



# 不明財產來源說明義務與不自證己罪特權的衝突

——評最高法院106年度台上字第130號刑事判決

■許恒達 政治大學法學院教授

## 本案事實

被告甲曾任立法委員，涉犯職務上收受賄賂罪而檢察官起訴，成為受賄罪被告，不過該罪名是否成立，仍在法院審理中。本案關鍵議題則是：檢察官在偵查職務行為受賄罪的過程中，先後扣押甲妻乙名下，存放於X銀行保管箱內的950萬元（A筆款項），再扣押乙名下存放於Y銀行保管箱內的330萬元（B筆款項）。此外甲母丙在偵查程序中，主動攜帶1,800萬元現金交由檢察官扣押，經過調查，其中300萬是由被告甲在一年多前交由丙保管，丙再請其弟丁放入丁名義之C銀行帳戶（C筆款項）。

檢察官計算甲、乙夫妻於原受賄罪犯罪年度及前三年間的「夫妻每年申報總所得」與「每年新增財產額」，發現每年度新增財產數額，均明顯高於夫妻之總所得，因此認為甲上述A、B、C三

筆財產，均屬來源可疑財產，因此在偵查程序中，要求甲針對上述三筆款項的來源提出合理說明，但被告甲針對三筆款項分別指出：

壹、A、B兩筆款項，均存放於乙名下的銀行保管箱內，非甲所有，且乙已證稱此是乙的私房錢及乙父交付保管之金錢，與被告甲無關。

貳、甲未曾交付C筆款項給丙，故該筆款項與甲無關。

然而經過一審法院調查，A、B兩筆款項無法認定屬於乙自己的私房錢，也無任何證據足以證明來自乙父，其中存放A筆款項的保管箱，雖然是乙的名義，但聯絡人卻寫甲的名字，在銀行資料中，甚至留下甲的手機以茲聯絡，因此法院合理推測為甲交付乙；而C筆款項，依據丙的證詞，是甲交付予丙。因此三筆均屬於來源可疑的財產，一審法院也認為甲應知悉三筆款項來源卻故意不為合理說明<sup>1</sup>。

DOI：

關鍵詞：財產來源不明罪、不明財產、來源說明義務、不自證己罪原則、財產申報

<sup>1</sup> 本案之一審判決為臺北地方法院101年度金訴字第47號刑事判決。

## 爭點

壹、如何判定財產來源不明罪的構成要件行為？其保護法益為何？

貳、本罪行為人負有何種說明義務？說明義務是否違反不自證己罪原則？

## 判決理由

本案主要涉及到貪污治罪條例第6條之1的財產來源不明罪，一、二審均認為被告成立本罪，大致上的理由包括：

壹、甲、乙有每年收入與每年增加財產明顯不符情事；

貳、本案所查到的A、B、C三筆財產均屬於不明來源財產，而依證據均與貪污犯罪被告甲有關。

參、甲應明知上述三筆款項之來源，卻在檢察官要求為合理說明時，故意不為合理說明；

肆、要求涉嫌貪污指控的刑事被告，針對來源不明財產說明其「來源」，尚不違反被告不自證己罪特權。

本案一審及二審均認為被告成立財產來源不明罪<sup>2</sup>，連同本案貪污部分的刑責均上訴至最高法院，最高法院針對被告涉犯財產來源不明罪的事實部分駁回上訴，但涉嫌貪污部分仍發回原審重新審理，故本案僅有財產來源不明罪部分確定，針對成立財產來源不明罪的理

由，最高法院主要論點如下：

針對原審判決認定被告犯財產來源不明罪的相關證據，其中有部分屬於傳聞證據，但檢察官與辯護人均同意該傳聞證據有證據能力，此外，訊問被告要求合理說明財產來源的檢察官，也曾在一審以證人身份作證，並進行交互詰問，故無證據能力的疑慮；其他相關要件，認定上也沒有違反論理與經驗法則的疑慮。不過其中最高法院針對兩點有關財產來源不明罪的法律性質，提出了相對明確的見解與說理，自值重視。

首先是有關財產來源不明罪的行為態樣與犯行時點，最高法院肯認一、二審的意見，認為該罪屬於「不作為犯」的法律性質，而且犯罪行為時點應該以「偵查程序中檢察官行訊問時」作為成立犯罪的時間依據，最高法院指出：「財產來源不明罪係不作為犯，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」。

其次涉及財產來源不明罪是否違反不自證己罪原則的疑義，最高法院指出：「財產來源不明罪，係以：1.公務員犯該條各款所列罪嫌之一，2.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

<sup>2</sup> 本案二審判決為臺灣高等法院102年度金上重訴字第21號刑事判決。必須特別說明的是，本案一審判決所採見解，大致上均相同於本案的二審判決，故針對一審判決，本文不再多加著墨。

3年內，有財產增加與收入顯不相當，3. 檢察官命公務員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，為其犯罪之構成要件[……]實務上，檢察官起訴被告涉犯該罪時，應先就1、2之要件負舉證之責，被訴公務員始須就檢察官所指來源可疑之財產，負說明其來源之義務，就財產之來源，盡其釋明之責為已足，該公務員為釋明後，檢察官如主張其說明不實，檢察官仍應就其此一主張負舉證責任。原判決認貪污治罪條例第6條之1所定財產來源不明罪，以刑罰手段課予涉案公務員說明義務，該公務員就財產來源之說明範圍，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，始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，與『不自證己罪』、『緘默權』之保障，不生抵觸等由甚詳。所述與該罪之立法意旨無違」。

平心而論，針對財產來源不明罪有無違反不自證己罪的疑問，最高法院在判決中著墨有限，就直接認定並無問題而駁回上訴，不過，最高法院大致上肯定二審法院的意見，而二審判決中的有關論述則更為清楚，如果想要正確掌握實務見解脈動，透過觀察二審判決論點，可能會更加精確，考量二審判決指出了若干核心意見，其中包括三個極富啟發性的實務觀點，以下簡單依判決論述的先後順序摘錄二審判決的意見。

