

廉政文選

Textos Seleccionados
sobre Integridade

第一輯
Número 1

職務犯罪 Crimes Funcionais

彭仲廉 著

Júlio Alberto Carneiro Pereira

澳門特別行政區廉政公署出版
Publicação do Comissariado contra a Corrupção da RAEM

目錄

序.....	5
Prefácio.....	79
作者簡介.....	9
Breve apresentação do autor.....	83
刑法上的公務員概念.....	11
O conceito de funcionário para efeitos penais.....	85
受賄作不法行為罪的若干問題.....	37
Algumas questões relativas ao crime de corrupção passiva para acto ilícito.....	121
財產來源不明罪及刑事訴訟的保障.....	59
O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal.....	149

序

彭仲廉(Júlio Alberto Carneiro Pereira)碩士撰寫了三篇有關貪污的高水平學術著作。澳門廉政公署現決定將之出版成書，真適逢時候。

蘇亞雷斯(Mário Soares)*在葡萄牙反貪污高級專員就職時(1988年10月26日)曾經說過：「民主制度優勝之處就是一個透明的制度，且其基本目標是達至在法律面前每個公民都享有平等的機會，以及保證為所有公民敞開可按照個人意願和喜好自我發展的道路。因此，民主制度絕不能容忍一些與以民主方式協定或訂定的規範有偏差、嚴重程度達至無法接受的行為。所謂的偏差行為不單是指公平獲取經濟利益的機會方面，還包括不論在經濟層面，又或在社會層面的待遇方面。民主制度尊重人類的尊嚴，因此，不會給予任何人不公義的特權。有功績者，應予以肯定；對社會有益的，應予以促進。然而，我們絕不容忍濫權、蔑視法紀的行為。」

所有民主社會均致力打擊貪污，因為貪污是一種反社會、破壞團結、反民主、不公義和損害尊嚴的行為。

在道德上，貪污同樣值得譴責，若是乘人之危的貪污，就更加可恥。

對於貪污，應以所有可採用的合法手段予以打擊，首先應從人的意識著手，因為「貪污令人腐敗；侵蝕社會和機構；損害民主制度及削弱團結的感情；對人類造成傷害。」(蘇亞雷斯在同一場合的發言)

事實上，一般意義上的貪污是指欠 從事特定職務，尤其是從事公共職務應有的誠信，具體反映為：從事有關職務者離棄了應遵的誠信標準而以任何方式為給予其回報的人或團體服務。「貪污」一詞的原義就是指一個活生生的個體受到破壞而腐朽致死，以此比喻一個人離棄了完美典範所具有的誠信標準。

貪污的存在，可追溯至政治上已有國家組織的一個由人來掌管權力的社會，因為哪裡有決策權，哪裡便滋生貪污。依·武尼埃(E. Mounier)曾經說過：「權力誘惑腐敗的人、蠶蝕受其誘惑的人。」事實上，權力圈子就是貪污高危區，尤其是以國家層面所作的決定具有普遍影響力，且往往反映為一種自由裁量權的行使，所以高危的症狀便更益明顯。

*譯者註：蘇亞雷斯(Mário Soares)乃葡萄牙前總統。

然而，在共和國末期的羅馬，針對在從事公共職能中所出現的濫權進行打壓成為最受關注的問題，最初採用的是民事訴訟的模式，透過暫設法庭來審理「返還非應收利益」之訴，其後訂定了固定的程序及設立了常設法庭；到了君主帝制時期，更將貪污定為一種屬刑事上公罪、可處以流放、充公資產和死刑的違法行為。

羅馬法影響了以後的法律，其中包括菲利浦法典(Ordenações Filipinas)，具體反映於：將賄賂定為犯罪，不論給付利益的目的或 機為何；行政當局人員一律禁止收受捐獻，以及限制或禁止行政當局人員從事某些工作；將受賄和行賄分開，而現時行賄亦受到制裁。鑑於防貪在當時已受重視，所以一些旨在事先制約擁有公權力者行徑的規限已經存在，且更為後人一再採納（葡萄牙方面可參閱第34/87號法律，而澳門則可參閱12月7日第14/87/M號法律，後者所規定的內容較前者進步及恰當）。

十九世紀，自由主義革命針對行政當局的行為加強了對個人的保護，各部刑法典，包括在葡萄牙及澳門所施行的1886年《刑法典》，均對賄賂犯罪作出了嚴謹的規範，並就受賄罪行為人的身份作出了嚴格規定，利益的給付係旨在使行為人作出特定行為成了重點所在，因此出現了「給付利益的目的」要素。由於「行政合法」是賄賂犯罪背後所保護的法益，所以將行賄者視為受賄者所觸犯的賄賂罪的共犯，且僅在直接正犯開始實施犯罪，即公務員接受賄賂或賄賂承諾時，共犯才會受罰。

在葡萄牙，1982年《刑法典》將賄賂罪擬保護的法益定位為實質上的行政合法，乃考慮到行政當局活 應遵的無私和公共利益占先、合法、平等對待公民及公正處事等憲法原則。3月15日第48/95號法令修改了《葡萄牙刑法典》所規範的賄賂制度，強調實質上的國家意思自治。正如彭仲廉在其論及受賄作不法行為的文章中所述，這個經修改後的賄賂制度最接近《澳門刑法典》所規範的賄賂制度。

一如前述，貪污確是應該打擊的，但首先應從人的意識著手，也就是說，應運用各種努力使市民及公務員均能領會民主價值所在。

事實上，貪污違反民主法治國家的基本原則，受賄公務員的這種行徑確實損害了國家的尊嚴和公信力。貪污是一種難以偵破、見不到受害人的犯罪，受損的是民主制度及普羅大眾；另一方面，由於乏人檢舉、公認取證困難，便要付出高昂的政治、經濟及社會成本。

貪污是一種難以根除的毒害，但透過教育仍可將其抑制，畢竟針對其文化根

源入手可收一定抑制作用，所以不應輕視防貪的重要。當然，打擊貪污仍是不容忽略的一環，且應予強化。

澳門廉政公署就是一個致力打擊貪污的機構，現將彭氏的優秀研究作品 — 「受賄作不法行為罪的若干問題」、「刑法上的公務員概念」及「財產來源不明罪及刑事訴訟的保障」 — 出版成書，亦是從打擊犯罪的角度出發。彭氏為人品格高尚，又精通刑法，對賄賂法律制度尤有鑽研，此乃在澳門及葡萄牙均屬眾所周知、廣受認同的事實，不用本人在此多加著墨。

彭氏的文章一絲不苟，引用最新學說之餘，亦有獨到的學術立場，當中闡明了賄賂罪的罪狀、其背後所保護的法益及何謂共犯，明析了公務員的概念以及說明了為何要對公共職位據位人及公共行政工作人員的財產進行 察等重要問題。

本人深信此書以其質素之高當必廣受歡迎。本人能參與其中，深感高興和自豪。

2005年6月27日於里斯本。

曼奴·施馬士·山度士 (Manuel Simas Santos)**

**譯者註：曼奴·施馬士·山度士(Manuel Simas Santos)乃葡萄牙最高司法法院大法官。

作者簡介

彭仲廉(Júlio Alberto Carneiro Pereira)，葡萄牙助理總檢察長，1953年在葡萄牙蒙特利加(Montalegre)出生。葡萄牙科英布拉大學(Universidade de Coimbra)法學士及亞維羅大學(Universidade de Aveiro)中國研究碩士，於北 語言大學及澳門理工學院語言暨翻譯學校完成中國語言及文化課程。1985年至1995年期間，曾在澳門擔任檢察官及反貪污暨反行政違法 助理高級專員。返葡後先後出任國家安全情報局副總局長、外籍人暨邊境事務局總局長及檢察院內部稽核官，自2005年4月起出任國家情報系統秘書長。

在歐盟範疇內，彭氏曾帶領葡萄牙代表團參與反恐小組、移民邊境暨庇護策略委員會、庇護暨移民事務高層工作小組、警務主管專責小組等工作。2002年，彭氏以葡萄牙代表身份出席在蘭莎樂迪(Lanzarote)舉行的亞歐部長級會議，討論亞歐之間的移民管理事宜。

彭氏歷年發表的專作及在研討會上發表的論文不少，主要有：「亞洲太平洋地區反貪污策略」 - 載於《公正廉明》特刊，1995年；「中國刑法」 - 東方叢書出版社(Livros do Oriente)，1996年；「中華人民共和國：1999年3月15日修憲的政治意義及對經濟的影響」 - 1999年4月22日於戴斯蒙迪斯及北杜羅區大學(Universidade de Trás-os-montes e Alto Douro)舉辦的第一屆葡中大會上發表；「種族主義與犯罪」 - 2001年10月17日於內政 察總署(Inspeção Geral da Administração Interna)舉辦的「文化與安全」國際研討會上發表；「移民權與在保留權利下入境」 - 2002年1月26日於捍衛民主自由歐洲法官協會(Magistrats Europeen pour la democratie et les libertés)舉辦的「司法、工作及平等」座談會上發表，載於《檢察院期刊》第九十期；「販賣人口 - 實現全球打擊的綜合研究」 - 於駐羅馬教廷使節團舉辦、在羅馬教宗大學禮堂舉行的「二十一世紀的奴隸 - 人權及人權公約」國際研討會上發表；「中華人民共和國刑法的發展歷程 - 從歷史及政治視角探討」 - 中國研究碩士論文，由(美國)賓夕凡尼亞大學亞洲研究中心積克迪禮士利(Jacques deLisle)教授任指導老師；「在江澤民政治理念下的第四代領導人」 - 2004年1月21日於里斯本科技大學社會及政治學高等學院舉辦的「中國文化周」上發表；「中華人民共和國的死刑」 - 載於《檢察院期刊》第九十九期。

刑法上的公務員概念

引言

刑法定一般有一條或多條界定刑法上的公務員的規定，例如《意大利刑法定》第357條至第360條¹、《德國刑法定》第11條第1款2項及4項²、《中國刑法定》第93條³、《葡萄牙刑法定》第386條⁴及《澳門刑法定》第336條。

¹ 《意大利刑法定》：

第357條（公務員概念）：

在刑法上，從事立法、司法或行政等公共職能者，均屬公務員。

在刑法上，受公法及當局行為規管，並具有行政當局意志形成和表示的特徵，且以當局權力或認證權力從事的行政職能，均屬公共職能。

第358條（受委託承辦公務的人的概念）：

在刑法上，以任何名義提供公共服務者，均屬受委託承辦公務的人。

公共服務是指與公共職能受相同的規管，但不具公共職能的典型權力特徵的活動，但執行簡單輔助任務及提供純操作服務者除外。

第359條（提供滿足公共需要服務的人）：

在刑法上，提供滿足公共需要服務的人為：

- 1) 從事法律或衛生範疇職業，或從事其他法定須先獲國家特別賦予資格方得從事職業的私人，其服務係公眾依法須尋求者。
- 2) 雖不從事公共職能、又不提供公共服務，但提供某項經行政當局宣告為滿足公共需要服務的私人。

第360條（公務員身份的終止）：

當法律視公務員、受委託承辦公務的人或提供滿足公共需要服務的人的身份為犯罪的構成要素或加重情節時，即使在實施犯罪時該身份已終止，倘該犯罪事實與其官職或所提供的服務有關，並不排除犯罪或加重情節的存在。

² 《德國刑法定》：

第11條第1款：為著本法律的效力

2. 按照德國法律具下列身份者，均屬公務員：

- a) 行政當局人員或法官；
 - b) 擔任其他由公法規定的職務者；或
 - c) 獲委任擔任官職或任何工作崗位，以執行公共行政任務的人，不論所採用履行任務的法律形式為何。
4. 下列人士，雖不是公務員，但基於公共服務的理由，亦須特別負上相同的責任：
- a) 在擔任任何職位或工作崗位時，執行公共行政任務的人；
 - b) 在社團或其他團體、場所或企業中，為任何職位或工作崗位執行公共行政任務的人。

³ 《中國刑法定》：

第93條：

本法所稱國家工作人員，是指國家機關中從事公務的人員。

為何如此？原因是「公務員」乃一規範概念，其範圍須按其所適用的不同法律部門調整。即使在行政法方面，公職人員也分為多類，基本上係按其與公共部門之間的工作關係質及緊密程度而界定。

《澳門公共行政工作人員通則》（簡稱《通則》）⁵第2條將公務員（funcionário）、服務人員（agente）及散位人員（pessoal assalariado）納入在涵蓋範圍廣闊的「澳門公共行政工作人員」概念內，該條第2款規定，「以確定委任或定期委任方式作出之任用賦予公務員資格」，而第3款則規定，「以臨時委任方式或編制外合同制度作出之任用賦予服務人員資格」；此外，第27條第1款規定，「散位合同係行政當局與非納入編制之人員訂立之協定，透過支付與每日所提供服務相應之工資，按從屬之形式確保滿足公共服務之需求」。

儘管名稱不同，這幾類工作人員均包含在另一更廣義的概念內 - 「公共行政服務人員」（agentes administrativos）。「公共行政服務人員」指「以任何名義為公法人服務，在其機關領導下從事活的人」⁶。

我們可以發現，不但非所有類別的公共行政工作人員均視為狹義的公務員，而且「公務員」的概念，並不要求以定期委任方式獲任用之人，具備學說在傳統上對公務員所要求的要件：持續擔任所佔據的職位、專業及服務關係屬公共質⁷。傳統上，「公務員」令人聯想到公職的專業人員，以公職為終生職業，換言之，職程穩定就是公務員身份的一項標誌。

國有公司、企業、事業單位、人民團體中從事公務的人員，國家機關、國有公司、企業、事業單位委派到非國有公司、企業、事業單位、社會團體從事公務的人員，以及其他依照法律從事公務的人員，以國家工作人員論。

⁴ 《葡萄牙刑法典》：

第386條（公務員的概念）

1. 在刑法上，「公務員」一詞包括：

- a) 文職公務員；
 - b) 公共行政服務人員；及
 - c) 在收取報酬或無償下，因己意或負有義務，而不論係臨時或暫時從事、參與從事或協助從事屬公共行政職能或審判職能的活的人，又或在上述情況下，於公益機構從事或參與從事工作的人。
2. 公營企業、國有化企業、公共資本企業、公共資本占多數出資額的企業，以及公共事業的特許企業等的管理人、察機關據位人，以及該等企業的工作人員，均等同於公務員。
3. 為著第372條至第374條的效力，下列人士亦等同於公務員：
- a) 歐洲聯盟的司法官員、公務員、服務人員或等同者，不論國籍及住所；
 - b) 其他歐洲聯盟成員國的國家公務員，倘有關違法行為全部或部分在葡萄牙境內實施；
 - c) 在任何葡萄牙為成員國的公法國際組織範疇內，從事與第1款所述相同職務的所有人員，倘有關違法行為全部或部分在葡萄牙境內實施。
4. 在刑法上，將擔任政治職務者等同於公務員係透過特別法為之。

⁵ 經12月21日第87/89/M號法令核准。

然而，「公務員」的此種定位正深受新的管理及行政要求所衝擊。近八十年來，在公務員培訓及聘用方面，法國傳統的閉模式及北美傳統的開放模式，因互相認同對方的長處，而不斷拉近⁸。法式的公共行政已日漸擺脫為複雜的行政架構永久地配置密集式公務員隊伍的思維，逐步採用多種多樣的聘用方式，令人員管理更具彈。隨著有期限合同、任用人員的行政合同、各類散位合同等模式的產生，過去一經任用為公務員便會持續擔任有關職位的概念已站不住腳。然而，實際情況的改變，並不代表在處理公務上會因公共行政工作人員的任用方式或工作關係質的不同，而有不同的要求。因此，在刑法上需要一個能統一所有模式的概念。

可是，即使公務員的概念擴闊至包含所有公共行政工作人員，但仍然過於狹窄，未能滿足刑法上的需要。

事實上，提供公共服務的人員不一定具備行政法上的「公務員」身份，即使是更廣義的「提供公共服務的人員」的身份也未必具備。不妨看看由公營企業或公共事業特許企業提供的公共服務，如供應自來水、電力或電話通訊服務的例子，便可知曉。上述特許實體均提供市民生活所需的基本服務，但其工作人員不屬行政法上的公務員。然而，鑑於此等服務對公眾相當重要，並且係透過有關特許實體人員執行職務來提供，彼等作為負責滿足集體需要的組織架構中的成員，即使從市場邏輯角度考慮，在刑法上對其操守的要求均應與任何公務員無異。

《澳門刑法典》

基於上述理由，《澳門刑法典》本身也有訂定公務員概念。

標題為「公務員之概念」的第336條規定⁹：

1. 為著本法典之規定之效力，「公務員」一詞包括：
 - a) 公共行政工作人員或其他公法人之工作人員；
 - b) 為其他公共權力服務之工作人員；

⁶ 見加丹奴(Marcello Caetano)著的《行政法手冊》，第二冊，第九版，第641頁。

⁷ 見加丹奴(Marcello Caetano)的上述著作，第669頁起。

⁸ 有關不同的公職制度，請參閱巴拿達(Ramón Parada)著的《行政法學》，第二冊，第十三版，Marcial Pons出版社，第393頁起。

⁹ 在澳門特別行政區成立前通過的法規，須按照《回歸法》（1999年12月20日第1/1999號法律）的規定作解釋。

c) 在收取報酬或無償下，因己意或因有義務，而不論係臨時或暫時從事、參與從事或協助從事屬公共行政職能或審判職能之活 之人。

2. 下列者等同於公務員：

a) 總督及政務司、立法會議員、諮詢會委員、法院及檢察院之司法官、反貪污暨反行政違法 高級專員及市政機關據位人；

b) 本地區官方董事及政府代表；

c) 公營企業、公共資本企業、公共資本占多數出資額之企業，以及公共事業之特許企業、公共財產之特許企業或以專營制度經營業務之公司等之行政管理機關、 察機關或其他 質之機關之據位人，以及該等企業或公司之工作人員。

就是這「公務員」概念，被訂定澳門特別行政區廉政公署法律框架的8月14日第10/2000號法律第3條第2款所採納。然而，第3款還提及信用機構，此問題容後再談¹⁰。

第336條的規定分為兩部分：第1款及第2款，當中所規範的情況雖然相若，其實是有分別的。第1款規範的是刑法上的公務員概念，而第2款則規範哪些人在刑法上等同於公務員。

我們現在就為第336條所規範的各種情況作出分析，先由第1款的各項規定開始。

a) 公共行政工作人員或其他公法人之工作人員

¹⁰ 第10/2000號法律

第3條（職責）

1. 廉政公署的職責為：

1) 開展防止貪污或欺詐行為的活 ；

2) 針對貪污行為及由公務員作出的欺詐行為，依刑事訴訟法進行調查及偵查，但法律就該等行為賦予其他機構的調查或偵查權力並不因此受影響；

3) 針對在因應澳門特別行政區機關選舉而進行的選民登記及有關選舉中作出的貪污行為及欺詐行為，依刑事訴訟法進行調查及偵查，但法律就該等行為賦予其他機構的調查或偵查權力並不因此受影響；

4) 促使人的權利、自由、保障及正當利益受保護，透過第四條所指及其他非正式途徑確保公共行政的公正、合法 及效率。

2. 為著本條的效力，公務員為《刑法典》第336條所載明者。

3. 信用機構的活 亦包括在第1款1項、2項所指的職責內。

剛才已提及，《通則》將公務員、服務人員及散位人員包含在範圍廣闊的「公共行政工作人員」概念內。此乃以形式為基礎的標準，旨在涵蓋與行政當局有不同質的工作關係或合同關係的各類工作人員。

但須注意的是，正如《通則》第2條第1款所述，「公共行政工作人員」的概念是為著該法規的效力而訂定的。事實上，還有其他規範訂定含義不同的「公共行政工作人員」概念。

毫無疑問，《基本法》第四章第六節的規定欲涵蓋所有公僕。葡文本採用了“funcionários e agentes públicos”一詞*，中文本卻採用了「公務人員」一詞，亦即是全體公僕的統稱。

《財產申報法》的立法者又以另外一種方式來訂定有關概念。7月28日第11/2003號法律第1條第3款規定：

「下列人員，包括自治部門、自治基金及其他公務法人的人員，視為公共行政工作人員：

- 1) 確定委任或定期委任的公務員；
- 2) 臨時委任或以編制外合同制度聘用的服務人員；
- 3) 以合同聘用且具有從屬關係的人員；
- 4) 澳門保安部隊文職人員或軍事化人員；
- 5) 海關人員。」

通過這一概念，立法者一方面縮窄了《通則》所規定的「公共行政工作人員」概念，將某些級別的公共行政工作人員，例如領導及主管人員，撥入「公共職位據位人」的概念內；另一方面，又作出了一些特別說明，以防止有人按《通則》的行文對該規定作限制解釋，明確說明自治部門、自治基金及其他公務法人的工作人員，澳門保安部隊文職人員或軍事化人員，以及海關人員也包含在該概念內。尚須注意的是，訂定此規範，直接作用固然是為了實現該法規的宗旨，使之具操作；至於不要忽略的另一個作用，就是將公共行政各類工作人員一一詳列，這個清單便可用作廣義的「公共行政工作人員」概念。事實上，第1條所包含的不僅是「公共行政工作人員」的定義，還有「公共職位據位人」的定義。第1條第2款

*本公署註：在澳門，慣常將之翻譯為「公務員及服務人員」。

明確說明，「公共職位據位人」的定義是為規範提交財產申報書的義務而訂定的¹¹，間接地認同在界定公共職位據位人的問題上可存在不同的理解。至於第1條第3款，則非以申報義務的界定為限，而是明顯地從行政法角度考慮，以盡數列舉的方式指出相關內容。

回到此問題的刑事部分。首先要回答的問題是：究竟刑法所界定的「公共行政」範圍有多大。「公共行政」是指狹義的公共行政，還是包括特別行政區及其他公共實體的一切職能活呢？

