

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

法務部廉政署 主編

Barry Rider、王乃彥、余致力、吳耀宗

李傑清、周佳宥、林明鏘、林志潔

胡龍騰、許恒達、許福生、陳正根

陳耀祥、楊雲驊、蔡秀涓、蔡季廷

合 著

法務部廉政署 出版

序

「聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption, UNCAC）」於2003年10月31日由聯合國大會通過，並於2005年12月14日生效，目前共有177個締約方，其目的在指導各國政府制定反貪腐法規制度和政策。為使「聯合國反貪腐公約」在我國具有法律效力，以因應國際廉政發展趨勢與挑戰，本部制定「聯合國反貪腐公約施行法」，經立法院三讀通過，總統於104年5月20日公布，104年12月9日生效施行，成為我國反貪腐法制和措施的法源依據。

本公約全文8章71條，內容包括貪腐行為預防措施、預防性反貪腐機構、公職人員行為守則、政府採購、刑事政策、洗錢防制、國際司法互助等涵蓋公私部門事項。這些條款之落實需要各界共同參與，本部廉政署於是與元照出版公司合作，於104年6月23日、9月1日舉辦兩場「聯合國反貪腐公約」專題學術研討會；104年6月25日邀請英國劍橋大學萊德教授（Professor Barry Rider）專題演講；並於8月1日至9月15日期間，辦理北、中、南、東、澎湖及金門等6區「聯合國反貪腐公約」教育研習。希望透過一系列活動，使廉政人員、一般公務人員及民眾深入瞭解本公約內涵，逐步釐清我國尚須努力之方向。

本書得以付梓，首先要感謝林志潔教授、余致力教授及萊德教授，分就美國海外反貪腐法執行情形、落實反貪腐公約預防性措施的成效與挑戰及英國追繳不法犯罪所得的經驗

等方向進行專題演講。其次要感謝會中發表論文的學者，就貪腐行為預防措施、預防性反貪腐機構、政府組織、刑事政策、採購程序管理、洗錢防制、跨域貪污犯罪所得之追討等重要議題，提供多元的學術見解，激發各界省思，並以公約規定內容及比較法制來檢視我國相關法制，進行深入的分析探討。最後要感謝多位實務先進，研析現行實務作法及相關法令，提出可行之配套措施，分享政府機關推動之實績。此一系列之研討，透過各界的參與，不論是在學術研究或在政府反貪腐法制政策上，均具重大意義。

本書蒐錄3篇專題演講及於研討會發表之12篇論文原文，以呈現各界的多元意見。讀者亦可利用本書所附研討會YouTube影音連結，直接觀看研討會之現場實況，從與談者及學者對話中，型塑自己的見解。希冀藉由本書拋磚引玉，深耕「聯合國反貪腐公約」議題的學術田地，協助政府建構更完善之反貪腐機制。

法務部部長

羅瑩雪

中華民國104年12月2日

目 錄

序

羅瑩雪

專題演講

- ◆反制跨國企業海外行賄
——以美國海外反貪腐法為例 林志潔 1
- ◆我國現階段落實反貪腐公約
當中預防性措施的成效與挑戰 余致力 13
- ◆The Civil Law and the Recovery of the Proceeds
of Corruption and Serious Crime..... Barry Rider 19

論 文

- ◆聯合國反貪腐公約與我國反貪腐刑事政策
之思維 許福生 37
- ◆由聯合國反貪腐公約檢視我國公部門廉政法制
建設與組織設計
——以預防性內部治理為焦點 胡龍騰、蔡秀涓 67
- ◆聯合國反貪腐公約與公職人員利益衝突法的修正
——以立法委員為中心 蔡季廷 93
- ◆政府採購程序中訂定揭弊者保護規範之研究 .. 陳耀祥 119
- ◆政府採購制度之檢討與修法建議
——從聯合國反貪腐公約第9條第1項規定
論起 林明鏘 145

◆政府資訊公開法之未來方向	
——以資訊自決權與反貪腐公約之觀點	陳正根 181
◆聯合國反貪腐公約於我國公共服務事業之 適用與限制	周佳宥 219
◆我國刑事實體法應如何與聯合國反貪腐公約 接軌	
——以貪污治罪條例公務員貪污犯罪爲中心...	吳耀宗 237
◆財產來源不明罪與反貪腐公約內國法化之 評估.....	許恒達 273
◆聯合國反貪腐公約之洗錢罪規範與我國 現行法制的比較考察	王乃彥 303
◆追查及返還跨域貪污犯罪所得之刑事司法互助 ——從我國落實聯合國反貪腐公約之觀點	李傑清 325
◆反貪腐公約內刑事司法合作規定與我國 現行法制檢討	楊雲驊 355

專題演講

反制跨國企業海外行賄 ——以美國海外反貪腐法為例

林志潔*

壹、國際化下的刑事法趨勢

林志潔教授介紹美國的海外反貪腐法（Foreign Corrupt Practices Act, FCPA），可說是許多海外企業與國際大事務所聞之色變的法律，為何威力會如此強大？而美國的反制海外行賄經驗可以給臺灣哪些啟示？都值得關注。首先，聯合國反貪腐公約的重要性，這是全球第一個提供各國制定反貪法制和政策的架構，其中需要注意的章節如資產的返還、跨國打擊犯罪等，聯合國反貪腐公約都是相當重要的指引。過去我國由於國際地位特殊，刑事法一直被視為內國法而與國際無關，但是在全球化的今日，刑事法不可能自外於國際，因此我國雖非聯合國會員國，近年來刑事發展趨勢仍然致力於與國際接軌，各國對我國的法制發展多讚譽有加，例如韓國一直想向我國借鏡學習——檢察體系如何透過民主化過程取得獨立性及人民尊重；又如我國去年將經濟間諜刑罰化，這點對於缺乏製造業的新加坡來說是望塵莫及的；香港更訝異於我國在非聯合國會員的現況下，仍每年邀請國外的專家學者對我國人權指標進行評鑑，這讓香港對我國的突圍能力

* 國立交通大學科技法律學院副教授兼副院長。

印象深刻。因此，在法制發展上，我國近年推動相當努力。

貳、聯合國反貪腐公約第16條簡介

今天的議題主要是探討聯合國反貪腐公約第16條，過去學理關注的重點主要是有無對價關係、有無違背職務、法定職權或實質影響力等問題判斷，「企業海外行賄」是相對冷門的議題。然而，事實上這是非常重要的問題，不只公約有規範，其實我國貪污治罪條例也有規定，只是實務判決及相關文獻都非常少，這也是今日探討聯合國反貪腐公約第16條的原因。第16條規定各國應致力於反制賄賂外國公職人員或是國際公共組織的官員，以實例說明第16條的重要性，例如烏克蘭的金援，由於烏克蘭東部衝突爆發，很多國家都希望金援難民，但因為烏克蘭貪腐情況嚴重，各國人道組織在不確定錢會進入貪污者的口袋還是真正挹注難民的情況下，導致錢進不去。因此，聯合國反貪腐公約規定處罰企業海外行賄，不論是針對外國公務員或是國際組織公職人員行賄，都有可能影響公共資源分配的正當性以及公部門執行的清廉度，所以第16條明確規範各締約國均應採取必要的立法和其他措施，將下述故意實施的行為定為犯罪：向外國公職人員或國際組織官員直接或間接行求、期約或交付其本人、其他人員或實體不正當利益，以作為其執行公務時作為或者不作為的條件。

聯合國反貪腐公約第16條的重要性在於，企業海外行賄不僅影響其他企業在該地的公平競爭，更重要的是，影響當地執行職務的公正性，幾乎可謂引誘他人犯罪的行為。過去我國法律條文對於行賄的處罰偏輕，至2011年始增訂不違背職務行賄罪，且普遍認為公務員是比較需要被規制的，私部門的可責性較輕。但是，公約思考的角度不同，其實很多時候是行賄者在誘發對方收錢，且行賄時也附帶做了很多其他的犯罪行為，例如不公平競爭、財報不實影響廣大投資人（因為企業主不可能自掏腰包行

賄，一定是用公司的錢，如此在財報上就會有所隱瞞）。所以，海外行賄的問題，不只在於行賄，也會影響投資環境的清廉與透明度、財報的正當性與投資人的保護，這也是聯合國反貪腐公約第16條如此規定的原因。

至於臺灣的情況，長期著重在收錢的公務員，可能跟社會氛圍強調公部門廉潔度有關，相對的對企業行賄的重視度比較不夠。從海外「行賄指數」（Bribe Payers Index, BPI）來看，BPI是國際透明組織（Transparency International, TI）每隔幾年會做的調查，這個調查是特別針對有海外跨國企業的國家，調查該企業在海外有無行賄當地的政府官員的貪腐印象，BPI於2002年調查時，在21個受調查國當中，臺灣排名第19名、分數3.5，僅優於中國與俄羅斯（這兩國一直以來都是墊底的國家）。臺灣近年來雖然分數上升，但不代表我們對於不可行賄外國官員的意識有所提升，而是因為受調查國增加了其他發展中國家如印尼所致。

當我擔任英商林克穎案的專家證人時，林克穎的辯護律師在英國提出我國法官、檢察官貪污的新聞報導，藉以指控我國司法審判不可信賴，英國法院詢問我國司法的信賴度及貪腐的狀況，當時即指出臺灣在亞洲清廉印象指數（Corruption Perceptions Index, CPI）排名前4名，一直以來都僅在日本、新加坡、香港之後，若英國法院認為我國不夠清廉，是否表示不承認清廉印象指數排名第4之後的國家司法判決；而貪腐新聞正表示我國反貪是有成效的，即使對象是法官檢察官，我們也一樣處理，我是以此回應英國法院的。但各位可以注意到，韓國清廉印象指數落後我國，但行賄指數卻是我國落後韓國，可見韓國近年來有意識地推動反制企業海外行賄，而我國企業海外行賄情況是相對嚴重的。

去年我應邀至韓國首爾大學演講時，一位韓國特偵組檢察官轉任的律師問我是否熟悉美國海外反貪腐法、有無考慮離開學界至業界工作等問題，我很訝異他為什麼這麼問，他表示目前韓國不論是檢察官或是律師界都極缺瞭解美國海外反貪腐法且能作戰

的實務工作者，因為韓國有很多跨國企業被美國聯邦檢察官盯上，認為違反海外反貪腐法。稍後我會介紹美國海外反貪腐法威力之強大，但該法也招致許多批評認為美國聯邦檢察官跟黑道沒兩樣，因為只要他盯上某國企業有海外行賄嫌疑，隨即展開調查，強烈要求該企業提出證據並與美國和解（Settle），若不解便予以起訴，一旦起訴判決將可使該企業瓦解，可見美國檢察官之強悍。也是美國公部門具有侵害人權疑慮，造成美國刑事訴訟法特別注重人權保障，此種文化背景環境之差異為我們在法制移植時特別應注意的。

因為各國加入經濟發展聯合的組織，開始注重海外反貪腐法的設置，例如美國因為1970年代水門案而於1977年制定FCPA、英國也於2010年制定UK Bribery Act，以及日本安倍政府因國內某大企業遭美國裁罰數億美金，於2014年展開海外反貪計畫。其實，我國貪污治罪條例第11條第3項也有明文規定處罰行賄「外國、大陸地區、香港或澳門之公務員」，因此，不論是否違背職務均已違反貪污治罪條例。然而，檢視現行實務判決或相關文獻卻很少處理這部分，是很可惜的。目前刑事法在世界上已經變成業界競爭的工具，我們的企業正面臨很大的風險，一方面是因為我國刑事法國際化不夠，另一方面則是我國企業對於海外經營的法律風險管控意識不足，所以臺商可說是暴露在高法律風險下而不自知。

參、FCPA簡介

以下是在美國證券管理委員會（Securities and Exchange Commission, SEC）網站上直接查閱的FCPA案例¹。第一個例子是著名美國企業雅芳（Avon），它是全球最大的化妝品直銷

¹ <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml>。

商，被SEC發現有異常後移送，由聯邦檢察官介入調查，此案雅芳最後付出1億3,500萬美元，以換取免訴或免罰。另外我們可以觀察到一個現象，中國跟臺灣有很多官二代在香港的金融機構任職，所以美國摩根大通及摩根史坦利這幾個銀行最近都被美國聯邦檢察官盯上，認為他們可能藉由聘僱中國或是亞洲各國的官二代，藉此取得在各國發展的利基，現在已經進入調查中。回到雅芳的例子，它是一個紐約州的公司，但是FCPA不只對本國公司，對於外國公司也能置喙，這對傳統刑法的屬地原則來說是一個挑戰，為何FCPA可以處理法國的Total S.A.、瑞士的Tyco International、德國的安聯（Allianz SE）、匈牙利的Magyar Telekom等跨國公司？有些公司有在美國公開發行，有些則否，這正是FCPA強大威力之所在：即使外國公司在美國以外的國家行賄，仍可能會落入FCPA的範疇。臺灣當然也有公司遭FCPA規範，2002年有間欣科公司（Syncor Taiwan, Inc.），現在更名為新吉美碩公司，行賄臺北榮總、高雄榮總、臺北市立忠孝醫院、成大醫院、國軍左營醫院等醫院主管多年，除我國當時依法偵辦外，另於2007年經美國檢方起訴後，以200萬美元認罪協商。由上述案例，各位可以瞭解FCPA的強大的威力，加以美國聯邦檢察官擁有廣大的裁量權，故若不夠獨立，FCPA就可能被用來作為打擊企業競爭對手的工具，尤其如果有吹哨者出面檢舉的話，是很容易可以找到企業海外行賄的事件。

FCPA於1977年制定後，期間經過1988年及1998年2次修法，每一次修法都不斷擴大管轄權，因此曾遭被告企業質疑違反罪刑法定原則。但是由於美國法的規範內容非常鉅細靡遺，FCPA規定原則不得給付不當利益，例外可以給付的費用則一一列舉，例如因應風土民情給付的加速費、快單費等是可以容許的，因此當obtain business的規定出現爭議，被告企業主張，減免關稅、營業稅含括在obtain business範疇時，美國聯邦法院從立法意旨、立法理由及修法取向觀察，採擴張解釋，認為關稅減免亦屬

FCPA所指交換利益的範圍。其立法相當細膩，且不斷擴張範圍，目前FCPA的管轄對象幾乎無所不包，其核心價值即在彰顯美國要取得主導地位，透過取得管轄權之方式，迫使進行協商，進而使各國遵循美國的規定。

肆、FCPA之規範內容

綜觀FCPA的規定可知，處罰賄賂行為最主要是因其意圖影響政府的公正性，規範的核心概念為「影響」，並將三種不當利益的給付對象及意圖影響的行為一一列舉。不當利益的給付對象，第一種是外國官員或職員，涵蓋的範圍廣泛，除了外國政府或其任何部門、機關外，公營事業、機構，或接受政府挹注成立的法人團體的任何人亦均包括在內，在此定義下，我國的財團法人資策會亦屬第一種外國官員。其處罰的目的在於企圖影響政府的公正性，影響決策或行為，以獲得商業上利益或契約；第二種是對外國政黨或政黨候選人行賄，也受FCPA管轄規制，因為等同於一種期約；第三種對象即白手套，雖非公部門或政黨，只是一般人，但因這些人明知錢的全部或部分將會被給予公職人員或政黨人員，故屬禁止範圍所列人員。另摘述FCPA部分條文，可知不同於我國對於職務行為有法定職務說、實質影響力說之爭議，FCPA已明確規範意圖影響之行為內涵：

- (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or
- (B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to

affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

其中obtaining or retaining business之認定曾引起爭論，希望影響決策或行為使獲得利益這一段，有企業認為應採狹義解釋，若因此獲得契約或利益時始受規制，僅是稅賦減免尚非所指。然而，美國聯邦法院認為，減稅使該企業立於不當競爭地位，利於維持業務。

FCPA的管轄主體有三，第一種是在美國公開發行上市上櫃的公司、最大股東是美國公司，或在美國證券交易所上市，或有合併信託關係，只要公司有上開關係都該當第一種；第二種是國內事業單位（domestic concerns），如律師公會等非法人團體，或是非美國公司但主要廠址設在美國者，如墨西哥的石油公司，即使未在美國公開發行，但該公司主要工廠設在德州，也會受到FCPA效力所及²；第三種是部分賄賂行為在美國國土境內，而該行為對於行賄行為是有幫助的，縱使不在美國，公司跟美國也沒有關係，亦受FCPA效力所及；第三種是前2種以外之任何人³，範圍非常廣泛，舉例說明如印尼的廠商欲在中國進行投資，就賄賂了中國的政府官員，而該中國官員的戶頭是花旗銀行戶頭並開在美國，於是印尼企業將錢匯入該美國花旗戶頭，且中間來往的信件透過Gmail聯繫，而Gmail的伺服器在美國，如此該印尼企業即受FCPA拘束。相信大家都不知道使用Gmail會受到FCPA管轄

² 美國法處罰法人犯罪，有許多法人犯罪的理論，故管轄主體不限公司，不同於我國法根植於大陸法體系而不討論法人犯罪，在FCPA規範下，自然人或法人均為處罰客體。

³ 此處所指的「人」，指自然人、公司、合夥公司、聯合企業組織、股份公司、商業信託、非法人組織或個人獨資企業。

效力所及！最近就有兩個案子與此有關，開戶在美國，使用 Gmail，最後行賄成功，被美國聯邦檢察官盯上，因為使用美國的銀行與伺服器，滿足了屬地主義的條件，即產生管轄權。

針對不當利益的除外條款（Exception for routine governmental action）亦明文規範，在不違背職務的前提下，加速處理的快單費屬於例外狀況。另列舉以下二種 Affirmative defenses（美國法的內容包含阻卻違法事由、阻卻責任事由，暫譯為阻卻違法事由）事項是不罰的，第一種是根據該國法規明文規定可以支付、致贈、提供或允諾，須注意不包括潛規則，必須有明文規定；第二種是該給付為合理且正當的支出（reasonable and bona fide expenditure），如國際學者訪問所需的旅費、住宿費、交通費等。正因FCPA清楚地規範阻卻違法事由，前述關稅減免案，美國聯邦法院才會認為未明文於豁免條款者，其立法意旨即應予處罰，故將減免關稅列為不當利益。

伍、FCPA執行面上的問題

FCPA是聯合國反貪腐公約生效前，全球第一個反制企業海外行賄的重要法律，聯合國反貪腐公約納入企業海外行賄的規定與FCPA不無關聯，但因FCPA管轄範圍過大，近來大肆進行有關FCPA的執法活動，造成美國聯邦檢察官的形象變差，且使刑法 Fair Warning⁴的重要原則受到挑戰，企業不曉得何時會落入FCPA規範，刑法失去一般預防與特別預防的功能。這正是FCPA執行上最為人詬病之處，但也反映了美國聯邦檢察權之強大，只要符合內部的指導規範，聯邦檢察官就可以任意地跟企業談協商

⁴ 公平的警告是指，要求刑事法的規定必須有足夠的精確度，使一個合理的人知道什麼行為是禁止的，而可以預測什麼行為落在法規的範圍內。

條件，利用non-prosecution agreement，類似我國的緩起訴處分，設定一定的要件，達到一定的要件就不起訴，例如西門子案的協商內容，即要求西門子公司在未來3年去各個反貪會議現身說法、資助反貪會議；或可要求撤換所有的審計委員會委員（因為海外行賄即表示公司財報明顯有問題），或是要求撤換會計師⁵；以及Deferred prosecution agreement，則類似我國的撤回起訴，亦即已經起訴，但可以協商條件，被告履行條件即撤回該起訴⁶，這兩個機制是檢察官重大的武器，使FCPA產生高成效。

另外，美國很多法案均有保障吹哨者，吹哨者的寬恕政策也是美國聯邦檢察官的一大利器，尤其企業海外行賄遠在國外難以發掘，必須靠內部人員的檢舉來擴大辦案範圍及於外國，但是，若被企業善用的話，甚可用以打擊其他對手企業，因為第一個吹哨者可以完全免責，著名的例子就是三星利用這個方式打擊我國面板業在全世界的銷量，這是特別要注意的問題，尤其我國企業海外風險意識薄弱，我認為必須提升並強化我國企業遵循法令機制的意識，例如告訴企業「清廉」商業行為的重要性，不單是道德誠信與企業形象的影響，更重要的是有前述立即且現實的風險，當雅芳、安聯、強生等規模龐大的企業尚且不能對抗FCPA，我國企業更不可能承受FCPA的裁罰。臺商在世界各地奮鬥是非常辛苦的，但很多時候誤觸法網而不自知，因此，我認為我國政府努力的方向是，由過去著重公部門收賄行為，慢慢的可以把焦點轉向企業，告訴企業不要做提供犯罪誘因的行為，不要去送錢行賄，不僅是爲了企業好，更是爲了海外的形象與風險意識的控制，我國貪污治罪條例雖有類似條文，不過由於檢察權行

⁵ 此種檢察官介入大企業管理階層的現象，使很多人認為美國現在是檢察官在進行公司治理。

⁶ 美國採當事人進行原則，聯邦檢察官可以暫停起訴的方式，俟被告履行條件後再撤告。

使跟美國差異甚大，所以成效不如FCPA，但不代表可以停止教育企業！尤其在美國觸角已經伸進世界各國企業的全球化時代，廣邀企業，使其理解相關法律風險管控的重要性，對我國而言，是一個值得重視議題。

陸、問題與討論

蔡秋明檢察官提問

我想補充一個觀念。剛剛談到FCPA裡面的affirmative defense，林志潔教授把它翻譯成「阻卻違法事由」或「阻卻責任事由」。其實這個概念在證據法上還有其重要意義。我們通常把它翻譯成「積極抗辯」：被告當然有提出任何抗辯，但是這種抗辯因為不是單純的否認犯罪，所以這個時候對於你的抗辯必須負擔提出證據責任（burden of presenting evidence）以實其說。也就是說，被告對其提出的積極抗辯，是負有一定程度舉證責任的，只是不須舉證到說服責任（burden of persuasion）的程度。如果被告無法就其積極辯抗提出相當的證據，則這個抗辯即不具任何證據價值，甚至會被認定沒有證據能力。

林志潔教授回應

確實如此，最簡單可以看到的例子就是這幾年可以看到的內線交易抗辯，業界一直抗議立法要有預先計畫抗辯這類的Affirmative defense（積極性抗辯），例如雖然這次的買賣是因為得知內線消息，但我本來就固定3個月賣一次股票，所以藉此抗辯不能認定是內線交易。但是我們理解：美國的Affirmative defense並非被告可完全不必負擔任何舉證責任。在美國的刑事舉證責任負擔上，是由檢察官對構成要件負擔提出舉證責任和說服責任，但如果被告要主張自己有阻卻違法事由或是阻卻責任事

由，仍要負擔一定的舉證責任，而非空口無憑。

一般而言，在美國法下，被告對於affirmative defense必須負擔「提出證據責任」和「說服責任」，說服責任需到達「過半心證程度」（preponderance of the evidence），之後舉證責任轉到檢方身上，由檢察官對「否定此積極抗辯」一事，必須盡說服責任達到「無合理懷疑」（beyond a reasonable doubt）的程度。這些比較細緻的討論，在我國比較法移植上較被忽略，是有點可惜的地方。

專題演講

我國現階段落實反貪腐公約 當中預防性措施的成效與挑戰

余致力*

壹、我國廉政機關之設計與建議

今天將以宏觀之角度，介紹聯合國反貪腐公約第二章規定之內容與精神，省思目前我國現階段預防措施施行的成效。預防應先於執法及定罪，因此，預防為廉政工作之上游工作，前階段行為如完善妥適，後續之肅貪工作則較能簡易迅速完成。在預防措施的相關規範，共有10條的規定。法務部於2009年即有委託學者研究我國反貪腐法制與聯合國反貪腐公約之規範相比是否周延，抑或執行層面上有確實落實。而在2011年，我國廉政工作上有一個巨大的改變，即成立設置廉政署。在聯合國反貪腐公約第6條即規定，應設置一個預防性之反貪腐機關，並且須具備充分之物資、人員及培訓，以確實執行預防性工作。我國預防性措施之工作，即屬廉政署專門負責。此外，我國目前法制架構下，廉政工作除了廉政署職掌外，後續亦有檢調機關會進行調查偵辦，為一複式機關之設計，有非常多的學者、專家倡議應僅設置單一專責機關即可，惟單一專責機關之設計並非必定能有效確實進行肅貪工作。在亞洲，有複式機關設計之國家，亦有單一機關設計之國

* 世新大學行政管理學系專任教授、台灣透明組織顧問團召集人。

家，無論是複式機關或單一機關，於全球清廉評價的排名上，皆有在前段班的國家也有在後段班的國家。我國在全球清廉評價的排名，於複式機關設計的國家中，屬於領頭羊的國家，期許未來我國廉政組織設計及執行成效能夠成為各國之典範及標竿。

而欲成為良好的廉政體系，須有足夠之資源，在本人2013年的研究中（廉政權責機關整體運作成效與精進策略之研究），即有三個對於我國廉政組織體系的建議。一為須有足夠的人員配置，目前臺灣機關員額已接近規範所定之上限，欲擴充人員實屬不易，僅能透過調整職務，減少非必要業務等方式來加以解決。二為廉政署薪俸加給之檢討與改革，在廉政署從事肅貪工作的人員有廉政加給、司法加給，另一部分的人員則無。因為從事肅貪的人員其工作性本身有一定程度之危險性，工作較為辛苦，但也難免給一般人有「重肅貪輕預防」的觀感。未來應該能在薪資上激勵從事預防工作的人員，以吸引好的人才從事預防工作。三為調查與廉政人員應參與培訓及研習，並且透過培訓及研習的活動，使調查人員與廉政人員培養感情、默契，希冀將來互相能夠有好的合作。然而，目前更重要的是，應增加我國對於培訓廉政人員預防貪腐能力的師資及課程，不管在學術或在課程的質與量上都應再有所提升。

貳、我國廉政預防性措施於聯合國反貪腐公約之實踐及建議

聯合國反貪腐公約第5條第1項規定是關於政策，第2項是應如何為之，第3項是如何確保成效，第4項則是盡可能參與國際計畫。首先，應強化政策、法規之研擬、修改。我國新設置廉政機關為廉政「署」，署不同於局，署有政策規劃之職掌，因此，廉政署應作政策之規劃，並且政策規劃應先於法規，研擬之政策不應過度受限於現行法規。其次，預防貪腐之作法，本文建議應建

立與強化跨機關平台。廉政工作不一定僅須由政府爲之，全民皆可參與，廉政署、調查局及檢察機關亦應互相參與配合，扮演預防之角色，像是重大建設案件，即由廉政署舉辦一個平台會議，使各機關共同參與。再者，在定期評估及確保成效方面，可著力於廉政署研究能力之強化，爲了能透過社會科學研究方法檢驗廉政政策之成效，應結合其他學界，建立促使其他學界研究廉政的機制，至於委外研究部分，亦應有能力確保其品質。最後，關於國際接軌部分，無論是出國開會、接待外國人員到臺灣參訪的交流或是與其他國家共同辦理國際研討會等方式，在廉政署成立後已有相當多的建樹，但仍有再努力之空間。國際透明組織目前有一些方案，亦係希望我國能共同參與，例如，目前國際透明組織所推動之針對亞太地區國家廉政機關之評鑑，期待能透過這個計畫幫各國作廉政機關之體檢或強化之建議。我國若能參與，必能提升我國與國際接軌方面之成效。

聯合國反貪腐公約第7、8、9、10條規定，則是對於公部門的全面性規範。首先，第7條係公務人員之進、用、考、訓、退各種建制，必須使其具有貪腐預防之風險意識，此外，還包括公職人員候選資格、當選標準、競選經費籌措及政黨經費籌措之透明度，與防止利益衝突等之規範。而第8條規定，係公職人員之行爲守則，其標準、國際行爲準則、檢舉或告發、利益衝突處置，以及處分或其他措施等規範。第9條規定則係政府採購與政府財政管理，包含像是政府採購透明度、競爭與客觀標準、財政管理之透明及評鑑。第10條規定係關於政府報告及透明度，強調透明度的範圍，即結構運作與決策程序，並且有簡化程序的規範。本文對於此4條公部門全面性規範有兩個建議，一爲推動廉政評鑑機制與行政診斷。這個工作並非僅由廉政體系機關即能完成，有賴全國所有機關配合評鑑與診斷。廉政署從2012年起，即有從事廉政民意調查與試點評鑑方案，對於診斷廉政現象有很好的基礎。期許能建立完善的廉政評鑑方案，及全面的行政診斷，

以對於預防貪腐有更好的幫助。二為推動全面的流程再造。所謂廉政係反貪、防貪及肅貪，而關於防貪，最重要者在於流程再造，亦即觀察流程中，發現有風險危機之處，即應再行調整。我國因有政風人員配置在全國各機關，因此，可加強此部分之預防工作，政風人員應幫助各政府機關思考流程之疏漏。此外，肅貪之工作仍然非常重要，由於前段防貪工作做得再好、再完善，仍無法避免貪腐之發生，有漏洞時就應靠肅貪彌補，並且，肅貪亦有預防之功能，可以有殺一儆百之效。而肅貪後，必定要從事再防貪之工作，必須詳加檢討該貪污弊案之緣由，提出防止該類型弊案反覆發生之解決方法，避免國家及人民遭受二次傷害。

從多年研究廉政之經驗可以發現，廉、能及信任三者之間，有非常弔詭之競合消長關係。政府施政之效能與民眾對政府之信任有關，舉例而言，一個國家之政府倘能帶動國家之經濟發展，必能得到多數民眾之信任。廉與信任亦息息相關，一個國家之政府如果非常廉潔，將得到多數民眾之信任。然而，廉，包含預防措施及執法定罪兩個部分，即涵括反貪、防貪及肅貪工作，而在政府肅貪完後，究竟人民對於政府之信任係有加分效果或減分效果？則帶給人民複雜、兩難的情緒。人民可能會給廉政機關肯定，但對政府整體廉政狀況反而更無信心。特別是一些貪腐案件，在偵查階段即因媒體報導渲染，形成未審先判，甚至未訴先判之情事，在無法確定是否為弊案前，即造成人民對於政府之不信任。因此，廉政工作者在偵查階段對新聞發布應更審慎作自我約束。另方面，應注意的是，流程再造，並非必為加強管制，有時應進行流程之合理鬆綁，換言之，應建立一個符合比例原則之預防措施，不宜讓流程過度防弊，反而造成機關業務之執行綁手綁腳，無法發揮。曾有機關之政務首長即戲稱，機關內之人事、會計、政風單位為「人快瘋」，認為此三個單位之管制要求造成機關業務無法有效執行。

聯合國反貪腐公約第11條規定，係特別針對審判及檢察機

關，加強廉政與防腐，因司法乃係最後且重要之防線。貪腐的公式為獨占、有裁量、沒有透明度及沒有課責，具備這四者即容易滋生腐敗。法官之職業內容即為有獨占、有裁量與些許之課責，惟司法機關是否必存在嚴重之貪腐？則非必然。實際上，政府多數之業務很難不獨占或不賦予其裁量權，因此，應著重在減少政府過度獨占及過度裁量、增加透明程度及課責強度，透過這些措施之設計加強反貪腐之預防。

聯合國反貪腐公約第12條規定，係關於私部門的反貪腐規範，藉由加強民事、刑事及行政責任，列舉措施及禁止行為。我國在私部門的防貪、肅貪與廉政工作是最需要加強的部分，因為我國起步晚，貪污治罪條例亦非適用於企業。法務部歷年民意調查之研究報告中，其中有一項係關於廉政之不當行為，而不當行為約有四種樣態，一為收受紅包、二為關說、三為賄選、四為企業利用金錢之方式影響政府之政策。調查結果可以發現，民眾對於第四種金權掛勾之不當行為態樣最為不滿，企業財團與政府間之勾結，在臺灣民主轉型後，反而是人民最無法接受的貪腐不當行為。金權掛勾在國外亦屢見不鮮，乃是目前全球化之問題，應正視之。廉政署正持續推動商業廉潔與企業誠信等相關預防方案，調查局亦特別成立企業肅貪單位，廉政署與調查局未來亦應互相對於預防與肅貪有更多之合作與交流。

聯合國反貪腐公約第13條為社會參與，鼓勵國家人民多參與反貪腐工作，發現弊案應即檢舉，且對於匿名檢舉之案件應加以處理，不得置之不理。法務部近年也放寬揭弊標準，以鼓勵人民揭弊。而關於鼓勵人民參與反貪腐工作，在台灣透明組織多年推動廉政工作的內容當中，閩小妹之廉政教育動畫，係最滿意的項目之一，由法務部、廉政署、臺南地檢署、更生保護會、冉色斯創意影像有限公司、世新大學共同製作動畫，跨域共同合作而成，目前有些小學已經運用於課程中，並開發教案。未來應持續進行，加強及深耕人民廉政教育與觀念。

聯合國反貪腐公約第14條規定，係預防洗錢措施。早先銀行秉持顧客至上及保密責任，使犯罪所得之黑錢能安然無恙於世界流動。本文由此有兩個啟發，一為維護國家安全及社會正義，企業顧客至上或自由主義之個人隱私概念，不應無限上綱，須有適當之節制與管制。二為大家共同努力即能改變以往陋習，期望大家能共同投入廉政工作。

參、結 論

最後，對於預防性措施所面臨的挑戰，乃係目前各界之觀念及制度設計常為「重治療輕預防」，大家常對廉政工作首先思考到的項目為肅貪，而疏忽前階段預防工作之重要性，想到廉政即聯想到肅貪。然而，我們應改變重治療輕預防、重肅貪輕防貪之心態，不僅所有政府機關，也包含所有社會大眾，應建立起「預防重於治療」之觀念。而從事預防工作的人員，應具備創意，思考如何改變以往機關流程、公務人員行為可能發生弊端之處，加以進行改革，人民亦應給予默默無聞之預防貪腐工作人員高度評價，鼓勵預防工作人員規劃出更完善、妥適之貪腐預防政策。

Keynote

**The Civil Law and the Recovery of the
Proceeds of Corruption and
Serious Crime**

With particular reference to the Republic of China

Professor Barry Rider OBE

LL.B. (Hons) (Lond); M.A. (Cantab); PhD (Lond); PhD (Cantab);
LL.D (Penn State); LL.D. (UFS); FBISL, Hon FSALS, FRSA, FIPI,
Barrister at law (England and Wales)

**Professorial Fellow
Centre of Development Studies
University of Cambridge**

and

Master of the Bench of the Inner Temple

The traditional criminal justice system in the vast majority of jurisdictions has not succeeded in effectively and efficiently depriving criminals of the benefits of their ill-gotten assets.

Nor has the traditional criminal justice system proved effective in combating serious economic crime and in particular fraud corruption.

“The public no longer believes that the ... system is capable of bringing the perpetrators of serious fraud expeditiously and effectively to book ... the overwhelming evidence indicates that the public are right” Lord Justice Roskill, Fraud Trial Committee (UK) 1986).

There are many reasons for this:

- Nature of economic crime and attitudes to it
- Crime of the powerful (access crimes)
- Complexity and sophistication
- Problems of securing and rendering admissible evidence
- International dimension
- Lack of resources
- Trial process
- Disproportionate benefits
- Corruption

The practical issues in tracing tainted property:

“In the course of this appeal some reference was made to the fact that assets, like the Cheshire Cat, may disappear unexpectedly. It is also to be remembered that modern technology and the ingenuity of its beneficiaries may enable assets to depart at a speed which can make any feline powers of evanescence appear to be sluggish by comparison” Derby & Co v. Wheldon (Nos 3 and 4) (1989) 2 WLR 412 at 436.

The courts must prevent *“the proceeds (or corruption) being whisked away to some Shangri-la which hides bribes and other corrupt moneys in numbered bank accounts.”* Lord Templeman in AG for Hong Kong v. Reid (1994) 1 All ER 1.

Why do we wish to deprive criminals of their ill-gotten gains?

Our objectives will dictate how we go about it and influence the resources that we commit, and impact upon our expectations and measures of success (particularly important in terms of political and media credibility).

1. Criminals should not benefit from their wrongdoing
2. We should inhibit the reinvestment of criminal property back into the criminal pipeline (especially in regard to enterprise/organised crime)

“The profits made by those committing fraud and related economic crimes may be used to finance illicit trafficking or other forms of organised crime” Deputy IPG (Sri Lanka) T. Goonatilleke, ICPO-Interpol General Assembly, Frankfurt 1972

3. We should inhibit the penetration (and possible subversion/corruption) of non-criminal businesses with the proceeds of crime (or should we focus on transparency or facilitate legitimization?)
4. Disrupt the flow of funds within structures/organisations in the hope of creating liquidity (and therefore trust related) issues
5. Facilitate recovery/restitution/compensation in regard to victims (or at least those who have a ‘better’ more just (sic unjust enrichment) claim (in economic terms)
6. Promote and facilitate the collection of revenue.

The United Nations Convention against Corruption

In the Preamble the significance of fighting corruption is emphasised in the context of stability, security and sustainable development. Its relationship with organised crime, economic crime and in particular money laundering is also emphasised.

The asset recovery mandate:

Article 1 *“the purposes of this Convention are ... (b) to promote, facilitate and support international cooperation and technical assistance in the prevention of and fight against corruption, including in asset recovery...”*

Article 51 *“the return of assets pursuant to (Chapter V) is a fundamental principle of this Convention, and State Parties shall afford one another the widest measure of cooperation and assistance in this regard.”*

But, in the context of the general law, what do we mean when we talk about – criminal property let alone dirty money?

- The instrumentalities of the crime
- Merely the profits of crime (may be constitutional issues?)
- All wealth involved in the criminal act
- All wealth involved in the criminal enterprise
- All wealth (and power) in the hands of criminals (subversives?)
- Those who have been unjustly enriched

Article 20 UNCAC provides *“subject to its constitution...each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, illicit enrichment, that is a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income.”*

- Indirect and associated wealth (how far can you trace and how far is it reasonable (proportionate) to cast the net - for example article 52 UNCAC in regard to PEPs?)
- Wealth that has become tainted by the method of its transmission – such as in violation of exchange controls or other fiscal constraints (relative issues)

- Wealth that has not been properly declared or taxed (relative issues)
- Wealth that has been stigmatized for some reason (usually political) – such as sanctions or indigenization (nationalisation).

How do we stigmatize property to render it accountable in our legal systems?

- The source of funds (proceeds of crime)
- The character of funds (tax evasion, contraband, prohibited commodities)
- The purpose for which funds are given, held or transferred (terrorism)
- Funds associated with crime such as those involved in facilitation or execution
- Those presumed to be objectionable (unaccounted for wealth in the hands of a public servant or possessed by those with a criminal life style).

There are many ways in which a criminal may be deprived of the benefits of his criminal activity and **it is important to look wider than specific proceeds of crime laws.**

For example, the benefits of criminal activity may be reduced by:

- Criminal, administrative and regulatory fines and financial penalties
- Disgorgement orders (absolute or conditional – possibly associated with Deferred Prosecution Agreements)
- Bankruptcy/insolvency proceedings
- Tax
- Legal and other costs
- Recognition and enforcement of orders (civil and criminal) from other jurisdictions
- Victim compensation orders (and regulatory third party proceedings).

And facilitating civil claims

- Liability to victims (Article 35 UNCAC)
- Unenforceability and rescission of contracts (Article 34 UNCAC)
- Liability for restitution (unjust enrichment – see Article 20 UNCAC)
- Liability to principals/employers etc
- Public civil claims – such as under the US False Claims Statute.

However, those with such claims must have the incentive to bring such claims.

There are possible disadvantages:

- Adverse publicity and reputation damage (possibly also to management)
- Exposure to other claims and complaints (particularly for those in control)
- Time, trouble and costs
- Is it worth it?

The importance of international mutual assistance

While emphasising the importance of substantive domestic proceeds of crime law allowing the freezing and confiscation of criminal property related to corruption and facilitating international mutual legal assistance in the recovery of assets – **the UN Convention against Corruption - has many provisions facilitating liability and recovery under the civil (i.e. non-criminal) law.**

In particular **Article 53**

Each State Party shall ...

(a) take such measures as may be necessary to permit another State Party to initiate civil action in its courts to establish title or ownership of property acquired through the commission of an offence established in accordance with this Convention

(b) take such measures as may be necessary to permit it's courts to order those who have committed (such) offences to pay compensation or damages to another State Party...

(c) take such measures as may be necessary to permit it's courts or competent authorities, when having to decide on confiscation, to recognise another State Party's claim (as above)..."

The general Civil Law (common law)

Before the enactment of specific provisions for the tracing and recovery of misappropriated assets and the proceeds of fraud and corruption reliance was placed in England on the remedies available in the common law.

The civil law is primarily concerned with providing:

- Compensation for loss (*normally the law of tort*)
- Restitution of property on the basis of ownership and or unjust enrichment (*normally the law of trusts (equity)*)

For there to be a remedy there must be:

- A recognised cause of action
- Standing to bring the action (usually but not always the 'victim')
- Jurisdiction.

Note the particular issues where companies are involved. A company is a separate legal entity and its affairs are in the hands of the board of directors. There are only limited circumstances where a minority of shareholders can bring an action derived from the company's right of action (ie a derivative action).

There are a number of other issues, but perhaps the most serious in utilising the civil law in taking the profit out of crime are:

- Obtaining evidence (investigation, discovery and securing of evidence)
- Finding a viable cause of action (in an appropriate jurisdiction)
- Involving a suitable and adequate tribunal (with jurisdiction)

- Identification of a viable litigant with *locus standi*
- Identification of a viable defendant (with accessible wealth)
- Ability of tracing and freezing orders
- Costs of initiating and sustaining the action
- Enforceability of judgments.

Factors that may be of relevance and assistance to initiating a viable civil action:

- Ability to access to previous and or continuing investigations (criminal and otherwise)
- Ability to access to official and third party assistance – regulators, liquidators, parallel claims, amicus curiae, ‘bounty hunters’ etc
- Availability (when relevant) of derivative/class and or representative actions
- Contingent fee arrangements
- Access to financial and other support (including technical – STAR Programme etc)
- Costs (in terms of security) for freezing and other interventions
- Adequate case management particularly where parallel proceedings.

Will we see increased use of professional ‘bounty hunters’ who acquire claims or who share in recovery?

And to what extent will governments and international organisations assist and participate in this?

ALSO is there a problem with using the private law (ie civil law) in relation to a public law wrong?

In considering the efficacy of the civil law within the common law tradition lets take the example of bribery.

In practice limited scope for actions in damages against either the

person receiving or paying the bribe.

Where the person receiving a bribe is in a fiduciary position (and this includes for examples government officials and members of the military) they will be accountable for ‘**secret profits**’

(Hastings) Ltd v. Gulliver (1967) 2 AC 134 Lord Russell of Killowen

“The rule of equity which insists on those, who by use of a fiduciary position make a profit, being liable to account for that profit, in no way depends on fraud, or absence of bona fides ...or whether the plaintiff has in fact been damaged or benefited by his actions. The liability arises from the mere fact of a profit having ...been made. The profiteer, however honest and well intentioned, cannot escape the risk of being called to account.”

In such cases the fiduciary is personally accountable for the unauthorised benefit that he has received (with interest).

Tracing

As this is a personal liability in English law the tracing remedy (allowing you to follow the illicit profit into other property) and impose a constructive trust on the resultant property was unavailable (**Lister v. Stubbs** (1890) Ch D 1).

The imposition of a **constructive trust** (predicated on a proprietary nexus) has a number of practical advantages over a mere personal liability to account, particularly in regard to third parties (insolvency) and where there has been an increase in the value of the property in question.

The case law has in some respects been confused as judges have been influenced by the presence or absence of dishonesty (even though dishonesty is not a constituent of liability) and the viability of a remedy (particularly where companies are involved).

This has been compounded by the under-developed state of the law in regard to certain aspects of property – such as maturing business opportunities which are diverted and the misuse of information (see for example, **Boardman v. Phipps** (1967) 2 AC 46).

Who is a fiduciary in English law?

Millet LJ in Bristol and West Building Society v Mothew (1998) Ch 1

*“The distinguishing obligation of a fiduciary is the **obligation of loyalty**. The principal is entitled to the single-minded loyalty of his fiduciary. This core liability has several facets. A fiduciary must act in good faith; he must not make a profit out of his trust; he must not place himself in a position where his duty and his interest may conflict; he may not act for his own benefit or the benefit of a third person without the informed consent of his principal. This is not intended to be an exhaustive list, but it is sufficient to indicate the nature of fiduciary obligations. They are the defining characteristics of the fiduciary. As Dr. Finn pointed out in his classic work *Fiduciary Obligations* (1977), p. 2, he is not subject to fiduciary obligations because he is a fiduciary; it is because he is subject to them that he is a fiduciary.”*

A robust approach by the Privy Council

(*contra* **Lister v Stubbs** (1890) Ch D 1) -

In **AG of Hong Kong v. Reid** (1994) 1 All ER 1 Lord Templeman stated “bribery is an evil practice which threatens the foundations of any civilised society ...a fiduciary (in this case a prosecutor) acting dishonestly and criminally who accepts a bribe and thereby causes loss and damage to his principal must also be a constructive trustee and must not be allowed by any means to make a profit from his wrongdoing...”

Therefore the Privy Council held that a constructive trust may be imposed on the proceeds of a bribe and on derivative property.

Furthermore the law to be applied was where the money came to rest, or the property was found. So **it is not necessary for the country where the bribery took place to have a law of trusts - Sumitomo Bank Ltd v. Kartika Ratna Thahir (1993) 1 SLR 735** (where the money was transferred to Singapore from Indonesia – a Roman Dutch jurisdiction!).

The door was therefore opened to the use of tracing and the imposition of constructive trusts in cases of bribery (and other cases of secret profits).

Of particular significance to jurisdictions such as the Republic of China.

The reach of equity

Furthermore, those who with knowledge and dishonesty (reckless indifference) participate in, or facilitate the ‘**laundering**’ of the proceeds of a fraud or breach of fiduciary duty could be held personally liable (to make financial restitution) as if they were constructive trustees – **Agip(Africa) Ltd v. Jackson (1992) 2 All ER 451.**

The test is whether they have made the inquiries that an honest and reasonable man would have made.

Where there is a failure, wilfully and recklessly, to pursue inquiries which not only a honest and reasonable man would have made, but which in fact they had made there will also be liability (for receipt of trust property or dishonest assistance) - **Armstrong DLW GmbH v. Winnington Networks Ltd** (2012) 3 All ER 425.

Where it is possible to trace the proceeds of a breach of fiduciary duty into the hands of a person, that person not being a *bona fide* purchaser for value without notice (of the misconduct – or fact that would suggest such – **Selangor United Rubber Estates Ltd v. Craddock (No 3)** (1968) 1 WLR 1555) then that person may take the

property (money) as a trustee (constructive or resulting) See **Nanus Asia Co Inc v. Standard Chartered Bank** (1990) 1 HKLR 396.

What are the duties of a putative constructive trustee or a person who might be considered to have given dishonest assistance in the breach of another's trust?

See in particular **Finers v. Miro** (1991) 1 WLR 35 – where you have a strong suspicion of fraud or misconduct in regard to property under your control (influence) then there is a responsibility to take reasonable steps to discover who may have a proper claim to it and inform them accordingly.

Serious implications for banks (and other intermediaries) who in the ordinary course of their business come into possession (control) of suspect funds – the horns of dilemma! **Governor and Company of the Bank of Scotland v. A Ltd** (2001) 3 All ER 58 and also problems of interface with the criminal law (especially the ‘tipping off’ offence).

The reaction of the Commercial Lawyers – concerned with protecting the rights of innocent third parties

HOWEVER, controversially Lord Neuberger MR sitting in the Court of Appeal in **Sinclair Investments (UK) Ltd v. Versailles Trade and Finance Ltd** (2011) 3 WLR 1153 considered that this robust (ends justifies the means approach!) was wrong in law and that **Lister v. Stubbs** was correct after all in English Law!

The Court of Appeal was particularly concerned about the plight of innocent creditors if a constructive trust was found to exist over assets in an insolvency. The Court also thought it was bound to follow precedent over an opinion of the Privy Council!

This had serious implications for asset recovery!

This interpretation of the law significantly reduced the circumstances where the tracing remedy is available and in which the courts can impose liability as a constructive trustee (**in English Law**).

Following the **Sinclair** decision there had to be a misuse (diversion or misappropriation) of property – **BUT what is property in this context?**

This uncertainty in the law (and its application) has been compounded by the under-developed state of the law in regard to certain aspects of property – such as **maturing business opportunities** which are diverted and the **misuse of information** (see for example, **Boardman v. Phipps** (1967) 2 AC 46.

However, many consider these arguments were over theoretical and according to **Sinclair** in cases of bribery or the taking of a mere secret profit where the person taking the bribe or receiving the profit is in a relationship with the principal akin simply to that of a debtor **there being no proprietary nexus – the courts will not be able to impose a constructive trust.**

However – within months:

FHR European Ventures LLP v. Cedar Capital Partners LLC (2014) UKSC 45, Lord Neuberger now as President of the Supreme Court has taken the law back (more or less) to the **Reid decision**.

The potential for ‘bounty hunting’

- Assignment (or purchase) of claims
- Creation of new causes of action
- No win no fee arrangements
- Role of insurers
- External assistance (governmental or elsewhere)
- Parallel with other enforcement (criminal and or regulatory)
- Empowers jurisdictions that cannot (for whatever reason) take full advantage of international legal co-operation and mutual legal assistance.

The failure of the traditional criminal law: should we think a new?

Are we any good to interdicting criminal property - with the tools that we have and within the rule of law?

The ordinary criminal law in most systems is reasonably effective in taking control over:

- The instruments of crime
- The immediate proceeds (in possession) of crime

It is less effective once there has been an opportunity for laundering:

- In the first decade of proceeds of crime law in the UK the authorities were able to confiscate £ 37.2 million of drugs related criminal property and £ 4.5 million of criminal property for all non-drugs related crime. The UK National Audit Office (NAO) in its report on confiscation (December 2013) estimated that the UK authorities confiscated less than 26 pence in every £ 100 of criminal property.
- The civil asset recovery regime was and is still criticised in the UK for not meeting expectations (although *in rem* proceedings in the USA are relatively successful)
- While today seizures (freezing) is significant, actual confiscations remain less than many would like.

“An estimated US \$ 20 to US \$ 40 billion (*Oxfam puts it at US \$ 90 billion*) is lost to developing countries each year through corruption ...The Stolen Asset Recovery Initiative (STAR) estimates that only US \$ 5 billion of stolen assets has been repatriated over the past 15 years...” **Barriers to Asset Recovery** 2011, World Bank.

Asset recovery in regard ‘criminal property’ in Europe has been described as ‘*pathetic*’ ‘*ineffectual*’ ‘*scraping the top of an iceberg*’ ‘*lacking credibility*’ ‘*deficient in any cost benefit analysis*’ ‘*yet to be*

proven’ and amounting to less than 0.0001 per cent of what could be confiscated!

And what are the costs of the criminal law approach?

Have we consciously turned our bankers, intermediaries and their professional advisers into the front line against organised crime and terrorists?

Or is this the price that responsible and remunerated citizens should pay for the privilege of minding other people’s wealth?

Are they as the US Securities and Exchange Commission said of reporting accountants in 1963 our ‘**reluctant policemen?**’

It is argued that the (unintended?) consequence of placing those who mind other people’s wealth in the front line in obtaining information which can be processed into intelligence is to re-locate legal (regulatory and reputational) risk.

Have we given adequate thought to this?

Recent cases (particularly in the USA and UK) imposing regulatory and criminal penalties on financial institutions for failing to have (with the benefit of hindsight) sufficiently adequate reporting and recording procedures have severely damaged their standing and arguably **the reputation of certain international financial centres.**

Many of these cases have not involved the proceeds of crime as such but the efficacy of economic sanctions

Is it appropriate (or sensible) to regard the leading financial institutions, in this context, as money launders and worse?

Have we not confused what we are seeking to achieve?

Given the direct and indirect costs (and risks) created by the anti-money laundering regime in many countries some have questioned whether the **intelligence** that is (or could) be developed is cost effective?

It is also questioned whether the information in most jurisdictions

can be developed into useable intelligence given the constraints of resources and law? A real issue for developing countries – is it all worth it (for them)?

Is there adequate **sharing of intelligence** (particularly relating to strategic issues and revenue related activity)? And who has access to it?

Financial intelligence (such as that developed in regard to PEPs) might well have political implications far beyond the traditional criminal justice system.

Furthermore, the mechanisms and procedures involved in ‘reinforcing’ AML do not work as well in every jurisdiction – **one size does not fit all!**

There is little opportunity in any legal system to test the cost benefit!

The more so, because in many jurisdictions the emphasis in fighting crime has moved from the traditional (and constitutional) approach of investigation to prosecution in the reasonable expectation of conviction, to **intervention** or rather **disruption** of criminal activity.

This impacts on issues of transparency, accountability and proportionality and the rule of law!

It is also arguable that the proceeds of crime laws and anti-money laundering laws are not ideally suited for dealing with **terrorist related funds** (and especially those who have been re-habilitated!).

The US PATRIOT Act had been designed in large measure to address organised crime which is more likely to operate as a ‘continuing criminal enterprise’ than for example a terrorist organisation that depends to a greater or lesser extent on ‘clean money’ coming in through donations (culpable or otherwise).

Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the US (2004)

Chapter 12 – “*The general public sees attacks on terrorist finance*”

as a way to 'starve the terrorists of money.' So, initially, did the US government ...These actions (i.e. legal measures) appeared to have little effect ...These early missteps made other countries unwilling to freeze assets ...merely on the basis of a US action...trying to starve the terrorists of money is like trying to catch one kind of fish be draining the ocean".

On the other hand not with standing the relatively small (usually very small) amounts of money seized (anywhere) that can be proved to be related to terrorism, it is assumed that financial intelligence plays a role in intervention and particularly in investigation.

"What we need is to empower those with the will, resources and humanity to go after those who directly or indirectly harm us all. Such persons, even if their motives are not pure – but are rather more associated with rewards and the taking of professional fees, do us all a service. What is fundamental is that those who abuse their positions and place their own and their family's interests above those of society- cannot in any circumstances be allowed to retain the fruits of their misconduct!" President Obama (2013).

Professor Barry Rider OBE
Jesus College
Cambridge
CB5 8BL
b.rider@jesus.cam.ac.uk

聯合國反貪腐公約與 我國反貪腐刑事政策之思維

許福生*

目 次

- | | |
|---------------|----------------|
| 壹、前 言 | 四、打擊貪腐與保障人權並重 |
| 貳、貪腐之概念與成因 | 肆、我國反貪腐之刑事政策思維 |
| 一、貪腐之概念 | 一、從以「肅貪／防貪」逐漸 |
| 二、貪腐之成因 | 轉移至多元參與策略 |
| 參、聯合國反貪腐公約之刑事 | 二、偏重刑化輕提高風險策略 |
| 政策思維 | 伍、未來展望 |
| 一、預防爲主打防結合 | 一、再深化廉政改革 |
| 二、內國反貪與國際合作相 | 二、提高風險重於提高刑度 |
| 結合 | 三、強化國際刑事合作機制 |
| 三、公私協力之治理 | 四、制定貪腐防制條例 |

* 中央警察大學行政警察學系暨警察政策研究所教授。

摘 要

由於貪腐成因多樣且複雜，況且貪腐並非局部或個案的問題，而是影響所有社會和經濟的跨國現象，如此便成為政府廉能施政的重點。縱使我國近年來投入了相當資源在反貪腐上，但仍屢屢傳出重大貪腐案件，廉政民意調查也顯示多數民眾對政府打擊貪污的成效表示無效，且認為貪污的情況不會改善。有鑑於此，我國為健全預防及打擊貪腐體系，加強反貪腐之國際合作、技術援助、資訊交流，確保不法資產之追回及促進政府機關透明與課責制度，立法院於2015年5月5日通過制定聯合國反貪腐公約施行法，將公約所揭示之規定，具有國內法律之效力。至於聯合國反貪腐公約最主要刑事政策思維，包括預防為主打防結合、內國反貪與國際合作相結合、公私協力之治理及打擊貪腐與保障人權並重等，有別於我國反貪腐之刑事政策思維則從以「肅貪／防貪」逐漸轉移至多元參與策略，以及偏重刑化輕提高風險策略。因而參照聯合國反貪腐公約刑事政策思維，未來我國反貪腐之刑事政策思維，可朝向再深化廉政改革、提高風險重於提高刑度、強化國際刑事合作機制、制定貪腐防制條例而行。

關鍵詞：貪腐、聯合國反貪腐公約、刑事政策、國際刑事合作機制

壹、前言

刑事政策乃反應一個國家防制犯罪的一面鏡子，其受到政治、經濟及社會變遷的影響很大。至於反貪腐刑事政策，乃指政府及結合民間力量，基於貪腐犯罪原因論上之認識，以防制貪腐犯罪為直接目的之一切活動¹。換言之，反貪腐犯罪的刑事政策，是國家為預防及壓制貪腐犯罪所採取的策略和措施；不同的刑事政策選擇，對於反貪腐之預防及定罪執法便會有不同的導向，並直接影響著預防和壓制反貪腐的成效。

確實，貪腐問題長久以來一直困擾各個國家執政當局，因貪腐犯罪不只損及國民對公正、公平公務的信賴，削弱國民法意識，影響行政效能及經濟損失，嚴重者更造成社會風氣的敗壞、政權改變，如此便成為政府廉能施政的重點。縱使我國近年來投入了相當資源在反貪腐上，但仍屢屢傳出重大貪腐案件，每每占據著新聞頭條的斗大標題，從前總統涉嫌貪污及洗錢案、國軍將領買官賣官及採購案、行政院前秘書長、民意代表、司法官收受賄賂等案件，粉碎人民對政府的信賴及對司法權威的崇拜，造成社會動盪不安，不禁要問何以政府推出一系列廉政作為，但貪腐案件卻仍是層出不窮？究竟貪腐的成因為何？又我國對此層出不窮的貪腐犯罪其刑事政策思維為何？便值探討。

再者，聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption）是現階段國際反貪腐領域最重要的國際法文件，我國為健全預防及打擊貪腐體系，加強反貪腐之國際合作、技術援助、資訊交流，確保不法資產之追回及促進政府機關透明

¹ 有關刑事政策之定義及相關概念，可參照許福生，犯罪與刑事政策學，元照，2012年9月修訂一版。本書認為刑事政策，乃「政府及結合民間力量，基於犯罪原因論上之認識，以防制犯罪為直接目的之一切活動。」至於「刑事政策學」，可謂「基於犯罪原因論上之認識，研究如何更合理且有效的改進現行犯罪防制對策的學問」。

與課責制度，以落實公約之相關規定，立法院於2015年5月5日通過制定聯合國反貪腐公約施行法，將公約所揭示之規定，具有國內法律之效力。確實，為完善我國反貪腐的具體建議，公約提出了一系列具有前瞻性的反貪腐理念和機制，也為檢視和調整我國傳統的反貪腐刑事政策模式提供了契機，因此從宏觀刑事政策角度掌握公約反貪腐的內涵，以作為我國反貪腐的作為，具有其迫切性與現實意義。

本此理念，本文主要探討目的為聯合國反貪腐公約與我國反貪腐刑事政策之思維，在結構上分為如下幾個部分：首先說明本文之動機與構想，接著論述貪腐之意義與成因，之後探討聯合國反貪腐公約之刑事政策思維，最後則針對我國現行反貪腐之刑事政策思維提出個人見解及未來展望，以作為本文之結論與建議。

貳、貪腐之概念與成因

一、貪腐之概念

我國法制以往並未使用「貪腐」一詞，縱使立法院現已通過制定聯合國反貪腐公約施行法，但聯合國反貪腐公約亦未定義何謂「貪腐」，目前與「貪腐」概念較相近的法律用詞有「貪污」或「瀆職」等名詞。就字面意義上來解釋，「貪污」係貪求財物，亦即以不法之手段，期能獲取財物之意；而「瀆職」即係有虧職守，致國家人民產生損害之謂，延伸至刑法上瀆職規定，其定義是指國家機關公務員於履行職責或行使職權過程中，怠忽職守、濫用職權或者徇私舞弊，致使國家和人民利益遭受重大損失的行為。兩者雖表面上定義不同，惟非可以清楚界定彼此概念，概瀆職的目的可能係為了貪污，貪污則可能造成瀆職，兩者都是一種「濫用公權力」（public power）的職務上犯罪。亦即具有一定權限的公務員，利用其地位而濫用公權力所實施的職務上犯

罪，屬於一種白領犯罪。

然而，隨著現行經濟的全球化，此種職務上的犯罪更朝向跨國化趨勢，再加上新自由主義興起帶動「政府再造」風潮下，政府業務大量地民營化與委外化，使得民間企業與私部門受政府委託執行公權力的情況日益普遍，公權力不再只限於政府官員，而擴至相關的民間企業與私部門。因此，為求周延，國際透明組織（Transparency International, TI）對貪腐的定義已由「濫用公權力」擴大為「濫用受委託的權力以謀取私利」（Corruption is the abuse of entrusted power for private gain）。在這樣的定義下，貪腐不只侷限在指涉政府官員濫用公權力而已，它還涵蓋了民間企業與私部門濫用受委託的權力以獲取不當利益，本文認同此概念，認為貪腐乃是「濫用受委託的權力以謀取私利並損害公共利益的違法行為」。

二、貪腐之成因

就貪腐行為理論，有從社會結構與亂迷理論、一般緊張理論、中立化技術、新機會理論而論述；另相關實證研究，有從結構因素、控制因素及機會因素來探討影響貪腐的因素；亦有從個人因素、職務因素、壓力因素及監控機制對貪腐行為的影響²。

再者，中國時報於2015年1月17日社論曾引述一個貪腐方程式，即C是貪腐（corruption），M是獨占的地位（monopoly），D是自由裁量權（discretion），A是問責（accountability）。 $C = M + D - A$ ；也就是貪腐＝獨占＋裁量－問責。亦即獨占獨享的權力位置加上完全的自由裁量，如果不具有有效的問責機制，就會成為貪腐的淵藪。現若回到現實面來看，只要公務員享有獨占

² 蔡田木，公務人員貪污犯罪原因及其防治策略之研究，收錄於刑事政策與犯罪研究論文集(17)，法務部司法官學院，2014年10月，頁114-121。

裁量權的話，無論採取什麼樣的問責機制，要根絕貪腐真的很困難。按賦予公務員裁量的主要目的，乃是要讓資源能更合理有效的發揮效率，以及能更加實現公平正義，因為每一個案均不相同，爲了符合公平正義及成本效率，必須考量個案的不同而做合理的裁量。但因有廣泛裁量權，就有它的操作空間。此種現象，猶如研究西西里島黑手黨著名的義大利犯罪經濟學者Gambetta所言，在某些不穩定的交易市場中，往往由於買賣雙方互不信任，使得交易不能順利達成。而西西里島上黑手黨的出現，正是爲那些在不穩定市場謀生的人提供保護，使其交易過程得以順利進行，所以黑手黨在本質上是一種提供「保護服務的企業」（protection firm）³。臺灣地區黑金的出現，正是爲了滿足鞏固維持執政優勢的保護市場；同樣地，公務員擁有裁量權，便足以提供「保護市場」，以謀取暴利。由於無法避免公務人員獨占行使裁量權，但貪腐又嚴重損及國民對公正公務的信賴，因而從刑事政策的角度來看，貪腐犯罪便成爲嚴格刑事政策規範的重點⁴。

本文綜合上述，認爲可從古典理性論、倫理道德論、社會學習論、組織結構論及文化因素論等觀點來論述貪腐之成因。

³ 參照許春金、鄭善印、周文勇、廖有祿、孟維德、許福生、蔡田木，台灣地區組織犯罪影響政、經體系運作之實證調查研究——如何解決黑金政治，國家安全局委託研究，1997年2月，頁135-154。

⁴ 嚴格刑事政策，即從維持法社會秩序及保護國民法益的觀點為出發，嚴格地使用國家獨占之刑罰權以壓制重大犯罪。對於帶來凶惡且重大法益侵害的犯罪者，採取嚴格處遇，以達到撲滅同種犯罪並達到預防作用之刑事政策。而其基本策略與目的，則為對於重大犯罪及危險犯罪者於刑事立法上採取應報思想，於刑事司法上從重量刑或剝奪其犯罪所得，於刑事執行上則從嚴處遇，以維持法社會秩序及保護國民法益而壓制重大犯罪再發生。參照許福生，前揭書，頁544。

(一)古典理性論

此派觀點強調理性選擇理論，認為人是自利及以自我為中心，倘若有足夠的懲罰，人便會考量其利弊而放棄犯罪。換言之，理性選擇理論強調犯罪是一種利益與損害之衡量，人可以理性選擇而理解刑罰的抑止效果。因此，依據理性選擇的途徑，違法行為的發生，乃是犯罪者在考量個人因素（如需要用錢、報復或娛樂）及情境因素（如目標物受保護程度及當地警察執法效率等）後，決定冒險而從事違法行為。亦即在選擇犯罪之前，理性犯罪者會評估犯罪風險高低、處罰的嚴厲性、犯罪的利益及其想從犯罪之中獲得的立即利益等，倘若其評估結果犯罪利益大於其風險，便會去從事犯罪，反之則放棄⁵。換言之，古典理性論認為貪腐是一種利益與損害之衡量，認為公務員貪腐乃是自由意志決策選擇的結果，企圖以最小成本獲得最大利益的理性選擇行為。

(二)倫理道德論

此派觀點強調伴隨貪腐犯罪的是快樂而非罪惡感，認為貪污犯罪是公務員決策時的個人倫理道德淪喪，因而需強化其道德倫理價值及責任感。此派觀點認為重點並非在外在的環境或是行為人的理性選擇，而是行為人因為不再具有倫理道德觀念，對於貪腐行為沒有任何的罪惡感，故認為重點應該是放在個人的倫理道德提升。

(三)社會學習論

此派觀點認為人們非生而具有犯罪行為的本能，犯罪行為乃係透過生活學習經驗而來，而其行為學習模仿來源主要是家庭成員、立即的生活環境及大眾傳播媒體，倘若在工作的生活情境

⁵ 許福生，風險社會與犯罪治理，元照，2010年8月，頁26。

中，發覺「人家都在貪腐了，為什麼我不貪？」的現象出現，便會產生貪腐的行為。

(四)組織結構論

此派觀點認為行為人的心理因素或是環境學習因素，均無法阻擋組織所帶來的影響，強調是因為整個組織結構的透明度不夠，是組織建構的問題，讓公務員有機可乘。又認為在社會環境因素中，有些公務員由於希望獲得「社會接受」，尋求生存一席之地而同流合污，但在其初衷，並非意在貪污貪腐，而係由於不貪腐將為組織內貪腐者所排擠，由於此環境影響不得不接受其貪腐同事的「分贓」而導致貪腐行為。

(五)文化因素論

此派從文化的角度來看，貪腐在我們華人社會一直都是很普遍的事，所謂的「拿人錢財為人消災」。另我國自古即有「千里為官只為財」之觀念，把當官視為生財之工具，而不認為貪污為羞恥，藉官吏之職位來取得財富；再加上如為請託說項而行賄，受助人以送禮、送錢報答感謝，好像視為理所當然，亦助長了貪腐行為之發生。

參、聯合國反貪腐公約之刑事政策思維

一、預防為主打防結合

「聯合國反貪腐公約」於2003年10月31日聯合國大會通過，並於2005年12月14日生效，共計8章71條，目前共有175個締約國，其目的在指導並提供各國政府反貪腐之法制和政策，內容涵括貪腐行為之預防措施、定罪和執法、國際合作、不法資產之追回，及落實本公約之執行機制等，以促使世界各國共同致力於反貪腐議題。從此結構看，公約在第一章總則之後，第二章便規定

了預防措施，而第六章落實本公約之執行機制也是貪腐預防措施的一部分，充分反映公約對貪腐預防措施的重視。如(一)建立預防貪腐機構，負責監督和協調本國反貪腐政策之實施，並累積和宣傳預防貪腐的知識。(二)建立和完善公職人員管理的有關制度，並以效率原則、透明原則和專長、公正和才能等客觀標準原則為基礎。(三)完善公共管理制度，如建立透明與客觀之適當採購制度、強化公共財政管理的透明度、建立公共事項之公共報告制度。(四)加強私部門之會計及審計標準與相關操守標準及程序，如對於不遵守規範之行爲，並得制定民事、刑事或行政處罰，以強化其工作倫理促使其誠實正直地從事商業活動。(五)預防洗錢的措施，如建立全面的國內金融管理和監督制度；建立金融情報機構收集、分析和傳遞關於洗錢活動的訊息；實施可行的監測、跟蹤現金和有關流通票據跨國境轉移的措施；實施可保留支付過程的訊息；加強反洗錢的國際合作；預防與監測犯罪所得的轉移⁶。

至於公約第三章後便規定了定罪執法、國際合作、資產的追回等，亦凸顯公約強調對於預防和打擊並重。如(一)實體規範下列11大類犯罪（如表1），要求各締約國採取必要的措施將上述行爲規範為國內法上的犯罪，以構築懲治貪腐犯罪的嚴密法網。(二)規範貪腐犯罪的犯罪型態與特殊制度，要求各締約國應當採取必要措施，確定法人參與根據本公約確立的犯罪應當承擔的責任；針對貪腐犯罪的明知、故意或目的等主觀要素，可以根據客觀情況予以推定；要求締約國為本公約所確立之罪衡酌規定一個較長的時效。(三)規範貪腐犯罪的起訴、審判和制裁及相關之訴訟措施，要求締約國應當使本公約之罪受到與其嚴重性相當的制裁，要求各締約國應採取必要措施，既照顧到為公職人員履行其

⁶ 蘇彩霞、胡陸生、蔣建宇，聯合國反貪腐公約與我國刑事法的協調完善，吉林大學出版社，2008年8月，頁49-56。

職能所給予的豁免或司法特權，又照顧到在必要時對本公約之罪進行有效的偵查、起訴和審判的可能性。締約國應努力確保針對這些犯罪的執法措施取得最大成效，並適當考慮到震懾這種犯罪的必要性；應考慮建立有關程序，使有關部門得以對實施了貪腐犯罪的公職人員酌情予以撤職、停職或調職；應考慮建立程序，據以透過法院命令或者任何其他適當手段，取消被判定犯本公約之罪的人在本國法律確定的一段期限內擔任公職、國營企業職務的資格。公約還規定了起訴、審判和制裁貪腐犯罪的配套訴訟措施，如財產的凍結、扣押和沒收，保護證人、鑑定人、被害人和檢舉人，貪腐犯罪的損害賠償制度、打擊貪腐的專職機構。公約還要求締約國與執法機構合作，鼓勵偵查和檢察機關與私部門特別是與金融機構之間進行合作⁷。

如此規定，確實也和以往只強調打擊犯罪的作法不同，公約可說是充分顯示強調預防為主打防結合的政策思維。

表 1 聯合國反貪腐公約11大類犯罪

第15條	賄賂本國公職人員犯罪
第16條	賄賂外國公職人員或者國際公共組織官員犯罪
第17條	公職人員貪污、挪用或者以其他類似方式侵犯財產
第18條	影響力交易罪
第19條	濫用職權犯罪
第20條	資產非法增加罪
第21條	私營部門內的賄賂犯罪
第22條	私營部門內的侵吞財產
第23條	洗錢犯罪
第24條	窩贓犯罪
第25條	妨害司法犯罪

⁷ 蘇彩霞、胡陸生、蔣建宇，前揭書，頁56-58。

二、內國反貪與國際合作相結合

隨著現行經濟的全球化，貪腐已經不再是局部問題，而是一種影響所有社會和經濟的跨國化現象，發展國際合作預防和控制貪腐至為重要。因而公約除了規範公私部門的預防措施、社會參與、定罪執法外，使用將近一半的篇幅建立了全球反貪腐的合作機制。例如公約第四章規定的國際合作措施包括引渡、被判刑人的移轉管轄、司法協助、刑事訴訟的移交、執法合作、聯合偵查、特殊偵查手段，這些國際合作措施主要針對貪腐犯罪的偵查、起訴和審判，並主要是圍繞犯罪人進行的國際合作。第五章規定的主要是針對追回的合作措施，公約要求締約國應當在返還資產方面相互提供廣泛的合作和協助，主要包括直接追回資產的措施⁸、透過沒收事宜的國際合作追回資產機制⁹、沒收事宜的國際合作、資產的返還和處分，要求締約國應互相合作以預防和打擊犯本公約之罪其犯罪所得的轉移，並推廣追回這類所得的方

⁸ 公約第53條規定了直接追回財產措施的三種途徑，具體為各締約國均應當根據本國法律：(1)採取必要的措施，允許另一締約國在本國法院提起民事訴訟，以確立對通過實施根據本公約確立的犯罪而獲得的財產的產權或者所有權；(2)採取必要的措施，允許本國法院命令實施根據本公約確立的犯罪的人向受到這種犯罪損害的另一締約國支付補償或者損害賠償；(3)採取必要的措施，允許本國法院或者主管機關在必須就沒收作出決定時，承認另一締約國對通過實施根據本公約確立的犯罪而獲得的財產所主張的合法所有權。

⁹ 公約第54條規定了通過沒收事宜的國際合作追回資產的機制的三種途徑，具體為依照本公約第55條就通過或者涉及實施根據本公約確立的犯罪所獲得的財產提供司法協助，各締約國均應當根據其本國法律：(1)採取必要的措施，使其主管機關能夠執行另一締約國法院發出的沒收令；(2)採取必要的措施，使擁有管轄權的主管機關能夠通過對洗錢犯罪或者對可能發生在其管轄範圍內的其他犯罪作出判決，或者通過本國法律授權的其他程式，下令沒收這類外國來源的財產；(3)考慮採取必要的措施，以便在因為犯罪人死亡、潛逃或者缺席而無法對其起訴的情形或者其他有關情形下，能夠不經過刑事定罪而沒收這類財產。

法。第六章主要規定落實本公約之執行機制，公約要求締約國應當根據各自的能力考慮為彼此的反貪腐計畫和方案提供最廣泛的技術援助，特別是向發展中國家提供援助，包括物質支持和培訓、有關經驗和專門知識，各締約國應合作進行有關貪腐資料的收集、交流和分析。締約國應當相互協調並同國際和區域組織協調，加強與開發中國家的合作，以提高開發中國家預防和打擊貪腐的能力；加強財政和物質援助，以支持開發中國家為有效預防和打擊貪腐而作出的努力，並幫助他們順利實施本公約；向開發中國家和經濟轉型期國家提供技術援助，以協助他們滿足在實施本公約方面的需要；酌情鼓勵和爭取其他國家和金融機構向開發中國家，提供更多的培訓方案和現代化設備，以協助他們實現本公約的各項目標¹⁰。

總之，針對貪腐問題全球化、貪腐資金全球流動的發展趨勢，公約著重國際合作控制貪腐的理念，透過國家的合作可減少因利益與法律之落差，從而遏制貪腐份子試圖透過潛逃海外而逃避法律制裁的漏洞。

三、公私協力之治理

隨著新自由主義即尊重市場、減少政府介入及要求個人為自己福祉負責的興起，帶動「政府再造」風潮，政府業務大量地民營化與委外化，使得民間企業受政府委託執行公權力的情況日益普遍，公權力不再只限於政府官員，而擴至相關的民間企業，促使反貪腐理念，不僅要防治公職人員的貪腐，更要擴及民間企業與私部門的貪腐；既要懲罰受賄人，也要打擊行賄人；既要刑事制裁，亦要沒收非法所得的財產；不僅要重視政府部門的預防貪腐，亦要同時重視全社會的參與。

從而，公約規定各締約國應當根據本國法律的基本原則，在

¹⁰ 蘇彩霞、胡陸生、蔣建宇，前揭書，頁49-50。

其能力所及的範圍內採取適當措施，推動公部門以外的個人、民間企業與私部門、非政府組織和社區組織等，積極參與預防和打擊貪腐，充分顯示公私協力治理之刑事政策思維。

四、打擊貪腐與保障人權並重

公約雖強調須加大打擊貪腐犯罪的強度，而列出一系列有利於偵查、起訴、審理貪腐犯罪規範，如實體上公約規範涉及貪腐行為的11類犯罪，程序上增強反貪腐機構的獨立性，提升反貪腐機構的偵控能力，允許推定與舉證責任倒置，允許特殊偵查手段及其效力，對證人、鑑定人、被害人的保護措施，對污點證人豁免制度等規定，以便能及時且有效懲罰貪腐犯罪。然而，公約並未忽視人權的保障，而係強調在正當法律程序前提下，強化打擊貪腐犯罪的力道；況且再次重申無罪推定原則係為一項最基本的正當程序原則，如公約規定各締約國均應當在符合本國法律制度基本原則範圍內，考慮建立有關程序，使有關部門得以對被指控實施根據本公約確立的犯罪的公職人員酌情予以撤職、停職或者調職，但應當尊重無罪推定原則。又根據本公約確立的犯罪而言，各締約國均應當根據本國法律並在適當尊重被告權利的情況下採取適當措施，在不影響被告權利包括正當程序權的情況下，各締約國均應採取適當措施保護證人及鑑定人¹¹。

可知，本公約不只加大打擊貪腐犯罪的強度，亦非常重視人權的保障，而強調在正當法律程序下之打擊貪腐犯罪。

肆、我國反貪腐之刑事政策思維

一、從以「肅貪／防貪」逐漸轉移至多元參與策略

我國自1993年執行「端正政風行動方案」（即「肅貪行動方

¹¹ 蘇彩霞、胡陸生、蔣建宇，前揭書，頁51-52。

案」)以來,嗣後陸續執行2000年「掃除黑金行動方案」、2003年「掃除黑金行動方案後續推動方案」及2006年「反貪行動方案」,縱使政府積極推行反貪作為,惟基本上是以「肅貪」及「防貪」為主軸的二元思維,且推動廉政的對象亦侷限於公部門,因而反應在民調上即顯示民眾對政府提升廉政的滿意度低於六成,不滿意者約三成到四成,顯示政府提升廉政尚有很多需要努力的地方¹²。

有鑑於廉政為一項系統性工作,非單一機關或手段即可完成,國家的廉潔需要全民與各個政府機關間協同努力。因此,2008年再次政黨輪替後,政府為了達到廉能、透明、負責及誠信社會,又推出了許多政策作為,如2008年依照聯合國反貪腐公約第8條有關公職人員行為守則規定,訂定「公務員廉政倫理規範」,逐漸朝向聯合國反貪腐公約精神及國際反貪倡廉的趨勢。2008年又設置「中央廉政委員會設置要點」,召開中央廉政委員會會議建立廉政網絡。2009年又訂頒「國家廉政建設行動方案」,提出形塑倫理、整飭官箴、陽光透明、跨域治理、乾淨政府、多元策略、建立網絡、全民參與、國際接軌等九個層面政策方向,以加強肅貪防貪、落實公務倫理、推動企業誠信、擴大教育宣導、提升效能透明、貫徹採購公開、實踐公平參政、參與國際合作,以達到不願貪、不必貪、不能貪及不敢貪等目標。2011年在法務部下又成立了廉政署,並積極落實推動「黃金十年國家願景——『廉能政府』」政策。

確實,從我國上述的政府作為變遷,可發現我國的廉政工作,在2008年後便想要逐漸擺脫過去傳統「肅貪、防貪」的二分法,改採國際透明組織倡議的「國家廉政體系」概念,並參考聯合國反貪腐公約精神,以多元策略整合國家各部門的力量參與提

¹² 管高岳、高清松,廉政工作成效與問題探討,刑事法雜誌第53卷第4期,2010年8月,頁81。

升廉政效能¹³。只是想要改變傳統上以公部門為主的「肅貪／防貪」到多元參與策略，並不是那麼容易，如同前述所言，貪腐之成因包含有古典理性論、倫理道德論、社會學習論、組織結構論及文化因素論等，特別是華人貪腐文化的改變並非容易，仍值長期觀察；但至少我國現行反貪腐政策已和聯合國反貪腐公約接軌，且立法院也通過制定聯合國反貪腐公約施行法，將公約所揭示之規定，具有國內法律之效力，在本公約施行法施行後，國內法令與行政措施如有不符本公約規定者，各級政府機關應於3年內完成法令之制（訂）定、修正或廢止，及行政措施之改進，如此也充分顯示政府反貪腐之決心。

現若以近3年成效觀察，「每10萬期中人口貪瀆起訴率」自2002年4.8，於2008年上升至6.4，之後逐年下降，至2013年下降為4，長期呈下降趨勢（詳如表2）。況且自2008年5月以來迄2013年止，各地方法院檢察署偵辦貪瀆案件，定罪率達67.9%；又從2009年7月「國家廉政建設行動方案」實施以來迄2013年之貪瀆定罪率達75%，似乎顯示政府推動廉政工作策略開始發揮改善成效¹⁴。

¹³ 國際透明組織提出建構國家廉政體系（National Integrity System，簡稱NIS）的概念，指一個國家追求永續發展、法治、生活品質等三大目標，需要國家廉政體系支持，廉政體系需要很多支柱支撐，即一些促進廉潔、透明及負責的制度和實踐，包括：行政機關、立法機關、政黨、選舉委員會、審計總署（如我國審計部）、司法、文官體系、執法機關（如警察及檢察官）、公共採購、監察特使（如我國監察院）、反貪腐機構、媒體、民間社會、私人企業、地方政府、國際組織等16項。另外，世界銀行提出的國家廉政體系概念，則是包括公部門反貪腐策略、守門機關、公共參與及民主過程、公眾認知與公民社會、司法過程的課責、媒體的角色、私部門的角色、國際的合作等8個方面。兩者均強調需跨越公、私部門，以及社會參與。參照管高岳、高清松，前揭文，頁111。

¹⁴ 102年犯罪狀況及其分析，法務部司法官學院，2014年11月，頁315-317。

表2 2002年至2013年各地方法院檢察署貪瀆案件起訴情形

單位：件、人、人／10萬人

年 別	全般刑事 案件起訴 件數	貪瀆案件起訴 件數			全般刑事 案件起訴 人數	貪瀆案件起訴人數			
		計	貪污 治罪 條例	瀆 職 罪		計	每10萬 期中人 口貪瀆 起訴率	貪污 治罪 條例	瀆 職 罪
2002	125,289	524	498	26	153,003	1,085	4.8	1,044	41
2003	113,004	591	561	30	136,258	1,101	4.9	1,065	36
2004	118,851	357	339	18	139,454	756	3.3	728	28
2005	134,624	465	445	20	158,817	1,092	4.8	1,056	36
2006	158,889	512	485	27	189,943	1,330	5.8	1,274	56
2007	188,422	529	491	38	221,486	1,331	5.8	1,267	64
2008	199,374	512	468	44	231,813	1,467	6.4	1,393	74
2009	187,179	438	400	38	216,540	1,179	5.1	1,118	61
2010	187,424	354	310	44	218,443	887	3.8	830	57
2011	182,051	354	317	37	211,783	814	3.5	755	59
2012	176,379	407	380	27	203,760	943	4.1	897	46
2013	180,508	356	320	36	208,262	929	4.0	875	54
說明：									
1.每10萬期中人口貪瀆起訴率=貪瀆起訴人數+期中人口數×100,000。									
2.期中人口數=（期末人口數+上期期末人口數）÷2。									
3.本資料包括(1)以貪污治罪條例或瀆職罪起訴之公務人員及民意代表。(2)普通民眾。									
4.法務部統計處製表，廉政署製圖。									

資料來源：法務部司法官學院2013年犯罪狀況及其分析

再者，依據國際透明組織於2013年公布廉政指數可發現(一)政府國防廉潔指數（Government Defence Anti-Corruption Index, GDAI）：臺灣在全球82個納入評比的國家中，名列國防貪腐風險較低的9個國家之一，與美國、英國、韓國等6個國家同列為B

級（即貪腐風險低），這個等級的國家數占9%。(二)清廉印象指數（Corruption Perceptions Index）：臺灣分數為61分（滿分100分），在全球177個國家及地區中總排名第36名，勝過約八成（79.7%）納入評比的國家。但在(三)「全球貪腐趨勢指數」（Global Corruption Barometer, GCB）中，該項調查題目計有13題，惟有媒體單引用第7題調查結果，大幅渲染「台貪腐亞太第3」，因未整體考量其他12題之結果，引起法務部的微言建議該組織以身作則透明的公開各項評比調查資料，以促進公、私部門及非政府組織共同努力改善各國清廉程度。另2013年亞太地區貪污評比報告（Political and Economic Risk Consultancy, PERC）：臺灣「政治貪腐」與「體制貪腐」排序均為第8（均較2012年退步1名）、「私部門貪腐」排序第11（同2012年排名）、「貪腐影響經商環境」排序第7（同2012年排名），除政治貪腐外，分數均較去年改善¹⁵。

然而，2013年廉政署委託國際透明組織臺灣總會——台灣透明組織執行「2013年廉政民意調查及機關廉政評鑑工具研究案」結果顯示：(一)民眾對政府打擊貪污的成效，70.7%表示無效，23.8%認為有效，約有3.1%的民眾表示不知道。(二)民眾對過去2年我國貪污情況的看法，59.2%的民眾認為貪污的情況增加，28.2%認為貪污的情況減少，7.8%認為沒有變化，另有4.8%的民眾表示不知道。(三)民眾對未來1年我國政府廉潔度提升的看法，25.2%的民眾認為政府廉潔程度會有改善，63.2%認為不會改善，另有11.6%的民眾表示不知道。顯示多數民眾對政府打擊貪污的成效表示無效，且認為貪污的情況增加而不會改善，可見政府目前的廉政表現仍有加強空間¹⁶。

¹⁵ 102年犯罪狀況及其分析，前揭書，頁312-313。

¹⁶ 法務部廉政署102年度工作報告，2014年10月，頁27-28。

二、偏重刑化輕提高風險策略

(一)歷年來不變的重刑化刑事政策

確實，政府爲了達到廉能、透明、負責及誠信社會，亦推出了許多法制作爲，如1993年有公職人員財產申報法，2000年有公職人員利益衝突迴避法，2001年實施了行政程序法，2005年實施了政府資訊公開法，且多次修訂「貪污治罪條例」，增訂「不違背職務行賄罪」及「財產來源不明罪」，修訂「洗錢防制法」、「公職人員財產申報法」、「公職人員利益衝突迴避法」等陽光法案，並正在研擬「揭弊者保護法」，洋洋灑灑相當可觀。

