

「財產來源不明罪」之國外立法例 及我國歷來修法之簡介*

邱 忠 義**

目 次

壹、前言

貳、國外立法例

- 一、英國「防止貪污法」
- 二、香港「防止賄賂條例」
- 三、新加坡「防止貪污法」及「貪污、販毒及其他重大犯罪所得利益沒收法」
- 四、澳門「11/2003 號法律」
- 五、馬來西亞「反貪污法」
- 六、中國大陸「刑法」
- 七、其他各國

參、我國相關草案簡介

- 一、歷年來我國主要草案版本相關立法歷程及各方意見
 - 二、行政院院會最後通過版本（即立法院三讀通過版）
- ### 肆、新法不違反無罪推定、不自證己罪及緘默權之保障（代結論）
- 一、關於財產來源不明罪
 - 二、關於擴大貪污犯罪所得擬制範圍的規定
 - 三、追隨國際公約及國外立法例的良善立法

關鍵字：財產來源不明、貪污、賄賂、貪污所得擬制、說明義務。

Keywords： Holding property with unidentified sources, Corruption, Bribery, Presume the earnings of corruption, Illustrative obligation.

* 本文之完成，感謝二位匿名審查人提供寶貴意見。

** 邱忠義，臺灣新竹地方法院法官，法務部司法官訓練所講座，律師研習所講座，政風人員訓練中心講座，玄奘大學法律學系講師，前法務部調辦事檢察官，輔仁大學法律研究所碩士。

摘 要

緣於國內近日陸續傳出公務員涉及收賄貪污案件，民氣可用，馬總統及行政院長乃於 2010 年 7 月 20 日宣布將推動修法，在法務部下成立廉政署，與調查局互為友軍，共同打擊公務員之貪腐行為，彼此同心協力、分進合擊，形成交叉火網，在檢察官指揮下全力肅貪。然而，肅貪除了蒐證之外，也要分析涉嫌人的金脈狀況，但貪污案件的調查取證往往比一般刑案難上數倍，所以清查其「資金流向」顯得格外重要，當清查其財產狀況後發現該公務員有不明來源財產（含借用人頭帳戶情形）時，檢察官要求其說明來源，而其無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實時，如果所蒐集的該貪污案件的證據不足以起訴、審判其貪污犯行，只能退而求其次地繩以較輕罪刑的財產來源不明罪；另外，倘行為人被查到貪污犯行的證據確鑿，但其財產中亦有不明來源之財產而被告也不交待來源，法官在判決該被告犯行明確的貪污罪時，也可以附帶地將該不明來源財產一併沒收。因此，國內立法上乃仿效國外立法例，經由此二種管道的制度設計，盼能避免造成防貪、肅貪的漏洞。本文乃簡介本罪的國外立法例及我國歷來修法狀況供各界參酌。

The introduction about the foreign legislative examples of "the crime of holding property with unidentified sources" and the related amended progress domestically

Chiou, Jong-Yi

Abstract

Because there are offenses about public servants involved in corruption and bribery one after another recently, at July, 20, 2010, President and Premier have declared that the related law should be amended, the Bureau of Incorruption would be set up under the Ministry of Justice and other measures in order to fight against the corruption.

However, the investigation and collecting the evidences on corruption crimes are much more difficult than general criminal crimes, such being the case, the investigation on the "capital flow" is extraordinarily important. Therefore, the legislation in our country follows the example of foreign country, in order to prevent from the loophole in the related law. This essay tries to make an introduction about the foreign legislative examples and the related amended progress domestically as the reference materials for everyone.



壹、前言

千呼萬喚始出來的財產來源不明罪及擴大貪污所得擬制範圍之貪污治罪條例相關條文，終經立法院於 2009 年 4 月 3 日三讀通過，並經總統於同年 4 月 22 日以華總一義字第 09800097661 號函公布。其中增訂之第 6 條之 1 規定：「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。」；又第 10 條第 2 項則增訂：「犯第四條至第六條之罪者，本人及其配偶、未成年子女自犯罪時及其後三年內取得之來源可疑財物，經檢察官或法院於偵查、審判程序中命本人證明來源合法而未能證明者，視為其所得財物。」，前者係涉及新增一個犯罪類型（罪名）的「財產來源不明罪」之規定，後者則並未新增一個犯罪類型而僅屬「擴大貪污所得擬制範圍」之規定，此二條文之用意在於讓行為人「既使拿得到也用不到」，以防止所可能造成的防貪、肅貪之

漏洞¹。

這二個條文的公布，有人拍手叫好地認為可以重現公務員不貪污的光景，也有人擔心可能成為法案實施後的祭品而憂心忡忡地主張該法案違反無罪推定、不自證己罪原則及被告緘默權之保障等刑事訴訟法原則。關於此罪的相關文獻已於該法案通過前、後分庭抗禮地大力支持、辯護或反對，可謂汗牛充棟²，本文不另贅述，僅就可為參考的他山之石——財產來源不明罪之國外立法例，及我國歷來修法的努力過程加以簡介，俾供各界對於此罪的來龍去脈能有一個全貌性的認識。

貳、國外立法例

按聯合國反腐敗公約（The United Nations Convention against Corruption, 2003）第 20 條（Article 20 Illicit enrichment）規定：「於不違背本國憲法及本國法律制度基本原則之情形下，各締約國均應考慮採取必要之立法及其他措施，將故意實施『財產非法增加，即公職人員之財產顯著增加，而本人無法以其合法收入作出合理解釋』之行為規定為犯罪。」³，足見聯合國對於世界各國公務人員貪污之事極為重視，乃要求各締約國就公務員財產來源不明之情形納入刑事犯罪類型之

¹ 國內較詳細而完整的介紹，參照邱忠義，〈財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析〉，《月旦法學雜誌》，2008 年 12 月 15 日，第 164 期，頁 77-110。

² 例如：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》，2009 年 8 月，第 53 卷 4 期，頁 1-34；林志潔、黃任顯，〈財產來源不明罪之立法與評析〉，《檢察新論》，2009 年 7 月，第 6 期，頁 79-95；陳懿銘，〈公務員財產來源不明罪立法之研究〉，《世新法學》，2009 年 6 月，第 2 卷 2 期，頁 80-131；吳景欽，〈公務員財產來源不明入罪化的疑義〉，《月旦法學雜誌》，2008 年 12 月 15 日，第 164 期，頁 51-76；邱忠義，同前揭（註 1）文。

³ United Nations Convention against Corruption- Text of the United Nations Convention against Corruption 31 October 2003, Available at: http://www.wbde.org/documents/2003Oct31_UN_ConventionAgainstCorruption_Treaty.pdf (last visited Jul.4, 2010).

