

刑事政策與犯罪防治研究

Criminal Policies and Crime Prevention

第24期

2020.04

法務部司法官學院

ISSN 2706-641X

刑事政策與犯罪防治研究

Criminal Policies and Crime Prevention

第24期 2020. 4

出版者：法務部司法官學院

發行人：蔡碧玉

總編輯：吳永達

編輯委員：王皇玉、朱群芳、吳慧菁、許春金
許福生、陳玉書、楊士隆、楊雲驊
葉毓蘭、蔡德輝、鄧煌發

（依姓氏筆畫排列）

執行主編：許恒達、謝煜偉

執行編輯：劉邦揚、吳雨潔

發行所：法務部司法官學院

地址：10671台北市大安區辛亥路三段81號

電話：(02)2733-1047

傳真：(02)2377-0171

網址：<https://www.cprc.moj.gov.tw/>

定價：200元

編印單位：元照出版公司

電話：(02)2375-6688

網址：<http://www.angle.com.tw>

DOI: 10.6460/CPCP

GPN: 2010503237

改版序

本刊原名「犯罪防治研究專刊」，自民國103年7月起出版創刊號，並以季刊形式發行，至民國105年10月，為揭示刑事政策之研究主軸，更名為「刑事政策與犯罪防治研究」。回顧本刊之出版歷史，自創刊號起，迄今已近6年，在此期間內，感謝國內外各界學者鼎力支持，使本刊得以作為我國唯一在刑事政策領域，彙集刑事法與犯罪學研究於一爐的學術交流園地。

隨著發行經驗的推展，本刊的來稿量與學術論著深度也益發增加，為使本刊在原有的基礎上，再行突破，進而追求更卓越的學術品質與能見度，本學院乃於去年11月廣邀學者研商如何精進改版，於聽取各方學者的意見後，除決議組成編輯委員會，定位彰顯橫跨於刑事法與犯罪學之不同專業主軸，以提升刑事政策領域之學術研究質量外，並就刑事法與犯罪學不同主軸，敦請國內外各大專院校學有專精之學者擔任執行主編，且採取邀稿與投稿的雙軌並行制，期盼同時兼顧稿件品質與刊登數量；此外，本次改版後，亦增設「新秀論文」欄目，鼓勵青年學人踴躍投稿，讓攸關刑事政策的刑事法與犯罪學研究領域，能持續注入學術新血。

本刊改版後，將以一年三刊的學術期刊型態問世，且本次改版欣逢本學院成立65週年院慶，以及承辦本刊的犯罪防治研究中心遷入本學院第二辦公室新址，承繼優良傳統並放眼未來，我們深冀期盼此次的改版能為讀者帶來耳目一新的感受，而本刊亦將秉持初衷，持續提供優良的學術發表平台，至盼各方鴻儒持續不吝給予指教。

法務部司法官學院院長

蔡若玉 謹識

2020年4月

刑事政策與犯罪防治研究

第24期 2020. 4

目 錄

專 論

- 經濟刑法的保護法益與抽象危險..... 古承宗 1
- 關於公務員不正行使影響力行為之我國刑事
規制現況的檢驗
——今後立法論的準備作業..... 黃士軒 45
- 法人犯罪量刑與法令遵循
——美國組織體量刑指導準則之思維..... 溫祖德 115
- 兒童虐待案件中的不作為犯
——以不作為犯參與作為正犯之案件類型
為討論對象..... 林琬珊 155

Criminal Policies and Crime Prevention

Vol. 24 April 2020

CONTENTS

The Protected Legal Interest of the White Collar Crime Law and Abstract Danger <i>Chen-Chung Ku</i>	1
On Current Status of Criminal Punishment of Public Servants' Unlawful Use of Influence in Taiwan <i>Shih-Hsuan Huang</i>	45
Sentencing on Corporate Crime and Corporate Compliance—Implications of Organizational Sentencing Guidelines <i>Tzu-Te Wen</i>	115
On the Criminal Liability of the Omission Offences in Child Abuse Cases <i>Wan-Shan Lin</i>	155

編輯導讀

本期為本刊第24期，同時也是由學者組成執行主編團隊進行改版後發刊的第1期，為此，執行主編團隊特邀4位我國知名學者，就近期以來廣受社會關注的經濟刑法、公務員賄賂、法人犯罪、兒童虐待等刑事法議題撰寫專文進行探討。

古承宗教授於「經濟刑法的保護法益與抽象危險」一文中，分析經濟刑法之特徵，並對這類規範採取抽象危險犯以及處罰前置的立法模式找出解釋進路；黃士軒副教授則以「關於公務員不正行使影響力行為之我國刑事規制現況的檢驗——今後立法論的準備作業」一文，針對公務員不正使用其影響力，進而獲取不法利益的行為，進行我國實務與比較法上的討論，舉出我國現行法律不足之處，並對於實務上可能出現的各式不法態樣進行詳盡的剖析；至於企業的法令遵循、法人犯罪及其量刑議題，溫祖德助理教授則以「法人犯罪量刑與法令遵循——美國組織體量刑指導準則之思維」一文，由企業內部法令遵循與法人犯罪之關聯性進行討論，並對於我國現行實務在法人犯罪議題上採取兩罰制的現況提出精闢評論；林琬珊助理教授「兒童虐待案件中的不作為犯——以不作為犯參與作為正犯之案件類型為討論對象」一文則緊扣時事脈動，析論兒童虐待案件中不作為犯之成立可能

性，並援引日本實務與學說見解進行觀測，重新檢視我國現行法制下，對於前述案件中不作為犯應有的適用進路。

本期除感謝以上4位學者賜稿，對於近期以來，我國各類時事案例作成法學論著，藉以激盪更多政策省思與參考之外，亦盼望有更多專門領域學者，惠予賜稿，匯集更多精闢的論證成果以饗讀者大眾。

執行主編群 謹識

2020年4月

經濟刑法的保護法益與抽象危險

古承宗*

要 目

壹、導 論	一、法益的侵害適格性
貳、「經濟制度」作為保護法益的辨證	二、以「相互承認（或理解）」為形塑基礎的關係概念
一、個人法益隱身於規模的利益結構	三、否定相互承認關係與刑罰正當性
二、折衷的保護機制	四、「模組化的經濟生活」與法益侵害
三、侵害模式與行為之應刑罰性	肆、結 論
參、重構「經濟制度」作為保護法益的內涵與標準	

DOI : 10.6460/CPCP.202004_(24).01

* 國立成功大學法律系教授，德國波茲坦大學法學博士。

摘 要

當代經濟刑法的保護法益基本上為經濟制度的運作與功能，並且以抽象危險犯為主要的類型設定。但是，為了避免刑法淪為純粹的經濟管制手段，所謂的經濟制度就不能是以信用經濟、公平競爭、國家財產分配計畫等為具體內容，而應當為與財產法益具有溯源關係的「實踐財產自由之制度性條件」。另外，考慮到行為與結果之間的客觀歸責要求，經濟刑法的不法構成要件仍須設有一定的結果要素，亦即創成危險的特殊事件，藉此對外呈現出「法益侵害的危險徵象」，並且確認行為的結果非價（或危險非價）。

關鍵詞：經濟刑法、抽象危險犯、法益、經濟制度、財產

The Protected Legal Interest of the White Collar Crime Law and Abstract Danger

Chen-Chung Ku^{*}

Abstract

The legal interest of modern collar crime is ability of the Economic Institute. This type of offense is the abstract danger offenses. If criminal law is to be avoided merely as an instrument of economic control, then the legal good of commercial criminal law must meet the conditions of the legally guaranteed freedom of ownership, which can be derived from the property. In addition, one must not forego the element of success, namely the so-called risk-based event, in the facts, otherwise the foundation stone for objective attribution will be missing.

Keywords: White Collar Crime Law, Abstract Danger Offenses, The Legal Interest, Economic Institute, Property

^{*} Prof. Dr., National Cheng-Kung University; Doctor of Law, Potsdam University, Germany.

壹、導 論

近年來，為了因應層出不窮的食品安全问题，食安刑法歷經多次的修訂，卻也引起了沒收制度的變革聲浪。然而，就在立法者大幅修訂沒收規定後，再度引發另一波洗錢防制法、金融八法，以及刑事訴訟法中與沒收有關之規定的修訂。暫且不論沒收制度的變革走向是否妥適，至少從這一連串的修法連動關係來看，所謂的「經濟刑法」對於現代經濟社會的運作確實帶有相當分量的影響力，否則不會有如此劇烈的共振效果。基本上，我國的核心刑法典未設有經濟刑法專章，通常是以附屬刑法的形式分散規定於證券交易法、銀行法、破產法、公平交易法之中，規範對象看起來均是與金融交易、市場競爭相關的經濟行為，而且大多採取抽象危險犯的立法模式。當然，經由統整各別法律系統的細部規定，歸納出經濟刑法應有的面貌，多少可以讓我們掌握到經濟刑法可能的規範邏輯與射程範圍，只不過還是無法從中解構出經濟刑法於具體形塑上所依循的上位基準為何。或可想像的是，基於社會領域的特殊性，經濟刑法所要抗制的對象應當限定在所謂的經濟犯罪，又經濟刑法的正當性基礎不免因此會取決於經濟犯罪的定義。然而，當代學理上對於經濟犯罪（*Wirtschaftskriminalität*）的概念內涵始終存在著相當分歧的理解，例如在刑事政策及犯罪學的認知範疇，有從行為人的身分確認此種犯罪的本質，尤其是指所謂的「白領階級」（white

collar)；或者是從解釋學的面向切入，凡是實現以經濟作為保護法益的不法構成要件即屬經濟犯罪¹。但應注意的是，即使我們肯認經濟犯罪所欲抗制的對象乃是帶有負向意義的經濟行為，經濟刑法也不盡然因此就被理解為專以此種侵害模式為規範重點的法律系統，因為純粹從經濟關聯的特徵來限定刑法所欲非難的不法行為，其實跟前面所提到的從行為人身分定義經濟犯罪並沒有不同，本質上皆是從刑事政策及犯罪學的認知角度所直接推導出的結論²。

無論如何，暫且不論概念定義上的難題，經濟刑法終究隸屬於刑法的子系統，任何一個具有規範理性的刑事立法所要求的正當性條件與解釋方法，同樣適用在經濟刑法的領域，例如法益保護、不法與罪責的應報衡平，以及不法歸責³等。於此，至少可確定的是，經濟刑法的功能設定不會純粹是以經濟管制或維持經濟秩序為目標；另一方面，不同於傳統的（財產）犯罪模式，例如竊盜、詐欺等，經濟犯罪的特徵往往在於角色特殊性的行為模式，以及行為人應備一定的資格條件等，所以，國家就經濟犯罪而發動刑罰權的基礎也不可以只是

¹ 見Otto, Grundkurs Strafrecht – Einzelne Delikte, 7. Aufl., 2005, § 60 Rn. 1-2; Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, in: AWHH-BT, 2. Aufl., 2009, § 19 Rn. 8 ff.

² Otto, aaO., Rn. 3.

³ 例如刑事制裁的前提：系爭行為必須可歸責於「個人的不法（即義務違反）」與「罪責」。

行為人的行為單純違反秩序管制需求的職業規則⁴。

除了前述的消極排除方法之外，本文擬以德國刑法典中的經濟刑法為例，先行說明德國立法論及解釋論所面臨的問題。緊接著，嘗試從刑法保護法益的建構原理，以及抽象危險犯之抽象危險的辯證等，初步為經濟刑法釐清出一套符合規範理性的刑事立法基準。

貳、「經濟制度」作為保護法益的辨證

一、個人法益隱身於規模的利益結構

面對當前社會不斷出現各種新式且難以預估的風險，例如環境污染、食安問題、金融危機等，刑法的規制策略不再固守最後手段的節制要求，轉為強調如何更有效率地抗制風險，以此確保社會成員的生存自由。按照立法者的想像，不論是實害犯或具體危險犯等傳統的社會控制手段，顯然皆已無法符合更有效率的刑事政策思維，取而代之的抽象危險犯變成當前刑事立法的首要選擇。為此，立法者「創造」眾多新式的超個人法益，例如電腦安全（刑法358以下）、食品安全（食品安全衛生管理法49 I）、國家追訴機關的有效偵查（洗錢法14 II ②），或如經濟刑法之於經濟制度的順暢運作與秩

⁴ Kindhäuser, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht, 2018, S. 397.

序⁵等，並且作為刑罰權擴張的依據。我們推測其中更為深層的理由在於，立法者技巧性地將利益侵害或危險的觀察重點聚焦在「個人利益隱沒於大規模的或整體性的利益結構」。所以，因為犯罪行為而受有危害的對象不再是傳統犯罪所預設的單一個體，反而轉向於抽象的社會系統本身。換句話說，隨著立法者改變理解被害對象的方式，以及為此透過抽象危險犯的立法模式擴張刑法的規制範圍，技術上只要創造出新型的超個人法益即可說明立法需求的迫切性，根本無需進一步探究真正需要保護的個人法益到底為何。延續這樣的思考，既然經濟刑法的犯罪類型設定以抽象危險犯為主，那麼只要特定的行為方式對於經濟系統的運作產生一定程度的干擾，國家即可動用刑事制裁手段加以回應，由此確保該系統本身的穩定，至於個案中是否有個人或組織體因此直接或間接遭受財產損害，均非所問。

其次，抽象危險犯的不法構成要件捨棄實害及危險結果等要素，甚至純粹以行為犯的類型呈現⁶，那麼只要特定的行為方式能夠產生一定的危險，即可合理化抽象危險犯的立法必要性。於此，所謂的「危險」無論如何不是一項不法構成要件，充其量是促使立法者新創不法

⁵ 謝煜偉，財產犯、財產法益與財產上利益，收於：刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，2017年3月，頁693。

⁶ 關於「行為犯」於立法正當性上的辯證，可參考Walter, Märchen von den Tätigkeitsdelikten, in: Christian Fahl (Hrsg.), FS für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327 ff.

構成要件的動機因素而已。當然，可想像的是，行為的可罰基礎全然鎖定在行為之危險性的部分，無非是為了減輕刑事訴訟程序上關於行為與結果之間的因果證明要求，但是過度簡化的不法構成要件設計卻也使得解釋上難以推知行為規範所預設的保護法益為何。舉例來說，依據刑法第185條之3第1項第1款規定，駕駛動力交通工具而有吐氣所含酒精濃度達每公升0.25毫克之情形，已經具有可罰性，至於該駕駛行為是否達到不能安全駕駛的狀態，法條文義則是沒有相關的描述。如此一來，本罪所欲禁止的行為似乎是導向於純粹的「酒後駕駛」，而此種行為現實上對於何種利益具有何等侵害危險，則非所問⁷。除此之外，另一個同時涉及解釋論與立法論的難題在於，即便不法構成要件已經獲得實現，實質上卻是沒有明確的法益受有侵害或危險，例如行為客體與保護法益之間欠缺密切的意義關聯，規範相對人恐怕難以形成所謂的侵害意識，不知特定行為乃是法所不允許的。如此一來，以保護法益為任務的行為規範勢必難以產生規範溝通上的實效⁸。

⁷ 進一步的批評，可參考古承宗，論不能安全駕駛罪之解釋與適用——以刑法第185條之3第1項第1款為中心，刑事政策與犯罪防治研究專刊，22期，2019年9月，頁9-10。

⁸ 從社會學的觀點來看，刑法的功能或許在於避免與形塑社會聯繫相關的行為期待（Verhaltenserwartung）因為不法行為而落空，然而，當我們把目光移往刑法作為一套具有引導行為意義的社會控制工具時，這裡的行為期待不再只是一種複合性社會系統（Komplexe Sozialsysteme）的運作條件，而是實質轉變為在社會成員的自我意識

綜此說明，若是立法者堅持經濟刑法以抽象危險犯為首要的選項，恐怕有必要先予釐清下述問題：「如何透過不法構成要件的設計充分表徵出抽象危險犯的行為規範，特別是如何框定與此有關的法益內容與界限⁹。」唯有如此，刑事制裁手段始有可能理性且有效地擔保社會成員之間合理及平等的社會交往。

二、折衷的保護機制

以德國的法制現況為例，尤其是補助詐欺（德刑264）¹⁰、投資詐欺（德刑264a）¹¹、信貸詐欺（德刑

中所形成之具有行為控制意義的禁命與誡命要求（行為規範）。類似的思考路徑，已見Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S. 189.

⁹ 另一條論證路徑為，以承認「集合法益」（Kollektives Rechtsgut）為刑法的保護對象，不過，除了抽象危險犯的選項之外，有必要為其尋求全新的犯罪類型，例如Hefendehl, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 129.

¹⁰ 德國刑法第264條第1項規定：「有下列情形之一者，處五年以下有期徒刑或罰金：一、對負責許可補助之機關或其他於補助程序設為職務之人或他人（補助者），就自己或他人之具補助重要性的事實為不正確或不完全之有利於其或他人的陳述；二、違反法律規定或補助之物或現金的使用限制；三、違反授予補助之法律規定，使補助者不知其具補助重要性的事實；四、於補助程序使用以不正確或不完全之陳述所取得的補助資格，或具補助重要性之事實的證明文件。」譯文引用自王士帆、王玉全等譯，德國刑法典，2版，2019年7月，頁430。

¹¹ 德國刑法第264a條第1項規定：「有下列情形之一者，於公開說明書或介紹或摘要中說明財產狀態，而就決定取得或提高股份配額之重要事務，向大規模之不特定人提出不正確之有利說明，或就不利益之事實保持緘默，處三年以下有期徒刑或罰金：一、銷售有價證券，優先承購或參與企業經營之股份者；二、提供股票增額者。」譯文引用自

265b) ¹²，以及約定限制競爭（德刑298）¹³等由德國立法者肯認的經濟犯罪¹⁴，性質上均屬普通詐欺罪的派生類型，而且是以抽象危險犯為設定基礎的處罰前置手段。初步而言，只要行為人有施用詐術，但無需造成他人陷於錯誤或財產損害之結果，即可成立犯罪。雖然這些類似於詐欺的經濟犯罪是導向於抽象危險犯的設計，似乎仍舊是以保護整體財產為規範目的。不過，部分的學說見解認為，經濟刑法的保護對象可以僅限於超個人法益，例如補助詐欺的國家財產分配計畫（Vermögenplanungshoheit）¹⁵，或者同時兼及個人法益

同前註，頁432。

¹² 德國刑法第265b條第1項規定：「有下列情形之一者，處三年以下有期徒刑或罰金：為工廠或企業或受詐騙之工廠或企業申請給付，保留或更改下列信用條件：一、關於經濟上之狀況：1.提供不正確或不完整之文件，特別是財務報表，損益計算，財產列表或鑑定報告，或2.提出有利於借貸者之非正確或非完整的書面說明，並且對核可申請之決定為重要的；二、關於文件或陳述所呈現之經濟狀況惡化，提出對決定核可申請具重要性的文件時未說明。」譯文引用自同前註，頁432。

¹³ 德國刑法第298條第1項規定：「關於商品或勞務之圍標，基於使舉辦者接受特定出價為目的之違法協議而出價者，處五年以下有期徒刑或罰金。」譯文引用自同前註，頁469。

¹⁴ 用語見Wohler, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 154.

¹⁵ Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 55; Tiedemann, in: Laufhütte (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 9/1, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2012, § 264 Rn. 16, 28. 認為補助詐欺與普通詐欺罪實無派生關係，所以不應稱作為補助詐欺，而是補助濫用（Subventionsmissbrauch）或隱匿事實而獲取補助（Subventionserschleichung）。

的整體財產與超個人法益，例如信用詐欺之於信用經濟（即金融市場）的功能¹⁶，或如投資詐欺之於可受信賴的資本市場¹⁷等。即便如此，保護複數法益的立法技術看似連結了個人法益與超個人法益的保護需求，其實是把超個人法益視為一種「附隨性質的中間法益」（*mediatisierte Zwischenrechtsgüter*）¹⁸，最終還是指向多數參與經濟活動之人的財產利益¹⁹。無論採取何種觀點，經濟刑法以抽象危險犯為類型基準的理由在於，不法構成要件捨棄了財產損害此項結果要素，一方面既是排除行為與結果之間的因果要求；另一方面，亦可迴避財產損害要素的解釋難題，例如在補助詐欺（*Subventionsbetrug*）的情形，無需額外檢視申請補助者施用詐術與補助機關陷於錯誤之間的因果關係²⁰，或是無需再費心考量（補助）目的不達（*Zweckverfehlung*）理論之於財產損害評價的應用²¹等。凡此均能有效提高

¹⁶ Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 4; Tiedemann, aaO., § 265b, Rn. 17.

¹⁷ 參閱 Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 55; 關於本罪是否同時保護個人法益與超個人法益，或者僅限於超個人法益，德國學界其實有相當分歧的看法。相關見解之介紹與分析，可參考 Tiedemann, aaO. (Fn. 15), § 264a Rn. 13.

¹⁸ 見 Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 400.

¹⁹ Hefendehl, aaO. (Fn. 9), S. 122. 認為若只是在範圍與侵害方式確認個人法益的侵害，大規模的或遠距的侵害效果其實無需特別使用超個人法益。

²⁰ Wohler, aaO. (Fn. 14), S. 155.

²¹ Tiedemann, aaO. (Fn. 15), § 264 Rn. 23.

犯罪成立的機會。除此之外，另一個可能的理由為，更加有效地防堵經濟犯罪引起不特定人的或大規模的財損，進而侵蝕經濟制度（或稱為整體經濟的功能）的可信賴性，或者是撼動國家之經濟進程所依賴的運作基礎²²。總而言之，在經濟犯罪的領域，不論是採取超個人法益或複數法益的見解，單純降低因果舉證門檻的作法始終不足以合理化立法者創設新型的且以抽象危險犯為主的詐欺構成要件，關鍵還是取決於我們如何框定保護法益的內容，以及前置性的不法構成要件行為必須帶有應刑罰性的不法內涵²³。

相較之下，另有論者則是持不同意見，認為堅持整體財產（Vermögen）才是唯一的保護法益²⁴。但有疑問的是，既然現行的刑法典中已經訂有竊盜、詐欺、恐嚇取財等實害犯類型的不法構成要件以保護所有權及整體財產，若要將此等個人法益的保護予以前置，恐怕還需要更有力的正當化依據²⁵，否則即有架空既有財產犯罪

²² 僅參閱Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 54-55.

²³ BT-Drucks. 7/3441, S. 18.

²⁴ 相關學說之介紹，見Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 56-57; 附帶一提，當我們將經濟刑法的規範目的定位在保護財產，那麼這裡的財產或可理解成財產制度意義下的概念，其中包括了所有權與整體財產等。然而，考慮到內文引用為分析對象的經濟刑法均是詐欺罪的派生類型，再加上詐欺罪是以整體財產為保護對象，所以筆者這裡將「Vermögen」翻譯為「整體財產」，合先敘明。

²⁵ Wohlers, aaO. (Fn. 14), S. 161-163.

體系的疑慮。就此，Schlüchter即明確表達出否認的態度，認為國家不可以只是為了避免整體財產遭受抽象的侵害危險而冒然採取刑罰手段²⁶。或如Wohlers的批評，既然立法者已經就整體財產建構出一套完整的刑事保護系統，要不是持續把這套系統發展下去，要不然就是重構另一套完整的規範系統予以取代。若是我們捨棄這樣的發展路徑，轉而在既有的系統準則下創制出一套偏異的制裁結構，那麼就有必要為此特別提出不同的正當性依據²⁷。更具體地說，以抽象危險犯為典型的經濟刑法只是處罰純粹的施用詐術行為，前提必須是此種行為本身已經滿足所有應罰的條件。基本上，普通詐欺罪的規範任務在於保護整體財產，且以發生財損為成罪前提。詐欺罪的施用詐術行為的可罰基礎無非就是此種行為內含使他人陷於錯誤及財產損害的風險，又此等風險在毫無阻礙的發展條件下，基於經驗法則將會接續地導致最終的財損結果。不過，單從詐欺罪的派生類型來看，經濟刑法似乎是把施用詐術以外的構成要件要素斷然切割，形同不再強調行為本身必須內含財產損害與陷於錯誤的風險特徵。換句話說，派生性的詐欺類型其實是把「施用詐術行為」變相定位成一種「既遂的」犯罪行為而加以處罰，如此一來，恐怕既是無法合理說明該行為

²⁶ Schlüchter, *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, 1987, S. 156, 176.

²⁷ Wohlers, aaO. (Fn. 14), S. 161, 163.

本身的應罰性基礎何在，而且甚至使行為規範本身的義務設定脫離財產犯罪保護個人財產的原始結構。

暫且不論上述的學說爭執，為了回應個人法益保護前置所面臨的正當性質疑，德國不少的學說見解從一開始便是技巧性地結合整體財產與經濟制度之間的保護需求，尤其是讓個人法益含括在經濟制度運作的效力範圍，或是把制度本身與個別主體的生存條件塑造成某種社會性結構的連動關係，試圖以此解消掉保護個人法益可能過於前置的批評²⁸。然而，就在超個人法益被肯認為經濟刑法的保護對象之後，不法構成要件卻是逐漸導向純粹以刑事政策為主軸的解釋策略，淡化原初以保護個人財產為首的刑罰前置思維，以及迴避因為純粹減輕因果證明負擔的技術性立法而可能產生的正當性疑慮。而就這點來說，或如Tiedemann表達的肯定立場，即便無法從不法構成要件的文義推導出此等法益的保護功能，但是因為刑法所欲非難的行為不法不盡然都要完全表現為不法構成要件的內容，例如法條文義中出現「妨礙經濟制度（或市場交易）之運作」的描述，不妨礙我們把保護法益的內容限定在超個人法益與個人法益兩者。另一方面，抽象危險犯的功能同樣在於避免法益侵害，只不過其所預設的行為規範功能在於禁止規範相對人實施特定之行為，尤其是最終能夠導致「不法構成要件以外的法益」受到具體危險或實害的行為方式。換句話說，

²⁸ 參閱Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 56-57.

特定行為所製造的抽象危險乃是針對超脫於不法構成要件描述的利益，又此種利益才是抽象危險犯真正所要保護的對象²⁹。針對此等說理的合理性，不論是堅持直接或間接保護個人法益，恐怕都還是無法迴避經濟刑法必須面對如何界定行為之應刑罰性的質疑，因為要不是行為為規範的預設與避免侵害他人財產的禁命要求之間欠缺實質連結，就是作為超個人法益的經濟制度淪為內容空泛的表象法益，使得法益喪失體系批判的功能。

三、侵害模式與行為之應刑罰性

如前所述，德國不少的學說見解肯認經濟刑法的保護法益為經濟制度與整體財產兩者，雖然試圖藉此解消過度前置保護整體財產的疑慮，卻也額外衍生出另一項立法正當性的問題，尤其是應如何透過不法構成要件的文義設定明確劃定出與侵害經濟制度有關的行為態樣。更具體地說，大部分的經濟刑法為詐欺罪的派生類型，若是經濟制度確實為保護法益的話，考慮到此種法益於概念內涵上的模糊性及欠缺具體的輪廓形象，客觀經驗上難以想像行為人實施各罪所欲非難的不法行為後，到底將對此種利益造成何種實害或危險。舉例來說，即使個別的行為人實施德國刑法第264條所規定的詐術行為，實際上卻不會對信用經濟下的所有子系統造成任何損害，亦即與信用相關的經濟制度不會因此隨即崩壞，那

²⁹ Reus, Das Recht in der Risikogesellschaft, 2010, S. 114-115.

麼似乎更可說明捨棄實害犯，轉向採取抽象危險犯立法的必要性³⁰。只不過進一步考量到法益侵害或危險之射程範圍的不確定，抽象危險犯的不法內涵與保護法益有關的結果非價（或者至少為危險非價）之間不只是欠缺明確的意義關聯，而且就長期而言，恐怕會因此越來越難以感知到特定行為的不法內涵到底為何。另外，相對於實害犯與具體危險犯的法益侵害階段，抽象危險犯只不過是把法益保護的時間點更為提前，所以與此相關的危險預設即有必要符合實害適格或危險適格的條件，典型者為我國刑法第173條放火罪，行為人燒燬現供人居住的建築，而火勢持續蔓燒下去的話，經驗上即不排除將會導致住戶傷亡。以此而言，若是經濟刑法為普通詐欺罪的派生類型，那麼我們使用所謂的實害、具體危險、抽象危險等概念，無非是考慮到整體財產法益侵害路徑的線性發展；另一方面，基於刑事政策上的考量，例如致力於更有效率的法益保護而減輕舉證負擔，立法者自然會傾向於採取抽象危險犯的類型設定，不過，關於侵害法益的預設卻不會因此產生任何變動。換句話說，經濟刑法不會只是因為配合舉證負擔減輕的需求，而隨之改變保護法益的內容；相對地，若是純粹為了減輕舉證負擔，卻又堅持保護法益為整體財產的話，那麼確實需要提出更有力的論據來正當化個人法益保護前置的必要性。

³⁰ Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 58.

依前述說明，不論是經濟制度或整體財產等法益設定，以及與此對應的抽象危險犯，均會面臨來自立法論及解釋論上的挑戰。對此，雖然德國多數的學說見解仍然堅持經濟制度為首要的保護法益，不過卻試圖重新定位行為的可罰性基礎，以此說明經濟刑法之處罰前置化的正當性。以補助詐欺罪為例，除了造成實際的財損之外，此罪所規定的詐騙行為能夠形成所謂的漩引效果（*Sorgwirkung*），也就是引發其他補助申請者從事相同或類似的補助詐騙行為，使得自己同樣保有跟其他獲得補助者同等的優勢³¹。換句話說，補助詐欺罪所欲非難的還是「個別行為」，只不過這種行為的特質在於能夠招致非實體性的結果（*immaterielle Folge*）³²，尤其是撼動所謂的經濟道德（*Wirtschaftsmoral*）及經濟參與者應當誠實等德行要求³³。這裡值得注意的是，漩引效果無非是強調刑罰的心理強制作用，似乎是趨近於消極一般預防的理念。由此看來，關於經濟刑法是否保護經濟制度的問題，實際上已經不再是規範上的重點，甚至可以說只是一項假議題，立法者真正所欲實現的目標恐怕是經濟領域的行為控制需求，藉此規整市場應有的財貨流通秩序。除此之外，過度強調刑法抗制個人行為的漩引效果，亦是忽略了避免引發他人犯罪無論如何都只是法

³¹ Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), § 21 Rn. 68.

³² Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 130.

³³ Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstext*, 4. Aufl., 2014, S. 25 ff.

益保護下的一種附隨效果而已³⁴。

相較之下，另有論者則是從多數行為所形成的共同效果出發，先是肯認個別行為確實在現實上無法侵害抽象的經濟制度，不過，卻又反向地強調超個人法益的侵害不必然以個別行為本身產生結果非價為基礎，而是應當把規制重點聚焦在該行為的「舉動非價」（Aktumwert）。即使這樣的見解看起來仍是把刑法的非難對象鎖定在個別行為，說理上卻是從集合意義的行為效果回溯地證成個別行為本身的法益侵害適格性，並且推導出以下結論：經濟刑法真正所要防止的是大量違法行為對於經濟制度所造成的危險，或稱之為「經濟系統的累積性風險」³⁵。就本質而論，這裡所謂的累積性風險相當近似於Kuhlen於環境刑法領域所提出的累積犯概念³⁶。也就是說，雖然個別行為無法單獨對法益產生侵害效果，但是，一旦與其他同類型的行為形成共同作用後，便有危害法益之能力。依此，累積行為的制裁正當性是以「假設性的因果累積」為開展基礎。即便個別行為不帶有法益侵害的危險，仍然可以是刑法所欲非難的「不法行

³⁴ Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 131.

³⁵ Bottke, Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, wistra 1991, S. 7; Otto, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 1984, S. 360.

³⁶ Wohlers, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2019, § 264a Rn. 10明確表態德國刑法第264a條投資詐欺罪為累積犯。對此批評，可參考Tiedmann, aaO. (Fn. 15), § 264a Rn. 28.

為」，因為該行為的危險性（即應刑罰性）正好取決於「假設未來有類似行為的效果與其相互結合，便能招致一定的結果。」如此一來，行為與結果的因果關係與客觀歸責不再是行為可罰性的前提，而且透過累積犯特殊的行為結構，傳統所理解的結果非價變相地轉為行為非價的問題。至於行為非價的義務違反也不再以現實的法益危險作為關聯對象，而是純粹訴諸於行為外部成本的控制需求。除了Kuhlen所提出的論證，Hefendehl則是改從道德哲學的角度支持累積犯的制裁正當性，因為只要有足夠的行為數量集結起來即可形成法益侵害的效果，那麼個別的行为人即無理由主張該行為本身根本無助於法益侵害³⁷。然而，本文認為累積犯的論據存有疑慮。主要理由在於，儘管抽象危險犯捨棄了實害意義的不法結果，但行為所內含的不法仍有必要符合「實質等價性」（*matrielles Äquivalenz*）的歸責條件，否則無法反應出刑法是以「現實歸責」為前提的規範結構³⁸。相較之下，累積犯的處罰依據卻是鎖定在：考慮到行為的潛在危險正是其他人有可能基於自利動機而實施同類型之行為，即使個別行為在現實上沒有法益侵害危險的行為，仍有處罰之必要。顯然地，這種假設的累積危險不只是脫離了刑事不法應有的現實歸責基礎，而且亦是牴觸罪責原則。

³⁷ Hefendehl, aaO. (Fn. 9), S. 131.

³⁸ 見古承宗，評析2018年新修正之刑法第一九〇條之一，國立中正大學法學集刊，61期，2018年10月，頁211。

參、重構「經濟制度」作為保護法益 的內涵與標準

一、法益的侵害適格性

基本上，「刑罰」乃是國家得以施加於行為人的特殊惡害，目的在於針對已經發生的錯誤行為表達出法倫理面向的責難（*rechtethischer Tadel*），並且積極重建社會成員對於法拘束力的承認。換句話說，刑罰的功能在於擔保刑法本身的規範實效，又具體的運作邏輯則是透過所謂的制裁規範（*Sanktionsnorm*）引導個人於內在心理形成一定的規範意識，確認各罪之行為規範所預設的禁止或誡命要求始終具有拘束效果³⁹。就這點來說，刑罰所對外彰顯的責難正是刑法與其他國家制裁手段的區分基礎。不論是民法上事後的損害填補，或是行政法上事前的危險防禦等制度功能，都沒有像國家發動刑罰權所必要的責難要素⁴⁰。為了對外表達法倫理性的責難而允許國家對特定人施以惡害，刑法典中規定了一般性的歸責條件，以及各罪的不法構成要件等，不過也正是因为如此，不同於民法與行政法等規範系統，刑法系統受制於自身原生的建構條件，必須符合更為嚴格的正當性要求，所以明顯與其他的法律規定存在著質量上的差異，典型者莫過於保護法益的資格與限制。

³⁹ Timm, *Gesinnung und Straftat*, 2012, S. 61-62.

⁴⁰ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 395.

更進一步地說，當代的法益理論認為法益兼具所謂的批判性機能，任何有關法益的具體形塑並不是只有純粹指向解構性的概念分析，而是同時帶有反射性的決定效果⁴¹，也就是法益本身作為解釋分則各罪之不法構成要件的輔助工具，或者稱之為解釋與適用的引導功能⁴²；另一方面，法益理論亦是提供立法者選擇及制定各罪之不法構成要件描述的基準與界限，並且要求以符合規範體系的方式將該罪融入刑法典的結構。然而，隨著當代社會結構的快速變異，不同系統之間的運作越趨於複雜，例如金融市場中即可看到經濟系統、政治系統、法律系統分別產生「共振」，並且由此衍生出各自的運作問題，主觀的安全感受逐漸取代經驗上的危險評價，當代刑法不斷擴張規制範圍，許多不同的社會生活領域明顯出現了刑罰前置化的現象，例如生態環境、食品安全、金融市場、洗錢等，又為了迎合刑罰擴張的需求，保護法益的內容明顯導向「去實質化」（Entmaterialisierung）⁴³的發展趨勢。

基於法益的去實質化結果而在刑事立法所產生的正當性疑慮，或許可以把這個問題擱置在立法論的層次進行討論，至於各罪於具體個案中的解釋與適用，仍然完

⁴¹ 僅參閱Kargl, *Strafrecht*, 2019, S. 90; Kahlo, *Über den Zusammenhand von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht*, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 26.

⁴² Müssig, aaO. (Fn. 8), S. 176; Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 107.

⁴³ 用語見Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 104.

全按照立法者原本的法益設定解釋構成要件。舉例來說，德國立法者「發明」（*erfinden*）新型態的信貸經濟法益，並且透過增訂刑法第265b條之不法構成要件予以保護，所以解釋上有必要尊重立法者的立法裁量結果。不過，應注意的是，一方面，這樣的解釋策略有可能不當地導致法益喪失作為解釋工具的功能，因為毫不猶豫地採納立法者關於制度性法益的預設，恐怕未能有效限定不法構成要件的文義射程範圍；另一方面，其實也忽略了法益本身正是一種經由解釋取得的成果（*Auslegungsprodukt*）⁴⁴。

為了避免上述的去實質化現象與解釋疑慮，我們或許可以在方法上試著回到法益的建構條件，由此確立刑法保護法益的界線。舉例來說，若是考慮到基本權的保護需求，並且依此決定刑法的保護法益時，法益的組成要素似乎即有必要限定在生命、身體完整性、自由、財產，或是其他與個人生活領域相關的權利⁴⁵。然而，即使法益作為基本權實現的條件，卻不必然以具備基本權的品質為建構前提，因為行為需刑罰性之於法益侵害或

⁴⁴ 主要理由在於法益乃是一種「絕對實證法的概念」（*ein durch und durch positivrechtlicher Begriff*），用語見Rudolphi (Hrsg.), in: SK-StGB, Band I, 6. Aufl., 1997, Vor § 1 Rn. 4.