然而，從前述我國政府反貪腐之政策與法制作爲，雖目前強調從「肅貪／防貪」逐漸轉移至多元參與策略，但因「防貪」及「多元參與」在不易落實及看見成效下，因而實務上仍離不開以「肅貪」爲中心，而「肅貪」中最重要的處罰依據便是「貪污治罪條例」。就「貪污治罪條例」而言，歷次修正其目的均一脈相承，即爲「嚴懲貪污，澄清吏治」¹⁷。無非以「治亂世用重典」的基礎思想，以嚴刑重罰的方式，希望能夠達成消弭貪瀆犯罪，使公務員因重刑之威嚇，而達到一般威嚇目的，而使公務員「不敢貪」。惟過度強調一般威嚇效果，將嚴重破壞罪責原理，犧牲公正應報的思想，導致人民法感情低落，不能積極促進個人倫理上的覺悟。況且刑罰的超載威嚇，常促使犯罪者畏懼嚴刑而不得不事前計畫周詳，增加刑事偵查的困難，降低破案率。甚且促使犯罪者一不作二不休，趕盡殺絕¹⁸。

¹⁷ 依據1963年7月5日公布施行的戡亂時期貪污治罪條例第1條便規定：「戡亂時期，為嚴懲貪污，澄清吏治，特制定本條例。」其實與現行法的描述並無不同，其目的在於澄清吏治，而使用的手段則是「嚴懲」貪污。

¹⁸ 林山田，刑罰學，臺灣商務印書館，1992年2月，頁69；許福生，犯罪與刑事政策學，前揭書，頁544。

因此，針對現行嚴厲刑罰且輕重失衡肅貪法令，雖可契合大眾以「治亂世用重典」的呼聲，但卻沒有刑事政策上的效果，反會引起下列諸多弊端：(一)不能針對貪腐犯罪問題作全盤的研究，而忽略滋生貪腐根源之治本的工作。(二)過於嚴厲刑罰，在司法中也難以全面實現，且會不斷後退執法底線，反而有損法律尊嚴。亦即一直加重刑度反而會更降低定罪率，此乃因刑事司法的熱力學效應，即透過司法行政系統的觀察，讓我們瞭解系統中的某個部分改變，在其他領域也會改變而影響判決，亦即所謂的作用力與反作用力的原理；也就是說刑度定的越重，它對於證據的要求會越嚴或避免適用，導致又回到原平衡點。(三)由於過度嚴厲的法定刑，導致入罪要件過高，且在嚴格證明的法則下，更不易定罪，反而更降低貪腐的風險¹⁹。

如此現象，如同鄭善印教授研究所示，貪污治罪條例案件，在判決上多有「法重刑輕」之現象，判決時法院的宣告刑與法定刑之立法原意有違，高法定刑的貪污治罪條例在判決時，並無法威嚇效果，更不必談整部特別刑法在實施上的威嚇效果如何²⁰。須知反貪的重點，不在於重刑化，反而是在於高定罪率，畢竟公

¹⁹ 大陸目前也是以重典在處理貪腐問題，如同孫國祥教授所言：在現階段貪污賄賂犯罪的嚴峻形勢緊逼下，重典反腐是社會對貪污賄賂犯罪的本能反應。通過對已經犯罪的犯罪人判處刑罰，提高「違法犯罪成本」，利用重典的威懾力量來警戒社會上其他人，能夠起到剛性的警示，最大限度地發揮刑罰的一般預防功能，起到震懾和實現正義的作用，畢竟「一國現行的懲罰機制和結構是決定該國貪腐程度的一個重要因素，假定其他條件不變，則增加懲罰將會降低貪腐行為」。同時，對犯罪人嚴刑峻法，也契合了普通民眾「亂世用重典」的呼聲。而孫國祥教授同樣地認為太強調「亂世用重典」，亦會產生上述之問題。參照孫國祥，《聯合國反腐敗公約》與我國反貪污賄賂刑事政策思考，引自<http://ndxb.nju.edu.cn/txt/2008/2008-2/f1sgx.htm>，2015年5月10日造訪，頁3。

²⁰ 鄭善印，貪污治罪條例在立法上的評估與檢討，月旦法學雜誌第94期，2003年3月，頁61-65。

務員一定罪剝奪其從事公務的機會，便無再利用公權力再犯可能。

(二)提高風險防制策略不足

現若從貪腐的犯罪特性而言，則是屬公務員理性選擇的結果。理性選擇理論強調犯罪是一種利益與損害之衡量，人可以理性選擇而理解刑罰的抑止效果。因此，依據理性選擇的途徑，違法行為的發生，乃是犯罪者在考量個人因素（如需要用錢、報復或娛樂）及情境因素（如目標物受保護程度及當地警察執法效率等）後，決定冒險而從事違法行為。亦即在選擇犯罪之前，理性犯罪者會評估犯罪風險高低、處罰的嚴厲性、犯罪的利益及其想從犯罪之中獲得的立即利益等，倘若其評估結果犯罪利益大於其風險×刑度，便會去從事犯罪，反之則放棄²¹。

重刑化反貪腐雖有其現實考量，但其效果有其侷限性及反作用性，因而整個反貪腐重點應在於怎樣強化提高它的風險，這是我們刑事政策最須思考的重點，也是我國反貪腐刑事政策最不足之地方。如同聯合國反貪腐公約在規範上體現了強化懲治貪腐犯罪的力度，亦即具體提高行為人犯罪的風險，除了組織上加強反貪腐機構的獨立性並將處罰前置化之外，也有效提高刑事司法機關定罪執法能力以及加強國際合作（如刑事司法互助及執法合作）與資產追回機制，另一方面保障正當法律程序底線的基本精神，同時兼顧保障人權與發現真實之二個目標。此觀之公約只用了11個條文來規範貪腐實體犯罪的型態，更多的規定則是用來規範貪腐犯罪的偵查、起訴與審判等程序性的問題，以及加強國際合作與資產追回機制，可見其在提高風險上確實下了較多的苦心，然此方面確實也是我國現行較弱之部分。

²¹ 許福生，論理性選擇理論對刑事政策之影響與評析，日新司法年刊8，2008年7月，頁111。

如此現象，也可從法務部廉政署於2014年12月所提供「聯合國反貪腐公約落實情形評估檢核表」的調查可發現，各部會針對法令是否須配合制（訂）定、修正或廢止幾乎均回覆否，至於需配合修訂法規則全部集中於研訂「國際刑事司法互助法」草案及研修「引渡法」，以建立更完備之國際刑事司法互助法源基礎，更加有效、及時地追回贓款，並有助於我國引渡人犯。另本公約施行法也規定政府應定期公布反貪腐報告，報告應包含貪腐環境、風險、趨勢等分析與各項反貪腐政策措施之有效性評估等，提供各界檢視瞭解，如此也顯示現行政府對於未來提高風險的重視，展現與現行全球反貪腐趨勢及國際法制接軌，以有效預防和根除貪腐的決心。

伍、未來展望

一、再深化廉政改革

確實，貪腐並非局部或個案的問題，而是影響所有社會和經濟的跨國現象；廉政，並非速成或一蹴可幾的事業，而是需要社會各階層與各領域，及各政府機關、私人企業群策群力，屬於一個長期而艱巨的文化再造過程。因此，公約採取了預防為主打防結合及公私協力之統合治理策略，以專章對涉及政府、公部門、私部門的預防貪腐措施進行專門系統規定，強調用行政、立法、司法等多領域手段綜合預防貪腐犯罪，而對貪腐犯罪預防一直是我國反貪上較弱地方，隨著公約的內國法化，應改變傳統的重懲罰輕預防的思維，致力創造預防貪腐的機制，發揮預防貪腐的功能。

因而，政策上須建構起讓「受委託的權力者」，不想（Won't）貪腐、不必（Needn't）貪腐、不敢（Daren't）貪腐、不能（Can't）貪腐及不再貪腐（No more）之「五不」預防貪腐

策略。即(一)建立起不願貪腐的自律機制，讓廉潔者有所值、有所得而不想、不必貪腐。(二)建構更嚴密課責機制，以增加貪腐之風險，而使想貪腐者不敢、不能及不再貪腐。

本此理念，目前法務部廉政署為實踐「降低貪瀆犯罪率、提升貪瀆定罪率、落實保障人權」三大目標，彰顯優質政風文化，進而對各項可能發生之弊端展現「預警」功能，以「培養公務員拒絕貪污成為習慣」、「防貪先行，肅貪在後」、「推展『行動政風』功能」、「建構縱向及橫向之肅貪體系」、「全民參與」為中心理念，目前訂定「推動『廉政新構想——以民為本』具體策略與作法」，推動各項廉政革新工作。況且，近年來，廉政署將政風由過去「揭弊者」之角色，往前拉到「預警」，強化「預警」功能以減少貪污犯罪及公帑浪費為主要任務目標。而其廉政改革重點包含：(一)在防貪上——以宣導及機制設計為主；(二)在肅貪上——鎖定高層、結構性貪污為重點，一般貪污原則策動自首；(三)在再防貪上——重新建構機制，填補漏洞，促使公務員勇於任事²²。

廉政署目前所採取的一系列廉政革新雖值得肯定，然而(一)在防貪上——牽涉到不同對象，宣導什麼？怎麼宣導？誰來宣導？以及機制設計能否達到真正透明、課責等問題；(二)在肅貪上——似乎有點抓大放小意涵，如此是否會形成執法底線後退，導致逐漸從小貪到大貪情況發生；(三)在再防貪上——是否會造成官官相護，息事寧人現象等，均值廉政改革再深思、再深化。況且亦須再深入瞭解分析，為何多數民眾對政府打擊貪污的成效表示無效，以作為改進之參考。

二、提高風險重於提高刑度

我國近年來反貪腐政策，雖想要逐漸擺脫過去傳統「肅貪、

²² 102年犯罪狀況及其分析，前揭書，頁288-294。

防貪」的二分法，改採國際透明組織倡議的「國家廉政體系」概念，並參考聯合國反貪腐公約精神，以多元策略整合國家各部門的力量參與提升廉政效能，惟礙於「防貪」及「多元參與」不易落實及看見成效，因而實務上仍離不開以「肅貪」為中心，並立法上仍以強化提高刑度為重點，反而較少從提高風險方面著手。其實一直加重刑度反而會更降低定罪率，因而整個反貪腐重點應在於怎樣強化提高它的風險。

提高風險最主要的便是強化刑事司法機關定罪執法能力，以及加強國際合作（如刑事司法互助及執法合作）與資產追回，使罪犯不管逃到天涯海角，也躲不過刑事司法的追訴與審判，且不能從犯罪中獲得任何利益。惟基於貪腐屬白領犯罪而具有隱密性的犯罪特性，確實會遇到偵查困難、證明困難（如舉證有對價關係非常困難）、追徵財產困難等三難問題。有鑑於此，公約特別強調在組織上應加強反貪腐機構的獨立性（如聯合國反貪腐公約第6條所規定預防性反貪腐機構）；實體法上處罰界限的前置化（如聯合國反貪腐公約第20條所規定資產非法增加罪）；執行上應強化反貪腐機構的追訴能力以提高定罪率的風險（如聯合國反貪腐公約所規範的特殊偵查手段）；以及強化國際刑事合作與貪腐資產追回機制。換言之，聯合國反貪腐公約並不強調各國應該給予貪腐者嚴刑峻法，其所著重的是如何提高風險，使行為人因為嚴密法網及強悍的追訴能力而感到害怕，而發生威嚇作用。

（一）加強反貪腐機構獨立性與資源整合

貪腐犯罪往往涉及達官顯要，這些人通常都控制或影響著國家重要的機關或部門，掌握著許多重要的資源或機密的訊息，如果反貪腐機構不能獨立，在人事或財政上就有可能受制於其他機關或部門，可能無法抵禦外界的各種有形與無形的壓力，進而深深影響反貪腐的強度與深度。從全球各個反貪腐較具有成效的國家觀之，反貪腐獨立的機構的確是影響一個國家是否能有效打擊

貪腐犯罪有成效的關鍵點所在。如新加坡於1952年成立貪污調查局（CPIB）、香港於1974年成立廉政公署（ICAC），致力於反貪工作普遍獲得肯定，其成功元素為成立「廉政專責機關」，採取治標（執法）、治本（防貪）及根除（教育）三管齊下之策略，使廉政工作在肅貪倡廉中獲得佳績。故而聯合國反貪腐公約非常重視反貪腐機構的獨立性，公約第6條預防性反貪腐機構（Preventive anti-corruption body or bodies）及第36條專職機關（Specialized authorities），分別強調各締約國應根據本國法律制度的基本原則，確保設有一個或酌情設有多個預防性反貪腐機構和打擊貪腐之「專職執法機關」，並應使其具備「必要的獨立性」，且應當提供必要的物資和專職工作人員，並為這些工作人員履行職能提供必要的培訓。

反觀我國以往廉政機關主要由法務部所屬檢察、調查、政風三體系共同推動，工作內容包含「肅貪」及「防貪」兩部分，其中「肅貪」工作是由檢察機關主導，指揮調查機關或政風單位查辦公務人員所涉貪瀆案件，政風人員在機關內部採取各種防貪措施，因而「檢察、調查、政風」以往曾被稱作廉政「鐵三角」²³。但此「肅貪、防貪」的二元思維，民調卻顯示民眾對政府提升廉政的滿意度低於六成，故為回應民眾對「端正政風、澄清吏治」之殷切期盼，達成「乾淨政府、廉能施政」之理想目標，順應世界潮流，誠有將法務部政風司及中部辦公室整併成立法務部廉政署之必要。因而，為完備我國廉政機制，我國乃於2011年成立專責廉政機關「法務部廉政署」成為「廉政專責機關」，並具有如下組織特色：1.為專責廉政機關，兼具預防性反貪與專責性肅貪雙重功能，肩負國家廉政政策規劃推動、反貪、防貪及肅貪等四大任務，而為一複合式機關。2.定位為獨立之「專職」、「專業」、「專責」之「三專化」廉政機關，統籌防

²³ 管高岳、高清松，前揭文，頁82。

貪、肅貪及反貪策略。3.與各級政風機構結合，建構具內、外控雙重機能之廉政運作機制，以適應我國政府組織狀況²⁴。

「法務部廉政署」的成立，確實也顯現政府建立一個廉政專責機關的決心，但各界仍有下列遭多疑問：1.廉政署僅設在法務部下層級不夠高獨立性不夠？2.廉政署與調查局職掌是否疊床架屋？3.廉政署是拼裝車新瓶裝舊酒只是政風司換個招牌？4.廉政署人員具司法警察權是「人二、白色恐怖」復辟？5.廉政署如何結合查處與預防做好廉政工作²⁵？縱使廉政署針對此問題一一反駁，惟從上述廉政調查可知，多數民眾對政府打擊貪污的成效表示無效，且認為貪污的情況增加而不會改善可知，加強反貪腐機構獨立性與資源整合仍須再強化，特別是有關對社會大眾的廉政教育。

(二)嚴密實體規範並適度降低刑度

反貪腐必須嚴密刑事法網，提高入罪率，並且依照其不同的罪行，科予不同的刑度。如同陳志祥法官將貪污治罪條例中所規範的各種貪污構成要件行為，依構成要件設計之重輕，區別為重度貪污行為、中度貪污行為以及輕度貪污行為三者，然而重度貪污行為中的部分構成要件，如第4條第4款規定以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者，即得處無期徒刑或10年以上有期徒刑，甚至得併科新臺幣1億元以下罰金，其構成要件行為並非屬於嚴重貪污行為，卻有極重的刑罰，顯然有刑罰輕重失衡的問題²⁶。確實有必要依其情節不同，而適當調整其刑度。再者，嚴密刑事法網除可參考公約所規範的11大類犯罪而將其作為國內法

²⁴ 法務部廉政署102年度工作報告，2014年10月，頁12。

²⁵ 參照2010年9月30日法務部新聞稿，<https://www.sinica.edu.tw/as/adm/anti-corr/moj/991007-1.pdf>，2015年5月31日造訪。

²⁶ 陳志祥，貪污治罪條例在內容上的評估與檢討，月旦法學雜誌第94期，2003年3月，頁33。

上的犯罪外，更重要是降低入罪門檻，使實體法處罰界限的前置化，其中最重要當屬公約第20條所規定資產非法增加罪。

確實，我國為使實體法處罰界限的前置化，於2009年公布實施的貪污治罪條例，增訂第6條之1「貪污罪被告不說明財產來源罪」，對於公務員來源可疑之財產，課以公務員說明之義務，如違反說明義務時，處以刑責或併科不明來源財產額度以下之罰金，藉此杜絕犯罪者享受犯罪所得，並期根絕公務員犯罪動機。

就以提高貪污犯罪的風險而言，本條確實有必要制定，惟本條當初立法時卻因黨政不斷協商後的產物，比起聯合國反貪腐公約第20條的規定已不當的被限縮，新法實施以來未能顯現成效，民意對此迭有批評。促使2011年再度修正本條文，其修正目的在適度擴大犯罪主體範圍、放寬財產異常增加之認定及略微提高刑罰，規定涉及特定罪嫌之公務員經檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自公務員涉嫌犯罪時及其後3年內，有財產增加與收入顯不相當時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金。

本條縱使再次修正，在實體要件上仍會面臨到「檢察官如何決定誰要來說明、何時說明、說明什麼、要說明到什麼程度」等問題。特別是「得」由檢察官決定的裁量基準為何？會不會成為他人打擊異己或是檢察官利用此作為貪腐的工具？所以未來這一條在處理的時候，裁量的標準以及範圍實在有必要再進行研究。再者，能發揮如何顯現成效，仍待觀察。

另外，財產來源不明罪在制定之時，亦引起程序上是否違反無罪推定原則及檢察官舉證責任。按刑事程序上之所以有舉證責任，除了要提出證據證明外，另一重點，便是最後整個犯罪情況仍不明時，因為被告要被科予刑罰且檢察官推有龐大的公權力支撐，基於無罪推定及罪疑唯輕原則下，自然檢察官負有實質舉證

責任。因為被告要負擔這麼大的不利益，檢察官公權力又這麼強大，所以這個舉證責任，尤其是實質的敗訴結果責任，在刑事程序訴上不管怎麼樣，一定要由檢察官承擔。除非是在檢察官舉證很困難，但被告又容易舉反證，而且又有合理的關聯，且有高度設置必要性，如此才可容許以法律上推定（可舉反證推翻）對舉證責任為適度的轉換。惟此舉證責任適度的轉換，仍不得與檢察官所負之實質舉證責任相提並論，只要被告就財產來源的真實性以自由的證明方法，具有證據優越性或提出證據責任即為已足，無須達到確信程度，如此敗訴之實質舉證責任始不致轉換於被告，亦不生違反無罪推定問題。如檢察官問你的收入為何可買一品苑豪宅？你只要大致提出證據說明為什麼我可以買一品苑豪宅便可，但是最後的實質舉證責任還是在檢察官身上²⁷。因此，在這樣的情況之下，財產來源不明罪並不會違反無罪推定，因處罰界限的前置化，也要符合聯合國反貪腐公約第20條所提的，在不違背本國憲法和本國法律制度基本原則的情況下方可。

（三）嚴格執法並設立特殊偵查程序與法制

義大利刑罰學者貝加利亞（Cesare Beccaria）在18世紀便強調刑罰的迅速性及確定性遠較嚴厲性，在犯罪預防上更具效果。因而如何強化迅速性及確定性以貫徹嚴格執法，便相當重要。因此公約規定了一系列特殊偵查程序與法制，如推定原則、適度舉證責任轉換、保護檢舉人及證人安全、污點證人免責、特殊偵查手法如控制下交付和在其認為適當時使用諸如電子或者其他監視形式和臥底偵查等其他特殊偵查手段，並應允許法庭採信由這些手段產生的證據等完善的偵查策略法制等及國際刑事合作機制，以強化反貪腐機構的追訴能力，提升貪腐犯罪的定罪高風險，以及降低偵查機關的證明的難度。

²⁷ 許福生，前揭文，頁136。

此本理念，刑事程序上所講的「證人刑事免責權」及「證人保護」這部分，縱使我們現在貪污治罪條例第8條或是證人保護法已有類似規定，惟和「證人刑事免責權」不盡相同，且證人保護相當規範仍不足，有必要重新檢討，以對證人進行更實質的保護及讓舉發制度應該更加完善。再者，納入特殊偵查手段如擴大控制下交付適用、臥底偵查確實有必要在納入刑事訴訟程序中。此外，建立缺席審判制度，針對犯罪嫌疑人、被告人死亡、潛逃或者缺席而無法對其起訴時，不經過刑事定罪而沒收其犯罪所得資產的獨立程序，以應對公約的規定和資產追回之需要等，均值現行法令再重新檢視是否須配合制（訂）定、修正。

三、強化國際刑事合作機制

隨著貪腐問題全球化、貪腐資金及財產全球流動的發展趨勢，公約著重國際合作控制貪腐的理念，以遏制貪腐份子試圖透過潛逃海外而逃避法律制裁，而其國際合作措施主要包括引渡、被判刑人的移轉管轄、司法協助、刑事訴訟的移交、執法合作、聯合偵查、特殊偵查手段及貪腐資產追回機制等。惟其國際合作牽涉到充分的政治意願、適當的法律架構、支持參與國際執法文化，以及足夠的專業能力。現若放於國際合作共同打擊貪腐犯罪時，便會面臨(一)政治面上合作意願及管轄權缺口的問題。(二)法律面上因法規範差異及誘因性缺口的問題。(三)社會文化面上因文化刻板化印象及參與性缺口的問題。(四)組織能力面上因人員素質與設備落差及功能性缺口的問題²⁸。換言之，反貪腐的國際刑事合作議題，涉及政治、法律、文化及能力等合作影響因素，再加上臺灣現有的國際地位，能發揮到何程度仍有待觀察。

²⁸ 黃翠紋、孟維德，警察與犯罪預防，五南，2012年2月，頁331；許福生，兩岸跨境詐騙犯罪新情勢與問題之分析，中央警察大學學報第49期，2012年6月，頁17。

就以法務部廉政署2013年度工作報告所示，為因應境外調查取證、犯罪情資蒐集、犯罪所得查扣及人犯遣返等辦案需求，廉政署自成立以來即積極擴展國際司法互助業務，以強化境外打擊犯罪能力，除透過法務部國際及兩岸法律司協助外，亦積極爭取與國際及兩岸專責廉政機構建立雙邊關係，2013年共計辦理工作會談3次。除進行廉政業務交流外，亦著重於調查部門相互進行案件協查及貪瀆犯罪情資交換等事宜，陸續與大陸與港澳地區及部分設有專責肅貪機構的國家建立貪瀆案件協查及情資交換管道，並就本署調查中之個案進行境外調查取證及互換犯罪情資，以強化本國刑事追訴權，務使涉犯貪污罪責者接受制裁，查扣犯罪所得，2013年共計執行情資交換10次。這樣的成效，確實仍有改進空間。

事實上，全世界簽署司法互助的案例中，能做到成功率高達81%是「非常少見」，目前能到此水準當屬「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」。6年來此協議不只獲得民眾近八成支持度，且在兩岸聯手打擊犯罪方面，總共破獲141個案件，逮捕6千2百多人，同時相互遣返雙方通緝犯405人，不只有效壓制一度猖獗的電信詐騙案，並讓受騙金額減少而七成之多。此協議之成功，除了兩岸能擱置爭議、求同存異、建立互信、共創雙贏外，最主要是因電信詐騙具有犯罪人員組織化、犯罪動機趨利化、犯罪工具科技化、犯罪地區跨境化、犯罪行為隱蔽化、犯罪被害普及化及犯罪結果嚴重化等特性，促使兩岸能以正視現實，本著互惠互利的態度共同打擊，尤其是兩岸警方長期合作與交流，建立起深厚的友誼與互信的基礎，更是功不可沒。借鏡兩岸司法互助成功經驗，建構臺灣與各國互惠、互利與互信的合作機制平台，仍是推動反貪腐國際刑事合作成敗關鍵所在²⁹。

²⁹ 許福生，建構合作平台 推動國際反貪，2015年5月7日聯合報民言論壇。

四、制定貪腐防制條例

由於貪腐成因如本文所言多樣且複雜，其防治策略除了提升公務職場倫理規範意識及鬆綁相當管制措施及透明化以降低保護市場外，在政府現正大力展現反貪決心之時，良善制度的建立便成為根本解決之道。事實上，聯合國反貪腐公約確實提供我們在反貪上很重要的參考，因而在聯合國反貪腐公約內國法後，除依本公約規定積極推動各項反貪腐法制及政策，落實本公約建立之反貪腐法律架構外，現行的「貪污治罪條例」所強調的「治罪」，會讓人聯想到只是不斷地去加重刑而忽略提高其風險及其他配套措施；惟從聯合國所提出的反貪腐公約，可發現其刑事政策思維包括預防為主打防結合、內國反貪與國際合作相結合、公私協力之治理及打擊貪腐與保障人權並重等，因而目前以懲罰為主的「貪污治罪條例」，建議可改為「貪腐防制條例」，以擴大反貪腐的機能與成效。

由聯合國反貪腐公約檢視我國 公部門廉政法制建設與組織設計 ——以預防性內部治理為焦點^{*}

胡龍騰^{**}、蔡秀涓^{***}

目 次

壹、前 言	伍、政府部門倫理法制與人事 政策改革建議
貳、《聯合國反貪腐公約》之 公部門預防措施	一、政府部門倫理法制
一、第5條：預防性反貪腐政 策與作法	二、行政機關人事政策
二、第6條：預防性反貪腐 機構	陸、反貪機構之強化與整合
三、第7條、第8條：政府部門 與公職人員行為守則	一、強化廉政署之獨立性與被 課責性
參、我國廉政制度與組織之運 作檢視	二、整合現有防貪夥伴機制， 強化反貪體系的協力鏈結
肆、廉政法制總體性原則改革 建議	三、仿企業倫理長制度，將 「政風」人員改為「倫理 長」或「倫理人員」，賦 予其正面形象
	柒、結 論

^{*} 本文主要摘錄與增修自由胡龍騰、蔡秀涓、陳淑芳、陳偉華所共同執行之《我國廉政發展應如何落實聯合國反腐敗公約之研究》之研究報告。本文發表於「聯合國反貪腐公約專題學術研討會——我國之實踐與展望」，臺北：法務部廉政署。

^{**} 國立臺北大學公共行政暨政策學系副教授、台灣透明組織常務理事。

^{***} 東吳大學政治學系副教授、台灣透明組織常務監事、行政院中央廉政委員會委員。

摘 要

「聯合國反貪腐公約施行法」於2015年5月5日經立法院三讀審議通過，並於5月20日經總統公布，使《聯合國反貪腐公約》所揭示之規定，具有國內法律之效力；且依該施行法之規範，各級政府機關應依該公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於施行法實施後3年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。爰此，本文乃聚焦於與公部門相關之廉政制度和組織設計議題，以《聯合國反貪腐公約》第二章預防性措施之內涵作為規範性參考架構，從而檢視我國為落實該公約之期待，仍應戮力改善之方向。

本文指出，儘管我國在廉政法制的建設上具有相對完備的基礎，但部分現行法律所持規範重點，未能有效發揮反貪功效，應儘速展開全面檢討和修正。且為建構起公部門全面性的預防性反貪法律體系，其他配套如相關的人事法規、弊端揭發之舉報及保護制度，以及公職人員倫理行為相關法制之統合等，亦須一併相互校準與增修。在預防性反貪腐機構的建立上，法務部廉政署成立後，我國廉政體制已展開新頁，但在廉能政策研究與制訂知識的累積、社會反貪觀念的宣揚與擴散、社會關係之建立，與既有內外控夥伴機制間的協力鏈結，甚至是廉政署本身的獨立性及可課責性等方面，則將會是我國廉政建設的續階工程核心。

關鍵詞：聯合國反貪腐公約、聯合國反貪腐公約施行法、預防性措施、廉政制度、廉政署

壹、前 言

貪腐問題的形成，乃與個人行為、心理、風俗、文化、社經環境，甚至法律制度有關，是一種多成因的複雜性問題。由於貪腐問題不僅可能影響社會穩定性及經濟之成長發展，更可能斷傷國家永續發展之基礎，因此，於2003年10月31日由聯合國大會通過；並於2005年12月14日生效的《聯合國反貪腐公約》（United Nations Convention Against Corruption, UNCAC），便以建立全球反貪腐法律的架構為主要宗旨，並建立評鑑機制以檢視各締約國之執行成效。我國雖然不是聯合國會員國，無法成為該公約的締約國，但因馬英九總統上任後極為重視廉能建設與反貪腐政策，為展現我國對於打擊貪腐之決心，遂以內國法化之方式，與國際規範加以接軌。而「聯合國反貪腐公約施行法」於2015年5月5日經立法院三讀審議通過，並於5月20日經總統公布，使《聯合國反貪腐公約》所揭示之規定，具有國內法律之效力；且依「聯合國反貪腐公約施行法」之規範，各級政府機關應依該公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於施行法實施後3年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進，且各級政府機關應確實依現行法令規定之業務職掌，負責籌劃、推動及執行公約規定事項，若涉及不同機關業務職掌者，應協調聯繫辦理，而各政府機關職權之行使，亦須符合該公約之規定，以落實《聯合國反貪腐公約》之規範。

《聯合國反貪腐公約》之內容，包含多個面向的原則及機制建議，可作為世界各國預防及控制貪腐的制度和組織設計參考架構。其中第二章的預防性措施（preventive measures），乃由反貪和防貪層面著手，期望建立全球反貪的治本之道。在此當中，與公部門法令規章和機關設立有關者，便占有顯著篇幅，顯見該公約制訂者對於公部門本身反貪能力（capacity）建立，以及政府機關內部治理條件完備性等之重視程度。

我國廉政機制之設計主要採內控及外控並行之雙軌機制。其中，所謂的「內控機制」，主要係指由在2011年7月20日成立之法務部廉政署，以及依據「政風機構人員設置管理條例」所設置分布於全國中央及地方機關及公營事業內之政風人員。而所謂「外控機制」即指法務部各地檢署及調查局廉政處，及分布全國各縣市之調查處、站（含北、中、南部機動工作組）所形成之運作機制。¹

自法務部廉政署成立後，其主要職掌包括：國家廉政政策之規劃、研究、擬訂、協調及推動；廉政相關法規制（訂）定、修正之研擬及解釋，以及貪瀆預防措施推動、政府部門防貪審查及稽核、貪瀆犯罪調查和管考、政風機構業務督導及考核、政風機構組織管理等業務。在組織設計上，共設有綜合規劃、防貪、肅貪、政風業務，及北部、中部、南部地區調查組等7組。在人員組成方面，廉政署的運作主體為駐署檢察官、廉政官，及相關廉政人員，且因廉政官具有司法警察身分，可在收到政風單位或接獲檢舉等各類途徑所取得之案件後，由駐署檢察官直接指揮並分案調查。其中，「駐署檢察官」之設計，主要精神在於一方面符合我國係以檢察官為偵查主體之刑事訴訟制度，另一方面由駐署檢察官直接指揮廉政官進行案件調查，可明顯強化廉政署在貪瀆案件之偵辦效率（法務部，2010）。再者，法務部廉政署成立之後，我國廉政體系亦由過去檢察、調查、政風所形成的反貪鐵三角，轉變成為由檢察機關指揮帶領廉政署、調查局、政風機構統合作戰之金字塔型廉政架構（法務部，2010）。

除上述逐步建構完整的反貪組織體系外，我國在廉政制度的建設上，與公部門息息相關者，主要包括公職人員財產申報法、公職人員利益衝突迴避法、行政程序法、政府資訊公開法、貪污

¹ 就實務而言，監察委員所行使之彈劾、糾舉權，以及監察院監察調查處亦應屬廉政外控機制之一環。

治罪條例、政治獻金法、遊說法、公務員服務法、公務人員行政中立法、公務員廉政倫理規範、行政院及所屬機關機構請託關說登錄查察作業要點等，就防貪與肅貪之立法目的而言，堪稱完備。

不過，雖然行政院仍未公布「聯合國反貪腐公約施行法」之實施日期，但在該法立法通過並公布後，政府各機關仍應檢視相關法律內容和運作方式，與《聯合國反貪腐公約》所要求者，是否具有不足或需修正之處。爰此，本文遂聚焦於與公部門相關之廉政法制建設和組織設計議題，以《聯合國反貪腐公約》第二章預防性措施之內涵作為規範性參考架構，並側重於政府機關內部治理面向，即總體性政策、公務人員倫理法制與人事政策，及反貪機構設計等，從而檢視我國為落實該公約之期待，於公部門自身內部，仍應戮力改善之方向。

貳、《聯合國反貪腐公約》之公部門預防措施

《聯合國反貪腐公約》於2003年10月31日由聯合國大會通過，並於2005年12月14日正式生效，內容除序言外共分為8章、71項條款，包括總則（General provisions），預防措施（Preventive measures），定罪及執法（Criminalization and law enforcement），國際合作（International cooperation），資產的追回（Asset recovery），技術援助和資訊交流（Technical assistance and information exchange），實施機制（Mechanisms for implementation）以及最後條款（Final provisions）。而制訂《聯合國反貪腐公約》之主要目的，乃在於建立全球反貪腐的法律架構，促使各締約國以共同的法律標準打擊貪污，並以聯合締約國協力圍堵單一國境，甚至是跨國的貪瀆犯罪。而除《聯合國反貪腐公約》的規範性架構外，為推動各締約國能進一步落實該公約之規範，聯合國於2006年訂頒「聯合國反貪腐公約實施立法

指南」(Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption)，作為各國立法和執行之參考；且該指南目前已於2012年發布第二版之更新，更能符合各國之實際系絡。

就本文主要關切的預防性反貪措施面向而言，該公約特別著重公部門本身所投注的法制建設，將其視為有效遏阻貪污腐敗的重要基礎，一方面期待能有專門，且獨立的預防性機構，另一方面則是要求應能建立公職人員的有效管理制度，制訂，並定期對反貪相關法律進行檢討和評估，以確保法律執行和打擊貪腐的有效性。依據本文之旨趣，主要針對該公約之第5條至第8條之內容加以討論，並就我國現行制度和組織運作提出檢視觀點。

一、第5條：預防性反貪腐政策與作法

《聯合國反貪腐公約》第5條在於規範「預防性反貪腐政策與作法」，規定「各締約國均應依其國家法律制度之基本原則，訂定及執行或堅持有效而協調之反貪腐政策。此等政策應促進社會參與，並體現法治、妥善管理公共事務與公共財產、廉正、透明度和課責等原則。」同時，不僅要求各締約國應提出預防貪腐之有效作法，第5條第3款更強調各締約國應定期評估相關法律文書及行政措施，以確定其能否有效預防與打擊貪腐。而為使《聯合國反貪腐公約》所建立的反貪法律架構能適用於不同國情之締約國，期待「各締約國均應依其國家法律制度之基本原則，酌情彼此合作，並與相關國際組織及區域組織合作，以促進和訂定本條所定之措施。此種合作得包括參與各種預防貪腐之國際計畫及方案」。

二、第6條：預防性反貪腐機構

聯合國參考國際上運作成效較佳之政府反貪機構的設立特質，建議在衡酌各國國情的條件下，得設立一個或多個反貪機

構，但強調必須維持是類機構的職權行使的獨立性以及反貪資源的充分性，規定：「各締約國均應依其國家法律制度之基本原則，賦予本條第1項所定機構必要之獨立性，使其能有效履行職權，及免受任何不正當之影響。各締約國均應提供必要之物資與專職工作人員，並為此等工作人員履行職權，提供必要之培訓。」

三、第7條、第8條：政府部門與公職人員行為守則

《聯合國反貪腐公約》之第7條「政府部門」與第8條「公職人員行為守則」之內容，就其本質而言極為相近，皆在強調各締約國應透過適當的制度，確保公職人員的廉正。如第7條第1項便要求：「各締約國均應依其國家法律制度之基本原則，酌情努力採用、維持及加強公務員及在適當之情況其他非選舉產生公職人員之招募、聘僱、留用、陞遷及退休制度。」且從其項下之條文內容來看，係要求各締約國應維繫公職人員進用與陞遷之功績原則、公平和透明。尤其第7條第1項第2款，特別對於「擔任特別容易發生貪腐之政府職位人員」，強調應「訂定適當之甄選與培訓程序，以及酌情對此等人員實行輪調之適當程序」，以「工作輪調制度」確保滾石不生苔。

《聯合國反貪腐公約》第7條第1項第3款提到了「高薪養廉」的觀點，建議締約國應「促進充分之報酬及公平之薪資標準，並考量締約國經濟發展水準。」此外，聯合國認為除專業性職能訓練外，亦應對公務人員提供反貪在職訓練，俾使其「提高其對履行職權過程所隱含貪腐風險之認識」。

《聯合國反貪腐公約》第8條第2項要求：「各締約國均應特別努力在其國家體制及法律制度之範圍內，適用正確、誠實及妥善執行公務之行爲守則或標準」，強調應建立公務人員之廉政倫理規範。該條文第4項則是強調應提供公務人員弊端揭發之制度和管道。而第8條第5項則屬公職人員利益衝突迴避之概念，要求

各締約國「應依其國家法律之基本原則，酌情努力訂定措施和建立制度，要求公職人員特別就可能與其職權發生利益衝突之職務外活動、任職、投資、資產及貴重之饋贈或重大利益，向有關機關陳（申）報」。

由上述簡要分析可以看出，除公約第6條屬於預防性反貪腐機構之組織面規範外，第5條、第7條、第8條之內容皆與締約國之預防性反貪制度建立有關。以下乃就前述條文所涉制度和組織設計之規範，與我國公部門相關之面向提供檢視，並就未來欲落實該公約規範之思考策略，提出本文之觀點。

參、我國廉政制度與組織之運作檢視

藉由以5場深度訪談、4場焦點團體座談，共計與27位學者專家討論與對話，本文以下綜整我國若欲落實《聯合國反貪腐公約》，在公部門面向上仍需努力及強化之重點。²

首先，從預防性反貪腐相關制度來看，我國目前已有如貪污治罪條例、刑法瀆職罪專章、公職人員財產申報法、公職人員利益衝突迴避法、洗錢防制法、政治獻金法、公職人員選舉罷免法、總統副總統選舉罷免法、公務員廉政倫理規範等制度設計，規範範疇可說相當廣泛。不過，若由法律本質來看，相關制度多偏重「肅貪」目的，而使防貪性政策的認知不易深植於公務人員或一般民眾心中。若再從制度實質規範內涵檢討，目前許多法律規定久未修訂，已不符合現勢，且貪污治罪條例、公職人員利益衝突迴避法、政治獻金法等之相關規定和罰則或刑責，偏向保守，甚至過輕，恐無法發揮遏阻貪腐的積極性效果。

² 完整的研究資料彙整與分析，請詳見胡龍騰、蔡秀涓、陳淑芳、陳偉華（2010）之「我國廉政發展應如何落實聯合國反腐敗公約之研究」研究報告。

其次，由於貪瀆犯罪屬於一種隱密性、智慧型犯罪，在犯罪證據的蒐集上具有一定難度，尤其關鍵的是，貪污犯罪乃是一種生態性的犯罪，常伴有共生和對價關係，且時至今日的貪污犯罪早已不是雙方立即給予報償或單一事件對價的型態，但由於目前制度上對於犯罪雙方的對價關係，仍採狹義的界定，因而對於犯罪事實常常不易認定和建立；再加上，我國現行貪污治罪條例中所訂刑責過重，至少為5年以上的刑責，常形成「情輕法重」的不符比例的情況，造成許多承審法官判不下去，連同前述對價關係不易認定的因素，而使貪污案件定罪率偏低，同時造成貪瀆犯者的僥倖心態。是以，應重新檢討過時的法規，從貪腐的供給和需求、貪腐的網絡和共生關係、貪腐的對價關係等層面，重新修訂預防性反貪腐制度。甚至，專家學者建議應重新定義「貪腐」的概念，將企業與私部門之貪污或行賄，一併納入貪污治罪條例中予以規範，從而強化防貪、反貪之效果。

其三，誠如前述，我國與防制貪腐相關之法令規範繁多，但同時也因不同法令背後的主管機關各有所異，欠缺統整性，甚至彼此間互有矛盾之處，所致生的影響便是執行機關間可能相互掣肘，一般民眾或吹哨者想要檢舉，也不易清楚政府主管機關之間的分工。

其四，由預防性反貪腐機構之角度檢視，在廉政署成立後，我國原本由檢察、調查、政風所形成的鐵三角平面概念，已成3D立體的廉政體系架構。儘管如此，目前我國政風單位在運作上，仍然面臨法務部廉政署及所屬機關首長「兩個老闆」的雙重隸屬尷尬情況，且在許多部門中，如學校、立法機關、基層行政部門等，皆尚無政風單位之設立，形成無法落實反貪政策，無法將反貪能量延伸至行政末梢、未能先期發現及發揮防微杜漸功能的關鍵原因。

更深入言，雖然我國目前已成立廉政署作為廉政政策的主責機關，同時也有檢查、調查，甚至監察機關形成反貪腐體系，但

前述多數機關皆屬事後肅貪部分，因此在一般社會認知上，我國預防性反貪機構的建立和功能仍待強化。不僅如此，前述機關間的合作與鏈結也應增強。是以，專家學者們認為，應訂定「政風人員職權行使法」以強化其職權，並修訂「政風機構人員設置管理條例」，給予其法源基礎，且針對前述問題於目前欠缺政風單位的部門予以補充設立，並且廉政署應積極地強化其政策規劃和知識累積的能力，除一般所熟悉的肅貪功能外，應擴大資源投注於與預防性作為有關的反貪和防貪表現上。

最後，若欲擴大預防性體系的功能與作為，專家學者建議在現有廉政、政風基礎上，再結合監察院、檢調、主計、會計、審計系統，構築成一預防性反貪腐體系，積極發揮行政肅貪與防貪之功能，並強化目前之反貪腐機制。同時，為加深社會對於政府於「反貪」的正面認知，專家學者建議可參考企業部門之作法，將政風機構轉化為倫理局，或是建立稽核長制度，以形塑其正面性意涵之職務與機構概念。

肆、廉政法制總體性原則改革建議

基於前述專家學者們對於我國公部門範疇中與預防性反貪腐制度及組織相關的檢視和建議，本文提出我國在通過「聯合國反貪腐公約施行法」後，下一階段（the next step）於落實和實行《聯合國反貪腐公約》時，可納入思考的改革作法。依據《聯合國反貪腐公約》第5條於預防性反貪腐政策與作法之規範，各締約國應根據該國法律制度的基本原則，制訂和執行相關反貪腐政策，以強化政府之廉政、透明、課責及促進社會參與，並須定期評估有關法律制度和措施，以確保其能有效預防和打擊貪腐；爰此，此一部分首先就預防性反貪腐的法制變革提出芻議。

一、重新檢視未能符合現今時勢之反貪腐法令規範，對於過輕或過重之刑責規定，做適度修法調整；並重新界定貪污犯罪中

的對價關係。

無論透過文獻檢閱或前述之專家學者深度訪談及焦點團體座談，皆可發現我國於防貪、反貪之相關法律，如：貪污治罪條例、刑法瀆職罪專章、公職人員財產申報法、公職人員利益衝突迴避法、洗錢防制法、政治獻金法、公職人員選舉罷免法、總統副總統選舉罷免法、政府資訊公開法、公務員廉政倫理規範等，規範範圍相當廣泛，就內容而言亦稱完備。惟美中不足之處，係部分法律規定已不符合現今時勢需求，但卻仍未修改。

其次，包括「公務人員服務法」、「政治獻金法」等在內之部分法律的刑責，仍顯過輕，無法發揮遏阻貪腐的功效；但另一方面，如「貪污治罪條例」等刑責內容卻又過重，致使許多法官不敢輕易判處犯罪嫌疑人之罪刑，而造成相關法律制度失靈的困境。

復次，許多貪污犯罪內之雙方對價關係因屬長期發展之生態概念，且常有事成後「延後償付」的付價模式，且所謂之「付價」亦未必以金錢作為報償，因此相當不易以單一事件或橫斷面時間點的方式進行犯罪認定，而使貪污罪犯易於脫罪、逍遙法外。因此在實務上，實有必要針對貪污犯罪中的對價關係，依實際犯罪態樣予以重新界定。

故而建議法務部應針對我國相關反貪腐法律制度進行重新檢視，將未能符合現今時勢，或刑責規定過輕或過重之條文內容，做適度修法調整。並且對貪污犯罪兩造間的對價關係，從生態觀點加以重新界定，俾使其更能符合貪污犯罪之動態實情，以發揮遏阻之功效。

二、廉政法制建設應提升至「國家廉政體系」概念

2008年行政院通過「國家廉政建設行動方案」，檢討過往「肅貪、防貪」之二元思維模式，改採國際透明組織倡議之「國家廉政體系」概念，此體系共有11根支柱（pillars），包括立法機構（legislature）、行政機關（executive）、司法系統

(judiciary)、審計總署 (auditor-general)、監察特使 (ombudsman)、反貪腐機構 (watchdog agencies)、文官系統 (public service)、私人企業部門 (private sector)、媒體 (media)、公民社會 (civil society) 及國際行為者 (international actors) (Transparency International, 2000)。這 11 根支柱亦符合《聯合國反貪腐公約》第二章所規範之條文內涵，我國宜據此概念以多元策略整合跨部門的資源提升政府廉潔與施政透明。

參照我國現行廉政相關法規，當前國內重要廉政法制如公職人員財產申報法、公職人員利益衝突迴避法、洗錢防制法、政治獻金法、政府資訊公開法，以及規範政府施政作為須符合公正、公開與民主之正當程序的行政程序法等廉政法規，相較於亞洲各國，我國反貪法制建設堪稱完備。再者，為彌補相關制度規範缺口，我國政府持續強化與更新相關廉政法制，如 2009 年行政院院會通過貪污治罪條例部分條文修正草案，增加「貪污罪被告不說明財產來源罪」及「不違背職務行賄罪」。儘管如此，相較亞洲廉政績效卓越之各國，我國廉政發展前端之預防貪腐法規與制度仍亟待加強。基此，我國實有必要參考《聯合國反貪腐公約》所訂立之「預防性措施」規範架構，強化廉政政策領域之法制建設及執行措施，並參考「國家廉政體系」概念，從而檢視及加強每一支柱 (pillars) 的法制功能，補足尚缺之必要法源，以完善我國廉政立法工程。

伍、政府部門倫理法制與人事政策改革建議

基於政府部門的廉潔是民主國家最重要的基礎，因此，分別就政府部門的倫理法制面與人事政策面，提出以下建議供廉政與人事主管機關參考。此外，儘管公約第 7 條是有關公務人員廉潔的相關人事政策建議，而第 8 條才是以整體政府部門人員為主，

但本文認為先行說明整體公部門之倫理法制面，進而更聚焦的提出行政機關公務人員相關作法，較為符合論述邏輯與行文流暢，因此以下將先就政府部門整體倫理法制面加以說明。

一、政府部門倫理法制

《聯合國反貪腐公約》第8條有關公職人員行為規範之反貪腐預防措施內涵，主要重點可歸併成以下幾點：(一)制訂相關的反貪腐預防法典（含違反效果），並提倡廉政、誠實與負責的價值；(二)提供方便公職人員舉報部門貪腐事件（弊端揭發）之管道；(三)利益衝突相關事項申報機制。雖然我國公部門現行有關預防性反貪腐措施，堪稱立法最為豐富者，即為上述三項規範重點，但進一步分析現行相關法制可知，仍缺少具統合性的倫理法；而對於廉政相當重要且為各國高度重視的弊端揭發機制，我國亦尚未立法，為使政府部門倫理法制更形完善，以下興革建言或可參考。

（一）將與公職人員倫理行為守則之相關法制做一統合性立法，並將主管機關加以整併

我國目前與公職人員倫理行為相關之法律有「公務員服務法」、「立法委員行為法」、「公務員懲戒法」、「公務人員考績法」等，這些法律對於公務人員與民選公職人員，應遵守的倫理與廉政行為，以及違反效果均有規範。此外，屬於行政規則的「公務員廉政倫理規範」，對於公務員正常社交禮俗標準、公務禮儀、受贈財務、利益迴避、飲宴應酬、請託關說、職外活動等與廉政有關之行為規範與處理程序，則是規範的相當周延與具體，同時亦對違反效果有所規定。已符合《聯合國反貪腐公約》第8條之內涵。

但是，誠如專家學者們之意見與相關研究和調查所顯示（蔡秀涓等，2008），我國現行有關各類公職人員之倫理行為規範法

規過於龐雜，主管機關也很多元，此種法制形式與執行體系，不僅與《聯合國反貪腐公約》之規範及全球趨勢不符，而且也造成各類公職人員因多頭馬車而可能無所適從之困境。因此，未來應可將與公職人員倫理行為守則相關的法制做一統合性立法，並對主管機關加以整併。

（二）建立政府部門全面性的內、外部「廉政申訴制度」

《聯合國反貪腐公約》第8條第4款關於公職人員的「內部舉報機制」，在我國現行法制規範中仍非健全，致使公職人員在履行公務過程中如發現貪腐情事少有舉報行為。循此，我似可借鑑澳洲中央與地方政府層級所建立的「廉政申訴制度」之經驗。長久以來，澳洲等國在聯邦與州／領地政府層級建置有監察使（Ombudsman）制度，負責職司中央與地方政府的廉政申訴、調查、處理陳情案件、公職人員瀆職等業務，處理包含國防、入境事務、郵務及稅務業務領域的申訴案件。我國制度傳統雖無監察使制度設計，但可綜整現行各單位的職掌功能，強化「內、外部舉報機制」，提供文官體系內部舉報及外部申訴的制度誘因。「廉政申訴制度」乃是各先進國家預防性反貪腐政策的重要環節，提供人民陳情的管道，亦可因此改變民眾與政府之間的信任關係。

基此，當前我國應思考如何為公職人員設置申訴管道，此舉可以預防日後貪腐情事的發生，當現行制度在於當文官體系中難以為繼之時，應檢討如何可提供「內、外部舉報人」另一個保護的管道，以解決政府與民眾的爭端，以增加廉政、透明度及政府課責性。綜之，建議研擬建立中央、地方層級的「廉政申訴制度」，該制度的目的在於獨立的受理有關行政內部不良施政作為的指控，獨立性即是該制度的最重要特徵。同時強化現行全國政風單位的揭發並調查貪污職權，透過教育與研究方式對貪污行為予以控制與預防，針對行政部門與其所屬之公職人員提供「預防

性反貪腐教育訓練」方案。

二、行政機關人事政策

《聯合國反貪腐公約》第7條有關公共部門之預防措施，以人員別而言，可區分成一般公務員與需經選舉產生之公職人員。惟限於本文篇幅及核心旨趣，且為使我國公共部門反貪腐相關規範，能與《聯合國反貪腐公約》之內涵更為一致，以下僅就一般公務員之部分，提出思考建議供有關部門參考。分析《聯合國反貪腐公約》對於一般公務員反貪腐重點，在於透過相關人事政策以達預防貪腐的目標，尤其是著重在以下幾項：

- (一)人事政策以功績和透明原則為基礎；
- (二)貪腐風險較高人員之甄選、訓練與職期輪調特別規範；
- (三)充分的報酬與薪資以降低公務人員貪腐動機；
- (四)進行反貪腐教育訓練，提升公務人員誠實履行公務與貪腐風險意識。

從現有制度來看，我國公部門於一般公務人員之預防性反貪腐措施，較著重在倫理行為與法制之建制，也就是《聯合國反貪腐公約》第8條之規範內涵。至於上述四項《聯合國反貪腐公約》第7條對於一般公務員之預防性反貪腐原則，則似乎較不是我國現行反貪腐機構強調的重點之一，為使我國人事體系可以作為支撐廉政的重要基礎，茲提出以下幾項建議：

(一)人事政策以功績和透明原則為基礎

分析我國現行公務員相關人事法規可以發現，「公務人員任用法」、「公務人員任用法施行細則」、「公務人員陞遷法」、「公務人員陞遷法施行細則」等幾項以陞遷任用為主的人事法規，甄補、任用與陞遷等標準，基本上都是以考試資格、年資、教育程度、考績等功績原則為主。而且根據上述相關規定與辦法，各機關在辦理陞遷時，形式上必須由甄審委員會負責人員升

任甄補的主要決策，與處理決策過程的相關事宜，而甄審委員會的組成與執掌均有頗為詳盡的規定。

因此，就法制面的規定來看，我國一般公務人員的任用與陞遷等，無論是陞遷標準或是陞遷決策過程的設計，都頗為符合功績型陞遷的特色。就法制形式而言，已堪稱與《聯合國反貪腐公約》第7條有關一般公務員預防性反貪腐規範第1項相符。然而，儘管法制面我國人事體制具有功績原則之精神，但實務運作卻也發現，我國的公務人員任用與陞遷，仍然具有一定的政治現象（蔡秀涓、施能傑，1998）。換言之，就實質文化與結果而言，並非完全符合功績原則。

據此，本文認為，我國一般公務人員之任用若欲法制規範、實質結果與文化氣候等，均符合《聯合國反貪腐公約》第7條第1項功績原則之內涵，則以下兩點作法或可參考：

1. 人事主管機關應提供相關的具體指導原則與訓練

實務上，各用人機關對於我國人事政策標榜透明、公正與功績原則應十分清楚。但是，如何轉化成實質的人事決策標準與程序，以及培養各級主管功績用人之決心與文化，就需要人事主管機關提供對各機關更具體之指導原則與協助。此外，人事主管機關也應提供對各級有用人權之主管，如何落實功績原則與在機關中養成功績文化之訓練。

2. 人事與政風人員均應明文規定為甄審委員會指定代表，監督人事決策過程

現行「公務人員陞遷法施行細則」第7條有關甄審委員會組成與人員代表之規定，人事人員為當然委員之一，但政風人員並非是機關首長必須指定的委員之一。因此實務上政風人員是否會參與機關甄審委員會，則依主管而定。即使政風人員為甄審委員會之代表，其功能也是在提供任用或陞遷候選人個人品德操行方面的諮詢，而非監督機關人事決策是否符合功績原則。

是以，為進一步落實《聯合國反貪腐公約》第7條第1項功績原則之內涵，則「公務人員陞遷法施行細則」第7條有關甄審委員會組成與人員代表之規定，應修正為人事人員與政風人員均為指定代表，而且此二類人員必須對甄審標準、過程與結果，是否符合透明與功績原則負有監督義務。

(二)針對貪腐風險較高人員進行檢視和界定，建立該類人員之甄補、訓練與職期輪調特別規範，屬專業職務領域者，其輪調以該專業職務領域為主要範圍，並進行跨部門、跨機關之輪調

觀察我國現行人事制度可以發現，並無以法律層次為主的相關法源規定，各機關必須對貪腐風險較高人員之甄補、訓練，或是職期輪調等，制訂與一般人員有別的特別規範。不過，觀察我國現行人事實務則可以發現，無論是中央機關、業務主管機關與縣市政府，均會自行訂定部分類別人員的甄補、訓練與職期輪調相關規範或指導原則，這些規範基本上都是以規定、要點、辦法等形式呈現。其中，有些會指明係基於反貪腐之理由而制訂，例如「內政部端正政風防制貪污工作實施計畫」第5條即規定：「各機關對與民眾直接接觸之公務人員，依規定須實施職期輪調者，應切實執行；並依『各機關職務代理應行注意事項』，建立職務代理人制度，以增進行政效能。」不過也有並未特別指明係基於貪污防制之理由而訂定者，例如「中央機關人事主管人員遴用及職期遷調作業規定」、「法務部及所屬機關職務遷調實施要點」、「政風人員職期調要點」、「人事主管職期遷調考評」、「台北市政府教育局公務人員職期遷調補充規定」……等。

儘管我國政府各機關與各業務領域，現行已有依機關考量而對於貪污風險較高之可能人員，於甄補、訓練和職期輪調等人事制度，制訂相關貪污防制之規範。但是，本文認為，若欲進一步落實《聯合國反貪腐公約》第7條之內涵，應可參考新加坡與瑞

士等國的作法，以法律而非行政命令或規則的方式，於相關的法規明訂，機關應對貪腐風險較高人員的甄補、訓練與職期輪調有所規範，以更有效達到貪腐之事前預防效果。

據此，以我國現行制度而言，建議思考以下三種作法：

1.就長期性與法律性之考量，建議直接在公務人員任用法、公務人員陞遷法，以及公務人員訓練法等，增列相關規定之條文。並列為各機關向立法院進行機關風險報告之一環。

2.就立即可行與立法困難度考量，則國家發展委員會可將各機關對貪腐風險較高人員之甄補、訓練與職期輪調等，是否有針對貪腐預防進行特別考量及政策成效等，列為行政院各機關施政績效評比的一個項目。

3.先針對易有貪腐潛在風險之業務人員與類別加以清楚界定，繼而思考對於部分屬於專業領域者（如採購人員），是否得仿人事、會計、政風等一條鞭體系之輪調作法，使之得以於專業職務領域內輪調即可，避免專業知識無法累積之缺點。

（三）充分的報酬與薪資以降低公務人員貪腐動機

《聯合國反貪腐公約》第7條此一內涵，由於涉及到各國經濟發展水準不同，以及國家體制差異。因此，並非屬強烈建議事項。以新加坡而言，由於其非屬西方民主政體，因此政府可以用全球最高的公務人員薪資，藉以降低公務人員貪腐的動機。但以其他民主國家而言，則由於公民對公務人員薪資報酬之人事成本較為關注，因此任何執政黨或在野黨在選票壓力考量下，鮮少會提出藉由提高公務人員薪資報酬以違反貪腐之提案或政策。

因此，以我國現行社會對公務人員之觀感，以及對公私部門薪資福利等總體報酬制度之公平性看法而言，本文並不認為現階段我國可仿照新加坡採「高薪養廉」之途徑。

(四)進行反貪腐教育訓練，提升公務人員誠實履行公務與貪腐風險意識

我國現行公務人員訓練課程，無論是考試院國家文官學院、行政院人事行政總處公務人力發展中心，或是地方行政研習中心所舉辦者，近幾年由於馬英九總統將反貪腐列為重要政見之一，因此「廉能政府與倫理規範」此一科目，普遍都會在公務人員相關訓練中被排入課程。但是，此一課程通常是以專題演講的形式呈現，而非較深入的對反貪腐相關議題進行教育訓練和研討。再者，訓練時間也通常只有2-3小時，就性質而言，係屬政令宣導型的非核心課程。此外，反貪腐之相關課程，亦非明文規定於「公務人員訓練進修法」。

基於使公務人員之反貪腐訓練得以更加落實與有效，以提升公務人員誠實履行公務與貪腐風險意識，得以更有效達到貪腐預防，以及更符合《聯合國反貪腐公約》第7條之相關規範，似可在「公務人員訓練進修法」第5條有關行政中立訓練部分，再加上反貪腐之訓練法源。同時，可由法務部廉政署負責總體性的訓練方案規劃，而由各機關或各業務領域（例如會計、人事、採購、環保……等），依個別機關或業務體系業務性質，在廉政署協助下自行設計與執行反貪腐訓練方案，以更符合該機關與該業務領域之反貪腐所需。

(五)落實貪腐風險較高人員之「工作輪調制度」以預防久居其職的公職人員成為行賄對象

《聯合國反貪腐公約》第7條第1款規定對於擔任特別容易發生貪腐職位的公職人員，實行「工作輪調制度」，我國現行《政府採購法》等相關法律雖有類似之制度規定，但對於擔任特殊職位之公職人員，多數機關仍未建立「制度化」的輪調標準與程序，造成久居其職的公職人員易成為行賄對象。例如，澳洲、香

港等國之海關、稅務及採購等機關，均有對該機關內部擔任特殊職位的公職人員實行定期或非定期的「工作輪調制度」，旨在預防涉及或執掌特殊職務之公職人員成為廠商行賄對象，我國應檢討現行制度，並配合考績制度進行各項工作輪調制度的可行性評估。

(六)針對政府部門內部弊端揭發管道與保護機制，進行研議與立法

我國現行公職人員內部揭弊管道之規範，僅有「獎勵保護檢舉貪污瀆職辦法」第2條指出：「公務員執行職務知有貪污瀆職嫌疑而自行或交由他人告發者，除法令另有規定外，不給與檢舉獎金。」因此，嚴格來講，我國並沒有符合《聯合國反貪腐公約》第8條第4項有關政府內部弊端揭弊管道與保護之法制規範。

根據一項以我國全國公務人員為調查為對象之相關研究顯示，受訪者認為「弊端揭發程序與保護」的相關規範，應列為優先立法的倫理事項（蔡秀涓、王千文，2009）。基於《聯合國反貪腐公約》相關規範國內法化，以及使我國公共部門反貪腐更有成效，主管機關應思考並儘速就政府部門內部弊端揭發管道與保護機制，進行研議與立法。

陸、反貪機構之強化與整合

強有力的反貪機構絕對是一國廉政最攸關的要素，而此也是各國際組織與國家高度切的課題。《聯合國反貪腐公約》第6條於預防性反貪腐機構之規範要旨，乃期望各締約國能依據該國之法律制度設立一個或酌情設有多個預防性反貪腐機構，以專責處理預防貪腐之知識傳播，及預防性反貪腐政策之執行和協調。換言之，在《聯合國反貪腐公約》制定者的概念中，一國應有一專責性的預防性反貪腐機構，若該國制度設計有其需求，則再酌情

設立多個是類機構，以執行其功能亦是作法之一，惟此作法的重點在於協調；此外，反貪機構最重要的特質在於獨立性與可被課責。據此，本文提出以下之續階思考方向：

一、強化廉政署之獨立性與被課責性

觀察任何一個能夠有效運作的廉政機構，均必須具備以下五項條件（陳俊明，2008：143）：(一)反貪腐機構本身必須是不貪腐的。(二)反貪腐機構必須獨立於政治控制之外，除了不允許政治人物干預日常運作，更應使反貪機構能夠無憂無懼地調查所有政治人物和高級常任文官的貪污行為。(三)必須要有完整而周延的反貪立法作為反貪機構的行動依據。(四)有適當的經費和人力。(五)政府必須展現對反貪行動的承諾。

前兩項議題，正是社會大眾對於廉政署成立後，能超脫政治力影響，確實獨立、客觀公正的運作（尤其是肅貪案件部分）之期待所在。儘管目前廉政署對於貪瀆案件之偵辦，乃以檢察體系為主體，以其確保其獨立性，本文進一步建議，廉政署可由以下兩面向著手，以提升社會大眾對其獨立性之信任，並強化其可課責性：

（一）廉政署應設置數個獨立監督諮詢委員會，提供諮詢與嚴密監察廉政署執行反貪、防貪與肅貪工作

我國政府部門經常舉香港、新加坡作為反貪腐成功的例子，卻甚少提及這兩個典範究竟其公開、獨立、透明與民眾信任度是如何產生的？以及這二者有何差異。基本上，新加坡與香港二者為人稱道者係屬不同面向，新加坡係以其專業性、高度完整的強大公權力著稱，香港則是因為其獨立性與社會參與成效著稱。

因此，本文認為若就獨立性與可課責性而言，「對監督者之監督」至為關鍵。而香港廉政公署透過設置貪污問題諮詢委員會、審查貪污舉報諮詢委員會、防止貪污諮詢委員會，與社區關

係市民諮詢委員會等4個獨立委員會，以及廉政公署事宜投訴委員會和內部監察小組等設計，以確保其獨立性和受課責性的精髓，值得我國廉政署借鏡。雖然我國廉政署目前亦有廉政審查會之設立，但仍為單一委員會，與香港廉政公署相比，就多個委員會之專業分工、委員會內之委員組成、主席擔任，以及監察力道等面向來看，容有可精進之空間。³由於我國乃一民主國家，專責廉政機構之政治獨立性與民主課責性，誠然是亟需重視的課題。

（二）廉政署運作應更加地落實政府資訊公開透明及貪腐風險控管原則

除前述以組織設計強化對廉政署本身的監察力量外，廉政署在經費運用、人事進用、行政運作等面向，必須更加落實政府資訊公開透明之原則。不僅應定期在網站向社會大眾公開，也應該定期向我國最高民意機構——立法院報告與接受備詢。此外，作為專責廉政機構，廉政署應該比其他機關更加落實內部貪腐風險控管原則，並定期向社會大眾與立法院報告，以符合民主課責、政府資訊公開透明原則，以及以身作則之精神。

二、整合現有防貪夥伴機制，強化反貪體系的協力鏈結

就廉政機構的設置模式而言，新加坡採單一、專責性機構之設計，而紐西蘭、芬蘭、瑞士或澳洲等國，則採多元廉政機構的

³ 目前法務部廉政署之「廉政審查會」，係由法務部廉政署署長擔任召集人、副署長為副召集人，及檢察司、行政院公共工程委員會、審計部等有關機關代表7位，並遴聘法律、財經、醫療、建築等領域之專家學者及社會公正人士7-8人，就廉政署存查列參案件、業務稽核清查結果、廉政署偵辦案件經法院判決無罪情形或其他廉政事項等，提供諮詢及建議，並作外部監督。

協力設計；亦如《聯合國反貪腐公約》第6條之內涵，不在於強調機構設置是否具有單一性，重點乃在於廉政或反貪機構間運作的有效性。因此，我國在法務部廉政署成立後，應繼從強化廉政體系之相互協作能力作為主要思考方向。

觀諸在廉政作為上較為精進之各國政府部門設計，可發現許多國家仍保持多元機構間相互協力、互補之複式佈網的組織設計模式。基此，本文建議應可將目前我國政府體系中，原本就已扮演防制貪腐功能之主計、會計和審計系統納入廣義的廉政體系中。再者，大型貪腐案件多與經濟犯罪、利用現金流通管道方式進行洗錢有關，因此，為能有效防制貪污案件之發生，應以法務部為核心，結合金融管理（與金流有關之部分）和目前調查局洗錢防制中心之功能，強化前述各機關或系統間的資訊流通與通報，方能發揮功能完整、全面防堵、知識一貫的整體綜效。

三、仿企業倫理長制度，將「政風」人員改為 「倫理長」或「倫理人員」，賦予其正面形象

從預防性反貪腐組織之設置角度思考，上述廉政體系的主要任務便在於灌輸公務人員廉潔觀念、提供廉政教育宣導、累積防貪專業知識，及有效防制貪污舞弊作為等「防貪」面向；而這也是我國過去長久以來偏重「肅貪」以致反貪量能不足的現在，所需補強的重點。因此，本文認為或可參考企業之倫理長制度，將「政風」人員改稱為「倫理長」或「倫理人員」，使其工作內容與職務稱呼更形一致，且能賦予其正面、專業的行政形象，擺脫一般民眾對其負面之刻板印象也能從無形中推廣公務倫理和廉潔觀念。

柒、結 論

基於以上的檢視分析和討論，我們可以看出，儘管我國在廉

政法制的建設上具有相對完備的基礎，但部分現行法律所持規範重點，顯與當前時勢不符，若欲能發揮有效反貪功效，則應儘速展開全面檢討和修正，甚至對於貪污案件核心的「對價關係」之定義，應與時俱進、重行界定。又，現有法制多囿於傳統觀點，諸多法律和制度偏於肅貪概念，而應納入並強化防貪概念，以符合《聯合國反貪腐公約》當中預防性措施的趨勢觀點。此外，為建構起公部門全面性的預防性反貪法律體系，除一般大眾較為熟悉的主要法令外，其他配套如相關的人事法規、弊端揭發之舉報及保護制度，以及公職人員倫理行為相關法制之統合等，亦須一併相互校準與增修。

在預防性反貪腐機構的建立上，法務部廉政署成立後，我國廉政體制已展開新頁，防貪與肅貪的機構量能得以凝聚，但是在廉能政策研究與制訂知識的累積、社會反貪觀念的宣揚與擴散、社會關係之建立，與既有內外控夥伴機制間的協力鏈結，甚至是廉政署本身的獨立性及可課責性等方面，或許是我國廉政建設的續階工程核心。專責性機構的成立，必然會產生社會聚焦和意義彰顯的效果，但是若要成功建立社會大眾對於廉政署的信任感與信賴感，仍然需要更多參與性及透明性的機制設立，來爭取社會民眾的認同。

本文在有限的篇幅內，僅就與公部門內部治理相關之廉政法制建設與組織設計，以預防措施觀點進行討論，但整體制度之整備與健全，其範疇更遠甚於此。在「聯合國反貪腐公約施行法」剛通過立法程序、尚未正式施行之際，實有必要依施行法之要求，通盤檢視各級政府機關所主管之法令是否有與《聯合國反貪腐公約》不符或相互衝突，而需修訂或廢止者；惟檢視與修法之工程，不可能一蹴可幾，法務部應及早啟動我國廉政法制的續階工程，以此契機翻修並健全相關廉政體系與制度。

參考文獻

- 法務部（2010），《法務部廉政署設立說明》，臺北：法務部。
- 胡龍騰、蔡秀涓、陳淑芳、陳偉華（2010），《我國廉政發展應如何落實聯合國反腐敗公約之研究》，臺北：法務部。
- 陳俊明（2008），〈廉政制度設計與民意偏好：對新加坡和香港反貪機構的省思〉，《日晷》，第五期，頁140-143。
- 蔡秀涓、王千文（2009），〈台灣民主治理重要基礎：公務人員公共服務倫理認知分析〉，「2009TASPAA全球化下新公共管理趨勢與挑戰——理論與實踐研討會」，台灣公共行政與公共事務系所聯合會、公務人員保障暨培訓委員會、中山大學公共事務研究所主辦。
- 蔡秀涓、施能傑（1998），〈文官甄補的政治與功績之間〉，《「行政現代化」兩岸學術研討會論文集》，臺北：臺灣大學政治學系。
- 蔡秀涓、陳敦源、余致力、謝立功等（2008），《統合性政府倫理法制之研究》，臺北：行政院研究發展考核委員會。
- Transparency International (2000). *Confronting Corruption: The Elements of a National Integrity System*. Transparency International.

聯合國反貪腐公約與公職人員 利益衝突法的修正 ——以立法委員為中心

蔡季廷*

目 次

- | | |
|-------------------------------------|----------------------------|
| 壹、前 言 | 二、其他國際上有關公職人員
利益衝突之重要規範 |
| 貳、反貪腐的國際實踐與效力：
國際反貪腐條約及其在我國的法律效力 | 肆、我國立法委員利益衝突迴避制度的評析 |
| 一、聯合國反貪腐公約締結前的國際倡議行動 | 一、有關我國立法委員利益衝突制度的規範架構 |
| 二、聯合國反貪腐公約及其基本架構 | 二、公職人員利益衝突迴避的立法目的 |
| 三、小結：多功能面向的反貪腐公約與政府官員利益衝突迴避制度 | 三、利益衝突的定義、類型與限制問題 |
| 參、國際法上的公職人員利益衝突迴避制度與實踐 | 四、立法委員利益衝突與議案審議及投票限制 |
| 一、反貪腐公約與公職人員利益衝突迴避規範 | 伍、結 論 |

* 國立臺灣大學政治系助理教授。

壹、前言

我國立法院於今年（2015）5月5日通過「我國擬加入聯合國反貪腐公約案」及「聯合國反貪腐公約施行法草案」。目前，該公約共有173個國家、2個非國家主體（庫克群島、巴勒斯坦），與1個區域整合組織（歐盟）加入，其目的在指導並提供各國政府反貪腐之法制和政策，內容涵括貪腐行為之預防措施、定罪和執法、國際合作、不法資產之追回，及落實本公約之執行機制等五大部分。¹不過，有部分立法委員曾經在審議時質疑，通過聯合國貪腐公約，是否會出現宣示意義大於實質意義的情況。²法務部次長蔡碧玉則表示，當公約國內法化後，並讓法規與國際接軌，將有辦法在國際上對等互惠進行司法互助合作。³換言之，如何全面性地將公約國內法化，是公約在我國能否發揮實質意義的關鍵所在。

在眾多聯合國反貪腐公約國內法化的潛在工程中，相較於刑事法律與政策的改革，在我國或許最容易被忽略的就是反貪腐的預防措施。根據2014年度臺灣公共治理指標中心有關主觀的貪腐指標調查可知，多數專家認為各級民意代表的清廉指數遠比一般公務人員或法官及檢察官低；尤其，地方或鄉鎮民意代表的清廉指數又遠比中央民意代表低。又，同樣屬於主觀貪腐調查指標可知，多數專家認為政府在有關貪腐預防的多元化措施，比反貪腐的意志與執行效率差。此外，在有關客觀的預防貪腐措施調查可知，有關公職人員財產申報裁罰案件，則比公職人員違反利益衝

¹ 法務部新聞稿，<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=388342&ctNode=27518&mp=001>.

² 「立院通過反貪腐公約施行法：政府應定期公布反貪腐報告」
<http://www.thenewslens.com/post/159423/>.

³ 「立院通過反貪腐公約施行法：政府應定期公布反貪腐報告」
<http://www.thenewslens.com/post/159423/>.

突迴避的裁罰案件數多。理論上，貪腐的預防遠比貪腐的事後追究來得重要，但從公共治理指標的調查來看，各專家認為似乎我國反貪腐預防措施仍有極大的改善空間。據此，從公共治理調查指標的結果來看，受調查專家認為民意代表的貪腐預防措施，是我國應該特別強化的重點項目之一。

除了學者專家的意見外，就我國目前貪腐預防措施的法律現狀來說，事實上已具備各種基本的反貪腐預防措施架構。例如，公職人員利益衝突迴避法、公務員服務法、公務人員行政中立法、公職人員財產申報法、公務員廉政倫理規範、立法委員行為法、政治獻金法與行政程序法等，均涉及公職人員之貪腐預防措施。其中，與前述專家學者所提到的民意代表的利益衝突迴避法，主要以公職人員利益衝突法、公職人員財產申報法、立法委員行為法與政治獻金法為主。然而，這些與民意代表相關的貪腐預防的制度中，僅有適用於所有公職人員的公職人員利益衝突迴避法、公職人員財產申報法、政治獻金法，以及立法委員行為法一小部分的利益迴避規定。換言之，相較於以行政部門為主的貪腐防控措施規定，專門以中央與地方民意代表的貪腐預防措施的多元化專門法令確實是較少，且主要是依附在以行政部門的公務或公職人員的貪腐預防措施中。然而，若前述專家學者建議應有多元化反貪腐措施的話，或許過於包山包海的部分貪腐預防措施，應有依據不同公職人員性質，而有更為細膩分殊的規範。

本文也就是在上述的背景下，欲探討反貪腐公約中的預防措施中的公職人員利益衝突迴避法中，有關立法委員利益衝突迴避的問題。按所謂「利益衝突」，依據「經濟合作發展組織」（OECD）的一般性定義，大致上是指公職人員的私人利益，與其公務職權存在著不可接受的衝突可能性。⁴例如，我國公職人

⁴ See OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Sector: A Toolkit* 13 (2005).

員利益衝突迴避法第5條有關「利益衝突」的定義提到，係指「公職人員執行職務時，得因其作為或不作為，直接或間接使本人或其關係人獲取利益」，即與OECD的定義相似。然而，所謂「間接」獲取利益的定義，是否應以「明確預期」為限？又，基於人民對民主立法程序的信任，某些即便沒有直接或間接獲取利益的行為，是否也有可能落入應行迴避的事由？此外，公職人員利益衝突迴避法第10條規定，「民意代表不得參與個人利益相關議案之審議及表決」。但是，法務部將「個人」利益擴張解釋至該法第3條所規定之「關係人」，該擴張解釋是否過度限制了民意代表的立法權限？該擴張解釋對於貪腐預防的有效性會有正面或負面的效果？由此可見，不管是與立法委員相關的公職人員利益衝突概念，或僅與立法委員直接相關的審議與投票迴避規定，其適用範圍的合理性仍需要更深入的檢討。而此次我國所批准通過的反貪腐公約，與該公約相關之反貪腐公約實施立法指南，甚至其他國際組織有關公職人員利益衝突規範的研究，均對於前述我國公職人員利益衝突迴避規定的合理性問題，可能有相當重要的啟示。以下即先分別說明聯合國有關反貪腐措施法制化的實踐、國際法上有關公職人員利益衝突制度的實踐，以及對我國立法委員利益衝突迴避的檢討等，分別論述之。

貳、反貪腐的國際實踐與效力：國際反貪腐條約及其在我國的法律效力

在進一步討論立法委員利益衝突的迴避制度前，應先瞭解公職人員利益衝突與國際反貪腐實踐的關聯；否則，在審議反貪腐公約的內國法化時，可能會忽略批准反貪腐公約的重要目的與脈絡。更重要者，雖然我國此次僅批准了「聯合國」反貪腐公約，但在該公約的序言中提到諸多預防和打擊腐敗的各種區域性國際

組織的法律文件，⁵都是促使全球性聯合國反貪腐公約通過的重要因素。因此，在為聯合國反貪腐公約的解釋時，亦應將其他區域性反貪腐公約的實踐，一併納入其考量中。⁶因此，本部分先簡述聯合國反貪腐公約締結前的國際倡議行動，再簡述反貪腐公約的重要內容。

一、聯合國反貪腐公約締結前的國際倡議行動

全球各區域性的反貪腐倡議行動，都是在冷戰結束後才開始；這主要是因為在冷戰時期，美、蘇兩大陣營均有支持貪腐獨裁政權的需求。然而，在冷戰結束後，由於加速的全球化與跨國經濟的擴張，讓各國發現原本的貪腐政權是國際經濟公平競爭的絆腳石，因而開始在國際上倡議制定反貪腐的各項法律規範；⁷以下即簡單說明之。

(一)美洲反貪腐公約（Inter-American Convention against Corruption）⁸

此公約的倡議背景，主要源自拉丁美洲國家民主化後，基於

⁵ 這些包括美洲國家組織的「美洲反腐敗公約」、歐洲聯盟理事會的「打擊涉及歐洲共同體官員或歐洲聯盟成員國官員的腐敗行為公約」、經濟合作與發展組織的「禁止在國際商業交易中賄賂外國公職人員公約」、歐洲委員會部長委員會的「反腐敗刑法公約」與「反腐敗民法公約」、非洲聯盟國家和政府首腦的「非洲聯盟預防和打擊腐敗公約」等。

⁶ 依據維也納條約法公約第31條的規定，在解釋條約時除了應依據文義解釋外，亦應參照其上下文、目的與宗旨進行解釋。因此，聯合國反貪腐公約序言所提到的精神，亦屬於該公約解釋時所不能忽略的解釋內容。

⁷ See Philippa Webb, *The United Nations Convention against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?*, 8 *Journal of International Economic Law* 191, 193 (2005).

⁸ *Id.*, at 193-194.

維護代議民主體制目的，而簽訂了全球第一個多邊的反貪腐公約。本公約的主要特色，在於比其他相類似反貪腐公約有較多刑事入罪化的要求，例如要求將國內公職人員不當使用政府資訊的入罪化即是一例。又，本公約較弱之處在其缺乏有效的國際監督與制裁機制，但設有一委員會可建議締約國改善反貪腐措施之權。

(二)經濟合作發展組織反賄賂外國公務員公約（OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials）⁹

此公約是在美國的強大壓力下，由經濟合作發展組織會員國所簽訂。主要原因是美國在水門案後發現，有部分美國公司會藉由國外的管道，非法將政治獻金捐給尼克森的競選團隊，因此在美國國內制定了「海外反貪腐法」（Foreign Corruption Practices Act），將賄賂外國公務員行為予以入罪。但美國的跨國企業發現，此規定將其置於國際貿易或投資上的不利之處；因此，美國就在經濟合作發展組織（OECD）中，主導此公約的簽訂。其主要目的就如同公約名稱，要求OECD會員國將對於賄賂外國公務員的行為入罪。此外，本公約比前述美洲反貪腐公約有較強的監督機制，要求每個會員國依照一套標準的問卷，報告其將公約內國法化與實際執行的成效，且其報告應接受專家的評鑑。

(三)歐洲理事會反貪腐刑法與民法公約（Council of Europe's Criminal Law Convention on Corruption and Civil Law Convention on Corruption）¹⁰

這兩個公約的主要目的，是爲了幫助東歐民主轉型後建立穩

⁹ *Id.*, at 195-198.

¹⁰ *Id.*, at 198-200.

定的經濟、政治與社會改革體系。刑法公約的目的，主要是要求締約國將賄賂、洗錢等行為入罪，並強化國際司法的互助合作。而民法公約的目的，是讓遭受貪腐傷害的人，可獲得有效救濟或賠償管道。又，這兩個公約的監督機制與上述OECD的監督機制相似，均有專家評鑑與問卷評估報告程序，對於東歐民主轉型國家的反貪腐措施國內法化，有很重要的幫助。

(四) 歐盟打擊歐盟暨會員國公務員貪腐公約 (Convention of the European Union on the Fight against Corruption involving officials of the European Communities or officials of member states) ¹¹

此公約的主要目的是限縮在以刑罰規範，打擊會對公部門公務員收支利益的詐欺行為。在其後該公約的議定書中，又進一步規範對於私部門的公私法人責任、洗錢以及歐盟會員間的司法互助合作，而將反貪腐措施延伸至私部門領域中。不過，此公約缺乏如上述OECD或歐盟理事會反貪腐刑法與民法公約較強的國際監督機制。

(五) 非洲聯盟預防與打擊貪腐公約 (African Union Convention on Preventing and Combating Corruption) ¹²

本公約的主要目的，反映了非洲聯盟對於經濟與政治發展的重視。因此，本公約除了同時著重公、私部門的反貪腐措施外，對於締約國要求入罪化的反貪腐規範也甚多；例如，賄賂、關說、非法財產增加、掩飾隱藏犯罪所得等，均在要求入罪化的範疇中。此外，該公約也要求締約國設立獨立的反貪腐機構，並保護告密者與證人。又，各締約國選出由11個會員所組成的行政理

¹¹ *Id.*, at 201-202.

¹² *Id.*, at 202-203.

事會，作為要求與監督各締約國每年提交反貪腐報告的單位。

(六) 聯合國打擊跨國組織犯罪公約 (United Nations
Convention against Transnational Organized Crime) ¹³

本公約的目的雖然是為了打擊組織性犯罪集團，但其主要也是認知到通常貪腐行為是組織犯罪的原因或結果。因此，即便是打擊組織犯罪的公約，其內容也包含要求締約國將賄賂行為入罪、資產凍結、洗錢與設立獨立的貪腐預防與有效執行打擊貪腐的機構。換言之，本公約和其他反貪腐公約的主要不同，在於強調立法之外，更要求落實有效的執行。但為了減輕干涉各國內政的疑慮，本公約也強調在「與各國法律體系一致且妥當」的情況下，有效執行該公約規範。所謂「與各國法律體系一致」，依據學者Nagle的解釋，包含憲法與國內法的衝突即是。¹⁴又，本公約的監督機制則是透過締約國會議，對締約國所提出的報告具建議改進之權。

二、聯合國反貪腐公約及其基本架構

在前述各種區域性或聯合國反貪腐倡議行動的成功推動下，聯合國大會遂決議制定一個「全面與多學科」(multi-disciplinary)的反貪腐公約。¹⁵在「全面與多學科」的背景下，目前聯合國反貪腐公約是目前最全面性的貪腐打擊文件。所謂

¹³ *Id.*, at 203-204.

¹⁴ 有的學者也將此規定稱為「逃脫條款」，讓締約國有免於被指責未有效執行的理由。若從國際法的角度而言，確實是較為特殊的條款。從條約法的角度來說，國家不能以國際法與國內法衝突為由，享有免於執行的義務。但是，本公約設下此規範，相當程度上等於減輕了締約國在司法互助層面的執行義務。See Luz Estella Nagle, *The Challenges of Fighting Global Organized Crime in Latin America*, 26 *Fordham Int'l L.J.* 1649, 1665 (2003).

¹⁵ G.A. Res. 56/620 (2002).

「全面與多學科」的規範，在反貪腐公約中主要規範了下列四種事務：

(一)預防貪腐措施¹⁶

本公約非常強調公、私部門的貪腐預防。又，本公約要求締約國應積極促進國內非政府組織與其他市民社會部門，與公共部門共同打擊貪腐行為。此外，與本文研究目的相關的公職人員利益衝突制度，也規範在公約本節中。

(二)貪腐的定罪與執法¹⁷

本公約與前述諸多公約均有相類似的要求將某些行為入罪化。例如，賄賂本國與外國公職人員、公私款侵占、洗錢、影響力交易、濫用職權、資產非法增加，與私部門內的賄賂行為等，均在入罪化的要求中。但是，和前述聯合國打擊跨國組織犯罪公約相類似者，大部分入罪化規範也都附有「根據本國法律的基本原則採取必要的立法和其他措施」之逃脫條款，因而有可能減損各締約國落實國內法化的義務。

(三)國際合作¹⁸

本公約要求締約國應提供司法互助、引渡、證據移轉、聯合犯罪偵查、資產追繳、沒收等國際合作事宜。值得注意者，有關司法互助和引渡，在各國具有自動執行的效力；換言之，一旦締約國批准本公約後，毋須另外立法，其他締約國即有權請求該國履行司法互助和引渡義務。

¹⁶ *Id.*, at 205-206.

¹⁷ *Id.*, at 206.

¹⁸ *Id.*

(四)技術援助、訊息交流與實施機制¹⁹

本公約也呼籲締約國透過國際合作與締約國會議，培訓和援助反貪腐能力以及貪腐資料之蒐集分析，以期達到有效落實本公約的各項條件。

三、小結：多功能面向的反貪腐公約與政府官員利益衝突迴避制度

透過前述簡單的說明可發現，國際法上的反貪腐倡議、實踐和規範，其主要的目的或功能並不只是為了單一的清廉政治目的，而也會帶有其他立法目的。其中最重要者，應是為了管制公、私部門人員藉由貪腐的尋租手段，妨害國內與國際經濟競爭的公平性，造成市場秩序的失靈。²⁰換言之，反貪腐措施只是一種手段，主要目的是為了避免政府官員貪腐而破壞市場秩序的失靈。為管制此種失靈，粗略來說，政府的管制選項可以概分為兩大類：一種是針對現行政府官員的行為管制，另外一種則是針對未來政府人才的篩選。²¹其中，有關現行政府官員的行為管制中，最常被提出來的措施之一，即是建立政府官員利益衝突迴避制度。²²這也是聯合國反貪腐公約中，所強調預防貪腐的重要工具，以下即進一步說明之。

¹⁹ *Id.*

²⁰ 當然，為了管制市場失靈的工具，政府官員的尋租管制只是其中一種手段；還有更多與人員管制無關的市場失靈管制工具。

²¹ See Stephen G. Breyer, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein, Adrian Vermeule, Michael Herz, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems Text, and Cases* 177-179 (2011).

