

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

民代賄賂罪之研究

——以德國刑法第 108e 條為中心

A Study of Active and Passive Bribery of Mandate Holders:

Focusing on Section 108e of German Criminal Code

王芳凱

Fang-Kai Wang

指導教授：林鈺雄 博士

Advisor: Yu-Hsiung Lin, D. jur.

中華民國 105 年 1 月

January, 2016



國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

民代賄賂罪之研究
——以德國刑法第 108e 條為中心

A Study of Active and Passive Bribery of Mandate Holders:
Focusing on Section 108e of German Criminal Code

本論文係王芳凱君 (R01A21116) 在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 105 年 01 月 21 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 林銘雄

口試委員： 何賴傑

林銘雄
楊雲驊



謝辭

“每一次的告別，最好用力一點。多說一句，可能是最後一句。多看一眼，可能是最後一眼。”這是韓寒電影《後會無期》的最後一句台詞，然後畫面定格，電影結束。

口試結束之後，我在想，要怎麼和身邊的老師同學、和3年以來默默承載體重的台灣土地、以及和3年前無知的自己告別（現在也很無知啦，只是更加明白了自己的無知）。想了兩天，雖然有些頭緒，但要將它化成文字固定下來，總覺得有些力不從心。或許是因為這些經驗已經化作自身難以言說的一部分，或許是因為自己對文字的掌握尚未達到駕馭的程度，所以不管怎麼寫，總是有詞不達意的感覺。

儘管會顯得笨拙，但至少自己還是要用力地做這件事——告別周遭熟悉的事物，感謝那些在論文中對我伸出的援手。

首先，論文得以順利完成，第一個要感謝的是指導教授林鈺雄老師。記得當時研究所入學自我介紹時，我很白癡地說：“希望能跟黃（榮堅）老師或林（鈺雄）老師學兩把刷子或一招半式……”之後和老師多次談簽指導教授的事，老師也都沒有馬上答應，而是一直告知提醒他的要求以及我是否能夠達到。甚至，在論文選題以及寫作過程中，自己因為寫作方法上的分歧以及很不端正的心態（為了快速畢業而先湊字數不管論文的品質），還很衝地和老師發生爭執。不過，老師並沒有因此就嫌棄我（雖然有時還是會酸一下我們以提醒進度），而是一如既往地守住他的標準與原則，並教我慢慢地去學習沈澱、吸收以及如何去架構一本論文。現在想來，自己真的是很慚愧。這麼嚴肅的事情，當時竟然能說得一臉輕鬆；而一臉輕鬆之後，竟然只想到要一走了之，實在是太過浮躁。

另外，還要感謝兩位口試委員楊雲驊老師以及何賴傑老師。兩位老師都一針見血地點出了台灣法部分的不足以及論文結構上的不完

善之處，並給出了部分德文翻譯上的意見與建議。之後，我會細心修改，以此感謝老師們的寶貴意見。

在此要一併感謝的是在論文寫作中給我幫助的所有老師們。感謝惲純良老師和李進榮檢察官在百忙之中還能很耐心細膩地回答我一些可能很不成熟的問題，並能在一些專業術語的翻譯細節上給出專業的指點；感謝謝煜偉老師能夠將其（已通過但尚未公開的）文章提供給我使用，並總是能濃縮地回答我一些關於日本法上的疑問；感謝林明昕老師在引註以及部分翻譯上的耐心指點；感謝 Kubiciel 教授友善地回應我的請求，並慷慨地提供文章給我。

也要感謝教我普通德文的 Chris 老師、拉貝明契老師和 Wolfgang 老師，以及教我法學德文的周漾沂老師、蔡宗珍老師、薛智仁老師、王皇玉老師、沈冠伶老師、林明昕老師和陳瑋佑老師。感謝他們的細膩講解，讓我得以用德文進行學術研究。

雖然在論文寫作過程中的苦悶總讓我想「叛逃師門」（一定是 Runningman 看太多的關係），但同門學長姐學弟妹的協助是我得以順利「逃脫熊掌」的重要關鍵。感謝士帆學長在得知我一開始想要寫德國刑訴 136a 條，能夠將自己的博士論文借我參考。雖然之後由於論文題目變更沒能在內容上使用，但我在參考文獻以及引註格式上也學到很多；感謝之萍學姊當時能夠堅定我簽老師的決心，並在我很崩潰的時候提醒我回去念德文就會變堅強；感謝佳叡學姊能夠不厭其煩地容忍我一次又一次的文獻協助騷擾；感謝百麟學長能夠在翻譯上幫我確認一些比淡水河還要長的德文條文；感謝立涵學姊在論發時給我諸多意見，並能和我一起口試，幫我先承受老師們的猛烈炮火；感謝嘉瑜、雅筑、正皓、人傑、彥翔、一鳴、鈺瑩、庭儀能夠一起組讀書會念德文，並一起分享同門情誼中的各種喜怒哀樂。

此外，也要感謝在論文寫作中的給我一切幫助的同學朋友：
感謝大學同學曹路曼能夠容忍我超不順暢的中文，並幫我順稿。
感謝一起學德文的子祥、欣鴻以及彥麟。在學習德文的路上，有你們的陪伴真好。

感謝宿舍舍友佳霖還能剩下一個句點來包容我的五四三及無厘頭，並在為人處事上給我諸多良善的建議。

感謝當時一起負笈來台的好朋友（雖然你們都先我而去）：感謝一笑姊能夠在中期考核後的有限時間幫我校稿，感謝思穎姊在百忙之中能夠幫我看一些日文的文獻。

感謝同研究室的學姊們：感謝素香學姊不時的打氣，並得知我為了找某本期刊上的一篇文章而特地跑到台北教育大學的幾天後，能突然「有求必應」地給我那本期刊（真的有嚇到）；感謝秀楠學姊能夠幫我確認一些法國刑法條文。

最後，要感謝的一定是父母及家人。感謝他們容忍我的任性，並用他們自己的時間去換取我成長的空間。沒有他們一如既往的支持，我大概很難順利地走完研究所這一段路。

中文摘要



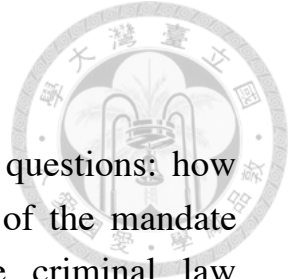
對於民意代表如此細微的權力觸角，刑法理應作何反應以及現行法的處理是否得當，是本文問題的出發點。在具體問題的設定上，本文主要聚焦在兩個層次，即民意代表是否屬於公務員？以及民意代表賄賂與公務員賄賂是否存在著差別？

對此，德國法將民意代表排除在公務員概念之外，而民代賄賂罪的發展也是一波三折：在 1871 年帝國刑法典時期，民代賄賂作為下位概念被嵌入到一般的投票賄賂罪之中；在 1953 年，德國一方面擴張了一般投票賄賂罪的處罰範圍。從而即使雙方未形成合意，也可以進行處罰。另一方面，卻限縮了一般投票賄賂罪的處罰範圍，將民代賄賂排除在本罪處罰範圍之外；到了 1994 年，德國透過修法訂立一條獨立的民代賄賂罪。但該條文的處罰範圍仍是高度限縮的，其僅處罰在特定代議機構選舉或表決中的買賣選票行為。終於，德國為了批准國際反貪腐公約，在 2014 年對民代賄賂罪做了大幅的修改而擴張了本罪的處罰範圍。但相較於其他歐陸國家的立法例以及國際反貪腐公約的要求，新法仍存在著未竟全功的處罰漏洞。

基於德國學說上對該法的討論以及歐陸國家的對照，本文最後將視角拉回台灣：先試圖描繪出台灣目前關於（民代）賄賂罪的取徑與困境，並基於上述的認知，嘗試提出可能的解決方案。

關鍵字：民意代表、公務員、賄賂、德國刑法、108e、台灣刑法

Abstract



The starting points of this thesis are the following questions: how should the criminal law deal with the slight influences of the mandate holders' powers? Are the current regulations of the criminal law appropriate? Basing on that, the thesis mainly focuses on two konkrete questions: Do the mandate holders belong to the public officials? Are there any differences in bribing between the mandate holders and public officials?

With regard to that, the german criminal law chooses to exclude the mandate holders from the public officials. The development of the bribery of mandate holders is extremely intricate: in 1871 at the period of the RStGB, the bribery of mandate holders as a hyponym was put in the bribing voters; in 1953, Germany extended the punishment range of this section. So the agreement of the both sides was no longer necessary. Relatively, Germany also made a great restriction of the scope of that section, so that the bribery of mandate holders was no longer punished and a punishment leak came into being; in 1994, Germany stipulated an autonomous bribing delegates by an amendment to the German Criminal Code. However, the punishment range of this section is extraordinary narrow, so that it only punished anybody, who undertook to buy or sell a vote for an election or ballot in the European Parliament or in a parliament of the Federation, the member states, municipalities or municipal associations. At last in 2014, Germany made a large modification of 108e StGB and broadened the punishment scope, in order to ratify the international instruments against corruption. In compare to related provisions of other countries of Europe and the requests of the international instruments against corruption, the currently in effect 108e StGB still fails to fulfill the leak of punishment.

Basing on the german doctrines' discussion about this section and the comparison with some countries of Europe, this thesis pulls the viewpoint back in Taiwan: tries to figure out the approach and dilemma

of the current bribery provisions in Criminal Code of the Republic of China; then attempts to give some practicable solutions.

Keywords: mandate holders, public official, bribe, German Criminal Code, 108e, Criminal Code of the Republic of China



詳目



第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題.....	1
第一項 引言：從「權力的毛細管作用」說起	1
第二項 具體問題.....	2
第二節 研究對象、方法.....	3
第三節 研究架構.....	3
第二章 德國刑法賄賂犯罪的體系結構	5
第一節 概述	5
第二節 公務員職務賄賂罪與違背職務賄賂罪.....	7
第一項 條文	7
第二項 構成要件要素解釋	10
第一款 行為主體.....	10
第一目 公務員.....	10
第二目 歐洲公務員	13
第三目 對公共職務負有特別義務之人.....	13
第二款 利益.....	15
第三款 職務執行與職務行為	18
第四款 不法協議.....	22
第五款 義務違背.....	26
第三節 民意代表賄賂罪.....	28
第一項 條文	28
第二項 構成要件要素解釋	30
第四節 商業賄賂罪.....	32
第一項 條文	32
第二項 構成要件要素解釋	33
第一款 行為主體.....	34
第二款 構成要件行為.....	35
第三款 不法協議.....	36
第五節 小結	38
第三章 德國民代賄賂罪的沿革	40

第一節 1871 年帝國刑法典第 109 條 (§ 109 RStGB 1871).....	40
第一項 概述	40
第二項 保護法益.....	41
第三項 構成要件要素解釋	43
第一款 「選票」	43
第二款 公共事務.....	44
第三款 「買賣」選票.....	45
第二節 威瑪共和時期的修正草案	47
第三節 可罰性漏洞的形成：1953 年第 3 次刑法修正法	50
第一項 概述	50
第二項 1950 年刑法修正法草案條文.....	50
第三項 可罰性漏洞的形成：1953 年第 3 次刑法修正法.....	52
第四節 1953 年至 1994 年間的立法草案	55
第一項 1956 年自由民主黨黨團之修法版本.....	55
第二項 1962 年聯邦政府之修法版本.....	56
第一款 大刑法委員會的討論	56
第一目 公務員概念的擴張	57
第二目 違法性條款的導入	57
第三目 構成要件的设计	59
第二款 1962 年聯邦政府之修法版本.....	62
第三項 1974 年基督教民主聯盟／基督教社會聯盟黨團之修法版本	64
第五節 1994 年之「民意代表受賄罪」 (§ 108e StGB 1994).....	67
第一項 1994 年之「民意代表受賄罪」的導入.....	67
第一款 概述.....	67
第二款 社民黨版本 (StGB-E 1991)以及基民盟/基社盟黨團與自民黨黨團版本(StGB-E 1993)的修法草案	67
第三款 聯盟 90/綠黨版本的修法草案	69
第二項 1994 年之「民意代表受賄罪」的內容.....	71
第一款 概述.....	71
第二款 保護法益.....	71
第一目 傳統說法.....	71
第二目 新取徑：以規範保護達成整全性保護	73
第三款 構成要件要素之解釋	75
第一目 表決或選舉(Abstimmungen und Wahlen)	75
第二目 買票／買票行為(Kaufen und Verkaufen).....	77

第三目 具體的不法協議	79
第四目 主觀構成要件	80
第五目 正犯與參與犯	80
第四款 對 1994 年民代受賄罪的批評	83
第一目 實務批評	83
一、案件事實	83
二、法院見解	84
第二目 學說批評	86
一、「買賣概念」之模糊性(Vagheit)	86
二、效力範圍僅及於特定代議機構內部(innerhalb der Volksvertretung)	86
三、效力僅及於選舉與表決（排除其他職權情形）	86
四、非物質形式利益(immaterieller Vorteile)之排除	87
五、具體不法協議之要求	87
六、德國民意代表收賄罪限縮條款之體系違誤(Systemwidrigkeit)	88

第四章 國際公約與比較法觀點下的民代賄賂 89

第一節 國際公約下的民代賄賂	89
第一項 《歐洲理事會反貪腐刑法公約》	89
第一款 概述	89
第二款 與民代賄賂有關的賄賂罪條文及說明	91
第一目 條文	91
第二目 說明	93
第二項 《聯合國反貪腐公約》	96
第一款 概述	96
第二款 與民代賄賂有關的條文及說明	101
第一目 條文	101
第二目 立法要求及構成要件要素說明	104
一、立法要求	104
二、《聯合國反貪腐公約》第 15 條的構成要件要素	105
(一) 公職人員(Public Official)	105
(二) 不正利益(undue Advantage)	107
(三) 許諾、提議或者實際給予(Promise, Offering or Giving)	108
(四) 索取或者收受(The Solicitation or Acceptance)	109
(五) 直接或者間接(Directly or Indirectly)	110

(六) (提供利益) 給予公職人員本人或其他人員或實體(For Himself or Herself or Another Person or Entity).....	110
(七) 為了公職人員在執行公務時的作為或者不作為(in Order to Act or Refrain from Acting in the Exercise of His or Her Official Duty).....	111
三、《聯合國反貪腐公約》第 16 條第 1 項的構成要件要素.....	112
(一) 外國公職人員以及國際組織公職人員.....	113
(二) 不正利益.....	114
(三) 為了獲得或者保留與國際商業行為有關的業務或其他不正利益.....	114
第二節 比較法觀點下的民代賄賂.....	116
第一項 奧地利：從獨立構成要件走向公務員賄賂罪.....	116
第一款 2008 年修法之前.....	116
第二款 2008 年修法.....	119
第三款 2009 年修法.....	123
第四款 2012 年修法.....	131
第二項 瑞士.....	133
第一款 提供利益罪與收受利益罪構成要件.....	135
第一目 「不當利益」.....	136
第二目 利益與職務執行間的關聯——「對於職務執行」.....	138
第二款 行賄罪與受賄罪構成要件.....	140
第三項 義大利.....	140
第四項 法國：明確將民代納入公務員賄賂罪構成要件.....	145
第五章 德國民代賄賂罪的修法草案與現行法	149
第一節 德國民代賄賂罪修法草案.....	150
第一項 概述.....	150
第二項 聯盟 90/綠黨黨團版本.....	151
第一款 內容.....	151
第二款 說明.....	152
第三項 左翼黨黨團版本.....	154
第一款 內容.....	154
第二款 說明.....	158
第四項 社民黨黨團版本.....	161
第一款 內容.....	161

第二款 說明.....	162
第二節 德國民代賄賂罪現行法.....	165
第一項 概述.....	165
第一款 現行法條文規定及初步觀察.....	165
第二款 修法歷程.....	167
第二項 犯罪構成要件要素.....	168
第一款 民意代表的範圍.....	168
第二款 代議職務之實施.....	171
第三款 自己或第三人之不正利益.....	172
第四款 加重的不法協議.....	178
第一目 不法協議.....	179
第二目 加重之對價關係——受委託或依指示.....	180
第三節 德國民代賄賂罪構成要件設計.....	182
第一項 總結.....	182
第二項 重返問題的起點.....	184
第一款 民意代表與公務員的區分必要性——告別民代賄賂罪？.....	184
第一目 民意代表與公務員是否等同？.....	184
一、民意代表與公務員之任務(Aufgaben)差異.....	185
二、民意代表與公務員之工作方式(Arbeitsweisen)差異.....	187
三、民意代表受影響之必要性(Notwendigkeit).....	189
四、其他的細節差異：產生機制差異與責任承擔差異.....	190
第二目 納入刑法第 331 條以下條文的成罪可能性.....	191
一、納入刑法第 332 條以及第 334 條的成罪可能性？.....	191
二、納入刑法第 331 條以及第 333 條的成罪可能性？.....	192
第三目 小結.....	194
第二款 民代賄賂罪的構成要件設計.....	195
第一目 受賄主體/行賄對象範圍.....	195
第二目 受賄主體行為範圍.....	197
第三目 利益概念的界定.....	201
一、可非難性條款是否可能？.....	201
(一) 可非難性條款的運用.....	201
(二) 可非難性條款是否可能？.....	204
二、不正利益？——對德國現行法的批判.....	206
(一) 利益預先排除之不可能.....	206
(二) 錯置確定不法協議的表徵效果.....	207

(三) 政黨法第 25 條第 2 項第 7 款解釋的兩難：贅述或漏洞	207
第四目 不法協議	208
一、對不法協議的要求	208
(一) 放寬不法協議而及於一般性的利益收受？	209
(二) 不法協議的具體化程度？——對「受委託或依指示」的批判	210
二、事後酬謝之排除？	216
第五目 買賣選票行為作為加重要件？	218
第六目 犯罪型態設計——著手犯？未遂犯？	219
第六章 台灣的取徑與困境	224
第一節 取徑：民意代表為公務員	224
第一項 民意代表為公務員	224
第一款 「剪不斷理還亂」的公務員概念	224
第二款 民意代表為公務員	228
第二項 賄賂罪規定：以職務行為為中心	229
第一款 賄賂罪規定	229
第二款 職務行為的確立標準	231
第一目 實務見解	231
一、定義	231
二、實務解釋	232
(一) 抽象職務權限？具體職務權限？	232
(二) 空泛的實質影響力說？	237
第二目 學說見解	240
一、目的性限縮解釋為法定職務權限	240
二、以公務員的管轄分配重新詮釋法定職務權限	241
三、以刑法上對於職務的一般性解釋為基礎擴張職權	243
四、(不違背罪刑法定原則的) 密切關聯說	245
五、職務行為實質認定說	247
第二節 困境：賄賂罪於民代賄賂案件的適用	250
第一項 普通賄賂罪的適用可能：以【林益世案】的討論為中心	250
第一款 案件事實	250
第二款 法院見解	253
第一目 判決結果	253
第二目 判決理由	253

第三款 學說批評.....	260
第一目 不屬於職務上行為，但可考慮另行訂立斡旋受賄罪.....	260
第二目 不屬於職務上行為，屬於私人活動？.....	262
第三目 屬於職務上行為.....	263
第二項 違背職務賄賂罪的適用可能：以【中藥商案】的討論為中心 ...	265
第一款 案件事實.....	265
第二款 法院見解.....	268
第一目 判決結果.....	268
第二目 判決理由.....	269
第三款 學說批評.....	271
第三節 小結.....	272
第七章 結論	285
參考文獻	289

圖表目錄

※ 圖表 1：論文的具體問題及順序.....	2
※ 圖表 2：德國刑法賄賂犯罪體系結構.....	6
※ 圖表 3-1：大刑法委員會的討論方案.....	56
※ 圖表 3-2：1994 年民代賄賂罪導入前的草案對照.....	70
※ 圖表 3-3：「特別個人要素」審查體系.....	81
※ 圖表 4-1：《聯合國反貪腐公約》四大支柱.....	98
※ 圖表 4-2：奧地利刑法民代賄賂（罪）的修法歷程.....	116
※ 圖表 5-1：不法利益的審查體系.....	174
※ 圖表 5-2：德國民代賄賂罪的可能出路及現行法比較.....	182
※ 圖表 5-3：德國民代賄賂罪代議職務執行的範圍.....	199
※ 圖表 6-1：台灣公務員體系.....	225
※ 圖表 6-2：以管轄分配說詮釋法定職務權限.....	243
※ 圖表 6-3：日本法上職務行為的範圍.....	246
※ 圖表 6-4：職務行為實質認定說.....	248
※ 圖表 6-5：職務上之行為認定——【林益世案】一審判決見解.....	254
※ 圖表 6-6：實質影響力的適用——【林益世案】一審判決見解.....	256

第一章 緒論



第一節 研究動機與問題

第一項 引言：從「權力的毛細管作用」說起

「想到權力的機制，我總是想到權力以毛細血管狀的存在；在這些毛細血管處，權力觸及到每一個具體的人，觸及他們的軀體，注入他們的行動和態度，他們的對話、學習過程和日常生活。」

——傅柯：《瘋癲與文明：理性時代的瘋癲史》

眾所週知，「權力的毛細管作用」此一觀念源自於傅柯（Michel Foucault, 1926-1984）。傅柯對於權力的洞見在於，其並未像過去的人只注意到權力在宏觀的、公開的場面的展示，而是與此同時也注意到權力在微觀的、隱密的、日常生活空間中的作用。「政治」、「道德」、「權力」等各種力量，就像水分子的毛細管作用一般，滲入到日常生活中每一個可能的角落，並發揮著意想不到的影響！

事先一提的是，本文在此並無意論述傅柯的微觀權力機制，而僅是想借用傅柯的「隻言片語」點出，此一權力運作機制在民意代表身上的彰顯，特別是民意代表如何（假）藉選民服務進行關說、「喬事情」，譬如¹：

台南市議員（被告）利用廠商（BOT 案）需向市政府報告開發進度之機會，主動參與會議，並對廠商多所質問、嗣後更要求廠商應支付賄款，以作為排除來自市議會方面的壓力及干預的對價²；

台東市民代表會及鄉民代表會代表（被告）利用可自行決定分配的「市、鄉民代表基層建設及設備配合款」之受補助單位及補助金額之權限，與工程廠商達成期約，即就各該市、鄉民代表職務上可運用之補助款，如配合使廠商取得承作

¹ 更多實務上關於民意代表職務的認定，參見：蔡銘書，〈關於賄賂罪職務行為之最高法院裁判動向〉，《法學叢刊》，第 56 卷第 3 期，2011 年 7 月，頁 88-98。

² 台灣最高法院 93 年度台上字第 4815 號刑事判決。

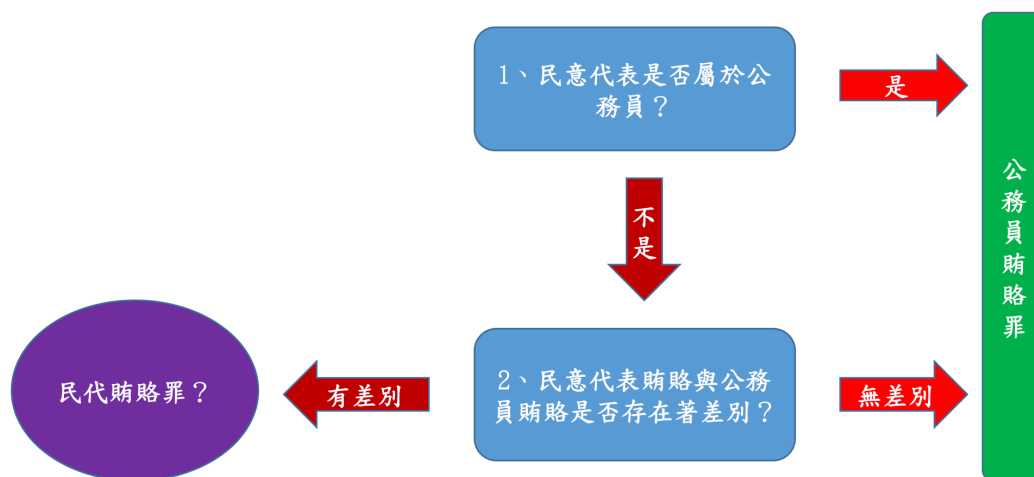
工程、承購設備之機會，廠商將分別按工程類補助款總額整數之一成，或設備類補助款總額整數之二成，酬謝各該市、鄉民代表³；

永和市市民代表（被告）因市民基於所有土地經永和市公所佔用為特一號道路用地，然漏未辦理徵收補償手續，經申請徵收後，歷經多年仍無結果，故與被告商議以徵收補償費之二成作為報酬，而要求市民代表協助處理。被告即以市民代表之身分促請永和市公所承辦人員將該筆土地徵收編列為下年度預算，並參與該預算之審查、議決⁴；

自此，對於民意代表如此細微的權力觸角，刑法理應作何反應以及現行法的處理是否得當，為本文一切問題的出發點！

第二項 具體問題

在具體問題的設定上，本文主要聚焦在以下兩個層次：



※ 圖表 1：論文的具體問題及順序

製圖：作者

³ 台灣最高法院 95 年度台上字第 4280 號刑事判決。

⁴ 台灣最高法院 94 年度台上字第 2979 號刑事判決。

之一，民意代表是否為公務員？若民意代表屬於公務員，則民意代表賄賂自然直接適用（一般的）公務員賄賂罪；

之二，若民意代表不屬於公務員，則進入到下一個問題：民意代表賄賂和（一般的）公務員賄賂犯罪是否存在著差異？如無差異，在結果上自然和適用（一般的）公務員賄賂罪並無任何的差別。相對地，若兩者之間存有差異，則此一差異為何？其是否足以催生出一個獨立的民代賄賂罪？如果有制訂一條獨立的民代賄賂罪的必要性的話，在內容上又該如何規定？

第二節 研究對象、方法

在研究方法上，本文採取的是比較法的方式，主要以德國刑法第 108e 條為中心，並以國際公約以及部分歐陸國家作為輔助參考對象。

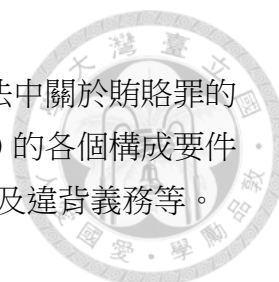
之所以會選擇德國法作為研究對象，除了台灣法有繼受德國法的特殊淵源之外，更重要的原因在於德國為了達到國際反貪腐公約的最低要求，剛在 2014 年完成了刑法第 108e 條的修法。法律學界對於刑法第 108e 條的討論向來熱烈，有豐富的文獻足以作為本文的研究基礎。

至於選擇國際公約作為輔助參考對象的原因在於，一方面貪腐此一現象不再是一國內部的事情，而已經成為一項重要的國際議題（問題？）；另一方面，德國 2014 年修法的一個重要的動力係源自於國際公約落實的壓力。在此之外，將部分歐陸國家的相關刑法規定納入參考，可以（暫時地）跳脫德國刑法，尋求德國刑法以外的解決之道。

第三節 研究架構

本文的架構將分為六個章節，其內容概括如下：

第一章為緒論，簡單地說明本文的研究動機、研究對象與方法、以及論文的整體架構。



第二章為德國刑法賄賂犯罪的體系結構，初步介紹德國刑法中關於賄賂罪的規定，並重點探究公務員賄賂罪（德國刑法第 331 條以下條文）的各個構成要件要素，包括公務員概念、職務執行／行為、利益、不法協議以及違背義務等。

第三章為德國民代賄賂罪的沿革，主要探討德國刑法上對於民代賄賂的規範自 1871 年帝國刑法典第 109 條至 1994 年導入民代賄賂罪以來的演進及實務學說上對德國刑法第 108e 條舊法的相關批評。

第四章為國際公約與比較法觀點下的民代賄賂。在國際公約部分，重點介紹《歐洲理事會反貪腐刑法公約》以及《聯合國反貪腐公約》中關於民代賄賂的相關規定及要求；比較法部分上，主要選擇奧地利、瑞士、義大利以及法國四個歐陸國家的取徑作為借鑑對象。

第五章為德國民代賄賂罪的修法草案與現行法，重點探討了德國刑法第 108e 條在 2014 年修法之前的幾個重要法案以及現行法的相關規定，並借助於德國學說上的討論，嘗試總結出德國目前就民代賄賂罪各個構成要件要素的共識與分歧。

第六章為台灣的取徑與困境。本文重新回到台灣的脈絡，試圖描繪出台灣目前(民代)賄賂罪的取徑與困境，並基於上述的認知，嘗試提出可能的解決方案。

第七章為結論。

第二章 德國刑法賄賂犯罪的體系結構



第一節 概述

在進入德國民意代表賄賂罪的具體介紹之前，為避免「只見樹木不見森林」，有必要先對德國刑法中賄賂犯罪的相關罪名進行一個系統性、脈絡性的了解。如此的話，一方面能夠掌握民意代表賄賂罪在德國刑法中賄賂犯罪的地位與定位；另一方面，假設刑法未存在懲罰漏洞的話，對於刑法的運用主要是從「旁敲側擊」的解釋論出發（只要解釋能夠言之有理，且合乎基本的法律原則即可），而非基於「單刀直入、開門見山」的立法論。在這種情況下，儘管實體法上可能出現罪名的競合情形，但基於有效解釋的原則，刑法條文之間的解釋應盡可能地作出相應的區隔。而相互區隔的解釋，往往能夠以反面的方式析出民意代表賄賂罪的圖像。

就法源上而言，德國刑法中與賄賂犯罪有關的罪名主要規定在《德國刑法典》(StGB)與《國際貪腐防制條例》(IntBestG⁵)。按照不同的保護法益，德國的賄賂犯罪條文可以分成三類，如下所示⁶：

一般公眾對於公共行政整全性的信賴(Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der öffentliche Verwaltung)：德國刑法第 331 條之收受利益罪；第 332 條之受賄罪；第 333 條之提供利益罪；第 334 條之行賄罪；第 335 條之受賄和行賄

⁵ 德文全稱為：Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr。

⁶ 林鈺雄教授則是按照職務收賄罪之人別群組從核心到外延進行區分：「……職務收賄之『公務員』，其人別群組從核心到外延，在此略分為 a 行政公務員（一般官員）、b 司法公務員（法官、檢察官）、c 民代（民意代表）公務員。此外，非公務員有無可能也成立 d 非公務員的收賄罪（如公司企業員工於交易採購時收受廠商賄賂）？立法論上也有探討餘地……德國刑法雖於總則限縮公務員定義，但分別的收賄罪則分別規定各種收賄罪，不但從 a 類到 b 類，甚至於外延至 c 類，乃至於 d 類：

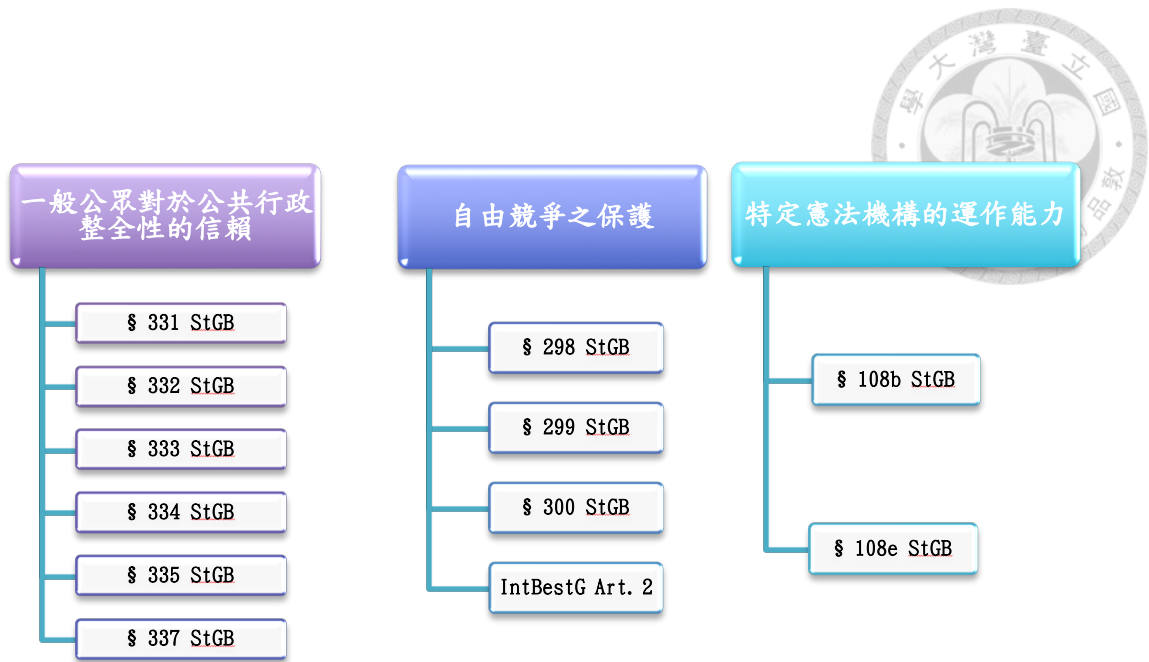
§331 公務員 a、b 一般職務收賄罪（行賄者：§333 行賄罪）。

§332 公務員 a、b 違背職務收賄罪（行賄者：§334 行賄罪）。

§108e 民意代表 c 收賄罪，

§299 非公務員 d 交易行為收賄罪。

換言之，德國刑法第 a、b、c、d 四大類的收賄各有處罰規定，如此一來，無論個案定性為 a、b 或 c 或 d，收受廠商賄賂，各有處罰，刑度差別也不懸殊，因此不會有『天堂地獄』的問題。」參見：林鈺雄，〈與談意見（一）：公務員職務上行為之實務檢討——兼論民意代表職務收賄之可罰性〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 99-100。



※ 圖表 2：德國刑法賄賂犯罪體系結構

製圖：作者

之特別嚴重情形；第 337 條之酬報仲裁人罪。

對於自由競爭之保護(Schutz des freien Wettbewerbs):德國刑法第 298 條之招標時為限制競爭之協議罪；第 299 條之商業交易中的受賄與行賄；第 300 條之商業交易中受賄與行賄之特別嚴重情形；以及《國際貪腐防制條例》第 2 條之行賄外國議員罪。

對於特定憲法機構的運作能力(Funktionsfähigkeit bestimmter Verfassungsorgane):刑法第 108b 條之投票賄賂罪;第 108e 條之民意代表賄賂罪。

第二節 公務員職務賄賂罪與違背職務賄賂罪



第一項 條文

公務員職務受賄罪係規定於德國刑法第 331 條之收受利益。與之對應的行賄罪則規定在德國刑法第 333 條之提供利益，條文如下所示：

§331 收受利益⁷

公務員、歐洲公務員或對公共職務負有特別義務之人，對於職務執行，為自己或第三人要求、期約或收受利益者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。

法官、歐盟法院成員或仲裁人，以其已經實施或即將實施的裁判行為為對價，為自己或第三人要求、期約或收受利益者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。本罪之未遂犯，罰之。

若行為人期約或收受之利益，非本人所要求，且事先獲得主管部門在其職權範圍內的許可或事後立即報告而為主管部門所追認者，不依照第 1 項懲罰之。

§333 提供利益⁸

⁷ § 331 StGB (Vorteilsannahme)

(1) Ein Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstausübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ein Richter, Mitglied eines Gerichts der Europäischen Union oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.

(3) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn der Täter einen nicht von ihm geforderten Vorteil sich versprechen läßt oder annimmt und die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme vorher genehmigt hat oder der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme genehmigt.

德國刑法條文的英文版本，可以另行參見：http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/ (最後訪問日期：18/07/2015)。礙於篇幅的關係，本文在此不再贅述。

⁸ § 333 StGB (Vorteilsgewährung)

(1) Wer einem Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr für die Dienstausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer einem Richter, Mitglied eines Gerichts der Europäischen Union oder Schiedsrichter einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(3) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme des Vorteils durch den Empfänger vorher genehmigt hat oder sie auf unverzügliche Anzeige des Empfängers genehmigt.

對於公務員、歐洲公務員、對公共職務負有特別義務之人或聯邦國防軍人之職務執行，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付利益者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。

對法官、歐盟法院成員或仲裁人，以其已經實施或即將實施之裁判行為為對價，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付利益者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

若主管部門事先在其職權範圍內許可收受人接受利益，或是經收受人立即報告後加以追認者，不依照第 1 項懲罰之。

公務員違背職務受賄罪規定於德國刑法第 332 條之受賄，而與之對應的行賄罪則規定於德國刑法第 334 條之行賄，具體條文如下：

§332 受賄⁹

公務員、歐洲公務員或對公共職務負有特別義務之人，以其已經實施或即將實施的職務行為，且因而導致已經違背或即將違背其職務義務為對價，為自己或第三人要求、期約或收受利益者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。情節輕微者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。本罪之未遂犯，罰之。

法官、歐盟法院成員或仲裁人，以其已經實施或即將實施的裁判行為，且因而導致已經違背或即將違背其裁判義務為對價，為自己或第三人要求、期約或收受利益者，處 1 年以上 10 年以下有期徒刑。情節輕微者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。

在行為人以將來的行為為對價，要求、期約或收受利益的情形中，行為人向對方表示下列情形之一者，適用第 1 項、第 2 項之規定：

⁹ § 332 StGB (Bestechlichkeit)

(1) Ein Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Der Versuch ist strafbar.

(2) Ein Richter, Mitglied eines Gerichts der Europäischen Union oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine richterlichen Pflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

(3) Falls der Täter den Vorteil als Gegenleistung für eine künftige Handlung fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, so sind die Absätze 1 und 2 schon dann anzuwenden, wenn er sich dem anderen gegenüber bereit gezeigt hat,

1.bei der Handlung seine Pflichten zu verletzen oder,

2.soweit die Handlung in seinem Ermessen steht, sich bei Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen zu lassen.

- 一、行為違背其義務，或
- 二、在行為人的裁量範圍內，以利益影響其裁量。



§334 行賄¹⁰

對公務員、歐洲公務員、對公共職務負有特別義務之人或聯邦國防軍人，以其已經實施或即將實施的職務行為，且因而導致已經違背或即將違背其職務義務為對價，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付利益者，處 3 個月以上 5 年以下有期徒刑。情節輕微者，處 2 年以下有期徒刑或罰金。

對法官、歐盟法院成員或仲裁人，以其已經實施的裁判行為，且因而導致違反其裁判義務為對價，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付利益者，處 3 個月以上 5 年以下有期徒刑；對於法官或仲裁人，以其即將實施的裁判行為，且因而導致即將違反其裁判義務為對價，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付利益者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。本罪之未遂犯，處罰之。

在行為人要求對方以將來的行為為對價，行求、期約或交付利益的情形中，行為人意圖使對方為下列情形之一者，適用第 1 項、第 2 項之規定：

- 一、行為違背其義務，或
- 二、在對方的裁量範圍內，以利益影響其裁量。

¹⁰ § 334 StGB (Bestechung)

(1) Wer einem Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.

(2) Wer einem Richter, Mitglied eines Gerichts der Europäischen Union oder Schiedsrichter einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine richterliche Handlung

1.vorgenommen und dadurch seine richterlichen Pflichten verletzt hat oder

2.künftig vornehme und dadurch seine richterlichen Pflichten verletzen würde,

wird in den Fällen der Nummer 1 mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in den Fällen der Nummer 2 mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Der Versuch ist strafbar.

(3) Falls der Täter den Vorteil als Gegenleistung (3) für eine künftige Handlung anbietet, verspricht oder gewährt, so sind die Absätze 1 und 2 schon dann anzuwenden, wenn er den anderen zu bestimmen versucht, daß dieser

1.bei der Handlung seine Pflichten verletzt oder,

2.soweit die Handlung in seinem Ermessen steht, sich bei der Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen läßt.

第二項 構成要件要素解釋



第一款 行為主體

德國刑法第 331 條和第 332 條的行為主體以及第 333 條和第 334 條的利益收受者必須是「公務員」、「歐洲公務員」或是「對公共職務負有特別義務之人」。其中，公務員的認定要連結到刑法第 11 條第 1 項第 2 款；歐洲公務員的定義則見於德國刑法 11 條第 1 項第 2a 款；對公共職務負有特別義務職人則對應到刑法第 11 條第 1 項第 4 款¹¹。至於刑法第 333 條以及第 334 條的行為主體，任何人均可該當之。

第一目 公務員

其中，德國刑法第 11 條第 1 項第 2 款規定¹²：

「公務員係指依德國法之下列人員：

- a、為公務人員（行政官員）或法官者；
- b、具有其他公法上職務關係者；
- c、其他受聘於機關或其他機構，或者受其委託，而執行公共行政任務者。至於執行任務所選用的組織型態，在所不問。」

公務人員（行政官員）是從國家法意義上加以理解的¹³。該公務員的特色在於其係經由公法行為而形成一種法律關係（或法律地位）。在此法律關係下，系爭人員對國家負有職務義務和忠誠義務(Dienst- und Treuepflicht)，而國家對此等人員負有保護義務與照養義務(Schutz- und Alimentationspflicht)¹⁴。其中，判斷（是否為公務人員）的重要標準是對系爭人員之任用，即以在公務人員關係中根據相

¹¹ Möhrenschrager, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 2007, S. 391.

¹² § 11 StGB (Personen- und Sachbegriffe) Abs. 1 Nr. 2

Amtsträger: wer nach deutschem Recht

- a) Beamter oder Richter ist,
- b) in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht oder
- c) sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen.

¹³ Sowada, in: LK-StGB, 2009, § 331 Rn. 5.

¹⁴ 吳耀宗，〈評析刑法新修正之公務員概念〉，收錄於《刑法公務員概念的比較研究》，台灣刑事法學會，2010年9月，頁179。

關法律規定透過任命文書的交付為準¹⁵。至於此等人員所從事活動的種類以及任用的期限長短，對於（是否為行政官員的）判斷並無影響¹⁶。

對於具有其他公法上職務關係者而言，在執行權力範圍內的、類似於公務人員之職務義務以及忠誠義務是不可避免的¹⁷。一般而言，其包括聯邦總統、聯邦政府以及地方政府成員、聯邦眾議會之軍事監督委員會委員(*der Wehrbeauftragte des Bundestages*)、公證人(*Notare*)¹⁸、候補公證人(*Notarassessoren*)¹⁹等等；但是，聯邦議會以及各邦議會之議員(*Abgeordnete*)、自由業之成員，如律師、藥師、醫師等)、監護人(*Vormünder*)、破產管理人(*insolvenzverwalter*)，並不屬之²⁰。

由於國家的活動越來越傾向於以私法的形式進行，因而公務員的概念要擴張到下述人員——相較於刑法第 11 條第 1 項第 2 款(a)與(b)規定的人員，此類人員與國家以及國家任務執行之間的關係是相對稀薄的²¹。為了遏止上述情形，必須將一般性的功能與組織法面向納入考量。此一考量可以連結到第 11 條第 1 項第 2 款中的「公共行政任務(*Aufgaben der öffentlichen Verwaltung*)」、「其他機構(*sonstigen Stelle*)」以及「受聘(*Bestellung*)」上²²。

儘管在行政法領域對於公共行政任務並不存在著一致明確的說法²³，但毫無爭議的是，干預行政(*Eingriffsverwaltung*)的範疇屬於公共行政任務。即便此干預行政係由被賦予國家高權的私人所作出，亦是如此²⁴。

此外，基於生存照顧(*Daseinsvorsorge*)目的之給付行政(*Leistungsverwaltung*)原則上也被肯認為公共行政任務²⁵。從條文中的「至於其執行任務所選用的組織

¹⁵ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 5; Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 391; 吳耀宗，註 14 文，頁 179。

¹⁶ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 5.

¹⁷ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 6.

¹⁸ 吳耀宗，註 14 文，頁 181：「依照德國聯邦公證條例第 1 條、第 114 條、第 115 條之規定，在大多數的邦當中，公證人並非屬於公法上的公務人員，但卻具有公法上的職務關係（例外者，如 Württemberg 的縣公證人 *Bezirknotare*、Baden 的官方公證人 *Amtsnotare*，此等人員本身即屬於公法上的公務人員）。」

¹⁹ 吳耀宗，註 14 文，頁 182：「依照德國聯邦公證條例第 7 條第 1 項之規定，要成為專職的公證人，除須通過二次的國家考試之外，通常還必須先從事三年的候補服務工作(*Anwärterdienst*)（即擔任所謂候補公證人）。在候補服務期間，依同條第 4 項規定，候補公證人之權利與義務，除非另有規定，其基本上與專職的公證人相同，亦具有公法上的勤務關係。」

²⁰ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 6; Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), 2007, S. 392.

²¹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 7.

²² Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 7.

²³ 吳耀宗，註 14 文，頁 184。

²⁴ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 8; Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), 2007, S. 395.

型態，在所不問」，亦可得知，在給付行政的執行過程中，即便是以私法之方式進行，也不排除其公務員身分之成立，只要其實現意圖包含公共福祉之目的²⁶。

除了「形式的」組織私有化(“formellen” Organisationsprivatisierung)的情形之外，尚應考量「實質的」任務私有化(“materielle” Aufgabenprivatisierung)情形，即國家有意識地對生存照顧的特定領域採取放任之態度，從而此一領域不再涉及公共行政任務²⁷。就此而言，若國家採取私法的形式而與其他競爭者競逐於生存照顧之領域，則此時國家正在執行公共行政任務（但要參照第 11 條第 1 項第 2 款 c 目中的「其他機構」的解釋）；但如果某一團體（即便是由國家所設立的）僅是一名由國家所創設之市場上競爭者，而此一市場的產生是為了實現公共任務的話，此時則不存在著公共行政任務²⁸（在體系上的歸類有些不明確）²⁹。

純粹盈利經濟之國庫活動(die rein erweibswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit)是否屬於公共行政的範疇，德國早期的實務見解多採取否定的立場，但現今學說與實務對此部分頗有爭論³⁰。依照多數見解，一般認為其並不屬於公共行政任務（從而其為刑法第 299 條所處理）³¹。相反地，具備特別貪腐傾向的採購行政及需求行政(Beschaffungs- und Bedarfsverwaltung)則被納入到公共任務內。因為儘管國家此時係作為給付之消耗者，但作為干預行政或給付行政的必然前提條件，此一給付已經和干預行政與給付行政建立起不可分割之聯繫³²。此外，如果僅是附

²⁵ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 9.

²⁶ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 9.

²⁷ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 9.

²⁸ 行政法學說上通常將民營化區分為以下幾種類型：一、實質／任務民營化。此係指某特定行政事務的國家任務屬性雖然維持不變，但國家本身不再負責執行，而轉由民間負責或提供；二、組織民營化（又稱形式民營化）。在此民營化類型中，由於僅係行政主體改以私法形式履行國家任務，但任務本身並未轉移給私人，只是不以公法形式，而是以私法形式，例如以公司之形式履行任務；三、財產民營化(Vermögens-privatisierung)。此一類型之民營化即一般所謂的「公民合資事業」或「公民合營事業」，分為：一、政府與人民共同設立一新的公民合資事業。二、政府參與民營事業投資，包括政府直接投資或公營事業轉投資。三、政府將現有公營事業之資本部分移轉民間，形成公民合資事業。其判斷標準與前述組織民營化時並無不同，端視該公私合資企業所從事之業務內容是否屬獨佔性之生存照料任務，且國家對其指揮、監督及控制之密度，是否足以視為具備類似行政機關之性質，但依照前述標準，一般而言頗難符合要求；四、功能民營化(funktionale Privatisierung)。此一類型之民營化指國家任務屬性不變，國家並未放棄自身執行的責任，只是執行階段選擇借重私人力量的方式完成任務，例如行政助手、專家參與、行政委託等。參見：林雍昇，〈民營化下刑法公務員範圍變動的理論初探——以德國法制為借鏡〉，《台灣法學雜誌》，第 103 期，2008 年 2 月，頁 192 以下。

²⁹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 9.

³⁰ 吳耀宗，註 14 文，頁 185。

³¹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 10.

³² Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 10.

屬性的、機械性的輔助活動(untergeordnete und mechanische Hilfstätigkeiten)，如文書處理工作或是清潔工作等，其並不屬於公共行政任務³³。



第二目 歐洲公務員

德國在 2015 年 11 月透過貪污抗制法(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, KorrBekG)³⁴，新增歐洲公務員作為收受利益及受賄罪的主體。其中，德國刑法 11 條第 1 項第 2a 款規定³⁵：

「歐洲公務員係指下列之人員：

- a、歐盟委員會、歐洲中央銀行、歐盟審計署或歐盟法院成員；
- b、歐盟或根據歐盟法所創設機構的行政官員或其他職員，或
- c、受委託實施歐盟之任務或根據歐盟法所創設機構之任務者。」

第三目 對公共職務負有特別義務之人

刑法第 11 條第 1 項第 4 款規定³⁶：

「對公共職務負有特別義務之人，係指其本身並非為公務員，而屬於下列情形之人員：

³³ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 11; 吳耀宗，註 14 文，頁 185。

³⁴ 關於 2015 年德國貪污抗制法的修法內容，全文可見：<http://www.buzer.de/s1.htm?g=Gesetz+zur+Bek%C3%A4mpfung+der+Korruption&f=1> (最後瀏覽日：2016/01/09)。

³⁵ § 11 StGB (Personen- und Sachbegriffe) Abs. 1 Nr. 2a


Europäischer Amtsträger: wer

- a) Mitglied der Europäischen Kommission, der Europäischen Zentralbank, des Rechnungshofs oder eines Gerichts der Europäischen Union ist,
- b) Beamter oder sonstiger Bediensteter der Europäischen Union oder einer auf der Grundlage des Rechts der Europäischen Union geschaffenen Einrichtung ist oder
- c) mit der Wahrnehmung von Aufgaben der Europäischen Union oder von Aufgaben einer auf der Grundlage des Rechts der Europäischen Union geschaffenen Einrichtung beauftragt ist;

³⁶ § 11 StGB (Personen- und Sachbegriffe) Abs. 1 Nr. 4

für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter: wer, ohne Amtsträger zu sein,

- a) bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, oder
- b) bei einem Verband oder sonstigen Zusammenschluß, Betrieb oder Unternehmen, die für eine Behörde oder für eine sonstige Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ausführen, beschäftigt oder für sie tätig und auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten auf Grund eines Gesetzes förmlich verpflichtet ist;

- 
- a、受僱於執行公共行政任務之機關、其他機構或為此等機關、機構而活動，並且對其職責之認真執行依法負有正式之義務³⁷者；
- b、受僱於為機關或其他機構執行公共行政任務之聯合團體、或者其他結合組織、事業經營單位或企業或者為此等團體組織而活動，並且對其職責之認真執行依法負有正式之義務者。」

從法律條文上可以得知，如果要成為對公共職務負有特別義務之人，必須符合消極和積極兩方面之要件——消極方面要求此等人員不能是刑法第 11 條第 1 項第 2 款所列舉之公務員；積極方面則是此等人員必須受僱於執行公共行政任務之機關或其他機構，或者受僱於為機關或其他機構執行公共行政任務之聯合團體、或者其他結合組織、事業經營單位或企業，或是為此等機關、機構或團體組織而活動，並且對其職責的認真執行依法負有正式之義務³⁸。

本款制定的理由主要在於，基於保護法益的目的，立法者要求任何可能造成相關法益受侵害者，即使行為人本身並非公務員，但在必要時也必須承擔刑事責任³⁹。鑑於公務員概念射程的不確定，額外（規定）的特別義務不僅是無害的，甚至在存疑的情形下可能是合目的的⁴⁰。

值得一提的是，行為人成為對公共職務負有特別義務之人的前提，乃該人已經根據擔負義務法(*Verpflichtungsgesetz*)的相關規定踐行了一個正式的擔負義務程序。擔負義務法規定了何人有踐行擔負義務程序的資格及擔負義務程序的重要步驟。該法的目的主要在於避免相關人員違反有關職務犯罪的刑法條文時，主張其對自身主體資格無認識，而援引德國刑法第 16 條的構成要件錯誤以推諉刑責。立法者為了減輕司法機關在個案中的證明負擔，特別制訂擔負義務法要求特定人員必須踐行該程序，以明白揭示其可能擔負的刑事責任，使其未來無法託辭不知其主體資格而卸責。故，只要已經踐行該程序，法院即可推定其關於主體資格具有故意存在，只有未踐行者才能在個案就具體情況主張構成要件錯誤。⁴¹

³⁷ 學者吳耀宗認為，「...特別是 Tröndle/Fischer 在其刑法註釋書中提到『Diese förmliche Verpflichtung ist Pendant zur Bestellung des Amtsträger』（正式的雇用乃是相對於公務員之任聘之對稱概念）（StGB, 52. Aufl., 2004, §11 Rn. 26），如果將此句話理解為「正式的義務乃是相對於公務員之任聘之對稱概念」可能不知所云，是以，本文認為，將 *verpflichteter* 譯為『受僱用人』應該較為貼近其在該條款之具體內涵。」參見：吳耀宗，註 14 文，頁 177。但本文此處仍採直譯的方式，以貼切法條的用語。

³⁸ Sowada, aaO. (Fn. 13), 2006, § 331 Rn. 18.

³⁹ 林雍昇，註 28 文，頁 189。

⁴⁰ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 18.

⁴¹ 林雍昇，註 28 文，頁 190。

不過，德國文獻上對此一規定亦存在著批判聲音：「哪些人應踐行擔負義務程序，純由行政機關自行認定容易流於恣意，且如果該擔負義務者事實上所從事之事務，根本就與公共行政任務無涉，豈能僅因一個形式的擔負程序就具備實質的不法資格；反之，如果確實執行與公共行政任務相關之事務的話，也不能僅因未踐行該程序就可脫責」「就刑法理論而言，很難單純因為正式的宣誓，就讓特殊的義務承擔者具備公務員資格。因為這個宣誓程序本身，並不會讓個人與所保護的國家法益間有更緊密的關聯，也就是說其所從事事務的性質，既不會因此而有所變動，其所負擔的責任也不應因此而變得更重。因此，正式宣誓的進行對其所實現的不法是不會有任何影響的」。⁴²

綜上所述，不難發現，德國的公務員概念主要是從組織性的角度出發，同時也兼及功能性的觀點⁴³。且其主要是以行政公務員為思考主軸，著重強調公共行政任務之執行，故原則上並不會涉及到各級民意代表，除非其另外兼有行政職務（如各級議會之議長、聯邦眾議會之軍事監督委員會委員等）。⁴⁴

第二款 利益

依照德國的通說見解，利益被理解為一種給付(Leistung)——公務員或者第三人對於系爭給付，並無權請求之。且系爭給付能夠客觀地改善收受者在經濟上、法律上或者單純個人的地位⁴⁵。至於利益本身為物質(materielle)形式或非物質(immaterielle)形式，則無關緊要⁴⁶。

物質形式的利益，除了金錢和實體財產以外，也包括以下的事項：物品之使用可能性；折扣之給予；無息貸款之提供；（臨時地）將職務上的資金轉到私人帳戶以擴張償付能力；債務清償之延期或免除；旅行、節慶活動費用之提供、對於性工作者性行為給付之支付以及邀請到美食餐廳就餐。此外，如果就一份無任

⁴² 林雍昇，註 28 文，頁 191。

⁴³ 吳耀宗，註 14 文，頁 193。

⁴⁴ 吳耀宗，註 14 文，頁 193。

⁴⁵ Hartmann, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013, S. 234; Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 31; Sommer, in: AK-StGB, 2015, § 331 Rn. 13; Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 397; 洪湘媛，《刑法賄賂罪之研究》，東吳大學法律學系碩士論文，2013 年，頁 43。

⁴⁶ Hartmann, aaO. (Fn. 45), S. 234.

何價值的鑑定報告為高額支付或兼職活動之中介等，亦是如此⁴⁷。若公務員所收受之利益是職務行為執行的手段或此利益係公務員透過刑事犯罪行為所直接創設出來的，則非本罪所要求之利益⁴⁸。

一般認為，非物質形式的利益包含：性交以及其他重大的性行為之提供；勳章、頭銜(如名譽教授)或者名譽職位之授予；特定之邀請；中介活動，使人得以加入不易進入且尊貴的團體或是使人獲得(免費的)培訓機會、工作機會；乃至於在媒體上的正面報導等⁴⁹。早期的見解，即 1997 年修法之前，沿襲自 Feuerbach 以來的廣泛主張，認為利益是一種野心或者虛榮心之滿足(*die Befriedigung des Ehrgeizes, der Eitelkeit und des Geltungsbedürfnisses*)⁵⁰。但是，現今的要求則是，非物質利益必須包涵客觀可測量之內容(*einen objektiv messbaren Inhalten*)，且在事實上提高公務員之地位⁵¹。

又，依照通說，利益並不取決於給予的價值。從而，即使是價值細微的利益，其亦會落入刑法第 331 條以下條文之中⁵²。與之相反的是，實務認為如果是社會相當之給予(*sozialadäquater Zuwendungen*)的話，其並未該當本罪構成要件之「利益」要素⁵³。就此實務見解而言，雖然其達到限縮的效果，但該限縮效果和利益要素之間並不存在著關聯⁵⁴。如此操作(忽視利益概念中法定原則之欠缺)的結果是，一方面此限縮效果對於刑法第 332 條以及第 334 條同樣適用；另一方面僵化的價值界限並無法「放諸四海而皆準」地適用於所有情形⁵⁵。因此，相對可取的方式，是將「社會相當」方面的判斷置於「不法協議」中進行定位⁵⁶。

現狀之維持(*die Beibehaltung des status quo*)是否構成利益，存在著爭議⁵⁷。實務認為，作為凶兆之反面，有利情形之維持是一種(非物質形式的)利益，譬如對於早前錯誤行為的不揭露而得以不受干擾地保留職位或職涯機會⁵⁸。對於上述見解，學說上並未存在一致的說法。有學者指出，應當在個案中作區分考量，即如果獨立於公務員之職務執行，系爭不利變更無論如何都要落到公務員身上的話，

⁴⁷ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 33.

⁴⁸ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 33.

⁴⁹ Möhenschlager, aaO. (Fn. 11), S. 399.

⁵⁰ Möhenschlager, aaO. (Fn. 11), S. 399.

⁵¹ Möhenschlager, aaO. (Fn. 11), S. 399.

⁵² Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 34.

⁵³ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 34.

⁵⁴ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 34.

⁵⁵ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 34.

⁵⁶ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 34; 洪湘媛，註 45 文，頁 44。

⁵⁷ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 35.

⁵⁸ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 35.

系爭違反期待之有利狀態維持應被認定為「利益」；相反地，如果即將來臨之惡害施加的產生和職務執行存在著關聯的話，則應認定其為「不利益之避免」(Nachtteilsvermeidung)而非「利益」⁵⁹。因為公務員此時所展現出來的是自身的不果敢，而非是可收買性⁶⁰。

在 1997 年修法之前，當時的法律條文規定，行為人必須為「要求、期約或收受利益」的行為。依當時的通說見解，如果系爭給予係向第三人提供的話，只有在系爭給予同時顯示出其本身至少對於公務員間接有利的情況下，系爭給予才會落入刑法第 331 條以下條文之內⁶¹。當時所採納的標準是公務員與第三人之間的親密程度(Näheverhältnis)，即如果系爭給付係向公務員的親屬或最為親密之人提供的話，一般為當時之實務所肯認⁶²。不過，若系爭給付係向公務員所受僱之機構或者公務員為當中一員的社團（如體育俱樂部或是政黨）提供的話，由於親密程度的弱化，會產生諸多的問題⁶³。聯邦最高法院認為，需要根據個案的具體情形進行處理，即如果金錢係向系爭組織提供而被交付給公務員的話，由於公務員對此一金錢具備事實上處置之可能性(faktischen Dispositionsmöglichkeit)，可以將此一金錢認定為直接的經濟利益；否則，就只能將其認定為間接利益⁶⁴。

對此見解，一般認為，一方面間接利益的說法將導致非物質形式利益感染上「肢端肥大症」，即使得非物質形式利益的解釋過於寬泛，並喪失客觀可測量性⁶⁵；另一方面對於賄賂罪的保護法益而言，所涉及的利益有利於行為人本人還是第三人，根本就無關緊要⁶⁶。刻意的要求將會造成「證明上的噩夢」，即對於自利性的要求將產生證明問題⁶⁷，進而導致對於刑事追訴的大量規避。

在 1997 年修法之後，德國的賄賂罪包括了對第三人之餽贈。是以，「必須間接地對公務員有好處」這樣的條件已經不再被要求⁶⁸。即便利益給付係流向公務員所屬之社團，也無需證明公務員實際上有獲得好處⁶⁹。

⁵⁹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 35.

⁶⁰ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 35.

⁶¹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 41.

⁶² Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 41.

⁶³ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 41.

⁶⁴ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 41.

⁶⁵ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 41.

⁶⁶ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 41.

⁶⁷ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 41.

⁶⁸ 不過，文獻上也提及，由於利益構成要件的擴張，加上同時發生的不法協議的鬆綁，造成本罪構成要件範圍上的不妥，特別是第三方科研經費(Drittmittelforschung)。對此，少數論者認為，應對本法採取限縮性解釋或目的性限縮，即第三人利益仍應在最廣泛之程度上對公務員有物質性或非物質性之用途。但是，學說上多數說法仍反對將「間接地對公務員有好處」此一條件當作構

第三款 職務執行與職務行為

職務執行(Dienstausübung)此一概念的出現始於 1997 年貪腐抗制法(das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, KorrBekG.)。在此之前，關於收受及提供利益的規定，德國第 331 條舊法要求「公務員或對公務負有特別義務之人，以其已實施或將實施之職務行為作為對價⁷⁰」。而 1997 年修法的一個重要難題就是，如何一方面使收受以及提供利益罪之關係行為得以包涵所有需刑罰的情形，另一方面卻將無刑罰必要性的行為排除在本罪之外⁷¹。此一議題的討論主要在「不法協議的取消或放寬」此一脈絡底下進行的⁷²。當時，聯邦參議院(Bundesrat)曾建議採用「.....只要利益的收受和公務員的職務存在著關聯，就得以刑罰」⁷³。不過，此一廣泛的版本為當時的聯邦政府所拒絕⁷⁴。最終，妥協的解決方案則是「對於職務執行(für die Dienstausübung)」此一措詞⁷⁵。

在區分職務行為(Diensthandlung)和職務執行這兩個概念的同時，必須理解德國對於刑法第 331 條以及第 332 條之間的關係。早期認為，這兩個條文處於互相排斥的關係，即不法期約只能針對職務行為的義務違反性，亦即公務員的執行職務行為必須和行賄的利益形成所謂的對價給付關係⁷⁶。然而，除了個別的具體職務行為之外，公務員在其他相關的活動領域也會呈現出對其地位或職務販售「價格化」的現象⁷⁷。為了避免此一情形，立法者將刑法第 331 條的職務受賄罪改為公務員受賄罪的截堵構成要件(Auffangtatbestand)，即降低了對於職務上受賄行為的對價關係強度要求⁷⁸。從而，原來的職務義務違反性得以擴張適用到職務執行

成要件該當之基礎，因為上述所討論之限縮在法律上並不存在著任何連接點。就刑法第 332 以及第 334 條來看，法益都已經受到了侵害，從而在個別條文的構成要件中對利益作不同解釋的可能性理應被避免。較為可取之道是使實際上所要求的限縮落腳在「不法協議」之上，具體參見：Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 43.

⁶⁹ 洪湘媛，註 45 文，頁 44。

⁷⁰ § 331 StGB a. F. (Vorteilsannahme)

(1) Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft...

⁷¹ Korte, in: MüKo-StGB, 2011, § 331 Rn. 82.

⁷² Korte, aaO. (Fn. 71), § 331 Rn. 82.

⁷³ Korte, aaO. (Fn. 71), § 331 Rn. 82.

⁷⁴ Korte, aaO. (Fn. 71), § 331 Rn. 82.

⁷⁵ Korte, aaO. (Fn. 71), § 331 Rn. 82.

⁷⁶ 周慶東，〈貪瀆罪中的職務行為意義——德國刑法上的觀點〉，《法學叢刊》，第 56 卷第 3 期，2011 年 7 月，頁 9。

⁷⁷ 周慶東，註 76 文，頁 10。

⁷⁸ 許恒達，〈賄賂罪職務行為之再探討——以民意代表受賄事例為中心〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 83。

(非職務義務違反性)上,使得這兩個條文成為「非排斥性關係」,甚至是類似於基本構成要件和加重構成要件的關係⁷⁹。如此操作的結果是,只要行賄者與受賄者之間對於公務員可實施的職務約略活動有合意,即足以構成第 331 條的刑責。在此原則上並不要求職務行為的特定性,只要是概括的一般性內容,即足以構成本罪的對價關係⁸⁰;但若屬於第 332 條的違背職務受賄罪,則必須存在著特定職務行為與賄賂的具體對價關係,才能成立第 332 條之刑責⁸¹。

是以,職務執行此一概念包含了所有(過去以及未來的)職務活動⁸²。在職務執行的認定上,並不要求行為人採取特定的職務行為。若利益提供的目的在於收買公務員在其未來的任何一個職務活動中之一般性好感時,便已經充足⁸³;而對於職務行為的特定,德國實務向來的見解是,只要公務員的活動能夠讓人知道其有何種活動方向,基本上就可以說是充分特定了。換言之,若得以讓人對該活動分別歸類到公務員特定的任務範圍當中,並且對其實施內容作出一個大致的輪廓(*grob umrissen ist*),即為已足⁸⁴。但撇開對價關係中的職務行為的約略性/明確性要求,職務執行和職務行為本身定義上並無太大的差距⁸⁵。

職務行為(以及同時之職務執行行為)是指所有屬於公務員所承擔的職務任務(*übertragenen Dienstaufgaben*)的行為,且其係由公務員以職務的型態(*in dienstlicher Eigenschaft*)所作出⁸⁶。換言之,公務員的行動及其自身所承擔的任務之間必須存在著「一種功能上的關聯(*ein funktionaler Zusammenhang*)」。實務見解則是以反面的方式來定義職務行為,只要依照行為的本質來看,其與公務員本身的職掌範圍存在著內部(沒有過度寬鬆的)關係,同時亦非完全外在於其職掌範圍,即屬於公務員職務行為⁸⁷。

若行為人行為完全符合法律或職務分工命令(*Dienstanweisung*)上對於公務員的規定要求(*die Vorgaben*),且公務員在職務法上本應甚至必須以此方式如此執

⁷⁹ 周慶東,註 76 文,頁 9。

⁸⁰ 許恒達,註 78 文,頁 83。

⁸¹ 許恒達,註 78 文,頁 83。

⁸² *Kindhäuser*, *Strafrecht BT Teil I*, 2012, § 76, Rn. 17.

⁸³ *Kindhäuser*, aaO. (Fn 82), § 76, Rn. 17.

⁸⁴ 周慶東,註 76 文,頁 9。

⁸⁵ 許恒達,註 78 文,頁 83。

⁸⁶ *Sowada*, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 52; *Kindhäuser*, aaO. (Fn 82), § 76, Rn. 18; *Korte*, aaO. (Fn. 71), § 331 Rn. 84.

⁸⁷ 原文為:「...dass die Handlung ihrer Natur nach mit dem Amt in einer inneren (nicht nur äußerlich losen) Beziehung steht und nicht völlig außerhalb des Aufgabenbereichs der Amtsperson liegt.» Vgl. *Sowada*, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 41; 許恒達,註 78 文,頁 83。

行時，則此行為依其本質在任何情況下均屬於公務員所承擔之職務，進而理應被認定為公務員的職務行為⁸⁸。至於職務的難度、公務員本身是否作出有外部效力的決定或只是內部的準備或者輔助活動、其行為是否具備主權或者國庫性格，均非所問⁸⁹。

學說上較為一致的是，和內部事務分配規則之違反一樣，即使公務員欠缺事物管轄或者土地管轄，並不會因此排除掉職務行為的存在⁹⁰。毋寧說，具體的（個人的）管轄權限是可有可無的。只要存在著功能關聯意義下的「抽象」管轄權限，就已經足夠（同時也是必要的）⁹¹。從而，一方面即便行為人的行為逾越權限，也為職務行為所包含；另一方面，若明顯存在著職務活動關聯（從而造成職務行為收買性的印象）的欠缺，如官方醫師的納稅通知書、稅務官員的建築許可等，則應被排除在外⁹²。

又，在刑法第 332 條以及第 334 條中的違背義務之職務行為的情形中，並不會因為行為的違法性而導致行為職務性格(Dienstcharakter)的消除⁹³。按照通說見解，公務員以刑法或職務法上所不容許的方式濫用其地位，如監督公務員(Aufsichtsbeamter)釋放人犯或是機關職權執行者(Organwalter)損害職務秘密⁹⁴，同樣可以從中導出此一行為的職務性格，只要行為人係透過其職務地位⁹⁵而得以作出該行為⁹⁶。

⁸⁸ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 54; 許恒達，註 78 文，頁 83。

⁸⁹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 54.

⁹⁰ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 56: „Nach heute einhelliger Ansicht schließt das Fehlen der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit das Vorliegen einer Diensthandlung ebenso wenig aus wie die Verletzung interner Geschäftsverteilungsregelungen.“

⁹¹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 56: „Eine konkrete (individuelle) Zuständigkeit ist mithin entbehrlich; ausreichend, aber auch erforderlich ist eine „abstrakte“ Zuständigkeit.“

⁹² Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 56.

⁹³ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 57.

⁹⁴ Kindhäuser, aaO. (Fn 82), § 76, Rn. 19.

⁹⁵ § 174b StGB (Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung)

(1) Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren oder an einem Verfahren zur Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung oder einer behördlichen Verwahrung berufen ist, unter Mißbrauch der durch das Verfahren begründeten Abhängigkeit sexuelle Handlungen an demjenigen, gegen den sich das Verfahren richtet, vornimmt oder an sich von dem anderen vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

德國刑法第 174b 條之利用職位所為之性侵害：

(1) 從事於刑事訴訟程序、剝奪自由之保安處分或者行政拘留程序之公務員，濫用因程序而形成的從屬性，對程序所指向的對象為性行為或使其與自己發生性行為者，處 3 個月以上 5 年以下有期徒刑。

(2) 本罪之未遂犯，罰之。

⁹⁶ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 52.

對此，學者 Ebert 持反對見解，職務行為的射程(*der Kreis der Diensthandlungen*)應作相對狹義的理解。其主張，在排除掉所有的私人行為方式後，應限縮在「真實意義下的」職務行為(*die “eigentlichen” Amtshandlungen*)內，並要求存在一個合乎義務的關聯(*pflichtgemäßes Korrelat*)，即系爭行為在允許的情況下屬於公務員的職掌範圍。進而，Ebert 以此方式區分了「絕對(*absolut*)」以及「相對(*relative*)」禁止的行為。其中，「絕對」禁止的行為不會成為職務行為⁹⁷。

對上述的批判性見解，文獻上承認，將在刑罰或保安處分執行機構走私酒精或毒品、在進行的偵查程序中毀棄卷宗或者證物或利用職務地位為性行為當作職務行為，會擾亂口語意義上的語感(*das umgangssprachliche Sprachgefühl*)。且行為與公務員所承擔之職務之間「功能上關聯」的指明，也無法提供一個令人滿意的解答⁹⁸。因為在這種情形中，公務員所採取的可刑罰行為並不是指向於職務目的。毋寧說，公務員正是透過職務上的地位才得以實行一個可刑罰的行為⁹⁹。

不過，若按照上述（學者 Ebert）的見解，儘管刑法第 332 條以及第 334 條仍可適用於依其本質屬於公務員職掌範圍的（比較少）行為方式，如文書之發放、囚犯信件之運送，但此一基於目的性的限縮性主張並無法讓人信服¹⁰⁰。因為從保護法益的觀點來看，為了金錢或其他利益而準備為可刑罰之行為，其固然不存在著合乎義務之對應(*keine pflichtgemäße Entsprechung*)，但（至少）與職務執行存在著間接的(*mittelbar*)關聯，其不僅危及到國家行為的公正性，也同時在特別高的程度上危及到了人民對於職務行為的信賴。從而，未將公務員的可刑罰行為視為刑法第 332 條以及第 334 條的「職務行為」，而將其歸為（廣義的）「職務執行」概念，是無法令人滿意的¹⁰¹。再者，「絕對」以及「相對」禁止行為之間的區分在操作上也有很大的問題。官方發言人洩露職務上的秘密可能該當賄賂犯罪，其他公務員的公開卻因為合乎義務關聯的欠缺而不會成立賄賂犯罪，顯得有所不妥¹⁰²。

毫無爭議的是，如果行為人假稱將實施其所承擔的任務範圍的活動時，就存在著職務執行；但與之相反的是，如果行為人假裝其已經執行了特定的職務行為，按照實務上的見解，其並未存在著職務行為¹⁰³。理由是刑法第 331 條第 2 項以及

⁹⁷ Ebert, GA 1979, 361, 368, 375, 389 f.

⁹⁸ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 58.

⁹⁹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 58.

¹⁰⁰ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 58.

¹⁰¹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 58.

¹⁰² Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 58.

¹⁰³ Kindhäuser, aaO. (Fn. 82), § 76, Rn. 20.

第 332 條第 1 項和第 2 項使用的用語是「已經實施(vorgenommen hat)」以及「已經違反職務義務(Dienstplichten verletzt hat)」¹⁰⁴。不過，通說認為，上述兩種情形並不存在區別對待的理由。因為本罪的規範目的在於阻止為職務行為而提供利益的行為，而非是職務行為的實際實行¹⁰⁵。

反之，如果行為人的行為完全地外在於公務員的職掌範圍的話，則其明顯所涉及的是純粹的私人行為(reine Privathandlungen)，如在執行職務期間的私人購物行為或者警察就其職務範圍之外認知的供述。即便行為人在為外在於公務員職掌範圍的行為時，使用了職務上的影響或聲譽，如檢察官基於私人身份以當事人的名義向警員打聽抽取血樣之結果¹⁰⁶，或者行為人在此過程中運用了其在職務上所掌握的知識或能力，如在上班時間授予其他私人之課程、掌管都市計畫的官員另外接案，以獲得報酬為代價，協助撰擬該公司的建案報告¹⁰⁷，此類行為仍非職務行為¹⁰⁸。公務員在職務行為以外的副業活動(Nebentätigkeit)，即便欠缺許可或者在職務法上存在著禁止規範的情況下，本質上仍是私人行為¹⁰⁹。且即便公務員之後可能在職務上和系爭進程產生系屬，也不會使該副業活動變成職務行為。只有當利益的提供是為了未來的職務執行或職務行為時，刑法第 331 條以下條文才有適用的可能。另外，若行為僅是在職務執行期間所為，其仍落入私人之範疇，如火車檢票員為旅客購買飲料、在補習班教書以及法院執行人為了取得被執行債務人的性回報而支付債務¹¹⁰。

第四款 不法協議

賄賂犯罪的本質或者核心是所謂的「不法協議」(Unrechtsvereinbarung)。具體而言，行求、期約或交付賄賂以及要求、期約或收受賄賂等行為，與職務上的行為必須存在著關聯或者等價的關係(Beziehungs- oder Äquivalenzverhältnis)¹¹¹。依照公務員和利益提供者之間或明示或默示的合意，提供利益的原因正是在於職

¹⁰⁴ Kindhäuser, aaO. (Fn 82), § 76, Rn. 20.

¹⁰⁵ Kindhäuser, aaO. (Fn 82), § 76, Rn. 21.

¹⁰⁶ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 55.

¹⁰⁷ 許恒達，註 78 文，頁 85。

¹⁰⁸ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 55.

¹⁰⁹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 55.

¹¹⁰ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 55; Kindhäuser, aaO. (Fn 82), § 76, Rn. 22.

¹¹¹ 洪湘媛，註 45 文，頁 88。

務執行與職務行為，從而，利益給予得以作為職務活動的「等價物」(“Äquivalent”)或「報酬」(“Entgelt”)¹¹²。

在 1997 年之前，此一連結在法律文本上表現為，利益之要求或行求等必須是以公務員(特定情況下違背職務義務的)已經實施的或即將實施的職務行為「作為對價」(als Gegenleistung)¹¹³。此一法律用語至今仍見於刑法第 331 條第 2 項與刑法第 333 條第 2 項以及刑法第 332 條與第 334 條¹¹⁴。相對地，透過 1997 年貪腐抗制法的修正，刑法第 331 條第 1 項、第 333 條第 1 項對於構成要件不法的描述是，「對於職務執行」的利益要求等行為。雖然以此方式達成了不法協議的放寬——對於(多多少少確定的)具體職務行為不再要求一種等價的關係¹¹⁵，但「作為對價」此一用語對於一般性的「職務執行」的連結並不合適，故刑法第 331 條第 1 項和第 333 條第 1 項放棄使用「作為對價」此一用語，而改採「為了職務執行」(für die Dienstaübung)¹¹⁶。與此同時，「為了職務執行」也明確地表示出，即便是在刑法第 331 條第 1 項與第 333 條第 1 項上，也要維持利益與職務活動之間的關聯必要性¹¹⁷。如此操作的結果是，此一規範獲得了一種備用性格。當利益與充分具體的職務行為之間的關聯關係無法被證明或者利益(提供)不可能歸因於特定的職務行為時¹¹⁸，刑法第 331 條第 1 項與刑法第 333 條第 1 項就能「挺身而出」。

不過，對於不法協議此一概念仍需進行詳細的說明。首先，刑法第 331 條以及第 333 條中的不法協議經常被誤解的一點是——此處的不法並不是協議的標的。毋寧說，在不存在著構成要件限縮(Tatbestandseinschränkung)以及同條第三項之許可的情形下，正是職務行為和(利益)提供之間的連結本身才得以成為不法¹¹⁹。總之，「不法」此一要件明確要求，其必須涉及到一個違背規則的、相對於職務執行的利益交換¹²⁰。

又，將等價的關係標誌為一種雙務的交換關係固然納入了危及法益的職務行為可收買面向，但與此同時需要明白揭示出來的是，此為一種不對稱的交易關係結構——只有(在賄賂雙方的認知下)利益的提供正是作為職務執行或職務行為

¹¹² Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 64.

¹¹³ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 64.

¹¹⁴ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 64.

¹¹⁵ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 64.

¹¹⁶ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 64.

¹¹⁷ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 64.

¹¹⁸ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 64.

¹¹⁹ Korte, aaO. (Fn. 71), § 331 Rn. 93; Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 64.

¹²⁰ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 65.

的對價，才（對等價關係的判斷）起著決定性作用；相反地，職務活動的作出作為利益之對待給付，既不必要也不充分（欠缺相反指向的合意）¹²¹。

此外，如果公務員單方面地基於事後酬謝的期待而實施職務活動，其並未該當此構成要件¹²²。可是，如果公務員事後要求、期約或者收受利益的行為和其之前的行為之間存在著關係，則已經進入刑罰的範圍。因為刑法第 331 條也包含了對於過去的職務活動提供利益的協議¹²³。固然刑法第 331 條在用語上廢棄了「以其已經實施或即將實施之職務行為作為對價」而改採「對於職務執行」，但這並不意味著刑法第 331 條對於以往之法律狀態有任何事實上的限縮。特別是，賄賂罪依其本質並非「有明確構成要件之犯罪(?)」（“Bestimmungsdelikte”）此點從未更動過¹²⁴。鑑於職務執行的廣泛性，即便公務員係基於過去的職務行為而收受利益，而利益提供者提供利益的目的是在於未來的職務行為，此時仍存在著不法協議¹²⁵。

在賄賂罪的界定限縮上，必須將細微性(die Geringfügigkeit)、透明度(die Transparenz)、社會相當(die Sozialadäquanz)以及刑法之外的規則遵守(die Einhaltung außerstrafrechtlicher Regeln)納入考量¹²⁶。這些要素之間並不是彼此分離的。舉例而言，利益提供的社會相當性也得以取決於利益的價值¹²⁷。自根本上而言，鑑於社會相當性的廣度，人們可以將其視為是一種上位概念(Oberbegriff)，並透過進一步的下位標準(weitere Subkriterien)使之具體化。另外，並不需要所有要素都累積性地存在，才得以排除不法協議；毋寧說，若經過一個整體的觀察評估可以得知並未對保護法益造成侵害，即為已足¹²⁸。

在個案上，對於不法協議的檢驗具有特別意義的是參與者的利益地位，其反映於利益提供的價值、方式以及目的確認以及利益收受方的行為方式之上¹²⁹。此

¹²¹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 66: „Die Kennzeichnung der Äquivalenzbeziehung als synallagmatisches Austauschverhältnis (“do ut des”) nimmt den Aspekt der rechtsgutsgefährdenden „Käuflichkeit“ amtlichen Handelns auf, bedarf jedoch des klarstellenden Hinweises auf die asymmetrische Struktur der Tauschbeziehung: Entscheidend ist allein, dass (in Kenntnis beider Parteien) der Vorteil als Gegenwert für die Diensttausübung (oder Diensthandlung) gewährt (usw.) wird. Dass umgekehrt (auch) die dienstliche Tätigkeit als Gegenleistung für den Vorteil erbracht wird, ist weder erforderlich noch (ohne die entsprechende gegenläufige Abrede) ausreichend.“

¹²² Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 67.

¹²³ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 67.

¹²⁴ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 67.

¹²⁵ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 67.

¹²⁶ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 70.

¹²⁷ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 70.

¹²⁸ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 70.

¹²⁹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 70.

外，當不存在作為對價的具體職務行為時，利益地位也得以彰顯出其對職務執行的關係¹³⁰。譬如，建商公司交給市長 100,000 馬克而未暗示任何特定的項目。但鑑於市長廣泛的決定權限，相較於 1997 年以前的刑法條文，更容易成立刑法第 331 條。考量到立法者擴張刑事可刑罰性的意思，人們會將所謂的「打好關係」(Klimapflege)，即為了取得公務員在職務執行範圍內的一般性好感而提供利益的行為，以及所謂的「投餌」(Anfüttern)，即利益的提供是為了創設親密以及依賴關係，從而使公務員傾向於作出日後可能的對待給付，認定為刑法第 331 條以及第 333 條所包含¹³¹。

不過，值得注意的是，上述概念（“投餌”、“打好關係”）並不是一種可涵攝的法律概念，而只是對於社會生活表現形式（部分的外形是模糊的）的關鍵字稱謂(Schlagwortartige Bezeichnung)¹³²。是以，仍有必要去探討其與（任一）職務活動的關聯以及各個行為的法益關聯。隨之而來擴張被認為過於狹隘之舊法之改革方向，不能作為下列事項之合理事由：亦即輕率地將德國刑法第 331 條、333 條之處罰擴張至所有語義上可涵蓋 Klimapflege、Dankeschön 或 Anfüttern 等概念之案例¹³³。毋寧說，在不法協議放寬之後，即使刑法的容忍界限已經由於賄賂罪的新規定而被一步地收緊，但仍有待「社會相當性」(Sozialadäquanz)或類似的界限工具對過於擴張的可刑罰性做必要的校正¹³⁴。社會相當性此一考量可以追溯到 Welzel 所提出的社會相當性說(Lehre von der Sozialadäquanz)¹³⁵——如果行為的作出係完全在規範的、歷史上形成的社會秩序框架內，即使人們將此行為涵攝到

¹³⁰ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 71.

¹³¹ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 71: „Unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens zur Strafbarkeitsausweitung wird man (im Gegensatz zur alten Rechtslage) Zuwendungen zur Schaffung allgemeinen wohlwollen im Rahmen der Dienstausbung („Klimapflege“) ebenso als von §§ 331, 333 grundsätzlich erfasst ansehen müssen wie Zuwendungen als „Dankeschön“ für (bzw. auf) gut Zusammenarbeit und Anbahnungszuwendungen, die ein Nähe- und Abhängigkeitsverhältnis schaffen und den Amtsträger zu eventuellen späteren Gegenleistungen geneigt machen sollen („Anfüttern“).“

¹³² Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 71.

¹³³ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 71.

¹³⁴ Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 71.

¹³⁵ 許恒達，〈「行為非價」與「結果非價——論刑事不法概念的實質內涵」〉，《政大法學評論》，第 114 期，2010 年 4 月，頁 19：「古典客觀因果不法論強調法益侵害結果是刑事不法成立的唯一理由，Welzel 批評此一看法，因為該說忽略了目的行為『本身具有倫理非難性，將刑事不法委諸外在的客觀法益侵害，但是未重視『目的行為之內容』侵害了法律秩序企求的倫理規範。依據 Welzel 所主張之『人的不法論』，刑事不法的證立必須經由雙重的管道說明，此即行為人實施目的行為，而目的行為表現出反法秩序倫理性的『行為非價』，以及基於目的實施後，進而實現法益侵害的『結果非價』。Welzel 認為，刑法的實質不法是由『外在的法益侵害』與『目的行為的倫理違反性』共同證立，但是兩者間並非居於平行且對等的關係，真正關鍵性的不法中心毋寧是行為非價，只有當行為人施行具非價性的『行為』，後續產生的侵害結果才能歸責行為人，也才有結果非價存在；相對於行為非價，結果非價是一種附屬性的效果。『所有』的犯罪都必須以具有『行為非價』的目的行為實施為前提，但是僅在『大部分』的犯罪中必須處理『結果非價』之法益實害或法益危險。」

法律條文中，該行為仍不會構成要件該當¹³⁶。無論釋義學上的原則思考如何對待此法律形象（特別是因為社會相當性的不確定性），以價值考量為基礎的構成要件不法的限縮必須被視為不容割棄的。是以，不管人們能否準確地描述出社會相當性，在可以想到的排除策略中，使法益獲得革新的、「不法協議」此一要素的限縮性解釋是釋義學上較為可取之道¹³⁷。

第五款 義務違背

對於刑法第 332 條之受賄罪與刑法第 334 條之行賄罪的刑事可罰性具有重大意義的地方在於，給予以及收受使公務員已經實施或將要實施職務行為，並因此導致職務義務之違背或即將違背¹³⁸。

職務義務之違反(Pflichtverletzung)，既可源自於刑法條文或其他法典或法律條文，也可來自於政府部門或者機關之職務或行政規則與一般性的指示，亦可出自於上級之命令。利益收受本身並不足以該當職務義務之違反。毋寧說，按照職務行為的內涵，其本身是違反義務的。若此點無法確定，只能考慮刑法第 331 條以及第 333 條的適用。如果職務行為僅造成內部事務分配之違背，並不存在職務義務之違反。此外，促使行政流程加速亦尚未達到違反職務義務的程度¹³⁹。

一般而言，在下列情形中存在著職務義務之違反：透過所謂的優惠行為而導致其他人受到不利益、在執行過程中使用違背義務之手段或是未注意到其他的預防措施¹⁴⁰。實務上，經常出現的職務義務違背情形主要在公共任務的分派與決算、許可之發放、社會給付之提供、汽車強制檢驗(TÜV- Prüfung)、職務秘密或其他

¹³⁶ Vgl. Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 72: „Diese Überlegungen knüpfen an die auf Welzel zurückgehende Lehre von der Sozialadäquanz, nach der Handlungen, die sich völlig im Rahmen der normalen, geschichtlich geworenen sozialen Ordnung bewegen, einem Tatbestand auch dann nicht unterfallen, wenn man sie unter seinen Wortlaut subsumieren könnte.“

¹³⁷ Vgl. Sowada, aaO. (Fn. 13), § 331 Rn. 72: „Ungeachtet der prinzipiellen dogmatischen Bedenken, die sich gegen diese Rechtsfigur insbesondere wegen ihrer Unbestimmtheit richten, wird man (jedenfalls) bei den §§ 331, 333 eine auf wertender Betrachtung beruhende Beschränkung des tatbestandlichen Unrechts als unverzichtbar ansehen müssen: Unter den denkbaren Ausgrenzungsstrategien erscheint die an das Rechtsgut rückgekoppelte einschränkende Interpretation des Merkmals der „Unrechtsvereinbarung“ als dogmatisch vorzugswürdiger Weg, gleichgültig, ob man hierfür explizit die „Sozialadäquanz“ bemüht oder nicht.“

¹³⁸ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 404.

¹³⁹ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 405.

¹⁴⁰ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 405.

機密資訊之保護以及對於下級監督管制之違法不作為等¹⁴¹。此外，在干預行政中，譬如警察對贊助禁令(Verbot von Sponsoring)之違反是一種新穎的違反職務義務的例子¹⁴²。

在裁量的情形上，則顯得相對複雜。和上述所言一樣的是，並不能僅憑利益之收受或給予，就斷定為裁量決定之公務員（或者說利益收受者）的行為構成受賄罪，利益提供者的行為成立行賄罪。在裁量決定或是透過裁量空間使得不特定法律概念使用具體化的情形中，當公務員為上述意義下之違背職務義務行為或是超出裁量空間的界限时（裁量錯誤的情形），才視為職務義務之違背。另外，當公務員為裁量決定之時，受到利益的影響（將利益置於衡量之天平並考慮之），同樣也存在著職務義務之違反，即便最終的裁量決定結果實際上是正確的¹⁴³。

依照第 332 條第 3 項第 2 款的規定，對於將來的裁量行為，如果公務員已經表示出「在其裁量範圍內，以利益影響其裁量」的話，其行為同樣該當本罪¹⁴⁴。就此而言，只要為裁量決定之公務員或明確或默示地表示出收買性——其在未來的決定或評議中不再單獨考慮事實相關因素，而是將利益納入考量的空間，便有刑法第 332 條的適用¹⁴⁵。至於公務員在內心是否就違背職務義務行為作出保留，對於本罪的成立並無任何的影響¹⁴⁶。又，在公務員假稱已經為違反職務義務行為的情形中，按照實務見解，並無刑法第 332 條之適用餘地。因為刑法第 332 條要求，給予必須使公務員實施職務行為並由此導致職務義務之違反¹⁴⁷。

¹⁴¹ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 405.

¹⁴² Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 405.

¹⁴³ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 405.

¹⁴⁴ Wessels/Hettinger, StrR BT 1, 2012, S. 348.

¹⁴⁵ Wessels/Hettinger, aaO. (Fn. 144), S. 348; Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 405.

¹⁴⁶ Wessels/Hettinger, aaO. (Fn. 144), S. 348; Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 406.

¹⁴⁷ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 406.

第三節 民意代表賄賂罪



第一項 條文

德國的民意代表賄賂罪並未和刑法第 331 條公務員一般受賄罪以及刑法第 332 條公務員違背職務受賄罪一樣置於德國刑法第 30 章的【職務犯罪】(Straftaten im Amt, §§ 331-358)，而是被規定在刑法第 4 章的【妨礙憲法機構以及在選舉與表決的犯罪】(Straftaten gegen Verfassungsorgane sowie bei Wahlen und Abstimmungen, §§ 105-108e)中的第 108e 條。其中，第 108e 條新增修訂於 1994 年，在 2014 年被大幅修改。

§ 108e 民意代表受賄罪（1994 年舊法）¹⁴⁸

(1) 對於歐洲議會、聯邦、邦、鄉鎮及鄉鎮自治團體代議機構中的選舉或表決，試圖購買或出售其選票者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

(2) 就上開第一項之罪行，除了科處被告 6 個月以上有期徒刑之外，法院還能褫奪被告在公共選舉中取得權利的能力以及在公共事務中選舉、表決的權利。

§ 108e 民意代表賄賂罪（2014 年新法）¹⁴⁹

¹⁴⁸ § 108e StGB a. F. (Abgeordnetenbestechung)

(1) Wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wegen einer Straftat nach Absatz 1 kann das Gericht die Fähigkeit, Rechtaus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.

¹⁴⁹ § 108e StGB n. F. (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern)

(1) Wer als Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für dieses Mitglied oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass es bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse.

(3) Den in den Absätzen 1 und 2 genannten Mitgliedern gleich stehen Mitglieder

1. einer Volksvertretung einer kommunalen Gebietskörperschaft,
2. eines in unmittelbarer und allgemeiner Wahl gewählten Gremiums einer für ein Teilgebiet eines Landes oder einer kommunalen Gebietskörperschaft gebildeten Verwaltungseinheit,
3. der Bundesversammlung,
4. des Europäischen Parlaments,
5. einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation und
6. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates.

(1) 聯邦或邦代議機構成員，於實施其代議職務時，以受委託或依指示之作為或不作為為對價，為自己或第三人要求、期約或者收受不正利益者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

(2) 對聯邦或邦代議機構成員，以其實施代議職務時，受委託或依指示之作為或不作為為對價，向前開成員本人或第三人行求、期約或者交付不正利益者，科以前項刑度。

(3) 以下的成員等同於第 1 項以及第 2 項所稱的成員：

- 1、地方自治團體代議機構；
- 2、為邦或地方自治部分地區，經由直接及普遍選舉所產生行政單位之委員會；
- 3、聯邦大會；
- 4、歐洲議會；
- 5、國際性組織之議會大會以及
- 6、外國立法機構；

(4) 利益收受如符合規範前開成員法律地位之法令時，並非不正利益。下列事項並非不正利益：

- 1、政治性的代議職務或政治性的職能以及
- 2、為政黨法或相關法律所容許的捐款。

(5) 就上開罪行，除了科處被告 6 個月以上有期徒刑之外，法院還能褫奪被告在公共選舉中取得權利的資格以及在公共事務中選舉、表決的權利。

另外，《國際貪腐防制條例》第 2 條規定了行賄外國議員罪：

IntBestG Art. 2 行賄外國議員罪¹⁵⁰

(4) Ein ungerechtfertigter Vorteil liegt insbesondere nicht vor, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht. Keinen ungerechtfertigten Vorteil stellen dar

1. ein politisches Mandat oder eine politische Funktion sowie
2. eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässige Spende.

(5) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.

¹⁵⁰ IntBestG Art. 2 (Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem geschäftlichen Verkehr)

(1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen Auftrag oder einen unbilligen Vorteil im internationalen geschäftlichen Verkehr zu verschaffen oder zu sichern, einem Mitglied eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates oder einem Mitglied einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation einen Vorteil für dieses oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß es eine mit seinem Mandat oder seinen Aufgaben zusammenhängende Handlung oder Unterlassung künftig vornimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

基於為自己或第三人在國際商業交易中獲得或確保委託事項或不當利益之動機，對於外國立法機構成員或國際組織議員大會成員，以其將來所採取的、與其代議職務或任務相關聯的作為或不作為為對價，向前開成員本人或第三人行求、期約或交付利益者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

本罪之未遂犯，罰之。



第二項 構成要件要素解釋

德國在 1994 年初次引入民代賄賂罪的構成要件。透過刑法第 108e 條的增訂，德國立法者明確表示，民意代表並不是德國刑法第 11 條第 1 項第 2 款的公務員，故而無法為刑法第 331 條以下的條文所處罰¹⁵¹。

由於 1994 年舊法規定的構成要件過於限縮——只有當物質形式利益係為了影響在代議機構或地方自治團體中的投票，才該當本罪構成要件，民代賄賂罪在實務、學說以及國際組織上備受批評。透過 2014 年的修正，德國民代賄賂罪的處罰範圍有所擴張。任何行為，只要影響到民代在代議職務實施中的作為或不作為，均在本罪的處罰範圍內。不過，和 1994 年舊法一樣的是，對於民代已經實施的行為，事後的利益給付並不為本罪所處罰¹⁵²。本次修法值得稱道的地方有二：之一，除了選票買賣行為之外，民代實施代議職務的所有其他行為均被納入到本罪之中；之二，本罪的處罰對象包括《國際貪腐防制條例》中的民意代表，進而使內國與外國民代在刑法上的可罰性同步化¹⁵³。

在行為主體上，受賄罪的行為主體必須是第 108e 條第 1 項中的聯邦或邦代議機構的成員（議員），或第 3 項所規定的地方自治團體代議機構成員、為邦或地方自治部分地區，經由直接及普遍選舉所產生行政單位之委員會成員、聯邦大會成員、國際性組織議會大會成員及外國立法機構成員等。至於行賄的行為主體，任何人均可為之¹⁵⁴。

(2) Der Versuch ist strafbar.

¹⁵¹ von Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 2015, § 108e Rn 1.

¹⁵² von Heintschel-Heinegg, aaO. (Fn. 151), § 108e Rn 1.

¹⁵³ von Heintschel-Heinegg, aaO. (Fn. 151), § 108e Rn 1.

¹⁵⁴ von Heintschel-Heinegg, aaO. (Fn. 151), § 108e Rn 4 ff.

和刑法第 299 條及刑法第 331 條以下條文一樣，刑法第 108e 條第 1 項中的行為類型包括要求、期約及收受行為；第 2 項則對應地規定了行求、期約及提供行為。對於本罪而言，重要的是行為的外部釋明價值。至於民代的內心保留，則無關緊要¹⁵⁵。

本罪的利益概念和刑法第 331 條收受利益罪中的利益概念相一致。任何給付，無論有形無形與否，只要能夠改善民意代表或第三人在經濟上、法律上或單純個人的地位，而收受人對此無法律上的請求權，均屬之¹⁵⁶。利益本身既可指向民代本人，也可指向第三人。任何自然人、法人，甚至無權利能力的團體，均可成為第三人¹⁵⁷。此外，刑法第 108e 條還要求，上述利益必須是一種「不正利益」。對此，立法者明顯有意將社會相當性的觀點整合到本罪的構成要件中，但是，其卻破壞了其他貪腐構成要件的體系。本罪構成要件該當，並不取決於代議職務執行行為和利益之間的貪腐性關聯，而需要其他額外的多步驟評價¹⁵⁸。

在不法協議的要求上，利益與民代行為之間處於一種給付與對待給付的關係，且給付和對待給付本身必須具體特定，並相互指涉。本罪不要求特定形式的不法協議。是以，單純一般性的協議或對決定的一般性影響（「政治風情之維繫」），不為本罪所及¹⁵⁹。

此外，本罪還要求，民代必須「受委託或依指示」而行動。「受委託或依指示」此一贅述用語，借用了基本法第 38 條第 1 項第 2 句的規定。對於委託和指示，必須採取相對寬廣的理解：其不單是一種約定和協議——民代意思經由約定和協議預先形成，更是一種事實上的意圖——限制民代的決定¹⁶⁰。

由於本文的重點本身在於民意代表賄賂罪。為免拖沓和重複，就該條文的具體解釋、法制變遷以及學說討論，可見本文第三章以下部分。

¹⁵⁵ von Heintschel-Heinegg, aaO. (Fn. 151), § 108e Rn 12.

¹⁵⁶ von Heintschel-Heinegg, aaO. (Fn. 151), § 108e Rn 14.

¹⁵⁷ von Heintschel-Heinegg, aaO. (Fn. 151), § 108e Rn 13.

¹⁵⁸ von Heintschel-Heinegg, aaO. (Fn. 151), § 108e Rn 15. 具體的評價步驟，可參見本文第五章、第二節、第三款。

¹⁵⁹ von Heintschel-Heinegg, aaO. (Fn. 151), § 108e Rn 18.

¹⁶⁰ von Heintschel-Heinegg, aaO. (Fn. 151), § 108e Rn 21.

第四節 商業賄賂罪



第一項 條文

為了合乎國際公約的要求，特別是《歐洲理事會反貪腐刑法公約》、《聯合國反腐公約》以及歐盟理事會關於私營部門貪污的框架決議(ABl. EU 2003 Nr. L 192/54)，德國透過 2015 年的貪腐抗制法，對商業賄賂罪規定作了大量的修改，並在結果上擴張了該罪的刑事可罰性。

§ 299 商業交易中的受賄與行賄（舊法）¹⁶¹

(1) 商事企業職員或受託人，於商業交易中，就商品或商業服務方面，以其在競爭中不公平地優惠他人為對價，為自己或第三人要求、期約或收受利益者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。

(2) 在商業交易中，出於競爭之目的，對商事企業職員或代理人，以其在商品或商業服務上，不公平地優惠自己或其他人為對價，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付利益者，同樣可罰。

(3) 第一項和第二項同樣適用於外國競爭中的行為。

§ 299 商業交易中的受賄與行賄（新法）¹⁶²

¹⁶¹ § 299 StGB a. F. (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr)

(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.

¹⁶² § 299 StGB n. F. (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr)

(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

(1) 公司職員或受託人，在商業交易中，為下列行為之一者，處 3 年以下有期徒刑或罰金：

- 1、就商品或服務方面，以其在內國或外國競爭中不公平地優惠他人為對價，為自己或第三人要求、期約或收受利益；
- 2、在欠缺公司同意的情形下，就商品或服務方面，以導致其對公司義務之違背的作為或不作為為對價，為自己或第三人要求、期約或收受利益。

(2) 在商業交易中，對公司職員或受託人，為下列行為之一者，同樣可罰：

- 1、就商品或服務方面，以公司職員或代理人在內國或外國競爭中不公平地優惠自己或其他人為對價，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付利益；
- 2、在欠缺公司同意的情形下，就商品或服務方面，以公司職員或受託人導致其對公司義務之違背的作為或不作為為對價，為自己或第三人行求、期約或交付利益。

第二項 構成要件要素解釋

商業賄賂罪作為抽象危險犯，其保護法益是自由競爭以及業主 (Geschäftsherren) 的利益¹⁶³。依照德國刑法第 301 條之規定，刑法第 299 條之商業賄賂罪為告訴乃論之罪。但是，如果刑事追訴機關基於特殊之公共利益而認為有依職權進行追訴之必要者，不在此限。

刑法第 299 條第 1 項規定的是公司中的職員或者受託人受賄的刑法可罰性。此一犯罪為純正特別犯 (echtes Sonderdelikt)，即以義務建構出來的行為人地位是刑法第 28 條第 1 項之特別個人要素¹⁶⁴；對映於刑法第 299 條第 1 項，同條第 2 項懲罰的是對商業企業中的職員或受託人 (積極) 行賄的行為。此罪並非是特別

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.

¹⁶³ BT-Drucks. 18/4350 v. 18. 03. 2015, S. 21; Kindhäuser, StrR BT Teil II, 2012, § 45, Rn. 1

¹⁶⁴ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 3.