第一點涉及所謂「合理說明義務」的實質內容，二審法院指出：「涉案公務員所負說明義務之射程範圍。經詳細

分析公務員取得各式財物之過程，無非以下三個階段：(甲)公務員與交付財物者基於某特定之原因事實背景，合意成立一定之法律關係，以之作為日後移轉財物所有權及占有之法律基礎。(乙)基於雙方合意之法律關係，財物交付者移轉該財物所有權及占有給該公務員。(丙)公務員自財物交付者取得該財物之實際支配管領權。以此而言，倘認為涉案公務員說明義務之射程範圍，包括取得該財產所由生之原因事實及法律關係，將不免產生侵害其受憲法保障之『不自證己罪特權』(緘默權)之疑慮。且依本條文義：『(檢察官)得命本人就來源可疑之財產提出說明』，可知涉案公務員僅就其可疑財產之『來源』乙事負合理誠實之說明義務。所謂『來源』，係指該財產從何處而來，亦即該財產係何人交付、自何人處取得，此等說明義務僅在使偵查機關得以確認財產交付之對象，與涉案公務員是否涉有其他罪責並非直接關聯。至於涉案公務員係基於何等原因事實，係基於何等權利義務之法律關係而取得，交付之人又係基於何等原因而交付、交付原因是否合法等問題，因直接關涉公務員有無涉及犯罪之認定，該涉案公務員應受憲法上不自證己罪之保障，是此部分原因事實應屬偵查機關負實質舉證責任之範疇，尚非本罪所定合理說明義務之範圍(此部分所涉違憲疑慮之說明詳下述)。換言之，涉案公務員說明義務之範圍，僅限於說明可疑財產之『來源』，倘拒絕說明、未能合理說明或說明不實，即應以本罪處罰」。

第二點則有關可能違憲的不自證己

罪特權問題，二審法院主張：「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，即無牴觸」。

第三點與財產來源不明罪整體性的不法內涵有關，二審法院統合以上兩點見解，特別闡述了本罪不法內涵與保護目的後，明確地表示：「本罪乃所謂陽光法案之一，其立法目的，除在積極杜絕公務員貪污牟取不法財產，以遏止公務員貪腐行為與剷除官商勾結之溫床外，其因特定職務或身分之公務員本有依法據實申報財產之義務，而在偵查機關已追查知悉公務員有未據實申報且來源可疑財產之情形，倘漠視可疑財產之存在而不究明來源，非但使公務員申報財產制度形同具文，更將過度增加偵查機關進一步究明其來源合法性之偵查成本。換言之，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」。

綜合以上看法，二審與最高法院均認為，貪污罪被告雖然受到不自證己罪特權的保障，為了防制公務員不法貪污獲利，因此在一定條件下可以要求公務員負說明義務，從而限制不自證己罪特權的界限，透過法院的衡量，此項為防制貪污公益而予以限制的公務員不自證己罪特權的界限，在於被起訴貪污罪名的公務員若被查到有不明財產時，僅針對「來源不明財產」負有「來源」說明義務，若未履行該義務，即因偵查程序中的「不作為」而成立犯罪，該項說明義務僅限於該財產是從「何人或何處」取得，但被告與該人之間針對財產取得的內部法律關係，以及該人是本於何種原因而把財產交付給被告，均不在說明義務的範圍內。基此，本案受賄罪被告甲，對於A、B、C三筆可疑來源的款項，在檢察官訊問過程中，均未指出

「來自何人」，故未履行合理說明義務，成立本罪。

## 簡評

### 壹、概說

財產來源不明罪自2009年引入貪污治罪條例以來，一直在我國實務上未達成原來立法時預期的防制貪污功能<sup>3</sup>，某程度而言，我國刑事司法實務也對於財產來源不明罪採取了極度限縮的適用立場，大多僅在社會矚目案件中，會附帶性地納入財產來源不明罪的處罰，大致上可以認為，由於財產來源不明罪有高度爭議，實務上自然傾向採取限制適用的作法<sup>4</sup>。

不過近期實務見解似乎已經開始變動，尤其隨著相關案例上訴到最高法院之後，最高法院雖然撤銷原來有關貪污罪的判決結果，但對於財產來源不明罪則似乎已經逐漸形成一個穩定的適用方

向，部分最高法院近期判決，強調必須針對「不明財產」必須有相應佐證，才能證成被告的說明義務<sup>5</sup>，但也有部分最高法院判決，採取類似本案的法律立場<sup>6</sup>。即便如此，針對財產來源不明罪的法律屬性、罪質內涵、保護法益、犯行依據等問題，恐怕都還有進一步討論空間，此外，財產來源不明罪可以推導出貪污犯罪被告負有不明財產的說明義務，但這種義務可能與刑事被告的不自證己罪原則之間存在極度緊張的關係，包括最高法院在內的我國刑事法院，都已經意識到此一問題，並在本案判決中，發展出限制財產來源不明罪的解釋方法，藉以讓財產來源不明罪不至牴觸不自證己罪原則，那麼我們顯然必須進一步追問，這種限制解釋的操作取徑是否適合？是否真能通過憲法賦予刑事被告權利的檢驗？

考量相關議題甚多，因此本文將討論重心鎖定在一則具有代表性的判決，

<sup>3</sup> 針對立法評估，參考許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，82期，2012年6月，146頁以下。

<sup>4</sup> 參考許恒達，財產來源不明罪與反貪腐公約內國法化之評估，收錄於：法務部廉政署主編，聯合國反貪腐公約專題學術研討會論文集，2015年12月，277頁以下。

<sup>5</sup> 例如最高法院107年度台上字第2059號判決、最高法院107年度台上字第1838號等。

<sup>6</sup> 例如最高法院107年度台上字第612號刑事判決：「應以公職薪俸等收入為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。其應滿足之作為義務，乃於偵查中對於檢察官就可疑財產來源命其說明時，必須提出合理說明，且說明必須實在，倘無法說明應有正當理由，未能滿足此等說明要求之作為義務即成立犯罪」；又例如最高法院105年度台上字第2478號刑事判決：「一旦公務員涉嫌貪污、包庇犯罪或假借職務上之權力、機會或方法犯罪，且持有異常增加之財產，實難不令一般人合理懷疑是貪污所得，自然有損人民對政府之信賴及對公義之期待。因此，為健全肅貪法制，有效遏阻公務員之貪腐行為，以符合國民嚴懲貪污之殷切期待，促進廉能政治，澄清吏治，爰修正公務員涉嫌貪污、包庇犯罪或其他假借職務上之權力、機會或方法所犯之罪，而財產增加與其收入顯不相當時，即負有說明可疑

此即前行政院秘書長林○世的受賄案（以下代稱為甲），（Q：是否即為「本案事實」匿名的甲？）較受矚目、且引起重大法律爭議的受賄犯罪部分事實，在本案判決中，被最高法院發回高等法院重新更審，不過，最高法院卻駁回了財產來源不明罪部分事實的上訴，使得被告犯財產來源不明罪定讞，最高法院同時在本案判決中，宣示了若干極具關鍵性的見解，若再搭配最高法院似乎認可的二審判決有關本罪見解，我們或許可以掌握到實務對財產來源不明罪的根本想像。以下討論，將圍繞著本案判決的見解，分別從兩個面向展開，首先將分析本案判決中，有關法益與構成要件行為的解釋問題，接下來則討論最高法院對於刑事被告有關其不明財產的說明義務內容，以及該義務與不自證己罪原則之間的關係。