一。惟在此之前，各國早已有相關立法，茲簡介如下。

一、英國「防止貪污法」

英國防止貪污法第 2 條（*Prevention of Corruption Act, 1916 c.64 s.2*）規定：「除非有相反證據之提出，只要證明女皇任命人員或政府部門人員或其他公務人員收受金錢、禮物或其他報酬，而該金錢、禮物或其他報酬係來自與上開部門訂有契約之人或期望與之訂約之人，該交付或收受之金錢、禮物或其他報酬即推定為所收受或交付之賄賂。」⁴，但該規定容許被告提出反證推翻，亦即，控方必須先證明服務於公務單位之人有收受金錢、禮物或其他報酬，並且該金錢、禮物等係來自於與公務部門訂有契約之人或期望與之訂約之人後，法律才推定公務員有收受賄賂，進而，在「公務員收受者並非賄賂」之點之刑事訴訟上舉證責任才轉移由被告負擔。惟須注意者，被告在舉反證推翻時，其舉證標準無庸達到如控訴官般需使法官或陪審團達到「確信」之程度，一般認為，僅需要達到如民事訴訟程序中，當事人一方欲勝訴時所須有之「證據優勢」即可⁵，亦即被告之反證僅需達到可以將控方起訴之犯罪事實推至

使法官或陪審團未達「有罪判決之確信」、「無合理懷疑」之心證程度即算成功，亦即，舉證超過「過半」之程度即可推翻該推定⁶。

又符合該法所稱之賄賂，必須是已經實際收受之既遂犯始足當之，如果尚在要求或期約階段，尚不能被認定為賄賂⁷。另外，此條之推定亦不適用於共謀（*conspiracy*）⁸，蓋此種犯罪類型屬於純正身分犯，共同正犯之規定不適用於唯有違背特定義務始能成立之義務犯故也⁹。

又此種財產來源不明罪之立法模式，不妨稱為「推定賄賂／推定貪污」模式，其特色在於在滿足一定條件下，公務員所收取之利益，均會被推定為賄賂，而直接構成賄賂罪¹⁰。

英國所以在上述法律課以被告舉證責任，研判應與一般刑事訴訟法之舉證責任轉換有關，亦即，在一般刑事證據領域中，被告原則上無庸舉證證明自己無罪，但在關於刑法阻卻違法與阻卻罪責事由（如正當防衛）及刑事程序中之不在場證明等「辯解」，被告應負舉證責任，因為這些辯解是屬於被告個人的特別知識經驗，由被告舉證較為容易，也較符合分配正義。因此，該財產來源不明罪之「推定賄賂／推定貪污」立法模式，乃

⁴ OPSI, *Prevention of Corruption Act 1916 (c.64)*, Available at:

http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1916/cukpga_19160064_en_1 (last visited Jul.4,2010).

⁵ 參照廖先志，〈從香港及英國之財產來源不明罪看我國之立法可能〉，《檢察官論壇》，2008 年 8 月 20 日，Available at:<http://172.31.1.3/mojmenu1.asp> (last visited Jul.12,2010).

⁶ *R. v Carr-Briant (Howard Bateman)* [1943] K.B. 607（轉引自廖先志，〈淺論英國、新加坡與香港之財產來源不明罪〉，文註 Bat 部分，《檢察官論壇》，2008 年 5 月 29 日），Available at:<http://172.31.1.3/mojmenu1.asp> (last visited Jul.12,2010).

⁷ *R. v Braithwaite (Frank Wilson)* [1983] 1 W.L.R. 385（轉引自廖先志，同前揭（註 6）文[文註 Bra 部分]）。

⁸ *R v DPP, ex p Kebilene, R v DPP, ex p Rechachi* [1999] 4 All ER 801（轉引自廖先志，同前揭（註 6）文[文註 Ex 部分]）。

⁹ 參照邱忠義，《刑法通則新論》，元照，2009 年 2 月，再版，頁 248。

¹⁰ 參照廖先志，同前揭（註 5）文。



將「公務員收受者並非賄賂」此一負面表列之不法構成要件和被告之辯解等同視之。惟須注意者，此種舉證責任之轉換，和無罪推定原則產生公共利益之維護與人權保障（緘默權之確保、不自證己罪等）間之激烈拔河¹¹，故英國著名刑事訴訟法學者牛津大學 Ashworth 教授提出是否違反無罪推定原則應採取「二階段判斷法」，亦即：第一階段先確認系爭法規範是否確屬舉證責任倒置而已經違反無罪推定原則，倘認定不違反無罪推定原則，則該法律規定並不違憲而可繼續適用，惟經確認違反無罪推定原則後，則須進入第二階段判斷，即應具體判斷該倒置雖然違反無罪推定，然是否仍屬正當。至於是否屬於正當，應依具體個案綜合考量犯罪對公共利益危害之危害程度、該罪之最重刑度、是否屬於被告個人特別之知識與舉證容易程度、前提事實與被推定之事實是否合理關連及該舉證責任倒置是否必須等因素而決定¹²。

二、香港「防止賄賂條例」

香港之刑事訴訟制度及證據法則，係承襲英國而來，故法制上亦有財產來源不明罪之相關立法，香港「防止賄賂條例」第 10 條（Prevention of Bribery Ordinance s.10）規定：「任何現任或曾任官方僱員者（a）維持

高於與其現在或過去公職薪俸相稱之水準；或（b）控制與其現在或過去公職薪俸不相稱之金錢資源或財產，除能就其如何能維持該生活水準或就該等金錢資源或財產如何歸其控制向法庭為合理說明者外，即屬犯罪。」¹³，且依同條例第 12 條規定，最高可處十年有期徒刑¹⁴。可知此種財產來源不明罪之立法模式，係採「獨立犯罪」模式，其特色在於將公務員之財產在一定期間內有無法解釋之異常增加時，即構成犯罪，係有別於一般收賄罪之獨立犯罪型態¹⁵，與前述英國之「推定賄賂／推定貪污」模式迥不相同。

在舉證責任方面，檢察官當然要對包括被告為公務員、被告現在或過去之公職薪俸究有多少、被告一定期間內維持高於其公職薪俸之生活水準（即其生活支出與收入顯不相當）等在內之「維持高於與其現在或過去公職薪俸相稱之水準」，或包括被告為公務員、被告現在或過去公職薪俸究有多少、被告控制與其公職薪俸顯不相當之財產總值等在內之「控制與其現在或過去公職薪俸不相稱之金錢資源或財產」等正面表列犯罪構成事實負責舉證責任，惟檢察官無須證明被告控制之每一資產之個別金錢價值，只要證明被告財產總值與其公職薪俸不相當即可¹⁶。只要檢察官已舉證證明上開正面表列犯罪構成事實，被告即應就其「如何能維持該生活

¹¹ 英國法院到目前為止並未就防止貪污法第 2 條是否違反無罪推定原則表示看法，參照廖先志，同前揭（註 6）文。

¹² 參照廖先志，同前揭（註 5）文。

¹³ Hong Kong Ordinances, Prevention of Bribery Ordinance - Sect 10, available at: <http://www.hkll.org/hk/legis/en/ord/201/s10.html> (last visited Jul.12,2010).

¹⁴ Hong Kong Ordinances, Prevention of Bribery Ordinance - Sect 14, available at: <http://www.hkll.org/hk/legis/en/ord/201/s14.html> (last visited Jul.12,2010).

¹⁵ 參照廖先志，同前揭（註 5）文。

¹⁶ Chung Cheong Cr App 1364（轉引自廖先志，同前揭（註 6）文[文註 Chung 部分]）。

水準，或就該等金錢資源或財產如何歸其控制」之負面表列事實負合理說明之作為義務，如果被告無法提出合理解釋，應會被認定觸犯該罪。當然，被告舉證之程度亦如同前述英國之標準，只須達到足以使法官對檢察官之控訴事實產生「動搖」之心證即可。其餘共犯問題、舉證責任轉換、無罪推定¹⁷與公益保護等，均與英國之判斷標準相同。

三、新加坡「防止貪污法」及「貪污、販毒及其他重大犯罪所得利益沒收法」

新加坡關於財產來源不明罪之規定有二，其一規定於防制貪污法，另一則規定在貪污、販毒及其他重大犯罪所得利益沒收法。

(一)關於罪名之明文，「防止貪污法」第 8 條 (Prevention of Corruption Act s.8) 規定：「除非有反證證明，在被告被控違反本法第 5 條（一般收賄罪）或第 6 條（代理人收賄罪）之程序中，公職人員自欲與公務單位交易之人所收取之報酬，均應被認為賄賂。」¹⁸，此亦屬「推定賄賂／推定貪污」之立法模式，當然，檢察官必須先證明「被告（公職人員）已觸該法第 5 條之一般收賄罪或第 6 條之代理人收賄罪」，及「被告從欲與公務單位交易之人有收取報酬」，而後被告才須就「其自欲與公務單位交易之人所收取之財物並非賄賂」之負面表列事實負合理說明之作為義務。而關於證據之採用，同法第 24 條復規定：「一、依本法或刑法第 161

