本論文獲得法務部司法官學院115年傑出碩博士犯罪防治研究論文獎

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis

餽贈罪的成罪界限與立法研議

A Study on the Boundaries and Legislation of the Gratuity Offense

楊佳侑

Jia-You Yang

指導教授：許恒達 博士

Advisor: Heng-Da Hsu, Dr. iur

中華民國 114 年 7 月

July 2025

doi:10.6342/NTU202501340

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

饋贈罪的成罪界限與立法研議

A Study on the Boundaries and Legislation of the Gratuity Offense

本論文係楊佳侑君（學號：R12A21071）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國114年6月25日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：許恒達

口試委員：

黃士軒

許恒達

黃銘甲

摘要

法務部曾在 2018 年提出刑法修正草案，試圖透過修正刑法第 121 條之職務賄賂罪與增訂刑法第 122 條之 1 之餽贈罪的這兩種方式，來解決實務上賄賂罪之對價關係不易認定的問題。本文在分析兩種解決方式之後，初步認為僅僅只是修正職務賄賂罪並無法完全解決問題，餽贈罪之增訂應有其必要。然而，作為我國餽贈罪立法之參考對象的美國聯邦餽贈罪（18 U.S.C. § 201(c)(1)）其本身在美國法上的解釋適用即頗具爭議，這也連帶影響到我國餽贈罪的立法設計，造成我國文獻大多對餽贈罪之立法採取較為消極的態度。本文認為，餽贈罪之立法並不能只是單純地援引外國法，而是必須對餽贈行為之不法有更詳盡的討論。準此，本文將藉由檢視美國法上餽贈罪之發展來加深對於餽贈罪之理解，並進而提出本文認為較為妥適的餽贈罪基本立法架構，以供未來立法上之參考。

關鍵字：餽贈罪、賄賂罪、對價關係、貪污、職務行為

doi:10.6342/NTU202501340

Abstract

In 2018, the Ministry of Justice proposed an amendment to the Criminal Code, attempting to solve the difficulty in recognizing the quid pro quo element in bribery cases by two approaches: amending Article 121 on the crime of bribery for official duties and introducing a new Article 122-1 on the crime of illegal gratuities. After analyzing these two approaches, this article preliminarily advocates that merely amending the official bribery offense cannot fully resolve the problem, and the introduction of the crime of illegal gratuities is necessary. However, the U.S. federal gratuities offense (18 U.S.C. § 201(c)(1)), which is a reference for Taiwan's gratuities offense draft, was highly controversial in its interpretation and application. This controversy also influenced the legislative design of Taiwan's gratuities offense, making most Taiwanese academic literature take a relatively passive stance on its enactment. This article suggests that the legislation on illegal gratuities should not simply adopt foreign laws. Instead, it is necessary to engage in a more detailed discussion of the illegality of gratuity-giving behavior. Therefore, this article will examine the development of the U.S. federal gratuities offense to enhance the understanding of the illegal gratuities and subsequently propose a more appropriate legislative framework as a reference for future legislation.

Keywords：Gratuity, Bribery, The "Quid Pro Quo" Relation, Corruption, Official Acts

doi:10.6342/NTU202501340

目次

摘要 i
Abstract ii
目次 iii
第一章 緒論 1
第一節 研究背景與問題意識 1
第二節 研究架構 5
第二章 我國現行賄賂罪的困境 7
第一節 職務行為的概念 7
第一項 抽象職務權限 8
第二項 職務密切關連行為 10
第三項 實質影響力 14
第二節 對價關係 18
第一項 對價關係的定位與內涵 19
第二項 對價關係的審查要素 21
第一款 職務行為的特定性 21
第二款 其他審查要素 27
第三節 實務爭議類型 30
第一項 對價關係不明的餽贈 30
第二項 打好關係式的餽贈 34
第三項 事後酬謝型的餽贈 37
第四節 修法研議 39
第一項 現行貪污犯罪之追訴困難 40
第二項 修訂職務賄賂罪 43
第三項 增訂餽贈罪 49
第五節 小結 51
第三章 美國法上餽贈罪之發展 53
第一節 餽贈罪之立法與爭議 53
第一項 餽贈罪之立法 53
第一款 1962 年修法脈絡與政策目標 53
第二款 保護法益 54
第三款 利益衝突之規範 56

doi:10.6342/NTU202501340

第二項 餽贈罪之內涵與定位 57
第一款 法律之簡介 58
第二款 法律之比較 65
第三款 小結 71
第三項 餽贈罪之解釋爭議 72
第一款 直接關聯方法 73
第二款 職位方法 76
第二節 餽贈罪的實務發展 79
第一項 Sun-Diamond 案 80
第一款 案例事實與法院見解 80
第二款 學說見解 85
第二項 Valdes 案 89
第一款 案例事實與法院見解 89
第二款 學說見解 92
第三項 McDonnell 案 93
第一款 案例事實與法院見解 93
第二款 學說見解 98
第四項 實務對於貪腐界線的劃分 101
第三節 餽贈罪的學說見解 106
第一項 對現行法的解讀 106
第一款 前瞻性餽贈概念的商榷 107
第二款 餽贈罪的修正需求 110
第二項 餽贈行為的不法內涵 114
第一款 社會心理學觀點 114
第二款 維護市場機制觀點 117
第四節 餽贈罪的修法建議與草案 122
第一項 職位方法 122
第二項 折衷見解 126
第三項 PCPIA 草案 129
第一款 草案內容簡介 129
第二款 學說見解 130
第五節 小結 132
第四章 重新建構餽贈罪 135

doi:10.6342/NTU202501340

第一節 貪污犯罪的保護法益 135
第一項 職務的不可收買性、廉潔性 136
第二項 國家意志的貫徹 137
第三項 職務公正性 138
第四項 對職務公正的信賴 141
第五項 複合式法益 145
第二節 餽贈行為的不法內涵 145
第一項 可能的解釋 148
第一款 違背競爭公平性或市場機制 148
第二款 利益衝突 150
第三款 排擠非市場基準 152
第二項 不法內涵的檢視 154
第三節 餽贈罪之構成要件探討 163
第一項 具有個案職務利害關係 164
第二項 足以影響公務員之不正利益 170
第三項 構成要件行為限於交付、收受 174
第四節 案例檢視 175
第一項 政治獻金 175
第二項 請託處理私人爭議 177
第三項 交付行為與收受行為的不對稱性 178
第四項 賄賂罪與餽贈罪的競合 179
第五節 小結：構成要件的基本設計 180
第五章 結論 185
參考文獻 188

doi:10.6342/NTU202501340



doi:10.6342/NTU202501340

第一章 緒論

第一節 研究背景與問題意識

貪污案件向來受社會大眾所矚目，從我國對於貪污治罪條例、聯合國反貪腐公約施行法的制定亦可見我國對於貪污犯罪的注重。雖然這些立法可能彰顯出了對抗貪污的決心，但法條的層層堆疊實際上有多少效用其實值得懷疑。以作為貪污犯罪核心的賄賂罪為例，其在刑法與貪污治罪條例中的構成要件大抵相同，唯在刑度上有所差異，背後呈現出的即是立法者試圖透過重刑化嚇阻犯罪的思想。然而學說即指出，我國的賄賂罪在實務的運用上其實並不容易成罪，蓋我國實務對於賄賂罪之對價關係認定係採取較為嚴格的解釋，要求行為人必須對於特定之職務行為形成對價合意方能構成賄賂罪。因此，即使賄賂罪的刑度定得再高，只要行為人不易構成犯罪也是無用武之地，造成「罰得重卻罰不到」的運作困境[1]。誠如學說所言，與其一味的提高貪污犯罪的刑度，不如檢討貪污犯罪的構成要件設計，將原本應受處罰，卻限於現行條文結構與實務運作而無法捕捉到的行為，透過立法的改革將其重新納入處罰範圍，才是解決此類問題的正道[2]。

法務部也意識到我國貪污犯罪所面臨之困境，於是在 2018 年開始推動刑法修正草案，試圖改善貪污犯罪在我國的適用現況。在修正草案當中，不但提出了聯合國反貪腐公約中所要求的影響力交易罪，也對於前述對價關係認定所造成之定罪困難提出了解方。較為特別的是，草案不但參考德國法對於現行的賄賂罪提出修正，還參考了美國法，打算透過增訂不要求對價關係之餽贈罪來補充賄賂罪之適用，以達到對於貪污犯罪徹底防漏之目的[3]。然而，直到本文寫作的 2025 年，此項修正草案依然未獲得通過。在這段期間內，曾發生對價關係不易認定的貪污相關案

[1] 林鈺雄（2019），〈公務員職務賄賂罪之立法芻議〉，《法學叢刊》，64 卷 2 期，頁 3-7。
[2] 林鈺雄（2016），〈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，頁 47-48。
[3] 法務部新聞稿（2018），《推動反貪腐立法 落實司法改革承諾》，頁 2-3，載於：https://www.moj.gov.tw/2204/2795/2796/58536/ （最後瀏覽日：03/05/2025）。

doi:10.6342/NTU202501340

件，並在報導中提起此項草案中的餽贈罪，似乎將其視為解決欠缺對價關係案件的重要武器[4]。如此看來，餽贈罪的立法對於反貪污法制之完備應屬重要，值得我們做進一步探討。

然而，觀諸我國以貪污犯罪為題的相關文獻，僅有少數文獻有對於餽贈罪之立法進行討論，而且這些文獻大多都對餽贈罪的立法採取一種消極的態度，甚至是反對的立場，不免讓人思考餽贈罪究竟有無實際的防漏功能。贊成增訂餽贈罪之見解的主要論述基礎在於，我國實務對於對價關係的認定長期採取一種狹隘的認定方式，單純的參考德國法放寬賄賂罪的對價關係之修法方式未必會為實務所接受，因此有必要透過增訂餽贈罪來補充放寬的職務賄賂罪，作為一種補位適用的條款[5]。如此看來，贊成增訂餽贈罪之見解僅是擔心實務不接受放寬對價關係的立法，似乎認為餽贈與賄賂在本質上並無太大的不同[6]。若是贊同這樣的論述，那麼在立法上所應做的努力應是要清楚表明採取寬鬆對價關係之職務賄賂罪與採取嚴格對價關係之違背職務賄賂罪之間的不同，而非疊床架屋的增訂與職務賄賂罪意義幾乎相同的餽贈罪。實際上，反對增訂餽贈罪之見解即是注意到此種重複規範的情形，因而質疑餽贈罪的立法需求[7]。

除了餽贈與賄賂難以區分的問題之外，有反對見解甚至認為餽贈罪的增訂具有牴觸刑法最後手段性的疑慮。詳言之，我國已有公務員廉政倫理規範來處理公務員收受餽贈、飲宴應酬的相關情形，如果再進一步增訂餽贈罪，將可能使得原本透過倫理規範處理的行為直接被升級成刑事犯罪，不但會模糊違反刑法行為與違反倫理規範行為之間的界線，甚至也可能架空倫理規範的適用，有違刑法謙抑的原則。準此，文獻認為與其增訂餽贈罪來擴大刑事處罰的範圍，不如強化倫理規範的

[4] 參中央社（07/02/2023），〈司改進行式 3 / 不法餽贈罪若上路 翁茂鍾們即有法可罰〉，https://www.cna.com.tw/news/asoc/202307020031.aspx （最後瀏覽日：03/05/2025）。

[5] 陳瑞仁（2018），〈從美國聯邦法談我國餽贈罪的立法方向〉，《法學叢刊》，63 卷 4 期，頁 65-66。

[6] 陳瑞仁，前揭註 5，頁 65。認為餽贈僅是變相的賄賂者，可參吳庭儀（2021），《公務員餽贈罪之立法研議》，頁 94-95，國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所碩士論文。

[7] 謝彥安（2022），《反賄賂體制中有關餽贈罪增修爭議之研究-以政府採購案件為例》，頁 27-29，國立陽明交通大學科技法律學院科技法律研究所碩士在職專班碩士論文。

doi:10.6342/NTU202501340

適用，檢討現行規定有無應進一步修正之處，相較之下還更能節省有限的司法資源。退步言之，即使要考慮對於餽贈採取刑事處罰的可能，有鑑於餽贈的可罰性相較於賄賂要低，也可透過要求公務員公開申報的方式，增設公務員申報不實的刑事責任，未必要採取直接禁止的規範方式。尤其，不論是法務部版本草案所使用的關聯性概念，或是立法院版本草案所使用的原因關係，其在內涵上均較難清楚的表達與對價關係之不同，因而容易產生解釋上的爭議。文獻便主張在這種情況下，餽贈罪實有因為欠缺足夠的明確性而斲傷罪刑法定原則的可能。綜合上述的質疑，文獻認為我國並無增訂餽贈罪之必要[8]。

雖然現有文獻對於法務部推動之餽贈罪立法大多並未展現出積極贊同的態度，但在法務部開始推動餽贈罪的立法之前，已有學說認為將公務員不當收受餽贈的行為作為犯罪規制的核心係一可採之立法方式，主張餽贈罪的設置不但能夠緩和對價關係認定困難的問題，還能一定程度上避免我國財產來源不明罪所生之爭議[9]。因此，或許上開文獻的質疑未必能根本的打擊到餽贈罪的立法正當性，可能僅是法務部所參考之美國聯邦餽贈罪並不是一個適合的參考對象，或是提出的草案有部分缺陷，使得我國文獻對於目前餽贈罪之立法採取較為消極的態度。是以，我國實際上究竟有無增訂餽贈罪之必要，實為一個值得深入研究、探討的議題，若要更加妥適的做出立法上的判斷，本文認為在方法的選擇上，我們或許不應僅止步於單純的檢視美國聯邦餽贈罪在美國法上的解釋適用，而是可以更進一步詳細的分析美國法上餽贈罪的發展歷程，確認餽贈罪的設立究竟是一種欠缺正當性或必要性的立法模式，抑或只是一種單純立法技術不佳，需要提出進一步修正的立法方案。唯有將討論直接環繞在公務員不當收受餽贈的行為上，而非草案或外國法構成要件的表徵，才能夠真正的觸及到餽贈罪立法的核心爭議。

基此，本文所要處理的問題意識有以下三項：

[8] 謝彥安，前揭註 7，頁 27-34。
[9] 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 期，頁 30-32。

doi:10.6342/NTU202501340

第一，餽贈罪與賄賂罪是否具有區分的可能。我國討論餽贈罪的文獻基本上都認為餽贈罪與賄賂罪在處罰範圍上具有重疊的問題，導致賄賂罪與餽贈罪不易區分，並使餽贈罪似乎不具獨立存在的實益。本文認為這樣的結論主要係來自於賄賂罪與餽贈罪草案及美國聯邦餽贈罪的比較，而非對於賄賂罪與餽贈罪本質上的討論。對此，本文認為除了比較具體的規範之外，還必須更深入的探討賄賂行為與餽贈行為的不法內涵，才能確定賄賂罪與餽贈罪之間的區分困難，究竟是具體條文的設計不佳所導致的，還是這兩種行為之間本來就具有不可避免的相似性，造成不論如何設計餽贈罪，都會造成區分上的困難。

第二，餽贈罪是否具有立法上的必要性。這個問題可以從兩個面向出發。首先，從賄賂罪的角度而言，若餽贈行為實際上可由賄賂罪所涵蓋，則餽贈罪似乎就失去了立法的必要。故此處的重點即在於，要求對價關係的賄賂罪，是否真的能包含對價關係極為模糊甚至欠缺的餽贈行為。其次，從倫理規範的角度而言，餽贈行為的可罰性較賄賂行為要來得低，考慮到針對這些低可罰性行為已有倫理規範可進行處理，是否還需要透過增訂餽贈罪來進行管制，即是在餽贈罪的立法討論上必須回答的問題。此處的重點即是餽贈行為是否具有應透過刑法規制的不法內涵，亦即餽贈是如何造成法益的侵害或其侵害危險，而使得有使此類餽贈行為成立犯罪的必要。就此處之討論來看，可以發現餽贈行為正好介於賄賂罪與倫理規範之間，其不法性質較為捉摸不定，因此藉由對於餽贈不法內涵的進一步討論，應有助於我們確定餽贈行為的性質，進而能夠確認其有無成立犯罪之必要。

第三，餽贈罪之規範結構應如何設計。假使餽贈罪具有立法上的必要性，如何設計出適合的構成要件，便是餽贈罪立法的一大重點。從我國討論餽贈罪的相關文獻來看，其對於餽贈罪的批評很大一部分是基於餽贈罪草案的立法結構，尤其集中在意義較為不清的關聯性或原因關係要件，以及避免過苛的金額下限條款。前者之功能在於捕捉餽贈與職務行為之間不易形成連結的特性，後者的功能則在於避免因為餽贈的模糊特性而造成處罰範圍過廣的問題。然而，餽贈不易與職務行為連結

doi:10.6342/NTU202501340

的特性也連帶造成關聯性或原因關係之要件的意涵不易理解，而下限條款似乎又與杜絕影響公務員的餽贈之立法目的自相矛盾[10]，這也導致了餽贈罪的立法結構備受質疑。因此，本文認為在討論餽贈罪的立法結構時，不應該對於外國法或草案的內容照單全收，應有必要探索這些要素在立法的結構上是否必要，又有無形塑餽贈罪的其他方式。

第二節 研究架構

由於餽贈罪不論是在立法緣由上或是實際運用上都與賄賂罪緊密關聯，因此本文第二章會先從我國的賄賂罪談起，介紹我國賄賂罪在解釋適用上所面臨的分歧與挑戰，並輔以在實務上實際發生的爭議案例類型，以便能夠對於餽贈罪的相關立法脈絡有更進一步的理解。之後，本文將介紹 2018 年法務部所提出之賄賂罪與餽贈罪的修法草案，對於兩種不同的對於對價關係認定困難的解決方式做出初步分析，認定放寬的職務賄賂罪實際上仍未能完整涵蓋對價關係模糊或欠缺的餽贈行為，故主張仍有更深入討論餽贈罪立法的必要。

第三章將會把討論重點轉往美國法，藉由美國聯邦餽贈罪豐富的發展來加深對於餽贈罪性質的理解。本文首先會介紹美國聯邦餽贈罪之立法背景與相關的規定，並從中帶出餽贈罪在美國法上產生的解釋爭議。接著，本文將探討對於美國聯邦餽贈罪有重要影響的數個實務判決，彰顯出餽贈罪在美國實務上的適用爭議，以及在實務過於緊縮的見解下所產生的適用疑慮。之後，本文將藉由美國學說對於餽贈罪修正的討論，呈現出餽贈罪的立法需求以及其獨特的不法內涵，並與美國法上的學說見解相同，主張餽贈罪具有獨立於賄賂罪之存在實益，兩者在本質上並非不可區分。在本章的最後，本文會介紹幾個學說上所主張的修法建議與國會實際提出的修法草案，不但可檢視有無作為我國立法參考對象的可能，相關的討論也可提供一些關於餽贈罪立法上所應注意的事項。而在此處修法建議部分的用語上，會將整

[10] 謝彥安，前揭註 7，頁 31-32。

doi:10.6342/NTU202501340

個美國聯邦餽贈罪區分為餽贈罪與受贈罪，前者之餽贈指贈送餽贈之意，後者之受贈指收受餽贈之意，與其他部分作為名詞使用的餽贈意思略有不同。

在第四章，本文會先確認貪污犯罪的保護法益為何，並接著探討餽贈行為本身所具有的不法內涵，確認餽贈行為原則上屬於應透過刑法予以規制的行為，但在一定程度上仍保有透過倫理規範處理的空間。以此作為基礎，本文將從餽贈行為之不法內涵發展出本文認為餽贈罪所應具備的構成要件，在掌握刑事可罰之餽贈行為的同時，也能滿足餽贈罪立法上應注意事項的要求，特別是構成要件的明確性與明文排除不可罰行為的方法。最後，本文將透過數個案例的討論，明確化餽贈罪的適用與其性質，並據此提出本文建議的餽贈罪基本構成要件。

第五章為結論，將整合說明本文對於餽贈罪的研究成果，作為未來餽贈罪立法的展望。

doi:10.6342/NTU202501340

第二章 我國現行賄賂罪的困境

賄賂罪乃是我國貪污犯罪中最典型的犯罪，可說是唯一規制公務員收受利益行為的犯罪（圖利罪與財產來源不明罪並非是在規制收受利益行為），由此可見賄賂罪之重要性。然而，此一犯罪在構成要件上的解釋在實務與學說上多有爭論，這些爭議也導致賄賂罪認定上的困難。因此，為了解決賄賂罪的相關爭議，法務部在 2018 年提出草案，打算解決賄賂罪的相關爭議並彌補實務限縮解釋下所產生的法律漏洞。基此，本文將在本章先行分析賄賂罪主要爭議的兩個議題，即職務行為的概念與對價關係的判斷，並檢視實務上富有爭議的三種餽贈類型，最後再介紹法務部草案所提出的修正方向。

第一節 職務行為的概念

依照我國刑法第 121 條、122 條與貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款、第 5 條第 1 項第 3 款之規定，行為人必須對於職務行為要求、期約或收受賄賂或其他不正利益方能構成賄賂罪，因此職務行為必然是賄賂罪是否成罪的關鍵。針對職務行為的一個基本觀點是，職務行為應依法令而定其範圍[11]，因此若個案中所涉及的職務行為已由法規所明文規定，在判斷是否構成賄賂罪上自然不成問題。然而，現代國家的功能越發繁多，政府體制也越來越龐大，要求政府要將公務員的職務行為均鉅細靡遺地以法令規定實屬困難，若將職務行為限於法規明定的情形，不免會被批評過於狹隘而造成處罰漏洞。因此為了更好的去涵蓋公務員職務行為之範疇，學說基本上會從「抽象職務權限」與「職務密切關聯行為」兩個面向來擴張職務行為的範圍，試著涵蓋到那些法令所未明定的行為[12]。相對於學說關於職務密切關聯行為的見解，我國實務則開始運用所謂的「實質影響力」概念，試圖擴張職務行為的範

[11] 參林山田（2005），《刑法各罪論（下）》，5 版，頁 82，自刊；盧映潔（2021），《刑法分則新論》，17 版，頁 38，新學林；陳子平（2020），《刑法各論（下）》，3 版，頁 595，元照。

[12] 黃士軒（2015），〈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，頁 59。

doi:10.6342/NTU202501340

圍。而在實務提出此一見解後，實質影響力也漸成學說上討論的焦點，因此本文將分別從抽象職務權限、職務密切關聯行為與實質影響力三個層面來論述職務行為的爭議。

第一項 抽象職務權限

討論抽象職務權限之學說所關注的問題在於，個案所涉及的職務行為是否必須是公務員實際上所管轄或承擔的。就此，學說上有兩種觀點，分別是抽象職務權限說（亦有稱為一般職務權限說[13]）與具體職務權限說。抽象職務權限說主張，只要公務員依法令、行政慣例或職務之性質判斷該公務員對於事務具有一般、抽象的權限存在即可認定屬該公務員之職務行為，縱使依照機關內部職務的劃分該公務員實際上並不會承擔該事務，或公務員實際上沒有對該事務的獨立決策權，亦不影響職務行為的判斷[14]。具體職務權限說則主張，必須是公務員依照規定受分配而處理之事務，才能構成賄賂罪之職務行為[15]。

相較於通說所採之抽象職務權限說，我國實務早期是採取具體職務權限說的立場，例如最高法院 102 年台上字第 4882 號判決認為，貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款所規定之職務，須在公務員之法定職務權限範圍內，且公務員對該事務有具體影響之可能方能構成。而司法警察官依刑事訴訟法第 229 條第 1 項第 1 款規定，僅於管轄區領域內才有協助檢察官偵查犯罪之職權，故對於其管轄區外之妨害風化行為，並無調查犯罪之職權。是以最高法院是認為賄賂罪之職務行為應視公務員是否具體承擔為斷，僅是在法令上有一般、抽象的職務權限尚無法構成賄賂罪之職務行為，因而撤銷該案原審之判決。

固然此一判決受到學說的猛烈批評，然而本文認為該案特別之處並不在於其

[13] 曾淑瑜（2007），〈賄賂與職務之關聯性〉，《月旦法學雜誌》，151 期，頁 233 以下；甘添貴（2010），《刑法各論（下）》，頁 381 以下，三民；李錫棟（2011），〈日本法上賄賂罪職務行為之研究〉，《法學叢刊》，56 卷 3 期，頁 25 以下。

[14] 曾淑瑜，前揭註 13，頁 234。

[15] 黃士軒，前揭註 12，頁 60。

doi:10.6342/NTU202501340

採取狹隘之具體職務權限說，而是在於該案作成時，最高法院其實已形成實質影響力說之見解（參最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決），亦即該時期最高法院同時存在著即為限縮之具體職務權限說與極為廣泛之實質影響力說，對於同一職務行為要素在同一時期竟有如此巨大的差異，也難怪會有司法恣意的批評聲音[16]。針對如此巨大的見解差異，一直到最高法院 103 年度第 8 次刑庭決議改採抽象職務權限說後才獲得解決。該決議之肯定說指出，刑事訴訟法第 231 條第 2 項並無轄區之限制，且警察法第 9 條第 3 款規定警察有依法協助偵查犯罪之職權，內政部警政署並訂有越區辦案之相關規定，可見警察轄區之劃分僅是使警察勤務之派定、規劃、指揮、督導及考核等相關工作能更為順利的執行而已，非在限制警察僅於自己所屬之轄區內才有依法協助犯罪偵查之職權，故若警察因收受利益而對轄區外之犯罪不與調查獲通報，自有違背職務收賄罪之適用。

雖然此一見解獲得多數學說之贊同，並成為最高法院後續裁判之定見，但仍有學說對此提出異議，其指出若僅因公務員在法令上對事務具有抽象權限即肯定賄賂罪中職務行為的存在，可能有過度擴張賄賂罪處罰範圍之疑慮，如前述關於警察轄區之爭議若採取抽象職務權限說，則轄區與犯罪發生地距離遙遠的情形（如警察之轄區在基隆，但犯罪偵查地在澎湖）亦會一概認定具有職務權限，對於現實上參與可能性極低之情形是否仍應以賄賂罪相繩，不無思量餘地[17]。因此，學說在考察實務見解後發現實務有以「法規上參與可能性」及「事實上參與可能性」兩項指標判斷的標準，並認為此一標準應為較妥適之方法，蓋此一標準不但能涵蓋公務員具有法令上權限而有干涉該事務的可能之情形，亦可透過事實上參與可能性排除掉公務員實際上幾乎無參與可能之情形，可同時顧及保護法益需求並避免過度擴張賄賂罪處罰範圍之疑慮[18]。本文認為此一較為折衷的見解顧及法益保護的需求與罪刑法定原則之要求，應屬可採。但仍需指出的是，縱使採取此一見解仍不免會出現

[16] 林鈺雄（2015），〈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，頁 103。
[17] 黃士軒，前揭註 12，頁 62。
[18] 黃士軒，前揭註 12，頁 110-111。

doi:10.6342/NTU202501340

一些灰色地帶，以前述警察轄區為例，基隆與澎湖距離或可認警察的事實上參與可能性較低，但若是基隆與宜蘭之案例，警察是否具有事實上參與可能，似乎也難以一概而論，就此也僅能參酌個案事實來認定，但本文認為在個案事實的判斷上應盡可能提出客觀的標準，如個案情形在地緣上有無關聯、犯罪可能波及之範圍等，避免讓參與可能性此一標準流於恣意。

第二項 職務密切關連行為

討論職務密切關連之學說所關注的問題在於，若事務並非有法令明文規定屬公務員之職務行為，則可否及如何透過法令規定以外的觀點來認定職務行為。此處之問題與前述抽象職務權限問題的不同之處在於，此處之問題在於確定事務是否具有職務之屬性，於確定事務存在職務屬性後，才有職務行為是否必須由公務員所具體承擔之問題（即抽象職務權限說所處理之議題）。

採取職務密切關連行為的學說認為，職務行為不以法令明定者為限，即使事務並非法律所明定，只要其與公務員之職務有密切關聯即已足，可認定構成賄賂罪中的職務行為[19]。學說採取此種解釋方式的理由在於要充分保護法益，若僅將職務行為限縮在法令明定之事項上，則公務員只要利用法無明文的事務來規避此一要件即可脫免賄賂罪之制裁，無疑會造成人民對於職務公正性的不信賴，因此為充分保障對於職務公正信賴之保護法益，應將可能會影響社會信賴的職務密接關聯行為也納入賄賂為的處罰範圍[20]。

將職務行為的範圍擴張到法定職務外之密切關連行為的見解獲得多數學說的贊同[21]，但接下來的問題便是，要如何認定什麼樣的事務可以構成職務密切關連行

[19] 曾淑瑜，前揭註 13，頁 236；李錫棟，前揭註 13，頁 53；蔡銘書（2011），〈關於賄賂罪職務行為之最高法院裁判動向〉，《法學叢刊》，56 卷 3 期，頁 103；陳子平，前揭註 11，頁 600-601。
[20] 陳子平，前揭註 11，頁 600-601。
[21] 李錫棟，前揭註 13，頁 51 以下。相對於此，學說上亦有認為應謹守目的限縮解釋的方式，將職務行為限定在法定職權的範圍內，以避免違反類推禁止之罪刑法定原則要求，參柯耀程（2011），〈「職務」概念的解釋與限制〉，《法學叢刊》，56 卷 2 期，頁 26。

doi:10.6342/NTU202501340

為。我國學說主要參考日本學說見解，提出公務說、地位利用說與影響力說三種見解來認定職務密切行為的範圍[22]。

公務說乃是從事務的形式上予以判斷，即以事務是否具有公務員職務之公務性質判斷是否屬於職務行為。此說較為緊扣公務性質的概念，故首先應釐清此處所指之公務性質為何。學說指出事務之公務性質係指事務具有本來職務之準備行為的性質，或具有類似於本來職務準備行為之事實上的職務行為的性質，因此如法案在委員會初審時，議員因該法案非屬自己所屬委員會審議之法案，而勸說屬該委員會之議員在審議法案時為一定的表示，即可認定該行為是未來在院會審議法案而形成意思決定之準備行為，故具有公務性質而屬職務行為[23]。

地位利用說則是以公務員是否以其作為公務員之地位向自己行為之相對人施以影響力而判斷是否構成職務行為。此說認為如果行為之相對人會因違背該公務員影響意思，而在後續該公務員正式行使職權時遭受不利益，則該行為即可認定是利用職位影響力之行為而屬職務行為，是以若國立大學的音樂系教授向其修課學生大力推薦購買某特定廠牌之樂器，則其行為可認定是利用其國立大學的音樂系教授之公職地位發揮影響力，該當賄賂罪之職務行為[24]。

影響力說是以事務對於公務員原本的法定職務有無影響而定，蓋事務若會影響原本的法定職務（例如對法定職務之執行產生一定拘束力），即與法定職務產生實質關聯而具有可罰性，如某黨派之議員在議長選舉之前，就該黨派所推薦之議長候選人人選所進行之黨內假投票行為，即因該假投票會對後續議長選舉產生一定影響，故可認該假投票行為屬於職務行為[25]。值得注意的是，雖然地位利用說與影響力說均到影響力的概念，但兩者所作用之面向並不同，地位利用說之影響力是對於他人之影響力，影響力說之影響力則是指對公務員自己本身的影響力，在適用時

[22] 曾淑瑜，前揭註 13，頁 236；李錫棟，前揭註 13，頁 38 以下；蔡銘書，前揭註 19，頁 72。
[23] 李錫棟，前揭註 13，頁 39。
[24] 李錫棟，前揭註 13，頁 41。
[25] 李錫棟，前揭註 13，頁 44。

doi:10.6342/NTU202501340

應注意兩者之不同。

既然學說上提出了三種標準來界定何謂職務密切關聯行為，則勢必要釐清三者間的關係為何，是彼此互斥還是有綜合參酌之餘地。學說上有主張三者並非互斥，而是彼此相容的觀點，因此在職務密切關聯行為的判斷上應綜合三種觀點，若該事務是否有實質利用其法定職務之地位，在形式上是否具有公務之性質，並會對於法定職務之公正執行產生影響，即可認定是職務密切關聯行為而該當賄賂罪之職務行為[26]。仔細剖析此種綜合觀點可以發現，此觀點的核心概念在於透過公務說來排除完全欠缺公務性之行為，避免單純的私人事務也會被納入職務行為的範疇，並透過地位利用說與影響力說的實質判斷標準，彌補公務說被質疑欠缺充分判斷功能的缺陷，故可謂兼採形式與實質標準的見解。然而，此見解雖看似充分掌握各說之優點而顯得十分理想，惟學說上仍有指出從原本三說所欲掌握之案例類型，可以發現三說可能是存在著相異而互斥的構造。如前述所舉之國立大學音樂系教授勸說學生購賣特定廠牌樂器之例，雖然符合地位利用說的檢驗標準，但由於個案涉及的是私人間的買賣，可否認定具有公務之形式應有疑問[27]。學說上對此可以回應的是，地位利用說的重點並非對於相對人之影響力，反而個案中利用公務員地位而為之行為是否具有公務性質才是重點[28]，因此前述案例應判斷的是教授勸說學生的行為是否具有公務性質，學生與廠商的私人買賣關係並不重要。然而本文認為這樣的標準實際上僅是公務說的翻版，在個案的判斷上仍不脫公務外觀的看法，則地位利用力說與影響力說在這種綜合觀點下究竟有無實益，實有疑問[29]。

若前述的綜合觀點實際上仍不脫公務說的範疇，那接下來需要檢驗的就是公

[26] 李錫棟，前揭註 13，頁 46。
[27] 黃士軒，前揭註 12，頁 69。
[28] 曾淑瑜，前揭註 13，頁 236。
[29] 影響力說也會因為欠缺公務外觀而產生爭議，蓋若一個完全私人的行為對於後續的職務行為有所影響，那該私人行為也會因此成為職務密切關連行為，如此結論不免讓人質疑職務行為的範圍是否擴張得過大了。如公立學校老師因收受家長利益而利用私人時間指導學生學習，若該行為對於其原本職務有影響，則這種出於私人感情的行為也會構成賄賂罪，如此之結果應非合理，參李錫棟，前揭註 13，頁 44-45。

doi:10.6342/NTU202501340

務說的妥適性。公務說以公務外觀的角度出發，將不具公務外觀的私人行為排除在職務行為之外的功能雖然讓人贊同，然此說似乎並不能提出更近一步的判斷，例如在行政機關服務之工友趁承辦人員不在時，批改承辦人員負責的公文，即使批改公文的行為具有公務外觀，但我們顯然不會認為批改公文是工友的職務行為[30]。讓我們得出批改公文並非工友職務行為的原因是我們對於工友職務的理解，由於我們對於工友職務的理解明顯不包含批改公文，所以我們能很快的判斷出此事並不該當賄賂罪之職務行為，因此個案是否構成職務行為，仍應回歸到對於公務員職務的實質理解，單純的公務外觀並非一個有效的標準。那麼什麼是職務的實質理解呢？如果地位利用說及影響力說的實質判斷標準都不可採，那麼有什麼是可以當作實質標準的呢？

如本節一開始所述，職務密切關連行為的概念是為了避免因法令未能將職務行為鉅細靡遺規範而導致處罰漏洞產生而生的概念，若我們將法令作實質的理解、解釋，不把職務行為限縮在法令明文的情形，而將範圍擴及至能從法令解釋出的範圍，似乎就沒有使用職務密切關連行為概念之必要。例如前述議員勸說其他委員會議員之案例，雖然其他委員會的法案審議並非由該委員會以外之議員處理，但委員會審議基本上就是法案進入由全體議員組成之院會審議所必經之過程，是以議員的勸說行為實際上可被解釋為審議法案行為所必要不可分的一部分，故縱使不使用職務密切關聯行為的概念，一樣可以得出勸說行為屬於職務行為的結論[31][32]。因

[30] 謝煜偉（2023），〈定分止爭抑或治絲益棼？－評最高法院 110 年度台上大字第 5217 號刑事大法庭裁定暨其本案判決〉，《台灣法律人》，25 期，頁 156。

[31] 黃士軒，前揭註 12，頁 67-68，另外學者也指出，學說對於職務密切關連行為之見解，是援引自日本學說對於日本賄賂罪所使用之「公務員『關於』其職務」所作之解釋，然而我國賄賂罪所使用的文字與日本賄賂罪不同，似無非援引日本學說見解不可的情形，參黃士軒，前揭註 12，頁 109，註 115。

[32] 即使仍採用職務密切關連行為的概念，亦必須緊扣公務員原本的法定職務作解釋，如有學說就指出只有「事務領域」這一介面因子能夠用來擴張職務行為的概念。蓋僅有在非法明文職務仍落在公務員原先的事務領域之中，並與之具有重大連結屬性（例如為法定職務的前提行為或必要伴隨行為）時，才會存在本罪所需保護的公正職務，並能夠切合法條的「職務」用語。參許恒達（2024），〈請託行為與貪污犯罪－評最高法院 110 年度臺上大字第 5217 號刑事大法庭裁定〉，《政大法學評論》，178 期，頁 44-48。雖然在論述途徑上或有不同，但因此一見解仍強調必須從法律的角度（原先的事務領域）來理解職務密切關連行為，故本文認為其在結論上與實質解釋職務法律之見解不會有太大差異。

doi:10.6342/NTU202501340

此職務密切關連行為之意義毋寧是在提醒我們，職務行為不須限縮在法令明文的範圍，縱使是法規所未明文之行政慣例，甚至是能從法令所解釋出的行為，均可構成賄賂罪之職務行為，如此一來不但能避免產生處罰漏洞，也能緊扣公務性質的要件而避免職務行為無止境的擴張[33]。

第三項 實質影響力

相較於學說發展出抽象職務權限與職務密切關聯行為的概念來界定職務行為，我國實務自行引進了實質影響力的概念，並逐漸在實務運作上佔有一席之地，也漸漸成為學說所關注的焦點，因此本文有必要對此一概念提出進一步的說明與檢視。

實質影響力的見解源自於最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決，該案被告是中華民國前總統，涉嫌與配偶共同收受賄賂而召集行政院正、副院長及行政院國家科學委員會（下稱國科會）主任委員至總統府內討論某財團土地出售的問題，最終經過短暫討論後，被告在不顧行政院正、副院長反對意見的情況下裁示由國科會以先租後購的方式處理該土地案件。除此案之外，被告還涉嫌與配偶共同收受賄賂而要求財政部長安排某證券公司董事長職務給 A，並在此事受阻後經多方協調而改讓 A 至台北金融大樓公司擔任董事長。在上述兩個案例事實中的爭議之處即在於，被告身為總統，其職權是否及於政府的購地行為與民營企業的人事安排，因而使其行為構成賄賂罪之職務行為。

在本案之前，實務上大多採取法定職權說之限縮立場，如最高法院 84 年台非字第 53 號判決謂：「職務係由政府機關依人事法令所賦予之職掌事項，而依其職務所從事之職掌事項，則為其主管權責範圍內之工作事務，因之，所謂職務上行為，乃其職務上所從事之主管工作事務。」該判決即是從人事法令的角度認定職務行為

[33] 黃士軒，前揭註 12，頁 110-111；謝煜偉，前揭註 30，頁 155。另外學說上也有提到德國學說也是偏向如此的實質判斷標準，相較於我國學說在判斷上更具一致性，參許恒達（2015），〈賄賂罪職務行為之再探討－以民意代表受賄事例為中心〉，《檢察新論》，17 期，頁 85。

doi:10.6342/NTU202501340

之範圍[34]。然本案最高法院卻未採取過往實務見解，而發展出實質影響力之見解，認為:「所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，祇要該行為與其職務具有關連性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當。」並認為「總統就國家重大政策或重要人事，一旦親身參與或干預，對於該特定結果，即具有實質上之影響力，自不得藉此職務上所得為之行為，收受對價。」因此最高法院最後認為國科會、行政院核准購地之結果，乃是被告發揮基於總統地位之實質影響力所致，因此認定被告構成職務收賄罪而駁回被告上訴。而就安排董事長職務一案，最高法院認為，財政部長因對其所主管之公營事業或所管理基金投資持有之民營公司股權具有管理權限，故其本於該管理權限，自對民營公司之人事安排具有實質影響力，從而認為總統對於財政部長之任免有實質決定權，因而被告要求財政部長安排民營公司之人事之行為，乃是透過總統地位之實質影響力為之，自屬其職務範圍所得為之行為，故駁回被告上訴。總而言之，最高法院所採的實質影響力見解認為，只要行為與職務具有關聯性並為該職務實質上之影響力所及，即可認定為職務行為。

針對此一實務見解，部分學說認為若固守法定職權說的見解，將造成賄賂罪之處罰範圍過於狹隘，造成高官、立委容易脫免賄賂罪之制裁，形成法益保護的漏洞，並不妥適[35]。此外亦有學說主張，從比較法的角度來看法定職權說過於保守，是日本實務一百年前即揚棄的概念，如今我國若仍採取法定職權說之立場，將顯得我國未能與時俱進[36]。綜合上述學說的觀點，可看出其大多都是從法益保護的觀點出發，認為只有擴張職務行為的範圍方能滿足法益保護的需求，至於對於職務行為之認定可能過於空泛的批評，學說也認為可以透過前述職務密切關連行為的概念解決

[34] 另最高法院 98 年度台上字第 1670 號判決亦指出：「所謂職務上行為，係指公務員依法令具有『法定職務權限』範圍內所應為或所得為之事項。」可見其同樣採取法定職權說的立場，而其他亦同此立場者，可參最高法院 98 年度台上字第 395 號判決、最高法院 98 年度台上字第 7218 號判決、最高法院 99 年度台上字第 2577 號判決、最高法院 99 年度台上字 940 號判決等。

[35] 陳子平，前揭註 11，頁 600-601；林朝雲（2015），〈論「法定」職務權限與賄賂罪中「職務行為」的關聯性〉，《中央警察大學法學論集》，29 期，頁 173-186。

[36] 李錫棟，前揭註 13，頁 53。

doi:10.6342/NTU202501340

[37]。

然而，相對於前述部分學說的見解，多數學說見解對於實務所採之實質影響力說仍採取反對之立場，認為從我國採取實質影響力說的裁判來看，並無法歸納出穩定的認定標準，成罪與否僅能仰賴個案法官的認定，如此恣意的法律適用對於被告明顯並不公平[38]。再者，學說上亦有認為，若公務員是基於主管或監督地位即認定對於事務具有實質影響力，顯然違背了公務機關的分層負責體系，甚至只要位居高位（如民選首長或民意代表），依其身分地位對於任何事務幾乎皆可認定有實質影響力，如此一來在實質影響力說之下這些位居高位之公務員的一舉一動都有構成職務行為而成立賄賂罪之空間，使得職務行為一詞的文義逐漸模糊，失去限定賄賂行為之功能而違背明確性原則[39]。另外，學說也認為從 2005 年對於公務員概念的修法，也可以看出立法者有意將貪污犯罪的類型限定在公務員具法定職權的情形，因此基於歷史解釋與本於權力分立原則而尊重立法者的立場，自不應違背當時的修法意旨而採取實質影響力的見解[40]。而從體系解釋的觀點亦可得出不應採取實質影響力說的結論，蓋若採取實質影響力說，則賄賂罪與貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務上機會詐財罪及同條例第 6 條第 1 項第 5 款的非主管監督事務圖利罪變得難以區分，將使此二罪之設立意義大為減損[41]。最後也是最重要的一點是，實質影響力說所使用的概念實際上是將原本非職務上行為之事務轉化為職務上之行為，此種目的性擴張解釋已超出職務行為一詞的外在文義界限，有落入類推適用而違背罪刑法定主義之疑慮[42]。

---

[37] 李錫棟，前揭註 13，頁 54。

[38] 許恒達（2017），〈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，頁 145。

[39] 吳景欽（2016），〈政治獻金與賄賂的區別與談稿〉，《台灣法學雜誌》，302 期，頁 68-69。惟本文認為若事務為公務員的主觀監督權限所及，認定為該公務員之職務行為並無不妥，蓋此時公務員本依法令具有介入該事務之空間，從法定職權說之觀點應可認係職務行為。此外，公務員本來就應對於主管或監督之事務負責，故若公務員因對於主管或監督事務收受賄賂而成立賄賂罪之刑責，並未違背公務機關的分層體系。是以本文認為該文對於實質影響力說的批評，實際上僅在於事務為「非」公務員主管或監督事項時才會成立。

[40] 蕭宏宜（2012），〈賄賂罪的「職務上行為」概念－兼評最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決〉，《東吳法律學報》，24 卷 1 期，頁 109。

[41] 蕭宏宜，前揭註 40，頁 112。

[42] 蕭宏宜，前揭註 40，頁 109-110；柯耀程，前揭註 21，頁 26；許恒達，前揭註 38，頁 145。認

doi:10.6342/NTU202501340

縱然受到學說的猛烈批評，實務上仍未放棄實質影響力說的見解，在近期最高法院 110 年度台上大字第 5217 號裁定所作出的統一見解中，仍可看出其使用了實質影響力的見解。該裁定認為：「民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人員為關說、請託或施壓等行為，實質上係運用其職務或身分地位之影響力，使該管承辦人員為積極之行為或消極不為行為，如形式上又具公務活動之性質者，即與其職務具有密切關連，該當於貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款公務員職務受賄罪之職務上之行為。」較為特別的是，該裁定還採取了公務說的觀點來試圖回應對實質影響力說的批評，可說是呼應了前述學說認為可以透過職務密切關連行為限定實質影響力的見解。然而正如前述，公務說實際上僅能排除明顯私人行為成立賄賂罪之可能，並無法再提出進一步的判斷標準，而實質影響力說本身已有要求必須與公務員之職務有所關聯，在這種情形下幾乎都可以認為具有公務外觀的形式，則公務說是否真能達到限縮實質影響力說的功能，實有疑問[43]，尤其大法庭在公務外觀上又採取寬鬆認定的方式，連與公務活動有關及其延伸之行為也可納入，更是加深了採取公務說究竟有無實益的疑問。

針對上述爭議，本文認為雖然從法益保護的觀點解釋職務行為，以涵蓋足以侵擾法益但卻位於灰色地帶之公務員行為有其值得認同之處，然而本文亦認為法律之解釋仍應緊扣法條之文義，不宜將犯罪之成立範圍擴張至文義的界限範圍之外，否則將使人民無所適從，無從預知自己的行為是否成立犯罪，有違法之安定性。因此，本文認為應捨棄實務上之實質影響力說的觀點，將職務行為限縮在可從法令解處出的範圍（基本上可包含法定職務之準備工作或輔助性事務），至於職務行為所

為不違背者明確性原則與類推適用禁止原則者，可參花滿堂（2023），〈試論特別賄賂罪－最高法院 110 年度台上大字第 5217 號裁定釋評〉，《月旦裁判時報》，133 期，頁 69 以下；林東茂（2016），〈瀆職貪污罪的刑法規範〉，黃源盛（等著），《法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集－刑法卷》，頁 380，五南。

[43] 謝煜偉，前揭註 30，頁 156。另外也有學說指出大法庭見解對於公務性的判斷實係以行為人是否具有公務員身分作為最具決定性的判斷標準，故容易得出有公務員身分就有公務性的結論，如此一來便難以達成使構成要件明確化的功能，詳細論述參，黃士軒（2024），〈公務員賄賂罪中的職務密切關連行為概念－簡評最高法院 110 年度台上大字第 5217 號刑事裁定〉，《當代法律》，34 期，頁 101-102。

doi:10.6342/NTU202501340

未能涵蓋卻足以侵擾法益之行為，應屬立法上之漏洞，僅能透過立法者修法的方式予以填補，例如增設影響力交易罪，不能單憑有法益保護之需求就將恣意擴張犯罪之成立範圍。

第二節 對價關係

雖然我國賄賂罪之條文中皆未提到對價關係，但實務與學說均肯認其為賄賂罪之不成文構成要件要素，賄賂與職務行為之間必須存有對價關係，才能認定行為人構成賄賂罪[44]，故可見對價關係在犯罪成立與否之認定上的重要性。學說上多認為賄賂罪之非難核心在於行為人之「不法約定」（Unrechtsvereinbarung），行求、期約、交付，以及要求、期約、收受賄賂之行為之所以在刑法上值得非難，並非是因為給付本身[45]，而是因為行賄與收賄雙方將公務員之職務行為作為可交易之客體，此種以賄賂換取職務行為之給付目的或不法約定將會損及人民對公務員執行職務之公正性的信賴[46]，因而造成賄賂行為在刑法上是可罰的[47]。

既然對價關係對於賄賂罪之成立與否具有舉足輕重之重要性，則勢必要釐清此一概念之內涵，才能將其精準的適用到個案的事實上。尤其我國實務在對價關係認定的結論上往往出現非常巨大的差異，更加凸顯有深入探究此一概念之必要，因此本文以下將分別從對價關係之定位以及對價關係之審查要素兩方面來探討對價關係，試著指出現行關於對價關係的認定存在著哪些問題。

---

44 許澤天（2023），《刑法分則（下）》，5 版，第 10 章邊碼 54 以下，新學林；柯耀程（2004），〈賄賂罪成罪條件之認定－評彰化地方法院九十年度訴字第一三四九號判決〉，《月旦法學雜誌》，110 期，頁 228 等。實務見解可參最高法院 70 年度台上字第 1186 號判決（前判例）：「賄賂之不法報酬必須與公務員之職務行為或違背職務行為具有一定之對價關係，苟非關於職務行為或違背職務行為之報酬，即不得謂為賄賂。」

45 這些作為賄賂之給付本身通常是合法的，如行賄者過去所合法賺取的財產，故給付本身並非非難重點。而財產轉行為亦非賄賂罪非難之對象，蓋財產移轉行為本是民法上之行為，縱為無償之財產移轉，亦僅為民法上之贈與，自無可非難之處，參陳又新、林志潔（2013），〈賄賂罪對價關係之實證研究－兼評最高法院相關判決〉，《法令月刊》，64 卷 10 期，頁 64-65。。

46 關於賄賂罪的保護法益為何，學說上有多種不同見解，詳後述。

47 林鈺雄，前揭註 2，頁 49；張麗卿（2012），〈刑法上公務員受賄犯罪之研究〉，《輔仁法學》，44 期，頁 19-20。

doi:10.6342/NTU202501340

第一項 對價關係的定位與內涵

對價關係基本上指的是職務行為與賄賂之間的對等關係，屬於一種客觀構成要件要素，此點較無疑問。然而有問題的是，有學說指出，實務在對價關係的判斷上出現了兩種不同的判斷方式，分別是從客觀角度認定對價關係之有無以及從主觀角度認定對價關係之有無，並認為兩者不同的出發點與對於對價關係實質內容的理解即可能是造成對價關係認定上出現差異之原因[48]，故本文將先討論上述兩種觀點，試著釐清對價關係的實質內容。

首先，從客觀角度判斷對價關係的實務見解以最高法院 84 年台上字第 1 號判決（前判例）為代表，該判決指出：「是否具有相當對價關係，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，不可僅以交付之財物名義為贈與或政治獻金，即謂與職務無關而無對價關係。」從該判決的內容來看，該判決將重點放在賄賂與職務行為在客觀上的對應關係，透過綜合客觀上的一切情狀來判斷對價關係之存在，較無提及關於行賄、受賄雙方主觀認知的問題[49]。

而從主觀角度判斷對價關係的判決，則有最高法院 94 年度台上字第 3187 號判決，該判決謂：「所謂對價關係，祇要雙方行賄及受賄之意思達成一致，而所交付之賄賂或不正利益，與公務員為違背職務行為之間具有原因目的之對應關係，即為已足；並不以他人所交付之賄賂或不正利益之價值，與該他人因公務員違背職務之行為所獲得利益之價值相當為絕對必要。」從此判決之意旨來看，雖然此判決也有提到賄賂與職務行為的對應關係，然而其更加強調行為人主觀間行賄、受賄之意思合致，似乎認為在可確認行為人意思合致的情形下，在賄賂與職務行為的客觀對應關係的審查上可較為寬鬆。

---

[48] 陳又新，林志潔，前揭註 45，頁 66。

[49] 同樣採取客觀角度判斷者，可參最高法院 91 年度台上字第 6664 號判決、最高法院 97 年度台上字第 3516 號判決、最高法院 100 年度台上字 6621 號判決等。

doi:10.6342/NTU202501340

從上述的判決來看，實務的確存在兩種略微不同的判斷標準，不過學說雖然將後者的判斷標準稱為主觀角度判斷對價關係，然而本文認為此一標準實際上仍會考慮客觀上賄賂與職務行為的對應關係，故稱為主客觀綜合考量說或許更為貼切一些[50]。那接下來的問題是，哪一種判斷方式是較為合理的？比較兩說可以發現，兩者之差異在於對於行為人主觀上行賄、受賄意思的審查，那麼行為人主觀意思的性質為何，便會影響到其是否應納入對價關係的判斷上。學說上似有認為行為人主觀上的行賄、受賄意思是故意的內容，因此若欠缺此一要素便不能成立賄賂罪[51]。若依此見解，則對價關係應從客觀上予以判斷，蓋行賄、受賄意思是主觀故意的問題，而非屬於客觀構成要件要素之對較關係所要處理的問題。

對價關係是客觀構成要件要素，故行為人主觀上自然需要認識到對價關係的存在，對此本文並無不同意見，然而這是否代表對價關係不具有行為人主觀意思的成分存在，本文則略有不同意見。詳言之，既然賄賂罪之非難核心在於不法約定，即行為人將職務行為當作買賣的客體，則賄賂罪的認定上必然需要有意思合致的成分在，而這也應該體現於對價關係此一要素上，蓋對價關係乃是連結賄賂與職務行為的要素，若欠缺對價關係則無法建立起賄賂與職務行為的交錯合致關係[52]，便無法形成一種不法約定，是以對價關係本身必然含有意思合致的要素存在。而既然謂「意思合致」，則對價關係的成立上，必然需要存在著雙方意思溝通後而相互取得同意的事實，亦即個案中需要有行賄、受賄意思合致的事實存在，是以行賄、受賄意思之有無，實亦為對價關係層次的問題，並非單純只是主觀故意層次的問題[53]。因此在對價關係的認定上，本文認為應將行賄、受賄意思之有無納入判斷，亦即本文認為應採取主客觀綜合考量的標準較為妥適。另外需要特別指出的是，賄賂

[50] 如最高法院 97 年度台上字第 1410 號判決即明白指出：「所謂對價關係，不僅應就客觀存在之事實觀察，亦應審究交付者與收受者主觀上之認識而綜合判斷。」可見實務並非純粹從主觀角度判斷。

[51] 許絲捷（2020），〈不違背職務賄賂之對價關係成立與認定－以未來不確定給付與餽贈為中心〉，《台灣法學雜誌》，387 期，頁 80。

[52] 柯耀程，前揭註 44，頁 228。

[53] 許恒達（2014），〈賄賂罪之對價關係及證明難題：評最高法院 102 年度臺上字第 4887 號刑事判決與其相關裁判〉，《軍法專刊》，60 卷 2 期，頁 73-74。

doi:10.6342/NTU202501340

行為可區分為已有合意存在的期約與交付、收受階段，以及尚未有合意存在的行求、要求階段。前者既然已有合意，在對價關係的認定上自應證明有行賄、受賄的意思存在，而後者因尚未達到意思合致的階段，故應證明的是行為人有形成對價關係的期待意思，是以兩種不同類型的行為階段在對價關係的認定上亦有不同[54]。

第二項 對價關係的審查要素

在確認了對價關係的定位與內涵之後，接下來本文要探討的是對價關係的審查要素，既然對價關係是賄賂罪成立與否的重點，則勢必要確認對價關係需要審查哪些要素。而在對價關係的審查要素中，關於職務行為特定性的爭議尤其受到學說所關注，因此本文將先介紹關於職務行為特定性的問題，再接著討論其他的審查要素。

第一款 職務行為的特定性

依照我國實務的多數見解，賄賂必須連結到特定的職務行為，方能構成對價關係，如最高法院 99 年度台上字第 5364 號判決即謂：「所謂職務上行為之『對價關係』，係指行賄者交付賄賂或其他不正利益之目的，係以公務員踐履某種特定職務上之行為，或消極不為某種違背職務上之行為，以為回報，而公務員主觀上亦有因收受賄賂或其他不正利益，而配合達成行賄者上述要求，以資報償之意思。」[55]依此，若公務員收受利益時，並未與行賄者約定以特定或可得特定之職務行為作為回報，則公務員自不成立賄賂罪，至多僅為違反公務員倫理規範的問題而已[56]。

---

[54] 許恒達，前揭註 53，頁 74。

[55] 同此意旨者，可參最高法院 105 年度台上字第 456 號刑事判決、最高法院 106 年度台上字第 262 號判決、最高法院 106 年度台非字第 119 號判決等。相對於此，實務上亦有採取較為寬鬆之見解，如最高法院 108 年度台上字第 1544 號謂：「行、收賄雙方對於是類接續提供、接受招待之相對給付，常僅概括會意賄求之內容或目的，或大略確認其間報償之對價關係，而未言明具體細節，本即事理之常，並無礙前述行賄、收賄犯意及其間對價關係之認定。是若雙方已彼此意會係基於同一主要原因與目的之對應關係，仍續予提供或接受招待而接續交付、收受不正利益，不論公務員於接續收受不正利益期間已否踐履，或係各次接受招待之前或之後交錯踐履（或不執行）所賄求之眾多職務上或違背職務行為，致無從細究區別各不正利益係事前或事後給付，甚或逐一特定其個別對應關係，仍無足影響前述交付、收受賄賂合意之認定。」

[56] 許恒達，前揭註 53，頁 76-77。

doi:10.6342/NTU202501340

相較於多數實務在與職務行為的對價關係之認定上採取嚴格的解釋方式，學說上有採取較為寬鬆的解釋方式，認為僅須行為人主觀上對於一定職務行為具有概括的約定即已足，賄賂與各個職務行為之間不必均有對價關係[57]。此種見解的優點在於，若在個案上無法證明行為人係以哪個特定職務行為作為對價，但已可認定出大致的職務行為之輪廓，則仍可認定個案中存有對價關係而構成賄賂罪。尤其在職務賄賂罪之情形，採此種寬鬆對價關係的見解更有優勢，蓋在職務賄賂罪之情形，通常欠缺一個違背職務的外觀，所存在的都是合於法令的職務行為，因此要特定出哪些合法的職務行為與賄賂存在對價關係實屬不易。尤其行賄、受賄雙方在約定時通常也不會仔細約定細節（例如要求公務員應如何具體行事），甚至彼此可能僅是透過默契來達成協議，在證據蒐集如此艱難的情形下，也難以證明特定職務行為的對價性[58]。但若在寬鬆的對價關係下，只要能夠確定大致上某些職務行為的存在已足，大大降低了檢察官證明上的負擔。

另外亦有學說提出應依照違背職務賄賂罪與職務賄賂罪之不同，採取寬嚴不同的對價關係認定標準。蓋違背職務賄賂罪既然要求個案上要有一個違背職務之行為存在方能構成，那自然須指出有一個特定的行為，且該行為具有違背職務的屬性方符合此處之要求，因此在違背職務賄賂罪採取嚴格的對價關係認定標準有其意義。相反的，在職務收賄罪之情形，則應採取寬鬆的對價關係認定標準，方能發揮職務賄賂罪作為基本構成要件的功能，避免因無法指出特定職務行為的存在，就讓行為人脫免賄賂罪之制裁[59]。

