

第一章 緒論

第一節 問題意識

阿富汗裔美籍作家 Khaled Hosseini 於西元 2005 年出版小說 *The Kite Runner*(追風箏的孩子)，書中主角 Amir 的父親說：「世界上只有一種罪行，那就是偷竊。其他的罪行都是從偷竊變化而來的¹。」從法律人的眼光審視 Amir 父親所說的話，或許不免苛責而認，難道世界上真的只有一種罪質？而其他的罪名都是從竊盜變化而來的？為何不知尚有詐欺、背信或侵占等罪行？本文認為，Hosseini 在書中所表達者，無寧如羅馬法時期將所有交易行為均視為買賣或其延伸概念之類型(如租賃)，惟並未再精確地細分其構成要件如委任、僱傭及承攬²等契約。然則竊盜的本質及特徵為何？本文在此擬先以財產犯罪之典型即竊盜罪³為觀察基準，比較侵害財產法益與侵害其他四種法益(生命、身體、自由及名譽)⁴之犯罪在本質上的異同，可發現二者均為侵害個人法益之犯罪；惟具有意圖為自己或第 3 人不法所有之侵害財產法益犯罪，其犯罪目的及既遂之利益(為金錢或得以量化為金錢之財物)，係來自被害人且已將該不法所得移入自己實力支配管領之下(即行為人因犯罪取得該財產法益而得為使用、收益或處分)⁵，但侵害其他 4 種個人法益之犯罪，行為人犯罪之目的及既遂結果並不在且無從取得被害人之生命、身體、自由及名譽之利益。此或近年來各國法制就抗制財產犯罪，無不從剝奪行為人犯罪所得著眼，如英國法官 Lord Woolf CJ 在渠 2003 年的 *R v Sekhon* 判決

¹ 「追風箏的孩子」中譯本，頁 20，譯者李靜宜，木馬文化事業，2006 年初版。該書雖是 Khaled 的第一本小說，卻因書中角色刻畫生動，故事情節震動撼人，出版後大受好評，於 2006 年譯有中文版，2008 年改拍成電影。

² 於羅馬法時期，將有償委任認為係勞務之雙務契約(類似買賣)、僱傭認為係勞務之租賃、承攬認為係工作成果之租賃，參鄭玉波，民法債編各論上冊，頁 182 及民法債編各論下冊，頁 417。

³ 我國刑法分則依法益保護之類型分為 36 個罪章，並以 3 分法分為侵害國家法益、社會法益及個人法益等犯罪，而侵害財產法益(Vermögensrechtsgüter)之犯罪係規定於侵害個人法益類型之刑法第 29 章起至第 35 章等共 7 個罪章，凡 41 條，且其中除贓物罪(第 34 章)及毀損罪(第 35 章)外，其餘財產法益犯罪均有「意圖為自己或第 3 人不法之所有」之主觀不法構成要件，且以竊盜罪(第 320 條第 1 項)之客觀不法構成要件最為簡明扼要，列為所有侵害財產法益犯罪之首，故視其為典型。另參吳勇毅，論意向犯，頁 109。

⁴ 我國刑法分則就侵害生命、身體、自由及名譽等四種法益之犯罪係規定於第 22 章至第 28 章等共 7 個罪章，凡 55 條，亦規範在侵害個人法益之犯罪類型。

⁵ 最高法院 16 年上字第 139 號判例及 82 年度台上字第 1959 號判決，因依民法第 765 條規定，使用、收益及處分就是所有權人所能享有之權能，而將財物移入自己實力支配管領則是得為使用收益及處分之手段，等於行為人已居於類似所有權人之地位。

一開場即稱：打擊財產罪犯最有成效的利器之一就是確保能沒收其不法利得⁶。分析人類經濟活動之經濟學理論大師貝克爾就曾指出：經濟學理論的基本假定植根於「人性」，這實際是迴避問題的託詞，(社會)生物學的發展表明，「人性」只是解決問題的開端而非結束⁷。則基於貪婪之人性所引發之經濟犯罪⁸，在我國法制面之規範特徵為何？所侵害法益之本質為何？如何制裁及受侵害法益之救濟等議題，在本文中均一併加以討論。此外，作者於民國 97 年間因執行職務，發現司法機關在運用我國扣押、沒收或發還被害人之法源時，尚有若干法律適用性質上之疑義有待釐清，且認此議題國內討論者尚不甚多，影響層面匪淺，有進一步研究之價值。

第二節 研究目的

民國 96 年 1 月初爆發力霸東森案，台灣台北地方法院檢察署(下稱台北地檢署)動員史上最大規模的檢調人員密集偵查，並於 2 月後起訴 107 人⁹，嗣並陸續追加起訴，台灣台北地方法院(下稱台北地院)歷經近 2 年之審理後，於 97 年 12 月 31 日以 96 年度矚重訴字第 2 號及第 3 號為第一審判決，其中關於被告王○部分之主文略以：王○應執行有期徒刑 18 年，併科罰金新台幣 7 億元，犯罪所得新台幣 3 億零 150 萬 7813 元沒收。

台北地院判決沒收被告王○犯罪所得 3 億零 150 萬 7813 元¹⁰，係以被告王○對張○等小股東及國○等 5 家公司因犯「違背董事忠實義務向少數股東以低價收購 EMC 公司股票」之背信罪(即證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款背信罪之特別規定，惟起訴書認此部分之行為涉犯同法第 171 條第 1 項第 1 款證券詐欺罪之規定)；至於對亞太固網公司背信行為之犯罪所得雖予扣押，惟認因犯罪時間在 95 年 7 月 1 日刑法修正施行後(已刪除連續犯之規定)，致與本案認定有罪(指其他背信行為)部分無裁判上一罪之關係而未予判決。然就原審判決關於被告王○因前

⁶ T. Millington & M. S. William, *The Proceeds of Crime*, at Foreword.

⁷ Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, ch. 13. 摘自 Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, 沈明譯(法律與社會規範)，譯序，頁 4。

⁸ 林傳哲，論從刑中財產利益之剝奪，摘要說明。

⁹ 本案起訴創下多項檢察機關紀錄，包括起訴書之頁次 940 最多、起訴被告 107 人最多、經濟犯罪不法所得約 731 億元最多、出境管制人數 93 人最多、羈押總人數最多 13 人及動員偵查人力最多之案件，參台北地檢署 96 年 3 月 8 日新聞稿。

¹⁰ 台北地院計算被告王○此部分犯罪所得之不法利益 3 億 150 萬 7813 元，係以(1)向被害人張○等小股東取得彼等持有之 EMC 公司股份共 1897 萬 8046 股×價差(32.4-20)加上(2)向國○等 5 家公司取得彼等持有之 894 萬 3249 股×價差(32.4-25)所得。參原判決正本「東森集團部分」第 47 頁。

揭違反證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款背信罪規定之行為，原有被害人張○等小股東及國○等 5 家公司，何以竟宣告沒收(效果為收歸國有)而非發還該等犯罪所得予犯罪被害人？如此判決結果是否侵害了前揭被害人憲法所保障之財產權？似應從被告取得該犯罪不法所得(即來源)及法院判決之依據加以審查。

按台北地院判決沒收上開犯罪所得之依據為刑法第 38 條第 1 項第 3 款及第 3 項；台北地院係認該等犯罪所得(業經扣押)係被告王○所有(即屬於犯人者)因犯罪所得之物，故應加以沒收。惟人民之財產權本不因犯罪行為發生而變異其歸屬(即法律不承認被告實行犯罪行為既遂後，法益受侵害人的財產移轉為被告所有)，否則豈非鼓勵犯罪？故犯罪所得於行為既遂後，仍應視為被害人之財產，此由證券交易法第 171 條第 6 項規定亦可明，該項規定：犯第 1 項或第 2 項之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人、第 3 人或應負損害賠償金額者外，以屬於犯人者為限，沒收之。然被害人因犯罪遭侵奪之財產是否為憲法所保障之財產權？若是，其於刑事訴訟程序請求發還犯罪所得之權利遭法院忽視，如上所述已可見一斑，此部分在救濟途徑上於現行法規範上是否出現何種問題，可否從違憲審查觀點提出若干建議？乃本文欲討論的重心。

第三節 研究方法、範圍及限制

本論文就擬處理議題審思我國法制中有關犯罪不法所得的法規範對象，從最高位階的憲法開始，併論司法院大法官解釋及理由，再從刑法到刑事訴訟法；另從經濟刑法的面向觀察，末由司法機關所制定的職權命令(包括法務部所訂「檢察機關辦理重大經濟犯罪案件注意事項」及司法院所訂「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」)，全盤加以摘錄，並就前開職權命令之交集，以兩份附表方式歸納整理出我國經濟犯罪法制之核心對象，及沒收(包括追徵、追繳及抵償)或發還被害人的現行法規範在實證法方面，如何說明及運用方符合文義解釋及體系解釋之規範目的。此外，再附帶提及德國法律(摘錄該國法院組織法第 74C 條之規定)有關經濟刑法法庭之事物管轄範圍，了解德國經濟刑法的對象除了一般侵害財產法益之犯罪以外，尚包括侵害整體管制經濟衡平措施之法律(如不正競爭防止法、1954 年經濟刑法、外匯管制法及政府採購法等)，彰顯該國保障人民平等權的社會主義國家價值取向之努力，與我國經濟犯罪之對象範圍確有差異。

另從本土的角度出發，關心於我國目前治權所及範圍內(指台灣地區)，自從施行具有現代意義的刑法及刑事訴訟法典起(即西元 1895 年日據時期開始)，政府如何規範及執行論文中擬處理的議題，並依相關台灣法制史之論述及引註出處，進一步尋得台灣省文獻會所編輯台灣日治時期之司法制度。發現從日據時期開始，台灣即以補充方式援引日本內地施行之舊刑法(指仿效法國 1810 年公布之刑法典，於台灣施行約 13 年)及日本現行刑法(指仿效德國 1870 年公布之刑法典，於台灣施行約 37 年)，於日本舊刑法施行期間，依該刑法第 46 條至 48 條，即有發還被害人之相關規定；嗣於 1945 年台灣光復後，則自民國 36 年妨害兵役治罪條例修正及民國 52 年貪污治罪條例制定時起，陸續有犯罪所得應發還被害人之相關規定，嗣於洗錢防制法及金融七法等特別法中加以規定。

再從我國法制的發源地德國及日本兩個國家的法律規定出發，主要是從各編專論中找到比較法的文獻，再就各該法典中譯著作，仔細對照德國刑法典、德國 1954 年經濟刑法之原文與中譯本，加以咀嚼消化吸收，另亦參考日本舊刑法典、現行刑法典、日本 1974 年改正刑法草案之內容及日本刑法教科書(包括台灣及大陸學者翻譯者)，將與論文有關部分全部加以節錄整理，體會規範目的及方法。

嗣並從憲法保障人民(尤指被害人)之財產權與訴訟權出發，討論財產權之性質與憲法就財產權應保障之範圍、訴訟權之內涵本質及犯罪被害人應享有之訴訟權作為開展之前提。接著就經濟犯罪之被害人，其因被告之違法行為受侵害，致喪失之不法所得時如何救濟？首先當然應在程序中注意對物的強制處分(即扣押)，爰就扣押之必要性、依據及司法審查提出看法及心得。並就不法所得扣押後是否應予沒收或輔以追徵、追繳及抵償？與發還被害人間在法律適用上應如何取捨及建議修法之道，並對法務部刑法研修小組關於沒收部分條文的修正草案加以評論。

末由犯罪被害人訴請不法所得返還之現狀說明，主要係依刑事附帶民事訴訟為之，並提供我國近年來若干法院判決之見解，比較德國與中國大陸相關實定法制及判決，從違憲審查的角度及司法統計資料思考我國附帶民事訴訟實務運作面對的難題。其間為避免本論文就議題之思考過程產生盲點或有偏執之虞，爰請 6 位從事法律實務工作者(包括法官、律師及檢察官各 2 位)，就修法方向提供看法及意見，俾利論文結論及建議妥當。

此外，隨著電腦技術的迅速發展，網際網路的興起普及，在 20 世紀 90 年代末期出現

電子商務¹¹，雖然新型態之電子商務方便快捷，使天南地北的企業之間迅速達成交易，提高效率並降低交易成本，但伴隨而來的電子商務犯罪¹²不見得排除於我國經濟犯罪適用的範圍之外，惟對此一新興交易型態與犯罪手法，既係以透過網際網路之方式交易，並藉此實行犯罪，雖然行為之目的亦係基於不法所有之意圖而取得財產利益，但其手法須透過網際網路為媒介，類型包括：網路詐欺犯罪（如偽造商業網站、金融詐欺¹³、網路拍賣詐欺、網路服務詐欺、國際數據機撥號、網路傳銷、虛偽廣告、虛假投資）、網路竊盜犯罪（如竊盜網路銀行及竊盜商業秘密）與駭客(Hacker)入侵犯罪及網路病毒犯罪¹⁴等。需研究討論層面匪淺，非本文篇幅所能及。另文中所引用日文相關資料，宥於作者閱讀能力，均透過中文翻譯書籍為之，亦為本研究所限，爰均先予陳明。

第四節 論文特色、原創性及章節重點介紹

壹、特色

一、本論文的兩項主軸業經發表於兩份法學期刊：

- (一)「犯罪不法所得扣押、沒收或發還被害人之理論與實務」，刑事法雜誌，第 54 卷第 6 期，2010 年 12 月。
- (二)「犯罪被害人財產權保障之救濟—從憲法觀點論附帶民事訴訟之修改方向(上)、(下)」，全國律師雜誌，第 15 卷第 4 期(2011 年 4 月)及第 15 卷第 5 期(2011 年 5 月)。

¹¹何謂電子商務(或稱 EC (英語: E-Commerce))，目前尚未形成定論，各種國際組織、政府及學術團體都根據自己的理解與需要為電子商務下定義。例如聯合國經濟合作及發展組織(OECD)在有關電子商務的報告中，定義為：電子商務是發生在開放網路上，包括企業之間(Business to Business)、企業和消費者之間(Business to Consumer)的商業交易，白紅平，全球化進程中的電子商務若干法律問題研究，頁 17。

¹²電子商務犯罪是指電子商務領域中發生的犯罪，或者發生在電子商務過程中各個環節的犯罪行為。從犯罪學的角度，電子商務犯罪可以界定為：嚴重侵害電子商務交易和以電子商務為依托危害社會的行為。前者直接針對電子商務本身實施，如侵犯電子商務信息、破壞電子商務計算機信息系統、虛偽認證及非法截取、複製電子數據商品；後者包括利用電子商務洗錢、利用電子商務逃稅及利用電子商務詐欺等，<http://www.studa.net/Electronic/090113/14563997.html>，瀏覽日期，2011 年 7 月 7 日。

¹³ 金融詐欺又包括：網路釣魚(Phishing)、操縱股市、信用卡詐欺及虛偽網路銀行等，參張樊主編，企業電子商務中的法律風險及防範，頁 158 至 162。

¹³ 金融詐欺又包括：網路釣魚(Phishing)、操縱股市、信用卡詐欺及虛偽網路銀行等，參張樊主編，企業電子商務中的法律風險及防範，頁 158 至 162。

¹⁴ 張樊，前揭書，頁 158 至 176。

- 二、研究面向包括：憲法(犯罪被害人財產權及訴訟權之保障)、刑法(經濟犯罪)、民法(不當得利)及刑事訴訟法(附帶民事訴訟)。
- 三、第七章所談論之法制係從本土面向出發，理解並貼近這塊土地所適用的法則及司法實務經驗，爰以日據時期在台灣適用的法律就犯罪所得沒收與發還被害人談起。
- 四、從法社會學的觀察點，就我國刑事附帶民事訴訟制度之運作現狀，援引司法院近 10 年間的統計資料加以分析，並以我國普通法院(刑事庭)就犯罪所得發還被害人為實體有罪判決之若干案例製表分析說明。
- 五、透過檢察官同仁簡逸薇赴德國法學院及司法機關參訪之機會，詢問該國慕尼黑大學法學博士 Dr. Kasiske 本論文關心之若干問題(第 9 章第 2 節第 2 項)，並請刻於德國杜賓根大學博士班負笈之陳重言檢察官提供若干德國職務法院或地方法院之刑事附帶民事訴訟判決，選擇其中一件富有解釋價值者予以翻譯其實體有罪判決之主文、事實及理由。足見本論文之研究方法豐富多元且貼近國際司法實務面向。
- 六、另由於國人赴中國大陸旅遊、工作、營商及定居者日漸增加，兩岸人民交流頻繁，我國人民適用大陸地區法令的現實需求較諸過往已不可同日而語，自應了解彼岸法制運作現況，爰對比與我同文同種之中華人民共和國近 3 年間的附帶民事訴訟判決，得悉德國與大陸地區在司法實務運作上均以刑事訴訟程序同時解決民事訴訟之紛爭，俾滿足憲法要求司法機關對人民訴訟權及財產權應提供之服務。
- 七、以質性方式對法律專業人士進行深度訪談。
- 八、比較法之取材對象包括：德國刑法(追徵與沒收法制)及刑事訴訟法(附帶民事訴訟)、日本刑法(追徵與沒收法制)暨中國大陸刑事訴訟法(附帶民事訴訟)，與英國及美國相關法律與司法實務見解(沒收之舉證責任與無罪推定原則之適用)，包括歐盟法院之立場。

貳、原創性

- 一、從實定法之立場及台灣司法實務之運作方式，對經濟犯罪做分析及定性，發現我國司法行政主管機關認定之「經濟犯罪」即「重大金融犯罪」，並以行為人不法所有意圖做為主觀要件，此部分應從規範論的立法於將來實體法修法時加以補

充。(第二章第四節)

- 二、就我國現行關於沒收、追徵、追繳、抵償及發還被害人規定(共 21 部法律凡 33 條)分類整理，列表分析各該規定之利弊得失並建議修改方向。(第八章第一節第三項)
- 三、從德國刑法規定，分析沒收(Einziehung)與追繳(Verfall)之區別標準與實益，建構犯罪所得剝奪之法理基礎在於「準不當得利之衡平措施」，並以「侵害型不當得利」資為主要理論依據，得出犯罪所得之剝奪無庸考慮行為人之罪責，僅以不法構成要件該當為已足；如此，自無庸以被告到庭接受審判作為刑事訴訟程序滿足(直接審理主義及言詞審理主義)之充分必要條件，而犯罪所得之沒收、追徵、追繳與抵償因此自不應定性為從刑。(第八章第一節第三項)
- 四、對法務部刑法部分條文修正草案(沒收及追徵、追繳、抵償等部分)以列表方式提供本文立場之評論與建議。(第十一章第二節)
- 五、從憲法觀點之訴訟權與財產權保障為核心價值出發，認我國刑事附帶民事訴訟一方面為施行已久但成效不彰之法制，因渠實踐結果主要仍從訴訟外途徑(指和解或調解)尋求救濟，另方面主張於刑事訴訟程序同時滿足犯罪不法所得發還或賠償被害人之紛爭解決一次性要求，將民事請求於刑事(附帶民事)訴訟程序中之判決(主文)中併予宣告，即以訴訟審理之結果逕為實體判決，並提供若干修法之建議，作為附帶民事訴訟之修改方向。(第十一章第三節)

參、各章節重點

一、第一章部分

第一節以改拍成院線電影的外國小說「追風箏的孩子」內耐人尋味的一句話：世界上只有一種罪行，那就是竊盜，做為本論文向四面八方鋪陳開來的寫作方式，目的除了打破法律論文寫作開宗明義的傳統窠臼，達到吸引讀者目光的功能外，亦有暗示我國經濟犯罪與金融犯罪議題，與所有以和平手段實行不法所有意圖之財產犯罪加以連結的用意。

第二節則以 4 年前轟動全球華人界的台灣經濟犯罪案件(即力霸東森案)做為楔引，了解本論文問題意識與研究目的之所由，換言之，此等實務問題是法院判決所生且價值重大，並非假設性問題。作者有幸站在第一線擔任該案件之公訴蒞庭檢察官，除想方

設法聲請並監督法院依法執行職務外，於第一審判決做出後，當能以切身體驗，指明現行規範不足或不當之處。

第三節以鳥瞰方式，依論文先後順序說明研究方法及範圍，令讀者得以一目瞭然架構之內容。

二、 第二章部分

由於論文主旨在於「經濟犯罪被害人財產權之保障」，首先自應說明「經濟犯罪」之定義及內涵。且既然是犯罪行為，方法則不外從理論(刑法學者之見解，包括德國學者及我國學者，此為第一節部分)出發，並進一步分析學說區別之標準(指狹義概念與廣義概念，此為第二節部分)以利讀者理解彼等區別之實益。

其次，再從規範的實定法面向探究經濟犯罪之內容，先說明我國刑法的來源國(德國)之規範(第三節部分)，此就論文表達之順序而言，應為合乎邏輯的鋪陳方式，並以附表一揭示該國經濟犯罪的全部罪名，復於本文及附註中說明該國法院組織法所規定不同審級事物管轄之範圍，再參酌作者於 95 年間參訪德國柏林邦各級司法機關的經驗，確認德國司法實務對於經濟犯罪案件之重視。

接著，談完別人的東西後，當然要回到我國實定法所規範之經濟犯罪(第四節部分)，作者以法務部(為檢察官的司法行政主管機關)及司法院(為普通法院的司法行政主管機關)各自訂定的行政規則(即「檢察機關辦理重大經濟犯罪案件注意事項第二點」與「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項第二點(第 23 目)」)，取其交集後，據以認定我國法定的經濟犯罪規範內容，相信是較佳的社會科學分析方法。蓋是否為經濟犯罪，除了檢察官起訴之外，還是要以法院認定為準，是以取其交集之原因。終獲附表二及附表三等我國經濟犯罪類型化依據，發現我國經濟犯罪相當於重大金融犯罪，並嚐試歸納出內涵定義俾利司法實務運用。

第五節則為呼應第一章第一節(問題意識)，發現我國立法者及司法者認為經濟犯罪與侵害個人財產法益犯罪(尤其是業務侵占罪、詐欺罪及背信罪)之關係密切，惟不同於德國經濟犯罪之核心概念。

三、 第三章部分

本論文的副標題在於從憲法觀點討論現行法規對於被害人財產權保障是否有不足之處。故本章中爰以憲法觀點，將人民之財產權從歷史演進順序逐一交待財產權之意義及內涵(第一節部分)，再分析財產權的性質及制度性保障功能(第二節部分)，末於

第三節推展到財產權保障之範圍及對象，俾解釋劃定憲法保障人民財產權之理論依據與射程範圍，避免無限上綱反而導致侵害他人之自由與權利。

四、 第四章部分

人之所以異於其他眾生，係自居於權利主體地位之故。本文既以經濟犯罪被害人財產權之保障為論述核心，自有必要澄清何謂「犯罪被害人」？其基於權利主體所得主張者又何所指？乃以我國現行法制為討論對象，一一列舉說明彼此間法益保護的範圍有何相同或差異之處，避免含糊壟統之弊。

第一節從「犯罪被害人保護法」談該法指涉之被害人，得悉該法所稱之被害人限於因犯罪行為被害而死亡之遺屬、受重傷者及性侵害之被害人，補償範圍包括財產上暨精神上之損害。並比較該法立法時所參酌之德國「暴力犯罪被害人補償法」相關規定，俾利掌握該法所欲保護之法益價值。

第二節則從刑事訴訟法規定被害人享有之追訴權面向，討論犯罪被害人之定義及訴訟權。發現該法規定之犯罪被害人原則上係指「個人法益遭受直接侵害之人」，得提出告訴、自訴及享有再議等權利，當然，若屬其他法益(如社會法益或國家法益)受侵害而同時兼有個人法益受害(指重層性法益)之情形，犯罪被害人仍有各該訴訟權利，自不待言。

由於文末將開展到附帶民事訴訟制度，爰於第三節再從刑事訴訟法規定之附帶民事訴訟制度所指之犯罪被害人進一步研究。並從比較法之觀點，分別說明德國、我國及中國大陸附帶民事訴訟之相關規定，內容豐富充實。

因本文圍繞著經濟犯罪之犯罪被害人，其財產權保障應如何救濟方能滿足憲法規範意旨，自不能離開我國特別法(尤其是金融七法)就犯罪所得指涉應發還之被害人，爰於第四節直接指出本論文就犯罪不法所得處理模式(包括追繳、追徵、抵償、發還被害人或沒收)之上位概念即是「準不當得利之衡平措施」，並援引德國刑法教科書各家教授之見解與作者從我國實務運作發現缺失後的看法，認為因犯罪行為同時與民法上不當得利之要件競合時，即應返還其不法利得予被害人，性質自屬一種衡平措施。

最後一節即以第四節為基礎，再從我國民法不當得利之類型，探究其性質而確認犯罪不法利得主要屬於「權益侵害型之不當得利」，並說明檢察官之舉證責任與法院調查澄清義務之界限，及將來修法時得參考「衡平法律效果」之適用依據。

五、 第五章部分

如前所述，犯罪被害人既有憲法應保障之財產權，則程序上如何尋求救濟？有何法定訴訟權之保障依據？否則只是畫餅充飢，是本章自應回歸憲法層面探求理論依據俾利開展。

爰於第一節解釋訴訟權之定義，接著說明訴訟權之內涵(第二節)與本質(第三節)，末以犯罪不法行為被害人為對象(不包括僅得依民事請求權基礎為據之權益受侵害人)，研究渠應享有憲法保障之訴訟權(尤指附帶民事訴訟)的理論依據，目的在便於後面各章節的發展。

六、 第六章部分

既然經濟犯罪行為人之不法意圖在攫奪被害人之財產利益，俾既遂後供已享用。則於司法機關認定有此不法行為後，自應發還該不法利得予被害人或充公以實現正義。然司法機關往往認定被告有罪或有此行為後，因渠早已脫產，事實上難以實現應發還被害人財產權之法意志。

作者既從事實務工作，自認應單獨書立一章交待如何實現正義之作為，其重要性不言可論。爰於第一節從不同面向敘明扣押不法所得之必要性，並舉英國從事實務工作之學者見解作為立論依據。第二節則從扣押之客體及主體為標準，闡明扣押各該犯罪所得之法律依據。最後再於第三節說明扣押不法利得時，司法審查之對象及證據法則。

七、 第七章部分

本章以台灣為出發點，關懷這塊土地自19世紀末，現代歐陸法適用實體刑法、特別刑法及刑事訴訟法有關於沒收或發還被害人制度的法源及實踐情形。

首先於第一節說明台灣日據時期的法源，知悉當時除依台灣總督頒佈之「台灣住民刑罰令」(僅 43 條)外，另先後補充適用日本舊刑法(仿效法國 1840 年公布之刑法典)及日本現行刑法(仿效德國 1870 年刑法典)，並舉例說明當時日本政府適用刑罰加諸台灣住民之原則一、二，據以反映日據時期刑事司法實務，另依日本舊刑法及刑法關於沒收犯罪所得與其他標的物之規定，發現雖較民國時期在大陸施行的中華民國刑法之規定完備(例如日本刑法第 19 條第 1 項第 3 款及第 4 款規定行為人之犯罪所得包括教唆犯支付正犯之報酬或其代替物，亦應沒收；又如同法第 19 條之 2 規定，前條第 1 項第 3 款及第 4 款之物全部或一部不能沒收時，可以追徵其價額等)，惟尚無關於保障犯罪被害人之相關規定，誠屬美中不足之憾事。

次於第二節說明台灣光復迄今之法源，尤以金融法規及其他特別法之若干規定開展，

嗣並回歸刑法典之概括規定及定位為從刑之困境。

八、 第八章部分

由於我國處理犯罪所得，除沒收外尚有發還或賠償被害人及應與彼等相提並論的制度(即追徵、追繳及抵償)，爰從規範目的及適用結果分析，認將追徵、追繳及抵償制度設計為從刑顯有不當，而應定性為一種獨立之刑事制裁措施(Maßnahme)，以行為具有構成要件該當之違法性而可由行為人享有或支配該不法所得時，即認可加以剝奪，不以行為人的罪責為審酌要件。

第一節(我國法制部分)追溯我國追徵法制的起源，發現早自民國元年的暫行新刑律即有若干追徵之規定。另就英國、美國等立法例與我國現行關於沒收、追徵、追繳、抵償及發還被害人規定分類整理，列表分析各該規定之利弊得失並建議修改方向。

次尋德國刑法此部分之相關規定，得悉追繳(標的為犯罪所得)與沒收(標的為犯罪工具或產物)應自其本質即予區分(第二節部分)，並列表說明各該條文之規定。第三節及第四節分別就日本刑法及改正刑法草案相關規定之差異，了解日本立法者對此部分已於草案(第 74 條規定犯罪工具及產物之沒收；第 75 條規定犯罪所得之沒收)中加以區別，惟我國尚未掌握此一立法例之趨勢。

末於第五節(小結)中辨析我國司法實務就追徵、追繳及抵償之意義及運用時機的看法，俾利修法時掌握並研究是否有必要分為三項概念藉資遵循。

九、 第九章部分

為探討本章司法救濟途徑之現狀及違憲審查嘗試前，當然要先交待犯罪不法所得之性質，目的在知其然，首須知其所以然，故第一節乃從 94 年 2 月 2 日刑法第 38 條第 1 項第 3 款增訂之「犯罪產物」(法文為「因犯罪所生之物」)，交待其與「犯罪所得」之區別標準與實益，並舉最高法院 97 年度台抗字第 185 號裁定之文義，有令人將此二者混淆之虞，再參酌德國刑法第 73 條第 1 項前段與第 74 條第 1 項之規定辨正。掌握犯罪所得之性質僅以違法行為為據即足並可於裁判時宣告之。

第二節舉我國(第一項)司法院辦理刑事附帶民事訴訟的統計資料(以縱向的近 12 年來之年度表及橫向的某年度不同類型地方法院辦理案件收結情形)為法社會學研究之依據，製作附表並分析說明，發現刑事庭辦理附帶民事訴訟為實體判決之成效不彰，多以訴訟外途徑解決糾紛。(第二項)舉德國教科書關於附帶民事訴訟和(調)解與修復正義之說明，輔以逕詢問德國 München 大學法學院助理教授 Dr.Kasiske 之方式，釐清作

者就本論文曾產生的某些問題，助益良多。(第三項)就中國大陸刑事訴訟法中附帶民事訴訟之規定，參考該國立法例、學者教科書及司法解釋得悉大陸地區附帶民事訴訟之標的限於財產上損害賠償，司法機關原則上應與刑事案件一併審理判決，否則若為避免刑案部分過分遲延，方得於刑案判決後，由同一審判庭繼續審理，然而不得移轉到民事庭處理，此與我國立法例及司法實務大相逕庭，就此而言，顯較我國法制注重被害人訟爭解決一次性之需求。

第三節就不法所得發還被害人之相關判決，分別舉我國部分(第一項，以附表六列舉 7 個案例)、德國部分(第二項，舉 Marburg 市職務法院 2006 年 1 月某妨害風化及名譽罪之案例)及中國大陸部分(第三項，以附表七列舉 5 個案例)，說明無論採取附帶民事訴訟或逕於刑事訴訟判決中，均可為實體判決並將不法所得發還被害人。

第四節首先(於第一項)應說明者為「法律違憲審查必須面對的反多數決」在性質上之困境，唯大法官面對眾多的法律，所感受到的多數決壓力其實還是有程度之別，即以時間向度之行憲前後為序列，若為行憲後者，再探究該法律通過(或修正)公布的時間。緊接著(第二項)則就系爭討論之議題(即刑事附帶民事訴訟)加以觀察，並以附表八分析該編每個條文的立法沿革，發現顯然沒有任何反多數決的壓力。(第三項)說明法律進行違憲審查必須面對的規範實踐因素，並進入討論議題的分析(第四項)，比較本章附表一及附表二，得悉我國附帶民事訴訟大部分案件均以移送民事庭或以訴訟外之途徑解決，無從於刑事訴訟途徑中得到實體救濟。(第五項之小結)則提出憲法對人民訴訟權及財產權應有「實效性保障(即最適當之個人權利保障)」。

十、 第十章部分

本章第一節回到經濟犯罪(其實就是重大金融犯罪)案件關於沒收、追徵、追繳及抵償之司法統計資料部分，分析目的在嚐試了解該類案件於法社會學上之意義(第一項)。分析方法(第二項)則引用最近 8 年(即 93 年至 98 年)內，台灣各地方法院(附表一)、台灣高等法院暨所屬分院(附表二)之件數數據，換算占重大金融犯罪案件之百分比。發現(第三項分析結果)於全國各地方法院部分：(1) 近 2、3 年來，重大金融犯罪案件占有所有重大刑事案件之比例應至少占有 1/4。(2) 被告人數於近 2、3 年來已超過所有重大刑事案件被告人數一半。(3) 一審有罪科刑人數於近 2、3 年來亦已超過所有重大刑事案件有罪科刑人數之一半。(4) 沒收件數由 93 年度之 1.71%，逐年提昇至 97 年度之 11.68%及 98 年度之 10.53%。(5) 我國關於「追徵、追繳或抵償」在實踐層面確

實乏善可陳，當有檢討立法及司法問題之急迫性。關於台灣高等法院暨所屬分院部分：(1) 重大金融犯罪案件占有所有重大刑事案件終結數量之比例由 93 年度之 11.2%，逐年提昇至 98 年度之 24.65%。(2) 是類犯罪占有所有重大刑事案件於二審撤銷原審判決，改判但維持原刑期或加重其刑者，由 93 年度之 16.71% 上昇至 98 年度的 35.27% (3) 至於沒收件數，亦由 93 年度之 4.34%，逐年提昇至 98 年度之 18.44%。(4) 堪認關於「追徵、追繳或抵償」制度在高等法院之實踐數據聊備一格，未生作用。

第二節討論之司法實務見解則係就我國各刑事法院，對於犯罪所得如何發還被害人(如第九章第三節第一項附表六所示)，在法制上仍有缺漏的情形下，仍有事實審法院勇於做出發還被害人之判決，是該等法院亦意識到犯罪所得發還被害人乃事理之當然。另於此節中仍不忘批評最高法院 98 年台上字第 4090 號判決引用貪污治罪條例第 10 條，竟與其判決意旨發生矛盾之事；並重申最高法院 97 年台抗字第 185 號裁定意旨對於犯罪所得扣押之理由，因仍援引刑法第 38 條第 3 項及第 1 項第 3 款(被告所有因犯罪所得之物)，而依刑事訴訟法第 133 條第 1 項規定扣押時，必生進退維谷之法理窘境。均足得出我國相關法制有重新檢討規定修改之必要。

第三節則採用質性深度訪談之社會科學研究方法，詢問專業實務工作者，提供彼等就此議題之觀察意見(均於受訪前 3 週至 1 個月收到議題資料)。並於本節中將 6 名訪談對象之專業背景列表(第一項)，先予鋪陳訪談前後彼等對於附民在第一審法院執行成效之看法，以示彼等表達意見之信度；(第二項)向受訪者提供之參考資料據以考證訪談對象於受訪前接受之資訊為何？亦可事後審查彼等有无遭誤導或誘導，提供之資料是否充分？接下來則為訪談之答覆(第三項)，以 14 項符合邏輯順序之問題分別顛列，受訪者對各個問題均儘可能地附理由並由作者與受訪者共同歸納彼等之結論。必須強調的是，此項深度訪談之結果，確實改變了作者於第十一章之若干修法建議(參該章第三節貳、刑事訴訟部分編號 5 及註釋 361 部分)，並足彰顯該科學調查方法之價值。

十一、 第十一章部分

由於第二節之評論與第三節之修法建議均為本論文之精華，爰不另摘要說明，請逕參閱內容。

第二章 經濟犯罪之定義

為明瞭經濟犯罪(Wirtschaftskriminalität)之內涵，開展不法所得處理之核心價值判斷，避免人云亦云之紛歧，有必要從理論及法制層面(包括我國刑法學來源國即德國)先後加以說明，以掌握題旨之基礎。

第一節 何謂經濟犯罪(刑法學者見解部分)

美國社會學家 H.E.Sutherland 於 1949 年首先創造了「白領犯罪」(white collar crime；Weiße-Kragen-Täter)一詞，特別以行為人之社會經濟地位作為觀察的重心，且仍然保留該等行為具有所謂職業犯罪(occupational crime；Berufsstraftat)及法人犯罪(corporate crime；Unternehmenskriminalität)之特徵，且將行為人在社會學上所稱之職業角色(soziologische Berufsrolle)或對於某大型企業體之犯罪與行為人之人格作連結，甚至進一步認為經濟犯罪應限於在社會經濟中的上層階級成員，在其所擔任的企業內且於職業活動進行中，對該企業造成損害的觸犯刑法行為¹⁵。德國刑法學者 Curt Lindemann 從刑法保護的法益(在此指超個人的法益)出發，認為：經濟犯罪是對經濟生活的超個人(社會及國家)法益的侵害。強調經濟犯罪侵害的不僅是個人的利益，而且侵害了國家的整體經濟秩序¹⁶。林山田教授認為：經濟犯罪係指意圖謀取不法利益，利用法律交往與經濟交易所允許的經濟活動方式，濫用經濟秩序賴以為存的誠實信用原則¹⁷，違犯所有直接或間接規範經濟活動之有關法令，而足以危害正常之經濟活動與干擾經濟生活秩序，甚至於破壞整個經濟結構的財產罪或圖利犯罪¹⁸。陳志龍教授認為：財經犯罪係具有類似人體組織之癌細胞，涉及者為對於財經法秩序(正常細胞)失序(即癌細胞)之特質，而涉及為何會影響經濟法秩序之信賴等觀察點以觀，則財經犯罪之界定，

¹⁵ Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsrecht (Handbuch des Wirtschaftsstraf-und-ordnungswidrigkeitenrecht), §7 ,Rn 4.。

¹⁶ 王世洲著，德國經濟犯罪與經濟刑法研究，頁 4。

¹⁷ 何以經濟活動或交易秩序賴以為存者為誠實信用原則？美國法律經濟學者 Richard A Posner 稱，由於人類世界需要的經濟資源有限，經濟學即研究人類如何理性選擇自利“self-interest”的科學，申言之，無論每個人之心理狀態如何，當某人要做成一個(經濟活動的)決定時，必然是經過理性的選擇。參 Richard A Posner, Economic Analysis of Law, p3-4.既然參與交易行為的主體均基於自主意識而為理性決定，所賴以為存的規範基礎當為誠實信用原則，否則若受詐欺而作成交易決定，雖係自主且依理性所為，惟決定之基礎既屬偽妄，產出之結果當然與未受詐欺時作成之決定相異，且往往不利於詐欺被害人，因提供詐欺因子之行為人具有不法所有之意圖且欲主導支配該不法行為之過程及結果。另參 Müller-Gugenberger/Bieneck, a.a.O. §7 ,Rn 5.

¹⁸ 林山田，經濟犯罪與經濟刑法，頁 13。

宜由財經犯罪之「質」為準，方屬正確，亦較能做出明確的界定¹⁹。

綜上中外學者對經濟犯罪定義之闡釋，係從不同面向(如行為特徵、侵害法益的性質及罪質內涵等角度)切入，雖均嚐試作出完整之說明，惟若僅採一家之論，仍各有所偏致難窺全貌，方列舉各說之要，期深入淺出地掌握理解經濟犯罪之內涵。

第二節 經濟犯罪的狹義概念與廣義概念

(一)依保護的法益而區分：

1. 經濟犯罪的狹義概念是指，以保護整體經濟為目的，或者以保護整體經濟的重要部門與機構為目的之各種刑事法律規定的總和，經濟犯罪就是指觸犯這些法規的行為²⁰。
2. 經濟犯罪的廣義概念是指，破壞刑法典與財產權和所有權有關的全部刑法規定，以及附屬刑法中與經濟有關的刑法法益規定之行為，均屬此概念之中。惟德國刑法學界對此廣義概念尚未取得一致的意見。

(二)從懲罰手段的內容而區分：

1. 經濟犯罪的狹義概念是指，僅使用刑事制裁手段之自由刑或罰金刑為法律效果所指涉之經濟犯罪行為。
2. 經濟犯罪的廣義概念是指，除狹義概念之外，尚包括違反秩序罰(Ordnungswidrigkeiten)之經濟犯罪行為。現在的德國刑法工作者，均認為經濟犯罪及經濟刑法係指廣義之經濟刑法而不能僅指狹義之經濟刑法。可謂係採量的區別說而非質的區別說。

第三節 德國法定的經濟犯罪規範方式

西德由於在二次戰後由美國及英國佔領，佔領區經由所施行之法律及幣制改革為聯邦德國 1949 年 5 月 23 日施行之基本法²¹之自由經濟秩序奠定良好的基礎。而

¹⁹ 陳志龍，財經犯罪與刑事法，頁 206。陳教授並於該文中就財經犯罪之特性，提出下列 5 點本質加以說明：(一)不負責原則下之缺乏有效監督。(二)長時性。(三)隱藏性。(四)鉅額性。(五)結構性。

²⁰ 王世洲，前揭書，頁 7 及 11。

²¹ 按基本法係由組成前西德 11 邦之總理組成的總理聯合會，於 1948 年 7 月 15 日通過成立一個專家委員會，該委員會於同年 8 月 10 日至 23 日研擬基本法草案，同時研擬一份國會理事會(der Parlamentarische Rat，相當於制憲會議)委員選舉辦法草案，接著各邦議會於 8 月底通過選舉法並選出國會理事會 65 名委員，理事會於 9 月 1 日在 Bonn 開會至 1949 年 5 月 8 日表決通過基本法，而於同年 5 月 23 日施行。嗣屬於前東德之 5 個邦於 1990 年 10 月 3 日，依據基本法第 23 條併入西德，因之，基

在此秩序下之新自由主義之父(die Neoliberalen Väter dieser Ordnung)令所有人均相信重拾 19 世紀高度自由主義及不受國家控制的經濟體制之機會已被排除在外。賦有合理分配國民財產權及收入任務之「社會市場經濟」(Soziale Marktwirtschaft)與避免經濟危機而採取運用國家經濟管制措施，取代了所謂自由市場體制描述的那隻看不見的手(unsichtbaren Hand)，而克服了當時的難關²²。簡言之，西德於 1949 年 7 月 26 日制訂「簡化經濟刑法法典(Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, Wirtschaftsstrafgesetz, WiStG 1949)」，依該法第 6 條規定，經濟犯罪行為是指該行為危害了國家在建立和維護經濟制度方面的利益(das Staatsinteresse an Bestand und Erhaltung der Wirtschaftsordnung im ganzen oder in einzelnen Bereichen verletzt)²³。顯見德國立法者從維護整體經濟秩序利益(而非僅保護個人財產法益之誠實信用交易秩序)之觀點建構經濟刑法對象之立場。則該等立場有無更上位概念之價值決定？

由於德國基本法第 20 條第 1 項規定：德意志聯邦共和國係一民主的與社會的聯邦國(Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat)；復於同法第 28 條第 1 項規定：各邦之合憲秩序，必須符合本基本法意義下之共和的、民主的與社會的法治國原則(Die verfassungsmässige Ordnung in den Ländern muß den Grundsetzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen)，而聯邦憲法法院則將基本法第 20 條第 1 項稱為「社會國條款」(Sozialstaatsklausel)²⁴，並把社會國原則、民主原則、法治國原則、聯邦國原則與共和國國體原則，列為 5 項國家目標條款(Staatszielbestimmungen)。由於社會國原則在基本法上之用語僅為一形容詞(Adjektive)而已，故其涵意本不確定，可隨時代變遷而賦予其不同意義²⁵，惟其既屬憲法層次之建構原則(Strukturprinzipien)，且為國家目標條款而可拘束所有國家權力(Staatsgewalten)，自屬有法律上拘束力之憲法規範(rechtlich verbindliche Verfassungsnorm)²⁶。至於社會國原則之內涵有四項²⁷，與本文有關者為「建

本法之效力遂及於全德國。參 Peter Badura, *Staatsrecht*, SS. 25,26.另參蘇永欽，*憲法與社會文集*，頁 224 至 225。

²² Müller-Gugenberger/Bieneck, a.a.O. §2 ,Rn 25.

²³ 該條文係該法律關於違法行為構成要件之概括規定，而該法律僅有刑事罰而無關於秩序違反行為之罰則，參 Müller-Gugenberger/Bieneck, a.a.O. §3 ,Rn 25.

²⁴ BVerfGE 1, 97 (105); 3, 377 (381); 6, 32 (41).siehe: Ingo von Münch (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Art.20. Rn.16; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, S.877.

²⁵ Klaus Stern, a.a.O., S.914.

構社會市場經濟」，因經濟體制之良窳，影響人民生活至鉅，而社會國原則允許國家介入私人生活秩序，社會市場經濟之本質雖仍屬自由市場經濟，只是社會市場經濟所不能達成之社會目標，應藉行政干預以達成²⁸。是德國立法者無非再藉由多次經濟刑法之立法效果，以刑罰及行政秩序罰之方式，達成憲法社會國原則之規範要求。1954年7月9日經濟刑法²⁹，限於篇幅，在此僅節錄其第1條規定：

第1條(應受處罰之違反保障法規之行為)：

違反下列法規之一者，處5年以下有期徒刑或罰金刑：

1. 經濟保障法(Wirtschaftssicherungsgesetz)第18條。
2. 運輸保障法(Verkehrssicherungsgesetz)第26條。
3. 食品保障法(Ernährungssicherungsgesetz)第22條。
4. 水保障法(Wassersicherungsgesetz)第28條。

犯本罪未遂者，亦應處罰。

情節重大者，處6月以上有期徒刑。具有下列情形之一者，屬情況特別嚴重：

1. 行為
 - a. 嚴重危害供應，即使此等危害僅僅涉及某個地區之特定領域。
 - b. 嚴重危害他人之生命或自由，或未能及時採取必要措施以防止對他人之生命措施以防止對他人之生命或自由構成的現實危險，或
2. 行為人
 - a. 於行為時嚴重濫用其經濟生活或經濟管理中具有影響之地位，以謀取財產上之重大利益。
 - b. 違背良知，利用物資供應或生活必需品供需關係上出現之嚴重短缺狀況，以謀取財產上之重大利益。
 - c. 以獲取高額利潤為常業。

因過失犯本罪者，處2年以下有期徒刑或罰金。

(第2條至第5條均為行政罰之規定)

²⁶ Alfred Katz, Staatsrecht, S.S.121-122.

²⁷ 李錕澂，我國憲法上民生福利國家原則之研究—以德國基本法第20條社會國原則為借鏡，頁44至45。另三項原則為：實現社會正義、建立社會安全制度及建構社會平等秩序。

²⁸ 廖義男，經濟法之概念與內容體系，頁15；郭明政，社會市場經濟與社會保險，頁3以下。

²⁹ 此為1975年6月3日版本，嗣經2001年12月13日修訂公布於聯邦法律公報I第3574頁。引自徐久生及莊敬華譯「德國刑法典」，頁227至233。

由上述 1949 年經濟刑法及 1954 年經濟刑法內容可悉，德國立法者強調以管制經濟之方式，達成對於社會弱者之特別保護及民生物資分配正義之社會政策。

法院組織法第 74C 條(詳如附表一)中規定了經濟刑法法庭之事物管轄範圍(Zuständigkeit in Wirtschaftsstrafsachen)，其中第 1 項除列舉如附表一之法律外，另規定：根據第 74 條第 1 項³⁰所規定作為第一審法院及根據第 74 條第 3 項³¹對於不服參審法院(Schöffengericht)之審理及判決不服之上訴，也是由邦(地方)法院(das Landgericht)管轄，即由作為經濟刑法庭的前揭刑庭管轄。綜上可知，德國法定之經濟犯罪範圍，較諸我國法定之經濟犯罪規範(詳第四節所述)，可謂包山包海，在此僅舉附表一第 1 款「不正競爭防止法」(相當於我國公平交易法)亦列入經濟刑庭之事物管轄範圍為例，即可見二次世界大戰戰後德國的限制競爭防止法是「社會市場經濟」理念下的產物，對於管制，立法者基本上仍有高度的信賴³²；而限制競爭防止法既為德國政府對經濟活動宏觀調控的手段之一，國家被課予很重的責任去引導並規制社會生活³³，可見德國立法者藉由刑事及行政秩序罰的手段管制交易秩序之成效以履踐憲法保障人民經濟平等權之適用，並由立法者明文經濟犯罪之相關類型及重視³⁴程度，而德國以上通過列舉及分類形成的對經濟犯罪的說明，不是為定義經濟犯罪的概念而規定，而是為了在實踐中解決實際問題而規定，因為無論是前開法院組織法或打擊經濟犯罪的法律中，德國立法者既不

³⁰ 法院組織法第 74 條第 1 項規定：作為第一審刑事庭(指邦地方法院)管轄之事物包括所有不屬於職務法院(Amtsgericht)及邦高等法院(Oberlandesgericht)管轄的重罪案件，也對於宣告刑 4 年以上有期徒刑犯罪之案件有管轄權；此外，對於宣告送至精神病院強制治療(Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus)，或者必須宣告監護、禁戒或強制工作等保安處分(in der Sicherungsverwahrung zu erwarten)之案件及檢察官依法院組織法第 24 條第 1 項第 3 款(即檢察官認為該案件具有特殊意義或價值)向邦(地方)法院起訴之案件。

³¹ 法院組織法第 74 條第 3 項規定：邦(地方)法院亦受理對於獨任制法官或參審法院之審理及判決不服而上訴之第二審救濟程序。

³² 蘇永欽，跨越自治與管制，頁 5。

³³ 蘇永欽，行動國下的競爭法，頁 240 至 241。

³⁴ 德國刑事審判權為各邦之權限，依該國法院組織法第 24 條及第 25 條之規定，職務法院(Amtsgericht)為各邦最基層法院(與其對應之檢察署為職務法院檢察署 Amtsanwaltschaft)，邦法院(Landgericht)為職務法院之上級審法院(與其對應之檢察署為邦法院檢察署 Staatsanwaltschaft)，最高審級法院則為邦高等法院(Oberlandesgericht)，為邦法院之上級審法院(與其對應之檢察署為 Generalstaatsanwaltschaft)，原則上此三個審級法院對特定類型案件均有各自的第一審事物管轄權，例如柏林邦司法行政廳即訂有「邦法院檢察署與職務法院檢察署組織暨職權行使規則」Die Anordnung über Organisation und Dienstbetriebs der Staatsanwaltschaften und Amtsanwaltschaft(OrgStA)，規範較輕罪質之行為(Vergehen)由職務法院管轄，較重罪質之行為(Verbrechen)由邦法院管轄。參黃士元，德國檢警聯繫之法制及實務運作現況之研究，頁 18 及附件八。關於德國柏林邦三個審級法院事物管轄之範圍及職務法院檢察署檢察官(Amtsanwalt)之教育及考試、訓練及昇遷，請參黃士元前揭出國報告；林幸彬，檢察事務官在刑事程序中地位之研究，以美、日、德為借鏡，頁 105 至 110。

強調經濟犯罪的概念，也不強調經濟刑法的體系，而是從實際的改革需要而出發。且德國法院組織法第 74C 條的規定，在實踐中統一了德國司法機關對經濟犯罪審判的認識。

附表一

編號	款(次)	罪 名
1	第 1 款	專利法(Patentgesetz)、實用新型作品法 (Gebrauchsmustergesetz)、半導體保護法 (Halbleiterschutzgesetz)、品種保護法 (Sortenschutzgesetz)、商標法 (Markenzeichengesetz)、外觀設計作品法 (Geschmacksmustergesetz)、版權法 (Urheberrechtsgesetz)、不正競爭防止法 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)、股 票法(Aktiengesetz)、特定公司與關係企業帳 目報告法(Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen)、有限責任公司法(Gesetz betreffend die Gesellschaften mit Beschränkter Haftung)、商法典(Handelsgesetzbuch)、執行 歐洲共同體關於歐洲經濟一體化規定的法律 (Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung) 與合作社法 (Genossenschaftsgesetz)。
2	第 2 款	關於銀行、保管、證券交易和信用業的法律 及保險監督法與有價證券交易法 (Gesetzen über das Bank-, Depot-, Börsen- und Kreditwesen sowie das

		Versicherungsaufsichtsgesetz und das Wertpapierhandelsgesetz)。
3	第 3 款	1954 年經濟刑法(Wirtschaftsstrafgesetz 1954)、涉外經濟法 (Außenwirtschaftsgesetz)、外匯管制法(Devisenbewirtschaftungsgesetzen)與金融壟斷、租稅及關稅法(Finanzmonopol-, Steuer- und Zollrecht)包括其他法律中所規定可以適用刑罰規定的情形，但不適用於根據麻醉藥品法(Betäubungsmittelgesetz)所規定之犯罪行為，也不適用於涉及機動車稅 (Kraftfahrzeugsteuer)的違法行為。
4	第 4 款	酒法(Weingesetz)和食品法 (Lebensmittelrecht)。
5	第 5 款	補助詐欺(Subventionsbetrug)(StGB§264)、投資詐欺(Kapitalanlagebetrug) (StGB§264a)、信用詐欺(Kreditbetrug) (StGB§265b)、破產罪 (Bankrott) (StGB§283)、包庇債權人及包庇債務人的犯罪(Gläubigerbegünstigung und Schuldnerbegünstigung) (StGB§283c) (StGB§ 283d)。
6	第 5a 款	招標時限制競爭的協議罪 (wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen) (StGB§298)及公務交往或商業交易賄賂罪(Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) (StGB§299)。
7	第 6a 款	詐欺(Betrug) (StGB§263)、電腦詐欺 (Computerbetrug) (StGB§263a)、背信(Untreue)

		(StGB§266)、重利罪(Wucher) (StGB§291)、不違背職務行賄罪(Vorteilsgewährung) (StGB§333)、違背職務行賄罪(Bestechung) (StGB§334)、雇主抑留保險費不發或侵占款項不交予他人(Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) (StGB§266a)。
8	第 6b 款	受僱人轉讓法 (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)、社會法典第三冊(das Dritte Buch Sozialgesetzbuch)及非法勞動抗制法 (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz)暨審判時必須擁有對於經濟生活的特別知識 (Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich)。

第四節 我國法定的經濟犯罪規範方式

依「檢察機關辦理重大經濟犯罪案件注意事項」³⁵第二點之規定：

下列案件為重大經濟犯罪案件，適用本注意事項之規定：

- (1) 犯下列各目(詳列 19 目罪名)之罪，犯罪所得或被害金額達新臺幣 5000 萬元以上，或被害人數達 50 人以上，足以危害社會經濟秩序者。
- (2) 違反經濟管制法令，或以其他不正當方法，破壞社會經濟秩序，情節重大之案件，經報請各該檢察署檢察長核定者。

依「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」³⁶第二點規定：

下列案件第一審法院應認為重大刑事案件，適用本注意事項審理之…，第 23 目規定：違反銀行法、證券交易法、期貨交易法、洗錢防制法、信託業法、金融控股公司法、

³⁵ 法務部 93 年 8 月 26 日法檢字第 0930803048 號函訂定發布全文 17 點；並自發布日起施行；嗣法務部於 97 年 5 月 19 日以法檢字第 0970801707 號函修正發布第 10 點條文。因此注意事項既無中央法規標準法第 3 條規定所稱 7 種命令之名稱，亦非法律授權所訂定之條文，應認其為行政規則。另參楊榮宗，台灣經濟犯罪偵查機制之研究(1979—2008)，頁 29 至 30。

³⁶ 司法院 69 年 8 月 25 日(69)院台廳二字第 02626 號函訂定發布；嗣經多次修正，最後一次於 96 年 1 月 26 日由司法院以院台廳刑一字第 0960002399 號函修正發布第 2 點條文；並自即日生效。

票券金融管理法、信用合作社法、保險法、農業金融法等案件，被害法益達新臺幣一億元以上，或其他使用不正之方法，侵害他人財產法益或破壞社會經濟秩序，被害法益達新臺幣一億元以上者。

由於「經濟犯罪」一詞，我國立法者並無明確之定義，而我國司法機關(指司法院)及行政機關(指法務部)就前揭執行經濟犯罪偵查審判之二件「注意事項」雖各有所規範，且司法院據此規範再於 97 年 7 月間起，修正「司法院所屬各級法院設置專業法庭應行注意事項」，其中第 2 點(二)規定³⁷：依法令規定得設專業法庭或指定專人辦理之案件，如…金融犯罪案件，…各級法院得視案件量及法官專業程度，設置專業法庭或指定專人辦理。嗣台灣台北地方法院旋依該規定於 97 年 8 月間起設置金融專庭(刑一庭至刑三庭)³⁸，然司法院及法務部就經濟犯罪(或稱金融犯罪)之罪名尚無一致之標準。本文認為，若將上開院部各訂之注意事項，取其交集以掌握我國司法實務界對經濟犯罪案件及類型之了解，當屬不得不然折衷之策；以此為據，本文認為我國法定之經濟犯罪罪名共有九類³⁹，詳如附表二(依該九類犯罪之條文為標準)及附表三(依罪名之內容特徵重新整理)所示。再就附表三之行為人主觀上是否應具有不法所有意圖之要件加以分析，本文認為除編號 7 所示「接管後為不實行為」，係於該公司在目的事業主管機關依法命令停業等處置後，對主管機關命提出資料時為不實行為；及編號 8 所示「違反證交法第 174 條」之單純虛偽記載罪外，其餘犯罪行為均認為為自己或第 3 人不法所有之意圖，因編號 1(背信及侵占)與編號 2(詐欺)於刑法分則條文(如第 335 條、第 339 條及第 342 條)均有明文，至於編號 3(非常規交易)亦有學者⁴⁰及實務見解⁴¹認為該罪名係刑法背信罪之特別規定，自有主觀不法所有意圖之適用。又編號 4(炒作股票)之行為，依證券交易法第 155 條第 1 項各款規定，或有操縱市場某種有價證券價格或數量，以獲取利益或規避損失，或業經成交而不履行交割，目的亦

³⁷ 司法院 97 年 7 月 29 日院台廳司一字第 0970013138 號函。

³⁸ 林孟皇，金融犯罪與刑事審判，頁 17 至 20。

³⁹ (1)銀行法第 125 條、第 125 條之 2、第 125 條之 3、第 127 條之 2 第 2 項之罪。(2)證券交易法第 171 條、第 174 條之罪。(3)期貨交易法第 112 條之罪。(4)信託業法第 48 條至第 50 條之罪。(5)金融控股公司法第 57 條至第 58 條之罪。(6)票券金融管理法第 58 條至第 59 條之罪。(7)信用合作社法第 38 條之 2、第 38 條之 3、第 40 條之罪。(8)保險法第 167 條、第 168 條之 2、第 172 條之 1 之罪。(9)農業金融法第 39 條、第 40 條之罪。

