

財產來源不明罪與 反貪腐公約內國法化之評估

許恒達*

目 次

壹、聯合國反貪腐公約內國法後 的新課題	參、從公約及施行法立法意旨檢 討財產來源不明罪
貳、財產來源不明罪的立法目的 與實務運作	一、尙不違反法律明確性原則
一、財產來源不明罪的立法	二、違反被告訴訟權保障之不 自證己罪原則
二、我國實務現況	三、違反比例原則
三、小 結	肆、結論：刪除財產來源不明罪 以符合公約規範意旨

* 國立政治大學法學院副教授。

壹、聯合國反貪腐公約內國法後的新課題

立法院於2015年5月5日三讀通過「聯合國反貪腐公約施行法」（以下簡稱為「施行法」）¹，施行法第1條揭櫫施行法的立法宗旨：「為實施西元2003年聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption），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，特制定本法」，我國礙於國際地位低落，難以加入全球性國際條約²，因此轉用內國化法技術，實質地達成國際公約的參與效果，先設法追求與國際公約內容、精神相接軌的內國法規範體例，並期待有朝一日能夠真正加入國際公約。聯合國反貪腐公約（以下簡稱「公約」）也就在這樣的氛圍，透過施行法而成為我國法律系統的一部分³，這一點尤見於施行法第2條第1項規定：「公約所揭示之規定，具有國內法律之效力」，未來內容繁雜的公約，也因此具備我國內國法的直接適用效力。

至於該如何適用已經內國法化的公約規範，施行法中也有相關明文，施行法第3條第1項說明反貪腐公約內容的解釋原則：

¹ 參見法務部2015年5月5日之新聞稿，<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=388342&ctNode=27518&mp=001>（2015年6月3日造訪）。

² 例如我國立法院於2009年3月時批准兩公約（公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約），同時通過兩公約施行法，總統於批准後透過友邦將批准書遞交聯合國存放（deposit），但聯合國秘書長未接受我國批准書，但我國仍基於兩公約施行法而將兩公約精神內國法化。由於我國國際地位特殊，透過施行法的介面而將國際公約內國法化，極有可能成為未來大勢所趨。相關討論，參考廖福特，國際人權條約內國法化與地方自治體，台灣國際法季刊，7卷2期，2010年6月，頁96-102。

³ 另一個以施行法內國法化的適例即「公民與政治權利國際公約」與「經濟社會文化權利國際公約」（所謂之兩公約），相關法律爭點參考廖福特，同前註，頁96-99。

「適用公約規定，應參照聯合國反貪腐公約實施立法指南及公約締約國會議之決議」，施行法第4條則規定各級機關實現公約精神的應盡義務：「各級政府機關應確實依現行法令規定之業務職掌，負責籌劃、推動及執行公約規定事項；其涉及不同機關業務職掌者，相互間應協調聯繫辦理」，至若有內國法與公約規範相衝突或矛盾的情況，施行法第7條則要求：「各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」換言之，在施行法生效、公約正式內國法化後3年內，我國相關法律規範必須能夠與反貪腐公約具體規範相互整合。

雖然公約直至2015年中才真正納入我國法，但早在2015年以前，爲了與國際反貪腐運動相互整合，擴大貪污犯罪的司法打擊面，立法者早就已經借鏡公約的規範精神，先行訂定了新的貪污犯罪對抗規範⁴，其中非常重要的條文是貪污治罪條例第6條之1的財產來源不明罪，而財產來源不明罪又於2011年再次修法，除了成罪範圍擴大之外，也一併提高刑事責任上限至5年以下有期徒刑。此一實質淵源自公約精神的新罪名，早於公約納入我國法體系之前就已內國法化，就理論以觀，在公約正式內國法後，此一罪名當然應屬完全符合公約精神的反貪污法規，然而，如果我們仔細地考慮公約的理念與規範架構，就會發現其中仍然存在既有刑罰構成要件與公約規範間的衝突。

析言之，在公約內國法化以前，財產來源不明罪本身是立法院通過的實證法，除非立法者修正，或由大法官認定違憲，否則

⁴ 值得思考的是，這種因國際公約而修正內國刑法，放棄既有法律基準的發展方向，是否會衍生進一步重刑嚴罰的問題，相關討論可參考高山佳奈子著，謝煜偉譯，「政治」主導下之近年日本刑事立法，月旦法學雜誌，172期，2009年9月，頁138-142。

應該具備全面的法律效力；在公約內國法以後，由於財產來源不明罪的國際公約源頭，亦即公約第20條寫道：「在不違背其國家憲法和法律制度基本原則之情況，各締約國均應考慮採取必要之立法和其他措施，將故意觸犯之下列行為定為犯罪：不法致富或資產非法增加，即公職人員之資產顯著增加，而其本人又無法以其合法收入提出合理解釋」（底線為筆者所加）。相對於公約第三章「定罪與執法」以下，有關貪腐行為入罪化的公約要求，絕大多數公約的個別條文文字，都只是簡要敘述「各締約國應採取必要之立法或其他措施」⁵，但針對財產來源不明罪，公約反而明確要求，必須「不違背國家憲法和法律制度基本原則」，才能將財產來源不明的故意行為入罪化，而依前述施行法第2條第1項規定，公約第20條對於財產來源不明罪的入罪前提，自應拘束我國立法機關，我國立法機關自應以公約第20條為基準，審視現行財產來源不明罪的規定，倘若現行財產來源不明罪違反了我國憲法或法律制度的基本原則，就出現了國際公約與內國法之間的規範衝突，此時究應依公約要求而修正內國法，或者優先適用立法者本於民主正當性而訂定的內國法，即有爭議⁶。不過，因為施行法第7條已經明確規定「有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進」，依立法者透過施行法所表達的意思，似乎採取國際公約優先於內國法的見解，再考量學說上也有相同意見⁷，基此，如果

⁵ 例如第15條賄賂國家公職人員、第16條賄賂外國公職人員或國際組織官員、第17條公職人員侵占竊取或挪用財物、第18條影響力交易、第19條濫用職權、第21條私部門之賄賂、第22條私部門財產之竊取或侵占等，公約均直接要求締約國必須有相應立法，但法文中未提及以符合締約國國內憲政或法律制度為前提。除了第20條財產來源不明罪之外，另一個特別要求立法前提者是第23條的洗錢行為。

⁶ 相關討論，參考陳明堂、陳荔彤，國家執法者執行國際法內國法化之法律制度，軍法專刊，60卷5期，2014年10月，頁9-21。

⁷ 廖福特，同註2，頁115。此外，法務部針對兩公約與內國法發生規範

現行財產來源不明罪違反公約第20條所限定的框架前提「國家憲法和法律制度基本原則」，立法者即應依施行法第7條規定，於3年內刪除或修正財產來源不明罪。

本文撰寫目的，正是檢討在公約內國法化之後，我國既有的財產來源不明罪應有走向，尤其須具體檢視現行法是否違背公約設定的入罪框架前提。以下討論，將先說明財產來源不明罪的立法規範及司法實踐現況，筆者將點出現行司法實務的若干解釋重點，接著再討論立法內涵與實務司法續造，究竟能否符合施行法第2條第1項所連結的公約規範，最後則對於未來修正方向提出簡要建議。