犯。由於收受利益的行為已經為刑法第 299 條第 1 項所完全包含，故利益收受行為不能以同法第 2 項之行賄罪的參與犯論處¹⁶⁵。



第一款 行為主體

刑法第 299 條第 1 項之商業受賄罪的適格行為主體必須是公司職員或者受託人¹⁶⁶。

職員(Angestellter)是指任何與業主之間存在著職務關係，且服從於業主指示之人。至於職務關係的建構係基於契約或事實，在所不問¹⁶⁷。任何人只要憑藉其在企業之地位而足以影響企業之商業營運，特別是從事公司管理，就已經充足¹⁶⁸。此外，如果公務員從事的領域是採取私法形式的生存照顧行為或國庫盈利行為，其也是刑法第 299 條意義下的職員¹⁶⁹。從屬之輔助人員，並非本罪的行為主體。職員關係在行為時必須存在¹⁷⁰。如果就賄賂行為的協議係締結於職員被雇用之前，但相互之間仍有意識地維持此一協議，仍存在著刑罰之可能性¹⁷¹。

受託人(Beauftragter) 係指企業職員以及所有者之外，經常或偶爾為企業從事商業活動，並直接或間接地對企業的決定產生影響的權責之人¹⁷²。民法第 675 條之事務處理合同便足以成為（受託之）基礎。典型的受託人，如有管理權限之合夥人、社團董事會以及監事會成員、商事代理人、破產管理人、自由職業者如稅務顧問、會計師與查帳人、經濟受託人、國家委託的規劃工程師及公司顧問等等¹⁷³。

為了與反不當競爭法中的文字變動相一致，新法將「商事企業」改為「公司」、將「商業服務」改為「服務」。但是，其內容並未發生任何變動¹⁷⁴。是以，本罪

¹⁶⁵ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 4.

¹⁶⁶ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 5.

¹⁶⁷ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), 2013, § 45, Rn. 5; Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 433.

¹⁶⁸ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 433.

¹⁶⁹ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 433.

¹⁷⁰ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 433.

¹⁷¹ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 433.

¹⁷² Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 5; Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 433.

¹⁷³ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 11), S. 433-434.

¹⁷⁴ BT-Drucks. 18/4350 v. 18. 03. 2015, S. 22.

之公司，同先前的商事企業一樣，仍指長期投資之公司。其在純粹私人領域行為之外，透過給付和對價給付之交換而參與到經濟交往之中¹⁷⁵。

刑法第 299 條第 2 項之商業行賄罪要求，其行為主體為競爭者或為其行動之第三人。但如果第三人的行動，並不是基於競爭者之利益，只能成立參與犯¹⁷⁶。

第二款 構成要件行為

刑法第 299 條第 1 項之商業受賄罪要求，本罪的犯罪情狀(Tatsituation)是商業交易中的行為，或者說位於企業商業關係框限內的行為¹⁷⁷。就此而言，如果行為人的行為落入私人領域，則無任何刑法可罰性；如果行為人在職務上交易過程中為高權(Hoheitsrechten)之行使，則會落入到刑法第 331 條以下的公務員賄賂罪當中¹⁷⁸。另外，為了使行賄以及受賄行為相一致，本條第 2 項商業行賄罪明確規定，只要在競爭中存在意圖之優惠，即為己足¹⁷⁹（舊法則是要求行為人在商業交易中「基於競爭之目的」(zu Zwecken des Wettbewerbs)而為構成要件行為¹⁸⁰）。

刑法第 299 條第 1 項的構成要件行為包括為自己或第三人要求、期約或收受利益。其中，要求是單方面的、或明確或默示的索求。按照通說見解，要求之成立，並不需要受體(Adressat)了解到此一要求¹⁸¹；期約指對於日後給予之提供的收受¹⁸²；收受則是對於所提供之利益的實際接受。即便利益最初是善意取得的，對系爭利益的保留，也足以該當收受¹⁸³。相應地，刑法第 299 條第 2 項之商業行賄罪的構成要件行為則是對於要求之行求、對於期約之要約以及對於收受之提供¹⁸⁴。

利益是指任何物質形式或非物質形式之給予，只要其本身並非是可執行之法律請求權的標的，且能客觀改善收受者在法律上、經濟上或個人方面上的地位，

¹⁷⁵ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 5.

¹⁷⁶ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 15.

¹⁷⁷ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 6.

¹⁷⁸ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 6.

¹⁷⁹ BT-Drucks. 18/4350 v. 18. 03. 2015, S. 21.

¹⁸⁰ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 17.

¹⁸¹ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 8.

¹⁸² Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 9.

¹⁸³ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 10.

¹⁸⁴ Kindhäuser, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 16.

典型者如經濟給予¹⁸⁵。貸款之延期、帶薪之兼職、性交以及性行為之默許、避免即將到來的惡害，乃至於野心和虛榮心的滿足，均為利益所包含¹⁸⁶。在第三人受益的情形中，並不要求使本人得到改善¹⁸⁷。如果行為人所直接取得的利益是細微的給予，即合乎禮節或是交易習慣，會因為此一利益在社會上相當且欠缺收買的表面而無法涵攝到本罪的構成要件之中¹⁸⁸。

第三款 不法協議

就商業賄賂罪而言，本罪要求利益提供的對價是在競爭中就商品或商業服務為不公平之優待或者違背公司義務的作為或不作為。換言之，利益以及優待之間必須存在著關聯，即不法協議¹⁸⁹。

競爭中之優待(*Bevorzugung im Wettbewerb*)是指至少相較於其他的競爭者，使得其他人在競爭中處於更有利的地位¹⁹⁰。此一優待必須涉及到商品或商業服務方面。商品或商業服務方面不僅包涵了所有和商品收受、清算相關的內容，也包括商品之訂購、驗收、檢驗與支付¹⁹¹。當優待本身並非建立在合理考量的基礎上時，優待就是以不公平的方式進行¹⁹²。

至於違背公司義務之作為或不作為，該義務既可源自於法律，亦可出自於契約¹⁹³。單純的利益收受或對業主隱瞞給付，並不足以構成公司義務之違背¹⁹⁴。違反公司服從條款(*Compliance-Vorschriften*)的利益收受行為，也不足以實現構成要件。毋寧說，本罪的利益必須是一種在不法協議的框限內，（基於利益提供者之利益的、）作為義務違背的對待給付。且，並非從任一法律關係中均可以導出本罪之義務，其必須涉及到商品或服務方面的義務¹⁹⁵。是以，純粹企業內部的干擾並未落入到本罪之中，因為其並未涉及到商品或服務之義務¹⁹⁶。

¹⁸⁵ *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 11; *Möhrenschlager*, aaO. (Fn. 11), S. 434.

¹⁸⁶ *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 11.

¹⁸⁷ *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 11.

¹⁸⁸ *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 11.

¹⁸⁹ *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 12.

¹⁹⁰ *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 13.

¹⁹¹ *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 13.

¹⁹² *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 13.

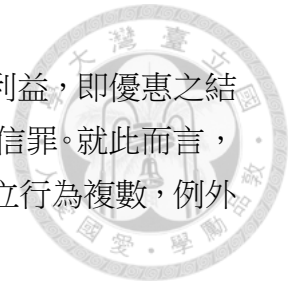
¹⁹³ BT-Drucks. 18/4350 v. 18. 03. 2015, S. 21.

¹⁹⁴ BT-Drucks. 18/4350 v. 18. 03. 2015, S. 21.

¹⁹⁵ BT-Drucks. 18/4350 v. 18. 03. 2015, S. 21.

¹⁹⁶ BT-Drucks. 18/4350 v. 18. 03. 2015, S. 21.

此外，本罪的成立與否，並不取決於事實上是否獲得財產利益，即優惠之結果或義務之違背¹⁹⁷。若行為人進行被收買的行為，其可能該當背信罪。就此而言，背信罪和商業賄賂罪的保護指向並不相同。兩者之間通常會成立行為複數，例外情形才會成為行為單數¹⁹⁸。



¹⁹⁷ BT-Drucks. 18/4350 v. 18. 03. 2015, S. 21; *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 163), § 45, Rn. 1.

¹⁹⁸ BT-Drucks. 18/4350 v. 18. 03. 2015, S. 21: „Untreue und Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr haben dabei unterschiedliche Schutzrichtungen. Zwischen den Taten besteht regelmäßig Tatmehrheit oder ausnahmsweise Tateinheit (zur Abgrenzung siehe BGH vom 11. Mai 2001 – 3 StR 549/00, BGHSt 47, 22 zu § 332 StGB und BGH vom 2. Dezember 2005 – 5 StR 119/05, NJW 2006, 925 zu § 299 StGB).“

第五節 小結



透過上述的分析，不難發現，儘管德國在賄賂犯罪上主要採用分立式的取徑，即按照抽象的不同保護法益或者具體的人別群組進行分殊化的規定，但其仍存在著諸多相通或相近之處。

其一，上述刑法規範的共同基礎要素是職務行為。事實上，不管是純粹瀆職罪還是非純粹瀆職罪，職務行為都是貪瀆罪的共同基礎要素¹⁹⁹。公務員收賄罪、圖利罪、藉勢藉端勒索財務罪或利用職務機會詐財罪，一定要有某種程度的職務關聯性²⁰⁰。從而，作為共同基礎要素，職務行為在概念解釋上不可能過於限縮²⁰¹。

其二，上述刑法規範在條文結構上，有類似之處。其所規範的構成要件行為都是要求、期約、收受或者行求、期約、交付利益。而從檢驗層次上來看的話，以職務賄賂罪和違背職務賄賂罪為例，其成立必須逐步地檢查各個構成要件要素，其包括了行為主體（「公務員或對公共職務負有特別義務之人」）、利益、職務行為、構成要件行為、不法協議以及義務違反。且各個檢查要素自有其檢查的內容（儘管在某些要素內容上的檢驗，仍不夠明確，如社會相當性）與順序，自不應做過度限縮或擴張的解釋或是混淆不同的審查要素。

其三，從刑度上來看，不管是職務賄賂罪還是民意代表賄賂罪或是行賄外國議員罪，以及商業賄賂罪，其刑度不外乎是 3 年以下或 5 年以下有期徒刑，幅度並不像台灣「從 5 年以上有期徒刑到無期徒刑」或中國「從行政處分到死刑」²⁰²的「天堂地獄」差別。

¹⁹⁹ 林鈺雄，註 6 文，頁 101。

²⁰⁰ 林鈺雄，註 6 文，頁 101。

²⁰¹ 林鈺雄，註 6 文，頁 101。

²⁰² 中國刑法第 385 條：

國家工作人員利用職務上的便利，索取他人財物的，或者非法收受他人財物，為他人謀取利益的，是受賄罪。

國家工作人員在經濟往來中，違反國家規定，收受各種名義的回扣、手續費，歸個人所有的，以受賄論處。

中國刑法第 386 條：


對犯受賄罪的，根據受賄所得數額及情節，依照本法第三百八十三條的規定處罰。索賄的從重處罰。

中國刑法第 383 條：

對犯貪污罪的，根據情節輕重，分別依照下列規定處罰：

（一）個人貪污數額在十萬元以上的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，可以並處沒收財產；情節特別嚴重的，處死刑，並處沒收財產。

（二）個人貪污數額在五萬元以上不滿十萬元的，處五年以上有期徒刑，可以並處沒收財



同時，德國的賄賂犯罪規範也存在著不少差異之處。其中，比較關鍵的地方是，對於不法協議的要求。除了刑法第 331 條第 1 項以及第 333 條第 1 項在 1997 年的修法中放棄「作為職務行為的對價」而改採「對於職務執行」外，其他的條文多使用「作為對價」用語。是以，這些賄賂犯罪規範要求存在著具體的不法協議。除此之外，相較於刑法第 331 條以下的職務賄賂罪與違背職務賄賂罪，第 108e 條民代賄賂罪新法要求利益是「不法利益」，且在不法協議上必須達到「受委託或依指示」的程度；而《國際貪腐防制條例》第 2 條之行賄外國議員罪，則要求行為人存在著「為自己或第三人在國際商業交易中獲得或確保委託事項或不當利益的動機」；至於私部門中的商業賄賂罪，在受賄罪方面，除了要求行為主體必須是商事企業的職員或受託人以及在商業交易中之外，還要求行為人的行為是就商品或是商業服務方面，在競爭中以不公平之方法優惠他人或違背其對公司所承擔的義務。

產；情節特別嚴重的，處無期徒刑，並處沒收財產。

（三）個人貪污數額在五千元以上不滿五萬元的，處一年以上七年以下有期徒刑；情節嚴重的，處七年以上十年以下有期徒刑。個人貪污數額在五千元以上不滿一萬元，犯罪後有悔改表現、積極退贓的，可以減輕處罰或者免予刑事處罰，由其所在單位或者上級主管機關給予行政處分。

（四）個人貪污數額不滿五千元，情節較重的，處二年以下有期徒刑或者拘役；情節較輕的，由其所在單位或者上級主管機關酌情給予行政處分。

對多次貪污未經處理的，按照累計貪污數額處罰。

第三章 德國民代賄賂罪的沿革



第一節 1871 年帝國刑法典第 109 條 (§ 109 RStGB 1871)

第一項 概述

在 1871 年 5 月 15 日所頒布的帝國刑法典中，並不存在專門用來處理民意代表受賄的刑事制裁規範。民代受賄作為下位概念被嵌入到一般投票賄賂罪的構成要件(der Tatbestand der allgemeinen Wahlbestechung)當中¹。在帝國刑法典第 2 部份第 5 章之【涉及到國家公民權利行使的重罪與輕罪(“Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte”)²】中，第 109 條如此規定：

¹ Hartmann, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013, S. 26; 許恒達,〈賄賂罪職務行為之再探討——以民意代表受賄事例為中心〉,《檢察新論》,第 17 期,2015 年 1 月,頁 86。

² 1871 年帝國刑法典係以 1851 年普魯士刑法典為藍本,在總結了半個多世紀以來的立法經驗上制定的。參見:王世洲,〈聯邦德國刑法改革研究〉,《外國法譯評》,1997 年第 2 期,頁 71。

其中,普魯士刑法典第 1 條規定:「一行為,若被施以死刑、超過 5 年以上的重懲役刑(Zuchthausstrafe)或拘禁(Einschließung)之懲罰者,為重罪(Verbrechen);一行為,若其以不超過 5 年以上的拘禁(Einschließung)或者超過 6 週之輕懲役刑(Gefängnisstrafe)或者超過 50 個金幣之罰金(Geldbuße)加以懲罰者,為輕罪(Vergehen);一行為,若以不超過 6 週之輕懲役刑(Gefängnisstrafe)或者不超過 50 個金幣(fünfzig Thaler)之罰金(Geldbuße)加以懲罰者,為不當行為(Uebertretung)。」普魯士刑法典德文原文,參見:<http://koeblergerhard.de/Fontes/StrafgesetzbuchPreussen1851.pdf> (最後訪問日期:28/08/2015)。

和普魯士刑法典相類似的,1871 年的帝國刑法典在第 1 條也將犯罪分為三個層級:「一行為,若以死刑、超過 5 年之重懲役或者監禁(Festungshaft)加以懲罰者,為重罪(Verbrechen);一行為,若其以不超過 5 年的監禁(Festungshaft)或者輕懲役(Gefängnis)或者超過 50 個金幣之罰金刑(Geldstrafe)加以懲罰者,為輕罪(Vergehen);一行為,若被施以拘押(Haft)或者不超過 50 個金幣之懲罰者,為不當行為(Uebertretung)。」帝國刑法典德文原文,參見:[https://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_f%C3%BCr_das_Deutsche_Reich_\(1871\)#.C2.A7._1](https://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_f%C3%BCr_das_Deutsche_Reich_(1871)#.C2.A7._1) (最後訪問日期:28/08/2015);陳惠馨,〈一八五一年普魯士刑法典〉,《月旦法學雜誌》,第 208 期,2012 年 9 月,頁 263。

而德國現行法對於重罪、輕罪,與上述刑法典之規定相比,存在著重大的差異。重罪(Verbrechen)係指所有最輕法定本刑一年或一年以上徒刑的罪名;輕罪(Vergehen)係指最輕法定本刑未滿一年以上徒刑或科罰金的罪名。兩者之間區分的意義,主要在於實體法與程序法上:實體法上而言,凡是重罪均處罰未遂,而輕罪只有法律特別規定,方處罰未遂;只有重罪方處罰欠缺他人違法主行為的未遂教唆,輕罪則不處罰。在程序法則表現在重罪不得以微罪不舉與附負擔捨棄追訴的理由停止刑事追訴程序。參見:Hans-Jürgen Kerner 著,許澤天、薛智仁譯,《德國刑事追訴與制裁——成年刑法與少年刑法之現狀分析與改革構想》,元照,2009 年 11 月,初版,重要名詞解釋部份;宗玉琨譯註,《德國刑事訴訟法典》,知識產權出版社,2013 年 12 月,初版,頁 146-148。

在公共事務中買賣選票者，處 1 個月以上 2 年以下之懲役。行為人之市民權亦可被剝奪。³

除了民意代表參與(賄賂)的情形外，以下情形同樣為本條文所包括：有影響力且富有的商人支付金錢給投票人，使投票人在市長選舉中投票給特定的候選人⁴。本條係仿照 1851 年普魯士刑法典(*das preußischen StGB*)第 86 條⁵而訂，而普魯士刑法典第 86 條則是參照 1810 年法國刑法典(*code pénal*)第 113 條⁶之規定⁷。

第二項 保護法益

就本罪之保護法益，學說上並不存在著一致的見解。部分學說見解認為，本罪所要保護的是投票行為的公正性(*die Lauterkeit des Wahlakts*)⁸，或者說是為了避免投票行為受到污染⁹；另有見解指出，本罪的保護法益在於投票行為自由之確保(*die Garantie der Freiheit im Wahlakt*)¹⁰。¹¹

³ §109 RStGB 1871:

Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft, wird mit Gefängnis von einem Monate bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

⁴ *Francuski*, HRRS 2014, 220; *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 26.

⁵ 普魯士刑法典第 86 條規定：買賣選票者，處 3 個月以上 2 年以下之監禁。亦可同時禁止行為人市民權之行使。德文原文為：Wer eine Wahlstimme kauft oder verkauft, wird mit Gefängniß von drei Monaten bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann gegen denselben auf zeitige Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden。普魯士刑法典，參見：<http://koeblergerhard.de/Fontes/StrafgesetzbuchPreussen1851.pdf> (最後訪問日期：28/08/2015)。此外，關於普魯士刑法典的立法過程、訂定的時代背景、法條結構以及其與當代德國刑法典、台灣刑法之間的比較之相關介紹，參見：陳惠馨，註 2 文，頁 258-283。

⁶ 法國刑法典第 113 條原文為：« Tout citoyen qui aura, dans les élections, acheté ou vendu un suffrage à un prix quelconque, sera puni d'interdiction des droits de citoyen et de toute fonction ou emploi public pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. — Seront, en outre, le vendeur et l'acheteur du suffrage, condamnés à une amende double de la valeur des choses reçues ou promises. »

⁷ *Möhrenschlager*, FS-Weber, 2004, S. 217; *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 27; *Haak*, Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern. Die Genese des § 108e StGB n. F., 2015, S. 1.

⁸ *Mayer*, Der Angriff auf das politische Wahl- und Stimmrecht (§§ 107-109 RStGB), in: *Birkmeyer u.a.* (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, BT Band 1, 1906, S. 277, 283 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 27).

⁹ *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Band 2, 1905, S.832 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 27).

¹⁰ *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1925, § 109 II, Rn. 1 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 27).

¹¹ *Haak*, aaO. (Fn. 7), S. 2; *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 27.

兩說在操作上的區別在於不作為投票的情形，即買票者和賣票者之間的合意係有投票權之人在選舉中不參與表決或者放棄投票¹²。若按照投票行為公正性的說法，由於不參與表決或者放棄投票本身也足以在指向上影響到投票行為，從而，即使有投票權之人不參與表決或者放棄投票，投票的缺席本身也會造成待決問題為多數所肯認或拒絕。買票本身已經污染了投票行為，並侵害到帝國刑法典第109條的保護法益¹³。相反地，如果說本罪的保護法益在於投票行為自由的確保，由於有投票權之人無參與選舉的義務，故而如果買票者和賣票者之間達成一致的話，並不會觸碰到投票行為之自由¹⁴。保護法益的侵害，自然也就無從說起¹⁵。

帝國法院(Reichsgericht)起初是將本罪的保護法益定位為保護投票者免受影響的自由(den Schutz der Freiheit des einzelnen Wählers vor Beeinflussung)¹⁶。本罪構成要件係基於此一考量——投票人得以自由地前往投票，從而投票人的意思並未事先受到拘束¹⁷。此一說法對於買票者無疑是正當的，但是對於賣票者則未必如此，因為如果買賣交易係由投票者主動發起，則投票者本身自然不受本罪之保護¹⁸。又，對於本罪之保護法益，帝國法院在其他的案件中指出，如果投票人在選舉中已經表示出明確意願，則理應確保選舉的純粹性(die Reinheit der Wahl)¹⁹。依照帝國法院之實務見解，上述關於不參與表決或放棄投票的買賣情形，仍具備刑事可罰性²⁰。因為無論買賣選票的目的係在於(投票人)對待決問題投票贊同或反對，還是要透過(投票人)不參與選舉或者放棄投票的方式以影響投票之結果，兩者之間並未存在著本質上的區別²¹。

¹² Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 27.

¹³ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 27.

¹⁴ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 28.

¹⁵ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 28.

¹⁶ RGSt 7, 223 (225).

¹⁷ RGSt 17, 296 (298).

¹⁸ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 28.

¹⁹ RGSt 47, 71 (73).

²⁰ RGSt 48, 70 (70 ff.).

²¹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 28.

第三項 構成要件要素解釋



第一款 「選票」

在解釋「選票」(Wahlstimme)此一構成要件要素之前，必須注意到德國法上存在著一組長時間流傳的概念區分——表決(Abstimmung)與選舉(Wahl)。其中，前者係指關於事物問題的決定；後者則指關於人事的選出。從帝國刑法典第 109 條的用語來看，其使用的用語是「選票」(Wahlstimme)。從而，人事選舉明顯在本罪之適用範圍內；至於對事物問題決定的影響行為，是否為本罪所懲罰，實務以及學說上存在著爭議²²。

當時的通說遵守明確的條文文義而主張，只有在關於人事問題表決中的選票買賣才為帝國刑法典第 109 條所包含²³。但是，對於一項涉及到事物內容的公投決定，帝國法院在解釋帝國刑法典第 108 條之選舉偽造罪(Wahlfälschung)²⁴時，將表決(Abstimmungen)也一併納為選舉行為(Wahlhandlung)²⁵。之後，帝國法院關於帝國刑法典第 108 條適用範圍的決定，同樣在帝國刑法典第 109 條獲得適用²⁶。

固然將影響投票以及影響表決的行為同等程度地納入懲罰是可理解的²⁷，但將表決納入到帝國刑法第 109 條的適用範圍，可能牴觸到自刑法第 2 條第 1 項(舊法)²⁸之「罪刑法定」原則(dem Grundsatz “nulla poena sine lege”)中所導出的類推禁止。至少在 1935 年 9 月 1 日之前，系爭牴觸是存在的。由於在納粹獨裁時期，透過刑法第 2 條(舊法)的修改²⁹，罪刑法定原則發生了改變，行為只要依照健

²² Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 28 f.; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 2.

²³ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 29; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 2.

²⁴ § 108 RStGB 1871:

Wer in einer öffentlichen Angelegenheit mit der Sammlung von Wahl- oder Stimm-Zetteln oder -Zeichen oder mit der Führung der Beurkundungsverhandlung beauftragt, ein unrichtiges Ergebnis der Wahlhandlung vorsätzlich herbeiführt oder das Ergebnis verfälscht, wird mit Gefängnis von Einer Woche bis zu drei Jahren bestraft.

Wird die Handlung von Jemand begangen, welcher nicht mit der Sammlung der Zettel oder Zeichen oder einer anderen Verrichtung bei dem Wahlgeschäfte beauftragt ist, so tritt Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren ein.

Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

²⁵ RGSt, 62, 6 ff.; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 29.

²⁶ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 2.

²⁷ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 29.

²⁸ § 2 RStGB 1871:

Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

(中譯): 行為之刑罰，以行為前之法律有明文規定者為限。

²⁹ 納粹德國時期則將刑法第 2 條(舊法)修改為：行為人所為之行為，法律認定為可刑罰的或

康的人民感情是值得刑罰的，就會被當作是可刑罰的行為。在 1945 年 10 月 20 日，盟國管制委員會在其關於司法改革基本原則之第 3 號公告中的第 2 條第 3 項中規定³⁰：法院不得一如之前德國刑法中的情形，以「類推」或者基於所謂的「健康的人民感情」而將任一行為解釋為可刑罰的行為³¹。在 1949 年 5 月 23 日隨著基本法的生效，不利犯罪行為人的類推解釋根據基本法第 103 條第 2 項再次被禁止。透過相近條文的比較，不難發現，刑法第 109 條在解釋上的延伸膨脹係基於類推，此一類推解釋明顯在管制委員會宣言及基本法的禁止之列。是以，自 1945 年 10 月 20 日之後，刑法第 109 條的適用範圍僅限於選舉，而不包含關於事物問題的表決³²。

此外，學說實務見解上存在一致性的是，如果行為方式未涉及到投票，其不為帝國刑法典第 109 條的構成要件所包括³³。

第二款 公共事務

作為帝國刑法典第 109 條的雛形，普魯士刑法典第 86 條中並未存在「公共事務」（“*öffentlichen Angelegenheit*”）此一措詞。之所以將「公共事務」加入到帝國刑法典第 109 條的規定中在普魯士刑法典中，是因為就普魯士刑法典第 86 條適用範圍的爭議，立法者有意識地要採取盡量擴張的解釋³⁴。不過，在動機上仍然無法找到證明立法者意思的證據，帝國法院本身亦承認如此。

當時的實務對於公共事務的解釋是比較廣泛的。帝國法院認為，公共事務並非僅指國家事務。其他致力於一般性公共利益的團體，只要其對象涉及到國家事務，亦屬之。從而，只要事件所涉及的對象並非是純粹個別的自然人或法人及其

者依照刑法之主旨以及健康的人民感情值得刑罰者，刑罰之（*Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient*）。

³⁰ *Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland* 1945, Nr. 1, S. 22, abrufbar unter: <https://archive.org/stream/Nr.1AmtsblattDesKontrollratsInDeutschland#page/n41/mode/2up>, (Besuch am 07. 09. 2015).

³¹ 原文為：Kein Gericht darf irgendeine Handlung auf Grund von “Analogie“ oder im Hinblick auf das sogenannte „gesunde Volksempfinden“ für strafbar erklären, wie es bisher im deutschen Strafrecht der Fall war.

³² *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 31.

³³ *Haak*, aaO. (Fn. 7), S. 2.

³⁴ *RGSt*, 7, 223 (225); *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 31.

私人利益，而是社群整體和整體公共利益，即為「公共事務」³⁵。此一廣泛解釋的結果是，除了參加初選的選民的決定或者說代議機構的選舉產生(die Wahlen zu den Volksvertretungen，即從候選人變成代議士的過程)之外，在代議機構內所發生的選舉行為，亦在帝國刑法典第 109 條所規範的範圍之內³⁶。³⁷



第三款 「買賣」選票

關於「買賣選票」(“Kauf oder Verkauf einer Wahlstimme”)此一構成要件要素的討論，之所以為人所關注，是因為透過買賣選票行為的解釋，得以對民意代表社會上相當的行為以及可刑罰的行為作出區分³⁸，從而使社會上相當的行為不會落入到刑罰的範圍，與此同時又能懲罰到值得刑罰的行為³⁹。

帝國法院認為，和刑法第 331 條以下條文一樣的是，帝國刑法典第 109 條同樣要求給付以及對價給付或者給予第三人之可能性之間必須存在著關聯。但是，不同於刑法第 331 條以下條文，由於帝國刑法典第 109 條本身並非著手犯，亦未懲罰未遂，從而只有當民意代表對於要約表示允諾，即合意產生之後，才能用本罪進行懲罰⁴⁰（而在公務員賄賂犯罪的情形，其則不需要達到合意的程度⁴¹）。

買賣選票此一構成要件要素該當的前提是就選票買賣達成或明示或默示的合意⁴²。值得注意的是，對於合意概念的理解，係一種口語上而非如同民法意義下的嚴格掌握。即使假若民意代表在欠缺合意的情況下，根據其內心的確信，仍會為有利於行賄者之投票，按照通說見解，仍無法導出行為人的行為不具備刑事可罰性。因為決意自由已經為合意所侷限⁴³；但是，如果民意代表作了內心保留，即不會按照合意進行投票，通說認為，由於民意代表並無放棄投票自由的故意，從而未形成任何不法協議，自無刑事可罰性之考慮餘地⁴⁴。

³⁵ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 31.

³⁶ RGSt 41, 121 (128); Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 31.

³⁷ 學說上固然也同意對公共事務採取廣泛的解釋，但是，其所爭論的地方在於，帝國刑法典第 109 條之「公共事務」以及同法第 107 條的「行使國家公民權利」(in Ausübung staatsbürgerlicher Rechte)兩者之間的關係究竟為何。Vgl. Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 32.

³⁸ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 2.

³⁹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 32.

⁴⁰ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 3

⁴¹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 34.

⁴² Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 33.

⁴³ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 3

⁴⁴ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 3

至於帝國刑法典第 109 條意義下的利益，係僅包含物質形式的利益，抑或同時包括非物質形式的利益，實務學說並未存在一致的見解。實務上，帝國法院反對將非物質形式的利益納入到本罪當中⁴⁵。學說上，狹義解釋主張者認為，帝國刑法典第 109 條意義下的利益僅包含能夠用金錢估算的物質形式的利益，主要是因為透過此一節制的解釋，才不會將在政治運作中商談交涉的利益納入到本罪當中⁴⁶。但是，亦有論者主張應該採取比較寬廣的解釋，本罪不僅包含報酬，還包含了其他形式的各種利益，即使該利益為非物質形式的利益，如允諾授予頭銜或勳章⁴⁷。因為從刑事可罰性的角度來看，選票的交換標的為現金或者頭銜，並無任何差別。無論係以現金還是以頭銜來交換選票，其均危及到了選舉的純粹性，進而涉及到帝國刑法典第 109 條的保護法益⁴⁸。

不過，上述兩種解釋方案在當時的脈絡之下都會遭到批評。承前所言，由於帝國刑法典第 109 條的規定既包括了一般投票賄賂的情形，同時也包含了民意代表賄賂的情形⁴⁹。由於在一般投票賄賂的情形中，並無考慮政治上交易的必要，故此一脈絡下的利益應盡量做廣泛的解釋；而在民意代表賄賂罪的情形中，則需要考量政治運作的特殊性⁵⁰。依此，過於寬廣的解釋則會導致單純的政治利益——其大多數係以非物質的形式存在——也會被涵攝進來；過於狹隘的解釋，則會反過來導致在一般投票賄賂的情形中產生可刑罰性漏洞⁵¹。不過，由於德國刑法日後將一般的投票賄賂以及民意代表賄賂罪規定在不同的構成要件當中，此一問題自然也就隨之迎刃而解⁵²。另外，間接利益(*mittelbare Vorteile*)也被視為是帝國刑法典第 109 條意義下的利益⁵³。

⁴⁵ RGSt 17, 296 (297).

⁴⁶ *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Band 2, 1905, S. 836 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 34).

⁴⁷ *von List/Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1927, S. 783 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 34).

⁴⁸ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 34.

⁴⁹ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 34.

⁵⁰ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 35.

⁵¹ *Haak*, aaO. (Fn. 7), S. 3.

⁵² *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 35.

⁵³ RGSt 47, 71 (74).

第二節 威瑪共和時期的修正草案



在威瑪共和時期(Weimare Republik, 1918-1933), 多個不同的關於刑法典改革的方案被提出, 當中也涉及到和選舉與表決相關的賄賂構成要件。相關的刑法條文修正草案, 簡單羅列如下:

1919 年刑法草案 (StGB-E 1919)

第 153 條 適用範圍

本章條文適用於一切的選舉與表決, 只要其係依照帝國或德國各邦憲法, 或依照帝國法律或邦法律的其他條文進行公共事務。⁵⁴

第 156 條 選舉或表決賄賂罪

以不參與選舉、表決或者在特定意義下為選舉、表決為回報, 向其他人行求、期約或者交付禮物或其他利益者, 處 2 年以下有期徒刑或罰金。

要求、期約或收受此一回報者, 亦罰之。⁵⁵

1922 年與 1925 年的刑法草案(StGB-E 1922 und StGB-E 1925)

第 102 條 適用範圍

本章條文適用於依照帝國或邦的憲法或其他條文進行公共事務的一切選舉與表決, 以及人民請願簽名的收集。⁵⁶

第 105 條 選舉或表決賄賂罪

對於不參與選舉、表決或者在特定意義下為選舉、表決, 向其他人行求、期約或者交付回報者, 處 2 年以下有期徒刑。

⁵⁴ § 153 Geltungsbereich (StGB-E 1919)

Die Vorschriften dieses Abschnitts gelten für alle Wahlen und Abstimmungen, die auf Grund der Verfassung des Reichs oder eines deutschen Landes oder auf Grund anderer Vorschriften des Reichsrechts oder Landesrechts in öffentlichen Angelegenheiten vorgenommen werden.

⁵⁵ § 156 Bestechung bei Wahlen oder Abstimmungen (StGB-E 1919)

Wer einem anderen als Entgelt dafür, daß er nicht oder in einem bestimmten Sinne wähle oder stimme, eine Geschenk oder einen anderen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer ein solches Entgelt fordert, sich versprechen läßt oder annimmt.

⁵⁶ § 102 Geltungsbereich (StGB-E 1922 und StGB-E 1925)

Die Vorschriften dieses Abschnitts gelten für alle Wahlen und Abstimmungen, die auf Grund der Verfassung oder anderer Vorschriften des Reichs oder eines Landes in öffentlichen Angelegenheiten vorgenommen werden, sowie für die Sammlung von Unterschriften für Volksbegehren.

對於不參與選舉、表決或者在特定意義下為選舉、表決，向其他人要求、期約或者收受回報者，同樣罰之。⁵⁷



1927 年與 1930 年刑法草案(StGB-E 1927 und StGB-E 1930)

第 103 條 適用範圍

本章條文適用於依照帝國或邦的憲法或其他條文進行公共事務的一切選舉與表決。

依照公法上宗教團體的條文所進行的選舉或表決，第 104 條至第 109 條同樣適用之。

選舉提案之具名或者人民請願之簽名，等同於選舉或表決。⁵⁸

第 106 條 選舉與表決賄賂罪

對於不參與選舉、表決或者在特定意義下為選舉、表決，向其他人行求、期約或者交付回報者，處徒刑。

對於不參與選舉、表決或者在特定意義下為選舉、表決，向其他人要求、期約或者收受回報者，同樣罰之。⁵⁹

總體而言，在 1919 年、1925 年以及 1927 年所提出的三個修正條文草案當中，存在著幾個共同的重要特點——

其一，修正條文草案不再建立在買賣交易之上，而是想要依照刑法第 331 條以下條文（舊法），將行求及要求、期約及期約、交付及收受禮物、回報或其

⁵⁷ § 105 Bestechung bei Wahlen oder Abstimmungen (StGB-E 1922 und StGB-E 1925)

Wer einem anderen dafür, daß er nicht oder in einem bestimmten Sinne wähle oder stimme, ein Entgelt anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer dafür, daß er nicht oder in einem bestimmten Sinne wähle oder stimme, ein Entgelt fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.

⁵⁸ § 103 Geltungsbereich (StGB-E 1927 und StGB-E 1930)

Die Vorschriften dieses Abschnitts gelten für alle Wahlen und Abstimmungen, die auf Grund der Verfassung oder anderer Vorschriften des Reichs oder eines Landes in öffentlichen Angelegenheiten vorgenommen werden.

Die §§ 104 bis 109 gelten auch für Wahlen und Abstimmungen, die auf Grund von Vorschriften einer Religionsgesellschaft des öffentlichen Rechts vorgenommen werden.

Einer Wahl oder Abstimmung steht das Unterschreiben eines Wahlvorschlags oder das Unterschreiben für ein Volksbegehren gleich.

⁵⁹ § 106 Bestechung bei Wahlen oder Abstimmungen (StGB-E 1927 und StGB-E 1930)

Wer einem anderen dafür, daß er nicht oder in einem bestimmten Sinne wähle oder stimme, ein Entgelt anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer dafür, daß er nicht oder in einem bestimmten Sinne wähle oder stimme, ein Entgelt fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.

他利益的行為納入刑罰範圍之中⁶⁰。從而，一如公務員賄賂犯罪，本罪的成立與否將不再取決於，行為參與者是否就回報或表決與選舉的方式達成合意；即便是單方面的行為，也應為刑法所懲罰⁶¹。

其二，所有的修正條文草案均規定了比較廣泛的利益概念，並試圖將非物質形式的利益以及第三人利益納入其中⁶²。例如，1919 年的修正條文草案使用的用語即為「作為回報」「禮物或者其他利益」，而 1927 年的修正條文草案措辭上則是僅使用「回報」。依照 1927 年刑法改革草案第 9 條第 8 項的定義，任何一項利益均可理解為「回報」，至於行人是否從中獲得好處，則在所不問。⁶³

其三，所有的修正條文草案均明確規定，其適用範圍既包括（與人相關的）選舉，也包括（與事相關的）表決⁶⁴。不過，所有的修正條文草案均保留了「公共事務」此一用語。從而，其必須借助早期帝國法院的實務見解而明白表示，系爭規範同時也包含了在代議機構內所發生的選舉或表決。⁶⁵

就結果上來說，可以確定的是，相較於當時帝國刑法典第 109 條的法律情狀，上述修正條文草案的目的均在於，使民意代表受賄或向民意代表行賄的刑事可罰性獲得明確的擴張，即使其並未因此導入一條特殊的條文而仍委由一般的投票賄賂罪的構成要件進行規範⁶⁶。不過，上述的修正條文草案均未獲得通過⁶⁷。

⁶⁰ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 35.

⁶¹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 36; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 4.

⁶² Haak, aaO. (Fn. 7), S. 4.

⁶³ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 36.

⁶⁴ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 4.

⁶⁵ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 36.

⁶⁶ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 36.

⁶⁷ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 36.

第三節 可罰性漏洞的形成：1953 年第 3 次刑法修正法



第一項 概述

在二次世界大戰結束之後，德國立法者試圖使刑法現代化。其中，1950 年刑法修正法草案刑法第 107b 條及第 109 條亦在有改革需求的條文之列⁶⁸。立法者之所以有改革選舉犯罪的意願，一個重要的原因是 1950 年德國聯邦眾議院作出了一項備受爭議的決定——聯邦德國的新首都被定為波昂(Bonn)，而非法蘭克福(Frankfurt)。此一決定作出的重要原因是有多數議員因收受金錢而受到影響，因此，系爭決定成為聯邦眾議院調查委員會(Untersuchungsausschuss)的調查對象⁶⁹。基於此一契機，民意代表賄賂罪的擴張被提上日程——因為即使在首都問題上果真存在著賄賂，也不可能用刑法來處理。根據刑法第 109 條的條文規定，其並未將關於事物問題的表決納入其中⁷⁰。不過，在 1953 年 8 月 4 日所通過的第三次刑法修正法(Drittes Strafrechtsänderungsgesetz) 中，立法者實際上所採取的取徑仍是極其嚴格地限縮民意代表賄賂的可罰性，儘管在此之前的法律草案中原本所規定的內容是擴張民意代表賄賂的可罰性⁷¹。

第二項 1950 年刑法修正法草案條文

1950 年聯邦政府版本刑法修正草案的目的在於，擴張對選舉自由及選舉秘密的保護。固然聯邦政府版本刑法修正草案並未對民意代表賄賂罪作單獨規定，但其有意擴張刑法第 109 條中一般性的買賣選票(der allgemeine Stimmenkauf)此一構成要件，並以此方式同時達到為本罪構成要件所包含的民意代表賄賂可罰性的擴張。從而，德國聯邦政府在第 107b 條中結合了買賣選票以及之前威瑪時期所提出草案的措詞⁷²：

1950 年刑法修正法草案(StGB-E 1950)

第 107b 條 買賣選票

⁶⁸ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 5.

⁶⁹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 36.

⁷⁰ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 36.

⁷¹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 36.

⁷² Vgl. BT-Drs. I/307; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 37.

買賣選票者，或者對於投票權之行使或放棄投票權或為特定意義下的投票行為而行求或要求、期約或期約，提供或收受回報者，處有期徒刑與罰金。

回報或其價值在有罪判決中沒收之。⁷³



第 109 條 適用範圍，從刑

第 107 條至第 108 條適用於進行公共事務的選舉或表決。

在第 107 條至第 108 條之情形中，得褫奪被告擔任公職的資格和 1 年以上 5 年以下的選舉權與被選舉權，以及從公共選舉中所獲得的權利。⁷⁴

承如簡短的立法理由所指出的，除了傳統的買賣選票之外，1950 年刑法修正法草案第 107b 條也應將雙方之間未達成合意的情形納入其中。是以，只要行為達到本罪所要求的要求、期約或收受，或者相反的行求、期約或收受回報，促使受賄者為特定意義下的投票，使其根本上參與或者不參與到投票或者表決中，便足以該當本罪的構成要件⁷⁵。

在適用範圍上，1950 年刑法修正法草案第 109 條明確地規定，（與人有關的）選舉以及（與事有關的）表決被一併納入到本罪的適用範圍當中，只要選舉或表決所進行的是公共事務即可⁷⁶。透過帝國法院時期對於公共事務此一概念所發展出來的廣泛解釋，除了人民所參與的選舉與表決之外，公共團體內部的選舉以及表決同樣為本條所及⁷⁷。就此而言，相較於之前刑法第 109 條的規定，立法者有意將投票賄賂行為的可刑罰性同時導入到產生代議機構以及代議機構內之選舉與表決的框架內。從而，1950 年刑法修正法草案第 107b 條的可罰性也包含了民代賄賂罪此一類型⁷⁸。

⁷³ § 107b Stimmkauf (StGB-E 1950)

Wer eine Stimme kauft oder verkauft oder wer sonst für die Ausübung des Wahlrechts oder die Wahlenthaltung oder für die abgabe der Stimme in einem bestimmten Sinne ein Entgelt anbietet oder fordert, verspricht oder sich versprechen läßt, gewährt oder annimmt, wird mit Gefängnis und mit Geld bestraft.

Das Entgelt oder dessen Wert ist im Urteil einzuziehen.

⁷⁴ § 109 Geltungsbereich, Nebenstrafen (StGB-E 1950)

Die Vorschriften der §§ 107 bis 108 gelten für Wahlen und Abstimmungen in öffentlichen Angelegenheiten.

In den Fällen der §§ 107 bis 108 kann auf die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter und auf den Verlust des Wahlrechts und der Wählbarkeit auf die Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren sowie auf den Verlust der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

⁷⁵ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 38; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 5.

⁷⁶ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 5; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 37.

⁷⁷ Dreher, Das Drittes Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 1953, S. 427.

⁷⁸ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 5; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 37.

此外，值得一提的是，聯邦眾議院司法以及憲法委員會(*der Ausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht des Bundestages*) 1951年3月在審議此法律草案的過程中，甚至肯認在投票行為之外的活動，也可能對政治意志的形成產生影響，如在代議機構或委員會中的聲明表達。從而，人們需要另外創設一條規則以規範此類貪腐行為。另外，對於此類行為的事後酬謝也應該納入刑罰之內⁷⁹。不過，由於時間上的關係，關於選舉犯罪的修正草案條文未能在二讀以及三讀程序中一併處理。最終所通過的法律中並不存在著此類犯罪的變革⁸⁰。

第三項 可罰性漏洞的形成：1953年第3次刑法修正法

1952年聯邦政府版本的第3次刑法修正法草案中，原本並未有任何關於刑法第107條以下的論述⁸¹。但是，法律委員之後扔出此議題，並提出了一些關於選舉犯罪的提議⁸²。具體而言，民意代表的特殊地位以及其本身的政治任務與活動的方式要求必須要存在一個特殊的賄賂構成要件。若將民意代表賄賂的情形納入到一般的選舉賄賂罪中，並未充分考慮到民意代表的特殊性。就此而言，就算是回溯到威瑪時期的修法草案，也是無濟於事的。因為威瑪時期的修法草案仍是將民意代表賄賂納入到一般的投票賄賂罪中，而不是為其量身訂做一個分開的構成要件。不過，當時人們也明白，根本不可能在第一屆議會任期如此短暫的時間內訂出一個獨立構成要件。因為人們意識到，要在民意代表賄賂的範圍內就容許以及應刑罰的行為之間劃出一條用語上明確的界線，是極其困難的。此外，按照法律委員會的意見，儘管難以劃出那條應刑罰的界線，但也不能因此就把這個「燙手山芋」扔給法院解決⁸³。是以，法律委員會對上述的刑法修正法草案第107條至第109條作了大量的更正，並最終獲得通過⁸⁴。其中，聯邦政府版本修法草案原本第107b條在條文用語上被修改為：

刑法第108b條

對於不參與選舉或在特定意義下為選舉，向其他人行求、期約或者交付禮物或其他利益者，處徒刑及罰金。

⁷⁹ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 38.

⁸⁰ *Haak*, aaO. (Fn. 7), S. 5 f.

⁸¹ Vgl. BT-Drs. I/3717.

⁸² Vgl. BT-Drs. I/4250; *Haak*, aaO. (Fn. 7), S. 6.

⁸³ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 39.

⁸⁴ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 40.

對於不參與選舉或在特定意義下為選舉，向其他人要求、期約或者收受禮物或其他利益者，同樣罰之。

回報或其價值在有罪判決中沒收之。⁸⁵



刑法第 109a 條

第 107 條至第 109 條適用於產生代議機構的選舉及在聯邦、邦、鄉鎮與鄉鎮自治團體中的其他人民選舉或表決。選舉提案之具名或人民請願之簽名，等同於選舉或表決。⁸⁶

自 1953 年刑法第 108b 條來看，立法者在某種程度上擴張了一般投票賄賂罪的可罰性。因為一般投票賄賂罪的成立，不再要求一種事實上完全發生的合意⁸⁷。

但是，相較於 1953 年刑法第 108b 條之擴張，刑法第 109a 條之適用範圍界定無疑起到更為關鍵重要的作用。相較於之前刑法第 109 條的規定，刑法第 109a 條在條文上不再使用之前為實務所廣泛解釋的「公共事務」概念，而是明確地規定選舉犯罪僅適用於產生代議機構的選舉以及其他的人民選舉或表決⁸⁸。反而言之，刑法第 108b 條在代議機構中的投票或表決並無任何適用餘地⁸⁹。從而，對於代議機構內選舉及表決的影響，成為了刑法上的「化外之地」⁹⁰。

總上所述，在 1953 年的刑法中，立法者有意識地形塑出一個買賣選票上的可刑罰性漏洞——系爭可罰性漏洞日後被認為是「無法忽視且令人不安的」「令人不滿的、危險的且幾近不可理解的」。因為自修法生效之日起，只有在人民所參與的選舉與表決中，才有可能處罰到民意代表賄賂的情形⁹¹。但是，聯邦眾議院中的多數見解則是認為，相較於第 3 次刑法修正法生效之前刑法第 109 條的規

⁸⁵ § 108b (StGB 1953)

Wer einem anderen dafür, daß er nicht oder in einem bestimmten Sinne wähle, Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Gefängnis und mit Geldstrafe bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer dafür, daß er nicht oder in einem bestimmten Sinne wähle, Geschenke oder andere Vorteile fordert, sich versprechen läßt oder annimmt.

Das Entgelt oder dessen Wert kann im Urteil eingezogen werden.

⁸⁶ § 109a (StGB 1953)

Die Vorschriften der §§ 107 bis 109 gelten für Wahlen zu den Volksvertretungen und für sonstige Wahlen und Abstimmungen des Volkes im Bund, in den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden. Einer Wahl oder Abstimmung steht das Unterschreiben eines Wahlvorschlages oder das Unterschreiben für ein Volksbegehren gleich.

⁸⁷ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 6.

⁸⁸ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 40; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 6.

⁸⁹ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 6.

⁹⁰ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 40.

⁹¹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 40-41.

定，應該更近一步地去懲罰民意代表賄賂的情形。固然當時所提出的修法草案並未對民意代表賄賂單獨量身訂做一個單獨的構成要件，而事實上在短暫有效的時間中也無法達到此一要求，從而一再延宕此問題。但是，為何立法者會在第一次議會任期中作出明確限縮可罰性的決定，而非至少在刑法第 109 條舊法中稍微謀取「立錐之地」，顯得疑竇重重且難以理解⁹²。

⁹² *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 41.

第四節 1953 年至 1994 年間的立法草案



自第三次刑法修正法通過生效之後，為了擴張此一限縮的刑事可罰性，人們開始進行若干立法上的嘗試。因為人們一致性地認為，當時生效的適用版本並無法將所有應罰性的情形納入其中。不過，自 1953 年起長達四十多年以來，所有的立法草案都無功而返⁹³。

第一項 1956 年自由民主黨黨團之修法版本

在第二屆議會任期中，自由民主黨黨團開始第一次填補漏洞的嘗試——其在 1956 年 4 月 17 日所提出的修法草案中，主張修改刑法第 109a 條（舊法）。此一法案提出的背景是一則賄賂嫌疑，當時有人提供 100,000 馬克給一位邦議員，從而使其在總理的選舉中為特定意義下的投票行為⁹⁴。

1956 年自由民主黨黨團之修法版本(StGB-E 1956)

第 109a 條

第 107 條至第 109 條適用於產生代議機構的選舉和其他的人民選舉與表決，以及在聯邦、邦、鄉鎮與鄉鎮自治團體之代議機構內所進行的其他選舉與表決。選舉提案之具名或者人民請願之簽名，等同於選舉或表決。⁹⁵

從法案的內容來看，其透過變更第 107 條至第 109 條條文的適用範圍，使得在聯邦、邦、鄉鎮與鄉鎮自治團體之代議機構內所進行的其他選舉與表決也有上述條文之適用⁹⁶。似乎，人們仍然偏愛於將民意代表賄賂罪內在於一般的投票賄賂罪的構成要件，而非創設一個獨立的民意代表賄賂罪⁹⁷。此法案在 1956 年 6 月 8 號進行第一次審議。但之後由於議會任期進程，未再繼續審議該法案⁹⁸。

⁹³ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 41.

⁹⁴ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 41.

⁹⁵ § 109a (StGB-E 1956)

Die Vorschriften der §§ 107 bis 109 gelten für Wahlen zu den Volksvertretungen und für sonstige Wahlen und Abstimmungen des Volkes sowie innerhalb der Volksvertretungen im Bund, in den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden. Einer Wahl oder Abstimmung steht das Unterschreiben eines Wahlvorschlages oder das Unterschreiben für ein Volksbegehren gleich.

⁹⁶ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 41.

⁹⁷ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 41.

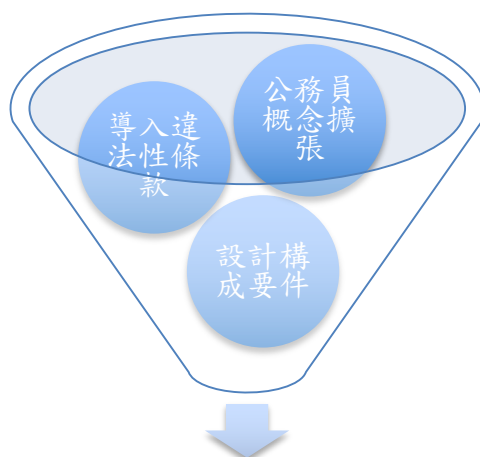
⁹⁸ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 42.

第二項 1962 年聯邦政府之修法版本

在第四屆議會任期，聯邦政府向聯邦眾議院提交了一份刑法修法草案，即 1962 年聯邦政府的修法版本。系爭版本在內容上主要是建立在受託從事重新形塑刑法典的大刑法委員會(die Großen Strafrechtskommission) 於 1954 年至 1959 年期間所進行的審議上⁹⁹。從而，在介紹 1962 年聯邦政府的修法版本前，需要先大概了解當時大刑法委員會及其第一小組委員會(I. Unterkommission)的討論。

第一款 大刑法委員會的討論

誠如 Tröndle 所指出的，在大刑法委員會討論之間，委員會成員存在一致性見解的是，在民意代表賄賂的構成要件上必須訴諸特殊的要求，從而得以區分在政治力博弈框架中社會相當的合法行為以及可罰性的行為¹⁰⁰。



「就特定之表決，試圖購買或出售選票者，處……」

※ 圖表 3 - 1：大刑法委員會的討論方案

製圖：作者

至於如何實現上述要求，依照當時討論的脈絡，主要有以下三個可能的選項：公務員概念擴張、導入違法性條款以及設計構成要件。

⁹⁹ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 7), S. 220; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 7; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 42.

¹⁰⁰ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 7; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 42.

第一目 公務員概念的擴張

在第一小組委員會所召開的研討會中，德國法官協會的刑法委員會(*der Strafrechtsausschuss des Deutschen Richterbundes*)提議擴張公務員的概念。依其見解，公務員應為受聘於立法、行政或司法領域執行公共職務或者實施高權任務之人¹⁰¹。民意代表也被納入到公務員概念之中，而有刑法第 331 條以下條文的適用。雖然小組委員會已經意識到擴張公務員的概念此一提議並不會得到聯邦眾議院的認可，但其仍一致地同意了刑法委員會的提議¹⁰²。

在之後的全體委員會(*Vollkommission*)審議過程中，由於將民意代表與公務員並列此一作法明顯違背德國的法律傳統且議會不可能接受此類新規則，從而，將民意代表納入公務員的概念被再次廢棄¹⁰³。

而之後 1962 年聯邦政府版本修法草案的修法理由也明確地指出民意代表與公務員之間的區別。稍微具體言之，公共職務的性格絕對無法容忍，從事的公務員利用職務活動以獲得利益。公務員必須總是在法律條文以及行政規則的框架內無偏頗以及免於不相干影響的狀態下作出決定。就此而言，對於執行行為收受或提供利益，或者利益的收受或提供與職務活動存在著關聯，原則是完全不被容許並可非難的。相反地，民意代表只需服從於自己的良心。且，對於民意代表而言，其本身並未和公務員一樣，存在著準確界定的義務建構¹⁰⁴。

第二目 違法性條款的導入

在否定擴張公務員概念的提議之後，大刑法委員會處理透過導入違法性條款以框限買賣選票此一規範的可能性。系爭提議係由 *Schäfer* 所提出，後為聯邦司法部的負責人(*die Sachbearbeiter des Bundesministeriums der Justiz*)所跟進¹⁰⁵。其中，草擬條文仿照了刑法第 240 條第 2 項強制罪(*Nötigung*)在立法技術上的結構，如下所示：

¹⁰¹ Niederschriften I. Unterkommission, S. 298 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 42); *Möhrenschlager*, aaO. (Fn. 7), S. 221.

¹⁰² *Möhrenschlager*, aaO. (Fn. 7), S. 221.

¹⁰³ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 43.

¹⁰⁴ BT-Drs. IV/650, S. 589.

¹⁰⁵ Vgl. Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 722, 724 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 44).

「若基於表決標的、利益種類及利益所指定用途之考慮，收受利益不可非難者，此一行為不具違法性。¹⁰⁶」

雖然此一提議在大刑法委員會的一讀中以多數獲得通過，但在當時也遭到委員會成員的批評。當中，有成員主張應該無條件地撤銷此一違法性條款，因為民意代表為了部長職位而出賣其表決權的行為，已經完全具備應刑罰性，而非屬於不可罰的政治協商；另外，違法性條款本身的必要性也值得懷疑，因為透過社會相當性說，已經可以對可罰性達成必要的限縮；並且，違法性條款會造成一種災難性的印象，即在民意代表被刑事司法追訴之前，其可以從事諸多骯髒的事情 (Unsauberkeiten leisten)¹⁰⁷。

不過，聯邦司法部的負責人卻認為，此一違法性條款是不可欠缺的，其認為：透過投票權之行使以獲得政治利益上的優待，可以經由此一條款而被排除在刑罰的範圍之外；至於對社會相當性學說的批判，一方面社會相當性學說本身也不是沒有爭議的，另一方面，在法律沒有對此作出詳細指示的情形之下，也難以讓人相信，立法機關要反過來仰賴於司法實務的具體化；且在人民選舉時，許諾利益給特定選民，如許諾擴建交通網絡，從而特定範圍中的商人期盼從中獲得利益，並不具備應刑罰性¹⁰⁸。

在大刑法委員會的二讀程序中，導入違法性條款此一方案再次陷入到更為劇烈的批評之中。首先，對於對方論點——透過將可罰性限縮與構成要件脫鉤的方式，能夠在程序中釐清關於應刑罰性的決定¹⁰⁹——此一說法是令人難以置信的。因為不管是在一個有待解釋的違法性條款中，還是在一個外延並不明確的構成要件中，都可以在程序中導出可罰性；其次，違法性條款在整體上而言，未臻明確。可非難與否的問題仍必須訴諸法官的價值判斷。但是，確定某一歷程政治上的相當性，並不屬於法官本身的任務¹¹⁰；再次，系爭條款並不存在著可以想像的情形，即對於利益提供而為特定意義下的投票，在何種情形之下是不可非難的¹¹¹；此外，系爭條款在外部效力上，將會對公眾烙下這樣的印象——只要事件不涉及到刑罰，

¹⁰⁶ “Die Tat ist nicht rechtswidrig, wenn es unter Berücksichtigung des Gegenstandes der Abstimmung, der Art des Vorteils und der für ihn vorgesehenen Verwendung nicht verwerflich ist, den Vorteil anzunehmen.”

¹⁰⁷ Vgl. Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 722 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 44).

¹⁰⁸ Bemerkungen der Sachbearbeiter, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 723, 724 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 44).

¹⁰⁹ *Bockelmann*, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 264 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 45).

¹¹⁰ *Krille, Schwarzhaupt*, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 265 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 45).

¹¹¹ *Rösch*, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 267 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 45).

即使其本身是令人厭惡的，在政治中是被一概地容許的¹¹²。最終，大刑法委員會再次否決導入違法性條款此一方案，並尋求在構成要件上的解決之道¹¹³。



第三目 構成要件的設計

儘管在小組委員會的討論以及提議中，存在著一種聲音——將代議機構內以及代議機構外的民意代表的一切活動都規範在一個分開的民意代表賄賂罪構成要件中，但最終在小組委員會中達成一致協議的是——仍將民意代表賄賂內在於一般性的選舉賄賂罪的構成要件之中，且僅連結到買票以及買票的行為，而非將民意代表賄賂規定在一個分開的構成要件中；刪除「公共事務」此一構成要件要素；利益概念經過「不適當性」的校準(*das Korrektiv der “Unangemessenheit”*)而獲得限縮；規範的適用範圍及於聯邦、邦、鄉鎮及鄉鎮自治團體中產生代議機構與代議機構中的選舉與表決¹¹⁴。其草擬的條文，如下所示：

「(1) 對於在選舉中不為投票行為或為特定意義下之投票行為，向其他人行求、期約或交付禮物或其他不妥適之利益者，處 5 年以下有期徒刑

(2) 對於第 1 款所描述之行為，要求、期約或收受禮物或其他不妥適之利益者，同樣罰之。¹¹⁵」

小組委員會的提議在大刑法委員會中，遭到了聯邦司法部負責人的批評。其指出，一方面，「不適當利益」(*der unangemessene Vorteil*)此一概念過於不確定，且未彰顯出詳細的決定性觀點；另一方面，此一措詞將會導致，收受利益可刑罰與否最終取決於事理之外的觀點¹¹⁶。

大刑法委員會認識到，在各個提議當中找尋其不充分性並不困難，真正的困難在於提供一個令人滿意的答案¹¹⁷。儘管在大刑法委員會的討論過程中，存在著

¹¹² *Baldus*, in: *Niederschriften GrStrK Bd. 13*, S. 267 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 45).

¹¹³ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 45.

¹¹⁴ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 47.

¹¹⁵ “(1) Wer einem dafür, dass er bei einer Wahl seine Stimme nicht oder in einem bestimmten Sinne abgebe, Geschenke oder andere unangemessene Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer dafür, dass er sich in dem in Absatz 1 beschriebenen Sinne verhalte, Geschenke oder andere unangemessene Vorteile fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.”

¹¹⁶ Vgl. *Tröndle*, in: *Niederschriften GrStrK Bd. 13*, S. 263 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 48).

¹¹⁷ *Dreher*, in: *Niederschriften GrStrK Bd. 13*, S. 267 und *Wezel*, in: *Niederschriften GrStrK Bd. 13*, S. 275 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 48).

諸多關於構成要件設計的不同提議，但大多數均為大刑法委員會所拒絕，特別是描述性構成要件要素(descriptive Tatbestandsmerkmal)的純粹性使用，譬如財產移動的直接性(die Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung)、回報的自利性(der Eigennutz des Entgelts)或私人利益(privaten Interessen)。其中，對於財產移動的直接性的批評在於，當財產係間接給予時，也可能存在著可刑罰的情形。相反地，即便財產輸送是直接進行的，但卻可能因為在政治上相當而不具應罰性；至於利益的自利性，則是被指摘，私人利益及其政黨利益難以區分，從而即便行為人的行為是利他的，但仍可能是貪腐行為。

就此而言，相較於描述性構成要件要素，大刑法委員會比較偏向在構成要件設計時採用規範性的或者說是需要價值填補的構成要件要素(normative, d. h. wertausfüllende Tatbestandsmerkmale)¹¹⁸，如要求或行求、期約或期約以及收受或交付（不適當的）回報、禮物、（財產性）利益，或財產之給予係基於違背義務的、不容許或是違背一個體面的民意代表所遵循慣例的方式¹¹⁹。

不過，上述規範性用語飽受各家質疑而被批評得「傷痕累累」。簡而言之，「不妥適性」被批評「不夠明確」「不過是違法性條款的簡化版」；「禮物」概念的理解主要基於當時實務對於刑法第 331 條以及第 332 條中相關概念的解釋¹²⁰。但是，事實上儘管其係同一個概念，法官被強制要求在民意代表情形中(相較於公務員的情形)，其對於社會相當性的理解應更為寬闊；義務違反此一要素有所作用的前提是，存在著義務。是以，「義務違反」除了被批評「無法證明」之外，還被指摘民意代表只需服從於自己的良心，並沒有義務的問題等等；至於「體面的民意代表」更是被痛批離題，其已經偏離了刑法領域而落入到懲戒法層次¹²¹。

對於上述規範性要素用語的批評，大刑法委員會認為，在規範性要素上選擇何種用語，並不會有太大的區別。原因在於，即便在確定規範的內容時法條用語

¹¹⁸ Ablehnend gegenüber einer deskriptiven Fassung äußerten sich insbesondere *Schafheutele*, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 273 und 277, *Jescheck*, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 276 und *Schäfer*, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 277 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 49).

¹¹⁹ Vgl. den Verlauf der Diskussion, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 270 ff. (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 49).

¹²⁰ 值得注意的是，在 1975 年之前，德國刑法第 331 條所使用的用語是「禮物或其他利益」，原條文如此規定：公務人員，對於與其職務有關的、未違背義務的行為收受、要求或者期約禮物或其他利益者，處 300 馬克以下罰金或 6 個月以下有期徒刑。

§ 331 Vorteilsannahme (1. September 1969-1. Januar 1975)

Ein Beamter, welcher für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung Geschenke oder andere Vortheile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bestraft.

¹²¹ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 50.

以及體系並不是可以忽視不察的，但規範性要素係確定性地取決於法律的評價。而透過法律的評價，其內容才能得到充實。在大刑法委員會中，已經達成一致的是，在民意代表賄賂的情形下，力圖將政治行為與可罰性行為區分開；而有所爭執的是，何種用語才是合適用語(*geeignete Formulierung*)¹²²。是以，其認為，問題並不在於選擇何種用語，而是在選定某一用語之後，為了獲致所想要的結果，在規範的解釋過程中，必須清楚地知道規範所追求的基本理念、目的及目的設定為何。

由於在構成要件的設計上獲致一個令人滿意的表達存在著重重困難，從而，在大刑法委員會的討論過程中，重新回溯到舊刑法第 109 條的選票買賣此一可能性的考量，顯得意義非凡¹²³（一夜回到解放前？）。大刑法委員會最終也通過此一依附於早期法律的提議：

「對於特定之表決，試圖購買或出售選票者，處……」¹²⁴

之所以會以上述之提議來設計構成要件，主要原因在於，依照當時的見解，買賣概念除了能夠表現出系爭規範所包含的內容，即貪腐的行為方式之外¹²⁵，還能明確地表達出行為的非難性，並生動地標識出，選票透過金錢的交換被降格為一種商品¹²⁶。

構成要件設計的問題解決之後，大刑法委員會及其第一小組委員會接下來所要面對的問題就是此一規範的適用範圍。對此，第一小組委員會一致認為是聯邦、邦、鄉鎮及鄉鎮自治團體中產生代議機構與代議機構內的選舉與表決，以及進行公共事務的其他選舉¹²⁷。儘管在結果上和第一小組委員會的見解不會有所偏差，聯邦司法部的負責人在大刑法委員會中致力於更加精細的區分。除了兩大基本原則——系爭選舉或者表決一方面必須依照聯邦德國或各邦法律條文進行；另一方面必須涉及到公共事務，其更為詳細地列出了系爭選舉與表決的範圍，包括如下事項：

¹²² *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 51.

¹²³ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 51.

¹²⁴ “Wer es unternimmt, für eine bestimmte Abstimmung eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird ... bestraft.”

¹²⁵ *Krille, Jescheck*, in: *Niederschriften GrStrK Bd. 13*, S. 276 (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 51).

¹²⁶ *Galas*, in: *Niederschriften GrStrK Bd. 13*, S. 278 f. (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 52).

¹²⁷ Vgl. *Niederschriften GrStrK Bd. 13*, S. 259 ff. (zitiert nach *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 52).

- 1、聯邦、邦、鄉鎮以及鄉鎮自治團體中的人民選舉與表決；
- 2、代議機構中的決定；
- 3、聯邦、邦以及鄉鎮其他機構中的決定，如陪審員遴選委員會、兵役體檢委員會、當時聯邦德國鐵路及德國聯邦郵政的行政委員會；
- 4、其他公法上團體所舉行的選舉與表決，如工商會、律師公會、社會保險及大學機構中的全體大會、理事會與委員會¹²⁸。



對於規範適用範圍的討論，大刑法委員會並未花費太多的篇幅，且主要的討論聚焦在聯邦、邦以及鄉鎮的其他機構是否應落入規範範圍之中此一問題上面。對於民意代表，其則一致地認為，不管是產生代議機構的選舉還是代議機構中所進行的選舉與表決，均被納入本規範之中¹²⁹。

第二款 1962 年聯邦政府之修法版本

基於大刑法委員的上述討論結果，德國聯邦政府於 1962 年向聯邦眾議院提交了一份修法草案¹³⁰。其中，民意代表賄賂被規定於一般的買賣選票的構成要件中，其條文以及適用範圍規定如下：

1962 年聯邦政府之修法版本(StGB-E 1962)

第 404 條 投票賄賂罪

試圖購買或出售選票者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。¹³¹

第 404 條 適用範圍

(1) 第 400 條至第 404 條適用於根據聯邦或邦之法律所進行的、涉及到公共事務的以下表決：

- 1、在聯邦、邦、鄉鎮以及鄉鎮自治團體所進行的人民選舉與其他表決；

¹²⁸ Vgl. Tröndle, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 259 ff. (zitiert nach Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 52).

¹²⁹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 53.

¹³⁰ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 53; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 9.

¹³¹ § 404 Stimmbestechung

Wer es unternimmt, eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Strafhaft bestraft.

2、在聯邦、邦、鄉鎮、鄉鎮自治團體以及公法上的團體、機構和基金會之代議機構和其他的機構中，所進行的選舉與其他表決，以及產生這些機構的選舉。

(2) 第 405 條至第 407 條適用於第 1 項第 1 款所規定的選舉與其他表決。

(3) 選舉提案之具名或者人民請願之簽名，等同於選舉或表決。¹³²

自條文規定上來看，一方面，修法草案第 404 條的規定貫徹了大刑法委員會的建議，而將本罪的構成要件設計為著手犯(Unternehmensdelikt)。從而，只要行為人對於不容許的交易，著手背棄投票或使有權投票之人為此行為時，即已構成要件該當；另一方面，從第 409 條的規定來看，儘管第 1 項中在法律用語僅提及「表決」，但從第 1 項第 1 款以及第 2 款的規定來看，第 404 條的適用範圍同時包含了人民選舉與表決以及代議機構中的選舉與表決¹³³。就此而言，草案的起草者有意廢棄掉「選舉」與「表決」的一般性區分，並將「表決」概念當作包含「選舉」在內的上位概念¹³⁴。

不過，比較弔詭的是，系爭草案條文的設計明明大部分係基於大刑法委員的提議。而大刑法委員會的提議在審議之時，也曾受到多方的批評。譬如，在構成要件的設計上採取規範性要素是值得商榷的，因為這樣會導致法官來評估判斷何為「買賣性」¹³⁵；買賣概念並未描繪出一個輪廓出來¹³⁶且未臻明確¹³⁷，其本身未能明確地區分出應刑罰的行為¹³⁸；並無法從買賣概念中理解到任何強調性價值，從而也就無法保證，實務在解釋買賣概念時會有別於當時，並按照大刑法委員會的意圖為此概念附著上貪腐觀念意義下的價值¹³⁹。事實上，草案的立法理由對於

¹³² § 405 Anwendungsbereich

(1) Die §§ 400 bis 404 gelten für folgend Abstimmungen, wenn sie auf bundes oder landesrechtlichen Rechtsvorschriften beruhen und öffentliche Angelegenheiten betreffen

1. Wahlen und andere Abstimmungen des Volks in Bund und in den Ländern, Gemeiden und Gemeindverbänden,

2. Wahlen und andere Abstimmungen in den Volksvertretungen und in anderen Einrichtungen des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Gemeindeverbände und der Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Wahlen zu diesen Einrichtungen.

(2) Die §§ 405 bis 407 gelten für die Wahlen und andere Abstimmungen nach Absatz 1 Nr. 1.

(3) Einer Wahl oder Abstimmung steht das Unterschreiben eines Wahlvorschlages und das Unterschreiben für ein Volksbegehren gleich.

¹³³ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 9.

¹³⁴ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 53 und 54.

¹³⁵ Welzel, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 269 (zitiert nach Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 54).

¹³⁶ Schafheutle, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 270 (zitiert nach Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 54).

¹³⁷ Fritz, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 272 (zitiert nach Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 54).

¹³⁸ Mezger, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 273 (zitiert nach Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 54).

¹³⁹ Schafheutle, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 277 (zitiert nach Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 54).

上述批評隻字未提，而只是泛泛地提及，透過新構成要件的創設，「所有與犯罪構成要件文本有關的難題都得以清除」¹⁴⁰。

即便在不考慮之前的觀點且未弱化對立論點的情況下，將 1962 年聯邦政府版本的修法草案作為民意代表賄賂犯罪的問題解決之道，將會在文獻上引發諸多批評。譬如，條文未包含事後酬謝，且其僅涉及到投票，而未將黨團中的表決整合進去；透過買賣概念所表現出來的非難性之矯正適用於規範所涉及到的所有情形；條文並未明確規定不參與選舉以及放棄投票的情形；買賣概念在用語上並不够明確，從而導致法官進行個案上的判斷；第三人利益未被包含在內。總而言之，作為條文中唯一的規範性要素，「買賣」本身並無法使民意代表賄賂的問題變得明確，也無法滿足構成要件上所必要的準確性要求¹⁴¹。

在實際結果上，由於時間上的緣故，1962 年聯邦政府版本的修法草案最終未能在第四屆議會任期中進行審議，從而無法在此議會任期中完成漏洞的填補¹⁴²。另外，在第五屆議會任期中，為了繼續推動上屆議會任期所未完成的實體刑法立法工作，基督教民主聯盟／基督教社會聯盟及自由民主黨黨團在 1965 年再次推出一個刑法草案。系爭草案在用語上與 1962 年聯邦政府版本的修法草案完全一致¹⁴³。儘管此一草案在 1966 年 1 月 13 日進入到聯邦眾議院的一讀程序，並由刑法改革特別委員會審查。但是，關於選舉與表決條文的審查最終被略過。從而，高度限縮的刑法第 108b 條以及第 108d 條仍繼續發揮著效力¹⁴⁴。

第三項 1974 年基督教民主聯盟／基督教社會聯盟黨團之修法版本

從背景上來看，1974 年基督教民主聯盟／基督教社會聯盟黨團修法版本的提出動機是所謂的 *Steiner-Wienand* 事件 (*Steiner-Wienand-Affäre*)。當時西德的聯邦總理 Willy Brandt 由於推動東進政策並試圖與東德和解，引發來自基督教民主黨的反對黨領導 Rainer Barzel 發動建設性不信任投票 (*konstruktives Misstrauensvotum*)，並意圖透過倒閣使自己成為聯邦總理。不過，最終結果是

¹⁴⁰ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 9: „...sondern vielmehr darauf hinweist, dass durch die Schaffung des neuen Tatbestandes alle „ Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Tatbestandsfassung aus dem Weg geräumt seien“ .“

¹⁴¹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 54 f.

¹⁴² Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 55; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 9.

¹⁴³ Vgl. BT-Drs. V/32; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 55; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 9.

¹⁴⁴ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 55.

Barzel 以兩票之差飲恨。事後，社會民主黨的議會黨團主席 Karl Wienand 被指控，其之前行賄基督教民主黨的議員 Julius Steiner，以使 Steiner 未投票贊同 Barzel。在兩德統一之後，從東德特務機關的解密檔案中發現，Steiner 所收受的賄金係來自於東德國家安全部(das Ministerium für Staatssicherheit der DDR)。由於不信任投票案的失敗，導致國會中的基督教民主聯盟/基督教社會聯盟黨團提出此修正草案¹⁴⁵。草案規定內容如下所示：

1974 年基督教民主聯盟/基督教社會聯盟黨團之修法版本(StGB-E 1974)

第 108b 條 選舉賄賂罪

對於不為或為特定意義下之選舉，向其他人行求、期約或者提供金錢或其他財產性價值者，處 5 年以下有期徒刑及罰金。

對於不為或為特定意義下之選舉，為自己要求、期約或者收受金錢或其他財產性價值者，同樣罰之。

回報或其價值在有罪判決中沒收之。¹⁴⁶

在第 108d 條適用範圍中新增第 2 款：

(2) 第 108b 條也適用於聯邦、邦代議機構中，以及被選舉出來的鄉鎮和鄉鎮自治團體機關中的選舉和表決。依 108c 條之規定，得對第 1 句中所列機構的成員褫奪在公共選舉中所獲得的權利能力，以及在公共事務中選舉和表決的權利。

¹⁴⁷

同樣地，1974 年基督教民主聯盟/基督教社會聯盟黨團版本修法草案並未採取一個獨立的民代賄賂構成要件，而是選擇就現行的構成要件進行改造，從而將

¹⁴⁵ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 7), S. 221; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 55; Wikipedia, Steiner-Wienand-Affäre, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Steiner-Wienand-Aff%C3%A4re> (Besuch am 10.09.2015); 陳英鈴，〈抗賄選 議長選舉宜記名投票〉，自由時報電子報，2015 年 2 月 16 日，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/856465> (最後瀏覽日期：2015/09/10)。

¹⁴⁶ § 108b Wahlbestechung (StGB-E 1974)

(1) Wer einem anderen dafür, dass er nicht oder in einem bestimmten Sinne wähle, Geld oder andere Vermögenswerte anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer dafür, dass er nicht oder in einem bestimmten Sinne wähle, Geld oder andere Vermögenswerte für sich fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.

(3) Das Entgelt oder dessen Wert kann im Urteil eingezogen werden.

¹⁴⁷ § 108d Geltungsbereich (StGB-E 1974)

Die Norm sollte um folgenden 2. Absatz ergänzt werden

Die Vorschrift des § 108b StGB gilt auch bei Wahlen und Abstimmungen in den Volksvertretungen im Bund und in den Ländern sowie in den gewählten Körperschaften der Gemeinden und Gemeindeverbänden. § 108c StGB gilt mit der Maßgabe, dass bei Mitgliedern der in Satz 1 genannten Organe auf Verlust der Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu Erlangen und den Verlust des Rechts in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen und zu stimmen, zu erkennen ist.

民意代表賄賂的情形納入當中¹⁴⁸。其中，相對於之前其他版本草案而言，1974年草案的特別之處在於：其在一般的選舉賄賂罪的規定上，仍相對限縮。

細言之，作為限縮性的構成要件要素，108b 條第 2 項之規定要求，賣票者必須係為了自己本身而要求對價給付。套到民意代表的情形中，只有當其係為了個人目的而收受給予，才能為本罪所處罰¹⁴⁹。本罪的目的在於，將出於支持民意代表或其所歸屬政黨之政治工作所作出的捐款行為排除在可刑罰性之外。若民意代表收受、期約或收受利益的行為僅是基於其政黨的利益，此一情形並無適用本罪的餘地¹⁵⁰。儘管第 108b 條第 1 項未出現任何與第 2 項之「為了自己」相對應的措辭，但是，第 1 項的解釋亦應合乎本罪之目的。結合第 1 項中的「向其他人...」，亦可得知，行賄者行求、期約或提供給付給受賄者的行為，也應是基於「其個人之目的」¹⁵¹。

此外，為了保護民意代表使其免於不當之懷疑，除了上述「為了個人之目的」的限制之外，草案條文還對利益作出了明確的限縮，本罪僅涉及具體的財產性價值，而不及於非物質形式的利益¹⁵²。

在效力範圍上，透過第 108d 條第 2 款的新增，使得一般性的選舉賄賂罪也得以適用到聯邦、邦代議機構以及被選舉出來的鄉鎮和鄉鎮自治團體機關中的選舉和表決中¹⁵³。

不過，由於議會任期時間上的緣故，1974 年基督教民主聯盟/基督教社會聯盟黨團版本修法草案也同樣「胎死腹中」¹⁵⁴。

¹⁴⁸ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 9 f.

¹⁴⁹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 56.

¹⁵⁰ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 10.

¹⁵¹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 56; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 10.

¹⁵² Haak, aaO. (Fn. 7), S. 10.

¹⁵³ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 10; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 56-57;

¹⁵⁴ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 10; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 56-57;

第五節 1994 年之「民意代表受賄罪」 (§ 108e StGB 1994)



第一項 1994 年之「民意代表受賄罪」的導入

第一款 概述

社民黨、聯盟 90/綠黨以及基民盟/基社盟與自民黨執政聯盟等黨團在第 12 屆議會任期中先後向聯邦眾議院共提出三份關於民意代表賄賂的修法草案¹⁵⁵。由於社民黨版本的修法草案和基民盟/基社盟黨團與自民黨執政聯盟版本在條文內容上幾近一致，在立法理由則完全一致。故，對於這兩個修正草案，本文將一併介紹而不再分別贅述。聯邦眾議院於 1992 年 1 月 16 日對社民黨版本以及聯盟 90/綠黨版本的草案進行一讀程序，並交由法律委員會(Rechtsausschluss)負責審議，選舉審查、免責權及議事規則委員會(Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung)協同審議¹⁵⁶。基民盟/基社盟與自民黨執政聯盟版本的草案在 1993 年 10 月 21 日進行一讀程序，並同樣轉由上述的委員會審議。經過審議之後，法律委員會建議——放棄聯盟 90/綠黨版本的草案，結合社民黨版本以及基民盟/基社盟與自民黨執政聯盟版本的草案，並在結論中主張應採基社盟與自民黨執政聯盟版本的草案¹⁵⁷。此一決議最終為聯邦眾議院議員一致性地接受。在跑完聯邦參議院的「大地遊戲」之後，第 108e 條經由 1994 年 1 月 13 日第 28 次刑法修正法被導入到德國刑法典中，並在 1994 年 1 月 14 日至 2014 年 8 月 30 日間發揮效力¹⁵⁸。

第二款 社民黨版本 (StGB-E 1991)以及基民盟/基社盟黨團與自民黨黨團版本 (StGB-E 1993)的修法草案

自 1953 年以來 40 餘年的時間裡，民意代表賄賂長期游離於刑法之外。民意代表賄賂罪的問題之所以再次在第 12 屆議會任期中浮出水面，是因為一則賄賂嫌疑——對於聯邦德國首都的確立問題，聯邦眾議院在 1991 年 6 月 20 日以細微的

¹⁵⁵ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 10.

¹⁵⁶ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 10; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 58.

¹⁵⁷ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 10 f.

¹⁵⁸ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 11.

差距多數決定 Berlin 為將來議會的所在地，Berlin 也因此成為聯邦政府的所在地。但是，上述首都決定的作出因有國會議員涉嫌收受金錢而受到影響¹⁵⁹。從而，社民黨黨團在 1991 年 11 月 21 日提出刑法修正草案¹⁶⁰。其中，系爭草案並未更動到刑法第 108b 條及第 108d 條的規定，而是將民意代表受賄罪規定在一個獨立的刑法構成要件中¹⁶¹，條文如下所示：

1991 年社會民主黨版本的修法草案(StGB-E 1991)

第 108e 條 民意代表受賄罪

(1) 對於聯邦、邦、鄉鎮及鄉鎮自治團體代議機構中的選舉或表決，試圖購買或出售選票者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

(2) 就上開第一項之罪行，除了科處被告六個月以上的有期徒刑之外，法院還能褫奪被告在公共選舉中取得權利的能力以及在公共事務中選舉、表決的權利。¹⁶²

和 1974 年的修法草案不同的是，1991 年社民黨版本的修法草案在構成要件的設計上並非依照刑法第 108b 條之選舉賄賂罪構成要件而使可罰性取決於禮物或其他利益的收受、期約或提供。本修法草案係以 1962 年大刑法委員會的草案為導向，以買賣交易的圖像來描述本罪的構成要件該當行為。值得一提的是，此處對於「買賣交易」的理解，並不是民法意義上的，而是基於一般日常用語上的表述意義。透過這種方式，可以避免就對價給付給出準確的定義¹⁶³。

另外，基民盟/基社盟及自民黨執政聯盟在 1993 年 10 月 20 日也提出了一份修法草案¹⁶⁴。系爭修正草案在內容上和社民黨在 1991 年所提出的修法草案近乎一致。不同之處在於，基民盟/基社盟及自民黨執政聯盟版本的草案，將歐洲議

¹⁵⁹ Möhrenschrager, aaO. (Fn. 7), S. 222; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 57; Kurt Sontheimer, Wilhelm Bleek 著，張安藍譯，《德國政府與政治》，1999 年，初版，五南，頁 20-21。

¹⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 12/1630.

¹⁶¹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 57.

¹⁶² § 108e Abgeordnetenbestechung (StGB-E 1991)

(1) Wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbänden eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten wegen einer Straftat nach Absatz 1 kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.

¹⁶³ Epp, Die Abgeordnetenbestechung - § 108e StGB, 1997, S. 52.

¹⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 12/5927.

會中的選舉與表決也納入到本罪當中¹⁶⁵。不過，此處究竟僅指來自德國的歐洲議會議員，還是歐洲議會中來自所有會員國的議員，仍有待探討¹⁶⁶。



第三款 聯盟 90/綠黨版本的修法草案

對此，聯盟 90/綠黨不久之後也於 1991 年 12 月 5 日提出自己版本的修法草案¹⁶⁷。但是，不同於自由民主黨版本的是，聯盟 90/綠黨的主張並不是增訂一個獨立的民代賄賂罪構成要件，而是就刑法第 108b 條及第 108d 條進行修改，進而使 108b 條的處罰範圍擴張到代議機構內部的投票以及表決中¹⁶⁸。草案的修正條文，如下所示：

1991 年聯盟 90/綠黨版本的修法草案(StGB-E 1991)

第 108b 條 投票賄賂罪

在表決中，試圖透過金錢或其他財產性價值購買或出售選票者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。¹⁶⁹

第 108d 條 適用範圍

第 107 條至第 108c 條適用於：

- 1、產生代議機構的選舉以及歐洲議會議員的選舉；
- 2、聯邦、邦、鄉鎮和鄉鎮自治團體中的人民選舉與表決，以及社會保險中的初選；
- 3、聯邦、邦、鄉鎮和鄉鎮自治團體之代議機構以及其他機構中的選舉與其他表決。

選舉提案之具名或人民請願之簽名，等同於選舉或表決。¹⁷⁰

¹⁶⁵ *Epp*, aaO. (Fn. 163), S. 53; *Möhrenschlager*, aaO. (Fn. 7), S. 223.

¹⁶⁶ *Epp*, aaO. (Fn. 163), S. 54.

¹⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 12/1739.

¹⁶⁸ *Epp*, aaO. (Fn. 163), S. 52; *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 57.

¹⁶⁹ § 108b Stimmbestechung (StGB-E 1991)

Wer es unternimmt, für eine Abstimmung eine Stimme mittels Geld oder anderer Vermögenswerte zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

¹⁷⁰ § 108d Geltungsbereich (StGB-E 1991)

Die §§ 107 bis 108c gelten für

1. Die Wahlen zu den Volksvertretungen und die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments.
2. Wahlen und Abstimmungen des Volkes im Bund, in den Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden sowie für Urwahlen in der Sozialversicherung.
3. Wahlen und andere Abstimmungen im den Volksvertretungen und in anderen

和自由民主黨版本的草案相比，不難發現：一方面，聯盟 90/綠黨版本的草案也一樣使用「買／賣」這樣的用語來描述犯罪行為，並將此罪定位為著手犯。為了在容許以及禁止行為之間作出區分，本罪的犯罪構成要件藉由「買／賣」此一規範性構成要件要素而獲得限縮。具體言之，本罪構成要件僅及於在代議機構中買賣選票的情形。至於在代議機構中的其他行為，如提案或者意見表達，其不大可能成為可罰性的對象，一如在代議機構外的投票行為¹⁷¹；另一方面，聯盟 90/綠黨版本的草案則是額外地在利益上做某程度的限縮——第 108b 條要求必須「透過金錢或其他財產性價值」¹⁷²。

除此之外，聯盟 90/綠黨版本修正草案的另一個特別之處在於，第 108b 條僅提及表決，而第 108d 條明文規定了第 108b 條的適用範圍包括在聯邦、邦、鄉鎮和鄉鎮自治團體之代議機構及其他機構中的選舉與其他表決等等。就此來看，本草案中第 108b 條的「表決」係作為一種上位概念¹⁷³。

	SPD	CDU/CSU & FDP	Bündnis 90/Die Grünen
民代賄賂罪是否為獨立的構成要件？	✓	✓	✗
構成要件行為為「購買或出售選票」？	✓	✓	✓
著手犯？	✓	✓	✓
適用範圍？	聯邦、邦、鄉鎮及鄉鎮自治團體代議機構中的選舉或表決	聯邦、邦、鄉鎮及鄉鎮自治團體代議機構+歐洲議會中的選舉或表決	第108d條

※ 圖表 3 - 2 : 1994 年民代賄賂罪導入前的草案對照

製表：作者

Einrichtungen des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände.
 Einer Wahl oder Abstimmung steht das Unterschreiben eines Wahlvorschlags oder das Unterschreiben für ein Volksbegehren gleich.

¹⁷¹ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 11.

¹⁷² Epp, aaO. (Fn. 163), S. 53.

¹⁷³ Epp, aaO. (Fn. 163), S. 53; Haak, aaO. (Fn. 7), S. 11.

第二項 1994 年之「民意代表受賄罪」的內容



第一款 概述

直到 1994 年 1 月 14 日，德國刑法才終於再次將民意代表受賄納入刑法制裁規範，並專門創設了刑法第 108e 條之民意代表受賄罪。雖然 1994 年所增訂的刑法第 108e 條之民意代表受賄罪是為了填補重要的刑罰性漏洞，但是，系爭條文的內容、範圍以及設計在不久之後就在學界和實務界受到多方的抨擊以及嚴厲的批判¹⁷⁴。

其中，刑法第 108e 條之民意代表受賄罪（1994 年舊法）如此規定¹⁷⁵：

（1）對於歐洲議會、聯邦、邦、鄉鎮及鄉鎮自治團體代議機構中的選舉或表決，試圖購買或出售其選票者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

（2）就上開第一項之罪行，除了科處被告 6 個月以上有期徒刑之外，法院還能褫奪被告在公共選舉中取得權利的能力以及在公共事務中選舉、表決的權利。

第二款 保護法益

第一目 傳統說法

對於刑法第 108e 條的保護法益（或者說規範目的），當時的立法理由認為，本罪在於保護民主程序免於遭受不容許的影響、對代議職務執行整全性與代議體系運作功能的公共信賴以及國民（對於立法權之影響的）平等原則¹⁷⁶。

¹⁷⁴ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 63.

¹⁷⁵ § 108e StGB a.F. (Abgeordnetenbestechung):

(1) Wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wegen einer Straftat nach Absatz 1 kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.

¹⁷⁶ BT-Drucks. 12/5927, S. 4.

學說見解上也大多肯認，議會意志形成程序或者民意代表代議職務執行的整全性是本罪的適格保護法益¹⁷⁷。且本罪的保護法益是一種複合性的法益 (komplexe Rechtsgut)，即在議會意志形成程序或民意代表代議職務執行的整全性此一法益之外，再附著其他的法益。不過，其他法益為何，學說上未有定見。

有論者認為，本罪的保護法益在於議會意志形成程序以及代議職務執行 (Mandatsausübung) 之整全性。從而，將職務委託給民意代表的人民方能相信，民意代表的行動僅以公共福祉和利益為旨歸¹⁷⁸。就此意義而言，本罪應該阻止以下之行為——民意代表代理在民主上不具正當性的、個人或團體之私人利益，將其表決權用於收受相應的利益或宣稱如此行動¹⁷⁹。

Resenau 主張，本罪在於保護議會意志形成的整全性及自由委任。議會決定的事實相關性理應被維繫，進而此規範得以確保議會民主此一國家形式¹⁸⁰。

不過，聯邦最高法院首席法官 Fischer 認為，將「代議職務的自由執行」當作保護法益，一方面過於限縮；另一方會扭曲本罪的保護指向，使得民意代表反倒成為其自身受賄的受害者¹⁸¹。就此而言，如果要使法益概念具備批判性功能或者（最起碼的）解釋與適用導向功能的話，和刑法第 331 條及第 332 條中公務員的決定自由一樣，不應過度地將民意代表的「自由」置於本罪的保護法益¹⁸²。毋寧說，本罪所保護的法益是議會程序整全性、民意代表獨立性及其所作出決定的事實相關性，從而可以獲致政治決定程序的合法性。¹⁸³

¹⁷⁷ von Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 2015, § 108e Rn 3.

¹⁷⁸ Bauer/Gmel, in: LK-StGB, 2006, §108e Rn. 1.

¹⁷⁹ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 1; Braasch, Reichweite der Strafbarkeit politischer Mandatsträger wegen korruptiver Handlungen - Zugleich Anmerkung zur Neuregelung der "Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern" gemäß § 108e StGB (Teil 1): Voraussetzungen der alten Regelung und Strafbareitslücken, abrufbar unter: <https://www.juris.de/jportal/portal/page/homerl.psml?nid=jpr-NLSFADG000215&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp> (Besuch am 03.07.2015).

¹⁸⁰ Rosenau, in: StGB, 2014, § 108e Rn. 4: „Rechtsgut ist die Integrität der parlamentarischen Meinungsbildung sowie die Freiheit des Mandats. Die Sachbezogenheit der parlamentarischen Entscheidungen soll gewahrt werden, weswegen die Norm auch die Staatsform der parlamentarischen Demokratie absichert.“

¹⁸¹ Fischer, StGB, 2015, § 108e Rn. 2: „Dagegen stellte die Begründung des GesE darauf ab, geschützt werden solle „die freie Ausübung des Mandats“ (BT-Drs. 18/476, 8). Das greift zu kurz und verdreht die Schutzrichtung geradezu ihr Gegenteil, indem der Mandatsträger als Opfer seiner eigenen Bestechlichkeit aufgefasst wird.“

¹⁸² Fischer, aaO. (Fn. 181), § 108e Rn. 3: „Wenn dem Rechtsgutbegriff überhaupt noch eine kritische, zumindest auslegungs- und anwendungs-orientierende Funktion zukommen soll, kann das von § 108e geschützte Gut so wenig die „Freiheit“ des Mandatsträgers sein wie Rechtsgut der §§ 331, 332 die Entscheidungsfreiheit von Amtsträgern ist.“

¹⁸³ Fischer, aaO. (Fn. 181), § 108e Rn. 2: „Die Vorschrift schützt das (öffentliche) Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse und an der Unabhängigkeit der Mandatsträger und der



學者 Eser 的見解與 Fischer 的見解大致類似，但在細節上存在著差異：其並非直接將民意代表獨立性及其所作出決定的事實相關性，而是將對於民意代表之獨立性及民意代表決定之事實相關性的公共信賴當作本罪的保護法益¹⁸⁴。

Schenk 認為，系爭條款（的保護法益）在於保護代議職務執行的整全性、議會代議制度的運作能力和由此衍生出來的、對民意代表獨立性及不可收買性與民意代表決定的事實相關性的公共信賴¹⁸⁵。

此外，學者 Francuski 則是主張，系爭條款（的保護法益）在於保護選舉及表決過程中，投票行為的客觀性及由表意行為之客觀性與民意代表之獨立性所衍生出來的公共信賴¹⁸⁶。

第二目 新取徑：以規範保護達成整全性保護

針對上述的說法，有論者認為，將議會程序的整全性保護當作刑法第 108e 條的目的，並不充分。因為刑法構成要件本身無法保障利益無所不包的整全性¹⁸⁷。以生命為例，其無疑是重要的法益，但刑法並不能也無法全面地保護生命。毋寧說，刑法所保護的是，在和這些「利益」往來中的行為標準，或者說是：規範 (Normen)¹⁸⁸。

從而，刑法第 108e 條明顯並不在於保護代議職務執行之整全性，而是為了保護（議會）免於遭受「不公平的操縱」(unlauteren Manipulationen)。至於如何

Sachbezogenheit ihrer Entscheidungen.“

¹⁸⁴ Eser, StGB, 2014, §108e Rn. 1: „Schutzgut ist die Integrität des parlamentarischen Meinungsbildungsprozesses vor unlauteren Manipulationen und das darauf bezogene öffentliche Vertrauen auf die Unabhängigkeit der Mandatsinhaber und die Sachbezogenheit ihrer Entscheidungen.“

¹⁸⁵ Schenk, Rechtsfragen im Kontext der Abgeordnetenkorruption, Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, S. 8, available at: <https://netzpolitik.org/wp-upload/Abgeordnetenkorruption.pdf> (Besuch am 24.06.2015): „Geschütztes Rechtsgut des § 108e StGB ist die Integrität der Mandatsausübung und die Funktionsfähigkeit des repräsentativen parlamentarischen Systems sowie das darauf bezogene öffentliche Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unkäuflichkeit der Mandatsinhaber und die Sachbezogenheit ihrer Entscheidungen.“

¹⁸⁶ Francuski, aaO. (Fn. 4), S. 220: „Die Norm soll die Sachlichkeit des Stimmverhaltens bei Wahlen und Abstimmungen sowie das öffentliche Vertrauen hierauf und in die Unabhängigkeit der Mandatsinhaber schützen.“

¹⁸⁷ Kubiciel/Hoven, NK 2014, 343.

¹⁸⁸ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 187), S. 343.

判斷是否存在著不公平的操縱，進而使議會程序的整全性被以一種刑法上可歸責的方式破壞，端視於在內容上形塑整全性的規範¹⁸⁹。

不過，系爭規範不都存在於刑法構成要件之中，而應當參照在刑法以外的、或成文或不成文的初級規範(primärnormen)¹⁹⁰。就此而言，其根本是從民意代表的代議地位（基本法第 38 條第 1 項）中所導出的憲法上義務。此憲法上義務的射程範圍，經由維繫議會之代議能力以及運作能力此一誠命要求而得到確定與界限¹⁹¹。又，基本法第 48 條第 3 項¹⁹²，透過「(來自國庫的)完全扶養」(Vollalimentation)原則，確保民意代表在經濟上的獨立性¹⁹³。此得以驅使民意代表在作出政治決定時能夠免於可能的個人經濟利益之干擾。議員法第 44a 條第 2 項第 2 句也規定了，如果金錢或有金錢價值給付的提供導致（議員）被期待在聯邦眾議院中代表和執行提供者的利益的話，系爭金錢或有金錢價值給付是不被容許的。固然民意代表可以收受獻金，但其應分開結算，且捐贈金額在年度中有超過 5000 歐元者，應向議長說明捐贈者之姓名與地址及總體捐贈額度¹⁹⁴。此外，依照政黨法第 25 條第 7 項之規定，如果獻金的提供以特定的經濟或政治利益為對價或者明顯足生此一期待的話，系爭獻金是不被容許的¹⁹⁵。

透過上述基本法、議員法以及政黨法相關規定的初步觀察，其揭露了金錢流向民意代表以及政黨的方式¹⁹⁶。刑法第 108e 條則位於這些初級規範的一側：其本身在於確保這些規範的效力，以此方式以達成對於代議機構中意志形成程序之整全性及對於這些初等規範效力之信賴的保護¹⁹⁷。

¹⁸⁹ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 187), S. 343.

¹⁹⁰ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 187), S. 343.

¹⁹¹ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 187), S. 343.

¹⁹² Art. 38 GG Abs. 3:

Die Abgeordneten haben Anspruch auf eine angemessene, ihre Unabhängigkeit sichernde Entschädigung. Sie haben das Recht der freien Benutzung aller staatlichen Verkehrsmittel. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.

基本法第 48 條第 3 項：

議員有權獲得適當的、用以確保其獨立性的報酬。其有權免費使用所有的國家交通工具。聯邦法律詳細規定之。

¹⁹³ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 187), S. 343.

¹⁹⁴ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 187), S. 344.

¹⁹⁵ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 187), S. 344.

¹⁹⁶ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 187), S. 344.

¹⁹⁷ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 187), S. 344.

第三款 構成要件要素之解釋



第一目 表決或選舉(Abstimmungen und Wahlen)

從法條明確的用語中，不難得知，刑法第 108e 條舊法所涉及的對象並不是對上述代議機構的選舉產生（即從候選人變成議員的過程）造成影響的行為，而是那些已經當選的議員在上述機構(Gremien)內的決定¹⁹⁸。

依照刑法第 108e 條舊法的條文用語，本罪的適用範圍僅及於代議機構內（與人相關的）選舉及（與事相關的）表決中的投票行為¹⁹⁹，而不包括決議之審議與準備範圍內的行為²⁰⁰。人民對於民意代表之直接選舉內在於所謂的「代議機構」之中²⁰¹。換言之，所謂的代議機構，其成員必須經由人民直接選舉產生²⁰²。刑法第 108e 條舊法以列舉的方式，將構成要件上的對象限制於歐洲議會、聯邦、邦及地方自治團體代議機構的選舉或者表決²⁰³。具體而言，聯邦層級的代議機構是聯邦眾議院；邦層級的代議機構是邦議會(Länderparlamente)或者城邦市民會議(Bürgerschaften der Stadtstaaten)²⁰⁴；鄉鎮層級的代議機構包括鄉鎮市議會(Gemeinde- oder Stadträte)；鄉鎮自治團體的代議機構則是諸如行政工會(Verwaltungsgewerkschaften)等等²⁰⁵。

值得注意的是，在鄉鎮及鄉鎮自治團體的代議機構中，民意代表除了從事立法活動之外，還承擔著公共行政任務²⁰⁶。如果鄉鎮及鄉鎮自治團體代議機構中的民意代表所從事的是立法活動或者共同致力於政治意志的形成，則有刑法第 108e 條舊法之適用²⁰⁷；反之，如果地方民意代表作出的是具體的行政決定，其被視為公務員，進而有刑法第 331 條以下之適用²⁰⁸。就鄉鎮市議會(Gemeinderäte)成員

¹⁹⁸ Satzger, Jura 2014, S. 1023; Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 6;

¹⁹⁹ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1023.

²⁰⁰ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 64.

²⁰¹ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1023.

²⁰² Rudolphi, SK-StGB, 2011, § 108e Rn. 8.

²⁰³ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1023; Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 6; Braasch, aaO. (Fn. 179).

²⁰⁴ 德國目前共有 16 個邦。其中，柏林、漢堡以及不萊梅為城邦(Stadtstaat)。對於“Stadtstaat”的翻譯，中國多譯為“城市州”，港台則稱為“城邦”。

²⁰⁵ Anders/Mavany, AK-StGB, 2014, § 108e Rn. 4.

²⁰⁶ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 7.

²⁰⁷ Braasch, aaO. (Fn. 179).

²⁰⁸ Francuski, aaO. (Fn. 4), 221; Rudolphi, aaO. (Fn. 202), § 108e Rn. 8.

而言，其主要取決於其本身的地位以及其所受委託的任務。地位與任務則委由各邦的鄉鎮自治法(Gemeindeordnung)自行規定²⁰⁹。

可以確定的是，在上述代議機構全體大會(Plenum)中的選舉或表決行為為刑法第 108e 條舊法所包含。但是，代議機構部分單元 (Teileinheit)中的表決行為是否也包含在刑法第 108e 條舊法中，則需要視不同的情況而確定²¹⁰。

一般而言，在委員會(Ausschüssen; Kommission)中的投票和表決也為刑法第 108e 條的構成要件所包含²¹¹。主要原因在於：一方面，在委員會中通常會作出重大的、政治的初步結論，（免於貪腐的）保護刻不容緩；另一方面，此類組織上之分支單位(organisatorischen Untergliederungen)的決定也完全等同于系爭代議機構中的選舉或表決²¹²。

反之，如果在雜糅或聯合的機構(gemischten oder gemeinsamen Gremien)中，譬如聯邦以及各邦委員會 (Bund-Länder-Kommission)或協調委員會 (Vermittlungsausschuss)²¹³，不存在任何特定代議機構的表決²¹⁴。因為這類機構不是代議機構的結構部分，而是獨立的組合²¹⁵。在這些組合中，各個代議機構派出有表決權的參與者。聯邦參議院即是如此，其係由各邦政府的代表所組成²¹⁶。

在黨團(Fraktion)或事務委員會(Arbeitskreisen)中的選舉或表決，並未該當本罪的構成要件²¹⁷。因為黨團和事務委員會處於政黨政治以及整個議會的意思形成之間的模糊地位，並非是純粹的議會機構，故其為刑法第 108e 條的構成要件所排除²¹⁸。儘管議會的議事規則(Parlamentarischen Geschäftsordnung)提到上述的兩個機構，但政黨內部的意思形成程序在上述兩個機構中有著突出的地位²¹⁹。

²⁰⁹ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 7;

²¹⁰ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 9.

