

法務部 107 年 11 月預告制定版揭弊者保護法草案評析

楊戍龍*、李淑如**

摘 要

本文在「適當的人員」(Who)將「(妨礙)公益的資訊」(What)，向「適當的組織/人員」(To Whom)為「適當的揭發」(Test)，則受到「保護」(Protection)，即「適格」揭發受保護的架構下，評論法務部 107 年 11 月預告制定適用於公私部門的「揭弊者保護法」草案。本文認為，該份草案非法律人很難看得懂，立法目的陳述的格局太小，二分法下的公私部門揭弊者定義，加入弊案或程序要件分析後，漏洞很多，最大問題在於納為或排除為「弊案」的標準何在。相較於 103 年提出之草案，該部草案在揭發程序、受理機關、認定標準及保護等部分有很多值得肯定之處。在私部門部分，本文建議建立懲罰性賠償機制，用罰款成立基金，作為補償揭弊者、推廣鼓勵揭發不法及保護揭弊者之用。但關於戴立紳條款部分，因涉及文官制度「原則性」問題及有其他替代解決途徑，本文不表認同，並呼籲文官制度主管機關應有更積極、負責任的回應，及建議在揭弊者保護法中增訂，揭弊公務員自首揭弊係揭弊內容所涉犯罪之正犯或共犯，符合法律應為免除其刑者，檢察官應為不起訴處分。最後，在立法技術上，也建議再加酌磨，讓一般人民看得懂。

關鍵字：揭弊者保護法草案、戴立紳條款、公私部門

* 高雄大學政治法律學系教授

** 高雄大學政治法律學系副教授

目 錄

壹、前言

貳、適格的揭發

- 一、適當的人員
- 二、妨礙公益的資訊(不法資訊或弊案)
- 三、適當的組織/人員(受理機關/構)
- 四、適當的揭發(標準)
- 五、保護
- 六、其他措施

參、私部門揭弊者的工作權保護？

肆、戴立紳條款：不是個案，是制度原則

- 一、條款緣由與議題
- 二、司法上有寬恕選項
- 三、如何衡平？

伍、結語

壹、前言

國內社群倡議政府部門推動公益揭發(揭弊)保護立法，鼓勵組織成員揭發內部不法，以協治理，受到政府重視。法務部曾於 103 年 12 月提出適用公部門的「揭弊者保護法」(草案)報行政院審議(最近一次報院為 105 年，以下簡稱 105 版草案)；不同黨派立法委員於此時期前後，亦分別提出不同版本草案，105 至 106 年的司法改革國是會議分組會議第 5 組也將建立揭弊保護機制列入討論。鑒於社會許多聲音及立法委員所提草案建議私部門揭弊者也應納入保護，法務部於 107 年 11 月預告制定適用公私部門的「揭弊者保護法」草案(以下簡稱 107 版草案)¹。

對於揭弊保護立法的定位，本文基本立場是：(1)是為促進組織良善治理的立法，貪腐、管理不當、濫權、重大公共意外等皆會影響人民對組織治理能力的認知。(2)是為促進不法資訊流向矯正組織，鼓勵好人說話、保護說話好人，不是為量刑定罪的立法，說話者不必知道他人違反何種法律、哪一罪責。(3)是為矯正涉及組織、組織成員「重大」不法情事的立法。(4)是為強化保護揭弊者，賦予被報復者主張權利依據的立法，應強化既存揭發、救濟保護機制，不宜另外建立不法案件調查、救濟機制。(5)(就公部門而言)是為要求各級行政機關負起鼓勵、保護責任，不是單方加重廉政機關 / 單位職責的立法。(6)是為肯定公益揭發(揭弊)正當性，改變組織文化，不是為提供財務獎勵的立法。簡言之，是為提供依法定程序為不法情事揭發人員保護的立法，即「適當的人員」(Who)將「(妨礙)公益的資訊」(What)，向「適當的組織 / 人員」(To Whom)為「適當的揭發」(Test)，則受到「保護」(Protection)；或一句話，適格的揭發(qualified disclosure)受到保護²。議題的關鍵在於這個「格」(或稱「框架」)要多大，才不會造成這個機制被濫用及無效用。

基於：(1)公私部門雇主與受僱者間的法律關係不同，私部門勞僱關係發生裂痕後的彌補可能性極低；(2)107 版草案第 14 條第 2 項規定(被稱作戴立紳條款)，涉及涉貪公務人員揭弊後，是否適宜繼續任公務人員之問題，直接衝擊文官制度的「廉正」核心價值；(3)立法應讓一般社會大眾易懂評量，不宜用太多法律人的

¹ 下載自：<https://mojlaw.moj.gov.tw/DraftOpinion.aspx?id=8606>。

² 楊戊龍，2014，公益揭發：揭弊保護法制比較研究，臺北：翰蘆，頁 237-238。

語言等原因，本文就 107 版草案提出一些意見。

本文首先在「適格」的架構下，討論 107 草案內相關議題，隱含的判斷基礎為國際透明組織(Transparency International)所建議的立法原則、OECD(2013)公布的「G20 反貪腐行動方案：揭弊者保護」(附錄：G20 揭弊者保護立法最佳實務及指導原則概要)及英美等國的立法。其次，討論草案對私部門保護的問題及所缺乏的部分。第三、論述戴立紳條款對文官制度的影響及討論其他可能的替代途徑。解構容易建構難，但一旦成為立法形成框架，想要補漏或擴張也非易事。因此，本文想在未完成立法前，提出一些應用性的評論，供關心本議題的人士參考。

貳、適格的揭發

揭弊是框架內的揭發，依法定程序揭發弊案者，始受法的保護。關鍵在於如何定框架及應多大？

一、適當的人員

「揭弊」，可以從行動、結果、行動者、動機、標的、對象、受理者等面向加以定義³。學理上一個廣為國際研究社群參採的定義：指組織成員將其雇主控制下的違法、違反道德規範或不正當情事，向有能力採取有效作為的人或組織加以揭發⁴。這個定義強調的是組織內部成員的揭發，因為他們居於知悉服務機關病灶(ails)的最佳位置。107 草案聚焦於組織內部人員，謂「內部人員對弊端之發生與經過有第一手之資料，若能主動揭發，則事先能防止發生，事後能追究責任，其揭弊功效超乎其他一般民眾，然因其屬於被揭弊者之部屬或員工，可能遭受解僱、降級、減薪等報復措施，故有立法保護之必要」，這是正確的方向。不過，也沒有正當理由拒絕知悉組織不法資訊之外部人士的揭發及給予應得的保護，如 2014 年屏東老農在向屏東縣政府環保局檢舉五次懷疑的不法都沒有下文，從屏東跑到臺中向警方檢舉報案，爆發的強冠公司混合非食用油事件⁵。因此，對於外部人士/

³ Vandekerckhove, Wim. 2006. Whistleblowing and Organizational Social Responsibility. Hampshire, England: Ashgate. P.24.

⁴ Near, Janet P., & Marcia P. Miceli. 1985. "Organizational Dissidence: The Case of Whistle-blowing." *Journal of Business Ethics*, 4:1-16; 1995. "Effective Whistle-Blowing." *The Academy of Management Review*, 20(3): 679-708.