²² *Id.*

參、國際法上的公職人員利益衝突迴避制度與實踐

如前所述，反貪腐公約視公務員利益衝突迴避制度，作為預防貪腐的重要工具之一。然不可否認者，反貪腐公約中有關公務員利益衝突迴避制度的規範細節，並不如我國目前的「公職人員利益衝突迴避法」來得具體。但是，若進一步透過觀察反貪腐公約的其他文件、其他國家內國法的實踐以及公約整體的立法原則，仍可提供各國不同公職人員利益衝突迴避制度的修正啓示。其次，依據反貪腐公約施行法第3條的規定，在解釋與適用本公約時，即應參照聯合國的實施立法指南、締約國會議決議及本公約的原則。²³最後，本文第肆部分將說明，目前我國公職人員利益衝突迴避法的定義，沒有足夠的依據所涉利益衝突的輕重，而有不同程度的迴避義務規範。因此，本部分在探求國際法上有關公職人員利益衝突迴避制度的實踐或原則時，將特別著重國際法律文件中，有關公職人員利益衝突的定義與類型，以作為第肆部分的討論基礎。

一、反貪腐公約與公職人員利益衝突迴避規範

反貪腐公約中與公職人員利益衝突迴避最直接相關者有三項，包括：第7.4條有關締約國建立利益衝突迴避制度義務的一般性規定；²⁴第8.5條有關公職人員可能發生利益衝突的申報義務；²⁵第12.2(e)條有關退休公職人員的職業限制（旋轉門條款）

²³ 聯合國反貪腐公約施行法第3條：適用公約規定，應參照聯合國反貪腐公約實施立法指南及公約締約國會議之決議。有關反貪腐案件之法律適用與解釋，應以符合公約規定為原則。

²⁴ 反貪腐公約第7.4條：各締約國均應依其國家法律之基本原則，努力採用、維持及加強促進透明度及防止利益衝突之制度。

²⁵ 反貪腐公約第8.5條：各締約國均應依其國家法律之基本原則，酌情努

等規範。²⁶上述三項規範相較於其他國際法上有關公職人員利益衝突規範，僅提出了方針性的法政策規範方向，而無具體的法律標準。此外，各國規範公職人員利益衝突制度的架構，通常涵蓋利益衝突的定義、受規範行為、受規範主體、具體的陳報義務與迴避義務。但是，在反貪腐公約中，除了沒有明確的利益衝突定義外，也未提到公職人員在遇到利益衝突時，應有甚麼樣的迴避義務。更重要者，這些條文規範也沒有提到受規範的公職人員主體，究應是行政、立法或司法部門的公職人員。因此，反貪腐公約中有關利益衝突的約文，對於各國公職人員利益衝突迴避的國內法標準要求並不明確，且其適用的主體似乎是可概括地適用於所有政府部門的公職人員行為。²⁷

又，根據第8.5條規定，各國至少應針對與公職人員職能可能發生利益衝突的事項，包含職務外活動、任職、投資、資產、餽贈或重大利益等均負有申報義務。但是，本條或公約立法指南中，並未進一步區分哪一種公職人員始適用這些申報義務，也未提及申報後政府的審查義務。雖然上述約文規定得相當精簡，但若進一步依據反貪腐公約第8.3條所特別提到的「各締約國均應依其國家法律制度之基本原則……如聯合國大會……決議（通

力訂定措施和建立制度，要求公職人員特別就可能與其職權發生利益衝突之職務外活動、任職、投資、資產及貴重之饋贈或重大利益，向有關機關陳（申）報。

²⁶ 反貪腐公約第12.2(e)條：在合理期限內，對原公職人員之職業活動，或公職人員辭職或退休後在私部門之任職，進行適當之限制，以防止利益衝突。前揭限制僅須此種活動或任職與該公職人員任期內曾擔任或監管之職權具有直接關聯。

²⁷ 事實上，依據美國政府相關的政府倫理規範即可發現，有關公職人員的定義在未特別於法律規範中為區分時，即指涉所有政府公職人員。從反貪腐公約旨在提出有關公職人員反貪預防措施的立法框架的角度來說，有關利益衝突的規範應是對於所有公職人員均有適用的餘地。See Ethics in Government Act of 1976, Art. 101.

過)之公職人員國際行為守則」時，可發現本條所提到的守則中，反而有比較具體地提到利益衝突的定義，²⁸以及公職人員應迴避的可能情況。²⁹不過，由於該守則屬於聯合國大會決議，並無法律上的拘束力，僅能作為各國制定法律或解釋時的參考。³⁰又，反貪腐公約非常強調建立一到數個貪腐預防機構，其目的除了為達到有效執行反貪腐措施外，更是要建立一個反貪腐的組織、制度與文化。依據反貪腐公約第6條和第7條規定，這包括效率、透明度、公正、才能、特別徵選和培訓程序、充分和公平報酬的公職人員制度。³¹

除了上述有關政府組織結構和公職人員制度人才篩選與維持的公共利益需求外，反貪腐公約中其他重要的制度配套措施，均與利益衝突防制有重要關聯。首先，依據公約第10條有關公共報告規定，政府應提高行政部門決策程序的透明度、簡化行政程序，並定期公布貪腐風險問題報告。³²其次，依據公約第5條和

²⁸ 公職人員國際行為守則第4點：公職人員不得利用職務之便不正當地為本人或其家庭成員謀取個人利益或經濟利益。公職人員不得進行與其公務、職能和職責或履行這些職責不相符合的任何交易、取得任何職位或職能或在其中擁有任何經濟、商業或其他類似的利益。
<http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r059.htm>.

²⁹ 公職人員國際行為守則第5點：公職人員應根據法律和行政政策，視本人職務的要求，公布可能會構成利益衝突的業務、商業和經濟利益或為經濟盈利而從事的活動，在可能產生或已覺察到公職人員的職責與個人利益間利益衝突的情況下，公職人員應遵守為減少或消除這類利益衝突而製定的措施。
<http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r059.htm>.

³⁰ 更重要者，各國國會在批准反貪腐公約時，僅是批准公約的本身，並不是所有與公約可能相關的國際法律文件。因此，即便我國批准了反貪腐公約，也不能在可能違反民主原則的狀況下，直接援引聯合國大會決議作為拘束我國行政或立法部門的依據。

³¹ *Id.*, at 24-25.

³² 反貪腐公約第10條：考量反貪腐之必要性，各締約國均應依其國家法律之基本原則採取必要措施，提高政府行政部門之透明度，包括酌情

第13條有關社會參與規定，政府應採取適當措施，讓政府部門以外的公民團體、非政府組織，與區域國際組織，共同打擊貪腐與提升公眾反貪腐的公共意識。³³最後，依據公約第9條和第12條規定，在公共採購程序與私營部門本身的利衝突管理，也是影響政府反貪腐成敗的重要配套制度。³⁴尤其，公司治理的透明度、內部財務審查程序，以及公職人員的旋轉門設計，都是預防私部

在其組織之結構、運作及決策過程提高透明度。此等措施得包括下列事項：(a)施行各種程序或法規，酌情使公眾瞭解政府行政部門組織之結構、運作及決策過程，並在考慮保護隱私和個人資料之情況，使公眾瞭解與其有關之決定和法規；(b)酌情簡化行政程序，以利於公眾與主管決策機關間之聯繫；及(c)公布資料，其中得包括政府行政部門貪腐風險問題之定期報告。

³³ 反貪腐公約第5.4條：各締約國均應依其國家法律制度之基本原則，酌情彼此合作，並與相關國際組織及區域組織合作，以促進和訂定本條所定之措施。此種合作得包括參與各種預防貪腐之國際計畫及方案；第13.1條：各締約國均應依其國家法律之基本原則，在其能力所及之範圍內採取適當措施，推動政府部門以外之個人及團體，如公民團體、非政府組織與社區組織等，積極參與預防和打擊貪腐，並提高公眾認識貪腐之存在、根源、嚴重性及其所構成之威脅。

³⁴ 反貪腐公約第9.1條和第9.2條：各締約國均應依其國家法律制度之基本原則採取必要之步驟，建立對預防貪腐特別有效且以透明度、競爭及依客觀標準決定為基礎之適當採購制度……各締約國均應依其國家法律制度之基本原則採取適當措施，促進政府財政管理之透明度和課責制；反貪腐公約第12.1條和第12.2條：各締約國均應依其國家法律之基本原則採取措施，以防止涉及私部門之貪腐，加強私部門之會計及審計標準，並酌情對不遵守措施之行為制定有效、適度且具有警惕性之民事、刑事或行政處罰。為達到這些目的而採取之措施得包括下列事項……(b)促進制定各種旨在維護相關私營實體操守標準及程序，包括正確、誠實及妥善從事商業活動和所有相關職業活動，並防止利益衝突之行為守則，及在企業之間及企業與國家間之契約關係，促進良好商業慣例採用之行為守則……(e)在合理期限內，對原公職人員之職業活動，或公職人員辭職或退休後在私部門之任職，進行適當之限制，以防止利益衝突。前揭限制僅須此種活動或任職與該公職人員任職內曾擔任或監管之職權具有直接關聯。

門對公部門產生貪腐影響的重要制度。

二、其他國際上有關公職人員利益衝突之重要規範

如前所述，聯合國反貪腐公約本身有關公職人員利益衝突的規範架構比較精簡；尤其，相較於預防利益衝突的組織、陳報義務與適用場域規定來說，有關利益衝突的定義、適用主體與迴避義務內容，是本公約最為缺乏的面向。不過，根據本公約第8.3條規定，各締約國在制定公職人員行為守則時，也應該參照其他國際組織的倡議或規範；因此，在此部分專門針對國際上，有關公職人員利益衝突的定義、適用主體，與迴避義務內涵做進一步的說明。

◎國際法上的利益衝突定義與類型問題

「聯合國檢察官與調查員反貪腐措施手冊」提到，³⁵有關防止利益衝突的模範規定，非常值得參考歐洲理事會的「公職人員行為守則」³⁶第13條到第16條規定。³⁷而依據該守則第13條第1項有關利益衝突的定義，係指「公職人員私人利益會影響或可能影

³⁵ 應注意者，本手冊雖名為「聯合國檢察官與調查員反貪腐措施手冊」，但依據該手冊的前言與內容可知，主要目的之一係為協助司法調查人員在遇到貪腐（包含利益衝突）的個案調查時，所應注意到的法律解釋問題。換言之，本手冊中所提到與利益衝突相關的制度設計或法律解釋，可適用到所有政府公職人員行為。

³⁶ 需特別說明者，歐洲理事會的「公職人員行為守則」是一項有關「非民選」與「非司法」公職人員的建議性規範。理論上，該守則中主要建議規範的適用主體，不包含本文最後一個部分所欲討論的立法委員利益衝突迴避問題。但是，就有關「利益衝突」的定義與類型，實際上與各國有關「所有」公職人員利益衝突的實際規範實踐幾乎相同或相似；因此，作者仍在此一併將此守則有關利益衝突的定義與類型一併予以介紹。

³⁷ See UN Office on Drugs and Crime, United Nations Handbooks on Practical Anti-corruption Measures for Prosecutors and Investigators 34-35 (2004).

響其公正與客觀履行職權」即構成利益衝突。³⁸此外，該條亦進一步區分利益衝突類型為「實際」（actual）與「潛在」（potential）利益衝突兩種。³⁹又，在「經濟合作暨發展組織」（OECD）、美國、加拿大和澳洲政府有關一般利益衝突的規範中，⁴⁰除了歐洲理事會中所提到的實際與潛在利益衝突外，尚提到所謂「表面」（apparent）的利益衝突。換言之，有關利益衝突的類型，在國際法或內國法的實踐中，目前可看到「實際」、「表面」與「潛在」利益衝突等三種。

依照加拿大或澳洲政府有關利益衝突的研究報告可知，上述三種類型利益衝突的區別在於「實際」利益衝突係指公職人員的私人利益，足以影響（sufficient to influence）該公職人員的職權；⁴¹「表面」利益衝突係指一個合理第三人，在充分知情（well-informed）的情況下，認為該公職人員可能（could）有發

³⁸ Recommendation No. R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member States on Codes of Conduct for Public Officials.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ 本文所謂「一般」利益衝突規範，除了指涉「所有」不分行政與立法部門的公職人員外，尚包括如美國有關私部門的利益衝突規範；例如，美國律師協會所頒布的「模範律師職業行為規則」（Model Rules of Professional Conduct）即是。

⁴¹ 加拿大政府報告原文：A real conflict of interest denotes a situation in which [a public official] has knowledge of a private economic interest that is sufficient to influence the exercise of his or her public duties and responsibilities. See Report of the Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens 29-32 (1987). 澳洲政府報告原文：An actual conflict of interest involves a direct conflict between a public official's current duties and responsibilities and existing private interests. See Queensland Crime and Misconduct Commission, *Managing Conflicts of Interest in the Public Sector*, New South Wales Independent Commission Against Corruption 10 (2004). 另可參見加拿大政府，對於有關「表面」利益衝突類型的說明，available at <http://www.tbs-sct.gc.ca/psm-fpfm/ve/conflict-confli/acipr-eng.asp> (2015/9/5 visited).

生利益衝突的疑慮，但在事實上（in fact）沒有發生利益衝突；⁴²
「潛在」利益衝突係指該公職人員預期未來可能會發生影響其行使職權的利益衝突，但現在還沒有發生利益衝突。⁴³

前述有關各國對利益衝突類型所為之分類，當然只是理想上的分類，在個案中一定會經常發生認定模糊的情況。但是，上述國家或國際組織提出此分類的實益，至少可歸納為三個原因。第一，提醒所有公職人員，不僅要注意「實際」利益衝突，還應注意包括有無「表面」與「潛在」利益衝突的存在。因此，在非刑事法領域的公職人員利益衝突管制中，「表面」與「潛在」利益衝突亦應受到管制。第二，透過此分類也似乎是提醒我們在管制利益衝突時，視情況避免發生涵蓋過廣（over-inclusive）與「管制不足」（under-inclusive）兩種情形。尤其，有關「表面」利益衝突的行為，可能是比較難認定的利益衝突型態。依據前述加拿大政府有關「表面」利益衝突的研究報告可知，由於「表面」利益衝突在事實上沒有利益衝突發生，但由於利益衝突規範也是在維護人民對政府與民主體制的信任，所以有的行為即便事實上沒有衝突，也會視為有衝突而有迴避的義務。但是，哪些行為可

⁴² 加拿大政府報告原文：An apparent conflict of interest exists when there is a reasonable apprehension, which reasonably well-informed persons could properly have, that a conflict of interest exists. *Id.* 澳洲政府報告原文：A perceived or apparent conflict of interest can exist where it could be perceived, or appears, that a public official's private interests could improperly influence the performance of their duties – whether or not this is in fact the case. *Id.* 另可參見加拿大政府，對於有關「表面」利益衝突類型的說明，available at <http://www.tbs-sct.gc.ca/psm-fpfm/ve/conflict-confli/acipr-eng.asp> (2015/9/5 visited).

⁴³ 加拿大政府報告原文：A potential conflict of interest incorporates a concept of foreseeability: when individuals can foresee that a private interest may someday be sufficient to influence the exercise of their duty, but has not yet, they are in a potential conflict of interest. *Id.* 澳洲政府報告原文：A potential conflict of interest arises where a public official has private interests that could conflict with their official duties in the future. *Id.*

能會構成人民對政府的不信任，是非常不確定而易流於臆測的法律概念。⁴⁴第三，與第二點相關者，不同的利益衝突類型，可能會有相應不同密度的管制需求。例如，「潛在」利益衝突通常透過申報財產等陽光法案規範即已足夠。但是，在某些「高風險」的領域，若「潛在」利益衝突在未來有許多變成「實際」利益衝突的機會，此時可能會要求該公職人員接受強制、盲目信託（blind trust），或甚至直接處分其財產。又例如，可能某些輕微「實際」利益衝突的案件，在法律上若是踐行了相關公開程序後，也可能容許「輕微」實際利益衝突行為。總而言之，藉由這種概念上的分類，可幫助我們建立較符合比例原則的利益衝突管制規範。

肆、我國立法委員利益衝突迴避制度的評析

如前言所述，國際法是否能夠發揮實質的作用，仍端視各國後續檢討國內法化的程序是否確實。一個國際條約批准時，只是國內社會應開始進一步檢視和深化相關制度開始的時刻。有關公職人員利益衝突檢討的策略，本文以為依照我國現階段的公職人員利益衝突迴避相關法令發展來看，似可仿照利益衝突制度發展較為成熟的國家狀況；亦即，除了一套基本的公職人員利益衝突迴避制度外，可進一步建立各政府部門的差異化規範。事實上，我國法令對於行政部門的公務員利益衝突管制，已經遠比立法委員為多。⁴⁵這種國會利益衝突規範密度低，但行政部門的規範密

⁴⁴ 加拿大政府報告原文：... it is not necessary for a corrupt practice to take place in order for the appearance of integrity to be harmed. Protecting these appearances is more than a trivial concern. This section recognizes that the democratic process can be harmed just as easily by the appearance of impropriety as with the actual impropriety itself. *Id.*

⁴⁵ 例如，除了受到公職人員利益衝突迴避法的規範外，更廣泛來說，也會受到行政程序法、公務員服務法、公務人員行政中立法、公職人員

度高的管制狀態，與公職人員利益衝突制度較成熟的國家發展歷程相似。因此，現階段我國有關利益衝突迴避的國內法化策略，似可先檢討立法委員的利益衝突迴避問題。以下預計將評析我國利益衝突迴避法中之立法目的、利益衝突定義、類型與立法委員的迴避義務等規定。⁴⁶

一、有關我國立法委員利益衝突制度的規範架構

我國有關公職人員利益衝突的概念與適用主體，原則上可說是以「公職人員利益衝突迴避法」為基礎，其相關規定得適用於所有政府部門的公職人員，在另外加上部門有關特定政府部門的利益衝突迴避規定。在此規範架構下，我國立法委員的利益衝突的迴避問題，同時受到「公職人員利益衝突迴避法」，與「立法委員行為法」第19條至第24條的規範。

又，與行政部門的公務人員相較，立法委員受到管制的利益衝突行為，並未受到包含兼職、教學、禮物收受等較為嚴格或細膩的規範。再者，就立法委員有利益衝突發生時的迴避義務而言，不管是「立法委員行為法」⁴⁷或「公職人員利益衝突迴避法」，⁴⁸均要求立法委員在程序中遇到利益衝突時，不能參與該案之審議與投票。

財產申報法、公務員廉政倫理規範等，性質上與利益衝突有關規定之拘束。

⁴⁶ 附帶說明者，雖然立法委員受到公職人員利益衝突迴避法的管制，但也同時受到立法委員行為法第19條至第24條有關立法委員迴避義務的規範。不過，囿於篇幅限制本部分的探討，將僅以公職人員利益衝突迴避法為中心，在此合為敘明。

⁴⁷ 立法委員行為法第22條：立法委員行使職權就有利益迴避情事之議案，應迴避審議及表決。

⁴⁸ 公職人員利益衝突迴避法第10條：公職人員知有迴避義務者，應依下列規定辦理：一、民意代表，不得參與個人利益相關議案之審議及表決。

最後，若依照公職人員利益衝突迴避法有關利益衝突定義的規定，⁴⁹解釋上可能會發生任何立法院中的議案，只要會增加立法委員的私人利益，不論其涉及到其他非立法委員本人或本法上關係人之人數多寡，都應該要迴避參與該議案的審議與表決程序。

二、公職人員利益衝突迴避的立法目的

在我國的司法與立法實務上，較少嚴肅對待立法目的，以致於在個案中缺乏立法政策及其對法律解釋可能的影響。然而，明確的立法目的對於行政部門具有政策導引與法律解釋的重要功能；因此，藉著此次檢討聯合國反貪腐公約內國法化的機會，似應檢討利益衝突迴避之立法目的。

依據公職人員利益衝突迴避法第1條規定，該法的立法目的是為了促進廉能政治與有效遏阻貪污腐化。當然，不論是反貪腐公約或整體利益衝突迴避制度，都是以這兩個目的為最重要考量，但這或許不應被認為是唯一考量。如本文前述第貳與第參部分所述，⁵⁰反貪腐公約強調建立篩選良好政府部門公職人員素質的制度，是預防貪腐的最重要措施之一。而雖然公職人員利益衝突迴避制度，並不是政府選任優秀人才的手段，但卻是篩選優秀人才進入政府部門的配套措施之一。例如，我國有些立法委員在成為民意代表前，在私部門也常有諸多獲得肯定的職業經驗，而這通常也代表其人脈網絡可能相對複雜。此時，若利益衝突制度規範的過於嚴格不可行，可能會遏阻私部門中具有優秀工作經驗的人士進入政府部門，或即便進入政府部門，很可能會發生過於嚴格的迴避規定，造成制度的運作可能發生困難。

⁴⁹ 公職人員利益衝突迴避法第5條：本法所稱利益衝突，指公職人員執行職務時，得因其作為或不作為，直接或間接使本人或其關係人獲取利益者。

⁵⁰ 參見前揭註21與31及相關本文。

又，反貪腐公約立法指南亦指出，實證研究顯示過於嚴格不可行的反貪腐規定，反而會反向造成更多的貪腐。⁵¹此實證研究結果，隱含著一個制定貪腐預防措施時應注意到的事項：法律不要以「壞人立法模式」作為所有公職人員的基本預設值。不管是非民選公務員或民選公職人員，進入政府部門絕大多數不會抱持以貪腐作為公職人員的職涯目的。反貪腐公約或其他區域反貪腐國際倡議，並不是在否定公職人員的道德良知能力。尤其，作為反貪腐預防措施的利益衝突迴避制度，是要積極幫助絕大多數有道德良知的公職人員，能夠清楚辨認各種利益衝突的存在與否。據此，本文建議在闡述公職人員利益衝突迴避法的立法目的時，或可特別說明在解釋本法時，應避免太過嚴苛、不合理或不可行，而遏阻人才進入政府部門工作，以藉此凸顯相關利益衝突法令的立法方向與法律解釋，不要採取壞人立法模式的預設值。⁵²簡言之，這表示在制定或解釋相關規範時，應合於比例、合理與明確性等標準之意。⁵³

⁵¹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Conventions Against Corruption* 29 (2012).

⁵² 舉例來說，美國佛羅里達州有關其政府公職人員的規範中，即在其立法目的與意圖中，強調管制利益衝突的目的之一，即是不會發生遏阻優秀人才進入政府部門工作，而不應不合理地要求該公職人員放棄其過多的私人利益，*available at* http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0100-0199/0112/0112.html (2015/9/7 visited).

⁵³ 在此應特別強調者，吸引優秀人才進入政府工作的主要規範，當然還是各該公職人員的選舉或甄選程序，制定利益衝突迴避法比較接近於一種手段。但是，透過強調吸引人才作為一種立法目的，是在提醒立法者或後續進行法律解釋者，應考量到其可能過於嚴苛的規範內容，是否會影響到政府吸引優秀的人才來源。

三、利益衝突的定義、類型與限制問題

公職人員利益衝突迴避法第5條規定，所謂「利益衝突」係指「公職人員執行職務時，得因其作為或不作為，直接或間接使本人或其關係人獲取利益」之謂。首先，依照前述OECD有關利益衝突類型的說明可知，利益衝突的類型可概分為「實際」、「表面」、「潛在」利益衝突等三類。由於我國公職人員利益衝突迴避法第5條規定「『得』因其作為或不作為」中提到了「得」字，理論上同時可將上述這三種類型的利益衝突含括進來。⁵⁴從利益衝突制度的立法目的來說，應給予此定義肯定。因為利益衝突迴避法除了要管制「實際」與「表面」利益衝突，降低到「潛在」利益衝突的狀態；也要避免讓「潛在」利益衝突，上升到「實際」或「表面」利益衝突狀態。

第二，雖然解釋上我國包含了三種類型的利益衝突，但並沒有明確劃出這三種類型利益衝突的界線。以公職人員利益衝突迴避法第9條的規定為例，本法對於三種類型的概念不清楚，可能是造成本條在適用上產生涵蓋過廣的主要原因。例如，與立法委員相關者，是法務部曾經解釋認為本法第9條所謂立法委員的「受其監督之機關」係指各級中央機關；因此，該立法委員的關係人（如配偶）均不得與「各級中央機關」為買賣、租賃、承攬等交易行為。⁵⁵大法官在釋字第716號解釋中曾經提到，若一律禁止關係人參與相關政府採購程序，可能缺少競爭反而有礙於公共利益；因此，大法官認為已經踐行政公開採購程序之個案，或許已經沒有禁止的必要性。

⁵⁴ 換言之，除了「實際」利益衝突外，利益衝突定義中的「得」字，可包含未來某些行為的發生，造成實際利益衝突發生的「潛在」衝突利益態樣；也可以指涉該公職人員可能會透過某些行為，獲得私人利益的「表面」利益衝突情事。

⁵⁵ 參見法務部政利字第0940033457號函釋。

若以公職人員利益衝突迴避法第9條來說，除了從大法官提到透過政府採購法的公開透明程序，使禁止交易的必要性喪失外，也可以從「實際」、「表面」與「潛在」利益衝突區分的概念加以說明。理論上，如果可以將「實際」和「表面」利益衝突，與「潛在」利益衝突之間劃出一定的界線，那麼原則上應該被限制的交易只有「實際」和「表面」利益衝突。以前述公職人員利益衝突迴避法第9條的函釋來說而言，雖然立法委員在職權上可監督中央各級機關，但比較可以明確預期者，或許是立法委員關係人，參與投標該委員所屬的委員會中，經常監督的中央機關，才可說是有「實際」或「表面」利益衝突存在。又，如果不是該立法委員平常在委員會監督的中央機關，或許並沒有構成「實際」利益衝突的可明確預期性，而會落入「表面」或甚至「潛在」利益衝突的範圍。此時，似可參考前述有關加拿大政府有關「表面」利益衝突的標準，⁵⁶在個別事項中衡量，是否有可能破壞人民對政府民主程序的信任度，而不需要全盤否定該關係人參與交易權利的必要性。例如，大法官在釋字第716號解釋中所提到者，倘透過公開競爭的採購程序，似乎沒有必要再限制該關係人，與受立法委員監督的機關進行交易。這表示一個本來可能構成「表面」利益衝突的交易，透過公開競爭的採購交易程序，可以避免破壞人民對政府民主程序的信賴感。因此，有關利益衝突迴避法第9條的解釋，法務部似乎沒有必要一開始就將「受立法委員監督」的機關，解釋為全體中央各級機關，而可考慮限縮在該委員所屬委員會中，該委員經常監督的中央機關。

四、立法委員利益衝突與議案審議及投票限制

公職人員利益衝突迴避法第10條第1項規定，若議案中涉及民意代表的個人利益時，該民意代表即不得參與該議案的審議與

⁵⁶ 參見前揭註44與相關本文。

表決。而法務部在其發布有關該項的適用疑義函釋中進一步提到，雖然該項規定僅規定若相關議案涉及民意代表「個人」利益，但參照本法立法目的應同時包含「關係人」利益在內。⁵⁷本文以為本項規定內容，恐怕已經值得商榷；而法務部函釋將法律上「個人」利益，擴張解釋包括「關係人」，恐怕也值得商榷。

從本項規定不難看出，立法者有很高的自我道德要求，但在實際上可能有礙於立法程序中對其他公共利益的平衡。首先，如果一個立法議案，涉及增加立法委員的個人利益法案並通過，也並不代表該法即是以增加立法委員私人利益為目的。如果一項立法議案通過後，可以增加諸多「不特定人」的利益，且在該不特定人中，只是「可能會、也可能不會」包含該立法委員，這種法律廣泛適用造成的「潛在」利益衝突，或許應該被認定為「公益」事項，當然不應排除立法委員參與審議和投票。

其次，若確定該立法委員會因為該立法議案通過後而獲得私人利益，也應視該法案通過後，是否也有其他諸多不特定人因而獲得利益而定。通常，一個法案可以讓許多不特定人獲得利益時，也會伴隨著更多政治妥協與公共利益的價值審議機會。此時，如果將有「實際或表面」利益衝突的立法委員排除在審議與投票程序外，實質上是將立法委員所代表的選民聲音排除在政治程序之外。

最後，與前一論點相關者，若審議中的法案涉及少數特定人的私益，且確定包含特定立法委員在內時，是否要排除委員參與審議和投票，或許仍要有一些利益衡量。舉例而言，如果該委員代表的是非常少數的某種特殊疾病利益團體，且其本身也是患有該少數特殊疾病的人。此時，若某一特定法案可以增加該少數特殊疾病者的利益時，該委員是否應迴避而不參與該法案的審議與投票？若該委員不能參與相關程序，恐怕會將該少數團體的聲音

⁵⁷ 參見法務部法政字第0980022681號函。

排除於政治程序之外。⁵⁸在司法審查理論中，最著名的理論之一即是John Ely的代議補強理論。⁵⁹依據該理論，大法官進行司法審查的正當性之一，即是爲了補強諸多弱勢團體在政治程序中不足的聲音。同樣的道理，如果在遇到這種「實際或表面」利益衝突的案件時，也不能忘記有些少數聲音可能只有非常少數立法委員可以或願意代表。相反地，若該委員所代表的少數利益團體，不符合Ely所述需要特別在政治程序中被保護的孤立少數團體，那麼，該「實際或表面」利益衝突的立法委員，或許應被排除於審議與投票程序外，以維持人民對民主程序的信任。

伍、結 論

我國反貪腐公約施行法第3條規定，應參照聯合國相關條約的後續決議；且反貪腐公約本身也經常指向其他區域國際條約、決議或倡議，作爲內國法化的根據。本文即是依據本條規定，透過觀察上述相關國際法律文件，檢討我國公職人員利益衝突迴避法中，有關立法委員的利益衝突規範。

本文主要有兩個主要研究發現。一方面，我國有關利益衝突的定義，解釋上與國際上相關的法律文件相同；亦即，可包含「實際」、「表面」與「潛在」利益衝突等三種態樣。但是，就立法委員利益衝突應迴避的義務而言，並未依照三種態樣的輕重風險程度，訂定不同的預防或迴避規範。這不僅可能造成涵蓋過廣或過於嚴格的迴避義務，反而造成反腐預防的治絲益棼效果。因此，本文以爲我國公職人員利益衝突迴避法中，原則上有關利益衝突的定義或內涵，可仿效諸多國際法律文件，除了規範一般性的定義外，亦可考慮仿照加拿大或澳洲政府有關利益衝突的研

⁵⁸ See John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1981).

⁵⁹ *Id.*

究報告建議，明確定義「實際」、「表面」與「潛在」利益衝突等三種態樣。至於區別此三種利益衝突態樣的目的，是希望未來有機會修法時，得依據不同利益衝突的類型，可以有更多不同類型化的輕重程度規範。

另方面，本文以為公職人員利益衝突迴避法第10條規定，有關立法委員構成利益衝突情事，均應迴避審議與投票相關立法議案，有構成違反民主原則之虞。例如，即便一個立法議案與立法委員可能發生「實際」利益衝突，但可能該立法議案，主要是該委員代表某一社會中應受保護的少數弱勢團體。此時若將該委員排除於立法審議與投票程序之外，反而會減損人民對民主程序的信任感，而與利益衝突所欲增加人民對民主程序的信任宗旨有違。因此，本文也建議，對於涉及重大公共利益或少數保障的利益衝突情形，即便是立法委員與該議案間有「實際」利益衝突，或許可以採取其他資訊的公開透明手段，讓立法委員仍然可以參與相關議案的審議與投票，以達成平衡人民對民主程序的信任度。

政府採購程序中 訂定揭弊者保護規範之研究

陳耀祥*

目 次

壹、前 言

貳、政府採購為反貪腐之重要領域

- 一、聯合國反貪腐公約之規定
- 二、現行政府採購法之防貪腐規範不足

參、揭弊者保護為反貪腐之必要制度

- 一、揭弊者保護制度為各國立法趨勢
- 二、內部揭弊具有必要性

三、現行揭弊保護相關規範不足

肆、政府採購程序中應訂定揭弊者保護規範

- 一、落實國家之反貪腐行為義務
- 二、政府採購內部監督之特殊性
- 三、特別立法之迫切性

伍、結 論

* 國立臺北大學公共行政暨政策學系助理教授。

摘 要

廉能政府為民主政治之基礎，世界各國無不以建立清廉政治為目標，反貪腐已成為跨國界的共同議題。聯合國反貪腐公約於2005年12月14日生效，其主要目的在於提供各國政府反貪腐之法制和政策。我國已於2015年5月20日由總統公布「聯合國反貪腐公約施行法」，將國際公約之基本規範轉化為我國內國法制。法務部亦參考英美日等先進國家研究推動「機關組織內部不法資訊揭露者保護法」及「揭弊者保護法」草案，試圖建立一般性之弊端揭發者保護機制，值得肯定，可惜目前進度有限。

在各類公務員貪瀆案件當中，政府採購案件占有很大比例，導致採購人員清廉度印象不佳之現象，必須積極處理。每年全國各機關辦理採購案件之決標金額龐大，若無法落實廉政制度，將深刻影響國家建設及人民對政府之信賴。有鑑於政府採購案件具有「機會」、「動機」、「低風險」等三項條件，而且，採購程序相較於一般行政程序又具有高度專業性，本文建議應於政府採購法中另設特別之弊端揭發者保護制度，希望有助於大幅度降低採購人員貪瀆現象，落實聯合國反貪腐公約之基本精神。

關鍵詞：法務部廉政署、政府採購法、國際透明組織、揭弊者保護法、聯合國反貪腐公約

壹、前 言

廉能政府為民主政治之基礎，世界各國無不以建立清廉政治為目標，所以，反貪腐已成為跨國界的共同議題，也締結諸多國際條約，例如「聯合國反貪腐公約」（United Nations Convention against Corruption, UNCAC）、「美洲反腐敗公約」（Inter-American Convention Against Corruption）及「非洲聯盟預防和打擊貪腐公約」（African Union Convention on Preventing and Combating Corruption）等。國際組織及國際性的非政府組織也定期提出各種反貪腐報告，例如，歐洲聯盟（以下簡稱「歐盟」）的「2014年反貪腐報告」（EU Anti-Corruption Report）¹及「國際透明組織（Transparency International, TI）」每年發布的「清廉印象指數」（Corruption Perceptions Index, CPI），可以反映各國貪腐的現象。

其中，聯合國反貪腐公約係於2003年10月31日聯合國大會通過，並於2005年12月14日生效，共計8章71條，本公約之主要目的在於提供各國政府反貪腐之法制和政策，包括對於貪腐行為之預防措施、定罪、制裁、救濟及執法、國際合作、資產追回與實施機制等，以促進各締約國共同致力反貪腐²。本公約前言指出：「貪腐對社會穩定與安全所造成之問題和構成威脅之嚴重

¹ 歐盟許多會員國有鑑於貪腐對於歐盟及各會員國的挑戰，近幾年極力倡議應強化預防及打擊貪腐，而歐盟各會員國每年因為貪腐受到的經濟影響高達1,200億歐元。根據「歐洲民意調查」（Eurobarometer survey）顯示，歐洲人民認為貪腐有擴大跡象，而過去3年內在其國家當中貪腐現象有增加趨勢。詳細請參閱歐盟執行委員會2014年反貪腐報告發布說明，http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm，瀏覽日期：2015年9月16日。

² 請參閱：<http://www.aac.moj.gov.tw/public/Data/5615171857232.docx>，瀏覽日期：2015年8月18日。

性，破壞民主體制及價值觀、道德觀與正義，並危害永續發展及法治，……」、「確信非法獲得個人財富特別會對民主體制、國民經濟及法治造成損害」，因此，如何防止及處罰貪腐問題，乃是民主法治國家最重要之任務。依據國際透明組織所發布的「2014年清廉印象指數」（Corruption Perceptions Index 2014）顯示，以0分代表被評價極度貪腐到100分被評價最廉潔，評比全球公部門廉潔程度，2014年度上榜的175個國家當中，超過三分之二的國家得分低於50分，其中丹麥以92分名列第1名，而北韓和索馬利亞則以8分墊底。其中，臺灣得分為61分，與波蘭並列第35名，在28個參與評比的亞太國家或地區當中，名列第7，名列中上³。此外，國際透明組織所公布之「抑制公共採購中之貪腐：實務篇」（Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide）中也強調，政府每年花費鉅額稅金採購貨物及服務，在一連串的金錢轉手之間，少數的政府活動引發諸多引誘，提供許多貪腐機會。（Transparency International, 2014：2）連一般印象中較為清廉的歐盟國家也是如此，歐盟反貪腐報告指出，政府採購是國內經濟的重要部分，每年財務、勞務及各種服務的政府採購支出大約占了歐盟GDP的十五分之一，這些採購案件中大約有20%超過門檻而適用歐盟採購法規，其採購總金額，根據歐盟執行委員會2011年統計資料，高達4,250億歐元。因此，政府採購成為容易產生貪腐之領域，依照2008年研究，因為貪腐而導致採購契約金額增加20%至25%，在某些案件當中甚至於高達50%。所以，歐盟反貪腐報告再三強調，歐盟及各會員國必須採取透明、反詐欺、保護揭弊者、電子採購及相關法律制度與政策，強化防貪與肅貪工作。（European Commission，

³ 參閱國際透明組織總會台灣透明組織2014年全球清廉印象指數（CPI）新聞稿，<http://www.tict.org.tw/front/bin/ptdetail.phtml?Part=20141202&Rcg=100041>，瀏覽日期：2015年8月18日。

2014：21-25）

針對此種世界各國普遍存在之貪腐現象，聯合國反貪腐公約第9條定有專文。因為，貪腐已不再是地方性問題，而是一種影響所有社會和經濟之跨國現象，因此，進行國際合作以防貪及肅貪，以及解決我國法制與此公約的制度落差，乃至關重要。（胡龍騰等，2010：245）我國於2015年5月20日由總統公布「聯合國反貪腐公約施行法」⁴，施行日期，由行政院定之，將此國際公約之基本精神引進我國內國法制。施行法第4條規定：「各級政府機關行使職權，應符合公約之規定，並積極加強落實各項反貪腐法制及政策。」因此，如何落實公約基本內容，特別是建立揭弊者制度，以強化我國廉政法制，乃法學研究不可迴避之問題。本文將從聯合國反貪腐公約出發，探討我國建立揭弊者制度之可行性以及政府採購法中應否訂定特別之揭弊者保護規範，合先說明。

貳、政府採購為反貪腐之重要領域

一、聯合國反貪腐公約之規定

如前所述，貪腐是一種具有專業性、結構性及高度隱密性的智慧型犯罪，因為沒有被害人，所以難以察覺，揭弊成為發掘此類犯罪的重要手段。貪腐嚴重地損害整體經濟及社會，世界許多國家因為貪腐文化盤根錯節，導致傷害經濟發展、侵蝕民主政治、損害社會正義與破壞法治原則，因而衝擊政府善治、腐蝕財政管理及扭曲市場的競爭機制，所以，反貪腐是國家善良治理的重要一環。（吳英明，2006：180）政府作為最大採購主，因為各界爭逐採購龐大利潤，故政府採購案件中經常發生貪腐現象，

⁴ 請參閱http://law.moj.gov.tw/News/news_detail.aspx?id=114082，瀏覽日期：2015年8月20日。

成為貪腐的主要溫床。我國加入世界貿易組織（World Trade Organization，以下簡稱「WTO」）時簽署政府採購協定，也制定政府採購法，定有各項機制，期能使政府採購行為得以公平、公開進行，並提升效率、效能，讓政府預算能夠合法及公正地執行，例如，第15條第1項訂有旋轉門條款⁵、第15條第2項至第4項訂有迴避規定⁶、第15條第6項訂有財產申報制度⁷及第16條亦明文禁止請託或關說⁸，並規範其處理內容。

觀諸政府採購法之防弊程序設計，其實與聯合國反貪腐公約並無太大差異。依據公約第9條規定：「

- 1.各締約國均應依其國家法律制度之基本原則採取必要之步驟，建立對預防貪腐特別有效且以透明度、競爭及依客觀標準決定為基礎之適當採購制度。此類制度得在適用時考量適當之最低門檻金額，所涉及者應包含下列事項：
 - (a)公開發送採購程序及契約之資料，包括招標文件與決標相關資料，使潛在投標人有充分時間準備和提交投標書；
 - (b)事先確定參加政府採購之條件，包括甄選與決標標準

⁵ 政府採購法第15條第1項規定：「機關承辦、監辦採購人員離職後三年內不得為本人或代理廠商向原任職機關接洽處理離職前五年內與職務有關之事務。」

⁶ 政府採購法第15條第2項至第4項規定：「機關承辦、監辦採購人員對於與採購有關之事項，涉及本人、配偶、三親等以內血親或姻親，或同財共居親屬之利益時，應行迴避。」、「機關首長發現承辦、監辦採購人員有前項應行迴避之情事而未依規定迴避者，應令其迴避，並另行指定承辦、監辦人員。」、「廠商或其負責人與機關首長有第二項之情形者，不得參與該機關之採購。」

⁷ 第15條第6項規定：「採購之承辦、監辦人員應依公職人員財產申報法之相關規定，申報財產。」

⁸ 第16條規定：「請託或關說，宜以書面為之或作成紀錄。政風機構得調閱前項書面或紀錄。第一項之請託或關說，不得作為評選之參考。」

及投標規則，並予以公布；

- (c)採用客觀及事先確定之標準作成政府採購決定，以利事後稽核各項規則或程序之正確適用與否；
- (d)建立有效之國內復審制度，包括有效之申訴制度，以確保在依本項訂定之規則未受到遵守時得訴諸法律及進行法律救濟；
- (e)酌情採取措施，以規範採購承辦人員之相關事項，如特定政府採購之利益關係聲明、篩選程序及培訓要求。

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

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

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

此條規定係要求各締約國透過資訊公開透明原則、內控制度、審計制度、外部監督及課責等正當法律程序之規範，建立符合公平、公正、效率及效能等基本原則之採購制度。我國政府採購法也有類似規定，除前述政府採購法第15條及第16條之規定外，第34條第1項規定「機關辦理採購，其招標文件於公告前應予保密。但須公開說明或藉以公開徵求廠商提供參考資料者，不在此限。」同法施行細則第15條復規定：「依本法第十五條第五

項規定應申報財產之採購之承辦、監辦人員，其範圍依公職人員財產申報法之規定。」此等規定都是內控機制之一環，透過對於承辦人員，包括「機關首長」⁹之規範及招標程序之設計，希望能杜絕政府採購中的貪腐行為。

二、現行政府採購法之防貪腐規範不足

雖然，現行政府採購法中業已訂定各種反貪腐規範，但是，仍無法解決採購貪腐之問題。負責政府採購之公務員，或藉訪價或蒐集特定技術之機會接觸廠商，製造貪污犯罪之誘因與機會，或透過制定採購規格、審標、訂定底價、議價比價、履約管理及驗收等權力而收賄，乃政府採購中常見之貪污犯罪類型。（陳永祥，2010：12-18）依照法務部廉政署2014年廉政民意調查報告書顯示，人民對於政府採購人員評價的平均數，從2012年調查的4.34下降至2013年的3.97，2014年則為4.04，清廉程度與2013年相近，顯著低於2012年結果，顯示民眾對政府採購人員的清廉程度評價並無回升。（法務部廉政署，2014：73）政府採購人員的清廉評價排名也在26類政府人員中排名22名，僅領先「縣市議員」、「立法委員」、「政府公共工程人員」以及「土地開發業務人員」而已。如何改善此種現象，報告書之政策建議中即提

⁹ 我國採購實務上曾出現所謂「承辦人員」是否包括「機關首長」之爭議，最高行政法院95年度判字第960號判決即指出：「政府採購法第15條第1項機關承辦採購人員，所稱『承辦』，指辦理機關採購業務並擔負其責任者而言；亦即從採購之簽辦逐層審核至機關首長核定該採購業務等流程之相關人員均屬之；倘其採購依法令應經上級機關核定，則該上級機關含機關首長在內之相關人員，亦屬該條規定之承辦採購人員。參以機關首長職司機關採購最終決定權責，為確保採購之公平、公開，避免不公平競爭，同條第4項並規定廠商或其負責人與機關首長有同條第2項之情形者，不得參與該機關之採購；而其他承辦、監辦人員具有該等情形者，則僅該承辦、監辦人員應行迴避，或由機關首長令其迴避，益明本法第15條第1項所指『承辦』採購人員，包含機關首長，乃屬當然。」

出：「三、加速『揭弊者保護法』之立法，強化保護及獎勵檢舉機制」，其理由為：「本次調查結果顯示，民眾容忍貪污的程度逐年下降，惟民眾不願意就貪污違法情事提出檢舉的比例已增加至四成，建議加速推動『揭弊者保護法』的立法，以及強化現行獎勵檢舉等相關措施，提升民眾檢舉意願。」（法務部廉政署，2014：97）此項建議，與前述聯合國反貪腐公約之立法趨勢相符。法務部廉政署亦於103（2014）年度工作報告中，提出「嚴謹肅貪法令、強化揭弊保護」之目標¹⁰。

參、揭弊者保護為反貪腐之必要制度

一、揭弊者保護制度為各國立法趨勢

有鑑於揭弊者保護制度在對抗貪腐、詐欺及不當治理上具有不可或缺之重要性，國際透明組織曾提「定義」、「指導原則」、「適用範圍」、「保護方式」、「揭發程序」、「救濟及參與」、「立法架構、執行及審查」及「執行」提出30點原則性建議，呼籲各國進行立法。（Transparency International，2013：4-13）然而，我國目前仍然缺乏有關揭弊者保護之基準性立法，遑論各專業領域法中之特別立法。許多重大貪瀆弊案都是透過所謂媒體爆料方式而公諸於世，也就是由掌握不法事證者以匿名方式將訊息或證據交由特定媒體披露，而非檢調或廉政等犯罪偵查體系發現，前行政院秘書長林○世貪瀆案就是最著名之案例¹¹。此種揭弊模式反映出我國目前廉政機制有所不足，尤其是欠缺弊端揭發保護制度。（蕭武桐、黃聖仁，2007：70）

¹⁰ 法務部廉政署103年度工作報告，頁41，<http://www.aac.moj.gov.tw/public/Attachment/581213515152.pdf>，瀏覽日期：2015年10月12日。

¹¹ 葉志堅，『案外案，林益世喬都更，要建商給「20顆裸鑽」』，<http://www.nownews.com/n/2012/08/29/368375>，瀏覽日期：2015年8月20日。

「揭弊者保護」(Whistleblower Protection)制度起源於美國，主要法律依據為聯邦「揭弊者保護法」(Whistleblower Protection Act)，主要目的在於強化保護揭發美國政府弊端之聯邦公務員，避免其遭報復及消除組織中的失誤。(Whitaker, 2007: CRS-1)該法主要內容包括明定公務員不應受到「被禁止之人事措施」(Prohibited Personnel Practice)、設立保護弊端揭發者之「特別檢察官辦公室」(The Office of Special Counsel)及處罰違反被禁止之人事措施者等方法以保護揭弊之公務員。美國制度的特色是透過公權力以對抗政府在人事行政領域的濫權，揭弊公務員之工作權獲得制度的保護是基於開放及課責角度出發，鼓勵公務員揭弊以維護公益。(楊戊龍，2014：84-86、107)

除美國之外，英國亦於1998年制定「公益揭發法」(Public Interest Disclosure, PIDA)，且同時適用於公私部門。英國的公益揭發法所定程序區分為「內部揭發」、「管制揭發」與「向外揭發」，其立法目的在於促進組織員工能以負責之方式，勇於揭發組織內威脅公益的不法問題，除鼓勵員工向雇主或向指定人員為揭發之外，亦保護向外公開揭發，例如，向媒體、警察或國會議員等。(程挽華、楊戊龍，收於：楊戊龍，2010：143、146)

另外，日本亦於2004年6月18日公布揭弊者保護法制，亦即「公益通報者保護法」，並於2006年4月1日實施，其立法內容包括禁止因公益通報而被解僱、公益通報之事業單位及行政機關應採取相關保護措施以保護公益通報者。日本公益通報者保護法立法的主要原因包括「經濟活動便利與風險之高度化」、「資訊傳送之便捷化與隱匿化」及「僱用不安定化與愛社精神退化」等。此法的保護對象包括企業直接僱用，不包括董事在內之正式勞工，不排除兼具勞工與董事雙重身分者，非正式僱用之兼差打工之勞工或間接僱用之派遣勞工，以及中央或地方機關之一般公務員。換言之，揭弊保護範圍包括公、私部門之人員。(簡玉聰，

收於：楊戊龍，2010：207-209、215）

基上所述可知，各國立法例雖有差異，但主要立法目的都在於鼓勵組織成員能勇於揭發組織內之不法，促進社會生活及經濟之建全發展，並保護揭弊者免於受到人事措施上之報復。而且，弊端揭發者保護制度之概念不僅限於公部門而已，亦可適用於私部門。相較於此，我國對現行公務人員法制中欠缺完善之弊端揭發保護制度，公務員於評估過個人利弊得失後，往往無人願意出面揭發組織弊端，在缺乏弊端揭發人的組織環境下，貪瀆案件之重要證據不易取得，因而影響我國貪瀆案件定罪率偏低，無法赫阻貪污犯罪的持續出現（蕭武桐、黃聖仁，2007：71）。因此，應有必要建立有效的弊端揭發者保護制度，以改善公部門貪污腐化之現象，重新建立人民對政府之信心。（胡至沛、于繼安，2010：31）

我國各級行政機關雖普遍設有編制大小不一的政風單位，致力於機關內部貪污的預防、查處，為何仍須建立弊端揭發保護制度，鼓勵其他行政人員擔負起機關貪污防治的功能，學者認為，其主要原因在於貪污犯罪具有隱密性、忌諱性、狡猾性、高犯罪黑數及擴散性（顧慕晴，2009：141-145）。而且，政風組織受機關首長之指揮命令，在預算、人事、決策權受限之狀況下，其獨立性與自主性均有所欠缺。依政風機構人員設置管理條例第9條之規定，設置在機關內之政風人員一方面受所在機關首長之指揮，另一方面又須受政風上級主管的業務監督，兩個上級指揮權力難免會處於競合的狀態，形成所謂的「二元權威衝突關係」。不僅如此，政風人員在機關中扮演兩種角色，一是機關組織的一份子，每日與其他部門人員朝夕相處，發展出良好的公私情誼；同時其亦是政風體系之一份子，秉於職責依法查辦貪瀆案件。若兩種不同角色的扮演，未能妥善調適，將衍生出令人困擾的倫理困境（ethical dilemma）問題。（張四明等，2013：50-52）因此，政風人員並無法單獨地擔負機關反貪腐之任務，必須有其他

機制配合，根據學者研究，機關內部之弊端揭發是相當重要之制度。此項制度在各國反貪腐上受到重視之主要原因在於直接影響貪瀆發生機率，更有改善組織文化、增進行政效率及減少浪費公帑等效益。當然，對於弊端揭發者或被揭發之機關，同時亦有一些負面影響。（胡至沛、于繼安，2010：37）

有鑑於此，法務部廉政署陸續推動「機關組織內部不法資訊揭露者保護法」（以下簡稱「揭露者保護法」）¹²及「揭弊者保護法」¹³之立法，希望透過建立「吹哨者（whistleblower）保護」之機制，以有效打擊貪污行為，後者目前正在行政院審議當中。因為，資料取得受限之緣故，本文僅能以法務部及法務部廉政署公布於官方網站之草案版本為討論對象。如揭露者保護法草案總說明中所言，政府機關內部之貪污行為往往不易察覺，縱然察覺亦不易取得相關定罪證據，為鼓勵知悉弊案人士勇於出面舉發貪污行為，給予一定之保護，故進行此項立法。揭露者保護法草案主要分為「總則」、「不法資訊揭露之程序」、「揭露者之保護」、「揭露者之獎勵」、「罰則」等五章，計28條，以維護公益及有效打擊機關內部不法行為之目的，故適用範圍限於機關內部而未涵蓋私部門。¹⁴而揭弊者保護法草案中除將吹哨者之法定用語由「揭露者」改為「揭弊者」之外，重要的是擴大揭弊者保護之適用範圍，擴及「違反公職人員利益衝突迴避法而情節重

¹² 關於機關內部不法資訊揭露者保護法草案總說明，請參閱 http://www.moi.gov.tw/files/news_file/%e6%a9%9f%e9%97%9c%e5%85%a7%e9%83%a8%e4%b8%8d%e6%b3%95%e8%b3%87%e8%a8%8a%e6%8f%ad%e9%9c%b2%e8%80%85%e4%bf%9d%e8%ad%b7%e6%b3%95%e8%8d%89%e6%a1%88%e7%b8%bd%e8%aa%aa%e6%98%8e.pdf，瀏覽日期：2015年8月20日。

¹³ 關於揭弊者保護法草案請參閱：<http://wp.tcjh.tn.edu.tw/wp-content/uploads/2015/01/揭弊者保護法草案研議意見彙整表.docx>，瀏覽日期：2015年10月12日。

¹⁴ 請參閱「機關組織內部不法資訊揭露者保護法草案總說明」。

大」之行爲；保護之對象，除揭弊者本人之外，亦涵蓋「揭弊者之密切關係人」¹⁵。

二、內部揭弊具有必要性

如再三所述，揭弊者保護制度主要目的是希望透過舉發行爲以發現政府機關之貪腐行爲。所謂舉發行爲，係指機關內部成員，基於公共利益的考量，對於機關內部的違法、貪瀆或不當的行爲在機關內部體制嘗試可能的方法導正缺失均無效的情形下，以公開或非公開的方式向外界舉發的行爲；（黃宏森，1997：96；張四明等，2013：49）除此之外，亦常見公務員把機關的違法失職情形釋放消息讓外界知悉，或向議會、檢調、政風及上級機關報告之弊端揭發行爲。（蕭武桐、黃聖仁，2007：71）無論稱爲檢舉、舉發，或弊端揭發，其意義幾乎都指涉機關內部之公務人員，因爲業務或執掌所得知的不法事證或貪瀆行爲，透過內部或外部的管道，使外界知悉並介入調查。（張四明等，2013：50）法務部所提出之揭露者保護法草案第4條第1項規定：「本法所稱不法資訊揭露，指依本法所規定之程序或方法舉報或提供機關內部未發覺之不法行爲相關事證，並協助案件之調查。本法所稱揭露者，指依前項規定爲舉報或提供有關事證，並協助調查之人。」揭弊者保護法草案第3條第1項也規定：「本法所稱之揭弊者，指依本法所規定之程序，對下列各款所列之行爲舉報或提供有關事證者。」由前後草案之規定可知，規範對象雖包含公務員及其他人民，但是，主要還是以前者爲主，故揭弊者保護法草案第21條第1項規定：「揭弊者或其密切關係人，因揭弊行爲受原服務機關（構）或其上級機關（構）施予不當措施者，得依其原

¹⁵ 依照揭弊者保護法草案第4條規定：「本法所稱揭弊者之密切關係人，指揭弊者之配偶、直系血親或其他身分上或生活上有密切關係之人。」

有身分所適用之法律程序，請求救濟。」

三、現行揭弊保護相關規範不足

關於機關組織內部揭弊保護法制，現行規範明顯不足。目前涉及機關組織內部揭弊者保護之主要法律依據如下：（張四明等，2013：59-60；李偉銓，2014：66-71）

（一）貪污治罪條例及獎勵保護檢舉貪污瀆職辦法

貪污治罪條例第18條規定：「貪污瀆職案件之檢舉人應予獎勵及保護；其辦法由行政院定之。各機關應採取具體措施防治貪污；其辦法由行政院定之。」依此規定，行政院訂定公布「獎勵保護檢舉貪污瀆職辦法」，其主要內容包括：檢舉獎金發放標準（第3條）、分配方法（第5條、第6條）、申請程序（第7條、第8條）、檢舉方式（第9條）及獎金追回之方式（第11條），對於檢舉人保護及保密規範僅有第9條及第10條之原則性規範。換言之，此辦法規範重點在於檢舉獎金發放之問題而非揭弊者保護。

（二）證人保護法

除貪污治罪條例之特別規定外，刑事訴訟程序中，證人保護法可以提供揭弊者一定程度之保護。該法第1條第1項明訂，此法立法目的在於保護刑事案件及檢肅流氓案件之證人，使其勇於出面作證，以利犯罪之偵查、審判，或流氓之認定、審理，並維護被告或被移送人之權益。因此弊端揭發者所揭發之案件若屬於該法第2條所稱之刑事案件¹⁶時，揭弊者得以證人身分適用證人保

¹⁶ 證人保護法第2條：「本法所稱刑事案件，以下列各款所列之罪為限：一、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪。二、刑法第一百條第二項之預備內亂罪、第一百零一條第二項之預備暴動內亂罪或第一百零六條第三項、第一百零九條第一項、第三項、第四項、第一百二十一條第一項、第一百二十二條第三項、第一百三十一條第一項、第一百四十

護法，但揭弊事項若非第2條所列之刑事案件時，或揭弊者不願出庭作證時，則無該法適用之餘地，因為，依該法第3條規定，受保護之證人，以願在檢察官偵查中或法院審理中到場作證，陳述自己見聞之犯罪或流氓事證，並依法接受對質及詰問之人為限。

(三)公務人員保障法

除刑事法律規範之外，對於具有公務員身分之機關組織內部揭弊者權益之保障，主要依據乃公務人員保障法，其保障項目包括：身分保障權、工作條件保障、官職等級之保障及薪俸保障等事項。在救濟程序上，公務人員對於服務機關或人事主管機關所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依公務人員保障法第25條提起復審及行政訴訟；若係對於服務

二條、第一百四十三條第一項、第一百四十四條、第一百四十五條、第二百五十六條第一項、第三項、第二百五十七條第一項、第四項、第二百九十六條之一第三項、第二百九十八條第二項、第三百條、第三百三十九條、第三百三十九條之三或第三百四十六條之罪。三、貪污治罪條例第十一條第一項、第二項之罪。四、懲治走私條例第二條第一項、第二項或第三條之罪。五、藥事法第八十二條第一項、第二項或第八十三條第一項、第三項之罪。六、銀行法第一百二十五條之罪。七、證券交易法第一百七十一條或第一百七十三條第一項之罪。八、期貨交易法第一百十二條或第一百十三條第一項、第二項之罪。九、槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項、第十一條第四項、第十二條第一項、第二項、第四項、第五項或第十三條第二項、第四項、第五項之罪。十、公職人員選舉罷免法第八十八條第一項、第八十九條第一項、第二項、第九十條之一第一項、第九十一條第一項第一款或第九十一條之一第一項之罪。十一、農會法第四十七條之一或第四十七條之二之罪。十二、漁會法第五十條之一或第五十條之二之罪。十三、兒童及少年性交易防制條例第二十三條第一項、第三項、第四項之罪。十四、洗錢防制法第九條第一項、第二項之罪。十五、組織犯罪防制條例第三條第一項後段、第二項後段、第六條或第十一條第三項之罪。」

機關所爲之管理措施或有關工作條件之處置認爲不當，致影響其權益者，得依同法第77條第1項提起申訴、再申訴。此等規範，屬於一般性公務人員保障規範，並未對基於公益而揭發之內部揭弊者設置特別保護規定。

(四)陳 情

除前述法律之規定外，在行政命令層次上，依據「行政院及所屬各機關處理人民陳情案件要點」對於揭弊者之保護上，僅在第18條規定人民陳情案件有保密之必要者，受理機關應予保密。另外，「監察院收受人民書狀及處理辦法」規範監察院收受人民書狀的相關規範，惟該法並未對揭弊者有特別保護之規定。

由上述規定可知，我國以往對於組織內部揭弊者保護並未給予應有之重視。因爲，傳統組織倫理及組織文化上，當公務員察覺組織涉及瀆職、貪污、管理不當或其他有害活動時，最好選擇保持沉默，明哲保身。畢竟，知悉機關內幕者畢竟少數，願意承擔揭弊風險者更是少數。因此，若要鼓勵機關內成員勇敢揭弊，必須有嚴謹而可靠的法律程序保障，故前述先進民主國家紛紛建立弊端揭發的相關法制。我國現行關於揭弊者保護制度係採「分散式立法」，散見於各種不同法規，由各不同之機關執行，未能集中事權，保護效果顯有不足。而且，我國鼓勵檢舉犯罪類型僅限於貪瀆、賄選、毒品及組織犯罪，而未涵蓋其他新興犯罪類型，例如，企業貪瀆或金融犯罪等，似有增列之必要。（陳宏達，收於：楊戊龍，2010：320）另外，在現行制度之下，公務人員揭弊後可能受服務機關施以報復性人事措施，只能透過公務人員保障法之申訴與復審制度尋求救濟，若該報復性措施未涉及公務員身分變動或其他公法上權利時，揭弊公務員只能透過申訴、再申訴向保訓會尋求救濟，而無法向行政法院提起行政訴

訟¹⁷，顯然是欠缺必要的保障程序。

肆、政府採購程序中應訂定揭弊者保護規範

然而，依聯合國反貪腐公約施行法第4條規定：「積極加強落實各項反貪腐法制及政策。」乃各級政府機關之行爲義務，因此，我國應該仿照英美日等先進國家建立弊端揭發保護機制，透過專屬立法的方式提供機關組織揭弊者在程序上及實質上的保護，以避免揭弊者受到各種報復性措施，促使具有道德勇氣之人出面揭發弊端，進而對貪污舞弊者產生威嚇之效果，並且提升貪污犯罪之定罪率，達到澄清吏治之目的。（蕭武桐、黃聖仁，2007：89）前述之「揭露者保護法」或「揭弊者保護法」是屬於基準性立法，並不妨礙立法者在各別領域中制定特別法，猶如行政程序法制定之後，亦得制定警察職權行使法等程序法律。故揭露者保護法第2條¹⁸及揭弊者保護法第1條第2項¹⁹皆定有揭弊者保護之一般性架構，並未排斥訂定其他特別法。因此，本文認為，

¹⁷ 公務員年終考績如被列為丙等，依照最高行政法院及公務人員保障暨培訓委員會以往之見解僅能提起申訴再申訴，惟最近最高行政法院變更見解，依該院104年8月份第2次庭長法官聯席會議(二)決議：「憲法第18條所保障人民服公職之權利，包括公務人員任職後依法律晉敘陞遷之權，為司法院釋字第611號解釋所揭示。而公務員年終考績考列丙等之法律效果，除最近1年不得辦理陞任外（公務人員陞遷法第12條第1項第5款參照），未來3年亦不得參加委任升薦任或薦任升簡任之升官等訓練（公務人員任用法第17條參照），於晉敘陞遷等服公職之權利影響重大。基於憲法第16條有權利即有救濟之意旨，應無不許對之提起司法救濟之理。」換言之，以後揭弊公務員若受到報復性措施，年終考績被列為丙等時，將被認為是受到不利處分，得根據公務人員保障法第25條等規定提起復審，不服復審決定時得提起行政訴訟。

¹⁸ 揭露者保護法第2條規定：「不法資訊揭露者之保護，依本法規定處理之，但其他法律或法規命令有利於揭露者時，從其規定。」

¹⁹ 揭弊者保護法第1條第2項規定：「揭弊者之鼓勵及保護，依本法之規定。但其他法律之規定較本法更有利者，適用最有利之法律。」

除「揭露者保護法」或「揭弊者保護法」之立法外，政府採購法中應儘速訂定特別之揭弊者保護規範，其理由如下：

一、落實國家之反貪腐行為義務

首先，推動揭弊者保護立法為落實國家反貪腐之行爲義務。前述法務部積極推動之「揭露者保護法」或「揭弊者保護法」，其立法目的既為整肅貪污以建立廉能政府，受保護之揭弊行為以故意犯刑法瀆職罪章、貪污治罪條例之犯罪、違反公務員服務法而情節重大及違反公職人員利益衝突迴避法而情節重大等項事由為適用範圍²⁰。換言之，限於公務員之職務犯罪、公務員服務法及公職人員利益衝突迴避法之重大違反，屬於公務員重大義務之違反。而且，為保護揭弊者免於受到報復，揭露者保護法草案第5條第1項規定：「不得因揭露不法資訊之情事，而對揭露者本人、親屬或同居人施以不當措施。」²¹揭弊者保護法第5條也規定，不得無正當理由而對揭弊者或其密切關係人為不當措施。而且，兩項草案皆有類似規定，亦即，揭露之案件於處分或裁判確定前，公文書中不得記載揭露者之姓名，或任何足以辨識其身分之事實，但揭露者同意時不在此限。公務員因執行職務知悉揭露者身分者，不得傳述、公開揭露者本人、親屬或同居人身分或任

²⁰ 參閱機關內部不法資訊揭露者保護法草案第3條說明及揭弊者保護法草案第3條規定。

²¹ 本法所稱不當措施，指出於報復之意圖，而對揭露者或其親屬、同居者所為之下列行為：

- 一、免職、解聘、解僱或使其喪失職位之相類人事決定。
- 二、懲戒、強迫休假、減薪、降低職位、禁止升遷、取消獎金或相類之人事決定。
- 三、重新分配工作、調職或其他違反個人意願之人事決定。
- 四、考績、工作績效之歧視或相類之不公待遇。
- 五、取消教育、培訓或其他工作進修機會之決定。
- 六、對揭露者或其親屬、同居人為強暴、脅迫或侮辱。
- 七、終止已簽約之契約關係，影響其經濟地位之決定。

何足以推論其身分之事實，但揭露者本人同意時不在此限（揭露者保護法草案第12條及第13條；揭弊者保護法草案第11條及第12條）。

二、政府採購內部監督之特殊性

如前所述，採購人員在民眾對公務人員清廉程度之評價中都位於後段，歷年調查結果對採購人員之清廉形象不佳，改善政府採購案件中之貪瀆現象，乃落實聯合國反貪腐公約之重要議題。依照行政院公共工程委員會「103年度政府採購執行情形」²²指出，103（2014）年度全國各機關辦理逾10萬元之採購案件，決標案件總計187,819件，決標金額總計1兆1,367億餘元，政府採購之金額約占國家總預算之四分之三。依據研究調查，採購人員乃屬犯罪高風險機關之人員，主要的貪瀆方式為接受或要求廠商或個人之利益招待，對於偷工減料的情事進行包庇，或對於採購或工程驗收不實²³；或是接受不正利益後，將公務執掌之秘密洩漏與廠商知悉，例如將招標條件放寬及洩漏甄審委員名單，因而使特定廠商或個人得利²⁴。主要的行為態樣為：貪污治罪條例第4

²² http://www.pcc.gov.tw/pccap2/BIZSfront/MenuContent.do?site=002&bid=BIZS_C10403157，瀏覽日期：2015年8月20日。

²³ 公務員收賄而採購或工程驗收不實是政府採購案件中常見之犯罪類型，例如，最高法院95年度台上字第16號刑事判決指出：「查政府採購法第七十一條第二項規定：『驗收時應由機關首長或其授權人員指派適當人員主驗，通知接管單位或使用單位會驗』；而政府採購法施行細則第九十一條第一項則規定應為辦理機關驗收人員之分工情形，除主驗人員以外，採購事項單純者，有關會驗人員、協驗人員及監驗人員得免之，並非必要之驗收人員。上訴人明知未親自到場驗收，卻登載不實之驗收紀錄上簽名，即該當於刑法第二百十三條公文書登載不實罪之構成要件，原判決以該條論罪科刑，其認事用法並無違誤。」

²⁴ 洩漏職務上秘密以獲取不法利益也是政府採購案件中常見之犯罪類型，例如，最高法院103年度台上字第235號刑事判決即指出：「按政

條第1項第5款的違背職務要求、期約或收受賄賂或其他不正利益罪，或貪污治罪條例第5條第1項第3款的不違背職務要求、期約或收受賄賂或其他不正利益罪。（張四明等，2013：269-271）

因為貪瀆行為類型繁多，學者研究從「行為動機」、「引誘機會」、「得失風險」三個要素來分析貪腐現象，必須同時滿足此三個因素，貪腐行為才會產生。換言之，公務員可能係因先有動機而去尋找貪腐的機會，抑或是經常面對引誘的機會而產生貪念，惟當產生貪念或機會時，未必會採取行動，當事人在行為前，應會評估從事貪腐的得失風險，如果風險微不足道，則多半會縱容自己；若風險升高，則多半會懸崖勒馬。所以「貪腐行為」的發生條件有：「機會條件」、「動機條件」、「低風險條件」等三項。（彭立忠、張裕衢，2007：109；張四明等，2013：273）因此，公務員行使公權力時，包括作成行政處分、締結行政契約或進行各種行政管制行為，若裁量權之行使未受到有效的監督控制，貪腐機會就容易產生。採購人員為代表國家行使公權力之人，其行使公權力或進行裁量權均涉及龐大利益，當裁量權之行使未能受到有效的監督控制，而公務員又無法抵抗不法利益的誘惑時，追求私益的團體或個人就會透過行賄的手段來買通行使裁量權之人而出現貪腐。

另外，貪污擴散性及犯罪結構化也是採購貪瀆案件常見之現象，從「社會順從」觀點而言，當公務員身處於一個充滿貪污風氣的機關時，不同流合污者通常會受到排擠、打壓，被視為異類

府採購法第34條第2項規定，機關辦理採購，不得於開標前洩漏底價，領標、投標廠商之名稱與家數及其他足以造成限制競爭或不公平競爭之相關資料。是政府採購案件承辦人員將其他廠商就投標案是否提出疑義及疑義內容洩漏給投標廠商，使廠商預先知悉內容，得採為其備標與參標之準備，自造成政府採購之不公平競爭，此與疑義廠商究否參標無涉，而洩漏其應保密之疑義廠商名稱暨疑義內容等採購消息之承辦人員，自亦構成違背職務上之行為。」

或異議份子，為避免受到迫害或報復，對於同事的貪污行為可能視而不見，甚或一同加入貪瀆的犯罪體系之中。使得貪污犯罪容易形成共犯結構，彼此互相合作與掩護貪污行為，因而使貪污犯罪的成功率增加，或使刑事追訴困難重重。（彭立忠、張裕衢，2007：117；張四明等，2013：276）

三、特別立法之迫切性

如前所言，政府採購案件具有「機會條件」、「動機條件」、「低風險條件」等三項條件，而且，相較於一般行政程序又具有高度專業性、高風險性及擴散性，本文認為，除一般性之弊端揭發者保護法制外，政府採購法中應訂定特別之揭弊者保護規範。本文建議，在現行政府採購法第六章爭議處理之後，應增加「不法資訊揭露」專章，包含「揭露之程序」、「揭露者適用對象」、「揭露者之保護」及「揭露者之獎勵」等規定，除辦理政府採購公務員適用之外，亦應包括參與招標、審標、決標之專家學者，因為這些人員皆屬採購程序之參與者；至於廠商員工則可考慮參照食品安全衛生管理法（以下簡稱「食安法」）之立法例，設計特別之揭弊者保護措施，例如，依食安法第43條規定：「主管機關對於檢舉查獲違反本法規定之食品、食品添加物、食品器具、食品容器或包裝、食品用洗潔劑、標示、宣傳、廣告或食品業者，除應對檢舉人身分資料嚴守秘密外，並得酌予獎勵。公務員如有洩密情事，應依法追究刑事及行政責任。前項主管機關受理檢舉案件之管轄、處理期間、保密、檢舉人獎勵及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。第一項檢舉人身分資料之保密，於訴訟程序，亦同。」同法第56條之1第1項規定，中央主管機關為保障食品安全事件消費者之權益，得設立食品安全保護基金，並得委託其他機關（構）、法人或團體辦理。同條第3項第3款又規定，基金用途之一是「補助勞工因檢舉雇主違反本法之行為，遭雇主解僱、調職或其他不利處分所提之回復原狀、

給付工資及損害賠償訴訟之律師報酬及訴訟相關費用。」換言之，該基金可作為揭弊者因公益犧牲時補償之用。此項立法相當進步，在政府採購中雖無此類特種基金之設計，但增訂廠商或其受僱者之揭弊公益犧牲補償制度，從法定預算中支應，確有其必要性與迫切性。

政府採購貪瀆現象若能藉由機關內部公務員或廠商之揭弊而有效防止或打擊，則政府採購公務員貪瀆案件應可顯著降低，真正落實聯合國反貪腐公約之基本精神。

伍、結 論

廉能政府為民主政治之基礎，世界各國無不以建立清廉政治為目標，反貪腐已成為跨國界的共同議題，聯合國反貪腐公約於2005年12月14日生效後，業已提供各國政府反貪腐之法制和政策；我國已於2015年5月20日由總統公布「聯合國反貪腐公約施行法」，將國際公約之基本規範引進我國內國法制。法務部參考英美日等先進國家推動「機關組織內部不法資訊揭露者保護法」及「揭弊者保護法」等草案，試圖建立一般性之弊端揭發者保護機制，值得肯定，可惜目前進度有限。

在各類公務員貪瀆案件當中，政府採購案件占有很大比例，導致採購人員清廉度印象不佳之現象，必須積極處理。因為，每年全國各機關辦理採購案件之決標金額龐大，深刻影響國家建設及人民對政府之信賴。有鑑於政府採購案件具有「機會」、「動機」、「低風險」等三項條件，而且，採購程序相較於一般行政程序又具有高度專業性，本文建議應於政府採購法中另設特別之弊端揭發者保護制度，希望有助於大幅度降低公務員貪瀆現象，落實聯合國反貪腐公約之基本精神。

參考文獻

壹、中 文

一、書 籍

- 法務部廉政署（2014），《法務部廉政署103年廉政民意調查報告書》，台灣透明組織執行，<http://www.aac.moj.gov.tw/public/Attachment/51271632632.pdf>，瀏覽日期：104年8月20日。
- 胡龍騰、蔡秀涓、陳淑芳、陳偉華（2010），《法務部「我國廉政發展應如何落實《聯合國反腐敗公約》之研究」研究成果報告書》，法務部廉政署，<http://www.aac.moj.gov.tw/public/Attachment/211610251533.pdf>，瀏覽日期：104年8月20日。
- 張四明、陳耀祥、劉嘉薇（2013），《公務人員對貪瀆案件調查結果之信任度研究》，國家發展委員會委辦台灣公共治理研究中心，http://www.tpgrc.org.tw/content.php?Iy=2013&Iresearch_id=41&f=12，瀏覽日期：104年8月20日。
- 楊戊龍（2010），《公益揭發——職場倫理新趨勢》，高雄：巨流。
- 楊戊龍（2014），《公益揭發——揭弊保護法制比較研究》，臺北：翰蘆。

二、期刊及學位論文

- 吳英明（2006），〈廉政不廉價〉，《臺灣民主》，3卷3期：177-184。
- 李偉銓（2014），《貪汙犯罪中揭弊公務員保護法制之研究》，國立臺北大學公共行政暨政策學系碩士論文。
- 胡至沛、于繼安（2010），〈建立我國弊端揭發人制度可行性

之研究：利害關係人的觀點》，《中華行政學報》，7：31-60。

- 陳永祥（2010），《政府採購貪瀆案件中公務員保違法時程之研究》，國立臺北大學犯罪學研究所碩士論文。
- 彭立忠、張裕衢（2007），〈華人四地貪腐程度之比較——以「貪腐成因」為分析途徑〉，《公共行政學報》，24：103-105。
- 黃宏森（1997），〈行政倫理實務：弊端舉發行爲的困境與難題〉，《空大學訊》，199：94-100。
- 蕭武桐、黃聖仁（2007），〈弊端揭發人保護制度之探討〉，《考銓季刊》，52：68-91。
- 顧慕晴（2009），〈我國公務人員貪污檢舉制度之研究——增強途徑之分析〉，《文官制度季刊》，57：139-159。

貳、英 文

- European Commission (2014), “REPORT FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIAMENT – EU ANTI-CORRUPTION REPORT”, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf.
- Transparency International (2013), “International Principles for Whistleblower Legislation: Best Practices for Laws to Protect Whistleblowers and Support Whistleblowing in the Public Interest”, http://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation.
- Transparency International (2014), “Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide”, http://www.transparency.org/whatwedo/publication/curbing_corruption_in_public_procurement

_a_practical_guide.

- Whitaker, L. Paige (2007), “Whistleblower Protection Act: An Overview”, CRS Report for Congress, <http://fas.org/sgp/crs/natsec/RL33918.pdf>.

