

私部門賄賂罪之可罰性基礎與 規範模式*

謝煜偉**

要 目

壹、企業賄賂罪·商業賄賂 罪立法議論的現況	一、保護私部門(財產上) 利益：背信之抽象危 險犯？
一、企業賄賂防制法草案	
二、刑法第255條之1商業 交易賄賂罪修正草案	二、保護同業競爭者自由與 公平競爭秩序
三、聯合國反貪腐公約第 21條之立法檢討義務	三、保護執行業務上之公 正性
四、小 結	四、小結：犯罪構成要件的 思索方向
貳、企業賄賂行為的可罰性 基礎：保護法益的再檢視	參、結 論

DOI：10.6460/CPCP.202104_(27).03

* 本篇文章經匿名雙向審查通過。
本文為科技部專題研究計畫「從法益論探究私部門賄賂罪之可罰性基礎與規範模式(MOST 104-2410-H-002-075-MY2)」之部分研究成果。二位匿名審查委員提供寶貴意見，碩士班常子薇同學協助校正初稿，讓本文降低錯誤，增添可讀性，筆者由衷感激。

** 國立臺灣大學法律學院副教授，日本京都大學法學博士。

摘 要

近年來由於著名企業職員不當收受回扣，引發社會對企業肅貪議題的關注，此外，依聯合國反貪腐公約施行法第6條之規定，吾等應具體檢討有無將私部門賄賂行為入罪化之正當性及必要性。迄今為止，雖有若干草案版本進入國會審查，但皆未完成立法。本文從「業務上之公正性」、「事業間的公平競爭」、「私部門財產上利益」三種保護法益視角，來分析私部門賄賂行為入罪化的可行性。就此，學界多認為應以「自由競爭市場機制」作為私部門賄賂罪之保護法益，然本文認為，競爭法益的保護難以拓展到所有商業交易的領域中，且具對價關係之利益供給行為未必會產生導致市場競爭秩序之抽象危險性。從維護「業務上公正性」之觀點來建立私部門賄賂行為的法益保護關連性，較能符合可罰性基礎的應然檢驗。基此，在具有公共事務性質的業務範圍中，可針對以違背職務行為為對價之受賄、行賄行為，予以犯罪化。

關鍵詞：貪污、企業賄賂防制法、業務上公正性、私部門賄賂、聯合國反貪腐公約、公平競爭

On Justifying the Criminalization of Private-Sector Bribery*

Yu-Wei Hsieh**

Abstract

Recently, due to social concern for the issue of corporate anti-corruption, legislators in Taiwan draft “Corporate Bribery Prevention Act” rashly without sufficient discussion. However, the issue of criminalization of bribery in private sector has been discussed internationally and thus could help us to realize the importance. In addition, since the United Nations Convention Against Corruption (UNCAC) Implementation Law was passed in May 2015, we should review whether it is appropriate to criminalize private-sector bribery in accordance with Article 21 of the UNCAC. In this paper, the author analyzes this issue with three different viewpoints of “legal interest”, which included “fairness of implementation of business duties”, “fair competition between businesses”, and “property interests of a private sector”. While a free and fair competition rule is eligible for protection of legal interests in specific types of business transactions, it is difficult to extend it to all areas of business

* This article has been double-blind peer reviewed.

** Associate Professor, College of Law, National Taiwan University; Ph.D., Kyoto University, Japan.

transactions. Besides, bribery in private sector may not necessarily lead to losing the effectiveness of the market competition and giving rise to unfair competition. This paper argues that it is more consistent with the fundamental principles of criminal law to Justify the Criminalization of Private-Sector Bribery from the viewpoint of “the fairness of implementation of business duties”. It is necessary to criminalize the bribery of specific positions in the private sector in the regulations of the relevant business. Finally, this paper aims to give some substantial and useful recommendations to our legislators and law enforcers.

Keywords: Corruption, Corporate Bribery Prevention Act, the Fairness of Implementation of Business Duties, Private-Sector Bribery, United Nations Convention against Corruption (UNCAC), Fair Competition

壹、企業賄賂罪・商業賄賂罪立法議論的現況

一、企業賄賂防制法草案

數年前，因國內知名企業集團底下數名高階採購主管向材料供應商索取鉅額回扣弊案引發軒然大波¹，在該企業集團經營者大力呼籲之下，企業從業人員賄賂相關行為是否應犯罪化一事，成為刑事立法政策上的討論焦點²。眾所周知，作為瀆職罪章中最重要的賄賂罪，必須涉及以公務行為（職務上或違背職務行為）換取不正利益，規制對象為收賄之公務員與行賄者。對於私人企業的從業人員收受賄賂等不正利益之行為，僅能依其所造成之企業內部侵害情形，論以背信、侵占等罪。而這些企業內部所產生的利益侵害行為往往舉證困難，不易定

¹ 此案於2016年一審以背信罪判決罪，然針對收取回扣的金額，不同審級間有不同之認定，迄今仍在高院更審中，參見：鴻海內鬼廖萬城收回扣 二審輕判被最高院發回更審，自由時報，2020年1月21日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/3046692>（最後瀏覽日：2020年12月30日）。

² 近期關於企業貪腐或商業賄賂入罪化的討論相對較多，除下述個別提及之文獻外，尚有：王煦棋、王雲澤，防治商業賄賂保護法益比較與我國立法建議，財金法學研究，2卷1期，2019年3月，頁1-28；許永欽，我國公務賄賂與商業賄賂罪之研究，法學叢刊，243期，2016年7月，頁99-133；吳盈德，美國聯邦「海外反貪污行為法」對我國企業法規遵循之啟示，中正財經法學，9期，2014年7月，頁1-41；林志潔，反制跨國行賄與強化企業法令遵循——以美國海外反貪腐法（FCPA）為例，月旦法學雜誌，242期，2015年6月，頁5-25。

罪³。當時，為了要強化企業內部貪腐的刑事規制力道，國民黨立委遂連署提案制訂「企業賄賂防制法草案⁴」（下稱本法草案），並於2014年5月底經由經濟司法聯席委員會審查通過，送朝野協商，因條文過於簡陋且爭議尚大，迄今未完成立法。在當時，這部牽連社會各階層的法律，縱使在新聞版面上獲得矚目，然而，在法學理論上卻未有較深入的檢討，而僅停留財團與民意代表片面宣稱其重要性的階段。

根據草案中的說明，該法主要的目的在於填補現行法以背信、詐欺等罪訴追企業職員收賄時不易舉證的漏洞，並且認為有必要明確將企業賄賂行為入罪化，以避免企業間不公平競爭。因此，可以說規範目的重點放在企業間公平競爭秩序的維持，並且將企業賄賂相關行為理解為一種典型的造成競爭秩序破壞的行為。如此一來，在保護法益的思考上便跟傳統以保護個人法益的背信罪（企業本人之整體財產利益）有顯著的不同。

在行為主體的劃定上，本法草案規範犯罪主體僅為「企業之受僱人」，而未擴及企業之經營階層如董監事

³ 嚴格而論，舉證困難的問題，在公務員貪污犯罪當中亦屬常見。參見張麗卿，臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論，28期，2011年2月，頁1-24。世界各國的貪污犯罪認定問題，See TOSHIHIKO SHIOBARA, ANTI-CORRUPTION POLICIES 149-67 (2013); 塩原俊彦，腐敗の世界史：腐敗の構造，2016年9月，頁1-35。

⁴ 草案條文及立法說明，參見立法院第8屆第3會期第4次會議議案關係文書，<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc7cfcccfc8cdc5cecf6d2ceced>（最後瀏覽日：2020年12月30日）。

等負責人。其與銀行法、金融控股公司法、證券交易法、期貨交易法等法規皆涵蓋董監事等經營階層及監督者的立法型態顯然不同。不過最特別的是關於所屬單位的定性，僅以「企業」為要件，並於第3條將「企業」定義為本國或外國之法人或獨資事業。如此規範下，射程範圍極為廣泛，大至如上市上櫃公司、銀行等特殊產業，小至飲料、餐飲、飯店等中小型企業，皆悉數列入。同時，由於未限定在以商業、經濟或營利活動為目的的法人，則如以公益為目的之財團法人、社團法人是否屬於本法規制的範圍內？即有疑義。

再者，就實行行為態樣上，本法草案仿造刑法及貪污治罪條例之賄賂罪規定，將受僱人職務上行為以及違背職務行為要求期約收受賄賂者，分別處以輕重不同的刑度（草案第4條，徒刑部分分別是三年以下以及五年以下）。就違背職務受賄部分的處罰與現行刑法背信罪的刑期差不多，但企業賄賂防制法的罰金刑上限明顯高於背信罪。另一方面，作為必要共犯的行賄者在本法草案中亦有處罰（草案第5條），參考貪污治罪條例第11條，針對不違背職務行為以及違背職務行為之行賄行為，分別處以不同刑度（徒刑部分為一年以下、六月以上五年以下）。另外，本法尚針對賄賂金額在五萬元以下的情節輕微者，給予減輕其刑之優惠。

本法草案進入立法院委員會審議時⁵，法務部對以立專法處理企業賄賂行為抱持消極之態度。其主要理由如下：一、制訂單一特別刑法與我國現行法制針對不同企業組織型態分別以其事業法規規範私部門員工賄賂行為之體例不同。如果僅以一部特別刑法難以對各產業企業為周全妥適之規範。二、適用對象僅限受僱人，而未擴及董監事等經營階層，可能會引發員工與管理階層之矛盾。三、適用企業無明確規模門檻限制，且均係非告訴乃論之罪，對中小企業的衝擊須審慎評估。四、對未違背職務行為之賄賂態樣亦科處刑責，與刑法原理以及國際趨勢不合，如聯合國反貪腐公約僅規定將關於違背職務行為之賄賂列入處罰。因此，結論是不認同以單一特別刑法之立法方式來處理牽涉層面廣泛的私部門賄賂行為，而是根據現有的規範型態，分別就尚未有相關罰則的規範領域，如於證券交易法或公司法，針對公司經營者及職員增訂相關罰則即可⁶。

二、刑法第255條之1商業交易賄賂罪修正草案

除了上述企業賄賂防制法草案之外，也有另一項重要的刑法修正案，經立法院程序委員會進入審議程序當中。有別於上開特別法的立法模式，本刑法修正案從普

⁵ 關於審議會之詳細內容，請參見立法院第8屆第5會期司法及法制、經濟兩委員會第4次聯席會議記錄，立法院公報，103卷46期，2014年6月，頁434-449。

⁶ 同前註，頁435-436。

通刑法之規定著手，在妨害農工商罪章裡增定第255條之1商業交易賄賂罪，並開宗明義將其定性為保護自由競爭之罪⁷。詳言之，立法說明中明確設定以自由競爭作為商業賄賂罪之保護法益。其認為，自由競爭作為經濟制度的保障，對於市場經濟的重要性與日俱增，於商業交易中放任以提供不公平優惠為對價之賄賂行為，除了逐步破壞競爭制度而不利於經濟發展外，終將對於國民經濟、社會福祉造成重大之負面影響。這樣的修法說明，基本上參考國內學者引介德國刑法典2015年修正前第299條第1項，以及修法後第299條第1項第1款、同條第2項第1款之規定而來⁸，亦即，不採取現行法同條第1項第2

⁷ 立法院第9屆第6會期第1次會議議案關係文書（院總第246號委員提案第22240號），立法院公報，107卷79期，2018年10月，頁2。

⁸ 2015年修正前德國刑法第299條第1項（商業賄賂罪）之規定為：「商社職員或受託人於商業交易中，以就競爭商品或商業給付之訂購時以不正方法圖他人之便作為對待給付，而為自己或第三人要求、期約或收受利益者，科處3年以下自由刑或罰金。」而同條第2項（商業行賄罪）則規定為：「於商業交易中，基於競爭目的，為自己或第三人就競爭商品或商業給付之訂購時以不正方法得便，而對於商社職員或受託人本人或第三人提供、期約或交付利益作為對待給付者，亦同。」條文翻譯參考惲純良，商業賄賂行為可罰性簡析：以2015年德國刑法典第299條商業賄賂罪之修正為鑑，月旦刑事法評論，4期，2017年3月，頁84-85；法務省大臣官房司法法制部編，ドイツ刑法典，2007年，頁178。依照德國學說的理解，當時的條文在體系上歸類為有害競爭之犯罪，主要的保護法益為自由競爭秩序，至於企業及競爭對手的財產利益只是間接保護的對象。Vgl. Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 56. Aufl., 2009, § 299/2.