貳、財產來源不明罪的立法目的與實務運作

一、財產來源不明罪的立法

財產來源不明罪訂定於2009年，立法當時，社會上因政府涉入許多貪瀆案件，因此社會上充滿一股反貪氛圍，爲了回應這股肅清貪污行爲的社會期待⁸，法務部乃一反我國常參考的先進法學國家立法傾向（諸如美國、英國、德國、日本、法國等），改

衝突時，亦認同原則上優先適用兩公約，參見法務部對《「國際公約內國法化的實踐」委託研究報告》之對案建議，頁5-9。<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Data/292414332417.pdf>（2015年6月3日造訪）。

⁸ 當時的刑事政策與立法模式之考量，參考曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（上），月旦法學雜誌，141期，2007年2月，頁237-243；張明偉，公務員財產來源不明與犯罪，真理財經法學，2期，2009年3月，頁84-88；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，53卷4期，2009年8月，頁20-31；陳誌銘，公務員財產來源不明罪立法之研究，世新法學，2卷2期，2009年6月，頁284-302。

依循中國特別行政區香港、澳門的立法模式⁹，在貪污治罪條例中新增加財產來源不明罪的立法，強化貪污犯罪的訴追與處罰，於是在貪污治罪條例第6條之1，納入了財產來源不明罪。當時財產來源不明罪的規定內容為：「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」，簡單地說，只要涉犯「貪污犯罪」的被告，在涉犯後3年的財產本身有不明增加情事，在追訴貪污本罪的偵查程序中，若被檢察官要求說明其財產來源，卻未說明或未合理說明者，即在貪污本罪以外另行構成財產來源不明罪，至於什麼才算是「財產不明增加」，舊法規定是依「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」，某程度而言，這是一個極端形式的規範模式¹⁰。

2009年沸沸揚揚新增財產來源不明罪之後的1年間，本罪幾乎未曾被任何判決引用，立法者卻旋即在2011年再度修正財產來源不明罪的規範內容，其構成要件則改為：「公務員犯下列各款所列罪嫌之一，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三年內，有財產增加與收入

⁹ 此為立法理由中明文所指陳的參考憑據，參見立法院公報，2009年4月，98卷17期，頁74-76。相關比較法的研究，參考吳景欽，公務員財產來源不明罪入罪化的疑義，月旦法學雜誌，164期，2009年1月，頁53-63；黃成琪，公務員財產來源不明罪之評析，軍法專刊，47卷2期，2001年2月，頁15-18；邱忠義，「財產來源不明罪」之國外立法例及我國歷來修法之簡介，軍法專刊，56卷2期，2010年8月，頁204-210。

¹⁰ 對舊財產來源不明罪的立法評析，參考林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，檢察新論，6期，2009年7月，頁83-94。

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，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金：一、第四條至前條之罪。二、刑法第一百二十一條第一項、第一百二十二條第一項至第三項、第一百二十三條至第一百二十五條、第一百二十七條第一項、第一百二十八條至第一百三十條、第一百三十一條第一項、第一百三十二條第一項、第一百三十三條、第二百三十一條第二項、第二百三十一條之一第三項、第二百七十條、第二百九十六條之一第五項之罪。三、組織犯罪防制條例第九條之罪。四、懲治走私條例第十條第一項之罪。五、毒品危害防制條例第十五條之罪。六、人口販運防制法第三十六條之罪。七、槍砲彈藥刀械管制條例第十六條之罪。八、藥事法第八十九條之罪。九、包庇他人犯兒童及少年性交易防制條例之罪。十、其他假借職務上之權力、機會或方法所犯之罪」，修法後除了刑度增加，並擴大行為主體的範圍，增加了可能成罪的本罪被告類型外，也一併將不明財產的規定修改為概括性條款「涉嫌犯罪時及其後三年內，有財產增加與收入顯不相當」，即可成罪¹¹。

2011年的修法之後，雖然相關案件並不多見，但至少檢察官已經開始適用本罪起訴被告，法院也開始出現認定構成財產來源不明罪的案例，以本文寫作時所能查詢的判決為例，至少已有5宗刑案的判決提及財產來源不明罪，其中2宗案件甚至已經出現上訴而獲得二審判決，值得注意的是，其中4宗刑案的被告大多是受社會矚目的公眾人物，包括前行政院秘書長林○世案、前臺北市議員賴○如案、前桃園縣副縣長葉○文案、前臺中高分院法

¹¹ 對新法的討論，參考趙晞華，財產來源不明罪之立法疑義與省思，輔仁法學，42期，2011年12月，頁10-21；許恆達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論，82期，2012年6月，頁184-194；蘇佩鈺，近年來刑事實體法修正之回顧與評析——以刑法及貪污治罪條例為中心，軍法專刊，59卷3期，2013年6月，頁37-39。

官胡○彬案，較少受到注意只有前臺中警員吳○忠案而已。必須強調，這些案件均未確定，且在訴訟繫屬中，但考量財產來源不明罪尚無確定案件，本文對於我國實務如何看待財產來源不明罪的分析，仍以這5宗刑案為主¹²。

二、我國實務現況

(一)構成要件行為的認定標準

對於財產來源不明罪的解釋，首要問題涉及什麼是財產來源不明罪的構成要件行為，學說上共有「持有說」（以取得不明財產行為時作為犯罪時點）、「不作為說」（以被告經檢察官要求說明，卻未盡財產來源說明義務時作為犯罪時點），以及「持有及不作為說」（被告需先取得不明財產，再未盡說明義務，兩階段的行為才足以成立）¹³。這個問題在我國法上尤其重要，因為我國在短短3年間從無財產來源不明罪（2009年以前），增為3年以下有期徒刑的犯罪（2009年至2011年間），再加重處罰至5年以下有期徒刑的罪名，如果某被告在2008年因受賄而取得不明財產，遲至2010年才被發覺，檢察官於2012年於偵查庭上要求被告說明不明財產，但被告拒絕說明，此時如採「持有說」，犯行是2008年的取得時點，當時因無財產來源不明罪，即屬不罰行為；採「不作為說」則應以被告在偵查時未盡說明義務為犯罪時，故應依最重的新法規定處罰；至於採「持有暨不作為說」，則應以犯行歷時過程中的較輕時點為基準，上述案例被告建立不明財產的持有時點，財產來源不明罪尚未納入貪污治罪條例中，因此應

¹² 近期實務發展的討論，參考林怡君，財產來源不明罪之我國實務判決分析，檢察新論，17期，2015年1月，頁160-176。

¹³ 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，164期，2009年1月，頁89-91；曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（下），月旦法學雜誌，142期，2007年3月，頁266。