政府採購制度之檢討 與修法建議

——從聯合國反貪腐公約第9條第1項 規定論起

林明鏘*

目 次

壹、體檢我國政府採購法	二、確保競爭機制
貳、聯合國反貪腐公約之制度要求（反貪腐公約法第9條第1項）	三、建立具體客觀標準
一、原則規定	四、改良申訴制度
二、具體事項要求	五、杜絕刊登政府公報制度之濫用
參、我國政府採購法之興革建議	六、對採購人員之有效稽察及規範
一、加強程序公開透明	肆、結 論

* 國立臺灣大學法律學院教授，E-mail：linmc@ntu.edu.tw。

壹、體檢我國政府採購法

我國現行政府採購制度主要由政府採購法及其授權法規命令45種暨施行細則及36種相關作業規定所共同構成，總條文規模高達千條以上，內容錯綜複雜，自1999年5月27日公布施行以來，已逾16年以上，其規範成效如何？是否能有效提升採購品質並杜絕公務人員違法貪瀆？尚未見主管機關（目前為行政院公共工程委員會）全面性、體系性、功能性地加以體檢公布成效並計畫修正制度。前營建署長、前消防署長貪瀆案，至國防部採購兩棲登陸裝甲車弊案……等，不僅採購貪瀆金額龐大、時間久遠，而且牽涉採購事項及範圍廣泛，似均不得以「個案」、「個人所為」為搪塞藉口，而能簡單忽視制度瑕疵所致國家公益之重大損害。再輔以查詢最高法院2010年至2014年間因政府採購（貪瀆案件）事件，刑事確定判決竟高達112件¹，尚且不含高等法院及地方法院裁判確定案例，每年平均即有20件以上，因涉及政府採購案件的刑事確定判決眾多，在我國行政刑罰執行中極為罕見，益可證明，檢討現行政府採購制度及其乃勢在必行。

2015年5月5日立法院三讀通過制定「聯合國反貪腐公約施行法」共8條（總統於2015年5月20日公布），我國將實施聯合國2003年公布之「反貪腐公約」（United Nations Convention against Corruption, UNCAC），藉以促進政府機關透明與課責制度（公約施行法§1），而「反貪腐公約」因具有內國法之效力（公約施行法§2參照），故依「反貪腐公約」第9條第1項之規定要求²，我國必須建立「特別有效」預防政府採購發生貪腐制

¹ 得參閱司法院法學資料檢索系統，網址：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>（2015年6月8日造訪）。

² 有關聯合國反貪腐公約之全文中譯及第9條第1項之具體內容，併得參閱法務部廉政署主辦，〈聯合國反貪腐公約專題學術研討會〉，2015年6月23日，會議手冊，頁129-156，共71條規定，由其是頁132-133。

度。雖然公約之施行日期由行政院定之（公約施行法第8條），但公約施行法第7條規定，各級政府機關（尤其是主管機關）應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後3年內，完成法令之制（訂）定，修正或廢止及行政措施之改進。此種3年條款加上施行日期由行政院決定之緩衝時間，乃給主管機關快馬加鞭，全盤火速檢討現行法令不符合反貪腐公約要求內容之黃金時間。無奈政府採購法之主管機關，行政院公共工程委員會於回應法務部廉政署之自我評估要求時，如同其他絕大部分主管機關態度一樣，勾選不需制（訂）定，修正或廢止相關法令³之選項決定，令人十分失望。其推測理由似因為一方面主管機關「反貪腐公約施行法與政府採購法無關⁴」，再加上組織改造面臨著：工程會將併入其他部會內，喪失機關地位，致失去對制度修正的熱忱及勇氣。

從而，本文乃以「局外第三人」的立場，借用在臺大教授10餘年政府採購法的淺薄經驗⁵，以聯合國反貪腐公約之原則規定及具體要求，對我國現行政府採購制度進行簡易型功能體檢，藉以喚醒主管機關修改採購制度的良心及勇氣，能夠儘快改善修正此種致命制度瑕疵，蓋良善的法律制度乃是我們留給子孫的最佳遺產，法令制度有殘缺不全之處，不宜諱疾忌醫，否則病入膏肓，縱使華陀再世，亦難妙手回春。在「防微杜漸」的基本立場

³ 參見法務部廉政署提供之「聯合國反貪腐公約落實情形評估檢核表」，2014年12月，頁33。

⁴ 中央主管機關認為我國政府採購法係依據WTO架構下政府採購協定，與2015年5月5日立法院三讀之「聯合國反貪腐公約施行法」（第9條）無關。理由是：一個國際組織（即聯合國）的公約（即反貪腐公約）不能對另一國際組織（WTO）的條約文字進行干預。此一理由，完全漠視此乃國內法（施行法與政府採購法）之競合問題，而非國際公法衝突。

⁵ 併請參見臺大土木學系、法律系共用講義，林明鏘、郭斯傑，《工程與法律十講》，五南公司，2014年2版，頁61-189（第3講至第5講）。

上，提出下列書面建議，以供主管機關參酌：

貳、聯合國反貪腐公約之制度要求 （反貪腐公約法第9條第1項）

我國政府採購制度之瑕疵可謂「罄竹難書」⁶，為使本論文有討論焦點，故僅以「反貪腐公約」第9條第1項之規定為限，作為體檢大項目，避免打擊面太大或體檢項目過多，失其重心，於此合先敘明。

一、原則規定

依反貪腐公約第9條第1項規定：「各締約國均應依其國家法律制度之基本原則……建立以透明、競爭及客觀決定標準為基礎之適當採購制度。」準此以言，反貪腐公約針對政府採購制度，已提出透明、競爭及建立客觀標準之三大基本原則，以下分別針對此三大基本原則，申論如下：

（一）透明原則

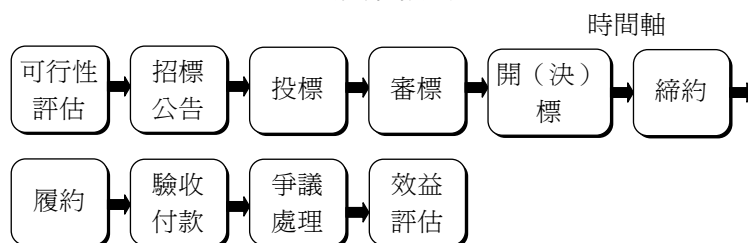
俗諺曾云：「陽光是最好的防腐劑；街頭燈光是最好的警察。」因此，採購制度及其執行之公開透明，應屬防貪腐的最有效方法。我國政府採購法第1條立法目的亦揭櫫「依公開之採購程序」建立政府採購制度，雖缺乏「透明」明文，但其目標應屬相同。

由於政府採購制度係一個行政流程，該流程得簡化為下表所示：⁷

⁶ 我國政府採購法之重要條文逐條分析檢討，併請參閱林明鏘、郭斯傑，前揭書，頁73-118（第四講：政府採購法(二)：逐條釋義）。

⁷ 林明鏘、郭斯傑，前揭註5書，頁62（表3-1）參照。

表1 政府採購流程表



本表由本文自製

準此，從招標公告至爭議處理制度之設計及執行，原則上均應以最大之公開透明為主軸，以不公開暨保持公務機密為例外情形。但是，我們如果仔細檢索我國政府採購制度，可以明顯發現充斥著不公開不透明的例外條款，而且數量龐大，似有「量變導致質變」，「例外變成原則」之嫌疑，例如：

1. § 104：有關國家安全或國防目的有關之採購。
2. § 105：重大變故、緊急危難之緊急採購（Ⅰ①、②）。
3. § 105：公務機關間財物或勞務取得（Ⅰ③）。
4. § 105：依條約、協定向國際組織、外國政府其授權機關採購（Ⅰ④）。
5. § 106：我國駐國外機構辦理或受託辦理之採購。
6. § 16：請託或關說書面紀錄未公開。
7. § 34：招標文件於公告前應予保密（Ⅰ）。
8. § 34：底價於開標後至決標前，仍應保密（Ⅱ）。
9. § 22：限制性招標（Ⅰ）；不對外公開。
10. § 57：採行決標協商措施者，其開標、投標、審標程序及難容均應保密……等等。

當然「公開透明原則」並非「絕對公開」或「絕對透明」；在公共利益「絕對需要」的例外情形，始能正當化其不公開的要

求，不透明的制度設計⁸。我國政府採購制度充斥著消極不公開或保密條款外，在積極面的主動公開要求條款，極其罕見，例如：我國政府採購法對於巨額採購（工程採購2億元以上；財物採購1億元以上；勞務採購2,000萬元以上），不論採購契約書或招標程序均無應強制公開義務，造成一旦內部稽核機制失靈，外部（含人民監督、學界監督、公益團體監督）又無從知悉，則難保貪瀆情事之滋生或預防之困難。⁹

（二）競爭原則

所謂競爭原則係指政府採購制度應保障合法廠商均有公平競爭，取得政府採購供應權利之機會。此種公平保障供應廠商不僅包含國內廠商，亦應涵括國外廠商在內。蓋依據經濟學上之競爭法則，得使採購機關以最低成本，取得最高品質之商品及勞務¹⁰。因此，我國政府採購法第26條第2項即明文規定，招標文件之訂定，在目的及效果上均不得限制競爭；同法第25條第3項亦明示：共同投標以能增加廠商之競爭或無不當限制競爭者為限。

競爭原則之前提要件，在於前述之公開透明政府採購資訊。申言之，若無充分、事前的採購資訊提供，廠商即無法預先準

⁸ 例如：戰爭之武器採購（但非有關國防目的有關之所有採購）；機關無法預見之極緊急事故（而非條文所廣泛指稱重大變故或緊急危難）；或事實上無法使用公開招標方式採購（例如：第105條第1項第3款、第4款）者仍可採不透明方式，但其範圍不能過於廣泛，致本末倒置。

⁹ 依政府採購法第111條規定，鉅額採購僅建立主管機關之內控機制，即逐年報告使用情形及效益分析。雖有刊登效益評估於政府採購公報之義務，但是因無契約之公開，外部人員難以進行監督。

¹⁰ 有關政府採購法上限制競爭與公平交易法之適用評估，併得參閱羅昌發，《政府採購法與政府採購協定論析》，元照公司，2008年3版，頁83-92。

備，從事公平之競爭，但依政府採購法第27條第1項規定，限制性招標，即得不公開招標公告內容或不刊登於政府公報或公開資訊網路，造成資訊之「黑森林」，也會重大影響競爭原則的要求。此外，專利品之採購亦常與競爭原則相互牴觸¹¹。

我國政府採購法除於第25條、第26條及第37條疊花一現出現「競爭」用語外，立法目的的條款及其主要內容嚴重缺乏競爭精神，舉其實例，除前揭第27條第1項規定外，尚有下列諸多違反競爭原則嫌疑條款：

1. § 36：投標廠商基本資格之限制（Ⅰ）。
2. § 36：廠商特定資格之限制（Ⅱ）。
3. § 43：國內廠商保障條款(一)：保障採購國內貨品條件。
4. § 44：國內廠商保障條款(二)：國內廠商優先得標原則。
5. § 38：黨營及關係企業禁止參加投標。
6. § 97：扶助中小企業承包一定金額比例之政府採購。
7. § 17：外國廠商參與採購之門檻及限制。
8. § 103 Ⅱ：特殊需要「不良廠商」時，得不受停權限制……等。

主管機關宣稱上述規定，均為「確保履約所必要」之限制，並非反競爭條款。此種見解，涉及觀察角度不同，而有所差距。從本質而論，任何確保履約必要，對於廠商的限制或優待，均含有限制競爭之色彩，問題關鍵在於此種限制是否「必要」，若屬「不必要」之廠商限制或優待，即與不當限制競爭有密切關聯，不容宣稱與競爭毫無關係。

¹¹ 依政府採購法第22條第1項第2款規定，採購專利品時，得採取限制性招標，從而即無競爭之可能，因缺乏競爭如台塑公司爆發採購弊端，即可為前車之鑑（國內則有署立醫院醫藥採購專利品之相類似弊案），有關台塑公司採購弊案，併得參閱聯合報，2015年7月28日，A1及A3版之報導。

(三)建立客觀標準原則

建立政府採購制度的客觀標準原則，其難度遠高於前揭透明及競爭原則，因為採購範圍過分龐雜，包含工程、財務及勞務在內，政府採購法未分別作不同章節安排，例如：工程採購與勞務採購本質上即十分歧異，無法以同一套規範加以管制，再加上同類型之個別採購仍存在相當之變異性，例如：工程採購之道路或大地工程與建物營造工程即有不同特殊規範要求，為賦予採購機關個案之彈性空間，所以在採購法文字上不得不採取不客觀或不準確的不確定法律概念及模糊之標準，例如：「經常性採購」（政府採購法 § 20①）；「費時長久始能完成者」（§ 20②）；「資格條件複雜」（§ 20④）；「另行招標確有產生重大不便」（§ 22⑥）；「在專業領域具領先地位之自然人」（§ 22 I ⑬）；「依市場交易慣例」（§ 30 I ④）；「不降低原有功能條件下」（§ 35）；「相當經驗之廠商」（§ 36 II）；「訂定底價確有困難」（§ 47 I ①）；「發現有足以影響採購公正之不當行為」（§ 48 I ②）；「政策變更」（§ 64）；情節重大（§ 101）……等不勝枚舉，以因應滿足採購實務上之必要個別需求。

但是依司法院大法官釋字第432及545、594等號解釋，「法律明確性原則」須具備下列三大要件¹²：

1.意義非難以理解。

¹² 司法院大法官釋字第409、432、433、445、491、521、523、545、594、636及669號解釋，不斷闡明法律明確性之三大合憲與否標準，其並提出得依「專業知識」及「社會通念」加以認定及判斷，並得參酌「立法目的」及「法律系統整體關聯性」加以理解，可見得法律明確性之「明確度」尺度，已極為寬鬆無比！所以迄今只有釋字第636號解釋認檢肅流氓條例（目前已廢止）中之「霸占地盤」、「白吃白喝」、「要挾滋事」、「欺壓善良」、「品性惡劣」、「遊蕩無賴」用語與法律明確性原則有違。

2.受規範者所得預見。

3.可經司法機關事後得加以確認者。

而反貪腐公約上之「建立客觀標準」原則上不僅寓含有明確性原則之基本要求，而且其標準更高，因為「客觀標準」通常須有更具體的明確數量等或得以事後檢證之標準，而非僅「明確」或「得以明確」而已！為免「吹毛求疵」，以下僅以三條重要有關採購核心條件加以分析，可知「客觀標準」建立誠屬不易：

第一，依政府採購法第63條第1項前段規定：「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則。」從而即浮現第一個不明確的問題：各機關可否另訂採購契約範本，而異於工程會所訂定之四大契約範本（工程、財物、勞務及統包契約範本）？蓋採購契約範本不統一，不一致性，並非僅是技術性事項之歧異，而且亦涉及基本風險可否轉嫁？可否主張情事變更原則及契約價金調整，延長工期（非不計算工期）、擬制變更……等等重要基本問題之契約態度。由於政府採購法第63條第1項前段使用「為原則」三字，致造成目前尚有交通部公路總局、國工局、營建署、臺北市府、新北市政府、高雄市政府、臺北市捷運局……等紛紛自擬採購契約範本，與工程會之契約範本互別苗頭，形成五花八門、百花齊放的契約不一致性，對於工程會參酌國際工程師協會（FIDIC）及國內採購慣例所擬定之契約範本，置若罔聞，即屬無「客觀決定標準」的一個禍水源頭，蓋採購契約重要契約要項（如：契約變更、價金給付及工期風險分配原則），契約範本已詳為斟酌訂定，在可能的選項中，已賦予採購機關相當大之彈性空間，實不宜容許其他中央或地方機關在未說明範本「窒礙難行」之理由下，另起爐灶，形成一國數制，除違反「範本具有法規命令」之效力¹³外，並且會因採購機關之不同，有相互歧異之

¹³ 依政府採購法第63條第1項前段之授權，由主管機關對外發布訂定之「契約範本」及「契約要項」，本質上亦符合行政程序法第150條所定

契約條款，有嚴重損及「客觀標準原則」！

第二，依政府採購法第22條明定（列舉）之16款限制招標事由，即凡符合得採用「限制性招標」事由，即得不公開透明，亦得不經由競爭方式，辦理政府採購事項，影響制度甚鉅，故更應以高度「客觀標準」「客觀明確」的方式條列，始符反貪腐公約所要求。但是，我們如果仔細分析其16款事由，其實下列各款，容有再加以明確化之必要，以免滋生黑箱作業之疑義：

- 第1款：無廠商投標或無合格標：仍須在限制其原因事由。
- 第2款：專利及獨家製造：仍應須尋求「對抗品廠商」。
- 第4款：後續維修之規模及範圍限制，50%以內即為已足？
- 第6款：追加契約外工程：法令限制過寬。
- 第13款：研究發展領先人保障條款，仍應公開受監督。
- 第14款：文化藝術採購限制性招標之SOP機制缺乏。
- 第15款：公營事業保護條款應全盤刪除。
- 第16款：其他機關認定概括條款過於主觀，仍應加以外部限制。

限制性招標要件過於寬鬆及主觀判斷，缺乏客觀決定標準，除應區別工程、財物及勞務不同類型，各自規定其客觀要件外（即第22條拆成第22條之1，第22條之2及第22條之3規定），建立個別之SOP制度及開放外界監督（事前或事後），亦屬防弊不可或缺的手段。

第三，政府採購法第52條第2項所定之決標原則，對於採取「最低標」或「最有利標」決標，究竟以何者為優先問題？僅含

之「法規命令」，再依「依法行政」（行政程序法§4）原則，中央及地方機關（地方制度法§30）均有遵循之義務，而非「參考」或「為原則」而已！

糊規定：「機關採前項第三款決標者（即採最有利標決標者），以異質之工程、財物或勞務採購而不宜以前向第一款或第二款辦理者（即以最低標決標辦理者）為限。」詳言之，政府採購法決標原則問題，間接暗示以「最低標」為原則（優先），僅有「異質」採購¹⁴，才能例外採取「最有利標」決標，影響所及，國內不論工程、財物或勞務採購90%以上均採取「最低標」決標，再加上國內低價搶標成習（即不及底價80%或預算全額70%）¹⁵，形成政府採購品質低劣的「傳統慣例」。依本文所見：政府採購法第52條第2項似有與同法第56條整合之必要，並區分工程、財物、勞務三種不同採購種類，而有不同的決標原則，始稱客觀妥適。且得仿政府採購法第22條逐款列舉之體例，明文各別列舉得採用「最有利標」的要件或程序規定，使採購人員能在客觀標準上，「勇敢」選擇最有利決標方式，刪除中文意義難以理解之「異質採購」用語，鼓勵採購「品質」應高於採購「價格」之評量思維，打破「便宜又好」（俗擱讚）的迷思（蓋一分錢一分貨），才有辦法打開我國目前政府採購的死胡同：一味以「最低標」方式決標，但卻不問採購品質是否堪足以「傳諸後世」的陋習。

客觀標準建立雖屬不易，例如：勞務採購如果以最有利標為原則，以最低標為例外，則為避免浪費預算，如何明文條列其最有利標（或最低標）之法定要件？此時，即有調查分析10餘年

¹⁴ 所謂異質採購（§ 52 II）的意義係指：不同廠商所供應之工程、財物或勞務，於技術、品質、功能、效益、特性或商業條款等有差異者。（政府採購法施行細則§ 66）何謂品質、技術、功能之差異？實難以令人理解不同施工法、廠牌、製程或自然人之本領技術高低，如何不會當然造成本質上之「差異」！故此一規定亦形同虛設。

¹⁵ 所謂低價搶標之「低價」，並非僅指政府採購法第58條及同法施行細則第79條所稱之低於底價80%或（預算金額）70%而已，本文認為尚應包含低於通常合理利潤之標價得標者在內。

來，採用最有利標之要件比例數據，並且組成「政府採購法研修小組」，逐條建立較客觀之標準，以利公務人員依法行政，而且必須建立更有效的財務決算內控機制¹⁶，甚至於有異乎常情或逾越一定金額採購案，設立外部強制稽核機制，作多層外控把關，以防免「首長為惡，防弊失效」，政府採購法防弊內部機制全盤無效的悲劇重演。

二、具體事項要求

依聯合國反貪腐公約第9條第1項之規定，對政府採購制度尚有下列五項具體要求：

(一)公開程序及契約資料

公開採購程序及採購契約資料（含招標文件及決標資料）係反貪腐公約的首先要求（§9 I ①）。依我國政府採購法第27條規定，若採限制性招標者，原則上¹⁷即得不公開程序及採購契約資料。因此，我國政府採購法第27條規定是否應予修正？即不論採取何種招標方式，均應將採購案件公告刊登政府採購公報並公開於資訊網路上，以杜「黑箱作業」之弊，頗值主管機關考量之，以擴大外部監督力量。此外，反貪腐公約並要求應使潛在之

¹⁶ 依政府採購法第13條規定，公告金額之採購，原則上應由主（會）計單位會同監辦（特殊情形則得不用監辦）；同法第108條並設有採購稽核小組；同法第109條並授權審計機關得隨時基查採購案件。建立三道內控機制，但實際執行經驗上，卻罕見此種內控機制發揮其應有功能。例如：以臺北市政府為例，2009年至2013年5年間，審計部臺北市審計處決算審核報告上，財物稽察違失總共僅63件，報請外部機構（監察院及檢調機關）處理者僅2件（2013年）比例過低。參見<https://choupoya.wordpress.com>（2015年6月26日造訪）。

¹⁷ 例外情形為政府採購法第22條第1項第8款（公開競價市場）、第9款（公開評選專業技術服務）、第10款（公開辦理設計競賽）、第11款（公開徵求採購房地產）四種。

投標者有充分之準備及提交投標書之時間，依我國政府採購法第28條明訂，採購機關應訂定合理之「等標期」（即自公告日或邀標日起至截止投標或收件日止）。但依第28條所定之「招標期限標準」第2條（公開招標）為例，最長之鉅額採購等標期僅有28天（公告金額採購僅14天），「等標期過短」除使得投標人無法仔細計算工項與工期，更使得投標人到現場調查時間過短，衍生諸多後續紛爭，例如：漏項、漏量或發現異常工地狀態……等糾紛或爭議。因此，「等標期」過短，似有再增加等標期之必要，修正「招標期限標準」即有必要！

此外，如公開招標文件外，對於鉅額採購契約書，以及案件進行流程是否亦應一併公開？以法律明文加以公開，除得以克服「營業秘密」之法律障礙外，並得以提高事後公眾監督採購案件之潛在可能性。最後，依「政府採購公告及公報發行辦法」並未限定公開於採購網站之最低期限以及應否以外文（英文）併同登載之必要性，為增加潛在投標人之範圍，似有修（增）訂前揭發行辦法之必要。

（二）事先確定甄選標準與決標方式

依反貪腐公約第9條第1項第2款規定，應事先確定參加政府採購之條件，包括甄選與決標標準及投標規則，並予以公告。我國政府採購法第26條則對招標文件之訂定，同法第27條對招標文件之公告分別訂有明文。惟招標文件訂定規定（§26）僅偏重於抽象性或一般性之原則指示：即應依「功能或效益訂定招標文件」（第1項）或僅消極禁止限制競爭（第2項）或禁止綁標條款（第3項），並未明確要求招標文件之具體內容應含「甄選標準」及「決標方式」，似有增補之必要。故若能於政府採購法第26條第1項增補：「並應載明甄選標準及決標方式」，似較符合反貪腐公約要求。

其次，事先公告甄選標準及決標方式亦屬反貪腐公約之基本

要求。我國政府採購法第27條第2項授權由主管機關訂定「政府採購公告及公報發行辦法」，其第7項僅列舉應公告之16款事項，卻漏未包含「甄選標準」及「決標方式」，或許主管機關認為前揭標準均已載明於「招標文件」中，故毋庸再行公告。但是為符合反貪腐公約之文義要求，似有修改前揭辦法第7條之需要，使得採購機關有摘錄甄選重點之義務，實務上似並無任何執行上困難，亦使得投標人有明確性之事前認識。蓋我國招標文件種類及方式繁複，常常不只有「招標公告」而已，為免投標人不明採購案之重心，此種公告亦具相當之實益。¹⁸

(三)依客觀標準作成採購決定

依反貪腐公約第9條第1項第3款規定，政府採購制度應採取客觀及事先確定之標準作成採購決定，以利事後稽核各項規範及程序是否正確適用。因此，採購程序伊始，即應先行決定採購決定之「客觀標準」，包含政府採購法第52條第1項所列舉之三種決標客觀標準：最低標、最有利標及複數決標¹⁹方式的事前確定。

從文義及經驗而言，採取最低標決標原則，不僅最客觀（因數字不需再斟酌），而且程序糾紛亦較少；反之，若採取最有利標決標原則（§ 52 I ③、§ 56），不僅程序較為複雜，例如應先報請上級機關核准（§ 56 II），且須組成「評選委員會」（§ 56 I），尚且對如何針對「技術」、「品質」、「功能」、「商業

¹⁸ 「招標文件」在我國採購實務上，除包含「招標公告」外，尚包含有「投標須知」、「補充說明」、「釋疑說明」、「協議書」、「契約條款」……等內容，且招標文件效力大於投標文件（工程採購契約範本§ 1），所以確立並明確化招標文件之具體內容，實屬必要。

¹⁹ 政府採購法第52條第1項雖列舉四款（種）決標原則，但因不論是否訂有底價之最低標決標原則，本質上均屬最低標決標，僅有些微差異性（即以底價或預算額為決標上限），故本文乃予以減化成三種決標原則。

條款」²⁰、「價格」等項目，決定對採購機關（即公共任務完成之公共利益）「最有利」之廠商。此種評選最有利之項目及子法，雖於「最有利標評選辦法」（第56條第4項授權之法規命令）第5條擴大列舉成「技術」、「品質」、「功能」、「管理」、「商業條款」、「過去履行績效」、「價格」及「財務計畫」八大項目，並嘗試加以細緻化其子項具體內容，例如：「功能」項目及舉例如：「產能」、「便利性」、「多樣性」、「擴充性」、「相容性」、「前瞻性」或「特殊效能」，此種列舉，更令人混淆而且多屬抽象或主觀推測，尤其「隔行如隔山」，再加上勞務採購、工程採購及財務採購均適用同套「八大標準」，更令人匪夷所思，不知如何客觀合理決定。以法律服務之勞務採購為例，如何選擇一家最有利之「律師事務所」（廠商），如先套進前揭「八大項目」及其子項的話，「功能」項目不知如何適用評分？申言之，此種純係以「財物」採購為主軸之最有利項目，不僅難以完全適用於勞務採購及工程採購，而且極為不客觀，最後常易受「價格」項目之影響，變成變相的「最低標」決標²¹，喪失最有利標之建制初衷。依本文所見，最有利標之評選項目，涉及廠商私益及公共利益甚鉅，依「重要性法律保留原則」²²應明定於政府採購法中，而且應區分成工程採購、財務採

²⁰ 所謂「商業條款」依「最有利標評選辦法」（政府採購法§56IV授權之法規命令）第5條第5款規定乃係指：履約期限、付款條件、廠商承諾給付機關情形（即俗稱之回饋條件）、維修服務時間、售後服務、保固其或文件備置等，其中最具爭議者乃屬「回饋條件」之事先提出，本質上頗類似「期約賄賂」！

²¹ 雖依「最有利標評選辦法」第17條第3項規定：「價格納入評比者，其所占全部評選項目之權重，不得低於百分之二十，且不得逾百分之五十。」有限制價格比重分數之意義，但依作者多年參加最有利評選的經驗，價格仍有舉足輕重之影響力。

²² 「重要性法律保留原則」（相對應於侵害或干預性法律保留原則）為最近司法院大法官釋字第707號解釋（公立學校教師待遇項目）以來之

購及勞務採購分列三條，各自規範其不同之項目及子法具體內容，始能有「較客觀」之標準，符合反貪腐公約第9條第1項第3款之基本要求。

此外，依「最低標」或「最有利標」方式決標予某特定廠商後，採購機關可否因「政策變更」或其他「重大公共利益」之考量，而不與廠商締約？此一問題除涉及我國政府採購法第64條之解決適用外，而且亦與「依客觀標準」完成採購決定有密切關聯。

依政府採購法第64條規定：「採購契約得訂明因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。」雖僅規定於「履約期間」，但依「舉重以明輕」之法理（尚未締約前屬公益損失輕微時期），似仍可適用於尚未締結政府採購契約之階段，始能保全最大之公共利益，否則持續締約，廠商及採購機關將面臨雙輸及更大之損失的局面，豈是立法有意作期間之限制？不過，政府採購法第64條之「政策變更」及「公共利益」之具體情況，似宜加以列舉限制，例如：國會刪除全部預算是會構成政策變更？²³並涵蓋所有政府採購之所有階段，以昭客觀明確，並得以符合反貪腐公約之精神。

最後，臺灣地區最常出現之「低價搶標」（不及底價七成或八成者）²⁴，本土案例中，若機關採取最低價決標方式時，唯一

主流見解。

²³ 政府採購法上雖較少發生政策變更終止採購契約之情事，但在促參法上確發生不少政策變更而終止促參程序（含不締約）之事件，並得參閱林明鏘，〈政策終止促參程序之法律爭議〉，東吳法律學報第25卷1期，2013年7月，頁49-74。

²⁴ 造成「低價搶標」除涉及廠商之競爭或不良動機外，亦常涉及政府採購法第46條底價訂定浮濫及機關首長核定不實等諸多因素，交互影響造成之臺灣特殊情況，如何確實查估出市價合理之底價，亦有建立複審SOP機制之必要！

的防杜手段係政府採購法第58條之「限期通知廠商說明」或令其「提供擔保」二種反制方法，以便不決標予偏低標價之最低標廠商。有爭議問題係：第一，若廠商已提出說明或提供擔保時，採購機關得否仍不決標予最低標廠商？第二，如何客觀判斷廠商之總價或部分標價「偏低」、「顯然不合理」，且有「降低品質」、有「不能誠信履約之虞」？針對第一個問題，政府採購法第58條缺少明文規範，僅在「依政府採購法第五十八條處理總標價低於底價百分之八十案件執行政程序」（行政規則，以下稱「執行政程序」）²⁵附註中八點執行原則中之第6點原則，其認為：最低標廠商提出之說明「不足採信」者，即得不予決標予最低價廠商，且得依招標文件沒收其押標金。針對第二問題，政府採購法施行細則第79條（總標價偏低）、第80條（部分標價偏低）嘗試分別加以定義及客觀化，以低於底價80%或70%（未訂底價時已預算金額計算）為標準外，並有經「評審」或「評選委員會」認為偏低者以為概括，輔以補充漏洞！此種解決方式，用心良苦。但是以行政規則之附註說明或以施行細則方式規範如此重大問題，法律位階過低，難以符合「重要性法律保留原則」要求外，對於「決定客觀化」之正當行政程序亦有缺漏，尤其是當最低標廠商提出說明，但採購機關僅曰：「不足採信」或「不准提供擔保」，則此種完全無其他正當法律程序或送交第三公正機關決定之配套措施，均付諸闕如的規範條件下，增補政府採購法第58條規定之相關內容，例如：建立更客觀彈性之價格偏低複查（審）機制；不一味以80%或70%之機械標準為唯一準據……等，才能有效杜絕廠商低價搶標之不良傳統，確保政府採購品質，並且符

²⁵ 「執行政程序」於2011年8月22日以工程企字第1006261091號令發布，因其無政府採購法之授權，故應屬行政規則或職權命令，其法規範位階過低，且規範事項重要，例如：得沒收廠商押標金（不予發還）（第4項），說明尚非合理（第4項），均似違背法律保留原則之要求。

合較「合理客觀之決標標準」。

(四)有效申訴制度

依據反貪腐公約第9條第1項第4款規定：採購制度應包含國內有效之申訴異議制度，以確保在依本項訂定之法規範未受到遵守時，得進行法律救濟。我國政府採購法第六章爭議處理（§ 74至§ 86規定）雖已建立異議（§ 75）、申訴制度（§ 76）以及調解制度（§ 85-1至§ 85-4），並被稱譽為「整部政府採購法的精髓所在。」²⁶，但此一「精髓」規定真的「有效」嗎？值得我們分別對申訴、異議、調解制度進行探究。

首先，在異議制度是僅限於關於「招標」、「審標」及「決標」之爭議問題，而且係由原招標機關受理異議（§ 74及§ 75），異議突起時間非常短暫（§ 75 I）。此種設計乃基於二種基本假設：第一，將異議制度視為申訴之必要先行程序，類似訴願先行程序。第二，將政府採購程序認定為「雙階程序」²⁷，前階段之招標、審標及決標為公法行為；而後階段所締結之採購契約乃屬私法行為，故不允許廠商就契約（亦含履約爭議）提起異議或申訴，而僅得對前階之公法行為提起異議或申訴。此種立法政策及法律結構頗有再行商榷之餘地。因為：第一，將一個單一性的政府採購程序，以法律機制之畸形方式，強行割裂成公法與私法二個不同領域適用不同法律，造成同一法律事實，卻分別由行政法院及普通法院受理之矛盾結果，不僅易造成裁判相互矛盾，而且也會嚴重忽略政府採購契約的公法目的及公共利益。第二，異議制度並無絕對必要成為申訴制度的強制前置程序，因為

²⁶ 羅昌發，前揭註10書，頁339。

²⁷ 有關政府採購程序採「雙階理論」之證據除政府採購法第74條及第83條之體系解釋外，並已為審判實務所承認。併參閱林明鏘、郭斯傑，前揭註5書，頁67；黃鈺華主編，《政府採購法解讀》，元照公司，2011年9月4版，頁297-299。

目前的異議先行程序並未發揮其採購機關自我反省改正之功能，蓋採購機關本位主義及「不認錯傳統」仍根深蒂固，難以改變，而且反而成為提起申訴之障礙（§ 76 I）或黃金解決（急救）時間的拖延，造成公共利益及廠商的雙重損失。從而，依本文所見，為「有效」建立異議申訴制度，首先宜修正異議制度，將異議制度改變成選擇性（由廠商選擇）之前置程序，而非強制性之前置程序（應修改政府採購法 § 75 及 § 76 規定），並且擴大異議爭議適用範圍亦包含履約階段（含驗收階段在內），如此，才能更加提升政府採購法上爭議處理機制之有效性，符合反貪腐公約之要求！當然異議制度之改弦更張，並須與下述之申訴制度一併考量修正。

其次，政府採購法上目前已發揮極大紛爭解決功能的申訴制度（§ 76 至 § 85），²⁸亦有加以調整之必要，以增加其制度工農的更有效性。依前揭所述，申訴制度僅能處理「招標」、「審標」及「決標」前階段之爭議問題（§ 74），而不能受理後階段契約紛爭。契約紛爭必須循民事訴訟或仲裁方式解決。此種立基於「雙階理論」的德國法制²⁹，並不適用於我國國情。除强行割裂同一採購事實外，對於廠商及採購機關均屬不利。因為：契約紛爭一方面成為政府採購法上極大比例的紛爭案由，另外一方面均須向仲裁庭或民事訴訟庭起訴或應訴，而無法循申訴制度，以低廉成本（3萬元申訴費用），快速、專業的程序（最長40日；§ 78 II）作為訴訟與仲裁程序外的另一種「程序」（Alternative Dispute Resolution, ADR）。其實申訴制度最適用於臺灣採購契約紛爭生態及實際需求。此一修法建議唯一必須克服的法學障礙

²⁸ 政府採購法上申訴制度所發揮之功能，併可參閱羅昌發，前揭註10書，頁340。

²⁹ 黃立，〈政府作為消費者：臺灣與德國採購法制之比較〉，政大法學評論第92期，2006年8月，頁273以下參閱。

是「政府採購契約定性」問題。申言之，政府採購法除須修改第74條規定，增加「履約」及「驗收」爭議外，將政府採購契約定性為「行政契約」，並適用行政程序法（§ 135至§ 149）規定，才能杜絕「私法契約」不得循「公法爭議」途徑解決之疑問！法國政府採購法明定：政府採購契約屬於公法契約（行政契約）³⁰，為何我國不能採用法國制度而寧願跟隨德國（有其歷史因素考量成分之決定）制度？其必要理由何在？在不區分公法私法及法院審理權之美國政府採購制度，則完全無此困擾問題³¹，由於我國憲法第77條區分公法與私法審判權，為杜爭議，本文認宜於政府採購法上增訂「政府採購契約為行政契約，適用行政程序法規定」，並將申訴標的包含採購契約爭議，增加申訴制度紛爭解決功能，作為行政訴訟法第8條提起一般給付訴訟的「強制前置程序」，使行政契約中之「政府採購契約」向行政法院起訴前，均應先經申訴程序，除能減輕行政法院專業判斷之負擔外，並且能先期有效解決契約紛爭，蓋採購機關依循第三公平客觀之申訴委員會作成之申訴判斷履行契約，即可以清除「圖利廠商」之嫌疑，採購機關也樂意退讓或協商，有利於紛爭之有效解決。

此外，未達公告金額（100萬元）之政府採購契約紛爭，以及促進民間參與公共建設法暨都市更新條例上之契約紛爭，可否修法一併適用政府採購法上之新申訴制度？亦應一併整體考量，發揮制度性替代紛爭解決制度之更大功效！

³⁰ 有關法國政府採購契約之定性討論，併得參閱陳淳文，〈公法契約與私法契約之劃分〉，收錄於社團法人台灣行政法學會主編，《行政契約與新行政法》2002年6月，頁131-164；張惠東，〈法國公私協力契約之紛爭解決〉，中研院法律所主辦，2012年行政管制與行政爭訟學術研討會論文；吳秦雯，〈歐盟法對法國行政契約法治之影響〉，東海大學法學研究，2008年12月，頁1-56。

³¹ 關於美國政府採購制度之深入研究，併得參閱湯德宗（研究主持人）、簡資修（協同主持人），《美國公共契約法制之研究：我國政府採購及委辦制度興革建議》，行政院研考會，1993年。

最後，現行政府採購法上之調解及仲裁制度（§ 85-1至§ 85-4），得因前述擴大申訴制度受理範疇包含「履約爭議」後，似均可全盤刪除之。其理由為：現行調解機制因欠缺強制力，成立機率不高（採購機關深恐退讓會涉及圖利廠商），難以發揮其制度功能³²此其一；現行「先調後仲」之制度設計（§ 85-1 II），因違反仲裁以雙方合意為前提要件之世界慣例，而有違憲或違反世界仲裁常理之嫌疑，亦不宜留此仲裁條款³³，此其二；擴大申訴審議制度之程序內涵，增加「邊申訴邊調解」機制，將現行政府採購法第85條之4得隨時提出「調解建議」與「調解方案」的精神，移植於申訴制度內，此其三。如此一來，擴大效能之申訴制度，即能取代部分異議及調解制度，並提升政府採購法爭議制度之紛爭解決功能。

（五）採購人員之特殊規範

依反貪腐公約第9條第1項第5款規定：採購制度應採取措施，藉以規範採購人員，諸如：採購利害關係聲明，篩選採購人員程序及採購人員之培訓。我國政府採購法對此雖定有採購人員之「旋轉門條款」（§ 15 I）；「應行迴避條款」（§ 15 II）；以及「採購人員倫理準則」（§ 112授權法規命令）；「採購專業人員資格考試訓練管理辦法」（§ 95 II授權）。但似仍成效不彰，採購人員貪瀆案件層出不窮，不僅採購專案承辦人員涉案頗

³² 調解制度常因採購機關之堅持己見而不易成立，併得參閱林明鏘、郭斯傑，前揭註5書，頁104-106。

³³ 國內有關政府採購法第85條之1第2項「先調後仲」（或稱強制仲裁）之論文不少，例如，沈冠伶、陳英鈴，〈仲裁程序選擇權與訴訟權之保障〉，月旦法學雜誌第158期，2008年7月，頁217-235；吳光明，〈論政府採購法第85條之一第2項之「先調後仲」機制〉，法學論叢第53卷3期，2008年7月，頁35至63；李念祖、李劍非，〈強制仲裁制度的憲法原理與我國政府採購法第85條之一第2項之合憲性〉，法學新論第39期，2012年12月，頁13-49等。

多，而且亦包含行政機關首長、副首長或其他行政監督人員之集體犯罪（如：兩棲登陸裝甲車）³⁴。我國是否徒有規範「採購專業人員」之制度形式，而無規範實質效力？即有再行嚴肅檢討之必要。

我們首先面臨的第一個問題係：政府採購是否宜由統一機關辦理？或分散由各機關自行辦理？辦理人員是否應限「採購專業人員」？或一般非專業人員亦得承辦？我國政府採購法雖有機關採購得委託法人或團體代辦條款（§ 5 I），但並未採取集中由某機關、學校或事業統一辦理採購之機制，而係採由各機關自行辦理採購之體例（§ 3），以求便捷及彈性。影響所及，各機關及各級學校均需有專（或兼）辦採購之專業人員，數量驚人！所以難以有效稽查！³⁵此種情況會產生下列重大制度執行上的問題：第一，無法利用數量採購上之優勢，取得較合理之採購價格；第二，分散各機關辦理採購，使機關必須額外撥出人力辦理採購事宜；第三，採購專業人員因兼辦因素，致無法具備實質上之「採購專業」能力；第四，我國採購人員不強制需具有專業採購人員資格者充任之（採購專案人員資格考試訓練發證及管理辦法§ 2），形成專業上之危險；第五，各機關首長（或單位主管）具有採購案之決定性權利（含是否採最有利及招標文件之決定），卻未見對其嚴密防範機制。以民間大企業台塑公司為例，其採購案通常均集中於「總管理處統一處理」，各分（子）公司不得逕自辦理採購，在總管理處下設「採購小組」，建制專業採購人員，透過電腦隨機分配承辦人員，透過「決策」、「採

³⁴ 併得參閱許福生，〈聯合國反貪腐公約與我國反貪腐刑事政策之思維〉，法務部廉政署主辦，《聯合國反貪腐公約》學術研討會論文集，2015年6月23日，頁36以下。

³⁵ 依工程會委外代訓採購專業人數統計資料可知：2013年1月至12月間即已有11,639人參加基礎訓練或進階訓練，取得採購人員專業及格證書者高達8,239人！參見前揭註3檢核表，頁35。

購」、「承辦」三大環節之分立制衡，以杜絕弊端³⁶。我國因為機關學校大小不一，分散採購的結果，「決策」、「採購」、「承辦」、「稽核」四大環節常無法細分防弊，造成「一條龍」全被買通的機會較高，不利制度的防杜功能。依本文所見：我國政府採購若能在某程度全額採購案集中（例如臺北市政府為例）由某機關或單位負責，置全職專業人員（即政府採購官），在不影響機關需求下，似較合理可行，不宜採行分散且又不須強制採購專業人員的採購制度。此外，為使採購人員維持其「專業能力」，目前的訓練方式（自2004年起施行委外訓練）、訓練課程，而有在職訓練及更新採購資訊（§ 11）都須再行檢討修正，以求配套施行。

其次，重新設計「採購稽核小組」（§ 108）的設置及職權³⁷，提升其位階於政府採購法中，明定由中央及地方廉政機關負責，其稽核權限之發動不以「有重大異常情形為限」，舉凡每一採購案達一定金額以上者，從「決策」、「採購」至「承辦」過程，均須加以稽核，尤其對於「底價之決定」、「招標方式」及「決標方式」均須嚴格把關，作成稽核報告後，分送審計機關（無弊端）或檢察機關（有犯罪嫌疑者）處理，始能首長操弄採購，承辦虛偽奉承之不合理採購案，降低之最小。

最後，再全盤檢討「採購人員倫理準則」（§ 112），放寬「採購人員」之範圍，包含所有涉及採購流程之決策者及承辦人員及監督人員在內，並且更有效地與第七章罰則規定（§ 87至§ 92）相互配合，增列採購人員之「行政責任」條款，而非目前之僅存刑事條款，加重採購人員之責任，但相對應宜提高採購人員

³⁶ 例如台塑之「無敵採購網」，併參見聯合報，2015年7月28日，A3版之報導。

³⁷ 依政府採購法第108條第2項之授權，目前分別定有「採購稽核小組組織準則」及「採購稽核小組作業規則」，以茲規範。

之職務加給（例如增加三分之二之司法官加給），使「權責相符」。考慮增訂檢舉廠商免除刑罰之條款，以鼓勵廠商「放下屠刀」或「勇於認錯」。提高吹哨者或檢舉人之「檢舉獎金」，提早至一審有罪判決時即行發給，以免滋生遲來正義之譏。³⁸

韓非子曾云：「徒法不足以自行」，蓋法律制度能發揮其建制功能，成功首要件在有一批清廉且具有專業能力的採購人員。所以對於「採購人員」的「特殊規範」，其重要性時遠大於其他前述四款之制度設計，但其難度亦遠高於其他規範之設計。目前我國政府採購法對採購人員之特殊規範，除第15條與第112條及其他相關子法外，尚有刑事法規及公務員法規（例如公職人員利益衝突迴避法、公職人員財產申報法等），可謂「鋪天蓋地」亦不為過。但是，採購弊案每年均可占據報章雜誌頭條新聞，以身試法之採購人員，迄今難以弊絕風清，仔細探究其理由，犯罪黑數過高，被偵查起訴定罪之風險過低，難辭其咎！因此有效的稽查及外部檢舉制度的引進政府採購法，並嚴密化採購各層級人員之等級課責制，並提高其職務加給，才能達成反貪腐公約所要求：「特殊對採購人員規範」本旨。

參、我國政府採購法之興革建議

透過對反貪腐公約原則規定及具體事項要求之逐條梳理及檢討，對於我國現行政府採購法有下列興革建議，一方面利用反貪腐公約施行的契機，對我國制度為全面體檢，另一方面，也希望制度的改善可以使我國採購制度，更透明、更競爭、更有客觀標準，擺脫傳統陋習，達成每件採購都是最合理且品質最好的具

³⁸ 依目前之檢舉貪瀆獎金制度（法務部下設審議小組）十分僵硬，須受檢舉人判決有罪確定時，方得發給一定比例（貪瀆金額）之獎金，弊案致常拖延甚久尚未確定，而無從有效鼓勵檢舉人。

體實踐。

一、加強程序公開透明

我國政府採購法第1條雖宣示「公開之採購程序」為其立法目的，並且在第27條及第29條中強制採購機關將招標公告及招標文件刊登於政府採購公報並公開資訊網路。但是，政府採購法中仍存在諸多不公開透明之程序及事項，有待斟酌損益，考量程序更加公開透明化，例如：

(一)未達公告全額（100萬元）以上之採購程序不對外公開（§ 23）。

(二)限制性招標案並未全部公開透明（§ 27 I）。

(三)最有利標及最低標決標之協商程序均應保密（§ 57）。

(四)個別具體採購契約均未公開透明（§ 63）。

(五)軍事採購、緊急採購及駐外機構採購全部不公開（§ 104、§ 105、§ 106）。

(六)已結案之採購文件，無公開透明義務（§ 107）。

(七)採購稽核小組或審計機關之報告無公開義務（§ 108、§ 109）。

(八)巨額採購及重大採購之效益評估報告³⁹，並未全部公開透明（§ 111 II）。

(九)爭議處理案件未能全部公開透明。

(十)採購人員及廠商貪瀆刑事確定判決未能依法強制公開。

(十一)採購商品資訊及同等品分類未全部無償公開提供廠商

³⁹ 政府採購之公共建設常因未確實執行事前之「可行性評估」及事後之「效益評估」，縱經合法採購程序，仍會造成許多「蚊子館」、「蚊子碼頭（漁港）」、「豆腐渣工程」（隨著每年必經之颱風豪雨即會被沖失無蹤之工程），併得參閱聯合報2015年「願景工程調查報告」，陳文卿，〈蚊子館氾濫：可行性評估早失能〉，聯合報，2015年8月4日，A15版。

參考（§ 11 I）。

（十二）招標程序及招標文件保密範圍過廣（§ 34）……等等。

上述列舉十二種不公開或不透明之程序規定，或缺乏積極公開透明條款，一方面過分妨礙政府採購法之立法精神，另外一方面也會因此滋生貪瀆的溫床。我們當然知道：在採購各階段中，含規劃階段至效益評估階段，有時在本質上必須適當保密，以免一旦「走漏風聲」，引發市場炒作或公益之重大危害，但是過多不必要的保密條款、不公開的黑箱作業，尤其是已終結之採購案件，採購文件一律永久封存不公開，連效益評估報告都需經媒體代為檢討公開，豈非故步自封抱殘守缺，致與公開時代潮流背道而馳，能不儘速加以檢討修正補足嗎？

二、確保競爭機制

我國政府採購法之立法目的嚴重缺乏「競爭」之基本概念，卻只有強調空洞的「公平」採購程序。蓋合理的「競爭」環境，才能帶來公平的採購程序與理性的採購決定；相反的，一個壟斷而缺乏競爭機制的市場，通常無法提供與價格相對應的採購品質。此種確保競爭機制，早已在世界貿易組織（WTO）之政府採購協定（GPA）中加以載明⁴⁰，而且亦為反貪腐公約第9條第1項再度強調採購制度應確保競爭機制之意旨。

確保採購競爭機制不僅包含國內廠商之自由競爭，而且原則上亦應包含國際貿易組織內之國際自由競爭在內。⁴¹我國政府採購法中直接或間接（未明文確保競爭）涉及競爭規範者有下列四條：

⁴⁰ 有關政府採購協定之主要精神及制度變革，併得參閱羅昌發，前揭註10書，頁389-393。

⁴¹ 國際貿易規範中，並未強制要求締約國家必須一律向其他會員國開放其政府採購市場。羅昌發，前揭註10書，頁393。

(一) § 26 II：招標文件之技術規範不得限制競爭。

(二) § 34 II：採購機關不得洩漏底價及投標或投標廠商名稱及家數。

(三) § 37：訂定投標廠商資格不得不得限制競爭。

(四) § 52 I ④：複數決標方式應符合「競標精神」。

主要規定適用於招標階段中，但是對於決標階段之確保競爭則較少著墨規範之。因此，例如：採購特殊財物（如：專利品或獨家製造供應）之限制性招標；最低標決標之超低價搶標、濫用競爭之本土化案例卻缺乏有效管制條文。此外，「政府採購法第二十六條執行注意事項」⁴²第3條前段不當規定：「機關所擇定、採用或適用之技術規格，其在目的或效果上有無限制競爭，應以有無逾機關必須者認之，而不以符合該規格之廠商家數多寡作為判斷依據。」過度放寬（即合法化）招標文件技術規範之「綁標」限制競爭行為，例如：規定碟片保存年限為7年（國內產品依法令僅能保存5年）；採購特殊顏色之大理石；或特殊規格之人造草皮，或規定律師事務所應有50位以上執業律師⁴³……等，均可被前揭注意事項合法化（不以合格廠商家數多寡為斷），更加重限制競爭條款之合法性，嚴重破壞競爭秩序，形同變相之「限制性招標」。從而，依本文所見，我國政府採購法宜作下列增修，以符合反貪腐公約及政府採購協定之確保競爭秩序要求。

(一)將「確保競爭」增訂於政府採購法第1條規定中，藉以達成畫龍點睛的引導功能。

(二)檢討政府採購法第26條有關招標文件技術規範限制競爭

⁴² 「政府採購法第二十六條執行注意事項」為工程會於2001年11月9日發布之行政規則，全文共11條。併得參閱行政院工程會主編，《政府採購法令彙編》，2013年9月，頁335-337。

⁴³ 有關採購機關利用政府採購法第26條及其注意事項進行綁標，破壞競爭秩序之實例，併得參閱林明鏘、郭斯傑，前揭註5書，頁82。

綁標之文字規範，並停止該條「注意事項」第3條前段之適用。

(三)重新審視政府採購法第36條及第37條有關訂定廠商之「基本資格」及「特定資格」文字規定，並同時檢討修改「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」⁴⁴第5條（同性質或相當文字）、第6條（具體數字），以免利用廠商特殊資格限制，不當限制競爭。

(四)增訂廠商濫用競爭手段以低價搶標防範性之規範，除於政府採購法第58條中之「說明」及「擔保」手段外，授權增加採購機關經一定正當行政程序後之其他權限，例如：司法調查權限、移送公平會權限⁴⁵或罰鍰權限，以杜廠商低價濫行搶標之歪風。且明訂標價偏低之類型及認定標準，置於政府採購法中第58條之1以下，以符合法律保留原則。

(五)增訂一定金額以上之採購應並以英文為招標公告上網，以增加潛在性之競爭外國廠商，增加合理之競爭機會。

三、建立具體客觀標準

我國政府採購法最值得檢討者，應屬招標程序與決標方式之客觀化問題。申言之：在招標程序中之「限制性招標」（§ 22）規定，決標方式：「最有利標原則」（§ 52 I ③、§ 56），以及

⁴⁴ 「投標廠商資格與特殊或鉅額採購認定標準」係政府採購法第36條第4項授權之法規命令，自1999年發布至今，行之多年，罕有從限制競爭觀點加以檢討，例如「特書採購」（§ 6）範圍過大，巨額採購金額過低（§ 8），廠商基本資格（§ 3）只考量國內廠商而未斟酌國外廠商，均有大幅檢討之必要。參見前揭註42法令彙編，頁191-196。

⁴⁵ 依公平會1999年1月25日(80)公法字第00248號函，有關政府採購法1999年施行後，公平會與工程會之兩會協商決議認為，公平法原則上不再適用於政府採購案件（例外僅適用於得標廠商與分包商間之違反競爭行為）。此一見解，從公平法尚有補充效力而言，並不妥適，似得隨工程會組織之精簡後，再行檢討可否恢復公平法之適用餘地。有關政府採購法與公平法適用關係類型深入討論，併得參閱羅昌發，前揭註10書，頁88-92。

「政府採購契約範本」（§ 63）的強制效力，都有進一步加以細緻化及客觀化之必要。

（一）基於採購內容之特殊需要，採購機關必須採用「限制性招標」（§ 22）方式進行，固得予以肯認此種例外情形，但我國政府採購法卻未區分工程、財物及勞務三種不同事實狀況，合併集中於第22條16款中加以規範，並不合宜也不具體客觀⁴⁶。比較客觀作法乃分成三條（§ 22-1、§ 22-2及§ 22-3），依據傳統上已採用限制性招標之工程、財物及勞務採購情事，作不同之列舉。此外於原第22條則將限制性招標之原則（例外性、公開性）、程序（核准及事後強制稽查）及裁量權限之授予，以減少主觀因素及客觀風險。

（二）政府採購法上之最有利決標（52 I ③、§ 56）的原評審標準：即「技術」、「品質」、「功能」、「商業條款」及「價格」皆應區分成工程採購、財務採購與勞務採購，而分成三條規定作不同規範，即於第56條之1、第56條之2、第56條之3，分別列舉其不同之評審標準項目及比重⁴⁷，例如：勞務採購即較無「品質」、「商業條款」之考量；而工程採購即應強調「技術」與「品質」、「工程管理」項目標準。分別列舉評審標準及項目，除較能「客觀」外，也才能有效鼓勵採購人員勇敢選擇最有利於公共利益之決標方式。最後，最有利標價格雖得列入評審標準，但其最高比例宜限制明文不得逾30%，否則「最有利標」操作結果，可能又會變相成為「價格最有利標」（或「最低價最有

⁴⁶ 政府採購法第22條第3項因此必須規定同條第1項第13款及第14款之限制性招標事由，採取「三合一」式規範，即混雜工程、財物與勞務體例，並不妥適。

⁴⁷ 政府採購法之前身規範「機關營繕工程及採購定製應賣財物稽察條例」亦區分工程與財物之不同程序，如今政府採購法反而倒退形成「三合一」體例，並不符合原傳統，有關稽察條例之轉化成政府採購法理由說明，並得參閱羅昌發，前揭註10書，頁92-93。

利標」)。此外，原採購法第56條規定，得分別明文規範最有利標之指導原則：品質功能重於價格原則等（第1項）；最有利標之行政程序（評估＋核准＋稽查＋效益評估）（第2項）；最有利標之評選機制（第3項）：採專家參與或委員會制。如此詳加規範，釐清權責，以便發揮最有利標之確保品質功能，矯正目前一味採取「最低標決標原則」之僵化作法。

(三)明定「政府採購契約範本」之拘束力，禁止中央及地方機關另起爐灶，規定偏離國內工程慣例及國際常規（如FIDIC國際規範）之條款，使得採購契約對廠商而言常有「顯失公平」情事，因此政府採購法第63條宜大幅修改目前現行文字，將其第1項前段「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則」，修改成「應依中央主管機關訂定之契約範本，未經許可不得擅自刪除或增減。」以統一目前極為混亂且不合理的「混亂契約」狀態。此外，為使契約範本有更大選擇彈性，亦宜每年檢修「政府採購契約範本」之內容，使得吻合採購機關不同主客觀需求外，對外始能提升契約之「客觀化」效力！

四、改良申訴制度

為提升政府採購法之申訴制度效能，得採取下列具體修法措施，以減少訟累，並且能符合反貪腐公約第9條第1項之要求：

第一，申訴制度適用爭議範圍，除包含「招標」、「審標」及「決標」爭議外，並應增加「履約爭議」在內，故應修改政府採購法第74條規定，增加「履約爭議」外，並刪除處理履約爭議之第85條之1至第85條之4的調解及仲裁制度。

第二，將異議制度修改成為申訴之「非強制前置程序」，使得廠商享有是否進行申訴程序之「程序選擇權」外，並得大幅減少廠商提起申訴之「程序障礙」及「程序成本」。因此，即應大幅修改現行政府採購法第75條之異議制度，並且刪除同法第76條第1項之「異議前置條款」，使得異議制度的程序得以縮短，形

成以申訴制度為中心的ADR。

第三，提升申訴制度之專業性及後續爭訟許可性。首先，應強化申訴審議委員會之組成人員專業性，應同時包含工程、財務及法律專業人員，分組（一組3人）以言詞審理方式進行審議程序。因此，應修改政府採購法第80條及「採購申訴審議規定」、「申訴審議委員會組成準則」（§ 86 II），使其成為實質上及功能上之「行政法庭」。此外，對於政府採購契約應增訂一條定性其為「行政契約」，並將採購契約之行政訴訟程序，以先經申訴程序為前置要件，以減少訟累。最後，對於「審議判斷之效力」（§ 83）加以分類，藉以開放「未達公告金額」採購案之申訴許可。申言之，修改政府採購法第83條規定，分別允許公告金額以上或以下之申訴決定，得分向行政法院起訴，適用一般程序或簡易程序，使行政契約紛爭，亦有如行政處分，有行政自我反省之機會。

五、杜絕刊登政府公報制度之濫用

我國政府採購法除有刑罰規範外（§ 87至§ 92），並設有刊登不良廠商於政府公報制度，藉以停止廠商在3年（§ 101①至⑤）或一年（§ 101⑥至⑭）內不得再參加政府採購投標或分包（§ 103），此一俗稱「刊登黑名單」制度⁴⁸，在我國實際運用上，成為另外一種「行政罰」之手段⁴⁹。但因要件過於寬鬆，法

⁴⁸ 國內有關對於刊登不良廠商於政府公報制度之討論文獻甚多，較重要者有：包國祥，〈廠商遭刊登政府採購公報拒絕往來廠商名單之救濟程序〉，軍法專刊第49卷8期，2003年8月，頁36-50；張永明，〈政府採購公報上之不良廠商〉，月旦法學教室第91期，2010年5月，頁10-11；林素鳳，〈不良廠商之通知與刊登政府採購公報〉，台灣法學雜誌第187期，2011年11月1日，頁128-132；駱忠誠，〈政府採購法上遭拒絕往來廠商救濟制度評析（上）（下）〉，分別載於台灣法學雜誌第63及第64期，2004年10月及2004年11月，頁5-17及23-36。

⁴⁹ 政府採購法上刊登不良廠商於政府公報上之行為，究為行政罰或非裁

律效果過於嚴峻，形成有「情輕法重」之不合理結果，因此，依本文所見，為杜絕採購機關濫用「刊登黑名單」制度，得作下列修改：

(一)修改政府採購法第101條第1項第14款刊登不良廠商事由，全部增加「可歸責於廠商之事由」且「情節重大」要件，始構成不良廠商，並應增加「且不得歸責於採購廠商」之消極事由，避免發生大部分可歸責於採購機關事由，少部分可歸責於廠商事由，仍然因構成要件該當，而被機關刊登為不良廠商之不公平結果，一再重演。⁵⁰

(二)限縮部分不良廠商失權的效力，例外得限於不得參加刊登機關之採購投標或分包資格（§ 103），而非被全國採購機關拒絕1年或3年。因此宜修正政府採購法第103條之法律效果規定，並區分「失權事由」，例外允許某些失權事由，仍得全國均列入拒絕往來戶，例如：驗收後未履行保固責任或違反規定轉包者等。

(三)為避免不良廠商刊登條款大幅限縮適用範圍，致管制功能之萎縮，宜融合增列違反政府採購法上之罰鍰規定及剝奪非法利得機制，例如：低價搶標或有偷工減料，無故拖延履約期限，

罰性之不利處分，實務及學理見解分歧。最高行政法院於2013年6月份第1次庭長法官聯席會議上作成決議認為：除政府採購法第101條第1項第13款外，其餘依各款事由所為刊登公報處分，均屬行政罰，而暫時塵埃落定。有關此一決議文之簡析，並得參閱林明鏘、郭斯傑，前揭註5書，頁109-110。

⁵⁰ 依最高行政法院2014年3月份第二次庭長法官聯席會議決議認為：政採法第101條第1項第10款及第12款所稱之「因可歸責於廠商事由」，解釋上不以全部可歸責於廠商為必要。故縱使可歸責於廠商及採購機關共同事由，只要廠商違約情節重大，即可在符合比例原則下刊登於政府公報。此一解釋排除審酌機關可歸責之因素，僅以廠商一方究責，除不符合工程慣例外，亦顯過度偏袒採購機關，極不合理。該解釋文併得參閱林明鏘、郭斯傑，前揭註5書，頁112。

而非情節重大者，均得處以罰鍰，或追繳不法利得之權限，以爲靈活運用行政管制權限，但其構成要件及法律效果設計，仍應全盤考量違法情節輕重，配以適宜之罰鍰處分，始不至於畸重畸輕，有失比例原則之要求。

六、對採購人員之有效稽察及規範

我國目前對採購專業人員之管制，主要分成事前防範與事後稽察二種主要手段，事前手段包含：財產申報（§ 2 I ⑫公職人員財產申報法）、內部其他機關監辦（§ 13）、迴避義務（§ 15）……等；事後稽察則有稽核小組（§ 108）及審計機關（§ 109）雙重稽察外，並有採購效益評估機制（§ 111）及刑罰制裁（§ 89洩密罪；貪污治罪條例等）等諸多防弊措施，但成效並不顯著，集體重大貪瀆案及個別採購人員貪小便宜之情事，時有所聞。難以弊絕風清的主要原因在於：分散採購致「犯罪黑數」過高，東窗事發機率過低，除非廠商「含淚檢舉」或採購程序極不合常理，否則因欠缺被害人而不易察覺。違法貪瀆所得甚豐而風險極低，即有人鋌而走險，甚至於肆無忌諱，公然破壞採購制度的廉潔性。依本文所見，似得採取下列有效機制，以防杜採購人員「上下其手」：

（一）集中採購辦理機關或單位：改變目前採購業務分散由各機關各自辦理的型態，並且設置「專職採購專業人員」（即政府採購官），給予七成司法官加給及高額獎金制⁵¹，並利用電腦隨機抽樣方式，指定承辦專業人員。只有在「小額採購」（10萬元以下之採購），始因機動與彈性要求，保留得由各機關辦理，但仍應定期由「專業採購機關」加以稽核，作成報告。

⁵¹ 政府採購法上根本未對「獎金制度」加以規範，僅有第14條「採購人員倫理準則」空泛文字規定：「採購人員操守堅正或致力提開採購效能著有貢獻者，其主管得列舉事實，陳報獎勵。」違反「獎金法律原則」及「重賞之下必有勇夫」的歷史鐵則。

(二)採購過程中，包含決策→招標→決標→履約管理→驗收人員，均應稱為「專業採購人員」，並列入電腦管制體系內，避免有應迴避而不迴避之情事者，而非僅承辦人員始稱為「採購人員」，避免首長率先破壞體制。廢除上級機關監辦制（§ 12），改由廉政機關監辦，並且於「專業採購機關」內部設置「審查小組」，雙重監督是否有綁標或底價不合常理之情事。「審查小組」於必要時得引進外部專家學者參與之諮詢制度，以避免「過度採購專業」而無從稽查之盲點。

(三)增訂廠商檢舉「除罪化條款」（即免死金牌條款）：使得行賄廠商得轉為污點證人，免受刑事行賄罪之追訴外，並且給予高額獎金，於一審判決有罪時即行發給半數獎金，以求鼓勵檢舉，減少犯罪黑數，提升犯罪或違法追訴比例，增加外部之監督效能。

(四)「專業採購人員」之定時長期在職訓練，比照技師法之設計，凡有採購專業人員執照者，每年仍應在職受訓一定時數以上，始得換照，以增強採購專業人員之專業素質，能夠配合時代進步與時俱進。當然，在職訓練之核心課程及配對時數，仍應分就工程、財務及勞務區別設計分組上課，始能有效客觀，一定期末考試淘汰比例，亦屬必備之配套機制。

(五)合理化「採購人員倫理準則」之內容（§ 112），刪除浮濫不合常理的道德條款，例如：「言詞謹慎、行為端莊」（§ 6）；「公器私用」（§ 7）。此外，「可以接受廠商價值500元以下之禮物」（§ 8 I ①）或「基於家庭或私人情誼所受餽贈或招待」不受金額之限制（§ 8 III），均不符合「廉潔自持」的標準，宜再斟酌修正、調降或刪除。最後應「關說」及「請託」制度化（§ 16）、公開化，而非僅作成內部書面紀錄存查而已。宜仿法官法之相關制度，對外公開，並確保公開之採購人員不會受任何事實上或法律上之不利處分外，並且予以獎勵及優先升遷。如對機關首長之關說，則另創「越級上報保密制度」，以

避免採購人員「義務衝突」，有效杜絕機關首長黑手伸入採購業務內。

(六)另創設一套專門適用採購專業人員之獎懲制度，不在一味比照公務人員獎懲制度（§12採購人員倫理準則）。尤其是獎勵制度明確化，例如：請託關說通報獎金、採購獎金（節省公帑並提升採購品質）、檢舉獎金（含公務人員在內）……等均有法律明文化之必要，始能平衡「權責相符」、「相當課責」之要求。至於懲處制度，則宜另設「罰俸」、「撤銷退休金」、「監督不周連帶責任」、「即時停職」制度，以便因應行政與刑事調查之必要。

肆、結 論

隨著反貪腐公約2015年的公布與即將施行，我國政府採購法之中央主管機關，理論上宜把握此一契機，將1999年施行迄今未多加變更的陳舊1.0版政府採購法，修改成更具強大功能的2.0版，以符合反貪腐公約所揭櫫之升級指標：「公開」、「競爭」、「透明」、「建立客觀標準」。但是，令人失望的是：現今中央主管機關工程會卻無動於衷，既不重視反貪腐公約，也不思量政府採購法之制度功能提升，「組織精簡」與「機關自我感覺良好」之不更動政府採購法理由成為最令人擔憂的「自我麻痺症」。

本文提出相當大幅度的興革建議，雖未有學術界之共識，但一愚之得，仍得提供中央主管機關之修法參考藍圖或藥引。如果中央主管機關能召集產、官、學界菁英，組成「政府採購法修正委員會」，以3年為期⁵²集思廣益，當可設計提出我國政府採購

⁵² 依「聯合國反貪腐公約施行法」第7條及第8條分別規定：「本法施行日期，由行政院定之（§8）。」「各級政府機關……應於本法施行後

法2.0版之制度，藉以逐步解決目前政府採購法千瘡百孔的諸多弊病，讓「政府採購品質不良」、「政府採購程序黑箱」、「政府採購人員無能」、「政府採購決標盲目」成為歷史名詞，讓臺灣的採購制度在亞洲閃閃發光！建立採購制度的口碑與效能，是我們責無旁貸的歷史共業，而非只是要應付敷衍反貪腐公約而言，因為臺灣每年投資數千億元的政府採購經費；不能再因為「制度之不良善」而不斷產生一大堆「蚊子館」、「蚊子漁港」或「豆腐渣工程」及「官商勾結弊案」，有愧於我們的後代子孫，蓋「健全完善的法律制度，是留給子孫最佳的遺產」，政府採購制度離健全完善標準仍有一大段遙遙距離，每次思起，終令人寢食難安。我們要問：何時我們才能有比較健全的2.0版政府採購法呢？

三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」
從而，以3年為期，似非無據。

政府資訊公開法之未來方向

——以資訊自決權與反貪腐公約之觀點

陳正根*

目 次

壹、前 言	四、兩者競合之資訊作用
貳、政府資訊公開法之概論	五、兩者之衝突與折衝
一、概 說	肆、落實聯合國反貪腐公約與兼顧人權
二、憲法基礎	一、概說——政府資訊公開法之未來
三、內容簡要	二、聯合國反貪腐公約第10條
四、小 結	三、兼顧資訊自決權
參、廉政資訊公開與個人資料保護法	四、小 結
一、概 說	伍、結 語
二、廉政資訊公開	
三、個人資料保護法	

* 國立高雄大學法律系副教授。

摘 要

本文首先概要論述政府資訊公開法，主要包括憲法基礎與內容簡要，以作為立論之基礎。在憲法基礎上，主要論及言論自由、平等權與民主原則，而內容簡要則論述適用及主體、資訊公開之型態、限制公開之事由與機關之處理及救濟等部分。由於基於落實聯合國反貪腐公約，密切相關者為廉政資訊之公開，而廉政資訊公開亦涉及個人資料保護法，故在此主要論述兩者之衝突與折衝，而針對兩者之折衝，重要的觀點係依據政府資訊公開法第18條第1項第6款規定。面對未來發展方向，在落實聯合國反貪腐公約第10條方面，應可在政府資訊公開法訂定特別條款，即在第7條第1項各款中，增訂廉政資訊公開之條款，許以授權命令另規定之，並建議應設專責主管機關與仿造德國資訊官制度。而兼顧資訊自決權方面，建議增訂條款，對政府資訊之公開或限制涉及資訊自決權部分應召開委員會或會報決定。在行政救濟方面，建議應增列條款，明定針對事實行為可提起行政訴訟（一般給付訴訟）且若行為造成人民之損害，可提起國家賠償。另有關秘密審理之規範，以類推適用民事訴訟，亦非長久之道，且民訴規定並未將「公益」的觀點納入，故未來仍須再檢討上述不足之所在，予以補充修正。

關鍵詞：政府資訊公開、廉政資訊、資訊作用、反貪腐公約、個人資料保護、資訊自決權、資訊官

壹、前言

政府資訊公開關係民主自由開放社會之繁榮發展，尤其在號稱資訊社會或資訊時代的今天更顯重要，故其規範之政府資訊公開法未來發展趨勢當然亦受到關注。由於聯合國反貪腐公約問世後，我國亦通過施行法，依據該法相關法律應配合修正，故其相關影響係為觀察重點，又政府資訊公開之實踐或擴展均密切關係人民資訊自決權，由此未來發展趨勢亦應兼顧資訊自決權。在此就以上述二項觀點，探討政府資訊公開法未來發展趨勢。本文首先擬針對政府資訊公開法作一概論，主要探討憲法基礎與內容簡要，以作為本文立論之基礎。由於從聯合國反貪腐公約之觀點，所關係為廉政資訊之公開，在此擬予作相關探討，並論及與個人資料保護法之衝突與折衝等問題。而落實聯合國反貪腐公約，最重要者為該公約第10條規定，在此擬深入探討並針對未來提出檢討意見，另擬探討在兼顧資訊自決權下，未來如何修正政府資訊公開法，以提供理論與實務之參考。

貳、政府資訊公開法之概論

一、概 說

探討政府資訊公開法之未來發展，理當對現行法做一探究以作為立論之基礎，包含憲法基礎與內容簡要，首先擬針論述其憲法基礎，包括本法所涉基本權之範圍，此範圍有關知的權利、資訊自由、資訊自決權、資訊隱私權、人性尊嚴與一般人格權等，而憲法原則部分，包括國民主權、民主國、法治國、權力分立與制衡等。然而以上所述基本人權與憲法原則，在本文各部分均有相關論述，在此僅針對整體上之憲法基礎，如言論自由、平等權與民主原則作深入論述。針對內容簡要，基於篇幅的掌控，則論述本法適用範圍與主體、資訊公開之型態、限制公開之事由與機

關之處理及救濟。

二、憲法基礎

政府在人民的付託與同意之下，為達成國家目的，特別是為達成保障人民自由權利與促進人民福祉之目的，有蒐集、運用龐大資訊的必要性，也因此政府成為最大的資訊蒐集者與擁有者。惟政府對蒐得之資訊，僅為暫時之「持有者」或「保管者」，該具「公共財」性質的資訊所有權人應是全體人民，自不得由政府壟斷。此外，人民為參與公共事務，監督政府施政，經營個人生活，滿足知的權利，有要求政府提供充足且正確資訊的權利，方符合施政公開、資源共享的民主原則。政府將其擁有之資訊充分公開，人民方得據以判斷政府之所作所為是否有違背國民之付託，進而形塑負責任的言論（eine verantwortliche Meinungsbildung）¹，此為國民正確行使參政權之必要條件，民主政治須有具備豐富且正確資訊之國民參與，才有可能真正實現。因此，政府資訊若無法律之依據而不公開，已直接、間接侵害國民主權與民主原則。為保障、實現人民資訊請求權之內容與功能，應課立法者積極立法之義務，為法理之必然²。

民主的特性除展現在民主實質意涵內，尚表現在民主正當程序上。若反映在行政機關上，則為行政行為之公正、公開、參與。其中，資訊公開的程序及資訊的正確性，決定人民參與行政

¹ Vgl. Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 5, Abs I, II, Rn. 82.

² 李震山，多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版公司，2009年9月二版，頁192-194。在此進一步指出，吾人大都肯認人民有知的權利，亦同意應課立法者積極立法之義務，藉以保障、實現人民資訊請求權。然而，卻未必同意人民有要求政府資訊公開或提供資訊請求權，甚至將政府因資訊公開，而人民所受之利益劃歸屬反射利益。上述將人民資訊請求權排除在主觀公權外之論述，有其時代因素上之政治與理論背景。惟在號稱資訊社會或資訊時代的今天，復在國民主權原理支配下，不應再完全接受此種保守看法。

的品質。而從掌握資訊相當於掌握權力的理解，資訊資源大多由國家擁有，人民相對貧乏的不對稱關係上，所生之「無知」，將令人感到恐懼、疏離，甚至焦慮，此非主權在民的正常現象。因此，政府資訊公開法第1條規定：「為建立政府資訊公開制度，便利人民共享及公平利用政府資訊，便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監察，並促進民主參與，特制定本法。」即內含政府資訊應公開之重要法理基礎，其中提出「資源共享」、「知的權利」、「瞭解、信賴並監督公共事務」、「民主參與」等。一般咸信，其核心的價值是「保障人民知的權利」，其餘概屬附隨之目的或踐行的程序，故將資訊公開請求權納入基本人權之清單亦為未來修憲的趨勢之一³。

在號稱資訊社會或資訊時代的今天，人民資訊的法律地位仍係植基於憲法基本原則及憲法所列舉或概括保障的基本權利之中。憲法原則部分，如國民主權、民主國、法治國、保障人權、權力分立與制衡等原則。而基本權部分，例如知的權利、資訊自由、資訊自決權、資訊隱私權、人性尊嚴、一般人格權等等。但是關於政府資訊公開之憲法基礎，現行憲法當中並無明文，是否直接適用憲法第22條概括規定，仍有爭議。惟透過司法院大法官解釋（釋字499、603），逐步加以釐清，除前述所涉基本人權外，其重要憲法基礎，首先為言論自由，在比較憲法學當中，與資訊取得相關之基本權利，有稱為「知的權利」，有稱為「資訊自由」者。其用語雖有歧異，但保障內容相似，主要皆在於解決憲法所承認的，與資訊相關之利益衝突，如資訊接收者與資訊提供者間之衝突，以形成法定之資訊秩序⁴。所謂知的權利，係美

³ 李震山，政府資訊公開法與資訊隱私權保障，研考雙月刊，3期，2007年6月，頁53。

⁴ Vgl. Michael Kloepfer, Informationsrecht, 2002, S. 64.

國及日本法學界常用之名詞，是基於國民主權原則及參政權發展而來，傳統上「不受國家干涉之自由權」，是得據以積極地要求政府公開資訊之權利，而在類似「知的權利」之此項概念，在德國法學則使用「資訊自由」之概念。又在我國憲法上雖無「知的權利」或「資訊自由」之明文，但是透過司法院大法官解釋，將其納入言論自由保障之範圍，如釋字第414號、第509號。亦即，知的權利或取得充分資訊之自由，包括從國家獲取相關資訊，屬於憲法第11條言論自由的保障範圍，故以此論之，知的權利已取得確切之憲法依據⁵。

除言論自由之外，與政府資訊公開相關之憲法依據，也包括機會平等原則。憲法第7條之平等權規定，保證人民在接近取得資訊過程得不受歧視地參與（*diskriminierungsfreie Teilhabe*）。國家除非有合理適當之專業差別標準，否則不得給予相關人民差別待遇。司法院大法官釋字第211號解釋即指出，憲法第7條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。基此，關於政府資訊公開，政府機關得視資訊及申請人之性質差別，給予不同之限制，但是必須遵守憲法第23條所規定之法律原則及比例原則。另除以上基本權利之保障外，憲法第1條所規定之民主原則亦屬政府資訊公開之重要憲法基礎。在自由民主的憲政秩序當中，人民從一般公開來源不受妨礙地獲取資訊，係其形成政治意思，參與或監督國家或地方事務之重要方式。因為，民主政治並非僅限於選舉及議會制度的建立而已，國家高權主體決定的公開（*Publizität hoheitlicher Entscheidung*）及資訊透明（*Transparenz der Information*）亦為民

⁵ 陳耀祥，論政府資訊公開與政府採購行為之調控——從最高行政法院第93年度裁字第625號裁定談起，載於林明鏘、蔡茂寅主編，行政法理論與實務(二)，2003年3月，元照出版公司，頁302-305。

主政治當中不可或缺之構成要素，不能因為議會對於行政機關之監督即減損人民對於國家行為公開之要求。尤其，民主原則之內涵，除多數決原則之外，亦包含「保護政治上少數」，透過政府資訊公開制度，使政治上少數，除透過議會之外，另有其他資訊來源，更強化政治上少數成為多數之機會⁶。

三、內容簡要

政府資訊公開法之目的在於便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，係規範政府資訊公開一般性之規定，為普通法之性質。因該法為有關政府資訊公開保障之最低限度要求，其他有關政府資訊之法律，即應植基於此架構上，朝向更符合透明化，請求程序要件簡便化之方向調整⁷。在此僅就其規範內容簡述之，首先針對適用及主體，依據政府資訊公開法第3條規定，政府資訊係指政府機關於職權範圍內作成或取得，而存在於文書、圖書、照片、磁碟、光碟片、微縮片、積體電路晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解之任何紀錄內之訊息，其範圍相當廣泛。同法所稱政府機關，指中央、地方各級機關及其設立之實驗、研究、文教、醫療及特種基金管理等機構，另外受政府機關委託行使公權力之個人、法人或團體，亦在適用之列。就此而言，我國對於政府資訊公開之要求係一種全

⁶ 同上註。

⁷ 施惠芬，政府資訊公開法之法制實務，研考雙月刊，3期，2007年6月，頁17-19。藉由政府資訊公開之機制，保障人民對公共資訊接近使用之權益，便利人民共享及公平利用政府資訊，增進人民對公共事務之瞭解、信賴，進而監督政府施政，實現現代民主法治國強調行政行為應遵守之正當行政程序，即公平、公正、公開之行政程序。各政府機關公務人員除應對本法相關規定確實瞭解及落實執行外，本法相關法制實務之因應措施，各政府機關亦應持續推動，使本法之立法目的得以實現並更臻完善。

面性開放的設計，相較於外國明文排除特定機關如國會、法院等之法例，我國對於人民知的權利的保障較為廣泛⁸。

針對資訊公開之型態，我國關於政府資訊之範疇相當廣泛，如何將大量資訊有效地為各界知悉及使用，亦是立法當時考量重點之一。政府資訊公開法規定二種資訊公開的型態，一為政府主動公開資訊，另一為人民向政府請求提供資訊，經由多種方式，以增加民眾取得資訊之管道。就主動公開部分，政府資訊公開法第7條規定，凡與人民權益攸關之施政、措施及其他有關之政府資訊，應主動公開，為避免資訊過時，尚且明定應適時為之。在民主深化及資訊電腦化、網路化的時代，主動公開政府資訊，向為各國施政努力之重點，利用電信網路方式將各機關所制定之法規、公告等資訊，提供民眾瀏覽使用，並登載於政府公報或其他出版品，為資訊傳播最普及且迅速之方式，故在公開方法上，該法第8條規定多種政府主動公開資訊之方式，其中即包含刊載於政府機關公報或其他出版品，及利用電信網路傳送或其他方式供公眾線上查詢等方式。尤其是條約、對外關係文書及各項法規，因影響人民權益較大，故該法強制規定應刊載於政府機關公報或其他出版品。至於，資訊公開之另一種型態為應人民申請而提供資訊，其應具備之要件與程序，於該法第三章並定有詳細規定，而所稱之人民，係指具有中華民國國籍並在中華民國設籍之國民及其所設立之本國法人、團體，或持有中華民國護照僑居國外之國民，對外國人則採互惠原則⁹。

有關限制公開之事由，政府資訊固然以公開為原則，惟公開範圍如涉及國家機密、公務執行或個人隱私等情事而不予限制公開，有失法益之衡平，因此政府資訊公開法第18條規定了9款應

⁸ 陳仕伯，政府資訊公開法與檔案應用之研析，研考雙月刊，3期，2007年6月，頁32-33。

⁹ 同上註。

限制公開之事由。資訊之內容若涉及特定個人、法人或團體之權益，基於利益衡量原則，第12條並且規定給予相關人等表示意見之機會，以保障其權益。而所提供之資訊若含有限制公開之部分，機關應依分離原則處理，將不得公開之部分抽離，得公開之部分提供民眾使用。有關限制公開之事由如何權衡問題，影響人民知的權利甚鉅，在個案審查時尤應注意比例原則的運用，此外倘其他法規存有增加政府資訊公開法所未有之限制的必要時，則應符合法律保留原則，以落實政府資訊公開之目的。另針對機關之處理及救濟，依政府資訊公開法第12條規定，機關受理人民申請提供資訊時，原則上應於15日內為准駁之決定。實務上遇有大量申請之個案時，機關得與申請人協商合理之處理期限，以兼顧行政效能及人民權益。申請人對於政府機關所為之決定不服，得提起訴願或行政訴訟，而受理訴願機關及行政法院得進行秘密審理，以保障必要維護之權益¹⁰。

四、小 結

政府資訊公開法之未來發展，對現行法作一探究以作為立論之基礎，此包含憲法基礎與內容簡要。整體上之憲法基礎，係如言論自由、平等權與民主原則。而為保障、實現人民資訊請求權之內容與功能，應課立法者積極立法之義務，為法理之必然。關於政府資訊公開，政府機關得視資訊及申請人之性質差別，給予不同之限制，但是必須遵守憲法第23條所規定之法律原則及比例原則。另除以上基本權利之保障外，憲法第1條所規定之民主原則亦屬政府資訊公開之重要憲法基礎。針對政府資訊公開法之簡要內容，政府資訊公開法之目的在於便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務之瞭解、信賴

¹⁰ 參閱法務部編印，政府資訊公開法（問題暨解釋彙編），2012年12月，頁117-140。

及監督，並促進民主參與，係規範政府資訊公開一般性之規定，為普通法之性質。因該法為有關政府資訊公開保障之最低限度要求，其他有關政府資訊之法律，即應植基於此架構上，朝向更符合透明化，請求程序要件簡便化之方向調整，其規範內容簡述分為適用及主體、資訊公開之型態、限制公開之事由與機關之處理及救濟等部分。

參、廉政資訊公開與個人資料保護法

一、概 說

探討本文主題有關政府資訊公開法未來發展方向，若從落實聯合國反貪腐公約相關事項之觀點，則密切相關者為廉政資訊之公開，本文論述首先之觀點，係以廉政資訊係政府資訊之一環，採很廣泛的定義，舉凡政府相關肅貪工作任務以及於成立法務部廉政署後，包含為建立廉能政府所進行的反貪行動措施之各項資料，故其並非屬法定名詞，在此亦係一項概念。所以重點並非定義廉政資訊，核心觀點在於廉政資訊公開之目的與功能。然而經初步探討，各項廉政資訊之公開，亦有程度不同的功能，故擬以單項資料之探討較為明確深入，在此以貪瀆案件司法裁判書之公開為例作為探討主軸。由於廉政資訊公開若係個人隱私資料等，將與個人資料保護法發生折衝與問題，故在此亦為探討之重點，包括兩者競合之資訊作用，而在兩者之衝突與折衝方面，主要擬探究政府資訊公開法第18條第1項第6款與行政程序法第7條之規定，並延伸討論有關資訊公開與個人資料保護所涉及第三人之關係，以反映當前規定之檢討現況。

二、廉政資訊公開

廉政資訊係政府資訊之一環，依據政府資訊公開法第3條規定：「本法所稱政府資訊，指政府機關於職權範圍內作成或取得

而存在於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解之任何紀錄內之訊息。」故由此廉政資訊即可廣義認定為政府主管機關於職權範圍內，針對對廉政行政行為作成或取得而存在於文書、圖畫等上述規定等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解之任何紀錄內之訊息。

在此廉政資訊係採很廣泛的定義，舉凡政府相關肅貪工作任務以及於成立法務部廉政署後，包含為建立廉能政府所進行的反貪行動措施之各項資料，故其並非屬法定名詞，在此亦係一項概念。所以重點並非定義廉政資訊，核心觀點在於廉政資訊公開之目的與功能，亦即其行政所達成之效果¹¹。而資訊公開在法律上明定立法目的，並非世界各國共同的立法方式，卻是我國及日本等國慣有立法方式。當然，目的規定也可以提供法律釋義之幫助。資訊公開法制之目的與內容，各國自得依其自身需要而設計，因此並無放諸各國皆準的標準目的，不過卻有共通之原理存在，即是美國法上之保障人民之「知的權利」。但是否將「知的權利」於法律中明文，或以其他用語表現，則各國有其自身考量。我國與韓國將「知的權利」明文化，係屬極少數國家，而美、英、日、德等國均未以目的規定明定「知的權利」¹²。在此，依據政府資訊公開法第1條規定：「為建立政府資訊公開制度，便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增

¹¹ 詹益龍，從資訊公開與課責管理觀點探討公務機關廉政與防弊機制之建構，考銓季刊，52期，2007年10月，頁142-144。

¹² 林素鳳，我國政府資訊公開法制初探，月旦法學雜誌，136期，2006年9月，頁36。根據日本財團法人行政管理研究中心調查報告，以30個國家作為調查對象之研究結果，以政府的「說明責任」作為目的規定者，有紐西蘭、墨西哥、南非、波斯尼亞、賀賽哥維那等4國，日本亦以說明責任作為目的規定，而將「知的權利」明文化之國家，僅有韓國。美、英、德等國均未以目的規定明定「知的權利」。我國於本法第1條目的規定明文「知的權利」，應與韓國同屬極少數派之國家。

進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，特制定本法。」而其立法理由則稱：「為保障人民知的權利，本於資訊共享及施政公開之理念，制定本法以便利人民公平利用。」

經初步探討，各項廉政資訊之公開，亦有程度不同的功能，故應以單項資料之探討較為明確深入，在此以貪瀆案件司法裁判書之公開為例，即有以下功能：第一、具體規範秩序的展現，因裁判書公開與法律具有相同重要性¹³，因為法律規定係抽象的命題要求，透過具體個案審理所作成的裁判，才能讓人民能精確瞭解法規範的具體意旨。特別是，當法律使用不確定法律概念，何種具體情形該當於某特定法律概念，必須經由個案判斷，才能精確理解規範意旨。第二、法律教育的功能，法律是社會統治的機制之一，因此個案裁判的內容也具有高度法律教育的作用。好的判決，具有教化社會大眾的功能。當然錯誤的判決也同樣會對社會造成負面的影響。再者法律是否能達到預期的目的，亦可從判決書的研究，獲得端倪¹⁴。

接上，第三、公眾監督的功能，裁判書的公開，亦具有公眾監督的功能。或許一般社會大眾以「一般法感」看待判決，未必正確，但法律畢竟是適用於絕大部分不具法律專業知識的普羅大眾，故一般民眾一般法感看待法律的適用，也不可忽視。特別是透過新聞記者就判決所為的報導，雖然有時候有誤導社會的現象，但終究具有放大公共監督的效果。在學術上，裁判書的公開，可提供專業的法律研究者，針對法官的判斷是否是否符合客觀的法學方法論或法理提出評斷。透過此種評論，可以促進法律適用的客觀化，從而較能建立法律的適用具有可預測性的信念。

¹³ Vgl. Böhne, Die Informationsfreiheit und der Anspruch von Datenbankbetreibern auf Zugang zu Gerichtsentscheidungen, NVwZ 2007, S. 656 ff.

¹⁴ 李惠宗，裁判書上網公開與個人資訊自決權的衝突，月旦法學雜誌，154期，2008年3月，頁26-28。

第四、簡化行政流程，判決全文的上網公開，其他機關亦可直接利用，不必再透過機關間的行文，以獲得判決文，可以簡化行政協助的流程。如果判決匿名化或代名化，則直接上網下載所得判決資料，將無法作為公文處理之用¹⁵。

三、個人資料保護法

個人資料保護法以人格權的確保為開端，人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切¹⁶，人格權包括隱私權、名譽及信用¹⁷，個人資料的保護正是內含於該等權利之中，人民是否揭露其個人資料，及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露有決定權，對其個人資料之使用並有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權¹⁸。因此，每個人基本上有權自行決定是否將其個人資料交付與供利用，是為資訊自決權，乃個人資料保護請求權的首要憑據，與政府資訊公開請求權共同構成資訊權的核心內涵¹⁹。

個人資料保護法乃源於電腦處理個人資料保護法之保護客體，僅限於經電腦處理之個人資料，不包括手工紙本等資料，適用主體限於公務機關及經指定之非公務機關，未及於所有的自然人、法人或團體，因此個人資料保護法主軸在於擴大保護客體包含電腦處理及人工紙本的個人資料，打破行業別限制，包括所有法人、團體及個人資料之蒐集、處理與利用²⁰。對於違反個人資

¹⁵ 同上註。

¹⁶ 參閱司法院大法官釋字第664號解釋理由書。

¹⁷ 參閱司法院大法官釋字第665號解釋理由書。

¹⁸ 參閱司法院大法官釋字第603號解釋理由書。

¹⁹ 李震山，論資訊自決權，載於人性尊嚴與人權保障，元照出版公司，2009年2月三版，頁225-228。

²⁰ 林秀蓮，新修正「個人資料保護法」之評析，資訊安全通訊，19卷1期，2013年1月，頁8-10。

料保護法而為個人資料之蒐集、處理與利用，其相關民事、刑事及行政責任亦相應調整，對濫用個人資料者特別是基於營利意圖者予以更大程度的心理強制，以求個人資料保護之資訊權、人格權等位列憲法基本權的真正實現²¹。

由於網際網路的興起，個人資料的國際傳輸，悄然走進世界公民的生活領域，個人資料的跨境流通與隱私保護，已成新世紀的重要課題，並且講求國際合作，經濟合作發展組織（OECD）隱私保護與個人資料跨境流通指導原則，即強調會員間應確保個人資料跨境流通的程序與隱私保護彼此得以相容，並且據此衍生個人資料保護的九大原則：限制蒐集原則、資訊內容完整正確原則、目的明確化原則、限制利用原則、安全保護原則、公開原則、個人參加原則、責任原則、國際傳輸基本原則。在保護個人資料，避免人格權受侵害部分，個人資料之蒐集、處理、利用限於特定目的，當事人對於個人資料得請求答覆查詢、提供閱覽或製給複製本，得請求更證或補充、請求刪除、停止處理或利用。對直接蒐集資料者有告知法定告知事項之義務，對間接蒐集個人資料，於處理或利用前亦應告知當事人資料來源及法定應告知事項。另賦予中央目的事業主管機關、直轄市、縣（市）政府對於非公務機關得實施行政檢查，並課予違反個人資料保護法者以民事損害賠償、刑事責任與行政罰。在促進個人資料的合理利用方面，明定在一定條件下，得為特種資料及一般個人資料之蒐集、

²¹ 呂丁旺，淺析修正「個人資料保護法」，月旦法學雜誌，183期，2010年8月，頁131-133。本法以人格權的確保為開端，人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，人格權包括隱私權、名譽及信用，個人資料的保護正是內含於該等權利之中，人民是否揭露其個人資料及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露有決定權，對其個人資料之使用並有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。因此，每個人基本上有權自行決定是否將其個人資料交付與供利用，是為資訊自決權，乃個人資料保護請求權的首要憑據，與政府資訊公開請求權共同構成資訊權的核心內涵。

處理或利用。除特種資料應於執行法定職務之必要範圍內爲之者外，於符合法定情形時並得爲特定目的外之利用。無論公務機關或非公務機關，均必須經常維護個人資料之正確，公務機關應將資料檔案公開於電腦網站等²²。

經濟合作發展組織（OECD）之個人參加原則，值得注意係指，個人關於自己之資料，得向個人資料持有人、管理者或其他人，確認關於自己之資料是否正確，於合理期間內，於必要情形下，以不過當之費用，用合理之方法，知悉資料內容：如有錯誤，並有權提出修正或消除及補充之權利。有關閱覽及請求修正權利之行使，如遭受拒絕時，得對其拒絕理由提出異議。此一原則，與本文主題有關，因廉政資訊關係到個人權利時，在此列入思維之重點。另外，歐盟在1995年頒布個人資料保護指令，揭示五個原則²³：誠信原則、合目的性原則、比例原則、正確性原則、個人資料保留期限原則。上述原則與本文有關者爲個人資料保留期限原則，係指個人資料所保有之機關，當事人有要求該機構於蒐集目的完成後一定時期，將檔案予以刪除之權。又歐盟基本權憲章（Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union）第8條規定：「（第1項）任何人有權請求保護與其個人有關之資料。（第2項）前項資料僅得於依據誠信原則，在明確的目的下，經當事人同意或基於其他法律所規定正當的理由下，進行處理。任何人均有知悉有關其本身資料來源之權利，並有權確保其有關資料之正確性。（第3項）本規定之遵守，應由一獨立機構監督之。²⁴」

²² 同上註。

²³ Vgl. Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 46 Art. 6, Rn. 9.

²⁴ 李惠宗，同註14，頁28-30。

四、兩者競合之資訊作用

廉政資訊公開行為係依據政府資訊公開法，乃為典型行政資訊作用，包括政府資訊公開行為與提供資訊之行為，而個人資料保護法規範甚廣，尚有規定非公務機關之資訊作為，針對本文係以公務機關之資訊作用為探討重點，亦即個人資料保護法第二章（第15條至第18條），在此亦為兩者競合之資訊作用，均係公務機關對於資訊之運用與傳遞，因此進一步探討資訊作用之法律性質，以更深入瞭解兩者之內涵。

探討其法律性質，而首先應就資訊作用之類型，分析判斷係屬於行政處分、事實行為或其他型式化行為等。而依據資訊作用之重要類型，大致可分類為資訊傳遞行為、資訊運用之行為與資訊註銷或銷毀之行為，而與本文主題資訊公開相關應為資訊傳遞與運用之類型。初步觀察針對資訊作用之此種分類，若要判斷資訊傳遞行為之法律性質，係行政處分或事實行為，並無法整體認定資料傳遞之行為是否為行政處分，因為判斷行政處分主要即依據行政程序法第九十二條規定，至少要確認該行政措施為：(一)行政機關的措施；(二)公法上的措施；(三)具體的行政處分；(四)單方的行政措施；(五)直接對外發生法律效果的行政措施。亦即行政處分作為行政法上之意思表示，最重要的意義應是指稱那些行政機關以直接導致行政法領域上之法律效果作為目的的表示行為。亦即，當一個行政機關的決定、措施或者處置，根據其表示的內容，目的在於造成公法上的效果，亦即擬以發生公法上之法律效果作為目的時，該行為就應該具有行政處分所應具備的規制上的特徵。

而針對資訊傳遞行為，若是一般機關間之相互傳遞，依據行政一體原則，應屬於廣義內部機關單位之行為，如此既然並非對

外發生法律效果之行爲，應屬事實行爲無異²⁵。然而上述只是一種形式上的判斷，因為倘若資訊之傳遞已有干預人民權利之情形而產生法律效果，則屬於干預性行政處分之一環，亦屬干預人民資訊自決權類型之一，所以不能一概而論，而認為資料傳遞僅屬於是一種事實行爲。同樣的法理，而推論資訊之運用，亦不能就整體行爲而論斷運用措施係屬行政處分或事實行爲，不過由此推論可以先初步的判斷，在資訊運用之前所爲蒐集行爲，此蒐集之措施應係屬事實行爲，因針對此行爲，無論從行爲外觀或實質內涵，在此階段之資訊作用並不發生法律效果，自非屬行政處分。惟另有其他觀點認為，對於不伴隨權力行爲措施的蒐集個人資訊，或將資料儲存、加工等，此資訊處理之措施與過程，一般亦被認為具有侵害性。對此相關措施之發動，亦成爲法律保留的對象。而對於個人資料的蒐集、處理行爲，應該不能只單單將其看成是對個人權利無關的事實行爲，又法律保留之目的，係以權力手段未侵害之概念，在與手段相關性上，以往被認為須具有密切之相關，但在此不能再將此認為是主要原因，對於個人資料的蒐集行爲，並提供給外部機關，與其是否使用權力的手段蒐集無關。因其已造成個人的權利侵害，應給予個人在法律上的被保護地位，即使該措施成爲法律保留的對象²⁶。

五、兩者之衝突與折衝

廉政資訊公開與個人資料保護有其衝突的一面，因為在法理基礎上，兩者即有所差異，故在此先探究。首先探討有關資訊公開之法理基礎，主要內容係指民主的特性除展現在民主實質意涵內，尚表現在民主正當程序上。若反映在行政機關上，則爲行政

²⁵ Vgl. Wolf/Stephan, Polizeigesetz für Baden-Württemberg Kommentar, 5. Auflage, S. 194 ff.