根據德國官方的統計資料，舊第299、300條仍採競爭模式的商業賄賂罪在實務上發生的案例相當低，以警察部門一年受理的犯罪件數

款、第2項第2款之業主模式構成要件⁹，而採取競爭模式構成要件（Wettbewerbstatbestand）。

具體而言，本草案第1項規定：「公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人之代表人、受託人或受僱人，於交易行為中，意圖為自己或第三人之不正當利益，以商品或勞務交易中之不公平優惠為對價，而要

（非起訴、定罪）來看，2015年僅404件，2014年423件，2013年637件，而2012年也僅有519件，相較於公務員的受贈賄罪受理件數一年約1千至2千件而言，僅有一半不到。資料來源：Statistisches Bundesamt, Sustainable Development, Data relating to the Indicator Report, 2016, p. 82. 更不用說這個統計數字僅是警察部門的受理件數統計，最後被成功起訴且定罪的件數必定少於這個數字。由此或可推估實務上認定標準並非浮濫。關於舊德國刑法第299條之適用情形，另參見Joachim Vogel, Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht, in: Bernd Heinrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 396.

⁹ 現行德國刑法第299條：「I 於商業往來為職員或企業代表，有下列情形之一者，處三年以下有期徒刑或罰金：

1. 為自己或第三人之利益，要求、期約或收受對待給付，使他人於國內或國外之競爭，於承購商品或提供勞務時以不公平方式獲取優惠，或
2. 為自己或第三人之利益，未經企業同意而要求、期約或收受對待給付，於承購商品或提供勞務時，以作為或不作為之方式違反其對企業應負之義務。

II 於商業往來對於職員或企業代表，有下列情形之一者，亦同：

1. 為其或第三人之利益，提供、期約或交付對待給付，使他人於國內或國外之競爭，於承購商品或提供勞務時以不公平方式獲取優惠，或
2. 為自己或第三人之利益，未經企業同意而提供、期約或交付對待給付，於承購商品或提供勞務時，以作為或不作為違反其對企業應負之義務。」引自李聖傑、潘怡宏編譯，德國刑法典，2版，2019年7月，頁470。

求、期約或收受不正利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二千五百萬元以下罰金。」第2項規定：「對於公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人之代表人、受託人或受僱人，於交易行為中，意圖為自己或第三人之不正當利益，以商品或勞務交易之不公平優惠為對價，而行求、期約或交付不正利益者，亦同。」上述行賄與受賄之行為，必須發生於商業交易中，即與受賄者所屬事業間具有就商品或勞務之商業交易上的關係。又「另因應我國國情」，草案將代表人、受託人與受僱人所屬之企業，限於交易規模較大、對於其交易市場經濟影響程度較高之「公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人」之範圍內¹⁰。立法理由甚至明言，此乃「配合臺灣社會中小企業與家族企業較多的國情」，且排除對自由競爭較為輕微威脅或侵害的情形¹¹。

不過，質言之，公益社團法人或財團法人與以營利、追求利潤為目的的民間企業性質迥異，也未與自由競爭市場的保護有必然的關連性，草案中並沒有進一步說明，為何公益性質的社團法人或財團法人（以及與公益法人交易的相對方）相較於其他追求利潤的公司行號

¹⁰ 此部分之立法建議似乎應該是參考了王玉全，私部門貪腐行為與其侵害法益——刑事立法的準備工作，月旦刑事法評論，4期，2017年3月，頁70-71。

¹¹ 可推測此部分亦參考了同前註，頁71處之立法建議。

更具有保護其自由競爭市場秩序的必要性？其次，在我國目前家族企業、關係企業私相授受，或以裙帶關係決定交易對象的情形，不是正好屬於市場當中「不公平競爭」典型的類型？何以此際又可以僅因為配合我國國情而給予排除適用之優惠？

其次，草案之行為主體限於「代表人、受僱人與受託人」，這些人基於法令或契約而對業主所負有忠誠義務，違反此等義務為構成本罪之要件。亦即，違反義務與提供不公平優惠間須具備關連性。立法理由雖然也特別說明，該義務之履行並非本條之保護對象，僅具反射利益之意義，然而，一方面將保護法益設定為保護公平的自由競爭市場，另一方面又將對業主忠誠義務的違反設定為成罪的必要條件，反而無法貫徹採取競爭模式的立法意旨。因為，即使沒有違背業主要求的忠誠義務，給予特定廠商優惠仍然有可能會造成其他廠商間不公平競爭的情況；相對的，受僱人違背對業主的忠誠義務給予特定廠商優惠而收賄卻未必皆會造成同業競爭者不公平競爭的情況。到頭來，對業主的忠誠義務反而反客為主，成為商業賄賂罪的主要保護對象，而同業競爭者的公平競爭秩序變成次要性、反射性的利益！如果要確實貫徹保護競爭秩序法益的目標，反而應該要將違反忠誠義務的要求撤除才對。

三、聯合國反貪腐公約第21條之立法檢討義務

另一方面，以國際上的規制趨勢來看，現今談及企

業賄賂或商業賄賂的處罰，必定會提到2003年通過之聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption, UNCAC）第21條之規定。由於我國已於2015年5月通過「聯合國反貪腐公約施行法」，根據該施行法第6條及公約第21條之規定，我國應具體檢討有無將私部門賄賂行為入罪化之正當性及必要性。國際公約本身在內國法化的過程中，時常與本國之立法體例或基本原則產生衝突矛盾之現象，各國在國際協調上的步調未必一致，這些都是在看待國際公約時不得不考慮的嚴肅問題。真正重要的是，如何在兼顧刑法基本原則的前提下，促使反貪腐法制與政策之實現。

在具體說明公約內容之前，應先辨明公約中所謂「立法義務」與「立法檢討義務」之差異。詳言之，根據聯合國反貪腐公約的第15條（賄賂國家公職人員）、第16條（賄賂外國公職人員或國際組織官員）、第17條（公職人員侵占、竊取或挪用財物）、第18條（影響力交易）、第23條（犯罪所得之洗錢），皆要求各締約國「應採取（shall adopt）必要之刑事立法和其他措施」，在用語上，公約直接使用了「應採取刑事立法」的字眼，屬於本文所謂之「立法義務」。相對於此，在公約第19條（濫用職權）、第20條（財產來源不明；不法致富）、第21條（私部門賄賂）、第22條（私部門財產之竊取或侵占），則是有意識地使用「應考慮採取（shall consider adopting）必要之刑事立法和其他措施」，屬於

本文所謂之「立法檢討義務」。很顯然在立法的層次上，立法檢討義務所欲規範的行為類型，並非列為強制性的立法義務，而是針對是否需要立法予以檢討的義務而已。這一點亦可從聯合國反貪腐公約立法指引（Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption）中獲得佐證。公約立法指引區分兩種入罪化（criminalization）義務，一是有義務入罪化的犯罪（Obligations to criminalize: mandatory offences），另一是有檢討是否入罪化的犯罪（Obligations to consider criminalization: non-mandatory offences），但沒有強制入法的義務。而公約第21條的私部門賄賂罪即被劃歸為後者¹²。

諸多政府部門的立法說明或其他文獻上常見類似「應與聯合國反貪腐公約第二十一條對於私部門賄賂以刑法制裁的立法要求接軌」之說法，可能過度詮釋了上開公約的文義，應予以釐清¹³。當然，公約施行法第6條規定，政府機關應依反貪腐公約規定檢討相關法令修訂，依此，吾等自然有必要認真檢討私部門賄賂立法的可行性。若相關主管機關檢討之後，認為現行法體系已經在符合刑法基本原則地框架下適當地處理私部門貪腐

¹² UNODC, LEGISLATIVE GUIDE FOR THE IMPLEMENTATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION 78-80 (2nd ed. 2012).

¹³ 潘怡宏、許恒達、許順雄、洪培根、林鈺雄，商業賄賂罪——借鑒德國刑法第299條商業賄賂罪之立法芻議，月旦刑事法評論，7期，2017年12月，頁85（潘怡宏發言）。

行為的話，自然就沒有訂定私部門賄賂罪之必要。反之，若公約規範的私部門賄賂行為類型中，存在具有保護法益適格性且有需罰性的情況時，得以採取必要的立法措施，有條件地採納公約當中的規制方向¹⁴。

具體來看，聯合國反貪腐公約第21條所定義的私部門（private sector）賄賂行為，係指在經濟、金融或商業活動過程（economic, financial or commercial activities）中，故意觸犯之下列行為：(a)向以任何身分領導私部門實體或為該實體工作之任何人，直接或間接行求、期約或交付其本人或他人不正當利益，以使其違背職務而作為或不作為；(b)以任何身分領導私部門實體或為該實體工作之任何人，為了其本人或他人直接或間接要求或收受不正當利益，以作為其違背職務而作為或不作為之條件。上開公約第21條(a)(b)這兩款所涉及的行為主體沒有限縮在管理階層、受僱人或董監事，而是任何身分皆可，但作為收受不正當利益的交換條件，限於「違背職務」（in breach of his or her duties）之行為。其次，公約的立法檢討義務並沒有針對保護法益或者規範目的進行深入的指摘，也因此我們在檢討立法的過程中容有從

¹⁴ 此觀日本政府為了將組織犯罪防止公約「共謀罪」內國法化所遭遇之困境與爭議，便可明白這個道理。參見松宮孝明，組織犯罪対策に見る「自由と安全と刑法」——共謀罪立法問題を含む，刑法雜誌，48卷2号，2009年2月，頁256-266；高山佳奈子，共謀罪立法と憲法・国際法の諸原則——改憲案が刑事法に及ぼす影響を視野に——，鹿兒島大学法学論集，53卷2号，2019年3月，頁107-110。

不同規範目的予以解釋的空間¹⁵。

同樣於2003年，歐盟理事會（Council of the EU）發布所謂「打擊私部門貪腐框架決議」（Framework Decision 2003/568/JHA on combating corruption in the private sector），其中提及重要的私部門賄賂罪立法義務，包括受賄罪、行賄罪以及有關法人責任的立法需求。具體來說，在本框架決議中，建議應列入刑事處罰的行為態樣相當廣泛，只要是針對服務於私部門組織中之經營管理人員或受僱人員，以不正當利益（undue advantage）作為對價來換取其任何違背職務之作為或不作為，皆可分別論以行賄與收賄。需要留意的是，關於違背職務，框架決議第1條定義規定應根據各內國法來理解，而內國法中的違背職務應至少包括違反法定義務（a breach of a statutory duty），或者違反其業務上所適用的

¹⁵ 在2015年5月立法通過反貪腐公約施行法之後，臺灣舞弊防治與鑑識協會也順應公約的立法需求提出所謂「法人貪腐防制條例」草案，該草案採取非常廣泛的處罰型態，就行為主體部分，只要是法人中之「特定人員」，皆受其規範拘束。但其並沒有具體說明何謂「特定人」，因此恐怕欠缺刑事立法所必須之基本品質。此外，行為態樣擴及違背職務行為及不違背職務行為的行賄、收賄，並且也擴及到所謂私部門的影響力交易罪，亦即，以「具能影響第三人職務之影響力作為對價」，亦列入處罰。由於此草案並沒有正式列入立法院的審查程序當中，在此省略其詳細檢討。關於本草案的相關說明及批評，參見賴帥君，我國防制企業貪腐法制之研析，刑事法雜誌，62卷5期，2018年2月，頁113-125；潘怡宏，論商業賄賂罪——借鑑德國刑法第299條商業賄賂罪之立法芻議，收於：陳子平教授榮退論文集編輯委員會編，法學與風範——陳子平教授榮退紀念論文集，2018年1月，頁226-232。

規則或命令（a breach of professional regulations or instructions）。此外，本框架決議所欲立法打擊的組織類型，並不限於營利組織，亦包括非營利組織的商業活動¹⁶。

比對反貪腐公約第21條與本框架決議所規範的處罰型態可以發現，兩者相當近似，皆未限制行為主體於私部門組織服務的位階，且皆以限於違背職務之行為作為不正當利益的對價；而歐盟的框架決議僅列明商業活動，公約則言及經濟、金融或商業活動，但兩者並無明顯的實質差異。同時，在理解所謂breach of duties時，並非單純以對企業義務違反為基準，而是聚焦在法定義務之違反或不遵守專業上應遵守之規則命令而言。對於筆者而言，這是一條妥適理解保護法益的重要線索。雖然框架決議對會員國沒有直接且絕對的拘束效果，不能比照歐盟指令來看待¹⁷，但仍舊有相當程度的影響力。更

¹⁶ COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, Official Journal of the European Union, 192, 55, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&from=EN> (last visited: Dec. 20, 2020).