⁴⁰ 賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，頁 487。

⁴¹ 參台北地院矚重訴字第 2、3 號判決書，論罪科刑部分，頁 35。

在規避損失，足認行為人的主觀犯意必有為自己或第 3 人不法所有之意圖，此觀同條第 3 項規定(對於善意買入或賣出有價證券之人所受之損害，應負賠償責任)即明，足認行為結果往往造成交易相對人財產權之侵害，而有回復原狀及損害賠償之適用。關於編號 5(內線交易)之行為，依同法第 157 條之 1 第 2 項損害賠償之規定，堪認立法者亦以內線交易行為人之既遂結果對(善意)相對人負賠償責任，其中雖有民事賠償金額擬制方法如何計算之問題，惟恰可呼應行為人主觀具有不法所有意圖存在之要件，否則立法者無庸藉由法律介入調整矯正。末以，關於編號 6(非法吸金)之行為，由於經營存(放)款及信用業務之金融機構為貨幣市場(相對於直接金融之資本市場業務)之一環，依銀行法之規定，屬於間接金融成員的一分子，特徵在於得管理使用他人寄託之金錢及受託辦理匯兌業務，乃政府透過中央主管機關(包括金管會及中央銀行)依金融法律相關規定許可經營之事業，若未經許可而經營銀行業務，該等吸收存款行為即顯現出與法規範對立矛盾的特徵。依銀行法第 125 條第 1 項規定，亦以行為人犯罪所得是否超過 1 億元為法定刑加重與否之要件。申言之，立法者認非法吸金行為必有犯罪所得，若未超過 1 億元，則科以通常之刑(指 3 年以上，10 年以下有期徒刑)；否則即科以 7 年以上之加重刑度。足認此類犯罪行為，亦以行為人具有不法所有意圖為主觀不法構成要件要素之一。

綜上所述，可以確認我國法定經濟犯罪之規範對象主要係以「行為人主觀上有「為自己或第 3 人不法所有之意圖」，客觀上係「以智力之和平方式，對公開發行公司、金融機構(如附表三編號 1 至 3 之案型)或交易相對人(如附表三編號 4 至 6 之案型)侵害財產法益達新台幣 1 億元以上，並因而獲利」」為構成要件。

附表二

編號	違反法律名稱	罪 名
1	銀行法第 125 條	違反「非銀行而經營收受存款等銀行業務」之禁止規定。
1.1	銀行法第 125 條之 2	銀行內部人員背信罪之特別規定。
1.2	銀行法第 125 條之 3	銀行外部人員對銀行詐欺罪之特別規定。
1.3	銀行法第 127 條之 2	銀行內部人員於主管機關指定機構派員監

	第 2 項	管、接管或勒令停業進行清理時，為不實行為。
2	證券交易法第 171 條 第 1 項(共分 3 款)	
2.1	上揭第 171 條第 1 項 第 1 款	(1)違反第 20 條第 1 項(有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為)、第 2 項(發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事)之規定。
		(2)違反第 155 條第 1 項、第 2 項之規定(包括在集中交易市場或店頭市場之重大違約交割及炒作股票)。
		(3)違反第 157 條之 1 第 1 項之規定(內線交易罪)。
2.2	上揭第 171 條第 1 項 第 2 款	公開發行公司內部人員，不合營業常規之交易行為，致公司遭受重大損害。
2.3	上揭第 171 條第 1 項 第 3 款	公開發行公司內部人員背信罪之特別規定。
2.4	證券交易法第 174 條	虛偽記載罪。
3	期貨交易法第 112 條 (共分 7 款)	
3.1	上揭第 112 條第 1 款 至第 6 款	未經許可，擅自經營期貨交易、期貨交易所、期貨結算機構、槓桿交易商、其他期貨信託(經理、顧問、服務)、募集期貨信託基金等業務。
3.2	上揭第 112 條第 7 款	(1)違反第 106 條之規定(炒作期貨罪)。
		(2)違反第 107 條之規定(內線交易罪)。

		(3)違反第 108 條第 1 項之規定(禁止對作、虛偽、虛偽詐欺、隱匿或其他足生期貨交易人或第 3 人誤信之行為)。
4	信託業法第 48 條	違反第 33 條之規定(非信託業者禁止辦理第 16 條之信託業務)。
4.1	信託業法第 48 條之 1	信託公司內部人員背信罪之特別規定。
4.2	信託業法第 48 條之 2	信託公司外部人員詐欺罪之特別規定。
5	信託業法第 49 條	(1)違反第 23 條之規定(信託業者對委託人虛偽詐欺等行為之禁止)。
		(2)違反第 29 條第 1 項之規定(信託業非經主管機關核准不得募集共同信託基金)
6	信託業法第 50 條	(1)違反第 25 條第 1 項之規定(信託業者不得以信託財產與自己為交易行為)。
		(2)違反第 26 條第 1 項之規定(信託業不得以信託財產辦理放款)。
7	金融控股公司法第 57 條	金融控股公司內部人員背信罪之特別規定。
7.1	金融控股公司法第 57 條之 1	金融控股公司外部人員詐欺罪之特別規定。
8	金融控股公司法第 58 條	金融控股公司之銀行子公司對利害關係人授信之限制，違反之規定。
9	金融控股公司法第 59 條	金融控股公司內部人員收受佣金等不當利益之禁止。
10	票券金融管理法第 58 條	票券金融公司內部人員背信罪之特別規定。
10.1	票券金融管理法第 58 條之 1	票券金融公司外部人員詐欺罪之特別規定。
11	票券金融管理法第	

	59 條(共 2 項)	
11.1	上揭第 59 條第 1 項	違反主管機關就票金公司因財務或業務狀況顯著惡化，不能支付其債務或有損及客戶利益時，所為之處置(如勒令停業、清理、監管或接管)，足生損害於公眾或他人。
11.2	上揭第 59 條第 2 項	票金公司內部人員於主管機關指定機構派員監管、接管或勒令停業進行清理時，為不實行為。
12	信用合作社法第 38 條之 2	信用合作社內部人員背信罪之特別規定。
13	信用合作社法第 38 條之 3	信用合作社外部人員對信用合作社詐欺罪之特別規定。
14	信用合作社法第 40 條(共 2 項)	
14.1	上揭第 40 條第 1 項	違反主管機關就信用合作社因財務或業務狀況顯著惡化，不能支付其債務或有損及客戶利益時，所為之處置(如勒令停業、清理、監管或接管)，足生損害於公眾或他人。
14.2	上揭第 40 條第 2 項	信用合作社內部人員於主管機關指定機構派員監管、接管或勒令停業進行清理時，為不實行為。
15	保險法第 167 條	非保險業者經營保險業務之處罰。
16	保險法第 168 條之 2	保險公司內部人員背信罪之特別規定。
17	保險法第 172 條之 1	保險公司內部人員於主管機關指定機構派員監管、接管或勒令停業進行清理時，為不實行為。
18	農業金融法第 39 條	農業金融機構內部人員背信罪之特別規定。
19	農業金融法第 40 條	農業金融機構外部人員對該機構詐欺罪之特

		別規定。
--	--	------

附表三

編號	構成要件內涵	條文
1	背信	銀行法第 125 條之 2。 證交法第 171 條第 1 項第 3 款(包括業務侵佔)。 金控法第 57 條、第 58 條及第 59 條。 票金法第 58 條。 信合社法第 38 條之 2。 保險法第 168 條之 2。 農金法第 39 條。
2	詐欺	銀行法第 125 條之 3。 證交法第 171 條第 1 項第 1 款(違反第 20 條第 1 項或第 2 項)。 期交法第 112 條第 7 款(違反第 108 條第 1 項)。 信託業法第 49 條(違反第 23 條)。 金控法第 57 條之 1。 信合社法第 38 條之 3。 農金法第 40 條。
3	非常規交易	證交法第 171 條第 1 項第 2 款。
4	炒作	證交法第 171 條第 1 項第 1 款(違反第 155 條第 1 項、第 2 項)。 期交法第 112 條第 7 款(違反第 106 條)。
5	內線交易	證交法第 171 條第 1 項第 1 款(違反 157 條之 1 第 1 項)。 期交法第 112 條第 7 款(違反第 107 條)。
6	未經許可而經營特	銀行法第 125 條。

	許金融機構業務 (非法吸金)	期交法第 112 條第 1 款至第 6 款。 信託業法第 48 條。 第 49 條(違反第 29 條第 1 項)。 保險法第 167 條。
7	接管後為不實行為	銀行法第 127 條之 2 第 2 項。 票金法第 59 條第 1 項及第 2 項。 信合社法第 40 條第 1 項及第 2 項。 保險法第 172 條之 1。
8	其他	證交法第 174 條。 信託業法第 50 條(違反第 25 條第 1 項)。 (違反第 26 條第 1 項)。

第五節 我國經濟犯罪與侵害財產法益犯罪之關係

我國以行政規則訂定之經濟犯罪罪名之內涵與刑法分則侵害財產法益之犯罪類型，除手段涉嫌偽造文書部分(如違反證券交易法第 20 條第 2 項及第 174 條)，依刑法分則之分類屬於侵害社會法益者外，原則上均為侵害個人法益之犯罪(例外為附表三編號 7「接管後為不實行為」，此部分應認係對抗國家行政處分之行為，同時侵害到國家法益)，相當於重大金融犯罪⁴²。此與德國法定經濟犯罪罪名之內涵主要在保護超個人法益(指國家經濟制度之健全穩定及交易秩序)有所不同，此點為論及我國經濟犯罪之性質時，首先應有之認識。

刑法分則中與經濟犯罪具有相同不法構成要件者，僅有業務侵占罪、詐欺罪及背信罪。

從實證結果分析，仍有下列 4 點差異⁴³：

1. 普通財產犯罪之行為客體為特定人的財產法益，惟經濟犯罪者之不法意圖很少只針對某特定人而為，故其受害人不但是個人，可能為社會的某一群人(如公司股東)。

⁴²於執行層面，亦應參酌我國偵辦該類案件之主管機關(包括法務部及行政院金融監督管理委員會)對於經濟犯罪在實踐上的認識，法務部於 98 年 6 月 10 日以法檢字第 0980802324 號函修正「法務部遴派檢察官赴行政院金融監督管理委員會兼辦事務要點」共 8 點，其中第 1 點規定，為加強法務部及所屬檢察機關與行政院金融監督管理委員會間業務相互聯繫與協調配合，以提昇偵辦重大金融犯罪案件之效能，特訂定本要點。

⁴³許永欽，經濟犯罪，頁 25，舉出前 3 點差異，至於第 4 點則為本文觀察之見解。

2. 普通財產犯罪之犯罪事實，大多較為明確，被害人與第 3 人較易辨認；經濟犯罪之犯罪事實大多較為模糊，而不易為被害人或第 3 人所察覺。
3. 普通財產犯罪多半為體力犯罪，且與罪犯之職業活動無關；經濟犯罪則多半為智力犯罪，且與罪犯所從事之職業有關。
4. 普通財產犯罪，大多以事實行為(如竊盜、搶奪、強盜、恐嚇取財或擄人勒贖等)為之，其行為之違法性易為被害人於早期察覺。經濟犯罪，其本質亦同係與刑法規範對立矛盾之侵害行為，致被害人遭受財產上損害，而行為人因而受利益，惟大多數以行為人所安排之法律行為(為手段)存在為前題，(1)於背信之侵害行為：係行為人為被害人處理事務(此時兩造當事人間有委任關係)，被害人授權行為人與第 3 人交易或為法律行為時，行為人竟生不法意圖而違背其任務；(2)於侵占之侵害行為：係被害人交付某特定物予行為人占有(此時當事人間有借貸或租賃關係；或有委任其向第 3 人收取後保管之權責)，並授權其於特定期間內得管理或使用該標的，行為人竟生不法所有之意圖，而易持有為所有(如自居所有人之地位變賣該標的物；或將收受之他人款項自居所有人地位而支配處分)；(3)於詐欺之侵害行為：行為人基於不法所有之意圖，施用詐術致被害人自願交付某物或權利予行為人(施用詐術與給付間有因果關係，而交付為移轉占有之物權行為)，故行為之違法性不易為被害人於早期察覺。

第三章 憲法保障人民財產權之規範意旨

第一節 財產權之意義

財產權之意義及在憲法上之依據為何？依我國憲法第 15 條規定，人民之財產權應予保障，對人民財產權之限制，必須符合憲法第 23 條所定之必要程度，並以法律定之。從德國文獻觀察，按德國憲法史及憲法學上所意謂的「財產權保障」，其「財產」(das Eigentum)之用語，原係「所有權」而非「財產權」(das Vermögen)之謂。柏林大學教授 Martin Wolff 於 1923 年發表了「帝國憲法及所有權」一文，將憲法「所有權」(das Eigentum)保障之標的，由傳統的民法物權概念沿襲而來的「所有權」，擴充到「任何具有財產價值之私權利」(private vermögenswerte Rechte aller Art)⁴⁴，這種將憲法所有權保障擴充到(具有)財產(價值)權保障的意見，隨即獲得德國學術界及實務界的支持而獲得確認⁴⁵，是其範圍除包括「所有權保障」，亦屬於「基本法」(Grundgesetz)第 14 條第 1 項之保障範圍⁴⁶。由此可知，財產權的概念，基本上乃建立在所有權概念之上，且溯自從法國 1789 年人權宣言率先揭櫫「所有權係神聖不可侵犯之權利」的概念後，所有權始正式成為法律保障之標的。所有權是一種對物之權利，在法律範圍內，所有權人可以任意使用、處分及支配其所有權，並排除他人的干涉；而財產權不僅包括對物的權利，德國學界及實務界，亦將任何具有「財產價值」的請求權，均包含入憲法本意的「所有權保障」範圍之內；隨著時代的改變，任何具有財產價值之權利，包括使用權、收益權及處分權等，皆可視為財產權⁴⁷，民法學者對於權利標的之區分大抵以財產權與非財產權(包括人格權及身分權，非財產權遭受損害，與財產權之變動無關，惟表現於權利人生理或心理所感受的痛苦，又稱精神上之損害)⁴⁸為標準，而財產權指具有經濟利益(指交換價值或使用價值)的權利，可再分為債權、物權、準物權及無體財產權(以人類精神的創造物為標的之權利，又稱為智慧財產權：包括著作權、商標權及專利權)，另有學者認為，綜合司法院大法官會議釋字第 180 號、第 217

⁴⁴ M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in Festgabe für Wilhelm Kahl, 1923, S. 5/20. 引自陳新民，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，頁 196。

⁴⁵ 陳新明，前揭文，頁 196。

⁴⁶ 陳明燦，我國都市土地整體開發與使用管制之法制分析：以都市計畫法第 17 條為中心，頁 9。

⁴⁷ 楊松齡，財產權保障與公用徵收補償之研究，頁 260 至 261；陳新民，前揭文，頁 197。

⁴⁸ 曾世雄，非財產上之損害賠償，頁 4 至 6；施啟揚，民法總則，頁 28 至 30。

號、第 286 號、第 291 號及第 350 號等解釋之見解，財產權之範圍除前所述之外，尚包括具有財產利益之法律上地位，因認我國財產權保護有擴大趨勢⁴⁹。

另公法學者就公法上財產權之意義認包括下列兩項：

第一項 以私人財產為範圍

理論上財產權之保障，在於保障個人依財產存續之狀態行使自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾實現個人自由、發展人格及維護尊嚴；此時財產權之保障目的，不僅為實現生存權之手段，且亦具有確保個人自由、發展人格及維護尊嚴之作用。財產權作為基本權的保障，其重大意義在於：為使個人不致淪為單純國家高權的客體，確保個人在財產領域內有一定的自由活動空間，因此有自主負責地形成其生活形態的可能；申言之，財產權作為基本權，實際上是人類「人格自由發展的實質基礎」⁵⁰，是一種自由權(即財產自由權)；或許正因為強調財產權此等確保其他自由權實現的作用，德國聯邦憲法法院乃認為，憲法上所保障的是「私人的財產權」，亦即，公權力主體不能作為「財產權」此種基本權的權利人⁵¹。

第二項 為財產價值之一切權利與物體

德國基本法成立後，聯邦最高法院(Bundesgerichtshof)即承認所有具有財產價值的權利，均可包括在基本法 14 條的「財產權」概念之內，聯邦法院這種一視同仁的態度，也就是任何(包括公法)權利，只要具有財產之價值，亦即可以產生財產利益時，若受到侵犯，即可要求補償⁵²。足認財產權應為一切具有財產價值之權利，不僅限於物之所有權，亦不論所根據者為公法或私法之法律地位。就我國司法院大法官解釋的財產權，其大致上承認所有具有財產價值之私法權利均應受憲法財產權規定所保障，如所有權(釋字第 148 號、第 156 號及第 374 號)、擔保物權或限定物權(如釋字第 216 號之動產抵押權、第 304 號之不動產抵押權及地上權或其他物權)、準物權(釋字第 383 號礦業權)及無體財產權(釋字第 37 號之債權、第 213 號之專利權、第 292 號之破產債權、第 335 號之債權人關於提存物之權利及第 386 號之人民持有政府公債債券滅失之救濟)等。

⁴⁹ 謝哲勝，準財產權，頁 193 至 194；王澤鑑，民法總則，頁 92 至 93 及 252 至 253。

⁵⁰ Kimminich in Bonner Kommentar, GG, 65. Lfg.1992, Art.14, Rn. 13.

⁵¹ BVerfGE 61/, 82/108f; Kimminich in Bonner Kommentar, GG, 65. Lfg.1992, Art 14, Rn.116-118.轉引自陳愛娥，司法院大法官會議中財產權概念的演變，頁 403。惟陳教授於該文中強調，多數德國學者傾向於承認地方自治主體得作為「財產權」基本權的權利人。

⁵² 陳新明，前揭文，頁 198 及所引註之 BGHZ 6, 278.

第二節 財產權之性質

憲法規範之財產權保障屬於制度性保障，用以約束立法機關不得藉任何立法行為來變更或廢棄此一憲法所保障之制度。

第一項 財產權為基本權

憲法所保障之財產權可稱為財產權的「法律地位之保障」。依法取得權利之人始能享有並主張財產權利的保障。作為基本權的財產權係指：依「合憲的法律」所保障的、具體的財產地位，其目的在於賦與權利人對抗國家或其他公權力主體，干涉此財產權利地位之防衛權限⁵³。

第二項 財產權為制度性保障

財產權係法律所保障之法律上地位，其範圍自應依法律定之。就財產權而言，應限於已具體存在之財產價值。蓋憲法之財產權保障，為「存續保護」(Bestandsschutz)而非「取得保護」。除了此一「存續保護」外，更重要的是權利人對其財產的「自由利用」，從而財產權當然是一種廣義的自由權，可謂在其支配範圍提供了權利人自由活動的空間，作用的結果可使每個人過一種自我負責的生活⁵⁴。故私有財產制度所保護的不僅是各個現存財產之現狀；亦在保障即便是立法權，亦不得消滅私有財產制度的基本核心價值。

制度性保障的主要意義，在於要求國家必須建立「法制度」，並確保其存在以保障基本權利的實現。而財產權作為制度性保障之基本權，其內容須由立法者藉由法律依各時代之情況予以「形成」。目的在針對立法者，要求其應提供或確保足以使私有財產制度存續並發揮功能，確保權利人之私使用權限之法規範，在程序法上及實體法上提供私有財產權必要的保護規定，使私有財產權在社會秩序中具有可靠的地位。依德國見解，原則上有支配處分權、自由使用財產標的之權限及權利人對財產標的價值的權利應受保障⁵⁵。故財產權的制度性保障主要在為立法者劃定其無論如何不得逾越的界限，與私有財產制度的核心內涵實無二致。

⁵³ 黃國楨，自憲法保障財產權之觀點論課徵山坡地開發利用回饋金之合法性，頁 13。

⁵⁴ Peter Badura, a.a.O, S.220；蘇永欽，財產權保障與大法官解釋，頁 23。

⁵⁵ 陳愛娥，前揭書，頁 401 至 402。

此外，制度性保障之權利，若沒有法律制度，則根本無從形成權利的具體內涵，故與其他自由的權利相較，立法者對於制度性保障的權利，有較大之形成空間；申言之，國家對財產權之範圍，甚至可以法律加以「形成」，惟憲法在此要求形成私法秩序的民事規範，不得對制度運作構成「干擾」，例如偏離民法基本體系原則的民事規範，都可能違反財產權的制度保護⁵⁶。

第三項 財產權為個別保障

個別保障乃在保護具體存在，具有財產價值之物(或權利)的存續，免受公權力之不法侵害。國家對個人財產之剝奪或限制都必須在憲法所規定之條件下始得為之。而財產權之個別保障亦可稱之為「法律地位之保障」，亦即一切個人財產之權利地位，因公權力之實施致發生變動後果，都必須是合法的⁵⁷。

第三節 財產權保障之範圍

按人民之財產權，既為憲法第 15 條所明文規定應予保障之基本人權。古典的財產權強調財產權的防禦功能，藉以保障「物之所有權的存續狀態」，可稱之為「所有權的存續保障」，20 世紀以來，因應社會變遷，演進為「財產權的價值保障」，以擴大其保障範圍，略述如下：

第一項 財產權存續狀態保障

古典的財產權強調財產權的防禦功能，大法官釋字第 400 號解釋認：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」此號解釋係從財產自由權出發，較注重財產權「存續狀態的保障」⁵⁸。此種以物之所有權為其核心的古典財產權意義，係我國憲法實務上之重心⁵⁹。

第二項 財產權價值保障

20 世紀的財產權保障擴張及「財產權的價值保障」。此種財產權之標的乃擴張到所有

⁵⁶ 蘇永欽，財產權保障與大法官解釋，頁 19 至 25。

⁵⁷ 常慧中，論地方自治團體所有土地被中央撥用之財產權保障問題(上)，頁 31 至 33。

⁵⁸ 李惠宗，憲法要義，頁 255 至 256。第 671 號解釋文重申此旨，並強調憲法保障人民之財產權，不得因他人的法律行為而受侵害等語。本文認為財產權若因他人之犯罪行為而受侵害，自屬在憲法所保障人民財產權之範圍內。

⁵⁹ 陳愛娥，前揭書，頁 393 至 420。

經濟上財產權價值之權利，這些權利，往往來自於私法上所有權衍生之法律利益⁶⁰。是以財產權的價值保障，係指私有財產所產生的財富價值應予保障；乃將應受保障的財產權標的，擴張到所有具有經濟上財產價值之權利。而財產權既屬制度性保障之基本權，則何種法律地位屬於具有財產權的價值，完全視法律是否賦予人民以「具體財產內容」或「可具體化」之意旨定之⁶¹。



⁶⁰ 黃國禎，前揭論文，頁 18。

⁶¹ 常慧中，論地方自治團體所有土地被中央撥用之財產權保障問題(下)，頁 33 以下。

第四章 犯罪被害人之意義及權利

第一節 犯罪被害人保護法指涉之被害人

按為保護因犯罪行為被害而死亡者之遺屬、受重傷者及性侵害犯罪行為被害人，以保障人民權益，促進社會安全，特制定本法。再按犯罪行為：指在中華民國領域內，或在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內，故意或過失侵害他人生命、身體，依中華民國法律有刑罰規定之行為及刑法第 18 條第 1 項、第 19 條第 1 項及第 24 條第 1 項前段規定不罰之行為。犯罪被害補償金：指國家依本法補償因犯罪行為被害而死亡者之遺屬、受重傷者及性侵害犯罪行為被害人所受財產及精神上損失之金錢。民國 87 年 5 月 27 日公布，同年 10 月 1 日施行之犯罪被害人保護法⁶²第 1 條、第 3 條第 1 款及第 3 款⁶³分別訂有明文。足認該法所定「犯罪行為」之性質，除刑法第 24 條第 1 項前段規定之緊急避難⁶⁴(*Rechtfertigender Notstand*，為法定合法化事由)外，原則上以具有違法性之構成要件該當行為為已足；申言之，該法所規定之「犯罪」不以行為人具有罪責為前提，即使行為人欠缺責任能力(如未滿 14 歲之人或行為時處於心神喪失狀態)，而因故意或過失侵害他人之生命、身體法益致生死亡、受重傷或性侵害之結果，該等法益受侵害之犯罪客體即屬該法欲規範保護之被害人⁶⁵。由於該法之特色在於藉由國家財力，先行支付予(暫時)請求賠償無門之犯罪被害人，惟最終可歸責者既非國家，卻(先)由國家財政(代表全體納稅義務人)支應，故其補償之對象及範圍自應有所限制，是立法者將犯罪被害人保護法指涉之被害人限於「侵害刑法生命及身體法

⁶² 該法係行政院函請立法院交付審議之法案，主管機關為法務部，送請立法院審議時之草案名稱為「犯罪被害人補償法」，於 87 年 5 月 5 日三讀通過時將法案名稱修改為「犯罪被害人保護法」。參立法院公報第 87 卷第 23 期院會紀錄，第 118 頁。

⁶³ 嗣該法第 1 條及第 3 條(第 1 款及第 3 款)於 98 年 5 月 8 日增訂關於性侵害犯罪行為被害人受補償之相關規定。

⁶⁴ 緊急避難為我國刑法明定之阻卻違法事由(*handelt nicht rechtswidrig*)，容許緊急避難之法理基礎在於法益及利益的權衡原則，或者在於保護優越利益之原則；此與該條第 1 項但書規定之「避難過當(*Entschuldigender Notstand*)」，僅能阻卻罪責(*handelt ohne Schuld*)或減輕罪責(*Die Strafe ist ...zu mildern*)之法理相通，但標準在於避難手段是否符合必要性及是否已符合利益權衡之要求，參林鈺雄，新刑法總則，頁 247 至 258。

⁶⁵ 關於該法何以特別(僅)納入「緊急避難」事由(而排除其他法定阻卻違法事由)資為請求犯罪被害補償金之依據，考查當初主管機關提請立法院二讀會審議之修正條文對照表，就此點並未予以說明。本文認為可能因主管機關或立法者原無排除因車禍事故等過失致生死亡或受重傷結果亦可求償，既如此則在車禍事故中往往發生緊急避難情狀致他人發生死亡或重傷害之結果，為社會經驗合理之範圍，爰將此部分併納入條文中加以保護。參立法院公報第 85 卷，第 43 期院會紀錄，頁 157。

益等」個人法益⁶⁶，自不包括侵害刑法自由、名譽及財產等個人法益之行為。目前世界大多數實施犯罪被害補償制度的國家，亦將補償之對象限於暴力犯罪之被害人，其理由略以⁶⁷：(1)財產犯罪所侵害之財產，通常都能物歸原主。(2)社會大眾對於暴力犯罪之被害人，較為同情。(3)涉及龐大財物損失的犯罪，被害人可能有不確實的報告。(4)身體的傷害較財物的損失為嚴重，前者往往具有不可恢復性，後者則無。(5)各類財產犯罪，其財物損失總額甚為龐大，若將之歸入被害補償的範圍，恐非國庫所能負擔。

綜上所述，我國犯罪被害人保護法指涉之被害人限於因前開犯罪行為被害而死亡之遺屬、受重傷者及性侵害犯罪被害人，補償之範圍包括財產損失暨精神上損害；至於德國 1976 年 5 月 16 日生效之「暴力犯罪被害人補償法(Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten，簡稱 Opferentschädigungsgesetz 或 OEG)」⁶⁸所指涉之被害人，依該法第 1 條規定，係指被害人本人或遺屬。至於所謂遺屬，依聯邦救濟照護法之規定，係包括配偶、子女、父母及祖父母(§§42, 49 BVG)⁶⁹，至於該法得請求救濟之犯罪行為係以對被害人本人或他人故意非法之侵害行為(tätlicher Angriff)以及因此造成之防衛行為為限(§1 Abs.1 OEG)；又關於毒品之提供及基於與公共危險相關之犯罪行為(如縱火或爆炸)致過失侵害他人時，亦屬可以請求補償之犯罪行為(§1 Abs. 2 OEG)。至於前揭「侵害行為」因非刑法之既有用語，依立法草案之說明及學說與實務(包括各邦社會法院 LSG 及聯邦社會法院 BSG)之見解，係指對於他人身體健康之侵害所施加具有刑法典(Strafgesetzbuch)規範具有違法性及可罰性之暴力行為

⁶⁶ 此參該法案主管機關法務部，時任部長之馬英九於 84 年 5 月 1 日在立法院第 2 屆第 5 會期司法委員會審查該草案時發言略以：現代民主先進國家，對於犯罪被害人或因犯罪而死亡者遺屬之保護，已逐漸重視，先後立法明文規定補償其所受之損失。紐西蘭於 1964 年率先施行「刑事損害補償法」；荷蘭於 1976 年施行「犯罪被害人補償法」；德國於 1976 年施行「暴力犯罪被害人補償法」；日本則於 1980 年施行「犯罪被害人等給付金支給法」；英國於 1983 年施行「刑事傷害補償法」；美國各州自 1965 年後亦陸續定有補償犯罪被害人的法律。本草案立法重點(一)為考量政府財政負擔，落實補償制度，並參考外國立法例，規定得申請補償之犯罪行為，以侵害他人生命或使其身體受重傷之行為為限，不包括侵害財產權之行為。參立法院公報第 84 卷第 28 期委員會紀錄，第 463 至第 464 頁。

⁶⁷ Hasson & Sebba, Compensation to Victims of Crime: A Comparative Survey, in: Drapkin & Viano edited, Victimology, Vol.2, Lexington Books, 1974, pp. 112-113.轉引自林山田、林東茂，犯罪學，頁 215。

⁶⁸ 這部法律立法目的在於被害人與其遺族無法經由其他方式(尤其是來自犯罪人)獲得有效協助與損害照顧時，藉由社會法的途徑，由國家的互助團體提供協助。參許澤天、薛智仁譯，德國刑事追訴與制裁，頁 188 至 189。

⁶⁹ 郭明政，德國暴力犯罪被害人補償制度之研究，頁 186。BVG 是指聯邦救濟照護法(Bundesversorgungsgesetz)。

(strafbare und damit rechtsfertliche Handlungen)⁷⁰，可知若與公共危險無關之過失犯罪行為被害人均不得依法請求補償。就犯罪結果而言，請求權基礎係以被害人遭受健康損害致生健康及經濟上後果為理由，就人身損害之補償而言，包括對於醫療與復健，及因健康受損造成經濟上損失之填補等(§1 OEG; §9 BVG)⁷¹，足認德國 OEG 對被害人之給付尚未如我國犯罪被害人保護法有包括性侵害犯罪及精神上之補償在內；且我國復擴大補償對象之範圍至「因過失致人於死亡或受重傷」之情形⁷²，堪認我國犯罪被害人補償法相較於所繼受之德國法制，對被害人之保障而言，確實有過之而無不及。

第二節 刑事訴訟法犯罪被害人之追訴權

我國刑事訴訟法有關「犯罪被害人」之追訴權利，主要係規定於第 232 條及第 319 條，前者規定：犯罪之被害人，得為告訴⁷³。後者規定，犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之⁷⁴。然此 2 條文於立法院司法委員會一讀會審議時，均未對「犯罪被害人」之定義及範圍加以討論⁷⁵，或彼時立法者認依舊(指 17 年 7 月 28 日制定)刑事訴訟法第 337 條所規定得提起自訴之犯罪被害人，其對象及範圍於司法實務之適用，尚無可資疑義或滯礙難行之處，爰依歷史解釋法，即參諸 17 年制定之舊刑事訴訟法第 337 條所規定犯罪被害人之定義，認刑事訴訟法所指之犯罪被害人係指個人法益因犯罪遭受直接侵害之人。另國內通說及實務亦認為刑事訴訟法第 232 條及第 319 條之「犯罪被害人」，係指因犯罪當時受有損害致其個人法益直接被侵害之人⁷⁶。彼等既得向偵查機關提出

⁷⁰ Knuz/Zellner/Gelhausen/Weiner, OEG Kommentar, §1 Rn21.。

⁷¹ 郭明政，前揭文，頁 188 至 192。

⁷² 依德國 OEG 第 1 條第 11 項之規定，凡是因汽車事故而造成被害人傷害或死亡時，則排除適用 OEG 之機會，因此類案件應經由強制汽車責任保險制度予以理賠，參郭明政，前揭文，頁 188。

⁷³ 本條文為刑事訴訟法 56 年 1 月 13 日全文修正公布時所訂定。原條文係 17 年 7 月 28 日制定於同法第 213 條。

⁷⁴ 本條文亦為刑事訴訟法 56 年 1 月 13 日全文修正公布時所訂定。嗣於 92 年 1 月 14 日修正增訂第 2 項：前項自訴之提起，應委任律師行之。原條文係 17 年 7 月 28 日制定於同法第 337 條，規定：被害人對於左列各款之罪，得自向該管法院起訴：一、初級法院管轄之直接侵害個人法益之罪。二、告訴乃論之罪。

⁷⁵ 參立法院公報第 55 卷 38 期第 11 冊，第 70 至 77 頁(55 年 12 月 27 日討論)及第 113 至 118 頁(55 年 12 月 30 日討論)。

⁷⁶ 陳樸生，刑事訴訟法實務，頁 293 至 294(頁 386 至 388)；林鈺雄，刑事訴訟法，頁 558 至 559(頁 632 至 633)。

告訴請求檢察官訴追犯罪，亦得提起自訴，逕向所屬地方法院請求訴追特定被告之特定犯罪行為。而所遭受侵害者既為個人法益，當包括刑法分則第 22 章至第 36 章所述之生命、身體、自由、名譽及財產等 5 類法益，初不以生命及身體法益受侵害為限，此外，若侵害社會法益之犯罪(如偽造文書)及國家法益之犯罪(如誣告罪)，同時亦侵害個人法益(如遭他人偽簽姓名於文書上者或遭他人誣告者)，該人亦屬犯罪之直接被害人⁷⁷。

第三節 刑事附帶民事訴訟編指涉之犯罪被害人

由於我國、德國與海峽對岸之中國大陸均在刑事訴訟法中有附帶民事訴訟之相關規定，而我國為德國之法律繼受國，至於中國大陸既與我同文同種，人口眾多，且在空間上又比鄰而居，經常因往來發生民事與刑事法律關係，自有對其訴訟制度進一步了解之需要，爰於此節從比較法之觀點，就我國、德國及中國大陸當今刑事附帶民事訴訟編指涉之犯罪被害人權能予以分析比較，俾掌握釐清此三法域對被害人訴訟權能之保障有何區別。

第一項 德國刑事訴訟法之規定

德國刑事訴訟法(Strafprozeßordnung)將附帶民事訴訟(Adhäsionsprozeß)規定於第 5 編(Fünftes Buch)被害人程序之參與(Beteiligung des Verletzten am Verfahren)第 3 章被害人之賠償(Entschädigung des Verletzten)。附帶民事訴訟乃源自於實體關連性之思想(auf dem Gedanken des Sachzusammenhangs)：即當一犯罪行為致生財產權上之請求時，為了避免雙重工作負擔，亦為避免雙重裁判(widerspreched)，故於刑事訴訟程序中即同時解決(erledigen)被害人(der Verletzter)所提起之賠償請求權(Entschädigungsansprüche)，如此即可同時兼顧使被害人獲得迅速的賠償⁷⁸。此制度係 1943 年於納粹黨執政時期，由帝國司法部(Reichsjustizministerium)為起草另一份刑事訴訟法而召開「司法部大刑事訴訟委員會(Große Strafprozeßkommission des Reichsjustizministeriums)」，經該委員會根據不同的草案，乃援引奧地利法律而於刑事訴訟法增訂與附帶民事訴訟有關之第 403 條至第 406d 條，這份帝國新法案第 403 條

⁷⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法(下冊)，頁 32 至 35。

⁷⁸ Claus Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S478.

至 406 條多了罰金規定，該罰金請求僅能依據附帶民事訴訟之架構即依第 406 條第 2 項之規定實現⁷⁹。然而此制度在德國司法實務運作之結果並未能得到重視⁸⁰。嗣此制度先後於 1986 年修法(擴大職務法院 *Amtsgericht* 訴訟程序管轄權、對被害人訴訟費用補助之可能性與理由及一部判決 *Grund-und Teilurteilen* 之許可)及 2004 年修法(限縮拒絕精神慰撫金請求權之範圍，容許依被告之認諾而為裁判及 2 造和解之適用)，立法者嘗試藉由修法途徑俾提高該附帶民事訴訟程序當事人之參與⁸¹。依該法第 403 條(訴訟要件)之規定，被害人(*der Verletzte*)或其繼承人(*sein Erbe*)得因被告之犯罪行為產生之財產權上之損害賠償請求(*einen aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch*)，若渠尚未向其他有管轄權之法院起訴前，得於刑事訴訟程序中向該管法院提起附帶民事訴訟，若向職務法院提起亦不受訴訟標的金額之限制。該章所指涉之被害人係指因犯罪行為受損害而有請求權限之人，因為被害人的概念在刑事訴訟法中並無較明確之定義，故還是要依據其規範的目的及功能關連性以掌握之⁸²，該法第 403 條所稱之被害人係指「任何因犯罪行為直接取得財產上請求權能之人」(*Verletzter ist jeder, der unmittelbar aus der Straftat einen vermögensrechtlichen Anspruch erworben hat*)⁸³，包括同為共同被告者(*Mitangeklagter*)仍得請求，只要渠為犯罪被害人且尚未於其他訴訟程序提出請求即可⁸⁴。或者依同法第 172 條⁸⁵、第 374 條⁸⁶及第 406d 條⁸⁷規定情形，間接被害人(*der mittelbare Verletzte*)亦為適格之請求權人；例如在物之損害或縱火情形發生時，所有權人以外之用益權人(*Nießbraucher*)，承租人(*Mieter*)或農育權人(*Pächter* 舊稱永佃權)即屬之⁸⁸，又如依民法第 844 條第 2 項規

⁷⁹ Inger Bahnson, *Das Adhäsionsverfahren nach dem Opferrechtsreformgesetz 2004*, S.15.

⁸⁰ Lutz Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, S1388,Rn 1.

⁸¹ Lutz Meyer-Goßner, a.a.O, S1388,Rn 2.

⁸² Inger Bahnson, a.a.O. S.59.

⁸³ *Karlsruher Kommentar, Engelhardt, Strafprozeßordnung*, §403, Rn 5.

⁸⁴ *Landgericht Koblenz DAR 52, 159; Shirmer DAR 88, 121 zitiert nach Lutz Meyer-Goßner, a.a.O, S1389, Rn2.*

⁸⁵ 德國刑事訴訟法第 172 條係有關聲請再議及強制起訴程序(*Klageerzwingungsverfahren*，相當於我國刑事訴訟法第 256 條再議聲請及第 258 條之 1 聲請交付審判程序)之規定，內容與本文有關者略以：當請求(檢察官提起公訴之人)*(Antragsteller)*即被害人(*Verletzte*)時，請求人有權於收受第 171 條(即不起訴處分)送達後 2 週內向上級審法院檢察署再議。

⁸⁶ 德國刑事訴訟法第 374 條係有關自訴權人要件(*Zulässigkeit; Klageberechtigte*)之規定，與本文有關之內容略以：被害人(*Verletzte*)得就第 374 條第 1 項所列 8 款之規定(如侵入住宅罪、妨害秘密罪、傷害罪、恐嚇危害安全、毀損罪等)依自訴途徑向法院提起訴追，無庸經檢察官許可起訴。

⁸⁷ 德國刑事訴訟法第 406d 條係有關對被害人通知(*Mitteilungen an den Verletzten*)之規定，內容與本文有關者略以：依聲請，被害人應受通知與其有關部分之訴訟程序終了之結果。

⁸⁸ Lutz Meyer-Goßner, a.a.O, S1389, Rn2; *KK, Engelhardt, a.a.O, §403, Rn 5.*

定被殺害者之遺孀(die Witwe des Getöteten)即扶養請求權人(Unterhaltsberechtigte)⁸⁹及民法第 845 條之扶養義務人(Dienstberechtigte)⁹⁰均為本條所稱之被害人。

又附帶民事訴訟的請求權人(der Antragsberechtigter)在程序法上的角色就其請求權限在訴訟過程而言並不重要，他除了是附帶民事訴訟的請求權人外，也可以同時是自訴人(Privatkläger)或從屬告訴人(Nebenkläger)，甚或是共同被告⁹¹。

第二項 我國刑事訴訟法之規定

按「因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序得附帶提起民事訴訟，對於被告及依民法負賠償責任之人，請求回復其損害。前項請求之範圍，依民法之規定。」刑事訴訟法第 487 條第 1 項及第 2 項有明文規定⁹²。此為我國刑事訴訟法第 9 編附帶民事訴訟關於得提起附帶民事訴訟之權利人及請求對象暨請求賠償範圍之規定。則何謂「因犯罪而受損害之人」？其與同法第 232 條及第 319 條之「犯罪被害人」指涉之對象及範圍是否相同？經考據立法院院會三讀審議條文之過程，就此問題亦未曾置一詞，討論內容大抵係就司法院與行政院會銜之草案版本進行標點符號之修正⁹³。惟我國學者通說均認「因犯罪受損害之人」不限於「直接被害人」(與同法第 232 條及第 319 條之「犯罪被害人」指涉之對象及範圍相同，均指因犯罪致個人法益直接受有損害之人)，間接受損害者亦包括之⁹⁴，實務上最高法院 52 年台上字第 2289 號判例要旨稱：占有人之占有被侵害時，該占有人亦為該條所定之被害人，系爭林地固屬國有，而非被上訴人管理處之私有，惟既在被上訴人管理範圍之內，被上訴人自得提起附帶民事訴訟，

⁸⁹ Landgericht Gießen NJW 1949, 727, zitiert nach Lutz Meyer-Goßner, a.a.O., §403, Rn 2. & KK, Engelhardt, a.a.O., §403, Rn 5. 德國民法第 844 條第 2 項規定：(前段)被殺害者於行為發生時若對第 3 人有某種關係而生法律上之撫養義務，且由於該殺害行為致第 3 人之法律上撫養請求權喪失，此時賠償義務人即應於被害人預估生命存續期間繼續支付(即賠償)第 3 人生活撫養費，第 843 條第 2 項至第 4 項亦適用之。(後段)當該第 3 人於殺害行為發生時已懷胎而尚未生產時亦有適用。

⁹⁰ Lutz Meyer-Goßner, a.a.O., §403, Rn 2.

⁹¹ Inger Bahnson, a.a.O. S.59.

⁹² 本條文為刑事訴訟法 56 年 1 月 13 日全文修正公布時所訂定。原條文係 17 年 7 月 28 日制定於同法第 506 條及第 507 條第 1 項。

⁹³ 立法院公報第 55 卷 38 期，第 12 冊，頁 28 至 32(56 年 1 月 6 日討論)。

⁹⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法下冊，頁 459；陳樸生，刑事訴訟法實務，頁 598。彼等所舉之例，如：被害人死亡者，其父母、子女及配偶；或如對於死亡之被害人，支出殯葬費之人；或如被害人對於第 3 人負有法定扶養義務者，該第 3 人等。細繹前舉 3 例，被害死者之父母、子女、配偶；支出殯葬費之人或受扶養權利之第 3 人，依法(如犯罪被害人保護法第 9 條第 2 款、第 3 款及第 6 條，民法第 1116 條)均為最近親屬，認渠等非因犯罪之直接被害人，係援引前揭德國實務及教科書見解，認直接被害人係生命法益受侵害之死者，而得對被告請求財產上賠償之最近親屬，係因被害人死亡而產生請求權，而認係間接被害人。

請求上訴人恢復原狀，拆除地上物並交還土地等語。然該判例並未指明占有人之占有被侵害時，該占有人為「間接」之犯罪被害人。按「對於物有事實上管領之力者，為占有人」、「占有人於占有物上行使之權利，推定其適法有此權利」、「占有人，其占有被侵奪者，得請求返還其占有物」及「前條請求權，自侵奪或妨害占有，或危險發生後，1年間不行使而消滅」，民法第940條、第943條、第962條及第963條分別定有明文，應認該占有人於占有物上行使之利益⁹⁵(主要為使用收益權)應予以保護，目的在維護占有人的利益和占有秩序，而不去區分占有人是否基於本權而占有，但法律並非以保護個人權利為惟一目的，而是通過犧牲真實權利人的某些利益而避免私力對於物所造成的破壞和不安定⁹⁶。故占有若有受侵害之情事，本文認兼有「對占有人自由意志之傷害」及「法秩序安定之破壞」2種法益⁹⁷之侵害，我國實務見解認為犯罪之直接被害人仍包括占有人(即不以間接被害人視之)在內⁹⁸。而遭受侵害之法益，包括個人之生命、身體、自由、名譽及財產等5類法益。另，請求權人依法並不包括被害人之繼承人(sein Erbe)，惟依學者通說所舉之例，似又包括之。此外，受請求之被告，依刑事訴訟法第487條第1項之規定，不以刑事訴訟程序進行中之被告為限，尚包括「依民法應負賠償責任之人」，即所有依民法應負單獨或連帶賠償責任之人，例如被告某甲因違反道路交通安全規則而犯刑法第284條第1項之過失傷害罪，造成某丙身體傷害之結果，其僱用人(即某甲所屬公司之負責人某乙)依民法第188條第1項亦可能成為某丙對其提起附帶民事訴訟之被告(雖某乙不致成為刑事過失傷害案件之被告)。至於賠償之標的及範圍，因須依民法之規定(同法第487條第2項)，故除財產上之損害外，尚包括非財產上之損害(即慰撫金)⁹⁹。

第三項 中國大陸刑事訴訟法之規定

⁹⁵ 占有究為權利或事實，各國因立法例不同而有異，羅馬法認占有為權利，稱為占有權，法國、日本及南韓民法採之；日耳曼法則認占有為事實，稱為占有，德國及瑞士民法採之。我國仿德、瑞立法例，規定占有僅係事實而非權利，然此項事實在民法上卻有一定之效力，不許私力擅加侵害，方足以維持社會之和平秩序，故具有法律之意義。參謝在全，民法物權論(下冊)，頁513至517。

⁹⁶ 趙曉鈞，論占有效力，頁154至157。

⁹⁷ 劉昭辰，民法系列一占有，頁2至3。

⁹⁸ 參最高法院26年鄂上字第255號判例要旨：刑事訴訟法第311條所謂犯罪之被害人，就財產法益言，並不限於所有權人，即占有人之占有被侵害時，該占有人亦為本條之被害人。因當時刑事訴訟法第311條係關於自訴權人之規定，且在中國僅犯罪之直接被害人得提起自訴，應認最高法院判例亦認占有為犯罪之直接被害人。我國判例如此見解，顯與前揭註釋所舉德國刑事訴訟教科書認限定物權人屬間接被害人(der mittelbar Verletzte)有別，足認被害人究屬直接或間接在某些案例之判斷上要屬不易。

⁹⁹ 陳樸生，刑事訴訟法實務，頁598。

現行中國大陸刑事訴訟法係於 1979 年制定，實施十餘年後，由於社會主義民主和法制建設發展及變遷之影響，司法實務亦累積了不少經驗，社會各界遂有對刑事訴訟法修正之需求，依據第 8 屆全國人民代表大會(下稱全國人大)常委會的規劃，自 1993 年起，全國人大常委會的工作部門會同中央有關部門，地方人大，政府和各方面的專家對刑事訴訟法進行調查研究，擬訂刑事訴訟法修正案，經 1996 年第 8 屆全國人大第 4 次會議審議通過¹⁰⁰，刑事訴訟法條文從 164 條增至 225 條，嗣於 1997 年 1 月 1 日施行，分為四編，第一編「總則」(分為九章)，第二編「立案、偵查和提起公訴」(分為三章)，第三編「審判」(分為五章)，第四編「執行」。惟除了刑事訴訟法典之外，全國人大常委會、最高人民法院、最高人民檢察院及其他依法行使特定刑事訴訟職權的機關分別就刑事訴訟法之適用，共同或單獨頒佈了上百件的立法解釋、司法解釋及其他規範性文件¹⁰¹，性質上均屬實定法規範之一部分。

與本論文有關之「附帶民事訴訟」，係規定於刑事訴訟法第一編(總則)第七章(附帶民事訴訟)，法典部分僅有簡短 2 條¹⁰²之規定，如附表一所示：

附表一

編號	條文及項次	要 旨	條 文 內 容
1	第 77 條 第 1 項	附帶民事訴訟的提起	被害人由於被告人的犯罪行為而遭受物質損失的，在刑事訴訟過程中，有權提起附帶民事訴訟。
	第 77 條 第 2 項		如果是國家財產、集體財產遭受損失的，人民檢察院在提起公訴的時候，可以提起附帶民事訴訟。
	第 77 條 第 3 項		人民法院在必要的時候，可以查封或者扣押被告人的財產。
2	第 78 條	附帶民事訴訟	附帶民事訴訟應當同刑事案件一併審判，只

¹⁰⁰ 中國大陸全國人大常委會法制工作委員會主任顧昂然於 1996 年 3 月 12 日在第 8 屆全國人大第 4 次會議對「中華人民共和國刑事訴訟法修正案」的說明，參劉志傳、劉科、吳江及魏昌東編，刑事訴訟法規範總整理，頁 60。

¹⁰¹ 劉志傳等編，前揭書，「編寫說明」第 1 段。

¹⁰² 劉志傳等編，前揭書，頁 20。

		訟的審理	有為了防止刑事案件審判的過分遲延，才可以在刑事案件審判後，由同一審判組織繼續審理附帶民事訴訟。
--	--	------	---

有學者認為，附帶民事訴訟，是指在刑事訴訟過程中，司法機關在解決被告之刑事責任的同時，附帶解決由遭受損失的被害人或人民檢察院提起的，由被告的犯罪行為所引起的損失賠償等民事責任而進行的訴訟活動¹⁰³。依附表一條文所示，並未就被害人

之定義及範圍作出說明，惟依後述(如第九章附表三至附表五)最高人民法院及最高人民檢察院公布之各項司法補充解釋，關於犯罪被害人之定義及範圍，包括下列內容：

- 一、被害人係指因被告之犯罪行為致生物質(或經濟)損失之人，而犯罪行為與物質(或經濟)損失間必須有因果關係。
- 二、適格之被害人包括公民、法人和其他組織、已死亡被害人的近親屬、無行為能力或限制行為能力被害人的法定代理人。至於所謂「其他組織」雖無進一步之解釋、判決或學說加以補充，惟本文以為應似我國民事訴訟法第 40 條第 3 項規定，具有民事訴訟當事人能力之非法人團體¹⁰⁴。又所稱「(已死亡被害人的)近親屬」，依其刑事訴訟法第 82 條第 6 項規定，近親屬是指配偶、父(母)、子女及同胞兄弟姐妹等；換言之，此處之「近親屬」是指配偶、一親等直系血親及二親等旁系血親。
- 三、人民檢察院可代表遭受損失的「國家財產或集體財產」，提起附帶民事訴訟，即當「國家財產或集體財產」之法益受侵害時，若無具體被害人提起訴訟時，得成為該等財產法益之代表人，而成為適格的附帶民事訴訟當事人。惟何謂「集體財產」？法無明文，亦無進一步之解釋、判決或學說加以補充，顯有未資明確之虞，仍有待修法加以具體特定俾利適用。

四、所生之物質（經濟）損失包括下列 3 類：

- (一) 因人身權利受到犯罪侵犯所產生，如醫療費用及喪葬費用。
- (二) 因毀損財物致生之經濟損失，如故意毀壞動產或不動產致令不堪用後，被害人支出之修復費用。

¹⁰³ 樊崇義等著，刑事訴訟法修改專題研究報告，頁 329。

¹⁰⁴ 學者有認為此處所指的「其他組織」包括企業單位、事業單位及社會團體等，得由其法定代表人或主要負責人代表其參加附帶民事訴訟。參王敏遠主編，刑事訴訟法，頁 249。

(三) 因被告侵占被害人之財物致生各該權利(包括所有權或物上使用權)無法利用之經濟損失,此時應令被告返還財物或依法追繳該等財物或令被告賠償等值之金額予被害人。

五、至於被告因實行犯罪行為,侵害被害人之人身權利致生精神損害(如因傷害致生殘廢所產生之痛苦感受),仍不得提起附帶民事訴訟。

於中國大陸審判實務,審理刑事附帶民事訴訟案件基本上是以這 2 條規定為依據,此外,與刑事訴訟法相適應的 1997 年修訂〈刑法〉也有相關的規定,該法第 36 條規定:由於犯罪行為而使被害人遭受經濟損失的,對犯罪份子除依法給予刑事處罰外,並應根據情況判處賠償經濟損失。承擔民事賠償責任的犯罪份子,同時被判處罰金,其財產不足以全部支付的,或者被判處沒收財產的,應當先承擔被害人的民事賠償責任。該條規定為刑事附帶民事訴訟提供了實體上的依據,並且提出了對被害人優先賠償的原則,意義重大¹⁰⁵。因此可知,(一)彼岸之刑事附帶民事訴訟制度之標的限於財產損害,不包括非財產上之損害在內;(二)方法包括發還原物於被害人、追繳或賠償,且對犯罪被害人之民事賠償採取了先行救濟之明文規定,堪認此乃事物當然之理。

第四節 我國金融七法就犯罪所得指涉應發還之被害人

行為人因違反證券交易法或其他金融犯罪所得之物,因該物原屬被害人而非行為人所有,本文認為此與所有涉及「不法所有意圖,侵害個人財產法益」之犯罪類型相同,是其所指涉之「被害人」,亦為個人財產法益因犯罪受損害之直接被害人。然該等犯罪所得在本質上無從解釋為以行為人具有應刑罰性(以罪責為基礎)為前題或具有保安處分(以社會危險性為基礎)之性質,而是屬於一種「準不當得利請求權之衡平措施」(quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme)¹⁰⁶。

(一)Eser 教授於前揭註釋書中稱:

德國刑法第 73 條至 73e 條規定了不同行為利得(Tatvorteil)的剝奪(Entziehung)方式,

¹⁰⁵ 樊崇義等著,前揭書,頁 331。

¹⁰⁶ Münchener Kommentar-Wolfgang Joecks, StGB, §73 Rn. 4b; Schönke/Schröder/Eser, StGB, vor § 73 Rn.18; StGB, Kommentar-Satzger · Schmitt · Widmaier, vor § 73 Rn.2-3; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, vor § 73 Rn.2-3.

特別是犯罪報酬(Tatentgelt)的追繳(Verfall)¹⁰⁷、利得剝奪(Gewinnabschöpfung)及額外收入的繳納(Abführung des Mehrerlöses)等均將之完整且系統地規定在一起。只要在適用總額原則(Bruttoprinzip)，即應承擔行為責任惡害(tatvergeltendes Übel auferlegt wird)的案件類型，則藉由剝奪違法所得利益或促成超過僅單純剝奪不法利得(Begünstigten ein über die bloße Gewinnabschöpfung hinausgehendes)，此時追繳的性質相當於刑罰制裁的性格(der Verfall seiner Rechtsnatur nach Strafcharakter)；相對於在不論罪責要件之關連性行為(nichtsschuldhaften Anknüpfungstat¹⁰⁸)的案型，則僅採淨額原則為基礎(Basis des Nettoprinzijs)，即所謂「準不當得利之衡平措施(quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme)」。

另就追繳標的方面觀察，可悉追繳之對象是所謂的犯罪所得 scelere quaesita，相對於沒收的標的則是所謂的犯罪工具及犯罪產物 instrumenta und producta sceleris¹⁰⁹，以及所謂「與犯罪行為有關連性的標的(Beziehungsgegenstände)」¹¹⁰。

(二)Joecks 教授於前揭註釋書中稱：

追繳的目的是根據先人流傳至今的觀點(überkommener Ansicht)，認為應自不當得利者(dem illegitimen Empfänger)處剝奪渠藉由違法行為獲得的財產利益，這就涉及到所謂的「準不當得利之衡平措施(quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme)」。

參照德國刑法第 11 條第 1 項第 8 款之規定可悉，追繳既非「刑罰(Strafe)」，亦非「矯正及保安處分之措施(Maßregel der Besserung und Sicherung)」，而是自成一格的公權力措施(eine Maßnahme eigener Art)。這種看法取代了舊有的觀點，舊觀點認為追繳具有刑罰制裁的性質(Strafcharakter)或者認為是一種保安處分並強調其具有補(賠)償的特徵(ein Sicherungs- bzw. Reparationscharakter betont wurde)。至於目前較有爭論的意見則是如何以與本議題相關的總額原則(Bruttoprinzip)代替淨額原則(Nettoprinzip)。¹¹¹

¹⁰⁷ 吳天雲，沒收犯罪所得應否扣除犯罪之成本，頁 63。該文亦贊同將 Verfall 之中文譯為追繳較妥適，因追徵係事實(或法律)上不能沒收時，以其價額代替沒收物向國庫繳納之裁量處分，故若譯為追徵恐生混淆。

¹⁰⁸ 所謂 Anknüpfungstat 是指某種需具備違法性的行為(eine rechtswidrige Tat erforderlich)，且僅以此為已足，根據德國刑法第 11 條第 1 項第 5 款(即違法行為 rechtswidrige Tat 之定義)之規定，為追繳對象之行為，只要是構成要件該當之違法行為 tatbestandsmäßig-rechtswidrig 即足為理由，而無庸探求罪責要素(aber nicht notwendig schuldhaft begangen sein)，Eser, a.a.O., vor § 73 Rn.4.

¹⁰⁹ Gerhard Köbler, Juristisches Wörterbuch-Für Studium und Ausbildung, S193,285. 吳天雲，沒收犯罪所得應否扣除犯罪之成本，頁 63(註釋 6)。

¹¹⁰ Schönke/Schröder/Eser, a.a.O., vor § 73 Rn.1-3.

¹¹¹ Münchener Kommentar-Wolfgang Joecks, a.a.O., § 73 Rn. 4.