²⁶ 蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義賓，警察職權行使法逐條釋論，五南出版公司，2005年7月，頁358。

行為之公正、公開、參與。²⁷從掌握資訊相當於掌握權力的理解，資訊資源大多由國家擁有，人民相對貧乏的不對稱關係上，所生之「無知」，將令人民感到恐懼與疏離，甚至焦慮，此非主權在民的正常現象。因此，政府資訊公開法第1條規定：「為建立政府資訊公開制度，便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，特制定本法。」即內含政府資訊應公開之重要法理基礎，其中提出「資源共享」、「知的權利」、「瞭解、信賴並監督公共事務」、「民主參與」等。一般咸信，其核心的價值是保障人民知的權利，其餘概屬附隨之目的或踐行的程序²⁸。

在此探究個人資料保護法之法理基礎，係政府資訊公開雖有重要民主意義，但涉及隱私特別是資訊隱私（information Privacy），則受到限制。此項法理基礎則可從資訊隱私權論起，資訊隱私權一語正式出現在司法院大法官釋字第603號解釋，該解釋認為：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」其中舉出許多憲法應保障的權利，依照順序是「人性尊嚴」、「人格自由發展」、「隱私權」、「個人主體性」、「個人資料自主控制」等等，最後定調在「資訊隱私權」。資訊隱私權是美國法上之用語，個人資料具有私密性，本質上與隱私權之保障密不可分，因此隱私權中有關個人資料部分，往往被稱為「資訊隱私權」。與

²⁷ Vgl. Dieter Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung des Bürger — Grundlagen und verwaltungsrechtliche Grundstrukturen individueller Rechte auf Zugang zu Informationen der Verwaltung, 2001, S. 6-12.

²⁸ 李震山，論人民要求政府資訊公開之權利與落實，月旦法學雜誌，62期，2000年7月，頁36-38。

資訊隱私權常常並用之資訊自決權（informationelles Selbstbestimmungsrecht）是德國法上之用語，德國法上之個人資料，不一定皆與隱私有關，但經立法明定應予保障之個人資料大多與隱私有關。資訊自決權用語在德國聯邦憲法法院1983年之「人口普查判決」中出現後，受到廣泛引用。該判決主文清楚扼要描述資訊自決權保護之背景、必要性、依據及其概念。判決主文第一段提及：「在現代資料處理之條件下，應保護每個人之個人資料，免遭無限制之蒐集、儲存、運用、傳遞，此係屬基本法第二條第一項（一般人格權）及基本法第一條第一項（人性尊嚴）保護範圍。」其中，資訊之運用、傳遞過程即與資訊公開及揭露有關²⁹。

針對兩者之折衝，重要的觀點係依據政府資訊公開法第18條第1項第6款規定：「公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者」，得不予公開。「但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。」其中對公益或重要私益是否有必要，涉及公開與不公開間之法益衡量，以及是否合乎比例原則之思考，特別是涉及行政程序法第7條之規定：「行政行為，應依下列原則為之：（一）採取之方法應有助於目的之達成。（二）有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。（三）採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」此外，為「經當事人同意者」之「告知後同意」原則之遵守，意即凡涉及資訊隱私者，需對當事人說明，並經得其自由同意後為之，其至少包括以下內涵：（一）當事人之同意必須在自由狀況下為之，即實質上在完全自我意識下所為的自我決定，且盡可能以書面為之。（二）告知必須盡可能詳細，因此告知的內容至少包括說明所涉及權利之目的、方式、結果及風險。例如：與個人基因資訊有關者，應告知

²⁹ 參閱司法院大法官釋字第585號解釋理由書。

個人基因資訊之揭露，對其親人或族群之影響。(三)當事人並得隨時自由撤回其同意。(四)無同意能力之人或未成年人，得由其法定代理人同意，但法定代理人應充分考慮該未成年人之最佳利益。類似規定之個人資料保護法第7條第2項規定、第16條第1項第7款規定，若欲使用或揭露他人之個人資料，需經當事人書面同意³⁰。

資訊之公開與個人資料保護之相關，亦關係「所涉及者」之權益甚鉅，亦即與第三人之關係，因資訊一旦公開，即無法回復至未公開前的狀態，故此種涉及第三人權益之個人資料公開事件，理當給予第三人若干事前的程序保障制度。但另一方面，整個制度的設計也不能忽略申請人「迅速取得政府資訊」之正當權益。因而，如何在第三人與申請人之間謀求平衡，乃係資訊公開法未來發展的一大方向。此大方向應從一個觀點開始，即是資訊公開前應徵詢當事人之意見，在此即可先依據政府資訊公開法第12條規定，目前各國資訊自由立法例，為了保障第三人，大多設有公開前應徵詢當事人意見之程序，使主管機關於核准時能充分考量第三人之觀點³¹。

在此我國政府資訊公開法亦不例外，依據第12條第2項至第4項規定：「（第2項）前項政府資訊涉及特定個人、法人或團體之權益者，應先以書面通知該特定個人、法人或團體於十日內表示意見。但該特定個人、法人或團體已表示同意公開或提供者，不在此限。（第3項）前項特定個人、法人或團體之所在不明者，政府機關應將通知內容公告之。（第4項）第二項所定之個人、法人或團體未於十日內表示意見者，政府機關得逕為准駁之決定。」上述規定的要旨即為：當涉及第三人資訊之申請案應通

³⁰ 李震山，同註3，頁53-55。

³¹ 范姜真嶽，日本資訊公開法救濟程序之探討，東吳法律學報，17卷1期，2005年8月，頁61-63。

知第三人於10日內表示意見。解釋上，若行政機關已確定欲駁回此申請案，即無須通知第三人。若第三人未於10日內表示意見時得逕為核准或駁回³²。

從衝突與折衝中，觀察個人資料保護法與政府資訊公開法，何者係特別法、何者為普通法，應會更能深入瞭解其關鍵點。然而，若從兩者規範整體核心內容著手，實在難以區別，因此應先從單方面保障之觀點，亦即若所保障之權利法益係屬資訊權，則個人資料保護法係特別法，而政府資訊公開法係普通法。相反的，若從人民知的權利與國家利益而言，政府資訊公開法係特別法，而個人資料保護法係普通法，故兩者呈現特殊的與相互影響之法律關係。

肆、落實聯合國反貪腐公約與兼顧人權

一、概說——政府資訊公開法之未來

聯合國反貪腐公約施行法通過後，公約所揭示之規定，具有國內法律之效力，依據該法第7條更進一步規定，各級政府機關應依公約規定內容，檢討相關法令與行政措施。針對此，深深影響政府資訊公開法之未來發展，尤其公約第10條所揭櫫政府報告有關資訊公開對於反貪腐之重要，故就此本文提出檢討意見。另政府資訊公開越是努力實踐，相對地針對個人資料保護或申請資訊等議題更加會受到重視，因為越是擴大範圍的資訊公開，就有

³² 林三欽，政府資訊公開法之執行、保障與救濟制度——以台灣與德國法制之比較為中心，東吳公法論叢，3卷，2010年7月，頁477-478。然而在此指出，政府資訊公開法有關第三人保護機制顯然不足。首先，該法第12條第2項並未規範「給予第三人之書面通知」應記載之內容。按比較法上加拿大資訊接近法明定此類通知應包含「為通知之機關有意公開政府資訊及該項資訊之內容」。而有了這項告知，第三人才能決定其是否同意。

可能侵犯人權，尤其是資訊自決權，故在此亦為未來一併考量之重點。而有關落實公約方面，在此本文首先簡介該公約之內容，尤其是第10條，並提出政府資訊公開法應配合修正事項。有關落實資訊自決權，首先則審視該法第三章有關人民申請提供資訊之各項規定與其他法律之特別規定，另探討與資訊自決權密切相關之規定有關第四章政府資訊公開之限制以及行政救濟，並提出檢討意見。

二、聯合國反貪腐公約第10條

2013年10月31日聯合國大會通過「聯合國反貪腐公約」(United Nations Convention against Corruption, UNCAC)，係目前全世界唯一具備拘束力的跨國反貪腐規範。行政院亦於2014年8月28日院會，通過「聯合國反貪腐施行法草案」，並函請立法院審議，並於2015年5月5日立法院第八屆第七會議第十次會議通過。雖然我國未具聯合國代表權且國際處境特殊，上開施行法須經行政院訂定實施日期，若如期施行後，將賦予「聯合國反貪腐公約」在我國的國內法效力。此公約之背景，係根據世界銀行統計，開發中國家因公務員收受賄賂之贓款金額，每年約達200億至400億美金，相當於國際經濟援助的20%至40%。公務員貪污的罪行，嚴重破壞民主體制，對一國政府的政治穩定、經濟發展與人民福祉都構成巨大威脅。又鑑於此，2000年12月14日聯合國第55/61號決議，在聯合國打擊跨國有組織犯罪公約以外，應另行制定一套新的國際規範，以宣示各國政府聯手共同預防並掃除貪腐的決心，在此聯合國反貪腐公約因此應運而生。聯合國反貪腐公約於2003年10月31日經聯合國大會通過，並於2005年12月14日生效，截至2014年9月5日止，全世界超過175個締約國加入此公約，足認此公約所揭櫫的反貪腐價值與其所建構的反貪腐法制

架構，已為國際社會所肯定並採認³³。

本公約制定之目的，在指導並提供各國政府反貪腐之法制與政策，全部條文共計71條，內容涵蓋貪腐行為之預防措施、定罪和執法、國際合作、不法資產的追回以及落實公約之執行機制等。針對貪腐行為之預防措施，本公約以十個條文提公部門與私部門對貪腐的預防措施，包括設立反貪腐機構、加強選舉時與政黨的財務透明化。在公職人員的選拔與僱用方面，應以效率、透明的方法為之，並應選賢與能。公職人員選出之後，應使其遵守行為規範，並實行財產申報。再者，應促進國家公共財政的透明化與有責性，而且對於特殊的政府部門，例如司法機關與採購部門，應建立更嚴格的貪腐預防措施。而針對定罪與執法，本公約第三章「定罪與執法」共有28個條文，要求締約國將特定的行為立法為犯罪行為。包括：賄賂本國公務員、賄賂外國公務員、公務員侵吞公有財產、圖利、不明財產來源等。另外，亦包括如何有效執行上開貪腐犯罪之追訴、審判，以及被害人的損害賠償等。針對國際合作方面，簽署本公約的締約國同意在打擊貪腐的各個層面進行合作，包括預防、調查與追訴貪腐罪犯。本公約以8個條文賦予締約國義務，規定請求司法互助的國家，應以符合公約規定的方式提出請求書，請求蒐集證據與引渡罪犯。各國也應盡力協助他國追蹤、凍結並沒收貪污不法所得。針對不法財產追回，本公約非常重視，共有九個條文涵蓋此領域。有效的不法資產追回，不但可以彌補受害國因貪污而受的損害，更能警告涉貪的公務員，其貪污所得將無可藏匿。本公約第51條明白宣示，返還不法資產是本公約的基本原則，締約國應提供最廣泛的合作與協助。綜上所述，聯合國反貪腐公約係從貪污犯罪尚未發生之預防面，至貪污犯罪發生後之追訴的執行面，周延而全面性建構

³³ 郭瑜芳，論犯罪所得查扣沒收——以聯合國反貪腐公約中心，檢察新論，17期，2015年4月，頁257-260。

規範制度，以期有效遏止並打擊貪污犯行³⁴。

而聯合國反貪腐公約施行法通過後，公約所揭示之規定，具有國內法律之效力，依據該法第7條更進一步規定，各級政府機關應依公約規定內容，檢討相關法令與行政措施。故與本文主題密切相關則為聯合國反貪腐公約第10條規定：「考慮到反腐敗的必要性，各締約國均應當根據本國法律的基本原則採取必要的措施，提高公共行政部門的透明度，包括酌情在其組織結構、運作和決策過程方面提高透明度。這些措施可以包括下列各項：

(一)施行各種程序或者條例，酌情使公眾瞭解公共行政部門的組織結構、運作和決策過程，並在對保護隱私和個人資料給予應有考慮的情況下，使公眾瞭解與其有關的決定和法規；(二)酌情簡化行政程序，以便於公眾與主管決策機關聯繫；(三)公布資料，其中可以包括公共行政部門腐敗風險問題定期報告。」

針對本公約第10條，進一步之闡釋與政府配合與整體作為，係本條旨在確保公民理解公共行政部門的運作方式，瞭解並知悉公職人員的決定。另外，國家機構應當公布關於其工作的定期報告，包括與其活動相關的貪腐風險。有透明度，公民就能核查行政機構代表他們所做的事，提高他們對這些機構的信任度。公民有權在明確界定的標準之內瞭解情況。同時，應該有促進獲得資料的具體方式、關於提供資料的時間和形式的明確規則以及被拒絕之後的申訴程序。要有透明度和查詢機會，就需要審查決策程序、公眾對於此類程序的知情權以及對於資料的全面、可理解和可利用程度的知情權。締約國可能希望審議對現有法規進行審查的方式，以及新立法的影響，包括與例如專業協會這樣的民間社會和法律實體開展協商的方式。締約國必須確保防止腐敗的決心體現在行政部門的決策過程中。應該解決的因素包括：程序複雜性；決策的審慎程度；獲得和提供公共資料的透明度；是否存在

³⁴ 同上註。

並實施了行為守則以及它們與服務的提供有何關係。締約國應當考慮如何通過制訂規則、作法和文化價值觀規範官方政令，以減少腐敗滋生的條件，而不必施加複雜的或者繁多的妨礙公務執行的控制手段³⁵。

公眾應當有權索取公共資訊。締約國需要制訂和公布有關政策，闡述提交報告的義務、報告的可獲得性、官方文件的定義和拒絕披露文件的規則（例如以國家安全、個人隱私等理由）、提供文件的時間表和申訴程序。從積極的角度解決這一問題是有用的。以這種態度，政策資訊的查閱將從所有文件都應是可查閱的這一原則出發，然後具體指定以何種理由限制或拒絕查閱文件。此種理由包括：國家安全、國防和國際關係；公共安全；預防、調查和起訴犯罪活動；保護隱私和其他合法私人利益；審判程序方面的各方平等；國家經濟、貨幣和匯率政策；公共機關內部或者公共機關之間在內部制訂公共政策期間審議工作的保密性。公共實體還應當考慮建立公眾可以訪問的官方網站，指定人員負責散發公眾利益資訊；並利用電子政務、電子採購、電子行政系統和工具簡化行政程序。締約國似宜考慮是否應該有一個獨立機構，處理獲得資訊的程序、受理投訴，以及確保監察員或者國家審計署有權審議關於不提交報告的指控，並且，在前一種情況下，調查與資訊的獲得和決策有關的弊政問題投訴。締約國似宜考慮讓依據第6條建立的機構為審查資訊的獲得、決策和腐敗風險之間的關係發揮作用³⁶。

所有公共機構均應當就腐敗的危險和所採取的反腐敗預防措施定期提交報告。應當在第5條所建立的架構之內提交報告。報

³⁵ 陳偉華，國際預防貪腐規範之趨勢——我國廉政法制與《聯合國反貪腐公約》之落差檢視，中華國際法與超國界法評論，6卷1期，2010年6月，頁125-132。

³⁶ 同上註。

告可以回答下述問題：該部會或部門履行何種職能？它完成哪種過方法？哪種方法、制度和程序易於產生詐欺和腐敗？可能面臨的內部和外部風險是什麼？有何種適當的關鍵性反詐欺和預防腐敗措施？在實際工作中如何對它們進行評估？締約國或者立法機構，或者第6條所述機構，也可以實施定期審查，審查對於執照、許可證和特許權的現有要求和程序的必要性和成本效益；以及對新執照、許可證和特許權的行政影響評估。兩種審查也都可以評估濫用職權或者腐敗的可能性。應當每年公布此種評估，由第6條所建議的機構進行核對和監督³⁷。

綜上所述，針對政府資訊公開法之未來方向，有關落實聯合國反貪腐公約第10條，該法首先應就第二章政府資訊之主動公開，其範圍做一再檢討修正，然而在此應與第四章政府資訊公開之限制一併考量，尤其本法第7條有關主動公開政府資訊之範圍，則完全受制於第18條有關限制公開或不予提供之。故若為落實公約中有關「施行各種程序或者條例，酌情使公眾瞭解公共行政部門的組織結構、運作和決策過程，並在對保護隱私和個人資料給予應有考慮的情況下，使公眾瞭解與其有關的決定和法規」，即應先針對上述二條款檢討修正，且無論第7條基於人民知的權利，不斷擴大公開之範圍，但若第18條第1項所稱：「經依核定為國家機密或其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者。」則主管機關可依據前項之審核，且配合各項之限制，仍可作必要的管制，即屬公開資訊經審核後，無法滿足人民的權利。尤其針對本文主題所稱之「廉政資訊」，其密切相關政府機關與公務員活動，很容易依據第18條各項受到限制。故針對廉政資訊，為落實聯合國反貪腐公約第10條，應可在政府資訊公開法訂定特別條款，即在第7條第1項各款中，增訂廉政資訊公開之條款，許以授權命令另規定之。因若以授權命令之方式，

³⁷ 同上註。

可擁有隨時修正之優勢並可詳細規定內容，不因法律規定下大多係不確定法律概念，產生爭議，例如有關廉政資訊公開之範圍等。

另公約中提及，應酌情簡化行政程序，以便於公眾與主管決策機關聯繫，且公布資料，其中可以包括公共行政部門腐敗風險問題定期報告。在此為落實公約中上述部分，則可探討近年來多方意見有成立政府資訊法之主管機關之議。目前並無規定，故在中央政府層級缺乏專責機構主動全盤某思如何積極落實執法，如今，參考外國先例設置專責機構的呼聲日益高漲，有學者建議³⁸，在我國現況中，可指定一個專責機關來推動資訊公開法制，而不必須成立新機關。現行機關中，可以法務部、國家發展委員會與監察院等為考量，尤其以國家發展委員會擔任較為適合，因該會掌有檔案管理與行政院公報發行二項政府資訊流通的重要管道，尤其統整此二管道，並發揮既有的經驗，乃為成本最低與成功率最高的作法。

另有關倡議可仿效德國立法例設置「資訊官」，使其成為中央政府資訊公開適宜之主管機關，享有監督執行權、法律解釋權、訴願管轄權以及訴訟實施權等職權³⁹。目前各國立法例所設置的資訊公開專責機構多傾向於「救濟與監督」角色，而缺乏「積極推動」的取向。然而因應政府資訊公開法之未來方向，應建立一個「積極推動」取向的專責機關，由前述現有機關擇一作為推動資訊公開制度的專責機關，如前述之國家發展委員會。至若為使人民在資訊公開事件中有更充分的權利救濟管道，且提升行政監督之功能，可仿效德國立法例，另行增設「資訊保護官」，提供人民申訴管道來補強。故以推動資訊公開為主要任務

³⁸ 湯德宗，政府資訊公開法比較評析，臺大法學論叢，35卷6期，2006年11月，頁50-52。

³⁹ Vgl. Ziekow/Debus, Informationsfreiheitsrecht, 2008, 8, Rn. 16 ff.

的「資訊公開專責機關」，以及以提供救濟管道，扮演監督角色的「資訊保護官」，各自取向不同，可以並存⁴⁰。

三、兼顧資訊自決權

現代法治國家重視基本人權，有關資訊作用，則涉及近年來最受重視的資訊自決權，個人資料之被行政機關所蒐集、傳遞、利用，此種資訊作用涉及對個人隱私權、資訊自決權及一般人格權之干預，此均為憲法保障基本人權之範圍。在美國法，對個人資料之保護為「資訊隱私權」，在德國稱為「資訊自決權」（*Informationelles Selbstbestimmungsrecht*），我國則概稱為「人格權」。從權利保護之觀點言，資料保護係從隱私權保護發展而來，此一發展是漸進且有軌跡可循的，在探討資料傳遞之同時，亦須兼顧人民資訊隱私之保護⁴¹。其中資訊自決權之憲法概念，經由我國實務上之法律爭議探討，已成為保護個人資料之一般權利概念，例如司法院大法官釋字第599號解釋，針對戶籍法第8條按捺指紋規定作出暫時停止適用處分等有關個人資料保護之法律爭議，另有我國修訂個人資料保護法之立法作為，均特別重視資訊自決權之落實。從此有關資訊作用之基本人權保障與落實，即以資訊自決權為探討核心。

資訊自決權是德國法上之用語，旨在尊重個人資料當事人之自我決定權，資訊隱私權旨在保障屬於隱私範圍之個人資料保護。個人有權決定涉及其個人資料之蒐集、儲存、利用等事宜，

⁴⁰ 林三欽，同註32，頁473-476。在現行體制下，不論是檔案管理或行政院公報發行，均為研考會或其所轄機關之業務。而研考會在推動行政院公報數位化、網路化以及資訊檢索便捷性等方面已有相當的經驗。若由研考會擔任政府資訊公開之專責機關，統整檔案管理局與行政院公報的資源與經驗，應可建構出理想的政府資訊公開平台。

⁴¹ 許文義，德國警察資料處理職權之探討，中央警察大學學報，35期，1999年9月，頁185。

但該個人資料不必然皆在隱私權保障範圍內⁴²。質言之，個人資料皆與資訊自決權有關，個人資料中之主體在主觀或客觀上對該資料有隱私保護之意願與期待時，方涉及資訊隱私權。況且資訊隱私權在實際運作上，需先經他人或公權力確定是否屬隱私權保障範圍。余雪明大法官於司法院釋字第603號解釋「部分協同不同意見書」中就指出：「指紋是個人資訊之一種，本身不涉隱私權。」由此可知，極有可能有些雖屬個人資料者卻被認為不屬隱私權保障範圍。綜上，賦予人民資訊自決權對個人資料保護相較於賦予人民資訊隱私權更為完整且有效⁴³。

而個人資訊自決權係屬自然人人格權的一環，係由德國聯邦憲法法院1983年「人口普查案」判決所發展出來的「獨立基本權」。個人資訊自決權係指「每個自然人基本上皆有權自行決定，是否將其個人資料交付與供利用之權利」⁴⁴。學者認為，最廣義的隱私權固可以包含個人資訊自決權，但某種法律地位已獨立成為基本權時，即不必再以衍生的方式，認為其由另一基本權所包括⁴⁵。而上述判決同時亦說明，個人之資訊自決權並非毫無限制地受到保障。個人並非有絕對、無可限制地擁有「他自己的」資訊，其是一個在社會共同體中形成的人格體。即使涉及個人之資訊，亦是社會現實的投射，而非僅僅專屬個人支配。如同

⁴² Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei-und Ordnungsrecht, 4. Auflage, 2005, Rn. 176 ff.

⁴³ 李震山，警察行政法論——自由與秩序之折衝，元照出版公司，2007年9月，頁309-311。

⁴⁴ 李震山，同註19，頁229。

⁴⁵ 李惠宗，同註14，頁24。在此認為，獨立基本權與其他基本權可能產生競合之狀態，在個案上可以透過特別基本權與普通基本權的性質，辨別其應適用之規定，論證上較符合法律邏輯。個人資訊自決權係屬資訊時代下特殊的產物，再透過資訊設備下，所處理的個人資料，即屬個人資訊自決權所保護的範圍，但未必盡屬於隱私權範圍。二者或有相競合之處，但亦有分別獨立之實益。

憲法法院判決一再強調，在個人與共同體之關聯性以及個人受共同體之拘束性意義下，基本法已經決定了個人與共同體的緊張關係（die Spannung Individuum-Gemeinschaft）。

因此個人之資訊自決權，原則上應受重大之公益（das überwiegende Allgemeininteresse）所限制。但是根據基本法第2條第1項規定，此項限制仍須具備一個合憲的法律基礎，始得為之⁴⁶。具體言之，基本權利僅得基於保護公益之必要始得被加以限制。由於個人資料自動化處理之利用可能造成之危險，為了防止立法者對人格權加以侵害之危險，必須進一步強調組織與程序法上預防措施之必要。由此觀察，基於落實人民資訊自決權，我國個人資料保護法之制定，係為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用⁴⁷。

綜上所述，針對政府資訊公開法之未來方向，有關落實資訊自決權，首先則應審視該法第三章有關人民申請提供資訊之各項規定與其他法律之特別規定，該法從第9條至第17條均規定相關申請程序，係為尚為完整之規定。然而此種資訊請求權，除程序規定外，更可進一步審視，是否與其他法律之互為影響或限制，因依據政府資訊公開法第2條明示，有關政府資訊之公開，特別法規定優於本法。在此可以行政程序法第46條第1項針對行政程序中「閱覽卷宗制度」規定為例，即申請閱覽卷宗，亦為廣泛申請政府資訊之義，此規定為：「當事人或利害關係人得向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗，但以主張或維護其法律上利益有必要者為限。」在此政府資訊公開法與行政程序法有關申請閱覽規定即有所競合，然而在適用上仍有差異，尤其因對於進行中案件之相關案卷，僅得由當事人或利害關係人依

⁴⁶ Vgl. Ruder/Schmitt, Polizeirecht Baden-Württemberg, 6. Auflage, 2005, S. 287 ff.

⁴⁷ 程明修，資訊自決權——遺傳基因訊息，法學講座，19期，2003年7月，頁3-5。

據行政程序法規定加以檢視，當事人或利害關係人或其他任何第三人不得循資訊公開之管道來接近此類卷宗。

上述此種適用之選擇，在行政法規中，政府資訊公開之特別規定相當多，又如檔案法、菸害防制法、證卷交易法、地方制度法、大學法等等。以上特別法規，是否一律優先於政府資訊公開法，應須檢討⁴⁸。在此建議參考德國聯邦資訊自由法之立法例，其第1條第3項規定：「其他法規有關政府資訊公開之規定優先於本法適用，但聯邦行政程序法第29條以及社會法典第10篇第25條之規定不在此限。」依本項規定，原則上聯邦資訊自由法是政府資訊公開之普通法，其他有關政府資訊公開之法規，依據特別法優先適用之法制，取得優先適用之規定。但依前述規定，此種「特別法優於普通法」之法則不適用於聯邦行政程序法有關閱覽卷宗之規定。換言之，聯邦資訊自由法有關「政府資訊公開」之規定與聯邦行政程序法有關「閱覽卷宗」之規定具有「相同之適用位階」（*Gleichrangigkeit*）。因而當事人於行政程序中得選擇行使「卷宗閱覽權」或「資訊公開請求權」，因為此二項權利於行政程序中具有競合之關係，且當事人以外之第三人對於進行中案件亦得行使資訊公開請求權⁴⁹。以上立法例可作為未來政府資訊公開法與其他法律適用之參考，亦即對於閱覽資訊權、檔案閱覽權或地方政府資訊請求權等等，均可修法增訂特別法適用「不在此限」，以平行適用政府資訊公開法之競合規定，如此能更完整落實資訊自決權之保障。

又與資訊自決權密切相關之規定為第四章政府資訊公開之限制，尤其第18條第1項第6款規定：「公開或提供有個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要者或為保

⁴⁸ 林秀蓮，政府資訊公開法與其他法律之關係，法務通訊，2306期，2006年9月，頁3-5。

⁴⁹ Vgl. Friedrich Schoch, Informationsfreiheitsgesetz Kommentar, 2009, Rn. 202 ff.

護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。」另第7款規定：「個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。」此與個人資料保護法有密切相關，且有折衝與競合，前在針對廉政資訊之論述已有提及，而未來面對政府資訊公開法之檢討修正，如何落實亦為重要議題。因政府資訊公開法係政府資訊公開之普通法，有關涉及資訊自決權部分，除上述第18條公開之限制外，即應適用個人資料保護法，在此關係個人資料保護法第二章有關公務機關對個人資料之蒐集、處理及利用，若政府將個人資料蒐集成為資訊，其處理與利用可能涉及政府資訊公開。針對此，進一步審視現行規定，除上開第18條第1項第6款與第7款規定，個人資料保護法第15條至第18條規定，對於資訊自決權之落實，確實有不足之處。因此在政府資訊公開法涉及人民資訊自決權部分，與其有更多的規範，不如應增訂專責審查委員會較有效果。初步觀察，明文規定各級機關可成立委員會或定期會議因應。亦即本文建議增訂條款，對政府資訊之公開或限制涉及資訊自決權部分應召開委員會或會報決定，類似行政院資安會報之運作，如此較為周延。

落實保障資訊自決權，在行政救濟方面，政府資訊公開法係以第20條與21條之規範，其係關於申請如資訊之提供、更正或補充之決定，不服者得提起行政救濟（第20條）。如認該資訊係屬限制公開者，無論訴願或行政訴訟之程序，均得進行秘密審理（第21條）。對於被動公開部分，申請提供者不服決定時，得提起行政救濟（撤銷訴願與撤銷訴訟）。如果怠於決定（於15日或再延長15日，仍未決定時），可否提起課予義務之訴願或訴訟，僅由條文規定以觀，並無關於怠於決定之規定，是否得提起爭訟，似有疑問。惟解釋上，自應許其得起之，否則有違立法目

的。另外，資訊應主動公開而未公開時，可否提起救濟？關於此一問題，學者認為應可提起課予義務訴訟，亦採取肯定的意見⁵⁰。然而以上有關政府資訊公開之行政救濟，係對政府機關對於資訊主動或被動公開之決定，係針對行政處分。惟政府資訊公開之行爲，並非完全係決定行爲，如針對提供方式或其他程序行爲，可能係事實行爲，針對事實行爲之救濟，並未規定且政府資訊公開行爲若造成人民傷害，依法理應許國家賠償。故建議應增列條款，明定針對事實行爲可提起行政訴訟（一般給付訴訟）且若行爲造成人民之損害，可提起國家賠償。

又針對該法第21條有關秘密審理之救濟規定，本條規定著眼於資訊公開事件可能因相關資訊具有保密之必要而創設了秘密審理的制度，以免在進行公開與否的爭訟程序中，洩漏了不應公開的政府資訊。在政府資訊公開爭訟程序中，爲了使訴願管轄機關或行政法院對於系爭政府資訊應否公開有評斷的能力，主管機關應提供系爭政府資訊的一部分或其說明，作爲審理之依據。此時申請公開政府資訊之人民有機會經由閱覽卷宗檢視系爭資訊，相關政府資訊便在未經爭訟裁決的情況下被公開了。爲了避免上述情形發生，政府資訊公開法第21條規定：「得就該政府資訊之全部或一部進行秘密審理」，然而在此仍有問題，如政府資訊公開法或行政訴訟法並未進一步界定「秘密審理」之概念。在非訟事件法或民事訴訟法等「不公開審判」之規定，然所謂「秘密審理」應係指訊問、調查等言詞審調查等言詞審理程序以不公開之

⁵⁰ 林素鳳，同註12，頁46。在此進一步指出，針對訴願審查階段因應措施之整備，應為當前刻不容緩之課題。為達到秘密審理之要求，政府應針對秘密審查為特別之組織與程序規定之考量。日本制定「情報公開、個人情報保護審查會設置法」為依據而設立「情報公開、個人情報保護審查會」，應值得參考。當然，英國、澳洲、加拿大等國法制，設所謂的「資訊官」以受理資訊隱私及資訊公開申訴案件，亦值得研究，不過若以法制之接近度以觀，仍以日本法制較適合。

方式進行。而在資訊公開爭訟事件審理程序中，應限制公開者不僅是「言詞審理」的過程，也應包含相關證據資料。針對「秘密審理」或可類推民事訴訟之規定，即相關事證資料，若公開足以提前洩漏相關政府資訊時，政府機關得拒絕提出，然爭訟裁決機關對於上述主張無法獲得確信時，仍得命其提出，但應以不公開之方式為之⁵¹。換言之，此項事證資料之檢視並非在公開法庭進行，且不提供當事人閱覽。不過，綜上論述，有關秘密審理之規範，以類推適用民事訴訟，亦非長久之道，且民訴規定並未將「公益」的觀點納入，故未來仍須再檢討上述不足之所在，予以補充修正⁵²。

四、小 結

針對政府資訊公開法之未來方向，有關落實聯合國反貪腐公約第10條，該法首先應就第二章政府資訊之主動公開，其範圍做一再檢討修正，然而在此應與第四章政府資訊公開之限制一併考量，尤其本法第7條有關主動公開政府資訊之範圍，則完全受制於第18條有關限制公開或不予提供之。針對廉政資訊，為落實聯合國反貪腐公約第10條，應可在政府資訊公開法訂定特別條款，即在第7條第1項各款中，增訂廉政資訊公開之條款，許以授權命令另規定之。在我國現況中，可指定一個專責機關來推動資訊公開法制，而不必須成立新機關，而以國家發展委員會擔任較為適合。另可仿造德國設立「資訊保護官」，以提供救濟管道，扮演監督角色，此與上述專責機關，各自取向不同，可以並存。

而在兼顧資訊自決權方面，對於閱覽資訊權、檔案閱覽權或地方政府資訊請求權等等，均可修法增訂特別法適用「不在此

⁵¹ Vgl. Thomas Griebel, Die verfahrensrechtliche Absicherung von Informationsfreiheitsrechten in rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 282 ff.

⁵² 林三欽，同註32，頁487-490。

限」，以平行適用政府資訊公開法之競合規定，如此能更完整落實資訊自決權之保障。本文建議增訂條款，對政府資訊之公開或限制涉及資訊自決權部分應召開委員會或會報決定。在行政救濟方面，建議應增列條款，明定針對事實行為可提起行政訴訟（一般給付訴訟）且若行為造成人民之損害，可提起國家賠償。而有關秘密審理之規範，以類推適用民事訴訟，亦非長久之道，且民訴規定並未將「公益」的觀點納入，故未來仍須再檢討上述不足之所在，予以補充修正。

伍、結 語

政府資訊公開法之憲法基礎，其重要淵源在於，政府將其擁有之資訊充分公開，人民方得據以判斷政府之所作所為是否有違背國民之付託，進而形塑負責任的言論，若政府資訊無法律之依據而不公開，已直接、間接侵害國民主權與民主原則。在比較憲法學中，知的權利或取得充分資訊之自由，包括從國家獲取相關資訊，屬於憲法第11條言論自由的保障範圍。而關於政府資訊公開，政府機關得視資訊及申請人之性質差別，給予不同之限制，但是必須遵守憲法第23條所規定之法律原則及比例原則。另除以上基本權利之保障外，憲法第1條所規定之民主原則亦屬政府資訊公開之重要憲法基礎。其規範內容簡述分為適用及主體、資訊公開之型態、限制公開之事由與機關之處理及救濟等部分。

有關政府資訊公開法未來方向，若從落實聯合國反貪腐公約相關事項之觀點，則密切相關者為廉政資訊之公開。廉政資訊公開與個人資料保護有其衝突的一面，因為在法理基礎上，兩者即有所差異，有關資訊公開之法理基礎，主要內容係指民主的特性除展現在民主實質意涵內，尚表現在民主正當程序上。若反映在行政機關上，則為行政行為之公正、公開、參與。探究個人資料保護法之法理基礎，係政府資訊公開雖有重要民主意義，但涉及

隱私特別是資訊隱私，則受到限制。針對兩者之折衝，重要的觀點係依據政府資訊公開法第18條第1項第6款規定：「公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者」，得不予公開。「但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。」其中對公益或重要私益是否有必要，涉及公開與不公開間之法益衡量，以及是否合乎比例原則之思考，特別是涉及行政程序法第7條之規定。

聯合國反貪腐公約制定之目的，在指導並提供各國政府反貪腐之法制與政策，全部條文共計71條，內容涵蓋貪腐行為之預防措施、定罪和執法、國際合作、不法資產的追回以及落實公約之執行機制等。針對本文主題所稱之「廉政資訊」，其密切相關政府機關與公務員活動，很容易依據第18條各項受到限制。故針對廉政資訊，為落實聯合國反貪腐公約第10條，應可在政府資訊公開法訂定特別條款，即在第7條第1項各款中，增訂廉政資訊公開之條款，許以授權命令另規定之。在此為落實公約，則可探討近年來多方意見有成立政府資訊法之主管機關之議。在我國現況中，可指定一個專責機關來推動資訊公開法制，而不必成立新機關。現行機關中，可以法務部、國家發展委員會與監察院等為考量，尤其以國家發展委員會擔任較為適合。而為提升行政監督之功能，可仿效德國立法例，另行增設「資訊保護官」，提供人民申訴管道來補強。故以推動資訊公開為主要任務的「資訊公開專責機關」，以及以提供救濟管道，扮演監督角色的「資訊保護官」，各自取向不同，可以並存。

而在兼顧資訊自決權方面，對於閱覽資訊權、檔案閱覽權或地方政府資訊請求權等等，均可修法增訂特別法適用「不在此限」，以平行適用政府資訊公開法之競合規定，如此能更完整落實資訊自決權之保障。本文建議增訂條款，對政府資訊之公開或限制涉及資訊自決權部分應召開委員會或會報決定，類似行政院資安會報之運作，如此較為周延。在行政救濟方面，政府資訊公

開之行爲，並非完全係決定行爲，如針對提供方式或其他程序行爲，可能係事實行爲，針對事實行爲之救濟，並未規定且政府資訊公開行爲若造成人民傷害，依法理應許國家賠償，故建議應增列條款，明定針對事實行爲可提起行政訴訟（一般給付訴訟）且若行爲造成人民之損害，可提起國家賠償。另有關秘密審理之規範，在資訊公開爭訟事件審理程序中，應限制公開者不僅是「言詞審理」的過程，也應包含相關證據資料。針對「秘密審理」或可類推民事訴訟之規定，即相關事證資料，若公開足以提前洩漏相關政府資訊時，政府機關得拒絕提出，然爭訟裁決機關對於上述主張無法獲得確信時，仍得命其提出，但應以不公開之方式爲之。以類推適用民事訴訟，亦非長久之道，且民訴規定並未將「公益」的觀點納入，故未來仍須再檢討上述不足之所在，予以補充修正。

聯合國反貪腐公約於我國 公共服務事業之適用與限制

周佳宥*

目 次

壹、緒 論	一、適用聯合國反貪腐公約第7條之情況
貳、公共服務事業之發展與運作	二、適用聯合國反貪腐公約第12條之情況
一、「公共服務」概念之界定	三、待釐清之類型：特許經營形式
二、提供公共服務之方式	
參、聯合國反貪腐公約適用之疑義與解決方式	肆、結 論

* 文化大學法律學系副教授。

壹、緒 論

2003年12月9日聯合國通過反貪腐公約，公約序言中闡釋，貪腐並非局部性問題，毋寧係一種影響社會及經濟發展之跨國現象，以非法方式獲得財富將會對民主體制、國民經濟與法治造成斷傷。職是，反貪腐應該不僅侷限於政府部門，尚須個人與團體支持與參與，故公約第12條及第13條即分別規定私營部門與社會參與之事項。

儘管聯合國反貪腐公約已清楚認識到貪腐並非局部性問題，故在公約中刻意分別規定政府部門與私營部門應遵守之規範。惟問題是，當代公行政運作過程不再以傳統方式履行公行政任務，更多時候係以公私協力方式履行公行政任務，例如：以公司形式；以委託私人執行；以特許方式授權私人等方法履行行政任務。蓋如此，針對渠等非以傳統形式履行行政任務時，應該如何適用聯合國反貪腐公約，將成為必須深究之議題。

自20世紀以來，行政法學上早已承認公行政得以私法形式處理公法性質之行政任務，此乃學理上所稱之「行政私法」（*Verwaltungsprivatrecht*）行為。詳言之，在給付行政領域中，原則上因無強制之必要，故在法律無特別規定時，公行政得自由決定，以公法或私法方式而為給付¹。以私法方式履行行政任務已存在多時，運用層面亦廣，故本文主要探索之領域乃以「網路型公共服務事業²」為討論主軸，結合聯合國反貪腐公約之相關規範，試圖勾勒出該公約如何運用之操作標準。

¹ 陳敏，行政法總論，2013年8版，第664頁。

² 王必芳，〈「公共服務」或「普及服務」——以法國學說的反思和法制的演進為中心〉，收錄於：《2011行政管制與行政爭訟》，2012年12月，第120頁。

貳、公共服務事業之發展與運作

一、「公共服務」概念之界定

「公共服務」(service public)概念乃源自於法國行政法，由法國法學家狄冀(Léon Duguit)於20世紀初建構，氏嘗試從社會學觀點探討人民生存所繫且無法給自足之基本服務需求，進而形塑成國家學及行政法學上之概念。經過將近一世紀的概念發展，尤其是遭遇到歐盟經濟自由化的挑戰，當前法國行政法論述有關公共服務概念時，較為多數人所接受之說法是：「由行政機關所確保或擔當之公益活動³。」詳言之，公共服務係由行政機關負責創設和組織之公益活動，且受公法規制⁴。

此一概念並非法國所獨有，德國法學在差不多時期亦有類似之概念發展，德國學者福斯多福(Ernst Forsthoff)承襲法國公共服務概念，發展出「生存照顧」(Daseinsvorsorge)概念，並進一步推導成國家行政任務之理論基礎。惟二者理論因為兩國政治背景的差異性，故略有不同。Duguit之公共服務理論係植基於共和國之國家思想，係統治者遵循「社會連帶關係」(solidarité sociale)原則所實施之公權力行為；相對之下，身處納粹專政氛圍下的法學者Forsthoff，乃秉持絕對國家權力和人民臣屬服從關係之國家理念，進而主張國家行政原則上承擔人民生存照顧之全部責任⁵。

雖然二者發展脈絡不盡相同，但至少在概念上有其共通之

³ CHAPUS (R.), *Le service public et la puissance publique*, RDP, 1968, p. 239 轉引自王必芳，前揭文，第137頁。

⁴ 相對於受公法拘束之公共服務，法國行政法院尚發展出另一個類似概念，即受私法支配之工商公共服務。詳參王必方，前揭文（註2），第138頁。

⁵ 劉淑範，〈行政任務之變遷與「公私合營事業」之發展脈絡〉，《中研院法學期刊》第2期，2008年3月，第46-47頁。

處，亦即，由行政機關所確保或擔當涉及人民生存照顧之任務。相較於德、法兩國豐厚之理論發展背景，我國對此之研究即顯得稍嫌薄弱。若以憲法規範作為觀察對象，憲法條文第144、150、155及157條均規定在特定範疇或領域之公共任務由國家承擔，甚至應採取公營事業方式經營。惟國家經營事業之合憲性理由為何？則須一併觀察憲法第144條及第145條規定。憲法一方面保障人民財產權，另一方面卻允許公用事業或獨占事業領域存在。此種規範方式在經濟自由化的憲法國家中勢必發生以下結果：允許國家經營事業，將造成與民爭利之情況，同時亦將造成不公平競爭之結果。為避免憲法規範造成矛盾，允許國家經營事業或國家獨占特定事業應該是一種例外，而非原則。進一步而言，制憲者並非執意以「公營公用事業」與「公營獨占事業」作為履行任務之方式，因為從憲法規範內容可以得知，制憲者僅劃分出「公營」與「國民經營」二種不同概念，至於何謂「公營」，制憲者並未言明，故僅能透過立法者透過立法對概念加以形塑⁶。

立法者對於「公營」一詞作成完整定義者，應可回溯至1953年制定之〈公營事業移轉民營條例〉，該法第2條規定：「本法所稱公營事業，係指左列各項：一、政府獨資經營之事業。二、各級政府合營之事業。三、依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營之事業。四、依公司法之規定，由政府與人民合資經營而政府資本超過百分之五十以上之事業。」相對於公營事業，有關「國營事業」定義則規定於1949年頒布之〈國營事業管理法〉，該法第3條規定：「本法所稱國營事業如左：一、政府獨資經營者。二、依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營者。三、依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。」

⁶ 吳秦雯，〈公營事業業務執行之監督〉，《月旦法學雜誌》第221期，2013年10月，第49頁。

立法者雖然分別對「公營事業」與「國營事業」概念進行定義，但總體而言，仍可歸納出以下結論：除〈公營事業移轉民營條例〉第2條第1項第2款規定外，二概念雖文字表達略有差別，但要件上幾乎並無差別。於此應該再回來討論〈公營事業移轉民營條例〉第2條第1項第2款之規定，因為透過該條的加入，可能造成「公營事業」概念大於「國營事業」。本文以為，無論該項規定存在與否，應不至改變我國法制結構下「公營事業」等於「國營事業」之結論。因為各級政府合營之事業在概念上應該可以涵攝在政府獨資經營事業概念之下，而立法者特別強調此項構成要件，可能與該法之立法目的有關，畢竟從該法主要係要處理公營事業民營化的問題，故不將民營化問題限於中央政府所投資設立之機構。

二、提供公共服務之方式

(一)以組織形式作為觀察

1.政府部門獨資成立公司作為執行機構

細究憲法條文，其中第144、150、155及157條均規定在特定範疇或領域之公共任務由國家承擔，甚至應採取公營事業方式經營。惟為何國家可以獨資經營事業？至少此種規範方式在經濟自由化的憲法國家中勢必發生以下結果：允許國家經營事業，將造成與民爭利之情況，同時亦將造成不公平競爭之結果。為避免憲法規範造成矛盾，允許國家經營事業或國家獨占特定事業應該是一種例外，而非原則。至於這種例外的形成應該如何形塑？當然成為最關鍵的問題。只是憲法條文似乎並未給我們一個明確的界限與標準。再進一步觀察，包括審計法第47條；會計法第4條；公營事業移轉民營條例第3條；國營事業管理法第3條等規定，均允許政府獨資成立公營公司，故就實然面而言，政府部門獨資成立公司經營特定事業非法所不許。問題是，無論是憲法或法律相

關規定，咸無法明確指出何種產業及何種範圍內可以由國家獨自成立公司從事經營行為？

從比較法的視角觀察，德國公法學對此問題似乎已有一個較為清晰的解答，而此一結論亦可提供我國作為借鑑。德國公法學的主流意見認為，該國公營事業的設置是作為履行特定任務的政策性工具，亦即，公權力主體必須基於公益目的而使用此項特殊的工具。詳言之，公益目的在此包括以下意涵：第一，公營事業不得以營利為主要目的；第二，公營事業須受監督。

不得以營利為主要目的之要求是與私人企業最大的差異之處，其背後的理由無外乎減緩與民爭利的衝突，畢竟法治國家的主要功能就是保障基本權利與落實依法行政，而公權力行為必須以實踐公共利益為宗旨。基於前述職能的設定，基本上國家無庸考慮如何維持機構的運作問題，因為透過稅捐收入即可提供其必要之運作⁷。只是公營事業畢竟不是社會救助，故要求絕對不得有收入似乎意背離事實，故德國法對公營事業的要求是禁止單純以營利為目的之經營行為，亦即，因為為履行公共任務而產生的營收，並非絕對不許⁸。

相對德國法制，一個更為有趣的立法設計是我國《國營事業管理法》第4條第1項前段規定：「國營事業應依照企業方式經營，以事業養事業，以事業發展事業，並求有盈無虧，增加國庫收入。」很顯然我國與德國對於國營事業是否須以獲利為目的，在思考上差異甚大。為何出現此等差異？本文以為，此乃該法制訂時的時空背景所造成之結果，因為該法第4條自1949年訂定以來雖歷經多次條文修正，但均無涉此一條文。回溯到1949年的立法時空，當時的主流價值乃國營事業的運作重要目的乃豐厚國家

⁷ Pieroth/Hartmann, Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, in: DVBl. 2002, S. 421 (427 f.).

⁸ Jan Ziekow, öffentliches Wirtschaftsrecht, 2007 C. H. Beck München, S. 116.

資本，故會有此等規範內容應不意外。只是時空變遷，國家經營事業最主要的目的應以民生需求為根本，因此以社會責任與人民需求為目的所設立之國營事業方能取得合憲性，一味以豐厚國家資本為目的而設置國營事業應已不符合現代憲政思潮。綜上，本文以為，國營事業的存在不得以營利為目的，否則國家又憑什麼禁止私人於該領域中為經營行為？

既然公營事業的設置不以營利為目的且又實踐公共利益，放任其存在又有何妨？其實不然，因為在特定事業領域——非獨占事業領域——中設置公營事業體提供服務，在某種程度上就是在與私人企業抗衡，一個不以營利為目的之事業主體理論上會以成本價提供消費者產品或服務，相對而言，以營利為目的之私人企業根本毫無競爭力可言，因此公營事業的存在就是破壞競爭，甚至造成基本權利侵害的結果。為避免國家一方面高喊保障人民基本權利，另一方面卻又積極侵害基本權利，故對公營事業進行監督乃有其必要性。本文以為，與其說公益目的之第二層意涵是對公營事業的監督，倒不如說是對國家使用公營事業此項政策性工具的合憲性控制。更確切的說法是透過對工具的監督，以達到監督使用工具者之目的！

2. 政府部門與私人合資成立公司作為執行機構

事實上公、私部門共同執行行政任務早已行之多年，且於傳統行政法框架中被正確理解。例如，公、私部門組建混合公司執行公共任務即屬一例。再進一步觀察，包括審計法第47條；會計法第4條；公營事業移轉民營條例第3條；國營事業管理法第3條等規定，均允許政府與人民合資成立公營公司，作為執行任務之組織。就早期運作方式而言，政府部門與私人首先合作組建混合性資合公司，而政府部門將特定公共任務委由該公司執行。惟須注意者，因為資金組成方式的差異性，將造成該私法組織屬性上

之差異。對此問題，容後詳述⁹。整體以觀，行政機關得以私人資本從事任務執行，或以更為先進且符合經濟成本之私人技術，履行公共任務。對私人而言，與政府部門合組混合公司乃極具吸引力，其理由主要有二：首先，政府部門得不經公開招標程序，直接委託公司執行特定公共任務，並以長期契約保障此等委託。其次，私人經由委託代替政府部門執行公共任務，基本上在委託範圍內並無其他競爭對手，因此在市場上占有類似特許之地位¹⁰。

晚近以來，公、私部門成立合資公司共同執行行政任務之方式已非以往，現更發展出「特許模式」（Konzessionsmodell）此種新型態的合作機制，亦即私人受託執行特定行政任務，其非依據法律內部關係——委託執行任務之行政機關與受託私人間之關係——請求報酬，而係該私人以自己名義直接向使用設施之民眾直接成立外部法律關係，並直接收取使用費用。此種以混合公司作為合作媒介之夥伴關係，在傳統行政法中應如何歸類，實為難題矣¹¹！

（二）以參與者資格作為觀察

1. 行政助手

傳統行政法對於行政助手概念定義如下：行政機關基於實踐任務之必要，遂由私人提供單純技術性協助或支援，而任務實踐責任仍由行政機關承擔之。除此之外，行政助手在實踐任務過程中，係非具獨立地位且受行政機關之指令拘束。舉例而言，受警

⁹ 參見本論文參處。

¹⁰ 此種合作模式，無論在歐洲或在我國都已不符合現今之政府採購法規範。相關論述參見周佳宥，〈公私夥伴關係在德國之運作與難題〉，《華岡法粹》第46期，2010年3月，第194頁。

¹¹ 參見劉淑範，前揭文（註5），第78-80頁。

察委託執行拖吊業務之拖吊車公司¹²，或受託擔任執行廢棄物清理任務之私人¹³。

整體而言，行政助手之功能仍以業務委託為主。更確切地說，透過(1)經營管理模式（Betriebsführungsmodell），即私人基於契約代替政府部門經營公共設施，運作經費仍由政府部門負擔。私人在執行任務過程中從政府部門處獲得管理對價，風險則由政府部門自行承擔。私人在經營過程中，與設施之使用人不發生任何法律關係；(2)經營者模式（Betreibermodell）¹⁴：私人從計畫、建造新設施，或針對現存之公共設施作修繕及保護，並於其後承接營運責任，而營運後之法律關係與經營管理模式同；(3)BOT模式¹⁵，加以運行，並將私人定位為行政助手。

2. 受託行使公權力

傳統行政法學對公權力委託行為係作以下理解：私人在受託範圍內不單純僅從事任務準備或任務執行工作，更在受託範圍內以自己之名義執行公權力，以實踐行政任務。公權力受託人雖保持其私法主體地位，但功能上可於一定範圍內行使高權，故屬於間接國家行政。須要進一步說明的問題是，公權力應以何種方式移轉至私人，使私人取得執行權？按通說見解認為，移轉公權力之方式包括：直接由法律規定授與及以法律行為授與。其中以法律行為授與尚可區分為以行政處分授與及以行政契約授與二種方式¹⁶。

¹² Z.B BGHZ 121, S. 161 ff.

¹³ Vgl. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG.

¹⁴ 參見Dünchheim, in: Gesellschaft für Öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Public Private Partnership: Form-Risiken-Chancen, 2004, S. 182 ff.

¹⁵ 參見劉紹樑，〈論BOT基本法〉，《月旦法學雜誌》第33期，1998年1月，第22頁以下。

¹⁶ 陳敏，前揭書（註1），第1007-1008頁。

參、聯合國反貪腐公約適用之疑義與解決方式

行政任務執行方法於我國存在多種樣態，只是多種樣態結構底下，應該如何適用聯合國反貪腐公約？該公約第7條¹⁷與第12條¹⁸分別規範對政府部門及私部門之反貪腐行為預防進行規範。

¹⁷ 第7條 政府部門

1. 各締約國均應依其國家法律制度之基本原則，酌情努力採用、維持及加強公務員及在適當之情況其他非選舉產生公職人員之招募、聘僱、留用、升遷及退休制度。這種制度應：
 - (a) 以效率與透明化原則、專長、公正及才能等客觀標準為基礎；
 - (b) 對擔任特別容易發生貪腐之政府職位人員，訂定適當之甄選與培訓程序，以及酌情對此等人員實行輪調之適當程序；
 - (c) 促進充分之報酬及公平之薪資標準，並考量締約國經濟發展水準；
 - (d) 促進人員之教育及培訓方案，以使其能夠達到正確、誠實及妥善履行公務之要求，並為其提供適當之專業培訓，以提高其對履行職權過程所隱含貪腐風險之認識。此種方案得參照適當領域之行為守則或準則。
2. 各締約國均應考慮採取與本公約之目的相一致，並與其國家法律之基本原則相符之適當立法和行政措施，及就公職人員之候選人資格及當選標準訂定規定。
3. 各締約國尚應考慮採取與本公約之目的相一致，並與其國家法律之基本原則相符之適當立法和行政措施，以提高公職人員候選人競選經費籌措及在適當之情況政黨經費籌措之透明度。
4. 各締約國均應依其國家法律之基本原則，努力採用、維持及加強促進透明度及防止利益衝突之制度。

¹⁸ 第12條 私部門

1. 各締約國均應依其國家法律之基本原則採取措施，以防止涉及私部門之貪腐，加強私部門之會計及審計標準，並酌情對不遵守措施之行為制定有效、適度且具有警惕性之民事、刑事或行政處罰。
2. 為達到這些目的而採取之措施得包括下列事項：
 - (a) 促進執法機構與相關私營實體間之合作；
 - (b) 促進制定各種旨在維護相關私營實體操守標準及程序，包括正確、誠實及妥善從事商業活動和所有相關職業活動，並防止利益衝突之行為守則，及在企業之間及企業與國家間之契約關係，促

本文嘗試從不同執行方式，分析何種情況應適用第7條規定；何種情況應該適用第12條規定。最後——最爲棘手之情況——，將分析特許模式結構下私人協力提供公共服務應適用何種標準，合先敘明。

一、適用聯合國反貪腐公約第7條之情況

公營事業乃由各級政府設置或控有過半數股份，從事私經濟活動爲目的之組織體。我國現行制度下公營事業機構之經營模式包括：政府獨資經營；各級政府合營之事業；依事業組織特別法規定，由政府與人民合資經營之事業；依公司法規定，政府與人

進良好商業慣例採用之行爲守則；

- (c)增進私營實體透明度，包括酌情採取措施，以識別參與公司設立及管理之法人與自然人身分；
 - (d)防止濫用對私營實體之管理程序，包括政府機關對商業活動給予補貼和核發許可證之程序；
 - (e)在合理期限內，對原公職人員之職業活動，或公職人員辭職或退休後在私部門之任職，進行適當之限制，以防止利益衝突。前揭限制僅須此種活動或任職與該公職人員任期內曾擔任或監管之職權具有直接關聯；
 - (f)確保民營企業依其結構及規模實行有助於預防與發現貪腐之充分內部審計控制，並確保此種民營企業帳冊和必要之財務報表符合適當之審計及核發執照程序。
- 3.為了預防貪腐，各締約國均應依其國家關於帳冊和紀錄保存、財務報表揭露及會計和審計標準之法規採取必要措施，以禁止從事下列行爲，而觸犯本公約所定之任何犯罪：
- (a)設立帳冊外之帳戶；
 - (b)進行帳冊外之交易或與帳冊不符之交易；
 - (c)浮報支出；
 - (d)登錄負債科目時謊報用途；
 - (e)使用不實憑證；及
 - (f)故意於法律規定之期限前銷毀帳冊。
- 4.鑑於賄賂為本公約第15條和第16條所定犯罪構成要件之一，各締約國均應拒絕對構成賄賂之費用實行稅捐減免，並在適用之情況拒絕對促成貪腐行爲所支付之其他費用，實行稅捐減免。

民合資經營而政府資本超過50%以上之事業。

雖然公營事業兼具一定行政目的，然其行為仍屬私經濟範疇，故經營行為應受私法規範。惟在現行制度下，包括財務審計、人事行政等事項，仍受行政法規之拘束。

(一)財務審計部分

依據審計法第三章（第47條至第54條）乃專門規範公營事業之財、會報告，甚至連事業計畫書亦須送交審計部審議。雖然公營事業縱有私經濟行為外觀，但因渠等事業具有高度公益性質，故須採取較高密度之管制措施，以確保政策目的之實踐。

(二)人事行政部分

依據公務人員服務法第24條規定：「本法於受有俸給之文武職公務員，及其他公營事業機關服務人員，均適用之。」回到公務人員服務法之內容，其主要規定乃公務員之任職時應遵守之行為誡命，但渠等規定不當然導出公營事業人員具有公務員身分之結論，毋寧應該再尋求其直接之規定論據。事實上，經歷80年代的民營化風潮後，大量的公營事業機構已經逐漸轉換成為民營公司，而原任人員之身分問題，亦透過相關法制作成調整。現行公營公司與其人員間，乃以私法人之地位，按公司人事規章，經由委任（選任、聘任或僱用）之方式，雙方成立私法上之契約關係。儘管公營公司人員之任免考核事項，依據現行法令政府機關應參與決定，但此種內部行為係屬政府機關與公營公司間之另一種監督關係，並不影響公司與任用人員間之契約關係與性質¹⁹。

綜合前述，公營事業在功能定位上應屬國家行政組織模式的一種，透過私經濟行政的方式執行行政任務，實踐公共利益，故在性質上應屬政府部門的一環。我國早期將公營事業任用人員視

¹⁹ 參見臺灣高等法院102年上國字第27號判決。

為公務人員或以「準」公務員之地位予以保障，但晚近以來，因為公營公司無論在營運方式或政策變遷的影響下，多已變為純粹的私法組織體，且人員任用多建立私法關係，故似乎已經無法從任用人員地位此一角度，再進一步確認公營事業單位在性質應屬政府部門之結論。

二、適用聯合國反貪腐公約第12條之情況

國家自身經營事業作為實踐公共利益的方法至80年代起發生根本性的變化，亦即國家可能在主、客觀上都已經無法繼續在特定事業範圍中繼續維持其壟斷者的地位。國家瘦身、行政革新與經濟自由化政策等概念盛行於世，連帶開啓新世代之民營化運動，有如排山倒海，形成一股無法抵擋的世界潮流。

面對國營事業經營項目回歸市場機制的思潮，我國主要是以民營化的方式，逐漸退出對特定事業的經營。回顧我國相關的法制設計約略可以發現：我國早在1953年即已制定《公營事業移轉民營條例》，該法的制定時代似乎較國際更為提早。為何發生此一現象？似乎可以從該法的制訂背景略窺一二。制定該法的時代背景是為解決政府實施耕者有其田政策所造成的龐大財政漏洞，故將台泥、台紙、工礦及農林四大國營事業移轉民營。該法具有措施法的性質。相信制定前述法律只是歷史上的偶然，從該法的屬性即可得知，因此我國真正認真思考國營事業民營化的時間點應該是80年代。

肇因石油危機，行政院於1981年起跨部會組成民營化推動小組，對營運不佳的國營事業進行整頓。中央政府真正推動國營事業民營化始於1989年，至2010年為止已完成38家的國營事業民營化，結束營業的共有17家，而目前仍在進行民營化的國營企業尚有8家。我國實現民營化的方法規定於《公營事業移轉民營條例》第6條，計有以下五種方法：(一)出售股份。(二)標售資產。(三)以資產作價與人民合資成立民營公司。(四)公司合併。(五)辦

理現金增資。按國營事業管理法第3條之規定，政府出資低於50%者，該公司即算完成民營化，無須再受相關法律的限制與監督²⁰。從我國民營化進程可以知道，我國實務上民營化多採取「出售股權」的方式，僅有少數採取標售資產或資產作價成立民營公司的方式，其理由無外乎出售股權最簡易可行且爭議性較低。但是在出售過程中因為出售的量且價格高，故多落入財團之手，讓公共性的特徵可能有所破壞。至於民營化後的國營企業員工之權益保障問題，亦是在處理企業民營化過程中不得閃躲的問題，故在制度設計上包括：員工留用、員工離職與員工優先認股的保障等內容²¹。

從我國公營事業民營化的歷程即可得知，多採取出售股權之方式，政府部門持有之股份低於50%之企業，按我國現行之規定，即屬私人企業。詳言之，政府部門持有股份比例低於50%時，則該組織即非屬政府部門，故在適用聯合國反貪腐公約時，應適用第12條有關私部門之規定，而非繼續沿用第7條規定。

三、待釐清之類型：特許經營形式

所謂特許經營，係指私人執行特定行政任務之特許，與一般行政法中授予私人營業許可或特許經營有別。本文此處所稱之特

²⁰ 此種以出資比例判斷公營或私營的標準受到國內學者的嚴重批判，除此一判準過於制式外，更重要者，如果國家所持股份低於50%，但對該公司的營運具有絕對影響力，難道不算國（公）營公司？對此批判，國營事業管理法在2008年的修法中增修第3條第3項規定：「政府資本未超過百分之五十，但由政府指派公股代表擔任董事長或總經理者，立法院得要求該公司董事長或總經理至立法院報告股東大會通過之預算及營運狀況，並備詢。」只是這樣的修法結果並未改變國營事業的概念，充其量只是要求此類公司的管理者具有到立法院備詢的義務，但無法改變民營外觀下的國家營運事實。

²¹ 林明鏘，〈公營事業之組織民營化之法律問題〉，《月旦法學雜誌》第221期，2013年10月，頁40-42。

許經營形式，專指由私人從事規劃、興建、營運、出資等任務執行，於契約期限屆滿後須將標的物所有權移轉於政府部門。此種運作模式特殊之處在於，私人營運過程中，政府部門非以標的物使用者身分出現，更確切地說，標的物使用者乃一般人民。詳言之，特許經營型式中，政府部門與執行任務的私人，透過締結特許契約方式，建立內部關係，授予私人以自己名義對外執行特定任務之權限；另一方面，執行任務之私人基於特許契約的授權，得再與使用標的物之一般人民締結私法契約，建立具有對外性之給付關係。

我國以特許經營形式運作的任務，多半屬於重大基礎建設之事項，例如：台灣高鐵公司及高速公路電子收費系統等。此種運作機制往往涉及到一個最根本且最關鍵的問題，究竟執行任務的私法組織是否屬於政府部門？按照傳統行政法理論，判斷是否屬於政府部門的方式，是以執行任務之私人究竟是以自己名義或以委託機關名義執行任務，或從組織結構判斷，政府部門對於執行任務之私法組織是否掌握超過50%以上之權利（股份）。惟前述二種判斷標準似乎已經失效，因為在特許經營形式下，透過特許契約授權執行任務的私人任務執行權，且執行任務過程中幾乎無涉任何公權力行為，故將此類執行任務的私法團體定性為政府部門，在論理上似有未洽。倘從政府部門參與或持有之權利是否超過50%作為判斷標準，更是顯有困難，因為只有在公私部門共同合組興建合資公司的情況下，方有此標準操作適用的可能性，況且此類重大公共投資案政府部門往往都會以少數股東身分進入私法組織，以規避法律之限制，例如：一開始成立的台灣高鐵公司。另一種情況是，政府部門與執行任務的私人二者彼此互相獨立，執行任務的私人乃透過招標或其他法律程序而取得執行該項任務之權利，但取得執行權利無法推導出執行任務之私人在執行任務過程中必然成為政府部門之結論，因為如執行任務過程中未涉施行公權力者，私人之法律地位亦無改變之必要，例如遠通公

司執行高速公路電子收費系統的設置與營運。

回到問題的本質，透過特許經營形式取得任務執行權之私人在法律地位上究竟應屬政府部門？抑或私部門？欲透過政府部門與執行任務之私人彼此間締結之契約屬性來判斷執行任務私人的法律地位是無法真正解決問題，對此種契約性質進行研究只能解決政府部門與執行任務私人二者的法律關係，及政府部門對於任務移轉私人執行後的管制程度。至於執行任務私人的法律地位問題，則無法直接透過契約定性的方式取得解答。本文認為有關執行任務私人的法律地位問題，判斷的標準應以執行任務過程中私人是否能以自己名義執行公權力為斷，若執行任務過程中私人得以自己名義執行公權力，則私人之法律地位應屬行政機關；反之，其法律地位仍屬私部門。詳言之，協力執行任務之私人，其法律地位不是因為協助執行任務而發生變化，毋寧應以能否以自己名義執行公權力為判斷標準。職是，以特許經營模式執行任務之私人，究竟應適用聯合國反貪腐公約第7條或第12條，關鍵在於執行任務之私人能否以自己執行公權力。

肆、結 論

反貪腐儼然已成為當代行政學甚至是法學的重要研究議題，自2003年聯合國通過聯合國反貪腐公約以來，締約國無不竭力遏止政府機關或私部門之貪腐行為。本研究主要關注的重點議題是，私人協助履行行政任務時應該如何適用聯合國反貪腐公約之規定。因為公約第7條及第12條分別針對政府部門與私部門之反貪腐防治作不同規定，亦即，如何定性執行任務之私人將成為問題的關鍵。

傳統以來，政府部門執行行政任務的方式本來就有多種方式，主要分類方式仍係：以公法組織執行公權力之外貌履行任務，此其一；以私法組織執行任務，此其二；透過法律授權私人

執行公權力，此其三。前二者執行方式因為參與執行任務之私人未具有獨立之地位，不生爭議。第三種類型中執行任務之私人已具有行政機關之地位，故亦屬政府部門之一環。惟當代行政任務執行多非採取前述模式，毋寧透過更新的私人協力履行方式作為執行任務之方法。本文將此種特殊執行任務方式理解為「特許經營形式」，且此種執行任務之方式，自上世紀80年代以降，我國亦大量採用，故造成渠等執行任務之私人在法律定位上之爭議。由於此類執行任務私人無論與政府部門或使用標的物之一般人民都存在複雜且難解的法律關係，遂造成其法律地位難以定性的困境。

針對前述問題，本文認為判斷執行任務私人法律地位的關鍵重點是，執行任務過程中是否涉及公權力的執行？若有，則私人在執行任務過程中應將其定位為政府部門適用聯合國反貪腐公約第7條；反之則屬私部門適用聯合國反貪腐公約第12條。於此，本文必須再一次強調並重申，除法律另有規定外，私法組織不會因為執行行政任務而當然成為政府部門。至於執行任務過程中應該要受到監督機關何種程度的管制，則屬另一個層次的問題。

我國刑事實體法應如何與 聯合國反貪腐公約接軌^{*}

——以貪污治罪條例公務員貪污犯罪為中心

吳耀宗^{**}

目 次

壹、舊議題、新課題

貳、「反貪公約施行法」之制定 對我國刑事實體法之意義與 影響

參、「反貪公約」與「貪污條 例」之初步比較——以公務 員貪污犯罪類型為中心

一、公職人員受賄之犯行（強 制性規定）

二、公職人員侵占、竊取或挪 用財物之犯行（強制性規 定）

三、公職人員影響力交易之 犯行

四、公職人員濫用職權之犯行

五、「貪污條例」難以與「反 貪公約」對應之公務員貪 污犯罪

肆、「貪污條例」之修法建議 ——以公務員貪污犯罪為 中心

一、應一致性地擴大貪污犯罪 之客體範圍

二、圖利罪應再度修正為「行 為犯」

三、增訂「利用職務上之機會 挪用他人財產罪」

四、增訂「利用影響力受賄 罪」或「斡旋賄賂罪」

伍、結語——全面徹底檢討「貪 污條例」之絕佳時機

^{*} 本文係發表於2015年9月1日法務部廉政署所主辦的「聯合國反貪腐公約專題——我國之實踐與展望」，會中與談人章京人主任檢察官從實務觀點惠賜諸多寶貴意見，讓筆者獲益匪淺，在此敬表謝忱。

^{**} 中央警察大學法律系教授。

壹、舊議題、新課題

所謂「反貪」、「肅貪」，對於我國而言，早已不算是什麼新鮮議題，因為我國於1938年即定有「懲治貪污暫行條例」，而後幾經修訂，現今我國反貪肅貪之主要刑事實體法乃貪污治罪條例（下稱「貪污條例」）。「貪污條例」之刑度動輒「五年以上有期徒刑，得併科三千萬元以下罰金」（第6條），有些貪污犯罪之刑度甚至嚴格許多¹，因此從刑事法制面來看，有關反貪議題，我國不可謂不重視。尤其在2006年施明德先生發起「紅衫軍運動」（又稱「百萬人民反貪倒扁運動」）時，更是將整個社會的反貪腐氛圍推移至最高潮²。

持平而論，我國近幾年在打擊貪污犯罪之策進上已有不少作為³，惟其成效始終不太理想⁴，重大貪污案件時有所聞，社會大

¹ 「貪污條例」在1992年6月30以前，最重可判處至死刑，參見 [http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@162:1804289383:f:NO%3DE04551*%20OR%20NO%3DB04551\\$10\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@162:1804289383:f:NO%3DE04551*%20OR%20NO%3DB04551$10$NO-PD)（最後瀏覽日：2015/7/21）。

² 2006年起，前總統陳水扁領導的民進黨政府爆發許多貪污事證，並且導致台灣社會上的議論與抗爭。施明德要群眾，一個人捐獻新臺幣100元的承諾金及身分證字號，承諾願支持反貪倒扁的運動；原本預計一個月的工作天來匯集100萬人的承諾金支持，結果10天內匯集了約130萬人的匯款。參見<https://zh.wikipedia.org/wiki/百萬人民倒扁運動>（最後瀏覽日：2015/7/21）。

³ 如在政府組織方面，2008年成立中央廉政委員會統籌規劃國家廉政決策，2011年成立廉政署專責打擊貪腐犯罪等；在法制方面，1993年制定公職人員財產申報法，2000年制定公職人員利益衝突迴避法，2008年頒布實施廉政倫理規範，而「貪污條例」分別於2003年增訂行賄外國公務員、2009年增訂財產來源不明罪、2011年增訂不違背職務行賄罪等。

⁴ 根據國際透明組織（Transparency International, TI）「2014年貪腐印象指數」（Corruption Perception Index 2014），我國排名第35名，分數為61分，算是勉強及格。其他國家，如世界排名第1名是瑞典，分數為92分，而亞洲國家清廉度最高者為新加坡，排名第7名，分數為84分。參見 <http://www.transparency.org/cpi2014/results>（最後瀏覽日：2015/7/

眾對於政府公務員的清廉度也信心不足⁵。我國反貪成效之所以不盡理想，原因相當複雜多元，其中就整體法制面以觀，便尚存有相當的改進空間。

爲了展現反貪之決心，健全預防及打擊貪腐體系，加強反貪腐之國際合作，並與現行全球反貪腐趨勢及國際法制有效接軌⁶，儘管我國非屬聯合國之會員國，仍於2015年5月仿效「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」（下稱「兩公約」）之特殊的國內法化的立法模式（制定「公民與政治權利國際公約與經濟社會文化權利國際公約施行法」，下稱「兩公約施行法」）⁷，針對「聯合國反貪腐公約」（United Nations Convention against Corruption, UNCAC, 下稱「反貪公約」）而制定了「聯合國反貪腐公約施行法」（下稱「反貪公約施行法」）。

「反貪公約」目前簽署國（Signatories）有140個，締約國（含區域組織）則已達176個⁸。該公約共8章71條，涵蓋面向非

25)。

⁵ 根據法務部廉政署「103年廉政民意調查報告書」顯示，有63.2%的民眾不滿意政府在打擊貪污上的工作成效。參見http://www.ysvh.gov.tw/savh/code_upload/NewsInfo/file2_762_3141214.pdf（最後瀏覽日：2015/7/25）。

⁶ 「反貪公約施行法」草案總說明，立法院第八屆第六會期第一次會議議案關係文書。參見<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc7cfc9cfcec8ccc5cbcaced2cbcacb>（最後瀏覽日：2015/7/25）。

⁷ 關於此等特殊的國際條約國內法化之立法模式的評論，見廖福特，批准聯合國兩個人權公約及制訂施行法之評論，月旦法學雜誌，174期，2009年11月，223頁以下。

⁸ 參見<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>（最後瀏覽日：2015/7/25）。附帶一提的是，我國刑法規定與刑法理論之主要繼受國家德國與日本，這兩個國家於2003年即已簽署了「反貪公約」，然而德國一直到2014年始批准此公約，而日本迄今仍尚未批准，此一現象頗叫人好奇。

常廣泛，主要可分六大項反貪腐機制：一、預防機制，包括設立預防性反貪腐機構、建立公職人員執行公務之行爲守則、建構透明、競爭及以客觀標準爲決定基礎的政府採購制度等。二、刑事定罪與執法機制，該公約共列舉了十餘種應入罪化之貪腐行爲類型（詳見本文參），並規定犯罪所得之凍結、扣押和沒收以及設立對於證人、檢舉人等之保護措施。三、國際合作機制，包括引渡、受刑人移交、司法互助等。四、追繳資產機制，各締約國應對於外流貪腐資產加以追繳，提供合作與協助，包括預防與監測犯罪所得的移轉、透過國際合作追繳資產等。五、技術援助與訊息，各締約國應彼此提供技術援助交流機制，發展與分享貪腐資料等。六、實施監督機制，該公約規定應設立締約國會議，促進與監督該公約之實施情形⁹。

在「反貪公約施行法」制定公布之後，依該法第2條第1項規定，「反貪公約」現已具有國內法律之效力，而且第7條規定：「各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」是以，全面檢視我國相關法令並研究如何使其與「反貪公約」得以順利接軌運行，乃當前刻不容緩之新課題，其中也包括刑事實體法。

貳、「反貪公約施行法」之制定對我國刑事實體法之意義與影響

「反貪公約」對於我國而言，是否本來即具有國內法之效力？（法院是否當然可以直接適用？無須經過立法程序？）其與其他法律之位階關係如何？（如發生法律衝突，應如何解決？）

⁹ 參考劉賢明，憲法與公約視角下中國反腐敗立法研究，2013年，64頁以下。

等，類此問題在我國批准「兩公約」與制定「兩公約施行法」後，國內文獻之探討相當熱絡¹⁰，惟意見並不一致。有關第一個問題，從最積極地主張，「兩公約」具有強行國際法或習慣國際法的地位，在我國內國法律體系可直接適用，無待正式批准或制定施行法¹¹，到採取比較謹慎保留的態度而認為，我國「兩公約」之批准書遭聯合國秘書處退回而未完成有效的存放行為，仍無法對我國產生國際條約與國內法之效力，因此，必須藉由「兩公約施行法」之制定以解決我國國際地位與處境之難題，使得「兩公約」轉化為具有國內法之效力¹²。由此可知，不論何種見解，均肯認「兩公約」現已具有國內法之效力，且實務上已有不少判決直接適用之¹³。至於第二個問題，文獻看法更為歧異，有認為「兩公約」之法位階等同憲法，另有主張介於憲法與法律之間，亦有認為「兩公約」等同於法律（如發生衝突時，以後法優於前法、特別法優於普通法原則加以處理或主張人權標準優先適用），惟大多數認為，「兩公約」之規定內容相較於其他法律之

¹⁰ 如廖福特，法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約，台灣法學雜誌，163期，2010年11月，45頁以下；張文貞，國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後，收於：台灣法學會主編，台灣法學新課題(八)，2009年，3頁以下；陳怡凱，國際人權公約之內國效力——以公民與政治權公約暨經濟社會文化公約施行法為例，收於：台灣法學會主編，同前揭書，29頁以下；李建良，論國際條約的國內法效力：國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題，收於：廖福特主編，憲法解釋之理論與實務（第八輯上冊），2014年，175頁以下；徐揮彥，「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究，臺大法學論叢43卷特刊，2014年11月，840頁以下。

¹¹ 張文貞，同前註，15頁。

¹² 陳怡凱，同註10，65頁以下。

¹³ 如最高法院98台上5283、99台上1893、100台上3447、101台上3468、102台上170、103台上807等。更多相關的實務判決之整理分析，見徐揮彥，同註10，878頁以下。

位階而言，具有優越性¹⁴。

惟「反貪公約」是否可採取如「兩公約」相同的理解？對此，本文採取否定立場，按「反貪公約」與「兩公約」雖同屬國際公約，但其性質地位以及對於當事人的影響並不相同，我們不能以「反貪公約施行法」與「兩公約施行法」之立法模式相同為由，進而主張刑事法院亦得直接適用「反貪公約」以及該公約具有較高法律位階，並以「反貪公約」作為論罪科刑之依據。

本文如是主張的理由有二。首先，就國際條約之性質地位而言，國際人權法學者與國內部分學者主張，「兩公約」乃是國際人權法上唯二可以冠上「盟約」（covenant）名稱者，而且「兩公約」的前身即為世界人權宣言，現今該宣言之人權保障幾乎為戰後所有國家憲法所接受，而且國際法院、區域法院或各國法院經常直接或間接引用該宣言之人權保障規定，而「兩公約」之內容，除財產權外，其內容與世界人權宣言幾無二致，因此，其具有習慣國際法，甚至強行國際法之法律地位¹⁵。此外，國際人權公約與其他國際公約在性質上有顯著差異。大多數國際公約並未要求締約國在公約生效後，應使公約於國內法中成為個人訴訟之請求權基礎。但國際人權公約之義務性質與一般國際公約有所不同，其並非以國家間互惠合作為特徵，國際人權公約之締約國除了同意對個人權利予以無條件保障外，亦被期待具有可司法性，因此，許多國際人權公約均要求締約國應就公約所保障之權利受

¹⁴ 對於這兩個問題相關文獻之詳細整理，可參考徐揮彥，同註10，844頁以下；邱柏峻，刑事再審審查程序之適用與革新——以公民與政治權利國際公約第十四條為中心，臺北大學法律學研究所碩士論文，57頁以下。

¹⁵ 參考張文貞，同註10，8、11頁以下。關於強行國際法（絕對法）與習慣國際法之概念與形成，見姜皇池，國際公法導論，2013年，97頁以下、127頁以下。

侵害時提供法律救濟管道，「兩公約」第2條即屬此類條款¹⁶。相對的，「反貪公約」與一般國際公約並無本質上的差異，其欠缺「兩公約」之特殊性質與地位。質言之，在我國現今國際地位的特殊情況下，「反貪公約施行法」之制定對於我國有意與全球反貪腐趨勢及國際法接軌之決心，格外有其意義：我國雖無法成為「反貪腐公約」之締約國，但仍然具有認真履行該公約之決心。

其次，就刑事司法實務與當事人之影響而言，「兩公約」之目的乃在保障個人權利，故如果法院予以直接適用，對於當事人來說係有利的，而「反貪公約」主要目的之一則是在打擊懲罰貪腐行為，法院如加以適用，通常對於當事人是不利的，因此兩者對於當事人之影響顯然不同。甚且「反貪公約」雖規定了各種貪腐犯罪之類型，但其卻僅有各種貪腐行為之情狀，而欠缺法定刑之規定，因此，「反貪公約」無法直接作為各種貪污犯行論罪科刑之依據，否則，將有違罪刑法定原則。是故，儘管「反貪公約施行法」已經制定公布，倘若我們確實想要在刑事司法上與「反貪公約」接軌，唯一的作法是必須修改我國相關的刑事實體法（最主要者為「貪污條例」）以為因應。

參、「反貪公約」與「貪污條例」之初步比較 ——以公務員貪污犯罪類型為中心

我們要討論「貪污條例」應如何修改以便與「反貪公約」接軌而順利運行，第一步驟須先將「反貪公約」之定罪類型與「貪污條例」進行對照比較，分析兩者之異同，瞭解在「反貪公約」所指引的框架下，「貪污條例」有何衝突矛盾或不足之處，然後始能進一步探討應如何修改之問題。惟「反貪公約」揭示的各種

¹⁶ 徐揮彥，同註10，843頁。

貪腐行為之定罪（入罪化Criminalization）類型¹⁷，頗為眾多，包括第15條賄賂國家公職人員、第16條賄賂外國公職人員或國際組織官員、第17條公職人員侵占、竊取或挪用財物、第18條影響力交易、第19條濫用職權、第20條不法致富（資產非法增加或財產來源不明）、第21條私部門之賄賂、第22條私部門財產之竊取侵占、第23條犯罪所得之洗錢行為、第24條藏匿犯罪所得財產等。由於時間與篇幅之限制，本文不可能畢其功於一役，全部予以探討，故將範圍限縮在國家公職人員（公務員）貪污犯罪類型¹⁸。同樣的，有關「貪污條例」各種犯罪態樣之討論，亦須作對應的限縮。

此外，在開始對於「反貪公約」與「貪污條例」有關公務員貪污犯罪類型進行觀察比較之前，應注意的是：「反貪公約」所揭示之定罪類型，依「聯合國反腐敗公約實施立法指南」（Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption，下稱「立法指南」）¹⁹，可區分

¹⁷ 本文所提到的「反貪公約」各種定罪類型，係以法務部廉政署之正體中文版為準。參見<http://www.aac.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=37059&CtUnit=15012&BaseDSD=7&mp=289>（最後瀏覽日：2015/7/27）。

¹⁸ 在此有兩點應予說明，一是有關公職人員與公務員之用語，按「反貪公約」所稱之公職人員與我國「貪污條例」所指之公務員，其規範意旨與範圍約略相當，故本文在不同敘述脈絡下，有時會稱公職人員，有時會稱公務員，另外本文有時也會提到中國刑法所規定的「國家工作人員」，同樣也是為了配合敘述之脈絡，凡此皆請讀者務必注意。二是本文所稱公務員貪污犯罪之指涉範疇，係以公務員本身直接涉及貪污犯行為限，因此，其他如洗錢犯罪、財產來源不明罪等，不在討論之列。

¹⁹ 該指南之目的是，向尋求批准並實施該公約的國家提供幫助，確定立法要求、發現這些要求所產生的問題及可供各國在擬定和起草必要的立法時使用的各種辦法，見「立法指南」，2012年6月第二修訂版，iii 頁。全文參見https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_C.pdf（最後瀏覽日：2015/7/25）。又這裡要特別說明的是，該「立法指南」共有英

兩大類，其中一類係締約國必須定為刑事犯罪的罪行，只要條文中規定：「應採取必要之立法和其他措施」（shall adopt such legislative and other measures），均屬之，如第15條、第16條第1項等；另一類則屬要求締約國考慮設立之罪名，但並非絕對必須，其條文規定為「應考慮採取必要之立法和其他必要措施」（shall consider adopting such legislative and other measures），如第16條第2項、第18條等²⁰。換言之，前者為強制性規定，後者則屬應予認真考慮立法之規定（即所謂任擇性要求，但並非任擇性規定）。

按「反貪公約」涉及公務員貪污犯行的定罪態樣，計有第15條(b)款、第17條、第18條(b)款、第19條；至於「貪污條例」相關者，則是第4條（重度或一級貪污罪）、第5條（中度或二級貪污罪）、第6條（輕度或三級貪污罪）為限²¹。茲以「反貪公約」為經、「貪污條例」為緯，互為對照比較，初步探討如次。

一、公職人員受賄之犯行（強制性規定）

「反貪公約」第15條(b)款：「公職人員為其本人、其他人

文、法文、俄文、西班牙文、阿拉伯文、中文6種版本。其中中文版本係簡體中文版，該版本有關「反貪公約」之中文用語以及相關說明，與我國公布的正體中文版有若干出入，本文在介紹該「立法指南」時，同時也參酌我國正體中文版之用語而略作調整，請讀者諒察。

²⁰ 「立法指南」，第177段、第179段。

²¹ 本文所稱一級貪污罪或重度貪污罪、二級貪污罪或中度貪污罪、三級貪污罪或輕度貪污罪之用語區分，純粹係依「貪污條例」第4條、第5條、第6條法定刑之輕重為標準，與犯罪之不法內涵高低並無必然關聯。同樣採此等區分方式者，亦可見管高岳，貪污犯罪之成因及防制之道，收於：刑事法學之理想與探索(四)，2002年，216頁；李茂生，新修公務員圖利罪芻議，月旦法學雜誌，91期，2002年12月，162頁；高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學雜誌，94期，2003年3月，40頁；張麗卿，台灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論，28期，2011年2月，9頁以下。

員或實體直接或間接行求或收受不正當利益，以作為該公職人員於執行公務時作為或不作為之條件。」依「立法指南」之說明，本款罪行乃是同條(a)款之罪行（即行賄罪）之被動形式²²，此等受賄罪乃公職人員索取或收受不正當利益，以在與公務上有關的事務上作為或不作為²³。其中「公職人員」，依該公約第2條(a)款之定義，包括「(i)在締約國擔任立法、行政、行政管理或司法職務之任何人員，無論是經任命或選舉、長期或臨時，有給職或無給職、該人資歷」、「(ii)依締約國法律之定義及該締約國相關法律領域之適用，執行公務或提供公共服務之任何其他人員，包括為公營機構或公營事業執行公務」、「(iii)依締約國法律定義為公職人員之任何其他人員。但就本公約第二章所定之一些具體措施而言，公職人員得指依締約國法律之定義與該締約國相關法律領域之適用，執行公務或提供公共服務之任何人員」，而且「立法指南」特別指出：「各締約國均應當確定哪些人是第2條(a)款(i)所述類別的成員，以及這些類別各自是如何適用。」²⁴而「不正當利益」可以有形或無形的，金錢上的或非金錢上的。不正當利益之行求（索取）或收受，不以公職人員立即或直接收受為限，包括透過中間人（如親戚或政治組織），亦可。此外，所謂「執行公務」，係指不正當利益或賄賂必須與該公職人員的職責有關聯，亦即必須與對公務行為的影響聯繫起來。主觀要素則是意圖要求或收受不正當利益，以此為條件而改變公務中的行為²⁵。

²² 「立法指南」，第200段。德國刑法界也有不少人將受賄罪稱為「被動的賄賂罪」（passive Bestechung），而將行賄罪稱為「主動的賄賂罪」（aktive Bestechung），見Krey/Hellmann/Heinrich, BT/1, 15. Aufl., 2012, Rn. 899, 905; Rengier, BT/2, 14. Aufl., 2013, § 60 Rn. 2.

