

壹、引論與研究動機

看過劉德華主演的「五億探長雷洛傳」的人，應該都會對60、70年代香港公務員貪污風氣之盛行留下深刻印象，但時至今日，香港政府的清廉度已不容置疑，例如以國際透明組織公布了國際透明（Transparency International；TI）所調查的2007年全球貪腐印象指數（CPI）中，如果以滿分10分代表清廉，在全球180個納入評比國家中，台灣以5.7分與澳門、阿拉伯聯合大公國同列第34名。而在過去12年之評鑑中，台灣一直維持在25名至35名¹，遠遠落後於香港之第14名²。對香港之所以能在短短十餘年間，大幅改善公務員之貪腐情形，除一般認為之與設立「廉政公署」有關外，但法律面上，香港特有之「公務員財產來源不明罪」，亦應為主要因素之一。而香港本屬英國之殖民地，同屬英國法系之國家，其刑事訴訟制度、包含證據法均是從英國沿襲而來，而英國也訂有「公務員財產來源不明罪」。因此，本文擬以該香港與英國之「財產來源不明罪」為對象，先做一簡介。再由各國實務與學說之演進，進一步討論「財產來源不明罪」中之「舉證責任倒置」是否會抵觸「無罪推定」原則，然後據以討論我國之草案，最後，則提出相關之建議，以供參考。

¹ <http://news.yam.com/cna/society/200709/20070926783708.html>

² 台灣透明組織，貪腐印象指數，<http://www.ti-taiwan.org/ch.files/index-1.htm>.

貳、英國及香港之財產來源不明罪及我國之草案

一、英國

英國之防止貪污法第二條 (Prevention of Corruption Act 1916 c.64 s.2) 規定：除非有反證推翻，否則在依照本法訴追的犯罪程序中，服務於公務單位之人自欲尋求與公務單位訂立契約之人所收取之現金或禮物，均應被認定為屬於本法中所謂之賄賂。該法所謂的賄賂，必須已經實際收取，期約而並未交付者並不屬於賄賂³。又此條之推定不適用於共謀 (conspiracy)⁴。

二、香港

香港「防止賄賂條例」(Prevention of Bribery Ordinance) 中規定：任何現任或曾任官方人員的人，維持高於與其現在或過去的公職薪俸相稱的生活水準；或控制與其現在或過去的公職薪俸不相稱的金錢資源或財產，除非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作出圓滿解釋，否則即屬犯罪。(第十條) 本罪最高可處十年有期徒刑 (第 12 條)。

依照上述的法條，構成本罪有二種可能，一種是高於薪俸的生活水準，一種是擁有或控制高於薪俸的財產，而依照香港判例，被告之生活支出與收入顯不相當，也該當本罪⁵。又如果配偶明知擔任公職之另一方配偶之財產與薪俸不相當，而幫助其維持甚至隱藏財產，也購成本罪⁶。在生活水準方面，檢察官必須證明被告的公職身份及被告在一定期間的生活水準與其在該段期間內之所有之合法收入不相稱⁷。在財產方面，檢方必須先證明被告在一定期間內所控制之財產總值，然後證明被告在此期間內之薪俸總額，最後必須證明二者顯然不相當⁸。但檢方不需要證明被告控制的每一資產的金錢價值，只需證明其財產總值與其公職

³ R. v Braithwaite (Frank Wilson) [1983] 1 W.L.R. 385

⁴ R v DPP, ex p Kebilene, R v DPP, ex p Rechachi [1999] 4 All ER 801

⁵ Mok Wei-tak [1986] HKLR 1054

⁶ Mok Wei-tak [1986] HKLR 1054

⁷ Attorney General v. Hui Kin Hong

⁸ Attorney General v. Ho Pui-yiu [1981] HKLR 110

薪俸不相當即可⁹。一旦檢方證明二者並不相當，則被告就必須解釋，換言之，被告須舉證證明其財產之來源¹⁰。

三、我國草案

我國政府與學者對「財產來源不明罪」提出之草案已有不少，但如果以曾在立法院審議為標準，我國「財產來源不明罪」相關的草案有三，分別是民國九十五年在第六屆立法委員審議之「公職人員財產申報法」第十一條及「貪污治罪條例」第六條之一（有二個不同版本），分別說明如下：

