

貪瀆犯罪「窩裡反」條款與 「刑事免責」之檢討

陳運財

大綱

- 一、前言
- 二、貪污治罪條例窩裡反條款之檢討
- 三、證人保護法第 14 條之檢討
- 四、結語

一、前言

關於公務員貪瀆犯罪的成因多樣且複雜，其防治對策除了提升公務職場倫理、規範意識以及相關行政管制的鬆綁等行政方面的措施之外，就刑事立法動向而言，強化制裁效果、延長追訴時效、賄賂行為之推定規定、財產來源不明之處罰、防制貪瀆所得之洗錢行為以及刑事免責制度等，亦屬比較法上廣受討論的議題^(註1)。我國防制貪瀆之刑事立法對策歷來採行嚴懲化、糾問式及疊床架屋的立場及模式，尤以貪污治罪條例為澄清吏治，大幅針對公務員貪瀆行為加重自由刑及罰金刑之處罰、嚴懲不具公務員身分之共犯、設主管長官及會計審計等人員的不舉發罪、為保全貪瀆所得財物之追徵，得訴訟程序進行中扣押被告財產、以及針對自首或自白設減免刑責之特例等措施為其重要之特徵^(註2)。

其中，貪污治罪條例第8條前段規定：「犯第4條至第6條之罪，於犯罪後自首，如有所

得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑」。將實體法上行為人本人自首之減免規定與追訴程序上「因而查獲其他正犯或共犯」之所謂窩裡反規定，同置於同一條文，並列為減免條件。惟自首之減免與窩裡反兩者之規範目的與制度設計，本非自同軌，強行結合，不免在理論及實務適用上衍生諸多有待釐清與解決的課題，例如實體法上之自首減免特例，與所謂刑事免責之關係及緩起訴之適用應如何區別，以及自首或自白之貪瀆共犯其偵查中之不利於其他共同被告之陳述，在傳聞法則例外規定的適用上應如何處理？該共犯於審判中如何進行證據調查，有無採行分離辯論的必要？以防止有入人於罪以脫免刑責等。

另一方面，我國證人保護法第14條第1項規定：「第2條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑。」暫且不論以經檢察官事先同意者為限，作為必減免刑罰之程序要件是否不當限制法院刑罰裁量權，光是所謂因偵查中供述致使檢察官得以追訴其他正犯或

註1：參照藤本哲也編，演習ノ一卜刑事政策，1991年改訂第2版，頁146。

註2：本文乃自筆者所主持之「防制貪瀆犯罪修法動向之檢討」行政院國家科學委員會專題研究計畫（NSC-96-2414-H-029-002-MY2）第一一年期中報告摘錄而成。感謝研究助理李永瑞等協助蒐集整理相關資料以及林志潔教授提供寶貴意見，惟文責由本人自負。

共犯者作為減免刑罰之規定，即存在兩種相對的風險：其一，對檢察官而言，本案被告於偵查中之供述對於其他正犯或共犯之案件而言，屬審判外之陳述，可能受到傳聞法則之拘束，而不具證據能力，並非檢察官主觀意願或事前同意可以左右，因此所謂得以追訴一詞，實則自始乃潛藏著不確定的風險。相對的，其二，如果僅憑偵查中之供述，且因檢察官事先同意，即可獲得此項減免刑罰之優惠，難保不發生故意入人於罪之風險，亦有陷其他正犯或共犯之詰問權無法有效行使的危險，值得關注^(註3)。

至於，證人保護法第14條第2項規定：「被告或犯罪嫌疑人雖非前項案件之正犯或共犯，但於偵查中供述其犯罪之前手、後手或相關犯罪之網絡，因而使檢察官得以追訴與該犯罪相關之第2條所列刑事案件之被告者，參酌其犯罪情節之輕重、被害人所受之損害、防止重大犯罪危害社會治安之重要性及公共利益等事項，以其所供述他人之犯罪情節或法定刑較重於其本身所涉之罪，且經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，得為不起訴處分。」，本項規定則屬直接賦予檢察官起訴裁量之權限，針對非屬證人保護法第2條所列之罪的正犯或共犯，而屬偵查中供述所犯之罪的前手、後手或相關犯罪的網絡，因而使檢察官得以追訴該案者，檢察官參酌其犯罪情節的輕重及公共利益等事項，得為不起訴處分，藉此鼓勵同一犯罪網絡內之人勇於出面檢舉^(註4)。