⁵ 參見朱俊彥，〈蒐證2年 老農險遭綁架 「不可能不怕 但做對事有好報」〉，蘋果日報，2014年9月14日，網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20140914/36084404/>；廖

一般人民揭弊後的保護，也要有所規定。

且先不加入「程序」及「弊案」要件討論「揭弊者」，因為公私部門合併立法緣故，草案分別定義「公部門之揭弊者」(第 3 條)與「私部門之揭弊者」(第 4 條)。「公部門之揭弊者」指：(1)公務員：政務官及各級民意代表以外，適用「國家賠償法」之公務員，即依法令從事於公務之人員，無論文武職、民意代表、地方自治人員、編制內外、聘僱人員或臨時派用人員均屬之；(2)接受政府機關(構)定作、委任而從事工作獲致報酬之人，即因承攬契約、委任契約而提供勞務給政府機關(構)之工作者。所稱「政府機關(構)」：指中央與各級地方政府機關、公立學校、公立醫療院所、公營事業、國營事業、政府捐助基金累計超過百分之五十之財團法人及行政法人。「私部門之揭弊者」指接受公司、獨資或合夥商號、財團或社團法人之僱用、定作、委任而從事工作獲致報酬之人。即不以具有勞務契約關係之民法上受僱人為限，尚包括因承攬、委任而提供勞務之人。

以上二分界定，產生四個疑義：(1)政府捐助基金累計超過百分之五十之財團法人，本質上還是私法人(私部門)，如果為防治弊案將其視為公部門(政府機關(構))，那政府持股未達百分之五十，但由政府實質控制操作的企業(屬私部門)，或由國營企業或政府實質控制企業轉投資的子公司(屬私部門)，從防治弊案的角度，是否也應該列入廣義的政府機關(構)範圍？(2)在公私部門服務的志工，被排除在定義之外，其揭發弊案亦不受保護。志工某種程度上屬組織內部人士，但與服務對象或僱主沒有任何法律關係、無償，其行為不作法律上的評價，除非有重大過失或故意侵權行為，才會課以損害賠償責任。(3)若加入「弊案」要件討論，受僱於承攬契約、委任契約者之人員，及承攬契約商之小包商或其受僱者，若知悉公部門的不法情事(如官員與承攬契約者勾結詐欺政府)而揭發，特別是揭發 107 草案第 5 條第 1 至 6 款所列弊案，應視為公部門或私部門之揭弊者？按草案(第 4 條)規定，揭發第 5 條 7、8 款所列弊案者，始稱「私部門之揭弊者」，而那些人也不屬於第 3 條所定義之「公部門之揭弊者」，他們只是外部人士。(4)反之，公務員揭發私部門弊案，例如主承包商與小承包商間涉及第 5 條第 7 款所列弊案，也不符「公部門之揭弊者」或「私部門之揭弊者」之定義。而符合公私部門揭弊者定義，是受

王楷，〈檢舉5次沒下文老農蒐證踢爆餽油〉，中央社，2014年9月14日，網址：<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201409140154-1.aspx>。瀏覽日期：2014年12月15日。

法保護的構成要件之一。(5)草案(第 4 條)規定「私部門之揭弊者」界定，涉及「從事工作獲致報酬之人」，若私部門(期貨公司、證券公司、投資公司等)聘任顧問為無給職，表示該顧問並未受領報酬，只領車馬費(費用)，這時該顧問是否為第 4 條的主體？對於這些問題，如果採取「任何人」都可為揭弊者之概念，也不必將弊案類型納入定義「揭弊者」的要件，疑義即自動消失。

二、妨礙公益的資訊(不法資訊或弊案)

保護揭弊者只是中間性/工具性目的，不是最終目的，最終目的在協助公私部門組織好的治理(good governance)。政策規劃者如要表達對治理不佳的關切，或為提升清廉印象指數，應對「弊案」採取廣泛的定義。但因擔心保護範圍過大而作限縮規定，實則是怕機制被濫用(黑函滿天飛)。

107 草案(第 5 條)所稱弊案包括：(1)犯刑法瀆職罪章之罪。(2)犯貪污治罪條例之罪。(3)包庇他人犯罪之行為，但以法律有明文規定刑事處罰者為限。(4)違反公職人員利益衝突迴避法得處以罰鍰之違規行為。(5)其他重大管理不當、浪費公帑、濫用權勢、或對國民健康、公共安全造成具體危險之行為，有受監察院彈劾、糾舉或糾正之虞者。(6)違反法官法第三十條第二項第七款或第八十九條第四項第七款之應付評鑑行為。(7)附表一所列之犯罪或得處以罰鍰之違規行為(包括刑法、人口販運防制法第 25 種法律之特定條文)。(8)附表二所列之犯罪或得處以罰鍰之違規行為或應付懲戒之行為(包括刑法、貪污治罪條例等 9 種法律之特定條文)。上開附表所列法律弊案，以近年社會矚目之公益通報案件類型，以金融、環保、國土保安、衛生醫療、勞動安全與政府採購權益等特別刑法之犯罪行為為揭弊範圍，排除一般行政義務違反行為，以避免揭弊保護範圍過大。所稱弊案，必須是隱匿、尚未公開的，對已公開或明知已有他人檢舉之案件再為揭弊者，則不受保護(第 17 條第 2 款後段)。

加入「弊案」要件下的揭弊者定義，「公部門之揭弊者」指揭發/檢舉第(1)款至第(7)弊案之人；「私部門之揭弊者」指揭發/檢舉第(7)款及第(8)款弊案之人。公部門弊案範圍，依據 107 草案(第 5 條)條文說明，影響政府廉能之不法資訊揭露，均屬法所稱之弊案，故有關公務員貪瀆相關犯罪行為與違規行為，並包括其他重大管理不當、浪費公帑、濫用權勢之行為，或對國民健康、公共安全造成具體危

險之行為，而有受監察院彈劾、糾舉或糾正之虞者，因此參考美國立法例，為第(1)、(2)、(4)、(5)及(6)款之規定。外加第(3)及第(7)款規定，相較於 105 年適用公部門版的界定：「(1)故意犯刑法瀆職罪章之罪、(2)犯貪污治罪條例之罪、(3)違反公務員服務法而情節重大、(4)違反公職人員利益衝突迴避法而情節重大」，的確將弊案範圍擴大很多，從好的治理角度，這是好的方向。不過，107 草案對弊案的界定方式及劃定範圍，是治絲益棼。

最大問題在於納入或排除的標準何在？或說判斷影響良好治理、或影響廉能的標準何在？不在所列的犯罪、違法行為、違反行政義務行為就不是弊案或不法情事，例如，(1)公職人員利益衝突迴避法、財產申報法都屬陽光法案，同為促進廉能政治、端正政治風氣，違反公職人員利益衝突迴避法得處以罰鍰之違規行為是弊案，而違反公職人員財產申報得處罰鍰之違規行為就不屬弊案。或(2)違反勞動基準法第 75 條 (即雇主以強暴、脅迫、拘禁或其他非法之方法，強制勞工從事勞動)、第 77 條(即雇主強迫因健康或其他正當理由不能接受正常工作時間以外之工作者工作、僱用童工從事危險性工作、超時工作等)規定是弊案，而違反第 76 條(即介入他人之勞動契約，抽取不法利益)就不是弊案。或(3)違反律師法第 39 條第 3 款之應付懲戒事由(即有違背律師倫理規範或律師公會章程之行為情節重大者)是弊案，而違反同條第 1 款(如其中之律師不得與司法人員及司法警察官、司法警察為不正當之往還酬應)就不是弊案；或會計師違反會計師法應付懲戒事由就不是弊案。(4)違反法官法所定應付評鑑行為是弊案，違反公務員服務法應付懲戒行為就不是弊案。這要如何說服一般人？或是要一般人對不法情事睜一隻眼閉一隻眼？或是要管理者睜一隻眼閉一隻眼？