⁴⁵ 以基本權作為形塑及限制法益內容之依據，例如Brunhöber, Vor der Unrechtsahndung zur strafrechtlichen Risikosteuerung, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), FS für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014, S. 15; 陳俊偉，論食品安全衛生管理法第49條重新入罪化之必要性，月旦刑事法評論，5期，2017年6月，頁170-171。

危險的關聯意義終究以「社會現實」(soziale Wirklichkeit)為評斷依據。更具體地說，國家的任務在於替個人自由建構起一套安全的輔助體制，只不過這裡所指稱的安全既不同於心理性的感知狀態，也不屬於純粹描述性的概念，而是實質指向於一種涉及個人是否及如何實踐自由權利的框架條件。即便如此，法系統的功能仍然不會被理解為保護安全此種抽象利益，因為系統本身就是一種體現安全的體制結構，只要各別法律的建構與規範密度越是完整對應到社會性的運作現實，越是有機會讓社會成員在法的框架秩序下相互協調地實現自我。此外，刑法作為法系統的一部分，不只是帶有限制自由(或基本權)的效果，本質上更是作為一種協助或促進個人實踐自由權利的體制。既然刑法的運作本身即屬安全的體現，若是又考慮到法益為支撐刑法系統的核心要素，以及此套系統乃是作為實踐個人自由的框架條件，那麼刑法的保護法益與基本權之間也就不必然互為同一，或是保有所謂的派生關係。因為這樣的框架條件必須能夠充分反映出社會現實的規制必要性，所以與此相關的法益內容勢必將會超脫既有的基本權設定。簡單地說，關於基本權保護需求的命題，只不過是透過刑法保護法益的方式「間接地」確保自由權利的實踐可能。

再者，因應社會結構的持續變異，刑事不法的類型化與區分始終保有相當程度的彈性，而且就算是基本權

的內容也存在著不斷擴張的現象，例如無體財產、資訊自決等，所以堅持傳統的生命、身體、自由、財產等基本權作為刑法之保護法益的依據，恐怕是忽略刑法作為法律系統的一部分不免也會受到來自其他系統的刺激而調整自身的運作結構。另一方面，基本權概念在法理論的理解脈絡下往往是緊扣住「程序上可實踐性的請求權」，如此一來，刑法上的法益侵害恐怕將嚴格限縮在個人於程序上可請求賠償的權利侵害⁴⁶。

暫且不論前述的基本權論據，特定利益之所以具有刑法上的需保護性而可視為保護法益的前提在於，與此等利益相關的關係實體或狀態必須具備客觀經驗上的認知可能性，又具體的判斷基準為：(一)升高的社會保護需求；(二)確定經常受有侵害或危險；(三)關於利益侵害的威脅感⁴⁷等。如果外部世界的變化未能有效刺激個人的感官經驗，使得個人無法在內在對此反射出一定的認知圖像，勢必難以理解特定行為所內含的（自然或社會性）意義與效果為何，當然也就不可能再從中確認是否有何種法益受到影響，或是如何受有侵害或危險。於此，較無問題的是，傳統實害犯的經驗性評價聚焦在行為與結果之間的因果關聯，而從結果本身得以有效推知法益是否確實受有侵害⁴⁸；相對地，雖然抽象危險犯受

⁴⁶ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 319.

⁴⁷ 見Kargl, aaO. (Fn. 41), S. 90.

⁴⁸ 應強調的是，行為客體不等於法益。法益是否受有侵害取決於我們如

制於自身的結構特徵，不宜直接套用實害犯的因果要求，卻不必然等於捨棄經驗性的認知要求。換句話說，只不過是把觀察重點轉向於「事件歷程的風險評價」，也就是行為仍有必要先引起特定的事件或狀態，我們由此進一步推知法益侵害的風險（或危險）射程⁴⁹。即便刑法的保護法益有必要依循經驗法則而在可得證明（或風險計算）的形式基礎上確認具有受侵害或危險的可能性，只不過容待釐清的是，在經濟犯罪的領域，個別的經濟行為是否或如何影響無現金交易或信貸經濟的運作，進而導致整體的經濟制度受有侵害或危險。對此，從經驗性的因果認知來看，客觀上確實難以證明個別的經濟行為是某個經濟系統崩壞的原因，因為到目前為止並沒有任何一個經濟制度因為某個經濟犯行的介入而完全終止運作；另一方面，如果改從數量規模的集合行為來看，儘管個別的經濟行為確實無法危害經濟制度的功能，不過只要綜合多數相同的或類似的經濟行為似乎就不排除可以癱瘓制度運作。然而，不論從個別性或集合性的行為效果切入，因為相關的風險論述實際上一直緊扣住「系統崩壞」的結果想像，自始都沒有跳脫行為與（實害）結果的因果要求，所以導致在行為模式與法益侵害或危險之間始終未能提出一套合理的歸責關聯。無論如

何觀察與評價行為客體於外部世界的物理性變化，接著從中推導出所謂的利益如何受有影響。

⁴⁹ 參閱古承宗，同前註7，頁9。

何，如前所述的，此種類似累積犯（Kumulationsdelikt）或流引作用的思考，實際上乃是將他人的不法行為視為行為人的不法基礎而進行歸責，顯然已經牴觸罪責原則。

二、以「相互承認（或理解）」為形塑基礎的關係概念

刑法的任務為保護法益⁵⁰。概念上，首先無法將法益視為所謂的「價值」，因為帶有觀念特徵的價值只存在違反與否的問題，而沒有遭受侵害或危險的可能性；同樣地，考慮到客觀經驗上不可能經由感官認知反應所謂的「利益」，也就是我們無法從物理性的時空條件加以體覺且描述，所以亦不可能將其理解為一種實體或事物狀態（Objekte oder Gegebenheit）。相較之下，所謂的法益其實是泛指對外直接或間接彰顯出人格主體之法權關係的個人組成特徵、物，或是制度，例如生命、身體、自由、財產、司法制度、法治國原則下的國家主權等；或是將其理解為一種「關係概念」（Beziehungsbegriff）⁵¹，特別是指涉到某種事物或狀態（或稱為實在性⁵²）在特定

⁵⁰ 關於法益概念流變與刑法功能之間的關聯，許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，收於：法益保護與行為刑法，2016年5月，頁1以下有相當完整的分析。

⁵¹ 已見古承宗，環境風險與環境刑法之保護法益，收於：刑法的象徵化與規制理性，2版，2018年4月，頁147-148。

⁵² 或稱「現實性」（Realität），見Hefendehl, Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, GA 2002, S. 23.

主體身上所形成之積極且附有價值的關聯結構，而此種作為法律概念的關係正是以實現法人格主體的外部自由為形塑基礎。各罪的不法構成要件設定因而有必要直接或間接反映出此等面向的法權要素⁵³。

具體而言，刑法作為一套社會控制手段，規制對象又為人類的社會活動。考慮到社會運作實為人類之社會活動的具體呈現，任何一種能夠取得刑法保護資格的利益狀態均屬社會運作不可或缺的條件。只不過所謂的社會運作倒不是片面地從經驗性的觀察角度所歸納推得出的事物狀態，亦即由多數個體或組織單元共同組成且透過交往活動形成一定的關聯作用，而是專指社會之具體形塑與自我再製等規範上的溝通程序⁵⁴。也就是說，社會的具體形塑與再製程序所應具備的規範性要素主要在於，所有的社會成員之間對於彼此人格發展所需的自由領域形成相互承認（或理解）的認知結構，而且以相互理解為基礎的參與條件發展出合理且平等的社會交往模式⁵⁵。就「承認」的意義來說，任何人於社會交往的過程中不是以禁命或誡命等義務形式單向地被要求肯認他

⁵³ 典型者為刑法第320條竊盜罪所規定的「動產」，透過犯罪客體的文義表現，反映出他人的「所有權地位」。

⁵⁴ 理論依據為Habermas所提出的溝通行動理論，見林立，哈伯瑪斯的法律哲學，2016年1月，頁10以下。

⁵⁵ 參閱Kindhäuser, Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, 1998, S. 266.

人的人格獨立性，而是經由一系列的社會化歷程，例如家庭、學校教育、同儕互動等，基於雙向性及社會性的心理建構程序，個人反覆透過社會交往逐步建立起關於自身的認知結構，進而在心理認知上反射出與他人的差異，從中理解到所有人均是獨立的人格主體。換句話說，此種社會化歷程正是指涉自我與他人相互獨立的認知程序，所有的人格主體自從出生開始持續藉著自我理解的心理形塑，逐步導入人際互動與相互認同的過程，也唯有透過自己與他人之異同的認識，例如反覆接受否認、承認等，始有可能讓自己明確認識到自我的完整性與自由性。換句話說，一旦特定的意識主體將另一個同樣具有意識的人格主體視為獨立主體之時，那麼才會真正形成對於自身形象的意識，也就是所謂的自我意識⁵⁶。

然而，不可忽略的是，個人之自我意識其實也是作為他人建構自我意識的一項媒介，尤其是自我意識的形成取決於自我的這個概念總是內含著「他人之存在」的意義；另一方面，社會性的世界則是經由主體之間相互對象化的關係所構成⁵⁷。所以，只要所有的社會成員形成且負有所謂的承認義務，隨即表示彼此之間基於相互關係所形塑之具反射自我意義⁵⁸的自由狀態，而有能力

⁵⁶ Seo, *Rechtsontologie und Hegels Rechtsbegriff*, 2004, S. 165 ff.

⁵⁷ 參閱Simon, *Das Selbstbewusstsein und der Andere*, in: Asmuth Christoph (Hrsg.), *Transzendentalphilosophie und Person*, 2015, S. 199 ff.

⁵⁸ Kargl, *Inersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr*, ZStW

且有意願履行此等義務。又在這樣的理解脈絡下，任何人在法的框架秩序下既是作為「人格體」（Person），因而在社會交往的過程中被嚴肅看待為一個自由且負責性的「法人格主體」⁵⁹。

儘管如此，自由的實在性與具體實踐並不限於「直接」透過個別主體之間的社會活動加以呈現，儘管所謂的自由在社會意義上亦可指向個人的獨立自主性格（Selbstständigkeit），不過，獨立自主既不是把個人視為完全隔絕於世的個體，也不是完全聚焦在與他人之社會活動毫無連結的自我關係上。換句話說，任何人不可能只是為了自己而立足於世，在社會性的交往過程中不免會與他人產生接觸與互動，進而形成相互承認關係的意識狀態。或可想像的是，經由持續性的社會交往，社會成員之間逐步形塑出一定的生活形式，又這種形式密切連結到個人作為自決且獨立的意思及行動主體而為生存所力求的自我維持（Selbsterhaltung）。若是進一步考慮到現代社會運作的高度分工與複雜性，個別主體的生活領域與社會性格勢必不會只是取決於個人與個人相互交往的結果，實質上還會由帶有複合特徵的社會系統予以決定，所以，當代社會中有關個別主體之自由與獨立性的辯證，無非就是在確認「社會性的主體素質」（Gesellschaftliche Subjektskonstituion），而且此種形象

1998, S. 59.

⁵⁹ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 397.

的具體形塑正好凸顯出社會性的現代化進程與主體性的人格表徵之間帶有交互作用的關聯性⁶⁰。如此一來，對應到社會性的主體形象，刑法更須致力於確保任何與維持社會參與有關的機會，或是在個別主體的生活領域與複合性的社會系統之間劃定出一定的界線，藉此維持個別主體帶有自我意識的人格特徵，同時亦可避免社會的與人格的系統身分（soziale und personale Systemidentität）產生混淆⁶¹。

基於自我意識與社會性的相互承認等觀點，刑法保護法益的命題實質上即是指涉到刑法作為確保社會參與的規範手段，至於所謂的法益則可進一步被理解為促成社會參與的輔助性媒介（Subsidium）。又從這樣的命題反向推論，只要我們先確定社會參與是以社會成員理解到任何人均保有人格發展所需的自由領域為前提，那麼刑法保護法益的意義無非就會是為了擔保個人自我維持與自我實現所需要的基礎條件。或許，與人格具有密切連結的利益組成（即生命、身體、健康、財產等）為刑法首要保護的對象，不過，實際上不排除還有其他直接或間接有助於自我維持與自我實現的條件。也就是說，

⁶⁰ 見Müssig, aaO. (Fn. 8), S. 192.

⁶¹ 更深層的理由在於：依據Honneth的承認理論，承認關係乃是「根本地構成人類生活形式之合理性」，以及對抗「物化（承認的遺忘）」的社會實踐病徵。完整的理論分析，見林遠澤，論霍耐特的承認理論與作為社會病理學診斷的批判理論，哲學與文化，43卷4期，2016年4月，頁28-29。

任何法律上所肯認的共同生活形式，例如「制度」（Institutionen），基本上也是以確保個人自由為建構基礎，又法主體參與此種共同生活形式的運作時，即是與其中所「中介的」（vermittelt）關係條件產生連結，促使個人自由權利始終保有具體實踐的可能。所以實有必要讓與此相關的利益狀態透過「法律質性的轉化程序」（verrechtlich）進入刑法的規制範圍，而任何人基於刑法擔保自我維持與實現自我所必要的利益，以及相互理解及協調自己與他人各自於社會交往過程所扮演的角色。總而言之，任何與「制度運作」有關的行動模式不只是能夠針對具普遍性特徵的自由實踐表現出尊重、提供協助的效果，其實亦有可能在部分的情境下是負向的侵害或危險等⁶²，所以，所謂的制度在刑法上轉化而成的公共法益（或稱之為超個人法益），例如市民社會、國家等層次的組織單元，現實上也就不排除會因為特定的行為的介入而產生運作上的不利益。即便如此，相對應的不法構成要件設定仍有必要連結到「與法主體相關」的規制邏輯，而且對規範相對人來說，刑法規定本身或解釋結果即有必要具備再現此種主體性（resubjektivierbar）的可能⁶³。簡單地說，即使行為是針對制度的運作形成不利益，仍須確認其中是否直接或間

⁶² Kahlo, aaO. (Fn. 41), S. 28.

⁶³ Kahlo, aaO. (Fn. 41), S. 29.

接影響個別主體於法律上所擔保的自由領域⁶⁴。

三、否定相互承認關係與刑罰正當性

一般而言，國家動用刑罰權的根本條件在於，行為人所為之行為具備一定程度的罪責，因而有必要透過相應的刑罰手段予以應報。不同於犯罪成立⁶⁵及量刑⁶⁶意義的罪責，這裡所指稱的罪責是指允許⁶⁷國家動用刑罰手段之正當基礎的「濫用人格自由」（Fehlgebrauch personaler Freiheit）。如同Kindhäuser提出的觀點，任何具刑事制裁意義的罪責均可實質理解為「對於濫用自由的失望」，又所謂的自由則是源生於社會成員在為社會交往的過程彼此承認為自由之法主體的相互關係⁶⁸。倘若行為人實現了各罪的不法構成要件，不只是質疑刑法規定的效力，同時也實質代表著否認相互承認關係。如此一來，只要行為人是有責地違反那些形塑相互承認關係（或稱為自由領域之相互協調）的基礎規範，亦即侵入他人原所保有且受法擔保的自由領域，那麼刑法便得以透過施加惡害的方式提出法倫理上的責難，同時象徵性地修補受到違反的刑法規定，以此確認刑法應當發揮

⁶⁴ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 400.

⁶⁵ 即「控制能力」與「法認識能力」，僅參閱王皇玉，刑法總則，5版，2019年8月，頁323以下。

⁶⁶ 詳見刑法第57條規定之內容。

⁶⁷ 應強調的是，刑罰正當性的首要問題不在於「行為人是否應接受處罰」，而是「國家得否對其施以刑罰」。

⁶⁸ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 397.

的實效。

再者，如前所述，相互承認關係涉及到個人對於「自我」與「他人存在」等意識狀態的實質建構，所以，具刑事不法的行為不會只有對外表達出行為人對於他人主體性的否認意義，而是在否認他人的同時還包括了對於自我的否認。既然行為人透過犯行否認自我的人格完整，形同部分捨棄人格的尊重要求，那麼國家對其施以具有惡害意義的刑罰，亦即同樣帶有否認人格意義的制裁措施，不只是沒有違反人性尊嚴的問題，而且正是由此取得刑罰應報上的正當性。

四、「模組化的經濟生活」與法益侵害

(一)法益定位：與實踐財產自由相關的（制度性）條件

不同於德國立法者及多數見解所肯認的經濟制度法益，Kindhäuser認為經濟刑法的保護法益應為法律上對於個人自由領域擔保的實踐條件，尤其是指個人之財產與處分自由⁶⁹。當個人得以無顧慮地支配利益的條件（即所謂的安全條件）受到侵害時，形同已經產生了抽象危險，又抽象危險犯的危險之所以是抽象的，倒不是因為特定利益於行為當下處於無助狀態，而是與其相關的安全標準受到違反，特別是該標準本身帶有促進利益使用產生最佳效益的功能。對此，原則性的立論依據為

⁶⁹ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 402.

Kindhäuser針對抽象危險犯所發展的安全理論。一般而言，所謂的安全泛指個人得以在不受威脅的條件下處分利益，概念上又可細分為「自律的安全」（Autonome Sicherheit），例如實踐健康的生活方式，以及「他律的安全」（Heteronome Sicherheit），例如參與交通往來的安全。在前者情形，如果個人能夠藉由資訊蒐集而妥適地安排生活，促使自己的身體健康利益隨時處於更有效率的保護狀態，刑法的介入不見得是更有效率的利益保護手段；相對地，後者才是國家動用刑罰干預個人自由的正當事由，因為藉由刑罰可以平衡個人在處分利益時無法為自我提供預防，或是須耗費不成比例的預防成本等不利益⁷⁰。由此可知，Kindhäuser的安全理論似乎是致力於讓刑罰實質轉變為一套兼具經濟理性的風險成本調控機制。雖然這套理論對於抽象危險犯之處罰前置的正當性提出一套獨特且深具啟發的論證模式，學說上對此卻多有批評，例如實害犯與抽象危險犯之行為規範不當地趨於等價而產生同等程度的制裁效果⁷¹，或是安全本身得否作為法益⁷²等質疑。

限於篇幅因素，本文不打算進一步分析安全理論的發展脈絡與衍生的問題。儘管在結論上認同Kindhäuser關於經濟刑法之保護法益的定位，只不過這裡所提出的

⁷⁰ Kindhäuser, aaO. (Fn. 4), S. 404-405.

⁷¹ Krüger, aaO. (Fn. 24), S. 113.

⁷² Reus, aaO. (Fn. 29), S. 120-121.

說理略有差異，亦即：1.經濟刑法的功能在於擔保個人財產及處分自由的實踐條件（或稱為制度性條件），此項論點實際上相當近似於本文前述的法益作為一種關係概念，以及刑法的規範結構有必要反映出（法的及社會的）主體相關性等理念。所以，刑法除了保護個人財產之外，還包括任何與實踐財產自由有關的制度性條件⁷³。前者屬於傳統財產犯罪的保護領域，後者則是被劃歸在新興的經濟刑法。2.針對由經濟刑法擔保實踐財產自由的制度性條件，關鍵的正當性基礎在於現代經濟活動的共同特徵為「模組化的財貨流通」。進一步地說，當代社會歷經社會性、經濟性、技術性，以及科學性等不同面向的變革，逐步發展成多重系統且高度分工的運作模式，例如細分為科學、政治、經濟、法律系統等。雖然各別子系統保有自身的專業性與獨立性，形成相當複雜的社會運作結構，不過在個別系統之間倒不是截然劃清界限，而是始終持續著直接或間接的連動關係。也就是說，即便特定系統針對某項社會現象提出自有的回應方式，這些回應本身卻多少也會因為受到其他系統的影響而提出修正，例如在生態環境保護的範疇，經濟系統側重於如何有效率地分配及利用生態環境（公共財），而法律系統則會基於個人行為的理性選擇或公

⁷³ 依此，超個人法益與個人法益之間具有所謂的「溯源關係」（Ableitungsbeziehung）。概念說明，亦可參考Kargl, aaO. (Fn. 41), Rn. 187.

共財的有限性等條件訂定出環境利用的規則，卻也不排除從世代正義探求環境資源與人類生存之間的意義關聯，進而調整法律政策應有的取向。或許，正是因為不同系統之間在部分社會領域呈現出的高度分化與回應邏輯的差異，例如食品安全、環境保護、金融秩序等，一方面導致社會整體欠缺更有效率地運作，另一方面，個人或組織體於面對社會運作的複雜性時，反而難以形成適切且穩定的行動模式。刑法作為一套社會控制手段，規範目的不只是經由保護法益的方式回應各種現實存在的社會問題，在相當程度上其實亦有必要能夠降低當代社會在運作複雜下所形成的系統壓力，而規範結構略為簡化且偏重行為引導功能的抽象危險犯往往為首要選項。

回到經濟刑法的範疇，若是先從經濟系統的運作來看，不論是個人基於成本理性而追求財產效益的極大化，或是透過公共管理與政策協商達到資源利用的極大化，前提必須是現實上存在一套符合理性選擇的行為基準，促使更有效率地流通私有財及分配利用公有財。為此，考慮到不同形式之財貨市場的運作差異，例如保險、證券等，或是不斷更新的財貨流通方法，例如補助、無現金交易、證券買賣等，社會逐步發展出相應的行為模式，尤其是模組化的交易條件、環境，以及實踐步驟等，使得個人或組織單元於參與特定領域的經濟活動時，能有一套符合（成本）理性的行為準則可供依

循。如此一來，財產既是能夠在市場上更有效率地流通，而且亦可加速整體經濟的發展。除了個人或組織單元有效率的財貨流通之外，我們觀察到從市場本身的運作理性同樣也會影響經濟發展，例如市場競爭下的多元選擇、簡化工作內容與交易模式、降低生產成本等。綜此，當代社會就不同型態的經濟活動發展出模組化的行為條件，以及符合市場理性而為的運作調控，只要任何針對經濟系統運作所設定的條件進行干擾，將會緊密連動到預期應有的財貨流通趨勢與市場的理性運作，當然，個人於此種環境下的財產處分自由同樣也會受到干預。換句話說，與此相關的風險評價終究不在於終局的經濟系統崩壞，或是個人發生實際的財損，而是當一個非符合模組化條件的經濟活動介入市場後，不只是讓經濟制度運作產生負向效應，而且不排除由此接續產生一系列領域特殊性的財損危險。整體而言，若是主張經濟刑法的任務在於保護經濟制度，又這裡的制度必須堅守「主體性再現」特徵的話，那麼具體內容無異就是指實踐財產自由的制度性條件。可想像的是，經濟刑法所欲非難的行為能夠透過干擾制度運作，進而對個人法益造成侵害或危險，然而，當我們選擇以抽象危險犯保護經濟制度，只要行為本身造成制度運作上的不利益（*Beeinträchtigung*），那麼即可充分說明結果非價（或危險非價）的存在基礎。

(二)結果要素為抽象危險的外顯基礎

如前所述，德國立法者針對經濟刑法採取「抽象危險犯」的立法模式，其中又以不要求結果要素的「行為犯」(Tätigkeitsdelikt)為首。只要行為人所實施的行為符合各罪的不法構成要件描述，即可成立犯罪。然而，僅以行為作為成罪基礎的行為犯恐怕未能符合刑法上的歸責原理。基本上，行為人作為一個「保有自決能力(實踐理性)的意思主體」，行為時形同否認了行為規範之禁命或誡命對其所生的拘束效果，同時亦可理解為以實現不法構成要件事實為自我的行為規則而有所作為(或不作為)。又依據客觀歸責理論，客觀不法的歸責乃是一項非成文的不法構成要件，目的無非是為了確認行為人基於個人自決而實現不法構成要件是否達到既遂程度的不法。所以，當實害犯及危險犯均設有表徵法益實害或危險的「結果要素」時，那麼也就表示任何有關結果於客觀上可否歸責於行為人的判斷，形同確認其行為本身是否保有結果非價(或危險非價)，以及是否應為既遂或未遂的不法負責。

再者，不法構成要件實現應當充分表徵出規範性的結果非價，而此種帶有非價意義的內容源自於法益侵害或危險的狀態。相較之下，為了使法益保護能夠更為全面且富有效率，立法者讓刑法逐步轉變為積極介入個人自由領域的規制手段，甚至是滿足純粹的行為控制需求，各罪因而出現越來越多的抽象危險及行為犯的類型

設計，尤其是後者的規制重點純粹鎖定在禁止規範相對人實施特定行為，至於該行為是否造成外部世界的變動，亦即傳統理解下的構成要件結果⁷⁴，則非所問。然而，為了避免刑法淪為純粹的行為控制需求，以及不法構成要件本身難以推導出保護法益內容與相對應的危險射程，即便經濟刑法採取抽象危險犯的立法模式，仍有必要堅守「結果刑法」作為刑事立法的典型。也就是說，除了實害犯之外，針對抽象危險犯的不法構成要件設計與解釋，不可任意放棄「（行為）招致結果」（Erfolgsverursachung）的歸責條件⁷⁵。這裡應強調的是，基於「結果發生」與「法益侵害」分屬不同範疇的概念，在語意理解的層次不免會出現「如何表述」的問題，也就是結果要素在實害犯中能夠完整發揮對外表徵法益侵害的功能，但在抽象危險犯的範疇卻是因為欠缺實害結果的要求而顯得相當受限。所以，在部分的犯罪類型，既然結果發生無法直接表徵（或代表）法益侵害，那麼立法技術上即有可能採取迂迴的方式呈現出攻擊法益的狀態。

更具體地說，刑法上的結果係屬一種可具體感知的外部世界之變動狀態，據此得以確認行為人實施了一個

⁷⁴ 關於結果要素於法制史上的考察與概念辯證，可參考古承宗，刑法第190條之1的不法歸責與構成要件解釋，月旦法學雜誌，290期，2019年7月，頁50以下。

⁷⁵ 參閱Ronzani, Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht, 2012, S. 16.

刑法所不允許的利益侵擾行為，所以，結果要素始終是對外表徵法益侵害的必要條件。只不過不同的法益型態對應到外部世界的運作模式而所呈現出來的圖像，確實多少會有不同程度的可感知性，若是執著於把法益侵害與結果發生劃上等號，反而會誤把具體危險犯、抽象危險犯，甚至是行為犯皆理解為不以發生結果為前提。無論如何，抽象危險犯的不法構成要件設計不得捨棄結果要素的設定，只不過此種要素相異於實害結果或危險結果，而在一方面承繼了結果要素原有的「表徵侵害現實」（*corpus delicti*）功能，另一方面則是結合特定的關聯對象之於外部世界的自然性或社會性變化，進一步轉化為所謂「創成危險的特殊事件」（*Gefahrbegrundetes Ereignis*）⁷⁶，對外呈現出「法益侵害的危險徵象」，並且充作法益危險的間接證明依據。於此，如果對應到模組化的財貨流通與市場類型的多樣性，經濟刑法的不法構成要件即有必要因應前述之模組化的財貨流通特徵，設定出一套類型化的結果要素，也唯有如此，我們才能夠在個案中確認刑法所欲非難的行為是否或如何對於所謂的制度法益造成不利益，以及行為與結果之間因而具備所謂的客觀可歸責性。就此而言，若是如同Tiedemann強調經濟刑法是以舉動非價為非難核心的行為犯作為主

⁷⁶ 具體的應用，例如刑法第185條之3所規定的「不能安全駕駛」，見古承宗，同前註7。

要的類型設定⁷⁷，那麼顯然將會欠缺客觀不法歸責應有的條件，而使處罰前置手段不再具有正當性。

肆、結 論

以下簡列本文的分析結果：

一、當代經濟活動帶有典型的模組化特徵，以及因應市場理性而為的運作調控，任何對經濟系統運作的干擾，勢必緊密連動到預期應有的財貨流通趨勢與市場的理性運作，且個人於此條件下的財產處分自由亦將受到干預，因此法律有必要確保與財產處分相關的制度性條件。又考慮到刑法保護法益的「主體性再現」特徵，經濟刑法的保護法益即屬與個人法益具有溯源性的「實踐財產自由的制度性條件」。

二、經濟刑法以抽象危險犯為主要的犯罪類型設定，但不可導向於單純強調舉動非價為不法內涵的行為犯。儘管不法構成要件不要求實害結果，仍有必要存在一定的結果要素，也就是「創成危險的特殊事件」，以此作為客觀不法歸責的基石，處罰前置手段因而才具有正當性。

⁷⁷ Tiedemann, aaO. (Fn. 15), § 264 Rn. 29; § 264a Rn. 28.

參考文獻

一、中文文獻

- 王士帆、王玉全等譯，德國刑法典，2版，2019年7月。
- 王皇玉，刑法總則，5版，2019年8月。
- 古承宗，評析2018年新修正之刑法第一九〇條之一，國立中正大學法學集刊，61期，2018年10月，頁157-238。
- 古承宗，環境風險與環境刑法之保護法益，收於：刑法的象徵化與規制理性，2版，2019年4月，頁105-152。
- 古承宗，刑法第190條之1的不法歸責與構成要件解釋，月旦法學雜誌，290期，2019年7月，頁42-68。
- 古承宗，論不能安全駕駛罪之解釋與適用——以刑法第185條之3第1項第1款為中心，刑事政策與犯罪防治研究專刊，22期，2019年9月，頁3-11。
- 林立，哈伯瑪斯的法律哲學，2016年1月。
- 林遠澤，論霍耐特的承認理論與作為社會病理學診斷的批判理論，哲學與文化，43卷4期，2016年4月，頁5-32。
- 許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，收於：法益保護與行為刑法，2016年5月，頁1-26。
- 陳俊偉，論食品安全衛生管理法第49條重新入罪化之必要性，月旦刑事法評論，5期，2017年6月，頁143-173。
- 謝煜偉，財產犯、財產法益與財產上利益，收於：刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，2017年3月，頁689-716。

二、外文文獻

- Artz, Günther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, in: AWHH-BT, 2. Aufl., 2009.

- Botke, Wilfried, Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, wistra 1991, S.1-10.
- Brunhöber, Beatrice, Vor der Unrechtsahndung zur strafrechtlichen Risikosteuerung, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), FS für Bernd Schönemann zum 70. Geburtstag, 2014, S. 3-15.
- Hefendehl, Roland, Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, GA 2002, S. 21-28.
- Hefendehl, Roland, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 119-132.
- Kahlo, Michael, Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 26-38.
- Kargl, Walter, Intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 1998, S. 38-68.
- Kargl, Walter, Strafrecht, 2019.
- Kindhäuser, Urs, Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, 1998, S. 263-280.
- Kindhäuser, Urs, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht, 2018, S. 395-408.
- Krüger, Matthias, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000.
- Müssig, Bernd, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994.
- Otto, Harro, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 1984, S. 339-375.

- Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht – Einzelne Delikte, 7. Aufl., 2005.
- Reus, Katharina, Das Recht in der Risikogesellschaft, 2010.
- Ronzani, Marco, Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht, 2012.
- Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), in: SK-StGB, Band I, 6. Aufl., 1997.
- Schlüchter, Ellen, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 1987.
- Seo, Yunho, Rechtsontologie und Hegels Rechtsbegriff, 2004.
- Simon, Dorit, Das Selbstbewusstsein und der Andere, in: Asmuth Christoph (Hrsg.), Transzendentalphilosophie und Person, 2015, S. 199-210.
- Tiedemann, Klaus, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 9/1, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2012.
- Tiedemann, Klaus, Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstext, 4. Aufl., 2014.
- Timm, Frauke, Gesinnung und Straftat, 2012.
- Walter, Tonio, Märchen von den Tätigkeitsdelikten, in: Christian Fahl (Hrsg.), FS für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327-338.
- Wohlers, Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000.
- Wohlers, Wolfgang, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2019.

關於公務員不正行使影響力行為 之我國刑事規制現況的檢驗 ——今後立法論的準備作業*

黃士軒**

要目

- | | |
|-----------------------------------|--------------------------------------|
| 壹、前言 | 二、全面引進影響力交易罪之立法論主張 |
| 貳、最近關於公務員斡旋關說行為的我國立法論主張與所欲達成的處罰範圍 | 三、針對三人型貪污之行為結構同時引進影響力交易罪與公務員斡旋賄賂罪的主張 |
| 一、引進日本斡旋賄賂罪之立法論主張 | 四、反對引進斡旋賄賂罪之立法論主張 |

DOI: 10.6460/CPCP.202004_(24).02

* 本文為筆者執行科技部專題研究計畫（計畫編號：105-2410-H-194-024-）之研究成果。本文初稿曾於2017年11月3日，在世新大學所舉辦之「貪瀆防制體系之建構研討會」（法務部、法務部廉政署、刑事法研究會、國立政治大學法學院、世新大學法學院主辦；元照出版公司協辦），感謝當日的主持人、與談人及與會的先進提供的意見，使本文能更臻完整。同時，也感謝兩位匿名審查人的寶貴建議，使本文能更增添可讀性。

** 國立中正大學法律學系副教授，日本東京大學法學博士。

五、小 結

參、我國實務中關於公務員
行使不正影響力行為的
狀況

一、概 說

二、有上下隸屬關係的公
務員間的斡旋關說的情
形

三、無上下隸屬關係的公
務員間的斡旋關說的情
形

四、利用人際關係進行斡
旋關說的情形

五、實際上並未進行斡旋
關說的情形

六、公職人員對私人施加
影響力的情形

七、純粹因為身分取得利
益的情形

八、小 結

肆、檢 討

一、我國實務現狀與我國
學說之立法論所主張
的處罰範圍比對

二、引進新立法的必要性
檢討

三、小 結

伍、結 語

摘 要

本文是以準備今後的立法論為目的而對我國公務員不正使用影響力的刑事規制所做的全面檢視。本文在（貳）部分先說明我國刑事法學界最近所提出，關於公務員不正使用影響力行為的立法論主張，並就這些主張的重點加以歸納；在（參）部分則就我國目前的公務員不正行使影響力行為構成的各種犯罪類型詳細檢討我國實務的案例，並在最後歸納出關於公務員不正行使影響力的行為在我國的具體處罰範圍；在（肆）的部分則基於上述（貳）（參）的考察所得，進一步檢討立法論上，我國是否存在處罰的漏洞，而有必要如採取我國最近的立法論主張引進影響力交易罪等犯罪；並於最後（伍）總結本文所得。

關鍵詞：貪污、非主管監督事務圖利罪、實質影響力、影響力交易、立法論

On Current Status of Criminal Punishment of Public Servants' Unlawful Use of Influence in Taiwan

Shih-Hsuan Huang^{*}

ABSTRACT

This Article aims to Scrutinize the current status of correspondence to public servants' unlawful use of influence. In the first part, this article exams resent legislative theories and summarize the main points of the legislative arguments. In the second part, this article scrutinizes the criminal judicial practice of Taiwanese courts concerning the punishment of Public servants' Unlawful Use of Influence. In the third part, based on the results of the first and second part, this article tries to prove that the necessity of incrimination of trading in influence, as recently argued, is not sufficient.

Keywords: Corruption, Unlawful Use of Influence, Substantial Influence, Trading in Influence, Legislative Theory

* Associate Professor, Department of Law, National Chung Cheng University; Doctor of Laws, The University of Tokyo, Japan.