基本上，關於此項「刑事豁免條款」，論者認為有類似協商精神在內，即被告要刑事豁免必須同意供述被告或犯罪嫌疑人並使被追訴，就其所涉之犯罪，檢察官得依第14條第2項得為不起訴而刑事豁免，以擴大打擊犯罪面^(註5)。然而，所謂「犯罪網絡中之前手、後手或關係犯罪嫌疑人」於偵查中所為之供述，與同條第1項規定相同，存在受到傳聞法則拘束之問題，尤其因供述犯罪網路之前後手，即有可能獲得檢察官不予起訴的優遇，入人於罪的風險，更不容小覷。究竟刑事免責與起訴裁量之分際如何釐清，亦值得檢討。

二、貪污治罪條例窩裡反條款之檢討

聯合國反腐敗公約(The Convention of Anti-Corruption)第37條規定：「1. 各締約國均應當採取適當措施，鼓勵參與或者曾經參與實施根據本公約確立的犯罪的人提供有助於主管機關偵查和取證的資訊，並為主管機關提供可能有助於剝奪罪犯的犯罪所得並追回這種所得的實際具體幫助。2. 對於在根據本公約確立的任何犯罪的偵查或者起訴中提供實質性配合的被告人，各締約國均應當考慮就適當情況下減輕處罰的可能性作出規定。3. 對於在根據本公約確立的犯罪的偵查或者起訴中提供實質性配合的人，各締約國均應當考慮根據本國法律的基本原則，就允許不予起訴的可能性作出規定。4. 本公約第三十二條的規定，應當變通適用於為這類人員提供的保護。5. 如果本條第一款所述的、處於某一締約國的人員能夠給予另一締約

註3：按大法官釋字第582號解釋文略謂：「刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故共同被告對其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利」。故本案被告自首供出其他正犯或共犯，根據釋字第582號解釋，該被告對於其他正犯而言，仍具證人適格，審判中仍應依法調查，並賦予其他正犯或共犯詰問之機會，其審判中之陳述始得作為證據。

註4：葉雪鵬，〈「污點證人」要有一定條件〉，法務部政風司96年3月政風法令宣導月刊，頁2。

註5：參照林錦村，〈證人保護法之研究(下)〉，軍法專刊第46卷第6期，頁42。

國主管機關以實質性配合，有關締約國可以考慮根據本國法律訂立關於由對方締約國提供本條第二款和第三款所述待遇的協定或者安排。」，蓋貪瀆犯罪通常具有隱匿性、集團性，不易偵查及取得重要事證等特性，因此，上述聯合國反腐敗公約第 37 條第 3 項之規定，即要求對根據該公約確定之犯罪的偵查或起訴有提供實質性配合的人，就允許不起訴的可能性進行規定，從而，於刑事政策之制度誘因上，自宜在法律制度設計上提供適當之誘因，以利貪瀆犯罪之偵查與起訴定罪，並得嚇阻與遏止貪瀆犯罪之持續擴大氾濫。

我國貪污治罪條例第 8 條以犯貪污罪之行為人而有自首或自白者，分別按情形給予減輕或免除其刑之獎勵，採取「必減主義」，其法律上之作用應認為，係屬刑事政策上之考量，其目的主要乃在：藉此鼓勵貪污犯嫌能夠勇於接受刑罰制裁，使偵查機關得藉以究明真相，避免貪污犯罪之隱密性而使犯罪黑數高昇，達成刑事政策上之正面預防作用。此於貪污治罪條例相對於刑法乃屬特別規定，尤更應承認其刑事政策上之目的與作用^(註 6)。

惟依筆者初步檢索違反貪污治罪條例案件分析顯示，被告依貪污治罪條例第八條自首比例相當之低，若非獎勵自首之實際上作用或誘因不高，原因可能是隱匿事實獲判有罪機率低

於「自投羅網」，或是獎勵自首之實際運作上有所困難或阻礙，例如應繳交所得等門檻，尚待進一步的分析研究^(註 7)。

本文認為在我國社會擔任抓耙子的角色是否較不見容於傳統文化的關係所致，暫且不論，以自首、且必須先繳交所得財物為要件，始有免除其刑的規定，因貪瀆案件自首者寡，且在財物已一部或全部花用的情形下，本項規定可適用的範圍已大幅受限。況且，在理論及實效上，此項規定更存在下述諸多問題，值得改善：