---

[57] 甘添貴，前揭註 13，頁 382。類似見解參，陳子平，前揭註 11，頁 585-587。

[58] 林鈺雄，前揭註 1，頁 6。

[59] 林鈺雄，前揭註 2，頁 59。學說指出，排他互斥之構成要件是極度不妥的立法設計，尤其在共犯的成立上容易出現處罰漏洞（例如甲教唆乙職務收賄，但乙形成決意後卻決定以違背職務行為收賄，若認為此二罪係排他互斥關係，則甲會因欠缺違背職務收賄之教唆故意及正犯未實現職務收賄構成要件而不構成犯罪），因此在解釋上，應將違背職務賄賂罪與職務賄賂罪理解成基本構成要件與加重構成要件之關係，尤其從兩賄賂罪之條文文義來看，違背職務行為必然該當職務行為，故兩罪之競合關係應係法條競合中的特別關係。而將職務賄賂罪稱之為不違背職務賄賂罪的見解，顯然未注意到上述問題，容易產生兩罪處於排他互斥關係的誤解，尤其在 2011 年貪污治罪條例修法增訂職務行賄罪時，誤用了「不違背職務之行為」的概念，更是加深了上述的誤解，參林鈺雄，前揭註 2，頁 50-51；吳耀宗（2015），〈賄賂罪「對價關係」要件之鬆動？（上）－評「前交通部長郭○琪臺北車站商場標租收賄案」歷審判決〉，《月旦裁判時報》，37 期，頁 49-51。關於排他互斥構成

doi:10.6342/NTU202501340

本文認為從職務賄賂罪與違背職務賄賂罪之性質與證明上的困難來看，採取寬嚴不同的對價關係認定標準似乎是較為合理的方法，然而問題在於，現行法的文義是否能夠支持賄賂罪在對價關係的解釋上可以採取不同的認定標準。觀察現行法關於職務賄賂罪與違背職務賄賂罪之文義，可以發現兩罪分別使用「職務上之行為」與「違背職務之行為」的用語，雖然文字用語上略有差異，但從這樣的差異上似乎無法看出職務行為的特定性應採取嚴格或寬鬆的標準[60]。另外學說也指出，雖然賄賂罪之非難核心是不法約定而可得出賄賂罪必有對價關係的要素存在，但從不法約定的概念上也無法導出實體法上必然應採取嚴格或寬鬆的對價關係[61]。既然從文義上及理論上都無法得出對價關係應採取何種標準，那或許僅能從立法上的發展來觀察究竟應採取何種標準的對價關係。

我國賄賂罪之立法可追溯到 1912 年的《暫行新刑律》，該法並未區分職務賄賂與違背職務賄賂，而是將兩者統一規定於第 140 條：「官員、公斷人於其職務要求賄賂或期約或收受者，處 3 等至 5 等有期徒刑。」並對於因而為違背職務行為者加重處罰：「因而為不正之行為或為不相當之行為者，處 1 等至 3 等有期徒刑。」雖然該法文義並未使用職務行為的字眼，但文獻上指出，若要成立賄賂罪，必須涉及官員與公斷人之職務上特定行為或不為特定之行為[62]。準此，或可認為在早期我國法制的背景下，賄賂罪不論是否涉及違背職務均應採取嚴格之對價關係。而後在 1928 年之《舊刑法》改參考外國立法例，將職務賄賂與違背職務賄賂分別規定，並分別使用「職務上之行為」、「違背職務之行為」之用語，在立法架構上已與現行法相當。然而在立法上雖然將職務賄賂與違背職務賄賂分別規定，但似乎未見關於調整對價關係寬嚴認定標準之論述，文獻亦指出該修正重點應係放棄《暫行新刑

要件之爭議，可參蔡聖偉（2010），〈論排他互斥的犯罪構成要件〉，《東吳法律學報》，21 卷 4 期，頁 87-117。

[60] 許恒達，前揭註 53，頁 77。

[61] 林鈺雄，前揭註 2，頁 58。

[62] 《暫行新刑律》第 143 條〈補箋〉，輯於黃榮昌（編）（1923），《大理院法令判解分類彙要（刑律之部）》，4 版，頁 179，中華圖書館，轉引自靳宗立（2012），〈我國懲治貪污之法制演進與檢討〉，《檢察新論》，12 期，頁 59。

doi:10.6342/NTU202501340

律》事前事後的區分方式，而改採違背職務與否的認定方式[63]。因此，似可認為立法者在對價關係的認定上並無調整之意，基本上仍應以嚴格之對價關係為準。

雖然本文從立法史的角度推論立法者在對價關係的認定上採取統一的嚴格標準，然在文獻上並未見太多相關論述，故亦有一種可能是立法者實際上並未意識到該問題，使該要件之解釋存有不同解釋之空間。是以，為進一步確認對價關係的認定標準，本文認為可以參考外國法制之變遷，以反思我國法之架構。就賄賂罪職務行為特定性之問題，我國文獻大多以德國法作為比較對象，我國賄賂罪之立法結構亦與德國法相似，故本文以下將介紹德國法上賄賂罪之變遷。

觀察德國賄賂罪自 1871 年之德意志帝國刑法典起的發展，該法分別在第 331 條與第 332 條規定了未違反義務的收賄罪與違反公務義務或職務義務之收賄罪，並在第 333 條規定了違反職務行賄罪，而不處罰未違反職務之行賄行為，且此時第 331 條與第 332 條係處於排他互斥之關係[64]。學說即指出，德國此時賄賂罪之整體結構與我國刑法典相似[65]。而後在 1974 年德國刑法修法，將賄賂罪之結構改為職務收賄罪與違背職務受賄罪之基本構成要件與加重構成要件之關係，並明定賄賂罪之利益須為職務行為之對待給付（als Gegenleistung für Diensthandlung），並未因職務賄賂罪或違背職務賄賂罪而有不同[66]。學說指出，在此之職務行為（Diensthandlung）係指具有特定內容之公務員的職務上行為，因此可以得知在此時期的德國法，不論是職務賄賂罪或違背職務賄賂罪，均採取嚴格的對價關係認定標準[67]。此一標準一直延續到 1997 年德國修改刑法典，在 1997 年後德國法改以職務賄賂罪或違背職務賄賂罪而區分寬嚴不同之對價關係，在第 332 條之違背職務收賄罪仍舊保持對待給付之用語，彰顯在此罪仍要求嚴格之對價關係，而在第 331

63 靳宗立，前揭註 62，頁 60。
64 NK-StGB-Kuhlen/Zimmermann, StGB § 331 Rn. 1.
65 王效文（2016），〈與談意見（二）：賄賂罪構成要件之重構－評林鈺雄教授「貪污瀆職罪之立法展望－以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心」〉，《檢察新論》，19 期，頁 90。
66 王效文，前揭註 65，頁 90；許恒達，前揭註 53，頁 77。
67 許恒達，前揭註 53，頁 77。

doi:10.6342/NTU202501340

條之職務收賄罪則取消對待給付之要件，並將條文改為「為職務行使（für Dienstausübung）而要求、期約、收受賄賂」，顯示此罪已不要求嚴格之對價關係，而是改採利益只須與不特定職務之行使具有對價之寬鬆的對價關係，故縱使個案上無法證明利益與特定職務行為之對價關係，若仍可以證明利益與「一般職務行為」的弱化對價關係，在德國法上行為人仍應依第 331 條負擔刑事責任，不致產生處罰上之漏洞[68]。

綜合我國法與德國法的發展脈絡可以發現，我國與德國在早期均應係採取統一的嚴格對價關係見解，然而相較於我國立法者在歷次修法上對於對價關係始終保持沉默，德國法在修法上則明確放寬了職務賄賂罪之對價關係認定標準（但並未放棄對價關係之要求），因此接下來的問題便是，若我國立法者在現行法上未對此一問題有所置喙，那麼德國 1997 年修法後的區分見解可否適用在我國法上。學說上有採取肯定見解表示，我國法不同於 1997 年以前之德國法，在賄賂罪之構成要件中並未明文要求對價關係之存在，故相較於德國法，我國法在解釋上更加有彈性，具有多元解釋之可能。再者，從職務賄賂罪與違背職務賄賂罪之文義來看，兩者使用了不同的用語，與德國法在修法前皆使用職務行為（Diensthandlung）之情況不同，故不同的法條用語也提供了為不同解釋的基礎[69]。例外亦有學說指出，不論是嚴格的對價關係或寬鬆的對價關係，在概念上都符合不法約定的賄賂罪非難核心，在我國立法者沒有明白表示立場的情形下，自然有採取寬鬆解釋的空間[70]。

相較於前述的肯定見解，學說上亦有認為我國法僅能採取 1997 前德國舊法的解釋，應嚴格認定對價關係的存在。學說對此提出三項理由，首先，德國法之所以能採取寬鬆對價關係的見解，是因為德國跟上 90 年代以來的國際反貪腐潮流，進而設計出弱化之對價關係的新立法形式而致，然而我國在立法上並未跟上如此潮

[68] 許恒達，前揭註 53，頁 77-78。
[69] 吳耀宗（2015），〈賄賂罪「對價關係」要件之鬆動？（下）－評「前交通部長郭○琪臺北車站商場標租收賄案」歷審判決〉，《月旦裁判時報》，38 期，頁 44。
[70] 林鈺雄，前揭註 2，頁 59。

doi:10.6342/NTU202501340

流，始終都以「對於職務上之行為」或「對於違背職務之行為」作為要求對價關係的實質論理依據，故在無立法更動的情況下，我國無法採取德國新法之解釋。再者，或可認為雖然我國在職務賄賂罪與違背職務賄賂罪使用相同之文字，而可採取一致的寬鬆對價關係，但學說認為賄賂罪的非難核心既然是不法約定，則從契約法上之觀點來看雙方應對於必要之點有所合意方能構成交易關係[71]，在賄賂的脈絡下便是行賄與受賄雙方必須對於具體特定的職務行為有所認識及合意。是以，在立法者並未授權的情形下，自應採取嚴格的對價關係，否則便是不當擴大賄賂罪之處罰範圍。最後，學說認為賄賂罪是在保護人民對於職務公正執行的信賴，因此在設立犯罪時必須採取相對明確的門檻與標準，否則只要以人民信賴減損為理由，就能將各種行為予以入罪化，如此之情形顯非妥適。因此，參考我國賄賂罪的法條並非使用如德國新法之層升立法模式，而係使用相同的法條用語，採取嚴格之對價關係認定標準是一種相對明確，且能有效限制可罰範圍的解釋方式[72]。

就此，本文認為雖然單純文字上來看，職務賄賂罪與違背職務賄賂罪就職務行為的用語略有不同[73]，但基本上仍是在表達同一之概念，故能否就此認為能夠在此二罪採取不同之解釋，顯然需要更進一步的說明。再者，從一般人民的角度來看，此二罪的主要區別僅在於違背職務與否，於對價關係的概念上並未提供足夠的指示，因此若在此二罪採取寬嚴不同之對價關係認定標準，即可能造成人民受到不可預測的處罰，導致刑法未能發揮保障人權之保證功能[74]。另外，從德國法的發展脈絡來看，之所以可以在職務賄賂罪與違背職務賄賂罪採取不同的標準，乃是基於立法者在條文上明確區分對關係的要求所致，是以本文認為若要採取不同的解釋方式，必須建立在兩罪的條文文義有明顯差異的基礎上，故在我國現行法的框架下，本文認為無法在職務賄賂罪與違背職務賄賂罪採取不同的對價關係認定標準。至於在二罪皆採取寬鬆對價關係認定標準之見解，本文認為正如學說所指出，若無法

[71] 參民法第 153 條第 1 項及第 2 項。
[72] 許恒達，前揭註 53，頁 79-80。
[73] 實際上本文認為職務之行為與職務上之行為基本上並沒有不同，至多僅有字數上之差異而已。
[74] 王皇玉（2024），《刑法總則》，10 版，頁 48，新學林。

doi:10.6342/NTU202501340

在個案中特定出一個具體的職務行為，實際上便無法確認職務行為的違法性質[75]，故本文認為至少違背職務賄賂罪在理論上並無法採取寬鬆的對價關係。基此，本文認為現行多數實務在二罪皆採取嚴格的對價關係認定標準仍屬妥適，若欲採取寬鬆對價關係的認定標準，僅能透過修法的方式為之。

第二款 其他審查要素

在討論完職務行為特定性的問題後，接下來本文將討論認定對價關係所要審酌的其他要素，由於行賄、受賄雙方形成對價意思的直接證據難以蒐集，因此確認需要審酌哪些要素以間接地認定對價關係存在，便是重要的課題。實務上最早提出對價關係審酌要素的判決是最高法院 84 年度台上字第 1 號判決，其主要提出的要素有職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類及價額與贈與之時間，而職務行為之內容即為前述職務行為特定性之問題，故本文不再贅述，以下討論其他要素之內涵。

所謂交付者與收受者之關係乃在審查雙方行為人在職務關係之外是否還存有其他社會來往關係，如果雙方在職務關係外確實存有其他社會來往關係，而雙方之利益往來有認定為係基於社會來往關係之可能時，即會偏向認定對價關係不存在的結論。而就賄賂之種類及價額而言，學說指出該要素之重點應係在於價額之部分，蓋實務與學說已指出不論金錢、財務或一切有形無形、經濟上或非經濟上之利益均能構成賄賂罪[76]，故區分賄賂之種類並無實益，實務上亦較無對於賄賂之種類加以審酌之判決[77]。所謂賄賂之價額係在審酌賄賂之價值與職務行為價值之間的對應關係，若兩者之價值相當，即有推論具對價關係之可能。然而正如學說所指出，賄賂與職務行為之等價關係並非絕對，尤其職務行為之價值為何，有時難以衡量，因此重點仍應在於賄賂與職務行為之間的對應關係，縱個案中不具等價關係，亦未

[75] 林鈺雄，前揭註 2，頁 59。
[76] 最高法院 21 年度上字第 369 號判決（前判例）。學說部分可參林山田，前揭註 11，頁 76；陳子平，前揭註 11，頁 584。
[77] 陳又新，林志潔，前揭註 45，頁 71。

doi:10.6342/NTU202501340

必會阻礙於對價關係之成立[78]。最後，就贈與之時間而言，係在審酌贈與利益與職務行為之間的時間遠近，如果贈與利益與職務行為之間的時間關係較近，便容易被認為具有對價關係。又或者贈與行為與職務行為呈現出某種相似的規律，亦容易被認為具有對價關係。然而若贈與利益與職務行為之間的時間關係較遠，或是平時就有給予利益的行為，在個案中就較不容易認定有對價關係[79]。

除了上述的客觀審酌因素外，實務也會審酌行為人主觀上的認知，如最高法院 102 年度台上字第 2796 號判決指出：「如交付者本於行賄之意思，以賄賂買通公務員，冀求對於職務範圍內踐履賄求對象之特定行為，而公務員明知交付者係對於其職務上行為行賄，明示或默許允為行賄者所冀求之職務上行為，進而收受，則其收受財物與其職務上之行為，即具有對價關係。」另最高法院 109 年度台上字第 2311 號判決更進一步指出可以從公務員所執行之職務行為客觀結果反推，認定行為人具有主觀上的認識，並肯定對價關係之存在[80]。然而學說認為不應採取這種反面推論行為人主觀認識的方法，蓋若從公務員收受利益之事實或職務行為之客觀結果反推，將可能在欠缺明確證據時便貿然認定對價關係的存在，進而混淆公務員收受利益或執行職務行為之客觀事實與雙方行為人形成對價關係之事實，有違背刑事訴訟法第 155 條第 1 項之論理法則之嫌[81]。因此學說認為在行為人主觀對價合意的認定上，應採取兩階段之推理過程，首先應先排除收受利益的相關事證而優先觀察其他事證，檢視得否讓裁判者形成行為人具有主觀對價合意之無合理懷疑確信之

---

78 巫聰昌（2013），〈賄賂與社交禮儀之辨正－簡評最高法院 99 年度台上字第 3511 號判決〉，《法令月刊》，64 卷 4 期，頁 30-31。

79 吳景欽（2020），〈立委收受利益與受賄的距離〉，《台灣法學雜誌》，398 期，頁 38。學說指出，一般的賄賂行為通常是有需要公務員之職務行為幫忙，才會與公務員產生利益來往關係，故若平時就有利益來往關係，便與一般情形有異，會提高認定對價關係的難度。

80 最高法院 109 年度台上字第 2311 號判決：「前揭所謂職務上行為之對價關係，不僅應就職務行為之內容、經手人員之關係、財物或利益之種類與價額、交接之時間等客觀情形加以審酌，亦應審究相對合之雙方人員主觀上認識，更應從公務員所進行或完成職務行為之客觀結果（議事、問政，有超乎尋常之賣力表現或強烈動作）觀察，若已然侵害前述保護法益（一般情形，不須付費或正常禮儀酬酢、普通服務，於此卻違常情、失公平），益加可以反推，認定其先前在主觀上即具有可得推悉職權作為與賄賂間，存在著對價關係的認識。」

81 實務見解亦有指出不得僅因職務行為之客觀結果有利於給予利益者，即認定對價關係之存在，參最高法院 103 年度台上字第 3381 號判決、最高法院 104 年度台上字第 2706 號判決、最高法院 106 年度台上字第 185 號判決等。

doi:10.6342/NTU202501340

心證，避免裁判者受到反面推論的影響。若裁判者無法在第一階段達到無合理懷疑確信之心證，但已可形成相對明確的心證時，才能例外在第二階段將第一階段所排除之事證納入考量[82]。

另外，實務亦有從「是否偏離常軌」及「影響力」兩項指標來判斷對價關係者[83]。就是否偏離常軌的審查，應考慮收受行為是否符合一般社會通念所容許的禮尚往來，細部之參考因素如：「授受之目的是否暗藏有擔保不法行為免遭查緝或稽查，抑在補貼職權行為之用意；授受行為是建立在業務上之審核關係，或如一般親朋好友間送往迎來之非業務關係（社交禮儀）；授受標的之名目、內容、價額或消費地點是否偏離常軌；授受之名義是否與系爭待決或已決事項有關；收受者是否出現一反常態的特別表現等客觀情形[84]。」而就影響力的審查，應考慮收受利益之行為是否足以影響公務員職務行為之決定，或是影響人民對於職務執行之信賴，亦即審查利益是否足以收買公務員。細部之參考因素包含：「授受行為是否足以影響公務員就職權行為之決定，或民眾對於公務員執行職務之信賴；職權行為之內容是否為特定關係事項；授受之時間是否與職權行為之決定有關聯性等客觀情形[85]。」

結合上述見解可以得知，對價關係的判斷方式基本上可以簡述為，綜合客觀一切情狀與行為人雙方的主觀認知判斷有無對價關係存在。然而此種綜合性的認定方式實際上難有明確的判斷標準，極度仰賴法官對於個案的認定，甚至有流於恣意之可能，縱使實務列出各項審查要素，仍無法解決此種問題[86]。至於後續實務所發展出的「是否偏離常軌」及「影響力」的審查標準，雖然試圖解決此一問題，但在細部判斷上終究不脫「一般社會通念」的模糊概念，可見在對價關係的判斷上要提出可操作的客觀、具體判斷標準實屬難事[87]。

---

[82] 許恒達，前揭註 53，頁 75-76。
[83] 參最高法院 109 年度台上字第 4222 號判決、最高法院 112 年度台上字第 2480 號判決。
[84] 詳細說明可參，邱忠義（2021），〈論賄賂罪「對價關係」之判斷基準〉，《月旦裁判時報》，110 期，頁 74 以下。
[85] 詳細說明可參，邱忠義，前揭註 84，頁 76 以下。
[86] 吳景欽（2016），〈政見與賄選的區別〉，《台灣法學雜誌》，302 期，頁 100-101。
[87] 這也導致原審對於對價關係的認定不容易被最高法院維持，造成案件因容易被發回而延宕，參

doi:10.6342/NTU202501340

第三節 實務爭議類型

藉由分析上述我國賄賂罪的兩大爭議問題可以發現，我國在處罰方面的障礙主要出現在對價關係的層次，蓋我國實務對於職務行為的概念採取極為廣泛的實質影響力說，此說之問題並非在於處罰範圍過窄，而是處罰得過於廣泛。考慮到 2018 年法務部修法草案提出之目的在於填補對價關係所造成之處罰漏洞，本文以下將分析三種涉及對價關係的爭議案例[88]，具體化我國實務在運用賄賂罪時所會遭遇到之困境，並點出修法應涵蓋的面向。

第一項 對價關係不明的餽贈

第一種實務的爭議類型是對價關係不明的餽贈行為，這種案例本身與賄賂的情境相似，但問題在於相關事證較不清楚，尤其是對價關係上的認定困難，導致行為人較難以賄賂的罪名定罪，形成現行法下較難處罰的餽贈行為。在我國實務相關案件中，以「前交通部長郭○琪臺北車站商場標租收賄案[89]」較受關注，故本文以下將以該案為例，檢視實務相關爭議。

該案事實為，被告郭○琪自民國 95 年 1 月 25 日起至同年 8 月 21 日擔任交通部長，並在任職前就已結識南○湖公司負責人李○波。在被告任職交通部長期間，交通部轄下之臺鐵局正好要辦理臺北車站商場的標租案，李○波在得知此訊息後，隨即委請太○公司為南○湖公司進行評估參與標租案之可行性。但經李○波及其團隊實地考察後發現，臺北車站大樓二樓的電力與空調系統年久失修，相關修復費用龐大，再加上消防設備的汰換費用，將可能使其投資成本劇增。此外，一旦被評定為

黃士軒，前揭註 12，頁 77，註 58。

[88] 類似的爭議類型區分，可參吳庭儀，前揭註 6，頁 28 以下。

[89] 本案之歷審判決號如下：臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 553 號判決、臺灣高等法院 98 年度上訴字第 3419 號判決、最高法院 99 年度台上字第 4082 號判決、臺灣高等法院 99 年度上更(一)字第 292 號判決、最高法院 101 年度台上字第 4315 號判決、臺灣高等法院 101 年度重上更(二)字第 104 號判決、最高法院 102 年度台上字第 4887 號判決、最高法院 106 年度台非字第 119 號判決。雖然本案被告是有罪判決確定，但此一有罪判決實具有相當爭議。對於本案的相關評釋可參，許恒達，前揭註 53，頁 62 以下；吳耀宗，前揭註 69，頁 36 以下。

doi:10.6342/NTU202501340

最優申請人卻不接受決標者，須被沒收近三千萬之保證金，致參與標租案之難度大增。然而，面對上述問題，李○波並未依法向臺鐵局請求釋疑，反而於 95 年 6 月 29 日致電被告表示欲致贈其茶葉，並由其子李○賢代為轉交，被告亦表示願意接受。嗣後李○賢提領 2 萬美金，並於 7 月 4 日將裝在茶葉罐裡的 2 萬美金送至被告宿舍，由被告親自收受。之後，被告透過其機要秘書試圖撮合臺鐵局代理局長何○軒與李○波會面，並向其詢問南○湖公司有無投標之機會，但遭其拒絕並表示遊戲規則很公平，歡迎該公司前來投標。嗣後被告於 7 月 26 日的部務會報中裁示：臺鐵局對臺北車站商場標租案，應儘速檢討，並應於開標前邀集廠商為公開說明，以消除廠商疑慮等。後因南○湖公司遲遲未獲得臺鐵局之回應，故被告經李○波連絡後，又在 8 月 2 日再次指示臺鐵局應再召開說明會。最終，因李○波之諸多要求未獲臺鐵局同意，李○波便放棄投標該案。

本案之主要爭點有二。第一，被告有無收受 2 萬美金。第二，被告所收受的 2 萬美金與其職務上行為是否具有對價關係。針對第一個爭點，歷審判決均認為被告有收受 2 萬美金，因此本文主要將重點放在第二個爭點。本案之一審及二審法院判決被告無罪並表示，李○波與被告結識多年，其贈送美金之行為不能排除是基於私人情誼而贊助被告之子的學費，或為與被告維持良好友誼之餽贈，而非賄賂。且被告所為之裁示亦僅為通案性質，並未就招標程序有任何足以變更或影響之具體指示，縱使被告確有接受李○波之陳情，亦難據此認為其裁示係為特定廠商履行對價而為具體指示之特定行為。此外，二審法院還指出，該標租案之金額高達新台幣 7 億 4000 多萬，被告卻僅收受 2 萬美金，兩者之價值顯不相當，似難認 2 萬美金為該標租案之賄賂。而就被告向何○軒個別探詢南○湖公司相關事項之行為，二審法院認為此一行為縱有不當，亦僅屬私人請託之性質，並非就職務行為有所指示，不具有賄賂罪職務行為之性質。綜合上述觀點，可看出一、二審法院大致上是從雙方行為人之間的關係、餽贈之金額與職務行為之內容的角度出發，認為無法建立起 2 萬美金與特定職務行為的對價關係，故應判決被告無罪。

doi:10.6342/NTU202501340

然而本案二審判決上訴到最高法院後，遭到最高法院撤銷發回。最高法院認為，2 萬美金是否屬於賄賂，不能僅憑李○波稱其曾有贊助他人子女出國念書之經驗，而本案之 2 萬美金為被告之子的學費贊助之主張，以及與標案價額相比不相當就斷然認定。另參酌李○波本有投資意願，又與被告熟識，在證據推論上似不能排除其有行賄之動機。再加上被告於收受 2 萬美金後，隨即於部務會議中對標租案作出指示，從兩件事的時間關聯來看，能否認為此二事無事實上之關聯性，不無疑問，故本案相關爭議仍應由原審詳為調查認定。本案發回後，更一審法院逆轉本案一、二審見解，改判決被告有罪。就贊助學費之抗辯，法院認為李○波大費周章將 2 萬美金藏在茶葉罐中，又未告知被告茶葉罐中有 2 萬美金及此 2 萬美金係為贊助被告之子的學費，顯難認為李○波所贈送之 2 萬美金係贊助學費之用。而就一、二審認為被告未為履行對價之特定行為，更一審法院認為被告探詢臺鐵局代理局長是否願與李○波會面，及在部務會議中所為之指示，已屬為李○波踐履賄求對價之特定行為，蓋假若被告係為處理李○波之陳情，應依行政院暨所屬各機關處理人民陳情案件要點之規定辦理，然被告卻未依規定為之，反而自行向臺鐵局代理局長探詢、於部務會議中裁示，可見其並非秉公處理人民之陳情，而係因收受李○波 2 萬美金而為其護航。再者，從時間上來看，自交付 2 萬美金到召開說明會僅歷時一個月，且上揭行為係臺北車站商場在標租案截標前，故依相關行為之時間密切關聯，亦可認定有對價關係的存在。另就賄賂之價額是否相當，法院表示 2 萬美金可作為被告啟動審議變更招標條件，以及優先獲得是否變更招標條件訊息之對價，此已有助於李○波決定是否投標該標租案，故不能認為賄賂之數額不相當。

本案再度上訴至最高法院，爭議更加集中在 2 萬美金是否為朋友間的送禮，以及被告是否有踐履對價之特定行為。就贊助學費之抗辯，最高法院認為從監聽之內容可知，李○波一再強調要在被告之子出國前將 2 萬美金送達，故該抗辯有無理由似仍有進一步探求之餘地。而就被告之行為，最高法院指出被告所為之探詢與指示，均未就啟動審議變更招標條件及變更招標條件之事項有所說項或具體指示，故

doi:10.6342/NTU202501340

能否就此認為雙方已有對價關係合意的存在，並非無疑。故基於上述理由，最高法院再次將本案發回。更二審法院大抵維持原審見解，仍判決被告有罪，但可以特別指出的是，更二審法院一方面維持對價關係要求職務行為特定性之見解，另一方面又未指出本案雙方對於何種特定職務行為有所合意，僅是泛泛指稱被告對於 2 萬美金係為使其利用職權幫助南○湖公司參與臺北車站商場標租案而致贈一事有所認識並收受，再從被告後續作為反推有特定職務行為而認定對價關係存在[90]，如此之見解實背於最高法院向來之立場。

從上述討論可以發現，本案花費許多篇幅在爭執被告有無以特定職務行為對價，從一、二審法院認為被告並無以特定職務行為為對價，到後來更審法院認定被告係以探詢臺鐵局代理局長是否願與李○波會面及在部務會議中所為之指示為特定之職務行為，顯見對於被告究竟有無以特定職務行為作為對價有相當大的爭議，這也凸顯出實務在對價關係的認定上採取眾多要素綜合判斷的方式，將造成賦予法院過大的認定空間，造成法院在認定上有出於恣意之可能。然而本案更有爭議的是，雖然歷審見解均緊扣有無特定職務行為之爭議，但最後其實也僅是將後續被告之行為反推為當初雙方行為人形成合意之內容，並非有證據證明被告在形成合意時確以上述行為作為對價[91]。由此可見，基於取證上的困難，在實際案例中要證明

[90] 臺灣高等法院 101 年度重上更(二)字第 104 號判決：「雖依證人李○波、李○賢證述內容及前開通訊監察譯文內容，李○波於交付美金 2 萬元時，並未就其行賄請託之具體內容告知被告，……，然被告既明知李○波欲參與臺北車站商場標租案之投標，亦明知李○波所交付之美金 2 萬元非一般餽贈，足認其對於該美金 2 萬元係李○波行求其能利用職權幫助南○湖公司參與臺北車站商場標租案投標而致贈之賄款有所認識，而被告仍予以收受，並於收受美金 2 萬元後，利用其職務上對臺鐵局有指揮、監督，且有職權影響力之機會，隨即為上開指示其機要秘要黃○榮向臺鐵局代理局長何○軒探詢其是否可與李○波見面，就臺北車站商場標租案之議題，於交通部及電話中與李○波密集聯絡，並先後於二次部務會報指示臺鐵局之行為，從事件進行之時序先後與時間之密接上觀察，倘謂被告收受美金 2 萬元，與被告上開職務上行為及影響力並無關聯、無對價性，顯與一般之認知、事理及常情有違，足認被告收受李○波交付之美金 2 萬元美金賄賂與被告上開職務上行為，具有相當對價關係，至為灼然。」本案第三度上訴至最高法院後，最高法院基本上認同原審之認定，故駁回被告之上訴，本案因此確定。

[91] 最高法院甚至認為對價關係之有無，應以履行職務行為時為基準判斷，參最高法院 102 年台上字第 4887 號判決：「判斷此對價與職務關係之聯結是否存在之時點，當以公務員之一方，踐履對方所冀求之一定作為或不作為之時間為基準。」然而若採取這種事後反推的方式認定對價關係，將導致不存在認定未以特定行為為對價的空間，蓋行為既已發生，自然不可能是一個不特定的職務行為，此一見解無疑是忽略了對價關係對於雙方行為人在形成合意時即應約定特定職務行為之要求。

doi:10.6342/NTU202501340

被告有以特定職務行為為對價實屬困難，因此在立法政策上，考慮放寬職務行為特定性的要求，改採取寬鬆的對價關係或許是一種可以考慮的改革方向（惟此種修法方式仍會遭受一些質疑，詳後述）。若未處理此處之爭議，將造成只要雙方行為人不約定特定的職務行為，而透過彼此默契、心照不宣的方式來達成合意，即可脫免賄賂罪之制裁，此一結果顯不合理。另外，將心力放在爭執有無特定職務行為，也會因為法院認定不同而令案件來回於二、三審法院之間，不但造成訴訟資源之浪費，亦會導致人民對於司法的不信任。

第二項 打好關係式的餽贈

除上述疑似具有賄賂色彩但對價關係難以證明之餽贈行為外，實務上還存在一種以與公務員打好關係為名之餽贈，雖該餽贈名義上係為與公務員打好關係，但實則是希望公務員能在執行職務行為時能給予其方便，因此此種餽贈亦帶有賄賂之色彩，但其與職務行為之距離又更加遙遠，故本文將此歸類為打好關係式的餽贈。該行為是否應為賄賂罪所處罰，實有進一步討論之空間，尤其給予餽贈以經營社交往來關係本係社會基本之人際互動方式，因此本文以下將以謝厝寮工程接受招待案[92]為例，探討實務對於此種餽贈是否可罰之立場。

該案事實為，被告陳○秀係雲林縣政府地政處重劃科技士，負責辦理雲林縣政府地政處招標之「謝厝寮工程案」採購案，該採購案由廣○營造工程有限公司（下稱廣○營造）得標。廣○營造之經理陳○璋因先前曾有承攬公共工程案件，而遭到公務員刁難的不良經驗，故在得標後，陳○璋為與被告培養情誼，使被告能依其職務提供協助，不在程序上對該採購案為刁難或使之延宕之行為，招待被告至聲色場所消費 8 次。嗣後，陳○璋在謝厝寮工程案停工期間繼續違法施工，並將相關事項告知被告，而被告明知於停工期間依法不得施工，卻未依法採取相應措施。

[92] 本案之歷審判決號如下：臺灣雲林地方法院 109 年度訴字第 918 號判決、臺灣高等法院臺南分院 111 年度上訴字第 839 號判決、最高法院 112 年度台上字第 2480 號判決。另本案件還涉及被告有無收受 30 萬元賄賂而構成賄賂罪之問題，然而關於此行為是否構成犯罪的主要爭議在於相關證據是否充分，與本文所欲探討之打好關係式之餽贈無涉，故不贅述。

doi:10.6342/NTU202501340

針對陳○璋為打好關係而招待被告至聲色場所遊玩之行為是否與被告之職務行為具有對價關係，一審及二審法院均認為，雖然陳○璋未告知被告給予他招待之原因，但透過彼此之默契，被告已可知陳○璋提供招待所求為何，故法院認為已可認定被告對於陳○璋提供招待之目的係為與其打好關係、工程與請款順利進行有所認識，進而使雙方對於陳○璋之謝厝寮工程案的職務訴求（打好關係、不要刁難、會勘及請款流程順利）達成合意，已可形成對價關係。另外法院就嗣後被告對陳○璋違法施工一事默不作聲之事實，認定陳○璋所交付之不正利益確實起到了打好關係、不要刁難之作用，已對公務員執行職務之公正及廉潔性起到了不良影響。且從雙方之往來來看，雙方飲宴之花費均係由陳○璋負擔，顯見雙方之行為與一般正常社交相互請客之特性不符，陳○璋之招待難謂與職務無關，故從以上二點亦可認定對價關係的存在。

本案上訴至最高法院後，最高法院撤銷二審法院之有罪判決，並將案件發回。針對被告接受招待是否與職務行為構成對價關係之部分，最高法院在對價關係的判斷上首先採取偏離常軌與影響力的審查標準，認為就本案被告所收受的招待利益是否偏離常軌，是否足以影響公務員職權行為之決定或民眾對於公務員執行職務之信賴之相關問題，皆有進一步探求之餘地，不能僅因被告接受招待就認定對價關係存在。再者，就原審認為雙方對於打好關係等職務訴求達成合意之部分，最高法院認為原審並未就被告收受利益之行為與何等具體的職務行為有關加以論述，亦未就利益與被告所為之職務行為決定有何關聯為討論，在對價關係之認定顯然推論過快。綜合上述兩點，最高法院認為本案被告接受招待是否與職務行為具有對價關係，仍有許多不明之處，原審卻逕自認定對價關係存在，顯有未盡調查職責與理由不備之違誤，應有再行調查明白之必要。

本案正好凸顯出了打好關係式的餽贈要如何認定對價關係的爭議，本案之一、二審法院在認定對價關係時，是認為雙方當事人就給與餽贈者之職務訴求（打好關係、不要刁難、會勘及請款流程順利）達成合意，進而認定雙方已形成一個不法約

doi:10.6342/NTU202501340

定而使被告成立職務收賄罪。然而正如前所述，在我國現行法的框架下，不法約定的內容應以特定職務行為存在為必要，若雙方未對特定職務行為有共同認知，自不能認定對價關係存在，此亦為我國實務向來之多數見解。本案之一、二審法院雖然表面上亦採取此見解[93]，然在雙方合意的認定上，卻是認為雙方是就打好關係、不要刁難、會勘及請款流程順利等給與餽贈者之職務訴求達成合意，本文即認為一、二審法院的此一認定將產生兩點疑問。

首先，職務訴求之意思是否等於特定之職務行為？從法院認定職務訴求之內容來看，打好關係、不要刁難、會勘及請款流程順利似乎均未提及公務員應為何種行為，亦難認為可看出公務員之職務行為要往何種特定的方向執行，至多僅能泛泛的指稱是往對承包商有利的方向執行職務行為。然而，對於實際上要如何為之才能算是對承包商有利，雙方其實並未約定，因此似難認定雙方已就特定職務行為形成一種不法約定[94]。第二，職務訴求是否即等於職務行為？不論是嚴格或寬鬆的對價關係，均有關於職務行為的要求，兩者之差異僅是在職務行為特定性的層面而已，則打好關係、不要刁難、會勘及請款流程順利之訴求，是否至少已使雙方認知到公務員於收受餽贈後將實施不特定之職務行為，非無疑問。尤其所謂打好關係、不要刁難僅係為與公務員營造一種友好的氣氛，尚與公務員之職務行為無涉，至於法院所提及之會勘及請款流程順利，則係給與餽贈者之所以要與公務員打好關係之主觀目的，不能基此認為雙方已對於公務員須為不特定職務行為有共同認知。是以本文認為法院所謂之職務訴求實與職務行為不同，在對價關係之判斷上不應混淆，最高法院對於原審之指摘應屬正確，至於此類行為是否可罰，則屬立法論上之探討。

---

[93] 如本案之二審法院即謂：「按公務員對於違背職務上之行為或對於職務上行為，收受賄賂或不正利益罪之成立，以其收受之財物或不正利益，與公務員職務範圍內踐履賄求之特定行為或違背其職務或為其職務上之行為，是否有對價關係為必要。」

[94] 針對特定職務行為應達到多特定的程度，學說指出縱使採取嚴格之對價關係，雙方亦不需對於職務行為之內容詳細的約定，但仍應達到可得特定出職務行為內容與方向的程度，參許恒達，前揭註 33，頁 80；林書楷（2014），〈貪汙治罪條例之適用與檢討〉，《興國學報》，15 期，頁 168。實務亦採取類似態度，如最高法院 99 年度台上字第 4369 號判決：「職務行為之行賄者，支付此等相對給付，祇須就某一特定職務行為概括地確定，且在大體上可認定其間具有對價關係之程度，即為已足，而不以對職務行為之種類與內容具體而詳細地加以確定為必要。」

doi:10.6342/NTU202501340

第三項 事後酬謝型的餽贈

第三種類型則涉及在職務行為執行後酬謝公務員之餽贈，相較於典型的賄賂行為是行為人事前先行達成不法約定，而在職務行為履行前或履行後交付賄賂，事後酬謝型的餽贈在事前或事中並未有任何不法約定，而係在職務行為執行後行為人才給予公務員餽贈，以表示對公務員之感謝。就此種與典型賄賂行為不同之餽贈行為是否得以賄賂罪相繩，實有進一步探討之空間，故本文以下將以基隆市政府都發處技正收受平板電腦案[95]為例，探討實務的相關立場。

該案事實為，被告葉○明係基隆市政府都市發展處技正，擔任「東西向快速公路萬里瑞濱線深澳坑路匝道新建工程（第二階段）後續工程（第二標）」於民國 99 年 10 月 26 日之正驗（初驗）之主驗人員。被告於該工程初驗後列出共 15 項工程缺失，要求承包公司於 99 年 11 月 9 日改善完竣後，再由主辦單位自行確認並檢附施工前中後照片。於該工程複驗通過前，承包公司負責人沈○宏請其妻購買蘋果 IPAD 平板電腦二台，將其中一台贈與其妻之表妹夫黃○茂（同時亦為被告之前同事），另一台則委由黃○茂轉交給被告，而被告亦於 11 月 8 日在辦公室收受之。嗣後，承包公司改善本件之工程缺失，並由基隆市政府主辦單位於 99 年 11 月 9 日自行確認後，將相關資料送請被告審核，被告亦認為上開缺失均已改善完成，因而同意驗收。

本案證人沈○宏稱之所以要贈送平板電腦給被告，乃係因為其認為被告在初驗時並未刻意刁難，所提出之工程缺失均屬可以改正之缺失，以其自身從事營造工程之經驗來看，如此就事論事、不刁難的驗收官相當少見，故事後才委由黃○茂贈送其平板電腦表示其感謝之意。至於贈送黃○茂平板電腦一事，則係基於雙方家人多年之情誼而贈送，並不涉及賄賂行為等情事。本案之一、二審法院均採信證人沈○宏之證詞，並參酌被告與沈○宏及其妻均不認識，亦未有所接觸，平板電腦價值與

[95] 本案之歷審判決號如下：臺灣基隆地方法院 105 年訴字第 80 號判決、臺灣高等法院 105 年上訴字第 2880 號刑事判決、最高法院 107 年台上字第 55 號判決。

doi:10.6342/NTU202501340

該工程利益之差距甚大，該工程缺失並非難以修復而無買通被告必要，以及黃○茂與被告之通話皆未提及賄賂等事實，認定本案被告並無與相關人員於事前或事中達成合意，故難以認定對價關係之存在。另外，雖然贈送平板電腦之事實係在複驗通過前，但法院認為被告就複驗僅是以主辦單位所提交之改善完成照片作書面審查，被告本人並無到場，而有無改善之驗核程序可能早於 11 月 9 日即已完成，故平板電腦之交付實與該工程之複驗並無相關，平板電腦亦非複驗之賄賂。本件被告一、二審皆獲無罪判決，檢察官雖上訴至最高法院，但該上訴仍遭最高法院以未能指出原審判決有何違背法令之處而駁回。

從本案的判決來看，法院認為行為人必須要於事前或事中達成合意方能構成賄賂，故若雙方係於事後方達成合意即不構成對價關係，而非賄賂罪之處罰範圍[96]。然而文獻上對於此等實務見解有指出，若將此類事後酬謝公務員之餽贈予以合理化，長期下來無疑將使公務員得以事後接受人民酬謝的名義收取額外報酬，進而可能造成公務員為收取人民的事後酬謝，先行在沒有事前約定的情形下，於執行職務行為時為特定之決定，侵害職務行為之公正性。此外，文獻還指出若事後酬謝的慣習長久存在，亦可能演變為長期的鋪路式餽贈，從不同的角度來看，此種事後酬謝型的餽贈亦會對職務行為之公正性造成高度危險[97]。

惟本文認為應處罰事後餽贈行為以避免造成公務員為收取人民的事後酬謝而為特定職務行為的觀點仍值商榷，蓋若公務員此時執行的是違法行為，本來就可以對該違法行為予以究責，是否必須另以賄賂罪處罰才能保障職務執行之公正性，不無疑問。若執行的是合法職務行為，縱使公務員本身係為取得事後酬謝，也僅為行為人本身之內心想法，並非受到外在因素的影響，如此是否已達到必須動用刑法處

[96] 如被告於偵訊時曾稱，雖然黃○茂交付平板電腦時沒有告知原因，但其心裡很清楚是因為黃○茂的親戚的工程是由其主驗而贈送，惟法院針對此一自白認為，檢方並未提出其他補強證據證明黃○茂於驗收前有向被告請託關說，並與被告達成賄賂之合意，故不得採此自白據為對被告不利之認定。從法院之認定可以看出，法院一再強調必須是事前有所合意方能構成對價關係，縱事後給與餽贈時，雙方對於餽贈的原因係過去已執行之職務行為有共同的認知，仍不能成立賄賂罪之對價關係。

[97] 吳庭儀，前揭註 6，頁 32。

doi:10.6342/NTU202501340

罰的程度，亦有進一步探求之餘地。尤其當公務員在執行職務時，考量的並非取得事後酬謝，而是其他私人因素時（如為取得當事人之好感），若透過刑法處罰此類可能被評價為不公正之行為，似有導致對公務員過於苛刻的疑慮。因此本文認為，單純以公務員可能為獲得事後餽贈而執行職務為由，來認定出於內心期望而執行職務之公務員構成賄賂罪的論述並不充分，縱認此種行為並不公正，亦非是因事後的餽贈行為所致，而是出於公務員內心的自主動機，故因此而處罰後續的餽贈行為，似乎偏離了評價的重點。另外，本文雖認同事後餽贈可能演變成長期鋪路式、打好關係式的餽贈，以及此種餽贈有造成職務不公正的危險，然而如此一來應該處罰的是這種打好關係式的餽贈才是，而不是再將處罰前置到至多僅會造成這種高度抽象、模糊危險的事後餽贈行為，否則將使賄賂罪的處罰範圍擴張的太過廣泛。是以，本文認為只有在事後餽贈的目的係在希望獲得公務員之善意，亦即已經構成一種打好關係式的餽贈時，才有動用刑法處罰的必要。

第四節 修法研議

從上述討論我們可以發現，現行的賄賂罪在論罪上有許多的挑戰，這些爭議主要來自於職務行為與對價關係的要素。就職務行為的部分，爭議主要環繞在法定職權說與實質影響力說上，採取多數學說所支持的法定職權說雖然較符合罪刑法定原則，但也會造成處罰上的漏洞，如公務員雖未以自身的法定職務為對價，但卻以影響其他公務員之決定為對價之情形，即非現行法之處罰範圍。就對價關係之部分，實務在認定上要求雙方行為人須對於特定的職務行為達成合意方能構成對價關係，雖然此係較符合現行法之解釋，但也容易使行為人脫免賄賂罪之制裁，因而受到部分學說所反對。另外在案例類型上，現行實務也認為打好關係、事後酬謝等餽贈類型皆不構成賄賂罪所要求之對價關係，使得對價關係在認定上及適用範圍上都顯得較為嚴格。

鑑於賄賂罪存在上述爭議，法務部在 2018 年推出刑法修正草案，打算透過修

doi:10.6342/NTU202501340

法的方式來解決這些問題。就職務行為的部分，草案參考聯合國反貪腐公約第 18 條及法國刑法第 432 條之 11 的立法規範，增訂刑法第 134 條之 1 的影響力交易罪，明文規範收受利益而影響公務員決定之行為[98]。就對價關係的部分，則是先參考德國之立法，同時修正我國刑法第 121 條與第 122 條之規定，明確劃分職務賄賂罪與違背職務賄賂罪的對價關係要求，再參考美國聯邦法之規定，增訂刑法 122 條之 1 的餽贈罪，作為賄賂罪之補充，以避免產生處罰上之漏洞。可以發現在對價關係的修法上，法務部採取了較為特別的方式，同時兼採了德國與美國不同的立法模式，但這樣多層次的立法是否有其必要，值得我們進一步探討。因此，為了檢視法務部所推出的修法，我們勢必需要先掌握貪污犯罪在追訴上所遇到的困難，才能得知立法上應採取如何的策略。在確認貪污犯罪的立法策略之後，本文則將進一步介紹法務部針對對價關係所採取的兩種修法策略，確認兩者之間的關係如何，有無必要採取此種修法方式。至於影響力交易罪的部分，則非本文之討論對象，故以下不予贅述。

第一項 現行貪污犯罪之追訴困難

針對貪污犯罪追訴困難的問題，學說上認為這些困難主要來自於貪污犯罪的犯罪結構與特性。以最典型的貪污犯罪賄賂罪為例，其犯罪的結構是行賄方與收賄方針對職務行為之執行與賄賂達成合意，在這個過程中，雙方行為人為避免消息走漏，必定會選擇隱密的方式為之。這種隱密性可以分成三個面向，首先是場所的隱密，為降低被他人發現、舉發的風險，行賄及收賄雙方必定會選擇隱密的場所商洽貪污事宜，因此在貪污犯罪中，除了行賄或收賄者之外，幾乎很難有第三人來舉發

[98] 刑法第 134 條之 1 草案：「對於公務員或公務機關有影響力或被認為有影響力之人，意圖使人由公務機關之決定獲取不正當利益，而為自己或第三人要求、期約或收受不正利益，並運用其影響力者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科一千萬元以下罰金（第一項）。前項運用影響力之人其具有公務員身分者，處七年以上有期徒刑，得併科六千萬元以下罰金（第二項）。意圖為自己或第三人由公務機關之決定獲取不正當利益，向對於公務員或公務機關有影響力或被認為有影響力之人行求、期約或交付不正利益，致其運用影響力者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金（第三項）。犯前三項之罪，自首者減輕或免除其刑。在偵查或審判中自白者，得減輕其刑（第四項）。」

doi:10.6342/NTU202501340

犯罪。再者是方式的隱密，為了避免利益的流動成為貪污的證據，雙方行為人必定會用隱密的手法來輸送利益，例如以低於市價的價格買賣，即是透過合法交易外觀來掩飾非法，由於公務員同樣也具有參與市場活動的權利，因此不能僅因公務員以較為優惠的價格從事買賣即認定有貪污之情事，造成偵查機關必須透過其他偵查手段蒐證才能判斷是否具有不法行為存在，增加追訴貪污犯罪的難度。第三個面向則是雙方的保密，由於貪污犯罪是所謂的對向犯，需要有兩個主體形成雙向的結構關係才能構成犯罪[99]，因此行賄、收賄的雙方係為利益共同體。再加上為求行賄順利，行賄、收賄雙方可能在先前已具有相當程度的交情，或透過具有交情之人居中牽線，因而形成雙方行為人的連帶關係，因此雙方行為人幾乎不可能舉發對方，甚至會相互幫忙以避免留下犯罪證據，使得犯罪更難被人發覺[100]。另外，學說亦指出，基於上述貪污犯罪的隱密性，以及獲利龐大且迅速之特質，容易使得貪污犯罪猶如傳染病一般，誘使同單位的其他公務員仿效，進而形成分工細膩的共犯結構，再進一步提高追訴犯罪的難度[101]。

這些困難也反映在台灣的司法實務上，根據調查，早期台灣的貪污定罪率僅有48.52%，相較整體定罪率的 87.72%要少上不少[102]，這也促成行政院於民國 98 年推動「國家廉政建設行動方案」，試圖解決我國貪污犯罪定罪率過低的問題[103]。而探究我國貪污犯罪被判決無罪的原因，有文獻進行判決分析後指出兩項造成無罪的主要因素，分別是對價關係不明與蒐證不足[104]，正好呼應了本文前述之我國賄賂罪對價關係的問題，以及貪污犯罪的隱密特性。尤其根據法務部 2008 年所辦理之「臺

---

99 柯耀程（2012），〈公務員貪污瀆職犯罪基礎講座：第一講－賄賂罪成罪的對應結構〉，《月旦法學教室》，121 期，頁 60。

100 張麗卿，前揭註 47，頁 21-26。

101 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 期，頁 7。

102 監察院（2010），《貪瀆案件定罪率之探討專題研究調查報告》，頁 1。

103 依照統計，自 98 年 7 月推動國家廉政建設行動方案後至 112 年 12 月，貪瀆犯罪之定罪率提高到 77.5%，已有顯著進步，但相較於我國整體定罪率通常達 9 成以上，仍有一段距離。參法務部（2023），《112 年法務統計年報》，頁 4-4。

104 陳春杏（2017），《我國賄賂罪審判無罪影響因素之研究》，頁 91，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文；陳昱彣（2014），《社交餽贈或違法賄賂？論賄賂罪與公務員廉政倫理規範中「對價關係」之疑義》，頁 28 以下，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文。

doi:10.6342/NTU202501340

灣地區公務員犯貪瀆罪定罪率之問卷調查」，多數法官及檢察官均認為對價關係是認定貪污案件是否有罪之重要關鍵，蓋縱使能證明雙方行為人間的利益輸送關係，亦仍須進一步證明雙方合意的特定職務行為為何，方能認定對價關係成立而構成賄賂罪[105]。因此，若要強化貪污犯罪的追訴，在修法上自然應從對價關係與降低證明門檻兩方面著手。

然而觀察作為我國追訴貪污案件主要適用法律的貪污治罪條例，顯然並未採取如此之做法，反而是採取重刑化、增訂大量犯罪的設計，試圖嚇阻公務員貪污。學說上大多不贊同貪污治罪條例的立法，針對重刑化的部分，學說認為貪污治罪條例過度強調刑罰的一般預防功能並不實際，已有許多實證調查指出，只有部分具有犯罪傾向之人會因為刑罰的威嚇而形成心理上的強制而使其放棄犯罪，且刑罰之輕重亦僅為其考量是否犯罪的因素之一而已，單純的嚴刑峻罰並無法阻止犯罪的發生，故現行貪污治罪條例的立法方向應屬錯誤[106]。另外，貪污治罪條例的高刑度也常被批評違反罪刑相當原則與比例原則，蓋貪污治罪條例並未考慮到犯罪類型與情節輕重的不同，而是將數種犯罪規定在同一個條文之中，科處相同的處罰，將使情節輕微的犯罪亦應處以嚴苛之刑罰。如貪污治罪條例第 4 條所列之犯罪，竊佔公有器材竟與違背職務收受賄賂相同，均被視為重度貪污行為，甚至要處以無期徒刑或十年以上有期徒刑，已與殺人罪之刑度相當，其不合理之處不言可喻[107]。更糟糕的是，重刑化的刑事政策不但造成上述問題，還可能會進一步降低定罪率。學說即指出，當犯罪的刑度定的越重，不但犯罪者會因為畏懼嚴刑而將犯罪計畫訂的更周延緊密，增加偵破案件的難度，法院對於證據的要求也會變得越嚴格，甚至會避免動用刑度過重的法條或是大量適用減刑條款，導致不僅不能達成嚇阻犯罪的目的，還必須投入更多的訴訟資源與時間調查犯罪情形，造成訴訟程序的冗長與訴

[105] 陳春杏，前揭註 104，頁 41-42。
[106] 張麗卿，前揭註 101，頁 8；王皇玉，前揭註 74，頁 16-17。
[107] 林書楷，前揭註 94，頁 175-176；馬躍中（2012），〈公務員倫理與貪瀆之刑事立法〉，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下冊）》，頁 323，承法數位文化。

doi:10.6342/NTU202501340

訟資源之浪費[108]。是以，鑑於上述的種種問題，在立法上實應放棄重刑化的思想，改將重點放在提高犯罪被發現的危險性與刑事追訴的有效性，才是真正能發揮刑罰的嚇阻力，並抑制貪污犯罪發生的方法[109]。具體而言，針對貪污構成要件的設計，即有見解建議在立法上即應考慮將犯罪前置化，透過降低入罪的門檻的方式來加強犯罪追訴的有效性，例如採取聯合國反貪腐公約第 20 條之資產非法增加或財產來源不明的立法[110]。

雖然我國的確在貪污治罪條例增訂第 6 條之 1 的財產來源不明罪，然而此罪亦多受學說所批評，主要爭議在於本罪免除了檢察官的實質舉證責任。依照本罪的規定，檢察官只需證明公務員具有觸犯特定貪瀆犯罪的合理可疑即可，接下來只要公務員無法合理說明財產的來源，公務員即構成犯罪，完全架空無罪推定原則與罪疑唯輕原則的精神。此外，被告所享有具有憲法位階的不自證己罪特權亦同時被本罪架空，本罪之處罰無異於強迫被告供出其財產來源，縱使被告所犯並非貪污而為其他財產犯罪，為了避免受到財產來源不明罪更嚴厲的制裁，被告也僅能被迫供出其所犯下之其他財產犯罪，如此之運作完全背於刑事程序之法理[111]。基此，雖然將貪污犯罪的處罰前置化或許是正確的立法方向，但在構成要件的具體設計上仍應考慮到其所造成之影響，不能因此就忽略了被告或犯罪嫌疑人所應享有之權利，同時也應避免產生過於苛刻的效果。

第二項 修訂職務賄賂罪

為了解決賄賂罪定罪上的問題，法務部所推動的第一個解決方案是修訂職務

---

[108] 許福生（2009），〈反貪腐之刑事政策思考〉，《刑事法雜誌》，53 卷 4 期，頁 134-135；鄭善印（2003），〈貪污治罪條例在立法上之評估與檢討〉，《月旦法學雜誌》，94 期，頁 65；黃惠婷（2009），〈論貪污治罪條例與公務員圖利罪〉，《台灣法學雜誌》，132 期，頁 57；馬躍中，前揭註 107，頁 324；許福生（2015），〈聯合國反貪腐公約與我國反貪腐刑事政策之思維〉，法務部廉政署（編），《聯合國反貪腐公約專題學術研討會論文集－我國之實踐與展望》，頁 55，法務部廉政署。

[109] 林書楷，前揭註 94，頁 178；張麗卿，前揭註 101，頁 8；許福生，前揭註 108，頁 135。

[110] 許福生，前揭註 108，頁 61 以下。

[111] 林書楷，前揭註 94，頁 177-178；許恒達（2012），〈從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪〉，《臺北大學法學論叢》，82 期，頁 146 以下。

doi:10.6342/NTU202501340

賄賂罪（並同步修改違背職務賄賂罪），參考德國 1997 年的修法後的賄賂罪結構，使職務賄賂罪能夠發揮截堵之功能。該草案之內容如下：

刑法第 121 條草案 （基本職務賄賂罪）

I. 公務員對於職務行使，為自己或第三人要求、期約或收受不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科七十萬元以下罰金。

II. 對於公務員關於職務行使，行求、期約或交付該公務員或第三人不正利益者，處二年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金。但自首者免除其刑；在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。

刑法第 122 條草案 （加重職務賄賂罪）

I. 公務員以違背職務之行為作為對價，為自己或第三人要求、期約或收受不正利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科二百萬元以下罰金。

II. 因而為違背職務之行為者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科四百萬元以下罰金。

III. 對於公務員，以違背職務之行為作為對價，行求、期約或交付不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。但自首者減輕或免除其刑。在偵查或審判中自白者，得減輕其刑。

本次修法的第一個重點是放棄互斥構成要件的結構，而改以不法約定為賄賂罪的核心，將非難重點置於公務員將其職務活動作為交易的對待給付之行為，至於該不法約定所涉及的職務行為是否具有義務違反性，並不影響基本職務賄賂罪之成立，僅為是否加重之問題[112]。本文認為，透過這種基本／加重構成要件結構的確立，可以避免產生不違背職務賄賂罪與違背職務賄賂罪屬於互斥式立法的理解疑慮，杜絕因犯罪參與及刑法錯誤理論所產生之處罰漏洞爭議，並且更加貼近賄賂罪

[112] 林鈺雄，前揭註 1，頁 8。

doi:10.6342/NTU202501340

之本質，故這種結構上的調整與釐清應值贊同[113]。

本次修法的第二個重點則在於調整對價關係的要求，在違背職務賄賂罪維持現行實務採取的嚴格對價關係，而在職務賄賂罪改採取寬鬆對價關係，強化職務賄賂罪作為基本構成要件所應發揮的截堵功能。具體的修法則反映在違背職務賄賂罪與職務賄賂罪的文字調整，首先在違背職務賄賂罪的構成要件中增加「作為對價」的要素，強調賄賂與具體職務行為間的嚴格對價關係要求，之後再搭配職務賄賂罪的調整，放棄職務行為的用語而改參考德國刑法第 331 條使用「職務行使」，並維持未明文對價關係的做法，透過兩罪的對照凸顯出對於對價關係的不同要求。學說指出，職務行為與對價關係的要求會相互影響，故應一起判斷，嚴則同嚴，鬆則同鬆。是以，透過使用新名詞「職務行使」便能宣示，立法者在職務賄賂罪上採取與違背職務賄賂罪不同的寬鬆對價關係[114]。不過應注意的是，雖然職務行使與職務行為用語不同，對於對價關係的要求也不同，但在公務行為與私人行為之間的區分標準並未改變[115]，因此在判斷公務員的行為是否具有公務性的問題上，仍應採取原本職務行為的判斷標準（參本章第一節的討論）。

而就寬鬆對價關係的處罰範圍，學說上（立法理由亦同）多採取德國通說的觀點，認為修法後的職務賄賂罪可以處罰如所謂的為了「打好關係」（Klimapflege）、「投餌」（Anfüttern）所進行的給予或收受不正利益之行為，這些行為的目的基本上是要獲取公務員的一般善意與好感，以備未來的不時之需[116]。另外，立法理由與學說還提到，本罪也可以用來處罰「事後酬謝」（nachträgliches Dankeschön）的行為，即在職務行為執行前雙方行為人並未有不法約定，而是在職務行為執行後才形成合意的情形[117]。綜合上述觀點，可以發現修法後的職務賄賂罪不但放寬對價關

113 吳耀宗（2017），〈論賄賂罪之立法架構〉，《月旦刑事法評論》，4 期，頁 37。
114 林鈺雄，前揭註 1，頁 11。
115 NK-StGB-Kuhlen/Zimmermann, § 331 Rn. 45.
116 林鈺雄，前揭註 1，頁 12；吳耀宗，前揭註 113，頁 37；周慶東（2011），〈貪瀆罪中的職務行為意義－德國刑法上的觀點〉，《法學叢刊》，56 卷 3 期，頁 11-12。
117 林鈺雄，前揭註 2，頁 66；王效文，前揭註 65，頁 92；Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 331 Rn. 30; NK-StGB-Kuhlen/Zimmermann, § 331 Rn. 60; MK-Korte, § 331 Rn. 121.