這並不是一個新問題。事實上，澳門的行政法律制度與在澳門生效至1995年12月31日的1886年《葡萄牙刑法典》共存甚久。該刑法典第327條所規定的「公共僱員」概念如下：

「為著本章規定的效力，所有直接經法律規範許可，或經人民選舉委任、國王委任或有權限當局委任，從事或參與從事任何 質公共職能的文職人員均為公共僱員。」

在新《澳門刑法典》生效之前，「公務員」的概念很明顯為「公共僱員」的概念所涵蓋，「公共僱員」包括從事任何 質，不論屬立法、司法或行政管理等公共職能的人，而不包括在內的就是從事軍事職能的人，原因係彼等受特別刑事制度規範¹²。

驟眼看來，不難認為《澳門刑法典》的立法者不欲破壞此整全概念。a項採用了「公共行政工作人員或其他公法人之工作人員」此表述方式，以涵蓋所有為公法人或任何公共組織工作的人，至於在純行政法的角度下，該人是否公務員則在所不問。此概括 觀點部分獲12月21日第86/89/M號法令所載的公職職程制度所採納。立法者在《澳門刑法典》中將「公務員」及「等同公務員」分開，另又獨立處理第1款b項所指的人員，這不會破壞整全概念的立場。立法者將從事某些官職的人員獨立處理，只不過是將b項的規定作為保險措施，以消除對某類公僕的身份可能存有的疑問。

¹¹第11/2003號法律

第1條（標的及適用範圍）

1. 本法律規範公共職位據位人及公共行政工作人員提交財產申報書的義務。
2. 為適用上款的規定，公共職位據位人為：……

¹²此廣義的「公務員」概念在當時的法律規定中屬主流，但並不因此而免受批評，特別是有批評指該概念旨在弱化國家的三權分立，以任務分配的手法擾亂三權分立。在意大利，批評最熱熾，矛頭指向在莫索里尼(Mussolini)制度下核准的《樂高法典》(código Rocco)。但批評者卻忘記了，任務分配的概念是沿襲自由主義時期的1889年《山拿德里法典》(código Zanardelli)。見巴加尼亞羅(António Pagliaro)著的《刑法原則一分則》，第一冊，第5頁起。

然而，我們認為a項只包括狹義的公共行政人員。事實上，倘對照a項及c項的規定，便會發現a項所指的是「公共行政」，而c項所指的卻是「屬公共職能的行政活 及審判活」，易言之，採用了一個較廣義的詞以涵蓋行政活 以外的職能。由此可知，b項規範的作用是涵蓋所有為行政管理權以外的其他公共權力服務的人。

因此，a項所規範的範圍僅局限於所有為組織意義上的行政當局服務的人，所謂組織意義上的行政當局，套用一位著名行政法學家所下的定義，就是指「由澳門特別行政區的機關、部門及服務人員，加上其他以集體名義確保有序、有規率及持續地滿足居民的安全、文化及福祉三方面需要的公共實體的機關、部門及服務人員組合而成的整體」¹³。

界定了a項規定的範圍後，便不難確定哪些人包含其中。「公共行政工作人員」就是所有為直接行政當局或間接行政當局服務的人，不論其任用方式為何。

直接行政是由澳門特別行政區本身的機關及部門負責施行。在行政管理機關的架構方面，由政府至部門分為司、局、廳、處。

但並非所有行政活 均由直接行政當局負責施行，因為直接行政當局過於龐大及程序繁複，難以有效回應特別行政區所面對的某些任務。故此，設立另一些公法人，以專責回應這些行政職能的需求。

在間接行政中，公務法人及公共社團扮演著主要角色¹⁴。近期，學說將公共社團歸入「自治行政」範疇，但我們不按此標準劃分，因為在澳門此類法人的規模尚未達到須獨立歸類的程度。

公務法人「乃機構類型的公法人，其設立是為了確保履行歸國家或其他公法人負責的非企業 質的特定行政職能」¹⁵。

不同的公務法人又有不同的分類。以下採用較為人熟識的分類方法將公務法人分為¹⁶：

具法律人格的公共部門；

¹³ 見高柏(João Caupers)著的《行政法一》，Notícias出版社，1999年版，第37頁。

¹⁴ 如欲對間接行政、公法人及公益 私人作更深入的了解，請參閱利奧般理基(M. Leal-Henriques)及山度士(M. Simas Santos)著的《澳門刑法典》，1996年版，第941頁起。

¹⁵ 見阿馬留(Freitas do Amaral)著的《行政法課程》，第一冊，第二版，第345頁。

¹⁶ 見阿馬留(Freitas do Amaral)的上述著作，第347頁起。

公共財團；

公營場所。

在此不闡述據以認定此等實體為公務法人的各項要素，我們認為上述分類基本上是奠基於有關實體的不同組織基礎及/或各自具有的特定宗旨。

具法律人格的公共部門只因具有自治權及法律人格而從直接行政的組織架構中分辨出來¹⁷，例如：印務局、澳門金融管理局、民政總署及衛生局。

公共基金會的作用是按特定公共目的管理一批財產。屬公共基金會的機構有澳門基金會、其他法定的基金以及多個公共機構的福利會。

公營場所屬「文化或社會 質的公務法人，其設立旨在為公眾提供服務，並為廣大有需要的市民提供個別的服務」¹⁸，例如：澳門大學及澳門理工學院。

除公務法人外，亦存在公共社團。公共社團屬「社團類的公法人，其設立是為了確保實現屬於某群體的特定公共利益，此群體的組成其實就是為了實現該等利益」¹⁹。在這方面，值得一提的是專業社團，例如澳門律師公會。澳門特別行政區將規管從事該專業的權力交出，令單純的結社利益與公共利益結合於一身，這所指的公共利益直接與從事律師業的條件、入職、紀律懲戒權的行使等有關。故此，學說認為對澳門律師公會適用為公務法人而設定的原則，但私法社團制度中與澳門律師公會的公共 質不相悖的部分仍可適用。

公益法人又如何？諸如澳門紅十字會及澳門土木工程實驗室等機構，都是以實現公共利益為宗旨並與行政當局合作的法人，那又能否以任何名義納入a項的範圍呢？

答案應該是否定的，因為a項特別指明的是公共行政當局及其他公法人。正如前述，該項的涵蓋對象是組織意義上的公共行政，並非以從事活的實質內容來界定的公共行政。公益法人屬私法人，自然不是行政當局的組成部分。另一方面，第1款c項不將參與或從事公益組織工作的情況納入其中，立法取向與《

¹⁷ 有人將具法律人格的公共部門納入直接行政範疇，而將只受管及督但不受國家行政當局直接領導的實體納入間接行政範疇。按照此立場，便會將大部分的公務法人納入直接行政範疇。然而，這點對我們現正分析的問題並不重要，因為所關注的只是屬於或不屬於行政範疇的問題，屬直接行政或間接行政並不重要。對於此問題，請參閱蘇沙(Marcelo Rebelo de Sousa)著的《行政法課本》，第一冊，Lex出版社，1999年版，第283頁起。

¹⁸ 見阿馬留(Freitas do Amaral)的上述著作第352頁。

¹⁹ 見阿馬留(Freitas do Amaral)的上述著作第400頁。

葡萄牙刑法典》不同，儘管《澳門刑法典》的靈感主要來自《葡萄牙刑法典》。這 對公益組織的排除是清晰的，立法者有意將「公務員」的概念局限於為直接行政及間接行政服務的人員。

b) 為其他公共權力服務之工作人員

根據中華人民共和國全國人民代表大會於1993年3月31日通過、並於1999年12月20日生效的《澳門特別行政區基本法》第1條及第2條的規定，澳門特別行政區雖屬中華人民共和國不可分離的部分，但享有高度自治，以及獨立的行政管理權、立法權和司法權。

因此，不難理解的是，澳門特別行政區的規模雖然不能與一個國家相比較，但仍擁有足夠配備的政治、立法、司法及行政機關以行使相關權力。

當然，本文的目的並不是以《基本法》、特別是第45條及續後條文為基礎來對澳門特別行政區的政治架構進行分析。提及上述內容，旨在說明在界定「公務員」的概念時，僅著眼於受或不受公職一般制度約束的行政機關是不足夠的。

《澳門刑法典》第336條第1款b項強調：「為其他公共權力服務之工作人員」，其目的必然是：將以任何形式受聘、為行政管理權以外的公共權力服務的人員，納入「公務員」的概念內。正如立法會及法院，兩者皆不屬於行政當局，又不屬於行政管理權的範疇，為其服務的人員更具有本身的人員通則，儘管補充適用公職一般制度。

c) 在收取報酬或無償下，因己意或因有義務，而不論係臨時或暫時從事、參與從事或協助從事屬公共行政職能或審判職能之活 之人

若說上兩項規範所定的是奠基於形式內容的處理方法，並以存在公共僱傭關係為基礎，則c項訂定的乃學說所稱的「擴闊了的公務員概念」²⁰，此概念不要求其涵蓋對象具有行政法上公務員概念的特徵，例如須屬於行政體系、持續擔任職務、取得身份或報酬等²¹。

²⁰ 見《科英布拉學派對刑法典的評論—分則》，第三冊，科英布拉出版社，1999年版，第814頁起。

²¹ 見刊載於1962年《立法及司法見解通誌》第237頁起，由羅首(Cobo Del Rosal)撰寫的《西班牙刑法典》第119條第3段之檢評。

根據自由國家的概念，國家對社會的介入只屬次要的功能，公共職能與私人職能之間存在明顯分野²²。此分野隨著社會國家概念的出現而逐漸收窄，國家對社會的介入越來越多，不再單純地扮演仲裁員角色，並承擔確保社會具備基本生活質素的工作，從而不斷開展旨在滿足公共需要的行政管理工作。然而，傳統的行政組織模式卻不能承擔行政當局的這項任務，因為無論在規模及運作規則方面，傳統模式都不能有效回應社會要求行政當局持續及即時介入的訴求，何況有時甚至需要與私人組織競爭，所以須多採用一些與市場規則相若的程序。此外，鑑於意識到有需要尋求一些新模式以滿足公共需要，行政當局亦常與私人組織或市民合作，將當局所須承擔的部分任務交由彼等完成，合作範圍由簡單任務至複雜的大規模工作不等，例如：學生課餘活 計劃，安排學生將行政當局的文件輸入電腦，又或聘請提供醫療服務的企業，為公共醫療體系的受益人治療疾病。然而，此類任務同樣可在沒有合同的基礎下、透過任何人純粹利用餘暇與行政當局合作來完成，甚至是無報酬的，例如：義工組織或援助行 組織的成員自願參與為兒童注射疫苗的計劃；私校自 請纓為教育當局執行培訓計劃；基於公共災難的發生，有市民獲有關當局認可協助向災民派發基本物資等。

此類情況的出現，促使世界各地紛紛修訂刑法上的「公務員」概念，主要是從形式意義的概念轉化為客觀職務意義的概念。換言之，「公務員」的概念不再奠基於當事人從屬於某公共實體的關係，而是客觀地奠基於當事人實際從事活的 質，不存在僱傭關係並不重要，只要當事人單純在事實上從事公共職能或提供公共服務便足夠²³。

上述演變在1990年4月26日《意大利刑法典》的修訂中清晰可見，透過第357條規定的「公務員」概念及第358條規定的「受委託承辦公務的人」概念體現出來。有關改革實質改變了該兩條文的內容，刪除了任何涉及僱傭關係 質的部分，代之而確立「公共職能」及「公共服務」等概念²⁴。這樣，意大利的立法者取

²²見阿加比度(Luís Roca Agapito)著的《侵占公共資源的犯罪》，MJ Bosh 出版社，1999年版，第91頁起。

²³見菲安達加(Giovanni Fiandacca)及梅斯高(Enzo Musco)著的《刑法學一分則》，第一冊，Zanichelli 出版社，2002年版，第168頁起。

²⁴載於《樂高法典》(1930年)的第357條及第358條原文：

第357條：「在刑法上，公務員為：

1. 長期或暫時從事立法、行政或司法等公共職能的國家僱員或其他公共實體僱員；
2. 任何在無償或收取報酬的情況下，因己意或負有義務，而不論係長期或暫時從事立法、行政或司法等公共職能的人。」

第358條：「在刑法上，受委託承辦公務的人為：

1. 長期或暫時提供公共服務的國家僱員或其他公共實體僱員；

消了對行為人身份的要求，改以從事公共職能為界定是否公務員的決定因素²⁵。

意大利最高法院²⁶的司法見解就上述「擴闊了的公務員定義」作出了一些判決好例子，下列人員向來被視為公務員²⁷：

- 根據私法合同以從事自由職業的身份，為一間跟國家醫療部門有協議的醫療所工作的醫生（1992年7月11日）；
- 司警當局委任的專家，在其客觀地從事司法職能的期間（1996年3月13日）；
- 公共工程審核委員會成員，理由為其負責檢查和證明有關工程是否按計劃正確施行（1996年6月16日）；
- 依法獲認可的私立學校的教師，理由為教學屬公共職能，且私立中學等同公立中學（1999年1月13日）。

在這方面，同樣值得強調的是，德國透過1997年8月13日法律對《刑法典》第11條第1款2項c目作出修改，在「公務員」概念的原文「獲委任擔任官職或任何工作崗位，以執行公共行政任務的人」的部分，加上「不論採用何種法律形式來履行任務」，目的正是涵蓋在私人活 中履行屬公共職能範疇任務的人²⁸。

為了進一步了解《澳門刑法典》此規範的內涵，首要的工作就是界定「公共行政職能」及「審判職能」的概念，因為有關內涵正是由這兩個概念客觀定界。另一方面，正如前述，無論從形式層面抑或從組織層面，均不能將該等職能的特點顯示出來，除非採用實質標準方能顯示。

公共行政職能，實質上就是藉著提供財貨和服務、每日持續地滿足集體的需要。至於審判職能，則是在解決具體生活或抽象的法律問題時宣示權利的歸屬²⁹。

2. 任何在無償或收取報酬的情況下，因己意或負有義務，而不論係長期或暫時提供公共服務的人。」

現行的文本，請參閱註1。

²⁵ 見巴加尼亞羅(António Pagliaro)著的《刑法原則一分則》，第一冊，Giuffrè出版社，2000年版，第9頁起。

²⁶ 根據意大利的《司法組織綱要法》第65條的規定，最高法院負責：「確保法律得到確切遵守、法律解釋統一、國家實體法完整、各司法管轄權的界限得到遵守、對權限及職責的衝突進行規管，以及履行法定的其他權限」。

²⁷ 關於這 提及的例子和其他例子，請參閱《刑法典的操作及補充法規》，Simone出版社，2002年版，第610頁起。

²⁸ 此修法建議是在最高法院拒絕將建造社會房屋的有限公司經理納入「公務員」概念後提出的。因此，修法的焦點便放在職務的 質上。請參閱毛里(Miriam Cugat Mauri)著的《挪移公共利益及影響力交易》，Cedecs出版社，1997年版，第178頁。

²⁹ 見米蘭達(Jorge Miranda)著的《憲法學手冊》，第五冊，1997年版，第22頁起。

審判職能的範圍不難界定，但要將公共行政職能清楚解釋就有點困難。事實上，雖然我們在此強調的是實質上的公共行政職能，但仍須在有關概念上補充一些要素，例如集體需要就是指人們在安全、文化及福祉方面的需要。另一方面，在公共行政職能範疇，除包括提供財貨和服務外，還包括資源的獲取，以提供該等財貨和服務。最後，該等提供財貨和服務、以及獲取資源的活，係由澳門特別行政區及其他公法人的機關、部門和人員，甚至是其他獲公法規範賦予資格的實體進行。凡以任何名義參與這些活的人，均納入現正分析的c項範圍內。

透過這些要素，便足以將從事及參與從事公共職能而被賦予刑法上公務員身份的範圍具體化。公共行政職能的範圍一經確定，所有參與從事公共職能的人，不論以任何身份參與，均被賦予刑法上的公務員身份。因此，所謂「事實上的服務人員」³⁰亦有必要視作具有公務員身份。誠然，單從形式上看，「事實上的服務人員」不屬於公務員，但從實質的角度看，因有關人員事實上參與從事公共職能，故應被視為刑法上的公務員。

剛才已提及，《澳門刑法典》沒有在此規範及在有關公共行政職能的部分加入「在公益組織從事及參與從事公共職能」的規定。公益法人屬私法機構，但基於與行政當局的合作而獲宣示具有公益。由此可知，公益法人本身不屬行政當局轄下的機構，公益法人的活不屬公共行政職能。儘管如此，鑑於公益法人具有經常與直接行政當局及間接行政當局合作以協助實現公共利益的特質，因此，對其適用特別的制度，以及使其獲得公共當局的優惠，是洽如其份的。由此可見，公益法人的活不屬公共職能，但基於與行政當局之間存在的特別合作關係，公益法人的人員經常參與從事或協助從事公共職能，故在這具體的層面上，基於本項的規定，有關人員便具有刑法上的公務員身份。然而，這種公務員身份並非奠基於主體的特質，而是在於對客體的定，看看具體的活是否與行政當局有關聯，是否基於與行政當局簽訂意定書而開展，又或是否基於其他法律文件而將一些應由行政當局實現的目標交予有關公益法人實現。

接著要分析的是第336條第2款的規定，看看哪些人在刑法上具有「等同公務員」的身份：

³⁰ 根據加丹奴(Marcello Caetano)著的《行政法手冊》，第二冊，第九版，第643頁起的内容，必需的服務人員是指「為著緊急避險並在共同利益的驅使下從事有關公共職能的人，但彼等未經正常程序授予公共職能」；談想的服務人員是指「儘管未獲有效地任用擔任官職，但卻在正常的情況下從事公共職能，並被一般人視為正規服務人員的人」。

a) 總督及政務司、立法會議員、諮詢會委員、法院及檢察院之司法官、反貪污暨反行政違法 高級專員及市政機關據位人

對於此項規定，首個問題就是須按照《回歸法》的規定作解釋，結果有可能是：「行政長官及司長、澳門特別行政區立法會議員、澳門特別行政區行政會成員、法院及檢察院之司法官、廉政專員及市政機關據位人」。

可是，這樣的解釋結果一點也不令人滿意，因為未能配合《基本法》、《回歸法》、《政府組織綱要法》作一致的解釋，更不妥當的是，相對於《刑法典》第1條規定的罪刑法定原則，上述解釋結果也挑起了一些疑問。

「諮詢會委員」是否應以「行政會成員」代替呢？是否應將《基本法》第50條第6款所指的所有主要官員均納入此項規定的範圍呢？

若將彼等納入該規範內，會否被視為屬擴張解釋而違反了罪刑法定原則呢？

考慮到該規範欲涵蓋的範圍，若在內容上將審計長、警察總局局長及海關關長都排除，豈不令人費解嗎？

儘管如此，該等實體其實是否已包含在本條第1款的規定內呢？

凡此種種的問題，顯示了有必要修訂第336條的規定，令《刑法典》的規定嚴格配合《基本法》的規定，不會因將該等實體間接納入規範之內，引來批評指違反了《刑法典》和《基本法》所確立的基本原則，如罪刑法定原則。毫無疑問，現在分析的a項規定擬涵蓋所有主要官員的意圖是明顯的。既然連行政長官也包含在內，尚不包括各主要官員，那真教人費解。然而，我們認為《回歸法》的規定，對於達致預期結果而言尚未夠清晰。也許可以說，立法者很難巨細無遺地預見各種須配合《基本法》的規定而調整的情況。這項任務有賴時間來幫助實現。

無論如何，基於上述疑問，似不應將所有前述的實體均納入本項規定之內，但為著有關規定的目的，彼等亦不應因此而受到不同制度約束。這樣，便有可能須視有關實體納入第1款c項之內，因為其表述方式足以將之涵蓋。提出此問題，目的並不是為了將該等實體界定為刑法上的公務員而除去其特徵，而是在於有條理地將之歸納在第336條的範疇內。

作出了上述引介後，現在正式分析此項規定。

在1886年舊《刑法典》生效期間，仍採用「公共僱員」的定義，它涵蓋了所有以相關規範所述的方式，從事或參與從事「任何 質公共職能的文職人員」。從

這一標準可見，此項規定的情況與現行條文第1款所規定的無異，亦即是說，所有人員一律視為公共僱員，在這方面談不上任何等同的情況。

然而，立法者並非單純採用唯一的概念。我們曾提及，《意大利刑法典》將「公務員」與「受委託承辦公務的人」及「從事滿足公共需要服務的人」分開，而《德國刑法典》亦將「公務員」與「受委託承辦公務的人」分開。

《澳門刑法典》在這方面則別樹一格，走向較接近於《葡萄牙刑法典》，不同之處在於《澳門刑法典》的立法者將政治職位據位人等同於公務員，而《葡萄牙刑法典》的立法者則以特別法規範有關事宜。

可以這樣說，此項規定所包含的人員可稱為「具當局地位的公共職位據位人」，有些近似於《西班牙刑法典》的規定。《西班牙刑法典》將納入「公務員」概念的人與納入「當局」概念的人分開，並作出不同的處理³¹。我們採用「具當局地位的公共職位據位人」一詞而不簡單採用「公共職位據位人」的稱謂，是為了避免與第11/2003號法律第1條的規定混淆，因為「公共職位據位人」這概念所涵蓋的範圍遠超於「具當局地位的公共職位據位人」。

除先前提及的幾種情況涉及解釋上的疑難外，按照此項規定解釋哪些人應等同於公務員並不困難。

b) 本地區官方董事及政府代表

有必要再一次按照《回歸法》附件四的規定對此項規定作出解釋，所得結果如下：「澳門特別行政區官方董事及澳門特別行政區政府代表」。

根據3月2日第13/92/M號法令第1條第1款的規定，獲行政長官任命管理以澳門特別行政區為股東的公司的人士，只要該任命權由法律或有關章程賦予，則視為澳門特別行政區官方董事；獲行政長官任命管理以專營制度經營業務的公司，或享有非一般法所規定的優惠或特權的公司的人士，亦視為澳門特別行政區的官方董事。