²³ 「立法指南」，第183段。

²⁴ 「立法指南」，第195段。

²⁵ 「立法指南」，第196段以下。

相對的，「貪污條例」有關公務員受賄犯行之規定則區分為「普通受賄罪」（第5條第1項第3款）與「加重受賄罪（違背義務受賄罪）」（第4條第1項第5款）²⁶。這兩種受賄罪之區別僅在於後者以「違背職務」為前提，前者則無此限定。除此之外，兩者之其他要件完全相同，亦即主體須為「公務員」，行為是「要求、期約或收受」，客體為「賄賂或不法利益」，行為特殊情狀係「對於職務行為」，另外還要求「賄賂或不法利益」與「職務行為」間須具「對價關係」²⁷。「貪污條例」本身並無公務員概念之定義²⁸，故其所稱「公務員」之指涉範圍應以刑法第10條第2項：「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。」、「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」之立法定義作為解釋適用的出發點²⁹。「要求、期約或收受」則均屬意思表示，「要

²⁶ 我國刑法界有不少人將「貪污條例」第5條第1項第3款（或刑法第121條）稱為「不違背職務受賄罪」，用來與同條例第4條第1項第5款「違背職務受賄罪」（或刑法第122條）相區隔，並進而認為「兩者之要件迥不相同」（如最高法院97台上1817、99台上7078等判決）。本文認為，此等見解不僅有欠允當，而且導致法律漏洞之產生，實不足採，詳細說明見吳耀宗，賄賂罪「對價關係要件」之鬆動？——評「前交通部長郭○琪台北車站商場標租收賄案」歷審判決（上），月旦裁判時報，37期，2015年7月，49頁以下。

²⁷ 林山田，刑法各罪論（下），2006年，76頁；甘添貴，刑法各論（下），2014年，382頁；陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，2013年，33頁。最高法院70台上1186判例、84台上1判例、94台上4595、101台上2044。

²⁸ 在2006年5月5日以前，「貪污條例」第2條原規定為：「依據法令從事公務之人員，犯本條例之罪者，依本條例處斷；其受公務機關委託承辦公務之人，犯本條例之罪者，亦同。」

²⁹ 刑法第11條：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。」

求」是指單方的意思表示，「期約」與「收受」則為雙方意思表示之合致，不論是何種意思表示，明示或默示均可³⁰。所謂「賄賂或不法利益」，前者係指金錢或可以金錢計算之財物，包括假借各種名義的變相給付；後者則是指賄賂以外足以供人需要或滿足人欲望一切有形或無形之利益，包括物質上的利益與非物質上的利益³¹。至於「對價關係」，多數的說法是「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」³²。

不可諱言的是，我國受賄罪在具體適用與個案認定上，某些要素極具爭議，如「公務員」、「職務行為」、「對價關係」等。惟這些爭議其實大部分係出自於解釋適用的問題而非立法本身的問題。少數與立法有關者，則是公職人員與公務員之定義問題。「反貪公約」之公職人員定義與我國刑法之公務員定義，從這兩者之文字表面的描述來看，似乎頗有差距，然而究其實質內涵，兩者之基本出發點仍未脫離「組織意義的公務員概念」與「功能意義的公務員概念」這兩種思考角度³³，而且是兩者兼採

³⁰ 參考林山田，同註27，79頁以下；甘添貴，同註27，383頁以下；陳子平，刑法各論（下），2014年，542頁；許恒達，賄賂罪之對價關係與證明難題，軍法專刊，60卷2期，2014年4月，74頁。

³¹ 最高法院21上369判例、97台上4793。

³² 此等說法源自於最高法院84台上1判例，且有文獻更指出，經檢索查詢發現，各級法院援用或採納該判例之見解者，最高法院有22件，臺灣高等法院及其分院共114件，各級地方法院共117件。見周冠宇，政治獻金、賄賂與對價關係，臺北大學法律學系研究所碩士論文，2013年6月，26頁。

³³ 關於「組織意義的公務員概念」與「功能意義的公務員概念」之說明，參見吳耀宗，評析刑法新修正之公務員概念，警大法學論集，11期，2006年3月，211頁以下；許玉秀，公務員概念的立法定義——第

之。換句話說，「反貪公約」第2條(a)款(i)係偏向「組織意義的公務員概念」，此從其涵括「擔任行政管理之人員」一詞即可看出，因為此等人員應係指從事於國家機關組織內部運作事務之人員，如任職於機關內秘書單位、人事單位、總務單位等之人員，而且其任用方式、長期或臨時等，均在所不問；而同條款(ii)(iii)則是偏向於「功能意義的公務員概念」，並且不以從事「公權力行為」為限，此由其提及「提供公共服務之人員」一語便知分曉，因為所謂公共服務，自是包含公權力行為以外之各式各樣的公共服務事項。至於我國刑法公務員之規定，同樣也可與這兩個概念相連結³⁴。由於國內近來已有蠻多文獻著墨於此議題，故本文不再贅述，以免篇幅過於龐大³⁵。

質言之，「反貪公約」所稱「公職人員」與「貪污條例」所指「公務員」，其立法用意完全相同，皆係在劃定公務員貪污犯罪之主體適格的範疇，因為不可能也不應該讓任何人均成為此類

十六次修正刑法檢討（第十條第二項），收於：司法院編，新修正刑法論文集，2006年，93頁以下；林雍昇，新刑法公務員概念與範圍的再商榷，台灣法學雜誌，102期，2008年1月，202頁以下；黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，臺大法學論叢，38卷4期，2009年12月，288頁以下。至於現今在我國實務上似乎已被廣為採納的「身分公務員」、「授權公務員」、「委託公務員」之用語（如最高法院96台上5853、97台上1429、98台上6231、99台上6219、100台上229、101台上489、102台上1448等），其可謂源自於甘添貴教授之創設，見氏著，刑法新修正之公務員概念，收於：台灣刑事法學會主編，刑法總則修正重點之理論與實務，2005年，138頁以下。惟本文認為，「身分公務員」、「授權公務員」、「委託公務員」此等用語分類，其在用語概念間之區別以及個別概念所指涉內涵之對應，並不理想，實宜避免。

³⁴ 刑法第10條第1項前段規定可歸屬於「組織意義的公務員概念」，而同條第1項後段與第2項則可歸屬於「功能意義的公務員概念」。

³⁵ 惟本文於此不免還是要贅語一下：對照於「反貪公約」公職人員之立法定義，我國刑法公務員定義過度強調「法定職務權限」此一要素，很可能是多餘且不當的。相關檢討，見吳耀宗，同註33，255頁以下；許玉秀，同註33，110頁以下。

犯罪之主體（即所謂身分犯或特別犯），至於思考的主軸始終應環繞著：在一個國家社會當中，從事於特定事務工作之人，究竟哪些人應該將其納入貪污犯罪之主體範圍，且此等思考無法脫離貪污犯罪之保護法益而進行。甚且，除非我們係採取逐一系列各類人員之立法模式，否則，縱使釐清了規範方向，然而想要明確清楚地界定此類行為主體之範圍，依舊非常困難，因為這當中的真正難處並非在於立法，而是在於具體個案之解釋適用（至於「施行法」之制定公布，是否會影響到我國刑事司法實務上對於公務員貪污犯罪之公務員概念範疇的界定與具體適用，此猶待觀察）。

另外應注意的是，「貪污條例」第4條第1項第3款規定：「建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，……收取回扣……」，此所謂「收取回扣」係指在應付他人之費用中，扣除一定比率之數額，收為己用³⁶，此正是典型的收賄行為³⁷。我們在進行「反貪公約」與「貪污條例」之公務員貪污犯行的觀察比較時，此一條款亦不能忽略。

總言之，就公務員受賄之犯行而論，「貪污條例」之立法精神與規定內容基本上與「反貪公約」是相一致的，甚至「貪污條例」之部分規範，其細緻度更超越「反貪公約」，殊值肯定。

³⁶ 最高法院71台上780。其他相同意旨者，如最高法院73台上4707、88台上1862、91台上1048、99台上2313等。

³⁷ 儘管實務上向來認為「回扣與賄賂係屬不同的行為態樣及內容，不應等同視之」（最高法院94台上439、99台上13等），然此等見解頗值商榷，相關檢討見林山田，同註27，77頁以下；陳子平，同註30，527頁以下；邢泰釗，就我國實務運作觀點，評析現行貪污治罪條例，月旦法學雜誌，94期，2003年3月，9頁。

二、公職人員侵占、竊取或挪用財物之犯行（強制性規定）

「反貪公約」第17條公職人員侵占、竊取或挪用財物是指：公職人員為其本人或其他人員或實體之利益，侵占、竊取或挪用其因職務而受託之任何財物、政府或私有資金、有價證券或其他任何有價物品。」有關本條之中文翻譯，由於聯合國毒品和犯罪問題辦事處（UNODC）所公布的簡體中文版與我國正體中文版在用語上頗有出入³⁸，而且「立法指南」中文版也是以該簡體中文版為基準，為了行文方便，以下關於本罪行之論述即以該簡體中文版為主要參考，合先敘明。

依「立法指南」之說明，本罪行所需具備的要素有：公務人員貪污、挪用或以其他方式侵犯其因職務而受託的貴重財物。本罪行須包含的情節是，此等行為係為了該公職人員本人或其他人員或實體的利益。所謂貴重財物包括任何財產、公共或私人資金、公共或私人證券或其他任何貴重物。本條沒有要求對極其輕微的犯罪提起訴訟³⁹。

有中國學者指出，本條並未明確規定何種行為屬於貪污、何種行為屬於挪用，其他方式包括哪些，由此可見，本條規定需要各締約國國內法進一步予以細化⁴⁰。在此特藉由中國刑法之相關規定與中國刑法學者之解釋⁴¹，俾使有助於「反貪公約」第17條

³⁸ 本條之簡體中文版為：「公職人員為其本人的利益或者其他人員或實體的利益，貪污、挪用或者以其他類似方式侵犯其因職務而受託的任何財產、公共資金、私人資金、公共證券、私人證券或者其他任何貴重物品。」參見 https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025_C.pdf（最後瀏覽日：2015/7/27）。

³⁹ 「立法指南」，第216段以下。

⁴⁰ 甄貞等，《聯合國反腐敗公約》與國內法協調機制研究，2007年，46頁。

⁴¹ 本文之所以介紹中國刑法的相關規定與中國刑法學者的解釋，理由有

之掌握。

按中國刑法之貪污罪，係指該法第382條第1項：「國家工作人員利用職務上的便利，侵吞、竊取、騙取、或者以其他手段非法占有公共財物的，是貪污罪。」依此，貪污的行為態樣包括「侵吞」、「竊取」、「騙取」、「以其他手段非法占有」；而所謂挪用主要是指該刑法第384條第1項挪用公款罪：「國家工作人員利用職務上的便利，挪用公款歸個人使用，進行非法活動的，或者挪用公款數額較大的，超過三個月未還的，是挪用公款罪，處五年以下有期徒刑或者拘役；情節嚴重的，處五年以上有期徒刑。挪用公款數額巨大不退還的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑。」⁴²關於挪用之意義，是指未經合法批准，或者違反財經紀律，擅自使公款脫離單位的行為，亦即暫時非法占用公

二：一是中國作為崛起中的世界強國，其積極參與各項國際事務，包括「反貪公約」以及「立法指南」之草擬，尤其在「立法指南」當中，還可看到中國外交部條約法律司代表官員之署名；二是中國在2003年即簽署該公約，2005年10月27日正式批准。從2005年迄今，其後幾次刑法修正均有部分條文與「反貪公約」有關（如2006年6月29日刑法修正案〔六〕為因應國際潮流與社會需要而修訂第163條非國家工作人員受賄罪與第164條第1款對非國家工作人員行賄罪，為適應「反貪公約」第14條、第23條之要求而修訂刑法第191條洗錢罪，為適應「反貪公約」第24條之要求而修訂刑法第312條掩飾、隱匿犯罪所得、犯罪收益罪；2009年2月28日刑法修正案〔七〕為與「反貪公約」相接軌而增訂第388條之1利用影響力交易罪；2011年2月25日刑法修正案〔八〕為符合「反貪公約」之規定而增訂第164條第2款對外國公職人員、國際公共組織官員行賄罪等，以上參見周其華，刑法修正案及配套解釋，2012年，241頁以下、327頁以下、391頁以下），同時相關的文獻資料相當繁多，具水準以上的論著亦不在少數。故整體言之，中國對於「反貪公約」之研究與實踐，遙遙領先我國。眼見「強國」法制整建與法學研究之進展如此神速，再看看我國，真叫人感慨萬千，唏噓不已！

⁴² 附帶說明一下，中國刑法涉及「挪用」此一用語之犯罪，除第384條挪用公款罪外，尚有第185條挪用資金罪、第273條挪用特定款物罪。

款⁴³。多數意見認為，即使是挪而未用，只要使單位公款擅自移轉至自己實際控制下，同樣也侵害了本罪之保護法益⁴⁴。準此，挪用公款罪與貪污罪之主要區別關鍵在於，前者是暫時的占有公款，準備將來歸還，後者則是以非法占有公共財物（含公款）為目的，即為了永久歸為己有而占有公款，不準備歸還⁴⁵。

基前所述，如果依據我國正體中文版有關「反貪公約」第17條之用語，則「貪污條例」與其相對應者，首先讓人聯想到的，乃是第4條第1項第1款：「竊取或侵占公用或公有器材、財物」、第6條第1項第3款：「竊取或侵占職務上持有之非公用私有器材、財物」。姑且不論這幾種犯行在文字用語上的若干不當與冗贅⁴⁶，其中就竊取或侵占而言，其客體有公用器材或財物、公有器材或財物、非公用私有的器材或財物。所謂公用乃指該財物為公家機關所使用，不問所有權歸屬如何，包括公有及私有⁴⁷；而所謂公有則是指該財物所有權歸屬公家機關。至於所謂非公用私有財物，當然係指屬於私人所有且非作為公家機關所使用，同時須以公務員職務上持有為限⁴⁸。

至於所謂挪用，參考「反貪公約」簡體中文版以及中國刑法

⁴³ 張明楷，刑法學，2014年，1050頁；周光權，刑法各論，2014年，411頁；曲新久主編，刑法學，2007年，562頁；高銘暄、馬克昌主編，刑法學，2007年，710頁。

⁴⁴ 陳洪兵，貪污賄賂瀆職罪解釋論與判例研究，2015年，156頁；阮齊林，刑法學，2011年，690頁；張明楷，同前註，1052頁。

⁴⁵ 李文峰，貪污賄賂犯罪認定實務與案例解析，2011年，259頁；高銘暄、馬克昌主編，同註43，710頁；張明楷，同註43，1054頁；周光權，同註43，412頁。

⁴⁶ 相關批評，見陳志祥，貪污治罪條例在內容上的評估與檢討，月旦法學雜誌，94期，2003年3月，21頁以下。

⁴⁷ 參考最高法院86台上4088。

⁴⁸ 基此，文獻上便有批評，自己持有之物，僅得侵占而無從竊取，是以，本款竊取之規定，無異贅語，見陳志祥，同註46，30頁。

學者之解釋，與未經同意擅自使用以及將職務上持有的財產非法移作他用等情形極為接近，在此等理解下，「貪污條例」第4條第1項第4款：「以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者」、第5條第1項第1款：「意圖得利，擅提或截留公款……」、第6條第1項第1款：「意圖得利，抑留不發職務上應發之財物者」似乎可與其相呼應。其中，公務員以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者，必然係指非法擅自使用之情形；而擅提公款係指未經許可擅自提取公款；所謂截留公款乃指以非法方法截取留用應行繳交之公家款項⁴⁹，倘若行為人已具有不法所有意圖，即應構成前述之侵占公有財物罪，而非此處之截留公款罪⁵⁰；又所謂意圖得利，抑留不發職務上應發之財物，則指公務員之業務職掌本係以發放財物為內容，無故抑留遲不發給而言⁵¹。

另外，倘若依照「反貪公約」簡體中文版之用語，則本條所指涉之犯行，除了竊取、侵占、挪用外，尚包含詐欺。換言之，「貪污條例」相對應之公務員貪污犯罪，除上述規定外，其他還可包括第4條第1項第3款：「建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量……者」、第5條第1項第2款：「利用職務上之機會，以詐術使人將本人之物或第三人之物交付者」。前者所稱浮報價額數量，係指虛列或增報其價格或數量，亦即虛報或以少報多⁵²。又浮報云云，本質已有詐欺取財之成分，其詐欺取財罪應為浮報行為所吸收，不另論以詐欺取財罪⁵³。後者本質上亦具有詐欺罪的性質，自不待言，惟須以公務員利用職務上機會為限。

⁴⁹ 陳志祥，同註46，21頁。

⁵⁰ 參考最高法院76台上7035、95台上4471、98台上2451。

⁵¹ 參考最高法院94台上1124、96台上4164。

⁵² 最高法院75台上5136。其他相同意旨者，如最高法院86台上2186、93台上2293、95台上646等。

⁵³ 最高法院70台上2794判例、90台上4573。

綜前所述，有關公務員竊取或侵占職務上持有（受託）的財產之罪行，「貪污條例」基本上也是與「反貪公約」第17條之規範意旨相符合，而且又針對客體之屬性為「公用或公有」或「非公用私有」分別科處不同刑度，規範密度似乎高於「反貪公約」第17條。至於公務員利用職務上的機會而詐取財產，依中國刑法學者之見解，也可與本條之罪行相對應，準此，「公務員建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品而浮報價額、數量」亦同。惟就公務員挪用職務上持有（受託）的財產之罪行而言，我國「貪污條例」與「反貪公約」存有相當落差，儘管有第4條第1項第4款、第5條第1項第1款前段、第6條第1項第1款可勉強與之相對應，但是由於部分條款根本不切實際，以致於在實務上完全找不到相關實例，因而備受批評，例如「以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者」，便有不少人主張應予刪除⁵⁴。

三、公職人員影響力交易之犯行

「反貪公約」第18條：「各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將故意觸犯之下列行為定為犯罪：……(b)公職人員或其他任何人員為其本人或他人直接或間接要求或收受任何不正當利益，以作為該公職人員或其他人員濫用其本人實際或被認為具有之影響力，從締約國之行政部門或政府機關獲得任何不正當利益之條件。」⁵⁵

或許由於本條之犯行非屬必須設立的罪名，因此「立法指

⁵⁴ 張麗卿，同註21，17頁；邢泰釗，同註37，10頁；陳志祥，同註46，26頁。

⁵⁵ 本條(a)款為「向公職人員或其他人員直接或間接行求、期約或交付任何不正當利益，使其濫用本人之實際影響力或被認為具有之影響力，以為該行為之人或其他任何人從締約國之行政部門或政府機關，獲得不正當利益。」「立法指南」將此款稱為「主動的影響力交易」，而(b)款則稱為「被動的影響力交易」。

南」對於本條之說明極為有限，較重要者僅有「第15條和第18條之間有一個主要差別。第15條所規定的犯罪涉及公職人員在執行公務過程中的作為或不作為。相比之下，第18條規定，罪行涉及使用實際影響力或被認為的影響力，為第三人從國家行政部門或者公共機關獲得不正當利益」⁵⁶由此可知，想要從國家行政部門或者公共機關獲得不正當利益之人係指行為人以外之第三人，而並非行為人本人。不過「立法指南」對於所謂影響力之概念說明，卻付之闕如。是以，本條之「濫用本人實際影響力或被認為具有之影響力」與我國賄賂罪有關「職務行為」在解釋適用上所提到的「實質影響力」之概念能否謂為相當，猶待討論。

在此仍參考中國刑法之相關規定加以說明。按中國刑法第388條：「國家工作人員利用本人職權或者地位形成的便利條件，通過其他國家工作人員職務上的行為，為請託人謀取不正當的利益，索取請託人財物或收受請託人財物的，以受賄論處。」學理上將此稱為斡旋受賄罪⁵⁷。而且文獻上有不少人認為，該條規定大致與「反貪公約」第18條(b)款之「影響力交易罪」相當或相類似⁵⁸。

惟上述所稱「利用本人職權或者地位形成的便利條件」之意

⁵⁶ 「立法指南」，第281段。

⁵⁷ 張明楷，同註43，1073頁；高銘暄、馬克昌主編，同註43，712頁；李文峰，同註45，356頁

⁵⁸ 趙秉志，關於我國刑事法治與《聯合國反腐敗公約》協調的幾點初步探討，法學雜誌，1期，2005年1月，16頁；姜偉、杜學毅，我國刑法與《聯合國反腐敗公約》銜接問題初探，收於：人民檢察，2006年，22頁；于陽、朱健偉，《刑法修正案（七）（草案）》與《聯合國反腐敗公約》的立法協調與完善，法律適用，12期，2008年，30頁；陳憲澤主編，《聯合國反腐敗公約》與中國刑事法制的完善，2010年，67頁。然而另有不同意見認為，影響力交易與斡旋受賄雖有相似之處，但實際上與之的關係是包含與被包含的關係，其內容與範圍遠比受賄要廣，甄貞等，同註40，48頁。

義為何？其與中國刑法第385條受賄罪所規定「利用職務上的便利」究竟有何區別？此在刑法學界原本頗有爭議⁵⁹，不過經中國2003年最高人民法院《全國法院審理經濟犯罪案件工作座談會紀要》第2條第3項指出：「刑法第388條規定的『利用本人職權或者地位形成的便利條件』，是指行為人與被其利用的國家工作人員之間在職務上雖然沒有隸屬、制約關係，但是行為人利用了本人職權或者地位產生的影響，如單位內不同部門的國家工作人員之間、上下級單位沒有職務上隸屬、制約關係的國家工作人員之間、有工作聯繫的不同單位的工作人員之間等。」⁶⁰自此之後，這樣的見解幾乎已成共識。相對的，刑法第385條受賄罪之「利用職務上的便利」，通說認為，如果國家工作人員利用本人職務上主管、負責、承辦某項公共事務的職權，或者利用職務上有隸屬、制約關係的其他國家工作人員的職權，均屬之。此外，擔任單位領導職務的國家工作人員通過不屬自己主管的下級部門的國家工作人員的職務為他人謀取利益的，亦應直接適用該條⁶¹。質言之，如果公務員（國家工作人員）係藉由對於其他公務員的職務行為之影響而受賄，則依其影響力之形成產生是否具有職務上的隸屬、制約關係，而分別適用刑法第385條與第388條。

如此看來，「貪污條例」受賄罪有關「職務行為」之解釋，縱使採納「職務實質影響力所及之行為」（或職務密切關聯性行為）之見解⁶²，本文認為，顯然與「反貪公約」第18條所揭的公職人員影響力交易之罪行還是有所出入，因為從本條之文字用語「濫用本人實際影響力或被認為具有之影響力」來看，其並非以

⁵⁹ 各種不同意見之整理，見李文峰，同註45，358頁以下。

⁶⁰ 引自李文峰，同註45，359頁。

⁶¹ 張明楷，同註43，1073頁；阮齊林，同註44，696頁。

⁶² 關於賄賂罪之職務行為，國內刑法界近來有所謂「法定職務權限說」與「實質影響力說」之爭，詳細探討，見吳耀宗，賄賂罪「職務行為」之研究，警察法學，14期，2015年7月，250頁以下。

有實際影響力為限，尚包括「被認為具有之影響力」（下稱「表象影響力」），甚至即便單單就「實際影響力」以觀，我國刑法界所認定受賄罪之「職務實質影響力所及之行爲」似乎僅侷限在中國刑法界所提到的具有隸屬制約關係之情形，而不及於欠缺隸屬制約關係、但具有職務影響力之範疇。換言之，即使是採取所謂「實質影響力說」，「貪污條例」受賄罪仍無法與本條罪行相對應。

另不容忽略的是，「貪污條例」第6條第1項第5款：「對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者」，其中所稱「利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益」，實務向來認為「對於非主管或監督事務，利用職權機會或身分圖利罪，其所謂『利用職權機會圖利』，係指假借或利用其職權上一切可資憑藉之機會而據以圖利者而言。其所假藉或利用者，並不以其職務上具有決定權者為限，即使由職務上所衍生之機會，亦包括在內。另所謂『利用身分圖利』者，則指行為人之身分對於該事務具有某種程度之影響力，而利用此身分據以圖利者而言。上述所謂對於該事務有無可資憑藉之機會或影響力，並非指行為人對於該事務有無主持、執行或監督之權限，苟從客觀上加以觀察，因行為人之職權或其身分上之機會有所作為，致使承辦該事務之公務員於執行職務時心理受其拘束而有所影響，行為人並因而圖得自己或他人不法利益，即足當之。」⁶³依照此等說法，該條款顯然與「反貪公約」公職人員影響力交易之罪行具有一定程度的對應關係。

⁶³ 最高法院102台上2619，其他相同意旨者，如最高法院73台上1594判例、100台上5807、100台上7001等。

申言之，本條之罪行與「反貪公約」第15條公職人員受賄並不相同，前者不具職務上隸屬制約關係，後者則具備之；而且前者所稱的影響力另包括「表象影響力」，涵蓋範圍更為廣泛。相對的，「貪污條例」之受賄罪，實務上認定具有「實質影響力」者，皆屬於具有職務上隸屬制約關係之情形⁶⁴，故其與本條之罪行根本無關。至於「貪污條例」第6條第1項第5款非主管監督事務圖利罪，雖與本條之罪行有一定對應關係，但事實上並非完全一致，而是處於一種交錯狀態。換言之，圖利者可能圖利自己，也可能圖利第三人⁶⁵，同時也不排除既圖利自己又圖利第三人之情形；此外，被圖利之第三人可能知情，也可能不知情⁶⁶。在這幾種情形中，唯有圖利知情之第三人且行為人自己亦從中圖利，始可能與本條之罪行相當。又「反貪公約」公職人員影響力交易之罪行不以違背職務執行的相關法令為必要，但「貪污條例」公務員對於非主管監督事務圖利罪卻係以違背職務執行的相關法令為限⁶⁷。

四、公職人員濫用職權之犯行

「反貪公約」第19條：「各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將故意觸犯之下列行為定為犯罪：濫用職權或地位，即公職人員在執行職務時違反法律而作為或不作為，以為其本人、其他人員或實體獲得不正當利益。」

與前述公職人員影響交易相比較，「立法指南」對於本條之說明更為簡略，僅三段而已，稍值注意者為「該犯罪可包含各類

⁶⁴ 如最高法院99台上7078、100台上7001、101台上2049、101台上6482、102台上2967。

⁶⁵ 最高法院69台上2074、75台上3334、81台上285。

⁶⁶ 參考最高法院81台上2825、86台上77。

⁶⁷ 參考最高法院97台上3415、98台上5208、103台上3361；不同意見者，如102台上3346。

行為，例如公職人員洩露機密或特許不洩露的信息。」⁶⁸故對於本條之理解，仍須適度參酌中國刑法學者之說明。

有中國刑法學者指出：「為應對腐敗犯罪，《反腐敗公約》通過『行為截堵』與『結果截堵』兩種方式來規定腐敗犯罪，以嚴密法網。行為截堵是從腐敗行為的特質（權力的濫用）出發來監督主體的職權或地位便利是否被濫用；結果截堵是從結果上反向考察權力行使主體的職務廉潔性。」⁶⁹至於中國刑法與「反貪公約」第19條公職人員濫用職權罪行之對應情形如何？看法並不一致，有認為，公約規定的濫用職權犯罪與中國刑法第九章瀆職罪基本上是對應的⁷⁰，因此，公約的濫用職權行為完全可以被中國刑法的受賄罪與濫用職權罪所覆蓋，沒有進一步修改濫用職權罪之必要⁷¹；但另有主張，中國刑法與「反貪公約」第19條相對應的乃第397條濫用職權罪、玩忽職守罪：「國家機關工作人員濫用職權或玩忽職守，致使公共財產、國家和人民利益遭受重大損失的，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節特別嚴重者，處三

⁶⁸ 「立法指南」，第292段。

⁶⁹ 陳澤憲主編，同註58，70頁。

⁷⁰ 中國刑法第九章瀆職罪，包括第397條（濫用職權罪）（玩忽職守罪）、第398條（故意洩露國家秘密罪、過失洩露國家秘密罪）、第399條（徇私枉法罪）（民事、行政枉法裁判罪）（執行判決、裁定失職罪）（執行判決、裁定濫用職權罪）、第399條之1（枉法仲裁罪）、第400條（私放在押人員罪）（失職致使在押人員脫逃罪）、第401條（徇私舞弊減刑、假釋、暫予監外執行罪）、第402條（徇私舞弊不移交刑事案件罪）、第403條（濫用管理公司、證券職權罪）、第404條（徇私舞弊不徵、少徵稅款罪）、第405條（徇私舞弊發售發票、抵扣稅款、出口退稅罪）（違法提供出口退稅憑證罪）、第406條（國家機關工作人員簽訂、履行合同失職罪）、第407條（違法發放林木採伐許可證罪）、第408條（環境監管失職罪）、第408條之1（食品監管瀆職罪）等，一直到第419條（失職造成珍貴文物毀損、流失罪），共23條，罪名種類繁多細瑣，令人目不暇給。

⁷¹ 陳澤憲主編，同註58，71頁。

年以上七年以下有期徒刑。本法另有規定的，依照規定。」並表示：「我國刑法因為對於濫用職權罪的客觀方面沒有具體規定，致使我國在濫用職權的認定上存在很大爭議」、「故應依據《公約》的規定，明確濫用職權罪之客觀方面，寫明濫用職權罪是指公職人員濫用職權或地位，在履行職務踰越職權、不正當行使職權或不履行職權時，以為其本人或者其他人員或實體獲得不正當好處。」⁷²

在此首要強調的是，本條之罪行並非僅是單純的公職人員濫用職權或地位之行為而已，而是行為人主觀上必須是「爲了」其本人、其他人員或實體獲得不正當利益（即圖謀不正利益），故依本文之見，較精確的罪名應是「公職人員濫用職權圖利罪」。

其次，誠如前面中國刑法學者所言，本條性質上屬「截堵條款」，亦即唯有在公務員之貪污犯行無法歸屬於「反貪公約」前述各條之罪行時，始有本條之適用。職是，如果「貪污條例」所列之各類公務員貪污犯罪已能夠與前述各條罪行相對應者，即無須於此重複討論。因此，「貪污條例」其他可能與本條罪行相對應者，本文認為，有第5條第1項第1款後段：「意圖得利，……違背法令收募稅捐或公債者」、第6條第1項第2款：「募集款項或徵用土地、財物，從中舞弊者」、同條項第4款「對於主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者」。

在上述幾種犯罪之中，公務員意圖得利而違背法令收募稅捐或公債者約略相當於刑法第129條第1項違法徵收罪；而主管監督事務圖利罪之要件則與刑法第131條圖利罪幾近完全相同。這兩

⁷² 甄貞等，同註40，49頁及51頁以下。

種公務員貪污犯罪在刑法上同時亦屬於瀆職罪章之犯罪⁷³，同時參酌中國刑法學者之見解，應可認為與「反貪公約」公職人員濫用職權之罪行存有某種程度的對應關聯性。至於「募集款項或徵用土地、財物，從中舞弊者」，由於所謂「從中舞弊」係屬極度概括、模糊不清的用語⁷⁴，故其當然也可涵括本條所稱之「濫用職務權限或地位而圖利」。

這裡須再討論的是主管監督事務圖利罪之問題。按在2001年10月25日以前，「貪污條例」之主管監督事務圖利罪原規定：「對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖私人不法之利益者」，依此，有關該罪之理解是指「祇須公務員對於主管或監督之事務，有直接或間接圖利之意思而表現於行為，即已構成，不以實際得利為限。」⁷⁵、「對於主管或監督之事務，直接或間接圖利罪，乃公務員職務上圖利之概括規定，必其圖利行為不合於同條例第四條至第六條各款之特別規定者，始有其適用。」⁷⁶是以，上述有關主管監督事務圖利罪之規定與理解實與「反貪公約」公職人員濫用職權之罪行有高度的對應關係，因為兩者皆不以實際得利為必要，而且兩者性質上都是在攔截其他條款所無法規範之公務員貪污犯行，具有補充的功能。然而在2001年10月25日以後，「貪污條例」之主管監督事務圖利罪修改為：「對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或其他私人之不法利益，因而獲得利益者」，亦即將其修改為結果犯。如此一來，主管監督事務圖利罪因而產生本質上的轉變，其

⁷³ 貪污罪與瀆職罪並不能劃上等號，兩者之間存在著一種交錯關係，詳細說明，見吳耀宗，立法委員替他人「喬」契約而收錢，該當何罪？——評台北地院101年度金訴字第47號刑事判決，月旦裁判時報，25期，2014年2月，99頁以下。

⁷⁴ 相關批評，見張麗卿，同註21，16頁；陳志祥，同註46，25頁。

⁷⁵ 最高法院69台上2074。

⁷⁶ 最高法院74台上63。

變成以行為人自己或第三人實際獲利為必要，而且對於公務員之貪污犯行也不再具有攔截、補充的規範作用。一言以蔽之，主管監督事務圖利罪與本條之罪行原本存在的高度對應關係現已不復存在了⁷⁷。

五、「貪污條例」難以與「反貪公約」對應之公務員貪污犯罪

「貪污條例」第4條第1項第2款：「藉勢或藉端勒索、勒徵、強占或強募財物者」，其中所謂「藉勢」係指憑藉權勢、權力，而所謂「藉端」則是以某種事由為藉口⁷⁸，故而藉勢或藉端勒索財物乃指係指行為人利用權勢權力或假藉端由，以強迫或恫嚇之方法，向人逼勒財物，致使被害人畏怖生懼而交付財物，始克相當⁷⁹。準此，刑法界多認為，所謂勒索、勒徵即相當於刑法恐嚇取財罪⁸⁰。而且依實務見解，公務員所藉權勢事由，並不以其職務範圍內或其職務有直接關係為必要⁸¹。

至於藉勢或藉端強占或強募財物罪，有認為近似刑法搶奪或

⁷⁷ 至於主管監督事務圖罪之現行條文（2009年4月22日修正）與2001年10月25日修正之條文，並無實質的變動差異，如最高法院99台上4108即謂：「上訴人等行為後貪污治罪條例第六條第一項第四款圖利罪關於『明知違背法令』之『法令』，固於九十八年四月二十二日修正公布為明知違背『法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定』，並於同年月二十四日生效施行，然此乃實務見解之明文化，其新舊法之構成要件及處罰輕重相同，要無比較適用之問題，原審因而未為新、舊法之比較適用，並無不合。」

⁷⁸ 最高法院92台上1096、92台上4011。

⁷⁹ 最高法院92台上6035、92台上5599。

⁸⁰ 高金桂，同註21，38頁；陳志祥，同註46，23頁；張麗卿，同註21，19頁。

⁸¹ 參考院解字3672號、最高法院92台上1296、101台上1905、101台上2838、103年台上2705。

強盜罪（以及不純正瀆職罪）⁸²，但也有認為相當於恐嚇取財罪（以及不純正瀆職罪）⁸³，惟此部分，實務上未見有任何相關判決。

由於「反貪公約」前揭之各類公職人員貪污罪行以及「立法指南」之相關說明均無相同或類似的行為情狀之描述，是以，本文認為，「貪污條例」之藉勢藉端勒索勒徵或強占強募罪與「反貪公約」似乎並無可對應之罪行。

肆、「貪污條例」之修法建議——以公務員貪污犯罪為中心

依「維也納條約法公約」（Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, VCLT）第26條：「凡有效之條約對其各當事國有拘束力，必須由各該國善意履行。」、第27條：「條約當事國不得援引其國內法規定為理由而不履行條約。」又「反貪公約」第65條第1項：「各締約國均應依其國家法律之基本原則採取必要之措施，」據此，「反貪公約」之締約國當然必須善意且切實地履行本公約。

同樣的，儘管我國無法成為「反貪公約」之締約國，但既然已制定通過「反貪公約施行法」，且明白表示「決心與現行全球反貪腐趨勢及國際法制接軌」、「促進公約所揭示反貪腐法制和政策之實現」，故而在「反貪公約施行法」制定後，我國亦應善意認真履行之。

基於上述認知以及前面對於「反貪公約」與「貪污治罪條例」有關公務員貪污犯罪所作之初步比較，本文以下乃是在「反貪公約」所劃定的框架內，而且在字數篇幅與時間之限制下，僅

⁸² 陳志祥，同註46，24頁；張麗卿，同註21，20頁。

⁸³ 高金桂，同註21，38頁。

就「貪污條例」公務員貪污犯罪之中較為重大的修改方向提出建議⁸⁴。至於究竟應該針對「貪污條例」本身加以增修抑或應將其廢止而轉向對刑法進行增修，此問題不在本文討論之列。

在提出修法建議之前，我們應注意的是，「立法指南」多次強調，「反貪公約」之強制性規定僅是各國必須遵守的最低限度標準⁸⁵，而且「反貪公約」第65條第2項：「為預防與打擊貪腐，各締約國均得採取比本公約規定更為嚴格或嚴厲之措施。」質言之，「反貪公約」各類貪污犯行之定罪標準僅是最低標而已，其歡迎各締約國採取更嚴厲之刑事立法。

一、應一致性地擴大貪污犯罪之客體範圍

「貪污條例」有關公務員貪污犯罪之客體範圍，有稱為「器材、財物」（第4條第1項第1款、第6條第1項第3款）、有稱為「財物」（第4條第1項第2款、第6條第1項第1款）、有稱為「物品」（第4條第1項第4款）、有稱為「物」（第5條第1項第2款）、有稱為「賄賂或不正利益」（第4條第1項第5款、第5條第1項第3款）、有稱為「利益」（第6條第1項第4款與第5款）等，不一而足。

在上述混亂的用語當中，雖然我們大致還是可將其分成財物（包括器材、物品、物、賄賂）與利益這兩大類（前者是指具經濟價值的有體物，後者則是指財物以外之一切利益，包括物質利益與非物質利益），然而由於某些公務員貪污犯罪之客體範圍的規定不當，不僅導致不合理的結論，而且亦有違「反貪公約」所揭示的規範精神。

例如公務員藉勢向他人勒索一筆債權，由於債權非屬財物，

⁸⁴ 國內對於「貪污條例」的檢討與立法建議已有不少文獻，惟其皆係在國內刑事法體系範圍內進行探討，與本文之探討重點是有所差異的。

⁸⁵ 「立法指南」，第21段、第179段。

而是利益，因此，無法依「貪污條例」藉勢藉端勒索財物罪論處，而只能論以刑法恐嚇得利罪⁸⁶，惟刑法恐嚇得利罪之刑度僅「六月以上五年以下有期徒刑，得併科一千元以下」，其與「貪污條例」藉勢藉端勒索財物罪之刑度「無期徒刑或十年以上有期徒刑」實有天壤之別，不公失當之處，至為灼然！

又「反貪公約」有關公職人員貪污之客體範圍，除第17條外，均規定為「利益」，而且所稱利益，其範圍包括有形的與無形的、金錢的與非金錢的，已如前述。至於「反貪公約」第17條，如依照簡體中文版，該條為「公職人員為其本人的利益或者其他人員或實體的利益，貪污、挪用或者以其他類似方式侵犯因職務而受託的任何財產、公共資金、私人資金、公共證券、私人證券或者其他任何貴重物品。」其中所稱財產，「立法指南」更特別指出，依「反貪公約」第2條(d)款，財產係指各種資產，不論是物質或非物質、動產或不動產、有形或無形，以及證明對此種資產的產權或利益的法律文件或文書⁸⁷。由此可知，「反貪公約」各類公職人員貪污之客體，皆未狹隘地限於具經濟價值的有體物。

基前所述，「貪污條例」在各種不同公務員貪污犯罪類型中分別以不同客體加以規範，絕大部分毫無實質合理之依據，同時在「反貪公約」規定之對照下，更顯得落伍。是故，本文認為，有關公務員貪污犯罪之客體應一律修改為「財產」或者「利益」。

二、圖利罪應再度修正為「行為犯」

「貪污條例」之圖利罪（包括主管監督事物圖利與非主管監督事務圖利）於2001年10月25日從原來的行為犯（舉動犯）修改

⁸⁶ 實務類似案例，見臺北地方法院101金訴47。

⁸⁷ 「立法指南」，第218段。

爲現今的結果犯，已如前述，雖然修法理由謂：「第一項第四款、第五款圖利罪修正爲結果犯。俾公務員易於瞭解遵循，避免對『便民』」與『圖利他人』發生混淆，而影響行政效率。爰將本條圖利罪修正以實際圖得利益爲構成要件。」⁸⁸然而這樣的修法理由根本是牛頭不對馬嘴，因爲公務員之所以會對於「便民」與「圖利」發生混淆，最有可能的原因是其對於法令之不熟悉或者誤解。本文無法想像，圖利罪在立法上應設計爲行爲犯或結果犯，此究竟與「便民」／「圖利」之區隔有何關聯。而且我們可以確定的是，此等修法的後果提高了圖利罪成立之門檻，無異是變相鼓勵公務員違法圖利，顯屬不當！

以下藉由受賄罪之對照說明，能讓我們更爲明瞭。接受賄罪之行爲態樣包含要求、期約、收受，已如前述，而且受賄罪本質上也是圖利罪之一種，它是特殊的圖利類型。此等理解正可說明爲何過往實務上會認爲「對於主管或監督之事務，直接或間接圖利罪，乃公務員職務上圖利之概括規定，必其圖利行爲不合於同條例第四條至第六條各款之特別規定者，始有其適用。又公務員就其主管或監督之事務收受賄賂者，仍不失爲就職務上之行爲收受賄賂而視其情節，應分別依同條例第四條第六款或第五條第三款之特別規定論擬。」⁸⁹據此，受賄罪作爲圖利罪之特殊類型，其既然不以收受賄賂或不正利益之行爲爲限，則作爲概括規定之圖利罪更無理由以實際圖得利益爲要件。是以，圖利罪就其本質而言，客觀上應該只要有圖利行爲即可。

「反貪公約」正是基於相同的立法思維，因此，其與「貪污條利」主管監督事務圖利罪可得對應之公職人員濫用職權罪行，

⁸⁸ 參見[http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@25:1804289383:f:NO%3DE04551*%20OR%20NO%3DB04551\\$S10\\$\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@25:1804289383:f:NO%3DE04551*%20OR%20NO%3DB04551$S10$$$NO-PD)（最後瀏覽日：2015/07/29）。

⁸⁹ 最高法院74台上63。其他相同意旨者，如最高法院75台上6472、78台上1959、83台上2990、87台上4395等判決。

同樣也不以其本人、其他人員或實體實際得利為要件，而是只要為了使其本人、其他人員或實體獲得利益而濫用職權或地位便足矣，亦即前所提到的具有「行為截堵」之特性。職是之故，倘若我們確實要與「反貪公約」接軌，則不論主管監督事務圖利罪抑或是非主管監督事務圖利罪，皆應再次修正為行為犯。

三、增訂「利用職務上之機會挪用他人財產罪」

如前所述，「反貪公約」第17條所規定的公職人員挪用其因職務受託的財產等之犯行，倘若依照中國刑法學者之解釋，所謂挪用乃非法擅自使用，依此，即約略相當於我國刑法界所稱未經同意之使用（或稱使用竊盜）。

未經同意而擅自使用他人之財產，我國刑法界通說向來認為不會成立竊盜罪，主要理由係認為行為人主觀上欠缺不法所有意圖⁹⁰。準此而論，即便公務員係未經同意而使用國家財產，除「以公用運輸工具裝運違禁物品或漏稅物品者」外，也從來無人主張得依「貪污條例」論處。

惟所謂未經同意使用他人財產不成立竊盜罪之此等結論，事實上並非絕對，換言之，其必須主觀上僅具短暫排斥原物所有人或持有人持有支配地位之意圖，而且必須未使該物發生質變或減損其經濟價值，另尚須具有交還意圖。準此而論，實務上有不少未經同意使用他財產之情形（如將擅自他人腳踏車騎走後，使用完即隨意丟棄路旁），其實仍可成立竊盜罪。同樣的道理，公務員未經同意而使用公用或公有財產或非公用私有財產，我們無法一律將其排除於「貪污條例」之外，而是應該視具體情況為判

⁹⁰ 林山田，刑法各罪論（上），2006年，330頁；林東茂，刑法綜覽，2014年，2-124頁；陳子平，刑法各論（上），2014年，383頁；蔡聖偉，竊盜罪之主觀構成要件（下），月旦法學教室，80期，2009年6月，41頁。最高法院75台上8、100台上3232等判決。另有主張應成立竊盜罪者，如甘添貴，刑法各論（上），2014年，223頁。

斷。至於公務員未經同意而挪用職務上持有的財產，亦復如此⁹¹。

不過我們必須承認，即便屬於典型的未經同意使用他人財產之情形（如擅取他人小說，觀看數日返還⁹²），事實上對於他人之財產還是有所侵害（至少已妨害到他人對於其財產使用支配的權利），只是由於此類典型案例造成的侵害通常極為輕微，基於刑法最後手段性之考量，通說才會以欠缺不法所有意圖為理由而否定其犯罪之成立。本文認為，法益侵害之輕微性才是其背後真正的思想基礎。

至於公務員挪用其職務上持有的他人財產或者利用職務上的機會非法擅自使用他人財產（包括國家財產與私人財產），即便其挪用或使用並非長期，而且並未造成質變或減損經濟價值，同時該公務員確實亦具有交還意思，例如保管機關零用金之公務員，將該零用金部分投入股市短線操作，其打算等到該機關需要使用該筆零用金時，再向他人調度歸還。在此等情況下，該公務員之行爲是否也不應予以入罪化？

關於上述情形，中國刑法學者認為，此等挪用公款之行爲是侵害到公款之使用、收益權以及公務行爲之廉潔性⁹³，中國刑法第384條挪用公款罪即針對此等行爲而科處刑罰，已如前述。基此，我們可以合理推論，「反貪公約」第17條公職人員挪用其因職務受託的財產等之規定也是出於相同的法益觀與刑罰觀。

其實公務員挪用其職務上持有的他人財產或者利用職務上的機會非法擅自使用他人財產之情形在實務上並不罕見，只是可能

⁹¹ 實務上便曾發生警察將其查扣之疑似遭棄的贓車擅自開回家使用之案件，高等法院因認定行爲人具有不法所有意圖，故依「貪污條例」第6條第1項第3款侵占職務上持有之非公用私有財物罪論處（見臺灣高等法院92上訴677）。

⁹² 引自林東茂，同註90，2-123頁。

⁹³ 張明楷，同註43，1049頁；周光權，同註43，409頁。

由於多數係屬情節輕微者，以致於我們不會想要動用刑罰予以制裁，然而我們不能卻因此而將所有的公務員利用職務上機會挪用或非法擅自使用他人財產之情形一律排除於刑罰制裁之外，因為現實上確實可能存在情節嚴重之情形。尤其公務員利用職務上機會挪用他人財產，其侵害的法益絕非僅是財產法益而已。故「反貪公約」第17條將公職人員挪用其因職務受託的財產確實有其道理。

雖然「貪污條例」有部分條款與「反貪公約」第17條似乎具有一定對應關係，但是過於零散片斷，而且有些條款與現實脫節，以致於實務上未見相關案例，應全部予以刪除，而重新制定一個足以涵括各類態樣的公務員挪用財產之犯行。

職是，我國既然要善意且切實地履行「反貪公約」，則應慎重考慮將上述公務員利用職務上的機會而非法挪用或擅自使用他人財產之行爲予以入罪化。不過同時也應考量到我國刑法界通說之見解，即竊盜罪與侵占罪之區別係在行爲人對於行爲客體持有支配關係之有無，因此在文字表達上應有所差別，換言之，「反貪公約」第17條有關挪用行爲之文字表述應略作調整。本文認為，似可增訂如次的條文：「公務員利用職務上機會挪用他人財產者」，抑或「公務員挪用職務上持有之他人財產或利用職務上機會非法擅自使用他人財產者」，並且應限定在情節嚴重之情形⁹⁴。

四、增訂「利用影響力受賄罪」或「斡旋賄賂罪」

本文前面已經提過，「貪污條例」第6條第1項第5款非主管監督事務圖利罪與「反貪公約」第18條(b)款利用影響力交易之

⁹⁴ 其實依照「立法指南」第217段之說明，「反貪公約」並無意處罰極其輕微的貪污行爲，這是我們在實踐該公約時，應特別注意的。而此處所稱情節嚴重者，可參考中國刑法第388條之規定，見本文，參、二。

罪行具有一定程度的對應重合，但仍未完全一致。例如公務員甲接受A之金錢請託，向平常與其有業務往來關係之公務員乙說項，請求乙對於其所承辦A之申請案件予以迅速處理。在此情況下，甲如無違背其職務執行的相關法令，則依照「貪污條例」之現行規定，毫無可規範之餘地。然而此等公務員欠缺職務上隸屬制約關係之受賄情形，正屬於「反貪公約」之利用影響力交易罪所要規範的貪污行為類型之一。

因此，倘若我國決心與「反貪公約」完全接軌，仍應參考「反貪公約」第18條而增設所謂公務員利用影響力受賄罪，或者至少參考中國或日本刑法或者英國2010年反賄賂法而制定所謂斡旋受賄罪⁹⁵。其實，類似的修法建議，國內文獻上已有人提議過⁹⁶，不過主管機關似乎未有任何動靜，本文認為，在「反貪公約施行法」制定公布後，對於此類公務員受賄之行為，應可產生更強大的修法動力。

⁹⁵ 日本刑法第197條之4：「公務員受請託利用其地位斡旋其他公務員為違背職務或不為一定之職務行為，要求、期約或收受賄賂者」（引自曾淑瑜，賄賂與職務之關聯性，月旦法學雜誌，151期，2007年12月，238頁）；英國2010年反賄賂法第2條第5項與所謂斡旋收賄罪相關（但不完全是），由於條文直譯並不容易理解，故而意譯如次：「行為人意圖要求、期約、收受經濟上或其他性質的利益，要求、同意或默許他人不正執行職務」、「行為人要求、期約、收受經濟上或其他性質的利益，而後要求、同意或默許他人不正執行職務」（參考王君祥編譯，英國反賄賂法，2013年，28頁；許恒達，從英國2010年新賄賂法談我國反貪污法制修正方向，輔仁法學，44期，2012年12月，72頁以下）。

⁹⁶ 曾淑瑜，同前註，239頁；許恒達，同前註，85頁以下。

伍、結語——全面徹底檢討「貪污條例」之絕佳時機

有關「貪污條例」之檢討與修廢問題，近幾年來國內刑法界迭有討論，而且行政主管機關與立法機關確實也針對該條例進行多次修法，惟可惜的是，大多僅是零星片斷式的修法，始終欠缺整體宏觀的思維，以致於總讓人有「頭痛醫頭、腳痛醫腳」的印象。

雖然本文所探討的議題範圍僅限於從「反貪公約」的角度去檢視「貪污條例」各類公務員貪污犯罪相關規定，並經初步比較後而提出粗略的修法建議，不過本文深深以為，「貪污條例」有待深入檢討修正之處，何其眾多，而且絕非透過幾篇論文即可解決。職此之故，行政主管機關與立法機關實應密切合作，結合國內刑法學界與實務界之知識、智慧與經驗，進行全面徹底檢討，以期重新建構一部既符合「反貪公約」要求且合理有效的抗制貪污犯罪之刑事法制。質言之，此次「反貪公約施行法」之制定公布可說提供了一個絕佳的修法時機，我們應好好把握，否則，機會可能稍縱即逝！

財產來源不明罪與 反貪腐公約內國法化之評估

許恒達^{*}

目 次

壹、聯合國反貪腐公約內國法後 的新課題	參、從公約及施行法立法意旨檢 討財產來源不明罪
貳、財產來源不明罪的立法目的 與實務運作	一、尙不違反法律明確性原則
一、財產來源不明罪的立法	二、違反被告訴訟權保障之不 自證己罪原則
二、我國實務現況	三、違反比例原則
三、小 結	肆、結論：刪除財產來源不明罪 以符合公約規範意旨

^{*} 國立政治大學法學院副教授。

壹、聯合國反貪腐公約內國法後的新課題

立法院於2015年5月5日三讀通過「聯合國反貪腐公約施行法」（以下簡稱為「施行法」）¹，施行法第1條揭櫫施行法的立法宗旨：「為實施西元2003年聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption），健全預防及打擊貪腐體系，加強反貪腐之國際合作、技術援助、資訊交流，確保不法資產之追回及促進政府機關透明與課責制度，特制定本法」，我國礙於國際地位低落，難以加入全球性國際條約²，因此轉用內國化法技術，實質地達成國際公約的參與效果，先設法追求與國際公約內容、精神相接軌的內國法規範體例，並期待有朝一日能夠真正加入國際公約。聯合國反貪腐公約（以下簡稱「公約」）也就在這樣的氛圍，透過施行法而成為我國法律系統的一部分³，這一點尤見於施行法第2條第1項規定：「公約所揭示之規定，具有國內法律之效力」，未來內容繁雜的公約，也因此具備我國內國法的直接適用效力。

至於該如何適用已經內國法化的公約規範，施行法中也有相關明文，施行法第3條第1項說明反貪腐公約內容的解釋原則：

¹ 參見法務部2015年5月5日之新聞稿，<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=388342&ctNode=27518&mp=001>（2015年6月3日造訪）。

² 例如我國立法院於2009年3月時批准兩公約（公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約），同時通過兩公約施行法，總統於批准後透過友邦將批准書遞交聯合國存放（deposit），但聯合國秘書長未接受我國批准書，但我國仍基於兩公約施行法而將兩公約精神內國法化。由於我國國際地位特殊，透過施行法的介面而將國際公約內國法化，極有可能成為未來大勢所趨。相關討論，參考廖福特，國際人權條約內國法化與地方自治體，台灣國際法季刊，7卷2期，2010年6月，頁96-102。

³ 另一個以施行法內國法化的適例即「公民與政治權利國際公約」與「經濟社會文化權利國際公約」（所謂之兩公約），相關法律爭點參考廖福特，同前註，頁96-99。

「適用公約規定，應參照聯合國反貪腐公約實施立法指南及公約締約國會議之決議」，施行法第4條則規定各級機關實現公約精神的應盡義務：「各級政府機關應確實依現行法令規定之業務職掌，負責籌劃、推動及執行公約規定事項；其涉及不同機關業務職掌者，相互間應協調聯繫辦理」，至若有內國法與公約規範相衝突或矛盾的情況，施行法第7條則要求：「各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」換言之，在施行法生效、公約正式內國法化後3年內，我國相關法律規範必須能夠與反貪腐公約具體規範相互整合。

雖然公約直至2015年中才真正納入我國法，但早在2015年以前，爲了與國際反貪腐運動相互整合，擴大貪污犯罪的司法打擊面，立法者早就已經借鏡公約的規範精神，先行訂定了新的貪污犯罪對抗規範⁴，其中非常重要的條文是貪污治罪條例第6條之1的財產來源不明罪，而財產來源不明罪又於2011年再次修法，除了成罪範圍擴大之外，也一併提高刑事責任上限至5年以下有期徒刑。此一實質淵源自公約精神的新罪名，早於公約納入我國法體系之前就已內國法化，就理論以觀，在公約正式內國法後，此一罪名當然應屬完全符合公約精神的反貪污法規，然而，如果我們仔細地考慮公約的理念與規範架構，就會發現其中仍然存在既有刑罰構成要件與公約規範間的衝突。

析言之，在公約內國法化以前，財產來源不明罪本身是立法院通過的實證法，除非立法者修正，或由大法官認定違憲，否則

⁴ 值得思考的是，這種因國際公約而修正內國刑法，放棄既有法律基準的發展方向，是否會衍生進一步重刑嚴罰的問題，相關討論可參考高山佳奈子著，謝煜偉譯，「政治」主導下之近年日本刑事立法，月旦法學雜誌，172期，2009年9月，頁138-142。

應該具備全面的法律效力；在公約內國法以後，由於財產來源不明罪的國際公約源頭，亦即公約第20條寫道：「在不違背其國家憲法和法律制度基本原則之情況，各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將故意觸犯之下列行為定為犯罪：不法致富或資產非法增加，即公職人員之資產顯著增加，而其本人又無法以其合法收入提出合理解釋」（底線為筆者所加）。相對於公約第三章「定罪與執法」以下，有關貪腐行為入罪化的公約要求，絕大多數公約的個別條文文字，都只是簡要敘述「各締約國應採取必要之立法或其他措施」⁵，但針對財產來源不明罪，公約反而明確要求，必須「不違背國家憲法和法律制度基本原則」，才能將財產來源不明的故意行為入罪化，而依前述施行法第2條第1項規定，公約第20條對於財產來源不明罪的入罪前提，自應拘束我國立法機關，我國立法機關自應以公約第20條為基準，審視現行財產來源不明罪的規定，倘若現行財產來源不明罪違反了我國憲法或法律制度的基本原則，就出現了國際公約與內國法之間的規範衝突，此時究應依公約要求而修正內國法，或者優先適用立法者本於民主正當性而訂定的內國法，即有爭議⁶。不過，因為施行法第7條已經明確規定「有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進」，依立法者透過施行法所表達的意思，似乎採取國際公約優先於內國法的見解，再考量學說上也有相同意見⁷，基此，如果

⁵ 例如第15條賄賂國家公職人員、第16條賄賂外國公職人員或國際組織官員、第17條公職人員侵占竊取或挪用財物、第18條影響力交易、第19條濫用職權、第21條私部門之賄賂、第22條私部門財產之竊取或侵占等，公約均直接要求締約國必須有相應立法，但法文中未提及以符合締約國國內憲政或法律制度為前提。除了第20條財產來源不明罪之外，另一個特別要求立法前提者是第23條的洗錢行為。

⁶ 相關討論，參考陳明堂、陳荔彤，國家執法者執行國際法內國法化之法律制度，軍法專刊，60卷5期，2014年10月，頁9-21。

⁷ 廖福特，同註2，頁115。此外，法務部針對兩公約與內國法發生規範

現行財產來源不明罪違反公約第20條所限定的框架前提「國家憲法和法律制度基本原則」，立法者即應依施行法第7條規定，於3年內刪除或修正財產來源不明罪。

本文撰寫目的，正是檢討在公約內國法化之後，我國既有的財產來源不明罪應有走向，尤其須具體檢視現行法是否違背公約設定的入罪框架前提。以下討論，將先說明財產來源不明罪的立法規範及司法實踐現況，筆者將點出現行司法實務的若干解釋重點，接著再討論立法內涵與實務司法續造，究竟能否符合施行法第2條第1項所連結的公約規範，最後則對於未來修正方向提出簡要建議。

貳、財產來源不明罪的立法目的與實務運作

一、財產來源不明罪的立法

財產來源不明罪訂定於2009年，立法當時，社會上因政府涉入許多貪瀆案件，因此社會上充滿一股反貪氛圍，爲了回應這股肅清貪污行爲的社會期待⁸，法務部乃一反我國常參考的先進法學國家立法傾向（諸如美國、英國、德國、日本、法國等），改

衝突時，亦認同原則上優先適用兩公約，參見法務部對《「國際公約內國法化的實踐」委託研究報告》之對案建議，頁5-9。<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Data/292414332417.pdf>（2015年6月3日造訪）。

⁸ 當時的刑事政策與立法模式之考量，參考曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（上），月旦法學雜誌，141期，2007年2月，頁237-243；張明偉，公務員財產來源不明與犯罪，真理財經法學，2期，2009年3月，頁84-88；廖正豪，我國檢肅貪瀆法制之檢討與策進——並從兩極化刑事政策看「財產來源不明罪」，刑事法雜誌，53卷4期，2009年8月，頁20-31；陳誌銘，公務員財產來源不明罪立法之研究，世新法學，2卷2期，2009年6月，頁284-302。

依循中國特別行政區香港、澳門的立法模式⁹，在貪污治罪條例中新增加財產來源不明罪的立法，強化貪污犯罪的訴追與處罰，於是在貪污治罪條例第6條之1，納入了財產來源不明罪。當時財產來源不明罪的規定內容為：「有犯第四條至前條之被告，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自涉嫌犯罪時及其後三年內任一年間所增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金」，簡單地說，只要涉犯「貪污犯罪」的被告，在涉犯後3年的財產本身有不明增加情事，在追訴貪污本罪的偵查程序中，若被檢察官要求說明其財產來源，卻未說明或未合理說明者，即在貪污本罪以外另行構成財產來源不明罪，至於什麼才算是「財產不明增加」，舊法規定是依「增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額」，某程度而言，這是一個極端形式的規範模式¹⁰。

2009年沸沸揚揚新增財產來源不明罪之後的1年間，本罪幾乎未曾被任何判決引用，立法者卻旋即在2011年再度修正財產來源不明罪的規範內容，其構成要件則改為：「公務員犯下列各款所列罪嫌之一，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自公務員涉嫌犯罪時及其後三年內，有財產增加與收入

⁹ 此為立法理由中明文所指陳的參考憑據，參見立法院公報，2009年4月，98卷17期，頁74-76。相關比較法的研究，參考吳景欽，公務員財產來源不明罪入罪化的疑義，月旦法學雜誌，164期，2009年1月，頁53-63；黃成琪，公務員財產來源不明罪之評析，軍法專刊，47卷2期，2001年2月，頁15-18；邱忠義，「財產來源不明罪」之國外立法例及我國歷來修法之簡介，軍法專刊，56卷2期，2010年8月，頁204-210。

¹⁰ 對舊財產來源不明罪的立法評析，參考林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，檢察新論，6期，2009年7月，頁83-94。

顯不相當時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金：一、第四條至前條之罪。二、刑法第一百二十一條第一項、第一百二十二條第一項至第三項、第一百二十三條至第一百二十五條、第一百二十七條第一項、第一百二十八條至第一百三十條、第一百三十一條第一項、第一百三十二條第一項、第一百三十三條、第二百三十一條第二項、第二百三十一條之一第三項、第二百七十條、第二百九十六條之一第五項之罪。三、組織犯罪防制條例第九條之罪。四、懲治走私條例第十條第一項之罪。五、毒品危害防制條例第十五條之罪。六、人口販運防制法第三十六條之罪。七、槍砲彈藥刀械管制條例第十六條之罪。八、藥事法第八十九條之罪。九、包庇他人犯兒童及少年性交易防制條例之罪。十、其他假借職務上之權力、機會或方法所犯之罪」，修法後除了刑度增加，並擴大行為主體的範圍，增加了可能成罪的本罪被告類型外，也一併將不明財產的規定修改為概括性條款「涉嫌犯罪時及其後三年內，有財產增加與收入顯不相當」，即可成罪¹¹。

2011年的修法之後，雖然相關案件並不多見，但至少檢察官已經開始適用本罪起訴被告，法院也開始出現認定構成財產來源不明罪的案例，以本文寫作時所能查詢的判決為例，至少已有5宗刑案的判決提及財產來源不明罪，其中2宗案件甚至已經出現上訴而獲得二審判決，值得注意的是，其中4宗刑案的被告大多是受社會矚目的公眾人物，包括前行政院秘書長林○世案、前臺北市議員賴○如案、前桃園縣副縣長葉○文案、前臺中高分院法

¹¹ 對新法的討論，參考趙晞華，財產來源不明罪之立法疑義與省思，輔仁法學，42期，2011年12月，頁10-21；許恒達，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，82期，2012年6月，頁184-194；蘇佩鈺，近年來刑事實體法修正之回顧與評析——以刑法及貪污治罪條例為中心，軍法專刊，59卷3期，2013年6月，頁37-39。

官胡○彬案，較少受到注意只有前臺中警員吳○忠案而已。必須強調，這些案件均未確定，且在訴訟繫屬中，但考量財產來源不明罪尚無確定案件，本文對於我國實務如何看待財產來源不明罪的分析，仍以這5宗刑案為主¹²。

二、我國實務現況

（一）構成要件行為的認定標準

對於財產來源不明罪的解釋，首要問題涉及什麼是財產來源不明罪的構成要件行為，學說上共有「持有說」（以取得不明財產行為時作為犯罪時點）、「不作為說」（以被告經檢察官要求說明，卻未盡財產來源說明義務時作為犯罪時點），以及「持有及不作為說」（被告需先取得不明財產，再未盡說明義務，兩階段的行為才足以成立）¹³。這個問題在我國法上尤其重要，因為我國在短短3年間從無財產來源不明罪（2009年以前），增為3年以下有期徒刑的犯罪（2009年至2011年間），再加重處罰至5年以下有期徒刑的罪名，如果某被告在2008年因受賄而取得不明財產，遲至2010年才被發覺，檢察官於2012年於偵查庭上要求被告說明不明財產，但被告拒絕說明，此時如採「持有說」，犯行是2008年的取得時點，當時因無財產來源不明罪，即屬不罰行為；採「不作為說」則應以被告在偵查時未盡說明義務為犯罪時，故應依最重的新法規定處罰；至於採「持有暨不作為說」，則應以犯行歷時過程中的較輕時點為基準，上述案例被告建立不明財產的持有時點，財產來源不明罪尚未納入貪污治罪條例中，因此應

¹² 近期實務發展的討論，參考林怡君，財產來源不明罪之我國實務判決分析，檢察新論，17期，2015年1月，頁160-176。

¹³ 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，164期，2009年1月，頁89-91；曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（下），月旦法學雜誌，142期，2007年3月，頁266。

依2008年當時的無罪效果處理。

至於上述三說應該採何說，我國學說大部分見解似乎傾向不作爲說¹⁴，現有的判決雖然不多，但似乎也傾向採取不作爲說解釋財產來源不明罪，以我國實務史上首次適用財產來源不明罪的林○世案判決爲例，法院指出：「本罪係以公務員違反說明義務爲處罰要件之不作為犯。此財產來源之說明義務，係於公務員因涉嫌犯本條第1款至第10款所列罪名，在檢察官偵查中，經檢察官命其就來源可疑之財產提出說明時，即告發生[……]本罪係不作為犯，以被告應為而不為法律上所課予之說明義務，為其成立要件。是被告犯罪行為時之認定，應以其負有作為義務而不作為為判斷基準，亦即檢察官依法命被告就來源可疑之財產提出說明，而其無正當理由不為說明、無法提出合理說明或說明不實之時間點，為其行為時之認定」¹⁵，顯然完全採取不作爲說，從而認定財產來源不明罪構成要件行為¹⁶。

不過，近期判決也有一些不同看法，在胡○彬案的二審判決中，法院指出：「本條所訂公務員應說明來源之財產，自以本條修正公布施行後增加之財產為限，始符罪刑法定原則及禁止溯及既往原則」¹⁷，依據此說，被告必須在2009年以後持有不明財產，才對其來源負說明義務，此項見解似乎一反下級法院主張的不作為說，而是認為建立起不明財產持有的時間點（即判決所謂

¹⁴ 邱忠義，同前註，頁90-91；廖正豪，同註8，頁30；林志潔、黃任顯，同註10，頁92-93。

¹⁵ 臺北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決。

¹⁶ 除了本案之外，另一則較明確的吳○忠案，臺中地方法院102年度訴字第2318號刑事判決也採取相同看法：「其犯罪主體為公務員本人，係以公務員違反說明義務為處罰要件之不作為犯，此財產來源之說明義務，係於公務員因涉嫌犯本條第1款至第10款所列罪名，在檢察官偵查中，經檢察官命其就來源可疑之財產提出說明時，即告發生。」

¹⁷ 臺灣高等法院臺中分院103年度上訴字第1700號刑事判決。

的財產之增加時點)當下,有無財產來源不明罪的處罰,也左右行為人說明義務範圍,從這個角度來看,似乎有改採「持有暨不作爲說」的傾向;同樣見解也出現在賴○如案,法院雖然先指出:「本罪修正前後之法定本刑及構成要件雖均有不同,惟本罪係不作爲犯,以被告應爲而不爲法律上所課予之說明義務,爲其成立要件。是被告犯罪行為時之認定,應以其負有作爲義務而不作爲爲判斷基準,亦即檢察官依法命被告就來源可疑之財產提出說明,而其無正當理由不爲說明、無法提出合理說明或說明不實之時點,爲其行為時之認定」,這段文字貌似不作爲說,但接下來法院話鋒一轉,進一步澄清:「本條所訂公務員應說明來源之財產,自以本條修正公布施行後增加之財產爲限,始符罪刑法定原則及禁止溯及既往原則」,既然有無說明財產來源的義務,必須依據系爭財產的取得時點予以認定,那麼顯然法院也把建立財產持有當作犯罪行為的一部分,否則如何會有禁止溯及既往的問題。

雖然法院見解不完全統一,但至少很明確的是,說明財產來源義務的不履行構成最關鍵的犯罪行為時點,幾乎沒有任何法院採取前文提到的持有說,這一點可說是我國實務界對於財產來源不明罪的基本共識。

此外值得注意,何種情況才算是未履行財產來源的說明義務?我國法院對於相關疑點在判決中交待不算清楚,不過賴○如案的判決認爲:「被告之說明義務只要達『釋明』之程度,達到可以將檢察官起訴之犯罪事實推至使法官未達『有罪判決之確信』、『無合理懷疑』之心證程度即可,檢察官仍須就被告的構成犯罪事實負實質舉證之責任,故並非舉證責任『倒置』由被告負擔。」¹⁸

¹⁸ 此為賴○如案之法院見解,參考臺北地方法院102年度矚重訴字第1號刑事判決。相類似看法,參考邱忠義,同註9,頁214-215。

值得注意的是，同案判決中更進一步指出：「公務員主觀上需具有直接故意，亦即行為人明知檢察官命其說明可疑財產之來源確為非法所得，其對此有說明義務，且亦能說明該等財產之來源，卻為了掩飾、隱瞞其真實性，規避應負之責任，拒不履行說明財產來源之義務，而損害國家機關之威信、玷污公務員職務之廉潔性，始即足當之。」此項見解所稱的直接故意，除了必須拒絕依實說明之外，還必須明知其財產來源而故為不實說明，或者拒絕說明。除了排除間接故意在財產來源不明罪的成罪可能性之外，似乎也一併呼應其所主張的「持有暨不作為說」的看法。

(二)與不自證己罪原則的關係

另一個問題則是被告訴訟中對其刑事責任的抗辯，通常被告會指出財產來源不明罪違反不自證己罪特權（Privilege against Self-Incrimination），雖然不是每個判決都詳細著墨此項爭議，但我國實務一貫地認為，財產來源不明罪無違反不自證己罪原則。

林○世案的一審判決中¹⁹，法院先指明不自證己罪原則的基本概念：「所謂『不自證己罪特權』，係指不得強要被告藉由自己之行為舉止（包括言詞或行動）證明自己之犯罪事實或犯罪嫌疑；而『緘默權』，則指在無罪推定原則之下，不得僅因被告單純保持緘默或拒絕陳述，即對其作出諸如『心虛說謊』之有罪事實或有罪嫌疑之不利推論。無論如何，此二權利皆在禁止國家機關強制被告或犯罪嫌疑人透露出對己不利之『犯罪嫌疑』或『犯罪事實』。反之，倘國家機關基於合理、特定之行政目的，命令人民為特定之作為義務，且該特定之作為義務並不會直接強制被告自我揭露『犯罪嫌疑』或『犯罪事實』，則此作為義務之命令與『不自證己罪特權』及『緘默權』之保障，即無抵觸。」

¹⁹ 以下均摘自臺北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決。

至於以上述標準檢驗財產來源不明罪，法院認為：「本罪目的，乃是為落實公務員財產申報制度，彌補單純課予行政處罰之規範不足，同時兼顧『不自證己罪特權』（緘默權）之保障，使偵查機關不致無端虛耗偵查成本，而與其他制裁貪污犯罪之刑罰規範得以相輔相成，俾達到積極防免公務員藉由身分、地位或職務之便斂取不法財產。以此而言，本院認為以刑罰手段課予公務員據實說明可疑財產『來源』之義務，尚非不合理之要求。其次，所稱『說明可疑財產來源之義務』，僅要求該公務員單純透露可疑財產係自何人或何處取得，並非強令其自證取得財產所由生之原因事實或法律關係，並不致因此直接引起公務員自證涉犯他罪之疑慮，更不足作為偵、審機關認定犯他罪之不利依據。蓋足引起公務員涉犯他罪疑慮者，係取得可疑財產之原因事實及法律關係，並非單純持有或透露該財產來自何人、何處等『來源』事實。」

最後法院總結以上看法：「本院認為本罪以刑罰手段課予涉案公務員說明義務之範圍，僅限於該可疑財產係自何人或何處取得，不及於取得該財產之原因事實或法律關係，故尚不致直接使被告陷入自我揭露『犯罪嫌疑』、『犯罪事實』，或提出不利於己『證據』之困境。在此範圍內所課之可疑財產說明義務，要無違『不自證己罪特權』之疑慮。」

簡單地說，法院認為當國家出於特定行政目的（？），而要求刑事被告履行特定作為，只要該作為「不直接強迫被告揭露犯罪事實」，即無違反不自證己罪疑慮；而財產來源不明罪並未強迫被告直接揭露其犯罪事實，只要求被告「說明可疑財產來源」而已，因此無違反不自證己罪基本原則的疑慮。

同樣見解亦可在賴○如案判決中看到，該案的法院認為：「『說明可疑財產來源之義務』，僅要求該公務員單純透露可疑財產係自何人或何處取得，並非強令其自證取得財產所由生之原因事實或法律關係，並不致因此直接引起公務員自證涉犯他罪之

疑慮，更不足作為偵、審機關認定犯他罪之不利依據。蓋足引起公務員涉犯他罪疑慮者，係取得可疑財產之原因事實及法律關係，並非單純持有或透露該財產來自何人、何處等『來源』事實。本罪以刑罰手段課予涉案公務員說明義務之範圍，僅限於該可疑財產係自何人或何處取得，不及於取得該財產之原因事實或法律關係，故尚不致直接使被告陷入自我揭露『犯罪嫌疑』、『犯罪事實』，或提出不利於己『證據』之困境。在此範圍內所課之可疑財產說明義務，要無違反『不自證己罪特權』之疑慮。」²⁰

從以上兩則詳述財產來源不明罪與不自證己罪的判決看來，法院見解顯然相當一貫，幾乎不認為財產來源不明罪可能牴觸不自證己罪權利。其他判決中對於此項議題的著墨相對較少，可能原因或許是被告律師未提及此部分抗辯，但至少法院也不認為這是一個值得在判決中詳述的議題。

(三)「財產增加與收入顯不相當」的認定依據

第二個問題涉及如何決定被告持有「不明財產」，由於多數實務見解都直接適用修正後的新法構成要件，其規定不再採用申報所得數字作為財產不明的論斷依據，毋寧改用概括要件，這使得實務在適用時倍感困擾，因而每個判決中都必須詳細申述其認「不明」的基準。以林○世案判決為例，法院先確認：「所謂『顯不相當』係一規範性構成要件，並未限定具體金額及範圍，應個案判斷公務員所增加之財產與其公職薪俸收入是否顯不相當，亦即應以該公務員之公職薪俸為其財產增加數額之比較基準，檢視是否有不相稱金錢資源或財產之增加，不以本罪修正前所定之『當年度增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜

²⁰ 臺北地方法院102年度曠重訴字第1號刑事判決。

合所得總額』為唯一判斷基準」²¹，換言之，只要個案中公務員或其最近親屬的財產增加，顯然與公職薪俸收入不相當，就可以認定其持有財產有不當情事。而具體判斷上，同判決中法院詳細地申述被告林○世曾經交付給其他共同被告若干財產，當這些財產明顯超出了被告應有的「公職薪俸及相關所得」時，即屬不明財產，對其來源即負有說明義務。

除了上開案例所採用的標準之外，也有否認被告並無不明財產的案例。例如賴○如案中，法院先強調同樣的判斷標準：「『顯不相當』此一規範性構成要件，並未限定具體金額及範圍，應依個案判斷公務員所增加之財產與其公職薪俸、合法收入是否顯不相當，不以本罪修正前所定之『當年度增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額』為唯一判斷基準」²²，不過接下來判斷要件是否成立時，法院則認為：「賴○如之合法收入來源不僅有市議員薪資及執行律師業務所得，且賴素如自100年11月25日起至102年3月27日止之收入遠大於檢察官如附表二所示總計643萬4,800元，並無財產增加與收入顯不相當情形，甚為灼然。是以，檢察官前揭以彭○雅安泰商銀帳戶內有如附表二所示總計643萬4,800元『現金』，非賴○如擔任市議員收入及個人執行律師業務所得，即推論非賴○如合法收入來源，而與其收入顯不相當云云，尚屬無據」，從此段引文可以發現，法院認為因被告收入頗高，而扣案可疑財產比被告收入低，故推論該可疑財產尚非不明財產。

綜合以上兩案，我們大概可以推論出現行實務判定「不明財產」操作方式：先確定若干可疑的「財產數額a」，接著計算被告及其最近親屬間的總收入而構成「財產數額b」，再將a、b兩筆數額相互比對，如果差異太大，才能夠認定為不明財產。

²¹ 臺北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決。

²² 臺北地方法院102年度曠重訴字第1號刑事判決。

以上見解某程度上確實符合法條規範的文字「財產增加與收入顯不相當」，不過要注意的是，個人收入除了儲蓄或投資，使得個人財產總值增加之外，還會用於日常生活的開銷，如果忽略了日常生活的可能開銷，僅因單純比較前述的a、b數額財產，就會造成判斷上的困難。例如被告年收入100萬，年開銷60萬，而被查到不明財產70萬，如果忽略了年開銷的數字，單純比較100萬（數值a）與可疑財產70萬（數值b），很有可能因為年收入較高之故，推論被告在同一年份內持有的70萬財產不算是不明財產，但此說法再加計60萬的年開銷之後，顯非合理²³。

例如吳○忠案的二審判決，即因未具體調查被告及最近親屬的年支出，而發生認定上的疑問。該案法院認定被告及其妻子3年間的收入計400萬元，在被告家中查獲的可疑財產則約176萬元，由於400萬遠較176萬為大，因此認定176萬非不明財產。此項判決方法顯然未個案判斷3年間的開銷金額，倘若被告及其妻子的開銷金額甚高（例如每年100萬元），那麼家中的176萬元顯然數額過高，即屬不明財產²⁴。

無論如何，我國司法實務對於如何認定不明財產，大致上已經有了初步看法，此一見解圍繞在收入、支出、可疑財產三個數額的調查與判定。

三、小 結

透過我國現有5宗涉及財產來源不明罪案例的分析、評釋，已經可以得知我國現行法院對於財產來源不明罪的解釋態度，我們大概可以整理為以下兩個重點：

（一）多數法院傾向將其構成要件行為理解為「未履行財產來源說明義務」的不作為，但也有法院一併將持有納入觀察。此

²³ 相關批評，參見林怡君，同註12，頁173-174。

²⁴ 林怡君，同註12，頁174。

外，部分法院也認為只要達到釋明程度，就可以稱得上已經履行來源說明義務，該法院甚至還認為成罪的主觀要件，必須限定於直接故意。

(二)所謂不明財產的認定標準，法院大多從年收入與可疑財產之間相互比較，但這種作法忽視了作為關鍵重點的行為人支出，所以近期的實務走向開始注意行為人收入、支出、可疑財產之間的互動關係。

參、從公約及施行法立法意旨檢討財產來源不明罪

以上分析了財產來源不明罪的實務現況，那麼，在公約內國法化之後，是否會對財產來源不明罪規範的正當性產生挑戰？進而必須適用施行法第7條的規定，儘快修正其規範？

從財產來源不明罪的實務現況以論，刑事司法顯然課予涉及特定犯罪者「據實說明財產來源」義務，該義務須被告先於本罪犯後3年，持有不明財產才能課予。就此而論，可能涉及兩個與我國憲法及法律體系有關的基本原則爭議。

首先是作為課予說明來源義務前提的「不明財產」，相關法條文字非常模糊，僅寫了「財產增加與收入顯不相當」，如此曖昧的用語，難免令人產生有違構成要件明確性的質疑。由於法律明確性原則受到我國大法官多號解釋所肯認²⁵，在刑法學理上也與罪刑法定主義相互呼應²⁶，倘若課予義務前提的規範有違構成

²⁵ 以法律明確性原則進行違憲審查的釋字與評析，參考許宗力，論法律明確性之審查：從司法院大法官相關解釋談起，臺大法學論叢，41卷4期，2012年12月，頁1687-1690。

²⁶ 參考王皇玉，刑法總則，2014年，頁48-50；auch vgl. Claus Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2006, § 5 Rn. 67 ff.; Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., S. 254 ff.

要件明確性，那麼財產來源不明罪即違反了我國現有法律體系的規範準則，未來自應修法調整。

其次則是據實說明財產來源義務本身的問題，常見的質疑是該罪違反刑事被告的不自證己罪特權，而此項權利實為被告受到憲法保障訴訟權的延伸²⁷，也構成刑事程序不可任意破棄的基礎法理²⁸。但令人驚訝的是，我國法院從首次適用本罪的林○世案

²⁷ 例如許玉秀大法官在釋字582號解釋的協同意見書中，認為不自證己罪是憲法自主原則之下的派生原則，故應該認為屬於憲法層次的權利，許大法官認為：「自主原則於刑事訴訟法上之第二層意義，則為被告之不自證己罪原則。不自證己罪原則即禁止被告背叛自己，而成為對己不利之證據方法（註十九）。基於國家所當然承認之個人人格自由，被告並非訴訟客體而係訴訟主體，被告既為訴訟主體，即有權決定是否以及如何捍衛自己在訴訟上之權利，而不自陷於不利之地位。不自證己罪原則（*nemo tenetur seipsum accusare*）亦有兩層意義：其一，關於被告自白之證據能力，賦予被告緘默權，且被告之緘默不得據以作為不利於被告之認定（註二十）；其二，關於被告自白之證明力，被告不利於己之供述，包含被告之犯罪自白，均不得作為認定被告有罪之唯一證據。所謂被告之緘默權，乃是被告不得被迫為不利自己之陳述，然基於自主原則，應准許被告任意為不利自己之陳述，亦即，基於法治國之自主原則，不自證己罪原則之意涵，僅限於禁止強迫被告為不利己之陳述，而不禁止被告之任意陳述，是以被告之非任意自白，不具有證據能力，被告之任意自白，非不得作為認定被告有罪之證據，亦即，具有證據能力。惟若僅以被告之任意自白，作為認定被告有罪之唯一依據，則復抵觸禁止被告背叛自己之法則，故禁止以被告之任意自白，作為認定被告有罪之唯一依據[……]基於法治國之自主原則，被告享有訴訟上之自主權，即作為訴訟主體之防禦權，諸如上述之緘默權（刑事訴訟法第九十五條第二款參照）[……]憲法上保障刑事被告之防禦權，即等同於保障其訴訟權，保障刑事被告之訴訟權，即等同於保障其於訴訟上與他造平等之權利地位」，此外，認為不自證己罪具有憲法位階的見解，參考王兆鵬，不自證己罪保護之客體，收錄於：氏著，一事不再理，2008年，頁225-226。

²⁸ 參見王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），2012年，頁355；林鈺雄，刑事訴訟法（上），2007年5版，頁155-157；Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2006, § 6 Rn. 14.