第一，在體例上，將實體法上自首減免之法院刑罰權之規範與程序法上以共犯之陳述證明其他重要正犯或共犯犯罪事證之證據法則規範混為一談。

第二，以自首及致查獲共犯為要件，法院即應背書為刑之免除，顯屬過度限縮法院於個案中的刑罰裁量權。

第三，所謂因而查獲其他正犯或共犯者之規定，乃出於偵查者及追訴者之觀點，而忽略程序法上維護其他共犯詰問窩裡反證人的權利。

第四，以查獲共犯為由，作為刑罰減免事由，具有高度入人於罪之風險，尤其以自首或偵查中之自白為甚，故仍應受刑事訴訟法傳聞法則之拘束，以排除審判外陳述可能存在之虛

註 6：根據研究指出，以民國 84、85 年的統計資料為例，台灣地區的貪瀆犯罪之確定判決，可謂僅針對個別性、無組織性的基層前線人員所為，與貪瀆犯罪本質應屬集團性、組織性、高層核心人員的犯罪行為，顯有不符。參照陳志龍，〈對抗貪瀆犯罪的法治國財務監督之新思維〉，全國律師雜誌 92 年 3 月號，頁 90 以下。

註 7：例如，在台灣高等法院 91 年上更(一)字第 94 號、91 年上訴字第 2799 號、94 年上訴字第 4265 號、台中高分院 90 年上訴字第 1373 號、91 年上更(一)字第 180 號、92 年上更(二)字第 61 號、92 年重上更(三)字第 264 號、92 年上訴字第 1455 號、96 年上更(一)字第 42 號、花蓮高分院 91 年上訴字第 114 號等案件中，被告因並未繳交全部所得財物，故不符貪污治罪條例自首減刑之規定，但其等係屬主動自首，已符合刑法減刑之規定，自仍得依刑法第 62 條減刑，如此一來，貪污治罪條例之自首減刑規定，實際上即等於無作用可言。但台中高分院 90 年上訴字第 94 號判決則認為有自首但未繳交全部所得財物，不得依刑法第 62 條自首減刑。

偽風險。

第五，貪污治罪條例立法形式上採「減免刑責」模式，屬法院之刑罰裁量權，於審判終結前因無法獲知法院衡量結果，檢察官自然無法於偵查終結時擔保涉案公務員得以免除刑事責任，致欠缺豁免效果之實效。

第六，在本項規定出於實體法的思維，著重追訴者觀點的設計下，行為人於審判前因自首而查獲正犯，獲檢察官為不起訴處分後，卻於審判中確翻供，將造成追訴本案正犯的困難，且對該翻供之行為人亦有再行追訴上的障礙，如此不僅對檢察官不公平，更無助於真實發現的發現。

誠然，公務員貪瀆案件往往涉及所謂集團性或共犯結構，具隱密性、證據保全困難以及主觀犯意聯絡關係證明困難的狀況，對此，我國立法例對於貪瀆犯罪設定自首自白之減免特例及窩裡反條款，此項刑事政策方向可以理解，而聯合國反腐敗公約亦建議對於犯罪的偵查或起訴有提供實質性配合的人，可研議減輕處罰及容許不起訴的可能。本文初步認為可適當修正第八條，保留實體法上關於鼓勵自新施以典之自首或自白之減免規定，惟關於藉由公務員涉案之陳述而得證明其他共犯貪瀆之事證者，則應另從程序法原理，以審判為中心，並維護被告詰問證人權的前提下，在訴訟法上制定刑事免責之機制。

所謂免責制度，於發展沿革上，乃發源於以當事人主義為主軸的英美訴訟制度，係基於發現真實之目的，為突破不自證己罪特權而採取之特別手段。蓋依美國聯邦憲法增修條款第五條規定，被告享有「不自證己罪特權」之保障，但卻也形成國家於追訴犯罪、實現刑罰權上的障礙，是以基於發現真實之目的，給與共

犯一部刑事免責，排除其不自證己罪特權，藉由豁免證人因本身之陳述將受刑事追訴之不利益負擔，回復其據實供述義務而以陳述作為首謀者的有罪證明。關於刑事免責之運作型態，基本上包含罪行豁免及證據使用豁免。前者係指不得對被豁免的證人在其提供的證言中涉及的任何犯罪事實進行起訴的豁免模式；後者則謂被豁免的證人提供的證言或任何根據該證言而獲得的資訊不得在隨後進行的任何刑事訴訟中用作不利於該證人之證據的豁免模式^(註8)。

