

# 國內外反貪腐法規與趨勢介紹

朱政龍

## 一、何謂貪腐？如何構成貪腐？

2003年12月9日，聯合國通過反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption），其序言即已說明，貪腐不再是局部的問題，而是一種影響所有社會和經濟的跨國現象；非法獲取的財富特別會對民主體制、國民經濟和法治造成損害。反貪腐作為應當有公部門以及私部門的支持和參與；公約的第12條和第13條即分別規定私部門和社會參與事項。

聯合國反貪腐公約為目前國際上反貪腐領域最重要的成文法文件。

我國國內也為了預防與健全打擊貪腐體系、加強反貪腐國際合作等目的，於2015年5月5日於立法院通過施行法，將該公約所揭櫫之規定內國法化。

然而於我國傳統法領域內，其實並無慣常使用「貪腐」一詞；而聯合國反貪腐公約本身其實也未針對「貪腐」一詞定義，故於上述的聯合國反貪腐公約施行法內，本國法亦法對於「貪腐」一詞明確定義。

蓋「貪腐」與「貪汙」是否可以畫上等號？

瑞士法學家貝爾特沙（Daniel Bertosa）對「貪汙」下了一個簡單的定義：「所謂貪腐，就是公職人員為了好處背叛了其職務」。其經典的解釋則是：「將公共資源濫用於私人的目的」。總而言之，貪汙

就是公務員、政府首長或公營企業負責人違反其職守（所以也會構成「瀆職」），失信於人民；白話的說，也就是公職人員藉由職務以不法的手段獲取財物之義。

傳統上對「貪汙」一詞的定義是：「濫用公權力以謀取私利」（the abuse of public power for private gain）。

不過，隨著二十世紀末在「政府再造」風潮的影響下，政府業務大量地民營化與簽約外包，使得民間企業受政府委託執行公權力的情況日益普遍，公權力不再只是由人民委託賦予政府官員，而有可能是經由政府官員手中再度委託至民間企業；甚至民間企業彼此間也有可能獲有執行某些公共事務的權力。由此可見，「貪腐」的定義遠比傳統的「貪汙」來的更廣。

因此，國際透明組織將「貪腐」的定義由傳統的「濫用公權力」擴大界定為：「濫用受委託的權力謀取私利」（the abuse of entrusted power for private gain）。事實上，在這樣的定義下，「貪腐」不只侷限在指涉政府官員濫用職權而已，它還涵蓋了任何人濫用職權或涉及公共事務的權力以獲取不當利益的行為。

至於構成貪腐的成因，學理上雖然有古典理性理論、社會學習理論、組織結構理論、以及文化因素理論等等，但通說大多以 Klitgaard 的公式來表達：

$C(\text{corruption}) = M(\text{monopoly}) + D(\text{discretion}) - A(\text{accountability})$

根據 Klitgaard 的說法，不論某項業務是公共的、私人的、甚至是非營利的，任何組織或個人若對某項財貨或服務擁有壟斷能力，並且可以自由裁量，誰能得到這項財貨或服務以及數量的多寡，而此支配者卻無課責顧慮，貪污就會發生。

## 二、我國聯合國反貪腐公約執行現況

聯合國於 2003 年 10 月 31 日聯合國大會通過，2005 年 12 月 14 日施行之聯合國反貪腐公約，共計 8 章 71 條，內容包括貪腐行為預防措施、定罪與執法、不法資產追回、本公約之落實執行等。

本公約第二章與第六章均明文揭示了反貪腐的預防措施，包括例如：建立反貪腐之專職機構、建立與完善公職人員有關制度、建立完善公共管理制度、加強私部門之會計及審計標準與相關操守標準，並搭配相應之民事、刑事與行政處罰手段、反洗錢與金流追查措施等。

公約第三章規定了定罪、執法、國際合作、財產追回等措施。締約國必須確保針對公約所規範的 11 類重大貪腐犯罪加以內國法化，並且確保執法成效；對於實施貪腐的公職人員應該建立適當程序確保其得以遭撤職、停職或調職；並得透國法院命令或其他手段防止其於一定期限內不得擔任公職、國營企業職務等措施。

由此可見，聯合國反貪腐公約與過去

單純強調打擊犯罪的方法不同，比較著重在事前的預防措施；著眼於貪腐犯罪跨境之特性與貪腐資金全球流竄的特性，強調國際合作的重要性；公私部門必須通力合作來防止貪腐，反貪腐應該是全民運動，需要整個社會的重視。