³¹ 《西班牙刑法典》

第24條：

1. 任何基於本身擁有或作為任何組織、法院或合議機關成員而擁有權力或行使本身管轄權的人，均視為刑法上的「當局」。在任何情況下，國會議員、參議院議員、自治社群的立法會議員及歐洲議會議員，均視為「當局」。檢察院成員也視為「當局」。
2. 所有由法律直接規範、經選舉或經有權限當局委任，參與從事公共職能的人，均視為「公務員」。

根據同一條文第2款的規定，由行政長官任命、針對公共服務或使用公產物的獲特許公司、享有澳門特別行政區所提供或擔保資助的公司、以專營制度經營業務的公司，或享有非一般法所規定的優惠或特權的公司等的業務，從事察及跟進職能的人士，視為澳門特別行政區的政府代表。

將澳門特別行政區的官方董事及政府代表等同於公務員的理由在於，不論以上述任一身份擔任公共職務，彼等按章程規定所負責的職能無非為實現公共利益，而彼等身負法律施加的特定義務亦在於公共利益的實現。

有關官方董事方面，根據第13/92/M號法令第6條第1款的規定，官方董事負責按照經濟效益標準，認真管理有關公司的利益。但後隨的第6條第3款則補充指出，如發生利益競合或利益衝突的情況，官方董事須在遵守督實體給予的指引下，對不論屬財產質或屬一般層次的公共利益加以維護。該法規第9條第1款同樣反映出立法者對公共利益的關注，明文指出須避免公共利益受損或對已產生的損害作出彌補。

這制度令官方董事受到雙重約束：一方面須按照經濟效益標準從事管理職能，此目標一般與公共利益相符；另一方面，尚受到另一較高層次的約束，每當發生利益競合或利益衝突時，必須以公共利益為優先。

至於澳門特別行政區的政府代表方面，政府代表的職能基本上屬察質，為此，有權參與公司機關的會議、取閱文件、要求解釋、參與特許合同的磋商及合同條款修改的磋商（第14條第2款）；根據第16條第1款的規定，政府代表尤其須向督實體報告一切可能損害公共利益且與公司運作有關的事實，並適時向督實體建議採取適當及必要的措施。由此可知，政府代表並無任何管理權，純粹從公共利益的角度專責擔任察任務。

c) 公營企業、公共資本企業、公共資本占多數出資額之企業，以及公共事業之特許企業、公共財產之特許企業或以專營制度經營業務之公司等之行政管理機關、察機關或其他質之機關之據位人，以及該等企業或公司之工作人員

阿馬留（Freitas do Amaral）認為公營企業乃「以公共資本設立並受公共行政當局機關領導及管的以營利為宗旨的經濟組織」³²。

³²見阿馬留(Freitas do Amaral)著的《行政法課程》，第一冊，第二版，第365頁。

然而，除了公營企業外，還有其他組織存在，也就是這位學者³³所稱的「集體利益公司」，「集體利益公司」的涵蓋範圍包括：

- 公共事業的特許公司、公共工程的特許公司及公產物的特許公司；
- 以專營制度經營業務的企業或享有非一般法所規定的特權的企業；
- 混合經濟型的公司；
- 公共資本公司；
- 公共組織出資的公司等。

公營企業的法律屬，只可根據其章程來鑑別。至於在學說上則存在分歧，有的認為公營企業是公法人，有的認為是私法人，也有的認為屬混合質，將之歸屬為私法中的公法人³⁴，然而，認為公營企業屬公共範疇企業分類的公法人的則屬主流。

澳門雖然沒有公營企業³⁵，但不影響我們分析規範中的這一部分，因為行政當局可隨時設立具有此屬的企業。現在讓我們先從公營企業、公共資本企業、公共資本占多數出資額的企業、公共事業的特許企業及公共財產的特許企業談起。顧名思義，此等企業均屬集體利益公司。有關公營企業方面，其法律屬只可根據具體的設立行為來鑑別，因為澳門尚未有任何公營企業的章程制度。總而言之，公營企業一般視為公共範疇企業分類的公法人，故此，以下針對同一範疇其他公司所作的分析適用於公營企業是更為理所當然的。

公共範疇企業分類的公司及集體利益公司，與公權干預市場供應及策略領導經濟的不同時代相對應。基於市場需要，國家不得不放棄其中立地位或有必要填補某些職能，於是行政當局便主 開展了滿足不同領域個別需要的工作，包括教育、衛生、交通運輸、能源、通訊等方面，有時以專營制度進行，有時則透過與私人活 競爭又或與其建立伙伴關係的方式進行。鑑於行政當局的運作制度不能有效滿足開展有關工作的需要，因此導致企業模式運作的出現，既有採用設立公營企業的方式，亦有透過大額注資於私人企業或透過公共事業特許制度的方式來實踐有關工作。

³³見阿馬留(Freitas do Amaral)的上述著作，第558頁起。

³⁴就這一問題，參閱阿馬留(Freitas do Amaral)的上述著作第379頁。

³⁵現有的只是各種不同的公共資本或公共資本占多數出資額的私法公司，它們大部分屬公共事業特

公共財產多用作支持公共事業，所以公共財產往往與其所支持的公共事業一併成為特許之標的。特許公共財產也具有將之保存的目的，將公共財產用作某類企業活 便可為保存有關財產獲取所需的資源，例如將一座列為文物的建築物（如古堡）特許予一間酒店企業以經營旅遊業。

將這些企業的機關據位人及工作人員等同於公務員，正是因為該等企業除具有企業邏輯固有的營利目的外，還負責提供公共服務及/或保存公共財產來實現公共利益。

分析至此，正是我們所討論的一連串問題中最複雜的部分：弄清該等人員究竟在哪一範疇內等同於公務員。例如：是否特許企業人員完全等同於公務員而無任何範圍，還是只局限於與提供公共服務或保存公共財產有關的活 範圍？

支持限制說的首要理據在於將該等人員等同於公務員的原因。事實上，所有這些實體均以營利為宗旨，除公營企業外，均屬私法人。將其人員等同於公務員是因為該等實體提供公共服務或在從事活 過程中使用公共財產。因此，所有不直接涉及提供服務的活 或不屬其負責保存公共財產的義務範圍的企業管理活 ，均不屬等同範圍，例如人員聘任，選擇設備或服務的供應商等方面。

相反，也可主張完全等同說，理由為雖然特許實體屬具營利宗旨的私法人，但此種營利目的必須透過實現公共利益或良好使用和保存公共財產來達致。顯然易見，倘公司在管理上存有 失，其提供公共服務的能力或小心管理公共財產的能力就會受到影響。

回應上述問題是相當複雜的，因為《刑法典》並沒有訂定任何標準，與某些地方的做法不同，例如意大利。《意大利刑法典》規定某些罪狀的行為人須具有特定身份，例如第314條明文規定，公務上之侵占罪只可由公務員或受委託承辦公務的人實施，而第317條對違法收取罪有相同的規定。然而，第361條則僅將行為人的身份局限於公務員，規定公務員如不就其執行職務時或因其職務而獲悉的犯罪作出檢舉，便構成犯罪。《澳門刑法典》的規定則有所不同，雖然將「公務員」及「等同公務員」分開，但無具體指出哪些犯罪只可由公務員實施。表面看來，如此規定會有利於無須作出任何限制的主張。

許企業。然而，問題較複雜的是對一些機構的定 ，例如「第二屆亞洲室內運 會澳門組織委員會股份有限公司」及「第四屆東亞運 會澳門組織委員會股份有限公司」。根據有關章程，彼等屬公共資本股份有限公司，但在制度上卻大部分採納公法，尤其是在設立形式方面。此外，股份有限公司的規定只對其補充適用。再者，彼等的宗旨與其他一般的公司不同，不具營利目的，其設立旨在擺脫公共工程承攬或財貨及服務採 等常規制度中相關機制以實現一些項目，因此，獲賦予股份有限公司的特 。基於《刑法典》第336條第2款c項的規定，該等實體的領導或工作人員在任何情況下均等同於公務員。

然而，我們認為，不得不對「等同公務員」作限制解釋，「等同」應以公共利益範疇為限；同時，有必要按個別罪狀的結構，尤其是主觀要件和客觀要件，考慮罪狀實施的具體可能。

例如：供應電力的特許企業的一名僱員向市民索取不應收受的款項，以便將電力接駁至其住所。毫無疑問，該人員觸犯的是受賄作合規範之行為罪，因為違法索取款項的行為與提供公共服務有直接關聯。但是，倘該人員將企業的一台電腦據為己有，觸犯的不是公務上之侵占罪，因為此罪狀要求被侵占的財產為公共財產或由公權力所保管的財產；倘涉及的只是公共事業特許企業的非屬特許對象的財產，且該人員與特許企業之間純屬私法關係，則不構成公務上之侵占罪。

若上述個案發生在公共財產特許企業的人員身上，情況就不同了。倘獲特許以一公共建築物經營酒店業務的企業的一名人員，利用職務的便利將特許財產中的一些產（例如一支古炮或其他裝飾品）據為己有，觸犯的是公務上之侵占罪，因為行為人將公共財產據為己有、觸及將其等同於公務員的依據（保存公共財產）。反過來，對於此等人員則較難存在實施受賄罪的機會。可以肯定的是，倘此類特許企業的人員以訂房為由向客人索取不應收取的款項，不會構成受賄罪，因為在這情況下索取款項只與企業的商業活動有關，完全不屬有關特許所涉及的公共利益範疇。再者，相對於其他同在市場中經營酒店業務的企業而言，亦無任何重大理由支持須對該企業加強刑法的干預。

總而言之，將這些實體的人員等同於公務員的範圍，只局限於提供公共服務、保存及使用公共財產的範疇，且可妨礙該等特許目的之活動。在此範圍以外，就沒有理由將這些實體的人員等同於公務員。

至於以專營制度經營業務的公司，可循類似思路分析，基本是要弄清給予特權的原因。這個原因既可以是為了保護消費者；也可以是為了確保有關業務能在公共秩序和公共安寧均有保證的情況下經營；亦可以是旨在透過要求專營公司嚴格遵守經營准照所定的條件運作，以保障財務回報或其他質的回報所涉及的公共利益；甚至還可以是上述原因的總和。例如在某類彩票或賽狗活動中舞弊，除令人對此等大型項目失去信心外，還影響財政收入、損害投注者的利益及危害公共秩序。故此，倘某以專營制度運作的此類企業的一名人員，收受金錢利益或其他利益作為不當影響結果的回報，觸犯的是受賄作不法行為罪。但如上述人員在不直接涉及企業活動的公共利益範疇的財貨或服務採中，索取不應收取的回報，就不算是受賄作不法行為罪。

賭場

根據此項規定，賭場董事及職員等同於公務員嗎？

我們認為，經營賭場的企業不屬c項規範所指的特許實體。本項所包含的只是狹義的特許，將本屬某公法人本身的活 交予他人從事，因此，作為特許標的之權力與權利，其實與公產、公共工程或公共服務有關。因此，在上述範疇以外「新生的」權力和義務，均屬行使單純權能的體現³⁶。

當然，許可賭場營運的背後亦存在公共利益，基本上涉及稅收、旅遊發展、社會穩定、經濟發展等在娛樂場幸運博彩經營法律制度（第16/2000號法律第1條）中明文指出的目的。因此，在這一層面上可以這樣說，賭場並非有別於前述以專營制度經營業務的公司。事實上，真正的問題就在於此。

過去，當賭場仍是以專營制度經營時，本項規範還涵蓋賭場職員。自專營制度終止時起，我們認為賭場職員不再等同於公務員。然而，須注意的是，博彩批給合同可附帶公共財產的批給。在這種情況下，亦僅在這範圍內，方須對賭場適用剛才所提及的、公共財產特許中的「等同」。

信用機構

我們探討的最後一個問題，就是界定第10/2000號法律第3條第3款規範的含意和範圍，該規定行文為：「信用機構的活 亦包括在第1款1項、2項所指的職責內。」

首先宜緊記以下要點：

有關規範屬第3條的內容，該條文旨在指出廉政公署的職責；

這第3款的規範明示涵蓋第3條第1款1項及2項所指的職責，即開展防止貪污或欺詐行為的活 及針對該等行為進行調查及偵查。

這規範的範圍以第1款1項及2項的行為定界，將選民登記及選舉中的貪污行為和欺詐行為，以及行政違法的部分排除在外。明確了該規範所定的是關於廉政公署在預防犯罪及刑事調查方面的權限後，隨之而來的第二個問題就是：法律賦予廉政

³⁶見基狄斯(Marques Guedes)編著的《公共行政法律詞典》，第二冊，第541頁起。

公署權限，以便在信用機構的活 範圍內開展預防犯罪及打擊犯罪的工作，還是將信用機構人員等同於公務員？

按照法律行文的方式，似乎偏向於賦予調查權限的看法。事實上，第3款所指的是「信用機構的活」，而第2款則表示：「為著本條的效力，公務員為《刑法典》第336條所載明者。」無論如何，當第3款在第2款的行文後表示「信用機構的活 亦包括在第1款1項及2項所指的職責內」，明顯是對第2款的內容加以補充。換言之，將第2款及第3款結合，就發現立法者在採納《刑法典》的「公務員」概念的同時，再加上某些內容。至於這些內容，其實指什麼？正如前述，要不就是指廉政公署針對信用機構的活 具有一定調查權限，要不就是指擴闊「公務員」概念，使之涵蓋信用機構的人員。

我們認為後者的看法正確。

事實上，如第3款規範旨在擴闊廉政公署的權限，使其除有權調查在公職範疇內實施的犯罪外，還包括在信用機構範疇內實施的犯罪，那麼將該權限局限在貪污及欺詐事宜實在是毫無意義的，因為從結合第3條第1款及第4條第1款的規定所得的解釋結果，以及根據這 擬涵蓋的罪行 質來分析，貪污及欺詐罪行必然由公務員實施或涉及公務員。倘法律不視信用機構人員等同於公務員，便無從解釋為何將廉政公署的權限限制在一些以具有公務員身份為要件的犯罪行為，也就是說，第3款的規定是無稽的。由於我們須推定立法者所制定之解決方案為最正確的，且立法者懂得以適當文字表達其思想（《民法典》第8條第3款），所以我們不能接受該規範是無稽的結論。

然而，為著更深入了解這問題，宜先回顧有關立法的歷史進程，它在某程度上與私人領域的貪污問題有關。

在一般的法律體系中，尤其是大陸法體系，貪污的概念是指使用或濫用公共權力以達到私人目的。因此，貪污係與公共職務有關、有公務員的參與。然而，鑑於有必要加強對涉及從事某些業務的價值的保護，這個「與公共職務有關」、「有公務員的參與」的貪污概念漸漸在多個法律體系中失去地位。例如：《法國勞 法典》規定，經理或人員要求或答應接受饋贈、捐獻或禮物，作為實行或不實行某職務行為的回報，處以刑事制裁³⁷。《法國公共衛生法典》也處罰醫療界的賄賂。醫療界的賄賂是指醫學專業人員答應接受由向社會保障制

³⁷ 《勞 法典》第1卷第5篇第2章第6條第1款（L152-6-1）：

任何經理或人員，在未經僱主的同意下，直接或間接要求或答應接受饋贈或饋贈的承諾、捐獻、禮物、折扣或獎賞，作為實行或不實行某職務行為或因職務之便而可實施行為的回報，處二年徒刑及二十萬法郎罰金。

度供應物料或服務的實體提供的利益³⁸。近期，葡萄牙的刑法體系亦追隨此演變步伐，在規範妨害經濟及公共衛生的違法行為的1月20日第28/84號法令中新增兩條³⁹。因此，有學者從一個新的角度去界定貪污，範圍還包括私人領域，換言之，貪污是指「獲賦予特定公共職務或私人職務的人要求或答應接受捐獻或饋贈，又或要求或答應接受他人給予捐獻或饋贈之承諾，作為實行、延遲實行或不實行某職務行為之回報」的行為⁴⁰。

為何將貪污刑事制度擴展至私人領域？表面看來，似乎欠理由，因為刑事制度中已將侵犯所有權及財產的行徑定為犯罪，作為對私法關係範疇內法益的保護機制；另一方面，亦可質疑為何針對特定私法主體的行為，又或在特定私人利益的運作範圍，給予較大的保護。事實上，針對某些範疇加強保護是有理由的。以醫療界的賄賂制度為例，加強保護就是為了節省社會保障的開支，保障公共衛生及其服務對象的利益。又如僱員賄賂制度，加強保護就是為了確保經濟世界的健康競爭⁴¹。

設立私人領域的貪污制度也可以是基於特定國家或地區的策略利益。例如香港，為保持其商貿及金融中心的聲譽，加強保護與相關範疇有關的活對香港是有利的⁴²。澳門同樣也可以考慮是否需要在其主要經濟活範疇，如銀行業、保險業、博

³⁸ 《公共衛生法典》第3卷第6篇第5章第1條第1款（L365-1-1）：

禁止本法典第4卷第1篇所指醫學專業成員，接受由屬強制社會保障制度承擔的物質或服務的供應企業、產品製造企業或銷售企業，以任何方式直接或間接提供的任何質或種類的利益。

第3卷第7篇第6章第3條（L376-3）：

違反第L365-1條規定者，處五十萬法郎罰金及二年徒刑.....

³⁹ 11月28日第108/2001號法律為上述法規增添了分別關於私人領域的受賄和行賄的第41條B及第41條C：

第41條B

1. 為私人領域任何實體擔任職務者，包括領導人員，即使該實體是以不規則的方式設立，親身或透過另一人，為自己或第三人要求或答應接受財產利益或非財產利益，又或要求或答應接受他人給予該利益之承諾，作為違背職務上義務之作為或不作為之回報者，並因此而損害了競爭或造成另一人的財產有所損失，處最高三年徒刑或科罰金。

第41條C

1. 親身或透過另一人而經本人同意或追認，給予或承諾給予上條所指的人財產利益或非財產利益，又或在上條所指的人知悉下給予或承諾給予第三人該利益，以達致上條所指目的，並造成上條所指結果者，處最高三年徒刑或科罰金。

⁴⁰ 見柏勒狄(Jean Pradel)及唐迪祖安(Michel Danti-Juan)著的《刑法分則》，第二版，2001年，Cujas出版社，第726頁。

⁴¹ 這似乎是修訂上述葡萄牙法律的首要維護的利益，因為私人領域的貪污，不論是何種模式，其中一個要件就是實際損害了競爭或造成他人財產有所損失。

⁴² 因此，貪污犯罪不但可以由公務員實施，也可以由任何為他人利益計算而工作或作出行為的人實施。請參閱《防止賄賂條例》第2條（釋義）及第9條（代理人的貪污交易）。

彩業等，採取相同的刑事政策。當然，這些是政策上的問題，應由相關機關的負責人來考慮。作出上述分析的目的只在於說明一個與我們正研究的事宜有關的問題，以及說明為何澳門的刑事制度與上述的政策取向那麼接近。

12月7日第14/87/M號法律核准了《賄賂處分制度》，該制度第10條第2款c項規定以下人員等同於公務員：「公共企業、公共機構及經營公權財產的機構、公共服務承批人、持有專利權的公司以及信用機構的行政人員、管理人員、董事、經理、 察機關成員、核數師、大律師、工程師、建築師、經濟學家、特別顧問，以及其他技術人員和人員。」*至於這些實體，根據同條第3款的規定，為著第6條第2款及第3款規定（即優惠的贈與罪）的目的，該等實體被視為「行政當局」。

為何將該等實體等同「行政當局」？理由為：如果只將該等實體的人員等同於公務員，尚未足以符合第6條第2款及第3款的規定，而以賄賂罪論處，因為該兩款規定指明的是「行政當局」及「行政當局機關」⁴³。

事實上，設立反貪污暨反行政違法 高級專員公署的9月10日第11/90/M號法律第3條第3款，就高級專員公署的職責作出規定：「在第1款a、b項所指的職責內，尚包括經營公有產業之企業、公共服務特許企業、持有專利權的公司** 與信用機構等之活。」此規定當然已考慮到將該等實體的人員等同於公務員的制度，以及該等實體按照前述的規定被視為行政當局的事實。當第11/90/M號法律採用「活」而非「人員」一詞，實際上就是要定下一個廣義的概念，既包括該等實體的人員，又包括該等實體的業務，從而將第14/87/M號法律已有所規定的主體內容（人員）及客體內容（等同行政當局）集於一身。亦即是說，第11/90/M號法律的上述規定其實是以第14/87/M號法律第10條為基礎。

隨著《澳門刑法典》的生效，這個立法結構便改變了，第14/87/M號法律已被廢止，《澳門刑法典》另定了一個涵蓋所有前述實體人員的「公務員」及「等同公務員」概念，但卻不將信用機構的人員納入其中。

然而，同樣是澳門立法者的決定，當彼等透過3月31日第2/97/M號法律對

* 本公署註：此中文本的句子結構經本公署調整，使之與葡文本的原意相符。

⁴³ 第6條第2款及第3款（以下中文行文經本公署調整，以清晰條文的含義）：

2. 任何人或透過居中人倘贈予公務員任何優惠或利益，目的為鼓勵或報答該公務員作出、延遲或不作出任何在某程度上與行政當局或該公務員所擔任職務有關的行為者，處最高三年 禁及科最高一 五十天罰金。

3. 對與本身有任何往來或待決申請的行政當局機關公務員贈與優惠或利益者，處最高一年 禁及科最高四十天罰金。

** 本公署註：原文本為「獨家業務公司」。

第11/90/M號法律作出修改時，卻維持第3條第3款的規定不變，並且在通過第10/2000號法律時，再次堅持不改變原立法取向的立場。

如果認為這是立法者的疏忽，那就十分不尊重立法當局了。反過來，更應肯定的是，立法者既已透過第14/87/M號法律所訂立的等同制度將其定意表明，這個決定便始終如一，而《刑法典》所載的制度便要擴闊，因為信用機構人員的狀況與《刑法典》第336條第2款c項所指人員的狀況並無相異之處。