¹⁷ 在里斯本條約生效前在歐盟第三支柱範圍內發布的框架決議，依照里斯本條約第36號過渡條款議定書第9條規定，在被指令廢止、被宣告無效或修正前，繼續維持其原有的規範效力。見Helmut Satzger著，王士帆譯，國際刑法與歐洲刑法，2版，2019年10月，頁162-163、219-221。而本框架決議迄今為止仍然有效，參見歐盟法資料庫（EUR-Lex），<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=legisum%3A133308>（最後瀏覽日：2020年12月20日）。

重要的是，歐盟的框架決議允許會員國在初始適用本架構時，有五年的緩衝期，讓各會員國將商業賄賂行為的入罪範圍限縮至「與商品交易或服務有關的競爭妨害」（a distortion of competition in relation to the purchase of goods or commercial services），不過，這個限縮處罰範圍的緩衝規定已於2010年失效。換言之，即使與交易上的競爭妨害無關，而符合條文中所列舉的賄賂型態，依照本框架決議仍然有立法加以刑事處罰之義務¹⁸。

四、小 結

透過上述對於「企業賄賂防制法」草案、聯合國反貪腐公約第21條、歐盟框架決議，以及刑法第255條之1商業交易賄賂罪修正草案的初步檢視可知，主要的議論焦點集中在：(一)私部門的組織型態、(二)行為主體劃定的範圍、(三)實行行為態樣（是否以違背職務行為為限）、(四)延伸的處罰態樣（行賄方、法人之可罰性）這四點。而這些問題都會與保護法益的定性有極為密切的關連性。

從我國企業賄賂防制法草案的立法意旨來看，似乎比較接近於德國法，偏向保護企業間公平的競爭秩序。惟在構成要件的設計上卻未能彰顯此項目的，不但未限定賄賂之事務種類，犯罪主體也僅限於企業之受僱人，

¹⁸ COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, *supra* note 16, at 55.

反而比較像是企業經營者為了揪出不忠誠職員所被賦予的武器。相對的，刑法第255條之1修正草案的內容與德國法的競爭模式構成要件更為貼近，保護法益清楚定位在同業競爭者的自由與公平競爭，並且將事務種類限定在商業交易往來之商品或勞務提供；行為主體不限職位層級高低，即使是企業的管理經營者亦受規制。相較之下，本草案的立法品質顯然較企業賄賂防制法草案更高。不過，在普通刑法典裡制定單一法規恐怕難以對不同的產業類型、企業經營型態與交易環境進行周全的妥適規範，雖然該草案將適用的私部門組織型態限制在「公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人」但以此種主體範圍的限縮並沒有相對應的刑法基本原理作為支撐，而顯得正當性基礎薄弱。

其次，就實行行為態樣的限定而言，聯合國反貪腐公約僅將違背職務行為之賄賂列入處罰，歐盟的框架決議則聚焦在「違背職務」在違反法定義務或違反其業務上所適用的規則或命令層面之意義。歐盟的框架決議雖然對我國並無拘束力可言，然透過其與公約內容的交互參照可以推知，兩者作成的時間極為相近，且規範態樣亦高度相似。框架決議中關於違背職務的理解，以及對於規範目的解釋的緩衝性規定（不限於競爭妨害），都具有非常重要的參考價值。也就是說，在立法模式的選擇上，顯然不是只有競爭秩序或業主利益之保護這兩條路可以走。

除了反貪腐公約之外，英國反賄賂法第1條、第2條¹⁹、前述德國刑法第299條、中華人民共和國刑法第163條、第164條²⁰、義大利民法典第2635條²¹，以及日本

¹⁹ 英國法在貪污的定性上並未區分公部門（公務員）與私部門（企業經營者與職員）賄賂行為的差異，皆劃歸為貪污。關於本法之介紹，參見許恆達，從英國2010年新賄賂法談我國反貪污法制修正方向，輔仁法學，44期，2012年12月，頁66-77；西垣建剛、本間正人，民間人との取引にも罰則が！英国贈収賄禁止法のリスクと対処術，旬刊經理情報，1279号，2011年4月，頁50-54；松澤公貴、高橋さやか，施行後1年間の主要事例等に学ぶ：英国贈収賄防止法にはこう対応する，旬刊經理情報，1325号，2012年9月，頁38-43。

²⁰ 該法第163條規範收賄行為，其基本的犯罪構成要件為：「公司、企業或者其他單位的工作人員利用職務上的便利，索取他人財物或者非法收受他人財物，為他人謀取利益」，並依數額大小劃定法定刑；第164條規範行賄行為，其中僅限為牟取不正當利益之行賄始有可罰性，相當於關於違背職務行為之行賄罪類型。參見：麥志明，賄賂罪・商業賄賂罪についての概観的まとめ，JCAジャーナル，59卷9号，2012年9月，頁80-82；屠錦寧、中川裕茂，中国の商業賄賂規制および外国公務員等に対する贈賄罪の新設，NBL，957号，2011年7月，頁84-93。

2017年11月大幅修訂，隔年1月施行的「中華人民共和國反不正當競爭法」則針對廣泛的商業賄賂行為制定行政責任，該法第7條規定範圍廣泛的商業賄賂行為：「Ⅰ經營者不得採用財物或者其他手段賄賂下列單位或者個人，以謀取交易機會或者競爭優勢：（一）交易相對方的工作人員；（二）受交易相對方委託辦理相關事務的單位或者個人；（三）利用職權或者影響力影響交易的單位或者個人。Ⅱ經營者在交易活動中，可以以明示方式向交易相對方支付折扣，或者向中間人支付傭金。經營者向交易相對方支付折扣、向中間人支付傭金的，應當如實入帳。接受折扣、傭金的經營者也應當如實入帳。Ⅲ經營者的工作人員進行賄賂的，應當認定為經營者的行為；但是，經營者有證據證明該工作人員的行為與為經營者謀取交易機會或者競爭優勢無關的除外。」第19條規定違反第7條之罰則為「由監督檢查部門沒收違法所得，處十萬元以上三百萬元以下的罰款。情節嚴重的，吊銷營業

的公司法第967條（詳後述）都有類似的商業賄賂處罰規定。這些規定的立論基礎差異頗大，究竟商業賄賂罪的可罰性基礎何在？最終的保護對象為何？構成要件應如何設定才能劃出適足的不法內涵範圍，不至於牽連過廣？仍有許多未釐清之處。為了回答上述疑問，本文不免俗地要進行保護法益的檢討，並且希望能從具體的規範模式出發，找尋合適於我國法制的構成要件安排。

執照。」關於商業賄賂適用行政罰或刑事罰的區分基準，參見原浩，新不正競争防止法の施行で一層強化：中国における商業賄賂に関する法規制と企業の対応（上），旬刊經理情報，1544号，2019年5月，頁35-37；張国棟，制定後24年を経て初の大改正：中国・新不正競争防止法の要点詳解，旬刊經理情報，1501号，2018年1月，頁46-55。

- ²¹ 在義大利的法體系中，私部門賄賂的處罰規定首見於2002年的修正案，義大利民法典（Italian Civil Code）第2635條，當時所規範的收賄（第1項）行為主體包括公司的董事、總經理、負責公司會計的經理和清算人，而賄賂的對價是違背工作相關之義務或違背對公司之忠誠義務而對公司造成損害，第2項則規定了聽從第一項人員指示或監督者而收賄的刑責。第3項規定了行賄方的刑責。而該條於2017年再度因配合歐盟打擊私部門貪腐框架決議而修正，首先私部門的型態不限公司，亦可包括非營利之私部門組織，收賄人員放寬至所有服務於私部門內的管理職人員；此外，私部門不需受有損害亦能論罪。其他尚有第2635條之1的煽惑賄賂罪以及對法人本身的行政裁罰規定等，相關說明參見：Roberto Pisano, *Bribery & Corruption 2021 Italy*, GLI, 2020, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/italy> (last visited: Dec. 25, 2020); Francesco Laureti, *Italy: Amendment to the Private Bribery Offence*, mondaq, 2018, <https://www.mondaq.com/italy/white-collar-crime-anti-corruption-fraud/656476/amendment-to-the-private-bribery-offence> (last visited: Dec. 25, 2020).

貳、企業賄賂行為的可罰性基礎： 保護法益的再檢視

一、保護私部門（財產上）利益：背信之抽象危險犯？

私部門賄賂行為的處罰可能涉及的法益保護有三種類型。首先最容易想到的是保護私部門財產上利益（個人法益）。在較為初期的學術研究中，私部門賄賂或貪腐的可罰性，著眼在民間組織或企業裡擁有一定裁量權限之人，透過與他人間的利益交換，濫用其裁量權限，做出有違其身為該職位應盡之職責或義務的決定，進而造成所屬組織或企業的損害²²。進一步言之，此處的「損害」通常可以直接或間接轉換為可以具財產價值的利益減損，即使是無形的商譽、信用亦同，因此利益型態就算是限於「財產上」之利益，也能夠涵蓋絕大部分的侵害類型。實際上，現有刑法所規定的財產犯罪，像是背信、侵占、詐欺、竊盜等罪本身即可顧及私部門的財產利益保護，特別是過去企業員工發生私下抽傭拿回扣的案例，也都有可能構成背信既遂罪或未遂罪。那麼，儘管私部門的財產上利益本身具備值得以刑法保護的法益適格性，是否仍有必要額外訂立私部門賄賂罪，以加強保護之？現有保護個人財產利益的犯罪規定是否

²² Antonio Argandoña, *Private-to-private Corruption*, 47 JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 255 (2003).