早年追繳法制的意見立場：

直到 1992 年 3 月 6 日刑法第 73 條及以下等條文規定修正生效前，追繳命令之標的為「透過不法行為取得之財產利益(Vermögensvorteil)」，通說認為應剝奪行為人的淨利益，申言之，即需相應地扣除行為利得中可能已經產生的費用及成本(Aufwendungen und Kosten)，只要這些成本及費用會直接減少原有的財產利益，當時追繳的法律性質仍遭有差異(區別)地評價(unterschiedlich beurteilt)¹¹²。當時的通說認為追繳並非刑罰制裁(Strafsanktion)，而只是一種準不當得利之衡平措施(quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme)，目的在將權利恢復到相應的利益歸屬狀態，所關心者為與民法不當得利(德國民法第 812 條以下規定)相當之關連性。雖然追繳有助於理解犯罪行為為不容許取得報酬，但追繳卻有自成一格的法律效果，即不具有刑法的特徵(keine pönalen Züge)。申言之，應再剝奪違法受益者的財產利益，雖然被害人欠缺相應的衡平請求權(Es ginge darum, dem illegitimen Empfänger den Vermögensvorteil auch dort wieder abzunehmen, wo entsprechende Ausgleichsansprüche des Verletzten fehlten)。與此有關者係追繳作為一種自成一格的措施，無庸慮及行為人的罪責(gilt zum einen das Schuldprinzip nicht)，且追繳命令亦無庸考慮下列因素，即在刑罰裁量的框架內去斟酌對被告有利的因素(im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen ist)¹¹³。

(三)Burghart 教授於前揭註釋書中稱：

追繳法制在性質上之分類是介於「刑罰(Strafe)」與「矯正及保安處分(Maßregel der Besserung und Sicherung)」間的一種特別的態樣，其區別標準顯示出該行為的其他法律效果。追繳並非刑罰，因為它並無罪責要件(denn er setzt Schuld nicht voraus)。由於追繳命令(Anordnung)不得獨立於刑事判決(nicht von der Verurteilung zu einer Strafe abhängen kann)，但它也不是刑法第 43a 條規定的財產刑(Vermögensstrafe)、刑法第 44 條規定之從刑(Nebenstrafe)¹¹⁴或刑法第 45 條規定之附屬效果(Nebenfolge)¹¹⁵。追繳亦

¹¹² Münchener Kommentar-Wolfgang Joecks, a.a.O, § 73 Rn. 5.

¹¹³ Münchener Kommentar-Wolfgang Joecks, a.a.O, § 73 Rn. 6.

¹¹⁴ 德國刑法第 44 條(Nebenstrafe)係規定禁止駕駛(Fahrverbot)及吊扣駕照(Führerschein verwahren)等效果，我國刑法並無相關規定，而是在道路交通管理處罰條例等行政秩序罰法有相關規定。

¹¹⁵ 德國刑法第 45 條(Nebenfolge)係規定剝奪行為人服公職、選舉及被選舉擔任公職之權利，相當於我國刑法第 34 條第 1 款及第 36 條規定之褫奪公權。

非刑法第 61 條規定之「矯正及保安處分」¹¹⁶，因為它不負有影響改變行為人之功能，也不用來對付行為人可能發生的危害(von ihm ausgehenden Gefahr zu begegnen)¹¹⁷。追繳具有自成一格的法律效果，即一種類似不當得利的回應，從一更高的角度對違法行為造成的失序狀態重新安排適當的財產歸屬(von hoher Hand zur Wiederherstellung der durch eine rechtswidrige Tat in Unordnung geratenen Vermögenszuordnung)。而此種回應(Zugriff)並非作為財產上或精神上的損害賠償，雖然該損害是違法行為所由造成¹¹⁸。本文認為民法概念之「不當得利」要件滿足時，本應返還其利益予被害人，此法律效果(指我國民法第 179 條、第 181 條及第 182 條)即為一種衡平措施；當刑事違法行為與之競合時，自當予以準用(詳第五節所述)。故我國證券交易法第 171 條第 6 項(其餘金融七法及稍早通過之農業金融法第 57 條¹¹⁹亦同)自 93 年 2 月 4 日起增訂：犯第 1 項或第 2 項之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人、第 3 人或應負損害賠償金額者外，以屬於犯人者為限，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。堪認行為人因違反證券交易法之罪，其不法利得原則上須先審查有無被害人，若有則應發還之；否則(無被害人)才視是否屬於被告所有以決定應否沒收。然因違反證券交易法第 171 條之行為，本屬侵害個人財產法益之犯罪，必有被害人；此與公務員違反貪污治罪條例收受之賄賂，或販賣毒品者收受之價金，因無被害人(指交付賄賂之人或購買毒品者)，當無從返還而應予沒收有所不同¹²⁰，應予分辨。

再追溯我國各該賠償(或發還)被害人之立法例，尋其最早之法源依據¹²¹，發現係民國 36 年 6 月 27 日全文修正公布之妨害兵役治罪條例第 12 條¹²²及嗣於 52 年 7 月 5 日公

¹¹⁶ 德國刑法第 61 條規定之種類包括：(1)收容於精神病院(Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus)，(2)收容於戒癮機構(Unterbringung in einer Entziehungsanstalt)，(3)保安監督(Unterbringung in der Sicherungsverwahrung)，(4)行為監督(Führungsaufsicht)，(5)吊銷駕照(Entziehung der Fahrerlaubnis)及(6)職業禁止(Berufsverbot)。其中一部分相當於我國刑法第 12 章規定之保安處分。

¹¹⁷ StGB, Kommentar, a.a.O, vor § 73 Rn.2.

¹¹⁸ StGB, Kommentar, a.a.O, vor § 73 Rn.3.

¹¹⁹ 農業金融法係 92 年 1 月 8 日函請立法院審議，嗣交由立法院以經濟及能源、財政及法制三委員會併同台灣團結聯盟、親民黨、國民黨及民進黨版本之草案聯席會議審理，嗣經立法院於 92 年 7 月 23 日通過公布。參立法院公報第 92 卷 37 期院會紀錄頁 172 以下。

¹²⁰ 最高法院 69 年台上字第 879 號判例。

¹²¹ 參照農業金融法之立法理由(稱該法第 57 條規定係參酌洗錢防制法及貪污治罪條例之相關規定)；再參照洗錢防制法第 12 條規定之立法理由(稱係參酌貪污治罪條例及刑事訴訟法第 142 條之規定)，嗣再參照貪污治罪條例第 12 條規定之立法理由，則未再援引我國其他立法例。

¹²² 該條文第 1 項規定：犯前條第一款之罪，除追繳其財物交還被害人外，得併科一萬元以上五萬元以下罰金，犯第二款第三款之罪，得併科五萬元以上十萬元以下罰金，所受賄款應予沒收或追繳之。該

布之貪污治罪條例第 12 條(即現行法第 10 條)，該條文規定：「(第 1 項)犯第 4 條至第 6 條之罪者，其所得財物應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。(第 2 項)前項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額或以其財產抵償之。」堪認我國有關犯罪所得應發還被害人之法源，係源自妨害兵役治罪條例及貪污治罪條例，嗣經個別法律陸續加以援用¹²³。此外，貪污治罪條例第 12 條原即規定，對於行為人之犯罪所得(不包括犯罪工具或產物)，本應加以追繳(指原物)¹²⁴，再視有無被害人，決定應發還或沒收；且於未能追繳時，輔以追徵(價額)或抵償(行為人所有之財產)；其手段初不限於不能沒收時方得輔以其他強制處分(指追徵、追繳或抵償)，此為司法機關應以歷史解釋及體系解釋方法適用各單行法律漏洞時之依據。

第五節 準用不當得利請求權以衡平被害人權益之性質

如前所述，侵害個人財產法益之犯罪或經濟犯罪，其不法所得返還被害人之法理，應自「準不當得利之衡平措施」探求，則是否能從民法第 179 條至 183 條所規定之「不當得利請求權」中歸納出與我國經濟犯罪有關之行為態樣(如詐欺、背信、侵占、非常規交易、炒作、內線交易及非法吸金等)？若然，則可對犯罪所得發還被害人提供現有法體系中可資準用之理論基礎，其重要性不言可喻。

由於刑事不法(Kriminalunrecht)較諸民事不法(Zivilunrecht)與行政不法(Verwaltungsunrecht)之內涵而言，係不法內涵層次最高、最值得「非價」(Unwert)¹²⁵之

條例嗣於 44 年 5 月 17 日再次全文修正公布，保留原條文意旨，唯變更條號至第 21 條，並增加被害人死亡時之處理方式及抵償行為人財產之適用，令規範更為完整，該條文規定：犯本條例第 18 條或第 19 條各款之罪者，所得財物應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人，被害人死亡時，應發還其合法受益人。前項財物之全部或一部無法追繳時，應追繳其價額或以其財產抵償。惟本條例於 44 年 5 月全文修正時為何增訂如此內容，未見主管機關於立法院委員會議時說明其背景，亦無立法委員就該條文表示任何意見，參立法院公報第 15 會期第 2 期，頁 102 至 108。

¹²³ 最近於 98 年 1 月 23 日總統令公布、同年 6 月 1 日施行之特別刑法「人口販運防制法」亦同，其第 35 條第 1 項規定：犯人口販運罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人外，不問屬於加害人與否，沒收之。全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。同條第 3 項甚且規定：依第一項沒收之現金及變賣所得，由法務部撥交中央主管機關，作為補償人口販運被害人之用。堪認近年來立法政策已確實注意到犯罪被害人財產權暨其他基本權受侵害時，應命行為人自其不法所得予以發還或沒收追徵及抵償後再賠償被害人之意旨。

¹²⁴ 自將犯罪所得應予追繳之效果而言，性質上係從不當得利者應剝奪其所受利益，而非從侵權行為者應填補被害人所受損害的角度觀察，益可明瞭犯罪所得之追徵、追繳或抵償制度之性質乃「準」不當得利之衡平措施。

¹²⁵ 此非價判斷(Unwerturteil)之內容包括「結果非價(Erfolgsunwert)」、「行為非價(Handlungsunwert)」及「良知非價(Gesinnungsunwert)」等 3 項，參林山田，刑法通論(上冊)，頁 85 至 86。

「犯罪」行為¹²⁶，原則上必須經由司法機關(廣義的司法機關，包括檢察機關¹²⁷與法院)依法律授權之範圍及正當法律程序，方能就特定被告具體刑罰權(包括罪名及刑罰)之有無加以認定，於司法機關認定之前，他人不得任意置喙，否則若意圖散佈於眾，而指摘或傳述某甲係犯某罪之人，即足以毀損他人(該某甲)名譽，恐涉犯刑法第 310 條之誹謗罪¹²⁸。惟犯罪之不法所得，亦因此在司法機關認定行為人確有某犯罪行為之前，若被告有所爭執時，被害人對於遭被告侵奪之財產即有難以求償回復之虞，堪認司法機關就行為人觸犯某罪名之認定，足以變動行為人與被害人間就該財產權利之歸屬，其影響甚深可見一斑。

不當得利(羅馬法稱 *condictio sine causa*，德文 *ungerechtfertigte Bereicherung*，英文 *unjustified benefits*)¹²⁹者，乃無法律上之原因(*ohne rechtlichen Grund*)而受利益，致他人受損害(民法第 179 條)的事件，為法定債之發生原因¹³⁰之一。由於不當得利制度研究之內容甚多，在此當僅能討論與本論文議題有關之部分。首先，於羅馬法時期，關於不當得利之種類即有「基於竊盜之不當得利」，蓋竊盜他人財物者，一方面為犯罪，另一方面亦係不當得利，此時原失主自得提起「基於竊盜之不當得利返還請求訴訟(*condictio furtiva*)」以資救濟，且除此種訴權外，其他不當得利返還訴權均以受領者已取得標的物之所有權為前題¹³¹。我國民法關於不當得利制度(尤指「無法律上之原因」一詞)之分類，教科書均有所謂「統一說」及「非統一說」之說明，前者認為一切不當得利之基礎，應有其統一之概念，惟主張統一說之學者所提出之概念則並未統

¹²⁶ 犯罪乃一複合概念(*Komplexbegriff*)，就其實質內涵而觀，犯罪乃具不法(*Unrecht*)、罪責(*Schuld*)與應刑罰性(*Strafwürdigkeit*)等要素之刑事不法行為。屬於犯罪之不法行為，較其他不屬於犯罪之不法行為，具有較高之罪責內涵(*Schuldgehalt*)，參林山田，*刑法通論*(上冊)，頁 83 至 84。

¹²⁷ 依刑事訴訟法第 253 條及第 253 條之 1，檢察官於偵查終結時，雖足認被告有犯罪嫌疑者，亦得為(「職權」或稱「相對」或稱「裁量」)不起訴處分或緩起訴處分，並於不起訴處分確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，除非有同法第 260 條規定(相當於聲請再審要件)之事由，不得對於同一案件再行起訴，否則若再行起訴，依同法第 303 條第 4 款之規定，法院應為不受理判決，此稱為「實質(體)確定力」。參林鈺雄，*刑事訴訟法*(下冊)，頁 83 至 84。

¹²⁸ 例如某乙即因於其社區大樓電梯內張貼有關該社區管理員某甲遭竊盜罪提起公訴，第一審判決有罪等情，遭法院以誹謗罪判處有期徒刑 5 月。參台灣台北地方法院 98 年度易字第 2478 號判決。

¹²⁹ 蔡秀雄，*民法上不當得利之研究*，頁 1。關於羅馬法所稱之 *condictio* 即為德文 *die Kondiktion* 之字源，指德國民法第 812 條以下所規範之「不當得利請求權(*Anspruch aus ungerechtfertigte Bereicherung*)」，內容包括「給付型不當得利(*Leistungskondiktion*)」與「非給付型不當得利(*Nichtleistungskondiktion*)」，參 *Gerhard Köbler, a.a.O., S.213*。

¹³⁰ 最高法院 95 年度台上字第 1077 號民事判決：按不當得利乃對於違反公平原則之財產變動，剝奪受益人所受利益，以調整其財產狀態為目的，並以無法律上之原因而受利益致他人受損害為基礎，依法律之規定而發生債的關係。

¹³¹ 蔡秀雄，前揭書，頁 5 及頁 57。足認在羅馬法上即認為基於竊盜所提出之不當得利返還訴權係以受領者未取得標的物之所有權為前題甚明。

一，頗為紛歧，包括「公平說」、「正法說」、「債權及相對關係說」及「權利說」等¹³²，後者則認為各種不當得利各有其基礎，不能求其統一，因而對於其構成要件亦難為一致之說明，而應就各種不當得利類型分別判斷之，此為奧國學者 Wilburg 所倡導之「非統一說」，此說將不當得利「無法律上之原因」分為「給付類型之不當得利」及「非給付類型之不當得利」，而分別探求財產變動是否有法律上之原因¹³³，此乃現代不當得利制度類型化之通說¹³⁴。

「給付類型之不當得利」乃在調整欠缺給付目的之財產變動，認為凡依一方(指不當得利債權人)意思而「增益」他方(指不當得利債務人)財產，使他方受利益者，均有一定之目的，該目的在客觀上即為給付行為之原因，倘其給付目的自始不存在、目的不達或消滅時，財產變動即失其法律上原因，受領人應負返還義務¹³⁵。至於「非給付類型之不當得利」，有基於行為，有基於法律規定，有基於特定事件而各有不同，其共同特徵是此類案型之發生，均「非基於」不當得利返還請求權人為履行債務而為給付之結果，反而多係基於不當得利債務人本身或第 3 人之行為而獲得利益(侵害型或無權處分型)，至於受利益有無法律上之原因，應依其事由分別判斷受益人得否保有所受利益¹³⁶。「非給付類型之不當得利」中因受益人行為所產生債之關係者，德國學說上稱為 *Eingriffskondiktion*(侵害他人權益之不當得利)。所謂權益侵害型不當得利，係指侵害法律價值判斷上歸屬於他人權益內容之不當得利，亦即受益人取得利益，違反法秩序上的權益價值判斷；主要適用於因受益人自己的行為而取得應歸屬他人的利益，惟亦包括因第 3 人行為及法律規定等情形¹³⁷。學說上對於權益侵害型不當得利，所建立之判斷基準為：凡因侵害應歸屬他人權益而受利益，亦即依權益內容侵害在法

¹³² 楊芳賢，民法系列—不當得利，頁 6。蔡秀雄，前揭書，頁 49 至 53。

¹³³ 王澤鑑，民法債編總論第二冊—不當得利，頁 17。

¹³⁴ 呂偉誠，不當得利制度的理論建構與實務問題之研究，頁 10。蔡秀雄，前揭書，頁 69。

¹³⁵ 王澤鑑，不當得利，頁 20；楊芳賢，前揭書，頁 10。所稱「增益」即財產給與(或稱「出捐」；*Vermögenszuwendung*)，參蔡秀雄，前揭書，頁 54。

¹³⁶ 王澤鑑，不當得利，頁 20；楊芳賢，前揭書，頁 114；蔡秀雄，前揭書，頁 62 至 69。至於「非給付型不當得利」之類型，有區分為：侵害型(所舉之例為未經運動明星授權，即製造印有其肖像或姓名之商品銷售；或者侵害他人智慧財產權而牟取利益)、無權處分型、為他人支出費用型、求償型及法定型等 5 種(如楊芳賢著)；有區分為：基於受益人之行為(所舉之例為無權處分他人之物、無權出租他人之物或使用消費他人之物)、基於受損人之行為、基於第 3 人之行為、基於法律規定及基於事件之結果(如王澤鑑著、蔡秀雄著及呂偉誠前揭論文)。其中侵害型不當得利即相當於基於受益人行為之不當得利。

¹³⁷ 劉昭辰，債法總論實例研習—法定之債，頁 92。劉昭辰，「近年來最高法院所忽略的不當得利重要命題」，頁 6。

律價值判斷上專屬於他人之權益，即可認為基於同一原因事實致他人受損害。又侵害應歸屬於他人的權益內容而受利益，欠缺保有之正當性，亦即受益人取得利益不符合法秩序權益歸屬價值判斷，即構成無法律上之原因¹³⁸。

如前所述，由於經濟犯罪(如詐欺、背信、侵占、非常規交易、炒作、內線交易及非法吸金等)行為人均實行具有不法(Unrecht)、罪責(Schuld)與應刑罰性(Strafwürdigkeit)等要素之刑事不法行為而受有利益(即犯罪所得)，被害人則因財產權在形式上變動而遭受損害(即財產已移轉至行為人得支配管理範圍)，且行為人所受利益與被害人所受損害之間具有直接(Unmittelbarkeit)因果關係¹³⁹，本文認為此等基於受益人(即被告)行為而生之不當得利，性質上即屬權益侵害型之不當得利；惟其既屬犯罪行為，自應依法定程序由司法機關認定，並由司法機關於裁判書類(包括主文及理由)中說明犯罪行為之罪名、態樣及該所得之歸屬。若行為人對該所得是否屬於被害人所有與該被害人發生爭執時，被害人在司法機關認定前，尚不得據以主張返(發)還該不法所得，核其犯罪行為之性質，就民事不法而言，同屬「基於受益人(即犯罪行為人)之侵害行為」所生，乃具有違法性(Wiederrechtlichkeits)之不當得利¹⁴⁰，由於刑事不法行為其不法內涵恆高於民事不法行為，故基於受益人之刑事不法行為而生之不當得利，除同時必然具有民事違法性之外，往往同時構成民事侵權行為¹⁴¹，惟侵權行為乃對於被害人所受之損害，由加害人予以填補，俾回復其損害發生前原有狀態之制度，以受害人發生損害為其成立要件並以填補損害為目的，至於加害人是否受益則非所問；不當得利乃剝奪受益人之利益，使返還受損人之制度，俾調整財產價值之變動，故除被害人受有損害之外，更須受益人獲有利益始可，是二者之功能目的有別，請求權行使之要件亦不同，故不妨使其併存¹⁴²，最高法院 41 年台上字第 871 號民事判例：「因侵權行為受利

¹³⁸ 劉昭辰，法定之債，頁 88、92。

¹³⁹ 在因果關係的判斷上，傳統見解採直接因果關係，旨在適當限制不得利請求權當事人的範圍，使受損者不得對於間接獲利的第 3 人請求返還其所受之利益，參林大洋，「權益侵害型」不當得利—以最近法律座談會法律問題二則為例(上)；實務見解如最高法院 97 年台上字第 581 號民事判決及同院 96 年台上字第 2362 號民事判決。

¹⁴⁰ Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung, 1964, S.154f.; Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S.79. 轉引自王澤鑑，不當得利，頁 127。

¹⁴¹ 依民法第 184 條第 1 項前段規定，因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。由於經濟犯罪行為人均屬故意，且行為人主觀上均有為自己或第 3 人不法所有之意圖，行為復具有民事違法性，而受侵害之財產權復為憲法第 15 條所保障之人民基本權利，亦為刑法保護之法益，故往往同時構成侵權行為。

¹⁴² 蔡秀雄，前揭書，頁 147 至 148。王澤鑑，不當得利，頁 243 至 244。

益致被害人受損害時，依法被害人固有損害賠償請求權，與不當得利返還請求權，其損害賠償請求權雖因時效而消滅，而其不當得利返還請求權，在同法第 125 條之消滅時效完成前，仍得行使之，亦採相同見解¹⁴³。此外，關於「無法律上之原因」如何判斷？通說係採「權益歸屬理論(Zuweisungstheorie)」，認為權利均有一定之利益內容，屬於權利人而歸其享有。若違反權益歸屬理論而取得其利益者(例如無權處分他人之物而獲得價金)，係侵害他人權利，欠缺法律上之原因，應成立不當得利¹⁴⁴。是以經濟犯罪準用不當得利之要件，應從行為人(即該受益人本人或渠不法意圖所指涉之第 3 人)著手實行具有侵害性之「違法」行為及違反「權益歸屬」之不法利得尋其脈絡。

此外，就侵害型不當得利之民事舉證責任部分，由於受益人係因侵害行為受有利益，只要受益人有侵害事實存在，該侵害行為即屬無法律上之原因，受損人自不必再就不當得利之無法律上原因負舉證責任；如受益人主張其有受益之法律上原因，即應由其就此有利之事實負舉證責任¹⁴⁵。此與行使所有人之物上請求權時，請求權人(原告)只須就所有權之存在及相對人占有該物之事實負舉證責任，而無須證明相對人無權占有之事實，相對人(被告)如抗辯其係有權占有或非不法妨害時，則須就此事實負證明責任¹⁴⁶之情形相同。此民事舉證責任之分擔標準，足供我國實務對於犯罪所得追繳法制，檢察官之舉證責任與法院之澄清義務參考。申言之，本文認為，檢察官對於犯罪不法利得之歸屬，應證明被告特定行為(如詐欺、背信或非常規交易)具有構成要件該當之違法性，至於「該財產利益歸屬被告之法律上原因」，則應由法院調查澄清(此部分即應由被告證明其有權益歸屬之法律上原因)，如此自可使此部分刑事與民事訴訟之舉證責任趨於一致，與其餘法治先進國家之觀點接軌，促進犯罪被害人財產權之保障及行為人不法利得剝奪二法益之程序功能圓滿達成。

¹⁴³ 最高法院 56 年台上字第 3064 號民事判例亦同，均認不當得利請求權與侵權行為損害賠償請求權所據之事實如屬同一，則得依請求權競合(Anspruchskonkurrenz)之法理，就請求權因目的達到以外之原因消滅時(如罹於時效)，仍得行使其他請求權，參王澤鑑，民法思維與民法實例—請求權基礎理論體系，頁 199 及 202。

¹⁴⁴ 王澤鑑，不當得利，頁 128。楊芳賢，不當得利，頁 117。最高法院 94 年台再字第 39 號民事判決：民法第 179 條前段規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。其判斷是否該當上開不當得利之成立要件時，應以「權益歸屬說」為標準，亦即欠缺法律上原因而違反權益歸屬對象取得其利益者，即應對該對象成立不當得利。亦採此說。

¹⁴⁵ 林大洋，前揭文(下)。

¹⁴⁶ 謝在全，民法物權論(上)，頁 195。另最高法院 91 年台上字第 2182 號民事判決及同院 72 年台上字第 1552 號判決要旨亦同。

至於其法律效果(即不當得利返還請求權之客體)應如何準用？本文認為因行為人(即不當得利受領人)係以故意犯罪行為違反「權益歸屬」而「暫時」取得該等利益，自應準用民法第 181 條及第 182 條第 2 項不當得利之相關規定，或在學理上參考美國法「關係回復原則(relation-back doctrine)」之理論(參第八章第一節第二項以下)，即可得到下列結論。申言之，包括下列各項：

(一)所受利益及本於該利益更有所取得之利益(民法第 181 條前段)。後者包括：(1)原物之使用收益，指就原物所得之(天然及法定)孳息。(2)基於權利之所得(如債權所受之清償；獎券之彩金)。(3)原物之代償(如原物因毀損而由第 3 人取得之損害賠償或保險金)等¹⁴⁷。

(二)償還所受利益之價額(民法第 181 條但書)。

(三)受領時所得之利益，附加利息一併償還(民法第 182 條第 2 項中段)。

(四)受領時所得之利益如有損害，並應賠償(民法第 182 條第 2 項後段)。



¹⁴⁷ 王澤鑑，不當得利，頁 190。蔡秀雄，前揭書，頁 130 至 135。觀諸非給付型不當得利返還時之法律效果，相當於德國刑法第 73 條及第 73a 條追繳 Verfall 之規定(詳參本論文第八章第二節附表一編號 3 及編號 4)，此亦可呼應「準不當得利請求權之衡平措施」法理之一貫性。

第五章 憲法保障人民訴訟權之規範意旨

第一節 訴訟權之定義

依我國憲法第 16 條可知，訴訟權(Prozessgrundrecht, Verfahrensgrundrecht)，係指人民認為其權利遭受不法侵害時，得請求法院審判排除侵害、請求賠償以維護其權利之基本人權¹⁴⁸。大法官第 512 號解釋進一步闡明，憲法第 16 條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。可見訴訟權在形式上，係得向法院主張權利，實質上則係使個人權利獲得確實有效保障¹⁴⁹。因之，訴訟權的保障也是其他基本權程序保障功能的實現，故對於訴訟權的侵害，不僅是對訴訟權本身的侵害，更屬於對其他基本權保護的戕害¹⁵⁰。是以立法者有義務形成保障基本權的訴訟制度，亦即訴訟權之保障是一種制度性保障，且應讓所有受到侵害的公民法上的權利都有獲得有效率救濟的可能¹⁵¹，且應具備有效性、無漏洞性及充分性¹⁵²。

第二節 訴訟權之內涵

參考學者陳愛娥教授所歸納我國大法官解釋對訴訟權之詮釋，訴訟權具有下列三項內涵¹⁵³：

- (一) 憲法對於人民訴訟權之保障，是一種制度性保障，關於法院組織、訴訟程序，立法機關在一定形成空間內，有義務提供適當之組織及程序之規定。
- (二) 立法機關對於人民訴訟權之行使得為合理之限制(特別是不違反比例原則的要求)。
- (三) 為落實憲法基本權之規定，應提供其確實之訴訟保障。

因此，訴訟權之內涵，立法機關對於人民訴訟權之行使得為合理之限制，然仍應如

¹⁴⁸ 陳新民，中華民國憲法釋論，頁 333。

¹⁴⁹ 宋健弘，訴訟權之研究—以行政救濟制度為中心，頁 5。

¹⁵⁰ 李惠宗，從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障，頁 253。

¹⁵¹ Edzard Schmidt-Jortzig, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzip nach dem Grundgesetz, S.2596.

¹⁵² Klaus Stern, a.a.O, S.360, 962, 964, 1467.

¹⁵³ 陳愛娥，「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響，頁 57。

德國基本法第 19 條第 4 項中「實效性權利保障」(Effektivität des Rechtsschutzes)之內容，這也是法治國原則的核心價值¹⁵⁴，包括「最低限度之有效權利保障」(das Effektivitätsgebot als Mindeststandard wirkungsvollen Rechtsschutzes)，及「最適當之個人權利保障」(Die Optimierung des Individualrechtsschutzes)等 2 個面向。前者係指課予立法者在規範形成訴訟途徑(Rechtsweg)時，人民得「利用法院」(Zugang zu den Gerichten)之保障，並須避免以不正當(unsachgemäß)或者不合期待(unzumutbar)之方式造成人民利用法院途徑之困難，換言之，訴訟途徑不僅不可以被全面排除，亦不得以無期待可能之方式，造成人民在審級選擇時的困難¹⁵⁵。後者則是課予立法者最適當化之要求(Optimierungsgebot)，即立法者在形成一個配合得宜的權利救濟制度時，必須注意到這個制度是否對於人民權利保障而言，是一個最適當的選擇¹⁵⁶；誠如大法官釋字第 374 號解釋理由書指出：憲法第 15 條規定，人民之財產權應予保障。又人民有訴訟之權，憲法第 16 條亦有明文規定。人民財產權遭受侵害，循訴訟途徑謀求救濟，受理之法院，應依其權限，本於調查證據之結果，依經驗法則及論理法則等，就其爭執予以裁判，發揮司法功能，方符憲法上開條文之意旨。以達成藉由訴訟救濟「最適當之個人權利保障」之功能。

第三節 訴訟權之本質

第一項 無漏洞(lückenlos)的權利救濟途徑

法治國家既然禁止人民自力救濟以實現基本權，權利救濟程序的進行原則上由國家壟斷，國家自有義務於人民發生權利爭議時，提供人民適當且可接近利用並有效暨友善的審判組織與訴訟程序，俾實現人民基本權利的保護要求¹⁵⁷。倘若人民的基本權受侵害，卻無法透過訴訟途徑有效解決，或者訴訟途徑無法完善解決，都是對人民訴訟權之侵害，和憲法保障人民訴訟權之意旨自不相符。

第二項 公平的權利救濟途徑

¹⁵⁴ Edzard Schmidt-Jortzig, a.a.O. S2569 ff.

¹⁵⁵ Peter Michael Huber, in: Hermann von Mangoldt/ Friedrich Klein/ Christian Starck, Grundgesetz, Bd. I, Art. 19 Rn. 462. 程明修，訴訟權(上)，頁 3 至 4。

¹⁵⁶ Peter Michael Huber, a.a.O., Art. 19, Rn. 478.

¹⁵⁷ 劉宗德，憲法解釋與訴訟權之保障—以行政訴訟為中心，頁 401。

訴訟權，係確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利，因此國家應確保人民「有保護必要之權利」受侵害時，皆能請求法院裁判以救濟之權利，而訴訟權所要求之權利救濟，非僅徒具形式之權利，而必須是公正法律救濟途徑，所謂「公平的權利救濟途徑」，可再分為「組織上之公平救濟途徑」與「程序上之公平救濟途徑」。前者之內涵，除了包括權力分立、司法獨立，更要求作到法定法官原則與法官迴避制度。基於法安定性之要求並考量訴訟在處理大量性、集團性案件，訴訟程序應具備相當程度之形式性，使程序之利用與進行，具有預測可能性與理解可能性¹⁵⁸。至於程序上之公平救濟途徑，內涵包括「法律上聽審權」¹⁵⁹、「武器平等原則」¹⁶⁰、「訴訟程序之嚴格形式」¹⁶¹等。

第三項 有效的權利救濟途徑

大法官第 418 號解釋理由書提到：「憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。」然而何謂「確實有效之保護」，直到大法官解釋第 446 號於解釋理由書才將其進一步具體化：「人民有請願、訴願及訴訟之權，為憲法第 16 條所明定。所稱訴訟權，乃人民在司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時得提起訴訟請求權利保護，尤應保障人民於訴訟上有受公正、迅速審判，獲得救濟之權利，俾使人民不受法律以外之成文或不成文例規之不當限制，以確保其訴訟主體地位。」可見憲法第 16 條訴訟權之保障，需確保人民具有事實上有效之法院審查權，此與德國基本法第 19 條第 4 項人民防衛公權力侵害之權利，不僅保障人民尋求救濟之可能(即開放法院救濟管道)，並且賦與人民請求「有實效之法院審查」的權利相呼應¹⁶²。

至於有效審判程序之要求，一般包括訴訟程序之經濟、迅速，且「訴訟程序中應避免

¹⁵⁸ 劉宗德，前揭書，頁 403。

¹⁵⁹ 內容包括請求資訊權(Recht auf Information)、請求表達權(Recht auf Äußerung)及請求注意權(Recht auf Berücksichtigung)，落實聽審權(Grundsatz des Rechtlichen Gehörs)之保障，不但有助於發現真實以獲得正確裁判，更可促進訴訟。參林鈺雄，「變更起訴法條與突襲性裁判」，頁 19。

¹⁶⁰ 內容係指訴訟當事人雙方於訴訟程序中，具有相同之地位，賦有相同之權利。透過武器平等原則，使訴訟當事人在程序上受到公平對待，雙方共同於訴訟中追求正確之裁判，共同發現真實並促進程序正義。參宋健弘，前揭論文，第 94 頁。黃曉玲，犯罪被害人於刑事訴訟上之權利與定位，頁 41。

¹⁶¹ 由於訴訟權提供基本權救濟途徑，在於確保基本權的實現，而法定訴訟程序得以確實被遵守，將有助於真實的發現，使人民基本權獲得保障，是以形式規範的目的在於保障實體之權利，而非阻礙實體權利的實現，經由訴訟的促進，使當事人免於訟累。參宋健弘，前揭論文，第 96 頁。

¹⁶² 陳愛娥，立法者對於訴訟制度的形成自由與訴訟權的制度保障核心，頁 149。

惡化當事人之權利(如暫時之權利保護制度)」,「訴訟程序能合理釐清爭議法律關係或事實(包括證據)」及「法院所提供之救濟方法能滿足人民權利救濟之要求」等¹⁶³。訴訟程序之經濟,從當事人的角度觀之,即人民於訴訟上之花費(包括勞力、時間及費用之支出),必須小於其因訴訟能獲得之利益。而法院所提供之救濟方法能滿足人民權利救濟之要求,係指裁判方法及被害人於程序中所得享有之權利等,將會影響真實之發現與審判結果之要素,足以救濟受害權利。

第四節 犯罪被害人之訴訟權

刑事訴訟法既是憲法人權保障的測震儀,是憲法人權保障之具體規範,而正當法律程序之內涵,不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利,且實質上亦須使個人權利獲得確實有效之保護,可知憲法訴訟權之保障,要求實質有效之程序保障。

犯罪被害人,係其刑法所保護之生命、身體、自由、名譽及財產等法益受侵害之人,有依法定程序提起訴訟,並受法院公平審判之權利,大法官釋字第 396 號解釋理由書以:「憲法第 16 條所定人民之訴訟權,乃人民於其權利遭受侵害時,得訴請救濟之制度性保障,其具體內容,應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律,始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域,為訴訟權必備之基本內容,對其若有欠缺,即與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。」是以憲法訴訟權保護之對象為「人民」,初不限於「被告」,當然亦包括犯罪被害人,故憲法對犯罪被害人訴訟權之保障,應和被告一樣達到實質有效,而非僅為法制上形式之規定即足¹⁶⁴。惟檢視我國刑事訴訟法對於犯罪被害人訴訟權之保障,是否已符合憲法之要求?

有效的權利救濟途徑係訴訟權本質內涵之一,如前所述,犯罪被害人「利用法院」之權利須受法律保障,立法者不得以不正當之方式造成犯罪被害人利用法院之途徑發生困難。雖有學者認為刑事訴訟制度並非為保護刑事被害人之權利而設,刑事訴訟程序之犯罪被害人亦非當事人,國家刑罰權發動之目的,亦非在彌補或回復犯罪被害人所受侵害之法益。嚴格地說,刑事被害人在憲法上亦不當然享有接近使用法院之權利

¹⁶³ 劉宗德,前揭書,第 432 頁。

¹⁶⁴ 黃曉玲,前揭論文,第 47 頁

¹⁶⁵。惟歷次大法官解釋既以人民(包括被告及犯罪被害人)為憲法訴訟權保護之對象，均須受到實質有效訴訟權之保障，何以實踐憲法的刑事訴訟法得排除對犯罪被害人之保護？況就附帶民事訴訟而言，刑事訴訟法第 487 條第 1 項、第 494 條及第 495 條第 1 項已明文規定：「因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序得附帶提起民事訴訟，對於被告及依民法負賠償責任之人，請求回復其損害。」、「原告於審判期日到庭時，得以言詞提起附帶民事訴訟。」及「刑事訴訟之審判期日，得傳喚附帶民事訴訟當事人及關係人。」是以因犯罪而受損之被害人，自得於刑事訴訟程序，以原告地位提起附帶民事訴訟，對於被告請求賠償其損害，法院(刑事庭)於審判期日，亦得傳喚原告(即附帶民事訴訟之犯罪被害人)及被告(即刑事訴訟之被告)二造，此時犯罪被害人自為當事人之一造。是以附帶民事訴訟程序既規定於刑事訴訟法第九編而為刑事訴訟程序之一環，犯罪被害人於該程序中自應具有當事人之地位無疑。學者廖尉均亦稱，國家既然以司法權壟斷權利救濟之途徑，自有義務提供犯罪被害人接近使用有效及友善之訴訟程序¹⁶⁶，否則當人民基本權受到侵害，卻無適當的救濟管道，如何以合法手段保障其基本權？憲法保障人民基本權之要求豈不成為空談？

¹⁶⁵ 蔡宗珍，憲法解釋與訴訟權之保障—以行政訴訟為中心，頁 58。

¹⁶⁶ 廖尉均，犯罪被害人刑事訴訟權利之保護，頁 98。

第六章 不法所得扣押之必要性、依據及審查

第一節 扣押不法所得之必要性

第一項 理論基礎

英國從事實務工作學者 Trevor Millington¹⁶⁷ & Mark Sutherland William¹⁶⁸之見解¹⁶⁹：認為「如詐欺、販毒及恐嚇取財或其他以之為業之犯罪人，每每從其行為中獲得暴利而坐享優渥生活，近年來，除了對此等罪犯應嚴加定罪科刑外，尚應輔以剝奪其不法利得之需求愈甚。2002年通過之犯罪利得法 The Proceeds of Crime Act (POCA)可謂一部”重要且大部頭的成文法¹⁷⁰”(a statute of great size and importance)。此外，高等法院法官尚需掌握其中有關民事取回犯罪所得之新規定，例如當被告經宣告無罪(no one has been convicted)甚至不起訴(the defendant has been acquitted)時，若資產回復局(the Assets Recovery Agency)認被告所取得之財產與犯罪有關時，法院仍應依法剝奪該不法利得」。可知在英國近年來亦以成文立法方式，積極追訴處罰並剝奪犯罪行為人之不法所得，前提當以扣押其財產為要。

第二項 目的在修復正義

修復式正義(restorative justice)，係指藉由犯罪人對被害人的賠償與恢復原狀，彌平犯罪所造成的損害或傷口，從而建立一個和諧公平的社會。正義可以被定義為應報、矯治或修復、補償。目前仍以應報式正義(Retributive Justice)或懲罰模式(Punitive Model)為主流思潮；但我們也應了解，這只是處理犯罪的一種模式¹⁷¹。美國犯罪學者曾言：在整個人類歷史上，修復式刑事司法一直都是人類處理犯罪的主導模式¹⁷²。至於何謂修復式司法？有論者綜合各家學說後整理如下：修復式

¹⁶⁷ Millington 為英國「稅務及海關署檢察官辦公室」資產充公部(the Asset Forfeiture Division of the Revenue and Customs Prosecutions Office)資深律師，曾於1989年負責設立「關稅及貨物稅資產充公小組」(the Customs and Excise Asset Forfeiture Unit)，此後即負責專門研究與犯罪所得之扣押及沒收相關之法律，亦親自參與數起著名之經濟犯罪案件。

¹⁶⁸ William 近年來屢次擔任英國上訴法院(Court of Appeal)就犯罪不法所得問題之顧問，如 *Singh* (2004), *Capewell* (2005), *Re S* (2005), *Ashton* (2006)等案件，亦曾受「資產回復局」(Assets Recovery Agency)任命為首席顧問，俾就犯罪所得法(POCA 2005)及重大組織犯罪及警察法(SOCPA)起草有關保全程序之管理命令(an interim receiving order)及民事假扣押命令(a property freezing order)。

¹⁶⁹ T. Millington & M. S. William, *Id.* at Foreword to the First Edition.

¹⁷⁰ 按 POCA 2002 共 462 條(sections)，分為 12 章(schedules)，共 323 頁，內尚有 130 頁的註解(Explanatory Notes)用以協助理解該部法律。

¹⁷¹ 許春金，修復式正義的理論與實踐，頁 35。

司法是對於因犯罪行為受到最直接影響的人們，即加害人、被害人、他們的家屬，甚至社區的成員或代表，提供各式各樣對話與解決問題的機遇，讓加害人認知其犯行的影響，而出於自願負起責任，及努力修復被害人的情感創傷並填補實質損害。相對於以刑罰為中心的現行刑事司法制度，修復式司法關注的重點不在懲罰或報復，而是國家如何在犯罪發生之後，療癒創傷、恢復平衡並復原破裂的關係，並賦與「司法」一種新的意涵，即在尋求真相、尊重、撫慰、負責與復原中實現正義¹⁷³。

行為人因經濟犯罪獲取之不法利得，因為行為與利得間有因果關係，被害人因此遭受損害，所謂「羊毛出在羊身上」，自應由犯罪行為人填補或賠償被害人之損害，此乃法學論述中最重要且層次最高的基準點，即「正義」(justice)¹⁷⁴。我國刑事訴訟法第9編附帶民事訴訟之規範目的即在於對於因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序得附帶提起民事訴訟，對於被告及依民法負賠償責任之人，請求回復其損害，其本旨可認與修復正義相同。

第三項 避免隱匿或掩飾後難以追索

因經濟犯罪所得龐大，行為人於犯罪後為隱匿、掩飾其不法所得或財產上利益，往往旋即以提領現金製造資金斷點、分散匯款至他帳戶、買賣其他貴重財產標的、一次付款購買高額壽險保單及以低於政府規定之防制洗錢交易申報門檻之多張支票，在短期內分散提領再存入不同(人頭)帳戶等方式將不法所得漂白或致令難以辨識¹⁷⁵，目的在避免司法機關循跡索證，認定資金流向或避免被害人向民事法院舉證贓款究在何處致遭假扣押。是保有鉅額不法所得既為經濟犯罪行為人之目的，則洗錢往往配合經濟犯罪附隨併生，自屬犯罪行為不可欠缺之環節，為免不法所得難以追回，亡羊補牢之策當以依法扣押經濟罪犯之不法所得為要，俾利將來刑事判決沒收或發還被害人。否則將來再行追繳、追徵或抵償，恐已脫產殆盡，徒留口惠。

第四項 行為人享有犯罪成果，等於間接鼓勵犯罪

尚未顧及經濟罪犯因行為所取得的鉅額利益，單純僅從其行為可受非難性的制裁著

¹⁷² John Braithwaite, A Future Where Punishment Is Marginalized ; Realistic or Utopian ? , P1727-1750.

¹⁷³ 陳靜如，修復式司法在我國實踐之探微(三)，第3版。

¹⁷⁴ 熊秉元，法律的經濟分析：方法論上的幾點考慮，頁9。

¹⁷⁵ 黃士元，新加坡刑事偵查審判實務介紹，頁30至34。

手，則行為人雖受刑事制裁，卻也能夠從犯罪行為中取得相當的利益，兩相權衡，則抗治犯罪的刑事政策網絡上仍有明顯缺口¹⁷⁶。故不論就一般預防或特別預防之刑事政策而言，均有剝奪行為人犯罪所得而予先行扣押之必要。

第五項 為犯罪證據

刑事訴訟法第 133 條規定：可為證據之物或得沒收之物，得扣押之。而不法利得(案例 1：如某貸款人意圖為自己不法之所有，提供偽造發票及不實之公司財務報表，向數家金融機關詐貸所得款項，經該等授信行庫依貸款人之指示，存入特定金融帳戶)(案例 2：如某公開發行公司欲租用不動產，其負責人乃基於為自己不法所有及損害該公開發行公司之意圖，明知其利害關係人〔可能是自然人或法人〕所有之不動產條件不佳，不適合供該公開發行公司使用，惟仍透過控制該董事會表決權之機會，與該負責人之利害關係人簽訂「支付高額押租金代替月租金」之非常規交易契約，將該公開發行公司之資金輸送給利害關係人，嗣租期屆至仍不斷展延返還押租金之時點，致該公司終對押租金提列呆帳，嗣並拍賣所租賃之不動產，仍不足清償押租金債權¹⁷⁷)乃經濟犯罪行為之結果，(在案例 1 之被害人為金融機構，貸款人之犯罪所得為多家金融機構之所有授信款項；在案例 2 之被害人為某公開發行公司，負責人之犯罪所得為利害關係人所取得之押租金)為客觀不法構成要件要素之一，亦為起訴書及判決書犯罪事實應記載明確之內容，自得以之為犯罪證據加以扣押。

第二節 扣押不法所得之依據

扣押犯罪所得之基本規定，可分兩部分(扣押之客體及扣押之主體)說明：

一、扣押之客體：按可為證據或得沒收之物，得扣押之。對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付。刑事訴訟法第 133 條有明文規定。故任何扣押，都以第 133 條第 1 項為前提¹⁷⁸。

1. 所稱可為證據之物，關於是否「可為」證據之物的判斷，應以有合理根據為必要；

¹⁷⁶ 柯耀程，沒收、追徵、追繳與抵償制度之運用與檢討，頁 5。

¹⁷⁷ 類似案例如台北地院 96 年度矚重訴字第 2、3 號判決書，亞太固網部分(犯罪事實、論罪理由及附件)頁 4 至 5。

¹⁷⁸ 林鈺雄，搜索扣押註釋書，頁 198。

至於所稱可為「證據」之「物」，則「證據」與「物」之概念皆應採廣義說¹⁷⁹。

2. 「證據」之概念：

- (1) 若以證據與待證事實的證明關係具體與否，可區分為「證據方法(Beweismittel)」與「證據資料」，則第 133 條第 1 項並不限定於證據方法，而係泛指一切可資以證明犯罪成立與否的證據資料(素材)。
- (2) 若以證據所欲證明者乃與犯罪構成要件有關係之程度深淺不同，則可將證據區分為直接證據、間接證據與輔助證據¹⁸⁰。而第 133 條第 1 項所稱之證據，並不限於直接證據，尚包括間接證據與輔助證據¹⁸¹。
- (3) 若以刑法之犯罪成立要件而言，可為證據之物，包括一切可資認定構成要件該當性、違法性或有責性的證據之物。是刑事訴訟法第 133 條第 1 項自應包括上揭所有性質之證據。

3. 得沒收之物：散見於刑法及附屬刑法有關之規定。而刑法沒收之規定，可再分為刑法總則之沒收通例及刑法分則的沒收特例。

- (1) 刑法總則之沒收通例：刑法總則第 38 條規定得沒收之物的一般通例，共有下列 3 種—
 - A. 違禁物，不問屬於犯人與否，沒收之。
 - B. 供犯罪所用或犯罪預備之物，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。
 - C. 因犯罪所生或所得之物，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。
- (2) 刑法分則之沒收特例：
 - A 犯普通賄賂罪、違背職務賄賂罪或投票行賄罪所收受賄賂之沒收(刑法第 121 條第 2 項、122 條第 4 項及 143 條第 2 項)¹⁸²。

¹⁷⁹ 林鈺雄，前揭書，同頁。

¹⁸⁰ 林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，頁 369。

¹⁸¹ 最高法院 93 年度 4632 號判決：告訴人之告訴，係以使被告受刑事訴追為目的，是其陳述是否與事實相符，固仍應調查其他證據以資審認。然證明告訴人指訴與事實相符之證據，並不以直接證據為限，若間接證據，已足供佐證告訴人之指訴為真實，亦非不得以之與告訴人之指訴，相互印證，併採為判決之基礎；則告訴人之指訴，如有其他間接證據可為補強時，審理事實之法院，對於該等補強證據，是否足供證明告訴人之指訴與事實相符，自應於判決理由內詳加審認、說明，否則即有判決理由不備之違法。

¹⁸² 此 3 罪名之沒收之立法例，均係以「犯前項(第 1 項或第 2 項)之罪，所收受之賄賂沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額」，性質上係沒收犯罪所得。與刑法分則其他沒收特例(指 BCDEFG)之對象，或為違禁物(如 E 之毒品或其種子)、或為犯罪工具(如 B、D、E 之吸食器及 F)或為犯罪產物(如 C、D 及 G)，其立法例係以「(偽造)之...，不問屬於犯人與否，沒收之」，性質上係屬專科沒收之物，得單獨宣告沒收有異，不得混為一談。

- B.偽造貨幣、有價證券及其器械原料之沒收(刑法第 200 條及第 205 條)。
- C.偽造度量衡、印章、印文、署押之沒收(刑法第 219 條)。
- D.猥褻物品之沒收(刑法第 235 條第 3 項)。
- E.毒品、其種子或吸食器之沒收(刑法第 265 條)。
- F.當場賭博之器具、賭檯或兌換籌碼處之財物之沒收(刑法第 266 條第 2 項)。
- G.竊錄物品之沒收(刑法第 315 條之 3)。

由刑法分則沒收特例可知，其沒收之標的或本質上非被害人所有(如 A 之投票行賄者所交付之賄賂及 BCDEFG)，或一方雖有交付價金或財物，但因交付者亦有犯罪行為(如 A 之違背職務之行賄者)，或渠所交付之價金或財物之行為應加非難(如 A 之不違背職務之行賄者)，自不宜認該交付者為被害人而發還之¹⁸³。惟就經濟犯罪行為所取得之不法所得物，原則上既均來自個人財產法益受侵害之被害人，依法自應將該等不法利得返還予被害人，難認係屬犯罪行為人所有而得宣告沒收，否則被害人豈不求償無門。惟因犯罪行為完成後，該不法所得之標的物在外觀上已移轉成行為人持有或所有狀態；換言之，行為人在客觀上已能支配、管理及處分該標的物(如該財產或資金登記在行為人名下)。此時，惟司法機關(指廣義之司法機關，包括檢察官與法院)始得認定犯罪(包括被告、行為事實及被害人)嫌疑存否及其範圍，且慮及扣押不法所得之必要性，因之司法機關自可依刑事訴訟法第 133 條第 1 項之規定，以該不法所得具有「可為證據之物」或「得沒收之物」，或兼而有之，作為扣押依據及理由，因扣押在訴訟法上之性質僅保全程序之作用¹⁸⁴，至於將來法院在本案中如何認定犯罪事實(應發還被害人或沒收)，尚不影響判斷應否扣押之處分或裁

¹⁸³ 最高法院 93 年台上字第 5421 號判例：公務員經辦公用工程，收取回扣罪，其交付回扣之人縱係對公務員職務上之行為為之，不成立交付回扣罪，但此種玷辱公務員應公正廉潔執行職務之違背公序良俗行為，自不在法律保護範圍之內，倘猶認其屬被害人，豈非變相鼓勵貪污？自與制定貪污治罪條例旨在嚴懲貪污，澄清吏治之立法本旨有違。是以對公務員經辦公用工程，交付回扣之人，不能認屬被害人，其所交付之回扣應予沒收，不得發還等語。至於其不得發還之本質，本文認為亦可從民法第 180 條第 4 款「因不法原因而為給付者，不得請求返還」之規定尋得依據，益徵準不當得利之衡平措施理論之一貫性。

¹⁸⁴ 德國刑事訴訟法基本上亦將物的保全區分為：1. 為保全證據的扣押，亦即對證據客體之保全(第 94 條以下)，及 2. 依該法第 111b 條至第 111p 條，為確保刑之執行所為之扣押，例如沒收、追徵及財產刑(刑法第 73 條以下、第 74 條以下，第 43a 條)，此外，只要不是無法依刑法第 73 條第 1 項第 2 段進行追徵者，則其亦應含賠償被害人或「物歸原主」(Zurückgewinnungshilfe)之功能。參 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，頁 372。

定¹⁸⁵之依據。

二、扣押之主體：

1. 扣押之決定機關：依刑事訴訟法第 403 條及第 416 條之規定可知，扣押之決定機關包括檢察官、審判長、受命法官、受託法官或法院¹⁸⁶。最高法院 69 年台上字第 2412 號判例要旨亦同。
2. 扣押之執行機關：依刑事訴訟法第 136 條第 1 項規定，扣押，除由法官或檢察官親自實施外，得命檢察事務官、司法警察官或司法警察執行。可認執行機關分為兩類，法官及檢察官為第 1 類(即決定機關兼執行機關)，司法警察機關為第 2 類(單純之執行機關)。

第三節 扣押不法所得之司法審查

- 一、扣押決定機關於偵查中或審理「為確保訴訟程序客體之保全」而為扣押處分或裁定時，必需說明：何以該扣押客體有重要之證據作用及扣押之範圍¹⁸⁷。
- 二、扣押決定機關於偵查中或審理「為確保刑之執行所為之扣押」而為扣押處分或裁定時，必需說明：何以扣押物為被告所有，因犯罪所得之物，俾利將來追繳或沒收之用，或雖非被告因犯罪所得之物，惟係被告所有之財產，扣押之目的在供將來不能追繳時，得次順位予以追徵價額(或抵償被告其他財產)予被害人之用；或該扣押物為被害人所有之物，有先予以扣押俾將來發還被害人或供追繳之用。
- 三、扣押決定機關於審查是否有扣押必要之標準時，因扣押係屬證據保全之強制處分程序，依刑事訴訟法第 159 條第 2 項(傳聞法則適用之例外)之規定，得採用傳聞證據作為認定之依據。是以扣押犯罪所得，司法機關既得以傳聞證據為認定標準，自得依自由的證明法則¹⁸⁸審查檢察官聲請扣押之證據能力及證據證明

¹⁸⁵ 依刑事訴訟法第 404 條規定，對於判決前原審法院所為之扣押裁定得抗告於直接上級法院。同法第 416 條規定，對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為扣押處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之。

¹⁸⁶ 惟林鈺雄教授於前揭搜索扣押註釋書第 220 頁則以：我國法就扣押部分並未單獨規定其決定機關，刑事訴訟法第 133 條第 1 項僅稱「．．．，得扣押之」，但確未規範何人有權決定扣押之，故就扣押之決定機關，立法其實是付之闕如。

¹⁸⁷ 參 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，前揭書，頁 373 至 374。

¹⁸⁸ 最高法院 90 年度台上字第 2774 號判決：「所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制。」

力。



第七章 我國犯罪不法所得沒收或發還被害人之法制

第一節 台灣日據時期之法源

為從本土(斯土斯民生長的這塊法領域，即台灣省，包括澎湖縣在內)立場出發以理解並貼近這塊土地所適用的法制及司法實務經驗，乃選擇以台灣日據時期的法源(而非同時期之清末民初在中國大陸施行適用的法制)作為本章研究的對象，就此法域所實施致形塑之習慣與法律感情等文化因素併同觀察。

第一項 背景說明

日本與清國於西元 1895 年簽訂馬關條約，台灣的主權於當年條約生效後即割讓予日本，依日本政府於 1896 年 4 月 1 日起實施之「法律第 63 號」(一般稱為「六三法」)所頒布「有關施行於台灣之法令之法律」，其中第一條規定「台灣總督在其管轄區域內，得制定具有法律的效力之命令」。表示由台灣總督於 1895 年 11 月 7 日以日令(軍事命令)¹⁸⁹所頒訂之台灣住民刑罰令¹⁹⁰，具有法源之效力。由於台灣住民刑罰令(共 43 條，分為二章，第一章總則，共 12 條，第二章犯罪及刑罰，共 31 條，相當於分則)不若當時日本已公布之刑法(共 430 條，分為 4 編，第 1 編總則共 114 條，分為 10 章；第 2 編有關於公益之重罪輕罪，自第 116 條至第 291 條，分為 9 章；第 3 編對於身體財產之重罪輕罪，自第 292 條至第 424 條，分為 2 章；第 4 編違警罪，自第 425 條至第 430 條)¹⁹¹內容之多，故依台灣住民刑罰令第 3 條¹⁹²之規定，可悉當時於日本內地生效施行之刑法，亦可補充適用於台灣。

惟當時日本刑法(現稱舊刑法)並非現行日本刑法，而係仿效法國 1810 年公布之刑法，於明治 14 年(西元 1881 年)公布，1882 年施行。至於日本現行刑法，則係仿效德國 1870 年刑法典，於明治 39 年(西元 1907 年)公布，1908 年施行¹⁹³。是台灣於日據時期，日本刑法之適用情形亦分為兩個時期，於 1895 年至 1908 年(共 13 年)適用日本舊刑法，

¹⁸⁹ 王泰升，台灣法律史概論，頁 275。

¹⁹⁰ 明治 28 年(西元 1895 年，清光緒 21 年)11 月 7 日，日令第 21 號頒訂：台灣住民刑罰令、台灣住民治罪令、台灣住民民事訴訟令及台灣監獄令，核定如附件，自明治 28 年 11 月 20 日起實施，參日據初期司法制度檔案，台灣省文建會編，頁 4。

¹⁹¹ 牧野英一，日本刑法通義，陳承澤譯，頁 249 至 307。

¹⁹² 該條規定：本刑罰令正條雖無行為記載，而在日本陸海軍刑法及普通刑法有正條者得以罰之。但其刑須斟酌輕重適用本刑罰之刑。

¹⁹³ 牧野英一，前揭書，頁 3。

於 1908 年至 1945 年(共 37 年)¹⁹⁴適用日本現行刑法。

依台灣住民刑罰令第 1 條、第 4 條及第 8 條之規定¹⁹⁵，可知於台灣所適用之實體刑法為該刑罰令，該刑罰令所規定沒收之對象，包括違禁物、犯罪工具及犯罪所得。依該刑罰令第 3 條規定，似乎日本內地刑法可藉該刑罰令第 3 條之規定引為橋樑條文而適用於台灣，惟實際上日本內地刑法並非可依台灣住民刑罰令第 3 條規定，當然適用於台灣住民，尚需視台灣總督之裁量而定，例如台灣總督府法院院長山本忠彰於 1895 年(即明治 28 年或清光緒 21 年)12 月 13 日以院第 84 號去函台灣總督府民政局，內容係「請將另紙附件(即有關刑罰令第三條院長提出注意案)分發有關人員參辦，特此懇託。」嗣台灣總督府民政局(局長望月)於明治 28 年 12 月 14 日即以民第 1296 號轉陳該附件予本島各地方行政機關(台北縣廳、基隆支廳、淡水支廳等)¹⁹⁶。前開注意案內容係以：“台灣住民刑罰令第 3 條：「本刑罰令正條雖無行為記載，而在日本陸海軍刑法及普通刑法有正條者得以罰之。」上記刑罰令條規定要儘量減少繁雜，因無可能將萬般犯行網羅，且慮及在施政上不可忽視之犯行而在刑罰令又無正條處罰條文，致發生不合理；另一點是有關風儀之犯行以至於要劃一規定罰條則不如細察土地習俗適應情形，或罰，或付之不問，存有活用餘地為宜。對所訂條文，苟觸犯正條則量刑一概罰之，則失去立法意義，用「得」字此乃聽許之詞，至於本條之效果，即要待該官憲之自由運用。爰列舉犯行是否應加處罰，雖甚難預定，例如賭博清國律例定有罰條，在台灣住民亦並不知其為不法行為，但官民均蔑視法律，盛行其事，積年因習，殆成默許之實況，今欲速藉刑罰欲加以矯正，固亦不易，除非彼等大肆開張賭場圖利，或招集大批賭徒，弊害顯明者外，其他一切情況均不致於應嚴加防壓，既未釀成公害則暫以寬假，在警察方面止於訓誡，而隨一般程序之進展漸次矯正之，在施政上以此為宜，但仍要察土地習俗實際如何，或罰之或付之不問者當不少也，該等官憲官宜體會斯意自由運用，適當斟酌，以舉刑罰令第 3 條之效果，是所企望焉。”又如台灣總督府參謀