（一）公職人員財產申報法草案

於九十五年間公職人員財產申報法全面翻修時，當時執政之民進黨團，由葉宜津委員領銜提出之草案中第十一條第二項規定：「公職人員其前後年度申報之財產經比對後，增加總額逾本人、配偶、未成年子女全年薪資所得總額一倍以上者，受理機關（構）應定一個月以上期間通知公職人員提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。」，其立法說明略為：為促進廉能政治，並符合社會各界嚴懲貪污之期待，就財產增加逾本人、配偶、未成年子女全年薪資所得總額一倍以上者，增列刑責處罰。又鑒於現行規定僅能就公職人員之靜態財產狀況為查核，無法就公職人員財產異常增加，可能涉及貪污或其他刑責之犯行，進行深入發掘及處罰，致無法落實財產申報之立法目的，爰參酌英國、香港、新加坡、馬來西亞等國之對公務員來歷不明增加之財產無法提出反證者設有刑罰規定，認本法立法目的既係為促進廉能政治，乃援引上開國家類似條文之立法精神，制定本條¹¹。可知該條雖非定在刑法或貪污治罪條例中，但其立法目的仍在仿效香港及英國等國家之立法例，對公務員財產之不明增加而又無法提出說明者課以刑責。

但該條在審議過程中，法務部代表認為基於刑罰謙抑原則，違反財產申報義

⁹ Chung Cheong Cr App 1364

¹⁰ Sturgeon [1975] HKLR 677

¹¹ 立法院議案關係文書院總第 1557 號，95 年 3 月 1 日

務者不宜課以刑罰¹²，故而最後立法院協商通過之版本中，雖構成要件保持不變，但原本的刑罰規定則改為處以行政罰（參見現行公職人員財產申報法第十二條第一項）。

（二）貪污治罪條例第六條之一

除上述之在公職人員財產申報法中增定財產來源不明罪外，立法委員亦有在貪污治罪條例中增定「財產來源不明罪」之提案，其提案有二，分別為：

1. 九十五年十一月一日由黃義交委員等提案增定貪污治罪條例第六條之一，該條第一項之條文為：「任職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，得併科新台幣二千萬元以下罰金」。該條立法理由略謂：依聯合國「反貪腐公約」之法理及世界各國法例，「財產來源不明」罪之構成要件為性質上屬於公務人員貪污瀆職罪範疇，其本質係屬貪污行為之攔截構成要件，違反「財產來源說明義務」之非難性低於本法第四條至第六條之罪，故予以相對較輕之刑罰¹³。上開條文至該屆立法委員任滿前並未獲審議通過，基於「屆期不連續」原則¹⁴，該議案已經不得再予審議。
2. 至九十七年四月三十日，立法委員吳志揚等人又提出增定貪污治罪條例第六條之一，該草案條文與黃義交委員提出之版本不同，該條第1項規定如下：「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證明者，處三年以上有期徒刑，得科或併科新台幣一千萬元以下罰金」，其立法理由略為：為促進廉能政治，澄清吏治，防止涉嫌貪污之人藏匿其非法所得，掩飾罪行，爰參仿新加坡、香港及澳門等有關「財產來源不明罪」之立法例，增訂嫌疑人就其來源可疑之財產，負證明其取得合法之義務，違反者，雖不構成第四條至第六條之罪，亦應科

¹² 參見法務部次長朱楠之發言，載立法院公報，95卷第3期，370頁以下。

¹³ 立法院議案關係文書院總第246號，95年11月1日

¹⁴ 參見立法院職權行使法第13條

以刑罰¹⁵。該條文刻正在立法院審議中。

四、小結

比較上述香港及英國的立法例，我們可以發現其規定並不完全相同，所謂的「財產來源不明罪」，僅是一種統稱，可以概略區分為以下二種模式，第一種可以稱為「推定收賄」模式，英國屬於這種模式，其特色在於在滿足一定條件下，公務員所收取之利益，會被推定為賄賂，而依照賄賂罪來定罪。第二種可以稱為「獨立犯罪」模式，香港屬於這種模式，也就是將公務員之財產在一定期間內有無法解釋的增加時，就構成犯罪，但是這種犯罪屬於一種獨立的型態，其論罪科刑均與一般的收賄罪不同。無論如何，上述二種模式亦有相同之處，其之所以會被許多人統稱為「財產來源不明罪」，就是在於二者都有推定的規定，在第一種「推定收賄模式」，基本上是將某一筆公務員所收取的某一筆利益，先推定而是賄賂，被告必須去舉證推翻這種推定。而在第二種「獨立犯罪模式」中，則是將財產增加先推定為來源不明，被告必須去舉證證明其來源合法。