出現規範密度不足的情況？仍值得探究。此際，可以檢討的是，關於保護私部門財產法益的抽象危險犯立法。

以日本法為例，日本公司法第967條規範了「股份有限公司董監事暨職員賄賂罪」。日本學說及實務將本罪理解為背信之危險犯，以保護公司財產上利益為目的。這個規定富有悠久的歷史，在戰前國家總動員體制之下，私人公司也是國家底下的機關（構），公司（日文稱「会社」）相當於小型的社會。基於這種國家主義的發想²³，股東與公司董監事及職員之間的關係，相當於國民與公務員之間的關係，因此，早在1938年商法修正時便有股份有限公司董監事暨受僱人等相關賄賂罪之規定，並延續至今成為公司法第967條²⁴。其他如保險業法、有限公司法（有限会社法）、股份有限公司監察等商法特例法（株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律）當中也有類似這種董監事職員賄賂罪之規定，差別僅在於法人組織的特殊性，以及職員主體範圍

²³ 參見京藤哲久，刑法から經濟刑法へ，明治学院大学法科大学院ローレビュー，19号，2013年12月，頁19-20。

²⁴ 原條文中譯如下：（董事等賄賂罪）

I 下列各款之人關於職務受有不正之請託而要求、期約或收受財產上利益者，處五年以下懲役或五百萬日圓以下罰金。

一、第九百六十條第一項各款或第二項各款所列之人。

二、於第九百六十一條所定之人。

三、應履行會計監察人或依第三百四十六條第四項規定選任之臨時會計監察人之職務者。

II 行求、期約或交付前項利益者，處三年以下懲役或三百萬日圓以下罰金。

略有區分而已。而在日本新修訂公司法之後，上述法律即告廢止，相關處罰一併併入公司法來處理。

在日本商法第493條之舊法時代，本罪的保護法益為何素有爭議。其中有學說認為本罪與刑法公務員賄賂罪的保護法益相同，皆為保護社會上對公正執行職務之信賴（又可稱之為「準公務員說」）。兩者差別只有在於，本罪所謂「職務」係指公司從業者所肩負之職務行為，與公務行為不同。本說的立基點乃建立在股份有限公司所具備的社會重要性與公益性。就此，公司之董監事、發起人乃至於受僱人應比擬作為準公務員之地位²⁵。

不過，反對見解認為，對於這種以營利為目的的私人經營者或受僱人而言，要求其負有與刑法上公務員相當的身分廉潔或公正遂行職務義務，並以刑事罰加以確保一事實屬過苛，更何況行為主體範圍甚至包括其他營業上相關之代理人、受託人等，因此在罪質解釋上，不應拿來與公務員賄賂罪相比擬，而應該理解為保護公司財產上利益之危險犯；亦即，作為對價的（違背）職

²⁵ 此亦為目前的通說實務見解。學說部分，參見落合誠一編，*会社法コンメンタール*（第21卷）：雜則(3)・罰則，2011年10月，頁125（佐伯仁志執筆部分）；神山敏雄ほか編，*新經濟刑法入門*，2版，2013年7月，頁180-184（松宮孝明執筆部分）；佐伯仁志，*日本における商業賄賂の処罰について*，收於：佐伯仁志、金光旭編，*日中經濟刑法の比較研究*，2011年6月，頁247。實務見解，僅見最判昭和34年12月9日刑集13卷12号3186頁。

務行為意味著對公司財產上利益侵害的實害或危險，本罪應該定位為特別背信罪之補充規定（此又稱為「保護公司財產說」）²⁶。

日本實務上亦有下級審判決明白表示，本罪雖然也帶有要求公司經營者及職員清廉性之面向，但最重要的仍然是在於防止以營利為目的之公司財產上損失；如果追求的是職務執行之公正性或身分廉潔性，則應該以「經濟關係罰則整備法（經濟關係罰則の整備に関する法律）」第2條來進行一般性的處罰。因此，縱使是公司受僱人，其職務並未直接與營業行為有關，僅從事事業內部之業務，或者並未居於對外產生經營商業行為等法律關係之地位者，應排除在本罪行為主體「受有關於營業上或特定事項委任之受僱人」的範圍之外²⁷。

現行公司法第967條的規範內容實質上與商法第493條相同，僅條文體系及用語略有差異。因此欲理解現行法，必須回溯至商法修訂之時。當時，商法修正之際日本政府所提出之草案並未限縮在「受不正請託」，而是於貴族院（相當於現在的參議院）審議之際才增設。此等賄賂罪之規定與刑法公務員賄賂罪相比，犯罪構成要件較為嚴格，必須限於接受不正之請託，通說實務認為

²⁶ 參見上柳克郎、鴻常夫、竹內昭夫編，新版注釈会社法(13)：株式会社の解散・清算・外国会社・罰則，1990年12月，頁597（芝原邦爾執筆部分）。

²⁷ 東京高判昭和37年5月17日高刑集15卷5号335頁。

此要件相當於行賄者要求行為人做出「違背公司職務行為」。詳言之，所謂不正請託之內涵，並未區分公司外部法令或內部規章之規範層級，係指一切違反法令、定款、股東會決議事項，乃至於違背董事之善管義務、忠實義務之請託者；不過需留意的是，日本通說認為就公司內部事務處理規則，必須限於重要事項之違反，才能該當於此處的不正²⁸。不過日本實務上對於職務上行為的認定，則與刑法賄賂罪中的解釋相一致，不但就職務內容不要求具體特定（抽象職務權限說），並且尚可擴張至與職務密切關連之行為²⁹。然而，公司當中的職務權限概念較公務員的法定職務權限還模糊，一旦將職務關連行為的射程範圍擴張出去，那麼像是基於公司內部身分地位的「斡旋關說行為」或者一些商業往來的交誼行為，就極有可能變成是處罰之對象³⁰。

此外，關於賄賂之對價，亦限於財產上之利益。就後者而言，刑法上的「賄賂」並不限於財產上之利益，所有一切能滿足人之需求及慾望之利益者皆屬之（大判明治43年12月19日刑錄16輯2239頁），但本罪則限制在

²⁸ 參見上柳克郎、鴻常夫、竹內昭夫編，同前註26，頁599（芝原邦爾執筆部分）；此種解釋延續自舊法（商法第493條）的見解，見平野龍一、佐々木史朗、藤永幸治編，注解特別刑法（第4卷），1982年12月，頁84-86。

²⁹ 參見最判昭和37年5月29日刑集16卷5号528頁、最決昭和32年12月19日刑集11卷13号3300頁。學說上亦有支持之意見。參見上柳克郎、鴻常夫、竹內昭夫編，同前註26，頁598。

³⁰ 參見落合誠一編，同前註25，頁128（佐伯仁志執筆部分）。

得以換算貨幣價值之利益，解釋上不包括地位的賦予或情慾的滿足等。

至於行為主體之範圍，日本現行公司法第967條規定略微雜亂，大抵而言與公司法第960條、第961條特別背信罪之行為主體相同，包括公司之發起人、董監事、經理人、會計參與、受僱人、受有關於事業特定事項之委託之人、公司清算時之相關人員，另包括會計監察人等，可以說相當廣泛³¹。不過基本上都不脫背信罪中「為本人（公司）處理事務」的解釋範圍。由此可知，將本罪定性為特別背信罪的補充規定亦較能符合構成要件的特徵。

由上述討論可知，本罪在戰後日本學說與法院實務的理解下，定性為保護公司財產之特別背信罪補充規定，屬抽象危險犯的立法模式，並不以財產上損害為要件，僅須該等作為對價交換之職務行為基於不正之請託，便可擬制其具有侵害公司財產上利益之類型上危險性。然而，有疑問的是，行為人縱使違背對企業之忠實義務，是否必然帶有損害企業財產之危險性呢？立法者事前對於法益侵害危險關連性的設定是否合理？即使果真有此危險性出現，這種危險性是否有提前以刑罰制裁的必要性？皆有可議。

顯而易見的，除非像是前述義大利舊法規定一樣，

³¹ 伊藤榮樹、小野慶二、莊子邦雄編，注釈特別刑法（第5卷）：經濟法編 I，1986年2月，頁202。

在賄賂對價關係之外，加上「致私部門受損害」之要件，否則，賄賂處罰皆不以發生實際損失為必要，一旦職務上的作為或不作為與不正當的利益間具備對價關係，即屬可罰。從公約及各國現有的私部門賄賂罪規定來看，由於這些條文中僅要求有義務／職務違反行為與不正當利益作為對價，這可謂進一步鬆綁收賄（背信）行為與私部門財產上利益減損之間關連性的認定，可以說是財產犯罪的抽象危險犯立法。然而，僅以保護個人財產法益為理由，就要採取處罰極為前置的抽象危險犯模式，不但有過於前置處罰的問題，也可能會讓處罰失之過廣。因為這將極有可能讓完全不會造成私部門利益減損的行為也納入處罰範圍，除非我們對於抽象危險犯採取實質說的解釋觀點，或者，立法上採取如適性犯（Eignungsdelikte）、具體危險性犯（konkrete Gefährlichkeitsdelikte）等中間模式的立法³²，這就是既有學說多反對以保護私部門利益為由來增訂商業賄賂罪

³² 附帶說明，此處所謂的「具體危險性犯」與具體危險犯（konkrete Gefährdungsdelikte）並不相同，危險性（Gefährlichkeit）一語著重在描繪一種事前的、蘊藏在行為本身的危險性質，而具體危險（konkrete Gefährdung）則是描述被害客體隨時可能發生實害的急迫危殆狀態。無論是具體危險性犯、適性犯、具體的抽象危險犯等概念雖然略有差異，但都可以說是介於抽象危險犯與具體危險犯的中間立法模式。關於抽象危險犯的實質解釋及立法模式，參見謝煜偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，1期，2016年6月，頁74-81。

的理由³³。事實上，私部門的賄賂行為並非不能用刑法背信罪處理，特別是我國刑法的背信罪有處罰未遂型態，本身已經有一定程度前置化處罰的功效。因此諸如德國法因無處罰背信未遂行為而使得業主模式構成要件可能有其存在實益的討論，在我國並沒有相對重要的意義³⁴。因此，若要進一步將處罰時點前置到更早的階段，勢必須相對應的具備侵害結果的重大性以及高度蓋然性³⁵。

晚近有學者強調，作為經濟犯罪的刑事立法原理，應著重在從整體經濟制度運作的維護、集合法益的維持，而非僅把傳統上用個人法益理解的財產犯罪予以重罰化或前置化³⁶。因此，在檢討這些經濟犯罪的罰則規定時，也應該秉持這個精神，逐項檢驗罰則要件與保護法益之間的關連性是否適切整合。筆者認為，此見解提供了一項明晰的檢驗基準，幫助我們確認這些經濟刑法立法的必要性與正當性。不過，我們可以發現，多數的經濟刑法立法體例或學說時常採個人法益與制度法益的混合保護模式，要不採取階段式的法益保護（主副法

³³ 潘怡宏，同前註15，頁221；惲純良，同前註8，頁90-91；王玉全，同前註10，頁64-68。

³⁴ 僅參見惲純良，同前註8，頁91。

³⁵ 相關論述，參見謝焜偉，抽象的危險犯論的新展開，2012年3月，頁95-99。

³⁶ 神例康博，經濟刑法の保護法益について，收於：川端博、山口厚、井田良、淺田和茂編，理論刑法学の探究⑧，2015年6月，頁119。

益），就是採取多重式的法益保護（雙重法益）模式。階段式的法益保護並非不可行，但副法益的作用必須是用以判斷主法益侵擾的程度，例如，以企業或投資大眾的財產損害程度來印證金融秩序的紊亂程度³⁷。詳言之，散見於銀行法等金融法規的「特別」背信罪之所以特別，不能僅只因為對金融機構從業人員的嚴罰化思考，同時也必須是因為法益侵害有別於普通的背信罪，亦即，該行為不僅侵害私部門的財產上利益，還進一步造成其他投資者或存款人利益減損，進而出現衝擊金融體系安定的危險性³⁸。是以，特別背信罪縱然外觀上與普通背信罪相仿，其內涵仍應定性為以保護特定經濟制度或金融體系為目的的（狹義）經濟犯罪，非單以「個人財產」法益為其保護對象。

進一步來看，商業賄賂罪的構造能否符合主副法益論的要求？甚為可疑。因為業主利益是否受損與其他同業競爭者的自由競爭環境受侵擾程度的高低無甚關連，競爭秩序受破壞的程度無法透過業主利益受損來加以評估。另一方面，若採取雙重法益模式，則必須追問的是，必須兩種法益皆受到侵擾始能成罪？抑或僅須擇一受損即可該當於構成要件的要求³⁹？如德國現行刑法第