¹⁹⁴日本 1907 年刑法公布至 1945 年日據時期結束為止，經過下列 2 次修正：(一)1921 年法律第 77 號，此次修改僅將刑法第 253 條關於業務侵占罪的法定刑由「1 年以上 10 年以下懲役」，改為「10 年以下懲役」。(二)1941 年法律第 61 號，此次修改了關於沒收、公證書原本不實記載罪、受賄罪、受託受賄罪、事前受賄罪及行賄罪的規定，增加了關於追徵、妨害強制執行罪、妨害拍賣投標罪、使請託人向第 3 者提供賄賂罪，加重受賄罪及事後受賄罪等規定。參張明楷譯，日本刑法典(第 2 版)，頁 1。

¹⁹⁵該刑罰令第 1 條規定：本刑罰令適用於台灣(包括台灣島、澎湖列島及附屬諸島)住民。第 4 條規定，刑為下列四種：死刑、徒刑、罰金、沒收。第 8 條規定，下列物品要沒收：法令有禁制之物品；供犯罪用品；因犯罪而得到之物品。

¹⁹⁶日據初期司法制度檔案，頁 16 至 18。

長(男爵)太島久直於明治 28 年 11 月 20 日以民第 992 號去函(民政)局內各單位¹⁹⁷，對台灣住民可適用普通刑法阿片煙條文之疑義，覆以：台灣住民刑罰令第 3 條「本刑罰令正條雖無行為記載，而在日本陸海軍刑法及普通刑法有正條者得以罰之。」云云，依台灣住民所為觸犯普通刑法第 2 編第 5 章第 1 節有關阿片煙正條¹⁹⁸即可罰之。但經上級詮議結果，暫時置之不問為宜，請各該官吏體會斯意，至於觸犯刑罰令第 24 條則超出置之不問之限度姑不待言。特此作內部通知。堪認日據初期之統治階層對台灣人民於刑法之適用，確以達成其殖民政策之需求為要，並未如其對內地日本國民相同之標準，簡言之，若未傷及日本人民之法益(如台灣住民觸犯賭博罪或施用毒品鴉片罪)，且加以治罪恐浪費統治階級之資源，寧可置之不論(即無庸追訴處罰)。是日本內地刑法當時是否已完全依台灣住民刑罰令第 3 條之規定，可全盤補充適用於台灣，尚屬可疑。

迨 1896 年 4 月 1 日台灣進入「民政時期」後，台灣總督於同年 8 月以律令第 4 號規定：在台灣之犯罪依帝國刑法處斷，但其條項中對於台灣住民難以適用者，依特別之規定¹⁹⁹。據此，日本(舊)刑法典即成為該律令之一部而可適用於台灣。

第二項 日本舊刑法規定

日本舊刑法第 10 條²⁰⁰規定，沒收為從刑(附加刑)之一種，該法第 43 條及第 44 條規定沒收之要件，包括：法律禁制之物件、供犯罪用之物件及因犯罪所得之物件。而法律禁制之物件，無論何人所有，皆沒收之。如供犯罪用之物件及因犯罪所得之物件，除係犯人所有或別無所有權人外，不得沒收。由此可知，台灣於日據時期所適用之刑罰令與日本舊刑法對於沒收之標的相同，包括違禁物、犯罪工具及犯罪所得，惟刑罰令並未規定此三種物品沒收是否以「犯人所有或無其他所有權人」存在為前題。然因日據時期在台執行刑事審判之法官均須經日本司法官之國家考試(自 1923 年起與辯護士考試合併，稱「高等文官司法科考試」)及格後，任用為後補法官，實習 1 年半(1908 年以前為 3 年)後始取得資格²⁰¹，堪認均屬專業精英法曹，對日本刑法關於沒收規定之立法理由必能掌握，應可逕依刑罰

¹⁹⁷ 日據初期司法制度檔案，頁 19 至 20。

¹⁹⁸ 日本舊刑法第 2 編第 5 章第 1 節條規定「關於阿片煙罪」，自 237 條至 242 條(共 6 條)。

¹⁹⁹ 王泰升，前揭書，頁 276。

²⁰⁰ 該條規定：以記載於下者，為附加刑：一、褫奪公權。二、停止公權。三、(刪除)。四、監視。五、罰金。六、沒收。參牧野英一，前揭書，頁 251。

²⁰¹ 陳銖雄，日治時期的台灣法曹，頁 91。王泰升，台灣日治時期的法律改革，頁 133、136。

令第 3 條之規定而援引日本舊刑法第 44 條之規定決定是否予以沒收。另依日本舊刑法第 46 條至第 48 條²⁰²，有關於贓物(即因犯罪所得之物)應於法院審理時逕發還被害人之規定，而被害人是否提出請求在所不論，且無論行為人受科刑或免刑之判決均有適用。可見日本舊刑法就財產犯罪不法所得應以發還被害人為優先保護之法益已有明確規定，修復正義之理論適用於台灣有法源依據由來已久。

第三項 日本刑法規定

日本刑法與沒收及發還被害人議題有關之規定在第 19 條²⁰³及第 19 條之 2²⁰⁴，依第 19 條規定可知，沒收之標的包括「違禁物」(即第 1 款組成犯罪之物)、「犯罪工具」(即第 2 款供犯罪行為使用或將要供犯罪行為使用之物)、「犯罪產物」(即第 3 款犯罪行為所產生之物)及「犯罪所得」(即第 3 款因犯罪行為獲得之物，以及作為犯罪行為的報酬所得之物)暨「犯罪所得之代替物」(即第 4 款作為前款所列之物的代價所取得之物)。而沒收之要件則以「不屬於犯罪人以外的人所有之物」為限，換言之，若該物屬於犯罪行為人以外之人所有，則不得沒收；除非有該條第 2 項但書規定之事由方得沒收。故行為人之犯罪所得(包括逕自被害人取得之物或教唆犯支付之報酬或其代替物)，若另有所有權人者(如逕得自被害人之利得或其代替物)，不得沒收(而應返還被害人)；否則若在規範上認為無所有權人者(如教唆犯支付之報酬²⁰⁵或其代替物)，即得沒收。依日本刑法第 19 條之 2 規定可知，犯罪產物、犯罪所得(包括報酬)或犯罪所得之代替物，若有不能沒收(例如未經扣押且業經行為人消費耗盡，在此依文義解釋自不包括應發還權利人或被害人)之情形，有得追徵其價額之規定。惟因沒收與追徵之效果均應收歸國庫充公²⁰⁶，致被害人受憲法保障之財產權(即回復原狀請求權)落空，且沒收與不得沒收(而應發還被害人)在法理上係擇一而適用，是若就修復正義(被

²⁰² 第 46 條規定：犯人雖處刑或赦宥，其被害人所請之還給贓物，賠償損害，不得免之。第 47 條規定：凡數人共犯，裁判費用及還給贓物、賠償損害，共犯應連帶負責。第 48 條規定：裁判費用及還給贓物，賠償損害，可據被害人之請求，於法院審判之。若贓物在犯人手，雖無請求，即還付之。

²⁰³ 第 19 條規定，(第一項)下列之物可以沒收：一、組成犯罪之物。二、供犯罪行為使用或將要供犯罪行為使用之物。三、犯罪行為所產生或因犯罪行為獲得之物，以及作為犯罪行為的報酬所得之物。四、作為前款所列之物的代價所取得之物。(第二項)沒收以不屬於犯罪人以外的人所有之物為限；但在犯罪後，知情人取得其物時，雖屬於犯罪人以外之人所有，亦得沒收之。

²⁰⁴ 第 19 條之 2 規定：前條第 1 項第 3 款和第 4 款所列之物之全部或一部不能沒收時，可以追徵其價額。

²⁰⁵ 參日本民法第 708 條(不法原因給付)規定「因不法原因提供給付者，不得對其給付請求返還。但不法原因僅於受益人一方存在時，不在此限」。參渠濤編譯，最新日本民法，頁 151。本文認為因教唆犯支付之報酬係基於不法原因而為給付，且其不法原因存在於受益人與給付人雙方，依我國民法第 180 條第 4 款前段之規定自非屬受法律保障之權利人，不得請求返還所給付之報酬。

²⁰⁶ 張明楷譯，前揭書，頁 13(註 4)。

害人受侵害之權利應予回復)之角度觀之，徒有追徵(充公國庫)而未能發還被害人，其規範顯未盡周延。

第二節 台灣光復迄今之法源

第一項 金融法規立法例

金融七法²⁰⁷及稍早通過之農業金融法第 57 條²⁰⁸部分，其立法例略以：「犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。」

第二項 其他特別法

其他特別法部分²⁰⁹，其立法例略以：「犯本法之罪，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第三人者外，不問屬於犯人與否，沒收之²¹⁰。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。」

綜上所述，我國立法者就經濟犯罪或其他犯罪類型，於個別法律條文已有將犯罪所得發還被害人(或得請求損害賠償之人或第 3 人)之規定，且原則上以發還被害人為優先，若無被害人時，才視該不法利得是否屬於行為人為標準；且以屬於行為人(即犯人)者為限，方得沒收之。復規定僅在沒收不能時，輔以追徵價額或抵償財產之規定²¹¹，與前揭日本刑法第 19 條之 2 有異曲同工之妙。

²⁰⁷ 金融七法係指行政院函請立法院審議，由立法院財政及司法委員會聯席會議自於 93 年 1 月 13 日起進入一讀會議程序之銀行法、金融控股公司法、票券金融管理法、信託業法、信用合作社法、保險法及證券交易法部分條文修正草案，嗣均於 93 年 2 月 4 日增訂修正通過。相關條文如證券交易法第 171 條第 6 項、銀行法第 136 條之 1、信託業法第 58 條之 1、信用合作社法第 48 條之 1、金融控股公司法第 67 條之 1、票券金融管理法第 71 條之 1 及保險法第 168 條之 4。參立法院公報第 92 卷 12 期院會紀錄頁 4 及第 93 卷第 6 期一冊院會紀錄，頁 239 至 240。

²⁰⁸ 農業金融法係 92 年 1 月 8 日函請立法院審議，嗣交由立法院以經濟及能源、財政及法制三委員會併同台灣團結聯盟、親民黨、國民黨及民進黨版本之草案聯席會議審理，嗣經立法院於 92 年 7 月 23 日通過公布。參立法院公報第 92 卷 37 期院會紀錄頁 172 以下。

²⁰⁹ 如 93 年 6 月 30 日公布之證券投資信託及顧問法第 105 條第 3 項、96 年 7 月 11 日修正公布之洗錢防制法第 14 條第 1 項及 98 年 1 月 23 日公布之人口販運防制法第 35 條第 1 項。惟電子票證發行管理條例第 36 條規定關於沒收之限制與金融七法(或稱八法，若包括農業金融法)相同，以「屬於犯人者，沒收之」(而非規定「不問屬於犯人與否，沒收之」)。詳參第八章第一節第三項之 5 種類型整理分析。

²¹⁰ 然則，立法者豈可將「犯罪所得」亦列為專科沒收之物？變成與違禁物及專科沒收之物相同而得單獨宣告沒收(刑法第 40 條)。此在法理上並無依據，蓋我國刑法第 39 條專科沒收之物為沒收之特例，限於刑法分則或特別法有規定「不問屬於犯人與否，沒收之」(如刑法第 200 條、第 205 條、第 209 條、第 219 條及商標法第 83 條)時方有適用，究其性質均屬「犯罪工具」或「犯罪產物」而非「犯罪所得」，目的在防衛社會，具有保安處分之性質。

²¹¹ 惟如不法利得應發還而不能發還被害人時，是否亦應輔以追徵行為人所有之金錢價額或抵償其所

第三項 概括規定

刑法第 38 條第 1 項關於沒收物之客體分為 3 類：(1)第 1 款之違禁物。(2)第 2 款之犯罪工具(供犯罪所用或供犯罪預備之物)及第 3 款之犯罪產物(因犯罪之結果產生之物)²¹²。(3)第 3 款之犯罪所得。由於本文重點在討論刑法第 38 條第 1 項第 3 款之犯罪所得，故關於違禁物及犯罪工具與犯罪產物僅供比較彼等性質時補充。惟首先須說明如下：

違禁物沒收之理由係基於該標的物具有危害社會大眾之特性，既於第 38 條第 2 項規定，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之；則為防衛社會安全，故沒收該標的之性質顯為保安處分²¹³，而非刑罰，我國立法者將之定位為從刑(Nebenstrafe)，致其須從屬於主刑(Hauptstrafe)，以行為人受有罪判決(須具有罪責)為前題，顯有不當。至於行為人所有之犯罪工具及犯罪產物，依德國刑法第 74 條(沒收要件)之規定，就其本質尚可依對公眾有無危險性再區分為兩類，若有公眾危險性，則以保安處分之性質(不探討行為人之罪責)沒收之；若無公眾危險性，則以行為人之罪責為宣告基礎(參第八章第二節附表一編號 7)，申言之，行為人所有並持以為工具或行為結果之產物，若無公眾危險性，行為人復因未具罪責條件而應判決無罪時，此時既無犯罪則無刑罰(Keine Strafe ohne Schuld)，自不應沒收該工具或產物而應發還行為人。然我國立法者一律將行為人所有之犯罪工具及犯罪產物以之為沒收標的而視為從刑，另就刑法分則或刑事特別法關於專科沒收之物，與違禁物並列而規定得單獨宣告沒收，顯亦意識到應探究此二標的物之性質是否具有公眾危險性而為決定沒收之標準²¹⁴。至於行為人之不法利得，因其或屬被害人所有(如盜贓物)，或無被害人而為不當利得(如犯罪報酬或公務員

有之財產予被害人以資救濟？依文義解釋似難適用，此究係立法疏漏或有意不作規定，自立法理由中未見說明。

²¹² 94 年 2 月 2 日修正通過之刑法第 38 條立法理由第 3 點：第 1 項第 3 款所稱「因犯罪所得之物」，係指因犯罪結果取得之物(如竊盜罪中之財物)，至「因犯罪結果產生之物」(如偽造文書罪中之假文書)，如何沒收，並無明文規定，爰增設「因犯罪所生之物」亦得沒收，以資明確。惟另有文章認為刑法第 38 條第 3 款增訂之「因犯罪所生之物」係指法定孳息(如利息、股利等)及天然孳息(如出生之小牛、雞蛋等)，參劉承武，有效查扣及執行犯罪所得及受刑人財產之技巧及經驗，頁 8。此種解釋因與立法理由明示意旨不同，且將誤導「犯罪所得孳息」及「犯罪產物」在適用該新增訂條款於本質之重大差異，有特加說明之必要。

²¹³ 88 台上字第 1001 號判決：扣案之藍波刀既經列入查禁之刀械，應屬違禁物，參酌刑法第 2 條第 2 項之趣旨，其沒收應以從新為原則，因而依刑法第 38 條第 1 項第 1 款規定宣告沒收，並無不適用法則或理由矛盾之違法。

²¹⁴ 我國立法例適用之結果，若非刑法分則或刑事特別法規定得專科沒收之物，仍應回歸總則沒收之規定，於行為人欠缺罪責條件而應為無罪判決時，自無從併宣告沒收(而應發還行為人)，不失為明智之立法。

受賄之款項、販毒所得)，其本身就是一種得以金錢量化的經濟利益，原應予以剝奪以實現正義(即法益受侵害前之狀態；若有被害人者應發還之，若無被害人者應收歸國庫)。該犯罪所得無從解釋為以行為人具有應刑罰性(以罪責為基礎)為前題或具有保安處分(以社會危險性為基礎)之性質，如前所述，是屬於一種準不當得利之衡平措施(quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme)。但我國規定為從刑(以罪責為基礎)，另最高法院亦曾將剝奪犯罪者因犯罪而取得之財產上利益視為具有保安處分之性質²¹⁵，惟僅以：「遏止犯罪」為理由。然無論刑罰或保安處分作為刑事制裁手段，均有一般預防與特別預防犯罪之功能²¹⁶，是若僅以此為由而認為沒收犯罪所得具有保安處分之性質，於說理論證上尚有未洽。



²¹⁵ 94 台上字第 1971 號判決：沒收含有保安處分之性質，在剝奪犯罪者因犯罪而取得之財產上利益，以遏止犯罪，與罰金屬刑罰之性質有別，故對於各共犯應採連帶沒收主義，不得就全體共犯之總所得，對於各共犯重複諭知沒收。另 94 年台上字 7421 號判決意旨亦同。

²¹⁶ 薛智仁，沒收之定位與從屬性(上)—最高法院相關裁判綜合評釋，頁 24。

第八章 追徵、追繳及抵償規定之探討

由於我國將追徵、追繳及抵償規定為沒收之替代措施，另於特別法(如貪污治罪條例第 10 條)規定，對於犯罪所得應予追繳後，再視有無被害人而分別予以發還或沒收，爰於本論文中併予討論。

第一節 我國法制

第一項 定義

我國追徵法制源於民國元年之暫行新刑律²¹⁷，當時總則編第 37 條明定沒收屬「從刑」之一種；惟分則編則分別於第 139 條(漏洩機務罪章)、第 151 條(瀆職罪章)及第 159 條第 4 項(妨害選舉罪章)即有「追徵」之規定，作為犯罪所得沒收不能時之替代手段²¹⁸。現行中華民國刑法(民國 24 年 1 月 1 日制定)第 121 條第 2 項及第 122 條第 4 項，規定：犯...之罪者，所收受之賄賂沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額²¹⁹。足認我國追徵法制最早可溯及軍政時期之暫行新刑律及舊刑法，其對象為行為人之犯罪所得(即賄賂)，而非違禁物、犯罪工具或犯罪產物，且係作為「不能沒收」時方有補充適用之替代措施。如前所述，由於我國刑法第 38 條(沒收物)規定之前身(包括舊刑法及暫行新刑律等)，係清朝末年時援

²¹⁷ 我國暫行新刑律援引自清末 1911 年 1 月公布施行之「欽定大清刑律」(一般稱之為「大清新刑律」)，其稿本前後歷經六案，第一案為光緒 33 年(1907 年)脫稿，由法律館具奏公布之「刑律草案」，惟 1907 年草案前身尚有最早之「刑律草案 1905 年稿本」，其中第一編(總則)第二章(刑制)第二節(徵償)第 32 條，有追還犯罪不當利益之規定(內容為：凡贓物照數追給，其損害應賠償者，由裁判官酌定其數，於判決書內聲明。若數人共犯時，共犯之人俱有分任之責。)，立法理由表示：追還不當利益，與賠償不正損害，俱曰「徵償」，各國皆隸民事裁判，而於刑事裁判，被告人仍有請求之權。中國徵償之法，散見現行律各門，大致不外追贓、斷產及追埋三項，追贓辦法，中外皆同，斷產、追埋，雖近賠償損害，然僅指已死及已成篤者而言，...。參黃源盛纂輯，晚清民國刑法史料輯注(上)，頁 16 至 17。足認為被害人「徵償」之規定，為我國自古即有之訴訟救濟方法，已深入我民族文化價值中，然嗣後之各版刑律草案，則刪除此規定，未有對被害人財產權以刑事訴訟方式逕予救濟之明文，殊屬可惜。

²¹⁸ 如暫行新刑律 139 條：因犯本章之罪而得利者沒收之若已費失者追徵其價額。第 151 條：犯第 140 條及第 141 條之罪者所收受之賄賂沒收之若已費失者追徵其價額。第 159 條第 4 項：犯右列各罪者所收受之錢財及其他有價物品沒收之若已費失者追徵其價額。參靳宗立，犯罪所得之剝奪與沒收、追徵、追繳、抵償制度之檢討，頁 156 至 157。

²¹⁹ 依我國舊刑法(即國民政府於民國 17 年 3 月 10 日公布，7 月 1 日實施)第四章瀆職罪之第 128 條(不違背職務行受賄罪)第 3 項及第 129 條(違背職務行受賄罪)第 4 項，原即有現行刑法第 122 條第 2 項及第 122 條第 4 項沒收與追徵之相同規定，僅舊刑法第 128 條第 2 項尚有不違背職務行賄罪，處 2 年以下有期徒刑得併科 3 千元以下罰金之規定。參中華民國史法律志(初稿)，國史館編印，83 年 2 月，頁 491；司法公報，第 7 期，民國 17 年 3 月 15 日，司法部公報處，頁 50 至 51。

引日本刑法典之相關規定(指日本舊刑法第 10 條規定及日本刑法第 19 條規定，詳第七章第一節第二項及第三項)，其標的包括「違禁物」、「犯罪工具」、「犯罪產物」及「犯罪所得」，與德國立法例(詳下述，如附表一)將「違禁物」、「犯罪工具」及「犯罪產物」之剝奪以「沒收(Einziehung)」方式為之；另將「不法利得」之剝奪以「追繳(Verfall)」方式為之加以區隔，因立法者欲加以剝奪而收歸國有(或發還被害人)之理由在性質上迥不相侔；申言之，德國立法例認為「沒收」具有防衛社會安全之功能(對於「違禁物」、「犯罪工具」及「犯罪產物」應收歸國有，不得令其在社會上繼續流通，故不應發還被告²²⁰)，「追繳」則就被告因刑事違法行為取得之不法利益，既屬不當得利，自應予以剝奪方不致鼓勵犯罪，乃法理之當然。

日本刑法立法例原亦不察，將二者併於同一法條中規定，旋為我國法制所援用，致我國沒收法制及嗣後增訂之替代措施(指追繳、追徵或抵償等)難為國人理解，每每有治絲益綦之感，此由我國立法者就刑法第 34 條於 94 年修法時竟仍將追繳、追徵或抵償列為從刑，且未能就各該替代措施之作用為立法定義及解釋可見一斑²²¹，惟日本立法者於改正刑法草案(詳本章第四節)第 75 條已將犯罪所得(包括犯罪報酬、對價所得之物或其價額)及第 74 條(包括「違禁物」、「犯罪工具」及「犯罪產物」)予以分別為兩種不同之沒收標的，亦足以彰顯沒收在二者間之區別標準及實益。

嗣貪污治罪條例於民國 52 年 7 月 15 日制定時，復於第 12 條(即現行法第 10 條)有部分相異之規定²²²。依現行貪污治罪條例第 10 條之規定，堪認追徵、追繳及抵償之對象，雖亦為行為人之犯罪所得(而非違禁物、犯罪工具或犯罪產物)，惟不限於「不能沒收」時方有補充適用。申言之，即便能沒收時亦應先追繳再沒收。

²²⁰ 最高法院 98 年度台上字第 3603 號判決：犯人所有而供犯罪所用之物，因其人頗有再供犯罪使用之虞，為防衛社會安全，並杜再犯，依刑法第 38 條第 1 項第 2 款及第 3 項規定，得宣告沒收。

²²¹ 由於追繳、追徵或抵償三者，在法律上亦無特定之定義及適用範圍，以至於何時應追徵、何時應追繳、何時應抵償？適用有無先後順序，抑或相互替代關係，在我國的法規以及實務適用上，一直處於混亂而無統一標準的狀態，更加深追繳、追徵或抵償適用時之複雜，使三者概念更混淆不清。參陳雅馨，論我國犯罪所得沒收法制與實證研究—與美國法制之比較，頁 20 至 21。李傑清，沒收洗錢犯罪所得的實體與程序，頁 245。

²²² 該條規定：「犯本條例第...條各款之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。前項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之，其財產總額不足抵償應追徵之價額時，毋庸酌留其家屬必需生活費。」另妨害兵役治罪條例第 21 條亦有類似規定：「犯第 19 條或前條之罪者，所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人；被害人死亡時，應發還其合法受益人。前項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之。」

惟如此規定與前開刑法第 121 條及第 122 條規定不同之理由並未於立法紀錄中加以說明，本文認為恐係立法粗糙之結果。實則沒收犯罪所得及追徵、追繳與抵償，於我國立法例並非四種不同之概念，而是同一概念(均係剝奪不法所得之強制處分)的不同用語，僅在執行層面有所差異²²³。至於各該名詞定義之釐清，擬於本章第五節中說明。

第二項 規範目的及英美沒收法制舉證責任介紹

若未顧及行為人因該違法行為取得之利益，僅單純從其行為可非難性加以制裁，則渠雖受制裁，卻能從犯罪行為中取得相當之利益，則犯罪依舊是有利可圖，抗制犯罪的刑事政策尚有缺口；故須在刑罰之外，構思犯罪行為所得利益剝奪之機制，俾形成一個較為嚴謹之刑事制裁網路。雙管齊下後，使犯罪行為不但無法取得利益，且須受到嚴厲制裁，如此犯罪抗制的網路方得完整²²⁴。

另參酌英國毒品交易法(Drug Trafficking Act)第 19 條第 4 項²²⁵及第 5 項規定，高等法院(the High Court)²²⁶得代行皇家法院(the Crown Court，為高等法院之下級審法院)²²⁷職權，對於逃匿之經濟犯罪被告經扣押之不法所得，雖被告未到庭受審，仍得於其逃匿 2 年後宣告沒收其犯罪所得²²⁸。如此自可克服被告需到庭受審且經宣告科刑判決之限制，而可經檢察官聲請(舉證被告之行為具有構成要件該當性即可，因不具有違法性之阻卻違法事由原則上係被告之抗辯事由，由被告舉證)後，法院以書面方式依職權審查即可裁定沒收(不法利得)、追徵、追繳及抵償。

又，英國於 2002 年制定犯罪利得法(POCA 2002)與刑事資產局法(The Criminal Assets

²²³ 柯耀程，前揭文，頁 5 所引註 2。

²²⁴ 參農業金融法第 57 條及洗錢防制法第 12 條立法理由。另參柯耀程，前揭文，頁 7。吳耀宗，德國刑法追徵(Verfall)制度之研究—兼論我國現行刑事法制之「追徵」相關規定，頁 2 至 3。

²²⁵ Section 19(4) provides that: If the prosecutor asks it to proceed under this section, the High Court may exercise the powers of the Crown Court under this Act to make a confiscation order against a defendant if satisfied that the defendant has absconded.

²²⁶ The **High Court of Justice** (usually known simply as the **High Court**) is, together with the **Crown Court** and the **Court of Appeal**, one of the **Senior Courts of England and Wales**. It is also known as the **High Court of England and Wales** and abbreviated by **EWHC**. The High Court deals at **first instance** with all high value and high importance cases, and also has a supervisory jurisdiction over all subordinate courts and many (but not all) tribunals. 摘自 http://en.wikipedia.org/wiki/Courts_of_England_and_Wales，瀏覽日期 2010 年 1 月 25 日。

²²⁷ The **Crown Court of England and Wales** is, together with the **High Court of Justice** and the **Court of Appeal**, one of the constituent parts of the **Senior Courts of England and Wales**. It is the higher **court of first instance in criminal cases**; however, for some purposes the Crown Court is hierarchically subordinate to the High Court and its Divisional Courts. 出處同上。

²²⁸ Millington & William, *Id.* p207。

Bureau Act 1996)，刑事資產局的官員可向高等法院聲請扣押、沒收犯罪所得。所提供之證據只需要達到民事上的證明標準²²⁹，形成初步懷疑(*prima facie*)的程度，且被告即使未被定罪，但只要其無法提供合理的反證，所涉嫌之不法所得仍可沒收²³⁰。此制度是否構成歐洲人權公約第 6 條第 2 項及歐洲人權法院認定之刑事指控而有「無罪推定原則²³¹」適用？蓋無罪推定原則在與證據裁判原則的關連方面，主要表現在刑事證據法脈絡的兩個基本問題：一是控方承受證明負擔(*burden of proof* 或稱舉證責任)，二是有罪判決的證明標準(*standard of proof*)²³²。依我國刑事訴訟法第 154 條第 2 項、第 299 條第 1 項及第 301 條第 1 項可知，此處的證明，必須達到「有罪判決之確信(*Überzeugen*)」的程度，是以無罪推定原則之落實直接影響舉證責任及證據證明力。對此，歐洲人權法院在 *walsh v. the United Kingdom* 一案採取否定見解，認為並沒有「無罪推定原則」的適用，理由略以²³³：

本案申訴人有許多犯罪紀錄，2003 年被控之詐欺罪被判無罪，但仍收到資產回復局 (Assets Recovery Agency) 傳票，要求申訴人繳納包括在渠銀行帳戶中的 5969.1 英鎊等金額，理由是此筆金錢屬於犯罪利得法所規定的不法利得。申訴人主張此沒收之性質是刑事訴訟，有歐洲人權公約第 6 條第 1 項及第 2 項之適用，英國高等法院及北愛爾蘭上訴法院先後駁回其上訴，上訴法院表示，依歐洲人權法院 *Engel and Others* 等案例，英國民事沒收程序並非直接針對被告，而係回復被告非合法取得之財產，性質為對物訴訟。嗣申訴人再上訴歐洲人權法院，該法院表示，是否構成刑事指控，須檢視系爭程序於內國法之分類、指控之本質或被告遭受之處罰。系爭沒收程序在內國被定義為民事程序，目的並非用於處罰或威嚇，而是為回復不屬於被告之非法財產；在此沒收程序中，申訴人雖未被認定構成詐欺，但由於沒收命令本質上並非懲罰，因此未被歸類為刑事程序，故系爭民事沒收程序並不構成刑事指控。

²²⁹ Michelle M. Gallant, *Money Laundering and the Proceeds of Crime-Economic Crime and civil Remedies*, p.96-104。

²³⁰ Toby Graham, Evan Bell & Nicholas Elliot, *Money Laundering*, p.61.；尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換—以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，頁 76。

²³¹ 歐洲人權公約第 6 條第 2 項規定：任何受刑事指控之人，在依法被證明有罪前，應推定其無罪(*Every charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law*)我國刑事訴訟法於 1993 年 1 月修法時，將無罪推定原則明文規定於該法第 154 條第 1 項。

²³² 林鈺雄，區域性國際人權法院與內國法之互動—以歐洲人權法院裁判對奧地利刑事法之影響與改造為例，頁 42。

²³³ ECHR, *walsh v. the United Kingdom*, Judgment of 21/11/2006, Appl. no. 43384/05.轉引自尚佩瑩，前揭文，頁 79 至 80。

由以上案例可知，歐洲人權法院肯認不法利得之沒收雖屬於對被告所支配管理之財產權的剝奪，然性質上未必屬於刑事程序，亦未排除民事沒收制度(包括舉證責任、證明程度及舉證責任轉換)之適用。

此外，英國尚有充公命令(*forfeiture*)、返還命令(*restitution*)及沒收命令(*confiscation*)之差異：充公命令的客體主要為特定的犯罪工具(*instrumentalities of crime: These are the things with which, crime is committed*)及犯罪產物(*objects of crime: the gun in the offence of unlawful possession of firearms*)²³⁴，該制度在英國由來已久，可在許多法律中見到，如槍枝之充公、猥褻出版品之充公，或是偽造貨幣及製造偽幣工具之充公，該命令係使特定物的所有權移轉給國家²³⁵，法律效果與我國沒收犯罪工具及產物亦係將標的物的所有權收歸國有相同，目的在預防將來使用該等工具及產物續行犯罪²³⁶。返還命令係被告犯贓物罪，且該贓物之所有權明確時，法院在下列情況下(...)，可發布返還命令²³⁷；至於沒收命令，則是從犯人的財產強制取得與其犯罪所得相當之價額，...具有下列特徵：1.不以有罪判決為前提；2.預防犯罪；3.附加制裁或處罰²³⁸。雖然沒收命令在 *POCA* 中仍然屬於廣義的刑事訴訟程序，原則上舉證責任在檢方，但在證明力方面，依照 *POCA* 之規定，並非必須達到刑事案件要求的「超越合理懷疑 (*beyond the reasonable doubt*)」或「確信 (*sure of guilty*)」，而是僅需達到「概率上的平衡 (*the balance of probabilities*)」，亦即與民事訴訟原告舉證責任的標準大致相同，原告僅須有「證據優勢」，至於被告之反證僅需達到超過 50% 的程度即可²³⁹。綜上可知，英國將沒收之標的，大致上亦區分為犯罪工具及產物之 *Forfeiture*，與犯罪所得之 *Confiscation*，惟本文認為，剝奪犯罪所得與剝奪犯罪工具及產物，除收歸國有的效果相同外，二者之功能闕有差異，如前所述，為區別不法所得之收歸國有與犯罪工具或產物之收歸國有的差異，一方面由於剝奪犯罪工具及產物之性質涉及可罰行為的不法

²³⁴ Peter Alldridge, *Money Laundering Law-Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the proceeds of crime*, p.59-60.

²³⁵ 廖先志，英國沒收制度與沒收範圍簡介，頁 270、279。與犯罪工具不同，本文認為除收歸國有的效果相同外，為區別不法利得之收歸國有與犯罪工具(及犯罪產物)之收歸國有，建議於刑法相關條文修正時，將不法利得之收歸國有稱為「充公」，而犯罪工具及犯罪產物之收歸國有仍維持「沒收」之用語，俾資區別。

²³⁶ Peter Alldridge, *Id.*, P.60.

²³⁷ 李傑清，前揭文，頁 253。李文雖未提及「返還命令」之對象，惟依渠文義解釋，應係發還該盜贓物之被害人，而與我國若干特別法規定犯罪不法所得亦以優先發還被害人有異曲同工之妙。

²³⁸ 李傑清，前揭文，頁 253。

²³⁹ 廖先志，前揭文，頁 273。

及責任，處罰的思考在此是基於「責任原則(Schuldprinzip)」，其本質屬於「刑罰」²⁴⁰，故將犯罪工具及產物的剝奪均視為從刑並尊重相沿成習已久之用語；另一方面為重新建構不法所得剝奪後之後續處理方式即發還被害人或收歸國有，建議於刑法相關條文修正時，將不法所得之收歸國有稱為「充公」，而犯罪工具及犯罪產物之收歸國有仍維持「沒收」之用語，俾資區別。

另就美國立法例觀察，由於物的沒收(object confiscation)使標的物所有權移轉歸國家取得，確為一項強而有力的刑事制裁(criminal sanction)，通常物權的移轉是在沒收命令終局確定時發生。但美國法堅持所謂的「關係回復原則(relation-back doctrine)」，即系爭犯罪行為實行時，(行為人因而取得之)標的物權利即視為移轉(回復國家所有)²⁴¹。因而司法機關的沒收命令在性質上只有宣示效力(declaratory power)，相對於大多數其他國家的司法裁判關於沒收係具有形成效力(constitutive power)有很大的差異。前揭原則自普通法時期即存在，但直到 1984 年方明文訂入 the Comprehensive Forfeiture Act 中，且迄今幾乎適用於美國所有與沒收(confiscation)相關的法制²⁴²。且 RICO 法第 1963 條於 1984 年修正時亦放棄純益原則，明示得就犯罪所得全部加以沒收，按該法第 1963 條 a 項第 1 款規定：行為人犯第 1962 條之罪²⁴³所得或持有(acquired or maintained)之權益(interest)沒收之；此外，該條所稱之權益，包括動產、不動產、有體財產、無體財產、有價證券及其從物或從權利²⁴⁴。

就實務運作而言，美國最高法院曾表示，所謂「假設與溯及(fictional and retroactive)」賦與國家取得沒收物所有權並非自動執行(self-executing)，而是只有當政府取得司法機關的充公判決(a judgment of forfeiture)才發生效力。此時，某位主張該物所有權之

²⁴⁰ 吳俊毅，因違法行為所得沒收(Verfall)之法律性質—以德國刑法第 73 條及第 73 a-e 條作出發，頁 62。

²⁴¹ 原文為 The transfer of property title is deemed to take place at the moment the offence at issue is committed.參 Guy Stessens, Money Laundering: a new international law enforcement model, p32。

²⁴² Guy Stessens, *Id.* p.32.

²⁴³ 該條共有 a、b、c 及 d 等 4 項規定，茲僅舉其中 a 項前段規定為例，原文為 It shall be unlawful for any person who has received any income derived, directly or indirectly, from a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt in which such person has participated as a principal within the meaning of section 2, title 18, United States Code, to use or invest, directly or indirectly, any part of such income, or the proceeds of such income, in acquisition of any interest in, or the establishment or operation of, any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce.

²⁴⁴ 吳天雲，沒收犯罪所得應否扣除犯罪之成本，頁 66。依該法第 1963 條 b 項規定：Property subject to criminal forfeiture under this section includes—(1) real property, including things growing on, affixed to, and found in land; and (2) tangible and intangible personal property, including rights, privileges, interests, claims, and securities.

人往往會援引善意第 3 人的身分抗辯(*invoke an innocent- owner defence*)²⁴⁵。當然，前開善意第 3 人抗辯之預設雖已在實定法²⁴⁶中規定，但並無憲法誠命一定會有此情形存在。雖然在大多數的審判體系，沒收命令於實務上操作時往往未注意該標的物之實際持有人(*the actual possessor of the property*)，而沒收的態樣通常也以「對物程序(*in rem*)」執行，因此，在犯罪行為發生後方主張取得該標的物權利者，只有在彼等確實能證明該權利關係存在才受保護(*Rights of third parties established after the offence has been committed are only guaranteed if they can be established*)。維也納公約(*the Vienna Convention*)²⁴⁷與洗錢防制公約(*the Money Laundering Convention*)²⁴⁸雖然均未禁止第 3 人持有之物得加以沒收，但也都有關於保護善意第 3 人(*bona fide third parties*)之但書規定²⁴⁹。

依前述可悉，美國自普通法以來對不法所得剝奪性質之認知(即關係回復原則)，既肯認犯罪行為實施後，該利得仍屬原權利人或被害人(無被害人者則為國家)所有，則該利得之變形及孳息自仍歸原權利人，本文認為此乃自保障被害人財產權觀點出發之精闢見解，可資為我國追徵(繳)法制之基礎。

美國為了應付其國內組織犯罪之嚴重，於 1970 年制定 RICO 法(*the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*)²⁵⁰及 Continuing Criminal Enterprise Statute(簡

²⁴⁵ *US v. 92 Buena Vista Avenue, Rumson, NJ, 507 US 111, 125-9(1993)*. 轉引自 Guy Stessens, *Id.* p.32.

²⁴⁶ 例如前開 RICO 法第 1963 條 c 項規定：Any such property that is subsequently transferred to a person other than the defendant may be the subject of a special verdict of forfeiture and thereafter shall be ordered forfeited to the United States, unless the transferee establishes in a hearing pursuant to subsection (l) that he is a bona fide purchaser for value of such property who at the time of purchase was reasonably without cause to believe that the property was subject to forfeiture under this section.

²⁴⁷ 該公約全名 *the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Vienna, 1988*. 聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約(1988)。係最早將洗錢行為獨立罪刑化之國際公約，該公約要求締約國將從事毒品販運者，因犯罪所得之收益或已轉化成其他財產態樣之利益，以國內立法方式予以剝奪，參慶啟人，台灣如何因應國際合作防制洗錢犯罪之趨勢，頁 16 至 17。

²⁴⁸ 該公約全名 *Council of Europe Convention on Money Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, 2005*. 歐洲議會關於洗錢、搜索、扣押與沒收犯罪收益暨金援恐怖主義公約。該公約係由歐洲議會於 1990 年間起，為合作打擊重大刑事犯罪，以該公約剝奪犯罪利得作為國際間採取一致之刑事政策，嗣美國 911 恐怖攻擊事件發生後，採納聯合國 2001 年第 1373 號決議及「制止金援恐怖主義國際公約」之規範，於 2005 年修正公約內容，增訂關於金援恐怖活動罪刑化之相關規定，參慶啟人，前揭文，頁 19。

²⁴⁹ 參維也納公約第 5 條第 8 項及洗錢防制公約第 8 條規定。前者規定：The provisions of this article shall not be construed as prejudicing the rights of bona fide third parties.；後者規定：Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that interested parties affected by measures under Articles 3, 4 and 5 and such other provisions in this Section as are relevant, shall have effective legal remedies in order to preserve their rights.

²⁵⁰ 21 U.S.C §§1961-1966。該法制定的目的在打擊大型的組織犯罪。該法將 Racketeering 限於 10 年內“至

稱 CCE)。此二法律係為因應打擊組織犯罪之經濟力量，乃採取擴大沒收制度，其最大創舉，是在聯邦層次的法律中，再次引進原先曾被擱置的刑事沒收。其主要的沒收方式包括，收益沒收(proceeds forfeiture)及事業沒收(enterprise forfeiture)。前者，在藉由剝奪違法活動的犯罪所得，達到回復原狀的目的；後者則以剝奪相關企業被告所擁有的一切利益，達到根絕該非法企業的影響力²⁵¹。RICO 法沒收的目的不僅在民事上的回復原狀，更在刑事上的遏止犯罪及社會防衛。另美國目前大約有 200 多部法律有沒收之規定，其中多數與毒品、洗錢、組織犯罪及詐欺有關，其在恢復刑事沒收的基礎上，也都繼承了傳統的民事沒收，且民事沒收已有凌駕刑事沒收的趨勢，即不以定罪為前提，偵查機關提出的證據只要達到民事沒收訴訟中證明標準的優勢證據(preponderance of evidence)即可沒收相關犯罪所得，不需達到排除合理懷疑的標準²⁵²。一旦證明至相當理由程度，物之所有人即須證明該物不應被沒收，或渠對於防止該物被用於違法行為一事已盡合理作為，或該物係未經其同意而被使用等至優勢證據程度。對於物之所有人如此嚴格之要求，首見於 *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.* 案，聯邦最高法院強調此一制度係為達到預防及損害賠償之目的，要求物之所有人於移轉物品與第 3 人時盡更加之注意義務，美國憲法並不保護將物品移轉予第 3 人，卻未察覺該物遭用於從事非法行為²⁵³。美國之沒收制度可分為以定罪為基礎之刑事沒收(此時沒收屬於刑罰之一部)，及非以定罪為基礎之沒收(即對物沒收，又可分為經由司法程序之民事沒收或以行政程序為之的行政沒收)²⁵⁴。刑事沒收係以行為人遭定罪為前提，屬於對人訴訟(in personam)，首先必須有對人之司法管轄權，證據法則採嚴格的證據主義，檢察官之舉證責任必須使法院產生超越合理懷疑之證明力，始能將被告定罪。又此種沒收僅能對被告之財產為之，若係被告以外之人的財產，除非能證明該人並非實際所有權人(例如係被告利用之人頭)，被告才是實際所有權人，才可以將之沒收。其優點在於可以在未扣得被告之犯罪不法利得

少要有 2 個以上的 rackteering(暴力恐嚇取財)的行為“，且繼續不斷地形成一種慣性態樣(pattern)。鄧湘全，防制組織犯罪所採取擴大沒收制度之檢討，頁 41 及註釋 18。

²⁵¹ 李傑清，前揭文，頁 252。本文認為，李文前揭美國法制之「收益沒收」相當於我國現行沒收法制之追繳不法所得，至於「企業沒收」則與我國抵償被告所有財產之法律規定相當。

²⁵² 何帆，刑事沒收研究—國際法與比較法的視角，頁 35。李傑清，前揭文，頁 258。

²⁵³ *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416U.S.663, 688(1974)轉引自尚佩瑩，前揭文，頁 75。

²⁵⁴ 慶啟人，前揭文，頁 50。

時，仍可扣押並沒收被告之替代性財產，並易於在國外以刑事判決請求他國協助執行沒收²⁵⁵。民事沒收則非以刑事定罪為前提，惟須有對物之管轄權，即法院必須對於得沒收之財產有控制權，且該財產係源自於犯罪或牽涉於犯罪。此時檢察官之舉證係對物為之而非關於人，只須證明該財產與財產有關即可，不必知道該涉及犯罪之財產所有權人是誰。其優點在沒收不必以有罪判決為前提，無須有刑案在偵查或審理中²⁵⁶。至於行政沒收亦無須以刑事定罪為前提，係對於行政機關依法查扣之財產加以沒收，通常是在無人反對行政機關之沒收命令時即可為之，例如主管邊境巡防之機關查獲某被告駕駛之車輛內有毒品，懷疑駕駛係涉嫌販毒之行為人，而將該車輛查扣，被告為求脫罪，竟否認為車輛所有人，對於車內所載運之毒品及來源均辯稱不知情，該邊防機關在無其他證據證明被告販毒時，可以該車輛為販毒工具而將之查扣，若無人主張該車輛之所有權時，則主管機關可將該車輛沒收²⁵⁷。

從前開美國沒收制度標的來源而言，本文認為：美國刑事沒收之對象乃被告所有之財產，其標的相當於我國犯罪不法利得沒收制度下之追徵或抵償；民事沒收之對象乃不法利得本身或其換價之標的，其標的相當於我國犯罪不法利得沒收制度下之(原物)追繳，當然不認為該不法利得為被告所有。另從執行面觀之，民事或行政的對物訴訟相較於對人訴訟而言，具有下列兩項優點：(一)民事與行政沒收的證明程度較低，即無庸證明至刑事訴訟對有罪判決要求之證明門檻，控方亦較少面臨憲法上對被告保障之權利。(二)即便犯罪行為人已潛逃或死亡，透過對物訴訟仍可達成對犯罪所得進行剝奪。此上二者在美國法均無法透過對人訴訟達成²⁵⁸。

綜上所述，英國、美國立法例及司法實務對於(犯罪)不法利得之剝奪，係以廣義的刑事訴訟、民事訴訟或對物訴訟之方式追索，舉證責任、證明力及舉證責任倒置等訴訟原則與民事訴訟大致相同，且不以有罪判決為前提，對於持有該利得標的之第3人，該第3人須持反證主張渠為善意且無過失，且獲得歐洲人權法院的贊同，認為並未違反公平審判及無罪推定原則，堪認不法利得之剝奪應與刑事訴訟有罪判決認定之嚴格證明之證據法則脫鉤，於多數國家均有適用，已成普世價值。甚至可及於與該犯罪行為無因果關係之被告所有財產(此時美國法則以對人之刑事訴訟為之)。

²⁵⁵ 慶啟人，前揭文，頁 50。

²⁵⁶ 慶啟人，前揭文，頁 50。

²⁵⁷ 慶啟人，前揭文，頁 51。

²⁵⁸ Guy Stessens, *Id.* p.32.

第三項 性質定為從刑之不當

由於我國刑法總則關於沒收制度係師法日本，而日本刑法又因襲自德國，自有進一步了解德國相關法制之必要。如前所述，德國刑法第 73 條至第 73e 條將此種犯罪所得剝奪之手段，稱為「追繳」(der Verfall，原文有屆期失權之意)，係剝奪因刑事違法行為獲得財產利益的法律制度，標的包括因違法行為直接取得之物(如販毒之收益)，及為實行違法行為之對價而由第 3 人提供之報酬，該法將之定性為自成一格之刑事制裁措施，以行為具有構成要件該當之違法性而可由行為人享有或支配該不法所得時，即認可加以剝奪，不以行為人的罪責為審酌要件。

德國刑法第 73 條第 1 項所稱之「...有所取得(etwas erlangen)」，在解釋上，“etwas”的表達被理解為「(為了行為或因為行為的實行)任何的取得」。因此，任何形式的「財產上增添(Vermögenszuwachs)」，無論是有體物(Sache)或是無形的權利(Recht，例如服務、用益或節約的支出)，只要有相關之增添產生，即可做為沒收之標的，且必需可以經由計算而掌握的經濟價值，以上即學理上所謂「總額原則(das Bruttoprinzip)」²⁵⁹。然而，若因故致不能追繳時，第 73a 條規定，可命行為人繳納與原先應追繳標的物價值相當之金額，此則與我國現行各單行法規所規定之「追徵其(指被告)價額或以其財產抵償之」相若。又，根據德國刑法第 73 條規定，追繳之標的必須是「為了行為(für die Tat)」或是「因為行為(aus der Tat)」而取得，前者係指，不法利得是行為實行的對價(Gegenleistung)或報酬；後者則指不法利得之價值是由於行為的實行而流向正犯或共犯。至於不法利得之估算(Schätzung)方式為何？在操作上，法官在標的數量或交易價值不明時，無庸為了精算而去作嚴格的證明(Befreiung vom Strenbeweis)，只需要進行「可能的價值認定(vermutliche Wertannahme)」²⁶⁰。此外，關於德國刑法第 73 條第 1 項第 2 句所稱：如因被害人基於行為而產生的請求權的滿足使正犯或共犯從違法行為中獲得的財產利益喪失者，不適用本規定。規定的目的在於，一方面藉此防止對於行為人造成雙重負擔(即既遭追繳充公，又要發還被害人)，另一方面則是要避免因追繳產生的國家基於法律之請求權與被害人民法上請求權間的競合致生之困擾。該請求權必須是為了可罰行為、已知且特定的被害人而存在。因為被害人請求權之標的恰為依法應遭追繳充公之標的(價值)，是以被害人請求權實現時，正犯與共犯

²⁵⁹ 吳俊毅，前揭文，頁 67。

²⁶⁰ 吳俊毅，前揭文，頁 68。

基於違法行為所取得之財產價值將因此遭剝奪無法充公²⁶¹。

綜上可知，德國刑法現行追繳制度之標的範圍係採總額原則，只要是因不法行為致財產有所增益者即在追繳範圍內，追繳之效果雖為收歸國庫，惟仍後於被害人財產權之保障而實踐，與我國現行各該單行法規將被害人或得請求損害賠償之人的財產權優先於收歸國庫充公的保障功能而言，有異曲同工之妙，足認我國各該單行法規相關規定，其於保障被害人憲法上財產權及訴訟權之考量，咸已符合法治先進國家的準則，有於刑法總則一併規定之價值及實益。

然我國刑法第 34 條將沒收(犯罪所得)、追徵、追繳及抵償規定為從刑，作為從屬於主刑之法律效果，導致法院必須對被告(行為人)進行審理，宣告有罪科刑²⁶²判決，才能宣告前揭沒收(犯罪所得)、追徵、追繳及抵償。故被告(犯罪行為人)若未能到庭受審(如逃匿而受通緝、因疾病而不能到庭或有心神喪失)；或即便能到庭受審，但被告因行為時無責任能力或欠缺責任條件而受無罪判決或有另受免刑判決²⁶³之情形，仍不得論知沒收(犯罪所得)、追徵、追繳及抵償，行為人反而能保有犯罪所得，其結果不正義甚明。

為明瞭我國現行法關於追徵、追繳、抵償、沒收或發還被害人之相關規定，經搜尋發現共 21 部法律凡 33 條，本文依其強制處分先後順序整理出 5 種類型，分別列表析述如下，同時表示本文意見：

壹、先追繳再發還或沒收；無法追繳時，則追徵或抵償

編號	條文及規定	本文意見
1	貪污治罪條例第 10 條第 1 項及第 3 項 犯第 4 條至第 6 條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。 前 2 項財物之全部或一部無法追繳時，應追	因不法所得本應予以全部剝奪，惟若有個人法益受侵害者，剝奪後自應發還該被害人而非一律收歸國有。而追繳一詞有追索回復，並命行

²⁶¹ 吳俊毅，前揭文，頁 74 至 75。

²⁶² 刑法第 39 條雖規定：「免除其刑者，仍得專科沒收」；且得再依第 40 條第 2 項之規定，為單獨宣告沒收之裁定。惟專科沒收之標的乃犯罪工具或產物而非犯罪所得，已如前述，是依文義解釋，犯罪所得既非犯罪工具或產物，則被告受免刑判決，難認有得專科沒收或單獨宣告沒收之適用。

²⁶³ 按免刑雖為有罪判決，惟因免其主刑，既無主刑，則從刑(包括追徵、追繳及抵償)亦無所附麗，自無從為追徵、追繳及抵償之宣告。

	<p>徵其價額，或以其財產抵償之。</p>	<p>為人繳回不法行為取得之原財物(或不法利益)之意，且為我國法制對不法利得剝奪再發還被害人最早使用之用語，且洽足與沒收犯罪工具與產物做區別，故以追繳資為不法利得剝奪之用語最佳。</p> <p>至無法追繳時，所稱追徵或抵償之對象，既均為行為人(即被告)所有財產，而非原不法利得或換價之標的；且數量與應追繳之利益價值相同，實無庸就換價前之有體財產(應抵償之)或換價後之價額(應追徵之)做區別，因為是否換價只是執行方式及結果，就法律評價而言並無區別實益，故本文認為以抵償一語即足資包括追徵概念。</p>
2	<p>妨害兵役治罪條例第 21 條</p> <p>犯第 19 條或前條之罪者，所得財物應予追繳，並依其情節，分別沒收或發還被害人；被害人死亡時，應發還其合法受益人。</p> <p>前項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	<p>關於追繳後之處理方法有二，一為「發還被害人」、一為「沒收」。惟不法所得追繳後，因查無被害人時，欲將該等利得移轉所有權而收歸國庫時，為與犯罪工具及產物之收歸國庫加以區別，建議不法利得之收歸國庫以稱為「充公」為宜，俾收望文生意之效。</p> <p>被害人死亡時，將不法利得發還其合法受益</p>

		人，確有保障被害人財產權並畢其功於一役之效，亦符合保障被害人訴訟權之需求，值得明訂於條文中。
--	--	--

貳、先沒收；不能沒收時，再追徵(或抵償)

編號	條文及規定	本文意見
1	<p>刑法第 121 條第 2 項</p> <p>犯前項之罪者，所收受之賄賂沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。</p>	<p>賄賂之性質係屬給付型不當得利，行賄人有增益受賄人財產之意思，非屬權益侵害型不當得利，因不法原因存在行賄人與受賄人雙方，行賄人不得請求返還，自無發還被害人之可能。惟賄賂既仍屬行為人(指收賄之被告)之不法利得，自不宜將剝奪其利得之方法稱為「沒收」，避免與對犯罪工具或產物之「沒收」用語混淆，建議對賄賂之剝奪仍稱為「追繳」，因其性質仍為行為人之不法利得。</p> <p>至於本項後段所稱之「追徵」對象既為行為人所有之財產，仍以稱「抵償」為妥，理由如壹、編號 1 第 2 段所述。至於該條文未規範之不正利益，既為不法利得型態之一，如得以估算其價額，亦應等同賄賂之標的予估算後，因其性質已無法追繳，應抵</p>

		償被告之財產充公。
2	<p>刑法第 122 條第 4 項</p> <p>犯第一項或第二項之罪者，所收受之賄賂沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。</p>	說明同前(編號 1)。
3	<p>刑法第 131 條第 2 項</p> <p>犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。</p>	<p>刑法第 131 條第 1 項「公務員圖利罪」，行為人所圖利之標的雖稱為「利益」²⁶⁴，包括有形、無形之一切利益，惟應扣除成本及其他必要費用。核其性質為不法利得之淨額，故仍應予以剝奪。</p> <p>立法者若認為本條有維持僅剝奪「不法利得淨額」之規定，則仍可保留。否則建議得刪除之。</p>
4	<p>刑法第 143 條第 2 項</p> <p>犯前項之罪者，所收受之賄賂沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。</p>	說明同前(編號 1)。
5	<p>農會法第 47 條之 1 第 2 項</p> <p>犯前項之罪者，所收受之財物沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。</p>	<p>農會法第 47 條之 1 第 1 項係規定農會選舉時行受賄之財物或其他不正利益，性質與刑法行受賄罪之賄賂或其他不正利益相同，允宜為相同之處理(即若為財物則追繳、不能追繳時，抵償後充公)(若為不正利益，因其性質已無法追繳，則估算價額後，應</p>

²⁶⁴ 最高法院 98 台上 1991 號判決要旨：貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪，…屬於結果犯，而所謂「不法利益」，係指合法利益以外之有形、無形之利益而言；此與「犯罪所得」之概念，並非相同。故為圖得不法利益而支出之相關成本及其他必要費用部分，應從行為人所獲得之「不法利益」中扣除，不能算入犯圖利罪所獲得之不法利益內。

		抵償被告之財產後充公)。
6	<p>漁會法第 50 條之 1 第 2 項</p> <p>犯前項之罪者，所收受之財物沒收之，如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。</p>	漁會法第 50 條之 1 第 1 項係規定漁會選舉時行受賄之財物或其他不正利益，不法利得之處理方式同編號 5。
7	<p>總統副總統選舉罷免法第 83 條第 4 項</p> <p>犯第 1 項及第 3 項之罪者，其接受捐贈所得財物沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。</p>	該法第 83 條第 1 項及第 3 項係規定違法接受捐贈者，所受贈之財物如何剝奪收歸國有之問題，如前所述，建議對於該受贈之財物以追繳(條文用語為沒收)及抵償(條文用語為追徵)充公方式為之。
8	<p>公職人員選舉罷免法第 100 條第 5 項</p> <p>犯第 2 項之罪者，所收受之賄賂沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。</p>	該法第 100 條第 2 項係規定有投票權人收受賄賂或不正利益如何剝奪收歸國有之問題，如前所述，建議若為財物則追繳、不能追繳時，抵償後充公；若為不正利益，因其性質已無法追繳，則估算價額後，應抵償被告之財產後充公。
9	<p>漁業法第 68 條</p> <p>依第 60 條、第 61 條、第 62 條第 3 款、第 64 條及第 65 條第 1 款所為之處罰，並得沒收或沒入其採捕之漁獲物及漁具；如全部或一部不能沒收或沒入時，追徵或追繳其價額。</p>	本條係將違反行政刑罰(第 60 條、第 61 條及第 62 條第 3 款)及行政秩序罰(第 64 條及第 65 條第 1 款)之行為，對採捕之漁獲(為不法所得)及漁具(為犯罪工具)，剝奪其利得而歸入國庫均冶於一爐加以規定。實則沒收與沒入，一為刑事罰，一為行政罰，實不

		<p>應併於同一法條規定。此外，犯罪工具之沒收與不法利得之剝奪，如前所述，亦應使用不同用語藉資區別。</p> <p>至於追繳「價額」之用詞，將致生追繳之對象為原不法利得，而現行「追徵」用語之對象係指被告自有之財產，若全部規定一處，難免自相矛盾、治絲益棼。</p>
--	--	---

參、先考慮發還被害人及賠償請求權人(或第3人)；有餘者再決定是否沒收；不能沒收時，再追徵(或抵償)

編號	條文及規定	本文意見
1	<p>農業金融法第 57 條</p> <p>犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	<p>如前所述，因違反農業金融法等如下述至編號 8 之金融八法係屬侵害個人財產法益之犯罪，被告違法行為之目的在圖得財產上之不法利益，既遂後往往會有被害人或得請求賠償之人，是其不法利益自應予以剝奪後發還。將利得之範圍以財物或財產上利益作為標的，應足適用。</p> <p>又不法所得並非犯罪工具或產物，自不應規定為「不問屬於犯人與否，沒收之」的專科沒收之保安處分性質，當以屬於行為人者為限方得沒收(追繳之意)，此部</p>