doi:10.6342/NTU202501340

係的要求，降低了證明的門檻，也大幅擴張其處罰範圍，強化其作為基本構成要件的截堵功能，將前述實務所遇到具有爭議的餽贈類型一網打盡，全都納入職務賄賂罪的適用範圍。

除了上述較為重大的變更，此次修法也一併處理了一些賄賂罪的細部問題。首先在行為主體的部分刪除了仲裁人，蓋仲裁人係依照仲裁法從事與公權力行使有關之公共事務之人，已屬刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之授權公務員，故無獨立規範之必要[118]。至於民意代表是否應受本條之規制，學說上雖有不同意見，但本次修法仍保持現行法的架構，將民意代表也納處罰範圍[119]。在行為客體之部分修法刪除了賄賂，而統一使用概念上較廣泛之不正利益的用語[120]，蓋個案中所涉及的究竟是賄賂或不正利益實際上並不影響犯罪之成立，惟在實務運作上卻常因認定不同而導致裁判無實益的被撤銷發回，本次修法即有導正此一實務運作之意[121]。最後，就收受不正利益者而言，實務有認為縱係使第三人獲得利益，亦成立賄賂罪[122]，然考慮到現行法的文字，能否做如此解釋實有疑義[123]，故本次修法一併將此一見解予

[118] 林鈺雄，前揭註 1，頁 9。

[119] 相關討論可參，許恒達，前揭註 33，頁 85 以下；林鈺雄，前揭註 16，頁 98 以下；鄭文中（2022），〈從擴張解釋看職務收賄罪之實見〉，《南臺財經法學》，8 期，頁 101 以下；林朝雲，前揭註 35，頁 185-186。相對於我國法採取統一規範的立法，德國法上係採取將民意代表與一般公務員（含司法機關之公務員）分別規制之模式，一般公務員適用第 331 條以下之規定，而民意代表則適用第 108e 條，該條第 1 項規定：「聯邦或邦之人民代表機關之成員，意圖為自己或第三人之不法利益，而於受委託或依指令代表其席次行使職權時，要求、期約、收受不法利益，而以其不行使其職權或唯一定之行使為對待給付者，處五年以下有期徒刑或罰金刑。」翻譯參考自，王士帆（等譯）（2017），《德國刑法典》，頁 170，元照。從構成要件來看，第 108e 條係採取嚴格的對價關係，而針對職務行為的部分，則必須是與民意代表在議會中所為之表現民意、從事立法等行為有關，整體來說在成罪的要求上較第 331 條要嚴格不少，參許恒達，前揭註 33，頁 88-91。

[120] 關於賄賂與不正利益的區分可參最高法院 21 年上字第 369 號判決（前判例）：「所謂賄賂，指金錢或可以金錢計算之財物而言，所謂不正利益，指賄賂以外足以供人需要或滿人慾望一切有形無形之利益而言。」

[121] 相關批評可參，林鈺雄（2016），〈性招待利益能否及如何沒收？－兼論利得沒收新法之適用〉，《台灣法學雜誌》，287 期，頁 20-22。另外，雖學說有認為不正利益中的「不正」可以顯示本罪排除符合社會相當性的給付行為，但亦有見解認為可以刪除此一要素，只需保留「利益」的用語即可，參吳耀宗（2016），〈刑法抗制貪污犯罪之新思維－「貪污瀆職罪之立法展望－以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心」〉，《檢察新論》，19 期，頁 83-84。

[122] 如最高法院 104 年度台上字第 2669 號判決：「（賄賂罪）亦不以本人直接收受者為限，即使形式上係假借、利用第三人名義或由第三人收受，仍包括在內，方符貪污治罪條例嚴懲貪污，澄清吏治之立法本旨。」

[123] 相關討論可參，許澤天，前揭註 44，第 10 章邊碼 42；王效文，前揭註 65，頁 94-95。

doi:10.6342/NTU202501340

以明文，以杜爭議。

據學說之見解，本次修法採取之放寬對價關係的立法模式，不但解決了實體法上對價關係對於具體特定職務行為的嚴格要求難題，也降低了證據法上原本所需達到的高度證明門檻[124]。可以發現這樣的修法方向正好呼應了前述實務在賄賂罪定罪上所遇到的兩大困難，能夠有效強化檢察官追訴貪污犯罪的能力，如此之修法方向應值贊同。而在處罰範圍的部分，依照立法理由與學說的見解，放寬對價關係後的職務賄賂罪能夠處罰到屬於前階段行為的打好關係或鋪路式的賄賂，亦與前揭學說所建議的前置化處罰界限之刑事政策相符。故綜合上述兩點，本次的修法大幅提高了行為人被定罪的風險，促使賄賂罪發揮嚇阻公務員貪污的功能，整體上似朝著一個正確的方向前進。

然而，採取寬鬆的對價關係是否一定能夠得出可以處罰為了打好關係而給予利益的行為，並非毫無爭議，仍須進一步判斷在個案中利益是否是為了職務行使而給予的[125]。學說即指出，所謂打好關係的餽贈，實係因為公務員的職位關係（Amtsstellung）而為給付，是因為公務員的地位具有實施對於贈送者有利職務行為的權限，贈送者才會想要予公務員維持一個友好的關係。而修法係採取寬鬆的對價關係，並非放棄對價關係的要求，故這種打好關係的餽贈能否構成寬鬆的對價關係，亦即能否建立利益與職務行使的聯繫，仍有待確認。觀察打好關係的行為結構，雙方行為人至多只會對於維持雙方之間的友好氣氛有一定之共同認識，至於有關職務行使的層面，雙方行為人未必會有所認知，尤其對於公務員而言，為了打好關係而給予之利益一開始可能不會呈現出為了職務行使的面向。基此，若雙方的認識僅止於維持友好關係，此時因欠缺職務行使的合意，仍不構成寬鬆的對價關係而不成立賄賂罪，僅有在打好關係時，雙方行為人已對未來公務員將實施不特定職務行

[124] 林鈺雄，前揭註 1，頁 11-12。

[125] MK-Korte, § 331 Rn. 123; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 331 Rn. 30. 相對的，亦有認為職務事務中的「一般好感」（allgemeine Wohlwollen）或「傾向」（Geneigtheit）即可視為職務行使，進而使相關行為構成賄賂罪，vgl. NK-StGB-Kuhlen/Zimmermann, § 331 Rn. 60. 從這裡也可以看出，寬鬆對價關係的內涵為何，實際上仍存在不同的理解。

doi:10.6342/NTU202501340

為一事有共同認識，方能以賄賂罪相繩[126]。而雙方是否具有此等共同認識，則須綜合行為人之間的關係、利益的種類和價值與給與利益方式等因素作個案上的判斷，無法一概而論[127]。

另外，文獻上有指出在判斷所謂的寬鬆對價關係上，因為仍須證明行為人之間的不法約定，縱使不要求職務行為的特定性，仍可能會遇到證明上的困難。此時的重點係在於職務行使與利益的對待給付關係，只有在能建立起這樣的對待給付關係時，才有構成賄賂罪的可能。因此，若個案已可證明不法約定（對待給付關係）的存在，則不論是採取嚴格或寬鬆的對價關係均可能已構成賄賂罪；若無法證明不法約定的存在，則不論是採取嚴格或寬鬆的對價關係均無法構成賄賂罪[128]。是以，雖然修法草案想要透過放寬對於職務行為特定性要求的方式來擴張賄賂罪的處罰範圍，但從不法約定的角度來看，仍可能會面臨到對價合意的證明難題。

本文認為，縱使新法打算透過創造「職務行使」這一新穎的概念來解決這個問題，也仍會因為此一概念內涵上的不明確導致適用上的爭議。蓋如前述學說所言，打好關係的餽贈實係因為公務員的職位而為之，則職務行使與職位之間的距離究竟如何，實際上存在著一定的模糊空間。若如同修法意見所主張的，將處罰範圍擴張到一般打好關係的行為，則職務行使似乎便難以與職位做出清楚的區分，似乎有變相承認職位賄賂的疑慮；若較為強調職務行使應有的不特定職務行為性質，則又會如前述見解所質疑的，會在此種不特定職務行為的對價合意上遇到一貫的證明難題。職務行使要素一方面不想要放棄原本職務行為的內涵以避免處罰範圍的過度擴張，另一方面又想要掌握打好關係行為與職務行為之間的模糊關聯，最終就是得出一個同樣模糊、給予法律適用者高度認定彈性的要素。

綜上所述，因為本次修法並未放棄對價關係的要求，因此原本在判斷對價關係所會遇到的問題，在修法草案中仍會存在，例如判斷標準的不明確與不一致、證明

[126] 許恒達，前揭註 53，頁 78。
[127] MK-Korte, § 331 Rn. 123; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 331 Rn. 30.
[128] NK-StGB-Kuhlen/Zimmermann, § 331 Rn. 61.

doi:10.6342/NTU202501340

上的困難、事實審法官的權限過大等。就此而言，在對價關係較不明確的案件中，上述問題應該會更加嚴重，繼續謹守對價關係的要素似乎不必然是好的立法方向。此外，根據修法後的結構，重點仍在於對於不特定職務行為的合意，理論上並非謂只要是打好關係的餽贈就一定會落入職務賄賂罪的處罰範圍，因此修法後的職務賄賂罪不論在涵蓋不明確的對價關係上，或是在前置化處罰界限以提高定罪風險上，似乎都有所不足。考量到對價關係證明上的困難，以及打好關係不但具有腐化公務員的風險，又是實務上常見的開脫之詞，其應有規制之必要。在職務賄賂罪的修法草案可能會因為其模糊之處而導致效用不明的前提之下，放棄使用對價關係的餽贈罪或許可以提供另一種更為清晰的解決途徑。

第三項 增訂餽贈罪

法務部為了強化追訴貪污犯罪能力所推動的第二個修法方案則是參考美國聯邦法的規定增訂餽贈罪，期望能再加強截堵構成要件的功能，使反貪腐的規定能夠訂定得更加周延。該草案內容如下：

刑法第 122 條之 1 草案 （餽贈罪）

I. 公務員要求、期約或收受與其職務行為間無對價關係而有關聯性之不正利益，其金額、價額或數額達三萬元以上者，處五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金。

II. 前項之行求、期約或交付不正利益者，處二年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金。犯第一項之罪，在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。自動繳交全部所得利益者，免除其刑。

III. 犯第二項之罪，自首者免除其刑；在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。因而查獲收受利益之公務員，免除其刑。

此一犯罪的特別之處在於捨棄了對價關係的要素，而是改使用「關聯性」（for or because of）的立法設計，條文更是明白的使用「無對價關係」的用語，宣示此

doi:10.6342/NTU202501340

一修法的立場。然而法務部的修法意見卻認為，在通過職務賄賂罪的修法後，便會使餽贈罪的立法必要性大幅降低[129]。本文認為如此之見解應有誤會，蓋採取寬鬆的對價關係僅是放寬了特定職務行為的要求，雙方行為人仍應對於不特定職務行為有所合意，此與完全捨棄對價關係的餽贈罪自然不可能相同。具體而言，餽贈罪所使用的是關聯性的要求，僅要求餽贈罪與職務行為有原因結果關係即可，不再要求行為人對於職務行為的合意，在內涵上即與對價關係有所不同[130]。另外，從處罰範圍觀之，正是因為對於職務行為合意之要求，使得打好關係的餽贈未必會落入職務賄賂罪之處罰範圍，而捨棄對價關係要求的餽贈罪則無此一限制，理論上更能夠捕捉此類對價合意不明顯的行為。是以，本文認為餽贈罪之立法仍有必要。

然而，對於餽贈罪能否用來處罰打好關係這種基於「職位」的餽贈行為，雖然在美國法上曾有肯否兩種不同見解存在，惟在 1999 年的 United States v. Sun-Diamond Growers 案中（以下簡稱 Sun-Diamond 案），聯邦最高法院明白表示餽贈必須與特定職務行為具有關聯方能構成餽贈罪[131]，故若僅是基於職位而為的餽贈，並不在餽贈罪的處罰範圍[132]。準此，在 Sun-Diamond 案一錘定音後，美國法上餽贈罪的處罰範圍已被限縮在因為特定職務行為而為之餽贈行為，若將美國法之立法原封不動的搬到我國法上，似乎未能解決無法處罰如打好關係等前述類型之餽贈行為的處罰漏洞，也難以說明餽贈罪之關聯性與賄賂罪之對價關係在適用結果

---

[129] 陳瑞仁，前揭註 5，頁 65-66。不過必須強調的是，其基本上還是贊同餽贈罪之立法，主要原因是實務未必會接受寬鬆對價關係的理論，故為了避免實務仍緊守嚴格對價關係的立場，仍應搭配餽贈罪之修法，以避免漏洞之產生。

[130] 不過正如前文所提到的，我國實務上有採取所謂的客觀之對價關係，其內涵也是賄賂與職務行為的原因結果關係，在判斷上似與法務部提出之餽贈罪相似。這樣一來，究竟餽贈罪的關聯性除行為人之合意外，是否還有其他與對價關係不同之處，應值得進一步深思。關於對價關係內涵的介紹可參，林雍昇（2022），〈不違背職務賄賂罪中對價關係之再省思－兼論該罪適用於民意代表之合憲性疑慮〉，《南臺財經法學》，8 期，頁 48 以下；黃慧婷，前揭註 108，頁 45；柯耀程（2013），〈職務行為行賄罪的法律適用檢討〉，《月旦法學雜誌》，217 期，頁 7-8。關於美國法上餽贈罪之關聯性意涵，參本文第三章。

[131] United States v. Sun-Diamond Growers, 526 U.S. 398, 414 (1999).

[132] 陳柏良（2018），〈美國聯邦反貪法制的核心或邊陲？美國聯邦不當餽贈罪的緣起與轉折〉，《法學叢刊》，63 卷 4 期，頁 37-40；林志潔（2007），〈美國貪污犯罪之立法與預防－以聯邦法規為中心〉，《月旦法學雜誌》，143 期，頁 232-233；陳瑞仁，前揭註 5，頁 57-58。但有認為美國法上之餽贈罪可以處罰打好關係的餽贈者，參吳巡龍（2021），〈民代收賄「職務上行為」之判斷標準〉，《月旦裁判時報》，110 期，頁 60。

doi:10.6342/NTU202501340

上的差異何在。再者，也有學者認為美國法上對餽贈罪的理解有模糊性，導致在法律實踐上有過度處罰或政治刑事化的危險性，因此在餽贈罪的立法上似乎不一定要完全跟隨美國法[133]。本文認為此一見解值得參考，若外國立法例無法符合我國法上的需求，也沒有非參考不可之必要，而是可以建立起我國法自己的餽贈罪立法模式。此時的問題即是，在捨棄對價關係的架構下，要如何設定餽贈罪的要素，以在涵蓋打好關係等對價關係較不明確的餽贈行為的同時，也能避免餽贈罪的文義過於模糊，而招致過度刑事化的批評。

第五節 小結

我國賄賂罪的爭議主要環繞在職務行為與對價關係這兩項要素上，2018 年法務部所推出的草案也是以解決這兩項爭議為目的，其中較特別的是，在處理對價關係的問題上分別採用了參考德國立法例的放寬職務行為特定性要求的立法模式，與參考美國立法例放棄對價關係之餽贈罪立法模式。雖然國內學說多偏向支持參考德國法之立法，但經過上述的討論，本文認為縱然採取寬鬆的對價關係，解決問題的效果仍相當有限，在雙方行為人的不法約定之證明上仍舊會遭遇到困難。此從前述關於對價關係不明之餽贈的討論中，實務在認定行為人之間的合意時採取透過從收受事實反推合意的方式來認定不法約定之存在，而有違背論理法則的疑慮這點，即可得到印證，更不用說在處理打好關係式的餽贈時，所要認定的是更加模糊的對待給付關係。

基此，若要更有效的解決對價關係所造成之問題，採用不具對價關係要素的餽贈罪，或許是更為根本的方法。然而，我國學說多將對價關係所涉及之不法約定視為賄賂罪之非難核心，那麼不使用對價關係的餽贈罪之非難核心即無法至於舊有之框架下予以探討，需要另闢蹊徑才能加以確認其非難核心之所在。另外，由於餽贈罪的處罰界限理論上會較賄賂罪來的前置，此時餽贈罪所欲處罰之行為是否已

[133] 陳柏良發言（2018），《法務部廉政署「刑法賄賂罪、餽贈罪及影響力交易罪之增修」研討會會議紀錄》，頁 18。

doi:10.6342/NTU202501340

對法益造成足夠的侵害或危險，而具有透過刑法加以規制之必要，亦有待進一步的討論。若要採取餽贈罪的立法模式，勢必得解決上述兩個問題。

由於美國法上的餽贈罪受到聯邦最高法院見解的影響，處罰範圍已被大幅限縮，也幾乎難以處理對價關係模糊之案件，應不宜作為我國餽贈罪立法的直接參考對象。雖然如此，美國法上之餽贈罪仍經歷過相當程度的發展，且即使在聯邦最高法院的見解影響之下，學者乃至於國會議員都有針對如此限縮見解提出質疑，並試著發展出其他不同見解，本文認為了解美國法上餽贈罪之演變還是有助於我國餽贈罪之形塑。尤其考量到我國討論餽贈罪之相關文獻較少，又更加凸顯了美國法發展對我國之重要性，因此，本文接下來將深入探討美國法上的餽贈罪，試著為我國餽贈罪的立法帶來一些啟發。

doi:10.6342/NTU202501340

第三章 美國法上餽贈罪之發展

美國法上為了解決賄賂罪之定罪困難而增訂了餽贈罪，期望能涵蓋賄賂罪所未能處罰之行為，以避免法律漏洞之產生。然而，在當初餽贈罪的立法上，立法者似乎未能清楚掌握其性質與定位，導致後續餽贈罪的解釋產生諸多疑義，最終在實務的發展下變成一個受到嚴厲限縮的犯罪，使得原本想要填補賄賂罪的功能大打折扣。為了避免我國法上餽贈罪的發展重蹈美國法之覆轍，本文在本章將詳細探討美國法上餽贈罪之變遷，尤其是實務為何在餽贈罪上要採取如此限縮的解釋，而學說上對於餽贈罪的處罰範圍又有何看法。最後，本文將再介紹美國法上所提出之修法建議與草案，檢視其有無援用之可能，或是可以指出餽贈罪有何改進之空間，以資我國立法參考。

第一節 餽贈罪之立法與爭議

本節主要先從餽贈罪的立法背景出發，釐清餽贈罪背後所涉及之原則與保護法益後，接著再透過與其目的相似之犯罪的比較，試著找出餽贈罪在體系上之定位，以為餽贈罪之解釋適用提供引導。最後再介紹餽贈罪曾存在的兩種不同解釋途徑，凸顯出美國法上之餽贈罪的爭議來源。

第一項 餽贈罪之立法

第一款 1962 年修法脈絡與政策目標

美國法上之餽贈罪制定於 1962 年，並於隔年生效，其立法之背景乃是貪污界線逐漸難以區分之時代。隨著政策的轉變，20 世紀美國聯邦政府的功能與職權逐漸擴張，政府與私人經濟活動之間的互動與複雜性也隨之增加，使得外部私人利益逐漸進入到政府體制內，進而影響了公務員的決策過程。為了因應這些狀況，美國的立法者開始推動修法，1962 年的修法便是誕生在這樣的環境之下，該次的修法旨在將美國法上原有的防止利益衝突的規範加以整合，並新增一些規定以彌補原

doi:10.6342/NTU202501340

先規定之不足[134]。本文所探討之賄賂罪（bribery）與餽贈罪（gratuity）即是典型的例子，前者在美國的法律體系內存在已久，而後者則為此次法律改革所新增。

學說指出，在這次修法扮演重要角色之的利益衝突法規中，可以分析出許多不同的防止利益衝突之原則，分別是：防止公務員自我交易、防止公務員從私人獲得經濟價值的移轉、防止公務員協助私人與政府互動、防止前公務員對與政府互動的私人提供離職後的協助、防止從官方職位獲得的訊息中謀取私人利益[135]。其中，與餽贈罪較有關連的是第二個原則，即防止公務員從私人獲得經濟價值的移轉，因而在餽贈罪的解釋上，宜從此一原則的角度加以理解。針對上述眾多的防止利益衝突之原則，學說認為這些原則既非構成一個井然有序的體系，亦非建立在一個共同的政策目標，而是分別構成多重的政策目標，即確保人民與政府互動的過程中能獲得公平、公正與平等的對待；確保重要的公共決策不會受到私人利益的影響；確保政府運作的經濟與效能；維護公眾對於政府的信賴；防止公務員濫用其地位獲取私人利益[136]。準此，在此一學說的理解下，利益衝突規範係在達成上述之多重目的。

第二款 保護法益

然而，上述目的雖然確實是重要的政策目標，但較未能清楚說明這些目標為何須動用刑罰加以達成，因此就有學說進一步歸納出利益衝突規範所要保護的三種法益，說明為何有必要透過刑事規範來規制利益衝突情形的發生。首先，第一種法益是確保公務員提供給政府服務的「廉潔性」（integrity）。所謂的廉潔性認為公職本身是一種公共信賴，而公務員乃是公眾的受託人，因此，公務員本於其受託人之地位，應該以公共利益為執行職務之依歸，而非自己或其他特定私人之利益。為了確保公務員能對於公共利益保持忠誠，廉潔性法益要求公務員不應收受外部私人所給予的利益，蓋這會創造出一種必須向給予利益之私人表示忠誠之利益衝突地

[134] Roswell B. Perkins, *The New Federal Conflict-of-Interest Law*, 76 HARV. L. REV. 1113, 1114, 1122-1123 (1963).
[135] Perkins, *supra* note 134, at 1118.
[136] Perkins, *supra* note 134, at 1118.

doi:10.6342/NTU202501340

位，使公務員有違背公共信任的可能。雖然廉潔性法益要求公務員對於公共利益的忠誠，但這並不表示公務員在執行職務時完全不能考慮私人之利益。學說在此指出，在現代社會中公共利益與私人利益並非完全相隔的兩個領域，有時私人利益也影響公共利益的達成，就如同通用汽車（General Motors）所受的不利也可能會使得美國的利益受損一般。因此，並非公務員一考量私人的利益就構成對公共信任的違背，必須是公務員所考量的私人利益實際上與政府決策較無關聯時，才有違背公共信任的可能。基此，收受私人所給予之利益便是廉潔性法益所要禁止的行為，蓋這樣的行為將使公務員必須考量特定私人的利益而陷入利益衝突的情形，公務員之所以考量私益是建立在私人與公務員具有利益聯繫的前提上，而非公務員對於公共利益的衡量，故此類的行為已違背公共信賴而侵害廉潔性法益，應透過刑事規定予以制裁[137]。

利益衝突規範所要保護的第二種法益是，避免出現公務員利益衝突或濫用政府職位的「外觀」（appearances）。外觀法益所關注的是民眾對於政府的信心，其認為只有當民眾對於政府具有信心時，民眾對於政府決策的接受度才會提高，也才能夠使得民主制度順利運行。而由於人民僅能依賴所觀察到的外觀判斷政府的效能，因此若公務員具有貪腐的外觀，便會引起人民對於政府的懷疑，進而使人民對於政府的信心破滅，影響政策與民主制度的施行。故學說認為，不具貪腐或利益衝突的良好政府外觀不但具有重要性，更是政府合法性的核心要求[138]。據此，外觀法益會支持對於預防性規則（prophylactic rule）的建立，即縱使接受外部利益所導致的利益衝突情況並未直接影響到公職人員的實際作為，也應該禁止這樣的利益給予行為。蓋利益移轉的不當外觀，不論公務員實際上有無受到利益所影響，均會使民眾失去對於政府的信心，因此只要這樣的外觀存在就應受到規制，公務員是否因此受

[137] Beth Nolan, *Public Interest, Private Income: Conflicts and Control Limits on the Outside Income of Government Officials*, 87 NW. U. L. REV. 57, 73-77 (1992-1993).

[138] Nolan, *supra* note 137, at 77. 美國聯邦最高法院也同樣指出：「只有當人民對執政者抱有信心時，民主才會有效運作；而當高級官員及其所任命之人從事會引起瀆職與貪腐懷疑的行為時，這種信心便會破碎。」參 United States v. Mississippi Valley Generating Co., 364 U.S. 520, 562 (1961).

doi:10.6342/NTU202501340

到影響、存有偏頗在此即非重點。另外學說也指出，由於高階官員更容易與他們的職位產生連繫，並更常受到公眾所關注，其行為對於政府外觀的影響更為劇烈，因此在外觀法益的指導下，可以對於高階官員設下相較於低階官員更嚴格的限制[139]。

第三種保護法益則是避免人民需要因為一般政府服務而支付過高費用，亦即保障政府的「平等近用權」（equal access）。平等近用權旨在保持政府的公益性質，若人民可以透過額外支付利益方式增加近用政府的機會，那麼富有的人將因其經濟上的優勢，會比一般民眾更能夠接近政府，使政府因此喪失其公益性質而淪為一種市場經濟，由富裕階層或特定私人所把持，有違法律之平等原則。是以，平等近用權的要求便禁止了公務員與私人之間的利益移轉行為，以避免人民為了獲得公共服務而需支付額外的費用，造成不平等情形的發生。就此，學說認為，平等近用權防止將政府服務與人民的支付能力或意願掛勾，不但具有法律原則的基礎，更是民主理念的實踐[140]。

綜上所述，利益衝突規範的保護法益可以歸納為廉潔性、外觀與平等近用權，因為公務員收受私人利益會導致上述三種法益受到侵害，因此應透過刑法來規範相關行為。至於公務員利用其公職地位謀取私人利益之行為，學說認為可將之視為侵害此三種法益的一種特定行為類型，蓋法律所應禁止的並非是謀取私人利益之行為本身，而是透過損害政府利益而謀取私人利益之行為，故單純的防止公務員利用其公職地位謀取私人利益，並無法成為一種法益而受到保護[141]。

第三款 利益衝突之規範

如前所述，在眾多利益衝突的情況當中，與餽贈罪相關的當屬公職人員與私人之間的經濟價值移轉，在這種情況下，公職人員一方面對政府負有為公益考量之義務，另一方面則又存有為自己或他人考量之利益。其中最明顯、最直接的形式便是

139 Nolan, *supra* note 137, at 78-79.
140 Nolan, *supra* note 137, at 79-80.
141 Nolan, *supra* note 137, at 80-81.

doi:10.6342/NTU202501340

賄賂，其核心乃是對價關係（quid pro quo）：透過移轉經濟價值的方式，來換取公職人員明示或默示之協助實現某些特定的政府作為或不作為的承諾。而除了賄賂之外，縱使公務員與私人間並無類似賄賂之約定，其他從私人那裡接受經濟價值的行為，仍會造成利益衝突的不良後果，例如對於私人的感激以及經濟上的依賴等等。考量到這種情況所涉及的是一種潛在的邪惡[142]，經濟關係存在所帶來之危險已達到應該透過防止該關係存在的方式來避免的程度，學說因此認為，原則上應廣泛禁止公職人員與私人間的經濟價值移轉[143]。

於是，在美國聯邦法上有一系列防止利益衝突的犯罪，除了作為本文重點之賄賂與餽贈外（18 U.S.C. § 201），還包括在政府前作為他人之代表所獲得的收入（18 U.S.C. §§ 203、205）、旋轉門條款（18 U.S.C. § 207）、規範涉及公職人員財產利益的參與（18 U.S.C. § 208），以及薪資補貼行為（18 U.S.C. § 209）等等[144]。這些規定分別建立在不同的基本原則之上，其中與賄賂罪、餽贈罪建立在相同基本原則（防止公職人員從私人獲得經濟價值的移轉）的規定的是 18 U.S.C. § 209 之薪資補貼罪（salary supplementation），該條也是禁止外部收入的基本規定[145]，其禁止公職人員從政府以外的來源接受作為該公務員服務的薪水抑或薪水的捐款或補充之利益[146]。而本條與賄賂及餽贈罪之關係如何，尤其會影響餽贈罪之定位，進而影響對不法餽贈罪之解釋，因此本文以下將先介紹此三個聯邦犯罪之內涵，再透過比較的方式試著勾勒不法餽贈罪之定位。

第二項 餽贈罪之內涵與定位

在進入正式的討論之前，可以先補充的一點是，除了賄賂罪、餽贈罪與薪資補

142 在此學說指出所謂會造成潛在邪惡的行為並不包含賄賂，蓋賄賂已具有顯在的不法性。
143 Perkins, *supra* note 134, at 1120.
144 關於這些規範的介紹可參，林志潔，前揭註 132，頁 235-238。另外，學說上雖然會將賄賂、餽贈與利益衝突規範分開討論，但本文認為兩者儘管有程度上的差異，然其內涵基本上仍是共通的，尤其又有學說認為賄賂、餽贈與薪資補貼具有相互補充之關係（詳下述），故為避免討論失焦，本文仍將其置於同一個架構下一併探討。
145 Nolan, *supra* note 137, at 66.
146 Perkins, *supra* note 134, at 1136.

doi:10.6342/NTU202501340

貼罪之外，美國法上對於公務員收受利益之行為還設有倫理規範，因此為了對餽贈的相關規範有更加清楚的認識，本文以下也會一併介紹倫理規範之規定。

第一款 法律之簡介

第一目 賄賂罪

美國法之行賄罪與受賄罪分別規定在 18 U.S.C. § 201(b)之(1)與(2)，行賄罪之條文為：「任何人直接或間接地，貪腐地（corruptly）給予或承諾給予任何利益（anything of value）[147]，予任何公務員或經選任而具備公職身分之人，或其他自然人或團體，而意圖(A)影響任何職務行為；或(B)影響公務員或經選任而具備公職身分之人為或幫助其為、或准許其為、或允許其為，或提供機會為任何對美國政府的詐欺行為；或(C)誘使公務員或經選任而具備公職身分之人，以作為或不作為之方式違反其法定義務者，處 15 年以下有期徒刑，得科或併科本編（title）所定之罰金或該利益三倍之罰金，並得褫奪公權。」相對的，受賄罪之條文則為：「公務員或經選任而具備公職身分之人，為自己或他人或其他團體，直接或間接地，貪腐地要求、期約、收受或同意收受任何利益，而以下列行為作為回報者：(A)受影響而為任何職務行為；或(B)受影響而為、或幫助其為、或准許其為，或提供機會為任何對美國政府的詐欺行為；或(C)被誘使而以作為或不作為之方式違反其法定義務者，亦同[148]。」

首先，要構成 18 U.S.C. § 201(b)所規定賄賂罪，個案中必須存在一種貪腐的意圖（corrupt intent），亦即行賄者須意圖影響公務員之職務執行，受賄者須意圖使自己的職務執行受到賄賂的影響。而這也同時代表著賄賂與職務行為間存有對價關係，即行賄者打算透過賄賂來交換職務行為的執行。對此，有學說指出部分巡迴法院認為，對於未來利益的模糊期望尚無法滿足法定意圖的要求，故若給與利益者只

[147] 國內文獻有將此翻譯為有價物者，但此處所指涉者並不限於民法上之物，縱使所給予者係無形之利益亦可構成犯罪，故為避免產生爭議，並較切合於我國賄賂罪之用語，本文在此將之翻譯為利益。

[148] 以上法條之部分翻譯內容參考自陳柏良，前揭註 132，頁 31。

doi:10.6342/NTU202501340

是希望公務員在涉及其利益的事項時，會做出對其有利的行為，仍無法構成此處之賄賂罪[149]。另外，雖然有些法院的裁判未必會強調對價關係須由雙方當事人的合意形成（其通常強調的是意圖），但美國司法部認為在這些案件中，仍必須有合意的存在才能構成對價關係[150]。是以，美國法上賄賂罪所要求的對價關係基本上與我國的理解應無太大不同。

此處之貪腐意圖還牽涉到另一個問題，即除了要求對價關係之外，此一意圖是否還要求所涉職務行為必須構成違法。針對這個問題存有不同意見，其中比較具有代表性的案例是 United States v. Alfisi 案。在本案中，被告抗辯其之所以向公務員行賄是因為受到公務員的勒索，因此其交付賄賂之行為僅是為了使自己的事務受到合法的執行，並不構成所謂的「貪腐」。但第二巡迴法院首先闡述了貪腐意圖與對價關係之關聯，認為縱使被告之賄賂係為使公務員合法執行職務，亦無礙於由貪腐意圖推導出之對價關係的成立。之後，法院再接著表示，雖然認為貪腐意圖不要求職務行為必須構成違法將使本罪的涵蓋範圍較廣，但若採取狹義的解釋而把貪腐意圖限縮在職務行為構成違法的情況，將使許多行為變得難以處罰，尤其在行政機關具有裁量空間的情形，此一困難會變得更加明顯[151]。基此，法院認為為了確保本罪之立法目的得以達成，應該採取廣義的解釋，因而維持本案被告之定罪。

針對該案，有不同意見指出，基於法律解釋不應使其中的某些要素遭到忽略的原則，應盡可能使法條中每個要素具有獨立意義。從而，將貪腐（corruptly）解釋為對價關係將使此一要素失去意義，蓋其認為對價關係的要求係來自於影響公務員之要素而非貪腐之要素，採取多數意見的解釋將會混淆貪腐與影響兩個不同的要求，故應採取被告所主張之狹義見解較為妥適[152]。針對這個問題，美國法上似乎尚無定見，但實務基本上應較傾向廣義解釋的見解[153]。

---

149 Alexander Sanyshyn, *Public Corruption*, 54 AM. CRIM. L. REV. 1673, 1682 (2017).
150 Deborah Hellman, *A Theory of Bribery*, 38 CARDOZO L. REV. 1947, 1959 (2017).
151 United States v. Alfisi, 308 F.3d 144, 150-151 (2d Cir. 2002).
152 *Alfisi*, 308 F.3d at 156-157 (Sack, J., dissenting).
153 進一步的討論可參，Brennan T. Hughes, *The Crucial Corrupt Intent Element in Federal Bribery Laws*, 51 CAL. W. L. REV. 25 (2014).

doi:10.6342/NTU202501340

除了上述爭議外，本條的另一個特色是對於行為時點的要求。由於賄賂罪要求行賄者必須對於職務行為有所影響，因此對於行賄者而言，其行賄之行為必須在職務行為執行之前，才有可能對於職務行為造成影響。是以，賄賂罪的性質是完全面向未來的，與下述之餽贈罪有所不同[154]。

第二目 餽贈罪

美國法上之餽贈罪規定在 18 U.S.C. § 201(c)(1)之(A)與(B)，分別處罰給予餽贈行為與收受餽贈行為。餽贈罪之條文內容為：「任何人，除屬法律規定的正當履行職責外，因為（for or because of）公務員、曾任公務員或經選任而具備公職身分之人已執行或將執行之任何職務行為，而直接或間接地給予或承諾給予任何利益予公務員、曾任公務員或經選任而具備公職身分之人者，處 2 年以下有期徒刑或科或併科本編所定之罰金。」收受餽贈罪之條文內容則是：「公務員、曾任公務員或經選任而具備公職身分之人，除法律規定的正當履行職責外，因已執行或將執行之任何職務行為，直接或間接地為自己要求、期約、收受或同意收受任何利益者，亦同[155]。」

餽贈罪中最關鍵的要素即是「因為」（for or because of）的這個要素。由於餽贈罪的條文中並不像賄賂罪有貪腐或影響意圖等要素的明文，因此從文義上來看，本罪之成立只需餽贈是因為職務行為而給予的即可，不以餽贈與職務行為間具有對價關係為必要。針對這個要素，就有學說指出，由於對價關係涉及到當事人之間的主觀意思，在個案中即可能會遇到當事人實際上並未明確達成協議的情況，導致難以直接證明對價關係的存在而無法構成賄賂罪。因此，這種證明上的困難便提供了餽贈罪存在的理由，亦即透過免去證明對價關係的負擔，來對相關行為課予刑事責任[156]。但餽贈罪的此一效用在聯邦最高法院作成 Sun-Diamond 案的判決後即面

---

154 NORMAN ABRAMS, SARA SUN BEALE & SUSAN RIVA KLEIN, FEDERAL CRIMINAL LAW AND ITS ENFORCEMENT 264-265 (2010).

155 以上法條之部分翻譯內容參考自陳柏良，前揭註 132，頁 32。

156 ABRAMS, BEALE & KLEIN, *supra* note 154, at 265.

doi:10.6342/NTU202501340

臨挑戰，這涉及到對於聯邦最高法院所謂的利益與職務行為間之關聯（link）應如何理解與證明的問題，將在後續的討論加以釐清。

餽贈罪所處罰的行為類型大致上可分成兩種，第一種類型的餽贈可被稱為對於過去的饋贈（backward-looking gratuity），係指對於過去已執行的職務行為而為餽贈之行為，第二種則可被稱為對於未來的餽贈（forward-looking gratuity, 以下或稱為前瞻性餽贈），針對的則是條文中所規定的「將執行」的職務行為而給予餽贈之情形。前者之情形較無爭議，其規範的是屬於典型事後收受餽贈的行為，與賄賂罪並無衝突。但後者則因為餽贈發生在職務行為執行前，與賄賂一樣是針對未來的職務行為而為之，即發生要如何劃分兩者之適用範圍之爭議。為此，學說與實務將前瞻性餽贈定義為，餽贈者因為公務員對於未來職務行為的承諾而所給予之餽贈。舉例而言，假設有一名國會議員過去幾個星期裡都在他的選區內四處演講，主張要廢除空氣清潔法案（Clean Air Act），而會受此法案影響的一些從事污染工業的公司即因此在國會正式投票前，提供利益給那名國會議員以支持他的決定。那麼在前瞻性餽贈的概念之下，由於利益的給予是因為該名國會議員在投票前的表態，而非因為尚未發生的投票行為，因此提供利益的公司不會構成賄賂罪，僅可能會構成餽贈罪，故可透過前瞻性餽贈的概念能夠劃分賄賂罪與餽贈罪的不同適用範圍[157]。在此，這種解釋賦予了前瞻性餽贈某種程度的面向過去性質，蓋雖然職務行為的確是屬於未來的，但承諾則是過去已發生的，因此餽贈可被理解為對職務行為承諾的獎勵或小費[158]。

另外，由於餽贈罪規定餽贈必須是因為職務行為而給予，因此若是基於個人社交關係而給予之餽贈，自然不在餽贈罪的處罰範圍，此時要如何在個案中區分出兩

[157] Randall D. Eliason, *Surgery with a Meat Axe: Using Honest Services Fraud to Prosecute Federal Corruption*, 99 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 929, 940 (2009). 但學說上對此一概念亦有批評，詳見下述學說的討論。

[158] Sarah N. Welling, *Reviving the Federal Crime of Gratuities*, 55 ARIZ. L. REV. 417, 427-428 (2013). 不過此一見解在實務上曾發生爭議，詳見下述 Sun-Diamond 案中 DC 巡迴法院之判決與相關學說的討論。

doi:10.6342/NTU202501340

者便是關鍵。依據學說的整理，法院在判決時會參考的因素有：「贈與者是否將禮物視為應向雇主報銷的費用、贈與者是否將禮物視為業務費用予以扣除、在受贈者成為公務員之前雙方是否有過贈禮的紀錄、受贈者離開公職後是否持續贈送禮物、贈與者是否也向他人提供類似的禮物、贈與者與受贈者在公職身分之外是否存有社交關係、禮物是否與職務行為呈現出一致的模式、禮物是否特別珍貴等[159]。」

第三目 薪資補貼罪

薪資補貼罪主要規定在 18 U.S.C. § 209(a)，後續則是規範本條的一些除外情形。18 U.S.C. § 209(a)規定：「任何人從美國政府以外的任何來源，除由任何州、郡或地方自治體的財政貢獻外，接受任何薪水，或是任何薪水的捐款或補充，作為其在美國聯邦政府、任何獨立機構或 DC 特區的行政部門之官員或雇員服務之報酬者；或是任何個人、合夥、協會、公司或其他組織，支付、捐獻或以任何方式補充上述官員或雇員的薪水，且其接受會構成本小節之違反之情形者，應受到本編第 216 條規定之處罰。」而根據 18 U.S.C. § 216(a)規定，行為人若惡意（willfully）犯 18 U.S.C. § 209(a)之罪，處 5 年以下有期徒刑或科或併科罰金；若故意為之，處 1 年以下有期徒刑或科或併科罰金。

本罪屬於一種預防性規範，學說指出，其所規制的行為並不具有本質上邪惡的性質或是會造成某些具體的危害，其所欲避免的是一種潛在的危害，即出售職位或政府作為一事太具誘惑力或太容易做到，甚至使公務員在無意識的情況下為之。因此禁止薪資補貼是針對其本身所會創造出的環境，即令公職人員同時為兩個雇主服務，產生忠誠分裂的危險。除此之外，這些行為也會產生不當行為的外觀、購買近用政府的權利與不當出售職位的問題，因此有加以規制之必要[160]。在紐約律師公會（New York City Bar）的報告中，亦認為薪資補貼罪的立法目在於防止侍奉二主的情形發生。報告中提到，其背後具有三種關切：避免外部支付者能透過具有切斷

[159] Welling, *supra* note 158, at 425-426.
[160] Nolan, *supra* note 137, at 82-83, 88-89.

doi:10.6342/NTU202501340

僱員的一條經濟生命線的權力，對僱員產生一定的控制；避免縱使在沒有直接施加壓力的情形下，僱員仍可能傾向於偏袒外部支付者；避免在同事和其他觀察者中，因為這種行為帶來的不正印象而產生猜疑和怨恨[161]。

為了防止利益衝突情形的發生，薪資補貼罪採取一種全面性禁止的規範模式，本罪未對給與利益者與收受者之間的關係設下限制，故縱使給與利益者並不受到該收受公務員的管制，或是雙方不具有業務上往來之關係，只要其具有補貼薪資的行為，即有成罪之可能[162]。此外，雖然本罪要求行為人必須是為了政府服務而支付利益，但並不要求所支付之利益與所提供之服務之間須有聯繫。因此，即使利益的支付事實上不會影響公務員的職務執行，甚至給與利益者主觀上也沒有影響公務員的意圖，其仍會構成薪資補貼罪。學說即指出，這是本罪與賄賂罪的一個重要分界[163]。

至於什麼樣的行為會構成本罪，有實務認為能夠以公務員的職務內容判斷，只要無法認定給與利益者與公務員之間的關係涉及到該公務員的職責時，即可認為利益的給予並非公務員的服務的報酬或補貼[164]。但學說則認為僅是與公務員的職務內容無關，尚無法確定利益的給予並非為了公務員在政府的服務，至多僅能構成一種與政府服務無關的反證。學說舉例，有一名國務院的公務員受邀參加一趟奢華的旅行，並須繳交一篇關於旅行的考察報告。而這趟旅行是由一名與該公務員具有業務往來關係之人所提供，其認為這名公務員盡忠職守，應值得享受一趟昂貴的旅行，且其亦知悉該公務員的薪水無法負擔這樣的旅行，因此明確表示此次旅行是要補貼該公務員的薪水。在這種情況下，雖然這名公務員被要求的作為是與其職務內容無關的考察報告，但由於贊助旅行者已具有補充薪資的意圖，故該行為已足構成

---

161 ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK, SPECIAL COMMITTEE ON THE FEDERAL CONFLICT OF INTEREST LAWS, CONFLICT OF INTEREST AND FEDERAL SERVICE 211-212 (1960), 轉引自 Nolan, *supra* note 137, at 89.

162 Perkins, *supra* note 134, at 1137.

163 Nolan, *supra* note 137, at 96.

164 United States v. Muntain, 610 F.2d 964, 970 (D.C. Cir. 1979). 在這個案例中，Muntain 是美國住房及城市發展部（HUD）的官員，被指控接受汽車保險的私人賣家（private sellers）所提供的旅費贊助，並將勞工部的官員介紹給該賣家，但 Muntain 本身的業務並不涉及相關保險事務。

doi:10.6342/NTU202501340

薪資補貼罪[165]。是以，是否構成本罪的關鍵因素是行為人的補充意圖。另一種學說上提到之本罪的重要典型案例是，企業的高層受邀成為政府官員，而其原本所待的公司提出要支付他現在薪水與未來在政府工作薪水之間差額的全部或部分。在這種案例中，學說認為確認有無補充意圖的關鍵是，這筆金錢是否是為了企業高層過去的服務而支付的，亦即是否是一筆合法的遣散費（severance payment）。如果企業高層離職不是為了接下政府職位，且亦無回歸公司的打算，仍會從公司那收到這筆費用，即可肯定此係合法的遣散費，並非為了補貼公務員之薪水而不構成薪資補貼罪[166]。

另外，就本罪的行為時點而言，在 1990 年的 Crandon v. United States 案[167]中，聯邦最高法院認為在成為公務員之前所收受的利益並不會構成本罪，蓋在這個時點，收受者仍非本罪所規定之「行政部門之官員或雇員」（officer or employee of the executive branch）[168]。

第四目 倫理規範

關於收受禮物的倫理規範主要規定在 5 U.S.C. § 7353(a)、(b)，該條表示：「(a)除本條(b)項許可的情況外，任何國會議員或在行政、立法或司法機構任職的官員或僱員，不得向下列自然人要求或收受任何利益：(1)該人或其任職的機構，正在尋求政府公權力之行使或不行使，或與政府有業務往來關係，或其行為正受到政府監管（在行政部門之官員和僱員的情況下）；或(2)該人的利益，有受到該官員或雇員公權力之行使或不行使實質影響的高度可能。(b)(1)各機構負責監管之倫理辦公室，得就本條之執行與合理例外情形，發布命令或行政規則。(2)(A)國會議員或在行政、立法或司法機構任職的官員或僱員，得在符合依前款所制定的命令或規則的情況下收受禮物。(B)縱符合前目之規定，仍不得收受以任何職務行為受影響為對價（in

[165] Nolan, *supra* note 137, at 96.
[166] Perkins, *supra* note 134, at 1137-1139.
[167] Crandon v. United States, 494 U.S. 152 (1990).
[168] 對於此一見解妥適性的討論可參，Nolan, *supra* note 137, at 97-103.

doi:10.6342/NTU202501340

return for）之禮物。(3)本條並不妨礙國會議員、官員或僱員，根據法定權限代表美國政府或其任職之任何機構收受禮物[169]。」

學說指出，本條是採取的是預防性及禁止來源方法（prohibited source approach）的規範方式，其所關注的是聯邦雇員（或其所在之機構）與贈與者之間的利害關係，透過預防性的禁止公務員與私人間的利益流動關係來防止危害的發生[170]。這種規範方法相對於採取純粹的利益禁止模式（pure prohibited-interests model）的薪資補貼罪，可被視為是它的一種修改版本[171]。本條規範的行為即是一種與公務員職務位有關的送禮行為，只要雙方之間存有利害關係，則不論贈送禮物是因為公職人員可能採取影響贈送者利益的職務行為，還是因為公職人員任職於可能影響贈送者的機構，或是因為公職人員的官方職位，都一律受到本條的規範[172]。

至於違反本條的法律效果則規範在 5 U.S.C. § 7353 (c)：「違反本條規定的國會議員、官員或雇員應依據應適用之法律、總統命令（Executive orders）及法規，接受適當的紀律處分及其他糾正措施。」

第二款 法律之比較

第一目 餽贈罪與賄賂罪

介紹完相關法律後，接下來本文將透過比較的方式試著釐清餽贈罪之定位，尤其是其與賄賂罪、薪資補貼罪之關係如何，將影響對於餽贈罪的解釋。首先就餽贈罪與賄賂罪之間的關係，兩者間最明顯的差別即是對於意圖要素的要求。相對於賄賂罪有貪腐或影響意圖的要求，餽贈罪的條文中並未有關於行為人主觀要素（mens rea）的規範，但學說認為這並不代表餽贈罪是一種嚴格責任犯罪（strict liability crime）[173]，法院在個案中仍會審查行為人的主觀犯意。根據學說的爬梳，雖然實

[169] 部分翻譯內容參考自陳柏良，前揭註 132，頁 33。
[170] George D. Brown, *The Gratuities Offense and the RICO Approach to Independent Counsel Jurisdiction*, 86 GEO. L.J. 2045, 2058-2059 (1998).
[171] Nolan, *supra* note 137, at 81.
[172] Nolan, *supra* note 137, at 116.
[173] 指不要求行為人主觀犯意的犯罪。相關討論可參，Joshua Dressler（著），王秀梅等（譯）（2009），

doi:10.6342/NTU202501340

務上對於餽贈罪的主觀面要求較無一致見解，但仍能歸納出，實務一般認為行為人必須對於餽贈罪的構成要件事實有所認識[174]。據此，在行為人主觀層面的要求，餽贈罪基本上就不須如賄賂罪一般，須證明行為人有「影響」職務行為或使職務行為「被影響」的具體意圖，而只需行為人對於餽贈是「因為」（for or because of）職務行為一事有主觀上的認識即可[175]。

這點也進一步影響了對價關係的要求，蓋餽贈罪之行為人既然不需有影響或被影響的意圖，那以賄賂換取職務行為的主觀合意自然也不必存在。因此，只要行為人有給與利益的行為，利益與職務行為有所關聯，並且行為人對此事實有所認知，即落入餽贈罪的處罰範圍。實務上有對此做進一步的闡述，認為賄賂罪所需要的對價關係可以被理解為是一種雙方當事人之間所具有的雙向聯繫，亦即一方試圖透過給予利益來影響公務員未來的職務行為，而另一方使收受該利益的行為成為執行職務行為的動機。相較之下，餽贈罪則只需要一種單向聯繫，即雖然餽贈是因為職務行為而給予，但不須職務行為會因此受到影響[176]。該實務便指出，過去就有法院認為餽贈罪係預設餽贈一般是不附加條件的，因其是作為對過去行為的獎勵[177]；縱使餽贈是因為職務行為而給予，職務行為在沒有餽贈的情形時亦可能會如此執行[178]。

另外在行為時點的部分，賄賂罪正如前述，僅能規範針對未來職務行為的行為。相對的，餽贈罪不但可以涵蓋針對未來的職務行為的餽贈，亦可包含針對過去的職務行為的餽贈，故其在處罰範圍上較賄賂罪來得廣。這點也可從條文中的行為人身分發現，雖然兩罪都適用於現在和未來的公務員，但只有餽贈罪及於過去擔任公務員之人。不過餽贈罪除了前述依時間區分的兩種類型之外，還有一種具有爭議的類型，可被稱為職位餽贈（status gratuity）、善意餽贈（goodwill gratuity）或討好

《美國刑法精解》，頁 132 以下，北京大學出版社。

174 Welling, *supra* note 158, at 447-457.

175 Sanyshyn, *supra* note 149, at 1676.

176 United States v. Schaffer, 183 F.3d 833, 841 (D.C. Cir. 1999).

177 United States v. Mariano, 983 F.2d 1150, 1159 (1st Cir. 1993).

178 United States v. Brewster, 506 F.2d 62, 72 (D.C. Cir. 1974).

doi:10.6342/NTU202501340

餽贈（currying-favor gratuity），同樣具有面向未來的性質。這種類型的餽贈指的是行為人透過餽贈與公務員預先建立起良好的關係，令後續餽贈者所利益相關的事務發生時，公務員會對其具較為友善的態度，並在職務的執行上顧及其利益[179]。這種類型的餽贈應該相當於本文前述之打好關係式的餽贈，理論上是餽贈罪主要負責處理的類型，但此一理論在後續的 Sun-Diamond 案中被捨棄了，造成餽贈罪處罰範圍的限縮，詳見下述關於 Sun-Diamond 案的討論。

雖然賄賂罪與餽贈罪有上述許多之不同，但兩者之間也有不少的共同或相似之處，首先即是職務行為（official act）的要求。在賄賂罪與餽贈罪的條文中均使用了相同的職務行為用語，在此二罪中均具備相同之意義[180]。職務行為在美國法上已有明文定義，規範在 18 U.S.C. § 201(a)(3)：「職務行為係指對於任何公務員，就其權限或基於其作為公務員之地位，在任何時間待決於他，或其依法得予受理的任何問題（question）與事項（matter）與事由（cause）、訴訟（suit）、程序（proceeding）或爭議（controversy），所做的任何決定或者行動[181]。」雖然職務行為的定義相同，但賄賂罪除了規範為了影響職務行為之賄賂之外，還包括為了詐欺美國政府以及為了違反公職人員職責行為而給予之賄賂，在行為樣態的涵蓋上較廣。

再者，餽贈與賄賂皆會帶來相同的危害，例如偏袒、忠誠分裂與降低政府效能的風險，以及販售公職的疑慮等等，雖然兩者在程度上可能有所不同。從這點來看，賄賂所帶來的危害更明確，處於這類犯罪的核心；餽贈的性質則可能更偏向違反政府倫理或利益衝突原則的問題，因此與這類危害的距離較遠[182]。即有學說認為：「賄賂比其他犯罪『更糟糕』。它是一種『類似叛國罪的罪行』，是一種『卑鄙的行為』。那些自願擔任公職卻為了私人利益背棄公共信任的人（以及那些引誘公職人員這

[179] Eliason, *supra* note 157, at 941.
[180] Daniel H. Lowenstein, *Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics*, 32 UCLA L. REV. 784, 797 (1985).
[181] 中文翻譯參考自蘇彥圖（2017），〈職務行為的刑法範疇，與政治貪腐的平庸──評美國聯邦最高法院 McDonnell v. United States 案判決〉，春風煦日論壇編輯小組（編），《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》，頁 530，元照。
[182] Brown, *supra* note 170, at 2049-2050, 2054.

doi:10.6342/NTU202501340

樣做的人）的行為在道德上是應受譴責的，因為他們破壞了平等和民主的根基。對於這種行為，我們需要一種賦予其特殊污名的特殊犯罪[183]。」不過學說上也有指出，餽贈事實上可能是一種賄賂，但無法證明相關事實或是尚未曝光[184]，可見其與賄賂仍具有相似的性質，或至少類似的外觀。

這也涉及到餽贈罪是否是賄賂罪的較小包含犯罪（lesser included offense）的問題。所謂的較小包含犯罪是指，較小犯罪的所有要素都必須包含在較大的犯罪之中，其在訴訟上的效果為，即使檢察官是起訴較大的犯罪，但若陪審團認為個案不構成較大犯罪，仍能夠依較小包含犯罪定罪[185]。賄賂罪與餽贈罪皆規範在 18 U.S.C. § 201，該條的標題是「賄賂公務員與證人」（Bribery of public officials and witnesses），在標題當中與條文當中皆未出現餽贈（gratuity）的用語，故立法上似乎未明確區分兩者之不同，這點也可從餽贈罪的立法過程中找出些端倪。在餽贈罪的立法過程中，立法者強調餽贈罪的立法目的是在彌補賄賂罪之不足[186]，因此將兩者理解為具有相同的內涵似乎是妥適的。此外，亦有學說從行為的角度分析，不論是達成關於職務行為的協議（賄賂），或是引發公務員對於利益提供者的感激（餽贈），其根本都是提供利益的行為，亦即一種金錢介入政府過程以干涉政治決策形成的行為[187]。據此，若再考量到上述兩者具有相同的危害，將餽贈罪視為賄賂罪的較小包含犯罪似乎頗為合理[188]。

然而，亦有見解認為賄賂罪與餽贈罪是兩種不同的犯罪，蓋在立法過程中，立法者也提到了餽贈罪的「因為」要素，與賄賂罪所要求的影響意圖具有不同的性質[189]。此外，學說也認為雖然兩罪皆關注金錢對於職務行為的影響，但餽贈本身與職務行為間之關聯較為薄弱，也欠缺如賄賂罪之合意，更重要的是餽贈罪具有諸如外

183 Lowenstein, *supra* note 180, at 806.
184 Brown, *supra* note 170, at 2054.
185 陳柏良，前揭註 132，頁 36。
186 Charles B. Klein, *What Exactly Is an Unlawful Gratuity after United States v. Sun-Diamond Growers*, 68 GEO. WASH. L. REV. 116, 127 (1999); Brown, at 2061.
187 Lowenstein, *supra* note 180, at 821; Brown, *supra* note 170, at 2053.
188 採取此種見解的實務如，*Brewster*, 506 F.2d at 83.
189 Brown, *supra* note 170, at 2061.

doi:10.6342/NTU202501340

觀、預防性措施等倫理法（ethics law）上的考量，因此餽贈罪應是一種與賄賂不同的犯罪[190]。本文認為在此會有如此不同的理解，應是來自於餽贈罪在立法過程中未能獲得一個清楚定位所致。在立法過程中，立法者強調餽贈罪是在處罰對於職務行為的酬謝（reward），在早期的草案中也僅規範「因為公務員或曾任公務員者實際或聲稱執行的職務行為」[191]。就此而言，餽贈罪一開始的定位應較注重面向過去的性質，也因為這種基於行為時點的區分，不會產生其與賄賂罪重疊、混淆的問題。不過後來在聯邦總務署（GSA）的法律顧問 J. H. Macomber, Jr.所謂的小小建議下，法條增加了「將執行」（to be performed）之職務行為的用語[192]，使得本罪因此帶有面向未來之性質而開始產生定位上的爭議，不但造成與賄賂罪變得不易區分，還導致了餽贈罪解釋上的分歧。

第二目 餽贈罪與薪資補貼罪、倫理規範

比較完餽贈罪與賄賂罪之後，接下來我們將目光放到其與薪資補貼罪、倫理規範的關係上。首先就餽贈罪與薪資補貼罪的部分，兩者皆規範在美國法典第 18 編第 11 章，學說認為雖然前者並非是利益衝突的規定，但作為利益衝突規範的薪資補貼罪實際上具有補充賄賂罪與餽贈罪規範的功效，蓋此三罪的內涵上具有一項共同特徵，即關注外部私人之利益對於公務員的影響。因此，學說認為從這種具相似性質的角度來理解，賄賂罪、餽贈罪與薪資補貼罪能夠形成一種三層關係，而依照行為的嚴重程度來區分，最核心也是最嚴重的當屬賄賂罪，最外圍的即是薪資補貼罪，餽贈罪則位於此二罪的中間。不過必須提醒的是，雖然有認為餽贈罪是賄賂罪的較小包含犯罪，但一般並不認為薪資補貼罪是賄賂罪或餽贈罪的較小包含犯罪，主要原因在於薪資補貼罪要求私人給與之利益必須是對於公務員薪水的一種補貼，而這樣的要求在賄賂罪或餽贈罪當中的是不存在的，其自然無法與其餘二罪形成一種包含關係[193]。

---

190 Brown, *supra* note 170, at 2066.
191 Klein, *supra* note 186, at 126-127.
192 Klein, *supra* note 186, at 127.
193 Nolan, *supra* note 137, at 90 n. 120.

doi:10.6342/NTU202501340

這點也凸顯出了薪資補貼罪的特色，亦即在個案中利益必須要能被理解為是一種補貼，才會有構成犯罪之可能。據此，即有見解認為，為了符合薪資補貼罪的文義要求，給與利益的行為必須是定期性的，或是以定期為基礎計算的（例如以每月為基礎），才屬於本罪所規範的薪資補貼行為。故若給與利益的行為僅是單純的一次性支付，且非以定期為基礎計算，即無法被包含在本罪的處罰範圍。採取此一見解者認為，這樣的解釋不但較為符合法條文義，也能避免本罪的涵蓋範圍過廣，將一些實際上不具不法的行為也納入本罪的處罰範圍。例如，父母為了補貼子女的薪資而偶爾贈送禮物給子女，由於其目的在於補貼子女的薪資，在不採取此一解釋的立場下即可能得出此類行為構成犯罪的結論，如此之結果顯不合理[194]。從這裡也可以看出，因為薪資補貼罪是一種廣泛的預防性規範，即需要建立起合理的例外來避免產生過度刑事化的危險。