而我國目前在立法院審議之草案，基本上，不論是「公職人員財產申報法」或「貪污治罪條例」之版本，均屬於香港模式，其特色在於如果公務員之財產在一定期間內大量增加，而又無法交代其來源者，即構成「財產來源不明罪」，而與上述英國模式不同。然則，不論上述何種模式，或是我國之草案，因有「推定」，或稱「舉證責任倒置」規定之存在，對該推定是否違反刑事訴訟基本原則之一之「無罪推定」，均有爭議，故有深入介紹之必要。另外，除介紹香港及英國在「舉證責任倒置」與「無罪推定」之發展外，對我國之相關法律規定，亦會在下節中探討，並再據以討論我國立法例之妥當性。

¹⁵ 立法院議案關係文書院總第 246 號，97 年 4 月 30 日

參、英國、香港及我國之刑事訴訟中之舉證責任分配

一、英國法系之刑事訴訟舉證責任分配及舉證責任倒置

英國證據法中之「證明責任」包含兩個概念，其一為說服責任（legal burden, persuasive burden），指當事人有說服事實認定者（包含法官或陪審團）「確信其所提證據指向的事實為真實」，或是「達到一定法定標準」的責任。另一則為「提出證據責任」（evidential burden），指當事人就自己主張的事實應提供充分證據予以法院的責任¹⁶。

而在刑事訴訟程序中，被告犯罪事實之所有構成要件，包含主觀要件及客觀要件，均應由檢察官舉證，亦即應由檢察官盡說服之責任，此為英國刑事訴訟之基本原則¹⁷。而其應盡說服責任之標準，為說服法官或陪審團可以認為對被告有罪之認定「排除合理之可疑」（beyond the reasonable doubt）¹⁸或「確信」（sure of guilty）¹⁹，若檢察官無法舉證到如此之程度，則被告當然應該獲判無罪²⁰。但在此之前，檢察官還必須就其主張的事實，盡到「提出證據責任」，也就是提出對被告之犯罪事實提出一定的證據，否則被告根本不需要進行答辯，直接可以向法院申請駁回起訴。而在被告方面，一般認為，原則上被告固然沒有提出證據證明自己無罪的義務，但是，關於正當防衛、不在場證明等辯解，被告應負「提出證據的責任」，也就是被告應提出證據證明自己提出之正當防衛等辯解，而在被告提出證據後，若檢察官原本已經建構之「排除合理懷疑」已無法繼續存在，此時檢察官就應該要繼續提出證據，使法官或陪審團「確信」被告此一辯解並非真實，否則被告就有可能因此一辯解而獲判無罪²¹。

但上述的舉證責任分配僅屬原則規定，在英國，或是英國法系的國家（例如新加坡、香港），存在有許多屬於例外之推定規定，在適用推定規定時，被告就

¹⁶ Murphy, P., *Murphy on Evidence*, Oxford University Press, ninth ed., 2005, P68.

¹⁷ *Woolmington v. DPP* [1935] AC 462

¹⁸ *Miller v. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372, at 373.

¹⁹ *Summers* [1952] 1 All ER 1059

²⁰ Dennis, I., *The law of Evidence*, Sweet and Maxell, 2006, Third ed, p440

²¹ 前揭註，p446

必須舉證推翻該推定，否則被告即會因而被判決有罪。但此處被告之舉反證推翻推定之標準，並不如檢察官需要使法官或陪審團達到「確信」的程度，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，亦即被告之反證僅需達到超過 50% 的程度，就可以推翻推定²²。

而香港之證據法，1997 年前當然完全採行英國法，在 1997 年後，亦仍沿襲舊制，並無改變，仍是由檢察官負舉證責任²³，且推定之適用亦相同。

二、我國之相關規定

依照我國刑事訴訟法第一百六十一條第一項之規定，檢察官對於被告之犯罪事實，應負舉證責任，立法理由指出：「為確實促使檢察官負舉證責任及防止濫訴（中略），檢察官對於被告之犯罪事實，自應提出證據及說服之實質責任。」，亦即檢察官對於犯罪事實，負有實質的舉證責任²⁴，換言之，檢察官對於犯罪事實應舉證至說服法官產生超越合理懷疑之確信²⁵。但對於負面的阻卻違法事由或阻卻責任事由，有學者以為應由被告負提出證據之責任²⁶。更有學者認為，不僅是阻卻違法事由或阻卻責任事由，其他所有被告在審判中提出之積極辯解，均應由被告負提出證據之責任²⁷。