³⁷ 謝煜偉，論金融機構特別背信罪，國立臺灣大學法學論叢，45卷4期，2016年12月，頁2044。

³⁸ 同前註，頁2041。

³⁹ 王玉全，同前註10，頁61-63；惲純良，同前註8，頁81-82。同樣的質疑出現在肇事逃逸罪的檢視。我國實務對本罪保護法益採取包山包

299條第1項第1款、第2款的立法模式就相當於只要任一法益受損即可成罪，不僅處罰範圍過於擴張，同時也仍然無法說明，為何單純造成私部門利益減損的抽象危險行為有處罰之必要。故本文認為，若採取雙重法益模式，也只能夠從業主利益與制度利益兩者皆受侵擾的角度來證立其可罰性。

二、保護同業競爭者自由與公平競爭秩序

相較於私部門利益保護的觀點，我國多數見解認為，企業／商業賄賂罪的保護法益應設定為「自由與公平競爭秩序」⁴⁰。眾所周知，競爭的前提是在公平與對等的交易規則下，與其他人互相競逐利益。在自由經濟市場下，競爭秩序的保護至為重要，現行法中諸如公平交易法、營業秘密法甚至政府採購法等法規都帶有維護產業交易公平競爭秩序的目的。那麼企業賄賂犯罪構成要件的設計重點便是在於如何勾勒出交易雙方如何透過

海的解釋方式，只要有任一法益受侵害即可成罪，以此立場來解釋逃逸行為，就會近乎於處罰一個單純違反在場義務的行為。參見最高法院104年度台上字第2570號判決：「維護各參與交通的眾人往來安全、避免事端擴大，和立即對於車禍受傷人員，採取救護、求援行動，以降低受傷程度外，還含有釐清肇事責任的歸屬，及確保被害人的民事求償權功能，兼顧社會與個人的重疊性權益保障。……未等待警方人員到場處理，或無獲得他方人員同意，或不留下日後可以聯繫的資料，就逕自離開現場（含離去後折返，卻沒表明肇事身分），均屬逃逸的作為。」

⁴⁰ 潘怡宏，同前註15，頁233-234；惲純良，同前註8，頁93-94；王玉全，同前註10，頁69-70；張天一，論商業賄賂之可罰性基礎及入罪化必要性，月旦法學雜誌，242期，2015年7月，頁26-40。

賄賂以進行不公平之競爭。可以想見，賄賂或其他不正利益對於行賄者而言，一方面意味著額外的交易成本，另一方面也意味著可以規避市場上對於企業間交易的規制條件，以較差的競爭條件取得較佳的交易內容。長期來看，透過賄賂所造成的不公平交易條件，將可能讓不願或不能跟進行賄的業者逐漸喪失與特定企業交易上的競爭力，而被排除在交易的競爭圈之外；行賄所造成的門檻亦有可能讓新業者難以進入與特定企業交易的競爭行列。

同樣採取維護公平競爭觀點的犯罪類型是「行賄外國公務員罪」⁴¹。學說及實務上多認為行賄外國公務員罪的規範目的在於維護「國際商業交易之公正競爭」⁴²。從國際上的立法沿革來看，美國於1970年代後期率先制訂海外腐敗行為防止法（Foreign Corrupt Practices ACT, FCPA）立法，禁止美國企業向海外其他

⁴¹ 我國關於此議題的研究起步甚晚，直至近期始有較為完整的學術文獻，見林志潔、張天一、莊詔雯、黃崧鼎、李岳軒、孫永蔚，行賄外國公務員，2019年2月，頁13以下。See VIVIAN ROBINSON & STUART H. DEMING, ET AL., THE FCPA AND THE UK BRIBERY ACT: A READY REFERENCE FOR BUSINESS AND LAWYERS 3-34 (2014).

⁴² 就此，日本法學界及政府立場向來將行賄外國公務員的刑事處罰理解為「保護企業間對外國政府採購或承攬標案時的公平對等競爭關係（level playing field）」，而非該外國政府的公務遂行公正性維持或外國公務員身清廉性維持。因此，關鍵的不法核心並非如同公務員瀆職行為落在收賄這方，而是落在行賄這方。參見經濟產業省知的財產政策室編，逐條解說不正競爭防止法，2版，2019年6月，頁216；石井由梨佳，越境犯罪の國際的規制，2017年8月，頁348。

國家政府公務員行賄。然而，若光是只有美國一國擁有這樣的法律，無法促使欲交易的國家不向其他國家索賄，對美國企業來說反而不利於國際商業往來上的「競爭力」，因為此時已無法和其他國家的企業一樣使用行賄手段。因此，在美國的主導之下，透過其國際上的規範協作力量，促使OECD各國於1998年締結「外國公務員行賄防止條約」，促使新的國際商業倫理的形成。這種透過國際組織或條約方式進行的協調立法，涉及國際政治下妥協性、權宜性的色彩，近年來已經成為促使各國刑事立法重要的推動力量⁴³。然而，所謂「維護國際商業交易的公正競爭」卻未必能夠通過法益論的諸種檢驗，特別是這種法益著眼於他國公平參與競標的利益，並且藉由國際協調立法「間接」促使各國自身利益的增進（不透過行賄等方式來從事國際商業交易），毋寧說是一種利他性的規範⁴⁴。

首先，按照法益論的傳統基本立場，刑法系統謹守

⁴³ 參見高山佳奈子著，謝煜偉譯，「政治」主導下之近年日本刑事立法，月旦法學雜誌，172期，2009年9月，頁121-152；許恒達，國際法規範與刑事立法，國立臺灣大學法學論叢，46卷特刊，2017年11月，頁1262-1276；川出敏裕，刑事法をめぐる問題——國際的協調の観点から，法律時報，92卷7号，2020年6月，頁41-47。

⁴⁴ 保護法益的檢討與批判，參見：北島純，外国公務員贈賄罪の保護法益に関する考察——グローバルな商取引におけるインテグリティ，社会情報研究，1卷1号，2020年3月，頁9-22；許恒達，行賄外國公務員罪之制裁理由與修正方向，法學叢刊，65卷4期，2020年10月，頁39-66。

作為「保護現狀」的法律，有其作為最後手段性的歷史意義與社會功能，刑法所應保護的法益是「現已存在」的利益，而非「應該要有」的利益；即使是超乎個人生命、身體、自由、財產等層次的「集合法益」，也必須具備法益的實在性（*Realität*）以及基於實在性內涵而衍生的因果變更可能性⁴⁵。那麼，所謂「自由競爭」又是什麼？在競爭法的思考底下，看重的是自由市場的成果競爭功能，所謂成果競爭係指藉由降低商品或服務的價格或提升其品質，取得較他人商品或服務更優越的成果，藉其成果優越的程度取得交易機會⁴⁶；然而，具體來說，可以取得交易上的優勢地位的方法有千百種，透過人際關係、信用、商譽，乃至於其他業種的合作關係考量等等皆有可能成為取得交易優勢地位的原因，這些因素顯然不與本商品或服務的價格或品質高低有關。除非我們能夠先行確認所處的市場交易環境當中，已經存有穩定運作交易規則（例如企業內部的採購規範、廠商間的交易慣例或者政府法規等）得以讓其他符合交易資格的廠商擁有合理的競逐機會，否則即會欠缺保護法益的適格性基礎。反之，所謂的不正競爭，就是指歪曲了

⁴⁵ 嘉門優，法益論——刑法における意義と役割，2019年2月，頁95-104。

⁴⁶ 金井重彦、山口三恵子、小倉秀夫編，不正競争防止法コンメンタール，改訂版，2014年9月，頁3-5；渋谷達紀，不正競争防止法，2014年5月，頁13-16；小野昌延、松村信夫，新・不正競争防止法概説，2版，2015年10月，頁9-12。

上述以價格或品質決定高下勝敗的遊戲規則，利用價格或品質以外的途徑，取得了相較於其他競逐者更優勢之地位以進行交易往來⁴⁷。若我們要將自由平等的競爭環境當作是商業賄賂罪的保護法益，其前提必須是在犯罪行為時既已存在以價格或品質取勝的成果競爭（或稱效能競爭）規則下的自由競爭狀態，而該賄賂行為造成了該等自由競爭狀態的破壞或者危險⁴⁸。

在這個前提之下，破壞競爭秩序的犯罪，只能存在於採取上述以自由競爭市場的價格形成機制達成資源最適分配的經濟制度中；反之，在不採取自由競爭市場的經濟制度當中，以破壞競爭秩序為處罰名義的犯罪型態就沒有存在的正當性及必要性⁴⁹。有疑問的是，若打從一開始該產業的交易環境並非服膺於成果或效能競爭規則，自始沒有自由且平等的競爭環境，是否就無法正當化刑罰的投入？我們能否以刑事手段在沒有競爭的狀態下創造或回復競爭秩序？如果按照前述法益概念的現實性及因果變更可能性要件來看，答案應該是否定的，因為不存在的保護客體根本沒有辦法成為行為侵害危險性

⁴⁷ 但是利用這些手段或者使買方考量這些價格或品質以外的因素，並非當然構成了不正競爭的行為。那麼，到底什麼樣的歪曲型態，將會構成不正競爭的評價，就會是問題的關鍵。參照洪谷達紀，同前註，頁13-14。

⁴⁸ 參見伊東研祐，保護法益としての「競争秩序」，北大法学論集，56卷3号，2005年9月，頁1330-1332。

⁴⁹ 神例康博，同前註36，頁119。

的判斷對象⁵⁰。

相對的，在一個尚未形成自由競爭狀態的交易市場中，固然得以透過行政法規或社群規則形成新的交易行為準則（行為規範的形塑），並透過持續一定時間的規則實踐與修正逐步形成穩定的交易常態，但這並不代表我們應該在尚未形成自由競爭狀態前就投入刑罰手段藉以強化上開行為規範的有效性⁵¹。反之，從事商業賄賂行為的業者未必當然會成為獨占企業，且業者交易的對象也未必僅限於該特定企業。換言之，商業上的利益輸送行為究竟會否造成自由競爭制度的破壞一事，可能因不同的業種、市場與交易型態，而有相當程度的差異。從抽象危險犯的法理而言，真正的問題焦點不在於泛論「競爭秩序」是否作為一適格的保護法益，而在於：欲保護的競爭秩序是否現實存在？以及何種競爭型態需要藉由刑事罰保護？藉此，我們才能夠劃定出何種商業賄賂行為將可能造成競爭秩序之危險性。唯有具備對競爭秩序的類型上危險性的商業賄賂行為，才可能具有刑事處罰的正當性。

有學者認為應該針對不同類型的商業交易，考量市

⁵⁰ 參見伊東研祐，保護法益としての「競争秩序」（再論）：防衛庁燃料談合事件最高裁判決等の評価を契機に，慶應法学，14号，2009年9月，頁72-73。

⁵¹ 刑法作為裁判規範的本質以及其與行為規範之間的關係，參見謝焯偉，論實行行為概念，國立臺灣大學法學論叢，49卷3期，2020年9月，頁1229-1239。

場規模與市場屬性，委諸個別立法的方式，在公司法、公用事業法規、證券交易法、醫事法等領域，制訂不同法定刑度的商業賄賂罪。具體來說，就公開上市公司，或者攸關民生需求的行業，有以刑事罰保護競爭秩序之必要性。其次，就具體的構成要件設計，應保留「以不公平方式給予優惠」的要素，才能具體反映出影響公平競爭關係的實質要素⁵²。此見解正確理解了關於競爭秩序保護在個別領域的異質性，而從個別立法的角度思考對公平競爭環境的保護，誠屬可採。基此，筆者認為採取統一於刑法典規範保護競爭秩序的商業賄賂罪恐怕無法達到兼顧不同產業交易環境的需求，在立法手段的選擇上，仍應從不同的市場領域思考可能的規範模式。