同樣作為一種預防性措施的倫理規範也是如此，雖然倫理規範不像薪資補貼罪具有行為類型的適用限制，然其不但將收受利益的對象限於有職務上利害關係之人，也授權各機構之倫理辦公室建立合理的例外，應是考慮到上述需要避免過度規範所產生的風險。相對於此，餽贈罪不但未限制給與利益的行為模式，也不限於雙方行為人具有利害關係，更幾乎未有例外規定的存在，相較前兩者而言，在規範範圍上即顯得有些過度，就有見解表達了對餽贈罪如此廣泛的擔憂[195]。準此，從這個角度來看，對於餽贈罪進行一定程度的限縮解釋似乎是適當的。惟參考餽贈罪本身的結構，若要予以限縮，似乎也僅能從「因為職務行為」的部分予以下手，故在餽贈罪的解釋上存在著靠往賄賂罪的解釋方向，也就不是那麼令人意外了，何況本來就存在著餽贈罪是賄賂罪的較小包含犯罪的見解，更是為如此的解釋方向提供了相當的基礎。

然而正如前述，文獻上除了有將餽贈罪視為賄賂罪的較小包含犯罪的見解外，

194 *Crandon*, 494 U.S. at 168-184 (Scalia, J., concurring).
195 United States v. Evans,149 F. Supp. 2d 1331, 1343-1344 (M.D. Fla. 2001).

doi:10.6342/NTU202501340

亦有將兩者區分的見解。此一見解著眼的即是餽贈與職務行為間較為薄弱的關聯性，更加考量到餽贈罪預防貪腐的功能，依照此一見解的理解，若在餽贈罪的解釋上參考賄賂罪，似乎就會使餽贈罪失去了獨立規範的意義。本文認為，既然此一見解著眼於餽贈罪的預防性質，那具有同樣關注又作為預防性規範的薪資補貼罪與倫理規範，自然是此一見解在餽贈罪解釋上適合的參考對象。薪資補貼罪與倫理規範的特點即是不強調利益與職務行為之間的關聯，其注重的毋寧是利益與職位之間的關聯。在薪資補貼罪，職位關聯的概念即內含在補貼公務員薪資此一行為的性質之中；在倫理規範，則是透過對於公務員具利害關係之要求來建立起這樣的與職位之間的關聯。對此，學說即指出私人之所以會有因公務員之職位而送禮的動機，實係因公務員之職位具有影響私人利益的能力，縱使現在尚未有具體事項需要公務員的協助，送禮行為也可能是對於未來有需要時的投資，故為了防止貪腐的發生，此類行為即須透過相關規範予以管制[196]。如果在餽贈罪的解釋上是採取注重預防貪腐功能的立場，那對於「因為職務行為」在內涵上的形塑，即可能更偏向與薪資補貼罪、倫理規範相同，從與職位有關聯的角度出發來進行理解。

第三款 小結

從上述討論可以發現，賄賂罪與薪資補貼罪正好形成了兩個位於極端的不同規範。雖然兩者皆從禁止公職人員從私人獲得經濟價值移轉的原則出發，但賄賂罪強調的是更具體的危害，即與職務行為具有緊密關聯（對價關係）的利益移轉會對政府決策過程造成的直接影響。相對的，薪資補貼罪則關注一種潛在的危害，重點在於防止利益衝突情形的發生，因此縱使利益與職務行為沒有關聯，仍會因為其具有職位關聯而受到禁止。本文所關注的餽贈罪便是位於這兩個極端之間的規範，故在利益與職務行為關聯之寬嚴程度上，也理應介於這兩者之間。然而，在這兩端中間的往往是不易判別的灰色地帶，要如何形塑出介於兩者之間的關聯性要求，實非易事。再者，由於餽贈罪使用的是「因為職務行為」這樣的概念，其文義本身似未

196 Nolan, *supra* note 137, at 115-116.

doi:10.6342/NTU202501340

能指涉出對於關聯性的寬嚴程度有無何種的預設，故在本罪的解釋上，因為（for or because of）的文義亦應無法提供一定的指引。

本文認為，在美國法上長期存在之對於餽贈罪的兩種不同解釋，便是誕生在這樣的背景之下。由於餽贈罪本身的定位難以掌握，在無法獨自形塑出本身之不法內涵的情況下，似乎也只能從其他定位較為清楚之犯罪的角度，來試圖釐清餽贈罪之「因為職務行為」所指為何。於是，在餽贈罪的兩種不同解釋上，即可發現其分別帶有賄賂罪與薪資補貼罪的不同關注。第一種見解是採取類似賄賂罪的理解方式，認為餽贈與職務行為之間必須有較為嚴格的聯繫，故餽贈罪之「因為職務行為」指的即是餽贈與具體特定之職務行為間具有直接的關聯，因此此一見解也可被稱為「直接關聯方法」（Direct nexus approach）[197]。第二種見解則是採取前述的預防觀點，與薪資補貼罪、倫理規範類似，認為為了防止貪腐的發生，只要餽贈是因為公職人員的職位而給予，即可滿足「因為職務行為」的要求，故此一見解亦可被稱為「職位方法」（Status approach）[198]。

本文在這個部分檢視了立基於相同原則而可構成三層關係的賄賂罪、餽贈罪與薪資補貼罪（以及性質類似的倫理規範），並透過比較的方式得出了餽贈罪定位較不明確，且因此導致了兩種具有完全不同理解的餽贈罪解釋方式的結論，本文並接著指出該爭議係環繞在「因為職務行為」此一要素的理解上。而在下一個部分，本文則要進一步討論對於此二見解的看法，並指出除了餽贈罪的定位之外，對於貪腐的不同理解也是影響餽贈罪解釋的一大原因。

第三項 餽贈罪之解釋爭議

在 Sun-Diamond 案一錘定音之前，司法實務上對於餽贈罪的解釋並不一致，不論是直接關聯方法或是職位方法都有獲得部分法院的支持。縱使是在 Sun-

[197] Steven M. Levin, *Illegal Gratuities in American Politics: Learning Lessons from the Sun-Diamond Case*, 33 LOY. L.A. L. REV. 1813, 1830 (2000).
[198] Levin, *supra* note 197, at 1830-1831.

doi:10.6342/NTU202501340

Diamond 案後，學說也非毫無異議的接受聯邦最高法院的見解，而是持續的探討應如何設定餽贈罪的處罰範圍。因此，本文認為在進入聯邦最高法院裁判的討論之前，應有必要先對餽贈罪的不同理解有進一步的認識，以便在後續的討論上能夠更清楚的掌握餽贈罪的脈絡。

第一款 直接關聯方法

如前所述，餽贈罪的第一種解釋方式是採取類似於賄賂罪理解的直接關聯方法，支持此一見解的案例係以 United States v. Brewster 案[199]為代表，本案的被告是一名參議員。本案法院認為，若個案中的行為人要構成餽贈罪，必須其對於餽贈所針對之具體特定之職務行為有所認識，蓋政治人物只要知道政治獻金捐贈者的身分及其相關利益，勢必也會知道捐贈者的捐贈動機為何，故為了區分出合法與非法的界線，對於特定職務行為的認知便是必要的[200]。甚至，法院還質疑賄賂罪之「以受影響為對價」（in return for ... being influenced）與餽贈罪之「因為」（for or because of）之間，是否真的有除了文字以外的差異[201]。就有學說認為，本案法院不但將餽贈罪理解為一種類似賄賂罪之犯罪，更暗示了餽贈罪的成立也需要有對價關係的存在[202]。

在這個見解背後的，即是對於餽贈罪的處罰範圍不應太過廣泛的想法，主要的依據有以下幾點。首先，這個觀點認為在私人與政府之間的疏通關係是合理的，不但是因為這類行為在一般商業關係中很常見，也是因為在民主制度中，各方的交易與妥協都是這個制度不可或缺的部分。正是因為交易與妥協的存在，才使得政府能

199 United States v. Brewster, 506 F.2d 62 (D.C. Cir. 1974).
200 *Brewster*, 506 F.2d at 81.
201 *Brewster*, 506 F.2d at 82. 在此可以看見本案法院對於合法政治獻金與非法餽贈之區別的重視，因此後續便有法院認為，Brewster 案採取較嚴格的直接關聯方法是因為該案涉及到政治獻金，若個案中被告的公職地位並非透過選舉產生（不涉及政治獻金），即無須採取如此嚴格的解釋，參 United States v. Campbell, 684 F.2d 141, 150 (D.C. Cir. 1982). 不過在後續 DC 巡迴法院與聯邦最高法院的 Sun-Diamond 案判決並未接受這樣的區分方式，認為就算不涉及政治獻金也不代表可以採取較廣泛的職位方法，詳下述。
202 Brown, *supra* note 170, at 2062. 但 Brewster 案法院同時也在判決中提到：「賄賂罪需要明確的『對價關係』，而這在僅涉及不法餽贈的情況下則非必要。」使得本案法院的立場顯得有些矛盾，參 *Brewster*, 506 F.2d at 72.

doi:10.6342/NTU202501340

夠順利運行，尤其現代社會又是建立在一個公私合力的制度之下，私人自然需要確保與政府的交流順暢，故私人為了更有效的與政府溝通而經營與政府的良好關係，即屬一種正常現象。因此這個觀點認為，除非涉及賄賂，否則不應過快的非難與政府打好關係的行為，蓋這種行為反而可能是民主制度的一股重要推力[203]。更有遊說團體表示，對於立法者的不平等接觸雖然可能是種不幸，但考量到社會中希望與立法者溝通的意見眾多，若一味的強調平等近用，最終的結果可能就是沒有人有辦法與立法者溝通[204]。

類似的立場也可以從選舉的脈絡下被發現。有見解認為在代議政治中，人民之所以會投票或捐款給特定的候選人，就是因為人民偏好或支持該候選人所提出的政策或立場，反過來從當選而成為公職者的角度來看，便是其立場會偏袒支持他的人民，或是與他們有更良好的互動，這些都是代議政治下極為平凡的日常。因此，一般性的偏好或影響與賄賂所帶來的實際特定的貪腐無法相提並論，不應透過所謂獲得接觸、影響外觀的方式來定義貪腐，否則連單純的政治忠誠（political loyalty）也可能會被劃入貪腐的範疇[205]。從以上的論述來看，可以發現這些觀點都較為注重人民與政府機關之間的互動，認為這是民主政治的正常現象，應該保留足夠的空間給人們與公務員（尤其是民選公職）。是以，為了避免這些空間受到餽贈罪的侵蝕，自然就會以靠往賄賂罪的方向對餽贈罪進行解釋。

除了從民主制度出發的觀點外，也有從刑事追訴的角度進行理解的觀點。這些觀點認為廣泛的餽贈罪會產生兩種問題，分別是檢察官濫訴與違背無罪推定原則的疑慮。就前者而言，問題在於餽贈罪沒有明確的除外條款，若再採取廣泛解釋的見解，便可能會涵蓋許多未必是本罪預設要處罰的行為。而在現行制度的框架下，能避免此一爭議發生的方法也只有檢察官的起訴裁量權，這就凸顯了檢察官的權

[203] Brown, *supra* note 170, at 2055-2057; George D. Brown, *The Gratuities Debate and Campaign Reform: How Strong is the Link*, 52 WAYNE L. REV. 1371, 1395-1396 (2006).
[204] Amicus Curie Brief of The Massachusetts Association of Professional Lobbyists at 5, United States v. Sawyer, 85 F.3d 713 (1st Cir. 1996), 轉引自 Brown, *supra* note 170, at 2057.
[205] McConnell v. FEC, 540 U.S. 93, 296-297 (Kennedy, J., dissenting).

doi:10.6342/NTU202501340

力之大。這點在餽贈罪所涉及的貪污脈絡下特別危險，蓋對於餽贈罪的起訴裁量權可能會成為一種政治鬥爭的武器，檢察官可以出於政治上（或甚至是升遷上）的考量決定要不要對案件起訴，亦即存在著檢察官濫用裁量權，將屬於一般倫理問題的案件直接升級成刑事案件的風險。基此，為了避免此類情形的出現，在餽贈罪的解釋上就不適合採取廣泛的見解，以避免納入那些位於邊緣地帶的行為，或至少應對於主張以餽贈罪規範此類行為的見解保持懷疑[206]。

而主張有違背無罪推定原則疑慮的見解則是認為，由於本罪並未有除外條款的存在，故在廣泛解釋的立場下，只要公務員與私人之間曾經或將要有業務往來關係，並且私人確實給予了公務員利益，就有可能因此符合餽贈罪之因為職務行為的要求而構成犯罪。換句話說，在舉證上檢方幾乎只需要證明利益移轉行為的存在即可，只要此事實一經確定，被告若要避免成罪，就必須證明其利益移轉具有合法的原因。基此，此一觀點便是質疑，由被告來證明移轉利益行為的合法性實已背於無罪推定原則的要求[207]。上述見解係著眼於餽贈罪過於廣泛會引發的法律問題，從不同角度指出餽贈罪容易涵蓋到實際上合法的行為，即有學說贊同此一觀點，批評職位方法是將所有送禮行為定成犯罪，而未試著在其中劃分出合法與非法的界線[208]。

最後，亦有見解指出，對於公務員的過度規範可能會對公務員的士氣產生不良影響，並可能造成公部門變得難以延攬私部門的人才。舉例而言，如果餽贈行為在私部門當中是普遍存在且被接受的一種商業習慣，那麼這種廣泛禁止公務員收受餽贈的法規便會顯得過於嚴格，使得公職對於私部門的人才就較不具吸引力，欠缺前往公部門任職的誘因[209]。

---

206 Brown, *supra* note 170, at 2057; Brown, *supra* note 203, at 1391-1393; Welling, *supra* note 158, at 445.
207 *Evans*, 149 F. Supp. 2d at 1343-1344.
208 Levin, *supra* note 197, at 1836.
209 Brown, *supra* note 170, at 2057. *See also* Kathleen Clark, *Do We Have Enough Ethics in Government Yet: An Answer from Fiduciary Theory*, 1996 U. ILL. L. REV. 57, 62 (1996).

doi:10.6342/NTU202501340

第二款 職位方法

餽贈罪的第二種解釋方式則是職位方法，係將餽贈罪理解為一種防止利益衝突的規範，支持此一見解的案例則以 United States v. Evans 案[210]為代表。法院指出，餽贈罪的立法目的在於涵蓋所有政府雇員因其職位收受利益的情形，蓋即使在這些情形下行為人皆無貪腐意圖，公務員仍可能會有意無意的偏袒贈送者，或是造成政府決策欠缺效率。另外，法院也強調禁止侍奉二主（No man can serve two masters）原則的存在，認為此類行為具有相當的危險性，應該透過禁止的規範方式以避免公務員忽略了其負有追求政府最佳利益的責任。基此，法院認為對於餽贈罪應該採取較廣泛的解釋，只要公務員是因為其職位而收受餽贈即可構成本罪[211]。這也是美國司法部長久以來的觀點，其認為因為公務員的職位具有讓贈送者在相關領域上受益而餽贈之行為，已經違反餽贈罪之規定，因此若贈送者是為了建立或維持與公務員的良好關係而向公務員餽贈，也同樣會落入餽贈的處罰範圍內[212]。

可以發現此一見解注重的是餽贈行為會帶來之利益衝突問題。支持廣泛解釋餽贈罪的學說便認為，雖然餽贈與職務行為的關聯較為遙遠，但其對公務員所會造成之的模糊、一般的影響，仍具有破壞民主價值的能力。例如對具有關鍵影響力的公務員的餽贈，便可能使餽贈者獲得諸如更多接觸政府機會、影響議程設定等一般人不會具有的優勢，使一般人的意見因此在政治上受到排擠[213]。學說指出，這些行為牽涉到的是忠誠分裂、不正外觀、偏頗與政府效率低下的危害，正是對於利益衝突規範所要保護之法益的侵害，因此餽贈罪即有必要發揮作用以防止這些危害的發生，故應支持對於餽贈罪採取廣泛的解釋[214]。此外，亦有見解著眼於餽贈對於職務行為的影響，認為雖然餽贈一開始可能只會建立或維繫私人與公務員之間的良

---

210 United States v. Evans, 572 F.2d 455 (5th Cir. 1978).
211 *Evans*, 572 F.2d at 480.
212 Richard A. Hibey, *Remarks: The Impact of the Abramoff Scandal on Public Corruption Cases*, 52 WAYNE L. REV. 1363, 1365 (2006).
213 Brown, *supra* note 203, at 1398; Stacie L. Fatka & Jason Miles Levien, *Protecting the Right to Petition: Why a Lobbying Contingency Fee Prohibition Violates the Constitution*, 35 HARV. J. ON LEGIS. 559, 567-568 (1998).
214 Brown, *supra* note 203, at 1398.

doi:10.6342/NTU202501340

好關係，但等到後續職務行為要執行時，這樣的餽贈就會使公務員考慮到其於私人之間的良好關係，進而產生對於職務行為的影響，可見這樣的餽贈仍具有不法的性質，應透過餽贈罪予以規制[215]。

退步言之，縱使認為餽贈對於公務員的影響在行為當時尚未出現，或是認為這種一般性影響是不可罰的，此一見解仍指出餽贈行為所造成的外觀問題依然能夠支持對於餽贈罪的廣泛解釋。如前所述，外觀法益注重的是人民對於政府的信任，人民正是藉由政府的外觀來判斷政府是否值得信任，而在餽贈行為上，即使不涉及對價關係，其仍會產生政府可以被買賣的印象，進而大大降低人民對於政府的信任，影響政府的施政[216]。尤其對價關係的形成不必以書面的方式為之，行為人毋寧可透過「眨眼和點頭」（winks and nods）的方式來達成協議，這種蒐證上的困難更是凸顯出對於預防性規範的需要。基此，此一見解認為餽贈罪應該被解釋為一種預防性規範，禁止公務員收受一切未經准許的利益，以保護相關法益不受侵害，至於餽贈行為與賄賂行為在程度上的區分，則已具體反映在兩罪的刑度差異上了[217]。

而就對民選官員和民意代表的餽贈，雖然牽涉到人民參與政治過程的權利，但是否即代表必須對於此種餽贈採取較為寬鬆的規範，在不涉及對價關係的情形皆應受到尊重，學說認為並非如此。在這方面，學說認為可以從競選經費（campaign finance）的相關議題出發進行探討，蓋在這個領域中，聯邦最高法院更加詳細的討論了政府的反貪腐利益與貪腐之涵義，而且競選經費與餽贈具有相同的關注，兩者皆關注政府能夠對何種可能構成貪腐的行為採取措施。故基於這種相似性，在競選經費脈絡下的討論便能夠為餽贈罪的解釋提供相當程度的參考[218]。

以在競選經費領域具有相當重要性的 Buckley v. Valeo 案[219]（下稱 Buckley 案）為例，學說指出了在本案中存有三個支持廣泛解釋餽贈罪的觀點。首先，由於聯邦

[215] Levin, *supra* note 197, at 1826.
[216] Brown, *supra* note 170, at 2069; Levin, *supra* note 197, at 1824.
[217] Brown, *supra* note 203, at 1398.
[218] Brown, *supra* note 203, at 1400-1401.
[219] Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).

doi:10.6342/NTU202501340

最高法院提到，賄賂罪僅處理那些最露骨且具體的透過金錢影響政府作為的行為，且立法者對於捐款上限的設置具有補充僅揭露捐款者身分及金額之不足的功能[220]，學說認為這凸顯出了聯邦最高法院認為單只有賄賂罪是不足以達成反貪腐的目標的，還需要有預防性規範的存在才行，這在選舉的脈絡下指的是捐款上限的規範，而在一般的脈絡下便是對於餽贈的預防性禁止[221]。第二，聯邦最高法院在本案中強調了捐款制度中濫用機會所造成的外觀問題，其援引了公務員從事黨派政治（partisan politics）所會造成對「公平及有效政府」之危險，因而可以正當化對公務員政治結社權之限制的概念，主張在競選經費的脈絡下，不當外觀的問題同樣重要，其涉及到的是人民對於代議制度的信心，因此考慮到個人高額捐款所會造成的貪腐外觀，立法者對於捐款金額的限制應屬合理[222]。可以發現，這種對於維護政府外觀的觀點便呼應了前述支持對餽贈罪進行廣泛解釋的理由。最後則是聯邦最高法院在本案中對於貪腐的理解。如前所述，聯邦最高法院在本案中指出單純只有賄賂罪存在是不足的，並強調預防性規範的對於反貪腐之重要性，從這些論述中可以發現，法院在此採取的是更為廣泛的貪腐定義，將貪腐的外觀也納入其中。雖然後續有聯邦最高法院的判決將 Buckley 案所提到的貪腐與其外觀限於涉及對價關係的情形[223]，但學說指出此一見解忽略了 Buckley 案不但採取了不當影響與貪腐外觀的見解，還展現出對於預防性規範的支持，因此 Buckley 案中的貪腐觀點應該被更廣泛的理解[224]。

綜合上述討論，我們可以發現餽贈罪的解釋分歧不但反映出餽贈罪在立法上的定位模糊，也涉及到對於貪腐這個概念應該如何理解，更精確的說是要如何劃分出政治與貪腐之間的界線。這點在本文之後要探討的相關判決當中也可以被發現，雖然這些判決大多是從釋義學的角度出發來檢討對於餽贈罪的解釋，但從字裡行

220 *Buckley*, 424 U.S. at 27-28.
221 Brown, *supra* note 203, at 1402.
222 *Buckley*, 424 U.S. at 27.
223 *See, e.g.,* Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310, 359-60 (2010).
224 George D. Brown, *Applying Citizens United to Ordinary Corruption: With a Note on Blagojevich, McDonnell, and the Criminalization of Politics*, 91 NOTRE DAME L. REV. 177, 193 (2015).

doi:10.6342/NTU202501340

間中還是可以看得出法院對於保護政治過程的強調，正顯示出法院在貪腐的理解上採取了較為狹隘的觀點[225]。是以，如果要探討餽贈罪的解釋，甚至是在立法上決定餽贈罪的處罰範圍，似乎都無法迴避此一問題。

第二節 餽贈罪的實務發展

在前一節的部分，本文指出了在下級法院長期存在的兩種對於餽贈罪的不同解釋，以及造成解釋分歧的相關背景。而在這一節的部分，本文則要進一步檢視對於餽贈罪具有重要指標意義的幾個判決，以及學說對於這些判決提出的一些意見，以便能更加徹底的掌握餽贈罪在美國法上所遭遇的困境。

爭議可分為兩個部分，第一部分是前述的直接關聯方法與職位方法的爭議，涉及的是 Sun-Diamond 案，聯邦最高法院在本案中基本上採取了直接關聯方法的見解，確立了對於「因為」（for or because of）的解釋方向。另外可以附帶一提的是，雖然此案是餽贈罪的標竿判決，但其實其只處理了交付餽贈者責任的部分，並未處理到收受餽贈者的刑責。第二個部分則是職務行為的概念，在這部分聯邦最高法院同樣採取了較為嚴格的見解，涉及的案件則是 Valdes v. United States 案[226]（下稱 Valdes 案）與 McDonnell v. United States 案[227]（下稱 McDonnell 案）。儘管前者不是聯邦最高法院的判決，然其不但是採取全院法庭（en banc）[228]的方式進行審理，案件也直接關連到餽贈罪，故該案仍具有相當的代表性。而後者雖然不是直接涉及餽贈罪，但針對的乃是相同的職務行為概念，且是由聯邦最高法院所作成，對於餽贈罪而言同樣具有重要性。因此，本文將一併介紹這兩個判決，使相關實務的脈絡能被更清楚的呈現。

---

225 參蘇彥圖，前揭註 181，頁 538 以下；陳柏良，前揭註 132，頁 42。
226 Valdes v. United States, 475 F.3d 1319 (D.C. Cir. 2007).
227 McDonnell v. United States, 136 S. Ct. 2355 (2016).
228 全院法庭通常是用來處理具有重要性之案件或是統一法律見解，關於此一制度的介紹可參，林超駿（2013），〈法律審大法庭之可能模式－初論美國聯邦上訴法院全院法庭〉，《月旦法學雜誌》，216 期，頁 122 以下。

doi:10.6342/NTU202501340

第一項 Sun-Diamond 案

第一款 案例事實與法院見解

本件的被告是一個貿易協會，代表其成員合作社從事行銷和遊說活動，原告美國政府則由獨立檢察官（Independent Counsel） Donald Smaltz 代表，其指控被告違反餽贈罪之規定，向前農業部長 Michael Espy 提供非法餽贈。起訴書的第一項指控 Sun-Diamond 向 Espy 提供了總計約 5900 美元的非法餽贈，且在被告餽贈的同時，於農業部長的業務上存在著兩個涉及其利益的事項。第一個事項涉及到對於被告成員合作社的補助，被告的成員合作社參與了農業部的市場推廣計劃，這項計畫旨在促進美國農產品的外銷，如果合作社所屬之貿易組織所提出的海外市場計劃獲得農業部長的核准，貿易組織即可獲得在外國市場行銷的資金補助。被告的成員合作社原本都獲得了此一計畫的大量補助，但在 1993 年國會指示農業部長應頒布規定使小型實體（entity）能優先獲得補助後，若被告的成員合作社不被認定為小型實體，就很有可能無法再獲得此一計畫的補助。因此，被告自然有動機去說服農業部長在小型實體的定義上，採取一個能夠包含其成員合作社的定義。第二個涉及被告利益的事項則是溴化甲烷（methyl bromide，一種低價農藥）的淘汰計畫，被告的許多成員合作社皆有使用這種農藥，但在 1992 年，美國國家環境保護局（EPA）即宣布將要逐步汰除溴化甲烷的使用。因此，起訴書指控被告尋求農業部的幫助，以說服國家環境保護局放棄這項淘汰計畫，或是至少減輕該計畫的影響，並由農業部資助替代溴化甲烷之農藥的開發[229]。

本案的爭議在於，起訴書雖然指出了這兩個利害關係事項，但並未指出此二事項與 Espy 部長的職務行為有何關聯，或是與 Sun-Diamond 給予 Espy 部長之間的餽贈存有任何的具體聯繫。然而，本件之地方法院在餽贈罪的解釋上採取了職位方法，認為只要餽贈者在公務員的職權範圍內存有相關利害事項，並且是因為公務員

[229] *Sun-Diamond*, 526 U.S. at 400-402.

doi:10.6342/NTU202501340

的職位而給予餽贈即已足構成餽贈罪，不需要餽贈與具體職務行為之間有任何關聯[230]。因此，雖然 Sun-Diamond 主張其餽贈與 Espy 部長的職務行為無關，在一審仍然被判決有罪。

Sun-Diamond 對這一有罪判決提起上訴，其依舊主張按照 18 U.S.C. § 201(c)(1)(A)之規定，須餽贈與具體特定的職務行為之間具有關聯才會構成餽贈罪。上訴法院接受了 Sun-Diamond 的部分觀點，認為餽贈罪確實要求餽贈與職務行為之間必須具有關聯，但不需要到與特定職務行為有具體關聯的程度，只需要到足以建立起與多個職務行為之間的關聯就已足夠[231]，因此廢棄地方法院的判決而要求重審。

上訴法院首先指出，從賄賂罪與餽贈罪之比較可以發現，兩者之間的差別在於是否要求具有對價關係，亦即餽贈不須如賄賂那樣具有雙向關係（互為因果），而只須具有單向的關係 （因為職務行為） 已足[232]。因此，餽贈罪不要求對價關係只是代表餽贈不須具有誘使職務行為發生的能力，並不代表在個案中不須證明職務行為的存在，採取職位方法的見解在這方面的兩種論述會產生一些問題。採取職位方法的見解的第一種論述認為，公務員的職位具有使餽贈者受益的能力，因此對於職位的餽贈即可滿足職務行為的要求，此類行為已足以構成餽贈罪。第二種論述則認為，既然餽贈罪不要求對價關係的存在，那行為人自然也無須如賄賂罪般具有對於特定職務行為的意圖，故從這方面來看，亦無須證明職務行為的存在[233]。然而誠如上訴法院所指出，這樣的論述不但已超出對價關係有無的範疇，也明顯忽略了餽贈罪條文中「因為職務行為」的文義，造成行為人可能因未達餽贈罪門檻的行為被定罪，職位方法的見解顯有疑義[234]。從而，上訴法院認為在餽贈與職務行為之間仍必須存有聯繫。這點也從餽贈（gratuity）一詞的文義得出，蓋這一字眼在英文中的

[230] United States v. Sun-Diamond Growers, 941 F. Supp. 1262, 1266 (D.D.C. 1996).
[231] United States v. Sun-Diamond Growers, 138 F.3d 961, 969 (D.C. Cir. 1998).
[232] *Sun-Diamond*, 138 F.3d at 966.
[233] *Sun-Diamond*, 138 F.3d at 968.
[234] *Sun-Diamond*, 138 F.3d at 966, 968.

doi:10.6342/NTU202501340

意思是「小費」，象徵的是對於服務或某種行為的獎勵（reward），故在餽贈罪的脈絡中，餽贈自然必須是對於已執行或將執行之職務行為的獎勵。在此，上訴法院認為這種獎勵關係顯示的是，餽贈者想要影響公務員未來行為的一種意圖，只不過這種意圖不須達到賄賂罪那種具有對價關係的程度，而只要是餽贈者想要增加一個或多個職務行為的可能性即已足夠[235]。

除了否定地方法院所採的職位方法外，上訴法院也拒絕了 Sun-Diamond 的部分主張，認為不須證明到餽贈與某個特定職務行為的聯繫，只要能夠辨識出是對於多個職務行為即可，亦即餽贈與職務行為之間的關聯不必是一對一的聯繫。上訴法院係認為，不應使公務員的事項多寡影響餽贈罪的成立，蓋在採取一對一聯繫的見解下，若公務員的職務範圍較廣，便較難找出餽贈與職務行為的具體聯繫，形同使職務範圍越廣的公務員越容易脫免餽贈罪之制裁，不合理之處顯而易見。準此，上訴法院認為餽贈罪成罪與否之關鍵仍在於，行為人有無獎勵過去職務行為或使未來職務行為更有可能的意圖[236]。

另外，地方法院除了依照職位方法的見解給予陪審團指示，還進一步表示如果餽贈者的動機是為了建立或維繫與公務員之間的良好關係，亦滿足餽贈罪之要求。針對這個見解，上訴法院則認為這樣的見解同樣忽略了職務行為的要求，蓋對於餽贈者的好感並非職務行為，不應該透過用好感取代職務行為的方式將兩者混淆，只有在這種追求一般良好關係的行為是為了影響公務員的一個或多個職務行為時，才會構成餽贈罪。基此，若行為人僅是單純的想獲得公務員的一般好感，並不會構成餽贈罪的違反。儘管檢察官主張餽贈罪應該用來處罰那些公務員自具有職務上利害關係之私人處收受餽贈的情形，惟上訴法院表示如果立法者確實想處罰此類行為，將會使用更為明確的文義，而不會如現行法一般要求餽贈必須是因為職務行為而給予的[237]。

---

235 *Sun-Diamond*, 138 F.3d at 966.
236 *Sun-Diamond*, 138 F.3d at 969.
237 *Sun-Diamond*, 138 F.3d at 965, 967.

doi:10.6342/NTU202501340

綜上所述，上訴法院似乎同時拒絕了直接關聯方法與職位方法，試圖在這兩個極端中間為餽贈罪找出一個比較適合的定位。然而，上訴法院的判斷標準「使未來職務行為更有可能發生」似乎並非一個良好的標準。首先在區分合法與非法的界線中，上訴法院先是認為獲取一般性的好感並非違法，再接著認為使未來職務行為更有可能發生屬於違法。但問題在於獲取一般性的好感通常也會導致未來的職務行為變得更可能發生[238]，畢竟這通常就是獲取一般性的好感的動機，也因此造成上訴法院的判斷標準有欠缺有效區分合法非法功能的疑慮。再者，上訴法院在自身的立場上也是有些模糊的，雖然上訴法院看似試圖在直接關聯方法與職位方法之間找出第三條路，但在其「使未來職務行為更有可能發生」的論述上也提到了特定職務行為的字眼[239]，讓其整體立場顯得有些飄忽不定，有從折衷見解倒向類似賄賂觀點之直接關聯方法的趨勢[240]。或許也是因為存在著這些問題，才促使了聯邦最高法院受理本案。

本件後來上訴到聯邦最高法院，相對於上訴法院試圖在直接關聯方法與職位方法之間找出中間選項，聯邦最高法院則是較為保守的採取了直接關聯方法，並反對獨立檢察官所採取之見解，認為為了獲得公務員好感的餽贈行為並不在餽贈罪的處罰範圍之內。聯邦最高法院在闡釋了賄賂罪與餽贈罪在主觀要素與對價關係上的差異後，緊接著從餽贈罪的文義出發，主張「因為職務行為」本身的文義就意味著餽贈罪要求餽贈是為了具體的職務行為而給予的。其舉例說明，當我們問一個人「你喜歡任何作曲家嗎？」（Do you like any composer?）時，這時雖然從語言的角度可以理解為是在問是否喜歡作曲家這一概念，而非指某一個特定的作曲家，但從語意上來看，較為自然的理解應該是認為這是在問是否有喜歡的某個特定的作曲家。因此將這樣的理解置於餽贈罪的脈絡之中，則是表示餽贈罪要求特定職務行為的存在，若再考慮到立法者在制定餽贈罪的同時，亦在同條對於職務行為有所定

238 Levin, *supra* note 197, at 1837.
239 *Sun-Diamond*, 138 F.3d at 966 ("a gift looking to future acts can be an unlawful gratuity where the giver is motivated simply by the desire to increase the likelihood of one or more specific, favorable acts.").
240 Brown, *supra* note 203, at 1379.

doi:10.6342/NTU202501340

義的規範結構，則應更能支持這樣的理解[241]。

此外，聯邦最高法院也表示若採取職位方法將造成一些奇怪的結果，例如職業體育聯盟的冠軍球隊拜訪白宮時贈送給總統的球衣，即使這僅是一種象徵性的禮物，但這也毫無疑問的是基於總統之職位而贈送的，在職位方法的理解之下便會成為餽贈罪所要處罰的行為。或許可以反駁說這樣的擔憂在採取直接關聯方法的理解下也可能發生，蓋這些禮物也可以被理解為不僅是因為總統的職位而贈送，而同時也是因為總統在白宮招待冠軍球隊的職務行為而給予的。面對這樣的質疑，聯邦最高法院則是表示可以透過法律對於職務行為的定義來排除這樣的問題，蓋總統招待冠軍球隊（或其他類似行為[242]）並不是 18 U.S.C. § 201(a)(3)所指之「就其權限或基於其作為公務員之地位，在任何時間待決於他，或其依法得予受理的任何問題、事項、事由、訴訟、程序或爭議，所做的任何決定或者行動。」若採取職位方法，就無法透過職務行為的定義來防止這些行為構成犯罪，僅能透過檢察官的裁量權來避免這些行為受到刑事追訴[243]。

雖然政府主張採取職位方法才能讓本罪的所有要素發揮意義，因為本罪的行為主體還包含了尚未就任的準公務員，此類人員不會知道未來可能會出現的具體事項，故若要求餽贈必須是針對具體職務行為而給予，將使本罪關於準公務員的規範失去意義，故應該採取職位方法的解釋較為合理。惟聯邦最高法院認為採取直接關聯方法不會發生此類問題，舉例而言，如果有兩家大型電腦公司預計要合併，並對美國司法部反托拉斯署（the Antitrust Division of the Department of Justice）的準助理司法部長（assistant attorney general）為餽贈，係因其公開支持這項合併案，則在這種情況仍可認定該餽贈是因為該準助理司法部長上任後不會反對合併的決定，進而認定該類行為構成餽贈罪，故採取直接關聯方法不會影響對於準公務員的

241 *Sun-Diamond*, 526 U.S. at 405-406.
242 例如教育部長訪問高中而收受學校贈送之棒球帽、農業部長為農民宣講農業政策而接受農民的午餐招待等，參 *Sun-Diamond*, 526 U.S. at 407.
243 *Sun-Diamond*, 526 U.S. at 406-408.

doi:10.6342/NTU202501340

定罪[244]。

最後，聯邦最高法院認為從法律的體系來觀察，也可得出應對餽贈罪狹義解釋的結果。首先，觀察餽贈罪所在之美國法典第 18 編第 11 章之「賄賂、貪污與利益衝突」章節，可以發現該章的其他規定在採取廣泛的預防性規範方式時（例如 18 U.S.C. § 209(a)之薪資補貼罪或 18 U.S.C. §§ 212、213 之犯罪），通常都使用了較為明確且易於操作的文字結構，明白表示禁止基於公職地位的贈禮與收禮行為。是以，若立法者有意採取廣泛的方式來建構餽贈罪之立法，自然可以效仿這些規範，但現行法的餽贈罪卻非如此，反而使用了因為職務行為的規範方式，從這方面來看，對於餽贈罪的解釋採取職位方法應不符合立法者之本意。第二，對於公務員的贈禮涉及到的是一個複雜規範的場域，在 18 U.S.C. § 201 之後還有一系列的犯罪在規範相關行為，而餽贈罪只是這些規範的其中一部分，甚至連刑事規範也僅是整個規範體系的一小部分而已，在刑事處罰體系之外，還有 5 U.S.C. § 7353 針對送禮行為進行規制，並由機關基於此一規定的授權建立起相關的倫理規範與例外。因此，鑑於貪污犯罪是一個充滿精確禁止規範的領域，並為了避免人民因為欠缺對於這些複雜規範的認識而誤觸刑法，在欠缺明確文義支持的情況下，在餽贈罪有廣義或狹義兩種解釋的可能時，應該採取狹義的解釋較為妥當[245]。

第二款 學說見解

從上述聯邦最高法院的見解可以發現，聯邦最高法院的立論很大程度是基於餽贈罪的文義解釋與體系解釋，認為採取直接關聯方法較符合餽贈罪的結構。然而，學說上對於聯邦最高法院的分析也並非沒有疑問，是否透過文義解釋與體系解釋就能得出對於餽贈罪的解釋應採取直接關聯方法，恐有待進一步的討論。首先就文義解釋的部分，學說上仍有認為採取職位方法並不代表忽略了餽贈罪中職務行為的要素，採取職位方法的法院不但會具體指出餽贈者需要公務員行使職權的相

[244] *Sun-Diamond*, 526 U.S. at 408.
[245] *Sun-Diamond*, 526 U.S. at 408-412.

doi:10.6342/NTU202501340

關事項，而且基於職位收受餽贈的可罰性正是來自於職位所得執行之職務行為，是以單憑餽贈罪的文義似乎未必能導出採取直接關聯方法的見解較為妥適[246]。尤其對於直接關聯方法認為餽贈必須與特定職務行為有所關連的部分，學說也認為此一見解反而與餽贈罪「因為任何職務行為」（for or because of any official act）的文義不符。就聯邦最高法院所舉之例子，雖然學說也認為這樣的邏輯在提出問題的時候是成立的，但若在陳述句當中則非如此。考量到法律是採取陳述的語氣，聯邦最高法院的例子實際上應該改寫成：「我喜歡任何的作曲家。」基此，從這句話的文義來看，我們可以很清楚的發現表達者並沒有指明特定作曲家的意思，因此聯邦最高法院的論述事實上是不成立的，餽贈罪「因為任何職務行為」的文義並無法被解釋為具有要求餽贈與特定職務行為間須構成關聯的意涵[247]。

此外，對於聯邦最高法院認為若立法者有意採取職位方法的規範方式，可以使用更明確的文義而不必在法條中規範因為職務行為，學說則是認為這可能是一個基於立法技術所產生的爭議。蓋餽贈罪除了規範對於未來的餽贈外，同時也必須規範對於過去的餽贈，而兩者的不同之處在於，後者必須是針對特定職務行為而為之。因此在同時規範兩者的情形之下，立法者雖然決定使用「已執行或將執行的職務行為」之用語，但這可能是受到對於過去的餽贈影響所導致的立法技術上的侷限，不能直接推論在對於未來的餽贈之情形，立法者也有意將餽贈罪的成罪範圍限於與特定職務行為具有關聯的情況，故聯邦最高法院此部分的論述應仍有進一步討論的空間[248]。

除了上述有關釋義學觀點的部分，也有學說對於聯邦最高法院就職位方法所會造成之奇怪結果的擔憂提出反駁。學說認為，聯邦最高法院所舉的例子事實上並非是檢察官所關注的案件，這些禮物通常只是象徵性的，價值也不高，一般不會被

246 Brown, *supra* note 170, at 2065-2066.
247 George D. Brown, *Putting Watergate behind Us--Salinas, Sun-Diamond, and Two Views of the Anticorruption Model*, 74 TUL. L. REV. 747, 773 (2000). *See also* Joseph R. Weeks, *Bribes, Gratuities and the Congress: The Institutionalized Corruption of the Political Process, the Impotence of Criminal Law to Reach It, and a Proposal for Change*, 13 J. LEGIS. 123, 135-136 (1986).
248 Brown, *supra* note 247, at 773-774.

doi:10.6342/NTU202501340

認為具有貪腐的性質，也不會造成什麼實際的影響，因此的確也非餽贈罪所欲處罰的行為。然而，聯邦最高法院卻為了保護此類行為不受追訴，而將餽贈罪的處罰範圍大幅限縮，顯然是忽略了餽贈罪在實務上的運作，以及相關法律效力縮減所可能產生的影響[249]。當然，學說也認同可以透過明確的法條文義防止檢察官透過解釋的方式過度擴張餽贈罪的處罰範圍，但似乎不必採取如此極端的方法，例如在解釋上可以將餽贈的客體限於具有足以影響公務員的程度，便能輕易排除那些聯邦最高法院所擔憂的案例[250]。總而言之，學說基本上是認為聯邦最高法院過於強調那些現實上不會被追訴的案例類型，導致在餽贈罪的解釋上矯枉過正，削弱了餽贈罪應有的防範貪腐功能。

另外，就聯邦最高法院在判決的最後表示：「鑑於此一事實，在這個領域中的法律如果在語言上可以被解釋為一把肉斧或一把手術刀時，理應視為後者[251]。」而認為在餽贈罪應採取狹義的解釋，學說指出雖然聯邦最高法院並未明示，但其應是依循了寬大原則（the rule of lenity）的解釋方法[252]。所謂的寬大原則係指當法律的涵義不明確而具有多種不同但均為合理的解釋時，應採取對於被告最為有利的解釋。這種解釋方法可以追溯到 18 世紀的英格蘭，其目的在於避免過多不合理重罪的產生，防止法院得以透過解釋的方式任意擴大刑法的處罰範圍，有助於罪刑法定原則的落實。然而，文獻上亦有對於寬大原則的批評，認為法律本來就具有多重解釋的可能，刑事法律亦不例外，如果一味的採取對被告有利的解釋，可能會造成法律解釋違背立法者本意的不當結果[253]。再者，亦有文獻指出寬大原則事實上已不被

---

[249] Alexander K. Wilson, *Different Quids for Different Quos: Why Congress Should Amend Anti-Corruption Standards to Differentiate between Campaign Contributions and Gratuities after McDonnell*, 21 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 1033, 1044-1045 (2019). 另外此一見解也指出，本案的主筆大法官 Scalia 對於透過檢察官的裁量權來防止此類行為遭到起訴的疑慮，其實也顯示出其並未一貫的依循自身所採之文本主義（textualism）的觀點，蓋文本主義認為法律的解釋應謹守法律文本的界限，不應考量法律是否有文本以外的社會目的，或是法律是否過於僵化而無法適應社會的變遷，以避免法官將自身價值觀納入法律的解釋，進而產生逾越司法權限的問題。關於 Scalia 大法官的文本主義之介紹，可參郭玉林（2018），〈美國文本主義解釋方法為我國審判實務繼受之可能性及方法－以 Justice Antonin Scalia 見解為例示〉，《國立高雄大學法學論叢》，13 卷 2 期，頁 143 以下。

[250] Brown, *supra* note 247, at 774.

[251] *Sun-Diamond*, 526 U.S. at 412.

[252] Brown, *supra* note 203, at 1389.

[253] Dressler，前揭註 173，頁 42-43。

doi:10.6342/NTU202501340

現今的法律所廣泛承認，縱然有繼續運用寬大原則的見解存在，但大多也僅是將其作為一種輔助性的理由而已[254]。是以，在聯邦最高法院的其他論點仍具疑慮的情況下，單憑寬大原則也無法證立採取直接關聯方法是較為妥適的見解。何況學說也有質疑，聯邦最高法院採取寬大原則而意圖將刑事追訴限於此類犯罪的核心領域的見解，似乎忽略了賄賂罪與餽贈罪之不同。蓋賄賂罪的重點在於以利益來影響特定的職務行為，而餽贈罪的重點則是防止廣泛試圖影響職務行為的行為，因此，雖然兩者皆為貪污犯罪，但實際上可被劃分為兩個不同的領域，即對價關係的貪腐（quid pro quo corruption），與金錢影響的貪腐（monetary influence corruption）[255]。忽略餽贈罪獨特的貪腐概念，而試圖以賄賂罪的貪腐概念予以理解並依此限縮餽贈罪的處罰範圍的聯邦最高法院見解，在此即顯得有些奇怪[256]。

即使認同聯邦最高法院的見解而認為餽贈應與特定職務行為有所關聯，也不表示聯邦最高法院的見解是毫無爭議的，其中的關鍵在於聯邦最高法院似乎未在判決中表示什麼樣的證據是足以證明餽贈與特定職務行為之間存在關聯。學說上有認為，為了避免過於嚴格的證據要求導致餽贈罪難以定罪，應該可透過間接證據來證明餽贈罪與特定職務行為間的關聯，這同時也符合賄賂罪的證明方式，蓋在這些類型的犯罪中直接證據往往難以被蒐集，若將證明方式限於直接證據，等於是為這些犯罪的證明設下了一個不可能達到的標準[257]。相對於此，亦有學說採取完全不同的理解，認為聯邦最高法院實際上是確認了對於直接證據的要求，蓋判決主張應有證據證明餽贈與特定職務行為的關聯，這毋寧限制了檢察官透過其他方式證明的可能，已經偏離的一般的證據法則。另外，此一見解亦批評聯邦最高法院必須證明特定職務行為存在的論述，其認為聯邦最高法院是偷渡了證據法的概念到實體

[254] John Calvin Jeffries Jr., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 71 VA. L. REV. 189, 198-199 (1985); Dressler，前揭註 173，頁 43，其亦指出模範刑法典並未採取此一原則，而是要求應依法律的公平涵義進行解釋，進一步考量法律背後的立法政策。

[255] Paul S. Edwards, *Defining Political Corruption: The Supreme Court's Role*, 10 BYU J. PUB. L. 1, 6 n. 22 (1996).

[256] Brown, *supra* note 203, at 1389-1390.

[257] Karen M. Linder, *When Does Unethical Become Criminal: Interpreting the Gratuity Provision of 18 U.S.C. Sec. 201*, 7 MO. ENVTL. L. & POL'Y REV. 161, 167-169 (1999).

doi:10.6342/NTU202501340

法的解釋上。由於餽贈罪本身並未對於證據有特別要求，檢察官理論上可透過任何方法去證明被告的餽贈是因為任何職務行為的，然而，聯邦最高法院卻透過對於餽贈罪條文的解釋來要求餽贈罪之成立必須以證明特定職務行為存在為前提，顯然是混淆了犯罪解釋的層次與犯罪證明的層次，將因為「任何職務行為」的證明限於因為「特定職務行為」[258]。從以上的爭論可以看出，雖然聯邦最高法院的判決明確的將職位方法拒於門外，但是否彌平了餽贈罪的相關爭議，其實仍有待討論。尤其就證據要求的部分，聯邦最高法院在判決中語焉不詳，因而產生了完全不同的理解，也為餽贈罪的認定增添更多的爭議。

第二項 Valdes 案

第一款 案例事實與法院見解

在 Sun-Diamond 案之後，下一個對於餽贈罪具有重要性的判決即是 Valdes 案，雖然該案處理的主要是職務行為定義的層面，但在判決中可以清楚的發現審理該案的 DC 巡迴法院很大程度的依循了聯邦最高法院在 Sun-Diamond 案的見解，同樣展現出對於廣泛餽贈罪的擔憂。

本件的事實為，被告 Nelson Valdes 是 DC 特區警局（MPD）的一名警探，涉嫌收受私人給予的金錢而被起訴。給予 Valdes 金錢的是一名 FBI 的線人（informant），之所以如此是因為 Valdes 遭懷疑會洩漏警方的資訊，因此 FBI 便指示線人接觸 Valdes 來對其進行試探。在接觸的過程中，線人向 Valdes 表示其為一名法官，希望 Valdes 幫他查詢一些車牌號碼，以獲取他債務人的連絡資訊。事實上這些債務人都是虛構的，相關資訊均由 FBI 事先輸入資料庫中。Valdes 答應了線人的請求，並透過警方的執法系統來搜尋這些債務人的相關資訊，進而將這些資訊轉達給該線人。在雙方溝通的過程中，線人陸陸續續向 Valdes 提供共約 450 美

[258] Alex Stein, *Corrupt Intentions: Bribery, Unlawful Gratuity, and Honest-Services Fraud*, 75 LAW & CONTEMP. PROBS. 61, 73 (2012).

doi:10.6342/NTU202501340

元的金錢，作為請 Valdes 幫忙的費用。最終，Valdes 被以三項受賄罪起訴，但地方法院的陪審團則以三項收受餽贈罪定罪[259]。

本案的爭執之處在於對於職務行為的理解，地方法院認為職務行為係指公務員職權範圍內的任何決定或行動，但 Valdes 則認為地方法院的見解過於廣泛，其行為應不構成 18 U.S.C. § 201(a)(3)所指之職務行為，故將案件上訴到 DC 巡迴法院，DC 巡迴法院受理後由三名法官組成合議庭進行審理[260]。合議庭認為，政府主張職務行為包含公務員所有職責範圍的任何行為的見解，明顯忽略了 18 U.S.C. § 201(a)(3)對於職務行為的要求，亦即公務員的決定或行動必須是針對在任何時間待決於他，或其依法得予受理的任何問題、事項、事由、訴訟、程序或爭議。換言之，合議庭認為根據 18 U.S.C. § 201(a)(3)之要求，公務員的決定或行動必須具有一定程度的形式性（formality）才會落入職務行為的範疇，例如與證照核准、調查或採購等直接相關的決定或行動。在確認了職務行為的形式性要求後，合議庭接著引用聯邦最高法院在 Sun-Diamond 案中的見解，指出了如主持典禮、訪問學校或發表演講之行為雖然具有公務的性質，但並非法律上所指之職務行為，進而認為 Valdes 查詢資料庫的行為與前述行為相似，均不涉及政府履行公共職責的正式決策，毋寧更偏向是對於政府資源的濫用，故其行為應不構成法律上所謂之職務行為[261]。

此外，合議庭亦在判決中表現出對於餽贈罪的保留態度，例如合議庭的判決也明白承認 Valdes 行為可能是不符合倫理，甚至是應受法律制裁的[262]，但仍選擇將其行為排除在職務行為之外，使其不受餽贈罪之處罰。不僅如此，合議庭還引用了聯邦最高法院在 Sun-Diamond 案中的論點，認為在這個領域中法律應該被合理的進行狹義解釋[263]，可見本件之合議庭積極的接收了聯邦最高法院在 Sun-Diamond 案所傳達出來的態度[264]。

---

259 *Valdes*, 475 F.3d at 1320-1322.
260 以下的合議庭係指相對於全院法庭的小法庭（panel）。
261 United States v. Valdes, 437 F.3d 1276, 1279-1280 (D.C. Cir. 2006).
262 *Valdes*, 437 F.3d at 1280.
263 *Valdes*, 437 F.3d at 1281.
264 *See* Brown, *supra* note 203, at 1385.

doi:10.6342/NTU202501340

作為本件之被上訴人的美國政府向上訴法院聲請由全院法庭進行覆審，並受到上訴法院的准許，因此開啟了本件的全院法庭覆審程序。政府主張，依照 United States v. Birdsall 案[265]（下稱 Birdsall 案）的見解，職務行為應包含公務員職責範圍內的所有行為，18 U.S.C. § 201(a)(3)中的「任何問題、事項、事由、訴訟、程序或爭議」並不會對於職務行為的範圍產生限縮。基此，在本案中 Valdes 搜尋資料庫與告知資訊的行為，無疑是針對車牌持有人連絡資訊這個問題的一項行動，從而已構成職務行為。然而全院法庭認為政府的解釋誤解了聯邦最高法院在 Birdsall 案的立場，Birdsall 案處理的是職務行為是否須以法律有明文規定為前提之問題，聯邦最高法院雖然認為在法無明文的情形下，公務員在既定實踐（settled practice）建立的職責範圍內所採取之行動仍有構成職務行為的可能[266]，但並未表示公務員職責範圍內的一切行動均會自動構成職務行為，因此政府的解釋實際上已超出聯邦最高法院所要表達的範圍了[267]。

全院法庭也重申了合議庭所引用的 Sun-Diamond 案的意見，強調應支持寬大原則的應用，透過狹義的解釋法律來避免人民因法律適用範圍模糊不清而受罰。這項見解明顯排斥政府的解釋，如同聯邦最高法院在 Sun-Diamond 案中所闡述的，並非所有具公務性質的行為皆構成職務行為，仍然必須符合「任何問題、事項、事由、訴訟、程序或爭議」的要求，而這是政府的解釋所忽略的部分。對此，全院法庭採取同類解釋原則（noscutur a sociis）來確定「任何問題、事項、事由、訴訟、程序或爭議」的意涵，認為 18 U.S.C. § 201(a)(3)中的問題與事項應該透過其他同類的例示來進行理解，亦即其性質應類似於後續所列的事由、訴訟、程序或爭議，必須涉及到政府的正式決定，例如起訴與否、應由哪間公司取得標案等等，而不包括像是詢問人名這種實質上的問題。相似的概念也可從同條的「在任何時間待決於他，或其依法得予受理」規定得出，若不屬於政府應做出決策的事項，通常也非公

[265] United States v. Birdsall, 233 U.S. 223 (1914).
[266] *Birdsall*, 233 U.S. at 231.
[267] *Valdes*, 475 F.3d at 1322-1323.

doi:10.6342/NTU202501340

務員應待決或受理的對象，尤其在法律沒有規定公務員有回覆義務時更是如此。從而，政府不但在解釋上逾越了職務行為的法律定義，造成處罰範圍不當擴及濫用政府資源的行為（如利用政府的 Westlaw 帳戶為朋友查詢法律資料），也未能舉證證明 Valdes 的行為涉及對於政府決策的不當影響，因此全院法庭撤銷了 Valdes 的有罪判決[268]。

第二款 學說見解

由於 McDonnell 案與 Valdes 案的見解相似，故對於職務行為解釋的討論將於後文討論，本文在此主要將重點置於 Valdes 案與 Sun-Diamond 案之間的脈絡關係。首先可以看到的是，Valdes 案的上訴法院（無論是合議庭或全院法庭）承繼了聯邦最高法院在 Sun-Diamond 案中所表現的態度，甚至還表現得更加強烈，這點在判決中對於寬大原則運用的強調上可以獲得印證。然而，這無疑也代表 Valdes 案會面臨到一些對於寬大原則的批評，尤其正如文獻上所指出的，實難想像 Valdes 的行為會不在立法者所預設的餽贈罪處罰範圍內[269]，恰恰凸顯了寬大原則的解釋會產生違背立法者本意的疑慮。考慮到 Valdes 案比起 Sun-Diamond 案更加依賴寬大原則，這樣的批評應會是更加強烈的。

第二個問題在於 Sun-Diamond 案中的舉例與 Valdes 行為之間的關係，在 Valdes 案中，上訴法院將 Valdes 的行為與主持典禮或訪問學校類比，因而認為這是 18 U.S.C. § 201(a)(3)所要排除的行為類型。不過學說即指出，實際上這兩種行為應具有足夠的相異性，應該被不同的對待。Valdes 查詢警方資料庫的行為不但是以其公職地位行事，並且也利用了其職位所可得運用之資源[270]，這明顯與單純濫用政府資源或主持典禮的行為不同，難以想像這是 Sun-Diamond 案聯邦最高法院所要排除在餽贈罪處罰範圍之外的行為[271]。基此，DC 巡迴法院在本案中似乎不但有意繼承

[268] *Valdes*, 475 F.3d at 1323-1324, 1326.
[269] ABRAMS, BEALE & KLEIN, *supra* note 154, at 269-270.
[270] Eliason, *supra* note 157, at 949.
[271] Brown, *supra* note 203, at 1383-1384.

doi:10.6342/NTU202501340

Sun-Diamond 案的立場，還想透過職務行為的解釋更進一步的推展此一立場的範圍[272]，某種程度上或許也預示了未來聯邦最高法院會如何處理 McDonnell 案。

另外值得一提的是，Valdes 案似乎認為違反職責的行為不在餽贈罪的處罰範圍內，蓋透過與賄賂罪的比較可以發現，除了相同意義的職務行為外，賄賂罪還規範了詐欺行為與違背職務行為兩種類型，而這是在餽贈罪所未見的。因此，上訴法院認為這顯示出了賄賂罪與餽贈罪之間的一種平衡，賄賂罪的處罰行為較廣，但要求更強的聯繫；餽贈罪的處罰行為則較狹窄，但對於餽贈與行為聯繫的要求則較為寬鬆[273]。不過，學說則認為這樣的解釋忽略了餽贈罪條文中「除屬法律規定的正當履行職責外」的要求。學說主張，從較為自然與較能調和兩罪的角度來看，應將這個要素理解為具有將餽贈罪處罰範圍擴展至與賄賂罪禁止範圍相同的功用，亦即應透過這項要素的解釋將違背職務行為也納入餽贈罪的處罰範圍內。若非如此，反而會造成行為人無法構成輕罪卻能構成重罪的不合理現象[274]。

第三項 McDonnell 案

第一款 案例事實與法院見解

被告 Robert McDonnell 為維吉尼亞州的前州長，涉嫌收受 Star Scientific 公司的總裁 Jonnie Williams 所提供的賄賂。Star Scientific 公司開發、行銷了一種由新菸草鹼（anatabine）製成，名為 Anatabloc 的營養補充品，並希望能獲得美國食品藥物管理局（FDA）對於 Anatabloc 作為一種抗發炎藥品的許可。而為了獲得此一許可，Star Scientific 公司需要開啟一項有關新菸草鹼對於健康有益的獨立研究，該公司則希望維吉尼亞州的公立大學可以在該州菸草委員會的經費補助下進行此項研究[275]。

---

[272] *See* Lauren N. Vaca, *Quid Pro No? The Bribery Statute's Failure to Capture the "Official Acts" of High-Ranking Public Officials*, 35 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 821, 828 (2021).
[273] *Valdes*, 475 F.3d at 1327.
[274] Brown, *supra* note 203, at 1384-1385.
[275] *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2362.

doi:10.6342/NTU202501340

McDonnell 與 Williams 具有長期的互動往來關係。在這段長期關係中，Williams 曾向 McDonnell 請求幫忙開啟維吉尼亞州公立大學對於新菸草鹼的研究，並將他介紹給相關政府官員；而 McDonnell（與他的妻子）則在這段關係中前前後後共收受了 Williams 價值超過 17 萬 5000 美元的禮物或貸款[276]。起訴書指控，作為這些餽贈的回報，McDonnell 也為 Williams 做了 5 種職務行為，分別是：「(1)安排其下所屬維吉尼亞州官員與 Williams 面會，以討論與倡揚 Anatabloc 這項產品。(2)主辦並出席於州長官邸舉行的多場活動，其目的是為了鼓勵維吉尼亞州所屬大學的研究人員對新菸草鹼展開研究，以及促成醫生們推薦患者使用 Star Scientific 旗下產品。(3)為鼓勵維吉尼亞州的研究大學展開對於新菸草鹼的研究而聯絡州長辦公室的其他官員。(4)藉由讓 Williams 邀請若干會影響 Star Scientific 業務發展的有力人士，讓這些人士得以參加在州長官邸舉辦的閉門活動，來推廣 Star Scientific 的產品，並增進該公司與維州政府官員的關係。(5)建議州長辦公室的高階政府官員與 Star Scientific 的主管面會，去討論如何藉由採用該公司之產品來降低醫療照護的成本[277]。」