一審判決起，在判決行文中，就一再認為財產來源不明罪不牴觸不自證己罪原則，此項見解在筆者看來，仍有若干疑慮，倘若本罪牴觸了不自證己罪原則²⁹，那麼不免逾越了我國刑事司法保護被告的紅線，即應予以修法。

除了以上兩點之外，財產來源不明罪是刑事立法，實質的法律效果是有期徒刑及財產刑，附帶效果可能關聯不自證己罪原則的限制（訴訟基本權），這些效果都與基本權干預有關，提及基本權干預，就必須考量比例原則的審查問題³⁰，比例原則幾乎已經被大法官理解為憲法明文規定的基本原則，此時我們必須追問，是否財產來源不明罪的制裁符合比例原則？

承上，從既有文獻來看，法律明確性原則、被告不自證己罪原則、比例原則等三項重要原則，均屬我國憲法及法律制度基本且不得任何破棄的規範界限，財產來源不明罪若要有制裁正當性，並符合公約第20條所要求的入罪化框架前提，就必須先通過以上三項原則的檢驗，以下就以這三項原則為中心檢討財產來源不明罪的刑事制裁。

一、尚不違反法律明確性原則

第一個問題涉及說明來源義務的前提，此即特定犯罪被告必須於涉嫌犯罪後3年內，其「財產增加與收入顯不相當」，縱或我們暫時不討論為什麼不相當的收入就會產生說明來源義務，此項規定不免令人質疑其規範是否符合構成要件的明確性。

所謂的法律明確性原則，大法官在其歷次解釋中，大致上已經形成若干可得遵循的基本共識，例如在釋字第636號解釋中，大法官認為：「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成

²⁹ 進一步的討論，參考許恒達，同註11，頁161-164。

³⁰ 參考許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於：民主·人權·正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年，頁396-399。

要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違³¹，許宗力大法官更於論述中將此項概念具體化為三大判斷要點：「苟其意義非難以理解」，「且為受規範者所得預見」，「並可經由司法審查加以確認」³¹，換言之，構成要件是否明確的標準，端視規範文字的一般可理解性，並應觀察受規範者能否預見法律的管制範圍及對象，同時還有司法的可審查性。倘若符合上述三項要求，即符合法律明確性原則。

那麼，財產來源不明罪所謂的「財產增加與收入顯不相當」是否符合法律明確性原則？必須考慮，財產是一種能在市場上交換財貨的價值，本身具有高度的累積性及流動性。究竟有無財產「增加」或「減少」，必須透過比較方法才能知悉，實際操作時，應先鎖定二個特定時間點，比較這兩個時間點的財產數額，如果後時點的被告及近親總財產總額高於前時點數額，那麼顯然就有財產的「增加」，此時必須再與該被告收入相互比較，如果財產增多遠高於收入而達到不相當的程度，即可認定此一要件成立。

以上從文義所得的觀察結果，雖然符合財產可得增加的累積性特點，但卻未注意財產的流動性，條文只考量被告在兩個時點之間的財產增加與收入，卻未注意到為了生活必須的支出，不論是購買生活必需品或者消費非生活必需品，我們都得支出財產，忽視了財產支出而觀察到的財產增加數額，絕對不是合理的增加，也因此，實務操作此要件時，仍須納入被告及近親在二個時點之間的財產支出數額，欠缺該項數額自即無從確認增加與收入

³¹ 許宗力，同註25，頁1691。

是否相當。

既然「財產支出」是構成「財產增加與收入顯不相當」的必要考量因素，但在財產來源不明罪的條文中，卻又隻字未提，此項文字缺漏即可能違反法律明確性原則。不過依筆者之見，雖然條文中未提及「支出」，不過，判斷不明財產要素時，根本無法忽略支出所扮演的角色，否則在個案中甚至可能出現財產增加低於收入的事例³²，既然人的社會生活無法免除支出，即使條文中未言明支出，但從財貨的累積性及流動性雙重特質觀察，仍可推導出此一要素，而受到本罪規範的被告，同樣也可以透過推論而得悉並預期此項要件，故課予被告財產來源說明義務的前提事實雖然不甚明確，但在筆者看來，還稱不上違反法律明確性原則。

不過真正值得思考的是，如何篩選兩個時點來認定有無財產增加？此項疑問在法條中並無任何規定，單從文字解釋以論，只要在被告涉嫌犯罪的時間點以後3年之人，由檢察官任擇兩個時點，評估該兩時點之間財產增加、收入與支出後，認為有不合理的財產增加，即可能要求被告負說明義務，立法者顯然只在法條中規定了一定期間，但是該期間到底要如何計算、如何認定，完全取決於檢察官在個案偵查中的裁量，從這個角度而言，已經使得說明義務的成立，純粹依憑檢察官偵查所得與其個人評估、裁量，只要檢察官任意選擇兩個時間點，並認為這兩個時間點被告及近親的所有財產有來源不明現象，就可以進而要求被告說明其來源，被告在偵查過程中，完全無法事前預期檢察官的篩選標準，就此點而言，似乎已經違反了法律規範明確性。

此外，雖然構成說明義務的前提事實本身不甚明確，也有檢

³² 例如公務員被告年收入100萬，而受賄的不法所得共200萬，但其全年生活費與年中出國環遊世界旅費加總後，共花了250萬，該年度被告財產只增加50萬，年收入卻有100萬，此外不法花費則更多，不考慮其支出將使得被告並無財產來源不明現象，從而出現認定上極不合理的結果。

察官恣意裁量的模糊空間，但最終是否成立犯罪，始終繫於被告是否願意履行說明義務，只要檢察官依法要求本罪被告說明其來源，而本罪被告未能盡說明財產來源義務時，才會成立刑責，更精確地說，縱然構成說明義務的實質條件不算明確，但因為說明義務必須透過檢察官的「形式提問」才能夠成立，這使得被告最後構不構成財產來源不明罪，仍可透過檢察官提問的明確且具體判斷方式予以確認，對於本罪被告而言，財產來源不明罪的構成要件宣示了，當檢察官依其裁量，判斷財產資料的偵查所得已符合不明財產的成立要件時³³，本罪被告即負說明其財產來源的義務，此項認知可說是相對精準的成罪依憑。在這個意義下，財產來源不明罪有關說明義務實質前提的「財產增加與收入顯不相當」規定，還不算違反法律明確性原則。

綜合以上兩點討論，筆者認為財產來源不明罪雖然逼近牴觸法律明確性原則的紅線，但尚未逾越，故仍符合法律明確性原則。

二、違反被告訴訟權保障之不自證己罪原則

即使財產來源不明罪仍符合法律明確性原則，但還要進一步考量，處罰不履行財產來源說明義務的被告，是否違反不自證己罪原則。所謂不自證己罪原則，指的是不得以任何方式強迫被告作出對自己不利的陳述，這些方式包括事實上或是法律上方式³⁴。一般較容易想像的強迫手法是事實上強迫，例如警察毆打

³³ 筆者必須再次強調，檢察官的偵查所得固然有不盡合理的可能，但被告身處於資訊不對等的偵查程序中，也只能相信檢察官此時會作公正的裁量。此外，得否要求被告盡說明義務的實質財產關係，仍然可以成為法院在審查程序中調查的對象，即使檢察官認為已經符合不明財產要件，從而要求被告盡說明義務，但法院仍可宣告檢察官在偵查中調查所得，尚不符合「財產增加與收入顯不相當」，從而解除本罪被告的說明來源義務。

³⁴ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，同註28，頁355。

被告，強迫被告自白；至於法律的強迫方式，則例如立法規定，倘若被告緘默即推定其有罪³⁵，此外還有見解指出，當法律規定當被告自白犯罪時應給予刑罰優惠時，亦有可能構成以法律手段柔性迫令被告自白的問題³⁶。無論如何，不自證己罪構成了被告在刑事程序中最關鍵性的保障機制，這是憲法訴訟權的實踐，也是為了保護刑事被告，程序上不得任何破棄的基本原則。

那麼，財產來源不明罪以刑罰強迫本罪被告揭露其不明財產來源，是否違反不自證己罪原則？筆者曾經為文指出，絕大多數處罰財產來源不明罪的國家，多是大英國協的會員，其法律體系的傳統特色，在於並無立法上絕對不能逾越的規範框架，透過專法強迫被告針對特定罪名揭露有關的犯罪資訊，本來就沒有違反不自證己罪的問題³⁷；但在我國情況不同，財產來源不明罪使得本罪的被告面臨訴訟風險，倘若不將本罪有關的財產來源揭露，即可能在本罪之外，又構成新的罪名，這是一種對於本罪被告訴訟上不自證己罪權利的侵害，也因此，雖然財產來源不明罪本身並未違反不自證己罪原則，但卻使得被告在本罪的訴追過程中，被迫揭露有關財產來源的不利資訊，此項不利益的訴訟風險規定，顯然已經違反不自證己罪原則³⁸。

然而，我國實務顯然採取了完全不同的觀點，在前文提及的實務判決中，也有法院對於本罪究竟有無侵犯不自證己罪原則提出回應，法院見解重點有二：第一，這是立法者出於透明公務員財產申報目的，從而特別立法的規範，其規範理念本來就不是用來侵害被告的不自證己罪權利；第二，所謂侵害不自證己罪原

³⁵ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，同註28，頁355-356。

³⁶ 林鈺雄，不自證己罪原則之射程距離——最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌，93期，頁229-232。

³⁷ 許恒達，同註11，頁154-158。

³⁸ 許恒達，同註11，頁161-164。

則，指的是被告受迫揭露針對被起訴本罪的不利事證，財產來源不明罪僅以刑罰科予被告提供不明財產來源的義務而已，只要單純釋明不明財產來源，例如指明自何人或何處取得，但不必說明其事實或法律關係，本罪被告只要釋明其來源即不成罪，何況該項「財產來源的釋明」不必然等於本罪不利事證，故無違反不自證己罪原則的疑慮³⁹。

對於以上實務看法，筆者容有不同意見。財產來源不明罪雖然只要求本罪被告釋明「特定不明財產」的「來源」，但是當該不明財產確屬本罪的不法利得時，該被告勢將陷入三難困境，若其拒絕回答，或者作不實供述，均構成財產來源不明罪的新刑責，至若其揭露財產的來源，則無異受迫揭露受偵查本罪的不利證據；實務見解或謂在這種情況發生時，本罪被告只要「釋明財產來源」，不用揭露「與來源間之法律關係」，這種說法本質上是用來美化財產來源不明罪的煙幕彈。試想受賄罪犯罪嫌疑人甲公務員，從行賄者乙處收受200萬元，而經檢察官偵查所得，查到甲的財產增加額度中，共出現200萬元與甲收入不相符的數額，故檢察官認定該200萬元確認為不明財產，當檢察官問甲這筆錢來源為何時，依實務見解，甲唯一不構成財產來源不明罪的方法，就是告知檢察官「乙給我200萬」，而若甲已經自承從乙處收受200萬元，甲、乙間又無任何具體、明確法律關係以說明甲收受該筆款項的理由，再加上我國實務見解向來採取反面排除法認定甲收受的法律上原因，此即當找不到甲、乙之間任何其他合法法律關係時，就直接認定為是賄賂對價⁴⁰，這時當然會產生甲所犯本罪極度不利的法律推論。換言之，被告甲顯因財產來源

³⁹ 參見前述林○世案、賴○如案判決。

⁴⁰ 相關討論，參見許恆達，賄賂罪之對價關係及證明難題：評最高法院102年度臺上字第4887號刑事判決與其相關裁判，軍法專刊，60卷2期，2014年4月，頁81-83。

不明罪之故，爲了規避刑責，被迫揭露從乙處收受不明財產的事實，雖然這個所謂「釋明來源」的供述，不直接證明本罪刑責，但只要透過其他證據的綜合判斷，該項陳述內容幾可認定爲對甲不利的被告供述，如此即違反不自證己罪原則。

實務見解或許可能再反駁，倘若甲被查到的200萬不明財產，其實不是本罪的犯罪所得，因此甲只要單純揭露從何處取得，即不成立犯罪。然而在這類事例中，可能會造成更嚴重的問題。當該200萬是合法管道取得時，固然不生疑問⁴¹，但若200萬是檢察官偵查過程中從未發現的他案犯罪所得，例如甲協助丙廠商違法取得標案，並收受丙提供的200萬元回扣，此時甲若要規避財產來源不明罪，必須據實供述「丙給我200萬」，這種在偵訊過程天外飛來一筆的說詞，必然引起檢察官進一步的調查興趣，檢察官若意識到有可能查到其他弊案，當然會啓動新立案，進一步調查甲從丙處收受的200萬是否與貪污有關，甲作爲丙回扣案的被告，即因在收受乙賄賂罪的偵查中，面臨檢察官財產來源不明罪的強迫供述，而不得不得據實以告，揭露對甲自己極不利的金錢流向資訊，侵害了甲在丙回扣案中的被告不自證己罪權利。

從上述兩個事例可以發現，採取實務看法，即便本罪被告僅釋明「正確財產來源」，而得免去財產來源不明罪的刑事責任，仍有陷於本罪或未經發現他罪的自我損害風險，刑事程序中賦予被告不自證己罪權利，正是要求國家機關不能透過事實或法律手段，強迫被告供述而自陷不利之境⁴²，財產來源不明罪的立法，

⁴¹ 這種不生疑義的案例，並無參考價值，真正的重點應該放在可能出現疑義、同時影響被告不自證己罪權利的案例。

⁴² 正因為財產來源不明罪宣示了：「你若不告訴我錢哪裡來的，就構成犯罪」，筆者認爲財產來源不明罪「直接」地干擾被告不自證己罪權利。有關直接侵害不自證己罪權利，參考王兆鵬，刑事訴訟中被遺忘的權利——緘默權，收錄於：氏著，一事不再理，2008年，頁248。

顯然違反了此一規範宗旨。

甚而，檢察官對刑事程序中被認定為被告之人，在其供述之前，理應先踐行刑事訴訟法第95條的告知義務，其中包括得行使緘默權的告知，然而在財產來源不明罪立法後，本罪被告的緘默權在「不明財產的來源」部分已經受到限縮，被告此時即便緘默，也會構成新的犯罪，但綜觀刑事訴訟法及貪污治罪條例的法條規定，檢察官依偵查被告財務狀況所得而認定被告應負財產來源告知義務時，只要訊問被告，而被告未吐實或未陳述，即可成立本罪，法條中對檢察官特別的「財產來源訊問」，並沒有進一步告知義務的規範，本罪被告或許還以為自己不陳述或不實陳述，都不會成立偽證罪或其他刑責，但實際上卻已經該當財產來源不明罪了。在此的根本問題即是，被告緘默權實質受限時，檢察官理應告知本罪被告，他原有緘默權已經因檢察官對財務資訊的偵查發展而受限，如果拒絕供述「財產來源事項」而行使緘默權，不再受不自證己罪原則保障，而會另行成立財產來源不明罪，可惜法條規定上對於此項緘默權縮減事由完全未予規範，這也難怪法院在賴○如案中，法院將被告另行成立財產來源不明罪的主觀門檻到直接故意，強調被告必須明知其有說明財產來源義務時，才能成立本罪，即是因應無後續告知義務的解套方法。

最後回應實務見解對於財產來源不明罪與不自證己罪原則的兩項論點。第一，財產來源不明罪的立法當然不是為了侵害被告不自證己罪權利，但實務上運作的結果，確是實質干擾了被告不自證己罪的訴訟特權，甚至也因無「緘默權受限」的告知義務，使得本罪被告一開始被告知得行使緘默權，後來卻又不能針對不明財產來源事項行使緘默權，這完全造成本罪被告不自證己罪權能的架空效果。

第二，雖然「不明財產來源」不必然等於不利於本罪的事證，但只要該項來源的揭露確實有不利本罪的可能性，當然就違反本罪被告的不自證己罪權利，在若干極端案例中，甚至還可以

讓檢察官意外發現他罪的可疑事證，從而啓動新偵查案件。此外，偵查程序始終是一個進展過程，沒有人知道在檢察官要求本罪被告揭露特定財產來源時，該被告供述什麼時候會轉成對被告極度不利的本罪或他罪證據，僅以「不明財產來源」是單純釋明，就推論不足以影響被告本罪或他罪的構成可能，不免有其缺失。

綜上，財產來源不明罪的立法結果，使得被告陷入三難困境，若供述不明財產來源，即可能自陷本罪的成罪風險，若不供述或虛偽供述，則構成財產來源不明罪，這顯然是以法律規範的手法，架空了本罪被告應受保護的不自證己罪權利。既然不自證己罪是我國刑事訴訟法對被告最重要的保護內涵，也與憲法訴訟權的保障有關，現行財產來源不明罪顯然違反了此項權利保護的憲法及法律框架前提。

三、違反比例原則

接著討論財產來源不明罪是否違反比例原則。比例原則的概念源自我國刑法第23條，已經成為我國憲法系統下，對於基本權利侵害行為的規範前提，而依一般所見，比例原則的構成內涵包括適當性、必要性及衡平性等三項指標，用以判斷基本權干預所要達成的目的（干預預期功能）及手段（干預效果本身）之間，符合比例衡平關係；所謂的適當性，指基本權干預必須能夠有效達成其規範目的之保護效果，必要性則是要求立法者必須在有效達成規範目的手段之中，選擇最為溫和的干擾方式，至於衡平性則強調，基本權保護目的價值必須高於干預的基本權價值⁴³。比例原則已然成為我國憲法及法律制度中最重要的基本環節⁴⁴，財

⁴³ 參考林明鏘，比例原則之功能與危機，月旦法學雜誌，231期，2014年8月，頁66。

⁴⁴ 參考黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42卷2期，2013年6月，頁215-258。

產來源不明罪實質的刑罰效果是5年以下有期徒刑或罰金，顯然干預了本罪被告的自由及財產等基本權利，倘若不符合比例原則，其正當性即有疑問⁴⁵。

就適當性審查而言，必須先行確認財產來源不明罪的規範目的，包括立法理由，幾乎所有的官方或非官方文獻中，都認為財產來源不明罪的入罪化是爲了「澄清吏治，有效打擊貪污」⁴⁶，換言之，都是以「貪污行爲」的有效預防及有效遏止作爲規範期待效果，而其基本權干預的方式，則是於本罪被告未盡財產說明義務時課以刑罰，干預其自由或財產基本權，同時還一併影響本罪被告不自證己罪的訴訟基本權。進一步的問題即是：現行財產來源不明罪的構成要件及法律效果，是否真的可以有效地預防「貪污行爲」？

就此議題而論，財產來源不明罪處罰未盡說明義務的本罪被告，在其本罪之外，再另行科予新的刑罰，這種作法顯然以新增罪名方式，藉由侵害本罪被告的不自證己罪權利，從而追求「本罪」刑事責任的有效訴追與懲罰，換言之，財產來源不明罪本質的功能在於促進本罪的訴追便利性，亦即讓貪污的本罪更容易被定罪，但這是爲了便利訴追已經發生的過去本罪，與貪污行爲的未來預防其實欠缺直接關聯性，而以刑罰制裁不盡說明義務的本罪被告，除了便利已發生犯罪訴追的促進功能之外，到底能對未來政府機關內部的貪污行爲有多強的預防效果，其實尚待檢證⁴⁷。

即便仍肯定這種極其間接的防制貪污效能符合適當性，這種選項是否能夠通過必要性的檢驗，同樣也有疑慮。析言之，爲了

⁴⁵ 相近質疑，參考蘇佩鈺，同註11，頁39-41。

⁴⁶ 參見立法院公報，同註9，頁76；邱忠義，同註13，頁83-84；張明偉，同註8，頁84-88。

⁴⁷ 進一步的批評，參考林志潔、黃任顯，同註10，頁83-90。

有效防制貪污行爲，學理上已經有諸多研究，最重要的應該是建立權責分明的政府內部控管機制，設法在貪污行爲發生以前就予以防堵，不要讓公務員有任何濫用法令漏洞或裁量缺口的機會⁴⁸，這些行政管制作爲都不是刑罰，原則上不會構成人身自由、高額財產或不自證己罪等訴訟權利的干預，然而財產來源不明罪的入罪化，使得被告在本罪之外，另行成立刑責，甚至還實質限制了作爲被告訴訟保障最重要一環的不自證己罪權利，以刑罰威嚇本罪被告、同時迫使其陳述不利內容的作法，顯然不可能是防制貪污行爲的最溫和方式，甚至因爲影響了被告不自證己罪權利，而構成難以想像的嚴重干預，在這個意義下，根本難以通過必要性的審查。

退而討論衡平性的審查。已如前述，財產來源不明罪雖然刑度不算太高，但其法效已實質限縮刑事被告的不自證己罪權利，綜觀我國所有犯罪的訴追規範及實務，除了貪污治罪條例第6條之1臚列各罪的被告之外，沒有任何一種犯罪的被告在其犯罪偵查階段，會因未據實說明，或不說明與其受偵查罪名有關的事項，從而另行成立他罪的相類事例，即使被告所涉嫌的罪名是殺人、強盜殺人、強盜強制性交等最低本刑是10年以上有期徒刑，最重甚至可以科處死刑的案件，也未被強迫揭露與本罪有關係的財產、證物來源。這代表不自證己罪權利在刑事訴追程序中的重要性與不可侵犯性，如果被告不自證己罪權利這麼重要，僅因爲了有效預防或訴追刑度雖重，但仍不得科處最重極刑的貪污犯罪，就任意引入財產來源不明罪，透過刑罰強迫本罪被告供述，該罪所干預的不自證己罪利益，顯然高過所要追求的「廉能政府」目標甚多，基此，財產來源不明罪也無法通過衡平性的審查。

⁴⁸ Vgl. Dieter Dölling, Grundlage der Korruptionsprävention, in: ders. (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 2007, S. 39.

綜合以上審查，財產來源不明罪刑事制裁與限制不自證己罪權利的附帶效果，有違反比例原則的疑慮，既然比例原則是憲法明定、且經大法官釋憲實踐所肯認干預基本權的正當前提，財產來源不明罪自不符合我國憲法及法律體例下的此項基本框架。

肆、結論：刪除財產來源不明罪以符合公約規範意旨

總結上述，在我國正式將公約內國法化之後，基於公約第20條意旨，處罰財產來源不明罪必須先符合本國的憲法及法律基本原則，此項入罪化的前提框架，自然對我國立法者未來的立法活動產生拘束力，而依立法院通過的施行法規定，既有法律規定若有不符合公約要求者，應於3年內檢討修正。

財產來源不明罪在公約內國法化之前，即已引入我國法制中，雖然其不甚精確的構成要件還稱不上違反法律明確性原則，但已然不當限制被告的不自證己罪權利，也無法通過比例原則的審查，有鑑於被告訴訟權及其衍生的不自證己罪權利，以及干預基本權正當前提的比例原則，都是我國憲法及法律制度不得放棄的基本原則，依2015年通過的施行法及內國法化公約的規範意旨，財產來源不明罪自應於3年內檢討修正，否則即有違公約的規範精神。

接續問題是：未來應該如何修正財產來源不明罪？依筆者之見，財產來源不明罪干預了刑事被告最重要且最根本的不自證己罪權利，無論再怎麼修正，都無法自圓其說，惟一符合公約精神的出路，只剩下刪除該罪一途而已。基此，筆者認為主管機關應依施行法第7條規定，儘快向立法院提出廢除財產來源不明罪的草案，立法院亦應依同條規定，於3年內廢除財產來源不明罪，方屬符合公約規範方向之正確作法。

聯合國反貪腐公約之洗錢罪 規範與我國現行法制的 比較考察

王乃彥*

目 次

壹、緒 言	三、美國洗錢管制法
貳、反貪污腐化與洗錢防制	四、1988年聯合國禁止非法販 運麻醉藥品與精神藥物 公約
一、反貪污腐化的意義	
二、貪腐犯罪與組織犯罪的共 生關係	肆、我國防制洗錢規範的檢討
三、將貪腐犯罪列入洗錢罪之 前置不法行為的必要性	一、防制洗錢的行為規範
參、防制洗錢規範的系譜	二、維護反洗錢規範的制裁規 範
一、美國RICO法	伍、結 語
二、美國銀行秘密法	

* 東吳大學法律學系專任副教授。

壹、緒 言

公務員利用執行職務的地位，就依法執行職務或不合法執行職務，收受他人為此支付的報酬。這種將公務執行當作商品待價而沽的行徑，除有損公共利益、使人民對政府喪失信心，因不忠誠致富的無節操態度，也會強烈衝擊大眾的道德觀與正義感。為防止公務員貪污腐化，摧毀民主體制與顛覆公共道德，如何確保政府廉能，向來是我國極為關注的課題。

由於聯合國在1971年10月25日通過第2758號決議，使我國失去代表權，不能參與聯合國活動。從而，聯合國公約，即使已經總統批准，能否順利完成交存聯合國秘書長的程序，尚處於不確定狀態。在此種特殊處境之下，為展現我國反貪腐的決心，與全球反貪腐趨勢及國際法制接軌，的確有必要以法律規定，2003年10月31日經聯合國大會通過的「聯合國反貪腐公約」（United Nations Convention against Corruption），在我國法律體系上的定位與效力。立法院在2015年5月三讀議決通過的「聯合國反貪腐公約施行法」，正是為此而設¹。

依據聯合國反貪腐公約施行法第2條第1項：「公約所揭示之規定，具有國內法律之效力。」為彰顯我國尊重國際條約的態度，並維護法律體系內部的和諧，同法第7條復要求：「各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」我國洗錢防制法的既有規定與聯合國反貪腐公約第14條、第23條、第24條的防制洗錢規範，是否協調一致，有必要再作檢討。

¹ 聯合國反貪腐公約施行法草案總說明。

貳、反貪污腐化與洗錢防制

一、反貪污腐化的意義

反貪污腐化的意義何在？誠如聯合國反貪腐公約序言所陳：貪污腐化給社會穩定與安全造成嚴重問題與威脅，腐蝕崩壞民主的體制與理念、倫理價值觀與正義，危害永續發展與法治。

就貪污腐化破壞民主體制與理念而言，由人民選舉出來的代表所組成的國會，藉助理性論辯而作出的決定，理應彰顯價值多元社會賴以存續的基本共識；以追求全民福祉為存在根據的政府，一切施政必須秉持公共性，亦不在話下；法院固守中立角色，無偏頗地解決紛爭，毋寧為其天職。

從現代立憲主義的觀點來看，在標榜「國民主權原則」的我國憲政秩序之中，國家權力的存在基礎及其作用範圍，無不取決於適合憲法規範的國民意思決定。代表民意的國會、追求公益的政府，以及正直的法院，誠為國民對憲政國家的期望。

然而，現代國家莫不以組織型態呈現。為達成國民所付託的任務，唯有求諸擔當國家機關各項職務的血肉之軀。國家權力行使，既有賴科層組織中各級人員的現實行動，這些人能否秉公執行職務，攸關憲政體制的健全運作。由是可知，職司國家事務的公務人員收受賄賂，不僅背棄國民的付託，有損對公務人員公正執行職務的信賴，也辜負全民對憲政體制健全運作的期待²。

值得注意的是，在犯罪學上，有將公務員貪污腐化列入「白領犯罪」的分類，從而，所謂「貪腐」（corruption），乃指政府機關公務人員或民間機構的貪污及無能腐化³。擔當國家機關各項職務人員貪污腐化，有損人民對公務人員公正執行職務的信

² 甘添貴，刑法各論（下），2版，2013年，三民，374頁。

³ 謝立功、徐國楨，犯罪學——當代各類犯罪分析，2009年，五南，15頁。

賴、辜負全民對憲政體制健全運作的期待；私人企業員工收取賄賂、回扣，其貪污腐化帶來的弊害，則為競爭公平性的破壞⁴。

綜上所述可知，經由貪污而不法取得個人財富，對民主體制、經濟與法治，皆帶來重大侵害。

二、貪腐犯罪與組織犯罪的共生關係

販毒、走私軍火、買賣人口等組織犯罪，因其嚴重影響社會治安。藉此等罪行謀取暴利的犯罪組織，乃成為警察、檢察機關力求肅清的對象。幫派份子為維持組織的存續，雖偶有刺殺警察、檢察官等威嚇舉動，惟加害執法人員，有時非但不能使其退卻，反而招來民眾義憤，更加劇對犯罪組織的查緝。與其冒險干犯眾怒，不如以重金買收相關公務人員，在其庇護下，從事非法活動，毋寧更為明智可行。毒品危害防治條例第15條第2項、組織犯罪防治條例第9條，均對公務員包庇罪犯設有處罰規定，可作為印證。

就像論者所指摘：「組織犯罪，用他們的金錢，在貪污的範圍之內，收買國家公職的支持，如同對待私人企業也是，貪污問題變成是對抗組織犯罪的另一個當然的重點。眾多對於組織犯罪定義的嘗試，都把『對於政治及經濟影響』的要素當作是組織犯罪的目標。⁵」

幫派等犯罪組織，經由販賣毒品、槍枝、勒索得來的利益，除支付生活、遊樂費用，通常會再挹注於下一次犯罪，以致犯罪規模不斷擴大，對社會的危害愈益嚴重。切斷犯罪組織的資金週轉，徹底剝奪不法收益，遂成為抗制組織犯罪的重要刑事政策。

⁴ 張天一，論商業賄賂之可罰性基礎及入罪化必要性，月旦法學雜誌，242期，2015年7月，38-39頁。

⁵ 吳俊毅譯，Hans-Heiner Kühne著，對抗貪污以及洗錢的國際規範——轉換成國內法的可能性與批評，（高雄大學）法學論叢，3卷第1期，2007年12月，245-246頁。

幫派份子為避免犯罪所得遭沒收，危及組織存續，多會利用金融機構、收購企業等手段來漂白不法所得，隱蔽其持有資金的不法來源，妨害沒收等國家司法作用的實現。洗錢罪之刑事立法，就是為了抗制非法販運麻醉藥品與精神藥物這類典型的組織犯罪才應運而生的。公務人員貪污腐化與組織犯罪，固然常伴隨發生，惟兩者在性質上存在重大差異，不可忽視。

德國於1998年5月修正洗錢罪規定時，便注意到：基於洗錢罪的原有目的，「前置不法行為」必須具備組織性與常習性的特徵，故而，諸如商店竊盜之類，在一定範圍內反覆持續實施的行為，必須符合常業性始屬於洗錢罪的「前置不法行為」，以免洗錢罪的適用，流於浮濫。然而，公務人員收受賄賂或對公務人員行賄，卻無需具備常業性、組織性，即可符合「前置不法行為」的要求⁶。

貪腐犯罪與組織犯罪性質上有異，自然不宜貿然將適用組織犯罪的洗錢罪成規，直接套用在貪腐犯罪。換言之，把貪腐犯罪列入洗錢罪前置不法行為，並非自明之理，其根據尚有待澄清。

三、將貪腐犯罪列入洗錢罪之前置不法行為的必要性

聯合國反貪腐公約序言，明白指出貪污腐化與組織犯罪和包含洗錢在內的經濟犯罪，關係尤甚。事實上歐洲理事會1999年1月27日通過的反貪腐刑法公約（Criminal Law Convention on Corruption）第13條；2000年聯合國打擊跨國組織犯罪公約第6條2(b)，也將同公約第8條明定的貪污罪行，納入洗錢罪的前置不法行為。在在顯示出，反貪腐與防制洗錢之間的密切關聯。

美國2000年「國家反洗錢戰略」，亦曾歸納出三點反洗錢的

⁶ 馬躍中，德國洗錢刑法之立法演進及其發展趨勢——兼論歐盟反洗錢刑事立法及其分析，中華民國96年洗錢防制工作年報，2008年，65-66頁。

重要理由，其中兩點就與貪腐犯罪相關，即：「第一、洗錢附屬於毒品販運、武器走私、恐怖活動和其他犯罪產業，並且為這些犯罪活動提供了燃料。從表面上看，洗錢屬於白領犯罪形式，但實際上是血腥、詐欺和腐敗的夥伴；第二、洗錢和腐敗緊密地連繫在一起。洗錢使得國外腐敗官員能夠系統地將公共財產轉變為個人使用，進而降低了美國推動民主政治和向海外發展經濟的努力」；2003年「國家反洗錢戰略」也重申反洗錢為打擊販運毒品、白領犯罪、有組織犯罪、腐敗犯罪等犯罪活動的關鍵。⁷

其實，貪腐犯罪雖不似組織犯罪，具有將犯罪所得週轉重複多次利用的特徵，不過，從貪污犯罪的隱密性、高犯罪黑數等特質⁸可知，警方要蒐集、保全足以將貪污罪犯繩之以法的事證，並不容易，而犯人收受的賄賂、不正利益，無疑是最具關鍵性的證據；另一方面，就貪污犯罪的利益犯罪內涵⁹而言，牟取利益乃形成貪污犯罪意思決定的強烈動機，除非徹底剝奪不法收益，實難以抑制犯罪念頭再起。故此，無論是為了保全證明貪污犯罪的事證，以利偵查、審判進行，還是力求剝奪不法收益，消除犯罪動機，防止再犯，掌握公務人員收受的賄賂或不正利益，皆屬關鍵要務。

從後述洗錢罪立法的系譜考察可得知，保全犯罪證據、剝奪犯罪收益，皆是洗錢罪規定所欲達成之目的。貪腐犯罪雖欠缺將犯罪所得週轉利用的特性，惟因其為利慾犯，有徹底剝奪犯罪所得以防止再犯的需求；為查緝貪腐犯罪將犯人繩之以法，查扣其所受領的賄賂、不正利益，亦屬當務之急。防制貪腐犯罪的上述兩項需求，與洗錢罪的規範目的，可說不謀而合。將貪腐犯罪列

⁷ 王新，追溯美國反洗錢立法之發展，比較法研究，2期，2009年2月，99-100頁。

⁸ 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，4版，2007年，三民，504-506頁。

⁹ 同前註，502頁。

入洗錢罪之前置不法行為範圍內，不僅有其必要，也合乎洗錢罪的構成原理。

參、防制洗錢規範的系譜

20世紀初的美國，禁酒運動盛極一時。事實上，早在1842年，緬因州就已經禁酒；禁酒黨的總統候選人，自1872年起，也能在幾個州贏得勝利。然而，支持禁酒運動的動能，主要還是仰賴1895年成立，以反酒聯盟（Anti-Saloon League）為名的壓力團體。因著第一次世界大戰爆發，情勢丕變。節約糧食的需求，為禁酒運動披上愛國主義的外衣，而得以在1917年通過旨在禁酒的聯邦憲法增修條文第18條。

依據聯邦憲法增修條文第18條第1項，於本條批准1年後，不得在美國及其領地境內製造、販賣或運輸酒類飲料；酒類飲料在美國及其領地之進、出口亦在禁止之列。同條第2項復規定，國會與各州得為執行本條，制定適當的法律。1920年1月17日，依據前揭憲法條文授權所制定的Volstead Act生效；酒類飲料的製造、販賣、運輸及進、出口，從此成為違法的活動。儘管除羅德島與康乃迪克以外的州，皆批准了聯邦憲法增修條文第18條，惟本條並沒有贏得各大城市民眾的支持，以致在1933年被聯邦憲法增修條文第21條廢止¹⁰。

禁酒律法的頒行，非但沒有使酒類飲料銷聲匿跡，反而因此助長其黑市交易，讓19世紀移民到美國的義大利黑社會份子（La Cosa Nostra），趁機大撈一筆。這些美國黑手黨（Mafia）還將非法販運酒類、開設賭場、經營色情行業得來的鉅額收益，用以收購私人企業，藉此讓不法收益轉變成經營事業所得合法營收，

¹⁰ 廖天美編譯，柯威恩·帕特森著，美國憲法釋義，1992年，結構群，369-370頁。

巧妙規避相關單位查緝而安享犯罪所得。此種掩飾不法收益的手法，被當時的美國執法人員稱為洗錢（money laundering）¹¹。

一、美國RICO法

由前述美國黑手黨收購私人企業，藉由公司營業收入來漂白非法販運酒類、開設賭場、經營色情行業得來的不法收益，可以得知犯罪組織介入私人企業用以隱蔽、藏匿不法收益的手法。美國於1970年制定的「組織犯罪管制法」第9編（Title IX of the Organized Crime Control Act of 1970）「反勒索及受賄組織法」（Racketeer Influenced and Corrupt Organization Statute），一般簡稱為RICO法，就是為對抗犯罪組織以犯罪所得操縱企業而設。

RICO法的制定，新增了四種犯罪類型，即(一)使用或投資「恐嚇詐財活動模式」所得之財產於企業；(二)利用「恐嚇詐財活動模式」取得企業利益或控制企業；(三)受僱於一組織或與該組織合作，藉「恐嚇詐財活動模式」參與或主持該組織之業務；(四)共謀犯前項任何一項之罪¹²。

關於使用或投資「恐嚇詐財活動模式」所得之財產於企業這種類型的犯罪，美國聯邦法典第18編的第1962節(a)項對其構成要件有詳細的規定，內容略為：任何人自恐嚇詐財模式取得之所得，而全部或一部、直接或間接、使用或投資於取得「任何從事於影響或其從事業務影響州際或國外商業之企業」之任何利益；直接或間接用於或投資於成立或經營前述企業¹³。

由上述條文內容，可以看出RICO法禁止犯罪組織將犯罪所

¹¹ 森下忠，刑事政策の論點Ⅱ，1994年，成文堂，79頁。

¹² 王兆鵬，美國對抗犯罪組織之利器——RICO法之介紹與比較，收錄在同作者，刑事被告的憲法權利，2版，2004年，自版，352頁。

¹³ 同前註，357頁。

得挹注於合法企業以牟利，多少帶有禁止洗錢之寓意。有論者更明白指出，RICO法「除了處罰組織犯罪者原先之前犯罪行為外，更對利用該犯罪不法所得再參與兼併合法商業之行為予以懲罰，藉此切斷組織犯罪者之後路，以有效抑制犯罪組織。蓋因調查發現，犯罪組織常須介入合法事業經營的理由之一，即包括合法事業可以作為非法所得之出路，例如可將犯罪所得洗錢¹⁴」；有論者甚至認為1970年的RICO法，係與洗錢有關的法律規制之開端¹⁵。

二、美國銀行秘密法

20世紀60年代，毒品問題在美國迅速惡化，不但對公眾健康構成重大威脅，為攢積吸食毒品費用，涉入非法販賣毒品的小型幫派，更在沒完沒了的地盤爭奪中，葬送無數寶貴性命。此外，共用施打毒品針頭，也導致AIDS的傳染¹⁶。這些嚴重的社會問題，引來政府的關注。

儘管執法部門投入很大的人力在查緝毒品，但成效始終有限。20世紀70年代，對付典型組織犯罪的非法販賣毒品有了全新的想法，即在打擊組織犯罪的同時，還要剝奪犯罪組織持以犯罪的資金¹⁷。毒販讓與毒品取得的大量現金，不但是證明販毒的證據，也容易招來其他匪徒覬覦，如何轉變其存在形式以去除犯罪根源，使之容易攜帶、隱藏，對犯罪組織而言，係迫切需要解決

¹⁴ 謝立功，洗錢防制與經濟法秩序之維護，1999年，金融財務研究訓練中心，18頁。

¹⁵ 宮澤浩一，マネーロンダリング—ドイツ語圏刑法の対応—スイス・トイッ・オーストリアの法制と日本，中山研一古稀祝賀論文集（第二卷）經濟と刑法，1997年，成文堂，24頁。

¹⁶ 渥美東洋，マネー・ローンダリングについて，收錄在渥美東洋編，組織・企業犯罪を考える，中央大学出版部，1998年，180頁。

¹⁷ 李雲飛，美國反洗錢刑事立法變遷研究，山東師範大學學報，58卷5期，2013年11月，133頁。

的問題。金融機構既有的兌換貨幣、兩地匯款機制，順理成章地便成為犯罪組織用以轉換、輸送現金的工具。

美國國會因為非法行為的收益常藉由銀行從事洗錢，一般人也可能利用銀行系統逃避稅捐，政府機關卻難以取得本國銀行與外國銀行的客戶紀錄，妨礙民事與刑事責任之訴究，故而，於1970年通過「銀行紀錄及國外交易法」（Bank Records and Foreign Transactions Act），一般簡稱為「銀行秘密法」（Bank Secrecy Act），授權財政部長在刑事、稅捐或法定調查程序上有必要時，得令金融機構就往來交易行為予以報告或作成紀錄。財政部長據此乃發布命令，超過1萬美元之現金交易應予報告，故意違反報告義務者得處以刑事制裁¹⁸。

三、美國洗錢管制法

1970年的銀行秘密法所引進的申報制度，最初並沒有被積極地靈活運用，而且，對有意逃避申報義務的脫法行為，同法也不能有效予以處置。為了規制銀行秘密法無力掌握的洗錢行為，確實處罰職業性的洗錢者、參與洗錢的律師、會計師、銀行員，有必要制定更具實質內容的洗錢罪¹⁹。

1983年，針對組織犯罪而設的總統委員會（President's Commission on Organized Crime）成立，同委員會在1984年發表的中間報告書，對「洗錢」的意涵有所界定，其內容略為：對不法收益之存在、收益的非法來源或非法用途予以隱匿，或對不法

¹⁸ 蕭富山，美國防止洗錢及銀行之保密規範及其爭議，法學叢刊，153期，1994年1月，80頁。銀行保密法的詳細內容與後續修改，請參閱李雲飛，同前註，134-136頁、140頁-142頁。

¹⁹ 芝原邦爾，資金淨化（マネーロンダリング）行為の処罰——アメリカ合衆国連邦法を中心として，平野龍一古稀祝賀論文集（下），1991年，有斐閣，163頁。

收益予以偽裝使其看起來與合法資金無異的過程²⁰。承襲委員會對洗錢的界定，1986年制定的「反藥物濫用法」(Anti-Drug Abuse Act of 1986)第一篇H的部分，正式將洗錢予以犯罪化，此即著名的「洗錢管制法」(Money Laundering Control Act)，被編入美國法典第18編第1956節、第1957節²¹。

1956節(a)(1)規定的基本洗錢罪(一般洗錢罪)，可以再細分成以下四種類型：(一)意圖促進特定非法行為之實行，明知作為金融交易客體之財產，顯示出其係特定非法行為所得，仍實行或企圖實行該金融交易，而作為金融交易客體之財產，確實為特定非法行為所得者(§ 1956(a)(1)(A)(i))；(二)意圖違反1986年內地稅務法第7201節、第7206節逃漏稅，明知作為金融交易客體之財產，顯示出其係特定非法行為所得，仍實行或企圖實行該金融交易，而作為金融交易客體之財產，確實為特定非法行為所得者(§ 1956(a)(1)(A)(ii))；(三)為了或部分為了隱匿或掩飾特定非法行為收益的性質、所在地、來源、所有權歸屬或占有，明知作為金融交易客體之財產，顯示出其係特定非法行為所得，仍實行或企圖實行該金融交易，而作為金融交易客體之財產，確實為特定非法行為所得者(§ 1956(a)(1)(B)(i))；(四)為了或部分為了規避洲或聯邦規定的交易報告義務，明知作為金融交易客體之財產，顯示出其係特定非法行為所得，仍實行或企圖實行該金融交易，而作為金融交易客體之財產，確實為特定非法行為所得者(§ 1956(a)(1)(B)(ii))。²²

1956節(a)(2)規定的跨境洗錢罪，除國內、外的運輸、傳

²⁰ 千代延晃平，米国におけるマネー・ロンダリング対策法制——金融情報の収集・分析手法と金融監督制度に着目して，警察学論集，51卷11号，1998年11月，64頁。

²¹ 王新，同註7，102頁。

²² 關於基本洗錢罪的解說，請參閱王新，同註7，102-103頁；李雲飛，同註17，137頁。

送、轉讓貨幣工具或資金等行為態樣，有別於基本洗錢罪，就行為目的（意圖）而言，大致相同²³。第1957節，則是為處罰運用來路不明的資金進行交易而設²⁴。

四、1988年聯合國禁止非法販運麻醉藥品與精神藥物公約

本公約的出現，係鑑於1961年麻醉藥品單一公約、1971年精神藥物公約，雖將麻醉藥品、精神藥物的製造、持有、買進、賣出、輸出及原料的栽培，納入許可制的規範下，並對違反規定者處以刑罰，然而，藥物濫用的問題，卻未見改善。鑑於非法交易麻醉藥品、精神藥物的高額利潤乃產生不法的誘因，且不法交易取得的資金，不僅投入其他不法活動，也用於非法販賣麻醉藥品、精神藥物，為解決藥物犯罪的問題，有必要著眼於經濟面向，徹底剝奪存在於任何處所的不法收益，斷絕藥物犯罪不法收益的循環。洗錢防制規範的定立，即在上述政策思維下應運而生²⁵。

本公約第3條第1項，規定了三種洗錢罪類型：

（一）明知財產為實行或參與本項(a)款之罪所得，為隱匿或掩飾該財產的不法來源，或協助實行或參與本項(a)款之罪者規避其行為之法律後果，而轉換或讓與該財產（(b)(i)）。

（二）明知財產為實行或參與本項(a)款之罪所得，而隱匿或掩

²³ 關於跨境洗錢罪的解說，請參閱前註7，103頁；李雲飛，同註17，137-138頁。

²⁴ 關於第1956節、第1957節規定的洗錢罪之成立要件比較，請參閱林志潔，美國貪污犯罪之立法與預防，收錄在同作者，財經正義的刑法觀點，2014年，元照，95-96頁。

²⁵ 丸山雅夫，麻藥特例法におけるマネー・ローンダリングについて，收錄在町野朔、林幹人編，現代社会における沒收・追徴，1996年，信山社，143頁。

飾該財產之真實性質、來源、所在地、處分、轉移、財產的所有權或其他權利（(b)(ii)）。

（三）受領時明知財產為實行或參與本項(a)款之罪所得，而取得、占有或使用該財產（(c)(i)）。

本公約所確立的三種洗錢罪類型，除前置不法行為逐漸擴張範圍之外，大致上也為2000年聯合國打擊跨國組織犯罪公約第6條、聯合國反貪腐公約第23條所沿襲。

此外，由前述美國防制洗錢規範的發展，不難察覺對抗洗錢的立法政策，得區分為預防式的洗錢對抗與鎮壓式的洗錢對抗，前者係藉由完善的金融規章，以及強加的協力義務來預防洗錢犯罪，後者則是以刑事制裁與刑事司法互助來對抗洗錢犯罪²⁶。

就事前預防的部分，聯合國反貪腐公約第14條第1項(a)款規定：（各締約國均應）在其權限範圍內，對銀行和非銀行之金融機構，包括對辦理資金或價值移轉等常規或非常規業務之自然人或法人，並在適當之情況對特別容易涉及洗錢之其他機構，建立全面性之國內管理及監督制度，以利遏制並監測各種形式之洗錢；此種制度應著重於訂定驗證客戶身分，並視情況驗證實際受益人身分、保存紀錄及報告可疑交易等規定。

上述金融機構等查驗顧客真實身分、留存交易紀錄，以及通報疑似洗錢交易的義務，自1988年巴賽爾聲明以來，一再為各種國際公約所重申²⁷。我國洗錢防制法第7條、第8條，也分別就大額交易、疑似洗錢交易，課予金融機構通報義務；關於適用通報義務的對象，在同法第5條第2項第2款，亦保留彈性可視實際情況擴張適用對象範圍。就課予報告義務，預防洗錢發生而言，大

²⁶ 馬躍中，同註6，47頁。

²⁷ 林漢堂，論金融機構及其從業人員防制洗錢之法律責任——以洗錢防制法第七條、第八條罰則規定之探討為主，成大法學，18期，2009年12月，208-213頁。

致上與歷來國際公約要求一致。有疑問者在於，違反通報義務要否科以刑罰²⁸，考慮到違反通報義務所造成的法益危害估量不易，即使依抽象危險犯的體例定立罰則，因其遊走於抽象危險犯與秩序犯之間，不免招來刑罰過於苛酷的指責。由主管機關先予以糾正，不改善者再酌情科以刑罰，較為妥當。鑑於預防式洗錢對抗，我國洗錢防制法第6條、第7條、第8條已有規定，且未背離聯合國反貪腐公約第14條的基本要求，故而，以下只針對鎮壓式洗錢對抗當中的洗錢犯罪化作檢討。

肆、我國防制洗錢規範的檢討

誠如許玉秀大法官在司法院大法官釋字第594號解釋的部分協同意見書裡所作的指摘：

無論是行為規範或制裁規範，刑罰規範都會限制人民的行為自由。行為規範所限制的是各種自由權，例如刑法第239條限制人民的性自主權、第310條限制人民的言論自由、第320條限制人民取得財產的營業自由；制裁規範則主要限制人身自由及財產權，亦可能剝奪人身自由與生命權。當行為人受憲法保障的基本權遭到限制或剝奪時，憲法可以容忍而不出面干涉，必定是因為這種對基本權的限制或剝奪，可以為憲法帶來相同或更高位階的利益。

立法者為履行國家對基本權的保護義務，對可能危及基本權法益的行為態樣，課予人民不作為的法義務；對瀕臨危殆的基本權法益，課予人民作為的法義務以挽救保全該法益。從而，在刑事不法發生之前，刑法乃是為保全法益而加諸人民作為、不作為義務的行為規範，與其他法規共同形成綿密的國法秩序，以確

²⁸ 謝立功編著，金融機構面臨之洗錢挑戰與對策，2006年，台灣金融研究院，181-182頁；林漢堂，同前註，225頁以下。

保值得法律給予保護的重要共同生活利益。

刑法為保全法益所課予人民的誡命、禁止，如果被有意違反，而刑法對此又置之不理，日後人民遵守刑法誡命、禁止的意願，不免產生動搖。為促使人民確實遵從刑法誡命、禁止，進而達成保護法益安全之目的，有必要對規範違反者施以懲罰。基於此，在刑法的誡命、禁止被人民可歸責地違反時，為確保作為行為規範的刑法之實效性，刑法乃成為加諸人民刑事制裁以保障規範，並防止犯罪再發生的制裁規範²⁹。

為檢討便利起見，以下即按行為規範與制裁規範的順序行之。

一、防制洗錢的行為規範

聯合國反貪腐公約第23條第1項，沿襲歷來抗制洗錢的國際公約，定立了三種型態的防制洗錢規範。

第一種類型，在防範人民利用兌換或轉讓財產，達成隱蔽財產不法來源，或規避應負法律責任的目的。雖然，從犯罪學的觀點來看，將不法活動獲取的小面額紙幣、硬幣，兌換成大面額的紙幣乃至匯票、旅行支票，的確是販毒者為隱蔽收益不法來源，為方便搬運、藏匿以規避沒收常見的伎倆。金融機構的匯款業務，更是罪犯輸送不法所得資金的有利工具。不過，考慮到人民利用金融機構兌換、轉讓財產乃日常生活所需，為防制洗錢而使人民轉換或讓與財產的自由受到限制，不應過於浮濫。為避免此項行為禁止適用範圍過廣而影響日常生活，此種類型的洗錢禁止規範，乃附加了兩道認知上的限制，即行為人認識其轉換或轉讓的財產，係前置不法行為所得；轉換或轉讓該財產的目的，在於隱蔽或隱匿該財產的非法來路，或協助實行、參與前置不法行為者規避其行為的法律後果。可是，行為人的心理狀態，很難從外

²⁹ 高橋則夫，刑法總論，2010年，成文堂，10-14頁。

在窺見得知，證明不易。為緩和舉證上的困難，提升查緝實效，聯合國反貪腐公約第28條乃規定，明知得依客觀之實際情況予以推定，換言之，被告是否明知兌換或轉讓的財產為前置不法行為所得，可依客觀的具體狀況予以推定，暫且不論，以客觀事實推定行為時的心態，在我國刑事訴訟法上可否容許，本類型洗錢禁止規範所要求的，隱蔽財產非法來源、協助規避行為法律後果的意圖，依然存在證明上的困難。

前述為隱蔽財產不法來源、規避應負法律責任而從事兌換、讓與財產的行為，實質上，不外是隱蔽不法所得的手段，若是將隱蔽不法所得的行為界定為洗錢，則此種為達成隱蔽財產不法來源而為的財產兌換、讓與，可說是洗錢的預備。從而，聯合國反貪腐公約禁止此種有不正當目的之財產兌換、讓與，實具有更全面防範洗錢的截堵功能。從而，禁止不正當目的之財產兌換、轉讓，與禁止隱蔽前置不法行為所得，規範目的並無二致。如果考慮到，聯合國反貪腐公約禁止隱蔽前置不法行為所得，並未具體列舉隱蔽不法所得的方法，在解釋上，兌換或轉讓財產，也可以包含在隱蔽不法所得的方法之內。如此說來，禁止隱蔽前置不法行為所得的規範，在論理上，足以將不正當目的之兌換、轉讓財產涵蓋其中。從而，在立法上不嚴格區分不正當目的之兌換、轉讓財產，與隱蔽前置不法行為所得，應該無妨。

比較成問題的倒是，協助規避行為法律後果，此一妨害司法作用的行為意圖，要否明白表現在法律條文上。這就牽涉到洗錢罪的保護法益了。從比較法的觀點來看，日本組織犯罪處罰法第10條第1項規定的犯罪收益等隱匿罪，並沒有在掩飾犯罪收益的取得或處分、隱匿犯罪收益，以及掩飾犯罪收益發生的原因之外，再加上妨害司法作用的意思，作為額外的主觀違法要素。而且，日本刑法論者一般認為，禁止洗錢的理由在於，不法行為的收益會投入將來的犯罪活動，或用以支配私人企業，影響正常的經濟活動，換言之，洗錢所危害的法益內涵，為不特定人、多數

人不受犯罪危害、健全經濟活動不受干擾的利益，具有社會法益的性質³⁰。

德國刑法第261條第1項規定的洗錢罪，則於第1款明白表示：對於來源的調查、發現、追徵、沒收或查封此等物品加以妨礙或危害。德國學說，也認為洗錢罪的保護法益為司法權或司法作用的行使與運作³¹。

鑑於洗錢罪的前置不法行為，有日益擴張的趨勢，新增前置不法行為，例如本文所探討的貪污犯罪，未必具備類似組織犯罪，將不法所得投入將來犯罪、以不法所得支配企業，影響健全經濟發展的情形，而且，洗錢媒介不限於金融機構，亦屬洗錢罪的發展趨勢，基於此，認為良好金融秩序為洗錢罪的保護法益，不免過於狹隘。

如以妨害司法作用來理解洗錢罪的不法內涵，則符合洗錢罪隱蔽犯罪所得，規避行為法律後果（犯罪應得的法律制裁、依法繳納租稅、依法沒收等……）的特性，也符合我國洗錢防制法，防制洗錢，追查重大犯罪之立法目的。此種見解，也日益贏得我國論者的支持³²。

釐清洗錢罪的保護法益，為司法作用的行使與運作，則聯合國反貪腐公約，除禁止不正當目的之財產兌換、轉讓，隱蔽前置

³⁰ 三浦守、松並孝二、八澤健三郎、加藤俊治，組織的犯罪對策関連三法の解説(二)，法曹時報，52卷6号，2000年6月，76頁；丸山雅夫，マネー・ローンダリング，收錄在神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第二卷）經濟刑法，2006年，成文堂，336頁；山口厚編，橋爪隆執筆，經濟刑法，2012年，商事法務，122-123頁；神山敏雄、齊藤豊治、淺田和茂、松宮孝明編，齊藤豊治執筆，新經濟刑法入門，2版，2013年，成文堂，103頁。

³¹ 王皇玉，洗錢罪之研究——從實然面到規範面之檢驗，政大法學評論，132期，2013年4月，239頁。

³² 王皇玉，同前註，239頁；吳俊毅，論洗錢罪的基本構成要件，收錄在同作者，妨害司法、亮票、假結婚與刑法，2015年，正典，154頁。

不法行為所得這兩種行為類型，尚且禁止領得他人不法行為所得財產，其規範旨趣亦得推知，即意欲透過斷絕罪犯與外界的互動，達成孤立罪犯的目的。

至於同公約第24條，對事後知悉置於自己管領下的財產為不法行為收益者，課予其不得繼續持有的義務，目的無非也是為了隔絕外界對犯罪活動的參與。

綜上所述，禁止洗錢的用意，在確保司法作用的行使與運作。經由洗錢禁止而被保全的此項法益，也是我國刑法妨害司法罪章的保護對象。為保護這種利益而限制人民行為自由，其正當性應無疑問。

二、維護反洗錢規範的制裁規範

為保全法益課予人民的作為或不作為義務，若被可歸責地違反，即產生要否對有責的違法者處以刑事制裁的問題。

洗錢防制法第2條第1項第1款的「自己洗錢罪」應否廢止，長久以來是我國學界熱烈爭論的議題。反對處罰的理由有：違反與罰後行為理論、違反雙重處罰禁止原則、處罰欠缺期待可能性的行為違反責任原則等。

在日益擴大前置不法行為範圍的趨勢下，認為處罰洗錢有違與罰後行為、違反雙重處罰，將逐漸喪失說服力。

就處罰自己洗錢罪違反與罰後行為理論言之，後行為不罰的理由根據，或求之於其不法內涵已和前行為包括評價，若再予以負面評價，則有評價過度之嫌。然而，以本文探究的貪污犯罪為例，此類犯罪的處罰根據，在於收受賄賂將使人民對公務員公正執行職務喪失信賴，至於犯人對所領得賄賂如何處置，本就不在禁止收受賄賂的規範考量範圍內，如認為貪污犯人隱匿、掩飾不法所得，其所產生的行為不法或結果不法，已包括評價於收受賄賂之不法中，顯然是虛構。

若是以後行為未擴大前行為侵害法益範圍，沒有必要為了維

護法益安全而對後行為科處刑罰。同樣以貪污犯罪為例即可得知，貪污犯人隱匿、掩飾不法所得，侵害的法益為司法作用的行使與運作，有別於前置貪污犯行所侵害的人民對公務員公正執行職務之信賴，故此，處罰貪污犯人隱蔽不法所得之行為，並不抵觸一事不二罰的雙重處罰禁止。

此外，犯人隱蔽不法所得，係為規避法律制裁，此種情形與犯人湮滅、偽造自己犯罪事證類似，要否考量行為人是在極為窘迫的心態下出此下策，而給予刑罰的減免，固然不失為可考慮的問題。若只是在部分案件中，適法行為期待可能性低，應循由罪責理論於有責性評價階層視個案具體情況謀求解決；假如透過隱蔽不法所得規避法律責任，達到一般人皆如此，已無適法行為的期待可能性，鑑於隱蔽不法所得對國家司法作用的妨害，亦應朝規定個人阻卻刑罰事由來解免刑罰作思考，不宜直接刪除自己洗錢罪。

另一方面，洗錢防制法第2條第1項第2款，除了「掩飾」，其餘皆倣效刑法第349條贓物罪的構成要件而定。然而，從列席立法院司法、財政委員會聯席會議的法務部長，對洗錢防制法草案內容所作的報告，可以瞭解模仿贓物罪的構成要件來規定洗錢罪，係草擬法案者有意為之，並非出於偶然³³。然而，同報告也強調：「『洗錢』一詞並非固有法律名詞，乃源自外語（money laundering, blanchiment d'argent）翻譯而來，係指犯罪者將其不法行為的活動所獲得的資金或財產，透過各種不同的交易管道，轉換成為合法的資金與財產，以便隱藏其犯罪行為，避免司法的偵查³⁴。」同時，法務部長在答覆立法委員質詢時，也明白表示草擬法案者致力於區別洗錢罪與贓物罪，並沒有把前者定位為後者

³³ 立法院公報，84卷34期，1995年5月，278頁。

³⁴ 立法院公報，84卷34期，1995年5月，277頁。

特別法的意思³⁵，皆足以印證洗錢罪與贓物罪有別。

查考立法院司法、財政委員會審查洗錢防制法的紀錄，可以得知洗錢防制法草案第2條第1項第1款原為：「掩飾或隱匿因自己或他人重大犯罪所得財物或財產上利益之性質、來源、所在地，所有權或其他權利。」在審議過程中，為求條文簡明而將其修改為：「掩飾或隱匿因自己或他人重大犯罪所得財物或財產上利益」；同項第2款規定：「收受、搬運、寄藏、故買或牙保他人因重大犯罪所得財物或財產上利益。」³⁶

洗錢防制法草案第2條第1項第1款的規定，相當於反貪腐公約第23條規定的，禁止隱蔽前置不法行為所得之規範，承前所述，此種禁止隱蔽前置不法行為所得規範，並未嚴格界定隱蔽不法所得手段，從而，在理論上，可以將禁止不正當目的之財產兌換、讓與涵蓋其中。從而，未經修正的洗錢防制法草案第2條第1項第1款，可歸於1988年聯合國禁止非法販運麻醉藥品與精神藥物公約的防制洗錢系譜，與聯合國反貪腐公約第23條同出一系。

洗錢防制法草案第2條第1項第2款，雖仿效我國刑法贓物罪作規定，其隔絕外界參與犯罪活動以孤立罪犯的用意，並無二致。故此，與1988年聯合國禁止非法販運麻醉藥品與精神藥物公約、聯合國反貪腐公約第23條禁止領得他人不法收益，具有相同的旨趣。

可是，洗錢防制法的後續修正，僅專注於自己洗錢與為他人洗錢的類型區別，忽略原條文第1項與第2項係不同類型，以致將洗錢行為與收受、占有不法收益合而為一³⁷，造成日後條文規範意旨不明的窘境。為解決修法過程疏忽所遺留下來的弊端，將來修法時，應將洗錢防制法第2條第1項第2款，「收受」他人因重

³⁵ 立法院公報，84卷34期，1995年5月，284頁。

³⁶ 立法院公報，85卷33期，1996年6月，191-192頁。

³⁷ 立法院公報，92卷1期，2002年11月，3頁。

大犯罪所得財物或財產上利益的行為態樣，單獨作規定。如此修法的理由在於，此種純屬貪圖利益而收受不法收益的行為，不似隱蔽不法所得具有侵害國家司法作用的性質，基於罪刑均衡的原則，此種行為應受的責罰，在刑度上不該與隱匿不法收益等同。

由於現行洗錢防制法為他人洗錢罪係仿效贓物罪的規定形式，而贓物罪在我國刑法上又被歸於財產犯罪，在解釋上，不免產生扞格。為解決此一疑義，可以德國贓物罪的解釋為借鑑，將本罪理解為具有人的庇護與物的庇護性質的妨害司法作用之犯罪，如此一來，至少在法律作適度修正之前，可以和外國洗錢罪規範維持同軌，降低解釋上的困難。

在借鑑德國贓物罪解釋前提下，將「掩飾」、「搬運」、「寄藏」解釋為：隱蔽不法收益，使之不被發現而遭沒收或成為追訴犯罪事證的行為態樣，即真正的洗錢行為，當不至於不合情理。至於「故買」、「牙保」這類具有供予罪犯資金特性的助長犯，可歸為同一類型。鑑於處罰洗錢的立法目的，本就含有斷絕不法收益的循環使用，以遏制組織犯罪猖獗，將「故買」、「牙保」等助長犯，與「掩飾」、「搬運」、「寄藏」等隱蔽不法收益犯，規定於一處，尚可接受。

綜上所述，我國洗錢防制法的洗錢罪，在立法技術上或有值得改進之處，其立法精神和限制範圍，經過解釋，與聯合國反貪腐公約上的禁止洗錢規範，尚無重大歧異。

伍、結 語

刑法的任務，在於保護法益的安全。明定犯罪之構成要件各個刑罰法規，必定有所欲保護的法益。若以各個刑罰法規所欲保護的法益為分類基準，則數量龐大的刑罰法規，即可按照其所意欲保護法益的異同，有條不紊地予以編制。法益具有建立刑法各論體系的功用，道理就在於此。法益概念，除有助於法典編

纂，法益保護，也是刑法干預的正當化根據，不容輕忽。

Hans-Heiner Kühne來我國所作的演講中，即曾表白：「任何國家的干預權限要具體地用他對人民的保護作用來加以衡量。一旦這不能衡量，這樣的權限就會欠缺所必須的合法性³⁸」；Bernd Schünemann在一篇題名為〈在全球化印記中的刑法〉的論文中，也強調：必須阻止由國家法律所保障的法益保護，經由全球化而被消滅且規避掉³⁹。

跨國性犯罪的防治，唯有仰賴各國通力合作始能竟其功。為使規制犯罪的國際合作得以實現，通常係透過締結條約的方式，課予締約國整備國內法制的義務。然而，追求刑事實體法內容的一致性，牽涉到各國固有法律文化，並非技術性的司法互助可比，盲目順從國際公約內容，難保不會扭曲長年發展形成的刑法學體系，更容易形成事事遷就國際現實，習慣以政治考量取代法學思維的刑事立法風氣⁴⁰。

作為國際社會的一份子，固然不容推諉防堵跨國性犯罪的責任，但為了維護民主憲政體制，也沒有理由屈從刑法的國際化。在防制洗錢規範及其制裁日益全球化的今天，檢討我國既有法制是否與國際潮流相應和，固然要緊；反省將國際公約內國法化之後，有無抵觸我國憲法規範乃至法律體系內蘊的基本價值，更是不可迴避的課題。

³⁸ 吳俊毅譯，同註5，255-256頁。

³⁹ 盧映潔譯，Bernd Schünemann著，在全球化印記中的刑法，收錄在許玉秀、陳志輝合編，不移不惑獻身法與正義——許迺曼教授刑事法論文選集，2006年，春風煦日學術基金，185頁。

⁴⁰ 高山佳奈子，「政治」が主導する近年の日本の刑事立法，月旦法學雜誌，172期，2009年9月，125頁。

追查及返還跨域貪污犯罪所得 之刑事司法互助

——從我國落實聯合國反貪腐公約之觀點

李傑清*

目 次

壹、前 言	三、如何促進追查及返還跨域貪污犯罪所得之國際合作
貳、追查及返還拉法葉艦回扣案及前總統貪污洗錢案之跨域犯罪所得的分析	肆、改善追查及返還跨域貪污犯罪所得之刑事司法互助的芻議——代結論
一、追查及返還兩案例的現況	一、將公約定位為具有國內法之效力，短期內恐難以與國內法制充分整合
二、檢討、分析	二、預防洗錢的措施有其界線，應善用科技及加強體制內、外監察之機制
三、小 結	三、亟待創設善意第三人財產保護及缺席審判的制度
參、如何藉由司法互助提升追查及返還跨域貪污犯罪所得之成效	四、他國沒收命令的執行或刑事判決的承認，恐難一蹴可幾
一、當前追查及返還跨域貪污犯罪所得之缺失	
二、追繳跨域貪污犯罪所得資產亟待落實公約的相關規定	

* 國立臺北科技大學智慧財產權研究所教授。本文曾發表於2015年6月23日由法務部廉政署主辦、元照出版公司執行之「聯合國反貪腐公約專題學術研討會」之論文。有關拉法葉艦回扣案及前總統貪污洗錢案之偵、審情況，因相關判決並未完全公開或在審理之中，感謝上述研討會與談人臺灣高等法院檢察署蔡秋明檢察官給予口頭及書面上的諸多建議及指正，特此致謝！惟文責則由本人承擔。

五、以民事訴訟強化追查及返還貪污犯罪所得的成效，頗值期待

六、資產返還和處分，應依資產流出國的立場，先以個別協商為宜

七、結語

壹、前言

由於貪腐犯罪之危害性除嚴重威脅社會穩定及安全、破壞民主體制及價值觀、戕害道德觀及公平正義外，其與洗錢、組織及經濟犯罪等之密切連結，更是危害國家的政治穩定及永續發展，且已不再是單一國家地域性的問題，而是一種影響所有社會和經濟發展之跨國現象，故聯合國大會於2000年12月通過決議，要求特設一個委員會草擬反貪腐國際法律文書（即聯合國反貪腐公約，United Nations Convention against Corruption，以下簡稱公約），以便據以進行國際合作，加強貪腐之預防及控制。公約自2003年10月經聯合國審議通過並開放簽署後，已於2005年12月14日正式生效，直至2015年9月底止，已有140國簽署，177國家或地區完成批准程序，成為公約締約國¹。

我國為順應國際反貪腐犯罪跨域合作之趨勢，立法院於2015年5月特通過制定聯合國反貪腐公約施行法，該法明定「健全預防及打擊貪腐體系，加強反貪腐之國際合作、技術援助、資訊交流，確保不法資產之追回²及促進政府機關透明與課責制度」為立法目的；確認公約之規定具有國內法律之效力，且有關反貪腐案件之法律適用與解釋，應以符合公約規定為原則。我國反貪腐相關法制若有不符公約規定者，應於本法施行後3年內，完成法令之制定、修正或廢止及行政措施之改進，以落實公約所建立之反貪腐法律架構，展現我國促進廉能政治及落實公約所揭示反貪腐法制之決心。

¹ 參閱：https://en.wikipedia.org/wiki/United_Nations_Convention_against_Corruption（最後閱覽日：2015年11月18日）。

² 該「確保不法資產之追回」實與聯合國反貪腐公約第1條宗旨聲明「(b) 促進、便利及支援預防與打擊貪腐方面之國際合作和技術援助，『包括在追繳資產方面』」相對應，足證追查及返還跨域資產，在防制貪腐犯罪的國際合作中具有關鍵性的重大意義及價值。

綜上，本文特以追查拉法葉艦回扣案及前總統貪污洗錢案之犯罪所得為例，並以落實反貪腐公約之觀點，析論追查及返還跨域貪污犯罪所得之刑事司法互助，並以探討如何藉由司法互助提升追查及返還跨域貪污犯罪所得之成效為主軸，提出改善追查及返還跨域貪污犯罪所得之刑事司法互助的芻議，期能俾利於促進國內清廉政治之實現及國際反貪腐法制之接軌，增進司法威信及國家競爭力。

貳、追查及返還拉法葉艦回扣案及前總統貪污洗錢案之跨域犯罪所得的分析

一、追查及返還兩案例的現況

(一)拉法葉艦回扣案（被告汪○浦等，以下稱拉案）

檢方曾分2批起訴拉案軍官。第1批是2001年7月間把前海軍艦管室主任雷○明及前武獲室組長康○淳等人依貪污罪起訴；第2批是2006年間，將前海軍上校郭○恆、郭○天兄弟，以及軍火商汪○浦一家6人，依貪污罪起訴。兩案因卷證龐雜及涉敏感跨國案件，臺北地方法院經多年調查、審理後，2010年6月判決雷○明等前海軍將校無罪；8月間判郭○恆15年，郭○天2年。前者，因證據不足，特偵組檢察官無法認定有刑事上的舞弊或不法情事，決定不提起上訴。後者，特偵組認為法院並未判決郭○恆兄弟³與汪○浦間的共同犯罪所得連帶沒收，在認事用法上確有違誤，而提起上訴⁴。

³ 郭○恆及其兄郭○天被凍結在瑞士銀行帳戶內的拉法葉艦賄款約11億元，因二人已立切結書表明自願返還，瑞士司法部已於2007年6月將該款匯至高檢署指定帳戶。參閱聯合報，4版，2007年6月15日。

⁴ 「雷涉拉案不上訴 檢：證據不足」，YAHOO奇摩新聞，2010年11月7日，參閱：<https://tw.news.yahoo.com/%E9%9B%B7%E6%B6%89%E6>

最高法院於2014年4月依購辦公用器材收取回扣罪，將郭○恆判刑15年，併科罰金2億元，並與同案被告汪○浦連帶追繳不法所得3億4,053萬3,140美元、476萬410法郎，合計約新臺幣104億元定讞⁵。在此之前，由於涉案軍火商汪○浦家族存放瑞士帳戶6億多美元的龐大資金，因臺、瑞司法互助，遭瑞士聯邦檢察署凍結迄今13年，汪○浦不服，向瑞士聯邦法院提起抗告，2014年8月已遭法院駁回。瑞士聯邦法院的判決，認定瑞士司法部就拉案對我國提供司法互助之適法性，且考量汪○浦未到案及案情複雜等，同意繼續凍結該帳戶。特偵組於2014年底即將最高法院對拉案的定讞判決，翻譯成法文版本，經由外交部協助遞送至瑞士，請求自汪○浦家族遭凍結的資產中，先返還郭○恆與汪○浦的不法所得新臺幣104億元，努力爭取依法沒收⁶。又外交部證實汪○浦已於2015年1月20日病逝英國倫敦，針對拉艦案海外不法所得追討事宜，特偵組主任郭文東解釋，汪○浦妻子葉○貞及4名子女，因涉此案並涉嫌洗錢遭通緝，汪○浦雖已去世，不影響其妻小被通緝的狀況。至於汪○浦另涉及幻象戰機採購弊案，特偵組已分特他案調查中⁷。

%8B%89%E6%A1%88%E4%B8%8D%E4%B8%8A%E8%A8%B4-%E6%AA%A2-%E8%AD%89%E6%93%9A%E4%B8%8D%E8%B6%B3.html
(最後閱覽日：2015年11月18日)。

⁵ 參閱臺灣高等法院103年度聲字第4233號刑事判決。

⁶ 「拉法葉案特偵組向瑞士討百億佣金」，中時電子報，2014年12月20日。參閱：<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20141220002120-260402> (最後閱覽日：2015年11月18日)。

⁷ 「特偵組：汪傳浦妻小涉洗錢仍通緝中」，自由時報電子報，2015年2月11日，參閱：<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1230857> (最後閱覽日：2015年11月18日)。

(二)前總統貪污洗錢案（被告陳○扁等，以下稱扁案）

1.美 國

日前美國司法部曾向我國提出司法互助，由特偵組提供協助，並且由美國司法部查扣陳○中位於紐約州、維吉尼亞州的兩處不動產，已完成拍賣程序並得價款189萬美元，最高檢察署已向美國請求分享所得價款。至於何時匯回，特偵組主任郭文東表示，還在洽商中未有明確答覆⁸。

2.瑞 士⁹

(1)海角7億

最高檢察署今年初指出，國外資產查扣及匯回情形部分，陳○扁與妻子吳○珍等人於瑞士境內經瑞士司法機關查扣的資產，其中於瑞士蘇格蘭皇家庫斯銀行及瑞士美林銀行帳戶內有關龍潭案、南港案及國務機要費案不法所得的資產（包含美金、瑞士法郎、英鎊、歐元、日圓現金及49檔以外幣計價之債券、股票、存託憑證、ETF等有價證券，即海角7億），已於2010年5月陸續匯回最高檢察署指定帳戶，資產現值約2,261萬餘美元（折合約新臺幣6億8,986萬元）。

(2)元大併復華案

有關前總統陳○扁等因二次金改貪污案件匯洗至瑞士的不法

⁸ 「瑞士判扁案2億還台灣尚有3億遭凍結」，中央通訊社電子新聞，2015年4月29日，參閱：<http://www.cna.com.tw/news/alloc/201504290396-1.aspx>（最後閱覽日：2015年11月18日）。

⁹ 「扁案2億不法所得 瑞士判返還台灣」，YAHOO奇摩即時新聞，2015年4月29日，參閱：<https://tw.news.yahoo.com/%E6%89%81%E6%A1%882%E5%84%84%E4%B8%8D%E6%B3%95%E6%89%80%E5%BE%97--%E7%91%9E%E5%A3%AB%E5%88%A4%E8%BF%94%E9%82%84%E5%8F%B0%E7%81%A3-075120436.html>（最後閱覽日：2015年11月18日）。

所得，其中我國最高法院已判決確定的貪污案¹⁰（元大併復華）的不法所得674萬6,840美元資產（約新臺幣2億元）應予沒收。惟陳○中等人拒絕主動匯回，遂由特偵組檢附翻譯後之相關確定判決，向瑞士提出司法互助，請求返還該不法所得。案經瑞士檢察官命令應返還我國，歷經陳○中等人向瑞士聯邦刑事法院提出異議被駁回及上訴至聯邦最高法院亦遭駁回後而判決確定，目前正在進行返還作業中。

（3）國泰併世華案

特偵組主任郭文東表示，目前尚有新臺幣約3億元（國泰併世華）部分在瑞士遭凍結，待我國高等法院更審判決確定後，將循元大併復華案的模式，爭取瑞士高等法院判決確定後，能將該不法所得匯回我國。

二、檢討、分析

從上述二個我國追查及請求返還跨域貪污犯罪所得的過程及結果觀之，我國的檢察機關扮演極為重要的角色，也取得相當良好的成效。此就拉案與扁案而言，兩者的共同點都是違反貪污罪及（掩飾、隱匿鉅額犯罪所得之）洗錢罪，且最終都是以「由錢找人」的方式，擴大犯罪偵查合作的作為。兩者最大差異在於，前者的金（錢）流始終在國外、汪○浦則長期潛逃在外；後者則由國內先將不法所得匯至國外，且主要當事人都在國內，但涉及總統職權及敏感的政治關係。茲就反貪腐公約預防措施、國際合作及追繳資產之觀點，檢討、分析如下：

¹⁰ 最高法院2012年12月判決二次金改案，其中元大併復華案定讞，陳○扁被依貪污罪判刑10年，吳○珍依共同與公務員對於職務上之行為收受賄賂罪判處8年有期徒刑。參閱101年度台上字第6482號。

(一)拉法葉艦回扣案

1.是先由人找錢再發展成由錢找人的案中案、反貪瀆的預防措施完全失靈

拉案是源自於1991年8月前海軍武獲室上校尹○楓命案，該案偵查中，汪夫妻攜1名子女先於1993年12月出境。直自1997年11月法國前外長杜馬的情婦鍾古夫人涉嫌「侵占社會公帑罪」，拉案之鉅額佣金始曝光，顯現當時整個政府在防治貪瀆的預防措施上完全失靈，僅能依賴外國政府或媒體提供相關訊息。

2.成立特調小組、主動積極向瑞士提出司法互助請求

我國於2000年7月成立拉法葉案特調小組後除積極指派檢察官赴法瞭解軍購回扣流向外，並多次主動積極向瑞士提出請求司法互助，希望取得拉案佣金相關資料。另瑞士司法部（預審法官）雖於2003年底即同意與我國進行司法互助，但受汪○浦提行政訴訟被駁回及瑞士聯邦最高法院裁決接受我國前行政院長謝長廷簽署不判死刑承諾書後，特調小組方能如願自瑞士取得佣金相關的帳戶資料，進而積極偵辦該案件及追查犯罪所得。因此，兩國間是否有簽訂引渡、刑事司法互助協定或有死刑規定等，均不至於嚴重影響犯罪所得的追查及返還。

3.刑事司法互助以外之民事訴訟或商務仲裁等亦可同時併進

法國於2001年6月追查拉案的佣金流向瑞士銀行時，我國海軍即於當年8月向國際商會仲裁法庭（ICC）提出仲裁申請。2010年4月國際商會仲裁法庭判決台利斯（Thales，即原湯姆笙電子集團）公司敗訴，台利斯公司不服，向法國巴黎上訴法院提起上訴。法國巴黎上訴法院於6月9日駁回台利斯公司上訴案，法方須賠償我國5億9,100萬美元。最終，我國防部仲裁官司勝訴確定，台利斯公司於2011年7月12日賠償計約新臺幣254億元（約8

億7,500餘萬美元），該款項均已悉數匯回國庫¹¹。因此，在我國法務部請求刑事司法互助追查跨域犯罪所得時，被害人及時提起民事訴訟或商務仲裁等均屬符合公約第53條直接追繳財產之措施，雖須承擔相關費用及風險，但在充分掌握有利事證的情況下，不失為較有效率的返還方式。

4. 真正會影響返還犯罪所得的關鍵在於沒收的裁判

在開啓兩國間的刑事司法互助後，瑞士的經驗告訴我們，真正會影響返還犯罪所得的關鍵在於法院的沒收裁判。此正是我國高檢署為何要積極上訴郭○恆案，以主張同案被告汪○浦連帶追繳不法所得之故。特別是，我國現行法對於汪○浦全家逃亡後，因被告缺席之故，始終無法審理而取得沒收或追徵的判決，故我國刑事實體法及程序法都有修法的必要。其中，刑事實體法內增設不經刑事定罪程序之資產追繳及刑事程序法內增修特別條件下得以缺席審判的制度，應能促進跨域貪污犯罪所得的返還。

5. 汪○浦死亡後是否會影響其貪污犯罪所得的返還？

雖然我國刑訴法第470條第3項規定「罰金、沒收、追徵、追繳及抵償，得就受刑人之遺產執行。」然業已經確認死亡的汪○浦在生前及死後均非受刑人，恐難以對其之遺產執行沒收。惟跨域貪污犯罪所得通常都會有符合洗錢罪構成要件的行為，故我國對汪○浦夫妻（及郭○恆）是以共同收取回扣洗錢罪，其4名子女則以同罪之幫助犯起訴的現況下，應不至於影響當前我國向瑞士要求返還的貪污犯罪所得。

¹¹ 拉法葉軍購案。參閱：<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E6%8B%89%E6%B3%95%E8%91%89%E8%BB%8D%E8%B3%BC%E6%A1%88>（最後閱覽日：2015年11月18日）。

(二)前總統貪污洗錢案

1. 防制洗錢的預防及監測體制徹底失效

扁案是典型由錢找人的案件，該鉅額資金源自國內，如何轉往國外，涉及我國金融情報中心（Financial Intelligence Unit, FIU）案發當時並未在防範機制上特別留意重要影響力之政治人士等之家人或與其交往密切者之資金流向；且國家金融情報中心的首長在收受有關艾格蒙聯盟會員國之澤西島金融情報中心有關前總統夫人吳○珍胞兄吳○茂於2004年10月1日在澤西島成立信託帳戶等情資後，竟然洩漏給當事人等¹²，除呈現洗錢防制工作之制度上的缺陷外，亦徒增後續國際偵查及沒收事宜合作之難度。

2. 協調當事人簽署自願匯回指定帳戶授權書

扁案資金來自龍潭案、南港案、國務機要費案、元大併復華案及國泰併世華案，多以不同名義、形式及種類分散於不同帳戶。雖在充分掌握相關罪證後得以向他國請求司法互助及時查扣該資產，但若無進一步取得沒收等之確定判決，短期間內似難以期待返還資產。此時，若能配合偵查或審理的情況，協調當事人簽署自願匯回指定帳戶授權書，應可促進被查扣資產返還的效率。例如：針對陳○扁兒子陳○中、媳婦黃○靚所掌控分設於瑞士美林銀行、蘇格蘭皇家庫茲銀行之帳戶下的資產，二人曾於2010年3月簽署自願匯回指定帳戶授權書，故在2個月後即已陸續收到返還的資產¹³。

¹² 臺灣高等法院101年度上易字第2880號刑事判決。

¹³ 「扁案海外2億元 瑞士法院判還台灣」，中央通訊社電子新聞，2015年4月29日，參閱：<http://www.cna.com.tw/news/asoc/201504290329-1.aspx>（最後閱覽日：2015年11月18日）。

3.善用當地國刑事司法互助相關法制，拍賣犯罪所得所購買的不動產亦能促進資產返還

由於我國向美國提供陳○扁在任職中華民國總統時，元大金集團於2004年付給吳○珍2億新臺幣賄款，以換取政府不反對元大併購金融控股公司之事證；美國司法部與國土安全部亦查出陳○中夫妻利用香港和瑞士的銀行帳戶、英屬維京群島多家公司與在聖克里斯多福及尼維斯的信託公司，以洗錢行為購買美國紐約曼哈頓和維吉尼亞州的兩棟房產，故遭查封、拍賣。該兩房產合計拍賣所得189萬美元，由於拍賣前陳○中與美國司法部和解，由美方取得該房產變價金額的85%，陳○中取得15%，而美方取得的85%依法應與我方分享，我方特偵組已向美方請求80%的最高分享比例，目前正等美方回覆中¹⁴。

三、小 結

當2003年10月聯合國反貪腐公約開放簽署時，我國因非聯合國的成員國，故無法直接簽署公約。惟公約序言所聲明的宗旨及區分為8章合計71條文的內容，我國都已儘量遵守之。就追查及返還跨域貪污犯罪所得的觀點，上述我國貪污史上難得一見的二大弊案，由於偵審人員忠於職責、盡心竭力地開展刑事司法互助的契機及努力瞭解被請求國的相關法制，終於取得有目共睹的成效，除維護了法律的威信，也減少國庫的損失。然在：(一)如何尋求及開啓與被請求國之司法互助的契機；(二)如何確保被請求國及時執行扣押、凍結等保全措施；(三)如何加速被請求國凍結、沒收的執行及返還，仍因我國偵查策略或法制缺陷、差異等，已影響我國與各國進行全方位的刑事司法互助。因此，我國

¹⁴ 「美拍賣陳致中2豪宅189萬美元 我請求分8成」，中時電子報，2013年10月5日。參閱：<http://www.chinatimes.com/newspapers/20131005000876-260106>（最後閱覽日：2015年11月18日）。

政府並不以當前國際司法互助所取得跨域貪污犯罪所得之成效為滿足，欲更進一步以國際合作彰顯打擊貪腐犯罪的決心，貫徹廉能政治，特於2015年5月立法通過制定的聯合國反貪腐公約施行法，除了要繼續突破上述兩大案例所遭遇之司法行政或法制缺失的障礙外，亦企圖以加強國際合作的方式預防及控制貪腐，裨益全面加速反貪腐公約法制的國內法化。

參、如何藉由司法互助提升追查及返還跨域貪污犯罪所得之成效

一、當前追查及返還跨域貪污犯罪所得之缺失

跨域犯罪所得的追查及返還因涉及司法管轄權，也涉及敏感的政治、外交關係等問題，過去國人或許因為我國並非聯合國的成員國，與主要先進國家間多無邦交，且有簽訂刑事司法互助協定（議）的國家也屬有限，故提出刑事司法互助的請求時，容易因國家主權或政治因素而遭拒絕，然事實上並非如此。近20餘年來聯合國自1988年反毒公約後陸續制定了反恐怖主義提供資金公約、打擊跨國有組織犯罪公約及反貪腐公約等¹⁵均為促進國際刑事司法互助或沒收國際合作的規定，且由於貪污犯罪的被害人就是國家（國庫），因此各個國家對該跨域犯罪所得的追查及返還更是不遺餘力，即使在沒有邦交、簽署公約或刑事司法互助協定等，亦多樂意本於互惠原則與他國進行追查及返還重大犯罪所得的刑事司法互助。因此，影響當前我國追查及返還跨域貪污犯罪所得之障礙，較少在於請求外國刑事司法互助的方式或管道，而多在於內國行政管制疏失或法制缺漏等，茲論述如下：

¹⁵ 李傑清，沒收犯罪所得之程序法制與國際刑事司法互助——以台、日扣押法制的比較法考察為核心，元照，2010年10月，201頁。

(一)貪污行為的檢舉及其犯罪所得的追查有極高的隱密性而不易追查

貪污犯罪行為的本身極具隱密性，行賄及收賄對象不必然有直接合意的行為，也未必會有顯而易見的對價關係。若非當事人或熟悉內情人士的檢舉，在偵查上頗為困難。又賄賂的本身包括任何一切有價值的財產，且未必是以有體物的形式存在而具特定性。特別是跨國貪污犯罪所得之移轉，絕大多數是以金融債權的方式存在，並透過各種金融商品或自由市場交易等洗錢的方式轉換其存在的形式，故除人贓俱獲的行賄現場或收受後暫時保管的場所外，大多是先寄存於金融機構，待日後運用之，因此洗錢防制的工作對貪污犯罪偵查線索的取得極為重要。我國扁案的賄款何以能流至國外？洗錢防制機構首次接獲艾格蒙聯盟會員國通報相關情資時如何因應處理？均攸關該犯罪所得是否能及時留存於國內；或在最短的時間內開啓偵查犯罪及搜集相關具體事證後，據以向他國請求凍結該財產之刑事司法互助。此時，前者，理論上該是最優先採取的偵查作為，但實際上金融交易的名目繁多，不易勾稽、比對。即使主管機關對金融機構已加強其確認客戶身分、留存交易紀錄憑證及落實對一定金額以上或疑似洗錢交易之申報義務等之外，對過去案例所呈現的缺失亦應一併予以檢討、改善。例如：涉及扁案二次金改之金融機關（法人）是否可能成立洗錢罪，如何處罰等？後者，僅是偵查上不得不亡羊補牢的作為，貴在國內應積極搜集重要、關鍵證據以強化貪污犯行及被通報疑似洗錢財產的關聯性。此時若僅在顧及時效，急於向他國提出凍結或扣押相關財產之刑事司法互助，卻疏於關鍵證據或違法取證，極易喪失提出請求所需「合理事證」的正當性而遭拒絕，嚴重阻礙後續跨域偵查的合作。

(二)缺乏正當程序之第三人沒收規定，恐阻礙追查貪污犯罪所得之國際合作

跨域貪污犯罪所得之移轉經常涉及洗錢行為，故以我國沒收法制內最早國際接軌的洗錢防制法而論，該法第14條第1項明定：「犯第十一條之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第三人者外，不問屬於犯人與否，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。」沒收的客體已擴及包括金融債權之財產上利益，且在該沒收的客體因轉化、毀損、滅失等無法或難以沒收時，「應」以其合法財產追徵價額或抵償之，故在法理解釋上已具有剝奪犯罪行為人（含共犯）或非善意第三人犯罪所得之作用。然該條應沒收之財產上利益最終能否確實被執行的基本前提，除其能否及時被凍結或扣押外，尚有能否確認其為被害人或善意第三人之財產而予發還。尤其是對可能主張權利之善意第三人，目前我國訴訟法事前並未給予告知、辯解及防禦之機會，事後也無讓其可提出獨立訴訟以主張權利的規定¹⁶，若該財產被移轉至他國，我國能否經得起他國援引公約第55條第3項(b)「請求締約國為向善意第三人提供充分通知與確保正當程序所採取措施之具體陳述」的檢驗，而同意我國請求之凍結或沒收，實有疑慮。

(三)沒收確定裁判的取得較為費時、費力或遙遙無期

我國刑法總則沒收的規定，原則上以物為限，其之缺失已在洗錢防制法等附屬刑法內逐漸擴大至包括無體財產權之財產上利益。惟不論是沒收或追徵、抵償，因刑法將其明定為從刑（刑法第34條），致其依法均須於裁判時併宣告之（刑法第34條），未

¹⁶ 吳天雲，大陸刑事訴訟法單獨宣告沒收制度的檢討——兼論對兩岸刑事司法互助的影響，法學叢刊，229期，2013年1月，頁187。李傑清，洗錢防制的課題與展望，法務部調查局，2006年2月，頁92-93。