## 貳、構成要件行為與保護法益的串連關係

首先最高法院對於本罪犯罪行為與保護法益的看法，由於財產來源不明罪（以下簡稱本罪）的構成要件規定：「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」，立法者並非僅從單面向描述行為人必須實行的行動過程，依立法者的設計，行為人必須具有特定犯罪被告的身分，接著自己、其配偶或未成年子女發生「持有的財產增加」情事，而其數額與收入顯不相當，並且「未履行說明義務」才會成立犯罪，從構成要件文字中可能涉及犯罪行為的字眼來看，行為人成立犯罪可能包括上述三人「持有」與收入不相符的財產，以及「不履行說明義務」兩個不同的行為階段，此時本罪的犯罪行為究竟為何，可能有三個選項，包括：一、產生不明增加財產之持有、二、不履行說明義務，或者三、產生不明財產之持有+未履行說明義務，究竟應該從哪個行為來分析本罪的不法內涵，就會產生疑問<sup>7</sup>，也會對於本罪其他要件的解釋產生影響，例如行為人在取得財產後、偵查中不履行告知義務前，若法條發生修改，那麼此時應該適用不履行告知義務前的舊法、或是不履行告知義務時的新法，就會發生疑問，而此一疑問必須緊扣著構成要件行為的拿捏與設定<sup>8</sup>。

針對以上爭議，最高法院明顯採取了不履行說明義務的不作為犯解釋套路，認為財產來源不明罪的犯罪行為，應該從被告受檢察官訊問時，對於被檢方認定為不明來源的財產，無法合理地

<sup>7</sup> 有關本罪的構成要件行為，參考許恒達，同註3，147-149頁。

<sup>8</sup> 另一個不易處理的問題則是，是否「持有」可以直接作為犯罪行為來觀察，學說上有不同見解，有認為持有只是一種狀態，並非行為，就此爭議，vgl. Schroeder, Besitz als Straftat, ZIS 2007, S. 448 f.; Eckstein, Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen, ZStW 117 (2005), S. 110 ff.

<sup>9</sup> 相近立法與解釋爭議，亦見於阿根廷的立法，依文獻上的說明，傾向從「不履行說明義務」

說明其來源之「不作為」時點作為成罪依憑<sup>9</sup>。平心而論，這種是一個相對直覺的文義解釋觀點，畢竟行為人一定要未盡說明義務才有辦法成立犯罪。而採取此見解之後，順勢也會推導出後續的解釋推論：第一點是法律修正情狀的適用準據，因為財產來源不明罪是獨立的不作為，行為時點應該從不作為時判斷，如果法律在「貪污後／不作為前」曾經修正，不會影響依不作為時點已經修正的新法論罪；第二點則是與前行為之間的關係，既然不作為是獨立論罪的構成要件行為，該不作為自然與之前被起訴的貪污犯罪關係有限，貪污罪名／財產來源不明罪之間即屬獨立兩行為所構成的實質競合關係，兩罪之間不會有從重處斷或特別／概括條文的關係，因此即使貪污犯罪尚未確定，法院也可以直接宣告財產來源不明罪獨立成罪<sup>10</sup>。

然而，為什麼本罪構成要件行為是不作為，恐怕需要更進一步審視。這個問題或許可以從實務見解所表達的保護法益內涵觀察，析言之，每個構成要件都有保護的法益，而行為人必須實行法定構成要件行為，才足以啟動損害法益的流程，也才能夠侵害法益<sup>11</sup>，如果可

以肯認此一觀點，我們就可以從保護法益實質內涵觀察構成要件行為的內容，舉例來說，詐欺罪保護財產法益，只有連動財產處罰效果的謊言，才可以被理解為詐欺罪的詐術行為<sup>12</sup>，如果行為人僅為了鋪陳後階段誘騙財產效果，而對於被害人施以花言巧語的謊言，只要這些謊言無關財產處分，就不會納入詐術的範圍，行為人也就不會成立詐欺罪。換言之，若立法者設定不作為是構成要件，那麼「不履行說明義務」必須有效地與本罪保護法益內涵相互串連，而該保護法益內容，還必須具備刑法介入保護的正當性，才能合理地解釋本罪。亦即，一方面「構成要件行為→保護法益」的串連關係必須足以證成，另一方面，法條所要保護的法益也必須具有充分的需保護性，否則整體論述恐怕就無法連貫，從而違反刑法釋義學的論理基礎。以下就分從兩個在判決中提及的保護利益內容，設法觀察最高法院所採的不作為說，是否能夠與保護法益建立起充分的關聯性，以及其所設定的保護目的是否具有充分正當性。

### 一、保護財產申報制度？

---

視角認定財產來源不明罪的南美洲立法例，僅只有阿根廷，至於相近立法的秘魯與墨西哥，都是採取「不明財產取得」作為犯罪行為的立法，vgl. *Kliegel, Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung*, 2013, S. 42 ff., S. 304 f.

<sup>10</sup> 能夠構成（Q：語句？）財產來源不明罪的前階段罪名，依我國現行法的規定，其實不必然與貪污有關，包括組織犯罪防制條例第9條之罪、懲治走私條例第10條第1項之罪、毒品危害防制條例第15條之罪、人口販運防制法第36條之罪、槍砲彈藥刀械管制條例第16條之罪、藥事法第89條之罪與包庇他人犯兒童及少年性剝削防制條例之罪。由於這不是本文重點，以下均僅討論前行為涉及貪污犯罪的事例。

<sup>11</sup> Vgl. *Freund*, AT, 1998, § 2 Rn. 16 ff.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. *Mitsch*, BT/2, 3. Aufl., 2015, S. 270.



本案二審判決曾經指出：「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」，果如判決所示，法院認為落實財產申報制度的行政目的需求是本罪的保護內容，那麼顯然可以將構成要件行為設定在不作為，亦即，正因為行為人未盡告知義務，有害於財產申報的行政目的，才需要財產來源不明罪的刑事制裁效果，擔保申報制度目的的實現。

採取上述法益視角，那麼財產來源不明罪無異於財產申報制度的保護延伸，用以更有效地擔保已經進入刑事訴追被告的財產，能夠更完整、充分地申報予公家機關。問題在於，財產申報制度固然是陽光法案，但充其量只是有效維護政府施政透明、公務員清廉從政的機制<sup>13</sup>，公職人員財產申報法第11條與第12條也已訂有未申報與不實申報的行政罰則，在已經有行政罰維護行政機制的前提下，還要動用刑罰來保護行政目的，不免多此一舉；此外，進入財產來源不明罪適用範圍的行為人，都已經涉嫌犯罪，此時因為行為人已經成為刑事偵查的對象，不再是一般無關貪污的公務員，其財產本來就會受到更多檢視，更因涉嫌貪污而已經侵犯了申報制度應有的行政機能了，如果還要再次透過財產來源不明罪的處罰，保護一個已經失