		<p>分亦值贊同。惟用語宜改為「追繳充公」。</p> <p>至於不能追繳(法律條文稱沒收)時，規定以其財產抵償即可，建議將追徵價額部分刪除。理由如壹、編號 1 第 2 段所述。</p> <p>此外，無論係發還被害人或賠償請求權人之前提在於追繳(乃至於抵償)能否落實？是立法例不若規定「先追繳」後，再依情節決定發還或充公；而非忽略「追繳」之環節，否則在邏輯上亦難以彰顯其強制處分之順序或層次。</p>
2	<p>證券交易法第 171 條第 6 項</p> <p>犯第一項或第二項之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人、第三人或應負損害賠償金額者外，以屬於犯人者為限，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	<p>本條項突然出現其他金融七法所未規定「應發還之第 3 人」²⁶⁵。若以歷史解釋方法判斷，此部分應係誤載，另就法理而言，因行為人之不法行為而取得「第 3 人」之財物或利益既遂，該「第 3 人」之法律地位自己陷於高度風險之不利利益狀態，往往僅待訴訟程序救濟，自屬被害人(或得請求賠償之人)。是該部分有待下次修法時併予刪除，免滋誤解。</p>

²⁶⁵ 經考據立法院二讀會院會紀錄，行政院將包括證券交易法在內之金融七法部分條文修正草案送立法院審議時，財政部部長林全於行政院版本之修法重點整體報告第 5 點提及「增訂因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或應負損害賠償金額者外，以屬於犯人者為限，沒收之。」但並未提及何以證券交易法有別於其他同時審議之金融法律，特別增訂「應發還第 3 人」部分之緣由，參立法院公報，第 93 卷第 2 期，頁 124 至 129 頁。

		其餘同編號 1 之說明。
3	<p>銀行法第 136 條之 1</p> <p>犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	同編號 1 之說明。
4	<p>信託業法第 58 條之 1</p> <p>犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	同編號 1 之說明。
5	<p>信用合作社法第 48 條之 1</p> <p>犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	同編號 1 之說明。
6	<p>金融控股公司法第 67 條之 1</p> <p>犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	同編號 1 之說明。
7	<p>票券金融管理法第 71 條之 1</p> <p>犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	同編號 1 之說明。
8	<p>保險法第 168 條之 4</p> <p>犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	同編號 1 之說明。

<p>9</p>	<p>電子票證發行管理條例第 36 條</p> <p>犯本條例之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	<p>該條例之罪即第 30 條所規定者，包括：偽造、變造或未經主管機關核准發行電子票證；或違反同條例第 18 條第 2 項及第 19 條第 2 項之規定等事由，該等違法行為取得財物(或利益)，依行為態樣及所侵害法益之類型不同而異，若有同時侵害個人法益事由者，當有剝奪其不法利得後發還被害人之必要；至於其他侵害社會或國家法益之行為而獲利，自應於追繳(或抵償)後充公。</p>
<p>10</p>	<p>組織犯罪防制條例第 7 條第 1 項及第 3 項</p> <p>犯第三條之罪者，其參加之組織所有之財產，除應發還被害人者外，應予追繳、沒收。如全部或一部不能沒收者，追徵其價額。</p> <p>犯第四條之罪所使用之水、陸、空交通工具沒收之。</p>	<p>該條例對不法所得之財產，發還之對象何以僅限於被害人而未及於賠償請求權人？如前所述，立法者並未明言。惟此部分是否應包括賠償請求權人，應從被害人之民事請求權為何或競合論著手認定之。申言之，若請求權人主張損害賠償或不當得利，其要件、舉證責任及請求範圍當有所異，而立法者不宜於個別法律中預先加以排除，避免掛一漏萬或體系解釋時之困擾。</p> <p>至於同條第 3 項規定交通工具之沒收，益足呼應犯罪工具之沒收與不法所得之追繳用語歧異</p>

		之功能。
--	--	------

肆、先考慮發還被害人及賠償請求權人(或第3人)；有餘者則不問屬於

犯人與否均沒收；不能沒收時，再追徵(或抵償)

編號	條文及規定	本文意見
1	<p>證券投資信託及顧問法 105 條第 3 項</p> <p>違反前二項規定，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第 3 人外，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	<p>該法第 105 條第 1 項及第 2 項係規定經營該事業者，不得對公眾或客戶有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。否則因此發生之不法利得，應發還被害人。雖該條文亦將第 3 人納入保護之範圍，然考諸立法理由係參考洗錢防制法第 12 條第 1 項(即現行法第 14 條第 1 項)之規定，於第 3 項明文犯罪所得沒收等相關規定。</p> <p>惟將「第 3 人」納入保護範圍在文義解釋上本屬多餘，已如參、編號 2 第 1 段所述，自有將之刪除之必要。</p> <p>至於不法所得之性質既非犯罪工具或產物，自無以預防犯罪之社會防衛目的，援用專科沒收之規定予以單獨宣告。蓋該等利得若為善意第 3 人取得，基於憲法財產權保障之上位概念，法理上亦不得不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。</p>

2	<p>洗錢防制法第 14 條第 1 項</p> <p>犯第 11 條之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第 3 人者外，不問屬於犯人與否，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	同編號 1 之說明。
3	<p>人口販運防制法第 35 條第 1 項及第 2 項</p> <p>犯人口販運罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人外，不問屬於加害人與否，沒收之。全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。</p>	<p>同編號 1 之說明。</p> <p>本條即未明文將「第 3 人」納入不法所得應發還對象之法益保護範圍之內，恰可呼應將「第 3 人」納入現行洗錢防制法與證券投資信託及顧問法恐有蛇足之譏。</p>

伍、不問屬於犯人與否均沒收；不能沒收時，再追徵(繳)

編號	條文及規定	本文意見
1	<p>農會法第 47 條之 2 第 3 項</p> <p>犯第 1 項、第 2 項之罪者，其預備或用以行求、期約、交付或收受之財物，不問屬於犯人與否，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追繳其價額。</p>	<p>該法第 47 條之 2 第 1 項及第 2 項係規定農會聘任總幹事可能與理事(候選人)間產生行受賄賂或不正利益之剝奪問題。惟本條項與同法第 47 條之 1 第 2 項均為行受賄賂及其他不正利益之規定，無從分辨兩種違法行為之性質有何不同？且既均為不法利得，何以本條項之賄賂標的「不問屬於犯人與否，沒收之」，與同法第 47 條之 1 第 2 項規定及公職人員選舉罷免法第 100 條第 5 項規定區別的標準及實益為何？恐亦係立法粗糙之結果，實有一併檢討之需要。</p>

		此外，就「追繳價額」用語不當部分，請參貳、編號 9 第 2 段之說明。 其餘如肆、編號 1 第 3 段之說明。
2	漁會法第 50 條之 2 第 3 項 犯第 1 項、第 2 項之罪者，其預備或用以行求、期約、交付或收受之財物，不問屬於犯人與否，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追繳其價額。	同編號 1 之說明。
3	總統副總統選舉罷免法第 84 條第 4 項 犯第 1 項、前項之罪者，用以行求期約或交付之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之；犯第 2 項之罪者，所收受之賄賂沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。	除編號 1 之說明外，本條就「如全部或一部不能沒收時，追徵其價額」而非「追繳」之用語，較符合現行實定法之體例，但建議以「抵償充公」取代，已如前述。
4	總統副總統選舉罷免法第 86 條第 3 項 預備或用以行求期約或交付之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之。	除編號 1 之說明外，惟何以本條未如同法第 84 條第 4 項規定「如全部或一部不能沒收時，追徵其價額」？蓋該等預備或用以行賄之物或利益既為客觀不法構成要件要素之一，亦為證據及追繳標的，本應予以扣押；若事實上不能追繳時，亦有抵償被告所有其他財產再予充公之必要，理論方能一貫，無區別處理之實益。建議仍宜增訂「如全部或一部不能追繳時，抵償充公之」。
5	總統副總統選舉罷免法第 87 條第 3 項	同編號 4 之說明。

	預備或用以行求期約或交付之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之。	
6	總統副總統選舉罷免法第 89 條第 3 項 犯前 2 項之罪者，預備用以行求期約、交付或收受之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之；所收受之賄賂沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。	同編號 3 之說明。
7	公職人員選舉罷免法第 97 條第 4 項 預備或用以行求期約或交付之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之；犯第 2 項之罪者，所收受之賄賂沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。	同編號 3 之說明。
8	公職人員選舉罷免法第 99 條第 3 項 預備或用以行求期約或交付之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之。	同編號 4 之說明。
9	公職人員選舉罷免法第 100 條第 4 項 預備或用以行求期約或交付之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之。	同編號 4 之說明。

第二節 德國刑法規定²⁶⁶

- 一、依第 11 條第 1 項第 8 款(Maßnahmen, 措施)規定，追繳(Verfall)及沒收(Einziehung)係不同之概念，具有相異之功能；且與矯正及保安處分(jeder Maßregel der Besserung und Sicherung)有別，但均為刑事司法機關所為之措施。至於我國之追繳與沒收(犯罪所得)具有相同的概念，此二者既為刑罰亦為保安處分。
- 二、依第 73 條(追繳的條件)之規定，被告只要基於違法行為(rechtswidrige Tat)取得財產利益者，法院即應予以追繳。且追繳對象之射程及於所有的代替物。至於我國追繳之要件既屬從刑，且以有罪科刑判決為前提。
- 三、依第 73a 條(折價款之追繳)之規定，追繳範圍之射程及於原物或代替物之價額。

²⁶⁶與本節所列有關條文，詳如附表一所載。

但我國僅規定沒收不能時，應追徵(其價額)。惟並未就追徵為文義解釋，復未規定其效果有無包括代替物之價額。

四、依第 73b 條(估算)之規定，德國刑法就此部分有規定估算之方法及範圍。惟我國就此並未有相關規定。

五、依第 73e 條(追繳之效力)之規定，該規定追繳生效時，標的物移轉予國家所有，惟物品上第 3 人(包括被害人)之權利不受影響。此規定足以彰顯就犯罪所得之歸屬，應先審酌是否屬於被害人(或第 3 人)所有，但我國就此則無相關規定。

六、依該法第 74 條(沒收之條件)規定，必須故意犯罪方有適用，且標的為犯罪工具及犯罪產物。又應沒收之標的物若有危害公安之虞者，僅審酌到違法性即可；否則必須審酌行為人之罪責事由方可沒收。至於我國就犯罪工具及產物之沒收，若有危害公共安全之虞而不審酌行為人之罪責一事，則以刑法第 39 條及第 40 條第 2 項之規定加以緩和。

七、依該法第 74e 條(沒收的效力)之規定，係與追繳相同，於沒收生效時，標的物移轉予國家所有，惟物品上第 3 人之權利不受影響。且有補償物上所有權人之規定。但依我國刑法第 473 條之規定，權利人對沒收物似僅得於 3 個月內聲請發還。且並無明文沒收物之歸屬，另權利人之物經收歸國庫後如何補償亦付之闕如。

八、依該法第 74f 條(補償)之規定，就不當沒收或扣押致第 3 人權利受影響時，有補償規定之適用。惟我國並無相關規定。

九、依第 76a 條(單獨宣告)之規定，如具備採取措施之要件，法院得單獨宣告沒收、追徵或扣押，無庸經審理程序。但我國將沒收及追徵規定為從刑，必須於審理後裁判時併宣告沒收或追徵。

附表一

編號	條文 (項)	內 容
1.	第 11 條第 1 項第 8 款	措施(Maßnahmen)：指各種矯正及保安處分(jeder Maßregel der Besserung und Sicherung)、追繳(Verfall)、沒收(Einziehung)及扣押(Unbrauchbarmachung)。
2.	第 46a 條	行為人具僅下列情形之一者，法院可依第 49 條第 1 項規定減輕其刑，或若科處之刑不超過一年有期徒刑或

		<p>不超過 360 單位日額金之罰金刑者，則免除其刑：</p> <p>1.行為人(Täter)努力與被害人(Opfer)達成和解 (Ausgleich)，對其行為造成之損害全部或大部分予以補償(Wiedergutmachung)，或認真致力於對其行為造成的損害進行補償。</p> <p>2.在行為人可以自主決定對損害進行補償或不補償的情形，渠對被害人的損害進行全部或大部分補償。</p>
3.	第 73 條	<p>正犯(Täter)或共犯(Teilnehmer)為了違法行為 (rechtswidrige Tat)或由於違法行為而取得財產利益(für die Tat oder aus ihr etwas erlangt)者，法院應命令予以追繳。如因被害人基於行為而產生的請求權的滿足使正犯或共犯從違法行為中獲得的財產利益喪失者，不適用本規定。</p> <p>追徵命令(Anordnung)的效力及於所得利益(die gezogenen Nutzungen)。亦及於正犯或共犯轉讓所得物 (die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes)而取得之財物，或他人因毀損(Beschädigung)滅失(Zerstörung)或奪走(Entziehung)所取得物品而賠償(Ersatz)之物，或因此所取得之權利(Recht)。</p> <p>若正犯或共犯為他人實施違法行為，而該他人因此取得財物者，本條第 1 項及第 2 項之追繳命令適用於該他人。</p> <p>應追繳之物屬於第 3 人或第 3 人有處分權(zustehen)者，亦可命令追繳該物，但以第 3 人允許將該物用於犯罪或明知構成犯罪而仍允許使用者為限。</p>
4.	第 73a 條	<p>因取得物之性質或其他原因致不能追繳某特定物，或不能追繳第 73 條第 2 項後段之替代物者，法院可命令將取得物折抵為適當價款予以追繳(den Verfall eines Geldbetrags)。若受追繳之物的價值低於最初取得物之</p>

		價值，法院除命追繳該物外，亦可命追徵價差。
5.	第 73b 條	可對取得物之範圍及其價值，以及被害人的請求實現後，正犯或共犯因其行為取得之物尚存之價值進行估算。
6.	第 73e 條	物品依法遭追繳者，受追繳人對該物之所有權或追繳時受追繳人享有之權利，於判決生效時移轉國家所有。惟物品上第 3 人之權利不受影響。 判決生效前，命令具有民法第 136 條之轉讓禁止之效力，該禁止尚包括除轉讓外其他形式的處分。
7.	第 74 條	凡故意犯罪者，因犯罪所生之物(Gegenstände, die durch sie hervorgebracht)，或用于犯罪、預備犯罪或準備用於犯罪之物，應予沒收。 沒收限於下列情形： 1.該物於判決時屬於正犯或共犯所有，或渠享有處分權者。 2.依該物之種類和狀況，使用它足以危害公共安全或有用於實施違法行為危險者。 在第 2 項第 2 款規定之情形下，若行為人於行為時無責任能力者，亦得沒收該物。 若除第 1 項規定外，尚有其他沒收之特別規定者，適用第 2 項及第 3 項之規定。
8.	第 74e 條	宣告沒收，該物之所有權或被沒收之權利，於判決確定時移轉為國家所有。 物上第 3 人之權利仍然存在。但依第 74 條第 2 項第 2 款之規定沒收時，法院可宣告第 3 人之權利消滅。又依 74f 條第 2 項第 1 款或第 2 款之規定不能對第 3 人進行補償時，法院亦得宣告第 3 人之權利消滅。

		沒收和保留沒收之命令，即使尚未生效，亦可適用第 73e 條第 2 項之規定。
9.	第 74f 條	<p>在沒收或扣押之裁判確定時，物之所有權或被沒收之權利仍屬於第 3 人者，或者該物上附有第 3 人之權利，而該權利因判決而消滅或受影響者，由國庫按交易價格適當給予第 3 人以金錢補償。</p> <p>有下列情形之一者，不予補償：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.第 3 人至少由於輕率而致該物或權利被利用作犯罪工具或成為犯罪客體。 2.第 3 人明知該物可能被沒收或扣押而不當取得。 3.依沒收或扣押當時之情形，依刑法以外之其他法律規定可長久剝奪第 3 人對物之權利而不予補償者。 <p>依前項規定，若不予補償確實過分嚴厲時，仍可予以補償。</p>
10.	第 76a 條	由於事實上之原因(tatsächliche Gründe)不能對特定人進行追訴(verfolgen)或判決(verurteilen)時，如另外具備採取措施(Maßnahmen)之條件，法院應依職權或依聲請單獨宣告追繳或沒收該物或其折價款，或單獨裁定扣押。

第三節 日本刑法之規定²⁶⁷

一、依第 19 條(沒收)之規定，可見該法沒收之標的包括犯罪構成物、犯罪工具、犯罪產物及犯罪所得(包括實行犯罪行為所得之報酬及其代替物)。此與我國規定之態樣相當，但我國未規定犯罪所得之報酬及代替物亦得沒收。

二、依第 19 之 2 條(追徵²⁶⁸)的規定，可認日本追徵制度係補充沒收於事實上不能時之

²⁶⁷ 與本節所列有關條文，詳如附表二所載。參張明楷譯，日本刑法典(第 2 版)，頁 12 至 13。

²⁶⁸ 「追徵」是一種處分，其內容是因為應當沒收之物不能沒收，而命令行為人向國庫繳納相當於應當沒收之物價格的金額。參張明楷，前揭書，頁 13(註釋 4)。是以日本刑法第 19 之 2 條之「追徵」用語，與我國現行法制就追徵係於不能沒收或追繳(原物)時之替代措施含義及用語相同。

救濟作用，其標的與沒收相同，均不限於犯罪所得之物，還包括犯罪產物。惟我國追徵之標的限於犯罪所得之物。足認日本刑法所稱之追徵與沒收未如德國立法例，以「犯罪所得/犯罪產物」為追徵與沒收之區別標準，本文認為日本刑法就此部分亦未掌握犯罪所得應以追繳(具有違法性即可)作為法理基礎的區別實益。

附表二：

編號	條文 (項)	內 容
1.	第 19 條	<p>下列之物可以沒收：</p> <p>一、 組成犯罪行為之物。</p> <p>二、 供犯罪行為使用或將要供犯罪行為使用之物。</p> <p>三、 犯罪行為所產生或因犯罪行為獲得之物，以及作為犯罪行為的報酬所得之物。</p> <p>四、 作為前款所列之物的代價所取得之物。</p> <p>沒收以不屬於犯罪人以外的人所有之物為限；但在犯罪後，知情人取得其物時，雖屬於犯罪人以外之人所有，亦得沒收之。</p>
2.	第 19 之 2 條	<p>前條第 1 項第 3 款和第 4 款所列之物之全部或一部不能沒收時，可以追徵其價額。</p>

綜上所述可知，日本刑法就犯罪所得之物(包括實行犯罪所得之報酬及其代價)，以不屬於被害人或第 3 人所有者為限，方得沒收。

第四節 日本改正刑法草案²⁶⁹之規定

- 一、依草案第 74 條(沒收的要件一)之規定，可知犯罪構成物、犯罪工具、犯罪產物若不屬於行為人所有，且有危害公共安全之虞時，方得沒收。
- 二、依草案第 75 條(沒收的要件二)之規定，可見犯罪所得之物、犯罪報酬、犯罪所得之代替物及犯罪產物對價所得之物(如製造之偽鈔在黑市交易所得款項)，均得

²⁶⁹與本節所列有關條文，詳如附表三所載。參張明楷譯，前揭書，頁 133 至 134。

沒收，不能沒收時，得追徵其價額。

三、依草案第 76 條(沒收之特例)之規定，行為人即使欠缺責任條件時，仍得宣告沒收、追徵或使其不能使用之處分。惟我國刑法並無此規定，致行為人若有欠缺責任條件之情事，因致生無罪之結果，則無從宣告沒收、追徵、追繳及抵償，此法律漏洞顯而易見。

四、依草案第 78 條(獨立處分)之規定，可認符合沒收或追徵之要件時，若未對被告做成有罪判決，仍得宣告沒收或追徵。

五、依草案第 79 條(沒收的效果)之規定，對照我國就此並無明文。

六、依草案第 80 條(補償)，亦可見我國並無相關之補償規定。

附表三：

編號	條文(項)	內 容
1.	第 74 條	下列之物得沒收： 一、組成犯罪行為之物。 二、供犯罪行為使用或將要供犯罪行為使用之物。 三、犯罪行為產生之物。 在其物屬於犯罪人以外的人所有的情形下，只有當其物可能再組成犯罪行為或者再供犯罪行為使用，或其他在保安上具有沒收必要時，方得沒收。 依前二項規定得沒收之有價證券、文書或圖畫的全部或部分屬於偽造、變造或虛偽之物時，得作出使其不能使用之處分以替代沒收。
2.	第 75 條	下列之物得沒收： 一、因犯罪行為所得之物或作為犯罪行為的報酬所得之物。 二、作為前款或前條第一項第三款所列之物的對價所得之物。 前項沒收以其物屬於犯罪行為人所有者為限，但第三人知情而取得其物時，仍得沒收。

		第一項各款所列之物之全部或一部不能沒收時，得追徵其價額。
3.	第 76 條	依第 16 條第 1 項(責任能力)或第 18 條(責任年齡)不得處罰行為人之情況，仍得實行沒收、追徵或使其不能使用之處分。
4.	第 78 條	符合沒收、追徵或使其不能使用之處分的要件時，即使對行為人沒有做出有罪判決，亦得宣告沒收、追徵或使其不能使用之處分。
5.	第 79 條	沒收宣告確定時，該物歸屬國庫。
6.	第 80 條	應沒收之物，屬於第 3 人所有或負擔第 3 人之物權時，應對其損害給予補償，但下列情形不在此限： 一、對於其物組成犯罪行為或供犯罪行為使用，存在可歸責於第 3 人之事由者。 二、第 3 人知情而取得其物或其物權者。 第 3 人知情而正在獲得利益者。

第五節 小結

剝奪行為人之犯罪所得，其目的在實現正義(即法益受侵害前之狀態)及抵制犯罪人不法所有之意圖；本質自非保安處分或以行為人之應刑罰性作為前題，自不應將其定性為從刑或保安處分。此部分可參考德國刑法及日本改正刑法草案之規範模式，以滿足具有違法性之構成要件為依據，不以行為人負有罪責為前題，作為宣告沒收犯罪所得或追繳(徵)之標準。

綜上，自解釋論而言，首應就我國現行刑法第 34 條第 2 款及第 38 條規定沒收標的之性質區分為三類：第一類是「違禁物」(第 38 條第 1 項第 1 款)與「專科沒收之物」(第 39 條及第 40 條第 2 項)；第二類是「犯罪工具」(第 38 條第 1 項第 2 款)及「犯罪產物」(第 38 條第 1 項第 3 款前段)；第三類是「犯罪所得」(第 38 條第 1 項第 3 款後段)。第一類的「違禁物」(凡法律明文同時禁止製造、販賣、運輸、轉讓、持有及寄藏等

行為均包括在內)與「專科沒收之物」，由於國家剝奪此等私人財產權之目的在於防衛社會安全，避免再犯而具有保安處分的功能，自非基於行為人之罪責決定沒收與否，故不問屬於犯罪行為人與否均應沒收，此由刑法第 39 條規定(有罪)免刑判決仍得專科沒收甚明，換言之，有罪免刑判決雖無主刑存在，從刑似乎無所附麗，惟對於專科沒收之物仍例外規定得單獨宣告沒收，是以將第一類沒收之標的定性為從刑自屬不合；至於第二類之「犯罪工具」或「犯罪產物」，若同時為專科沒收之物(如製造偽鈔或偽造有價證券之器械原料；偽變造之通用貨幣或有價證券等)，如前所述，即屬於第一類沒收物之性質，當然不問屬於犯罪行為人與否，均應沒收(如刑法第 200 條及第 205 條，同法第 39 條及第 40 條第 2 項)²⁷⁰；惟「犯罪工具」及「犯罪產物」若非專科沒收之物，則依同法第 38 條第 3 項之規定，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之²⁷¹，此即本文所述第二類沒收之對象。由於第二類沒收之對象為「犯罪工具」(乃持以供犯罪所用或犯罪預備之物)與「犯罪產物」(乃因犯罪所生之物)，自以犯罪行為業經認定(即符合構成要件該當之違法行為且具有罪責)為前提，故將本文所述之第二類沒收定性為從刑並無不妥²⁷²。惟就本文所指第三類之沒收標的(即犯罪所得)，因原則上本即屬於被害人所有(例外為不法原因併存於行為人與交付犯罪所得者兩造之間，此時司法機關對交付犯罪所得之人，則評價其不屬於被害人，否則違反法律強制禁止規定及公共秩序與善良風俗²⁷³)，自不因犯罪行為介入使犯罪所得因形式上移轉至被告實力支配之範圍，反而認為係被告(犯罪行為人)所有；申言之，若因不法構成要件該當行為介入，致生不當得利之結果，自當返還不法利得予被害人方得其平(即本文所稱「準不當得利之衡平措施」)，故無論行為人之罪責如何，均應剝奪其不法利得，故將第

²⁷⁰ 最高法院 97 年度台上字第 729 號判決：刑罰法令關於沒收之規定，兼採職權沒收主義與義務沒收主義。...義務沒收，則又可分為絕對義務沒收與相對義務沒收。前者指凡法條有：「不問屬於犯人與否，沒收之」之特別規定者屬於，法院就此等物品是否宣告沒收，無斟酌餘地，除已證明滅失者外，不問屬於犯人與否或有無查扣，均應宣告沒收。靳宗立，前揭文，頁 162。

²⁷¹ 職權沒收，係指法院就屬於被告所有，供犯罪所用、預備用或因犯罪所得之物，仍得本於職權斟酌是否宣告沒收。參前揭最高法院 97 年度台上字第 729 號判決。

²⁷² 參最高法院 98 年度台上字第 654 號及第 3676 號判決。

²⁷³ 最高法院 97 年度台上字第 859 號判決：關於公務員違背職務之行為而交付之賄賂，因行賄人之行賄屬違法行為，非犯罪被害人，依法固應予以沒收，不在追繳發還之列。然行賄人縱係對公務員職務上之行為為之，不成立交付賄賂罪，但此係玷辱公務員應公正廉潔執行職務之違背公序良俗行為，自不在法律保護範圍之內，倘猶認其屬被害人，豈非變相鼓勵貪污，而與制定貪污治罪條例旨在嚴懲貪污，澄清吏治之立法本旨有違。是以對公務員職務上行為交付賄賂之人，應不能認屬被害人，其所交付賄賂應予沒收，不得發還。

三類沒收規範為從刑亦顯不當²⁷⁴。

故刑法第 34 條第 3 款規定之「追徵、追繳或抵償」之對象當僅限於本文所稱第三類沒收之措施，不包括第一類及第二類沒收範圍甚明。此外，就規範論而言，本文認為因第一類與第二類沒收之標的，性質與功能歧異，前者為保安處分，後者乃從刑之一種，若能於用語上加以區隔俾一目瞭然則更為妥當，爰建議將第一類標的物剝奪收歸國庫之用語稱為「徵收」，如此既有別於「沒收」，且該等物品通常於案發時即已扣押，且性質上屬於絕對義務沒收之標的，只需經法院宣告即可，概念上無庸「追索回復」，故無需使用「追 X」之字眼，或係一較佳之選擇，至修法建議部分，詳參第十一章第三節之說明。

末以「追徵、追繳或抵償」各係何所指？與沒收有何替代運作之功能？在此擬依文義解釋、體系解釋及歷史解釋方法加以探究，並輔以我國最高法院見解及德國追徵制度立法例辨正。

如前所述，我國刑法第 121 條第 2 項及第 122 條第 4 項規定對於違背職務收受賄賂及不違背職務收受賄賂等行為之犯罪所得，其沒收之標的為原物(指所收受之賄賂)，至於追徵之替代適用時機則以「全部或一部不能沒收」時，方追徵其「價額」。惟貪污治罪條例於 52 年 7 月 15 日公布後，前開刑法第 121 條第 2 項及第 122 條第 4 項之罪名，依重法吸收輕法之法規競合(Gesetzeskonkurrenz)理論²⁷⁵，即分由同條例第 4 條第 1 項第 5 款(違背職務收受賄賂罪)及第 5 條第 1 項第 3 款(不違背職務收受賄賂罪)規定取代，不再有適用餘地²⁷⁶。是關於公務員收受賄賂罪所得財物，即應依同條例第 10 條第 1 項之規定予以追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。

依上開規定可知：

(一)「追繳」之對象應係指行為人自交付賄賂者處所收受(賄賂)之原財物。有學者亦認為追繳以物為限，由於被害人仍具所有權，基於回復原狀或損害賠償之原則，剝奪

²⁷⁴ 惟另有學者認「剝奪犯罪所得」之沒收、追徵、追繳、抵償，性質上屬於「財產刑」，為「刑罰」之一種，較無疑義云云，參靳宗立，前揭文，頁 160。渠立論與本文辨析結果差異甚鉅，堪見本議題確有討論之價值。

²⁷⁵ 法規競合又稱為「不純正競合(unecht Konkurrenz)」或「法律單數(Gesetzeseinheit)」，係指構成要件的重疊現象，雖在外形上好似有數個刑罰條款競合，但實質上卻是一個刑罰條款排斥其他刑罰條款的現象。刑法實務上到法律單數問題時，好像一切依據重法處斷即為正確，迄今在刑法實務上之唯重原則，實不足採。參林山田，刑法通論(下冊)，頁 582 至 588。

²⁷⁶ 參最高法院 97 年度台上字第 1256 號判決。

犯人不法占有之處分²⁷⁷。

(二)「追繳」後究應予以沒收或發還被害人，應視其犯罪情節有無被害人而定，由法院審酌處理，並於主文中明白諭知。申言之，於收受賄賂罪案件，因無被害人，則追繳被告之犯罪所得後自應予以沒收，因此，沒收之對象與追繳相同，均指犯罪所得之原財物而言；在其他罪名，若有他人(如被害人)對於該物得主張法律上之權利，自難認該當於沒收之要件²⁷⁸，而應將追繳(或沒收)之犯罪所得發還被害人。

而何謂「無法追繳」(或「不能沒收」)時？如前所述，由於我國實務認為犯罪所得之沒收係屬職權沒收之範圍，法院得本於職權斟酌是否需宣告沒收，故若犯罪所得未於偵查或審理階段經查扣，就實務運作而言，往往亦於宣告時未併予主文中沒收，並於理由欄交待未併予沒收之原因，故所謂「不能沒收」或「無法追繳」當係指「事實上不能(或無法)」(即判決宣告或判決確定前未經扣押原物)，而非「法律上不能」，蓋此時原物是否存在或已滅失既不確定，如何執行沒收？

(三)犯罪所得應予追繳之範圍，係指「因犯罪而直接取得之財物」而言²⁷⁹，惟所得財物如係「金錢」則仍得就被告所有之現金，追繳其金額²⁸⁰。

(四)至於「追徵」，必限於所得(之原物)者為金錢以外之其他財物而無法沒收或追繳時，始應追徵其價額，亦即使其(指被告即行為人)繳納與原財物相當之價額²⁸¹。

(五)如所得財物為金錢而無法執行追繳或沒收時，則應以其非金錢之財產(如車輛、電腦、冰箱等)抵償之，不發生追徵價額之問題²⁸²。

(六)至於「追繳、追徵或抵償」執行之方式，依「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 144 點規定：罰金、罰鍰、追繳、追徵或抵償應就受裁判人本人之財產執行，其執行之程序準用執行民事裁判之規定，於必要時，得囑託地方法院民事執行處行之。惟關於犯罪所得原物之追繳(或沒收)，如前所述，因其原屬被害人所有，非受裁判人本人(即被告或犯罪行為人)之財產，與其替代措施之追徵及抵償係原物無法追繳或不能沒收時才發生之情況在本質上迥異，是前開注意

²⁷⁷ 李傑清，組織犯罪防制條例剝奪不法利益規定之檢討，頁 72。

²⁷⁸ 最高法院 98 年度台上字第 4090 號判決。

²⁷⁹ 最高法院 72 年度台上字第 6648 號判決。

²⁸⁰ 最高法院 92 年度台上字第 6188 號判決。

²⁸¹ 最高法院 90 年度台上字第 1195 號判決。

²⁸² 最高法院 88 年度台上字第 3743 號判決。

事項第 144 點自應刪除關於「追繳」部分之規定，修正為：罰金、罰鍰、追徵或抵償應就受裁判人本人之財產執行，...。方符合體系及文意解釋本旨。

(七)是檢察官於本案偵查(或事實審審理)階段，自應依法儘先依職權(或聲請法院依職權)扣押犯罪所得之原物，俾利本案判決時得併宣告追繳犯罪所得(並發還被害人或沒收)。惟若不能或未及扣押犯罪所得之物，除依洗錢防制法第 4 條之規定²⁸³辦理外，則應依法儘先依職權(或聲請法院依職權)扣押被告所有之其他財產(包括渠帳戶之款項)，俾利本案判決時併宣告追徵(價額)或抵償(其他財產)。



²⁸³ 該條規定：本法所稱因犯罪所得財物或財產上利益，指下列各款之一者：一、因犯罪直接取得之財物或財產上利益。二、因犯罪取得之報酬。三、因前二款所列者變得之物或財產上利益。但第三人善意取得者，不在此限。由於本條規定將犯罪所得之範圍擴張至原物以外之代替物(如變價所得之物及賠償物)及犯罪報酬，與德國刑法第 73 條；日本刑法第 19 條第 1 項第 3 款後段、第 4 款及日本改正刑法草案第 75 條之規定相當，不啻為簡化並統一犯罪所得予以追繳、追徵或抵償之概念的修改方向。

第九章 犯罪被害人訴請不法所得返還之現狀及違憲 審查之嘗試

第一節 犯罪不法所得之性質

如前所述，我國刑法第 38 條第 1 項第 3 款於 94 年 2 月 2 日增訂「因犯罪所生之物」(與「因犯罪所得之物」併列)以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。依條文修正對照表之說明可知，「因犯罪所得之物」，係指因犯罪結果取得之物(如竊盜罪之財物)，至於「因犯罪所生之物」則係指因犯罪之結果產生之物(如偽造文書罪中之假文書)。顯見「因犯罪所生之物」係指「犯罪產物」而非「犯罪所得」，惟最高法院竟曾經表示²⁸⁴：「刑法上所稱因犯罪所得之物，係指因犯罪行為直接所產生或取得特定之原物而言，並不包括因變賣該原物所得之價金或因其他原因而衍生之物在內(某甲行為後，94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日生效施行之刑法第 38 條第 1 項第 3 款，始增列因犯罪所生之物得沒收之規定)。」似認民國 95 年 7 月 1 日生效施行之現行刑法第 38 條第 1 項第 3 款所稱之「因犯罪所得之物」為「因犯罪所生之物」，且包括「犯罪所得之原物加以變賣或因其他原因取得之衍生物」(即犯罪所得之代替物或孳息)，而悖離立法者規範「因犯罪所生之物」係屬「犯罪產物」之目的，其差之毫釐，謬以千里，不可不辨。

參考國外立法例，關於「因犯罪所得之物」，德國立法者將之定義為：正犯(Täter)或共犯(Teilnehmer)為了違法行為(rechtswidrige Tat)或由於違法行為而取得之財產利益²⁸⁵。此時，法院應命令予以追繳(Verfall)²⁸⁶。至於「犯罪所生之物」，德國刑法第 74 條第 1 項規定：凡故意犯罪者，因犯罪所生之物(Gegenstände, die durch sie hervorgebracht)，或用於犯罪、預備犯罪或準備用於犯罪之物，應予沒收。故德國立法者首先將「犯罪所得」(為追繳標的)與「犯罪產物」(為沒收標的)予以區別，並將追繳標的之構成要件明定為「違法行為」，而非如我國刑法第 34 條第 2 款及第 38 條第 1 項第 3 款及第 3

²⁸⁴ 最高法院 97 年度台抗字第 185 號裁定。

²⁸⁵ 參德國刑法第 73 條第 1 項前段。

²⁸⁶ 依德國刑法第 11 條第 1 項第 8 款規定，追繳(Verfall)之性質為措施(Maßnahmen)的一種，與「各種矯正及保安處分」(jeder Maßregel der Besserung und Sicherung)、「沒收」(Einziehung)及「查封」(Unbrauchbarmachung)併列。

項規定，將犯罪所得定性為從刑(Nebenstrafe)，作為從屬於主刑之法律效果，導致法院必須對被告(行為人)進行審理，宣告有罪科刑²⁸⁷判決，才能依我國刑法第 34 條及第 38 條之規定，宣告沒收(犯罪所得)、追徵、追繳及抵償。故被告(犯罪行為人)若未到庭受審(如逃匿而受通緝、因疾病而不能到庭或心神喪失)；或即便能到庭受審，但被告因行為時無責任能力或欠缺責任條件而受無罪判決或有另受免刑判決之情形，仍不得諭知沒收(犯罪所得)、追徵、追繳及抵償，行為人反而能保有犯罪所得，其結果不正義甚明。

反之，若如德國法例以被告之違法行為所取得之財產利益(Tatgewinnen)即得追繳(收歸國庫)或發還被害人，如此自可克服被告需到庭受審且經宣告科刑判決之限制，而可經檢察官聲請(舉證被告之行為具有構成要件該當性即可，因不具有違法性之阻卻違法事由，原則上係被告之抗辯事由，應由被告舉證)後，法院以書面方式依職權審查即可處分扣押或判決沒收(犯罪所得)、追徵、追繳及抵償²⁸⁸。

第二節 現行附帶民事訴訟規範之運作

附帶民事訴訟原係立意良好之法制，除我國外，世界各國刑事訴訟法採行附帶民事訴訟制度者，尚有德國、法國、泰國、義大利、奧地利、希臘及中國大陸²⁸⁹等。惟我國各法院刑事庭多年來在實務運作上，與刑事訴訟同為實體判決之成效不彰，詳如附表一及附表二所示。何以致此？原因雖有多端，且沈痾已久²⁹⁰，至於本文嘗試之解決方法，如文末之修法建議所示。

第一項 我國部分

一、為明瞭近年來全國所有地方法院辦理附帶民事訴訟案件與刑事訴訟同為實體判決之情形，乃擇選民國 88 年及 94 年至 98 年等共六個年度之數據加以整理統計，目的在了解十年前及近五年來，各項數據在附帶民事訴訟未曾修法狀況下，因應社

²⁸⁷ 刑法第 39 條雖規定：「免除其刑者，仍得專科沒收」；且得再依第 40 條第 2 項之規定，為單獨宣告沒收之裁定。惟專科沒收之標的乃犯罪工具或產物而非犯罪所得，已如前述，是依文義解釋，犯罪所得既非犯罪工具或產物，則被告受免刑判決，難認有得專科沒收或單獨宣告沒收之適用。

²⁸⁸ 德國刑法第 76a 條規定：由於事實上之原因(tatsächliche Gründe)不能對特定人進行追訴(verfolgen)或判決(verurteilen)時，如另外具備採取措施(Maßnahmen)之條件，法院應依職權或依聲請單獨宣告追徵或沒收該物或其折價款或查封之。顯亦係如此辦理。

²⁸⁹ 阮富枝，刑事附帶民事訴訟制度應否維持之研究，頁 9。

²⁹⁰ 林淑閔，刑事訴帶民事訴訟之研究，頁 74 以下。

會之變遷，在數據上是否有若干變化之趨勢，或如一池春水而無顯著之改變。

附表一(全國所有地方法院辦理附帶民事訴訟案件收結情形)²⁹¹

年 別	受理 件數 合計	撤回	與刑事 訴訟同 為實體 判決	移送民 庭	駁回原 告之訴	訴訟上 和解成 立	訴訟 外調 解成 立	其他
88 年	11863 件	1218 件 (10.27%)	181 件 (1.53%)	4252 件 (35.84%)	2133 件 (17.98%)	1106 件 (9.32%)	N/A	284 件 (23.94 %)
94 年	9052 件	975 件 (10.77%)	168 件 (1.86%)	3578 件 (39.53%)	992 件 (10.96%)	1175 件 (12.98%)	N/A	547 件 (6.04%)
95 年	11475 件	1215 件 (10.59%)	135 件 (1.18%)	4576 件 (39.88%)	1091 件 (8.88%)	1791 件 (15.61%)	N/A	705 件 (6.14%)
96 年	12821 件	1205 件 (9.40%)	168 件 (1.31%)	4943 件 (38.55%)	1239 件 (9.66%)	1594 件 (12.43%)	1266 件 (9.87 %)	366 件 (2.85%)
97 年	14164 件	1129 件 (7.97%)	187 件 (1.32%)	4947 件 (34.93%)	1302 件 (9.19%)	1495 件 (10.55%)	2551 件 (18.0 1%)	365 件 (2.58%)
98 年	16244 件	1275 件 (7.85%)	239 件 (1.47%)	5435 件 (33.46%)	1468 件 (9.04%)	2102 件 (12.94%)	3188 件	370 件 (2.28%)

²⁹¹參司法院公告之司法統計年報，民國 98 年年報第 85 項，<http://www.judicial.gov.tw/>上網下載日期 2011 年 2 月 23 日。其中「與刑事訴訟同為實體判決」欄之數據係以「勝訴、敗訴及勝敗互見」各欄數字加總所得、「移送民庭」欄之數據係以「依刑訴法 503 條第 1 項但書、第 504 條及第 511 條第 1 項前段」各欄數字加總所得、「駁回原告之訴」欄之數據係以「依刑訴法 503 條第 1 項前段、第 502 條第 1 項及第 503 條第 4 項」各欄數字加總所得，至於表內各數據所占百分比均為作者自行計算之結果。

)	(19.6 3%))
--	--	--	--	--	--	---	--------------	---

由以上統計資料可見，附帶民事訴訟與刑事訴訟同為實體判決之情形，不論是在 12 年前(約 1.5%)或近 6 年(約 1.2%至 1.9%之間)的統計結果約略相同而無顯著改變；而由刑庭裁定移送同院民事庭另行調查證據再為判決之統計資料，在 12 年前(約 35.8%)或近 6 年(約 33.5%至 39.9%)間的比例亦無分軒輊；且反而有比例不低的部分是以訴訟上和解(約 9%至 15%)或訴訟外調解(約 10%至 20%)之方式解決糾紛，且調解達成之比率有逐年升高趨勢。足認我國附帶刑事訴訟制度，就立法意旨在保障犯罪被害人之訴訟權及財產權等訟爭解決之一次性及訴訟經濟之成效，在實務上多年運作的結果乏善可陳²⁹²，本文認為現行實務運作之結果，尚不足以達到立法者對犯罪被害人承諾保障其憲法上擁有訴訟權及財產權之原意。

申言之，當事人或律師在法庭上，當遇到對勸諭和解特別熱心的法官，有時完全無視當事人的意願，一再改期，說服當事人，勸諭律師在庭內或庭外試行和解，有時有意無意對當事人透露「心證」，暗示不和解可能有受敗訴判決之虞，造成當事人心理上很大的恐慌與壓力，因而常拗不過法官的意志，又恐判決結果真的對己方不利，勉強同意和解。對於案情複雜不易釐清法律關係，或證據不充足難以認定事實、判斷事偽的案件，法官更熱心以和解方式結案。所以有如此現象，其實是和解的成立，對承辦案件的法官有不足為外人道的好處。因為法官審理案件的過程中，最大的工作負擔是撰寫判決書，一旦成立和解則不必用心構思如何製作判決，免予勞神勞力，負擔壓力就全部消除。在此誘因下即可了解一些不認真或偷懶的法官，為何特別熱心勸諭和解。此外，一旦成立和解，訴訟即確定終結，不得再上訴翻案，從法官表現而言有正面加分的效果；若以判決結案，上訴若遭撤銷或廢棄，可能遭上級審法官或律師間導致負面評價，甚至在考核上被扣分，影響升遷或調動服務的法院。其實就當事人而言，訴訟的目的就是要求正義的實現，希望獲得法院公道的裁判。斷事非，彰正義，是法官不能推卸的責任，當事人如遇到上述不負責任只為利己的法官，必感很困擾而無奈，亦偏離了訴訟法設

²⁹² 既然刑事訴訟案件均有各類型之法益遭侵害，理論上必有被害人，而請求損害賠償之標的通常又以替代物之金錢為大宗，是案件於起訴後，若尚要求被害人退讓一步以達成訴訟上和解，或命被害人與被告另於訴訟外成立調解而生撤回附帶民事訴訟(疏減訟源)之結果，是否真能達到法院依法論法及被害人請求法院實踐正義之訴訟權保障，尚有可疑。

置和解制度的本旨²⁹³。

二、既然近 12 年來我國附帶民事訴訟收結情形之各項數據均約略相同，爰擇 97 年度之統計數據，在不同類別之地方法院間，就辦理附帶民事訴訟案件與刑事訴訟同為實體判決之情形，乃依收結案件數據多寡，並兼顧南北及東西間地域平衡之觀點，擇以台北、屏東、花蓮及福建金門地院為對象，觀察彼等法院辦理相關案件，結案數據是否有明顯不同之情形或均為類似之結果。

附表二(不同類型地方法院於 97 年度辦理附帶民事訴訟案件收結情形)²⁹⁴

法院名稱及類別	受理件數合計	撤回	與刑事訴訟同為實體判決	移送民庭	駁回原告之訴	訴訟上和解成立	訴訟外調解成立	其他
台北地院(第 1 類)	1582 件	130 件 (8.22%)	14 件 (1.19%)	572 件 (48.47%)	237 件 (20.08%)	110 件 (6.95%)	11 件 (0.7%)	106 件 (6.7%)
屏東地院(第 2 類)	461 件	20 件 (4.34%)	15 件 (3.25%)	134 件 (29.07%)	37 件 (8.03%)	49 件 (10.63%)	134 件 (29.07%)	3 件 (0.65%)
花蓮地院(第 3 類)	199 件	14 件 (7.04%)	21 件 (10.55%)	93 件 (46.73%)	1 件 (0.5%)	40 件 (20.1%)	0 件 (0%)	3 件 (1.5%)
金門地院(第 6 類)	24 件	0 件 (0%)	8 件 (33.33%)	5 件 (20.83%)	0 件(0%)	4 件 (16.67%)	0 件 (0%)	1 件 (4.17%)

²⁹³ 黃綠星，日本裁判官的另一面：讀日文書「裁判官的橫著」後感，第 2 版。

²⁹⁴ 參司法院公告之司法統計年報，民國 97 年年報第 86 項，at, <http://www.judicial.gov.tw/>上網下載日期 2010 年 5 月 29 日。表內各數據所占百分比為作者自行計算之結果。

類								
---	--	--	--	--	--	--	--	--

由上述 4 類地方法院辦理附帶民事訴訟案件與刑事訴訟同為實體判決之比例，發現都市人口集中密度愈高類型之地方法院(如第一類法院)，其刑事庭就附帶民事訴訟案件為實體判決之比例愈低(僅約 1.2%)；反之，人口較少且密度愈低之鄉鎮型態地方法院(如第三類及第六類法院)，其刑事庭就附帶民事訴訟案件為實體判決之比例愈高(約從 11%至 33%不等)。而人口密度及城鄉發展程度在中間型態之法院(如第二類法院)，其刑事庭就附帶民事訴訟案件為實體判決之比例則約略相當(或略高於)於全國各地方法院統計結果的平均數(約 1.4%至 3.2%之間)。

如此原因，依作者從事實務工作之觀察²⁹⁵，認與第一類及第二類法院辦理之刑事案件暨附帶民事訴訟案件之繁雜程度及收受案件數量均較高與第三類至第六類法院，致前者類型法院基於專業分工及避免耽誤刑事案件之終結時程，乃多將附帶民事訴訟案件裁定移轉至同院民事庭辦理，此由附表二第一類法院移轉民庭之比例高達近 48.5%(將近一半的案件)，遠高於全國各地方法院統計結果的平均數(約 35%至 39%之間)即可得悉。

第二項 德國部分

德國自 70 年代興起對犯罪被害人之關注，當時大量出現以被害人為導向的犯罪學研究，影響所及，不僅擴展犯罪學的範疇而新興起被害者學(Victimologie，即有關犯罪被害人之學術討論)，更開始搖撼傳統的刑事法規範體系²⁹⁶。

德國刑事附帶民事訴訟制度關於 Wiedergutmachung(再復原或和平修復，有回復原狀之意)²⁹⁷與 Ausgleich(調解，有衡平遭侵害法益之意)²⁹⁸這二項概念可以相互替換使用(wechselweise benutzen)。被害人民法上的損害得於刑事訴訟程序，不僅在附帶民事訴訟的框架內得到賠償，亦可依「犯罪人與被害人調解(Täter-Opfer-Ausgleich)(以下稱

²⁹⁵ 自 87 年 8 月擔任地方法院檢察署檢察官迄今，辦理過偵查(9 年)、公訴(3 年)及執行(1 年)等案件。

²⁹⁶ 盧映潔，犯罪與被害：刑事政策問題之德國法制探討，頁 376。

²⁹⁷ 所謂 Wiedergutmachung，或稱 Schadenswiedergutmachung(損害再復原；損害修復)，一方面連結了「損害」，另一方面則連結了「修復」(Reparation)及「彌補」(Kompensation)的概念，意味著損害是有物質性及非物質性的，因而 Wiedergutmachung 與所謂 Restitution(補償)或 Entschädigung(賠償)乃單純金錢之支付有別，範圍可包括回復原狀、金錢賠償、慰撫金、向被害人道歉或送禮物，乃至向公益團體支付金額或從事公益勞動等；此外，Wiedergutmachung 是針對因犯罪引發行為人對於法律、國家及社會已破壞的垂直關係之清除，其欲修補犯罪人與被害人間之衝突，並在各方積極參與下重新恢復法秩序之和平。參盧映潔，前揭書，頁 377。許澤天、薛智仁譯，前揭文，頁 199。

²⁹⁸ 所謂 Ausgleich(調解或調處)，係指為解決犯罪人與被害人間的衝突之目的，另方面也表達第 3 人介入 Ausgleich 的內容，參許澤天、薛智仁譯，前揭文，頁 198。

TOA)」法制或 Wiedergutmachung 方式得到救濟；這三種救濟途徑可以根據訴訟程序發展的階段獨立加以利用²⁹⁹。

TOA 的基礎哲學首先應從被害人的需求出發，是指透過犯罪人與被害人的一個調解過程而將因犯罪行為所引發衝突關係加以「規則化」(Regulierung)，規範目的在適當地顧慮到雙方利益及需求。通常該程序是在雙方積極對話參與下共同尋得一個共同可接受的解決方式，在此觀念下，TOA 在犯罪刑事政策上的定位是一種非正式的衝突解決規則，亦即讓犯罪人做到他所能夠做到的事，使被害人感覺無損害或已降到最低，另一方面亦透過這樣的可能性，來避免或減輕犯罪人本應承擔的刑罰後果³⁰⁰，以達到三贏(指被害人、被告及司法機關)的結果。因依照 1987 年 4 月 1 日通過實施的犯罪被害人保護法(Opferschutzrecht)³⁰¹，是首度在德國刑法中引進「犯罪人與被害人調解及再復原」制度，依當時修改的德國刑法第 46 條第 2 項，法官可依被告在犯罪後之態度(特別是指渠對於損害再復原的努力及與被害人達成調解的努力)，而考慮是否減輕其刑。

原則上，刑法上的 Wiedergutmachung 與民法上的 Wiedergutmachung 性質上存在根本差異在於刑法是歸責取向(schuldorientieren)，而民法上的損害賠償則是和解取向(ausgleichsorientieren)。因此迄今就刑罰(Strafe)與賠償(Wiedergutmachung)間之關連性在刑法中就會顯得陌生，是故，於刑法體系中採取和解取向之措施就被稱為是例外；換言之，基於刑法上制裁所生民法上損害和解往往就會依照刑事被告的罪責來判斷³⁰²。

依德國刑事訴訟法第 155a 條第 1 項及第 2 項規定：檢察官與法院應當(sollen)在程序的每一階段(in jedem Stadium des Verfahrens)³⁰³，檢驗有無達成被告與被害人衝突解決(Ausgleich，即調解)的可能性，並在適合的案件中應該加以促進(In geeigneten Fällen sollen sie darauf hinwirken)。

²⁹⁹ Inger Bahnson, a.a.O. S.4.

³⁰⁰ 盧映潔，前揭書，頁 376 至 377。許澤天、薛智仁譯，前揭文，頁 198。

³⁰¹ 該法全名為「改善刑事程序中受害者地位的第一法案」(Erste Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren)，於 1986 年 12 月通過，該法另一核心價值，乃在使被害人有機會知悉卷宗文書，使其成為刑事程序主體(Subjekt des straf-Verfahrens)。參許澤天、薛智仁譯，前揭文，頁 188 至 190。

³⁰² Ein Ausgleich des Zivilrechtlichen Schadens aufgrund strafrechtlicher Sanktionen sich an der strafrechtlichen Schuld des Angeklagten orientiert. Inger Bahnson, a.a.O. S.5.

³⁰³ 所謂「每一階段」係指整體刑事程序，即從偵查開始的第一步驟，經過中間程序與主要審判程序，參許澤天、薛智仁譯，前揭文，頁 201。

綜上所述，德國立法政策及司法機關近年來在刑法及刑事訴訟法就犯罪被害人之程序主體性及所受侵害之回復，自不同面向及方法做出高度努力，以促成實質正義的實現，且是在刑事訴訟程序的每一階段均予以觀照，並以不拘形式之方式達成。

法務部於 99 年 7 月 31 日於部內網站公告出國計畫，甄選 2 名檢察官於同年 9 月 4 日至 16 日赴德國慕尼黑大學及柏林邦各司法機關參訪³⁰⁴，本文趁此之便，準備下列 3 點與本論文相關之問題(恰為法務部設定之第 3 項研究題目)³⁰⁵委請獲選之同事³⁰⁶攜往詢問受訪學者即慕尼黑大學法學教授 Dr. Schünemann，嗣經簡檢察官以電子郵件傳送問題予邀訪之 Dr. Schünemann 教授，再經 Dr. Schünemann 教授指示在同校任職之助理 Dr. Peter Kasiske 答覆，後經陪同該次參訪擔任翻譯的李立暉先生³⁰⁷將 Dr. Kasiske 答覆之書面資料³⁰⁸寄給作者。內容分列如下：

一、德國刑事訴訟法第 403 條規定：被害人或其繼承人得對被告之犯罪行為產生之「財產上損害賠償請求權」，係指「限於財產法益受侵害」或「包括生命或身體法益受侵害，而支出費用(如醫藥費或喪葬費)致生之財產損害亦屬之」？

(Der Verletzte oder sein Erbe kann gegen den Beschuldigten einen aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch) Beschränkt die vermögensrechtlichen Anspruch nach §403 StPO sich nur auf das Rechtsgutverletzung von Vermögen ?
Kann der Verletzte oder sein Erbe wegen Rechtsgutverletzung auf körperliche Versehrtheit gegen Beschuldigten einen vermögensrechtlichen Anspruch machen, um das Schaden zu ersetzen ?

(答覆部分)

Frage 1:

Vermögensrechtlicher Anspruch im Sinn von § 403 StPO kann jeder zivilrechtliche Anspruch sein, der auf die Zahlung von Geld gerichtet ist und dem Opfer wegen der Tat gegen den Täter zusteht. Das Opfer einer Körperverletzung kann daher zum Beispiel im

³⁰⁴ 研究題目包括下列 3 項：(1) 遣送受刑人。(2) 偵查中閱卷。(3) 被害人在刑事訴訟中之地位。

³⁰⁵ 問題之德文部分委請現任職於私立東吳大學法學院胡博硯助理教授(德國柏林邦鴻堡大學 Universität zur Humboldt 法學博士)翻譯。

³⁰⁶ 即時任台灣台北地方法院檢察署檢察官簡逸薇。

³⁰⁷ 為我國留學生，時於德國慕尼黑大學法學院攻讀博士，渠於 2010 年 10 月 19 日將答覆之內容以電子郵件寄給作者。

³⁰⁸ 答覆之中文翻譯部分由作者自為。

Verfahren nach § 403 ff. StPO vom Täter sowohl Ansprüche auf Ersatz seiner Arztkosten (§ 823 I, II BGB) als auch seinen Anspruch auf Schmerzensgeld (§ 253 II BGB) geltend machen.

刑事訴訟法 第 403 條所稱財產法上的請求權之性質可以是每一項民事法上的請求權，這種請求權可以金錢計算，且是被害人基於行為人之特定犯罪所得請求者。例如人身傷害之被害人得依刑事訴訟法第 403 以下之規定，不僅對行為人得依民法第 823 條第 1 項及第 2 項之規定請求醫療費用的賠償，亦得依民法第 253 條第 2 項之規定請求精神上的慰撫金。

二、德國之刑事附帶民事訴訟判決，是否確於主文中有如該國刑事訴訟法第 406 條第 1 項第 1 句之規定，就原告(即犯罪被害人)之聲請，若認為有理由時，則於刑事審判程序共同裁判之，而非另於一附帶續行之程序中被裁判。

(Das Gericht gibt dem Antrag in dem Urteil statt, mit dem der Angeklagte wegen einer Straftat schuldig gesprochen oder gegen ihn eine Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet wird, soweit der Antrag wegen dieser Straftat begründet ist.)

Ist die Bestimmung vom § 406 II in der Praxis durchgesetzt? D.h. das Urteil von Adhäsionsprozeßes nach § 406 II wird in dem gleichen Verfahren ausgesprochen.

(答覆部分)

Frage 2:

Das Adhäsionsverfahren spielt vor deutschen Strafgerichten praktisch kaum eine Rolle.

Anträge nach §§ 403 ff. werden nur sehr selten gestellt und daher kommt es auch nur selten zu Entscheidungen nach § 406 I 1. Das liegt wohl vor allem daran, dass sich Straf- und Zivilprozess im deutschen Recht sehr stark unterscheiden. Deshalb zögern Anwälte und Richter, dieses Verfahren anzuwenden.

刑事附帶民事訴訟在德國刑事法院實務上幾乎不扮演任何角色，依刑事訴訟法第 403 條以下規定之請求很少被提出，也很少依第 406 條第 1 項第 1 句之規定得到賠償。相信這一定是由於在德國法上刑事與民事訴訟程序有非常嚴格的區分，因此，律師及法官才會猶豫去利用此一制度。

三、依德國刑法第 73 條第 1 項規定，正犯或共犯為了違法行為或由於違法行為而取得財產利益者，法院應命令予以追繳。該追繳之性質或法理，究係屬於「準不當

得利之衡平措施」？或係基於「侵害被害人財產權」(即侵權行為 torts，申言之，犯罪行為必屬侵權行為)之損害賠償請求權？

(Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an.) nach §73 I StGB. Ist das Rechtsnatur des Verfalls quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme oder Schadensersatz(D.h die Anspruchsgrundlage von „torts“ auf Englisch) ?