依2008年當時的無罪效果處理。

至於上述三說應該採何說，我國學說大部分見解似乎傾向不作爲說¹⁴，現有的判決雖然不多，但似乎也傾向採取不作爲說解釋財產來源不明罪，以我國實務史上首次適用財產來源不明罪的林○世案判決爲例，法院指出：「本罪係以公務員違反說明義務爲處罰要件之不作為犯。此財產來源之說明義務，係於公務員因涉嫌犯本條第1款至第10款所列罪名，在檢察官偵查中，經檢察官命其就來源可疑之財產提出說明時，即告發生[……]本罪係不作為犯，以被告應爲而不爲法律上所課予之說明義務，爲其成立要件。是被告犯罪行為時之認定，應以其負有作為義務而不作為爲判斷基準，亦即檢察官依法命被告就來源可疑之財產提出說明，而其無正當理由不爲說明、無法提出合理說明或說明不實之時點，爲其行為時之認定」¹⁵，顯然完全採取不作爲說，從而認定財產來源不明罪構成要件行爲¹⁶。

不過，近期判決也有一些不同看法，在胡○彬案的二審判決中，法院指出：「本條所訂公務員應說明來源之財產，自以本條修正公布施行後增加之財產爲限，始符罪刑法定原則及禁止溯及既往原則」¹⁷，依據此說，被告必須在2009年以後持有不明財產，才對其來源負說明義務，此項見解似乎一反下級法院主張的不作爲說，而是認爲建立起不明財產持有的時間點（即判決所謂

¹⁴ 邱忠義，同前註，頁90-91；廖正豪，同註8，頁30；林志潔、黃任顯，同註10，頁92-93。

¹⁵ 臺北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決。

¹⁶ 除了本案之外，另一則較明確的吳○忠案，臺中地方法院102年度訴字第2318號刑事判決也採取相同看法：「其犯罪主體為公務員本人，係以公務員違反說明義務爲處罰要件之不作為犯，此財產來源之說明義務，係於公務員因涉嫌犯本條第1款至第10款所列罪名，在檢察官偵查中，經檢察官命其就來源可疑之財產提出說明時，即告發生。」

¹⁷ 臺灣高等法院臺中分院103年度上訴字第1700號刑事判決。

的財產之增加時點)當下,有無財產來源不明罪的處罰,也左右行為人說明義務範圍,從這個角度來看,似乎有改採「持有暨不作為說」的傾向;同樣見解也出現在賴○如案,法院雖然先指出:「本罪修正前後之法定本刑及構成要件雖均有不同,惟本罪係不作為犯,以被告應為而不為法律上所課予之說明義務,為其成立要件。是被告犯罪行為時之認定,應以其負有作為義務而不作為為判斷基準,亦即檢察官依法命被告就來源可疑之財產提出說明,而其無正當理由不為說明、無法提出合理說明或說明不實之時點,為其行為時之認定」,這段文字貌似不作為說,但接下來法院話鋒一轉,進一步澄清:「本條所訂公務員應說明來源之財產,自以本條修正公布施行後增加之財產為限,始符罪刑法定原則及禁止溯及既往原則」,既然有無說明財產來源的義務,必須依據系爭財產的取得時點予以認定,那麼顯然法院也把建立財產持有當作犯罪行為的一部分,否則如何會有禁止溯及既往的問題。

雖然法院見解不完全統一,但至少很明確的是,說明財產來源義務的不履行構成最關鍵的犯罪行為時點,幾乎沒有任何法院採取前文提到的持有說,這一點可說是我國實務界對於財產來源不明罪的基本共識。

此外值得注意,何種情況才算是未履行財產來源的說明義務?我國法院對於相關疑點在判決中交待不算清楚,不過賴○如案的判決認為:「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實質舉證之責任,故並非舉證責任『倒置』由被告負擔。」¹⁸

¹⁸ 此為賴○如案之法院見解,參考臺北地方法院102年度矚重訴字第1號刑事判決。相類似看法,參考邱忠義,同註9,頁214-215。

值得注意的是，同案判決中更進一步指出：「公務員主觀上需具有直接故意，亦即行為人明知檢察官命其說明可疑財產之來源確為非法所得，其對此有說明義務，且亦能說明該等財產之來源，卻為了掩飾、隱瞞其真實性，規避應負之責任，拒不履行說明財產來源之義務，而損害國家機關之威信、玷污公務員職務之廉潔性，始即足當之。」此項見解所稱的直接故意，除了必須拒絕依實說明之外，還必須明知其財產來源而故為不實說明，或者拒絕說明。除了排除間接故意在財產來源不明罪的成罪可能性之外，似乎也一併呼應其所主張的「持有暨不作為說」的看法。

(二)與不自證己罪原則的關係

另一個問題則是被告訴訟中對其刑事責任的抗辯，通常被告會指出財產來源不明罪違反不自證己罪特權（Privilege against Self-Incrimination），雖然不是每個判決都詳細著墨此項爭議，但我國實務一貫地認為，財產來源不明罪無違反不自證己罪原則。

林○世案的一審判決中¹⁹，法院先指明不自證己罪原則的基本概念：「所謂『不自證己罪特權』，係指不得強要被告藉由自己之行為舉止（包括言詞或行動）證明自己之犯罪事實或犯罪嫌疑；而『緘默權』，則指在無罪推定原則之下，不得僅因被告單純保持緘默或拒絕陳述，即對其作出諸如『心虛說謊』之有罪事實或有罪嫌疑之不利推論。無論如何，此二權利皆在禁止國家機關強制被告或犯罪嫌疑人透露出對己不利之『犯罪嫌疑』或『犯罪事實』。反之，倘國家機關基於合理、特定之行政目的，命令人民為特定之作為義務，且該特定之作為義務並不會直接強制被告自我揭露『犯罪嫌疑』或『犯罪事實』，則此作為義務之命令與『不自證己罪特權』及『緘默權』之保障，即無抵觸。」

¹⁹ 以下均摘自臺北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決。

至於以上述標準檢驗財產來源不明罪，法院認為：「本罪目的，乃是為落實公務員財產申報制度，彌補單純課予行政處罰之規範不足，同時兼顧『不自證己罪特權』（緘默權）之保障，使偵查機關不致無端虛耗偵查成本，而與其他制裁貪污犯罪之刑罰規範得以相輔相成，俾達到積極防免公務員藉由身分、地位或職務之便斂取不法財產。以此而言，本院認為以刑罰手段課予公務員據實說明可疑財產『來源』之義務，尚非不合理之要求。其次，所稱『說明可疑財產來源之義務』，僅要求該公務員單純透露可疑財產係自何人或何處取得，並非強令其自證取得財產所由生之原因事實或法律關係，並不致因此直接引起公務員自證涉犯他罪之疑慮，更不足作為偵、審機關認定犯他罪之不利依據。蓋足引起公務員涉犯他罪疑慮者，係取得可疑財產之原因事實及法律關係，並非單純持有或透露該財產來自何人、何處等『來源』事實。」