條至第 165 條或第 213 條至 215 條各罪，或其預備犯、未遂犯或教唆犯，在法庭審判或調查時，發現被告於正當收入外有未能提出適當說明之金錢或財產，或該財物於涉嫌上述各罪之同時所添加，未能提出適當之說明其來源者，法庭得視為係被告收受或期約所得之賄賂及收賄未遂罪等證據。二、前項財物由被告以外第三人所持有、添加，如被告與該第三人有交往關係，或該第三人為被告之保管人、委託人、代表人或贈與受讓人時，依本條第一款之規定，被告應視同為該財產或添加物之持有人」¹⁹，可見在證據認定上，除非被告能就該不明財產之來源提出合理適當之說明，否則無論是被告本人名下或以第三人充當其人頭戶名下之財物，均被會視為賄賂罪之證據。而此與英國不同者，乃成立該法或刑法第 161 條至第 165 條或第 213 條至 215 條各罪，或其預備犯、未遂犯或教唆犯，並不以已經實際收受之既遂罪為限，如果尚在期約、預備、未遂階段，仍可被認定為期約、預備、未遂賄賂罪。

(二)另該國「貪污、販毒及其他重大犯罪所得利益沒收法」第 5 條 (Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes [Confiscation of benefits] Act, 1999 s.5) 規定：「(6)為本法之目的，行為人持有或無論何時（不論是在 1999 年 9 月 13 日之前或之後）曾經持有之任何財產或利益（包括此等財產或利益之收益）與其收入來源並不相稱，而又未能就其持有向法院作出合理解釋時，應推定

¹⁷ 香港上訴法院在 1995 年之 Attorney General v. Hui Kin Hong 中曾明白指出防止賄賂條例第 10 條不違反香港人權法案 (Bill of Rights) 第 11 條之無罪推定原則。參照廖先志，同前揭（註 6）文。

¹⁸ Prevention of Corruption Act (Chapter 241), available at:

[http://statutes.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-241&d_octitle=PREVENTION+OF+CORRUPTION+ACT%0A&date=latest&method=part\(last visited Jul.12.2010\).](http://statutes.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-241&d_octitle=PREVENTION+OF+CORRUPTION+ACT%0A&date=latest&method=part(last%20visited%20Jul.12.2010))

¹⁹ 同前揭（註 18）法案。



為犯罪行為所得，但有反證者不在此限」²⁰，可見該國除了上開財產來源不明罪之規定及證據之採用外，復訂有關於不明來源財產「沒收」之規定，俾使犯罪者無法保有並享用該不明來源財產，以徹底斷絕行為人之貪污、販毒等念頭。惟須注意者，此與前揭防止貪污法第8條之「推定賄賂／推定貪污」模式不同點在於，本條是「廣泛之不法所得之推定」，重點在於沒收所有與被告收入來源顯不相當之財產與利益，然防止貪污法第8條則是一個「特定不法所得之推定」，係就特定之公務員從想要與公務單位交易者所收取之一定報酬之賄賂推定。此外，關於被告舉反證之程度，亦只須達到足以使法官對檢察官之控訴事實產生「動搖」之心證即可，自不待言。附帶一提者，至目前為止，新加坡法院仍在繼續適用上開防止貪污法等條文之推定規定，並無相關判決指出該相關推定之規定違反無罪推定原則，研判或許是新加坡法院著重公共利益之考量而較容許舉證責任轉換之態度使然²¹。

四、澳門「11/2003 號法律」

澳門「11/2003 號法律」第28條規定：

「一、根據第一條規定所指負有提交申報書義務的人，其本人或藉居中所擁有的財產，異常地超過所申報的財產，且對如何和何時擁有不作具體解釋或不能合理顯示其合法來源者，處最高三年徒刑，並科最高三百六十日罰金²²。二、如屬上款所指未能解釋如何擁有或解釋來源的財產或收益者，可在法院的有罪判決中宣告將之扣押和歸澳門特別行政區所有。」²³，此即澳門以「獨立犯罪」之立法模式創設財產來源不明罪之明文。且依該法規定，並可扣押及沒收該不明來源財產，而非僅以之為定罪之證據而已。另在舉證責任方面，控方須先證明被告實際擁有之財產異常超過所申報之財產，被告才須就此類財產之來源負合理解釋、說明之作為義務。

惟須說明者，乃該罪之主體僅限於負有提交申報書義務之公職人員和公共行政工作人員，性質上屬於一種義務犯，且須以申報義務人之財產處於隱匿不報之狀態，亦即，

²⁰ Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes(Confiscation of benefits) Act, (chapter 65A), Confiscation orders for benefits derived from criminal conduct, available at:

[http://statutes.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-65A&doctitle=CORRUPTION%2C+DRUG+TRAFFICKING+AND+OTHER+SEROUS+CRIMES+\(CONFISCATION+OF+BENEFITS\)+ACT%0A&date=latest&method=part](http://statutes.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-65A&doctitle=CORRUPTION%2C+DRUG+TRAFFICKING+AND+OTHER+SEROUS+CRIMES+(CONFISCATION+OF+BENEFITS)+ACT%0A&date=latest&method=part)(last visited Jul. 12, 2010).

²¹ Hor, M., 'Criminal Due Process in Hong Kong and Singapore: A Mutual Challenge', 37 Hong Kong L.J. 65, 2007. (轉引自廖先志，同前揭（註6）文[文註HOR部分]）。

²² 此即所謂「日額罰金制」（Tagessatzsystem），關於罰金之計算標準，部分大陸法系國家如德國、芬蘭、瑞典、西班牙等，均採用此種日額罰金制，亦即，根據行為之不法內涵與罪責內涵而決定罰金日數，然後參酌行為人之經濟狀況而決定每日之罰金額，再以罰金日數乘以每日之罰金額而得出其罰金總額。按日額罰金制度在確定罰金時依不同犯罪行為人之財產狀況決定不同之數額，表面上看似不平等，惟符合實質上之平等，使刑罰針對財產狀況不同之犯罪行為人起了相同威嚇與矯治作用。又一般而言，正常日額罰金之數額相當於犯罪行為人平均日收入之一半，然根據犯罪人之具體財產狀況之不同又可適當增減，實兼具合理性與科學性之設計。參照邱忠義，同前揭（註9）書，頁355。

²³ 參照澳門特別行政區，第11/2003號法律，available at:http://www.macaolaw.gov.mo/cn/search/load_content.asp?lang=chin&tpLeg=14&noLeg=11/2003 (last visited Jul. 12, 2010).