²¹¹ Satzger, aaO. (Fn. 198) S. 1024; Francuski, aaO. (Fn. 4), 221; Anders/Mavany, aaO. (Fn. 205), § 108e Rn. 5; Rudolphi, aaO. (Fn. 202), § 108e Rn. 9; Braasch, aaO. (Fn. 179).

²¹² Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 9.

²¹³ 德國的 Vermittlungsausschuss 並不是一般的委員會，而是指在立法時 Bundestag(聯邦眾議院)與 Bundesrat(聯邦參議院)意見不同時，所特設的協調委員會。

²¹⁴ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 9; Braasch, aaO. (Fn. 179).

²¹⁵ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 9; Anders/Mavany, aaO. (Fn. 205), § 108e Rn. 5.

²¹⁶ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 9.

²¹⁷ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 9; Anders/Mavany, aaO. (Fn. 205), § 108e Rn. 5; Francuski, aaO. (Fn. 4), 221; Schenk, aaO. (Fn. 185), S. 8; Braasch, aaO. (Fn. 179).

²¹⁸ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1024; Francuski, aaO. (Fn. 4), S. 221.

²¹⁹ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1024.

又，系爭選舉或表決的投票行為必須是處於即將作出的狀態²²⁰。不同於刑法第 332 條和第 334 條的規定，對於已經作出的投票行為進行事後「酬謝」，並不會落入刑法第 108e 條舊法中²²¹，即使此一利益提供已經足以讓人們推測出——民意代表在未來的、目前尚未足夠具體的投票中，會作出有利於利益提供者的表決行為²²²。

第二目 買票／買票行為(Kaufen und Verkaufen)

刑法第 108e 條舊法的構成要件該當行為是在選舉或表決中表決權的買賣行為²²³。本罪被設計成著手犯(Unternehmensdelikt)，即本罪的既遂(Vollendung)被前置化至直接實行買票/賣票之時²²⁴。具體不法協議的完成(Abschluss)甚或事後遵守（做好做滿？）對於既遂的發生，並非必要。行為人一經直接著手從事賣票或買票行為，即告既遂²²⁵。

買票/賣票行為作為一個規範性的構成要件要素，對其本身的理解並不是基於民法上的意義（民法意義下的買賣要求買賣行為是一種合法交易²²⁶），而是出自於一般日常用語上的表述意義，並被作廣泛的理解²²⁷。買賣行為此一構成要件要素的作用在於其本身為某一行為的可非難性提供了一種具體線索。進而言之，

²²⁰ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 65.

²²¹ Rudolphi, aaO. (Fn. 202), § 108e Rn. 11.

²²² Eser, aaO. (Fn. 184), §108e Rn. 10; Anders/Mavany, aaO. (Fn. 205), § 108e Rn. 7; Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1025.

²²³ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1024.

²²⁴ 黃榮堅教授將「Unternehmensdelikt」翻譯成「企行犯」，參見：黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於：氏著，《刑罰的極限》，1999年，頁223-224。此外，亦有部分論者將「Unternehmensdelikt」翻譯為「著手犯」或「實行犯」，如許恒達，註1文，頁87。

²²⁵ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 2.

²²⁶ § 433 BGB (Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag)

(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

德國民法典第 433 條 買賣契約中的典型契約義務

(1) 透過買賣契約，物之出賣人負有義務，交付該物於買受人，並使其取得物之所有權。出賣人須使買受人所取得之物，無物之瑕疵及權利上之瑕疵。

(2) 買受人負有義務，對於出賣人支付所約定之價金，並受領其所購買之物。

²²⁷ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1024; Anders/Mavany, aaO. (Fn. 205), § 108e Rn. 6; Eser, aaO. (Fn. 184), §108e Rn. 8; Francuski, aaO. (Fn. 4), 221; Schenk, aaO. (Fn. 185), S. 9; Braasch, aaO. (Fn. 179).

透過對議員投票權的收買，議員投票權本身被「貶低為一種商品」²²⁸，進而成為一種自私交易的標的²²⁹。

在犯罪行為的認定上，必須進行的是容許的影響行為及可非難的買賣行為之間界線的區分。此一區分的進行必須仰賴於在個案中細密的考量²³⁰。就此而言，存在一致性的是——一般的影響及具備社會相當性且合乎政治慣例之給予，並不具備可非難性，故應被視為構成要件不該當²³¹。即便上述行為導致了議員生活狀況的改善，亦是如此²³²。

不同於刑法第 331 條以下之職務賄賂相關規定（任何利益的提供或收受行為，足以使構成要件該當），根據條文以及立法理由，刑法第 108e 條舊法下的利益只侷限於物質形式的利益²³³。從而，如果通過議員席次或政治職位之分配而對民意代表施加壓力或是承諾授予民意代表榮譽博士學位，會因為欠缺物質形式利益而無刑法第 108e 條的適用餘地²³⁴。

至於第三人獲利(Drittvorrechte)的情形，即提供利益給議員家屬或者議員政黨內的朋友，是否落入刑法第 108e 條舊法下的規範範疇之中，存在著爭議²³⁵。部分學者認為，刑法第 108e 條舊法在內容上應當以刑法第 331 條以下之規定為導向。否則的話，在刑法第 108e 條舊法納入第三人獲利的情形，將會是不可想像的²³⁶。但亦有學者指出，刑法第 108e 條舊法在法條用語上，並不是和刑法第 331 條以下的規定一樣使用「利益」此一用語。故在刑法第 108e 條舊法上，無法強制要求解釋應當依靠刑法第 311 條以下之規定的解釋。是以，第三人獲利的情形無法被納入賣票的情形之中²³⁷。

²²⁸ *Francuski*, aaO. (Fn. 4), 221; *Anders/Mavany*, aaO. (Fn. 205), § 108e Rn. 6; *Braasch*, aaO. (Fn. 179).

²²⁹ *Satzger*, aaO. (Fn. 198), S. 1024: „Die Merkmale »Kaufen/Verkaufen« sollten einen konkreten Anhaltspunkt für die Verwerflichkeit des Verhaltens liefern, sodass nur diejenigen Fälle erfasst wurden, in denen die Stimme des Abgeordneten durch ihre Käuflichkeit »zur Ware erniedrigt« und zum Gegenstand eines eigennützigen Geschäfts gemacht wurden.“

²³⁰ *Satzger*, aaO. (Fn. 198), S. 1024.

²³¹ *Francuski*, aaO. (Fn. 4), 221; *Braasch*, aaO. (Fn. 179).

²³² *Satzger*, aaO. (Fn. 198), S. 1024.

²³³ *Satzger*, aaO. (Fn. 198), S. 1024; *Rudolphi*, aaO. (Fn. 202), § 108e Rn. 11; *Anders/Mavany*, aaO. (Fn. 205), § 108e Rn. 6.

²³⁴ *Braasch*, aaO. (Fn. 179).

²³⁵ *Satzger*, aaO. (Fn. 198), S. 1024; *Francuski*, aaO. (Fn. 4), 221; *Braasch*, aaO. (Fn. 179).

²³⁶ *Sommer*, *Korruptionsstrafrecht*, 2010, S. 135.

²³⁷ *Müller*, *MüKo-StGB*, 2011, §108e Rn. 17.

第三目 具體的不法協議

刑法第 108e 條舊法的不法核心(Unrechtskern)是具體的不法協議(konkrete Unrechtsvereinbarung)²³⁸。就具體不法協議的作用而言，其主要扮演因果關聯的角色——將有形的利益提供和民意代表特定的表決行為串連起來。具體而言，除了買票和賣票的行為之外，還要求存在一個不法協議以作為買票和買票行為的基礎，即有形利益之提供的目的在於驅使民意代表在選舉或表決中為特定行為，兩者之間必須存在著因果關聯²³⁹。當提供利益的目的（且必須）在於驅使議員在選舉或表決中為特定的投票行為²⁴⁰，進而使議員的投票降格為一種交易商品時，此時即存在著不法協議²⁴¹。

就不法協議的形式和實質內容要求來看，前者要求不法協議必須超出一般性的關係維繫(Kontaktpflege)之外²⁴²。不法協議對於其他的貪腐犯罪也扮演著重大的角色。其中，在判定不法協議時，必須確保刑罰的對象僅侷限於對表決行為造成影響的可非難行為。從而，合乎政治慣例或是具備社會相當性的行為，並不在構成要件範圍之內²⁴³。不法協議要和具備社會相當性或合乎政治慣例的行為進行區分。故，刑法可罰性之範圍確定要經由在個案當中對於所有情狀的細心考量，即將有金錢價值之給予的高度和種類、給付和對價給付之時間上的關聯以及手段目的的關係(Mittel-Zweck-Relation)當作決定性的參考標準，將聯邦眾議院議員之行為規範（聯邦眾議院議事規則附件一）作為解釋的輔助手段²⁴⁴。在通常的「打好關係」(allgemeine Kontaktpflege)或者單純的「政治風情之維繫」(die bloße “Pflege der politischen Landschaft”)中，即使其目的指向影響議員之決定，其並未該當本罪的構成要件²⁴⁵。

就後者而言，不法協議要求實質內容則以表決權在足夠具體的事務中的不正當行使為限²⁴⁶。無論是投票行為還是投票或者表決，都必須足夠具體²⁴⁷。從而，當議員充當說客進行有償的活動，或從事潛在諮詢服務活動而收受酬金，抑或其

²³⁸ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1024.

²³⁹ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 12; Braasch, aaO. (Fn. 179).

²⁴⁰ Eser, aaO. (Fn. 184), §108e Rn. 9.

²⁴¹ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1024.

²⁴² Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 12.

²⁴³ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1024.

²⁴⁴ Schenk, aaO. (Fn. 185), S. 9 f.

²⁴⁴ Francuski, aaO. (Fn. 4), 221; Anders/Mavany, aaO. (Fn. 205), § 108e Rn. 7.

²⁴⁵ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1025.

²⁴⁶ Bauer/Gmel, aaO. (Fn. 178), §108e Rn. 12.

²⁴⁷ Rudolphi, aaO. (Fn. 202), § 108e Rn. 12.

他人員對於議員選區工作而向議員捐獻的獻金，這些事項即便在具體情形中對議員產生不被容許的政治影響力或本身就是高度不妥當，也幾乎不會落入刑法第 108e 條舊法之中²⁴⁸。又，必不可少的不法協議僅包含具體的、未來的表決行為。故，不同於刑法第 332 條以及第 334 條，對於過往行為的事後酬謝，也不會落入刑法第 108e 條舊法之中²⁴⁹。

第四目 主觀構成要件

本罪的主觀構成要件要求，對於所有的構成要件要素，至少要達到未必故意 (bedingten Vorsatz) 的程度。特別是，本罪的主觀構成要件必須要延伸至，經濟利益之提供係為了特定的、未來的表決行為。如果行為人錯誤地認為，經濟利益之收受或者提供具備社會相當性或者合乎政治慣例，那麼此時就發生了包攝錯誤 (Subsumtionsirrtum)，將依照刑法第 17 條之禁止錯誤 (Verbotsirrtum) 的規定進行相關的處理²⁵⁰。

又，儘管利益收受者在內心深處作私密的保留——其在投票表決時將不受利益的影響而只服從於自己的良心——但這並無法排除刑事可罰性。因為對於民意代表整全性及民主原則之遵守此一公共信賴已經被撼動，並因此導致了代議機構運作能力的危殆化²⁵¹。

第五目 正犯與參與犯

任何人均能成為買票的適格行為主體。反之，賣票的行為主體只能是民意代表。就此部分而言，刑法第 108e 條具備了特別犯的性格²⁵²。在判斷此處的「代議職務」能否成為一種建構刑罰的特別個人要素 (ein die Strafe begründendes besonderes persönliches Merkmal)，從而使行為人依德國刑法第 28 條第 1 項²⁵³獲

²⁴⁸ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1025; Francuski, aaO. (Fn. 4), 221; Rudolphi, aaO. (Fn. 202), § 108e Rn. 12; Braasch, aaO. (Fn. 179).

²⁴⁹ Satzger, aaO. (Fn. 198), S. 1025; Rudolphi, aaO. (Fn. 202), § 108e Rn. 11; Braasch, aaO. (Fn. 179).

²⁵⁰ Rudolphi, aaO. (Fn. 202), § 108e Rn. 15.

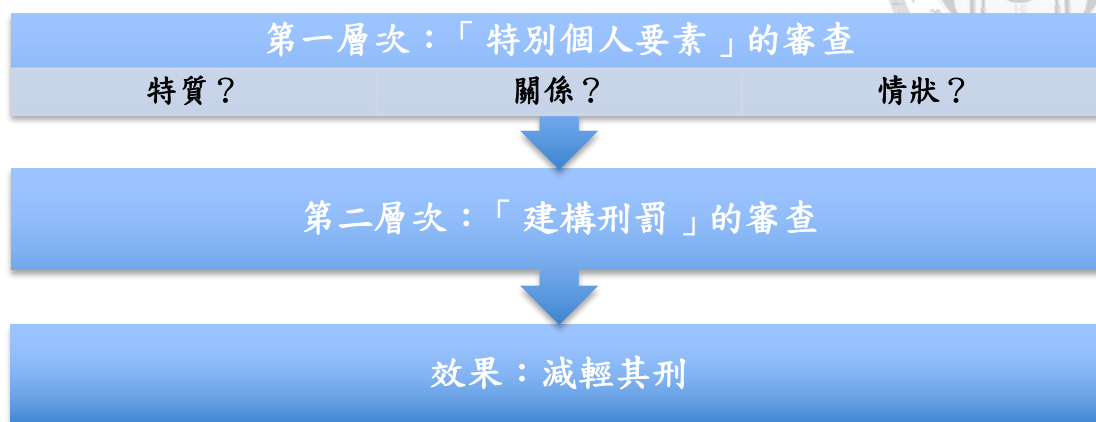
²⁵¹ Rudolphi, aaO. (Fn. 202), § 108e Rn. 11.

²⁵² Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 71.

²⁵³ § 28 StGB (Besondere persönliche Merkmale) Abs. 1:

Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern. 德國刑法第 28 條第 1 項：

致減輕其刑的優待時，需要從「特別個人要素」以及「建構刑罰」兩個層次進行檢驗。



※ 圖表 3-3：「特別個人要素」審查體系

製圖：作者

就第一個層次——「特別個人要素」的審查來看，需要先判斷究竟何種個人要素屬於德國刑法第 28 條意義下的特別個人要素。對此，德國刑法第 14 條之為他人而行為(*Handeln für einen anderen*)有作進一步的說明²⁵⁴。

德國刑法第 14 條第 1 款：

任何基於以下之身份而行動者，

- 1、法人之有代表權的機構或此類機構之成員，
- 2、有法律能力的人合公司之有代表權的合夥人，或
- 3、他人之法定代理人，

若法律規定以特別的個人特質、關係或情狀(特別個人要素)來建構可罰性，但行為人不具備此等要素而被代表人具備者，此法仍對行為人有其適用。²⁵⁵

若行為人的可罰性取決於特別個人要素，而參與犯(教唆犯或幫助犯)缺少此一特別個人要素者，依照第 49 條第 1 款減輕其刑。

²⁵⁴ 陳力揚，《論共犯從屬性》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年，頁 101。

²⁵⁵ § 14 StGB (*Handeln für einen anderen*) Absatz 1:

- (1) *Handelt jemand*
1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
 2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder
 3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen,
- so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.

其中，特質(Eigenschaften)指的是，與行為人的本質相結合，與個人不可分離的特徵，如性別；關係(Verhältnis)指個人與個人或物之間的關聯，如公務員身分以及其他構成正犯性的義務地位(täterschaftsbegründende Pflichtenposition)等；情狀(Umstände)泛指個人特質及關係以外的個人情狀，包括具備時間持續性的長業性以及習慣性要素，也包括短暫出現的內心態度，如德國刑法第 221 條謀殺罪的「殺人嗜好」「性慾之滿足」「貪慾」或「卑劣的動機」等要素²⁵⁶。儘管公務員與民意代表兩者之間在地位上存在著明確的區別，但是民意代表對於代議職務負有特定的權利與義務。就此而言，「代議職務」屬於上述之「關係」的範疇，並沒有什麼爭議之處²⁵⁷。

相較於此，在第二個層次——「建構刑罰」(begründen die Strafbarkeit des Täters)的審查，存在著爭議之處。以公務員身份為例，由於公務員身分在純正的職務犯罪(die echten Amtsdelikte)中扮演著刑罰建構要素的角色，從而，如果行為人教唆公務員為刑法第 331 條之收受利益的行為，其可依照刑法第 28 條第 1 款減輕其刑²⁵⁸；相反地，如果行為人教唆其他人向公務員提供利益，則其並不能期待按照刑法第 28 條第 1 款減輕其刑。因為主行為人(der Haupttäter)並不具備特別個人要素²⁵⁹。不過，文獻上有指出，上述對於教唆者的區別對待，並無法令人信服：一方面，教唆公務員並未被教唆非公務員明確地呈現出更高的不法內涵；另一方面，刑法第 331 條以及第 333 條的刑罰幅度(Strafrahmen)不存在高低之分，法定刑都是 3 年以下有期徒刑²⁶⁰。

而在民意代表的情形中，根據被教唆人身份上的差異而進行區別對待，會造成更大的爭議。因為不管是教唆民意代表收賄，還是教唆其他人向民意代表行賄，其均規定在同一條條文中！換言之，不管是作為買票方的人民，還是作為賣票方的民意代表，其規範化的不法以及刑罰幅度均應確切地相符。因此，文獻有指出，刑法第 28 條第 1 款在第 108e 條並無適用的餘地²⁶¹。

²⁵⁶ Roxin, StrR AT Bd. II, 2003, § 27, Rn. 23. 陳力揚，《論共犯從屬性》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年，頁 101。

²⁵⁷ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 72.

²⁵⁸ Vgl. Heine, StGB, 2014, Vorbem. §§ 331 ff. Rn. 7.

²⁵⁹ Vgl. Korte, in: MüKo-StGB, 2011, § 333 Rn. 39.

²⁶⁰ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 72.

²⁶¹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 72: „Hier tritt die ungerechtfertigte Privilegierung noch offener zu Tage, weil in beiden Fällen nach derselben Norm (§ 108e StGB) bestraft würde, sich also das normierte Unrecht und Strafmaß des Bürgers als Stimmenkäufer und des Mandatsträgers als Stimmenverkäufer exakt entsprechen. Dies spricht insgesamt dafür, die Vorschrift des § 28 Abs. 1 StGB bei § 108e StGB nicht anzuwenden, um den aufgezeigten Wertungswiderspruch zu verhindern.“

第四款 對 1994 年民代受賄罪的批評



第一目 實務批評

就刑法第 108e 條舊法在實務上的運作上來看，自其 1994 年增訂以來至 2007 年期間，在 13 年內只有一個有罪判決，其在實務上的功用，可見一斑²⁶²。實務上對於刑法第 108e 條舊法的抨擊，莫過於聯邦最高法院第 5 庭在 2006 年 5 月 9 日所作出的一則判決。

一、案件事實

被告 S 是位工程師及一家能源公司的所有人，同時也是 Wuppertaler 市議會中社會民主黨黨團成員之一²⁶³。基於投資人的緣故，S 透過諸多不同的演講 (Redebeiträge) 以及表決行為，主張對於投資人建築工程的支持²⁶⁴。S 透過其所設立的虛擬公司 (Scheinfirma)，在 1995 年、1996 年以及 1998 年收受高額錢款，且 S 在個人所得稅申報 (Einkommensteuererklärungen) 上也隱瞞此一錢款²⁶⁵。

1998 年末，在被告 S 的運作之下，投資人成功地購買到一處位於 Wuppertaler 市附近的、長期閒置的土地。由於之前的建築規劃導致此地的建築可能性在經濟上並非有利可圖²⁶⁶，為了提高此一建築工程的經濟價值而爭取建築規劃的變更，投資人再次求助於被告 S²⁶⁷。S 隨後也通過相關的意見發表，積極主張建築規劃的變更²⁶⁸。市議會最終也同意建築規劃按照投資人所想要的形式變更²⁶⁹。

被告 S 想要從投資人處獲得一項委託任務 (Auftrag)，即從事系爭建築工程的結構工程之建造²⁷⁰。而投資人也明白，基於「政治風情之維繫」的緣故，其橫豎是要將此項任務委託給被告 S²⁷¹。之後，被告 S 報價 119000 馬克，而投資人此前收到的報價是 40000 馬克以及 65000 馬克。但是，投資人最終還是同意 S 的報

²⁶² Francuski, aaO. (Fn. 4), S. 223.

²⁶³ Michalke, FS-Hamm, 2008, S. 462.

²⁶⁴ Michalke, aaO. (Fn. 263), S. 462.

²⁶⁵ BGH, NStZ, 2006, 389 (390).

²⁶⁶ BGH, NStZ, 2006, 389 (390).

²⁶⁷ Michalke, aaO. (Fn. 263), S. 462.

²⁶⁸ Michalke, aaO. (Fn. 263), S. 462.

²⁶⁹ Michalke, aaO. (Fn. 263), S. 462.

²⁷⁰ Michalke, aaO. (Fn. 263), S. 462; BGH, NStZ, 2006, 389 (390).

²⁷¹ BGH, NStZ, 2006, 389 (390).

價²⁷²，而支付被告 S 高額的(也是被告所要求的)結構工程酬金(Statikerhonorar)²⁷³。因為被告 S 明確地表示，其對工程所提供的所有工作並不單是為了收受合理的結構工程酬金，且其根本不會為了這點「難以糊口的工資」而工作²⁷⁴。投資人擔憂，如不這樣的話，被告 S 在日後會妨礙而非繼續支持對「適宜的」(“passendes”)建築法規的爭取關照²⁷⁵。

二、法院見解

一審地方法院認定被告成立刑法第 331 條之收受利益罪以及第 332 條之受賄罪。但是，聯邦最高法院撤銷了地方法院的有罪判決，因為其認為地方民意代表原則上並非是刑法第 11 條第 1 項第 2 點中的公務員²⁷⁶。所以，刑法第 331 條以及第 332 條就沒有適用的餘地。

之後，聯邦最高法院第 5 庭一方面認為，在結果上，按照立法者之意思，仍有一系列與提供利益給地方民意代表相關聯的行為是不為刑法所處罰的²⁷⁷；另一方面則是主張，按照立法者之意思，民意代表受賄罪的現行規定導致了，一系列被認為可刑罰的、與鄉鎮以及鄉鎮自治團體代議機構中的投票或表決相關聯的操作不為刑法所懲罰²⁷⁸，具體的內容如下：

「刑法第 108e 條第 1 項所懲罰的僅是著手從事買票和買票的行為²⁷⁹。至少在試圖透過利益的提議或要求，就鄉鎮以及鄉鎮自治團體代議機構中未來的表決行為達成明示或默示的不法對價協議中，本罪的犯罪行為成立²⁸⁰。從而，按照刑法第 108 條之規定，民代受賄罪並不包含『投餌行為』，即利益的提供只是為了

²⁷² BGH, NStZ, 2006, 389 (390).

²⁷³ Michalke, aaO. (Fn. 263), S. 462.

²⁷⁴ BGH, NStZ, 2006, 389 (390): „Daraufhin machte S deutlich, dass er nicht bereit sei, die ganze Arbeit für dieses Projekt nur für ein angemessenes Statikerhonorar zu erbringen; zu einem solchen „Hungerlohn“ könne er nicht arbeiten. C, der diese Äußerungen als Fingerzeig dahin verstand, dass S die Bemühungen um „passendes“ Baurecht zukünftig stören könnte, anstatt sie fördernd zu begleiten, willigte schließlich in eine erhöhte Entlohnung des S ein.“

²⁷⁵ Michalke, aaO. (Fn. 263), S. 462.

²⁷⁶ Michalke, aaO. (Fn. 263), S. 462-463.

²⁷⁷ BGH, NStZ, 2006, 389 (393): „Im Ergebnis bleibt nach dem Willen des Gesetzgebers damit eine Reihe von Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Vorteilszuwendungen an kommunalen Mandatsträger straflos.“

²⁷⁸ BGH, NStZ, 2006, 389 (393): „Die gesetzliche Regelung der Abgeordnetenbestechung führt nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers dazu, weite Teile von als strafwürdig empfundenen Manipulationen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbände straflos zu stellen.“

²⁷⁹ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁸⁰ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

謀取民意代表在投票或表決時的一般性好感，而僅懲罰對於投票和表決行為達成具體的不法對價協議²⁸¹。故，對於地方民意代表的一般性或酬謝性的利益給付，只有當民意代表所涉及的對象是為刑法第 331 條以下所包含的行政行為，而不是代議機構內部的投票或表決之政治交易，才得以為刑法所懲罰²⁸²。此外，相對於刑法第 331 條以下條文的規定，對於在代議機構中的特定表決行為，為事後『酬謝性』的利益給付，同樣不為刑法第 108e 條所懲罰²⁸³。只是，事後的利益給付對於事先明確的或默示的不法對價協議而言，能夠被用作重大的證據徵兆 (gewichtiges Beweisanzeichen)²⁸⁴。」

「本庭認為立法者應有所行動 (gesetzgeberischen Handlungsbedarf)：在所有其他的公共以及私人生活領域，經過變遷的、對於貪腐特殊社會危害性 (Sozialschädlichkeit) 的公共理解導致了貪腐行為可罰性的重大擴張²⁸⁵。直至今日，此種發展仍與民意代表受賄罪的構成要件擦肩而過 (vorbeigegangen)²⁸⁶。從而，刑法第 108e 條的犯罪構成要件實際上被視為無任何意義的『象徵性立法』 (bedeutungslose „symbolische Gesetzgebung“)——乍看之下，透過標題製造了一種假象，即在賄賂犯罪的觀點之下，民意代表至少和公務員是幾近相同的²⁸⁷。特別是在如同本案的案件中，在在地顯示了，犯罪構成要件所包含的對象並無法充分地將所有值得刑罰的貪腐行為納入其中，尤其是在地方層次²⁸⁸。由於地方民意代表的活動內容在部分範疇內幾乎不能和地方行政活動 (die kommunalen Verwaltungstätigkeit) 相區分，就此而言，基於立法者所賦予刑法第 108e 條之特殊地位 (Sonderstellung)，將導致一系列評價矛盾 (Wertungswidersprüchen)²⁸⁹。且，基於國際公約的原因，民意代表受賄罪的構成要件也應做必要的調整，故立法者應按照本庭之見解而為相應的補救措施，特別是在地方民意代表納入為刑法所保護的保密義務 (strafbewehrte Verschwiegenheitspflichten) 中 (參見刑法第 203 條第 2 項之規定²⁹⁰)²⁹¹。」

²⁸¹ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁸² BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁸³ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁸⁴ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁸⁵ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁸⁶ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁸⁷ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁸⁸ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁸⁹ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁹⁰ 刑法第 203 條第 2 項規定，「因下列各種身分而被告知或知悉他人之秘密，特別是私生活秘密或企業、商業秘密，未經授權而加以洩密的，處與第 1 項相同之刑罰：

- 1、 公務員；
- 2、 對公務負有特別義務之人；
- 3、 依人事代理法執行任務或職權之人

第二目 學說批評



一、「買賣概念」之模糊性(Vagheit)

刑法第 108e 條舊法中所明確要求的情形是，民意代表出賣表決權或者外界人士自民意代表購買表決權的行為²⁹²。但是，民法中的「買賣」類型並不足以完整地描述出系爭犯罪行為的不法²⁹³，且刑法第 108e 條中的「買賣」概念的解釋也不是依照民法中的相關範疇²⁹⁴。從而，此一概念仍難以將政治上相當的行為與刑法上可罰的行為區分開²⁹⁵。

二、效力範圍僅及於特定代議機構內部(innerhalb der Volksvertretung)

依照文獻上的通說，基於刑法第 108e 條的措詞——「對於歐洲議會、聯邦、邦、鄉鎮及鄉鎮自治團體代議機構中的選舉或表決，試圖購買或出售其選票者，處 5 年以下有期徒刑或罰金」。不難理解，系爭規範構成要件的射程(Reichweite)僅及於議會的全體大會及委員會中的選舉與表決，而不包含議員在議會黨團會議及事務委員會的行為²⁹⁶。故，即便發生了實質上的意志形成或是作出了得以左右議會決定的重大方向設定，由於其發生在代議機構外部，自然不為刑法第 108e 條舊法所及²⁹⁷。

三、效力僅及於選舉與表決（排除其他職權情形）

由於刑法第 108e 條明確表示出，其僅適用於民意代表在特定代議機構內「選舉與表決」中的投票行為。換言之，議員投票之外的活動，並未落入刑法規範當中²⁹⁸。不過，此一限制自然是不充分的，因為除了在代議機構內的投票行為之外，

4、 聯邦立法機關、邦立法機關所屬調查委員會或者非立法機構組成之委員會或議會中之人員，或此類委員會或議會之協助人員，或

5、 依法負有認真履行其職責義務的公開聘任的專家；

6、 在執行科學研究計畫中依法正式負有認真履行保密義務之人。」

²⁹¹ BGH, NStZ, 2006, 389 (393).

²⁹² Vgl. Heinrich, Neuregelung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung, S. 3, unter: http://www.bundestag.de/blob/195446/80ade0dbefc651210ebb14a769c147fc/stellungnahme_heinrich-data.pdf (Besuch am 17. 06. 2015).

²⁹³ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 292), S. 3.

²⁹⁴ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 292), S. 3.

²⁹⁵ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 292), S. 3.

²⁹⁶ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 77.

²⁹⁷ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 77.

²⁹⁸ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 77.

民意代表在投票之前仍有大量可能性，能夠對法律草案產生影響。因此，毋寧說，在選舉或表決中的投票行為只是民意代表所開展的諸多作用中的一環，或者說，其不過是民意代表得以貪腐的影響力中的一個小片段²⁹⁹。



四、非物質形式利益(immaterieller Vorteile)之排除

由於刑法第 108e 條舊法中所提及的是購買或出售表決權的行為，按照多數見解，以民意代表在選舉或表決中的特定行為作為對價提供非物質形式利益，並不會被刑法第 108e 條舊法所涵括³⁰⁰。但是，在特定的情形之下，提供會員資格，使其成為聲譽卓越之社團（如扶輪社）的一員，或者提供特別的榮譽、嘉獎，能被完全地視作一種有追求價值的利益，進而引誘民意代表基於提供者的利益而作出決定³⁰¹。從刑法第 108e 條的規範目的來看，非物質形式利益的收受或提供，其對於法益的侵害也未必低於物質形式利益的收受或提供。

因此，立法者對於民意代表創設了一種不可思議的特權。此一特權的存在在表面上導致了一種雙層式的貪腐刑法(“Zwei-Klassen-Korruptionsstrafrecht”)：一層是公務員貪腐，另一層是民意代表貪腐。就此而言，其使得刑法第 108e 條舊法誠命的規避更加地容易³⁰²。

五、具體不法協議之要求

從刑法第 108e 條舊法中所導出的一個條件是，「在所指涉的代議機構之選舉或表決中」，表決權被購買或出售³⁰³。按照多數見解，基於上述條件，可以得出買賣行為和選舉之間存在著因果關聯性。但是，此一因果關聯性或此處所必然涉及到的故意，在實務上是很難被證實的，以致該條文在實際運用上幾近無用。即便不論因果關聯性證明上之重重困難，如此的限縮要件在事實上仍無法得到正當化。因為如此操作的結果是所有的間接影響(mittelbaren Beeinflussungen)被完全地排除在刑法可罰性的範圍之外³⁰⁴。

²⁹⁹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 78.

³⁰⁰ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 292), S. 3.

³⁰¹ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 292), S. 4.

³⁰² Braasch, aaO. (Fn. 179).

³⁰³ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 292), S. 4.

³⁰⁴ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 292), S. 4.

六、德國民意代表收賄罪限縮條款之體系違誤(Systemwidrigkeit)

刑法第 108e 條舊法應當改革的另一個重要理由在於，賄賂外國和本國民意代表之刑法可罰性在體系上的不一貫(systematische Inkonsequenz)³⁰⁵。OECD《打擊國際商業交易中賄賂外國公職人員行為公約》，要求締約國刑法應全面地包涵擴及至民意代表。德國通過《國際貪腐防制條例》第 2 條第 2 項的規定來轉化落實公約的要求。依此規定，以外國民意代表未來的、與其代議職務或任務相關聯的作為或不作為作為對價，向其提供利益的行為具備刑法可罰性³⁰⁶。相對於刑法第 108e 條舊法，行賄外國民意代表的構成要件並不要求具體的表決行為。只要民意代表的行為和其職務活動存在著一般性的關聯，就已經足夠³⁰⁷。

不難看出，對於內國民意代表以及外國民意代表在刑法上的不平等對待，導致了明顯的價值矛盾。目前為止，並未存在有說服力的客觀原因，足以正當化對於德國民意代表的優待³⁰⁸。鑑於法律狀態上的不一貫，重大的調適需求自此而生。此將驅使立法者對刑法第 108e 舊法進行重大的調整。

³⁰⁵ Hoven, ZIS 2013, S. 39.

³⁰⁶ Hoven, aaO. (Fn. 305), S. 39.

³⁰⁷ Hoven, aaO. (Fn. 305), S. 39.

³⁰⁸ Hoven, aaO. (Fn. 305), S. 39.

第四章 國際公約與比較法觀點下的民代賄賂



第一節 國際公約下的民代賄賂

第一項 《歐洲理事會反貪腐刑法公約》

第一款 概述

1998 年 11 月，部長委員會(Ministerkomitee)在其第 103 次會議中通過了《歐洲理事會反貪腐刑法公約》(Criminal Law Convention on Corruption, Strafrechtsübereinkommen des Europarats gegen Korruption，以下簡稱《反貪腐刑法公約》)及其說明報告書(Explanatory Report, der Erläuternde Bericht)。1999 年 1 月 27 日，《反貪腐刑法公約》開始開放供歐洲理事會會員國以及其他協助制定此公約的國家簽署。在當時的 40 個歐洲理事會國家中，就有 20 個國家在當日簽署了《反貪腐刑法公約》(當然也包括了德國)¹。根據《反貪腐刑法公約》第 32 條之規定，本公約自第 14 個國家根據第 1 款的規定批准本公約之日起 3 個月期滿時下個月的第一天起開始生效。之所以會要求如此之高的批准國家數量，根據公約說明報告書第 138 點的說明，是因為只有當諸多國家同時採取必要的措施時，對國際性貪腐的刑法規制才會有效²。作為第 14 個國家，立陶宛(Litauen)在 2002 年 3 月 8 日批准《反貪腐刑法公約》，公約也在 2002 年 7 月 1 日正式生效上路³。目前，已經批准或加入的國家共有 45 個；已經簽署但未批准的國家尚有 5 個，包括德國(Germany)、列支敦士登(Liechtenstein)、聖馬利諾(San Marino)、墨西哥(Mexico)以及美國(United States of America)⁴；日本(Japan)、加拿大(Canada)以及羅馬教廷(Holy See)均未簽署該公約⁵。

¹ Hartmann, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013, S. 90.

² Vgl. Nr. 138 des Erläuternden Berichts zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats;

³ Schenk, Rechtsfragen im Kontext der Abgeordnetenkorruption, Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, S. 21 f., available at: <https://netzpolitik.org/wp-upload/Abgeordnetenkorruption.pdf> (Besuch am 24.06.2015); Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 91

⁴ 需要補充說明的是，由於《反貪腐刑法公約》有開放供會員國以及參與公約擬定(elaboration)的非會員國(the non-member States)簽署，亦開放供非會員國和歐盟批准，故此處才會出現美國、日本、墨西哥等非歐洲國家。

⁵ Zum aktuellen Stand der Ratifikation siehe die Internetseite des Europarats: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=173&CM=&DF=&CL=ENG> (Besuch am 29. 09. 2015).

依據歐洲理事會之宗旨——保護民主、法治國以及人權，《反貪腐刑法公約》並未自限於國際性貪腐的抗制，同時也旨在為內國領域中的貪腐犯罪條文設定一條最低的標準(einen Mindeststandard)⁶。其中，《反貪腐刑法公約》所科予內國的義務，在總體上而言，可以區分為以下幾個部分⁷：

- 1、入罪化(Criminalisation)：締約國必須將下列之行為規定為刑事犯罪，包括積極賄賂與消極賄賂本國/外國公職人員以及議員、賄賂國際組織人員、私部門的積極賄賂與消極賄賂、影響力交易、與貪污犯罪有關的洗錢與財務犯罪等等。
- 2、洗錢(Money laundering):締約國必須將貪腐歷程的隱匿規定為洗錢犯罪。此罪行只容許特定的、有限的例外。
- 3、關於私部門的條款(Provisions regarding private sector)：公約要求締約國必須建立法人責任(Corputate liability)，並禁止利用帳戶來行賄外國公職人員或隱藏賄賂。從而，禁止任何一方設置不入帳帳戶或採取其他相似措施以隱藏賄賂。
- 4、國際合作(International cooperation)：考慮到外國賄賂的行為人處於不同的管轄權下以及國際的融資渠道(international financial channels)經常被用來隱藏國際性賄賂，公約規定了國家間的雙邊司法互助以及信息交換。若引渡的罪名涉及到公約所規定下的罪名，引渡將變得更加輕易。此外，公約也規定了貪腐程序中的扣押與沒收。

除此之外，為了創設一項監督機制(ein Überwachungsmechanismus)以完善《反貪腐刑法公約》，部長委員會在 1998 年 5 月 5 日的第 102 次會議中決定成立反貪腐國家集團委員會(die Kommission GRECO, Group of States against Corruption)。透過此一機制，得以確保公約以及其他抗制貪腐文件的內國法轉化與適用。基於此，反貪腐國家集團委員會會在評估程序中檢視各個會員國的進度，並以此方式

⁶ Schenk, aaO. (Fn. 3), S. 21.

⁷ *Transparency International*, Council of Europe Criminal Law Convention and Protocol on Corruption, available at: http://archive.transparency.org/global_priorities/international_conventions/conventions_instruments/corruptive_criminal_law (Besuch am 29.09.2015).

對會員國施壓，使其採取遵守特定之措施⁸。具體而言，反貪腐國家集團的運作機制主要包含兩部分⁹：

之一，是「橫向的」評估程序(a “horizontal” evaluation procedure)。此一程序會在每一輪的評估(an Evaluation Round)中對所有的會員國作出評估，並提出關於進一步完善必要立法、制度以及實踐改革的建議。¹⁰

每一輪的評估都有一定的週期，每輪評估的主題也不相同。迄今，評估已經進行到第四輪。其中，第一輪評估（2000年—2002年）的主題是內國中從事預防以及抗制貪腐機構的獨立性、專業性與手段，以及公職人員對於逮捕與追訴等事項豁免的程度與範圍；第二輪評估（2003年—2006年）聚焦於貪腐程序中的扣押與沒收、公共管理中的貪腐預防與偵測以及防止法人（公司等）成為貪腐的保護罩；第三輪評估始於2007年1月，其所處理的對象是內國刑法中貪腐的人罪化以及政黨捐款的透明化；第四輪評估始於2012年1月，其主題是議員、法官以及檢察官的貪腐預防，其中包括倫理原則與行為規則、利益衝突、特定職業之禁止或限制、資產、收入、債務與利益之公開等等。¹¹

之二，是履行審查程序(compliance procedure)，其主要在於評價內國因應反貪腐國家集團之建議所踐行的措施。¹²

第二款 與民代賄賂有關的賄賂罪條文及說明

第一目 條文

在《反貪腐刑法公約》中，與民代賄賂有關的賄賂罪名主要在公約第2條之行賄內國公職人員罪、第3條之內國公職人員受賄罪、第4條之內國議會成員賄

⁸ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 91.

⁹ GRECO, How does GRECO work?, abrufbar unter: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/4.%20How%20does%20GRECO%20work_en.asp (Besuch am 29. 09. 2015).

¹⁰ GRECO, aaO. (Fn. 9).

¹¹ GRECO, aaO. (Fn. 9).

¹² GRECO, aaO. (Fn. 9).

賂罪、第 6 條之外國議會成員賄賂罪、第 10 條之國際機構議員大會成員賄賂罪以及第 12 條之影響力交易罪，條文規定內容如下所示：



第 2 條 行賄內國公職人員罪¹³

各締約國應當採取必要之立法措施和其他措施，將下列故意實施的行為規定為內國法下的刑事犯罪：直接或間接向公職人員許諾給予、提議給予或者實際給予該公職人員本人或者其他人員任何不正當利益，以使該公職人員在執行其任務時作為或者不作為。

第 3 條 內國公職人員受賄罪¹⁴

各締約國應當採取必要之立法措施和其他措施，將下列故意實施的行為規定為內國法下的刑事犯罪：公職人員為其本人或者其他人員，直接或間接地要求或收取不正當利益、抑或接受此一利益之提議或者許諾，而在執行其任務時作為或者不作為。

第 4 條 內國議會成員賄賂罪¹⁵

各締約國應當採取必要之立法措施和其他措施，將下列故意實施的行為規定為內國法下的刑事犯罪：任何行使立法或行政權力之內國議會成員，涉及公約第 2 條或第 3 條所提及之行為。

第 6 條 外國議會成員賄賂罪¹⁶

¹³ Article 2. Active bribery of domestic public officials

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, offering or giving by any person, directly or indirectly, of any undue advantage to any of its public officials, for himself or herself or for anyone else, for him or her to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions.

¹⁴ Article 3. Passive bribery of domestic public officials

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the request or receipt by any of its public officials, directly or indirectly, of any undue advantage, for himself or herself or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions.

¹⁵ Article 4. Bribery of members of domestic public assemblies

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the conduct referred to in Articles 2 and 3, when involving any person who is a member of any domestic public assembly exercising legislative or administrative powers.

¹⁶ Article 6. Bribery of members of foreign public assemblies

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the conduct referred to in Articles 2 and 3, when involving any person who is a member of any public assembly exercising legislative or administrative powers in any other State.

各締約國應當採取必要之立法措施和其他措施，將下列故意實施的行為規定為內國法下的刑事犯罪：任何行使立法或行政權力之外國議會成員，涉及公約第 2 條或第 3 條所提及之行為。



第 10 條 國際機構議會成員賄賂罪¹⁷

各締約國應當採取必要之立法措施和其他措施，將下列故意實施的行為規定為內國法下的刑事犯罪：締約國所屬的任何國際組織或超國家組織之議會成員，涉及公約第 4 條所提及之行為。

第 12 條 影響力交易罪¹⁸

各締約國應當採取必要之立法措施和其他措施，將下列故意實施的行為規定為內國法下的刑事犯罪：直接或間接向任何斷言或確認能夠對本公約第 2 條、第 4 條至第 6 條、第 9 條至第 11 條所提及之人的決定作出施加不當影響之人，並以此為對價許諾給予、實際給予或者提議給予本人或第三人不正當利益；以此影響力為對價而要求、收取不正當利益、抑或接受此一利益作為影響力對價的提議或許諾者，同樣如此；至於影響力是否實施、假定之影響力是否導致意圖結果，在所不問。

第二目 說明

固然《反貪腐刑法公約》在第 1 條中明確地規定，「為本公約之目的，(a) 對『公職人員』的理解，應當參照內國法中關於『官員』、『公務人員』、『市長』、『部長』或者『法官』之定義。其中，前述之人係指實施相應任務並有適用內國刑法之人員；(b) 上款所提及之『法官』應包含檢察官以及擔任司法職務

¹⁷ Article 10. Bribery of members of international parliamentary assemblies

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the conduct referred to in Article 4 when involving any members of parliamentary assemblies of international or supranational organisations of which the Party is a member.

¹⁸ Article 12. Trading in influence

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result.

之人……¹⁹」，而將公職人員的定義交由內國法決定。但是，透過公約第 4 條、第 6 條以及第 10 條中的援引(*Verweisungen*)，公約第 2 條以及第 3 條中所規定的積極賄賂與消極賄賂罪名也得以適用於內國、外國以及國際的議會大會成員之上。對此，可能存在著一個疑問——地方層次的代議機構是否落入到公約中的「議員成員」當中，因為地方層次的代議機構從國家法上而言並不屬於「議會 (*Parlamente*)」。不過，誠如《反貪腐刑法公約》說明報告書第 27 點中所提及的，「公約的起草者意圖涵蓋所有可能的公職人員的範疇，從而得以盡其可能地避免在公部門賄賂入罪化中的漏洞……²⁰」就此而言，各個層次的代議機構成員，無論是內國中的鄉鎮、邦、聯邦層次，還是國際層次的議員大會成員，均應被包含在內²¹。

如果從上述的條文脈絡上來看，《反貪腐刑法公約》似乎並未要求將公職人員和民意代表作等同處理。相反地，從《反貪腐刑法公約》第 4 條、第 6 條以及第 10 條來看，公法上代議機構或議員大會成員完全享有特殊的地位。是以，若其涉及到《反貪腐刑法公約》第 2 條以及第 3 條所規定的行為時，其行為之刑事可罰性完全可以另行作獨立的規定²²。

而從內容上來看，《反貪腐刑法公約》的要求也明顯地超出德國刑法第 108e 條舊法以及《國際貪腐防制條例》第 2 條的規定之外。因為《反貪腐刑法公約》要求，除了以民意代表在執行其任務中的作為或不作為為對價，向民意代表本人或第三人所故意實施的、或直接或間接的不正利益之期約、行求或者交付行為之外，民意代表為自己或第三人要求、收受不正利益或者接受此一利益的提議或許諾，同樣具備刑事可罰性²³。

在對《反貪腐刑法公約》進行內國法轉化過程中，當中的一個重要之處在於如何理解「不正利益」(*ungerechtfertigten Vorteils, undue advantage*)此一概念²⁴。

¹⁹ Article 1. Use of terms

For the purposes of this Convention:

- a. "public official" shall be understood by reference to the definition of "official", "public officer", "mayor", "minister" or "judge" in the national law of the State in which the person in question performs that function and as applied in its criminal law;
- b. the term "judge" referred to in sub-paragraph a above shall include prosecutors and holders of judicial offices;

²⁰ Vgl. Nr. 27 des Erläuternden Berichts zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats.

²¹ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 91.

²² Vgl. *Heinrich*, Neuregelung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung, S. 9, unter: http://www.bundestag.de/blob/195446/80ade0dbefc651210ebb14a769c147fc/stellungnahme_heinrich-data.pdf (Besuch am 17. 06. 2015).

²³ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 92.

²⁴ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 92; Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 22), S. 9.

依照《反貪腐刑法公約》說明報告書第 38 點之規定，當收受人無法正當化地合法收受利益時，此時便存在著不正利益。從而，如果利益的收受是依照法律或行政規則，抑或餽贈的價值相當低微或為社會所肯認接受時，則此一利益理應被排除在「不正利益」之外²⁵。而根據說明報告書第 37 點之規定，利益並不取決於其存在形式。無論是物質形式還是非物質形式的利益，通通為本罪所包含²⁶。

另外，說明報告書第 34 點規定，利益收受者之作為或不作為必須是「即將來臨的」，從而「事後酬謝」並不為本罪所包含²⁷。而從「對價給付」此一條文用語可以導出，一個涉及到具體的作為或不作為的不法協議是必不可少的²⁸。且對於此不法協議的理解，應當類似於德國刑法第 332 條以及第 334 條，而非第 331 條以及第 333 條²⁹。

儘管透過諸多的條文，《反貪腐刑法公約》意圖將諸多與民代有關的貪腐表現形式「一網打盡」，但此一意圖最終因為《反貪腐刑法公約》的保留規定而落空³⁰。具體而言，反貪腐刑法公約第 37 條第 1 項之保留規定：「任何國家在簽署或者交付批准書、接受書、認可書或加入書時，得保留此一權利，即按照內國之法律，不將第 4 條、第 6 條至第 8 條、第 10 條至第 12 條所規定之行為或第 5 條所規定之被動賄賂犯罪或部分或全部地界定為刑事犯罪之權利。³¹」在此，《反貪腐刑法公約》明確肯認了就議員賄賂犯罪進行保留的可能性。依照《反貪腐刑法公約》第 37 條第 4 項之規定，任何國家在適用本條第 1 項、第 2 項、第 3 項規定時，不容許就所提及之條款提出五條以上之保留，亦不容許作其他之保留。對於公約第 4 條、第 6 條以及第 10 條之類似保留被視為是一個保留³²。此外，《反貪腐刑法公約》第 38 條規定了保留的效力，「……第 37 條所提到之保留的有效期為 3 年，自本公約在相關國家開始生效之日起算。但是，聲明和保留可以更新，有效期相同。³³」

²⁵ Vgl. Nr. 38 des Erläuternden Berichts zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats; *Heinrich*, aaO. (Fn. 22), S. 9; *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 92.

²⁶ Vgl. Nr. 37 des Erläuternden Berichts zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats; *Heinrich*, aaO. (Fn. 22), S. 9; *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 92.

²⁷ Vgl. Nr. 34 des Erläuternden Berichts zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats; *Heinrich*, aaO. (Fn. 22), S. 9; *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 92.

²⁸ *Heinrich*, aaO. (Fn. 22), S. 10; *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 92.

²⁹ *Heinrich*, aaO. (Fn. 22), S. 10.

³⁰ *Hartmann*, aaO. (Fn. 1), S. 93.

³¹ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 22), S. 10; *Michalke*, *Michalke*, FS-Hamm, 2008, S. 466.

³² Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 22), S. 10.

³³ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 22), S. 10.

對此，學者 Heinrich 認為，一方面，儘管從《反貪腐刑法公約》的條文來看，其在整體上的強制性指標具有著嚴格的要件，但是由於公約本身所規定的保留可能性，反而使《反貪腐刑法公約》落後於經濟合作與發展組織的相關公約。另一方面，透過明確的相應保留而民意代表排除在（賄賂犯罪）外，在政治上是否果真不是一個錯誤的信號³⁴，是值得懷疑的。

第二項 《聯合國反貪腐公約》

第一款 概述

聯合國早期就開始致力於處理貪腐問題，特別是在 1975 年聯合國大會(die Generalversammlung der UN)透過決議要求會員國採取措施以預防及限制貪腐³⁵。在 2000 年 12 月 4 日的第 55/61 號決議中，聯合國大會認識到有必要在《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》(United Nations Convention against Transnational Organized Crime)之外另行制訂一份關於反貪腐的國際性文件，並決定為此國際性文件談判工作的進行設立一個特設委員會(Ad-hoc-Ausschuss)³⁶。對此，聯合國秘書長在 2001 年 7 月 30 日至 8 月 3 日在 Wien 召開了一個對所有會員國開放的專家小組(Sachverständigengruppe)會議。此一會議擬定了未來的反貪腐文件的談判工作範圍草案³⁷。系爭草案最終在 2002 年 1 月作為聯合國大會的第 56/260 號決議而獲得通過³⁸。根據此號決議，特設委員會應當採取一種全面且多學科的方法，並在 2003 年年底之前起草出一份廣泛而有效的公約。在該公約名稱最終確定之前，其暫時被稱作《聯合國反貪腐公約》(Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption)³⁹。自 2001 年 12 月 4 日至 7 日在阿根廷的 Buenos Aires 市所舉行的非正式籌備會議起，歷經 7 次的正式會議，特設委員會在 2003 年 10 月初完成了《聯合國反貪腐公約》的起草工作⁴⁰。

³⁴ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 22), S. 10.

³⁵ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 93.

³⁶ 楊宇冠、吳高慶編，《〈聯合國反腐敗公約〉解讀》，初版，2004 年，頁 17；Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 93.

³⁷ 楊宇冠、吳高慶編，註 36 文，頁 17；Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 93.

³⁸ 楊宇冠、吳高慶編，註 36 文，頁 19。

³⁹ 楊宇冠、吳高慶編，註 36 文，頁 18。

⁴⁰ 楊宇冠、吳高慶編，註 36 文，頁 18；Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 94.

在 2003 年 10 月 31 日的全體會議中，聯合國大會作出了通過《聯合國反貪腐公約》的第 58/4 號決議。進而，《聯合國反貪腐公約》自 2003 年 12 月 9 日至 11 日在墨西哥的 Merida 市首次對外開放簽署⁴¹。截至簽署公約的最後可能日——2005 年 12 月 9 日⁴²，共計 140 個《聯合國反貪腐公約》簽署國(Signatories)⁴³。依照公約第 68 條之規定，本公約應自第 30 份批准書、接受書、同意書或加入書交存之日起第 90 日生效。隨著 2005 年 9 月 16 日吉爾吉斯斯坦(Kirgisistan)、利比里亞(Liberia)以及萊索托(Lesotho)等國的批准，公約在 2005 年 12 月 14 日正式發生效力。截至 2015 年 4 月 1 日，共有 177 個締約國，但當中仍有 5 個國家未批准公約，分別是孟加拉國(Bangladesh)、不丹(Bhutan)、日本(Japan)、新西蘭(New Zealand)、敘利亞(Syrian Arab Republic)。作為第一批公約簽署國之一，聯邦德國雖然早在 2003 年 12 月 11 日就已經簽署了該公約，但礙於刑法第 108e 條的緣故，直至 2014 年 11 月 12 日才批准《聯合國反貪腐公約》⁴⁴。

《聯合國反貪腐公約》是第一個全球性反貪腐的法律文件。誠如在公約的序言(Preamble)中所提及的，公約的目的在於抗制貪腐措施的促進與強化，無論是在內國層次還是國際層次。公約主要建立於四大支柱(four pillars)之上，包括⁴⁵：

1、預防措施(Prevention)：

《聯合國反貪腐公約》在第 2 章用一整章的篇幅來處理預防貪腐的問題，其涵蓋的範圍包括在公共部門以及私營部門所應為的預防措施。此一章節要求內國發展以及維持預防性的反貪腐政策，系爭政策得以促使社會參與，並反映出法治、妥善管理公共事務和公共財產、整全、透明、問責制等諸原則（公約第 5 條）⁴⁶以及具備必要獨立性的預防性反貪腐機構（公約第 6 條）⁴⁷。

⁴¹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 95.

⁴² 《聯合國反貪腐公約》第 67 條第 1 項規定：本公約自 2003 年 12 月 9 日至 11 日在墨西哥梅里達開放各國簽署，隨後直至 2005 年 12 月 9 日止在紐約聯合國總部開放各國簽署。

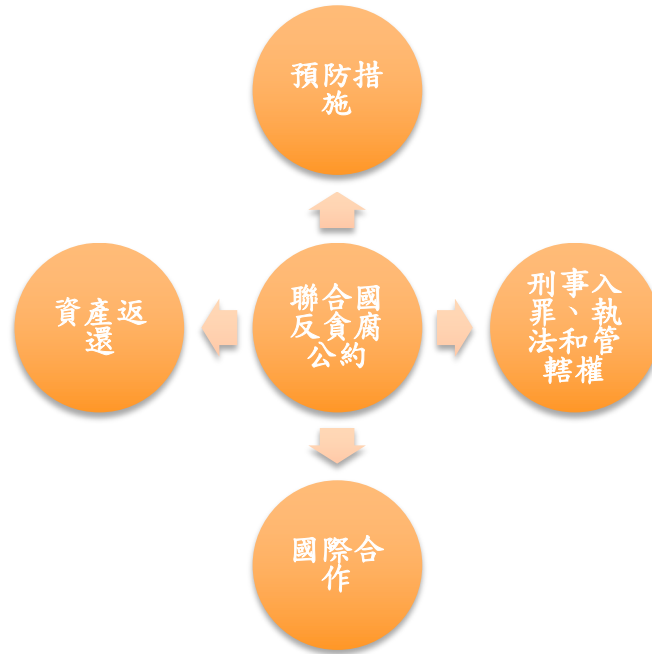
⁴³ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 95.

⁴⁴ UNDOC, United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification Status as of 1 April 2015, unter: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> (Besuch am 17. 06. 2015).

⁴⁵ 相對地，中文文獻大多按照《聯合國反貪腐公約》的章節，認為公約可分為六大項反貪腐機制：1、預防機制；2、刑事定罪與執法機制；3、國際合作機制；4、追繳資產機制；5、技術援助與訊息；6、實施監督機制，參見：劉賢明，《憲法與公約視角下中國反貪腐立法研究》，2013 年，1 版，國家行政學院出版社，64 頁以下；吳耀宗，〈我國刑事實體法應如何與聯合國反貪腐公約接軌——以貪污治罪條例公務員貪污犯罪為中心〉，《聯合國反貪腐公約專題學術研討會——我國之實踐與展望（會議手冊）》，2015 年 9 月 1 日，第 101 頁。

⁴⁶ 關於上述諸原則的簡要介紹，可參考：楊宇冠、吳高慶主編，註 36 文，頁 51-53。

⁴⁷ Babu, R. Rajesh, The United Nations Convention Against Corruption: A Critical Overview (March 1, 2006). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=891898>, p. 17.



※ 圖表 4 - 1：《聯合國反貪腐公約》四大支柱

製圖：作者

依照反貪腐公約中之規定，所應採取的預防性反貪腐措施廣泛地適用於公部門以及私部門：

就公部門而言，公約要求內國必須維持和加強公務員的招聘、雇用、留用、晉升和退休制度（公約第 7 條）。此外，內國應當制訂公務員的行為準則（公約第 8 條）、建立公共採購和公共行政管理的適當體系（公約第 9 條）、提高公共行政部門的透明度（公共報告，公約第 10 條）以及採取與審判和檢察機關有關的措施，以確保系爭機構得以在預防、偵查和懲處公職人員貪腐方面採取有效的行動（公約第 11 條）；

而就私部門來說，內國應當採取措施，加強私營部門的會計和審計標準，並在適當的情形之下，對不遵守措施的行為規定有效、適當以及具有勸阻性的民事、行政或者刑事處罰（公約第 12 條）⁴⁸。此外，防止洗錢以及社會參與也應當貫穿於私部門中的預防措施⁴⁹。

⁴⁸ 譬如，英國 2010 年通過的新賄賂法第 7 條就規定了商業組織不履行預防賄賂義務罪（企業監督失職責任，Failure of commercial organisations to prevent bribery）：「(1)如果與商業組織(C)有關的個人，或意圖為商業組織獲得或保持業務，或意圖為商業組織獲得或保持業務活動中的利益，而向第三人行賄者，系爭商業組織犯本條之罪；(2)但是，如果商業組織(C)能夠證明其已經為適當程序，以防止與之相關的個人實施賄賂行為者，則構成抗辯事由；(3)基於本條之目的，A 行賄第三人，當且僅當 A：(a)成立或會成立第 1 條至第 6 條的犯罪（A 是否由於此罪刑而被追訴，



由於廣大公眾的積極參與是預防公共貪腐所必不可少的⁵⁰，從而公約在第 13 條要求內國必須在力所能及的範圍內採取適當措施，鼓勵非政府組織、社區組織以及市民社會其他部份參與到反貪腐工作領域，提高公眾對貪腐的存在、根源以及如何面對貪腐的認識。

公約要求內國制訂、實施或維持有效且協調的反貪腐政策，以及制訂和促進各種預防貪腐的有效作法。內國還應與其他國家、國際組織和區域組織協作，以促進和發展預防性措施⁵¹。此外，內國還應賦予反貪腐機構必要的獨立性，使其得以有效地履行職能以及免於任何不當之影響。內國應將此類反貪腐機構的名稱以及地址通知聯合國秘書長⁵²。

2、刑事入罪、執法和管轄權(Criminalization, law enforcement and jurisdiction)：

《反貪腐公約》中關於刑事定罪一節，可以分為兩大部分——

第一部分側重於強制性刑事定罪，包括賄賂本國公職人員(第 15 條第 1 項)、國家公職人員索賄受賄(第 15 條第 2 項)、賄賂外國公職人員和國際公共組織官員(第 16 條第 1 項)、公職人員侵占、竊取或挪用財物(第 17 條)、犯罪所得之洗錢(第 23 條)以及妨害司法(第 25 條)。系爭刑事定罪是全球協調抗制貪腐努力(做法)中最緊迫、最基本的部分(the most urgent and basic part of a global and coordinated effort to counter corrupt practices)⁵³。

在所不問)；(b)在不考慮第 12 條(2)(c)以及(4)的情形下，會成立此一罪行；(4)第 8 條規定了“與商業組織(C)有關的個人”的意思，而依據第 9 條之規定，國務卿(Secretary of State)有頒布指導規則之職責；(5)本條之“合伙關係”指：英國 1890 年合伙法規制範圍內的合伙，或者根據 1907 年有限合伙法登記的有限合伙，或者根據英國之外的任何一國或地區之法律成立的具有類似性質的公司或實體。本條之“商業組織”指：(a)根據英國任何一處的法律獲得法人資格，並開展業務的團體(業務地點，在所不問)；(b)在英國任何一處開展全部或者部門業務的其他企業組織(是否具備法人資格，在所不問)；(c)根據英國任何一處的法律成立，並開展業務的合伙(業務地點，在所不問)；(d)在英國任何一處開展全部或者部份業務的其他企業組織(成立地點，在所不問)。」關於該法之文本以及相關文件，可參見：<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents> (最後訪問日期：27/08/2015)。進一步的相關介紹，另見：周振傑，〈英國刑法中的商業組織不履行預防賄賂義務罪研究——兼論英國法人刑事責任的轉變與發展方向〉，《刑法論叢》，2012 年第 3 期，頁 330 以下；許恒達，〈從英國 2010 年新賄賂法談我國反貪污法制修正方向〉，《輔仁法學》第 44 期，2012 年 12 月，頁 27。

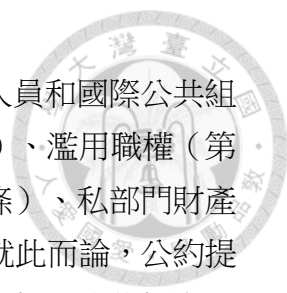
⁴⁹ Babu, R. Rajesh, supra note 47, p. 17-18.

⁵⁰ UNODC, Legislative Guide for the Implementation to the United Nations Convention against Corruption, Second revised edition 2012, p. 22, available at: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_E.pdf (Besuch am 27.08.2015).

⁵¹ Article 5, UNCAC.

⁵² Article 6, UNCAC.

⁵³ 聯合國毒品和犯罪問題辦公室，《聯合國腐敗公約實施立法指南》，2012 年第二修訂本，頁 58-59，參見：



第二部分則是要求締約國考慮確立的罪名，包括外國公職人員和國際公共組織官員索賄、受賄（第 16 條第 2 項）、影響力交易（第 18 條）、濫用職權（第 19 條）、財產來源不明（第 20 條）、私部門之賄賂（第 21 條）、私部門財產之竊取或侵占（第 22 條）和藏匿犯罪所得財產（第 24 條）。就此而論，公約提出了最低限度標準(minimum standards)。不過，各締約國仍可以超過這些標準。公約確實「肯認各國可將或已將公約本章(第三章)所列為貪腐行為的犯罪以外的其他行為定為刑事犯罪」⁵⁴。此外，公約還單獨處理了法人責任（第 26 條）以及參與和未遂（第 27 條）的問題。

由於貪腐預防以及刑事定罪必須得到使整個反貪工作其他部分得以開展的措施和機制的支持：偵查、起訴、懲罰和賠償。對此，公約規定了一系列的程序性措施，以支持刑事定罪，例如：(a)證據標準、時效和貪腐犯罪的審判規則（第 28 條至第 30 條）；(b)內國執法機關、反貪腐專門機構和私營部門之間的合作（第 37 條至第 39 條）；(c)特殊偵查手段的使用（第 50 條）；(d)證人、受害人和檢舉人之保護（第 32 條及第 33 條）；(e)允許凍結、扣押和沒收貪腐所得及工具（第 31 條）；(f)克服因適用銀行保密法規所可能產生的障礙（第 40 條）；(g)消除貪腐行為之後果（第 34 條），包括以損害賠償之方式（第 34 條）⁵⁵。

此外，在全球化的背景之下，行為人往往試圖透過在國家之間的輾轉或是在多個國家領域之內的活動，以此規避國家制度。為了使犯罪活動的所有部分不論發生在何處都能受到懲處，公約第 42 條具體規定了起訴和懲罰貪腐犯罪的管轄權。一方面，公約要求各締約國對發生在本國領域內、犯罪時懸掛本國國旗之船舶或根據本國法律註冊登記的航空器上的犯罪確立管轄權；另一方面，公約要求因國籍原因而不能對某人進行引渡時，適用不引渡即審判(*aut dedere aut judicare*)的一般性原則（第 42 條第 3 項）。此外，如果被害人為本國國民、犯罪係由居住在本國領域內的國民或無國籍人實施、犯罪與計畫在本國領域內實施的洗錢行為相關，或犯罪係針對本國，各國得考量確立此類情形下的管轄權（第 42 條第

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_C.pdf（最後訪問日期：03/12/2015）。

⁵⁴ UNODC, *supra* note 50, p. 22: „It is indeed “recognized that States may criminalize or have already criminalized conduct other than the offences listed in this chapter as corrupt conduct” (A/58/422/Add.1, para. 22).“

⁵⁵ 聯合國毒品和犯罪問題辦公室，註 53 文，頁 103-104。

2 項)。最後，公約還要求各國在適當情形下與其他國家磋商，以盡可能地避免所行使的管轄權存在不當重疊的風險（第 42 條第 5 項）⁵⁶。



3、國際合作(International Cooperation)：

公約第四章規定（締約國之間要）促進及加強國際合作，以促使有效的法律執行。公約第 43 條要求締約國就打擊貪腐各方面進行合作，包括預防、偵查以及追訴被告。其中，公約中所規定的國際合作包括如下事項：引渡（公約第 44 條，本條共有 18 項）、受刑人移交（公約第 45 條）、司法互助（公約第 46 條，本條共有 30 項）、刑事訴訟程序之移轉管轄（第 47 條）、執法合作（第 48 條）、聯合偵查（第 49 條）以及特殊偵查手段（第 50 條）。

4、資產返還(Asset Recovery)：

如果資產返還能夠有效執行的話，其能發揮四個基本作用：(a)其為一項強有力的阻遏措施，能使行為人失去從事貪腐行徑的動力；(b)通過對不正當、不誠實和貪腐行為的懲治而在國內外匡復正義；(c)通過剝奪嚴重犯罪者和強勢關係網的資產及其從事不當行為的手段而令其失去行為的能力；(d)在增進司法目標的同時修補對受害人和民眾所造成的傷害，協助推動各地區的經濟發展和增長。對此，公約單辟一章以專門處理資產返還的問題。其中，公約第 51 條規定資產返還是公約的一項基本原則，並要求締約國「在這方面互相提供最廣泛的合作和互助」。另外，公約第五章的部分條文還載述了資產返還的程序與條件，包括便利提起民事和行政訴訟（第 53 條）、承認外國沒收令並在此基礎上採取行動（第 54 條和第 55 條）、對於貪污公共資金或其他具有危害性的貪腐犯罪，將有關財產返還請求國（第 57 條）等等⁵⁷。

第二款 與民代賄賂有關的條文及說明

第一目 條文

在公約第二章之預防措施中，對於民意代表具有重大意義的是公約第 8 條之公職人員行為守則。其中，該條第 1 款及第 2 款要求，各締約國應特別努力地發

⁵⁶ 聯合國毒品和犯罪問題辦公室，註 53 文，頁 134-135。

⁵⁷ 聯合國毒品和犯罪問題辦公室，註 53 文，頁 193-198。

佈公職人員正確、誠實及妥善執行公務的行為守則或標準，以使公職人員廉正、誠實及盡責；第 5 款要求各締約國應努力制訂措施和建立制度，從而要求公職人員特別就可能與其職權發生利益衝突的職務外活動、任職、投資、資產及貴重餽贈或重大利益，向有關機關申報；第 6 款則是要求各締約國應考慮，對違反本條所定守則或標準之公職人員，採取處分或者其他措施⁵⁸。

在公約第三章中，與民代賄賂有關的條文主要包括第 15 條之賄賂本國公職人員罪、第 16 條賄賂外國公職人員或國際公共組織官員罪以及第 18 條之影響力交易罪，條文規定內容如下：

第 15 條：賄賂本國公職人員罪

各締約國均應當採取必要的立法措施和其他措施，將下列故意實施的行為規定為犯罪：

(a) 直接或間接向公職人員許諾給予、提議給予或者實際給予該公職人員本人或者其他人員或實體不正當好處，以使該公職人員在執行公務時作為或者不作為；

(b) 公職人員為其本人或者其他人員或實體直接或間接索取或者收受不正當好處，以作為其在執行公務時作為或者不作為的條件。⁵⁹

第 16 條 賄賂外國公職人員或國際公共組織官員

一、各締約國均應當採取必要的立法和其他措施，將下述故意實施的行為規定為犯罪：直接或間接向外國公職人員或者國際公共組織官員許諾給予、提議給予或者實際給予該公職人員本人或者其他人員或實體不正當好處，以使該公職人員或者該官員在執行公務時作為或者不作為，以便獲得或者保留與國際商業行為相關的業務或者其他不正當好處。

二、各締約國均應當考慮採取必要的立法和其他措施，將下述故意實施的行為規定為犯罪：外國公職人員或者國際公共組織官員直接或間接為其本人或者其

⁵⁸ Article 8, UNCAC.

⁵⁹ Article 15. Bribery of national public officials

Each State Party shall adopt 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, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties;

(b) The solicitation or acceptance by a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties.

他人員或實體索取或者收受不正當好處，以作為其在執行公務時作為或者不作為的條件。⁶⁰



第 18 條 影響力交易

各締約國均應當考慮採取必要的立法和其他措施，將下列故意實施的行為規定為犯罪：

(a) 直接或間接向公職人員或者其他任何人員許諾給予、提議給予或者實際給予任何不正當好處，以使其濫用本人的實際影響力或者被認為具有的影響力，為該行為的造意人或者其他任何人從締約國的行政部門或者公共機關獲得不正當好處；

(b) 公職人員或者其他任何人員為其本人或者他人直接或間接索取或者收受其他不正當好處，以作為該公職人員或者該其他人員濫用本人的實際影響力或者被認為具有的影響力，從締約國的行政部門或者公共機關獲得任何不正當好處的條件。⁶¹

⁶⁰ Article 16. Bribery of foreign public officials and officials of public international organizations

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the promise, offering or giving to a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties, in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business.

2. Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the solicitation or acceptance by a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties.

⁶¹ Article 18. Trading in influence

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.

第二目 立法要求及構成要件要素說明



一、立法要求

根據《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)的說明，公約就其所揭示的定罪類型之立法要求，可以區分為兩種：

之一，為強制性要求(Mandatory requirements)，即締約國必須將其定為刑事犯罪的罪行，只要公約條文中規定：「應採取必要之立法措施和其他措施」(shall adopt such legislative and other measures)」，屬均之；

之二，為任擇性要求(Optional requirements)，即此罪名雖然並非絕對必須，但締約國仍必須認真考慮立法規定，其條文規定為：「應考量採取必要之立法和其他必要措施(shall consider adopting such legislative and other measures)」⁶²。

其中，就上述的賄賂罪部分而言，公約第 15 條的賄賂本國公職人員罪、第 16 條第 1 項的行賄外國公職人員或者國際公共組織官員罪為內國必須設立的罪名；第 16 條第 2 項的外國公職人員或者國際公共組織官員受賄罪以及第 18 條的影響力交易罪為非必須設立的罪名⁶³。

⁶² 聯合國毒品和犯罪問題辦公室，註 53 文，頁 57 以下。中國學者關於公約條款的區分更為細膩：「《公約》的條款一般採取強制性條款和彈性條款的方式，後者又分為任擇性條款和保護性條款。強制性條款一般如此規定：締約國應當……，此類條款比比皆是。但在執行時又有所區分，較為緩和性的規定，如應當努力（第 30 條第 3 款）、應當酌情（第 6 條第 1 款）、應當考慮（第 14 條第 2 款、第 16 條第 2 款）。任擇性條款一般如此規定：締約國可以……如第 27 條第 2 款、第 27 條第 3 款、第 31 條第 8 款、第 34 條、第 41 條、第 42 條第 2 款、第 42 條第 4 款。另外，保護性條款一般如此規定：“在不違背本國憲法和本國法律基本原則的情況下”（第 20 條、第 30 條第 2 款）、“根據本國法律制度的基本原則”（第 5 條第 1 款）、“不違反締約國法律原則的情形下”（第 26 條第 2 款）、“本條的任何規定概不影響其所述各項措施應當根據締約國法律規定並以其為準加入確定和實施的原則”（第 30 條第 10 款）、“如果締約國本國法律允許”（第 44 條第 4 款）。」參見：甄貞（等著），《〈聯合國反腐敗公約〉與國內法協調機制研究》，法律出版社，2007 年 1 月，第 1 版，頁 24。另外，台灣學者吳耀宗也特別指出，任擇性要求並非是任擇性規定！吳耀宗，註 45 文，第 101 頁。

⁶³ 聯合國毒品和犯罪問題辦公室，註 53 文，頁 62-63、79。

二、《聯合國反貪腐公約》第 15 條的構成要件要素

(一) 公職人員(Public Official)

為了釐清公約入罪化的程度，公約第 15 條必須連結到第 2 條(a)，因為後者定義了貪腐事務中的主角——公職人員。由於《聯合國反貪腐公約》試圖涵蓋所有可能類型的公職人員，故其廣泛的定義不僅遠遠超出許多內國刑法典的範圍，也遠超出其他國際反腐敗公約文件中的定義⁶⁴。其中，《聯合國反貪腐公約》第 2 條(a)規定⁶⁵：

「『公職人員』係指：

(i)、無論是經任命還是經選舉而在締約國中擔任立法、行政、行政管理或者司法職務的任何人員，無論長期或者臨時，計酬或者不計酬，也無論該人的資歷如何；

(ii)、依照締約國本國法律的定義和在該締約國相關法律領域中的適用情況，履行公共職能，包括為公共機構或者公營企業履行公共職能或者提供公共服務的任何其他人員；

(iii)、締約國本國法律中界定為『公職人員』的任何其他人員。但就本公約第二章所載某些具體措施而言，『公職人員』可以指依照締約國本國法律的定義和在該締約國相關法律領域中的適用情況，履行公共職能或者提供公共服務的任何人員。⁶⁶」

⁶⁴ Michael Kubiciel, Core Criminal Law Provisions in the United Nations Convention Against Corruption, *International Criminal Law Review* 9.1 (2009), p. 142-143.

⁶⁵ 值得一提的是，民意代表是否屬於《聯合國反貪腐公約》第 2 條公職人員範疇，在公約的談判過程中，存在著爭議。在談判的正式會議中，德國自始至終堅持立法者(Personen innerhalb der Gesetzgebung, person holding a legislative office)並不屬於公約中第 2 條公職人員。其間，國際透明組織(der Verein Transparency International, TI)在 2003 年 6 月 12 號發函詢問德國議會黨團(Bundestagsfraktionen)對此爭議的意見。SPD 回應，其支持無保留地簽署公約(die vorbehaltlose Unterzeichnung)。因為民意代表相對於公務人員的特權(Privilegierung)是令人難以忍受的。但是，在刑法修改的過程中，也必須確保民意代表能夠為其選區選民主張利益以及維繫其與團體及利益代表的往來(Kontakt zu Verbands- und Interessenvertreter)；Bündnis 90/Die Grünen 則是認為，難以將合法的利益代表以及遊說活動從刑法上相關的民代賄賂範圍內區分出來，從而將刑法第 108e 條限縮在議會範圍之內(auf den parlamentarischen Bereich)，此一作法雖然是不充分的，但為了避免此一刑法條文被當作政治鬥爭和告密工具(als politisches Kampf- und Denunziationsinstrument)進行濫用，上述作法是不得不然的。從而，可行之道在於明確的、透明的民意代表的行為規則；FDP 則是完全地拒絕將民意代表納入到《聯合國反貪腐公約》的公職人員概念之中，因為民意代表原則上就無法和公務員等同視之。現行的德國刑法第 108e 條雖然因為刑法明確性原則(Bestimmtheitsgrundsatz)以及民意代表在代議民主中的地位(die Stellung des Volksvertreters in repräsentativen Demokratie)而在構成要件上嚴格設計(eng formuliert)，但其並非是無效率的(nicht ineffektiv)；CDU 亦是如此見解，基本法要求民意代表的獨立性。基於此，不可能將自由選出的議員和公務人員等同化。Vgl. Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 94 f.

⁶⁶ Article 2. Use of terms



依照公約第 2 條(a)之規定，公職人員包括任何或以任命方式或以選舉方式產生的擔任立法、行政、行政管理或者司法的人員，以及所有履行公共職能的人員。

就前者而言，以任命方式產生的公職人員，如警察、海關人員、武裝力量成員、法官、檢察官以及其他公務人員。即使上述的「身分公務員」(officials by status)實際上並未履行公共職能，而是處於一種之後才會履行公共職能的狀態，其同樣落入公約第 15 條之範疇之中⁶⁷。此外，以選舉方式產生的公職人員，如議會議員、民選市長以及民選檢察官或法官同樣受公約第 15 條之支配。且，締約國及內國司法理應確保公約第 15 條的標準同樣適用於「臨時的」公職人員以及以民選方式產生的公職人員上⁶⁸。除了公約第 30 條中所容許的「為公職人員履行其職能所給予之豁免或司法特權」外，以民選方式選出的公職人員在立法上或者司法上的特權，如對於賄賂罪條文創設特殊抗辯事由或採取限縮性解釋，均該當《聯合國反貪腐公約》之違反⁶⁹。

就後者而言，任何履行公共職能之人，如公共機構或者公營企業，或是提供公共服務之人，在不問其身分的情形之下，均應被認定為公職人員。因為與其說是身分(status)，毋寧說是職能(function)，導致（潛在）影響，進而發生貪腐⁷⁰。是以，內國法院在排除公務員身分之後，仍應徹底地檢視行為人是否履行公共職能或者提供公共服務。

其中，公共職能是指國家所委派給個人或者實體、致力於公共利益的所有活動。至於公共利益的判斷依據，端視於內國國家法律規定以及契約中所創設的特

For the purposes of this Convention:

(a) “Public official” shall mean:

- (i) any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a State Party, whether appointed or elected, whether permanent or temporary, whether paid or unpaid, irrespective of that person’s seniority;
- (ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party;
- (iii) any other person defined as a “public official” in the domestic law of a State Party. However, for the purpose of some specific measures contained in chapter II of this Convention, “public official” may mean any person who performs a public function or provides a public service as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party;

⁶⁷ Michael Kubiciel, *supra* note 64, p. 143.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 143.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 143.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 143.

殊權利或責任是否類似於公職人員之權利或責任⁷¹。公共機構(Public Agency) 指的是依照內國公法設立的、致力於實現公共利益中的特定任務的實體⁷²；公營企業(public enterprise)則是指政府足以行使支配性影響力之實體，至於其法律形式，則在所不問。典型例子如，國家掌握企業大部分的認繳資本(subscribed capital)、持有企業所發行之股份而足以左右多數之投票(control the majority of votes)或是能夠任命企業中多數之行政管理人員或監事會成員(supervisory board)⁷³。一般情況之下，任何公營企業的職員應被認為是在履行公共職能，除非系爭企業在相關市場中的運作是基於普通商業基礎之上。換言之，其和私人企業在實質上並無差異。依此解釋，在公共企業工作之人，如果其並未享有優惠性補助或是其他法律上、金融上的特權，並不能算是公職人員⁷⁴。

(二) 不正利益(undue Advantage)

作為賄賂罪的行為主體，尋租者所尋租的對象正是「不正利益」。公約對於「不正利益」所指涉的範疇是相對廣泛的⁷⁵。具體而言，利益指的是相較於公職人員為犯罪行為之前，可以改善公職人員本人或第三人方面的地位。在大部分的案件中，利益是有形且有價值的，典型不正利益的形式如金錢、珍貴物品、假期、飲食以及其他物品。但是，公約也包含了無形的物品，如股份、權利或是債務的免除；此外，提供有利於公職人員本人或者第三人的服務或工作，也被公約認定為是利益；最後，如果以諸如提供職位、職涯願景或是政治地位而賄賂公職人員，同樣是被禁止的⁷⁶。

儘管不可避免地，「不正」(undue)此一概念是模糊的，但內國立法者以及司法者應該牢記以下兩點：其一，作為一般性規則，公職人員的報酬為國家、組織、機構所支付。從而，私人或實體提供利益給予公職人員，暗示著其不正性格的推定(presumption of its undue character)；其二，如果利益的收受為內國成文法、慣例法或是判例法所容許或要求，則不應被科處刑罰⁷⁷。

然而，在上述的兩點之間仍不免存在著模糊地帶，以致於貪腐能夠紮根於此。為了有效地清除貪腐，《歐盟打擊貪腐公約》採用的是嚴格的管理體制，即禁止

⁷¹ *Ibid.*, p. 143.

⁷² *Ibid.*, p. 143.

⁷³ *Ibid.*, p. 143-144.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 144.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 144.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 144.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 145.

任何利益的提供，無論其名義為何。內國也許同樣地希望《聯合國反貪腐公約》「不正利益」的解釋也按照《歐盟打擊貪腐公約》採取相同的取徑。透過無例外的懲罰模式，如此的詮釋方式將可以解決（迴避？）如何處理低價值的利益或是為社會所接受的餽贈問題。《經濟合作與發展組織之打擊國際商業交易中賄賂外國公職人員行為公約》同樣在其註釋中採用類似的取徑，即不管當地的習俗觀念，利益的許諾、提議或者實際給予被認定為罪行。相對地，《歐洲理事會反貪腐刑法公約》說明報告書則規定，小額禮物，即「低價值或是為社會所接受的禮物」，是被排除在刑罰之外的。

從《聯合國反貪腐公約》來看，其對這兩種或嚴格或靈活的詮釋方式採取的是開放性的態度。從而，內國可以執行「法官不問小事規則」(minima non curat praetor-rule)，而將社會所接受的、低價值的餽贈排除到刑法與司法之外。但與此同時，內國也必須牢記，可容許的餽贈和貪腐之間的界線是稀薄的⁷⁸。在任何一個案件中，其必須確保，僅憑提及「餽贈的傳統」(tradition of gift)本身並無法構成一個抗辯。相反地，內國必須仔細地評價所據稱的傳統是否存在，以及系爭行為是否符合傳統。就此而言，值得強調的是，行為的普遍性並不能使行為成為傳統。因為後者還暗含了社會接受認同的觀念(notion of social acceptance)⁷⁹。舉例而言，在非洲許多國家，收受「手續費」(commissions)也許是普遍性的，但是這種行為不能成為任何一個國家的「傳統」的一部分。且即便利益的提供合乎既定的傳統，但是此類社會習俗仍必須以其是否會損及公眾對於公共服務以及國家程序的信賴為標準而加以檢驗⁸⁰。在認定「不正」性格的證據上，主要考慮的方面諸如價值、發生率、和職務行為時間上的緊密程度、透明的缺乏以及未能揭露或登記等等。其他能被當作賄賂指標的特徵地位(features states)則包含（利益）給予的秘密性以及中間人的使用，兩者都是貪腐的典型樣式⁸¹。

（三）許諾、提議或者實際給予(Promise, Offering or Giving)

公約對於積極行賄的人罪化是全面性的，因為公約第 15 條(a)涵蓋了行賄的所有階段，即許諾、提議或者實際給予，且該條款是強制性的規定⁸²。

⁷⁸ *Ibid.*, p. 145.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 144.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 144.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 144-145.

⁸² *Ibid.*, p. 146.

「許諾」(Promise)顯示了賄賂的相關意圖。至於捐贈者本身是否有充分的資源來提供不正利益，以及實際上是否想要給付系爭的賄賂，則在所不問。許諾可以涵蓋諸多的情形，譬如行賄者答應之後提供不正利益，或是行賄者和受賄者之間訂立協議——在公職人員未來執行公務之時作為或不作為之後，提供賄賂⁸³。

「提議」(Offering)本身則蘊含著一種信息通知，即行賄者準備在任何時刻提供不正利益。又，許諾或提議的作出無論是基於自己的名義，還是其他自然人或法人的立場，均不妨礙其被認定為犯罪⁸⁴。「實際給予」(Giving)指的則是不正利益的移轉或是提供。實際給予並不要求物理性的移交(physical handover)。毋寧說，假若透過銀行的信用卡交易而將賄賂的款項匯到公職人員所使用的帳戶中，亦是實際給付⁸⁵。

內國必須注意，賄賂可能是單邊或雙邊的，亦即無論在行賄者和受賄者之間是否存在著協議，許諾、提議或者實際給予的行為都理應被懲罰。因而，若內國的制定法或判例法要求證明行賄者和受賄者之間存在著「賄賂協議(corruption pact)」或是其他的雙邊協議形式，則內國法低於公約所設置的基準⁸⁶。

(四) 索取或者收受(The Solicitation or Acceptance)

索取或者收受所描述的是消極賄賂此一罪行。「索取」(Solicitation)，指的是單方面的行為——無論是透過明確的方式抑或含蓄的表達，讓對方明白就職務行為的作為或不作為必須提供某種利益。至於利益的提供在實際上是否發生，並不重要。因為本罪的核心在於請求本身⁸⁷。「收受」(Acceptance)能被理解為不正利益的真實收取(actual receipt)，包含公職人員本人或第三人的實質接受(virtual take-over)。此外，「收取」要求賄賂必須落入公職人員本人、中間人或從中獲得利益的第三人的範圍之中。從而，假若款項已經注入受益人的銀行帳戶或是賄賂已經落入銀行的保管而受益人有權接近獲得此一賄賂，便已充足⁸⁸。《歐洲理事會反腐敗刑法公約》的說明報告書要求收取必須持續一段時間。是以，假若公職人員在未索取利益的情況下，立即將利益退還給提供者，並不算違反刑法。相反地，《歐盟打擊貪腐公約》的註釋則明白規定，即便公職人員事後將所收之物

⁸³ *Ibid.*, p. 146.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 146.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 146.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 146.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 146-147.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 147.

返還，對於已經犯下的罪行認定，並無任何影響⁸⁹。內國應該要遵從後者的解釋，因為「收受」的概念比「收取」(receipt)的概念來得寬廣，其本身也包含了對於日後不正利益收取的純粹同意⁹⁰。按照此一解釋，罪行在當事人雙方達成協議後就已經既遂，而無需關注行為人之後是否放棄此一協議的執行。從而，不正利益的提供在何時發生，此點是無關緊要的。通過明確包含「對於允諾的接受」，此條款的處罰範圍包括「事後給付」此一類型，只要事後給付的來源係行賄者與公職人員之間的刑事不法協議即可⁹¹。

(五) 直接或者間接(Directly or Indirectly)

無論許諾、提議、實際給予、索取或者收受不正利益是以直接的方式，抑或以間接的方式作出，都理應被公約第 15 條所懲罰。從而，不管是行賄者還是受賄者使用中間人，其均不能因此而規避掉刑罰⁹²。至於中間人的身份是自然人還是法人，是無關緊要的。此點體現於「直接或間接」此一措詞及其立法理由——防堵法律漏洞。且，中間人是否為賄賂的參與者，一如公約第 27 條所規定的共犯、幫助犯或教唆犯，也在所不問。此外，中間人的行為係出於善意或惡意，同樣與此不相干⁹³。

(六) (提供利益) 給予公職人員本人或其他人員或實體(For Himself or Herself or Another Person or Entity)

賄賂罪的不法核心並不在於財產的移轉，而在於濫用公共職務以謀取個人利益⁹⁴。如此，何人之私人利益被達成以及賄賂受惠於何人，並不具重要意義。自結果上而言，公約第 15 條所包含的不正利益受惠者是相當廣泛的。無論公職人員間接地使其家屬或朋友接受此不正利益，抑或公職人員的家屬或朋友明知而直接獲得此不正利益，上述的兩種情形都應為公約第 15 條所包括⁹⁵。

除了自然人之外，實體(Entity)也可以成為賄賂的受益者。不過，實體的內涵應超出「法人」(legal person)此一概念。具體而言，慈善機構、政黨或其他實

⁸⁹ *Ibid.*, p. 147.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 147.

⁹¹ *Ibid.*, p. 147.

⁹² *Ibid.*, p. 148.

⁹³ *Ibid.*, p. 148.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 148.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 148.

體，無論其依照內國的法律規定是否為法人，都應該落入公約第 15 條的範疇⁹⁶。《歐洲理事會反腐敗刑法公約的說明報告書》要求公職人員必須是收受賄賂的團體或組織中的一員。是以，假如公務員並非是其所收受之不正利益所流向政黨的其中一員或其已經脫離組織的話，刑法不能對其進行懲罰。相對的，《歐盟層面公約》的註釋中並未存在此一限制。至於《聯合國反貪腐公約》，內國則應該考慮到第 15 條的文字並未暗示上述的限制。因此，內國理應追求公約以及其條文的目的：排除法律上的漏洞⁹⁷。

(七) 為了公職人員在執行公務時的作為或者不作為(*in Order to Act or Refrain from Acting in the Exercise of His or Her Official Duty*)

此一措詞顯示，如果餽贈或者不正利益沒有聯繫到公職人員之後在執行公務中的行為的話，則無公約第 15 條之適用可能⁹⁸。不過，公約第 15 條本身並未要求，公職人員的作為或者不作為在其後真實地發生。事實上，如果為了換取公職人員在日後的作為或不作為，而許諾或索取不正利益，便已充足⁹⁹。此外，「為了公職人員在執行公務時的作為或者不作為」此一術語顯示系爭罪行的關鍵並不在於實際的結果，而是一種意圖的交易(*intended transaction*)。因而，公務員實際上是否作為或不作為、是否有作為或不作為的意願，與本罪的判斷並不相關¹⁰⁰。對於內國而言，系爭罪名所要求的要素並不要求法律執行機關必須證明賄賂的給予與具體的作為或不作為存在著一個關聯。基於此原因，如果為了換取公職人員未來的作為或者不作為而提供不正利益，即便公職人員的作為或者不作為尚未被證實，同樣具備可罰性¹⁰¹。

由於公約條文中的「為了(*in order to*)」所暗示的是公職人員日後的作為或不作為，從而，如果不存在事先的提供、允諾或是索取的情形，而不正利益是在公職人員作為或者不作為之後才被提供的，則此情形並無公約第 15 條的適用可能，除非該不正利益的提供在效力上得以延續，並與公職人員未來的作為或不作為產

⁹⁶ *Ibid.*, p. 148.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 148.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 149.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 149.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 149.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 149: „States should consider that the said element of crime does not require law enforcement bodies to proof a connection between the giving of a bribe and a concrete act or omission. For this reason, the notorious granting of undue advantages with respect to a future act or omission, not substantiated yet, has to be criminalized.“

生關聯。儘管如此，內國還是可以考慮在立法之時，將可罰性擴張到此一案件類型中¹⁰²。

此外，不同於《歐盟打擊貪腐公約》第 3 條之規定，《聯合國反貪腐公約》並未要求公職人員所允諾或實際施行的作為或不作為構成或將構成自身職責的違反¹⁰³。本罪行的關鍵要素不在於公職人員是否有權裁量，並按照行賄罪的要求行動，毋寧說是為了從公職人員身上獲得某種東西，而提議、實際給予或許諾不正利益。因此，以賄賂換取公職人員本身在法律上所被賦予或被要求的行為，同樣也在賄賂公職人員犯罪的範疇之內¹⁰⁴。為了確保和公約第 15 條相一致，內國法中規定賄賂罪必須違反職責的國家必須修正法律；另一種和公約相一致的可能性則是，在解釋此類條款時，直接將不正利益和公職人員作為或不作為的連結解釋為構成職責之違背¹⁰⁵。

最後，「公職人員在執行公務時作為或者不作為」並不只包含公職人員按照其所分配到的權限或功能範圍內的行動。事實上，為了獲得賄賂，而宣稱自己有公權限行動的公職人員，同樣在公約第 15 條的範疇之內¹⁰⁶。是以，假若警察下班後仍穿著制服向司機索賄，其仍是本罪的行為主體；稅收徵收員宣稱自己日後能夠返還稅收者，即便其無權如此做，亦同¹⁰⁷。

三、《聯合國反貪腐公約》第 16 條第 1 項的構成要件要素

總體而言，公約第 16 條第 1 項反映了公約第 15 條(a)的積極行賄內國公職人員的規定。儘管兩個條款大部分包含了相同的犯罪要素，但內國仍應注意到當中的重大差異，即公約第 16 條第 1 項所懲罰的僅是為了獲得或者保留與國際商業行為有關的商務或其他不正利益。因此，本文的分析主要聚焦於公約第 16 條第 1 項的特別之處。至於其他的要素，可參照上文中公約第 15 條的相關部分。

¹⁰² *Ibid.*, p. 149: „As the wording “in order to” implies a future act or omission by the official, the article does not encompass the situation in which an undue advantage is given or accepted after the act or omission of the public official without a prior offer, promise or solicitation, unless the offer or promise continues in effect in relation to future acts or omissions of the public official. Nevertheless, states may consider implementing legislation extending criminalization on such cases.“

¹⁰³ *Ibid.*, p. 149.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 149-150.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 150.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 150: „Finally, the term “in the exercise of his or her official duty” does not only cover public officials acting within the competencies and functions assigned to them. In fact, the systematic connection to the phrase “in order to act or refrain from acting” suggests that the article encompasses officials who pretend to act in an official capacity for the purpose of bribery.“

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 150.

（一）外國公職人員以及國際組織公職人員

公約第 16 條第 1 項中的外國公職人員以及國際公共組織人員的完整定義，主要見於公約第 2 條（b）以及（c）的規定。

對於外國公職人員，公約採取廣泛的人罪化，即包含了基於身份以及基於功能的公職人員¹⁰⁸。其中，公約第 2 條（b）規定：「外國公職人員係指在外國擔任立法、行政、行政管理或者司法職務的任何人員，無論是經由任命還是經由選舉產生；以及為外國，包括為公共機構或者公營企業行使公共職能的任何人員。」內國可以認定公約第 2 條採取的是一種自主性的定義(*autonomous definition*)。從而，在認定某人是否是外國公職人員時，並不必然要聯繫到當事人依照外國法的身份。毋寧說，即便外國法上有不同的見解，法院仍可依照《聯合國反貪腐公約》將其認定為外國公職人員¹⁰⁹。此外，外國公職人員包括任何一個外國公職人員，即使該國並非公約締約國¹¹⁰。且，其也包含了任何組織化的外國地區或實體，譬如自治領域或獨立關稅區¹¹¹。

公約第 2 條(c)對「國際公共組織人員」作出了定義：「國際公共組織人員係指國際公務員或是任何經由此種組織授權代表該組織行事的人員。」其中，國際公共組織主要指的是任何由國家、政府或其他國際公共組織所組成的國際性組織，至於其形式或任務的範圍，在所不問；反面而言，若是國際組織係由私人或實體所組織以及提供資金，則該類組織並不為本條所包含¹¹²。此外，依照公約，貪腐行為所發生的國家是否為該國際公共組織的會員國，並不是必要的¹¹³。最後，國際公共組織人員除了包含或長期或短期的國際公務員，如為組織人事規則(*the staff or employment regulation of the organization*)所涵蓋之人外，還包括了任何經由此種組織授權代表該組織行事的人員¹¹⁴。因而，本款包含了任何被借調到組織會員國之人或是為組織所授權並代表組織參與締約之人¹¹⁵。

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 151.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 152.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 152.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 152.

¹¹² *Ibid.*, p. 152.

¹¹³ *Ibid.*, p. 152.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 152.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 152.

(二) 不正利益

當內國法院以及法律執行機關在判斷系爭向國外提供的利益是否為不正利益時，「不正利益」此一概念的解釋顯得尤為複雜。一般而言，法院可以運用自己內國法律秩序的標準，而不必受到國外觀念的拘束¹¹⁶。因此，合乎當地傳統或是為外國當局所容忍，就其本身而言，並無法成為提議提供或實際提供利益給外國公職人員或國際公共組織人員的免責事由(excuse)。但是，若利益的收受為外國法所容許甚至是要求，則利益提供不會該當公約第 16 條¹¹⁷。

(三) 為了獲得或者保留與國際商業行為有關的業務或其他不正利益

公約第 16 條第 1 項僅包含為了獲得或者保留與國際商業行為有關的業務或其他不正利益而提供利益的情形。是以，《聯合國反貪腐公約》所懲罰的範圍並未跟從《歐洲理事會反貪腐刑法公約》的取徑——在行賄外國公職人員罪上並未考慮貪腐行為發生的脈絡，而是採取類似於 OECD 公約較為限縮的作法¹¹⁸。如此，若行賄行為係純粹基於私人之目的，則系爭行為並不會為公約第 16 條第 1 項所包含。譬如，旅客為了快速通關而向外國公職人員提供報酬。而公約對於「商業(business)」的理解是比較廣泛的，其包含了任何商務性活動，如貨物交易(trading in goods)或服務提供(delivering services)¹¹⁹。且系爭概念並不要求行為人提供利益是為了盈利。從而，即使當下的利益是難以想像的，但內國仍可懲罰此類賄賂行為¹²⁰。

其中，相對比較重要的問題是，上述的「為了獲得或者保留與國際商業行為有關的業務或其他不正利益」此一用語是否為惡名昭彰的「疏通費」情形(the notorious cases of “facilitation payments”)的排除提供機遇¹²¹。所謂的疏通費，是指為了促使不具備裁量本質的職責得以加快地踐行，而針對政府的例行公事如文件處理、發放許可或是職員的其他活動，提供報酬¹²²。此類疏通費意圖影響的對象並不是公職人員行為的結果，而是其所作出的時間¹²³。OECD 公約的評註認為，此類報酬提供並非是「為了獲得或保留業務或者其他不當利益」而提供利益，故其並不是 OECD 公約下所要懲罰的行為。OECD 公約之所以會免除此類行為的

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 153.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 153.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 153.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 153.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 153.

¹²¹ *Ibid.*, p. 153.

¹²² *Ibid.*, p. 153.

¹²³ *Ibid.*, p. 153.

可罰性的原因主要在於，OECD 公約所要處理的貪腐是一種對於自由競爭的扭曲 (disortion of free competition)。小額的疏通費並不會妨礙到自由貿易，故此類行為自然不會為 OECD 公約所及¹²⁴。儘管內國可以遵照 OECD 的解釋而將此類行為排除在刑法可罰性之外，但是，《聯合國反貪腐公約》的措辭並未要求此類可罰行為的廣泛豁免。毋寧說，疏通費仍可被理解成「與國際商業行為有關的不當利益」¹²⁵。因為《聯合國反貪腐公約》的宗旨在於全面性的懲罰貪腐，而非如同 OECD 公約將貪腐認定為公平自由交易的障礙。自《聯合國反貪腐公約》的序言來看，其強調了「(關注)貪腐對於社會穩定與安全所造成的問題和所構成的威脅的嚴重性，其破壞了民主體制和價值觀、道德觀和正義，並危害著可持續發展和法治」。由於疏通費能夠成為導引重大貪腐的第一步，且各種形式的賄賂長期下來都會影響到制度和法律價值，因此，內國在原則上也應該將疏通費的行為入罪化¹²⁶。

¹²⁴ *Ibid.*, p. 153.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 154.

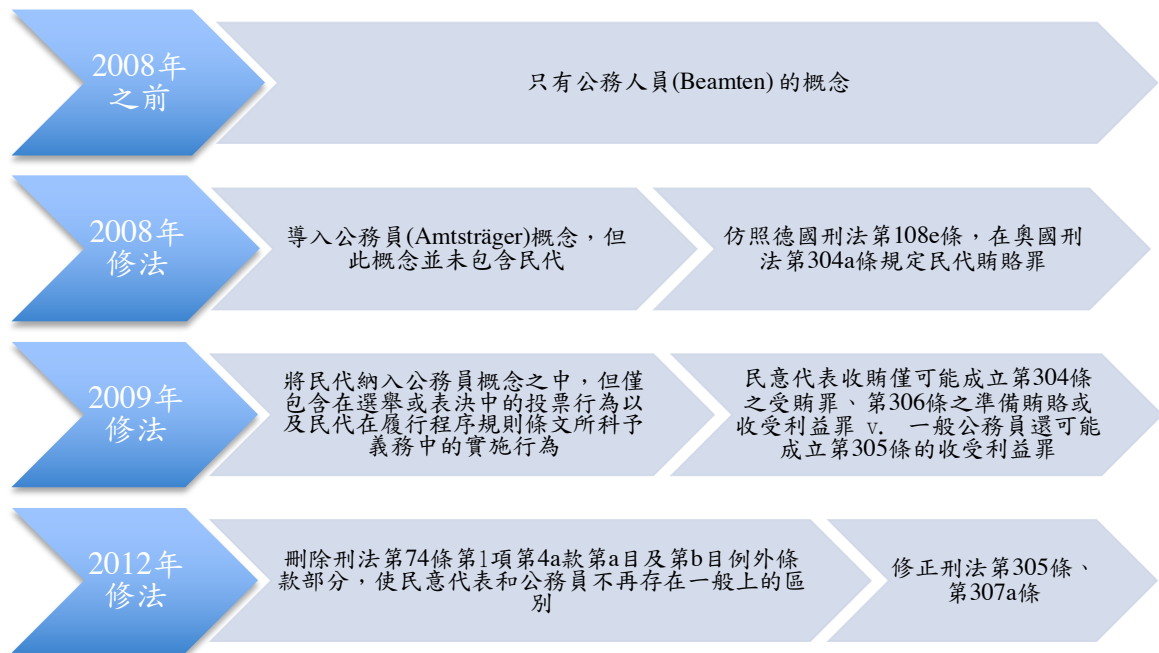
¹²⁶ *Ibid.*, p. 154.