壹、前 言

公務員不正使用其影響力，影響他人的職務行為，同時又以此獲取利益的情形應如何處罰，是我國刑法學上的重要問題，最近受到我國學界的高度注意。最近我國刑事法學界的許多論著，主要也圍繞著這種行為的立法論。如後所述，我國目前大多數的立法論意見主要有：我國應該引進日本的斡旋賄賂罪，或依照聯合國反貪腐公約第18條的規定引進所謂的影響力交易罪；並且這些立法論的主張也同時舉出不少設例，認為不引進處罰影響力交易的新立法可能造成處罰漏洞。

然而，如同這樣的立法論學說所指出的，倘若處罰影響力交易行為的立法是為了填補我國現行制度下的處罰漏洞，則作為此一立法論的準備工作，究竟我國目前關於公務員行使不正影響力的行為有哪些刑法規制？這些刑法上規制可以處罰到什麼樣類型的行為？是否有學說所指的處罰漏洞？即是在提出以填補處罰漏洞為目的的立法論之前，首先必須探究、檢驗的根本前提。但是，目前我國刑法學界在這方面的研究仍不充分。

基於這樣的問題意識，本文在以下內容中，將先整理目前我國學說中的立法論主張，並且透過類型化的方式，明確化上述我國學說認為引進斡旋賄賂罪乃至影響力交易罪後可處罰的範圍（下述貳），其次再透過對於我國實務現況的掌握，明確化我國實務中公務員不正地行使影響力行為受處罰的實際範圍（下述參），再將兩

部分考察所得的成果相互比較、分析，試圖釐清我國目前的現狀下，真正有立法需求的可罰行為態樣（下述肆），並於最後加以總結（下述伍）。

貳、最近關於公務員斡旋關說行為的 我國立法論主張與所欲達成的處 罰範圍

在我國刑事法學界，與公務員斡旋關說行為的立法論相關的議論，主要有以下四種主張。第一種主張是認為，為了規制公務員斡旋關說等行為，應引進日本斡旋關說賄賂罪的處罰；第二種主張是認為，為了規制公務員斡旋關說等行為，應全面引進聯合國反貪腐公約第18條所定（內容如下所述）影響力交易罪的處罰；第三種主張是認為，聯合國反貪腐公約第18條規定並非強制各締約國全面立法引進該公約的規定，不過影響力交易罪的引進可補充我國法制無法掌握透過中間人向公務員請託，藉以影響公務員職務的所謂三人貪污類型的問題，同時斡旋受賄罪亦可引進作為三人貪污類型處罰的加重規定；第四種則是認為不需引進日本斡旋賄賂罪。因為四種主張並不相同，所以需先掌握其各自主張與理由，再以此為基礎，進一步探討四種主張所欲達成的處罰範圍的具體內容。

一、引進日本斡旋賄賂罪之立法論主張

第一種立法論的主張，是認為我國應該仿效日本刑律第197條之4，新增斡旋賄賂罪的規定，處罰公務員向其他公務員進行斡旋關說的行為。這種立法論的主張，在1970年代即已經可見於我國學界¹，今日也依然是我國學說的有力主張²。

採取這種立法論主張的主要理由如下：

¹ 參照：蔡墩銘，公務員犯罪之研究(二)，軍法專刊，22卷12期，1976年12月，頁28。在此需先說明者，是考慮到：(1)本文的主題事實上在我國所涉的處罰規定主要均在貪污治罪條例，而這些規定本身有我國獨特的脈絡與特殊性，(2)本文的主要目的並非在於介紹外國法制與立法例，而是在於處理決定是否引進外國立法前，先確認我國法制中是否已經有針對公務員不正使用影響力的處罰？若有，則其範圍如何？再進一步確認是否真有引進外國立法例的必要性？等，本土性極高的問題，因此為免引起讀者混亂，在本文中主要引用的文獻均以我國的學術文獻為主，外國刑法學的文獻引用，則僅在說明上有必要的最小限度內為之。

² 我國採取這種主張者，參照：吳天雲，日本向公務員關說的刑事規範——刑法斡旋收賄罪與斡旋得利處罰法，刑事法雜誌，50卷1期，2006年2月，頁130；曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，151期，2007年12月，頁237-239；李錫棟，日本刑法上收賄罪之型態，法學叢刊，58卷4期，2013年10月，頁58；許恒達，賄賂罪職務行為之再探討——以民意代表受賄事例為中心，檢察新論，17期，2015年1月，頁96（此為許恒達教授之舊說）；謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議，政大法學評論，142期，2015年9月，頁268-272；張永宏，以收取回扣罪與背信罪是否為對向犯為核心，檢察新論，19期，2016年1月，頁45。另外，介紹日本刑法的斡旋賄賂罪與「公職人員等斡旋得利處罰法」中關於斡旋行為處罰的法規定內容，並指出日本的規定值得我國立法時參考者，則亦可參照：陳子平，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，17期，2015年1月，頁123。

(一)公務員基於其地位所進行的斡旋關說行為，是其影響力的濫用，侵害公務的公正性³，乃至對於職務公正性的信賴⁴，具有可罰性。

(二)比起現有的公務員非主管監督事務圖利罪，日本斡旋賄賂罪的規定較為明確⁵。

(三)如不就公務員受賄進行斡旋關說的行為增訂斡旋賄賂罪的處罰條款，將會使得下述態樣中有可罰性的斡旋關說行為陷入無法可罰的狀態，產生處罰漏洞，並不妥當⁶。

【例1】甲行政機關內的上級主管公務員A受人民X交付金錢並請託，希望A就X向甲機關申請之案件向承辦之部下B斡旋關說，使B為X作出有利的決定。A遂以人事升遷等事由為藉口，要求B就所承辦的案件對相對人即人民X作出有利決定，B也依照A所請為之⁷。

【例2】甲地方之民意代表A受熟識之廠商X賄賂後，依照X請託向甲地方政府主管採購官員B斡旋關說，以預算案之杯葛為藉口，要B公告對X有利（或只有X符合）之採購內容⁸。

³ 參照：吳天雲，同前註，頁129。

⁴ 參照：曾淑瑜，同前註2，頁238。

⁵ 參照：謝煜偉，同前註2，頁274。

⁶ 參照：許恆達，同前註2，頁96；曾淑瑜，同前註2，頁237；張永宏，同前註2，頁45。

⁷ 本例係參照：曾淑瑜，同前註2，頁237所設之案例修改而成。

⁸ 本例係參照：曾淑瑜，同前註2，頁237所設之案例修改而成。

【例3】甲地方之民意代表A受建商X賄賂，依照X請託向甲地方政府主管建造執照核發之機關主管B進行斡旋關說，要B依法儘速核發X正在進行之建案的建造執照，不得刁難，其後B發現X的申請案原本即符合法令規定，應該核發建造執照，因此即依照法令規定的正常處理程序，將建造執照合法予X⁹。

【例4】立法委員A與廠商X期約賄賂，向經濟部持有全部股份20%以上但未超過50%之甲公司之子公司即乙公司董事長B進行關說，希望B讓X的公司與乙公司締結契約，並在X之公司第一次爭取締約因不符合廠商資格失利後，再透過B以撤換乙公司總經理C之職務為由，由B向C施壓，最終即在C等人主導下修改乙公司有關締約廠商資格的規定，使X之公司與乙公司締結契約¹⁰。

二、全面引進影響力交易罪之立法論主張

除上述有關引進日本斡旋賄賂罪的立法論主張外，最近我國刑事法學界也相當有力的立法論主張我國應引進所謂公務員的「影響力交易罪」，處罰公務員濫用其

⁹ 參照：許恒達，同前註2，頁96。許教授在此指出，在民意代表向行政機關公務員進行斡旋關說的情形中，倘若「民意代表所關說的公務員仍實施合法行為，依現行法無法處罰」。

¹⁰ 此例是參照備受我國刑法學界關注的臺灣高等法院102年度金上重訴字第21號判決與其第一審判決即臺北地方法院101年度金訴字第47號判決之事實修改而成。張永宏，同前註2，頁45指出，這種情形實務上雖非不能透過實質影響力概念解決，但此一概念有可能造成解釋上不穩定的結果，因此仍應考慮仿照日本刑法第197條之4規定，立法新增斡旋賄賂罪的規定加以掌握此例的行為人A之行為。

實際上具有或被認為具有的影響力，從政府行政部門或行政機關獲取不正當利益的行為¹¹。

採取這種立法論主張的主要理由如下：

(一)聯合國反貪腐公約¹²第18條則規定：「各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將故意觸犯之下列行為定為犯罪：(a)向公職人員或其他任何人員直接或間接行求、期約或交付任何不正當利益，使其濫用本人之實際影響力或被認為具有之影響力，以為該行為之人或其他任何人從締約國之行政部門或政府機關，獲得不正當利益。(b)公職人員或其他任何人員為其本人或他人直接或間接要求或收受任何不正當利益，以作為該公職人員或其他人員濫用其本人實際或被認為具有之影響力，從締約國之行政部門或政府機關獲得任何不正當利益之條件。」¹³

我國雖非反貪腐公約締約國，但是於2015年制定聯合國反貪腐公約施行法¹⁴，於同法第2條第1項規定：

¹¹ 我國採取這種主張者，參照：吳耀宗，刑法抗制貪污犯罪之新思維，檢察新論，19期，2016年1月，頁86；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，19期，2016年1月，頁70；李進榮，聯合國反貪腐公約第18條「影響力交易」之立法建議，檢察新論，21期，2017年1月，頁285。

¹² 以下簡稱「反貪腐公約」。

¹³ 本文以下引用之反貪腐公約條文內容，均出自下載於法務部廉政署網站的聯合國反貪腐公約正體中文版檔案內容。參照：法務部廉政署網站，<http://www.aac.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=46199&CtUnit=18824&BaseDSD=7&mp=289>（最後瀏覽日：2020年3月16日）。

¹⁴ 以下簡稱「反貪腐公約施行法」。

「公約所揭示之規定，具有國內法律之效力。」¹⁵將反貪腐公約的內容內國法化；另一方面也在同法第7條規定：「各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」¹⁶以法律規定我國政府需配合反貪腐公約內容整備內國法制。依據反貪腐公約施行法之規定，我國自然有立法作為之義務¹⁷。

(二)僅是引進日本斡旋賄賂罪的規定，仍無法有效截堵公務員的影響力濫用行為¹⁸。

(三)如果不引進影響力交易罪，下列具有可罰性的行為類型，在我國現行制度下，下列事例中透過斡旋關說方式發揮影響力的行為，將處於無法可罰的狀態，而有處罰的漏洞。

【例5】A擬傾倒廢土至某空地，唯恐遭取締，想事先打點轄區派出所所長X，但無門路，乃攜款10萬元商請該區議員B前往關說，B收款後，隨即向X要求「高抬貴手」，但是遭X拒絕¹⁹。

¹⁵ 參照：法務部全國法規資料庫網站，<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=I0070011>（最後瀏覽日：2020年3月16日）。

¹⁶ 同前註。

¹⁷ 參照：洪培根，與談意見，檢察新論，19期，2016年1月，頁36。關於此部分的簡要介紹，亦可參照：曾昭愷，職務、密切關連行為與影響力交易(二)，法務通訊，2955期，2019年5月，頁5。

¹⁸ 參照：林鈺雄，同前註11，頁69。

¹⁹ 本例係引用自：李進榮，同前註11，頁283所設之例。關於此例，同

【例6】某法官B受友A之託處理其與他人X之債務糾紛時，不斷提醒X自己身為法官熟稔法規，致對造X心理深感壓力而達成和解²⁰。

【例7】甲縣選出的區域立法委員A，收受建商B賄款去關說影響甲縣政府建設科職員X，使X核發B之建造執照²¹。

【例8】曾擔任警政高層的警界大老A，已經被調離警職而任命為其他政務官，但A收受B提供之賄賂，而去關說其曾提拔的學弟X正調查的B所涉刑事案件為一定處理²²。

【例9】甲監獄典獄長A交遊廣闊，某日與A熟識的建商B請託A，希望透過A職務上人脈，照顧其甫進入乙監獄服刑的姪子Y，同時B致贈A茶葉禮盒並內放新臺幣10萬元。A收受禮盒與金錢後，隨即聯繫乙監獄典獄長即昔日大學同窗X，拜託X好好照顧Y，儘量給予Y各種方便。X基於同學與同事情誼允諾之，但其對A從B收受禮盒與金錢一事無所悉²³。

論文指出，「B在本案中既未對X提出違背職務之對價，自不構成對公務員行賄賂罪，又因非公職人員之關係人，故未違反公職人員利益衝突迴避法第8條規定，B行為依現行法制應不罰。」

²⁰ 本例係引用自：李進榮，我國圖利罪之檢討與立法展望——與瑞士法及義大利法為比較，檢察新論，19期，2016年1月，頁3-20。

²¹ 本例係引用自：林鈺雄，同前註11，頁69。

²² 本例係引用自：林鈺雄，同前註11，頁69。

²³ 本例係引用自：吳耀宗，同前註11，頁86。

三、針對三人型貪污之行為結構同時引進影響力交易罪與公務員斡旋賄賂罪的主張

上述的第一與第二種見解在立法論立場的特徵在於，前者僅以斡旋賄賂罪之引進作為立法的主張，而後者僅以影響力交易罪之引進作為立法論的主張。然而，我國刑事法學界最近的研究中，也有相當有力的見解認為，因為我國的法制下難以透過現行的刑法賄賂罪、主管監督事務圖利罪規定或貪污治罪條例的賄賂罪、主管監督事務圖利罪與非主管監督事務圖利罪掌握三人型的貪污犯罪，所以在規範上應可以考慮引進這兩種立法，藉以掌握外部人透過中間人向執行職務之公務員請託為特定職務行為的情形²⁴。並且，根據此一見解，在立法論上，對於要求、期約或提供不正利益，藉以透過有影響力的私人或公務員即中間人對於具體擔當事務的公務員請託，施以影響，使該受託之公務員依照請託內容執行公務之行為的處罰，應作為基本處罰規定，而當有影響力的中間人是公務員時，則加重其處罰²⁵。

採取這種解釋論的主要理由如下：

(一)我國現行的制度下，解釋論上賄賂罪的職務行為應放棄實質影響力的概念，回歸具有公務性的行為為

²⁴ 我國採取此種主張者，參照：許恆達，公務員斡旋賄賂暨影響力交易罪立法芻議，政大法學評論，150期，2017年9月，頁143-149、176-185。

²⁵ 參照：許恆達，同前註，頁184-185。

中心的職務行為概念²⁶。而當行為人並非對自己的職務加以影響，而是向其他公務員施加影響力並影響他人職務行使時，雖然我國也有非主管監督事務圖利罪可以用來掌握這種行為，但是在1.主管公務員所作成的決定合法或未達違法程度、2.無法認定委託中間人以影響力請託他人者取得財產獲利（欠缺因而獲得利益的要素）、3.中間人所請託的行為因偶然因素未執行的情形中，即使有可認為具備可罰的內涵的行為，也無法處罰，造成處罰上的缺口²⁷。

(二)從保護法益的觀點，倘若認為公務員犯罪的保護法益包含公務員執行職務的公正性，以及國民對於公務員執行職務公正的信賴，則公務員交易其對其他公務員職務之影響力以換取利益的行為，可認為是將循私的要素引進公務中，導致個別公務員的職務執行陷入不公正的危險²⁸。然而，我國的非主管監督事務圖利罪並無法充分評價通常存在於前階段的影響力交易行為²⁹。

(三)從行為構造的觀點，基本上這種影響力交易的行為，在A提供利益並說服有影響力之B對實際承擔某項職務的公務員C進行請託，使C依照請託內容行事的情形，在「非主管職務＋期約報酬＋影響主管職務者」等

²⁶ 參照：許恒達，同前註，頁145。

²⁷ 參照：許恒達，同前註，頁149-150、151

²⁸ 參照：許恒達，同前註，頁169-170。

²⁹ 參照：許恒達，同前註，頁153。

要素具備的情況下，已經產成對於前述(二)之公務法益的（抽象）危險，具備可罰性³⁰。而A提供利益請託中間人即B的行為，在這種理解下，即與所謂「未遂教唆」的行為相當，在上述「非主管職務+期約報酬+影響主管職務者」之要素具備的情形中，應可認為具備可罰性³¹。

(四)在此說的主張下，在我國現行制度下，下列透過斡旋關說方式發揮影響力而有可罰性的行為類型，將有處罰的漏洞。

【例10】廠商A明知不符規定，無法取得建造執照，仍以提供新臺幣100萬元給自己的友人即財政局長B為代價，希望B居間協助，B乃向不知B收賄的工務局承辦科員C，請託核發建造執照，C因為曾任職於財政局為B的下屬，不得已乃賣B面子，違法核發建造執照給A³²。

【例11】在上述【例10】的情形中，不知情的C堅持依法行事，拒絕核發建照執照的情形³³。

【例12】廠商A為在工程案中得標，以提供新臺幣100萬元為代價，希望自己的友人即財政局長B居間協助，向承辦該次工程案的公務員C遊說，要C協助綁定規

³⁰ 參照：許恆達，同前註，頁179。

³¹ 參照：許恆達，同前註，頁179。

³² 本例是引用自：許恆達，同前註，頁143。

³³ 本例是引用自：許恆達，同前註，頁149。

格標，因C為B昔日下屬，不得已乃依照B所言協助，但在尚未投標之前，案件經A之員工D爆料而曝光，本件標案因此中止的情形³⁴。

【例13】廠商A為能取得鄉公所的標案，以提供新臺幣100萬元為代價，請已經從民間企業退休之友人B向B之女婿即承辦本件標案的公務員C遊說，C最後答應協助，並綁規格標給A，使A順利取得標案³⁵。

四、反對引進斡旋賄賂罪之立法論主張

除上述三種引進新立法例的主張外，我國另外也有主張認為不需要立法引進斡旋賄賂罪的規定。其理由主要如下：

(一)目前的我國實務上，在最高法院於同院99年度台上字第7078號判決³⁶中，就公務員賄賂罪的職務行為的解釋論採取「實質影響力」概念後，事實上即可將大多數公務員透過斡旋關說影響他人職務乃至民間企業運作的行為納入賄賂罪的處罰範圍，因此在這樣的實務運作下，已不需要立法引進斡旋賄賂罪等規定³⁷。

³⁴ 本例是引用自：許恒達，同前註，頁150。

³⁵ 本例是引用自：許恒達，同前註，頁152。立於引進影響力交易罪的立場而同樣指出此種情形的主張，可參照：王玉全，影響力交易或運（濫）用影響力？——淺析刑法修正草案第134條之1，法學叢刊，64卷1期，2019年1月，頁9。

³⁶ 本文以下所引用的判決如無特別註明，均為最高法院的刑事判決，同時其紀年均為民國紀年，因此在本文以下內容中引用之各判決，即不再加註「民國」、「刑事」等字樣。

³⁷ 我國採取這種主張者，可參照：李麗玲，我國貪污治罪條例之立法展

依照這種主張，則上述前兩說所舉出的【例1】至【例13】，只要在公務員能夠透過斡旋關說行為使其他公務員或者私人的事務在具體的執行上受其左右，而依照關說內容進行，不論該項事務具有公務性，或僅為民間私人的事務，均能肯定該項事務是進行斡旋關說行為的公務員的職務³⁸。

(二)目前我國法制度上，已經有貪污治罪條例第6條第1項第5款的公務員非主管監督事物圖利罪，就公務員向其他公務員斡旋關說行為加以規定，因此未必有需要引進斡旋賄賂罪的規定³⁹。

五、小 結

從上述的觀察可知，我國目前關於公務員斡旋關說行為的刑事立法論狀況大致如下：

第一，上述四種立法論的主張之中，基本上均不否定公務員斡旋關說行為在刑法上足以作為犯罪加以處罰的可能性與必要性。

第二，上述的第一至第三種立法論主張應引進新的立法例，第四種則認為未必有需要。這兩種立場的不同可能在於，第一至第三種見解下，認為我國現行刑法的

望——以增訂日本斡旋收賄罪為例，檢察新論，19期，2016年1月，頁112-113、116。

³⁸ 這應該是採取實質影響力的解釋上結論。參照：陳子平，刑法各論（下），3版，2020年1月，頁599-560。

³⁹ 參照：李麗玲，同前註37，頁116。

規定下，尚有值得處罰但是無刑罰規定可適用的公務員斡旋關說行為，第四種見解則認為未必，解釋上只要透過實質影響力，應可涵蓋斡旋關說行為的處罰。

第三，認為應引進新立法例的第一與第二種主張，除了承認公務員斡旋關說行為的可罰性外，更重要的理由應是在於希望透過新立法彌補其認為在目前法制度下存在的可罰性漏洞（上述的【例1】至【例13】）。

第四，值得注意的是，究竟認為應立法的第一至第三種主張，其所欲透過立法形成的可罰範圍為何？

關於這點，由於上述學說所舉出的【例1】至【例13】，已經包含相當多種的行為態樣，因此可以透過以下的分析，大致應理解我國學說目前希望透過立法加以掌握的可罰行為範圍。

亦即，倘若將上述各例分解為：(一)斡旋關說行為人是否為公務員或公職人員？(二)斡旋關說對象是否為公務員？(三)影響力來源（公務員身分或社會地位）？(四)斡旋關說行為的有無？(五)圖利行為是否違背職務並使特定人得到財產上利益？(六)斡旋行為人所得利益是否來自圖利行為？等要素加以觀察，則應該可得到以下被我國學說認為應透過刑罰法律處罰的可罰行為類型⁴⁰。

⁴⁰ 為了在貳、與參、部分對實例分析上的方便，筆者會將各項指標中的不同態樣以代號代表。在此簡單說明各代號的意義如下：

第一，行為人的身分上是公務員，即以（要素A）表示。如其身分非公務員，則以（要素Ψ）表示。

第一類是公務員（要素A），對於下屬公務員（要素B），基於法規上的上下指揮關係（要素C），就下屬之職務上行為進行指示（要素 θ ），使下屬違背職務而執行在財產上利於某特定私人的職務行為（要素E），或者使下屬為不違背職務但相對地對特定私人有利的職務行為（要素F），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）的情形（ $A+B+\theta+C+E+I$ 或 $A+B+\theta+C+F+$

第二，斡旋關說等影響力行使行為的相對人身份上，如為公務員，以（要素B）表示；如為私人（包含民間企業與一般人民），即以（要素 α ）表示。

第三，行為人所為的行為內容上，如為上級長官對下屬的指示、命令，以（要素 θ ）表示；如為斡旋關說行為，以（要素 Ω ）表示；如為已答應但實際上沒有進行的，則以（要素 Φ ）表示。

第四，對相對人之影響力來源上，如是基於上級長官對部屬的關係時，以（要素C）表示，如是基於單純基於公務員官階的上下階級，並無直屬關係時，以（要素 Σ ）表示，如是基於同層級但在權力分立下屬於不同權力的公務員的關係（例如地方民意代表對地方政府機關公務員）時，以（要素D）表示；如是基於不同層級且在權力分立下屬於不同權力的公務員的關係（例如縣議員對鄉鎮長），以（要素 β ）表示；如是基於私人間的人際關係（朋友、同事）時，以（要素 ϵ ）表示；如是單純基於行為人的職位的社會地位時，則以（要素 γ ）表示。

第五，在受影響力所及的相對人是否有為違背職務行為製造財產上利益之點，如有為違背職務行為且製造財產上利益的情形，以（要素E）表示；如是合乎職務行為而製造財產上利益的情形，以（要素F）表示；如是無公務性質的行為製造財產利益的情形，以（要素G）表示；如是違背職務行為但並未製造財產利益的情形，以（要素H）表示。

第六，關於不正行使影響力的行為人所得的利益來源上，如是不從他人違背職務行為直接得利，而是從請託的私人處另外得到報酬或利益，以（要素I）表示；如是沒有取得利益，以（要素J）表示；如是從他人違背職務行為直接得利的情形，以（要素K）表示。

I)。屬於這種類型的，應有上述的【例1】⁴¹。

第二類則是公職人員即民意代表（要素A⁴²），對於同一層級的地方行政機關官員（要素B），基於其身為同層級民意代表的身分（要素D），就該行政機關之官員之職務進行斡旋關說（要素Ω），使受斡旋之公務員違背其職務作成對財產上有利於某特定私人的一定決定或處分（要素E），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）的情形（A+B+D+Ω+E+I）。屬於這種類型的，應有上述的【例2】。

第三類則是公職人員即民意代表（要素A），對於同一層級的地方行政機關官員（要素B），基於其身為同層級民意代表的身分（要素D），就該行政機關之官員之職務進行斡旋關說（要素Ω），使受斡旋之公務員作成財產上有利於某特定私人，同時不違背職務的一定決定或處分（要素F），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）的情形（A+B+D+Ω+F+I）。屬於這種類型的，應有上述的【例3】、【例5】。

⁴¹ 本文上述【例1】所引用的文獻並未清楚界定受指示的公務員所為的行為是違背或不違背職務的職務行為，但是考慮到事實上兩者在現實的情況中均有可能發生，因此在此將兩種情形併陳。

⁴² 本文在此將一般政府機關的公務員，司法機關中的公務員，以及民意代表這種公職人員均置於同一要素項目下。這樣的考慮是因為依照我國現行法的規定，實際上這三種分屬不同權力的公務、公職人員如有瀆職或貪污行為，均同受貪污治罪條例規範，因此，在此將這三者列於同一項目中。至於比較法上，有將三者的貪瀆行為之處罰做區別規範的立法例的相關說明，可參照：許恒達，同前註2，頁85-90；林鈺雄，同前註11，頁52。

第四類則是公職人員即中央民意代表（要素A），對地方層級的行政官員（要素B），基於其中央民意代表的身分（要素 β ）進行斡旋關說（要素 Ω ），使上揭地方層級行政官員，作出財產上有利於特定私人的一定決定或處分（要素E），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）的情形（ $A+B+\beta+\Omega+E+I$ ）。屬於這種類型的，應有上述的【例7】。

第五類則是公務員（要素A），對於無任何隸屬關係的其他公務員（要素B），基於人際關係即朋友身分（要素 ε ），進行斡旋關說（要素 Ω ），使受斡旋關說者對特定私人為一定與財產上利益無關的便宜或通融處分（H），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）的情形（ $A+B+\varepsilon+\Omega+H+I$ ）。屬於這種類型的，應有上述的【例8】、【例9】、【例10】。

第六類則是公職人員即中央民意代表（要素A），對於政府持有相當股份（但未過半）之民間企業的高階主管（要素 α ），基於中央民意代表身分（ β ），進行斡旋關說（要素 Ω ），使受斡旋關說者就企業事務，作出對特定的私人之財產上有利的決定（要素G），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）的情形（ $A+\alpha+\beta+\Omega+G+I$ ）。屬於這種類型的，應有上述的【例4】。

第七類則是公務員（要素A），對於一般私人（要素 α ），基於身為公務員的社會地位（要素 γ ），就民法等私法上事務，進行斡旋關說（要素 Ω ），要求該相對

人就特定財產上事務，作出財產上有利於某特定私人之意思表示（要素F），但並未從受益的私人再取得財產上利益（要素J）的情形（ $A + \alpha + \gamma + \Omega + G + J$ ）。屬於這種類型的，應有上述的【例6】。

第八類則是公務員（要素A），對於無任何隸屬關係的其他公務員（要素B），基於人際關係即昔日長官身分（要素 ε ），進行斡旋關說（要素 Ω ），要其依請託內容作出財產上有利於特定私人的一定決定或處分，但是受請託的公務員拒絕協助或因其他因素導致最終並無法有任何違背職務行為被執行的情形。同時，為請託行為之公務員也收受該特定私人所提供之利益（要素I）的情形（ $A + B + \varepsilon + \Omega + I$ ）。屬於這種類型的，應有上述的【例11】、【例12】。

第九類則是非公務員（要素 Ψ ），基於親戚朋友等關係（要素 ε ），對具體承辦某事務之公務員（要素B）進行斡旋關說（要素 Ω ），使該公務員依照請託內容行事，作出財產上有利於特定私人的一定決定或處分（要素E），同時請託之非公務員也取得特定私人提供之利益（要素I）的情形（ $\Psi + \varepsilon + B + \Omega + E + I$ ）。屬於這種類型的，應有上述的【例13】。

上述我國立法論認為可能產生處罰漏洞的各類型之概要，可以以下之表格表示：

關於公務員不正行使影響力行為之我國刑事規制現況的檢驗

表1

類 型	內 容	要素組合	對應事例
第一類	公務員（要素A），對於下屬公務員（要素B），基於法規上的上下指揮關係（要素C），就下屬之職務上行為進行指示（要素θ），使下屬違背職務而執行在財產上利於某特定私人的職務行為（要素E），或者使下屬為不違背職務但相對地對特定私人有利的職務行為（要素F），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）	$A + B + \theta + C + E + I$ 或 $A + B + \theta + C + F + I$	【例1】
第二類	公職人員即民意代表（要素A），對於同一層級的地方行政機關官員（要素B），基於其身為同層級民意代表的身分（要素D），就該行政機關之官員之職務進行斡旋關說（要素Ω），使受斡旋之公務員違背其職務作成對財產上有利於某特定私人的一定決定或處分（要素E），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）	$A + B + D + \Omega + E + I$	【例2】
第三類	公職人員即民意代表（要素A），對於同一層級的地方行政機關官員（要素B），基於其身為同層級民意代表的身分（要素D），就該行政機關之官員之職務進行斡旋關說（要素Ω），使受斡旋之公務員作成財產上有利於某特定私人，同時不違背職務的一定決定或處分（要素F），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）	$A + B + D + \Omega + F + I$	【例3】 【例5】
第四類	公職人員即中央民意代表（要素A），對地方層級的行政官員（要素B），基於其中央民意代	$A + B + \beta + \Omega + E + I$	【例7】

類 型	內 容	要素組合	對應事例
	表的身分（要素β）進行斡旋關說（要素Ω），使上揭地方層級行政官員，作出財產上有利於特定私人的一定決定或處分（要素E），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）		
第五類	公務員（要素A），對於無任何隸屬關係的其他公務員（要素B），基於人際關係即朋友身分（要素ε），進行斡旋關說（要素Ω），使受斡旋關說者對特定私人為一定與財產上利益無關的便宜或通融處分（H），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）	$A + B + \varepsilon + \Omega + H + I$	【例8】 【例9】 【例10】
第六類	公職人員即中央民意代表（要素A），對於政府持有相當股份（但未過半）之民間企業的高階主管（要素α），基於中央民意代表身分（β），進行斡旋關說（要素Ω），使受斡旋關說者就企業事務，作出對特定的私人之財產上有利的決定（要素G），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）的情形	$A + \alpha + \beta + \Omega + G + I$	【例4】
第七類	公務員（要素A），對於一般私人（要素α），基於身為公務員的社會地位（要素γ），就民法等私法上事務，進行斡旋關說（要素Ω），要求該相對人就特定財產上事務，作出財產上有利於某特定私人之意思表示（要素F），但並未從受益的私人再取得財產上利益（要素J）	$A + \alpha + \gamma + \Omega + F + J$	【例6】
第八類	公務員（要素A），對於無任何隸屬關係的其他公務員（要素B），基於人際關係即昔日長官身分（要素ε），進行斡旋關說	$A + B + \varepsilon + \Omega + I$	【例11】 【例12】

關於公務員不正行使影響力行為之我國刑事規制現況的檢驗

類 型	內 容	要素組合	對應事例
	(要素Ω)，要其依請託內容作出財產上有利於特定私人的一定決定或處分，但是受請託的公務員拒絕協助或因其他因素導致最終並無法有任何違背職務行為被執行，同時為請託行為之公務員也收受該特定私人所提供之利益(要素I)		
第九類	非公務員(要素Ψ)，基於親戚朋友等關係(要素ε)，對具體承辦某事務之公務員(要素B)進行斡旋關說(要素Ω)，使該公務員依照請託內容行事，作出財產上有利於特定私人的一定決定或處分(要素E)，同時請託之非公務員也取得特定私人提供之利益(要素I)	$\Psi + \varepsilon + B + \Omega + E + I$	【例13】

資料來源：作者自行製表。

將上述分析歸納起來，可知我國學界認為具可罰性，且應透過斡旋賄賂罪乃至公務員影響力交易罪「填補」的處罰漏洞，在經過填補後，會具有相當廣泛的範圍。這樣的廣泛範圍表現在以下的特徵：

(一)公務員進行斡旋關說的行為對象不僅包括其他公務員(上述第一類、第二類、第三類、第四類、第五類)，也包括民間企業或一般民眾等私人(上述第六類、第七類)。

(二)公務員的斡旋關說之所以能發揮一定影響的影響力來源，可以基於公務員身分(上述第一類、第二類、第三類、第四類、第六類)，可以基於公務員於社

會生活中的地位（上述第七類），也可以基於朋友或學長學弟等人際關係（上述第五類）。

（三）斡旋關說的行為人，甚至可以不具備公務員身分。只要有實質上影響力即可（上述第九類）。

（四）受斡旋者所為的行為，可以是違背法令的職務行為〔上述第一類、第二類、第四類（如有不依照法令標準准、駁申請時）〕，可以是不違背法令的職務行為（上述第三類、第五類），也可以是不具有公務性質的私法上行為（上述第六類、第七類）。

（五）公務員透過斡旋使其他公務員就特定人的事務作成的決定，可以使該特定人取得財產上利益（上述第一類、第二類、第三類的【例5】、第四類、第六類、第七類、第八類、第九類），也可以不帶有財產上利益（上述第五類），甚至受斡旋關說者也可以拒絕關說（上述第三類的【例3】）。

（六）公務員所斡旋關說的對象，即使拒絕斡旋關說，或者最終因其他原因使斡旋關說之內容無法實現，我國也有認為應對斡旋關說者加以處罰的主張（上述第三類的【例5】【例11】【例12】）。

參、我國實務中關於公務員行使不正影響力行為的狀況

一、概 說

經過上述分析後，大致上已經可以瞭解我國目前學

界的立法論的主要主張，同時也確認了目前我國大部分的學說⁴³希望透過立法，並期待在相當廣泛的範圍處罰公務員乃至無公務員身分者的斡旋關說收賄行為。

不過，從立法論的觀點而言，既然這樣的立法論主張是認為，就上述這些公務員或民間人員透過斡旋關說等行為對他人施加影響力⁴⁴，使事務依照其所斡旋或關說的具體內容進行的行為態樣，在我國法制上會形成處罰的漏洞，因此才主張立法，則究竟我國法制的現狀下，上述的行為究竟是否均無法可罰？如有處罰，是以什麼樣的規定？並且具體而言處罰什麼態樣的行為？等問題，即需進一步透過對於我國實務現狀的考察加以確認，並在這樣的考察後，才能確認上述我國立法論的主流主張——引進新的立法例以補充現行規定下的處罰缺漏——是否有充分的根據。

因此，本文以下的內容，即以我國最高法院最近的實務為對象，舉出較為具體的案例，對上述問題進行考察。

二、有上下隸屬關係的公務員間的斡旋關說的情形

根據筆者的研究，事實上，本文前述貳、四所分析出的第一類行為，在我國最近的最高法院實務中，可舉①94年度台上字第3537號判決為例。

⁴³ 參照本文前述貳、一、與貳、二的立法論主張。

⁴⁴ 參照本文前述貳、五分析得出的九個類型。

①94年度台上字第3537號判決的事實關係是：1993-1994年間，在臺南市（改制前）之某納骨塔業者X欲在自有土地一筆與臺南市所有土地兩筆上興建納骨塔，乃向同市工務局（以下稱工務局）申請核發納骨塔建造執照，但遭工務局以未附申請程序必要之土地使用權利同意書為由退件，X為求納骨塔建造執照順利核發，除向臺南市政府承租上述兩筆公有土地外，也同時向（行為時）擔任臺南市長的A提供新臺幣⁴⁵2,000萬元款項。其後，於X再次申請納骨塔建造執照時，雖仍未附上開申請上必要之同意書致臺南市政府承辦該申請案之相關單位之間存有歧見，但經同市政府財政局簽會相關局、處、科、室，決議免附土地使用權利同意書，且由A批示決行，遂發給建造執照予X。

在此判決中，最高法院認為①依被告行為時有效之「台灣省台南市政府組織章程第二條前段」規定，臺南市長有綜理市政，且指揮監督所屬機關權限、②本件納骨塔興建案，是被告身為市長綜理市政事項之一、③被告親自在與本件有關的10件公文上為批示，因此本件建造執照的核發，屬於被告職務權限範圍內之事務，從而肯定原審判斷，認為A成立職務上受賄罪⁴⁶。

⁴⁵ 本文以下如無特別註明，均係以新臺幣為貨幣單位。

⁴⁶ 參照：94年度台上字第3537號判決。關於本件較為詳細的說明，參照：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，48期，2015年7月，頁83-84。考慮到本文的問題意識在於呈現我國公務員不正地行使影響

三、無上下隸屬關係的公務員間的斡旋關說的情形

(一)同一機關內非直屬上下級公務員間的情形

最高法院的最近實務中，可發現有同屬同一機關，但並非直屬的上下級公務員之間，由上級公務員對下級公務員就下級公務員所進行的業務斡旋關說的事例。這種情形，可舉^②102年度台上字第4357號判決為例。

此判決的事實關係是：A為財政部臺北關稅局稽查組九等秘書，以襄助課務、督導查緝為其業務，職務上雖不參與旅客行李檢查的業務，但是A仍常憑其秘書身分，利用執行其「督導查緝業務」之機會，而於旅客通關時，指示旅客前往櫃台接受關員檢查。A因受走私業者X請託並收受利益，利用其進行督導指揮旅客通關秩序之機會，於約定之走私業者X攜帶未稅物品欲通關時，向負責檢查之關員「揮手」，使海關人員不加檢查即放行，完成走私行為。對於此事實關係，最高法院維持原審之判斷，認為即使A不主管檢查行李業務，但在檢查行李之現場，以上級公務員之身分揮手放行，將使現場執行檢查職務之下級公務員心理上受到拘束，依照A以其揮手動作所示之意思對受檢查者放行，因此應認為A的行為成立貪污治罪條例第6條第1項第5款的公務員

力之各種行為的全貌，藉以明確化對此等行為處罰的刑法上規制之範圍，且為避免與筆者已發表之先行研究重複，在本文中，關於公務員賄賂罪的實務裁判引用，僅以事實關係與法院的結論為限，詳細的介紹與分析之內容仍請參照上述筆者已發表的論文。

非主管監督事務圖利罪⁴⁷。

(二)無隸屬關係公務員、公職人員間的情形

最高法院最近實務中，可見公務員或公職人員向屬於不同國家權力之其他公務員進行斡旋關說施加影響力，而使受斡旋者為違背職務的行為，再藉此圖利的事例。這種類型常見於民意代表向同層級地方行政官員以斡旋關說方式就具體事務施壓，要求朝一定方向辦理的情形，可舉^③100年度台上字第1387號判決、^④95年度台上字第6561號判決為例。

^③100年度台上字第1387號判決的事實關係是：A為甲縣（改制前）乙鄉民代表會主席，以鄉民代表會主席身分提案要求乙鄉公所購買紀念品，並經代表會決議通過後，即施壓同公所民政課長W、X，要求公所購買A與其他共犯販得之鈦杯，並於W、X呈報鄉長Y，Y也同意後，再使行政室主任Z與課員S依照A所指定之鈦杯樣品規格設定招標規格，最終由A指示借牌參與投標之業者B得標。就此事實關係，最高法院肯定原審的判斷，認定被告利用鄉民代表會主席身分圖利，成立非主管事務圖利罪⁴⁸。

⁴⁷ 參照：102年台上字第4357號判決。本件的評釋，亦可參照：謝煜偉，同前註2，頁241-242。類似的事例，另可參照：103年度台上字第3638號判決。

⁴⁸ 參照：100年度台上字第1387號判決。關於此判決，以及本文以下引用關於非主管監督事務圖利罪的各判決之介紹與詳細分析，另可參照：黃士軒，初探公務員非主管監督事務圖利罪中的「利用職權機會

④95年度台上字第6561號判決的事實關係是：1992年6月間，甲縣乙（瑞芳）鎮公所所在該鎮興建之第一期垃圾衛生掩埋場（下稱乙掩埋場）正式啟用，由原為里幹事而代理乙鎮公所清潔隊隊長B負責管理。該掩埋場設置之目的，在處理乙鎮內之一般廢棄物，不得傾倒工程廢棄土，而覆蓋該掩埋場垃圾所需覆土，依照乙鎮公所與台灣電力公司丙發電廠間之清運契約已有運自該電廠之煤渣可用，乙鎮公所向來並無為工程業者出具棄土同意函之先例。A為乙鎮鎮民代表，數度收受數家廠商所交付數萬至100餘萬元金額不等之款項，並利用其基於民意代表在鎮民代表大會對乙鎮公所之行政事項有質詢權，對於乙鎮公所預算有審查權之身分，向B關說，由B擬稿、核稿、判行，函覆，而發給同意函予該等廠商，同意其等進入乙掩埋場傾倒工程棄土。對此事實關係，原判決認為A成立非主管監督事務圖利罪，A對原判決提起上訴，但是最高法院仍維持原判決而駁回被告上訴⁴⁹。

或身分」圖利行為——兼與日本斡旋賄賂罪之簡要比較，檢察新論，19期，2016年1月，頁132、134-136。考慮到本文的問題意識在於呈現我國公務員不正地行使影響力之各種行為的全貌，藉以明確化對這些行為處罰的刑法上規制之範圍，且為避免與筆者已發表之先行研究重複，在本文中，關於非主管監督事務圖利罪的實務裁判引用，原則上僅以事實關係與法院的結論為限，詳細的介紹與分析之內容仍請參照上述筆者已發表的論文。