接下來的問題是，要如何用商業賄賂行為劃定出可罰的競爭妨害類型。不同於公司法保護公司業主的思維，競爭法中自然人和企業皆可能該當於商業賄賂的身分主體；處罰的行為主體既包括董監事、經理人或一般職員，也可以包含法人本身，因為競爭法益的內涵並非著眼於特定職位的忠誠義務或公司財產，而是自由市場競爭秩序本身⁵³。相反地，給予特定廠商優勢地位固然可能會形成不公平競爭的行為態樣，但並不能當然認為

⁵² 許恆達，商業賄賂罪立法方向評析，檢察新論，24期，2018年8月，頁71-72。

⁵³ 王煦棋、王雲澤，中國大陸商業賄賂防治架構之探討，收於：刑事政策與犯罪研究論文集(20)，2017年11月，頁88。

所有商業活動中的利益輸送（賄賂）都會形成自由競爭的侵害；企業市占規模小或於合理限度內或商業習慣範圍內的折扣、禮品並沒有擾亂市場競爭秩序，不應視為具違法性的行為。但平心而論，利益輸送或餽贈得以擾亂市場競爭秩序的界線極為隱晦不明確，能否充分在事前即透過立法明確限定下來，仍有相當大的疑慮。

筆者認為，儘管競爭秩序具備保護法益的適格性，但賄賂行為與侵擾競爭秩序之間卻存在著許多不確定的變因，一旦不分青紅皂白投入刑事處罰，可能會造成更多的萎縮效應或恣意執法的空間。與其耗費龐大的社會成本處理本罪立法後的負面因素，不如讓不公平競爭的規制回歸到競爭法體系內來處理，才是正途⁵⁴。公平交易法除了處理獨占性市場的問題之外，也處理不公平競爭的問題，因此在該法排除限制競爭之「獨占、結合、聯合行為」以促進市場自由競爭之外，另有消弭「不公平競爭行為」以促進事業自由與公平競爭之目的。而商業賄賂行為所可能侵害的同業自由與平等之競爭，正是

⁵⁴ 反對見解認為，商業賄賂罪所處罰的不公平競爭與公平交易法所欲處理的競爭（事業壟斷或獨占關係）意義並不相同。見許恒達，同前註52，頁66；潘怡宏、許恒達、許順雄、洪培根、林鈺雄，同前註13，頁96（許恒達發言）。不過，由於我國採取將限制競爭與不公平競爭合併立法的模式，與美、德、日採分別立法（如日本分別訂定「獨占禁止法」與「不正競爭防止法」）不同，筆者認為，關於不公平競爭的刑事立法仍應回歸至公平交易法的管制架構，較為妥適。而德國刑法第299條商業賄賂罪的前身也是規定在不正競爭法當中，相關說明見憚純良，同前註8，頁74。

屬於公平交易法管制不公平競爭的射程範圍。一般認為，公平交易法中的第24條概括條款所稱「交易秩序」即等同自由及公平競爭秩序，其中包括：(一)交易相對人間不為欺罔及不當壓抑的交易秩序，以及(二)不阻礙同業競爭者為公平競爭的交易秩序。而該條「足以影響交易秩序之顯失公平行為」涉及(二)之類型者，包括事業的競爭手段違反商業倫理或效能競爭之本質、濫用市場地位以排除或阻礙其他同業競爭者，對同業競爭者顯失公平等情形⁵⁵。另一方面，公平交易法對於不公正競爭行為的管制手段涵蓋了民事損害賠償、行政處分與刑事制裁，並透過公平交易委員會獨立行使職權，對事業間是否因商業賄賂行為產生不公平競爭情形進行判定，若有具體情事且情節重大者再移送至檢方偵查、起訴。相較於直接進入刑事訴追程序，藉由公平會的介入處理應該是比較妥適的作法。

三、保護執行業務上之公正性

最後，將目光焦點集中在「保護業務上公正性」的立場。傳統上雖然對於賄賂可罰性的思考乃環繞在公務員職務之不可收買性、職務遂行之公正性乃至於身分廉潔性之上，然而，早在20世紀初期，最老牌的資本主義國家英國即已將貪污的範圍擴展到私人企業⁵⁶。而日本

⁵⁵ 廖義男，公平交易法之釋論與實務（第二冊），2015年3月，頁45-46。

⁵⁶ 許恒達，同前註19，頁67。

在戰前統制經濟時代，也已有將賄賂的規制範圍擴張到公共事業或具有重要性質的事業主體的例子⁵⁷。即使是民營企業，上至經營階層下至受僱階級，固然其從事的事務內容大異其趣，但仍可根據不同的規制條件及具體情形認為，該事務不應以其他不正當利益作為對價進行交換。

首先，「公務員賄賂」與「私部門人員賄賂」具有性質上的差異，不應直接劃上等號。特別是當私部門企業從業人員並未對國民或社會成員負起某種特別的保護義務或服從義務，而僅對所屬組織負起一定之忠實義務之際，其受賄之處罰實難以從保護不特定多數人之利益為出發，而仍僅應思考其對於組織所造成之侵害⁵⁸。那麼，一個非具公務員身分的賄賂行為，究竟侵害了什麼公正性？答案關鍵在於其職務的事務類型。

本文認為，不應採取將公司作為社會縮影、小型社會的理解方式，也不應將「公司職員之於股東」，理解為相當於「公務員之於國民」。公司職員縱使對經營者或者公司股東負有忠實義務，其違反至多只是相當於背信罪之「違背任務行為」。在背信罪中，除了背信行為之外，尚且需要進而引起本人財產上之損害，才能成立

⁵⁷ 佐伯仁志，同前註25，頁234-235。

⁵⁸ 例如，一般認為商業賄賂叢生將會嚴重破壞企業內控機制，並增加企業營運成本，不利於良善公司治理的目標。不過，造成公司治理上的困難並不當然等同於刑法上的背信行為，因為其未必會造成公司財產上之損害。

既遂犯。因此可知，忠實義務之違反尚不足以成立犯罪，所謂「執行職務公正性」其來源需來自於企業外部，基於該企業組織在社會中之定位，因而賦予在該企業體服務之特定從業者一個公正遂行職務之義務。前述歐盟「打擊私部門貪腐框架決議」中關於違背職務的定義要求包含違反法定義務及違反其業務上所適用的規則或命令正是指出：這個違背職務的行為並不是單純違反私部門內部的忠實義務，而是具有一定程度的外部效果，將會對私部門以外的其他第三人（或多數人）形成不公正的對待。

一般在刑法理論上所謂的公正性要求，固然乃建立在國家、公務員以及國民三方關係之下的概念。公務員作為統治者執行國家任務的手足，必須忠實履行國家所託付於己的職務，才能夠維繫國家統治團體的運作基礎。因此，公正執行職務，不僅僅是履行其與國家之間的忠實義務，更帶有適切回應人民所託的「公共性」色彩。私部門的業務履行通常不會涉及公共性，在不涉及公共性的領域中也自然沒有業務上公正性的要求。但並非所有的私部門業務履行皆不涉及公共性。例如以公益為目的的財團法人、公會、公用事業等業務即有可能產生保護「業務上公正性」之需求。以日本法為例，他們針對公共性、公益性色彩濃厚的法人團體／企業經營者或職員訂定特別賄賂罪。依照其立法型態又可以細分成兩種：第一種方式是以「擬制公務員」（みなし公務

員)之方式,將一些介於灰色地帶,而其業務內容會對公共利益產生重大影響的組織,如公法人、公共團體、公庫、公團之職員在組織法規中明訂「擬制公務員(視為從事於公務之職員)」的種類與範圍,讓他們適用刑法上公務員賄賂罪的相關規定⁵⁹。

第二種方式是以「特別賄賂罪」的立法模式加以對應,好處是不需要在個案解釋上直接讓這些職員全盤適用公務員犯罪之規定,而是依照公益性的強弱與政策需求予以調整。這種特別賄賂罪的規定,在日本法中並不少見,對於某些具有公共性、公益性的團體,其職員亦須對社會負起一定之公正履行職務之義務。例如,像是在1944年管制經濟色彩最強烈的時候,以「經濟關係罰則整備法」(經濟關係罰則の整備に関する法律)將鐵路電氣瓦斯等公共事業之從業人員賄賂罪,包括普通賄賂及違背職務賄賂行為列入處罰範圍中(第1條)。這些公共事業的從業人員,縱使其公共性、公益性要求不如公務員,但仍可要求其身分上之廉潔性以及職務遂行時之公正性。戰後,日本重要的公共事業,如電信、機場、鐵路、高速公路、菸產業、酒產業等在於其事業法規中皆有特殊賄賂罪之相關規定,不過立法模式不一而足,例如「日本電信電話公司法」(日本電信電話株式会社等に関する法律,簡稱NTT法)第19條僅規定職務

⁵⁹ 例如日本的國立大學法人法第19條即規定國立大學法人之董事及職員就刑法等相關罰則之適用時,視為刑法上之公務員。

上及違背職務行為收賄罪，而不處罰行賄者⁶⁰。此外，即使沒有針對一些特殊的事業組織或團體，例如競技賽馬、競技自行車等運彩事業有關之團體、行政法人日本體育振興中心經營之國立競技場、商品交易所等，有業務執行公正性之強烈需求者也有類似特殊賄賂罪之規定⁶¹，可供參考。

同樣的，我國現行法也存在著若干「非公務員」的賄賂罪處罰規定，歸納起來約略有三種類型：首先，(一)涉及選舉權、人事權行使之類型。例如農會法第47條之1、漁會法第50條之1（農漁會選舉賄賂罪）、農會法第47條之2、漁會法第50條之2（總幹事聘任賄賂罪）等以特定人事職位為對價關係之賄賂罪。政黨法第33條則規定政黨於黨內選舉〔負責人、中央、直轄市及縣（市）級選任人員選舉〕時對於選舉權行使進行行收賄之刑事處罰。這種類型的核心原理與刑法、選罷法之妨害投票罪相同，都是以維護人事選舉制度之公平性、公

⁶⁰ 關於職務上公正性與業務上公正性的比較，另請參見謝煜偉，同前註37，頁2052-2055。

⁶¹ 競馬法第32條之2、同條之3規定調教師、騎手或輔助飼養或調教競走馬之人的普通收賄罪及不正行為收賄罪，第32條之4則規定了行賄者的刑責。而自行車競技法第60條規定自行車競技騎士的普通收賄、不正行為收賄罪，第61條規定事前及事後收賄罪、第63條規定行賄者刑責。而關於競馬、自行車競技相關協會組織的董事、受僱人則於其相關職務事項範圍內視為刑法上公務員（擬制公務員），而直接接受刑法賄賂罪之規範。相關文獻註釋，參見：伊藤榮樹、小野慶二、莊子邦雄編，注釈特別刑法（第5卷）：經濟法編Ⅱ，1984年1月，頁566-571、614-628。

正性為目的。而這些組織的重要幹部選舉都可謂具備相當程度之公共性、公益性色彩。

其次，(二)涉及具公共事務性質的職務上、業務上行為，因此分別在其事業法規當中制訂特殊之賄賂罪。例如證券交易法第172條、第173條，為了維護證券交易所之公正性，針對證券交易所之董監事受僱人關於職務上行為或違背職務受賄行賄行為進行處罰。類似規定如期貨交易法第113條、第114條（期貨交易所、期貨結算機構及期貨信託事業之董事、監事、監察人、經理人、受任人或受僱人）、證券投資信託及顧問法第108條（證券投資信託事業、證券投資顧問事業之董事、監察人、經理人或受僱人）對於職務上行為或違背職務行為之受賄行賄罪規定，以及破產法第157條至第159條以及消費者債務清理條例第148條、第149條關於監督或管理更生或清算程序之監督人或管理人職務上行為及違背職務行為之賄賂罪，皆有同樣的規範結構。