(答覆部分)

Frage 3:

Durch die Anordnung des Verfalls nach § 73 StGB soll erreicht werden, dass dem Täter keine materiellen Vorteile aus seiner Tat bleiben. Es geht also nicht um Schadensersatz.

Wenn Schadensersatzansprüche des Opfers bestehen, ist der Verfall insoweit ausgeschlossen (§ 73 I 2).

法院依刑法第 73 條核發追繳命令，目的在使行為人不得利用其犯罪享有物質上的利益，此制度之內涵與損害賠償不同。當被害人的損害賠償請求權存在時，(依刑法第 73 條第 1 項第 2 句之規定可知)追繳在此時即不適用。

由上述 Dr.Kasiske 答覆之內容可悉，除第 2 個問題雖已切入「若刑事庭認為附帶民事訴訟有理由時，是否會在該刑事判決主文內併同裁判？」之核心，但該助理教授只答覆「刑事庭法官及律師因猶豫而很少利用該(附帶民事訴訟)程序」，有隔靴搔癢之感（因為雖然少但是還是會有，故仍有此問題）外；又德國附帶民事訴訟可請求之標的，尚包括「基於生命或身體法益受侵害，而支出費用(如醫藥費或喪葬費)致生之財產損害亦屬之」，不限於「財產法益受侵害」之損害賠償請求權。且追繳之對象為被害人之犯罪不法所得，與犯罪被害人之損害賠償請求權之功能與性質不同，非得相提併論。

第三項 中國大陸部分

根據中國大陸刑事訴訟法第 77 條第 1 項的規定，被害人對本〈規定〉第 2 條因單位犯罪行為造成經濟損失的，對第 4 條、第 5 條第 1 項及第 6 條應當承擔刑事責任的被告人未能返還財物而遭受經濟損失提起附帶民事訴訟的，受理刑事案件

的人民法院應當依法一併審理³⁰⁹。依同法第 78 條之規定，附帶民事訴訟應與刑事案件一併審理及判決，僅在避免刑事案件過分遲延時，方得於刑事案件審判後，由同一審判組織繼續審理附帶民事訴訟。且所稱「同一審判組織」係指原審理該刑事案件之審判庭，不得另組合議庭審理，更不能轉到民事庭處理³¹⁰。此與我國刑事訴訟法第 504 條第 1 項規定及實務運作大多數均移送民事庭審理之結果大相逕庭。

依最高人民法院關於執行「中華人民共和國刑事訴訟法」若干問題的解釋³¹¹，與本論文有關者，如附表三所示：

附表三

編號	條文及項次	條 文 內 容
1	第 84 條第 1 項	人民法院受理刑事案件後，可以告知因犯罪行為遭受物質損失的被害人(公民、法人和其他組織)、已死亡被害人的近親屬、無行為能力或限制行為能力被害人的法定代理人，有權提起附帶民事訴訟。
2	第 85 條	如果是國家財產、集體財產遭受損失，受損失的單位未提起附帶民事訴訟，人民檢察院在提起公訴時提起附帶民事訴訟的，人民法院應當受理。
3	第 86 條	附帶民事訴訟中依法負有賠償責任的人包括： (一) 刑事被告人(公民、法人和其他組織)及沒有被追究刑事責任的其他共同加害人。 (二) 未成年刑事被告人的監護人。 (三) 已被執行死刑的罪犯的遺產繼承人。 (四) 共同犯罪案件中，案件審結前已死亡的被告人的遺產繼承人。

³⁰⁹ 最高人民法院關於在審理經濟糾紛案件中涉及經濟犯罪嫌疑若干問題的規定，為法釋(1998)第 7 號，1998 年 4 月 9 日最高人民法院審判委員會第 974 次會議通過，同年 4 月 21 日公布，自同年 4 月 29 日施行。劉志傳等編，前揭書，頁 548 至 549。

³¹⁰ 趙秉志、王新清及甄貞著，刑事訴訟法，頁 237。

³¹¹ 最高人民法院審判委員會 1998 年 6 月 29 日第 989 次會議通過，同年 9 月 2 日公布，自同年 9 月 8 日施行，法釋(1998)第 23 號。劉志傳等編，前揭書，頁 168 至 169。

		(五) 其他對刑事被告人的犯罪行為依法應當承擔民事賠償責任的單位和個人。
4	第 88 條第 4 款	附帶民事訴訟的起訴條件是： (四)被害人的物質損失是由被告人的犯罪行為造成的。
5	第 89 條	附帶民事訴訟應當在刑事案件立案以後第一審判決宣告以前提起。...但可以在刑事判決生效後另行提起民事訴訟。
6	第 90 條	在偵查、預審、審查起訴階段有權提起附帶民事訴訟的人向公安機關、人民檢察院提出賠償要求，已經公安機關、人民檢察院紀錄在案的，刑事案件起訴後，人民法院應當按附帶民事訴訟案件受理；經公安機關、人民檢察院調解，當事人雙方達成協議並已給付，被害人又堅持向法院提起附帶民事訴訟的，人民法院也可以受理。
7	第 91 條	提起附帶民事訴訟一般應當提交附帶民事訴狀。書寫訴狀確有困難的，可以口頭起訴。審判人員應當對原告人的口頭訴訟請求詳細詢問，並製作筆錄，向原告人宣讀；原告人確認無誤後，應當簽名或者蓋章。
8	第 92 條	人民法院收到附帶民事訴訟訴狀後，應當進行審查，並在七日內決定是否立案。符合刑事訴訟法第 77 條及本解釋第 88 條規定的，應當受理；不符合規定的，應當裁定駁回起訴。
9	第 94 條	附帶民事訴訟案件的當事人對自己提出的主張，有責任提供證據。
10	第 95 條	人民法院審理附帶民事訴訟案件，在必要時，可以決定查封或者扣押被告人財產。
11	第 96 條第 1 項	審理附帶民事訴訟案件，除人民檢察院提起的以外，可以調解。...經調解達成協議的，審判人員應當及時製作調解書。調解書經雙方當事人簽收後即發生法律效力。

12	第 97 條	經調解無法達成協議或者調解書簽收前當事人反悔的，附帶民事訴訟應當同刑事訴訟一併判決。
13	第 99 條	對於被害人遭受的物質損失或者被告人的賠償能力一時難以確定，以及附帶民事訴訟當事人因故不能到庭等案件，為了防止刑事案件審判的過分遲延，附帶民事訴訟可以在刑事案件審判後，由同一審判組織繼續審理。如果同一審判組織的成員確實無法繼續參加審判的，可以更換審判組織成員。
14	第 101 條	人民法院認定公訴案件被告人的行為不構成犯罪的，對已經提起的附帶民事訴訟，經調解不能達成協議的，應當一併作出刑事附帶民事判決。
15	第 102 條	人民法院審理刑事附帶民事訴訟案件，不收取訴訟費。

依前揭最高人民法院關於執行「中華人民共和國刑事訴訟法」若干問題的解釋(下稱解釋)第 94 條之規定，似乎應依民事舉證責任分配之原則決定被害人（即原告）對其受損害之結果、被告之犯罪行為、責任與損害結果間之因果關係負擔舉證責任，惟若如此解釋，實有違被害人利用刑事訴訟程序提起附帶民事訴訟之實益，蓋法諺有「舉證責任之所在，敗訴之所在」，況學者就中國大陸附帶民事訴訟制度之實踐本有「刑事優先原則」(或稱「先刑後民」原則)，內容包括「位階上的刑事優先」與「位序上的刑事優先」兩方面的要求，前者係指刑事判決的效力在位階上應當高於民事判決，民事判決不能拘束刑事判決，惟刑事判決則對民事判決發生拘束力³¹²。申言之，不允許民事法官無視於刑事法官就構成民事訴訟與刑事訴訟之共同基礎的犯罪事實的存在、其罪名以及對受到歸咎的人是否有罪所作出的必要而肯定的決定³¹³。後者係指在程序上刑事法律關係的確定應當優先於民事法律關係，法院應當優先適用刑事訴訟程序以確定被告之刑事責任，至於其民事責任則在刑事訴訟程序終結後再啟動民事訴訟程序予以處理，或者在刑事訴訟程序中附帶處理民事責任問題³¹⁴。

³¹² 萬毅，中國大陸刑事訴訟法理論與實務，頁 326。

³¹³ 羅結珍譯，卡斯東·斯特法尼等著，法國刑事訴訟法精義，中國政法大學出版社，1999 年，頁 885。

依前揭解釋第 86 條之規定，附帶民事訴訟中依法負有賠償責任的人有 5 類，不限於刑事訴訟程序經起訴之被告。另有學者認為，被告之行為若因阻卻違法事由致不構成犯罪時(如正當防衛、緊急避難)，所造成的損害，當然不得提起附帶民事訴訟³¹⁵。

依最高人民檢察院「人民檢察院刑事訴訟規則(修正)」³¹⁶，與本論文有關者包括第 235 條及第 250 條，如附表四所示：

附表四

編號	條文及項次	條 文 內 容
1	第 235 條	提出起訴意見或者不起訴意見的，偵查部門應當將起訴意見書或者不起訴意見書以及其他案卷材料，一併移送本院審查起訴部門審查。國家或者集體財產遭受損失的，在提出「提起公訴意見」的同時，可以提出「提起附帶民事訴訟」的意見。
2	第 250 條	人民檢察院審查移送起訴的案件，必須查明：... (六) 有無附帶民事訴訟；對於國家財產、集體財產遭受損失的，是否需要由人民檢察院提起附帶民事訴訟。 (七) 與犯罪有關的財物及其孳息是否扣押、凍結並妥善保管，以供核查。對被害人合法財產的返還和對違禁品或者不宜長期保存的物品的處理是否妥當移送的證明文件是否完備。

依「最高人民法院關於刑事附帶民事訴訟範圍問題的規定」³¹⁷：根據刑法第 36 條、第 37 條、第 64 條和刑事訴訟法第 77 條的有關規定，針對刑事附帶民事訴訟的範圍問題規定如下：茲擇其中與本論文有關者如附表五所示：

³¹⁴ 萬毅，前揭書，頁 327 至 328。作者於該文中對「先刑後民原則」之價值提出 2 點理由，(一)從價值上判斷，刑事訴訟較諸民事訴訟更具社會意義。(二)從技術上分析，刑事訴訟較諸民事訴訟更能全面揭示案件真相(因偵控機關及刑事法官擁有民事法官未備之偵查及調查證據手段)，確屬的論。

³¹⁵ 汪建成，刑事訴訟法學概論，頁 233。

³¹⁶ 1997 年 1 月 15 日最高人民檢察院第 8 屆檢察委員會第 69 次會議通過，1998 年 12 月 16 日最高人民檢察院第 9 屆檢察委員會第 21 次會議修訂，1999 年 1 月 18 日發布施行，高檢發釋字(1999)第 1 號。劉志傳等編，前揭書，頁 223 至及 225。

³¹⁷ 最高人民法院審判委員會 2000 年 12 月 4 日第 1148 次會議通過，自 2000 年 12 月 19 日施行，法釋(2000)第 47 號。劉志傳等編，前揭書，頁 373。

附表五

編號	條文及項次	條 文 內 容
1	第 1 條 第 1 項	因人身權利受到犯罪侵犯而遭受物質損失或者財物被犯罪分子毀壞而遭受物質損失的，可以提起附帶民事訴訟。
	第 1 條 第 2 項	對於被害人因犯罪行為遭受精神損失而提起附帶民事訴訟的，人民法院不予受理。
2	第 2 條	被害人因犯罪行為遭受的物質損失，是指被害人因犯罪行為已經遭受的實際損失和必然遭受的損失。
3	第 5 條 第 1 項	犯罪分子非法占有、處置被害人財產而使其遭受物質損失的，人民法院應當依法予以追繳或者責令退賠。被追繳、退賠的情況，人民法院可以作為量刑情節予以考慮。
	第 5 條 第 2 項	經過追繳或者退賠仍不能彌補損失，被害人向人民法院民事審判庭另行提起民事訴訟的，人民法院可以受理。

由於最高人民法院 2001 年 2 月 26 日就「關於確定民事侵權精神損害賠償若干問題的解釋」，將精神損害賠償的受案範圍作了擴張解釋，例如，依該解釋第 1 條規定：自然人因下列人格權利遭受非法侵害，向人民法院起訴請求賠償精神損害的，人民法院應當依法予以受理：(一)生命權、健康權、身體權；(二)姓名權、肖像、名譽權及榮譽權；(三)人格尊嚴權、人身自由權。故有學者執此解釋而謂此等侵害公民生命權、健康權等人格權利的損害賠償規定，完全可以適用於附帶民事訴訟³¹⁸，並主張在立法論上應將人格權受侵害併置入附帶民事訴訟俾被害人權利之全面救濟。然依最高人民法院關於人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神損害賠償民事訴訟問題的批復³¹⁹，精神損害本不可於刑事訴訟程序提起附帶民事訴訟，僅能另行單獨提出民事訴訟以求救濟甚明。

此外，有學者亦認為，現行法律和司法解釋把附帶民事訴訟案件範圍限制於兩類

³¹⁸ 王敏遠主編，前揭書，頁 255。

³¹⁹ 本則批復(對象為雲南省高級人民法院)係最高人民法院審判委員會 2002 年 7 月 11 日第 1230 次會議通過，自 2002 年 7 月 20 日施行，法釋(2002)第 17 號，內容略以：根據刑法第 36 條和刑事訴訟法第 77 條及我院〈關於刑事附帶民事訴訟範圍問題的規定〉第 1 條第 2 項的規定，對於刑事案件被害人由於被告人的犯罪行為而遭受精神損失提起的附帶民事訴訟，或者在該刑事案件審結以後，被害人另行提起精神損害賠償民事訴訟的，人民法院不予受理。參劉志傳等編，前揭書，頁 374。

基本情況，一是因人體受到傷害導致損失的，一是因財產受到毀損導致損失的³²⁰。若此等觀察為真，關於「犯罪不法所得返還被害人」一事，在附帶民事訴訟的救濟制度上顯然有所缺漏，故亦有學者建議，對於貪利性犯罪，要注意判刑與賠償並重，注重財產刑的適用，不讓犯罪分子經濟上得到好處³²¹。故依附表五編號 3 第 5 條之相關規定可悉，財產犯罪不法所得發還被害人救濟途徑，中國大陸各級法院刑事庭仍可依附帶民事訴訟程序，以追繳或責令被告退還或賠償之方式辦理。

第三節 刑事法院就不法所得發還被害人之相關判決

第一項 我國部分

附表六：

編號	法院案號	裁判要旨
1	台高院 95 年度上更(二)字第 857 號(違反貪污治罪條例)判決	(主文部分) (1)原判決撤銷。 (2)宋○與公務員，共同侵占職務上持有之非公用私有財物，處有期徒刑…年。 (3)所得財物未稅仿冒七星牌洋菸柒拾箱，應予連帶追繳並發還財政部基隆關稅局；如全部或一部無法追繳時，應追徵價額，或以財產抵償之。
2	台南高分院 94 年度上更(二)字第 404 號(違反貪污治罪條例)判決	(主文部分) (1)原判決撤銷。 (2)顏○連續依據法令從事公務之人員，利用職務上之機會，詐取財物，處有期徒刑○年。所得財物新台幣參拾壹萬捌仟元應予追繳發還臺南縣議會，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。

³²⁰ 樊崇義等著，前揭書，頁 335。

³²¹ 樊崇義等著，前揭書，頁 337。

3	最高法院93年度台上字第3199號(擄人勒贖案)判決	(理由部分) 許○另因代為領取贖金，由鄭○從贖金中抽取五千元交予許○作為酬勞部分，該五千元應追回發還被害人廖○，不能宣告沒收。
4	最高法院92年度台上字第4701號(違反洗錢防制法)判決	(理由部分) 洗錢防制法第十二條第一項規定：「犯本法之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第三人者外，不問屬於犯人與否，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。」關於上揭一百萬元贖款部分，原應追回發還被害人，自不能逕適用上開規定予以宣告沒收。
5	福建金門分院90年度上訴字第5號(違反貪污治罪條例)判決	(理由部分) 至被告共同詐得之機具補助費，係由金沙鎮公所編列預算支付，有卷附金門縣金沙鎮公所總預算歲出計畫說明提要與各項費用明細表可查，故本案被害機關為金沙鎮公所。是以，被告共同犯罪各得五萬元，應予追繳，並發還被害人金沙鎮公所，如全部或一部無法追繳時，應以其等之財產抵償之。
6	台灣台北地方法院98年度易字第2425號(侵占等)判決	(主文部分) 被告犯公益侵占罪，處…，又犯行使業務登載不實文書罪，處…，應執行有期徒刑○年，緩刑○年，緩刑期間付保護管束。並應於緩刑期內給付新台幣六百萬八○六六元 ³²² 予台北市立光復國民小學學生家長會。 (理由部分) 又本緩刑宣告既以被告向家長會給付上開金額為條件，如被告不依本判決清償上開金額，前揭緩刑之宣

³²² 該案判決事實及理由均認定被告侵占之款項為 600 萬 8066 元，與判決主文宣示被告應給付(理由稱為「清償」)予被害人(即該校學生家長會)之金額相同，而於據上論斷欄則引用刑法第 74 條第 1 項第 1 款及第 2 項第 3 款作為附條件緩刑之依據(法條明文為「損害賠償」)，實則為發還犯罪所得予被害人。本文認為該判決引用附條件緩刑作為主文併宣告發還犯罪所得之依據，對於紛爭解決之一次性有重大進展；惟其前題仍為有罪科刑(併命緩刑)判決，但對於非緩刑案件或被告不到庭而無從為有罪判決之程序，仍無從於刑事訴訟判決一併保障被害人之財產權利，此益加突顯本論文議題之價值。

		告自得依刑法第 75 條之 1 第 1 項第 4 款規定予以撤銷，上揭應支付之金額，並得為民事強制執行執行名義，附此敘明。
7	最高法院 96 年度台上字第 7644 號(違反證券交易法)判決	(理由部分) 犯證券交易法第 171 條第 1 項內線交易罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人、第三人或應負損害賠償金額者外，以屬於犯人者為限，沒收之，同條第 6 項前段定有明文。又違反同法第 157 條之 1 第 1 項內線交易禁止規定者，對於當日善意從事相反買賣之人買入或賣出該證券之價格，與消息公開後十個營業日收盤平均價格之差額，負損害賠償責任，同條第 2 項規定甚明。是犯內線交易罪者，若應依證券交易法第 157 條之 1 第 2 項之規定，對於當日善意從事相反買賣之人負賠償責任者，其犯罪所得於扣除賠償金額後，始得為沒收之宣告。

由上述各刑事案件判決之主文及理由可見，無論係違反貪污治罪條例、洗錢防制法或證券交易法³²³等特別刑法之案件，或侵占、偽造文書及擄人勒贖罪等觸犯普通刑法之案件，均屬財產法益受侵害之案件，法院於實務運作上，得於刑事判決主文內逕為特定犯罪不法所得發還被害人之諭知，無庸另行製作一份附帶民事訴訟判決，此觀最高法院 98 年台上字第 4090 號判決要旨亦明。

第二項 德國部分

德國各邦法院關於將犯罪所得發還或賠償被害人之判決主文，與本論文有關者，限於編幅，僅擇其中一則**德國 Marburg 市職務法院某妨害風化及名譽罪**之附帶民事訴訟

³²³ 前揭附表六編號 7(即台開案)之主文係原判決撤銷，發回台灣高等法院更審(分 97 年度矚上重更一字第 4 號)，嗣台灣高等法院於 97 年 11 月 13 日判決，並未就最高法院此點指摘發回事由予以審酌，仍諭知該案全部犯罪所得均予沒收，而未就何不援引證券交易法第 171 條第 6 項規定發還被害人(指售出台開股票之交易相對人即彰化銀行)部分加以說明。堪認此一議題之解決在實務上似仍具有不易克服之盲點。

案件判決³²⁴，爰摘錄相關主文及理由如下：

BeckRS 2006, 03649

AG Marburg: Urteil vom 09.01.2006 - 51 Ls 2 Js 6842/04

(德國Marburg市職務法院：2006年1月9日判決—案號51 Ls 2 Js 6842/04)

Rechtsgebiete: (相關法領域)

Strafrecht (刑法)

Strafprozessrecht/OWiG (刑事訴訟法及行政秩序罰法Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)

Rechtskraft: (執行力情況)

rechtskräftig

(確定判決)

以下為判決全文

51 Ls 2 Js 6842/04 (案號)

AG Marburg

Im Namen des Volkes (以人民為名義)

U r t e i l

In der Strafsache

g e g e n A. B (對被告 A. B 之刑事判決)

geboren am in Deutscher, geschieden (被告為德國人，已離婚)

w e g e n Verbreitens pornographischer Schriften u.a.

hat das AG Marburg – Schöffengericht - in den Sitzungen vom 20.12.2005, 22.12.2005 und 09.01.2006, an denen teilgenommen haben:

Richter am AG Schulte als Vorsitzender als Schöffen Staatsanwalt Franosch als Beamter der Staatsanwaltschaft Rechtsanwalt Weinreich als Verteidiger Rechtsanwalt Schroer als Nebenklägervertreter Justizobersekretär Koch als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

am 09.01.2006

被告因散布猥褻文字等案件，經由 Marburg 市職務法院(Amtsgericht)以參審法庭方式，經 2005 年 12 月 20 日、同年 12 月 22 日及 2006 年 1 月 9 日共同審理後，由該法院審判長 Schulte、檢察官 Franosch、辯護律師 Weinreich、告訴代理人 Schroer 律師及書記官 Koch 共同參與完成本案之訴訟程序。

f ü r R e c h t e r k a n n t: (判決主文)

Der Angeklagte ist schuldig der Beleidigung in Tateinheit mit der Verbreitung pornographischer Schriften in 27 tateinheitlichen Fällen tateinheitlich in einem

³²⁴ 本件判決係作者於台北地檢署服務時之同事陳重言檢察官，刻於德國杜賓根大學法律研究所就讀博士班，於 2010 年 10 月 31 日以電子郵件所提供數編附帶民事訴訟判決之一，謹此致謝。

Fall davon mit der unerlaubten Verbreitung eines Bildnisses.

Er wird deswegen zu einer **Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr 6 Monaten** verurteilt.
(被告犯以散布猥褻文字27次及不許可圖片之方式而足以毀損他人名譽，應處有期徒刑共1年6月)

Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe wird zur Bewährung ausgesetzt.

(前開自由刑部分之執行，同時宣告緩刑付保護管束)

Der sichergestellte Computer Fujitsu Siemens sowie der Monitor Medion, 1 Videocassette Hi 8 und 2 CD's mit den Aufschriften „P , die P.B. overnet“ und „P.B.“ werden eingezogen.

(扣案之富士西門子廠牌電腦及Medion牌銀幕、1片Hi 8的錄影帶及2片貼有„P, die P.B. overnet“及„P.B.“標籤的數位唱片均沒收)

Der Angeklagte wird verurteilt, an die Nebenklägerin 35.000,00 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 13.05.2005 zu zahlen.

(被告應支付告訴人3萬5000歐元及自2005年5月13日起以單利百分之5計算之利息)

Der Angeklagte hat die Kosten des Straf- und s sowie die notwendigen Auslagen der Nebenklägerin im Strafverfahren zu tragen.

(被告應支付告訴人於刑事訴訟程序中所負擔之刑罰及的所有必要費用)

Die notwendigen Auslagen der Beteiligten im werden gegeneinander aufgehoben.

(關於的必要參與費用應各自負擔)

Das Urteil ist im Umfang des Zahlungsausspruches vorläufig vollstreckbar. Der Angeklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 35.000,-- € abwenden.

(上開宣示判決支付範圍內之金額告訴人得假執行，但被告得於提供3萬5000歐言之擔保後，免除假執行)

Angewendete Vorschriften: (所犯法條)

§§ 184 I Nr. 2, 185 StGB, 23 KunstUrhG³²⁵, 52, 53, 56 II, 74 StGB.

(刑法第 184 條第 1 項第 2 款、第 185 條；藝術創作保護法第 23 條；刑法第 52 條、53 條、56 條第 2 項及第 74 條)

Gründe: (判決理由)

I.

Der 40-jährige, seit dem Jahr 2004 von seiner Ehefrau geschiedene Angeklagte

³²⁵ 該法全名為 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie 即「與攝影及藝術創作作品有關之著作權法」，簡稱「藝術創作保護法」KunstUrhebergesetz.

besitzt zwei Kinder im Alter von elf und sechs Jahren, die bei deren Mutter leben. Er ist mit zwei Schwestern in N bei beiden Eltern aufgewachsen; im 17. Lebensjahr des Angeklagten trennten sich die Eltern. Trotz einer überdurchschnittlichen Intelligenz besuchte er lediglich die Hauptschule und trat nach deren erfolgreichen Abschluss eine Kfz.-Mechanikerlehre an, die er indes nach zweieinhalb Jahren auf Grund von Streitigkeiten mit seinem Arbeitgeber abbrach. Anschließend schloss der Angeklagte eine Lehre als Betriebsschlosser ab und ist in diesem Beruf seit 15 Jahren bei der Firma Ferrero in Stadtallendorf tätig. Für die Trennung von seiner Ehefrau macht der Angeklagte Eifersüchteleien derselben verantwortlich. Er verdient monatlich 1.700 Euro netto, davon bezahlt er 500 Euro Unterhalt an die Kinder und im übrigen Miete an seine Mutter, die ihm wegen seiner Schulden das Wohnhaus abgekauft hat. A.B. besitzt keine Vorstrafen.

(被告為 40 歲男子，自 2004 年起與其妻離婚，育有 2 子，分別為 6 歲及 11 歲，由母親監護。被告有兩個姐妹，渠父母在 N 市撫養被告及其姐妹長大；被告 17 歲時離開父母到外地謀生，雖然他較一般人聰明，但被告只有讀到中學畢業就踏上了汽車修護工作的人生，約 2 年半後被告就因為與僱主發生爭執之原因而結束這段工作。接著，他又去學習工廠裝配的工作，在這個位於 Stadtallendorf 的 Ferrero 公司，他積極工作並待了有 15 年。被告後來因忌妒心重導致離婚結果，應負很大一部分的責任。他當時每月賺 1700 歐元，他以其中 500 元維持小孩的生活，其餘支付其母親的房租，因為母親為其離婚而替他買下一間房子；被告並無犯罪前科。)

II.

Der Angeklagte und die Nebenklägerin lernten sich 1998 auf einem Fest in N kennen und begannen noch am gleichen Abend eine intime Beziehung. Diese setzte sich mit Unterbrechungen bis in das Jahr 2003 fort. Die Nebenklägerin zog schließlich mit ihren beiden Kindern bei dem Angeklagten ein. In der Folgezeit kam es dann zwischen beiden zu erheblichen Streitigkeiten über finanzielle Dinge. Dem Angeklagten gelang es nicht, die Finanzierung des Hauses zu realisieren. Seine Mutter bot ihm deshalb den Kauf des Hauses unter der Bedingung an, dass die Nebenklägerin – die nach ihrer Auffassung nicht genug zum Lebensunterhalt beitrug – aus dem Haus ausziehe. Dieser Forderung kam die Nebenklägerin nach, bot dem Angeklagten indes an, in eine gemeinsame Wohnung zu ziehen, weil sie an der Beziehung festhalten wollte. In der Zeit von Juli 2003 bis Ende November

Anfang Dezember 2003 besaßen beide weiterhin Kontakt, schrieben sich viele SMS³²⁶ und besuchten einander gegenseitig. Gleichzeitig reagierte der Angeklagte besonders eifersüchtig, unter anderem, als er einmal herausfand, dass die Nebenklägerin mit einer Freundin zum Feiern in ihre Heimatstadt gefahren war. An diesem Abend schrieb er mindestens 30 überwiegend wütende SMS an die Nebenklägerin. Spätestens seit dem Jahr 2003 beschäftigte der Angeklagte sich intensiv mit dem Besuch von Internetseiten mit pornografischem Inhalt und verbrachte große Teile seiner Freizeit mit dem Herunterladen von Dateien aus Tauschbörsen wie Kazaa, eDonkey und eMule.**Fall 1.)**

(被告與告訴人於 1998 年在 N 市的一個慶典場合中認識，且當天晚間就發生了親密關係。如此的關係持續發展直到 2003 年為止。告訴人最後還是與她的兩個小孩搬到被告住處同居，後來，在兩個人之間還是由於經濟因素發生爭吵，被告還是無法努力工作養活一家人。由於告訴人總認為被告所掙的錢無法供全家共同生活之用，因此被告的媽媽反以告訴人必須搬出該住處房屋作為她購買該屋的條件。告訴人則因為仍希望與被告共同生活而要求被告搬到一間與其共有的屋子。於 2003 年 6 月到同年 11 月底 12 月初之間，彼 2 人間還有進一步的連繫，包括以手機簡訊或相互造訪方式為之。但有一次當被告發現告訴人與她的女朋友一起回到她娘家的城市參加一項慶祝活動時，竟然醋勁大發；當晚，被告即在盛怒之下寫下並發送了至少 30 個手機簡訊給告訴人，至遲自 2003 年起，被告即密集地上網瀏覽色情網站，並利用自己大部分的空閒時間違法到 Kazaa, eDonkey 及 eMule 等網站下載交換色情文字或圖檔等資料)

Bei den wechselseitigen Besuchen des Angeklagten und der Nebenklägerin kam es regelmäßig zum Geschlechtsverkehr. Der Angeklagte – der sich bereits vorher gewünscht hatte, sich einmal selbst beim Sex mit einer Partnerin zu filmen – lieh sich seinem Schwager Christian W dessen Videokamera Samsung VP-W61 aus, stellte sie vor dem Eintreffen der Nebenklägerin – der er mitgeteilt hatte, sie könne ihren Fahrzeugbrief bei ihm abholen – auf dem Schreibtisch ab und richtete sie auf das größere der beiden im Wohnzimmer befindlichen Sofas. Nachdem die Nebenklägerin eingetroffen war, führten beide zunächst eine belanglose Unterhaltung. Die Nebenklägerin, die die Kamera bemerkte und wusste, dass der Angeklagte zuvor keine solche besessen hatte, fragte ihn danach. Der Angeklagte

³²⁶ 依維基網路百科全書，SMS 是 Short Message Service 的縮寫。係指使用手機、網路或市內電話，發送文字(簡訊)作為溝通工具，乃目前最廣泛使用之文字傳輸方式，約有 2 億 4000 萬個使用者，或者約有 74% 的行電話話使用者均利用此工具，參 <http://en.wikipedia.org/wiki/SMS>。

entgegnete, die Kamera gehöre dem Zeugen W und sei defekt. Im weiteren Verlauf kam es dann zum Austausch von Zärtlichkeiten. Als die Nebenklägerin zwischendurch die Toilette aufsuchte, schaltete der Angeklagte - wie von Anfang an geplant - die Kamera ein, um das nachfolgende Geschehen heimlich zu filmen. Dabei wußte er, dass die Nebenklägerin mit einer Filmaufnahme nicht einverstanden sein würde. Nachdem diese zurückgekehrt war und sich auf das größere Sofa gesetzt hatte, setzte sich der Angeklagte auf ihren Schoß. Beide küssten sich zunächst für die Dauer von zehn Minuten, anschließend begann der Angeklagte die Nebenklägerin und sich selbst zu entkleiden. Anschließend kam es zu wechselseitigem Oralverkehr. Während des Oralverkehrs, den die Nebenklägerin an dem Angeklagten vornimmt, ist der Angeklagte mit Gesicht und gesamtem Körper zu sehen, von der Nebenklägerin erkennt man Kopf, Oberkörper und Hände. Als die Nebenklägerin, die der Aussage des Angeklagten, die Kamera sei defekt, Glauben geschenkt hatte, nach einer Weile erneut auf die Kamera aufmerksam wurde und mehrmals in diese blickte, sagte sie zu dem Angeklagten „Kannst du bitte die Kamera wegrehen, ich fühle mich beobachtet“. Daraufhin verließen beide das Wohnzimmer und setzten den Geschlechtsverkehr im Schlafzimmer fort. Anschließend betrat der Angeklagte irgendwann das Wohnzimmer und schaltete die Videokamera ab.

(經由被告與告訴人多次互相造訪之後，2人又開始發生定期的性關係。被告(之前早就想自拍與其他女子性交)向其姐夫Christian W借到一台南韓三星廠牌的攝錄相機VP-W61，將它裝在書桌上並在告訴人進來(回家)之前關掉電源，而被告已經通知告訴人此事，她可以用她的「交通工具」接他，並將該攝影機鏡頭對準在2人所有的客廳中最大的傢俱即沙發。當告訴人回到家中之後，2人先以無關緊要的閒聊開場，告訴人(已經知道並認為被告事先業已移除該攝影機)接著問被告，被告答覆該攝影機是證人W的而且已經壞掉了。接著兩人開始彼此愛撫，期間當告訴人上廁所時，如被告一開始就計畫好了的一般，他就打開攝影機電源俾秘密地拍攝緊接而來的事情。被告明白，告訴人並未同意接下來的這段攝影。後來告訴人回到這座大沙發上，被告將她緊抱。2人接著擁吻約有10分鐘，嗣被告開始脫掉告訴人及自己的衣服，然後2人彼此口交。期間告訴人移向被告前面，致可見被告的臉和身體，亦可分辨出告訴人的頭、上半身及手。由於告訴人相信被告之前所說相機已經壞掉之事，又經過一時半晌，告訴人感覺到該攝影機會不會已經修好了？這種念頭出現了好多次，於是對被告說：你可不可以把攝影機鏡頭轉向別處？我有種被觀察注視的感覺。於是兩人離開了客廳，到臥室裡繼續性交。後來被告找機會回到客廳將攝影機的電源關畢。)

In der Folgezeit ließ der Angeklagte die Videoaufnahme zunächst liegen und unternahm lediglich den Versuch, die Videokamera zum Zweck einer erneuten

heimlichen Aufnahme des Geschlechtsverkehrs mit der Nebenklägerin in seinem Kaminofen zu platzieren. Zu einer solchen Aufnahme kam es aus unbekanntem Gründen jedoch nicht.

(緊接著，被告暫時先擱置偷拍的計畫，另打算為了偷拍和告訴人性交的畫面而再將相機放置在壁爐內，他如此做並非出於曖昧的理由。)

Ende November 2003 wandte sich die Nebenklägerin dem Zeugen Rainer D zu und begann eine Beziehung zu diesem. Der Angeklagte, der sich dadurch zurückgesetzt und gekränkt fühlte, begann erneut, der Nebenklägerin fast täglich SMS auf ihr Handy zu schreiben. Zudem stellte er laufend Forderungen, unter anderem unverzüglich seine Winterreifen zurückzugeben....

(在2003年11月底，告訴人轉向與證人Rainer D交往並與其發生關係。被告因此感到挫折並因而生病，於是開始重新幾乎每天使用手機傳簡訊給告訴人，要求她無論如何，要馬上歸還(汽車的)冬胎。(未完結，僅摘錄部分如上...)

從上述德國刑事附帶民事訴訟之判決(案由為妨害名譽)可知，其判決主文包括主刑(自由刑)、從刑(犯罪工具之沒收)、附帶民事訴訟之精神上損害賠償(被告給付告訴人 3 萬 5000 歐元)、訴訟費用之負擔及民事假執行之宣告等。可謂將刑事訴訟與民事訴訟於一份判決中認定其事實並對被害人之請求(包括損害賠償及假執行)併予准許，更有關於訴訟費用應如何分擔之宣告，就犯罪被害人應受保障之權利於刑事訴訟中併為實體判決，同時救濟，畢其功於一役。

第三項 中國大陸部分

關於中國大陸刑事法院將犯罪不法所得發還被害人之相關判決，經搜尋³²⁷後發現不僅有因犯罪行為致生財產損失之賠償，亦有追繳不法所得發還被害人於主文中併予宣告之案例，相關判決如附表七所載：

附表七：

編號	法院案號	裁判要旨
1	北京市昌平區 人民法院 (2008)昌刑初 字第 146 號 ³²⁸	(主文部分) 一、被告人熊○犯搶劫罪，判處有期徒刑三年，罰金人民幣六千。 二、繼續追繳被告人熊○違法所得人民幣四十元，追繳

³²⁷ 方法係自法務部內部網站進入「法規資料庫」查詢「中華法律網」，再自該「中華法律網」的資料庫中輸入「附帶民事訴訟」搜尋。

³²⁸ 中華法律網之參考編號: 76587-10051854, 【標題】熊強強搶劫, 【審結日期】2008-03-07, 【審級】一審。

		<p>後發還陳子珍。</p> <p>三、駁回附帶民事訴訟原告人陳子珍的訴訟請求。</p>
2	<p>陝西省安康市 中級人民法院 (2007)陝刑一 終字第 296 號³²⁹</p>	<p>(主文部分)</p> <p>一、駁回周發斌、周盟龍、周傑的上訴，維持安康市中級人民法院(2007)安中刑初字第 22 號刑事附帶民事判決第二項至第八項、第十項、第十二項，即被告人吳傑犯故意殺人罪，判處無期徒刑，剝奪政治權利終身，犯搶劫罪，判處有期徒刑十二年，並處罰金 5000 元，犯盜竊罪判處有期徒刑一年，並處罰金 1000 元，數罪並罰，決定執行無期徒刑，剝奪政治權利終身，並處罰金 6000 元。... 作案工具鋼管 4 根予以沒收；依法追繳被告人吳傑、周發斌、周先峰、周盟龍、周傑非法所得人民幣 280 元之刑事判決部分，以及由被告人吳傑、周發斌、周盟龍、周傑賠償附帶民事訴訟原告人張紅梅、秦夢洋、秦留斌各項經濟損失共計 217399.63 元，(其中喪葬費 8459 元，死亡賠償金 185360 元，秦夢洋扶養費 10386.38 元，秦留斌贍養費 13195.25 元)，吳傑賠償 65000 元(已付 1000 元)，周發斌賠償 65000 元(已付 8000 元)，周盟龍賠償 50000(已付 1000 元)，周傑賠償 37399.63(已付 2000 元)，四被告人負連帶責任；吳傑、周發斌、周盟龍、周傑係未成年人犯罪，由其監護人吳發林、周章喜、周開保、陳開麗承擔民事賠償責任；由被告人吳傑、周發斌、周盟龍、周傑賠償附帶民事訴訟原告人李濤經濟損失共計 71354 元，(其中車價 60000 元，車輛購置附加費 6200 元，計價器 950 元，的士燈 200 元，滅火器 180 元，坐套及地板墊 3004 元，車輛評估費 300 元，拖車費 300 元、春檢費 140 元，春運費</p>

³²⁹ 中華法律網之參考編號: 76587-10045436,【標題】曾賢優、童勝宏、朱麗萍、耿莉莉、苗雪、滕偉犯非法經營罪案,【審結日期】2008-08-06,【審級】二審。

		<p>80 元)，由四被告人各賠償 17838.5 元，並負連帶責任；吳傑、周發斌、周盟龍、周傑係未成年人犯罪，由其監護人吳發林、周章喜、周開保、陳開麗承擔民事賠償責任的刑事附帶民事判決部分；上訴人周先鋒賠償附帶民事訴訟原告人張紅梅、秦夢洋、秦留斌各項經濟損失 65000 元，賠償附帶民事訴訟原告人李濤經濟損失 17838.5 元，且承擔吳傑、周發斌、周盟龍、周傑共同賠償附帶民事上訴人張紅梅、秦夢洋、秦留斌經濟損失 217399.63 元、共同賠償李濤造成經濟損失 71354 元的連帶賠償責任。</p>
3	<p>上海市高級人民 法院（2010） 滬高刑終字第 53 號³³⁰</p>	<p>原判認為，被告人許某、王某某的行為均已構成故意傷害罪，依法應予懲處。兩名被告人的犯罪行為造成了附帶民事訴訟原告人的經濟損失，依法應承擔相應的民事賠償責任。據此，依照《<u>中華人民共和國刑法</u>》第二百三十四條第二款、第二十五條第一款、第五十六條第一款、第五十七條第一款、第三十六條第一款、《<u>中華人民共和國民法通則</u>》第一百一十九條、第一百三十條、第一百三十一條以及《<u>最高人民法院關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋</u>》第十七條第三款之規定，以故意傷害罪分別判處被告人許某無期徒刑，剝奪政治權利終身；被告人王某某有期徒刑十五年，剝奪政治權利四年；判令被告人許某、王某某共同賠償附帶民事訴訟原告人趙某甲、陳金妹、趙某乙各項經濟損失人民幣五十萬四千元。</p> <p>本院認為，上訴人王某某為圖報復而糾集上訴人許某故意傷害被害人，最終導致被害人死亡結果發生，許、王二人的行為均已構成故意傷害罪，依法應予懲處。原判</p>

³³⁰ 中華法律網之參考編號: 76587-10098799,【標題】許某、王某某犯故意傷害罪，原審附帶民事訴訟原告人趙某甲、陳金妹、趙某乙提起附帶民事訴訟案,【審結日期】2010-04-23,【審級】二審。

		<p>認定許某、王某某故意傷害的犯罪事實清楚，證據確實、充分，適用法律正確，量刑適當，審判程式合法。許某、王某某的上訴理由不能成立。現依照《<u>中華人民共和國刑事訴訟法</u>》第一百八十九條第(一)項之規定，裁定如下：駁回許某、王某某的上訴，維持原判。</p> <p>本裁定為終審裁定。</p>
4	新疆維吾爾自治區烏魯木齊市中級人民法院(2010)烏中刑一初字第89號 ³³¹	<p>(主文部分)</p> <p>一、被告人田會林犯故意傷害罪(致人死亡)，判處無期徒刑，剝奪政治權利終身；</p> <p>二、被告人李進山犯故意傷害罪(致人死亡)，判處有期徒刑十五年，剝奪政治權利三年；</p> <p>三、被告人田會林、李進山賠償附帶民事訴訟原告人經濟損失共計62993.86元(其中喪葬費12348元、被撫養人生活費37220.2元、交通費5470元、醫療費6455.66元、住宿費1500元)。</p>
5	寧夏回族自治區高級人民法院(2010)寧刑終字第31號 ³³²	<p>(理由部分)</p> <p>原判認為：被告人馬瑞、哈建軍、韓蘊、朱圓滿無視國法，以勒索錢財為目的綁架他人，並殺害被綁架人，手段殘忍、情節惡劣、後果嚴重，其行為均已構成綁架罪。... 五、被告人馬瑞及附帶民事訴訟被告人馬文才、顧淑琴賠償附帶民事訴訟原告人盧建文、沈月梅經濟損失8萬元(已交納)；被告人哈建軍及附帶民事訴訟被告人哈興武、劉萍賠償附帶民事訴訟原告人盧建文、沈月梅經濟損失1萬元；六、扣押的摩托車一輛、刀子一把，予以沒收。</p> <p>宣判後，附帶民事訴訟原告人盧建文、沈月梅均不服，</p>

³³¹ 中華法律網之參考編號: 76587-10101043, 標題】田會林、李進山犯故意傷害罪(致人死亡)、附帶民事訴訟原告人提起附帶民事訴訟案,【審結日期】2010-06-01,【審級】二審。

³³² 中華法律網之參考編號: 76587-10101904,【標題】馬瑞、哈建軍、韓蘊、朱圓滿犯綁架罪,原審附帶民事訴訟原告人盧建文、沈月梅提起附帶民事訴訟案,【審結日期】2010-05-12,【審級】二審。

		<p>以“原判賠償太少”為由提出上訴。</p> <p>經審理查明，原判認定原審被告人馬瑞、哈建軍、韓蘊、朱圓滿犯綁架罪的事實清楚，有下列證據予以證實：</p> <p>三、現場提取物證登記表、扣押、發還物品清單等，證實從現場提取作案用毛巾一條、被害人褲帶一條；從被告人馬瑞手中扣押銀灰色踏板摩托車一輛、金鵬手機一部、三星滑蓋手機一部（價值 1920 元）、匕首一把，從被告人韓蘊手中扣押粉紅色康佳手機一部以及扣押的三星手機已發還被害人母親的事實。</p>
--	--	--

由上開所舉五則中國大陸中級人民法院(為上訴審法院)之刑事判決可見，法院均於刑事判決主文及理由中將附帶民事訴訟之請求併為實體判決，並於主文中一併宣告追繳被告之非法所得並發還被害人，或宣告被告應賠償附帶民事訴訟原告若干經濟損失及金額；達成民事及刑事訴訟紛爭解決一次性(即司法權應給付予人民之實質正義)的要求。

第四節 違憲審查之嘗試

第一項 法律違憲審查面對的反多數決困境³³³

司法違憲審查面對的所謂反多數決困境，最簡單的說，就是在數人頭的民主政治下，司法者以憲法之名審查多數決的產出，究竟有何正當性，尤其當憲法本身也不過是多數決的結果，而這種數人頭的民主政治正是憲法所要極力維護的體制時，在所有司法審查的規範類型中，帶來最大多數決壓力的，就是由民選立委一個一個數人頭通過的法律。

但若回到憲法必須吸納部分社會變遷的觀點，對法律再作進一步分析，就會發現大法官面對眾多的法律，所感受到的多數決壓力其實還有程度之別。首先是行憲前、訓政時期國民政府通過的法律，形式上既不符合憲法第 170 條的規定，實質上也未經過國會民意的洗禮，在社會變遷的反映上，這些行憲前的古法甚至比憲法還不如，僅依憲

³³³ 蘇永欽，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查一走向適切回應社會變遷的司法積極主義，頁 85 至 87。

法第 175 條的過渡條款所定「憲法實施之準備程序」第 1 條,而間接取得繼續適用的合法性:「自憲法公布之日起現行法令之與憲法相牴觸者,國民政府應迅速分別予以修改或廢止,並應於依照本憲法所產生之國民大會集會以前,完成此項工作。」也就是基於體制的安定,凡未經準備行憲國大(即制憲國大)在準備行憲的一年期間修改或廢止的法律,仍可保留法律地位繼續有效。縱令如此,對此類法律作違憲審查顯然沒有任何多數決的壓力,可以單純從法規範體系的一致性去滌瀘內涵已與憲法不符的舊法³³⁴,不過到了行憲屆滿一甲子的今天,此類法律差不多已經凋零殆盡³³⁵。

行憲後的第一屆立法院固然是依憲法規定選出,但任期屆滿時憲法的實施已限縮於台灣地區,無法進行全國性選舉,到了民國 43 年大法官做成第 31 號解釋,使第一屆立委可以無限期的繼續行使職權,形成後來所稱的「萬年國會」,一直到民國 79 年以第 261 號解釋認定應依民主原則在台灣辦理第二屆立委選舉,並設定第一屆立委退職最後期限,才解除了此一民主凍結的狀態(民國 58 年的增補選和民國 61 年起的增額立委對於審查者而言,僅能提供部分的民主正當性),因此民國 81 年底改選產生的第二屆立法院,82 年 2 月 1 日就職可以視為民主化的里程碑。前民主化時期的法律雖屬行憲後形式合憲的法律,但民主正當性既因未定期改選而不斷遞減,對於審查的大法官而言,多數決的壓力也相對降低。大法官面對未經重新審議的第一屆立法院作品,反多數決的罣礙既然較小,應該也可以抱持較為開放、積極的態度。

即使是由第二屆以後立法院制修的法律,在反多數決的考量上,也不會是不分軒輊。多數對審查者所形成的壓力不是來自多數本身,而是來自多數背後反映的社會變化—利益和價值的改變。但正因為社會的變動不居,多數的正當性多少會因為時間流逝而減弱,以現代國家國會的忙碌而言,恐怕不能假設當國會沒有去作修改時,代表多數民意對該法律內涵的支持一點都沒有改變。無論如何,和通過定期改選產生的當屆立法院所通過的法律制修比起來,前屆國會產出的法律,應該可以讓大法官比較自在的,沒有「新民意」壓力的情形下去審查。惟即使民主化以後、甚至當屆國會產出的

³³⁴ 近年有關行憲前法律的審查曾引起討論的案例為第 573 號解釋審查的「監督寺廟條例」,解釋文特別提到「憲法施行前之訓政初期法制,已寓有法律優越及法律保留原則之要求,但有關人民之權利義務關係事項,亦得以未具法律位階之條例等規範形式,予以規定,且當時之立法院並非由人民直接選舉之成員組成。是以當時法律保留原則之涵義及其適用之範圍,均與行憲後者未盡相同」,因此僅從比例原則、明確性原則與平等原則加以審查。

³³⁵ 就違憲審查的管轄而言,我國仍由大法官獨占,未如德國的理論與實務,認為普通法院對於行憲前的法律,在經過新國會審議審議修改前得與憲法法院分享審查權,詳參蘇永欽,行憲前法律的司法審查,頁 138。

法律，也只是考量其民主正當性的強大而在審查時必須特別審慎，憲法既使法律的違憲審查由大法官獨占，如已形成違憲爭議，大法官仍不能迴避審查。只是了然於潛在反多數決的質疑，大法官不能沒有一套大體一致的正當化理論，讓人可以理解他們是如何調和憲法基本價值（秩序）與法律所代表的社會變遷。

第二項 討論議題的觀察

我國現行刑事訴訟法第九編附帶民事訴訟(第 487 條至第 512 條)，依立法沿革可知係民國 56 年 1 月 13 日立法院全文修正，同年 28 日公布，公布後迄今即未曾修法變動過³³⁶。且如附表八所示可知，現行附帶民事訴訟規定，其內容大致援引民國 24 年 1 月 1 日國民政府全文修正公布之條文(第 491 條至第 515 條)³³⁷，而民國 24 年公布之條文，有若干條文又係根據民國 17 年 7 月 28 日國民政府修正公布之條文(第 506 條至第 513 條)。依上述法律違憲審查就反多數決困境之考量結果，堪認刑事訴訟法第九編之法律條文既均屬行憲後第 1 屆立法院(即後來所稱「萬年國會」)制定，且大部分復逕援引自行憲前訓政時期國民政府通過之法律(指 24 年 1 月 1 日及 34 年 12 月 26 日公布)，甚至有完全襲自訓政時期約法³³⁸頒布之前的民國 17 年刑事訴訟法。經統計，附表八民國 56 年全文修正之現行附帶民事訴訟共 26 個條文，與先前 3 次所制定(指民國 17 年公布，即代號「壹」，為行憲前軍政時期通過之法律)、全文修正(指民國 24 年全文修正，即代號「貳」，為行憲前訓政時期通過之法律)及修正(指民國 34 年部分修正，即代號「參」，亦為行憲前訓政時期通過之法律)之條文加以比較，發現僅新增 4 條，與「壹」相同者共有 3 個條文，與「貳」相同者共有 19 個條文，與「參」相同者共有 4 個條文。申言之，行憲前通過之法律條文藉行憲後第 1 屆立法院以全文修正方式沿用迄今者高達 84.6%(即 22/26=84.6%)，是就現行附帶民事訴訟規範(性質屬前民主化時期之法律)，若以此觀點行違憲審查，顯然沒有任何多數決的壓力。

³³⁶ 刑事訴訟法其他條文自 56 年全文修正公布後，迄 98 年 7 月 8 日總統令修正公布止，期間陸續進行過共計 23 次修正，惟第 9 編歷經 43 年均未曾修正。

³³⁷ 嗣部分條文(第 495 條、第 499 條、第 505 條、第 507 條、第 508 條及第 515 條等共 6 條)於 34 年 12 月 26 日再由國民政府修正公布。

³³⁸ 中華民國訓政時期約法是 1931 年 6 月由南京國民政府制定的訓政時期臨時憲法。1946 年初，國共商議組織聯合政府，中共提出廢除訓政時期約法，遭到國民政府明確拒絕。同年 12 月，中華民國憲法正式頒布，1947 年行憲後，訓政時期期滿當然廢止，但未有主管機關公告。引自維基百科全書，<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E8%A8%93%E6%94%BF%E6%99%82%E6%9C%9F%E7%B4%84%E6%B3%95>，瀏覽日期 99 年 5 月 29 日。

附表八：(我國刑事附帶民事訴訟編之立法沿革)³³⁹

條號	項次及條文內容	現行法與舊法條之異同度	備註
第 487 條	I 項：因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序得附帶提起民事訴訟，對於被告及依民法負賠償責任之人，請求回復其損害。	與貳§491 I 同 且 與壹§506 同	代號「壹」 係指民國 17 年 7 月 28 日國民政府公布之刑事訴訟法
	II 項：前項請求之範圍，依民法之規定。	與貳§491 II 同	
第 488 條	提起附帶民事訴訟，應於刑事訴訟起訴後第二審辯論終結前為之。但在第一審辯論終結後提起上訴前，不得提起。	與貳§491 同 且 與壹§508 同	
第 489 條	I 項：法院就刑事訴訟為第六條第二項，第八條至第十條之裁定者，視為就附帶民事訴訟有同一之裁定。	與貳§493 I 同	
	II 項：就刑事訴訟諭知管轄錯誤及移送該案件者，應併就附帶民事訴訟為同一之諭知。	與貳§493 II 同	代號「貳」 係指民國 24 年 1 月 1 日國民政府公布之刑事訴訟法
第 490 條	附帶民事訴訟除本編有特別規定外，準用關於刑事訴訟之規定。但經移送或發回、發交於民事庭後，應適用民事訴訟法。	與貳§494 同	
第 491 條	民事訴訟法關於左列事項之規定，於附帶民事訴訟準用之： 一、當事人能力及訴訟能力。 二、共同訴訟。 三、訴訟參加。 四、訴訟代理人及輔佐人。	與參§495 同	

³³⁹ 本表格內關於「現行法與舊法條之異同度」及「備註」欄之內容為作者自行整理製作。

	<p>五、訴訟程序之停止。</p> <p>六、當事人本人之到場。</p> <p>七、和解。</p> <p>八、本於捨棄之判決。</p> <p>九、訴及上訴或抗告之撤回。</p> <p>十、假扣押、假處分及假執行。</p>		
第 492 條	I 項：提起附帶民事訴訟，應提出訴狀於法院為之。	與貳§496 I 同	代號「參」係指民國 34 年
	II 項：前項訴狀，準用民事訴訟法之規定。	與貳§496 II 同	
第 493 條	訴狀及各當事人準備訴訟之書狀，應按他造人數提出繕本，由法院送達於他造。	與貳§497 同	12 月 26 日國民政府修
第 494 條	刑事訴訟之審判期日，得傳喚附帶民事訴訟當事人及關係人。	與貳§498 同*	正公布之刑事訴訟法
第 495 條	I 項：原告於審判期日到庭時，得以言詞提起附帶民事訴訟。	與參§499 I 同	部分條文
	II 項：其以言詞起訴者，應陳述訴狀所應表明之事項，記載於筆錄。	與參§499 II 同	*雖貳§498 係
	III 項：第四十一條第二項至第四項之規定，於前項筆錄準用之。	與參§499 III 同	規定刑事訴訟
	IV 項：原告以言詞起訴而他造不在場，或雖在場而請求送達筆錄者，應將筆錄送達於他造。	與參§499 IV 同	之審判期日，得傳喚
第 496 條	附帶民事訴訟之審理，應於審理刑事訴訟後行之。但審判長如認為適當者，亦得同時調查。	與貳§500 同	附帶民事訴訟關係

第 497 條	檢察官於附帶民事訴訟之審判，毋庸參與。	與貳§501 同	人。惟就聽審權之保障而言，關係人指涉之主體當然包含當事人，依舉輕明重之法理，本文認第 494 條全文修正之內容仍與貳§498 相同。
第 498 條	當事人經合法傳喚，無正當之理由不到庭或到庭不為辯論者，得不待其陳述而為判決；其未受許可而退庭者亦同。	與貳§502 同	
第 499 條	I 項：就刑事訴訟所調查之證據，視為就附帶民事訴訟亦經調查。	與貳§503 同	
	II 項：前項之調查，附帶民事訴訟當事人或代理人得陳述意見。	新增	
第 500 條	附帶民事訴訟之判決，應以刑事訴訟判決所認定之事實為據。但本於捨棄而為判決者，不在此限。	與貳§504 同	
第 501 條	附帶民事訴訟，應與刑事訴訟同時判決。	與貳§505 前段及壹§509 前段相同	
第 502 條	I 項：法院認為原告之訴不合法或無理由者，應以判決駁回之。	與貳§506 I 同	
	II 項：認為原告之訴有理由者，應依其關於請求之聲明，為被告敗訴之判決。	與貳§506 II 同	
第 503 條	I 項：刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決者，應以判決駁回原告之訴。但經原告聲請時，應將附帶民事訴訟移送管轄法院之民事庭。	與貳§507 I 同 且 與參§507 I 同	
	II 項：前項判決，非對於刑事訴訟之判決有上訴時，不得上訴。	與貳§507 II 及 參§507 II 同	
	III 項：第一項但書移送案件，應繳納訴訟費用。	與參§507 III 同	
	IV 項：自訴案件經裁定駁回自訴者，應	與參§507 IV 同	

	以裁定駁回原告之訴，並準用前三項之規定。	
第 504 條	I 項：法院認附帶民事訴訟確係繁雜，非經長久時日不能終結其審判者，得以合議裁定移送該法院之民事庭；其因不足法定人數不能合議者，由院長裁定之。	與貳\$508 I 同
	II 項：前項移送案件，免納裁判費。	與貳\$508 II 同
	III 項：對於第一項裁定，不得抗告。	與貳\$508 III 同
第 505 條	I 項：適用簡易訴訟程序案件之附帶民事訴訟，準用第五百零一條或第五百零四條之規定。	新增
	II 項：前項移送案件，免納裁判費用。	
	III 項：對於第一項裁定，不得抗告。	
第 506 條	I 項：刑事訴訟之第二審判決不得上訴於第三審法院者，對於其附帶民事訴訟之第二審判決，得上訴於第三審法院。但應受民事訴訟法第四百六十六條之限制。	新增
	II 項：前項上訴，由民事庭審理之。	
第 507 條	刑事訴訟之第二審判決，經上訴於第三審法院，對於其附帶民事訴訟之判決所提起之上訴，已有刑事上訴書狀之理由可資引用者，得不敘述上訴之理由。	與貳\$511 同
第 508 條	第三審法院認為刑事訴訟之上訴無理由而駁回之者，應分別情形，就附帶民事訴訟之上訴，為左列之判決： 一、附帶民事訴訟之原審判決無可為上訴理由之違背法令者，應駁回其上	新增