第二節 比較法觀點下的民代賄賂



第一項 奧地利：從獨立構成要件走向公務員賄賂罪

奧地利刑法典中關於民代賄賂以及公務員賄賂的刑法規制，自 2008 年以來的數次修法，呈現出極具戲劇張力的面向。



※ 圖表 4 - 2：奧地利刑法民代賄賂（罪）的修法歷程

製圖：作者

第一款 2008 年修法之前

奧地利在 2008 年修法之前對於貪腐行為的刑法規制，主要在奧地利刑法第 304 條的公務員收受餽贈罪以及第 307 條的行賄罪，條文內容如下：

第 304 條 公務人員收受餽贈¹²⁷

¹²⁷ § 304 öStGB (Geschenkannahme durch Beamte)

(1) Ein Beamter, ein Beamter eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder ein Gemeinschaftsbeamter, der für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts von

(1) 公務人員、歐盟其他成員國的公務人員或共同體的公務人員，對於公務上違背義務的作為或者不作為，為自己或第三人，向他人要求、收受或期約利益者，處 3 年以下有期徒刑。

(2) 公務人員，對於公務上不違背義務的作為或者不作為，為自己或第三人，向他人要求、收受或期約利益者，處 1 年以下有期徒刑。

(3) 若利益價額超過 3,000 歐元者，在第 1 項的情形中處 5 年以下有期徒刑，在第 2 項的情形中處 3 年以下有期徒刑。

(4) 收受或期約之利益價值低微者，不依照第 2 項進行處罰。但以職業手法為之者，除外。

第 307 條 行賄¹²⁸

(1) 對公務人員、歐盟其他成員國的公務人員或共同體的公務人員……公務上違背義務的作為或者不作為，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付利益者，處 1 年以下有期徒刑。

(2) 對公務人員、歐盟其他成員國的公務人員或共同體的公務人員……公務上不違背義務的作為或者不作為，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付價值絕不輕微的利益者，處 6 個月以下有期徒刑或 360 天以下的罰金日數。但行為人行求、期約或交付利益，根據情狀不可非難者，除外。

einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen läßt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Ein Beamter, der für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts von einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen läßt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

(3) Übersteigt der Wert des Vorteils 3.000 Euro, so ist der Täter im Fall des Abs. 1 mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und im Fall des Abs. 2 mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(4) Wer lediglich einen geringfügigen Vorteil annimmt oder sich versprechen läßt, ist nach Abs. 2 nicht zu bestrafen, es sei denn, dass die Tat gewerbsmäßig begangen wird.

¹²⁸ § 307 öStGB (Bestechung)

(1) Wer

1. einem Beamten, einem Beamten eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder einem Gemeinschaftsbeamten, für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts (§ 304 Abs. 1)

2. bis 6. [...]

für ihn oder einen Dritten einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu strafen.

(2) Wer

1. einem Beamten für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts (§ 304 Abs. 2) oder

2. [...]

für ihn oder einen Dritten einen nicht bloß geringfügigen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, es sei denn, daß dem Täter daraus, daß er diesen Vorteil angeboten, versprochen oder gewährt hat, nach den Umständen kein Vorwurf gemacht werden kann.

其中，奧地利的公務人員收受餽贈罪根據公務上的作為或不作為是否違反義務而區分為以下兩種：第 1 項的規定類似於德國賄賂罪的構成要件；第 2 項的規定與德國收受利益罪的構成要件相近。第 3 項針對價值特別高的利益規定了一種加重構成要件事由。第 4 項為輕微性條款(*Geringfügigkeitsklausel*)，若行為人的行為並非以職業手法進行，可基於該條款而不依照第 2 項進行處罰¹²⁹。不過，輕微性條款僅適用於第 2 項中公務人員的行為不違反義務的情形。一般認為，輕微價值的界線大約是 100 歐元。另外，如果多次的利益收受係來自同一個利益提供者且出自同一個故意，即使每一次所提供的利益價值輕微，但應採總計的方式(*zusammengerechnet*)。從而，本罪的可罰性不會因為第 4 項的規定而落空¹³⁰。

儘管奧地利行賄罪的規定係對應於(*spiegelbildlich*)公務人員收受利益罪而設計的，但仍有一些值得注意的獨到之處（準確地說是優惠之處），如：奧地利刑法第 304 條第 4 項的輕微性條款可適用於第 307 條第 2 項的情形，且範圍更廣。對於公務人員收受利益罪，輕微性條款並不適用於行為人要求利益的情形；而對於行賄罪，輕微性條款可以適用於行賄人行求利益的情形¹³¹。此外，奧地利刑法第 307 條第 2 項還進一步地規定了一款免責事由(*Entschuldigungsgrund*)。若行為人的利益提供行為根據情狀不可非難，不進行處罰。自此，如果公務人員只有取得（價值不輕微的）利益時，才實施不違反義務的職務行為，或者行為人提供利益的目的是為了公務人員更為順暢的工作，均不處罰利益提供者¹³²。

在公務人員收受餽贈的構成要件上，特別值得注意的是，一如德國 1997 年刑法修正以前的情況，由於奧地利刑法第 304 條第 1 項和第 2 項均要求利益的收受係「為了公務上的……的作為」，從而，本罪成立的前提要件為利益收受係針對於特定的公務。換言之，利益與公務之間要存在著一種緊密的因果上關聯(*eine enge, eine ursächliche Beziehung*)¹³³。因此，和德國刑法第 331 條（1974 年）一樣，奧地利刑法第 304 條成立的條件是存在一個可預見的（不過也不用達到鉅細靡遺的程度）、具體的職務¹³⁴。此一構成要件用語的結果是，若行為人輸送利益

¹²⁹ *Friedhoff*, Die straflose Vorteilsannahme, 2012, S. 117.

¹³⁰ *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 118.

¹³¹ *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 119.

¹³² *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 120: „Hiervon sollten die Fälle umfasst sein, in denen ein Beamter die pflichtgemäße Handlung erst dann ausführen wollte, wenn er einen (nicht geringfügigen) Vorteil bekommen hatte oder wenn der Vorteilsgeber hierdurch den Beamten zu einem zügigeren Arbeiten bringen wollte.“

¹³³ *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 117.

¹³⁴ *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 118: „Damit war auch bei § 331 StGB (1974) wie auch bei § 304 öStGB (vor 2008) Voraussetzung für eine Strafbarkeit das Vorliegen eines bereits (wenn auch nicht in allen Details) absehbaren, konkreten Amtsgeschäfts.“

的幕後動機是為了博取公務人員的好感，從而使公務員在日後做出有利於己的行為，並不會落入本罪的處罰範圍。是以，本罪構成要件並不及於，為了打好關係或投餌的利益（輸送行為）¹³⁵。



對於民代賄賂部分，在 2008 年修法之前，奧地利刑法典第 74 條第 4 款之規定僅對內國「公務人員」(Beamten)作出定義¹³⁶——「受聘而以聯邦、邦、鄉鎮自治團體、鄉鎮或此類機構在公法上其他主體之名義，或單獨或與其他人共同實施法律行為之人，或者受託從事聯邦、邦或鄉鎮行政任務之人。」是以，一般性的代議機構成員，包括國會(Nationalrat)、聯邦參議院(Bundesrat)、邦議會(Landtage)以及鄉鎮代表大會(Gemeinderäte)，因無法涵攝到公務人員的概念範圍之內，自然也無奧地利刑法典第 304 條以下公務人員賄賂罪條文的適用¹³⁷；相較於此，地方代議機構成員則被視為奧地利刑法第 74 條第 4 款的公務人員。上述差異的主要原因在於，聯邦或邦層次的議員屬於立法機構，而非行政機構；而地方代議機構的代表所實施的並非是立法職能，而是行政職能¹³⁸。由於在公務人員賄賂罪之外，並未針對一般性的代議機構成員另行創設其他特別的賄賂罪構成要件。就此而言，一般性的代議機構成員「逍遙法外」的情形，自然也就可想而知了。

第二款 2008 年修法

奧地利 2008 年刑法修正後，公務員或仲裁人收受餽贈罪以及行賄罪的條文內容如下所示：

第 304 條 公務員或仲裁人收受餽贈¹³⁹

¹³⁵ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 118: „Folge dieser Tatbestandsformulierung war aber, dass, wie auch in Deutschland vor dem KorrbekG, die Annahme von solchen Vorteilen nicht strafrechtlich geahndet werden konnte, die mit dem Hintergedanken gegeben (und dann auch angenommen) wurden, sich mit dem Beamten gut zu stellen, also sein Wohlwollen zu erlangen und in Zukunft einaml hiervon zu profitieren. Die Vorteile zur Klimapflege und zum Anfüttern wurden also nicht vom Tatbestand erfasst.“

¹³⁶ Überhofen, Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich, 1999, S. 248, 286; Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 180.

¹³⁷ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 180; Überhofen, aaO. (Fn. 136), S. 285.

¹³⁸ Überhofen, aaO. (Fn. 136), S. 286.

¹³⁹ § 304 öStGB (Geschenkannahme durch Amtsträger oder Schiedsrichter)

(1)Ein Amtsträger oder Schiedsrichter, der für eine Handlung oder Unterlassung im Zusammenhang mit seiner Amtsführung von einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2)Ein österreichischer Amtsträger oder Schiedsrichter, ein Amtsträger oder Schiedsrichter eines

(1) 公務員或仲裁人，對於與其公務實施存在關聯的作為或不作為，為自己或第三人，向他人要求、收受或期約利益者，處 3 年以下有期徒刑。

(2) 在第 1 項的情形之外，奧地利公務員或仲裁人、歐盟其他成員國的公務員或仲裁人、以及共同體的公務人員，就其職務實施，為自己或第三人，向他人要求、收受或期約利益者，處 1 年以下有期徒刑。

(3) 若利益價額超過 3,000 歐元者，在第 1 項的情形中處 5 年以下有期徒刑，在第 2 項的情形中處 3 年以下有期徒刑。

(4) 收受或期約之利益價值低微者，不依照第 2 項進行處罰。但以職業手法為之者，除外。

第 307 條 行賄¹⁴⁰

(1) 對公務員或仲裁人……與其公務存在關聯的作為或不作為，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付利益者，處 3 年以下有期徒刑。

(2) 在第 1 項的情形之外，對於奧地利公務員或仲裁人、歐盟其他成員國的公務員或仲裁人、以及共同體的公務人員之職務實施，向前開人員本人或第三人行求、期約或交付價值絕不輕微的利益者，處 6 個月以下有期徒刑或 360 天以下的罰金日數。

其中，公務員或仲裁人收受餽贈罪的重要變更之處在於：第一，導入公務員概念，罪名由「公務人員收受餽贈罪」變更為「公務員或仲裁人收受餽贈罪」¹⁴¹；第二，廢棄公務員行為在公務上違背/不違背義務的區分。從而，不管是違背義

anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder ein Gemeinschaftsbeamter, der außer dem Fall des Abs. 1 im Hinblick auf seine Amtsführung von einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

(3) Übersteigt der Wert des Vorteils 3000 Euro, so ist der Täter im Fall des Abs. 1 mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und im Fall des Abs. 2 mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(4) Wer lediglich einen geringfügigen Vorteil annimmt oder sich versprechen läßt, ist nach Abs. 2 nicht zu bestrafen, es sei denn, daß die Tat gewerbsmäßig begangen wird.

¹⁴⁰ § 307 öStGB (Bestechung)

(1) Wer

1. einem Amtsträger oder Schiedsrichter für eine Handlung oder Unterlassung im Zusammenhang mit dessen Amtsführung (§ 304 Abs. 1)

2. bis 4. [...]

für ihn oder einen Dritten einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu strafen.

(2) Wer einem österreichischen Amtsträger oder Schiedsrichter, einem Amtsträger oder Schiedsrichter eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder einem Gemeinschaftsbeamten außer dem Fall des Abs. 1 im Hinblick auf dessen Amtsführung für ihn oder einen Dritten einen nicht bloß geringfügigen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

¹⁴¹ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 121.

務的職務行為，還是不違背義務的職務行為，其在法律效果上一致化，均為奧地利刑法第 304 條所及而無任何差別¹⁴²；第三，第 304 條第 1 項和第 2 項的區分，改以利益提供與公務員行為之間關聯的緊密程度作為標準。作為刑事追訴所必不可少的要件之一，利益與公務員行為之間的關聯被放寬(*gelockert*)。對於可罰性而言，其不再總是要求存在一個特定且具體的職務行為(*eine bestimmte und konkrete Amtshandlung*)。換言之，透過 2008 年的刑法修正，若利益收受與特定職務行為存在關聯(*ein „Zusammenhang mit seiner Amtsführung“*)，應依刑法第 304 條第 1 項處罰；但如果這種關聯並不明顯可見，利益收受只是對於職務實施(*„im Hinblick auf seine Amtsführung“*)的話，則應依刑法第 304 條第 2 項處罰¹⁴³。總而言之，透過不法協議的放寬，為了一般性的打好關係或向公務員投餌而提供或收受利益的行為，已經落入奧地利刑法利益收受罪的處罰範圍¹⁴⁴。第四，第 4 項的輕微性條款儘管在文本上未有變動，但其適用體系與 2008 年之前的作法存在重大區別。在 2008 年之前，輕微性條款僅適用於不違背義務類型的收受餽贈罪；但在 2008 年以後，其僅適用於為了打好關係或投餌的利益收受行為¹⁴⁵。

文獻上對於奧地利 2008 年刑法修正的批評，主要在於以下幾點：之一，奧地利刑法 304 條在構成要件上未對公務員違背義務類型和不違背義務類型的職務行為進行區分，導致了刑罰威懾對於這兩種類型的無差別處理。不過，這兩種類型在不法內涵上卻有高低的高低差別¹⁴⁶；之二，通過刑法第 304 條第 2 項的新增將諸如投餌等行為方式納入刑法中固然值得稱道，但學說上對於該項的構成要件用語的評價特別消極。譬如，學者 *Medigovic* 指出，刑法第 2 項會有「大量的界定問題(*„zahlreiche Abgrenzungsfragen“*)」，即在個案的開展上無法知悉其是否落入到本罪的構成要件中¹⁴⁷。相較於刑法第 304 條第 1 項，第 2 項中刑罰範圍的界定更為困難，其適用範圍幾近不著邊際。另有部分學者指出，新法和刑法明確性要

¹⁴² *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 121: „Der wohl größte Unterschied war, dass § 304 öStGB (2008) nicht mehr zwischen dem pflichtwidrigen und dem pflichtgemäßen Handeln des Amtsträgers unterschied. Beide Möglichkeiten wurden einheitlich und ohne Unterscheidung, auch in Rechtsfolgenhinsicht, von § 304 öStGB (2008) erfasst.“

¹⁴³ *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 121.

¹⁴⁴ *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 122: „Durch diesen Absatz und die darin enthaltene erhebliche Lockerung der Unrechtsvereinbarung sollten gerade die Fälle der Vorteilsannahme erfasst werden, bei denen der Vorteil ohne konkreten Bezug zu einem Amtsgeschäft und damit allein zur allgemeinen Klimapflege oder zum Anfütern des Amtsträgers gewährt und dann angenommen wurde.“

¹⁴⁵ *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 122.

¹⁴⁶ *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 126 f.

¹⁴⁷ 按照學者 *Medigovic* 的說法，界定問題特別會存在於以下的情形：對於公務員的利益給付和公務員的代表活動(*Repräsentationstätigkeiten*)存在關聯；當利益提供者和公務員存在著業務上的往來，該當本罪構成要件的利益提供行為和純粹私人給付(*reinen Privatzuwendungen*)間的區分。Vgl. *Medigovic*, *Geht das neue Korruptionsstrafrecht für Amtsträger zu weit?*, *ÖJZ* 2009, S. 157 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 127).
Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 127.

求(Bestimmtheitsgebot)存在衝突，會造成重大的法律不安性(Rechtsunsicherheit)¹⁴⁸。之三，輕微性條款排除刑罰性的原因在於，「特定」利益給予對於一個不違反義務的職務行為具有社會相當性，故而不具備可罰性。但是，透過新法的修正，利用構成要件的目的性限縮將特定的、不值得刑罰的情形排除在構成要件之外，不再可能¹⁴⁹。因為按照立法者所表示的意思，若利益收受或給付係為了某一具體的職務行為，不再留有刑事可罰性排除的空間¹⁵⁰。

透過 2008 年的刑法修正法¹⁵¹，奧地利刑法典在第 74 條第 1 項第 4a 款引入了「公務員」(Amtsträger)此一概念——「為奧地利……具備立法、行政或者司法之職務或受託從事公共任務之人，但是合乎憲法之內國代議團體成員除外」¹⁵²。儘管相較於之前的公務人員用語，公務員的法定定義更清晰地描繪出國家的權力作用，但是，代議機構成員仍透過後半句而被明確地排除在公務員之外¹⁵³。

事實上，奧地利政府在 2007 年 11 月 7 日所提出的法律草案¹⁵⁴中並未針對民意代表規定特別的賄賂構成要件。因為奧地利政府有意將此保留(vorbehalten)給議會，以使其自己找出合適的規定¹⁵⁵（請鬼抓藥單？）。對此，奧地利社會民主黨(Sozialdemokratische Partei Österreichs, SPÖ)、奧地利人民黨(Österreichische Volkspartei, ÖVP)、奧地利自由黨(Freiheitliche Partei Österreichs, FPÖ)以及奧地利未來聯盟(Bündnis Zukunft Österreich, BZÖ)黨團成員，仿照當時德國刑法第 108e 條的規定，提出了一個修正草案。系爭修正草案主張在刑法第 304a 條中創設民代賄賂罪的構成要件——「在國會、聯邦參議院、聯邦大會、邦議會或鄉鎮代表大會之選舉或表決中，試圖購買或出售選票者¹⁵⁶」，應處以刑罰。此一修正草案最終在 2007 年 12 月 5 日的國民議會中獲得多數通過，並經聯邦參議院後在 2008 年 1 月 1 日生效¹⁵⁷。

¹⁴⁸ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 127.

¹⁴⁹ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 128: „Dieser Strafbarkeitsausschluss aufgrund der Geringwertigkeit des Vorteils kam dem Grundgedanken nach, dass ‚bestimmte Zuwendungen für eine pflichtgemäße Amtstätigkeit sozialadäquat und daher nicht strafbar sind.‘“

¹⁵⁰ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 128.

¹⁵¹ Österreichisches BGBl. I Nr. 109/2007.

¹⁵² Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 180.

¹⁵³ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 181.

¹⁵⁴ Regierungsvorlage Nr. 285 in der 23. Gesetzgebungsperiode (Dok. - Nr. GP XXIII RV 285).

¹⁵⁵ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 181.

¹⁵⁶ 原文為：Wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung im Nationalrat, Bundesrat, in der Bundesversammlung, in einem Landtag oder Gemeinderat eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

¹⁵⁷ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 181.

第三款 2009 年修法

奧地利的貪腐刑法自 2008 年刑法修正生效一年半以後，再次進行重大的更改。2009 年的貪腐刑法修正法於 2009 年 7 月 8 日在國會中通過，並於 2009 年 9 月 1 日生效¹⁵⁸。其中，奧地利刑法中關於消極賄賂罪部分，係規定在第 304 條之受賄罪、第 305 條之收受利益罪以及第 306 條之準備賄賂或收受利益罪；而相應的積極賄賂罪部分，則分別規定在第 307 條之行賄罪、第 307a 條之提供利益罪以及第 307b 條之準備行賄罪。條文內容，如下所示：

第 305 條 收受利益¹⁵⁹

(1) 第 74 條第 1 項第 4a 款第 b 目至第 d 目所規定之公務員或仲裁人，對於公務上合乎義務的作為或者不作為，違背職務法或組織法上的禁令而為自己或第三人收受或期約利益者，處 2 年以下有期徒刑。

(2) 若此公務員或仲裁人，對於公務上合乎義務的作為或者不作為，為自己或第三人要求利益者，同樣罰之，除非系爭利益為職務法或組織法條文或職務法上的許可所明確容許。

(3) 行為人收受利益價額超過 3,000 歐元者，處 3 年以下有期徒刑；行為人收受利益價額超過 50,000 歐元者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。

第 307a 條 提供利益¹⁶⁰

¹⁵⁸ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 128.

¹⁵⁹ § 305 öStGB (Vorteilsannahme)

(1) Ein Amtsträger nach § 74 Abs. 1 Z 4a lit. b bis d oder Schiedsrichter, der für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts entgegen einem dienst- oder organisationsrechtlichen Verbot einen Vorteil für sich oder einen Dritten annimmt oder sich versprechen

(2) Ebenso ist ein solcher Amtsträger oder Schiedsrichter zu bestrafen, der für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, es sei denn, dies wäre nach einer dienst- oder organisationsrechtlichen Vorschrift oder einer dienstrechtlichen Genehmigung ausdrücklich erlaubt.

(3) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

¹⁶⁰ § 307a öStGB (Vorteilszuwendung)

(1) Wer einem Amtsträger nach § 74 Abs. 1 Z 4a lit. b bis d oder Schiedsrichter für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts entgegen einem den Vorteilsempfänger treffenden dienst- oder organisationsrechtlichen Verbot einen Vorteil für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(1) 對於第 74 條第 1 項第 4a 款第 b 目至第 d 目所規定之公務員或仲裁人在公務上合乎義務的作為或者不作為，向前開人員本人或第三人行求、期約或提供利益，致使利益收受人違背職務法或組織法上的禁令者，處 2 年以下有期徒刑。

(2) 行為人提供利益價額超過 3,000 歐元者，處 3 年以下有期徒刑；行為人收受利益價額超過 50,000 歐元者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。

第 304 條 受賄¹⁶¹

(1) 公務員或仲裁人對於公務上違背義務的作為或者不作為，為自己或第三人要求、收受或者期約利益者，處 3 年以下有期徒刑。法院或其他行政機構在特定程序中所指派之鑑定人對於錯誤報告或鑑定的作出，為自己或第三人要求、收受或者期約利益者，同樣罰之。

(2) 行為人受賄利益價額超過 3,000 歐元者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑；行為人受賄利益價額超過 50,000 歐元者，處 10 年以下有期徒刑。

第 307 條 行賄¹⁶²

(1) 對於公務員或仲裁人在公務上違背義務的作為或者不作為，向前開人員本人或第三人行求、期約或提供利益者，處 3 年以下有期徒刑。對於鑑定人(第 304 條第 1 項)之錯誤報告或鑑定的作出，向本人或第三人行求、期約或提供利益者，同樣罰之。

(2) 行為人行賄利益價額超過 3,000 歐元者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑；行為人行賄利益價額超過 50,000 歐元者，處 10 年以下有期徒刑。

¹⁶¹ § 304 öStGB (Bestechlichkeit)

(1) Ein Amtsträger oder Schiedsrichter, der für die Pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer als von einem Gericht oder einer anderen Behörde für ein bestimmtes Verfahren bestellter Sachverständiger für die Erstattung eines unrichtigen Befundes oder Gutachtens einen Vorteil für sich oder einen Dritt fordert, annimmt oder sich versprechen lässt.

(2) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

¹⁶² § 307 öStGB (Bestechung)

(1) Wer einem Amtsträger oder Schiedsrichter für die pflichtwidrig Vornahem oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen Vorteil für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer einem Sachverständigen (§ 304 Abs. 1) für die Erstattung eines unrichtigen Befundes oder Gutachtens einen Vorteil für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt.

(2) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.



第 306 條 準備賄賂或收受利益¹⁶³

(1) 奧地利公務員或仲裁人、歐盟其他會員國家之公務員或仲裁人或共同體之公務人員，基於在未來公務上開始實施違背義務的作為或不作為之故意，為自己或第三人要求、收受或者期約利益者，處 2 年以下有期徒刑。

(2) 第 74 條第 1 項第 4a 款第 b 目至第 d 目所規定之公務員或仲裁人，基於開始實施未來公務上合乎義務的作為或者不作為之故意，為自己或第三人要求利益者，同樣罰之，除非系爭利益明確為職務法或組織法條文或職務法上的許可所容許。

(3) 行為人收受利益價額超過 3,000 歐元者，處 3 年以下有期徒刑；行為人收受利益價額超過 50,000 歐元者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。

第 307b 條 準備行賄¹⁶⁴

(1) 對奧地利公務員或仲裁人、歐盟其他會員國家之公務員或仲裁人或共同體之公務人員，向前開人員本人或第三人行求、期約或提供利益，致使其在未來公務上開始實施違背義務的作為或不作為者，處 2 年以下有期徒刑。

(2) 行為人行賄利益價額超過 3,000 歐元者，處 3 年以下有期徒刑；行為人行賄利益價額超過 50,000 歐元者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。

¹⁶³ § 306 öStGB (Vorbereitung der Bestechlichkeit oder der Vorteilsannahme)

(1) Ein österreichischer Amtsträger oder Schiedsrichter, ein Amtsträger oder Schiedsrichter eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder ein Gemeinschaftsbeamter, der mit dem Vorsatz, die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines künftigen Amtsgeschäfts anzubahnen, einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Ebenso ist ein Amtsträger nach § 74 Abs. 1 Z 4a lit. b bis d oder Schiedsrichter zu bestrafen, der mit dem Vorsatz, die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines künftigen Amtsgeschäfts anzubahnen, einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, es sei denn, dies wäre nach einer dienst- oder organisationsrechtlichen Vorschrift oder einer dienstrechtlichen Genehmigung ausdrücklich erlaubt.

(3) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

¹⁶⁴ § 307b öStGB (Vorbereitung der Bestechung)

(1) Wer einem österreichischen Amtsträger oder Schiedsrichter, einem Amtsträger oder Schiedsrichter eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder einem Gemeinschaftsbeamten zur Anbahnung der pflichtwidrigen Vornahme oder Unterlassung eines künftigen Amtsgeschäfts für ihn oder einen Dritten einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

相較於 2008 年的修法，奧地利 2009 年貪污刑法的修正主要在於：

之一，重新回歸到 2008 年之前區分違背義務/不違背義務類型的賄賂罪體系。與此同時，在罪名上不再用同一個罪名（「公務員收受餽贈」）來統一規定違背義務/不違背義務類型的賄賂罪，而採用分立的做法——通過刑法第 305 條和第 304 條各自規定¹⁶⁵；

之二，對於刑法第 305 條和第 304 條而言，若利益收受只是對於職務實施，在不法協議上將不再充分(nicht mehr ausreichend)。換言之，不法協議必須是一種「嚴格的不法協議(„strenge Unrechtsvereinbarung“)」，而非一種「放寬的不法協議(gelockerten Unrechtsvereinbarung)」。這導致了可罰性範圍的再次限縮。若利益提供係為了尚未確定的職務行為，如為了投餌或一般性地打好關係而提供利益，將不再為本罪所及。對於這些行為，奧地利立法者另外制定了一個獨立的犯罪構成要件進行處理¹⁶⁶。

之三，對於刑法第 305 條之收受利益罪，若公務員收受或期約利益，只有當其違反職務法或組織法上的禁令，才為本罪所處罰；但若公務員要求利益，即使公務員要求利益的行為係為了一個不違背義務的職務行為，原則上也會進行懲罰，除非系爭利益為職務法或組織法條文所明確容許。就此而言，利益要求行為免於刑罰的前提要件，相較於單純的收受或期約利益的情形，明顯更為嚴格¹⁶⁷。是以，刑法第 305 條在構造上具有行政附屬性(verwaltungsakzessorisch)。此一附屬構造屬於一種規範性的犯罪構成要件要素(ein normatives Tatbestandsmerkmal)。而該設計的結果是，如果行為人不知道存在著職務法或組織法上的禁令，或行為人對於職務法或組織法條文中的輕微性條款發生錯誤認識，會被認定為構成要件錯誤(Tatbestandsirrtum)，其將導致故意以及可罰性的排除¹⁶⁸。

之四，廢除輕微性條款，在加重事由上分兩個階層進行處理¹⁶⁹。

之五，奧地利立法者在刑法第 306 條和第 307b 條專門制定了獨立的犯罪構成要件，以將貪污的準備階段(Vorfeldkorruption)納入到刑法的處罰範圍之內。其中，刑法第 306 條準備賄賂或收受利益罪有兩個值得注意的構成要件要素：一方面，本罪構成要件限縮在未來的職務行為(künftige Diensthandlungen)。只有當故

¹⁶⁵ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 130.

¹⁶⁶ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 130 f.

¹⁶⁷ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 131.

¹⁶⁸ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 131.

¹⁶⁹ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 131 f.

意指向未來公務之實施，利益收受方才為本罪所處罰。換言之，本罪構成要件係以未來為導向的，若利益係為了已經實施的職務行為，其不在本罪的處罰範圍之內¹⁷⁰；另一方面，由於條文用語上要求，受賄者在行為時必須具備，在未來公務上開始實施不違背義務（或違背義務）的作為或不作為的故意。故而，未來的職務行為必須是已經特定的或可特定的。受賄者必須對未來職務的型態有充分具體的想象。利益之要求、期約或收受，與未來的職務行為之間必須具有一種直接的、主觀的關聯(einen direkten, subjektiven Zusammenhang)。是以，若利益之提供或收受的目的僅是為了確保公務員的一般性好感，即利益係為了投餌或一般性的打好關係，並無法為本罪所處罰。因為行為時尚未存在任何可確定或已經確定的職務行為¹⁷¹。另外，需要注意的是，相較於刑法第 306 條第 1 項的情形，第 2 項僅處罰要求利益的行為，而不處罰期約或收受利益的行為¹⁷²。相較於刑法第 306 條，刑法第 307b 條準備行賄罪的處罰範圍僅及於，致使公務員在未來公務上開始實施違背義務的作為或不作為此一類型。若利益提供係為了使公務員在未來公務上開始實施不違背義務的作為或不作為，不為本罪所處罰¹⁷³。

儘管奧地利 2009 年貪污刑法修正的目的主要在於，更好地描述可刑罰行為，特別是投餌，來達成犯罪構成要件的精確、導入行政附屬性作為刑事可罰性的界限、以及在違反義務類型的利益收受上反映出更高的不法內容¹⁷⁴，但文獻上對此次修法的批評聲浪仍然很大——

首先，對於職務法或組織法上條文的附屬性指引(Verweisung)，個別論者指出，此一作法與刑法的明確性原則不無扞格之處。學者 Medigovic 認為，對於組織法條文的指引存在很大的問題。由於在此不能「完全弄清楚此處所涉及的規範究竟為何」，就整體而言，其在憲法上是不被容許的。特別是，當這種指引是一種所謂的動態指引(eine sogenannte dynamische Verweisung)時，更是如此。因為對於規範接受者而言，其是否有充分的方式來接近這些條文的變更，是有疑問的¹⁷⁵。另外，由於附屬性條款被視作一種規範性的犯罪構成要件要素，若行為人對於職務法或組織法上條文發生錯誤認識，會成立構成要件錯誤。但是，從利益提供者來看，其通常並不是公務員，從而也不熟悉那些相應的職務法或組織法條文。

¹⁷⁰ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 134.

¹⁷¹ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 134.

¹⁷² Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 134.

¹⁷³ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 135; Bertell/Schwaighofer, ÖStrR BT II, 2010, S. 316.

¹⁷⁴ Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 136 ff.

¹⁷⁵ Vgl. Medigovic, Was vom Korruptionsstrafrecht übrig bleibt. Zum KorrStrÄG 2009, ÖJZ 2010, S. 257 f. (zitiert nach Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 139).

是以，當利益提供者不能認知到此類條文或故作其不知道此類條文的存在時，本罪有存在可罰性漏洞的危險¹⁷⁶。

其次，絕大多數的見解認為，刑法第 306 條以及第 307b 條在實際上無任何意義(*praktisch bedeutungslos*)¹⁷⁷。文獻上之所以對此一全新構成要件持拒絕的態度，主要的原因在於，本罪要求公務員開始實施一個未來的公務行為。反面言之，一個特定的、具體的職務行為已經呈現在人們眼前。從而，對本罪來說，利益收受和之後的職務行為之間必須存在一個具體的關聯。不過，如果此一關聯得以證明，通常已經該當受賄罪或收受利益罪的構成要件。是以，對於這些行為，並不需要透過刑法第 306 條以及第 307b 條來處理¹⁷⁸。另外，儘管本罪僅要求在主觀上存在著特定的職務行為(刑法第 304 條和第 305 條要求職務行為也是客觀存在的)，但此一故意難以被證明。因此，投餌行為的刑事可罰性在 2009 年的修法中幾乎無任何的殘留。而投餌行為的除罪化從價值合致上是不正當的。奧地利立法者在此次修法中，呈現出一個既不一貫也不全面的貪腐抗制認知¹⁷⁹。

最後，文獻上對於職務行為違背義務/不違背義務類型區分的重新導入，多給予肯定的評價；而對於加重事由的雙層化處理，多持反對的見解。特別是，當利益價額超過 50,000 歐元時，將法定最高刑拔高到 10 年以下有期徒刑，被認為是不合比例的(*unverhältnismäßig*)。另外，有論者批評，(新法引入的)價值階層有意識地以財產犯罪的價值階層為導向，其本身就是體系違誤。因為對於財產犯罪(*Vermögensdelikte*)而言，損害的高低同時就是法益侵害本身；至於貪污犯罪(*Korruptionsdelikten*)，法益侵害並不是從利益價值中得出的，特別是當利益提供者為了換取以職務行為形式存在的利益，自願地交出利益而沒有損害到自身或第三方的利益¹⁸⁰。

¹⁷⁶ Vgl. *Medigovic*, Was vom Korruptionsstrafrecht übrig bleibt. Zum KorrStrÄG 2009, ÖJZ 2010, S. 260 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 139).

¹⁷⁷ 譬如，奧地利貪腐檢察機關(*Korruptionsstaatsanwaltschaft*)負責人 *Walter Geyer* 認為：「投餌規定根本就是死法(*Die Anfütterungsbestimmung ist totes Recht*)」；國際透明組織奧地利分會(*Transparency International Österreich*)對此，則認為在貪腐抗制上是一個「真正的倒退(*echten Rückschritt*)」。Vgl. *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 140.

¹⁷⁸ Vgl. *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 140 f.

¹⁷⁹ Vgl. *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 141: „... Dies gipfelt in der Schlussfolgerung, dass von der Strafbarkeit des Anfütterns durch das KorrStrÄG 2009 somit, kaum etwas übrig geblieben ist...die Entkriminalisierung des Anfütterns ist ‚wertungsmäßig nicht gerechtfertigt‘. Mit dem neuen Korruptionsstrafrecht hat der österreichische Gesetzgeber, ‚weder ein konsequentes noch ein umfassendes Bekenntnis zur Korruptionsbekämpfung abgelegt.‘“

¹⁸⁰ Vgl. *Medigovic*, Was vom Korruptionsstrafrecht übrig bleibt. Zum KorrStrÄG 2009, ÖJZ 2010, S. 257 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 142).

回到民代賄賂的情形，還是從兩個層面入手——民代是否屬於公務員？以及民代賄賂在多大程度可以用賄賂罪條文來處理？

由於 2008 年刑法修正法中關於公部門中賄賂罪構成要件的法造成了大量的法不安性，奧地利社會民主黨以及奧地利社會民主黨黨團在 2009 年 6 月 17 日向國會提交了一份法律草案¹⁸¹，試圖重新審視之前的修法。其中，刑法第 74 條第 1 項第 4a 款(a)目之公務員為——「作為機構或職務執行人，為聯邦、聯邦各邦、鄉鎮自治團體、鄉鎮...實施立法、行政或司法任務之人，但合乎憲法之內國代議團體成員除外」。和 2008 年的修法一樣，代議機構成員仍被排除在公務員範圍之外，而繼續適用奧地利刑法第 304a 條。

然而，在國會審議過程中，修正提案(Abänderungsantrag)作出了重大性的改變——其依照《聯合國反貪腐公約》以及《歐洲理事會反貪腐刑法公約》的明確指示，原則上將民意代表納入到刑法上的公務員概念中，並刪掉刑法第 304a 條之民代賄賂罪此一特殊構成要件，而（局部地）適用刑法第 304 條以下的公務員賄賂罪¹⁸²。

儘管民意代表被一般性地納入到公務員概念當中，但其職務型態仍受到嚴格的限縮，其僅包含在選舉或表決中的投票行為以及民意代表在履行政程序規則條文科予義務中所實施的行為。其中，奧地利刑法第 74 條第 1 項第 4a 款的條文規定，如下所示¹⁸³：

(4a)公務員為以下之人員：

¹⁸¹ Antrag Nr. 671 in der 24. Gesetzgebungsperiode (Dok.-Nr. 671/A XXIV. GP.).

¹⁸² Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 181 f.

¹⁸³ Amtsträger: jeder, der

- a. Mitglied eines inländischen verfassungsmäßigen Vertretungskörpers ist, soweit er in einer Wahl oder Abstimmung seine Stimme abgibt oder sonst in Ausübung der in den Vorschriften über dessen Geschäftsordnung festgelegten Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt,
- b. für den Bund, ein Bundesland, einen Gemeindeverband, eine Gemeinde, für einen Sozialversicherungsträger oder deren Hauptverband, für einen anderen Staat oder für eine internationale Organisation Aufgaben der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz als deren Organ oder Dienstnehmer wahrnimmt, mit Ausnahme der in lit. a genannten Amtsträger in Erfüllung ihrer Aufgaben,
- c. sonst im Namen der in lit. b genannten Körperschaften befugt ist, in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, oder
- d. als Organ eines Rechtsträgers oder aufgrund eines Dienstverhältnisses zu einem Rechtsträger tätig ist, der der Kontrolle durch den Rechnungshof, dem Rechnungshof gleichartige Einrichtungen der Länder oder einer vergleichbaren internationalen oder ausländischen Kontrollinstitution unterliegt und weit überwiegend Leistungen für die Verwaltung der in lit. b genannten Körperschaften erbringt.

a)合乎憲法之內國代議團體成員，若其在選舉或表決中投票或是在履行程序規則條文所科予之義務的過程中有所作為或不作為，

b)作為機構或職務執行人，為聯邦、聯邦各邦、鄉鎮自治團體、鄉鎮，為社會保險機構或其主要團體，為其他國家或是為國際組織，實施立法、行政或司法任務。第 a 目所指之公務員實施其任務，除外，

c)其他被授權以第 b 目所指之團體的名義實施職務以執行法律之人，或者

d)作為法律實體之機構或基於其與法律實體的職務上關係而行動之人，其受制於審計署或在邦層次類似於審計署的機構或類似的國際性或外國控制機構，並主要為第 b 目所指之團體的行政提供給付。

而對於民代賄賂的「克扣」，除了在公務員概念上做文章之外，此次修法另一個重要之處在於公務員賄賂罪適用在民意代表上的「折扣」。由於第 304 條與第 305 條的區別在於，前者要求存在違背義務(Pflichtverletzung)，其適用的對象指向所有的公務員以及仲裁人；而後者無此要求，其適用對象僅及於第 74 條第 1 項第 4a 款第 b 目至第 d 目之人員。而第 304 條、第 305 條與第 306 條的區別則在於，第 304 條與第 305 條既涵蓋過去之職務行為，也及於將來之職務行為；而第 306 條則僅涉及到將來的行為（其是否違反義務，在所不問）¹⁸⁴。換言之，在民代賄賂之情形，消極賄賂方面只能適用刑法第 304 條以及第 306 條；積極賄賂方面則只能適用刑法第 307 條以及第 307b 條。

對此，GRECO 評估小組(The GRECO Evaluation Team, GET)在評估報告中指出，「考慮到奧地利刑法第 74 條第 1 項第 4a 款之廣泛範圍，特別是該條款第 b 目之規定，外國以及國際之公職人員，其中包含民意代表與法官，和內國公職人員一樣被同等對待。評估小組歡迎此一廣泛用語。相對地，內國代議機構成員的入罪化則不無問題……除了在選舉與表決過程中的投票之外，由於『程序規則條文所科予之義務』的援引，其對民代賄賂的入罪化並未有太多的幫助，從而導致民代賄賂的入罪化程度遠比公約之要求來的限縮。又，除了參與會議、參與議員所屬之委員會以及成員無法與會時的通知之外，程序規則並未過多地提及到議會的具體職能(the concrete functions of assembly members)。是以，若議員收賄而提出或支持（在進入正式投票階段之前）某一立法提議或修正案，或不參與委員會之審議，或要求設立調查委員會或在質詢政府時採取特定之主張等，由於『義務』之援引，導致賄賂罪無法適用到上述之情形。上述之情形並不是假想之情形。此

¹⁸⁴ Vgl. den GRECO-Evaluationsbericht Austria vom 09.12.2011 (3. Runde), S. 3, abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2011\)3_Austria_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2011)3_Austria_One_EN.pdf) (Besuch am 04.10.2015).

外，相較於此，奧地利刑法第 74 條第 1 項第 4b 款對於外國以及國際/歐盟之公務人員、外國或國際代議機構成員以及國際法院成員，並未有此等限制。在 2008 年以及 2009 年的修法中，奧地利考慮到入罪化的可能擴張，但並未採取具體措施。由於機會的錯失而導致奧地利對於政治人物之貪腐的預防與抗制手段有限，評估小組對此深表遺憾。評估小組最後建議實質地擴張肇因於刑法第 74 條第 1 項第 4a 款 a 目之定義的民代賄賂罪入罪化，以達到《反貪腐刑法公約》第 4 條的要求。¹⁸⁵」

第四款 2012 年修法

在 2012 年的修法改革¹⁸⁶中，民代賄賂以及公務員賄賂罪發生了重大的轉變。具體而言，就公務員定義部分，刑法第 74 條第 1 項第 4a 款第 a 目以及第 b 目中「第 a 目所指之公務員實施其任務，除外」此一例外條款均被無條件地刪除。此一修法，使民代賄賂不再侷限於民意代表行使職權（如投票）的某一特定情形之中，進而導致民意代表與公務員不再存在著一般性的區別¹⁸⁷。而就公務員賄賂罪中第 305 條之公務員收受利益罪以及第 307a 之提供利益罪，也進行了對應的修改——其一，刪除「第 74 條第 1 項第 4a 款第 b 目至第 d 目所規定」，從而行為主體只要是公務員，便可以成為本罪之主體；其二，刪除第 2 款之規定；其三，改第 1 款「利益」為「不正利益」，並在第 4 款新增相關之排除條款。

第 305 條 收受利益¹⁸⁸

¹⁸⁵ Vgl. den GRECO-Evaluationsbericht Austria vom 09.12.2011 (3. Runde), aaO. (Fn. 184), S. 27.

¹⁸⁶ Österreichisches BGBl. I Nr. 61/2012.

¹⁸⁷ Vgl. den GRECO-Umsetzungsbericht Austria vom 24.02.2015 (3. Runde), S. 6, abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2013\)26_Austria_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2013)26_Austria_EN.pdf) (Besuch am 04.10.2015).

¹⁸⁸ § 305 StGB - Vorteilsannahme

(1) Ein Amtsträger oder Schiedsrichter, der für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert oder einen ungebührlichen Vorteil (Abs. 4) annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 61/2012)

(3) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(4) Keine ungebührlichen Vorteile sind

1. Vorteile, deren Annahme gesetzlich erlaubt ist, oder die im Rahmen von Veranstaltungen gewährt werden, an deren Teilnahme ein amtlich oder sachlich gerechtfertigtes Interesse besteht,

2. Vorteile für gemeinnützige Zwecke (§ 35 BAO), auf deren Verwendung der Amtsträger oder Schiedsrichter keinen bestimmenden Einfluss ausübt, sowie

(1) ~~第 74 條第 1 項第 4a 款第 b 日至第 d 目所規定之公務員或仲裁人，對於公務上合乎義務的作為或者不作為，違背職務法或組織法上的禁令而為自己或第三人要求利益，或者收受或期約不正利益(第 4 項)者，處 2 年以下有期徒刑。~~

(2) ~~若此公務員或仲裁人，對於公務上合乎義務的作為或者不作為，為自己或第三人要求利益者，同樣罰之，除非系爭利益明確為職務法或組織法條文或職務法上的許可所容許。~~

(3) 行為人收受利益價額超過 3,000 歐元者，處 3 年以下有期徒刑；行為人收受利益價額超過 50,000 歐元者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。

(4) 以下之利益，並非不正利益：

1、利益之收受為法律所容許，或者利益之提供在活動的框架範圍之內，且公務員對此活動的參與存在著職務上或客觀上之正當利益。

2、基於公益目的之利益(聯邦稅捐法第 35 條)，且公務員或仲裁人對於此一利益的使用並未有任何特定之影響力，以及

3、在欠缺第 1 款意義下之容許規範的情形中，價值低微且合乎當地慣例之利益。但以職業手法為之者，除外。

第 307a 條 提供利益¹⁸⁹

(1) ~~對於第 74 條第 1 項第 4a 款第 b 日至第 d 目所規定之公務員或仲裁人在公務上合乎義務的作為或不作為，向前開人員本人或第三人行求、期約或提供不正利益，致使利益收受者違背職務法或組織法上的禁令者，處 2 年以下有期徒刑。~~

(2) 行為人提供利益價額超過 3,000 歐元者，處 3 年以下有期徒刑；行為人收受利益價額超過 50,000 歐元者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。

對此，在履行審查報告書中，GRECO 認為奧地利已經令人滿意地執行(implemented satisfactorily)了之前評估報告中的建議四，即實質地擴張肇因於刑

3. in Ermangelung von Erlaubnisnormen im Sinne der Z 1 orts- oder landesübliche Aufmerksamkeiten geringen Werts, es sei denn, dass die Tat gewerbsmäßig begangen wird.

¹⁸⁹ § 307a öStGB (Vorteilszuwendung)

(1) Wer einem Amtsträger oder Schiedsrichter für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen ungebührlichen Vorteil (§ 305 Abs. 4) für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

法第 74 條第 1 項第 4a 款 a 目之定義的民代賄賂入罪化，以達到《反貪腐刑法公約》第 4 條的要求¹⁹⁰。



第二項 瑞士

早期瑞士刑法對於公務員賄賂的相關規定，主要見於刑法第 288 條、第 315 條以及第 316 條(均已成為舊法)。其中，刑法第 288 條是行賄罪(Bestechen)¹⁹¹，第 315 條是受賄罪(sich bestechen lassen)¹⁹²，第 316 條則是收受餽贈罪(Annahme von Geschenken)¹⁹³。

從收受賄賂的適格主體來看，上述條文使用的是「機構成員(Mitglied einer Behörde)、公務人員(einem Beamten)、行使法官職務之人、仲裁人、官方任命之鑑定人、翻譯人或口譯人、軍隊成員」。就此而言，固然立法者並未明確地指出民意代表是否有上述條文的適用可能，但依照實務以及通說見解，民意代表並不屬於公務人員，而是機構成員。因為當時的見解認為，只要是行政、立法、司法三權之公共機構，即屬本罪之「機構」。透過對於機構概念的廣泛解釋，民意代表亦被涵蓋在內而有上述條文之適用¹⁹⁴。

¹⁹⁰ Vgl. den GRECO-Umsetzungsbericht Austria vom 24.02.2015 (3. Runde), aaO. (Fn. 187), S. 6.

¹⁹¹ Art. 288 Schweizerisches StGB a. F. Bestechen

Wer einem Mitglied einer Behörde, einem Beamten, einer zur Ausübung des Richteramtes berufenen Person, einem Schiedsrichter, einem amtlich bestellten Sachverständigen, Übersetzer oder Dolmetscher, einem Angehörigen des Heeres ein Geschenk oder einen andern Vorteil anbietet, verspricht, gibt oder zukommen lässt, damit er seine Amts- oder Dienstpflicht verletze, wird mit Gefängnis bestraft. Mit Gefängnis kann Busse verbunden werden.

¹⁹² Art. 315 Schweizerisches StGB a. F. sich bestechen lassen

Mitglieder einer Behörde, Beamte, zur Ausübung des Richteramtes berufene Personen, Schiedsrichter, amtlich bestellte Sachverständige, Übersetzer oder Dolmetscher, die für eine künftige, pflichtwidrige Amtshandlung ein Geschenk oder einen andern ihnen nicht gebührenden Vorteil fordern, annehmen oder sich versprechen lassen, werden mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

Hat der Täter infolge der Bestechung die Amtspflicht verletzt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis nicht unter einem Monat.

¹⁹³ Art. 316 Schweizerisches StGB a. F. Annahme von Geschenken

Mitglieder einer Behörde, Beamte, zur Ausübung des Richteramtes berufene Personen, Schiedsrichter, amtlich bestellte Sachverständige, Übersetzer oder Dolmetscher, die für eine künftige, nicht pflichtwidrige Amtshandlung ein Geschenk oder einen andern ihnen nicht gebührenden Vorteil fordern, annehmen oder sich versprechen lassen, werden mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bestraft.

¹⁹⁴ Vgl. Vest, Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, 1997, S. 540 ff.; Überhofen, aaO. (Fn. 136), 1999, S. 296 ff.; Schenk, aaO. (Fn. 3), S. 27.

另外，早期瑞士刑法對於積極行賄以及消極受賄的處理，有所區別。第 288 條之行賄罪以及第 315 條之受賄罪成立的一個重要前提是，收受利益者必須做出一個違背義務的、未來的(pflichtwidrige künftige)職務行為。從而，一般的積極行賄(die einfache active Bestechung)並非是可刑罰的行為。相較於此，第 316 條之收受餽贈則是要求一個未來的、未違背義務(nicht pflichtwidrig)的職務行為(Amtshandlung)¹⁹⁵。從而，固然在結果上已經將民意代表解釋進條文之中，仍收效甚微。因為上述條文要求「義務連結」，而民意代表「義務地位」(Pflichtenstellung)此一問題近乎無解。對此，瑞士立法者在 1999 年 12 月的修法——在刑法第 322 條之三以下條文重新規定賄賂罪構成要件，才多多少少緩解了上述難題¹⁹⁶。

第 322 條之三 行賄瑞士公務員罪¹⁹⁷

對司法或其他機構成員、公務人員、官方任命之鑑定人、翻譯人或口譯人、仲裁人或軍隊成員違背義務的作為或不作為或裁量行為，行求、期約或交付不當利益給前開人員本人或第三人者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

第 322 條之四 受賄罪¹⁹⁸

司法或其他機構成員、公務人員、官方任命之鑑定人、翻譯人或口譯人、仲裁人或軍隊成員對於違背義務的作為或不作為或裁量行為，為自己或第三人要求、期約或收受不當利益者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

第 322 條之五 提供利益罪¹⁹⁹

¹⁹⁵ Vgl. Vest, aaO. (Fn. 194), S. 541 f.

¹⁹⁶ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 184.

¹⁹⁷ Art. 322^{ter} StGB – Bestechung schweizerischer Amtsträger – Bestechen

Wer einem Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, einem Beamten, einem amtlich bestellten Sachverständigen, Übersetzer oder Dolmetscher, einem Schiedsrichter oder einem Angehörigen der Armee im Zusammenhang mit dessen amtlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

¹⁹⁸ Art. 322^{quater} StGB – Bestechung schweizerischer Amtsträger – Sich bestechen lassen

Wer als Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, als Beamter, als amtlich bestellter Sachverständiger, Übersetzer oder Dolmetscher, als Schiedsrichter oder als Angehöriger der Armee im Zusammenhang mit seiner amtlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft

¹⁹⁹ Art. 322^{quinquies} StGB – Bestechung schweizerischer Amtsträger – Vorteilsgewährung

Wer einem Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, einem Beamten, einem amtlich bestellten Sachverständigen, Übersetzer oder Dolmetscher, einem Schiedsrichter oder einem Angehörigen der Armee im Hinblick auf die Amtsführung einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

對於司法或其他機構成員、公務人員、官方任命之鑑定人、翻譯人或口譯人、仲裁人或軍隊成員之職務執行，行求、期約或交付不當利益者，處3年以下有期徒刑或罰金。



第 322 條之六 收受利益罪²⁰⁰

司法或其他機構成員、公務人員、官方任命之鑑定人、翻譯人或口譯人、仲裁人或軍隊成員對於職務執行，要求、期約或收受不當利益者，處3年以下有期徒刑或罰金。

第 322 條之八 共同條款²⁰¹

- 1、(廢除)
- 2、職務法上所容許的利益及社會上一般的細微利益，非不當利益。
- 3、實施公共任務之私人，等同於公務員。

第一款 提供利益罪與收受利益罪構成要件

在開始具體的相關介紹之前，先簡要說明瑞士立法者對於貪污（刑法）條文保護法益的想象——其認為，貪污（刑法）條文的保護法益在於，一般人對國家活動客觀性的信賴。若信賴喪失，國家行動在法律上及民主上的正當性將會受到質疑²⁰²。

進而，瑞士立法者認為，新時期的貪腐已經不再落入簡單的交易關係中，而是陷入長年累月的關係網(Beziehungsgeflechte)中²⁰³。就體系貪腐的構建而言，對公務員投餌或與公務員一般性的打好關係，被認為是相當危險的行為²⁰⁴。將個別

²⁰⁰ Art. 322^{sexies} StGB – Bestechung schweizerischer Amtsträger – Vorteilsannahme

Wer als Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, als Beamter, als amtlich bestellter Sachverständiger, Übersetzer oder Dolmetscher, als Schiedsrichter oder als Angehöriger der Armee im Hinblick auf die Amtsführung einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

²⁰¹ Art. 322^{octies} StGB – Gemeinsame Bestimmungen

1. (aufgehoben)

2. Keine nicht gebührenden Vorteile sind dienstrechtlich erlaubte sowie geringfügige, sozial übliche Vorteile.

3. Amtsträgern gleichgestellt sind Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen.

²⁰² Vgl. Botschaft 1999, S. 5505, 5523 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 161).

²⁰³ Vgl. Botschaft 1999, S. 5501 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 161).

²⁰⁴ Vgl. Botschaft 1999, S. 5498, 5534 f. (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 161).

決定（或信息）的買賣當作賄賂的基本型態，僅能相當有限地反映出貪腐現實，其所捕捉到的是不充分的動態面及關聯事件歷程中的單獨一環。不管是對於提供方還是收受方而言，真正的賄賂發生在（具體決定）作出之前與之後。若欠缺上述的賄賂準備之認知，利益收受及提供要承受諸多風險²⁰⁵。



第一目 「不當利益」

根據條文內容，當行為人要求、期約或收受「不當利益」時，才可能該當收受利益罪。

其中，瑞士通說一般將利益分為「物質形式的利益」與「非物質形式的利益」兩種，前者係指收受人在經濟上或法律上的改善，且該改善是客觀可測量的；後者則是諸如性給付以及群體或業務上的利益、提升與榮譽²⁰⁶。

如果公務員對利益無法律請求權(Rechtsanspruch)，系爭利益就是「不當的」；反之，如果公務員對利益有法律請求權，系爭利益則是「正當的」²⁰⁷。瑞士立法者認為，人們必須擴張相關的犯罪構成要件，從而使刑法及於貪腐準備行為。而透過降低利益與職務行為之間的關聯，得以成功進行（擴張）。不過，伴隨著刑事可罰性的擴張，越來越多無需刑罰（故而應被排除在構成要件之外）的情形為本罪構成要件所及²⁰⁸。對此，瑞士立法者在刑法第 322 條之八第 2 項明確規定，公務員有權收受的利益或社會相當的利益應被排除在本罪構成要件之外²⁰⁹。該項導致一種額外的限制以及可罰性下限的釐清(eine „zusätzliche Begrenzung und Klärung der Untergrenze der Strafbarkeit“)。故而，可以確保，無需刑罰的行為能夠充分地被排除在賄賂（罪）刑法規範的適用之外²¹⁰。

²⁰⁵ Vgl. Botschaft 1999, S. 5502: „Das Grundmuster der Bestechung, das vom Kauf einzelner Entscheidungen (oder auch Informationen) ausgeht, gibt allerdings die Korruptionsrealität nur sehr beschränkt wieder. Es erfasst die dynamische Dimension unzureichend und isoliert Segmente aus zusammenhängenden Geschehensabläufen: Sowohl auf der Geber- wie der Nehmerseite wird die eigentliche Bestechung vor- und nachbereitet. Ohne vorgängige Abklärung der Bestechungsbereitschaft wären das Anbieten wie das Fordern von Vorteilen viel zu riskant.“

²⁰⁶ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 163.

²⁰⁷ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 163.

²⁰⁸ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 170.

²⁰⁹ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 170.

²¹⁰ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 170 f.

儘管文獻上肯認刑法第 322 條之八第 2 項的必要性，並贊同「不當利益」的明確化，但學說及實務在要素的審查內容上仍有所分歧。譬如，「細微性 (Geringfügigkeit)」及「社會一般性 (Sozialüblichkeit)」要素是否應累積性地存在 (kumulativ vorliegen)？抑或，只要兩者中的任何一個存在，就能夠排除可罰性？對此，Jositsch 認為，上述概念相互之間並不是嚴格區分的，而是「互相流動且終究描述著類似之處 („fliessen sie in ineinander und beschreiben letztendlich Ähnliches“)」，故原則上只要存在兩者中的任何一個要素，就能夠排除可罰性（儘管 Jositsch 也承認，條文內容要求要素必須累積性地存在）²¹¹。而 Bern 高等法院的見解則是，兩種要素必須累積性地存在²¹²。

若利益的取得係基於社會慣例，系爭利益具有社會一般性。社會慣例往往處於持續的變動中，在地方與地方之間也有所差別。透過社會一般性此一標準，應區分以下兩種利益：會危及一般人對（決定作出之）行政整全性和客觀性信賴的利益，以及符合社會交往風俗的利益。細微性要素所涉及的是利益的價值。根據不同的地方認知以及個案中的不同情狀，利益價值是相對的 (relativ)，同時也以社會一般性或社會相當性為導向²¹³。

關於社會相當的利益，人們經常舉出的例子諸如給郵差的聖誕節禮物、對於消防人員救助的餽贈。但是，若小額的錢款與（違法的）職務行為之間明顯存在著事件上與時間上的緊密關聯，其也應被視作社會不相當的利益。如果對於刑罰而言，既不存在一般的預防需求也不存在特殊的預防需求時，系爭利益是細微的。在判斷利益的細微性及社會一般性時，必須將個案的一切情狀 (alle Umstände des Einzelfalles) 納入整體的考量。是以，給付的價值是一種表徵 (Indiz)，而非決定性的唯一評價指標。不過，在判斷給付價值的細微性及社會相當性時，無需考慮利益收受人的收入及財產關係 (die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Vorteilsempfängers)。否則，對於高收入者，只有當其收受相當高的利益，才會導致刑法上的結果²¹⁴。

最後，從條文上內容來看，對於第三人利益的提供及收受並不是可刑罰的行為。但是，若公務員透過利益在客觀上得到間接的改善，此一間接圖利（自身）

²¹¹ Vgl. Jositsch, Das schweizerische Korruptionsstrafrecht, S. 339 (zitiert nach Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 172).

²¹² Vgl. Obergericht Bern SK-Nr. 177/2008, S.337 (zitiert nach Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 172).

²¹³ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 172.

²¹⁴ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 173.

可能落入本罪的構成要件中，典型例子如輸送利益給公務員的近親屬或生活伴侶，或者對於官員所屬政黨的正面報導²¹⁵。



第二目 利益與職務執行間的關聯——「對於職務執行」

透過「對於職務執行(im Hinblick auf die Amtsführung)」此一用語，瑞士刑法第 322 條之六要求，利益提供者與收受者之間必須存在一種「不法協議」。此處的關聯關係是一種「淡化的」等價關係(der „verdünnte“ Äquivalenzbezug)²¹⁶：之一，不需要存在一種具體或至少可確定的職務行為。如果為了任何一個、目前仍完全不特定的職務行為而收受利益，本身就已經充分了；之二，利益的收受或提供不需要和公務員的作為（或不作為）存在關係。只要利益的收受或提供與職務(Amt)之間有關係，就足夠了。是以，若利益收受方未擁有職務地位(Amtsposition)，（行賄者）並不會向其提供利益²¹⁷。

瑞士之所以採用「對於職務執行」用語，並以此放寬利益收受與職務行為之間的關係，是因為要將可罰性前置化(die Strafbarkeit vorzuverlagern)。從而，處於真正貪腐前階段的行為，如投餌或提供利益以打好關係，也能被納入到刑法的犯罪構成要件中。因為在長期的貪腐關係中，行為人往往事先就提供或收受利益。並且，此種利益不以某個特定的職務行為為目的（即使有的話，也很難證明）。學說上也多肯認瑞士立法者此一方面的考量²¹⁸。

在收受利益及提供利益罪構成要件上較有爭議的地方在於，是否僅當利益係為了未來的職務行為，才為本罪構成要件所包含？對已經實施的職務活動的酬謝，是否亦為本罪所及？

通說根據收受利益罪和提供利益罪構成要件的條文內容認為，只有當利益是為了一個未來的職務行為，才為本罪所處罰。對於已發生行為的給付，無法被包攝到本罪中²¹⁹。儘管部分論者承認從條文上無法直接得出上述的限制，但瑞士立

²¹⁵ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 164.

²¹⁶ 瑞士的學說與實務多肯認不法協議的淡化放寬，Jositsch 甚至認為，應將第 322 條之五及之六條的等價原則(das Äquivalenzprinzip)完全地廢掉。Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 166.

²¹⁷ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 165 f.

²¹⁸ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 166.

²¹⁹ Vgl. Arzethauser, Vorteilsgewährung bzw. die Vorteilsannahme nach dem revidierten

法者 2000 年關於刑法第 322 條之五及之六的修法理由可以作為此類構成要件解釋的主要論據：「通過『對於職務執行』此一用語……還明確了，只有會對公務員產生影響的利益，才為本罪所及。換言之，利益必須能夠對公務員的職務執行發揮作用。是以，『對於職務執行』的適用明確表示了，利益給付依據其本質必須指向未來。²²⁰」

少數論者如 Jositsch 則主張，無論利益係為了未來的職務行為，還是為了已經實施的職務行為，均應為本罪構成要件所及。進而，公務員是否因為利益而受到影響，對本罪而言，並不是必不可少的²²¹。主要的理由如下：第一，從收受利益罪及提供利益罪的條文上來看，並無法強制性地要求職務行為的未來性(*die Künftigkeit der Diensthandlung*)，或絕對排除對於已實施的職務行為的利益(*Vorteile für vergangene Amtstätigkeiten*)²²²；第二，收受利益罪及提供利益罪並不要求，利益的收受或提供與職務行為之間存在等價關係（至少 Jositsch 如此認為²²³）。所以，完全不用去確定，提供或收受利益究竟為何，也不用去說明，「利益到底是對已完成的職務行為的酬謝(*als Dank für Erbrachtes*)，還是對未來善意的請求(*als Bitte um zukünftige Gunst*)」²²⁴；第三，對於未來性的強調，在一般性的打好關係這種給付類型上根本沒有任何意義，因為此處根本不存在一個具體的作為或不作為²²⁵。相對於投餌（其通常是為了一個為了未來的不特定職務行為），一般性打好關係類型的利益只要能對職務執行產生影響，就已經充足。據此，Jositsch 認為，一方面，想要放棄等價關係。從而，只要利益給付和職務行為之間一般性地存在關聯，就該當本罪構成要件；另一方面，卻又反過來要求一種未來的關聯及由此所導致的相當具體的作為或不作為。這種做法既無意義，也不一貫²²⁶。

Schweizerischen Korruptionsstrafrecht, S. 184 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 167).

²²⁰ Vgl. Botschaft 1999, S. 5535: „Mit der nun gewählten Formel ‚im Hinblick auf die Amtsführung‘ wird [...] zusätzlich verdeutlicht, dass nur solche Zuwendungen erfasst werden sollen, die eine Beeinflussung des Amtsträgers anvisieren. Der Vorteil muss mit anderen Worten geeignet sein, auf die Amtsführung des Emüfängers einzuwirken. Die Wendung ‚im Hinblick auf‘ macht dabei klar, dass die Vorteilszuwendung ihrer Natur nach zukunftsgerichtet sein muss.“

²²¹ Vgl. *Jositsch*, Das schweizerische Korruptionsstrafrecht, S. 381 ff. (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 168).

²²² Vgl. *Jositsch*, Das schweizerische Korruptionsstrafrecht, S. 381 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 168).

²²³ Vgl. *Jositsch*, Möglichkeiten und Grenzen der Korruptionsbekämpfung in der Schweiz, ZStrR 2005, S. 246 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 168).

²²⁴ Vgl. *Jositsch*, Möglichkeiten und Grenzen der Korruptionsbekämpfung in der Schweiz, ZStrR 2005, S. 246 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 168).

²²⁵ Vgl. *Jositsch*, Das schweizerische Korruptionsstrafrecht, S. 383 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 169).

²²⁶ Vgl. *Jositsch*, Das schweizerische Korruptionsstrafrecht, S. 383 (zitiert nach *Friedhoff*, aaO. (Fn. 129), S. 169).

第二款 行賄罪與受賄罪構成要件

對於行賄罪或受賄罪的成立而言，若利益的收受或提供係「對於職務執行(im Hinblick auf die Amtsführung)」，是不夠充分的。利益必須與公務員的職務活動存在關聯(„im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit“ stehen)。從而，對本罪來說既充分且必要的一個要求是，公務員的行為必須是特定的，或至少能根據其種類與事實內容在大致上可得確定。不過，由於上述的證明並非總是可能的，瑞士立法者將收受利益罪和提供利益罪的構成要件設計成「截堵構成要件」，使此種情形的刑事可罰性不致落空²²⁷。

由於在舊法時期（舊法僅規定「對於未來的、違反義務的職務行為」），行為人總是會爭執，對於利益給付所進行的裁量行為是否總是違背義務的，以及是否需要其他難以提出的證據來證明公務員因利益約定而受到影響。為了客觀清楚地解決問題並在證明問題上劃出一條界線，瑞士立法者在條文中明確規定，對利益約定的裁量行為，應與法律規範違反作等同處理²²⁸。

行賄罪和受賄罪同樣要求存在「不當利益」。相較於收受利益罪和提供利益罪，通說認為，不管利益給付是為了已經實施的職務行為，還是為了未來的職務行為，這兩種類型都應為本罪所包含。此外，本罪在條文內容上也明確規定了第三人利益(Drittbegünstigung)的情形²²⁹。

第三項 義大利

義大利刑法²³⁰對於公務員概念的界定，始見於義大利刑法第 357 條之規定：「在刑事法律的意義上，公務員係指在立法、司法或行政方面行使公共職能的人員。在同一法律的意義上，由公法規範和官方決定所調整，或者以形成及表現公

²²⁷ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 176.

²²⁸ Vgl. Botschaft 1999, S. 5531.

²²⁹ Vgl. Friedhoff, aaO. (Fn. 129), S. 177.

²³⁰ 以下義大利相關刑法條文的中文翻譯，係以黃風教授的譯註為藍本，再結合英文、德文版本進行相關修改。黃風教授的中文原版，參見：黃風譯註，《最新義大利刑法典》，法律出版社，2007年1月，初版，頁114以下。

共行政機關意志為特點或表現為行使批准權或證明權的行政職能是公共職能。²³¹」明顯地，內國的議會成員也被視作是刑法第 357 條意義下的公務員。由於義大利採用一個相對廣泛的公務員概念，其可以含括到其他公法上的代議機構成員。至於該成員是以選舉方式還是經由任命產生，其所行使權力為行政權力還是立法權力，在所不問²³²。

在消極受賄上，可以區分為下述的四種情形：之一，公務員或受委託從事公共職務之人被期待的作為或不作為是否涉及到其公共職務；之二，賄賂之索取或收受先於或後於職務行為之執行；之三，公務員被期待的作為或不作為是否違反其職責；之四，所為之罪行是否為了幫助或損害民事訴訟、刑事訴訟或行政訴訟中的一方當事人²³³。在積極行賄上，義大利刑法並未逐一相對地規定積極行賄罪，而是在刑法第 321 條中透過第 318 條以下條文的援引，以懲罰積極行賄的行為。

另外，義大利在刑法第 322 條作了教唆受賄之規定，以涵蓋賄賂之提供、允諾或要求未被接受的情形²³⁴。

最後，義大利刑法第 317 條還規定了一條自主性罪行，即職務上勒索罪 (Concussione, Erpressung im Amt)²³⁵。該罪行的行為主體為公務員或受託從事公

²³¹ Article 357, Criminal Code: public official

As provided for under criminal law, those who perform a legislative, judicial, or administrative public function are public officials.

As provided for under the same law, the administrative function is public when it is regulated by public law provisions and authority's acts; when it is featured by the formation and statement of the public administration's will or by its implementation by means of authority and certifying powers.

²³² Vgl. den GRECO-Evaluationsbericht Italy vom 23.03.2012 (3. Runde), S. 9, abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2011\)7_Italy_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2011)7_Italy_One_EN.pdf) (Besuch am 05.12.2015).

²³³ Vgl. den GRECO-Evaluationsbericht Italy vom 23.03.2012 (3. Runde), aaO. (Fn. 232), S. 3.

²³⁴ Vgl. den GRECO-Evaluationsbericht Italy vom 23.03.2012 (3. Runde), aaO. (Fn. 232), S. 4.

²³⁵ 作為補充與對照，在此稍微說明美國法的相關部分。美國聯邦貪瀆法律中有關處罰公務員貪瀆的規定，散見於多項特別法規定，罪名主要包括聯邦賄賂與餽贈法中的行收賄罪(the federal bribery statute)及行收餽贈罪(the federal gratuity statute)、假藉公權力索財罪(extortion under color of official right, 俗稱 Hobbs Act)、聯邦補助專案竊取及賄賂法、洲際旅行犯罪法、聯邦郵政與電信詐欺罪以及反黑法 RICO。其中，行收賄賂罪要求賄賂與職務行為間必須有對價關係(Quid pro quo)；行收餽贈罪下，賄賂與職務行為間無庸有對價關係，僅須有「關聯性(Linking)」；至於假藉公權力索財罪之下的公務員職位行為與所收受財物之間，無庸有對價關係，檢方僅須證明公務員已應允將來有機會時在公務上會有所回報，即已成罪。對此，陳瑞仁檢察官認為，台灣可以仿照美國立法例，針對不同的立法主體（固有公務員與委任公務員），不同的犯罪客體（公款或政府補助款），不同的犯罪行為（索賄、揩油、侵占、詐欺、收取回扣）制訂不同的處罰規定，讓其有不同的構成要件、不同的法律概念、不同的刑度、不同的檢方舉證責任。從而，擺脫「一旦被認為是公務員就血流成河」、「只能在法定職務說與實質影響力說間擇一判有罪或無罪」之「全有或全無」法則之束縛。參見：陳瑞仁，〈與談意見（四）：美國聯邦貪瀆法律淺談〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 131-137。

務之人。至於被索賄的一方則是本罪之受害者²³⁶。從實務見解來看，賄賂罪和職務上勒索罪的原則區分在於，職務上勒索罪要求公務員濫用自身的權力或地位，以此方式影響到個人，並使該人為了避免遭遇重大損失而被強迫或被誘使為不正行為。若行為人在心理上強制到其他個人，即告勒索之成立。強制的形式可以表現為：恐嚇(threat)、詐欺(deception)、勸說(persuasion)及蓄意阻擾(obstructionism)。另外，實務還發展出一個「勒索環境(concussione ambientale)」的概念，即個人所陷入的情狀導致其相信，無論是為了避免損害還是為了獲得其本有權獲得之物，其必須向公務員提供利益。不過，職務上勒索罪和賄賂罪之間的界線在實務上往往並不明確，所以其經常引發司法上的討論²³⁷。

儘管義大利當局指出職務上勒索罪對於貪腐追訴是一道重要工具，但亦有論者(interlocutors, GRECO 評估小組的與談者)認為，追訴機關在案件中會更加願意使用職務上勒索罪而非賄賂罪。因為職務上勒索罪更加容易被證明——其更加容易促使行賄公務員的個人提出證言，且職務上勒索罪的追訴時效(16年)相較於賄賂罪更為持久；另外，亦有論者指出，職務上勒索罪經常在前審判或審判階段(during the pre-trial and/or trial phase)被行賄被告的辯方律師用來主張，其當事人係被公務員強迫為賄賂行為或為瀆職行為的一般性環境所驅使(induced by a generalised environment of malpractice)，以最終免除自身的責任(評估小組被告知，此類抗辯經常為廢棄法院所駁回)²³⁸。

對此，GRECO 評估小組認為，職務上勒索罪蘊含著一種危險，其可能導致不合理的結果。因為行賄者事實上將擁有一項無可置疑的法律權利，以獲得刑罰之免除。為了更好地合乎國際要求，部分要求改革義大利刑法的提案，特別探討到此議題，並試圖對賄賂罪罪名進行重新的分類，以消除職務上勒索罪與賄賂罪的區別。從而，刑法得以處罰到所有必要的行賄者。但是，此立法提案為參議院(Senate)所拒絕而以失敗告終。就此而言，GRECO 評估小組建議義大利：一方面，深入地探討義大利刑法第 317 條的職務上勒索罪的實際運用，以查明其在貪腐偵查及追訴過程中的潛在性濫用；另一方面，基於上述之調查，採取必要之具體措施以審查及釐清該罪的範圍²³⁹。

第 317 條 職務上勒索²⁴⁰

²³⁶ Vgl. den GRECO-Evaluationsbericht Italy vom 23.03.2012 (3. Runde), aaO. (Fn. 232), S. 5.

²³⁷ Vgl. den GRECO-Evaluationsbericht Italy vom 23.03.2012 (3. Runde), aaO. (Fn. 232), S. 5, 32 f.

²³⁸ Vgl. den GRECO-Evaluationsbericht Italy vom 23.03.2012 (3. Runde), aaO. (Fn. 232), S. 33.

²³⁹ Vgl. den GRECO-Evaluationsbericht Italy vom 23.03.2012 (3. Runde), aaO. (Fn. 232), S. 33.

²⁴⁰ Article 317, Criminal Code: Concussione

公務員或受委託從事公共服務之人，濫用其職位或權力，強迫或者誘使任何人非法地向自己或第三人給予或者許諾金錢或其他利益者，處 4 年以上 12 年以下有期徒刑（第 317 條之二，第 323 之二²⁴¹）。



第 318 條 因職務行為受賄²⁴²

公務員因履行其職務行為而為自己或第三人，接受表現為金錢或利益的、不應接受的報酬，或者接受相關之許諾者，處 6 月以上 3 年以下有期徒刑。

公務員因已經履行的職務行為而接受上述之報酬者，處 1 年以下有期徒刑。

第 319 條 違背職務行為受賄²⁴³

公務員不履行或拖延其職務行為，或者曾未履行或曾拖延其職務行為，或者實施或曾實施違反職務之行為，為自己或第三人接受金錢或其他利益者，或者接受相關之許諾者，處 2 年以上 5 年以下有期徒刑。

第 319 條之三 司法程序中的受賄²⁴⁴

若實施第 318 條和第 319 條列舉之行為是為了幫助或損害民事訴訟、刑事訴訟或行政訴訟中的一方當事人，處 3 年以上 8 年以下有期徒刑。

若上述行為導致某人被不公平地判處 5 年以下有期徒刑，處 4 年以上 12 年以下有期徒刑；若上述行為導致某人被不公平地判處 5 年以上有期徒刑或無期徒刑，處 6 年以上 20 年以下有期徒刑。

A public official or a person in charge of a public service who, by abusing his/her position or his/her power, compels or induce anyone to unduly give or promise, to himself/herself or a third person, money or other benefit, shall be liable to imprisonment for between four and twelve years.

²⁴¹ 義大利刑法第 317 之二條係附加刑之規定，第 323 之二條係減輕情節之規定，與本文關係不大，故此處不詳細說明。

²⁴² Article 318, Criminal Code: passive bribery (performance of acts related to office)

The public official who, to perform the duties of his/her office, for him/herself or others, receives an undue remuneration in money or other benefit, or accepts the promise of it, shall be punished with imprisonment from six months to three years.

If the public official receives the remuneration for an already performed official duty, the punishment shall be imprisonment of up to one year.

²⁴³ Article 319, Criminal Code: passive bribery (performance of acts in breach of official duties)

The public official who, to omit or delay, or having omitted or delayed a duty of his/her office, or rather to perform or having performed an act contrary to the duties of his/her office, for him/herself or others, receives money or other benefit, or accepts the promise of it, shall be punished with imprisonment from two to five years.

²⁴⁴ Article 319ter, Penal Code: passive bribery (in judicial proceedings)

If the facts specified in Articles 318 and 319 are committed with a view to favour or damage a party to a civil, criminal or administrative proceeding, the punishment shall be a term of imprisonment from three to eight years.

If the fact gives rise to an unfair conviction to imprisonment for no longer than five years, the punishment shall be from four to twelve years of imprisonment; if it gives rise to an unfair conviction to imprisonment for longer than five years or to life imprisonment, the punishment shall be a term of imprisonment from six to twenty years.



第 320 條 受委託從事公共服務之人受賄²⁴⁵

第 319 條之規定也適用於受委託從事公共服務之人；若受委託從事公共服務之人被授予公職人員身份，第 318 條之規定也對之適用。在任何情況下，刑罰在不超過三分之一的幅度內減少。

第 321 條 積極行賄²⁴⁶

第 318 條第 1 項、第 319 條、第 319 條之二、第 319 條之三以及與第 318 條和第 319 條相聯繫之第 320 條所規定的刑罰，也適用於向公務員或受委託從事公共服務之人給予或者許諾給予金錢或其他利益之人。

第 322 條 教唆受賄²⁴⁷

提議或者許諾給予公務員或擁有公職身份的受委託從事公共服務之人所不應接受的金錢或其他利益，以誘使其實施職務行為的，如果該提議或許諾未被接受，處以第 318 條第 1 項所規定之刑罰，並減少三分之一。

若上述之提議或許諾是為了誘使公務員或受委託實施公共服務之人不實施或拖延實施其職務行為，或者是為了誘使其實施違反義務之行為，如果該提議或許諾未被接受，處以第 319 條所規定之刑罰，並減少三分之一。

公務員或擁有公職身份的受委託實施公共服務之人，促使私人為第 318 條所規定之目的而許諾給予或者給予金錢或其他利益者，處以第 1 項所規定之刑罰。

²⁴⁵ Article 320, Criminal Code: passive bribery of persons in charge of a public service

The provisions of Article 319 shall also apply to the persons in charge of a public service; those of Article 318 shall also apply to the persons in charge of public service in the quality of employee of public authorities. In any case, penalties shall be reduced by no more than a third.

²⁴⁶ Article 321, Criminal Code: active bribery

The punishments provided for under first subsection of the section 318, 319, 319-bis, 319-ter, and 320 in relation with the above-mentioned hypotheses specified in the section 318 and 319 shall apply also to whoever gives or promises money or other benefits to the public official or person in charge of a public service.

²⁴⁷ Article 322, Criminal Code: incitement to corruption

Whoever offers or promises undue money or other benefits to a public official or person in charge of a public service in the quality of employee of public authorities, in order to induce him/her to perform a duty of his/her office, if the offer or promise has not been accepted, is bound by section 318 to the punishment provided for in the first subsection, reduced by one third.

If the offer or promise is made to induce a public official or a person in charge of a public service to omit or delay a duty of his/her office, or rather to make an act contrary to his/her office, if the offer or promise has not been accepted, the offender is bound by section 319 to the punishment provided for therein, reduced by one third.

The punishment provided for under first subsection shall apply to the public official or person in charge of a public service in the quality of employee of public authorities who solicits a promise, or giving of money, or other benefits by a private individual, for the purposes specified under section 318.

The punishment provided for under second subsection shall apply to the public official or person in charge of a public service who solicits a promise, or giving of money, or other benefits by a private individual, for the purposes specified under section 319.

公務員或受委託實施公共服務之人，促使私人為第 319 條所規定之目的而許諾給予或者給予金錢或其他利益者，處以第 2 項所規定之刑罰。



第四項 法國：明確將民代納入公務員賄賂罪構成要件

固然法國新刑法典(Nouveau Code Penal, N.C.P.)亦明確地將民代賄賂納入公務員賄賂罪的構成要件當中。但是，和其他多數國家不同的是，其並不是將民意代表整合到一般性的公務員概念中，而是在國家公務員賄賂罪的條文中明確地對受賄主體進行分類與規定²⁴⁸。如此，公務員賄賂罪對於民意代表和公務員同樣適用；至於其他的職務犯罪，則無法如此等同適用²⁴⁹。

其中，法國刑法對於公務員賄賂的規定主要見於法國刑法第 433-1 條之積極行賄國家公務員罪以及第 432-11 條之國家公務員消極受賂罪，具體條文內容，如下所示：

法國刑法第 433-1 條：積極行賄國家公務員罪²⁵⁰

²⁴⁸ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 179.

²⁴⁹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 179.

²⁵⁰ 法國刑法條文的翻譯係結合 GRECO 評估報告的英文文本及 *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht* 一書中，由 Holger Barth 所負責的法國法章節德文版本。

Article 433-1 du code pénal : Corruption active d'agent public national

Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende 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 service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui, afin :

1° Soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne 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 qu'elle abuse 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, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte visé au 1° ou d'abuser de son influence dans les conditions visées au 2°.

Article 433-1 of the Criminal Code: Active bribery of national public officials

Persons who unlawfully offer, at any time, directly or indirectly, benefits, promises, donations, gifts or any other advantages to persons exercising public authority, performing public duties or holding elective public office, for themselves or others, to induce them:

1. to perform or refrain from performing actions in accordance with or facilitated by their duties,

對於下列行為，在任何時候，或直接或間接地、違法地向行使公權力之人、實施公共職務之人及經選舉擔任公職之人，提議給予利益、允諾、捐贈、禮物或其他好處於本人或其他人者，處 10 年以下有期徒刑，並科 150,000 歐元之罰金：

1、依據其職務、任務或代議職務所應採取的作為或不作為，或其職務、任務或代議職務所促使的作為或不作為；

2、或濫用其真實或假定的影響，以從行政機關或公共行政部門獲得區別待遇、工作職位、交易或其他有利的決定。

根據行使公權力之人、實施公共職務之人以及經選舉擔任公職之人的要求，對於(前項)第 1 款之作為或不作為或第 2 項情狀中的影響力濫用，在任何時候，或直接或間接地、違法地為自己或其他人要求利益、允諾、捐贈、禮物或其他好處者，同樣罰之。

法國刑法第 432-11 條：國家公務員消極受賂罪²⁵¹

functions or office;

2. or to abuse their real or supposed influence to obtain from a public authority or department distinctions, employment, contracts or any form of favourable decision; shall be punishable by ten years' imprisonment and a fine of € 150 000.

The same penalties shall apply to persons exercising public authority, performing public duties or holding elective public office who unlawfully request, at any time, directly or indirectly, for themselves or others, benefits, promises, donations, gifts or any other advantages in exchange for performing or refraining from performing actions as specified in 1. or abusing their influence in the circumstances specified in 2.

Art. 433-1

Mit zehn Jahren Gefängnis und 1.000.000 FF Geldstrafe wird bestraft, wer ohne Befugnis direkt oder indirekt Angebote oder Versprechungen macht oder Zuwendungen, Geschenke oder sonstige Vergünstigungen anbietet, um damit zu erreichen, daß ein Inhaber öffentlicher Gewalt, eine mit einer öffentlichen Aufgabe betraute oder mit einem öffentlichen Wahlmandat versehene Person

1. eine Handlung vornimmt oder unterläßt, die in den Bereich ihres Amtes, ihrer Aufgabe oder ihres Mandats fällt oder dadurch erleichtert wird, oder

2. ihren tatsächlichen oder vermeintlichen Einfluß mißbraucht, um die Gewährung von Auszeichnungen, Beschäftigungsverhältnissen, Vertragsabschlüssen oder anderen begünstigenden Entscheidungen durch eine Behörde oder die öffentliche Verwaltung zu bewirken.

Mit denselben Strafen wird bestraft, wer einem Inhaber öffentlicher Gewalt, einer mit einer öffentlichen Aufgabe betrauten oder mit einem öffentlichen Wahlmandat versehenen Person nachgibt, die ohne Befugnis direkt oder indirekt Angebote, Versprechungen, Zuwendungen, Geschenke oder sonstige Vergünstigungen fordert, um dafür eine in Nr. 1 genannte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen oder unter den in Nr. 2 genannten Bedingungen ihren Einfluß zu mißbrauchen.

²⁵¹ Article 432-11 du code pénal : Corruption passive d'agent public national

Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende 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 s'abstenir 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 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

行使公權力之人、實施公共職務之人以及經選舉擔任公職之人，對於下列行為，於任何時候，或直接或間接地、違法地為自己或他人要求或同意提議、允諾、捐贈、禮物或其他好處者，處 10 年以下有期徒刑，並科 150,000 歐元之罰金：

1、依據其職務、任務或代議職務所應採取的作為或不作為，或由其職務、任務或代議職務所促使的作為或不作為；

2、濫用其真實或假定的影響，以從行政機關或公共行政部門獲得區別待遇、工作職位、交易或其他有利的決定。

在上述條文的構成要件之中，其就類賄賂對象明文規定了三類群體，分別為「公權力擁有者(die Inhabern öffentlicher Gewalt)」、「受託從事公共任務之人(die mit einer öffentlichen Aufgabe betrauten Personen)」以及「經選舉擔任公職之人(die mit einem öffentlichen Wahlamt bekleideten Personen)」²⁵²。

其中，「公權力擁有者」是指在履行公權力所賦予的職責過程中，有權就相關的人與事作出強制性決定之人，典型例子如共和國之總統、部長、國務卿、行政公務員、軍官以及特定職業之成員如法務官、法警等²⁵³；「受託從事公共任務之人」則是指雖無權作出決定，但必須合乎法律所規定的一般性利益而履行職責

favorable.

Article 432-11 of the Criminal Code: Passive bribery of national public officials

Persons exercising public authority, performing public duties or holding elective public office who unlawfully request or agree to, at any time, directly or indirectly, offers, promises, donations, gifts or any other advantages, for themselves or others, in exchange for:

1. performing or refraining from performing actions in accordance with or facilitated by their duties, functions or office;

2. or abusing their real or supposed influence to obtain from a public authority or department distinctions, employment, contracts or any form of favourable decision; shall be punishable by ten years' imprisonment and a fine of € 150 000. "

Article 432-11

Mit zehn Jahren Gefängnis und 1.000.000 FF Geldstrafe wird bestraft, wer Inhaber öffentlicher Gewalt, mit einer öffentlichen Aufgabe betraut oder mit einem öffentlichen Wahlmandat versehen ist und ohne Befugnis direkt oder indirekt Angebote, Versprechungen, Zuwendungen, Geschenke oder sonstige Vergünstigungen fordert oder annimmt, um dafür

1. eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, die in den Bereich seines Amtes, seiner Aufgabe oder seines Mandats fällt oder dadurch erleichtert wird, oder

2. seinen tatsächlichen oder vermeintlichen Einfluß zu mißbrauchen, um die Gewährung von Auszeichnungen, Beschäftigungsverhältnissen, Vertragsabschlüssen oder anderen begünstigenden Entscheidungen durch eine Behörde oder die öffentliche Verwaltung zu bewirken.

²⁵² Schenk, aaO. (Fn. 3), S. 24 f.

²⁵³ Vgl. den GRECO-Umsetzungsbericht France vom 19.02.2009 (3. Runde), S. 4, abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2008\)5_France_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2008)5_France_One_EN.pdf) (Besuch am 06.10.2015); Barth, Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, 1997, S. 111 f.

或行使任務之人，如法院所任命之管理人或國家電視台之記者²⁵⁴；至於「經選舉擔任公職之人」，則包含了下院與參議院層次以及地方縣市層次的議會成員²⁵⁵。

在構成要件情狀上，法國刑法第 433-1 條第 1 項第 2 款以及第 432-11 條第 1 項第 2 款的懲罰範圍，均及於所謂的影響力交易(“trafic d'influence”, sog. Einflusshandel)，其禁止上述人員將其對第三人的影響力「商業化」²⁵⁶。由於法國刑法並未如同德國刑法，在公務員賄賂罪中按照是否違背義務而對刑事可罰性進行區分。從而，法國刑法第 433-1 條第 1 項的可罰性並不會連結到（或者說要求）一個違背義務的行為。就民意代表而言，本罪射程範圍及於在代議職務之內的一切行為範疇²⁵⁷，或者說本罪包含了一切和代議職務存在關聯的行為²⁵⁸。如此，法國刑法的公務員賄賂罪將得以避開一個難題，即民意代表與公務員這兩個群體具備著不同的義務地位，但卻在同一個條文中來處理公務員以及民意代表賄賂的情形²⁵⁹。

²⁵⁴ Vgl. den GRECO-Umsetzungsbericht France vom 19.02.2009 (3. Runde), aaO. (Fn. 253), S. 4; Barth, aaO. (Fn. 253), S. 112.

²⁵⁵ Vgl. den GRECO-Umsetzungsbericht France vom 19.02.2009 (3. Runde), aaO. (Fn. 253), S. 5.

²⁵⁶ Schenk, aaO. (Fn. 3), S. 25.

²⁵⁷ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 179.

²⁵⁸ Schenk, aaO. (Fn. 3), S. 25.

²⁵⁹ Hartmann, aaO. (Fn. 1), S. 179.

第五章 德國民代賄賂罪的修法草案與現行法

承前所言，儘管對於德國刑法第 108e 條（舊法）的批評由來已久，但上述的實務與學說批評始終無法落實為真正的修法或立法。德國民代賄賂罪之所以在最近幾年內爆發出修法的能量，主要是因為刑法第 108e 條（舊法）的規定遠遠不及國際公約的要求，特別是《歐洲理事會反貪腐刑法公約》以及《聯合國反貪腐公約》。因此，如果德國果真有批准上述公約的意願，一個重要的前提就是其必須先完成內國法中民代賄賂罪的修改，以避免公約與內國法發生衝突。

至於如何調整德國的民代賄賂罪，從邏輯上看，自然存在著多種的可能。譬如，Hartmann 在其著作中，先就大方向上就排列出了三種類型(Models)：民代賄賂除罪化、維持獨立的民代賄賂罪構成要件以及將民意代表與公務員的可罰性（部分）等。在第二個以及第三個類型中，立法者又可以對利益、所有的代議職務活動、不法協議、政治上社會相當歷程之排除、受委託或為第三人利益之行為的限制以及可非難性條款等要素進行細部的調整，導致存在著多重的排列組合可能¹。如果就邏輯上的所有可能逐一進行合國際公約與合憲性的檢驗的話，難免使本章顯得拖沓且容易失焦。故，本文會先將焦點聚集在修法之前的幾個修法草案以及現行法的規定，再結合德國學說上的批評以進行相關討論的介紹。

¹ Hartmann, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013, S. 101 ff.

第一節 德國民代賄賂罪修法草案



第一項 概述

自 1994 年增訂民代賄賂罪以來，刑法第 108e 條的相關問題與解決出路在學界引發了持續性的爭論²。聯邦德國在 2003 年簽署《聯合國反貪腐公約》之後，多個反對黨為了重新修訂民代賄賂罪的犯罪構成要件，進而為《聯合國反貪腐公約》的批准掃清障礙，在 2007 年至 2012 年之間先後提出五個修法草案³。不過，這些修法草案都沒有獲得通過⁴。當中的重要政治過程，簡單總結如下：

議會中的部分議員——特別是來自基督教民主聯盟(Christlich Demokratische Union, CDU)以及自由民主黨(Freie Demokratische Partei, FDP)的議員，其反對採用比較嚴厲的刑法來規範內國的民意代表賄賂，抵制《聯合國反貪腐公約》中所採納的關於「公職人員」的廣泛定義。由於就刑法第 108e 條的修改，在第 16 屆議會任期(2005 年—2009 年)中無法形成多數的意見，聯盟 90/綠黨以及左翼黨黨團各自所提出的草案⁵都未被聯邦眾議院所接受⁶。其間，聯邦議會調查局⁷作出一份研究(國會立法鑑定書)⁸。系爭研究強調了刑法第 108e 條的改革必要性⁹。一般情況下，國會的立法鑑定書會即時公開。但系爭立法鑑定書卻遲至 2012 年才

² 此一爭論的激烈程度可以從學術市場上所出現的專論大致看出端倪，參見：*Haak*, *Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern. Die Genese des § 108e StGB n. F.*, 2015; *Mayer*, *Abgeordnetenbestechung (§ 108e a.F. StGB) - eine Vorschrift auf dem Prüfstand*, 2014; *Schneider*, *§ 108e StGB - Die Abgeordnetenbestechung und der Lobbyismus*, 2013; *Hartmann*, aaO. (Fn. 1); *Schaller*, *Strafrechtliche Probleme der Abgeordnetenbestechung*, 2002; *Heisz*, *Die Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB*, Shaker Verlag, 1998; *Epp*, *Die Abgeordnetenbestechung - § 108e StGB*, 1997; *Richter*, *Lobbyismus und Abgeordnetenbestechung - Legitimität und Grenzen der Einflußnahme von Lobbyisten auf Abgeordnete*, Shaker Verlag, 1997; *Dölling*, *Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag*, 1996.

³ 五個修法草案分別為：BT-Drucks. 16/6726 v. 16. 10. 2007, BT-Drucks. 16/8979 v. 25. 04. 2008, BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010 und BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012。

⁴ *Willems*, CCZ 2015, S. 31.

⁵ 分別為：BT-Drucks. 16/6726 v. 16. 10. 2007, BT-Drucks. 16/8979 v. 25. 04. 2008。

⁶ *Wolf*, S. (2013). *Political Corruption as a Regulatory Problem in Germany. German LJ*, 14, 1627, p. 1633.

⁷ 「Wissenschaftliche Dienste des Bundestages」的日文翻譯是「連邦議會調查局」。從德文字面意思來看，「Wissenschaftliche」的意思是「學術的、學科的」，「Dienste」則是「公務」的意思。德國的「Wissenschaftliche Dienste des Bundestages」應該是偏向於聯邦眾議院下的「學術研究」機構。

⁸ 系爭國會立法鑑定書，參見：*Schenk*, *Rechtsfragen im Kontext der Abgeordnetenkorruption, Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, available at: <https://netzpolitik.org/wp-upload/Abgeordnetenkorruption.pdf> (Besuch am 24.06.2015).

⁹ *Wolf*, S. (2013). *Political Corruption as a Regulatory Problem in Germany. German LJ*, 14, 1627, p. 1634.

在網上公開¹⁰。在之後的第 17 屆議會任期（2009 年－2013 年）期間，越來越多的組織、政客、大企業，乃至聯邦眾議院院長，再三呼籲要求修正刑法第 108e 條，催促聯邦眾議院批准國際反貪腐公約¹¹。其中，三個反對政黨——社會民主黨(Sozialdemokratische Partei, SPD)、聯盟 90/綠黨以及左翼黨各自提交了三份修法草案¹²。

第二項 聯盟 90/綠黨黨團版本

第一款 內容

聯盟 90/綠黨黨團版本的修正草案¹³（以下簡稱綠黨版本草案）建議將刑法第 108e 條舊法修改為：

刑法第 108e 條 代議機構成員受賄以及對代議機構成員行賄罪

（1）聯邦、邦、鄉鎮或鄉鎮自治團體代議機構成員，以及外國立法機構、歐洲議會或其他國際性組織議會大會成員，以其在代議機構或立法機關內執行其代議職務過程中，代表或者貫徹給付人或第三人利益之作為或不作為為對價，為自己或第三人要求、期約或者收受違法利益者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

（2）對聯邦、邦、鄉鎮或鄉鎮自治團體代議機構成員，以及外國立法機構、歐洲議會或其他國際性組織議會大會成員，以其在代議機構或立法機關內執行代議職務的過程中，代表或者貫徹給付人或第三人利益之作為或不作為為對價，向前開人員本人或第三人行求、期約或者交付違法利益者，同樣罰之。

（3）若利益與對價給付之連結可非難，存在不法利益。

（4）代議機構或者立法機關之代議候選人，等同於第 1 項以及第 2 項之成員。

¹⁰ Wolf, CCZ 2013, S. 99, 轉引自：許恒達，〈賄賂罪職務行為之再探討——以民意代表受賄事例為中心〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 89。

¹¹ 除了內部的壓力之外，歐洲理事會下屬組織之反貪腐國家集團在報告中也指出德國刑法第 108e 條不符合《反貪腐刑法公約》第四條之要求，並就德國在執行歐洲理事會反貪腐條款的整體不活躍開啟了未守約程序(non-compliance procedure)。Wolf, S. (2013). Political Corruption as a Regulatory Problem in Germany. *German LJ*, 14, 1627, p. 1634; Braasch, aaO. (Fn. 179).

¹² 分別為：BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010 und BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012。

¹³ BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010.

(5) 就第 1 項至第 3 項所規定之罪行，法院除了科處被告 6 個月以上的有期徒刑之外，還能褫奪被告在公共選舉中取得權利的能力，以及在公共事務中選舉、表決的權利。¹⁴



第二款 說明

綠黨版本草案將民意代表受賄的行為以及行賄民意代表的行為規定在同一條文中。本罪之名稱不再使用議員受賄罪(*Abgeordnetenbestechung*)，而是代議機構成員受賄罪(*Bestechung der Mitglieder von Volksvertretung*)。此一罪名的修改是一貫的，因為在地方代議機構成員層次並不會涉及到議員。除了刑法第 108e 條舊法原本所涉及的對象之外，外國立法機關以及其他國際組織議會大會的成員也是受賄罪的適格主體¹⁵。

在利益要素上，本罪並不要求其絕對具備經濟性質。利益之提供既可向民意代表本人，又可向第三人為之，從而得以避免本罪的規避可能性¹⁶。另外，本罪的利益必須是一種違法利益，即利益與對待給付之間的連結具有可非難性¹⁷。可

¹⁴ 草案原文為：§ 108e Bestechlichkeit und Bestechung der Mitglieder von Volksvertretungen

(1) Wer als Mitglied

1. einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände oder
2. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates, des Europäischen Parlaments oder einer parlamentarischen Versammlung einer sonstigen internationalen Organisation
einen rechtswidrigen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er in Ausübung seines Mandates in der Volksvertretung oder im Gesetzgebungsorgan eine Handlung zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden oder eines Dritten vornehme oder unterlasse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Mitglied

1. einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände oder
2. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates, des Europäischen Parlaments oder einer parlamentarischen Versammlung einer sonstigen internationalen Organisation
einen rechtswidrigen Vorteil für dieses oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er in Ausübung seines Mandates in der Volksvertretung oder im Gesetzgebungsorgan eine Handlung zur Vertretung oder Durchsetzung seiner oder eines Dritten Interessen vornehme oder unterlasse.

(3) Ein rechtswidriger Vorteil liegt vor, wenn seine Verknüpfung mit der Gegenleistung als verwerflich anzusehen ist.

(4) Einem Mitglied im Sinne der Absätze 1 und 2 steht eine Person gleich, die sich um ein Mandat in einer Volksvertretung oder einem Gesetzgebungsorgan bewirbt.

(5) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wegen einer Straftat nach den Absätzen 1 bis 3 kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.

¹⁵ Haak, aaO. (Fn. 2), S. 16.

¹⁶ Haak, aaO. (Fn. 2), S. 17; BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 4.

¹⁷ Haak, aaO. (Fn. 2), S. 17.

非難性條款的導入，主要仿照德國刑法第 240 條強制罪的體系以及實務¹⁸。根據綠黨版本草案的修法說明，透過可非難性條款，能夠將政治上的交換或互惠交易 (politischer Tausch- oder Gegenseitigkeitsgeschäfte) 情形排除在本罪的可罰性之外¹⁹。換言之，如果議員在代議機構或立法機構中的代議職務實施行為，係以同樣在代議機構或立法機構中的代議職務實施行為為對待給付，系爭行為未落入到本罪的處罰範圍內²⁰。又，政治上的互惠交易在德國的議會文化中原則上是社會相當的，特別是在聯合協定 (Koalitionsvereinbarungen)²¹ 的簽署上²²。由於上述行為並不會危及到本罪的保護法益——對議會的意思形成以及活動造成非法影響。是以，其應被排除在刑罰範圍之外，一如 1994 年以來德國刑法第 108e 條的規定²³。

從條文上可以看出，本罪的可罰性不再局限於選舉或表決中的投票行為。只要民意代表在代議機構或立法程序中的代議職務執行過程中，為了代表或者貫徹給付人或第三人利益而有所作為或不作為，即已充足²⁴。

固然本罪在構成要件的設計上不再採取著手犯的方式，但草案起草者仍透過「要求、期約或收受」此一用語，而使本罪一如繼往地保持相對廣泛的刑事可罰性，並基於此一前置化而放棄本罪未遂犯的處罰²⁵。

另外，作為不成文的構成要件要素，給付以及對待給付之間加重不法關聯的存在為立法者所要求²⁶。綠黨版本草案明確指出，民意代表要求、期約或收受利益的對待給付是為了代表或執行利益提供者之利益所實施的具體行為²⁷。且，對於不法關聯的要求，應視不同的行為類型 (Variante) 而定——在「要求」類型上，只須存在指向不法協議的具體要求即可；而在「期約」或「收受」類型上，則要

¹⁸ BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 5.

¹⁹ BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 5.

²⁰ BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 5.

²¹ 「德國政府組合的過程通常是，選舉結束後，在國會獲得最多數席次的政黨，找尋與其搭派即可超過國會過半數席次的政黨為聯合之對象，並開始展開聯合的協議。在協議中通常會談及將來組合聯合政府的基本施政方針與施政方向，未來閣揆人選與各部會首長的名額分配，以及設置在聯合政府組成後，解決彼此歧見與對個別議案尋求共識的政黨聯合小組（在德國稱之為 Koalitionsausschuss）。協議內容為雙方或各方所接受時，即簽署聯合協定。聯合政府組成後，政黨之施政皆應依當初在聯合協定內的約定為之，且欲推動之各個政策與法案皆先提出於政黨聯合小組會議討論，在該小組做成決議後，再責成內閣與聯合政黨在國會內的議員之全力配合。」參見：陳淑芳，《聯合政府之形成因素及其所帶來之法律問題》，國科會九十年度補助研究計畫案，2001 年，頁 1。

²² BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 5.

²³ BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 5.

²⁴ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 17.

²⁵ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 17.

²⁶ Haak, aaO. (Fn. 7), S. 17; BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 5.

²⁷ BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 5.