另外，「無罪推定原則」是指被告之罪責必須以合乎訴訟規則之程序，被證明至令法院產生確信之心證程度，法院始能對其為有罪之判決，在此時點前，應推定為被告無罪²⁸，而刑事訴訟法第一百五十四條第一項亦明文規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪」。故若法院對於被告有罪一事存有合理之懷疑，則對於被告犯罪嫌疑並未達到有罪判決之確信程度，法院應依無罪推定

²² Murphy, P., *Murphy on Evidence*, Oxford University Press, ninth ed., 2005, P80

²³ *Halsbury's Laws of Hong Kong*, Vol.12, LexisNexis, 2007, P261

²⁴ 黃朝義，*刑事訴訟法—證據篇*，元照出版公司，2002 年，初版，218 頁。

²⁵ 王兆鵬，*刑事訴訟法講義*，元照出版公司，二版，2006 年，572 頁。

²⁶ 王兆鵬，*刑事訴訟法講義*，元照出版公司，二版，2006 年，577 頁。

²⁷ 吳巡龍，*檢察官舉證責任與幽靈抗辯*，*月旦法學雜誌*，第 133 期，2006 年 6 月，24 至 41 頁。

²⁸ 林鈺雄，*刑事訴訟法*，自版，第二版，2001 年，143 頁，轉引自，許澤天，*刑事訴訟法論 II*，自版，2003 年，221 頁。

原則而判決被告無罪²⁹。因此，有學者以為，刑事訴訟中關於舉證責任之分配，整體而言，即是「無罪推定」及「罪疑為輕」之另一寫照，因為若檢察官無法舉證證明犯罪事實之存在，或只要無法證明至超越合法懷疑之程度，被告便應該判無罪，無罪推定原則之意義即在於此³⁰。最高法院九十三年台上字第二〇三三號判例亦認為：「檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其闡明之證明方法，無從說服法官以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知」，亦本此說。

²⁹ 林鈺雄，刑事訴訟法，自版，第二版，2001年，144頁，轉引自，許澤天，刑事訴訟法論Ⅱ，自版，2003年，222頁。

³⁰ 黃朝義，刑事訴訟法—證據篇，元照出版公司，2002年，初版，219頁

肆、英國與香港對「舉證責任倒置」及「無罪推定」之見解

一、舉證責任倒置與「無罪推定」之關係

「無罪推定」(Presumption of Innocence)意指一個人在被證明有罪前，應被推定為無罪，該原則為歐洲人權公約第六條明文規定，英國亦在 1998 人權法案 (Human Rights Act 1998) 肯認之。實則，英國學者及判例均認為，檢察官負舉證責任，即是「無罪推定」之具體實踐³¹。而香港也有類似的無罪推定規定，在回歸中國大陸統治前，英國相關法律自然適用於香港，在 1997 年回歸後，香港政府是將「無罪推定」規定在屬於憲法層級之基本法中，亦在人權法案第十一條中有類似之規定。

基於「無罪推定」原則，檢察官本應對被告之犯罪事實，包含積極事實與消極事實均應舉證，因此，如果將某些要件不存在之舉證責任倒置給被告，確實有可能會違反無罪推定原則。雖然這香港與英國的法律系出同源，但是關於這個問題，各自依照各國國情，發展並不相同，以下分別介紹之。

二、英國法院之見解

對於上開賄賂罪之推定規定，雖然有學者質疑該條之推定的妥當性³²，但是目前法院尚未表示明確見解，而在 R v DPP, ex p Kebilene, R v DPP, ex p Rechachi 案中，被告雖然主張該條推定規定違反歐洲人權公約，但是因為法院先認為同謀屬於另一種單獨的犯罪類型，故推定規定不得適用在該案中，所以沒有機會對第二個爭點「該推定是否違反無罪推定原則」表示意見³³。

但另一方面，英國最高法院 (House of Lords) 近年來則有多個對刑法中之其他舉證責任倒置之規定是否違反「無罪推定」的判決。在 2001 年之 Lambert 案中³⁴，該案被告是因被查獲其背包內藏有古柯鹼而被起訴，所被起訴的法條是毒品濫用法第 5 條之意圖販賣而持有毒品 (Misuse of Drug Act 1971 s.5)。被告辯