再具體問一問：(1)以台鐵普悠瑪號事故為例，如果台鐵內部維修人員、司機事前舉發管理、運作上的缺失，構成第 5 條的弊案嗎？答案：NO。(2)如果建設公司造鎮，但是容積率早用完了，所以蓋非法的夾層屋，有良心的內部員工發現此事，想舉發公司違反建築法 (公益目的，因為以後地震很容易倒)，屬於本草案所稱之弊案嗎？答案：NO。(3)公司為節省人力成本都非法雇用外勞，屬於第 5 條的弊案嗎？答案：NO。(4)我在會計事務所上班，發現好多公司都低報勞工退休金保險，我想揭發，請問是第 5 條的弊案嗎？答案：NO。

其次，這項工具所要處理者是鼓勵揭發涉及組織內部或其人員的「重大」弊案，而非細瑣情事。其一，私部門的重大管理不當，依草案第 5 條規定不是弊案；其二，公私部門在涉及受僱者弊案認定的標準、影響公私部門信賴的因素也不一樣的，特別是在行為紀律部分，公部門受僱者服務公共利益，而私部門受僱者服務雇主的最大利益，公部門的行為規範要求相對較高，同一情事在發生在公私部門，在公部門會被認定為重大違紀行為，但在私部門會被視為經營的必要支出，例如喝花酒應酬。當公私部門受僱者出現在同一場合時，一邊是弊案、一邊不是弊案。亦即涉及公私部門紀律問題的事件，宜分開對待處理。

第三、以避免揭弊保護範圍過大為由，排除一般行政義務違反行為之揭發，似乎是說不必要求受僱者積極的有所為，不鼓勵組織公民行為。然一般行政義務違反行為的累積結果，很可能是重大的公共安全問題，高雄氣爆案即是一例。高雄氣爆案從結果論是重大管理不當，符合草案第 5 條第(5)款規定，但這個結果是違反一般行政義務累積的結果，社會也因此付出沈重的代價。如果立法阻斷違反一般行政義務的舉發，就讓立法失去防微杜漸的功能。

第四、揭發者其實不需要確切知道弊案違反何種法律規定，甚至不需要知道是否構成弊案，他/她只需要合理懷疑弊案，有證據佐證其合理懷疑，而將其合理懷疑傳達給有能力矯正的機關、單位或人員，他/她即已善盡公民義務，應該受到保護。至於構不構成弊案、該不該問責，是權責機關的職責。

第五、草案(第 5 條)的列舉，表達的是揭發弊案對法益保護的貢獻大小，作為決定給不給予保護的第一道門檻，如果不屬於所列事項，即得不到保護，這是錯誤的方向。如果某人檢舉了非所列的不法情事受到報復，政府就可以不管嗎？正確方向是他/她揭發了合理懷疑的弊案，他/她的權益因該揭發受到侵害，即應給予合乎比例的保護。有關私部門的部門，將在次小節進一步討論。

三、適當的組織/人員(受理機關/構)

此部分，107 草案有四點非常值得肯定之處。第一、區分現役軍人、情報人員與其他人員之揭發管道、一般不法情事與涉及國家機密事項之揭發管道。涉及軍事、情報及國家機密事項，各國均有特殊的法令及程序加以保護，以維護國家安全及利益；為預防不必要的洩密事件及不當揭發對士氣的打擊，自應採取分殊

的揭發不法程序。草案中規定現役軍人或情報人員對於弊案、及涉及國家機密保護法之機密等級弊案之揭發，限於向政府機關(構)之主管、首長或其指定人員、檢察機關、監察院為之；涉及絕對機密與極機密事項，應向更高層級之最高檢察署為之，是正確的方向。

第二、管道多元，揭弊者可評估選擇自己認為適當的管道為揭發，非限定由內而外，並納入相關權責機關，亦非限於檢察、廉政機關。按這項治理工具非專為反貪腐，而是為矯正各類型的弊案，特別是涉及私部門違反管制法令之弊案(如違反勞動法令、環保法令)，自應由目的事業主管機關矯正之。也因此，對於非涉及刑事法律之私部門弊案，原則上應另為規定先向目的事業主管機關或私部門組織指定之管道揭發，以避免不必要的案件移轉作業，是可再考量之處。

第三、沒有排除被指涉機關、組織的自我審查機制。這項工具的最終目的在協助促進組織好的治理，如果公私部門組織有正向、肯定公益揭發的組織文化，政策上應鼓勵揭弊者優先向服務組織建置的管道揭發，以利即時的自我矯正弊案。特別是私部門部分，誤解性揭弊對企業的信譽影響很大，涉及企業的存活競爭，更應為嚴謹對待。

第四、允許特定條件下向外部揭發。公私部門組織存在許多制度間隙，並不值得全然信賴，因此，草案(第7條)規定揭弊者向受理揭弊機關揭弊後，未於二十日內獲受理調查之通知，經催告後於十日內仍未獲回應，具名向中央或地方民意代表、具公司登記之媒體業者、具法人登記之民間公益團體揭弊亦受保護，此具有督促權責機關自我矯正弊案，防止吃案的作用。

不過，揭弊者對於收到查無實據之結案通知後，再向中央或地方民意代表等外部人員或組織揭弊者，以該案另經起訴、裁定交付審判、懲戒、懲處、懲罰、彈劾、糾正、糾舉或行政罰鍰者才受保護，則減損了允許特定條件下向外部揭發的價值。作如此規定之意旨，是考量如揭弊內容不實所造成之企業與社會衝擊鉅大。然礙於制度信賴、結構性因素，第一層揭發後的查無實據，未必真的查無實據；其次，要有外部揭弊機制，不是在於他們的調查權考量，而是外部壓力會促使公私部門組織採取改善作為，預防弊案發生。第三，設定以裁定交付審判、處罰等為保護之前提，因為揭弊者無法預判後果，會讓其轉向沈默或採取其他體制

外作為。例如 2009 年新海瓦斯公司林子文案，工會幹部外部揭發超收管線費用，經濟部能源局答復謂：「管線補助費（本支管補助費）之收取，因本支管已納入氣價計算之成本範圍，為避免重複收費之爭議，實不宜向用戶強制收取」，但該案涉及工會爭取績效獎金之衝突，且公司也沒有人因超收管線費而受到處罰，但事實上管線費用問題因外部揭發而受到改善(公益)，類似此案情境人員，在草案(第 7 條第 2 項)的規範下，即受不到保護。

四、適當的揭發(標準)

揭弊只是協助治理的手段，協助管制機制啟動不法情事調查的機制，揭弊者只要有相當之情資、線報或跡象作為基礎，合理相信有不法情事(弊案)存在而加以揭發，即應給予保護。這個門檻是揭弊者主觀的門檻，是一般人的主觀門檻，不是刑事上認定構成犯罪與否的門檻，揭弊者相信弊案存在為真的或然率不必超過百分之五十。也因此，對想要揭弊的人而言，他/她不需要知道弊案違反哪個法律、哪條規定，他/她只要據其一般知識、心智，認為可能存在弊案已足。草案(第 3 條)說明稱採「有事實合理相信」標準，揭弊「僅在提供受理揭弊機關啟動調查，並避免誣告濫訟之情事，故其揭弊之門檻不宜過高，揭弊者依其揭弊時之具體情狀，加以觀察、判斷、客觀上足使一般人產生合理懷疑，即為已足」，是合理的門檻規範。