負有提交申報書義務之人直接或間接擁有未申報之巨額財產始足當之²⁴，與同採獨立犯罪立法模式之香港須以「公務人員實際享用或實際支配之財富明顯超出其法定薪俸之正常收入，而享用或支配該財富之公務人員不能合理解釋此類財富之正當來源」為要件者不同，故一來排除無申報義務之人之適用（即並非所有公務人員均有其適用），二來一般奉公守法之公職人員有申報之財產通常必有合法來源可循，惟倘以人頭帳戶等方式洗錢掩飾犯罪所得者反而不會申報而無從規制，無怪乎澳門之「貪腐印象指數」排名尚落後於台灣²⁵。

五、馬來西亞「反貪污法」

馬來西亞「反貪污法」第42條（Anti-Corruption Act, 1997 s.42）第1項規定：「依據刑法第十條、第十一條、第十三條、第十四條或第十五條提起公訴時，除非有相反證據，被告所要求、期約或收受之利益，應推定為貪污所得。」²⁶，可見該法採取「推定貪污」之立法模式，並非創設一個獨立之新犯罪類型，亦即，須以犯刑法第10條、第11條、第13條、第14條或第15條之貪污罪為前提，從而，在舉證責任方面，須由控方就「被告已涉嫌刑法之貪污罪」先為舉證，再由被告就「其所收受者並非賄賂」此一負面

表列事實舉反證。另該推定不限於已實際收受之賄賂為限，其為要求、期約之行為者，亦在推定貪污之列。

六、中國大陸「刑法」

中國大陸刑法第395條第1項²⁷規定：「國家工作人員的財產或者支出明顯超過合法收入，差額巨大的，可以責令說明來源。本人不能說明其來源是合法的，差額部分以非法所得論，處五年以下有期徒刑或者拘役，財產的差額部分予以追繳。」，此即一般所稱之「巨額財產來源不明罪」，亦為獨立犯罪之立法模式，並賦予追繳之明文。

惟因一來構成要件中所謂「明顯超過」、「差額巨大」等，均屬不確定法律概念，認定上將因人而異；二來法律規定行為人必須說明鉅額財產來源，卻漏未規定行為人說明來源之時間點，導致刑事訴訟程序中，有些被告無限制地作出虛無縹緲、明知虛假卻難以證實之解釋，以拖延時間，企圖蒙混過關，有些則在偵查階段說明部分來源，在審查起訴階段又說明部分來源，甚至到審判階段仍不斷地說明來源，使司法機關耗費大量人力、財力與時間，仍使案件處於不確定狀態而無法定罪²⁸；再者，中國大陸貪污罪和公務員財產來源不明罪間，刑度落差過大，公務員財產來源不明罪，最高僅處五年有期徒刑，

²⁴ 參照米萬英，〈財產來源不明罪闡釋〉，《澳門廉政》，澳門廉政公署，2004年10月，11期，頁5-7。

²⁵ 國際透明組織台灣總會於2009年11月17日公布「2009年全球各國貪腐印象指數」，澳門得到5.3分，排名第43名，台灣得到5.6分，排名第37名。Available at: http://www.tict.org.tw/News/091117_2009cpi_News.pdf (last visited Jul.21,2010).

²⁶ Law of Malaysia, Act 575 Anti-Corruption Act 1997, available at: <http://politikus.xparte.com/aca1997.pdf> (last visited Jul.12,2010).

²⁷ 按中國大陸在條之下稱「款」，等同於台灣之「項」。

²⁸ 參照徐蔚敏，〈認定巨額財產來源不明罪的幾點思考〉，2007年8月張貼，Available at: <http://www.laikanya.com/jylw/200708/50462.html> (last visited Jul.12,2010).



而貪污罪最高可處死刑，故近來公務員財產來源不明罪常被認為是公務員貪污罪之免死金牌²⁹，蓋被告若選擇不說明財產來源，即可遁入公務員財產來源不明罪之輕罪，惟若坦白說明是貪污所得，則最重可被處死刑。職是，有主張應廢除巨額財產來源不明罪，而以拒不申報、虛假申報財產罪取代之呼聲³⁰，亦有主張應提高法定刑度者³¹，無怪乎其反貪腐之成效不彰，國際透明組織（Transparency International, TI）公布之「貪腐印象指數」排名遠落後於台灣³²。

七、其他各國

除前揭各國定有財產來源不明罪之相關規定外，亦略有如下諸國定有財產來源不明罪之規定³³：

（一）巴基斯坦 1947 年之防止腐敗法訂有「當能證實被告或其任何代表人擁有與其公開收入來源不相稱之財物，被告又不能解釋時，除非有反證證明，否則法院應推定被告構成刑事不良罪。」之明文。

（二）印度 1988 年防止腐敗法復訂有「公務員某一段時間內，擁有與其公開收入不相稱

的錢財，而又不能作出令人滿意的解釋，即視為犯罪。」之明文。

（三）泰國 1975 年反貪污法訂有「發現官員異常富裕，但其無法證實所得財富係合法所得時，可認為所得來自濫用職權，可解除其公職；不能向法庭證明其財產均係合法所得，檢察官應向法庭建議將之沒收。」之明文。

（四）埃及 1975 年關於非法收入之法律亦訂有「本人與其妻子和未成年子女在財富方面之任何增加，且無法證明增加部分之合法來源，增加部分即被認為是利用職權、身分或因有違法行為之結果。」之明文。

（五）尼日 1975 年反腐敗行為法令訂有「被告占有或已知之收入來源不相稱之財源或財產，而未能滿意說明，可證明為或考慮為收受報酬之證據。」之明文。

（六）巴哈馬 1976 年防止賄賂腐敗法律訂有「被告在犯罪日、其後或現在占有與其已知之收入來源不相稱之財源或財產，而未能滿意說明者，可被認為收受利益之證據。」之明文。

（七）汶萊 1982 年防止賄賂法訂有「現任或卸任官員，其生活水平高於與其過去或現有

²⁹ 參照胡錦武，〈巨額財產來源不明為何總成貪官“免死金牌”？〉，中國新聞網，2008 年 9 月 28 日，Available at: <http://www.xinjuhe.com/show.php?tid=2003> (last visited Jul. 12, 2010).

³⁰ 參照阮傳勝，〈巨額財產來源不明罪的立法缺陷及其修正〉，上海律師資訊網頁，Available at: http://www.shlszx.com/law_article.asp?id=104 (last visited Sep. 29, 2008).；陳清浦，〈巨額財產來源不明罪的實然分析與應然思考〉，2007 年 8 月張貼，Available at: <http://www.laikanya.com/jylw/200708/50458.html> (last visited Jul. 12, 2010).

³¹ 參照鐘書峰，〈巨額財產來源不明罪若干問題辨析〉，天涯法律網，2002 年 5 月 20 日張貼，Available at: http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp?id=211&l_class=2 (last visited Jul. 12, 2010).

³² 國際透明組織台灣總會於 2009 年 11 月 17 日公布「2009 年全球各國貪腐印象指數」，中國大陸得到 3.6 分，排名第 79 名。Available at: http://www.tict.org.tw/News/091117_2009cpi_News.pdf (last visited Jul. 21, 2010).

³³ 參照姚立明，〈陽光法案—財產來源不明罪〉，Available at: http://www.deposewww.com/yao/law_1.html (last visited Sep. 9, 2008)；立法院第 6 屆第 4 會期第 6 次會議案關係文書—院總字第 246 號、委員提案第 7124 號及第 7130 號議案關係文書。

薪金收入相稱之生活水平，控制與其過去或現有薪金收入不相符之資金或財物，若不能作出令人滿意之解釋，應被判定有罪。」之明文。

以上諸國，亦分別以推定貪污或獨立犯罪之模式，立法明文規範財產來源不明罪（包括犯罪所得擬制），並有以該不明財產為定罪之證據者，或甚至可予沒收者，足見，無論是已開發國家（Developed Country）、開發中國家（Developing country），均極為重視該國貪污問題，蓋一國之國力發展及是否能吸引國外之投資等，貪污問題均為重要指標之一，是財產來源不明之問題究否應明定其處罰依據，與明文與落後無關³⁴，無寧認為是一種普世價值之取捨問題。