去實質效果的行政制度，恐怕並不適宜。

基於以上兩點的討論，保護財產申報制度的法益固然可以有效地證成構成要件行為是不作為，但此一方向的保護法益設定，卻無法正當化施用刑事制裁，採取此種解釋恐怕違反刑法基本原則。

## 二、保護公務活動的純正性？

另一個視角是「防制貪污」的法益保護目的與「不作為」犯行之間的關係，在二審判決中，法院曾經指出：「本罪乃所謂陽光法案之一，其立法目的，除在積極杜絕公務員貪污牟取不法財產，以遏止公務員貪腐行為與剷除官商勾結之溫床」，依此見解，財產來源不明罪透過引納刑事制裁期待達成的規範效果，並非「期待公務員揭露財產」，而是「期待公務員不為貪污」，從而達到公務活動（Q：公務員？）僅本於法令規範作成的機能保障，只不過要有效防制公務員貪污，就必須讓公務員有效揭露財產來源，使其財產狀態透明。在此意義下，財產來源不明罪應可理解為貪污犯罪的抽象危險犯，事實上，這種想法在二審判決中也約略提及<sup>14</sup>。

固然「說明不實財產」與「防制貪

<sup>13</sup> 參見王紀軒，違反財產申報規定的處罰規範與檢討，高大法學論叢，13卷1期，2017年9月，74-77頁。

<sup>14</sup> 二審判決指出：「本罪乃所謂陽光法案之一，其立法目的，除在積極杜絕公務員貪污牟取不法財產，以遏止公務員貪腐行為與剷除官商勾結之溫床外，其因特定職務或身分之公務員本有依法據實申報財產之義務，而在偵查機關已追查知悉公務員有未據實申報且來源可疑財產之情形，倘漠視可疑財產之存在而不究明來源，非但使公務員申報財產制度形同具文，更將



污」之間有論理關聯性，而從抽象危險犯法理來觀察，似乎也有一定說服力。不過筆者認為此種理解方式仍值商榷，主要理由有三點。

（一）貪污犯罪的核心是濫用公務員地位所連結的公權力，進而讓自己獲取利益，然而不履行說明義務，至多阻礙刑事司法機關偵辦貪污行為時的訴追效能，在貪污之後才發生的不作為，根本無法斂財。不作為如何能夠與制裁貪污發生連動關係，顯然不無疑問。說得更明確點，如果規範理由鎖定在防制貪污，那麼處罰對象理應限定於貪污行為，不論該貪污屬於受賄、圖利、包庇，在此意義下，刑法透過制裁貪污行為而使得公務員未來不願再實行類似行為，然而不履行說明義務的不作為，根本無法產生不法斂聚財產效果，能否透過處罰不作為而防制貪污，恐怕有待商榷<sup>15</sup>。

（二）在一般立法上，抽象危險犯通常運用到在法益實質受到干擾之「前」的控管，透過前置可罰性有效地保護法益，然而財產來源不明罪是在「貪污已完成」後才另行為之，這種事後犯罪恐怕難以理解為前貪污行為的抽象危險犯

（三）倘若公務員名下的不明財產，實際上非來自於貪污，前述「有效揭露財產」與「防制貪污」之間的論理關聯性就可能中斷。假設公務員甲因收受受賄罪（X罪）而被起訴，但他另外在公務活動之餘，又騙取了他人財產，不過此一詐欺犯罪（Y罪）並未被揭

發，當該公務員被發現涉犯X罪時，該公務員或其配偶名下若同時有Y罪的犯罪所得，若檢察官在偵查程序中，發現該部分所得並要求公務員說明來源時，如果公務員不說明「因犯Y罪而得」，那麼就會成立財產來源不明罪，由於Y罪實際上無關貪污行為，而是獨立於貪污的財產犯罪，此時財產來源不明罪所要揭明的不法所得，完全不涉及貪污行為，而是其他種類的犯罪，財產來源不明罪在這種情況發生時，根本無法貫徹保護公務活動僅因法規範而作成的預設目標。

基於以上三個理由，筆者認為最高法院將本罪犯行限定在「不履行作為義務」的看法，從保護法益的視角觀察，完全無法解釋本罪可罰性依據為何。可惜的是，最高法院顯然將「被告與關係人所建立持有財產」的行為，當作是構成本罪的行為情狀，然依筆者所見，一旦分離觀察財產來源不明罪與前階段的貪污行為，就會架空財產來源不明罪期待揭露不明財產來源，藉以強化打擊貪污的原始立法意旨。

討論至此，可以認為從不作為視角掌握財產來源不明罪，根本無法正當解釋財產來源不明罪究竟要保護什麼利益，因為不論是判決所謂的「財產申報制度」，或是「公務純正性」等利益，前者欠缺刑法介入的必要性，後者無法透過不作為予以保護。綜合以上分析，筆者認為最高法院主張的不作為構成要件行為解釋角度，無從正當化本罪的處罰理由，也缺少法益關聯的論述架構，

<sup>15</sup> Kliegel (Fn. 9), S. 298; 許恒達，同註3，149-152頁。

實須再行檢討。

## 參、告知義務內涵與不自證己罪特權

### 一、不自證己罪特權的內涵及其限制

暫時拋開保護法益內涵的問題，將討論重心轉向至本案判決對於告知義務的看法。已如前述，透過財產來源不明罪，立法者科予偵查中的貪污罪被告，針對其個人、配偶或未成年子女名下的不明財產，負有來源說明義務，如不提供檢察官相當資訊，就會成立財產來源不明罪，在此意義下，本罪的立法不無與不自證己罪原則相互衝突<sup>16</sup>。就此統合最高法院與高等法院的看法，法院似乎認為：刑事被告的不自證己罪的特權在一定條件下可予以限制，財產來源不明罪即屬為了重大公益所給予的限制，而這種限制僅要求刑事被告必須提供不明財產的來源資訊。不過，針對以上見解，筆者認為仍有若干值得討論之處。

首先先行釐清，究竟不自證己罪特權的實質內容為何。不自證己罪作為刑

事被告的重要權利，保護被告不受任何方式強制提供不利於自己的證據資料予刑事偵查機關，該項權利攸關被告在刑事程序中是否獲得程序主體地位，更與被告的實質程序保障有關。一旦被告受到事實上或法律上的強制，而被迫必須供述不利自己的證據資料而自陷於罪；此一原則的具體實踐，可以展開於三個不同層面，包括：（一）偵查機關不得採取強迫取證的手法，在被告供述前也必須盡告知義務；（二）倘若仍違反該基本原則而侵害被告不自證己罪特權，法院應該認定該供述即無證據能力；（三）除了以上司法實踐之外，立法機關原則上不得設計強制被告供述不利於己的法律機制<sup>17</sup>。以上三項不自證己罪特權的延伸問題中，與財產來源不明罪最有關聯的是立法機制層面，財產來源不明罪正是透過刑事立法創造新的罪名，要求被告提供可能屬於前犯罪不法所得的來源資訊，也因此我們必須進一步追問，是否立法上可以限制不自證己罪特權？