究竟什麼驅使立法者作出上述等同呢？等同的範圍有多大呢？究竟是為著所有及任何的效力、又或是單純為著某些特定效力而將信用機構人員視為公務員呢？

從這一規定的起源考慮，得出的結論是，立法者將等同於公務員的範圍擴闊至信用機構人員的原因，應與特許公司或以專營制度經營業務的實體的人員被等同於公務員的理由無異。不同之處僅在於，其他實體人員之所以等同於公務員（不論是因以特別制度經營業務，又或是因有關特許與提供公共服務或經營公共財產有關），其背後的理由更為清晰。當然，我們為立法者作出如此規範尋求理由時，並不在於考慮到一些因素，如大西洋銀行獲賦予公庫出納職能（其後因該銀行併入葡萄牙儲金總局Caixa Geral de Depósitos而轉賦予後者）、又或大西洋銀行及中國銀行獲賦予發鈔職能之類。因為此等職能只與這兩間銀行有關，從事此等職能的實體必定納入第1款c項的範圍。所以，我們自然要在另一範疇探索有關立法理由。

7月5日第32/93/M號法令第1條規定，信用機構的業務包括接受公眾的存款或其他應償還款項、且以本身利益計算及自負風險之方式批給貸款之企業。

同一法例的第15條規定，信用機構有：

- 銀行；
- 儲金局；
- 融資租賃公司；
- 法律上歸類為相當於第1條b項規定之信用機構之其他公司。

基於前面所作的分析，我們可即時得出的結論為，將信用機構人員等同於公務員與公共範疇的企業分類無關，實質上，澳門特別行政區與公共範疇企業分類的法人是分開的。澳門特別行政區唯一直接參與的信用機構是儲金局，而儲金局屬澳門郵政局的一個廳級部門（3月30日第24/85/M號法令第1條），屬直接行政當局的組

成部分。所以，將信用機構人員等同於公務員，原因為立法者特別重視公眾對銀行業務的信任，而銀行業務又是人們對澳門特別行政區財經結構的信心指標。基於信用機構業務在這方面的重要，且考慮到驅使信用機構業務與公共服務之間的距離拉近的公共利益範圍甚廣，融資活須受到嚴格的制度規管，而有關的人員、主管亦須受嚴格的行為規則所約束，當中包括將之等同於公務員的規定。

我們不妨看看第32/93/M號法令對此制度所給予的一些清晰標記。

第4條第1款將督、協調及察貨幣、金融及外匯市場活的權限交予行政長官。這顯然是近乎督權限的範圍內體現出一個清晰明確的公共利益標記。

然而，上述的督、協調及察活係透過澳門金融管理局作出的。澳門金融管理局並不局限於為有關機構訂定規則及查驗該等機構是否依規則從事業務，而且更可以採取適當措施，以確保受管之機構有健全及謹慎的管理（第5條第2款b項），以及向該等機構推行及鼓勵採取具透明度營商手法的高尚道德標準（第5條第2款c項）。

如信用機構出現危機，可對其活作出指導、中止其活、給予財政資助、施加措施以規管如何將款項償還予客戶等，甚至「當信用機構所面對之不平衡狀況變為嚴重，從而可預料有對存戶及其他債權人不履行義務之嚴重風險，或影響經濟參與人對金融體系之信心時」，干預有關機構之管理 - 第85條。

由第63條開始至續後各條文，定出了一些旨在限制這些實體活風險的規則。

我們無須費時分析其他規範，因為上述規範已清楚顯示出立法者作出有關選擇背後所主導的利益。這些利益就是存戶的利益及經濟參與人對金融體系的信心。

信用機構人員，不論是職員，又或是董事，均為人們投入信心的對象，維護上述利益，且正是基於此等利益而將他們等同於公務員，至於銀行的業務，也是基於該等利益而須受公法嚴謹規範。

完成上述論證後，接著要回應的問題是，被等同於公務員的信用機構人員，有可能實施的又是哪些犯罪呢？

同樣地，我們應採納等同限制說，以對待特許實體的類似方式看待這一問題⁴⁴。將信用機構人員等同於公務員，有其背後的公共利益存在，只有當這個公共利益內的特定利益面臨受侵害時，才可將信用機構人員等同於公務員。例如：銀行職員將銀行的資產據為己有，所觸犯的是盜竊罪，而非公務上之侵占罪；倘銀行職員接受或索取經濟利益，作為在違反法定的謹慎規則下批出貸款的回報，又或在澳門特別行政區承擔有關費用的社援工作中作為批出優惠貸款的回報，那便觸犯了受賄作不法行為罪。事實上，在第一個例子中，涉及的純屬銀行與僱員之間的私人關係；至於第二個例子，情況就截然不同了，職員的背信管理固然可令銀行的利益受損，故其須為此負責，但除此之外，也違反了其須遵守的公法規則，令銀行業務正常運作所涉及的公共利益、和在其中運作機構的融資穩定均受到妨礙；又如優惠貸款，如其批出偏離了設立有關制度的社援目的，便會使本應受惠者及澳門特別行政區受損。

最後，我們認為，對於信用機構的公務員概念，限制說尚未足以實現我們尋求達致的目的，尤其是對金融體系從業員的信心。這個目標唯有透過將貪污犯罪制度擴展至私人業務方能達致。事實上，澳門立法者藉著第14/87/M號法律所邁出的步伐已趨近這目標，只是仍未夠全面而已。

結論

澳門刑法所採納的公務員概念，與大陸法系制度並無實質差異，以公共職位為聯繫的形式概念為基礎，並以實質概念作補充，旨在將即使與直接行政當局或間接行政當局無任何職務上的聯繫、但以任何名義從事、參與從事或協助從事實質上屬公共行政職能或審判職能活動的人所開展的活動，全然納入其中。

除了公務員概念外，亦有等同於公務員的概念：一方面，包括政治職位據位人、主要官員、法官、澳門特別行政區官方董事及政府代表；另一方面，亦包括公營企業、公共資本企業、公共資本占多數出資額企業，以及公共事業

⁴⁴關於此問題，在意大利發生的情況頗有趣。1981年，最高法院裁決，所有銀行業務，基於其內在的公共利益，均具有客觀意義上的公共服務質，故此，有關的從業員均被視為受委託承辦公務的人。此裁決與只把公法信用機關作相同定的主流學說背道而馳。在此裁決出台後，出現另一裁決，但卻是在全體的民事審判庭上作出的，而方向則剛巧相反。這樣，導致民事審判庭及刑事審判庭之間出現爭辯，各持己見、互不讓步。到了1989年，爭拗方告停止，結論是「一般銀行業務」僅屬私人質。有關此問題，請參閱刊載於馬連魯治(Giorgio Marinucci)及杜仙尼(Emilio Dolcini)編著的《刑法研究》，由賓魯斯(Carlo Benussi)著的《危害行政當局的犯罪》，Cedam出版社，第117頁起。

特許企業、公共財產特許企業或以專營制度經營業務公司的人員，且根據規範廉政公署 質、職責及權限的法律規定，還包括信用機構人員。

將與公職無關的人（正如在私人實體擔任職務的人）等同於公務員，關鍵在於仍然存在一些與貪污犯罪有關的理論，認為貪污犯罪一定要有公務員參與和涉及公務。接納私人貪污犯罪制度就偏離了這立法者意欲維護的原則。

然而，舊理論的繼續維持，卻促成了掩飾手段的不斷出現，形式上雖保留了舊理論的規條，但當要將以專營制度經營業務的公司、公共財產的特許企業或信用機構的人員等同於公務員時，實質上已在「蠶食」這公務員概念。面對著由此產生的種種困難，尤其是要了解「等同」的範圍有多大，儘管在本文的分析中對有關範圍表達了些微意見，這個範圍應否更廣？仍未可完全下定論。

為了克服這些困難，又或是為了採納一個涵蓋面更廣的立場，例如包括公益法人或博彩特許企業的活，其中一個方法是開放貪污的概念，以涵蓋一些在策略上被視為對澳門特別行政區尤關重要的私人活範圍內的行為。然而，這是一項超越刑法範疇的抉擇，應由澳門特別行政區的負責人從政策上作出考慮。在此，我們只欲表明，如在政策上真的作出這樣的抉擇，不但不會損害現行的刑事制度，反之更能將之改善。

受賄作不法行為罪的若干問題

引言

《澳門刑法典》第337條規定的受賄作不法行為罪，為該法典第五章第二節「執行公共職務時所犯之罪」一拉開序幕。

第337條的標題為「受賄作不法行為」，有關內容如下：

1. 公務員親身或透過另一人而經該公務員同意或追認，為自己或第三人要求或答應接受其不應收之財產利益或非財產利益，又或要求或答應接受他人給予該利益之承諾，作為違背職務上之義務之作為或不作為之回報者，處一年至八年徒刑。
2. 如未實行該事實*，行為人處最高三年徒刑或科罰金。
3. 如行為人在作出該事實前，因己意拒絕接受曾答應接受所給予之利益或承諾，又或將該利益返還，或如為可替代物，而將其價值返還者，則不予處罰。

《澳門刑法典》第337條直接襲承由3月15日第48/95號法令訂定文本的《葡萄牙刑法典》第372條的規定，其第1款及第2款的規定與澳門的完全相同，第3款則近似，且還較澳門的多了第4款。此款規定，如行為人協助識別或緝拿其他責任人，則特別減輕處罰¹。在現行《澳門刑法典》生效前，實施的是12月7日第14/87/M號法律所設立的《賄賂處分制度》，其第1條規定了受賄作不法行為罪。然而，從立法者的取向分析，《賄賂處分制度》演變為現行《澳門刑法典》內相關制度的過程並無延續，因

* 此句子原文為“e o acto não for executado”將之譯為「如不予實施該不法行為」較能體現行為人的主觀心理狀況及符合該句子原意。

¹ 《葡萄牙刑法典》第372條的行文經11月28日第108/01號法律修改，現時的行文如下：

1. 公務員親身或透過另一人而經該公務員同意或追認，為自己或第三人要求或答應接受其不應收之財產利益或非財產利益，又或要求或答應接受他人給予該利益之承諾，作為違背職務上之義務之作為或不作為之回報者，即使在作出上述要求或答應接受時已實施作為違背職務上之義務之作為或不作為，處一年至八年徒刑。
2. 如行為人在作出該事實前，因己意拒絕接受曾答應接受所給予之利益或承諾，又或將該利益返還，或如為可替代物，而將其價值返還者，則不予處罰。
3. 如行為人具體協助收集重要證據，以識別或緝拿其他責任人，則特別減輕處罰。

為正如前述，後者襲承的是1995年《葡萄牙刑法典》所規定的制度，而非1982年《葡萄牙刑法典》的規定，儘管此等規定早為上述《賄賂處分制度》所吸收。

不論從刑事政策角度和理論角度而言，第14/87/M號法律核准的《賄賂處分制度》及隨後的《澳門刑法典》，標誌著對此類犯罪所展開的一個新階段的探索正由淺入深。事實上，當1886年《葡萄牙刑法典》在澳門生效期間，受賄罪乃該法典第318條正文及第1段所規範，但實踐上受賄罪是不能獨立存在的，因為當時認為賄賂屬雙方行為的犯罪，不論是既遂犯，又或是未遂犯，均要求存在相應的行賄、受賄行為。無人行賄，就不可能有人受賄²。雖然行賄、受賄均是獨立的罪狀，行賄由第321條所規範，但不影響上述結論。按照此古舊概念，賄賂犯罪被視為「犯罪協議」(*pactum sceleris*)，即由一具有特定身份的主體（內部的人）就其職務行為與一私人（外部的人）達成的協議，由後者收買此公共主體的行為³。一位著名學者甚至主張行賄、受賄不再分開的立場⁴。

然而，隨著各地刑法典紛紛確立行賄、受賄為獨立犯罪的概念，上述見解便遭摒棄，例如《德國刑法典》、《葡萄牙刑法典》、《法國刑法典》及《西班牙刑法典》等便是已確立行賄、受賄為獨立犯罪的法典。此立場亦為1996年9月27日簽署的PIF公約（《有關歐洲共同體融資利益保護的公約》）第一份意定書所採納，其第2-1條規定：「受賄是指公務員親身或透過另一人，為自己或第三人要求或收受任何質的利益，又或接受他人給予該利益之承諾，作為在違背職務上義務的情況下，作出或不作出屬其職務的行為，又或作出或不作出屬從事職務時可作出的行為的回報，而該行為會損害或可損害歐洲共同體的融資利益。」⁵ 儘管此定義旨在給予法律保護的範圍十分狹窄，只限於歐洲共同體的融資利益，但卻依循了受賄罪的新概念。我們僅提及此定義，因為它對歐盟成員國，甚至歐盟以外的刑事制度，產生重大影響是毫無疑問的。

第14/87/M號法律及其後的《澳門刑法典》亦走相同的路，將行賄罪和受賄罪獨立規範，終結了必然共犯的多主體犯罪模式。按照必然共犯的多主體犯罪模式，行賄與受賄構成一整體，以此模式互相支持、合成為單一的賄賂犯罪，儘管其中一

² 見費利拉(Cavaleiro de Ferreira)著的《法學》，第十冊，第52期，第212頁。

³ 見刊載於在馬達魯治(Giorgio Marinucci)及杜仙尼(Emilio Dolcini)編著的《刑法研究一分則》第一冊，由賓魯斯(Carlo Benussi)著的《妨害行政當局的犯罪》，Cedam出版社，第412頁起。

⁴ 見安多尼西(Francesco Antolisei)著的《刑法手冊一分則》，第二冊，Giuffrè出版社，第九版，第786頁。

⁵ 見柏勒狄(Jean Pradel)及哥斯頓士(Geert Corstens)著的《歐洲刑法》，Dalloz出版社，第二版，第516頁起。

主體以積極的方式參與，而另一主體則以消極的方式參與⁶。

時至今日，雙方行為論在實踐上已被摒棄⁷，儘管世界上一些地方仍以雙方行為論為主流，例如意大利，於是出現了支持獨立行為論的立場⁸。

正是基於上述理由，《澳門刑法典》中有關規範所屬編章的名稱並未與當中所規定的罪狀完全配合，特別是行賄罪，此罪現已作為獨立犯罪，明顯不屬執行公共職務時所犯之罪⁹。我們認為採用以下例子的名稱較為恰當：在《西班牙刑法典》中，賄賂犯罪所屬的編目名稱為「妨害行政當局的犯罪」；《法國刑法典》則分開「由執行公共職務的人所實施的妨害行政當局的犯罪」及「由私人所實施的妨害行政當局的犯罪」。

賄賂犯罪的模式

受賄只是賄賂犯罪的其中一種模式。事實上，賄賂犯罪按行為人的身份、所實施行為的質、給予或要求提供利益的方式、給予或要求提供利益的時間等而有多種不同的模式，所以有所謂行賄、受賄這些賄賂模式，而行賄、受賄各自又可分為本義的或非本義的、直接的或間接的、事前的或嗣後的。

受賄是指公務員要求、接受或答應接受其不應收的利益，作為在職務上的作為或不作為的回報，故此，必定由公務員實施。行賄則由私人作出¹⁰，由私人給予或答應給予公務員其不應收的利益，旨在使後者作出或不作出某包含在其職務活內的行為。

按照職務行為的屬性，賄賂犯罪又可分為非本義賄賂罪及本義賄賂罪。當有關行為並不違背公務員職務上之義務，便屬非本義的賄賂罪；若然違背，便

⁶ 這導致在舊刑法典中規定行賄者和受賄者受相同的刑罰，不同之處在於撤職及停職處罰的規定。由於撤職及停職的刑罰，不適用於私人，因此，以中止政治權利替代。

⁷ 見狄維沙(Rodríguez Devesa)著的《西班牙刑法一分則》，Dykinson出版社，第十一版，第1170頁起。

⁸ 關於此問題在意大利的學說及司法見解的狀況，見羅曼奴(Mário Romano)著的《妨害行政當局的犯罪》，Giuffrè出版社，2002年版，第132頁起。

⁹ 根據雙方犯罪概念，行賄處於涵蓋雙方共犯的單一現象以內，屬執行公共職務時所犯之罪；雙方共犯，一方面體現在公務員接受私人所給予的利益或給予利益的承諾，而另一方面則體現在私人獲得公務員作出某符合其利益的行為。按照此犯罪概念，賄賂犯罪的調查工作更形困難，因為該犯罪必然有兩個主體，且彼此以互惠而互相包庇。見菲安達加(Giovanni Fiandacca)及梅斯高(Enzo Musco)著的《刑法學一分則》，第一冊，Zanichelli出版社，第三版，第215頁。

¹⁰ 當然，行賄罪也可由公務員實施。然而，作出行賄的公務員僅以私人名義而非以公務員身份為之，因為與其公職身份無關。例如某公務員正在實施某違法行為時遭識破，於是給付金錢予執法人員，以便後者不針對其製作實況筆錄。

屬本義的賄賂罪。

不論是受賄者，又或是行賄者，均可親身直接或透過親友、甚至法人而間接地實施犯罪，所以賄賂犯罪又可分為直接賄賂罪和間接（或非直接的）賄賂罪¹¹。

賄賂犯罪也可分為事前賄賂及嗣後賄賂。事前賄賂是指要求、答應接受或給予利益的事實在相關職務行為作出前發生，而嗣後賄賂則是指該等事實在相關職務行為作出後發生。

所保護的法益

將賄賂定為犯罪所要保護的是哪一法益，理論界眾說紛紜。此問題的探討對於分析賄賂犯罪何時既遂、對多種未完全實施賄賂犯罪的方式進行查證的可能、對賄賂犯罪各種模式發生的可行等問題，具有十分重大的意義¹²。

有人認為，將任何一種賄賂模式定為犯罪，其背後所考慮的價值是相同的，儘管可將之稱作公務員的忠誠義務、市民對行政當局的信任、市民對行政當局公正無私的信任、行政當局的廉潔管理¹³或良好運作，又或是行政當局的公正無私¹⁴。

也有人認為，受賄罪和行賄罪所保護的法益並不相同。在受賄罪中，遭違背的是公務員義務及對公務員的信任；至於在行賄罪中，受破壞的則是對國家機關正常和正確運作的應有尊重¹⁵。

針對這個價值問題，無可否認巴加尼亞羅(A. Pagliaro)的主張較為正確¹⁶。他認為，上述觀點一方面混淆了義務和法益，另一方面，當中所指出的價值過於概括，並非賄賂犯罪所特定侵害的。事實上，公務員的任何犯罪行為，不論是否屬賄賂的

¹¹ 見安東(Vives Antón)主編的《1995年刑法典評論》第二冊，第1814頁，由貝凌加(Orts Berenguer)及歐華利士(Valeige Alvarez)所作的評論。

¹² 關於這方面的不同理論，見《科英布拉學派對刑法典的評論—分則》，第三冊，Coimbra出版社，第654頁起，由高斯達(V. A. M. Almeida Costa)對《葡萄牙刑法典》第372條所作的評論，以及見同一位學者著的《賄賂犯罪》，Coimbra出版社，1987年版，第81頁起。

¹³ 見狄維沙(Rodriguez Devesa)著的《西班牙刑法—分則》，Dykinson出版社，第十一版，第1169頁。

¹⁴ 見菲安達加(Giovanni Fiandacca)及梅斯高(Enzo Musco)著的《刑法學—分則》，第一冊，Zanichelli出版社，第三版，第221頁。

¹⁵ 見干狄(Francisco Muñoz Conde)著的《刑法學—分則》，第十版，第836頁。

¹⁶ 見巴加尼亞羅(António Pagliaro)著的《刑法學原則—分則》，第一冊，Giuffrè出版社，第九版，第144頁起。

任一模式（如偽造罪或濫用職權罪），均會有損市民對行政當局的信任。同樣，不涉及賄賂的針對公務員的犯罪（如侮辱執行職務的公務員或傷害執行職務的公務員的身體完整）也必然有損對國家機關正確運作的應有尊重。

有理論認為，賄賂犯罪背後的法益在於，公權力有義務按照憲法及其他法律¹⁷所定原則和標準向社會成員提供服務，這個提法最具客觀，揭示出公共行政對其指導原則的遵守。然而，巴加尼亞羅仍覺得此概念過廣，他將處罰各種賄賂模式的理據集中在禁止公務員因實施職務行為而接受私人給予的回報¹⁸，將公務的無償定為基本價值，至於將賄賂定為犯罪的傳統理論則屬附隨質。

此外，也有人認為，基於賄賂犯罪所侵害的範圍已不局限於行政當局的良好運作和效率的層面，而是涉及「經濟結構」中有關廉潔的新興多層次價值，因此應以新視野來面對上述一連串的問題¹⁹。此立場體現了近期對賄賂犯罪及所謂的白領犯罪嚴重的關注。此等犯罪在組織層面上日趨高科技化，在某些國家已成功地破壞市場規則的運作，以及市民與政府之間的關係。

當然，儘管學術界努力為此問題尋求一個共同定位，但始終不能脫離具體的法律體系。以澳門為例，法律制度的具體規範固然不容忽視，還須考究其根源及演變。

在賄賂犯罪的問題上，行政合法觀念過去一直是葡萄牙學說的核心²⁰。這立場植根於1982年《葡萄牙刑法典》，構築了自第14/87/M號法律生效以來在澳門實施的賄賂刑事制度，並為澳門特別行政區現行《刑法典》所採納。該等法規蘊含的所有學術及司法見解，均將賄賂犯罪背後所保護的法益奠基於行政合法的觀念上。

根據此看法，行政當局本身，包括其運作規則所應遵從的價值，就是一種應受刑法保護的法益。受賄的公務員，操控行政機器為自己服務，令行政當局的意思帶有瑕疵而變成私人利益服務。正因如此，可以說是妨害了行政當局的意思自治，行政當局的意思被受賄公務員的所作所為「污染」了²¹。換言之，當公務員要求其不應收受的利益，作為實施某職務行為的回報，就是向人展示了行政當局有瑕疵