由上述可見，此項證言免責乃建立在以審判為重心，維護被告詰問免責證人之權利，同時透過偽證罪及藐視法庭罪之擔保，使該免責證人得以據實陳述。此項刑事免責，並不以自首為要件，重點在審判中，透過豁免證人因本身之陳述將受刑事追訴之不利益負擔，排除不自證己罪特權的障礙，擔保證人據實陳述以發現真實。

準此，本文認為宜於刑事訴訟法另行增訂證人刑事免責之規定，針對貪瀆等重大犯罪，為追訴主謀或重要共同正犯，不論被告是否構成自首或有無曾於偵查中自白，其陳述如得於審判中證明其他共犯貪瀆之事證者，明文賦予刑事免責，就其不利於己之陳述部分，不得作為追訴其相關犯罪之證據。

三、證人保護法第 14 條之檢討

我國證人保護法第 14 條第 1 項規定，同法第 2 條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴者，「以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑」。此項規定，亦存有與上述貪污治罪條例窩裡反條款相同之第一、第三至第五點理論及實效上的問題。至於，同條第 2 項因限定

註 8：參照許家源，〈證人刑事免責制度—評我國證人保護法第十四條規定〉，軍法專刊第 48 卷第 11 期，頁 27。



被告或犯罪嫌疑人應於偵查中「供述其犯罪之前手、後手或相關犯罪之網絡」，因而使檢察官得以追訴與該犯罪相關之同法第 2 條所列刑事案件之被告者，始有受不起訴處分之可能，基本上此項規定並不適用於貪瀆案件之共犯類型。

對此，有論者乃主張，本法僅給予「窩裡反證人」減輕或免除其刑優惠，縱檢察官衡酌「窩裡反證人」對追訴該案其他共犯貢獻甚鉅，而向法院為「免除其刑」之具體求刑，惟對法院之量刑尚無拘束力可言，故與被告或犯罪嫌疑人進行「準協商認罪」過程時，除面臨籌碼不足或無法對刑度做出具體承諾之窘境外，「窩裡反證人」因需進入審判程序，就現行保護措施言，其身分有曝露之風險。是為使檢察官於追訴重大刑事案件時有更充分之籌碼，以說服被告或犯罪嫌疑人擔任「窩裡反證人」，使其供述與該案情有重要關係之待證事項或其他共犯之犯罪事證，從而追訴隱匿於幕後之犯罪組織成員，故本條款之法律效果，宜參酌本法原草案之精神，修正授予檢察官於審酌窩裡反證人本身之罪責、證言之重要性及公共利益後，就其陳述之罪行，得依職權為不起訴處分，俾檢察官偵查特殊或重大刑事案件時有足夠之「協商武器」，並資避免「窩裡反證人」因進入司法審判程序而曝露身分，致危及本人或與其有密切利害關係者權益^(註9)。

然而，我國證人保護法第 14 條之法制形式基本上係採取「刑責減免」（第 1 項）及「起訴裁量」（第 2 項）的模式，的確關於第 1 項規定在立法設計上忽略考慮到：此等刑責減免問題原本應屬法院之刑罰裁量權，故於審判終結前，理論上並無法獲知法院衡量結果，從而，檢察官無法於偵查終結時擔保涉案行為人當然得減輕或免除刑事責任，如此一來，殊失

豁免效果之實效。同時，此等法制明顯係以偵查而非審判為中心，乃立基於注重偵查者與訴追者的立場所為，然一旦涉案行為人於審判中「翻供」者，勢將造成追訴本案共同正犯或共犯的困難，而對該翻供之行為人反亦生再行追訴上的障礙。至於，第 2 項起訴裁量之體例，則與前述所謂罪行豁免之刑事免責有別。

蓋如前所述所謂免責制度，乃國家對於特定刑事案件，在無法獲得相當之犯罪證據時，以經法院同意為程序要件，免除其刑事責任或證據使用豁免為手段，排除不自證己罪特權，而強制令其供述足已證明他人犯罪事實之證言的制度。除了制度理念與發展上的不同外，比較刑事免責與起訴裁量制度之適用，兩者之間尚有下列數端差異：

其一，刑事政策上的意義不同。相對於起訴裁量著重於特別預防刑事政策目的，免責制度於刑事政策上的意義在於共犯案件之間的追訴利益的權衡，亦即為取得證據，以突破具有隱密性、集團性的組織犯罪，追求更大的公益為目的，而於一定要件下免除同案共犯刑事追訴或刑事責任。是以，刑事免責制度所考慮之要素，並非著重於特別預防，除案件本身之情節或對社會危害性外，尚應及於該證人所供述之證據對偵查之重要性、價值性或取得之可能性等。