就此疑問，學理上的多數見解均認為，不自證己罪特權雖然是刑事程序的

<sup>16</sup> 筆者早前就已為文指出此一問題，參見許恒達，同註3，158-161頁；許恒達，同註4，293-298頁。

<sup>17</sup> 參考王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），2012年9月，356頁以下。學說上另有將前述見解（不自證己罪原則僅適用於被告供述）稱之為供述基準，而參考德國法見解，認為不論供述或非供述證據均受不自證己罪原則的保護，此說又將前述觀點稱之為「供述基準」，而將後者稱為「主動基準」，參考林鈺雄，論不自證己罪原則——歐洲法整合趨勢及我國法發展之評析，收錄於：刑事程序與國際人權，2007年12月，283-285頁；王士帆，不自證己罪原則，2007年6月，112-118頁。德國法基本上較傾向所謂的主動基準，vgl. Kölbel, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, S. 44 ff.; Verrel, Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes – 2. Teil, NStZ 1997, S. 415 ff.; Schumacher, Nemo tenetur im Spannungsfeld zu außerstrafrechtlichen Offenbarungspflichten, 2017, S. 78 ff.; Ransiek/Winsel, Die Selbstbelastung im Sinne des »nemo tenetur se ipsum accusare«-Grundsatzes, GA 2015, S. 620 ff.

重要原則，但是不自證己罪不是絕對而不能受到任何限制的權利類型，在具體情況中，如果有更重要的利益保護需求時，可以在一定範圍內立法限制不自證己罪特權<sup>18</sup>，透過立法課予行為人可能自陷於罪的行為義務，並在行為人違反相應義務時予以處罰。此種透過立法課予義務並設定罰責，從而限制不自證己罪特權的作法，具體內容大致可以分成「非刑事法的限制」與「刑事法的限制」兩種不同面向。

就非刑事法的限制來說，最重要適例涉及稅法領域。例如納稅義務人針對與稅捐有關係的事實，負有完整告知與陳報的義務，比方稅捐稽徵法第30條第1項即規定：「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員，為調查課稅資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，要求提示帳簿、文據或其他有關文件，或通知納稅義務人，到達其辦公處所備詢，被調查者不得拒絕」，該規定賦予納稅義務人必須針對不利於己事項，向稅務機關告知、配合的相關義務<sup>19</sup>，在稅法上稱之為協力義務，如果納稅義

務人有違反該義務<sup>20</sup>，除了稅務機關可以直接推計核課稅捐，納稅義務人也會失去租稅優惠效果，若法律有規範，也可以動用行政罰處罰不盡協力義務的納稅人<sup>21</sup>，在此意義下，納稅義務人顯然因稅法上協力義務的強制要求，以及違反時連動的行政罰則，負有告知稅務機關不利於己事實的協力義務。問題即是：如果行為人本身已經涉嫌漏稅的刑事罪名，在接下來的核課稅捐程序中，因為屬於行政程序，仍然可以透過法律制度強制可能涉嫌犯罪的行為人告知有關稅捐事項，但是違反了行政法的告知義務，至多只會有行政罰，不會因此而另外構成原漏稅罪名以外的刑事制裁，主流見解均認為此項行政法意義的限制，不會侵害行為人在刑法上不自證己罪特權<sup>22</sup>。不過必須注意，此項限制僅限納稅義務人應將特定資訊告知行政機關，不得擴張解釋為亦應告知刑事訴追機關，即使稅務機關在課稅的行政程序中，受納稅義務人告知而知曉與之前涉嫌罪名的事實，稅務機關仍不因此負有刑事訴追的協力義務，不可以把相關資

<sup>18</sup> Vgl. *Kliegel* (Fn. 9), S. 317; *Ransiek/Winsel*, GA 2015, S. 635 ff.; *Seebode*, Über die Freiheit, die eigene Strafverfolgung zu unterstützen, JA 1980, S. 496 f. <sup>19</sup> 僅參考葛克昌，協力義務與納稅人權益，月旦法學教室，92期，2010年6月，56-59頁。

<sup>20</sup> 大法官對於稅法上協力義務的違反，曾作成釋字第218號解釋（推計核課方式合憲）、第356號解釋（滯納金、滯報金的處罰合憲）與釋字第537號解釋（失去稅捐優惠合憲），參考蕭文生，論當事人協力義務——以行政執行制度為例，政大法學評論，95期，2007年2月，153-156頁。

<sup>21</sup> 處罰規範例如所得稅法第110條第1項：「納稅義務人已依本法規定辦理結算、決算或清算申報，而對依本法規定應申報課稅之所得額有漏報或短報情事者，處以所漏稅額二倍以下之罰鍰」，進一步討論參考李介民，從資訊自主決定權觀點探討稅法上協力義務的界限，興大法學，22期，2017年11月，71-73頁。

<sup>22</sup> 參考王士帆，同註17，299-301頁。Vgl. *Kliegel* (Fn. 9), S. 330 f.

<sup>23</sup> 參考王士帆，同註17，311-318頁；王士帆，稅捐協力義務與不自證己罪，收錄於：春風煦日

料轉交刑事訴追機關。無論如何，當行為人是納稅義務人而涉嫌犯罪，他仍在行政法上負有協力義務，不履行時會構成行政罰，該行政罰不違反不自證己罪原則，但不可以把為了滿足協力義務所提供的資料，用以進行刑事訴追<sup>23</sup>。

至於刑事法層面的限制態樣，一般看法大致認為，當被告可能涉嫌前罪名時，固然可以主張不自證己罪特權，但若被告享受不自證己罪的全面性保障，可能帶來進一步法益損害時，立法者即可本於其立法裁量空間，在一定範圍內限縮被告原應享受的不自證己罪特權<sup>24</sup>。最具有代表性的議題即刑法第185條之4

的肇事逃逸罪，立法者規範交通肇事的行為人，不論行為人是否針對「肇事行為」構成刑事責任，只要客觀上參與肇事，且肇事後造成人員死傷，就有義務必須留在現場，不得「逃逸」，但值得注意的是，最高法院透過判決的發展，將第185條之4連帶的肇事者肇事後義務，擴大至協助救援、通知警察等非屬逃逸原始概念的範圍<sup>25</sup>。本文並非肇事逃逸罪的專論，相關議題無法再行詳述，不過筆者想要指出的是，雖然法條上並未言明肇事者必須供述任何不利於己、且有關於肇事過程的證據資料，但從上述義務的實質內容來看，肇事者實

論壇編輯小組編，刑事法與憲法的對話：許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，元照，2017年3月，206-210頁；vgl. *Kliegel*, (Fn. 9), S. 332 f.