⁴⁹ 參照：95年度台上字第6561號判決。

四、利用人際關係進行斡旋關說的情形

最近最高法院實務中，有關公務員利用人際關係進行斡旋關說的事例，可舉⁵⁰91年度台上字第2840號判決為例。

此判決的事實關係是：1998年11月間，甲實業股份有限公司（以下稱甲公司）經人檢舉涉嫌不實廣告及非法販賣軍公教福利品案，遭公平交易委員會（以下稱公平會）調查，甲公司負責人X乃委請同係其擔任負責人之乙建設股份有限公司開發部經理Y全權處理該案。Y與曾任職公平會之A係大學同學，乃央求A從中擺平，並應允事成後給予好處。A即尋得自己任職公平會時之同事B，且與B共同基於圖私人不法利益的意思聯絡，由B於1999年2月上旬及同年4月上旬，兩度向有同事之誼且承辦上述甲公司案件之科長C與承辦人D洽詢案件，C與D均敷衍應允，其後A也利用陪同Y前往公平會之機會數度拜會C，希望影響審理結果。除此之外，B也在公平會內調閱非自己主管業務內之甲公司被檢舉案及其他相關處分案例，交由A提供甲公司用以參考，準備答辯，然因該檢舉案件尚未終結即被發覺。原審法院經審理後，認為被告A、B被訴所犯之公務員非主管監督事務圖利罪並未被證明，判決被告A、B無罪，而最高法院也維持原判決，駁回檢察官之上訴⁵⁰。

⁵⁰ 參照：91年度台上字第2840號判決。

五、實際上並未進行斡旋關說的情形

關於公務員以可對其他公務員進行斡旋關說使特定私人受益，且從該特定私人收受利益後，卻未進行關說的情形，在最近的最高法院實務中，可舉出⁶103年度台上字第223號判決為例。

此判決的事實關係是：1996年間，甲公司承受其他三所公司與乙縣丙市公所簽訂的焚化爐興建工程並完成焚化爐興建後，因為該焚化爐燃燒功能不彰，遲遲未能申請乙縣政府環境保護局（下簡稱環保局）審查核可，無從取得「（廢棄物）代清除、處理業許可證」、「固定污染源操作許可證」，依行為時廢棄物清理法第20條、空氣污染防制法第24條、固定污染源設置變更及操作許可辦法第15條、公民營廢棄物清除處理機構管理輔導辦法第3條等規定，不能開爐操作，以致焚化爐閒置未使用。甲公司負責人X為能使焚化爐順利運作，始能向丙市公所請領垃圾處理費用，乃請託當時擔任甲縣議員之A向丙市市長B斡旋關說，使B讓焚化爐及早運轉。A接受請託後，向X表示可代向B遊說，使焚化爐能儘快過關運作，並以需錢打點相關人事為由，要求1,000萬元「公關費」之不法利益，X與其股東Y等人商量後，也依A所言輾轉交付1,000萬元給A。然而A遲未向B進行斡旋關說行為，也未退還上述款項與X、Y等人。其後A於隔年當選丙市市長，Y等人認為事情仍有轉圜餘地，乃未向A請求返還上述1,000萬元款項。

對此事實，原判決認為①A明知上述焚化爐無法取得運轉所必要之「(廢棄物)代清除、處理業許可證」、「固定污染源操作許可證」，②仍利用其身為縣議員可透過質詢等方式對於縣政府施政有實質上影響之身分，③以向B關說為由，④向X索取1,000萬元利益之行為，該當非主管監督事務圖利罪第6條第1項第5款之構成要件，從而認為A是利用身分而成立非主管監督事務圖利罪⁵¹。

A雖對原判決上訴，但是最高法院維持原審的判斷，同時也肯定原審的理由，認為A是就非自己主管監督的事務，基於身分為自己圖利，應成立非主管監督事務圖利罪，從而駁回被告之上訴⁵²。

六、公職人員對私人施加影響力的情形

前述的各類型中，儘管態樣各有不同，但是斡旋關說者所施加影響力的對象均為公務員。然而從公務員行使其影響力的觀點來看，公務員透過斡旋關說行為讓受到影響的對象為一定內容的行為，並不以受斡旋關說的相對人是公務員的情形為限，理論上可以包含受斡旋關說之相對人為私人的情形。因此，以下即就公務員對私人發揮影響力的情形，觀察我國最高法院最近的實務。

⁵¹ 參照：臺灣高等法院101年度重上更(五)字第29號判決。

⁵² 參照：103年度台上字第223號刑事判決。

(一)公務員為私經濟行為擔任仲介的情形

首先是公務員為私經濟行為擔任仲介，介紹一定的私人向特定對象進行一定的經濟活動的情形。這種案例可舉：●93年度台上字第4008號判決為例。

此判決的事實關係是：A係甲縣乙鄉公所聘僱之清潔隊員，負責消毒清運工作、或為垃圾場處理。本件A介紹包括「W行」、「X有限公司」、「Y廢棄物清除有限公司」、「Z企業有限公司」等民間廢棄物清除業者將垃圾或廢棄物違法掩埋於A與B私設在乙鄉私人土地內的垃圾場，A也就每台車收取3,000元之費用。

對此事實關係，檢察官認為被告係利用收集處理及違法廢棄物之稽查取締的權限進行違背法令的圖利行為，乃依貪污治罪條例第6條第1項第4款的公務員主管監督事務圖利罪（以下稱主管監督事務圖利罪）將被告起訴。相對於檢察官的起訴，原判決經調查後認定被告作為清潔隊員，僅有上述進行消毒清運工作、或為垃圾場處理的職務權限，並無檢察官所認稽查取締違法廢棄物之法律上權限，因此不成立主管監督事務圖利罪。同時，原判決更進一步指出，基於①本件A並無可憑藉圖利之職權、機會或地位，來迫使或誘引B與其合設事業廢棄物掩埋場；②也無影響力藉以誘使上述廢棄物清除業者至其所設立之垃圾場傾倒垃圾，因此A之行為也不成立非主管監督事務圖利罪。在此基礎上，原判決維持

第一審的有罪判決，駁回檢察官的第二審上訴⁵³。

檢察官雖對原判決上訴，但是最高法院仍肯定原審的判斷，在引用原判決的理由後，維持原判決而駁回檢察官的上訴⁵⁴。

(二)公務員向私人要求不正利益的情形

關於公務員利用職務上機會向私人斡旋關說，施壓要求利益的情形，可舉出⁸95年度台上字第7251號判決為例。

此判決的事實關係是：甲公司承作乙縣立文化園區整體規劃新建工程預建地整建工程，經監造單位及業主同意，變更施工方法。然而甲縣議會仍收到關於該工程施工的檢舉，乃派員至工地視察瞭解，並發現施工方法與契約內容不符。當時為縣議員之A知悉上情後，乃多次向甲公司員工X表示甲公司承作工程，未依原設計施工，因此甲公司需對A以匯款方式，支付額外獲利2,000萬元的四分之一，即500萬元為封口費，否則A將在縣議會內提案質詢，並移送檢調單位偵辦，如願意支付上開款項則A承諾以議員之身分，向乙縣警察局及環保局說情，以解決甲公司砂石車數度遭該二單位開單取締之窘境，X將此事報告甲公司總經理Y後，X、Y乃暗中蒐證並與A多次會談協議後，將支付金額降為150萬元，最終

⁵³ 參照：臺灣高等法院臺南分院93年度重上更(三)字第56號判決。

⁵⁴ 參照：93年度台上字第4008號判決。

A並未取得款項。

本件原判決認定A之行為成立貪污治罪條例第4條第1項第2款的藉端勒索財物罪的未遂犯。被告對於原判決上訴主張①議員之質詢並非不法之惡害，難謂是恫嚇或脅迫使人心生畏懼勒索財物、②自己之行為係為蒐集甲公司違法之證據、③與X、Y之會談均非自己主動要求，從而不應成立貪污治罪條例的藉端勒索財物罪。相對於此，最高法院則以①民意代表若執之於議會上提出質詢，確將影響工程之順利進行，對甲公司確實不利、②本件並無證據能認定A係為檢舉而向甲公司勒索財物，且為檢舉蒐證而多次勒索財物之行為，也與常理有違、③X、Y與A之會談由何方邀約與藉端勒索財物罪也無必然關聯等理由，維持原判決而駁回被告上訴⁵⁵。

七、純粹因為身分取得利益的情形

上述各類型中，被告公務員基本上均有就特定的事項發揮影響力，企圖影響各該事項的進行。但是，在我國最高法院最近實務中，也曾經出現公務員僅基於其公務員的身分或社會地位，即收受私人所提供的財物的情形⁵⁶。屬於這種類型的事例，可舉⑨95年度台上字第

⁵⁵ 參照：95年度台上字第7251號刑事判決。

⁵⁶ 於此可附帶說明的是，這種情形與上述「五、實際上並未進行斡旋關說的情形」的差別在於，行為人在「五、」的情形中，其收受利益的背景中仍有就其他公務員的特定職務行為或特定事項進行斡旋關說的約定，在「八、」這種情況中，行為人則並無就特定事務進行斡旋的行為。

4636號判決為例。

此判決的事實關係是：A係於行為時為前台灣省水利局（現改制為經濟部水利署）工務組組長室之正工程師，負責該局相關工程發包等事宜。前台灣省水利局於1995年時，負責甲地區之「共同引水工程工業專用設施管路」工程之發包等事務，其中編號2-1、2-2、5-2、5-3等標之工程由乙公司集團得標承作，編號3-2、4-1、4-2、5-1等標之工程亦由乙公司集團轉包承作，乙公司集團負責人X為使工程逐期順利估驗計價，乃於1996年5月間，A為其子舉行婚宴時，由X代為支付喜宴費用25萬2,994元，其後再由乙等公司分攤。A因收受上述喜宴費用款項，被檢察官以違背職務受賄罪提起公訴。

對於上述事實，原判決以①上述工程之驗收等事項並非A之職務範圍內事務、②A對於上述各工程之討論、開會、監督、核准之簽辦等部分均未參與為理由，認為A與X之間就上述工程估驗計價事項並無形成對價關係，從而判斷A不成立違背職務受賄罪。

其次，原判決檢討A的行為是否可能構成貪污治罪條例第6條第1項第5款的非主管監督事務圖利罪，然而原判決指出，在A的行為後，貪污治罪條例於2001年修正，且就公務員非主管監督事務圖利罪的構成要件新增「明知違背法令」的要件，而本件檢察官並未舉證A究竟違反如何的法令，僅能認為A的行為是單純以身分上的機會取得利益。從而，在行為後法律已經有變更而不

處罰這種行為的前提下，原判決對被告A宣告免訴⁵⁷。對於原判決檢察官提起上訴，不過最高法院肯定原審的法律上判斷，維持原判決而駁回檢察官上訴⁵⁸。

八、小 結

透過上述的概觀可知，我國目前的刑事法制度中，公務員使用不當影響力的行為，已有被法院認為成立犯罪而在我國刑事法規範下受處罰者，也有被法院認為不成立犯罪者。在此將其各自的範圍大致歸納如下：

首先，關於使用影響力而成立犯罪的類型，大致有：

第一類是，公務員（要素A），對於下屬公務員（要素B），基於法規上的上下指揮關係（要素C），就下屬之職務上行為進行指示（要素 θ ），或者使下屬為不違背職務但相對地對特定私人有財產上利益的職務行為（要素F），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）的情形（A+B+C+ θ +F+I）。

屬於這種類型者，如上述的^①94年度台上字第3537號判決（就不違背職務的情形，是同條例第5條第1項第3款的不違背職務賄賂罪）加以處罰。

第二類是，公務員（要素A），對於雖在同一機關內，但無直接上下隸屬關係的其他公務員（要素B），

⁵⁷ 參照：臺灣高等法院高雄分院94年度重上更(三)字第75號判決。

⁵⁸ 參照：95年度台上字第4636號判決。

以自己層級較高的公務員身分（要素 Σ ），進行斡旋關說（要素 Ω ），要求該公務員違背職務而為財產上有利特定私人的行為（要素E），並另外從該特定私人取得利益或報酬（要素I）的情形（ $A+B+\Sigma+\Omega+E+I$ ）。屬於這種類型者，例如上述的②102年度台上字第4357號判決。該判決中，法院適用貪污治罪條例非主管監督事務圖利罪的規定，對這種類型的行為加以處罰。

第三類是，地方民意代表（公職人員）（要素A），對同層級地方政府公務員（要素B），基於其身為同層級民意代表的身分（要素D），基於對同級的地方政府官員關說施加壓力（要素 Ω ），要其違背職務為財產上有利特定私人的行為（要素E），而從該違背職務行為取得不正利益（要素K）的情形（ $A+B+D+\Omega+E+K$ ）。屬於這種類型者，如上述的③100年度台上字第1387號判決。該判決中，法院適用貪污治罪條例非主管監督事務圖利罪的規定，對這種類型的行為加以處罰。

第四類是，地方民意代表（公職人員）（要素A），對同層級地方政府公務員（要素B），基於其身為同層級民意代表的身分（要素D），基於對同級的地方政府官員關說施加壓力（要素 Ω ），要其違背職務為財產上有利特定私人的行為（要素E），但是另外從該私人取得報酬（要素I）的情形（ $A+B+D+\Omega+E+I$ ）。屬於這種類型者，如上述的④95年度台上字第6561號判決。該判決中，法院適用貪污治罪條例非主管監督事務

圖利罪的規定，對這種類型的行為加以處罰。

第五類是，地方民意代表（公職人員）（要素A），對較低層級的地方政府公務員（要素B），基於其民意代表身分（要素 β ），欲對公務員進行斡旋關說但實際上沒有進行（要素 Φ ），而仍收受該私人所提供的利益（要素I）的情形（ $A+B+\beta+\Phi+I$ ）。屬於這種類型者，如上述的⑥103年度台上字第223號判決。該判決中，法院適用貪污治罪條例非主管監督事務圖利罪的規定，對這種類型的行為加以處罰。

第六類是，地方民意代表（公職人員）（要素A），對民間業者（要素 α ），基於縣議員的地位（要素 β ），就該業者所進行之工程（要素G），威脅要求封口費（要素 Ω ），再與業者約定取得封口費（要素K）的情形（ $A+\alpha+\beta+\Omega+G+K$ ）。屬於這種類型者，如上述的⑧95年度台上字第7251號判決。該判決中，法院適用貪污治罪條例藉勢藉端勒索財物罪的規定，對這種類型的行為加以處罰。

第七類是，公務員（要素A），對於同一單位的其他公務員（要素B），基於同事關係（要素 ϵ ），探詢並希望（要素 Ω ）該公務員能擺平特定私人之案件而在財產上有利該私人（要素E），再由該私人處收受報酬（要素I）的情形（ $A+B+\epsilon+\Omega+E+I$ ）。屬於這種情形者，如上述的⑤91年度台上字第2840號判決。在此判決中，法院認為關於貪污治罪條例非主管監督事務圖利

罪部分，不成立犯罪。

第八類是，作為清潔隊員之公務員（要素A），對於民間業者（ α ），基於作為清潔隊員之社會地位（要素 γ ），仲介拉攏清潔民間業者（ Ω ），至自己所設之營業場所傾倒垃圾（要素G），而使自己取得對價得到財產上利益（要素K）的情形（ $A + \alpha + \gamma + \Omega + G + K$ ）。屬於這種情形者，如上述的⑦93年度台上字第4008號判決。在此判決中，法院認為關於貪污治罪條例非主管監督事務圖利罪部分，不成立犯罪。

第九類是，公務員（要素A），從民間業者（要素B），基於其身為公務員之社會地位（要素 γ ），無斡旋關說行為，但仍就自己子女之婚宴（要素G），收受業者所提供之費用（要素K）的情形（ $A + B + \gamma + G + K$ ）。屬於這種情形者，如上述的⑨95年度台上字第4636號判決。在此判決中，法院認為關於貪污治罪條例非主管監督事務圖利罪部分，因條文已經修正不處罰這種行為，免訴。

上述各類的實務事例狀況之概要，可以以下之表格表示：

表2

類 型	內 容	要素組合	是否成立犯罪	處罰適用的規定	本文所舉事例
第一類	公務員（要素A），對於下屬公務員（要素B），基於	$A + B + C + \theta + F + I$	○	公務員賄賂罪	①94年度台上字第3537號判決

關於公務員不正行使影響力行為之我國刑事規制現況的檢驗

類 型	內 容	要素組合	是否成立犯罪	處罰適用的規定	本文所舉事例
	法規上的上下指揮關係（要素C），就下屬之職務上行為進行指示（要素θ），或者使下屬為不違背職務但相對地對特定私人有財產上利益的職務行為（要素F），同時收受該特定私人所提供之利益（要素I）				
第二類	公務員（要素A），對於雖在同一機關內，但無直接上下隸屬關係的其他公務員（要素B），以自己層級較高的公務員身分（要素Σ），進行斡旋關說（要素Ω），要求該公務員違背職務而為財產上有利特定的行為（要素E），並另外從該特定私人取得利益或報酬（要素I）	A + B + Σ + Ω + E + I	○	非主管監督事務圖利罪	② 102年度台上字第4357號判決

類 型	內 容	要素組合	是否成立犯罪	處罰適用的規定	本文所舉事例
第三類	地方民意代表（公職人員）（要素A），對同層級地方政府公務員（要素B），基於其身為同層級民意代表的身分（要素D），基於對同級的地方政府官員關說施加壓力（要素Ω），要其違背職務為財產上有利特定人的行為（要素E），而從該違背職務為取得不正利益（要素K）	A + B + D + Ω + E + K	○	非主管監督事務圖利罪	③ 100年度台上字第1387號判決
第四類	地方民意代表（公職人員）（要素A），對同層級地方政府公務員（要素B），基於其身為同層級民意代表的身分（要素D），基於對同級的地方政府官員關說施加壓力（要素Ω），要其違背職務為財產上有利特定私	A + B + D + Ω + E + I	○	非主管監督事務圖利罪	④ 95年度台上字第6561號判決

關於公務員不正行使影響力行為之我國刑事規制現況的檢驗

類 型	內 容	要素組合	是否成立犯罪	處罰適用的規定	本文所舉事例
	人的行為（要素E），但是另外從該私人取得報酬（要素I）				
第五類	地方民意代表（公職人員）（要素A），對較低層級的地方政府公務員（要素B），基於其分民意代表身分（要素β），欲對公務員進行斡旋關說但實際上沒有進行（要素Φ），而仍收受該私人所提供的利益（要素I）	$A + B + \beta + \Phi + I$	○	非主管監督事務利罪	⑥ 103年度台上字第223號判決
第六類	地方民意代表（公職人員）（要素A），對民間業者（要素α），基於縣議員的地位（要素β），就該業者所進行之工程（要素G），威脅要求封口費（要素Ω），再與業者約定取得封口費（要素K）	$A + \alpha + \beta + G + \Omega + K$	○	藉勢藉端勒索財物罪	⑧ 95年度台上字第7251號判決

類 型	內 容	要素組合	是否成立犯罪	處罰適用的規定	本文所舉事例
第七類	公務員（要素A），對於同一單位的其他公務員（要素B），基於同事關係（要素ε），探詢並希望（要素Ω）該公務員能擺平特定私人之案件而在該私人財產上有利該私人（要素E），再由該私人處收受報酬（要素I）	$A + B + \varepsilon + \Omega + E + I$	×		⑤ 91年度台上字第2840號判決
第八類	作為清潔隊員之公務員（要素A），對於民間業者（α），基於作為清潔隊員位之社會地位（要素γ），仲介拉攏清潔業者（Ω），至自己所設之營業場所傾倒垃圾（要素G），而使自己取得對價得到財產上利益（要素K）	$A + \alpha + \gamma + \Omega + G + K$	×		⑦ 93年度台上字第4008號判決
第九類	公務員（要素A），從民間業者（要素	$A + B + \gamma + G + K$	×	（條文已經修	⑨ 95年度台上字第4636號判決

關於公務員不正行使影響力行為之我國刑事規制現況的檢驗

類 型	內 容	要素組合	是否成立犯罪	處罰適用的規定	本文所舉事例
	B)，基於其身為公務員之社會地位（要素γ），無幹旋關說行為，但仍就自己子女之婚宴（要素G），收受業者所提供之費用（要素K）		正不處罰這種行為而免訴）		

資料來源：作者自行製表。

透過上述的分析可知，我國現行法制下，公務員使用影響力影響他人職務行為的處罰，至少有以下特徵：

第一，基本上我國現在的最高法院實務中，掌握公務員不當行使影響力的主要規範應至少有三種，第一是公務員賄賂罪的規定，第二是非主管監督事務圖利罪的規定，第三是公務員藉勢藉端勒索財物罪的規定。第一與第二種的規範的適用的界限，如上述各實務事例中已可發現的，應是在於法規範的觀點下，究竟公務員所欲達成的行為本身是否為其自身的職務行為。例如在上述①的94年度台上字第3537號判決的情形，較下級公務員承辦的業務，可透過綜理市政府公務並指揮下級公務員的權限，在規範上肯定是市長的職務行為。但是在其他的判決中即無這種現象。

第二，關於公務員非主管監督事務圖利罪的處罰界

限，於此可以注意的是，事實上我國實務判決中，非主管監督事務圖利罪的適用範圍有相當的廣泛性。除了無隸屬關係的上下級公務員間、同層級但分屬不同權力（立法、行政）的公務員或公職人員間這種典型的情形外（上述第二、三、四類），還包括實際上沒有進行斡旋關說行為的情形（上述第五類）。

第三，另一方面，僅基於私人關係（同事關係）進行探詢等行為（上述第七類），或單純基於社會地位收受款項（上述第八、九類），並不成立非主管監督事務圖利罪。

第四，關於藉勢藉端勒索財物罪，我國實務判決中，也承認當公務員對民間私人事務施加壓力，而欲從該私人取得財物時，可以使用公務員藉勢藉端勒索財物罪（上述第六類）。

肆、檢 討

一、我國實務現狀與我國學說之立法論所主張的處罰範圍比對

在概觀我國實務中關於公務員行使其影響力的刑事法規制現況後，在立法論上的下一個問題即是，上述我國學說中的立法論與實務的現況是否一致？如未必完全一致，則重疊處與相異處各自有如何的範圍？

關於上述問題，如將本文前述貳、五、中對於我國立法論所主張的具體處罰類型（九類），以及本文前述

參、八、中基於對我國實務現況的觀察所得到的各種類型（九類）相對照，即可得到初步的結果如下：

第一，上述我國立法論認為若不立法處罰即會有可罰性漏洞的類型中，已經在我國實務受處罰的有：

①貳、五、的第一類與參、八、的第一類（ $A+B+C+\theta+F+I$ ）。實務所適用的是公務員賄賂罪的規定。

②貳、五、的第二類與參、八、的第四類（ $A+B+D+\Omega+E+I$ ）。實務所適用的條文是非主管監督事務圖利罪。

③貳、五、的第四類（ $A+B+\beta+\Omega+E+I$ ）與參、八、的第五類（ $A+B+\beta+\Phi+I$ ）。實務所適用的條文是非主管監督事務圖利罪。

上述的①②可較容易地確認貳、與參、之中的類型內容相同。在此需說明的是上述③的類型的內容相同之處。事實上，參、八、的第五類的重要特徵在於，雖然公務員並未真正進行斡旋關說行為影響其他公務員的職務執行，從而在並無一個基於現實上的違背職務行為所生之利益存在時，仍被最高法院認為成立非主管監督事務圖利罪⁵⁹。如果貫徹這樣的解釋論，當公務員現實上進行了斡旋關說行為且影響其他公務員的職務執行，並且使自己或他人取得基於該違背職務行為所生的利益時

⁵⁹ 在屬於此類型的前述103年度台上字第223號判決中，身為縣議員的A並未對B市長進行關說，因此即使從焚化爐業者處收受1,000萬元利益，該利益仍非基於B的違背職務行為所生。

（即貳、五、的第四類的情形），應也可肯定成立非主管監督事務圖利罪。

第二，我國實務現況下受處罰，但並未為學說所提及的類型有參、八、的④第二類（非主管監督事務圖利罪）、⑤第三類（非主管監督事務圖利罪）、⑥第六類（藉勢藉端勒索財物罪）。

第三，我國學說認為應該處罰，但實務上認為不成立犯罪，或者未見以前述主要的處罰條款即公務員賄賂罪、非主管監督事務圖利罪、公務員藉勢藉端勒索財物罪處罰的類型有：貳、五、的⑦第三類、⑧第五類、⑨第六類、⑩第七類、⑪第八類、⑫第九類。

其中，⑦貳、五、的第三類的情形，因為受報酬的是進行斡旋關說者，並非實際執行職務行為的公務員，所以無法構成公務員賄賂罪。且因為非主管監督事務圖利罪的規定中以「違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」為必要，而在這種類型中受斡旋關說者執行的職務行為則是合乎法令的行為，因此無法構成非主管監督事務圖利罪。

其次，⑧貳、五、的第五類的情形中，因為受報酬的是進行斡旋關說的者，並非實際執行職務行為的公務員，所以無法構成公務員賄賂罪。其次，這種類型的特徵在於斡旋者行使影響力的基礎是私人間的人際關係，

但是在我國實務中，如同前述⑤91年度台上字第2840號判決所示，這種透過人際關係試圖影響其他公務員的情形，由於單純人際關係無法充分地賦予斡旋行為對受斡旋者的心理拘束力根據，從而無法成立非主管監督事務圖利罪⁶⁰。這樣的理由對於⑫貳、五、的第八類應該也有適用，亦即，倘若此類的行為在我國實務中接受審判，法院同樣有可能以類似理由認為非主管監督事務圖利罪不成立。因為兩者的構造上，影響力的發揮均是單純地透過人際關係，藉以影響承辦公務員的職務。

並且，⑨貳、五、的第六類的情形中，由於是針對私法上的企業事務，不存在職務行為，基本上無法透過公務員賄賂罪與非主管監督事務圖利罪掌握。另一方面，倘若方法上已經達到脅迫的程度，雖然有檢討是否構成公務員藉勢藉端勒索財物罪的成罪餘地，但是因為同罪的構成要件中將行為人從受勒索人處取得者規定為「財物」，而在這類型的情況中，事實上行為人脅迫受勒索人進行的則是締約行為，至多只能算是財產上利益，所以如果嚴格地解釋藉勢藉端勒索財物罪的規定，即無法認為藉勢藉端勒索財物罪。

再者，⑩貳、五、的第七類的情形中，由於公務員所斡旋的事項是私法上的和解契約締結，因此自然無法論以公務員賄賂罪與非主管監督事務圖利罪。並且，由於僅是強調自己的法官身分或法律知識，並無法認為達

⁶⁰ 較為詳細的分析，可參照：黃士軒，同前註48，頁135-136。

到勒索程度所需的脅迫強度，從而也無法認為成立藉勢藉端勒索財物罪。

最後，⑫貳、五、的第九類情形中，或許是因為實際上進行斡旋關說的行為人不是公務員，所以在筆者所調查的範圍內，實務上並無將此種斡旋關說之行為人以上述的非主管監督事務圖利罪等犯罪起訴者，從而也尚未見到專以此等條文處罰該行為人的裁判。

將上述第一與第三點合併觀察，關於本文前述我國各種立法論學說認為可能產生處罰漏洞的類型中，我國實務的處罰狀況，可以以下表來表示：

表3

學說認為可能產生漏洞之類型	要素組合	我國實務中是否已有處罰？	處罰適用的規定
第一類	$A + B + \theta + C + F + I$	○	公務員賄賂罪
第二類	$A + B + D + \Omega + E + I$	○	非主管監督事務圖利罪
第三類	$A + B + D + \Omega + F + I$	×	
第四類	$A + B + \beta + \Omega + E + I$	○	非主管監督事務圖利罪
第五類	$A + B + \varepsilon + \Omega + H + I$	×	
第六類	$A + \alpha + \beta + \Omega + G + I$	×	
第七類	$A + \alpha + \gamma + \Omega + G + J$	×	
第八類	$A + B + \varepsilon + \Omega + I$	×	
第九類	$\Psi + \varepsilon + B + \Omega + E + I$	×	

資料來源：作者自行製表。

二、引進新立法的必要性檢討

在上述的比對之後，學說認為需立法用以填補的漏洞與其內容，應可確認是落在本文前述貳、五、的⑦第三類、⑧第五類、⑨第六類、⑩第七類、⑪第八類、⑫第九類的情形。不過，在立法論上的下一個問題是，這些情形是否均有引進新的斡旋賄賂罪或影響力交易罪立法加以處罰的必要？在此繼續檢討如下：

(一)對他人合乎職務行為斡旋關說行為的可罰性與增設處罰規定之必要

第一，就本文前述⑦貳、五、的第三類的情形而言，由於解釋上，如果依照我國刑法學界多數的見解，——包含賄賂罪、圖利罪在內的——公務員瀆職犯罪的共通保護法益可認為是職務執行的公正以及國民對於職務執行公正的信賴⁶¹，那麼在這種對於法益的理解下，即使公務員是就其他公務員的合乎職務行為進行斡旋關說，但是在收受報酬且能以其身分在心理上施行足以拘束受斡旋關說者的影響力時，實際上被進行的職務行為即可認為已經喪失值得國民信賴的公正性質。

依照我國刑法學界較為少數的有力見解，亦即將公務員瀆職犯罪的保護法益限定於職務行為的公正性的立

⁶¹ 例如：李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，91期，2002年12月，頁161-163；許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，國立臺灣大學法學論叢，43卷3期，2014年9月，頁729-731、745；陳子平，同前註38，頁576、581-582等參照。

場⁶²，應該也有認為此種行為需加以處罰的餘地。亦即，職務公正性受侵害的典型情形固然為公務員違背其職務的情況，但是即使公務員進行的是不違背職務的行為，在其收受利益而為的情形中，仍然可以認為公務員在執行職務之際或尚未開始執行職務前即受利益影響仍然存在，而產生使將來的職務行為轉為違反法令之不正行為的可能性⁶³。而這種可能使將來職務執行違背法令的可能性或危險，在公務員因——先收受他人報酬的——其他公務員或公職人員基於一定的身分關係斡旋關說，而為合乎職務行為的情況，也同樣存在。

在上述兩方面的思考下，對於這種公務員收受報酬而對其他公務員進行斡旋關說，使其依照斡旋關說之內容為合乎職務行為的情形，即有考慮設置處罰規定的餘地。

(二) 僅基於私人人際關係的影響力行使行為無犯罪化之必要

第二，就本文前述貳、五、的⑧第五類的情形而言，這種情形中公務員，是透過基於人際關係即朋友身分向其他公務員斡旋關說，使受斡旋關說者對特定私人

⁶² 例如：蔡墩銘，刑法各論，6版，2008年2月，頁624，；黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，國立臺灣大學法學論叢，38卷4期，2009年12月，頁319；李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，56卷3期，2011年7月，頁31；薛智仁，公務員圖利罪之立法商榷，檢察新論，19期，2016年1月，頁24。

⁶³ 參照：山口厚，刑法各論，2版，2010年3月，頁612。

為一定與財產上利益無關的便宜或通融處分。在這種情況中，公務員的影響力來源，並不是其身為公務員的身分本身，而是私人間的人際關係。在此限度內，倘若將源自私人間交往關係的影響力行使也納入公務員影響力交易罪或者斡旋賄賂罪的處罰範圍，則是否與前述反貪腐公約第18條防止公務員不正運用其基於公務員身分所生的影響力之宗旨吻合，即有疑問⁶⁴。我國目前實務上，如前述⁵91年度台上字第2840號判決所示，否定這種情形成立犯罪，毋寧是可資贊成的作法。

(三) 藉勢藉端勒索財物罪之客體應修正為「財物或財產上利益」

第三，就本文前述貳、五、的⁹第六類的情形而言，從本文之前的分析可知，其處罰的障礙並不是源於這種行為在我國不具備值得處罰的可罰性。因為與其類似的行為即前述⁸95年度台上字第7251號判決事實上在我國就是屬於公務員藉勢藉端勒索財物罪處罰的範圍內⁶⁵。在適用公務員藉勢藉端勒索財物罪處罰本文前述貳、五、的⁹第六類行為藉端時，成為處罰障礙的毋寧

⁶⁴ 這種以人際關係進行關說的情況一旦納入刑罰規定中，是否可能造成過度壓縮公務員的正常社交關係之現象，也不無疑問。

⁶⁵ 依照本文的分析，事實上本文前述貳、五、的⁹第六類行為，是由 $(A+\alpha+\beta+\Omega+G+I)$ 之要素組成，而本文前述參、八、的第六類行為，也是 $(A+\alpha+\beta+\Omega+G+K)$ 構成。僅在有關利益的部分（要素I、K）不盡相同，但在其他部分（分別扣掉要素I、K後），則有類似性。

是同罪中「財物」的文義上限制⁶⁶。倘若如此，將公務員藉勢藉端勒索財物罪的文義修正為「財物或財產上利益」，使之能夠包含現行法之下無法涵括之「利益」也是可能的考慮。在可以以這樣較為簡潔的方式修正現有的處罰規定，使其涵蓋較為妥當的處罰範圍時，是否一定要在我國再引進新法，即應再慎重檢討。

(四)對私法事務斡旋之行為無犯罪化之必要

第四，就本文前述貳、五、的⑩第七類的情形而言，這種情況中公務員斡旋的事務是私法上的和解行為，並非其他公務員的職務行為。因此，從上述公務員瀆職犯罪保護法益的通說出發，難以理解不將這種行為立法處罰會影響何種職務行為公正性與對職務行為公正的信賴；從上述保護法益的少數說出發，也難以理解不將這種行為立法處罰會造成對職務行為公正性的何種危險。我國目前實務上，如前述⑦93年度台上字第4008號判決、⑧95年度台上字第4636號判決所示，否定這種單純依據身分在社會生活上的地位取得利益的行為也不會構成公務員瀆職貪污的犯罪，毋寧是可資贊同的作法。

⁶⁶ 我國學界對此文義的批評，例如：林鈺雄，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，17期，2015年1月，頁99參照。

(五)對於斡旋關說之對象公務員未依請託為職務行為
及未取得利益之情形增設非主管監督事務圖利罪
之未遂犯的必要性

第五，就本文前述貳、五、的⑪第八類的情形而言，這種情形中，一方面因為行為人所使用的影響力的來源是人際關係，另一方面因為最終承辦公務員所承辦的公務並未依照請託實行或無法實行，並未取得利益，所以無法成立公務員非主管監督事務圖利罪。倘若嚴格地貫徹影響力必須基於一定的制度上擔保，讓受到斡旋關說的行為人會依照請託內容執行的立場，那麼即使在這種情況中，有可能認為公務執行的公正與對此公正的信賴有可能受損，但是在儘量維持構成要件的明確性的考慮下，仍然應該採取否定將這種使用難以限定的人際關係進行斡旋關說的情況也納入處罰範圍。

然而，倘若要儘量地保護公務執行的公正與對其公正的信賴，那麼即並非不能考慮將此種現行法下並不受處罰的行為犯罪化。問題在於，在犯罪化時，為了達到處罰本文前述貳、五、的第八類行為之目標，應考慮如何的立法方式？

依照前述我國贊成引進公務員影響力交易罪的學說見解，即可知倘若將觀察重點只放在「影響力」與「影響力的行使」，並且將影響力交易的行為也視為（抽象）危險犯，則即使最終承辦公務員因自己拒絕或其他因素介入而未實際進行違反職務的行為，理論上仍有將

這種結構的行為作為犯罪處罰的餘地。因此，上述的學說才會主張，考慮到這種情形中最終並沒有「違背職務行為」與「因而獲得利益」的結果，目前這種情形確實在我國並無可資處罰的條文，而成為處罰上的缺口。在此限度內，前述貳、三的學說的指摘，理論上可認為一貫。

然而，問題是，即使在立法論上有處罰的必要，且在現行法制度下並未受到處罰，也未必當然可以直接導出引進或創設新的構成要件即影響力交易罪的結論。因為，在立法論上，在可能透過對現行規定的修正達到處罰範圍的變動時，自然也應該將這種變動較小的方式納入立法選項當中。事實上，在本文前述貳、五、的第八類的情形中，倘若要在已經進行斡旋關說行為，但是未發生取得利益或不存在違背職務行為的情形，在立法論上也可以考慮透過對於貪污治罪條例的非主管監督事務圖利罪增訂未遂犯的處罰條款解決處罰缺口的問題⁶⁷。從而，前述主張立法的學說，為何不能考慮對現行制度變動更小但是也一樣可以達到處罰目的的方式，而要採取直接引進新規定的方式，即不清楚。

當然，在此可能的疑問應是：考慮到我國圖利罪（包含對主管監督事務圖利罪）規定在其沿革上曾受到

⁶⁷ 當然，如果經檢討，貪污治罪條例的公務員對主管監督事務圖利罪也有一樣的處罰必要與處罰缺口，且為顧及立法體例上的對稱，則同條例之公務員主管監督事務圖利罪也有考慮增設未遂犯處罰規定的餘地。

重要的批判，正是使公務員執行職務時動輒得咎，則若依照筆者上述的主張而對非主管監督事務圖利罪增訂未遂犯規定，是否可能使非主管監督事務圖利罪同樣成為使公務員動輒得咎的規定，且讓我國公務體系在執行上產生過大的負擔？

對於此一問題，在此可以回答如下：

首先，需指出的是，倘若我國目前的公務員對主管監督事務圖利罪仍與1963年的戡亂時期貪污治罪條例第6條第3款相同，僅簡單地以「對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者。」為構成要件；非主管監督事務圖利罪也與1963年的同條例第6條第4款相同，僅簡單地以「對於非主管或監督之事務，利用職權機會或身分圖利者。」為構成要件⁶⁸，那麼此一疑問確實可認為有其道理。因為，如此簡略的構成要件難以限定圖利行為的範圍，這將導致公務員任何的利他行為均被包含在這種構成要件的範圍內，而可能使公務員的公務執行上發生動輒得咎的沉重負擔。倘若再加上未遂犯的處罰，這種受刑事追訴的負擔顯然將成為公務執行上的重大成本。

然而，在此同樣必須指出的是，目前我國現行貪污治罪條例第6條第1項第4款的主管監督事務圖利罪構成要件內容已經成為「四、對於主管或監督之事務，明知違

⁶⁸ 參照：法源法律資料庫，<https://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT08.aspx?lsid=FL001430&ldate=19630715>（最後瀏覽日：2020年3月16日）。

背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。」而貪污治罪條例第6條第1項第5款的非主管監督事務圖利罪構成要件內容已經成為「五、對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。」這兩款我國現行的圖利罪規定之所以需要納入「明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」這樣複雜的條文文義，正是我國的立法者考慮到上述公務員執行公務恐因為圖利罪處罰規定的存在而動輒受刑事追訴的負擔，所進行的修正⁶⁹。