	<p>訴。</p> <p>二、附帶民事訴訟之原審判決有可為上訴理由之違背法令者，應將其判決撤銷，就該案件自為判決。但有審理事實之必要時，應將該案件發回原審法院之民事庭，或發交與原審法院同級之他法院民事庭。</p>		
第 509 條	<p>第三審法院認為刑事訴訟之上訴有理由，將原審判決撤銷而就該案件自為判決者，應分別情形，就附帶民事訴訟之上訴為左列之判決：</p> <p>一、刑事訴訟判決之變更，其影響及於附帶民事訴訟，或附帶民事訴訟之原審判決有可為上訴理由之違背法令者，應將原審判決撤銷，就該案件自為判決。但有審理事實之必要時，應將該案件發回原審法院之民事庭，或發交與原審法院同級之他法院民事庭。</p> <p>二、刑事訴訟判決之變更，於附帶民事訴訟無影響，且附帶民事訴訟之原審判決無可為上訴理由之違背法令者，應將上訴駁回。</p>	與貳§513 同	
第 510 條	<p>第三審法院認為刑事訴訟之上訴有理由，撤銷原審判決，而將該案件發回或發交原審法院或他法院者，應併就附帶民事訴訟之上訴，為同一之判決。</p>	與貳§514 同	
第 511 條	<p>I 項：法院如僅應就附帶民事訴訟為審判者，應以裁定將該案件移送該法院之</p>	與參§515 I 同	

	民事庭。但附帶民事訴訟之上訴不合法者，不在此限。	
	II 項：對於前項裁定，不得抗告。	與參§515 II 同
第 512 條	對於附帶民事訴訟之判決聲請再審者，應依民事訴訟法向原判決法院之民事庭提起再審之訴。	與貳§516 同

第三項 法律違憲審查面對的規範實踐因素³⁴⁰

鑑於合憲解釋隱含的系統信任，或許還應該強調「過去」法律的操作紀錄，也就是去作若干法事實的調查，是否顯示確有相當不錯的自癒能力。也可以說，對於舊法而言，不能向新法那樣在「時間向度」上停留在當下的、低度審查，而至少是約略掃瞄執法記錄的中度審查。舊法的審查已有過去的實踐可納入考量，大法官就不能漠視不予考量（時間向度的中度審查）。申言之，因為是舊法，審查者自不能略過法律執行的實務，但隨著社會的改變，仍然可以期待法律釋放出新的規範力來加以肆應，誠所謂「周雖舊邦，其命維新」，因此審查者在碰到兩可之間的情形，仍可以用較大的自抑，儘量引導而非粗糙的關閉尚未釋出的規範力，特別是碰到一些明顯仍在變動中的社會價值。

第四項 討論議題的分析

由附表一及附表二資料可見，我國各地方法院刑事庭運作附帶民事訴訟與刑事訴訟同為實體判決之情形，平均不到 2%；而由刑庭裁定移送同院民事庭另行調查證據再為判決之情形，平均約在 35% 至 39% 之間；且以和解及調解方式解決糾紛者，以 97 年全國所有地方法院終結案件數量之比例觀察，亦高達 28.56% (和解 10.55% + 調解 18.01%)，足認我國附帶刑事訴訟制度，犯罪被害人除因不合法或無理由而在刑事庭即被駁回者外，大部分的案件均以移送民事庭或刑事訴訟外之途徑處理，無從於刑事訴訟程序中獲得實體判決。

第五項 小結

若慮及前述憲法保障人民訴訟權之內涵及本質，除了係屬公平的及無漏洞的權利救濟途徑等制度性保障外，本文認為，在執行層面最重要者莫過於運作該等制度性保

³⁴⁰蘇永欽，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查—走向適切回應社會變遷的司法積極主義，前揭文，頁 12 至 14。

障時，須具有積極性的「實效性保障(即「最適當之個人權利保障」)。申言之，應保障人民之權利於訴訟上受到迅速有效之審判，以獲得救濟之權利，包括訴訟程序之經濟、迅速，且「訴訟程序中應避免惡化當事人之權利(如法院勉強命被害人與被告進行和解，形式上即屬惡化當事人之權利)」，「訴訟程序能合理釐清爭議法律關係或事實(如採調解即未能合理釐清爭議之法律關係或事實)」及「法院所提供之救濟方法能滿足人民權利救濟之要求(如裁定移送民事庭即屬於命被害人及被告需雙重應訴)，且調查證據之方法(依刑事訴訟法第 499 條規定，2 者舉證責任相異)不同、結果可能歧異(因案件移送民事庭後，依刑事訴訟法第 490 條但書及第 500 條之規定，民事訴訟判決即不受刑事訴訟判決認定之事實所拘束)」等。故從訴訟程序之經濟，即人民於訴訟上之花費(包括勞力、時間及費用之支出)，必須小於其因訴訟能獲得之利益觀察，法院所提供之救濟方法均不能滿足人民權利救濟之要求，勢必影響真實之發現與審判結果，弱化被害人權利之救濟。



第十章 司法統計及實務見解

第一節 司法統計資料部分

第一項 分析目的與標的

為了解我國事實審法院近 8 年(93 年至 98 年)來就重大金融犯罪案件，關於「沒收、追徵、追繳或抵償件數」與各該年度之所有重大刑事案件之數據比較所占之比例，俾了解重大金融犯罪案件在司法審判實務，就法社會學層面之意義，爰就全國各地方法院及台灣高等法院重大刑事案件與其中重大金融犯罪案件統計數據加以分析。

第二項 分析方法

自司法院網站下載 93 年至 98 年間之司法統計資料(91 年修訂)，首先查閱(91 年修訂)司法統計名詞定義³⁴¹，與本文有關者依其目錄所示共有 3 項(分別為重大刑事案件³⁴²、沒收³⁴³、扣押³⁴⁴)，惟並無關於「追徵、追繳或抵償」及「扣押之財產發還被害人」之名詞定義。前者諒係統計資料自 96 年始增加「追徵、追繳或抵償件數」及「沒收並追徵、追繳或抵償件數」2 欄內容之修訂(95 年之前僅有「沒收件數」之統計資料)，而該統計名詞定義係 91 年間修訂有以致之；後者雖然金融七法於各該條文內已有「不法所得發還被害人」之規定，惟因並未規定於刑法或刑事訴訟法等基本法律，是其性質為何(從刑或保安處分或在刑事訴訟法制中尚難尋其定位)？法院之判決應如何宣示？均無明確內涵可資依循，致主管機關尚難加以定義。爰就前揭分析目的所示之對象列表(如附表一及附表二)如下所示：

附表一 (台灣各地方法院部分)³⁴⁵：

³⁴¹ 該文網址為 http://www.judicial.gov.tw/juds/3_noun.pdf，最近瀏覽日期 99 年 2 月 25 日。

³⁴² 重大刑事案件(30011，於第 30 頁)：凡合於司法院發布「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」所定之「重大刑事案件」範圍之案件。

³⁴³ 沒收(30051，於第 38 頁)：乃國家剝奪某人所擁有而與犯罪有密切關係之特定物之所有權，而強制收歸國庫之法律效果。依刑法規定，其內容有 1.違禁物、2.供犯罪所用，或供犯罪預備之物、3.因犯罪所得之物。前第一項之物，不問屬於犯人與否，均沒收之，而第二、三項之物，以屬於犯人者為限(刑法第三十八條)。

³⁴⁴ 扣押(30088，於第 45 頁)：指檢察官或審判長、受命法官，對可為犯罪證據或可得沒收之物，暫時代原物之所有人、持有人或保管人占有之強制處分之謂。(刑事訴訟法第一百三十三條)

³⁴⁵ 關於案件數量、人數及件數等數據均引自司法院統計資料(包括第 74 類「地方法院辦理重大刑事案件收結情形—按年別分」、第 76 類「地方法院重大刑事案件裁判結果—按年別分」及第 77 類「地方法院重大刑事案件裁判結果—按罪名別分」)，至於百分比則為作者計算結果。

93 年度						
	終結案件數量	被告人數	科刑人數	沒收件數	追徵、追繳或抵償	
所有重大刑事案件	547 件	1162 人	918 人	350 件	N/A	
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	26 件 4.75%	120 人 10.33%	59 人 6.43%	6 件 1.71%	N/A	
94 年度						
所有重大刑事案件	641 件	1143 人	947 人	435 件	N/A	
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	41 件 6.4%	99 人 8.67%	51 人 5.39%	7 件 1.6%	N/A	
95 年度						
所有重大刑事案件	694 件	1312 人	1040 人	382 件	N/A	
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	115 件 16.6%	312 人 23.78%	209 人 20.1%	9 件 2.36%	N/A	
96 年度						
所有重大刑事案件	839 件	1618 人	1297 人	48 件	沒收並追徵、追繳或抵償件數	追徵、追繳或抵償
					292 件	416 件
重大金融犯罪	164 件	514 人	356 人	3 件	3 件	15 件

罪案件(占全部比例%)	19.55%	31.77%	27.45%	6.25%	1.03%	3.6%
97 年度						
所有重大刑事案件	735 件	2008 人	1397 人	334 件	沒收並追徵、追繳或抵償件數	追徵、追繳或抵償
					57 件	N/A
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	211 件 28.71%	1081 人 53.83%	699 人 50.04%	39 件 11.68%	7 件 12.28%	N/A
98 年度						
所有重大刑事案件	668 件	2300 人	1698 人	304 件	沒收並追徵、追繳或抵償件數	追徵、追繳或抵償
					47 件	N/A
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	171 件 25.60%	1460 人 63.48%	1030 人 60.98%	32 件 10.53%	1 件 2.13%	N/A

附表二 (台灣高等法院暨所屬分院部分)³⁴⁶：

93 年度					
	終結案件數量	上訴駁回	撤銷改判維持原刑期人數	撤銷改判加重刑期人數	沒收件數
所有重大刑	473 件	269 人	343 人	76 人	346 件

³⁴⁶關於案件數量、人數及件數等數據均引自司法院統計資料(包括第 18 類「高等法院暨分院辦理第二審重大刑事案件裁判結果—按年別與機關別分」及第 19 類「高等法院暨分院辦理第二審重大刑事案件裁判結果—按年與機關別分」)，至於百分比則為作者計算結果。

事案件							
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	53 件 11.20%	138 人 51.30%	39 人 11.37%	31 人 40.79%	15 件 4.34%		
94 年度							
所有重大刑事案件	508 件	174 人	396 人	55 人	362 件		
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	62 件 12.2%	73 人 41.95%	68 人 17.17%	18 人 32.73%	15 件 4.14%		
95 年度							
所有重大刑事案件	559 件	188 人	368 人	45 人	381 件		
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	74 件 13.24%	74 人 39.36%	33 人 8.97%	17 人 37.78%	20 件 5.25%		
96 年度							
所有重大刑事案件	605 件	193 人	363 人	76 人	沒收 件數	沒收並追徵、追 繳或抵償件數	
					293 件	148 件	
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	104 件 17.19%	88 人 45.60%	46 人 12.67 %	34 人 44.74%	24 件 8.2%	2 件 1.35%	
97 年度							
所有重大刑事案件	458 件	184 人	227 人	41 人	沒收 件數	沒收並 追徵、 追繳或 抵償	追 徵、追 繳或 抵償

					223 件	116 件	2 件
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	74 件 16.16%	99 人 53.80%	29 人 12.78 %	11 人 26.83%	20 件 8.97%	1 件 0.86%	N/A
98 年度							
所有重大刑事案件	361 件	245 人	207 人	51 人	沒收 件數	沒收並 追徵、 追繳或 抵償	追 徵、追 繳或 抵償
					141 件	86 件	1 件
重大金融犯罪案件(占全部比例%)	89 件 24.65%	149 人 60.82%	60 人 28.99 %	31 人 60.78%	26 件 18.44 %	2 件 2.33%	N/A

第三項 分析結果

藉由以上數據及統計比例之說明，可見如下數據趨勢：

1.關於全國各地方法院部分：

(1)重大金融犯罪案件占所有重大刑事案件終結數量之比例由 93 年度之 4.75%，逐年提昇至 97 年度之 28.71%，惟 98 年度復再下調至 25.60%，然應可確定的事，我國近 2、3 年來，重大金融犯罪案件占所有重大刑事案件之比例應至少占有 1/4。(2)被告人數由 93 年度之 10.33%，逐年提昇至 98 年度之 63.48%，申言之，重大金融犯罪案件之被告人數於近 2、3 年來已超過所有重大刑事案件被告人數一半。(3)科刑人數由 93 年度之 6.43%，逐年提昇至 98 年度 60.98%。申言之，重大金融犯罪案件之一審有罪科刑人數於近 2、3 年來亦已超過所有重大刑事案件有罪科刑人數之一半。(4)沒收件數由 93 年度之 1.71%，逐年提昇至 97 年度之 11.68%及 98 年度之 10.53%。(5)至於「追徵、追繳或抵償」部分，司法院統計處並無 93 年度至 95 年度及 97 年度之數據，僅有 96 年度之數據(15 件，佔所有重大刑事案件 3.6%)。惟統計資料另起「沒收並追徵、追繳或抵償」一欄，然此部分亦僅有 96 年度至 98 年度之數據，惟由其數據可知，無論是「追徵、追繳或抵償」，或是「沒收並追徵、追繳或抵償」，在重大金融犯罪案件

中之統計數據均甚低(如 96 年僅 18 件，97 年僅 7 件及 98 年之 1 件)，甚且有逐年下滑之趨勢；若與重大金融犯罪案件占有所有重大刑事案件之比例逐年上昇之趨勢對照，可發現我國關於「追徵、追繳或抵償」在實踐層面確實乏善可陳，當有檢討立法及司法問題之急迫性。

2.關於台灣高等法院及所屬分院部分：

(1)重大金融犯罪案件占有所有重大刑事案件終結數量之比例由 93 年度之 11.2%，逐年提昇至 98 年度之 24.65%。(2)重大金融犯罪占有所有重大刑事案件於二審撤銷原審判決，改判但維持原刑期或加重其刑者，由 93 年度之 16.71%上昇至 98 年度的 35.27%(94 年度為 19.07%、95 年度為 12.11%、96 年度為 18.22%及 97 年度之 14.93%)。除 98 年度之數據突然上昇而尚待觀察外，應認此數據之比例於近 2、3 年來之平均值約在 2 成左右。(3)由於本文以上訴審法院判決關於「上訴駁回」、「撤銷改判維持原刑期人數」及「撤銷改判加重刑期人數」等數據，尚無法粗略判斷判決主文關於沒收與否之結果，爰不另予比較說明。(4)至於沒收件數，亦由 93 年度之 4.34%，逐年提昇至 98 年度之 18.44%。(5)末關於「追徵、追繳或抵償」部分，司法院統計處並無重大金融犯罪案件之數據。惟統計資料另起「沒收並追徵、追繳或抵償」一欄，然此部分亦僅有 96 年度至 98 年度之數據，因此部分之樣本太少(分別為 96 年度 2 件 1.35%、97 年 1 件 0.86%及 98 年度 2 件)，一方面難就此評價其數據變化之趨勢，另一方面堪認關於「追徵、追繳或抵償」制度在高等法院之實踐數據聊備一格，未生作用。

3.綜上所述足認：

全國第一審法院近 8 年來受理及終結重大經濟犯罪案件占有所有重大刑事案件之比例逐年上昇，被告人數及宣告有罪科刑人數亦逐年上昇，宣告沒收及追徵、追繳或抵償之件數，前者有逐年上昇之趨勢，後者則呈現出不穩定之數據。顯見近年來經濟發展後，國民生活水準提昇之餘，經濟犯罪之人數及件數相應水漲船高，刑事訴追機關業已加強犯罪所得之扣押暨聲請法院沒收³⁴⁷、追徵、追繳或抵償之努力，惟由「沒收」、「追徵、追繳或抵償」之件數比例(近年來平均仍在 10%左右)與經濟犯罪之本質(若為既遂犯，理論上必有犯罪不法所得)而論顯仍過低而言，法制面顯然出現重大問題致

³⁴⁷ 沒收者，依其具體的結構關係，必然是對於扣押物而為之，對於未經扣押之物，或是並未出現於審判庭之財物，並無沒收之問題，亦即沒收僅能針對實存經扣押之物為之，無法作虛擬之沒收。參柯耀程，前揭文，頁 14。

刑事訴追及審判機關無法妥當運作此一制度。

至於全國第二審法院近 5 年來受理及終結重大經濟犯罪案件占所有重大刑事案件之比例逐年上昇，宣告沒收之件數亦有逐年上昇之趨勢。然因訴訟階層之設計(即經第一審判決後，並非所有案件均上訴第二審法院)及司法院統計數據及項目(如沒收之標的)不夠細緻³⁴⁸等原因，本文認為尚難以該審級法院此部分相關數據做嚴謹之分析說明。然仍可由前開統計資料所述比例印證本文意見之一致性。

第二節 司法實務見解部分

最高法院及台灣高等法院暨所屬分院近 10 年來關於犯罪所得是否及如何發還被害人之判決要旨，如第九章第三節第一項附表六所示，罪名及案由包括違反貪污治罪條例、洗錢防制法、證券交易法、侵占及擄人勒贖等，初不限於經濟犯罪之罪名。依上述實務見解可悉：我國刑事司法機關就行為人因犯罪所得之沒收物，係以無他人對於該物得主張法律上之權利者而言；倘該物原屬被害人所有，而為犯罪行為人因犯罪而取得或變易獲得，該被害人既仍得對之為法律上權利之主張，自難認該當於沒收之要件。此時即應發還被害人，並於主文中宣告。依上舉第 1、2、4、5 及 7 之例，由於各該法規均於個別法條中有「沒收或發還被害人」並列之規定可資適用，並足悉彼此間之性質乃互相排斥，應擇其一而為適用。惟第 3 例既屬普通刑法之擄人勒贖罪，該判決亦認因該不法所得之贖金原屬被害人所有，自亦應發還被害人。又第 6 例亦屬普通刑法之侵占罪，被告於該案因公益侵占款項為 600 萬 8066 元，於判決主文中命被告「給付」(或稱「清償」)之金額亦同，其本質實為將侵占之犯罪所得發還被害人(即告訴人台北市立光復國民小學學生家長會)。足認犯罪所得發還被害人一事依刑法第 38 條第 3 項、第 1 項第 3 款即可推導得出，屬事物之本質(Natur der Sache)，乃法理之當然，惟因刑法總則並無相關規定，且刑事訴訟法第 309 條(有罪判決主文宣告內容應記載之事項)就此亦無相關規定，致法院就此議題往往未能精確掌握釐清，僅一味從沒收犯罪所得(效果為收歸國庫)著眼，失之毫釐差以千里。

最高法院 98 年台上字第 4090 號判決雖有「法律有規定追繳、追徵或抵償者，係

³⁴⁸由於沒收之定義，前揭統計資料尚無從再細究沒收之標的究為違禁物、犯罪工具、犯罪產物或犯罪所得。

以法律之規定將犯罪所得，收歸國家所有」等語，似認追繳、追徵或抵償之效果與沒收相同。然該判決此部分之依據乃貪污治罪條例第 10 條，惟按該條係規定所得財物追繳後(無法追繳時應追徵其價額或抵償行為人之財產)，應按其情節分別沒收或發還被害人，而非一律沒收。是最高法院此部分之見解，似未符合法律規定。另依前開最高法院 97 年台抗字第 185 號裁定意旨可知，無論檢察官或法院對於犯罪所得扣押之理由，往往仍援引刑法第 38 條第 3 項及第 1 項第 3 款「被告所有因犯罪所得之物」，而依刑事訴訟法第 133 條第 1 項「得沒收之物」而扣押之，致生進退維谷(dilemma)之法理窘境，蓋被告因經濟犯罪行為取得之物，該物仍為被害人所有，豈因形式上已移轉行為人持有(無論物權是否已移轉予行為人即被告)，國家(指司法機關)反而承認該物為被告所有；申言之，檢察官或法院若以行為人之不法利得原為被害人所有，應以刑事訴訟法第 133 條第 1 項之「可為證據之物」予以扣押或追繳即可，再依個別法律(如洗錢防制法第 14 條第 1 項)或前揭刑法法理說明該不法所得有嗣後應發還被害人之依據，無庸援引同條項「得沒收之物」為由資為扣押依據。

第三節 對法律專業人士之深度訪談

第一項 主旨及訪談對象

主旨：本論文之縱軸從經濟犯罪談起，鋪陳至此類犯罪被害人財產權保障內涵及必要性，橫向則慮及我國憲法實證面就財產權與訴訟權保障，於現今之救濟制度則不得不切入刑事訴訟過程之附帶民事訴訟，經回顧附帶民事訴訟法制之歷史及實務運作後，乃興起自立法論修改該編及刑事訴訟法、甚至刑法相關內容之思考，而其研究調查方法，除了法社會學上之統計資料(如本章第一節所述)外，為避免本議題之思考過程產生盲點或有偏執之虞，則輔以質性訪談³⁴⁹及分析，即由不同面向之法律專業實務工作者提供彼等觀察之意見，作者為掌握受訪者之思考脈絡，爰以「深度訪談(In-depth interview)」取代「問卷調查」(Questionnaire

³⁴⁹質性訪談是社會科學研究中最廣泛運用的收集資料的方法之一，主要著重於受訪者個人的感受(perception of self)、生活與經驗(life and experience)的陳述，藉著與受訪者彼此的對話，研究者得以獲得、了解及解釋受訪者個人對社會事實(social reality)的認知。參林金定、嚴嘉楓、陳美花，質性研究方法：訪談模式與實施步驟分析，引自<http://www.spris.org.tw/develop/05june-05.pdf>，引用日期：100年2月25日。

Survey) 方式，至於內容則請彼等就作者整理過之論點表示意見，嗣並以小結予以整理分析。

訪談對象：為求訪談對象之平衡，爰邀請 6 位現仍分別於審判、檢察及在野法曹等職務之實務工作者(包括法官、律師及檢察官各 2 位，專業能力基本資料如文末附錄二所示，同意書則如附錄三所示)參與本訪談，彼等資歷迄今均約 12 年至 15 年，應認對於我國司法實務操作及思路均臻成熟，爰就下列問題於單獨接受訪談時提供看法及意見，俾利論文結論及建議妥當。惟由於訪談樣本(6 位)有限，不見得足以代表我國審、檢、辯 3 方多數專業人士之看法，此為本節研究獲致結論前仍須說明者。

第二項 訪談前提供受訪者參考之資料(即背景說明)

一、前言：刑事訴訟法是憲法人權保障的測震儀及具體規範，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人權利獲得確實有效之保護。犯罪被害人，係其刑法所保護之生命、身體、自由、名譽及財產等法益受侵害之人，有依法定程序提起訴訟，並受法院公平審判之權利，大法官釋字第 396 號解釋理由書以：「憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障。」是以憲法訴訟權保護之對象為「人民」，初不限於「被告」，當然亦包括犯罪被害人。

我國刑事訴訟法有關「犯罪被害人」之權利及地位，大抵可分兩類：

- (一)係規定於第 232 條及第 319 條，前者規定：犯罪之被害人，得為告訴。後者規定，犯罪之被害人得提起自訴。
- (二)係規定於附帶民事訴訟編，第 487 條規定：因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序得附帶提起民事訴訟，對於被告及依民法負賠償責任之人，請求回復其損害。前項請求之範圍，依民法之規定。

由於本研究題目將重點置於被害人於刑事附帶民事訴訟程序救濟之實效性，爰以此為討論焦點。按我國刑事訴訟法大抵援引自德國刑事訴訟法，而德國刑事訴訟法(*Strafprozeßordnung*)係將附帶民事訴訟(*Adhäsionsprozeß*)規定於第 5 編(*Fünftes Buch*)被害人程序之參與(*Beteiligung des Verletzten am Verfahren*)第 3 章被害人之賠償(*Entschädigung des Verletzten*)。此制度係援引自奧地利法律而於 1943 年之德國刑事訴訟法增訂第 403 條至第 406d 條，依該法第 403 條(訴訟要件)之規定，被害人(*der Verletzte*)或其繼承人(*sein Erbe*)得因被告之犯罪行為產生之財產上損害賠償請求權(*einen aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch*)，於刑事訴訟程序中向該管法院提起附帶民事訴訟。

另我國特別法(如金融七法、洗錢防制法及貪污治罪條例)就犯罪所得亦有應發還被害人之規定。蓋行為人因違反證券交易法或其他金融犯罪所得之物，因該物原屬被害人而非行為人所有，依德國學者通說，認該等犯罪所得在本質上是屬於一種準不當得利之衡平措施(quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme)。

二、相關統計數據：

如本論文第九章第二節第一項(我國部分)之說明(惟未包括最末段之 6 行文字)，及附表一與附表二，但此二附表均未包括 98 年度統計數據(因提供參考資料時，98 年度數據尚未公布)。

第三項 訪談內容及回答



一、您是否認為：我國附帶民事訴訟制度，就立法意旨在保障犯罪被害人之訴訟權及財產權等訟爭解決之一次性及訴訟經濟之成效，在實務上多年運作的結果乏善可陳³⁵⁰？或有其他觀察之意見？

編號	結論	理由或補充說明
A1	確實乏善可陳。	本意雖在訴訟經濟、免除訟累及避免裁判歧異，優點有免繳裁判費用，但因案件太多有以致之。
A2	尚不致於乏善可陳。	因為若不要求刑庭法官就民事事件作實體判決亦可達成紛爭解決一次的目的，即可在刑事庭以調解或和解的方式完成。亦可達到相同的效果。
B1	不能說乏善可陳，仍有一定的貢獻。	在單一被害人(指附帶民事訴訟之請求人同為提出告訴之被害人)且被害事實較明確的刑事案件，仍有一次解決的效果。
B2	就訟爭解決之一次性而言確實乏善可陳。	因為大部分案件均由刑事庭法官裁定移往民事庭辦理。
C1	就訟爭解決之一次性而言確實乏善可陳。	因刑事訴訟與附帶民事訴訟得合併審判者確實極少，在執業期間只有 2 件，其他均裁定移送民事庭審理，此結果與民事訴訟標的及附帶民事訴訟之被告設計等配套制度之設計有關。
C2	保障被害人之訴訟權及財產權之效率不彰。	因現階段刑事庭法官對於附帶民事訴訟，幾乎均以裁定移送民事庭審理，不如逕由被害人向民事庭提起民事訴訟以求訟爭之解決較快。

³⁵⁰ 既然刑事訴訟案件均有各類型之法益遭侵害，理論上必有被害人，而請求損害賠償之標的通常又以替代物之金錢為大宗，是案件於起訴後，若尚要求被害人退讓一步以達成訴訟上和解，或命被害人與被告另於訴訟外成立調解而生撤回附帶民事訴訟(疏減訟源)之結果，是否真能達到法院依法論法及被害人請求法院實踐正義之訴訟權保障，尚有可疑。

小結：6 名受訪者中有 4 人認為我國刑事附帶民事訴訟制度就紛爭解決一次性而言，確實效率不彰；另 2 人認為尚有一定貢獻，即刑事庭法官可以調解或和解方式達到紛爭解決一次性之相同效果。



二、您是否認為：現行附帶民事訴訟實務運作之結果，尚不足以達到立法者對犯罪被害人承諾保障其憲法上擁有訴訟權及財產權之原意？或已足？

編號	結論	理由或補充說明
A1	確不足以達到附帶民事訴訟制度設計之目的。	理由如第一題所答。
A2	不同意。認為已足以保障對犯罪被害人訴訟權和財產權的結果。	因就算刑事庭法官未處理到附帶民事訴訟的標的，將之移送到民事庭，民事庭亦會依民事訴訟法審理該訴訟標的，難認如此會致被害人的訴訟權受到影響。若刑事庭依法自為附帶民事訴訟之判決時，刑庭法官也是適用民事訴訟法的規定審理裁判，故不致受影響。
B1	實際運作之結果尚未能達到紛爭解決一次性的保障要求。	可能是對於較複雜的附帶民事訴訟案件，刑事庭通常會移送到民事庭，故無法達到一次解決被害人請求之目的。
B2	同意。	無其他補充說明。
C1	立法原意雖好，但實務運作結果不能令人滿意。	因刑事庭法官在審理刑事訴訟程序過程中，不會公開心證具體表示附帶民事訴訟部分會併予審理或將來會移送民事庭審理？且附帶民事訴訟之訴訟標的，有時在刑事訴訟程序實際上無法一起處理(如民法第 188 條僱用人之連帶賠償責任，雖僱用人非刑事被告，卻可以是附帶民事訴訟程序之被告)。
C2	實務運作之結果，可認	例如刑事訴訟法第 494 條僅規定「得」傳喚附帶民事訴訟當事人，故法院可裁量是否傳喚當事人表示意見，對

	對被害人之保障是不夠的。	刑事附帶民事訴訟程序中被害人之聽審權保障顯有不足。
--	--------------	---------------------------

小結：6名受訪者中有5名同意現行附帶民事訴訟實務運作之結果，不足以達到立法者對犯罪被害人承諾保障其憲法上擁有訴訟權及財產權之原意；僅1名受訪者認為即使刑事庭法官將附帶民事訴訟事件裁定移送民事庭審理，仍足以保障犯罪被害人之訴訟權和財產權。



三、您是否認為：第一類及第二類法院辦理之刑事案件暨附帶民事訴訟案件之繁雜程度及收受案件數量均較高與第三類至第六類法院，係前者類型法院基於專業分工及避免耽誤刑事案件之終結時程，乃多將附帶民事訴訟案件裁定移轉至同院民事庭辦理³⁵¹？

編號	結論	理由或補充說明
A1	同意。	無補充說明。
A2	有可能是。	在第六類法院(指金門地方法院)的法官因為員額不多，原本就是民刑事案件兼辦，所以才會有附帶民事訴訟案件實體判決達到 33% 以上的比例。至於第 1 類及第 2 類法院，因為民刑分流確實，致刑事庭將附民案件移送民事庭的案件才會較多。
B1	同意。	無補充說明。
B2	同意。	無補充說明。
C1	確係如此之結果。	但對於法院內部之分案及評分的考核方式是否會造成如此之結果並不清楚。
C2	結果確係如此。	認係刑事庭法官為避免耽誤刑事案件之審理及結案時效有以致之。

小結：6 名受訪者均同意作者觀察之論點。

³⁵¹ 觀察點係由第九章附表二第一類法院移轉民庭之比例高達近 48.5%(將近一半的案件)，遠高於全國各地方法院統計結果的平均數(約 35%至 39%之間)可悉。

四、您是否贊成下列論述：我國附帶民事訴訟之請求權人，依刑事訴訟法第 487 條第 1 項之規定，包括所有實體刑事法益(指生命、身體、自由、名譽及財產)受侵害之被害人，至於受請求之被告，復不限於刑事程序進行中之被告，尚包括「依民法應負賠償責任之人」，即所有依民法應負單獨或連帶賠償責任之人。至於賠償之標的亦包括非財產上之損害(即慰撫金)賠償。由於生命、身體、自由及名譽等法益之性質為人格權，若有受侵害之情形，除例外情形(如支出醫療費用)，均屬非財產上之損害，依民法第 18 條之規定，得請求慰撫金，惟人格權因犯罪而受侵害時，慰撫金究應如何酌定？一方面既無法定量化之計算標準而難以有效率地判斷，另一方面刑事法院於酌定之過程仍有賴犯罪被害人於個案中加以釋明或證明其人格權受損害之程度及範圍(即應採民事訴訟之處分權主義或當事人進行主義)，此均非刑事法院認定被告審判權之有無所欲關注之事。至於財產法益受侵害之犯罪類型，刑事庭於認定犯罪事實過程中，必然同時確定損害額若干(如意圖為自己不法所有之被告因竊盜、強盜、恐嚇取財、詐欺、侵占或背信行為，自被害人處取得若干財物或金額；又如故意毀損罪之被告因其行為致被害人產生若干財物之損失)，此時法院既無庸另行計算抽象之慰撫金額度，亦無需受限於被害人之其他釋明及證明，即適宜由刑事法院基於所調查之事證逕行判決。故由人格權受侵害與財產權受侵害在本質上之差別，附帶民事訴訟之請求權人宜僅限於財產法益受侵害之被害人。

編號	結論	理由或補充說明
A1	不贊成。	基於附帶民事訴訟紛爭解決一次性之要求，認為關於慰撫金之請求，還是應該置入附帶民事訴訟俾利於犯罪被害人之救濟，因慰撫金之審酌並非太困難之事，實務上只需審酌兩造的學經歷、財產及平均收入等，調查方法請當事人就上述事項舉證。
A2	不甚贊成。	若將非財產上損害賠償排除在附帶民事訴訟程序之外的優點是訴訟經濟；缺點則是限制被害人提起附帶民事訴訟，且尚需負擔慰撫金的裁判費，且能否達到紛爭解決一次性的要求尚有疑慮。

B1	不贊成。	因法官在司法官訓練所養成階段對民事審判已有相當之專業認知，足以衡量慰撫金額若干才適當，基於紛爭解決一次性的經濟效益要求，不宜將人格權之請求拆開，使被害人要另行單獨提起民事訴訟。
B2	不贊成。	維持現狀即可。因為了紛爭解決之一次性及訴訟經濟之要求，大部分民眾不清楚若案件涉及刑事附帶民事訴訟時，要如何進行獨立的民事訴訟？故在訴訟制度的設計上，不需嚴格再以「財產權」及「非財產權」作為區分兩種不同之訴訟要件；此時可以利用強制調解制度，無論是財產權或非財產權之請求均可調解完成。例如新竹地方法院刑事審前庭均有設置調解委員會可資運用。
C1	贊成。	此確為附帶民事訴訟所產生之問題。另補充，關於本問題第 7 行(依民法第 18 條之規定，...)可在「第 18 條」後增加「及第 195 條」等字；又第 11 行之「當事人進行主義」應該以「處分權主義」代之較為妥當。
C2	這是一個很好的論點。	惟認為無論是慰撫金或財產法益受侵害均可於附帶民事訴訟中提起，因為法官有輪調，故刑事庭法官仍有能力審理慰撫金之額度，而受請求之被告亦不限於刑事訴訟程序之被告，若利用附帶民事訴訟併審方可擴大保護犯罪被害人之目的，否則造成因噎廢食之結果。

小結：6 名受訪者中有 5 人均反對此論點，理由包括：如此將違反附帶民事訴訟紛爭解決一次性的要求，慰撫金之審酌對刑庭法官亦不困難，且被害人若另行提出附帶民事訴訟將另行繳納裁判費，對其亦不公平。不若在審理刑事案件之前擴大強制調解之制度，反而有利於訴訟經濟之目標。

五、您是否支持下列論述：刑事庭法官往往認為提出人格法益因犯罪受侵害時審理附帶民事訴訟在性質上有扞格不入之處³⁵²，其處理方式除勸諭告訴人(為附帶民事訴訟原告)與被告在訴訟上和解³⁵³或法庭外調解³⁵⁴，以達疏減訟源(如告訴乃論之罪經撤回告訴者，得為不受理判決；如非告訴乃論之罪，經當事人和解或撤回告訴者，亦得依法宣告緩刑或減輕其刑，矧告訴人當不致請求檢察官上訴而提高案件折服率)之目的外，恐僅有移送民事庭審理一途。

編號	結論	理由或補充說明
A1	不贊成。	理由與第四題相同。
A2	同意。	因為現象大致是如此。
B1	不贊成	並非僅有移送民事庭一途，若告訴人與被告達成和解，附帶民事訴訟亦不生障礙，可以撤回附帶民事訴訟，此時即無庸移送民事庭。惟若仍移送民事庭是因為刑庭法官自己不願意寫附民判決。但若有多數非刑事被告之附民被告時，此時確實容易造成移送民事庭的結果。
B2	同意。	此為必然的結果；若無法解決的，還是會裁定移送民事庭。
C1	同意。	沒有補充意見。
C2	同意	實務上的作法都是這樣，但應在刑事訴訟程序一次解決方不違背法制所設置附帶民事訴訟之目的。

小結：6 名受訪者中有 4 名同意作者觀察之論點，堪認現行實務之運作，刑庭法官確

³⁵² 例如台北地院 98 年度附民字第 3 號裁定，即以所受理之刑事訴訟案件案由為傷害罪，認其內容繁雜，非經長久時日不能終結其審判，乃依刑事訴訟法第 504 條第 1 項前段之規定，將附帶民事訴訟移送民事庭審理。另士林地院 98 年度附民字第 2 號裁定亦同，其刑事訴訟之案由為妨害名譽。

³⁵³ 例如台北地院 98 年附民字第 7 號即以和解方式成立並製作和解筆錄，內容略以：被告(亦為刑事訴訟被告)願給付原告 2 人新台幣 30 萬元。至於刑事訴訟案件之案由為偽造文書，對被告為有罪科刑且宣告緩刑之判決，理由略以：被告已與告訴人(即附民之原告)2 人達成和解，告訴人亦表示願意給予被告緩刑機會，本院認被告經此科刑教訓，當知警惕，其所受上開刑之宣告，以暫不執行為適當，爰予宣告緩刑 3 年，以啟自新。

³⁵⁴ 例如士林地院 99 年附民字第 2 號即以庭外調解方式成立並製作調解筆錄，內容略以：相對人(亦為刑事訴訟被告)願給付聲請人(為告訴人)新台幣 5663 元，並當庭給付收受。至於刑事訴訟案件之案由為竊盜，嗣對被告為有罪科刑且宣告緩刑之判決，理由略以：被告已與告訴人(即附民之原告)成立調解，並當庭交付全額賠償金予告訴代理人收受，本院認被告經此科刑教訓，當知警惕，其所受上開刑之宣告，以暫不執行為適當，爰予宣告緩刑 3 年，以啟自新。

實經常運用和解及調解等訴訟外紛爭解決之機制，而此亦為司法院 100 年度施政計劃綱要，要求我國各地方法院努力推動之機制³⁵⁵。



³⁵⁵ 司法院於民國 99 年 6 月 21 日第 135 次院會通過推動民事調解業務，列為 100 年度施政綱要之 1 部分，參蘇清恭，調解流程管考之檢討—以民事強制調解為中心，2 版。

六、您是否支持下列論述：既稱附帶民事訴訟，即有利用刑事訴訟程序併同審理民事損害賠償之訴的用意；惟現行法既大開被請求權人之範圍(指除了遭起訴之被告外，尚包括「依民法應負賠償責任之人」)，則刑庭法官遇有此種非刑事被告併同受請求損害賠償之情形，因對渠等附帶民事訴訟之被告並無確定刑罰權有無及範圍之權限，在刑事訴訟程序的操作上，更形格格不入，相信多數刑庭法官亦選擇移送民事庭審理，就此亦有仿襲前開德國刑事訴訟法第 403 條規定，被請求人以該刑事訴訟程序同時負有民事賠償責任之被告(gegen den Beschuldigten)為限，不包括其他「非被告而依民法應負賠償責任之人」。

編號	結論	理由或補充說明
A1	贊同。	附帶民事訴訟的被告大部分情形均為刑事案件的共犯，若非共同被告之共犯也會在判決理由中交待，然而在少數情形(如民法第 188 條之僱用人連帶負賠償責任)雖非刑事共犯但可為附帶民事訴訟之被告；雖然自己在民事庭審判的資歷較長，認定民事責任不會太困難，但依自己刑事審判之經驗，也都是裁定移送民事庭審理；尤其若對民事審理經驗不足之法官更是難以同時兼顧刑事判決及民事判決。綜合言之，刑庭法官只對被告之刑罰權有無及範圍有興趣，對於損害賠償額如何酌定力不從心。
A2	不贊成。	因為就紛爭解決一次性的要求，若附帶民事訴訟的被告不包括其他負民事賠償責任之人(如在民法上應負連帶債務之人)，即使對渠另行單獨提起民事訴訟，該民事庭對已繫屬之刑事案件而言，仍難以避免有相互等待他法院裁判之現象，至於裁定移轉民事案件的主要理由仍然是刑庭法官對民事案件不熟悉之故。
B1	贊成。	附帶民事訴訟既在追求刑事案件及民事訴訟當事人紛爭解決一次性，若加上非刑事被告之附民被請求權人，

		必會妨礙刑事審理程序之終結，致刑庭法官審理附帶民事訴訟之動機降低，因非刑事被告之受請求權人是否應與被告共負民事賠償責任，不是刑事案件審理重點。
B2	不贊成。	仍宜一併納入附帶民事訴訟，要一併處理的話才會對請求權人方便，真的無法解決時再裁定移送民事庭即可。
C1	贊成。	因為在多數情形，非被告而依民法應負賠償責任之人，多有免責規定，在刑事訴訟會成為另外一個訴訟標的，故不適合在刑事訴訟程序一併審理。
C2	贊成。	刑事附帶民事訴訟之立法意旨及制度若有存在之必要，即不應再裁定移送民事庭，否則就不用再設計附帶民事訴訟，逕提起民事訴訟即可，故刑事庭法官還是要一併審判才是。

小結：6名受訪者中有4名同意作者觀察之論點，理由包括刑庭法官只對被告刑罰權有無及範圍有興趣，對於損害賠償額如何酌定力不從心、非刑事被告之附民被請求權人，會妨礙刑事審理程序之終結，致刑庭法官審理附帶民事訴訟之動機降低，且非被告而依民法應負賠償責任之人，往往會主張免責而生舉證責任問題，在刑事訴訟會成為另外一個訴訟標的等。

七、您是否支持下列論述：由於慰撫金並非財產法益受侵害類型之刑事案件受請求之常態，且如前所述，慰撫金之審酌涉及個案特殊的考量，不適合於刑事案件中認定，宜逕由民事庭審理，故於附帶民事訴訟中亦不得提出慰撫金之請求？

編號	結論	理由或補充說明
A1	不同意。	因刑事庭法官對慰撫金之審酌就實務上之要件而言並不困難，故無庸拆成兩段分別由附帶民事訴訟及民事訴訟審理。
A2	不同意。	因為牽涉到裁判費用的問題。
B1	不贊成。	理由同前所述。
B2	不贊同。	仍可以提出慰撫金的請求。若可以調解成立的話即可解決，既要求紛爭解決一次性的的重要，則不要求附帶民事訴訟所寫的判決，像傳統民事判決一樣詳細(指考量慰撫金應斟酌的各項因素)。否則若仍無法達成和解或調解時，則再裁定移送民事庭不遲。
C1	可行。	但仍應考慮到如何命請求慰撫金者繳納若干裁判費用之問題，因附帶民事訴訟之慰撫金之請求金額並無標準，可能會請求很高的金額，故不易審酌；但是否在起訴時即要求其繳納，也是另一個問題。
C2	不贊成。	若要解決就一併在附帶民事訴訟程序解決，故還是可以在附帶民事訴訟中主張，雖然心證形成之過程並無具體標準，但民事庭法官也是綜合卷證資料作判斷；且就同一事實在不同審級法院也會有不同結果，刑庭法官一併審判才不會發生歧異結果。

小結：6名受訪者中有5名不同意作者觀察之論點，理由包括：刑庭法官對慰撫金之審酌並不困難，無庸分別由附帶民事訴訟及民事訴訟審理；否則也會額外增加被害人之裁判費用負擔；又既然強調紛爭解決一次性的的重要，則不要求附帶民事訴訟所寫的判決，像傳統民事判決一樣詳細，且刑庭法官一併審判才不會發生歧異結果。

八、您是否支持下列論述：由於犯罪所得發還被害人一事依刑法第 38 條第 3 項、第 1 項第 3 款即可反面推導得出(即因犯罪所得之物，若「屬於被害人所有而非屬犯罪行為人所有」，不得沒收之)，乃事物之本質(Natur der Sache)及法理之當然，惟因刑法總則就此並未明確規定犯罪所得應發還被害人，而係於金融七法、洗錢防制法及貪污治罪條例等特別刑法中個別加以規定；且刑事訴訟法第 309 條(有罪判決主文宣告內容應記載之事項)亦未規定主文得宣示「犯罪所得應發還被害人」之旨，致法院就此議題往往未能精確掌握釐清，絕大多數判決仍一味從沒收犯罪所得(效果為收歸國庫)著眼，失之毫釐差以千里，忽略被害人財產法益之保護。為實踐憲法第 15 條(人民之財產權應予保障)、第 16 條(人民之訴訟權應予保障)之本旨，可修改刑事訴訟法第 309 條之規定，參考德國刑事訴訟法第 406 條第 1 項規定³⁵⁶，增訂於刑事判決主文中即同時宣告某犯罪所得發還特定之被害人。

編號	結論	理由或補充說明
A1	同意。	沒有補充說明。
A2	不反對。	惟在實務操作上如何認定被害人？是否會造成法官下主文的困難？相信這是一項重要的議題。現行法院實務的操作是依照行政程序由被害人向法院申請，致法院莫衷一是(有些同意發還；有些認為應待判決確定方能發還)，故尚非妥善且有制度的保護被害人權益的救濟方式。
B1	支持。	沒有補充說明。
B2	贊成。	只要犯罪所得可以明確連結被害人的所有權即可，亦可在主文中宣告。
C1	非常贊成。	若能在刑事判決主文即宣告將犯罪所得發還被害人，可達訴訟經濟及效率之目的。
C2	贊成。	此為正義之解決問題方法，被害人於刑事訴訟程序中即

³⁵⁶ 法院認被告因其有責之違法行為或有科以矯正或保安處分之必要，且該附帶民事訴訟之請求係因被告行為所致而認為有理由時，應於判決中同意該請求。原文 Das Gericht gibt dem Antrag in dem Urteil statt, mit dem der Angeklagte wegen einer Straftat schuldig gesprochen oder gegen ihn eine Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet wird, soweit der Antrag wegen dieser Straftat begründet ist.

		得依該確定判決取得執行名義，不用再進行另一場民事訴訟或附帶民事訴訟，逕由刑事訴訟及判決中交待。
--	--	---

小結：6名受訪者中有5名同意作者觀察之論點，理由包括：若能在刑事判決主文宣告犯罪所得發還被害人，可達訴訟經濟及效率之目的；被害人若能在刑事訴訟程序中依該確定判決取得執行名義，即不用再進行另一場民事訴訟，逕由刑事訴訟及判決中交待，方能兼顧實質正義。



九、您是否支持下列論述：由於附帶民事訴訟規範之目的在避免雙重工作負擔及二次裁判，有於刑事訴訟程序中同時解決犯罪被害人民事賠償請求權，俾利該被害人獲得迅速的賠償(或以不法所得發還被害人之方式行之)。惟依現行刑事訴訟法第 501 條(附帶民事訴訟，應與刑事訴訟同時判決)、第 502 條(對於附帶民事訴訟認不合法或無理由以判決駁回，或認為原告之訴有理由時，為被告敗訴之判決)之規定，刑事庭法官除刑事判決外，另需製作一份民事訴訟「被告應給付原告...」或「原告之訴駁回」之判決，如此規定非但違反前揭附帶民事訴訟規範之目的，且與我國法院均將民事庭與刑事庭分流以達最起碼專業分工之事務分配目的有悖，是無論基於民刑案件審理原則在本質上相異及裁判書類製作方式迥不相侔可悉，此法律規定實踐運作結果，難免流於形式。故正本清源之道，須考慮無庸另製作一份附帶民事訴訟之判決，而如前開德國刑事訴訟法第 406 條第 1 項第 1 句之規定，就原告(即犯罪被害人)之聲請，若認為有理由時，則於刑事審判程序共同裁判之，而非另於一附帶續行之程序中被裁判(Über den Antrag wird in der Hauptverhandlung selbst, nicht etwa in einer angehängten eigenen Verhandlung Entscheidung)，且對此訴訟程序仍適用刑事訴訟法(即糾問原則 Inquisitionsmaxime)之規定³⁵⁷；惟若法院認為該聲請對刑事訴訟程序之完結(Erledigung)顯不恰當或不被許可時，則無庸對該聲請加以裁判(德國刑訴法第 406 條第 1 項第 3 句)，畢竟刑事違法行為與民事侵權行為已生競合，「事實上」無庸再開啟(附帶)民事訴訟程序，俾節省法院之勞力、時間及費用。

編號	結論	理由或補充說明
A1	附條件同意。	現行實務因民事判決與刑事判決的寫法完全不同，若要寫在同一份刑事判決中必須就此部分在法制上有所修正調整，且此即刑庭法官不願意就附民部分一起裁判之重要原因。
A2	不贊成。	刑庭法官不願下民事判決不是因為要多寫一份民事判決，而是分流後致刑庭法官對民事賠償額較陌生之故。

³⁵⁷ Claus Roxin/ Schünemann, a.a.O., S479, Rn 5.

		若強令民事與刑事判決一起寫的話，仍需面臨我國民刑事判決書主文、理由的格式要求均不同的現狀；故僅是形式上為一份判決，實質上還是寫兩份判決，故還不如分別寫兩份判決。
B1	贊成。	但以對附帶民事訴訟請求權人之權利無影響為前提，即若刑事庭就該訴訟標的未予裁判時，必須賦與請求權人其另行提出民事訴訟之權利。
B2	贊成。	若不能在附帶民事訴訟中併同裁判，只要能在理由中明確交待何以不能同時判決的原因，讓附帶民事訴訟原告可以另行提起民事訴訟即可。
C1	贊成。	無其他補充說明。
C2	贊成。	刑事庭法官對民事請求本得逕為判決，且在刑事訴訟程序中一併審理較佳，且亦不用再開啟附帶民事訴訟，因二次裁判整體而言仍會增加法院之負擔。

小結：6名受訪者中有5名同意作者觀察之論點，惟亦坦承現行實務因民事判決與刑事判決的寫法完全不同，若要寫在同一份刑事判決中必須就此部分在法制上有所修正調整，且此即刑庭法官不願意就附民部分一起裁判之重要原因。

十、您是否支持下列論述：行為人因實行犯罪所得之物，因該物原屬被害人所有，本應儘速發還被害人以修復正義。在實務運作上，往往也是不待有罪判決確定前即先返還被害人(如證券交易法第 171 條第 3 項及第 4 項；貪污治罪條例第 8 條)，例如法院判決理由曾以：被告某甲於本院審理中，業已表明願將其設於 A 銀行美金帳戶內之款項全部返還 B 公司，嗣並已依本院裁定，將該帳戶內折合新台幣 9830 萬 7291 元之款項，全部提出匯還 B 公司，…另被告某乙亦於本件審理中，自行前往新加坡將 C 銀行之美金帳戶存款 11 萬元，及新加坡幣帳戶內之存款 4 萬 3500 元，全部匯入 B 公司指定之 D 銀行帳戶內，…檢察官亦據以請求給予被告二人緩刑宣告之自新機會³⁵⁸。故對於被害人所有之物，既不能沒收，但還是要「發還」或「追徵、追繳或抵償」予被害人時，本不待有罪判決於主文中諭知，而得於審理程序中經檢察官同意，確認屬被害人之物即可行之，故其性質應視同德國刑法第 11 條第 1 項第 8 款之規定，將之視為措施(Maßnahmen)，至於其法律效果則係依該國刑法第 73 條第 1 項之規定，以正犯或共犯因違法行為或基於違法行為而取得財產利益者，法院應命令予以追繳。而非如我國刑法第 34 條之規定，將「沒收、追徵、追繳或抵償」均視為從刑。

編號	結論	理由或補充說明
A1	不知如何回答。	因自認刑事審判之經驗不足且是在 8 年前的經驗，保留此問題之答覆。
A2	贊成。	若能認定是被害人的即可先發還。
B1	贊成。	沒有補充說明。
B2	贊成。	不應當做從刑，且若判決前可以以處分或其他方式(如裁定)為之，只要讓相對人有救濟途徑(抗告或準抗告)即可。
C1	贊成。	無其他補充說明。
C2	贊成。	此為可行之修法方向，但如何認定「被害人之物」仍是一個重要的問題，在被告同意的情形下並無問題，惟若被告不同意(雖業經檢察官同意)時，則是否得逕發還予

³⁵⁸ 參台灣台北地方法院 97 年度重易字第 9 號(背信案)判決理由貳(實體部分)第四段。

		被害人？仍持保留意見。
--	--	-------------

小結：6 名受訪者中有 5 名同意作者觀察之論點，均認為犯罪所得之強制處分手段不應以從刑方式處理，只要在證據法則及評價上認為係被害人之物即何先行發還。



11、您是否支持下列論述：由於我國刑法對於「沒收、追徵、追繳或抵償」之性質均視為從刑，因從刑需依附於主刑，故須待法院對被告為有罪確定之宣告後，才能執行「沒收、追徵、追繳或抵償」，非但曠日費時，且需被告到庭受審才能為有罪判決，將原屬於被害人之財產發還；惟若被告之行為已證明與法規範對立矛盾(檢察官只要能舉證被告之不法所得係因犯罪行為所生，具有構成要件該當性之違法行為)，並沒有必待被告到庭受審為有罪判決(尚須證明被告有責任能力及責任條件)才能將不法所得「追徵、追繳或抵償」予被害人之理。就此部分，宜以現行貪污治罪條例第 10 條第 1 項之規定為藍本³⁵⁹，將沒收與發還被害人之規範，訂入刑法總則之中，俾利一體適用。

編號	結論	理由或補充說明
A1	不知如何回答。	同第 10 題之理由。
A2	同意。	無其他補充說明。
B1	贊成。	沒有補充說明。
B2	贊成。	無其他補充說明。
C1	贊成。	無其他補充說明。
C2	贊成。	不要以之為從刑，且不要在個別法律中規定，可訂入刑法總則之中較為妥當。

小結：6 名受訪者中有 5 名完全同意作者觀察之論點。

³⁵⁹ 因該條規定，凡各罪罪名成立者，不法所得財物應予追繳(全部或一部無法追繳時，再追徵價額或以其財產抵償)，並依情節分別發還被害人或沒收。與洗錢防制法及金融七法相關條文所規定，若罪名成立者，先審視有無應發還被害人(或第三人)之情形，否則以屬於犯人者為限沒收之；其次，再於(全部或一部)不能沒收時，執行追徵價額或以其財產抵償之規定。後者(指洗錢防制法等)對無庸沒收而應發還被害人(或第三人)之情形，若於原物無法追繳時，似無追徵及抵償之適用，於立法技術上，顯不若貪污治罪條例規範對被害人之保護周延。

12、您是否贊成下列論述：為實踐憲法訴訟權應保障被害人公平且有效的權利救濟途徑，參酌訴訟權保障之本質，應修改刑事訴訟法第 494 條之規定(由「得」傳喚附帶民事訴訟當事人，改為「應速」傳喚)，增強刑事附帶民事訴訟程序中保障被害人之聽審權，俾法院所提供之救濟方法能滿足被害人權利保護之要求，包括迅速通知被害人以當事人(即原告)身分到庭應訊表示意見、儘速審理裁判及儘早返還(或賠償)其受侵害之權利等。

編號	結論	理由或補充說明
A1	贊成。	無其他補充說明。
A2	贊成。	目前實際上是會傳喚被害人到庭，並由刑庭法官朝和解或調解的方向努力。
B1	贊成。	目的在加強督促法院重視附帶民事訴訟原告具有犯罪被害人之身份，亦為訴訟當事人，以保障其訴訟權。
B2	贊成。	但修改為「應傳喚」即可，尚不需用到「應速」傳喚之字眼。因我國已經有「刑事妥速審判法」之規定。
C1	贊成。	為保障被害人之聽審權，是否發還被害人之物，應於刑事訴訟程序中即通知被害人(即附帶民事訴訟之原告)讓他全程參與，不致耽誤其權利。
C2	贊成。	如此將對案情之釐清有具體的幫助，有助於確認權利之歸屬；若被害人放棄其程序參與權則可依民事訴訟一造辯論判決之規定適用。

小結：6 名受訪者全數同意作者觀察之論點。

13、您是否支持下列論述：至於財產權以外之權利(如人格權或身分權)受侵害時，如前所述，由於被害人不適合於刑事訴訟程序提起附帶民事訴訟，宜逕自提起民事訴訟。

編號	結論	理由或補充說明
A1	不贊同。	理由同第 4 及第 5 題之答覆。
A2	不贊成。	如前所述理由。
B1	不贊成。	因其既為犯罪被害人，亦應是附帶民事訴訟之請求權人，得於附帶民事訴訟中請求。
B2	不贊成。	如前所述。
C1	贊成。	無其他補充說明。
C2	不贊成。	依刑事附帶民事訴訟在避免裁判歧異之功能而言，不宜區分財產權與非財產權而為不同之程序適用，否則會割裂審理。

小結：6 名受訪者中有 5 名不同意作者觀察之論點，理由與問題 4 相同。

14、您是否支持下列論述：(續前問題)為因應憲法保障訴訟權之本旨，在立法論上可開二扇例外之門：首先，若為告訴乃論之罪(如刑法通姦罪、傷害罪、過失傷害罪及刑法妨害名譽罪章等)，由於所侵害法益具有高度屬人性，宜由被害人於刑事訴訟程序中逕行衡量作成賠償決定，且有和解後撤回告訴(法院應即為不受理判決)之訴訟實益，對被告提出賠償條件及計劃具有高度誘因，自不宜要求被害人再行單獨提出民事訴訟；其次，若非告訴乃論之罪的侵害財產權以外案件，被害人除得逕向民事庭提出民事訴訟請求慰撫金或其他損害賠償，且衡酌訴訟權保障之平等原則，關於訴訟費用，既然刑事訴訟法第 504 條第 2 項規定，就前項(即第 504 條第 1 項)移送案件，免納裁判費；民事訴訟法亦可配合修改，規定原告(即犯罪被害人)得於檢察官提起公訴或自訴人提出自訴後，主張被害之賠償金額(如被殺害者之遺孀或受撫養權利人，提起民事訴訟請求被告給付贍養費、撫養費或慰撫金)，原告可暫免繳納裁判費，迄宣判時若認為原告之訴不合法或無理由時併命原告繳納。

編號	結論	理由或補充說明
A1	不贊成。	沒有區別之實益。人格權受侵害的情形，依現行法若單獨提出民事訴訟請求救濟，要繳納裁判費；故本題的修法方向可兼顧被害人裁判費用免先繳納之優點。
A2	不贊成。	因為附帶民事訴訟的制度的重要功能之一就是完全不用繳納裁判費。故如此修法會增加原告(即被害人或請求權人)裁判費用的負擔。
B1	部分贊成。	若從附帶民事訴訟審理之效率能順暢地配合刑事訴訟程序，此不失為一項區別之標準。但將人格權於附帶民事訴訟中拆離，恐難以保障憲法所設計被害人訴訟權完整保護之原意。
B2	不贊成。	都可以提出附帶民事訴訟，否則會造成請求權人的困擾(因為原告不會了解財產權和非財產權請求之區別標準與實益)，以保障紛爭解決一次性的要求。
C1	贊成。	無其他補充說明。

C2	部分贊成。	若能區分成告訴乃論之罪及非告訴乃論之罪而做區分是可以接受的標準。如前所述，較佳的選項還是不要做區別，因實際上沒有區別的實益，附帶民事訴訟之請求權人只有擔心在刑事訴訟程序進行中，民事損害賠償請求權罹於消滅時效的問題。
----	-------	---