<sup>24</sup> 相同觀點，參考薛智仁，變遷中的肇事逃逸罪，政大法學評論，149期，2017年6月，250-251頁。

<sup>25</sup> 僅參考最高法院106年度台上字第1970號刑事判決：「惟按刑法第185條之4之肇事致人死傷逃逸罪，係以處罰肇事後逃逸之駕駛人為目的，俾促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，以減少死傷。此觀該條之立法理由，係『為維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護，特增設本條，關於肇事致人死傷而逃逸之處罰規定』自明。而所謂『逃逸』，係指逃離肇事現場而逸走之行為，故上開規定實揭擯駕駛人於肇事致人死傷時，有在場義務，且汽車駕駛人駕駛汽車肇事致人受傷或死亡者，應即採取救護措施及依規定處置，並通知警察機關處理，不得任意移動肇事汽車及現場痕跡證據，道路交通管理處罰條例第62條第3項規定甚明；是汽車駕駛人於肇事後，有停留現場採取救護或其他必要措施，並應向警察機關報告之法定義務，以防損害範圍之擴大（例如傷者因就醫延誤致生無謂傷亡）及維護其他用路人之交通安全，並明肇事之責任。如於肇事後，駕車逃離現場，不僅使肇事責任認定困難，更可能使受傷之人喪失生命、求償無門，因此，肇事駕駛人應留置現場等待或協助救護，並確認被害人已經獲得救護、或無隱瞞而讓被害人、執法人員或其他相關人員得知其真實身分、或得被害人同意後，始得離去，方符合上開肇事致人死傷逃逸罪之立法目的」。學說見解，僅參考吳耀宗，肇事逃逸罪：第二講，月旦法學雜誌，98期，2003年7月，89-90頁。

<sup>26</sup> *Seebode*, JA 1980, S. 496 f.; *Geppert*, Jura 1990, S. 78; *Ransiek/Winsel*, GA 2015, S. 629.

<sup>27</sup> 我國學說上明確指出違反不自證己罪原則見解者，參考陳志輝，論肇事逃逸罪之保護法益，收錄於：春風煦日論壇編輯小組編，刑事法與憲法的對話：許前大法官玉秀教授六秩祝壽論

際上已經因為這些義務態樣，負有採取「留在現場、參與救援、通報警察」等行動，向刑事司法機關表達「我與肇事有關」的積極配合義務<sup>26</sup>，當這些積極行為透過肇事逃逸罪的處罰而以刑事制裁強制實現時，即有可能侵害不自證己罪原則<sup>27</sup>。

針對上述疑點，雖然學理見解均指出可能存在此項疑慮<sup>28</sup>，不過學說意見也多認為，肇事逃逸罪所限縮的被告不自證己罪特權，還未達到牴觸憲法或違反比例原則的程度<sup>29</sup>。我們可以把上述提問抽象觀察，此即究竟可否及如何限制不自證己罪特權？已如前述，不自證己罪特權並非絕對不能限制，若基於更重要的公益考量，得否要求涉嫌前階段犯罪之人，在一定條件下配合刑事偵查、甚而負擔可能自證己罪的義務？

我國部分學說援引英美法的觀點，強調不自證己罪原則僅適用於供述型的證據，但不涉及非供述型證據，而在刑事偵查機關取得供述型證據的過程中，不論是直接適用強制手段，或是間接透過法律規範的處罰手段，迫令被告供述，都不得許可<sup>30</sup>；另有部分見解強調可以限制不自證己罪特權，但其限制不

得侵犯被告的人格權核心，若限制被告的內容，已經達到強制被告主動配合刑事訴追時，不論透過提供證言或配合參與等方式，向具有公權力義務的刑事訴追機關揭明己罪，即已經破壞不自證己罪特權<sup>31</sup>；此外還有見解強調，不自證己罪特權擔保被告不必自行向刑事訴追機關揭發其罪，而所涉及的自行揭發方式，僅限定於以言詞供述方法進行，亦即，刑事程序是為了發現真實，當被告受迫以供述方式提供不利於己的證據時，因為供述是否為真，無法「直接」檢證，這種受迫下所為之供述會嚴重干擾刑事程序的真實發現機能，因此不得以偵查手段或立法方式強迫被告供述<sup>32</sup>。

限於篇幅，本文恐難對不自證己罪問題的全面內容進行整體分析，但透過以上討論至少可以認為，當被告受到司法手段或法律規範所迫，必須違反自己意願以「供述」方式，針對前案犯罪提供相關證據予刑事司法機關之時，此種作法絕對牴觸了不自證己罪原則的核心保護事項<sup>33</sup>。這是因為被告供述證據是不自證己罪原則的保護重點，因為被告尤其會因為法律制裁的間接強制，而陷

<sup>28</sup> *Seebode*, JA 1980, S. 497.

<sup>29</sup> 薛智仁，同註24，251頁。德國學說觀點大致亦為如此，vgl. NK-Kretschmer StGB § 142 Rn. 19，不過必須強調，德國法與我國法規定並不相同，德國學說亦有不同意見。

<sup>30</sup> 參見王兆鵬，不自證己罪保護之客體，收錄於：一事不再理，元照，2008年4月，227-230頁。

<sup>31</sup> *Seebode*, JA 1980, S. 497 f.; *Geppert*, Jura 1990, S. 78 f.

<sup>32</sup> *Ransiek/Winsel*, GA 2015, S. 635 ff.

<sup>33</sup> 相同見解，*Ransiek/Winsel*, GA 2015, S. 636。必須再次強調，本文無意對不自證己罪的保護範圍應採取供述基準或主動基準提出看法，但無論採取何種基準，被告因刑事制裁而強制供述不利於受指控犯罪之事證，絕對侵犯了不自證己罪原則的核心保護範圍。

<sup>34</sup> *Kliegel*, (Fn. 9), S. 342.