³¹ Dennis, I., The law of Evidence, Sweet and Maxell, Third ed., 2006, P443

³² Ashworth, 'Article 6 and the Fairness of Trials' [1999] Crim LR 261

³³ R v DPP, ex p Kebilene, R v DPP, ex p Rechachi [1999] 4 All ER 801

³⁴ R v. Lambert [2001] UKHL 37

稱其以為背包所藏之物是珠寶。而依照同法第二十八條第二項之推定規定，被告必須自己舉證證明其不知道背包內所藏之物為毒品，最後英國最高法院多數決認為該條推定違反歐洲人權公約第六條第二項之無罪推定原則，因此宣告該條規定所賦予被告之僅為「提出證據責任」(Evidential Burden)。

但嗣後英國最高法院在 *Johnstone* 案中³⁵，對英國商標法第九十二條 (Trade Mark Act 1994 s.92) 之推定規定則有不同看法，該條第五項係在被告持有侵害商標之物品時，被告必須能夠舉證證明其擁有合理的確信該物品並未侵害他人商標，否則被告之行為即該當侵害他人商標權之罪。英國法院判決這條規定的舉證責任倒置是合理的。

另英國道路交通法第五條 (Road Traffic Act 1988 s5) 規定酒精濃度超過標準值而仍駕駛車輛者，最高可處六個月罪有期徒刑，同條第二項規定如果被告能證明其雖然超過一定的酒精標準，但是駕駛車輛沒有危險，則不構成該罪。對於上開規定，英國最高法院在 *Sheldrake v. DPP*³⁶ 中，認為是否能安全駕駛是屬於被告個人的心理狀態和知識範圍，所以國會將舉證責任交給被告是合理的。

而英國為近年恐怖活動對英國國家安全造成威脅，故訂有多項法律防止恐怖活動及恐怖組織，其中英國恐怖組織法第十一條 (Terrorism Act 2000 s11) 規定規定如果參加被禁止的組織，或是宣告要參加被禁止的組織，就會構成犯罪。但同條第二項規定，如果被告能證明其參加該組織時，該組織並未被禁止，或是雖然已經被禁止，但是被告並未參加其活動，則被告不構成該罪。*Attorney-General's Reference (No.4 of 2002)*³⁷。最後英國最高法院以三比二的多數決認為該推定違反歐洲人權公約之「無罪推定」原則。

綜合上述的案例，英國最高法院認為舉證責任倒置是國會立法的結果，而基於對立法權的尊重，舉證責任倒置是否違反無罪推定原則，應按照各個法條個別判斷。

³⁵ *R v Johnstone* [2003] UKHL 28

³⁶ *Sheldrake v. DPP* [2004] UKHR 43

³⁷ [2004] UKHL 43

三、香港法院之見解

香港上訴法院在 1995 年之 *Attorney General v. Hui Kin Hong*³⁸ 中表示雖然「防止賄賂法例」第十條確實是與香港人權法案 (*Bill of Rights*) 第十一條規定之「無罪推定原則」有所扞格，但「無罪推定」並不是一個絕對的權利，所以法院應該考量的是如何在「防止貪污」與「避免無辜者被錯誤地定罪」間求取平衡。而貪污犯罪並不如毒品犯罪有實體的犯罪證據，所以其收集證據十分困難，所以「防止賄賂法例」第十條對防止貪污有其特別的價值，且該條所規定檢方必須舉證的要件十分明確，檢方仍然要證明這些要件後，被告才有提出反證的義務。所以綜合以上的考量，法院最後認為「防止賄賂法例」第十條不違反香港人權法案 (*Bill of Rights*) 第十一條之「無罪推定原則」。

³⁸ *Attorney General v. Hui Kin Hong*

伍、是否違反無罪推定原則之二階段判斷法

由上述的英國及香港法院之見解，對刑事訴訟之推定或舉證責任倒置是否違反無罪推定之見解並不一致，且理由也大不相同，其原因當然與各國之國情不同有關。英國著名刑事訴訟法學者牛津大學 Ashworth 教授整理英國以及同屬大英國協之加拿大與南非最高法院之判例後，建議採取一個二階段的判斷標準來判斷這個問題³⁹，其重點在於第一階段先確認系爭法條之規定是否確為「舉證責任倒置」或「推定」，從而已違反「無罪推定」原則，在確認後，則進入第二階段。在第二階段，應具體判斷該「倒置」或「推定」雖然違反無罪推定，然是否仍屬正當。