我國國內長期以來一直以「反貪」、「肅貪」為口號，且推動之對象多侷限於公部門與公務員。2008 年我國仿照聯合國反貪腐公約第 8 條，制定「公務人員廉政倫理規範」，設置「中央廉政委員會」；2009 年推動「國家廉政建設行動方案」；2015 年 5 月 5 日立法院終於通過聯合國反貪腐公約施行法，將公約之規定內國法化；但我國反貪腐基本思維仍不脫以公部門與公務員為主要規制對象，尚未完全達到公約所要求的，整合國家各部門以及公私部門力量，透過全體社會多元化的參與，建立「國家廉政體系」的目標。

## 三、美國 FCPA 簡介與法遵風險

依據維基百科的介紹，「FCPA」即美國《Foreign Corrupt Practices Act》的簡稱，該法於 1977 年制定，1988 年修訂，旨在限制美國公司利個人賄賂國外政府官員的行為，並對在美國上市公司的財會制度做出了相關規定。美國 1970 年代因為發生水門案，而於 1977 年制定 FCPA，英國也於 2010 年制定 UK Anti Bribery Act (簡稱英國 ABC 法案)，針對海外行賄與反貪腐做出規範。

FCPA 的導火線則來自於美國證券交易委員會 (SEC) 的一份報告，在該報告中，有超過 400 多家的公司承認有過可疑或非法支付的行為，其中有 100 多家居行業 500 強之列。

FCPA 不只對於美國本土公司才適用，對於外國公司也能干預，與傳統刑法上的屬地主義原則不同。FCPA 於 1988 年與 1998 年 2 次修正，都不斷擴張其管轄權範圍，故亦遭美國國內質疑違反罪刑法定原則（美國刑法上的 Fair Warning 公平警告原則，亦即刑法規範必須足夠的精確度，使合理的人能夠預知甚麼行為是禁止的，甚麼行為會落在法規範圍內）的美國聯邦檢察官的權限擴張至極致。

FCPA 處罰賄絡行為最主要是基於其意圖「影響」外國政府或公務員決定的公正性，「影響」其正當決策或行為。

FCPA 規範的不當利益給付對象包括：

- (1) 外國政府的官員或職員，包括任何履行公共職能的人員，而不論其官階的大小。包括公務機關外，任何公營事業、接受政府挹注成立的法人團體（例如資策會）、公立醫院職員與醫護人員。
- (2) 外國政黨或政黨候選人、黨職人員。
- (3) 白手套（代理人、受託人、合作夥伴）。雖非公職人員，但其明知不當利益會給付給公職人員或政黨人士，所以也受規範。

FCPA 管轄的主體更是廣泛，主要包括：

- (1) 在美國上市上櫃公司、最大股東是美國人的公司、在美國證交所上市或有合併信託關係者。
- (2) 美國國內的事業單位或團體，或是非美國公司但主要廠址設於美國境內者（例如墨西哥石油主要廠址在美國德州）
- (3) 部分賄絡行為在美國國土境內，而該行為是有助於行賄，縱使不在美國境內，公司跟美國也沒有關係，也會受到 FCPA 的管轄。例如：馬來西亞公司行賄一家中國公司，但匯款是透過美國花旗銀行轉帳；或者賄絡行為往來的電子郵件是使用伺服器位於美國的 Gmail 信箱，居然都會受到 FCPA 的管轄。

不當利益除了金錢，舉凡演講邀約、企業職務安排、就學安排、遊憩、發表會、差旅費…都包括在內。

可以豁免 FCPA 不當利益認定的都必須正面表列、一一列舉，而且收受者必須不違背職務的前提下，例如因應當地風土民情的加速費（中秋月餅、端午粽子）、快單費是可以允許的。其他例如：

- (1) 根據該國法規明文規定可以支付、致贈、提供或允諾，不包括潛規則（要明文規定允許）。
- (2) 該給付為正當合理之支出，例如合理的出差費、住宿費、交通費。

就法律後果而言，只要被美國聯邦檢察官盯上涉嫌違反 FCPA，隨即展開調查，並且可要求該企業提出證據，要求協商與

美國和解 (Settle)；若不和解便予以起訴，一旦起訴判決甚至可將該企業瓦解；起訴後仍能繼續協商和解，若達成和解則可以撤回起訴，可見美國聯邦檢察官權限之大。

美國 SEC 網站上的雅芳 (Avon) 案，最終以 1 億 3500 完美元和解換取免訴免罰；再以西門子案為例，美國聯邦檢察官除要求西門子在未來三年要去各個反貪會議現身說法、資助反貪會議、要求撤換審計委員會委員、要求撤換會計師，都是聯邦檢察官的武器。

美國對於第一吹哨者可以豁免責任的規定，以及吹哨者保護機制，也讓例如韓國三星當年利用吹哨者豁免機制打擊我國面板廠的案例。

反觀我國貪汙治罪條例第 11 條第 3 項雖然也有規定處罰行賄外國、香港、澳門或大陸地區公務員行為之規第，但由於我國檢察官檢察權限與美國聯邦檢察官相比差異過大，而且我國刑事法國際化程度不足，企業海外法遵觀念也有待加強，再再削弱我國企業的海外競爭力，反而大大提高了觸法的風險而不自知。