基於上述事實，McDonnell 被指控違反多項罪名，包含誠信服務詐欺（honest services fraud, 18 U.S.C. §§ 1343、1349）、利用公務權力敲詐（Hobbs Act extortion, 18 U.S.C. § 1951(a)）與虛偽陳述[278]。誠信服務詐欺與利用公務權力敲詐的這兩種罪名的指控，均係建立在 McDonnell 接受了 Williams 的賄賂的這項事實上，蓋聯邦最高法院在 Skilling v. United States 案[279]中將誠信服務詐欺的處罰範圍定為「透過賄賂或回扣（kickbacks）的詐欺計劃來剝奪他人的誠信服務」，而在 Evans v. United States 案[280]中則將利用公務權力敲詐解釋為包含收受賄賂。此外，本案的兩造還進

[276] *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2362-2364.
[277] *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2365-2366. 就 McDonnell 被指控之職務行為部分的翻譯則摘自，蘇彥圖，前揭註 181，頁 529-530。
[278] 關於誠信服務詐欺與利用公務權力敲詐的介紹，可參陳柏良（2017），〈是貪污？還是民主政治現實？──初探美國聯邦法制下貪污概念的兩種圖像〉，春風煦日論壇編輯小組（編），《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》，頁 569 以下，元照。
[279] Skilling v. United States, 561 U.S. 358 (2010).
[280] Evans v. United States, 504 U.S. 255 (1992).

doi:10.6342/NTU202501340

一步同意根據 18 U.S.C. § 201 來定義誠信服務詐欺，並以賄賂罪之職務行為（official act）來定義利用公務權力敲詐中的職務行動（official action）[281]。準此，關於 McDonnell 的行為是否構成犯罪，仍是仰賴對於賄賂罪與職務行為的解釋。

在在本案的陪審團審理期間，Williams 作證指稱他是為了在使維吉尼亞州的醫學院對 Anatabloc 進行試驗這件事上獲得州長幫助，才給予 McDonnell 夫婦禮物與貸款。而 McDonnell 雖然也承認收受 Williams 的禮物與借款，但仍主張他只是單純安排與政府官員的會面，並未要求這些官員要達成什麼事，因而不應該當賄賂罪中職務行為的要求。惟本案的地方法院並未採取 McDonnell 的主張，而是向陪審團指示，職務行為的意義涵蓋了「一個公務員在慣習上所會從事的行為」，包括「為了追求長遠之目標」而做的行為，或是「其為了行使影響力或達成一目的所做的一系列步驟中」的行為[282]。基此，這樣的解釋有利於政府的主張，認為 McDonnell 的行為與維吉尼亞的商業發展此一州長事務有關而構成職務行為，從而造成 McDonnell 被判決有罪[283]。儘管 McDonnell 向聯邦第四巡迴法院提起上訴，主張對於職務行為的陪審團指示有誤而過於廣泛，但上訴法院仍維持了地方法院的有罪判決，使得 McDonnell 只好再上訴到聯邦最高法院。

針對作為本案核心爭議的職務行為之解釋，政府認為立法者有意在此採取一個較為廣泛的用語以涵蓋公務員的任何活動。因而，在本案所涉及像是與維吉尼亞州經濟發展有關的廣泛政策而安排面會、與其他公務員溝通或主辦活動的行為（就算僅此而已），也已經足以構成賄賂罪中的職務行為[284]。然而，聯邦最高法院並未接受政府的解釋，認為考慮到法條的文義與過度廣泛的反貪腐刑法會帶來的問題，應該採取限縮的解釋應屬較為妥當的做法[285]。

首先，聯邦最高法院指出，18 U.S.C. § 201(a)(3)中對於職務行為有兩項要求，

---

281 *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2365.
282 *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2366. 引號內的翻譯參考自，蘇彥圖，前揭註 181，頁 530-531。
283 *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2361.
284 *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2367.
285 *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2367-2368.

doi:10.6342/NTU202501340

即個案中必須存在一個在任何時間得以待決於一個公務員，或其依法得予受理的問題、事項、事由、訴訟、程序或者爭議，以及公務員確實對於這些問題或事項等做出了或同意去做出決定或行動。在本案中會面臨到的第一個問題便是，安排面會、與其他公務員溝通或主辦活動本身是否就構成了問題或事項等，這涉及到應如何理解問題或事項等這些要素。就此，政府基於其一貫立場，認為公務員的任何活動都可該當此處之問題或事項，從典型的電話、會議或活動到促進經濟發展的廣泛政策問題均包括在內。相對於此，聯邦最高法院則認為雖然單從問題與事項的文義來看，可以發現這兩個詞語具有廣泛的涵蓋範圍，但基於同類解釋原則的運用，宜認為問題與事項在解釋上應與事由、訴訟、程序或者爭議具有相似的性質，亦即涉及政府權力的正式行使，以避免將法條的解釋擴展到超出立法者預期的範圍。就這點而言，公務員所安排的典型面會、電話或活動應無法構成此處之問題與事項，因為這些行為欠缺如訴訟、聽證等行為所具之正式性，而這是 18 U.S.C. § 201(a)(3)對於問題與事項的要求。聯邦最高法院亦指出採取這樣的解釋還有一個好處，即可以避免法條的部分要素淪為贅文，蓋如果在問題與事項的解釋上採取政府那般廣泛的解釋，可以預見後續所列的要素「事由、訴訟、程序或者爭議」將失去獨立規範的意義，因為該當這些要素的同時自然也可該當問題或事項，此時便無區分這些要素的必要[286]。

在排除了安排面會、與其他公務員溝通或主辦活動本身構成問題或事項的可能，接下來必須確認的便是這些行為是否為對於問題或事項的決策或行動，但在這之前，必須先探討個案中是否存在符合 18 U.S.C. § 201(a)(3)的問題或事項。聯邦最高法院指出，從法條中要求問題與事項必須是「待決於公務員」或「其依法得予受理的」，可以發現這意味著問題與事項必須是相對明確的，須是「可以被列入議程、追蹤進度、並在完成時予以標記」的類型。然而，地方法院卻未採取這樣的解釋，反而採取更高度一般性的理解，如將本案所涉的相關事項認定為維吉尼亞州的商

[286] *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2368-2369.

doi:10.6342/NTU202501340

業和經濟發展。聯邦最高法院認為這違反了法條的文義，蓋經濟發展由於欠缺具體、特定的性質，並不是一個可以待決於公務員或其依法得受理的事項，自然也無法滿足 18 U.S.C. § 201(a)(3)的要求[287]。不過第四巡迴法院則彌補了地方法院在這方面認定上的缺陷，成功指出了本案中所存在的三項具體問題或事項，分別是：「是否有任何維吉尼亞之州立大學的研究者會對 Anatabloc 展開研究、由該州所設立的菸草保障與社群振興委員會是否會撥款贊助針對新菸草鹼之研究以及維吉尼亞州政府受僱者的健康保險方案是否會將 Anatabloc 列為保險給付藥品[288]」。因此，接下來可以進行下一步的審查，確認本案中是否存在對於這些問題或事項的決定或行動。

法條所使用的用語「決定或行動」亦具有被廣泛解釋的可能，但聯邦最高法院援引 Sun-Diamond 案的見解排除了這種解釋方向。依據 Sun-Diamond 案，即使涉及到一個具體的問題或事項，若單單只是主持活動、與其他公務員會面或與利害關係人交談，仍不會構成 18 U.S.C. § 201(a)(3)中的決定或行動，毋寧須有更進一步的行為發生才可滿足此處之要求，例如決定或行動已直接涉及到是否開啟一項研究。在本案的情形中，McDonnell 僅是安排面會、與其他公務員溝通或主辦活動，聯邦最高法院認為這些行為只是為了討論研究或收集額外的資訊，尚未達到對於是否開啟研究這項待決問題所做出的決定或行動，縱使在這些行動中表現出對於開啟研究的支持或指示下屬參加亦同。不過聯邦最高法院同時也認為問題與事項不限於涉嫌收賄的公務員所直接管轄的，若是收賄公務員利用其職位向其他該管公務員施壓，或是明知或意圖使其建議作為其他該管公務員執行職務行為的基礎時，亦可該當 18 U.S.C. § 201(a)(3)中的決定或行動。故若安排面會、與其他公務員溝通或主辦活動已構成施壓或作為職務行為執行的基礎，仍可構成此處之職務行為[289]。

在結束了法律文本的分析之後，聯邦最高法院接著轉向討論過度廣泛的賄賂

[287] *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2369.
[288] *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2369-2370. 引號內翻譯參考自，蘇彥圖，前揭註 181，頁 531。
[289] *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2370-2371.

doi:10.6342/NTU202501340

罪所會帶來的問題。聯邦最高法院指出政府在賄賂罪的認定相當寬鬆，其認為公務員所收受的任何事物（從政治獻金到一頓午餐）與公務員所做的任何事情（從安排面會到邀請一位賓客出席活動）都可構成對價關係。然而聯邦最高法院則認為，一個有良知的公務員同樣也會為了他的選民安排會面、聯絡官員並邀請他們參加活動，這正是代議政府所預設的公務員與人民之間互動關係，公務員會傾聽選民的意見，並做出適當的回應。若是採取像政府那樣廣泛的解釋，那麼一般的選民互動如果又涉及了選民提供的利益（如政治獻金、一項普通的招待等），便會使這些正常互動蒙上刑事追訴的陰影，最終導致公務員與人民政治互動的萎縮，減損公務員履行其職責的能力[290]。雖然聯邦最高法院也認為本案的案情令人反感（distasteful）或甚至更糟，但由於政府的解釋將涵蓋此種類型以外的情形，法院也無法基於政府會負責任的適用法律的假設來解釋刑事法律，因此在這裡應該合理的採取一種狹義的解釋以避免產生過度禁止的疑慮。這種解釋方法還有另一個優點，即避免相關法條因違反正當法律程序（due process）的要求而違憲，蓋在廣泛解釋的情形下，職務行為一詞並無法提供足夠明確的定義，使一般人能夠理解哪些行為是法律所禁止的，這造成公務員可能會在未受到公平警示（fair notice）的情況下受到刑事追訴，尤其賄賂罪的刑度高達 15 年，更是加深了這方面的擔憂。因此，透過將職務行為的範圍予以限縮，便能避免因職務行為過於模糊所產生的違憲爭議。綜上，由於地方法院的陪審團指示過於廣泛，與聯邦最高法院的解釋不符，故聯邦最高法院撤銷了 McDonnell 的有罪判決[291]。

第二款 學說見解

針對 McDonnell 案的聯邦最高法院判決，學說上有認為其充分呈現了「窄而淺」的司法最小主義（judicial minimalism）風格，並且也在貪腐與政治這兩個領域之間，劃下了一個相對合理的界線，使賄賂罪在符合法律文本與判決先例的同時，

[290] *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2372.
[291] *McDonnell*, 136 S. Ct. at 2372-2373, 2375.

doi:10.6342/NTU202501340

也能充分保留追訴貪腐的空間[292]。惟就聯邦最高法院的界定是否得當，其實仍備受其他學說見解的質疑，不過這個問題並非 McDonnell 案所獨有，又是一個較大的爭議，因此本文打算將此一問題留待後文一併處理，在此本文想先處理的是 McDonnell 案見解適用與解釋上的問題。

首先就聯邦最高法院所提出的標準應如何適用，學說對此提出了質疑。雖然聯邦最高法院透過文義解釋的方式，得出了職務行為所要求的問題與事項必須涉及政府權力的正式行使的結論，但對於什麼樣的事情能夠滿足此項要求卻未做更進一步的說明，只提出像是訴訟、聽證等少數例子來大致描繪出問題與事項所需的性質。儘管這些例子具有強烈的形式性，能讓人毫無疑問的認同其具有政府權力正式行使的性質，但學說指出公務員的行為形式遠超過這些例子所能捕捉的範圍，聯邦最高法院所提供的例子僅限於具有高度政府權力正式行使性質的事項，因此對於那些非位於政府權力正式行使核心領域之事項究竟是否構成職務行為所要求的問題或事項，聯邦最高法院其實並未提供太多的指引。這點也出現在對於決定與行動的認定問題上，在這個要素的解釋上聯邦最高法院所提供的例子亦相當有限，同樣難以得知聯邦最高法院所欲劃定的界線何在。綜合上述質疑可以發現，聯邦最高法院雖然清楚表達了其較為限縮的立場，但在相關標準的具體操作上卻未將所需劃定的界線如其立場般明白的表現出來，造成其標準最終仍是模糊而具有操作空間的，下級法院是否會如實遵循聯邦最高法院所要求限縮立場，似乎還有待進一步的觀察[293]。

即使是在本案的情形中，學說也相當質疑聯邦最高法院的分析。縱然聯邦最高法院認為像是 McDonnell 所安排的典型會面（typical meeting）不構成職務行為，但其卻未告訴我們典型會面與非典型會面的差異在哪，又何時典型的會面會變成

[292] 參蘇彥圖，前揭註 181，頁 535-538。
[293] Jeffrey A. White, *McDonnell's Misapprehension of the Role of Access in Politics and Public Corruption*, 96 N.C. L. REV. 1175, 1200-1201 (2018).

doi:10.6342/NTU202501340

非典型的會面，在判決中也同樣付之闕如[294]。至於能構成職務行為的施壓或建議要如何適用，則又是另一個難題。在本案中，聯邦最高法院將 McDonnell 的行為描述成單純的安排會面、聯繫官員與主持活動，但誠如學說所指出的，實際上我們很容易可以將這些行為理解成一種施壓或建議，尤其本案的一名證人在作證時也陳稱其對於是否開啟研究做過利弊分析，其中的首要之弊即為來自州長的政治壓力與其未來對維吉尼亞大學要求的影響，更是強化了此一理解的可能性。也因此較難理解的是，聯邦最高法院何以認定 McDonnell 的行為並不構成職務行為，而這也再次凸顯出聯邦最高法院所提出之標準在操作上的困難[295]。

在對於賄賂的解釋上，儘管從釋義學的角度來看，實務的解釋確實符合 18 U.S.C. § 201(a)的文義而有其合理性[296]，但仍有學說認為聯邦最高法院過於強調職務行為這項要素的重要性，反而忽略其他要素也有劃分案件涉及貪腐與否的功能。詳言之，依照法律的規定，須是行為人主觀上具有惡意（malevolent intentions）的情形才有構成賄賂罪的可能，而透過這項要求正好可以區分公務員的行為是否涉及貪腐。蓋只有當公務員是因為收受關係人所提供之利益才關注其利害時，方能構成賄賂所需之貪腐意圖，也才會因此受到刑法的處罰，若是公務員的行為是正常的選民服務，行為人自然也就不會有賄賂所需之貪腐意圖，因而不會出現聯邦最高法院所擔憂之過度處罰情形[297]。不過亦有學說對此提出反駁，認為聯邦最高法院採取的職務行為解決途徑不但獲得了大法官的一致支持，也對人民提供了較為充分且公允的警示，是一種有效維護反貪腐刑事追訴與審判正當性的方法，若是採取其他見解，則未必能發揮同樣的功能[298]。

---

294 Vaca, *supra* note 272, at 833.

295 Taylor Williams, *Criminal Law - A Formal Exercise of Governmental Corruption: Applying the Stream of Benefits Theory to the Federal Bribery Statute. McDonnell v. United States*, 40 UALR L. REV. 161, 184 (2017). 認為 McDonnell 的行為實際上符合聯邦最高法院標準的見解可參，*Bribery: Definition of Official Act: McDonnell v. United States*, 130 HARV. L. REV. 467, 475-476 (2016). 不過政府最終決定撤銷對於 McDonnell 的控訴，參 Ariane de Vogue, *No new trial for ex-Virginia Gov. Bob McDonnell*, CNN (Sept. 8, 2016), https://edition.cnn.com/2016/09/08/politics/bob-mcdonnell-no-retrial/index.html (last visited Dec. 8, 2024).

296 Eliason, *supra* note 157, at 950.

297 White, *supra* note 293, at 1190-1191.

298 蘇彥圖，前揭註 181，頁 538。

doi:10.6342/NTU202501340

對於此項主張仍可從以下幾點再加以反駁。第一，雖然聯邦最高法院強調公務員與人民互動關係的重要性，並將這樣的行為排除在職務行為的範圍之外，但這樣的見解似乎反而不利於這種正當關係的維持。申言之，學說認為正是因為公務員與人民的互動關係有其重要性，才更應該透過反貪腐法律確保公務員與人民互動之間的純淨，避免人民需要支付額外的利益才能獲得作為代議政府基礎的服務。若是將這些行為徹底排除構成賄賂罪的可能，毋寧是放縱公務員替這些服務標上價格販售，使其破壞代議制度的正當性，這樣的適用結果是否真能充分保留反貪腐刑事訴追的空間，不無疑義。因此，相較於聯邦最高法院採取限縮職務行為的解釋途徑，透過對於行為人主觀犯意的要求來界定貪腐的範疇，應是更能維護聯邦最高法院所強調之代議民主價值的方法[299]。第二，就解釋方法的選擇而言，也難以認為採取限縮職務行為的做法是一種較為簡單明瞭的方式。聯邦最高法院將職務行為的解釋拆成了幾個主要部分，分別是問題與事項等的意涵、對於問題與事項等的決定與行動，以及職務行為的核心要素「政府權力的正式行使」，但實際上每個部分都有多重解釋的可能，雖然貪腐意圖本身也是一個不確定法律概念，但相對於貪腐意圖本身只有一項要素，職務行為的解釋反而創造出更多的模糊空間，若再考量到在這些部分的解釋上聯邦最高法院並未提出明確的標準，似乎也難認為其見解較為妥適[300]。最後，就是否有對人民提出公平警示的部分，從上述討論也可以發現學說一再批評聯邦最高法院的見解不明確，實際上公務員仍然難以掌握何種行為可能構成賄賂，在這方面聯邦最高法院的見解也同樣欠缺，甚至還可能是更為嚴重的[301]。

第四項 實務對於貪腐界線的劃分

綜觀上述三個案件，可以清楚的看出法院在劃定貪污犯罪的界線時，採取了相當保守的態度，試圖保留一個空間給公務員與人民互動，避免貪污犯罪的範圍過度

299 White, *supra* note 293, at 1191-1192.
300 White, *supra* note 293, at 1192-1193.
301 Vaca, *supra* note 272, at 833.

doi:10.6342/NTU202501340

擴張而造成對於一般互動行為的侵擾[302]。雖然這樣的擔憂或許其來有自，但若觀察聯邦最高法院在這些案件中所表達之對於政治過程的關切，似乎顯示出其有將餽贈與政治獻金這兩件事等同視之的傾向，因而才導出了這樣的結論，即這兩者皆屬於一種健康的政治過程，必須要採取一種寬鬆的方式來規範[303]。如學說也發現，在作為相關判決指標的 Sun-Diamond 案中，聯邦最高法院的態度正與其在競選經費案件的態度逐漸一致，更是加深了這樣理解的印象[304]。雖然法院的保守態度可能會獲得部分見解的支持，但其他見解則可能對這樣的論述採取較不以為然的態度，尤其對法院將餽贈與政治獻金混為一談的見解更是反彈。

學說認為政治獻金與餽贈有完全不同的性質，前者不但涉及了人民言論自由的實踐，更對於民主制度具有重要的影響。在現代社會中候選人縱使家財萬貫，從事競選活動時也無可避免的需要依賴政治獻金，何況多數人的經濟情況都無法負擔競選開銷，政治獻金此時便能發揮促使人民能有更多機會直接參與政治的功能[305]。而正是政治獻金與選舉政治有如此強烈的連結，使得在政治獻金領域對於貪腐的認定應該要採取較為嚴格的態度。詳言之，選舉往往是多數持有不同觀點選民之間的競賽，當選者本身就代表了某種特定的價值觀，因而會對於特定的政策產生偏好，並透過其職位所帶來的權力實現其所偏好的政策。這種政策上的偏好本身即是政治過程的正常結果，即使與政治獻金相結合亦不會改變其合理性。蓋在選舉競爭中人民除了投票之外，對於候選人提供政治獻金也是一種表達支持的重要方式，甚至選民之所以願意提供政治獻金就是因為候選人對於特定議題的表態，此時隨當選而來的便是捐款者對於當選者的金錢影響力，如果再與當選者的政策偏好相結合，就可能會形成一種金錢影響力導致特定政策乃至於特定職務行為實現的行為

[302] 值得注意的是，雖然實務對於公務員與人民之間互動保障的強調會讓人覺得這與政治領域較為相關，但事實上實務對於此一主張的注重似乎不限與選舉官員與民意代表的情形，在本文主要所檢視的三個案件中，只有 McDonnell 的職位是直接透過選舉產生的，而且就算在 McDonnell 案中，其案例情形也與選舉無涉。

[303] Wilson, *supra* note 249, at 1046-1047.

[304] Brown, *supra* note 224, at 201.

[305] Brown, *supra* note 203, at 1399.

doi:10.6342/NTU202501340

結構。雖然這種結構與餽贈罪所欲規制的行為類似，但其與一般餽贈行為的不同之處在於其具有政治上的正當性，理不應受到法律所處罰。故若使這種行為蒙上刑事追訴的陰影，確實會有聯邦最高法院所擔憂之情形發生，在選舉的脈絡下採取一種嚴格的、對價關係式的認定即屬有據[306]。

惟在選舉以外的一般脈絡下，我們會期待公務員能夠採取一種公平、中立的立場，並且依法行政，以公共利益作為公務決策之依歸而非效忠於特定的私人利益。在此，私人提供之餽贈與政治獻金即具有本質上之不同，餽贈既不涉及人民與候選人的政治過程，也無助於人民更進一步參與政治。考量到此一事實，餽贈與政治獻金便無採取一致認定方式之必要，對於尋求影響力的寬容應該僅適合被留在政治獻金的領域。聯邦最高法院在強調政治過程重要性之餘，似乎忽略了這兩者之間的不同[307]，而這也導致了一個荒謬的結論，即直接給予公務員餽贈等同於提供政治獻金的行為，從而可認為兩者具有相同的憲法地位[308]。

上述見解主要著眼於影響力在不同領域的可接受度，考量到政治的本質，人民試圖影響當選者或是當選者對其的回應都屬於正常的政治過程，相對於一般領域而言，在政治獻金的領域尋求影響力一事自然較能被接受。不過學說認為對於政治獻金的理解可以再更為不同一些，將焦點更集中在政治獻金此一制度上。學說認為，法院對於人民與候選人之間互動的寬容所要保護的並不是人民對於公務員的影響力或近用權，而是在保護競選活動（如政治獻金制度）本身，只有競選活動才會具有受到憲法所保障的價值，至於其後所產生的影響力或近用權之結果，則是這些競選活動制度不可避免的後果而已，是我們為了維護代議民主制度必須容忍的代價。但若在一般的脈絡下，由於欠缺競選活動制度的存在，對於公務員的影響力或近用權自然也失去了憲法的保護傘，提供利益的行為也應該被歸類為貪腐[309]。從這個角度來看，或許可以更明確的看出兩個領域的不同。

306 Wilson, *supra* note 249, at 1051-1052; Brown, *supra* note 224, at 184-185.
307 Wilson, *supra* note 249, at 1045-1046; Brown, *supra* note 224, at 233.
308 Brown, *supra* note 224, at 229.
309 Brown, *supra* note 224, at 186.

doi:10.6342/NTU202501340

在釐清一般餽贈與政治過程之間的關係之後，就顯示出了餽贈對於代議民主制度所可能造成的傷害。學說上有認為公共貪腐（public corruption）的定義是基於一種社會的集體道德反對，故若人民與公務員的互動破壞我們對於公平、公正的直觀感受，就應受到法律的約束。因此，假使對於公共貪腐法律的解釋會使那些在道德上令人感到厭惡的行為脫免法律的制裁，就顯示了該法未能捕捉到一項重要的貪腐行為類型。在 McDonnell 案中，聯邦最高法院一方面將 McDonnell 的行為描述為令人反感，另一方面卻又認為此種行為在當代社會的政治觀點中是可被合理接受的，即顯示出聯邦最高法院在劃出貪腐界線上的問題[310]。

這種保守態度在競選經費法領域的 Citizens United v. F.E.C.案（下稱 Citizens United 案）中更是被清楚無疑的被表露出來，聯邦最高法院在判決中直言「影響力或近用權的外觀，不會導致選舉人對我們的民主失去信心[311]」、「無論如何，逢迎與提供門路都不是貪腐[312]」，雖然 McDonnell 案未如 Citizens United 案作出如此直白的表述，但在判決背後基本上仍承續了此一具爭議性的觀點[313]。縱使認為背於道德直覺的見解尚不構成對於民主制度的傷害，對於人民信賴的錯誤理解也會導致此一結果的發生。學說即指出事實上美國人民對於政府、公務員是越發的不信任，認為這些人受到了金錢利益的不當影響。而聯邦最高法院一再容許此類行為的發生，不但未能保護政治過程的健全，反而會使人民認為聯邦最高法院支持這種貪腐關係的存在，將持續增添人民對於政治的不信任，最終形成聯邦最高法院所不樂見的降低人民參與政治意願的結果[314]。總而言之，聯邦最高法院見解的諷刺之處在於，其不但未能區分政治與貪腐的差異，還親手破壞了其所主張的重要價值。

除了上述爭議之外，學說還指出了聯邦最高法院所採取之保守態度會造成的追訴貪腐問題。首先，學說指出聯邦最高法院過度強調其所謂的無辜案件，與混淆

310 Wilson, *supra* note 249, at 1046.
311 *Citizens United*, 558 U.S. at 360.
312 *Citizens United*, 558 U.S. at 360.
313 White, *supra* note 293, at 1181.
314 White, *supra* note 293, at 1181-1182, 1201-1202.

doi:10.6342/NTU202501340

政治獻金與餽贈的見解相同，即使在非涉及政治獻金的一般脈絡中，法院也將花費數千美元向公務員打好關係的公司比擬為為參議員烤布朗尼的養老院居民。然而，後者的情形不但較為少見、所涉金額較小，也可輕易看出這些案件屬於正當的政治過程，將之排除在反貪腐法律的處罰範圍之外乃屬當然的結果。即使如此，聯邦最高法院卻似乎僅考量了這些情形，對於其他顯具有貪腐風險的各種交易則視而不見，於是便產生了各種對於法規的狹義解釋，進而大幅削弱了法規的效力。最終，透過這種偏頗的觀點，聯邦最高法院便能使這些具有貪腐風險的行為合法化。儘管聯邦最高法院一再批評政府的解釋未能妥適劃分合法與非法的界線，但聯邦最高法院自己也是忽略了金錢的影響力，在避免不當結果發生的同時，也保障那些並非無辜的餽贈行為，將對價關係以外的大多數行為都劃成合法，實際上也是犯了跟政府一樣的錯誤[315]。

這種情況清楚的反映在 Sun-Diamond 案與 McDonnell 案的判決。就餽贈罪的直接關聯性要求而言，這一要求會造成越貪腐的關係越難受到刑事追訴的結果，蓋在一個長期的貪腐關係中，雙方行為人通常不會採取這種一換一（one-to-one）的思維，雙方毋寧會有一系列餽贈與一系列會使餽贈者獲利之行為的往來，也因此造成難以甚至無法釐清哪些餽贈是為了哪些職務行為的。若遵循 Sun-Diamond 案的標準，由於無法確定餽贈與職務行為的關連，這樣的行為就很有可能會脫免餽贈罪的制裁。這是一個相當諷刺的結果，若行為人餽贈的次數較少，會因其關係容易釐清而容易受到刑事追訴，惟若行為人餽贈次數較多，則會因為關係難以釐清而不受處罰，形成一種法律鼓勵加深貪腐關係的奇怪情境，不合理之處顯而易見[316]。而就職務行為的正式性要求而言，則是縱容餽贈者只要不與公務員約定「正式」（formalized）的職務行為作為對價，便可毫無顧忌的收買公務員，引發學說批評聯邦最高法院是在鼓勵收費政治（pay to play politics）的發生[317]。而將兩者綜合起

315 Wilson, *supra* note 249, at 1043; Levin, *supra* note 197, at 1840.
316 Eliason, *supra* note 157, at 946.
317 Vaca, *supra* note 272, at 834.

doi:10.6342/NTU202501340

來，便是構成餽贈罪的極高門檻，有見解表示在 Sun-Diamond 案後，對於高階公務員而言每天都是聖誕節[318]，這句話若放到在 McDonnell 案發生後今日，似乎顯得更為貼切了。

綜合上述的討論，可以發現實務採取了一貫的保守立場，這很大程度是基於對於餽贈罪可能會侵擾政治過程的擔憂，以對於餽贈罪的影響來看，便是對於餽贈罪關聯性與職務行為的嚴格限縮。聯邦最高法院的見解或許是在過度與不及之間合理的選擇了後者[319]，但這並不代表我們沒有更進一步釐清合法與非法的界線的可能，真正重要的還是要回歸到餽贈罪的條文本身，正是因為餽贈罪的條文未能提供協助識別合法與非法的要素，才會產生實務與學說上的爭議。這點也提醒我們，未來在設計餽贈罪的條文時，要盡量能設計一個能夠作為識別合法非法的平台的要素。

第三節 餽贈罪的學說見解

在討論完餽贈罪的實務發展與學說對此之意見後，接下來將轉向討論學說對於餽贈罪的一些理解。本節主要分為兩個部分，第一部分討論學說認為在現行法受實務見解影響後，有何需要進一步修正的地方，第二部分則討論學說認為餽贈罪所應處罰的行為類型。

第一項 對現行法的解讀

雖然實務採取如此限縮的解釋引起了不少學說上的反對，但由於這些見解都是來自於聯邦最高法院（或受到其認可），其在實務的運作上已成定局，因此接下來的討論或許更應集中在現行的餽贈罪的適用問題上。透過解析現行餽贈罪的條文結構或是既定概念有哪些可以修正的地方，以提供未來餽贈罪修法上的參考，避

[318] Opinion, *Court Decision Puzzling*, HERALD, May 12, 1999, at 11A, 轉引自 Levin, *supra* note 197, at 1823.
[319] 參蘇彥圖，前揭註 181，頁 537-538。

doi:10.6342/NTU202501340

免現行法的問題持續延續下去。

第一款 前瞻性餽贈概念的商榷

首先可以討論的便是前瞻性餽贈的概念，這便是 Sun-Diamond 案所涉及的類型。前瞻性餽贈是用來區分賄賂與涉及「將執行之職務行為」的餽贈的一種概念，容易混淆這兩者的原因在於這兩者皆具有面向未來的性質，不論是賄賂或前瞻性餽贈的情況都涉及了提供利益者因為未來職務行為的緣故向公務員提供利益。雖然為了誘使公職人員維持先前已表態的立場而為的餽贈無疑符合前瞻性餽贈的概念，但究竟前瞻性餽贈此一概念的外延為何，則仍有待討論。

爭議來自於實務對於前瞻性餽贈發展出了兩種不同的理解方式，第一種見解可稱為獎勵方法（reward approach），將前瞻性餽贈理解為對於公務員已經承諾執行之職務行為的一種獎勵[320]，此一見解將前瞻性餽贈的範圍劃定在較為核心的概念，只要行為人有意影響特定職務行為的執行，那就已經屬於賄賂罪的處罰範圍。第二種見解或可稱為 DC 巡迴法院方法（the D.C. Circuit's approach），其係以 DC 巡迴法院的判決作為標竿，認為若行為人的意圖不符合賄賂罪的要求，則仍可能構成餽贈罪[321]。在此一見解下，餽贈與賄賂的差異可能在於意圖的強度（甚或是證明對價關係之證據的強度）[322]。若行為人的意圖已達到對價關係的程度，亦即意圖以利益換取公務員的職務行為，那行為人就已經構成了賄賂罪；若行為人僅是意圖動搖（sway）公務員所欲採取的職務行為，則其行為僅構成餽贈罪。誠如學說所指出，DC 巡迴法院方法區別賄賂與餽贈的方式相當依賴於極細微的語意上區別[323]。

對於前瞻性餽贈的這兩種理解，學說上有認為獎勵方法應是較為合理的見解。

---

320 *See, e.g.*, United States v. Griffin, 154 F.3d 762, 763-764 (8th Cir. 1998); United States v. Agostino, 132 F.3d 1183, 1195 (7th Cir. 1997); United States v. Patel, 32 F.3d 340, 345 (8th Cir. 1994).

321 *See Sun-Diamond*, 138 F.3d at 966; *Schaffer*, 183 F.3d at 842. 不過兩個判決對於前瞻性餽贈意圖的理解較為不同，前者認為此處的要求為「意圖增加一個或多個職務行為的可能性」，而後者的要求則似乎較為嚴格，必須是「意圖誘使公務員提議、採取或避免某些未來的職務行為」。

322 Eliason, *supra* note 157, at 980 n.219.

323 Klein, *supra* note 186, at 117.

doi:10.6342/NTU202501340

首先從餽贈罪與賄賂罪條文結構的比較出發，可以發現相較於立法者在賄賂罪明確的使用了影響這個用語，在餽贈罪上則並未發現類似的用語。如果立法者有意透過餽贈罪規範那些意圖影響職務行為但尚未達到對價關係程度的餽贈行為，那立法者可以在餽贈罪的條文中使用類似的影響職務行為用語，這點並不困難。故考量到立法者實際上並未使用這種規範方式，較為合理的詮釋應該是立法者有意排除此類行為構成餽贈罪，因此不宜再透過解釋的方式將此類行為重新納入餽贈罪的處罰範圍內[324]。

學說認為這樣的見解也獲得立法史的支持，蓋在餽贈罪的立法過程中，立法者強調餽贈罪的重點在於處罰那些意圖獎勵職務行為的行為，行為人本身有無影響或誘使意圖則在所不論。更重要的是，立法者還指出餽贈罪的立法目的在於填補賄賂罪的漏洞，用來處罰因為一定會執行的職務行為而為餽贈的情形。由於在這種情況下職務行為無論如何都會執行，其自然有也就沒有受到賄賂影響的空間，故行為人會因無法滿足賄賂罪的影響要件而不受賄賂罪所處罰。立法者考量這樣的行為雖然不構成賄賂，但同樣具有破壞公共服務的能力，因此必須透過刑法予以禁止。從這點來看，立法者關注的實際上是與賄賂相對的「不影響」職務行為的餽贈，因此若在解釋上將前瞻性餽贈理解為具有影響職務行為的意圖，似與立法過程中立法的意思相去甚遠[325]。

在聯邦最高法院作成 Sun-Diamond 案的判決之後，更是確立了獎勵方法的正當性。詳言之，聯邦最高法院認為餽贈必須與特定職務行為有所關聯才會構成餽贈罪，而在這個前提下，似乎就不存在意圖影響職務行為但卻未達對價關係的餽贈了，因為既然行為人的餽贈行為意在影響一個特定的職務行為，則此一餽贈顯然與特定職務行為已具有對等交換的關係，此時該行為已構成賄賂罪，自然也無論以餽贈罪的空間。尤其包含聯邦最高法院在內的多數見解都認為賄賂罪與餽贈罪的最

[324] Klein, *supra* note 186, at 125-126.
[325] Klein, *supra* note 186, at 126-128.

doi:10.6342/NTU202501340

大差異在於意圖要素之有無，若將前瞻性餽贈理解為一種具有影響意圖的行為，似與多數見解有所矛盾。準此，學說認為相較於 DC 巡迴法院的見解，獎勵方法應較為合理[326]。

或許可以質疑，如果行為人具有影響意圖的餽贈行為確實不構成賄賂，那在採取獎勵方法的情形下，此類行為將會因同時不構成賄賂罪與餽贈罪而脫免刑事制裁，進而產生一個處罰漏洞。但學說認為這樣的見解在實務運作上將會遇到一個問題，亦即如何區分構成對價關係的影響意圖與不構成對價關係的影響意圖。在 United States v. Schaffer 案中，DC 巡迴法院將意圖區分成會構成賄賂罪的影響意圖（intent to affect），與僅會構成餽贈罪的誘使意圖（intent to induce）[327]，然而實際上這兩者的語意幾乎無法區分，法院也未對此做出任何指示，讓我們難以確定什麼樣的行為會構成賄賂，又什麼樣的行為會只會構成餽贈。退步言之，縱使在實務運作上可得區分兩者，也無法解釋為何行為人主觀意圖上的強度差異會造成如此巨大的法定刑差異。何以在同樣具有影響意圖的情形下，只因能認定對價關係的存在，就能將犯罪的法定刑上限從 2 年拉長到 15 年，DC 巡迴法院同樣沒有做出進一步的說明。因此，學說認為 DC 巡迴法院的見解是將賄賂罪與餽贈罪混為一談，此一處罰漏洞應交由立法者透過修法的方式填補，而且應該將此種行為妥適的納入賄賂罪的處罰範圍而非餽贈罪，如此一來也較能說明刑度上的差異，同時符合立法者原先預設的規範架構[328]。

可以發現前述見解是將利益對於公務員有無影響作為區分賄賂罪與餽贈罪的關鍵，這點雖然有其見地，但仍有其他學說見解認為應該將這樣的界線劃分的更為徹底，主張即使是獎勵方法下的前瞻性餽贈，也應該被歸類到賄賂的範疇，亦即其認為應該完全捨棄前瞻性餽贈的概念。申言之，此一學說認為，當行為人是因為一個未來的職務行為而為餽贈時，縱使先前存在著公務員言語上的表態或承諾，這樣

326 Klein, *supra* note 186, at 123, 132.
327 *Schaffer*, 183 F.3d at 841-842.
328 Klein, *supra* note 186, at 129-132.

doi:10.6342/NTU202501340

的表態或承諾尚仍不具決定性，難以想像行為人會因此就向公務員提供高額的禮物。其接著指出，前瞻性餽贈的概念認為行為人在對於公務員已表態或已承諾的行為表達感謝的同時，針對未來的職務行為如何執行抱持著無關緊要的中立態度的想法，明顯是欠缺說服力的。當行為人在這種情況下向公務員餽贈，理應是希望公務員在未來執行職務行為時能夠保持先前表態或承諾的立場。從這個角度來理解，行為人應該是希望餽贈能夠發揮約束公務員的作用，因此行為人確實具有影響公務員的意圖而具有賄賂的性質。準此，學說認為繼續採取前瞻性餽贈的概念只是繼續造成賄賂與餽贈之間的混淆而已，正本清源之道應是徹底捨棄前瞻性餽贈的概念，透過餽贈罪的修法刪除造成此一混淆的「將執行的職務行為」，並改用賄賂罪來處罰此類行為[329]。

綜合上述討論，可以發現現行美國法上的餽贈罪實際上有較強的面向過去性質，但卻因為在修法的過程中增加了「將執行的職務行為」此一要素，導致賄賂與餽贈之間產生混淆。儘管實務與學說為了區分兩者而發展出前瞻性餽贈的概念，此一概念的妥當性仍受到學說所質疑，這樣的發展歷程也提醒我們，在討論餽贈罪的立法時，必須優先掌握餽贈行為的核心為何。

第二款 餽贈罪的修正需求

在討論完前瞻性餽贈的概念之後，接下來將更進一步去討論現行的餽贈罪有什麼需要修正的地方。首先可以看到的是學說所展現出之對於餽贈罪文義上問題的擔憂，有學說認為餽贈罪的文義過於有彈性（malleable），以至於其可以被同時解釋為具有賄賂性質的犯罪（採取直接關聯方法的情形），以及一種具有完全不同性質的犯罪（採取職位方法的情形）[330]。這便凸顯出了餽贈罪的模糊性問題，核心的爭議即是在於餽贈罪使用了「因為」的用語，導致我們無法從條文的文義本身辨識出餽贈罪的行為輪廓。若從這個角度來看，聯邦最高法院會採取較為保守的態

[329] Welling, *supra* note 158, at 428-429.
[330] Brown, *supra* note 170, at 2065; Levin, *supra* note 197, at 1841.

doi:10.6342/NTU202501340

度，並在解釋上運用寬大原則也並不令人意外，蓋聯邦最高法院必須避免法律違反模糊原則（vagueness doctrine），因而未能向人民提供公平警示的情形發生，而這是寬大原則與模糊原則的共同關切[331]。

那聯邦最高法院的限縮解釋是否就解決了餽贈罪的問題呢？或許聯邦最高法院確實解決了模糊性的問題，但學說也批評聯邦最高法院在解決模糊性問題的同時，也造成餽贈罪與賄賂罪之間的混淆，使得餽贈罪失去獨立規範的意義[332]。詳言之，依照聯邦最高法院所建立的標準，要構成餽贈罪政府必須證明餽贈與特定職務行為之間的關聯，然而誠如學說所指出，當政府已經能證明出餽贈與特定職務行為之間的關聯時，其實也很有可能已經達到賄賂的證明門檻了[333]。蓋當一個餽贈可以直接聯繫到一個特定的職務行為時，我們很容易能夠理解這個餽贈意在影響職務行為的執行，行為人是打算透過利益來換取一個職務行為，構成了賄賂罪所要求的對價關係。相反的，若餽贈並非意圖影響一個職務行為，也很難理解這餽贈會是「因為」一個職務行為的，即使可以說餽贈行為人的短期目標是為了獲得公務員的一般善意，但行為人的最終目的仍是為了影響公務員未來的決策，還是不超脫意圖影響職務行為（賄賂）的範疇[334]。透過這樣的比較可以發現，在實務的操作下，似乎不但不存在不成立賄賂罪而成立餽贈罪的情形[335]，還產生了無法規範購買影響力行為的處罰漏洞[336]。只要無法建立餽贈與特定職務行為關聯，以高額餽贈來獲取公務員善意的行為就完全不需要擔心構成餽贈罪，也就使得公務員得透過此一漏洞放

331 Brown, *supra* note 203, at 1390.
332 *See* Weiling, *supra* note 158, at 427; Brown, *supra* note 247, at 774; Brown, *supra* note 203, at 1390.
333 甚至也有學說認為聯邦最高法院所謂的關聯性要求實際上已等同於賄賂罪的對價關係，參 Vaca, *supra* note 272, at 831; Wilson, *supra* note 249, at 1041.
334 Peter J. Henning, *Public Corruption: A Comparative Analysis of International Corruption Conventions and United States Law*, 18 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 793, 835-836 (2001).
335 有見解認為此一看法並不正確，在事後餽贈與前瞻性餽贈的情形就是不會構成賄賂罪但會構成餽贈罪的情形，參 Eliason, *supra* note 157, at 945-946. 誠然，事後餽贈的確具有獨立於賄賂罪的規範意義，但這部分的犯罪是基於餽贈罪「因為已執行的職務行為」之文義而來，與本文主要探討的基於「因為將執行的職務行為」之文義而來的犯罪類型並不相同，且從此兩種類型是基於不同文義部分而生這點來看，本文認為這其實是兩種性質完全不同的犯罪，應該分別討論。至於前瞻性餽贈的部分，本文則支持前述反對前瞻性餽贈的見解，認為即使是前瞻性餽贈也具有影響職務行為的意圖，應該將其歸類為賄賂的類型較為妥當。
336 Henning, *supra* note 334, at 836.

doi:10.6342/NTU202501340

心的從事販賣公職地位、謀取私人利益的行為[337]。

餽贈罪的模糊文義，以及聯邦最高法院隨之而來的限縮解釋都造成了刑事追訴的困難，有不少見解都主張應該透過修法的方式解除此一困境，認為立法者應該重新評估餽贈罪應涵蓋的範圍[338]。相對的，也有見解持不同意見，主張即使這些行為不構成刑事違法，仍有如 5 U.S.C. § 7353 的規定來補充 18 U.S.C. § 201 的不足，能透過這些規定來制裁相關行為，似認為這尚不構成所謂的處罰漏洞[339]。然而有學說指出，倫理規範是一套複雜的規範機制，許多機關基於法律的授權都有權制定自己的倫理規範，而這樣的拼湊結構不但使受規範者不易預見其行為的合法性，也形成了法規之間的重複、漏洞，甚至造成一些奇怪的情形發生，似乎不是一種好的規範方式[340]。再者，學說還主張即使倫理規範能夠涵蓋這些餽贈行為，也不代表不需要透過刑法來處罰這些行為。從處罰對象的角度來看，倫理規範基本上只能處罰收受餽贈的公務員而無法處罰提供餽贈的行為人；從處罰的程度來看，倫理規範的處罰效果較不嚴厲，在道德上的譴責效果也較不強烈[341]。再考慮到餽贈具有使公務員在執行職務時產生偏頗的能力，學說即認為仍需要透過餽贈罪來處罰餽贈行為[342]。

雖然支持處罰範圍較廣泛之餽贈罪的見解大多都會強調餽贈具有影響公務員的效果，但反對者也大多都會主張這樣的影響力是可以或應被容忍的，並且常常將餽贈與政治獻金類比，以正當化餽贈所具有的影響力。為了回應這樣的主張，即有學說更為深入的分析餽贈與政治獻金在獲得影響力上的差異，以強化處罰這些行為的正當性。首先，政治獻金受到相當嚴格的管制，不但具有金額的上限，每一筆政治獻金也都需要公開，使各方能夠在有需要的時候追查相關金流，降低貪腐發生的可能。相對的，餽贈因為存在一些規範上的例外，金額上限的限制實際上功能有

337 Vaca, *supra* note 272, at 836.
338 *See, e.g.*, Levin, *supra* note 197, at 1823-1824; Brown, *supra* note 203, at 1412-1413; Wilson, *supra* note 249, at 1056.
339 ABRAMS, BEALE & KLEIN, *supra* note 154, at 265.
340 Welling, *supra* note 158, at 442.
341 Stein, *supra* note 258, at 76.
342 Welling, *supra* note 158, at 443.

doi:10.6342/NTU202501340

限，而就公開性的部分則更是欠缺，難以嚇阻影響力貪腐的情形發生，在制度上已可輕易看出兩者的差異。第二，政治獻金有收受時期的限制，由於在這段時間內所收到政治獻金數量龐大，也就稀釋了每一筆政治獻金對於候選人的重要性。而餽贈則可能發生在任何時候，特別是當當選者成為公務員無法收受政治獻金後，一筆餽贈的重要性就被凸顯出來了，基於餽贈的這種特殊性，此時當選者對於餽贈的態度自然會異於政治獻金。第三，政治獻金有用途上的限制，一般僅能將之用於與競選相關的支出上。相反的，餽贈當然沒有這類的限制，公務員能夠完全自由的支配這筆利益，滿足其個人的需求，這也顯示出餽贈對於公務員具有更強的影響力[343]。舉例來說，在 McDonnell 州長面臨財務困難時，一筆高額餽贈明顯較一筆高額政治獻金要有用的多，鑒於餽贈具有這樣的功用，其較政治獻金強大的影響力可以說是顯而易見[344]。除上述三點外，亦有學說認為餽贈所使用的利益輸送管道也有使餽贈獲得更強大影響力的效果，蓋餽贈除了由行為人直接給予外，也經常透過與公務員具有一定關係之人轉交，可能是雙方共同的朋友或同事等等，這種身分關係的存在也就強化了餽贈作為一種潛在賄賂的有效性，並達到避免公眾監督之效[345]。

總的來說，餽贈獲得對於公務員影響力的能力顯較政治獻金來的強大，顯示了餽贈行為的危險性，也呼應了學說認為應該進一步限制相關行為的見解。縱使認為對於公務員有更多接觸機會是政治上無可避免的需求，學說也主張應該承認獲得更多接觸機會的管道是政治獻金制度而非私底下的餽贈，對於餽贈行為的寬容可能使行為人能繞過政治獻金制度的限制，獲得在政治過程之外的影響力[346]，這樣一來似乎已背於這些主張原先的初衷。基此，考慮到重新修訂餽贈罪的需求，即應對於餽贈罪的不法內涵有更詳細的討論。

[343] White, *supra* note 293, at 1184-1187.
[344] Wilson, *supra* note 249, at 1050.
[345] Wilson, *supra* note 249, at 1050.
[346] Brown, *supra* note 203, at 1399; Wilson, *supra* note 249, at 1051.

doi:10.6342/NTU202501340

第二項 餽贈行為的不法內涵

為了確定餽贈罪所應有的處罰範圍，必須先對餽贈行為的不法內涵有進一步的理解。在學說上即有兩種從不同角度理解餽贈罪的不法內涵，第一種是從社會心理學的角度出發，認為對於公務員的餽贈會造成公務員在未來執行職務行為的高度偏頗風險，所以原則上均應禁止餽贈行為。第二種見解則是認為餽贈行為是一種破壞市場機制的行為，以雙方行為人透過繞過市場的交易獲得非市場利益（off-market benefit）作為餽贈罪之不法內涵。雖然兩者對於餽贈行為的內涵有著相當不同的理解，但兩者皆強調餽贈的目的是為了獲得公務員的偏袒，這樣的共同關注或許值得我們的注意，以下便分述這兩種見解。

第一款 社會心理學觀點

支持處罰範圍較廣泛之餽贈罪的見解大多都強調餽贈對於公務員的影響力，擔憂餽贈所造成的偏袒會影響到職務行為的公正性。然而，由於餽贈不像賄賂那般與職務行為有那麼強的關聯，實際上可否謂餽贈所造成的偏頗風險已達到應由刑罰處罰的程度，不無疑問。因此，即有學說引用社會心理學的研究，強調餽贈行為會引發心理學上之互惠原則（the rule of reciprocity）的力量，使得收受餽贈的一方會認為自己有做出回報的義務，進而有對餽贈者做出回報的高度可能性。在餽贈者在因為公務員的職位而餽贈時，即是利用此一行為創造出這樣的力量，促使公務員偏頗的在職務上作成有利於他的決定而使其獲利。考慮到此一事實，原則上應該透過刑法禁止所有因為公務員職位而餽贈的行為[347]。

為了對互惠原則有更清楚的理解，我們可以先來看一個有趣的心理學實驗。在這個實驗中，受試者被告知要與另一位受試者一起參與一場「藝術鑑賞」實驗，為一些畫作評分。但實際上，所謂的另一位受試者其實是由這場實驗的研究人員所假扮，而為了達到這個心理學實驗的目的，這場實驗分成了兩種情境進行。在第一種

[347] Welling, *supra* note 158, at 419.

doi:10.6342/NTU202501340

情境中，假扮為受試者的研究人員（以下簡稱為研究人員）會在藝術鑑賞的過程中給受試者一些小禮物。情境一是這樣進行的：在藝術鑑賞中的一小段休息時間裡，研究人員離開了房間幾分鐘，並在回來的時候帶了兩瓶可樂，向受試者說道：「我問實驗人員可不可以去買可樂，他說可以，所以我也買了一瓶可樂給你。」而相對的，在第二種情境中研究人員沒有送給受試者任何東西，在休息時間結束之後，研究人員是空手回到房間的，除此之外研究人員的行為都與第一種情境相同[348]。

在為所有的畫作都評分之後，實驗人員暫時離開房間，此時研究人員請受試者幫他一個忙。研究人員向受試者說他現在正在為一款新車販賣彩券（每張 25 美分），如果他的銷售量最多，就可以獲得一筆 50 美元的獎金。因此，研究人員請受試者幫他買幾張彩券提高他的銷售量，並向其表示買多少張都可以，但買越多張越好。就此，可以看出這場實驗的目的在於測試在不同的情境中，受試者會向研究人員購買多少張的彩券。結果表明，有收到禮物的受試者所購買的彩券數量是沒有收到禮物的受試者的兩倍，顯示出是否收到禮物對於購買彩券的數量有顯著的影響[349]。

這個實驗除了驗證收到禮物與否會影響到受試者行為的互惠原則主張，還顯示出互惠原則的影響力是大於其他因素的。在這個實驗中，實驗人員請受試者填了一些評量表，以評估受試者對於研究人員有多少好感。經過比對發現，對於研究人員越有好感的人會傾向買越多的彩券，表現出好感是一項具有影響力的因素。然而，若受試者收到了研究人員給予的可樂，則受試者是否對於研究人員是否抱有好感就不再重要，即使受試者不喜歡研究人員，也會因為收到禮物而覺得自己有回報的義務，進而購買更多的彩券[350]。從這裡也可見互惠原則的威力之強，能夠成為影響行為人作成決定的重大因素。

互惠原則的另一個特色是，縱使收受禮物的一方並非主動要求贈送禮物，也能

---

[348] Dennis T. Regan, *Effects of a Favor and Liking on Compliance*, 7 J. EXPERIMENTAL SOC. PSYCHOL. 627, 630-631 (1971). 關於這場實驗的中文介紹可參，Robert B. Cialdini（著），謝儀霏（譯）（2022），《影響力：讓人乖乖聽話的說服術（全新增訂版）》，頁 56-57，久石文化。

[349] Regan, *supra* note 348, at 632, 634; Cialdini，前揭註 348，頁 57。

[350] Regan, *supra* note 348, at 632, 635; Cialdini，前揭註 348，頁 57-58。

doi:10.6342/NTU202501340

夠激發出互惠原則的力量，例如前述實驗所贈送的可樂即非受試者所主動要求的。心理學家認為這能夠從互惠原則的社會目的獲得解釋。詳言之，互惠原則被認為是人類社會中相當普遍的原則，也是因為這種原則的存在，人類才能放心分享資源而不用擔心自己的慷慨有去無回，進而使得人類能夠建立起一系列複雜的交換網絡，促成整體社會的進步。從這個角度來看，既然互惠原則的社會目的是為了使人們可以自由發起交易而無須擔心損失，那非主動要求的禮物自然也同樣會引發人們的虧欠感，進而使人們感受到自己有必須回禮的義務[351]。若將這樣的機制放到向公務員餽贈的行為結構上，則即使公務員一開始並無貪腐的意圖，也可能會因為互惠原則的力量而作出對餽贈者有利的決定，導致整個貪腐過程的發生是決定於餽贈者的餽贈行為上的[352]。

除此之外，互惠原則還有一項驚人的能力，那就是它會引發不平等的交換。以前述的實驗為例，在實驗中平均每個收到可樂的受試者購買了 2 張彩券，總共花費 50 美分，而研究人員所送出的可樂則只要 10 美分，從報酬率來看高達 500%。心理學家認為之所以會造成這種不平等的交易，是因為餽贈行為不但會引發我們的虧欠感，讓我們因為感到不自在而願意付出回報擺脫這種負面的感覺，還會造成我們對於被貼上忘恩負義、不知回報的標籤的擔憂。因此，就在這樣的內外條件刺激下，讓我們願意用更多的回報來回應對方[353]。而這樣的特性也讓餽贈變得更為危險，由於能夠解除虧欠感之回報行為的時機可以受到餽贈者的掌控，餽贈者便能輕易操控收受餽贈的公務員進行一些不平等的回報[354]。

最後，互惠原則還有一些特性使得它應該被重視。互惠行為的效力能夠相當持久，而且不需要是很高額的餽贈也能維持這樣持久的效果，只有一些日常上比較輕微的虧欠感會消退的比較快[355]。另外，人們通常不容易意識到他們正受到互惠原則

[351] Cialdini，前揭註 348，頁 53、72。
[352] Welling, *supra* note 158, at 434.
[353] Cialdini，前揭註 348，頁 74-77。
[354] Cialdini，前揭註 348，頁 74；Welling, *supra* note 158, at 434.
[355] Cialdini，前揭註 348，頁 53；Welling, *supra* note 158, at 434-435.

doi:10.6342/NTU202501340

的影響，常常會在無意識間就順從互惠原則的影響，因為互惠原則是一種心理上的捷徑，能夠降低我們思考上的負擔，使我們容易作出符合互惠原則的決定[356]。基此，即使收受餽贈者並沒有特別打算要回報餽贈者，在餽贈者提出可以回報的機會時，仍可能會無意識的情況下作出回報[357]。

綜合上述討論，學說認為即使餽贈未與特定職務行為有所聯繫，也會威脅到對於政府的平等近用權以及民主政治體制。因此，在立法上對於餽贈應該採取一種嚴格規範的態度，全面禁止因為公務員職位的餽贈，並將由選舉產生與非經由選舉產生的公務員均一併納入禁止範圍[358]。

第二款 維護市場機制觀點

相較於前一個見解將餽贈行為的不法內涵放在取得對公務員之影響力一事上，此一見解則將賄賂、餽贈等貪污行為理解為一種規避市場機制的行為。學說認為，市場機制對人們想要達成的目的進行定價，而繞過市場（market bypass）的強制行為便是在使這樣的功能無法發揮。因此，在市場機制無法發揮功能，並且行為人的行為是對社會有害的情況下，即應由國家透過刑罰權的實施介入，嚇阻此類的行為發生。學說指出，貪污正是一種繞過市場、造成政府損失的交易行為，故應由刑法來規範此類行為[359]。

學說首先從作為貪污代表行為的賄賂出發，解釋貪污是如何繞過市場機制並造成政府損失的。學說將賄賂分成三種類型，分別是專有型（proprietary）、加速費型[360]與放縱違法型（letting-off）。所謂的專有型賄賂是指公務員收受利益而授予行賄者一些特有利益的情形，例如與政府簽訂契約的權利，或是特許行業的經營權。在這種情形中，行賄者避免了與其他投標廠商競爭的市場機制，並透過收賄公務員

356 Cialdini，前揭註 348，頁 21、30-34
357 Welling, *supra* note 158, at 435.
358 Welling, *supra* note 158, at 434-436.
359 Stein, *supra* note 258, at 61, 63.
360 學說使用的原文是 bureaucratic，意旨官僚主義的，可用來形容程序緩慢、拖沓。在此學說應是要描繪行為人為了加快行政程序而賄賂的情境，因此為了方便理解，本文直接將其稱為加速費。

doi:10.6342/NTU202501340

的幫助與政府締結了一個有利的契約，亦即使行賄者能夠從政府那裡竊取利益，而這份利益應是政府原先透過市場競爭而獲得的。第二種類型的加速費賄賂是指行賄者為了加速行政程序的進行而賄賂公務員，在這種情況下似乎不如前一種情形涉及到行賄者竊取了政府的利益，蓋行賄者透過行政程序所取得者都是其依法得獲得的，公務員並未違法授予其法律上的利益，而其他人的行政程序也未必會因此遭受延宕。然而，在理想的情況下，這種加速行政程序的改進應由政府為之，但公務員卻利用政府未為此類改革的情形，透過與行賄者的交易而從中謀取利益，造成政府的損失[361]。

最後一種放縱違法型的賄賂就如同其字面上的意思，指公務員因收受賄賂而未依法處罰行賄者。當公務員破壞政府執法的努力時，政府毫無疑問會遭受實際的損失，這種情況就與第一種類型的賄賂相似。不過學說指出，即使政府的執法未受到損害，仍有構成此種賄賂的情形。舉例而言，假設政府要求公務員要達到 80%的執法績效，但公務員卻成功達到了 100%的執法績效，因此公務員針對政府未要求的 20%違法者索賄，讓他們可以免受政府的制裁，一方面能中飽私囊，另一方面又可達成政府的要求。在這種情境下，學說指出雖然政府似乎未喪失其執法的努力，甚至達到了更好的執法效果，但政府卻因為公務員未如實開罰而喪失了能提高效能的機會，實際上也遭受了損失[362]。

綜合上述三種賄賂的討論，可以發現在賄賂的情境中，雙方行為人都造成政府的損失（財產上的損失或喪失其公務員的良好服務[363]），並以此來獲取非市場利益，而這是政府並未授權的。因此，雙方行為人實際上是透過強制行為來移轉政府的利益，因而構成了犯罪。這就凸顯出了貪污行為的不法內涵，亦即雙方行為人皆獲得非市場利益，若雙方行為人並未獲得非市場利益，則雙方的行為即不會構成貪污。舉例而言，若公務員在審核護照申請的過程中，向護照申請人勒索 100 美元，若不

361 Stein, *supra* note 258, at 63-64.
362 Stein, *supra* note 258, at 64.
363 Stein, *supra* note 258, at 65 ("the government suffers a proprietary deprivation or is denied its agent's good service (for which it both paid the agent and sacrificed the opportunity to hire a better agent)").