一、第一階段：系爭法條之規定是否確屬「舉證責任倒置」而違反無罪推定原則？

Ashworth 教授主張，不論立法技術上，系爭法條命被告要舉證的是「構成要件」、「辯解」還是「例外」，只要系爭法條是要求「被告必須證明某些事實以避免被判決有罪」，即屬於「舉證責任倒置」而違反「無罪推定」原則。因為在許多時候，「辯解」與「構成要件」僅是一線之隔而言，區分並不容易，英國最高法院 Steyn 法官在 Lambert 案中亦指出：構成要件與辯解的區別有時僅是立法技巧的不同，因此應該注意本質而非形式⁴⁰。在認定確實違反「無罪推定」原則後，則進入第二階段。

二、第二階段：雖然違反無罪推定原則，但可依據以下五個判斷因素來判斷系爭之推定規定是否仍屬正當？

由於「無罪推定」原則並非一絕對而不可侵害的權利，故即使系爭法條在第一階段的判斷中被認定違反了無罪推定，但仍不一定會違憲或違反歐洲人權公約，還必須考慮該法條之推定規定是否有正當理由。本文綜合 Ashworth 教授提出之看法，再綜合其他學者及上開英國及香港之實務見解，整理出法院在判斷是

³⁹ Ashworth, A. 'The four treaties of presumption of innocence', *International Journal of Evidence & Proof*, 2006, 10(4), P241-279

⁴⁰ R v. Lambert [2002] 2 A.C. 545 at [35]

否正當時所採用的五個理由，分別說明如下：

（一）犯罪對公共利益危害之危害程度：

對推定規定正當化的最容易想到的理由，就是因為該犯罪嚴重，所以必須以推定來使犯罪更容易繩之以法。這種態度在上述香港法院在 *Attorney General v. Hui Kin Hong*⁴¹案中處理「防止賄賂法例」第十條是否違反香港人權法案中看得十分明顯。該判決反覆陳述貪污犯罪對香港社會的危害，並認為「防止賄賂法例」之施行對防止香港公務員貪瀆有很大之改善，所以認為該條之財產來源不明罪之推定規定是合理的。

（二）該罪之最重刑度：

犯罪的最高刑度是犯罪的嚴重程度一個重要量化指標，刑度越高的犯罪，通常代表對法益侵害越嚴重⁴²，但犯罪的嚴重程度與刑度猶如一刃的二面，高刑度的犯罪通常表示該法條欲保護的公共利益越大，故有使用推定規定的空間，但同時因為刑度越重，被告亦越有必要受「無罪推定」原則的保護⁴³。英國法院在上述的判決中也多多少少在這二者之間徘徊，例如在 *Lambert* 和 *Attorney-General's Reference (No.4 of 2002)*二案中，英國最高法院就是考慮到案件中爭議的法條之最高刑度一個是無期徒刑，一個是十年有期徒刑，所以認為推定規定違反歐洲人權公約。但是同樣是最高刑度十年有期徒刑，英國最高法院在 *Johnston* 案中，卻認為因為有如此高的刑度代表對抗仿冒品的強大公共利益，所以在此舉證責任倒置是合理的。因此，學者認為，這個因素非常不確定，甚至應該列入最後考慮⁴⁴。

（三）是否屬於被告個人特別之知識與舉證容易程度：

舉證責任倒置一個很主要的理由就是因為被告對某些事實的舉證會比檢察官容易，也就是某些事實是屬於被告個人特別的知識，所以應該由被告來舉證。

⁴¹ *Attorney General v. Hui Kin Hong*

⁴² Dennis, I., *The law of Evidence*, Sweet and Maxell, Third ed., 2006, P462

⁴³ Ashworth, A. 'The four treaties of presumption of innocence', *International Journal of Evidence & Proof*, 2006, 10(4), P241-279

⁴⁴ Dennis, I., *The law of Evidence*, Sweet and Maxell, Third ed., 2006, P467

最常見的例子就是被告對犯罪物品的認識，例如在 *Johnstone* 案中，英國最高法院 *Nicholls* 法官就認為「被告對自己心中的認識較為容易舉證」這一點，是本案正當化推定規定的一個理由。

但是在其他判決中，法院卻有不同見解。例如在 *Lambert* 案中，英國最高法院就認為雖然對毒品的認識也是被告內心的狀態，但是考慮到本罪的最高刑度非常高，因此法院仍然認為無法以這個理由來正當化舉證責任之倒置⁴⁵。因此，學者認為，這個理由最多僅能使被告負擔提出證據責任⁴⁶，不足以成為法院正當化舉證責任倒置的理由⁴⁷。