最後法院總結以上看法：「本院認為本罪以刑罰手段課予涉案公務員說明義務之範圍，僅限於該可疑財產係自何人或何處取得，不及於取得該財產之原因事實或法律關係，故尚不致直接使被告陷入自我揭露『犯罪嫌疑』、『犯罪事實』，或提出不利於己『證據』之困境。在此範圍內所課之可疑財產說明義務，要無違『不自證己罪特權』之疑慮。」

簡單地說，法院認為當國家出於特定行政目的（？），而要求刑事被告履行特定作為，只要該作為「不直接強迫被告揭露犯罪事實」，即無違反不自證己罪疑慮；而財產來源不明罪並未強迫被告直接揭露其犯罪事實，只要求被告「說明可疑財產來源」而已，因此無違反不自證己罪基本原則的疑慮。

同樣見解亦可在賴○如案判決中看到，該案的法院認為：「『說明可疑財產來源之義務』，僅要求該公務員單純透露可疑財產係自何人或何處取得，並非強令其自證取得財產所由生之原因事實或法律關係，並不致因此直接引起公務員自證涉犯他罪之

疑慮，更不足作為偵、審機關認定犯他罪之不利依據。蓋足引起公務員涉犯他罪疑慮者，係取得可疑財產之原因事實及法律關係，並非單純持有或透露該財產來自何人、何處等『來源』事實。本罪以刑罰手段課予涉案公務員說明義務之範圍，僅限於該可疑財產係自何人或何處取得，不及於取得該財產之原因事實或法律關係，故尚不致直接使被告陷入自我揭露『犯罪嫌疑』、『犯罪事實』，或提出不利於己『證據』之困境。在此範圍內所課之可疑財產說明義務，要無違反『不自證己罪特權』之疑慮。」²⁰

從以上兩則詳述財產來源不明罪與不自證己罪的判決看來，法院見解顯然相當一貫，幾乎不認為財產來源不明罪可能牴觸不自證己罪權利。其他判決中對於此項議題的著墨相對較少，可能原因或許是被告律師未提及此部分抗辯，但至少法院也不認為這是一個值得在判決中詳述的議題。

(三)「財產增加與收入顯不相當」的認定依據

第二個問題涉及如何決定被告持有「不明財產」，由於多數實務見解都直接適用修正後的新法構成要件，其規定不再採用申報所得數字作為財產不明的論斷依據，毋寧改用概括要件，這使得實務在適用時倍感困擾，因而每個判決中都必須詳細申述其認「不明」的基準。以林○世案判決為例，法院先確認：「所謂『顯不相當』係一規範性構成要件，並未限定具體金額及範圍，應個案判斷公務員所增加之財產與其公職薪俸收入是否顯不相當，亦即應以該公務員之公職薪俸為其財產增加數額之比較基準，檢視是否有不相稱金錢資源或財產之增加，不以本罪修正前所定之『當年度增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜

²⁰ 臺北地方法院102年度曠重訴字第1號刑事判決。

合所得總額』為唯一判斷基準」²¹，換言之，只要個案中公務員或其最近親屬的財產增加，顯然與公職薪俸收入不相當，就可以認定其持有財產有不當情事。而具體判斷上，同判決中法院詳細地申述被告林○世曾經交付給其他共同被告若干財產，當這些財產明顯超出了被告應有的「公職薪俸及相關所得」時，即屬不明財產，對其來源即負有說明義務。

除了上開案例所採用的標準之外，也有否認被告並無不明財產的案例。例如賴○如案中，法院先強調同樣的判斷標準：「『顯不相當』此一規範性構成要件，並未限定具體金額及範圍，應依個案判斷公務員所增加之財產與其公職薪俸、合法收入是否顯不相當，不以本罪修正前所定之『當年度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』為唯一判斷基準」²²，不過接下來判斷要件是否成立時，法院則認為：「賴○如之合法收入來源不僅有市議員薪資及執行律師業務所得，且賴素如自100年11月25日起至102年3月27日止之收入遠大於檢察官如附表二所示總計643萬4,800元，並無財產增加與收入顯不相當情形，甚為灼然。是以，檢察官前揭以彭○雅安泰商銀帳戶內有如附表二所示總計643萬4,800元『現金』，非賴○如擔任市議員收入及個人執行律師業務所得，即推論非賴○如合法收入來源，而與其收入顯不相當云云，尚屬無據」，從此段引文可以發現，法院認為因被告收入頗高，而扣案可疑財產比被告收入低，故推論該可疑財產尚非不明財產。

綜合以上兩案，我們大概可以推論出現行實務判定「不明財產」操作方式：先確定若干可疑的「財產數額a」，接著計算被告及其最近親屬間的總收入而構成「財產數額b」，再將a、b兩筆數額相互比對，如果差異太大，才能夠認定為不明財產。

²¹ 臺北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決。

²² 臺北地方法院102年度曠重訴字第1號刑事判決。

以上見解某程度上確實符合法條規範的文字「財產增加與收入顯不相當」，不過要注意的是，個人收入除了儲蓄或投資，使得個人財產總值增加之外，還會用於日常生活的開銷，如果忽略了日常生活的可能開銷，僅因單純比較前述的a、b數額財產，就會造成判斷上的困難。例如被告年收入100萬，年開銷60萬，而被查到不明財產70萬，如果忽略了年開銷的數字，單純比較100萬（數值a）與可疑財產70萬（數值b），很有可能因為年收入較高之故，推論被告在同一年份內持有的70萬財產不算是不明財產，但此說法再加計60萬的年開銷之後，顯非合理²³。

例如吳○忠案的二審判決，即因未具體調查被告及最近親屬的年支出，而發生認定上的疑問。該案法院認定被告及其妻子3年間的收入計400萬元，在被告家中查獲的可疑財產則約176萬元，由於400萬遠較176萬為大，因此認定176萬非不明財產。此項判決方法顯然未個案判斷3年間的開銷金額，倘若被告及其妻子的開銷金額甚高（例如每年100萬元），那麼家中的176萬元顯然數額過高，即屬不明財產²⁴。

無論如何，我國司法實務對於如何認定不明財產，大致上已經有了初步看法，此一見解圍繞在收入、支出、可疑財產三個數額的調查與判定。

三、小 結

透過我國現有5宗涉及財產來源不明罪案例的分析、評釋，已經可以得知我國現行法院對於財產來源不明罪的解釋態度，我們大概可以整理為以下兩個重點：

（一）多數法院傾向將其構成要件行為理解為「未履行財產來源說明義務」的不作為，但也有法院一併將持有納入觀察。此

²³ 相關批評，參見林怡君，同註12，頁173-174。

²⁴ 林怡君，同註12，頁174。

外，部分法院也認為只要達到釋明程度，就可以稱得上已經履行來源說明義務，該法院甚至還認為成罪的主觀要件，必須限定於直接故意。

(二)所謂不明財產的認定標準，法院大多從年收入與可疑財產之間相互比較，但這種作法忽視了作為關鍵重點的行為人支出，所以近期的實務走向開始注意行為人收入、支出、可疑財產之間的互動關係。