入三難困境中，倘若被告「如實陳述」，就有可能陷於成立前段犯罪的困境，如果被告「拒絕陳述」或「虛偽陳述」，則又會陷於另外成立罪名的麻煩，無論如何，被告根本無法脫離這樣的三難困境；若以陷於三難困境下的被告供述作為認定前罪證據，除了侵害被告個人資訊的個人自主權利<sup>34</sup>，也干預了被告人格權的核心區塊<sup>35</sup>，除此之外，在訴訟過程中，同樣會形成發現真實的障礙，當被告因被迫而提出一個難以直接驗證其內容確實性的證據資料，該證據資料囿於提出過程中的受迫心理動機，整體內容建立在極其危險的心理基礎上，若再搭配其他證據，就可能出現扭曲違反真實的事實認定結果<sup>36</sup>，不僅應拒絕用以論定前段罪名，該項法律強制本身也有正當性的疑慮。

綜合以上討論可以認為，不自證己罪原則並非絕對而不得限制的刑事被告權利，立法上對於這些情況可以課予刑事被告一定程度的告知或配合義務，但若涉及不自證己罪特權核心的被告供述，因為該供述一方面涉及被告主動提供資訊、又屬於被告個人最深層的認知與心理面向，若以刑事制裁方式強迫被告提供，被告所提供的訊息當然不適合於認定被告原來受指控罪名，而在偵查程序中用以間接強迫被告供述、並限制被告不自證己罪特權的法律規範，也有可能違反憲法對不自證己罪的保障而違憲。

本於上述看法，肇事逃逸罪因為實

際上還沒真正強制被告必須向刑事訴追機關告知其有關肇事的責任分配，雖然學說上有不同意見，但至少還沒碰觸到直接或間接強制「供述」的絕對禁止區塊，尚無法直接認定違反不自證己罪原則；相反於此，財產來源不明罪要求涉嫌貪污的被告必須說明不明財產來源，如無法達成即可能構成財產來源不明罪，此項來源說明義務與其相應罰則的立法賦加，是否已經碰觸到「強制供述禁止」的深水區，即有待進一步討論。

## 二、不明財產來源的告知義務與不自證己罪原則

論述及此，我們大致上已經確立了不自證己罪特權的實質內涵與限制界限，接著就本於此觀點檢討本案的二、三審判決見解。如前所述，在對本案具有關鍵意義的二審法院判決中，法院指出：「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[……]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

<sup>35</sup> Kölbl, (Fn. 17), S. 277 ff.

<sup>36</sup> Ransiek/Winsel, GA 2015, S. 636 f.

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」。

上述看法似乎認為，基於行政目的（落實財產申報）的公益需求，立法上可以限制不自證己罪，而為了落實此種「行政目的」，可以採取「刑罰手段」。對於此一見解，筆者認為恐怕不無誤會。析言之，為了落實財產申報的行政目的，的確有限制不自證己罪特權的規範理由，但仍然必須實質地檢視立法者採取何種限制手段；依筆者所見，既然限制的根本理由是為了行政目的，違反該行政目的之衍生義務時，理論上只能本於行政目的的保護需求而課處行政罰，如因未達行政目的，就在無任何進一步條件的情況下，提高法律效果強度轉而課處刑事制裁，即不無違反法益保護原則的疑慮，而如前所述，從二、三審判決的整體論述中，根本無法確認財產來源不明罪具有正當的法益干擾效果，本於此一論理邏輯，運用基本權侵害較強的刑事制裁，藉以保護欠缺充分法益需求的行政目的，自然也就違反比例原則<sup>37</sup>。一言以蔽之，對於可以設定財產來源不明罪及課處相應刑事制裁的理由，在二審判決中完全欠缺論理過程，就單以寥寥數語簡單帶過，即有理由不備之嫌。

此外，採最高法院見解從後階段的不作為論罪，該行為除了帶來刑事偵查的麻煩之外，根本不會產生進一步的其

他法益損害，考量被告本身沒有義務配合偵查，一個難以帶來新利益干擾的不作為，又如何能突破不自證己罪原則的保護而獨立論罪？<sup>38</sup>

不過更值得注意的問題則是，在二審判決與最高法院判決中均採取限制解釋，限定被告的告知義務範圍於「財產來源」，或許因為此種限縮解釋之故，使得本案歷審判決中，對於財產來源不明罪的正當性沒有提出進一步質疑，尤其是最高法院甚至認為，只要採取告知義務限於「財產來源」的解釋，就「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，與『不自證己罪』、『緘默權』之保障，不生抵觸等由甚詳。所述與該罪之立法意旨無違」。對於上述見解，筆者則有不同意見，以下分點說明之。

第一，最高法院與二審法院似乎都認為，可以把連結不明財產的證據資料，區別為「財產來源」與「來源連動的法律關係」，區別兩者的理由，似乎因為來源被知悉時，不會影響不自證己罪特權，但法律關係被知悉時，反而會影響不自證己罪原則，所以只要求被告揭露前者似乎沒太大影響。然而這種說法無異認為：受賄被告必須告訴檢察官，不明財產是從特定廠商處取得，但不必告訴檢察官，收錢的原因關係是賄賂，這樣的區別貌似有意義，但實際上根本沒有太多差別，尤其當貪污款項來

<sup>37</sup> 未從保護禁區出發，但強調比例原則審查的見解，vgl. *Kliegel*, (Fn. 9), S. 337. 另可參考許恒達，同註4，298-301頁。

<sup>38</sup> Vgl. *Kliegel*, (Fn. 9), S. 339.



自與受賄者具有利益糾葛之人時，我們很難想像，當公務員向檢察官揭露該不明財產來自特定廠商時，不會引起檢察官後續的積極偵查效能，透過財產來源不明罪強迫公務員揭露該訊息的結果，勢必讓檢察官偵辦犯罪更有方向（查找雙方金流，或傳喚原來不知道曾經行賄的特定廠商等後續偵查作為），公務員原涉犯罪名自然更容易認定成立，在此意義下，檢察官正是借助「被告提供財產來源」來達成定罪效果，根本違反了不自證己罪原則的基本理念。

第二，不自證己罪特權保護被告免受強迫，針對任何有關前行為的證據資料，都有權利拒絕提供，雖然學理上一直有爭議，但至少現今我國法制上，並沒有直接禁止被告說謊。無論如何，涉嫌前罪名的被告在偵查程序中，有權拒絕供述「任何」事證，事實上也不會因為對任何事證供述不完整甚或說謊，而在認定原涉犯罪名時受到不利益對待，更不會因此另外構成其他罪名。然而法院居然自行作出了這種不存在於法律規範上的區別，也未附任何理由，就直接肯認告知來源不侵害不自證己罪特權。

第三，既然財產來源不明罪的行為人必然涉犯前罪，並以被告身分進入檢察官的偵查程序，檢察官訊問時理應對被告盡告知義務，刑事訴訟法第93條第1項第2款明訂：「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」，該款規定並無任何除外事由，基此，被告在陳述之前，檢察官必須向其告知，針對任何訊問內容都不必違反己意而陳述，然而依上述法院見解，被告顯然針對檢察官查獲的不明財產來源，具有供述義務。這

樣的解釋方式，一方面完全背離刑事訴訟法第93條第1項的立法，另一方面，更造成檢察官與被告陷於錯亂之境，檢察官又要告知被告任何事項都有緘默權，又要告知被告，基於「完善財產申報目的（？）」，被告必須為了此一行政目的，在刑事程序中善盡不明財產來源的說明義務。獲悉檢察官雙重告知，一方面受告知有權不陳述、另一方面又受告知有義務陳述財產來源，被告對於自己權利義務同樣也陷於無從理解的困擾。