¹⁷ 見羅首(Cobo Del Rosal)，安東(Vives Antón)，力克(Boix Reig)，貝凌加(Orts Berenguer)及馬刁(Carbonell Mateu)合著的《刑法學一分則》，Tirant lo Blanch出版社，第二版，第458頁，由貝凌加(Orts Berenguer)所作的評論。

¹⁸ 見巴加尼亞羅(António Pagliaro)上述著作第151頁。

¹⁹ 賓魯斯(Carlo Benussi)在其上述著作第464頁中引述了尹路慈(Vannucci)著的《門》的內容。

²⁰ 見高斯達(Almeida Costa)著的《賄賂犯罪》第94頁第250號註腳。

²¹ 見高斯達(Almeida Costa)著的《賄賂犯罪》第88頁起。

的一面。這 所指的行政當局，不是本義的行政當局，而是被受賄公務員「附身」的行政當局；不是無私的行政當局，而是為受賄公務員本人或他人的私人利益服務的行政當局。

賄賂犯罪正是奠基於這種對行政機器的操控，所以公務員一旦答應接受或索取利益，即使有關的職務行為尚未實施或索取利益的要求未為對方所接受，仍屬犯罪既遂，因為公務員這種行徑已對上述的法益造成實害。

這種邏輯推論對事前賄賂或嗣後賄賂同樣適用。有人認為對非本義的嗣後受賄應予非刑事化，理由是行政當局的良好運作和公正無私並未受到影響²²。然而，即使接納該理據，亦須查明究竟是公務員，抑或是私人屬主 的一方。事實上，有可能出現、且經常會出現的是，公務員之所以實施有關職務行為，目的正是嗣後索取回報。在這情況下，絕不能說有關職務行為的作出是公正無私的。如主 方為私人，則另當別論，因為既然私人嗣後方給予公務員利益，有關利益並不影響公務員作決定的看法便可接納。根據這個推論，是否存在犯罪必須以將有關行為定為犯罪所蘊含的法律價值為依歸。如這個法律價值為行政當局的公正無私，在某些非本義的嗣後受賄情況中便可理解為尚未受到損害；如這個法律價值為行政當局的名聲和威信、或其在社會上的聲譽，則此法律價值在任何情況下均會受到損害。按照我們所支持的立場，法律所關注的是行政當局的意思自治，無論行政機器在有關職務行為作出之前或作出之後被操控，一律作犯罪論。

經作出上述大部分均適用於一般賄賂犯罪的分析後，現在我們開始深入探討受賄作不法行為罪的構成要素。

主體

任何受賄罪的主體一定是公務員，故從此角度看，屬身份犯。「公務員」概念由《刑法典》第336條界定，法律沒有區分「公務員」及「等同公務員」，所以受賄罪可以由具有「公務員」或「等同公務員」身份的人實施。

符合罪狀的行為

符合罪狀的行為是指，公務員：

²² 菲安達加(Giovanni Fiandacca)及梅斯高(Enzo Musco)在其上述著作第229頁中引述，碧高拿(Bricola)有這樣的見解。

一、親身或透過另一人而經該公務員同意或追認，為自己或第三人要求或答應接受其不應收之財產利益或非財產利益，又或要求或答應接受他人給予該利益之承諾；

二、作為違背職務上之義務之作為或不作為之回報者。

在罪狀客觀構成要素方面，首先指出的是，可由公務員作主，亦可由第三人作主，而事實上，由有意收買公務員的行賄者作主的情況也不罕見。

受賄可以是直接的或間接的。倘犯罪主體親身要求或答應接受利益，又或親身要求或答應接受他人給予該利益之承諾，便是直接受賄；如上述索取或答應的行為是由第三人作出，而該犯罪主體知悉和同意，又或雖不知悉，但在知悉後視作自己的行為，予以認可或追認，便是間接受賄。這所指的第三人，可以是該公務員、給予賄賂者或作出給予賄賂承諾者的親屬、顧問、法人代表，又或任何與該公務員、給予賄賂者或作出給予賄賂承諾者有密切關係的中介人。

在將受賄定為犯罪的層面上，其中一個爭辯不休的問題就是「所給予利益」或「給予利益承諾」的屬，尤其是須否具有財產質，且其價值為何的問題。

對於第一點，《澳門刑法典》的表述方式排除了任何疑問，法律明文規定，利益可以是財產或非財產的。不論是金錢、可以金錢衡量價值的物品、工作職位、升、服務或旅遊等，在法律上均可作為實施受賄罪的回報。

但須說明，此問題在學理上並非全無爭議。事實上，有人認為在刑事政策上，將因接受價金而作出職務行為與因單純接受饋贈、款待而作出職務行為兩者等同是錯誤的²³，因為後者也許適宜歸納在另一罪狀之內。

然而，此論點其實僅在表面上似站得住腳，理由為：首先，難以界定什麼是單純的饋贈、款待。其次，須考慮賄賂犯罪的關注點在於對行政當局意思自治的保護，不論是透過贈送金錢，又或透過其他質的饋贈、款待以實施賄賂，其削弱行政當局意思自治的程度不遑多讓。

更複雜的問題是，利益是否須相應於某一價值，尤其是所給付的利益與欲取得的利益之間是否須合乎一定比例，此觀點在意大利法律界中屬主流²⁴。正如前述，他們將賄賂犯罪納入雙方行為，當中牽涉的是有如買賣交易般的「犯罪協議」。

²³見貝凌加(Orts Berenguer)上述著作第459頁。

²⁴見菲安達加(Giovanni Fiandacca)及梅斯高(Enzo Musco)上述著作第222頁。

在這種情況下，從對價的角度看，所提供的恩惠與所給付的價金之間應合乎一定比例，實可予理解。

上述觀點並不符合澳門的刑事制度。澳門的刑事制度將行賄、受賄獨立處理，行賄、受賄可各自成立而不取決於另一罪狀的存在。然而，即使接受雙方行為概念，亦難免對恩惠（職務行為）與價金之間應合乎一定比例的觀點大有保留，因為不論以何種理念來評價賄賂犯罪，其所保護的法律價值均是無價的，試問：行政當局的公正無私值多少？公共職能的聲譽值多少？行政合法 又值多少？

當然，要解答此問題，可以將分析焦點轉移至行賄者因公務員實施有關職務行為而不當取得的價值與其所給予利益的價值作比較。可是，這樣一來，便是將犯罪協議的商業觀點轉到學理層面去。再者，事物的真正價值，僅可由具有使用或處分正當 的人來釐定。如作出處分者並非處分其擁有的利益或價值，不論價金多少，均屬「獲利」。以這種價值比較來分析賄賂的觀點來看問題，對於因客觀上微不足道的回報而出賣公共職能的行徑，便會墮入不視其為賄賂犯罪的風險。

雖然《澳門刑法典》沒有指定任何價值，但提及有關利益係「作為回報」，似帶出「對價」的概念。然而，我們認為法律並無要求存在任何「均等」的關係，但不致於認為任何利益在法律上皆具重要，換言之，凡明顯不能體現為回報的利益便不具重要。

這究竟是什麼意思呢？

假設某公務員不當地發出一座多層樓宇的建築准照，而土地業權人送他一輛汽車或該樓宇的一個單位。這樣，自然容易推斷出兩者之間互有關聯。在這種情況下，汽車可客觀地視為一項回報。如土地業權人在喜慶節日向該公務員贈送一枝墨水筆、一瓶酒或其他廉價禮物，情況便截然不同了。在該等情況下，當然不能肯定有回報的存在。

在12月7日第14/87/M號法律仍生效期間，有關賄賂犯罪的制度表面上似較嚴格，因為法例中不但提及，而且更明文規定某些要求、接受及給予好處的特定行為屬犯罪。在此情況下，如某人向負責處理其待決正當請求的公務員給予任何利益，有關利益便可被理解為旨在加快對其請求作出決定或旨在以其他方法方便程序進行。沒有人會預期，私人為使公務員作出合規範的職務行為，會給予名貴餽贈或價值高昂的紀念品。因此，針對這類型個案，法律的要求特別嚴格。事實上，第6條第3款規定，向與本身有任何業務往來或待決申請的行政當局機關公務員給予好處或利益者，處最高一年徒刑及最高四十日罰金，但同條第4款規定者除外。第4款所

指的是：社交宴會、公務員的血親或姻親對其作出的饋贈、聖誕或農曆新年期間或因公務員本身及其親屬生日或結婚或其卑親屬出生或領洗的宴會而給予不超過500元的禮物，以及法律視為符合風俗習慣的饋贈。

然而，上述條文已不生效，因此，免除證明在要求、接受及給予好處的行為與公務員的作為或不作為之間存在任何關係的「該等優惠的要求、接受及贈與的犯罪」已不存在²⁵。我們須注意的是，上述非刑事化的情況並不表示立法者摒棄了該條文所蘊含的原則，尤其是在第3款及第4款所蘊含的原則。該等原則仍然可作為分析利益價值的良好指導原則，但當中所提及的500元金額則有可能基於其價值明顯過低而不入此列。倘有關利益（必然是指價值不高的情況）在客觀上應視為一種獲社會容許和認同的風俗習慣，便不能視為上述不法目的的回報。

此外，亦須注意的是，有關利益不可以是應收的。假設某私人欠下某公務員一筆債項，剛巧由該公務員所屬部門處理其一項申請，故藉此機會還債，以取悅該公務員而令有關處理工作順利。在此情況下，如要求該公務員放棄其應收的利益，未免有點過份。然而，該公務員既是其所屬部門待決申請的當事人的債權人，如藉此機會要求對方還債，作為批准其請求的回報，那應如何處理呢？

必須肯定的是，該公務員透過此職務行為獲得好處或利益。所謂好處或利益，在於該公務員如不憑藉這個審批機會，未必能以其他方式獲得償還債務。然而，該利益並非不應收的。反之，該利益正是其應收的，因此，並不構成受賄罪。然而，除了相等於應收款項的債權得到滿足外，該公務員尚獲得額外的好處。這好處就是債務獲得償還本身，如藉其他方式未必能實現，即使能實現，但仍會招致一些費用或遇上或多或少的困難。這種好處便是不正當獲得的，因為該公務員利用職務賦予的權力來達致私人目的，違反其職務上的義務。這所作的說明並非旨在推翻先前就不構成賄賂犯罪所作的解釋，因為有關行為雖不構成受賄罪，但卻可構成濫用職權罪。

至於公務員答應接受利益或答應接受他人給予利益的承諾，當中所指的利益不一定由公務員本身承受，可以由第三人承受，不論該第三人與其是否具有親屬關係。立法者在此並非推定受賄的公務員為人慷慨。事實上，受賄的公務員借

²⁵ 廢止本條，有利亦有弊。弊處是今天較難證明由公務員實施的刑事上的不誠實行為。眾所周知，證明在要求、接受及給予利益的行為與公務員所作的行為之間存在關係，有時並不容易。但認定本條規定的犯罪存在，則不須證明該關係。另一方面，此等罪狀的存在，在實踐上會令調查工作告終於此，不再跨前，因為已達到追究刑責的目的。即使在賄賂犯罪的訴訟過程中，由於十分容易對上述關係的存在產生質疑，便會導致法院退而選擇以要求、接受及給予利益罪處理。然而，這條文的廢止確令第6條第2款與首三條配搭不當的情況告終。

助家人或其信任的第三人來隱藏犯罪得益是司空見慣的，目的為使其財產因犯罪而增加的跡象更難被揭發或令調查工作更形困難。

最後，要求或答應接受利益，又或要求或答應接受他人給予利益的承諾，必須是作為違背職務上之義務之作為或不作為之回報。

公務員單純作出不法的職務行為和答應接受利益或答應接受他人給予利益的承諾，尚不足以入罪，兩者之間必須有關聯。正如前述，這種關聯可以是事前或嗣後形成的，但並不表示公務員的要求必須為對方所接受才算存在關聯，關鍵在於公務員是否基於其將作出某職務行為或已作出某職務行為而索取利益。

何謂「違背職務上之義務」之作為或不作為？

《澳門刑法典》與其他刑法典（如《西班牙刑法典》）不同，沒有將構成犯罪的不法職務行為與不構成犯罪的不法職務行為分開。倘違背職務上義務的職務行為本身已構成犯罪，如偽造文件，便按照犯罪競合的規則處理，而非擇一罪論處。此外，違背職務上義務的行為是指所有違法的職務行為，這所指的「違法」，既可指違反《行政程序法典》，也可指違反公務員的一般義務，如無私義務、忠誠義務及熱心義務等。違反義務的情況主要體現在不作為方面，例如公務員拖慢稅務執行的進度，讓稅務因時效完成而消滅。

在這一層面，最棘手的是有關自由裁量權的職務行為。可以肯定的是，在這方面出現很多的賄賂疑似個案，尤其是重大的賄賂案，通常是與資產和服務的公務採有關。

鑑於負責決定的公務員的確有多個方案供其選擇，那又如何能基於一些賄賂跡象而進一步查明存在賄賂犯罪呢？

為此，必須證明行為人選擇某方案，並不是為了公共利益，而是旨在滿足特定的私人利益。循此方向查證是無人會質疑的，但證明此情況的存在確有困難。眾所周知，權力偏差(*desvio de poder*)個案的取證相當複雜，而權力偏差卻是賄賂行為的最佳伙伴。然而，我們必須承認，無論如何，在刑事訴訟中，基於一些訴訟措施容許對收受利益的情況進行調查，有需要時更可取閱銀行資料，甚至採用其他較深入的調查手段，故取證相對較容易。反之，在行政程序中便較複雜。

然而，「職務上的義務」亦與公務員的實際情況有關。究竟在什麼情況下，某特定的公務員方會有實施某特定賄賂犯罪的可能？

是否要求公務員具有特定職權作出有關職務行為呢？是否要求該職務行為必須

屬最終決定的行為呢？是否要求該公務員為整個程序的負責人呢？

普遍認為，不要求公務員為具特定職權實施特定職務行為的人，否則本義的受賄罪就不會有實施的可能，因為任何公務員均不具職權實施不法行為²⁶。所以，只要公務員的行為與其職務的執行有直接事務上的關係²⁷，使其在實際上具有介入的空間或以任何形式發揮影響作用便已足夠。故此，行為人的職權範圍不須涉及整個程序，亦不須包含程序的最終決定²⁸。眾所周知，尤其是行政當局的重重大決定，往往是奠基於專家、顧問等人的意見。此等人員均有實施受賄罪的可能，他們雖然沒有決定權，但可引領程序以某結果終結。即使是無權干預行政程序的基層公務員，也可發揮決定的影響。假設某私人的申請因未能及時提交某文件而存在不獲批准的風險，任何公務員，只要能進入部門設施，便可伺機以欺詐手段將上述文件放入有關卷宗內，從而影響最終決定。

罪過

從主觀角度看，任何模式的受賄作不法行為均屬故意的犯罪行為，所以實施此犯罪的公務員，必然是基於將作出某職務行為或已作出某職務行為而索取利益，又或明知利益的給付或給付承諾係旨在要其作出某職務行為或旨在作為其曾實施某職務行為的回報，但仍答應接受。

犯罪既遂

由於受賄罪在要求或答應接受利益或給予利益的承諾的一刻便既遂，所以一般認為屬即時實施的犯罪，不可能以未遂犯的形式出現²⁹。但也有人認為，如索取賄賂或答應接受賄賂的意思尚未為對方所知悉，則犯罪未遂³⁰。按照受賄罪乃實害犯而

²⁶ 見《科英布拉學派對刑法典的評論—分則》第664頁起，由高斯達(Almeida Costa)所作的評論。

²⁷ 見《科英布拉學派對刑法典的評論—分則》第665頁，由高斯達(Almeida Costa)所作的評論。

²⁸ 見賓魯斯(Carlo Benussi)上述著作，第476頁起。

²⁹ 有多位學者持相同見解，例如：干狄(Francisco Muños Conde)，見其著的《刑法學—分則》，Tirant lo Blanch出版社，第十版，第838及839頁；狄維沙(Rodriguez Devesa)，見其上述著作第1176頁；柏勒狄(Jean Pradel)及唐迪祖安(Michel Danti-Juan)，見其著的《刑法分則》，Cujas出版社，第二版，第732頁；美力(Roger Merle)及維圖(André Vitu)，見其著的《刑法研究—刑法分則》，第一冊，Cujas出版社，1982年版，第294頁。

非單純危險犯的觀點，後者的理解才正確。事實上，行為人行為的侵害，僅在索取賄賂或答應接受賄賂的意思為對方所知悉時方告體現。正是因為對方知悉其意思，行為人的意圖便客觀地存在和展示了行政當局意志瑕疵的一面。如行為人的意思仍未為對方知悉，犯罪意圖雖然存在，但不可以說犯罪行為已完成，因為這犯罪行為並非單純的意思表示，而是一項直接或間接地作出的要約。一經對方知悉，便由單純的「犯罪計劃」發展成犯罪既遂，因為促成行為人的行為具有「交易」特徵的正是「知悉」。在此之前，要約仍未具有真正的損害。事實上，唯當對方知悉時，受操控行政當局的黑暗面才展露於人前。

然而，須補充的是，即使根據此見解，出現未遂犯的機會也不大。雖然正如前述其中一位學者所舉的例子，未遂犯可在郵遞要約寄失的情況下出現，且因應通訊方式的現代化，未遂犯同樣可在電郵尚未開啟或電話錄音仍未收聽的情況下出現。然而，我們須從現實角度考慮此類問題，賄賂犯罪行為人如採用此等方式作為犯案手段，通常極為謹慎。我們剛才所作的假設，其實學術意義大於實務意義。

刑罰

受賄罪，處一至八年徒刑。與公務上之侵占罪一樣，可判處刑罰是其所屬的一章中最重的。這也毫不出奇，因為受賄作不法行為罪是本義賄賂犯罪中最嚴重的模式。

受賄作不法行為罪屬賄賂犯罪的基本犯，儘管在質上所體現的是本義的賄賂犯罪³¹。

除了第1款的基本犯外，還有第2款的減輕犯，此規定只說明：「如未實行該事實，行為人處最高三年徒刑或科罰金。」

第2款的減輕犯

第337條第2款可帶出一個信息是：當公務員未實行有關的不法行為時，該

³⁰ 見《科英布拉學派對刑法典的評論—分則》第675頁高斯達(Almeida Costa)的評論；見《1995年刑法典評論》第1819頁起，由貝凌加(Orts Berenguer)及歐華利士(Valeige Alvarez)所作的評論。

³¹ 根據學說，一般而言，賄賂犯罪包括本義的賄賂犯罪及非本義的賄賂犯罪，後者是基本犯，前者是加重犯。因此，我們之前所說受賄作不法行為罪為基本犯，是單從本義的賄賂犯罪角度進行細分。

犯罪行為的可譴責 較低，因此按減輕犯處理。此立場是以賄賂犯罪屬形式犯為基礎，視賄賂犯罪為危險犯，而非實害犯。依此立場，受保護的法益雖然並不清晰，但應指公務員的無私義務，因此，索取或接受利益只對該法益構成危險，唯當公務員作出相關的職務行為才造成實質的損害。

高斯達(Almeida e Costa)的觀點也近似，所謂近似不是指有關規範的依據，而是其適用範圍。高斯達在對1995年《葡萄牙刑法典》同一規範作註釋時認為，倘公務員索取或接受賄賂後未實施行賄者所要求的行為，便適用該規範。然而，此規範並不為高斯達所認同。其所持理由為：基於該規範所保護的法益，儘管受賄罪屬實害犯，不論有關職務行為實施與否，並不影響受賄罪既遂，因為該職務行為並不是行為不法 的核心部分。因此，有關職務行為實施與否，在具體個案中無疑可影響量刑，但不應單獨構成減輕犯的依據。所以，高斯達建議將這「在法律上不恰當」的規定刪除實不足為奇³²，因為從該罪狀的 質及所保護法益的層面上看，確實與其他相關規定不協調。

應予承認的事實是，葡萄牙立法者對此等評論有敏銳的觸覺，所以已透過2002年1月1日第108/01號法律，刪除了《葡萄牙刑法典》第372條中的相關規定。

我們認為，高斯達所持立場的標準寬鬆，從而容許該規範適用於任何未實施有關職務行為的情況。

可是，這樣的分析結果卻明顯與《葡萄牙刑法典》所訂體系的邏輯相悖，尤其是涉及受賄作不法行為罪的獨立 及其既遂時間方面。正因如此，考慮到須推定立法者所制定之解決方案為最正確（《民法典》第8條第3款），在解釋有關規範時便須多下點功夫，使之有條不紊地歸納在賄賂處罰制度的體系內。

首先，如果按照我們現在所質疑的法律解釋來理解第337條規定，會使整個條文變得完全不正常。毫無疑問，公務員一經索取或接受利益，不論是否已實行有關職務行為，均告犯罪既遂。如此一來，事前受賄便成為先天畸型的賄賂犯罪模式，因為它首先以我們所理解的第2款、即減輕犯形式出現，但一經實行了有關職務行為，便演變成第1款的基本犯，這樣便明顯不合邏輯，除非認同第2款是基本犯，而第1款則是加重犯的看法³³。

³² 見《科英布拉學派對刑法典的評論》第三冊，第673頁，有關第372條的註釋。

³³ 按照此看法，第337條的行文應為：

1. 公務員親身或透過另一人而經該公務員同意或追認，為自己或第三人要求或答應接受其不應收之財產利益或非財產利益，又或要求或答應接受他人給予該利益之承諾，作為違背職務上之義務之作為或不作為之回報者，處最高三年徒刑或科罰金。
2. 如已實行該事實，行為人處一年至八年徒刑。
3.