參、我國相關草案簡介

一、歷年來我國主要草案版本相關立法歷程及各方意見

法務部曾於2000年間提出增訂貪污治罪條例第6條之1之建議，條文內容為：「公務員觸犯貪污治罪條例第四條至第六條之罪，檢察官於偵查中對該公務員於該涉嫌犯罪行為前後一年內所獲得或增加之財產總額，逾同時期薪俸所得一倍以上，認其來源可疑，經命提出說明，無正當理由拒絕或無法提出合理說明者，處一年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣一百萬元以下罰金。（第一項）前項情形，如有其他證據證明其財產合法來源者，不罰。（第二項）」，是採取「獨立犯

罪」之立法模式，為此，法務部乃廣邀檢察學各界，於2000年6月29日召開「研討貪污治罪條例部分條文修正事宜會議」之公聽會，惟會中各界反對聲浪頗高，反對者認為被告無法證明財產來源，即課負刑責，無異於貪污案件逼迫被告為對己不利之自白，有違反被告之緘默權及無罪推定原則之疑慮；且入罪化雖可贏得人民信賴，惟將造成公務員不知何時會被調查財產來源不明，或遭有心人士濫用，刁難公務員，使公務員活在恐懼中之不安境地³⁵。而贊成者則主張財產來源不明罪嚴格說來仍與貪污行為有別，實不宜放在貪污治罪條例中，若有規範必要，亦宜放在其他法律，例如公職人員財產申報法中為宜；又來源不明財產是否屬於犯罪所得，可否沒收，亦應一併規範³⁶。此一版本草案最後因行政院認須參酌司法院意見後再酌，而司法院不表贊同，故無疾而終。

惟因反貪腐聲浪再起，法務部乃於2001年間再提增訂貪污治罪條例第6條之1之版本，條文建議內容為：「公務員觸犯貪污治罪條例第四條至第六條之罪，檢察官於偵查中或法官於審判中對該公務員於該涉嫌犯罪行為前後一年內所獲得或增加之財產總額，逾同時期薪俸所得一倍以上，認其來源可疑，經命提出說明，無正當理由拒絕或無法提出合理說明者，處一年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣一百萬元以下罰金。（第一項）前項情形，如有其他證據證明其財產合法來源者，不罰。（第二項）」，本次草案內容除命被告說明之發動主體增加「法官於審判中」

³⁴ 相反意見，參照2008年7月1日法務部召開「貪污治罪條例部分條文修正草案」公聽會會議紀錄，司法院代表法官表示：「我國應致力朝先進國家發展之目標，不應貶低自身，去參考貪腐嚴重國家之立法，先進國家縱無本罪之規範，透明度亦未降低」等語。

³⁵ 見該次公聽會會議紀錄，尤其是柯耀程教授發言部分。

³⁶ 同前註會議紀錄。



之外，與 2000 年間提案之內容完全相同，採取「獨立犯罪」之立法模式，為此，法務部再於 2001 年 3 月 29 日邀請檢察辯學各界第二度召開「研討貪污治罪條例部分條文修正草案事宜會議」之公聽會，會中雖經濟部等贊同草案規定，且有學者表示若被告拒不說明，應明定為類似美國之藐視法庭罪之妨害司法罪³⁷，惟反對者認為財產來源可疑，可能是不法所得，亦可能非不法所得，若被告承認係犯罪所得，無異承認貪污行為，有違無罪推定原則及緘默權之保障，不可因被告為公務員而對其權利保障受到不合理之限制，且倘檢察官認被告財產來源不明，應由檢察官負舉證責任證明該財產與犯罪之關連性，豈能轉由被告負舉證責任？又「薪俸所得」如何認定，易生疑義³⁸。職是，行政院乃表示經各界多次協商仍無法取得共識，爰暫不提案增訂，俟各界有具體共識後再行提案。

惟 2006 年 10 月間，立法委員高思博等 59 人見行政部門遲未提案，乃自行提出貪污治罪條例第 6 條之 1 之增訂版本，條文內容為：「第二條所定人員，其經常支出超過收入差額鉅大或有來源可疑之財產，而自己拒絕或不能證明其來源正當或為虛偽之證明者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一千萬元以下罰金。（第一項）第一項規定，於行為人之配偶、一等親屬或與其有財產交易、資金往來等關係密切之人，於犯罪行為發生前後一年內之來源可疑財產，而自

已不能證明你合法取得者，亦適用之。但證明為行為人所有或贈與者，仍以行為人犯罪所得論。（第二項）犯第四條至第六條之罪而行為人不能證明前項差額或財產來源正當者，以犯罪所得論。不具第二條人員之身分，而共同實施或教唆、幫助犯第四條至第六條之罪者，亦同。（第三項）」³⁹，此條文亦採「獨立犯罪」之立法模式，惟 2006 年 12 月 6 日及 28 日該委員審查時，法務部以頗值玩味之態度表示條文中所定「經常支出」、「差額鉅大」或「來源可疑」等，均為極抽象之不明確構成要件，且行為人、行為及行為客體究何所指，亦有不明確之處，似有違罪刑法定原則，另外，條文設計有違緘默權及無罪推定原則之虞，故建議為期慎重，應對此議題進行廣泛性及全面性之討論後再審查；司法院亦表示本草案必須顧慮無罪推定、被告緘默權保障及檢察官應負舉證責任之刑事訴訟法原則⁴⁰。雖本草案經立法院司法委員會審查通過，惟其後因法案屆期不連續而告終。

另 2006 年 11 月間，立法委員蔡錦隆等 36 人及親民黨黨團均以姚立明教授之版本為基礎⁴¹而分別擬具內容相同之貪污治罪條例第 6 條之 1 及第 6 條之 2 條文修正草案，該條例第 6 條之 1 內容均為：「任職時或離職後三年內維持與其任職時薪俸顯不相當之生活水準，或控管與其薪俸顯不相當之財產，而拒絕說明其正當來源或說明不實者，處三年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千萬元以

³⁷ 見該次公聽會會議紀錄，陳志龍教授發言部分。

³⁸ 見該次公聽會會議紀錄，尤其是司法院、財政部、行政院人事行政局及法官代表之發言部分。

³⁹ 參照立法院第 6 屆第 4 會期第 5 次會議案關係文書—院總字第 246 號、委員提案第 7110 號議案關係文書。

⁴⁰ 參照立法院公報，95 卷 60 期委員會紀錄，頁 34 以下；立法院公報，96 卷 11 期委員會紀錄，頁 180 以下。

⁴¹ 參照姚立明，同前揭（註 33）文。

下罰金。（第一項）以下財產，以公務員之控管財產論：一、有事實足證第三人為公務員以信託、借名登記或其他方式為持有之財產。二、於公務員任職時或離職後三年內受其贈與之財產。（第二項）公務員之配偶、一等血親或其配偶維持與其依法申報之所得顯不相當之生活水準，或持有與其所得顯不相當之財產，而拒絕說明其正當來源或說明不實者，推定該財產為前項第二款受贈之財產。（第三項）」⁴²，而同條例第 6 條之 2 內容均為：「依公職人員財產申報法有申報義務之人，於查核人員查核時無正當理由拒絕或規避查核者，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。」⁴³，該兩案除採獨立犯罪之立法模式外，另將公職人員財產申報後無故拒絕或規避查核均入罪化，打擊範圍甚廣。立法院院會乃迅速於同月三日決議將該兩案併案逕付二讀，並由國民黨黨團負責召集協商⁴⁴。惟因法務部主張「顯不相當」、「控管」等屬於相當抽象之不明確法律概念，與罪刑明確性原則有違，且將連離職後之公務員均列入處罰之範圍，失之過寬，再者，似與緘默權及無罪推定原則有悖，故建議保留⁴⁵，最後該兩法案亦因屆期不連續而壽終正寢。