將現行專科沒收在最小程度的變動下擴大至為剝奪不法利得之沒收、追徵而單獨宣告之，故貪污犯罪在未依法完成審理前，不會有任何有關沒收、追徵等之確定判決。如在偵查中的嫌疑人或審判中的被告有逃亡或死亡之情形發生，大陸法系的我國，現行法因為是採對人的訴訟（以人為訴訟主體），若重罪的犯罪嫌疑人在偵查期間逃亡，依法仍須提起公訴並發布通緝（刑訴法第251條第2項），但因其被逮捕或投案前實質上是無法出庭，當然亦無從開庭審理，通常只能等待其被逮捕或引渡後再開庭審理。又犯罪嫌疑人在偵查中死亡，檢察官應予不起訴（刑訴法第252條第6款），且該不起訴處分並非依第253條或第253條之1所為，故檢察官對其所有供犯罪所用、供犯罪預備或因犯罪所得之物，亦無法單獨聲請法院宣告沒收（刑訴法第259條之1）；被告在審理中死亡，法官應諭知不受理之判決（刑訴法第303條第5款）。因此，拉案汪○浦之通緝長達10餘年，即使能請求他國將犯罪所得先予凍結，但若無對該犯罪所得（包括共犯連帶賠償）之沒收確定判決，最終恐亦難以在大陸法系的國家被發還。

二、追繳跨域貪污犯罪所得資產亟待落實公約的相關規定

在追繳跨域貪污犯罪所得方面，聯合國反貪腐公約不同於聯合國打擊跨國有組織犯罪公約第14條第1項規定，將沒收資產的返還或其他處分的權利，留給根據其本國法律和行政程序予以沒收的國家，而是特別將其獨立成為1章（第5章追繳資產），除確立依該章返還的資產為公約的基本原則¹⁷外，尚要求各締約國應相互提供最廣泛之合作及協助措施。茲就其規定與我國現行法制

¹⁷ 惟該「基本原則」一語對公約第5章其他條款，並無法律效果。聯合國毒品與犯罪問題辦公室（UNODC），聯合國反腐敗公約實施立法指南（中文簡體字版），2012年6月，2版，頁193（註77）。

較有差異或我國亟待斟酌改善缺失之處，分述如下：

（一）預防及監測犯罪所得移轉（洗錢）方面（第52條）

在不影響公約第14條預防洗錢措施的情況下，各締約國均應依法要求金融機構採取下列必要措施，以監測可疑交易並向主管機關申報：1.確認客戶身分；2.確定大額資金帳戶歸屬之實際受益人；3.加強審查對正在或曾經擔任重要公職之個人、其家庭成員及與其關係密切之人¹⁸，或此等人員之代理人所要求開立或持有之帳戶。又各締約國均應依法考慮採取必要措施，要求對在外國設立之金融帳戶擁有利益、對該帳戶擁有簽名權或其他權限之相關公職人員，向相關機關申報此種關係，並保持與此種帳戶有關之適當紀錄。此種措施尚應對違反之情形，明定適當之處罰。

（二）直接追繳財產之措施（第53條）

公約為確保對於各類貪腐案件有多種選擇可供考慮追繳財產¹⁹，特明文各締約國均應依其國家法律，採取下列必要措施：1.允許另一締約國在其國家法院提起民事訴訟，確立對觸犯本公約所定犯罪而獲得財產之權利或所有權；2.允許其國家法院命令觸犯本公約所定犯罪之人，向受到此種犯罪損害之另一締約國支付補償或損害賠償；3.允許其國家法院或主管機關於須作沒收決定時，承認另一締約國對觸犯本公約所定犯罪而獲得之財產，主張合法所有權。

（三）透過沒收事宜之國際合作追繳資產機制（第54條）

為促進依公約第55條所提供沒收國際合作之司法互助，各締

¹⁸ 聯合國毒品與犯罪問題辦公室（UNODC），同前註，頁201（註83）。

¹⁹ 參閱聯合國反腐敗公約實施立法指南第710條之規定。聯合國毒品與犯罪問題辦公室（UNODC），同前註，頁207。

約國均應依其國家法律，採取下列必要措施：1.使其主管機關得執行另一締約國法院核發之沒收命令；2.使有管轄權之主管機關得透過洗錢犯罪或可能發生在其管轄範圍內其他犯罪之法院判決，或其國家法律授權之其他程序，要求沒收此類外國來源之財產；及考慮採取必要措施，以利在犯罪人死亡、潛逃或缺席而無法對其起訴或其他適當情形，允許不經刑事定罪，即予沒收此類財產。又爲了提供司法互助於本公約第55條第2項之請求，各締約國均應依其國家法律，採取必要措施，以利被請求締約國於收到請求締約國法院或主管機關核發之凍結或扣押命令（或相關請求）時，依該凍結或扣押命令（或相關請求）提供之合理事證，相信有充足理由²⁰採取凍結或扣押該財產之行動，及相關財產將依本國主管機關得執行他締約國法院核發之沒收命令（或得依該請求）爲之。同時，各締約國亦可考慮採取補充措施，允許其主管機關保全擬沒收之財產，如基於涉及獲取上述財產之外國逮捕令或刑事控訴案件。

（四）沒收事宜之國際合作（第55條）

依本條規定提出刑事司法互助之請求時，除須備妥第46條第15項所定之資料²¹外，將視執行沒收的依據是：1.被請求國依其法律所取得的沒收命令；或2.請求國合法之沒收命令，而提出不

²⁰ 此所謂「充足理由」係指初步證據確鑿的案件。聯合國反腐敗公約實施立法指南第738條之規定。聯合國毒品與犯罪問題辦公室（UNODC），同前註，頁216。

²¹ 依該規定司法互助請求書，應包括下列內容：1.提出請求之機關資訊；2.請求所涉偵查、起訴或審判程序之事由和性質，及進行該偵查、起訴或審判程序之機關名稱與職權；3.相關事實之概述，但為送達司法文書提出之請求，不在此限；4.對請求司法互助之事項和請求締約國希望遵循特定程序細節之說明；5.在可能之情況，任何相關人員之身分、所在地及國籍；6.獲取證據、資料，或要求採取行動之目的。

同的文件。前者，較為簡便，僅需：(1)沒收財產之說明，並盡可能包括財產之所在地和在相關情況下財產之估計價值；(2)請求締約國所依據事實之充分陳述。後者，較為繁複，包含：(1)請求國核發其請求之依據及法律上許可之沒收命令影本；(2)事實及對沒收命令所請求執行範圍之說明；(3)請求締約國為向善意第三人提供充分通知與確保正當程序所採取措施之具體陳述；(4)該沒收命令為已終局確定沒收命令之陳述。

(五)資產返還及處分（第57條）

本條對於公職人員非法侵占、竊取、挪用其因職務而受託之任何財物、政府或私有資金、有價證券或其他任何有價物品或其洗錢行為，被請求締約國應實行沒收後，基於請求締約國之確定判決²²，將沒收之財產返還請求締約國，但被請求締約國亦得放棄要求該確定判決。又公約對於上述罪名以外之其他任何犯罪所得，被請求締約國應執行沒收後，基於請求締約國之確定判決，在請求締約國向被請求締約國能：1.合理證明其對沒收財產之原所有權；或2.被請求締約國承認請求締約國受到之損害為返還沒收財產之依據時，將沒收之財產返還請求締約國，但被請求締約國亦得放棄要求該確定判決。另在其他所有之情況，被請求締約國應優先考慮將沒收之財產返還請求締約國、返還原合法之所有權人，或賠償犯罪被害人。此外，本條尚規定「在適當之情況」，1.除締約國另有決定外，被請求締約國得在依本條規定返還或處分沒收之財產前，扣除為此進行偵查、起訴或審判程序所生之合理費用；2.締約國亦得特別考慮就沒收財產之最後處分，

²² 論者有比較公約第57條第3項「基於請求締約國之確定判決」之中文簡體字版及英、法、西班牙版之表述，認其是修飾「實行沒收」的，可作為實行沒收的條件，不是財產返還的條件。黃風，關於美國追繳犯罪所得及相關國際合作制度的考察，黃風、趙林娜編，境外追逃追贓與國際司法合作，中國政法大學，2008年1月，頁93-100。

逐案（在個案基礎上）締結協定或相互接受之安排。

三、如何促進追查及返還跨域貪污犯罪所得之國際合作

我國於2015年制定聯合國反貪腐公約施行法，揭示公約之規定具有國內法律之效力，且各級政府機關應依公約規定之內容，於公約施行後3年內，完成相關法令之制（訂）定等，充分展現政府欲「從心做起，杜絕貪瀆，建立廉能政治²³」的決心及勇氣。惟針對公約核心立法目的之「確保不法資產之追回」的觀點，茲本於互惠原則啟動國際刑事司法互助時，區分我國作為請求國或被請求國之不同立場，論述如下：

（一）就請求國之立場

1. 在預防及監測洗錢行為

在「確定大額資金帳戶歸屬之實際受益人」及「加強審查對正在或曾經擔任重要公職之個人、其家庭成員及與其關係密切之人，或此等人員之代理人所要求開立或持有之帳戶」方面，迫切需要法源依據方能建立規範及行政規則等，並應與財稅機關之資料相互連結，運用大數據（Big Data）等技術進行勾稽、比對，對虛偽申報者應科處法律責任，方有落實之可能。至於是否應要求公職人員申報其在外國設立之金融帳戶之財產或對該帳戶擁有簽名權等其他權限之資料，建議初期似可限定於公職人員財產申報法第2條所規定之申報對象，日後再依相關犯罪情勢檢討、修正之。

2. 直接追繳財產之措施

公約第53條規定各締約國均應依其國家法律，採取必要措

²³ 司法院政風處網頁。參閱：<http://www.judicial.gov.tw/ged/2007/?navID=57&contentID=493>（最後閱覽日：2015年11月18日）。

施，允許另一締約國在其國家法院提起民事訴訟，確立對觸犯本公約所定犯罪而獲得財產之權利或所有權。基此，我國實質上因非公約締約國，與我國簽訂刑事司法互助的先進國家也較少，故在國家間請求刑事司法互助之外，以犯罪被害機構（法人）身分提起民事訴訟等在證據及效率上可能更具優勢，不失為一個直接追繳財產之重要方式。此若觀察拉案我國海軍在法國提起之仲裁案勝訴之賠償款，早已於2011年7月匯回我國等情，亦可得到相同的結論。

3.沒收事宜之國際合作

當前我國依公約第55條提出沒收國際合作之請求時，不會有英美法系國家之沒收命令，故除依公約第46條第15項填寫司法互助請求書之六類文件外，對於請求沒收之財產，尤須盡可能包括：(1)財產之所在地；(2)相關情況下財產之估計價值；(3)請求締約國所依據事實之充分陳述，方能利被請求締約國能依其國家法律取得沒收命令。又未來我國若欲引進類似英美法系國家之沒收命令或類似效力之沒收裁判時，尚須提出下列四文件：(1)我國核發其請求所依據且法律上許可之沒收命令影本；(2)犯罪事實及對沒收命令所請求執行範圍之說明；(3)請求締約國為向善意第三人提供充分通知與確保正當程序所採取措施之具體陳述；(4)該沒收命令為已終局確定沒收命令之陳述。其中，文件(3)對善意第三人給予參與訴訟或告知、辯解及防禦之機會，因攸關正當法律程序，若有欠缺或不當，該沒收命令亦無法由被請求國執行，應迅速改善此缺失。

4.資產返還及處分

公約第57條規範在受理他締約國返還貪污犯罪所得之請求時，「得在考量善意第三人權利之情況」返還之。亦即，如何確保善意第三人的財產或參與相關訴訟的權利，亦是被請求國考量是否返還之重要因素。其次，各締約國執行犯罪所得之沒收後，

再將其返還請求國之依據，原則上須為請求國宣告沒收之確定判決，但各締約國亦得放棄要求該確定判決，惟在各國實務運作上鮮有國家輕易放棄確定判決之要求²⁴。另沒收確定判決的犯罪所得，若非屬源自政府資金之非法侵占、竊取或其之洗錢行為的資產時，該確定判決未必即可成為返還的依據，尚須符合下列要件之一，才能確實返還予請求國：(1)請求國須向被請求國合理證明其對沒收財產之原所有權；(2)被請求國承認請求國受到之損害為返還沒收財產之依據時。最後，公約亦規定各締約國「在適當之情況」，除非另有決定或逐案締結協定、安排等之外，被請求國得在返還或處分沒收之財產前，扣除為此進行偵查、起訴或審判程序所生之合理費用。該規範的目的雖在促進貪污犯罪資產流入國之積極協助義務，但何謂「在適當之情況」，公約及其立法指南均未說明，是否依其資產價值、存在形式或協助內容之複雜性而定，並不明確，但最終仍須以雙方進行協商後之同意或決定為原則。其中，我國在進行資產返還及處分之協商時，尤須留意下列司法行政事務之處理：(1)如何在互惠原則上確立平等原則頗為重要，並應視其是否經常為我國貪污犯罪資產流入國等而逐步將其由個案協商轉化成通案處理模式；(2)國內須及早建立進行刑事司法互助返還犯罪資產前，如何同意與他國分享比例或日後沒收確定判決如何依法減價執行的問題。

(二)就被請求國之立場

由於聯合國反貪腐公約施行法第2條第1項明定：「公約所揭示之規定，具有國內法律之效力。」因此，全世界約176個公約締約國（包括與我國資金往來極為頻繁，且我國法制並未承認其

²⁴ 論者曾對亞太地區15個法域進行調查，僅有3個國家或地區（澳洲、印尼、美屬薩摩亞）允許沒收犯罪所得時可不提供任何生效判決。參閱黃風，資產追回問題比較研究，北京師範大學，2010年10月，頁98-99。

爲獨立主權國家的中國大陸)均可援引公約施行法的規定,請求我國協助執行公約有關追查、返還及處分貪污犯罪所得之規定,茲分述如下:

1. 直接追繳財產之措施

公約第53條利於促進貪污犯罪所得直接追繳的規定,應儘速增修至民、刑事之實體及程序法制上,方能落實公約的規定。另值得特別留意的是,在執行前應以取得請求締約國日後針對我國類似事件應相同處理之互惠原則的保證,才能真正實現公約之宗旨及我國制定公約施行法之立法目的。

2. 透過沒收事宜之國際合作追繳資產機制

依公約第55條進行沒收國際合作之司法互助時,各締約國均應依其國家法律,制定利於執行沒收及凍結、扣押之必要措施如下:(1)締約國之沒收命令及確定判決可使我國主管機關得作爲執行沒收之依據,並可考慮接受因死亡、逃亡等缺席審判之故,而未經刑事定罪下之例外沒收;(2)我國在收到他締約國之扣押、凍結命令或請求(扣押、凍結)時,主管機關若認其所提供之合理事證,具有充分理由可對相關財產採取扣押、凍結,則主管機關得以該命令或請求作爲執法依據。上述相關規定國內法化的結果將嚴重衝擊我國刑事司法體制之令狀主義及沒收執行之法制,且其僅將貪污犯罪所得特別程序法化的效應是否擴及其他重大經濟犯罪、環境犯罪等,又如何與我國刑訴法制相互整合的問題,仍須慎重因應處理之。

3. 資產返還和處分

國際刑事司法互助之開展包括送達文書、調查取證等通常都本於國際共同防制特定犯罪之立場相互協助,並不在意本國所投入司法資源的成本而要求提出請求國必須額外付費或分享利益。然在洗錢犯罪逐漸盛行之後,以美國爲首之極少數資產流入國

家，本於其國內資產分享的傳統，在司法部下設立資產沒收基金（Assets Forfeiture Fund）帳戶，藉以在執行沒收前使用該基金：(1)支付資產保全措施之相關費用；(2)補充與資產沒收相關之執法費用（如辦案人員之差旅費等），沒收資產分享後再歸墊該帳戶²⁵。對此，我國現行法制似乎只有洗錢防制法第15條可視為相關規定，但視分享對象為國內或國外機構等而存在極大差異。亦即，對我國偵查機關得分享之利益僅限於「現金或有價證券以外之財物」，且僅得由法務部撥予檢察機關、司法警察機關或其他協助查緝洗錢犯罪之機關作公務上使用²⁶。對外國政府、機構或國際組織依該法第16條所簽訂之條約或協定或基於互惠原則協助我國執行沒收犯罪所得財物或財產上利益者，法務部得將該沒收財產之全部或一部撥交該外國政府、機構或國際組織，並無進一步任何使用上的限制或分享比例的規定²⁷。上述公約所規定之資產分享制度，對資產流入國之美國而言，因符合其國內處置沒收資產的傳統，也較易促進其樂意協助沒收及返還他國犯罪所得之積極性。然對資產流出國的我國協助他國沒收犯罪所得後，本即應返還請求國，甚至不得扣除司法協助時支出之必要費用。若要依公約規定仿效美國引進資產返還和處分跨域貪污犯罪所得；或日後進而擴大至一般跨域經濟犯罪等之沒收執行，利弊

²⁵ 黃風，同註22，頁309。

²⁶ 行政院為此特制定「洗錢犯罪沒收財產管理撥交及使用辦法」，惟因防制洗錢仍以財產上利益為多，偶有相關財物待確定判決後，恐因曠日廢時而影響效能，且僅能作為公務使用，須依國有財產法等完成登記、移交或確認權利歸屬，實施約11年來對促進偵查機構等執行本職工作之成效不得而知。

²⁷ 美國分享被追繳資產的比例主要取決於該國對相關司法互助的貢獻，實踐上可劃分為：1.重大協助（essential assistance），分享比例為50%-80%；2.較大協助（major assistance），分享比例為40%-50%；3.提供便利（facilitating assistance），分享比例為40%以下。黃風，同註22，頁310。

得失仍有待審慎評估之。

肆、改善追查及返還跨域貪污犯罪所得之刑事司法互助的芻議——代結論

就聯合國反貪腐公約第1條的宗旨或我國該公約施行法的立法目的而言，藉由國際刑事司法互助以追查及返還跨域貪污犯罪所得，毫無疑問即是公約最核心的內容之一。本文從我國追查及返還有史以來二大貪污弊案犯罪所得的過程及當前結果為例，分析相關缺失；並就公約規定與我國現行法制較有差異或我國亟待斟酌改善缺失之處，剖析相關爭議，茲再進一步析論、歸結如下：

一、將公約定位為具有國內法之效力，短期內恐難以與國內法制充分整合

由於我國並非聯合國的成員國，無法以直接簽署公約的方式，落實公約的相關內容，故反貪腐公約沿用我國於2009年4月公布公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（以下稱兩公約）施行法的立法方式，將兩公約所揭示保障人權之規定，認其具有國內法律之效力，以暫時解決兩公約及反貪腐公約在我國法律體系上之定位及效力的問題。然兩公約相較於反貪腐公約偏向於憲法基本人權的保障，多屬原則性內涵的規定，不似反貪腐公約多涉及刑法、刑訴法等，且與法律位階及實務運用密切相關，將其貿然定位為具有國內法之效力，則公約內規定與我法制不符或法理衝突時，依公約施行法第3條後段之規定，則應以符合公約規定為原則。此強求將國際針對貪污（特定）犯罪所採取的特別法制，短期內導入國內刑事司法體制的刑事政策，雖有其欲凸顯國內廉能政治及國際法制接軌的意義及價值，但其對

國家司法主權與刑事法體系、法制、學理及實務運作之衝擊²⁸及是否擴及其他特定重大犯罪之後續效應，仍須具體評估、審慎因應之。

二、預防洗錢的措施有其界線，應善用科技及加強體制內、外監察之機制

由於跨域貪污犯罪所得的移轉經常涉及洗錢行為，其不僅是開啓偵查貪污等重大犯罪的有力線索，更是證明犯罪行為或所得資金來源、歸屬的最佳證據，故公約除持續要求防制洗錢應做好金融機構確認身分、留存交易紀錄憑證、定額及疑似洗錢交易申報²⁹，及早阻絕貪污犯罪所得之跨域移轉外，尚要求各國應依法要求金融機構對於大額資金帳戶歸屬之實際受益人；或正在或曾經擔任重要公職之個人、其家庭成員及與其關係密切之人（或其之代理人）所要求開立或持有之帳戶。此類規定迫切需要允許運用政府機構間之財稅資訊等之法源依據及相關懲處規定，方具正當性及實現可能性。至於是否應要求公職人員申報其在外國設立之金融帳戶之財產或對該帳戶擁有簽名權等其他權限之資料，建議初期似可限定於公職人員財產申報法第2條所規定之申報對象。然此預防洗錢的措施因攸關個人隱私及資料的保護、金融市場交易自由化，國家金融情報中心除接收可疑交易報告、分析情報、移交結論性金融情報之機能外，加強建構防制洗錢體制內、外獨立的監察機制，以避免洩密或相關資訊被濫用等更是當務之急。

²⁸ 相關批評，參閱李傑清，同註15，頁251-253。

²⁹ 根據101年及102年洗錢防制工作年報，表17——洗錢罪案件類型、罪名及移送（偵查）機關統計表顯示涉及貪污移送的案件分別為3件、2件。法務部調查局編，洗錢防制工作年報（101年），2013年6月，頁24；法務部調查局編，洗錢防制工作年報（102年），2014年9月，頁22。

三、亟待創設善意第三人財產保護及缺席審判的制度

貪污、洗錢犯罪的本身即有高度的隱匿性，而其犯罪所得的移轉更是多以知情或不知情的第三人或其所開立之人頭帳戶進行各種傳統交易或現代名目繁多的金融商品交易，故在查扣或沒收該犯罪所得時，該第三人是否為知情的共犯或真正不知情的善意第三人尤須查明，方能及時發還或不予沒收。惟我國刑訴法第3條定義之「當事人³⁰」並不包括被告或共同被告以外之第三人，故若非法院基於調查證據之需，而有傳喚該第三人為證人之情形外³¹，渠等幾無主動參與訴訟或蒞庭進一步辯駁其涉案財產之機會。因此，在扣押或凍結第三人應沒收之犯罪所得時，若未及時通知第三人並保障該第三人有參與訴訟及辯解、防禦之權，顯然已有違反我國刑訴法第1條第1項程序法定原則及憲法第8條保障法定程序³²與公約第31條第9項及第55條第9項「本條規定不得解釋為損害善意第三人之權利」之虞。又類似拉案被告汪○浦在被通緝前即已逃亡，因我國並無缺席審判的相關規定，故若長期無法引渡或遣返，法院根本無從審理。又缺席審判制度仍須建立在給予刑事被告享有之告知、辯解及防禦之權，方能保障其之程序

³⁰ 刑訴法第3條謂：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」刑訴法第319條第1項前段謂：「犯罪之被害人得提起自訴。」故自訴人多為被害人。

³¹ 陳樸生，沒收之法的性格，國立政治大學學報，34期，1976年12月，頁17。

³² 我國憲法第8條第1項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕，拘禁，審問，處罰，得拒絕之。」的正當法律程序。亦即，刑事偵查權或刑罰權之行使，不問對象是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第23條所定相關之條件。參閱司法院釋字第384號解釋。

正義。此在我國刑訴法因確有困難³³，故立法者似乎已有依公約第54條第1項(c)之規定轉向制定不經刑事定罪的沒收之準備，能否適切剝奪犯罪所得，頗值期待。

四、他國沒收命令的執行或刑事判決的承認，恐難一蹴可幾

我國傳統法制並不直接執行外國的沒收命令或直接承認外國刑事判決，故對於外國依其法制之沒收命令請求我國代為執行時，通常均須主管機關依其職權及我國法制審核通過，且在與該國確認日後類似事件相同處理之互惠原則下進行刑事司法互助。至於外國的刑事判決，我國原則上是不予承認，僅確認其行刑之事實，對我國並無任何拘束力，此觀之刑法第9條之規定，亦可得到相同結論。例如：若依公約施行法強制導入公約第54條之規定，即各締約國均應依其國家法律，採取「使本國主管機關能執行他國法院發出的沒收令」之必要措施等。此就請求國的立場，當然利於我國追查及返還犯罪所得，但就被請求國的立場，何以僅他國貪污犯罪所得的沒收令或刑事判決優先於（他國）其他重大毒品、經濟或環境犯罪之沒收令或刑事判決的效力？又更棘手的是，公約締約國的中國大陸若向我國提出其法院依法宣告沒收之刑事判決，我國若予承認及執行，日後除須受一事不再理原則（*ne bis in idem*）之拘束外，亦須修正臺灣地區與大陸地區人民關係條例第75條之規定。反之，若拒絕之，其之理由恐背離公約施行法之立法目的，且不利於我國強化兩岸及國際沒收合作之刑

³³ 對此，中國大陸已於2012年3月增修刑訴法第280條第1項已有沒收缺席審判者違法所得的規定，即「對於貪污賄賂犯罪、恐怖活動犯罪等重大犯罪案件，犯罪嫌疑人、被告人逃匿，在通緝1年後不能到案，或者犯罪嫌疑人、被告人死亡，依照刑法規定應當追繳其違法所得及其他涉案財產的，人民檢察院可以向人民法院提出沒收違法所得的申請。」故依法是可以取得法院沒收的確定判決。

事司法互助。

五、以民事訴訟強化追查及返還貪污犯罪所得的成效，頗值期待

公約第53條直接追繳財產之措施首推締約國得在資產流入（締約）國的法院提起民事訴訟，其相較於國家間進行之刑事司法互助，因具有下列優勢，追查及返還貪污犯罪所得的成效可能更佳：（一）被害機關可在當地直接提起財產保全及民事訴訟較為便捷、有效；（二）適用當地國民事證據法則的優勢證明，對被害人較為有利；（三）即使被告失蹤、逃亡或死亡等無法出庭時，民事案件多有缺席審判的制度，無礙於民事案件的審理³⁴；（四）在沒收的執行及資金的返還等直接適用當地國的法律，因法律關係相對單純，處理上會較有效率。上述四途徑應可促進我國強化返還貪污犯罪所得之成效，亦能成為加強國際刑事司法互助之罪贓返還的重要指標。

六、資產返還和處分，應依資產流出國的立場，先以個別協商為宜

聯合國公約自1988年反毒公約後陸續制定關於資產返還和處分的規定，而反貪腐公約特將追繳資產獨立成為1章，明定直接追繳財產之措施、藉由沒收之國際合作間接追回財產之措施及資產返還和處分等最為完整，除確立了貪污犯罪所得必須返還之基本原則外，亦使其成為國際刑事司法互助事務的新重點，頗值認同。當前此類資產返還和處分規定最有傳統及成效的首推資產流入國的美國，其藉由跨國合作的利益分享制度直接促進其自身及其他相關國家協助資產沒收的積極性。然就資產流入國的中國大

³⁴ 黃震，當前我國海外追逃追贓的法律障礙及解決途徑，中國黨政幹部論壇，2期，2015年2月，頁46。

陸而言，其過去多基於國家主權應當受到尊重及不受干涉的立場主張國家財產豁免原則³⁵，拒絕相關國家分享之³⁶。惟近期其本於「與其追不回，寧可追得少」的觀點，似有調整的傾向，但迄今仍無可供具體落實的法制。因此，就同樣是資產流出國的我國而言，在與有相關制度國家簽訂或增修刑事司法互助協定或確立互惠原則時，應先以個別協商為宜，暫無全面制定資產返還和處分之執行規定的必要。

七、結 語

反貪腐公約施行法急於創設公約的法律定位及效力，彰顯我國政府欲促進廉能政治及健全法制，以打擊反貪腐犯罪的決心，毫無疑問，應予全力支持，並盼能貫徹力行。惟公約的相關規定在導入我國之前，立法、司法及行政等部門針對公約的內容與我國憲政體制、刑事法制及其相關立法政策、審判制度及法律體系等扞格不入之處，理應以修法等先行因應、調整之。然若囿於立法效率低落或司法、行政協調不易等，而錯失理性檢討、溝通的先機，無視其與現行法制的差異，強行將我國反貪腐案件之法律適用與解釋，改為應以符合公約規定為原則；且公約內一切應「採取必要措施」之義務規定，亦須於3年的期限內導入，如此速成的立法，形式上或因相關法制及防制措施已與國際接軌而利

³⁵ 「國家豁免原則是以國家主權原則為基礎的一個重要的國際法原則。學界對國家豁免原則存在兩種爭議觀點，一是絕對豁免理論，二是限制豁免理論，我國已顯現限制豁免理論的趨勢。在司法實踐中適用國家豁免原則，須明確界定其範圍。在國家財產執行豁免，國有企業財產不應適用該豁免。」周勇，國有企業與國家豁免原則，上傳時間：2008/1/17 15:10:00，參閱<http://big.hi138.com/falv/xianfa/200801/140433.asp#.VW0yINKqqko>（最後閱覽日：2015年11月18日）。

³⁶ 張磊，國際刑事司法協助熱點問題研究，中國人民公安大學，2012年3月，頁204。

於追查及返還跨域貪污犯罪所得之刑事司法互助，然實質上相關問題在學理爭議及實務運作有其複雜性，極易導致思辨國家主體性、欠缺法制整合性及防制其他重大犯罪之協調性等疑慮，仍應更審慎因應之。

反貪腐公約內刑事司法合作 規定與我國現行法制檢討

楊雲驊*

目 次

壹、前 言	肆、國際刑事司法互助新模式
貳、國際刑事司法合作與反貪腐 公約相關內容	一、主動互助模式出現
參、國際刑事司法互助內容的擴 大和深化	二、視訊傳送方式取證
一、有效追繳犯罪所得成為當 今國際刑事司法互助的重 要內容	伍、傳統國際刑事司法互助慣例 的突破
二、創設追訴跨國犯罪的新機 制——國際執法合作	一、雙重犯罪與可罰原則允許 例外規定
	二、政治犯罪不引渡原則不適 用於貪腐犯罪
	陸、結 論

* 國立政治大學法律系教授。

壹、前言

近代貪腐案件，包括貪瀆、經濟或洗錢等犯罪，不僅侵害金額與日俱增，且許多朝向國際化、專業化，極需國際的通力合作，但各主權國家都有其不同之法律文化背景、法規命令以及司法與行政制度等，故對於貪腐犯罪之預防以及懲罰，各國間往往發生法制不一以及相互衝突的困境，造成反貪腐合作機制運作的諸多困難，各國法制之差異反而成為跨國性貪腐犯罪之避風港。為實現有效之反貪腐國際刑事合作，應該依據反貪腐公約之規定，協調修正各國內之法律制度，期能建立一國際共同反貪腐刑事合作之平台。

聯合國反貪腐公約序言中對此清楚提到：「確信貪腐已不再是地方性問題，而是一種影響所有社會和經濟之跨國現象，因此，進行國際合作以預防及控制貪腐，乃至關重要，並確信為有效預防和打擊貪腐，需採取綜合性及跨學科之方法，尚確信提供技術援助在強化國家有效預防及打擊貪腐之能力方面得發揮重要之作用，包括透過加強能力與設置機構，確信非法獲得個人財富特別會對民主體制、國民經濟及法治造成損害，決心更有效預防、查察及抑制非法獲得資產之國際轉移，並加強資產追繳之國際合作」，因此，建立障礙少、有效率且範圍廣的國際司法合作以有效打擊貪腐，是本公約的主要內容之一。

實務上，涉及國際間兩個國家或兩個以上國家間的刑事司法互助內容，多數是以雙邊條約或公約方式制定，但依據此種條約的方式實無法將之完全落實，因為國際條約僅規範簽約國之間的權利義務關係，至於確實的實行尚須在內國法上對於主管機關以及相關程序之接收、審查以及實施等加以明定方能實現。聯合國反貪腐公約施行法第1條內，即將「加強反貪腐之國際合作、技術援助、資訊交流，確保不法資產之追回」，明定為本法的立法目的之一。第2條前段明定公約所揭示之規定，具有國內法律之

效力。第7條復要求「各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」

反貪腐公約條文中，關於「反貪腐之國際合作、技術援助、資訊交流，確保不法資產之追回」的規定甚多，限於篇幅，本文無法逐一列舉說明，而其中基礎在於傳統國際刑事司法互助項目內者，相關文獻資料亦多有討論，故本文僅能就部分具有創新或變化性質的制度介紹，並就我國現行法制及未來修正方向等提出意見。

貳、國際刑事司法合作與反貪腐公約相關內容

自近代意義國家興起以後，隨著各國家間經貿往來的快速增加，在一國犯罪後逃至另一國家的現象愈益嚴重，爲了有力打擊這些逃犯並維護本國社會秩序，各國先後簽訂多項引渡條約，是爲國際刑事司法合作的開端。國際刑事司法互助，亦有學者稱爲國際刑事司法互助，係指不同國家之司法機關間，在訴訟或其他司法行爲中，相互進行合作或代爲履行某些訴訟行爲。國際刑事司法互助之主體，請求互助之一方稱爲請求國，被請求之一方稱爲被請求國。刑事司法互助之內涵包括至所有刑事訴訟流程之具體實現，從刑事訴訟程序之開啓至終結，都可能產生刑事司法互助之內容。以德國爲例，該國於1929年12月23日制定「德國引渡法」（*Deutsches Auslieferungsgesetz*），該法內計有第一章「引渡犯罪人及過境押解」、第二章「物之交付」及第三章「其他之刑事司法互助」（*Sonstige Rechtshilfe in Strafsachen*）等規定。此處所謂「其他之刑事司法互助」，係指狹義國際刑事司法互助之型態。同法第41條第3項則舉出數項代表性之互助類型，例如：提供犯罪人名單資訊（第1款）、文書之送達及傳喚（第2

款)、嫌疑人及被告之訊問、證人及鑑定人之詢問、搜索扣押及法官之勘驗(第3款)與移送被拘禁人(第4款),對於近代國際刑事司法互助下之調查取證,具有相當之法制意義。20世紀二次大戰結束後,跨國犯罪大量增加,並成為重大的國際問題,為有效打擊跨國犯罪和維護國際社會的穩定,各國紛紛締結國際性或區域性公約以便進行刑事司法合作,國際刑事司法互助有了重大進展,例如1959年在歐洲委員會主持下簽訂「歐洲刑事司法互助公約」(Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen),明確規定國際刑事司法互助的三種形式,即送達司法文書、蒐集證據和進行刑事訴訟,這一公約對歐洲各國及其他地區的國家都產生了重要的影響¹。到20世紀70年代後,又陸續出現「刑事訴訟管轄移轉」和「外國刑事判決的承認與執行」這些新型態的國際刑事司法互助方式。

隨著時代進展與國際化擴大,聯合國於1990年12月14日第六十八次全體會議通過之「刑事事件互助示範條約」第1條第1項揭示甚為廣泛司法互助之範圍,亦即在調查或審判程序中「盡可能相互提供最廣泛之互助」²。2003年制定的「聯合國反貪腐公約」,則是目前懲治貪腐犯罪涉及範圍最廣的一項反貪腐全球性公約,其許多內容直接反應國際社會對反貪腐犯罪最新的立法動

¹ Ahlbrecht in: internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, S. 368 ff.

² 第2項更列舉下列互助之具體事項:(a款)向關係人取得證據或供述(Taking evidence or statements from persons);(b款)互助獲取在押者或其他人士提供證據或互助調查(Assisting in the availability of detained persons or others to give evidence or assist in investigations);(c款)送達司法文件(Effecting service of judicial documents);(d款)執行搜索與扣押(Executing searches and seizures);(e款)檢查物件與處所(Examining objects and sites);(f款)提供資訊與證據資料(Providing information and evidentiary items);(g款)提供有關銀行、財務、公司或商務文件和紀錄的原本或認證副本(Providing originals or certified copies of relevant documents and records, including bank, financial, corporate, or business records)等。

向和發展趨勢。該公約在第四章國際合作部分中，從第44條到第50條分別就引渡、狹義的刑事司法互助、被判刑人的移管、刑事訴訟管轄的轉移、執行合作、聯合偵查及特殊偵查手段等均有詳細之規定。該公約在第43條尚明確要求，締約國應當依照公約第44條至第50條之規定，在刑事案件中相互合作。故該公約第四章可稱為目前最廣義的國際刑事司法互助的內容。按此，國際刑事司法互助已從單一向多元發展，內容涉及偵查、起訴、審判和刑罰的執行等刑事訴訟各個部分。

具體而言，該公約第四章主要規範內容包括刑事案件之偵查、起訴或審判程序之各種國際司法合作。國際司法合作是在尊重各國司法權獨立之前提下，不違反締約國本國之法律制度，在適當範圍內提供最廣泛之互助。縱非締約國或雙方無協定之存在，亦可在個案基礎上談妥互助之事宜。其主要規範有：第46條司法互助之原則、第49條及第50條之聯合偵查及特殊偵查手段、第45條被判刑人的移管等。無論在質與量的方面，均較過去大幅增加。就司法互助之原則部分，為求提供最廣泛範圍之司法互助，公約第46條明文規定了十五種情形下，原則上請求司法互助，締約國應予同意提供互助，若欲拒絕提供互助時，應先透過協商程序。如所涉及為本國財稅事項或銀行保密之事項，均不得以此為理由而拒絕司法互助。惟被請求國可以司法互助將妨礙本國之刑事案件程序而暫緩提供司法互助。此外，締約國亦可主動提供與刑事案件有關之資料予他國，無須事先請求。對於接受之資料，締約國應遵守保密之規定。若係證明被控告人無罪之資料，在宣布無罪前應先通知提供資料國，或先行磋商程序，且基於特定性原則，未得提供國事先同意不得將該資料再轉交或用於請求事項以外之目的。

此外，若經雙方締約國同意或被羈押或服刑人之同意，可移送被羈押或服刑人至他國進行身分辨認、作證等互助。接受移送國有權力及義務羈押被移送人，在履行義務後，將該人主動交還

移送國。又非經移送國同意，不得因其在離開移送國前之行爲而在接受國受到訴追或人身自由之限制。倘有不能或不宜至他國出庭、接受司法詢問之情形時，可以視訊會議方式進行詢問，且應有司法機關人員在場。

總之，聯合國反貪腐公約是當前懲治貪腐犯罪涉及範圍最廣泛的一項反貪腐全球性公約，其許多內容直接代表國際社會反貪腐犯罪最新的立法動向和發展趨勢。公約第四章國際合作的內涵就是最廣義的國際刑事司法互助。就內容而言，公約與「打擊跨國有組織犯罪公約」的規定可說非常類似，但公約專門設置專章，更爲全面，且部分規定甚至超出了以往公約。可以看出，公約的規定直接代表著目前國際刑事司法互助的完整概念，如此最廣義國際刑事司法互助亦被各國廣泛接受。

參、國際刑事司法互助內容的擴大和深化

一、有效追繳犯罪所得成為當今國際刑事司法互助的重要內容

近年來，有關貪腐、經濟或洗錢犯罪等，侵害金額與日俱增，不僅紊亂社會經濟秩序，嚴重者甚至動搖國本，針對這些案件，如未能有效查扣被告犯罪所得，即便順利將其繩之以法，亦不過使其一人服刑，其本人或家屬將來在外坐享犯罪所得，仍難解社會不平之鳴，且不符合社會公平正義。因此國家必須在追訴犯罪之餘，亦能有效剝奪、追回被告犯罪利得，也讓其他心存僥倖者喪失犯罪利基，從而不敢也不願犯罪。

今日國際資金往來較以往便利許多，貪腐所得容易透過各種洗錢方式流至國外隱藏或轉換，故有效追繳犯罪所得對於證明犯罪和懲治犯罪，以及對彌補受害國家和被害人的損失等，都具有重要意義。因此，在現有的國際刑事司法互助條約中，都將其作

爲一項獨立規範而定於公約中，如1988年《禁毒公約》第7條第2項、2000年《打擊跨國有組織犯罪公約》第18條第3項第7款等。但這些條款只是模糊規定由締約國根據其本國法律和行政程序等，處理沒收犯罪所得或財產，沒有具體規定追繳犯罪所得的措施與程序，缺乏相關具可操作性的合作機制。隨著全球化進程的推進和國際間交往的頻繁，特別是貪腐犯罪後將贓款轉至境外日漸增多，國際社會對如何有效追回貪腐犯罪所得表達極大的關注和重視，《聯合國反貪腐公約》內專門規定第五章資產的追回，從第51條至第59條等共計9個條文，詳細規定各項貪腐所得資產追回之事項，成爲公約內最具有創新意義之處。

公約在第51條明確規定，返還資產是本公約的一項基本原則，要求締約國應當在這方面相互提供最廣泛的合作和互助。第43條第1項即規定，在適當而且符合本國法律制度的情況下，締約國應當考慮與貪腐有關的民事和行政案件調查和訴訟中相互合作。充分顯示反貪腐國際合作的適用範圍並不限於刑事司法領域，與貪腐有關的民事案件和行政案件的調查和訴訟程序等，都可進行國際合作，並且，這些措施和方式可以同時進行，互不影響和排斥。公約清楚的創設了貪腐犯罪所得資產追回的法律機制，包括第53條直接追回財產，亦即確認締約國可在另一締約國之法院提出確認貪腐犯罪所得財產之所有權以及相關之返還及賠償等。在追回貪腐犯罪所得的國際合作中，刑事措施向來爲各國所重視，希望藉由刑事法的嚴厲手段得以有效預防與懲治貪腐犯罪。但是，因貪腐犯罪受到損害之國家未必僅能透過刑事司法互助，即請求另一國採取強制措施保全及沒收犯罪非法所得，還可以利用民事訴訟追回資產。具體而言，原告（通常是被害人或其代表人）向具有實際管轄權的外國法院提起確認之訴或侵權行爲之訴等民事訴訟請求，由該法院作出原告對被告非法轉移出境的犯罪所得或贓款等，擁有合法所有權的判決，或認定非法占有者（通常是即逃出境外的被告）構成侵權，並被判令賠償或返還，

或接受相關人的民事授權，藉由民事司法互助的途徑，要求外國司法機關執行民事判決或裁定的方式追回資產。今日，反貪腐國際合作的非刑事機制，特別是民事手段日益重要，該手段係以侵權法中的民事權利為法律依據，其好處在於所要求的舉證責任較低，如果刑事案件的被告死亡、潛逃等，亦不影響民事訴訟的順利進行。根據《聯合國反貪腐公約》的要求，允許規定不以刑事定罪為前提的沒收非法犯罪資產的制度³。

此點對突破在傳統國際法上國家主權豁免原則，具有重要之意義。國家豁免，又稱為「國家及其財產的管轄豁免」，係指一個國家及其財產不受其他國家管轄的權利。一般而言，國家豁免包括司法管轄豁免和執行豁免兩種。前者指不得將國家作為被告，不得將國家財產作為訴訟標的在外國法院起訴。後者指對國家所有的財產不能在別國法院採用訴訟保全措施和強制執行措施。國家及其財產豁免原則形成於19世紀。當時某國政府及其機關與他國自然人或法人之間的交往日益增多，出現了自然人或法人將外國政府告上法院的現象。國家及其財產豁免原則，即一國國家行為不受所在國法院管轄，其財產免受所在國法院扣押和強制執行的原則，就在這一背景下產生。這一原則的理論依據是主權相互平等。一般而言，國家豁免傳統之兩大理論為「絕對豁免論」和「相對豁免論」。絕對豁免論主張國家及其財產在其他國家應享有完全絕對的豁免，其重點在於審察國家的地位。限制豁免論主張將國家行為區分為主權行為和非主權行為，對於主權國家的非主權行為和用於該行為的財產不享有豁免權，故重點在於

³ 例如，英國2002年頒布的犯罪收益法專門規定了民事追繳制度，人和物可分離處理，對犯罪所得的追繳不受對該犯罪者的司法管轄和審判的影響，如果刑事訴訟因某些原因無法進行或者根據已有的證據難以對犯罪者定罪，但有關的民事程序卻可以勝訴，亦即英國的資產追繳局可以向高等法院申請凍結令和追繳令，對被認定屬於犯罪收益的資產予以沒收。

審視「國家行為」的定性⁴。

2004年12月2日「聯合國國家及其財產管轄豁免公約」訂立⁵，屬公約第一次將國家及其財產豁免原則以國際公約的方式確定下來，使得習慣國際法規則走向了成文國際法規則。而且，在簽署和批准公約的國家中，大部分為歐洲國家。《聯合國豁免公約》在《歐洲國家豁免公約》的基礎上再一次為歐洲國家的國家豁免立法的統一提供了重要的規則來源。公約重申了久已存在的國家及其財產管轄豁免原則。公約序言中指出此為一項普遍接受的「習慣國際法原則」，並在條文中首先規定，一國本身及其財產遵照本公約的規定在另一國法院享有管轄豁免，一國應避免對在其法院對另一國提起的訴訟行使管轄。對另一國提起訴訟，不僅是被指名為該訴訟當事一方而且也包括該訴訟實際上企圖影響該另一國的財產、權利、利益或活動等。公約還對放棄豁免方

⁴ 第二次世界大戰之前，德國法院有關國家豁免的立場是支持絕對豁免論。1963年的伊朗王國案和1977年的「菲律賓共和國案」是聯邦憲法法院審判的兩個重要案件，前者代表著德國幾乎放棄了絕對豁免論，而後者則將限制豁免論的精神用於執行豁免的領域。1973年，德國外交部致各國駐波昂使館的聲明中指出，依目前的國際法，外國並不能完全地免於國家管轄，而必須依其行為是主權行為或非主權行為而定，但外國從事主權行為則享有管轄豁免。判斷國家行為性質是「公法行為」還是「私法行為」，德國聯邦最高法院和德國聯邦憲法法院相繼確認必須依德國國內法來判斷，因為德國認為國際法規則並沒有確立行為的區分標準。德國法院採用的「行為性質標準」，通常會拒絕豁免的請求。對於涉及外國管轄豁免的案件，德國是根據其國內法中民事訴訟法進行，民事訴訟法典第23條規定如果外國主權國家有財產位於德國境內，則德國法院有管轄權。此被稱為「財產的司法管轄權」。並且該條在司法實務中由法院作出廣泛的解釋。Karl Doehring, *Völkerrecht*, 2 Auflage, 2004.

⁵ 歷經半個多世紀的討論方形成此一公約，反映了各國在國家豁免問題的分歧之巨大。從公約開放簽署至今，共有28個國家簽署了該公約，但至2015年僅有17個國家批准、接受或核准了公約。而根據公約第30條規定，公約至今仍未生效。

式及參加訴訟和提起反訴後不得再援引管轄豁免等有進一步規定。

根據《聯合國反貪腐公約》的規定，承認貪腐犯罪存在著受害者，並賦予被害人單獨提起民事賠償訴訟的權利。在犯罪人死亡、逃亡或者缺席而無法對其提起公訴或審判的情況下，被害人根據《聯合國反貪腐公約》享有可以不經過刑事定罪而獲得這類財產的權利。按此，在貪腐案件中被告在逃的情況下，被害人可以根據《聯合國反貪腐公約》的規定提起單獨的民事訴訟，就被告侵權所造成的損害要求民事賠償。如果受害者無法確定，國家可以代為提起民事訴訟。據此，各國應積極建議本國受害者在贓款所在國依照當地法律提起訴訟，並予以指導和幫助，積極追回贓款贓物，贓款所在國政府亦應依法予以互助。值得注意的是，某些特定情況下國家因其享有國家主權豁免，在另一國提起民事訴訟在法律上是不可能的。為此，請求國可以將追討貪腐資產的各項權利轉讓給一個非國有的獨立基金會或者法人，由後者作為貪腐資產的追討者直接參與被請求國的司法程序。透過「法人程序」作為原告，向被請求國法院提供證據證明自己的聲明，參與國外之民事訴訟。由於國家豁免，亦即國家及其財產的管轄豁免，迄今仍是一普遍接受的習慣國際法原則，這是一種比較可行的方法。當然，由於各國民事法律的差異更大且程序複雜，經由民事手段追討犯罪所得通常要聘請當地的律師，這需要耗費相當多的時間和資金。

另於公約第54條之國際合作追回財產等方式，主要如執行他締約國法院之沒收命令，甚至包括非以定罪為前提之單獨沒收等，此外並對如何返回及處分貪腐所得資產於第55條等均做詳細規定，讓所有關於資產返回的措施和合作機制，都能透過國際刑事司法互助得到實質幫助。同時，公約將追繳貪腐犯罪所得的司法互助措施劃分為兩種，一類是為取證目的而辨認或追查犯罪所得、財產、工具或其他物品，即第55條第2項：「在對本公約所

定犯罪有管轄權之締約國提出請求後，被請求締約國應採取措施，以辨認、追查及凍結或扣押本公約第31條第1項所定之犯罪所得、財產、設備或其他工具，以利最後由請求締約國命令，或依本條第1項所定之請求，由被請求締約國命令沒收之。」以及根據本公約第五章的諸多規定以辨認、凍結和追查犯罪所得以及追回資產。簡言之，依據公約第五章產生的司法互助擴大以及新創了向來司法互助的適用範圍，與以往的相關公約相比，公約首次於第57條第3項確立了被各國普遍接受的關於被轉移的貪腐犯罪所得資產必須返還之原則，強調締約國為此應當承擔法律義務，可說為國際社會開創了一種最新型態的司法互助模式。

我國目前法制，不要說談到國際合作沒收犯罪所得，即便是單純國內案件，相關法律也是千瘡百孔，且漏洞百出。例如目前刑法原則上需以定罪為前提的犯罪所得沒收制度，不僅混淆「犯罪」與「犯罪所得」本屬刑法上不同法律效果，也無異於鼓勵犯罪，尤其是被告死亡或逃亡無蹤者，不僅刑罰無法順利制裁，其犯罪所得也無法終局沒收。故應將沒收與其替代價值之追徵等從「刑」的現行法框架脫離，立法承認其為以罪責為前提之「刑」以外的法律效果，並明定非以定罪為前提的對物沒收種類與要件。程序法方面，僅於刑事訴訟法第133條第1項規定可為證據或得沒收之物，得扣押之以及第2項命提出或交付而已，除體系上將「可為證據」與「得沒收之物」兩個法律性質並不相同之事混為一談，造成實務上面臨諸多問題，且僅以扣押物之方法亦難以因應今日各種財產呈現之不同形式與追討，更難以有效因應未來就犯罪沒收與追徵擴大化後之有效保全要求。在本國實體法及程序法對於犯罪所得沒收的規定均處於嚴重落後、不足的現階段，談論國際合作有效加強貪腐犯罪沒收，根本是緣木求魚，難有成效，且將與反貪腐公約內擴大沒收犯罪所得的趨勢嚴重背離，阻礙國際合作！對此，建議應先就國內實體及程序法現有條文作修正，回歸沒收犯罪所得之本旨及相對應程序保全措施，並研議如

對第三人沒收、獨立沒收以及如民事、行政沒收等制度，並根據此些內容對應至國際刑事司法互助法律內，方能順利與國際接軌，促進國際合作，達到國際共同反貪腐的目標。

二、創設追訴跨國犯罪的新機制——國際執法合作

對於犯罪進行追訴與審判，是國家司法主權的核心內容之一，但在碰到跨國性質的犯罪時，主權的行使就會受到限制，容易形成有效進行司法程序的漏洞或障礙。不同國家間的執法合作機制建立，是在懲治跨國犯罪的國際刑事司法互助中逐漸出現的新模式，內容是指各國執法機關在偵查與起訴跨國犯罪過程中進行如資訊交換、偵查合作等所形成的直接合作機制。國際刑事司法互助要達到快速有效的要求，勢必要儘量減少傳統國際司法互助時，因為尊重國家主權而產生的諸多障礙，儘量能進行直接合作，而執法合作就是為了滿足這一要求而設。1988年聯合國禁止非法販運麻醉品和精神藥物公約是第一個明確規定跨國執法合作的條約，《打擊跨國有組織犯罪公約》在第27條亦專門規定執法合作條款，就執法合作的具體範圍立下明確規定，可說是國際公約中第一次明確規定締約國打擊跨國有組織犯罪方面的執法合作義務。

「聯合國反貪腐公約」在第四章國際合作專章中，單獨制定執法合作條款，對國際反貪腐領域的跨國執法合作詳細規定。公約在第48條規定了締約國應在交換貪腐犯罪方面的情資、與其他締約國合作就貪腐犯罪有關的事項進行調查、在適當情況下提供必要數目或數量的物品以供分析或偵查之用、執法人員的交流，以及就執法合作訂立雙邊或多邊協定或安排等多領域進行密切執法合作的義務。值得注意的是，此條款屬於強制性要求，即所有締約國應當採取立法措施或其他措施的義務。當然，顧及到主權國家的疑慮，公約也認為此種合作應是在符合本國法律和行政管理制度的情況下進行。將執法合作機制引入反貪腐領域是公約的

創舉，對增強反貪腐的成效及促進國際反貪腐合作具有重要意義。當前，在執法領域加強國際合作已經成為各國反貪腐策略不可缺少的一部分。德國國際刑事司法互助法第61b條對於共同偵查團隊規定：(一)當國際公約有規定，能組織一共同偵查團隊。只要派遣國同意，在有管轄權的德國成員指揮下，可賦予由其他國家在一共同偵查團隊派遣成員執行偵查措施。(二)依據參與國之法規命令或參與國間適用之協議許可者，其他人員亦可加入共同偵查團隊。(三)參與共同偵查團隊的公務員，可將職務上獲得之情報（包括個人資訊）直接交與由其他國家派遣來之成員，只要此舉是爲了共同偵查團隊工作所必須。

由於犯罪偵查屬於一國的刑事司法主權範疇，且許多偵查作爲帶有強制性並侵犯人民的基本人權，因此，討論國際反貪腐的聯合偵查時，要注意遵守一些基本原則，以利聯合偵查的進行，避免引起各國之疑慮而難以推動。主要如下：

(一)互相尊重國家主權和司法管轄權

在反貪腐聯合偵查過程中，不能危及國家獨立處理刑事司法事務的權利，也不能妨礙國家對外交往的權利。《聯合國反貪腐公約》在聯合偵查條款中明確指出，有關締約國應當確保擬在其領域內進行此種偵查的締約國主權受到充分尊重。《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》第4條亦明確規定，在履行其根據本公約所承擔的義務時，締約國應遵守各國主權平等和領土完整原則及不干涉內政原則。本公約的任何規定均不賦予締約國在另一國領土內行使管轄權，以及行使該另一國本國法律規定專屬於該國主管機關權限的權利。根據此原則，在反貪腐聯合偵查活動中，對於涉及國家主權事務者，不應允許外國警方干涉。因此，一國員警到他國合作辦案時，通常僅限於聯絡、報告情況以及對於本國國民進行訊問、取證等任意偵查行爲，原則上不能採取強制偵查措施，諸如通緝逮捕、搜索、監視居住、臥底等不能由外國員警

直接執行的。但是對於不涉及國家主權和司法管轄權的問題時，應當給予他國警方足夠的自由和充分的配合。

對此，德國之規定為，必要高權行為仍需德國公務員為之，理由在於外國參與者並無主動之共同參與權。外國公務員則可以提問或給予參考等，在實務上，如經所有程序參與者的同意，德國之權責機關亦可在德國機關掌控下，讓外國代表進程序，譬如在德國之控制下，直接讓外國代表提問證人。至於所取得的成果譬如偵訊筆錄，並不能直接交予外國公務人員，而係須透過司法互助管道交付。惟在個案無特別性的情況，德國均會先給予外國公務人員副本作為暫時使用，外國公務人員亦可自行記錄所實行的措施之程序⁶。

(二)互惠原則

依據公約之精神，對於國際領域的反貪腐行動，各國都有共同之利益。因此，互惠原則是聯合偵查的基礎，也保障聯合偵查順利進行。在反貪腐聯合偵查中，加入團隊之各當事國應本著平等互惠的精神相互合作。任何一國獲取某項重要情報或證據後，應該要及時通報給有關國家。互通情報，密切聯繫，才能真正實現聯合偵查的目的。而一國給予另一國協助之後，另一國也要相應的給予對方協助，施行法第2條第2項：「前項規定涉及國際法義務之履行，應依條約；無條約或條約未規定者，應本於互惠原則。」亦清楚揭示此一原則。

(三)相互尊重對方的法律和公共秩序

當一國與另一國進行反貪腐聯合偵查，就代表承認對方國家的相關法律制度，即應尊重並遵守合作方的法律，不能認為該法律對本國偵查人員不生效力而予以漠視，甚至以任何手段或方式

⁶ Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S. 197.

破壞該國的法律制度！否則，聯合偵查活動都將因此而失去意義，並且危害到以後繼續合作之可能。除此之外，在反貪腐聯合偵查中，合作各方都應尊重對方國家的各種社會、政治、經濟、文化制度和宗教信仰，以及該地居民的公序良俗，否則將會嚴重破壞合作的基礎。

(四)進行方式：可在個案協商基礎上進行反貪腐聯合偵查

爲了促進在沒有雙邊或多邊協定的情況，亦可進行國際反貪腐聯合偵查，聯合國反貪腐公約進一步規定，如欠缺這類協定時，亦可以在個案基礎上協商進行這種聯合偵查。而對於個案協商基礎上的反貪腐聯合偵查的實施順序，則視各國合作的意願、合作需要以及合作慣例等方式而定，例如當立案國和其他當事國都是國際刑警組織會員國時，雙方可以依據國際刑警組織的章程和工作規則等，進行相關事務。

肆、國際刑事司法互助新模式

一、主動互助模式出現

傳統的國際刑事司法互助，是在請求國對被請求國提出要求後，由被請求國審查各項程序及實體要件是否符合後，才決定是否予以互助。但隨著跨國犯罪危害的日益嚴重，不僅對於受害國造成嚴重侵害，也損害了國際社會的共同利益和基本價值，這種侷限於被動、消極的互助方式，能否有效預防、訴追跨國犯罪，引起許多質疑。因此，掌握相關重要犯罪證據或情報的國家，能否在還沒有得到有關國家的司法互助請求時，化被動爲主動，積極提供其他締約國幫助，成爲近年來相關國際公約的熱烈討論議題。1988年的聯合國禁止非法販運麻醉品和精神藥物公約首次有了重大突破，2000年「打擊跨國有組織犯罪公約」第18條第4項更明確規定，締約國主管當局如果認爲與刑事事項有關的資訊可

能有助於另一國主管當局進行或者順利完成調查和刑事訴訟程序，或者可以促成其根據本公約提出互助請求時，在不影響本國法律的情況下，可無須事先接受請求而向該另一國主管當局主動提供相關資訊。

「聯合國反貪腐公約」第46條第4項承繼與「打擊跨國有組織犯罪公約」基本上相同的規定，因此，其提供了一項法律基礎，以便一締約國在另一締約國未提出互助請求，甚至可能完全不知存在有關資料或證據的情況下，向該國提供其認為對於打擊公約所涵蓋的犯罪的重要資料和證據，但要在不影響本國法律的前提下進行：「締約國主管機關如認為與刑事案件有關之資料可能有助於另一締約國主管機關進行或順利完成調查和刑事訴訟程序，或得促使其依本公約提出請求者，在不影響其國家法律之情況及無事先之請求時，向該另一締約國主管機關提供此類資料。」

在公約資產的追回專章第56條內，特別合作中也規定了各締約國無須事先請求而可向該另一締約國轉發相關資料⁷。將主動司法互助延伸至犯罪所得資產追回的區塊，是對先前「聯合國禁止非法販運麻醉品和精神藥物公約」和「打擊跨國有組織犯罪公約」等公約先例的補充。按此，反貪腐公約的規定讓國際刑事司法互助的進行更加有效和全面，使國際刑事司法互助從傳統之被動請求提供互助，擴展到即使沒有他國請求，本國也可主動提供司法互助，拓展了國際社會在反貪腐犯罪領域開展合作的廣度和深度，提高了合作密度、希望各締約國間進行更緊密，更提早的合作成果和效率。

⁷ 在不影響其國家法律之情況，各締約國均應努力採取措施，以利在認為揭露本公約所定犯罪之所得資料，可能有助於接收資料締約國啟動或實行偵查、起訴或審判程序，或促使該締約國依本章提出請求時，及在不影響其國家偵查、起訴或審判程序之情況，無須事先請求，即向該另一締約國傳送此類資料。

但在主動互助模式運作時，相關資訊，尤其是涉及個人之資訊，將可能大量的傳送至其他國家，這對於個人資料保護將發生衝擊，而個人資訊的涉及私密程度、涉及犯罪之輕重、互惠之允諾、受傳送國家之個人資料保護水平以及返還、銷毀或再傳送之限制等，於立法及執行時都要一併考慮。

以德國為例，德國國際刑事司法互助法，即因應反貪腐公約及歐盟共同反貪腐之要求，新增了如下條文，俾以兼顧主動傳送資料之要求以及對於個人資料之控管。在2005年以前之國際刑事司法互助法內並無「資訊傳遞」（Datenübermittlung）此一項目，2005年以後，因應歐盟2000年制定之「歐盟國家間刑事司法互助協定（Übereinkommen - gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union vom Rat erstellt - Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000）」，於其國際刑事司法互助法第61a條以下增定若干資訊傳遞的條文，設有嚴格之限制：

第61a條

- (1)法院與檢察署可以在未有請求之情況下，將因刑事偵查所得之個人資料傳遞給其他國家或介於國家間或超國界組織之公部門，只要
 - 1.在無請求之情況，也將會傳遞給德國法院或檢察署
 - 2.有事實足認，此傳遞確有必要，以便
 - a)收件國準備提出司法互助進行一在德國法最高可處超過5年犯罪行為之刑事訴追或執行，以及當此一請求提出時，允許提供司法互助之要件將構成者
 - b)在個案上，對於國家存續或安全，或對於人之身體、生命或自由之危險，或者對於涉及公益所需而有重大價值之物等，存在危險需去除，或是阻止如前款所稱之犯罪者，以及

3.接受資訊傳遞之機構對於第2款相關措施具有管轄權。當接受國保證可提供適當之個資保護程度者，第1句第2款a適用之，當對於最高可處5年以上自由刑之犯罪行為傳遞於此機構具有重要意義。

(2)傳遞必須與以下條件連結，即

a)遵守依據德國法之銷毀時期或銷毀檢查時間

b)傳遞之資訊僅能於傳遞的目的範圍內使用

c)傳遞之資訊在依據第4項告知之情形後，立刻予以銷毀或更正。

(3)對於法院或檢察署，在個案時涉及人民值得保護利益排除此一傳遞——考慮個資傳遞特別之公共利益——明顯較優越時，不准傳遞。接收國家是否有適當之個資保護水準，亦屬於涉及人民值得保護利益。

(4)當證明個人資訊屬禁止被傳遞，或是傳遞了不正確的個人資訊，應立即通知接受國。

在實務上，還要注意刑事司法互助之「調查取證」與此種「資訊傳遞」之區別。德國有清楚之區分，如上述，國際刑事司法互助法第61a條以下增定若干資訊傳遞的條文。後來至2012年更通過「簡化歐盟成員國刑事司法機關間資訊交換法」（Gesetz über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union），在此法案中，共計有國際刑事司法互助法、刑事訴訟法、聯邦刑事犯罪局法、聯邦警察法、邊境追緝職務法、海關行政法、對抗秘密僱用法、社會法第十章、稅法等九部法律內相關條文修訂或新增。堪稱近來對資訊交換最完整修正的包裹立法，其中廣泛的規定國際刑事司法互助領域以及國際間行政的資訊交換，對其區分、要件、拒絕事由、監督等規定。另外，對於非歐盟國家，德國主要在聯邦刑事

犯罪局法第14條「國際領域合作」內，規定國際間相關資訊之傳送、使用、限制、銷毀等事由。

對於涉及犯罪的資訊的公開、傳遞及使用等，我國現有為數不少的資訊保護及使用規定，如：刑事訴訟法、政府資訊公開法、國家機密保護法、檔案法、營業秘密法及其他特別法中之保密規定等，但對於如反貪腐公約基於國際刑事司法互助所定的國際傳輸，甚至是主動傳輸等，目前法律付之闕如。個人資料保護法第21條雖有規定：「非公務機關為國際傳輸個人資料，而有下列情形之一者，中央目的事業主管機關得限制之：一、涉及國家重大利益。二、國際條約或協定有特別規定。三、接受國對於個人資料之保護未有完善之法規，致有損當事人權益之虞。四、以迂迴方法向第三國（地區）傳輸個人資料規避本法。」但顯然並非規範司法機關基於國際刑事司法互助所定的國際傳輸。警察職權行使法第16條規定：「……於其行使職權範圍內，必要時，得傳遞個人資料境外情資交換使用」⁸亦未規範這裡所討論的國際傳輸。在個別條約或協議部分，駐美國臺北經濟文化代表處與美國在臺協會間之刑事司法互助協定第2條「協助之範圍」內「(8)不違反受請求方所屬領土內法律之任何形式之協助。」，「檢察及調查機關執行我國與美國間刑事司法互助協定作業要點」第14點即規定「檢察調查機關關於犯罪情資之交換及蒐集或其他行政協助事項，如未涉及執法機關公權力之發動與執行者，得逕與美國相關執法單位連繫，互相提供協助，但應留存連繫紀錄陳報所屬機關長官備查」。另基於海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第5點所制定之「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」第2點規定

⁸ 全文為：「警察於其行使職權之目的範圍內，必要時，得依其他機關之請求，傳遞與個人有關之資料。其他機關亦得依警察之請求，傳遞其保存與個人有關之資料。前項機關對其傳遞個人資料之正確性，應負責任。」

「與犯罪有關的情報與資訊」，包括涉及年籍、指紋、血型、去氧核糖核酸資料、前案紀錄、車籍資料、信用卡申請及交易資料、入出境紀錄、保險契約內容、電話號碼、網路帳號、金融帳戶號碼、通聯紀錄、監察通訊所得資料、金融交易明細、財產總歸戶、納稅資料、財務狀況等相關資料，同作業要點第3點並規定應依臺灣地區法令規定辦理，但該規定對關資訊保密、用途限制等內容過於簡略，對人民自由權利侵害難以控制，應有進一步的細節規範。

二、視訊傳送方式取證

受限於國家主權的限制以及尊重他國主權的共識，對於處於國外相關證據之蒐集與調查，往往要透過國際刑事司法互助途徑委請受委託國代為進行。故相互代為調查和收集有關刑事案件的證據一直是各國之間進行國際刑事司法互助中最普遍採用的合作機制。傳統的取證方式主要是委託他國互助提供證據，調查證據或代為詢問證人及其他關係人等，但此一方式也面臨許多的困難，主要在於取證方式是在被請求國法律規定的程序下完成（例如訊問主體、緘默或拒絕證言權之範圍以及在場人員的不同等），或由於被請求國執法人員對於本案內容並不熟悉等原因，取證結果不一定能為請求國法律所接受或對案件實際用處，而且對當事人而言，此一取證方式往往也有侵害人權的顧慮（例如對於不利證人的對質、詰問權的確保等）。因此，採用現代科技之視聽傳送設備，即通過視訊傳送取證之方式，逐漸在某些國家和國際刑事審判機構中出現。國際公約中，「打擊跨國有組織犯罪公約」是第一個規定允許以視訊方式取證的國際公約。

「聯合國反貪腐公約」對此承續「打擊跨國有組織犯罪公約」的規定，在第46條第18項要求締約國在證人不可能或不宜旅行時，在可能並且符合本國法律基本原則的情況下，安排使用視訊傳送方式作為一種取得供述證據的手段。這種直接取證方式不

但可以解決國外證人、鑑定人不便或不能至本國出庭的問題，又可以較為節約訴訟成本，促進各締約國之間的司法互助和提高司法互助的效益。當然，公約同時又規定這種詢問應符合一定的條件，即不得違反締約國法律，詢問由請求國的司法機關進行時，應當有被請求國司法機關人員在場，確保有關法律程序的公正、客觀和依法。

雖然公約關於藉由視訊方式取證的規定並非強制，但對締約國的相關立法可能產生重要的影響，如需要修訂相關證據規則，承認以視訊方式所為之證詞具有證據能力，並需制定有關可靠性擔保以及確認身分問題等之標準。依據德國刑事互助法第77條第1項，外國亦可請求德國對證人進行視訊訊問⁹，因為視訊訊問是屬證人之訊問，故須遵守德國刑事訴訟法第48條以下（證人）以及第239條以下（訊問證人）之規定。外國視訊訊問之請求可由檢察官為之，只有當請求國明示法院須參與時，法院始須參加。由於視訊訊問需證人同意始可為之，並非強制。故刑事司法互助法第61c條明定，當外國視訊訊問之要求無法實施時，不可對拒絕之證人或鑑定人課以金錢處罰以及其他之命令。除了以視訊方式訊問外，歐盟司法互助法第11條尚規定了電話訊問，德國雖未有電話訊問之規定，但其一般認為沒有牴觸德國法秩序之基本原則，故應許之，但因德國刑事訴訟法尚未承認電話訊問，故只有屬自由證明程序時，始可以電話訊問¹⁰。

在德國對他國提出視訊訊問之要求時，需確保被請求國於審判程序之重要的程序保證得以滿足，以及德國刑事訴訟法第247a條之允許視訊之要件。要注意的是，畢竟是在他國主權範圍內行使本國司法權下之證人訊問，故請求國之司法機關原則上不享有

⁹ 德國刑事訴訟法第247a條允許於審判程序，在一定的要件下，以視訊之方式訊問不在庭之證人。

¹⁰ Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S. 205.

指揮訴訟之權限，其他參與程序人之訴訟權限亦應受限，通常被請求國之管轄機關通常僅同意請求國法院對證人提出問題而已，反之亦然。

在我國，依刑事訴訟法第177條第2項規定：「證人所在與法院間有聲音及影像相互傳送之科技設備而得直接訊問，經法院認為適當者，得以該設備訊問之」；同條第4項規定：「第二項之情形，於偵查中準用之。」僅以法院認為適當，即可以取代證人親自到庭陳述，似過度侵害直接審理原則之要求。惟此種視訊方式，依據實務見解係在監獄或看守所設置一個視訊終端，作為「視訊法庭」，而「審判法庭」則為另一個視訊終端，連線的結果，「視訊法庭」即屬於「審判法庭」之延伸，如利用遠距視訊踐行交互詰問，不能謂非當庭詰問¹¹。另對於有遭受危害之餘的證人，證人保護法第11條第4項規定，對有保密身分必要之證人，於偵查或審理中為訊問時，應以蒙面、變聲、變像、視訊傳送或其他適當隔離方式為之。於其依法接受對質或詰問時，亦同。其範圍僅限於遭受危害之證人，對於國際刑事司法互助之利用視訊方式調查取證，並無法涵蓋。

我國司法實務，對於身處國外之證人利用視訊設備接受我方司法人員訊問一事，則採較為保守之見解。以著名之某醫師在大陸殺人案為例¹²，偵查中我方檢察官對於在大陸之數名證人透過視訊訊問，然其證詞在一、二審均被認為無證據能力，理由約為「遠距視訊乃司法權具體行使，行遠距訊問證人之處所及提供遠距訊問設備之相對方（即證人應訊之處所），均應以我國政府機關及法院、檢察署為原則」、「若擬於境外行遠距訊問，允宜以法有明文或雙方訂有協議為前提」、「現行法及大陸地區與我國雙方尚乏此項規定，大陸地區復為我國法權所不及之地」等，進

¹¹ 見最高法院97年度台上字第2537號判決。

¹² 臺灣高等法院100年上訴字第635號判決。

而導出「是前開證人之證述，自不得採為證據」的結論。然而，此一訊問事前必須經過大陸有關機關的同意方得以進行，並無前述「違反他國主權」的疑慮。其次，國際刑事司法互助進行並非一律屬「法律保留事項」，而是應按其對基本權利干預嚴重程度做不同考量，尤其是考慮我國現實處境，「若擬於境外行遠距訊問，允宜以法有明文或雙方訂有協議為前提」般嚴格要求似無必要，基於有效刑事訴追之必要，個案上如獲他國同意即足。最後，即便認為欠缺法律依據，也未必導論出「自不得採為證據」的結果，這部分的說理有欠周延。總之，反貪腐公約施行法已經鼓勵對於難以親自出庭應訊之證人可採用視訊方式訊問之，我國應該儘速立法因應，避免實務運作時發生困擾。

伍、傳統國際刑事司法互助慣例的突破

對於傳統國際司法互助的許多慣例或限制，反貪腐公約亦做了不少的突破。

一、雙重犯罪與可罰原則允許例外規定

雙重犯罪與可罰原則是指國際刑事司法互助所針對的行為根據請求國和被請求國的法律均構成犯罪且具實質刑罰可能性，兩國對該犯罪的罪名並不一定要相同，只要兩國的罪行之間實質上相似就可以。它是各國開展國際刑事司法互助時遵循的傳統國際法原則。雙重犯罪原則是從引渡制度中發展起來的，隨著國際刑事司法互助領域的不斷拓展，也開始擴展到其他刑事司法互助領域。本原則要求請求國所述之事實必須在被請求國亦犯罪構成要件該當，亦即需滿足主觀及客觀構成要件，此引渡或執行協助於被請求國始會進行¹³。此原則目的是為了確保國家不會因為負有

¹³ Gless, Internationales Strafrecht, 2011, S. 93; Hackner/Schierholt,

義務去協助他國進行刑事追訴而違反其本國犯罪政策的基本決定，同時也是在保護個人，理由在於其確保國家不會透過協助他國之刑事追訴而逾越內國對於刑事追訴的正當性，而經此即不會違反法治國原則及罪責原則¹⁴。

傳統刑事司法互助認為雙重犯罪原則係基於法治國原則而受到一致的擁護，不允許有例外規定。但近年來，國際社會開始承認雙重犯罪原則的例外，而有相對化的趨勢。特別是在組織犯罪以及恐怖主義犯罪等領域有這個需要，不能讓刑法由於一些國家之立法怠惰而無法介入。「打擊跨國有組織犯罪公約」首先突破了雙重犯罪原則，規定在文書、證據方面的司法互助方面，被請求國可在其認為適當時在其斟酌決定的範圍內提供互助，而不論該行為按被請求國本國法律是否構成犯罪，但在引渡方面仍然堅持雙重犯罪原則。

「聯合國反貪腐公約」對於雙重犯罪原則之限制有了重大的改變，特別是在引渡領域建立了雙重犯罪原則的新標準，公約第44條第1項仍然堅持雙重犯罪之一般原則，甚至是更為嚴格的雙重可罰原則，亦即除均構成刑罰處罰外，還進一步要求該犯罪行為在兩國內均具有實際可罰性（例如追訴權時效已過，即無實際可罰性）¹⁵，但第2項卻規定：「儘管有本條第1項規定，如締約國法律允許者，仍得對本公約所涵蓋但依其國家法律不予處罰之任何犯罪，准予引渡」，故締約國本國法律允許者，可以就本公約所包括但依照本國法律不予處罰的任何犯罪准予引渡，等於對前項一般原則的突破。在締約國本國法律允許的前提條件，有效

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S. 34.

¹⁴ 因此歐盟各國於討論限制或廢除雙邊可罰性原則雖然與符合互相承認原則，但亦須對相關人之權利為適當之補償，參閱Gless, Internationales Strafrecht, 2011, S. 96.

¹⁵ 刑事訴訟法第302條第2款規定案件時效已經完成者，應諭知免訴判決。

保證了國際合作的進行，同時又有效維護本國主權。據此，雙重犯罪與可罰原則不再是締約國於反貪腐國際合作中必須堅守的原則，公約允許，甚至鼓勵各締約國在非雙重犯罪與可罰的情況下進行司法互助¹⁶，此外，公約第46條第9項（廣泛的司法互助）分別規定：「在非雙重犯罪之情況，被請求締約國對依本條提出之司法互助請求為回覆時，應考量第1條所定之本公約宗旨。」（第1款）、「各締約國得以非雙重犯罪為理由拒絕提供本條規定之司法互助。但被請求締約國應在符合其法律制度基本概念之情況，提供不涉及強制性行動之互助。在請求所涉事項屬極為輕微，或尋求合作或互助之事項得依本公約其他規定獲得時，被請求締約國得拒絕此類互助。」（第2款）以及「各締約國均得考慮採取必要措施，使其能在非雙重犯罪之情況，提供比本條規定更為廣泛之互助。」（第3款）所以締約國只要表示接受該公約明確列舉的這些罪名，即使其本國刑法未規定這些犯罪或者雖規定但不予處罰，仍可以依據第44條的規定直接將公約作為引渡的法律依據。這一新規則將使國際刑事司法互助朝向儘量減少拒絕，盡可能提供互助的方向發展，這對現代國際刑事司法互助法的發展將產生深遠的影響。

我國則為引渡法第2條第1項規定，凡於請求國領域內犯罪，依中華民國及請求國法律規定均應處罰者，得准許引渡。但中華民國法律規定法定最重本刑為1年以下有期徒刑之刑者，不在此限。此規定顯然是以雙重犯罪原則為基礎，而我國現行法最重本刑為1年以下有期徒刑之罪者，比例甚低，而對此種輕罪國際上也通常認為沒有引渡之實益，故我國引渡法以雙重犯罪為原則應屬無誤。對應反貪腐公約的要求，應考慮修法放寬雙重犯罪原則

¹⁶ 此一趨勢在歐洲逮捕令有可以清楚看到。該制度不僅簡化了執行國之審查程序，還更進一步的削弱雙重可罰原則，共計有32種犯罪領域毋庸兩國均有處罰，即可核准歐洲逮捕令。

之限制。值得注意的是，在海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議內第4點第2項則規定，一方認為涉嫌犯罪，另一方認為未涉嫌犯罪但有重大社會危害，得經雙方同意個案協助。但本項所屬之「四、合作範圍」是在「第二章 共同打擊犯罪」內，而非「第三章 司法互助」內，故反貪腐公約要求之擴大司法互助範圍以及減少司法互助障礙等，在兩岸間是否基於此不具法律位階的協議而順利落實，在我國法制面上有相當討論的空間。

至於在小司法互助領域，例如調查取證，雙重可罰性的要求通常較引渡更為寬鬆。以德國為例，只有於提供互助項目是提出物品或是搜索扣押等帶有強制性質之措施時，才要求所據之行爲依德國法屬刑事可罰或至少依社會秩序維護法可追訴¹⁷。我國未來制定相關法律時，宜注意國際間此一擴大協助之趨勢，減少不必要之互助障礙。

二、政治犯罪不引渡原則不適用於貪腐犯罪

在國際刑事司法互助實踐中，政治犯罪不引渡原則一直是國際社會及各國政府所遵循的一個原則。禁止以司法互助追訴政治犯罪可說是由來已久的限制，屬於國際法上之強行規範。但在法國大革命之後，政治犯被看作是進步思想的象徵，因此產生了政治犯不引渡的原則。最初明文規定政治犯不引渡原則的是1833年比利時制定的引渡法。這項規定對後來各國引渡法的發展發生了很大的影響。從此，規定政治犯不引渡的條約逐漸增加，政治犯逐漸受到尊重、庇護，最後遂被排除於引渡之範圍¹⁸。因此，只要是政治或相關之犯罪，通常是不會進行司法互助，德國國際刑事司法互助法第6條第1項、我國的引渡法第3條對此均有規

¹⁷ 參照德國國際刑事司法互助法第66條、第67條。

¹⁸ 邱鼎文，論經由司法互助取得證據之證據能力——以傳聞法則與排除法則為中心，東海大學法律學院法律學研究所碩士論文，2012年1月，頁18。

範¹⁹。而隨著保護人權的發展，政治犯罪不引渡原則從引渡領域，影響擴展到所有的刑事司法互助領域，該原則已成為普遍承認的拒絕國際刑事司法互助的任責事由。但是此種司法互助的限制與近來之跨國境的犯罪對抗處於緊張之關係，譬如在對抗恐怖主義、追訴國際法上之犯罪以及世界性的人權保護的情況，此種矛盾的情況亦導致實務係以個案為導向判斷此行為是否是政治犯罪²⁰。

但是，究竟何為政治犯罪，目前世界似乎還沒有國際條約或國家的刑事司法互助立法對其明確予以界定。較無疑問的是所謂的「絕對政治犯罪」（*die absolut politischen Delikte*），指其目的在於改變國家的權力結構且直接侵害國家的存在和安全²¹，如內亂或間諜行為²²。而相對政治犯罪（*die relative politischen Delikte*）指的是犯罪實施的目的是為了達成政治之目標，而行為人所犯之罪為普通犯罪²³。由於被指控的罪犯或嫌疑犯是在被請求國的領域內，如何認定政治犯罪只能有被請求國決定。從引渡的實務看，不同時代不同的統治階層通常按照自己的法律和政治標準來解釋何謂政治犯罪，因而發生各國對政治犯罪理解的歧異，甚至觀點矛盾。為了解決各國在這個問題上的各行其是，甚至濫用該原則以避免引渡的情況，國際開始嘗試縮小政治犯罪概念，即把一些原來認為是政治性質的一些罪行從政治犯罪中排除。如規定謀殺外國國家元首或其家屬的犯罪行為、恐怖主義的

¹⁹ 引渡法第3條：犯罪行為具有軍事、政治、宗教性時，得拒絕引渡。但左列行為不得視為政治性之犯罪：

一、故意殺害國家元首或政府要員之行為。
二、共產黨之叛亂活動。

²⁰ Gless, Internationales Strafrecht, 2011, S. 101.

²¹ Gless, Internationales Strafrecht, 2011, S. 102.

²² Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S. 122.

²³ Gless, Internationales Strafrecht, 2011, S. 102.

犯罪行為不得視為政治犯罪，1998年的「國際刑事法院規約」更是明確規定滅絕種族罪、危害人類罪、戰爭罪和侵略罪是可引渡的罪行，亦即不能把這些犯罪當作政治犯罪來規避國際刑事司法互助。由此可見，對政治犯罪不引渡原則的例外越來越多。

起草反貪腐公約時，就此問題也有相當的爭議，最後，公約確立了貪腐犯罪在一定情況下不得視為政治犯罪的新規則。第44條第4項規定：在以本公約作為引渡依據時，如果締約國本國法律允許，根據本公約確立的任何犯罪均不應當視為政治犯罪。各國在反貪腐實務中經常面臨的問題是，貪腐犯罪嫌疑人逃亡至國外後經常獲得所在國的政治庇護，所在國基於各種理由也常會以政治犯罪不引渡為由而拒絕引渡。這一條款遏制了貪腐犯罪在性質認定上的歧異。但基於尊重主權，公約對於是否為政治犯罪仍由簽約國的國內法判斷，當然賦予了簽約國以國內法規定為由而拒絕引渡犯罪嫌疑人的可能。但公約明確規定貪腐犯罪原則上不應視為政治犯罪，在這點上，已可稱是一大進步。

陸、結 論

2003年制定的「聯合國反貪腐公約」，則是目前懲治貪腐犯罪涉及範圍最廣的一項反貪腐全球性公約，其許多內容直接反應國際社會對反貪腐犯罪最新的立法動向和發展趨勢。在第四章國際合作部分中，從第44條到第50條分別就引渡、狹義的刑事司法互助、被判刑人的移管、刑事訴訟管轄的轉移、執行合作、聯合偵查及特殊偵查手段等均有詳細之規定。該公約在第43條尚明確要求，締約國應當依照公約第44條至第50條之規定，在刑事案件中相互合作。故該公約第四章可稱為目前最廣義的國際刑事司法互助的內容。按此，國際刑事司法互助已從單一向多元發展，內容除涉及偵查、起訴、審判和刑罰的執行與犯罪所得之沒收等刑事訴訟各個部分，且兼及民事、行政之制度以及資訊交換等廣泛

的合作方式，完整且深入。

我國受限於諸多外交及政治現實因素，僅能與個別國家或地區簽有少數條約、協定或協議外²⁴，而在本國法律層面，迄今仍無總則性、完整性的國際刑事司法互助法律。目前涉及國際刑事司法互助之規定，散見於「引渡法」²⁵、「外國法院委託事件協助法」以及「跨國移交受刑人法」等。惟因我國與多數先進國家無引渡條約，且實務上絕大部分都是以出入境或移民的法規處理，故在實務上並無發生依據引渡法實施之案例²⁶。而外國法院委託事件協助法則是僅規範外國法院所委託之事件，但現實案例上，國際刑事司法互助請求大多是在偵查階段中檢警所進行，審判階段多是如文書的送達等，故此法規範的範圍十分狹隘，於實務上可說不敷使用，有修正的必要。至於跨國移交受刑人法僅處理受判決確定人移交，幾乎可說是屬於刑事司法互助的最末階段而已，之前的偵查、審判階段，法律密度甚為貧弱。就內容而言，除「跨國移交受刑人法」屬較新立法外，其餘二法內容均甚為老舊，遠遠跟不上如聯合國反貪腐公約所規定的現代刑事國際司法互助的內容。因此，我國現行法制對於現代國際刑事司法互助的諸多內容，包括其方式、種類、審查機關及許可要件等，迄今尚無一統一式的基本法律規範，可說是處於嚴重的立法落後階段，妨礙我國與世界他國展開刑事司法互助的實務。

本文認為，除現行已有之法律應配合修正外，尚應有一部單一、完整的國際刑事司法互助法²⁷，讓我國與他國進行司法合作

²⁴ 例如與美國、越南、菲律賓的協定，以及與中國大陸地區、南非與德國的協議等。

²⁵ 目前臺灣和7個國家簽有引渡條約，分別是多米尼克、多明尼加、南非、史瓦濟蘭、馬拉威、哥斯大黎加以及巴拉圭。

²⁶ 法務部目前正修訂引渡法。

²⁷ 據聞法務部有意提出一完整之「刑事司法互助法」草案，對此自表贊同。

時有一可遵行的規範，並讓外國清楚得知與我國進行刑事司法合作的流程、要件，便利合作之進行。除此之外，反貪腐公約相關規定司法合作範圍甚為廣泛，尚有資訊交換、共同偵查、視訊訊問及有效追繳犯罪所得等許多制度，在我國涉及許多相關法律增定或修正等，為因應公約在我國施行誠有修法之必要，對此，應針對反貪腐公約之各項內容逐一檢討我國現行法令不足之處，並宜組成跨院及部會的綜合修法小組，避免各主管機關切割式的個別立、修法，方能將公約之內容在我國充分且有效的實現，並在國際公約的框架或精神下，促成與外國各項刑事司法合作。

國家圖書館出版品預行編目(CIP)資料

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／林志潔等合著；法務部廉政署
主編，-- 初版.-- 臺北市：法務部廉政署，2015.12
面：公分
部分內容為英文
ISBN 978-986-04-7109-0（精裝）
1.貪瀆罪 2.文集
585.24 104026697

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

2015 年 12 月 初版第 1 刷

主 編：法務部廉政署
作 者：Barry Rider、王乃彥、余致力、吳耀宗
李傑清、周佳宥、林明鏘、林志潔
胡龍騰、許恒達、許福生、陳正根
陳耀祥、楊雲驊、蔡秀涓、蔡季廷

發行機關：法務部廉政署

地 址：10468 臺北市中山區松江路 318 號 7 樓

電 話：(02)2567-5586

網 址：<http://www.aac.moj.gov.tw>

定 價：新臺幣 500 元

印 量：300 冊

編 印：元照出版公司（<http://www.angle.com.tw>）



本專書內容
全文下載

GPN：1010402839

ISBN：978-986-04-7109-0