參、從公約及施行法立法意旨檢討財產來源不明罪

以上分析了財產來源不明罪的實務現況，那麼，在公約內國法化之後，是否會對財產來源不明罪規範的正當性產生挑戰？進而必須適用施行法第7條的規定，儘快修正其規範？

從財產來源不明罪的實務現況以論，刑事司法顯然課予涉及特定犯罪者「據實說明財產來源」義務，該義務須被告先於本罪犯後3年，持有不明財產才能課予。就此而論，可能涉及兩個與我國憲法及法律體系有關的基本原則爭議。

首先是作為課予說明來源義務前提的「不明財產」，相關法條文字非常模糊，僅寫了「財產增加與收入顯不相當」，如此曖昧的用語，難免令人產生有違構成要件明確性的質疑。由於法律明確性原則受到我國大法官多號解釋所肯認²⁵，在刑法學理上也與罪刑法定主義相互呼應²⁶，倘若課予義務前提的規範有違構成

²⁵ 以法律明確性原則進行違憲審查的釋字與評析，參考許宗力，論法律明確性之審查：從司法院大法官相關解釋談起，臺大法學論叢，41卷4期，2012年12月，頁1687-1690。

²⁶ 參考王皇玉，刑法總則，2014年，頁48-50；auch vgl. Claus Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2006, § 5 Rn. 67 ff.; Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., S. 254 ff.

要件明確性，那麼財產來源不明罪即違反了我國現有法律體系的規範準則，未來自應修法調整。

其次則是據實說明財產來源義務本身的問題，常見的質疑是該罪違反刑事被告的不自證己罪特權，而此項權利實為被告受到憲法保障訴訟權的延伸²⁷，也構成刑事程序不可任意破棄的基礎法理²⁸。但令人驚訝的是，我國法院從首次適用本罪的林○世案

²⁷ 例如許玉秀大法官在釋字582號解釋的協同意見書中，認為不自證己罪是憲法自主原則之下的派生原則，故應該認為屬於憲法層次的權利，許大法官認為：「自主原則於刑事訴訟法上之第二層意義，則為被告之不自證己罪原則。不自證己罪原則即禁止被告背叛自己，而成為對己不利之證據方法（註十九）。基於國家所當然承認之個人人格自由，被告並非訴訟客體而係訴訟主體，被告既為訴訟主體，即有權決定是否以及如何捍衛自己在訴訟上之權利，而不自陷於不利之地位。不自證己罪原則（*nemo tenetur seipsum accusare*）亦有兩層意義：其一，關於被告自白之證據能力，賦予被告緘默權，且被告之緘默不得據以作為不利於被告之認定（註二十）；其二，關於被告自白之證明力，被告不利於己之供述，包含被告之犯罪自白，均不得作為認定被告有罪之唯一證據。所謂被告之緘默權，乃是被告不得被迫為不利自己之陳述，然基於自主原則，應准許被告任意為不利自己之陳述，亦即，基於法治國之自主原則，不自證己罪原則之意涵，僅限於禁止強迫被告為不利己之陳述，而不禁止被告之任意陳述，是以被告之非任意自白，不具有證據能力，被告之任意自白，非不得作為認定被告有罪之證據，亦即，具有證據能力。惟若僅以被告之任意自白，作為認定被告有罪之唯一依據，則復抵觸禁止被告背叛自己之法則，故禁止以被告之任意自白，作為認定被告有罪之唯一依據[……]基於法治國之自主原則，被告享有訴訟上之自主權，即作為訴訟主體之防禦權，諸如上述之緘默權（刑事訴訟法第九十五條第二款參照）[……]憲法上保障刑事被告之防禦權，即等同於保障其訴訟權，保障刑事被告之訴訟權，即等同於保障其於訴訟上與他造平等之權利地位」，此外，認為不自證己罪具有憲法位階的見解，參考王兆鵬，不自證己罪保護之客體，收錄於：氏著，一事不再理，2008年，頁225-226。

²⁸ 參見王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），2012年，頁355；林鈺雄，刑事訴訟法（上），2007年5版，頁155-157；Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2006, § 6 Rn. 14.

一審判決起，在判決行文中，就一再認為財產來源不明罪不牴觸不自證己罪原則，此項見解在筆者看來，仍有若干疑慮，倘若本罪牴觸了不自證己罪原則²⁹，那麼不免逾越了我國刑事司法保護被告的紅線，即應予以修法。

除了以上兩點之外，財產來源不明罪是刑事立法，實質的法律效果是有期徒刑及財產刑，附帶效果可能關聯不自證己罪原則的限制（訴訟基本權），這些效果都與基本權干預有關，提及基本權干預，就必須考量比例原則的審查問題³⁰，比例原則幾乎已經被大法官理解為憲法明文規定的基本原則，此時我們必須追問，是否財產來源不明罪的制裁符合比例原則？

承上，從既有文獻來看，法律明確性原則、被告不自證己罪原則、比例原則等三項重要原則，均屬我國憲法及法律制度基本且不得任何破棄的規範界限，財產來源不明罪若要有制裁正當性，並符合公約第20條所要求的入罪化框架前提，就必須先通過以上三項原則的檢驗，以下就以這三項原則為中心檢討財產來源不明罪的刑事制裁。

一、尚不違反法律明確性原則

第一個問題涉及說明來源義務的前提，此即特定犯罪被告必須於涉嫌犯罪後3年內，其「財產增加與收入顯不相當」，縱或我們暫時不討論為什麼不相當的收入就會產生說明來源義務，此項規定不免令人質疑其規範是否符合構成要件的明確性。

所謂的法律明確性原則，大法官在其歷次解釋中，大致上已經形成若干可得遵循的基本共識，例如在釋字第636號解釋中，大法官認為：「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成

²⁹ 進一步的討論，參考許恒達，同註11，頁161-164。

³⁰ 參考許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於：民主·人權·正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年，頁396-399。

要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違」，許宗力大法官更於論述中將此項概念具體化為三大判斷要點：「苟其意義非難以理解」，「且為受規範者所得預見」，「並可經由司法審查加以確認」³¹，換言之，構成要件是否明確的標準，端視規範文字的一般可理解性，並應觀察受規範者能否預見法律的管制範圍及對象，同時還有司法的可審查性。倘若符合上述三項要求，即符合法律明確性原則。

那麼，財產來源不明罪所謂的「財產增加與收入顯不相當」是否符合法律明確性原則？必須考慮，財產是一種能在市場上交換財貨的價值，本身具有高度的累積性及流動性。究竟有無財產「增加」或「減少」，必須透過比較方法才能知悉，實際操作時，應先鎖定二個特定時間點，比較這兩個時間點的財產數額，如果後時點的被告及近親總財產總額高於前時點數額，那麼顯然就有財產的「增加」，此時必須再與該被告收入相互比較，如果財產增多遠高於收入而達到不相當的程度，即可認定此一要件成立。