因此，在現行的條文規定下，倘若考慮到：(一)未遂犯成立的核心在於實現構成要件所預定的法益侵害的急迫危險之出現⁷⁰，而構成要件的內容在此必然成為考

⁶⁹ 此即2009年修正貪污治罪條例第6條第1項第4款與第5款時的立法理由。參照：法源法律資料庫，<https://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDOC01.aspx?lsid=FL001430&lno=6>（最後瀏覽日：2020年3月16日）。

⁷⁰ 僅參照：內藤謙，刑法講義總論（下）II，2002年11月，頁1219；山

慮的內容；(二)未遂犯的這種構造也將使得未遂犯成立的難易繫於構成要件的规定內容是否簡略或複雜，亦即較為複雜的構成要件下，通常未遂犯的成立相對困難，而較為簡略的構成要件下，通常未遂犯的成立相對容易；(三)我國現行的貪污治罪條例第6條第1項第4款的主管監督事務圖利罪構成要件與貪污治罪條例第6條第1項第5款的非主管監督事務圖利罪構成要件，已經與上述1963年的戡亂時期貪污治罪條例第6條第3款、第4款的规定在複雜程度上有顯著差異；(四)且將構成要件複雜化為現行规定的調整正是以減輕公務上動輒得咎的情況為目的等要素，筆者認為，在我國目前的规定現況下，至少對於非主管監督事務圖利罪增訂未遂犯處罰的立法，未必會立即造成公務執行上的沉重負荷。

(六)適用共犯相關規定後對於非公務員收受報酬向公務員斡旋關說之行為應無需再引進影響力交易罪處罰

第六，就上述⑫第九類的情形而言，儘管目前在我國實務並無專就此種行為論及是否可能成立公務員貪污瀆職犯罪的案例，但是倘若如同上述貳、三的學說所指出的，請託他人對公務員進行斡旋關說的行為本身就是未遂教唆的行為，不論是由具備或不具備公務員身分之人所為，實質上其不法內涵並無差異，均可認為已經滿

口厚，刑法總論，3版，2016年3月，頁284。

足「非主管職務＋期約報酬＋影響主管職務者」而有可罰性。如前所述，此說的理由在於，這種能夠影響承辦公務員的關係，是一種長期的社會耕耘所帶來的影響力，或者久任公職所形成的人際關係，因此兩者並無實質差異⁷¹。

從這種影響力的實質內涵乃至不法內涵的類似性的觀點出發，這樣的學說見解固然可認為有其道理。但是，關於是否應以此為據，再引進新立法補充我國現行法制處罰漏洞的問題上，至少在以下各點，這樣的立法主張仍然有不充分之處。

（一）例如：在A提供利益給非公務員B，要B透過（朋友或以往當過同事有私交等）人際關係去影響承辦公務員C的情況中，倘若C知情，且願意配合A與B進行違背職務的行為，使A取得利益，則這種情況，因為C是對於自己主管的事務進行圖利他人的違背職務行為，所以理論上，透過順次形成共謀的方式⁷²，並且透過刑法第31條第1項的適用，認為A、B、C三人成立貪污治罪條例第6條第1項第4款的圖利罪之共同正犯，理論上應該也有充分的可能性。

另一方面，倘若C不知B已經從他人處收受對價，但仍為B進行違背職務的行為的情形，此時可以認為C是對

⁷¹ 參照：許恆達，同前註24，頁183-184。

⁷² 順次共謀是指數人之間不齊聚一堂，但仍依序形成共謀的情形。簡要說明，可參照：山中敬一，刑法總論，3版，2015年8月，頁924。

自己主管事務進行違背職務行為，使他人獲利，從而可能適用貪污治罪條例第6條第1項第4款的主管監督事務圖利罪與刑法第31條第1項的規定，因此應該認為至少B與C之間具有共同正犯的關係。A固然沒有直接參與B與C之間的共謀，但仍然可能以A對共同正犯之一的B進行教唆行為為理由，而使A成立教唆犯，並使A依照所教唆之罪處罰，與共同正犯B、C負同樣法定刑之刑事責任。

如此一來，倘若能考慮上述的共犯規定的運用，事實上這種情形，也未必如我國學說所指，會陷入完全無法可罰的狀態。因此，是否為了處罰此種類型的行為，就有必要引進新的處罰條款，仍然有疑慮。

(二)倘若認為在立法上，要更進一步地超越上述(一)的共犯規定適用後的處罰範圍，將這種基於非公務員地位而是基於人際關係之身分所生的影響力全面納入構成要件中，且考慮這種影響力產生的管道幾乎遍布整個社會，則以此旨趣所設計的處罰規定之下，其處罰範圍將難以限定，從而可能有過度處罰的疑慮。亦即，要取得這種基於人際關係所形成的影響力，固然有如同上述學說所舉的，在社會上長期耕耘的途徑，但是同時也可能存在透過父母子女等親戚關係、婚外情或非婚外情的戀愛關係、透過宗教教主與信徒間的信仰關係等未必伴隨長期的社會上耕耘才能取得影響力的途徑。事實上，本文上述貳、三的學說所舉的【例13】，就是基於姻親關係的影響力。

倘若如此，則究竟透過非公務員發揮影響力的行為的可罰範圍如何，解釋上將產生難以明確地限定的難題。因此，引進具有此種問題的構成要件，能否充分滿足罪刑法定原則的罪刑明確性之要求？同樣也有疑慮。

三、小 結

基於上述的檢討可知，事實上對於公務員行使不正影響力的行為，在我國已經有相當的處罰範圍⁷³。並且，這樣的處罰範圍也已經涵蓋相當多目前的立法論上，學說認為需要再引進新立法例處理的態樣。

其次，透過前述肆、二、的分析檢討也可知，在學說認為應處罰但在我國的現行規制下無法處罰，或實務上不處罰的情形中，實際上有立法必要的，也只有本文前述貳、五、的第三類，亦即公職人員即民意代表，對行政機關之官員之職務進行斡旋關說，使受斡旋之公務員作成財產上有利於某特定私人，但是不違背職務的一定決定或處分，同時收受該特定私人所提供之利益的情形。

再其次，倘若要透過貪污治罪條例掌握前述貳、五、的第六類，亦即中央民意代表，對於政府持有相當股份（但未過半）之民間企業的高階主管，基於中央民意代表身分，進行斡旋關說，使受斡旋關說者就企業事務，作出對特定的私人之財產上有利的決定，同時收受

⁷³ 參照：上述肆、一、第一與第二點。

該特定私人所提供之利益的情形，那麼最為直接的作法應非引進整套的外國立法例，而是將貪污治罪條例中藉勢藉端勒索財物罪規定中的「財物」之文義修正為「財物或財產上利益」，使其可包含公務員取得不正利益的情況⁷⁴。

再者，學說認為是可罰性漏洞的前述貳、五、的第五類與第七類的情形，從保護法益的觀點來看欠缺處罰的根據，是否有為此引進新的立法例處罰的必要性，也非沒有疑問而需慎重檢討。

另外，倘若要透過貪污治罪條例掌握前述貳、五、的第八類的情形，不應只考慮整套引進外國立法例，而也應該將變動幅度可能更小的增設圖利罪未遂犯規定納入立法準備的視野中。

最後，前述貳、五、的第九類，利用非公務員的私人發揮私人人際關係的影響力，影響公務員職務執行的情況，如前所述在我國現行的刑法規制下，也已經有可能透過圖利罪的共同正犯的規定（承辦公務員知悉前階段的對價交換關係的情形），或者圖利罪的共同正犯與教唆犯的規定（承辦公務員不知前階段的對價交換關係的情形）加以處罰。因此上述認為此種情形在我國刑事法制下無處罰規定可以處罰的我國學說見解，應有再檢

⁷⁴ 事實上，倘若不依照貪污治罪條例的規定，也可以依照刑法第346條第2項與同法第134條規定處罰這種類型的行為。本文同前註10所舉的臺北地方法院101年度金訴字第47號判決即採取這樣的見解。

討是否確實有處罰缺口的必要。

伍、結 語

透過上述的考察，在立法論的層次，大致可以歸納出以下的結果：

第一，我國目前已有處罰公務員不正行使影響力，藉以影響其他公務員職務執行的刑罰規定。如本文前述的考察可知，主要發揮規範功能的，有公務員賄賂罪、非主管監督事務圖利罪、公務員藉勢藉端勒索財物罪的規定。

第二，從實務案例中也可得知，事實上公務員賄賂罪、非主管監督事務圖利罪、公務員藉勢藉端勒索財物罪的規定有發揮處罰的功能，並非沒有規範的效果。

第三，就公務員不正行使影響力影響其他公務員職務執行的情形，目前我國實務的處罰現狀，與學說認為應該立法處罰的具體態樣，已經有相當程度的重疊。

第四，學說指出應立法制訂新規定以免造成可罰性漏洞的態樣中，有必要的應認為是公務員不正行使影響力影響其他公務員合法執行職務的情形。

第五，公務員藉勢藉端勒索財物罪的文義應修正為「財物或財產上利益」，使之能夠包含「利益」，也是可能考慮的立法上選項，如此一來，全面性引進新的斡旋賄賂罪與影響力交易罪的必要性，即需再慎重檢討。

第六，我國的立法論之中，雖有主張公務員基於社

會地位從私人收受利益的情形，或者基於私人間的人際關係所生之影響力影響其他公務員職務執行的情形，也應該立法處罰，然而這樣的主張仍有疑問。亦即，由本文前述分析可知，基本上在這種情形裡面，若考慮刑法總則共犯規定與貪污治罪條例之主管監督事務圖利罪的適用，未必有可罰的漏洞，因此如要立法引進新的處罰條款，且將處罰範圍廣及遍布於整個社會的各種人際關係，仍然需要更慎重地提出充分的理由。

由於反貪腐公約第18條的規定僅是要求考慮檢討並採取「採取必要之立法」，並非要求強制地將影響力交易罪成文化⁷⁵，因此在現行法規制已經能發揮規範功能，對主張引進立法的學說認為需立法處罰的具體行為態樣的一部分加以處罰，且實際上有必要引進新的處罰規定或修正者，也僅限於現行法制度之一部分時，暫不全面性地引進斡旋賄賂罪或影響力交易罪的規定，而僅就上述真正有必要的部分立法以及修正法條文義，不論是從必要性的觀點，或者從立法成本高低的觀點來看，應該也是今後的立法論非常值得考慮的選項。

⁷⁵ 同旨趣的主張，可參照：薛智仁，同前註62，頁33。

參考文獻

一、中文文獻

- 王玉全，影響力交易或運（濫）用影響力？——淺析刑法修正草案第134條之1，法學叢刊，64卷1期，2019年1月，頁1-27。
- 吳天雲，日本向公務員關說的刑事規範——刑法斡旋收賄罪與斡旋得利處罰法，刑事法雜誌，50卷1期，2006年2月，頁117-136。
- 吳耀宗，刑法抗制貪污犯罪之新思維，檢察新論，19期，2016年1月，頁74-88。
- 李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，91期，2002年12月，頁160-176。
- 李進榮，我國圖利罪之檢討與立法展望——與瑞士法及義大利法為比較，檢察新論，19期，2016年1月，頁3-20。
- 李進榮，聯合國反貪腐公約第18條「影響力交易」之立法建議，檢察新論，21期，2017年1月，頁265-286。
- 李錫棟，日本法上賄賂罪職務行為之研究，法學叢刊，56卷3期，2011年7月，頁17-63。
- 李錫棟，日本刑法上收賄罪之型態，法學叢刊，58卷4期，2013年10月，頁27-62。
- 李麗玲，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，19期，2016年1月，頁100-116。
- 林鈺雄，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，17期，2015年1月，頁98-107。
- 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，19期，2016年1月，頁46-73。

關於公務員不正行使影響力行為之我國刑事規制現況的檢驗

- 洪培根，與談意見，檢察新論，19期，2016年1月，頁34-40。
- 張永宏，以收取回扣罪與背信罪是否為對向犯為核心，檢察新論，19期，2016年1月，頁41-45。
- 許恒達，主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，國立臺灣大學法學論叢，43卷3期，2014年9月，頁719-769。
- 許恒達，賄賂罪職務行為之再探討——以民意代表受賄事例為中心，檢察新論，17期，2015年1月，頁68-97。
- 許恒達，公務員斡旋賄賂暨影響力交易罪立法芻議，政大法學評論，150期，2017年9月，頁113-197。
- 陳子平，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，17期，2015年1月，頁120-130。
- 陳子平，刑法各論（下），3版，2020年1月。
- 曾昭愷，職務、密切關連行為與影響力交易(二)，法務通訊，2955期，2019年5月，頁4-5。
- 曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，151期，2007年12月，頁233-239。
- 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，48期，2015年7月，頁53-119。
- 黃士軒，初探公務員非主管監督事務圖利罪中的「利用職權機會或身分」圖利行為——兼與日本斡旋賄賂罪之簡要比較，檢察新論，19期，2016年1月，頁117-146。
- 黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，國立臺灣大學法學論叢，38卷4期，2009年12月，頁275-334。
- 蔡墩銘，公務員犯罪之研究(二)，軍法專刊，22卷12期，1976年12月，頁17-28。
- 蔡墩銘，刑法各論，6版，2008年2月。
- 薛智仁，公務員圖利罪之立法商榷，檢察新論，19期，2016年1

月，頁21-33。

- 謝煜偉，特殊圖利罪之解釋與立法建議，政大法學評論，142期，2015年9月，頁227-279。

二、日文文獻

- 山口厚，刑法各論，2版，2010年3月。
- 山口厚，刑法總論，3版，2016年3月。
- 山中敬一，刑法總論，3版，2015年8月。
- 內藤謙，刑法講義總論（下）II，2002年11月。

法人犯罪量刑與法令遵循 ——美國組織體量刑指導準則之思維

溫祖德*

要 目

- | | |
|---|----------------|
| 壹、前 言 | 三、對於組織體量刑準則之評析 |
| 貳、美國組織體量刑準則對於法人犯罪之量刑及管制思維 | 四、組織體量刑準則之未來 |
| 一、法人犯罪之量刑 | 參、我國法人犯罪量刑之析論 |
| 二、從組織體量刑準則形塑自我管制（ self-policing ）政策及其內涵 | 肆、結 論 |

DOI : 10.6460/CPCP.202004_(24).03

* 國立中央大學法律與政府研究所專任助理教授，美國伊利諾大學香檳分校法學博士（J.S.D.）。

摘 要

法令遵循不僅僅在本世紀之公司治理扮演重要的角色，在預防法人及內部人犯罪及舞弊部分，更顯重要，本文自美國管制法人犯罪架構及趨勢可知，美國法制下聯邦政府對於法人犯罪之管制及處罰，冀望透過法令遵循，建立「好公司市民」之「企業倫理文化」。美國法制承認法人犯罪之犯罪能力，一旦法人內部人發生不法行為時，法人亦應負刑事責任，而組織體量刑指導準則更強調法人形塑自我管理及自我報告機制之法遵計畫，理論上言之，當法人內部不法或犯罪行為發生時，法遵計畫足以有效的偵測犯罪，並由法人內部建置之法遵單位主動向法人內部高階管理階層及聯邦執法機關揭露犯罪行為、自我調查報告，進行內部改革，作為量刑之參考。美國法制法人犯罪之組織體量刑指導準則之制定，最重要的是採取胡蘿蔔獎勵與棒子懲罰模式之立法，藉由創造誘因促使法人能進行自我管理、形成遵法的企業倫理文化及由上而下之遵法結構及倫理，並藉由刑事責任之量刑輕重，回應法人之法令遵循之設計及踐行，使法人企業進行內部結構性改革，改進內控制度與犯罪預防之目的緊密連結，藉以達成經濟刑罰之特別預防目的，促使法人足以預防未來發生內部犯罪之機會，及早偵測內部人不法行為，揪出不法。

關鍵詞：聯邦組織體量刑指導準則、內控制度、法令遵循、企業倫理、企業文化

Sentencing on Corporate Crime and Corporate Compliance –Implications of Organizational Sentencing Guidelines

Tzu-Te Wen *

Abstract

Corporate crimes and the financial crises that they brought stormed the United States shortly after the arrival of this millennium; owing mainly to the systemic malfunction of corporate governance and internal control mechanisms. Another layer is increasingly being added to the strengthening of corporate compliance and internal controls, and that is the incorporation of these corporate mechanisms into the criminal regulations regarding corporate crimes.

This article illustrates the organizational sentencing guidelines on corporate crimes in the United States, especially by means of incorporating with the condition of installation of internal controls and effective compliance program in corporations involved in criminal activities. These new means and compliances may have far-reaching implications here in

* National Central University, Institute of Law and Government, Assistant Professor of Law; University of Illinois, Urbana-Champaign, J.S.D.

Taiwan regarding corporate crimes and financial markets. This article laid out the trends and the thoughts which are embedded within the organizational sentencing guidelines.

Keywords: Organizational Sentencing Guidelines, Internal Control, Corporate Compliance, Good Corporate Citizens, Corporate Culture

壹、前 言

有學者說自近來之美國企業法制觀之，安隆舞弊案具有分水嶺的意義，它代表著一群高智慧，道德低落之個人創造僅關切個人短視近利的舞弊世界，而將終局性損害分散給社會及世人承擔，更代表著低落的倫理性文化的毀滅性力量（the destructive power of poor ethical culture）¹。事實上，近二十年來，美國歷經數次大規模之公司舞弊及金融風暴案件，因安隆等企業弊案發生，美國國會通過沙賓法案（Sarbanes-Oxley Act）強化公司治理、董事監督義務、財務會計之內控及公開揭露等管制法律，法案中也加重公司違背聯邦法律之刑責及民事賠償²。嗣2009年前後，因次級房貸擔保市場瓦解爆發金融海嘯，諸多金融機構因為銀行過度風險承擔之交易，產生不良之企業風險管理，導致爆發花旗集團等金融危機³。此等危機來自於公、私部門之權力階層有意忽略公司內控制度、扭曲管制規範之要求並遂行不法行為⁴。尤其是現代金融業公司治理更聚焦於風險管理之失靈，在

¹ CAROLE BASRI, CORPORATE COMPLIANCE 43 (2017).

² Miriam Hechler Baer, *Governing Corporate Compliance*, 50 BOSTON COLLEGE L. REV. 949, 951 (2009); 陳春山，公司治理法制實務前瞻，2013年12月，頁101。

³ 蔡昌憲，從經濟觀點論企業風險管理與董事監督義務，中研院法學期刊，12期，2013年3月，頁83。蔡昌憲教授並提及美國學界一致性認為金融海嘯主因之一在於銀行承受過多風險。

⁴ Baer, *supra* note 2, at 949-50.

金融海嘯後發現內部自律機制失靈，乃有倡議尋求外部他律機制，包括事前及事後法律策略之運用，以解決前開內控制度之失能⁵。

然無論事前或事後法律策略之管制，在企業組織內，關於風險管理及法令遵循之決策過程之治理，事前預警企業狀況，透過內部組織及結構內控，以便充分掌握經營動態、防免不法，其中法令遵循，代表著企業組織為求確保受僱人與內部人之得以遵循現行有效之法令，包括法律及命令之要件、組織內規則、準則，而由組織內管理自己之內部行為及運作以確保遵照現行有效之法令而為⁶。而法令遵循與公司治理緊密關聯，諸多法令遵循執行貫徹治理本身，同時也決定執法責任如何妥適分配於企業組織體內；同樣地，風險管理也與公司治理緊密相關，若不遵行法律及命令，對企業本身言之，也同樣造成風險，此更為企業所欲評估及防止者，因之，此三者共通之目的在於確保企業經營者有效率經營企業並增進社會福祉⁷。

除上述事前與事後之管制策略外，更重要的是，如何更「有效的」貫徹並執行上述公司治理之諸多策略，

⁵ 蔡昌憲，同前註3，頁86-89。

⁶ GEOFFREY PARSONS MILLER, *THE LAW OF GOVERNANCE, RISK MANAGEMENT, AND COMPLIANCE* 2-3 (2016). 該學者並提及法令遵循之功能，不在於創造或建立法規範，而係接受外在管制規範或確保規範之執行。

⁷ MILLER, *id.*

產生強效的執行力，方屬於防制企業舞弊及犯罪之首要重點，目前國際間已有國際經濟合作發展組織（OECD）提出公司治理架構，訂定諸多法律管制規範直接或間接要求公司採取強化內控、防止不法行為之法令遵循計畫，輔以嚴格處罰之策略，並成為全球性之公司治理行動（universal corporate governance activity）⁸。另外，聯合國反貪腐公約第12條第1項也明訂，各締約國均應依其國家法律之基本原則採取措施，以防止涉及私部門之貪腐，加強私部門之會計及審計標準，並酌情對不遵守措施之行為，制定有效、適度且具有警惕性之民事、刑事或行政處罰。因此，也可見全球規範趨勢，對於企業防弊，已經不僅僅是國家公部門事務，也希望能夠建構私部門防貪相關措施及標準，此也與本文下述美國法制，要求或強化法人企業塑造自我管制及法令遵循部門及計畫之趨勢相符。儘管全球防制公司舞弊及不法之趨勢都強調公司治理、透明、加重董事責任、強化董事監督義務及法令遵循之建構等策略，然而其執行效力尚嫌不足，也因此才有反覆發生企業舞弊之情形。

我國近來也發生多起金融機構弊案，舉例來說，中信金控分別於2016年及2019年，遭控發生內部人勾串外部人，以高價出售土地予中信金控或低價將中信金控土地賤賣之情形⁹，又或者中信金控替前董事於受司法交保

⁸ Baer, *supra* note 2, at 952.

⁹ 黃捷，中信金再爆弊案 高層涉賤賣松壽大樓今遭搜索，自由時報，

處分時，為之提出擔保金等事例¹⁰，可知相同企業或集團之內稽、內部控制、法令遵循可能失靈引發之舞弊或不法，且經觀察後可以發現，國內不少企業弊案，在同一企業或集團反覆發生舞弊之例，在所多有，縱使前後多次歷經企業或金融業主管機關之裁罰或行政制裁仍未收效，更無改革法人內部結構及文化，預防內部不法舞弊行為之作為。此時，僅能仰賴外部他律機制，以具有強執行力之執法方式，要求法人進行自我改革及建構良好之企業文化¹¹。但如何進行強執行力之執法，則有待思考之，從刑事管制角度，企業進行犯罪行為，實為其內部人不法行為，可能造成公司、股東受害，更危及經濟秩序¹²。因之，以經濟刑法或相關刑罰法律作為經濟犯罪管制手段當屬公司治理之法令遵循之一環，為強化公司治理之一部分，更重要的是達成刑法預防目的（嚇

2019年7月15日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/2853438>（最後瀏覽日：2019年12月30日）。

¹⁰ 吳佳蓉，解析金管會開錮中信金 專家：國內制度不完整存爭議，自由時報，2017年12月6日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/2275163>（最後瀏覽日：2019年12月30日）。

¹¹ 蔡怡杼，顧立雄：法遵做好何必怕金管會檢查，中央社，2017年9月28日，<https://money.udn.com/money/story/5641/2728512>（最後瀏覽日：2017年10月10日）；蔡怡杼，顧立雄掌金管會提4大工作重點，中央社，2017年9月28日，<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201709060257-1.aspx>（最後瀏覽日：2019年12月30日）。

¹² 王文宇，從公司不法行為之追訴論民、刑、商法之分際，月旦法學雜誌，103期，2003年12月，頁50-51；邵慶平，董事受託義務內涵與類型的再思考——從監督義務與守法義務的比較研究出發，臺北大學法學論叢，66期，2018年6月，頁6。

阻目的)，以預防未來再犯，藉由刑法特別預防及一般預防之目的，對於法人一般內部人威嚇阻犯罪意圖，進而達到預防內部人犯罪之刑法目的。由是，經濟犯罪刑法管制，實為外部法律規範之管制，也是法令遵循應該遵循之外部法令，作為解決公司治理及內控制度之界線，屬公司治理重要之工具¹³。

以比較法觀之，美國對於法人犯罪之刑事法管制架構，分為刑事實體法及刑事程序法之管制，包括透過刑事事實體法，在實體刑法承認法人犯罪之刑事責任、並得對法人量刑，及在程序法，以起訴裁量權處理法人犯罪，改革法人內部，並藉以預防法人不法、犯罪行為。而美國法制，在管制策略更靈活運用刑事法來強化內控制度及法令遵循作為刑事管制之手段，該等策略不僅作為公司治理之內涵，更與刑事法結合以預防法人及內部人經濟犯罪。承上述管制策略及思維，以下本文研究論述在承認法人刑事責任之前提下，以美國聯邦量刑指導準則為例，檢視美國如何藉由組織體量刑指導準則（下稱「組織體量刑準則」）¹⁴，實踐並執行企業內部之有

¹³ 溫祖德，美國法人經濟犯罪之刑事管制架構，月旦法學雜誌，278期，2018年7月，頁215-217；蔡昌憲，從公司法第一條修正談公司治理之內外部機制——兼論企業社會責任的推動模式，成大法學，36期，2018年12月，頁129及圖二。

¹⁴ 本文標題及內文採用法人犯罪，但就美國法法規部分確採取組織體量刑之名詞，實因美國法制，對於法人量刑，該規範使用名詞為組織體（organization），而非公司或法人（corporation），本文因之依據英文字義直接翻譯，為免造成誤會，附此敘明。

效內控制度及法令遵循之內涵，透過組織體量刑準則使法人將內控制度及法令遵循作為法律策略，提供法人積極誘因從事相關法令遵循之設計及實踐，在量刑決定上，建議法院減輕法人之量刑，透過獲得減輕量刑之誘因，促使法人積極為之，配合調查，換得實質利益。同時，本文也對於組織體量刑準則之公司治理及法令遵循之管制策略，提出評析。最後，藉由結合刑事法及財經法領域發展財經刑法管制犯罪及解決之道，提出對我國相關法令修正方向之啟示，提供作為未來刑事管制之建議。

貳、美國組織體量刑準則對於法人 犯罪之量刑及管制思維

美國法對於法人犯罪之刑事法管制架構，可分刑事實體法及刑事程序法之管制，實體法部分，包括透過刑事事實體法，在實體刑法承認法人犯罪之刑事責任、對法人犯罪量刑，及在程序法，以起訴裁量權防制法人犯罪三個部分。上述三個管制策略，息息相關，相互牽涉而彼此互相影響，申言之，若承認法人具有犯罪能力，應負刑事責任¹⁵，才得以起訴、審判法人並量刑。然而目前依據美國聯邦司法部發布之起訴法人基本準則之政策指引下，縱使法人具有刑事責任，聯邦檢察官也未必起

¹⁵ 溫祖德，法人刑事責任之歸責法制——以美國模式為核心，收於：刑事政策與犯罪研究論文集(22)，2019年11月，頁73-94。

訴法人，可能透過檢察官起訴裁量權之運作，加諸改革法人之內控制度、法令遵循，以收預防內部不法行為、塑造良好之企業文化及倫理之效¹⁶。換言之，在此管制策略下，對法人犯罪之刑事程序，很有可能不會真正進入起訴或審判程序，即由檢察官與法人達成協議或附條件之緩起訴處分，最終也未必進入法人量刑之刑事程序。但仍有少數案例，有法人可能因為種種原因，遭到刑事起訴，並於判決有罪後，進入量刑程序，而美國組織體量刑準則之設計，在於法院對於法人犯罪部分，除可能從犯罪本質，基於罪刑相當性角度決定法人量刑程度外，同時納入財經法內控制度及法令遵循之企業內控及倫理性的考量，審酌法人是否設置或進行有效的法令遵循及倫理計畫，並於犯罪發生前後，主動自願性舉報或通報政府執法機關，由法院審酌裁量決定得以減輕法人之刑事責任，此管制策略將財經法公司治理，納入量刑因子，作為量刑依據，此為管制財經犯罪的新思維及手段。以下研究論述組織體量刑準則針對法人刑事責任之量刑，從組織體量刑準則前之量刑實務、量刑準則之立法選擇、組織體量刑準則之規範目的及準則關於「有效法令遵循及企業道德計畫」（Effective Compliance and Ethics Program）之內容，詳加論述，藉以探究準則內管制手段、內涵及思維。

¹⁶ 溫祖德，同前註13，頁212-229。

一、法人犯罪之量刑

美國法初始並不承認法人有犯罪能力，直到近代受到普通法院之見解認為法人應對受僱人之侵權負代位責任，美國聯邦最高法院在New York Central & Hudson River Railroad v. United States案，表示法人對於受僱人或代理人，於職權行使範圍內所為不法行為，基於公共政策及法人從該商業活動獲得利益之理由，依據侵權行為法之代位責任原則，得將該行為責任轉嫁歸責於法人，使法人負擔刑責，此即法人代位責任原則¹⁷。由於法人僅能透過內部人從事行為，本於代位責任（vicarious liability），將實際行為人（受僱人或代理人）之行為轉嫁至法人，而歸責為法人之犯罪行為¹⁸。基於法人具有犯罪能力及刑事責任，以下分析於美國聯邦體制下，訂定組織體量刑準則前、後，法院量刑實務及組織體量刑準則之基本思維；其次，本文論述量刑準則管制法人犯罪之策略及法規範具體內容、目的。

（一）前量刑準則時期

早在1970年代，法人已逐漸增加或設置內部機制用以偵測或預防特定類型之違法行為，諸如：反托拉斯或反貪腐相關法令¹⁹，當時管制思維，無論公、私部門，

¹⁷ New York Central & Hudson River Railroad v. United States, 212 U.S. 481, 494 (1909).

¹⁸ J. KELLY STRADER & SANDRA D. JORDAN, WHITE COLLAR CRIME-CASES, MATERIALS AND PROBLEMS 16 (2009).

¹⁹ John D. Copeland, *The Tyson Story: Building an Effective Ethics and*

均無積極提倡企業內部進行全面性的遵法文化及設置法令遵循計畫之概念。在處理企業法人之不法或犯罪行為，於制定聯邦量刑準則前，司法實務對於法人量刑常造成不一致之歧異，即便法官試圖量處適當之刑罰，實證研究仍指出相同類型的法人犯罪行為經常量處不同之刑，且對法人科處之罰金刑實際低於遵守法律規範應支付之法遵成本²⁰，如此，對法人造成不當之動機，形成法人並無任何誘因遵守法律規範或防範不法行為之發生，甚至可能選擇違法或不進行防範不法行為，待判決時，再行履行罰金刑，以致毫無遵法之誘因。聯邦量刑委員會為改變上述法人量刑不一致及缺乏誘因之缺點，曾經審酌二個立法模式，解決上述問題，茲分述如下：

第一，法律經濟學之最適當刑罰論或稱為最佳威嚇模式（optimal deterrence），認為以罰金處罰法人犯罪，以適當罰金來達到使法人自行計算最具效率之犯罪預防行為，此說提出基本公式為金錢損害除以公司被逮捕定罪之可能性，得出之數字即為最適當之罰金刑，認為公司內部行為人（公司高階經營或管理階層等），得計算此等罰金額度×犯罪被逮捕定罪之可能性，二者相乘所得即為內部行為人從事經濟犯罪不法行為之代價，與法

Compliance Program, 5 DRAKE J. AGRIC. L. 305, 313-17 (2000).

²⁰ Ilene H. Nagel & Winthrop M. Swenson, *The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts about Their Future*, 71 WASH. U.L.Q. 205, 214 & n 45 (1993).

人犯罪所得相比，若犯罪所得低於罰金額度，如此從事該不法行為即不符合成本效益分析，而一個理性的內部行為人，應該會選擇採取合法遵守相關規範，不違背法律規範，如此才不至於因不法行為造成損失；反之，若二者相比，犯罪所得高於罰金額度，如此從事該不法行為即符合成本效益分析，故被告即會選擇從事該等違法行為。總之，當立法模式採取法律經濟學之思考模式時，立法者應立法處罰適當足量之罰金刑使法人之內部行為人趨吉避凶，而遠離從事犯罪不法行為²¹。

第二，採取誘因模式，亦即胡蘿蔔獎勵與棒子處罰模式，依據行為經濟學家Ian Ayres論述，胡蘿蔔代表著獎勵，而棒子則是當目標未達成時，施以處罰，為附條件處罰，二者均屬於附條件誘因及處罰，屬於經濟誘因之基石，經濟學家視誘因無所不在，認為個人為求周全，亦即考慮個人行為會影響周遭人們的方式²²。最後，聯邦量刑委員會基於下述三項原因，採取第二種模式立法，強調重於刑事責任及矯正（remediation）觀念，一、代位模式之法人刑事責任，由法人代企業內部不法行為人，負刑事責任，但代位責任並無法適度反應法人刑事責任之層級性，更無法反應法人本身之道德可責難性；二、法人本身得以承諾減少內部不法行為，於

²¹ See U.S. SENTENCING COMM'N, DISCUSSION DRAFT OF SENTENCING GUIDELINES AND POLICY STATEMENTS FOR ORGANIZATIONS (July 1988), reprinted in 10 WHITTIER L. REV. 7, 58-61 (1988).

²² IAN AYRES, CARROTS AND STICKS 23-24 (2010).

不法行為發生時，較有能力透過內部規範及標準運作程序之改革、審計標準、企業文化及法令遵循制度之建立，偵測不法行為及矯正其不法行為；三、強化內部管理階層控制內部犯罪誘因，期待透過強制的組織體量刑準則之法規範誘因模式，區分法人是否管制內部不法行為及責任，並反饋給負責之企業法人，也就是說，當法人進行內部自律管制行為，則科以較輕刑罰，反之，對於自律失靈之法人，課以嚴格刑事責任²³。

於1984年，聯邦量刑改革法案希望能達到降低量刑歧異、強制要求訂定對組織體（企業法人）量刑及量刑應區分對法人及自然人分別規範等情況，聯邦量刑委員會制定第一個版本之組織體量刑準則，當時立法者即稱，現代法律忽略個人責任與法人責任間之量刑目的，也未能承認二種類型被告經濟來源差異性及在類型化犯罪中，典型由組織體進行之犯罪，因而致企業組織體取得更大之經濟上利得及造成個別被害人更重大之經濟上損害²⁴。組織體量刑準則之刑罰結構核心即為罰金刑，罰金刑高低間距係基於對於法人不法行為之相應責任，而對應其責任課以正當刑罰之思想。此外，若法人鼓勵

²³ Lisa Kern Griffin, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, 82 N.Y.U. 311, 317 (2007); 中文介紹此種處罰模式，溫祖德，同前註13，頁217-218；林志潔，公司犯罪防制之省思與展望，收於：刑事政策與犯罪研究論文集(11)，2008年11月，頁151。

²⁴ See S. Rep. No. 98-225, at 66-67 (1984).

內部人從事不法行為或容任內部人進行不法行為，組織體量刑準則科以高度罰金刑；反之，當法人明示不法行為之不可接受性（*antipathy*），則組織體量刑準則處以較輕之罰金，採取嚇阻理論，認為當法人展現對於不法犯行之非容忍性（*intolerance*），則法人得享有輕刑，例如，當企業採取行動遏止內部人之不法行為，即屬於此種情況²⁵。而法人得以獲得減輕罰金刑的二個重要模式即為採取有效的法令遵循計畫並在法人發生內部犯罪前已經偵測調查該違法行為。其次，法人得以迅速通報、報告政府或執法機關並完全的配合、合作於犯罪調查及積極接受責任²⁶。

總之，立法論上採納第二種模式比法律經濟學模式較為可行之原因在於使量刑更符合公平及可預測性，而且足以創造促使法人採取控制犯罪之誘因，量刑委員會目的在於創造「好公司市民」（*corporate good citizens*）及冀望藉此提供「公司社會復歸」（*rehabilitate corporations*），聯邦量刑委員會副主席認為此種模式係鼓勵法人設置法令遵循計畫時，得設計最適合其領域特性之法遵計畫，以維持計畫彈性及企業獨特性而設計之²⁷。

²⁵ Nagel & Swenson, *supra* note 20, at 210-12, 219-22.

²⁶ Harry First, *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, 89 N.C. L. REV. 23, 36-37 (2010).

²⁷ Paula Desio, *An Overview of the Organizational Guidelines*, <https://>

(二)組織體量刑準則規範論

1991年，美國聯邦量刑委員會增訂聯邦量刑指導準則第8章組織體量刑專章，主要是透過上述棒子與胡蘿蔔哲學思維，主張法人組織體受到自我管理之誘因驅使，組織體量刑準則已經往法人責任方向邁進，關於法遵與企業倫理部分，加強法人之有效法令遵循之管制及企業倫理計畫之建置²⁸。聯邦政府認為組織體量刑準則提供企業法人重要誘因，建置全面性的內部法遵計畫避免及預防犯罪或不法，聯邦組織量刑準則立法原則原本重於法人補償犯罪造成之損害、帶有犯罪目的之法人應被譴責、棒子與胡蘿蔔取徑之刑罰、緩刑模式履行制裁及降低累犯，目標在於提供企業法人組織結構上之基礎，由組織進行自我管理行為，並透過有效法令遵循及倫理計畫²⁹，得藉由法令遵循計畫或機構之設置作為減輕量刑

www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/organizational-guidelines/ORGOVERVIEW.pdf (last visited: Aug. 17, 2019); Diana E. Murphy, *The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics*, 87 IOWA L. REV. 697, 701-02 (2002).

²⁸ Ketanji Brown Jackson & Kathleen Cooper Grilli, *The History of the Organizational Sentencing Guidelines and the Emergence of Effective Compliance and Ethics Programs*, *The Complete Compliance and Ethics Manual 2019*, <https://compliancecosmos.org/history-organizational-sentencing-guidelines-and-emergence-effective-compliance-and-ethics-programs> (last visited: Dec. 17, 2019); ELLEN S. PODGOR, PETER HENNING, JEROLD H. ISRAEL & NANCY J. KING, *WHITE COLLAR CRIME*, 772 (2018).

²⁹ Jackson & Grilli, *id.*; U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C 2.5(f) (2012).