求此類不法協議的形成²⁸。值得一提的是，本罪的成立並不要求不法協議達到特定(spezifische)的程度（白話點講，本罪並不要求行賄者去教議員要怎麼當議員？）。從而，不管是捐贈者告知議員——如果議員在代議職務執行過程中的主張符合捐贈者所想象之政治目的，將會捐款給議員所屬的政黨，還是議員告訴捐贈者——如果捐贈者在經濟上支持議員所屬的政黨，議員在現在或日後代議職務執行過程中，會作特定政治目的的主張，均具有可罰性²⁹。但是，若議員或其政黨基於眾所週知的政治部署而一般性地收受，即使其被期待在議會中為具體的行為，本罪在此也無適用可能性³⁰。

第三項 左翼黨黨團版本

第一款 內容

左翼黨黨團版本的修正草案³¹（以下簡稱：左翼黨版本草案）在其修法理由中指出，公務員賄賂以及民意代表賄賂原則上應作等同處理，主要的理由在於：一方面，從國際公約上來看，《聯合國反貪腐公約》以及其他公約將民代代表歸入到公職人員的概念中³²；另一方面，自保護法益而言，民代賄賂罪的刑事不法在於對議會程序及其結果施加不正當的影響³³。事實上，議會大多數的實際決定通常並非直至全體大會才作出，而是往往在黨團以及委員會中就已經在方向上做出了重大指示³⁴。從而，如果所作出的決定能夠影響(prägen)到議會程序進一步的

²⁸ BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 5: „In der Variante des Forderns ist ein konkretes Ansinnen in Richtung einer Unrechtsvereinbarung notwendig, bei den anderen Tatbestandsvarianten das Zustandekommen einer solchen Vereinbarung.“

²⁹ BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 5: „Würde daher zur Begründung der Strafbarkeit nicht eine spezifische Unrechtsvereinbarung gefordert, so wäre es strafbar, wenn einem Abgeordneten mitgeteilt würde, dass seine Partei eine Spende erhalte, weil er sich, wovon der Spender auch in der Zukunft ausgeht, in Ausübung seines Mandates für politische Ziele einsetzt, die den Vorstellungen des Spenders entsprechen. Gleiches würde etwa für den Abgeordneten gelten, der erläutert, er sei fest entschlossen, sich jetzt und auch künftig für bestimmte politische Ziele in Ausübung seines Mandates einzusetzen und dass es für seine Partei wichtig wäre, wenn der Spender, soweit er die politischen Ziele teilt, seine Partei auch finanziell unterstützt.“

³⁰ BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010, S. 5: „Wo also Spenden an Abgeordnete oder ihre Parteien nur allgemein wegen der bekannten politischen Ausrichtung – auch wenn diese ein konkretes Verhalten im Parlament erwarten lässt – geleistet werden, scheidet eine Anwendung des Tatbestandes aus.“

³¹ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010.

³² BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5.

³³ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5.

³⁴ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5.

流程，刑法的保護就必須介入其中³⁵。之所以要求全方位地保護立法部門免于貪腐，主要的原因係基於所有國民的民主平等原則以及建立於自由委任整全性及與此相關的公共信賴基礎之上的代議體系的運作³⁶。



儘管原則上容許民意代表在代議民主中代表第三方利益³⁷，但是，若針對民意代表的給付、好處或具備財產性質的利益，無法與一個容許且公開的利益代表 (*eine zulässige und offene Interessenvertretung*) 保持一致的話，其應被視為不法，並被納入刑法之中³⁸。就此而言，將民代賄賂罪極度限縮至買賣選票的行為，並無法透過民意代表作為利益代表此一論點正當化³⁹。

至於利益代表的容許界限，其源自於民意代表的法律地位，特別是民意代表作為全體人民代理者的代表功能，以及民意代表受公共福祉的拘束⁴⁰。依照基本法第 38 條第 1 項之規定：「聯邦眾議院議員由普遍、直接、自由、平等和無記名的選舉產生。他們是全體人民之代表，不為委託和指示所拘束，只服從於自己的良心。⁴¹」議員所應代表的是全體人民及其選民的利益，而非民意代表所期待的個人利益提供者的利益⁴²；作為立法工作以及行政工作的基礎，受公共福祉的拘束可以導出，對上述兩類國家權力的代表者在原則上作等同處理的必要性。換言之，如果公務員「僅是」使個別人獲得違法之優待，其賄賂行為就應受刑法的懲罰；那麼，民意代表在適用範圍更廣泛、時間更長遠的立法過程中，為了某一群體的特殊利益而直接損害到一般性利益，其賄賂行徑同樣應受刑法的懲罰⁴³。

³⁵ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5: „Daher muss der strafrechtliche Schutz auch an den Punkten eingreifen, in denen die den weiteren Verlauf des parlamentarischen Prozesses prägenden Entscheidungen getroffen werden.“

³⁶ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5.

³⁷ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5.

³⁸ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5.

³⁹ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5.

⁴⁰ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5: „Die Grenzen zulässiger Interessenvertretung ergeben sich nämlich aus der rechtlichen Stellung der Abgeordneten, insbesondere aus ihrer Repräsentanzfunktion als Vertreter des gesamten Volkes und ihrer Gemeinwohlbindung.“

⁴¹ Art. 38 GG:

Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.

⁴² BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5.

⁴³ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5: „Die Gemeinwohlbindung, die gleichermaßen Grundlage der Arbeit der Legislative wie der Exekutive ist, führt zu der Notwendigkeit einer grundsätzlichen Gleichbehandlung der Vertreter beider Staatsgewalten: Wenn bereits die Bestechlichkeit eines Amtsträgers bestraft wird, die „nur“ eine widerrechtliche Bevorzugung Einzelner zum Gegenstand hat, so muss erst recht die Bestechlichkeit eines Abgeordneten bestraft werden, bei der das Interesse der Allgemeinheit zugunsten des Sonderinteresses einer Gruppe bei der für eine Vielzahl von Fällen und auf Dauer angelegten Rechtsetzung unmittelbar geschädigt wird.“

學者林鈺雄教授（似乎？）持類似的見解：「例如，食安風暴一波波，立法院擬修食安法來確保全民健康，但卻有立委爆料指出業者集資 2 億元來私下遊說、收買立委。果真如此，食安修

另外，左翼黨版本草案的修法理由也提及，儘管重新定義德國刑法的公務員概念（刑法第 11 條第 2 款之規定）而將民意代表也納入其中，也能導致民代賄賂及公務與賄賂在原則上等同處理的效果。但是，此一作法並不可行。一方面，在刑法的公務員概念上，其涉及到一個數十年以來經由實務與學說所區分出來的法律概念，且此一法律概念在實踐中進一步地被維持穩固；另一方面，透過一個獨立的構成要件，才能更好地迎合議會程序的特殊性⁴⁴。

其中，左翼黨黨團版本草案建議用兩個條文來分別處理民意代表受賄罪以及對民意代表行賄罪，條文規定如下所示：

刑法第 108e 條 民代受賄罪

(1) 聯邦、邦、鄉鎮或鄉鎮自治團體代議機構成員，以及外國立法機構、歐洲議會或聯邦德國所屬的、其他國際性或跨國性組織的議會大會成員，對於與其代議職務之執行有關聯的作為或不作為，為自己或第三人要求、期約或收受利益者，若此違背其自代議職務中所導出的法律地位，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

(2) 透過第 1 項之行為，在歐洲議會或聯邦、邦、鄉鎮以及鄉鎮自治團體之代議機構的選舉或者表決中賣票者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑或罰金。

(3) 未遂犯，罰之。

(4) 就第 1 項或第 2 項所規定之罪行，法院除了科處被告 6 個月以上的有期徒刑之外，還能褫奪被告在公共選舉中取得權利之能力以及在公共事務中選舉、表決的權利。⁴⁵

法找一堆專家學者開公聽會，本來的正常立法程序，根本都是玩假的，實際上修法方向就是被鬧出荼毒全民健康的不法食品業者所操縱，這難道就是我們要的立法？如果行政官員收錢當業者門神是可罰的，為什麼更上游的立法就可以收錢當門神？從食安修法的例子亦得得知，立法委員雖不是行政官員，但仍有自身的具體職務及依法執行職務的責任，所謂立法行為的裁量性、自由形成等，並非反對民代收賄罪的理由。」參見：林鈺雄，〈與談意見（一）：公務員職務上行為之實務檢討——兼論民意代表職務收賄之可罰性〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 105。

⁴⁴ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 3: „Hiervon wurde jedoch abgesehen, da es sich bei dem strafrechtlichen Amtsträgerbegriff um einen durch Rechtsprechung und Literatur über Jahrzehnte ausdifferenzierten Rechtsbegriff handelt, der sich in der Praxis weitgehend bewährt hat und den Besonderheiten parlamentarischer Prozesse besser durch einen eigenen Tatbestand entsprochen werden kann.“

⁴⁵ 草案原文為：§ 108e Abgeordnetenbestechlichkeit

(1) Ein Mitglied

1. einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände oder
2. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates, des Europäischen Parlaments oder einer parlamentarischen Versammlung einer sonstigen internationalen oder supranationalen Organisation, der die Bundesrepublik Deutschland angehört,
das für eine Handlung oder Unterlassung, die im Zusammenhang mit der Ausübung seines



刑法第 108f 條 對民意代表行賄罪

(1) 對聯邦、邦、鄉鎮以及鄉鎮自治團體代議機構成員，以及外國立法機構、歐洲議會或聯邦德國所屬的、其他國際性或跨國性組織的議會大會成員，關於與其代議職務執行有關聯的作為或不作為，向前開人員本人或第三人行求、期約或者交付利益者，若此違背本人自代議職務中所導出的法律地位，處 3 年以下有期徒刑或罰金。

(2) 透過第 1 項之行為，在歐洲議會或聯邦、邦、鄉鎮以及鄉鎮自治團體之代議機構的選舉或者表決中買票者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。本罪之未遂犯，罰之。

(3) 就第 1 項或第 2 項所規定之罪行，法院除了科處被告 6 個月以上的有期徒刑之外，還能褫奪被告在公共選舉中取得權利之能力以及在公共事務中選舉、表決的權利。⁴⁶

Mandats steht, einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird, wenn dies seiner aus dem Mandat folgenden rechtlichen Stellung widerspricht, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer durch eine Tat nach Absatz 1 eine Stimme für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände verkauft, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wegen einer Straftat nach Absatz 1 oder Absatz 2 kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.

⁴⁶ 草案原文為：§ 108f Abgeordnetenbestechung

(1) Wer einem Mitglied

1. einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände oder

2. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates, des Europäischen Parlaments oder einer parlamentarischen Versammlung einer sonstigen internationalen oder supranationalen Organisation, der die Bundesrepublik Deutschland angehört,

für eine Handlung oder Unterlassung, die im Zusammenhang mit der Ausübung seines Mandats steht, einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, wird, wenn dies dessen aus dem Mandat folgender rechtlicher Stellung widerspricht, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer durch eine Tat nach Absatz 1 eine Stimme für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände kauft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.

(3) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wegen einer Straftat nach Absatz 1 oder Absatz 2 kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.

第二款 說明

從條文結構上看，左翼黨版本草案的獨特之處在於：一方面，其將民意代表收受利益的行為作為基本規範(Grundnorm)；另一方面，修正當時刑法第 108e 條的規定，將原本的「買賣選票行為」定位為同條第 1 項的特殊情形(Sonderfall)，並將賣票行為的法定最低刑升至 6 個月以上有期徒刑，將買票行為的法定最高刑從 3 年以下有期徒刑升至 5 年以下有期徒刑。法定刑升高的原因主要在於，鑒於構成要件明顯的警惕功能，第 2 項中極度限縮的前提要件蘊含了行為人相對升高的不法能量⁴⁷。

為了使本罪與刑法第 331 條的結構均質化(Angleichung)，左翼黨版本草案廢除了原本民代賄賂罪的著手犯性格，並增設未遂犯的規定：在民意代表受賄罪上，第 1 項收受利益以及第 2 項賣票的未遂行為，均可罰；在對民意代表行賄罪上，只有第 2 項買票的未遂行為，才可罰⁴⁸。另外，修正草案也對民意代表受賄罪以及對民意代表行賄罪的法定刑刑度做了程度上的輕重區分：民意代表受賄罪的法定刑為 5 年以下有期徒刑或罰金；對民意代表行賄罪的法定刑為 3 年以下有期徒刑或罰金。因為行賄者並未和民意代表一樣，置身於特殊的義務地位之中⁴⁹。

為了使立法機構以及地方代表機構成員與刑法第 11 條第 2 款的公務員在刑法上的處遇進一步一體化，左翼黨版本草案在基本規範上大幅放寬了諸多構成要件要素的要求⁵⁰。

就本罪的受賄主體而言，刑法第 108e 條的新版本必須以議會及其議員在憲法秩序中的功能為導向，而不能使民代賄賂成為一種無法正當化的（相較於其他賄賂罪構成要件）特權。至於受賄之主體或行賄之對象是外國立法機構、歐洲議會、國際性或跨國性組織議會大會，抑或地方代議機構的成員，在所不問。因為上述機構成員也必須按照機構運作的規則或標準行事，且只有在特定的範圍之內，才被容許作為利益代表者⁵¹。

⁴⁷ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 7: „Die Erhöhung des Strafrahmens be gründet sich daraus, dass die Erfüllung der äußerst engen Voraussetzungen des Absatzes 2 angesichts der eindeutigen Warnfunktion des Tatbestandes auf eine erhöhte kriminelle Energie des Täters schließen lassen.“

⁴⁸ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 7.

⁴⁹ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 7: „Hierdurch, wie auch durch den im Vergleich zu § 108e Absatz 1 StGB gemilderten Strafrahmen, wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich derjenige, der einen illegitimen Vorteil gewährt, im Unterschied zu demjenigen, der ihn annimmt, nicht in einer besonderen Pflichtenstellung befindet.“

⁵⁰ Haak, aaO. (Fn. 2), S. 18.

⁵¹ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 5.

又，若民意代表對於任何與代議職務執行存在著關聯的作為或者不作為而要求、期約或收受利益，即足以使本罪的構成要件該當⁵²。從而，聯邦眾議院議事規則(Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, GO-BT)第 13 條⁵³意義下的議員行為，一如在黨團以及事務委員會中的行為，被納入其中⁵⁴。此外，若議員的犯罪行為涉及到其在聯邦大會、協調委員會、聯合委員會以及法官遴選委員會中的行為，亦是如此。因為與上述機構相關的成員資格直接連結到代議職務⁵⁵。

左翼黨版本草案也相對放寬了對利益要素的要求。無論行為人所要求的是流向第三人的間接利益，還是流向自身的直接利益，依法均被認定構成要件該當⁵⁶。至於利益的種類為物質形式抑或非物質形式，在所不問⁵⁷。此外，系爭條文也及於「事後酬謝」性質的捐款⁵⁸。

另外，顧及到議會以及政治工作的特殊性，左翼黨版本草案要求，民意代表的行為要達到「違背自本人之代議職務中所導出的法律地位」的程度，亦即「代議職務執行與具體對價之間的連結，必須無法與民意代表的法律地位相符」⁵⁹。

⁵² Haak, aaO. (Fn. 2), S. 18; BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6.

⁵³ § 13 GO-BT (Rechte und Pflichten der Mitglieder des Bundestages):

(1) Jedes Mitglied des Bundestages folgt bei Reden, Handlungen, Abstimmungen und Wahlen seiner Überzeugung und seinem Gewissen.

(2) Die Mitglieder des Bundestages sind verpflichtet, an den Arbeiten des Bundestages teilzunehmen. An jedem Sitzungstag wird eine Anwesenheitsliste ausgelegt, in die sich die Mitglieder des Bundestages einzutragen haben. Die Folgen der Nichteintragung und der Nichtbeteiligung an einer namentlichen Abstimmung ergeben sich aus dem Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Deutschen Bundestages (Abgeordnetengesetz).

聯邦眾議院議事規則第 13 條：

(1) 聯邦眾議院議員在發言、行動、投票與表決時服從於其確信與良知。

(2) 聯邦眾議院議員有參與聯邦眾議院工作的義務。在會議當日，聯邦眾議院議員應在出席名單上登記。攸關聯邦眾議院成員法律關係的法律（議員法），規定了未登記或未參與記名投票的後果。

⁵⁴ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6.

⁵⁵ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6.

⁵⁶ Haak, aaO. (Fn. 2), S. 18; BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6.

⁵⁷ Haak, aaO. (Fn. 2), S. 18; BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6.

⁵⁸ Haak, aaO. (Fn. 2), S. 18; BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6: „Sowohl das Fordern eines mittelbaren als auch das eines unmittelbaren Vorteils ist nach dem Gesetz als tatbestandmäßig anzusehen. Materielle und immaterielle Vorteile werden von dem Tatbestand gleichermaßen umfasst, wie Vorteile, die nach der Handlung gewährt oder angenommen werden, so dass nunmehr auch nachträgliche „Dankeschön“-Spenden von der Vorschrift erfasst sind.“

⁵⁹ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6: „Den Besonderheiten parlamentarischer und politischer Arbeit wird durch die normative Voraussetzung, dass der Vorgang, namentlich die Verknüpfung der Mandatsausübung mit der konkreten Gegenleistung, mit der rechtlichen Stellung des Mandatsträgers unvereinbar sein muss, Genüge getan.“

此規範性要件明確地顯示出，作為本罪成立的前提之一，必須存在著一種加重的不法關係(ein qualifizierter Unrechtszusammenhang)⁶⁰。

就此而言，利益收受的容許界限源自於議員的憲法地位，特別是其作為全體人民代理人此一代表功能及其受公共福祉之拘束⁶¹。至於聯邦眾議院議員自由委任的憲法性保障，其呼應到議員的良心，且該保障性法律地位具備義務拘束性⁶²。議員的自由並不是一種免於義務的自由，而是其職務義務實施過程中的一種自由。自由委任的保障並非以自身為目的，而是為了公共福祉。從而，公共福祉是良心決定作出過程中所必須考量的唯一客觀價值，所有的國家行動也都必須服膺於此⁶³。在公共福祉概念的內涵無法事先確定的情況之下，如果議員的決定由於程序相關方面的侵害而無法與一般性公共利益拘束相符的話，也會得出否定性的答案⁶⁴。因此，如果議員由於利益的提供而受利益團體之拘束，結論上將無法得出議員的良心決定係以公共福祉為導向⁶⁵。在上述情形中，對於一般性代議而言所必不可少之中立性(die Unbefangenheit)已經不復存在⁶⁶。

最後，固然基本法第 46 條第 1 項就議員的免責權(Indemnität)作出相應的規定：「對於議員在聯邦眾議院或在聯邦眾議院委員會中所作的表決及所發表的言論，任何時候均不得予以法律上或者職務上的追究，亦不得在聯邦眾議院之外追究其責任。誹謗性的侮辱，不在此限。⁶⁷」但是，民意代表並不能援引免責權此

⁶⁰ Haak, aaO. (Fn. 2), S. 18.

⁶¹ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6: „Die Grenzen zulässiger Interessenvertretung ergeben sich nämlich aus der rechtlichen Stellung der Abgeordneten, insbesondere aus ihrer Repräsentanzfunktion als Vertreter des gesamten Volkes und ihrer Gemeinwohlbindung.“

⁶² BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6.

⁶³ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6: „Die Freiheit des Abgeordneten ist daher recht verstanden nicht eine Freiheit von Pflichten, sondern eine Freiheit in der Wahrnehmung seiner Amtspflicht (H. H. Klein, in: Maunz/ Dürig, GG, Artikel 48 Rn. 34). Das freie Mandat wird nämlich nicht zum Selbstzweck, sondern um des Gemeinwohls willen gewährleistet. Daher ist der einzige bei der Gewissensentscheidung zu berücksichtigende objektive Wert das Gemeinwohl, dem alles staatliche Handeln verpflichtet ist.“

⁶⁴ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6: „Ist der Inhalt des Gemeinwohlbegriffs auch nicht ohne Weiteres präjudizierbar, so lässt sich doch negativ feststellen, welche Entscheidungen des Abgeordneten aufgrund der Verletzung verfahrensbezogener Aspekte nicht mehr im Einklang mit der Allgemeinwohlbindung stehen.“

⁶⁵ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6.

⁶⁶ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6.

⁶⁷ Art. 13 GG:

Ein Abgeordneter darf zu keiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die er im Bundestage oder in einem seiner Ausschüsse getan hat, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Bundestages zur Verantwortung gezogen werden. Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen.

一事由，來排除民代賄賂的應刑罰性。因為刑法第 108e 條所連結的對象，並不是實際表決的進程，而是拘束意志形成的前置行為⁶⁸。



第四項 社民黨黨團版本

第一款 內容

在社民黨黨團版本法律草案（以下簡稱：社民黨版本草案）的修法理由中，其明確承認，在利益提供與給付上，當時的現行法並無法將民意代表所有具備應罰性的行為納入到刑法規定中⁶⁹。而德國法上對於內國、外國民代賄賂在刑法規定上差異的正當性⁷⁰、國際公約上擴張民代賄賂罪的要求⁷¹以及實務上認定地方民代由於未被委託具體的行政任務而非刑法第 331 條以下條文中的公務員⁷²，均指向德國立法者，並要求其在刑法第 108e 條上有所行動。

但是，民意代表賄賂罪構成要件設計上的難點在於，究竟要如何，才能一方面使本罪犯罪構成要件有效地及於在收受與提供利益上出自或指向民意代表的應罰性行為，另一方面又顧及自由委任原則以及政治日常生活的特殊性，使政治運作中社會相當的行為免於刑罰⁷³。對此，社民黨黨團版本的草案認為，之前綠黨版本以及左翼黨版本草案在用語上鮮少呈現出此一難點，從而無法在刑法規範中具體且可能地劃出收受與提供利益的刑事可罰性界限⁷⁴。

刑法第 108e 條 代議機構成員受賄以及對代議機構成員行賄罪

(1) 聯邦、邦、鄉鎮或鄉鎮自治團體代議機構成員，以及外國立法機構、歐洲議會或其他國際性組織議會大會成員，對於其在代議職務實施中，受委託或

⁶⁸ BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010, S. 6: „Gegenüber dem Tatbestand kann sich der Betroffene auch nicht auf den Strafausschließungsgrund der Indemnität nach Artikel 46 Absatz 1 GG berufen, da § 108e StGB nicht an den Vorgang der eigentlichen Stimmabgabe anknüpft, sondern auf das diesem vorgelagerte Verhalten der Bindung der Willensbildung abstellt.“

⁶⁹ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3.

⁷⁰ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3.

⁷¹ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3.

⁷² BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3.

⁷³ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3: „Schaffung eines Straftatbestandes, der das strafwürdige Verhalten von und gegenüber Mandatsträgern erfasst und andererseits dem Grundsatz des freien Mandats der Abgeordneten und den Besonderheiten des politischen Prozesses Rechnung trägt.“

⁷⁴ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3.

依指示之作為或者不作為，為自己或第三人要求、期約或收受利益者，處5年以下有期徒刑或罰金。

(2) 對聯邦、邦、鄉鎮或鄉鎮自治團體代議機構成員，以及外國立法機構、歐洲議會或其他國際性組織議會大會成員，關於其在代議職務實施中，受委託或依指示之作為或者不作為，向前開人員本人或第三人行求、期約或者交付不法利益者，同樣罰之。

(3) 政治性的代議職務或政治性的職能，非本條意義下的利益。為政黨法或相關法律所容許的政黨捐款，亦非利益。在代議職務實施的框架內符合議會慣例的給付，亦非利益。

(4) 就第1項或第2項所規定之罪行，法院除了科處被告6個月以上的有期徒刑之外，還能褫奪被告在公共選舉中取得權利之能力以及在公共事務中選舉、表決的權利。⁷⁵

第二款 說明

依照社民黨版本草案，修正後條文第1項規定了德國聯邦眾議院、邦議會以及地方自治團體代議機構成員受賄罪。此外，歐盟議會成員、外國公務員以及國際組織議會大會成員，如北大西洋公約組織(North Atlantic Treaty Organization,

⁷⁵ 草案原文為：§ 108e des Strafgesetzbuchs Bestechlichkeit und Bestechung der Mitglieder von Volksvertretungen

(1) Wer als Mitglied

1. einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände oder
2. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates, des Europäischen Parlaments oder einer Parlamentarischen Versammlung einer sonstigen internationalen Organisation
einen Vorteil für sich oder einen Dritten dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Mitglied

1. einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände oder
2. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates, des Europäischen Parlaments oder einer Parlamentarischen Versammlung einer sonstigen internationalen Organisation
einen Vorteil für dieses Mitglied oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, damit es bei Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse.

(3) Ein politisches Mandat oder eine politische Funktion stellen keinen Vorteil im Sinne dieser Vorschrift dar. Auch eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechender Gesetze zulässige Parteispende stellt keinen Vorteil dar. Auch eine Zuwendung, die im Rahmen der Wahrnehmung des Mandates parlamentarischen Gepflogenheiten entspricht, stellt keinen Vorteil dar.

(4) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wegen einer Straftat nach Absatz 1 oder Absatz 2 kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.

NATO)與歐洲理事會，也被納為本罪的行為主體之一⁷⁶。第2項所規定的是利益提供者或行賄者面向的積極行賄行為⁷⁷。

社民黨版本草案在修正理由指出，代議機構成員的作為或不作為必須處於其代議職務的實施過程中。從而，代議機構成員在議會與黨團機構的所有活動——在全體大會、聯邦議會委員會、黨團事務委員會與工作組(Arbeitsgruppen der Fraktionen)中的一切工作活動，以及在聯邦大會、協調委員會、聯合委員會(Gemeinsamer Ausschuss)以及法官遴選委員會此類機構中的活動，均落入到代議職務實施活動的範疇之中⁷⁸。相對地，若代議機構成員的行為方式係基於政黨內部機構成員的身份或是位於其副業活動範圍之內，則其並非本罪所要求的適格行為⁷⁹。此外，如果代議機構成員單純利用其作為民意代表的「權威」，而影響到其選區的行政流程，其行為也未被視為「實施代議職務之活動」⁸⁰。

從草案條文的結構與標題上來看，社民黨版本草案與之前綠黨版本草案具有諸多的類似之處。兩者之間主要的不同點主要在於，對「利益」概念的界定⁸¹——社民黨版本草案並未如綠黨版本草案一樣以「違法性要素(das Merkmal der Rechtswidrigkeit)」來限縮利益的概念，而是採取一種相對寬廣的取徑：任何給付，無論其係以物質形式還是以非物質形式存在，只要其能夠提高改善收受人在經濟上、法律上或個人之地位，而收受者對此無權請求者，就被視為是一種利益。同樣地，利益的界定也不取決其本身的價值⁸²。

基於法安定性的考量，草案起草者在修正條文的第3項中，明確地將特定的給付或好處排除在本條意義下的利益概念之外⁸³：

之一，政治性的代議職務或政治性的職能。民意代表為了確保獲得候選人之提名或特定政治職位之任命而違反自己的確信，並服從於政黨內部的「政治」主張⁸⁴；

⁷⁶ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3.

⁷⁷ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 4.

⁷⁸ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3 f.

⁷⁹ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3 f.

⁸⁰ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 4: „Nicht erfasst sind Verhaltensweisen, die der Mandatsträger als Mitglied eines parteiinternen Gremiums oder im Rahmen einer Nebentätigkeit vollzieht. Auch dann, wenn er lediglich seine „Autorität“ als Mandatsträger dazu einsetzt, Verwaltungsabläufe in seinem Wahlkreis zu beeinflussen, handelt er nicht mehr „bei Wahrnehmung seines Mandates“.“

⁸¹ Haak, aaO. (Fn. 2), S. 19.

⁸² BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3; Haak, aaO. (Fn. 2), S. 19.

⁸³ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 4.

之二，為政黨法或相關法律所容許的政黨捐款。其中，只有當政黨捐款本身明顯未產生特定經濟或政治利益之期待，或者不以特定經濟或政治利益為對價，才被視為政黨法所容許的政黨捐款。至於此處的「或相關法律(oder entsprechender Gesetze)」，其所針對的對象是外國民意代表。如果政黨捐款符合外國法律的規定，也能夠導出可罰性的排除⁸⁵；

之三，符合議會慣例的給付。若民意代表所受到的招待與座談會或節日慶典一般性地結合，或者民意代表參加文化或體育盛事，由於上述情形為議會交往中的一般性行為方式，並無本罪之可罰性可言。無償地將民意代表送到盛事場所與承擔其因參加盛事所產生的留宿費用，亦是如此⁸⁶。另外，就一般的生活經驗而言，由於象徵性禮物或類似利益的收受本身自始就無法導出，系爭利益與不法影響的意圖相掛勾，故其也被排除在本罪之外⁸⁷。收受酬金而作出專業或政治報告，只要酬金係在一般性的框架範圍之內，原則上也被肯認為在議會中具有一般性的行為⁸⁸。

此外，為了避免利益概念的射程範圍過於龐大，社民黨版本草案要求，本罪的成立必須以一個具體的不法協議的存在為前提。換言之，若行為人要求、期約或收受利益之後，其必須「受行賄者之委託或依行賄者之指示(in Auftrag oder auf Weisung des Bestechenden)」行事⁸⁹。

⁸⁴ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 4: „Es sollen die Fälle aus dem Vorteilsbegriff ausgeklammert werden, in denen ein Mandatsträger sich gegebenenfalls gegen die eigene Überzeugung parteiinternen „politischen“ Positionierungen unterwirft, um sich die Aufstellung als Kandidat oder die Wahl oder Ernennung in bestimmte politische Funktionen oder Ämter zu sichern.“

⁸⁵ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 4.

⁸⁶ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 4: „Als solche sollen beispielsweise die im Zusammenhang mit Informationsgesprächen und Festveranstaltungen üblicherweise verbundene Bewirtung bis hin zur Teilnahme an sportlichen und kulturellen Veranstaltungen gelten. Der unentgeltliche Transport zu einer Veranstaltung ist in diesem Zusammenhang ebenso zu nennen wie die Übernahme der mit der Teilnahme verbundenen Übernachtungskosten.“

⁸⁷ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 4: „Des Weiteren fallen hierunter die Annahme symbolischer Geschenke oder vergleichbare Vorteile, die nach allgemeiner Lebenserfahrung von vorneherein nicht darauf schließen lassen, mit ihnen könnte der Versuch einer illegitimen Einflussnahme verbunden sein“

⁸⁸ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 4: „Die Einräumung der Möglichkeit, fachliche oder politische Vorträge gegen ein Honorar durchzuführen, ist ebenfalls als parlamentsüblich anzusehen, sofern sich das Honorar im üblichen Rahmen hält.“

⁸⁹ BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012, S. 3; Haak, aaO. (Fn. 2), S. 19.

第二節 德國民代賄賂罪現行法



第一項 概述

第一款 現行法條文規定及初步觀察

從條文上的初步觀察來看，德國刑法第 108e 條新法第 1 項所懲罰的對象是民意代表消極收受賄賂的行為。因為本罪的行為主體需要特定身分，所以其為特別犯⁹⁰；第 2 項則是懲罰積極行賄民意代表的行為。任何自然人均可為之⁹¹。且任何受法人、有權利能力或無權利能力團體的委託或者為其利益而行動之人，均包含在內⁹²；第 3 項進一步地擴張了民意代表賄賂罪中民意代表的範圍；第 4 項則是對「不正利益」的界定；第 5 項，同舊法第 2 項之規定，未有變動。

又，德國刑法第 108e 條不再以原來的出賣、買受表決權等較庶民式的用語來描述構成要件，而是改採近似於受賄的方式進行描述形容⁹³，如「利益」、「作為對價」、「為自己或第三人要求、期約或者收受」、「向本人或第三人行求、期約或者交付」等。不過，若將德國刑法第 108e 條新法和第 331 條以下賄賂罪等規定做相關的比較之後，不難發現，刑法第 108e 條新法存在著不少獨到之處，特別是「其代議職務之實施中」、「受委託或者依指示」以及「不正利益」。至此，德國刑法第 108e 條是否能夠合乎國際公約上的要求，以及在實務上可能的或實際的運作情形，仍有進一步觀察的必要性。

§ 108e 民意代表賄賂罪（2014 年新法）⁹⁴

⁹⁰ Anders/Mavany, AK-StGB, 2014, § 108e Rn. 14.

⁹¹ Anders/Mavany, aaO. (Fn. 90), § 108e Rn. 14.

⁹² Fischer, StGB, 2015, § 108e Rn. 16. 關於德國刑法第 14 條之為他人而行為的說明，可參考本文第三章、第五節、第二項、第三款、第五目。

⁹³ 許恒達，註 10 文，頁 88。

⁹⁴ § 108e StGB n. F.:

(1) Wer als Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für dieses Mitglied oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass es bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse.

(3) Den in den Absätzen 1 und 2 genannten Mitgliedern gleich stehen Mitglieder
1. einer Volksvertretung einer kommunalen Gebietskörperschaft,

(1) 聯邦或邦代議機構成員，於實施其代議職務時，以受委託或依指示之作為或不作為作為對價，為自己或第三人要求、期約或者收受不正利益者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

(2) 對聯邦或邦代議機構成員，以其實施代議職務時，受委託或依指示之作為或不作為為對價，向前開成員本人或第三人行求、期約或者交付不正利益者，科以前項刑度。

(3) 以下的成員等同於第 1 項以及第 2 項所稱的成員：

- 1、地方自治團體代議機構；
- 2、為邦或地方自治部分地區，經由直接及普遍選舉所產生行政單位之委員會；
- 3、聯邦大會；
- 4、歐洲議會；
- 5、國際性組織之議會大會以及
- 6、外國立法機構；

(4) 利益收受如符合規範前開成員法律地位之法令時，並非不正利益。下列事項並非不正利益：

- 1、政治性的代議職務或政治性的職能以及
- 2、為政黨法或相關法律所容許的捐款。

(5) 就上開罪行，除了科處被告 6 個月以上有期徒刑之外，法院還能褫奪被告在公共選舉中取得權利的資格以及在公共事務中選舉、表決的權利。

-
- 2.eines in unmittelbarer und allgemeiner Wahl gewählten Gremiums einer für ein Teilgebiet eines Landes oder einer kommunalen Gebietskörperschaft gebildeten Verwaltungseinheit,
 - 3.der Bundesversammlung,
 - 4.des Europäischen Parlaments,
 - 5.einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation und
 - 6.eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates.

(4)Ein ungerechtfertigter Vorteil liegt insbesondere nicht vor, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht. Keinen ungerechtfertigten Vorteil stellen dar

- 1.ein politisches Mandat oder eine politische Funktion sowie
- 2.eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässige Spende.

(5)Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.

第二款 修法歷程

在第 18 屆議會任期中，德國基督教民主聯盟/基督教社會聯盟(CDU/CSU)和社會民主黨達成聯合協議(Koalitionsvertrag)——為了批准《聯合國反貪腐公約》，重新規範民代受賄罪⁹⁵。此後所引發的修法進程，可謂是以「迅雷不及掩耳之勢」進行——

2014 年 2 月 11 日，修法草案被提出⁹⁶；

2014 年 2 月 14 日，在聯邦眾議院第一次審議修法草案；

2014 年 2 月 19 日，法律和消費者保護委員會(Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz)舉辦專家聽證會(Sachverständigenanhörung)，並在同一天作出決議建議(Beschlussempfehlung)；

2014 年 2 月 21 日，聯邦眾議院進行二讀、三讀程序以及表決決議。

從修法草案的一讀開始到獲得通過整個歷程，剛好是一個星期⁹⁷！

稍值一提的是，刑法第 108e 條快速修訂此一「壯舉」(Parforceritt)的原因，並不在於立法者們認識到——必須盡快以及盡可能地放棄德國當時相關規定的特殊角色，並確保平等地對待私人及民意代表，而是聯邦眾議院必須同時審議決定民意代表的津貼(Diätenerhöhung)以及退休金(Altersversorgung)的新規範⁹⁸。如果沒有一併處理到長期以來存在著諸多問題的刑法第 108e 條，人們其實並不想處理民意代表津貼和退休金的問題⁹⁹。

對此，學者 Willems 表現出一種相對中肯(或者說曖昧?)的態度。其指出，立法者的動機(Motive)終究是次要的。但是，思考的程度趕不上此次修法歷程的速度(Größere Bedenken löst das Tempo des Verfahrens aus)。在法治國中，以突襲的方式(im Handstreich)導致刑法構成要件的變遷，本身就是一件極其異乎尋常的事情。固然在以往的議會任期中存在著密集的準備工作和構想考量，可供快速的回顧，但是，在一個星期內變更刑法條文的行為，無論如何都是值得商榷的。對於聯邦眾議院議員而言，其未能充分認識到——其所決定的並不是一件範圍很狹隘的事情(當然啦，還有津貼以及退休金!)，而是要在所有跟民意代表有聯繫

⁹⁵ Willems, aaO. (Fn. 4), S. 31.

⁹⁶ 此一修法草案即為之後主導刑法第 108e 條新法的 BT-Drucks. 18/476。

⁹⁷ Willems, aaO. (Fn. 4), S. 31; Vgl. Frischer, Dieses Gesetz ist ein Witz!, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2014/27/abgeordnetenbestechung-gesetz> (Besuch am 24.06.2015).

⁹⁸ Vgl. Frischer, aaO. (Fn. 97).

⁹⁹ Willems, aaO. (Fn. 4), S. 31.

的人群中劃出一條攸關刑罰行為的界線¹⁰⁰。這無疑是需要經歷漫長的思考及討論。不過，這些批評並無法掩蓋，新規範本身存在著值得喝采的地方以及其在某些事項上獲得了徹底的成功¹⁰¹。

而聯邦最高法院首席法官 Fischer 就多少顯得沒這麼客氣了。其認為，刑法第 108e 條新法如同一個「糟糕的奶酪」(schlechter Käse)——大量的空氣，少量的實質(viel Luft, wenig Substanz)。民意代表只有在極其愚蠢的情形下，才可能被刑法懲罰到。對於刑法第 108e 條的快速修法歷程，其則戲謔地表示，通常情況下，只有涉及戰爭或者恐怖分子時，才會出現這種快速的修法。刑法第 108e 條修法之所以如同在戰爭中獲得快速的修正，從全體會議紀錄(Plenarprotokolle)就可以明確得知——在討論時，有四分之三的時間是用來討論提高民意代表的薪水。故而，此一條文才可以快速而悄無聲息地完成¹⁰²。

透過上述立法歷程的觀察，不難發現，本次修法就是一次政治性妥協的產物¹⁰³。當然，這本身也無可厚非。因為不管是在德國，還是在德國以外的其他民主國家，法律的生成（特別是貪污犯罪）本來就不是一件「純粹法學」或是「純粹理性思考」的事情，而是和諸多或衝突或不衝突的利益連結在一起進行博弈拉扯。因此，在此種脈絡之下，對於外國法的吸收借鑑，應盡力做較為深入的探討。

第二項 犯罪構成要件要素

第一款 民意代表的範圍

依刑法第 108e 條新法第 1 項以及第 2 項之規定，作為可能的利益收受者，聯邦以及邦代議機構的成員為本罪適用對象所涵蓋，其包含了聯邦眾議院、邦議會以及城邦之市民代議機構(der Bürgerschaftsvertretungen in den stadstaaten)的所

¹⁰⁰ Willems, aaO. (Fn. 4), S. 31.

¹⁰¹ Willems, aaO. (Fn. 4), S. 31.

¹⁰² Vgl. Frischer, aaO. (Fn. 97).

¹⁰³ 林鈺雄，註 43 文，頁 106：「新法是折衷產物，相較於其他公務員的收賄罪，乃至於外國賄賂罪，仍有可能存在未竟全功的處罰漏洞，許多人預測目前新法條文僅為過渡性立法，而立法趨勢是擴大議員的收賄處罰。事實上，德國新法修正的重要動力來源是符合國際要求（包含歐盟層次及聯合國層次），而現今版本與上開國際要求尚有一段距離。」

有成員¹⁰⁴。又，通過同條第 3 項之規定，本罪的適用對象還進一步地擴及到地方自治團體代議機構、聯邦大會、歐洲議會、國際性組織議會大會以及外國立法機構的成員¹⁰⁵。目前，德國有 631 名聯邦眾議院議員、約有 2,000 名地方議會議員、超過 15,000 名的縣議會 (Kreistag) 議員以及約有 200,000 名鄉鎮市議會¹⁰⁶ (Gemeinde- und Stadträte) 議員¹⁰⁷。

如果要針對非德國籍民意代表的受賄行為進行懲罰，必須先有德國刑法的適用，即事先存在著德國刑法第 3 條、第 9 條或者第 7 條第 2 項第 1 款所規定的連繫因素 (Anknüpfungspunkt)¹⁰⁸：

其中，德國刑法第 3 條規定：「德國刑法於在本國領域內犯罪者，適用之。¹⁰⁹」第 9 條規定：「(1) 正犯作為地、不作為犯情形中本應作為地、構成要件結果發生地或者依正犯想像之應發生地，皆為犯罪地；(2) 犯罪地、共犯採取行為地或不作為犯情形中本應作為地或者依共犯想像之犯罪地，皆為共犯之犯罪地。共犯在國內參與國外犯罪的，依行為地之法律不處罰者，德國刑法仍適用之。¹¹⁰」第 7 條第 2 項第 1 款則是規定：「在國外實施的其他行為，無論依行為地法

¹⁰⁴ Anders/Mavany, aaO. (Fn. 90), § 108e Rn. 15.

¹⁰⁵ Francuski, HRRS 2014, S. 225; Satzger, Jura 2014, S. 1027; Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 8; Anders/Mavany, aaO. (Fn. 90), § 108e Rn. 24.

¹⁰⁶ 亦有論者將 Gemeinderat 翻譯為「縣市諮議會」，將 Stadtrat 翻譯為「市諮議會」。據該論者的研究報告，「以 Bayern 邦之 Gemeinderat 是由民選之民意代表及民選市長（稱為首席市長，erster Bürgermeister）所組成，為縣之權力中心。若將 Gemeinderat 直譯為議會，並非正確，但因其成員大都是民意代表，本研究仍將之譯為議會……」參見：蔡志方主持，李震山協同主持，《地方議會職權行使法制之研究》，2002 年 12 月，頁 131、134，參見：<http://nccur.lib.nccu.edu.tw/bitstream/140.119/43350/2/960118-pdf-testproj-151520.pdf>（最後訪問日期：05/07/2015）。

¹⁰⁷ Braasch, Reichweite der Strafbarkeit politischer Mandatsträger wegen korruptiver Handlungen - Zugleich Anmerkung zur Neuregelung der "Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern" gemäß § 108e StGB (Teil 2): Grundzüge der Neuregelung, abrufbar unter: <https://www.juris.de/jportal/portal/page/homerl.ppsml?nid=jpr-NLSFADG000315&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp> (Besuch am 03.07.2015).

¹⁰⁸ Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 8. 更詳細的介紹與討論，可進一步參照：Helmut Satzger，王士帆譯，《國際刑法與歐洲刑法》，2014 年，初版，元照，頁 19-95。

¹⁰⁹ § 3 StGB (Geltung für Inlandstaten)

Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen worden.

¹¹⁰ § 9 StGB (Ort der Tat)

(1) Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.

(2) Die Teilnahme ist sowohl an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem nach seiner Vorstellung die Tat begangen werden sollte. Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist.

處罰與否，存在下列情形之一者，德國刑法適用之：1、行為時為德國人或者行為後成為德國人……¹¹¹」

細言之，第 1 款之地方自治團體代議機構(die Volksvertretungen Kommunalen Gebietskörperschaften)，指的是鄉鎮市議會、鄉鎮自治團體代議機構以及縣議會¹¹²。對於地方自治團體代議機構成員，需要進一步檢視其係基於代議職務而行動，還是已經超出了代議職務的範疇而受託從事具體行政任務而行動。就前者而言，有刑法第 108e 條之適用餘地；就後者來說，需要考慮的是將系爭成員認定為公務員進行處理¹¹³。

第 2 款是指為邦或地方自治部分地區，經由直接及普遍選舉所產生行政單位之委員會成員，如區議會(bezirkstage)、區大會(Bezirksversammlungen)、區諮議會(Ortsbeiräte)。由於系爭機構成員係由各個地區的人民直接選舉產生，故此類代議機構亦有議會性格¹¹⁴。

第 3 款則是聯邦大會成員(Mitglieder der Bundesversammlung)。聯邦大會的唯一任務是不經討論地選舉產生聯邦總統(德國基本法第 54 條第 1 項第 1 句)，其由兩部分組成，包括聯邦眾議院議員以及相同數量的、由各邦議會根據比例選舉原則(den Grundsätzen des Verhältniswahlrechts)所選舉產生的邦代表。因此，邦代表並非是各邦議會成員，而是由邦議會所選舉出來的人員¹¹⁵。

第 4 款之歐洲議會成員(Mitglieder des Europäischen Parlaments)也是民代賄賄罪的行為主體之一。如果歐洲議會成員與其母國或者第三國之人達成不法協議而為犯罪行為者，亦有刑法第 108e 條的適用。值得注意的是，在連繫因素上有所區別：如果犯罪行為係在德國領域內發生的，則依照刑法第 3 條自有德國刑法

¹¹¹ § 7 StGB (Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen)

…… (2) Für andere Taten, die im Ausland begangen werden, gilt das deutsche Strafrecht, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt und wenn der Täter 1. zur Zeit der Tat Deutscher war oder es nach der Tat geworden ist oder……

¹¹² Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 9.

¹¹³ Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 9; BT-Drucks. 18/476, S. 8: „Bei den Mitgliedern einer Volksvertretung der kommunalen Gebietskörperschaften ist jeweils zu prüfen, ob sie als Mandatsträger gehandelt haben oder ob die Handlung im Rahmen der Betrauung mit konkreten Verwaltungsaufgaben, die über ihre Mandatstätigkeit hinausgehen, und damit in Amtsträgereigenschaft erfolgt ist. Eine Strafbarkeit nach § 108e StGB-E kommt nur im Falle einer Handlung bei Wahrnehmung des Mandats in Betracht.“

¹¹⁴ Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 10.

¹¹⁵ Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 11.

之適用；如果歐洲議會成員係德國國籍者，則依照刑法第 7 條第 2 項第 1 款才有德國刑法之適用¹¹⁶。

第 5 款包含了國際性組織議會大會的成員(Mitglieder einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation)，特別是聯合國及其從屬機構的大會，只要其具備議會的性格，即為己足¹¹⁷。

第 6 款規定了外國立法機構的成員(Mitglieder parlamentarischer ausländischer Gesetzgebungsorgane)。外國立法機構成員的認定並非取決於，其被選舉到外國立法機構的過程是否完全地滿足聯邦德國憲法的要求。但是，如果系爭人員並不是全部或部分自由地被選任出來，而是被特定出來或者系爭人員在形式上或結構上承擔著強制委任，該款在上述人員的運用上存在著問題¹¹⁸。

另外，儘管德國基本法第 46 條第 1 項就議員的免責權有作相應的規定：「對於議員在聯邦眾議院或在聯邦眾議院委員會中所作的表決以及所發表的言論，任何時候均不得予以法律上或者職務上的追究，亦不得在聯邦眾議院之外追究其責任。誹謗性的侮辱，不在此限。¹¹⁹」但是，議員的免責權並無法阻止刑法第 108e 條的成立。因為刑法第 108e 條所懲罰的對象並非是議員的表決行為¹²⁰。

第二款 代議職務之實施

不可或缺的是，民意代表的作為或不作為必須在代議職務實施之內。按照當時草案修法理由的見解，代議職務之實施包括在議會機構以及議會黨團機構內的所有活動，即全體大會、聯邦眾議院委員會以及黨團之事務委員會與工作小組在議會工作範圍內的活動¹²¹，如在上述決議機構內的提案之制訂、質詢以及為特定

¹¹⁶ Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 12.

¹¹⁷ Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 14.

¹¹⁸ Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 15: „Dabei dürfte es nicht darauf ankommen, ob die Wahlen zu diesen Organen in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen in der Bundesrepublik genügen. Problematisch ist die Anwendung auf solche Volksvertretung, deren Mitglieder ganz oder teilweise nicht frei gewählt, sondern bestimmt werden oder deren Mitglieder formell oder strukturell ein imperatives Mandat haben.“

¹¹⁹ Art. 46 GG:

(1) Ein Abgeordneter darf zu keiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die er im Bundestage oder in einem seiner Ausschüsse getan hat, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Bundestages zur Verantwortung gezogen werden. Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen.

¹²⁰ Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 8.

¹²¹ BT-Drucks. 18/476, S. 8; Michalke, CB 2014, S. 218; Satzger, aaO. (Fn. 105), S. 1029; Braasch,

主張「背書宣傳」(das Werben für eine bestimmte Position)¹²²。此外，在完全或部分由聯邦眾議院所設置並被授予議會任務的機構中的活動，如協調委員會、聯合委員會以及法官遴選委員會，也都為代議職務之實施所包涵¹²³。

但是，如果該活動外在於代議職務所建構的管轄(Tätigkeiten außerhalb der durch das Mandat begründeten Zuständigkeiten)，其並不屬於代議職務之實施¹²⁴。是以，如果民意代表的行為係基於政黨內部機構成員的身分，或者民意代表從事兼職活動，由於系爭活動尚未外部化為具體的議會活動¹²⁵，故其並未被包涵到代議職務之實施的範疇內¹²⁶。此外，如果民意代表僅是利用「代議職務上的威望」或「其人際關係」，譬如向市議會中多數黨團主席提供利益，以換取主席的關照，進而使市長在許可程序中變更作出有利於利益提供者的決定，亦是如此¹²⁷。

至於民意代表在實施其代議職務過程中是否實際採取行為，對於本罪的判斷，並不是必不可少的¹²⁸。當民意代表已經表現出其會在代議職務執行過程中有所作為或有所不為時，本罪的構成要件就已經實現¹²⁹。

第三款 自己或第三人之不正利益

刑法第 108e 條新法下的利益被理解成是一種輸送者的給付。無論此一給付本身有形無形與否，只要其在客觀上能提高改善民意代表或第三人在經濟上、法律上或單純個人之地位，而民意代表對系爭利益無請求權，便已足夠¹³⁰。在通常情形下，利益的認定並不取決於給付本身的價值¹³¹。

Reichweite der Strafbarkeit politischer Mandatsträger wegen korruptiver Handlungen - Zugleich Anmerkung zur Neuregelung der "Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern" gemäß § 108e StGB (Teil 3): Strafbarkeitsvoraussetzung der Unrechtsvereinbarung, abrufbar unter: <https://www.juris.de/jportal/prev/jpr-NLSFADG000415> (Besuch am 03.07.2015).

¹²² Willems, aaO. (Fn. 4), S. 31-32; Kubiciel/Hoven, NK 2014, 345.

¹²³ BT-Drucks. 18/476, S. 8; Michalke, aaO. (Fn. 121), S. 218; Braasch, aaO. (Fn. 121).

¹²⁴ Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 27.

¹²⁵ 許恒達，註 10 文，頁 90。

¹²⁶ BT-Drucks. 18/476, S. 8; Willems, aaO. (Fn. 4), S. 32; Michalke, aaO. (Fn. 121), S. 218; Satzger, aaO. (Fn. 105), S. 1025.

¹²⁷ Fischer, aaO. (Fn. 92), § 108e Rn. 27; BT-Drucks. 18/607, S. 8: „Nicht erfasst dagegen sind Tätigkeiten außerhalb der durch das Mandat begründeten Zuständigkeiten, etwa wenn lediglich die Autorität des Mandats oder die Kontakte des Mandatsträgers genutzt werden, um einen in der Zuständigkeit einer anderen Stelle liegenden Vorgang zu beeinflussen.“

¹²⁸ BT-Drucks. 18/476, S. 8; Michalke, aaO. (Fn. 121), S. 218.

¹²⁹ BT-Drucks. 18/476, S. 8; Michalke, aaO. (Fn. 121), S. 218.

¹³⁰ BT-Drucks. 18/476, S. 7; Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 226; Anders/Mavany, aaO. (Fn. 90), § 108e

相較之下，刑法第 331 條以下之賄賂罪在構成要件上並未進一步要求，利益本身無法被正當化從而具備不法——換言之，只要其為「利益」即可；刑法第 108e 條新法則要求利益本身必須是不正當的。對此，立法者顯然是考量到了民意代表和公務員之間的差別，即一方面公務員在原則上被禁止收受酬謝、禮物或者其他利益（如聯邦公務員法第 71 條之規定）；另一方面，民意代表收受來自外部的金融利益，卻是能夠被正當化的（如議員法第 44 條 a 項第 4 款中所規定的捐款）¹³²。

另外，按照草案修正理由的說明，之所以會將利益升格到「不正利益」的層次，是因為連結到《聯合國反貪腐公約》以及《歐洲理事會反貪腐刑法公約》¹³³。上述的兩個國際法律文件都將刑罰性限縮在「不正當利益」（“undue advantages”）上（《聯合國反貪腐公約》第 15 條與第 16 條以及《歐洲理事會反貪腐刑法公約》第 4 條與第 6 條）¹³⁴。

至於如何判定一項利益是正當利益還是不正利益，主要見於刑法第 108e 條新法第 4 項之規定。其主要分成兩個層面來處理：

之一，一般性的合法條款(*allgemeine Rechtmäßigkeitsklausel*)：依照新法第 4 項第 1 款之規定，如果利益的收受符合規範成員法律地位的法律條文時，此時不存在任何不正利益；

之二，不法性的排除(*Ausschluss der Unrechtmäßigkeit*)：在特殊的具體個案中，依照新法第 4 項第 2 款之規定，如果其所涉及的標的是政治性的代議職務(*politisches Mandat*)、政治性的職能(*politische Funktion*)以及為政黨法或相關法律所容許的捐款(*Spende*)，其並未被視作不正利益¹³⁵。

Rn. 17.

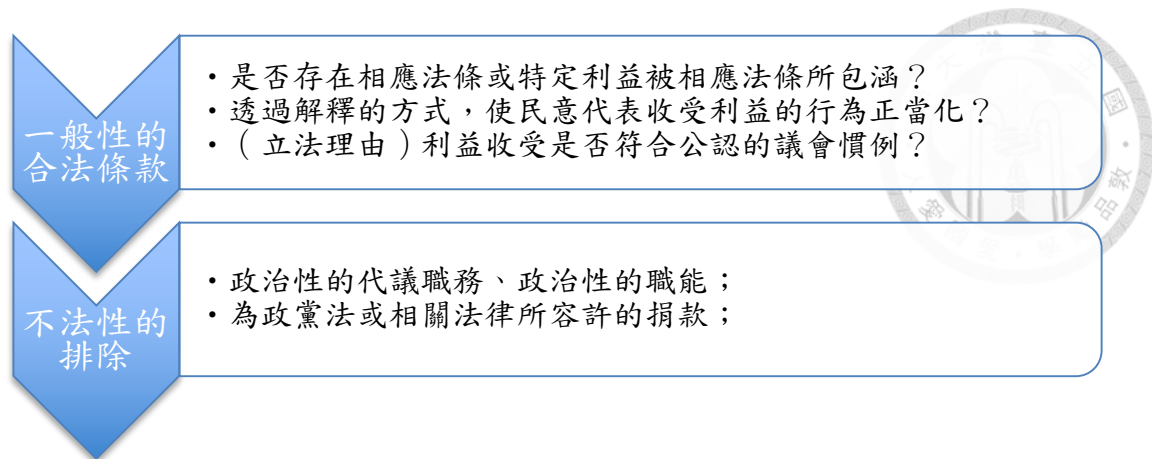
¹³¹ BT-Drucks. 18/476, S. 7.

¹³² BT-Drucks. 18/476, S. 7: „Damit wird klargestellt, dass es insbesondere im parlamentarischen Raum Zuwendungen gibt, die zulässig sind und die Schwelle zur Strafbarkeit nicht überschreiten. Auf diese Weise wird auch der Unterscheidung zwischen einerseits Amtsträgern, denen jede Annahme von Belohnungen, Geschenken und sonstigen Vorteilen grundsätzlich verboten ist (siehe z. B. § 71 des Bundesbeamtengesetzes), und andererseits Mandatsträgern, die zur Annahme finanzieller Zuwendungen von außen berechtigt sein können (siehe z. B. für Spenden § 44a Absatz 2 Satz 4 des Abgeordnetengesetzes), Rechnung getragen.“

¹³³ Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 226.

¹³⁴ BT-Drucks. 18/476, S. 7; Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 351.

¹³⁵ Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 226.



※ 圖表 5 - 1：不法利益的審查體系

製圖：作者

應當指出的是，條文中所謂的「規範前開成員法律地位之法令」，對於不同代議機構成員而言，所涉及的法律條文也不相同。

以聯邦眾議院議員為例，對於其法律地位具有決定性作用的法律包括：議員法(Abgeordnetengesetz, AbgG)、聯邦眾議院議事規則附件一(Anlage 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages)中的眾議院議員行為規則(Verhaltensregeln)¹³⁶以及聯邦眾議院議長所公布的施行細則(Ausführungsbestimmung)¹³⁷。

其中，議員法第 44a 條規定：「(1) 聯邦眾議院議員的活動中心，在於代議職務之執行。儘管如此，議員原則上被容許從事代議職務以外的職業活動或其他活動。(2) 對於代議職務之執行，聯邦眾議院議員不應收受法律規定以外的其他給付或財產性利益。特別是，如果金錢或有金錢價值給付的提供，導致(議員)被期待在聯邦眾議院中代表和執行提供者之利益的話，系爭金錢或有金錢價值給付是不容許的。此外，如果對於金錢或有金錢價值給付的提供，聯邦眾議院議員欠缺合適的對價給付的話，那麼系爭金錢或有金錢價值給付是不容許的。捐款之接受，不在此限。……(4) 如果議員在從事代議職務之前的活動以及從事代議職務之外的活動和收入顯示出，對代議職務之執行存在著重大的利益關聯，依照行為規則之規定(同法第 44b 條)，其應申報以及公開之……¹³⁸」

¹³⁶ 全部法條可見於：https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_bt

¹³⁷ BT-Drucks. 18/476, S. 9.

¹³⁸ § 44a AbgG (Ausübung des Mandats)

(1) Die Ausübung des Mandats steht im Mittelpunkt der Tätigkeit eines Mitglieds des Bundestages. Unbeschadet dieser Verpflichtung bleiben Tätigkeiten beruflicher oder anderer Art neben

而聯邦眾議院議事規則附件一中關於政治獻金收受之規範，則主要見第 4 條之捐款(Spenden)之規定：「(1) 用於政治活動的所有種類金錢捐贈或者有金錢價值的給付，聯邦眾議院議員應分別清算。(2) 任何一筆捐贈金額在年度中超過 5000 歐元者，應向議長說明捐贈者姓名與地址及總體捐贈額度。(3) 單筆捐贈或來自同一捐贈人的多筆捐贈總額超過 10000 歐元者，議長要在官方手冊以及德國聯邦眾議院網站上公布捐贈額度與來源。(4) 對聯邦眾議院議員的捐贈，適用政黨法第 25 條第 2 項與第 4 項之規定。(5) 基於實現議會內部或者各國議會之間的關係、參加活動以獲得政治資訊、表明聯邦眾議院或其所屬議會黨團的立場、或作為聯邦眾議院之代表，而進行的有金錢價值之給付，系爭給付不是本條意義下的政治獻金。但是，仍應踐行第 2 條之申報與第 3 條之公布。(6) 如果聯邦眾議院議員所接受的禮物餽贈和議員代議職務存在著關係，應向議長申報並遞交系爭有金錢價值的給付。議員可以主張保留系爭餽贈而將等價金額匯給聯邦收費處。當禮物餽贈之實體價值並未超過議長所公布施行細則中的額度時，並不需要踐行申報。(7) 經主席團之協商，議長就應申報的禮物餽贈給付以及涉嫌違法的捐獻事項作出決定。¹³⁹」從而，若利益之收受符合上述議員法以及聯邦眾議院議員行為規則之規定，則其一開始就被排除在刑事可罰性之外¹⁴⁰。

dem Mandat grundsätzlich zulässig.

(2) Für die Ausübung des Mandats darf ein Mitglied des Bundestages keine anderen als die gesetzlich vorgesehenen Zuwendungen oder andere Vermögensvorteile annehmen. Unzulässig ist insbesondere die Annahme von Geld oder von geldwerten Zuwendungen, die nur deshalb gewährt werden, weil dafür die Vertretung und Durchsetzung der Interessen des Leistenden im Bundestag erwartet wird. Unzulässig ist ferner die Annahme von Geld oder von geldwerten Zuwendungen, wenn diese Leistung ohne angemessene Gegenleistung des Mitglieds des Bundestages gewährt wird. Die Entgegennahme von Spenden bleibt unberührt.

(3) Nach Absatz 2 unzulässige Zuwendungen oder Vermögensvorteile oder ihr Gegenwert sind dem Haushalt des Bundes zuzuführen. Der Präsident macht den Anspruch durch Verwaltungsakt geltend, soweit der Erhalt der Zuwendung oder des Vermögensvorteils nicht länger als drei Jahre zurückliegt. Der Anspruch wird durch einen Verlust der Mitgliedschaft im Bundestag nicht berührt. Das Nähere bestimmen die Verhaltensregeln nach § 44b.

(4) Tätigkeiten vor Übernahme des Mandats sowie Tätigkeiten und Einkünfte neben dem Mandat, die auf für die Ausübung des Mandats bedeutsame Interessenverknüpfungen hinweisen können, sind nach Maßgabe der Verhaltensregeln (§ 44b) anzuzeigen und zu veröffentlichen. Werden anzeigepflichtige Tätigkeiten oder Einkünfte nicht angezeigt, kann das Präsidium ein Ordnungsgeld bis zur Höhe der Hälfte der jährlichen Abgeordnetenentschädigung festsetzen. Der Präsident macht das Ordnungsgeld durch Verwaltungsakt geltend. § 31 bleibt unberührt. Das Nähere bestimmen die Verhaltensregeln nach § 44b.

(5) Wegen einer nicht nur geringfügigen Verletzung der Ordnung oder der Würde des Bundestages bei dessen Sitzungen kann der Präsident gegen ein Mitglied des Bundestages ein Ordnungsgeld in Höhe von 1 000 Euro festsetzen. Im Wiederholungsfall erhöht sich das Ordnungsgeld auf 2 000 Euro. Bei gröblicher Verletzung der Ordnung oder der Würde des Bundestages kann das Mitglied für die Dauer der Sitzung aus dem Saal verwiesen und bis zu 30 Sitzungstage von der Teilnahme an Sitzungen des Bundestages und seiner Gremien ausgeschlossen werden. Das Nähere regelt die Geschäftsordnung des Bundestages.

¹³⁹ §4 Spenden

(1) Ein Mitglied des Bundestages hat über Geldspenden und geldwerte Zuwendungen aller Art

如果不存在相應的法條，或特定利益未被相應法條所包涵時，並不能直接理所當然地導出，對於利益收受不存在相應的法律條文。因為當系爭條文能透過解釋的方式，使民意代表收受利益的行為正當化的話，法律條文的合致性(Einklang)便已經充足¹⁴¹；當此法律條文的合致性無法確定時，譬如不存在此類法律條文或法律條文本身存在著漏洞(Lückenhaft)，由於德國刑法第 108e 條第 4 項第 1 句在用語上使用了「特別是……不存在」(liegt insbesondere nicht vor)。故而，不能因「合致性」無法確定，就理所當然地據此認為系爭利益是「不正利益」¹⁴²；而應進一步地檢驗，系爭利益收受是否合乎公認的議會慣例。在此種情形之下，即便一開始就存在著一種表象——對民意代表代議職務的實施產生了不容許的影響，但只要未涉及到本罪構成要件的保護目的，其仍被排除在刑罰之外¹⁴³。不過，值得一提的是，草案立法理由並未指出，究竟該如何確定公認的議會慣例。此將進一步導致法律適用過程中的不安性(Unsicherheiten)¹⁴⁴。

(Spenden), die ihm für seine politische Tätigkeit zur Verfügung gestellt werden, gesondert Rechnung zu führen.

(2) Eine Spende, deren Wert in einem Kalenderjahr 5000 Euro übersteigt, ist unter Angabe des Namens und der Anschrift des Spenders sowie der Gesamthöhe dem Präsidenten anzuzeigen.

(3) Spenden sind, soweit sie in einem Kalenderjahr einzeln oder bei mehreren Spenden desselben Spenders zusammen den Wert von 10000 Euro übersteigen, vom Präsidenten unter Angabe ihrer Höhe und Herkunft im Amtlichen Handbuch und auf den Internetseiten des Deutschen Bundestages zu veröffentlichen.

(4) Für Spenden an ein Mitglied des Bundestages findet §25 Abs. 2 und 4 des Gesetzes über die politischen Parteien entsprechende Anwendung

(5) Geldwerte Zuwendungen aus Anlass der Wahrnehmung interparlamentarischer oder internationaler Beziehungen, zur Teilnahme an Veranstaltungen zur politischen Information, zur Darstellung der Standpunkte des Deutschen Bundestages oder seiner Fraktionen oder als Repräsentant des Deutschen Bundestages gelten nicht als Spenden im Sinne dieser Vorschrift; sie sind jedoch entsprechend Absatz 2 anzuzeigen und nach Maßgabe von Absatz 3 zu veröffentlichen."

(6) Geldwerte Zuwendungen, die ein Mitglied des Bundestages als Gastgeschenk in Bezug auf sein Mandat erhält, müssen dem Präsidenten angezeigt und ausgehändigt werden; das Mitglied kann beantragen, das Gastgeschenk gegen Bezahlung des Gegenwertes an die Bundeskasse zu behalten. Einer Anzeige bedarf es nicht, wenn der materielle Wert des Gastgeschenks einen Betrag nicht übersteigt, der in den Ausführungsbestimmungen des Präsidenten festgelegt wird (§ 1 Absatz 4).

(7) Der Präsident entscheidet im Benehmen mit dem Präsidium über die Verwendung angezeigter Gastgeschenke und rechtswidrig angenommener Spenden.

¹⁴⁰ BT-Drucks. 18/476, S. 9.

¹⁴¹ BT-Drucks. 18/476, S. 9; Braasch, aaO. (Fn. 107).

¹⁴² BT-Drucks. 18/476, S. 7.

¹⁴³ Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 226; Braasch, aaO. (Fn. 107); BT-Drucks. 18/476, S. 7: „Vielmehr ist insbesondere weiter zu prüfen, ob seine Annahme anerkannten parlamentarischen Gepflogenheiten entspricht. Auch in diesen Fällen scheidet schon der Anschein einer unzulässigen Einflussnahme auf die Mandatswahrnehmung des Mitglieds von vornherein aus, so dass der Schutzzweck des Straftatbestands nicht berührt ist.“

¹⁴⁴ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352.

在具體的情形中，政治性的代議職務、政治性的職能以及為政黨法或相關法律所容許的捐款，均非不正利益¹⁴⁵。

就前者而言，如果民意代表為了確保獲得候選人的提名或者特定政治機構或職務的選舉或任命，而一反自身的確信，將自身置於政黨內部政治立場之下，則系爭的政治職務或機構並不能被視為不法利益，而理應被排除在刑事可罰性之外¹⁴⁶。按照學者 Klein 的見解，基本法第 21 條之政黨角色和第 38 條之自由委任之間存在著緊張關係(Spannungsverhältnis)。此一緊張關係構成了議會運作方式圖像的基礎¹⁴⁷。如果告知民意代表將不再提供其席次，以驅使其為特定之表決此一行為在憲法上是容許的，那麼，基於對政黨或黨團的忠心(Partei- bzw. Fraktionsloyalität)而將議會國務秘書的職位讓給其他聯邦眾議院議員，自然也不是刑法上可罰的行為¹⁴⁸。

就後者而言，依照政黨法或相關法律而捐獻給政黨或民意代表的捐款，也不是不法利益。《歐洲理事會反貪腐刑法公約》第 4 條的說明書中也指出，在合乎內國法的情況之下，對於政黨提供金融上的支持，明顯在本罪的適用範圍之外¹⁴⁹。對於政黨的捐款而言，德國政黨法第 25 條第 2 項第 7 款之規定，「(2) 政黨得收取捐款，但下列捐款除外：……7. 以特定的經濟或政治利益為對價，或者明顯足生此一期待的捐贈提供¹⁵⁰。」對於民意代表的捐款，聯邦眾議院議事規則附

¹⁴⁵ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 353.

¹⁴⁶ BT-Drucks. 18/476, S. 10: „Damit sollen die Fälle ausgeklammert werden, in denen ein Mandatsträger sich gegebenenfalls gegen die eigene Überzeugung parteiinternen „politischen“ Positionierungen unterwirft, um sich die Aufstellung als Kandidat oder die Wahl oder Ernennung in bestimmte politische Funktionen oder Ämter zu sichern.“

¹⁴⁷ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 354.

¹⁴⁸ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 354.

¹⁴⁹ Vgl. Nr. 44 des Erläuternden Berichts zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats; BT-Drucks. 18/476, S. 10.

¹⁵⁰ § 25 Spenden

(2) Von der Befugnis der Parteien, Spenden anzunehmen ausgeschlossen sind:

1.Spenden von öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Parlamentsfraktionen und -gruppen sowie von Fraktionen und Gruppen von kommunalen Vertretungen;

2.Spenden von politischen Stiftungen, Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die nach der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung und nach der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen (§§ 51 bis 68 der Abgabenordnung);

3.Spenden von außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes, es sei denn, dass

a) diese Spenden aus dem Vermögen eines Deutschen im Sinne des Grundgesetzes, eines Bürgers der Europäischen Union oder eines Wirtschaftsunternehmens, dessen Anteile sich zu mehr als 50 vom Hundert im Eigentum von Deutschen im Sinne des Grundgesetzes oder eines Bürgers der Europäischen Union befinden oder dessen Hauptsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, unmittelbar einer Partei zufließen,

b) es sich um Spenden an Parteien nationaler Minderheiten in ihrer angestammten Heimat handelt, die diesen aus Staaten zugewendet werden, die an die Bundesrepublik Deutschland angrenzen und in denen Angehörige ihrer Volkszugehörigkeit leben oder

件一第 4 條第 4 項規定，「……對於聯邦眾議院議員之捐贈，適用政黨法第 25 條第 2 項與第 4 項之規定。」簡而言之，不管是對於政黨還是對於民意代表之捐款，如果對於利益的提供係以特定的經濟或政治利益為對價，或者明顯足生此一期待的話，那麼此一針對政黨或民意代表的獻金就無法被正當合法化¹⁵¹。相反地，如果有金錢價值的給付並未涉及到上述的「特定的經濟或政治利益」——（向民意代表的）直接捐款係基於所謂的「風情維繫」(Landschaftspflege)或其對價是民意代表願意傾聽捐款者的願望(das offene Ohr eines Mandatsträgers für die Wünsche des Spenders)，則系爭給付並不為本罪的「不正利益」所包含¹⁵²。此外，條文中所謂的「相關法律」(entsprechenden Gesetzen)主要是針對外國民意代表而言。如果按照外國的法律規定而容許收受捐款，其理應被排除在刑事可罰性之外¹⁵³。

第四款 加重的不法協議

依照刑法第 108e 條之規定，提供利益給民意代表，係以民意代表依照指示或受委託的具體作為或不作為為對價¹⁵⁴。亦即，利益的輸送和作為或不作為之間必須存在著不法協議。且此一不法協議必須達到「加重不法協議」(qualifizierte Unrechtsvereinbarung)的程度。

c)es sich um eine Spende eines Ausländers von nicht mehr als 1 000 Euro handelt;

4.Spenden von Berufsverbänden, die diesen mit der Maßgabe zugewandt wurden, sie an eine politische Partei weiterzuleiten;

5.Spenden von Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden, sofern die direkte Beteiligung der öffentlichen Hand 25 vom Hundert übersteigt;

6.Spenden, soweit sie im Einzelfall mehr als 500 Euro betragen und deren Spender nicht feststellbar sind, oder bei denen es sich erkennbar um die Weiterleitung einer Spende eines nicht genannten Dritten handelt;

7.Spenden, die der Partei erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt werden;

8.Spenden, die von einem Dritten gegen ein von der Partei zu zahlendes Entgelt eingeworben werden, das 25 vom Hundert des Wertes der eingeworbenen Spende übersteigt.

¹⁵¹ BT-Drucks. 18/476, S. 10: „Eine zulässige Spende an eine Partei oder einen Bundestagsabgeordneten liegt nach § 25 Absatz 2 Nummer 7 des Parteiengesetzes und § 4 Absatz 4 der Verhaltensregeln insbesondere dann nicht vor, wenn sie erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt wird.“

¹⁵² Braasch, aaO. (Fn. 107).

¹⁵³ BT-Drucks. 18/476, S. 10

¹⁵⁴ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 346.

第一目 不法協議

透過「作為對價給付」(als *Gegenleistung*)此一構成要件要素，本罪要求必須具備加重的不法協議¹⁵⁵。此一要求可以連結到《歐洲理事會反貪腐刑法公約》第 2 條和第 3 條以及《聯合國反貪腐公約》第 15 條和第 16 條的相應措詞上¹⁵⁶。和刑法第 332 條之受賄罪一樣，本罪下的利益提供與民意代表具體化的作為或不作為之間，必須存在著一種相互的給付關係¹⁵⁷。具體而言，不正利益之輸送，是為了導致民意代表以特定的方式行事，即按照利益提供者的委託或指示行動；民意代表則通過此不正利益，驅使自己受委託或依指示行動¹⁵⁸。是以，此罪構成要件要求不正利益和民意代表的行為之間必須存在著一種緊密的因果關係(*eine enge Kausalbeziehung*)¹⁵⁹。

若利益提供對代議職務執行僅是一般性的，或民意代表係基於其本身所提出的、合乎自身內心確信的主張而收受利益，則可罰性本身並不充分¹⁶⁰。又，利益提供者對於民意代表的支持行為(*Unterstützung*)，同樣不具備刑事可罰性¹⁶¹，只要民意代表所採取的行為係由其內心確信所驅動，而未受到此利益提供的影響¹⁶²。因此，不同於刑法第 331 條的是，對民意代表的「投餌行為」或是一般性的「打好關係」，都不具備刑法可罰性¹⁶³。且，如果對於候選人或政黨金融上的支持為基本法、政黨法以及議員法所容許，收受利益也不會該當本罪的構成要件¹⁶⁴。只有當民意代表將自身置於利益提供者的利益之下，並因收受利益而決定其行動（「將代議職務商業化」）時，才算逾越了刑法可罰性的界限¹⁶⁵。

¹⁵⁵ BT-Drucks. 18/476, S. 7.

¹⁵⁶ BT-Drucks. 18/476, S. 7.

¹⁵⁷ *Kubiciel/Hoven*, aaO. (Fn. 122), S. 346: „Die Voraussetzung einer konkretisierten Handlung oder Unterlassung als Gegenleistung für den Vorteil entspricht der synallagmatischen Leistungsbeziehung bei der Bestechlichkeit (§ 332 StGB). Die Unterstützung des Mitglieds durch einen Vorteilsgeber ist also nicht strafbar, wenn sie für Handlungen erfolgt, die durch seine innere Überzeugung motiviert und nicht durch die Vorteilsgewährung beeinflusst sind.“

¹⁵⁸ BT-Drucks. 18/476, S. 7.

¹⁵⁹ BT-Drucks. 18/476, S. 7.

¹⁶⁰ BT-Drucks. 18/476, S. 7: „Für die Strafbarkeit reicht es nicht aus, dass Vorteile nur allgemein für die Mandatsausübung zugewendet werden bzw. das Mitglied wegen der von ihm gemäß seiner inneren Überzeugung vertretenen Positionen einen Vorteil erhält.“

¹⁶¹ *Kubiciel/Hoven*, aaO. (Fn. 122), S. 346: „Durch die Verknüpfung von Vorteil und bestimmbarer Handlung werden solche Zuwendungsvereinbarung von § 108e StGB ausgenommen, die lediglich einer allgemeinen Unterstützung der Interessen des Gebers dienen sollen.“

¹⁶² BT-Drucks. 18/476, S. 7.

¹⁶³ *Kubiciel/Hoven*, aaO. (Fn. 122), S. 346: „Im Gegensatz zur Vorteilsgewährung nach § 333 StGB bleiben das ‚Anfüttern‘ des Abgeordneten und eine generelle ‚Klimapflege‘ somit straflos.“

¹⁶⁴ *Kubiciel/Hoven*, aaO. (Fn. 122), S. 346.

¹⁶⁵ BT-Drucks. 18/476, S. 7: „Die Grenze zur Strafbarkeit wird erst dann überschritten, wenn das Mitglied sich ‚kaufen lässt‘, d. h. wenn es sich den Interessen des Vorteilsgebers unterwirft und seine Handlungen durch die Vorteilsgewährung bestimmt sind („Kommerzialisierung des Mandats“).“

又，就已經作出的行為而事後提供利益，並不構成刑法第 108e 條新法之違反（當然，行為先前不存在期約行為）。只有民意代表在職務執行之前，要求或期約利益，才能該當本罪之構成要件，即便利益的收受後於行為¹⁶⁶。因為本罪並不取決於利益提供之時點，而在於不法對價關係之時點。是以，立法者認為，按照國際公約之框架，「事後酬謝」（“nachträgliche Belohnungen”）的行為理應排除在本罪構成要件之外¹⁶⁷。

至於民意代表的「內心小劇場」是否上演著抗拒的情節，即保留其行為使其免於遭受不正利益的影響，對於刑法第 108e 條的成立與否，並無影響¹⁶⁸。就此而言，重要之處並不在於「內心小劇場」所上演的保留情節，而是為故意所包涵的、行為的外部釋明價值。因此，民意代表不能主張，其本來橫豎就想按照利益提供者的方式採取行動（無論利益提供者有無提供利益）；亦不能主張，其本來就不會依照利益提供者的指示行動¹⁶⁹。

第二目 加重之對價關係——受委託或依指示

承前所言，刑法第 108e 條進一步要求不法對價關係必須達到「加重」的程度，即民意代表係受利益提供者的委託或依利益提供者的指示而行動。在《聯合國反貪腐公約》第 15 條和第 16 條以及《歐洲理事會反貪腐刑法公約》第 2 條和第 3 條中，並未存在著此類「加重不法協議」的要求。德國刑法第 108e 條之所以會「節外生枝」地生出此一加重的構成要件要素，主要是連結到基本法第 38 條第 1 項第 2 款之規定¹⁷⁰。基本法第 38 條第 1 項第 2 款要求民意代表不為委託和指示所拘束。而透過此一犯罪構成要件，民意代表代議職務的自由執行理應獲得保障¹⁷¹。於此，立法者對基本法第 38 條第 1 項第 2 款的推論進行反轉(umkehr)¹⁷²。白話點講就是，基本法以否定的形式規定，議員不受委託和指示所拘束；而刑法

¹⁶⁶ BT-Drucks. 18/476, S. 7.

¹⁶⁷ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 346-347.

¹⁶⁸ BT-Drucks. 18/476, S. 8.

¹⁶⁹ BT-Drucks. 18/476, S. 8: „Entscheidend sind insoweit nicht innere Vorbehalte, sondern der vom Vorsatz erfasste äußere Erklärungswert des Verhaltens. Das Mitglied kann sich also nicht darauf berufen, dass es sich ohnehin im Sinne des Zuwendenden verhalten wollte; ebenso wenig kann sich das Mitglied darauf berufen, dass es sich gerade nicht „weisungsgemäß“ verhalten wollte.“

¹⁷⁰ BT-Drucks. 18/476, S. 8.

¹⁷¹ BT-Drucks. 18/476, S. 8: „Mit dem Straftatbestand soll die freie Ausübung des Mandats des Abgeordneten geschützt werden. Deshalb knüpft der Tatbestand an die in Artikel 38 Absatz 1 Satz 2 GG verwendeten Tatbestandsmerkmale „Aufträge und Weisungen“ an.“

¹⁷² Willems, aaO. (Fn. 4), S. 32.

第 108e 條新法以肯定的形式要求，如果民意代表已經表現出，透過不正利益的要求、期約或收受，其被驅使受委託或依指示地採取作為或不作為時，就已經違背了民意代表自身的獨立性地位。從而，基於對議會意志形成的保護，將系爭行為納入刑法之中，是必不可少的¹⁷³。

對於「受委託」以及「依指示」這兩個構成要件要素的理解，應採取相對寬廣的取徑。只要任何一個行為能夠使民意代表將自身置於委託者或指示者的利益之下，就已經充足¹⁷⁴。至於委託是否為法律行為上的委託¹⁷⁵，指示是否以正式的方式作出¹⁷⁶，行為人有無受法律拘束的意願¹⁷⁷，並非必要。毋寧說，刑法第 108e 條新法的「受委託」以及「依指示」，同舊法之「買賣行為」一樣，都是在一般日常用語意義下被理解的¹⁷⁸。換言之，對於委託或指示的理解，不能從法律意義上著手，而要將委託或者指示當作一種事實上的協議(faktische Übereinkunft)¹⁷⁹。

又，如果相應的不法協議（對價關係）是由利益收受者即民意代表所主動提出的話，其本身並無礙「受委託或依指示行動」的成立¹⁸⁰。主要的原因是，如果民意代表已經明白表示，其會按照利益提供者的指示行動以作為利益的對價，就已經實現了本罪「要求」類型的構成要件¹⁸¹。

¹⁷³ BT-Drucks. 18/476, S. 8.

¹⁷⁴ BT-Drucks. 18/476, S. 8: „Die Tatbestandsmerkmale „Auftrag“ und „Weisung“ sind weit zu verstehen; erfasst wird jede Handlung, die den Abgeordneten dazu bewegen soll, sich dem Interesse des Auftrag- oder Weisungsgebers zu unterwerfen.“

¹⁷⁵ BT-Drucks. 18/476, S. 8.

¹⁷⁶ BT-Drucks. 18/476, S. 8.

¹⁷⁷ *Willems*, aaO. (Fn. 4), S. 32.

¹⁷⁸ BT-Drucks. 18/476, S. 8: „Die Merkmale sind vielmehr, ebenso wie die Tatbestandsmerkmale „Kaufen“ und „Verkaufen“ in § 108e StGB (vgl. dazu Bundestagsdrucksache 12/1630, S. 7), im Sinne eines allgemeinen Sprachgebrauchs zu verstehen.“

¹⁷⁹ *Willems*, aaO. (Fn. 4), S. 32.

¹⁸⁰ BT-Drucks. 18/476, S. 8.

¹⁸¹ BT-Drucks. 18/476, S. 8.

第三節 德國民代賄賂罪構成要件設計



第一項 總結

透過上文幾個修法草案版本以及德國刑法第 108e 條現行法的簡要介紹與對照，可以大致勾勒出德國民代賄賂罪的可能出路及現行法圖像，並聚焦出德國民代賄賂罪的幾個重大問題。

※ 圖表 5-2：德國民代賄賂罪的可能出路及現行法比較

製表：作者

版本 問題	Bündnis 90/die Grüne	Linke	SPD	108e StGB n. F.
1.受賄主體/行賄 對象範圍	1)聯邦、邦、鄉鎮 或鄉鎮自治團體 代議機構成員； 2)外國立法機 構、歐洲議會或 其他國際性組織 議會大會成員； 3)代議機構或者 立法機關之委任 候選人；	1)聯邦、邦、鄉 鎮或鄉鎮自治 團體代議機構 成員； 2)外國立法機 構、歐洲議會或 聯邦德國所屬 的其他國際性 或跨國性組織 議會大會成 員；	1)聯邦、邦、鄉 鎮或鄉鎮自治 團體代議機構 成員； 2)外國立法機 構、歐洲議會或 其他國際性組 織議會大會成 員；	1)聯邦、邦代議機構 成員(Abs. 1 und 2) 2)地方區域團體代議 機構、為邦或地方自 治部分地區，經由直 接及普遍選舉所產 生行政單位之委員 會、聯邦大會、歐洲 議會、國際性組織議 會大會以及外國立 法機構成員(Abs. 3)
2.受賄主體行為 範圍	在代議機構或立 法機關內執行其 代議職務的過程 中代表或者貫徹 給付人或第三人 利益之作為或不 作為	與其代議職務 之執行有關聯 的作為或不作 為	其代議職務之 實施中受委託 或者依指示之 作為或不作為	其代議職務之實施 中受委託或者依指 示之作為或不作為

3. 利益	3.1 概念	採用違法利益概念； 利用一個類似於強制罪的可非難性條款將政治上交換或互惠交易排除在本罪外	採用利益概念； 限制：違背其自代議職務中所導出的法律地位	採用利益概念； 排除(Abs. 1)：政治性的代議職務或政治性的職能；為政黨法或相關法律所容許的政黨捐款；符合議會慣例的給付。	採用不正利益概念； 反面定義； 排除(Abs. 4)：政治性的代議職務或政治性的職能；為政黨法或相應法令所容許的政黨捐款； 排除（修法理由）：符合公認的議會慣例。
	3.2 是否納入非物質形式利益？	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
	3.3 是否包含第三人利益？	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
4. 不法協議	4.1 對不法協議的要求	加重的不法協議： 作為對價	僅要求利益和特定之作為與不作為存在關聯	受委託或依指示： 比作為對價的要求更為嚴格；除了要求利益給付與具體的作為或不作為之間存在連結之外，還要求證立一種「委託或指示關係」	加重的不法協議： 作為對價＋受委託或依指示
	4.2 是否懲罰事後酬謝行為？	×	<input type="radio"/>	×	×
5. 買賣選票作為加重構成要件？		×	<input type="radio"/>	×	×

6. 犯 罪 型 態 設 計	6.1 廢棄著手 犯性格？	○	○	○	○
	6.2 是否懲罰 未遂犯？	×	○ 消極受賄：懲罰 收受利益及賣 票行為未遂； 積極行賄：僅懲 罰買票行為未 遂	×	×

第二項 重返問題的起點

第一款 民意代表與公務員的區分必要性——告別民代賄賂罪？

直接將民意代表和公務員等同化(Gleichstellung)，繼而均以刑法第 331 條以下條文進行處理，無疑是會在很大的程度上填補德國民代賄賂罪（舊法）的懲罰漏洞。然而，就文獻上的觀察來看，德國學界對此方案多持反對的態度。對於此方案的反對，應該區分成兩個層次來看待：其一，民意代表和公務員是否等同？其二，民意代表收賄能否被納入刑法第 332 條之收賄罪，或者刑法第 331 條之收受利益罪？

第一目 民意代表與公務員是否等同？

反對將公務員和民意代表在賄賂罪上做相同處理的一個重要原因在於，民意代表基於基本法第 38 條第 1 項第 2 款所獲致的一種憲法上之地位¹⁸²。基本法第 38 條第 1 項規定：「聯邦眾議院議員由普遍、直接、自由、平等和無記名的選舉產生。他們是全體人民之代表，不為委託和指示所拘束，只服從於自己的良心

¹⁸² Vgl. *Heinrich*, Neuregelung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung, S. 14, unter: http://www.bundestag.de/blob/195446/80ade0dbefc651210ebb14a769c147fc/stellungnahme_heinrich-data.pdf (Besuch am 17. 06. 2015).

¹⁸³。」從上述的條文可以導出自由委任此一憲法上所肯認的原則，其保障民意代表的獨立性與免於指示拘束之自由，並保護民意代表免於遭受任何他主決定的意圖¹⁸⁴。固然基本法第 38 條第 1 項第 2 款的適用對象僅限於聯邦眾議院議員，但大部分的邦憲法中也都包涵了類似的條款¹⁸⁵。就此而言，人們已經將基本法第 38 條第 1 項第 2 款納為議會民主的基本規範。從而，這些一再出現的條款可轉而適用於其他的代議機構，特別是地方議會¹⁸⁶。具體而言，公務員和民意代表的差別主要表現在以下幾個方面：

一、民意代表與公務員之任務(Aufgaben)差異

作為職務管理者範疇之典範，公務人員關係通常是透過（大多數）終生之公共職務關係以及忠誠關係¹⁸⁷的構建而被標誌出來的¹⁸⁸。法律之執行以及公共的生

¹⁸³ Art. 38 GG:

Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.

¹⁸⁴ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 14: „Aus dieser Vorschrift ergibt sich der verfassungsrechtlich anerkannte Grundsatz des „freien Mandats“, welches dem Abgeordneten Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit garantiert und ihn vor jeglichen Versuchen der Fremdbestimmung schützen will.“

¹⁸⁵ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 14. 例如，巴伐利亞自由邦憲法(Verfassung des Freistaates Bayern)第 13 條第 2 項規定：「民意代表是全體人民之代表，而非僅為政黨之代表。其應對其良心負責，且不為委託所拘束。(Die Abgeordneten sind Vertreter des Volkes, nicht nur einer Partei. Sie sind nur ihrem Gewissen verantwortlich und an Aufträge nicht gebunden)」又如，漢堡邦憲法(Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg)第 7 條第 1 項規定：「民意代表是全體人民之代表，其僅服從於其良心，且不為委託所拘束。(Die Abgeordneten sind Vertreterinnen und Vertreter des ganzen Volks. Sie sind nur ihrem Gewissen unterworfen und an Aufträge nicht gebunden)」

¹⁸⁶ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 14.

¹⁸⁷ 台灣大法官解釋中對於公務人員的公共職務關係以及忠誠關係的想像，主要見於大法官解釋第 433 號以及第 618 號。

其中，釋字 433 號指出，「國家為公法人，其意思及行為係經由充當國家機關之公務員為之。公務員與國家之間係為公法上職務關係，國家對公務員有給予俸給、退休金等照顧其生活及保障其權益之義務，公務員對國家亦負有忠誠、執行職務等義務。為維護公務員之紀律，國家對於公務員有違法、廢弛職務或其他失職行為時，得予以懲戒。此一懲戒權之行使即係基於國家與公務員間公法上之權利義務關係，與國家對人民犯罪行為所科處之刑罰不盡相同，而懲戒權行使要件及效果應受法律嚴格規範之要求，其程度與刑罰之適用罪法定主義，對各個罪名皆明定其構成要件及法律效果者，並非完全一致」；

釋字 618 號則要求，「八十九年十二月二十日修正公布之兩岸關係條例第二十一條第 1 項前段規定，大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員部分，乃係基於公務人員經國家任用後，即與國家發生公法上職務關係及忠誠義務，其職務之行使，涉及國家之公權力，不僅應遵守法令，更應積極考量國家整體利益，採取一切有利於國家之行為與決策；並鑒於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保臺灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特別規定，其目的洵屬合理正當」。

¹⁸⁸ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 15: „Während das Beamtenverhältnis – als Idealtypus des Amtswaltertums – gekennzeichnet ist durch die Begründung eines meist lebenszeitlichen öffentlichen Dienst- und Treueverhältnisses, ist das Abgeordnetenverhältnis idealtypisch auf Zeit angelegt und begründet – unter Rückgriff auf Art. 38 I GG – ein solches Dienst- und Treueverhältnis gerade nicht.“

存照顧之維持屬於公務員的重要任務¹⁸⁹。公務員在執行法律時，不應將執行法律與否仰賴於個人利益的收受，亦不應製造出此種仰賴性的形象¹⁹⁰。就此而言，按照一般性觀點（細節上略有差別），刑法第 331 條以下條文的保護法益應當是公共職務的公正性以及一般人對此公正性（在無偏頗以及事實相關行政的意義之下）的信賴¹⁹¹。因此，除了法律明文規定免於指示拘束之自由的情形之外，公務員肩負忠誠與服從的義務，其必須服膺於上級所作出的指示，也就是所謂的受指示拘束¹⁹²。又，公務員通常情況下係單獨地執行其職務，並總是在法律的執行過程中作出個案決定。而此一個案決定並不會和其他公務員的決定，就系爭個案導出一個代表性面向¹⁹³。

相對於此，民意代表通常情形下是在政治體制中從事立法活動，即民意代表或接受社會變遷的推動力並致力於謀求解決之道，或基於其個人的政治確信而尋求現狀之改變¹⁹⁴。且，通過基本法第 38 條第 1 項可以得知，並未對民意代表構建任何的公共職務關係以及忠誠關係，或將類似的關係加諸其身¹⁹⁵。作為全體人民之代表，民意代表不受任何委託或指示之拘束，只須服從於自己的良心。民意代表的義務並不在於執行法律，而理應隨著社會、經濟的發展而使必要之法律獲得通過¹⁹⁶。由於民意代表屬於政治上的一方陣營，因此，在任何情況下其本應或理應受到選民政治期待的引導，或是接受社會中單方陣營的新興見解看法¹⁹⁷。

不單如此，民意代表更是利益之代表者(*Interessenvertreter*)。作為全體人民之代表，民意代表固然在決定作出時要以公共福祉為導向。但是，這並不排除民意代表（至少在聯邦眾議院以及邦議會議員層次）也代表著其選區選民的利益¹⁹⁸。同樣的方式，即便民意代表的選民層主要是由利益團體所組成，民意代表也被容

¹⁸⁹ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 16.

¹⁹⁰ *Schmitz*, FS-Szwarc, 2009, S. 374.

¹⁹¹ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 374.

¹⁹² Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 15: „Während die Mandatsträger (hier stellvertretend: die Bundestagsabgeordneten, Art. 38 I 2 GG) als Vertreter des ganzen Volkes an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen sind, schuldet der Beamte (außer in denjenigen Fällen, in denen kraft Gesetz eine Weisungsfreiheit besteht) Treue und Gehorsam und hat die von seinem Vorgesetzten getroffenen Anweisungen zu befolgen (= Weisungsgebundenheit).“

¹⁹³ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 15: „Dies unterscheidet den Mandatsträger vom Amtsträger, der sein Amt in aller Regel alleine ausübt und bei Vollzug der Gesetze stets Einzelfallentscheidungen zu treffen hat, die nicht erst mit Entscheidungen anderer Amtsträger einen repräsentativen Querschnitt für den jeweils betreffenden Fall ergeben.“

¹⁹⁴ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 16: „Die Mandatsträger müssen zur Erfüllung ihrer Aufgaben den Dialog mit anderen Mandatsträgern, Politikern der eigenen aber auch fremder Parteien, vor allem aber auch der Interessensgruppen und Einzelpersonen in ihrem Wahlkreis suchen.“

¹⁹⁵ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 15.

¹⁹⁶ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 374.

¹⁹⁷ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 374.

¹⁹⁸ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 15.

許代表利益團體之特定利益¹⁹⁹。就此而言，特定之遊說形式完全是可取的。而通過在議會中代表不同利益團體的、相互區別的政治組合，人民整體利益的代表性面向才被構建出來，並獲得確保²⁰⁰。因此，對於民意代表而言，無偏頗性面向本身就是完全不具期待的；而就事實相關面向，如果要民意代表將所有的社會群體一併地納入到政治當中進行平等考量，也同樣是不太可能的²⁰¹。

從而，將民意代表和公務員等同處理，在方法上是不可取的。又，儘管民意代表之代議職務和公務員性格存在著重疊之處，如地方議會，但此對於公務員與民意代表任務上的原則區分並無任何影響，而只是使得被選上的人正確行動從而免於刑罰這件事變得更加困難²⁰²。

二、民意代表與公務員之工作方式(Arbeitsweisen)差異

從公務員以及民意代表任務上的差異，可以直接導出，兩者在工作方式上也存在著差異²⁰³。就民意代表而言，為了達成其任務，其不僅應在其各自的議會或者選區中尋求與其他民意代表、本黨或其他政黨政客以及其選區選民與利益群體之間的公共對話²⁰⁴，有時也要在不透明的圈子、團體以及對話小組中形塑自己的觀點²⁰⁵。

此外，民意代表為了就複雜的事實情況作出評判，其並無需事先收集所有必要的資訊²⁰⁶。就此而言，將每一個不透明的意見交換推定為「欺瞞」(Mauschelei)，是不妥當的，儘管在個別案件中並不能被排除這種可能性。但是，僅僅因為個案的緣故，就「因噎廢食」地一併以刑罰的方式來禁止此類資訊獲取可能性，在民主社會中顯然是不合理的²⁰⁷。

對於市民而言，亦是如此。其不僅被容許以選票的方式而對議會之組成施加影響，同樣也能夠向個別的民意代表施加影響，以謀求自己的利益、實現自己的

¹⁹⁹ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 15.

²⁰⁰ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 15: „Gerade durch die unterschiedliche politische Zusammensetzung der Parlamente, die auch unterschiedliche Interessengruppen vertreten, wird ein repräsentativer Querschnitt der Gesamtinteressen der Bevölkerung hergestellt und garantiert.“

²⁰¹ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 374.

²⁰² *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 375.

²⁰³ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 375; Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 15.

²⁰⁴ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 15.

²⁰⁵ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 375.

²⁰⁶ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 375.

²⁰⁷ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 375.

訴求。譬如，邀請民意代表列席社團會議或公共活動的行為，是可能且可取的²⁰⁸。相對的，類似行為對於本應就相關人士作出決定的公務員而言，如作出給付裁決、作出禁止處分等，恰好是法所禁止的²⁰⁹。又，從結果上來看，如果特定職業群體或某一市民階層比其他人更加成功（就施加影響這件事上），也並不意味著上述原則的失敗——在意見的貫徹實行上的不平等，是一般性的問題，即便在民主國家中也無法完全克服²¹⁰。

公務員在法律適用過程中必須嚴格受法之拘束(*strikten Gesetzesbindung*)²¹¹。原則上，公務員的決定裁量空間必須僅在法律的框架之內。其決定的作出，必須免於政治以及媒體的壓力，也必須免於第三人之影響以及私人責任，亦要特別地免於經濟上的考量²¹²。相反地，民意代表並未如此嚴格地受到法律的拘束²¹³。以聯邦眾議院議員來說，如同之前所多次強調的，依照基本法第 38 條第 1 項第 2 款之規定，其並不受任何指示和委託所拘束，而僅服從於自己的良心。就此而言，當民意代表在作出決定時，往往是政治觀點扮演著重要角色。是以，民意代表得以明確地為利益代表行為²¹⁴。

而嚴格受法之拘束以及無偏頗義務(*die Pflicht zur Unparteilichkeit*)，使得公務員（或法官）的活動得以被另一個公務員（或法官）的活動所取代(*ersetzbar*)²¹⁵。公務員的可替代性在職務這個概念上表現得淋漓盡致——因為職務的完成與由何人來完成並不相關。反正只要職務被完成並具備固有的同一性，即可²¹⁶。對於公務員而言，通常都存在著代理規則。從中可以得知，任何一個公務員在執行法

²⁰⁸ Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 375; Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 15: „Auch umgekehrt ist es gerade ein Recht des Bürgers, in seinem Wahlkreis Einfluss auf „seinen“ Abgeordneten zu nehmen, um zu versuchen, seine Anliegen und Interessen durchzusetzen. Insoweit sind auch Einladungen zu Vereinsitzungen oder öffentlichen Veranstaltungen möglich und erwünscht.“

²⁰⁹ Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 375; Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 15: „Gegenüber einem Amtsträger, der dem Betroffenen gegenüber eine Entscheidung zu treffen hat (Erlass eines Leistungsbescheides, Untersagungsverfügung etc.) ist eine solche Einflussnahme hingegen unzulässig.“

²¹⁰ Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 375.

²¹¹ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 16.

²¹² Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 16: „Er hat grundsätzlich nur im Rahmen dieser Gesetze einen gewissen Entscheidungsspielraum, muss seine Entscheidungen frei von politischem und medialem Druck und auch frei von Einflussnahmen Dritter und von privaten Verpflichtungen, insbesondere aber auch frei von finanziellen Erwägungen treffen.“

²¹³ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 16.

²¹⁴ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 16: „Bei den von ihnen zu treffenden Entscheidungen spielen vielmehr oft politische Gesichtspunkte eine wesentliche Rolle, wobei die Mandatsträger zur Interessenvertretung ausdrücklich berechtigt sind.“

²¹⁵ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 16.

²¹⁶ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 16: „Diese Austauschbarkeit des Amtsträgers kommt gerade auch im Begriff des „Amtes“ zum Ausdruck, welches unabhängig vom jeweiligen Amtsträger ausgefüllt werden muss und eine eigene Identität aufweist.“

律的過程中必須適用相同的標準，乃至於在其擁有相對寬廣的裁量空間的個別情形之下，也必須按照具體個案所涉及的規則而獲致同一個決定²¹⁷。相對的，對於政治意義下的民意代表，其並不具備可替代性，即民意代表在執行其代議職務時，並不能被取代²¹⁸。



三、民意代表受影響之必要性(Notwendigkeit)

政治基本上是仰賴於妥協，而妥協之中則包含著相互的退讓以及利益尋求²¹⁹。如果依照基本法第 38 條第 1 項第 2 句之規定——民意代表是全體人民的代表，而認為民意代表必須始終如一地代表所有人民（選民）的利益的話，那麼，此一說法不僅是天真的，而且可能也並非是其選民之所願——如此的話，就不需要存在不同的政黨了²²⁰。民主歷程的存續恰恰是仰賴於不同利益以及意見之間的對抗²²¹。當然，這也不意味著對於毫無限制之顧客政治(Klientelpolitik)的支持，顧客政治本身也為基本法第 38 條第 1 項第 2 句之憲法性內涵所拒斥²²²。毋寧說，基本法第 38 條第 1 項第 2 句要求民意代表在特定政治意見的貫徹過程中，也始終要顧及公共福祉²²³。

從而，民意代表得以，在其為表決行為之時考慮未來的、極其可能的、提供給自己或第三人（特別是其他的政黨成員）的利益，且事後也確實收受此一利益²²⁴。相對的，如果公務員為此一行為的話，則會構成刑法第 331 條之違反。特別值得一提的是，對於民意代表而言，其被容許收受政黨捐款，只要未逾越違反政黨法第 25 條所規定的限制和程序²²⁵。

²¹⁷ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 16: „So existieren für Amtsgeschäfte auch regelmäßig Vertretungsregeln, da davon ausgegangen werden kann und muss, dass jeder Amtsträger beim Vollzug der Gesetze die gleichen Maßstäbe anzulegen hat und daher – bis auf die wenigen Fälle eines weiten Ermessensspielraumes – im Hinblick auf die zu treffende Einzelfallregelung auch zu denselben Entscheidungen gelangen wird.“

²¹⁸ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 16.