再者，還包括(三)作為不當報酬禁止之類型。這種類型的條文，外觀上看起來像是賄賂行為之處罰，但解釋上應從管制合理薪酬價格的角度加以理解。原因在於，這些規定不要求與職務上行為具有對價關係、且管制型態僅限於收受而未包括要求與期約行為，更重要的是，利益的提供來源僅限定在「存款戶等顧客」，不包括如銀行同業等其他不具備客戶關係之對象。例如，銀行法第35條：「銀行負責人及職員不得以任何名義，向

存戶、借款人或其他顧客收受佣金、酬金或其他不當利益。」以及第127條：「違反第三十五條規定者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五百萬元以下罰金。」本行為規範另有準用至經營貨幣市場業務之機構、外國銀行等。類似條文，例如金融控股公司法第17條第4項、第59條、票券金融管理法第11條第2項、第62條，皆具有幾近相同的犯罪要件與法律效果。亦有僅採取行政罰鍰的制裁手段者，例如就業服務法第40條：「私立就業服務機構及其從業人員從事就業服務業務，不得有：五、要求、期約或收受規定標準以外之費用，或其他不正利益。六、行求、期約或交付不正利益。」以及第66條：「違反第四十條第五款規定者，按其要求、期約或收受超過規定標準之費用或其他不正利益相當之金額，處十倍至二十倍罰鍰。」且僅科處行政罰鍰。此外，律師法第37條：「律師不得違背法令、律師規範或律師公會章程，要求期約或收受任何額外之酬金」、會計師法第46條第1項第8款：「會計師不得要求、期約或收受不法之利益或報酬。」則未直接規定違反時之罰則，僅可能於情節重大時成為律師或會計師懲戒處分（同法第61條以下）之事由。上述規定皆以收取額外不當酬金為處罰對象，外觀上雖與普通賄賂罪極為類似，但這些職業從業人員並沒有相對應於公務員所應遵守之身分廉潔義務，同時所涉及的事務內容也並未具備相當程度之公共性。同時，對於職務收取不當酬金等

利益的行為，也未必具有將來針對違背職務行為索取不當利益之潛在危險性。因此，與其將這些規定理解為刑法上賄賂罪的延伸，不如將其定位為對於收取不當報酬的禁止規定。

總結來看，(一)、(二)兩類的犯罪要件可能涉及的法益侵害實與私部門或公司組織之財產上利益無關，也與同業競爭者的公平競爭維護無涉，應以維護特定「業務上之公正性」作為保護法益來加以理解，始為妥適。至於第(三)類的罰則規定，不能用業務上公正性維護合理說明，且顯然與同業競爭者的公平競爭無關，比較有可能從保護私部門利益的角度加以詮釋。然而，收取額外報酬一事固然有可能減損公司與客戶之間的信賴關係，但並非必然如此，且由於不要求特定義務違背行為與利益間的對價關係，不但不符合私部門賄賂行為的不法內涵特徵，同時也難以單以收取額外報酬一事就認定為屬於背信行為。因此，關於(三)類的規定，恐怕難以通過私部門賄賂罪保護法益的檢驗，除非大幅變更犯罪構成要件的內容，否則應儘速刪除刑事處罰的法律效果改採或維持行政裁罰手段，始為正道。

四、小結：犯罪構成要件的思索方向

綜合上述三種保護法益的觀點，可以認為私部門賄賂行為的可罰性基礎，以及射程範圍，將會因應不同的保護法益觀點而有相異的思考。無論是「保護私部門財產上利益」、「保護公平競爭秩序」乃至於「保護業務

上之公正性」，這三者基本上皆具備保護法益的適格性。然而，本文欲強調，真正重要的是如何透過各該法益侵害與危險的類型思考，劃定適當的處罰範圍，而非針對「犯罪現象」處罰來進行事後合理化的論述。

首先，就保護私部門財產上利益的角度而言，現行法已經有相對應的犯罪類型如背信罪可供處理，而企業內部舉發不易或認定困難的難題，應該透過公益者通報法制以及強化公司治理的角度尋求改進，更何況賄賂罪本身也同樣存在著認定困難，不易證明的問題。況且，由於違背對私部門之忠實義務並不必然帶有損害私部門利益之危險性，因此在立法手段上，應須在賄賂之對價關係外，加上輔助判斷是否將會致使私部門受損害之適性要件，以避免處罰過於前置。

其次，就保護競爭秩序而言，此觀點的確可以得出一定範圍的刑事立法正當性，但是將競爭利益作為一般性的保護，在立法技術上恐怕無法勝任根據具體犯罪類型而予以精確劃定處罰範圍的功能。亦即，同業間的公平、透明競爭關係固然非常重要，但並非不區分產業種類以及競爭市場的實然狀態，就可以將所有私部門的決策行為皆納入「競爭秩序」中的一環。必須是該產業現已存在一定程度之同業自由競爭狀況，才能符合保護法益的現實性條件。即便如此，賄賂行為與侵擾競爭秩序之間卻存在著許多不確定的變因，直接投入刑罰，可能會造成更多的萎縮效應或恣意執法的空間，固然有學說

建議採取搭配業主利益受損的混合模式，然而業主利益是否受損與其他同業競爭者的自由競爭環境受侵擾程度的高低無甚關連，競爭秩序受破壞的程度無法透過業主利益受損來加以評估。是以，本文建議讓商業賄賂此種不公平競爭行為的規制，回歸到競爭法體系內，謀求更妥善的實體要件以及程序訴追要件立法設計。

相較於前兩種保護法益的觀點，本文認為若從「保護業務遂行之公正性」的角度，來定位這種特殊的賄賂罪處罰，較符合現行法之下個別根據各行業的公共性程度，來劃定具有公正執行職務要求的主體以及其內容。這涉及到立法技術的問題，私部門賄賂罪的規定可能需要在各個有立法需求的組織法規或者事業法規中去訂定。即使是民間企業或私部門組織，也時常會出現於其業務範圍中有立於與公務機關近似的公共性地位之可能⁶²。就此，我們或許可以參考日本法上針對一些特定的公共事業制訂賄賂罪。具體而言，必須就該私部門本身的組織上功能意義，以及職務權限範圍進行檢討，必須是該職務上行為有涉及外部不特定多數人之利益，而具有公正遂行職務之要求者，才能作為賄賂罪規制的對象。此際，不違背職務（職務上）行為賄賂原則上不應比照公務員普通賄賂罪列入處罰範圍，在社會通念下容

⁶² 參見広瀬元康，外国公務員・民間贈収賄の防止法制：スポーツ界の特殊性を念頭に，ジュリスト，1497号，2016年9月，頁58；鎮目征樹，贈収賄罪，法学教室，396号，2013年9月，頁100-101。

許的日常交誼類型（小費、紅包），也應排除在入罪的行列。但仍可視具體情況，若認為職務上賄賂可能可以引發將來的違背職務行為，仍有列入處罰之必要。

就違背職務行為之定性而言，其公正性的要求並非單純來自於服務單位內部的忠實、公正、信賴義務之違反。因此，解釋上不應從內部觀點（對公司之忠實義務、善管義務、注意義務）判斷行為人有無違反依附於職位所產生的忠實、公正、信賴義務，藉以決定是否構成違背職務行為，也不應從概括的、一般性的「企業社會責任」角度理解所謂的「職務公正性」；應從公益性、外部觀點（如事業法規）來考慮違背職務行為之意涵。前述歐盟「打擊私部門貪腐框架決議」中關於違背職務的定義，強調違反法定義務及違反其業務上所適用的規則或命令的方針，可供立法上之參考。亦即，若要制定這種私部門賄賂罪，應限定在「違背職務行為」作為對價關係，而該違背職務行為具有一定程度的外部效果，將會對私部門以外的其他第三人（或多數人）形成不公正的對待。

至於行賄者的可罰性，向來學說上對於行賄者之法定刑輕於收賄者，有責任減少說、違法減少說以及刑事政策個別化說三種觀點。責任減少說認為從傳統上「官僚對人民」的不對等結構來看，收賄之一方往往處於強勢地位，而行賄者多半居於弱勢，是以其可罰的責任較

低，甚至不可罰⁶³。相對的，採取違法減少說的觀點，則是從公務員違反一身專屬之特別義務的角度認為，行賄者並無違反此等特別義務之可能，因此違法性較低⁶⁴。特殊賄賂罪在刑事政策上應考量的因素未必與公務員賄賂罪相同，根據其惹起的法益侵害種類，須綜合考量後根據收賄刑度，做不同的個別化檢討。若採取保護財產利益說或者保護競爭秩序說，那麼行賄者的可罰性並非當然須較輕於受賄者。特別是，若採取保護競爭秩序說，行賄方的不法與罪責程度並不亞於收賄方，在法定刑的設計上或許容有不同的考慮。但若採取將私部門賄賂罪定位為「保護業務之公正性」時，在立法政策上仍有處罰較輕於受賄者之餘地。

以下分別從保護法益內涵、私部門的組織型態、行為主體範圍、實行行為態樣、延伸的處罰態樣等面向，簡要對照本文見解、企業賄賂防制法草案以及刑法第255條之1商業交易賄賂罪修正案之異同。

	本文見解	企業賄賂防制法草案	刑法第255條之1商業交易賄賂罪修正案
保護法益內涵	保護業務遂行之公正性	不明（混有企業業主利益保護、公平競爭、清廉商業環境之保護）	保護自由競爭

⁶³ 西田典之，刑法各論，6版，2012年3月，頁505；山口厚，刑法各論，2版，2010年3月，頁628。

⁶⁴ 藤木英雄，刑法講義各論，1976年12月，頁69。

	本文見解	企業賄賂防制法草案	刑法第255條之1 商業交易賄賂罪修正案
私部門的組織型態	公共事業組織、具公益性質之法人	企業：本國或外國之法人或獨資事業	公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人
行為主體的劃定範圍	代表人或受僱人	受僱人	代表人、受託人或受僱人
實行的態樣	對於違背職務（違反法定義務及違反其業務上所適用的規則或命令等）行為要求期約收受賄賂或不正利益	對於職務上行為要求期約收受賄賂或不正利益 違背職務要求期約收受賄賂或不正利益	於交易行為中，意圖為自己或第三人，以商品或勞務交易中之不公平優惠為對價，而要求、期約或收受不正利益
延伸的處罰態樣	可延伸至行賄方，但處罰應輕於受賄方	不違背職務行賄 違背職務行賄	於交易行為中，意圖為自己或第三人，以商品或勞務交易之不公平優惠為對價，而行求、期約或交付不正利益

參、結 論

近年來由於著名企業內部職員收受不正利益，引發社會輿論對企業肅貪議題的關注，並認為應以新增刑事立法之方式回應肅貪之需求。此外，由於我國已於2015年5月通過「聯合國反貪腐公約施行法」，根據該施行法第6條及聯合國反貪腐公約第21條之規定，我國應具體檢討有無將私部門賄賂行為入罪化之正當性及必要性。迄今為止，已分別有企業賄賂防制法草案、法人貪腐防制法草案以及增訂刑法第255條之1企業賄賂罪草案版本進入國會審查，但皆未完成立法。

從刑事立法論的角度而言，任何刑事罰，都必須要通過應然面的可罰性基礎檢驗，以及實然面的規制實效檢討。本文聚焦在應然面的可罰性基礎檢驗，從保護法益的觀點，亦即「業務上之公正性」、「事業間的公平競爭」、「私部門財產上利益」三種視角，來分析私部門賄賂行為入罪化的可行性。就此，我國學界多認為，現行背信罪等財產犯罪以及特別法當中的刑罰法規已可針對「私部門財產上利益」進行適度的保護，因此應以「自由競爭市場機制」或「以價格或品質取勝的公平競爭規則」作為私部門賄賂罪之保護法益，並應仿照德國（2015年修法前）刑法舊法第299條「競爭模式構成要件」來進行概括性的立法。

