴大至得以包括自由業所提供的勞務（*freiberufliche Leistungen*）³⁰⁴。

其次，對於新法增設之業主模式構成要件（德國刑法第 299 條第 1 項第 2 款、第 2 項第 2 款），本報告持否定立場已如前述（參見本編第二章第三節三、）。因此，以下立法建議係以競爭模式構成要件為基礎，並配合我國國情而擬。

二、 法律性質與分析

（一） 保護法益

依本報告之立場，商業交易賄賂罪所保護之法益為自由、公平之商業競爭，而不包括對業主的忠誠義務，至於業主與參與競爭者之財產法益，亦不在本罪保護之範圍，不過因為妨礙自由、公平之商業競爭的行為，通常對於業主與參與競爭者的財產也會造成一定程度的危險，因此學說上稱本罪間接保護財產法益，並不為過，但這只是一種反射利益而已。

（二） 構成要件分析

1. 行為主體與其構成要件行為

本罪為對合犯之結構，行為主體可分為受賄者與行賄者兩個面向。其中行賄者為一般犯³⁰⁵，並無任何身分上之限制；而受賄者之身份為建構不法之要素（參見我國刑法第 31 條第 1 項），為純正身分犯、義務犯，違反之義務即基於契約而對業主所負之忠誠義務，具此項義務者，依德國刑法第

³⁰³ *Rosenau*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 13.

³⁰⁴ *Rosenau*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 26.

³⁰⁵ *Kindhäuser*, BT I, 6. Aufl., § 45 Rn. 4。不過也有強調，由目的解釋來看，保護的目的既在自由競爭，則僅參與競爭者與為參與競爭者之利益行事者，為適格的行為主體，見：*Tiedemann*, in LK-StGB, 12. Aufl., § 299 Rn. 20.

299 條之規定，為企業之受雇人（Angestellter）與受託人（Beauftragter）。學說上認為，受雇人應採廣義解，係指於行為時與業主間具勞務關係（Dienstverhältnis）而聽命於業主指示，同時對於業務之決策具有影響力之人³⁰⁶。而受託人則係指業主與受雇人以外，在企業中具³⁰⁷有資格與義務為該企業從事交易行為者³⁰⁸。

受賄者之構成要件行為屬消極受賄行為（passive Bestechlichkeit）³⁰⁹，即要求、期約、收受賄賂。其中賄賂即不正利益，指受賄者無法律上請求權而獲得使其經濟上、法律上或個人地位在客觀上得以提升者³¹⁰，包括有形與無形的一切利益，其典型縱為經濟上的資助，但不以此為限，諸如延期償債務、支付外快、與之性交或容忍性慾行為、為其免除受威脅之惡害，乃至於滿足其虛榮，在德國實務上都被認為是此處所謂之利益³¹¹。

行賄者之構成要件行為屬積極行賄行為（aktive Bestechung）³¹²，即行求、期約、交付賄賂。賄賂之意義則與前述不正利益同。

2. 行為情狀

上述行賄與受賄之行為，必須發生於商業交易（im geschäftlichen Verkehr）中，即與受賄者所屬企業具有商業交易上的關係。易言之，若所交付之利益純屬私人領域者（例如親友間贈予禮物），即不具可罰性；若係於公部門交易時涉及公務行為之執行者，則應依公務員賄賂罪之規定論處。

因應我國國情，本報告認為，應將受託人與受雇人所屬之企業，限縮於「公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人」之範圍內。理由參見本編第二章第四節。

3. 行為犯（抽象危險犯）

行賄者完成行求、期約、交付賄賂之行為、受賄者完成要求、期約、收受賄賂之行為，本罪之構成要件即告實現。

4. 意圖犯

行為人除了對於構成犯罪事實應至少具間接故意（刑法第 13 條第 2 項）外，應以「意圖為自己或他人之不正利益」作為主觀構成要件要素，以限縮可罰性範圍。

5. 訴訟條件

德國刑法第 301 條中將同法第 299 條設定為相對告訴乃論之罪，並以業主與參與競爭者作為告訴權人（即本罪之被害人），本報告認為有紊亂本罪所

³⁰⁶ Rosenau, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 7.

³⁰⁷ Kindhäuser, BT I, 6. Aufl., § 45 Rn. 3; Tiedemann, in LK-StGB, 12. Aufl., § 299 Rn. 10; Rosenau, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 6.

³⁰⁸ Rosenau, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 9.

³⁰⁹ Rosenau, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 6.

³¹⁰ BGHSt 31, 264, 279; 35, 128, 133; Tiedemann, in LK-StGB, 12. Aufl., § 299 Rn. 25; Rosenau, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 19.

³¹¹ Kindhäuser, BT I, 6. Aufl., § 45 Rn. 11.

³¹² Rosenau, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 299 Rn. 6.

保護之自由競爭與財產犯罪中所保障的法益之虞，因此建議將本罪設定為非告訴乃論之罪。

三、 增訂條文的建議

本報告建議繼受德國 2015 年以前之舊刑法第 299 條之規定，並稍加以修正如下：

第 255 條之 2 商業交易賄賂罪

公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人之受託人或受雇人，於商業交易行為中，意圖為自己或他人之不正利益，要求、期約或收受賄賂，作為商品與勞務交易中以不正方法提供他人不公平優惠的對價者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬以下罰金³¹³。

對於公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人之受託人或受雇人，於商業交易行為中，意圖為自己或他人之不正利益，要求、期約或交付賄賂，作為商品與勞務交易中使他人獲取不公平優惠的對價者，亦同。

³¹³ 比照刑法第 339 條第 1 項之刑度。