另外，雖然不應要求揭弊者要有「善意」的動機，但也不應縱容虛偽陳述、無具體內容、或惡意的不實揭發，特別是私部門部分，應抑制揭弊保護被用作企業經營權爭奪的工具。對於明顯虛偽不實者，不僅不應保護(草案第 17 條)，而且應課以刑事或民事責任，以防揭弊機制被濫用，這一點也應在立法中表明。雖然不表明仍要受課責，但表明有政策宣示的作用，提醒想要揭發的人不能捕風捉影，不能用之於非法目的。

五、保護

(一)對象

保護揭弊者是立法工具性目的，透過保護鼓勵揭弊、抑制報復。因此，保護對象不限於揭弊者本人，還應包括其配偶、血親或其他身分上或生活上有密切關係之人。願意在弊案調查或審判中擔任證人，指證被告不法情事者，亦屬於廣義的揭弊者，亦

應予保護。另外，揭弊只是提供線索，對無法證實弊案之揭弊者，亦有受報復可能性，亦應受到保護(第17條第1款)。拒絕參與弊案之決定或實施之人，雖不是揭弊者，但其權利受損害係因拒絕參與弊案而起者，給予保護亦無不妥(草案第8條第1項)。

(二)程序安全

1.身分保密

程序安全是第一道保護，107草案(第16條)規定，受理揭弊機關及其承辦調查或稽查人員，對於揭弊者之身分應予保密，非經揭弊者本人同意，不得無故洩漏於被揭弊對象或他人。不過，草案並未規定違反此條規定者如何加以課責，只說明違反本條之民刑事責任，宜由法院依民事侵權行為法則及刑法之洩密罪構成要件認定之。亦即，如果受理揭弊機關及其承辦調查或稽查人員洩漏了揭弊者身分，揭弊者仍要自己主張民事損害賠償或提出告訴，由公訴人另案偵辦調查、起訴。另外，也未規定應負的行政責任，似乎是說只要不是故意，即可沒有責任。

2.免責

想要揭發弊案的人員，依法程序揭發者，不負洩密之民事、刑事、行政與懲戒責任；其因揭弊向律師徵詢法律意見者，亦同(草案第 13 條)。此條規定具有鼓勵的作用，不過，民事上，特別是在私部門、且所揭發的內容無法證實的情況下，揭弊者可能受到的反訴，不惟涉及洩密的問題，還可能有誹謗、妨礙名譽的問題。公部門部分，因為言論自由權的保護，較不容易構成誹謗、妨礙名譽的問題。

(三)保護措施

1.禁止為不利人事措施

任何人或機關(構)不得對揭弊者為不利之人事措施(第8條第1項)，即使所揭露之內容無法證實，亦同(草案第17條第1款)。所稱不利之人事措施包括：(1)懲戒、懲處、懲罰；(2)解職或解約、降調、減薪，或獎金、福利與特殊權利之剝奪，或不利之工作考績或評定；(3)與升遷有關之教育或訓練機會之剝奪；(4)工作地點、職務內容或其他工作條件、管理措施之不利變更；(5)無故揭露揭弊者之身分(草案第8條第2項)。任職機關(構)或其主管或雇主所為(1)至(4)款之人事措施，無效(草案第8條第3項)。

這些規定是針對「人」的部分，對於「人」所從屬之組織或事的部分，特別是涉及私部門部分，欠缺規定。例如，承包商檢舉業主(招標機關、公司)工程上之弊案而受業主刁難、延遲給付、中止契約、解約、或列入拒絕往來戶等報復情事，欠缺規範。不過，即使規範，對私部門而言，其實益也有待檢驗。

2. 人身安全保護

草案(第 15 條)規定，符合證人保護法第三條之要件者，其本人或其配偶、直系血親或其他身分上或生活上有密切關係之人，得依該法施以人身安全之保護措施，不受該法第二條所列罪名之限制。亦即揭弊者有證人保護法的適用，但證人保護法第 3 條規定之要件，指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。理論上，不願到庭作證、接受對質或詰問者，在程序安全的情況下，身份應不致發生身分洩露而致受報復的情形。但實際情形並非如此，其一是行政管理的疏失而致揭弊者身分外洩，例如法院審理過程洩漏檢舉人身分案，法官於核發搜索票時，開啟檢舉人真實姓名對照表，卻未再行密封，使被告經由辯護人閱卷而得以知悉檢舉人真實身分，因而遭到報復⁶。其二是情境因素而自然指向特定人，例如永豐金弊案吹哨者，即使不是金管會因素讓其身分曝光，從情境因素也足以指向他。這些人不符合證人保護法第 3 條之要件，按照草案(第 15 條)規定，即得不到保護。

就此部分，應以 105 草案(第 15 條)規定為佳：「揭弊者或其密切關係人因揭弊行為致其生命、身體、自由、財產有遭受危害之虞，而有受保護之必要者，法院於審理中或檢察官於偵查中得依職權或依揭弊者或其密切關係人、受理揭弊機關之聲請，核發揭弊者保護書」。

(四) 反報復措施

⁶ 刑法第 132 條之規定如下：「(第 1 項)公務員洩漏或交付關於中華民國國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處三年以下有期徒刑。(第 2 項)因過失犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。(第 3 項)非公務員因職務或業務知悉或持有第一項之文書、圖畫、消息或物品，而洩漏或交付之者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金」。本案歷經二審，均認為法官不成立洩密罪，參見臺灣臺北地方法院 99 年度易字第 3759 號刑事判決、臺灣高等法院 100 年度矚上易字第 4 號刑事判決。對這兩個判決之質疑，參見謝開平，保密規定於審判實務上之實踐：以周占春案為例，收錄於國立高雄大學政治法律學系主編，公義社會與廉能政府，巨流圖書，2013 年 10 月，頁 287-290。

1.加重報復者之刑責

草案(第15條第2項)規定，意圖妨害或報復意圖妨害或報復揭弊者或其他受法保護之人，依其所犯之罪，加重其刑至二分之一。

2.行政課責

草案(第12條)規定，對揭弊者採行不利措施者，其具有公務員身分者，由其任職機關(構)移送懲戒或懲處；未具公務員身分者，由勞動主管機關處新臺幣五萬元以上五百萬元以下罰鍰。

(五)救濟

1.權利請求/主張

受不利人事措施之內部人員(揭弊者)得為下列請求：(1)回復其受不利人事措施前之職位與職務；其原職位已補缺或經裁撤者，回復至相當之職位與職務。(2)回復其原有之年資、特殊權利、福利、工作條件與管理措施。(3)受人事不利措施期間俸給或工資之補發，以及財產上與非財產上之損害賠償。所稱財產上之損害賠償，包括俸給或工資以外其他期待利益之合理估算金額，以及遭受不利人事措施後依法提起救濟所支出之必要費用(草案第8條第4項)；所稱非財產上之損害賠償指精神慰撫金，如名譽上之損害及被同事孤立之精神上痛苦之損害等)，但未於條文中明示，僅列條文說明。

2.救濟管道

(1)具公務人員身分者

具公務人員身分之揭弊者受有不利人事措施時，應依公務人員保障法提起申訴、再申訴、復審、行政訴訟。如在保障程序中勝訴者，就其遭受不利人事措施期間所受損害，向行政法院起訴，向任職機關(構)或主管請求損害賠償(草案第10條第1、2項)(公法上財產請求權之給付訴訟)。至於敗訴者，當然可以在後續行政訴訟程序中合併請求損害賠償。有關保障程序中勝訴者之損害賠償部分，應在保障程序中一併提出，不服者，再向行政法院提出救濟。