#### 四、企業賄絡防制法草案簡介

數年前社會上發生過幾起重大的企業內部索賄以及重大貪污舞弊案，例如廣達案、盈正案、鴻海案、台塑案。但以我國目前刑事法律規定，私人企業收取賄絡或違背職務，頂多僅能以刑法上的侵佔罪、

背信罪、詐欺罪，以及證交法第 171 條第 1 項第 2 款的特殊背信罪論處，且企業還必須舉證受有損害，舉證困難、訴訟曠日廢時、使行為人心存僥倖，故經常事後不了了之。

為預防及遏止企業收受賄絡及其他不正利益行為，維護企業公平競爭環境，保障投資人權益，立委謝國樑等人於 2013 年 1 月開始起草提出「企業賄絡防制法」草案，謝國樑委員版草案針對「不違背職務」及「違背職務」的罰則進行區分，受雇者收賄或不正利益但不違背職務的行為，處以 3 年以下有期徒刑、拘役或併科台幣 1 百萬元以下罰金；若屬違背職務，則處 5 年以下有期徒刑、拘役或併科新台幣 3 百萬元以下罰金。

企業賄絡防制法草案的刑責，與現行刑法背信罪差不多，但背信罪成立的最高罰款是 30 萬元，企業賄絡防制法的最高罰款 300 萬元，有大幅提高。

廉政署也宣稱已著手研擬「企業貪污治罪條例」，將現有企業員工貪圖不法獲利致做出危害公司及社會的貪污行為納入專法規範，並提高刑度和罰鍰。

《聯合國反腐敗公約》明白指出打擊貪腐不能只以公部門為限，私部門的經濟、金融或商業活動的賄絡行為也必須加以規制。因此，企業貪汙近年已受各國重視，包括英國、香港、澳門等，都已訂立專法明訂刑責，但台灣卻遲遲無整體性的規範。

立委謝國樑等人於 2013 年提出的「企業賄賂防制法」草案，卻因為當時的法務部認為，已經有《刑法》相關規範，若還再訂特別法，可能衝擊一般中小企業，導致最後本法案未能立法成功，真的只能徒呼遺憾。

## 五、結論

我國長期以來的反貪政策，一直是以修訂「貪汙治罪條例」加重刑度、「治亂世用重典」的思維方式；我國政府雖然知道必須接軌國際以及聯合國反貪腐公約，「肅貪」必須轉變為事前的「防貪」，都必須由提高社會多元參與，提高貪腐者被定罪之風險等事前預防機制下手，但由於提高社會多元參與以及事前預防貪腐成效不易短期顯現，所以仍採取加重刑度之威嚇手段，希望讓公務員「不敢貪」。但是過度加重刑度的結果，刑事追訴實務上反而容易造成犯罪者事前更縝密的計畫、刑事偵查更困難、破案率更低；過於嚴厲的刑罰反而導致入罪要件過高，在嚴格證明法則下，更不易定罪，造成「法重刑輕」的現象。反貪的重點在於定罪率要高，加強國際合作，提高意圖犯罪者被定罪的風險，從而剝奪其再任公職的權利，並進而追回其不法資產，而不是重刑化。

對於貪腐的事前預防一直是我國法制上較弱的環節，但隨著聯合國反貪腐公約施行法制定內國法化，應逐漸改變傳統上對於貪腐「重懲罰、輕預防」的思維，逐

漸朝向國際透明組織所倡議的「國家廉政體系」概念，整合政府各部門力量參與以提升廉政效能。

特別是針對反貪腐實務上經常遭遇的偵查困難、舉證困難、追回資產困難，更應該成立獨立行使職權的反貪腐機構（人事與財政獨立、能夠整合政府各部門資源；目前我國法務部廉政署目前獨立性與執掌功能與調查局如何區分等等，仍有諸多疑問）；

並且為了提高貪腐犯罪的定罪率、增加犯罪者被定罪的風險，應該仿照公約內容將實體法上將刑罰界限前置化（例如貪汙治罪條例增訂第 6 條之 1 增加貪汙被告不說明可疑財產來源罪）；

設立特殊偵查程序（例如推定原則、適度舉證責任轉換、保護檢舉者與證人安全、汙點證人免責、適當時機可使用電子監視設備或臥底偵查取證、被告缺席仍能繼續審判制度、不待判決確定先行沒收其可疑資產與不法所得的獨立程序等手段），以期對於貪污犯罪能夠快速入罪（在犯罪預防上刑罰的迅速性及確定性遠大於刑罰的嚴厲性），始能有效防治貪腐於未然。

本文作者：

國泰世紀產物保險公司  
法務室／法遵部協理