的重要因素，成為極具效果之誘因。最後，對於未建置法令遵循計畫及預防犯罪不法行為之法人，加重量刑。

組織體量刑準則，給予法人充足誘因促進實施自我管制及內部控制，鼓勵設置有效之法令遵循計畫，促進建立好公司市民，在實體認定法人犯罪時，若法官認定法人已建置有效法令遵循、自我報告、偵測犯罪行為時，即可減輕對法人量刑，免受對於企業所科之高額罰金，因之，學者也認為設置有效的法令遵循計畫者得減輕量刑之規範，即提供法人強烈誘因建構有效法令遵循機制³⁰。此外，量刑委員會認為量刑準則目的除達成預防犯罪外，同時改變量刑實務³¹，以下即以組織體量刑準則立法思維模式，探討企業內控及法令遵循作為刑事管制手段，分析該準則所提供預防法人犯罪誘因、建構法遵及企業倫理計畫及法人內部自律機制，同時，也呼應本文前述之形塑好公司市民而形成企業倫理意識（Ethics Awareness）。

1. 企業倫理意識

傳統上，企業經營者或執行長也許僅採取最小（低）程度之企業倫理底線，即使安隆案後制定之沙賓法案，特色著重在加重政府監督力量，建立對會計師監督之超然委員會、加重企業執行長、財務長責任（對財

³⁰ 蔡昌憲，同前註3，頁90。

³¹ Jennifer Arlen, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines*, 66 U. MIAMI L. REV. 321, 323 (2012).

務正確性負責及對舞弊導致投資損失負民事責任）、設置審計委員會及加重刑事責任³²，然上述機制，均未從形塑及強化企業倫理角度出發，有學者認為沙賓法案並未正面回應企業倫理強化的管制策略。於2010年11月，美國量刑委員會修訂上述組織體量刑準則，要求企業經營者採取合理手段及措施，修補已經發生之不法行為造成之損害，避免未來犯罪行為之再生，最終並修正該企業法令遵循計畫確保其有效性³³。

因之，法令遵循的目的，不在於單純要求企業法人內部遵守法令而已，更重要的是需要建立企業倫理觀念，形成遵法之企業倫理與企業文化，如此企業才能從上而下的貫徹遵法意識，形成企業倫理及文化，所以很重要的是「由上而下」（*tone at the top*）之作為及意識，這也是學界所稱之企業倫理認知感。

2. 聯邦組織體量刑指導準則「有效法令遵循及企業道德計畫」內容分析

聯邦組織體量刑指導準則第8B 2.1開宗明義訂定「有效法令遵循及企業道德計畫」（*Effective Compliance and Ethics Program*），依據同準則(a)項，為建構有效法令遵循及企業道德計畫，法人應該進行如下之建置及組織行為。首先，法人應盡善適當注意義務，避免犯罪行為及偵測內部犯罪行為，並促進組織體內鼓

³² 陳春山，同前註2，頁49-54。

³³ BASRI, *supra* note 1, at 73-74.

勵企業倫理行為之文化及致力於遵法之文化。此等企業倫理及遵法文化，應被合理設計、建置及執行，以致於建置之計畫，能有效的防止犯罪行為及偵測內部犯罪行為³⁴。第二，法人應盡適當查證義務（*due diligence*）及促進組織體內鼓勵企業倫理之文化及致力於遵法之文化，至少應踐行下述措施：(1)法人應建立防止犯罪行為及偵測犯罪行為之標準及程序；(2)組織內最高管理權力（例如董事會或最高管理階層），應認識該法令遵循計畫及企業倫理計畫之內容及運作，並行使合理監督上述計畫之履行及有效性，組織內高階主管，應確保組織內具備有效的法令遵循計畫及企業倫理計畫；特定高階經理人應被指派對於法令遵循及倫理計畫完全責任；組織內特定自然人個人應受託（*delegated*）為一般運作之責任（*operational responsibility for the compliance and ethics program*），其中受託執行之人員應定期向高階法遵人員（經理）或管理階層或管理階層之次級委員會（*subgroup of the governing authority*）報告該等計畫之有效性。而為執行上述計畫之運作與責任（*to carry out*

³⁴ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8B 2.1(a) (2012) (“an organization shall—(1)exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and (2)otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law. Such compliance and ethics program shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct. The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct.”)

such operational responsibility) ，高階或低階內部人員應賦予適當資源、權限及直接管道接觸管理階層或適當次級委員會之管道；(3)法人應運用合理努力不納入實質權限給予任何組織內成員個人，且為組織所知或透過適當查證義務，應該知悉過去曾經從事不法行為或違反倫理準則及法遵計畫之行為；(4)法人應採取合理程序定期並以實際方式，向法人內部董事會成員、經理人及法人法遵人員，甚至是外部代理人，傳達該法人標準、程序及其他關於法遵及企業倫理相關計畫，並以有效訓練計畫或其他相當方式傳播該等人員個別扮演角色及責任之資訊；(5)法人應採取合理程序，包括，監督及審計以偵測犯罪行為，確保法人法遵及企業倫理計畫均已遵守並踐行；週期性評估上述計畫有效性；且建置公開系統，容許匿名性及機密性的法人內部受僱人或代理人得以舉發或上報內部真實或潛在之不法行為，而毋庸處於擔心遭受報復之情形；(6)法人法遵及企業倫理計畫，應在法人內進行統一性被促進執行，並透過適當誘因，遵照該計畫執行之；同時使用適當之處罰程序處罰參與犯罪之人或未能採取合理程序而防範或偵測犯罪之情形；(7)在偵測犯罪行為後，法人應採取合理程序適當回應犯罪行為並進行對於法遵及企業倫理計畫之必要修訂³⁵。最後，執行上述計畫，法人應該定期評估犯罪行為之風險，應採取適當程序進行設計、履行或修訂上述之各個要件，

³⁵ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8B 2.1(b) (2012).

以減少透過程序確認之犯罪行為之風險³⁶。

本文試圖將上述組織體量刑準則與法人組織內部法令遵循及企業倫理計畫之建置，扼要整理如下，其建置應包括，法人應建立防止犯罪之標準及程序，由法人最高管理機構認識該等標準及程序，進而合理監督法令遵循計畫及其有效性。法令遵循事務及建置應指定專責之人負責，專責人員應定期向高階法遵長及管理階層呈報計畫之執行，更重要的是，法人內部，應建置適當資源、管道使專責人員直接接觸管理階層或管理階層之次級委員會，確保法遵計畫之有效性。而法令遵循及企業倫理計畫之建置，應向內部人宣導、教育及形塑企業倫理文化，並採取合理程序，監督、審計及定期評估計畫之有效性。此外，應建置匿名機密之通報系統，使內部人得以舉報真實或潛在之不法行為，最後，法人偵測犯罪後，也要能夠適時修訂計畫及採取合理之程序適當回應犯罪行為。

為建構法人自律之刑事管制，刑罰以誘因使法人協助聯邦檢察官偵測及處罰法人內部人犯罪，法人自律管制有關之罰金刑部分，一般而言，組織體量刑準則提供「建議罰金刑之區間」，罰金刑依據「犯罪本質之嚴重性」及「法人罪責」，計算量刑輕重程度，先依據犯罪本質之嚴重性對應得到「基礎罰金」，再依據法人罪

³⁶ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8B 2.1(c) (2012).

責，加重或減輕「罪責分數」(culpability scores)³⁷。依據法人罪責加重或減輕之基準，其中減輕基準之一即採取法人內部自律之設置與否，本意在法人建置並執行有效內部自律以預測及防止不法行為。因之，在量刑準則罪責分數部分，訂有「有效防止及偵測違法行為計畫」(Effective Program to Prevent and Detect Violations of Law)，當法人內部犯罪行為發生時，且法人已知犯罪，確不合理的延遲向政府機關報告犯罪，則不得減輕罪責³⁸。企業罪責分數之減輕事由，以法人自我報告不法行為及承認刑事責任，該減輕罪責分數依據法人配合意願之程度而定，法人若承認不法接受刑責，會獲得一分，其次，企業若完全配合偵查，並且認罪的條件下，獲得二分，若企業在政府偵查前或危險揭露之前，企業對其內部不法行為有認識後，於合理及時時間內，對於偵查機關或政府機關主動報告，並徹底配合且承認罪責條件下，企業即得五分³⁹；反之，對於不配合之企業，也就是沒有依循上述減輕基準，制定法遵行為準則與主

³⁷ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C 2.5(b)(c)(d)(g)(f)(1) (2012).

³⁸ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C 2.5 (f)(1) (2012) (Subsection (f)(1) shall not apply if, after becoming aware of an offense, the organization unreasonably delayed reporting the offense to appropriate governmental authorities.)

³⁹ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C 2.5(g) (2012) (Self-Reporting, Cooperation, and Acceptance of Responsibility); 所謂及時，法人受正式通知，於發動刑事偵查時，即應同時開始配合偵查，see § 8C 2.5 cmt.12 (2012).

動揭露不法行為，則處以更嚴重刑罰（the imposition of higher penalties）⁴⁰。

上述列舉要件，乃量刑委員會採取量刑準則賦予法人自我管理之義務（policing duties）（關於此部分之政策及思維，詳下述），若能滿足上述自我管理義務，建置有效法遵計畫並進行法人即時自我偵查及報告犯罪行為，協助合作調查並承認刑事責任，將獲得減刑利益⁴¹。此外，法人亦得受附條件緩刑宣告，而以法令遵循及企業倫理計畫作為緩刑條件，使得法令遵循及企業倫理計畫得受到監督及執行⁴²。

二、從組織體量刑準則形塑自我管制（self-policing） 政策及其內涵

第一，企業法人自我管制思維始於私部門（private sector）自願性進行之措施⁴³，亦即此政策趨勢始於法人自願進行自我管制，防範內部不法或犯罪行為。而聯邦組織體量刑準則轉而將此自我管制概念併入準則內，透過聯邦組織體量刑準則，形成新興管制思維，透過法令遵循計畫進行企業自我管制⁴⁴，重新塑造企業倫理之本

⁴⁰ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C 2.5(a)-(e) (2012); Griffin, *supra* note 23, at 318.

⁴¹ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C 2.5(f)-(g) (2012); John S. Baker Jr., *Reforming Corporations through Threats of Federal Prosecution*, 89 CORNELL L. REV. 310, 313, 317 (2004).

⁴² PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING, *supra* note 28, at 773.

⁴³ Baker, *supra* note 41, at 313.

⁴⁴ Desio, *supra* note 27.

質，培養訓練企業法遵人員，由此等法遵人員制定企業內部行為準則，同時由法遵人員稽核（audit）法遵之踐行⁴⁵。理論面言之，當企業發生不法行為時，由法人內部之自我調查、偵測，並主動自願揭露不法於政府，對於公司內部之不法或犯罪行為之防制具有高度重要性及極具誘因性，將企業內部調查制度化，假若政府或執法機關正在調查某個企業行為是否屬於全面性不法，則此等內部自我調查偵測之設置及機構化，得以更普遍性預防或遏止企業犯罪於未然，或至少更加確定偵測犯罪⁴⁶。

第二，法令遵循計畫，可以更促進公共善意，讓公司被視為遵法之公司市民，而非利慾薰心、舞弊叢生之企業體⁴⁷。法院也得以基於企業法令遵循計畫之建置與法人刑事責任之程度，依據企業內法遵計畫之適當查證義務標準，得使法院在量刑時，非依據個別內部人（受僱人等）行為，而以企業抵抗或不遵守法令之證據作為決定刑事責任之輕重依據⁴⁸。因之，法令遵循計畫形塑數個目的，在不法行為之初，減低企業不法或犯罪行為之可能性，塑造企業內部良好的企業遵法文化及意識，同時也改革法人內部組織及預防法人及內部人犯罪。

最後，依據該準則，法院量刑時，依據「有效」法

⁴⁵ *Id.* at 313-14, 316.

⁴⁶ First, *supra* note 26, at 34-35; Baker, *supra* note 41, at 316-17.

⁴⁷ Baker, *supra* note 41, at 326-28.

⁴⁸ First, *supra* note 26, at 35.

令遵循計畫，僅當法人盡查證義務，防弊、偵測犯罪行為，且高階內部人確保組織有效法令遵循計畫及道德準則，採取適當措置監督法遵及稽核犯罪行為，於偵測不法行為後主動通報政府主管機關並配合偵查，方符合前述胡蘿蔔獎勵手段，得減輕刑事處罰，鼓勵法人積極建立並執行自我管制政策及實踐「有效法令遵循及企業道德之計畫」⁴⁹。

三、對於組織體量刑準則之評析

第一，依據量刑委員會之立法資料及學者見解認為量刑委員會採取棒子與胡蘿蔔之立法模式，制定企業內部行為準則，同時由企業偵測不法行為後，主動通報政府機關等，獲得減輕刑事處罰之優惠誘因，有學者認為該等誘因其實並未含有太多刑罰優惠在內，因為即使法人建構法遵計畫及自我報告機制，也未能保證受到優惠量刑；反之，若法人未能依據上述要求而為，本質上將確定受到更嚴重之懲罰⁵⁰。畢竟，優惠量刑，有賴法院進行終局性認定，法院審酌法人法令遵循計畫是否具備「有效性」或法人通報機制是否合乎「合理即時通報」之要求或法人是否「配合」調查，上述多個要件均有待法官之認定，對法人言之，似乎難以「確保」能夠獲得優惠之量刑。

⁴⁹ Griffin, *supra* note 23, at 321.

⁵⁰ Baker, *supra* note 41, at 317.

第二，若法人已設置及實施法令遵循計畫，對於法人刑事責任及審判量刑有相當程度之影響，此等規範及法律效果，形成法人自我管制及自我執行監督權的誘因，尤其當法人已設置法令遵循計畫，但仍未能有效地嚇阻內部犯罪行為，若該法人仍得以適用組織體量刑準則之減輕優惠，將使得量刑明顯偏離罪刑相當性原則⁵¹。

第三，縱使法人果真設置法令遵循計畫，公司必須符合組織體量刑準則所訂多重建置之要求，但組織體量刑準則並未詳訂法令遵循計畫內容及執行層面之細節性事項，反而留給個別公司依據個案狀況決定之，受規範客體在規範執行層面仍享有決定權，正因此，法規範之不全，反而創造個別公司投機之機會，形成法人可能會形式上設置或執行法令遵循計畫變成像櫥窗般的裝飾用的法遵計畫（“window-dressing” compliance programs），而雖形式上符合組織體量刑準則，確非實際實施執行組織體量刑準則之要求⁵²。換言之，裝飾用之法遵計畫實質上根本無法促成法人內部整體形成一個倫理價值導向、善意法人市民及企業文化之法令遵循計畫，也無法

⁵¹ Philip A. Wellner, *Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions*, 27 CARDOZO L. REV. 497, 505-06 (2005).

⁵² Kimberly D. Krawiec, *The Future Disclosure System: Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 WASH. U.L.Q. 487, 494 (2003). 該文即敘述該規範為投機行為創造機會，因而准許公司攬獲源自於法律不完盡本質所可取得之社會利益。

嚇阻或偵測內部犯罪行為發生之法令遵循計畫，如果說法人僅依據組織體量刑準則使法人去創造一個裝飾用之法令遵循計畫，以換得潛在之量刑優惠，不但有損原本刑法責任課責及預防目的，同時還耗費法人大量成本，此實非量刑委員會原本制定準則之目的。學者也稱法人得以設計執行之法令遵循計畫可能並非最佳法令遵循計畫，且法院對於此等案例亦乏前例之指導，以便審酌法令遵循計畫之有效性與否，因而更缺乏適當之模範以為法令遵循典範⁵³。復以，法令遵循計畫本即複雜，且為回應各個不同領域企業之特別要求，即便量刑委員會提供詳盡之量刑設計，公司仍須因應個別之需求，各自設計符合個別事業領域、個別違法或犯罪行為之特別需求，准由法人設計符合自己產業特性之法令遵循計畫，但實際上法人因而得在這二個選項——設計足以嚇阻犯罪之法令遵循計畫或形式上滿足組織體量刑準則之法律文字要求的二個選項內，投機選擇⁵⁴，以致於法令遵循計畫可能形同虛設，並無法達到原來量刑委員會之良善美意。

第四，另有實務家直言不諱地認為，組織體量刑準則看似回饋法人遵法行為優惠之誘因，而對於違反或不遵法設計法令遵循計畫之法人加重懲罰，但實際上任何積極設置法遵計畫之法人，仍然可能承受重度量刑之高

⁵³ Welliner, *supra* note 51, at 512.

⁵⁴ *Id.* at 512-13.

風險，等於受到胡蘿蔔誘因而帶來之懲罰⁵⁵。也就是說，事實上法人可能因為證明執行有效性法令遵循計畫，而必須主動及時通報不法或犯罪行為，以獲得量刑優惠，但依據組織體量刑準則之設計，法人未必可能獲得法院減輕量刑之優惠，若未獲得優惠下，則法人將因通報犯罪行為而受到懲罰，等同於沒有獲得任何減刑之利益，此為法人通報犯罪前之必然顧慮，故有學者認為組織體量刑準則未必真正帶來胡蘿蔔之減輕刑罰之結果，因此，就量刑而論，誘因對法人只不過是負擔而已，卻沒有獲得相應之利益，而非如量刑委員會所聲稱，自我管制可以協助法人塑造成為好市民⁵⁶。

最後，越是有效的法令遵循計畫，越可能揭露法人內部之違法、犯罪情形給政府公部門或作為任何潛在私人訴訟所用。上開有效的法令遵循計畫等於法人自我揭露不法犯行，作為外界檢查審視之證據，則法人是否願意實施有效的法遵計畫（包括自我舉報或通知政府主管機關），成為量刑準則的重大矛盾。更甚者，當法人依據法令遵循計畫之非常措施增加犯罪行為被偵測之可能性時，此舉亦同時增加法人對於犯罪行為應負刑事責任

⁵⁵ Joseph E. Murphy, *Beating Them with Carrots and Feeding Them Sticks*, in U.S. SENTENCING COMM'N CORPORATE CRIME IN AMERICA: STRENGTHENING THE "GOOD CITIZEN" CORPORATION: PROCEEDINGS OF THE SECOND SYMPOSIUM ON CRIME AND PUNISHMENT IN THE UNITED STATES 391, 391 (1995).

⁵⁶ Baker, *supra* note 41, at 317.

之可能性，業如前述，若此，法令遵循計畫本身即創造一個矛盾之執行結果，對於法人而言，組織體量刑準則之法令遵循計畫是否果真如同學界通說所認者，能夠積極創造法人設置實施有效的法令遵循計畫之誘因，非無疑問⁵⁷？學者進一步認為，甚至對法人形成「是否」設置並執行公司內部全面性法令遵循計畫及結構，產生疑問，換言之，基於法人可能遭致被訴所帶來之刑事責任之風險，反而使法人不設置法令遵循計畫或者選擇以較非善意方式執行之⁵⁸，也是可能的結果，如此一來，反而造成法人造假、為敷衍執法機關而形式上設置一個無用的法令遵循計畫，而未能達成前述塑造法人企業倫理及內部改革之目的。

總之，組織體量刑準則提供減輕量刑之誘因，或許基於上述對於該準則評析或質疑，未必能夠彰顯任何實施成效，事實上，真正被起訴之法人並接受量刑者，極其少數。近年來，聯邦司法部為全面管制企業不法或犯罪，也改變了訴追政策，改以刑事訴追管制嚇阻並預防法人犯罪，進行公司內部治理，而頒布起訴基本準則，指導聯邦檢察官審酌起訴之判斷因素，決定法人刑事犯罪之訴追決定及裁量⁵⁹。職是，檢察官亦漸轉而依據上該起訴準則，進行法人犯罪之管制及內部改造，審酌法

⁵⁷ Welliner, *supra* note 51, at 511.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Baker, *supra* note 41, at 326-28.

人已依檢察官與之達成之緩起訴協議或不起訴協議而決定法人命運，從而學者認為司法部之起訴政策實提供較多誘因使法人採取真正有效的法令遵循計畫，並達到監督法人執行之法效果⁶⁰。

四、組織體量刑準則之未來

組織體量刑準則列為聯邦量刑準則之第8章，原本聯邦量刑委員會制定準則，強制適用於聯邦管轄區域內，因此也對於法官之量刑產生拘束力，而2005年於United States v. Booker案⁶¹，聯邦最高法院對聯邦量刑準則之合憲性，作出違憲之認定，特別是對於量刑委員會使聯邦量刑準則具有強制性效力之18 U.S.C. 3553 (b)(1)條宣告違憲，因而也同樣影響組織體量刑之現狀，但Booker案至少讓聯邦量刑準則維持其建議性質之效力，該院判決認為量刑法院得以、但非必須，將量刑準則列入審酌，同時也保存量刑委員會之存在及其功能，使之持續進行修訂、研究及蒐集各地區法院之量刑實證資料⁶²。因此量刑委員會於該案後，也迅速將之改為建議性質之量刑系統，然組織體量刑準則之內涵及其管制策略，仍然對於法人建構其公司治理、內部結構及法令遵循具有非常

⁶⁰ Assaf Hamdami & Alon Klement, *Corporate Crime and Deterrence*, 61 STAN. L. REV. 271, 279 (2008); Arlen, *supra* note 31, at 327; 中文文獻，參閱溫祖德，同前註13，頁221-228。

⁶¹ 543 U.S. 220, 245 (2005).

⁶² *Id.* at 264.

重要之啟示，且仍然合於當代之財經法之管制策略，而為形塑公司治理及法令遵循所必須參考之趨勢及策略。

參、我國法人犯罪量刑之析論

美國組織體量刑準則固然立意良好，量刑委員會並認為該準則將會形成企業法人實施有效性法遵計畫之強烈誘因，學者通說也普遍認為法令遵循計畫將使法人強化內部控制、改革，並使法人設計良好且有效之法遵計畫，主動通報犯罪，並配合檢察機關調查，達到量刑優惠之目的。然探究組織體量刑準則創造之誘因及負面誘因，也同樣可能帶來上述學界對於組織體量刑準則之上開評析之結果，由此亦可看出學界及實務界均有抱持存疑論之態度。然而，本文認為在承認法人刑事責任之法域，既然承認法人刑事責任，當法人面臨起訴、審判後，本於罪責原則應該受到相對應之刑罰，而在法人量刑之因子，納入法人公司治理、內部控制之思維，以法人於犯罪前、後自我形塑管制政策、設置法令遵循及企業倫理計畫，其實也代表法人自我管制及執法之嚴格性，並且表示法人自我監督之承擔及實踐，因此，本文認為法令遵循計畫在公司治理上要扮演任何有效的角色，如何使法人積極創造有效的法令遵循計畫及改革法人內部結構形塑良好的企業倫理及文化，應該是公司治理最終極的目標，而在法制上，面對企業治理，單單以公司法、證券交易法、金融控股公司法等財經相關法令

進行規範，未必能夠有效達成企業防弊及企業改革。如果還涉及法人犯罪及內部人不法或犯罪，無論以上述各種法律，均無法獨自實踐有效的管制策略，畢竟欠缺足夠的誘因，或未搭配刑事責任之配套法制，難收預防或改革之效。如果能夠仿照美國管制策略，在法人刑事責任之量刑，納入法令遵循之實踐作為量刑因子，結合財經法之管制措施，或許對於未來之法人犯罪之預防、法人內部組織改革及企業倫理之建構，具有如虎添翼之效果。

其次，關於我國法人刑事責任，無論在普通刑法或附屬刑法（財經相關法律等附屬刑法），我國法制採取兩罰制為原則，目前對於法人量刑之法律及實務運作並無特別的討論及論述，遑論對法人宣告附加法令遵循計畫條件作為緩刑條件之法制引介，也無對法人量刑之減輕事由規範之，基於對法人附加緩刑條件或附條件之量刑減輕事由，而將法令遵循計畫之實踐成效當作緩刑條件或量刑減輕事由，在美國法制已有規範及實踐案例，雖然我國並無關於法人量刑準則之訂定，在諸多附屬刑法規範既有兩罰制之規範，有法人刑事責任之適用，則如維持傳統對待法人犯罪科處罰金刑方式，僅為純粹法律操作及適用，而沒有思及如何運用法人刑事責任之量刑達成預防法人再犯及企業改革之契機及效果。因此，本文對於促進預防法人犯罪、防制企業舞弊、改革法人內部結構、公司治理及強化企業倫理與文化之管制策

略，冀望以先進國家之管制策略，作為我國預防未來法人犯罪的新興策略。

就法令遵循計畫之建構及實施之有效性，得為法人犯罪量刑之減輕事由或作為緩刑之條件，我國刑法對於法人犯罪之量刑法制，或可於規範法人犯罪之附屬刑法內增訂以法令遵循之建構及實施之有效性作為法人量刑減輕事由及附條件緩刑之規範，亦屬可行之道。至於對法人所為附條件之緩刑，得重新探討緩刑理論內涵，由於現行法對於緩刑理論及法制，係以自然人為基準，而未針對法人犯罪、法人緩刑部分進行立法，則就此應一併思考檢討之。另外前述美國學者質疑組織體量刑準則之設計是否果真使法人踐行有效性的法遵及企業倫理計畫，通說及判決均認為組織體量刑準則製造強烈誘因給公司法人設置並實施該計畫，但是絕大多數文獻均以引用組織體量刑準則之基礎，認為以該準則即足夠創造強烈誘因，有學者認為此等論述基礎並無實證研究之數據作為支持⁶³。其實上述質疑美國現行制度足以創造誘因之論點，固然言之有據，然而本文認為基於確保法人履行緩刑之條件或審酌減輕量刑之條件，特別是法令遵循計畫有效性之實踐及回應犯罪行為之改革，由法院於量刑前，確認並評估法人法令遵循及企業倫理計畫之有效性，並進行改革以回應法人偵測內部之犯罪，法院並得引進外部審查或由審判機關選任特別監督人方式，提出

⁶³ Welliner, *supra* note 51, at 508-09.

報告，由法院審酌，確保法人法令遵循及內部制度與企業倫理、文化之改善，如此將法令遵循之實踐良窳，與量刑結合審查，並非不可行的應對管制策略。雖然另有學者批判認為組織體量刑準則所給予之誘因訊息並不明確，誠屬正確，但本文認為組織體量刑準則對未能建構有效法令遵循及企業倫理計畫之法人之嚴格刑罰（加重刑罰），作為促進法人自我內控及管理之誘因仍屬非常明確，在對抗企業舞弊及預防法人犯罪之目的，應該仍足以發揮相當之誘因。

肆、結 論

法令遵循不僅僅在本世紀之公司治理扮演重要的角色，在預防法人及內部人犯罪及舞弊部分，更顯重要，本文自美國管制法人犯罪架構及趨勢可知，美國法制下聯邦政府（包括聯邦檢察官）對於法人犯罪之管制及處罰，冀望透過法令遵循，建立「好公司市民」之「企業倫理文化」。美國法制承認法人犯罪之犯罪能力，一旦法人內部人發生不法行為時，法人亦應負刑事責任，而組織體量刑準則更強調法人形塑自我管理及自我報告機制之法遵計畫，理論上言之，當法人內部不法或犯罪行為發生時，法遵計畫足以有效的偵測犯罪，並由法人內部建置之法遵單位主動向法人內部高階管理階層及聯邦執法機關揭露犯罪行為、自我調查報告，進行內部進行改革，作為量刑之參考。美國法制法人犯罪之組織體量

刑準則之制定，最重要的是採取胡蘿蔔獎勵與棒子懲罰模式之立法，藉由創造誘因促使法人能形塑自我管理政策及創造企業倫理文化，形成法人內部從上而下之遵法結構及企業倫理，並藉由刑事責任之量刑程度，回應法人之法令遵循之設計及踐行，因之，法令遵循對公司法人於刑事案件之量刑階段，也扮演重要角色，縱使法人內部之法令遵循之實施無法完全防弊或嚇阻公司內部犯罪行為，但本質上組織體量刑準則，也非以完全遏阻犯罪之發生作為有效性之判斷標準，反而是藉由結合刑事法及財經法之各自知識，使法人企業進行內部結構性改革，將改進內控制度與犯罪預防之目的緊密連結，藉以達成刑罰之特別預防目的，並且促使法人足以預防未來之任何潛在之內部犯罪之機會，並及早偵測內部人不法行為，揪出不法。

參考文獻

一、中文文獻

- 王文字，從公司不法行為之追訴論民、刑、商法之分際，月旦法學雜誌，103期，2003年12月，頁49-60。
- 吳佳蓉，解析金管會開劍中信金 專家：國內制度不完整存爭議，自由時報，2017年12月6日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/2275163>（最後瀏覽日：2019年12月30日）。
- 林志潔，公司犯罪防制之省思與展望，收於：刑事政策與犯罪研究論文集(11)，2008年11月，頁139-157。
- 邵慶平，董事受託義務內涵與類型的再思考——從監督義務與守法義務的比較研究出發，臺北大學法學論叢，66期，2018年6月，頁1-43。
- 陳春山，公司治理法制實務前瞻，2013年12月。
- 黃捷，中信金再爆弊案 高層涉賤賣松壽大樓今遭搜索，自由時報，2019年7月15日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/2853438>（最後瀏覽日：2019年12月30日）。
- 溫祖德，美國法人經濟犯罪之刑事管制架構，月旦法學雜誌，278期，2018年7月，頁212-229。
- 溫祖德，法人刑事責任之歸責法制——以美國模式為核心，收於：刑事政策與犯罪研究論文集(22)，2019年11月，頁73-94。
- 蔡怡杼，顧立雄：法遵做好何必怕金管會檢查，中央社，2017年9月28日，<https://money.udn.com/money/story/5641/2728512>（最後瀏覽日：2017年10月10日）。
- 蔡怡杼，顧立雄掌金管會提4大工作重點，中央社，2017年9月28日，<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201709060257-1.aspx>（最後瀏覽日：2019年12月30日）。

- 蔡昌憲，從經濟觀點論企業風險管理與董事監督義務，中研院法學期刊，12期，2013年3月，頁79-152。
- 蔡昌憲，從公司法第一條修正談公司治理之內外部機制——兼論企業社會責任的推動模式，成大法學，36期，2018年12月，頁89-153。

二、外文文獻

- Arlen, Jennifer, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines*, 66 U. MIAMI L. REV. 321 (2012).
- AYRES, IAN, CARROTS AND STICKS (2010).
- Baer, Miriam Hechler, *Governing Corporate Compliance*, 50 BOSTON COLLEGE L. REV. 949 (2009).
- Baker Jr., John S., *Reforming Corporations through Threats of Federal Prosecution*, 89 CORNELL L. REV. 310 (2004).
- BASRI, CAROLE, CORPORATE COMPLIANCE (2017).
- Desio, Paula, An Overview of the Organizational Guidelines, <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/organizational-guidelines/ORGOVERVIEW.pdf> (last visited: Aug. 17, 2019).
- First, Harry, *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, 89 N.C. L. REV. 23 (2010).
- Griffin, Lisa Kern, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, 82 N.Y.U. 311 (2007).
- Hamdami, Assaf & Klement, Alon, *Corporate Crime and Deterrence*, 61 STAN. L. REV. 271 (2008).
- Jackson, Ketanji Brown and Grilli, Kathleen Cooper, The History of the Organizational Sentencing Guidelines and the Emergence of Effective Compliance and Ethics Programs, *The Complete Compliance and*

- Ethics Manual 2019, <https://compliancecosmos.org/history-organizational-sentencing-guidelines-and-emergence-effective-compliance-and-ethics-programs> (last visited: Dec. 17, 2019).
- Copeland, John D., *The Tyson Story: Building an Effective Ethics and Compliance Program*, 5 DRAKE J. AGRIC. L. 305 (2000).
 - Krawiec, Kimberly D., *The Future Disclosure System: Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 WASH. U.L.Q. 487 (2003).
 - MILLER, GEOFFREY PARSONS, *THE LAW OF GOVERNANCE, RISK MANAGEMENT, AND COMPLIANCE* (2016).
 - Murphy, Diana E., *The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics*, 87 IOWA L. REV. 697 (2002).
 - Murphy, Joseph E., *Beating Them with Carrots and Feeding Them Sticks*, in U.S. SENTENCING COMM’N CORPORATE CRIME IN AMERICA: STRENGTHENING THE “GOOD CITIZEN” CORPORATION: PROCEEDINGS OF THE SECOND SYMPOSIUM ON CRIME AND PUNISHMENT IN THE UNITED STATES 391 (1995).
 - Nagel, Ilene H. & Swenson, Winthrop M., *The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts about Their Future*, 71 WASH. U.L.Q. 205 (1993).
 - PODGOR, ELLEN S., HENNING, PETER, ISRAEL, JEROLD H. & KING, NANCY J., *WHITE COLLAR CRIME* (2018).
 - STRADER, J. KELLY & JORDAN, SANDRA D., *WHITE COLLAR CRIME-CASES, MATERIALS AND PROBLEMS* (2009).
 - U.S. SENTENCING COMM’N, *DISCUSSION DRAFT OF SENTENCING GUIDELINES AND POLICY STATEMENTS FOR ORGANIZATIONS* (July

1988), reprinted in 10 WHITTIER L. REV. 7 (1988).

- Wellner, Philip A., *Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions*, 27 CARDOZO L. REV. 497 (2005).

兒童虐待案件中的不作為犯 ——以不作為犯參與作為正犯之案件 類型為討論對象*

林琬珊**

要 目

壹、序 言

貳、問題意識的提出：從臺
日兩則同居人虐童案判
決談起

一、臺灣高等法院臺南分
院105年度上更(一)字
第6號刑事判決

二、札幌高裁平成12年3月
16日判決

三、臺日判決的變遷與比
較分析：問題意識的
提出

參、兒童虐待案件中不作為
共犯的理論問題——以日
本法上的議論為素材

一、共犯的處罰根據論與
共犯的因果性要求

DOI : 10.6460/CPCP.202004_(24).04

* 本文為科技部專題研究計畫「保證人地位與作為義務之關係及其根據」(107-2410-H-030-045-)之部分研究成果。本文初稿曾發表於2019年6月23日由國際婦女法學會、女法官協會、臺大刑事法中心主辦之「婦女與兒童之安全保護研討會」，筆者感謝當日與會先進給予之評論意見。此外，兩位匿名審稿人提供之審稿意見，充實本文的可讀性，筆者敬表謝忱。惟文責仍由筆者自負。

** 輔仁大學法律學系助理教授，日本京都大學法學博士。

- 二、作為義務的要求與內容
- 三、作為可能性
- 四、不作為犯的正共犯區分

肆、結論：臺灣同居人虐童案中不作為犯處理之評析

- 一、就不作為部分
- 二、就共犯部分
- 三、結語

摘 要

本文以探討同居人虐童案中，參與作為犯罪之不作為者之刑事責任為目的。此種案例類型及其問題點，係甲攜子女丙與乙同住，於乙對丙毆打或虐待，而甲未保護丙或未阻止乙之暴行時，甲之刑事責任如何判斷的問題。就此，本文從臺日兩則相似案件出發，分析臺日判決於檢討上的差異，並援用日本法上的議論為素材，針對甲之刑事責任判斷上應予處理的問題點，以共犯處罰根據論、因果性的要求、作為義務的要求與內容、作為可能性、不作為犯的正共犯區分等爭點來切入討論，最後以臺灣同居人虐童案之評析作結。

關鍵詞：兒童虐待、因果性、作為義務、不作為犯、犯罪參與、不作為幫助犯

On the Criminal Liability of the Omission Offences in Child Abuse Cases

Wan-Shan Lin*

Abstract

The purpose of this article is to discuss the criminal liability of the omission offences in child abuse cases. To be more specific, this type of case is as follows: A lives together with B, but B beats or abuses A's child C. The issue is how to judge A's criminal liability when A does not protect or prevent C from B's criminal act. The criminal liability of B's is non-controversial, whereas that of A's leaves a point at issue. Thus, this paper will try to probe into the controversy from several perspectives: the theory of the punishment of complicity, the requirements of causality, the requirement and content of duty of act, actability, and the criterion of the principal of omission offences.

Keywords: Child Abuse, Causality, Duty of Act, Omission Offences, Complicity, Abettor by Omission

* Assistant Professor, School of Law, Department of Law, Fu Jen Catholic University; Ph.D., Graduate School of Law, Kyoto University.