(2)未具公務人員身分者

未具公務員身分之揭弊者之回復權利及損害賠償之請求，向普通法院為之。復職顯有事實上之困難者，得以雇主與受僱人雙方合意或法院判決終止勞務契約之方式取代之。受僱人並得請求補發勞務契約終止日前之俸給或工資及損害賠償。雇主除依法給付資遣費或退休金外，並應給付三個月至一年之平均工資總額之補償金；其有離職後競業禁止逾一年之約定者，以該約定之期間為給付上限(草案第 11 條)。這個規定好像直接跳過行政救濟程序。如銀行經理案，如何賠償，需要更進一步明定。

就此部分，當納入私部門之揭弊者或一般揭弊者、受報復的樣態，就不限於不利人事管理措施的救濟，例如，政府機關(構)業務承包商揭發業主不法而被刁難，應視刁難的樣態而為不同途徑的救濟，如被列入不良廠商，是行政爭訟；如被中止契約或延遲給付，是民事爭訟。因此，比較好的立法是105草案(第15條第1項)規定：「揭弊者或其密切關係人，因揭弊行為受所屬機關(構)或其上級機關(構)、法人或團體、個人施予不當措施者，得依其原有身分關係所適用之法律程序，請求救濟」。

另外，草案將救濟、懲戒、懲處程序混同處理，增加制度複雜度，一般人很難理解。

(3)舉證責任轉換

對於因揭弊而受不利人事措施之主張，救濟機關應先於其他事證而為調查(草案第 10 條第 1 項)。不利人事措施是否無效之爭議，先由受不利人事措施之揭弊者釋明相關情節後，推定其受不利人事措施。任職機關(構)或其主管或雇主認為縱無揭弊行為，仍會採相同之人事措施者，應負舉證責任(草案第 9 條)。這是值得肯定的規定。

(5)引進法庭之友

律師公會、公益團體、同業公會、工會或檢察署經法院許可後，得在法院階段的訴訟程序中，就法律與事實爭點提出書狀，協助法院認事用法(草案第 10 條第 4 項)。這是學美國的作法，也是值得肯定的規定。

六、其他措施

(一)鼓/獎勵

1.寬恕條款

揭弊者係揭弊內容所涉犯罪之正犯或共犯，且符合證人保護法第3條及第14條第一項之要件者，得予以減輕或免除其刑。另外，如揭弊者為涉案之公務員，經法院判決免除其刑確定者，申請再任公職時，機關得不受公務人員任用法第28條第1項第4款之限制（因戴案而來，稱戴立紳條款）(草案第14條)，亦即涉貪公務員自首揭弊，經法院判決免刑確定者，有機會再任公務人員。此部分，將在第4小節另為討論。

2.獎勵

揭弊行為得給與獎金者，其獎金給與標準及相關事項之規定，由各目的事業主管機關定之；任職機關(構)或雇主對於揭弊者依法所得領取之檢舉獎金，不得主張損益相抵(草案第18條)。

(二)閉口條款無效

公私部門組織要求內部人員不得揭弊、不得配合弊案之調查或擔任證人、不得拒絕參與弊案之決定或實施、及遭受不利人事措施後，不得救濟之約定，無效(第8條第6項)，本條規定值得肯定，因為其與鼓勵揭發、矯正弊案之精神完全背道而馳。

(三)揭弊 vs. 檢舉

107 草案想區別「揭弊」與「檢舉」，所稱之揭弊者限於機關(構)「內部人員」，並藉此與不限內、外部人均得為「檢舉」之概念有所區別(草案第 1 條說明)，不過這種區分沒有必要。首先，草案第 3、4、17、18 條文字仍使用「檢舉」用語。其次，草案所定義之揭弊者，並非侷限於組織的內部人員。第三、為此種區分不具實益，也不可能形成共識。

參、私部門揭弊者的工作權保護？

公部門存在目的是為公益，防杜貪瀆與維護廉能是手段；私部門則在企業最大利益的維護、公司治理機制的建置及推動踐行企業社會責任。雖然近年因環境污染及食品安全的問題頻傳，試著將企業利益擴大如同社會公共利益的概念，強調企業要用合乎社會道德的手段追求利潤，以合於公共、社會利益，即企圖詮釋企業在合法的範疇裡獲取正當的企業利益、爭取社會大眾的認同，但本質上還是利

潤。

一個無法迴避的「現實」是：公、私部門不僅組織屬性、型態不同、其組織內部成員所乘載之社會信賴度也不同，因此，在揭弊保護的鼓勵方法、保護要件、程序、手段也應與公部門有作不同處理之必要。

公部門組織總是從國家整體利益來考量，以追求民眾的公共利益為使命；反之，私部門組織目的於公司法第 1 條即開宗明義規定，公司係以營利為目的而成立之社團法人，所以企業經營的首要任務是追求股東的最大利益(私益)、以自我利益為掛帥。

相較於公部門為行政決策程序嚴格遵循法律，私部門業務執行機關的決策程序考量具彈性、追求效率最大化。即使 2018 年公司法修法回應 OECD 所提出之公司治理原則(企業必須保障股東權益、強化董事會職能、發揮監察人功能、尊重利害關係人權益和提升資訊透明度等)，增訂公司法第 1 條第 2 項，「公司經營業務，應遵守法令及商業倫理規範，得採行增進公共利益之行為，以善盡其社會責任」，修法核心理念係以增益企業的永續競爭力，使公司進入真正的市場經濟、企業仍保有彈性和公司自由自治，維持公司屬自律法人為原則，其應透過公司組織強化內部自律機制與功能以防公司治理失靈。公司既是一個社會組織體、社團法人，股東的集合組合為是最高意思決定機關，業務執行機關(董事會)與業務監督機關(監察人)皆由股東會選任、解任、決定薪酬。而業務執行機關(董事會)的首要任務即是為股東追求最大利益，在於業務執行機關有任期、績效壓力下，企業商業倫理、社會責任議題切到遵守法律、法律責任尚有現實上的差距；時有所見基於追求營利最大化可能會有道德評價具可非議性，但尚不違法。例如，企業為降低成本考量，供應商管理議題上可能就會存在風險。然而，供應鏈管理是公司的倫理責任或是法律義務？供應商為違法行為時是否僅屬於採購或供應鏈上的道德風險⁷？例如，生產運動品牌耐吉 (Nike) 的代工工廠，任用童工及血汗勞工的行為、麥當勞 (McDonald's) 的供應商違反動物福利引發一系列的法律爭議、塑化劑風暴，統一食品公司等大廠是否對於供應商違法添加是否可預見或可控制，進而可規避

⁷ 顧立雄、李惠宗等，「毒澱粉不是澱粉！」座談會會議綜述，月旦法學雜誌，223 期，頁 290 以下，2013 年 12 月。

法律究責等案例，皆是屬於採購或供應鏈上的道德風險，即便嗣後可能面臨可能的法律責任，企業管理上的風險也已透過供應契約條款作成風險轉嫁，如塑化劑風暴中統一食品公司獲得下游原料供應鏈廠商 1.3 億的賠償⁸，但統一企業與十八家業者僅應賠償消費者共 395 萬元即屬一例⁹。

由此可見，公、私部門存在的目的、思維不一，其乘載著社會賦予的道德、清廉標準、遵守法律規範的強度也不同，公部門通常會被以較高之道德標準、法律遵循來評價其行為；反之，在資本市場中，私部門(公司)是營利行為的主體，營利則是公司社會活動的主要內容，二十一世紀後，各國開始要求私部門應負企業社會責任(Corporate Social Responsibility)，法人屬世界公民的一環，所以企業除了追求股東 (stockholders) 的最大利益外，還必須同時兼顧到其他利害關係人 (stakeholders) 的權益；然而，事實上一般民眾對私部門之行為於法律遵循、公益、企業道德等議題，評價上、非難性並不如對於公部門來得嚴苛。