doi:10.6342/NTU202501340

從就不批准其護照之申請。在這種情況下，即使申請人確實交付了 100 美元並收到護照，依上述標準也不會構成賄賂罪。蓋在此不但政府並未受到任何損失，也只有公務員一方獲得了非市場利益（100 美元），申請人所得到的護照本來就是其依法得享受的利益，同時也是市場[364]上可獲得的利益，因此不滿足雙方獲得非市場利益的要求[365]。

基此，此一見解即是將貪污的認定轉化為對於契約的解釋，透過檢視雙方行為人之間的交易結構，確認個案中行為人是否能獲得非市場利益而構成貪污。是以，此一見解接下來的重點就是區分賄賂與餽贈有如何的交易結構。就賄賂的交易結構而言，學說認為是行賄者交付賄賂給公務員，以換取特定的職務行為的情形，是一種典型的契約結構。而就餽贈的交易結構而言，學說則認為是餽贈者提供餽贈給公務員，使公務員對餽贈者保持一種善意或良好態度，採取的是一種未定的關係契約（underspecified relational contract）結構[366]。

餽贈行為與賄賂行為的不同之處在於，餽贈的交易目的僅在於建立起雙方的一般性連繫。在一個合法的關係契約的情形下，這樣的契約要求即使是在契約並未明確規定的情況，雙方當事人仍應按照誠信行事，並在所有情況下都應相互促進彼此的利益。而在餽贈的情形下，即是公務員應該以有利於餽贈者的態度行事，促使公務員在未來犧牲政府的利益令餽贈者獲益。在餽贈的交易結構中，餽贈者所獲得公務員之偏袒，公務員所獲得的餽贈均屬於非市場利益，因此確定了雙方的貪污性質。與賄賂的具體差異即是，餽贈並不會直接使公務員採取任何職務行為，並且與職務行為的關聯較薄弱[367]。

學說主張採取這種市場分析的解釋有以下優點。首先，市場分析有助於認定行

[364] 此一見解下的市場（market）並不限於指商業交易意義下的市場，而是更廣泛的指涉「人民透過民主機構進行的社會組織與運作」（people's social organization and functioning through democratic institutions）。*See* Stein, *supra* note 258, at 61 n. 3.
[365] Stein, *supra* note 258, at 65-66.
[366] Stein, *supra* note 258, at 66.
[367] Stein, *supra* note 258, at 66-67, 69.

doi:10.6342/NTU202501340

為人的犯意，並促成要求犯意所帶來的利益。學說認為，對於犯意的要求有助於區分利用強制性手段繞過市場的行為人與自願從事交易的行為人，蓋行為人不可能在不意識到其行為的性質與可能後果的情形下，意外的規避市場機制。從而，對於繞過市場的犯意即是構成犯罪所必要的。除了有助於區分非法行為，對於犯意的要求也能夠使人民不需費力去獲取其行為情境或可能後果的資訊。因為在有犯意要求的情況下，行為人不需要對其認知範圍外的事情負責，也因此就不必去調查其未意識到的事實與可能性，讓人民能夠無後顧之憂的自由從事各種社會活動，無須煩惱行為是否可能觸法。雖然對於犯意的要求能夠帶來這些好處，但在一般情形下主觀上的犯意不但難以證明，行為人更是會為了避免受到處罰而極力隱藏與貪污相關的跡象，使得原本就不易證明的犯意變得更加難以證明。而市場分析即是在維持犯意要求的情形下，使犯意的判斷變得更為容易。當我們把重點放在交易結構上之後，就只需要比對行為人之間的交易與一般市場上的交易，即可判斷出行為人有無貪污的犯意。蓋若行為人打算透過彼此之間的交易獲取非市場利益，就代表其具有繞過市場的意圖，也就已經構成了貪污的犯意，即使行為人之間的對價關係尚未特定也無礙於此一認定。因此，在判斷貪污犯意之有無時，就無須仰賴較不可靠的證人陳述，或是受到證人陳述的干擾[368]。

學說還指出，以市場分析的方式判斷貪污也不必擔心會波及到對於社會有益的一般行為，因為行為人的行為只要符合開放市場（open market）的交易特徵，就不會受到刑事追訴。這樣的要求除了符合此一見解理解下的貪污概念之外，也不會對人民造成額外的負擔，蓋這些公開市場是相關人所身處的環境，其對於如何符合公開市場的標準應足夠熟悉，在相應的情況下也都能找到應遵循的標準，故市場分析方法也提供了合理的例外，避免貪污犯罪的處罰範圍過廣[369]。

在確立了市場分析的標準後，學說用此一標準來檢視 Sun-Diamond 案，試著

[368] Stein, *supra* note 258, at 65, 67-68.
[369] Stein, *supra* note 258, at 68.

doi:10.6342/NTU202501340

劃分出較為合理的貪腐界線。學說認為，Sun-Diamond 給予 Espy 部長的餽贈建立起了雙方之間的聯繫，即屬於一種未定的關係契約。Sun-Diamond 給予 Espy 部長的餽贈促使其對 Sun-Diamond 及其相關利益保持友善的傾向，而這種傾向代表的便是一種在未來可能的情況下會幫助 Sun-Diamond 的暗示性、不特定之承諾。雖然對於餽贈的承諾是暗示性、不特定的，但不代表這樣的承諾就是無足輕重的，相對的，這樣的承諾有其重要的經濟價值。正如著名經濟學家彌爾頓·傅利曼（Milton Friedman）所言，「天下沒有白吃的午餐」，Sun-Diamond 給予 Espy 部長的各種餽贈當然也不是免費的，從這點來看也可印證這種承諾的經濟價值。基此，Sun-Diamond 與 Espy 部長之間的交易均為雙方帶來了非市場利益（餽贈與偏袒），確認了該餽贈行為的貪污屬性，並且因為 Espy 部長承諾的性質，本案也該當餽贈罪的「因為將執行之任何職務行為」的要求，故 Sun-Diamond 的行為確實構成餽贈罪，聯邦最高法院的見解並不妥適[370]。

至於聯邦最高法院所擔憂的一些荒謬結果，也可透過市場分析的方法來避免發生。以向公務員贈送球衣等紀念品的案例為例，學說認為幾乎所有的紀念品都是遵循一致的公開市場交易，因此並未對雙方行為人帶來額外的非市場利益。再者，贈送這樣的紀念品也不會引起任何職務行為，與餽贈罪所要求的交易結構亦不相符。最後，學說認為最重要的是，贈送紀念品並不會在雙方之間創造出一種排他性的關係，因為公務員也很有可能從其他人那裡收到類似的東西，也因此這樣的行為既不會影響公務員的公正性，也不會影響其他競爭者的機會。然而，若行為人的餽贈不是單純的紀念品，而是一般市場上不可得的利益時，此時就可能構成貪污，因為這樣的利益在公開市場上並非可以免費獲得的[371]。

綜上所述，學說將餽贈行為的不法內涵鎖定在以餽贈換取公務員偏袒的交易結構上，並以雙方獲得非市場利益作為貪腐的界線。相較於聯邦最高法院所採取的

[370] Stein, *supra* note 258, at 74.
[371] Stein, *supra* note 258, at 75.

doi:10.6342/NTU202501340

與特定職務行為具有關聯的標準，學說主張此一見解在捕捉各種貪污行為類型的同時仍保留了足夠的空間給公務員與一般人民，已避免將所有送禮的情形一概認定為犯罪[372]。較為特別的是，此一學說是建立在對於現行法的解釋上，因此並未主張應修訂餽贈罪。而對於餽贈罪關鍵要素「因為職務行為」的認定，則是透過偏袒傾向的內容「在未來可能的情況下透過職務行為幫助餽贈者」來理解，透過因餽贈而形成的偏袒傾向所帶有的職務行為性質來滿足此一要件，故餽贈與職務行為的關連性自然較賄賂薄弱。

第四節 餽贈罪的修法建議與草案

由於餽贈罪受到實務見解的大幅限縮，導致其難以在貪腐的追訴上發揮功能，因此就有學說從不同的角度提出修法建議，試圖將餽贈罪的處罰範圍回復至較為合理的程度。而除了學說上的倡議外，在立法實務上亦有由參議員所提出的《公共貪腐追訴改進法案》（Public Corruption Prosecution Improvements Act, 下稱 PCPIA 草案），打算透過修法來扭轉由 Sun-Diamond 案與 Valdes 案之實務見解所造成的追訴貪腐困境。基此，本文以下將介紹學說上的修法建議與實際提出的修法草案，檢視在面臨對於現行餽贈罪之疑慮與限縮的情形下，有無方法能夠在回應這些質疑之餘，賦予餽贈罪有效的追訴貪腐功能。

第一項 職位方法

第一種見解採取的是社會心理學的觀點，認為餽贈有造成公務員偏頗的高度危險性，因此在修法上建議應將原先實務所採取的職位方法明文化[373]。此一見解除了會面臨到欠缺合理例外的質疑之外，還可能被批評不符合比例原則的要求，蓋有見解認為對於餽贈行為採取強制揭露也是一種可行管制的方式[374]，而且相較於直

[372] Stein, *supra* note 258, at 81.
[373] Welling, *supra* note 158, at 419. 類似見解，但認為應限於餽贈者與公務員之間存有利害關係的情形，參 Brown, *supra* note 203, at 1413.
[374] 參陳柏良，前揭註 132，頁 29。

doi:10.6342/NTU202501340

接禁止餽贈行為要來得溫和許多。然而，此一見解則認為強制揭露並不是一種有效的管制方法。首先，學說認為強制揭露的目的並不明確，基本上存在著兩種可能，第一種是意圖嚇阻行為人從事相關行為，另一種則是意圖使接收到訊息的人民對此做出回應。惟學說認為這兩種假設都不具說服力。第一種假設認為若行為被揭露將使行為人感到羞愧或是厭惡，因而會不再從事相關行為，但學說主張這樣的理解顯然並不合理，即使餽贈行為被揭露，也難以想像行為人會因此停止餽贈行為[375]。因此，較具討論價值的應是第二種假設。

第二種假設主張揭露的目的在於提供更充分的訊息，使接收到訊息的人可以調整其作為，惟學說指出這樣目的之達成仍須建立一個假設上，即接收訊息之人能夠理解揭露所傳達的意涵，並能夠基於所接收的資訊做出適當的回應[376]。雖然揭露公務員收受餽贈的事實邏輯上可以讓人們對公務員的公正性產生懷疑，進而對公務員在職務上是否偏頗保持戒心，但文獻指出一般人通常欠缺相關領域的專業知識，因此在具體事務中仍難以辨識出收受餽贈者在行為上有無產生偏頗，故事實上一般人並無法對於公務員收受餽贈這一事實做出適當回應[377]。再者，大多數人對於利益衝突的認知也不太正確，學說指出多數人偏向認為利益衝突帶來的問題是利益衝突者有意識的扭曲他們的行為，將利益衝突理解為是一種明顯的貪腐行為。惟實際上利益衝突者的偏頗更常是一種無意識的過程，多數人實際上是低估了利益衝突所造成的問題，也因此造成大多數人均未能正確認知揭露所代表的涵義，更遑論對此做出適當的回應[378]。準此，強制揭露收受餽贈的事實似乎無助於上述目的之達成，是一種無效的管制方法。

除了質疑強制揭露方法達成管制目的的有效性之外，學說還認為強制揭露事實上是一種有害的手段。詳言之，在強制揭露的情形下，利益衝突者可能會認為既

375 Welling, *supra* note 158, at 436-437. 類似見解，參 Week, *supra* note 247, at 143.
376 Daylian M. Cain, George Loewenstein & Don A. Moore, *The Dirt on Coming Clean: Perverse Effects of Disclosing Conflicts of Interest*, 34 J. LEGAL STUD. 1, 3 (2005).
377 Troyen A. Brennan et al., *Health Industry Practices That Create Conflicts of Interest: A Policy Proposal for Academic Medical Centers*, 295 JAMA 429, 431 (2006).
378 Cain, Loewenstein & Moore, *supra* note 376, at 5.

doi:10.6342/NTU202501340

然其他人已經知悉其處於利益衝突的地位，則雙方已回復到一種平等的狀態，從而降低了利益衝突者從事利益衝突行為的內疚感。故在強制揭露後，利益衝突者將猶如獲得一種道德許可（moral license），不但能夠繼續從事會導致利益衝突的相關行為，而且反較於未揭露利益衝突的狀態更容易產生偏頗[379]。此外，採用揭露的方式也可能會讓我們誤以為已經處理了利益衝突所帶來的問題，低估並掩蓋利益衝突實際造成的問題，進而降低更進一步改革的動力。舉例來說，即有一名檢察官公開表示，公務員未揭露收受禮物的價值並不是什麼滔天大罪，而只是一種申報上的錯誤。從這點來看，學說認為透過強制揭露的方式來管制餽贈行為確實會使得餽贈的危險性被低估[380]。

在否定透過揭露的方式管制餽贈行為的妥適性之後，學說接著要做的是回應處罰範圍過廣並欠缺合理例外的批評。學說對此的解答是，應該在餽贈罪中明文增訂犯意要求，透過犯意的要件劃定合理的處罰範圍[381]。蓋若可認定行為人具有犯意，即可確定行為人在法律上具有可非難性[382]。而且將餽贈罪的犯意要求明文規範，也有助於統一實務對餽贈罪主觀犯意的紛歧見解[383]。至於應如何設定餽贈罪的犯意要求，學說認為應該就餽贈者與收受餽贈之公務員分別討論，蓋實務已表明餽贈與收受餽贈行為彼此並非成立餽贈罪的前提條件[384]，故對於雙方行為人可以設定不同的犯意要求[385]。

---

379 Cain, Loewenstein & Moore, *supra* note 376, at 7. 此一見解還指出揭露利益衝突反而可能增加對利益衝突者的信賴，蓋此時利益衝突者可能被認為是有意的開誠布公，顯示出其並無貪腐的意圖。*See* Cain, Loewenstein & Moore, *supra* note 376, at 5-6.

380 Welling, *supra* note 158, at 439-441. 此外，學說也認為因職位而收受餽贈與未據實揭露是兩個不同的不法行為，具有不同的危害，若行為人同時構成這兩種行為，應分別承擔這兩種責任。單純只對未揭露行為進行處罰，某種程度上可說是以假象起訴，是以未揭露的假象掩蓋收受餽贈的不法，這種手法在美國法上被稱為 Al Capone 方法（Al Capone approach）。學說指出採用這種起訴方法會導致刑法的可信度受到減損，蓋此時刑法所傳遞的社會意義將變得模糊，人民也會懷疑執法者是否履行其職責，進而造成人民失去對司法體系的信賴。*See* Welling, *supra* note 158, at 444-445; Daniel C. Richman & William J. Stuntz, *Al Capone's Revenge: An Essay on the Political Economy of Pretextual Prosecution*, 105 COLUM. L. REV. 583, 586-587 (2005).

381 Welling, *supra* note 158, at 446.

382 Richard E. Myers II, *Complex Times Don't Call for Complex Crimes*, 89 N.C. L. REV. 1849, 1873 (2011).

383 Welling, *supra* note 158, at 460.

384 *Evans*, 572 F.2d at 480.

385 Welling, *supra* note 158, at 457-458.

doi:10.6342/NTU202501340

針對收受餽贈者的部分，學說認為只要收受者對於餽贈是因為其職位而來的事實有所認知即可，對於收受餽贈是否違背法律則無須有所認識。這是因為餽贈的收受者必然是公務員，而其既然作為專業的政府雇員，自然應對法律有所了解，故可推定其知悉因為職位收受餽贈係屬違法，無須再額外增加其他犯意要求。相對的，針對餽贈者的部分，學說則認為行為人除了必須對於其行為屬於因為公務員之職位而餽贈的事實有所認知之外，還必須對於這樣的行為屬於違法一事有所認識。由於餽贈者通常只是一般人民，並不具有法律專業，因此要求餽贈行為必須是出於惡意（willfully）[386]，較能確認行為人具有可非難性，而這也能同時回應聯邦最高法院對於餽贈罪欠缺公平警示的擔憂。另外，學說也指出餽贈者對於違法的認知也不需要到能夠確切認知到自己是違反什麼法律的程度，只需要知道自己的行為是抵觸整體法秩序的即可[387]。

綜上所述，此一學說的修法建議主要以職位方法與增訂犯意要求為骨幹，並同時認為應捨棄前瞻性餽贈的概念，主張將餽贈罪的處罰範圍明定為事後收受餽贈（同現行法）與職位餽贈（實務所不採），因而提出了以下的修正條文：

> 18 U.S.C. § 201(c)(1) 餽贈罪
>
> 任何人，除屬法律規定的正當履行職責外，知悉且惡意地（knowingly and willfully）因為公務員、曾任公務員或經選任而具備公職身分之人之(A)公職地位，或(B)已執行之任何職務行為，而給予或承諾給予任何利益予公務員、曾任公務員或經選任而具備公職身分之人者，處 2 年以下有期徒刑或科或併科本編所定之罰金。
>
> 18 U.S.C. § 201(c)(1) 受贈罪
>
> 公務員、曾任公務員或經選任而具備公職身分之人，除法律規定的正當履行職責外，知悉（knowingly）因為(A)公職地位或(B)已執行之任何職務行

[386] 在美國法上 willfully 這個字眼通常用來表示行為人對於其行為違法一事有所認識。*See* United States v. Bryan, 524 U.S. 184, 193 (1998); Cheek v. United States, 498 U.S. 192, 199–200 (1991).
[387] Welling, *supra* note 158, at 458-459.

doi:10.6342/NTU202501340

為，而要求、期約、收受或同意收受任何利益者，亦同[388]。

參酌上述修法建議，本文認為雖然互惠原則是一種強力的心理力量，但文獻也指出互惠原則的效果並非絕對[389]，縱使其具有相當強大的影響力，但是否非採取全面禁止的規範方式不可，仍有深思之餘地。尤其在這樣的規範下，無論將來可能發生的職務行為距離現在多遠都會被一網打盡，實際上也忽略了在這段時間內仍可能會發生使互惠原則效力受到影響的事情。故即便考量到互惠原則的影響力，直接將收受餽贈擬制為具有職務偏頗的危險，確實也有使刑罰過於前置的疑慮存在。另外，令刑法的處罰範圍如此擴張，似乎也造成相關倫理規範失去意義，在一些餽贈較為輕微的情況，或許也能透過倫理規範或其他行政上的制裁達成管制的功能，不一定要動用刑法來處罰全部的餽贈行為。基此，本文認為此一修法建議過於躁進，並未細探互惠原則的影響力在各種餽贈情境的程度如何，也未更深入的考慮刑法與倫理規範之間的層升管制可能，不宜直接作為我國的修法參考。

第二項 折衷見解

相對於前一見解主張在透過修法回應對於公平警示的擔憂之後，能夠重新採用被實務所捨棄的職位方法，有學說則仍認為職位方法仍過於廣泛，應採取折衷的見解較為妥當，主張將餽贈定位為一種與職務行為較遠、雙方行為人之間欠缺明確協議的行為。在此學說所強調的是餽贈與賄賂在關聯性強度上的不同，蓋並非僅有如對價關係般高強度的關聯性會造成貪腐的發生，關聯性較弱的餽贈也同樣具有貪腐的風險而產生不當的外觀，故在修法上該做的應是明文放寬被實務過度限縮的關聯性要求[390]。

具體而言，學說認為在修法上或許可以參考 Sun-Diamond 案中 DC 巡迴法院的見解。蓋相對於聯邦最高法院要求之與特定職務行為具關連性的標準會使定罪

388 Welling, *supra* note 158, at 461-462.
389 Cialdini，前揭註 348，頁 80。
390 Levin, *supra* note 197, at 1843-1844.

doi:10.6342/NTU202501340

的難度拉得太高，導致只要餽贈不與特定職務行為有所關聯就能輕易脫免制裁，DC 巡迴法院的見解則是僅要求餽贈與某些可辨識的（identifiable）職務行為有關聯即可。因其在關聯性的要求上較為寬鬆，也就不會造成長期貪腐關係會因為不易釐清多數餽贈與特定職務行為間之對應關係而難以定罪的諷刺結果。除此之外，學說認為此一見解的另一個優點在於，在放寬關聯性要求的同時，其一方面維持了須與職務行為有關聯的基本規範架構，另一方面也避免將所有餽贈行為均劃分為刑事不法，保留一定程度的合法與交由倫理規範處理的空間[391]。

另外，針對 Valdes 案中 DC 巡迴法院認為餽贈罪不處罰因為公務員（不構成職務行為之）違反職責行為而提供餽贈的情形，學說也認為必須透過修法的方式一併糾正[392]。基此，學說提出了以下的修正條文：

18 U.S.C. § 201(c)(1)(A) 餽贈罪

任何人，除屬法律規定的正當履行職責外，因為公務員(*i*)違反其職責的任何單一或一系列行為，或(*ii*)已執行或將執行之任何單一或一系列職務行為，而給予或承諾給予任何利益予公務員、曾任公務員或經選任而具備公職身分之人者，處 2 年以下有期徒刑或科或併科本編所定之罰金。

18 U.S.C. § 201(c)(1)(B) 受贈罪

公務員、曾任公務員或經選任而具備公職身分之人，除法律規定的正當履行職責外，因(*i*)違反其職責的任何單一或一系列行為，或(*ii*)已執行或將執行之任何單一或一系列職務行為，直接或間接地為自己要求、期約、收受或同意收受任何利益者，亦同。

18 U.S.C. § 201(f) 明示不要求與特定職務行為的關聯

對於(c)(1)所定之罪的起訴，並不以任何特定的利益可直接聯繫到任何特定的職務行為或違反職責行為為必要。如果利益是因為任何可識別的違

391 Eliason, *supra* note 157, at 980.
392 Eliason, *supra* note 157, at 981.

doi:10.6342/NTU202501340

反職責行為或任何可識別的職務行為而提供的，即已構成犯罪[393]。

雖然此一見解試圖從降低關聯性門檻的角度來形塑出餽贈罪的存在實益，但由於實務後續在賄賂罪的適用上發展出了利益流理論[394]（stream of benefits theory）而放寬了對價關係之要求，故此一見解最終似乎仍會導致賄賂罪與餽贈罪的高度重疊。學說指出，利益流理論的起源最早可追溯到 United States v. Jennings 案[395]（下稱 Jennings 案），該案法院表示雖然賄賂罪要求賄賂與特定職務行為之間具有對價關係，但並不要求特定賄賂必須直接對應到特定的職務行為[396]。換言之，賄賂罪的對價關係可以是「這個換那些」（this for these）或「這些換那些」（these for these），而不只是「這個換那個」（this for that）而已。故影響是否成立賄賂罪的重要因素是賄賂的貪腐意圖，而非賄賂與特定職務行為之間的單一對應關係[397]。利益流理論嗣後逐漸被其他法院所採納，不過必須注意的是，即使採取利益流理論，仍不能將一般性的討好行為納入賄賂罪得處罰範圍，在實務見解底下，這種行為並不構成刑事犯罪[398]。

基此，此一見解似乎只是將利益流理論在餽贈罪中明文化，縱然此一修法會使得餽贈罪的定罪標準較 Sun-Diamond 案的嚴格見解來得寬鬆，但也只是將標準放寬至與賄賂類似的程度而已，仍未能賦予餽贈罪獨立存在的實益。究其根本，會導致此一現象的原因正是此一見解並未強調出餽贈行為的不法內涵，如前開見解即認為餽贈之不法內涵係透過金錢影響力所帶來的偏頗傾向。由於其仍維持現行將餽贈聯繫到職務行為的規範結構，且未明確劃分構成賄賂與餽贈所需的關連性程度，導致賄賂與餽贈之間的差異依然不易釐清。此一修法建議不但未完全解決現行餽贈罪的問題，也未能回應學說對於餽贈罪修法需求的呼籲，故本文認為在修法

393 Eliason, *supra* note 157, at 979-980.
394 我國有見解將之翻譯為「串狀利益理論」，參陳瑞仁，前揭註 5，頁 60；或翻譯為「利益流動理論」，參陳柏良，前揭註 278，頁 568。
395 United States v. Jennings, 160 F.3d 1006 (4th Cir. 1998).
396 Williams, *supra* note 295, at 175.
397 *Jennings*, 160 F.3d at 1014.
398 United States v. Kemp, 500 F.3d 257, 281 (3d Cir. 2007).

doi:10.6342/NTU202501340

上，此一見解亦非適合的參考對象。

第三項 PCPIA 草案

討論完學說上所提出的修法建議之後，最後可以看到的是立法實務上所提出的實際修法草案。PCPIA 草案作為推動貪腐追訴的改革，分別在 2009 年與 2011 年被提出，但皆未能獲得國會通過。儘管如此，此一草案仍是少數針對餽贈罪做出修正的法案，且參考立法者實際提出的草案應仍有助於我們反思在餽贈罪的立法上所應保持之態度，故本文接下來將進一步討論 PCPIA 草案之內容與學說對此之意見。此外，由於這兩次草案的內容基本上是大同小異，因此本文在以下草案內容的介紹上，主要以較新的 2011 年版本作為介紹對象。

第一款 草案內容簡介

PCPIA 草案對許多貪腐法律都提出了修正，而在作為本文主要討論對象之 18 U.S.C. § 201 的部分，PCPIA 草案主要進行了以下的更動。首先，該草案提高了賄賂罪與餽贈罪的法定刑上限，分別從現行法的 15 年與 2 年提高至 20 年與 5 年。第二，草案在餽贈罪的條文中增加了除外條款，明文將符合規則（rule or regulation）之餽贈排除在餽贈罪的處罰範圍之外。第三，草案在餽贈罪的構成要件中增加「因為其職位」（for or because of the official's or person's official position）的要素，明文將職位餽贈納入處罰範圍。第四，草案擴大了職務行為的定義，一方面將任何屬於公務員職責範圍內的行為納入定義，另一方面將單一行為、數項行為或是一系列行為都納入職務行為的範圍，似乎是有意取消職務行為的特定性要求[399]。

觀察 PCPIA 草案的內容可以清楚發現，此次修法的方向幾乎都與實務見解相背。依據草案，檢察官已無須再證明餽贈與特定職務行為的關聯性，而公務員職責內的任何行為也都能構成職務行為，故在草案的見解下，Sun-Diamond 以及 Valdes

[399] *See* Public Corruption Prosecution Improvements Act, S. 401, 112th Cong.

doi:10.6342/NTU202501340

的行為都會構成犯罪。提出此草案的參議員 Patrick Leahy 也明白表示，此次的修法正是要使相關法律回復到受實務限縮之前的狀態[400]。基此，似可將此次的草案理解為一種立法者試圖透過修法逆轉實務見解，糾正其所造成之貪腐追訴困境的努力。

第二款 學說見解

在扭轉實務見解之餘，PCPIA 草案也試著在法條中明確排除實務所擔憂會受到廣泛餽贈罪波及的無辜送禮行為，具體作法是在餽贈罪中增加一個全面性的除外條款，將符合法律與規則的情形排除在處罰範圍之外。在此的規則包含聯邦的規則與參、眾議院的規則，政治獻金的相關規定也被涵蓋在內。然而學說指出，草案的這種處理方式並不夠精細，誠如聯邦最高法院在 Sun-Diamond 案中所指出的，餽贈罪所在的貪腐領域是一個受到精確規範的法律領域，但草案修正的方式卻未仔細探討不應成立餽贈罪的例外情況，毋寧只是將成立犯罪與否的判準一股腦的丟給其他規定。這樣的立法方式顯然並不妥當，蓋這些規則常常是多如牛毛且錯綜複雜的，不但可能會發生規定不一致的情形，也可能存在著彈性解釋這些規定的空間。更加嚴重的是，這樣的規範還有可能直接將本來只是單純違反規則的行為升級成聯邦犯罪的餽贈罪[401]。因此，鑒於這樣的規範方式會導致刑事責任的界線難以釐清，在立法上即應不應採納這種立法模式[402]。

除了在排除無辜禮物上的處理不當，PCPIA 草案還會面臨違反正當法律程序的質疑。正如實務見解所強調的，憲法上的正當法律程序原則要求法律應向人民提供充分的警示，使人民能夠得知什麼樣的行為會構成違法，惟 PCPIA 草案所採取的修法方向卻是被聯邦最高法院認為因未能提供公平警示而所不採的見解。因此，由於 PCPIA 草案不但採用了廣泛的法律用語而忽略了聯邦最高法院在這方面的顧

400 D. Michael Crites, Larry L. II Lanham & Darren Richard, *A Congressional Meat Axe*, 36 J. LEGIS. 249, 259 (2010).
401 Crites, Lanham II & Richard, *supra* note 400, at 260.
402 Welling, *supra* note 158, at 446.

doi:10.6342/NTU202501340

慮，又未能妥適的劃分刑事責任的界線，其所主張之修正後的餽贈罪仍可能成為那些未能清楚掌握相關規定者的陷阱，進而違背正當法律程序[403]。故即使此次修法獲得通過，修正後的餽贈罪在未來適用上依然可能會面臨被大幅限縮的命運，可見此次修法有過於粗糙之嫌。

既然 PCPIA 草案所採取的修法方向與被實務所拒絕的見解相同，那麼那些見解過去所受到的批評，PCPIA 草案自然也無從避免，諸如造成檢察官裁量權力過大、面臨出於政治動機之追訴的質疑等[404]。為了使餽贈罪的修正能夠確實回應這些問題，學說分別提出了不同的改進方向。有認為在餽贈罪的修法上應仔細區分餽贈的類型，因為不同類型的餽贈會產生不同的危險程度，有的餽贈是完全無辜的，有的餽贈是雖然不那麼無辜但依然無須動用刑法處理的，有的餽贈則是毫無疑問應該受到刑法所禁止的。只有在能夠清楚區分這些不同的情況下，才能夠建立起一個處罰範圍適當的餽贈罪，而非一個過苛的全面性禁止規範[405]。另外，也有認為在餽贈罪的修法上除了應盡量使用精確、清晰的法條用語外，也應該加強對於犯罪意圖的要求。蓋若能確認行為人具有貪腐的犯罪意圖，不但能確保受處罰的行為人都具有充足的可非難性，避免餽贈罪因為未能提供公平警示而成為無知者的陷阱，還能擺脫政治追訴或其他不公平追訴的質疑，可說是一舉多得的方法[406]。

總而言之，雖然立法者展現了對於餽贈罪過於限縮的擔憂，試圖透過修法的方式來回應加強打擊貪腐的期望，但在具體做法上仍有欠周延，並未解決現行餽贈罪之所以會被限縮解釋的問題。這也提醒我們，在立法上不應囫圇吞棗，只想著要擴張刑法的適用，而是應該更仔細的去探求餽贈行為的不法內涵與構成犯罪的合理界線，才是真正定紛止爭的行事方式。

---

403 Brian W. Walsh, *Public Corruption Prosecution Improvements Act: Revising Federal Gratuities Law to Criminalize Innocent Conduct*, THE HERITAGE FOUNDATION, Mar. 12, 2009, https://www.heritage.org/crime-and-justice/report/public-corruption-prosecution-improvements-act-revising-federal-gratuities. (last visited Jan. 2, 2025)

404 *See* Walsh, *supra* note 403.

405 Crites, Lanham II & Richard, *supra* note 400, at 261-262.

406 Walsh, *supra* note 403.

doi:10.6342/NTU202501340

第五節 小結

本章探討了美國法上餽贈罪的立法背景、解釋爭議與發展，以及未來的修法展望，目的在於試著為我國增訂餽贈罪的立法帶來一些啟發，而首先應注意到的問題即是，為何美國法上的餽贈罪無法發揮功能。針對這個問題，本文認為最核心的癥結點是在餽贈罪的立法當初，立法者並未對於餽贈行為的不法內涵有過詳盡的討論。正如前述，餽贈罪的早期草案版本主要針對的是事後收受餽贈的行為，而這正是因為賄賂罪的情境限於影響尚未執行的職務行為，針對已執行的職務行為而為餽贈的行為在那時不會構成犯罪，故立法者為了彌補此一漏洞才會推動餽贈罪的立法。然而，在最終通過的版本之中，除了作為本罪主要立法目的之已執行職務行為外，還增加了將執行之職務行為這一部分，此部分的立法不但已與原先之目的有所偏離，立法者似也未對此行為之不法內涵有過探討，導致無法得知此部分之立法究竟針對的是何種行為，進而產生直接關聯方法與職位方法這兩個位於光譜兩端的解釋方式，使雙方支持者對此爭論不休。另一方面，因為將執行之職務行為與賄賂罪相同，均具有面向未來的性質，故導致對於應如何區分兩者也產生了不同的意見，可說餽贈罪大部分的解釋爭議都是起源自這個欠缺清晰不法圖像的立法。

除了造成解釋的分歧外，這個問題還導致了另一個使餽贈罪難以發揮功能的主要原因，即對於違背正當法律程序的擔憂。詳言之，由於餽贈罪在立法上欠缺清晰的不法圖像，再加上條文使用了較為模糊的文義（尤其展現在因為職務行為這個部分），使得一般人不易理解什麼樣的行為會構成餽贈罪，因而可能在不知自身行為違法的情況下負擔刑事責任。為了避免如此情形的發生，實務便主張應對餽贈罪進行狹義解釋，將犯罪行為限縮在貪腐的最核心部分，透過盡可能的消除餽贈罪模糊的部分，突顯出本罪所欲規範的行為。不過，雖然這有助於避免人民誤觸法網，但也因為本罪欠缺清晰不法內涵的緣故，使得餽贈罪最終的適用結果與賄賂罪相差無幾，失去餽贈罪的存在實益。綜上，本文認為餽贈罪立法的首要之務即是掌握餽贈行為的不法內涵，並透透較為精確、清晰的文字具體表現出來。舉例而言，若

doi:10.6342/NTU202501340

將以金錢獲得對公務員的影響力視作餽贈罪的不法內涵，便應更清楚的說明此類行為是透過什麼樣的機制造成法益的危害，又應如何適當的將之轉換為本罪的構成要件，才能確保本罪的解釋適用合乎其意旨，不致使其所欲規範的行為反被排除在其處罰範圍之外。

另一項美國法上餽贈罪發展帶來之值得討論的議題是餽贈與職務行為的關聯。美國現行餽贈罪與賄賂罪相同，仍維持利益須與職務行為有關聯的規範結構，但正如前開學說所述，從雙方行為人的交易結構來看，賄賂與餽贈的交易客體並不相同，前者直接以職務行為作為交易客體，後者則是以公務員的職務上偏頗傾向作為交易客體。在交易結構不同的情形，似乎即無採取同一規範方式的必要，尤其將賄賂的規範結構強加在餽贈上，容易造成條文無法清楚呈現出餽贈的不法圖像，將使餽贈行為不法內涵模糊的問題變得更加嚴重。前瞻性餽贈概念的發展正是一具體事例，由於餽贈罪與賄賂罪採取了相似的規範結構，才使得實務與學說必須發展出此一概念來試圖區分兩者成立的情形。但是這樣的解決方式也只是勉強為兩者做出區分而無法使餽贈罪發揮應有功能，學說也質疑這種區分方法的合理性。鑒於美國法上的發展，本文認為在建構我國法的餽贈罪時，應可考慮捨棄職務行為這一要素。餽贈與職務行為之間關聯的薄弱性也可支持此一看法。從行為人的角度觀察，餽贈的目的本來就只是先行獲取公務員的善意，職務行為對於餽贈當下的時點而言仍屬遙遠，行為人之間通常也未必會有清楚的認知，在這種情況下要如何透過條文表現出這種極為模糊的關聯性便屬難題。在美國法的實踐上，其所使用的因為職務行為的用語即被批評過於模糊，無法對餽贈與職務行為的關聯性程度提供充分的指引[407]。是以，職務行為的要素是否仍有其必要性，應值深思。

對於美國法的探討還帶來了一個值得關注的問題，即要如何界定合理的處罰範圍，尤其是要如何在條文中清楚排除那些明顯不應構成餽贈罪的行為。實務一再限縮餽贈罪的一個重要理由，就是餽贈罪並未劃分出不應成立犯罪的餽贈行為，將

[407] 就這點而言，法務部草案所使用的關聯性用語應該也會面臨到相同的批評。

doi:10.6342/NTU202501340

波及到公務員與人民的一般正常互動，乃至於對民主體制具有重要意義的政治過程。誠如學說對於 PCPIA 草案的批評，餽贈罪處罰範圍的界定須要進行詳細的討論，而不是透過增訂一個廣泛的排除條款就了事。本文認為在探討餽贈行為的不法內涵時，就應注意到處罰範圍界定的問題，透過與處罰餽贈行為的基礎理論相連結，即可較詳細的區分出不同的餽贈類型，確認應分別透過什麼樣的方式進行管制，又應如何具體表現在條文上。

最後，除了應仔細須區分餽贈類型的不同之外，對於美國法上修法建議的討論仍有幾點值得注意。雖然餽贈罪的立法目的在於擴張刑法的適用範圍，但仍須止於一個合理的程度，不宜因此將刑罰過於前置而產生一種過苛的全面性禁止規範。另外，條文的設計也須注意要能確認行為人具有充分的可非難性，雖然有學說對此的建議是在條文增加主觀要素的要求，但這樣的方式無可避免的容易遭遇到蒐證不易的困境。就此，本文認為或許可以改透過一些不法餽贈的行為特徵來進行界定，藉由確認這些特徵的存在來肯定行為人的可非難性，避免證明行為人主觀心態的困難。總而言之，美國法上餽贈罪的發展提供了諸多啟發，在建構我國法的餽贈罪時應予參考。

doi:10.6342/NTU202501340

第四章 重新建構餽贈罪

藉由在上一章對於美國法上餽贈罪的檢視，本文獲得了數項對於餽贈罪立法的啟發，因此在本章要做的就是討論如何建構出一個適當的餽贈罪。然而，既然要擴張刑法的適用範圍，自然必須先行探討有無如此為之的正當理由，具體來說便是對於餽贈行為是否及如何造成法益的危害此一問題的探討。在這方面的討論還涉及一個重要的問題，亦即餽贈行為的不法內涵為何。從美國法上的實踐即可得知餽贈行為的不法內涵對於餽贈罪構成要件的設計具有舉足輕重的影響，故在討論餽贈罪應有如何的構成要件時，毫無疑問的必須緊扣餽贈行為的不法內涵。最後，討論完增訂餽贈罪的正當性與構成要件的設計之後，本文將提出一些較具有爭議性的案例情境，檢視在本文的立場之下這些行為應否處罰，又要如何具體適用到本文所提倡的餽贈罪上。

第一節 貪污犯罪的保護法益

觀察我國刑法中的瀆職罪章，可以發現該罪章中的犯罪大致可劃分為兩個種類，分別是濫權犯罪與貪污犯罪。前者所注重的是公務員違法執行職務的行為，並不強調其與公務員獲利之間的關係，典型的罪名如枉法裁判罪、濫權追訴罪與凌虐人犯罪等；後者所注重的是以職務行為換取私人利益的行為，將職務行為與私人利益之間的對價關係作為非難的核心，典型的罪名則是職務賄賂罪與違背職務賄賂罪[408]。若從餽贈罪注重的是公務員獲取利益的部分來看，似應將之歸類在貪污犯罪的類型之中。

惟透過對於美國法的討論，本文認為在餽贈罪的構成要件設計上實有捨棄職

[408] 許恒達，前揭註 38，頁 157；薛智仁（2016），〈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－與談意見（一）：公務員圖利罪之立法商榷〉，《檢察新論》，19 期，頁 23-24；李茂生（2002），〈新修公務員圖利罪芻議〉，《月旦法學雜誌》，91 期，頁 164；謝煜偉（2015），〈特殊圖利罪之解釋與立法建議－論貪污治罪條例第六條第一項第五款〉，《政大法學評論》，142 期，頁 230。

doi:10.6342/NTU202501340

務行為的空間，考慮到相關見解在討論貪污犯罪時皆強調職務行為與對價關係的要素，即產生了本文立場下的餽贈罪是否合於貪污犯罪定義的疑問。在此可以看到的是，其實有學說並未主張貪污犯罪必須具有職務行為與對價關係的要素，強調的反而是公務員「從其職務取得或創設不法利益」，將職務作為謀取私利的手段的部分[409]。若從這點來看，餽贈罪即可合於貪污犯罪的定義，尤其餽贈行為事實上也能被理解為一種交易行為，某種程度上也可說是具有對價關係[410]。本文認為之所以會有學說強調職務行為與對價關係，或許是因為其將賄賂罪作為貪污犯罪的主要觀察對象，但隨著行為人越來越能夠規避賄賂罪的構成要件進行私底下的利益交換，強調利益流動的貪污犯罪也不應侷限於傳統的賄賂罪結構。是以，本文認為餽贈罪應可納入貪污犯罪的範疇，故就餽贈罪所涉的法益定性問題，應與一般貪污犯罪的討論相同[411]。而貪污犯罪所保護的法益為何，學說上大致上有下述的觀點，以下便對此進行討論。

第一項 職務的不可收買性、廉潔性

有學說認為貪污犯罪的保護法益乃是職務的不可收買性或廉潔性，主張不論是公務員或私人都不應該因為私人利益的輸送關係而使職務行為依循私人意願被執行。故即使形式上職務行為的執行合乎法規範的要求，也會因為雙方行為人間的利益輸送關係之存在而使得法益遭受侵害，具有以刑法處罰的正當性[412]。雖然不可收買性與廉潔性具有某種程度的相似性，但有學說較為強調廉潔性的部分，蓋不可

---

409 柯耀程（2012），〈公務員貪污瀆職犯罪基礎講座：第二講－貪污與瀆職犯罪規範適用之區分〉，《月旦法學教室》，123 期，頁 56-58；謝煜偉，前揭註 408，頁 232-233。

410 但在這種理解下，作為利益對價的並非傳統概念中的職務行為，而是公務員職務上的偏袒傾向，不過由於主觀上的偏袒傾向較難被他人感知到，因此事實上要證明這種對價關係的存在應是相當困難。

411 亦有見解認為不論是貪污犯罪或是濫權犯罪，保護的法益皆屬相同而可稱為公務法益，在此一見解底下，餽贈罪的法益討論內容應無不同。參許恒達，前揭註 38，頁 157-159。

412 馬躍中，前揭註 107，頁 313-314；實務上亦有採取此說者，如最高法院 101 年度台上字第 577 號判決：「再公務員受賄罪雖然分為不違背職務及違背職務二種，但均係以公務員職權有關之一定作為或不作為，與該賄賂或不正利益之間，具有對價之聯結關係存在，為其規範重點。易言之，係以此類積極作為或消極不作為，作為賄賂、不正利益之對價，形同買賣，違背公務員之廉潔義務，而予非難。」

doi:10.6342/NTU202501340

收買性的見解較無法解釋為何刑法上必須有圖利罪的規定，圖利罪並不要求公務員有收受他人的利益[413]。另外，若從貪污治罪條例第 1 條之規定[414]來看，立法者似乎頗有將貪污犯罪之保護法益定性為職務的廉潔性之意味[415]。

學說上對此說的主張多有批評，最廣為接受的批評是所謂的職務的不可收買性或廉潔性只是將公務員不得收賄換句話說而已，並未具體說明為何職務是不可收買的或應保持廉潔的，以及如此一來會造成什麼要的損害，因此並不適合作為保護法益的主張[416]。另外，有見解則認為此說背後實際所要保護的法益是「國家之威權」或「公務之威信」，惟在現今注重人權保障的潮流下，以國家威權作為保護法益實已不合時宜，故不應採取此說[417]。亦有見解認為，此說具有高度的道德色彩並涉及不具確定性的概念，因而不適合作為貪污犯罪的保護法益[418]。考量到此說未能清楚說明貪污行為所會造成的損害，並容易無限制的擴大公務員的刑事責任，本文亦不贊同此說。

第二項 國家意志的貫徹

有見解認為貪污犯罪是在保護國家意志的貫徹，由於國家意志的決策不應受到私人偏好所影響，因此當私人透過向公務員輸送利益進而將自身的偏好帶進職務決策時，便是掩蓋或扭曲了國家意志[419]。然而此說有一個嚴重的問題，即只能解釋違背職務賄賂罪的存在，而無法解釋為何要處罰以合法職務行為作為對價的職務賄賂罪。申言之，既然職務行為是被合法的執行，縱然公務員有受賄的情事也並

413 馬躍中，前揭註 107，頁 313-314。
414 貪污治罪條例第 1 條：「為嚴懲貪污，澄清吏治，特制定本條例。」
415 林書楷，前揭註 94，頁 166。
416 薛智仁，前揭註 408，頁 24；許恒達，前揭註 53，頁 70；周漾沂（2017），〈對賄賂罪保護法益的反思〉，《月旦刑事法評論》，5 期，頁 114；黃榮堅（2012），〈侵害財產法益的貪污犯罪？－評最高法院 99 年度台上字第 3 號及 100 年度台上字第 459 號等刑事判決〉，《法令月刊》，63 卷 9 期，頁 63-1318，註 14；蕭宏宜，前揭註 40，頁 101。
417 甘添貴（1996），〈公務員之操守與刑事責任〉，《月旦法學雜誌》，18 期，頁 30。
418 林書楷，前揭註 94，頁 167。
419 許絲捷，前揭註 51，頁 73。

doi:10.6342/NTU202501340

不影響國家意志的展現，如此一來便無法提供職務賄賂罪存在的正當性基礎[420]。此外，本說也面臨與前說相同的質疑，亦即未能說明為何需要保障國家意志的貫徹，以及國家意志的扭曲會為人民帶來什麼樣的損害[421]。基此，由於此說不但無法為貪污犯罪提供進一步的解釋，甚至也不符合我國的法制現實，自不宜將之採為貪污犯罪的保護法益。

第三項 職務公正性

此說為學說上獲得較多贊同的見解，認為貪污犯罪係在保護職務的公正性，而所謂的公正性即係指職務之執行必須符合法規範之規定，故只要公務員執行職務並非依據法規範而是基於其他私人理由，其行為就具有處罰的正當性[422]。從這個角度來看，也可以說職務公正性象徵的是依法行政原則，那接下來的問題就是，為何須要透過刑法來確保依法行政原則獲得遵守。學說認為這點可以從國家存在的目的來理解。詳言之，國家的存在目的在於解決人與人之間的利益衝突情形，但因為國家本身僅是一種體制，或者說是一個抽象存在的概念，無法單憑自己的存在就達成解決人民衝突的任務，因此就需要有公務員的具體參與來使這個體制能夠運作。而為了促進國家體制的運作順利，自然就須要制定相關的規則指引以公務員為首的體制參與者，可以說依法行政的原則即是要確保國家能達成其任務[423]。依此，若公務員破壞了依法行政原則，便將會導致各種不良結果。從個人的觀點來看，即是會面臨到權利可能無法實現，或是他人能藉由旁門左道獲得利益等涉及社會正義的問題；從整體的觀點來看，則是國家達成任務的效能不佳，減損國家此一體制的功能，最終影響到國家存在的正當性及穩定性[424]。是以，此說較為清楚的說明處罰

[420] 許絲捷，前揭註 51，頁 73；許恒達，前揭註 53，頁 70；林書楷，前揭註 94，頁 167。
[421] 李聖傑發言，吳永乾等（2017），〈貪污治罪條例與刑法典之整併〉，《月旦刑事法評論》，7 期，頁 72-73。
[422] 許恒達，前揭註 53，頁 70；許恒達，前揭註 38，頁 160；薛智仁，前揭註 408，頁 24。
[423] 黃榮堅（2009），〈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，頁 308；周漾沂，前揭註 416，頁 114-115。
[424] 黃榮堅，前揭註 423，頁 308；周漾沂，前揭註 416，頁 115-116。

doi:10.6342/NTU202501340

賄賂行為的原因何在與貪污行為所會造成的損害，似為一可採之見解[425]。

然而，此說仍會面臨到以下的一些質疑。首先，此說同樣無法解釋為何要處罰以合法職務行為作為對價的職務賄賂行為，此時既然無違法的情事發生，自無法認定職務有何不公正。甚至在以違法職務行為作為對價的情形，只要公務員並未依約定違法的執行職務，似乎也不會造成職務的不公正，故單純的以違法職務行為作為對價而交付、收受賄賂似乎也仍屬不可罰的行為[426]。第二，此說注重依法行政原則的結果，將導致公務員只要在執行職務時有未遵循法規範的情形發生，就認定職務的公正性已遭受損害，進而使其構成一種犯罪行為，這種見解不無混淆刑事責任與行政責任的疑慮。另外再從我國法制的角度觀察，我國實際上並未以刑法處罰單純的公務員濫權行為，我國的濫權犯罪大多也都具有造成具體損害的條件，從這個角度來看，可以發現這似乎指出了公務員單純的違法執行職務尚不具有刑法上的可罰性，職務公正性說在此似未能妥適的處理這些問題[427]。

面對學說所提出的質疑，支持此說的見解也試著提出反駁。有認為只要公務員一收受賄賂，無論其職務行為的執行合法與否，都會產生國家公務行為可以被私人收買的印象，而只要此一觀念存在於社會之中，就會影響未來其他的國家任務依法行政的公正性原則，因此考慮到收受賄賂對於依法行政原則的危險，自然有理由將職務賄賂以危險犯的方式進行處罰[428]。更具體的說，不處罰職務賄賂行為可能會使行賄公務員成為一種潛規則，造成人民必須透過行賄才能獲得應有的公正職務行為，不然就可能面臨消極的不依法行政（違背職務行為）。因此，職務賄賂罪實際

---

425 實務上有採此一見解者，如最高法院 69 年台上第 1414 號判決（前判例）：「要求期約或收受賄賂罪所侵害之法益為國家公務執行之公正，雖同時向數人為之，其所侵害之法益仍屬一個，祇成立單純一罪，原判決認上訴人同時與林某等三人期約賄賂，係一行為觸犯數罪名，應從一重處斷，自屬違誤。」近期之最高法院 110 年度台上大字第 5217 號裁定也採此說：「受賄罪之『規範目的及保護法益』重在保護職務執行公正性，要求不受經濟利益介入之破壞或妨害。」

426 甘添貴，前揭註 417，頁 30；周漾沂，前揭註 416，頁 116。另外從這點來看，也可以發現此說注重的是職務是否被合法的執行，因此在內涵似乎就與瀆職罪變得相同了，造成無法區分貪污與濫權的結果。

427 許恒達，前揭註 38，頁 50-52。

428 黃榮堅，前揭註 423，頁 319；黃榮堅，前揭註 416，頁 63-1318，註 14。

doi:10.6342/NTU202501340

上是在保障未來職務行為的公正性，屬於一種抽象危險犯[429]。

從上述學說的反駁可以發現，其對於職務賄賂的可罰性均建立在對於職務公正性的危險上[430]，然本文認為以危險性來建立刑罰的正當性，固然能夠處理為何以違背職務行為作為對價的交付、收受賄賂行為已屬可罰，但針對以合法職務行為作為對價的職務賄賂行為，本文則認為其解釋仍有不足。詳言之，採取危險性說的見解在解釋為何現在的職務行為會具有轉變為違法的危險性，或造成未來職務行為的不公正時，大致上都只是說明收受賄賂會造成濫用裁量的結果，或是人民會產生對於依法行政原則的疑慮。雖然收賄公務員的確易受金錢影響而產生偏頗，但針對此一見解可以提出的質疑是，是否只要約定公務員應合法妥適的行使裁量權，就可以避免實質上不公正的後果[431]，畢竟雙方行為人明確約定的效力應強過受賄賂影響的可能性，在此即難謂有不公正的危險。至於認為職務賄賂罪是在避免造成人民必須透過行賄才能獲得合法執行職務的對待，本文則認為依其觀點似乎將刑罰過於前置，蓋造成此一職務不公正情況的過程應較為漫長，直接認為針對合法職務行為賄賂就一定會造成未來職務執行的不公正似乎有些武斷。尤其於職務上向人民勒索的行為實已構成貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 2 款的藉勢勒索罪，在有其他法律足以處罰此類行為的情形下，應也無須透過擬制職務賄賂行為的危險性進行處罰[432]。而所強調之人民形成的職務可收買印象之見解，似乎即與下述的公正信賴說有些雷同，可能失去區分的實益。

既然如此，若要維持職務公正性說的立場，跳脫造成未來職務不公正之危險性的理解應較為妥適。有學說就認為職務公正性的目的在於使行政體系能夠有效運作，避免職務之執行受到私人利益的干擾，進而損及國家追求公益的效能。因此，

429 謝煜偉，前揭註 30，頁 153。
430 蕭宏宜，前揭註 40，頁 101；謝煜偉，前揭註 30，頁 152。
431 謝煜偉，前揭註 30，頁 152。
432 實務似乎也認為只要成立藉勢勒索罪就不會成立賄賂罪，參最高法院 22 年上字 3981 號判決（前判例）：「要求賄賂，係指公務員以關於其職務之行為向他人要索不法利益之交付而言，如藉勢勒索，使他人心理上發生恐怖為其取得財物之手段，即屬假借職務上之權力恐嚇取財，與要求賄賂罪質不同。」

doi:10.6342/NTU202501340

職務賄賂行為雖然未直接觸及職務公正性的核心，但實際上已經破壞公務有效運作的周邊條件而值得處罰。舉例來說，當人民向行政機關申請補助，而承辦的公務員卻藉故拖延，向人民索取賄賂以準時辦理其申請時，在這種情況下，雖然公務員是以合法的職務行為作為對價，但實際上已損害到行政體系的有效運作，故該行為已具有可罰性[433]。雖然此一見解試著從不同角度說明職務賄賂會對職務公正性造成的影響，然而其所舉之例實為藉勢勒索行為，與單純的職務賄賂仍然有別，在不涉及此種情況的情況下要如何解釋國家的行政效能遭受損害，仍有待進一步的說明。基此，本文認為從職務公正性的危險來理解仍難以正當化職務賄賂罪的存在而有缺陷，不宜將之作為貪污犯罪的保護法益。

第四項 對職務公正的信賴

鑒於單純的職務公正性說無法完整涵蓋貪污犯罪的保護法益，有學說將之進一步修正為公正信賴說，強調貪污犯罪的保護法益是人民對於職務公正的信賴，因此只要公務員以職務行為作為對價而收受賄賂，無論職務行為合法與否，皆會損害人民的信賴而具有可罰性[434]。至於為何人民對於職務公正的信賴屬於值得保護的利益，有學說則是指出人民對於國家的信賴是現代法治國家的基礎，而公務員乃國家之公僕，自應為人民盡忠服務而保持公正廉潔，始能獲得人民的信賴。當公務員收受法定報酬以外之利益時，便會令人民對於公務員的廉潔與公正產生懷疑，進而動搖法治國家的基礎[435]。

雖然此學說較為詳細的解釋何以信賴會因公務員收賄而受影響，但就信賴對於國家的重要性的部分似仍有進一步闡述的空間。因此就有學說對此加以論述，其認為之所以要處罰公務員收受利益執行職務之行為，是因為國家的目的在於實現公益，透過公權力的運作來保障人民的利益。而為了使這一制度能夠順利運作，除

433 薛智仁，前揭註 408，頁 25。
434 許恒達，前揭註 53，頁 71。
435 甘添貴，前揭註 417，頁 30；林書楷，前揭註 94，頁 167。

doi:10.6342/NTU202501340

了公務系統自己必須運作得當外，還必須人民信賴公務系統，願意接受公務系統的運作及其產生的結果。如果人民不再信賴公務系統，則公務系統便難以做出具有實質效果的利益分配決定，因此人民的信賴實際上是公務體系運作的前提要件，而非只是一種反射利益。然而必須強調的是，在此強調的信賴是針對公務體系的遵法特性，亦即注重的是對於公務體系的信賴，而非對於個別公務員的信賴[436]。是以，此一學說與前一學說不同，並不強調公務員的廉潔性的部分。本文認為這樣的解釋不但說理較為詳細，也能避免具有道德色彩的批評。

雖然此說同樣是獲得較多支持的見解[437]，但仍受到不少的批評，最主要的質疑是信賴本身有無獨立保護的價值。批評此說的學說指出，可以將信賴分為事實性信賴與規範性信賴這兩種類型。前者完全取決於訊息接受者的純粹主觀認知，而運用此一事實性信賴的不合理結果是，在貪腐極為盛行的國家中，人民對於公務員早已無任何信賴存在可言，因此將得出國家越是貪腐則貪污行為的可罰性就越低的結論[438]。而後者之規範性信賴的重點在於支撐此一信賴的對象，即國家體制的功能性。由於學說認為國家體制的功能性僅有在公務員違背職務時才會減損，故對於人民而言，也僅有權信賴公務員不會從事違背職務的行為，因此只要要求公務員合法執行職務即可，原則上並無強調人民信賴的必要。至於人民因公務員收賄而產生的對於公務員可能從事違背職務行為之傾向的不信賴，則無法提供處罰的正當性基礎，蓋只有在行為人違背體制性義務造成體制功能的減損時，才構成應由刑罰處罰的犯罪行為，破壞體制功能的傾向與實際破壞體制功能不應混為一談[439]。

不過，縱使是批判此說的學說也承認，當信賴構成體制功能性運作的建構性條

436 許恒達，前揭註 38，頁 164-165。

437 除了學說上的支持外，此說也受到立法者的青睞，如貪污治罪條例第 6 條、第 6 條之 1 的立法理由就明文表示對於人民信賴的重視，參林書楷，前揭註 94，頁 167。

438 支持公正信賴說的學說對此提出反駁，主張除非人民完全不依賴公務系統行事，否則即使貪腐再怎麼嚴重，人民使用公務系統辦事即代表其對於公務系統仍具有信賴存在，只是信賴程度高低的問題而已，並非謂在貪腐盛行的國家就無信賴，進而無可罰性，參許恒達，前揭註 38，頁 164。

439 周漾沂，前揭註 416，頁 116-117。類似見解可參，薛智仁，前揭註 408，頁 24-25；蕭宏宜，前揭註 40，頁 101。

doi:10.6342/NTU202501340

件時，仍可認定人民的信賴具有體制功能性意義。換言之，當體制須透過相對人因信賴而產生的參與、協力才能運作時，此時信賴的減損便會造成體制的運作障礙，削弱體制的功能。舉例而言，當人民不信賴社會中所流通的貨幣為真正時，貨幣制度便無法順利運行，因此人民對於貨幣真正性的信賴對於貨幣制度而言便是建構性條件，對於此一信賴的破壞也就等同於對貨幣制度的破壞，進而使破壞對貨幣真正性信賴的行為具有可罰性。將這樣的概念套用在國家體制上，就是要求信賴的減損必須導致國家體制運作的惡化，而會發生這樣情形的前提是人民對於國家體制具有接近使用的可能。若公務體制無須人民的協力，只是單向的實現其法定任務，那麼就算人民不信賴此一體制也不會影響體制的運作[440]。基此，干擾信賴的行為實際上仍有構成犯罪的可能，此處的重點即是人民對於國家體制依法執行職務的信賴是否構成此一體制的建構性條件。

如前所述，已有支持公正信賴說的見解注意到此一問題，認為既然公務體系之目的在於維護人民利益，則其依法執行職務的要求自然也係出於此一目的，故應將重點放在人民的角度，只有人民願意信賴公務體系及其運作結果，才能達成公務體系維護人民權益的目的，從而認為人民的信賴可以構成國家體制的建構性條件[441]。相對的，反對公正信賴說的學說則認為公務員的職務大多都不需要人民的參與、協力，因此即使人民不信賴公務體系也不會造成體制功能的削弱，故在貪污領域，單純的破壞信賴尚不具有侵害法益性質而屬不可罰[442]。此種主張的典型事例即是警察維護公共秩序所為之具有強制力之職權，在這種情況下並不需要人民的主動參與，故單純的人民不信賴不會造成警察體制的功能毀敗[443]。就此，本文認為反對見解有推論過快的嫌疑，現代國家的功能越來越多，不但強調國家作為給付者的角

[440] 周漾沂，前揭註 416，頁 118-119。不過須注意的是，按照此一見解亦不會認為信賴就是保護法益，保護法益仍是作為信賴對象的體制本身，此一學說應只是承認對於信賴的干擾能構成對於體制的破壞，從而造成保護法益的危害。