此解決方案的唯一用處就是對我們所質疑的解釋在學理上給予一些支持。然而，卻破壞了賄賂犯罪的雙方行為論，並將不正常的情況變成規律，從而減低了立法者以法律層面對該犯罪的危害所作的負面評價。

當然，這些將基本犯倒置的構想目的，只在於表明如以其他不同方式解釋第2款是無稽的。事實上，基本犯係依第1款所定方式既遂是無容置疑的。因此，只可能在第1款罪狀之上附加了某種事實，才可演變為第2款的減輕犯。倘出現符合第1款罪狀的情況後，並沒有再出現其他事實，便將犯罪行為「降格」至第2款所規定的情況，這是不可接受的。某東西在同一時間且無遭受任何變化下，絕不可能既為「是」亦為「非」。我們所質疑的正是這種無稽的解釋，除非認為第1款僅適用於嗣後受賄的情況，這樣的假設，不論按照法律條文，又或按照立法精神，均得不到任何支持。再者，任何法律體系均不會就嗣後受賄作獨立規範。

然而，緊接而來的問題是：究竟在第1款所規定的事實以外，尚須出現甚麼要素，才令有關犯罪依第2款規定的減輕犯處理呢？

此要素必然是行為人不實施有關不法行為的決意。其實在第3款所規定的情況中亦要求行為人有所決意，儘管在法律條文中未有明示³⁴。

此乃葡萄牙最高司法法院過去就《葡萄牙刑法典》的相同條文，於1992年10月29日的合議庭裁決中所持的立場，強調「如未實施該不法行為」應理解為「如行為人因己意不實施或放棄實施該不法行為」。

葡萄牙最高司法法院又於1995年5月3日合議庭裁決中重申，有關條文所指情況的減刑，「僅在受賄者因己意而不實施不法行為時才適用」³⁵。

最近，葡萄牙最高司法法院就一項與上述問題十分相似的問題表明了立場，而所持的理據相同。針對一條幾乎與《澳門刑法典》第201條第1款完全相同的規範的適用範圍，葡萄牙最高司法法院於2004年9月23日合議庭裁決中表明：「談到將物返還或將所造成的損失完全彌補的行為，之所以要求其須在第一審的審判聽證開始前作出，當然與該等行為最終可導致特別減輕刑罰有關；顯然，法律只會重視行為

³⁴事實上，法律只說：「如行為人在作出該事實前……則不予處罰」。

如單從字面解釋，可能會得出這樣的結論：即使已實施有關行為，只要在實施前拒絕接受利益，此拒絕接受利益的行為便在法律上獲得重視。

³⁵此合議庭裁決是針對與澳門國際機場興建計劃有關的「傳真案」。該合議庭裁決採納了本文所支持的解釋，儘管在受賄罪的理解方面與我們的不同，他們認為受賄罪屬形式犯。如欲作更深入的分析，請參閱1995年6月第447期《司法部期刊》第67頁起。

人因己意而作出的行為，以物的返還為例，如純因實施扣押或命令交付而使有關物品被交出，就不算是可藉以減輕刑罰的『物之返還』……」。

此合議庭裁決所依循的學說與上面提及的較早前合議庭裁決所依循者，可謂同出一轍：將有利於行為人的情況局限於由其本身作出的行為，而不涵蓋由他人作出的行為。

面對既遂的賄賂犯罪，立法者的邏輯必然是：

- 儘管犯罪既遂，倘行為人決定不實施有關不法行為，則按減輕犯處罰；
- 倘行為人不但決定不實施有關不法行為，而且拒絕接受曾答應接受所給予之利益或承諾，又或將該利益返還，則不予處罰。

然而，憑什麼理據支持該第2款規定的意思是要求行為人「決定」不實施或放棄實施有關不法行為呢？

首先，該條文在行文上採用的表述方式是：「如不予實施該不法行為」。這是以一個「牢固實在」的情況為基礎，即「出於行為人堅定的抉擇」而未有實施該不法行為，所以在行文上並不採用：「該不法行為尚未實施」或「如仍未實施該不法行為」等表述方式。

我們認為，要解決在澳門法律體系中有關受賄作不法行為的問題，此乃既顧及法律條文及精神，又不致於違反刑法學理的唯一合適方案。

然而，如參考了上述論據後尚存有疑問，仍可參閱刑法典修訂委員會會議紀錄中針對澳門現行條文所沿襲規範的討論部分³⁶。委員會界定了「如未實行該事實」一詞的意思（不實行其曾表示將實行的事實，或實行其曾表示將不實行的事實），委員會又將此情況與詐騙作某程度上的類推，申言之，其意思是指存在行為人不實行有關事實的決意。

除了這些屬理論層面的理由外，從刑事政策上來考慮有關立法取向也同樣成立。法律對後悔者及放棄犯罪者皆予獎勵，當然無容置疑，也是眾望所歸。但絕不可能的是，執法者在犯罪者實施不法行為前成功破案卻成為犯罪者的獎勵。

³⁶ 見《刑法典—修訂委員會會議紀錄及草案》，司法部，1993年，第432頁起。

刑罰的免除

第337條第3款規定：「如行為人在作出該事實前，因己意拒絕接受曾答應接受所給予之利益或承諾，又或將該利益返還，或如為可替代物，而將其價值返還者，則不予處罰。」

有關第3款的規定，至少可採用兩種不同的方式來作探討。

有人認為該條文所規定者屬主 後悔的情況³⁷。若這樣理解，有關情況應被歸納在犯罪中止的概念內，即可將其列作《澳門刑法典》第23條第1款後半部分所規定的情況：即使犯罪既遂，行為人防止了一種不為罪狀所包括的結果（實施有關職務行為）發生，及盡可能將有關情況還原至實施犯罪前的狀況，視為犯罪中止論。

這種理解所奠基的前題為受賄罪屬形式犯，將受賄定為犯罪乃旨在避免產生公務員實施不法行為的結果。但是，如我們所面對的確是上述觀點所指的犯罪中止情況，此第3款規定便無須存在，因為只須按《刑法典》第23條第1款後半部分的規定處理便可。

高斯達雖然亦從同一層面來分析此問題³⁸，但卻有不同的看法，視之為主 後悔的「非典型假設」，其所奠基的刑事政策理由與犯罪中止的政策理由相近。此看法更有說服力，因它符合立法者實際的意圖，將行為人在事後試圖盡量彌補所造成的損害視為一種後悔的表現，從而克服了因有關罪狀的 質而不能符合第23條規定所適用情況時所產生的困難。

令人好奇的是，殷理基斯(Leal Henriques)及山度士(Simas Santos)在對《澳門刑法典》第337條所作的註釋中僅指出：「第3款所確立的規則對行為人本已減輕的刑責加以重視：該款甚至規定了刑罰的免除，獎勵在作出有關職務行為前，因己意拒絕接受曾答應接受所給予之利益或承諾，又或將該利益返還，或如為可替代物，而將其價值返還者」³⁹。此立場明顯與先前闡述的接近，儘管沒有說明其理論的出處。

事實上，有關職務行為在什麼程度上可視為受賄作不法行為罪的結果？追根溯

³⁷ 參閱殷理基斯(Leal Henriques)及山度士(Simas Santos)：《澳門刑法典釋義》第二冊，第三版，第1600頁，有關《葡萄牙刑法典》第372條的註釋。

³⁸ 見《科英布拉學派對刑法典的評論》第三冊，第673頁，有關第372條的註釋。

³⁹ 參閱殷理基斯(Leal Henriques)及山度士(Simas Santos)：《澳門刑法典釋義》，1996年版，第952頁。

源，該結果就是指導致行政活 沾上污點。應注意的是，本義受賄罪與非本義受賄罪的分別只在於有關職務行為是不法還是合規範，但兩者的犯罪結構是相同的。在刑罰方面，則因應有關職務行為屬不法還是合規範而有所不同，這是純粹基於當中反映行政當局的意思自治受到不同程度的污染所致。如犯罪結果為公務員的職務行為，則在非本義受賄罪中的結果就是一項合規範的行為。至於在嗣後的受賄罪中，結果便會在犯罪實施前出現。

對於第337條第3款的規定，立法者的取向在於刑事政策理由，並以行為人主 後悔為基礎；不但要求行為人拒絕接受有關利益或將之返還，而且還要求行為人有不實施有關職務行為的決意。雖然法律沒有明文指出此要件，但仍可從中推斷出來。事實上，單純拒絕接受有關利益或將之返還當然並不足夠，還須加上不實施有關職務行為的決意。因此，第3款的規定只適用於在有關職務行為未實施前拒絕接受有關利益或將之返還的個案。

因此，第1款所規定的是受賄作不法行為罪的基本犯；第2款是減輕犯，刑罰大幅降低；而第3款則列出不予處罰行為人的要件。

事實上，第2款及第3款所規定的情況均在犯罪既遂後發生。立法者沒有漠視有關不法行為是否已實施，同樣是事實。至於實際作出了有關不法行為，最終雖然與罪狀的構成無關，但卻會令行為人的行為在客觀上更加嚴重，除了產生使人降低對行政當局信任的惡果外，也會導致行政當局的活 在有關不法職務行為實施的狀況下和相關的範疇內蒙上污點。

立法者同樣亦不能漠視因己意拒絕接受曾答應接受的利益或給予利益的承諾，又或將該利益返還的行為。儘管犯罪既遂，但事實上，這些嗣後拒絕及返還利益的行為的確可在某程度上修正行政當局活 的偏差及挽回人們對其已失去的信任。

因此，對於該等行為應給予鼓勵及獎賞。

賄賂及類似的罪狀

受賄作不法行為罪與一些表面類似的罪狀平排並列時，有時候真的教人難以分辨。首先，受賄作不法行為罪與其他模式的賄賂犯罪固然難以區分，但相信經過前面所作的說明後已將各種可能出現的問題釐清，對於這些不同的罪狀已具備相當清晰的概念。

但除了形形色色的賄賂犯罪外，還有其他類似的罪狀，此等罪狀，我們尚未談及，即使談及，也只是輕輕略過，例如違法收取罪（第344條）及濫用職權罪（第347條）。以下會就此等罪狀略作解釋，而不會深入分析，旨在指出有關重點，以便將之與賄賂犯罪區分。

賄賂及違法收取

第344條規定：

「1. 公務員在執行其職務時，或在行使因其職務而產生之事實權力時，藉著誘導被害人陷於錯誤或利用被害人之錯誤，親身或透過另一人而經該公務員同意或追認，為自己、本地區或第三人收取其不應收之財產利益，或收取超逾應收額之財產利益，尤其係稅捐、費用、手續費或罰款等，如按其他法律之規定不科處更重刑罰，則處最高二年徒刑，或科最高二 四十日罰金。

2. 如行為人以暴力或以重大惡害相威脅作出該事實，而按其他法律之規定不科處更重刑罰，則處一年至八年徒刑。」

違法收取是眾多令行政當局的意思蒙上污點、使之為公務員本人或他人的私人利益服務的方式之一，與賄賂犯罪有明顯相似之處。

違法收取也是身份犯，只可由公務員在執行有關職務時實施。

相同之處還在於，犯罪行為可以由公務員親自實施或透過另一人而經其同意或追認的方式實施。

犯罪行為也體現於：為行為人、本地區（應為「澳門特別行政區」）或第三人收取其不應收之財產利益，或收取超逾應收額之財產利益，可以是稅捐、費用、手續費、罰款或任何給付。

明顯不同之處則在於所獲利益的質。在賄賂犯罪中，利益可以是財產或非財產的。在違法收取中，利益一定是財產的，一般是金錢。

然而，違法收取與賄賂犯罪的主要分別是在於“*metus publicae potestatis*”，即「見官生畏」。在違法收取中，存在對當局的害怕，但在賄賂犯罪中，則不存在。

事實上，受賄罪一般與行賄罪相聯繫。行賄者主 尋找受賄者或受賄者主 尋找行賄者。在任何情況下，行賄者均不可被視為受害人；相反，卻是受賄者的伙伴，因為行賄者可從其付錢收買的職務行為的實施中獲益，不論此職務行為是否正當。

最後，行賄者知悉所給付或被索取的金錢是受賄者所不應收的。

違法收取的情況就截然不同。被索取利益者與公務員無任何協議，他因本身的錯誤或被公務員誘導而陷於錯誤，確信須繳付一項超逾其應付的金額，甚至是一項不應支付的金額。

因此，受害人對公務員究竟為其本人或他人尋求利益是一無所知的，因為公務員的要求不是以個人名義作出，而是基於其在徵收活 中所代理實體的權利⁴⁰。

在什麼情況下會出現所謂的「見官生畏」？

表面上，「見官生畏」只在該條文第2款規定的加重犯中出現，當中明文指出以暴力或以重大惡害相威脅的情況。至於在第1款存在的，則是受害人未為公務員糾正的錯誤，或受害人因公務員誘導而陷入的錯誤。

然而，市民一般不會質疑行政當局對其作出的要求，因為一方面相信行政當局正直不阿，而另一方面，也不敢反對行政當局的要求，又或不敢要求解釋。此外，對於行使公權力實體所作的決定有權予以強制執行的司法機關或警察機關，儘管只可在既定的規則下運作，且須尊重市民的權利，但仍驅使市民敬重服從。以上就是我們所理解的對當局的敬畏。然而，我們須承認，隨著公民權利的逐步肯定，對當局的敬畏與承認公民權利的訴求正循此消彼長的方向發展。

亦須說明的是，第2款所指的暴力或威脅必須與公務員執行工作、職權有關。重大惡害的情況不難想像（展開刑事程序、在執行情序中扣押財產等），但較難想像的是在執行職務上使用暴力的情況。因此，須注意行為人的行為，在具體個案中會否超越違法收取罪的規定，如果除了使用暴力外還出現其他要素，便有可能納入搶劫罪的範疇。

最後，應注意的是，違法收取罪侵害多個法益。事實上，此犯罪背後所保護的法益，除了與賄賂犯罪所保護的相同外，受害人的財產和自由也屬保護範圍。因此，單純索取不應收的款項不足以令犯罪既遂，唯在作出交付後才算既遂。

雖然作出了上述說明，但在不少實際情況中仍難免會產生一些合理的疑問：究竟市民向公務員給付款項，係因公務員在作出要求時誘導市民陷於錯誤所致，還是市民為使公務員實行合規範或不法的職務行為而給付款項或被索取款項呢？

⁴⁰ 此要素被法國學說視為區分賄賂與違法收取的關鍵。請參閱美力(Roger Merle)及維圖(André Vitu)上述著作第277頁。

賄賂及濫用職權

第347條規定：

「公務員意圖為自己或第三人獲得不正當利益，或造成他人有所損失，而在以上各條所規定之情況以外，濫用其職務上固有之權力，或違反其職務所固有之義務者，如按其他法律之規定不科處更重刑罰，則處最高三年徒刑或科罰金。」

可以說，在所有我們在本文中所分析的個案，以及其所屬章節規定的各種罪狀之中，均存在公務員濫用職權或違反義務的情況。

因此，濫用職權罪的條文已說明此罪狀屬候補質，「在以上各條所規定之情況以外」才適用；「如按其他法律之規定不科處更重刑罰」，才處其規定的刑罰。

同時，濫用職權罪亦屬透過濫用職權或違反義務的方式來實施的身份犯，濫用職權本身已是違反義務，但違反義務卻未必是濫用職權。至此，尚未觸及可與賄賂犯罪區分的特徵。

濫用職權罪與賄賂犯罪的區分，首先在於罪狀的特定主觀要素。事實上，在賄賂犯罪中，行為人的意圖是為自己或第三人尋求其不應收的財產利益或非財產利益，而在濫用職權罪中，行為人的意圖卻是為自己或第三人獲得不正當利益，或造成他人有所損失。

法律沒有為利益及損失定，因此可以是財產的或非財產的，例如，既可與人員開考有關，又可與職程上的階有關，也可與批給或不批給准照有關。

另一方面，濫用職權罪與賄賂犯罪不同的是，有關的利益或損失並不是職務行為的回報，而是其後果。

較常見的情況是，利益融入職務行為本身（例如違法批給准照）或職務上的不作為（留置違法行為的筆錄，令違法者免付罰鍰）之內，屬非財產，且受益人是第三人。

至於較普遍的濫用職權例子則是，公務員本身是直接或間接的受益人，沒有遵守利益衝突的規定。

相對較多出現的情況是，行為人謀取不正當利益，而不是造成他人有所損失。然而，如行為人的特定意圖是為甲謀取利益，則無可避免地令乙有所損失的情況亦不罕見。不妨想想公開招標或人員招考的情況，要優待某參加者，必然損害其他參加者的

利益。正是基於這個原因，以致在招標或招考的程序中每每出現濫用職權的投訴。

濫用職權罪不要求實際取得不正當利益或造成損失才算既遂，行為人一旦濫用職務上的權力或違反職務所固有之義務，而出發點是為自己或第三人獲得不正當利益或造成他人有所損失，便屬既遂。當然，濫用職權罪屬單純的行為犯⁴¹，與之相同的例子有《澳門刑法典》第333條第1款所規定的瀆職罪基本犯。

有些情況，表面看來是濫用職權罪，隱藏的卻是賄賂犯罪。因此，我們概括地介紹濫用職權罪的理由亦在於此。對於濫用職權罪，同樣觸及與談論違法收取罪所觸及的相同問題—證據問題，要為調查工作校正方向，取證的可行 必不容忽視。較常出現的是，在調查賄賂犯罪的過程中所取得的證據，僅可指控濫用職權罪。

鑑於此罪狀屬候補，所以這規定的適用範圍甚廣，而藉此規定所保護的法益亦必然有充份的普遍，因此，行政當局的公正無私，看來正是此罪狀擬保護的法益。

⁴¹ 在這方面的刑事政策多種多樣，有些刑事體系不設置這樣的候補規定，有些則採納範圍或寬或緊的濫用職權罪。

《西班牙刑法典》第404條規定的情況就是一個制度十分開放的例子，它規定：「當局或公務員明知不公但仍在行政事宜上任意採取解決方案，處七年至十年特別剝奪擔任公共職位及職務資格的刑罰。」此規範對故意實施的單純行政違法行為作出刑事制裁，只要具有任意及不公正便已足夠。此西班牙法律並沒有要求存在任何損害結果或不正當利益，也沒有要求行為人具有達至此等結果的意圖。

《澳門刑法典》所選擇方案的範圍較狹窄。正如前述，第347條要求行為人具有獲得不正當利益或造成他人有所損失的意圖，但並不要求出現任何結果。

意大利法律所規範的適用範圍更狹窄。或許值得注意的是意大利法律的演變，因為當中揭示了有關濫用職權罪及其客觀結構的重要問題。

1930年《意大利刑法典》第323條濫用職權罪原文規定：「公務員意圖造成他人有所損失或獲得利益，在法律特別規定為犯罪的情況以外，濫用其職務上固有之權力，處最高二年徒刑或科十萬至二萬里拉罰金。」根據這樣的行文，有關罪狀屬典型的一般及候補罪狀（見前述安多尼西(Francesco Antolisci)著的《刑法手冊一分則》，第二冊，第797頁），因此被稱為「一般的濫用職務」。只當有關行為不符合其他罪狀，不論較輕或較重，才以濫用職權罪論處。對於此罪狀，共識觀點為不要求出現任何結果，只要行為人具有特定的故意，濫用職權罪便既遂。

經過1990年的改革，有關規範被修改為：「公務員或受委託承辦公務的人，意圖不公地為自己或他人獲得非財產利益，或造成他人有所損失，濫用其職務，如不構成更嚴重的犯罪，則處最高二年徒刑。如作出有關事實旨在不公地為自己或他人獲得財產利益，則處二年至五年徒刑。」

為何出現這樣的演變？

立法者擬透過1990年的改革，將此罪狀變成一個接連妨害公共當局罪體系的罪狀（見前述菲安達加(Giovanni Fiandacca)及梅斯高(Enzo Musco)著的《刑法學一分則》，第一冊，第240頁）。

然而，1990年立法者所構思的犯罪結構與先前的沒有很大分別，不同之處在於將候補條款（在法律特別規定為犯罪的情況以外）改為吸收條款（如不構成更嚴重的犯罪）- 見巴加尼亞羅(António Pagliaro)上述著作第237頁 - 以及新法的刑幅明顯加重。當然，學說仍視此罪狀為特定故意犯，而非結果犯。此外，也間接地加強了針對行政違法的保護，因為有關刑幅的規定，使針對一些較嚴重的行政違法個案可採取羈押措施。

可是，在意大利特定的社會環境下，上述1990年的改革卻引發了對新文本的不滿浪潮，唯有注意到90年代意大利司法界與部分政界人物就反貪工作展開公開爭鬥的政治環境，才會明白為何產生這種不滿反應。當時，「濫用職權」罪（在意大利稱之為「濫用職務」）因其行文方式所包含範圍之廣，不但違反盡數列舉原則，亦淪為法官干預行政當局權力的工具。因此，出現了一意見流派，此意見流派後為修改有關規範的1997年7月16日法律所採納，對此罪狀的適用範圍加以限制，增加了一些犯罪構成要件。結果，第323條的罪狀被修改為：「公務員或受委託承辦公務的人，意圖不公地為自己或他人獲得財產利益，或造成他人有所損失，於執行職務或工作時違反法律或規章規範，又或在面對著自己或近親的利益或在其他規定的情況下不作迴避，如不構成更嚴重的犯罪，則處六個月至三年徒刑。如有關利益或損失重大，則加重處罰。」

自1997年開始，在意大利濫用職權罪除轉變為約束實施犯（譯者註：「約束實施犯」葡文為“crime de execução vinculada”，意思是指法益的損害，必須以作為立法者訂定的典型行為的後果出現）外，更被定為結果犯。最後要澄清的是，那些指新法之前的罪狀結構因範圍不確定及只要求存在特定故意便可入罪是違反憲法的理論，從不獲憲法法院接納。倘我們信任最高法院於1997年11月10日基於實體刑法而對1997年修改的規範所採取的立場，那末立法者藉此要實現的兩個主要目的就是：避免對此犯罪適用羈押這強制措施，以及避免司法介入行政自由裁量權的範圍（見《刑法典釋義》，Simoni出版社，2002年版，第537頁）。