公部門建置監督機關早已行之有年，如監察院、政風單位、檢調單位等各種不同的組織內部針對不法行設有防治機制；而私部門基於企業自治、公司治理原則，組織內部建置自律機制，而自律機制主要包含：善用法規遵循制度、鼓勵企業自律建置內控制度及強化舉報制度。一方面考量到，公權力若過度行使管制，恐會影響市場經濟發展，且私部門內部管理事務之範疇，國家也應適度尊重內部自治、裁量空間，因此，私部門維持由其自治；惟面臨私部門內控制度嚴重失靈，立法者即冀希透過吹哨者機制鼓勵企業在內的組織內部人員基於公益維護理念，舉發組織不法行為，將內部組織員工納入內部控制的一環，用以敦促公司治理的有效落實，進而提升企業競爭力、增進市場信心，立意良善，實質讚許。

也就是說，公、私部門的內部員工在面臨揭弊時所考量的因素、成本和風險不一。相較於公部門內部舉發，其身分或獎懲制度受到公務員任用、保障、考績、懲戒等法律之規範，這些法律不僅規範公務人員，也拘束管理者。而私部門內部組織的薪酬制度、升遷等獎勵員工所從事之活動、所表現的行為，均恪遵企業主管重視之價值及企業營運績效，易言之，私部門員工敘薪、升遷制度並不透明，

⁸ 臺灣高等法院臺中分院 101 年度抗字第 152 號民事裁定。

⁹ 臺灣高等法院 103 年度消上字第 1 號民事判決。

私部門與員工間主要的權利義務關係還是以當事人間的勞僱契約或企業制定之員工工作守則來加以規範。台灣中小企業居多，公司組織內部本身本就易形成一利益共同體的傾向，況且內部舉發本質上即屬於一種牴觸組織忠誠倫理的行為，內部員工若是基於公益目的而舉發公司不法之情事，往往不僅要面對組織內部團體性的壓力，在同儕間也易被霸凌、被惡意排擠與孤立，更甚者是個人利益或是職業上的損害風險，如面臨失業，也可能會肇致在同專業領域內難以謀得職務。可見，公部門內部舉發，公務員在工作權的保障相對較多，公部門之公務人員之身分權，法律明文保障，非依法律不得剝奪，基於身分之請求權，其保障亦同(公務人員保障法第 9 條)。調任亦有相關的限制，如同官等內調任低職等職務，除自願者外，以調任低一職等之職務為限，均仍以原職等任用，且機關首長及副首長不得調任本機關同職務列等以外之其他職務，主管人員不得調任本單位之副主管或非主管，副主管人員不得調任本單位之非主管 (公務人員任用法第 18 條第 1 項第 3 款)。亦即因揭弊而被報復失去工作權的公務人員，復職是有法律依據可資主張的。但在公部門服務的「非公務人員」，即缺乏此一依據，復職的期待性較低。然而私部門勞僱關係，私法自治、契約自由，私部門並沒有鐵飯碗保障，員工內部舉發後，基於企業內部組織文化，員工的工作權是不保的，進而影響其生存權。

針對不利人事措施或報復措施的救濟手段，就私部門部分係以回復原職、回復原來的年資、特殊權利與福利、損害賠償為主，終止勞僱契約為輔。本文基本上採贊同之見解，蓋一來私部門的員工若是採勞退舊制退休金制度者，若無回復原公司之職務，則無法請領勞退舊制的退休金。此外，私部門通常係以工作年資論敘薪基數、員工分紅基數，且勞工年資也影響著勞基法保障的特休、年假、資遣費等權利。因此，若個別的勞僱關係發生的裂痕尚非屬無法彌補的情事，考慮員工意願後，應許員工有選擇權。

雖然草案提供對於不利人事措施提供回復原職及回復其他可預期之利益與權利之規範，但也考慮到雙方當事人不可能自在的回復到之前的勞僱關係，因此若在私部門復職恐造成雙方當事人極大困擾時，雙方得以合意終止契約或由法院裁判終止雙方的勞僱契約，作為另一個救濟手段(草案第 11 條第 3 項)，員工得請求補發契約終止前之俸給、工資(補發的是底薪/本薪？或是全薪?)及損害賠償。另為使揭弊者有合理期間可以另行求職，草案明定雇主應提供一定的待業補償金，並

以一年工資為給付上限。值得肯定的是，本次草案也明定內部舉發者得向企業請求非財產上的損害賠償(慰撫金)。

然而，既然本草案主要係用以保護揭發者的工作權，而工作權的保障背後實質意義是生存權的保障，惟如前所述，在私部門的揭發基本上已經是一個現實上的零和遊戲，揭弊後現實上有極高機會面臨工作權的喪失，立法政策上雖賦予員工請求給予補發薪資之權利，但本國私部門的薪資結構非如公部門敘薪有公務人員俸給法為規範保障，在私部門上，企業薪資結構不一、員工獎勵制度不透明，其中補發工資、俸給的範圍是指本薪？或是全薪？損失的填補是否包含：失去現時工作的損失、未來收入的減少、另行求職之費用、喪失退休金的權利、其他權利救濟時的訴訟費用等，就補償賠償部分所及範圍究竟為何，是否應該進一步釐清，盡量減輕員工的舉證證明受有損害之範圍。

對於私部門的員工因揭弊可能要付出的代價過高(失業、資源不對等)，而如果一个立法在實際執行面上有現實上的缺陷，即未能提供私部門內部組織員工有足夠經濟上的保障、金錢上足夠得賠償與補償者，則私部門員工在權衡利弊得失後會理性的選擇沉默，自然國家機關就難以發現企業弊案。法律設計的美意與成效間的距離就顯得遙不可觸。此外，雖然草案第八條在立法設計上賦予吹哨者較輕的舉證責任，但是因吹哨者通常是企業的一個人(或是唯一一個)，無前例可循可以舉證不同員工間有差別待遇，無對照組的情況下，反而對於企業可以輕易對於不利之處分找出”合理”的理由，如公司組織結構變動下調動職務、”委以重任”、工作表現上挑出瑕疵，藉以證明不利處分與舉發行為並無因果關係，況且組織文化、個人本位，在職的內部員工多數都會願意協助雇主、提供有利於雇主之證詞。

因此，內部舉發這件事，法律不僅是對於揭弊者要提供足夠的工作權、生存權的保障外，對於企業內部的組織文化、企業社會責任意識、法遵意識的強化都需要進一步再改造。而且，面對私部門的揭弊，有時報復性措施已經不是單一主管、單一自然人的行為，是整個企業組織本身一起為實施報復行為，所以對於報復性措施的處罰仍可以再加重，並且應在立法政策面上裁罰法人組織，可以移植英美法裡懲罰性賠償的概念，成立基金，用以賠償吹哨者之損害。

小結私部門這個部分，我們認為：(1)應鼓勵或強制一定人數以上的私部門組

織，設置處理內部揭弊的機制，涉及倫理、紀律議題的事項，應先向內部機制為之。涉及違反法令事項，得選得直接向業務主管機關或檢調機關為之；(2)應有懲罰性賠償機制，用罰款成立基金，一方面作為賠償揭弊者之用，一方面作為推廣鼓勵揭發不法，促進私部門之用。在立法部分，「弊案」與「揭發程序」部分，公私部門應分章規定。