[441] 許恒達，前揭註 53，頁 71；許恒達，前揭註 38，頁 163。

[442] 李聖傑發言，前揭註 421，頁 73。

[443] 周漾沂，前揭註 416，頁 119。相反的例子則是司法制度，一旦人民不信賴司法體制的公正性時，即不會選擇司法體制作為紛爭解決機制，而是會選選擇其他方式作為處理方式，此時人民的不信賴便會使司法體系的功能完全落空，故在此單純造成人民不信賴的行為即可認定具有可罰性。

doi:10.6342/NTU202501340

色，在事務的執行上也越來越注重公私協力的可能（例如我國推動建設時所時常採用的 BOT 等方式），是否可謂公務體系大多都不須人民的協力參與，似非無疑。即使是在如前述警察體制等傳統依賴國家高權行政，而形式上無需人民參與的領域，本文認為人民的不信賴也未必對相關體制無影響。申言之，從國家體制最終目的在於維護人民權益的角度來看，當人民不信賴警察體制時，即使外觀上此一體制依然能夠運作，但人民在行使其權利時是否會放心的以此一體制所形塑的公共秩序作為行動的基礎，實值懷疑。較為合理的情境應該是，當人民對於警察體制不信任時，會改變其行使權利的意願或方式。此時雖然外觀上或許尚存在所謂警察體制所維護之公共秩序，但這樣的公共秩序其實並未能真正的促使人民自由的開展生活，相反的，為了得到一個能有效實踐自身權益的狀態，人民仍必須自行投入額外的資源，最終方能使其權益有效實現。故從人民的觀點來看，此時警察體制的功能確實已經減弱。準此，本文認為即使形式上職務的執行無須人民的參與、協力，但要確實達成國家維護人民利益的目標的話，國家體制仍須獲得人民的信任，故人民的信賴應為所有國家職務能順利執行的前提要件，因此對於職務公正的信賴應可認定具有作為保護法益的資格。

不過，即使認為信賴具有保護的價值，仍必須回應如何認定信賴受侵害的問題。反對公正信賴說的學說大多會批評信賴是一個非常抽象、空泛的概念，在損害的認定上容易流於恣意，進而造成處罰範圍的不當擴張[444]。支持公正信賴說的學說對此則是回應，此處信賴的意義是人民相信公務體系會依法行政，故其能本於其經驗而對運作結果產生預測，因此相對的信賴減損的意義即是人民共享的經驗法則想像產生改變，不再認為公務體系的運作結果能夠符合其經驗期待。固然認定經驗期待改變的絕對標準難以獲知，但仍可從改變可能性的角度來掌握。學說認為，既然信賴本身具有浮動變化的特性，那對於信賴減損的定義就不必注重在經驗期待的實質改變，信賴的保護重點毋寧是盡可能的防止人民對於系統認知的改變。因

[444] 馬躍中，前揭註 107，頁 314；謝煜偉，前揭註 30，頁 151。

doi:10.6342/NTU202501340

此，只要某項事件的發生讓我們在經驗上能夠認定具有改變公正經驗期待的高度可能性時，即可認定人民原有的信賴已產生動搖而減損。至於認定信賴減損的事實門檻，學說則是認為必須達到公務系統產生不公正的決定而使人民利益受到影響的水準，蓋當公務系統僅在內部決策過程不公正而尚未產生外部效果時，應不足以認定信賴產生減損，只有在不公正的運作已干擾人民的利益，並使整體分配利益標準陷於不公正的情形時，才足以認定已達減損信賴的門檻[445]。基此，只要能夠在足以認定產生信賴減損的因果路徑上得出較為清晰的觀點[446]，應能避免在認定上流於恣意、欠缺體系批判功能的批評。

第五項 複合式法益

最後，考量到貪污犯罪保護法益在學說上較無定論，亦有見解認為貪污犯罪的保護內容是職務公正性、對於公正性之信賴、職務不可收買性（乃至於廉潔性）的包裹式複合法益[447]。然而對於這種複合式法益的概念，學說則是批評這樣的見解不但欠缺說服力，還會將一切相關利益皆納入保護範圍內，失去以法益概念引導解釋與限縮處罰範圍的功能，故應不足採[448]。是以，本文認為最適合作為貪污犯罪之保護法益者，應是人民對於職務公正性的信賴。

第二節 餽贈行為的不法內涵

本文在前一節主張貪污犯罪的保護法益是職務公正性的信賴，接下來在這一節要探討的便是餽贈行為是如何侵害職務公正性的信賴，因而使其具有可罰性。這

---

445 許恒達，前揭註 38，頁 165-168。

446 謝煜偉，前揭註 30，頁 153。

447 林山田，前揭註 11，頁 72；黃惠婷，前揭註 108，頁 42-43。採取此說的實務見解如最高法院 109 年度台上字第 2311 號判決：「貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款所定對於職務上之行為收受賄賂罪，須所收受之金錢、其他財物或利益，與公務員之職務權限，具有相當對價關係，始足當之。係各類型貪污犯罪中，最為典型及受重視之一種基本犯罪，所侵害的法益，學說上有謂公務員的廉潔義務，有稱公務行為的不可收買性，有言人民對於公共事務公正、公平處理的信賴性，無非切入角度問題，其實只要侵害其一，即具有可罰性，故亦應由此理解，才能正確把握立法規範旨趣，並符合賄賂之負面評價語意。」

448 許恒達，前揭註 38，頁 161。

doi:10.6342/NTU202501340

一點對於餽贈罪的立法尤其重要，蓋餽贈行為基本上只是一種獲取公務員好感的行為而已，並未明確指涉到任何職務行為的執行，因此其對於職務公正性信賴之影響實不易釐清。雖然有美國法上的見解主張餽贈行為會引發公務員的互惠心理機制，因此已可認定法益損害的危險，但這種心理機制的運作終究只是一種高度可能性而已，並不能保證互惠原則的心理機制一定會在每個案件中發揮作用。尤其在餽贈的行為結構中，即使公務員產生善意，離實際可能影響職務公正性信賴的職務行為被執行仍有一段不小的差距，似也無法據此認定有可罰的法益侵害危險存在。故在存有多重的法益侵害不確定性的情況下，應該無法僅以餽贈會引發社會心理學之互惠原則為由就認定餽贈行為的應罰性。因此，雖然著眼於互惠原則的主張有一定程度的合理性，惟基於本文的此種理解，其至少仍須結合其他的條件方能穩固餽贈行為的法益侵害危險性之認定，而餽贈行為是否還具有其他獨特的不法內涵能夠補充互惠原則的不足，進而使這樣的行為應受到處罰，便屬於餽贈罪立法討論上的核心議題。

就為何賄賂罪會將處罰時點前置到要求（行求）、期約、收受（交付）賄賂的理由，有學說認為這是因為即使公務員所做成的決定形式上合法，但實際上仍可能會因為收受利益而影響裁量權的行使，學說將此種影響性因素稱為「循私因子」。當公務體系在個案決定中摻入循私因子之後，必然會擾亂原本的公務機能，因而可能造成嚴重的信賴減損。基此，考量到公務員收受利益後有受其影響的高度可能，為了更有效的維護職務的公正性及其信賴，學說認為此時就必須將可罰性前置到循私因子產生的時點[449]。

然而，有文獻把此種將貪污重點置於公務員收受利益後所為之濫權行為的見解稱為「濫權型觀點」，並對此提出質疑。其認為此種見解的第一個問題是無助於限縮解釋貪污犯罪的適用範圍，蓋為了保護後階段的職務公正及其信賴而將處罰前置到會造成此一危險的情形時，貪污概念本身就是一種用來擴張刑罰的理由，要

[449] 許恒達，前揭註 38，頁 168-171。

doi:10.6342/NTU202501340

基於貪污的理解進行限縮本身即與當初的規範設計相違背。第二，「濫權型觀點」不但會使貪污犯罪不易與濫權犯罪區分，也無法解釋為何貪污犯罪的法定刑普遍較濫權犯罪高。舉例而言，在法官枉法裁判的情形，依刑法第 124 條其法定刑是 1 年以上 7 年以下的有期徒刑，但若是法官以枉法裁判作為對價而收賄，依刑法第 122 條法定刑卻是 3 年以上 10 年以下，若再依約而實際為枉法之裁判，則處無期徒刑或 5 年以上有期徒刑。從這裡的比較可以發現，若將貪污的重心置於公務員的濫權行為，便難以說明為何尚未濫權的違背職務收賄罪的法定刑會比已經濫權的枉法裁判罪高。是以，文獻認為貪污犯罪之所以能夠存在且處以較重之刑度，是因為貪污行為比起濫權有更高的不法內涵或是有與濫權不同的處罰基礎，因此在探討貪污行為的非難重心時不應侷限在公務員濫權的部分，而是應著重在利益輸送的行為本身，文獻將之稱為「賄賂型觀點」[450]。

本文認為「濫權型觀點」與「賄賂型觀點」區分的見解相當具有啟發性，為貪污犯罪的檢視提供了不同的切入視角，這點對於餽贈行為不法內涵的探討尤為重要。詳言之，若堅持「濫權型觀點」的理解，則獲得公務員好感的餽贈行為應否處罰，答案很容易往不同的極端傾斜。從前置犯罪的角度來看，餽贈與職務行為的距離太過遙遠，即使認同能將賄賂罪的處罰前置到產生不公正與信賴危險的賄賂行為，也無法將處罰再往前前置到僅產生普遍好感的餽贈行為，因此會輕易得出餽贈行為不應處罰的結論。但正如美國法上的見解，餽贈罪有強大的心理力量，因此也的確會造成職務行為不公正與信賴減損的危險，在此一視角下也很容易得出應禁止餽贈的結論。在此即凸顯出「濫權型觀點」的缺陷，亦即其太過輕忽利益輸送行為本身的意義，導致無法較為細緻的認定餽贈行為是否值得處罰以及應如何設定處罰的界限。基此，本文認為若要更詳細的討論餽贈行為的不法內涵，應從「賄賂型觀點」的視角進行分析，才能確定餽贈行為是否應透過刑法處罰，又要如何設定界限。另外，為了使討論較容易理解，在討論「賄賂型觀點」時本文會先以典型的

[450] 曾昱誠（2021），《貪污犯罪的處罰基礎與立法檢討──以賄賂行為為中心》，頁 29-34，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。

doi:10.6342/NTU202501340

賄賂作為討論對象，在確認了應採取何種觀點後，再進入對於餽贈的檢視，以下便對可能的解釋進行討論。

第一項 可能的解釋

第一款 違背競爭公平性或市場機制

文獻指出第一種可能使貪污行為具有可非難性的理由在於，出賣決定權（職務行為）的交易可能會導致不公平的情形發生，在決定權涉及競爭者之間的利益分配情況時，此一問題尤為明顯。文獻以在遊樂園排隊的例子進行說明，在遊樂設施大排長龍時，有客人為了更快的體驗遊樂設施而向工作人員提供金錢，要求工作人員讓他優先入場，而工作人員也收受了金錢並讓這位客人插隊。相對的在第二種情形，遊樂園直接宣布增加快速通關服務，遊客只要額外支付費用就能不需排隊享受遊樂設施[451]。

在第一種情況下，這位客人以金錢換取工作人員決定權的行為，應該是一般人能夠直觀理解的賄賂行為，他透過賄賂而享受到了其他人不具有的利益，對於其他遵守排隊秩序的遊客也確實產生了不公平的結果。在第二種情形，遊樂園則是提供了一個公開市場，讓遊客可以自由決定是否付費獲得優先入場的利益，同樣也是一種以金錢換取決定權（不需排隊）的交易，亦會造成某種不公平的後果（有些人要排隊但有些人不用）。雖然在這兩種情況中都存在著決定權的交易結構，也都會造成不公平的結果，但在後者的情形中，所有遊客都可以自行決定是否要支付費用以免去排隊的麻煩。因此，若著眼於遊客之間的關係，因為遊客之間都是遵循相同的規則而能自由決定如何行事，故在第二種情形並不會造成遊客之間的競爭不公平，進而不屬於一種貪污賄賂行為[452]。

基此，此說認為貪污的可非難性在於，行為人在其他競爭者不知情的情況下進

[451] 曾昱誠，前揭註 450，頁 38。
[452] 曾昱誠，前揭註 450，頁 38-39。

doi:10.6342/NTU202501340

行交易，使行賄者能夠獲得他人所不具有的特權，造成其他競爭者處於較不利的地位而違背了競爭的公平性[453]。可以發現此一見解與美國法上強調貪污違背市場機制的觀點類似，但在觀念上似乎較為狹隘，例如文獻即質疑在個案中不存在其他競爭者的情況下，是否就會認為決定權的交易並無導致違背競爭公平性的情事，進而得出這種情況不會構成貪污的結論。例如違規駕駛向交通警察行賄以避免被裁罰，同樣是一種決定權（是否開罰）的交易，但卻會因為此時不存在其他的競爭者，無法認定有破壞競爭公平性的情形發生。若因此即認為這非屬此一觀點下的貪污而不應處罰此種違背職務賄賂行為，似乎不但抵觸了一般人對於貪污的理解，也與現行法的規範不符[454]。相對的，關注市場機制的觀點在此仍會認定這種行為仍屬貪污，蓋此時行賄者仍未經由市場機制而獲得了不受開罰的利益，受賄者亦未經由市場機制而獲得了金錢利益，而雙方規避市場的行為會造成政府的損失，故此時雙方行為人的行為仍構成規避市場機制的貪污而應受處罰，因而不會發生違背競爭公平性會產生的不當結論[455]。

雖然維護市場機制的觀點與維護競爭公平性的觀點注重的都是利益分配的秩序，但兩者關注的對象有所不同，前者關注的是交易雙方是否違背利益分配秩序，後者關注的是競爭者之間是否違背利益分配秩序，或許會產生能否一同理解的疑問。不過在交易雙方違背利益分配秩序的情形，由於行賄者會透過賄賂行為獲得他人所不會具有的利益，自然也會導致破壞其與其他競爭者之間的公平性，因此競爭公平性的違背似乎不具應受獨立保護的意義，而是可以被理解為規避市場的一種反射結果。是以，與其說貪污的可非難性是決定權交易所造成的競爭公平性的違反，不如說是決定權的交易規避了市場機制應較為妥適。

但是即使採取維護市場機制的觀點，仍有無法回應的問題。首先，不論是維護市場機制的觀點與維護競爭公平性的觀點，強調的都是利益分配秩序的維護，惟其

[453] 曾昱誠，前揭註 450，頁 39。
[454] 曾昱誠，前揭註 450，頁 43。
[455] *See* Stein, *supra* note 258, at 64.

doi:10.6342/NTU202501340

卻未對於利益分配秩序的應有狀態進行討論，似乎認為無論利益分配制度的實質內容為何，只要是合乎利益分配秩序的行為就應獲得容許。若是如此，那只要建立起允許公務員（或甚至是機關）收受利益辦事的制度，似乎就可以不處罰向公務員輸送利益進而獲利的行為，前述遊樂園的快速通關制度即屬適例。雖然遊樂園的快速通關制度或許不會讓我們感到奇怪，但若將相同的概念放在訴訟制度上，應該就會有許多人產生反感。當我們可以透過額外付費來使自己的訴訟案件能夠更快速的獲得審理時，可以想見會有不少人質疑此一制度的正當性，蓋國家存在的目的既然是盡可能實現人民的權利，那就不應該獨厚特定的人民，將權利實現的時間繫於支付金錢或其他利益與否。或許可以反駁說市場機制能夠更有效的分配資源，但這樣的說法明顯忽略了並非所有人民都有支付這筆金錢的能力[456]，此一制度造成的結果將會是越富有的人越能夠獲得政府的資源，變相的將人民劃分成不同等級對待，違背了國家設立的目的[457]。

除了上述問題外，此一見解的保護法益也與一般對於貪污犯罪的理解較為不同，能否合於我國法的規範結構似有疑問，尤其在職務賄賂的情形，若行賄者並未獲得他人所不具有的特殊利益，按照此說的觀點即會因行為人無違背市場機制或競爭公平性而認為不可罰，與現行職務賄賂罪的理解較為不同。綜上，考慮到此一見解與我國現行法制可能產生的衝突，又未能回應對於實質公平的質疑，應不適合作為檢視利益輸送行為是否可罰的觀點。

第二款 利益衝突

第二種可能使貪污行為具有可非難性的理由則是，公務員一方面受雇於國家而必須要忠於政府所應關注的公共利益，另一方面又因為收受私人的利益而必須要照料此一私人的利益，使得公務員處於一種「侍奉二主」的利益衝突狀態，呈現

[456] 參 Michael Sandel（著），吳四明、姬健梅（譯）（2020），《錢買不到的東西：金錢與正義的攻防》，2 版，頁 71-72，先覺。
[457] 類似見解，曾昱誠，前揭註 450，頁 44。

doi:10.6342/NTU202501340

出受賄者、行賄者與受賄者雇主之間的「三面關係」，並造成受賄者雇主原先所得享有之利益可能會因公務員的此一利益衝突狀態而遭受減損。不過，主張此說的學說強調，即使公務員因收受私人利益而陷入一種侍奉二主的利益衝突狀態，也僅具有形式意義的不法性，必須此一利益衝突狀態帶來充分的利益干擾，才能夠正當化對於貪污行為的處罰。換言之，只有當貪污行為能與刑法上值得保護的法益產生連結時，才會產生實質刑事不法的可罰性。舉例來說，貪污行為本身就如同詐欺取財罪中的詐術行為，是一種對於法益的侵害形式，只有當這樣的行為會侵害到保護法益才得以動用刑法處罰[458]。既然如此，若是公務員出賣決定權的行為不會造成雇主利益的減損，則應屬於不可罰的行為。

雖然此說看似能掌握貪污行為的不法內涵，並與多數學說對於貪污犯罪保護法益的討論相結合，但仍有一些問題尚待釐清。首先，既然此說認為貪污行為的實質刑事不法仍應視保護法益有無受損而定，那對於貪污犯罪保護法益的擇定便屬重要。假設以職務的公正性作為貪污犯罪的保護法益，那在職務賄賂的情形，縱使公務員收受利益而陷入了利益衝突的狀態，但因為公務員仍是合法的執行職務，似乎未影響到雇主（國家）的利益，而是否對於職務公正性產生危害，則又回歸到討論貪污犯罪保護法益的爭論，增加利益衝突的概念似乎未能提供更進一步的說明。假設以對於職務公正性的信賴作為貪污犯罪的保護法益，或許可以說公務員陷入利益衝突的狀態確實會影響人民的信賴，進而使貪污行為具有可罰性，但如此一來便會得出應將所有會造成利益衝突的行為納入處罰的結論，造成貪污犯罪的處罰範圍大幅擴張，似乎無助於妥適的界定貪污行為的可罰界限。更根本的說，利益衝突的概念雖然較為明確的指出為何貪污行為在經驗上會改變人們的信賴，但對於產生信賴減損的類型上因果路徑並未提供更詳細的說明，因而無從對應罰的貪污行為進行限定，故即使此說更加注重利益輸送行為會造成危險，但仍舊難以發揮「賄賂型觀點」的功能。

[458] Frank Saliger（著）、許恒達（譯）（2018），〈論貪污犯罪之不法〉，《司法新聲》，128 期，頁 111-112。

doi:10.6342/NTU202501340

另外，利益衝突的觀點也會遭受到概念上質疑，由於利益衝突關注的是公務員違背受託人的忠誠義務，並未對貪污行為有更多的描述，即會造成難以區分貪污行為與背信行為的不同，使貪污的概念失去獨立意義[459]。又從作為貪污核心的賄賂來看，利益衝突觀點也排除了不具受託義務者構成賄賂的可能。舉例來說，在賄選的情況下，選民打算將票投給哪位候選人的決定權並非來自於選民受到何人的委託，因此在此一觀點下，即使選民將投票此一決定權出賣給他人，也不會陷入侍奉二主的利益衝突狀態，從而不構成賄賂[460]。或許可以說賄選的賄賂概念與貪污的賄賂概念有所不同，但考量到兩者同為決定權的交易，從「賄賂型觀點」注重從交易行為本身尋求可非難性的角度來看，也可以說利益衝突觀點的解釋具有侷限性，無法真正的回答為何單純的決定權交易行為會具有可罰性。基此，本文認為此說亦不適合作為檢視利益輸送行為是否可罰的觀點。

第三款 排擠非市場基準

第三種可能使貪污行為具有可非難性的理由是，賄賂會導致事物的腐化，亦即事物以一種較低層次、不適當的觀點被衡量。此說認為當我們將事物充作買賣的客體時，實際上是以一種市場基準的觀點來衡量這項事物，認為這項事物是可以被合理的視作能用來獲利或使用的商品、工具。然而，並非世界上所有的事物都能被以這種觀點來衡量，有些事物是大多數人都同意不應被作為買賣的客體對待的，最典型的例子便是人類的買賣。之所以我們會有人類不應被買賣的觀念，是因為我們使用不同於市場基準的觀點來衡量人類，我們認為作為人類應該受到尊重，這樣的想法即是相對於市場基準的非市場基準。因此，當我們將人類當成買賣的客體時，就產生了基準的轉換，改以市場基準衡量原先由非市場基準衡量的事物，非市場基準的觀點便可能因而受到排擠而消失，最終造價值與成事物的腐化[461]。

[459] 曾昱誠，前揭註 450，頁 19。
[460] 曾昱誠，前揭註 450，頁 44。
[461] Sandel，前揭註 456，頁 44-46、75。

doi:10.6342/NTU202501340

或許可以主張說，即使將一些事物作為買賣的客體會影響我們的價值觀，但價值觀的變動未必會造成實際的損害，因此即使非市場基準受到排擠也無須過度關注。不過，此說則指出，此種價值觀的改變會直接影響到人們的行為。舉例來說，有一項實驗以幼兒園家長作為觀察對象，幼兒園為了減少家長在接小孩回家時遲到造成幼兒園人員必須加班的現象，增加了一項罰款制度，規定若家長在接小孩時遲到就必須繳納一筆小額的罰款[462]。從理性的角度來看，當遲到會需要繳納罰款時，一般人會為了避免遭受罰款而避免遲到，進而減少接小孩遲到的次數。然而，實驗的結果卻是，在增加罰款制度之後，遲到的家長是不減反增，遲到率逼近一開始的兩倍，甚至在取消罰款制度之後，遲到的次數也沒有回到原本的較低水準[463]。此說對於這項實驗結果的闡釋即是，罰款制度改變了我們判斷的基準。在設立罰款制度之前，家長認為遲到是一件不好的事，因為他們的行為會造成幼兒園人員的麻煩，這樣的觀點是一種與金錢無關的非市場基準。但在增設罰款制度之後，逾時接小孩變成了一種額外服務，家長只需要繳納一筆費用（罰款）便可享受這項服務，這種以金錢換取服務的想法便是典型的市場基準。基此，罰款制度是讓市場基準排擠了原先的非市場基準，係藉由這樣的過程發出基準改變的訊號，進而影響了人們的行為模式。並且，這樣的過程具有較長期的效果，無法透過取消制度輕易回復原先的狀態。考慮到非市場基準所遭受的排擠效果不但具有改變人們行為模式、造成實際損害的可能，同時也具有較長期、不易回復的影響，非市場基準應具有值得維護的重要性[464]。

從此一見解的角度來看，賄賂的非難重點即是對於非市場基準的排擠，文獻也認為這樣的觀點清楚的掌握了賄賂行為為何令人反感的特性，亦即金錢影響力的「越界」[465]。本文認為此說除了指出賄賂的特性之外，還將重點放在純粹交易行為

462 Uri Gneezy & Aldo Rustichini, *A Fine Is a Price*, 29 J. LEGAL STUD. 1, 4-5 (2000).
463 Gneezy & Rustichini, *supra* note 462, at 7-8.
464 Sandel，前揭註 456，頁 110、126。
465 曾昱誠，前揭註 450，頁 47。類似觀點可參，Hellman, *supra* note 150, at 1971, 其亦認為賄賂的特性是一種跨領域的價值移轉。

doi:10.6342/NTU202501340

所產生的影響，跳脫了著重在後階段職務行為公正與否的視角，為刑法處罰要求、期約、收受等利益輸送行為提供了更清晰的正當性基礎。同時，此說也較能夠透過對於非市場基準內涵的討論，更直接的去面對國家體系的制度目的，避免出現如違背市場機制或競爭公平性觀點所會得出的，以金錢的支付能力或意願為導向的結論，故本文認為應採取此說作為檢視賄賂（與餽贈）可罰性的「賄賂型觀點」。因此，接下來便應探討賄賂會影響到什麼樣的非市場基準，又在何種程度上會使得這樣的非市場基準具有以刑法來維護的正當性[466]。

第二項 不法內涵的檢視

從國家公權力的角度來區分，大致可將政府區分為行政、立法、司法這三個部分。其中立法權具有與行政權、司法權不同的特性，蓋立法權底下的民意代表的職責既然在於反映民意而非單純依循現有法律行事，原則上便無所謂依法行政或行政中立的要求，在討論上即應有所區分，故本文以下先從立法權的非市場基準談起。考量到民意代表係由人民所選出，本文認為如何衡量民意代表作為的基準，也應從民意代表與人民之間的委任關係來決定，學說基本上有兩種看法，分別是命令委任說與自由委任說。前者認為民意代表係其選區選民的受任人，受到其選區選民意志的直接拘束，故民意代表的職責僅在於忠實的反應選民的決定而已。後者則認為民意代表係全體人民的受任人，其是向全體人民負責而非選區之選民，因此民意代表在履行職責時，並不受到選區選民意志的拘束，而是應該本於其自由意志，考量全體人民的共同利益而獨立做成決定。惟自由委任說也並非在否定民意代表與選民之間的連結關係，民意代表仍可自由的選擇遵循選區選民的意志或為特定利益而為主張，尤其在政黨政治發達的現代，幾乎無法期待民意代表可以無視政黨意見而純粹的以全體人民為考量重點。是以，自由委任說強調的是，民意代表的決定必須出於其自由意志，係本於民意代表的專業、良心或政治立場而作成，只要該決

[466] 由於本文係以公務員貪污作為討論對象，所以相關討論的重點會放在公領域貪污的部分，並不會觸及到私領域貪污的部分。

doi:10.6342/NTU202501340

定並非來自於政黨具有形式性的拘束，仍可認定並未違反自由委任說的精神[467]。

我國的民意代表定位究竟是採哪一說，憲法並未明確給出答案，但考量到現代國家事務繁雜，幾乎難以期待民意代表必須等到選民意志形成之後再作成決定[468]，且採取自由委任說為現代民主國家之潮流[469]，本文認為應以自由委任說來理解民意代表與人民之間的委任關係較為妥適。準此，既然民意代表的授權來自於其與人民的自由委任關係，其作成之決定自然必須符合自身的專業、良心或政治立場，故可以認定我們衡量民意代表作為的非市場基準便是自由委任說的內涵，即民意代表的決定是否係基於其專業、良心或政治判斷[470]。至於行政權與司法權的非市場基準則較容易理解。從權力分立的角度來看，行政權之任務既然在於執行立法者制定的法律，為避免權力過度集中而導致專制，行政權自須受到法律所約束，是為依法行政原則[471]。雖我國憲法並未有此一明文，但此一原則毫無疑問係現代民主法治國家之基本要求[472]，故可以合理認為，依法行政是我們衡量行政權的非市場基準。相對的，司法權的非市場基準則應為依法獨立審判，此部分則有憲法第 80 條之明文。基此，我們可以認定行政、立法、司法的非市場基準為依法行政原則、自由委任原則、依法獨立審判原則，三者皆為國家權力存在的根基，若遭受市場基準的侵蝕而腐化，將嚴重危及國家體制的正當性，因此具有高度保護的價值。但是，非市場基準的排擠是否就必須要透過刑法來嚇阻，實有進一步討論的空間，關鍵就在於市場交易的處罰界限應設置在何處。

文獻上認為由於貪污行為的可非難性在於非市場基準因為交易行為的發生而被市場基準所排擠，因此貪污行為的處罰界限應如何界定的問題，實際上就是在討論自由市場的界限，亦即什麼東西可以透過買賣交易，什麼不行。要回答這個問題，

467 蕭文生（2004），〈國家組織：第四講 立法機關（上）〉，《月旦法學教室》，21 期，頁 81-83。
468 蕭文生，前揭註 467，頁 82。
469 參司法院釋字第 499 號解釋理由書。
470 相同見解可參，曾昱誠，前揭註 450，頁 52。
471 陳敏（2019），《行政法總論》，10 版，頁 158，新學林；李建良（2006），〈行政法：第九講依法行政原則－法律優位原則〉，《月旦法學教室》，48 期，頁 37。
472 李建良，前揭註 471，頁 37。

doi:10.6342/NTU202501340

文獻主張應從國家存在的目的出發。申言之，因為國家的任務在於協調人民之間的紛爭，避免在自然狀態下所會發生的問題，故為了達成此一任務，國家即應平等的對待每個人民，進行合理的資源分配。雖然在一般情形，市場是資源分配的合理機制，已經足夠解決相關的衝突與爭議，但在資源分配嚴重不均，或是涉及憲法保障的基本權的情況，市場機制即有可能產生不當的結果，此時國家便有義務介入資源分配的爭議。是以，貪污行為的處罰界限應取決於以下三項指標，即資源稀少性、資源獨佔性、資源是否與個人基本權具有重要關聯[473]。

首先，當資源具有稀少性時，在市場上的價格便會推高，使這項資源的取得更加仰賴於個人的經濟狀況。之所以我們會選擇以市場以外的制度進行資源分配，便是因為我們不希望這項資源的取得是取決於個人的財富程度。因此當原先透過非市場基準進行分配的資源改由市場基準進行分配時，產生的便是人民無法平等的接近使用那些稀少的資源之問題，建立了相關行為的可罰性基礎，而當這項資源越為稀少時，也越凸顯出相關行為的可罰性。第二，當資源被少數人獨占時，此時持有資源者的議價能力較高，該資源的價格當然也會更高，若藉由市場基準來分配此項資源，將使資源持續由少數人所掌握而使市場基準更加穩固，可見在資源具獨佔性時，市場基準的力道與排擠效果會更為強烈，因此強化了相關行為的可罰性。最後也最為關鍵的是，資源是否為人民基本權實現的前提或條件，若資源是基本權實現的前提、條件，甚至是基本權的內涵本身，自然不宜以市場基準取代原先分配的非市場基準。綜上所述，文獻認為資源稀少性、資源獨佔性、資源是否與個人基本權具有重要關聯等三項要素共同建構了貪污行為的可罰性，當資源具有這三項性質的程度越高，就代表行為的可罰性越高。但其中扮演劃分可罰界限關鍵的是，資源是否與個人基本權具有重要關聯，只有在資源與個人基本權具有重要關聯時，才會使相關行為跨越可罰的界限[474]。

[473] 曾昱誠，前揭註 450，頁 64-69。
[474] 曾昱誠，前揭註 450，頁 69-77。

doi:10.6342/NTU202501340

若以這樣的見解來檢視賄賂罪，可以發現文獻似乎將賄賂罪的保護法益定性為國家任務的不可收買性，蓋國家的任務係在於避免特定資源由市場分配而產生不當的結果，國家任務自然也不應作為交易的客體，具體認定上則應以上述標準來確定哪些國家任務具有此一功能而屬不可收買。基此，檢視賄賂罪的規範結構，可以發現賄賂罪是在禁止將職務行為作為交易客體。文獻對此的解釋是，公領域的職務行為大多與國家任務有緊密關聯，而國家任務的目的通常在於協助人民實現基本權利，因此可以確認職務行為具有與基本權的重要關聯。同時，國家也掌握了許多稀少資源分配的權力，使得職務行為的交易具有高度的貪污可罰性，因而應以刑法處罰此類交易行為，在職務行為的解釋上也應緊扣國家任務的屬性[475]。

本文認為前述見解應是為了避免非市場基準受到侵蝕，因此認為應禁止某些事物被用來交易，而決定不應被作為交易客體的標準，即是從國家目的推導出的三項指標。然而，將特定事物的不可收買性作為保護法益在事物與非市場基準具有高度關聯時，固然較不會發生問題，惟將重點放在事物的性質本身，難免在判斷上容易忽略其他會造成非市場基準被排擠的交易。舉例來說，前述見解在討論斡旋賄賂罪時即認為，在斡旋賄賂中作為交易客體的影響力之資源稀少性與獨佔性不易證明，又難認為與人民的基本權有重要關聯，因此即使影響力交易行為會對於非市場基準有所排擠，但仍無須透過刑法加以處罰[476]。此時前述見解的認定在此即產生了一些疑問，如果其所採之「賄賂型觀點」認為法律之目的在於「維護這些重要的非市場基準遭受腐化[477]」，則何以當具有保護價值之非市場基準已遭受排擠時，能夠僅因交易客體不符合其標準就認定不具可罰性。以民意代表斡旋賄賂為例，民意代表本基於自由委任原則，應以自身之專業、良心或政治立場從事斡旋行為，但在民意代表收受賄賂而斡旋時，自然不可能符合自由委任原則的理念，此時作為非市場基準的自由委任原則就會因影響力交易這一事實而受到排擠。由於自由委任原則

475 曾昱誠，前揭註 450，頁 97-98。
476 曾昱誠，前揭註 450，頁 117-118。
477 曾昱誠，前揭註 450，頁 43。

doi:10.6342/NTU202501340

係立法權正當性之根基，若此一非市場基準遭受排擠，使得我們開始以市場基準衡量民意代表的行為，將會危及立法權的正當性，可見自由委任原則應具有保護的價值。雖然作為交易客體的影響力不符合前述見解所認定的可罰性標準，但應受保護的非市場基準已確實受損，甚至斡旋賄賂行為也確實有可能造成不當的資源分配，可見前述見解在討論貪污行為可罰性時，過度注重交易客體的性質，將有遺漏其他重要因素的疑慮。

此外，單純的以事物的不可收買屬性之角度出發討論，也將會無法區分排擠非市場基準的程度。舉例來說，前述見解認為不論是以合法的職務行為或是違法的職務行為作為交易對價，均是以市場基準取代非市場基準的行為，在不法的程度上並沒有明顯的不同，因此也無分別規範的必要[478]。會有這樣的結論，即是因為其並未將非市場基準的排擠程度納入考量，僅考慮到非市場基準有無遭受排擠而已。但實際上職務賄賂與違背職務賄賂的非市場基準的排擠程度應有不同，由於行政權的非市場基準是依法行政，若以違法的職務行為作為對價，對於依法行政之非市場基準的排擠效果理應更加明顯，更加提高了該行為的可罰性。這種區分排擠程度的觀點也是排擠非市場基準見解的一部分，在販賣廣告的案例中，該見解即認為一定程度廣告並不會發生腐化的結果，例如棒球場上計分板或是全壘打牆上的廣告即是妥當的。但當廣告入侵到轉播內容時，就會產生腐化的效果。同樣都是廣告，同樣都是球賽的一部分，兩種販賣廣告的行為卻會發生不一樣的結果，差別即可能是對於非市場基準排擠的程度。該見解即認為隨著商業的逐步發展，市場基準的擴張或許無可厚非，但當過多的市場基準入侵到我們的生活時，便會使得腐化產生，值得我們進一步的關注[479]。是以，當我們關注非市場基準被排擠時，除了對於此一過程發生的有無之外，也必須注意到這一過程發生的程度與引發的效應。前述見解雖然可能是試圖透過交易客體的限定來確認非市場基準備排擠的程度是較高而屬可罰的，但卻會因此產生判斷標準容易與非市場基準排擠程度脫節的疑慮，似乎並非是

[478] 曾昱誠，前揭註 450，頁 105。
[479] Sandel，前揭註 456，頁 253-254。

doi:10.6342/NTU202501340

一個界定可罰界限的好方法。故本文認為若要妥適的判斷行為是否可罰，仍應將重點放在非市場基準本身，而非單純考量交易客體的性質。

就此，便應討論什麼樣的非市場基準排擠情形會導致相關行為屬於可罰，亦即怎樣的非市場基準排擠會造成法益損害。若僅僅是非市場基準被市場基準取代，只會發生抽象的非市場基準減損，應尚不足以引起任何具體損害，不具有以刑法保護的價值。只有當非市場基準的退縮能夠引起具體利益損害時，我們才應該動用刑法進行處罰。如前所述，本文認為賄賂罪的保護法益應是人民對於職務公正性的信賴，這即是一個可能會因此受損的具體利益，故必須確認非市場基準的排擠是否能夠以及如何造成信賴減損，才可建立相關行為的可罰性。在公領域的貪污中，所涉及的非市場基準不論是依法行政、依法審判或是自由委任原則，都是構成我們信賴職務公正性的重要內涵。是以，如果因為市場基準的侵入導致上述非市場基準受到排擠，代表的就是我們信賴對象的退縮，是一種對於構成職務信賴之條件的改變，毫無疑問的會連帶導致人民信賴的減損，進而影響到國家體制運作的順暢，可見上述非市場基準與人民對於職務公正性的信賴具有高度的連結關係。因此，當確認非市場基準被排擠時，即可判斷人民對於職務公正性的信賴也會連帶受到損害，可以初步認定會造成非市場基準受到排擠的行為應有以刑法處罰的需要。

而在餽贈的情形，造成非市場基準受到排擠的不法內涵即能與互惠原則相結合，確認餽贈行為的法益侵害危險性質，避免前述只考慮互惠原則之見解的不足。詳言之，市場基準排擠非市場基準的過程形成了一種侵害法益的路徑，當餽贈行為發生時，其實就是傳達出了市場基準入侵非市場基準的意涵。即使具體案件中收受餽贈的公務員未必會真正形成偏頗的善意，但由於餽贈行為本身就已經傳達了非市場基準受到排擠一事，相對的人民即會感受到此種改變，只要再考量到互惠原則所引發的公務員現實上高度偏頗之可能性，這便會使得這種基準轉變的傳達變得足夠穩固，產生人民對於職務公正性信賴相印減損的空間。換言之，此時的互惠原則就是在輔助確認實際上的基準變動，確保這樣的交易結構是有足夠的現實上意

doi:10.6342/NTU202501340

義，而屬能夠引起信賴減損的。若是不考慮互惠原則帶來的現實上偏頗可能性，則此時貪污行為就只是在象徵意義的層次上侵蝕了非市場基準，而由於此時公務員是否可能背離非市場基準係屬未知，便較難認定職務信賴會因此產生減損。是以，即使本文主要將非市場基準的排擠作為貪污行為的不法內涵，也不能不將互惠原則納入考量而一併判斷，如此一來方能達到認定影響信賴可能的最低要求。

不過，即使認為結合互惠原則的非市場基準排擠是減損人民信賴的基本路徑，也還是必須確認什麼樣的排擠過程才會造成可罰的信賴減損。針對這個問題，本文認為只有貪污行為具有足以造成利害關係人利益狀態變動的能力，才可認為貪污行為已跨越了可罰性的門檻，達到真正造成信賴減損的程度。申言之，在貪污行為不足以連結到使利益分配秩序產生變動的危險時，雖然因為利益輸送行為的存在產生市場基準侵入非市場基準領域的情況，但也正因為此一利益輸送行為未與利益分配秩序連結而欠缺使利害關係人產生具體利益變動的能力，導致現實情況的利益分配秩序並不會因為這樣的市場基準入侵而發生任何可感受之改變。故在這種現實情況並未改變的情形下，似乎較難認為我們衡量事務的基準會只因利益輸送行為存在就產生劇烈的改變，足以影響對於職務公正的信賴。此時應可認為此類行為造成的基準改變程度較為微弱，非市場基準僅是受到輕微干擾而已。而由於非市場基準僅是遭到輕微干擾而非受到強烈排擠，人民的信賴對象應未產生足夠的變動，進而不會形成達到可罰程度的信賴減損。此外，從人民的角度觀察這類行為應該也可得到相同的結論，蓋即使人民知悉公務員不當的收受私人給予的利益，但因為此時公務員手上並無可以作為回報、具有改變利害關係人利益狀態能力的職務事項存在，故嚴格來講難以推論社會成員對於職務公正的經驗期待會因此就產生改變[480]。是以，考量到在這種情形下的利益與職務執行之間的關係實在過於模糊，本文認為不涉及具體利益變動之行為仍難以產生達到可罰程度的足以減損信賴的力量。

[480] 類似見解，許恒達，前揭註 38，頁 167-168。

doi:10.6342/NTU202501340

綜上所述，本文係採取排擠非市場基準的觀點（於餽贈的情形則在內部結合了互惠原則的運作）來定性貪污行為的可罰性，並以利益的給予具有足以造成利害關係人利益狀態變動的能力來作為刑事處罰的界限，以下便先以此一見解檢視現行賄賂罪的規範，確認此一見解的妥適性後，再進一步探討餽贈行為的可罰性。首先，賄賂是以公務員的職務行為作為交易客體的行為，而在此的公務員的職務行為通常涉及到具體的國家公權力行使，故衡量公務員職務行為的非市場基準自然是前述的依法行政、依法審判、自由委任原則，視該公務員隸屬於何種公權力之下而定。因此，以賄賂換取職務行為的交易，便是以賄賂所代表的市場基準取代我們原先衡量職務行為的非市場基準之行為，形成一種可能排擠依法行政、依法審判、自由委任原則等非市場基準的行為結構。

其次，職務行為本身是一種國家公權力的具體展現，能夠透過公務員的執行來確實改變利害關係人的現實利益狀態。綜合起來可以認定，以賄賂換取職務行為的交易行為因能夠透過金錢利益的力量改變利益分配的結果，故可認定因其具有使利益分配秩序變動的危險，所造成的基準變動程度較為強烈，會造成人民的衡量基準產生轉變，改以市場基準衡量公務員的作為。從而，非市場基準會因為賄賂行為的發生而被排擠，造成人民信賴的對象消失，形成可罰的信賴減損。這種基準的變動也可從人民的角度或的確認，蓋現實利益狀態的改變往往也會造成社會成員經驗期待的改變，這種經驗期待的改變即是來自於社會成員衡量基準的改變，故從外在經驗的轉變也能印證非市場基準受到排擠的事實。準此，賄賂行為確實能排擠作為信賴對象的非市場基準而造成人民信賴的減損，具有充足的可罰性。而具體規範上的賄賂罪要求期約或交付收受行為、職務行為、對價關係等能夠確認非市場基準被排擠的要素作為行為人成罪的條件，也應屬妥當。至於要求、行求等行為尚未達成交易結構，行為人也尚未獲得金錢利益，則此類行為是否已具有充足的市場基準力量，會造成人民觀點轉換的非市場基準排擠，實有疑問，故本文對於現行賄賂罪

doi:10.6342/NTU202501340

將處罰時點前置到要求、行求階段的立法採取較為保留的態度[481]。

藉由檢視賄賂罪的規範確認了此一見解之後，接下來即可討論餽贈行為是否具有足以減損職務公正性信賴的不法內涵。本文認為從美國法上的討論基本上可以確定，餽贈行為是一種將公務員職務上的善意作為交易客體的一種行為。乍看之下，公務員職務上的善意並不涉及國家公權力的行使，似乎不適用依法行政、依法審判、自由委任原則等非市場基準，難認為具有典型的貪污特性。然而，考量到公務員係居於執行公權力的特殊地位，公務員職務上的善意實際上很容易就會影響到職務行為的執行（當涉及互惠原則時更是如此），鑒於其與國家公權力的行使具有緊密的關係，似仍應有上述非市場基準的適用[482]。尤其從行政中立原則也可看出，公務員職務上的善意依然應該適用前述的非市場基準。蓋行政中立原則係要求公務員執行職務時所應具備之態度的法律原則，乃以憲法上的法治國原則與公務員的忠誠義務為基礎，要求公務員在職務上應公平的對待所有人民，不得對特定一方有所偏袒[483]。因此從這些法規範的要求可以發現，此時我們衡量公務員在職務上應有態度的基準係行政中立原則，仍屬於一種非市場基準（可認為係依法行政原則的一環），故以利益換取公務員職務上善意的行為，毫無疑問也是一種以市場基準取代原先依法行政原則之非市場基準的交易結構，應可初步認定餽贈行為具有貪污的不法內涵[484]。

同樣的，憲法第 80 條對於法官獨立性的要求亦與行政中立原則類似，均是衡

[481] 在斡旋賄賂罪的討論採取類似見解者，參許恒達，前揭註 38，頁 189-190。

[482] 關於公務員的態度、考量與職務執行之間的關係的討論，可參許育典（2010），〈以憲法架構檢討公務人員行政中立法〉，《國立臺灣大學法學論叢》，39 卷 4 期，頁 83 以下。

[483] 陳清秀（2018），〈行政中立法之研討〉，《植根雜誌》，34 卷 4 期，頁 123、126；許育典，前揭註 482，頁 83-84。具體法規範的要求可參公務人員行政中立法第 4 條：「公務人員應依法公正執行職務，不得對任何團體或個人予以差別待遇。」

[484] 雖然政務人員不適用公務人員行政中立法，本身又具有黨派色彩，但並不代表政務人員就不適用行政中立原則，僅是在規範的設計上應較為寬鬆而已。蓋政務人員依舊具有執行公務的職責，仍必須效忠國家、服務全民，不能對特定團體或個人產生偏頗。此外，在過去由考試院擬定的政務人員法草案也具體要求政務人員在執行職務時應保持公正的態度，故即使是政務人員也應適用相同的非市場基準，對其所為之餽贈仍具有貪污之不法內涵。相關說明可參，陳清秀，前揭註 483，頁 156 以下。

doi:10.6342/NTU202501340

量執行職務時應有態度的一種非市場基準，因此以利益獲取法官善意的餽贈行為自然也可認定具有貪污之不法內涵，此應較無疑問。惟具有爭議的是，就民選公職人員而言，其本來就需要爭取選民的支持而可能必須展現出特定的意識形態，理論上即不可能要求民選公職人員維持中立、無偏頗的立場，而這是否就代表以利益獲取民選公職人員的善意即不具貪污的色彩呢？本文採取否定的觀點。詳言之，為了爭取選民政治支持所展現出的特定偏好應該是屬於政治領域的[485]，我們是透過政治領域的基準來衡量這些行為，這與因為金錢利益而生的偏頗明顯不同，前者適用的是如自由委任原則的非市場基準，後者則屬於典型的市場基準。因此，當私人給予民選公職人員餽贈以形成特定的偏頗態度時，實際上也是一種市場基準入侵非市場基準的行為，可以確認此類行為的貪污特性[486]。是以，不論公務員所行使的是何種公權力，是否為人民所選出，一般情形下的餽贈行為通常都具有貪污色彩。故只要該餽贈亦具有改變利害關係人利益狀態的能力，即可認定行為具有可非難性，應透過刑法進行處罰[487]。

第三節 餽贈罪之構成要件探討

本文在前一節論述了餽贈罪的貪污不法內涵，確認了餽贈行為的可罰性，為餽贈罪的增訂提供了一定的基礎。惟縱使增訂餽贈罪有其正當性，對於餽贈行為的處罰也非漫無邊際，基本上仍需限定在涉及公務員職務上善意的交易、餽贈具有改變利害關係人利益狀態的能力等條件之上。此外，餽贈雖然與賄賂同屬貪污行為，但

485 *See* Brown, *supra* note 224, at 184-185.

486 類似觀點，可參 Hellman, *supra* note 150, at 1972-1973.

487 至於事後收賄的情形，本文認為可以從兩個層面來否定其可罰性。首先，在事後收賄的情境中，賄賂是否具有排擠非市場基準的能力是值得令人懷疑的，蓋賄賂的對價關係既然是在職務行為執行之後才形成的，代表在執行職務行為時，該職務行為係依循著依法行政等等的非市場基準。而既然公務員的職務行為是依循著非市場基準，則賄賂所代表的市場基準應無介入的空間，此時似難認為僅因賄賂的存在，原先的非市場基準就會因賄賂而受到排擠，故單純的事後收賄行為應欠缺本文理解下的貪污行為之不法內涵。第二，事後才形成的賄賂也欠缺使行為具可罰性的改變利害關係人利益狀態的能力，既然職務行為已經執行完畢，利害關係人的利益狀態也就不會再受到此一職務行為的影響，縱使認為事後收賄行為具有排擠非市場基準的貪污不法內涵，也會因為事後賄賂不具足夠強大的市場基準而無法跨越可罰性的門檻。因此，在本文的理解下，單純的針對已執行的職務行為進行賄賂，應屬一種不可罰的行為。

doi:10.6342/NTU202501340

因為兩者交易客體的不同，導致對於設定可罰性條件的要求也有所不同。因此，餽贈罪的條文不但必須凸顯出餽贈行為獨自的可罰性，在具體設計上本文也認為不宜直接參考賄賂罪的規範，以下便逐一討論本文認為較適合作為餽贈罪構成要件的一些要素。

第一項 具有個案職務利害關係

本文認為餽贈罪所應具備的第一個要件是，交付餽贈者與收受餽贈者之間具有個案職務利害關係。此一要件的意義在於確認餽贈的職務性質，以及餽贈具備改變利害關係人利益狀態的能力。當交付餽贈者與收受餽贈者之間具有個案職務利害關係時，除非係出於其他具有社會相當性的原因，否則幾乎可以認定這樣的餽贈是因為公務員的地位而贈送，具有促成公務員職務上善意的性質，可確認具體案例中的餽贈係在形成一種貪污的交易結構。其次，在交付餽贈者與收受餽贈者之間具有個案職務利害關係的情境中，公務員不但在形成善意之後能快速的反應出交付餽贈者所想要受到回報、滿足的利益需求，同時在職務上也具有能做出回饋的實際能力。從而，考量到餽贈所具備之心理學上互惠原則的力量，在雙方存在個案利害關係時，公務員會面臨強大的推力去實現交付餽贈者的利益，應足可認定此時的餽贈具有變動利害關係人利益狀態的能力，可以肯定此種餽贈行為的可罰性。

除了能夠確認行為的可罰性之外，此一要件還具有以下的優點。第一，具體案例中雙方是否存在個案職務利害關係應屬較容易證明的事項。相對於職務行為在形成對價關係時通常尚不存在而導致不容易認定雙方的對價合意，本文要求的個案職務利害關係原則上必須是在客觀上公務員得運用公權力介入的狀態，這在給予餽贈時大多可以基於客觀情狀予以認定，要證明行為人對此有所認識也容易得多，故此一要件能夠大幅減輕舉證上的負擔，避免因舉證的困難導致行為人能夠輕易脫免犯罪的成立。尤其在涉及貪污的相關案件中，行為人之間常常都具有個案的

doi:10.6342/NTU202501340

職務利害關係[488]（如本文第二章第三節所探討的案例中，三個案例都因為標案的存在而已滿足此一要件），更可見個案職務利害關係與貪污之間的緊密關係與其證明上的較低門檻，在餽贈罪的設計上採取此一要件應屬合適。

第二，個案職務利害關係也能夠提供一個合理且明確的成罪界限，透過此一要件的設置可將一些不應成立犯罪的行為排除在外，避免餽贈罪的處罰範圍變得過於廣泛。舉例而言，如果交付餽贈者與收受餽贈者之間不存在任何職務利害關係，則不論行為人之間給予了多少餽贈，都不會因此成立餽贈罪，避免了刑法過度介入到私人與公務員的互動空間。縱使私人居於會受到公務員監督的地位（例如從事特許行業）而可能具有抽象的職務利害關係，且公務員也確實因此具有變動利害關係人利益狀態的權限，但因為此時並沒有具體個案的存在，公務員即使形成善意也無法直接反應在現實的狀態之中。故在行為人之間僅存在抽象職務利害關係時，餽贈與現實利益狀態改變之間的關係過於遙遠，難以據此認定餽贈具有改變利害關係人利益狀態的能力，因而具有可罰的、足以排擠非市場基準的市場基準力量，在此一要件的要求下也能妥適的將此種行為排除在成罪範圍之外。至於本文認為應屬不可罰的事後收賄行為，也能夠透過此一要件來使其不成立犯罪。蓋個案職務利害關係必須於利益輸送行為當時存在，而在事後收賄的情境中，因為職務行為已執行完畢而屬「事後」，個案職務利害關係自然也因此結束而屬過去，所以在單純事後收賄的情形，會因為不具有個案職務利害關係而不會成立犯罪。是以，個案職務利害關係的要求不但能夠區分與貪污完全無涉的行為，也能夠區分讓人覺得不當但尚不足以動用刑法處罰的行為，留有一個交由倫理規範處理的空間，應能使餽贈罪不至招致過於廣泛或處罰過於前置的批評。

既然個案職務利害關係具有劃分合法與非法的重要功能，則此一要件的解釋應為重要。雖然此一要件在字面意義上應非讓人難以理解，但本文認為仍應更進一步解釋此處的「個案」與「職務利害關係」究竟所指為何，以釐清餽贈罪的具體適

[488] Brown, *supra* note 170, at 2065.

doi:10.6342/NTU202501340

用。先就較為單純的職務利害關係而言，本文認為此應與職務行為的職務作同一理解，限於公務員法律職權所及的領域，並可及於能從法律作實質解釋所得出的職務領域。這是因為不論是賄賂罪或餽贈罪都屬於公領域的貪污犯罪，賄賂與餽贈都必須具備充分的公務性質，才能提供刑法介入的正當性基礎。因此，本文認為職務利害關係的判斷標準與職務行為的判斷標準應為類似，行為人之間的利害關係是否具有職務屬性，應視公務員對於私人的利害關係事項有無法規上參與可能性與事實上參與可能性而定[489]。

不過此處的認定可能會遭受到的一個質疑是，如果公務員在法規上與事實上有能力參與一個已經存在於公務員或其所屬機關的、會導致生成職務利害關係的案件，則此時所謂的餽贈行為似已可認定有對價關係的存在，實際上就已經是一個賄賂行為了。若是如此，即會因為賄賂罪與餽贈罪採取相同的職務認定標準，使得餽贈罪失去規範意義。舉例而言，甲正在向市政府的某局處申請許可證，而為了使申請案順利通過，甲便向有法規上與事實上參與可能的市長乙進行餽贈，希望與乙打好關係，讓乙「關心」一下他的申請案。此時乙的關心行為便有可能是會形成對價關係的職務行為，似應直接討論賄賂罪的成立。不過本文認為這就是在實務上會面臨到困難的地方，蓋要構成賄賂罪必須證明甲乙對於關心申請案此一職務行為形成對價合意，即使乙收下了利益，也真的去關心了甲的申請案，亦不能據此反推對價合意的存在。這便是賄賂罪成立與否在認定上會遭遇的證據要求障礙，通常難有證據能夠證明乙在收受當下同意去關心申請案。惟若採取本文的職務利害關係作為要件，就無須要求證明合意的存在，只須證明申請案的存在以及市長的法規上與事實上之參與可能性。基此，即使在職務行為與職務利害關係採取相同的判斷標準，也會因為兩者在是否要求對價合意的不同而產生區隔，應不致使餽贈罪因此失去規範意義。

而就職務利害關係的「個案」性質而言，涉及的是餽贈的基準變動程度，亦即

[489] 較為詳細的討論請參本文第二章第一節。

doi:10.6342/NTU202501340

餽贈變動利害關係人利益狀態的能力。如前所述，餽贈必須具有變動利害關係人利益狀態的能力才能跨越可罰性的門檻，故所謂的個案職務利害關係，自然必須是公務員能夠直接依職權施加公權力的事項，也就是雙方行為人之間存在著職務上的具體事項。例如在行政權的層面上，私人向行政機關申請許可、承攬標案或涉及行政違規的處罰事項等等，都有讓公務員所得行使之公權力介入而直接改變利益狀態的空間，即是此處所指的個案職務利害關係。而在司法權的層面上，典型的個案職務利害關係指的就是私人有訴訟案件繫屬於法院，而由該收受餽贈的法官進行審理。

雖然行政權與司法權常常面臨個案決定的事務，不難對個案職務利害關係作出認定，但在涉及立法權案件的認定上，基於立法權本身的性質，要如何認定利害關係的個案性質即較有難度。詳言之，立法委員本身的職權主要有提出與審議法案、審核預算、議決人事案、質詢行政機關等等[490]，人事案或質詢內容雖然可能涉及特定私人的利益而比較有可能認定影響個案的性質，但法律案、預算案則通常較不易直接連結到私人的特定利益，要如何認職務利害關係的個案性質便有疑問。尤其法律本身就會有影響多數人利益狀態的可能，這樣的特性與行政、司法機關大多需要作成個案決定才會變動利害關係人的利益狀態不同，使得立法委員只要在審議會影響人民利益的法案時收受餽贈，就會輕易滿足餽贈具有改變利害關係人利益狀態的可罰性要求，如此一來也可能會失去此一要件妥適劃分合法與非法界線的功能。從這方面來看，個案職務利害關係的要件在涉及立法權的案件的適用上，似乎特別容易發生爭議。為了避免餽贈罪的處罰範圍變得模糊並過於擴張，一種可能解決方法就是基於立法權的特性而排除立法委員適用餽贈罪的空間。則即使立法委員收受餽贈形成對特定私人的善意，並在嗣後基於這樣的善意促成對該私人有利的法案通過，也不會構成任何犯罪。如此之結論是否妥適，本文抱持著相當的懷疑。蓋在這樣的情況下，對於立法委員的餽贈行為已具有本文理解下的貪污不法

[490] 參蕭文生，前揭註 467，頁 86-89。

doi:10.6342/NTU202501340

內涵，也因為這樣的餽贈具有變動利益狀態的能力而有跨越了可罰門檻的高度可能，那將這樣的行為徹底排除餽贈罪的適用，無疑會造成一個處罰上的漏洞。因此，本文認為較妥適的解決方法仍是，應該找出一個能確認立法權職務利害關係之個案性質的標準，並同時確保立法委員不會因為立法權本身的特性就比較容易構成犯罪，維持一致高度的餽贈行為可罰門檻。

對此，本文認為必須先對立法權變動利害關係人利益狀態的權力作第一層次的限定，將可能構成餽贈罪的職務利害關係限定在，審議的法律在通過後會直接變動利害關係人之法律關係或權利義務的情形。由於法律與行政、司法的個案決定不同，具有普遍適用的性質，因此就有必要強調所謂的變動利害關係人利益狀態的權力係指法律上利益的變動而言，不包含單純涉及經濟、情感因素的事實上利益。故透過這種對於法律上利益的強調，就能先避免因法律廣泛牽涉到人民生活上的各種利益，造成職務利害關係的要件失去限縮作用。舉例來說，假設有公民團體為了使其主張獲得政府及各界的重視，因而向某立法委員進行餽贈，透過與其建立善意的方式促使該公民團體的主張獲得法制化。在這樣的情形中，餽贈雖然具有貪污特性，也具有使立法委員行使權力而改變利益狀態的能力，但若將這種行為直接納入餽贈罪的處罰範圍，會使立法委員相較一般的行政、司法公務員更容易成罪，不當壓縮立法委員與人民互動的空間。故為了維持一致高度的可罰性門檻，便有必要將餽贈使立法委員行使權力而改變利益狀態的能力限定在變動利害關係人之法律關係或權利義務的情形。準此，在前述的舉例中，若該公民團體並未因法律的通過而直接改變其法律關係或權利義務，而僅是單純促成其主張的法制化，則此時該公民團體僅可謂受有事實上利益而並未受有法律上利益，應不構成餽贈罪所要求的職務利害關係，其行為不能構成餽贈罪，避免餽贈罪的處罰範圍過於擴張。