顯而易見，上述的理由或以明示或默示方式表達的意圖均從來沒有滲入澳門的現行制度。澳門所規定的明顯是特定故意犯，不論是否出現任何結果皆為既遂。

財產來源不明罪及刑事訴訟的保障

引言

在現代社會裡，行政當局和公共機構若要運作良好，其中一項要件就是必須具有透明度，這亦是廣大市民的訴求。

為此，各法律體系中均有不同質的措施，尤其是嚴謹的公職制度和利益衝突制度，以確保擔任政治、立法、行政或司法等職務的人員恪盡職守，公正無私。

近年來，公共職位據位人和公共行政工作人員的透明*和廉潔越來越受重視。因為，如在公共部門工作的人，或基於其他原因而獲社會大眾信任的人，辦事也不透明和廉潔，那麼公共機構又何來透明呢？

要確保公共職位據位人和公共行政工作人員能做到透明、廉潔，對其財產實施監察就是一種重要方法。

澳門確立這方面的監察措施始於12月7日第14/87/M號法律（賄賂處分制度）的頒佈。該法律第7條規定，現職或退休公務員¹，如果擁有與其所收受或聲明的薪酬不相稱的財產或收益，又或維持超過其職級薪酬所容許的生活水平，而不提供如何擁有該等財產或收益的圓滿解釋，又或不顯示其擁有財產或收益的合法來源，便會受到紀律處罰。

然而，這卻是一項難以實施的規定。理由之一為它所規範的僅是一種違紀行為，調查取證會受到諸多限制；另一理由則在於當年尚未建立收益監察的一般制度，所以在制度上的配套尚未完善。

財產來源不明罪的來源

* 本公署註：在中文譯本中，凡以「人」為主體所指的「透明」，均有「光明磊落」的意思。

¹ 該法律第10條規定了公務員的定義。然而，根據第10條第2款，第7條的規定不適用於相當於公務員的人員，如政治職位據位人。

8月17日第13/92/M號法律是首部規範申報財產利益的法規，但僅適用於某些政治職位據位人：立法會議員、諮詢會委員、市政機構成員及其他法定人員。

無論從適用範圍、還是從違反規定者所受的處罰來看，這部法律都顯得畏首畏尾。事實上，除了對申報書內容的取閱過份限制外，對於採用申報書內的資料作為證據也有嚴格規限。取閱申報書最重要的第四部分，須事先獲得高等法院的許可。此許可乃透過司法機關申請，由高等法院以合議庭裁決的方式作出。再者，有關資料只可作為解決司法爭訟或在刑事案件尋找事實真相的證據，因此，在用作 察申報人財產方面受到重大限制。正如前述，此法通過時，不合理富有表象不構成犯罪，只屬違紀。換言之，有關資料儘管可用作證明其他犯罪，但在紀律程序中就不能作為證據。

由8月17日第13/92/M號法律所訂定的刑事制度主要旨在保護三種利益：確實提交申報書、申報書內容真實及保障申報書不被不當使用。

在履行提交申報書義務方面，第13條第1款規定，對於因過錯而未履行者，科相當於所擔任職位月報酬三倍的罰金，以及中止支付該項報酬直至履行提交申報書的義務為止。

至於申報書內容真實 方面，第13條第2款及第3款規定，倘申報書所載資料不正確乃重過失所致，科罰金；倘故意申報不實，以假聲明罪論處。

最後，為保障申報書不被不當使用，第9條第3款規定，倘於執行職務時或因職務而知悉申報書第四部分內容者不遵守保密義務，按違反司法保密論處。此外，第12條第1款及第2款亦在刑事上作出規定，除法定情況外，凡發佈申報書第四部分資料者，將受重罰，而第3款更規定徒刑不能以罰金代替，亦不得暫緩執行。由於這一款規定旨在發揮一般 適用的效果，即超越了第2款所指的特定範圍，因此兩者便難以銜接。

至於這刑事制度所蘊含的原則，最為重要的確是在於設立具有重要資訊的資料庫，以確保行政當局透明，但與此同時，倘欠 防止濫用的重要配套措施，便會淪為侵害市民私生活的工具。因此，在隨後的修訂中，此等價值繼續受到重視和加強。

儘管第13/92/M號法律在實施對象、適用範圍，又或單純在處罰制度上，均受到明顯的限制，但卻為確立強制申報收益的制度打下了基礎。無論如何，它畢竟邁出了第一步，為後來相關制度的不斷完善奠定了基石。

在這部法律之後出台的是6月29日第3/98/M號法律。最值得讚賞的是它規定所有政治職位及公共職位的據位人，公共行政的公務員、服務人員及其他工作人員，必須提交收益及財產利益聲明書（財產申報書）。事實上，舊法的適用範圍不合情理：一方面申報義務僅限於政治職位據位人（甚至不是所有政治職位據位人皆受約束）固然不合理，另一方面，也無實在理由將其他包括政府成員在內的人員排除，從而使人質疑訂定此狹窄範圍的背後「機」，並且明顯影響該法規的公信力，有關立法的最終目的能否實現便受質疑。

新法規加強了刑法在多個層面的介入。為填補舊法的「失」，規定可勒令未提交申報書者於三十日內補交，否則觸犯違令罪（第25條第2款）。

將刑事制裁擴展至故意及不合理地不提供填寫申報書所需資料的申報人配偶（第28條第2款）。

然而，在整套處罰機制中較具意義的改進是在第26條規定了「不合理的富有表象」罪²。

立法者透過這條文傳遞了兩項重要信息：其一，針對有關損害社會價值的行為僅作紀律制裁是不足夠的，應追究刑事責任；其二，與舊法規定的違紀行為不同，這一新刑事規定除適用於公共行政的公務員、服務人員及其他工作人員外，亦適用於政治職位據位人及公共職位據位人。

有關「不合理的富有表象」罪的規定，新近頒佈的7月28日第11/2003號法律第28條第1款作出了修改，並且將之易名為「財產來源不明」罪。

第28條第1款規定：

「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 六十日罰金。」

² 第26條：

1. 第2條規定的政治職位及公共職位據位人、公共行政的公務員、服務人員及其他工作人員，其本人或透過居中人，擁有超過其在本法律所規定的聲明書內所填寫的財產或收益，且對如何及何時擁有不作具體解釋或不能充分顯示其合法來源者，處至三年徒刑及科至三 六十天罰款。
2. 財產或收益的擁有或來源沒有按前款規定解釋者，按法院宣判得被扣押和宣告歸本地區所有。

從犯罪主體上看，即時便發現新舊條文有所不同，但兩者在適用範圍上卻沒有實質分別。新法將「政治職位據位人」及「公共職位據位人」統稱為「公共職位據位人」，此修改主要是基於中華人民共和國澳門特別行政區（以下簡稱「澳門特區」）擁有全新的政治行政架構，作出適當修改是必須的。

事實上，新舊條文主要的分別係體現在罪狀的其中一項要件上。按舊法的規定，對擁有的財產或收益「超過」所申報的財產和收益者，要追究刑事責任，而新法所懲處的，則是擁有的財產或收益「異常地超過」所申報的財產和收益者。此一修改是有其道理的，因為單就擁有超過所申報的財產和收益這一事實而言，並非必然要追究刑事責任，但「異常地超過」就不同了。儘管這個概念仍須透過司法見解界定，但它所指的應是以正當收入無法作出客觀及明確解釋的一種財產狀況。

訂立這樣的罪狀並非無例可循。香港的《防止賄賂條例》（第201章）就作出了類似的規定。根據該條例第10條「來歷不明財產的管有」³的規定，除擁有與薪俸不相稱的收益或財產者外，維持高於與薪俸相稱的生活水準者同樣會受到刑事制裁。

《中華人民共和國刑法典》第395條第1款⁴也確立了類似的制度。

須指出的是，在澳門法例中加入這項犯罪，起初曾遭受質疑，有關疑慮也許至今仍未消除。疑慮的核心是：要求嫌犯就其收益或財產的合法來源負上舉證責任可能違反無罪推定原則。

在審議6月29日第3/98/M號法律期間，有人提出，這樣的要求違反了《葡萄牙共和國憲法》第32條所規定的刑事訴訟的保障⁵。

³ 該法規的2003年5月9日修訂版（與前一版相比，只是將「官方僱員」改為「訂明文員」）在第10條第1款規定：「(1) 任何現任或曾任訂明文員的人

(a) 維持高於與其現在或過去的公職薪俸相稱的生活水準；或

(b) 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」。

⁴ 根據《中國人民共和國刑法》第395條第1款的規定，「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」。

⁵ 在澳門立法會1998年4月7日的會議上，針對相關規定是否在制度上違法及甚至違憲，進行了討論（《立法會會刊》第一期第40次會議），較多人認同的觀點是不會產生在制度上違法或違憲的問題，對於這個結論，其後亦沒有議員提出異議。

隨著澳門特區的成立，是否違反葡萄牙憲法的問題已不重要。儘管如此，按照澳門特區法律體系分析財產來源不明罪的規定，以及第2款將有關財產沒收的規定，還是有作用的。

我們認為，可以透過兩項基本法規來驗證7月28日第11/2003號法律第28條第1款的規定是否有效。一是《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》（以下簡稱「基本法」）第29條第2款，二是《公民權利和政治權利國際公約》（以下簡稱「權利公約」）第14條第2款及第3款。後者根據葡萄牙共和國議會第41/92號決議延伸適用至澳門，並於1992年12月31日在澳門公佈，而且按照《基本法》第40條第1款的規定，在澳門特區成立後繼續適用。

《基本法》第29條第2款規定：**「澳門居民在被指控犯罪時，享有盡早接受法院審判的權利，在法院判罪之前均假定無罪。」**與此同時，按照《基本法》第43條的規定，上述制度還適用於身在澳門特區境內的非澳門居民。

至於《權利公約》第14條第2款則規定：**「凡受刑事控告者，在未依法證實有罪之前，應有權被視為無罪。」**

表面看來，有關法律要求嫌犯解釋其財產及收益的來源或顯示其財產及收益來源合法，似乎違反了《基本法》和《權利公約》相關條款所規定的無罪推定原則，將控方才應負有的舉證責任倒置(反加予嫌犯)。

從條文結構及是否符合刑事訴訟的保障來分析

然而，上述疑慮的產生，其實與該法律條文的行文方式有關。

假設我們仿效香港立法者所採用的方式，將該條文寫成：**「根據第一條規定所指負有提交申報書義務的人，如其本人或藉居中人所擁有的財產，異常地超過所申報的財產，處最高三年徒刑，並科最高三 六十日罰金，但對如何和何時擁有作出具體解釋或能合理顯示其合法來源者除外。」**

將上述的假設條文與第11/2003號法律中的行文相比照，不難看出二者的含義完全一樣。可是，從形式結構上看，就產生了不同的解釋。

假設的條文非常明確，其末後部分所述的例外情況就是罪狀的一項消極要件，訂明了一個排除不法的理由。

至於第11/2003號法律中的行文，給人的印象卻是以否定形式來表達罪狀的一項積極要素。當中「且對……不作具體解釋」的表述，讓人覺得在符合條文前部分所述的各項要件後必須再加上「不作解釋」，方構成犯罪⁶。正是這表述方式導致解釋條文時出現困難。

事實上，即使我們將形式問題擱下不談，集中討論問題的實質，我們亦發現，上述行文所顯示的，表面上看來是有關罪狀的一項積極要素，但實際上卻是一項消極要素。

在繼續分析此問題前，有需要淺談罪狀消極要素說，以及消極要素與以否定形式表達的積極要素兩者的分別。

積斯值克(H. H. Jescheck)認為罪狀消極要素說正好與開放式罪狀理論對立⁷。罪狀消極要素說主張罪狀中應包含各項用作評價不法的重要元素，不僅必須具備可處罰行為的所有積極要素，還須證實全無任何排除不法的情節存在⁸。事實上，此理論沒有將不法與罪狀分開，要求從一個「完整罪狀」的角度分析有關行為，集合所有實質要素以便在具體個案中分析是否存在犯罪⁹。

罪狀消極要素說曾遭維素(Hans Welzel)的猛烈抨擊，稱之為「混淆視聽」之說，因為維素認為不應將罪狀與不法混淆¹⁰。雖然有此反對立場存在，但該理論最終仍得到一些重要學者的追隨，並掀起對犯罪結構的三分法（符合罪狀的行為、不法及罪過）及二分法（符合罪狀的行為及罪過）各自的好處進行辯論，而二分法正是與罪狀消極要素說相連。然而，罪狀消極要素說不久便走向衰落，因為阻卻不法的原因與罪狀積極要素實質上有很大分別。正如積及士(Jakobs)所述¹¹，阻卻原因只可抵銷行為的不法，但抵銷不了符合罪狀事實的社會異常。

⁶ 關於罪狀的消極要素與以否定形式表達的積極要素之間的差別，請參閱：盧新(Claus Roxin)著的《刑法學》(Derecho Penal)，總則，第一冊，Civitas出版社，1997年版，第283頁起；積及士(Günter Jakobs)著的《刑法學》(Derecho Penal)，總則，Marcial Pons出版社，1995年版，第192頁起；積斯值克(H. H. Jescheck)著的《刑法論》(Tratado de Derecho Penal)，第一冊，Bosh出版社，第338頁起；嘉路(Marcello Gallo)著的《刑法註釋》(Appunti di Diritto Penale)，第二冊，Torino出版社，第144頁起。

⁷ 見積斯值克(H. H. Jescheck)上述著作第338頁。

⁸ 見高利亞(Eduardo Correia)著的《刑法學》，第一冊，Almedina出版社，1971年版，第311頁起。

⁹ 見盧新(Claus Roxin)上述著作第284頁。

¹⁰ 見維素(Hans Welzel)著的《新刑法體系》，B de F出版社，第89頁起。

¹¹ 見積及士(Günter Jakobs)上述著作第194頁。

然而，以否定形式設定罪狀要素則是另一回事。此等要素屬罪狀構成要素，乃罪狀結構的組成部分，並使罪狀所涉及行為帶有異常，稍一欠，罪狀結構就不完整。這些要素夾雜在社會上視為適當的行為之中，因著它們的出現，便導致有關行為列入刑事範圍，例如《刑法典》第150條第1款、第184條第1款及第191條第1款所提及的欠同意的情況。

如對某要素究竟屬罪狀消極要素，還是屬以否定形式表達的積極要素方面存疑，盧新(Claus Roxin)所定的標準可大派用場：用作管制一般在社會上視為適當的行為者，便是以否定形式表達的積極要素；如屬例外地容許某符合罪狀的行為，便屬罪狀的消極要素¹²。

舉例說明兩者的分別並不困難。

進入他人住所乃社會接受的行為，在人們的日常生活中每天都發生。然而，法律希望這類為社會所接受行為的出現不致對任何人的住所造成侵害。因此，「未經同意」進入他人住所便構成犯罪。「未經同意」正是《刑法典》第184條第1款所定犯罪的積極要素，儘管以否定形式表述。

持有可作攻擊用途的利器卻屬社會所不予認同的行為，因為會對人的生命及身體完整構成危險。因此，根據《刑法典》第262條第3款的規定，如持有利器人沒有對持有利器作出合理解釋，亦即是說，除非持有人對持有利器作出合理解釋，否則持有利器這行為便會受刑事處罰。這我們面對的是罪狀消極要素，因為有關事實的出現使某符合罪狀的行為被接納。

以上就罪狀消極要素所作的解釋，對財產來源不明罪的分析是不可或的。尚須補充的是，雖然有關理論已過時，但罪狀消極要素仍隨處可見，它的存在並非作為前述「完整罪狀」的必然組成部分，而是以「總則」規定以外、作為阻卻不法要素的形式存在。

現在將話題返回財產來源不明罪的範疇。經進行上述分析後，現將該罪狀的要素簡說如下：

- a) 負有申報義務者本人或居中人擁有的財產或收益；
- b) 異常地超過先前所申報的財產或收益。

就是這些要素、亦只能是這些要素，才是財產來源不明罪的構成要素。當然，

¹² 見盧新(Claus Roxin)上述著作第292頁。

在法院認定這些要件成立以前，應推定嫌犯無罪，這與其他犯罪完全無異。

但問題是條文中寫著「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」，難道這不是罪狀的積極要素麼？

我們不應受條文的行文方式影響而產生錯覺。

讓我們再看另一個例子。如將《澳門刑法典》第128條的條文寫作(劃線部分為法典中的表述)：「殺人者，且不能顯示作出該事實為擊退對其本人或第三人受法律保護之利益正在進行之不法侵犯之必要方法者，處十年至二十年徒刑。」

這樣的表述絲毫沒有改變殺人罪的結構，既沒有增加也沒有減少這項罪狀的組成要素。它只是運用了一種不同的立法技術：將罪狀的積極要素（殺人者），與一項消極要素（不能顯示所作事實為擊退對其本人或第三人受法律保護之利益正在進行之不法侵犯之必要方法者）並列。這個例子中的消極要素就是正當防衛。

當然，這沒有必要運用此立法技術來表明阻卻不法的典型理由（正當防衛、行使權利、履行義務、獲法益受侵害之人同意），因為在釋法時，基於《刑法典》第30條及隨後條文的規定，必須考慮該等阻卻不法的理由。然而，對於非典型理由則有必要將之列作罪狀的消極要素，換言之，當立法者認為除了《刑法典》第30條所列出的情況外，還欲規定其他阻卻不法的理由，便會運用在罪狀規定中加入消極要素的立法技術。

前面指出的、在財產來源不明罪條文中的一段內容正是屬於這類情況¹³。

這個罪狀並不屬於不作為犯，行為不法的根源不在於欠理由或解釋，而是在於擁有的財產或收益異常地超過所申報的財產¹⁴。對於第28條第1款所規定的罪狀，無須要求嫌犯有任何作為便可成立。一經發現嫌犯所擁有的財產或收益與申報的不相稱，而其對財產狀況保持緘默，便足以構成犯罪。

¹³ 同樣的情況也出現在《刑法典》第262條第3款規定的罪行中：「持有或隨身攜帶利器或其他工具，而有將之作為攻擊武器使用之目的，或該利器或工具係可用作攻擊者，如持有人或攜帶人並無對其持有或攜帶作出合理解釋，則處最高二年徒刑。」（底線是我們加的）

¹⁴ 相反，中國內地則重點強調嫌犯不能說明或拒絕說明其財產來源合法。可是，鑑於嫌犯的訴訟地位及在訴訟程序中的身份，上述立場遇到巨大困難。關於這個問題，可參閱：錢舫著的《論巨額財產來源不明罪》，載於《政法論壇》，2001年，第6期，第71頁起。有關中國內地在規範巨額財產來源不明罪方面的概況，可參閱：張鳳閣主編的《新刑法理論與實務》，警官教育出版社，第592頁起；張宇主編的《修訂刑法條文實用解說》，中國檢察出版社，第524頁起；周振想主編的《中國新刑法釋論與罪案》（下冊），中國方正出版社，第1686頁起。

罪狀構成要素須經積極證明，但阻卻罪狀成立的消極要素就無此需要¹⁵。

另一方面，要求嫌犯解釋財產來源，以顯示其合法，這項舉證工作並不是為了支持控訴，而是為了反對控訴。只要能證實負有申報義務的人，其本人或藉居中所擁有的財產，異常地超過所申報的財產，便已存在符合罪狀的不法行為了。

由此可見，要求嫌犯舉證的唯一目的是為了阻卻事實的不法。因此，將之看作舉證責任倒置是不恰當的。

按照《權利公約》第14條第3款庚項的規定，任何被控犯有刑事罪行的人，均不得被強迫作不利於他自己的證言或強迫承認犯罪（底線是我們加上的）。

對於這個規定，第11/2003號法律第28條第1款謹慎依從，因為要求嫌犯舉證只會對嫌犯單方面有利。

然而，不應忽略針對此問題所存在的不同看法。在中華人民共和國，對於《中國刑法典》第395條第1款的規定，普遍認同不說明財產合法來源是罪狀客觀結構的組成部分¹⁶。

然而，這代表此要件是一項名符其實的罪狀積極要素嗎？

上述立場引發一連串難以解答的疑問。罪狀的核心是嫌疑人的財產明顯超過合法收入，而且差額巨大，如果嫌疑人拒絕說明來源或提供虛假解釋，其實對該擁有財產事實的真實毫無影響。如果將嫌犯拒絕解釋或作虛假解釋視為罪狀積極要素，犯罪既遂便取決於一程序行為：通知嫌犯作解釋。犯罪只會在嫌犯按通知應作解釋的時間和地點既遂。即使證實財產不成比例，只要該程序行為仍未作出，就不存在犯罪。

果真如此，實令人難以接受！將解釋視為罪狀客觀結構的部分，那如何將拒絕解釋或欠解釋定？

¹⁵ 見盧新(Claus Roxin)上述著作第284頁。

¹⁶ 關於此問題，請參閱：註釋14所述著作，以及高暄主編的《新編中國刑法學》，中國人民大學出版社，1998年，第二冊，第998頁起；趙秉志、吳大華著的《新刑法典罪名及司法解釋要義》，中國人民大學出版社，1998年，第492頁；李培澤、周永清著的《新刑法適用》，警官教育出版社，1997年，第578頁。如欲更深入分析此罪狀各方面的情況，請參閱張忠斌的「關於巨額財產來源不明罪若干爭議問題的法理分析」，載於《法學評論》，2004年，第5期。

面對著不成比例的財產，第395條第1款規定：「可以責令說明來源」。

經責令後，如有關國家工作人員就其財產狀況的合法 作出具說服力的解釋，自然無理由繼續進行有關程序。

如當事人緘默、拒絕解釋或提供不實解釋，那應如何處理？

從本體論角度看，這對於先前已存在的狀況沒有任何增添。犯罪不在此刻既遂。刑事制裁不是奠基於拒絕解釋或作虛假解釋，仍是在於財產不成比例。換言之，聽取嫌犯的解释及嫌犯採取的態度均不構成事實的可譴責，反之，將事實的可譴責 加以「證明」。