²¹⁹ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²²⁰ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²²¹ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 376: „Die Vorstellung, Abgeordnete wären entsprechend Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG Vertreter des ganzen Volkes in dem Sinne, dass sie stets das Interesse des gesamten (Wahl)Volkes gleichmäßig vertreten müssen, wäre nicht nur naiv, sondern von ihren Wählern wohl auch nicht gewünscht – sonst bedürfte es nicht verschiedener politischer Parteien. Der demokratische Prozess lebt gerade von dem Widerstreit verschiedener Interessen und Vorstellungen.“

²²² *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²²³ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²²⁴ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²²⁵ *Schmitz*, aaO. (Fn. 190), S. 376: „Es ist ihnen insbesondere auch erlaubt, Parteispenden anzunehmen, sofern die durch § 25 PartG vorgegebenen Schranken und Verfahren eingehalten werden.“

儘管如此，也不能理所當然地認為，民意代表經常被置於強大且具備指向性的影響意圖之中——此一影響意圖的來源除了財團遊說之外，還包括了其他的社會團體，且其意圖內容是為了特定利益群體的利益而修改民主的「遊戲規則」²²⁶。是以，在大量的、基本上並不會被認為有問題的非正式接觸情形中（當中包含了細微的利益提供，如邀請民意代表聚餐），亦是如此²²⁷。此外，更為強大的影響往往和所謂的諮詢契約之締結(Abschluss sog. Beraterverträge)聯繫在一起，即民意代表對於報酬之提供，有義務為對價給付²²⁸。在這些情形之下，民意代表會陷入到危險之中——在基本法第 38 條第 1 項第 2 句劃定的界限之外行動，即民意代表在代議職務執行過程中不再自由，更別提對於公共福祉的留意²²⁹。因此，基於對民意代表的保護，人們可以考慮將(上述)遊說型態納入刑法的懲罰範疇²³⁰。

不過，即便由於一些不願發生的案件而導致將體制內部所容許的利益考量納入刑罰的範疇之中，這並不意味著支持將民意代表和公務員等同化處理²³¹。毋寧說，問題在於，是否以及在何種程度對於刑法第 108e 條進行擴張²³²。

四、其他的細節差異：產生機制差異與責任承擔差異

公務員多數係基於其本身的公務員地位而長期履行職務，其並不依賴於（再次的）選舉；相對於此，民意代表則總是被置於政治利益的視野之下²³³。從而，此彰顯了一種可能性——刑事控訴以及偵查程序可能基於政治目的而被濫用²³⁴。民意代表在選舉之前可能面臨著涉嫌貪腐的指控而被置於偵查程序之中；相較於其他未遭遇此一控訴的候選人，其將大大不利於民意代表在選舉中脫穎而出²³⁵。因為只要存在著初始嫌疑(Anfangsverdacht)，就足以開啟偵查程序²³⁶。而在一個

²²⁶ Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 376: „Gleichwohl kann natürlich auch nicht verkannt werden, dass Abgeordnete vielfach starken und gezielten Beeinflussungsversuchen ausgesetzt sind, die von zahlreichen Lobbyisten aus der Wirtschaft, aber auch anderen gesellschaftlichen Gruppen unternommen werden, und mit denen versucht werden kann, die demokratischen „Spielregeln“ zu sehre zugunsten einer bestimmten Interessengruppe zu verändern.“

²²⁷ Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²²⁸ Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²²⁹ Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²³⁰ Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²³¹ Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²³² Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 376.

²³³ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 16: „Im Gegensatz zu den Amtsträgern, die zumeist auch auf Grund ihres Beamtenstatus ihren Beruf dauerhaft ausüben und nicht auf eine (Wieder-)Wahl angewiesen sind, steht der Mandatsträger stets im Blickfeld politischer Interessen.“

²³⁴ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 16.

²³⁵ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 16.

²³⁶ 德國刑事訴訟法第 152 條規定，「……只要存在足夠的事實依據，除法律另有規定外，檢察院負有對所有應追訴的犯罪行為採取措施的義務。」「該款規定啟動偵查程序的『初始嫌疑』，『初

範圍較為寬廣的刑法條文中，此一初始嫌疑得以快速地被構建出來。是以，存在著一種危險，即政治上的對手基於政治上之目的而在選戰時期濫用刑事程序；而對於公務員，此一危險的範圍則相對狹小²³⁷。



公務員對於職務行為的合法性承擔著個人責任(*persönliche Verantwortung*)，此一責任透過刑法（刑法第 331 條以下）、紀律法（聯邦公務員法第 77 條第 1 項以及第 3 項，結合聯邦紀律法以及邦法中的相應規則）以及法律責任法（公務員地位法第 48 條以及聯邦公務員法第 75 條等）上全方位的法律規則而獲得確保²³⁸。但是，對於民意代表而言，並不存在的相同的規則與義務。通常情況下，對於民意代表，只存在著少數規範化的、以制裁進行強化的義務（刑法第 108e 條、議員法第 44a 條以及第 44b 條、聯邦眾議院議員之行為規範），如代議職務實行義務、出席會議、兼職活動之申報義務、特定的保密義務以及在聯邦眾議院中保持秩序之義務²³⁹。固然立法者完全可以導入嚴格要求民意代表的規則，但從（此一要求）至今仍尚未發生此一事實來看，其顯示了任何情形之下都可以導出不同的義務範圍²⁴⁰。

第二目 納入刑法第 331 條以下條文的成罪可能性

一、納入刑法第 332 條以及第 334 條的成罪可能性？

儘管將民意代表和公務員一併用賄賂罪來處理是合乎《聯合國反貪腐公約》的結構，但是內國在轉化《聯合國反貪腐公約》時，此一結構對於內國並無強制性的拘束力²⁴¹。而就目前學術上的討論來看，德國多數說法是拒絕直接將民意代

始嫌疑」指存在事實依據，按照犯罪偵查經驗認為所涉及之人可能參與了應受追訴的犯罪行為。按照此規定，須有具體的事實，而僅僅猜測是不足的。是否懷疑度足以引起啟動偵查程序，就此檢察官有判斷空間。」參見：宗玉琨（譯註），《德國刑事訴訟法典》，知識產權出版社，2013 年 12 月，頁 145。

²³⁷ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 17: „Da zur Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens bereits ein Anfangsverdacht ausreicht, der bei einer sehr weitgehenden Strafvorschrift schnell konstruiert werden kann, besteht die Gefahr, dass Strafverfahren insbesondere von politischen Gegnern in Wahlkampfzeiten zu politischen Zwecken instrumentalisiert werden. Diese Gefahr besteht bei Amtsträgern in weit geringerem Umfang.“

²³⁸ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 17.

²³⁹ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 17: „Die wenigen normierten und sanktionsbewehrten Pflichten (vgl. § 108e StGB, §§ 44a, 44b AbgG, Verhaltensregeln der Mitglieder des deutschen Bundestages) betreffen in der Regel nur die Pflicht zur Wahrnehmung des Mandats, die Teilnahme an Sitzungen, die Pflicht zur Anzeige von Nebentätigkeiten, gewisse Verschwiegenheitspflichten und die Pflicht zur Wahrung der Ordnung im Deutschen Bundestag.“

²⁴⁰ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 17.

²⁴¹ *Peek*, ZStrW 2012, S. 811.

表和公務員等同的。學者 Dölling 指出，公務員和民意代表的地位具有本質上的不同，公務員主要在於執行法律，並且以事先規定的事物觀點為導向，而民意代表則需要置身於政治紛爭之中。在此政治紛爭中，法律的版本以及決定法律版本之前所要考慮的觀點都是處於爭執之中而尚未確定的²⁴²。且民意代表的行為規範，也並未如公務員一樣具體化²⁴³。此外，Stünker 也提出類似的觀點，對於民意代表來說，並不存在著準確界定的義務範圍，進而要求議員除了專業論據之外，不容考慮個人利益或是策略上的考量²⁴⁴。

事實上，假若民意代表收受賄賂並提供對價（譬如通過某個法案），準確界定的義務範圍的欠缺會導致無法判斷民意代表的對價給付是否合法與否²⁴⁵。對價給付合法與否又剛好是刑法第 332 條以及第 334 條（違背職務收受賄賂罪以及行賄罪）的構成要件前提²⁴⁶。

二、納入刑法第 331 條以及第 333 條的成罪可能性？

相對的，刑法第 331 條以及第 333 條（普通收受賄賂罪以及行賄罪）所懲罰的是職務執行與利益的連結，而無須考慮職務執行的行為合法還是違法²⁴⁷。就此而言，準確界定的義務範圍的欠缺似乎不能妨礙刑法第 331 條以及第 333 條適用於民意代表收受賄賂的情形中；且相應的，立法者在創設《國際貪腐防制條例》(IntBestG)第 2 條第 2 項時，也指出由於民意代表的義務範圍並不明確，因而導致無法區分合乎義務的行為以及不合乎義務的行為²⁴⁸。但並無法據此導出，公務員和民意代表應該一同被納入刑法第 333 條行賄罪的規範中。毋寧說，立法者在《國際貪腐防制條例》第 2 條第 2 項時創設了一個特別的構成要件。且其在民意代表的對待給付上，甚至已經超出了刑法第 333 條第 1 項之要求²⁴⁹。

²⁴² Dölling, aaO. (Fn. 2), S. 82: „Während die Amtsträger die Gesetz zu vollziehen und sich an vorgegebenen Sachgesichtspunkten zu orientieren haben, stehen die Abgeordneten in der politischen Auseinandersetzung, in der über die Fassung der Gesetze und die vorrangig zu berücksichtigenden Gesichtspunkte gestritten wird.“

²⁴³ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 811.

²⁴⁴ Stünker, FS-Meyer, 2009, S. 596: „Es existiert kein genau umgrenzter Pflichtenkreis, der es dem Abgeordneten untersagt, neben Sachargumenten persönliche Interessen und taktische Erwägungen zu berücksichtigen.“

²⁴⁵ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 811.

²⁴⁶ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 811.

²⁴⁷ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 811.

²⁴⁸ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 811.

²⁴⁹ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 812: „Daraus hat er freilich nicht die Konsequenz einer Gleichstellung von Amtsträgern und Abgeordneten im Rahmen des § 333 StGB gezogen, sondern einen Sondertatbestand geschaffen, der in seiner Weite hinsichtlich der angestrebten Gegenleistung des Abgeordneten sogar noch über § 333 Abs. 1 StGB hinausgeht.“

不能將民意代表納入刑法第 331 條以及第 333 條處罰的原因，並不是無法將民意代表違反義務的行為同合乎義務的行為區分開，而是刑法第 331 條的懲罰範圍過於寬廣²⁵⁰。是以，如果非要使用刑法第 331 條來處理民意代表的問題，則會產生一種疑慮——將一些合乎政治慣例的行為納入刑法之中進行懲罰。特別是，對於政黨或個別民意代表的捐獻體系，必然會陷入刑事司法機關的視野之中²⁵¹。

因為自從通過貪腐抗制法完成刑法第 331 條以及第 333 條的修正以來，一方面，第三人（收受）利益也被納入到本罪的構成要件當中。是以，捐款即便是流向政黨，也被包含在內；另一方面，以往對於利益提供者以及利益收受者之間的不法對價關係的要求被大幅地放寬。從而，不再要求利益提供者以及收受者之間就以下的事項達成一致——利益係針對特定的、未來的或是已經作出的職務行為之對價給付²⁵²。對於刑法第 331 條以及第 333 條而言，不法協議此一構成要件要求的放寬，原則上具備正當性，因為公務員在執行其職務的當下，理應在原則上保持中立；但是，在民意代表上，卻不存在著此一前提要件²⁵³。民意代表不單是偏頗的——甚至偏頗性本身就是民意代表此一工作的一部分，還可收受來自其他人的、對民意代表所設定目標表示肯認和支持的捐獻²⁵⁴。

因此，如果硬要將刑法第 331 條擴張到民意代表身上，可能出現的結果是：其一，民意代表作為利益代表者無法被正當化，因為對於政治的支持將和對公務員的投餌行為畫上等號²⁵⁵；其二，為了避免上述的情形發生，只能對於刑法第 331 條以及第 333 條的構成要件進行限縮。這無疑將會使刑法第 331 條以及第 333 條在一夜之間回到 1997 年以前的法律處境²⁵⁶。果真如此的話，這（回到 1997 年以前的情境）將是不可避免的，且在刑事政策上也會釋放出一個錯誤的信號。

²⁵⁰ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 813: „Der Grund dafür liegt weniger in der fehlenden Abgrenzbarkeit pflichtgemäßen Abgeordnetenhandelns von pflichtwidrigem Handeln, sondern eher darin, dass die Anwendung der §§ 331, 333 StGB auf Abgeordnetenhandelns als zu weitgehend empfunden wird.“

²⁵¹ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 813: „Es besteht die Befürchtung, dass dann auch Verhaltensweisen pönalisiert würden, die politisch üblich sind. Tatsächlich geriete damit insbesondere das System der Spenden an Parteien oder einzelne Abgeordnete zwangsläufig in das Visier der Strafverfolgungsbehörden.“

²⁵² Peek, aaO. (Fn. 241), S. 812: „Zum anderen und vor allem ist das klassische Erfordernis einer Unrechtsvereinbarung zwischen Vorteilsgeber und -nehmer durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz erheblich gelockert worden; beide müssen sich nicht mehr darüber einig sein müssen, dass der Vorteil die Gegenleistung für eine bestimmte künftige oder bereits erbrachte Diensthandlung bildet.“

²⁵³ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 813.

²⁵⁴ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 813: „Diese dürfen nicht nur parteilich sein – Parteilichkeit gehört geradezu zu ihrer Stellung als Abgeordnete. Ebenso ist es selbstverständlich, dass Spenden deshalb gewährt werden, weil man die Ziele des Empfängers für richtig und unterstützenswert hält.“

²⁵⁵ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 813.

²⁵⁶ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 813.

第三目 小結

之一，透過上述分析及結合前一章節中部分歐陸國家的立法例，可以得知，德國法上關於民意代表與公務員的區分，係一種立法論上而非解釋論上的觀點。換言之，德國法並不是事先在立法上採納一個廣泛的公務員概念，再透過解釋的方法進行限縮，乃至於將民代排除在公務員概念之外²⁵⁷。

之二，強調民代的自由委任或良心代議，以使民意代表與公務員有所區分，進而使自由委任成為民代賄賂罪的保護法益或構成要件要素，學說上並不乏批判的聲音。一方面，就保護法益而言，承如之前關於刑法第 108e 條的保護法益探討，Fischer 法官就指出，將代議職務的自由執行當作保護法益，除了使本罪過於限縮以及扭曲本罪的保護指向，民意代表反而成為自身受賄的受害者之外，還可能會使法益喪失批評性功能，至少是解釋與適用導向功能；另一方面，如果直接將自由委任作為構成要件要素，在解釋論上如何在合乎立法者意旨的情形下自圓其說，並使本罪能夠發揮作用，將會是一個難以解決的問題²⁵⁸。

之三，至於民意代表與公務員的產生機制差異，其並不足以正當化將民代與公務員區別。因為如果按照這樣的邏輯推理下去，民意代表有選舉的壓力，所以和普通公務員不一樣。那麼，民選市長、政務官其本身亦存在選舉壓力並接受選民之檢驗，其應該要和民意代表一樣被排除在公務員賄賂罪的範圍之外。但事實是，不管是政務官還是事務官，其均為德國刑法第 11 條第 1 項第 2 款之公務員而有刑法第 331 條以下條文之適用。

²⁵⁷ 類似地，對於公務員賄賂罪職務上行為的解釋，許恒達教授認為：「現行法在解釋上，應該考慮引納分立規範模式的精神，具體限定民意代表職務行為的概念範疇，此即僅限於民意代表的議會活動，包括體制性法定職權的提案、審議、表決、質詢等行為，若其以特定提案、議會中特別促成提案、特定表決內容或在議會中提出特定的質詢行為作為對價，收受賄賂，自成立職務行為受賄罪；但若非體制性的關說、牽線或遊說行政機關，均應排除於職務行為之外。」參見：許恒達，註 10 文，頁 77-78。

對此主張，林鈺雄教授的一個重要批評是：「學界情況也是混亂。首先要指出，研究《貪污》不是我國刑法學界的主流，相關文獻本來數量就有限；而在這些對於貪瀆罪表態的非主流學者中，幾乎是一面倒反對重刑主義，因此，學者遂有一種傾向，就是試圖以『解釋論』來修正『立法論』的偏差，講白話些，就是儘量用解釋方法限縮貪瀆罪構成要件，讓其適用範圍變窄以達到『抵制重刑主義』的目的。這可以說是學界『非主流中的主流』，因此，看待學者如何解釋我國貪瀆罪，應該先瞭解一下這個背景因素。」參見：林鈺雄，註 43 文，頁 99。

²⁵⁸ 德國現行法的作法就是直接將民意代表的（不）自由委任當作一種構成要件要素，學說上對於該作法的批評，參考本文第五章、第三節、第二項、第二款、第四目、（二）。

第二款 民代賄賂罪的構成要件設計



第一目 受賄主體/行賄對象範圍

從上述幾個版本以及德國刑法第 108e 條現行法的規定來看，可以知道，德國對於民代賄賂罪受賄行為人的範圍存在著一定程度的共識(einig)——民代賄賂罪的可罰性不僅及於德國聯邦眾議院議員，還包含內國以及國際上更為廣泛的立法團體²⁵⁹。且將歐洲議會成員、外國公務員以及國際性組織議會大會成員完全納入到本罪的受賄行為人範圍之中，也是國際公約之要求的應有之義。

值得注意的是，左翼黨版本的草案存在著部分問題。一方面，其在用語上同時採用「國際性或跨國性組織議會大會」。學者 Heinrich 就一針見血地指出，額外採用「跨國性組織議會大會」本身是一種多餘的重複；另一方面，其要求「聯邦德國必須是系爭國際性組織的會員國」。而從國際公約的標準來看，上述的限制並非必要²⁶⁰。

儘管德國刑法第 108e 條現行法最終並未採左翼黨版本的用語，避免了內國法與國際公約之間不必要的扞格。但是，必須注意到，《國際貪腐防制條例》(IntBestG)第 2 條第 2 項中也存在著行賄外國議員罪²⁶¹。由於刑法第 108e 條修正過程中，並未觸碰到德國《國際貪腐防制條例》第 2 條第 2 項，故有必要重新檢視兩者之間的關係以及因此次修法而導致的摩擦(Friktionen)²⁶²。

自刑法第 108e 條刑法草案的修法理由來看，立法者認為，《國際貪腐防制條例》第 2 條第 2 項之行賄外國議員罪係針對《經濟合作與發展組織之國際商務交易活動反對行賄外國公職人員公約》第 2 條的內國法轉化；且其適用範圍限縮在國際商業交易上²⁶³。

但是，學者 Francuski 認為，如此的區分並無讓人信服之處——

²⁵⁹ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 18.

²⁶⁰ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 18.

²⁶¹ Braasch, aaO. (Fn. 107); Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 225.

²⁶² Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 225.

²⁶³ BT-Drucks. 18/476, S. 6; Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 229.

其一，這種區分背離了《聯合國反貪腐公約》對於民意代表賄賂罪之要求。因為《國際貪腐防制條例》第2條第2項要求，利益提供方必須具有「在國際商業交易中獲得或確保委託事項或不當利益」的意圖(Absicht)。但是，在《聯合國反貪腐公約》中，其對於利益提供方並未有此一意圖要求，而刑法第108e條新法在其他的情形（非國際商業交易）中，也沒有相應的意圖要求²⁶⁴；

其二，《經濟合作與發展組織之國際商務交易活動反對行賄外國公職人員公約》要求，（在「行賄外國公職人員」罪名²⁶⁵中）要含括作為利益之對價的、「任何與民意代表執行代議職務有關的作為或不作為」²⁶⁶。而《經濟合作與發展組織之國際商務交易活動反對行賄外國公職人員公約》第1條第4項c款規定：「『在代議職務執行有關的作為或不作為』包括對公職人員職位的任何利用行為，無論是否屬該官員的法定職能。」就此而言，刑法可罰性的判斷上也並不取決於權限（分配）規則，在職務之外的活動也應當納入考量（只要其和職務執行有關係的話）²⁶⁷。

²⁶⁴ Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 229.

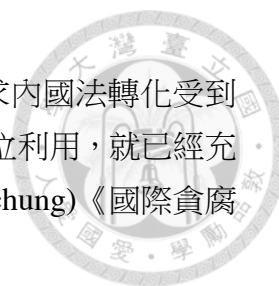
²⁶⁵ 《經濟合作與發展組織之國際商務交易活動反對行賄外國公職人員公約》第1條之行賄外國公職人員罪規定：「1、每一締約方應採取必要措施以確定根據其法律下列行為屬犯罪行為：任何人，無論直接還是通過中間方，故意向一外國公職人員，為該官員或為第三方提供、承諾或給付金錢或其他利益，以使該官員採取與其職務執行相關的作為或不作為，從而在從事國際商業過程中獲得或保留商業或其他不當利益.....4、就本公約而言：a、『外國公職人員』指在外國擔任立法、行政或司法職務的任何人，無論任命還是選舉擔任；為外國行使公共職能的任何人，包括為公共機構或公共企業；以及公共國際組織的任何官員或代理人；b、『外國』包括從國家到地方的政府各級及分支；c、『在代議職務執行有關的作為或不作為』包括對公職人員職位的任何利用行為，無論是否屬該官員的法定職能。」

Article 1: The Offence of Bribery of Foreign Public Officials:

1. Each Party shall take such measures as maybe necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business.....4. For the purpose of this Convention: a. "foreign public official" means any person holding a legislative, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected; any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise; and any official or agent of a public international organisation; b. "foreign country" includes all levels and subdivisions of government, from national to local; c. "act or refrain from acting in relation to the performance of official duties" includes any use of the public official's position, whether or not within the official's authorised competence.

²⁶⁶ Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 229: „Zum anderen – und allein hier können Zweifel an der Umsetzung der Vorgaben aufkommen – erfasst die OECD-Konvention, auf der das IntBestG beruht, als Gegenleistung für den Vorteil jede Handlung oder Unterlassung des Mandatsträgers „in Zusammenhang mit der Ausübung“ seines Mandats.“

²⁶⁷ Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 230: „Laut Art. 1 Abs. 4 lit. c des OECD-Übereinkommens soll damit „jede Nutzung der Stellung [...] innerhalb oder außerhalb eines ihm übertragenen Zuständigkeitsbereichs“ erfasst werden. Mit dieser weiten Formulierung wird lediglich klargestellt, dass das Ausnutzen der formellen (Abgeordneten-)Stellung vollumfänglich in den strafbaren Bereich einzubeziehen ist. Es soll für eine Strafbarkeit nicht etwa auf die Einhaltung von Kompetenzregeln ankommen.“



固然修改《國際貪腐防制條例》(IntBestG)會導致公約要求內國法轉化受到質疑，但由於該罪在職務執行判斷上，只要存在著一般性的地位利用，就已經充分。因此，學者 Francuski 認為，相對可取之道是，刪除(Streichung)《國際貪腐防制條例》(IntBestG)第 2 條第 2 項的規定²⁶⁸。

第二目 受賄主體行為範圍

在上述草案以及德國刑法第 108e 條現行法規定中，對於受賄人的行為範圍存在一致見解的是：

之一，刑法第 108e 條舊法將民意代表的行為範圍侷限於特定機構中選舉或表決中購買或出售選票的行為。但是，承如之前所言，如果將本罪的保護法益定位為議會程序的整全性以及代議職務執行的獨立性——進而保護議會中自由的意志形成與活動免於不法影響，則將受賄人的行為範圍侷限於在特定機構中選舉或表決中購買或出售選票的行為，是有待商榷的²⁶⁹。是以，上述所有草案以及刑法第 108e 條現行法規定均肯認，德國刑法第 108e 條（舊法）的可罰性擴張勢在必行，且應將受賄人的行為範圍延伸至民意代表實施代議職務的所有作為或不作為，儘管各個草案以及現行法規定在措詞的選用上存在著歧見²⁷⁰。

之二，至於受賄行為人行為範圍，可以確定的是，除了民意代表在代議機構全體大會以及委員會中的行為之外，也及於其在代議機構黨團以及事務委員會中的行為。因為「真實的意思形成」通常並不是在全體大會與委員會中，而是在事務委員會與黨團中就早已發生。外部人士若想對議會的決定施加影響，更有效的方式往往是，透過受賄的民意代表對主管委員會或主管工作組施加影響。因為委員會或工作組的決定往往會在之後的機構中獲得通過。對報告者(Berichterstatter)施加影響，亦是如此。因為其對於黨團內部意見形成發揮著重大的作用²⁷¹。另外，如果民意代表在其他委員會的活動與其代議職務存在著連結，如在聯邦大會、協調委員會、聯合委員會或法官遴選委員會中的活動，也在民意代表的行為範圍之

²⁶⁸ Francuski, aaO. (Fn. 105), S. 230.

²⁶⁹ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 18.

²⁷⁰ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 18: „Sämtliche der zu beurteilenden Gesetzentwürfe gehen von einer Erweiterung der zu erfassenden Handlungen aus und knüpfen – mit unterschiedlichen Formulierungen – an sämtliche Handlungen oder Unterlassungen an, die der Mandatsträger „in Wahrnehmung seines Mandats“ vollzieht.“

²⁷¹ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 19.

內。至於民意代表在上述機構內的活動內容，不再局限於在代議機構或黨團內選舉或表決中的表決權行使之外。只要其與民意代表代議職務執行存在著關聯，就足以該當之，譬如對發言權、提案權、質詢權、將內部資訊（如未公開之會議）洩露給外部人士或在立法程序中施加其他的影響（如約定在黨團審議中不提交特定的法律草案）²⁷²。

不過，實際上民意代表的功能當然並未止於上述的行為，其有時也「浮光掠影」地彰顯於代議機構之外的活動（Tätigkeiten “außerhalb” des Parlaments）。民意代表既可透過公開的意見表達來影響其選區的政治性決定，也可在相應的委員會中主張特定的觀點而影響（行政機關擁有裁量餘地的）行政流程使其朝某一方向發展，亦可在其政黨機構內（特別是在黨代會決議）使用源自其地位的權威²⁷³。如此，究竟民意代表「議會外的活動」在多大程度被肯認與代議職務的執行存在著關聯，不無疑問。

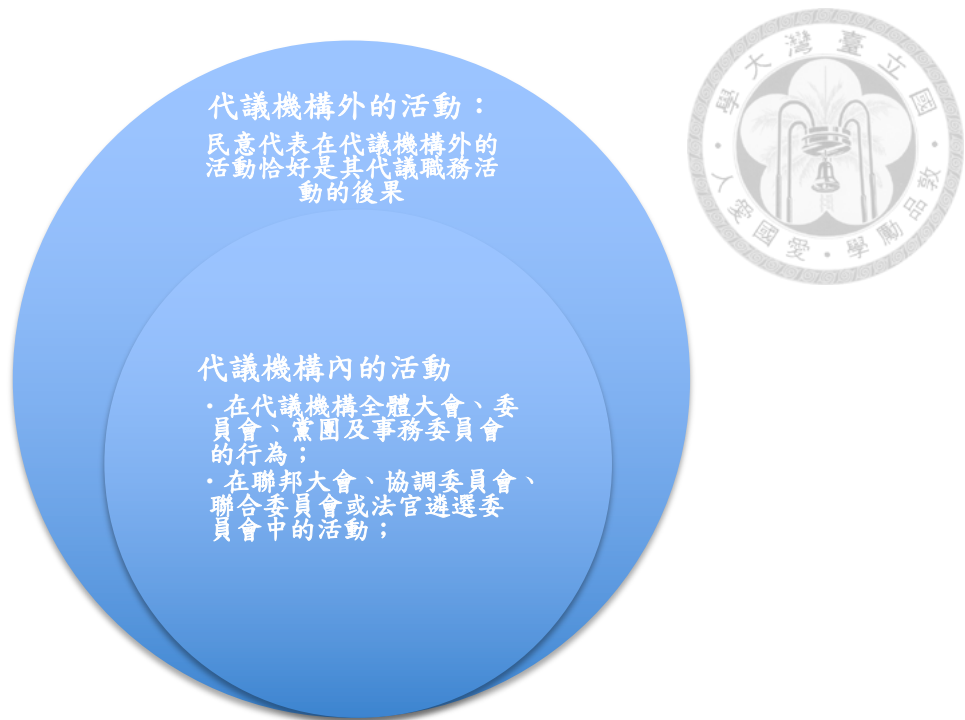
對於此一問題，德國存在著肯定、否定兩說。肯定說認為，議會機構之外的、與議會投票無關的活動，應和代議機構內的投票行為一樣，均應建立於自由良心決定之上且獨立於不法之影響²⁷⁴。因此，一如左翼黨版本草案的用語所揭示的，只要其與「代議職務執行存在著關聯」，就已經充分。相對的，否定說則是認為，將議會機構以外的行為也納入其中，會造成本罪的構成要件過度的不確定²⁷⁵。民意代表與其議會工作無關連的行為，如兼職活動，理應被區分出來。不過，實際上，民意代表的代議職務及其職業活動之間往往難以「乾乾淨淨」地切割（sauber trennen）。在選區或黨代會中其他政治影響力的施加亦是同樣的情形。

²⁷² Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 19.

²⁷³ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 19 f.: „Darüber hinaus ist es nun aber fraglich, inwieweit auch Tätigkeiten „außerhalb“ des Parlaments, die aber im Zusammenhang mit der Ausübung des Mandates stehen, erfasst sein sollen. So kann der Mandatsträger z.B. durch öffentliche Meinungsäußerungen politische Entscheidungen in seinem Wahlkreis beeinflussen. Auch kann er Verwaltungsabläufe, bei denen die Verwaltung einen Ermessensspielraum besitzt, in die eine oder andere Richtung beeinflussen, wenn er sich in den entsprechenden Gremien für einen bestimmten Standpunkt einsetzt. Schließlich kann der Mandatsträger die ihm durch seine Stellung verliehene Autorität in den Gremien seiner Partei, insbesondere bei Parteitagsbeschlüssen, einsetzen.“

²⁷⁴ Vgl. *van Aaken*, ZaöRV 2005, 407 (425 f.); v. *Arnim*, NVwZ 2006, 249 (252). (zitiert nach *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 20: „Geht man davon aus, dass die von der Stimmabgabe im Parlament unabhängigen und außerhalb der parlamentarischen Gremien vorgenommenen Tätigkeiten in gleicher Weise wie bei der Stimmabgabe ein Handeln des Volksvertreters verlangen, das sich auf der Grundlage einer freien Gewissensentscheidung und unabhängig von illegitimer Einflussnahme vollzieht und insoweit nicht von sachfremden Erwägungen überlagert werden darf, so spricht einiges dafür, auch diese Tätigkeiten mit einzubeziehen.“)

²⁷⁵ Vgl. *Epp*, aaO. (Fn. 2), S. 280 ff.; *Peek*, (Fn. 241), S. 825. (zitiert nach *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 20: „Dem lässt sich allerdings entgegengehalten, dass der Tatbestand dann viel zu unbestimmt würde.“)



※ 圖表 5 - 3：德國民代賄賂罪代議職務執行的範圍

製圖：作者

學者 Heinrich 認為，一方面，相較於「代議職務之實施」或「代議職務之執行」，「與其代議職務之執行有關聯」此一概念的範圍更為廣泛。是以，誤解在所難免。之前在一般的公務員賄賂罪的修法中不採「與職務存在關聯」此一用語，也是因為其會導致一種過於寬泛的解釋²⁷⁶；另一方面，基於前述學說、實務對於本罪的批評，本罪刑事可罰性的擴張是不得不然的。區分困難本身也無法正當化放棄擴張本罪的刑事可罰性²⁷⁷。

因而，Heinrich 最終採取了一種相對折衷的作法——對民意代表在代議機構外的活動，採取一種高度限縮的解釋，即當民意代表在代議機構外的活動恰好是其代議職務活動的後果時，才被例外地納入到民意代表的行為範圍之內²⁷⁸。

反之，民意代表基於「政黨內部成員身分」所作出的活動，如黨代會決議或從事兼職活動，則不在此列；民意代表僅僅是利用其作為民意代表的「權威」而

²⁷⁶ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 20.

²⁷⁷ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 20: „Diese Abgrenzungsschwierigkeiten rechtfertigen es aber nicht, auf die – aus den geschilderten Gründen erforderliche – Ausweitung zu verzichten.“

²⁷⁸ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 21: „Auch Tätigkeiten außerhalb des parlamentarischen Gremiums können im Ausnahmefall erfasst sein, wenn diese gerade Ausfluss seiner Mandatstätigkeit sind.“

影響其選區的行政流程，也不被視為是「代議職務之實施」²⁷⁹（服用此句前，請先注意該句的前提：德國法在談論民代影響官員，並不是直接對號入座地說民意代表濫用自身權威影響官員不屬於代議職務執行範圍，而是事先作了某種程度的排除，如系爭委員會委員利用關聯職務去影響官員、議員兼有行政職、議員在黨團內兼任黨鞭(Fraktionschef)以及混合行政與立法職能的市政廳(Rathaus)成員等等)。從德國刑法第 108e 條現行法修法及理由來看，其也是採取類似的取徑²⁸⁰。

²⁷⁹ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 21.

²⁸⁰ 對於此問題，台灣學界也存在著分歧。許恒達教授認為：「……如果將民意代表的非體制關說與監督當作職務行為，將使民意代表幾無任何私人活動可言。析言之，受賄罪禁止公務員將具有公權力性質的職務行為與他人交易，但不介入公務員以私人活動和他人產生對價關係。若將受賄罪擴大及於民意代表的非體制行為，不僅將產生難以區別民意代表公／私領域活動的困擾，甚至只要民意代表在私下關說時亮出名片，就可以本於利用其地位特點，一律足可認定為職務行為，折衷解釋顯然有欠合理；此外，受賄罪的管制範圍若擴及此部分，其可罰性的實質理由將不再是『受賄可能產生偏頗的公務決定』，而是『有身分、地位者不得因喬事情而收錢』，這種推論已經實質變動了受賄罪所著重公權力純正執行的法益內涵，把限定在職務行為的受賄罪扭曲為『公務員出於非體制理由而收受不當利益罪』。」「依筆者的看法，民意代表既然是以體制外的作法進行關說，對價關係賴基於『賄賂／體制外關說』，但受賄罪在乎的是民意代表以具有公權力影響作用的職務行為和他人交易賄賂，體制外關說雖然有一定程度的影響力，但無論如何，若還得輾轉透過其他公務員嗣後的介入行為，才能產生最終的行政或司法對外效果，既然民意代表持以交易的一方給付並非體制內的議事活動，僅屬於其地位而操弄影響力的間接作用，又欠缺對外的官方效力，即便關說影響對象是其他公務員或公共事務，這種間接性且依憑他人決定的關說行為，仍然只能應該理解為民意代表的私人活動，而與公領域的職務行為有相當程度的區別。」「至於現行法在解釋上，應該考慮引納分立規範模式的精神，具體限定民意代表職務行為的概念範疇，此即僅限於民意代表的議會活動，包括體制性的法定職權行為，例如提案、審議、表決、質詢等，若其以特定提案、議會中特別促成提案、特定表決內容或在議會中提出特定的質詢行為作為對價，收受賄賂，自成立職務行為受賄罪；此外，筆者認為可以擴張至具有官方名義的會議活動，例如常見的行政、立法協調會之議事活動，例如立委受賄後召開正式協調會，在會中要求行政機關接受特定選民要求，亦可構成受賄罪；但非體制性的關說、牽線或遊說行為，均應排除於職務行為之外。」參見：許恒達，註 10 文，頁 95、97。

不同見解者如，林鈺雄教授認為：「……收賄罪雖然有欠缺被害人的隱匿特定，但『誰會付錢給誰』卻是由一隻經濟上所稱的『看不見的手』所支配，這是一種內在的經濟理性邏輯，B、C 層次的法律檢驗不用太擔心漫無邊際，因為經濟理性早就已經替法律人限定了範圍！講白話些，為什麼生意人要行賄某官員而不去行賄你、我呢？就是因為你、我的職務無關，更無從履行對價給付，而生意人不是笨蛋。」「民意代表約定收錢辦事，再透過其他公務員實施的職務行為。從收賄罪的規範目的來看，這種行為一樣是（間接）影響國家公權力的廉潔與公正執行，其可罰性並無不同，並非所謂的『選民服務』所能正當化。例如：立委收廠商錢，利用質詢機會修理擋廠商財路的行政官員；地方議員收受被取締電玩業者賄款，將警察局長叫到議會排排站，質詢時痛斥修理之，之後警局停止取締；立委收受賄賂，施壓公營銀行主管機關聯貸 180 億無保貸款給『返鄉鮭魚』；立委收受賄賂，施壓公營事業主管機關，使其與不符合廢棄物處理規定要求的廠商訂立廢渣合約。」「以上所舉三類事例的共同之處在於：收賄皆與民意代表自身職務有關！這些都不是所謂的『選民服務』或『私人關說』而已。沒有人禁止民代去選民服務，也沒有人禁止民代選舉時依法去收取政治獻金，但民代不能收取個案酬勞去『拿錢喬事』。事實上，有些實務判決以所謂的民代只是私人關說（諸如『XX 立委只是運用其充沛人脈和影響……』）為由而否定民代成立職務收賄罪，並不足採。」參見：林鈺雄，註 43 文，頁 100、105。

另外，學者吳耀宗則是認為，「再退萬步而言，縱使將中○與○聯理解為單純的民營公司，並且將其經營階層人員定性為非刑法公務員，惟公務員利用其職務上所處理之事務去施壓逼迫私人公司與私人公司簽訂契約而從中牟利，此是否當然不會成立賄賂罪？恐須再三思量。舉例言之，某市市政府工務局局長向某建商 A 表示，以後該公司所開發建設之建案所使用之各式磁磚，均須採用 B 公司所製造或進口的產品，否則將來建商 A 要申請建築執照之核發，都會很困難，然

第三目 利益概念的界定

在利益此一構成要件要素上，比較沒有爭議的地方是，納入非物質形式的利益以及第三人利益²⁸¹。因為從保護法益的觀點來看，利益是物質形式還是非物質形式，利益係向受賄者本人還是向第三人輸送，並無任何差異²⁸²。若民意代表由於非物質形式的利益或第三人利益的影響，決意不再自由委任，並受委託或依指示行動，則議會程序的整全性以及代議職務執行的獨立性，一如在物質形式利益給付的情形中，同樣也會受到侵害。

相對地，在利益概念的界定上，仍存在著不少的爭議。具體而言，在利益概念的界定上，主要有兩種方法：之一，透過一個類似於強制罪的可非難性條款來框限利益的概念，如綠黨版本草案的作法；之二，雖然採取相對廣泛的概念，但仍在利益此一層次作特定範圍的排除，如德國刑法第 108e 條的現行法規定。

一、可非難性條款是否可能？

(一) 可非難性條款的運用

除了刑法第 240 條第 2 項外，德國刑法中運用可非難性概念的條款尚有刑法第 253 條第 2 項、第 170 條第 2 項以及第 129b 條之規定。相關之規定，如下所示：

德國刑法第 240 條 強制²⁸³

後藉此向 B 公司收取新臺幣一千萬元。試問這難道不成立賄賂罪嗎？」參見：吳耀宗，〈立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？——評臺北地方法院 101 年度金訴字第 47 號刑事判決（林○世貪污案）〉，《月旦裁判時報》第 25 期，2014 年 12 月，頁 118-119。

²⁸¹ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 31, 33.

²⁸² Vgl. *Heinrich*, Stellungnahme zur Erweiterung des Straftatbestands des § 108e StGB, in: Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestag, Protokoll Nr. 18/7 Anlagen, 2014, S. 49; *Braasch*, aaO. (Fn. 107).

²⁸³ § 240 StGB (Nötigung)

(1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1.eine andere Person zu einer sexuellen Handlung nötigt,

2.eine Schwangere zum Schwangerschaftsabbruch nötigt oder

(1) 以強暴或者經由可感受惡害之脅迫，違法地強制他人作為、忍受或不作為者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。

(2) 若強暴之行使或惡害之威脅，對於其所追求的目的應認為可非難者，則其行為違法。

(3) 未遂犯罰之……

德國刑法第 253 條 恐嚇²⁸⁴

(1) 以強暴或者經由可感受惡害之脅迫，違法地強制他人作為、忍受或不作為，因而使被強制之人或其他人遭受財產損失者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

(2) 若強暴之行使或惡害之威脅，對於其所追求的目的應認為可非難者，則其行為違法。

(3) 未遂犯罰之……

德國刑法第 170 條 違背撫養義務²⁸⁵

(1) 逃避法定扶養義務，因而危及到受扶養人的生活需求或者在欠缺其他幫助的情形下將會危及到受扶養人的生活需求者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。

(2) 對於懷孕者負有扶養義務之人，以可非難的方式不予扶養，並因此致使墮胎者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

德國刑法第 129b 條 國外的犯罪組織和恐怖組織²⁸⁶

3. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger mißbraucht.

²⁸⁴ § 253 StGB (Erpressung)

(1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung einer Erpressung verbunden hat.

²⁸⁵ § 170 StGB (Verletzung der Unterhaltspflicht)

(1) Wer sich einer gesetzlichen Unterhaltspflicht entzieht, so daß der Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten gefährdet ist oder ohne die Hilfe anderer gefährdet wäre, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer einer Schwangeren zum Unterhalt verpflichtet ist und ihr diesen Unterhalt in verwerflicher Weise vorenthält und dadurch den Schwangerschaftsabbruch bewirkt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

²⁸⁶ § 129b StGB (Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland; Erweiterter Verfall und Einziehung)

(1) Die §§ 129 und 129a gelten auch für Vereinigungen im Ausland. Bezieht sich die Tat auf eine Vereinigung außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, so gilt dies nur, wenn sie durch eine im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgeübte Tätigkeit begangen wird oder wenn der Täter oder das Opfer Deutscher ist oder sich im Inland befindet. In den Fällen des Satzes 2 wird die Tat nur mit Ermächtigung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz verfolgt. Die

(1) 刑法第 129 條與第 129a 條同樣適用於國外的組織。若犯罪行為涉及到歐盟會員國以外的組織，僅當其在本法的空間效力範圍內實施犯罪行為，或者行為人或受害人是德國人，或在德國境內，始有本條之適用。在第 2 句的情形中，只有經由聯邦司法部部長之授權，才能對行為進行追訴。此授權既可針對個案，又可針對將來發生的與特定組織有關行為的追訴為之。在為授權之決定時，部長應考量，組織之活動是否指向了尊重人性尊嚴的國家秩序的基本價值或人民和平的共同生活，並在所有情狀的考量上顯示出可非難。

以德國刑法第 240 條強制罪第 2 項的可非難性條款為例，固然其在體系上的定位為何（構成要件層次？抑或違法性層次？），至今仍未有定論²⁸⁷。不過，由於定位問題並不會影響到所處理的結論，故於此不再贅述。可非難性條款的目的主要是，作為一種犯罪構成要件的校正(Tatbestandskorrektiv)，將社會相當、不具備違法性的行為排除於強制罪條文的適用範圍之外²⁸⁸。可非難條款之所以不可或缺，主要是因為早期強制罪構成要件要求必須以重罪(Verbrechen)或輕罪(Vergehen)行為進行脅迫，而現今只要有可感受的惡害威脅，就已經該當強制罪的「脅迫」選項²⁸⁹。從可非難性條款的用語上來看，可非難性判斷並非僅涉及到行為人所使用的強制手段或行為人所追求之目的，而是還牽涉到兩者之間的關係，即所謂的「手段目的關係」(so genannte Mittel-Zweck-Relation)，並進行一種整體性判斷(eine Gesamtwürdigung)²⁹⁰。順帶一提的是，儘管付出了諸多努力以詳細說明，但德國刑法第 240 條強制罪第 2 項的可非難性條款的具體內涵為何，仍是相對不確定的²⁹¹。德國實務將其理解為一種「升高的倫理否定度」(ein “erhöhter Grad

Ermächtigung kann für den Einzelfall oder allgemein auch für die Verfolgung künftiger Taten erteilt werden, die sich auf eine bestimmte Vereinigung beziehen. Bei der Entscheidung über die Ermächtigung zieht das Ministerium in Betracht, ob die Bestrebungen der Vereinigung gegen die Grundwerte einer die Würde des Menschen achtenden staatlichen Ordnung oder gegen das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind und bei Abwägung aller Umstände als verwerflich erscheinen.

²⁸⁷ 「重要的事強制罪的成立要件，德國立法形式上就明訂了『三個』要素：一是強制手段限於適用強暴與可感受惡害的威脅（下稱『A 要素』），二是強制效果（強制目的）在於使他人為特定事項，無論是作為、容忍或不作為（下稱『B 要素』），三是違法要素（以下簡稱『C 要素』），條文先在第一項抽象宣示『違法』(rechtswidrig)的文字，緊接著在第二項補充說明，違法是指強制手段與目的關聯的可非難性，因此又稱為可非難性條款(Verwerflichkeitsklausel)，這是一個立法者明文指示的規範評價要素。就階層定性而言，前兩要素明顯是構成要件該當行層次，但第三個要素是否亦屬構成要件該當行，則有爭論。」參見：林鈺雄，〈強制罪之整體不法判斷——從彰化台電施工抗爭案的判決談起〉，《月旦法學雜誌》，第 232 期，2014 年 9 月，頁 36。

²⁸⁸ Hartmann, aaO. (Fn. 45), S. 164.

²⁸⁹ BGHSt 2, 194 (196).

²⁹⁰ Hartmann, aaO. (Fn. 45), S. 164.

²⁹¹ 林鈺雄，註 287 文，頁 47-48：「重要的是，關聯性判斷更具體標準何在？這點立法本來就力有未逮，有賴實務與學說續造。值得注意的是，迄今為止，判斷標準是以一種『諸原則』形式而提出，僅例示幾個和社會抗爭及系爭台電施工案較有關係的原則：(1) 輕微性原則。本於實質違法性的相同法理，強制行為若僅造成些微侵擾，由於欠缺實質意義的社會損害性，因此也不是違

sittlicher Mißbilligung”)。所謂的「升高的倫理否定度」並非一種基於道德上或態度上的標準，而是判斷系爭行為是否已經達到「社會不可承受」的程度。就此而言，在多數文獻中，可非難性被理解為行為的社會違反性²⁹²。



(二) 可非難性條款是否可能？

透過以上對於德國刑法中可非難性條款的簡要介紹，可以得知，可非難概念的具體化並無法「放諸四海而皆準」。確切地說，當不法在構成要件無法獲致一個清楚的描述時，為了擺脫此一困境，就會運用可非難性條款²⁹³。不過，是否在民代賄賂罪中導入可非難性條款，立法實務以及學說上眾說紛紜，未有定見。

在民代賄賂罪中導入可非難性條款並非是「心血來潮」的創舉。承前所言，德國聯邦司法部早在大刑法委員會中就曾提過類似的建議，其主要基於以下三個理由：之一，民代賄賂的情境與強制罪不無類似之處。因為本罪判斷的要點不單是構成要件該當的利益提供或收受行為，還必須考慮犯罪的情狀是否可非難進而可刑罰；之二，在行為人對於利益容許性發生錯誤的情形中，相較於利益概念的限制，可非難性條款的優勢在於——上述情形會成立禁止錯誤而不會成立構成要件錯誤；之三，可非難性條款可以將各個事件的特殊性納入考量範圍²⁹⁴。

否定論者如 Michalke，則是認為，可非難性條款並無法在合法與違法作為之間劃出一條滿足實務要求的界線。特別是，採用法律定義的形式——仿照德國刑法第 240 條第 2 項之可非難性條款——來描述「違法利益」，無法繼續延伸下去。依照該定義，可以得知，當利益是「可非難」時，則此「違法利益」是可刑罰的。

法強制……（2）公權力強制手段優先原則。這和自助行為合法要件的考量相同，在公權力不及介入而有自助保全的急迫情形，例外容許施以強制手段，若無此情形，例如強取債務人皮包而強迫其履行債務，則為法秩序所不容……（3）內在關聯性原則。例如威脅債務人若不還錢就要告上法院，清償到期債務的目的合法，告上法院（訴諸國家強制力）的手段也合法，而且兩者具有典型的『內在關聯性』，畢竟，法秩序本來就是期待我們用這種法律解決途徑來實現債權；反之，若威脅手段是揭發債務人的婚外情，縱使檢舉犯罪是合法手段，也因欠缺『內在關聯性』而可受非難。簡言之，不要扯太遠來正當化對他人的強制行為。」

另外，Roxin 也對強制罪的社會違反性判斷，提出了一系列客觀的、自整體法秩序中導出的原則(objektiverbare und aus der gesamten Rechtsordnung abgeleitete Prinzipien)，包括：被強制行為的違法性(Rechtswidrigkeit des abgenötigten Verhaltens)、利益衡量(Güterabwägung)、細微性原則(Geringfügigkeitsprinzip)、國家強制手段優先(Vorrang staatlicher Zwangsmittel)、關聯性欠缺原則(Prinzip des mangelnden Zusammenhangs)以及自主性原則(Autonomieprinzip)。Vgl. Roxin, JuS 64, S. 376 f.

²⁹² Hartmann, aaO. (Fn. 45), S. 165.

²⁹³ Hartmann, aaO. (Fn. 45), S. 167.

²⁹⁴ Vgl. Tröndle, in: Niederschriften GrStrK Bd. 13, S. 263 f. (zitiert nach Hartmann, aaO. (Fn. 45), S. 168).

但是，除此之外，並無法獲知其他的內容。換言之，此處欠缺（描述性）構成要件要素，從而無法釐清此一問題——究竟利益要達到多具體的程度，民意代表收受利益才會引發（以及為何引發）可非難性。相對的，由於強制罪在構成要件上對於意思決定權的保護是非常廣泛的，是以前只能透過德國刑法第 240 條第 2 項之可非難性條款（手段目的關係）來達成必要的限縮。值得注意的是，在德國刑法第 240 條第 2 項中有提到具體的強制手段（強暴之行使或惡害之施加）。結合強制目的，強制手段可以成為判斷系爭行為是否為法秩序所肯認此一問題的根基。而在綠黨版本草案中，民代賄賂罪的可非難性條款則欠缺與此相當的闡釋性要素。²⁹⁵

不過，Hartmann 指出，可非難性條款的引入一方面並不會違反基本法第 103 條第 2 項的明確性要求以及國際公約的要求。就基本法層面而言，強制罪的可非難性條款也曾經遭到違憲的質疑——構成要件本身並無法就法官的裁判提出聯邦憲法法院所要求的牢固根基，從而，規範接受者無法從條文中獲得關於本罪可罰性的必要認知²⁹⁶。不過，聯邦憲法法院最後基於有利於行為人的構成要件調節功能，而明確地肯認德國刑法第 240 條第 2 項的合憲性²⁹⁷。另外，由於人際關係的多樣性以及法律上更佳具體化可能性的欠缺，從可非難性條款中並無法導出對明確性原則的侵害²⁹⁸；就國際公約層面來說，《歐洲理事會反貪腐刑法公約》以及《聯合國反貪腐公約》均要求內國懲罰「不正利益」之收受或提供，而社會所接受的給付則被排除在可罰性之外。內國在落實國際公約時，擁有一定的行動餘地，以進一步地決定在何種情形之下利益給付是「不正當的」。是以，在國際公約的內國法轉化過程中運用違法性條款，並無不妥之處。因為違法性條款和限縮國際公約中利益概念在效果上殊途同歸(zwei unterschiedliche, aber vergleichbare Wege)——都是為了將社會相當的給付排除在可罰性之外。另一方面，在民代賄賂罪的構成要件上導入有爭議的可罰性條款並使用尚待解釋的可非難性概念，無法使所有人信服。可非難性條款的優勢主要在於，其能夠提供必要靈活性而將政治歷程的特殊性納入考量，並發揮類似於德國刑法第 240 條第 2 項的校正

²⁹⁵ Michalke, FS-Hamm, 2008, S. 470: „Es fehlen (deskriptive) Merkmale, die die Frage beantworten, wie denn nun konkret die Vorteile beschaffen sein müssen, damit sie bei deren Annahme beim einem abgeordneten die Verwerflichkeit – und warum – auslösen.“ Kritisch dazu auch Peek, aaO. (Fn. 241), S. 821 f.; Schmitz, aaO. (Fn. 190), S. 380 f.; Epp, aaO. (Fn. 2), S. 329 ff.

²⁹⁶ Hartmann, aaO. (Fn. 45), S. 169: „...den der Tatbestand ließe die vom BVerfG geforderte feste und zuverlässige Grundlage für die Entscheidung des Richters vermissen und gewährleiste damit nicht die für den Normadressaten notwendige Erkennbarkeit der Strafbarkeit aus dem Gesetzeswortlaut.“

²⁹⁷ BVerGE 73, 206 (238 f.).

²⁹⁸ Vgl. Eser/Eisele, StGB, 2014, § 240 Rn. 18.

(Korrektiv)功能——基於個案的整體情狀考量，使政治上社會相當的行為免於刑法的懲罰。²⁹⁹



二、不正利益？——對德國現行法的批判

(一) 利益預先排除之不可能

學者 Kubiciel 以及 Hoven 認為，立法者並未能精準地翻譯出國際公約中「undue」的意思，其應當被翻譯為「nicht geschuldet」，而非「ungerechtfertigt」。從而，這導致了「不正利益」此一概念被塗抹上了一層其他的含義——若利益之提供先前未被禁止，此一利益提供應當被排除在刑法可罰性之外³⁰⁰。

且，現行法修法理由在不正利益上彰顯了一個在體系上不一貫的概念——社會相當性之排除(sozialadäquate Ausnahmen)³⁰¹。因為在現行法下，利益的不法性並不是源自於授益之本質，而是出自於其與所允諾的對價給付的關聯³⁰²。從而，初級規範下的利益容許以及細微價值的無刑罰性——依照實務見解，刑法第 331 條亦肯認上述之利益容許以及無刑罰性情形——在於以下的假設，即上述的利益並不足以影響到收受人³⁰³。然而，在涉及到刑法第 108e 條的案件中，此一推斷卻可以通過一個具體的不法協議而被推翻³⁰⁴。換言之，一個合法的利益，如合乎行為規範第 4 條第 6 項之禮物餽贈，也會因為作為一種賄賂的手段(Mittel zur Bestechung)而變為不法；又，如果某一給付之提供，事後被證明是作為合乎委託或指示之行為的對價的話，則系爭給付並不會符合「政治慣例」，而是會鑑於其被運用的方式而喪失其社會相當的授益性格³⁰⁵。從而，合法之利益通過其與代議職務關聯行為的連結，往往是「不正當的」。此一論點將導致所有對於特定給付的事先排除（如刑法第 108 條 e 新法第 4 項之規定）無法獲得充分的證立³⁰⁶。簡言之，根本就不存在，任何在本質上具備社會相當性的利益³⁰⁷。

²⁹⁹ Hartmann, aaO. (Fn. 45), S. 169-171.

³⁰⁰ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352.

³⁰¹ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352.

³⁰² Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352: „Die Unrechtmäßigkeit des Vorteils ergibt sich in § 108e StGB nicht aus der Natur der Begünstigung, sondern aus ihrer Verknüpfung mit der versprochenen Gegenleistung.“

³⁰³ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352: „Die Zulässigkeit eines Vorteils nach Primärrecht sowie die Straflosigkeit geringwertiger Zuwendungen – wie sie in der Rechtsprechung zu § 331 StGB anerkannt ist – beruhen auf der Annahme, dass sie zu einer Beeinflussung des Empfängers nicht geeignet sind.“

³⁰⁴ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352.

³⁰⁵ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352.

³⁰⁶ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352.

³⁰⁷ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352: „Kurzum: Einen Vorteil, der per se sozialadäquate wäre, gibt es nicht.“



(二) 錯置確定不法協議的表徵效果

利益的合法性或細微性，只不過是一種欠缺不法協議的表徵(Indizien für eine fehlende Unrechtsvereinbarung)³⁰⁸。如果不法協議被證實的話，那麼，給付的方式並無法對刑法可罰性產生任何的影響。誇張而言：民意代表因為一頓午餐而被收買，在實際上是未必真實的³⁰⁹。但是，如果相應的不法協議被證明，即民意代表為了一頓午餐而合乎委託地採取代議職務相關之行為，即便邀請民意代表聚餐在原則上符合議會慣例，也無法改變行為之刑法可罰性³¹⁰。相對地，任何由於細微利益而受賄之人，對其行為之抑制也要比較輕微³¹¹。

不難發現，刑法第 108e 條新法將確定不法對價協議之表徵作用此一問題錯誤地置換為利益概念界定³¹²。但是，由於本罪要求在給付以及對價給付之間必須存在著具體的交換關係，這將導致刑法第 108e 條的「不正」要素顯得多餘且不具任何意義³¹³。

(三) 政黨法第 25 條第 2 項第 7 款解釋的兩難：贅述或漏洞

就本罪之法律文本來看，立法者試圖通過政黨法第 25 條第 2 項第 7 款的規定而事先地在不正利益上排除部分案件。那麼，此時的問題便在於政黨法第 25 條第 2 項第 7 款究竟要如何解釋（注意討論的前提³¹⁴）。

對此，有論者認為，如果政黨法第 25 條第 2 項第 7 款被理解為有影響或報酬性質之捐款(Einfluss- oder Entlohnungsspenden)的全面排除的話，那麼原則上不會存在為初等規範所容許的捐獻——自然也不會落入刑法第 108e 條新法第 4 項

³⁰⁸ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352.

³⁰⁹ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352.

³¹⁰ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352.

³¹¹ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352: „Im Gegenteil: Wer sich bereits für einen geringen Vorteil bestechen lässt, offenbart eine besonders geringe Hemmschwelle.“

³¹² Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 353.

³¹³ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 352.

³¹⁴ 此處討論的是，依照政黨法的捐贈是否以及在多大程度會對刑法第 108e 條造成封鎖效果。需要注意的是，該討論的一個重要前提是該捐贈必須先符合政黨法的捐贈規定。其中，德國政黨法第 23 條規定政治捐贈財務報告公開之義務。另外，對於聯邦眾議院議員的捐款視為係對政黨的捐款，其金額必須列入政黨的年度會計報告中，否則所接受的捐贈應轉交聯邦眾議院主席團。參見：藍敏煌，《我國政治獻金法制度之研究》，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2010 年 6 月，頁 129。

第 2 款之使用範圍而獲得排除³¹⁵。從而，刑法第 108e 條新法第 4 條第 2 款訴諸政黨法的規定，將顯得多餘。因為政黨法所拒斥的對象正是基於對價給付關係的捐款³¹⁶。

而如果按照另外一種說法³¹⁷而將政黨法第 25 條第 2 項第 7 款限縮性地理解為僅包括捐贈者和政黨有直接之不法協議(*unmittelbare Unrechtsvereinbarung*)的話，那麼，捐贈者和民意代表（以民意代表之身分，而非政黨代理人之身分）之間達成協議，而政黨則是作為第三方受惠者³¹⁸——此一情形將會被容許。不過，為何第三方受惠的情形未被納入到民意代表賄賂罪的構成要件中，其並未作相應之說明。

從而，此一法律文本導致其法律適用會面臨到一個重大的問題，即如果刑法第 108e 條新法第 4 條第 2 款不是贅述的話，就蘊含著一個敏感的刑法可罰性漏洞³¹⁹。而此一難題根本在於立法者對於利益概念的錯誤想像，即將利益結合具體的不法對價協議來構建賄賂犯罪的刑事可罰性界限³²⁰。

第四目 不法協議

一、對不法協議的要求

承前所言，依照德國刑法第 108e 條舊法的規定，在買賣選票行為及其所意圖達成的作為或不作為之間必須明確地建立起一種關係，即（所允諾的）利益提供必須取決於對待給付。買賣選票行為必須以一個緊密的不法協議作為基礎³²¹。

作為對照，德國刑法第 331 條以下之一般賄賂罪的舊法規定要求利益之收受或提供等行為必須以公務員已經實施或實施特定的職務行為為對價。通過 1997 年的修法，此一緊密的不法協議在德國刑法第 331 條以及第 333 條之利益提供以

³¹⁵ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 353.

³¹⁶ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 353.

³¹⁷ Erbs/Kohlhaas/Lampe, *Strafrechtliche Nebengesetze Band III*, 199. Aufl., § 25 PartG Rn. 19; *Saliger, Parteiengesetz und Strafrecht: Zur Strafbarkeit von Verstößen gegen das Parteiengesetz insbesondere wegen Untreue* gemäss § 266 StGB, 2005, 1. Aufl., S. 530.

³¹⁸ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 353.

³¹⁹ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 354: „Der Gesetzestext stellt die Rechtsanwendung somit erneut vor ein erhebliches Problem: § 108e Abs. 4 S. 2 StGB enthält entweder eine Tautologie oder eine empfindliche Strafbarkeitslücke.“

³²⁰ Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 354.

³²¹ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 34.

及利益收受上獲得放寬處理（但是，德國刑法第 332 條以及第 334 條之受賄罪以及行賄罪仍然要求存在著一種緊密的不法協議）：與特定行為或特定舉止的關係不再是不可或缺的。自此，即便未涉及到一個特定的職務行為，向公務員「打好關係」或對公務員「投餌」都會依照德國刑法第 331 條以及第 333 條進行懲罰。³²²此處的問題在於，在民代賄賂罪構成要件上是否應設計要求不法協議此一要素？又該如何設計？是仿照德國刑法第 331 條以及第 333 條採用放寬的不法協議？還是類似於德國刑法第 332 條以及第 334 條的「作為……對價」？抑或德國刑法第 108e 條現行法的「作為……對價 + 受委託或依指示」？

（一）放寬不法協議而及於一般性的利益收受？

從前述幾個草案來看，德國對此一問題相對存在著共識——不同於德國刑法第 331 條以下條文一般賄賂罪的規定，民代賄賂罪依舊要求一種緊密的不法協議。不過，稍微一提的是，在德國文獻上也存在著反對上述共識的聲音：一方面，利益提供及其所指涉之行為之間的緊密因果關聯在實際上往往是難以被證明的，從而使本罪「毫無用武之地」；另一方面，撇開證明的問題，緊密的不法協議此一限制也是無法正當化的，因為其會導致所有的間接影響均被排除在可罰性之外³²³。因此，如同德國在 1997 年透過貪腐抗制法擴張德國刑法第 331 條以及第 333 條的適用範圍，在民代賄賂上也有將那些處於具體的不法協議之外的「投餌」、「打好關係」或一般性的「製造傾向」(das allgemeine “Geneigtmachen”)行為納入可罰性之中的需求。

對此，學者 Heinrich 認為，上述見解並無法令人信服。之一，證明困難本身並不足以使刑法規範擴張至必要範圍之外；之二，事實上存在著諸多決定性的原因，反對將民代賄賂罪的構成要件擴張到一般性的「打好關係」——

首先，如果放寬不法協議，將無法顧及到公務員以及民意代表兩者之間的不同地位。民意代表的決定作出本來就是以利益為取向的。且，只要民意代表基於自由的良心決定來實施任務，其亦可收受捐款，以達成對其政治工作的支持。當民意代表不再基於自身的良知，而是受委託或依指示行事時，「自由委任」才受到干預。因而，此一委託或相應的指示必須以一個具體的不法協議為基礎。相反地，如果貿然將德國刑法第 108e 條的適用範圍擴張到一般的「打好關係」上，

³²² Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 34.

³²³ Van Aaken, aaO. (Fn. 274), S. 426.

會導致一種危險——容許的利益代表或者在政治力量博弈的框架內特定社會群體利益的合理實現，也會視作可刑罰的行為。進而，隨之而來的不安，將會導致政治互動的癱瘓。因此，在德國刑法第 108e 條上仍應堅守一個緊密的不法協議。

324

其次，緊密的不法協議此一要求，可以連結到德國議員法第 44 條第 2 項以及政黨法第 25 條第 2 項第 7 款之規定。具體而言，議員法第 44 條第 2 項第 2 句禁止（物質形式）利益的收受，只要利益與給付者之利益代表和執行存在著關聯關係（並被視為是緊密不法協議下的「對價」）。相應地，政黨法第 25 條第 2 項第 7 款也規定，「政黨得收取捐款，但下列捐款除外：……7. 以特定的經濟或政治利益為對價或者明顯足生此一期待之捐贈提供。」就此而言，德國議員法第 44 條第 2 項第 2 句以及以及政黨法第 25 條第 2 項第 7 款上均能滿足具體的不法協議的要求；此外，議員法第 44 條第 2 項第 3 句禁止議員收受欠缺合適對待給付的（物質形式）利益。透過此規定，即便實際上無法證明對議員造成影響，也得以將議員受到不法影響此一糟糕表象排除在外。不過，此處的問題在於，究竟在多大的程度可以從議員法第 44 條第 2 項第 3 句「禁止收受合適的對待給付」此一用語上，導出此一欠缺對待給付的利益收受行為具有刑事可罰性。議員法第 44 條第 2 項第 3 句的「對待給付」涉及到所有的不同領域。是以，德國刑法第 108e 條的對待給付是不被容許的、受委託或依指示所採取的作為或不作為，而議員法第 44 條第 2 項第 3 句的「對待給付」卻可能是一種副業活動的提供。不過，如果議員在欠缺明顯對待給付的情形下(ohne erkennbare Gegenleistung)接受給付，可以認為，議員對此一給付也必須向金錢提供者提出一個具體的對待給付。而在不法協議的作用之下，此一對待給付亦在刑法第 108e 條的懲罰範圍之內。³²⁵

（二）不法協議的具體化程度？——對「受委託或依指示」的批判

承上所述，如果對於代議職務之執行而一般性地提供或者收受利益，即系爭「不特定的」給付僅是為了獲得民意代表的一般性好感，其並不在民代賄賂罪的懲罰範圍之內。換言之，利益提供與特定作為或不作為之間關聯關係的建立，是不可或缺的。繼而，在民代賄賂罪上仍存在一個重要的問題——此處的作為或不作為應該被描述到何種具體程度？是否要求鉅細靡遺地確定未來（目標）行為的時間、動機及行為方式的具體型態？抑或，只要行為人之間就民意代表在生活關

³²⁴ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 35.

³²⁵ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 36.

係的特定範圍或領域內之特定指向達成一致——能夠依照（目標）行為事物內容作出一個大致的輪廓，即為己足？從德國刑法的一般賄賂罪規定來看，聯邦最高法院的見解明確地採用後者作為標準。不過，此一問題在民代賄賂罪上顯得尤為深入。因此，在刑法第 108e 條中採用何種用語以使緊密不法協議的範圍及內容具體化，是值得思考的。³²⁶

對此，Heinrich 認為，社民黨版本草案（以及德國刑法第 108e 條現行法）所選用的「民意代表受委託或依指示之作為或不作為」是最適合(am treffendsten)用來描述民代賄賂罪不法內涵的用語³²⁷。主要的理由在於：

一方面，緊密的不法協議如何在刑法第 108e 條的用語中找到落腳點，取決於刑法第 108e 條的保護法益。議會程序整全性以及代議職務執行的獨立性此一公共利益，要求保護議會自由的意思形成及活動免於遭受源自外部的不法影響。從而，人們可以以自由委任此一「理念」為取向。如果民意代表透過不法協議而使自己置於委任及指示之拘束，則基本法第 38 條第 1 項第 2 句意義下的自由委任已經受到干預，刑罰的正當性也得到滿足³²⁸；

另一方面，相較於綠黨以及左翼黨版本草案，社民黨版本草案更為明確，特別是在以下的假設案例中：在即將到來的選舉之前，民意代表為了謀求再次當選，向認同其政見之人表示——若其再次當選，其日後會支持某一特定政見或某一特定大規模項目的進行。同時，也希望他們能夠捐款支持自己及其政黨。

因為上述所號召的捐款並未以特定的經濟或政治利益為對價或明顯足生此一期待，所以此處並無政黨法第 25 條第 2 項第 7 款之適用餘地，即使捐款人能夠從政見或大規模項目的進行中獲取利益。又，由於上述案例所涉及的是容許的政黨捐款，故此處也無議員法第 44 條第 2 項第 3 款的適用可能。而按照左翼黨版本草案，刑法可罰性在任何情形之下都取決於「民意代表的行為是否違背自其代議職務中所導出的法律地位」的解釋；綠黨版本草案也存在著類似的問題，因為刑事可罰性則端視於「利益是否違法」此一問題的解答。相對地，只有社民黨版本（以及德國刑法第 108e 條現行法規定）才明確將上述行為排除在外，因為社民黨版本草案的用語係以基本法第 38 條第 1 項第 2 句的條文為導向，並符合

³²⁶ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 37.

³²⁷ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 39.

³²⁸ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 38 f.

系爭條文所塑造出來的法益：民意代表不應經由利益的允諾或提供而使自己在代議職務實施中受委託或依指示地採取作為或不作為³²⁹。

但是，德國刑法第 108e 條的「受委託或依指示」究竟該如何解釋與操作，值得進一步地思考。承前所言，修法理由一方面要求，「除了如同德國刑法 332 條所要求的對待給付關係之外，還必須存在著一種內心關聯——民意代表使自身置於（利益）提供者利益之下。」這樣的理解無疑將造成本罪構成要件的重大限縮。如果民意代表的行為係基於其內心確信而未受到利益提供的影響³³⁰，由於本罪在成立要件上要求民意代表服從於利益提供者的利益，故民意代表的利益收受行為不具備可罰性³³¹；另一方面其又認為，「對於『受委託』以及『依指示』這兩個構成要件要素的理解，應採取相對寬廣的取徑……『受委託』以及『依指示』同舊法之『買賣行為』一樣，都是基於一般日常用語意義下而被理解的³³²」。對此，德國文獻上並不乏批判的聲音，並有學者主張刪去「受委託或依指示」此一用語：

首先，「服從於利益提供者的利益」此一事實在程序法上無法證明，訴諸「受委託或依指示」違背貪污犯罪的性格³³³。儘管立法者在修法理由中曾提及：「重要之處並不在於內心保留，而是行為的外部釋明價值。從而，民意代表不能主張，其本來橫豎就打算按照利益提供者的意思採取行動」，但是，如果民意代表抗辯——其拒絕委託及指示，利益收受僅僅是（作出）決定的強化，此類抗辯實際上是難以駁斥的³³⁴。因為民意代表作為或不作為的原因是建立在複雜的內心歷程的基礎之上，且無法透過刑事訴訟上的舉證來加以接近³³⁵。相對於德國刑法第 331 條以下條文——人們能透過外部跡證整體觀察的方式進行不法協議的探查，主觀上動機關聯確立的客觀證明卻是極為罕見的。即便在立場或表決上存在著顯著的變動，也無法提供關於「『事前』及『事後』的良心內容」的可靠資訊，更遑論對於自身立場的質疑與發展也屬於民主程序³³⁶。一言以蔽之，在刑事訴訟中

³²⁹ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 38.

³³⁰ BT-Drucks. 18/476, S. 7.

³³¹ Vgl. *Kubiciel/Hoven*, aaO. (Fn. 122), S. 348.

³³² BT-Drucks. 18/476, S. 8.

³³³ Vgl. *Hoven*, NStZ 2015, S. 555 f.

³³⁴ Vgl. *Hoven*, aaO. (Fn. 333), S. 555; *Kubiciel/Hoven*, aaO. (Fn. 122), S. 349: „Doch wird die Einlassung des Mandatsträgers, er habe auch gegenüber dem Vorteilsgeber einen Auftrag bzw. eine Weisung abgelehnt und die Zuwendung lediglich als Bestärkung seines Entschlusses akzeptiert, kaum zu widerlegen sein.“

³³⁵ Vgl. *Hoven*, aaO. (Fn. 333), S. 555: „Die Ursachen für eine Handlung oder Unterlassung beruhen auf komplexen inneren Vorgängen und sind einer strafprozessualen Beweisführung nicht zugänglich.“

³³⁶ Vgl. *Hoven*, aaO. (Fn. 333), S. 555: „Während die Ermittlung einer Unrechtsvereinbarung nach §§ 331 ff. StGB im Wege einer Gesamtschau äußerer Indizien erfolgen kann, sind objektive Hinweise auf die Feststellung eines subjektiven Motivationszusammenhangs rar. Selbst ein auffälliger Meinungs-

無法探究清楚——給付在具體個案中究竟起到何種程度的作用？使民意代表日後服膺於提供者的利益（可刑罰的）？抑或說，民意代表僅僅是在決定作出程序中會考量到此一給付（不可刑罰的）？且當民意代表係作為已有犯罪決意之人(*als omnimodo facturus*)而有所行動，自然也不存在著必要的、對於利益提供者利益的服從³³⁷。

其次，除了重大的證明問題之外，「服從於利益提供者的利益」此一要件也會對可罰性造成事實上不必要的障礙，進而無法滿足本罪保護法益以及國際公約內國法轉換的要求³³⁸。因為並不是只有民意代表完全地服從於利益提供者的利益，才會干預到代議職務執行的獨立性。透過物質形式利益或非物質形式利益所達成的行為決意的穩固同樣也會導致民意代表受到利益提供者目的的拘束。且，如果承認議會程序的性格特徵是政治論述的開放性，那麼，無論內心因果關聯如何，不法協議（行為）均應受到懲罰。而從保護法益來看，本罪的保護法益除了代議職務執行的獨立性之外，還包括決定（作出）的事物關聯性以及議會程序整全性此一公共利益。如果在本罪的成立上要求民意代表內心自由的完全放棄(*eine völlige Aufgabe der inneren Freiheit*)，則本罪的構成要件僅考量到代議職務執行獨立性的確保。然而，事實上透過不法協議同樣也能形成一種不容許的影響的表象，且此一表象並不以民意代表對於利益提供者的內心服從為前提。是以，如果肯認本罪的目的是在於避免一種糟糕表象，進而達成對代議職務執行公正性信賴的保護的話，則不應要求內心的因果關聯³³⁹。此外，從國際公約的要求來看，《聯合國反貪腐公約》第 15 條以及《歐洲理事會反貪腐刑法公約》第 4 條結合第 2 條僅規定了對待給付，其均未要求「民意代表服從於利益提供者的利益」此一要件。因此，若按照修法理由的見解而將「受委託或依指示」視為本罪刑事可罰性的額外要件的話，會對德國刑法第 108e 條與國際公約的合致性造成懷疑³⁴⁰。

und Abstimmungswechsel vermag keine verlässliche Auskunft über den „Inhalt des Gewissens ‚vorher‘ und ‚nachher‘“ zu geben; gehört doch auch die Hinterfragung und Weiterentwicklung der eigenen Position zum demokratischen Prozess.“

³³⁷ Vgl. *Hoven*, aaO. (Fn. 333), S. 555.

³³⁸ Vgl. *Kubiciel/Hoven*, aaO. (Fn. 122), S. 349.

³³⁹ Vgl. *Kubiciel/Hoven*, aaO. (Fn. 122), S. 349 f.: „Mit dem Erfordernis einer völligen Aufgabe der inneren Freiheit des Abgeordneten trägt der Tatbestand allein (und in zu restriktiver Form) der Gewährleistung des unabhängigen Mandats Rechnung. Der Anschein unzulässiger Einflussnahme entsteht jedoch bereits durch die Unrechtsvereinbarung und setzt gerade keine entsprechende innere Überzeugung des Zuwendungsempfängers voraus. Dient die Norm auch der Vermeidung des bösen Scheins zum Schutze eines (normbezogenen) Vertrauens in die Lauterkeit der Mandatsausübung, dürfte eine innere Kausalität nicht zu fordern sein.“

³⁴⁰ Vgl. *Kubiciel/Hoven*, aaO. (Fn. 122), S. 350.

再而，如果要使現行法和國際公約相協調，關於德國刑法第 108e 條的解釋就必須偏離修法理由。刑法第 108e 條中所規定的委託或指示關係必須被詮釋為一種對基本法第 38 條的宣示性參照(eher deklaratorische Bezugnahme auf Art. 38 GG)。從而，「受委託或依指示」此一構成要件要素本身被理解為自由委任——一個為基本法所確立的歷史理念——在術語上的反映³⁴¹。如此，「受委託或依指示」被視為一種單純宣示性的指示。系爭要素本身並未具備任何內在的不法建構功能；相反地，其被完全地併入到一般性的不法協議之中³⁴²。

但是，上述作法存在著違憲的疑慮，因為德國聯邦憲法法院 2010 年 6 月在背信罪³⁴³判決(Untreue-Entscheidung)³⁴⁴中指出——

³⁴¹ Vgl. Hoven, aaO. (Fn. 333), S. 556: „Ohne eine weitere Hürde für die Strafbarkeit zu begründen, wäre das Merkmal damit als terminologisches Spiegelbild zur historischen, grundgesetzlich verankerten Idee des freien Mandats zu verstehen.“

³⁴² Vgl. Hoven, aaO. (Fn. 333), S. 556: „Nach dieser Deutung käme dem Merkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ indes keine eigene, strafbarkeitskonstituierende Funktion zu, die über die allgemeinen Unrechtsvereinbarung hinausginge.“

³⁴³ § 266 StGB (Untreue) Abs. 1:

Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

德國刑法第 266 條（背信罪）第 1 項：

濫用基於法律、官署委託或法律行為所賦予的處分他人財產或課予他人義務之權限，或者違反因法律、官署委託、法律行為或忠誠關係所負的照料他人財產利益之義務，使財產利益受照料之人受有損害者，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

³⁴⁴ BVerfG Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09. 系爭決定係合併三則憲法訴願（分別是【隱藏帳戶案】、【超額獎金案】以及【高風險貸款案】）所作出，訴願人均因違反德國刑法第 266 條之背信罪而被判決有罪確定，指摘原確定判決對於背信罪「違反財產照料義務」或「發生損害」要素的解釋適用違反了德國基本法第 103 條第 2 項之類推適用禁止或明確性原則。就裁定結果而言，聯邦憲法法院認為，【隱藏帳戶案】與【超額獎金案】的憲法訴願無理由，【高風險貸款案】之憲法訴願有理由，其所指摘的確定判決違反基本法第 103 條第 2 項。

本裁定之所以被學者稱為寫下刑法歷史的原則性判決，是因為聯邦憲法法院不但詳細說明了刑法明確性原則的理論基礎、判斷標準及適用對象，而且將其所發展的判斷標準具體運用於背信罪及其法律適用的合憲性審查上，甚至連帶處理了在背信罪極具爭議性的刑法釋義學問題，特別是在如何認定行為人違反財產照料義務及財產損害上。

其中，刑法明確性原則的內涵主要反映在刑事立法之明確性要求、刑法解釋之明確性要求以及對刑事裁判之審查密度上。就刑事立法之明確性要求，固然容許立法者使用有待價值補充的概念或概括條款，但仍應考量規範事務的特性、有無替代的規定方式、受規範者的範圍、是否透過裁判具體化、法定刑高低等因素，以判斷立法是否充分明確；就刑法解釋的明確性而言，除刑法解釋不得逾越可能的文義之外，進一步要求，法院在可能的文義範圍之內的刑法解釋，不得解除立法者所設定的可罰性界限或實質刪除特定構成要件要素（刪除或去界限之禁止，Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen），必須尊重立法者不處罰特定行為的意旨（恪遵立法者意志之解釋），並且盡量排除刑法適用範圍的不確定性（精確化要求）；在刑事裁判之審查密度上，一方面要求對於刑事法院所援引的固定裁判是否存在、是否為法院正確適用作全盤審查（形式審查方面），另一方面對於固定裁判之內容則僅作顯然無助於規範輪廓化的審查（內容審查方面）。關於該裁定進一步的介紹、批評，參照：薛智仁，〈刑法明確性原則之新定位：評介德國聯

「……眾所週知地，禁止以類推或習慣法來證立可罰性係源自於法律明確性的要求。此處『類推』的理解並非基於狹義的技術意義。毋寧說，任何一個超越法定制裁規範內容的——構成要件擴張——法律適用，均被排除在外。藉此，可能的條文被確定為法官基於規範接受者的視角所作出的容許解釋之最大界限……相應地，在解釋立法者描述可罰行為所使用的概念時，解釋的結果不得導致立法者所設定之可罰性界限的解除。從而，即便是在可能文義的界限內，對於個別構成要件要素之擴張解釋，也不能使其完全消融在其他構成要件要素裡，進而導致在其他構成要件要素實現時，此一構成要件要素就必然跟著出現。³⁴⁵」

不難得知，關於「受委託或依指示」的不同解釋方法會導致不同的結果：假如採取一種合國際公約的或目的性的解釋，則會對委託及指示關係作一種宣示性的理解；相對地，無論是按照立法者的明確意思，還是基於一種體系性的解釋，其均額外要求指示或委託以及民意代表的行為兩者之間存在著一種心理上的因果關聯³⁴⁶。因此，法律適用者會發現自己陷入了一個進退維谷的困境(Dilemma)——假如基於「受委託或依指示」下行為的必要性而將其視作是一種刑事可罰性的實質性限縮，本罪的構成要件是違反公約的；如果人們拒絕上述的界限功能，本罪構成要件則是違憲的³⁴⁷。

另外，值得一提的是，為了避免上述的兩難局面，關於「受委託或依指示」的解釋，在德國學說上亦有論者主張「第三條道路」——只須要求行為與「委託」

邦憲法法院之背信罪合憲性裁定》，《台大法學論叢》，第 44 卷第 2 期，2015 年 6 月，頁 599 以下。

³⁴⁵ Vgl. BVerfG Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 77 f.: „Aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit folgt anerkanntermaßen ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die - tatbestandsausweitend - über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der mögliche Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist……Dementsprechend darf die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen also auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitwirklich werden.“

³⁴⁶ Vgl. Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 351: „Die verschiedenen Auslegungsmethoden kommen damit zu unterschiedlichen Ergebnissen. Sowohl eine völkerrechtskonforme als auch eine teleologische Interpretation legen ein deklaratorisches Verständnis des Auftrags- und Weisungsverhältnisses nahe. Demgegenüber sprechen der eindeutige Wille des Gesetzgebers und eine systematische Auslegung für das zusätzliche Erfordernis eines psychischen Kausalzusammenhangs zwischen der Weisung oder dem Auftrag einerseits und der Handlung des Mandatsträgers andererseits.“

³⁴⁷ Vgl. Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 351: „Wird in dem Erfordernis eines Handelns „im Auftrag oder auf Weisung“ eine substantielle Einschränkung der Strafbarkeit gesehen, ist der Tatbestand völkerrechtswidrig; lehnt man eine begrenzende Funktion ab, ist er verfassungswidrig.“

或「指示」之間存在著一種外部拘束(eine äußere Verbindung)，即為已足³⁴⁸。與代議職務相關的行為，並非不可避免地透過委託或指示而受到主觀目的上的驅動。毋寧說，只要民意代表認識到委託或指示，且其事實上也按照委託者或指示者的意思而行動，就已經充足³⁴⁹。民意代表收受利益後接受委託或指示，以及民意代表的作為或不作為事實上與委託或指示相符——已經足以確定民代賄賂罪的相關不法。透過情狀的結合，民意代表被收買而危及到程序整全性此一印象已經成為「板上釘釘」的事情。因此，未解釋清楚的內心保留——其並未受到利益或委託之影響，並未對此有所改變。而基於國際公約的要求以及本條條文之目的，「受委託或依指示」此一用語並不能作一種嚴格意義的理解³⁵⁰。

總而言之，如果未採取上述的「客觀」限縮解釋取徑，與此同時仍想要實現國際公約的標準，德國刑法第 108e 條必須有所改動——刪除「受委託或依指示」此一用語³⁵¹。

二、事後酬謝之排除？

對於是否應將事後酬謝的行為納入刑法第 108e 條之中，學者之間存在著對立的說法：

Stünker 認為，如果將事後酬謝的行為納入刑法第 108e 條的處罰範圍的話，則刑事司法機關得以將任何一起捐獻視為是一種潛在的、對於已經作出的職務活動的酬謝，從而開啟追訴³⁵²。

此外，學者 Heinrich 則站在法益保護的立場，主張本罪要採取限縮的犯罪構成要件版本。其認為，將欠缺事先約定的事後酬謝行為納入處罰範圍，是不必要的：

一方面，從公約的用語來看，無論是《歐洲理事會反貪腐刑法公約》第 3 條之規定還是《聯合國反貪腐公約》第 15 條、第 16 條之規定，其要求的是向民

³⁴⁸ Vgl. Satzger, aaO. (Fn. 105), S. 1029.

³⁴⁹ Vgl. Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 351: „Die mandatsbezogene Handlung muss danach nicht zwingend durch den Auftrag oder die Weisung subjektiv-final motiviert sein, sondern es muss genügen, dass der Mandatsträger den Auftrag oder die Weisung kennt und dass er tatsächlich im Sinne des Auftrag- oder Weisungsgebers handelt.“

³⁵⁰ Vgl. Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 351.

³⁵¹ Vgl. Kubiciel/Hoven, aaO. (Fn. 122), S. 351.

³⁵² Stünker, aaO. (Fn. 244), S. 601.

意代表許諾、提議或給予不正利益或者民意代表要求或收取此一不正利益，從而民意代表在其職務執行過程中作為或不作為。公約並未提及民意代表已經完成之作為或不作為。是以，利益的提供只能針對未來之行為³⁵³。又，從構成要件的措詞上來看，除了提供和收受之外，許諾和提議同樣為構成要件行為所包含。從而，構成要件之實現並非取決於利益流動的發生先於或後於民意代表相應的作為或不作為，毋寧說是主要取決於先前之協議。而協議的結果就是利益之提供或本應提供，或先於或後於作為或不作為之實行³⁵⁴；

另一方面，儘管刑法第 331 條以下條文都將事後的酬謝行為納入賄賂罪的懲罰範圍——具體而言，刑法第 331 條規定，公務員對於職務執行而要求、期約或者收受利益，就構成犯罪。由於刑法第 331 條並未要求具體之行為，從而本罪的成立與否，也不會取決於行為是之前還是之後所作出；刑法第 332 條則經由「公務員已經實施的職務行為」而明確地將事後酬謝的情形納入其中³⁵⁵。不過，刑法第 331 條以下條文的保護法益是國家行政和司法合乎秩序地運作，此一保護法益歸屬於個別的國民所有；而議會程序之整全性以及代議職務執行之獨立性並不會被事後的協議或利益提供所干預³⁵⁶。儘管對公務員或者對民意代表打好關係的行為都是令人反感的(*anrühig*)，但是，從公務員和民意代表在地位上之差別，可以導出緊密不法協議的必要性³⁵⁷。基於此，如果並未存在事先之協議，事後的利益提供並不應為本罪之構成要件所包含。

不過，學者 Kubiciel 以及 Hoven 指摘，上述的說法只注意到案件的表面。事實上，事後的酬謝行為也完全能夠刺激誘使利益收受者，在其未來的行為中，（基於意料之中更进一步的利益）以利益輸送者的想法作為導向。對於公務員而言，刑法第 331 條之所以懲罰事後給付之情形，是為了避免「任何一個收買之假象」。上述之考量以相同之方式適用於民意代表上。透過事後之代議職務商業化，同樣會干擾到議會程序整全性之信賴³⁵⁸。

³⁵³ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 31.

³⁵⁴ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 31: „...dass es für die Erfüllung des Tatbestands nicht darauf ankommt, ob der Vorteil vor oder nach der entsprechenden Handlung oder Unterlassung des Mandatsträgers fließt, es kommt vielmehr entscheidend auf die vorherige Absprache an, in deren Folge der Vorteil dann vor oder nach der Vornahme der Handlung oder der Unterlassung gewährt wird oder gewährt werden soll.“

³⁵⁵ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 31.

³⁵⁶ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 32: „Im Gegensatz zu den §§ 331 ff. StGB, die das „Interesse der einzelnen Staatsbürger an einem ordnungsgemäßen Funktionieren der staatlichen Verwaltung und der Rechtsprechung“ schützen und daher auch schon dem Schein der Käuflichkeit des Amtsträgers entgegenwirken wollen, wird die Integrität parlamentarischer Prozesse und die Unabhängigkeit der Mandatsausübung durch eine nachträgliche Absprache und Vorteilsgewährung nicht beeinträchtigt.“

³⁵⁷ Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 32.

³⁵⁸ Vgl. *Kubiciel/Hoven*, aaO. (Fn. 122), S. 351: „Dies ist jedoch nur vordergründig der Fall. Die

第五目 買賣選票行為作為加重要件？

透過前述國際公約、相關法律草案以及德國刑法第 108e 條現行法的觀察，可以發現，關於民代賄賂罪的設計，相對存在共識的是完全廢棄掉舊法所使用的「買賣選票」規定，而直接改採「要求、期約、收受」以及「行求、期約、提供」賄賂型犯罪用語。

其中，亦有個別草案存在著獨特性見解——並未完全地放棄舊法的規定，而是對其進行改造，並使之成為民代賄賂罪的加重構成要件(qualifizierender Tatbestand)，如前述左翼黨版本的草案。類似的見解，如 Stünker 在 2006 年的一篇祝壽論文中建議，一方面保留當時德國刑法第 108e 條的規定，使之作為買賣選票此一特別嚴重的民代賄賂情形的特殊規定，同時提高其刑度；另一方面，則是新增刑法第 108f 條之一般性的民代賄賂罪，使民代賄賂罪及於在選舉或表決中買賣選票以外的行為³⁵⁹。

不過，上述見解並沒有被德國多數學說所接受。學者 Heinrich 也對上述作法提出了多處的質疑：之一，導入此一加重事由條文，似無任何意義而言。因為此一條文從實務運作上來看，在過去幾年幾乎不存在有罪判決；之二，相較於民意代表其他落入刑法第 108e 條新版本的行為方式，買賣選票行為並未明顯具有一個升高的不法內涵³⁶⁰。

此外，對於 Stünker 的建議（和左翼黨版本存在部分差別），學者 Peek 也提出了部分的懷疑：Stünker 所建議的刑法第 108f 條（一般的民代賄賂罪）明顯偏離了當時刑法第 108e 條的用語。此一現象引發了一個大哉問——究竟在何種程度才能根本地聲稱存在著一種基本構成要件以及加重變體的分類。眾所週知的是，基本構成要件以及構成要件之加重變體之間關係被標誌為——如果某一行為方

nachträgliche Gewährung von Belohnungen kann ihrem Empfänger durchaus auch einen Anreiz bieten, sein Verhalten künftig – in Antizipation weiterer Vorteile – an den Vorstellungen des Zuwendenden auszurichten.“

³⁵⁹ 關於 Stünker 所建議的一般性民代賄賂罪的文本及其相關內容，參見：Stünker, aaO. (Fn. 244), S. 597 f.

³⁶⁰ Vgl. Heinrich, aaO. (Fn. 182), S. 40: „Die Einführung einer entsprechenden Qualifikationsvorschrift erscheint jedoch schon von daher nicht sinnvoll, da diese Vorschrift in den letzten Jahren kaum zu entsprechenden Verurteilungen führte. Ferner ist auch nicht ersichtlich, dass gerade das Merkmal des Kaufs oder Verkaufs einer Stimme im Vergleich zu den sonstigen, dem § 108e StGB in seiner neuen Fassung unterfallenden, Verhaltensweisen einen derart erhöhten Unrechtsgehalt aufweist, dass eine eigenständige Qualifikationsvorschrift gerechtfertigt erscheint.“

式該當了加重構成要件，其必然也同時實現基本構成要件³⁶¹。值得注意的是，由於上述兩個構成要件採用不同的規則技術——一個為著手犯；另一個是既遂犯，其會導致——特定的未遂行為為刑法第 108e 條（舊法）所包括，但卻未為刑法第 108f 條（一般的民代賄賂罪）所包含。從而，與此說兩個構成要件之間存在著加重關係，不如說（如果該建議通過的話）上述兩個犯罪構成要件係獨立並列的——當刑法第 108e 條（舊法）成立的話，並不會去考慮刑法第 108f 條（一般的民代賄賂罪）的可罰性³⁶²。

不過，儘管 Peek 如此批評 Stünker 的建議——保留刑法第 108e 條（舊法），使之成為刑度較高的特殊構成要件或加重規範，並在此之外創設一個全新的民代賄賂罪構成要件，其仍肯認 Stünker 的建議顯示出了絕對的思考價值，畢竟為刑法第 108e 條（舊法）所及的行為被視作最嚴重的影響力濫用行為³⁶³。

第六目 犯罪型態設計——著手犯？未遂犯？

德國 1994 年所引進的民代賄賂罪在犯罪型態上被設計為著手犯。對於著手犯的一般性定義，主要見於德國刑法第 11 條第 1 項第 6 款之規定：「犯罪之著手，即告犯罪之既遂與犯罪之未遂³⁶⁴。」

其中，德國刑法上的著手犯可以細分為以下兩種類型：純正的著手犯(*echte Unternehmensdelikte*)以及不純正的著手犯(*unechte Unternehmensdelikte*)。前者係指在犯罪構成要件中，直接描述「著手」(*unternimmt*)於特定行為者，得受如何之處罰³⁶⁵；後者則指雖然立法者並未在法條上直接標明「著手」，但其和純正的著手犯一樣具備相同的結構，即如果行為之著手存在著特定的（結果發生）傾向³⁶⁶，即應受刑罰³⁶⁷，譬如德國刑法第 113 條的抵抗或暴力攻擊公務執行機關、第

³⁶¹ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 820: „Kennzeichnend für das Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation ist, dass Verhaltensweisen, die den Qualifikationstatbestand erfüllen, zwingend auch den Grundtatbestand verwirklichen“

³⁶² Peek, aaO. (Fn. 241), S. 820.

³⁶³ Peek, aaO. (Fn. 241), S. 820.

³⁶⁴ § 11 StGB Abs. 1 Nr. 6:

Unternehmen einer Tat: deren Versuch und deren Vollendung.

³⁶⁵ Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 1996, S. 267.

³⁶⁶ 「不純正的著手犯」此一用語，首先由已故的德國刑法學者 Schröder 使用。德國文獻上對於不純正的著手犯批評的理由在於，人們無法精確地指出，法律上所描述的行為，在何種情況下，才是 Schröder 所謂的「有結果發生的傾向」。Vgl. Maurach/Gössel, Strafrecht AT, Band 2, 7. Aufl., 1989, § 40, Rn. 92, 轉引自：林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《台大法學論叢》，第 23 期第 2 期，1994 年 6 月，頁 272。

257 條的包庇以及第 292 條非法狩獵罪中的「追逐」³⁶⁸。值得注意的是，德國刑法第 11 條第 1 項第 6 款的規定並不包含不純正的著手犯，儘管關於不純正的著手犯是否以及在多大程度上被置於（服從於）純正的著手犯所適用的釋義學規則此一問題存在著相關的討論³⁶⁹。在預備犯的情形，可罰性仍可進一步前置，如刑法第 149 條的預備偽造貨幣和有價證券、第 275 條的預備偽造官方證件等³⁷⁰（由於德國民代賄賂罪舊版本係純正的著手犯，故下文討論若無特殊說明，僅侷限於純正的著手犯）。

德國著手犯和一般性犯罪的區別實益在於——對於一般性犯罪，立法者對於犯罪既遂和犯罪未遂（德國刑法第 22 條以下條文）的處理有所區別。其中，未遂犯指行為人依照其對犯罪行為之想象直接著手於犯罪構成要件的實現（德國刑法第 22 條）³⁷¹。對於未遂之可罰性，德國法的規定異於台灣法。依德國刑法第 12 條之規定，所有的犯罪可以區分為重罪(Verbrechen)與輕罪(Vergehen)兩種類型，區分的標準為各該罪法定刑的最輕本刑是否在 1 年以上。重罪未遂一律處罰，毋庸於分則中另設制裁規定；只有對輕罪未遂的處罰，才需要立法者特別在分則中訂定明文（德國刑法第 23 條第 1 項）³⁷²。且對於未遂之處罰，得按既遂之罪行減輕之（德國刑法第 23 條第 2 項）。另外，若行為人自願放棄行為的繼續進行或者阻止犯罪之既遂，不以未遂處罰之。只要行為人自願地、認真地阻止行為之既遂，即使犯罪未既遂並非防止行為所致，亦不受刑法之處罰（德國刑法第 24 條第 1 項）。

相反地，著手犯上則是將既遂、未遂等同處理。換言之，對於著手犯而言，若其行為停留於未遂階段，並無德國刑法第 23 條第 2 項之未遂減輕處罰以及第 24 條之中止免於刑罰的適用餘地，既遂的可罰性被前置到未遂的階段³⁷³。取而代之的是，若立法者在個別情形下想要對著手犯減輕刑罰或免除刑罰，其必須另行設置「積極的悔悟(tätige Reue³⁷⁴)」規定³⁷⁵，如德國刑法第 83a 條³⁷⁶、第 314a

³⁶⁷ Vgl. Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 365), S.267. 林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《台大法學論叢》，第 23 期第 2 期，1994 年 6 月，頁 272。

³⁶⁸ Vgl. Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 365), S.267; Mitsch, JURA 2012, S. 526.

³⁶⁹ Vgl. Mitsch, aaO. (Fn. 368), S. 526; Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 365), S.267.

³⁷⁰ Vgl. Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 365), S.267.

³⁷¹ § 22 StGB (Begriffsbestimmung)

Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.

³⁷² 蔡聖偉，《刑法案例解析方法論》，2014 年 9 月，初版，元照，頁 164。

³⁷³ Vgl. Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 365), S. 267.

³⁷⁴ 日文的翻譯為：行為による悔悟。學者林東茂則是將其翻譯為「行為悔悟」。

³⁷⁵ Roxin, StrR AT Bd. I, 1997, § 10 Rn. 124; Wessels/Beulke/Satzger, StrR AT, 2013, § 1, Rn 41.另外，學者 Jescheck 在其刑總教科書中認為，儘管對於著手犯中止的特殊規定僅侷限於三種情形，即

條³⁷⁷。另外，在手段不能未遂以及客體不能未遂的情形中，純正的著手犯以及不純正的著手犯的可罰性有所區別。對於純正的著手犯而言，不管是手段不能未遂

內亂著手之中止（刑法第 83a 條第 1 款）、對汽車駕駛人搶劫性攻擊之中止（刑法第 316a 條第 2 項）以及劫持航空器之中止（第 316c 條第 4 項），但是，這些中止的特殊規定可以類推適用於所有的著手犯，包括不純正的著手犯（請注意 Jescheck 的寫作年代，其所引用的法條係 1996 年以前，故部分條文的條號內容有所變動）。Vgl. Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 365), S. 548.

³⁷⁶ § 83a StGB (Tätige Reue):

(1) In den Fällen der §§ 81 und 82 kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt und eine von ihm erkannte Gefahr, daß andere das Unternehmen weiter ausführen, abwendet oder wesentlich mindert oder wenn er freiwillig die Vollendung der Tat verhindert.

(2) In den Fällen des § 83 kann das Gericht nach Absatz 1 verfahren, wenn der Täter freiwillig sein Vorhaben aufgibt und eine von ihm verursachte und erkannte Gefahr, daß andere das Unternehmen weiter vorbereiten oder es ausführen, abwendet oder wesentlich mindert oder wenn er freiwillig die Vollendung der Tat verhindert.

(3) Wird ohne Zutun des Täters die bezeichnete Gefahr abgewendet oder wesentlich gemindert oder die Vollendung der Tat verhindert, so genügt sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, dieses Ziel zu erreichen.

德國刑法第 83 條 積極的悔悟

(1) 在第 81 條和第 82 條的情形下，行為人自願放棄行為的繼續實施且避免或根本上減輕其所認知到的、他人繼續實施犯罪的危險，或是自願阻止犯罪既遂者，法院可依裁量減輕刑罰（第 49 條第 2 項）或根據此規定免除刑罰。

(2) 在第 83 條的情形下，行為人自願放棄其計畫且避免或根本上減輕其所引起並認知到的、他人繼續預備或實施著手，或是自願阻止犯罪既遂者，法院可依第 1 項處理。

(3) 在無行為人協助的情形下，危險被防止、根本減輕或行為的既遂被阻止，若行為人為達成此目的而作成自願且真誠的努力，即為己足。

³⁷⁷ § 314a StGB (Tätige Reue):

(1) Das Gericht kann die Strafe in den Fällen des § 307 Abs. 1 und des § 309 Abs. 2 nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2), wenn der Täter freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder sonst die Gefahr abwendet.

(2) Das Gericht kann die in den folgenden Vorschriften angedrohte Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von Strafe nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter

1.in den Fällen des § 309 Abs. 1 oder § 314 Abs. 1 freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder sonst die Gefahr abwendet oder

2.in den Fällen des

a)§ 307 Abs. 2,

b)§ 308 Abs. 1 und 5,

c)§ 309 Abs. 6,

d)§ 311 Abs. 1,

e)§ 312 Abs. 1 und 6 Nr. 1,

f)§ 313, auch in Verbindung mit § 308 Abs. 5,

freiwillig die Gefahr abwendet, bevor ein erheblicher Schaden entsteht.

(3) Nach den folgenden Vorschriften wird nicht bestraft, wer

1.in den Fällen des

a)§ 307 Abs. 4,

b)§ 308 Abs. 6,

c)§ 311 Abs. 3,

d)§ 312 Abs. 6 Nr. 2,

e)§ 313 Abs. 2 in Verbindung mit § 308 Abs. 6

freiwillig die Gefahr abwendet, bevor ein erheblicher Schaden entsteht, oder

2.in den Fällen des § 310 freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder sonst die Gefahr abwendet.

(4) Wird ohne Zutun des Täters die Gefahr abgewendet, so genügt sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, dieses Ziel zu erreichen.

還是客體不能未遂，行為均應受到處罰。因為一旦純正的著手犯進入到未遂階段，就已經涉及到德國刑法第 22 條意義上的未遂問題。相較於此，在不純正著手犯的情形，只有手段不能未遂才應受到處罰，而客體不能未遂不應受到處罰。因為除了要求著手行為能夠達成其目的之外，還必須滿足所有的構成要件要素³⁷⁸。

需要說明的是，預備犯、著手犯、單純的舉動犯（行為犯）以及危險犯作為刑法保護前置所創設出來的獨立構成要件型態，誠如學者林東茂所指出的，「對於這些不同命名的犯罪類型，要在概念上嚴加區分，是很困難的。依本人之見，這些犯罪類型，在概念上，彼此都有交集³⁷⁹」，確屬的論。以著手犯以及行為犯的區分來講，行為犯係相對結果犯而言，若行為人所為合乎不法構成要件所描述的行為活動，就直接構成要件該當，沒有未遂犯可言；而著手犯則是著手之後，就立即成立犯罪。但是，犯罪行為有可能停留在未遂階段（典型的例子就是內亂罪。內亂成功會成為國父，怎麼可能反過來論處內亂罪既遂³⁸⁰）。故立法者對此強化了刑法的反應，使未遂行為的處罰不輕於既遂。此外，也有可能是著手之後但還未能立即完成行為，因此，在概念上有成立未遂的可能性³⁸¹。

從國際公約上來看，無論是《歐洲理事會反貪腐刑法公約》還是《聯合國反貪腐公約》，均未要求將民代賄賂罪設計為著手犯以及懲罰未遂行為；而近年內的法律草案以及德國現行法之規定，也都明確廢棄了民代賄賂罪的著手犯性格。

德國刑法第 314a 條 積極的悔悟

(1) 在第 307 條第 1 項和第 309 條第 2 項的情形下，行為人自願放棄行為的繼續實施或防止危險者，法院可依裁量減輕刑罰（第 49 條第 2 項）。

(2) 法院可依裁量，對下列各項情形減輕刑罰（第 49 條第 2 項）或依本規定免除刑罰，若行為人：

1、在第 309 條第 1 項或第 314 條第 1 項的情形中，自願放棄行為的繼續實施或防止危險，或

2、在 a) 第 307 條第 2 項、b) 第 308 條第 1 項和第 5 項、c) 第 309 條第 6 項、d) 第 311 條第 1 項、e) 第 312 條第 1 項和第 6 項第 1 目、f) 第 313 條結合第 308 條第 5 項的情形下，在重大損失產生之前，自願防止危險者。

(3) 行為人不依下列條款處罰，若其：

1、在 a) 第 307 條第 4 項、b) 第 308 條第 6 項、c) 第 311 條第 3 項、d) 第 312 條第 6 項第 2 目、e) 第 313 條第 2 項結合第 308 條第 6 項的情形下，在重大損害產生之前自願防止危險者，或

2、在第 310 條的情形下，自願放棄該行為的繼續實施或防止危險者，

(4) 在無行為人協助的情形下，危險被防止、根本減輕或行為的既遂被阻止，若行為人為達成此目的而作成自願且真誠的努力，即為已足。

³⁷⁸ Vgl. Jescheck/Weigend, aaO. (Fn. 365), S. 267.