再者，對於職務利害關係的個案性質，本文認為可以分成兩種類型進行觀察，採取不同的限定方式。第一種類型是交付餽贈者本身有進行中或已完結的案件，而會因為法律的通過而使案件受到直接影響。在這種類型中，縱然通過的法律具有普

doi:10.6342/NTU202501340

遍適用的性質，但因為能夠與交付餽贈者的具體案件相結合，故能強調出立法委員與交付餽贈者之間職務利害關係的個案性，維持較高的處罰門檻以及與構成要件文義的連結。故在這樣的情況下，除非法案的通過會直接影響到利害關係人的個案，否則即使法案的通過會變動交付餽贈者的法律關係或權利義務，也不會因此就構成餽贈罪，以符合職務利害關係的個案性要求。第二種類型則是交付餽贈者並無任何進行中或已完結的案件存在，但仍會因法律的通過而改變其法律關係或權利義務。在這種類型中因不存在與具體案件的結合關係，故如前所述，在一般情況下並不會構成餽贈罪。然而本文認為，如果職務利害關係所會產生的影響是限定在一群具有共同利益的特定群體之中，則仍能滿足個案性的要求。蓋在這種情況下，雙方之間的職務利害關係範圍與涉及行政權、司法權的情形較為相似，從利益團體的角度來看，其與立法委員的職務利害關係亦可謂具有個案性。故在這種利益群體的限定下，便能符合構成要件文義的要求，並且不會發生立法委員的可罰門檻較低的情形，仍能夠保有一般人民與立法委員的互動空間。綜上，只有當立法委員正在審議的法案會直接影響到利害關係人的個案法律關係或權利義務，或是法案僅會變動特定利益團體的法律關係或權利義務時，才能認定雙方具有個案的職務利害關係，從而有構成餽贈罪的可能。

最後，就個案職務利害關係形成的時點而言，得以從形式上觀察的情形雖然較容易判斷（例如機關已經受理案件），但有些情形若僅從形式觀點加以判斷，勢必會產生一些不合理的現象。例如在行為人意圖向主管機關提出併購案的情形，若行為人在尚未提交案件之前就先行餽贈公務員以打好關係，此時若僅從形式角度觀察，即可能因為案件在客觀上尚未進入主管機關，而無法認定個案職務利害關係的存在，使行為人有藉由操控形式上職務利害關係成立的時點以脫免餽贈罪之制裁的可能，如此之結果顯不合理。是以，本文認為在判斷是否存在個案職務利害關係的層面上，應該納入實質觀點加以審查，即使形式上案件尚未提出或交由主管機關受理，但如果從餽贈行為當時的客觀情狀予以判斷，已可從當時的客觀情形得知未

doi:10.6342/NTU202501340

來雙方行為人之間在無額外干擾因素介入的情況下，於經驗上可以肯認幾乎會產生職務利害關係，且此職務利害關係的個案性質或內容已可加以確定的話，亦應認為此時餽贈者與公務員之間存在個案職務利害關係而有構成餽贈罪的空間，如此一來即可避免行為人藉由操控形式上職務利害關係成立的時點來迴避構成餽贈罪的情形發生。不過必須注意的是，如果餽贈行為當時的客觀情狀尚不能肯定職務利害關係的成立（如前述的併購案僅處於初期評估階段而未確定），則仍不能據此認定個案職務利害關係的存在而使行為人成立餽贈罪。

第二項 足以影響公務員之不正利益

本文認為餽贈罪所應具備的第二個要件是，餽贈必須達到足以影響公務員的程度。此一要件的意義在於確認餽贈能夠使公務員對於餽贈者產生足夠的偏袒，蓋餽贈行為的交易客體既然是公務員的偏袒、善意，自然必須確定個案中的公務員會因此產生偏袒或善意，方能滿足餽贈的貪污不法內涵。此外，由於本文認為餽贈行為的可罰性門檻在於餽贈是否有變動利害關係人利益狀態的能力，而這樣的能力有無之認定必須考量到，餽贈對於公務員要產生多少的推力才會促使其行使公權力來變動利益狀態。因此，只有在餽贈已達到可被認為具有足以影響公務員的程度，才能確定此時處罰餽贈行為具有足夠的正當性。

雖然有學說認為即使利益的價值較低，仍會啟動互惠原則的心理機制，因而必須不論價值高低、影響程度的完全禁止餽贈行為[491]。然而，本文認為這樣的見解過於強調單一面向的互惠原則之力量，忽略了在一段長時間的互動過程中，價值偏低的利益所產生的影響很容易就可能被其他互動行為所覆蓋，最終無法產生足夠的推力去推動公務員的作為。故為了確保餽贈行為具有充分的可罰性，對於餽贈價值高低與影響程度的要求應仍屬必要。若要較為明確的確認餽贈確實達到了影響公務員的程度，或許可使用對價合意的概念，確認公務員確實因收受餽贈而產生職務

[491] Welling, *supra* note 158, at 434-435.

doi:10.6342/NTU202501340

偏頗。但在賄賂罪中，賄賂與職務行為之間的對價關係的證明已造成賄賂罪的定罪困難了，更何況公務員職務上的善意本身難以被外在所感知，幾乎無從證明其存在。故本文認為對於公務員因餽贈而產生職務上善意的認定，似乎仍只能從有無到達影響的程度來進行確認。

然而餽贈必須足以影響公務員的要件，單從文字上來看並未提供明確指示來告訴法律適用者應如何判斷，故本文有必要對此提出更進一步的說明，解釋此一要件要如何盡可能的作出較為具體的判斷。如前所述，本文認為貪污行為的不法內涵在於以市場基準排擠非市場基準，故作為交易客體的公務員職務上善意自然必須是來自於市場基準所代表的金錢利益，因此所謂的餽贈足以影響公務員應係指餽贈具有足夠的市場價值，能夠確定會對公務員產生影響。基此，判斷餽贈是否具有影響性的第一個標準即是餽贈的價額或市場價值，而這也是判斷賄賂罪中對價關係的其中一項指標。惟餽贈須具備多少的市場價值才可以認定足以影響公務員，往往會受到具體案例事實的左右，不同的案例事實可能會得出不同的答案，在成立犯罪的門檻上仍具有一定的浮動性。是以，為了避免認定上可能的不一致造成人民無所適從，本文建議在餽贈罪的設計上需要增設一個下限條款，明文宣示多少金額以下的餽贈可以一律認定為不足以影響公務員而屬於不可罰的行為，使人民與公務員有一個無須擔心其行為是否會構成餽贈罪的互動空間。

雖然法務部的草案已經有顧及到這方面的問題，然而本文認為將成罪的金額設定在三萬元以上似乎有門檻過高的疑慮[492]，蓋下限條款的用意僅在於明確排除可被認為屬於一般社交往來的情形，相較於公務員廉政倫理規範將正常社交禮俗標準訂為三千元，法務部在餽贈罪草案設定的門檻金額明顯高出許多。本文認為考慮到下限條款之規範目的與金額較低的利益對於誘發互惠心理機制仍有效果，且並非餽贈金額超過下限條款就一律成立餽贈罪（仍須在個案中具體認定是否足以影響公務員），似不應將下限條款的金額設定過高，以避免將過多的餽贈行為都排

[492] 立法院版本的一萬元亦應有類似的問題。

doi:10.6342/NTU202501340

除在成罪範圍之外。誠然，有些職務上善意可能因為餽贈者涉及的利益不大，不須高額的餽贈即可推動，但本文亦不贊同為了納入此種情形就將下限條款的金額設定得過低，蓋既然此類餽贈涉及的利益不論對於公務員或餽贈者而言皆屬較低，則考慮到這種低額餽贈對於法益造成的侵害亦應較為輕微，應可使其排除在餽贈罪的處罰範圍之外，以避免過度干擾公務員與人民的一般社交互動，條文的具體金額或許可以參考公務員廉政倫理規範的正常社交禮俗標準。另外，下限條款的設計雖然可能會使餽贈者試圖採取化整為零的贈送方式來規避處罰，但只要透過接續犯的概念將行為人的數次餽贈行為認定為一行為，即可避免行為人利用下限條款將一次可罰的餽贈行為切分成數次不可罰的餽贈，從而脫免餽贈罪的制裁[493]。

判斷餽贈是否具有影響性的第二個標準則是餽贈的種類。雖然我國實務在賄賂罪的判斷上較忽略利益的種類這項指標，但實際上賄賂或餽贈的種類會影響到市場基準的判斷，即使不同種類的利益均具有相同的市場價值亦同。舉例來說，有見解指出當調查一個社區接受嫌惡設施設置的意願時，單純的提供補償金可能降低居民接受嫌惡設施的意願，甚至比完全不提供補償金時的意願更低。但若是將補償金換成對居民提供的公共財（如圖書館、公園等），居民便較能接受這樣的補償。從單純的經濟效益觀點來看這是令人匪夷所思的，蓋金錢具有更高的流動性，能夠透過交易變換成任何所需之物，獲得更高的效益。相反的，公共財則只會帶來使用利益，無法任意變換成個人所想要的其他東西，相較之下其效益應比等值的金錢要低，那麼為何居民寧願選擇公共財而非金錢呢？文獻認為這是因為補償的種類產生的差異。詳言之，公共財的回饋是一種具有肯定公民責任意涵的補償方式，而公民責任則是居民決定是否接受嫌惡設施的一種非市場基準，兩者具有相同的性質。因此，使用公共財的補償方式並不會排擠公民責任這項原先的非市場基準，能夠較為有效的促進人民接納嫌惡設施的意願。相反的，補償金屬於一種單純的金錢利益，代表的是一種市場基準，以補償金換取設置嫌惡設施便是一種以市場基準取代

[493] 類似見解，參陳瑞仁，前揭註 5，頁 64-65。

doi:10.6342/NTU202501340

公民責任此一非市場基準的行為，屬於一種會令人生厭的賄賂，從而會降低居民的公民責任感受，導致降低接納嫌惡設設施的意願[494]。

基此，即使從客觀角度而言，接受補償金與公共財都是一種收受利益的行為，甚至兩者可能具備相同的市場價值，但卻會產生兩種不同的結果，一個是會排擠非市場基準的賄賂，另一個則否。而在餽贈行為的討論脈絡下，只有因金錢利益所生的職務上善意會具有排擠非市場基準的貪污不法內涵，故餽贈的種類實具有重要的意義。只有在餽贈的種類可被認為代表著市場基準的情形下，才能夠認定餽贈是足以影響公務員，進而使其形成可罰的職務上善意的。若餽贈的種類會使餽贈無法連結到市場基準，甚至可以被認為屬於一種非市場基準，自然就不會產生市場基準排擠非市場基準的貪污不法內涵，此時便應認為餽贈是不足以影響公務員而使其產生可罰的職務上善意的，應將此類餽贈排除在處罰範圍之外。故在此一要件的判斷中，不但要考量餽贈的市場價值，還必須考量餽贈的種類。如果具體案件中的餽贈是單純的金錢或其他具有高度金錢關聯性的利益，則可以被認為具有可罰的對於公務員之影響性。如果具體案件中的餽贈不具有金錢關聯性，甚至屬於一種非市場基準的領域，則即使該餽贈的可能價值再高，都無法認定具有可罰的影響性，應認為此種餽贈不構成餽贈罪。

對此，即需要說明要如何判斷以高度金錢關聯性為特色的市場基準與不以金錢為考量的非市場基準應如何區別。首先就市場基準而言，為什麼金錢會讓人覺得是市場基準的典型象徵，使人產生強烈的貪污感呢？本文認為這是因為市場基準代表的是一種透過各種自由交換以獲得最大效用與價值的觀點[495]，而金錢本於其自身的高度流通性，正是最能夠促進這種觀點實現的物品（金錢的主要功用之一就是用來作為交易的媒介[496]），從而金錢會帶有濃厚的市場基準性質乃屬當然之理。若將此一理解運用在本文所提出之構成要件的判斷上，餽贈的種類是否具有市場

494 Sandel，前揭註 456，頁 166-170。
495 Sandel，前揭註 456，頁 68-75、149 以下。
496 王文宇、林育廷（2008），《票據法與支付工具規範》，頁 5-7，元照。

doi:10.6342/NTU202501340

基準即應從其在市場中的流通性加以判斷。只要餽贈屬於能夠在自由市場之中任意交易、變價，抑或是在交易市場中能夠被作為一種支付而接受的種類，即可肯定該餽贈具有高度的金錢關聯性而屬市場基準，該當足以影響公務員之不正利益的要件[497]。

相對的，非市場基準便是不採取這種偏向功利主義的觀點，主張應從其他角度看待事物之間的關係。然而，各種事務關係應從何種角度觀察往往是充滿爭議的問題，甚至不同的事務關係也可能會有不同的答案[498]，這便造成在餽贈的種類是否帶有非市場基準意涵的討論上似乎僅能訴諸個案判斷，帶有相當程度的不確定性。為使此處之判斷不至於淪為完全的恣意，本文在此試著提供一個確認非市場基準存在的判斷方式，即能否從既有的相關規範或原理原則之中找到我們衡量這些事務關係的非市場基準。蓋這些相關規範或原理原則基本上都具有一定程度的普遍認可性，能夠證實相關的非市場基準是真的受到人們認同而用來衡量事務的。因此，若可從既有的相關規範或原理原則之中找出非市場的衡量基準，且具體案件中的餽贈種類能夠被認為反映出這樣的基準時（如下述的政治獻金），即可認定該餽贈不屬於足以影響公務員之不正利益，該行為並不構成犯罪。

第三項 構成要件行為限於交付、收受

本文認為餽贈罪在構成要件上必須做出的第三個限制是，構成要件行為應僅限於交付與收受餽贈，而排除要求、行求與期約餽贈的情形。之所以要將構成要件行為限於交付與收受餽贈，是為了要確保公務員會確實產生職務上的善意。雖然期約餽贈的情形已是將公務員職務上餽贈作為交易客體的行為，已形成具有貪污特

[497] 不過必須補充的一點是，雖然本文認為賄賂與餽贈遵循的是同樣一種貪污不法結構，但因為餽贈的職務善意交易相較於賄賂的職務行為交易而言在交易的屬性上較不明確（從客觀角度來看較為偏向一種送禮行為而非交易行為），因此在餽贈的市場基準性質的認定上勢必要採取比賄賂更嚴格的認定方式，才能確保具體案件中確實存在貪污的不法交易結構。至於賄賂本身就是一種交易屬性相當明確的行為，考量到賄賂罪本身已要求對價關係的存在，便不須再額外確認賄賂的市場基準性質，即可認定具有貪污的不法交易結構。這或許也是為何實務在賄賂罪是否成立的認定上，較不注重賄賂之種類的原因。

[498] 參 Sandel，前揭註 456，頁 45-47。

doi:10.6342/NTU202501340

性的不法交易結構，但由於國家係居於一種獨占的地位，人民若想獲得受到獨占的特定給付，自然必須依從行使該種國家公權力之公務員，從而導致人民與公務員實際上是處於一種明確的權力關係之中[499]。因此，考量到公務員對於人民其實是處於一種優勢地位，若只是單純的期約餽贈，難以認為公務員即會據此產生職務上的善意，進而促使其去改變利害關係人的利益狀態，而使餽贈的期約具有足夠強大、可罰的市場基準力量。是以，本文認為僅有在公務員已收受餽贈之後，才會產生足以跨越可罰性門檻的職務上善意，故餽贈罪的構成要件行為實應限定在交付與收受餽贈的行為。

第四節 案例檢視

檢視完本文認為餽贈罪所應具備之構成要件之後，本文最後將透過對於幾個類型之案例的討論來確認餽贈罪的處罰範圍與適用問題，進一步確認本文所提倡的構成要件是否能妥適的發揮功能，並釐清餽贈罪在某些較具爭議性的情況下應如何被適用。

第一項 政治獻金

> 案例：某建商甲見市長乙有頗高的機會能夠繼續連任，為與之保持良好的政商關係，並在其現在所承包的市府標案中獲得關照，因而向乙提供政治獻金。（甲乙並未對特定職務行為形成對價合意，不構成賄賂罪）

在本案的情形中，若乙對於甲的標案具有法律上參與可能與事實上參與可能，則甲乙之間確實具有個案的職務利害關係，那麼甲乙是否可能因為收受政治獻金一事而構成餽贈罪，端視政治獻金是否滿足足以影響公務員之不正利益的要件，在此可以先區分甲所提供之政治獻金是否合乎政治獻金法的形式規定而分別討論。首先應先提出的是，依我國之政治獻金法規定與實務之見解，即使政治獻金合乎政

[499] Bernd Heinrich（著）、許恒達（譯）（2016），〈從法治國原則視角談貪污的可罰性－德國觀點〉，《月旦法學雜誌》，260 期，頁 192-193。

doi:10.6342/NTU202501340

治獻金法的形式規定，仍有構成賄賂罪的可能[500]，則在餽贈罪的情形，似乎也不能僅因餽贈罪不要求對價關係即認為政治獻金只要合乎形式規定就可以排除餽贈罪的適用，仍應展開進一步的討論較為妥適。

假設甲提供之政治獻金合乎政治獻金法的形式規定，即使甲的目的在於獲取公務員職務上的善意，本文認為甲與乙之行為也不能構成餽贈罪。理由在於，政治獻金雖然通常屬於一種金錢利益，但從其性質觀察可以發現其實政治獻金屬於一種政治性言論[501]，故其本身所代表的並非是可能形塑出貪污不法內涵的市場基準，而是代表著一種屬於政治領域的非市場基準。此外，從政治獻金作為現代民主政治中不可或缺的制度之角度而言，自不宜在其合乎形式規定，又無對價關係的情況下使其蒙上刑事追訴的陰影。況且政治獻金本身即有獲取候選人善意的意涵存在，更是強化了政治獻金在餽贈脈絡的不可處罰性質。因此，鑒於政治獻金所具有的政治功能，以及捐獻政治獻金並不會產生市場基準排擠非市場基準的貪污不法交易結構的事實，不應將合乎政治獻金法形式規定的政治獻金納入餽贈罪的處罰範圍。在構成要件的適用上，則可認為此種政治獻金因其種類不具市場基準的金錢關聯性，故不該當足以影響公務員之不正利益的要件，不會構成餽贈罪。

若甲所提供的政治獻金不符合政治獻金法，則此時甲與乙即有可能構成餽贈罪。蓋違反政治獻金法規定的捐獻實際上就已不具單純的政治獻金所具備的政治性言論之性質，更多的可能是想要藉此獲得候選人額外的偏頗與善意。因此，此時捐獻者所謂的（違法的）政治獻金其實就是用來購買公務員職務上善意的餽贈，具備的是會形成貪污不法內涵之市場基準，自然無法認為此時的捐獻屬於具有非市場基準性質的利益種類，因而不該當足以影響公務員之不正利益的要件，可以排除餽贈罪之成立。是以，本為認為違法的政治獻金實際上就是一種單純的餽贈，必須

[500] 政治獻金法第 9 條第 1 項：「政治獻金之捐贈，不得行求或期約不當利益。」最高法院 84 年台上字第 1 號判決（前判例）：「是否具有相當對價關係，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，不可僅以交付之財物名義為贈與或政治獻金，即謂與職務無關而無對價關係。」

[501] 黃昭元（2020），司法院釋字第 794 號解釋部分不同意見書，頁 7。

doi:10.6342/NTU202501340

進一步檢視案例中的情形判斷是否會構成餽贈罪。在本案例中，甲因標案的存在而與乙具有個案的職務利害關係，若其提供之違法政治獻金部分的價值已足以影響公務員而使其形成職務上之善意，縱使甲抗辯其捐獻僅是違反政治獻金法之規定也不足採信，其行為仍應構成餽贈罪。另外值得注意的是，在甲並未承包標案的情形，即使甲的違法政治獻金仍是意圖購買公務員職務上的善意，但因甲乙間不具有個案的職務利害關係，並未達到本文認為的餽贈行為可罰門檻，其行為也僅能依照政治獻金法的規定處理，無法透過餽贈罪加以處罰，以避免將餽贈罪變成一種處理違法政治獻金的犯罪。

第二項 請託處理私人爭議

> 案例：甲為了替兒子取得私立名校的入學許可，因而向當地的議員乙提供餽贈，希望乙能利用議員的地位向該私立名校關說，讓其子能夠順利進入該私立名校就讀。

在本案例中，乙利用議員地位進行關說的行為應非其職務內容，甲乙之行為自然也不應構成餽贈罪。然而，有學說對於餽贈罪構成要件設計的立法建議採取的是因為職位而餽贈的立法模式[502]，則甲希望乙利用職位進行關說而所為之餽贈行為便會符合此種立法建議的文義而構成犯罪，蓋甲確實是因為乙的議員職位而為餽贈。雖然此一見解也是從餽贈具有產生偏頗之力量的角度出發，但其所採取的立法建議容易涵蓋過廣，未能妥適掌握之所以造成餽贈應受處罰的性質，造成處罰範圍有過於擴張的疑慮，較不是一個值得採納的立法建議。相對於此，在本文提倡的立法建議中，這種案例類型可透過個案職務利害關係此一要件進行處理，藉由否定對私人關說的職務性質以排除此類請託行為成立犯罪的可能。如此的構成要件設計不但明確的區分了職務與職位在性質上的不同，也避免餽贈罪的處罰範圍能夠被恣意擴大，更能清楚劃分如何之餽贈行為是應受處罰的。

[502] 參第三章第四節第一項的討論。

doi:10.6342/NTU202501340

第三項 交付行為與收受行為的不對稱性

案例：在當地經營餐館的甲透過合法生意作為掩護，私底下從事賭場生意。為避免其賭場生意遭到警方盯上，甲向不知情的該轄區的派出所所長乙交付 10 萬元的餽贈，以打好與乙之間的關係。

在這個案例中首先要說明的是，在客觀上甲乙之間已經具有個案的職務利害關係了，蓋此時從客觀的角度而言，甲乙之間的確存在一個具體事件，使得乙有隨時透過行使公權力改變甲利益狀態的能力。因此，這種情況下為了獲取公務員職務上善意的餽贈已達到本文認為的餽贈可罰門檻，甲乙的行為有進一步討論是否成立餽贈罪的空間[503]。

在這個案例裡最特別的是，僅有交付餽贈方知悉個案職務利害關係存在，收受餽贈方對此則無認識，則此時交付方與收受方即產生了一種不對稱的關係。此一關係要如何進行評價，便是此處所要處理的問題。在賄賂罪的脈絡中，行賄者必須具有行賄意思，收賄者也必須有受賄意思，雙方才能構成賄賂罪意義下的交付與收受行為[504]，蓋只有雙方均有賄賂意思且達成合致，才可能形成對於職務行為的貪污不法交易結構。是以，在餽贈罪的脈絡下，雙方行為人之間仍必須對於餽贈是為了獲取公務員職務上善意一事有共同認知並達成意思合致，才有辦法形成對於公務員職務上善意的貪污不法交易結構。至於個案職務利害關係的要求實際上僅係在提高餽贈行為的可罰性門檻，並不影響餽贈的貪污不法交易結構之形成，故欠缺對於個案職務利害關係的認識並不影響交付與收受行為的認定，此應屬於行為人欠缺故意的問題。

從而，自派出所所長乙的角度來看，因其不知甲在經營賭場生意，甲所為的餽贈實際上比較接近是一般性的打好關係行為，偏向於應透過公務員倫理規範要處

503 如前所述，對於個案職務利害關係的認定並非是完全從形式的角度予以觀察，而是必須納入實質的觀點來進行確認。

504 參許澤天，前揭註 44，第 10 章邊碼 64-65。

doi:10.6342/NTU202501340

理的類型。故在這種不對稱關係中，雖然餽贈因為客觀上個案職務利害關係的存在而具有較高的變動利害關係人利益狀態的能力，但由於公務員在收受餽贈時並未對此有所認識，使得公務員會因為欠缺故意而不成立收受餽贈罪。此時應只能透過倫理規範來對收受餽贈的公務員進行處置。相對的，交付餽贈的甲則沒有欠缺故意的問題，應可構成交付餽贈罪。準此，本文提倡的餽贈罪構成要件具有一種不對稱性的特色，只要雙方已具有買賣公務員職務上善意的意思合致，其中一方最終是否成立犯罪並不影響他方是否成立犯罪[505]。

第四項 賄賂罪與餽贈罪的競合

> 案例：建商甲承包某市府的標案，為求標案能夠順利進行不受刁難，先向該標案的承辦人乙交付餽贈 10 萬元來建立關係。嗣後，由於甲施工進度落後，不得已只好違法施工來趕進度，惟仍被乙所發現。為避免此事曝光而受罰，甲再向乙行賄 50 萬，讓乙不對甲違法施工一事進行任何處理。

在這個案例中，甲先後進行了餽贈行為與賄賂行為，此時即有必要確認應如何處理這兩罪之間的關係，藉以確定甲乙所應負的刑事責任。如前所述，餽贈行為係以公務員的職務上善意作為交易客體，賄賂行為則是以公務員的職務行為作為交易客體，可見兩者的交易客體確實有所不同。若是如此，是否就代表兩罪會因此具有不同的不法內涵而處於一種真正競合的關係，使得甲與乙的交付與收受餽贈、賄賂行為必須依刑法第 50 條數罪併罰。對此，本文則認為餽贈罪與賄賂罪實際上是構成了法條競合的補充關係，甲與乙之行為只需要論以賄賂罪即已足夠評價。

首先，雖然賄賂行為與餽贈行為的交易客體有所不同，但其實兩種行為呈現的都是一種市場基準排擠非市場基準的貪污不法交易結構，並因此均產生減損人民對於職務公正性信賴的危險。是以，兩者都是透過同一種不法交易結構來造成同一種法益侵害的危險，單純交易客體的不同應不會導致不法內涵上的差異，透過較重

[505] 這點在美國法上也是相同的，*see Evans*, 572 F.2d at 480; Welling, *supra* note 158, at 457-458.

doi:10.6342/NTU202501340

的賄賂罪評價應已足夠。再者，從甲的行為當中也可看出，針對同一個個案的餽贈行為與賄賂行為係處於一種階段性關係。詳言之，甲一開始之所以要對乙餽贈，就是希望乙在未來需要的時候能夠執行特定的合法或違法之職務行為，進而促進甲之利益。而嗣後在同一個個案中之所以要賄賂乙，即是因為在案件中已經具體產生對於合法或違法之職務行為的需要，為了強化或確保這樣合法或違法之職務行為會順利執行，才會再進一步對乙行賄。基此，後階段的賄賂涉及的其實是前階段餽贈之交易目的的具體化，係對於同一法益侵害之不法程度的提升，故只須適用不法程度較高的賄賂罪便可充分評價，餽贈罪只有在不構成賄賂罪時才會發揮遞補適用的功能，此時賄賂罪與餽贈罪便是屬於法條競合之補充關係。

然而，有鑑於餽贈與賄賂不但在交易客體上有所不同，甚至在構成要件的設計上也有頗大的差異，在競合的適用上難免會有發生爭議的疑慮。故為了避免這樣爭議的發生，本文建議在法條上應增加明示之補充關係的條款，引導法律適用者做出正確的競合判斷。

第五節 小結：構成要件的基本設計

經由上述的討論可以清楚的看出，本文係將以金錢換取公務員職務上善意的行為作為餽贈罪處罰的不法圖像，其不法內涵即在於以市場基準排擠原先的非市場基準（依法行政、依法審判、自由委任），造成人民對於職務公正信賴的減損。因此，本文對於餽贈罪的構成要件之設計也緊扣於這樣的交易結構，將善意交易的特徵定為雙方具有職務的利害關係，因而進行之不具社會相當性的利益輸送行為。並且再透過職務利害關係之個案性、餽贈之影響性的要求與構成要件行為的限縮，確保具體案件中的餽贈能夠形成公務員的職務善意，促使其受到互惠原則的心理機制影響，有利用職權改變利害關係人的利益狀態的高度危險，達到刑法上的可罰門檻，建立起刑罰介入的正當性基礎。

本文所設計的構成要件係從交易特徵的角度出發，如此一來不但可以避免使

doi:10.6342/NTU202501340

用對價關係所會遇上的證明、定罪困難，還能透過對於交易特徵的強調來凸顯出不法餽贈行為的輪廓與可非難性，使人民能夠較為清楚的認知到什麼樣的行為會構成餽贈罪，避免餽贈罪違反刑法所應具備的明確性要求。此外，由於本文所設計的要件基本上都具有語意上的明確性，在具體案件的適用上較不易產生爭議[506]，故應可較為妥適的界定合法與非法的界線。綜上，本文所提出的餽贈罪構成要件除了可以解決我國賄賂罪在實務上長久以來所遭遇到的蒐證與對價關係認定之困難，填補了處罰上的漏洞之外，也不會使處罰界限過於前置、過於擴張或過於模糊，在立法上應具有參考的價值。

另外值得一提的是，雖然美國法、法務部草案甚至文獻提出的修法建議中都保留了職務行為的要件[507]，但本文認為餽贈罪的構成要件中，實不應納入職務行為的要求。考慮到賄賂與餽贈的交易客體本身即有所不同，在以職務行為為交易客體的賄賂罪中有此要件固然合理，但在以職務上善意為交易客體的餽贈罪中，似乎就欠缺如此之必要。若要在餽贈罪中採取此一要件，便有需要再進一步解釋餽贈與職務行為之間有何關聯，使得餽贈罪必須採納職務行為作為構成要件的一部分。

或許可說獲得職務上善意的最終目的是要取得公務員職務行為的幫助，但本文認為這仍不足以建立起採納職務行為的合理性。雖然在獲取公務員職務上善意時，餽贈者內心大多都會具有想要獲得公務員職務行為幫助的想法，但這與職務上善意的交易通常僅具備非常模糊的關聯，恐怕連餽贈者在行為當時都未必知道自己需要的是怎樣的職務行為，更遑論公務員對此的認知。因此，若在餽贈罪中要求職務行為的要件，首先會面臨到的便是證明上的困難，在具體案件中難以證明行為人在行為當時知悉餽贈與特定或不特定的職務行為之間有任何的關聯。接著會面

[506] 足以影響公務員的要件或許是個例外，但這可以透過下限條款的設計獲得一定程度的彌補。在本文設計的構成要件下，只要餽贈的價值在下限條款所要求的金額以下，行為人一定不會構成餽贈罪，而即使餽贈超出此一金額，也仍需進一步判斷餽贈的價值與種類是否已足以對於特定公務員產生影響性。因此，此一要件應仍具有清楚劃分合法與非法的功能。

[507] 文獻部分可參，吳庭儀，前揭註 6，頁 87 以下。

doi:10.6342/NTU202501340

臨到的第二個問題則是，要如何設計出餽贈與職務行為關聯性的合理要求[508]。蓋餽贈與職務行為的關聯其實是間接的，是透過職務上善意達成的。在雙方的交易結構中，較為明確的只有前半段的餽贈與職務上善意的關係，後半段的職務上善意與職務行為的關聯則極為不明確，甚至在具體案件上也會有著極大的差異，試圖用某種不明確的關聯性要求來涵蓋整個具有不同聯繫程度的餽贈行為過程，本身應該就是一種錯誤的嘗試。若要強調餽贈與職務之間的聯繫，本文所舉之職務利害關係應該就可以滿足此一要求，再加上透過足以影響公務員的要件，便能夠確認餽贈能啟動公務員的互惠心理機制，造成在未來利用職務行為滿足餽贈者利益的高度危險。因此，本文認為將餽贈罪的重點擺在前半段的職務上善意交易應已足夠，無須在餽贈罪中採納職務行為的要件。

綜合上述討論，本文建議無須更動我國賄賂罪對價關係的規範結構，只需在法條上做出細部文字調整（例如刪除仲裁人與賄賂的文字、明文化對價關係與為他人利益的行為等）即可，對價關係難以證明的案件應透過新增訂的餽贈罪加以解決。是以，本文謹提出以下條文作為參考：

刑法第 121 條 （職務賄賂罪）

I. 公務員以職務行為作為對價，為自己或第三人要求、期約或收受不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科七十萬元以下罰金。

II. 對於公務員，以職務行為作為對價，行求、期約或交付該公務員或第三人不正利益者，處二年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金。但自首者免除其刑；在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。

刑法第 122 條 （加重職務賄賂罪）

[508] 雖然文獻上有主張餽贈與職務行為之間的關聯性要求是原因結果關係，但若是可以認定餽贈是職務行為的原因，或是職務行為是餽贈的原因，其實也幾乎可以證明餽贈與職務行為之間的關係具有對價性，那所謂的原因結果關係似乎也只是對價關係的換句話說，或是只是少掉了對價合意要求的對價關係，整體上會造成餽贈罪欠缺獨立存在的實益。

doi:10.6342/NTU202501340

I. 公務員以違背職務之行為作為對價，為自己或第三人要求、期約或收受不正利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科二百萬元以下罰金。

II. 因而為違背職務之行為者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科四百萬元以下罰金。

III. 對於公務員，以違背職務之行為作為對價，行求、期約或交付不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。但自首者減輕或免除其刑。在偵查或審判中自白者，得減輕其刑。

刑法第 122 條之 1 （交付、收受餽贈罪）

I. 為自己或第三人，對於具有個案職務利害關係之公務員交付足以影響該公務員之不正利益者，處一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金。

II. 公務員自具有個案職務利害關係之人，收受前項之不正利益者，處二年以下有期徒刑、拘役或二十萬元以下罰金。

III. 前二項所涉利益之金額、價額或數額未達三千元者，不罰[509]。

IV. 犯第一項之罪，自首者免除其刑；在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。因而查獲收受利益之公務員，免除其刑。

V. 對於同一個案同時構成餽贈罪與賄賂罪者，從較重之賄賂罪處罰之[510]。

[509] 此處之金額係先參考公務員廉政倫理規範的正常社交禮俗標準，但仍有進一步討論及修正的空間。

[510] 若餽贈與賄賂並非針對同一個案（視賄賂與餽贈是否本於同一個個案職務利害關係而生），則行為人的餽贈行為與賄賂行為應透過數罪併罰予以評價。例如甲乙之間有 A 案的個案職務利害關係，而甲先交付足以影響公務員乙的餽贈，嗣後又針對 B 案行賄乙。由於此時對於 B 案之賄賂的不法內涵無法涵蓋 A 案餽贈的不法內涵，便無法構成法條競合的補充關係。同理，若甲乙之間有 A、B 兩案的個案職務利害關係，甲先為了替這兩案打好關係而交付餽贈，嗣後再針對 B 案進行賄賂，由於 B 案的賄賂仍無法涵蓋到 A 案的餽贈，此時 B 案的賄賂與 A 案的餽贈亦不構成補充關係。

doi:10.6342/NTU202501340



doi:10.6342/NTU202501340

第五章 結論

在我國賄賂罪的適用上，目前的爭議主要環繞在職務行為與對價關係兩項要素上。尤其在對價關係這項要素的認定上，除了解釋上的爭議之外，還會連結到貪污犯罪蒐證困難的特性，更是使得賄賂罪的定罪困難重重。故為了強化我國追訴貪污犯罪的能力，法務部在 2018 年推出了相關的修法草案，試圖透過修法的方式來解決我國賄賂罪所遇到的爭議。而就對價關係之認定困難此項爭議，法務部推動的草案提出了兩種解決方式。第一種方式是參考德國法的規定，透過改採所謂的寬鬆對價關係來放寬賄賂罪的對價關係要求，避免行為人能夠輕易脫免賄賂罪之制裁。第二種方式則是參考美國法的餽贈罪立法，直接放棄對價關係的要求，只要餽贈與職務行為具有關聯性便可成立犯罪。

放寬對價關係的解決方式雖然看似有助於強化我國追訴貪污犯罪的能力，但由於其仍維持著對價關係的基本結構，若謹守這樣的想法，在具體案件中就依然必須證明雙方行為人對於不特定之職務行為已形成對價合意，在解釋上與證據的蒐集上仍可能會面臨困難。尤其在打好關係的案例類型中，雙方行為人具有共識的部分可能僅止於形成彼此之間友好關係的程度，更是凸顯了此一解決方法的侷限性。是以，本文認為增訂不要求對價關係的餽贈罪應是較值得採取的解決方式。然而，美國法上的餽贈罪在適用上同樣也面臨許多爭議，似乎並不適合修法的直接參考依據。本文對此認為，與其直接參考美國法的規定增訂我國法的餽贈罪，不如深入探究美國法上餽贈罪的發展，透過美國法上的實踐來檢視餽贈罪在適用上容易遭遇的困難，並詳細討論應如何解決這些困難，以提出餽贈罪所應具備的構成要件。

檢視美國法上餽贈罪的發展，本文認為美國法上之餽贈罪的主要爭議在於，餽贈罪的條文中欠缺能夠發揮劃分合法與非法界線功能的要素，使得餽贈罪有涵蓋過廣的疑慮。這是因為在餽贈罪立法當初，立法者並未為餽贈罪提供一個清晰的不法圖像與不法內涵，因此無法在餽贈罪的構成要件上提供能夠妥適區分可罰與不

doi:10.6342/NTU202501340

可罰行為的要素，形成了一種條文上的模糊性。而這樣的模糊性也衍生出兩種解釋餽贈罪的主要路徑，分別是注重餽贈罪追訴貪污功能的職位方法，以及注重明確處罰界限的直接關聯方法。雖然在早期的實務當中兩種見解各有支持者，但聯邦最高法院在 1999 年的 Sun-Diamond 案中做出了關鍵性的決定，明確採取了較為嚴格的直接關聯方法，使得餽贈罪追訴貪污的功能大打折扣。除此之外，此一關鍵性判決也影響了後續的裁判，更加的緊縮包含餽贈罪在內的一些貪污犯罪的適用空間。這不但引起了學說上的批評，也促使學者與國會議員開始尋找修正餽贈罪的方法。

觀察較為深入討論餽贈罪不法內涵的學說可以發現，其均是將餽贈罪的不法內涵定位為透過利益獲取公務員善意的行為。因此，在餽贈罪的建構中，自然必須從這點出發，方能清楚掌握餽贈罪的本質。就這點而言，即有學說未能清楚意識到餽贈罪的此項不法內涵，主張餽贈罪應做的修正是放寬餽贈與職務行為之間的關聯性要求，惟如此一來仍未能擺脫餽贈罪與賄賂罪不易區分的批評，應不是一項值得參考的修法建議。相對的，其他見解則較為注重獲取善意的這項不法內涵，主張應將餽贈罪原先的因為職務行為而餽贈的要素修改成因為職位而餽贈，把處罰範圍擴張至因為公務員的公職地位所為的餽贈行為。雖然職位餽贈的目的確實是為了獲取公務員的善意，然而單純使用職位餽贈此一概念仍過於廣泛而模糊，難以清楚界定餽贈罪的處罰標準，依然會面臨美國法上對於職位方法的批評。從而，這種修法建議亦不值得採納。不過，由於其注重獲取善意的著眼點應屬正確，故在餽贈罪的設計上需要進一步發展的便是，如何在涵蓋獲取善意之餽贈的同時，在條文中清楚的呈現應受處罰的不法行為，以妥適的劃分合法與非法之間的界線，避免餽贈罪的處罰範圍過廣，侵蝕到公務員與人民之間正常互動的空間。

為了建構出適合的餽贈罪構成要件，本文認為必須先更進一步的理解，為何透過金錢等利益換取公務員職務上善意的行為會具有可罰性。對於此一問題的回答，本文認為是因為這樣的行為形成了一種以市場基準排擠非市場基準的交易結構，而由於衡量公務員職務上善意的非市場基準（依法行政、依法審判、自由委任原則）

doi:10.6342/NTU202501340

正是構成人民信賴職務公正的條件，故在這樣的基準變動之程度足夠的情況下，非市場基準的排擠將會造成法益遭受侵害的危險，因而使得餽贈行為應透過刑法予以處罰。以這樣的不法內涵作為基礎，再考量到構成要件的設計必須凸顯不法內涵的需求，本文主張應以個案職務利害關係、足以影響公務員之不正利益作為判斷行為是否可罰的核心要素，並將構成要件行為限於交付與收受。透過對於此種不法交易結構特徵的掌握，而非採取單純描述餽贈目的或動機的規範方式，便能夠更加清楚的區分哪些行為屬於應受餽贈罪處罰的不法行為，哪些又僅是應交由倫理規範處理的不當行為，避免使所有的利益輸送行為都成立餽贈罪。

綜合以上討論，本文所提出的餽贈罪構成要件不但能夠涵蓋多數學說認為應受處罰，但因現行賄賂罪架構上的侷限而難以定罪的行為，還能保留足夠之合法或由倫理規範處理的空間，讓刑事處罰的界限停留在一個較為合理的位置。此外，由於本文主張的餽贈罪構成要件皆採取較容易從客觀角度判斷的要素，應可在一定的程度上降低蒐證困難來所帶來的困擾。透過對於餽贈罪相關議題的詳盡討論，希望本論文的研究能為我國貪污法制的改革帶來一些幫助。

doi:10.6342/NTU202501340

參考文獻

一、中文文獻

（一）專書

Joshua Dressler（著），王秀梅等（譯）（2009），《美國刑法精解》，北京大學出版社。

Michael Sandel（著），吳四明、姬健梅（譯）（2020），《錢買不到的東西：金錢與正義的攻防》，2 版，先覺。

Robert B. Cialdini（著），謝儀霏（譯）（2022），《影響力：讓人乖乖聽話的說服術（全新增訂版）》，久石文化。

王士帆（等譯）（2017），《德國刑法典》，元照。

王文宇、林育廷（2008），《票據法與支付工具規範》，元照。

王皇玉（2024），《刑法總則》，10 版，新學林。

甘添貴（2010），《刑法各論（下）》，三民。

林山田（2005），《刑法各罪論（下）》，5 版，自刊。

許澤天（2023），《刑法分則（下）》，5 版，新學林。

陳子平（2020），《刑法各論（下）》，3 版，元照。

陳敏（2019），《行政法總論》，10 版，新學林。

盧映潔（2021），《刑法分則新論》，17 版，新學林。

（二）專書論文

林東茂（2016），〈瀆職貪污罪的刑法規範〉，黃源盛（等著），《法務部廖正豪前部

doi:10.6342/NTU202501340

長七秩華誕祝壽論文集：刑法卷》，頁 357-386，五南。

馬躍中（2012），〈公務員倫理與貪瀆之刑事立法〉，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下冊）》，頁 309-338，承法數位文化。

許福生（2015），〈聯合國反貪腐公約與我國反貪腐刑事政策之思維〉，法務部廉政署（編），《聯合國反貪腐公約專題學術研討會論文集－我國之實踐與展望》，頁 37-66，法務部廉政署。

陳柏良（2017），〈是貪污？還是民主政治現實？──初探美國聯邦法制下貪污概念的兩種圖像〉，春風煦日論壇編輯小組（編），《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》，頁 545-583，元照。

蘇彥圖（2017），〈職務行為的刑法範疇，與政治貪腐的平庸──評美國聯邦最高法院 McDonnell v. United States 案判決〉，春風煦日論壇編輯小組（編），《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》，頁 523-543，元照。

（三）期刊論文

Bernd Heinrich（著）、許恒達（譯）（2016），〈從法治國原則視角談貪污的可罰性－德國觀點〉，《月旦法學雜誌》，260 期，頁 189-200。

Frank Saliger（著）、許恒達（譯）（2018），〈論貪污犯罪之不法〉，《司法新聲》，128 期，頁 105-150。

王效文（2016），〈與談意見（二）：賄賂罪構成要件之重構－評林鈺雄教授「貪污瀆職罪之立法展望－以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心」〉，《檢察新論》，19 期，頁 89-95。

甘添貴（1996），〈公務員之操守與刑事責任〉，《月旦法學雜誌》，18 期，頁 28-35。

doi:10.6342/NTU202501340

吳永乾、張斗輝、陳瑞仁、李聖傑、吳耀宗、曾昭愷（2017），〈貪污治罪條例與刑法典之整併〉，《月旦刑事法評論》，7 期，頁 69-81。

吳巡龍（2021），〈民代收賄「職務上行為」之判斷標準〉，《月旦裁判時報》，110 期，頁 57-63。

吳景欽（2016），〈政見與賄選的區別〉，《台灣法學雜誌》，302 期，頁 98-111。

吳景欽（2016），〈政治獻金與賄賂的區別與談稿〉，《台灣法學雜誌》，302 期，頁 65-72。

吳景欽（2020），〈立委收受利益與受賄的距離〉，《台灣法學雜誌》，398 期，頁 37-43。

吳耀宗（2015），〈賄賂罪「對價關係」要件之鬆動？（上）－評「前交通部長郭○琪臺北車站商場標租收賄案」歷審判決〉，《月旦裁判時報》，37 期，頁 37-51。

吳耀宗（2015），〈賄賂罪「對價關係」要件之鬆動？（下）－評「前交通部長郭○琪臺北車站商場標租收賄案」歷審判決〉，《月旦裁判時報》，38 期，頁 36-47。

吳耀宗（2016），〈刑法抗制貪污犯罪之新思維－「貪污瀆職罪之立法展望－以結合截堵功能與訴訟證明的基本職務收賄罪為中心」〉，《檢察新論》，19 期，頁 74-88。

吳耀宗（2017），〈論賄賂罪之立法架構〉，《月旦刑事法評論》，4 期，頁 21-39。

巫聰昌（2013），〈賄賂與社交禮儀之辨正－簡評最高法院 99 年度台上字第 3511 號判決〉，《法令月刊》，64 卷 4 期，頁 24-42。

李建良（2006），〈行政法：第九講依法行政原則－法律優位原則〉，《月旦法學教室》，48 期，頁 37-44。

李茂生（2002），〈新修公務員圖利罪芻議〉，《月旦法學雜誌》，91 期，頁 160-176。

doi:10.6342/NTU202501340

李錫棟（2011），〈日本法上賄賂罪職務行為之研究〉，《法學叢刊》，56 卷 3 期，頁 17-64。

周漾沂（2017），〈對賄賂罪保護法益的反思〉，《月旦刑事法評論》，5 期，頁 112-120。

周慶東（2011），〈貪瀆罪中的職務行為意義－德國刑法上的觀點〉，《法學叢刊》，56 卷 3 期，頁 1-16。

林志潔（2007），〈美國貪污犯罪之立法與預防－以聯邦法規為中心〉，《月旦法學雜誌》，143 期，頁 227-242。

林書楷（2014），〈貪汙治罪條例之適用與檢討〉，《興國學報》，15 期，頁 163-181。

林朝雲（2015），〈論「法定」職務權限與賄賂罪中「職務行為」的關聯性〉，《中央警察大學法學論集》，29 期，頁 155-186。

林超駿（2013），〈法律審大法庭之可能模式－初論美國聯邦上訴法院全院法庭〉，《月旦法學雜誌》，216 期，頁 119-150。

林鈺雄（2015），〈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，頁 98-107。

林鈺雄（2016），〈性招待利益能否及如何沒收？－兼論利得沒收新法之適用〉，《台灣法學雜誌》，287 期，頁 17-31。

林鈺雄（2016），〈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，頁 46-73。

林鈺雄（2019），〈公務員職務賄賂罪之立法芻議〉，《法學叢刊》，64 卷 2 期，頁 1-18。

林雍昇（2022），〈不違背職務賄賂罪中對價關係之再省思－兼論該罪適用於民意代

doi:10.6342/NTU202501340

表之合憲性疑慮〉，《南臺財經法學》，8 期，頁 41-70。

花滿堂（2023），〈試論特別賄賂罪－最高法院 110 年度台上大字第 5217 號裁定釋評〉，《月旦裁判時報》，133 期，頁 63-71。

邱忠義（2021），〈論賄賂罪「對價關係」之判斷基準〉，《月旦裁判時報》，110 期，頁 71-80。

柯耀程（2004），〈賄賂罪成罪條件之認定－評彰化地方法院九十年度訴字第一三四九號判決〉，《月旦法學雜誌》，110 期，頁 221-229。

柯耀程（2011），〈「職務」概念的解釋與限制〉，《法學叢刊》，56 卷 2 期，頁 1-32。

柯耀程（2012），〈公務員貪污瀆職犯罪基礎講座：第一講－賄賂罪成罪的對應結構〉，《月旦法學教室》，121 期，頁 57-66。

柯耀程（2012），〈公務員貪污瀆職犯罪基礎講座：第二講－貪污與瀆職犯罪規範適用之區分〉，《月旦法學教室》，123 期，頁 55-64。

柯耀程（2013），〈職務行為行賄罪的法律適用檢討〉，《月旦法學雜誌》，217 期，頁 5-14。

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 期，頁 1-24。

張麗卿（2012），〈刑法上公務員受賄犯罪之研究〉，《輔仁法學》，44 期，頁 1-49。

許育典（2010），〈以憲法架構檢討公務人員行政中立法〉，《國立臺灣大學法學論叢》，39 卷 4 期，頁 73-115。

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 期，頁 51-90。

許恒達（2012），〈從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪〉，《臺北大學法學論

doi:10.6342/NTU202501340

叢》，82 期，頁 141-205。

許恒達（2014），〈賄賂罪之對價關係及證明難題：評最高法院 102 年度臺上字第 4887 號刑事判決與其相關裁判〉，《軍法專刊》，60 卷 2 期，頁 62-83。

許恒達（2015），〈賄賂罪職務行為之再探討－以民意代表受賄事例為中心〉，《檢察新論》，17 期，頁 68-97。

許恒達（2017），〈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，頁 113-197。

許恒達（2024），〈請託行為與貪污犯罪－評最高法院 110 年度臺上大字第 5217 號刑事大法庭裁定〉，《政大法學評論》，178 期，頁 37-111。

許絲捷（2020），〈不違背職務賄賂之對價關係成立與認定－以未來不確定給付與餽贈為中心〉，《台灣法學雜誌》，387 期，頁 71-88。

許福生（2009），〈反貪腐之刑事政策思考〉，《刑事法雜誌》，53 卷 4 期，頁 131-137。

郭玉林（2018），〈美國文本主義解釋方法為我國審判實務繼受之可能性及方法－以 Justice Antonin Scalia 見解為例示〉，《國立高雄大學法學論叢》，13 卷 2 期，頁 135-206。

陳又新、林志潔（2013），〈賄賂罪對價關係之實證研究－兼評最高法院相關判決〉，《法令月刊》，64 卷 10 期，頁 54-84。

陳柏良（2018），〈美國聯邦反貪法制的核心或邊陲？美國聯邦不當餽贈罪的緣起與轉折〉，《法學叢刊》，63 卷 4 期，頁 25-49。

陳清秀（2018），〈行政中立法之研討〉，《植根雜誌》，34 卷 4 期，頁 122-160。

陳瑞仁（2018），〈從美國聯邦法談我國餽贈罪的立法方向〉，《法學叢刊》，63 卷 4

doi:10.6342/NTU202501340

期，頁 51-69。

曾淑瑜（2007），〈賄賂與職務之關聯性〉，《月旦法學雜誌》，151 期，頁 233-239。

黃士軒（2015），〈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，頁 53-119。

黃士軒（2024），〈公務員賄賂罪中的職務密切關連行為概念－簡評最高法院 110 年度台上大字第 5217 號刑事裁定〉，《當代法律》，34 期，頁 91-104。

黃惠婷（2009），〈論貪污治罪條例與公務員圖利罪〉，《台灣法學雜誌》，132 期，頁 42-57。

黃榮堅（2009），〈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，頁 273-334。

黃榮堅（2012），〈侵害財產法益的貪污犯罪？－評最高法院 99 年度台上字第 3 號及 100 年度台上字第 459 號等刑事判決〉，《法令月刊》，63 卷 9 期，頁 1-13。

靳宗立（2012），〈我國懲治貪污之法制演進與檢討〉，《檢察新論》，12 期，頁 56-73。

蔡聖偉（2010），〈論排他互斥的犯罪構成要件〉，《東吳法律學報》，21 卷 4 期，頁 87-117。

蔡銘書（2011），〈關於賄賂罪職務行為之最高法院裁判動向〉，《法學叢刊》，56 卷 3 期，頁 65-106。

鄭文中（2022），〈從擴張解釋看職務收賄罪之實見〉，《南臺財經法學》，8 期，頁 71-108。

鄭善印（2003），〈貪污治罪條例在立法上之評估與檢討〉，《月旦法學雜誌》，94 期，

doi:10.6342/NTU202501340

頁 58-68。

蕭文生（2004），〈國家組織：第四講 立法機關（上）〉，《月旦法學教室》，21 期，頁 76-89。

蕭宏宜（2012），〈賄賂罪的「職務上行為」概念－兼評最高法院 99 年度台上字第 7078 號判決〉，《東吳法律學報》，24 卷 1 期，頁 87-120。

薛智仁（2016），〈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－與談意見（一）：公務員圖利罪之立法商榷〉，《檢察新論》，19 期，頁 21-33。

謝煜偉（2015），〈特殊圖利罪之解釋與立法建議－論貪污治罪條例第六條第一項第五款〉，《政大法學評論》，142 期，頁 227-279。

謝煜偉（2023），〈定分止爭抑或治絲益棼？－評最高法院 110 年度台上大字第 5217 號刑事大法庭裁定暨其本案判決〉，《台灣法律人》，25 期，頁 143-164。

（四）學位論文

吳庭儀（2021），《公務員餽贈罪之立法研議》，國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所碩士論文。

陳春杏（2017），《我國賄賂罪審判無罪影響因素之研究》，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文。

陳昱彣（2014），《社交餽贈或違法賄賂？論賄賂罪與公務員廉政倫理規範中「對價關係」之疑義》，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文。

曾昱誠（2021），《貪污犯罪的處罰基礎與立法檢討──以賄賂行為為中心》，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。

謝彥安（2022），《反賄賂體制中有關餽贈罪增修爭議之研究-以政府採購案件為例》，國立陽明交通大學科技法律學院科技法律研究所碩士在職專班碩士論文。

doi:10.6342/NTU202501340

二、德文文獻

Erb, V./ Schäfer, J. (Hrsg.) (2022). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (4. Aufl., Bd. 6). München: C. H. Beck.

Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H.-U./Saliger, F. (Hrsg.) (2023). Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (6. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.

Schönke, A./Schröder, H. (Hrsg.) (2019). Strafgesetzbuch Kommentar (30. Aufl.). München: C.H. Beck.

三、英文文獻

2016. Bribery: Definition of Official Act: McDonnell v. United States. *Harvard Law Review* 130(1): 467-476.

Abrams, Norman, Sara Sun Beale, and Susan Riva Klein. 2010. *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 5th ed. St. Paul, MN: West.

Brennan, Troyen A., David J. Rothman, Linda Blank, David Blumenthal, Susan C. Chimonas, Jordan J. Cohen, Janlori Goldman, Jerome P. Kassirer, Harry Kimball, James Naughton, and Neil Smelser. 2006. Health Industry Practices That Create Conflicts of Interest: A Policy Proposal for Academic Medical Centers. *JAMA: Journal of the American Medical Association, 295*(4): 429–433.

Brown, George D. 1998. The Gratuities Offense and the RICO Approach to Independent Counsel Jurisdiction. *Georgetown Law Journal* 86(6): 2045-2076.

Brown, George D. 2000. Putting Watergate Behind Us—Salinas, Sun-Diamond, and Two Views of the Anticorruption Model. *Tulane Law Review* 74(3): 747-814.

Brown, George D. 2006. The Gratuities Debate and Campaign Reform: How Strong Is

doi:10.6342/NTU202501340

the Link. *Wayne Law Review* 52(4): 1371-1414.

Brown, George D. 2015. Applying Citizens United to Ordinary Corruption: With Note on Blagojevich, McDonnell, and the Criminalization of Politics. *Notre Dame Law Review* 91(1): 177-234.

Cain, Daylian M., George Loewenstein, and Don A. Moore. 2005. The Dirt on Coming Clean: Perverse Effects of Disclosing Conflicts of Interest. *Journal of Legal Studies* 34(1): 1-26.

Clark, Kathleen. 1996. Do We Have Enough Ethics in Government Yet: An Answer from Fiduciary Theory. *University of Illinois Law Review* 1996(1): 57-102.

Crites, D. Michael, Larry L. II Lanham, and Darren Richard. 2010. A Congressional Meat Axe. *Journal of Legislation* 36(2): 249-262.

Edwards, Paul S. 1996. Defining Political Corruption: The Supreme Court's Role. *BYU Journal of Public Law* 10(1): 1-26.

Eliason, Randall D. 2009. Surgery with Meat Axe: Using Honest Services Fraud to Prosecute Federal Corruption. *Journal of Criminal Law and Criminology* 99(4): 929-986.

Fatka, Stacie L., and Jason Miles Levien. 1998. Protecting the Right to Petition: Why Lobbying Contingency Fee Prohibition Violates the Constitution. *Harvard Journal on Legislation* 35(2): 559-588.

Gneezy, Uri, and Aldo Rustichini. 2000. A Fine Is a Price. *Journal of Legal Studies* 29(1 Part 1): 1-18.

Hellman, Deborah. 2017. Theory of Bribery. *Cardozo Law Review* 38(6): 1947-1992.

Henning, Peter J. 2001. Public Corruption: Comparative Analysis of International Corruption Conventions and United States Law. *Arizona Journal of International*

doi:10.6342/NTU202501340

and Comparative Law 18(3): 793-866.

Hibey, Richard A. 2006. Remarks: The Impact of the Abramoff Scandal on Public Corruption Cases. *Wayne Law Review* 52(4): 1363-1370.

Hughes, Brennan T. 2014. The Crucial Corrupt Intent Element in Federal Bribery Laws. *California Western Law Review* 51(1): 25-54.

Jeffries, John Calvin Jr. 1985. Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes. *Virginia Law Review* 71(2): 189-246.

Klein, Charles B. 1999. What Exactly Is an Unlawful Gratuity After United States v. Sun-Diamond Growers. *George Washington Law Review* 68(1): 116-133.

Levin, Steven M. 2000. Illegal Gratuities in American Politics: Learning Lessons from the Sun-Diamond Case. *Loyola of Los Angeles Law Review* 33(4): 1813-1848.

Linder, Karen M. 1999. When Does Unethical Become Criminal: Interpreting the Gratuity Provision of 18 U.S.C. § 201. *Missouri Environmental Law & Policy Review* 7(3): 161-169.

Lowenstein, Daniel H. 1985. Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics. *UCLA Law Review* 32(4): 784-851.

Myers, Richard E. II 2011. Complex Times Don't Call for Complex Crimes. *North Carolina Law Review* 89(5): 1849-1878.

Nolan, Beth. 1992-1993. Public Interest, Private Income: Conflicts and Control Limits on the Outside Income of Government Officials. *Northwestern University Law Review* 87: 57-147.

Perkins, Roswell B. 1963. The New Federal Conflict-of-Interest Law. *Harvard Law Review* 76(6): 1113-1169.

doi:10.6342/NTU202501340

Regan, Dennis T. 1971. Effects of a Favor and Liking on Compliance. *Journal of Experimental Social Psychology* 7(6): 627–639.

Richman, Daniel C., and William J. Stuntz. 2005. Al Capone's Revenge: An Essay on the Political Economy of Pretextual Prosecution. *Columbia Law Review* 105(2): 583-640.

Sanyshyn, Alexander. 2017. Public Corruption. *American Criminal Law Review* 54(4 Annual Survey of White Collar Crime): 1673-1726.

Stein, Alex. 2012. Corrupt Intentions: Bribery, Unlawful Gratuity, and Honest-Services Fraud. *Law and Contemporary Problems* 75(2): 61-82.

Vaca, Lauren N. 2021. Quid Pro No? The Bribery Statute's Failure to Capture the "Official Acts" of High-Ranking Public Officials. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 35(2): 821-846.

Weeks, Joseph R. 1986. Bribes, Gratuities, and the Congress: The Institutionalized Corruption of the Political Process, the Impotence of Criminal Law to Reach It, and Proposal for Change. *Journal of Legislation* 13(2): 123-148.

Welling, Sarah N. 2013. Reviving the Federal Crime of Gratuities. *Arizona Law Review* 55(2): 417-464.

White, Jeffrey A. 2018. McDonnell's Misapprehension of the Role of Access in Politics and Public Corruption. *North Carolina Law Review* 96(4): 1175-1202.

Williams, Taylor. 2017. Criminal Law: A Formal Exercise of Governmental Corruption—Applying the Stream of Benefits Theory to the Federal Bribery Statute. McDonnell v. United States. *University of Arkansas at Little Rock Law Review* 40(1): 161-186.

Wilson, Alexander K. 2019. Different Quids for Different Quos: Why Congress Should

doi:10.6342/NTU202501340

Amend Anti-Corruption Standards to Differentiate Between Campaign Contributions and Gratuities After McDonnell. *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 21(4): 1033-1062.

doi:10.6342/NTU202501340