值得一提者，乃立法院於 2008 年 5 月 29 日司法及法制委員會中，曾就立法委員吳志揚等 20 人再擬具之貪污治罪條例第 6 條之 1

草案召開委員會詢答及討論⁴⁶，該草案內容為：「第二條所定人員，其經常支出超過收入差額鉅大或有來源可疑之財產，而自己拒絕或不能證明其來源正當或為虛偽之證明者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一千萬元以下罰金。（第一項）第一項規定，於行為人之配偶、一等親屬或與其有財產交易、資金往來等關係密切之人，於犯罪行為發生前後一年內之來源可疑財產，而自己不能證明係合法取得者，亦適用之。但證明為行為人所有或贈與者，仍以行為人犯罪所得論。（第二項）犯第四條至第六條之罪而行為人不能證明前項差額或財產來源正當者，以犯罪所得論。不具第二條人員之身分，而共同實施或教唆、幫助犯第四條至第六條之罪者，亦同。（第三項）」⁴⁷，與會司法院指出該草案可能有違反刑事訴訟法之無罪推定原則、被告緘默權之保障及檢察官應負舉證責任等基本理念；法務部則表示第一項條文中所定「經常支出」、「差額鉅大」或「來源可疑」等，均為相當抽象不明確之構成要件，第二項規定之行為人、行為及行為客體究竟為何，亦有不明確之處，有違罪刑明確性原則，且草案設計有違刑事訴訟法緘默權保障、無罪推定及檢察官負有舉證責任之虞，故強調於未經審慎評估研究及廣徵各界意見之前，不宜遽予增訂；立法委員們除紛紛表示立法時應考慮無罪推定、被告緘默權之保

⁴² 參照立法院第 6 屆第 4 會期第 6 次會議案關係文書—院總字第 246 號、委員提案第 7124 號及第 7130 號議案關係文書。

⁴³ 同前揭註（42）關係文書。

⁴⁴ 參照立法院公報，95 卷 46 期院會紀錄，頁 2。

⁴⁵ 參照 95 年 11 月 28 日法務部向立法院所提書面報告。

⁴⁶ 參照立法院公報，97 卷 36 期委員會紀錄，頁 417-441。

⁴⁷ 參照立法院第 7 屆第 1 會期第 9 次會議案關係文書—院總字第 246 號、委員提案第 8013 號議案關係文書。



障與不自證己罪及檢察官應負舉證責任等刑事訴訟法原理外⁴⁸，亦對民意代表亦被列入規範提出質疑，主要理由是認為一般常任文官具有行政權限，且享有優厚之保障，惟民意代表並非常任文官，無相類之保障，亦無行政權限，若要一體適用，恐有不公⁴⁹。

有鑑於此，法務部乃邀集立法委員及檢察辯學專家，於2008年7月1日假法務部第三度召開「貪污治罪條例部分條文修正草案」公聽會，與會人士大抵認為有違反無罪推定原則、不自證己罪及違反被告緘默權之虞，且依將於2008年10月1日施行之公職人員財產申報法第12條第4項規定，申報不實經命補正後，仍申報不實時，即得處有期徒刑一年以下有期徒刑（即先行政後司法之立法），故決議應先以該法施行一段時間後再行檢討⁵⁰。

二、行政院院會最後通過版本（即立法院三讀通過版）

按瑞士洛桑管理學院和國際透明組織等國際機構，歷年所發表之國家競爭力與政府廉潔度指標分析發現，凡是國家競爭力名列前茅之國家，必定是廉潔度高之國家，而2008年3月香港政治與經濟風險顧問公司（PERC）公布亞洲13個經濟體清廉度排行，台灣排名從前一年之第5名滑落至第7名，落於新加坡、香港、日本、澳門、南韓及馬

來西亞之後⁵¹，顯示台灣廉能政治之建立，仍有不少改善空間。另因近年來我國貪瀆弊案頻傳，嚴重衝擊國民對政府之信賴，為了回應人民對於「廉能政府」「社會公義」之高度期待，法務部乃參考前述英國、新加坡、香港、澳門、馬來西亞等國家或地區之立法例，研擬增訂財產來源不明罪及擴大貪污罪所得財物認定之貪污治罪條例相關條文，以期有效打擊貪腐，澄清吏治。該修法內容有二：其一是增訂財產來源不明罪，於貪污治罪條例第6條之1規定：「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。（第一項）前項規定應說明來源之財產，係指本條增訂施行後增加之財產。（第二項）」；其二是擴大貪污犯罪所得財物之認定範圍，於同條例第10條第2項增訂：「犯第四條至第六條之罪者，本人及其配偶、未成年子女自犯罪時及其後三年內取得之來源可疑財物，經檢察官或法院於偵查、審判程序中命本人證明來源合法而未能證明者，視為其所得財物。」⁵²。由此可知，其一方面於草案第6條

48 參照立法院公報，97卷36期委員會紀錄，頁417-441，尤其是法務部、司法院、立法委員翁金珠、謝國樑、吳清池、曹爾忠、呂學樟等發言紀錄。

49 同前揭（註48）公報，立法委員謝國樑、吳清池、呂學樟等發言紀錄。

50 見該次公聽會會議紀錄。

51 參照法務部，〈法務部呼籲各界共同支持成立具有獨立性的專責廉政機關，向國際展現廉政改革的決心，以利改善外商對我國的廉政觀感〉，新聞稿，97年3月11日，Available at:

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=116791&ctNode=79&mp=001> (last visited Jul.12,2010).

52 參照法務部，〈行政院審查通過「財產來源不明罪」等條文一將送請立法院審議並盼列為優先審議法

之 1 以「獨立犯罪」模式規定財產來源不明罪，另一方面復於同草案第 10 條第 2 項以「擬制」為貪污所得之方式擴大貪污犯罪所得財物之認定範圍，此種法律上之擬制，不採「推定貪污」模式，亦不採「獨立犯罪」模式，而是須「附麗於」貪污治罪條例第四條至第六條之罪始足當之，亦即，屬於「搭便車」性質之立法，必須犯有該特定之貪污行為為前提而無法證明某部分財產來源合法才視為其貪污所得，目的是要一併扣押、沒收、追繳、追徵或抵償，採取的是以小搏大之「槓桿模式」立法策略，換言之，此與同草案第 6 條之 1「獨立犯罪」模式不同點在於，本條是「不法所得之擬制」，重點在於扣押與沒收，不是創設一個獨立之犯罪類型，而草案第 6 條之 1 則是一個規定罪名及處罰之犯罪，堪稱歷來最完整之版本，爭議性較小，當時咸被認為是通過立法機率最高的一次（事後證明的確如此）。

法務部旋於 2008 年 8 月 28 日將上開貪污治罪條例部分條文修正草案送請行政院審查，行政院院會立即於同年 9 月 18 日通過該增訂條文，並送請立法院列為優先審議法案，終經立法院於 2009 年 4 月 3 日三讀通過。

肆、新法不違反無罪推定、不自證己罪及緘默權之保障（代結論）

如前所述，雖然有不少人批評財產來源不明罪違反無罪推定、不自證己罪原則及被告緘默權之保障等刑事訴訟法原則，然而，本文必須大聲地提出答辯及反駁。

一、關於財產來源不明罪

實則，本罪在舉證法則上，須證明行為人實際擁有之財產異常超過正常所得之責任在檢察官，而相關公務人員則只需就此類財產之來源係如何及何時取得等為合理之說明即可，蓋此類財產之來源係如何及何時取得等細節之資訊，在性質上專屬於被告個人所知（peculiar to his knowledge）或其個人較易取得者（more readily available him），故由被告負擔說明義務，符合社會相當性的要求。詳言之，此種說明義務之作用不是在行為人自證其清白無辜，而在於排除其行為的不法性，質言之，該說明義務之性質與功能近似於阻卻違法事由的「正當防衛」之類⁵³，屬於被告提出反證之抗辯或辯護權的問題，如果行為人能說明或證明有正當來源，自屬有正當理由，當然不具違法性，故此種類似正當防衛的抗辯，從理論及實際面而言，由被告負說明責任正合乎法理及社會相當性⁵⁴，此與被告之不自證己罪權利無涉。易言之，「責令說明來源」並不是要求被告舉出「足夠之證據」來「證明」來源之合法，而是要求被告合理說明財產之真實來源，其後由司法機關負責查證核實，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責實舉證之責任，故並非舉證責任「倒置」由被告負擔，總之，此種設計並不因此改變應由檢察官對被告之犯罪事實負舉證責任之刑事訴訟

案>，新聞稿，2008 年 9 月 18 日，Available at:

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=134588&ctNode=79&mp=001>(last visited Jul.12,2010).