壹、序 言

就兒童虐待防止法制之建立，主要著重在早期發現、通報、預防等方向，近年來由於虐童案件頻繁躍上新聞媒體，引起激憤，對於兒童虐待的刑事法上的應對，有重刑化的趨勢。

對於兒童虐待的刑法規制，在行為人是親權人等保護義務者，且其以作為的方式來遂行虐待行為時，以作為犯來處罰通常不會有問題，但當行為人以不作為，如不提供飲食、放棄育兒等方式來虐待兒童時，則其不作為亦有成立犯罪之可能。於複數人參與的案件，特別是如甲攜子女丙與乙同住，於乙對丙毆打或虐待，而甲未保護丙或未阻止乙之暴行時，甲之刑事責任如何判斷的問題，此即落入不作為犯論與共犯論交錯的問題領域。換言之，此即在保護義務者甲以不作為的方式參與乙之作為犯罪時，不作為正犯或不作為共犯的處罰範疇要如何劃定、甲究應論以共同正犯、幫助犯抑或無罪之問題，在兒童虐待案件中，係為刑法解釋學上重要的爭點。

有關不作為正共犯的爭點，如不作為犯的共同正犯與幫助犯以什麼基準來區分？與單獨正犯之不純正不作為犯的成立要件相關連，不作為共犯的成立要件為何？本文即就兒童虐待案件中有關「不作為犯參與作為正犯」之案件類型為討論對象，就問題解決上必要之爭點加以檢討，嘗試解明上述甲究應論以共同正犯、幫助犯

抑或無罪之問題。

以下，以臺日兩則同居人虐童案的判決出發，析出兒童虐待案件中之共犯論與不作為犯論的課題（貳）之後，檢討各該問題點（參），最後將議論運用在同居人虐童案中，簡評實務見解作為結論（肆）。

貳、問題意識的提出：從臺日兩則同居人虐童案判決談起

一、臺灣高等法院臺南分院105年度上更(一)字第6號刑事判決

本案為被害人丙之母甲與同居人乙被起訴故意對兒童犯傷害致死罪、故意對兒童犯遺棄罪等罪。本案公訴犯罪事實可區分為三部分，第一部分係於2013年11月中旬至12月23日之間，乙開始毆打丙、以限制飲食之方式凌虐丙、網綁丙等行為，第二部分則為2013年12月23日晚上，乙毆打、網綁丙，與翌日凌晨3、4時，乙毆打丙，將丙帶入浴室毆打、朝丙沖水的行為，第三部分則為甲乙確認丙無呼吸心跳後的遺棄屍體行為。以下僅討論與本文主題相關之第一、二部分之行為。就此二部分，檢察官認為甲乙為共同正犯，甲對丙有保護教養義務，其共犯行為皆是以不作為、不制止的方式為之，並容任乙為上開行為。

一審法院就乙之行為認定成立故意對兒童犯傷害致死罪。就甲乙是否成立共同正犯之部分，一審法院則認

為，就乙之上開犯行，均未與甲成立共同正犯，因此，判決甲無罪¹。對於乙的行為，法院認定甲有口頭制止，認為甲是處於弱勢處境之下，無力或無法制止乙之行為，因而就乙之行為，甲並無容任。就甲未考慮帶丙離開乙之部分，則考量被告並無朋友網絡支援、無獨立的經濟來源，甲如帶丙離開，將頓失經濟來源，恐露宿街頭，因而認為不得以甲未帶丙離開乙，即認為甲與乙有犯意聯絡，此部分亦係以主觀要件來阻卻犯罪成立。從判決的事實認定與理由觀之，一審法院認為甲並未有積極的作為，法院似乎認為甲可能成立的只有不作為犯，在犯罪的判斷上，就第一部分，則有以甲不具備未必故意或犯意聯絡、沒有從事凌虐之構成要件行為，就公訴意旨認為甲係以不作為的方式與乙之作為共犯，法院認為與事實不符。就第二部分，法院認為甲有口頭制止或拍打門板制止乙，且不認為甲未對外求援有違反保育教養丙之義務，換言之，就此，法院認為甲並未違反作為義務。然就此，就係甲有作為義務，但無作為可能性，還是已盡作為義務，判斷上並非明確。

二審判決則撤銷原判決，就甲論以共同犯傷害致人於死罪，就犯罪事實亦為與地方法院不同之認定²。從結論觀之，根據甲乙之供述，二審法院認為，本案乙係在甲面前對丙為各該行為，而甲對丙有保護義務，且係其

¹ 臺灣雲林地方法院103年訴字第266號判決。

² 臺灣高等法院臺南分院104年上訴字第286號判決。

將丙置於遭乙傷害、凌虐之處境，甲既知悉僅口頭制止，無法阻止乙繼續對丙施虐，即應積極阻止乙上開虐打行為，負有救護丙免於遭受乙上開虐打對待、甚至為使丙脫離上開險境之其他救護作為，負有如走避上開受虐環境之作為義務，而當時並無不能救護之情形，甲竟坐視不救，僅從事無效之口頭制止行為，無其他阻止、防免乙對丙續行施暴或使丙脫離遭上開暴力情境之任何行動，其對於構成犯罪事實之發生，居於可防止之地位而不防止，其不防止之行為，要與積極行為發生結果者同，即與結果間有相當因果關係，甲就乙上開行為自應負相同之正犯罪責。法院並認為，甲並無不能對外求援或無法攜丙離開、返回丙生父住處之情事，甲於上開期間未攜丙離開，使丙脫離被乙虐打之處境，毋寧乃其「不願」或「意願不夠強烈」，而非「不能」之故。同時認為，倘確有攜丙離開或救護丙之意願，自可向丙生父或親友求助，甚至報警求援，斷無沉默而任由丙繼續處於遭虐打及食不飽境況之理，由此益徵甲對丙未為任何救護行為，非因客觀上存有不能救護之情事，實繫之於其主觀上意願之強烈與否。

就主觀要件部分，法院認為，甲主觀上對事實既然有所認知，仍容任該事實持續發生，顯然有間接故意，其與乙就上開行為之實施，自得合而為一，形成犯罪意思之聯絡，且係以消極不救助行為參與上開犯罪行為，自應與乙就上開犯行成立共同正犯。就不作為的部分，

法院認為，甲為丙之生母，甲對於丙負有保護之義務，居於「保證人地位」，所謂「保護義務」係指保證人（父母）具有直接救護或救助子女免於遭受危害對待之義務，因「保護義務」具有保護對象之特定性，在刑法評價上針對保證人對「特定保護對象」違反義務之不作為足以視為與其積極作為等價，是倘保證人違反保護義務而不阻止他人實施犯罪，足以直接評價為（不作為）構成要件行為（亦即不作為與作為等價），應構成不作為正犯。二審法院似認為甲自己可以成立不作為的正犯，而且並非乙的犯罪的同時犯，亦非不作為幫助犯，那麼，這種不作為的正犯與以不作為的方式來參與作為正犯，這兩種不作為的型態，在客觀態樣上有什麼不同？區分標準為何？則尚待解析。

最高法院則先說明基本概念，就有作為義務之人若對該他人之犯罪有所參與，其究竟應負共同正犯或從犯之責，原則上仍應依共同正犯、從犯之區別標準決定之。就原判決所認定之事實，最高法院則認為原審並未說明甲主觀上之犯意內容為何、是否有以自己共同犯罪之意思而參與之犯意聯絡，並認為甲未將丙帶離該環境，係未為有效防止結果發生之行為，係屬違反作為義務，但甲終究並非著手對丙為積極傷害、施虐及剝奪行動自由等作為之人，其違反之義務，係未使丙脫離上述受虐環境之作為義務，是其未為有效防止或阻止結果發生之不作為，縱認應與在物質上或精神上積極給予乙實

現上揭犯罪之助力等價，然仍無以逕行將之評價為與乙所實行之犯罪構成要件行為相當，自難遽認甲之不作為係屬參與乙所為相關故意犯行之構成要件行為³。

更一審中，法院就甲是否有容任乙的犯行，更一審法院認為甲處於弱勢而無力制止乙的行為，或另有餵食丙，或可能頓失經濟來源而露宿街頭，所以未帶丙離開乙，或認定甲有制止，因而並無容任乙的各個犯行。再者，甲僅在場而無任何積極作為之侵害行為，且於見乙對丙下手時，曾有制止，來推認甲應無犯意，否則即無須制止或偷偷餵食，進而亦認定甲無幫助乙之犯意，亦無任何積極證據足之證明甲乙之間有共同犯罪之犯意聯絡，因而自難僅因其係立於保證人地位，即遽認其應就乙所犯傷害致死之犯行同負其責。

由此可見，更一審法院原則上基於最高法院撤銷發回理由，主要都是探討甲的主觀面，進而否認主觀犯意與犯意聯絡。然而，就甲所負作為義務的內容為何？作為的可能性如何？客觀上甲是否違反了作為義務？則未仔細檢討。

二、札幌高裁平成12年3月16日判決

與臺灣案例事實相類似，日本亦有一例兒童虐待傷害致死事件。本件札幌高裁平成12年3月16日判決⁴撤銷

³ 最高法院105年台上字第88號判決。

⁴ 札幌高判平成12年3月16日判例時報1711号170頁。

原審釧路地裁平成11年2月12日判決⁵否定不作為幫助犯的無罪判決，肯認不作為幫助犯的成立。本件甲女攜3歲的丙與乙男同居，就乙對丙所施加之暴行與傷害，在刑法上應如何評價甲未制止之不作為、未保護丙的事實，是否該當傷害致死罪的幫助犯，為主要問題。以下簡述地裁與高裁的判決，可以發現二者在事實認定與不作為幫助犯的成立要件上，皆有不同。

釧路地裁基於甲之供述，認定甲也受到乙激烈的暴行，因為恐懼如果反抗乙，可能會遭到嚴重的暴行，因此認定甲阻止乙的暴行是處於顯著困難的狀況，而甲在開始受到乙強烈的暴行之後，對乙已沒有感情，雖然想逃離乙，但實際上卻無法逃出。

基於此一事實認定，首先，釧路地裁認為，不作為幫助犯的成立要件是「有阻止他人犯罪實行之作為義務者，雖然幾乎能確實阻止犯罪之實行（ほぼ確実に阻止し得た），但仍將之放置，且從法所要求的作為義務之程度及從事所要求之行為的容易性等觀點來看，得將該不作為與作為幫助等同視之，應為必要之要件。」其次，以此成立要件為前提，法院肯認甲有阻止乙對丙之暴行的義務，亦認為甲如果挺身制止，應該能確實阻止乙之暴行，盡此一作為義務亦非不可能，但釧路地裁認為甲在欲以實力阻止乙對於丙的暴行時，甲可能會受傷，亦有可能連帶影響胎兒的健康，且就甲而言，以實

⁵ 釧路地判平成11年2月12日判時1675号148頁。

力阻止乙之暴行是處於心理上顯著困難的狀態，即使考慮到要求被告之作為義務的程度是具有一定的強度，對於甲具體要求的作為義務內容來看，要求的是幾乎能確實阻止乙的暴行的行為，換言之，作為義務的內容是要以實力來阻止乙的暴行，此一法的期待係為合理、相當，但由於以實力阻止乙的暴行，對於甲而言係處於顯著困難的狀況，由此來看，仍無法將甲之不作為與以作為為傷害致死之幫助罪等同視之，因而判決無罪⁶。

此一判決被認為相較於向來判例的見解，解釋上較為限定不作為幫助犯的成立要件，特別是就不作為幫助，從作為義務的程度及阻止行為的容易性等觀點來看，要求必須能與作為幫助等同視之，為其特徵，再者，地裁判決更將作為義務違反的具體內容集中聚焦於阻止招致丙死亡之乙的暴行一事是否處於可能的狀況，此點亦受矚目⁷。

相對於地裁判決，高裁判決認為甲的供述不可採信，認為原審有事實誤認的問題。二審認定的事實則是甲當時仍然對乙帶有感情，認定甲就乙的暴行是視而不見。就不作為幫助犯的成立要件，二審亦認為原審所謂「幾乎能確實阻止犯罪實行，但卻放置之」之要件並不必要。

⁶ 曾根威彦，兒童虐待と刑法理論——不作為犯における共犯を中心として，現代刑事法，6卷9号（65号），2004年9月，頁72。

⁷ 日高義博，兒童虐待と不作為犯——札幌高裁平成12年3月16日判決を契機として，警察学論集，53卷12号，2000年12月，頁71。

高裁就不作為幫助犯成立要件，係認為「不作為幫助犯係有應防止正犯犯罪之作為義務者，雖有藉由一定之作為來阻止正犯犯罪之可能，就此亦有認識，但卻不為該一定之作為，因此而使正犯犯罪容易實行時，成立不作為幫助犯，以上為與作為幫助犯等同視之之必要要件。」其次，立於此一前提，高裁認為，就本案的情況，法院所認定的事實是，難謂甲以實力阻止乙的暴行係處於顯著困難的狀況，從當時的情況來看，能夠阻止乙的暴行者，除了甲以外別無他人，因此肯認甲的作為義務，並且就甲作為義務的程度，認為是極為強度、高度的作為義務，再者，法院認為，相應於本件具體情況，甲從監視或制止此種相較之下較為簡單的行為開始階段性的進行，或者複合式的進行，以此來阻止乙對丙之暴行，相當程度可謂是可能的，而且亦不認為甲以實力阻止乙的暴行係處於顯著困難的狀況，因而撤銷原判決，就甲成立傷害致死的幫助犯。

二審判決就不作為幫助犯之成立要件，係沿襲向來判例之見解，更肯認不作為幫助犯與作為幫助等價此一要件的必要性，但就等價判斷與成立要件之間的關係，則並不明確⁸。

三、臺日判決的變遷與比較分析：問題意識的提出

就臺日兩則同居人虐童案的判決，可以發現就家暴

⁸ 同前註，頁72。

虐童案，因為是類似密室而難有證人的情況，事實認定本即困難，事實發生經過多半僅能以當事人陳述為證據。各別法院就供述是否可信、事實如何，則僅能依經驗法則、論理法則等，在自由心證範圍內做判斷，從而，歷審判決認事用法不同、結論翻轉，亦非意外。法院判決結論的變遷，主要即來自是否採納當事人陳述與因此而來的主觀要件判斷。以下簡單分析臺日判決的重點。

(一)臺日判決的變遷與比較分析

臺灣判決的重點在於主觀要件之故意與犯意聯絡的有無問題、作為義務的認定、不作為犯參與作為正犯的問題。就主觀要件究應如何認定，容有疑問。就應如何確認作為義務的內容，亦尚非明確。就不作為犯參與作為正犯，則是單純地依據最高法院24年度總會決議(一二)之正共犯區分理論來判斷不作為犯要成立的是共同正犯或幫助犯⁹。本件這樣的處理，亦可見於其他判決。臺灣實務就不作為參與作為正犯的問題，儘管該不作為者具備作為義務，仍不因此即肯認犯罪成立，除了正共犯的判斷之外，於無法肯認不作為者有以自己犯罪之意思與犯意聯絡時，即不會論以共同正犯，而會視個案論以幫助犯、同時犯或無罪¹⁰。

⁹ 最高法院民刑事庭會議決議彙編(下冊)頁20、539。

¹⁰ 可參見：臺灣高等法院107年上重訴字第31號刑事判決(上訴最高法院中)、臺灣高等法院103年上訴字第3006號刑事判決、臺灣高等法

日本判決就此種案例類型，札幌高裁的判斷係延續向來判例的見解，多以不作為幫助犯加以處理¹¹。主要的問題點則在不作為幫助犯的成立要件為何？特別是不作為幫助犯的成立，是否必須具備「幾乎能確實阻止犯行，但卻未為之」的要件，或者是僅須「其不作為使正犯犯罪容易實行」即可，此一爭點亦有爭論。

比較臺日判決，則會發現臺灣判決就不作為參與作為犯罪時，究應成立（共同）正犯或幫助犯的問題，係直接依據最高法院「主觀客觀擇一標準說」來判斷，但並未論及其實質根據。此一判斷標準不僅在作為犯適用，縱然在不作為犯參與作為犯罪的情況，正共犯之區分仍然依據此決議之判斷標準。因而可以察覺正共犯之區分方式即與日本有所不同。

其次，雖然在最高法院105年台上字第88號判決於討論不作為犯參與作為犯罪時，可否成立共同正犯跟幫助犯的論述中，曾提及在具有犯意聯絡時，即便係以不作

院100年上訴字第1485號刑事判決。但如具備保證人地位之不作為者對於作為者之作為有預見，對於結果發生有容任，則有可能成立犯罪，如臺灣高等法院100年上訴字第2735號刑事判決即就未下手的媽媽論以傷害致重傷罪，就一審將作為者與不作為者論以傷害致重傷共同正犯之結果，二審則認為不作為的媽媽係基於不確定傷害故意為之，與作為的爸爸基於直接故意，有故意態樣上之不同，並認為此種情況難以認為二人有犯意聯絡，因而並非共同正犯關係，各自成立犯罪。

¹¹ 但亦有其他不作為與作為的共犯之個案係成立（共謀）共同正犯，如大阪高判平成13年6月21日判夕1085号292頁。

為的方式「使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現，而未參與作為之構成要件行為，亦係共同正犯」，且亦謂在有幫助犯意時，「僅有上述使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現」之不作為時，應成立該故意作為犯之幫助犯。然除就所謂「使作為正犯之行為易於實現」此一判斷，判決並未說明其根據或易於實現的程度如何之外，從上述共同正犯與幫助犯之間客觀面並無不同此點來看，不作為的共同正犯與幫助犯僅依故意內容來區分，就此是否妥適，亦非無疑。

臺日判決兩相對照之下可知，上述問題係屬日本判決中不作為犯之因果性、作為可能性與不作為正共犯區分的問題。就此種案例中的這些爭點，從本案歷審判決裡可以發現皆未檢討。學說上就共同正犯或幫助犯的因果關係，則有表示意見。如就共同正犯，學說上有討論共同正犯共同實行犯罪行為，分擔者的全部行為必須與整個犯罪實現有因果關係，否則不能認為具有行為分擔¹²。另就幫助犯，學說上亦有認為幫助行為必須給予正犯物理上或精神上之助力，必須使正犯得以實現或易於實現犯罪構成要件，縱使幫助行為以消極不作為的方式為之，除了幫助者應具有保證人地位以外，正犯物理上或精神上之助力亦應具備，如幫助行為與正犯行為無直接因果關係，或僅屬無關緊要之行為，則不成立幫助

¹² 如王皇玉，刑法總則，4版，2018年8月，頁452。

犯¹³。然而，不作為犯參與作為正犯而成立共同正犯或幫助犯時，其因果關係究應如何認定，則有疑問。實務見解就此一問題顯然亦應檢討。

(二)問題意識的提出

綜合以上的分析整理，臺灣更一審的判決多以主觀要件的存否來否定不作為部分的犯罪，歷審判決結論的變遷亦由來於主觀要件的判斷，雖然尚難僅依此即謂實務見解於當事人陳述之採認與否與主觀要件之認定上有恣意的問題，但確實在判決結論上會產生極為不穩定的現象，進而有思考透過客觀要件的認定來解決問題的必要。

從而，在確認本案係不作為犯參與作為犯罪的案例類型之後，本文認為，在犯罪成立與否的判斷上，即有必要先檢討行為人是否滿足了不作為犯所應具備之客觀成立要件，再轉向主觀要件的審查。因此，為了要正確評價不作為犯參與作為犯罪時之不作為犯的刑事責任，有必要就共犯的處罰根據、因果性的要求、作為義務的要求與內容、作為可能性與不作為犯的正共犯區分等爭點加以考察。就這些問題，日本法上有諸多議論足資參考，因此，以下就日本學說理論加以介紹與檢討。

¹³ 如同前註，頁481-483。

參、兒童虐待案件中不作為共犯的理論 問題——以日本法上的議論為素材

以不作為犯來參與他人作為犯罪時，其成立要件為何？共犯因果性如何認定？保證人地位、作為義務又是否應該維持與不純正不作為單獨正犯時的同樣標準？值得探討。在保護義務者以不作為的方式參與作為犯罪時，不作為正犯或不作為共犯的處罰範疇要如何劃定，亦是刑法解釋學上的爭點。於日本法上，學說或實務一般認為就不作為的共犯，由於難以透過不作為來惹起犯意，因此通說否定不作為教唆犯的成立，就不作為的幫助犯則肯認片面幫助犯，進而有如何區分不作為幫助或不作為共同正犯的問題。

為了處理兒童虐待案件中的不作為共犯的問題，參考日本學說與實務議論的爭點，此部分的討論以下列四點為檢討對象。一、共犯處罰根據論與共犯因果性的要求；二、作為義務的要求與內容；三、作為可能性；四、不作為犯的正共犯區分¹⁴。

一、共犯的處罰根據論與共犯的因果性要求

(一)基本概念

共犯作為擴張處罰事由，必須說明處罰共犯之正當

¹⁴ 另就等價要件，考慮到(1)篇幅的限制，與(2)從日本通說與實務的議論上來看，等價要件似無獨立內涵，而係於滿足其他要件時肯認等價，因而就等價要件之探討予以省略。

化基礎，因而有必要探討「共犯處罰根據論」。探討不作為犯參與作為犯罪之處罰，亦須處理處罰根據之問題。共犯的處罰根據有責任共犯論、違法共犯論與因果共犯論三說，責任共犯論將共犯處罰根據求諸於使他人陷於刑罰與罪責，換言之，共犯創造出具有刑事責任的犯罪者，為其處罰根據。違法共犯論則是將共犯處罰根據求諸於使共犯去做構成要件該當、違法之行為。然而，這兩說皆有問題，因而，日本通說是因果共犯論（惹起說）¹⁵。

所謂因果共犯論，係指共犯是與透過他人引起的法益侵害具有因果性，因而被處罰，相對於直接惹起法益侵害的正犯，共犯是間接惹起法益侵害，因此又稱為惹起說¹⁶。換言之，共犯是以其他犯罪參與者為媒介，做了間接侵害法益的行為。更進一步來說，正犯所負的是首要責任（第一次責任），而共犯則是次要責任（第二次責任）。從而，在追究共犯次要責任時，就首要責任之正犯，應該至少要具備構成要件該當及違法的程度，在正犯行為受到刑法關注時，才有必要追究共犯責任。

從因果共犯論出發，就與自己行為有因果性之結果負有罪責，為其基本原則，因而在透過他人行為而與犯罪結果有因果關係時，就該結果亦應負其罪責。亦即，在共犯者之間擴張了因果關係認定，就其他共犯行為所

¹⁵ 西田典之，刑法總論，2版，2010年6月，頁335-337。

¹⁶ 同前註，頁336-338。

生之結果，亦如同自己行為所生之結果，負同樣責任¹⁷。由此可知，共犯因果性的要求源自於因果共犯論之共犯處罰根據，從而，亦可謂共犯因果性構成了共犯處罰之基礎¹⁸。就作為廣義共犯的共同正犯或狹義共犯，皆應具備因果性。

共犯的因果性與單獨犯的情況不同，包含了物理因果性與心理因果性。就喚起正犯犯意的教唆犯，其因果性只限於心理因果性。就幫助犯的因果性，對於正犯之加工如果只有強化正犯犯意的功能，則只有心理因果性，如果有張羅凶器或鑰匙、把風行為的話，則亦會具備物理因果性。就共同正犯亦無不同，必須有物理因果性或心理因果性¹⁹。然而，此處的因果性在判斷上又與構成要件論中的因果關係有所不同，在幫助犯的因果性認定上，日本判例與實務並不認為這是非P則非Q的條件關係，幫助犯的因果關係不需要是必要條件，而只須強化犯意、使犯行容易之促進關係即為已足²⁰。

那麼，在不作為幫助的情況，如何認定不作為強化犯意或使犯行容易此種促進關係存在，則成為問題。同樣的，如果肯認不作為共同正犯，要如何形成物理因果性或心理因果性，亦有問題。此時，不作為者是否有防

17 同前註，頁339。

18 同前註，頁340。

19 同前註，頁340-341。

20 同前註，頁341-343。

止正犯犯罪之作為義務，亦為爭點²¹。

(二)不作為參與作為犯罪時之因果性判斷

以不作為方式參與犯罪，不論是何種參與態樣，不作為者皆應具有保證人地位²²。然而，以不作為方式參與犯罪時，行為人是否另外需要具備因果性、因果性又應如何判斷，學說則較少探討²³。日本學說因為前述同居人虐童案引起討論，以下參考比較法上的見解。

學說上有否定或不強調不作為犯之因果性的見解，由此出發，進一步會否定不作為犯的正共犯區分，主張不作為的參與皆成立正犯。但仍有認為不作為犯必須具備因果性的見解。不作為之正共犯於多數人參與的情況，仍為共犯處罰的一種態樣，從而，本文亦認為有肯認因果性要件之必要²⁴。

就有關因果性的判斷，就透過不作為來幫助之行為態樣，日本通說、判例則肯定其可罰性²⁵。其根據在於

²¹ 同前註，頁356。

²² 林鈺雄，新刑法總則，5版，2016年9月，頁558。

²³ 臺灣文獻上有肯認不作為幫助犯在檢討上，就因果關係判斷，毋須以侵害法益作為歸屬對象，而應有對於正犯結果之促進，為其歸屬對象，換言之，幫助犯僅須更容易使正犯犯罪實行、惹起結果，即為已足。請參照：蔡孟兼，不作為幫助犯之規範評價——以同時成立作為與不作為幫助犯為例，軍法專刊，61卷6期，2015年12月，頁108-109。惟此文並未說明如何判斷不作為幫助犯具有「對於正犯結果之促進」。

²⁴ 於否定不作為犯為義務犯的前提下，即使就不作為的單獨正犯，亦應就因果關係加以檢討。

²⁵ 學說請參照：福田平，全訂 刑法總論，5版，2011年10月，頁288-

認為幫助之型態可以是物理上的幫助，亦可為心理上的幫助，在有阻止正犯犯罪行為之法律上作為義務的情況，透過未盡此一義務之不作為，亦可使正犯之犯罪行為變得容易遂行，為其主要理由。在幫助的情況，由於一般認為，不僅止於物理的因果性，心理的因果性亦足夠，因此，在肯認不作為之幫助的因果性上，有認為並不會發生困難²⁶。

就因果性的判斷，以日本同居人虐童案為例，學說上較多為批判一審判決或支持二審判決的見解，其係認為作為幫助犯只要促進正犯行為即為已足，從而，於不作為幫助的情況，亦認為「即使不能完全阻止或防止犯罪行為、結果發生，但如能使之困難，亦為足夠」²⁷。此種見解被認為是因為「不作為從犯」終究僅是「從犯」，因而僅將不作為從犯的作為義務內容拿來與「作為從犯」相類比²⁸。

惟有學說指出，在作為從犯的情況，係藉由作為的幫助行為，積極的「使正犯行為變得容易」或「促進正

289；山中敬一，刑法總論，3版，2015年8月，頁963以下；大塚仁，刑法概說（總論），4版，2008年10月，頁321。判例請參照：大判昭和3年3月9日刑集7卷172頁、最判昭和29年3月2日裁判集刑93号59頁等等。

²⁶ 日高義博，同前註7，頁66、72。

²⁷ 神山敏雄，不作為をめぐる共犯の新様相，現代刑事法，5卷9号，2003年9月，頁50；高橋則夫，不作為による幫助犯の成否，現代刑事法，2卷6号，2000年6月，頁102；西田典之，同前註15，頁362。

²⁸ 曾根威彦，同前註6，頁73。

犯行為」的要件，與在不作為從犯的情況，「不使正犯行為變得困難」、對於正犯的實行「不要作出會成為障礙的作為」此種消極的促進，在法的意義上有所不同²⁹。所謂「不使正犯行為變得困難」、「不要作出會成為障礙的作為」，只不過是針對正犯所為之法益侵害的危險，陳述現狀維持的事態，即使得肯認不作為者在與被害人的關係上具備保證人地位，亦不因此而使該不作為滿足積極的「使正犯行為變得容易」或「促進正犯行為」之要求³⁰。進而，刑法規範對於想要以作為來從事幫助行為者，發出「不要使正犯行為變得容易」或「不要促進正犯行為」等禁止規範，有其法的意義，對於違反此一禁止規範之行為，作為「作為從犯」會獲得可罰性。但是，就正犯行為之遂行「使其困難」、「作出會成為障礙的作為」此種命令規範，對於違反此一命令規範之不作為，並不就會具有能合理化「不作為從犯」之處罰的法的意義³¹。賦予不作為幫助處罰根據之作為義務，與賦予不作為正犯處罰根據之作為義務相同，皆必須是在與正犯行為導致結果的關係上，應該防止法益侵害結果發生的義務³²。而所謂「犯罪阻止義

²⁹ 曾根威彥，同前註6，頁73。

³⁰ 曾根威彥，同前註6，頁73。

³¹ 曾根威彥，同前註6，頁73。

³² 內藤謙，刑法講義 總論（下）II，2002年10月，頁1445-1446；島田聰一郎，不作為による共犯について（2・完），立教法学，65号，2004年3月，頁221-222。

務」，因為並不是指社會上一般人負有應該阻止他人犯罪行為之法的作為義務，因而應該將之還原為「結果防止（迴避）義務」加以理解³³。若此，於因果性的探討上附帶作為義務的思考，對於不作為幫助犯的因果性要求，即有主張應提高至結果迴避義務的空間。

另外，則須討論犯罪阻止可能性的程度。換言之，就所期待的作為得否防止他人犯罪結果的可能性、阻止正犯犯罪實行的可能性，或承上所述迴避結果發生的可能性必須要到達什麼程度³⁴？亦有疑問。就不作為從犯的成立，到底是認為就正犯犯行阻止之確實性（乃至於幾近確實的蓋然性）有其必要，或者解釋為單純只要有可能、低度的可能性即為已足？就此，日本同居人虐童案的一審判決認為「幾乎能確實阻止犯罪之實行」係為必要，而二審判決則認為「可能防止正犯犯罪」即為已足，可以看得出來兩個判決有顯著的對比³⁵。而之所以

³³ 內藤謙，同前註，頁1446。從而，為了肯認不作為幫助所需之作為義務發生情事、排他支配領域性等要件，基本上與不作為正犯相同。如就肯認不作為幫助的作為義務特徵加以類型化，第一，在與被害人的關係上，可以考慮有防止被害者法益免於受到第三者侵害的保護義務，如第三者欲殺害自己小孩時，能阻止而未阻止時之親權人的作為義務，第二，在與正犯的關係上，可以考慮有防止該正犯侵害法益的義務，此即所謂犯罪防止義務，如自己的小孩欲殺害第三人時，親權人能阻止而未阻止的情況，或竊盜犯人奪取倉庫之物，而倉庫管理人能阻止卻放過竊盜犯人時，親權人與倉庫管理人的作為義務。就此，請參照：頁1446。

³⁴ 中森喜彥，判批，現代刑事法，3卷9號，2001年9月，頁97。

³⁵ 曾根威彥，同前註6，頁74。

對二審判決做如此理解，主要是從該判決中就幫助者之防止正犯犯罪之可能性的解釋，採取的見解是認為，不作為的從犯在透過不為一定的作為「使正犯犯罪實行變得容易實行，即為成立」，可以看得出來³⁶。

學說上則有從等價的要求出發，認為為了要判斷單純不作為的幫助與作為幫助的等價性，縱然是幫助者，也必須就該不作為者認定相當高度的結果迴避、結果防止的可能性³⁷。

從而，為了將不作為幫助與作為幫助等同視之，應該要求如果有做法所期待的行為，則可確實阻止正犯犯行，乃至於有近於能確實阻止之高度蓋然性³⁸。正犯結果防止的確實性（或近於確實的蓋然性），可以認為是不作為從犯之成立所不可或缺之要件³⁹。

本文認為，如肯認不作為幫助與作為幫助係為相同的違法行為類型，則就因果性的要求即不應低於作為幫助的情況。詳言之，如認為不作為僅須「不使正犯行為變得困難」即可，則將因不作為本身本即未積極地介入正犯行為，因而於想像上，如不介入即符合不使之困難或不成為障礙，則將導致所有的不作為幫助都有助於犯

³⁶ 曾根威彥，同前註6，頁74。

³⁷ 曾根威彥，同前註6，頁74。

³⁸ 山中敬一，不作為による幫助，收於：刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古稀記念，2003年6月，頁361；曾根威彥，同前註6，頁74。

³⁹ 曾根威彥，同前註6，頁74。

行，而喪失此一要件判斷上的作用，因此，不作為幫助犯在個案解釋上仍應嘗試析出該不作為有積極「促進正犯行為」之側面，始得肯認因果性，而非單純地僅因不作為的存在使得作為正犯之犯行變得不受阻礙，隨即成立不作為幫助犯。再者，就不作為幫助的作為義務要求，如採取學說上將之與結果迴避義務相連結的觀點時，就該迴避可能性或作為可能性的要求即可能高於作為幫助的因果性要求。雖然就不作為幫助與作為幫助的因果性要求可能產生程度上的差異，但從不作為犯本應要求結果迴避可能性的角度來看，此種見解亦值傾聽。

二、作為義務的要求與內容

不作為要成立犯罪，以有作為義務違反為前提，即使不作為的共同正犯或幫助犯，亦應以作為義務的存在為前提⁴⁰。但此時所謂之作為義務，係不幫助正犯之作為義務，還是防止正犯結果發生之義務的違反？前者係違法共犯論的結論，而後者則係因果共犯論的結論。如以後者為前提，則應如何區分正犯的作為義務與幫助犯的作為義務，則會成為下一個問題⁴¹。就本文所討論的兒童虐待案件類型中，通常不作為者與被害人皆會具有父母子女關係，因而就保證人地位的判斷，不論採取哪一說，皆會具備保證人地位與作為義務。從而，此處直

⁴⁰ 山中敬一，同前註25，頁964；松原芳博，刑法總論，2013年3月，頁432。

⁴¹ 山中敬一，同前註25，頁964。

接將問題轉向作為義務的內容檢討。至於義務的探討與正共犯區分交錯的部分，則留待後述。

就作為義務的要求，學說上多認為，不作為並非消極的什麼都不做，而是指不為法所期待的行為，行為人在實際物理可能的範圍之內，能夠採取防止結果發生的措施，卻未採取該措施⁴²。至於行為人應該採取什麼措施，作為義務的具體內容，則應依客觀情事判斷，應參照具體個案情形，必要時，應求助第三者⁴³。法律所要求的特定行為，必須能夠迅速發生防止結果之效果，始足當之，如客觀上並不足以迅速防止結果發生，則非法律所期待之特定行為⁴⁴。

就不作為犯參與作為正犯的案例類型，日本法上的討論主要集中在法益保護義務與犯罪阻止義務（危險源頭監督義務）的義務區分及其合理性與必要性，雖其有藉此區分正共犯的面向，但仍不妨礙此處先從作為義務的角度來檢討。就此種義務區分說，舉例而言，如(一)甲的小孩乙犯罪，對於第三人A施加損害時，甲有使其放棄犯行之義務的情況，甲所負之作為義務即屬犯罪阻止義務（危險源頭監督義務）。又如(二)甲為了保護自己小孩A的法益，有使第三人乙放棄犯罪的義務，此

⁴² 林鈺雄，同前註22，頁545；林山田，刑法通論（下），10版，2008年1月，頁243-244。

⁴³ 林鈺雄，同前註22，頁545。

⁴⁴ 林山田，同前註42，頁244。

時，甲所負之義務則屬法益保護義務（保護者保證義務）。乙在家中虐待自己的孩子A，乙的妻子甲在旁邊未制止乙的暴行的案例，屬於(二)的類型⁴⁵。然而，此種見解雖然是有力見解，但並非通說。學說上有認為，保護者的作為義務違反，依狀況可能構成不作為正犯，但從與第三人法益侵害行為的關係來看，亦有必須成立不作為共犯的情況。再者，兒童虐待案件中的保護者作為義務，是從與被害者兒童的關係中所生，其典型的態樣應該是呈現為有迴避法益侵害結果的義務（保護義務），但從兒童保護的觀點來看，依情況亦會轉為阻止第三人侵害行為之義務（犯罪阻止義務）。不作為幫助犯的事例，學說上認為這正是保護義務轉化為犯罪阻止義務的情況⁴⁶。

不過，這種說法有其不合理之處。從因果性判斷的討論亦可發現，作為義務的內容終究應該回到防止結果發生的義務加以判斷。從而，學說上認為問題應該在於結果迴避義務與隨之而來的法益保護義務，因而這種基於義務來源之不同而區分作為義務程度的見解，並無合理根據⁴⁷。亦因此，不論是不作為共犯的作為義務，或不作為單獨正犯的作為義務，皆應以同樣基準來判

⁴⁵ 井田良，講義刑法学・総論，2008年12月，頁492-493。

⁴⁶ 日高義博，同前註7，頁73。

⁴⁷ 神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，1994年5月，頁177。

斷⁴⁸。就此，否定義務區分說，且認為不作為正犯與共犯之作為義務根據係屬同一的觀點，係為支配性的見解⁴⁹。

就不作為幫助犯之作為義務的具體內容⁵⁰，實務見解在判斷上有考量個別行為人具體的作為可能性一併判斷的傾向，學說與實務則認為應該留意有伴隨狀況變化而有階段性或複合性加以掌握之必要⁵¹。

三、作為可能性

作為可能性亦為不作為犯成立的要件之一，即使認定具備保證人地位、肯認有作為義務之後，如果欠缺作為可能性，仍然不會成立不純正不作為犯，換言之，客觀上即使救助可能，但具體來看沒有作為可能性時，即應否定不作為犯的成立。典型的事例是未救助溺水者的情況，如行為人明明會游泳卻未救助，則有作為可能性，但若是旱鴨子、不會游泳的人，則即使命令他為救助，其也無法履行，因此無作為可能性，而即使是會游

⁴⁸ 西田典之，同前註15，頁360。

⁴⁹ 林幹人，刑法總論，2版，2000年9月，頁443；內藤謙，同前註32，1446頁；島田聰一郎，同前註32，頁221。另就不作為共犯之作為義務，認為應與不作為單獨正犯之作為義務以同樣標準來判斷，請參見：西田典之，不作為による共犯，法學協會雜誌，122卷4号，2005年4月，頁424。

⁵⁰ 如於同居人毆打小孩時，究應以實力排除其犯行，還是僅監視即為已足，針對作為義務在個案上的具體內容，日本法院通常會細緻檢討。

⁵¹ 日高義博，同前註7，頁72-73。實務見解如札幌高裁平成12年3月16日判決。

泳的人，如係於暴風雨中，考量到自身的安危，也無法連這種不容易立即救助的場合都要求其作為⁵²。

再者，作為可能性的定位，亦有爭議。學說上有認為無作為可能性時，即欠缺作為義務的前提⁵³。亦有認為作為可能性是構成要件要素，而以一般人或社會通念為基準來判斷⁵⁴。而考量到如以個人能力為義務違反的前提，則有可能會與（在違法的前提中要求責任的）主觀違法論難以區分，因而將作為可能性置於責任論，作為責任要素，較為適當⁵⁵。從而，在構成要件與違法論所確認的作為義務，是一般人在該具體事案中被期待的行為，對於特定行為人是否有辦法為之，則是在責任論以個人能力為標準來判斷。

四、不作為犯的正共犯區分

（一）不作為犯正共犯區分的諸種見解

除了在作為者與不作為者之間有意思聯絡或共謀的情況，區分正犯與共犯有兩個進路。其一是依作為義務發生根據來區分正犯與幫助犯的方法（義務內容說），

⁵² 山口厚，刑法總論，3版，2016年3月，頁94-95；西田典之，同前註15，頁118。日本判例中則是以「作為容易性」為要件，並以之為作為義務之判斷要素。請參見：山口厚，頁95。

⁵³ 西田典之，不作為犯論，收於：芝原邦爾ほか編，刑法理論の現代的展開 總論 I，1988年4月，頁80。

⁵⁴ 大谷實，刑法講義總論，新版4版，2012年5月，頁138。

⁵⁵ 山口厚，同前註52，頁95；林弘正，兒童虐待と不作為犯論，現代刑事法，41号，2002年9月，頁33。本文亦採此說。

另一則為依正犯論與共犯論來區分（正犯共犯本質說）⁵⁶。

首先，就義務內容說，又可分成兩種見解。第一種係認為只要不作為者具備保證人地位，則已滿足正犯要件，因而應肯定其為正犯（同時正犯），依此說，於有意思聯絡時，即會成立共同正犯⁵⁷。惟如依此說，儘管有規範障礙之介在者是最終為實行決斷之人，由於仍肯認於其背後者為正犯，因而與作為犯的情況有失均衡，此說遂被認為不當⁵⁸。

第二種見解則係區分法益保護義務違反的情況與犯罪阻止義務違反的情況，並認為前者得成立正犯，而後者則成立幫助犯。此一學說上的有力見解認為，若為應迴避結果發生之直接的保證人義務，也就是法益保護義務違反，即賦予不作為正犯處罰根據，若為安全監護義務或安全管理義務違反而間接誘發或促進結果發生的情況，即為犯罪阻止義務（危險源頭監督義務）違反，則僅成立不作為共犯（幫助犯）⁵⁹。具體來說，父親甲未