其二，型態上有所不同。起訴裁量依其刑事政策著重點的不同，得區分為微罪處分、起訴放棄、保留起訴處分、與裁量不起訴付保護觀察等型態，均屬檢察官之裁量權行使範圍；而免責制度之型態，則得分為起訴階段的不起訴處分與審判階段的證據不使用或減免刑罰，就不起訴處分言，檢察官固具有決定權，惟就減免刑罰而言，唯法院具最終決定權。

其三，就適用範圍言之，起訴裁量制度因

註 9：參照洪宜和，〈窩裡反證人保護法制之觀察與比較〉，軍法專刊第 50 卷第 3 期，頁 34。

訴訟架構的不同，其裁量範圍呈現不同局面，大抵言之，在當事人主義訴訟架構下，基於當事人處分權的概念，往往採取全面的起訴裁量型態，而在職權主義下，多強調起訴法定原則的一般預防功能，於裁量範圍則以微罪案件為原則；至於免責制度，由於目的上係基於追求更大的公益目的，而捨棄對部分犯罪共犯的追訴權或刑罰權，於特性上適於運用於具有隱密性、集團性或跨國性的重大組織犯罪型態。

其四，就適用對象而言，起訴裁量的對象本身即為「被告」；刑事免責則係為取得重大犯罪之證據所設計之制度，而對於參與共犯型態及程度較輕微者，為不予追訴或證據不使用，而以證人身分調查，故免責制度所適用之對象乃一隱性的「被告」。

由於免責制度屬於傳統起訴裁量理念外之另一型態，不但與起訴裁量立於特別預防之刑事政策目的有所不同，與起訴法定原則所追求之公平、罪責應報或法律安定性之一般預防理念亦屬有間，是以在運用上，除形式上應嚴守正當法律程序外，於實質上更應符合追求公益上更高利益的正當性，除於案件上應適用於具有隱密性、集團性的組織犯罪型態外，於適用對象上，亦應限於對於犯罪偵查上具有關鍵、並具不可或缺知識之人，使能符合民衆法的情感。

要之，有刑事免責必要之案件，並非亦同時具備起訴裁量之要件。畢竟起訴裁量與免責制度兩者本質及要件上存有差異，刑事免責之必要雖可做為公共利益之考慮要素的一環，卻非職權不起訴或緩起訴要件之全部，不能以起訴裁量做為刑事免責的代替品，否則將造成刑事免責制度適用範圍不當的擴張，危及到刑罰制度的公平及安定性。針對貪污治罪條例有關賄賂罪自首或自白之刑事免責制度之適用範圍

及要件，如何建立更為健全的體制與配套措施，當係刑事立法上可進一步研議的課題。

四、結語

公務員貪瀆案件往往涉及所謂集團性或共犯結構，具隱密性，證據保全困難且犯意聯絡關係舉證困難的狀況，參酌聯合國反腐敗公約的規範，於刑事政策上確可透過刑事免責制度，提升對於集團貪瀆案件中重要共同正犯進行追訴處罰的實效。我國現行貪污治罪條例第8條雖有規定所謂「窩裡反條款」，惟因以被告自首且必須先繳交所得財物為要件，適用範圍有限，且在理論及實效上尚有諸多疑義及障礙，致未能發揮真正刑事免責之效果。至於，證人保護法第14條第1項規定，亦存在部分理論及實效上之問題；同條第2項則無法適用及於貪瀆案件的共犯類型。

本文建議貪污治罪條例第8條規定有關鼓勵自首自白之減免刑責之部分，可予以保留：「犯第四條至第六條之罪，於犯罪後自首者，減輕其刑；如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑。犯第四條至第六條之罪，在偵查中自白者，得減輕其刑；如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」。惟查獲貪瀆共犯的部分，另行於刑事訴訟法增訂證人刑事免責之一般規定，針對貪瀆等重大犯罪，為追訴主謀或重要共同正犯，檢察官得向法院聲請刑事免責命令（豁免命令），免除特定之證人（例如貪瀆共犯）因其不利於己之陳述及其衍生之證據可能遭受追訴處罰之危險，而已獲取刑事免責之證人，就其所知與案情有關待證事項，應於具結後據實陳述，不得拒絕證言。⁸³

（本文作者現為東海大學法律系暨法律研究所教授、日本神戶大學法學博士）