³⁷⁹ 林東茂，註 366 文，頁 269。

³⁸⁰ 林鈺雄，《新刑法總則》，2011 年 9 月，3 版，元照，頁 375。

³⁸¹ 林鈺雄，註 380 書，頁 374。

除了左翼黨版本草案之外，其他版本的草案以及現行法也都不處罰民代賄賂罪未遂。

對此，學者 **Heinrich** 認為，一方面，由於本罪的可罰性已經相當前置化，導致難以想象出本罪未遂的情形，故並無將本罪設計成未遂犯的需求；另一方面，在民代賄賂罪的情形中，也不存在著將民代賄賂罪設計為著手犯的正當化理由——未遂行為特別地危及到法益或是當罪行進入到未遂階段時，行為人已經無法控制。³⁸²

³⁸² Vgl. *Heinrich*, aaO. (Fn. 182), S. 41: „Da im Hinblick auf die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit ohnehin kaum Fälle des Versuches denkbar sind, besteht für die – auch im Rahmen des geltenden § 108e StGB im Übrigen umstrittenen – Ausgestaltung als Versuchsdelikt kein Bedarf. Auch dürften die ansonsten für die Rechtfertigung der Ausgestaltung als Unternehmensdelikt vorgebrachten Gründe der besonderen Gefährdung des Rechtsguts bereits durch eine Versuchshandlung und der mangelnden Kontrollierbarkeit seitens des Täters, wenn das Delikt bereits ins Versuchsstadium gelangt ist, bei der Abgeordnetenbestechung kaum greifen.“

第六章 台灣的取徑與困境



第一節 取徑：民意代表為公務員

第一項 民意代表為公務員

第一款 「剪不斷理還亂」的公務員概念

在民國 95 年 7 月以前，台灣(舊)刑法第 10 條第 2 項規定：「稱公務員者，謂依法令從事公務之人員。」一般認為，當時所採用的是最廣泛的公務員概念——凡是依照法令從事公務之人，不管其所從事的公務是執行公權力或具公共事務性質，還是與此無關，均屬於公務員¹。

此一公務員概念過於概括與廣泛，導致實務適用過程中有無限寬廣的解釋空間²，並在具體個案的法律適用上造成諸多不合理的結果，如公立醫院醫師執行醫療行為時，收病人紅包成立公務員收賄罪，但私立醫院醫師收受紅包則不成立犯罪³。

為了因應舊法的不足之處，台灣立法者在民國 94 年 2 月修正了公務員的法定定義：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」

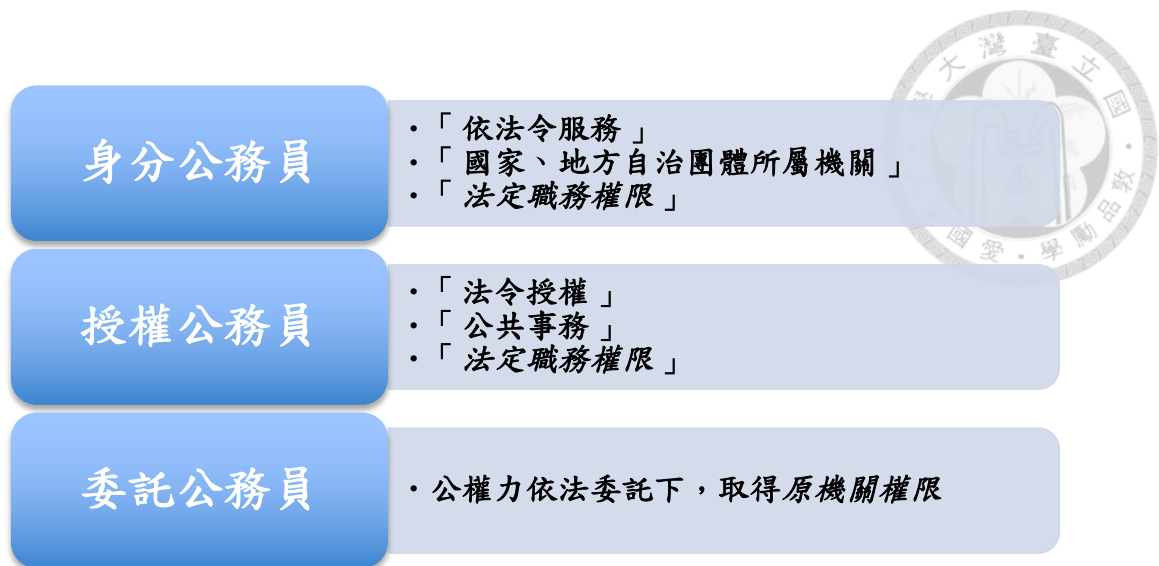
就此而言，新修正的刑法公務員可細分為以下三種類型——

1、身分公務員（刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段）：判斷身分公務員的三個重要標準分別是「依法令服務」、「國家、地方自治團體所屬機關」以及「法定職務權限」。其中，所謂的「依法令服務」係指凡是在國家或地方自治團體所屬機關

¹ 王皇玉，《刑法總則》，2014 年，初版，新學林，頁 97。

² 白忠志，〈新修刑法公務員概念在實務上的運用〉，收錄於：《刑法公務員概念的比較研究》，台灣刑事法學會，2010 年 9 月，頁 294。

³ 王皇玉，註 1 書，頁 98。



※ 圖表 6-1：台灣公務員體系

製圖：作者

關中，依法任用之成員。不論其任用方式是依考試或依選舉，亦不論屬聘用或特任，均屬之⁴。「國家、地方自治團體所屬機關」包含了總統府、中央五院及所屬機關，以及地方行政機關與地方立法機關，其範圍涵蓋了行政、立法、司法、考試、監察機關在內⁵。所稱的「法定職務權限」，指在國家或地方自治團體所屬機關服務之人員，其所從事之事務，須有法令規定之權限。至於「法定職務權限」之「法定」，其並不以法律明文規定為限，尚包含法規命令、職權命令、職務命令、機關內部行政規則、各機關組織法、機關內部組織規程、處務規程等⁶。

2、授權公務員（刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段）：此類公務員要求「法令授權」「公共事務」及「法定職務權限」三個要件。所謂「法令授權」，必須有法令特別規定將公共事務處理之權限，直接交由該人員為之，而使其享有法定之職務權限者，始足當之⁷。「公共事務」指與國家公權力作用有關而具有國家公權力性質之事項⁸。至於「法定職務權限」的概念，則與前述相同⁹。

⁴ 王皇玉，註 1 書，頁 98；吳耀宗，〈評析刑法新修正之公務員概念〉，收錄於：《刑法公務員概念的比較研究》，台灣刑事法學會，2010 年 9 月，頁 111。

⁵ 王皇玉，註 1 書，頁 99。

⁶ 王皇玉，註 1 書，頁 99；吳耀宗，註 4 文，頁 112。

⁷ 甘添貴，〈刑法新修正公務員之概念〉，收錄於：《刑法總則修正重點之理論與實務》，2005 年，初版，元照，頁 142。

⁸ 王皇玉，註 1 書，頁 101。

⁹ 王皇玉，註 1 書，頁 101。

3、委託公務員（刑法第 10 條第 2 項第 2 款）：該公務員本身並未具有如「身分公務員」或「授權公務員」所擁有的「法定職務權限」。但是，其在公權力機關依法委託下，取得原機關權限，並從事與該委託機關有關的公權力行使，或從事於公共事務¹⁰。



雖然從修正條文內容以及對此次修正持肯定立場者的解釋說明來看，修正條文與德國現行法有著異曲同工之妙——新修規定同時兼顧了「組織性」與「功能性」之思維並予以具體化，即該條項第 1 款前段的「身分公務員」係著眼於所隸屬服務的機關，同款後段的「授權公務員」及第 2 款的「委託公務員」則是著眼於實際上所從事之事務¹¹，但文獻學說上對該公務員定義不乏鞭辟入裡的質疑與批判¹²，譬如：修正理由與修正內容似乎毫無關係¹³；新法並未解決舊爭議，即「職務公務員」中最为核心與關鍵的要素——「公共事務」概念之內涵究竟為何¹⁴；限縮公務員作為行為主體的概念範圍與國際刑事政策趨勢不符¹⁵；公務員作為行為主體或行為客體時並不需要兩個不同的公務員概念¹⁶；修正條文不能發揮實質的修正效果（包括「法定職務權限」的增加並沒有實質的作用¹⁷）¹⁸；未必

¹⁰ 王皇玉，註 1 書，頁 104。

¹¹ 吳耀宗，註 4 文，頁 222。

¹² 比較重要的文獻，如：黃榮堅，〈刑法上個別化公務員概念〉，《台大法學論叢》，第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁 273-334；吳耀宗，註 4 文，頁 89-263；許玉秀，〈公務員概念的立法定義——第十六次修正刑法檢討（第十條第二項）〉，收錄於：《新修正刑法論文集》，司法院，2006 年 7 月，頁 85-129；林雍昇，〈最高法院刑事裁判評釋——建構中的新刑法公務員圖像〉，《台灣法學雜誌》，第 128 期，2009 年 5 月，頁 77-91；同前作者，〈新刑法公務員概念與範圍的再商榷〉，《台灣本土法學雜誌》，第 102 期，2008 年 1 月，頁 192-215。

¹³ 許玉秀，註 12 文，頁 91-92：「修正理由所謂『公務員在刑法所扮演之角色，有時為犯罪之主體，有時為犯罪之客體，為避免因具有公務員身分，未區別其所從事職務之種類，即課予刑事責任，而有不當擴大刑罰之情形，故宜針對公務性質檢討修正』，看不出來和修正內容有什麼關係。未區分公務員是行為主體（與犯罪主體同義）或行為客體，如果會導致不當擴大刑罰權，則理應針對公務員是行為主體和行為客體的情形分別定義，但修正內容完全沒有顧慮公務員在刑法上的身分是行為主體或客體，因而看不出來修正理由特別提到這一點，究竟有何意義……」

¹⁴ 林雍昇，註 12 文，頁 90。

¹⁵ 許玉秀，註 12 文，頁 92-97。

¹⁶ 許玉秀，註 12 文，頁 97-100：「不管公務員是行為主體或行為客體，公務員的概念不需要有兩個，處罰範圍的寬狹，並未完全取決於公務員的概念，分則構成要件的設計與詮釋，才具有關鍵性的影響……也就是說，修正理由所擔心的問題，應該透過修正分則的構成要件解決，在總則修正公務員的定義，並無實益。」

¹⁷ 許玉秀，註 12 文，頁 110：「但是推測日本的法制改革經驗，這個要件的規定，可能因為國家權力具體運作的難以具體規制，而流於空洞，因此不如放棄……例如司法院組織法第十三條前五款列舉刑事廳掌理之各種事務，第六款則規定『其他』與行使刑事審判有關之行政事項；第十五條第八款同樣規定司法行政廳掌理不屬於其他各廳處之司法機關行政事項等，總會有一款『其他』的概括規定，以避免掛一漏萬。」

¹⁸ 許玉秀，註 12 文，頁 106-113。

能達到限縮的目的，但確定已產生擴張的效果¹⁹；「身分公務員」、「授權公務員」以及「委託公務員」此用語名稱的分類，有待進一步地商榷²⁰等等。

由於台灣立法者在公務員概念的修正採用「拼裝車式」立法技術²¹，欠缺完整的理論基礎並忽略刑事政策的時代需求——對公務員犯罪的實質不法內涵採用的是德國七十年代前的特別義務論；條文內容主要師法日本 1961 年未通過的刑法草案設計²²；對政府機關與公共事務的定義根據的是舊的行政理論²³，法律適用者自然無所適從，脫離時代脈動的荒謬感也就不得不然——

過寬解釋者，如大學教授或研究機構研究員涉及「科學研究」相關採購事項，實務見解曾認為，「又本件並非係受政府補助之科學技術研究發展，已與科學技術基本法第六條第一項規定有別，況公立學校及國營事業關於承辦或監辦採購之人員，係因以公款從事採購行為，公權力介入甚深，所執行之採購行為，為屬從事公共事務而具有法定職務權限，而認屬刑法第十條第二項第一款後段之『授權公務員』，是公立學校、公立研究機關受政府補助、委託、或出資之科學技術研究發展，如符合科學技術基本法第六條第三項規定，僅係其辦理採購不適用政府採購法之規定（依該條但書規定，仍應依政府補助科學技術研究發展採購監督管理辦法為之），但其承辦或監辦採購人員，就其從事採購行為，乃屬『授權公務員』，倘其辦理採購有貪污、舞弊情事，自仍有貪污治罪條例之適用²⁴」；

¹⁹ 吳耀宗，註 4 文，頁 224-228。

²⁰ 吳耀宗，註 4 文，頁 228-230：「按，『公務員』這樣的稱謂用語本來所指涉的就是一種（社會制度的）身分地位，現今假若我們將新修正的刑法第 10 條第 2 項第 1 款規定的『依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限者』稱為『身分公務員』，如此一來，容易讓人誤以為，好像只有『身分公務員』是一種『身分』，那麼相對應的，同條項所規定之『其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限之人員』與『受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務之人員』則不是一種『身分』；但如果不是一種身分，那又是什麼？」「單純從所謂『授權公務員』與『委託公務員』這兩個文字用語的表面意義來看，實在很難聯想到其係指涉不同條項所規範的不同事項，換言之，這樣的用語詞彙易產生混淆而難以區別（或者可能也無區別之必要）。至於如果強調所謂『授權公務員』係基於法令之特別授權，則這樣的說法似乎又與所謂『身分公務員』之條文內容所規定的『具有法定職務權限』無法區分。」

²¹ 林鈺雄教授在台灣法學會 2015 年年度法學會會議（BOT 與法律風險管理）上的與談中，曾打趣台灣這種「用歐洲的軌道跑日本新幹線」的立法技術是「獨步全球」的。

²² 許玉秀，註 12 文，頁 95：「日本刑法舊條文第七條第一項規定：『本法所稱“公務員”，指官吏、公吏、依法令從事之議員、委員及其他職員。』，1995 年 5 月 12 日修正通過的第七條第一項則規定：『本法所稱“公務員”，指國家或地方自治團體之職員及其他依法令從事公務之議員、委員及其他職員。』。在新舊法之間，1961 年 12 月 20 日曾經提出的改正刑法準備草案第八條第一項規定：『本法所稱之公務員，謂於國家或地方公共團體組織中具有一定之職務權限者，以及其他依據法令從事於公務之職員。』，該規定曾經進一步地修正，成為 1974 年 5 月 29 日提案未通過的改正刑法草案第十一條第一項規定：『本法所稱之公務員，謂於國家或地方自治團體組織具有一定之職務權限者，以及其他依法令從事於國家或地方自治團體事務之職員。』。」

²³ 林雍昇，註 12 文，頁 214-215。

²⁴ 最高法院 100 年度台上字第 459 號判決。最高法院在 2014 年 6 月就大學教授是否屬於公務員

過窄解釋者，如「然正如前述，政府公股係中鋼公司之大股東，中聯公司係中鋼公司轉投資之子公司，該二公司本質上均為民營企業，既非政府機關，亦非國營事業機構。縱官股占有多數股權，具有遴選、任命、指派董事、董事長、經理人等公股代表之實力，此等董事、董事長、經理人亦為政府機關派駐民營公司執行政府意志之公股代表，有依政府意志行事之事實上義務，但此等人員究非刑法上之『公務員』甚明。該等公股代表所為有關公司經營事項之決定，尚非有關公務之決定或執行，不具有任何公權力之作用²⁵」。

第二款 民意代表為公務員

就上述的分類及標準來看，一方面，不論係立法院之立法委員（憲法第 64 條）或者各縣市之議員（憲法第 124 條），其選任方式在憲法上均有明文之規定；另一方面，民意代表又服務於中央或地方機關（議會），且具有法定權限（立法權）。就此而論，民意代表屬於新修正刑法公務員中的身分公務員，並無太大的疑問。

在學說上，有論者雖然不滿意公務員概念的現行法規定，而主張以國家機關組織之成員作為界定的出發點，以公法上的職務關係作適當的內縮²⁶，但其仍認為：「姑且不論民意代表應否列入刑法公務員之範疇，雖然選舉行為並不是一種行政處分，但是就經由選舉方式而擔任國家機關之職位、取得國家權力此一角度而觀，由於以選舉方式選出擔任國家職位之人員，此不僅與公眾利益密切相關（利益說），且經此而使其與國家發生職務關係、行使國家權力（新主體說、新特別關係說），因此，學理上有稱之『公法上之集合行為』，當然也產生了公法上職

此一爭議問題召開了 103 年度第 10 次刑事庭會議，就「公立大學教授接受政府、公立研究機關（構）或民間之委託或補助，負責科學技術研究計畫，由學校出面簽約，受託或受補助之研究經費撥入學校帳戶，其辦理採購事務」作成決議，認此等教授非「身分公務員」、「授權公務員」或「委託公務員」，故無刑法上公務員身分，若其違背相關監督、管理之規定而營私或舞弊情事者，應回歸普通刑法予以評價或處罰，無貪污治罪條例之適用。參見：王皇玉，註 1 書，頁 102。關於此問題進一步的討論，另行參考：邱忠義，〈貪污罪中之公務員身分認定——兼評最高法院的統一解釋法令與檢察一體統一追訴及裁量標準的功能〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 13-21；許澤天，〈與談意見（二）：公務員身分認定和大學教授假發票案〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 35-43；王梅英，〈與談意見（三）：大學教授執行科研計畫之法律地位〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 44-49。

²⁵ 台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號。

²⁶ 具體的論述與操作過程，參見：吳耀宗，註 4 文，頁 194-221。

務關係²⁷」。是以，就民意代表是否屬於公務員此問題的解答，在結果上與現行法規定並無差異。



第二項 賄賂罪規定：以職務行為為中心

由於台灣刑法中關於公務員的定義早已鎖定所有民選的立法機關，且未存在獨立於一般公務員受賄罪規定的民意代表賄賂罪，從而對於民代賄賂案件的處理仍需回歸到刑法第 121 條以下條文中。

第一款 賄賂罪規定

台灣普通刑法中關於公務員賄賂罪的規定，主要見於中華民國刑法第四章【瀆職罪】中第 121 條以下的條文²⁸：

第 121 條 普通賄賂罪

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

犯前項之罪者，所收受之賄賂沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。

第 122 條 違背職務之賄賂罪

公務員或仲裁人對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者，處三年以上、十年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。

因而為違背職務之行為者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。

²⁷ 吳耀宗，註 4 文，頁 213。

²⁸ 關於中華民國刑法中賄賂罪文本自清末以來的立法沿革，可參見：黃源盛，《晚清民國刑法史料輯註（上）》，2010 年，初版，元照，頁 101-104、230-231、318、430—432、553-554、680-681、821-822；黃源盛，《晚清民國刑法史料輯註（下）》，2010 年，初版，元照，頁 937-939、1049-1050、1113-1114、1209-1210、1333-1334；洪湘媛，《刑法賄賂罪之研究》，東吳大學法律學系碩士論文，2013 年，頁 7-17。

對於公務員或仲裁人關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。但自首者減輕或免除其刑。在偵查或審判中自首者，得減輕其刑。

犯第一項及第二項之罪者，所收受之賄賂沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。

第 123 條 準賄賂罪

於未為公務員或仲裁人時，預以職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，而於為公務員或仲裁人後履行者，以公務員或仲裁人要求、期約或收受賄賂或其他不正利益論。

儘管立法者本已在普通刑法的瀆職罪章中明文規定了公務員賄賂罪及其他貪污瀆職等不法犯罪的行為態樣，但在貪污治罪條例中也存在著公務員賄賂的相關規定。基於特別法優先於普通法，刑法中賄賂罪的規定基本上已經被架空，根本沒有適用之餘地。

其中，受賄罪的規定主要見於貪污治罪條例第 4 條以及第 5 條：

第 4 條規定：「有下列行為之一者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金：……五、對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。」

第 5 條規定：「有下列行為之一者，處七年以下有期徒刑，得併科新台幣六千萬元以下罰金：……三、對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。」

而行賄罪主要規定在同法第 11 條：「對於第二條人員，關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」

另外，行政院在 2009 年 10 月所提出增訂「不違背職務行賄罪」的修正草案送立法院審議，於 2011 年 6 月 7 日三讀通過，新增貪污治罪條例第 11 條第 2 項之不違背職務行賄罪，即「對於第二條人員，關於不違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，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」，其立法理由主要係以：「為革新政治風氣，確保政府公

務之適當與公正運作，建立國民對政府之信賴，提高行政效率，處罰對於公務員職務上行為之行賄行為，顯有必要，以杜絕紅包文化。法務部於九十七年十月間委託辦理九十七年『臺灣地區公務員犯貪瀆罪定罪率之問卷調查』，結果多數受訪檢察官、法官及律師認為我國有增訂『不違背職務行賄罪』之必要；另於九十七年十二月十七日舉辦公聽會，多數與會人士亦認為有立法規範此類行為之必要。爰參酌聯合國反腐敗公約第十五條第一款規定及德國、日本、香港等立法例，增列第二項關於『不違背職務行賄罪』規定。」²⁹

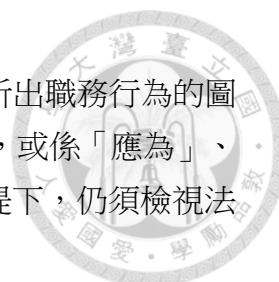
第二款 職務行為的確立標準

第一目 實務見解

一、定義

台灣最高法院最早對於「職務」的定義，始見於 24 年上字第 3603 號判例：「刑法瀆職罪之賄賂，係指對於公務員或仲裁人，關於職務上行為所給付之不法報酬而言，所謂職務云者，必須屬於該公務員或仲裁人權限範圍內之事項，始足以當之。」之後，最高法院 58 年台上字第 884 號刑事判例也作出了類似的意旨，並區分了職務上之行為以及違背職務之行為：「刑法上之賄賂罪所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。所謂違背職務之行為，係指在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為者而言。」

²⁹ 「不違背職務行賄罪」入罪化與否，學說上對此問題並不存在一致的說法。對此，蘇佩鈺檢察官基於法益保護和刑事政策的考量認為：「從實務偵查犯罪角度出發，有論者（葉菊蘭立法委員）認為入罪化會造成行賄罪本身也是犯罪行為，將使更多人不敢出面檢舉，對不違背職務受賄行為更是難以追訴，達不到國家肅貪之目的。另一派論者（甘添貴教授），認為國內貪污風氣盛行，冀望行賄者舉發貪污，無異緣木求魚，此項刑事政策既已證明成效不彰，將之改弦易轍，使行賄者與受賄者接受同等之處罰，始較符合社會公平正義。甚至，入罪化才可以讓行賄者在自首或自白免除其刑及減輕其刑之誘因下，說出實情，幫助偵查機關追訴受賄罪者，反倒可以達到肅貪目的……究竟入罪與否，對於追訴受賄者究竟是助益還是幫倒忙？似乎見仁見智……不違背職務行賄罪在目前民主社會演進結果，社會不再主張紅包文化是常態下，有刑法保護之法益存在。將之入罪化，或許附隨價值在人民得知行賄行為已經是一種犯罪行為，做行為決策時，會多加一項考量選項，亦即自己會不會也去坐牢，去作一風險及利益評估，究竟依循苟且繼續給紅包，甘冒刑責風險有無必要。進一步，部分民眾可能因利益衡量後，認不相當下而減少行賄，此舉或有可能間接達到預防不違背職務受賄罪功能存在。此從德國刑法第 333 條第 1 項及日本刑法第 198 條均訂有不違背職務行賄罪，亦同此道理。因此，本次不違背職務行賄罪之修正案，本文認其入罪化源於時代演進因素，刑事政策之決定尚無不當之處。」參見：蘇佩鈺，〈近年來刑事實體法修正之回顧與評析——以刑法及貪污治罪條例為中心〉，《軍法專刊》，第 59 卷第 3 期，2013 年 6 月，頁 36-37。



就上開兩個重要判例，「惜字如金」的定義描述，並無法析出職務行為的圖像。誠如部分論者所言，系爭判例並未提供所謂「職務範圍」，或係「應為」、「得為」之具體內容與標準³⁰。從而，在無一個明確定義的前提下，仍須檢視法院對於職務行為的解釋。

二、實務解釋

實務上對於職務上行為解釋所出現的問題，主要表現再兩個方面：一方面，實務傳統上往往將職務行為侷限於公務員具體、特定的職務範圍內，而不及於一般職務範圍³¹；另一方面，在個別案件中，最高法院則「創意工作坊式地」發展出語焉不詳的「實質影響力」說。據此，對於職務行為的實務認定，有學者深發「困頓司法、恣意司法」之感³²。

（一）抽象職務權限？具體職務權限？

最高法院曾在 70 年度台上字第 702 號判決中，明白指出：「再刑法上對於職務上之行為收受賄賂罪，所謂職務，指具體特定之職務而言，根據林德旺及劉進善在調查站之所供，亦未說明送禮時，有拜託被告等為何種具體特定之職務上行為情事，嗣在偵審中復一再供稱所送係年禮云云，被告等之犯罪，要屬不能證明為其所持之論據，經核尚無違誤。」但是，在 72 年度台上字第 2400 號判決卻又表示：「又所謂職務上之行為，只須在法定規定上，具有一般性之職務而為賄賂對價之具體對象為已足。徵稅乃屬於被告劉亞萍一般性主管之事務，其為王朝坪減半徵收增值稅申請案之處理，自係屬於其職務上之行為，而足為賄賂對價之具體對象。³³」就此，似乎最高法院對於職務行為應採抽象（一般）職務權限還是具體的職務權限，並無定見。

³⁰ 蔡銘書，〈關於賄賂罪職務行為之最高法院裁判動向〉，《法學叢刊》，第 56 卷第 3 期，2011 年 7 月，頁 69。

³¹ 吳燦，〈與談意見（二）：公務員賄賂罪之職務上行為〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 114。

³² 林鈺雄，〈困頓司法 恣意司法〉，蘋果日報電子報，2013 年 5 月 4 日，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20130504/34995138/>（最後瀏覽日：2015/12/20）。

³³ 對於 72 年度台上字第 2400 號判決，學說上有論者認為，「根據判決所認定的事實，最高法院所謂的『徵稅乃屬於被告一般性主管之事務』，似乎係在說明即使該減半徵收增值稅案須呈轉財政部而經財政部核准，但此仍為被告『一般性主管之事務』，故恐怕難以『一般性主管之事務』文字內容率認 72 年度台上字第 2400 號判係採一般職務權限之內容。」參見：蔡銘書，註 30 文，頁 73。

從具體個案上看，最高法院對於職務上之行為，往往將機關內部事務分配誤為職務行為的判斷內涵³⁴，譬如：

「原判決認定甲○○於八十五年迄八十九年十二月間，擔任台南縣警察局新營分局勤務中心警員，負有偵查犯罪職務，明知陳啟清所營『國王遊藝場』賭博電玩店有賭博情事，原應依法取締偵辦，非但不偵辦，竟於八十八年十一月間與陳啟清期約，以出資十萬元佔有一股之方式入股該店，不問盈虧，每月分得四萬元，包括該股紅利及行賄交際分局、派出所相關人員之開銷，以避免該店被臨檢查獲賭博情事；甲○○基於違背職務收受賄賂及洩露秘密之犯意，允諾嗣後若該店有問題，均會設法處理，而每月自行收受該款項，並未分予其他同事，且多次於每月八次行業擴大臨檢前事先通知陳啟清防範，計自八十八年十二月至九十年四月，共收受陳啟清支付之款項六十八萬元等情。惟依卷附內政部警政署九十三年八月十日函載，『分局勤務指揮中心警員係刑事訴訟法第二百三十一條規定之司法警察，有調查犯罪之權限，惟依警察機關內部之任務分工，其職責並非取締電玩。又各警察機關之警力運用均係主管長官統一指揮調度，亦難謂分局勤務指揮中心警員絕無取締電玩之情形。本案宜……逕詢涉案人所屬分局，以查明情形』。再據台南縣警察局九十二年十二月二十九日及九十三年一月七日函稱：甲○○『於八十六年十月至八十七年底及八十八年十一月至八十九年底，擔任新營分局勤務指揮中心專職執務員，負責勤務規劃管制，未直接參與或配合勤務取締電玩』，『於該期間均無取締電玩職責』等情。是則可否認定甲○○職務上應依法取締偵辦賭博電玩店，而有違背職務情事？顯有疑義，原判決並未就上開函件所載加以說明，遽行論處甲○○違背職務收受賄賂罪，自有可議。³⁵」

「被告雖具有刑警隊小隊長身分，但原判決已說明其僅負責審查轄內治安機關提報流氓之業務，並無取締八大特種行業違規之職責，許天送夫婦應無因此即致贈鉅額『乾股』予被告之必要。況許天送夫婦因被告具有警察身分，對其拓展人際關係有所助益，而邀其加入該理容廣場為『暗股』（及實際有投資，但隱匿其股東身分），使被告分享股利，亦非無可能，未必因此即須無償給予被告『乾股』，否則許天送夫婦何以僅給與被告『乾股』，卻未給與當時具有南投縣會議員身分之曾芳春。上訴意指泛謂被告對於八大特種行業或警方提報流氓作業具有一定之影響力，可作為許天送夫妻憑藉之力量云云，而為單純事實之爭執，亦非合法之第三審上訴理由。綜上所述，本件上訴意旨並非依據卷內資料具體指摘

³⁴ 林鈺雄，〈與談意見（一）：公務員職務上行為之實務檢討——兼論民意代表職務收賄之可罰性〉，《檢察新論》，第17期，2015年1月，頁102。

³⁵ 最高法院98年度台上字第2991號刑事判決。

原判決有何違背法令情形，徒就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，再事爭辯，並仍就被告有無實際投資『香港理容廣場』，暨其警察身分對許天送夫婦有何影響力等單純事實為爭執，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。³⁶」

「原判決事實欄記載：羅永壽係監理處之工務員，負責汽、機車駕照考驗等業務，並於辦理駕照筆試或路考時，擔任學科測驗（筆試或口試）或術科測驗（路考）考驗員或監考員之職務；其於鍾鳳珍考驗駕照時，係擔任路考監考員，竟利用職務之便以不詳方法所取得之筆試試題及答案交付何豐富，後者旋將之交予鍾鳳珍熟記，並向鍾鳳珍收取新台幣一萬八千元，進而將其中之五千元交付仲介人黃慶發，另轉交羅永壽五千元賄款以為答謝等語。進而認羅永壽犯貪污治罪條例第四條第一項第五款之違背職務收賄罪。然鍾鳳珍之駕照考驗之筆試，係由余東興及鄭東茂負責考驗、監考。證人即監理處檢驗股股長曾秋亦證稱：監理處考領駕照之筆試試題無法事先知道，等考生進場再印試卷，試題是在當天當場由監考官從筆試的電腦系統去抓取，且每人之試題都不一樣，監考官只負責操作印試卷，試題係由電腦隨機選定，監考官無法決定；監考人員係考試當天上午上班前十分鐘由股長指派等語。核諸卷附試題、答案卡及『筆試標準答案』，確可見同一天、同一場次，各應考人之題目確不相同。則羅永壽既未負責鍾鳳珍駕照考驗之筆試工作，其就該次筆試，即無「職務範圍內」之行為可言。縱利用職務之便，以不明方法取得筆試試題，進而通過何豐富交付予鍾鳳珍，是否係違背職務之行為，仍非無疑。原判決關於此部分之認定未詳予剖析論述，難謂允當。³⁷」

「貪污治罪條例第四條第一項第五款所謂『職務』，係指公務員法定職務權限範圍內，並有具體影響可能之事務；同條例第六條第一項第四款所謂『主管之事務』，係指依法令於職務上有主持或執行權責之事務。查原判決事實認定蔡瑞湖於民國八十九年十二月至九十年四月十八日，在屏東縣警察局屏東分局，九十年四月十九日起在該局東港分局，均擔任刑事小隊長，而洪旭芳在屏東縣東港鎮○○路○○號一樓經營『泛亞電子遊藝場』、在同縣枋寮鄉○○○○○○區○○路○○號一樓經營『遠傳電子遊藝場』，擺設賭博性電動機具與不特定之人賭博財物，蔡瑞湖明知『泛亞電子遊藝場』有賭博犯行，竟同意協助洪旭芳避免員警取締、偵辦，而連續於九十年一月間某日及同年二月間某日，向洪旭芳收取「公關費」各新台幣（下同）五萬元，並自八十九年十二月起，在『泛亞電子遊藝場』插股二

³⁶ 最高法院 99 年度台上字第 119 號刑事判決。

³⁷ 最高法院 99 年度台上字第 6998 號刑事判決。

股，自九十年五月起在『遠傳電子遊藝場』插股二股，至九十二年二月二十四日止，共獲得不法利益計二百三十萬元。倘屬無訛，八十九年十二月至九十年四月十八日，『泛亞電子遊藝場』非在蔡瑞湖轄區內，而『遠傳電子遊藝場』亦從未在其轄區內，依上開說明，縱其知悉該等遊藝場內有賭博犯行，既無調查犯罪之職權，則其收取上開『公關費』，是否構成貪污治罪條例第四條第一項第五款違背職務之行為收受賄賂罪，又其於八十九年十二月至九十年四月十八日在『泛亞電子遊藝場』、九十年五月至九十二年二月二十四日在『遠傳電子遊藝場』插股參與賭博，是否構成同條例第六條第一項第四款之對於主管之事務圖利罪，殊有研求餘地。³⁸」

「又貪污治罪條例第四條第一項第五款所謂『職務』，係指公務員法定職務權限範圍內，並有具體影響可能之事務。本件原判決以楊清林、楊游碧鳳違法經營原判決附表（下稱附表）一所示妨害風化酒店，陳文昌、源慶、張正涼、康村田為警察人員，朱慶培行為時係台中縣調查站（已改制為台中市調查處）調查員（官），視同刑事訴訟法第二百三十條、第二百三十一條之司法警察官、司法警察，其等就於管轄區內、管轄區外之經營色情行業妨害風化案件，均有調查犯罪之職權，而認定陳文昌違背職務，自民國八十五年六月至九十一年五月十八日，先後六十八次，連續向楊清林、楊游碧鳳收受賄款計新台幣（下同）一千四百六十五萬元；源慶違背職務，自八十八年七月至九十一年五月十八日，先後十四次，連續向楊清林、楊游碧鳳收受賄款計一百零五萬元；張正涼違背職務，自九十一年四月至九十二年十一月，先後二十次，連續向楊清林、楊游碧鳳收受賄款計七百五十萬元；朱慶培、康村田違背職務，自九十一年六月至九十五年六月三十日止，先後四十九次，共同連續向楊清林、楊游碧鳳收受賄款計一千四百七十萬元，及自九十五年七月至九十六年五月，按月先後十一次，每次共同向楊清林、楊游碧鳳收取賄款三十萬元，另於九十六年二月十七日，共同向楊清林、楊游碧鳳收取賄款五萬八千元。然依上開說明，警察官長、警察各有管轄區域，於管轄區域內始有調查犯罪之職權，如何謂上訴人等就管轄區域外之妨害風化行為，具有調查犯罪之職權？殊非無疑。又觀之附表二所載上訴人等任職狀況，及附表一所示楊清林、楊游碧鳳經營各妨害風化酒店之期間，倘若上訴人等有向楊清林、楊游碧鳳收受各系爭款項，則收款時，楊清林、楊游碧鳳有否在其等管轄區內經營妨害風化酒店，猶非無疑。上開各情與判斷上訴人等是否成立違背職務收受賄賂罪攸關，自須深入研求，並詳述理由。乃原審未進一步詳查究明，為必要之論斷及

³⁸ 最高法院 102 年度台上字第 3288 號刑事判決。

說明，即為上揭不利於上訴人等之認定，難謂無理由不備及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。³⁹」

但是，最高法院 103 年度第 8 次刑事庭會議決議認為：「一、刑事訴訟法第二百三十一條第二項規定：『司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。』並無管轄區域之限制。又警察任務為依法維持公共秩序，保護社會治安，防止一切危害，促進人民福利；其職權包括依法協助偵查犯罪。警察法第二條、第九條第三款分別定有明文。內政部警政署亦頒訂『警察機關通報越區辦案應行注意事項』，其第一點即揭示：『為提升打擊犯罪能力，發揮各級警察機關整體偵防力量，避免於越區辦案時因配合不當，致生不良後果，特訂定本注意事項。』又於『各級警察機關處理刑案逐級報告紀律規定』第二點第一款明定：『各級警察機關或員警個人發現犯罪或受理報案，不論其為特殊刑案、重大刑案或普通刑案，均應立即處置迅速報告分局勤務指揮中心，按照規定層級列管，不得隱匿、延誤或作虛偽陳報擅自結案。』足見警察機關雖有轄區之劃分，然此僅為便利警察勤務之派定、規劃、指揮、督導及考核而已，非指警察僅能於自己所屬管轄區域內協助偵查犯罪。二、依題旨，A 雖任職於某市政府警察局，惟既發覺他市有經營職業賭場之犯罪行為，仍有依法調查或通報等協助偵查犯罪之職責，其違背此項職務而收取對價，自應成立對於違背職務之行為收受賄賂罪。」自此，上述的極度限縮職務上行為的解釋取徑，才些微地修正到一般（抽象）的職務權限，如：

「上訴人係任職武陵派出所之警員，負責承辦春安工作及青春專案並兼辦武陵派出所全轄區之勤務編排，為依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有調查職務權限之人員，其既知悉鍾浩詮等三人涉及不法犯罪，依法即負有調查或通報等協助偵查犯罪之職責，亦不得洩漏臨檢消息予鍾浩詮等三人，竟因收受鍾浩詮等三人所交付之賄賂，而未履踐調查或通報等協助偵查犯罪之職責，並將職務上所知悉應保守秘密之臨檢情資洩漏予鍾浩詮等三人，其違背此項職務而收取對價，自應成立對於違背職務之行為收受賄賂罪（此為本院最新之法律見解）。因而認定上訴人確有上揭所載犯行，其所犯違背職務收受賄賂三罪，且係對三個不同對象收取賄賂，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰，已敘明其取捨證據及認定事實之心證理由，所為論斷，乃原審本諸職權之行使，對調查所得之證據而為價值

³⁹ 最高法院 102 年度台上字第 4882 號刑事判決。

上之判斷，據以認定上訴人之犯罪事實，並未違背客觀上之經驗法則與論理法則，不能任意指為違法。⁴⁰」

「警察對於轄區外之事務，仍有依法調查或通報等協助偵查犯罪之職責，其違背此項職務而收取對價，自應成立對於違背職務之行為收受賄賂罪，此為本院最近統一之見解。又刑法上之賄賂罪所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為。所謂違背職務之行為，係指在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為者而言（參考本院五十八年台上字第八八四號判例）。另刑事訴訟法第二百三十條第二項規定：『前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及前條之司法警察官。』同法第二百三十一條第二項規定：『司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官。』乙○○、甲○○分別為任職大同分局警備隊、第五組之司法警察，對於從事圖利媒介性交易之犯罪行為，依法自負有舉報、取締、調查或協助偵查職責。渠等竟對宗志般要求按彰化旅店媒介性交易之次數或金額，從中索取一定之賄賂，顯係以之作為對彰化旅店從事之上開犯罪行為不予臨檢、取締、查緝之對價，自屬違背職務，原判決已為說明。甲○○上訴意旨關於其並無違背職務行為之指陳，係以自己之說詞，任意指摘，非適法之第三審上訴理由。

⁴¹」

（二）空泛的實質影響力說？

最高法院對於職務上行為的認定，除了上述「非得一個蘿蔔一個坑不可」的具體、特定職權要素⁴²之外，另外一道「亮麗的風景線」就是經常引發爭論的實質影響力說。

至於何謂「實質影響力」，最高法院在 100 年度台上字第 3656 號刑事判決中指出：「至於公務員違背職務之行為，通說雖係指在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為者而言，但所謂職務範圍之行為，如事務官之有法定職務權限（如公務人員任用法之職務列等表所定之職務）為據者不論矣，就政務人員而言，鑒於政策決定影響之層面甚廣，祇須該行為與其職務具有關連性，且依該公務員之身分地位所產生對該職務實質上之影響力所及者，即屬相當，不以親力親為為必要。蓋國家分官設職，各有所司，即以縣（市）政府公務員為例，其課長級之職

⁴⁰ 最高法院 103 年度台上字第 2119 號刑事判決。

⁴¹ 最高法院 104 年度台上字第 1903 號刑事判決。

⁴² 林鈺雄，註 34 文，頁 103。

責，依職務列等表等所定之職務類別，已足以判定其職務範圍內所應為或不應為者為何，但就民選縣（市）長而言，其綜理縣（市）政，依法享有統轄代表權、組織權、人事任免權、財政權、法規權及重要委員會之主導權，又負有兌現政見之承諾，則所轄各局（處、室）政務莫不與其縣（市）長職務有關連性，雖非親自掌理之事務，依其身分地位自足以形成一定程度實質上之影響力，倘有恣意不應為而為，或應為而不為之情形，即應認為該當於違背職務之行為，如此方符嚴懲貪污，澄清吏治之立法本旨。」

而實務在具體個案中對於「實質影響力」的認定，最為人矚目且詬病的莫不過是前總統貪污案判決中最高法院對於總統職務行為的界定以及界定方式。

台北地方法院 98 年度矚金重訴字第 1 號判決認為：「本院認為，就以公務員之『職務上行為』作為犯罪構成要件要素之刑罰規定，當牽涉總統法定職權之定義時，其概念自應兼由憲法對於政體組織規劃之學理、憲法之具體規定、刑法防止國家濫權及保障個人權利的目的中探求之。況法律之解釋不得超越憲法之規範，作為國家行使刑罰權準據之刑法，更應嚴守此一份際，謹防因逾越憲政體制，成為國家公權力侵害人權之幫兇而不自知。依據上開憲法本文、增修條文及司法院大法官對於憲法之有權解釋，總統之職權既限於法所列舉之行政權，自不得妄以現行政治體制運作之現實為由，將總統在不符體制侵犯行政院權限之情形下所為之一切干預行政權作為，均就地認為屬總統之職權範圍，對憲政體制視而不見，任憑刑法要件之解釋堂而皇之違反憲法。因此，若逾越上開解釋界線而不當擴張處罰範圍，遽認『法律雖未明文規定然係由其提名權所衍伸而來之實質影響力，對於政府機關人員直接或間接所為有關政務之指示，均應屬於其職務上之行為』（見起訴書第 5 頁），顯然係以不利於行為人之方式類推解釋，且其解釋所得之論據亦屬違憲，其論理過程及結論違反刑法第 1 條前段罪刑法定原則之規定甚明，故公訴人就此部分所為之主張，殊不足採。⁴³」據此，在綜合憲法之規定、大法官之相關解釋、國內法政學者之相關論著後，台北地院認為憲法關於總統的職務採取列舉性的規定，而金融機構合併並非是憲法所列舉的總統職權，從而也說不上總統職務行為受賄罪⁴⁴。

⁴³ 台北地方法院 98 年度矚金重訴字第 1 號刑事判決。

⁴⁴ 黃榮堅，〈2010 年刑事法發展回顧：慾望年代，慾望刑法？〉，《台大法學論叢》，第 40 卷特刊，2011 年 10 月，頁 1796 以下；蕭宏宜，〈賄賂罪的「職務上行為」概念——兼評最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決〉，《東吳法律學報》，第 24 卷第 1 期，2012 年 7 月，頁 87-120。

但是，案經上訴後，最高法院在 99 年度台上字第 7078 號判決則是認為：「賄賂罪所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言。故貪污治罪條例之職務上行為，應從公務員所為，實質上是否為其權限所及，以為判斷。中華民國總統，依憲法規定，對外代表中華民國，對內統率全國陸海空軍、依法公布法律、發布命令、任免文武官員及解決院與院間之爭執……等。又依中華民國憲法增修條文第二條第一項、第三條第一項規定，總統由中華民國自由地區全體人民直接選舉之，自中華民國八十五年第九任總統選舉實施，行政院院長由總統任命之，憲法第五十五條之規定，停止適用，為具有實權之總統。且實際上運作，關於行政院重大政策之決定、重要人事之任免，亦確與總統商議並經其首肯，而具有關鍵性之實質決定權，並非僅限於條文上所列舉之事項而已。又總統就國家重大政策或重要人事，一旦親身參與或干預，對於該特定結果，即具有實質上之影響力，自不得藉此職務上所得為之行為，收受對價。⁴⁵」

而在案件事實的認定上，最高法院則是以寥寥數語帶過：「（龍潭購地案部分）吳淑珍安排李界木進入官邸，當面向陳水扁報告龍潭購地案所面臨之難題後，陳水扁為解決此一問題，立即召集當時之行政院院長游錫堃、副院長林信義、國科會主任委員魏哲和及科管局局長李界木等人，在總統府會商。陳水扁不顧林信義、游錫堃之反對，以總統之地位強力介入，當場裁示採行李界木所推動之『先租後購』方案，並限期與達裕公司談妥土地價格，此舉乃與其職務相關所得為之行為。所辯將龍潭工業區併入新竹科學工業園區方案之推動，非總統之法定職務，且我國憲法採雙首長制，行政院長為最高行政首長，陳水扁即無須對前揭行為負責云云，自不足採。⁴⁶」「（陳敏薰買官案部分）依中華民國憲法增修條文第三條第一項規定，行政院院長由總統任命之，憲法第五十五條之規定，停止適用。又行政院副院長、各部會首長及不管部會之政務委員，由行政院院長提請總統任命之。因此總統對於重要人事之任免，即具有實質決定權。陳水扁基於總統之地位，對於財政部部長之任用，既有實質之決定權，則其要求財政部部長於行使公股管理權時，協調指派特定人選擔任特定職位，自屬其職務範圍所得為之行為。本件由吳淑珍收受陳敏薰所交付之一千萬元後，應陳敏薰之請求，推由陳水扁為陳敏薰安排特定職位，陳水扁即基於總統職位，要求時任財政部部長之林全於行使公股管理權時，安排陳敏薰擔任大華證券公司董事長之職位。因林全認為不妥，經多方協調後得陳敏薰之首肯，安排其擔任台北金融大樓公司董事長職位，其間具有關連性。⁴⁷」

⁴⁵ 最高法院 99 年度台上字第 7078 號刑事判決。

⁴⁶ 最高法院 99 年度台上字第 7078 號刑事判決。

⁴⁷ 最高法院 99 年度台上字第 7078 號刑事判決。學說上對於本案之批評與評釋，參考：黃榮堅，

第二目 學說見解



一、目的性限縮解釋為法定職務權限

有論者認為，台灣的職務犯罪類型中，犯罪成立必須具備三個基本條件，即公務員的資格，須具有職務上的特定關係，以及行為須有職務違背的具體情事（包括職務上的特定約定行為或承諾，可稱為職務犯罪的對價關係）⁴⁸。其中，固然公務員概念是職務犯罪主體要求的前提條件，但是，單憑刑法第 10 條第 2 項所規定的公務員概念，並無法逕為公務員職務犯罪的基準⁴⁹。毋寧說，其仍必須輔以職務上的特定要求，以作為行為主體的具體判准⁵⁰，即「職務犯罪的類型並非單純以刑法總則的公務員概念作為判斷成罪與否的惟一依據，仍須就個別具體的類型，作行為主體的個別認定。⁵¹」

又，氏認為，法律的解釋存在著一套相當具有邏輯的法則⁵²，即「在法律實定化的體制中，法律的解讀必須從法律的文意作個別概念的詮釋，而對於法律規範的具體適用對象於範圍的界定，則應從倫理解釋（系統解釋）、歷史解釋或目的解釋，作為闡明法律規範的方法。⁵³」「刑法係規範國家刑罰權的基礎法律，其性質屬於嚴格的制裁法，對其認定與適用，必須要採取相當嚴格的立場，一方面係受到法定原則的基礎規範；另一方面則是因為刑法具有法律規範體系最後手段的特定，對於其發動與適用，必須嚴守其最後手段的要求，不能對於構成要件作恣意性的概念擴張，以致將刑法的規範推到法秩序防衛的第一線。⁵⁴」

從而，氏主張，「刑法允許作文義、論理之解釋，但對於歷史解釋與目的解釋，則必須嚴格受到法定原則的拘束，因此，對於法律要件概念的詮釋，倘若必須運用歷史解釋或是目的解釋，必須嚴格謹守刑法指導原則的規範，特別是對於目的解釋，在何種情形下必須限定為『目的限縮』解釋，本有一定的邏輯要求關係存在，不得恣意而為；而何時允許作目的擴張之解釋，亦有相對的條件存

註 44 文，頁 1798；黃士軒，〈公務員賄賂罪中的職務行為——以我國最近之學說與最高法院實務為中心〉，《國立中正大學法學集刊》，第 48 期，2015 年 7 月，頁 95-106。

⁴⁸ 柯耀程，〈「職務」概念的解釋與限制〉，《法學叢刊》，第 56 卷第 2 期，2011 年 4 月，頁 7。

⁴⁹ 柯耀程，註 48 文，頁 7。

⁵⁰ 柯耀程，註 48 文，頁 7。

⁵¹ 柯耀程，註 48 文，頁 8。

⁵² 柯耀程，註 48 文，頁 27。

⁵³ 柯耀程，註 48 文，頁 27。

⁵⁴ 柯耀程，註 48 文，頁 14。

在，目的解釋並非法律特別授權執法者的擅斷手段，仍須遵守著解釋的基本要求與限制。⁵⁵」

具體而言，「當具體事實的認定，有涉及犯罪成立要件、刑罰形成事由的判斷，或是涉及刑罰有加重之事由時，其若須採取目的解釋，方足以確認具體之適用關係時，僅能以目的限縮的解釋方式，否則恐有違背法定原則與無罪推定原則，乃至於違反刑罰最後手段性的要求之虞。⁵⁶」「當遇有涉及犯罪阻卻事由，或是刑罰減免或阻卻事由時，方得以採取目的擴張的解釋方式，以作為概念釐清的詮釋基礎。⁵⁷」「倘若對於構成要件成立、犯罪形成判斷，或是刑罰成立或加重的事項，採取目的擴張解釋時，乃屬於違反解釋要求的恣意性詮釋。⁵⁸」

而對於職務犯罪中「職務」概念的解釋，氏認為，「確實無法透過文義、論理解釋乃至歷史解釋，以求其具體的概念形象，必須從法規範的目的，而作目的解釋。」又，由於職務概念屬於職務犯罪的成立條件，如果其必須採用目的解釋的話，則只能作嚴格的目的是限縮解釋，不能作目的擴張解釋。從而，氏認為，「對於職務概念的詮釋，不論是所為的『職務關聯性』看法，或是『職務實質影響力』的見解，均屬於擴張解釋的產物，根本有悖於目的是限縮解釋的要求。⁵⁹」

二、以公務員的管轄分配重新詮釋法定職務權限

在法定職務權限的解釋上，學說上有論者主張以公務員的管轄分配進行重新詮釋⁶⁰，或者是從管轄權的角度進行觀察⁶¹，主要的原因有：

其一，基於刑法中公務員概念的廣泛性，一方面刑法第 10 條第 2 項第 1 段前款所確立的組織意義的公務員存在著多元的進用方式，如任用、特任等等；另一方面也包含了諸多不屬於國家或地方機關自治團體所屬機關，但卻參與國家任務實現的功能意義的公務員，如 PPP（Public-Private-Partnership）、受託行使公權力等。從而，該論者認為，「如果堅持以法律明文規定的具體權限作為職務上行為的判准，單就公務員的行為主體適格性，就可能會遭遇困難……於組織意義

⁵⁵ 柯耀程，註 48 文，頁 27。

⁵⁶ 柯耀程，註 48 文，頁 15。

⁵⁷ 柯耀程，註 48 文，頁 16。

⁵⁸ 柯耀程，註 48 文，頁 16。

⁵⁹ 柯耀程，註 48 文，頁 28。

⁶⁰ 蕭宏宜，註 44 文，頁 111；洪湘媛，註 28 文，頁 144 以下。

⁶¹ 徐紹鐘，《刑法上公務員賄賂罪之研究》，國立台北大學法學系碩士論文，2007 年，頁 139。

的公務員類型，如果組織法本身是以概括規定的方式(如：『其他有關.....事項』)描述業務執掌範圍，所謂『職務權限』等於沒有實質內容，遑論就功能意義的公務員而言，根本難以具體列舉。⁶²」

其二，自管轄權和職務權限之間的關係來看，管轄權係就主觀的觀點，指稱行政主體或行政機關執行特定行政任務之權利義務；而權限則是就客觀的觀點，指稱行政主體或行政機關執行該特定行政任務之權力義務的內容或標的。換言之，權限是管轄權所及的事務，亦即乃管轄權的標的⁶³。從而，該論者認為，系爭行為是否在公務員權限範圍內的問題，或可從管轄權的角度加以觀察⁶⁴。

由於公務員對於特定行政任務的執行來自於事務、土地與層級管轄的分配⁶⁵，從而對於管轄分配的操作主要係依照上述的三種管轄類型。其中，事務分配，指行政機關執行特定行政任務的權利與義務。其主要經由三個階段，即團體管轄權、功能管轄權以及機關管轄權⁶⁶。至於機關內部的職務分配或事務分擔，僅係行政規則，本來就不會改變管轄權的範圍，故仍屬於職務上之行為⁶⁷；土地管轄則指行政機關可以行使事務管轄的地域範圍；層級管轄則是根據行政機關的層級構造，在上下機關間為任務的分配，規定由何以層級之行政機關掌理⁶⁸。舉例而言：「立法委員就自己所屬的委員會審議法案對其他委員會委員進行勸說、行政院長對內政部長的指示或影響等，至於是否屬公務員目前具體分管或負責的事項，根本無關緊要；反之，立法委員以選民服務之名，找局處官員『協調』，此種因監督的地位而產生的實質影響力，即非職務上之行為。⁶⁹」

至於違反管轄權的效果，其則主要援引行政程序法第 115 條以及第 116 條之規定而認為，「違反團體管轄權或功能管轄權者應歸於無效；違反機關管轄者，則依情形有不同之法律效果，若是欠缺事務權限、未經授權而違背土地專屬管轄、重大明顯違反管轄之規定等三種情形，該行為係屬無效；若是違反其他管轄規

⁶² 蕭宏宜，註 44 文，頁 111。同此見解者，參見：洪湘媛，註 28 文，頁 144 以下。

⁶³ 徐紹鐘，註 61 文，頁 140。「換言之，有管轄權即有法定職務權限，即有行政行為的決定權，至於機關內部的職務分配或事務分擔，僅係行政規則，本來就不會改變管轄權的範圍，自仍屬於『職務上之行為』。」參見：蕭宏宜，註 44 文，頁 112。

⁶⁴ 徐紹鐘，註 61 文，頁 140。

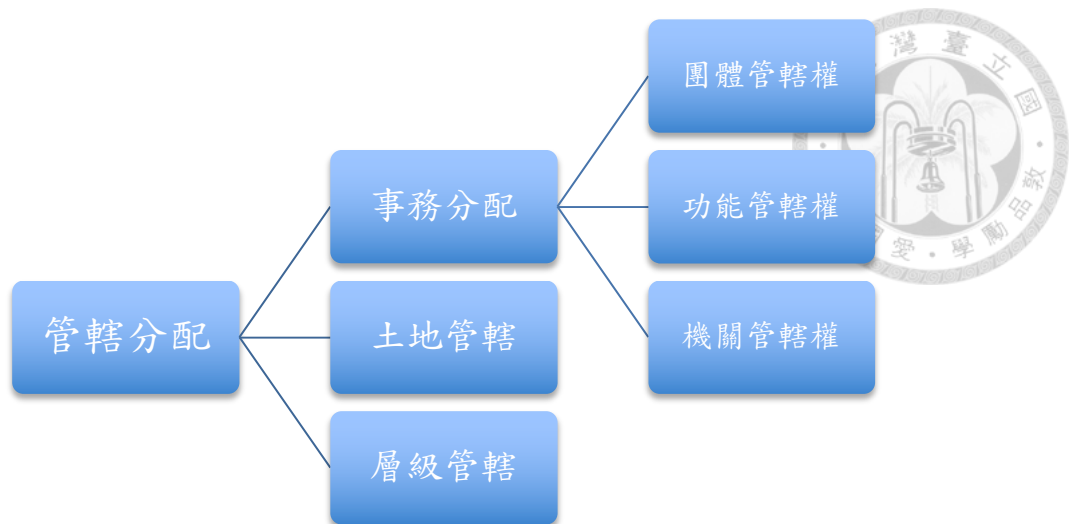
⁶⁵ 蕭宏宜，註 44 文，頁 111。同此見解者，參見：洪湘媛，註 28 文，頁 144 以下。

⁶⁶ 徐紹鐘，註 61 文，頁 141。

⁶⁷ 蕭宏宜，註 44 文，頁 112。

⁶⁸ 徐紹鐘，註 61 文，頁 141。

⁶⁹ 蕭宏宜，註 44 文，頁 112。



※ 圖表 6-2：以管轄分配說詮釋法定職務權限

製圖：作者

定，而有管轄權之機關就該事件仍應為相同之處分時，不影響該處分之法律效果……從法條反面推論，縱有管轄權之機關就該事件不應為相同處分時，原處分亦僅屬得撤銷之違法，而非無效。⁷⁰」

三、以刑法上對於職務的一般性解釋為基礎擴張職權

承前所言，儘管「職務」二字在刑法上不同條文中有不同的運用，但各個條文對於職務的解釋，仍不能脫離刑法上對於職務的一般的解釋，賄賂罪亦是如此⁷¹。

刑法上所謂的職務，有廣義和狹義兩種說法。廣義說認為，只要公務員或仲裁人本其所處地位而執行的職務，都算是公務員的職務，並不以公務員或仲裁人具有此項職權為必要；狹義說則認為，只有公務員在其權限範圍內所應為或得為的事項，才能說是公務員的職務，如果公務員不存在著此項權限，則即便其所從事的行為和公務相關，也不能被認定為職務⁷²。就此不難看出，職務和職權這兩個不同概念之間的關係——執行職權上的事項，莫不屬於職務。

⁷⁰ 徐紹鐘，註 61 文，頁 141-142。

⁷¹ 蔡墩銘，〈關於賄賂罪之職務上行為〉，《國立台灣大學法學論叢》，第 1 卷第 1 期，1971 年 10 月，頁 238。

⁷² 蔡墩銘，註 71 文，頁 238。

但是，蔡墩銘教授認為，若一概否認公務員無關職權上事項的「職務性格」，會產生問題⁷³。從而，氏認為應對職權作相對擴張的解釋⁷⁴——

其一，職權並不以國家法令的列舉規定為限，主要的原因是公務牽扯至廣、無所不包，國家法令幾乎難以將屬於公務員的一切職權鉅細靡遺地加以列舉規定。從而，即便系爭職權未見於國家法令，而為習慣上所公認，也是屬於公務員職權的範圍；

其二，若職權僅有間接的依據，如奉上級長官的命令或受其他同級公務員的囑託而執行任務，亦屬於其職權範圍；

其三，刑法上的職權，並非侷限於權利，亦包括附帶於權利而產生的義務。從而，公務員本其義務而實施的行為，包括積極作為或消極的不作為，均屬於職務上行為。

至於職務是否需要具體到「對於特定事實直接處理之事務」的程度，蔡墩銘教授則是主張，對於刑法上所規定的職務，不應採取過於嚴格的解釋。凡是依照機關組織法或者處務規程所得處理的事項，縱使其實際上並未負責該事務的處理，但既有所干與，即不能不認為其亦係在處理該項事務，從而其為此而採取之任何與此有密切關係的行為，概應視為職務上行為⁷⁵。

進而，對於公務員職務上行為，蔡墩銘教授提出了三點要求⁷⁶：

其一，公務員的職務上行為不應限縮於現在的行為，因為公務員無論是對現在、過去還是將來的職務上行為要求、期約或收受賄賂，對於公務執行的公正，都有損害；

其二，職務上行為認定並不限於系爭公務員具有決定權。假若如此的話，則任何必須依照上級公務員命令或者指示而行動的下級公務員，則會因為其本身無法依照自己的決定，而不會作出任何職務上行為。從而，不能僅憑公務員僅具備審查權而缺少決定權的事實，而否認其實施行為的「公務性格」；

⁷³ 蔡墩銘，註 71 文，頁 238。

⁷⁴ 蔡墩銘，註 71 文，頁 238。

⁷⁵ 蔡墩銘，註 71 文，頁 239。

⁷⁶ 蔡墩銘，註 71 文，頁 240。

其三，職務上行為並不限於特定的事項。只要基於一般公務員所享有的權利或特定公務員所具有的固有職權而實施的行為，其仍應被認定為職務上行為。



四、(不違背罪刑法定原則的)密切關聯說

亦有部分學者參考日本的實務學說見解，主張在不違背罪刑法定原則下採取密切關聯說。在介紹相關論者的見解之前，必須先簡要地了解日本法上對於職務行為的學理見解。

日本判例以及學說將職務行為區分為「一般職務權限」以及「職務密接（密切）關連行為」⁷⁷——

其中，「一般職務權限（理論）」指公務員伴隨其職位而在公務上所應處理的一切事務（即便不是該公務員具體負責的事務）⁷⁸。一般職務權限不問具體的事務分配。只要系爭職務具有法令上的職務權限，即可⁷⁹。從而，即便認為警察官就納稅事務而收受賄賂，也因為警察官的抽象的職務權限並不包含該納稅事務，所以不成立收賄罪⁸⁰。

「職務密接（密切）關聯行為（理論）」則指由於概括的、抽象的規定無法在事實上將公務員所有的職務權限訴諸法令，從而非法定職務行為本身也可能透過與職務的密切關連性而肯定其職務性⁸¹。職務密切關連行為行為可以區分為兩種：附隨在原本職務執行上而常態性地被實行的行為（準職務行為，事實上所執掌的行為）及利用自己職務在事實上的影響力⁸²，後者可細分成：（1）對與自己有同一權限之公務員為勸誘之行為；（2）對與自己有不同權限之公務員為勸誘之行為；（3）對非公務員為行政指導行為；（4）對非公務員為斡旋之行為等⁸³。

⁷⁷ 李錫棟，〈日本法上賄賂罪職務行為之研究〉，《法學叢刊》，第 56 卷第 3 期，2011 年 7 月，頁 26；陳子平，〈與談意見（三）：就許恒達教授「賄賂罪職務行為之再探討」報告之與談意見〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 124。

⁷⁸ 李錫棟，註 77 文，頁 26。

⁷⁹ 陳子平，註 77 文，頁 125；李錫棟，註 77 文，頁 27。

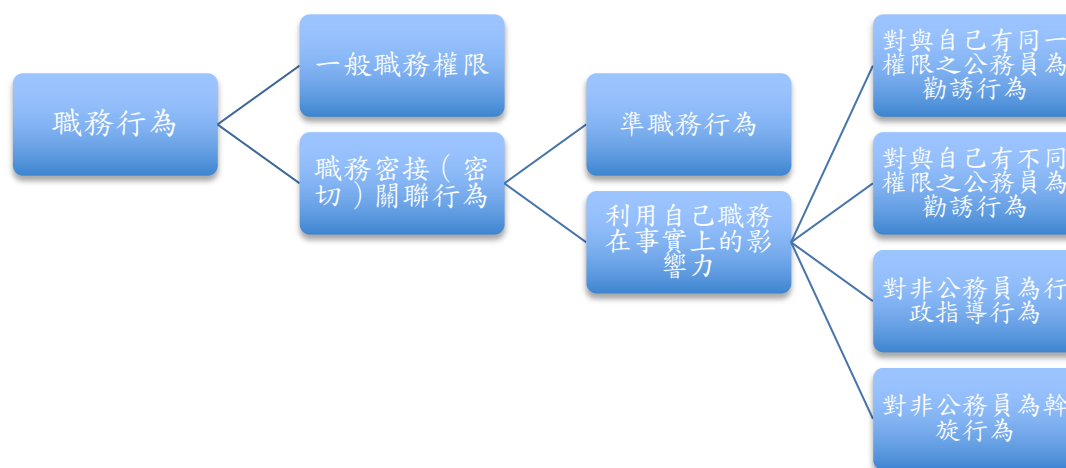
⁸⁰ 李錫棟，註 77 文，頁 27。

⁸¹ 李錫棟，註 77 文，頁 32。

⁸² 陳子平，註 77 文，頁 125；李錫棟，註 77 文，頁 36。

⁸³ 李錫棟，註 77 文，頁 36。

對其他公務員的運作行為以及對非公務員進行的運作行為，在職務關連性的判斷基準上，則存在著三種說法，分別是：形式公務說——以形式的觀點，認為與本來的公務具有同樣的公務性質時，肯定職務的關聯性；影響力說（和台灣的實質影響力說極不同！）——必須對於本來的職務得以給予影響力之行為，否則不具有職務的關聯性；以及地位利用說——必須是對對方發揮了影響力的行為，否則不得認為具有職務的關聯性⁸⁴。



※ 圖表 6-3：日本法上職務行為的範圍

製圖：作者

對於上述的諸種說法，台灣部分論者之間的觀點存在著差異：

有論者認為，「對於職務行為的解讀，在不違背罪刑法定原則的原則下，自然應肯定日本司法實務與學界所採取的見解，即採『一般的職務權限理論』與『職務密接（密切）關聯行為理論』，在職務關聯性之判斷上，則採『地位利用說』，即以對於職務行為之對方是否行使（動用）了影響力作為基準，即必須是對於對方發揮了影響力的行為，始得認為具有職務的關聯性，而不在於形式上的名稱，如選民服務或私下關說、關說、遊說、斡旋等等。⁸⁵」

亦有論者認為：「過於強調『實質的影響力』而可能模糊於職務的關聯性，以致有欠缺明確性之虞。因此，為了防止折衷因欠缺明確性而造成的恣意判斷，作為其判斷的基礎，必須具有公務的性質，並能客觀地確定其為值得保護的職務行為。基此，判斷公務員關於本來職務以外之行為是否為『與本來職務有密切關

⁸⁴ 陳子平，註 77 文，頁 125-126；曾淑瑜，〈賄賂與職務之關聯性〉，《月旦法學雜誌》，第 151 期，2007 年 12 月，頁 236-237。

⁸⁵ 陳子平，註 77 文，頁 130。

係之行為』，必須判斷該公務員所實施之行為是否有實質利用其本來職務之地位，在形式上是否具有公務之性質，該行為對本來職務執行之公正是否具有實質的影響力……事實上，這三種說法未必是互相對立互斥，反而是可以相容甚至具有相輔相成的作用的說法。^{86 87}」



五、職務行為實質認定說

最後，有學者認為，「首先，在職務行為概念的解釋上，保護法益確實能提供支撐實質認定職務行為範圍必要性的理論基礎，但無法僅從保護法益的議論直接導出解釋所必要的指針。其次，保護法益的立場即使不同，在解釋上仍然都有必要不受『有無現實承擔』或者『法規明文』等形式基準的拘束⁸⁸」，故有必要實質地認定職務行為的範圍。

不過，在職務行為的實質判斷，該論者並未採取多數的學說見解，即透過「抽象職務權限」與「職務密切關聯行為」的概念，以擴張職務行為範圍⁸⁹。主要的理由在於：一方面，「抽象職務權限」固然能將「職務行為」抽象化、一般化以後進行擴張解釋，但能夠抽象到何種程度，並不明確⁹⁰；另一方面，學說上所採取的「職務密切關聯行為」此一概念也要強調「公務性」要素，其判斷仍必須回歸到法規的解釋。就此而言，「職務密切關聯行為」本身所能發揮的功能並不明顯，實益有限⁹¹。相反地，若放棄學說所採取的「公務性」要素，則「職務密切關聯行為」概念將會毫無限制地膨脹，導致將與公務無關的私法上事務也被納入到公務員的職務行為範圍之內^{92 93}。

⁸⁶ 李錫棟，註 77 文，頁 46。

⁸⁷ 相同見解者，如李麗玲，〈與談意見（四）：我國貪污治罪條例之立法展望——以增訂日本斡旋收賄罪為例〉，《檢察新論》，第 19 期，2016 年 1 月，頁 103：「由於判斷公務員關於本來職務以外之行為是否為『與本來職務有密切關係之行為』，必須判斷該公務員所實施之行為是否有實質利用其本來職務之地位，在形式上是否具有公務之性質，該行為對本來職務執行之公正是否具有實質的影響力，則上開三種說法未必互相對立互斥，反而是可以相容甚至具有相輔相成作用。本文贊同此意見，蓋公務說仍以法令規定之職務為判斷前提（本來職務之準備行為），容有陷入為解釋法令對於職務規定不足之問題，反而以法令規定來判斷何謂職務之循環論證矛盾之中；而地位利用說仍須行為人利用地位而對於職務行為之相對人行使影響力，事實上亦須有發生影響力為判斷基準，則融合上開三說互相輔助以判斷何謂『與職務有密切關聯性之行為』適較完備。」李錫棟，註 77 文，頁 46。

⁸⁸ 黃士軒，註 47 文，頁 107-108。。

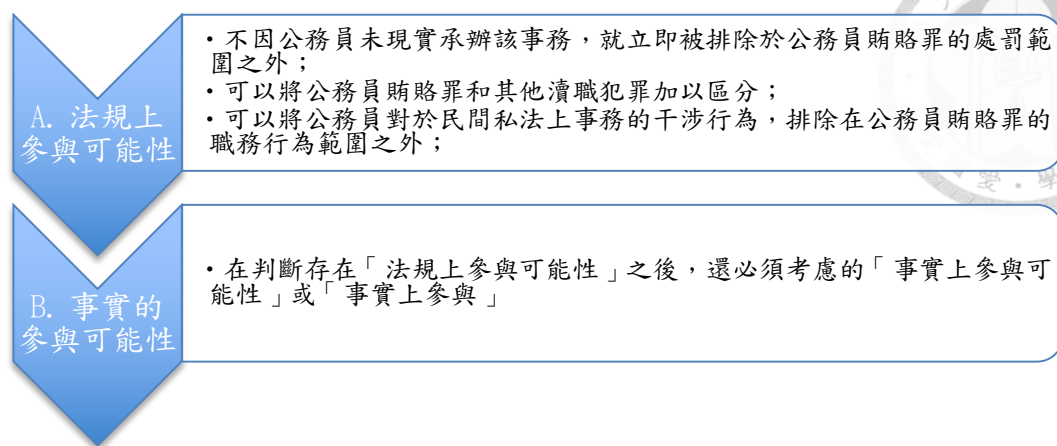
⁸⁹ 黃士軒，註 47 文，頁 108。。

⁹⁰ 黃士軒，註 47 文，頁 108。。

⁹¹ 黃士軒，註 47 文，頁 109。。

⁹² 黃士軒，註 47 文，頁 109。

⁹³ 另外，該論者對於將台灣刑法條文中的「對於」解釋成不同文義的「關於」在法條上是否有根據，存有疑問：「比較法上，日本刑法第 197 條以下的賄賂罪規定，係以『公務員關於其職務』



※ 圖表 6-4：職務行為實質認定說

製圖：作者

進而，該論者主張先後透過 A.「法規上參與可能性」與 B.「事實的參與可能性」這兩個要素進行實質的職務行為判斷⁹⁴——

首先，「法規上參與可能性」此一要素要求，必須以法規的綜合解釋為基礎，較為實質地解釋法規而檢驗公務員在法制度上參與的可能性⁹⁵。以此方式，職務行為的範圍，並不僅以現實上承擔事務或法規明文列舉者為限，而可以達到與通說所採的「抽象職務權限」概念相同效果，並滿足保護法益的需求以及學說上對於職務行為要求的公務性要件⁹⁶。申言之，依該學者的想法，「法規上參與可能性」在功能上可以達成三層效果——對於某一事務在制度上有參與可能性的公務員，即不因未現實承辦該事務，就立即被排除於公務員賄賂罪的處罰範圍之外⁹⁷；可以將公務員賄賂罪和其他瀆職犯罪，如「對於非主管監督事務利用職權機會或身分圖利罪」加以區分⁹⁸；可以將公務員對於民間私法上事務的干涉行為，排除於公務員賄賂罪的職務行為範圍外⁹⁹。

（例如日本刑法第 197 條第 1 項的受賄罪）為內容，而日本通說也以此條文文字為理由採取『職務密切關聯行為』概念，因此為了實質理解職務行為，應該將這邊的『關於』作為我國刑法第 121 條第 1 項、第 122 條第 1 項的『對於』之解釋。然而，為何必須將文義不同，並且貪瀆罪章的整體構造也不同的日本刑法解釋論作為我國刑法的解釋，理論上的根據似乎仍不夠充分。」參見：黃士軒，註 47 文，頁 109。

⁹⁴ 黃士軒，註 47 文，頁 110。

⁹⁵ 黃士軒，註 47 文，頁 110。

⁹⁶ 黃士軒，註 47 文，頁 110-111。

⁹⁷ 黃士軒，註 47 文，頁 112。

⁹⁸ 黃士軒，註 47 文，頁 112。

⁹⁹ 黃士軒，註 47 文，頁 114。

其次，若僅有「法規上參與可能性」要素，仍不足以將公務員賄賂罪的處罰範圍限縮至較為妥當的範圍，故在判斷存在「法規上參與可能性」之後，還必須考慮的「事實上參與可能性」或「事實上參與」¹⁰⁰。以犯罪偵查為例，儘管我國的警察都依據刑事訴訟法或警察法規具有法規上參與可能性，但對於空間上相隔甚遠的地區（例如基隆市和澎湖縣的距離或更遠）的犯罪查察，即較難認為事實上有可能參與，從而不應只以有法規上參與可能性就肯定有職務權限¹⁰¹。

¹⁰⁰ 黃士軒，註 47 文，頁 114。

¹⁰¹ 黃士軒，註 47 文，頁 114。

第二節 困境：賄賂罪於民代賄賂案件的適用



第一項 普通賄賂罪的適用可能：以【林益世案】的討論為中心

第一款 案件事實

1、林益世自民國 88 年 2 月 1 日起至 101 年 1 月 31 日止，陸續擔任立法院第 4 屆至第 7 屆立法委員；於 97 年 123 日至 101 年 2 月 5 日止立法委員任內，復擔任中國國民黨之中央政策委員會執行長。

2、中鋼公司係由經濟部持股比例達百分之 20 以上之民營公司，而身為中鋼公司最大持股比例股東之經濟部，對中鋼公司之董事、董事長及經理人等高層人事之選派，有實質控制力。中聯公司則係中鋼公司直接及間接持股比例達百分之 35 之民營公司，經濟部對中聯公司之董事、董事長及經理人等高層人事之選派，亦有實質控制力。且依國營事業管理法第 3 條第 3 項規定，立法院得要求政府指派公股代表擔任之中鋼公司董事長或總經理至立法院報告中鋼公司股東大會通過之預算及營運狀況，並備詢。另，中耀公司自 92 年 8 月 18 日起，與中聯公司簽有爐下渣銷售契約，並開始將部分爐下渣原料轉售給地勇公司，為地勇公司之上游廠商。

3、99 年 1 月間某日，地勇公司負責人陳啟祥因聽聞有其他廠商欲爭取原由中耀公司向中聯公司承購之爐下渣契約，中聯公司考慮不再與中耀公司續訂爐下渣承購契約，恐因此輾轉致地勇公司無法再取得爐下渣原料，為協助中耀公司繼續取得中聯公司之爐下渣契約，以利中耀公司繼續提供爐下渣原料與地勇公司，另亦希望地勇公司能順利取得中聯公司之轉爐石銷售契約，輾轉透過多人介紹而得以認識林益世，並相約於同年 1 月間某日會面。陳啟祥與林益世會晤後，即請求林益世能協助撮合中耀公司與中聯公司完成爐下渣契約之續約，以繼續轉售爐下渣原料給地勇公司，同時另協助地勇公司爭取承購中聯公司轉爐石契約，並表示若爭取成功，願就爐下渣契約提出新臺幣 5,000 萬元款項代價，其中新臺幣 3,000 萬元給付林益世。數日後，陳啟祥再與林益世談妥倘轉爐石契約爭取成功，陳啟祥將就此轉爐石契約以總額新臺幣 6,000 萬元及原預備支付郭人才、陳蓮珠之新臺幣 1,000 萬元介紹費，直接依爭取比例給付林益世為代價，再經過一段時

日，林益世就轉爐石契約之爭取，又以「公關費」名義向陳啟祥要求給付新臺幣 1,000 萬元，陳啟祥亦表同意。

4、99 年 2、3 月間某日晚間，林益世於邀請中鋼公司總經理鄒若齊，至其上開鳳山住處與陳啟祥見面認識，並當場表示希望協助陳啟祥多做中聯公司的生意等語，鄒若齊即得知林益世欲協助地勇公司陳啟祥爭取中聯公司之轉爐石契約。再於 99 年 3 月間某日，林益世為進一步協助地勇公司爭取中聯公司轉爐石契約、中耀公司爐下渣契約續約後可以與地勇公司合作，即要求鄒若齊提供中聯公司關於轉爐石契約及爐下渣契約之銷售對象、合約期限、銷售資格等文件，鄒若齊即於同年 3 月 30 日經由中鋼公司公共事務處將上開文件提供給林益世，以利地勇公司協助中耀公司爭取爐下渣契約之續約及地勇公司本身爭取轉爐石契約。

5、99 年 4 月初某日，因林益世認為不宜再使用地勇公司名義爭取中聯公司轉爐石契約，陳啟祥即與地勇公司往來廠商廣集企業行負責人周錦德商議，以廣集企業行之名義爭取承購中聯公司之轉爐石契約，並告知林益世。林益世隨即由其辦公室員工出具內容為：「中聯公司目前賣給永豐盛公司的大中小塊的轉爐渣鐵，係每二年簽約一次，現二年契約亦將屆滿，廣集企業有誠意並有強烈意願提高買賣價格以每公噸新臺幣 1 仟 2 佰元購入，敬請惠予協助。」並加蓋「立法委員林益世」戳章之便箋，由林益世之國會辦公室主任聶存賢要求經濟部總務司司長兼國會聯絡組組長謝錫銘至立法院林益世委員辦公室拿取，謝錫銘再輾轉經濟部國營會聯絡人、中鋼公司公共事務處處長、中聯公司管理處經理，最終交給中聯公司董事長翁朝棟並告知係林益世立法委員交辦與經濟部長事務，請其處理。同時，林益世藉經濟部部長施顏祥列席立法院院會之機會，向施顏祥表示「有一件事」請其注意一下，施顏祥回部後即向謝錫銘瞭解林益世請託何事，經謝錫銘表示已將林益世出具之便箋交給國營會處理，施顏祥即未再過問，亦未再追蹤後續辦理情形。嗣於 99 年 4 月中旬某日，林益世至中聯公司拜訪翁朝棟，再次索取中聯公司轉爐石承購資格標準相關文件。

6、99 年 5 月 24 日，林益世去電詢問中聯公司董事長翁朝棟關於轉爐石契約之廠商遴選結果，經翁朝棟告知地勇公司經評選不合格後，林益世即指責翁朝棟不給面子，經翁朝棟再三解釋中聯公司為上市公司，有一定之遴選標準，林益世仍不接受，隨即去電質問鄒若齊，鄒若齊即要求翁朝棟親自前往向林益世說明中聯公司之遴選標準，翁朝棟於當日晚間至林益世鳳山服務處說明，惟林益世對於翁朝棟之解釋仍感不滿。此時林益世為達成使地勇公司取得中聯公司銷售之轉爐石產品承購權之目的，明知中聯公司副總經理金崇仁於地勇公司之評選不合格

過程並無何刁難地勇公司之舉，且明知經濟部得藉由公股管理權之運作，實質掌控中鋼公司及中聯公司之董事、董事長及總經理、副總經理等高層人事之選派，而其身為立法委員，對於經濟部具有監督預算及審議預算案及其他法案之職權，對於經濟部部長則有質詢權，是其得利用上述立法委員之各項職權，間接影響中鋼公司或中聯公司之董事、董事長及總經理、副總經理等高層人事之選派，旋即假借其立法委員職務所具有對經濟部選派中鋼公司或中聯公司上述高層人事發揮間接影響力之權力及機會，並基於為陳啟祥之地勇公司取得與中聯公司締結轉爐石契約及轉爐石承購權之財產上不法利益之意圖，故意以金崇仁與外界關係交往複雜為藉口，當場向翁朝棟恫稱：「評選過程如果金崇仁有在搞鬼，你就看看我有沒有能力換掉金崇仁」等語，並佯言要拿中聯公司遴選標準「找經濟部部長評理」等語，以此暗示倘中聯公司最終仍不給地勇公司轉爐石承購權，其將藉由立法委員之職權影響力「撤換」金崇仁，而將此不利恐嚇事項預告翁朝棟，翁朝棟旋將林益世上揭恐嚇內容，分別轉告鄒若齊及金崇仁而使渠 2 人先後得悉。翌（25）日林益世復去電向鄒若齊聲稱中聯公司內如金崇仁之流者與外面人士交往複雜、關係匪淺等語，使鄒若齊心知林益世乃藉故為地勇公司爭取轉爐石承購權，且因已知悉林益世上開揚言「撤換金崇仁」之恫嚇言詞，因而心生畏懼，乃當場應允將再研究是否給地勇公司第 2 次評選之機會。

7、99 年 5 月 26 日中鋼公司集團會議時，鄒若齊即要求翁朝棟、中聯公司總經理蔣士宜提供中聯公司「轉爐石著磁料銷售資格」（下稱銷售資格）及「中聯資源股份有限公司廠商遴選審查表」（下稱遴選審查表），並向翁朝棟表示，該遴選審查表要求廠商具備「近 5 年協助中鋼公司轉爐石開發去化場地」及「近 5 年協助中鋼轉爐石去化地方居民紛爭」等條件，對未曾與中鋼公司合作過之新進廠商不利，應予修改，同時應給地勇公司第 2 次評選之機會。翁朝棟及金崇仁立即依鄒若齊之指示。於同年月 28 日，研議修改評分項目，並調整增訂為地勇公司本已具備且能輕易達成之「1. 具著磁性爐石處理技術，可妥善處理著磁性爐石」、「2. 具著磁性爐石處理設備」、「3. 承諾未來一年內協助轉爐石去化作業及地方居民紛爭」等 3 項（配分各為滿分 10 分，共 30 分），同時對原已評定不合格之地勇公司重新評分，使地勇公司在此新增之 3 項目中均得 30 分滿分、總分亦經評定為 90 分而成為合格之 A 級廠商，使地勇公司亦能取得向中聯公司承購轉爐石產品 3 分之 1 比例之承購權。中聯公司即於 99 年 5 月 31 日與地勇公司陳啟祥締結轉爐石銷售合約，使地勇公司自 99 年 6 月 1 日起至 101 年 5 月 31 日止，按 1、4、7、10 月份向中聯公司承購轉爐石 3 分之 1 比例之契約之財產上不法利益。

8、99年4月6日地勇公司與中耀公司簽訂爐下渣合作意向書後，陳啟祥將其中約當新臺幣1,000萬元之轉爐石「公關費」即美金31萬7,500元現鈔，共同攜往林益世鳳山住處交給林益世；99年5月31日中聯公司亦與地勇公司簽訂轉爐石契約後，陳啟祥攜約當新臺幣3,000萬元之美金95萬元現鈔至林益世鳳山住處交付林益世；因林益世認為美金不易兌換使用，希望就轉爐石契約部分約定之新臺幣2,300萬元代價，改以新臺幣支付，陳啟祥即於同年6月15日攜新臺幣2,300萬元往林益世住處交給林益世，因林益世正欲外出，即由林益世之母沈若蘭收受。

第二款 法院見解

第一目 判決結果

對於林益世協助地勇公司取得中聯公司轉爐石3分之1承購權不法利益之事實，台北地方法院認定林益世99年間犯公務員假借職務上之權力及機會故意犯恐嚇得利罪（而非公務員收賄罪），處有期徒刑五年六個月，褫奪公權五年。後特偵組提起上訴，本案尚在本案尚在二審程序中。

裁判字號流程：101年金訴字第47號→102年金上重訴字第21號。

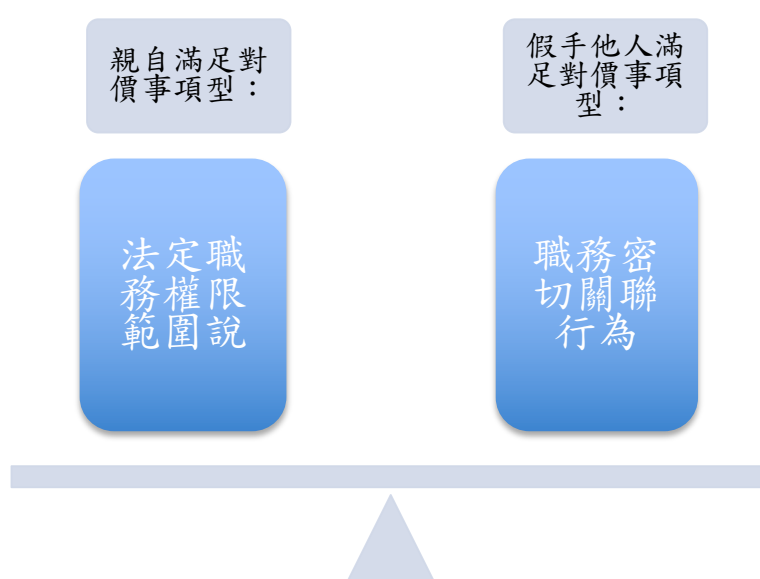
第二目 判決理由

1、公務員收賄等罪有關「職務上之行為」除了包括一般的「法定職務權限行為」之外，即公務員基於法律或命令所明定（如機關組織法、行政作用法、法規命令、職權或職務命令、機關內部行政規則等）之法定職務權限所應為或得為之公務行為，還包括「職務密切關聯行為」，即依照公務員所屬行政機關之行政慣例或慣習被認為係附隨於該公務員法定職務權限並與之有密切關聯性的公務員之行為。

之所以會將「職務密切關聯行為」納入「職務上之行為」，是因為行政行為之態樣龐雜多樣，在立法技術上，絕無可能僅藉各機關組織法、行政作用法、職

權命令或機關內部行政規則等各項法令，即能鉅細靡遺地將各式各樣行政行為具體、詳盡、毫無遺漏地完整規定，通常僅能就設置該公務部門欲達行政目的之重要行政行為加以規範。然不可否認，公務員於日常執行公務過程中，為能順利執行其公務，通常亦會實施某些非明定於其法定職務權限範圍內之行為。倘該等行為係在行政慣例或慣習上，得被認定係附隨其法定職務權限且與之密切相關，則雖非經法令明定，但其實際發揮之作用力及影響力，不論係就政府機關本身而言或自人民角度觀之，均與法令明定之公務員法定職務權限無異。且因係該公務員日常執行法定公務行為所通常亦會執行之行為，是對該公務員而言，非但無何難以預期之情形，毋寧更係其主觀上所清楚認知本為其法定職務行為之一環。從而，本罪所稱之「職務上行為」不以經法令明定者為限，毋寧說是，只要該公務員之行為依照其所屬行政機關之行政慣例或慣習被認為係附隨於該公務員法定職務權限並與之有密切關聯性者（即「職務密接關聯行為」），亦應認屬於該公務員「職務上行為」範圍內。公務員執行法定職務前之「職務準備行為」，執行法定職務過程中通常被認為係當然附隨作成之其他事實行為（「職務附隨行為」），或具有人事任命權限之上級長官對於「下級公務員職掌事項」所為特定「公務指示、指導」等行為（「公務指示行為」或「公務指導行為」），均屬之。

在法律解釋的運用上，要區分兩種不同的滿足對價事項型態，即「親自滿足對價事項型」以及「假手他人滿足對價事項型」。在「親自滿足對價事項型」上，對於「職務上之行為」，原則上採用「法定職務權限範圍說」，並無疑問；在「假手他人滿足對價事項型」，則應採取「職務密切關聯行為」的說法。



※ 圖表 6-5：職務上之行為認定——【林益世案】一審判決見解

製圖：作者

其中，就非典型之「假手他人滿足對價事項型」情形而論，倘就雙方約定對價事項之滿足，係由收賄等公務員利用其職務權限，而影響、干預其他政府機關或公務員有關公務之決定或執行所致之情形（即假手其他政府機關或公務員之行政行為而滿足賄賂對價事項），不得因滿足賄賂對價事項之公務行為，形式上非該收賄公務員直接所為，且非屬其法定職務權限範圍，即認該收賄公務員就該對價事項之作成，無何「對於職務上之行為」要求、期約或收受賄賂之可言。此情形，應就該收賄公務員為滿足所約定賄賂對價事項之一連串行為及過程（亦即參與、影響、干預等行為及其過程），為綜合性、整體性之觀察與評價，該收賄公務員有無行使何等職務權限行為、所為與其法定職務權限之關聯性、有否藉其職務權限實質影響其他政府機關或公務員為或不為特定之公務行為、最終是否因此滿足賄賂對價事項、其間有否涉及政府公務行為及其程度等情節，而為判斷。

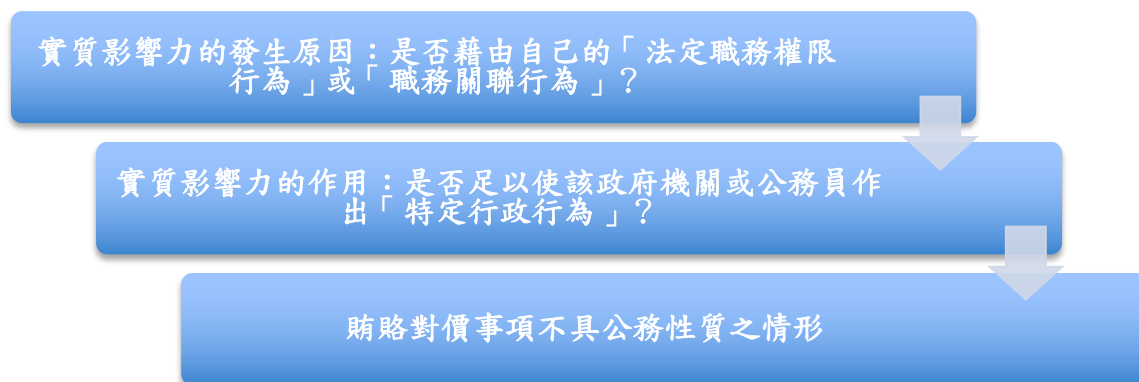
2、為符罪刑法定主義之要求，所謂「職務密接關聯行為」及「實質影響力」之適用，有其界限：

其一，收賄等公務員必須係藉由自己之「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」而能發揮實質影響力（其實質影響力之發生原因）。亦即，收賄等公務員對於其他政府機關或公務員有關公務決定或執行之所以具有實質影響力，係因其行使「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」所致，如僅因具有公務員之「身分」（無關職務權限本身），或利用其社經「地位」、「聲望」、「勢力」或「人際關係」等與其職務權限無關之因素，縱其結果亦滿足對價事項之成就，因與其「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」無涉，難認對於收受賄賂等罪所要求「一般國民對於『公務職權行使』公正性之信賴」之保護法益，有所侵害，自不在此等犯罪處罰之列；

其二，收賄等公務員發揮之實質影響力，以作用於其他政府機關或公務員有關「公務決定或執行」之作成，且足使該政府機關或公務員作成足以滿足賄賂對價事項之「特定行政行為」為必要（實質影響力之作用對象及所致結果）。倘收賄等公務員所發揮之實質影響力，並非作用於任何政府機關或公務員有關公務決定或執行之過程，或未導致任何行政行為之作成，則與本罪所要求「一般國民對於『公務職權行使』公正性之信賴」之保護法益無關，除另可能構成他罪外，不得以收賄等罪相繩。

其三，收賄公務員與行賄者約定之賄賂對價事項，縱不具公務之性質（如請託公務員協助促成私人買賣契約），只要收賄公務員於滿足該對價事項之整體行為過程中，有藉由自己「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」之行使，

並因此導致政府機關或公務員某項特定行政行為之作為或不作為，不論係收賄公務員親力親為，或間接利用其實質影響力使其他政府機關或公務員作成，仍屬本罪所稱之「職務上之行為」，尚不因雙方約定之賄賂對價事項不具公務性質，而異其結果。



※ 圖表 6-6：實質影響力的適用——【林益世案】一審判決見解

製圖：作者

3、林益世於 99 年間擔任立法委員之「法定職務權限」及其「職務密接關聯」行為之範圍；及所謂「選民服務」是否為其立法委員之「法定職務權限」或其「職務密接關聯行為」之說明：

其一，「立法委員」之法定職務權限，依憲法及增修條文之規定，包括：組成立法院（憲法第 62 條）、選舉立法院正、副院長（憲法第 66 條）、質詢權（憲法增修條文第 3 條第 2 項第 1 款）。

其二，依憲法、增修條文及立法院職權行使法之規定，立法院之法定權限包括：議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權（憲法第 63 條）；立法院得設各種委員會，各種委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢（憲法第 67 條第 1 項及第 2 項）；總統、副總統罷免案、彈劾案之提案權（憲法增修條文第 2 條第 9 項及第 4 條第 7 項）；覆議權（憲法增修條文第 3 條第 2 項第 2 款）；不信任案提案權（憲法增修條文第 3 條第 2 項第 3 款）；領土變更案提案權（憲法增修條文第 4 條第 5 項）；緊急命令同意權（憲法增修條文第 4 條第 6 項）；憲法修正案之提案權（憲法增修條文第 12 條）；文件調閱權（立法院職權行使法第 45 條）。於此應說明者，乃上開各項權限雖均規定為「立法院」之職權，但立法院實係由個別立法委員組成

之合議制機關，立法院以機關名義行使上開權限時，仍須藉由組成員之立法委員經由提案、連署、表決或同意等前行為或準備行為，據以形成機關之意思。是關於個別立法委員參與議決有關上開各項立法院法定權限之行為時，所為諸如提案、連署、表決或同意之各項行為，就立法院內部或對他機關而言，均屬於其擔任立法委員之「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」。

其三，所謂「選民服務」，雖非立法委員法定職務權限行為，然慣習上確係伴隨立法委員一職所經常實施，其性質是否屬立法委員「職務上之行為」，攸關立法委員從事「選民服務」時要求、期約或收受具有對價關係之財物或利益，是否應論以要求、期約或收受賄賂罪之認定。對此，首應說明者，乃「選民服務」一詞只是事務性質之概括用語，其泛指一切民意代表協助選民達成任何請託事項目的之行為，至於請託事項與立法委員之職務權限有無關聯，在所不問。另以，立法委員完成選民請託事項之方式不一而足，或藉由行使立法委員之職務權限，或藉由自己累積之社經地位、政治實力或人脈關係，或因個人所具有能言善道、處事圓滑之協調能力，所為是否該當於上開所定公務員「職務上之行為」之要件，仍應視其實際上從事之選民請託事項是否具有公務之性質，參諸本院前揭有關「職務上之行為」之論述，具體認定所為是否屬於立法委員之「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」，不得僅因冠以「選民服務」之名，即一概評價為立法委員之「職務關聯行為」。詳言之，判斷立法委員所從事之「選民服務」是否該當於收受賄賂等罪「職務上之行為」之要件，其重點仍在於立法委員「選民服務」之整體過程中，有無運用自己身為立法委員之「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」，諸如於作成上開屬於立法委員職務權限之「選舉立法院正、副院長」、「議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項」、「罷免或彈劾總統、副總統之提案及表決」、「議決行政院提請覆議之法律案、預算案、條約案」、「行政院院長不信任案之提案及表決」等議案時，經由出席立法院院會或各種委員會之投票、提案、質詢、表決、要求提出或調閱文件等權限之行使，達到實質影響立法院有關法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之作成，抑或實質影響其他行政機關有關公務之決定或執行。倘「選民服務」之內容，為立法院權限範圍內之法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項，或利用立法委員之質詢權、預算權、文件調閱權等權限，間接影響、干預其他政府機關或公務員為或不為特定公務行為時，該「選民服務」行為即屬立法委員「職務上之行為」。反之，其所為如與上開各項職務權限無關，不涉及立法委員職務權限之行使，例如向無質詢、審議或監督關係之行政機關、公務員或私人詢問或請託，則該行政機關或公務員有關公務之決定或執行，或私

人行為之作成非出於立法委員職務權限之實質影響力，則不因稱之「選民服務」即一概評價為立法委員「職務上之行為」。

4、在具體案件事實的判斷上，林益世為促成中聯公司與中耀公司續約「爐下渣」，及使地勇公司取得中聯公司「轉爐石」承購權，其所為可大致歸納如下：①向中聯公司董事長翁朝棟及中鋼公司總經理鄒若齊索取「轉爐石」及「爐下渣」之「銷售資格」等文件資料；②以「立法委員」身分拜訪中聯公司董事長翁朝棟及副總經理金崇仁，同時索取銷售資格文件及請託；③向中聯公司董事長翁朝棟及中鋼公司總經理鄒若齊抱怨金崇仁與外界關係複雜，並恫嚇稱：「假如是金崇仁在搞鬼，你就看看我有沒有能力換掉他」等語；④指示其立法委員辦公室主任聶存賢出具「立法委員林益世」名義之請託便箋，並要求經濟部國會聯絡人謝錫銘轉交；⑤在立法院召開院會時，向經濟部部長施顏祥告稱：「有件中鋼的事情請你注意一下」等語。

整體觀察上開林益世一連串之行為，可知除④、⑤二項外，林益世實際上主要係向中鋼公司總經理鄒若齊及中聯公司董事長翁朝棟請託或施壓。然正如前述，政府公股係中鋼公司之大股東，中聯公司係中鋼公司轉投資之子公司，該二公司本質上均為民營企業，既非政府機關，亦非國營事業機構。縱官股占有多數股權，具有遴選、任命、指派董事、董事長、經理人等公股代表之實力，此等董事、董事長、經理人亦為政府機關派駐民營公司執行政府意志之公股代表，有依政府意志行事之事實上義務，但此等人員究非刑法上之「公務員」甚明。該等公股代表所為有關公司經營事項之決定，尚非有關公務之決定或執行，不具有任何公權力之作用，從而：

其一，林益世向中鋼公司或中聯公司等民營企業經營階層請託或施壓之行為，既非立法委員「法定職務權限行為」，亦無法評價為「職務密接關聯行為」。林益世上開請託及施壓、恫嚇，對於中鋼公司或中聯公司之經營階層而言，實際上確具有不得不配合之實質影響力，然此影響力之來源，充其量係來自其豐沛之地方勢力、黨政關係，與身為立法委員「法定職務權限行為」或「職務密接關聯行為」之行使，並無關係；

其二，林益世所發揮影響力之作用對象，係中鋼公司及中聯公司等民營企業之經營階層，並非其質詢權、監督權等立法委員職務權限所及之政府機關或公務員，其結果更與政府機關或公務員有關公務之決定及執行無涉，因此林益世向中

鋼公司鄒若齊及中聯公司翁朝棟請託或施壓、恫嚇之行為，非屬收賄等罪所定「職務上之行為」，堪以認定。

就④而言，台北地方法院認為，林益世在上開請託過程中，雖曾於 99 年 4 月 7 日利用其擔任「立法委員」名義出具便箋，並要求經濟部國會聯絡人謝錫銘轉交，然依證人施顏祥及謝錫銘上開證詞，謝錫銘拿回後因認請託事項與中鋼公司有關，旋交給經濟部國營會之國會聯絡人張文雄處理，並未追蹤後續辦理情形；至於經濟部部長施顏祥，則於林益世告稱：「有件中鋼公司的事請你注意一下」後，始經謝錫銘告知有此便箋之存在，其後施顏祥對此既未特別在意，亦未追蹤後續辦理情形。況林益世亦未再向施顏祥探詢後續辦理情形，亦不曾要求施顏祥或經濟部其他公務員回報處理之過程或結果，此外復無積極證據足認林益世有何直接或間接要求施顏祥或其他經濟部所屬公務員介入為一定之處理或不處理。衡情林益世如確有藉立法委員職務之便，欲以此便箋之傳遞或口頭向經濟部部長請託「注意一下」等語，以達其積極影響經濟部作出一定行政行為之意思（如檢察官所主張之藉由公股管理權指示中鋼公司或中聯公司負責人或經理人為或不為一定業務之行使），則其於便箋交付國會聯絡人或口頭告知部長後，絕無未要求回報或追問辦理進度之理。由此可見，林益世交付便箋及請託部長注意之目的，應僅為使其請託事項順利轉達給中鋼公司及中聯公司知悉，並造成該二公司壓力，並非欲藉此對經濟部部長或其他政府機關或公務員為任何具體特定行政行為之請託。

而就⑤來說，林益世見中聯公司就轉爐石承購廠商資格一事評定地勇公司不合格後，雖曾以如果是金崇仁搞鬼的話，「有能力撤換金崇仁」等語施加恫嚇，但其恫嚇對象係中鋼公司鄒若齊及中聯公司翁朝棟等經營階層，渠等係民營企業之負責人及經理人，既無積極證據顯示林益世另利用其職務權限要求經濟部部長施顏祥等政府機關或公務員就此事撤換或調整中聯公司或中鋼公司內部人事，自難認該當於立法委員「職務上之行為」。

綜上，林益世所出具立法委員名義之便箋，口頭請託經濟部部長「注意一下」之整體行為，並非其立法委員之法定職務權限行為，亦非其職務密接關聯行為，且無實質影響經濟部作成特定行政行為（例如命令或指示公股代表與地勇公司締約或撤換、調整中鋼公司、中聯公司內部人事）以達請託目的之主觀犯意或客觀行為，是非本罪所定之「職務上之行為」。