⁵³ 參照米萬英，同前揭（註 24）文，頁 5-7。

⁵⁴ 參照陳樸生，《刑事證據法》，三民，1995 年，頁 159。



原則，是相關批評大可不必強行誤解。

又財產來源不明罪之行為本質是屬於純正不作為，係將「說明義務」當成本罪純正不作為犯之作為義務，與不純正不作為犯之保證人地位依據之一的「因誠信原則而生之告知義務」之理念相同，故責令可疑行為人說明不明財產來源，符合社會相當性的期待，此並非舉證責任「倒置」由行為人負擔，而是行為人可以提出辯解以實其說，亦即，本罪對被告上開作為義務的要求並不意味著過錯推定而產生舉證責任的倒置，而只是產生舉證責任之「轉移」而已，因為此並非對無罪推定之否定。申言之，被告所提出之合理說明，若已使檢察官原本已經建構之「排除合理懷疑」已無法繼續存在時，即等同於將無罪推定原則「回復原狀」，檢察官即應繼續提出證據，亦即舉證責任之「再次轉移」，使法官「確信」被告此一辯解並非真實，否則基於罪疑惟輕原則，被告就有可能因此一辯解而獲判無罪，甚至此時檢察官應即撤回起訴或為被告之利益而為無罪之諭告⁵⁵。反之，倘是類案件檢察官已證明「被告有犯第四條至前條之嫌疑」、「於偵查中發現公務員本人及其配偶、未成年子女自被告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之不明財產」等犯罪構成事實後，若被告未提出任何主張或證據以抗辯或辯護，這是被告緘默權的行使，任何人都必須尊重，

只是緘默權的行使終究不能解免有罪推定（inference of guilt）⁵⁶的形成，因之，如果被告選擇放棄財產來源不明之程序法上「說明抗辯權」，勢必得承擔可能被定罪後果。

其次，本文要特別叮嚀的，乃經由財產來源不明罪的新類型罪名設計，可能會出現兩種結果，其一是寬縱犯罪：亦即行為人得以如願隱瞞其貪污重罪之犯罪事實而被以財產來源不明罪之輕罪取代；其二是處罰無辜：亦即可能出現儘管財產來源為合法，惟被告出於保護個人隱私或其他緣由而不願說明，例如因違背公序良俗之賭博所得、遮羞費、簽賭樂透、在聲色場所兼差、充當長官隱匿不法來源財產之人頭戶、係另犯貪污行為以外之刑事不法行為所得等而管領額外鉅額款項之情形。由此可見，不能說明來源合法並不同於該財產即是其貪污犯罪行為所得之非法財產，然而因為涉嫌貪污行為者擁有不明來源財產此一狀態，在經驗及論理法則之判斷上，存有高度蓋然性可「推定」係來自於貪污行為，故只要公職人員客觀上不能說明或解釋財產來源之合法性，即會構成本罪，事實上無庸甚至也無從探索行為人為何不願說明之「內心動機」，故行為人之心理態度對成立本罪並無影響⁵⁷。

二、關於擴大貪污犯罪所得擬制範圍的規定

關於上開貪污治罪條例第10條第2項增

⁵⁵ 參照邱忠義，〈無罪諭告應然觀（上）〉，《司法周刊》，1209期，2版；邱忠義，〈無罪諭告應然觀（下）〉，《司法周刊》，第1210期，2版。

⁵⁶ 參照蔡秋明，〈舉證責任—兼論刑事被告之地位及其舉證義務〉，《台灣本土法學雜誌》，55期，頁106-136。

⁵⁷ 有謂，財產來源不明罪無須具體考察行為人究係客觀上不能還是主觀上不願，就等於將該罪納入客觀歸罪範圍，立法者不惜以破壞主客觀相統一之犯罪構成理論基礎為代價而設定犯罪，反映了立法者對公權利之關心超過個體私權利可能受到侵害之擔心。其詳，參照陳清滄，同前揭（註30）文。

訂的擴大貪污犯罪所得擬制範圍的條文，精確而言，並非採取前述英國、新加坡及馬來西亞等國之推定貪污模式，亦非採用前述香港、澳門及中國大陸等地區之獨立犯罪模式，而是採用「附麗於」貪污治罪條例第 4 條至第 6 條之貪污罪之模式，屬於「搭便車」之性質，亦即，必須「證實犯有特定之貪污行為」為前提，最後才可當成其貪污所得，目的是要一併扣押、沒收、追繳、追徵或抵償，採取的是以小搏大之「槓桿模式」立法方式，與前述財產來源不明罪是屬於「獨立犯罪」模式不同。例如，被告異常財產有 1000 萬元，其被檢察官證明或法官認定貪污 600 萬元的證據明確，惟尚有 400 萬元異常財產無足夠證據足以證明與該貪污行為有直接關聯性，在被告未能就此 400 萬元之異常財產舉反證證明來源合法，則該筆異常財產即會被「已被證實之 600 萬元貪污所得」此一槓桿擬制為犯罪行為所得，好比搭了該「已被證實之 600 萬元貪污所得」的便車，而可予以扣押、追繳、沒收、追徵、抵償或發還被害人。當然，若檢察官連該 600 萬元都無足夠證據證明屬被告貪污所得，則全部 1000 萬元均不能依此種槓桿模式予以擬制犯罪所得而沒收，此時只能退而求其次地看能否適用前述較輕之財產來源不明罪予以追究。但要特予說明者，倘以財產來源不明罪起訴，例如行為人有 1000 萬元的不明來源財產，則將來要沒收之標的也是這全部的 1000 萬元，根本無須也不能（因條文用語是「犯第四條至第六條之罪」，當然不包括第 6 條之 1 的財產來源不明罪）再依此一貪污治罪條例第 10 條第 2 項規定予以扣押、沒收。

又擴大貪污犯罪所得擬制範圍的條文並非另行創設一個獨立的犯罪（罪）及處罰（刑）之犯罪類型已如前述，自與「罪與刑應法定」之原則無關，亦無罪刑禁止溯及既往之問題，此純屬刑事訴訟之扣押程序，或已認定犯貪污罪後之沒收程序，依「程序從新」原則⁵⁸，即使是行為後所增加之財產，仍應依本條推定為貪污之不法所得，如果被告無法證明係合法來源之財產，自可予以扣押、沒收、追徵、追繳或抵償。