那應如何看待拒絕解釋或作虛假解釋的行為呢？

我們認為，在理論上，不存在任何有效理由可妨礙按照前面所述的、對澳門現行相關規範的解說來處理此問題。如果嫌犯給予具說服力的解釋，便視作符合「但書」¹⁷的情況。基於前述的理由，較具爭議 的反而是將拒絕解釋或不能合理解釋視作罪狀的構成要素，極其量可視之為處罰的客觀條件¹⁸。因為，立法者決定以程序中的一項手續來調節對不法 的評價，即針對犯罪跡象的判斷，根據嫌犯的態度表現來予以肯定或否定，繼而決定是否作出控訴及隨後的判罪。正是這種將一項程序行為與犯罪實質要件掛鉤的做法，導致本來在實質上全無改變的事物，變成在表面上發生了改變。

刑事化之依據

解決了罪狀要素的問題後，或許仍有人質疑法律為何將上述行為刑事化。眾所周知，刑法應該是保護法益的最後手段，且僅在為了保護那些特別重要的法益、而其他措施均不足以達到這個目的時，才運用刑法。刑罰是「社會政策的最後手段」，它的作用是為法益提供補足 的保護¹⁹。

¹⁷ 此用詞在法律上指例外情況，與香港法例第201章《防止賄賂條例》第10條所採用的「除非」一詞相似。

¹⁸ 有關可提起刑事程序及可予處罰的條件，請參閱：盧新(Claus Roxin)上述著作第984頁起；積及士(Günter Jakobs)上述著作第403頁起；高利亞(Eduardo Correia)著的《刑法學》，第一冊，Almedina出版社，1971年版，第370頁起；狄亞士(Jorge de Figueiredo Dias)著的《刑法學—總則》，第一冊，Coimbra出版社，2004年版，第617頁起。

¹⁹ 盧新(Claus Roxin)上述著作第65頁。

《基本法》第6條明確規定要保護私有財產，而該法第三章更規定了一系列的權利和義務，以確保居民的私人生活和基本權利，尤其是其尊嚴，不受濫害。由於有了上述規定和原則，所以在刑法中不能任意訂立非屬維護重要價值的罪狀。唯有這樣，刑法手段所包含的各種嚴厲措施才會在道德上得到認同。

那麼，將第28條所指的擁有收益和財產情況刑事化，是否符合這些原則呢？

要回答這個問題，首先須了解將有關事實刑事化所顧及的究竟是什麼利益。

財產申報法律規定公共職位據位人及公共行政工作人員(該法律第1條第2款和第3款給予公共行政工作人員一個廣義的概念)必須申報財產，既有直接目的，也有間接目的。透過該法律第2條第1款和第6款的規定可以看出，該法律的直接目的是收集容許嚴格評估申報人財產和收益的一切資料，為此申報人必須清楚和詳細列明有關其資產、負債和其他直接或間接獲取的利益或優惠的質、狀況、識別資料、來源、金額、價值、發出實體、存放實體、債權或債務實體，以及其他相關資料。

然而，如果財產申報是為了清點財產，那就變成單純的財產紀錄了。因此，財產申報法律還具有更深遠的間接目的，那就是使申報人的財產狀況具透明度。公共職位據位人及公共行政工作人員財產狀況的透明與公共行政的透明固然是兩回事，但兩者之間卻相互輝映，就像月亮反射太陽的光芒一樣。

公共職位據位人及公共行政工作人員擁有的財產及收益與身份不成比例，已足以使人懷疑公職或政治活動的嚴肅。任何申報人不合理地富有都會引起市民質疑行政當局是否公正無私。

要針對這種情況，就須要規定一項「透明」義務，容許透過申報機制，依法核實財產來源是否合法。唯有這樣，才能使公眾恢復對公共事務的信心，消除對行政當局是否公正無私的疑慮。

如核查的結果不但不能消除上述疑慮，反而因為發現申報人的財產異常超過其申報的財產而使疑慮加深，行政當局的聲譽就會嚴重受損。在這種情況下，運用刑法手段就具有正當，使透明義務的違反受到制裁，並挽回行政當局的聲譽。

因此，不要以為該罪狀是用來代替貪污受賄罪²⁰，以為它是一種在不能掌握確鑿證據時用以懲處涉嫌貪污受賄行為的措施，事實上並非如此。違反透明義務本身就是對社會的一種危害，且足以支持刑法的介入。這並非指涉嫌的財產在很多情況下都非源自貪污受賄等犯罪。然而，財產來源不法卻又不屬犯罪所得的情況並不罕見，例如違反不得兼任制度，未經批准或透過居中人擔任職務或從事業務，從中所得的財產便屬此類情況。

第28條第1款所保護的價值，即申報人的透明和廉潔，是確保行政當局透明的基礎和條件。可以說，將擁有來源不明的財產刑事化是一種防止本身腐敗的機制，但其應用範圍更廣，貫穿整個政治行政的運作，使具有督權的機構，以及對政治行政運作具有正當利益施行督的人，能對社會賴以謀求公共利益的人察其是否值得(或實際上不值得)信賴。

平等原則

但是，也許有人還會提出另一個與平等原則有關的問題。我們面對的是一種本義的身份犯，而它沒有基本犯，犯罪主體必須是公共職位據位人或公共行政工作人員。

那麼，這樣一來，相對於其他市民而言，這些犯罪主體豈不是受到了歧視？

難道這不是一種毫無根據的不平等現象嗎？

無論是公共職位據位人，還是公共行政工作人員，均受到市民信賴。根據《基本法》第101條的規定，在他們當中，部分（行政長官，主要官員，行政會委員，立法會議員，法官和檢察官）甚至要宣誓擁護《基本法》，盡忠職守，廉潔奉公，效忠中華人民共和國澳門特別行政區。至於經12月21日第87/89/M號法令核准的《澳門公共行政工作人員通則》第35條第1款也規定，所有擔任公共職務的人在就職行為中都必須承諾盡忠職守。再者，負有申報收益和財產利益義務的人，因所擔任的職位或職務而在社會上享有威信，且公共行政工作人員所享有的待遇，均較那些

²⁰ 對於註釋4中所述的犯罪，這一觀點在中國內地的理論中占主流，而且普遍認為，規定這項罪狀是為了打擊以貪污受賄等不法手段斂財的暴發戶。此外，有些學者還認為應大幅加重刑罰，甚至建議處以相當於貪污或受賄罪的刑罰（請參閱侯國雲的《有關巨額財產來源不明罪的幾個問題》，載於《政法論壇》，2003年，第1期，第85頁起）。對於中國內地相對應的犯罪而言，這是另一重大差異，甚至有人認為屬透過倒置舉證責任而成的推定罪（請參閱陳有西著的《定罪量刑指南》，人民法院出版社，2001年，第768頁）。此概念的構想是從任何財產來源不明的情況，其背後均奠基於實施一個或多個犯罪行為的角度出發。許多時候，情況確實如此。但財產來源不明的個案可以是因違法行為所致，不一定與實施犯罪有關。

在私營機構擔任類似或相同職務的人優厚，尤其是反映於薪俸、假期、津貼、社會保障、職業穩定、退休等方面。

因此，社會要求他們承擔特別義務，其中包括透明義務，是公平和合理的，並不違反《基本法》第25條所規定的平等原則。

沒收財產

至於同一條第2款所衍生的問題則不及第1款般複雜，它規定：

「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。」

然而，在當年審議第3/98/M號法律的立法會會議上，此問題卻引起更大爭辯，甚至連前反貪污暨反行政違法高級專員公署的助理專員也支持將之刪除²¹。

可是，有必要承認的是，關於刑法上的推定問題，隨著現實社會的發展，舊理論已不能適應新型的高科技犯罪手法而有所調整，因此一些在質上已超越單純法律擬制的法律推定在刑法上逐漸獲得明示或默示的認可。至少，在不直接涉及人的生命和自由的事宜上、以及一些如由控方舉證簡直「難如登天」“*probatio diabolica*”以致無從可施行刑事制裁的事宜上，可容許法律推定。

以新角度看此推定問題的《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》正是一個好例子，該公約第12條第7款規定：「締約國可考慮要求由涉嫌犯罪者證明可予沒收的涉嫌犯罪所得或其他財產的合法來源，但此種要求應與其本國法、司法或其他程序的屬均無抵觸。」

《德國刑法典》第73條d項1目，在所謂「延伸沒收」範疇中規定，「倘根據有關情節可合理假設犯罪正犯及從犯的財物為實施犯罪所得或屬違法行為的得益」，須宣告沒收犯罪正犯及從犯的財物。這規定從其產生的各種效力來看，均反映出立法者對一項推定的認可。

在葡萄牙，針對販賣麻醉品、恐怖主義及恐怖組織、販賣軍火、受賄及公務上之侵占、洗黑錢*、犯罪組織、走私、販賣盜竊車輛及偽造盜竊車輛識別記號、淫媒、以

²¹ 根據李年龍(Lino Ribeiro)在立法會上所發表的意見，只當證實擁有的財產與賄賂或其他犯罪有關時，沒收財產才合理。然而，在這等情況下，沒收財產其實是以《刑法典》的規定為據。請參閱上述《立法會會刊》第13頁。

* 本公署註：在中國內地稱之為「洗錢」。

未成年人為對象的淫媒及販賣未成年人、偽造貨幣及偽造等同於貨幣的證券等犯罪，亦以近似方式作出規範。根據1月11日第5/2002號法律第7條第1款的規定，因上述任一犯罪而被判有罪，「為產生沒收財產撥歸國有的效力，嫌犯的財產價值與按其合法收益而計算的財產價值的差額，推定為犯罪活 的利益。」

此外，愛爾蘭的司法見解亦一直認為，應由嫌犯顯示其被扣押的財產具有合法來源，尤其是當有關財產價值與嫌犯的生活水平不符²²。

透過上述例子欲表明的是，澳門法律中的有關規範完全符合國內法及國際協議法目前的立法取向，因此沒有理由對該規範感到恐懼。

其實，最大的困難並不在於該規範的內容，而是在於其適用範圍。

事實上，根據此法律，對財產來源不明罪作出有罪判決，可引致或可不引致扣押及沒收未經合理解釋具合法來源的財產或收益。然而，《刑法典》第103條第1款及第2款所規定的情況則有所不同，凡透過符合罪狀之不法事實而取得的物、權利或利益，以及向作出一符合罪狀不法事實的行為人所給付或承諾給付的酬勞，均歸澳門特別行政區所有。

此種不同處理實與財產來源有關。《刑法典》第103條所規定沒收的是源自或用作實施犯罪行為的財產，但在財產來源不明罪中，並非必然存在這淵源。事實上，正如前述，來源不明的財產，既可透過不構成犯罪的禁用手段取得，例如某級別人員透過從事一些基於利益衝突理由而被禁止從事的活 而取得的財產，當事人從事有關活 並不構成犯罪，只屬違紀。有必要補充的是，現分析的罪狀，其立法目的是為保護公共行政工作人員及公共職位據位人的透明度。不合理富有表象令公眾對彼等的透明度產生質疑，這種表象並不是有關不正常情況的因或果，而是單純的體現。

然而，單靠指出刑法上兩種對財產的處理為何相異，尚未能幫助界定該規範的適用範圍。

在法律適用這方面，必須採用以下標準：

a) 只當行為人因財產來源不明罪而被裁定有罪，才可宣告沒收財產；

²² 見麗科(Jacqueline Riffault)著的「比較法中的洗黑錢」，載於《刑事科學及比較法雜誌》第2期，1999年，第244頁及第245頁；此內容曾在杜雅狄(Jorge Dias Duarte)著的「1月11日第5/2002號法律—淺談職業保密及沒收財產撥歸國有的新制度」中引述，載於《檢察院雜誌》第89期，2002年1月/3月，第151頁。

b) 宣告沒收財產的範圍只限於行為人未能就有關財產的來源合法說服法院接受的部分；

c) 宣告沒收財產，無須取決於有關財產乃實施其他犯罪（賄賂、公務上之侵占、濫用職權等）所得，否則適用的規範就不是本法第28條，而是《刑法典》第103條的規定；

d) 儘管如此，法院仍可在宣告沒收與不宣告沒收有關財產之間作出選擇。

由於法院不可基於自由裁量的標準作出決定，所以我們將進一步探討此問題，以期尋找一個既公道，又符合該法規擬保護利益的標準。

最簡單的途徑莫過於認定法院應下令沒收財產，除非有充份理由顯示此做法未免過份。在此情況下，不下令沒收財產才須說明理由，因為一經證實該犯罪成立且有關財產來源不明，法院便具有充份理由決定沒收財產。然而，如果這真是立法者的原意，必定以更適當的方式來表述該規範。

另一可行的途徑則剛巧相反。就是法院原則上不下令沒收財產，除非法院認為具有充份理由方作出沒收的決定。這解決方案可能較符合《刑事訴訟法典》第356條所要求的有罪判決須說明理由的規定。按照此規定，有罪判決須「指出選擇所科處之制裁及其份量之依據」。

究竟是什麼依據？

這方面的分析必須有待司法見解開拓，因為法律並沒有提供指導標準。

我們認為當出現以下任一情況，便有可能宣告沒收財產：

1. 如在刑事訴訟期間證實嫌犯就財產的來源提供虛假解釋。

嫌犯根本無義務交代有關來源。然而，既然嫌犯欲證明財產來源合法，其所提供的證據卻被證實屬虛假，則會使人更相信其財產來源不法。

2. 如在刑事訴訟期間證實財產來源雖非犯罪所得，但屬不法。

嫌犯在這種情況下擁有的財產，同樣不應受到法律保護，尤其當取得財產的不法手段，涉及嫌犯違反其身為公務員或公共職位據位人而應遵守的義務。

然而，對於這問題的分析總不能就此便定下嚴格的標準，否則難免會超越立法者所預設的解釋範圍。事實上，在作出決定時須顧及事實情節上的眾多因素，尤其是財產價值及質、其與嫌犯的財產申報書所載者的比例關係，以及嫌犯的合

法收益等，因此，各種應遵標準的釐定，有賴刑事司法見解隨著實踐中所驗明的情況來不斷開拓。

禁止擔任職務

因財產來源不明而被判有罪者，其可引致的後果未必僅是科處徒刑、罰金和沒收未經解釋如何擁有或解釋來源的財產及收益。

第29條規定：**「實施第27條第2款或第28條規定的犯罪而被判刑者，鑑於事實的具體嚴重程度及其對行為人的公民品德的影響，行為人可被禁止在最長十年內擔任公共職位及公職，但不影響法律規定的特別制度的適用。」**²³

法律再次以「可」來表述，交由法院在具體個案中決定是否採取此措施。

然而，在這個問題上尚有其他規範可供參考，以便為所需作出的決定找出一些可行方案。事實上，在這階段不得不考慮《刑法典》對類似情況所作的規定，尤其是第61條第1款。

此條文規定：**「公務員在其被任用、委任或選出從事之活 中實施犯罪而被處以超逾三年之徒刑，且所作之事實屬下列情況者，亦禁止執行該等職務，為期二年至五年，但不影響法律規定之特別制度：**

- a) 在明顯及嚴重濫用其職務或明顯及嚴重違反其職務所固有之義務下作出者；
- b) 顯示在擔任官職時有失尊嚴者；或
- c) 引致喪失執行該職務所需之信任者。」

我們須注意，此規定屬於另一範疇：利用職務實施犯罪。

事實上，財產來源不明罪不屬於這個範疇。這個犯罪涉及的是一項義務的違反，即「透明義務」的違反，法律將之定為具有刑事 質。前面已解釋過，這個犯罪既可與其他犯罪共存，也可以獨立存在。

因此，實施財產來源不明罪本身原則上不足以使a項或b項所規定的要件成立，該等要件主要涉及賄賂、公務上之侵占、違法收取、在法律行為中分享經濟利益、

²³ 此規範亦適用於故意申報不實者。由於已超越現分析事宜的範疇，所以不在此討論。

濫用職權等犯罪。

然而，因財產來源不明罪而引致喪失擔任有關職務所需信任的情況倒不是罕見的。

事實上，a項及b項所指的情況原則上涉及某種行為的可譴責，而c項則涉及對信任產生重大懷疑。顯然，由於「財產來源不明」反映在財產與收益不成比例的事實上，當然會比實施上述任一犯罪更令人對行為人的信任產生懷疑或對之更失去信心。

同樣應注意的是，這些《刑法典》的規定並非「自」適用的，正如第61條也指出，不影響法律規定的特別制度的適用。無論如何，該等規定仍具有重要的指導作用，因為除此之外，再難以找到其他符合本法目的的參考標準。

作出了上述提醒及分析了不同的實況後，已足以顯明立法者其實作出了審慎的處理。

一方面，它不是一項必然的禁止，與《刑法典》所規定的制度不同。

但另一方面，立法者所定的處罰制度較《刑法典》嚴厲。事實上，儘管財產來源不明罪不可處逾三年的徒刑，但可引致禁止擔任職務。再者，禁止擔任職務的最長時間更是《刑法典》所規定的兩倍。

這種特別制度的出現，正因為存在著兩種截然不同、涉及有關犯罪各項具體情節的實況所致，其中主要與申報書內容、行為人的財產及收益、行為人的生活水平、與合法收益不成比例的程度、行為人所作出的解釋等有關。法院雖然認定犯罪的存在，但對各項細節作整體分析時，有可能認為社會對行為人失去信任的程度並不明顯或輕微，僅科處主刑罰已屬足夠。

相反，法院在考慮上述各項要素後，也有可能認為行為人與社會之間的信任關係已遭受嚴重影響，其程度足以使法院認為有必要在法律所設的限制下、禁止行為人在一段必需期間內擔任有關職務或職位，以消除或至少降低社會對行為人的不信任情緒。上述所言，當然不影響行政當局對行為人採取應有的紀律行。

結論

至此，我們已具條件適當地總結與財產來源不明罪有關的主要問題。

機構的透明既為現代社會所關注，又是其持續發展的條件。二十世紀下半葉，社會對機構的透明更需求甚殷，事實往往證明機構的透明是某類社會的支柱。例如，香港及新加坡具有經濟貿易中心的地位，全賴在爭取機構透明和反腐敗的工作上作出艱苦奮鬥及取得成果。至於澳門，亦朝著相同方向邁出步伐，自八十年代起採取了一系列的措施，並不斷完善，務求令執政透明。隨著澳門特別行政區的設立，基於一個清晰明確的信念、就是特區的成功在很大程度上也取決於反腐敗工作的成功和市民對公共機構的信任，執政透明的工作目標已有所鞏固及深化。

公共職位據位人和公共行政工作人員須申報財產，以及將財產來源不明刑事化，雖然只是上述工作過程中的兩項元素，但卻相當重要。

設立財產來源不明罪的目的是促進財產申報者廉潔和透明，接受社會 察和問責(accountability)。

雖說這是一種防貪手段，但它的覆蓋面更廣，貫穿各公共機構的整體運作。透過這種機制，便可對獲得社會信賴或因職務安排以謀求公共利益的人進行 察，社會對他們每一個人的評價均會影響對其所屬機構的評價。基於這種在評價上的關聯，他們每一個人的財產狀況「透明」本身就是一種價值，因為藉此正反映出或至少顯示出有關機構的廉潔及誠信形象。

財產來源不明罪的獨立 正是立足於這一觀點上，這犯罪是損害社會期望的一種表現。面對著某機構人員過份富有的情況，市民對該人員，甚至對有關機構的信任就會頓失。

所以，申報人本人或藉居中人所擁有的財產異常地超過所申報的財產，是財產來源不明罪唯一的構成要素。

嫌犯未合理說明財產來源，不是該罪狀的構成要素。它表面上看來，似是罪狀中一項以否定形式表達的積極要素，但事實上卻是一項消極要素。將這項消極要素加入條文中，純粹旨在訂定一項排除事實不法 的非典型理由，容許嫌犯解釋其財產狀況。無論是要求嫌犯舉證，抑或是嫌犯主 舉證，其本人始終是唯一的受益者。故此，不存在任何舉證責任倒置的情況，亦無要求嫌犯作出任何有利檢控的行為。

因此，7月28日第11/2003號法律第28條的規定符合《基本法》和《權利公約》中關於刑事訴訟保障的規定。

至於以什麼理由將財產來源不明刑事化則是另一個問題，此問題的核心是：

將擁有來源不明的財產定為犯罪是否符合「刑法介入從少原則」，與刑法應作為社會政策中最後採取的手段是否吻合？

將該行為刑事化並非任意的。正如前述，要求公僕透明和廉潔是具有正當理由的，所以在價值評審方面是有理據支持的。

公共職位據位人和公共行政工作人員，因受社會信任、享有威信、優厚待遇，且依法承諾盡忠職守，故應受市民監察。因此，對公共職位據位人或公共行政工作人員施加一些透明規則，甚至引入刑罰（經考慮其背後的原因），亦不見得在彼等與其他市民之間存在任何無理的不平等對待。

除了科處徒刑和罰金外，觸犯財產來源不明罪者所擁有的未經合理解釋來源的財產還會遭受沒收，撥歸澳門特別行政區所有。

這規定符合國內法及國際法目前的立法取向。

立法者沒有對該規範訂定嚴格的適用標準，故有待司法見解開拓其適用範圍，當中必須考慮：有關財產是否源自不法行為（即使不屬犯罪的不法行為）、嫌犯所作解釋的質、財產的價值及質、以及與嫌犯合法收益不成比例的程度等。

最後，觸犯財產來源不明罪者也可被禁止在最長十年內擔任公共職位及公職。

將此制度與《刑法典》第61條第1款的制度相比較，發現前者有兩個表面上互相矛盾的特徵：一方面，法律並非一律強制禁止擔任職務；但另一方面，如須下令禁止擔任職務，這所規定的適用制度則較《刑法典》所規定的嚴厲。

此情況清楚說明，因應先前在解釋沒收財產理據時所述的情節，實施財產來源不明罪所引致的效果，由受譴責程度相對輕微至遭社會強烈摒棄不等。

無論如何，作出禁止擔任公共職位及公職的判斷、以及定出禁止期間時，審判者亦不應忽略《刑法典》的相關規定，否則便會不合理地使兩個制度之間產生嚴重不對稱的現象。