第四，我們可以再透過兩個具體案例，筆者認為即使採取最高法院限縮說明義務的見解，財產來源不明罪依舊架空被告應該享有的不自證己罪特權。

在《案例一》中，負責採購事務的公務員甲，收受該案參標廠商乙提供之賄賂共200萬元現款，收受後已經花掉部分，甲為求賄賂不易被發現，乃將該筆款項交給其妻丙保管。後來賄賂罪因他人檢舉而進入偵查程序，檢察官仍然查到甲的妻子丙名下有不明財產共150萬元，因此依財產來源不明罪規定，要求甲說明該筆款項「來自何人」，但不要求甲說明甲「與該人的法律關係」。

對甲來說，此時若告知賄款是乙提供，雖然甲不必告知檢察官甲、乙之間「賄賂」的法律關係，但考量150萬元的款項金額，以及甲、乙之間存在承辦公務員身分及參標廠商的身分屬性，根本難以想像雙方之間有「賄款」以外的其他給付目的，倘若甲依財產來源不明罪規定而自行揭露「乙交付給我」，除了提示檢察官偵查方向，再透過其他證據的累加判斷，無異自陷收受賄賂罪；而若甲拒絕供述，或告知「我忘記

了」，甚或告知「錢是撿到的」等不合理說法，則會構成財產來源不明罪。換言之，財產來源不明罪在規範上強制甲不得不揭露財產來源，使得甲陷於三難困境，已經完全剝奪甲身為刑事被告的應有權利。

而在《案例二》中，負責採購事務的公務員甲，曾收受A標案廠商乙的賄賂100萬元，而這100萬元已經花光，不過甲又另案收受B標案廠商丙的賄賂200萬元，該筆款項並由甲妻丁保管。若A案因他人告發而進入偵查程序中，B案則尚無人知曉，檢察官發現丁名下有200萬元不明財產，甲若於A案偵查程序，本於檢察官要求而必須告知200萬元「來自何人」，甲此時雖然不會自陷於A罪，但只要告知來自甲承辦B案的廠商丙，雖然甲不必告知甲、丙之間的法律關係，但同樣從甲、丙身分、甲經辦丙廠商的標案等其他事實，甲的告知內容勢必讓檢察官開啟B案的偵查程序，而甲若拒絕供述、作出不合理供述或虛偽供述，又會構成財產來源不明罪。換言之，甲作為B案可能被告應享有的刑事程序權利，同樣因為財產來源不明罪而完全被架空。

透過以上兩個案例可以發現，只要甲的不明財產取得過程，本於相當的不法屬性，透過財產來源不明罪所強加的說明義務，就會讓被告陷於所有行為都會構成刑事制裁的三難困境，儘管司法實務試圖將說明義務限定在「不明財產來源」，但這樣的限制，仍然會因為來源之人與貪污被告之間的特殊身分屬性，一來可能提供了檢察官更精確的偵查方向，二來透過其他間接證據的積

累，都必然產生自陷於前階段罪名的影響力；可惜本案法院在未仔細推敲影響關係，也未注意提示偵查方向與其他證據累加作用的情況下，就直覺式地認定提供「不明財產來源」不會干擾被告的不自證己罪特權，此項見解完全未經具體論理證成，恐有重大疑問。

綜上，即使最高法院透過實務判決限縮說明義務，這樣的作法卻仍無法合理地解決相關疑義，本案判決雖然是針對立法的解釋，但因為立法本身已經存在違憲的可能性，縱或最高法院採取合憲性解釋以救濟違憲立法，依然徒勞無功。

#### 肆、結論與展望

透過以上的分析，筆者認為本案的最高法院及下級審判決中，均有重大疑點，分點整理如下：

一、法院判決中未具體地澄清保護法益內容，僅只約略提及了財產申報制度與公務純正性的利益，若要具體地確認本罪保護法益，只能從法院主張構成要件行為「不履行說明義務」逆推，雖然不作為可以合理說明財產申報制度的保護需求，但該制度的保護屬於行政利益，不適合動用刑法保護；至於公務純正性的法益，則完全無法透過不履行說明義務的方式實現保護。

二、被告享有不自證己罪特權，但該權利並非絕對不能限制，不過其界限在於被告受強制而供述不利自己的證據資料，任何取證手段或立法規範，只要強迫前案被告供述，即已牴觸不自證己罪原則。

三、最高法院雖然認為，涉及本罪

被告只要揭露不明財產「來源」即可，此項限縮也不牴觸不自證己罪原則，但依本文之見，即使限縮被告的說明義務至「不明財產來源」，仍然無可避免地碰觸限制不自證己罪特權的禁區，此種限制也不合乎比例原則，最高法院發展出來的限縮解釋同樣難以贊同。

論述及此，那麼我們或許應該反問：倘若最高法院見解如此，那麼接下來可以採取哪些手段來救濟被告受到侵害的不自證己罪特權？依本文之見，可以分成三個層面說明。

首先是未來實體法解釋，筆者曾經主張，必須將財產來源不明罪理解為貪污罪名的截堵構成要件，因此整體犯罪行為必須展延至前階段的財產取得行為。換言之，構成要件行為要從「取得不明財產 + 不合理說明」的複行為犯模式觀察，其適用也必須限定在前階段行為不為罪的前提<sup>39</sup>。

其次是本案有關「財產來源不明

罪」刑責的處理，此部分事實雖已確定，然而成罪的法律效果，卻已侵害被告極多應予保護的基本權利，舉凡人身自由、表意自由、資訊自主權、不自證己罪特權等，而這些侵害來源並非法院解釋，而是立法者創設了違憲的財產來源不明罪，因此應考慮向大法官聲請財產來源不明罪的違憲審查。

最後涉及本案尚未確定部分的貪污刑責，本文無意對於該案表達任何見解，但筆者強調的是，被告的自白或其他供述，如果是在檢察官告知被告財產來源不明罪的處罰後才取得，該自白或其他供述應屬於違反刑事訴訟法第156條第1項規定，實屬出於脅迫方式所取得的自白或其他供述，應認定為無證據能力<sup>40</sup>，不得用於後階段尚未確定的貪污犯罪程序。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫及月旦系列電子雜誌www.lawdata.com.tw）

<sup>39</sup> 進一步詳論，參見許恒達，同註3，192-194頁。

<sup>40</sup> 相同見解，vgl. *Ransiek/Winsel*, GA 2015, S. 637 f. 雖然認為不作為論的財產來源不明罪不合比例原則，但在所取得證據是否有證據能力，則相對保留的見解，vgl. *Kliegel*, (Fn. 9), S. 345 ff.