以上從文義所得的觀察結果，雖然符合財產可得增加的累積性特點，但卻未注意財產的流動性，條文只考量被告在兩個時點之間的財產增加與收入，卻未注意到為了生活必須的支出，不論是購買生活必需品或者消費非生活必需品，我們都得支出財產，忽視了財產支出而觀察到的財產增加數額，絕對不是合理的增加，也因此，實務操作此要件時，仍須納入被告及近親在二個時點之間的財產支出數額，欠缺該項數額自即無從確認增加與收入

³¹ 許宗力，同註25，頁1691。

是否相當。

既然「財產支出」是構成「財產增加與收入顯不相當」的必要考量因素，但在財產來源不明罪的條文中，卻又隻字未提，此項文字缺漏即可能違反法律明確性原則。不過依筆者之見，雖然條文中未提及「支出」，不過，判斷不明財產要素時，根本無法忽略支出所扮演的角色，否則在個案中甚至可能出現財產增加低於收入的事例³²，既然人的社會生活無法免除支出，即使條文中未言明支出，但從財貨的累積性及流動性雙重特質觀察，仍可推導出此一要素，而受到本罪規範的被告，同樣也可以透過推論而得悉並預期此項要件，故課予被告財產來源說明義務的前提事實雖然不甚明確，但在筆者看來，還稱不上違反法律明確性原則。

不過真正值得思考的是，如何篩選兩個時點來認定有無財產增加？此項疑問在法條中並無任何規定，單從文字解釋以論，只要在被告涉嫌犯罪的時間點以後3年之人，由檢察官任擇兩個時點，評估該兩時點之間財產增加、收入與支出後，認為有不合理的財產增加，即可能要求被告負說明義務，立法者顯然只在法條中規定了一定期間，但是該期間到底要如何計算、如何認定，完全取決於檢察官在個案偵查中的裁量，從這個角度而言，已經使得說明義務的成立，純粹依憑檢察官偵查所得與其個人評估、裁量，只要檢察官任意選擇兩個時間點，並認為這兩個時間點被告及近親的所有財產有來源不明現象，就可以進而要求被告說明其來源，被告在偵查過程中，完全無法事前預期檢察官的篩選標準，就此點而言，似乎已經違反了法律規範明確性。

此外，雖然構成說明義務的前提事實本身不甚明確，也有檢

³² 例如公務員被告年收入100萬，而受賄的不法所得共200萬，但其全年生活費與年中出國環遊世界旅費加總後，共花了250萬，該年度被告財產只增加50萬，年收入卻有100萬，此外不法花費則更多，不考慮其支出將使得被告並無財產來源不明現象，從而出現認定上極不合理的結果。

察官恣意裁量的模糊空間，但最終是否成立犯罪，始終繫於被告是否願意履行說明義務，只要檢察官依法要求本罪被告說明其來源，而本罪被告未能盡說明財產來源義務時，才會成立刑責，更精確地說，縱然構成說明義務的實質條件不算明確，但因為說明義務必須透過檢察官的「形式提問」才能夠成立，這使得被告最後構不構成財產來源不明罪，仍可透過檢察官提問的明確且具體判斷方式予以確認，對於本罪被告而言，財產來源不明罪的構成要件宣示了，當檢察官依其裁量，判斷財產資料的偵查所得已符合不明財產的成立要件時³³，本罪被告即負說明其財產來源的義務，此項認知可說是相對精準的成罪依憑。在這個意義下，財產來源不明罪有關說明義務實質前提的「財產增加與收入顯不相當」規定，還不算違反法律明確性原則。

綜合以上兩點討論，筆者認為財產來源不明罪雖然逼近牴觸法律明確性原則的紅線，但尚未逾越，故仍符合法律明確性原則。

二、違反被告訴訟權保障之不自證己罪原則

即使財產來源不明罪仍符合法律明確性原則，但還要進一步考量，處罰不履行財產來源說明義務的被告，是否違反不自證己罪原則。所謂不自證己罪原則，指的是不得以任何方式強迫被告作出對自己不利的陳述，這些方式包括事實上或是法律上方式³⁴。一般較容易想像的強迫手法是事實上強迫，例如警察毆打

³³ 筆者必須再次強調，檢察官的偵查所得固然有不盡合理的可能，但被告身處於資訊不對等的偵查程序中，也只能相信檢察官此時會作公正的裁量。此外，得否要求被告盡說明義務的實質財產關係，仍然可以成為法院在審查程序中調查的對象，即使檢察官認為已經符合不明財產要件，從而要求被告盡說明義務，但法院仍可宣告檢察官在偵查中調查所得，尚不符合「財產增加與收入顯不相當」，從而解除本罪被告的說明來源義務。

³⁴ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，同註28，頁355。

被告，強迫被告自白；至於法律的強迫方式，則例如立法規定，倘若被告緘默即推定其有罪³⁵，此外還有見解指出，當法律規定當被告自白犯罪時應給予刑罰優惠時，亦有可能構成以法律手段柔性迫令被告自白的問題³⁶。無論如何，不自證己罪構成了被告在刑事程序中最關鍵性的保障機制，這是憲法訴訟權的實踐，也是爲了保護刑事被告，程序上不得任何破棄的基本原則。

那麼，財產來源不明罪以刑罰強迫本罪被告揭露其不明財產來源，是否違反不自證己罪原則？筆者曾經爲文指出，絕大多數處罰財產來源不明罪的國家，多是大英國協的會員，其法律體系的傳統特色，在於並無立法上絕對不能逾越的規範框架，透過專法強迫被告針對特定罪名揭露有關的犯罪資訊，本來就沒有違反不自證己罪的問題³⁷；但在我國情況不同，財產來源不明罪使得本罪的被告面臨訴訟風險，倘若不將本罪有關的財產來源揭露，即可能在本罪之外，又構成新的罪名，這是一種對於本罪被告訴訟上不自證己罪權利的侵害，也因此，雖然財產來源不明罪本身並未違反不自證己罪原則，但卻使得被告在本罪的訴追過程中，被迫揭露有關財產來源的不利資訊，此項不利益的訴訟風險規定，顯然已經違反不自證己罪原則³⁸。

然而，我國實務顯然採取了完全不同的觀點，在前文提及的實務判決中，也有法院對於本罪究竟有無侵犯不自證己罪原則提出回應，法院見解重點有二：第一，這是立法者出於透明公務員財產申報目的，從而特別立法的規範，其規範理念本來就不是用來侵害被告的不自證己罪權利；第二，所謂侵害不自證己罪原

³⁵ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，同註28，頁355-356。

³⁶ 林鈺雄，不自證己罪原則之射程距離——最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌，93期，頁229-232。

³⁷ 許恒達，同註11，頁154-158。

³⁸ 許恒達，同註11，頁161-164。

則，指的是被告受迫揭露針對被起訴本罪的不利事證，財產來源不明罪僅以刑罰科予被告提供不明財產來源的義務而已，只要單純釋明不明財產來源，例如指明自何人或何處取得，但不必說明其事實或法律關係，本罪被告只要釋明其來源即不成罪，何況該項「財產來源的釋明」不必然等於本罪不利事證，故無違反不自證己罪原則的疑慮³⁹。