5、林益世係因其身為立法委員之職務，而對身為中鋼公司及中聯公司大股東之經濟部具有上述質詢權、預算及各項法案審議權等權力，且正係因其具有此等職權，方有權力及機會透過受其監督、制衡之經濟部而間接對中鋼公司或中聯公司之高層人事安排發揮一定程度之實質影響力。反之，倘其並非立法委員，對經濟部既無何等監督、制衡權能，自更無透過經濟部間接影響中鋼公司或中聯公司高層人事安排之可能。衡情林益世當係在此等認知及基礎上，方膽敢對中鋼公司鄒若齊、中聯公司翁朝棟及金崇仁等人以揚言撤換金崇仁之方式施加恫嚇；中鋼公司鄒若齊、中聯公司翁朝棟及金崇仁等人，亦因此方對林益世上開恫嚇言詞心生畏懼，不得不屈從配合修改審查標準而使地勇公司如願取得轉爐石承購權。由是而論，林益世假借其身為立法委員之公務員職務上之權力及機會，對於鄒若齊、翁朝棟及金崇仁等人施加上述恫嚇手段等情，應堪認定。惟要補充說明的是，參之前述有關公務員要求、期約或收受賄賂罪中「職務上之行為」之要件，倘林益世有向受其監督、質詢之經濟部部長或其他有權官員要求撤換或調整中鋼、中聯公司內部人事，以遂行地勇公司取得轉爐石承購權之目的，因經濟部為行使公股管理權與利益，有權指派或調整中鋼或中聯公司經營階層，而立法委員對於經濟部部長復有預算監督、法案審議及質詢等權限，對於經濟部是否撤換公股代表之行政決定具有實質上影響力，此時即該當於公務員收賄等罪有關「職務上之行為」之要件，而構成公務員收賄等罪。然本案證據僅足以證明林益世有上開對於民營企業之中鋼公司、中聯公司經營階層施加恐嚇之犯行，既無積極證據證明林益世對於經濟部部長施顏祥或其他有權官員要求撤換或調整人事，亦無證據證明林益世與陳啟祥事先即以林益世向經濟部部長等有權官員要求撤換或調整人事作為陳啟祥給付金錢之對價事項，是林益世所為與公務員收賄等罪之「職務上之行為」，尚屬有間。

第三款 學說批評

第一目 不屬於職務上行為，但可考慮另行訂立斡旋受賄罪

一方面，管轄分配論者認為，林益世前揭①、②、③、④、⑤的行為，就管轄分配的觀點而論，並不屬於立法委員法定職務上之行為。退萬步而言之，即便林益世係利用立法院對行政院院長及各部會質詢監督權去要求經濟部長完成陳啟祥所請託的事情，依憲法相關規定並配合權力分立原則的思考（？），由於立

法院對行政院院長及各部會首長質詢的行政監督權，係屬於制衡監督之概念，而非公務員體系上長官與屬官間上命下從的監督概念，行政院並無服從的義務，故難謂林益世以質詢權這樣的監督方式要求經濟部長達成契約的訂定屬於立法委員的職務權限：

「林益世擔任立法委員時，陳啟祥所行求之目的是希望『林益世能協助撮合中耀公司與中聯公司完成爐下渣契約之續約，同時另協助地勇公司爭取承購中聯公司轉爐石契約』，就前揭①、②、③、④之行為（即居中磋商的行為），顯然不是立法委員法定職務上之行為，即便林益世可能利用其具有立法委員之身分，可能以質詢權、審查預算或人士干預的方式為手段，去達成行賄人所請求之行為，然而就管轄分配說這個觀點來看，此並不影響『林益世居中磋商訂立契約』的行為不屬於立法委員職務行為之認定。故行為⑤僅是林益世利用立法院院會與經濟部長碰面之機會，口頭上告知經濟部長注意中鋼的事情，其中並無為法定之職務行為，若認利用院會與經濟部長交談屬於職務上行為，則立法委員在院會裡一切行為舉止，是否都屬於職務行為，答案應是否定的。¹⁰²」

「首先就監督權來看，公務員服務法第 2 條規定：『長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述』，也就是說公務員須服從之監督命令，須具備以下之要件：命令者須具有指揮監督權、該命令須與屬官職務有關、命令內容須非法律上不能或事實上不能、須具備法定形式並經正當程序及命令之事項非屬應獨立處理之職務範圍。依據中央行政機關組織基準法第 14 條規定：『上級機關對所隸屬機關依法規行使指揮監督權。不相隸屬機關之指揮監督，應以法規有明文規定者為限。』因此，所謂指揮監督權，原則上係由隸屬關係所產生，若非如此，則須法律有明文規定，無隸屬關係間僅於法律有特別規定時，始有監督權限。回到本案來看，立法院對於經濟部或中鋼公司有無監督權限？就立法院與經濟部及立法院與中鋼公司間之關係來看，二者並非立於隸屬關係，亦無其他法律明文規定立法院對行政機關或民營事業即中鋼公司有形式上『監督權』，因此，既然相互間並無監督服從關係，即難謂監督行政院或民營事業立法委員職權。然而，依憲法相關規定並配合權力分立原則之思考，行政院應受立法院之監督，因此憲法上即有諸多關於行政院與立法院關係的條文規範，而與本案有關之監督方式為立法院之質詢權。憲法第 57 條第 1 款規定：『行政院依左列規定，對立法院負責：行政院有向立法院提出施政方針及施政報告之責。立法委員在開會時，有向行政院院長及行政院各部

¹⁰² 洪湘媛，註 28 文，頁 75-76。

會首長質詢之權。』因此立法委員有向行政院各部會首長質詢之權，以對施政作抽象的行政監督。但是立法院對行政院院長及各部會之行政監督權，係屬於制衡監督之概念，而非公務員體系上長官與屬官間上命下從之監督概念，行政院既無服從之義務，則難以說明立法院對行政院院長及各部會首長有何監督之職務，也就是說，時任立法委員之林益世與經濟部長彼此間並無監督服從之關係，即難謂林益世以質詢權這樣的監督方式要求經濟部長達成契約之訂定屬於立法委員之職務權限。另外，依國營事業管理法第 3 條第 3 項規定：『政府資本未超過百分之五十，但由政府指派公股代表擔任董事長或總經理者，立法院得要求該公司董事長或總經理至立法院報告股東大會通過之預算及營運狀況，並備詢。』，就本案情形，立法院雖得要求中鋼公司董事長或總經理制立法院報告股東大會通過之預算及營運狀況，並備詢，然中鋼公司董事長或總經理制立法院並無何服從命令之義務，亦難認林益世以備詢這樣的監督方式要求中鋼公司董事長或總經理達成契約之訂定屬於立法委員之職務權限。與此相對的是，上述 A 市長案例，以新北市為例子來說，新北市政府組織規程第 3 條規定：『本府置市長，綜理市政，並指揮監督本府所屬機關及員工；置副市長三人，襄理市政。』，是故新北市市長有指揮監督新本市政府所屬機關及員工之權限，此即新北市長與其所屬機關間具有隸屬關係，因此長官有監督命令權，屬官有服從之義務，是若新北市市長收取他人賄賂，而指揮其隸屬之消防局不得進行拆除新北市內某違建公寓，因新北市市長對消防局有監督權，故新北市市長所為即屬於其職務行為。因此，這樣有上下隸屬關係的例子，與立法院及行政院間無上下隸屬關係之情況，自不得相比擬。

¹⁰³」

另一方面，管轄分配論者又認為，「林益世所為並非無破壞職務執行公正性之疑慮，因為我國並無斡旋行為之處罰，因此實務見解即必須扭曲既有賄賂罪職務的範圍，除了增訂斡旋受賄罪之外，否則根本沒有入罪的可能性，在此可以參考日本法上有關斡旋受賄之規定。¹⁰⁴」

第二目 不屬於職務上行為，屬於私人活動？

依照許恒達教授的見解，其認為：「民意代表既然是以體制外的作法進行關說，對價關係賴基於『賄賂／體制外關說』，但受賄罪在乎的是民意代表以具有

¹⁰³ 洪湘媛，註 28 文，頁 77-78。

¹⁰⁴ 洪湘媛，註 28 文，頁 78。

公權力影響作用的職務行為和他人交易賄賂，體制外關說雖然有一定程度的影響力，但無論如何，若還得轉輾透過其他公務員嗣後的介入行為，才能產生最終的行政或司法對外效果，既然民意代表持以交易的一方給付並非體制內的議事活動，僅屬本於其他地位而操弄影響力的間接影響作用，又欠缺對外的官方效力，即便關說影響對象是其他公務員或公共事務，這種間接性且依憑他人決定的關說行為，仍然只能應該理解為民意代表的私人活動，而與公領域的職務行為有相當程度的區別。¹⁰⁵」

第三目 屬於職務上行為

學者吳耀宗認為¹⁰⁶：一方面，「此等單純地以政府出資的比例是否達百分之五十作為國營事業的認定標準，本來就很有問題，因為就我國實務運作之現象加

¹⁰⁵ 許恒達，〈賄賂罪職務行為之再探討——以民意代表受賄事例為中心〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 94。

¹⁰⁶ 學者林鈺雄教授、許澤天教授似乎採取相同的見解。其中，林鈺雄教授認為：「姑且不論實質影響說的理論缺失及實務濫用，本案縱使採取『最有利被告』的法定職權說，立法委員就法案、預算及質詢、監督等法定職權事項，本來就屬其『職務上行為』。向來實務見解亦是如此，例如，廖福本、邱垂貞等前立委收受中藥商會賄款案，歷審也都肯認屬立委職務行為而判處其貪污收賄罪刑。已定讞的前立委何智輝銅鑼弊案，則是利用立委對國科會的質詢、預算等法定職權而予取予求的貪污弊案。既然立委對經濟部有質詢、預算等法定監督職權，而該部對中鋼、中聯亦有高層人事選派權及重大決策控制權，即使從法定職權說來解讀，林益世所作所為就是職務上行為。反過來說，不正因為立委職權，所以林益世和陳啟祥的『生意』才成交嗎？合議庭漠視立委法定職權，反而牽強附會，硬把生意成交歸咎於林的地痞流氓行徑，讓人跌破眼鏡。」參見：林鈺雄，〈困頓司法 恣意司法〉，蘋果日報電子報，2013 年 5 月 4 日，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20130504/34995138/>（最後瀏覽日：2015/12/20）。

許澤天教授亦採相同的見解：「林案與扁案有別，根本就不需援用『實質影響力說』就可論斷其罪；以其曾為立委的身分來說，立委運用其對政府官員的監督、質詢行為來收取賄款，本來就可該當『對於職務上之行為』收賄的構成要件。至其究竟有無對經濟部加以監督或質詢，經濟部是否因此調整中鋼人事，都不妨礙罪名的成立，更遑論中鋼是公營還是民營，根本無關受賄之成立。本判決錯把此案件定位為所謂的『假手他人滿足對價事項型收賄』，以致錯將重點置在討論被告是否對於其他『政府機關』或『公務員』之『公務決定或執行過程』發揮實質影響力之作用，誠屬誤會，實值檢討。」參見：許澤天，〈立法懈怠、司法扭曲 刑法受賄罪非「喬」不可〉，自由日報電子報，2013 年 5 月 6 日，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/676653>（最後瀏覽日：2015/12/20）。

對此，管轄分配論者認為：「審議法律案為立法委員法定職務無疑，但與林益世案件行賄人所請託之事項本不同，自不得如此比擬。至何智輝案件來看，何智輝擔任立法院委員時，係科技及資訊委員會委員，以審查科技、資訊預算及國科會掌理事項議案之權勢，及在立法院針對科技預算問題提案之事端，以逼勒科管局發放獎勵金而獲利，此行為僅是被討論是否為貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 2 款之藉勢藉端勒索財物罪，並未因此認定何智輝利用立法委員職權的行為為職務上行為。」參見：洪湘媛，註 28 文，頁 76。

但本文認為，洪文的批評並無實質道理可言。因為假若林鈺雄教授對職務行為的理解係德國法上的通說見解，公務員的濫權行為並不會導致其行為喪失「職務性格」，上述批評自然顯得過於形式。

以觀察，在許多政府參與投資經營之私法上的事業體當中，即便政府出資低於百分之五十，只要政府依舊是擁有該事業體之最多股權（為最大股東），其對於該事業體之重要人事、重大決策與經營管理便具有支配性的影響力，其例如其他號稱已經『民營化』的中華航空公司、台灣電視公司等，其董事長、總經理等公司重要人士之出任，迄今仍須由政府來決定……不論是中鋼或中聯，政府都是這兩家公司之最大股東，況且如前所述，本案判決其實也承認，『具有遴選、任命、指派董事、董事長、經理人等公股代表之實力，此等董事、董事長、經理人亦為政府機關派駐民營公司執行政府意志之公股代表，有依政府意志行事之事實上義務』，是以，中鋼與中聯均屬實質的國營事業，而非真正的民營公司。¹⁰⁷」

另一方面，「既然中鋼與中聯之經營事項係屬國家事務，立法委員基於其監督質詢行政部門以及對於預算案、法律案等審議之權限，對於中鋼與中聯之經營事項具有實質影響力，亦屬與立法委員職位具有關聯性之事務，此乃事理之當然。¹⁰⁸」中鋼與中聯之經營階層之所以不得不配合被告所提出的無理甚至違法要求，真正影響關鍵乃在於被告立法委員之職位與相關職權，此從前揭鄒若齊及翁朝棟所提供之證詞以及經濟部國營會國會聯絡人張文雄等相關人員之一連串聯繫動作便可知，絕非僅是『來自其豐沛之地方勢力、黨政關係』而已。¹⁰⁹」「再退萬步而言，縱使將中鋼與中聯理解為單純的民營公司，並且將其經營階層人員定性為非刑法公務員，惟公務員利用其職位上所處理之事務去施壓逼迫私人公司與私人公司簽訂契約而從中牟利，此是否當然不會成立賄賂罪？恐須再三思量。舉例言之，某市市政府工務局局長向某建商 A 表示，以後該公司所開發建設之建案所使用之各式磁磚，均須採用 B 公司所製造或進口的產品，否則將來建商 A 要申請建築執照之核發，都會很困難，然後藉此向 B 公司收取新台幣一千萬元。試問這難道不成立賄賂罪嗎？¹¹⁰」因此，學者吳耀宗認為，林益世的行為應該論以「違背職務之賄賂罪」，而不是「不違背職務之賄賂罪」¹¹¹！

¹⁰⁷ 吳耀宗，〈立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？——評臺北地方法院 101 年度金訴字第 47 號刑事判決（林○世貪污案）〉，《月旦裁判時報》第 25 期，2014 年 12 月，頁 116。

¹⁰⁸ 吳耀宗，註 107 文，頁 117。

¹⁰⁹ 吳耀宗，註 107 文，頁 118。

¹¹⁰ 吳耀宗，註 107 文，頁 118-119。

¹¹¹ 吳耀宗，註 107 文，頁 119。

第二項 違背職務賄賂罪的適用可能：以【中藥商案】的討論為中心



第一款 案件事實

1、被告邱垂貞、廖福本均自民國 85 年 2 月 1 日起至 88 年 1 月 31 日止，擔任立法院第 3 屆立法委員。

2、82 年 2 月 5 日，藥物藥商管理法經公布修正為藥事法。其中，修正後該法第 103 條規定，於 63 年 5 月 31 日前依規定換領中藥販賣業之藥商許可執照有案之中藥商，雖得繼續經營中藥販賣業務，但固有之中藥調劑權則遭刪除。

3、為了謀取透過修法爭取調劑權，時任中藥商公會全聯會理事長之徐慶松等人等遂利用舉辦中藥人員培訓時，向參訓學員提出向立法委員「遊說修法」之構想，並以中藥商公會全聯會名義向參訓學員發動樂捐，企圖以金錢攻勢，假藉支付「贊助金」名義等方式，賄求立法委員行使關於藥事法第 103 條修正案之提案、表決等法定職務行為，冀能不經國家考試而直接取得調劑權。前後共募得新臺幣 3902 萬 340 元，並由參訓學員推舉卓播儒、林承斌、林承斌、林承斌以及張慶恭等五人共同成立修法推動小組。

4、徐慶松等人出面遊說邱垂貞，並明白告知「如果幫忙推動修法，會表達中藥公會人員的感謝之意」。

5、86 年 5 月 24 日，邱垂貞領銜提案，逕向立法院提出符合中藥商公會需求之本件藥事法第 103 條修正案，主要內容為中藥販賣業者修習中藥課程達適當標準即擁有調劑權。

6、在上開修正案排入一讀議程後，於 86 年 11 月間某日，卓播儒攜帶 200 萬元賄款前往邱秋成住所，經邱秋成聯繫知悉上情之邱垂貞胞兄邱茂雄前來取款，邱茂雄前往邱秋成住處取款並轉告邱垂貞。

7、86 年 12 月 29 日立法院第 3 屆第 4 會期內政及邊政委員會審查「藥事法部分條文修正草案」時，非屬該委員會之邱垂貞亦列席會議，並在提案說明時，以：「期盼本席所提的修正案能予通過，若不能通過，將誓死抗爭。」等言詞支持，致其所提本件藥事法第 103 條修正案獲無異議通過而完成委員會審查程序。

又因衛生署中醫藥委員會主任委員蘇貫中堅決反對藉修法途徑讓中藥商未經國家考試即擁有調劑權，故邱垂貞復於前述修正案完成委員會審查程序之同日，與趙永清等立法委員共同提出附帶決議，要求「蘇貫中主任委員應為中醫、中藥之政策不明，紛擾不振，負責下台」，致蘇貫中於該次審查會後請辭下台。

8、87年3月間某日，徐慶松等人透過他人輾轉介紹，共同前往「立法院大安會館」拜會廖福本，並遊說廖福本協助將藥事法第103條修正案排入立法院全院院會議程。因為廖福本當時係第3屆立法委員第5會期（87年2月20日至同年5月29日）之程序委員會召集委員，對法案是否排入議程具一定影響力。

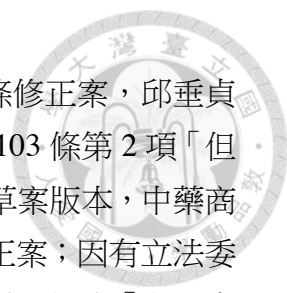
9、廖福本以可以幫忙將本件藥事法第103條修正案排入議程，並協助推動修法為由，當場要求徐慶松等人給付賄款共1000萬元，並與徐慶松等人期約依照該法案審議進度，先給付前金600萬元，俟法案通過後再給付後謝400萬元。

10、87年3月間某日，卓播儒再度攜帶150萬元賄款前往邱秋成住處，再由邱秋成聯繫邱垂貞親自前來收款。但是，邱垂貞到場僅向卓播儒等人表達謝意，表示修法期間不要送錢給他，期約等到要選舉時再以贊助金，並發動中藥公會人員支持他競選連任，並未將錢攜離。該筆150萬元由邱秋成於翌日送予知情之邱茂雄收受，邱茂雄基於前揭概括犯意聯絡，收受該筆150萬元後，再轉知邱垂貞。

11、87年3月間某日，廖福本要求卓播儒（徐慶松當時適出國）先致送150萬元賄款，並要求換購郵政禮券以掩人耳目，惟因卓播儒一時之間僅能購得132萬元郵政禮券，乃於其後數日之同年3月間某日，將上開132萬元郵政禮券送至上開「立法院大安會館」102室，交予廖福本親收。

12、87年4月21日前之同月間某日，廖福本又輾轉他人轉告卓播儒已協助將本件藥事法第103條修正案排入立法院院會議程，要求卓播儒等人再送賄款。卓播儒於其後數日之同年4月間某日，再度攜帶150萬元現金前往上開「立法院大安會館」102室交予廖福本親收。

13、87年5月19日立法院第3屆第5會期全院院會討論本件藥事法第103條修正案時，邱垂貞又積極發言，提請院會支持本件修正案；廖福本發言支持中藥商，表明希望本件藥事法第103條修正案能照案即依內政及邊政委員會審查之條文通過。



14、87 年 5 月 29 日立法院院會討論本件藥事法第 103 條修正案，邱垂貞亦出席院會發言支持，要求回復中藥商原有之調劑權，刪除第 103 條第 2 項「但不適用第十五條之調劑業務」之規定（即中藥商全聯會之修法草案版本，中藥商無須經國家考試，即可有調劑權），提請院會支持其所提之修正案；因有立法委員異議，主席原裁示另定期討論該修正案，惟適有劉盛良立法委員提出「立即處理」之覆議案，當日出席院會之廖福本亦連署該覆議案，並於表決時投票贊成，致本件藥事法第 103 條修正案於 87 年 5 月 30 日凌晨通過三讀而完成修法程序。

15、87 年 5 月間，因藥事法第 103 條修正案已排入立法院院會議程，徐慶松等人又應廖福本之要求，各於其後數日之同年 5 月間某日，先後二次各送 168 萬元、150 萬元現金至前揭「立法院大安會館」102 室，均交予廖福本親收。

16、87 年 5 月 30 日凌晨，藥事法第 103 條修正案於通過三讀而完成修法後，卓播儒於 87 年 6 月間某日，攜帶 150 萬元賄款前往邱秋成住所，並循前開模式聯繫邱茂雄，亦經邱茂雄以上開收受賄賂之概括犯意收受並轉知邱垂貞。

17、87 年 8 月間某日，邱垂貞成立競選總部，徐慶松等多人前往支持、致意。徐慶松當場依前開與邱垂貞之期約，致送 500 萬元「贊助金」。邱垂貞基於前揭收受賄賂之概括犯意，親自收受。

18、綜上，邱垂貞就其前揭立法委員職務上之行為，連續收受中藥商全聯會假藉「贊助金」名義所交付四次共計 1,000 萬元之賄款。徐慶松等人在本件藥事法第 103 條修正案三讀通過後，因認為上開法案能順利完成修法，需感謝之對象非僅廖福本一人，且廖福本於該法案修正過程出力不多，中藥商公會全聯會並已先後給付共 600 萬元，乃決定不再支付 400 萬元後謝。

第二款 法院見解



第一目 判決結果

台北地方法院在一審判決中認定邱垂貞對於職務上之行為收受賄賂，處有期徒刑 8 年，褫奪公權 5 年，所得財物新臺幣 500 萬元應予追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之；廖福本對於職務上之行為收受賄賂，處有期徒刑 8 年 6 個月，褫奪公權 6 年，所得財物新臺幣 600 萬元應予追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。

二審判決中，台灣高等法院撤銷原判決，改判邱垂貞對於職務上之行為收受賄賂，處有期徒刑 10 年，褫奪公權 8 年，所得財物新台幣 1000 萬元應追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之；廖福本對於職務上之行為收受賄賂，處有期徒刑 8 年 6 個月，褫奪公權 6 年，所得財物新臺幣 600 萬元應予追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。之後，最高法院撤銷發回。

更一審判決，台灣高等法院再次判處邱垂貞對於職務上之行為收受賄賂，處有期徒刑 10 年，褫奪公權 8 年，所得財物新台幣 1000 萬元應追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之；廖福本對於職務上之行為收受賄賂，處有期徒刑 8 年 6 個月，褫奪公權 6 年，所得財物新臺幣 600 萬元應予追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。最高法院再次撤銷邱垂貞部分，並發回台灣高院。

更二審判決，台灣高等法院則是認定邱垂貞對於職務上之行為收受賄賂，處有期徒刑 8 年 6 個月，褫奪公權 8 年，所得財物新台幣 1000 萬元應追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之，判決確定。

裁判字號流程：97 年矚訴字第 1 號→98 年度矚上訴字第 6 號→100 年台上字 1105 號→100 年重矚上更(一)字第 1 號→102 年台上字 2796 號→102 年重矚上更(二)字 36 號。

第二目 判決理由

最高法院曾在 100 年度台上字第 1105 號判決中指出：「貪污治罪條例對於公務員要求、期約、收受賄賂或其他不正利益行為之處罰，分為『對於職務上之行為』與『對於違背職務之行為』二種情形；前者係指公務員以其職務範圍內所應為或得為之行為，作為收受賄賂或其他不正利益之對價；例如檢察官或法官對於依法本應起訴或論罪科刑之案件，因收受被害人之賄賂或其他不正利益，而予以起訴或論罪科刑；或立法委員就某項有利於國計民生之法案，因收受賄賂或其他不正利益，而積極推動或投票贊成該法案完成立法或修法程序等是。後者則指公務員因收受賄賂或其他不正利益，而故意違背其職務上所應忠誠踐履之責任或義務，積極為其職務上所不應為之行為，或消極不履行其職務上所應為之行為而言。例如檢察官或法官對於依法本應起訴或論罪科刑之案件，因收受被告之賄賂或其他不正利益而故意對被告為不起訴處分或判決被告無罪，或因收受賄賂或其他不正利益而故意遲延不結案等是；又例如立法委員明知某特定職業或利益團體所遊說、推動之法案，不利於大眾福祉或社會整體利益，其基於忠誠踐履選民付託及維護大眾福祉之立法委員職責，本不應贊同該項法案立法或修法，卻因收受該特定職業或利益團體之賄賂或其他不正利益，而利用其立法委員職權，故意違背其前揭職責積極推動或投票贊成使該法案完成立法或修法程序等是。前者應成立同條例第五條第一項第三款之公務員對於職務上行為收受賄賂罪，後者則構成同條例第四條第一項第五款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂罪。又公務員對於其職務上行為，縱具有自由形成或裁量之權限（例如偵查權、公訴權、審判權、立法修法權及行政裁量權等），但若係因收受賄賂或其他不正利益而故意為違法或不當之裁量，縱在形式上具有『行使其職務上行為』之外觀，惟其實質上已違背國家機關賦予公務員該項職務權限之本旨，且悖離公務員所應忠誠踐履之責任或義務，自應為『違背職務行為』之評價，而非『職務上行為』之範疇。以上二種犯罪之構成要件、罪名及處罰均有不同，有罪判決書對於公務員收受賄賂或其他不正利益之原因及情節究屬前者或後者，自應明確區分認定，並於理由內加以論述說明，始足資為適用法律之依據。」

「原判決認定上訴人等於民國八十五年二月一日起，至八十八年一月三十一日止任職立法委員期間，或利用其等擔任立法院程序委員會之召集委員、內政及邊政委員會召集委員、委員，或擔任黨團總召集人、書記長之機會，對黨團其他立法委員或法案之進行具有影響力，而對於其等行使提案、連署提案、覆議、邀集或代表協商、發言支持、請同黨立法委員支持、贊成表決等職務上行為，分別

接受中華民國中藥商業同業公會全國聯合會（下稱中藥商全聯會）修法推動小組成員之行求、期約，進而收受新台幣（下同）三十萬元至一千萬元不等之賄賂，促使藥事法第一百零三條修正案於八十七年五月三十日上午經立法院院會二、三讀通過，使中藥商全聯會以中藥商或中藥從業人員於修習一定課程學分後即可從事中藥調劑業務之修法版本完成修法程序等情，而論以貪污治罪條例第五條第一項第三款之『公務員對於職務上行為收受賄賂罪』。並於理由內說明：『上訴人等均身為立法委員，理應為民謀福，竟辜負選民付託，違反公務員服務法及其就職宣誓應謹守廉潔問政，不得營求私利、假借權力以圖謀個人私益之誓約。又中藥調劑攸關全民健康，然傳統僅沿襲個人教導傳承，致良莠不齊，原藥事法第一百零三條規定中藥商之調劑須修習課程並經國家證照考試，此係保障全民醫藥安全，縱使上訴人等認該立法有忽視傳統，剝奪中藥商利益情形，而應予修正，亦不得藉以牟利，乃上訴人等受利益團體賄求，藉職務行為之行使收受賄賂，甚至為除去修法障礙，逼退主管機關官員等情（見原判決第九十九頁第九至十八行）。且卷附行政院衛生署中醫藥委員會主任委員蘇貫中於八十六年十月十七日所著『中藥販賣業者爭取調劑權之探討與分析』一文中，亦載稱：『五、問題之分析：1……藥事法之立法目的，即在於確保國人使用藥物之安全。藥事法之內容，既以確實保障全國民眾之用藥安全作為首要考量，自不宜為圖少數人之特殊利益，無視於社會大眾之生命安全，而貿然進行該法之修正。本署基於維護國人身體健康之法定職責，必須強調此一理念，尤須堅持此一原則』、『3、藥品調劑乃是關係民眾身體健康，甚至影響民眾生命安危之專業工作，必須厲行證照制度，限由專業人員執行，上項專門職業人員之產生，應循正規教育培養，並經國家考試及格，始合乎時代要求，並符合憲法規定』等旨（見九十一年度查字第九九號18-6卷第九十一至九十二頁）。原判決復援引蘇貫中所著上述『中藥販賣業者爭取調劑權之探討與分析』一文，作為證據（見原判決第六十六頁第十至十一行）。倘若蘇貫中上開分析結論可信，則上訴人等所為究應構成同條例第五條第一項第三款之公務員對於職務上行為收受賄賂罪，抑同條例第四條第一項第五款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂罪，即非無審究研求之餘地。原判決對於上訴人等究係對『違背職務之行為』，抑『職務上之行為』收受賄賂，並未詳加調查釐清，復未於理由內加以剖析論述明白，遽論以同條例第五條第一項第三款之公務員對於職務上行為收受賄賂罪，依上述說明，洵有調查未盡及理由不備之違失。」

第三款 學說批評

對於上述的實務見解——「當立法委員收受賄賂而遊說並推動立法時，該推動立法而召開會議的行為，本來就屬於立法委員的職務上行為，不過還必須考慮其推動立法內容的『實質合法性』，如果推動法案本身有『不利於大眾福祉或社會整體利益』，此時就更應該進一步論以違背立法委員職務行為的受賄罪¹¹²」，學者許恒達認為，最高法院此項見解誠屬錯誤，「因為民意代表要支持何種法案、要主張什麼樣的政策，本來就沒有絕對的對錯問題，這是現代民主政治的政策形成過程一環，當然不能引納這種抽象、模糊而且不具體的『國計民生』理由，從而認定特定政策的提案違背職務。¹¹³」

與此同時，許恒達教授也指出，政策上沒有絕對的對與錯，並無法導出民意代表絕對不可能成立違背職務收賄罪。「因為我國現行法仍採用統一規範模式，民意代表仍是公務員，當然解釋上還是有可能成立違背職務受賄罪的，但這些事例應該排除前述的政策意見，僅限於法律上可以具體判別違法行為的議事活動行為，例如立法委員主持應秘密的國防機關會議，卻受賄而違法讓不應參與會議者列席旁聽。換言之，民意代表在我國現制下，還是有可能成立違背職務受賄罪的可能，只不過事例相對不多。¹¹⁴」

¹¹² 許恒達，註 105 文，頁 79。

¹¹³ 許恒達，註 105 文，頁 96。

¹¹⁴ 許恒達，註 105 文，頁 96。

第三節 小結



由於台灣將民意代表納入公務員的範圍中，從而民代賄賂直接適用普通的公務員賄賂罪，即台灣刑法第 121 條以下條文以及貪污治罪條例第 4 條、第 5 條。是以，在討論台灣是否需要一個獨立的民代賄賂罪之前，必須將下列事項作一個通盤的考量——台灣賄賂罪在構成要件設計上的問題、對於賄賂罪問題可能的調整方向、以及這種調整方向能否完善地處理民代賄賂的問題，從而使一個獨立的民代賄賂罪顯得多餘。

就第一個層次的問題（台灣賄賂罪在構成要件設計上的問題）而言，主要在於——

一方面，現行貪污治罪條例，延續法案制定當時「治亂世用重典」的思維，迷信重刑主義，只知道一味地加重處罰，而沒有注意到實務的追訴瓶頸。先天上的失衡，使實務、學說見解往往基於技術性的考量而輕忽當中的平衡點¹¹⁵；

另一方面，相較於德國、瑞士等歐陸國家以及國際公約的規定，不難發現，台灣賄賂罪的規定仍不夠具體、明確，導致條文的解釋適用上無的放矢，實際效益有限。簡單言之，當中主要的缺陷有：將刑法第 121 條及第 122 條分別理解成「不違背職務賄賂罪」與「違背職務賄賂罪」這樣一組互斥性構成要件，會導致嚴重的法律漏洞¹¹⁶；「對於職務上之行為」以及「對於違背職務之行為」此一組用語，未能考慮到職務行為與對價關係之間的連動性。是以，即使在「職務行為」概念上採取寬嚴適中的實體法見解，但只要在「對價關係」概念採取嚴格標準，由於不法約定的訴訟上證明門檻，會被同時拉抬至「毫無合理懷疑之確信心證」的具體、特定要求，因此，本質上其實是「給付動機」的對價關係，勢必將成為

¹¹⁵ 林鈺雄，註 34 文，頁 99：「學界情況也是混亂。首先要指出，研究《貪污》不是我國刑法學界的主流，相關文獻本來數量就有限；而在這些對貪瀆罪表態的非主流學者中，幾乎是一邊倒反對重刑主義，因此，學者遂有一種傾向，就是試圖以『解釋論』來修正『立法論』的偏差，講白話些，就是盡量用解釋方法來限縮貪瀆罪構成要件，讓其適用範圍變窄以達到『抵制重刑主義』的目的。這可以說是學界『非主流中的主流』，因此，看待學者如何解釋我國貪瀆罪時，應該先瞭解一下這個背景因素。」

吳耀宗，〈與談意見（一）：刑法抗制貪污犯罪之新思維——「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 年 1 月，頁 87-88：「貪污犯罪，向為全民深惡痛絕，但我國刑事立法上一貫奉行的『治亂世用重典』之政策，顯然已失靈！甚至導致刑事司法上解釋適用的恣意扭曲，法官因不忍或不敢用『重典』，只能一再地『自我斷臂』（美其名為『罪行法定』或『刑法謙抑』），越治越亂，導致『司法已死』、『恐龍法官』等譏語，未曾稍歇！」

¹¹⁶ 吳耀宗，註 115 文，頁 77。

「賄賂追訴的掘墓人」¹¹⁷；在對價客體上，「賄賂」與「不正利益」的區分適用，不但顯得多餘，甚至還徒增實務適用上的困擾¹¹⁸；另外，從法律條文上，無法明確得知，是否包含第三人利益，以及是否懲罰事後酬謝的行為（即職務行為是否應具備未來性）？

為了因應賄賂罪在構成要件設計上的問題，學者也逐漸地提出一些解決方案（第二個層次的問題），從大方向上可以區分為以下兩種——

之一，借鑑德國 1997 年刑法第 331 條以下條文的改革經驗。此處值得一提的是，無論是普通刑法還是附屬刑法，台灣目前的賄賂罪規定皆無「對價關係(als Gegenleistung)」，與德國舊刑法之基本職務收賄罪有明顯的差別。換言之，對價關係在台灣係作為賄賂罪的不成文要素¹¹⁹。

對此，許恒達教授認為，儘管台灣法在職務上/違背職務的對價關係文字均相同（？），但並沒有辦法透過解釋論的方式，一致性地採用弱化對價關係作為解釋方向，並完全揚棄嚴格對價關係的成罪限制（換言之，在現行法下，台灣行賄/受賄的規定，仍應採取用德國舊法¹²⁰（或德國有關違背義務受賄/行賄罪）的解釋，對價關係應理解為具體職務行為與賄賂利益之間的交易¹²¹）¹²²，理由主要有三：德國法之所以能夠放寬對價關係的嚴格性，實際上是國會修法所導致的，修法範圍也只及於職務上受賄罪，違背職務受賄/行賄罪仍然維持嚴格對價關係的構成要件。相對地，臺灣法無論普通刑法還是附屬刑法，構成要件均未作相應的文字調整¹²³；在對價關係上均採取弱化對價關係作為解釋方法雖然不違反條文

¹¹⁷ 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 年 1 月，頁 58。

¹¹⁸ 林鈺雄，註 117 文，頁 54：「...所謂賄賂，指金錢或可以金錢計算之財物之謂；所謂不正利益，指賄賂以外足以供人需要或滿足人慾望一切有形無形之利益，而不以經濟上之利益為限，諸如設定債權、免除債務、款待盛筵、介紹職位等均屬之。此外，媒妓作業（性招待）亦屬不正利益...一來實務分類標準自相矛盾，既然金錢或可以金錢計算之財物應屬賄賂，那麼，設定債權、免除債務為何歸類為不正利益？二來『搬石頭砸自己的腳』，徒增上訴無謂爭執，甚而導致違反訴訟經濟的撤銷發回。三來這還連帶影響到貪污犯罪所得沒收的範圍，實務將此分類不當對應，得出『賄賂可沒收、不正利益不可沒收』的錯誤結論，導致不法利得概念過度限縮。」

¹¹⁹ 林鈺雄，註 117 文，頁 58。

¹²⁰ 許恒達，〈賄賂罪之對價關係及證明難題：評最高法院 102 年度臺上字第 4887 號刑事判決及其相關裁判〉，《軍法專刊》，第 60 卷第 2 期，2014 年 4 月，頁 80。

¹²¹ 許恒達，註 120 文，頁 79。

¹²² 對嚴格解釋論者的質疑，參見：林鈺雄，註 117 文，頁 60：「對此最簡單的質疑：我國立法連明文規定都沒有的對價關係要素，為何要採取比較法上最為嚴格的證明標準呢？試問其理論基礎及法源依據何在？」

¹²³ 許恒達，註 120 文，頁 79。

文義，但卻有不當擴大賄賂罪成罪範圍之嫌¹²⁴；從本罪的法益侵害型態上來看，其係透過對價交易影響人民對公務員依法執行公務的共通信賴，而信賴建立在多數人累積的共同信念，某程度上是一種不確定且由眾人共同累積的社會觀感，判斷信賴受到損害而入罪化時，必須採用相對明確的門檻與標準，否則很容易造成信賴與民粹意識的連結，「人民信賴減損」勢必變成一種入罪化的非規範理由¹²⁵。

在此種「不得不然的」解釋論背景之下，學界逐漸有聲音認為，應該從立法論的角度來處理賄賂罪構成要件上的問題。但是，在細節上仍有一些差異，簡要概括如下——

在抗制貪污犯罪思維上的轉換：誠如林鈺雄教授所言，「貪污立法改造方向應從『重刑主義邁向一般預防』，從『罰得重』改成『罰得到』。¹²⁶」「立法的當務之急，就是截堵！截堵！再截堵！（而非適得其反的加重、加重、再加重）。首要是創設一個真正具有追訴效能又符合法治水準的『截堵性構成要件』。¹²⁷」在此等思維變換之下，當中的一個重要舉措就是改變刑法第 121 條以及第 122 條間的互斥關係，使刑法第 121 條之普通職務賄賂罪成為截堵構成要件。

對於刑法第 121 條，廢棄「職務上之行為」用語，改採新創名詞「職務行使」(Dienstsausübung)，以宣告「具體、特定職務行為說」及過往兩極實務的終結；同時維持不將「作為對價」列入成文構成要件當中，以表明立法者不採嚴格的對價關係的意旨。從而，打好關係、投餌，乃至事後酬謝，只要不是社會相當的給付，都理應被納入本罪當中。¹²⁸

對於刑法第 122 條，保留「義務違反」作為加重事由，維持「違背職務之行為」此一用語，同時明文規定「以...作為對價」。相較於刑法第 121 條，本罪的可罰性範圍較為限縮，必須存在具體的職務行為以及嚴格的對價關係。之所以如此要求，一方面是因為沒有擴張適用本罪的必要，基本構成要件的擴張已經足以網羅漏網之魚；另一方面則是因為本罪要求存在義務違反性。如果連行為人所不法約定的具體職務行為為何都無法確定，自然也無從判斷系爭行為是否違反義務¹²⁹。另外，陳瑞仁檢察官參酌美國的立法例認為，可以廢棄不違背/違背職務的

¹²⁴ 許恒達，註 120 文，頁 80。

¹²⁵ 許恒達，註 120 文，頁 80。

¹²⁶ 林鈺雄，註 117 文，頁 48。

¹²⁷ 林鈺雄，註 117 文，頁 58。

¹²⁸ 林鈺雄，註 117 文，頁 64-66。

¹²⁹ 林鈺雄，註 117 文，頁 66。

區分：「我認為我們的法條乾脆不要區分有無違背職務，只有在結果加重就好，這樣更能夠凸顯我們不會去強調違不違背職務，而應著重在忠誠義務之違反。¹³⁰」

「美國其實也不管是否違背職務。他們判例認為，公務員不能在收受紅包後，以自己並沒有真的為違背職務之行為作為抗辯。因為他們的法條用語是 intent，所以只要你想要去影響就夠了，至於是好的影響還是壞的影響，我就不管你。所以美國並不是那麼在乎有沒有違背義務，甚至於是因而為違背職務之行為，我到目前還沒有看到他們有加重處罰。因為他們認為人民享有公務員要忠誠服務的權利（參 18 U.S.C. § 1346 人民「享有忠誠服務之無形權利」the intangible right of honest services），所以只要符合公務員的職務，但只要他收紅包，就要處罰。¹³¹」

在利益要素上，林鈺雄教授主張僅使用「不正利益」，理由在於：除了「不正利益」在概念上本來就比較廣，可以包含「賄賂」在內之外，「不正」還可以作為排除社會相當之給付/受領的法律依據¹³²。吳耀宗教授也肯認無需繼續維持「賄賂」與「不正利益」此等導致實務無謂紛爭的不同區分用語，但其認為，僅保留「利益」此一用語即可。因為「一是『利益』此等用語，本來即可涵括『金錢』、『財物』此等實體利益；二是『金錢、財物、利益』本身是價值中立，無所謂『正』或『不正』的問題。刑法所要禁止處罰的並非是公務員特定利益之獲取行為，而是要禁止處罰公務員以違法或不正當的方式獲取利益之行為。貪污犯罪之非難評價的重點應該是公務員以何種方式獲取利益，因此，在構成要件的設計上並不應該一開始即將利益限定在所謂『不正利益』，徒增解釋適用上的困擾。¹³³」另外，王效文教授認為，也應明文規定為第三人利益賄賂的類型¹³⁴。

之二，新增欠缺職務對價的受賄罪，如斡旋受賄罪或揩油索財罪。其中，對於斡旋受賄罪，文獻上主要提及的立法例是日本法，其主要有以下兩種規定¹³⁵：第一是於 1958 年增訂的刑法第 197 條之四「斡旋賄賂罪」規定，第二則是於 2000

¹³⁰ 陳瑞仁，〈與談意見（三）：我國貪污治罪條例之立法展望——以收賄罪為中心〉，《檢察新論》，第 19 期，2016 年 1 月，頁 97。

¹³¹ 陳瑞仁，註 130 文，頁 97。

¹³² 林鈺雄，註 117 文，頁 64。

¹³³ 吳耀宗，註 115 文，頁 83-84。

¹³⁴ 王效文，〈與談意見（二）：賄賂罪構成要件之重構——評林鈺雄教授「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 年 1 月，頁 94-95。

¹³⁵ 由於語言的關係，條文的翻譯主要參考黃士軒教授的翻譯及相關介紹，參見：黃士軒，〈初探公務員非主管監督事務圖利罪的「利用職權機會或身分」圖利行為——兼與日本斡旋賄賂罪之簡要比較〉，《檢察新論》，第 19 期，2016 年 1 月，頁 142-145。其他相關的中文文獻，另可參考：吳天雲，〈日本向公務員關稅的刑事規範——刑法斡旋收賄罪與斡旋得利處罰法〉，《刑事犯雜誌》，第 50 卷第 1 期，2006 年 2 月，頁 117-136；西田典之著，劉明祥、王昭武譯，《日本刑法各論》，2005 年，初版，武漢大學出版社，頁 340 以下。

年制定的，特別以民意代表（含國會、地方議會之議長或議員）與其秘書為行為主體的「公職人員等斡旋得利處罰法」。



日本刑法第 197 條之四 斡旋賄賂罪

公務員受請託，以使其他公務員為職務上之不正行為，或使不為相當行為，而進行斡旋或已為斡旋，作為其報酬，收受、要求或期約賄賂罪，處 5 年以下懲役。

公職人員等斡旋得利處罰法第 1 條

眾議院議員、參議院議員或地方公共團體之議會議員或議長受請託，關於國家或地方公共團體所締結之買賣、借貸、承攬或其他契約或對特定人所為的行政機關之處分，行使基於其權限之影響力，為使公務員為或不為職務上行為，進行斡旋或已為斡旋，而收受作為斡旋報酬之財產上利益時，處 3 年以下懲役。

眾議院議員、參議院議員或地方公共團體之議會議員或議長受請託，關於國家或地方團體出資之資金達二分之一以上之法人所締結之買賣、借貸、承攬或其他契約，行使基於其權限之影響力，為使該法人之管理層級人員或職員為或不為職務上行為，進行斡旋或已為斡旋，而收受作為斡旋報酬之財產上利益時，同前項之規定。

公職人員等斡旋得利處罰法第 2 條

眾議院議員或參議院議員之秘書（為國會法昭和 22（=1947）年法律第 79 號第 132 條所規定之秘書或其他眾議院議員、參議院議員所使用而輔佐該眾議院議員或參議院議員之政治活動者）受請託，關於國家或地方公共團體所締結之買賣、借貸、承攬或其他契約或對特定人所為的行政機關之處分，行使基於該眾議院議員或參議院議員權限之影響力，為使公務員為或不為職務上行為，進行斡旋或已為斡旋，而收受作為斡旋報酬之財產上利益者，處 2 年以下懲役。

眾議院議員或參議院議員之秘書受請託，關於國家或地方團體出資之資金達二分之一以上之法人所締結之買賣、借貸、承攬或其他契約，行使基於其權限之影響力，為使該法人之管理層級人員或職員為或不為職務上行為，進行斡旋或已為斡旋，而收受作為斡旋報酬之財產上利益時，同前項之規定。

不過，由於語言上的障礙，再加上中文文獻已有相關的介紹，本文在此不再贅述日本立法例，而選擇從國際公約與其他有類似立法（但有明顯差別）的歐陸國家作為切入點：

- 1、國際公約：《歐洲理事會反貪腐刑法公約》第 12 條規定了影響力交易罪的可罰性，即對於斷言或確認能對（特別是）內國／外國的公務員或民代之決定作出施加影響之人，以施加影響作為代價，為自己或第三人，直接或間接地行求、期約或提供不正利益。本罪成立與否並不取決於施加影響之有無，亦不取決於假定的影響能否達成所意圖的結果。此外，中間人對於此不正利益的要求、期約或收受，同樣處罰¹³⁶。

其中，值得注意之處是，《歐洲理事會反貪腐刑法公約》的德文版本以及英文版本均有使用「不當影響」（英文是“improper influence”；德文是“missbräuchlichen Einflussnahme”），但在法文版本中則未有相應的要求。不過，可以明確的一點是，本罪的目的並不在於禁止所謂的遊說 (Lobbying)。是以，本罪的可罰性範圍並不是一切的影響，而僅及於濫用影響的情形。另外，對於中間人的利益給付必須基於下述之目的——對公務員或民代施加不當影響的目的。此可以從德文版本中的「als Gegenleistung」用語及英文版本中的「in consideration thereof」用語得知。儘管法文版本在積極的行為面向上未臻明確，但從「rémuneration」（相當於德文中的 Entgelt）上可以導出相同的見解。因為 Entgelt 必須以對價作為前提¹³⁷。

在《聯合國反貪腐公約》中亦有類似的規定。但其和《歐洲理事會反貪腐刑法公約》存在諸多不同之處。首先，被影響的行為範圍僅包含公共行政或行政機關，而通常不及於民意代表或立法機構¹³⁸；其次，《聯合國反貪腐公約》明確規定，影響力所針對的行政行為必須是不當的¹³⁹；在中間人的範圍上，由於《聯合國反貪腐公約》明確規定民意代表屬於公職人員。是以，無論是公務員還是民意代表，只有擁有權力地位 (Machtpositon)，就有可能為了第三人的利益而對行政流程施加影響¹⁴⁰。

¹³⁶ Hartmann, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013, S. 250 f.

¹³⁷ Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 251.

¹³⁸ Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 251.

¹³⁹ Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 251.

¹⁴⁰ Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 252.

2、法國法：法國影響力交易罪(traffic d'influence)的構成要件始於 1889 年。其中，法國刑法第 432-11 條第 2 款及第 433-1 條第 1 項第 2 款規定了影響力濫用的可罰性——公務員或民意代表在此係作為中間人(Mittelsperson)，並對公共行政施加或真實或假定的影響。另外，法國刑法第 433-2 條所涉及的情形則是，私人作為中間人而對公共行政施加或真實或假定的影響¹⁴¹。

法國刑法第 432-11 條第 2 款要求，(施加)影響的目的理應在於獎賞、工作關係、契約締結或其他有利決定之取得¹⁴²；公共行政人員(受影響之第三人)不用服從於公務員或民意代表(中間人)的指示(nicht weisungsabhängig)¹⁴³；受影響之行為必須完全外在於(vollkommen außerhalb)公務員或民意代表的職務活動範圍，否則就會成立「傳統的」貪污犯罪¹⁴⁴。不過，由於真正的賄賂罪構成要件(刑法第 432-11 條第 1 款)本來包括公務員或民代的行為超出其自身管轄範圍的情形(über den eigenen Zuständigkeitsbereich hinausgehen)，故而會導致區分上的困難(Abgrenzungsschwierigkeit)。對此，文獻上有指出的是，只有當第三人必須介入才能實現目的時，影響力交易罪才構成要件該當，也才能排除真正賄賂罪的適用¹⁴⁵。

另外，法國刑法第 433-1 條第 1 項第 2 款以及第 433-1 條第 2 項第 2 款的區別在於動機發起者的不同(von wem die Initiative ausging)。若利益提供者主動向公務員或民代提供利益，則適用刑法第 433-1 條第 1 項第 2 款；反之，若公務員或民代對於影響(施加)要求利益，利益提供者如其所願，則適用刑法第 433-1 條第 2 項第 2 款¹⁴⁶。

3、奧地利法：奧地利對於影響力濫用的刑法規制，始見於奧地利刑法第 308 條的「不容許的干預(Verbotene Intervention)」罪。自 1964 年第一次的反貪法以來，Verbotene Intervention 成為奧地利刑法的組成部分之一；中間經過多次的修正，主要有 1975 年刑法典、1982 年第一次的反貪法、1987 年刑法修正法、1998 刑法修正法、2008 年刑法修正法、2009 年刑法修

¹⁴¹ Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 252.

¹⁴² Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 253.

¹⁴³ Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 253.

¹⁴⁴ Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 253.

¹⁴⁵ Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 253.

¹⁴⁶ Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 253.

正法。最近的修法完成於 2012 年的刑法修正法，主要的原因是要落實 GRECO 第三輪評估的要求。



奧地利刑法第 308 條 不容許的干預¹⁴⁷

(1) 為自己或第三人要求、期約或收受利益，以對公務員或仲裁人之決定作出施加不正之影響者，處 2 年以下有期徒刑。

(2) 對他人行求、期約或提供利益，以使其對公務員或仲裁人之決定作出施加不正之影響者，同樣罰之。

(3) 行為人行為所涉及之利益價額超過 3,000 歐元者，處 3 年以下有期徒刑；行為人行為所涉及之利益價額超過 50,000 歐元者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。

(4) 若影響的目的在於公務的違法作為或不作為，或者向公務員本人或第三人所行求、期約或提供的不正利益(第 305 條第 4 項)與影響存在連結，對公務員或仲裁人決定作出所施加的影響是不正的。

(5) 若本罪行為為其他刑度更高的條文所處罰，不按上述條款對行為人進行處罰。

奧地利刑法第 308 條的目的在於，將特定形式的遊說納入到刑罰範圍中。從各項內容來看，本條第 1 項處罰利益收受，第 2 項處罰利益提供。由於刑法第 308 條屬於一般犯(Allgemeindelikt)，從而任何人都可為之¹⁴⁸。本罪在成立上不要求任何結果的發生，且其屬於純正的作為犯(schlichtes Tätigkeitsdelikt)。是以，本罪構成要件的該當只能通過特定行為的作出，而無法經由直接行為人的不作為¹⁴⁹；奧地利立法者在第 3 項

¹⁴⁷ § 308 öStGB (Verbotene Intervention)

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

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

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

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

(5) Der Täter ist nicht nach den vorstehenden Absätzen zu bestrafen, wenn die Tat nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist.

¹⁴⁸ Kienapfel/Höpfel/Kert, AT, 2012, Z. 9 Rz. 45.

¹⁴⁹ Kienapfel/Höpfel/Kert, AT, 2012, Z. 9 Rz. 14.

就利益的價值規定了雙層的加重事由；第 4 項包含了「不正影響 (ungebührlichen Einflussnahme)」此一概念的法定定義；第 5 項則是附屬性條款(Subsidiaritätsklausel)。

第 4 項將不正的影響力區分為兩種不同的行為類型：之一，干預的目的在於公務上的違法作為或不作為。就此而言，奧地利立法者明顯向《歐洲理事會反貪腐刑法公約》第 12 條看齊。是以，任何人只要斷言或確實能濫用其對於公務員或仲裁人決定作出的影響力，即具有可罰性。至於所行求、期約或提供的不正利益是否實際實現，在所不問¹⁵⁰。之二，向公務員或第三人所行求、期約或提供的不正利益與系爭影響存在連結。

奧地利法將「作為及不作為(Vornahme bzw. Unterlassen)」理解成，公務員或仲裁人從事其公共職務——只要該職務落入公務員或仲裁人所承擔的任務範圍——所進行的所有活動。至於該活動係出於高權行政還是私經濟行政，並不相關¹⁵¹。

職務義務的確定，主要是從各個法律、法規、命令、部署乃至指令著手。偏頗的行為，如顧及友好相識、過度好感、不利某一方等，也能夠證立一個違背義務的行為。因為任何一方均不應因為任何非事理上的事由而優於或劣於其他人。透過優先順位而使公務員的行為快速完成，是否屬於違背義務的職務行為，在學說上存在爭論。Bertel 認為不是違背義務的職務行為，因為根據一般行政程序法 (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, AVG) 第 18 條第 1 項，公務員有義務盡可能合目的、快速、簡易及經濟地完成事務¹⁵²。反之，Hinterhofer/Rosbaud 則認為，在此存在違背義務的職務行為¹⁵³。此外，公務員的裁量決定，亦是如此。若裁量決定的作出在上述的框架內，不存在義務違背¹⁵⁴。

「職務(Amtsgeschäft)」指公務員或仲裁人所掌管的活動及準備性、

¹⁵⁰ Moser, Verbotene Intervention, 2013, S. 47.

¹⁵¹ 唯一的一個例外是奧地利刑法第 302 條濫用職權罪(Mißbrauch der Amtsgewalt)。該罪要求行為人「作為上述機關而在法律執行中(als deren Organ in Vollziehung der Gesetze)」，故該罪限縮到高權行政範圍內的活動。Vgl. Moser, aaO. (Fn. 151), S. 58.

¹⁵² Bertel/Schwaighofer, BT, 10. Aufl., § 304 Rz. 11 (zitiert nach Moser, aaO. (Fn. 151), S. 58.).

¹⁵³ Hinterhofer/Rosbaud, BT, 5. Aufl., § 304 Rz. 28 (zitiert nach Moser, aaO. (Fn. 151), S. 58.).

¹⁵⁴ Moser, aaO. (Fn. 151), S. 59.

輔助性活動，只要該活動落入公務員的任務範圍內。公務員或仲裁人之純粹私人行為由於不在其任務範圍內，故不為本罪所及¹⁵⁵。公務員或仲裁人對於職務是否具備具體的事物及土地管轄，在此並未扮演任何角色。毋寧說，只要具備抽象權限以執行職務活動，即已充足¹⁵⁶。透過本罪所稱之「職務」，公務員的具體職務義務或被實現或被違反。該義務必須涉及到公務員或仲裁人的職務範圍(Dienstbereich)，即其落入其任務範圍之中。是以，本罪所稱的「違法行為」並未和刑法第 302 條一樣僅限於高權行為，還包括私法上的法律事務(eine Rechtsgeschäft des Privatrechts)。至於私人利益或公共利益是否因此受到侵害，在此並無意義。此外，如果私人事務和高權行為結合在一起，也可能成立本罪。總之，職務並不限於權限行使行為(die Ausübung einer Befugnis)，典型的例子如決定、命令與強制權力，還包括任何事實上所從事的、近乎等價的事務(eine faktische, annähernd gleichwertige Verrichtung)。奧地利最高法院認為：「職務概念不應限縮在（此種或彼種的）法律行為上。舉例而言，決定作出所必需的文件匯集、其他公務員所作出命令的準備工作或完成前的作業活動、檔案提交，這些情形無論如何都屬於職務，也具有事實性的本質。¹⁵⁷」從而，公務員事實上所從事的職務(faktische Verrichtung)，只要其與職務上的特定行為相關，並等同於該法律行為，就屬於職務上的行為¹⁵⁸。

對於方案一——借鑑德國 1997 年的修法經驗，透過立法論的方式，對臺灣刑法第 121 條以下條文進行相應的修正，本文肯認此一修法對策。此處的一個問題在於，是否也要將民意代表一併納入規範，並與行政公務員做相同的調整？是的話，又如何處理？對此，透過立法論上的比較後，林鈺雄教授似乎對此問題仍持保留態度，但根據其所草擬的條文，卻是將民意代表一併納入賄賂罪中進行規範¹⁵⁹；陳瑞仁檢察官則認為，民意代表（賄賂）不用學德國一樣另外立法¹⁶⁰。

¹⁵⁵ Moser, aaO. (Fn. 151), S. 59.

¹⁵⁶ 此處的「Amtsgeschäft」和刑法第 302 條的濫用職權罪中的「Amtsgewalt」存在重大的差別。因為刑法第 302 條中被濫用的權限，必須是一種以法律主體之名(im Namen seines Rechtsträgers)、法律執行過程中(in Vollziehung der Gesetze)、在職務上的作為或不作為。是以，其僅包含高權行為，特別是判決、決定、決議或罰款清單。即使公務員所進行的高權行為係在其職務時間之外，也有本罪之適用餘地。Vgl. Moser, aaO. (Fn. 151), S. 59 f.

¹⁵⁷ 原文為：„Der Begriff des Amtsgeschäftes ist nicht auf Rechtshandlung (solcher oder anderer Art) beschränkt. Das Zusammenstellen der für die Entscheidung erforderlichen Unterlagen, die Vorbereitung oder Vorerledigung der von einem anderen Beamten zu treffenden Verfügung oder die Vorlage von Akten zählen beisüielsweise gleichfalls zu den Amtsgeschäften, welche auch faktischer Natur sein können.“ OGH 3.9.1984, 11 Os 103/84 (zitiert nach Moser, aaO. (Fn. 151), S. 61.).

¹⁵⁸ 文中舉到的實務例子是，公務員告知夜總會所有人即將來臨的管制。此信息妨礙了機關措施的目的。Vgl. Moser, aaO. (Fn. 151), S. 61

¹⁵⁹ 林鈺雄，註 117 文，頁 68：「…德國刑法固然將其獨立規定 (§ 108e StGB)，但這和其基本法

不過，此一作法必然會導致問題是——第一，透過修法，德國對於普通職務賄賂罪的處罰已經放寬到「打好關係」、「投餌」這類行為。可罰性前置到貪腐準備階段的一個重要理由在於——國家行政要以公益追求為目標，為了確保公務員在行使其決策權力時，必須以追求公益作為決策目標。行政體系對此必然要求公務員的決策要符合某些形式的規則，特別是確保行政效率、中立與遵守法律上的平等要求¹⁶¹。反面而言，對於民意代表來說，其並不存在諸如行政中立、遵守法律上的平等這樣的形式規則。因此，需要先尋找一個同等放寬的理由。

當然，如果認為以公共利益作為同等放寬的理由就已經充分的話，自然是沒有什麼太大的必要來將民代和公務員賄賂分開處理¹⁶²。但是，接下來的問題是，如何確保刑事可罰性不會過於擴張而失控，進而使一些符合政治慣例的行為落入可罰性的範圍之內。為了避免這方面的擔憂，林鈺雄教授在立法建議中是採用「不正利益」來排除某些社會相當的餽贈或給付。對此，本文認為，可以進一步地參考德國刑法第 108e 條第 4 項、奧地利刑法第 305 條第 4 項以及瑞士刑法第 322 條之八第 2 項之規定，在修正條文中對「不正利益」做明確的定義以及規定排除特定的情形，從而使本罪的構成要件更為明確。

對於方案二——新增斡旋受賄罪，學說上有論者質疑該罪在立法論上的必要性¹⁶³。之所以會有引進斡旋受賄罪的必要，主要是因為現行法的普通職務賄賂罪在解釋論上被極度地限縮，乃至被封鎖¹⁶⁴。

規定的良心代議制及刑法的公務員／官員立法定義皆有關，難以和我國法相提並論。就比較法例言，如法國、義大利刑法皆不採德國刑法的獨立規定模式，而是一併納入公務員收賄罪處罰（就某種意義言，直接民選的政府首長和民意代表，反而有許多共同之處，例如收受選舉政治獻金的問題），連奧地利新刑法都放棄獨立規定模式。未來，這個問題還須要更多研究才能定奪…」

¹⁶⁰ 陳瑞仁，註 130 文，頁 97。

¹⁶¹ 薛智仁，〈與談意見（一）：公務員圖利罪之立法商榷〉，《檢察新論》，第 19 期，2016 年 1 月，頁 25。

¹⁶² 學者林鈺雄教授（似乎？）持類似的見解：「例如，食安風暴一波波，立法院擬修食安法來確保全民健康，但卻有立委爆料指出業者集資 2 億元來私下遊說、收買立委。果真如此，食安修法找一堆專家學者開公聽會，本來的正常立法程序，根本都是玩假的，實際上修法方向就是被鬧出茶毒全民健康的不法食品業者所操縱，這難道就是我們要的立法？如果行政官員收錢當業者門神是可罰的，為什麼更上游的立法就可以收錢當門神？從食安修法的例子亦得得知，立法委員雖不是行政官員，但仍有自身的具體職務及依法執行職務的責任，所謂立法行為的裁量性、自由形成等，並非反對民代收賄罪的理由。」參見：林鈺雄，註 34 文，頁 105。

¹⁶³ 林鈺雄，註 117 文，頁 69：「斡旋收賄罪於立法論的必要性，和現行法關於職務收賄罪截堵功能的解釋論，有微妙的消長關係：將截堵功能解釋得越窄、立法論上就越有可引進斡旋收賄罪來截堵可罰行為的正當性。假使對我國現行法的基本職務收賄罪，採取既不能處罰民代收賄行為（尤其是收錢「喬事」，諸如遊說立法、施壓或關說官員等），又不能處罰無法證明具有具體、特定職務行為或嚴格對價關係之立場，當然就非得引進斡旋收賄罪不可。但以上兩個解釋論立場皆值得商榷，質言之，一些被舉例說明有引進斡旋收賄罪必要的案例，依照本文認知，其實在現行

本文認為，撇開引進必要性的爭議不論，即便因此引入斡旋賄賂罪或影響力濫用罪，該罪也不適合用來處理民代賄賂罪的問題。因為本罪在保護法益上值得商榷，且和民代的行為方式存在扞格之處。

首先，如果民意代表係作為影響受體，該規定在很大程度上可能會與民主程序的理念產生衝突。因為國民與生俱來所具有的一種可能性就是，以一種合法的方式向民意代表提出自己所關切的事物與利益¹⁶⁵。且值得注意的是，民意代表的決定作出方式與行為，和公務員有著完全不同的標準(vollkommen andere Maßstäbe)。對於民意代表而言，受利益引導而作出決定本來就是民代所在機構的本質特徵。在政黨民主下，代議士地位恰恰要求民代在實施其職務時具有偏頗性，因為其正是由於特定項目或特定內容的主張而被選出來的。反過來講，國民也能將其所關切的事務及利益向民代告知¹⁶⁶。

就此而言，能夠證立刑罰的，似乎僅包含，中間人將自己的影響力當作利益給付的對價，從而使其對民代的影響可能性被「出賣」，並將此影響降格為一種貨物¹⁶⁷。不過，不管是按照《歐洲理事會反貪腐刑法公約》的規定而認為斡旋賄賂罪是為了保護公共行政的透明及無偏頗，還是認為斡旋賄賂罪和公務員賄賂犯罪一樣，其保護法益都是影響力的目的指向(Zielrichtung)，即保護公共職務公正性及公眾對此公正性的信賴，系爭保護法益都應該涉及到受影響者決定方式之保護，而不會涉及到利益提供者與中間人之間的關係¹⁶⁸。

其次，伴隨本罪的一個批評是，可罰性的前置是否必要。由於在一些情形中，法益的實際危殆尚還相當遙遠，從而引入斡旋賄賂罪，會引發違反刑法最後手段性(das Strafrecht als ultima ratio)的質疑。由於恩顧主義(Klientelismus)在某種特定程度上會被視作一種被容忍的社會現象。是以，若刑法橫亘在前，其將製造出一種幻想——該現象是被完全禁止的。且若該現象達到某種特定的強度(eine gewisse Intensität)，其通常已經為現行法賄賂犯罪所懲罰¹⁶⁹。

法解釋論就可被基本職務收賄罪涵蓋，若依本文主張的立法論，更應直接是截堵性基本職務收賄罪的適用範圍。」

¹⁶⁴ Hartmann 認為，不能因為影響力濫用罪所包含的大多數行為態樣已經為現行的賄賂罪條文所及，就以此為由反對引進影響力濫用罪。但是，該論者在結論上也是反對在德國引進影響力濫用罪。Vgl. Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 261.

¹⁶⁵ Vgl. Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 262.

¹⁶⁶ Vgl. Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 262.

¹⁶⁷ Vgl. Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 262.

¹⁶⁸ Vgl. Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 262.

¹⁶⁹ Vgl. Hartmann, aaO. (Fn. 136), S. 263.

最後，如果認為斡旋賄賂罪的保護法益和德國刑法第 331 條以下的條文一樣，都是為了保護公眾對於公共職務公正性的信賴。從而，若公務員決定的作出——即便結果最終是合法的——並非純粹根據法律，而是考慮到第三人的影響，也會動搖到信賴。那麼，順理成章的是，即便不存在著斡旋賄賂罪所要求的三方關係 (Dreiparteienbeziehung)，若公務員的決定作出並非基於法律，而是因為被行為人欺騙，則也應該納入本罪的懲罰範圍¹⁷⁰。

¹⁷⁰ Vgl. *Hartmann*, aaO. (Fn. 136), S. 264.

第七章 結論



【第一章 緒論】 本文開門見山地指出兩個具體問題：民意代表是否屬於公務員？以及民意代表賄賂與公務員賄賂是否存在差別？並以此展開相關討論。

【第二章 德國刑法賄賂犯罪的體系結構】 德國刑法中的賄賂犯罪，按照不同的保護法益，可以區分為三類：刑法第 331 條以下條文所保護的是公眾對於公共行政整全性的信賴；刑法第 299 條的保護法益是自由競爭；刑法第 108e 條則著重保護特定憲法機構的運作能力。

由於第 331 條收受利益罪及第 332 條受賄罪要求行為主體必須是「公務員」、「歐洲公務員」或「對公共職務負有特別義務之人」，而德國公務員概念主要是以行政公務員作為思考主軸，其著重強調公共行政任務的執行，故原則上並不會涉及到各級民意代表，除非其另外兼有行政職務。是以，民意代表賄賂一般不為刑法第 331 條以下條文所及。

值得一提的是，德國透過 1997 年的修法，將刑法第 331 條的收受利益罪改為公務員受賄罪的截堵構成要件，即降低對於職務上受賄行為的對價強度要求，使刑法第 331 條和第 332 條之間存在一種「非排斥性關係」，甚至是類似於基本構成要件和加重構成要件的關係。

其中，德國將職務行為理解成，所有屬於公務員所承擔的職務任務的行為，且其係由公務員以職務的型態所作出。換言之，只要公務員的行為和自身所承擔的任務之間存在一種「功能上的關聯」，就已經充足。實務則是以反面的方式來定義職務行為，只要依照行為的本質來看，其與公務員本身的職掌範圍存在著內部（沒有過度寬鬆的）關係，同時亦非完全外在於其職掌範圍，即屬於公務員職務行為。簡而言之，德國刑法中的職務行為並不以具體（個人的）管轄權限為限，也不要求一個「合乎義務的關聯」。公務員若以刑法或職務法上所不容許的方式濫用其地位，並不會因為行為的違法性而導致行為職務性格的消除。

另外，不法協議作為賄賂犯罪的核心，係指利益給付與職務行為之間所存在的關聯或等價關係。在 1997 年修法之前，德國刑法第 331 條（舊法）明確要求，

利益之要求或行求等行為必須以公務員已實施或將實施的職務行為「作為對價」。德國立法者在 1997 年的刑法修正中，刪除了刑法第 331 條及第 333 條中的「作為對價」用語，而改採「對於職務執行」，以此方式達成了不法協議的放寬。從而，不管是所謂的「打好關係」，即為了取得公務員在職務執行範圍內的一般性好感而提供利益的行為，以及所謂的「投餌」，即利益的提供是為了創設親密以及依賴關係，從而使公務員傾向於作出日後可能的對待給付，均為刑法第 331 條以及第 333 條所包含（但還是要經過社會相當性的檢驗）。

【第三章 德國民代賄賂罪的沿革】德國法上民代賄賂罪的發展，自帝國刑法典以來，主要可以分為兩個階段：在 1994 年以前，德國民代賄賂罪一直在努力嘗試，擺脫在投票賄賂罪中的「寄人籬下」生活，並在刑法典中謀求自己的一席之地。儘管德國立法者在 1994 年增訂一條獨立的民代賄賂罪，但是，民代賄賂罪保護法益所寄寓的居所(德國刑法第 108e 條舊法)並非是一個安全的所在。學說、實務對於德國刑法第 108e 條的批評，由來已久——「買賣概念」過於模糊，導致難以將政治上相當的行為與刑法上可罰的行為區分開；效力範圍僅及於特定代議機構內部；效力僅及於選舉與表決（排除其他職權情形）；排除非物質形式的利益；具體不法協議的要求，導致民意代表所有的間接影響被完全地排除在刑法可罰性範圍之外；和行賄外國民意代表的規定相比，行賄外國民代比行賄本國民代更為嚴重，存在體系上的不一貫。可以說，由於舊法僅處罰在選舉或表決中的買賣選票行為，導致諸多處罰漏洞的存在，德國民代賄賂罪舊法徒有象徵意義而不具任何實用的功能。

【第四章 國際公約與比較法觀點下的民代賄賂】由於貪腐已經逐漸成為國際性議題，國際性組織也慢慢聚焦於貪腐此一議題，抗制貪腐的國際性文件亦接踵而至，如《歐洲理事會反貪腐刑法公約》、《聯合國反貪腐公約》、歐盟關於貪腐抗制的框架決議等等。在國際公約以及其他先進歐陸國家立法例的映照下，看似有處罰到民代賄賂的民代賄賂罪，折射出其光鮮亮麗外的暗黑面——相較於一般公務員賄賂罪規定，民代賄賂罪的規定無疑是賦予民代「貪腐的特權」!!!

【第五章 德國民代賄賂罪的修法草案與現行法】為了因應國內外的質疑聲浪，德國立法者終於在 2014 年對民代賄賂罪作出了重大修正——不再將民代賄賂罪的可罰性範圍侷限於民代買賣選票的行為，而是擴張到民代的一切代議職務執行活動。且，即便是在議會外的活動，只要其是民代代議職務執行活動的產物，即與民代代議職務之執行存在關聯！此一重大性修改擴張了民代賄賂罪的處罰


範圍，且對照國際公約之要求及歐陸國家的立法例，在刑事政策上並無問題，值得肯定。

不過，德國立法者也為新法設下了兩道「尚待破除的魔咒」——一方面，新法根據國際公約的要求，放棄「利益」而改採「不正利益」，並在一般情形和具體情形作某種程度的排除，尤其是為政黨法所容許的捐款。是否對於民代的捐款只要合乎政黨法的規定公開申報，就不會成立民代賄賂罪，值得思考。如此的話，需要進一步地考慮政黨法規定的完善程度；另一方面，新法過於強調民代的自由委任或良心代議，使「受委託或依指示」成為民代賄賂罪的構成要件要素之一。對此，在解釋論上，如何避免「或違反憲法或違反公約」的兩難結果，並使本罪能夠發揮立法者所（不？）意欲的作用，值得進一步的思考。

【第六章 台灣的取徑與困境】由於台灣將民意代表納入公務員的範圍中，從而民代賄賂直接適用普通的公務員賄賂罪。是以，在討論台灣是否需要一個獨立的民代賄賂罪之前，必須將下列事項作一個通盤的考量——台灣賄賂罪在構成要件設計上的問題、對於賄賂罪問題可能的調整方向、以及這種調整方向能否完善地處理民代賄賂的問題，從而使一個獨立的民代賄賂罪顯得多餘。

就公務員概念而言，台灣採用了獨步全球的拼裝車立法技術——儘管新法規定有意兼顧公務員的「組織性面向」以及「功能性面向」，但卻在公務員的實質不法內涵上採用德國七十年代的特別義務論。進而，受公務員立法定義修正的影響（特別是修正公務員概念中對於法定職務權限之強調），一方面，公務員賄賂罪的職務行為或被無限窄化到形式的法定職權之內，或被無限放大至實質影響力，而從未以實質的職務關聯性為基準。至於多數的學說見解，儘管相對於法定職權說較為擴張，但也多自陷於口語意義下（或者說真實意義下）的職務行為（公務員對於民間私法上事務之干預怎麼可能會在其職務行為範圍之內？）；另一方面，台灣賄賂罪的現行法規定欠缺截堵思維，在普通賄賂罪以及違背職務賄賂罪的不法協議（或者說對價關係）上並未有鬆緊之區分。這也導致上述二罪名之間關係是一種互斥性的而非加重的構成要件關係。行、受賄賂者自然容易藉此二罪名之間的縫隙逍遙法外。至於賄賂罪與其他罪名，如公務員藉勢藉端勒索財物罪、影響力交易罪（台灣無此罪名）之間的關係，亦是如此。

對此，文獻學說上主要存在兩種解決方案：之一，借鑑德國 1997 年刑法第 331 條以下條文的改革經驗；之二，新增欠缺職務對價的受賄罪，如斡旋受賄罪或揩油索財罪。



對於方案一——借鑑德國 1997 年的修法經驗，透過立法論的方式，對臺灣刑法第 121 條以下條文進行相應的修正，本文基本肯認此修法對策。但如果要將民意代表也一併納入到公務員賄賂罪中，本文認為，可以參考德國刑法第 108e 條第 4 項、奧地利刑法第 305 條第 4 項以及瑞士刑法第 322 條之八第 2 項之規定，在修正條文中對「不正利益」做明確的定義以及排除特定情形的規定，從而使本罪的構成要件更為明確。至於方案二——新增斡旋受賄罪，本文認為，撇開引進必要性的爭議不論，該罪並不適合用來處理民代賄賂罪的問題。

【第七章 結論】 My watch is ended !

參考文獻



一、中文文獻

(一) 書籍及論文集文章

Claus Roxin 著，王世洲譯，《德國刑法學總論》，2005 年，初版，北京：法律出版社。

Helmut Satzger 著，王士帆譯，《國際刑法與歐洲刑法》，2014 年，初版，台北：元照。

Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，《德國刑事追訴與制裁——成年刑法與少年刑法之現狀分析與改革構想》，2009 年，初版，台北：元照。

Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend 著，徐久生譯，《德國刑法教科書（總論）》，2001 年 3 月，初版，北京：中國法制出版社。

Kurt Sontheimer/Wilhelm Bleek 著，張安藍譯，《德國政府與政治》，1999 年，初版，台北：五南。

西田典之著，劉明祥、王昭武譯，《日本刑法各論》，2005 年，初版，武漢：武漢大學出版社。

白忠志，〈新修刑法公務員概念在實務上的運用〉，收錄於：台灣刑事法學會主編，《刑法公務員概念的比較研究》，2010 年 9 月，初版，頁 291-362，台北：台灣刑事法學會。

蔡聖偉，《刑法案例解析方法論》，2014 年 9 月，初版，台北：元照。

甘添貴，〈刑法新修正公務員之概念〉，收錄於：台灣刑事法學會主編，《刑法總則修正重點之理論與實務》，2005年9月，初版，頁133-182，台北：元照。

黃榮堅，〈論行為犯〉，收錄於：氏著，《刑罰的極限》，1999年，初版，頁211-242，台北：元照。

黃風（譯註），《最新義大利刑法典》，2007年1月，初版，北京：法律出版社。

黃源盛，《晚清民國刑法史料輯註（上）（下）》，2010年7月，初版，台北：元照。

林鈺雄，《新刑法總則》，2011年9月，3版，台北：元照。

王皇玉，《刑法總則》，2014年12月，初版，台北：新學林。

吳耀宗，〈評析刑法新修正之公務員概念〉，收錄於：台灣刑事法學會主編，《刑法公務員概念的比較研究》，2010年9月，初版，頁89-262，台北：台灣刑事法學會。

許玉秀，〈公務員概念的立法定義——第十六次修正刑法檢討（第十條第二項）〉，收錄於：司法院印行，《新修正刑法論文集》，2006年7月，頁85-129，台北：司法院。

徐久生、莊敬華（譯），《德國刑法典（2002年修訂）》，2004年1月，初版，北京：中國方正出版社。

楊宇冠、吳高慶（編），《〈聯合國反腐敗公約〉解讀》，2004年7月，初版，北京：中國人民公安大學出版社。

宗玉琨（譯註），《德國刑事訴訟法典》，2013年12月，初版，北京：知識
產權出版社。

甄貞（等著），《〈聯合國反腐敗公約〉與國內法協調機制研究》，2007年1
月，初版，北京：法律出版社。

（二）期刊文章

陳瑞仁，〈與談意見（三）：我國貪污治罪條例之立法展望——以收賄罪為中心〉，
《檢察新論》，第19期，2016年1月，頁96-99。

陳瑞仁，〈與談意見（四）：美國聯邦貪腐法律淺談〉，《檢察新論》，第17
期，2015年1月，頁131-137。

蔡墩銘，〈關於賄賂罪之職務上行爲〉，《國立台灣大學法學論叢》，第1卷
第1期，1971年10月，頁237-241。

蔡銘書，〈關於賄賂罪職務行爲之最高法院裁判動向〉，《法學叢刊》，第56
卷第3期，2011年7月，頁65-106。

陳子平，〈與談意見（三）：就許恒達教授「賄賂罪職務行爲之再探討」報告之
與談意見〉，《檢察新論》，第17期，2015年1月，頁120-130。

陳惠馨，〈一八五一年普魯士刑法典〉，《月旦法學雜誌》，第208期，2012
年9月，頁258-283。

黃榮堅，〈刑法上個別化公務員概念〉，《台大法學論叢》，第38卷第4期，
2009年12月，頁273-334。

黃榮堅，〈2010年刑事法發展回顧：慾望年代，慾望刑法？〉，《台大法學論
叢》，第40卷特刊，2011年10月，頁1795-1841。



黃士軒，〈初探公務員非主管監督事務圖利罪的「利用職權機會或身分」圖利行為——兼與日本斡旋賄賂罪之簡要比較〉，《檢察新論》，第 19 期，2016 年 1 月，頁 117-146。

黃士軒，〈公務員賄賂罪中的職務行為——以我國最近之學說與最高法院實務為中心〉，《國立中正大學法學集刊》，第 48 期，2015 年 7 月，頁 53-119。

柯耀程，〈「職務」概念的解釋與限制〉，《法學叢刊》，第 56 卷第 2 期，2011 年 4 月，頁 1-32。

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 年 1 月，頁 46-73。

林鈺雄，〈與談意見（一）：公務員職務上行為之實務檢討——兼論民意代表職務收賄之可罰性〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 98-107。

林鈺雄，〈強制罪之整體不法判斷——從彰化台電施工抗爭案的判決談起〉，《月旦法學雜誌》，第 232 期，2014 年 9 月，頁 28-57。

林雍昇，〈最高法院刑事裁判評釋——建構中的新刑法公務員圖像〉，《台灣法學雜誌》，第 128 期，2009 年 5 月，頁 77-91。

林雍昇，〈新刑法公務員概念與範圍的再商榷〉，《台灣本土法學雜誌》，第 102 期，2008 年 1 月，頁 192-215。

林雍昇，〈民營化下刑法公務員範圍變動的理論初探——以德國法制為借鏡〉，《台灣法學雜誌》，第 103 期，2008 年 2 月，頁 179-209。

林東茂，〈危險犯的法律性質〉，《台大法學論叢》，第 23 卷第 2 期，1994 年 6 月，頁 267-304。

李錫棟，〈日本法上賄賂罪職務行為之研究〉，《法學叢刊》，第 56 卷第 3 期，
2011 年 7 月，頁 17-64。

李麗玲，〈與談意見（四）：我國貪污治罪條例之立法展望——以增訂日本斡旋
收賄罪為例〉，《檢察新論》，第 19 期，2016 年 1 月，頁 100-116。

邱忠義，〈貪污罪中之公務員身分認定——兼評最高法院的統一解釋法令與檢察
一體統一追訴及裁量標準的功能〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，
頁 3-22。

蘇佩鈺，〈近年來刑事實體法修正之回顧與評析——以刑法及貪污治罪條例為中
心〉，《軍法專刊》，第 59 卷第 3 期，2013 年 6 月，頁 24-43。


王效文，〈與談意見（二）：賄賂罪構成要件之重構——評林鈺雄教授「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 年 1 月，頁 89-95。

吳耀宗，〈與談意見（一）：刑法抗制貪污犯罪之新思維——「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 年 1 月，頁 74-88。

吳耀宗，〈立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？——評臺北地方法院
101 年度金訴字第 47 號刑事判決（林○世貪污案）〉，《月旦裁判時報》，
第 25 期，2014 年 12 月，頁 94-119。

吳燦，〈與談意見（二）：公務員賄賂罪之職務上行為〉，《檢察新論》，第
17 期，2015 年 1 月，頁 108-119。

吳天雲，〈日本向公務員關稅的刑事規範——刑法斡旋收賄罪與斡旋得利處罰法〉，
《刑事犯雜誌》，第 50 卷第 1 期，2006 年 2 越，頁 117-136

- 
- 王梅英，〈與談意見（三）：大學教授執行科研計畫之法律地位〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 44-49。
- 王世洲，〈聯邦德國刑法改革研究〉，《外國法譯評》，1997 年第 2 期，頁 72-82。
- 許恒達，〈賄賂罪職務行為之再探討——以民意代表受賄事例為中心〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 68-97。
- 許恒達，〈賄賂罪之對價關係及證明難題：評最高法院 102 年度臺上字第 4887 號刑事判決及其相關裁判〉，《軍法專刊》，第 60 卷第 2 期，2014 年 4 月，頁 62-83。
- 許恒達，〈從英國 2010 年新賄賂法談我國反貪污法制修正方向〉，《輔仁法學》，第 44 期，2012 年 12 月，頁 51-90。
- 許澤天，〈與談意見（二）：公務員身分認定和大學教授假發票案〉，《檢察新論》，第 17 期，2015 年 1 月，頁 35-43。
- 薛智仁，〈刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定〉，《台大法學論叢》，第 44 卷第 2 期，2015 年 6 月，頁 599-664。
- 薛智仁，〈與談意見（一）：公務員圖利罪之立法商榷〉，《檢察新論》，第 19 期，2016 年 1 月，頁 21-33。
- 蕭宏宜，〈賄賂罪的「職務上行為」概念——兼評最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決〉，《東吳法律學報》，第 24 卷第 1 期，2012 年 7 月，頁 87-120。
- 周振傑，〈英國刑法中的商業組織不履行預防賄賂義務罪研究——兼論英國法人刑事責任的轉變與發展方向〉，《刑法論叢》，2012 年第 3 期，頁 330-346。
- 周慶東，〈貪瀆罪中的職務行為意義——德國刑法上的觀點〉，《法學叢刊》，第 56 卷第 3 期，2011 年 7 月，頁 1-16。

曾淑瑜，〈賄賂與職務之關聯性〉，《月旦法學雜誌》，第 151 期，2007 年 12 月，頁 233-239。



(三) 學位論文

陳力揚，《論共犯從屬性》，2010 年，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

洪湘媛，《刑法賄賂罪之研究》，2013 年，私立東吳大學法律學系碩士論文。

黃士軒，《公務員賄賂罪之構成：以對於其保護法益之探索為核心》，2005 年，國立台灣大學法律學系碩士論文。

藍敏煌，《我國政治獻金法制度之研究》，2010 年，國立台灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文。

徐紹鐘，《刑法上公務員賄賂罪之研究》，2007 年，國立台北大學法學系碩士論文。

(四) 其他（研討會論文、網絡資料等）

陳淑芳，《聯合政府之形成因素及其所帶來之法律問題》，國科會九十年度補助研究計畫案，2001 年。

蔡志方主持，李震山協同主持，《地方議會職權行使法制之研究》，2002 年 12 月，參見：
<http://nccur.lib.nccu.edu.tw/bitstream/140.119/43350/2/960118-pdf-testproj-151520.pdf>（最後訪問日期：05/07/2015）。

陳英鈴，〈抗賄選 議長選舉宜記名投票〉，自由時報電子報，2015 年 2 月 16 日，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/856465>（最後瀏覽日期：2015/09/10）。

林鈺雄，〈困頓司法 恣意司法〉，蘋果日報電子報，2013 年 5 月 4 日，
<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20130504/34995138>
(最後瀏覽日：2015/12/20)。

林鈺雄，〈伸縮自如的實質影響說〉，自由時報電子報，2013 年 5 月 6 日，
<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/676654> (最後瀏覽日：2015/12/20)。

聯合國毒品和犯罪問題辦公室，《聯合國腐敗公約實施立法指南》，2012 年第
二 修 訂 本 ， 參 見：
https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_C.pdf (最後訪問日期：03/12/2015)。

許澤天，〈立法懈怠、司法扭曲 刑法受賄罪非「喬」不可〉，自由日報電子報，
2013 年 5 月 6 日，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/676653> (最後瀏覽日：
2015/12/20)。

吳耀宗，〈我國刑事實體法應如何與聯合國反貪腐公約接軌——以貪污治罪條例
公務員貪污犯罪為中心〉，《聯合國反貪腐公約專題學術研討會——我國
之實踐與展望（會議手冊）》，2015 年 9 月 1 日，頁 99-118。

二、德文文獻

(一) 教科書及註釋書

AnwaltKommentar StGB (Heidelberger Kommentar), hrsg. von Klaus Leipold,
Michael Tsambikakis, Mark Alexander Zöller, 2. Aufl., 2014, C. F. Müller:
Heidelberg. (zit.: *Autor(in)*, AK-StGB, 2014)

Beck'scher Online- Kommentar zum StGB, hrsg. von Bernd Heintschel-Heinegg, 28.
Edition (Stand: 01. 07. 2014), C. H. Beck: München. (zit.: *Autor(in)*,
BeckOK-StGB, 2014)

Beck'scher Online- Kommentar zum StGB, hrsg. von Bernd Heintschel-Heinegg, 29.
Edition (Stand: 01. 12. 2015), C. H. Beck: München. (zit.: *Autor(in)*,
BeckOK-StGB, 2015)

- Bertel*, Christian/*Schwaighofer*, Klaus: Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II : §§ 169 bis 321 StGB, 2010, Springer-Verlag: Wien. (zit.: *Bertel/Schwaighofer*, ÖStrR BT II, 2010)
- Fischer*, Thomas/*Schwarz*, Otto/*Dreher*, Eduard/*Tröndle*, Herbert: Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen, 63. Aufl., 2015, C. H. Beck: München. (zit.: *Fischer*, StGB, 2015)
- Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen, 62. Aufl., 2014, C. H. Beck: München. (zit.: *Fischer*, StGB, 2014)
- Jescheck*, Hans-Heinrich/*Weigend*, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1996, Duncker & Humblot. (zit.: *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 1996)
- Kindhäuser*, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 5. Aufl., 2011, Nomos: Baden-Baden. (zit.: *Kindhäuser*, StrR BT Teil I, 2011)
- Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögensrechte, 7. Aufl., 2012, Nomos: Baden-Baden. (zit.: *Kindhäuser*, StrR BT Teil II, 2012)
- Kienapfel*, Diethelm/*Höpfel*, Frank/*Kert*, Robert, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 2012, Manz: Wien. (zit.: *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT, 2012)
- Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht: Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, hrsg. von Albin Eser, Michael Überhofen, Barbara Huber, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht Freiburg i. Br., Band S 61, 1997. (zit.: *Autor(in)*, Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, 1997)
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann, Band 13: §§ 331-358, 12. Aufl., ab 2009, Walter de Gruyter: Berlin. (zit.: *Autor(in)*, in: LK-StGB, 2009)
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann, Band 4: §§ 80-109k, 12. Aufl., ab 2006, Walter de Gruyter: Berlin. (zit.: *Autor(in)*, in: LK-StGB, 2006)
- Möhrenschlager*, Manfred: Der strafrechtliche Schutz gegen Korruption, in: Dieter Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 2007, C. H. Beck: München. (zit.: *Möhrenschlager*, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 2007)
- Münchener Kommentar zum StGB, hrsg. von Wolfgang Joecks, Klaus Mießbach, Band 5: §§ 263-358 StGB, 2. Aufl., 2013, C. H. Beck: München. (zit.: *Autor(in)*, MüKo- StGB, 2013)
- Roxin*, Claus: Strafrecht AT Bd. I, 3. Aufl., 1997, C. H. Beck: München. (zit.: *Roxin*, StrR AT Bd. I, 1997)
- Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl., 2005, C. H. Beck: München. (zit.: *Roxin*, StrR AT Bd. I, 2005)
- Strafrecht AT Bd. II, 1. Aufl., 2003, C. H. Beck: München. (zit.: *Roxin*, StrR AT Bd. II, 2003)

- Strafgesetzbuch: Kommentar, hrsg. von Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, Gunter Widmaier, 2. Aufl., 2013, Heymanns: Köln. (zit.: *Autor(in)*, in: StGB, 2013)
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: StGB, 29. Aufl., 2014, C. H. Beck: München. (zit.: *Autor(in)*, StGB, 2014)
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Jürgen Wolter, Band II: §§ 80-358, 127. Lfg., 2011, Heymann: Köln. (zit.: *Autor(in)*, SK-StGB, 2011)
- Wessels, Johannes/Hettinger, Michael*: Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 36. Aufl., 2012, C. F. Müller: Heidelberg. (zit.: *Wessels/Hettinger*, StrR BT 1, 2012)
- */Beulke, Werner/Satzger, Helmut*: Strafrecht AT: die Straftat und ihr Aufbau, 43. Aufl., 2013, C. F. Müller: Heidelberg. (zit.: *Wessels/Beulke/Satzger*, StrR AT, 2013)

(二) 專書

- Bernsmann, Klaus/Gatzweiler, Norbert*: Verteidigung bei Korruptionsfällen, 2008, C.F. Müller: Heidelberg. (zit.: *Bernsmann/Gatzweiler*, Verteidigung bei Korruptionsfällen, 2008)
- Dölling, Dieter*: 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. Deutschen Juristentag, 1996, C. H. Beck: München. (zit.: *Dölling*, Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag, 1996)
- Epp, Ursula*: Die Abgeordnetenbestechung - § 108e StGB, 1997, Peter Lang: Frankfurt am Main u.a. (zit.: *Epp*, Die Abgeordnetenbestechung, 1997)
- Friedhoff, Tobias*: Die straflose Vorteilsannahme: Zu den Grenzen der Strafwürdigkeit in § 331 StGB, 2012, C.F. Müller: Heidelberg. (zit.: *Friedhoff*, Die straflose Vorteilsannahme, 2012)
- Haak, Marius*: Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern. Die Genese des § 108e StGB n.F., 2015, Grin Verlag GmbH: Norderstedt. (zit.: *Haak*, Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern, 2015)
- Hartmann, Marcus*: Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013, Ducker & Humbolt: Berlin. (zit.: *Hartmann*, Reformmodelle zur Abgeordnetenbestechung, 2013)
- Mayer, Fabian*: Abgeordnetenbestechung (§108e a.F. StGB) - eine Vorschrift auf dem Prüfstand - Betrachtungen im Lichte des aktuellen Meinungsstandes unter Berücksichtigung internationaler Übereinkommen, 2014, C.F. Müller: Heidelberg. (zit.: *Mayer*, Abgeordnetenbestechung, 2014)
- Sommer, Ulrich*: Korruptionsstrafrecht, 2009, 1. Aufl., ZAP: Münster. (zit.: *Sommer*, Korruptionsstrafrecht, 2009)
- Überhofen, Michael*: Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich - Ein Rechtsvergleich und Reformüberlegungen zum deutschem Recht, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales

- Strafrecht Freiburg i. Br., Band S 76, Dissertation, 1999. (zit.: *Überhofen*, Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich, 1999)
- Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, hrsg. von Albin Eser, Michael Überhofen, Barbara Huber, 1997, Ed. Iuscrim: Freiburg im Breisgau. (zit.: *Autor(in)*, Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, 1997)
- Moser*, Christian: Verbotene Intervention. § 308 StGB neu im System der Korruptionsbekämpfung, Diplomarbeit zur Erlangung des Grades eines Magister der Rechtswissenschaften an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz, 2013. (zit.: *Moser*, Verbotene Intervention, 2013)

(三) 論文集文章

- Kempf*, Eberhard: Sie wollen es einfach nicht – Überlegungen zu einer Neufassung der Abgeordnetenbestechung und –bestechlichkeit (§ 108e StGB), in: Klaus Lüderssen, Klaus Volk, Eberhard Wahle (Hrsg.), Festschrift für Wolf Schiller, 2014, S. 359-370, Nomos: Baden-Baden. (zit.: *Kempf*, FS-Schiller, 2014)
- Michalke*, Regina: Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB) – Plädoyer gegen die Erweiterung einer ohnehin zu weiten Vorschrift, in: Regina Michalke, Wolfgang Köberer, Jürgen Pauly, Stefan Kirsch (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag, 2008, S. 459-475, De Gruyter Recht: Berlin. (zit.: *Michalke*, FS-Hamm, 2008)
- Möhrenschlager*, Manfred: Die Struktur des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung auf dem Prüfstand – Historisches und Kpnftiges, in: Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf, Wolfgang Mitsch, Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 217-233, Verlag Ernst und Werner Giesecking: Bielefeld. (zit.: *Möhrenschlager*, FS-Weber, 2004)
- Schmitz*, Roland: Vorteilsannahme durch Abgeordnete – Verpflichtungen und Schwierigkeiten, in: C. Joerden, Jan/Scheffler, Uwe/Sinn, Arndt /Wolf, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, 2009, S. 367-385. (zit.: *Schmitz*, FS-Szwarc, 2009)
- Stünker*, Joachim: Strafbarkeit der Einflussnahme auf Volksvertreter, in: Hans-Jörg Derra (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht: Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag, 2006, S. 589-605. (zit.: *Stünker*, FS-Meyer, 2006)
- Sinner*, Stefan: Die (un)endliche Geschichte der Abgeordnetenbestechung, in: Peter-Alexis Albrecht, Stefan Kirsch, Ulfrid Neumann, Stefan Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 559-572, Berliner Wissenschafts-Verlag: Berlin. (zit.: *Sinner*, FS-Kargl, 2015)
- Verjans*, Renate: Kommunale Mandatsträger im Spannungsfeld zwischen § 108e und §§ 331 ff. StGB, in: Winfried Hassemer, Eberhard Kempf, Sergio Moccia (Hrsg.), In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 829-845. (zit.: *Verjans*, FS-Volk, 2009)

(四) 期刊論文

- Ebert*, Udo: Verletzung der amtlichen Schweigepflicht als Bezugshandlung der Bestechungstatbestände?, GA 1979, 361-390. (zit.: *Ebert*, GA 1979)
- Francuski*, Ramona: Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB), HRRS 2014, 220-230. (zit.: *Francuski*, HRRS 2014)
- Hoven*, Elisa: Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht – Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, NStZ 2015, 553-560. (zit.: *Hoven*, NStZ 2015)
- Die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung: Wege und Ziele einer Reform des § 108e StGB, ZIS 2013, 33-44. (zit.: *Hoven*, ZIS 2013)
- Kubiciel*, Michael/*Hoven*, Elisa: Das Verbot der Mandatsträgerbestechung – Strafgrund und Umfang des neuen §108e StGB, NK 2014, 339-358. (zit.: *Kubiciel/Hoven*, NK 2014)
- Michalke*, Regina: Der neue §108e StGB - “Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern”, CB 2014, 215-220. (zit.: *Michalke*, CB 2014)
- Mitsch*, Wolfgang, Das Unternehmensdelikt, JURA 2012, 526-530. (zit.: *Mitsch*, JURA 2012)
- Peek*, Markus: Strafrecht als Mittel der Bekämpfung politischer Korruption: Zur Reform des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB), ZStrW 120 (2012), 785-825. (zit.: *Peek*, ZStrW 2012)
- Roxin*, Claus: Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373-381. (zit.: *Roxin*, JuS 1964)
- Satzger*, Helmut: Der reformierte § 108 e StGB – Bestechlichkeit und Bestechung von Abgeordneten nach neuem Recht, Jura 2014, 1022-1029. (zit.: *Satzger*, Jura 2014)
- van Aaken*, Anne: Genügt das deutsche Recht den Anforderungen der VN-Konvention gegen Korruption? – Eine rechtsvergleichende Studie zur politischen Korruption unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland, ZaöRV 2005, 407-446. (zit.: *van Aaken*, ZaöRV 2005)
- Wolf*, Sebastian: Regulierungsproblem Abgeordnetenbestechung: eine Analyse neuerer Entwicklungen, CCZ 2013, 99-104. (zit.: *Wolf*, CCZ 2013)
- Willems*, Heiko: Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung und ihre Auswirkungen auf die Praxis, CCZ 2015, 29-33. (zit.: *Willems*, CCZ 2015)

(五) 立法草案、裁判

- BT-Drucks. 16/6726 v. 16. 10. 2007.
- BT-Drucks. 16/8979 v. 25. 04. 2008.
- BT-Drucks. 17/1412 v. 21. 04. 2010.
- BT-Drucks. 17/5933 v. 25. 05. 2010.
- BT-Drucks. 17/8613 v. 08. 02. 2012.
- BT-Drucks. 18/476 v. 11. 02. 2014.
- BT-Drucks. 18/4350 v. 18. 03. 2015.
- BVerfG Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09.



(六) 網路資料

- Braasch*, Matthias: Reichweite der Strafbarkeit politischer Mandatsträger wegen korruptiver Handlungen – Zugleich Anmerkung zur Neuregelung der "Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern" gemäß § 108e StGB (Teil 3): Strafbarkeitsvoraussetzung der Unrechtsvereinbarung, abrufbar unter: <https://www.juris.de/jportal/prev/jpr-NLSFADG000415> (Besuch am 03.07.2015)
- Reichweite der Strafbarkeit politischer Mandatsträger wegen korruptiver Handlungen - Zugleich Anmerkung zur Neuregelung der "Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern" gemäß § 108e StGB (Teil 2): Grundzüge der Neuregelung, abrufbar unter: <https://www.juris.de/jportal/portal/page/homerl.psml?nid=jpr-NLSFADG000315&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp> (Besuch am 03.07.2015).
- Reichweite der Strafbarkeit politischer Mandatsträger wegen korruptiver Handlungen – Zugleich Anmerkung zur Neuregelung der "Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern" gemäß § 108e StGB (Teil 1): Voraussetzungen der alten Regelung und Strafbarkeitslücken, jurisPR-StrafR 9/2015 Anm. 1., abrufbar unter: <https://www.juris.de/jportal/portal/page/homerl.psml?nid=jpr-NLSFADG000215&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp> (Besuch am 03.07.2015).
- Fischer*, Thomas: Dieses Gesetz ist ein Witz!, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2014/27/abgeordnetenbestechung-gesetz> (Besuch am 24.06.2015).
- Heinrich*, Bernd: Neuregelung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung, unter: http://www.bundestag.de/blob/195446/80ade0dbefc651210ebb14a769c147fc/stellungnahme_heinrich-data.pdf (Besuch am 17.06.2015).
- Schenk*, Ariane: Rechtsfragen im Kontext der Abgeordnetenkorruption, Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, available at: <https://netzpolitik.org/wp-upload/Abgeordnetenkorruption.pdf> (Besuch am 24.06.2015).
- Wikipedia*: Steiner-Wienand-Affäre, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Steiner-Wienand-Aff%C3%A4re> (Besuch am 10.09.2015)

三、英文文獻

- Babu, R. R. (2006). The United Nations convention against corruption: A critical overview. Available at SSRN 891898.

Kubiciel, M. (2009). Core Criminal Law Provisions in the United Nations Convention Against Corruption. *International Criminal Law Review*, 9(1), 139-155.

GRECO, How does GRECO work?, abrufbar unter: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/4.%20How%20does%20GRECO%20work_en.asp (Besuch am 29. 09. 2015).

– GRECO mutual evaluations, abrufbar unter: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/index_en.asp (Besuch am 29. 09. 2015). (zit.: GRECO, GRECO mutual evaluations).

– GRECO-Evaluationsbericht Austria vom 09.12.2011 (3. Runde), abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2011\)3_Austria_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2011)3_Austria_One_EN.pdf) (Besuch am 04.10.2015).

– GRECO-Evaluationsbericht Italy vom 23.03.2012 (3. Runde), abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2011\)7_Italy_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2011)7_Italy_One_EN.pdf) (Besuch am 05.12.2015).

– GRECO-Umsetzungsbericht France vom 19.02.2009 (3. Runde), abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2008\)5_France_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2008)5_France_One_EN.pdf) (Besuch am 06.10.2015)

Wolf, S. (2013). Political Corruption as a Regulatory Problem in Germany. *German LJ*, 14, 1627.

UNDOC, United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification Status as of 1 April 2015, unter: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> (Besuch am 17. 06. 2015).

– Legislative Guide for the Implementation to the United Nations Convention against Corruption, Second revised edition 2012, p. 22, available at: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_E.pdf (Besuch am 27.08.2015).