此外，上開擴大貪污犯罪所得擬制範圍的條文課予被告舉反證義務係「證明」義務（說服程度），與同條第六條之一財產來源不明罪之「說明」（釋明）義務，程度上並不相同，亦即，此處要求被告須達到使檢察官或法官產生「無合理可疑」之心證程度才可以，與財產來源不明罪只要釋明達到「過半」心證之情形不同。此乃因在扣押、沒收等程序，並無檢察官應負完全實質舉證責任而使法官產生毫無合理可疑程度的要求，畢竟此一規定並非獨立「罪與罰」之犯罪類型，踐行此種程序亦不屬於犯罪之認定，自與無「罪」推定原則、被告不自證己「罪」、緘默權及「罪」疑惟輕等諸原則較無關係。總之，關於沒收程序，無寧認為係一「財產性懲罰」，性質上類似於「對物訴訟」，在此一程序中所根據者為「已被法院認定之被告貪污犯行」，如此才進一步「推定」（按條文用語為「視為」，應屬誤會）為該貪污罪之不法所得，如被告無法證明財產來源為非該貪污所得，則予以沒收。

三、追隨國際公約及國外立法例的良善立法

⁵⁸ 參照何賴傑，〈論刑事程序之程序從新原則—以刑訴法第三二三條修正為例〉，《刑事法雜誌》，44 卷 3 期，頁 108 以下。



經由前述介紹，修法通過之財產來源不明罪及擴大貪污行為不法所得認定範圍之規定，一來是追隨國際公約及國外立法例之腳步，二來分別以獨立犯罪及桿槓模式之方式立法，課予擁有不明來源財產之公務員說明或證明義務，符合純正不作為之法理基礎及具有法益保護之必要性，亦與刑事實體法之罪刑法定、禁止溯及既往原則，及刑事程序法之舉證責任、無罪推定、不自證己罪、緘默權及罪疑惟輕等諸原則無違，自無悖於正當法律程序的要求，應屬一立意甚佳的良善立法，相關的批判應到此為止，值此全民對公務員不收賄的高度期待與共識觀之，論者大可不必再為那些可能涉貪的公務員尋求反撲的機會，今後的重點不如著重在如何落實偵查的精緻度及審判的精確度上，俾免冤抑。

參考文獻（依引用先後順序）

一、書籍、文章

（政府機關公報、新聞稿、公聽會會議紀錄及立法院關係文書均略）

1. 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》，第164期，2008年12月。
2. 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》，第53卷4期，2009年8月。
3. 林志潔、黃任顯，〈財產來源不明罪之立法與評析〉，《檢察新論》，第6期，2009年7月。
4. 陳鈺銘，〈公務員財產來源不明罪立法之研究〉，《世新法學》，第2卷2期，2009年6月。
5. 吳景欽，〈公務員財產來源不明入罪化的疑義〉，《月旦法學雜誌》，第164期，2008年12月。
6. 邱忠義，《刑法通則新論》，元照，2009年2月，再版。
7. 米萬英，〈財產來源不明罪闡釋〉，《澳門廉政》，澳門廉政公署，11期，2004年10月。
8. 陳樸生，《刑事證據法》，三民，1995年。
9. 邱忠義，〈無罪論告應然觀（上）〉，《司法周刊》，1209期，2版。
10. 邱忠義，〈無罪論告應然觀（下）〉，《司法周刊》，第1210期，2版。
11. 蔡秋明，〈舉證責任—兼論刑事被告之地位及其舉證義務〉，《台灣本土法學雜誌》，55期。
12. 何賴傑，〈論刑事程序之程序從新原則—以刑訴法第三二三條修正為例〉，《刑事法雜誌》，44卷3期。

二、網站資料

1. United Nations Convention against Corruption-Text of the United Nations Convention against Corruption 31 October 2003, Available at: http://www.wbde.org/documents/2003Oct31_UN_Convention_Against_Corruption_Treaty.pdf(last visited Jul.4,2010).
2. OPSI, Prevention of Corruption Act 1916 (c.64), Available at:http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1916/cukpga_19160064_en_1(last visited Jul.4, 2010).
3. 廖先志，〈從香港及英國之財產來源不明罪看我國之立法可能〉，檢察官論壇，2008年8月20日，Available at:<http://www.prosecutor.gov.hk/>

- //172.31.1.3/mojmenu1.asp(last visited Jul. 12,2010).
4. 廖先志，〈淺論英國、新加坡與香港之財產來源不明罪〉，《檢察官論壇》，2008、5、29，Available at: <http://172.31.1.3/mojmenu1.asp>(last visited Jul.12,2010).
 5. Hong Kong Ordinances, Prevention of Bribery Ordinance - Sect 10,available at: <http://www.hklii.org/hk/legis/en/ord/201/s10.html> (last visited Jul.12,2010).
 6. Hong Kong Ordinances, Prevention of Bribery Ordinance - Sect 14,available at:<http://www.hklii.org/hk/legis/en/ord/201/s14.html> (last visited Jul.12,2010).
 7. Prevention of Corruption Act (Chapter 241), available at:[http://statutes.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-241&doctitle=PREVENTION+OF+CORRUPTION+ACT % 0A &date=latest&method=part](http://statutes.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-241&doctitle=PREVENTION+OF+CORRUPTION+ACT+%0A&date=latest&method=part) (last visited Jul.12,2010).
 8. Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes(Confiscation of benefits) Act, (chapter 65A), Confiscation orders for benefits derived from criminal conduct, available at:[http://statutes.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-65A&doctitle=CORRUPTION % 2C+DRUG+TRAFFICKING+AND+OTHER+SERIOUS+CRIMES+\(CONFISCATION+OF+BENEFITS\)+ACT % 0A&date=latest&method=part](http://statutes.agc.gov.sg/non_version/cgi-bin/cgi_retrieve.pl?actno=REVED-65A&doctitle=CORRUPTION%2C+DRUG+TRAFFICKING+AND+OTHER+SERIOUS+CRIMES+(CONFISCATION+OF+BENEFITS)+ACT%0A&date=latest&method=part)(last visited Jul.12,2010).
 9. 澳門特別行政區，第 11/2003 號法律，available at:[http://www.macaolaw.gov.mo/cn/search/load_content.asp? lang=chi_n&tpLeg=14&noLeg=11/2003](http://www.macaolaw.gov.mo/cn/search/load_content.asp?lang=chi_n&tpLeg=14&noLeg=11/2003) (last visited Jul.12,2010).
 10. 2009 年全球各國貪腐印象指數，Available at: http://www.tict.org.tw/News/091117_2009cpi_News.pdf(last visited Jul.21, 2010).
 11. Law of Malaysia, Act 575 Anti-Corruption Act 1997, available at:<http://politikus.xparte.com/aca1997.pdf> (last visited Jul. 12,2010).
 12. 徐蔚敏，〈認定巨額財產來源不明罪的幾點思考〉，Available at:<http://www.laikanya.com/jylw/200708/50462.html>(last visited Jul.12,2010).
 13. 胡錦武，〈巨額財產來源不明為何總成貪官"免死金牌"？〉，中國新聞網，2008 年 9 月 28 日，Available at:[http://www.xinjuhe.com/show.php? tid=2003](http://www.xinjuhe.com/show.php?tid=2003)(last visited Jul.12,2010).
 14. 阮傳勝，〈巨額財產來源不明罪的立法缺陷及其修正〉，上海律師資訊網頁，Available at:[http://www.shlszx.com/law_article.asp? id=104](http://www.shlszx.com/law_article.asp?id=104)(last visited Sep.29, 2008).
 15. 陳清浦，〈巨額財產來源不明罪的實然分析與應然思考〉，Available at:<http://www.laikanya.com/jylw/200708/50458.html>(last visited Jul.12,2010).
 16. 鐘書峰，〈巨額財產來源不明罪若干問題辨析〉，天涯法律網，Available at: [http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp? id=211&l_class=2](http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp?id=211&l_class=2)(last visited Jul. 12,2010).
 17. 姚立明，〈陽光法案－財產來源不明罪〉，Available at:http://www.deposewww.com/yao/law_1.html (last visited Sep.9, 2008).