對於以上實務看法，筆者容有不同意見。財產來源不明罪雖然只要求本罪被告釋明「特定不明財產」的「來源」，但是當該不明財產確屬本罪的不法利得時，該被告勢將陷入三難困境，若其拒絕回答，或者作不實供述，均構成財產來源不明罪的新刑責，至若其揭露財產的來源，則無異受迫揭露受偵查本罪的不利證據；實務見解或謂在這種情況發生時，本罪被告只要「釋明財產來源」，不用揭露「與來源間之法律關係」，這種說法本質上是用來美化財產來源不明罪的煙幕彈。試想受賄罪犯嫌疑人甲公務員，從行賄者乙處收受200萬元，而經檢察官偵查所得，查到甲的財產增加額度中，共出現200萬元與甲收入不相符的數額，故檢察官認定該200萬元確認為不明財產，當檢察官問甲這筆錢來源為何時，依實務見解，甲唯一不構成財產來源不明罪的方法，就是告知檢察官「乙給我200萬」，而若甲已經自承從乙處收受200萬元，甲、乙間又無任何具體、明確法律關係以說明甲收受該筆款項的理由，再加上我國實務見解向來採取反面排除法認定甲收受的法律上原因，此即當找不到甲、乙之間任何其他合法法律關係時，就直接認定為是賄賂對價⁴⁰，這時當然會產生甲所犯本罪極度不利的法律推論。換言之，被告甲顯因財產來源

³⁹ 參見前述林○世案、賴○如案判決。

⁴⁰ 相關討論，參見許恆達，賄賂罪之對價關係及證明難題：評最高法院102年度臺上字第4887號刑事判決與其相關裁判，軍法專刊，60卷2期，2014年4月，頁81-83。

不明罪之故，爲了規避刑責，被迫揭露從乙處收受不明財產的事實，雖然這個所謂「釋明來源」的供述，不直接證明本罪刑責，但只要透過其他證據的綜合判斷，該項陳述內容幾可認定爲對甲不利的被告供述，如此即違反不自證己罪原則。

實務見解或許可能再反駁，倘若甲被查到的200萬不明財產，其實不是本罪的犯罪所得，因此甲只要單純揭露從何處取得，即不成立犯罪。然而在這類事例中，可能會造成更嚴重的問題。當該200萬是合法管道取得時，固然不生疑問⁴¹，但若200萬是檢察官偵查過程中從未發現的他案犯罪所得，例如甲協助丙廠商違法取得標案，並收受丙提供的200萬元回扣，此時甲若要規避財產來源不明罪，必須據實供述「丙給我200萬」，這種在偵訊過程天外飛來一筆的說詞，必然引起檢察官進一步的調查興趣，檢察官若意識到有可能查到其他弊案，當然會啓動新立案，進一步調查甲從丙處收受的200萬是否與貪污有關，甲作爲丙回扣案的被告，即因在收受乙賄賂罪的偵查中，面臨檢察官財產來源不明罪的強迫供述，而不得不得據實以告，揭露對甲自己極不利的金錢流向資訊，侵害了甲在丙回扣案中的被告不自證己罪權利。

從上述兩個事例可以發現，採取實務看法，即便本罪被告僅釋明「正確財產來源」，而得免去財產來源不明罪的刑事責任，仍有陷於本罪或未經發現他罪的自我損害風險，刑事程序中賦予被告不自證己罪權利，正是要求國家機關不能透過事實或法律手段，強迫被告供述而自陷不利之境⁴²，財產來源不明罪的立法，

⁴¹ 這種不生疑義的案例，並無參考價值，真正的重點應該放在可能出現疑義、同時影響被告不自證己罪權利的案例。

⁴² 正因為財產來源不明罪宣示了：「你若不告訴我錢哪裡來的，就構成犯罪」，筆者認爲財產來源不明罪「直接」地干擾被告不自證己罪權利。有關直接侵害不自證己罪權利，參考王兆鵬，刑事訴訟中被遺忘的權利——緘默權，收錄於：氏著，一事不再理，2008年，頁248。

顯然違反了此一規範宗旨。

甚而，檢察官對刑事程序中被認定為被告之人，在其供述之前，理應先踐行刑事訴訟法第95條的告知義務，其中包括得行使緘默權的告知，然而在財產來源不明罪立法後，本罪被告的緘默權在「不明財產的來源」部分已經受到限縮，被告此時即便緘默，也會構成新的犯罪，但綜觀刑事訴訟法及貪污治罪條例的法條規定，檢察官依偵查被告財務狀況所得而認定被告應負財產來源告知義務時，只要訊問被告，而被告未吐實或未陳述，即可成立本罪，法條中對檢察官特別的「財產來源訊問」，並沒有進一步告知義務的規範，本罪被告或許還以為自己不陳述或不實陳述，都不會成立偽證罪或其他刑責，但實際上卻已經該當財產來源不明罪了。在此的根本問題即是，被告緘默權實質受限時，檢察官理應告知本罪被告，他原有緘默權已經因檢察官對財務資訊的偵查發展而受限，如果拒絕供述「財產來源事項」而行使緘默權，不再受不自證己罪原則保障，而會另行成立財產來源不明罪，可惜法條規定上對於此項緘默權縮減事由完全未予規範，這也難怪法院在賴○如案中，法院將被告另行成立財產來源不明罪的主觀門檻到直接故意，強調被告必須明知其有說明財產來源義務時，才能成立本罪，即是因應無後續告知義務的解套方法。

最後回應實務見解對於財產來源不明罪與不自證己罪原則的兩項論點。第一，財產來源不明罪的立法當然不是為了侵害被告不自證己罪權利，但實務上運作的結果，確是實質干擾了被告不自證己罪的訴訟特權，甚至也因無「緘默權受限」的告知義務，使得本罪被告一開始被告知得行使緘默權，後來卻又不能針對不明財產來源事項行使緘默權，這完全造成本罪被告不自證己罪權能的架空效果。

第二，雖然「不明財產來源」不必然等於不利於本罪的事證，但只要該項來源的揭露確實有不利本罪的可能性，當然就違反本罪被告的不自證己罪權利，在若干極端案例中，甚至還可以

讓檢察官意外發現他罪的可疑事證，從而啓動新偵查案件。此外，偵查程序始終是一個進展過程，沒有人知道在檢察官要求本罪被告揭露特定財產來源時，該被告供述什麼時候會轉成對被告極度不利的本罪或他罪證據，僅以「不明財產來源」是單純釋明，就推論不足以影響被告本罪或他罪的構成可能，不免有其缺失。

綜上，財產來源不明罪的立法結果，使得被告陷入三難困境，若供述不明財產來源，即可能自陷本罪的成罪風險，若不供述或虛偽供述，則構成財產來源不明罪，這顯然是以法律規範的手法，架空了本罪被告應受保護的不自證己罪權利。既然不自證己罪是我國刑事訴訟法對被告最重要的保護內涵，也與憲法訴訟權的保障有關，現行財產來源不明罪顯然違反了此項權利保護的憲法及法律框架前提。

