

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、預防為主打防結合 | 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，爲什麼我不貪？」的現象出現，便會產生貪腐的行爲。

(四)組織結構論

此派觀點認爲行爲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，強調是因爲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。又認爲在社會環境因素中，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，而係由於不貪腐將爲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」而導致貪腐行爲。

(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「拿人錢財爲人消災」。另我國自古即有「千里爲官只爲財」之觀念，把當官視爲生財之工具，而不認爲貪污爲羞恥，藉官吏之職位來取得財富；再加上如爲請託說項而行賄，受助人以送禮、送錢報答感謝，好像視爲理所當然，亦助長了貪腐行爲之發生。

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，內容涵括貪腐行爲之預防措施、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，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 \times 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、高青松，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爲，依構成要件設計之重輕，區別爲重度貪污行爲、中度貪污行爲以及輕度貪污行爲三者，然而重度貪污行爲中的部分構成要件，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，其構成要件行爲並非屬於嚴重貪污行爲，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大類犯罪而將其作爲國內法

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日聯合報民意論壇。

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。