⁵⁶ 此種區分及內容說明除另有引註外，係參考：山中敬一，同前註25，頁964-968。

⁵⁷ 井田良，刑法總論の理論構造，2005年6月，頁442及同頁註29。

⁵⁸ 山中敬一，同前註25，頁965。同頁並謂，如警察就相識者的犯行置之不理，因而成立不作為的竊盜正犯，此一結論將不阻止犯行者與實行犯罪者等同視之，有所不當。

⁵⁹ 中義勝，刑法上の諸問題，1991年2月，頁329以下；山中敬一，刑法總論，2版，2008年3月，頁848；高橋則夫，刑法總論，3版，2016年10月，頁507。

阻止自己的小孩乙被丙殺害的情況，會基於法益保護義務而成立不作為殺人的正犯，相對而言，甲未阻止乙去殺害第三人丙的情況，則會基於犯罪防止義務違反，成立不作為的殺人幫助犯⁶⁰。

就此說有進一步修正認為，在犯罪防止義務違反時，犯罪行為人為正犯，未阻止正犯犯罪的不作為者的行為，則為幫助犯。在法益保護義務違反的情況，則認為應該區分該當法益已達到任由朝向結果發生之因果流程階段的情況，與該當法益處於因他人之行為而遭受結果發生危險的階段。如自己的小孩在池中溺水時，與自己的小孩正要被他人殺害時之兩種情況。於前者的情況，法益保護的手段是將因果流程變更為直接透過作為來救助，此種情況由於並無他人參與，因而，為了迴避結果發生而有直接管理支配者，只有不作為者，就不作為者即成立正犯。相對於此，就後者的情況，透過阻止他人的實行行為即能救助法益，即使在作為者已經決意實行時，縱然已有著手實行，在透過驅動作為者的實行行為而能救助法益的期間，是有他人參與介在的情況，並非因果流程已成必然的情況。此時，為實行行為之作

⁶⁰ 西田典之，同前註15，頁360。基於審稿意見A就後者事例的提問，本文簡略說明如下。於「甲未阻止自己的小孩乙去殺害第三人丙」的案例類型，係甲具有保證人地位，其作為義務內容在於防止乙作為危險源而對第三人丙造成法益侵害，因而甲所違反的是犯罪防止義務（＝危險源頭監督義務）。在第二種見解中，於犯罪阻止義務違反的情況係成立幫助犯，因此，於此種案例類型中，甲可能成立的是不作為的殺人幫助犯。

為者是直接支配朝向結果的因果流程者，不作為者僅是得參與該流程而已。不作為者的行為如有得成為規範性障礙的他人行為介在其中，則該不作為者並非正犯，僅係間接得控制，因而係為幫助犯⁶¹。

然就義務內容說的第二種見解亦有批評。學說上有認為，不論刑法上的作為義務是基於何種關係推導而來，最終皆是朝向阻止結果發生為其本質，因此，此一見解以義務由來之不同來區別作為義務的程度，欠缺合理的根據⁶²。換言之，此說是立於兩種義務可以明確區分的前提，惟如認為犯罪阻止義務亦是法益保護義務，則此一區分即失其意義。從而，否定義務二分論，肯認不作為正犯與共犯之作為義務有同一根據者，為支配性

⁶¹ 山中敬一，同前註25，頁966-967。同書967頁註7即謂：「從而，目擊第三人已將自己的小孩丟入池中的父親，帶有殺意而不救助者，該父親成立殺人罪的不作為正犯。但如該父親於第三人正想將孩子丟入池中時，帶有殺意而未阻止者，則成立殺人幫助犯。」前者由於法益已達任憑因果流程朝向結果發生的階段，父親就其不作為具備結果發生的支配，因而就父親成立不作為正犯。就後者，則因對於結果有支配者為該作為犯之第三人，因而父親僅為不作為之幫助犯。但此說仍然未解決的問題是，如何區分犯罪阻止義務與法益保護義務。此外，小孩在尚未被丟入池中時，父親僅為幫助犯，一旦被丟入池中，該案件事實仍然是介在一位作為的第三人，此種情形，何時能將該作為犯切割出去，單獨看小孩與父親的關係，而將父親提升為不作為的正犯，則有疑問。如總是能在小孩被丟入池中之後即就父親成立不作為的正犯，則因為在事實發展上總是會進入後階段，只要父親不離開現場，即會成立不作為正犯，如果幫助犯的犯意與正犯犯意難以區分，則幫助犯的犯意即可能馬上被提升為正犯的犯意，此種判斷是否妥當，不無疑問。

⁶² 神山敏雄，同前註47，頁177。

的見解⁶³。

其次，正犯共犯本質說則有多樣的見解。第一，係認為原則上成立正犯，如認為不作為犯為義務犯的見解，即為此類。依此說，如該不作為滿足與作為等價等前提，則該不作為者原則上成立正犯。此係因為，此說認為不作為犯是以結果迴避義務違反為其內容的義務犯，不作為犯的情況係不同於作為犯支配的正犯原則⁶⁴。

第二，則係認為原則上成立幫助犯，此說認為，在作為犯對於事實有行為支配的情況下，作為者對於結果直接掌握，而不作為者僅是配角，僅有防止正犯犯罪之作為義務，原則上僅成立幫助犯⁶⁵。就此說，則有批評認為以對於結果發生是否處於主要角色或從屬角色來區分正共犯，是以對於不明確的情狀判斷來做區別，倘若認為正共犯作為違法類型有其差異，則無法支持此說⁶⁶。

第三，則是依情形可能成立正犯或幫助犯。如有認為，不作為犯如能「確實」迴避結果發生，則成立同時正犯，但如就結果發生有「使之困難的可能性」，則成

⁶³ 林幹人，同前註49，頁163；內藤謙，同前註32，頁1446；島田聰一郎，同前註32，頁221。

⁶⁴ 山中敬一，同前註25，頁965。

⁶⁵ 大塚仁，同前註25，頁321。

⁶⁶ 井田良，同前註57，頁442。

立不作為的幫助犯⁶⁷。但此一見解就幫助犯，認為其因果關係以促進或使正犯結果容易發生即為已足，學說上有認為此一出發點已有不當⁶⁸。再者，基於此說以結果迴避可能性的程度來區分正共犯，會與作為犯的區別基準有失衡平⁶⁹。

就不作為的犯罪參與者究應成立同時正犯或共犯的問題，日本支配性的見解則是認為就不阻止作為正犯的不作為參與，原則上應成立幫助犯。其理由在於，作為正犯與結果發生有直接的因果關係，有較強的原因力，相對地，不作為的參與則是透過作為義務違反的不作為，藉由作為正犯而與結果發生僅有間接的因果關係，原因力較弱，亦只有發揮從屬的作用，只不過使得作為正犯的實行變得容易而已，因此僅應成立幫助犯⁷⁰。然而，亦有認為，此說在直覺上雖有其正當之處，但即使認為原則上成立幫助犯，就何時應成立同時正犯或共同正犯，則不明確⁷¹。不過，雖然此說仍有上述問題，但本文認為從對於結果發生的因果力來區分正共犯的見解，與共犯處罰根據論的主要責任與次要責任、因果性的思考有其共同的基礎，因而有採納的空間。

⁶⁷ 西田典之，同前註15，頁362，或在判例中所謂「使犯行容易」。

⁶⁸ 山中敬一，同前註25，頁966。

⁶⁹ 山中敬一，同前註25，頁966。

⁷⁰ 內藤謙，同前註32，頁1445。

⁷¹ 西田典之，同前註15，頁361。就此說為支配性見解的評價，亦參照本書。

(二)不作為共同正犯成立的可能性與問題點

在甲乙兩人皆具保證人地位，且皆以不作為、不餵食的方式導致小孩死亡的情況，甲乙會成立不作為的共同正犯，固無疑義。惟如於甲母、乙父有共同意思之下，乙積極的毆打小孩丙，透過作為來殺害丙，甲能阻止而未阻止的情況，是否會成立不作為的殺人共同正犯？如果甲乙之前有共謀，甲是否會成立殺人罪的共謀共同正犯的作為犯？就本文所聚焦之不作為參與作為犯罪的情況，承接前揭論述，即可發現不作為的正共犯區分的議論，在承認共謀共同正犯的情況下，未必有其重要性。此係因當共謀存在時，該不作為犯即會被以共謀共同正犯論處，不作為幫助犯的成立反而會被認為是例外的事態。作為犯的情況自不待言，在不作為的情況亦是如有共謀，則只要掌握些許的作為，將之解消為共謀之實行即可⁷²。從而，此處亦簡單檢討不作為共同正犯成立的可能性與問題點。

首先，就正共犯的區分，學說上有認為，在共同意思之下，甲以不作為、乙以作為的態樣，可視為是共同實行行為，肯定作為與不作為的共同正犯的見解，此為少數但有力的見解⁷³。但亦有認為，甲的不作為是不阻止乙的暴行，在與乙的積極作為相較之下，甲的不作為

⁷² 高橋則夫，同前註59，頁507。

⁷³ 大塚仁，犯罪論の基本問題，1982年4月，頁334；大塚仁，同前註25，頁301註23。

只不過是有潛在作用可能性的消極行為，如此一來，即無法等同看待僅止於發揮從屬作用之甲的不作為，與透過作為形成犯罪事實作用會凌駕不作為的乙的行為⁷⁴。對於丙的死亡結果，在自己主導之下設定因果關係的乙有直接的因果關係，相對地，未就此加以阻止的甲則是透過作為義務（阻止義務）違反的不作為，僅止於透過乙而有間接的因果關係，從而，有認為當作為犯是正犯時，將對之所為的不作為參與解釋為幫助犯，較為妥當⁷⁵。

與多數學說相同，日本的裁判例就負有作為義務者，未阻止故意作為正犯的犯行時，則係論以不作為幫助⁷⁶。學說上對判例的見解，則有認為在不作為犯與作為犯之間，有鑑於其對犯罪的參與程度有所差異，而認為判例的結論從理論上亦可支持⁷⁷。

其次，於此種情況，就保證人地位、作為義務的認定，雖然學說上有認為在這種情形，排他的支配領域性在認定上仍可肯認⁷⁸，但亦有認為，在犯罪現場，從除了甲之外沒有其他阻止乙犯行的人的「排他性支配」的

⁷⁴ 曾根威彥，同前註6，頁70。

⁷⁵ 內藤謙，同前註32，頁1443-1444。日本判例基本上也是採取相同的結論，請參見：大判昭和3年3月9日刑集7卷172頁、大阪高判昭和62年10月2日判夕675号246頁、札幌高判平成12年3月16日判時1711号170頁等等。

⁷⁶ 島田總一郎，共同正犯，收於：西田典之、山口厚、佐伯仁志編，注釈刑法 第1卷 總論§§1~72，2010年12月，頁841。

⁷⁷ 島田總一郎，同前註，頁841。

⁷⁸ 西田典之，同前註15，頁360-361。

見解出發，無法肯認甲有犯罪阻止義務並賦予甲共同正犯性之基礎⁷⁹。其理由在於，在單獨正犯的事例中，不作為犯將朝向結果的因果流程收於自己掌握之中，以此種意義之排他性支配為理由，得以賦予為了結果迴避而來的作為義務根據，但在上述情況，存在有作為正犯，從規範責任論的觀點來看，法律是期待乙中止犯行，對於甲無法肯認其於犯罪現場的排他支配性⁸⁰。

再者，以規範論的觀點來看⁸¹，以法益保護為其任務的刑法規範，主要是朝向能理解「不要侵害法益」之禁止內容，且能依照規範的要求而行為，卻違反禁止規範、積極想要作出法益侵害行為之行為人（乙）。法益保護的任務，是以「不要做法益侵害行為」此一形式，首先要求乙遂行，科予乙作為正犯的第一次責任。相對的，甲是在乙未發揮其任務時，才具有命其「阻止乙的行為」此一以命令規範之形式而產生的補充性、副次的保護法益的任務。甲歸根究柢不過只是意欲藉由乙遂行之法益侵害結果（丙的死傷）的實現，就其加以支援、不阻止，從這點來看，只不過發揮了從犯的機能⁸²。從

79 曾根威彥，同前註6，頁70。

80 曾根威彥，同前註6，頁70；松尾誠紀，『不作為による共犯の限定化』について，北大法学論集，53卷6号，2003年3月，頁1828。

81 曾根威彥，同前註6，頁70。

82 保条成宏，児童虐待に対する刑事処罰とその限界(1)——「不作為による幫助」の事案をめぐって，中京法学，38卷2号，2003年11月，頁205。

而，作為犯是正犯時，對作為正犯（如乙）之不作為的參與者（如甲），原則上應僅成立幫助犯。

肆、結論：臺灣同居人虐童案中 不作為犯處理之評析

從上述討論可以發現，在此種案例類型中的不作為參與，涉及不作為犯論與共犯論之交錯領域，問題繁雜。由理論探討來檢視臺灣就此種案例類型所涉爭點的論述，應可發現尚有充足論述的空間。實務檢討不足的主因，恐怕是理論並未提供足夠多樣的論理素材。以下，原則上以臺灣同居人虐童案最後事實審所確認的事實為前提，參照上述理論所提及應探討的成立要件，來嘗試檢討甲以不作為參與乙的作為犯罪所應負的刑事責任。

一、就不作為部分

首先，於本案中，甲是丙的母親，就丙免於受到法益侵害，有保證人地位與作為義務，此係不論採取何種見解皆可獲致的結論，因此較無問題。

其次，就作為義務＝結果迴避義務（法益保護義務）的內容，則應考慮具體個案中與保護法益（即保護對象）的關係，確認作為義務的具體內容。從而，就本案中作為義務的具體內容，本文認為得肯認檢察官起訴時所考慮之制止乙、帶丙離開乙等行為。甚至，由於在

具體個案中，乙施用暴力的對象並不及於甲，因而本文亦認為，要求甲不僅止於口頭制止，在曾口頭制止卻無效的情況下，亦應得以肯認作為義務之內容進一步應擴及以實力阻止丙受到來自乙的暴力。而個案中甲單純只是口頭制止、拍打門板，顯然難謂已滿足法對法益保護的期待，無法認為甲已盡到作為義務。

然而，從事實審所確認的個案事實與甲乙之間的關係可知，甲處於弱勢地位，且無其他朋友可供支援或投靠，經濟來源亦均仰賴乙所賺取的薪資，如要求甲帶丙離開或以實力抵抗乙，則恐將造成甲丙露宿街頭，因而就法所期待之作為義務內容，似難認為甲有作為可能性。

從而，不論是將作為可能性當成個案中作為義務存在與否的判斷要素，或是從規範責任論出發，針對具體個案中行為人是否有可能為法所期待的行為（期待可能性的具體化）或是否具有他行為可能性，而將作為可能性置於責任論來判斷，就本案皆應可基於欠缺作為可能性而獲致否定犯罪成立的結論。

二、就共犯部分

雖然就作為可能性的判斷，有否定犯罪的可能，但此處仍就不作為犯是否成立共同正犯或幫助犯，簡要說明筆者初步的想法。本案之甲係以不作為的態樣來參與乙之作為犯罪，從而必須回歸共犯處罰根據，探討是否具備因果性，亦應重新檢視實務的正共犯區分標準。換

言之，就甲之處罰，應該符合因果性的要求，亦須滿足正犯負首要責任、共犯負次要責任的正共犯區分，處罰始具正當性。

臺灣學說見解就正共犯之區分在不作為參與之案例類型的運用，有採犯罪支配理論者⁸³，亦有學說雖提及不作為犯有義務犯的性質，原則上應成立正犯來處理，而非依從犯罪支配的標準來區分正共犯⁸⁴，但仍肯認以不作為義務犯來與作為犯成立共同正犯的可能性，似有論述上的矛盾⁸⁵。換言之，如欲從義務犯角度來理解不作為犯，就正共犯的區分，則難以援引犯罪支配理論，而應直接成立不作為的正犯⁸⁶。惟如從違法係以法益侵害、而非規範上的義務違反的角度出發，不採取義務犯的論述，亦不採取犯罪支配理論的話，即須面對不作為參與正犯時，到底應負首要責任或次要責任的問題。

參照前述議論，在不作為參與作為犯罪時，本文認

⁸³ 如林鈺雄，同前註22，頁559，認為應依犯罪支配作為判斷基準，如於客觀行為態樣上，由於是不作為而難以辨別犯罪支配在何者身上，行為人主觀的內容則會成為判斷上的關鍵，換言之，行為人主觀上對犯罪駕馭及企求犯罪目的的程度，即會成為判斷犯罪流程中決定性角色的主要基準。

⁸⁴ 林山田，同前註42，頁276。

⁸⁵ 林山田，同前註42，頁279-280。參照所舉案例，似未清楚說明不作為犯要如何與作為犯有行為分擔。

⁸⁶ 請參照：許澤天，不純正不作為犯的正犯判斷標準，東吳法律學報，26卷4期，2015年4月，頁123-171。此文就不純正不作為犯的認定標準，係採取義務犯理論，亦即，除非構成要件對於行為不法有特殊要求，具有保證人地位者之不作為，即為不作為的正犯。

為，於不作為與法益侵害之間，介入具有積極導致結果發生的之原因力的作為犯，而不作為者僅具有保護法益的次要機能時，難謂不作為與作為有相同的犯罪參與程度。從此一角度，應認為在具備作為義務、因果性等其他要件時，成立不作為幫助犯較為合理。

至於不作為幫助犯因果性的要求，學說上雖有認為如有作為，則就結果發生有「使之變困難」的可能性的話，應該可以肯認具有幫助犯之因果性⁸⁷，但仍應避免以「不使正犯行為變得困難」或「未作出會成為正犯障礙之作為」此種「消極促進」來判斷幫助犯的因果性，否則因果性的要件即失去意義。同時，在考量不作為幫助仍應符合不作為犯結果迴避可能性的要求，就阻止正犯犯行並進而防止結果發生的可能性判斷上，應該肯認於「幾乎能確實阻止正犯犯行」時，始成立不作為幫助犯。

就更一審所確認的事實來看，雖然甲乙就「甲如阻止乙，乙是否會打更兇或停止暴行」有不同陳述，於判決中亦無明確認定事實，但就乙第二部分之行為則因認定乙有上前制止卻無效，因而至少就此可否認因果性。就其餘未出言制止，縱然法院認為甲係於弱勢處境與地位之下無法或無力制止乙，於本文觀點之下可以透過上述作為可能性的判斷而排除不作為幫助犯之成立，但就幫助犯的因果性仍有肯認的空間。

⁸⁷ 請參照：西田典之，同前註15，頁362。

惟，本案縱然可以肯認甲的作為義務、不作為幫助犯的次要責任、因果性，但在判斷結論上，仍須留意因為甲無作為可能性，從而就其不作為幫助的客觀行為，仍無法加以歸責。

三、結語

本文目的在於探討兒童虐待案件中，不作為犯參與作為正犯的案件類型之下，該不作為應如何歸責的問題。相對於實務見解偏重主觀要件（故意、犯意聯絡）的認定，本文透過日本學說與實務的整理，嘗試指出透過客觀要素的認定解決此一複雜問題的可能性。本文認為，事後確認個案中的具體作為義務、不作為與結果之間的因果性、作為可能性等客觀面的要件，於犯罪成立與否的認定上有其意義。從理論觀點來看，實務見解就此種案例類型中不作為犯成立要件之檢討，有更進一步充實的必要。因此，本文從相關的不作為犯論與共犯論的理論出發，嘗試檢討個案事實中存在但欠缺探討的問題。

就此種案例類型中不作為的參與，除須具備不作為犯之保證人地位、作為義務、作為可能性等各個要件之外，就共犯之成立必須具備的因果性問題，以及該當行為於犯罪上到底應負首要責任或次要責任，進而應論以（共同）正犯或幫助犯之問題，亦是論罪科刑上不可或缺的客觀成立要件。

臺灣同居人虐童案中，雖可肯認甲具備保證人地位與作為義務，因果性亦無問題，就法益侵害結果雖難認

為居於首要地位，但仍可能論以（屬於次要責任之）不作為幫助。惟甲就作為義務欠缺作為可能性，因而不成立犯罪。

綜上所述，本案的確定判決在論罪科刑的論述上雖與本文取徑有異，但其著重行為人甲處於（相較於乙之）弱勢的地位，從判決理由中亦略有提及甲無力制止乙之行為，應可看出此判決仍有連結到本文論述的可能性，就作為可能性實有更進一步清楚論述的空間存在。整體而言，除就因果性、正共犯之區分有更進一步說明之必要之外，就確定判決之結論可資贊同。

參考文獻

一、中文文獻

- 王皇玉，刑法總則，4版，2018年8月。
- 林山田，刑法通論（下），10版，2008年1月。
- 林鈺雄，新刑法總則，5版，2016年9月。
- 許澤天，不純正不作為犯的正犯判斷標準，東吳法律學報，26卷4期，2015年4月，頁123-171。
- 蔡孟兼，不作為幫助犯之規範評價——以同時成立作為與不作為幫助犯為例，軍法專刊，61卷6期，2015年12月，頁98-118。

二、日文文獻

- 大谷實，刑法講義總論，新版4版，2012年5月。
- 大塚仁，犯罪論の基本問題，1982年4月。
- 大塚仁，刑法概説（總論），4版，2008年10月。
- 山口厚，刑法總論，3版，2016年3月。
- 山中敬一，不作為による幫助，收於：刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古稀記念，2003年6月。
- 山中敬一，刑法總論，2版，2008年3月。
- 山中敬一，刑法總論，3版，2015年8月。
- 中森喜彦，判批，現代刑事法，3卷9号，2001年9月，頁95-98。
- 中義勝，刑法上の諸問題，1991年2月。
- 井田良，刑法總論の理論構造，2005年6月。
- 井田良，講義刑法学・總論，2008年12月。
- 内藤謙，刑法講義 總論（下）II，2002年10月。
- 日高義博，兒童虐待と不作為犯——札幌高裁平成12年3月16日判決を契機として，警察学論集，53卷12号，2000年12月，頁61-75。

- ▶西田典之，不作為犯論，收於：芝原邦爾ほか編，刑法理論の現代的展開 総論 I，1988年4月，頁67-93。
- ▶西田典之，不作為による共犯，法学協会雑誌，122巻4号，2005年4月，頁417-441。
- ▶西田典之，刑法総論，2版，2010年6月。
- ▶松尾誠紀，『不作為による共犯の限定化』について，北大法学論集，53巻6号，2003年3月，頁1775-1838。
- ▶松原芳博，刑法総論，2013年3月。
- ▶林弘正，児童虐待と不作為犯，現代刑事法，41号，2002年9月，頁32-38。
- ▶林幹人，刑法總論，2版，2000年9月。
- ▶保条成宏，児童虐待に対する刑事処罰とその限界(1)——「不作為による幫助」の事案をめぐる，中京法学，38巻2号，2003年11月，頁157-211。
- ▶島田聡一郎，不作為による共犯について（2・完），立教法学，65号，2004年3月，頁218-316。
- ▶島田総一郎，共同正犯，收於：西田典之、山口厚、佐伯仁志編，注釈刑法 第1巻 総論 §§1～72，2010年12月，頁810-884。
- ▶神山敏雄，不作為をめぐる共犯論，1994年5月。
- ▶神山敏雄，不作為をめぐる共犯の新様相，現代刑事法，5巻9号，2003年9月，頁45-51。
- ▶高橋則夫，不作為による幫助犯の成否，現代刑事法，2巻6号，2000年6月，頁101-106。
- ▶高橋則夫，刑法総論，3版，2016年10月。
- ▶福田平，全訂 刑法総論，5版，2011年10月。
- ▶曾根威彦，児童虐待と刑法理論——不作為犯における共犯を中心として，現代刑事法，6巻9号（65号），2004年9月，頁69-75。

徵稿啟事

1. 本刊為定期刊物，1年3期，分別預訂於4、8、12月出版，其中12月出版特刊。
2. 本刊全年接受投稿，稿件隨到隨審，並採取雙向匿名審查，審查結果將適時通知作者。
3. 本刊歡迎刑事法學、犯罪學研究專論投稿，並請作者於來稿時註明所屬學門，以便後續審查作業。
4. 本刊為鼓勵新進學人發表作品，設有「新秀論文」，來稿時除標註所屬學門外，亦應註明投稿至新秀論文；本專欄之作者應具備下列身分之一：
 - (1)國內外大專院校在學之碩博士班研究生。
 - (2)取得碩博士學位5年以內，且目前尚未取得研究職或教職者。
 - (3)於國內各大專院校、機構擔任博士後研究員者。
5. 來稿全文以20,000字為度、新秀論文全文以15,000字為度（不含中英文摘要、註腳、參考文獻）。本刊支給稿費以每千字新台幣975元為標準；惟稿費支給上限以15,000字為限，超過前述字數部分，不另支給稿費，執行主編亦得視情況決定分期刊登與否。
6. 來稿若無註解、一稿數投、全部或主要部分已在其他刊物、或將在其他刊物發表者，恕不刊登。
7. 稿件若為二人以上共同撰寫者，請於投稿資料表中註明作者順位、分工情形，並檢附各作者同意聯名投稿之書面文件。

8. 來稿標註中英文題目名，並檢附5個以上中英文關鍵字，及500字左右之中英文摘要。
9. 來稿請以word檔案寄至（wuj0318@mail.moj.gov.tw）；或檢具一式三份之紙本資料，郵寄至：10671臺北市大安區辛亥路三段81號，法務部司法官學院犯罪防治研究中心；並於信封外標註「論文投稿」。
10. 稿件一經刊登，文責自負，來稿若有一稿數投或其他違反學術、研究倫理情事時，本刊得於三年內暫停接受該作者之投稿。
11. 投稿經本刊刊登後，所有列名作者同意本刊得以非專屬授權方式再授權經本刊授權之資料庫，並得以數位方式為必要之重製、公開傳輸、授權用戶下載及列印等行為。為符合資料庫編輯之需要，並得進行格式之變更。作者交付稿件時，應一併附上著作權授權書。

審稿規則

1. 為確保本刊之稿件品質，凡投稿稿件應依本規則進行審查。
2. 本刊設發行人一人、總編輯一人，由法務部司法官學院院長及犯罪防治研究中心主任出任；另每期刊物均商請國內外學者擔任執行主編。
3. 除特約邀稿外，來稿均由執行主編邀請相關領域學者以雙向匿名審查方式進行審查；投稿與本刊性質不符者，執行主編得逕為退稿之決定。
4. 稿件數量如超過該期篇幅，執行主編得依論文時效性等原則，決定稿件刊登之先後順序。
5. 投稿作者於接獲刊登通知後，得要求本刊開立刊登證明或同意刊登證明。
6. 審查人應就送審稿件為「刊登」、「修改後刊登」、「修改後再審」、「不予刊登」之建議。執行主編應就審查人所提之建議組合參照下表作成決議，並由本刊通知作者審查結果。

審查標準		第1審查人			
		刊登	修改後刊登	修改後再審	不予刊登
第2 審查人	刊登	刊登	修改後刊登	送原審查人再審	送第3人審查
	修改後刊登	修改後刊登	修改後刊登	送原審查人再審	送第3人審查
	修改後再審	送原審查人再審	送原審查人再審	送原審查人再審	不予刊登
	不予刊登	送第3人審查	送第3人審查	不予刊登	不予刊登

撰稿凡例

壹、「專論」部分，文長以一萬五千字至二萬字為原則，「新秀論文」部分，文長則以一萬五千字為原則。應包括作者中、英文姓名、論文之中、英文題目、目次、十個以內之中、英文關鍵字、參考文獻，以及三百五十字以內之中、英文摘要，中、英文最高學歷及現職獨立列為註解。

貳、所有引註均需詳列出處，如引註係轉引自其他書籍或論文，則須另為註解，不得逕自引用，年代則一律以西元為準。

參、註解格式

來稿若為犯罪學研究論著，應參考APA格式第六版內容進行撰寫；若為刑事法學研究論著，應使用隨頁註。

一、APA格式第六版

(一)內文中引用文獻時應將作者的姓名及發表年代寫出，若引用文獻之作者為1~6位，第一次引用時請列出所有作者姓名；若在6位以上，限引用第一位作者姓名，餘以等人代替。

(二)作者為機構，第一次出現呈現全名，再備註簡稱，第二次之後即可使用簡稱。

(三)同時引用若干位作者時，中文作者按姓氏筆劃排序，英文作者則依姓名字母排序。同時引用中文與英文作者時，中文作者在前，英文作者在後。

(四)同位作者相同年代有多筆文獻時，應加上a、b、c……標示，引用時並依此排序。

(五)引用全文時，應加註前後引號與頁碼。

(六)圖、表格式應參照APA格式規範。

二、隨頁註之格式

(一)中、日文部分

- 1.期刊論文：作者名，篇名，期刊名，卷期數，出版年月，引用頁碼。
例如：溫祖德，從Jones案論使用GPS定位追蹤器之合憲性——兼評馬賽克理論，東吳法律學報，30卷1期，2018年7月，頁121-167。
- 2.專書論文：作者名，篇名，收於：書名，出版年月（無月份者得免註），引用頁碼。
例如：許恒達，酒後犯罪歸責模式之比較法研究，收於：刑事法學的回顧與展望，2015年1月，頁109-127。
- 3.書籍：作者名，書名，版次，出版年月（無月份者得免註），引用頁碼。
若為初版，不需註明，二版以上則需註明。
例如：林山田，刑法通論（上），增訂10版，2008年1月，頁20。
- 4.譯著：原作者名，譯者名，書名，版次，出版年月（無月份者得免註），引用頁碼。
例如：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，2008年11月，頁27。
例如：李聖傑、潘怡宏編譯，德國刑法典，2版，2019年7月，頁120-150。
- 5.博碩士論文：作者名，文章名，學校系所，出版年月（無月份者得免註），引用頁碼。

例如：王雪芳，我國毒品緩起訴戒癮治療效益之探討，臺灣大學政治學研究所碩士論文，2015年，頁21。

6. 研討會論文：作者名，文章名，研討會名，出版年月，引用頁數。

例如：廖福特，姓氏作為人格權——國際標準與國內實踐，第八屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，2011年12月，頁10。

7. 網頁資料：

例如：黃捷，中信金再爆弊案 高層涉賤賣松壽大樓今遭搜索，自由時報，2019年7月15日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/2853438>（最後瀏覽日：2019年12月30日）。

例如：法務部廉政署網站，<http://www.aac.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=46199&CtUnit=18824&BaseDSD=7&mp=289>（最後瀏覽日：2020年3月16日）。

8. 報紙：作者名，文章名，報紙名，出版年月日，版次。（短評、社論可不列作者名）

例如：李佳玟，是個案裁量？還是系統性的歧視？，自由時報，2009年1月6日，A13版。

9. 所引註之文獻資料，若係重複出現，緊鄰出現則註明「同前註」之後加註頁碼，例：同前註，頁35。

前註中有數筆文獻時，應註明作者；若同一作者有數筆文獻，則應簡要指明文獻名稱，例：林山田，刑法通論（上），同前註，頁35。

若非緊鄰出現則註明作者及「同前註××」之後再標明頁碼，其他同前例：林山田，同前註10，頁50。

10.官方出版法律條文或判決等政府資料：

大法官解釋：司法院（亦可用大法官，全篇文章擇一統一）釋字第735號解釋。

行政函示：內政部(88)年台內地字第8811978號函。

法院判決：臺北高等行政法院97年度訴字第2594號判決。

法院判例：最高法院81年台上字第3521號判例。

法院決議：91年度第14次民事庭決議，91年11月5日。

11.引據其他國法律條文或判決時，請依各該國習慣。

(二)英文部分

1.期刊論文：

Matthew A. Edwards, *Posner's Pragmatism and Payton Home Arrest*, 77(2) WASH. L. REV. 299, 394-96 (2002).

2.書籍：

JOHN KAPLAN ET AL., CRIMINAL LAW: CASES AND MATERIALS 897 (2004).

3.專書論文：

John Adams, *Argument and Report*, in 2 LEGAL PAPERS OF JOHN ADAMS 285, 322-35 (L. Kinvin Wroth & Hiller B. Zobel eds., 1965).

4.網頁文獻：

Paula Desio, *An Overview of the Organizational Guidelines*, <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/organizational-guidelines/ORGOVERVIEW.pdf> (last visited: Aug. 17, 2019).

5.前註之引用：

緊鄰出現者：*Id.* at 101.

非緊鄰出現者：Edwards, *supra* note 10, at 395.

(三) 德文部分

1. 書籍：

(1) Otto, Grundkurs Strafrecht – Einzelne Delikte, 7. Aufl., 2005, § 60 Rn. 1-2.

(2) 只有編者無作者時：

Rudolphi (Hrsg.), in: SK-StGB, Band I, 6. Aufl., 1997, Vor § 1 Rn. 4.

2. 專書論文：

(1) 作者與編者同一人：

Kindhäuser, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht, 2018, S. 397.

(2) 作者與編者不同：

Kahlo, Über den Zusammenhand von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 26.

3. 期刊論文：

Otto, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 1984, S. 360.

(四) 法文或其他語言之期刊論文、專書論文、書籍等，作者得依所引用該國文獻之通用方式，於本文隨頁註釋。

肆、參考文獻格式

參考文獻必須為正文與註釋中援引過之書籍與期刊文獻；請先列中文資料、再列外文資料；中文排列請按作者或編者之姓氏筆劃數，外文請按作者或編者之姓氏字母排序。若同一作者有多項參考文獻時，請依年代先後順序排列。

一、APA格式第六版

(一) 書籍：作者（出版年）。書名。出版地：出版者。

例如：陳慈幸（2019）。*刑事政策：概念的形塑*。臺北：元照。

Dutton, D. G. (1995). *The Batterer: A Psychological Profile*. New York: Basic Books.

(二) 期刊論文：作者（出版年）。文章名稱。期刊名稱，卷（期），頁碼。

例如：林明傑、吳啟安（2018）。高致命危險親密暴力案件之快速篩檢指標與分類研究。*犯罪學期刊*，20(2)，頁53-76。

Hotaling, G. T. & Sugarman, D. B. (1986). An Analysis of Risk Marks in Husband to Wife Violence: The Current State of Knowledge. *Violence and Victims*, 1(2), 101-124.

(三) 專書論文：

作者（出版年）。篇或章名。載於主編，書名，書名（頁碼）。出版地：出版者。

例如：許福生（2013）。性侵害防治法制之變革與發展。載於林明傑主編，*家庭暴力與性侵害的問題與對策*（頁355-424）。台北：元照。

Straus, M. A. (1990). The Conflict Tactics Scales and Its Critics: An Evaluation and New Data on Validity and Reliability. In M. A. Straus & R. J. Gelles (Eds.), *Physical Violence in American Families: Risk Factors and Adaptations to Violence in 8,145 Families* (pp. 49-73). New Brunswick, NJ: Transaction Publishers.

(四)翻譯書籍：

原作者（翻譯出版年）。翻譯書名（譯者名）。出版地：出版者。

例如：Babbie, E. (2016). 社會科學研究方法（林秀雲譯）。臺北：雙葉。

(五)其他來源：

學位論文、研究報告、網路資料等，在本文中有引用之參考資料，亦須依照APA格式列入參考文獻。

二、隨頁註格式

(一)中、日文部分

1.期刊論文：作者名，篇名，期刊名，卷期數，出版年月，起迄頁碼。

例如：溫祖德，從Jones案論使用GPS定位追蹤器之合憲性——兼評馬賽克理論，東吳法律學報，30卷1期，2018年7月，頁121-167。

2.專書論文：作者名，篇名，收於：書名，出版年月（無月份者得免註），起迄頁碼。

例如：許恒達，酒後犯罪歸責模式之比較法研究，收於：刑事法學的回顧與展望，2015年1月，頁109-127。

3.書籍：作者名，書名，版次，出版年月（無月份者得免註）。若為初版，不需註明，二版以上則需註明。

例如：林山田，刑法通論（上），增訂10版，2008年1月。

4.譯著：原作者名，譯者名，書名，版次，出版年月（無月份者得免註）。

例如：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，2008年11月。

例如：李聖傑、潘怡宏編譯，德國刑法典，2版，2019年7月。

5. 博碩士論文：作者名，文章名，學校系所，出版年月（無月份者得免註）。
例如：王雪芳，我國毒品緩起訴戒癮治療效益之探討，臺灣大學政治學研究所碩士論文，2015年。
6. 研討會論文：作者名，文章名，研討會名，出版年月。
例如：廖福特，姓氏作為人格權——國際標準與國內實踐，第八屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，2011年12月。
7. 網頁文獻：
例如：黃捷，中信金再爆弊案 高層涉賤賣松壽大樓今遭搜索，自由時報，2019年7月15日，<https://ec.tn.lcom.tw/article/breakingnews/2853438>（最後瀏覽日：2019年12月30日）。
例如：法務部廉政署網站，<http://www.aac.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=46199&CtUnit=18824&BaseDSD=7&mp=289>（最後瀏覽日：2020年3月16日）。

(二) 英文部分

1. 期刊論文：
Edwards, Matthew A., *Posner's Pragmatism and Payton Home Arrest*, 77(2) WASH. L. REV. 299 (2002).
2. 書籍：
KAPLAN, JOHN ET AL., *CRIMINAL LAW: CASES AND MATERIALS* (2004).
3. 專書論文：
Adams, John, *Argument and Report*, in 2 LEGAL PAPERS OF JOHN ADAMS 285 (L. Kinvin Wroth & Hiller B. Zobel eds., 1965).

4. 網頁文獻：

Desio, Paula, An Overview of the Organizational Guidelines, <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/organizational-guidelines/ORGOVERVIEW.pdf> (last visited: Aug. 17, 2019).

(三) 德文部分

1. 書籍：

- (1) Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht – Einzelne Delikte, 7. Aufl., 2005.
- (2) Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), in: SK-StGB, Band I, 6. Aufl., 1997.

2. 專書論文：

- (1) Kindhäuser, Urs, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht, 2018, S. 295-400.
- (2) Kahlo, Michael, Üner den Zusammenhand von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 26-29.

3. 期刊論文：

Otto, Harro, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW 1984, S. 360-365.

(四) 法文或其他語言之期刊論文、專書論文、書籍等，作者得依所引該國文獻之通用方式加以表示。