肆、戴立紳條款：不是個案，是制度原則

一、條款緣由與議題

戴立紳條款源自於任職於新竹縣家畜疾病防治所(簡稱家畜防治所)的戴立紳先生(簡稱戴員)，在縣府政風處相關官員的建議及陪同下，向法務部廉政署揭發家畜防治所內挪用公款、採購貪瀆弊案，經檢察官以公務員登載不實文書罪(刑法第 216 條、213 條)、公務員不法利用職務詐取財物罪(貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款)等罪，起訴包括戴員在內的 11 名被告。案經新竹地方法院審理，戴員以「被告不懼壓力，勇於檢舉並挺身自首，是被告於犯罪後自首，並已自動繳交其全部所得財物，亦因而查獲其他正犯，均應依貪污治罪條例第 8 條第 1 項免除其刑」。

依據公務人員任用法第 28 條第 1 項第 4 款規定，曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案者，不得任用為公務人員；第 2 項前段規定，任用後有上述情事者，應予免職。因此，新竹縣政府依法將戴員免職，且失去再任公務人員之機會。然而當事人認為自己「揭弊」，卻害自己失去公職，覺得相當委屈，因此利用不同管道進行救濟。在窮盡正式救濟管道之後，民間司法改革基金會協助其聲請釋憲，請求宣告公務人員任用法第 28 條第 1 項第 4 款及第 2 項前段，未對排除公務員自我揭弊而一律予以適用，不符憲法第 18 條服公職權之制度性保障及比例原則，而與憲法第 18 條服公職權之意旨有違。揭弊保護法(草案)擬議者認為戴員情有可原，且對治貪有功，但依法無法救濟，因此，在草案第 14 條第 2 項規定，公務員為揭弊者，如其係共同正犯或共犯時，經法院判決免除其刑確定者，得申請復職或再任公務人員，不受公務人員任用法第 28 條第 1 款第 4 款之限制。

戴立紳條款突顯揭弊制度價值設定與公務機關核心價值(廉潔操守)之間的衝

突。筆者曾為文反對此一條款，但銓敘部在考試院會議報告回答鍾孔炤立法委員書面質詢稱，揭弊者保護法草案相關條文係屬公務人員再任公職時的特別規定，倘經立法通過，優先適用該法，屆時該部將適時配合檢討任用法相關規定。很顯然，文官制度主管機關並不怎麼再乎公務人員的廉正價值及相關人事管理工作的落實情形。按廉政教育從小在做，戴員稱其所為情事不知屬貪瀆情事，如何取信一般人；如果戴員不知，那考試錄取人員訓練中之倫理教育訓練、行政機關平時或年度倫理、廉政教育訓練，以及廉政機關之預防性功能都有待落實改善。

寬恕，即透過課責減輕之方式，鼓勵參與不法情事的組織成員揭發，也就是透過窩裡反條款鼓勵。不過，在英、美、日、澳、紐、加、南非、韓等幾個國外揭弊立法中，或國際透明組織所建議的立法原則，或 OECD(2013)公布的「G20 反貪腐行動方案：揭弊者保護」(附錄：G20 揭弊者保護立法最佳實務及指導原則概要)，並未討論到「寬恕」規定，揭弊立法並無改變刑事制度之意思。反倒是澳洲及其各省立法規定，對於自己行為應負的責任，不因為揭發而免除¹⁰。

二、司法上有寬恕選項

如果戴員如法務部及相關法界人士所言情有可原，值得寬恕，應給予再任公務人員之機會，那司法上是有途徑可以選擇的，只是法務體系不怠於行使(也許是內部無法管理)，就不會破壞文官制度的廉正價值。刑事制度上，對於構成犯罪而表現悔意之被告，如果存在不宜發動國家刑罰權之情形，可以依據刑事訴訟程序，分別在起訴前之偵查階段，賦予檢察官不起訴；在起訴後之審判階段、賦予法官量刑的空間。

在偵查階段，如果認為被告犯罪並無發動國家刑罰權制裁之必要時，檢察官得依據刑事訴訟法第 252 條之絕對不起訴、第 253 條之相對不起訴或第 253 條之 1 以下之緩起訴予以處理。貪污犯罪由於法定刑較高，而不得適用相對不起訴與緩起訴之規定，但是，由於貪污治罪條例針對被告犯罪後之態度，設有自首、自白之減免刑罰規定¹¹，包括「自首因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑」。此種「法

¹⁰ 澳洲 2013 年公益揭發法 (Public Interest Disclosure Act) 第 12 條規定：「為避免疑竇，個人自己行為的揭發，不論是否為公益揭發，不影響其對該行為應負之責任」。各省立法參見 S.38(ACT); S.42(Vic); S.39(Qld); S.14(5)(NT); S.6(WA); S.18(Tas).

¹¹ 詳見貪污治罪條例第 8 條。

律應免除其刑者」，屬於刑事訴訟法第 252 條第 9 款絕對不起訴之事項。由於確定之不起訴處分具有相當於法院確定判決之效力¹²，因此，對於「自首因而查獲其他正犯或共犯，法律應免除其刑」之貪污被告，偵查階段之檢察官得藉由不起訴處分，使得案件或被告不進入刑事司法程序，不產生「有罪」之免刑判決，因而不發生公務人員任用法第 28 條第 1 項第 4 款「曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案」之情形，而無同條第 2 項前段「應予免職」之適用。戴案基本上符合絕對不起訴的規定，如果檢察官行使裁量權予以不起訴，戴員仍可繼續任職，也就不必要增加戴立紳條款。

在審判階段，如果存在不宜發動國家刑罰權或宜減緩發動國家刑罰權之情形，法院在判決上，分別有免刑判決、減輕其刑、緩刑三種選項。就貪污案件之運用而言，對於公務人員被告的最佳選項似為免刑判決，因為同屬判決宣告有罪，卻未宣告刑罰而無須執行。但是，由於免刑判決仍屬「有罪判決」，符合公務人員任用法第 28 條第 1 項第 4 款「曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案」之情形，而應適用同條第 2 項前段「應予免職」。因此，被告雖然逃過牢獄之災，接下來卻丟了工作，並且失去再任公務人員之機會。減刑判決肯定是三種選項當中最差的選項，被告不僅丟了工作及日後擔任公務人員的機會，還要接受刑罰之執行。

弔詭之處在緩刑。緩刑是以有罪科刑判決為前提，只是在符合一定條件下，於一定期間暫緩執行。由於仍為科刑判決，表示法院在評價上，認為緩刑個案較免刑者嚴重，所以仍有宣告刑罰之必要。然國內刑法界多數對緩刑期滿未經撤銷之效力，採「附條件罪刑宣告主義」，緩刑期滿未經撤銷，法院「罪」刑宣告均失其效力，如同自始未受「罪」刑之宣告；緩刑期滿未經撤銷之貪污公務員被告似乎成為未曾經過有罪判決，而不符公務人員任用法第 28 條第 1 項第 4 款「曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案」不得任用為公務人員之情形。

¹² 刑事訴訟法第 260 條規定，「不起訴處分已確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有左列情形之一，不得對於同一案件再行起訴：一、發現新事實或新證據者。二、有第四百二十條第一項第一款、第二款、第四款或第五款所定得為再審原因之情形者」，由於再行起訴的發動原因，與推翻法院確定判決的再審事由大致相同，所以得出檢察官之不起訴處分具有相當於法院判決的效力。