（四）前提事實與被推定之事實是否合理關連⁴⁸

這個判斷因素在加拿大最高法院的判決中比較常見，法院認為「除非前提事實與被推定的事實有合理關連，否則該推定即無法正當化」。例如在 *Oakes* 案中⁴⁹，加拿大最高法院判決「推定持有毒品者有交易之意圖」之法律規定違憲，因為「僅持有少量毒品」與「有交易意圖」沒有足夠的關連。

（五）該舉證責任倒置是否必須

雖然香港法院對防止賄賂條例第十條「財產來源不明」罪之舉證責任倒置採肯定之見解，但對同條例第十四條之舉證責任倒置則採不同之見解。該條規定廉政公署（ICAC）在取得法院授權後，得命令特定對象提供為其所有，且屬於調查對象之財產之相關資訊。該條並規定被命令之對象如果無正當理由在不遵守該命令或忽略該命令時，得判處罰金 20,000 元港幣或處最高一年之有期徒刑。

香港終審法院於 2008 年 3 月判決之 *HKSAR v. Ng Po On*⁵⁰案中，對上開推定規定表示見解，而該案之主要爭議焦點為上述要件之「無正當理由」應由何人舉

⁴⁵ *R v. Lambert* [2002] 2 A.C. 545 at [61]

⁴⁶ Dennis, I., *The law of Evidence*, Sweet and Maxell, Third ed., 2006, P468

⁴⁷ Ashworth, A. 'The four treaties of presumption of innocence', *International Journal of Evidence & Proof*, 2006, 10(4), P241-279

⁴⁸ Ashworth, A. 'The four treaties of presumption of innocence', *International Journal of Evidence & Proof*, 2006, 10(4), P241-279

⁴⁹ [1986] 1 SCR 103

⁵⁰ [2008] HKEC 394

證？如果依照同法例第 24 條，該法中所有之關於「合法授權」或「正當例外」之辯解均應由被告舉證，但被告方面主張此一舉證責任倒置之規定抵觸香港基本法，也抵觸人權法案之無罪推定原則。經過斟酌雙方的理由後，香港終審法院最後認為該條推定規定抵觸香港人權法案，其判決主要理由之一就是該條規範的並非主要的貪污犯罪，而僅是輔助性質的，僅是為增加調查效率而存在，被告即使真的無正當理由而又無法提出說明，檢察官也無法因為此而直接認為被告貪污，故雖然貪污對社會危害頗大，仍然無法正當化這種輔助性質的條文⁵¹。

三、小結

以上的幾個判斷因素並非單獨存在，在個案認定上必須還是依照實際狀況來綜合判斷。例如，在 *Johnstone* 案中，雖然持有仿冒物品的最高刑度為十年，但是法官考慮到實際上此類案件絕大多數都是在判處罰金，而非徒刑⁵²。又例如雖然刑度輕重是反應法益侵害大小的一個指標，但是，例如酒醉駕車之刑度僅有六個月，但是對防止用路人生命安全仍具有非常重要的意義。而且，幾乎每一個案件，都不是用單一的因素來衡量，都必須綜合許多因素，不過是看法院要將哪一個因素放得較重，這時就牽涉到各國基本文化價值及政策目標的不同，同一種案件可能會有不同的看法，例如，在持有一定量的毒品是否可以推定為因意圖交易而持有，香港⁵³和英國⁵⁴都各自認為這種推定規定抵觸其人權法案，但是新加坡對相同的規定則認為並不抵觸無罪推定原則⁵⁵。

⁵¹ [2008] HKEC 394 at [70]

⁵² *R v Johnstone* [2003] UKHL 28

⁵³ [1991] 1 HKPLR 88.