三、違反比例原則

接著討論財產來源不明罪是否違反比例原則。比例原則的概念自我國刑法第23條，已經成爲我國憲法系統下，對於基本權利侵害行爲的規範前提，而依一般所見，比例原則的構成內涵包括適當性、必要性及衡平性等三項指標，用以判斷基本權干預所要達成的目的（干預預期功能）及手段（干預效果本身）之間，符合比例衡平關係；所謂的適當性，指基本權干預必須能夠有效達成其規範目的之保護效果，必要性則是要求立法者必須在有效達成規範目的的手段之中，選擇最爲溫和的干擾方式，至於衡平性則強調，基本權保護目的價值必須高於干預的基本權價值⁴³。比例原則已然成爲我國憲法及法律制度中最重要的基本環節⁴⁴，財

⁴³ 參考林明鏘，比例原則之功能與危機，月旦法學雜誌，231期，2014年8月，頁66。

⁴⁴ 參考黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42卷2期，2013年6月，頁215-258。

產來源不明罪實質的刑罰效果是5年以下有期徒刑或罰金，顯然干預了本罪被告的自由及財產等基本權利，倘若不符合比例原則，其正當性即有疑問⁴⁵。

就適當性審查而言，必須先行確認財產來源不明罪的規範目的，包括立法理由，幾乎所有的官方或非官方文獻中，都認為財產來源不明罪的入罪化是爲了「澄清吏治，有效打擊貪污」⁴⁶，換言之，都是以「貪污行爲」的有效預防及有效遏止作爲規範期待效果，而其基本權干預的方式，則是於本罪被告未盡財產說明義務時課以刑罰，干預其自由或財產基本權，同時還一併影響本罪被告不自證己罪的訴訟基本權。進一步的問題即是：現行財產來源不明罪的構成要件及法律效果，是否真的可以有效地預防「貪污行爲」？

就此議題而論，財產來源不明罪處罰未盡說明義務的本罪被告，在其本罪之外，再另行科予新的刑罰，這種作法顯然以新增罪名方式，藉由侵害本罪被告的不自證己罪權利，從而追求「本罪」刑事責任的有效訴追與懲罰，換言之，財產來源不明罪本質的功能在於促進本罪的訴追便利性，亦即讓貪污的本罪更容易被定罪，但這是爲了便利訴追已經發生的過去本罪，與貪污行爲的未來預防其實欠缺直接關聯性，而以刑罰制裁不盡說明義務的本罪被告，除了便利已發生犯罪訴追的促進功能之外，到底能對未來政府機關內部的貪污行爲有多強的預防效果，其實尚待檢證⁴⁷。

即便仍肯定這種極其間接的防制貪污效能符合適當性，這種選項是否能夠通過必要性的檢驗，同樣也有疑慮。析言之，爲了

⁴⁵ 相近質疑，參考蘇佩鈺，同註11，頁39-41。

⁴⁶ 參見立法院公報，同註9，頁76；邱忠義，同註13，頁83-84；張明偉，同註8，頁84-88。

⁴⁷ 進一步的批評，參考林志潔、黃任顯，同註10，頁83-90。

有效防制貪污行爲，學理上已經有諸多研究，最重要的應該是建立權責分明的政府內部控管機制，設法在貪污行爲發生以前就予以防堵，不要讓公務員有任何濫用法令漏洞或裁量缺口的機會⁴⁸，這些行政管制作爲都不是刑罰，原則上不會構成人身自由、高額財產或不自證己罪等訴訟權利的干預，然而財產來源不明罪的入罪化，使得被告在本罪之外，另行成立刑責，甚至還實質限制了作爲被告訴訟保障最重要一環的不自證己罪權利，以刑罰威嚇本罪被告、同時迫使其陳述不利內容的作法，顯然不可能是防制貪污行爲的最溫和方式，甚至因爲影響了被告不自證己罪權利，而構成難以想像的嚴重干預，在這個意義下，根本難以通過必要性的審查。

退而討論衡平性的審查。已如前述，財產來源不明罪雖然刑度不算太高，但其法效已實質限縮刑事被告的不自證己罪權利，綜觀我國所有犯罪的訴追規範及實務，除了貪污治罪條例第6條之1臚列各罪的被告之外，沒有任何一種犯罪的被告在其犯罪偵查階段，會因未據實說明，或不說明與其受偵查罪名有關的事項，從而另行成立他罪的相類事例，即使被告所涉嫌的罪名是殺人、強盜殺人、強盜強制性交等最低本刑是10年以上有期徒刑，最重甚至可以科處死刑的案件，也未被強迫揭露與本罪有關係的財產、證物來源。這代表不自證己罪權利在刑事訴追程序中的重要性與不可侵犯性，如果被告不自證己罪權利這麼重要，僅因爲了有效預防或訴追刑度雖重，但仍不得科處最重極刑的貪污犯罪，就任意引入財產來源不明罪，透過刑罰強迫本罪被告供述，該罪所干預的不自證己罪利益，顯然高過所要追求的「廉能政府」目標甚多，基此，財產來源不明罪也無法通過衡平性的審查。

⁴⁸ Vgl. Dieter Dölling, Grundlage der Korruptionsprävention, in: ders. (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 2007, S. 39.

綜合以上審查，財產來源不明罪刑事制裁與限制不自證己罪權利的附帶效果，有違反比例原則的疑慮，既然比例原則是憲法明定、且經大法官釋憲實踐所肯認干預基本權的正當前提，財產來源不明罪自不符合我國憲法及法律體例下的此項基本框架。

肆、結論：刪除財產來源不明罪以符合公約規範意旨

總結上述，在我國正式將公約內國法化之後，基於公約第20條意旨，處罰財產來源不明罪必須先符合本國的憲法及法律基本原則，此項入罪化的前提框架，自然對我國立法者未來的立法活動產生拘束力，而依立法院通過的施行法規定，既有法律規定若有不符合公約要求者，應於3年內檢討修正。

財產來源不明罪在公約內國法化之前，即已引入我國法制中，雖然其不甚精確的構成要件還稱不上違反法律明確性原則，但已然不當限制被告的不自證己罪權利，也無法通過比例原則的審查，有鑑於被告訴訟權及其衍生的不自證己罪權利，以及干預基本權正當前提的比例原則，都是我國憲法及法律制度不得放棄的基本原則，依2015年通過的施行法及內國法化公約的規範意旨，財產來源不明罪自應於3年內檢討修正，否則即有違公約的規範精神。

接續問題是：未來應該如何修正財產來源不明罪？依筆者之見，財產來源不明罪干預了刑事被告最重要且最根本的不自證己罪權利，無論再怎麼修正，都無法自圓其說，惟一符合公約精神的出路，只剩下刪除該罪一途而已。基此，筆者認為主管機關應依施行法第7條規定，儘快向立法院提出廢除財產來源不明罪的草案，立法院亦應依同條規定，於3年內廢除財產來源不明罪，方屬符合公約規範方向之正確作法。