然而，本文認為，「藉由價格或品質取勝」的自由競爭規則固然在特定商業交易型態中具有法益保護的適格性，卻難以拓展到所有商業交易的領域中。而且具對價關係之利益供給行為也未必會產生導致市場競爭秩序喪失原有效能而生不正競爭之危險性。再者，制定單一犯罪構成要件的規範模式而言，存有打擊範圍過廣、不易精準劃定管制對象、訴追程序上缺乏彈性等弊病。

另一方面，從維護「業務上公正性」之觀點來建立私部門賄賂行為的法益保護關連性，較能符合可罰性基礎的應然檢驗。亦即，在具有公共事務性質的業務範圍中，有類比於職務上公正性的必要時，應在相關事業的法規中針對私部門當中特定職位的違背職務賄賂，予以

犯罪化。

另一種可能的立法模式則是針對特定領域的私部門（例如公開發行之股份有限公司等），以背信的抽象危險犯之立法模式，設計管理階層者的賄賂罪，強化保護私部門之財產利益。但若採取這種立法模式，必須要在賄賂之對價關係外，加上輔助判斷是否將會致使私部門受損害之適性要件，以避免處罰過於前置。就此，日本法制上的立法歷程及發展經驗，可以提供我們立法上之參考。

參考文獻

一、中文文獻

- Satzger, Helmut (2019). *國際刑法與歐洲刑法* (王士帆譯; 二版)。元照。(原著出版年: 2018)。
- 王玉全 (2017)。私部門貪腐行為與其侵害法益——刑事立法的準備工作。《*月旦刑事法評論*》，4，40-71。 <http://doi.org/10.3966/2415472520170300403>
- 王煦棋、王雲澤 (2017)。中國大陸商業賄賂防治架構之探討。載於法務部司法官學院編，*刑事政策與犯罪研究論文集(20)* (頁81-112)。法務部司法官學院。
- 王煦棋、王雲澤 (2019)。防治商業賄賂保護法益比較與我國立法建議。《*財金法學研究*》，2 (1)，1-28。
- 自由時報 (2020)。鴻海內鬼廖萬城收回扣 二審輕判被最高院發回更審，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/3046692>
- 吳盈德 (2014)。美國聯邦「海外反貪污行為法」對我國企業法規遵循之啟示。《*中正財經法學*》，9，1-41。
- 李聖傑、潘怡宏編譯 (2019)。《*德國刑法典* (二版)。元照。
- 林志潔 (2015)。反制跨國行賄與強化企業法令遵循——以美國海外反貪腐法 (FCPA) 為例。《*月旦法學雜誌*》，242，5-25。
<http://doi.org/10.3966/102559312015070242001>
- 林志潔、張天一、莊詔雯、黃崧鼎、李岳軒、孫永蔚 (2019)。《*行賄外國公務員*》。元照。
- 張天一 (2015)。論商業賄賂之可罰性基礎及入罪化必要性。《*月旦法學雜誌*》，242，26-40。 <http://doi.org/10.3966/102559312015070242002>
- 張麗卿 (2011)。臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難。《*法學新*

- 論，28，1-24。
- 許永欽（2016）。我國公務賄賂與商業賄賂罪之研究。《法學叢刊》，243，99-133。
 - 許恒達（2012）。從英國2010年新賄賂法談我國反貪污法制修正方向。《輔仁法學》，44，51-90。
 - 許恒達（2017）。國際法規範與刑事立法。《國立臺灣大學法學論叢》，46特刊，1257-1330。http://doi.org/10.6199/NTULJ.2017.46.S P.04
 - 許恒達（2018）。商業賄賂罪立法方向評析。《檢察新論》，24，48-73。
 - 許恒達（2020）。行賄外國公務員罪之制裁理由與修正方向。《法學叢刊》，65（4），39-66。
 - 高山佳奈子著，謝煜偉譯（2009）。「政治」主導下之近年日本刑事立法。《月旦法學雜誌》，172，121-152。
 - 惲純良（2017）。商業賄賂行為可罰性簡析：以2015年德國刑法典第299條商業賄賂罪之修正為鑑。《月旦刑事法評論》，4，72-94。http://doi.org/10.3966/2415472520170300404
 - 廖義男（2015）。《公平交易法之釋論與實務（第二冊）》。元照。
 - 潘怡宏（2018）。論商業賄賂罪——借鑑德國刑法第299條商業賄賂罪之立法芻議。載於陳子平教授榮退論文集編輯委員會編。《法學與風範——陳子平教授榮退紀念論文集（頁193-234）》。元照。
 - 潘怡宏、許恒達、許順雄、洪培根、林鈺雄（2017）。商業賄賂罪——借鑒德國刑法第299條商業賄賂罪之立法芻議。《月旦刑事法評論》，7，83-98。http://doi.org/10.3966/2415472520171200706
 - 賴帥君（2018）。我國防制企業貪腐法制之研析。《刑事法雜誌》，62（5），83-134。
 - 謝煜偉（2016）。風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攙

偽假冒罪」の限定解釋。月旦刑事法評論，1，74-81。

<http://doi.org/10.3966/2415472520160600105>

- ▶謝煜偉（2016）。論金融機構特別背信罪。國立臺灣大學法學論叢，45（4），2031-2092。<http://doi.org/10.6199/NTULJ.2016.45.04.05>

- ▶謝煜偉（2020）。論實行行為概念。國立臺灣大學法學論叢，49（3），1203-1265。[http://doi.org/10.6199/NTULJ.202009_49\(3\).007](http://doi.org/10.6199/NTULJ.202009_49(3).007)

二、日文文獻

- ▶上柳克郎、鴻常夫、竹内昭夫編（1990）。新版注釈会社法（13）：株式会社の解散・清算・外国会社・罰則。有斐閣。
- ▶小野昌延、松村信夫（2015）。新・不正競争防止法概説（二版）。青林書院。
- ▶山口厚（2010）。刑法各論（二版）。有斐閣。
- ▶川出敏裕（2020）。刑事法をめぐる問題——国際的協調の観点から。法律時報，92（7），41-47。
- ▶北島純（2020）。外国公務員贈賄罪の保護法益に関する考察——グローバルな商取引におけるインテグリティ。社会情報研究，1（1），9-22。
- ▶平野龍一、佐々木史朗、藤永幸治編（1982）。注解特別刑法（第4巻）。青林書院。
- ▶広瀬元康（2016）。外国公務員・民間贈収賄の防止法制：スポーツ界の特殊性を念頭に。ジュリスト，1497，58-63。
- ▶石井由梨佳（2017）。越境犯罪の国際的規制。有斐閣。
- ▶伊東研祐（2005）。保護法益としての「競争秩序」。北大法学論集，56（3），1325-1335。
- ▶伊東研祐（2009）。保護法益としての「競争秩序」（再論）：

防衛庁燃料談合事件最高裁判決等の評価を契機に。慶應法学，
14，65-77。

- ▶伊藤栄樹、小野慶二、莊子邦雄編（1984）。注釈特別刑法（第5巻）：経済法編II。立花書房。
- ▶伊藤栄樹、小野慶二、莊子邦雄編（1986）。注釈特別刑法（第5巻）：経済法編I。立花書房。
- ▶西田典之（2012）。刑法各論（六版）。弘文堂。
- ▶西垣建剛、本間正人（2011）。民間人との取引にも罰則が！英国贈収賄禁止法のリスクと対処術。旬刊経理情報，1279，50-54。
- ▶佐伯仁志（2011）。日本における商業賄賂の処罰について。載於佐伯仁志、金光旭編，日中経済刑法の比較研究（頁234-255）。成文堂。
- ▶麦志明（2012）。賄賂罪・商業賄賂罪についての概観的まとめ。JCAジャーナル，59（9），80-82。
- ▶京藤哲久（2013）。刑法から経済刑法へ。明治学院大学法科大学院ローレビュー，19，13-30。
- ▶松宮孝明（2009）。組織犯罪対策に見る「自由と安全と刑法」——共謀罪立法問題を含む。刑法雑誌，48（2），256-266。
- ▶松澤公貴、高橋さやか（2012）。施行後1年間の主要事例等に学ぶ：英国贈収賄防止法にはこう対応する。旬刊経理情報，1325，38-43。
- ▶金井重彦、山口三恵子、小倉秀夫編（2014）。不正競争防止法コンメンタール（改訂版）。レクシスネクシス・ジャパン。
- ▶法務省大臣官房司法法制部編（2007）。ドイツ刑法典。法曹會。
- ▶原浩（2019）。新不正競争防止法の施行で一層強化：中国における商業賄賂に関する法規制と企業の対応（上）。旬刊経理情

- 報，1544，34-38。
- ▶ 神山敏雄ほか編（2013）。新経済刑法入門（二版）。成文堂。
 - ▶ 神例康博（2015）。経済刑法の保護法益について。載於川端博、山口厚、井田良、浅田和茂編，理論刑法学の探究⑧（頁111-137）。成文堂。
 - ▶ 屠錦寧、中川裕茂（2011）。中国の商業賄賂規制および外国公務員等に対する贈賄罪の新設。NBL，957，84-93。
 - ▶ 張国棟（2018）。制定後24年を経て初の大改正：中国・新不正競争防止法の要点詳解。旬刊経理情報，1501，46-55。
 - ▶ 渋谷達紀（2014）。不正競争防止法。発明推進協会。
 - ▶ 経済産業省知的財産政策室編（2019）。逐条解説不正競争防止法（二版）。商事法務。
 - ▶ 高山佳奈子（2019）。共謀罪立法と憲法・国際法の諸原則——改憲案が刑事法に及ぼす影響を視野に——。鹿児島大学法学論集，53（2），107-138。
 - ▶ 塩原俊彦（2016）。腐敗の世界史：腐敗の構造。社会評論社。
 - ▶ 落合誠一編（2011）。会社法コンメンタール（第21巻）：雑則（3）・罰則。商事法務。
 - ▶ 嘉門優（2019）。法益論——刑法における意義と役割。成文堂。
 - ▶ 謝煜偉（2012）。抽象的危険犯論の新展開。弘文堂。
 - ▶ 鎮目征樹（2013）。贈収賄罪。法学教室，396，97-107。
 - ▶ 藤木英雄（1976）。刑法講義各論。弘文堂。

三、英文文獻

- ▶ Argandoña, Antonio (2003). Private-to-private Corruption. *Journal of Business Ethics*, 47, 253-267. <https://doi.org/10.1023/A:1026266219609>.

- COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector (2003). Official Journal of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&from=EN>
- Laureti, Francesco (2018). *Italy: Amendment to the Private Bribery Offence*. mondaq, <https://www.mondaq.com/italy/white-collar-crime-anti-corruption-fraud/656476/amendment-to-the-private-bribery-offence>
- Pisano, Roberto (2020). *Bribery & Corruption 2021 Italy*. GLI, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/italy>
- Robinson, Vivian & Deming, Stuart H. et al. (2014). *The FCPA and the UK Bribery Act: A Ready Reference for Business and Lawyers*. American Bar Association.
- Statistisches Bundesamt (2016). Sustainable Development, Data relating to the Indicator Report. Statistisches Bundesamt.
- Shiobara, Toshihiko (2013). *Anti-Corruption Policies*. Maruzen Planet.
- UNODC (2012). *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption* (2nd ed.). UNODC.

四、德文文獻

- Fischer, Thomas (2009). *Strafgesetzbuch*, 56. Aufl. C.H. Beck.
- Vogel, Joachim (2004). Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht. In Bernd Heinrich et al. (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag* (S. 395-411). Gieseking.