⁵⁴ *R v. Lambert* [2001] UKHL 37

⁵⁵ [1980-1981] SLR 48, [1981] AC 648

陸、從外國立法例看我國財產來源不明罪草案

對我國制定財產來源不明罪有許多不同之反對理由，如「違反比例原則」⁵⁶、「計算範圍不易確定」⁵⁷等等，但各家說法均有一共通點，即該法違反「無罪推定」原則，但實際上，本文以為，此種說法有許多值得討論之處。因為「舉證責任轉換」或「舉證責任倒置」，在我國立法例上亦有先例，例如：刑法第三百十條第三項「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」之規定，學者即認為若被告不能為真實之證明者，即應受處罰，故關於確有此一情事應解為被告負有舉證責任⁵⁸。而同法第三百十一條「以善意發表言論而有左列情形之一者，不罰」，亦應解為由被告負舉證責任⁵⁹。又勞動基準法第八十一條第一項兩罰規定但書：「法人之代表人或自然人對於違反之發生，已盡力為防止行為者，不再此限」，亦應解釋為法人之代表人或自然人對於其監督上之無過失，應負舉證責任⁶⁰。而上開刑法第三百十一條第三項之規定，亦被大法官會議以釋字第五百零九號解釋肯定為合憲。故可知「舉證責任倒置」亦非在我國刑法中絕足，其存在之界線在於該倒置規定「是否合理」⁶¹。而所謂是否合理，本文以為，可參酌上述「二階段分析法」，在遇到「舉證責任倒置」有違反無罪推定原則之疑慮時，仍應斟酌該罪之嚴重程度、推定之必要性等因素綜合考量，以判斷該倒置規定是否合理，並非驟然即可稱該推定規定無效或抵觸人權法。由此觀之，我國如欲制定類似的「財產來源不明罪」，除在前述構成要件之設計下功夫，以避免有抵觸「無罪推定」原則外，在推動立法時，也可以以該罪之必要性、刑罰之輕微等處詳加說明，以期說服立法者及職司司法審查之司法機關。

⁵⁶ 參見法務部次長朱楠之發言，載立法院公報，95卷第3期，第370頁以下

⁵⁷ 曾淑瑜，「又見「因人設事，因事立法」--評財產來源不明罪（上）」，月旦法學雜誌，第141期，96年2月，237至243頁。

⁵⁸ 林永謀，刑事訴訟法釋論（中），2006年，初版，41頁。黃朝義，刑事訴訟法—證據篇，元照出版公司，2002年，初版，226頁。

⁵⁹ 林永謀，刑事訴訟法釋論（中），2006年，初版，41頁。

⁶⁰ 林永謀，前註書。

⁶¹ 黃朝義，刑事訴訟法—證據篇，元照出版公司，2002年，初版，226頁

柒、結論

反貪腐為當今世界之重要潮流之一，亦為政府近年之施政重點⁶²。而為反制貪瀆，如上述之香港、英國等國均定有「財產來源不明罪」，而2003年聯合國反腐敗公約第二十條亦規定：在不違背本國憲法和本國法律制度基本原則的情況下，各締約國均應當考慮採取必要的立法和其他措施，將資產非法增加，即公職人員的資產顯著增加，而本人無法以其合法收入作出合理解釋者，規定為犯罪行為。而我國雖亦有此呼聲，立法委員也提出多個草案，已見前述，但目前社會上仍無法取得共識⁶³，舉證責任倒置在我國刑法已有前例，故「財產來源不明罪」中之「舉證責任倒置」只要「合理」，即可存在，但此有賴於權責單位更進一步的溝通及說明。

總之，財產來源不明罪在我國屬於一個全新的嘗試，而只要公務員貪瀆的情形一天不除，此一立法模式終究會被一再提起，故本文試圖先就該罪之核心問題：「舉證責任倒置」與「無罪推定」問題，做一探討，除此之外，該罪尚有許多其他爭議問題，例如如何界定「不合理之增加」，如何計算財產等⁶⁴，都是值得深入探討之問題，而本文囿於篇幅與作者能力，僅以「舉證責任倒置」與「無罪推定」為中心，撰寫本文，希望能為拋磚引玉，能吸引夠多的研究者投入此一罪名之研究，並從而使我國廉政工作能在法律面上亦有所進步。

⁶² 馬英九競選總部，「馬英九、蕭萬長廉能政策」，

<http://2008.ma19.net/files/ma-policy4you/pdf/incorruptness.pdf>

⁶³ 立法院 97 年 5 月 28 日委員會討論意見，載立法院公報，97 卷第 36 期，417 到 441 頁。

⁶⁴ 曾淑瑜，「又見「因人設事，因事立法」--評財產來源不明罪（上）」，月旦法學雜誌，第 141 期，2007 年 2 月，237 至 243 頁。曾淑瑜，「又見「因人設事，因事立法」--評財產來源不明罪（下）」，月旦法學雜誌，第 142 期，2007 年 3 月，266 至 272 頁。