採取「附條件罪刑宣告主義」，是否受司法院釋字第 56 號、66 號及 127 號解釋影響，不得而知。但銓敘部受上開解釋其拘束，曾作出二件函釋¹³，指出：「曾服公務而有貪污行為，經判決確定者，雖受緩刑之宣告，仍須俟緩刑期滿而緩刑之宣告並未撤銷時，始得應任何考試或任用為公務人員」。這裡不難發現，法院評價較為嚴重之有罪科刑，但予以緩刑之貪污被告，在緩刑期滿後仍有再任公務人員之機會；但是情節較輕不宜發動刑罰權，受有罪免刑判決之貪污被告，卻無再任公務人員之機會，兩者有輕重失衡之現象。無怪國內有少數說見解，主張刑法第 76 條「刑之宣告失效」，僅係於緩刑期滿無庸執行判決所宣告之刑罰，而非指有罪判決不復存在¹⁴。

三、如何衡平？

戴案所觸及之議題，不僅止於揭弊保護制度定位及保護程度設定之議題，也觸及司法院釋字第 56 號、66 號及 127 號解釋法令是否適宜及當下公務人員任用消極資格是否需要調適之議題。如果要繼續認同刑法界對「緩刑」採取「附條件罪刑宣告主義」之多數說及司法院釋字第 56 號、66 號及 127 號解釋(低倫理標準)，那自然應該接受戴立紳條款，否則，將法院評價較緩刑為輕之受免刑判決宣告之貪污公務人員，排除再任公務人員之機會，就有失比例原則。

如果採取較高的公務倫理標準，對「緩刑」應採取「消滅刑罰執行主義」之少數說，並應檢討修正司法院釋字第 56 號、66 號及 127 號解釋(係解釋法律，非解釋憲法)，以惕勵公務體系廉潔之風氣，自然要反對戴立紳條款。另外，公務人員任用法第 28 條第 1 項第 4 款即須更明確的規定「有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。受緩刑之宣告者，亦同」。將「曾服公務有貪污行為」修正為「有貪污行為」，是因不具備公務員身分之民間人士，依貪污治罪條例第 3 條規定「與前條人員(公務員)共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷」，而得成立貪污治罪條例之犯罪。

本文反對戴立紳條款，基於：(1)廉正程度不佳的公部門，難以實施法治、提

¹³ 銓敘部民國 81 年 3 月 6 日臺華審四字第 0678189 號函、83 年 8 月 6 日臺華甄一字第 1000601 號函參照。

¹⁴ 參見廖頌熙，2010，「公務員犯貪污罪，惟具備減免事由時，應請求「緩刑」或「免刑」？」全國律師月刊，14(3)：91-95。

昇好的治理；(2)就公部門而言，建立揭弊保護機制的重要目的之一是促進公部門的廉正行為，其是鼓勵正直的知情者揭發不法並加以保護為原則，鼓勵窩裡反是例外；(3)戴立紳條款為有貪污犯罪嫌疑的公務人員打開取巧之門，利用自首揭發換取緩刑、免刑或再任公務人員之機會；某種程度上也等於是告訴公務人員輕微貪污無所謂，這樣公部門廉正程度就無法提昇；(4)檢察官本有行使裁量權予以不起訴空間，但怠於或怯於行使裁量權，把問題轉移到文官制度，把個案裁量移轉給受理任職機關(構)，試問處在錯綜複雜政治體系中的行政機關首長如何有效能力阻擋來自多元的壓力嗎？

由檢察官依個案判斷，在法院進行審判前即停止訴追是既存制度，不必作任何法律的修正。且揭弊保護政策、立法由法務部主管，只要法務部透過行政體系提醒檢察官在這類案件斟酌使用，即可達到讓被列為貪污共犯而有寬恕情節之公務人員，保有續任或再任公務人員之機會。如果要賦予檢察官更有力之不起訴依據，可以在揭弊者保護法中增訂，揭弊公務員自首揭弊係揭弊內容所涉犯罪之正犯或共犯，符合法律應為免除其刑者，檢察官應為不起訴處分。雖然這種方式仍是「廉正」價值的妥協，但對文官制度的衝擊比較間接、微小。

伍、結語

良好的社會建構，需要公私部門一同努力。社會上很多弊案是公私部門合作完成的，因此，對於公私部門的揭弊者，當然都要鼓勵、保護。只是，要如何讓立法發揮效用，而非象徵，甚至不要讓善良的公私部門揭弊者，錯信立法的效用而成為公益的犧牲者。因此，對於揭弊者保護法草案，建議權威人士再多加酌磨。

揭弊保護立法最困難的部分在於「保護」，保護的意義在於維護揭弊者在未為揭發前的權益狀態，不因為揭發而受人身安全危害、職涯上的不利益對待(含既得利益及未來期待機會的剝奪)。不過，這也僅止於理論上正確，因為保護措施的存在，已預含忠誠關係變動的不可修護性，不論是預防性保護(如程序安全)或反應性保護(如人身保護令、職位回復)，都無法做到「一切沒有改變」這一點，組織成員揭弊之前就要理解。

若不論納入私部門這部分，從立法技術上言，是 105 版草案比較有序、相對

容易明瞭，107 版草案彎彎曲曲，非法律人很難看得懂。從立法目的的陳述上看，亦是 105 版比較有視野、格局，建議整合工具性與實質性目的陳述。107 版從揭發弊案對法益的貢獻大小決定給不給予保護，而不是從提昇公共信賴、良好治理的角度著手，顯得狹隘。另外，二分法下的公私部門揭弊者定義，加入弊案或程序要件後分析，顯現很多漏洞，最大問題在於納入或排除為「弊案」的標準何在。草案第 1 條條文說要區分「內部人員」的「揭弊者」及「內、外部人」均得為的「檢舉」，但草案第 3、4、17、18 條條文文字仍在 استخدام 檢舉。107 版草案也沒有為一些政策宣導、教育訓練、倡議公開組織文化、積極性人事作為之規定，只是為辦案而為的立法。

107 版草案當然有許多值得肯定之處，其一在於受理機關/構部分，它：(1)區分現役軍人、情報人員與其他人員之揭發管道；(2)管道多元，揭弊者可評估選擇自己認為適當的管道為揭發，非限定由內而外，並納入相關權責機關；(3)沒有排除被指涉機關、組織的自我審查機制；(4)允許特定條件下向外部揭發。其二、採取合理相信標準，不要求「善意」動機。其三、保護對象不限於揭弊者本人、依法程序揭發者不負洩密之民刑事及行政責任、人身安全保護(但不如 105 版草案第 15 條規定)、加重報復者之刑責、舉證責任轉換、引進法庭之友、閉口條款無效，私部門揭弊者保護以回復原職及損害賠償為主、以終止勞僱契約為輔等規定。

但對於戴立紳條款部分，其涉及文官制度「原則性」問題，破壞文官制度的「廉正」核心價值，本文不表認同。而且，司法上有寬恕選項可資採取，檢察官本有行使裁量權予以不起訴空間，但怠於或怯於行使裁量權，把問題轉移到文官制度，把個案裁量移轉給受理任職機關(構)，把問題丟給行政機關首長。另外，文官制度的「廉正」維護，現行實務上存在檢討空間，就看主管機關要採「高」或「低」倫理標準及行動的意願，本文當然主張採高倫理標準。

最後，私部門部分本文建議應有懲罰性賠償機制，用罰款成立基金，作為補償揭弊及推廣鼓勵揭發不法之用。在立法技術上，公私部門的「弊案」與「揭發程序」應分章或分條規定，比較有序易懂。