小結：由於此論點與前第 13 點問題相續，故回答之標的應併同觀察。綜合看法仍係以作者第 13 點論述成立為前題，則不失為一項區別之標準而贊成，否則無庸衍生此解決問題之方法。



第十一章 法務部刑法部分條文修正草案評論及修法建議

第一節 結論

綜上所述，由於我國經濟犯罪之內涵相當於重大金融犯罪，即侵害個人財產法益之犯罪，規範對象主要係以“行為人主觀上有「為自己或第3人不法所有之意圖」，客觀上係「以智力之和平方式，對公開發行公司、金融機構或交易相對人侵害財產法益達新台幣1億元以上，並因而獲利”為構成要件。至於各該財產法益受侵害之被害人，彼等遭受之損害(即行為人之不法利得)既與不法行為有因果關係，正本清源之救濟途徑，首應自法理釐清不法所得乃實行刑事違法行為取得之標的，係屬於被害人之物或權利，原應「追繳發還」予被害人而非得逕予「沒收(歸國庫所有)」，惟於(查扣無著而)不能追繳時，則應輔以「抵償被告所有財產」後再發還或賠償予被害人時，本文認為該等公權力措施，原不待有罪判決於主文中論知，而得於審理程序中經檢察官及被告同意，(1)確認屬被害人之物或權利即可(扣押)追繳之；或(2)於無從追繳時，則證明某財產權利為被告所有，即可抵償相當於不法利得之被告財產價值後，再發還或賠償被害人，性質應如德國刑法第11條第1項第8款追繳(對象為犯罪所得)之規定，將之視為刑罰(Strafe)與保安處分(Maßregel der Besserung und Sicherung)³⁶⁰以外第3類領域之處遇措施³⁶¹，如此應可辨析經濟犯罪(乃至大多數財產犯罪)不法利得剝奪之本質，係所有涉及不法所有意圖而侵害個人財產法益犯罪均伴隨發生之現象及結果。我國實務運作上，往往也是不待有罪判決確定前即先返還被害人(參證券交易法第71條第3項及第4項；貪污治罪條例第8條)，如此即可不再受從刑觀念之拘束；另從憲法及違憲審查之觀點論犯罪被害人於刑事附帶民事訴訟之救濟，堪認犯罪被害人依該編規定在實務運作之結果，就憲法對其財產權及訴訟權之保障顯有未足，本文認為

³⁶⁰ 保安處分乃現行刑法制度中，除刑罰以外的另一種法律效果。刑法一方面使用基於罪責為基礎之刑罰以制裁犯罪人，另一方面則使用保安處分，做為針對特定犯罪人防衛其社會危險性之安全措施，此稱為刑法之法律效果雙軌制，參林山田，刑法通論(下冊)，頁785。

³⁶¹ 依德國刑法第73條第1項規定，當被告因犯罪或自犯罪有所得時，法院應在所宣告之自由刑或罰金刑外，併科追繳(不得裁量)，許澤天、薛智仁譯，前揭書，頁74。此部分現行刑法第40條之1雖已規定於裁判時併予宣告之意旨，惟就其性質仍應有所定位，爰該等不法利得乃具有財產價值之物或權利，性質上為權利客體且客觀上無社會危險性，本文認為非屬「保安處分」措施適用之對象，自無從歸類於保安處分或刑罰。

此結果恐有違憲之虞；解決之道，應先思考刑庭法官為何不樂意運用此一法制；若修法之道可採，次則應探究犯罪被害人權利救濟之本質，與附帶民事訴訟在刑事訴訟程序調查證據、認定事實及審理終結後，判決書之製作(包括主文宣告)及事實理由認定之一致性思考修法之方向。

第二節 法務部「刑法部分條文修正草案³⁶²」評論

編號	分項討論部分	評論與建議
1	總說明(不包括修正重點，修正重點爰於下述各該修正條文分別說明)	<p>現行中華民國刑法總則編關於沒收部分確有總說明部分所指之若干缺失，惟本次修法版本之重點，依總說明第一段所指四點缺失及第二段開宗明義「基於使無人能因犯罪而受利益之理念，消除鉅額不法利益犯罪之經濟上誘因」，上述缺失實有改正必要等語可知，本草案以處理「犯罪所得(或稱不法利得)」之剝奪(包括沒收、追徵等方式)為範圍。</p> <p>惟現行刑法總則第 38 條關於沒收之規定，原應意識到「不法利得之剝奪，係基於準不當得利之衡平措施」，與「犯罪工具」(供犯罪所用或預備之物)及「犯罪產物」(因犯罪所生之物)之沒收，係以認定「犯罪行為」存在為前題，才有基於該「犯罪」衍生之「犯罪工具」及「犯罪產物」應否沒收問題，二者有重要的區別標準與實益。換言之，犯罪工具及產物之沒收，不可忽略行為人之罪責，故將「此類沒收」定性為從刑方無疑義。且既要剝奪該工具或產物之財產權使收歸國有，自以屬於被告所有或渠享有處分權者為限(除非另有危害公共安全之虞而有專科沒收之必要)，否則若該等工具或產物屬被告</p>

³⁶² 此修正草案版本係調法務部檢察司辦事檢察官林宗志於 2011 年 7 月 4 日以電子郵件寄給作者(詳如附錄一所示)，據林檢察官表示：此版本業經法務部研修小組於同年 2 月 22 日定稿，惟尚未送至行政院審議。特此感謝資料提供。

		<p>以外之人所有，則以該他人有可歸責之事由(故意或過失提供或遭利用為工具或產物)方得沒收；否則若第 3 人所有之物因不可歸責之事由，且經裁判確定沒收者，國家則應予第 3 人補償。</p> <p>至於不法利得之剝奪，則以符合違法性(與刑法規範對立矛盾)行為即足，原則上無庸探究行為人之罪責。若能掌握此點在刑法理論與實務上之重大區別，本文建議立法者參考德國刑法第 74 條(第 73 條)、日本改正刑法草案第 74 條(第 75 條)之立法例，對「違禁物、犯罪工具及產物之沒收」與「不法利得之剝奪」分列兩個條文且明定其含義；再參考德國刑法第 73 條及我國貪污治罪第 10 條規定，將「不法利得之剝奪」稱為「追繳」(對象主要為不法利得之原物，與德文 Verfall 有異曲同工之妙)，替代「沒收」一詞，俾正本清源，永杜迷思。否則若仍將不法利得之剝奪稱為「沒收」，仍無法克服歸類為從刑(從屬於主刑，須待被告受有罪科刑判決方得宣告沒收犯罪所得)之禁錮，無從達到本次修法之目的。</p>
2	修正條文第 34 條及對照表之說明	<p>首先本文認為，刪除現行條文關於「追徵、追繳或抵償」為從刑之規定係正確之結果，因此三者或屬犯罪(不法行為)利得之剝奪(指追繳)、或屬不能追繳時，另行取得被告所有財產之替代措施(指追徵或抵償)，性質核為「準不當得利之衡平措施」，自不得歸為從刑。</p> <p>如前所述，本條若能將「不法利得之剝奪」另外單獨列為一個條文，而將「沒收」之範圍限於「犯罪工具及犯罪產物」，則贊成將沒收定為從刑。否則若僅刪除現行條文第 34 條第 3 款之規定，而未將「不法利得剝奪」自從刑中析離出來，仍無法達到修法目的。</p> <p>至於對照表說明欄第一點所稱「日本改正刑法草案第 74 條係規定保安處分的沒收」、「第 75 條規定刑罰之沒收」</p>

	<p>等語用字不夠精確，恐有誤導之虞。</p> <p>實則，日本改正刑法草案第 74 條係規定「犯罪構成物、犯罪工具及犯罪產物」若不屬於行為人所有，且有危害公共安全之虞時，方得沒收；依其文義反面解釋，該等物品(所稱犯罪構成物相當於我國違禁物之概念，因我國刑法源自於日本刑法)若屬於行為人所有，自不以有危害公共安全為限，作為沒收之條件(換言之，即便無危害公安之虞，只要是被告所有之物即得沒收)。與我國刑法第 38 條第 3 項規定之操作模式相同。</p> <p>至於日本改正刑法草案第 75 條規定得沒收之物包括「犯罪所得、犯罪報酬、前二者之對價代替物或犯罪產物代替物(如偽造美鈔後在黑市交易換得之真鈔)」，除犯罪產物之換價變得物(詳後述)之外，性質恰是「不法利得之剝奪」，豈能定性為「刑罰之沒收」致回復「從刑」之態樣？</p> <p>又德國學說及實務將「準不當得利之衡平措施」，係用於被告因不法行為取得他人財產致他人權益受侵害(即權益侵害型不當得利)，如何藉由不當得利之「權益歸屬理論」回復被害人之權利，與說明欄第一點所舉「因他人犯罪而無償或以顯不相當對價取得之沒收」屬於「類似不當得利返還請求權的衡平措施」，似指「第 3 人以無償或顯不相當之對價」自被告處取得該不法利得，應加返還以衡平之云云炯不相侔，如此將致混淆「準不當得利之衡平措施」作為剝奪被告不法利得理論的重要依據。</p> <p>末以，依說明欄第二點所稱「追徵與抵償係全部或一部不能沒收時之代替措施，故其性質應為沒收之易刑處分而非刑罰」等語。如前所述，追徵與抵償雖係不能沒收(指剝奪不法利得)時之代替措施，因此並非刑罰，惟其</p>
--	---

		性質既非刑罰，自無「易刑」處分可言，如此說明易滋誤會。
3	修正條文第 38 條及對照表之說明	<p>如前所述，第 38 條宜參考前揭德國刑法第 74 條及日本改正刑法草案第 74 條之規定，僅將違禁物、犯罪工具及犯罪產物等標的納入本條範圍，以符沒收究屬從刑之性質。至於犯罪所得(或稱不法利得)之剝奪，應另於刑法第 38 條之 1 單獨規定，名稱訂為「追繳」，以示與沒收對象及性質之區別。</p> <p>且依對照表說明欄第一點(提及沒收客體)及第二點(提及司法院院字第 2140 號解釋)可悉，該修正條文主要著重於不法所得應予剝奪之範圍(欲擴大剝奪之範圍及於債權、非物質或無形財產)，至於「違禁物、犯罪工具及產物」等沒收標的之變動(有誤之處，敘述如下)，僅供比較說明之用。蓋關於犯罪產物(即犯罪所生之物，如偽變造之貨幣或有價證券)既源自犯罪行為所製造產出之物，邏輯上必然是「(有體)物」，不可能是「(無形之)財產上利益」，因此，關於犯罪產物(指原物)不致發生需要沒收其財產上利益之情形，只有行為人就該犯罪產物另行交易，因換價變得之物或財產上利益(如取得債權或免除債務)方能適用，此換價取得之物或權利，性質係屬犯罪完成之不罰後行為，仍應基於罪責原則而歸類於沒收之標的而非屬不法所得之剝奪。若修法時有意擴張此部分沒收之標的，亦值贊同。</p> <p>由於犯罪所得追繳之性質係就不法行為取得之利益，基於權益歸屬之衡平結果，予以剝奪後再發還被害人或予以充公(詳後述)，並非基於防衛社會安全之理由而專科沒收(如犯罪工具及產物)，故說明欄第四點所提現行人口販運防制法第 35 條第 1 項、證券投資信託及顧問法第 105 條第 3 項、洗錢防制法第 14 條第 1 項及農會法</p>

		<p>第 47 條之 2 第 3 項等相關規定部分，闕有研議刪除之必要。至於第 3 人自行為人處受讓之不法利得，因已取得所有權，若有可歸責(指故意過失)之事由或基於權益歸屬之衡平考量(如以無償或顯不相當之對價取得)，自得於法律保留之裁量權範圍內予以剝奪；否則仍應保護該善意第 3 人之財產權。</p>
4	修正條文第 38 條之 1 及對照表之說明	<p>首應說明者，草案第 38 條之 1 僅提及不能或不宜執行沒收時，應追徵其價額等語，即仍保留「追徵價額」之規定。依該條說明欄第二點稱「為配合本法第 34 條之修正，並達澈底剝奪不法收益之旨…要求沒收價值與犯罪所得相當之財產」，配合檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 144 點(…追徵或抵償，應就受裁判人本人之財產執行)規定可認，該條所定追徵係以被告(即裁判確定之受刑人本人)之財產執行，惟草案對於剝奪不法所得之替代措施何以偏用「追徵」而獨漏「抵償」？於本條說明欄未見辨析。</p> <p>實則說明欄第二點所參照之德國刑法第 73 條第 2 項係規定追繳(Verfall)標的及於轉讓及變得之代替物或權利，與草案本條欲規範之對象為被告所有之財產亦得剝奪有所不同。至於日本刑法第 19 條之 2 所規定價額追徵之規定，亦在呼應不法所得之「原物」不能沒收時，立法者誠命執法機關仍應注意得剝奪與「原物相當價值之價額」，但該條文並未明定所追徵者係被告所有財產。本文建議，第 38 條之 1 應參考德國刑法第 74 條及日本改正刑法草案第 75 條，單獨列為「犯罪不法所得」予以剝奪(即追繳)之規定，不再將「犯罪產物」置於本條文中，否則難以區別彼二標的應加沒收或追繳剝奪之差異。</p> <p>於追繳不法所得後，再視有無被害人之財產法益遭侵</p>

		<p>害，決定該追繳之物或財產上利益，究應「發還被害人」或「充公」(即收歸國庫)。</p> <p>另得就依法於事實上全部或一部不能追繳或不宜執行追繳時，得增列以被告之財產抵償(而非追徵其價額)之規定。蓋最高法院實務見解認「追繳」之對象為不法所得之「原財物(包括現金)」；「追徵」則係於不能追繳或沒收(金錢以外財物)時，剝奪被告所有與「原財物」相當之價額；至於「抵償」則係於不能追繳或沒收(指不法所得為金錢)時，剝奪被告所有與該「金錢即不法所得」等值之其他財產。綜上所述可知，最高法院就現行法「追徵、追繳及抵償」之解釋，當以「抵償」之用語最能揭示該應予剝奪者，已轉變成被告所有之財產(而非原屬被害人之財產法益，應予追繳)，初不論該財產價值之外觀究屬金錢價額或有體物。換言之，被告所有之財產縱屬消費寄託於金融機構帳戶之存款或其他無體財產權(如智慧財產權而具有得量化之價值者)，甚至是債權亦無妨，在與不法所得相同價值之範圍內，均可資為抵償之標的，不再以有體物或金錢做為抵償與追徵之區別，因外國立法例亦未就此再做分別。</p> <p>抵償(草案該條第 2 項稱為追徵)執行完畢者，其所受追繳(草案稱為沒收)宣告，以已執行論等語，可資贊同。</p>
5	修正條文第 40 條及對照表之說明	<p>由於不法所得之追繳，性質屬於準不當得利之衡平措施，以具有違法性之構成要件該當行為為已足，無庸考慮被告之罪責，自不待被告到庭受審理；與英國 Proceeds of Crime Act 2002 犯罪利得法案或美國法上「民事訴訟程序之對物沒收(civil forfeiture)(civil recovery)」，控方的舉證責任僅需至「相當理由(probable cause)」之程度，即得合理相信該財產係獲自非法行為即足，有異曲同工之妙。申言之，依我國及德國等大陸法系法制，檢察官僅</p>

		<p>須向法院證明被告行為具有構成要件該當性即為已足，因此時已推定被告之行為具有違法性(當然，此時並不排除檢察官之客觀義務)，若被告主張有若干「合法化事由」，則應由被告提出相關「阻卻違法事由」之反證；核與英美法之控方對於不法利得欲加剝奪時，其證明程度係介於簡單懷疑(mere suspicion)與表面證據(a prima facie case)間，而遠低檢察官於刑事訴訟程序對犯罪之舉證須達到超越合理懷疑(beyond the reasonable doubt)之要求。一但控方證明至相當理由之程度，被告即須證明該物不應被剝奪之理由。</p> <p>不法利得之追繳，於被告(即行為人)訴訟程序權保障之要件滿足後，性質上本可聲請法院單獨宣告，原無庸如草案第 40 條增訂第 3 項的 4 款條件做為前題，是以本文建議刪除此 4 款規定，否則仍難令執法者掌握不法所得追繳之性質，且若分別 4 款加以規定，難免治絲益綦及掛一漏萬之虞。重要者反而在於追繳後之標的應如何處理(發還被害人或充公)？</p> <p>本文建議參酌德國刑法第 76a 條之規定，就不法所得之追繳，於刑法第 40 條第 3 項規定：由於事實上之原因，未對被告追訴或判決時，法院就不法所得，應依職權或檢察官之聲請，單獨宣告追繳、抵償其財產並發還被害人或充公。</p>
6	修正條文第 40 條之 1 及對照表之說明	<p>關於(犯罪)不法所得之剝奪(即追繳或抵償)，本得於追被告之犯罪行為同時，於刑事訴訟程序一併審理裁判，並無排除於裁判時併宣告之的理由。故草案刪除第 40 條之 1 且僅以「因刪除第 34 條第 3 款」為依據(參對照表說明欄第二點)，恐難達司法救濟之目的在於紛爭解決一次性的需求，爰建議保留該條之規定。</p> <p>惟若立法者於此次修法決定刪除「追徵」作為剝奪不法</p>

		所得之用語，且於其他各別法律均刪除有關「追徵」之規定，則應於本條刪除「追徵」之用語，自不待言。
7	修正條文第 84 條及對照表之說明	<p>行刑權係以被告之刑罰權存在為前題，由於不法所得之追繳，性質為準不當得利之衡平措施，係與民事侵權行為暨不當得利法制競合時應一併適用之法則，既未涉行為人之罪責，自無適用以有罪科刑判決為前提之行刑權時效期間，無增訂刑法第 84 條第 1 項第 5 款之必要，否則不啻陷於理論衝突矛盾之境地。</p> <p>所以於刑事程序一併處理，係為追求更高位階的憲法法益價值要求(包括司法審判權唯一、紛爭解決一次性及被害人訴訟權與財產權之保障)，並非必置沒收(性質為從刑)與追繳為同一追訴評價之地位，如此方足資其區別之標準與實益。至於法安定性之考量，可於本法增訂，關於不法利得之請求權時效，被害人除應於追訴權時效內行使各該訴訟權限(自訴或告訴)外，餘則準用民法關於侵權行為或不當得利之相關規定，以資週全。</p>

第三節 修法建議

依本論文前開文獻考查、統計資料、實證研究及筆者從事實務工作之觀察，認經濟犯罪被害人財產權保障之救濟，於現行法制仍有未足，除有諸多刑庭法官不願對附帶民事訴訟與刑事訴訟同為實體判決之原因外，尚有在立法層面加以補充增刪之處，爰總結論述如下：

壹、刑法部分

編號	建議修正條文	現行條文	說明
1	<p>第十條(增訂第七項至第十一項)</p> <p>稱沒收者，謂對於犯罪工具或產物，剝奪</p>	第十條(原條文共六項)	違禁物及專科沒收之物，為避免流通在外持以再犯，以防衛社會安全，則剝奪物上所有人之權利

<p><u>物上所有人之權利，收歸國庫之處分。</u></p> <p><u>稱徵收者，謂對於違禁物或專科沒收之物，剝奪物上所有人之權利，收歸國庫之處分。</u></p> <p><u>稱追繳者，謂對於正犯或共犯由違法行為或為了違法行為而取得之財產利益予以剝奪，俾供發還被害人、得請求損害賠償之人或充公之處分。</u></p> <p><u>稱抵償者，謂對於前項之財產利益無法追繳時，剝奪正犯或共犯所有，相當於應追繳財產利益價額範圍內之其他財產，作為追繳不能時之替代處分。</u></p> <p><u>稱充公者，謂對於前二項所剝奪之財產利益，因無被害人或得請求損害賠償之人時，收歸國庫之處</u></p>		<p>乃具有保安處分之性質，與沒收係屬刑罰之性質有別，自宜與沒收加以區隔，且徵收之用語與沒收僅一字之差，易於理解，復與不法所得剝奪之用語「追繳」有異，應較為貼切適當，同時對沒收為立法定義，俾資明確。</p> <p>新增並區別關於沒收、徵收與不法利得剝奪態樣(包括追繳、抵償及充公)之立法解釋，俾資明確。不法利得剝奪之法理為「準不當得利之衡平措施」，以刑事違法行為存在為條件，無庸慮及行為人之罪責，且應兼顧所侵害個人財產法益之填補及我國國情，爰參酌德國刑法及日本改正刑法草案之立法例，及我國現行特別法(如貪污治罪條例第 10 條)之規定，以「追繳」替代「沒收」作為剝奪不法利得之用語。</p> <p>依我國現行立法例及司法實務見解，追徵與抵償均為追繳或沒收不能時，以被告所有財產於相當於不法利得之價額範圍內，予以剝奪以替代追繳之措施，重點在於「被告之財產」遭剝奪，而非另以金錢遭剝奪(指追徵)或有體物之財產遭剝奪作為區別標準，因區別之實益不大，故原刑法第</p>
---	--	--

	分。		34 條關於「追徵」之用語即屬多餘，有刪除之必要，併此敘明。對於行為人不法利得之剝奪，有收歸國庫之必要者，為與違禁物及專科沒收之物(用語為「徵收」、犯罪工具及產物(用語為「沒收」)之剝奪收歸國庫區別，俾一目瞭然，爰就此種剝奪，特賦予與「沒收」及「徵收」之收歸國庫效果相同之用語「充公」，永杜迷思。
2	第三十四條 從刑之種類如下： 一、褫奪公權。 二、沒收。	第三十四條 從刑之種類如下： 一、褫奪公權。 二、沒收。 <u>三、追徵、追繳或抵償。</u>	由於追徵、追繳或抵償係剝奪行為人因刑事違法行為所得之財產利益，性質為刑罰與保安處分以外，自成一格之公權力措施，自不得歸類為從刑的一種，有刪除之必要。
3	第三十八條 下列之物沒收之： 一、供犯罪所用或犯罪預備之物。 二、因犯罪所生之物。 前項第一款、第二款之物，以屬於犯罪行為人為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。	第三十八條 下列之物沒收之： 一、 <u>違禁物</u> 。 二、供犯罪所用或犯罪預備之物。 三、因犯罪所生 <u>或所得之物</u> 。 前項第一款之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。 第一項第二款、第三款之物，以屬於犯罪行為人為限，得沒收之。 <u>但有特別規定</u>	由於「違禁物」原係禁止持有之物，否則即屬違法行為，剝奪收歸國庫之性質為保安處分，與沒收係屬從刑不同，爰於本條刪除之，另行規定於第 39 條。 關於「犯罪工具」(供犯罪所用或預備之物)及「犯罪產物」(因犯罪所生之物)之沒收，係以認定「犯罪行為」存在為前題，才有基於該「犯罪」衍生之「犯罪工具」及「犯罪產物」應否沒收問題，是犯罪工具及產物之沒收，不可

		者，依其規定。	<p>忽略行為人之罪責，另為避免侵害善意第三人之財產權，自以屬於行為人者為限方得沒收，故將此類沒收定性為從刑並無疑義。</p> <p>至於不法利得之剝奪，係基於「準不當得利之衡平措施」，無庸考慮行為人之罪責，二者有重大的區別標準與實益，故關於不法利得之剝奪，爰另於第 38 條之 1 另行規定，藉資區別。</p>
3	<p><u>第三十八條之一</u> (新增)</p> <p><u>因違法行為所得之財產利益應予追繳，並按其情節分別發還被害人、得請求損害賠償之人或充公。被害人或賠償請求權人死亡時，應發還其合法受益人。前項財產利益全部或一部無法追繳時，應以其財產抵償之。</u></p> <p><u>追繳之對象及於下列各款及其孳息：</u></p> <p><u>一、實行違法行為取得之報酬。</u></p> <p><u>二、實行違法行為所得之物或權利。</u></p>	(新增)	<p>本條第一項所稱「財產利益」包含我國現行各特別法所稱之「財物或財產上利益」(如貪污治罪條例第 10 條稱財物、組織犯罪防制條例第 7 條稱財產、金融七法及洗錢防制法稱財物或財產上利益，不一而足)，爰將用語濃縮精簡並力求統一概括。</p> <p>德國刑法第 73 條第 1 項之規定，以正犯或共犯由違法行為或為了違法行為而取得財產利益者，法院應命令予以追繳。而非如我國刑法第 34 條之規定，將「沒收、追徵、追繳或抵償」均視為從刑。因從刑依附於主刑，須待法院對被告為有罪確定之宣告後，才能執行「沒收、追徵、追繳或抵償」，非但曠日費時，且需被告到庭受審才能為有罪判決，將原屬於被</p>

<p><u>三、為他人實行違法行為，該他人因此取得之物或權利。</u></p> <p><u>四、他人因毀損、滅失或奪走前款標的所取得賠償之物或權利。</u></p> <p><u>五、轉讓第一款至第三款標的而取得之物或權利。</u></p> <p><u>六、第三人以無償或顯不相當之對價取得前五款之標的。</u></p> <p><u>若應追繳標的之價值低於實行違法行為時所取得之財產價值，法院除命追繳外，亦可就價差部分命抵償其財產。</u></p> <p><u>可對取得標的之財產價值、應追繳標的之尚存之價值及被</u></p>	<p>害人之財產權利發還；若被告之行為已證明與法規對立矛盾(檢察官只要能舉證被告之不法所得係因犯罪行為所生，具有構成要件該當性之違法行為)，並沒有必待被告到庭受審為有罪判決(尚須證明被告之責任能力及責任條件)才能將不法所得「追徵、追繳或抵償」予被害人之理。爰參酌現行貪污治罪條例第 10 條第 1 項之規定為藍本，將追徵、追繳、抵償與發還被害人之規範，修訂於刑法總則之中³⁶³，而非於刑事特別法(如洗錢防制法、金融七法或貪污治罪條例)中個別規定，俾利不法所得之處理方式一體適用。被害人或賠償請求權人死亡時，將不法所得發還其合法受益人，確有保障被害人財產權及訴訟權之需求，爰一併明訂於條文中。至於犯罪所得剝奪之標的僅及於原物或包括孳息及代替物？由於其性質既為準不當得利之衡平措施，即應準用民事法上不當得利之法律效果以求其平，並避免剝</p>	<p>害人之財產權利發還；若被告之行為已證明與法規對立矛盾(檢察官只要能舉證被告之不法所得係因犯罪行為所生，具有構成要件該當性之違法行為)，並沒有必待被告到庭受審為有罪判決(尚須證明被告之責任能力及責任條件)才能將不法所得「追徵、追繳或抵償」予被害人之理。爰參酌現行貪污治罪條例第 10 條第 1 項之規定為藍本，將追徵、追繳、抵償與發還被害人之規範，修訂於刑法總則之中³⁶³，而非於刑事特別法(如洗錢防制法、金融七法或貪污治罪條例)中個別規定，俾利不法所得之處理方式一體適用。被害人或賠償請求權人死亡時，將不法所得發還其合法受益人，確有保障被害人財產權及訴訟權之需求，爰一併明訂於條文中。至於犯罪所得剝奪之標的僅及於原物或包括孳息及代替物？由於其性質既為準不當得利之衡平措施，即應準用民事法上不當得利之法律效果以求其平，並避免剝</p>
---	--	--

³⁶³ 德國刑法第 73 條及第 74 條之立法例，於第 73 條至第 73e 條乃犯罪所得追徵之規定，第 74 條至第 74f 條乃犯罪工具及犯罪產物沒收之規定；又如日本改正刑法草案第 74 條乃違禁物、犯罪工具及犯罪產物沒收之規定，第 75 條乃犯罪所得沒收及追徵之規定。將追繳、追徵、抵償及發還被害人等規定之修法條文列為刑法第 38 條之 1 而非同條(第 38 條)，以明其本質差異。

<p><u>害人請求權得實現之價值進行估算。</u></p> <p><u>追繳或抵償之標的，以屬於行為人者為限，得充公之。</u></p>		<p>奪被告犯罪所得之美意大打折扣。此時自宜參考我國民法第 181 條及第 182 條規定，並援引德國刑法第 73 條、第 73a 條及第 73b 條暨我國洗錢防制法第 4 條關於財物或財產上利益範圍之規定，除於我國刑法第 10 條增訂追繳、追徵、抵償之定義外，並規定追繳之標的包括：因違法行為取得之報酬、所得原物、前二者(報酬或原物)產生之孳息、因轉讓前二者(報酬或原物)而取得之對價(即互易之標的物)、遭第 3 人毀損、滅失或奪走而取得之賠償。另增加估算之法源依據，俾抵償被告所有財產價額時之計算標準。將現行特別法規定之追徵(被告所有金錢)及抵償(被告其餘所有物)與追繳之標的等規定冶於一爐，俾利司法實務區別及執行。</p> <p>由於不法利得之剝奪，應受追繳之標的，大多數為原屬於被害人之財產利益(權益侵害型之不當得利)，少部分為教唆犯或行賄者為增益正犯財產而交付予行為人之利益(給付型不當得利)，雖均有剝奪之必要，唯前者原應返還或賠償被害人，後者既已支付由行為人受領，屬渠所有之財產，自得</p>
---	--	--

			充公。惟其性質非屬具有社會安全防衛功能之保安處分，爰建議一併刪除所有特別法中關於犯罪所得「不問屬於犯人與否，沒收之」之專科沒收規定。
4	<u>第三十八條之二</u> <u>被害人或賠償請求權人關於不法利得之請求權時效，除應於追訴權時效完成前行使外，餘準用民法關於不當得利或侵權行為之規定。</u>	(新增)	由於不法利得原即被害人或賠償請求權人之財產權，只是行為人之刑事違法行為與民事不法行為競合，故是否違法仍應審究是否符合刑事不法構成要件該當性，惟其本質仍屬民事請求權而非行刑權之問題，故不應援引行刑權時效作為適用依據，至基於法安定性之考量，爰於本條增訂關於不法利得之請求權時效，除應於追訴權時效完成前行使外，餘仍準用民法關於侵權行為或不當得利之相關規定，以明性質並資週全。
5	<u>第三十九條</u> <u>違禁物及專科沒收之物，徵收之。</u> 免除其刑者，仍得專科徵收。	<u>第三十九條</u> 免除其刑者，仍得專科沒收。	由於違禁物及專科沒收之犯罪工具或產物，剝奪收歸國庫之理由在於防衛社會安全之保安處分措施，與性質為從刑之沒收有別，應於原條文(第 38 條)外另行規定，俾資明確。
6	<u>第四十條</u> <u>沒收或徵收，除有特別規定者外，於裁判</u>	<u>第四十條</u> 沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣	因現行沒收制度之標的性質上分為三類：基於保安處分之違禁物及專科沒收之物、基於行為人罪

	<p>時併宣告之。</p> <p><u>應徵收之物，得單獨宣告徵收。</u></p> <p><u>追繳或抵償，有發還被害人、得請求損害賠償之人、其合法受益人或充公之必要時，於裁判時併宣告之。</u></p> <p><u>第三項情形，被告經合法傳喚，未能到庭受訊問時，亦得依檢察官之聲請或依職權，單獨宣告之。</u></p> <p><u>第三項情形，被告死亡者，亦得依檢察官之聲請或依職權，單獨宣告之。</u></p>	<p>告之。</p> <p><u>違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收。</u></p>	<p>責之沒收物，與基於不當得利衡平措施之追繳與抵償，其中僅沒收必須於裁判時併宣告之。至於另兩類標的之處分，或基於防衛社會安全之需要，或基於與民事不當得利或侵權行為競合法理之適用，原得單獨宣告；惟為保障被告之訴訟權，自以經審理後，裁判時併宣告之為原則，惟被告因事實上之原因(如因逃匿而通緝)或法律上之原因(如業經不起訴或緩起訴處分)而未經起訴，或業已起(自)訴且經合法傳喚，偶有具正當理由(如重病無從到庭或心神喪失)而未到到庭受訊問，故不以「無正當理由」為限方得單獨宣告追繳或抵償；例外則於被告死亡之情形，因已無從到庭審理，惟仍有追繳及抵償之必要，自得單獨裁定宣告之。爰將此三類情形，依其性質於本條分項規定。</p>
7	(本條刪除)	<p>第四十條之一</p> <p>法律有規定追徵、追繳或抵償者，於裁判時併宣告之。</p>	<p>因本修法建議已將追繳與抵償規定於第 38 條之 1 及第 40 條，並於第 10 條為名詞定義，是現行各單行之特別法相關規定即得視其情節刪除或調整內容，且「於裁判時併宣告之」亦已規定於第 40 條，本條應可刪除。</p>

貳、刑事訴訟法部分

編號	建議修正條文	現行條文	說明
1	<p>第一百三十三條</p> <p>可為證據或得沒收、<u>徵收、追繳或抵償之物或權利</u>，得扣押之。</p> <p>對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付。</p>	<p>第一百三十三條</p> <p>可為證據或得沒收之物，得扣押之。</p> <p>對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付。</p>	<p>由於徵收之標的為違禁物或專科徵收之物、追繳之對象為被告之不法利得，與沒收之對象為犯罪工具、產物不同；且抵償之標的為被告所有之財產，與追繳之標的原為被害人所有，惟遭被告侵奪之財產利益有異；至於增訂權利二字係為擴大扣押處分得適用之範圍，避免掛一漏萬，爰於本條一併增訂，俾利及時扣押以落實被害人財產權及訴訟權之保障。</p>
2	<p>第三百零九條</p> <p>有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別情形，記載下列事項：</p> <p>一、諭知之主刑、從刑或刑之免除。</p> <p>二、諭知有期徒刑或拘役者，如易科罰金，其折算之標準。</p> <p>三、諭知罰金者，如易服勞役，其折算之標準。</p>	<p>第三百零九條</p> <p>有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別情形，記載下列事項：</p> <p>一、諭知之主刑、從刑或刑之免除。</p> <p>二、諭知有期徒刑或拘役者，如易科罰金，其折算之標準。</p> <p>三、諭知罰金者，如易服勞役，其折算之標準。</p>	<p>現行刑事訴訟法既有附帶民事訴訟之規定，然第 309 條(有罪判決主文宣告內容應記載之事項)並未規定主文得宣示「犯罪不法所得應發還被害人或損害賠償金額」之旨，致法院就此議題往往未能精確掌握釐清，絕大多數判決仍一味從沒收犯罪所得(效果為收歸國庫)著眼，忽略被害人財產法益之保護。為實踐憲法第 15 條(人民之財產權應予保障)、第 16 條(人民之訴訟權應予保障)之本旨，建議參考德國刑事訴訟法第 406 條第 1 項及中國大陸刑事訴訟法第</p>

	<p>四、諭知易以訓誡者，其諭知。</p> <p>五、諭知緩刑者，其緩刑之期間。</p> <p>六、諭知保安處分，其處分及期間。</p> <p><u>七、諭知民事請求之結果者，其不法利得發還被害人或損害賠償之金額。</u></p>	<p>四、諭知易以訓誡者，其諭知。</p> <p>五、諭知緩刑者，其緩刑之期間。</p> <p>六、諭知保安處分，其處分及期間。</p>	<p>78 條等規定，暨中國大陸最高人民法院關於執行「中華人民共和國刑事訴訟法」若干問題的解釋第 97 條後段之規定(即「附帶民事訴訟應當同刑事訴訟一併判決」)，在刑事訴訟法第 309 條增訂第 7 款：諭知民事請求之結果者，其損害賠償之金額或犯罪所得發還被害人之旨。</p>
3	<p>第三百零一條</p> <p>不能證明被告犯罪或其行為不罰者應諭知無罪之判決。</p> <p>依刑法第十八條第一項或第十九條第一項其行為不罰，認為有諭知保安處分之必要者，並應諭知其處分及期間。</p> <p><u>依前項規定而為無罪判決，如應諭知民事請求之結果者，其不法利得發還被害人或損害賠償金額</u></p>	<p>第三百零一條</p> <p>不能證明被告犯罪或其行為不罰者應諭知無罪之判決。</p> <p>依刑法第十八條第一項或第十九條第一項其行為不罰，認為有諭知保安處分之必要者，並應諭知其處分及期間。</p>	<p>由於不法利得剝奪追繳的目的之一，在於發還被害人或賠償其損害，且其性質無庸探究被告之罪責，在被告因欠缺責任能力而受無罪判決時，仍有於刑事訴訟法第 301 條第 2 項後段(指因欠缺責任條件而應諭知無罪判決)增訂諭知准被害人相關民事請求之必要³⁶⁴，爰增訂如第 3 項所示。</p>

³⁶⁴ 德國刑法第 73 條之追繳(Verfall)是基於一般及特別預防之目的，剝奪行為人不法所得之獲利或財產，以存在違法行為為已足，即使正犯或共犯無法被證明有罪責，亦可對之追徵。許澤天、薛智仁譯，前揭書，頁 74。

	<u>之意旨。</u>		
4	第四百八十七條 因犯罪 <u>或刑事違法</u> <u>行為</u> 而受損害之 人，於刑事訴訟程序 得附帶提起民事訴 訟，對於被告請求回 復其損害。 前項請求之範圍，依 民法之規定。	第四百八十七條 因犯罪而受損害之 人，於刑事訴訟程序 得附帶提起民事訴 訟，對於被告及依民 法負賠償責任之 人，請求回復其損 害。 前項請求之範圍，依 民法之規定。	我國附帶民事訴訟之請求權人，依 現行刑事訴訟法第 487 條第 1 項規 定，包括所有實體刑事法益(指生 命、身體、自由、名譽及財產)受 侵害之被害人，至於受請求之被 告，復不限於刑事訴訟進行中之 被告，尚包括「依民法應負賠償 責任之人」，即所有依民法應負單 獨或連帶賠償責任之人。惟既稱 附帶民事訴訟，即有利用刑事訴 訟程序併同審理民事損害賠償之 訴的用意；惟現行法既大開被請 求權人之範圍(指除了遭起訴之被 告外，尚包括「其他依民法應負 賠償責任之人」)，則刑事庭法官 遇有此種「非刑事被告併同請求 損害賠償或發還不法利得」之情 形，因對渠等並無確定刑罰權有 無及範圍之權限，在刑事訴訟程 序的操作上難免格格不入，刑庭 法官大多選擇移送民事庭審理， 就此亦有仿襲德國刑事訴訟法第 403 條規定，被請求人以該刑事訴 訟程序同時負有民事責任之刑事 被告(gegen den Beschuldigten) ³⁶⁵

³⁶⁵ 由於德國民事訴訟法(Zivilprozessordnung)所稱之被告為 der Beklagter(原告為 der Kläger)，顯與刑事訴訟法(Strafprozessordnung)附帶民事訴訟程序第 403 條所定義之被告(Beschuldigte，尚有刑事罪責要素 Schuld 之字眼加入)有異；且前揭附帶民事訴訟程序所稱之被告，依同法第 157 條之規定，係指包括檢察官偵查階段在內之被告而言，至於經提起公诉之被告稱 Angeschuldigter，而開啟主要審判程序

			<p>為限，不包括「具有賠償義務之保險人(Haftpflichtversicherer)」³⁶⁶，當然也不包括其他「非被告而依民法應負不當得利或賠償責任之人」。故建議修改刑事訴訟法第 487 條第 1 項規定，刪除該項關於「依民法應負賠償責任之人」之規定，俾利刑庭法官認定犯罪事實及紛爭解決一次性之需求，避免延滯訴訟及被害人請求權之實現。至於其他「非被告而依民法應負賠償或返還責任之人」當然仍有求償權利，渠可援引刑事裁判所認定之事實，由被害人斟酌是否另行提起民事訴訟據以求償，相信乃兼顧程序及實體利益的兩全方案。</p> <p>又被告可能欠缺刑事責任能力或條件，惟仍實行違法行為致與民事不法行為競合，此時仍有賦與渠刑事附帶民事訴訟之權利，以保障被害人之財產權及訴訟權，俾紛爭解決一次性之需求，爰一併規定於本條中。</p>
5	第四百九十一條 民事訴訟法關於左	第四百九十一條 民事訴訟法關於左	財產權以外之權利(如人格權或身分權)受侵害時，若不許被害人提

(Hauptverfahren)後之被告則稱為 Angeklagter。參 Zöller, ZPO, §260；江偉主編，民事訴訟法典專家修改建議稿及立法理由，頁 223。吳麗琪，前揭書，頁 34。

³⁶⁶ Lutz Meyer-Goßner, a.a.O, S1390,Rn 2. KK, Engelhardt, a.a.O, §403, Rn 10.

<p>列事項之規定，於附帶民事訴訟準用之：</p> <p>一、當事人能力及訴訟能力。</p> <p>二、共同訴訟。</p> <p>三、訴訟參加。</p> <p>四、訴訟代理人及輔佐人。</p> <p>五、訴訟程序之停止。</p> <p>六、當事人本人之到場。</p> <p>七、和解及第二章調解程序。</p> <p>八、本於捨棄之判決。</p> <p>九、訴及上訴或抗告之撤回。</p> <p>十、假扣押、假處分及假執行。</p>	<p>列事項之規定，於附帶民事訴訟準用之：</p> <p>一、當事人能力及訴訟能力。</p> <p>二、共同訴訟。</p> <p>三、訴訟參加。</p> <p>四、訴訟代理人及輔佐人。</p> <p>五、訴訟程序之停止。</p> <p>六、當事人本人之到場。</p> <p>七、和解。</p> <p>八、本於捨棄之判決。</p> <p>九、訴及上訴或抗告之撤回。</p> <p>十、假扣押、假處分及假執行。</p>	<p>出損害賠償之請求，勢將違反附帶民事訴訟紛爭解決一次性的要求，由於慰撫金之審酌對刑庭法官並不困難，且被害人若另行提出附帶民事訴訟將再繳納裁判費，對其反而不公平。不若在審理刑事案件之前階段即擴大強制調解及和解制度之運用，反而有利於訴訟經濟之目標。是以附帶民事訴訟賠償之標的除維持現行刑事訴訟法第 487 條第 2 項亦包括非財產上之損害賠償(即慰撫金)外，鑑於我國實務對附帶民事訴訟運用調解及和解制度之成效頗佳，且被害人與加害人間共同參與之修復式司法在世界各國(包括德國)實務及學說均肯定其實踐層面之重要性，爰建議於刑事訴訟法第 491 條(適用法律之準據—民事訴訟法)第 7 款(和解)增訂「第二章調解程序」之規定，讓民事訴訟法原本設計之調解及和解機制，提早介入犯罪訴追程序，並隨訴訟進展，由刑庭法官、檢察官、被告及被害人集思廣議，共同參與決定採取何種救濟途徑最有利於促成實質修復正義之結果，俾利被害人程序主體性之建立及擴大紛爭解決一次性之</p>
---	---	--

			需求 ³⁶⁷ 。
6	第四百九十四條 刑事訴訟之審判期日， <u>應速</u> 傳喚附帶民事訴訟當事人及關係人。 <u>當事人聲請調查證據，除顯無必要者外，法院不得拒絕。</u>	第四百九十四條 刑事訴訟之審判期日，得傳喚附帶民事訴訟當事人及關係人。	為實踐憲法訴訟權應保障犯罪被害人公平且有效的權利救濟途徑，及程序主體性之地位，建議修改刑事訴訟法第 494 條之規定(由「得」傳喚附帶民事訴訟當事人，改為「應速」傳喚)，並增加其調查證據聲請權等規定，以增強刑事附帶民事訴訟程序中保障被害人之聽審權，俾法院所提供之救濟方法能滿足被害人權利保護之要求，包括迅速通知被害人以當事人(即民事訴訟原告)身分到庭應訊表示意見、儘速審理發現真實及儘早裁判返還(或賠償)其受侵害之權利等。
7	第五百零二條 法院認為原告之訴不合法或無理由者， <u>應與刑事訴訟一併判決駁回之。</u> 認為原告之訴有理由者，應依其關於請求之聲明 <u>與刑事訴訟一併判決。</u>	第五百零二條 法院認為原告之訴不合法或無理由者，應以判決駁回之。 認為原告之訴有理由者，應依其關於請求之聲明，為被告敗訴之判決。	由於附帶民事訴訟規範之目的在避免雙重工作負擔及二次裁判，有於刑事訴訟程序中同時解決犯罪被害人民事請求權，俾利該被害人獲得迅速的賠償或以不法所得發還被害人之方式行之。惟依現行刑事訴訟法第 501 條(附帶民事訴訟，應與刑事訴訟同時判決)、第 502 條(對於附帶民事訴訟認不合法或無理由以判決駁回，

³⁶⁷ 此段修法建議，業審酌本論文第十章第三節(對法律專業人士之深度訪談)內容(尤指第 4 題及第 5 題之意見)，認確有變更作者先前所發表文章之意見，謹此致歉，惟亦因此彰顯本論文進行質性訪談之價值。參黃士元，犯罪被害人財產權保障之救濟—從憲法觀點論附帶民事訴訟之修改方向(下)，全國律師雜誌，第 15 卷 5 期，2011 年 5 月，頁 65(第七點修法建議)。

			<p>或認為原告之訴有理由時，為被告敗訴之判決)之規定，刑事庭法官除刑事判決外，另需製作一份民事訴訟「被告應給付原告...」或「原告之訴駁回」之判決，如此規定非但違反前揭附帶民事訴訟規範之目的，且與我國法院將民事庭與刑事庭分流以達最起碼專業分工之事務分配目的有悖，是無論基於民刑案件審理原則在本質上相異及裁判書類製作方式迥不相侔可悉，此法律規定實踐運作結果，難免流於形式。故正本清源之道，乃無庸另製作一份附帶民事訴訟之判決，而如本文第九章第三節所舉我國、德國及中國大陸刑事法院就不法所得或附帶民事訴訟損害賠償之請求，逕於刑事判決主文中諭知發還被害人或給付若干金額予被害人，參考德國刑事訴訟法第 406 條第 1 項第 1 句之規定：就原告(即犯罪被害人)之聲請，若認為有理由時，則於刑事審判程序共同裁判之，而非另於一附帶續行之程序中被裁判。且對此訴訟程序仍適用刑事訴訟法職權調查原則 (Inquisitionsmaxime 之規定，因刑事違法行為與民事侵權行為已生</p>
--	--	--	--

		<p>競合，「事實上」無庸再開啟(附帶)民事訴訟程序，俾節省法院之勞力、時間及費用；惟若法院認為該聲請對刑事訴訟程序之完結(Erledigung)顯不恰當或不被許可時，則無庸對該聲請加以裁判(德國刑事訴訟法第 406 條第 1 項第 3 句)³⁶⁸。</p>
--	--	--



³⁶⁸ 慮及我國民事判決及刑事判決書類格式製作，長年以來複製累積所形成的寫作文化確有差異，則究應繼續犧牲犯罪被害人訴訟權及財產權保障之憲法誠命而延續司法實務界前輩經年累月的智慧結晶？或者遷就紛爭解決一次性的要求而對書類製作格式思考改革之方向及作法？就此問題，本文認為應審酌書類格式究應如何製作既無法律明文規定，自可由司法院藉更高位階之憲法誠命要求(指財產權及訴訟權之保障)透過內部控制機制形塑刑事(附帶民事訴訟)裁判書類製作新文化，相信應係務實且有效率之修正方向。

參考文獻

甲、中文期刊部分(按姓氏筆畫排列)

李傑清，組織犯罪防制條例剝奪不法利益規定之檢討，刑事法雜誌，第 42 卷 4 期，1998 年 8 月。

李傑清，沒收洗錢犯罪所得的實體與程序，檢察新論第 3 期，2008 年 1 月。

吳天雲，沒收犯罪所得應否扣除犯罪之成本，93 年洗錢防制工作年報，法務部調查局，2005 年 4 月。

吳俊毅，因違法行為所得沒收(Verfall)之法律性質—以德國刑法第 73 條及第 73 a-e 條作出發，94 年洗錢防制工作年報，法務部調查局，2006 年 5 月。

吳耀宗，德國刑法追徵制度之研究，刑事法雜誌，45 卷 3 期，2001 年 6 月。

林大洋，「權益侵害型」不當得利—以最近法律座談會法律問題二則為例(上)(下)，司法周刊第 1541 期(第 1542 期)，2011 年 5 月 6 日(13 日)。

林淑閔，刑事附帶民事訴訟之研究，刑事法雜誌，38 卷第 3 期，1994 年 6 月。

林鈺雄，區域性國際人權法院與內國法之互動—以歐洲人權法院裁判對奧地利刑事法之影響與改造為例，月旦法學雜誌，第 148 期，2007 年 9 月。

柯耀程，沒收、追徵、追繳與抵償制度之適用與檢討，法令月刊，59 卷 6 期，2008 年 6 月。

郭明政，社會市場經濟與社會保險，社會福利與經濟發展研討會論文，1994 年 5 月 7 日。

郭明政，德國暴力犯罪被害人補償制度之研究，政大法學評論，第 52 期(1994 年 12 月)。

陳明燦，我國都市土地整體開發與使用管制之法制分析：以都市計畫法第 17 條為中心，台北大學法學論叢，第 60 期，2006 年。

陳新民，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，政大法學評論，第 33 期(1986 年 6 月)。

陳愛娥，立法者對於訴訟制度的形成自由與訴訟權的制度保障核心，台灣本土法學雜誌，第 18 期(2001 年 1 月)。

陳靜如，修復式司法在我國實踐之探微(三)，法務通訊，第 2518 期(2010 年 11 月 11 日)。

- 常慧中，論地方自治團體所有土地被中央撥用之財產權保障問題(上)(下)，國有財產局雙月刊第 36 期(2006 年 4 月)、第 37 期(2006 年 6 月)。
- 傅美惠，論沒收，刑法修正草案「沒收」規範評析，中正法學集刊，第 17 期，2004 年 10 月。
- 黃士元，新加坡刑事偵查審判實務介紹，行政院所屬各機關因公出國人員出國報告書，2003 年 3 月。
- 黃士元，德國檢警聯繫之法制及實務運作現況之研究，法務部所屬機關因公出國人員出國報告書，2006 年 11 月。
- 黃綠星，日本裁判官的另一面：讀日文書「裁判官的橫著」後感，司法週刊，第 1544 期，2011 年 5 月 27 日。
- 楊松齡，財產權保障與公用徵收補償之研究，經社法制論叢，第 9 期，1992 年。
- 靳宗立，犯罪所得之剝奪與沒收、追徵、追繳、抵償制度之檢討，檢察新論第 5 期，2009 年 1 月。
- 廖先志，英國沒收制度與沒收範圍簡介，檢察新論第 5 期，2009 年 1 月。
- 廖尉均，犯罪被害人刑事訴訟權利之保護，刑事法雜誌第 49 卷 4 期，2005 年 8 月。
- 熊秉元，法律的經濟分析：方法論上的幾點考慮，台大法學論叢第 29 卷第 1 期。
- 鄧湘全，防制組織犯罪所採取擴大沒收制度之檢討，刑事法雜誌第 42 卷第 4 期，1998 年 8 月。
- 劉宗德，憲法解釋與訴訟權之保障—以行政訴訟為中心，憲政時代第 30 卷第 4 期，2005 年 4 月。
- 劉承武，有效查扣及執行犯罪所得及受刑人財產之技巧及經驗，檢協會訊第 28 期(2008 年 4 月 27 日)。
- 劉昭辰，「近年來最高法院所忽略的不當得利重要命題」，台灣法學雜誌，第 160 期，2010 年 9 月 15 日。
- 薛智仁，沒收之定位與從屬性—最高法院相關裁判綜合評釋(上)(下)，台灣本土法學雜誌，98 期(99 期)，2007 年 9 月(10 月)。
- 謝哲勝，準財產權，人文及社會科學集刊，第 7 卷第 1 期，1995 年。
- 蘇永欽，財產權保障與大法官解釋，憲政時代，第 24 卷第 3 期，1998 年 12 月。
- 蘇永欽，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查—走向適切回應社會變遷的司法

積極主義，法令月刊，第 59 卷第 6 期，2008 年 6 月。

蘇清恭，調解流程管考之檢討—以民事強制調解為中心，司法週刊，第 1528 期(100 年 1 月 27 日)。

乙、中文專書部分(按姓氏筆畫排列)

王世洲，德國經濟犯罪與經濟刑法研究，北京大學出版社，1999 年。

王泰升，台灣法律史的建立，「日治時期台灣特別法域之形成與內涵」，1997 年。

王泰升，台灣日治時期的法律改革，聯經出版，1999 年。

王泰升，台灣法律史概論，元照出版，2001 年 7 月。

王敏遠主編，刑事訴訟法，社會科學文獻出版社，2005 年 6 月。

王澤鑑，民法債編總論第二冊—不當得利，自版，1993 年 4 月。

王澤鑑，民法思維與民法實例—請求權基礎理論體系，自版，1999 年 5 月。

王澤鑑，民法總則，自版，2008 年 10 月。

白紅平，全球化進程中的電子商務若干法律問題研究，法律出版社，2008 年 7 月。

江偉主編，民事訴訟法典專家修改建議稿及立法理由，法律出版社，2008 年。

汪建成，刑事訴訟法學概論，北京大學出版社，2001 年。

李昌珂譯，德國刑事訴訟法典，中國政法大學出版社，1995 年 4 月。

李惠宗，從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障，權利分立與基本權保障，韋伯文化，1999 年 3 月。

李惠宗，憲法要義，元照出版，2001 年 6 月。

阮富枝，刑事附帶民事訴訟制度應否維持之研究，司法研究年報第 17 輯第 18 編，1997 年 6 月。

沈明譯(法律與社會規範：Eric A. Posner 著, Law and Social Norms)，元照出版，2005 年。

吳麗琪譯，Claus Roxin 著，德國刑事訴訟法(Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch)，三民書局，1998 年 11 月。

林山田，經濟犯罪與經濟刑法，國立政治大學法律學系法學叢書編輯委員會編印，1987

年。

林山田、林東茂，犯罪學，三民書局，1995年8月。

林山田，刑法通論(上)(下)，6版，1998年1月。

林山田，刑法各罪論(上)(下)，自版，1999年9月。

林孟皇，金融犯罪與刑事審判，元照出版，2010年1月。

林鈺雄，「變更起訴法條與突襲性裁判」，如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，學林文化，2000年4月。

林鈺雄，搜索扣押註釋書，元照出版，2001年12月。

林鈺雄，新刑法總則，元照出版，2006年9月初版。

林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)(下冊)，元照出版，2006年9月四版。

施啟揚，民法總則，三民書局，1987年4月四版。

徐久生&莊敬華譯，德國刑法典，中國方正出版社，2004年1月。

許永欽，經濟犯罪，證券暨期貨市場發展基金會，2008年5月。

許春金，修復式正義的理論與實踐，甘添貴教授祝壽論文集(第四卷)，學林文化，2002年。

許澤天、薛智仁譯(Hans-Jürgen Kerner 著)，德國刑事追訴與制裁(Strafverfolgung und Sanktionierung in Deutschland)，元照出版，2008年11月。

陳志龍，財經犯罪與刑事法，收錄於民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版，2005年。

牧野英一，日本刑法通義，陳承澤譯，李克非點校，何勤華主編，中國政法大學出版社，2003年5月，

陳新民，中華民國憲法釋論，三民書局，2002年10月4版。

陳愛娥，司法院大法官會議中財產權概念的演變，中研院中山人文社會科學研究所，收錄於劉孔中、李建良編，憲法解釋之理論與實務，1998年6月。

陳愛娥，「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響，司法院行政訴訟論文彙編，1998年5月。

陳樸生，刑事訴訟法實務，自版，1990年4月。

程明修，訴訟權(上)，法學講座，第31期，元照出版，2006年3版。

曾世雄，非財產上之損害賠償，三民書局，1989年2月。

- 萬毅，中國大陸刑事訴訟法理論與實務，元照出版，2009年10月。
- 黃源盛纂輯，晚清民國刑法史料輯注(上)，元照出版，2010年7月。
- 張明楷譯，日本刑法典(第2版)，法律出版社，2006年版。
- 張樊主編，企業電子商務中的法律風險及防範，中國法制出版社，2007年7月。
- 渠濤編譯，最新日本民法，法律出版社，2006年。
- 楊芳賢，民法系列—不當得利，三民書局，2009年初版。
- 蔡宗珍，憲法解釋與訴訟權之保障—以行政訴訟為中心，司法院大法官93年度學術研付會論文集(下冊)。
- 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，台灣商務印書館，1969年7月。
- 趙秉志、王新清及甄貞著，刑事訴訟法，月旦出版，1993年12月。
- 趙曉鈞，論占有效力，法律出版，2010年4月初版。
- 廖義男，經濟法之概念與內容體系，企業與經濟法，1980年。
- 劉昭辰，民法系列—占有，三民書局，2008年8月初版。
- 劉昭辰，債法總論實例研習—法定之債，三民書局，2010年9月。
- 劉志傳、劉科、吳江及魏昌東編，刑事訴訟法規範總整理，北京大學出版社，2008年1月。
- 樊崇義等著，刑事訴訟法修改專題研究報告，中國人民公安大學出版社，2004年7月。
- 鄭玉波，民法債編各論(上)(下)，三民書局，第12版，1989年8月。
- 謝在全，民法物權論(上)(下)，自版，2003年12月2版。
- 賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，2006年2月初版。
- 盧映潔，犯罪與被害：刑事政策問題之德國法制探討，新學林，2009年12月。
- 羅結珍譯，卡斯東·斯特法尼等著，法國刑事訴訟法精義，中國政法大學出版社，1999年。
- 蘇永欽，憲法與社會文集，三民書局，1988年11月。
- 蘇永欽，行動國下的競爭法，收錄於氏著「經濟法的挑戰」，五南書局，1994年5月。
- 蘇永欽，跨越自治與管制，五南書局，1999年。
- 蘇永欽，行憲前法律的司法審查，收於「走入新世紀的憲政主義」，2002年。

丙、碩博士論文部分(按姓氏筆畫排列)

宋健弘，訴訟權之研究—以行政救濟制度為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1999年1月。

李鐮澂，我國憲法上民生福利國家原則之研究—以德國基本法第20條社會國原則為借鏡，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，1994年7月。

呂偉誠，不當得利制度的理論建構與實務問題之研究，私立文化大學法律學研究所碩士論文，1994年6月。

吳勇毅，論意向犯，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2002年7月。

林幸彬，檢察事務官在刑事程序中地位之研究，以美、日、德為借鏡，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009年1月。

林傳哲，論從刑中財產利益之剝奪，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2006年。

尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換—以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士論文，2011年7月。

陳雅譽，論我國犯罪所得沒收法制與實證研究—與美國法制之比較，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2010年12月。

陳鈺雄，日治時期的台灣法曹，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1996年。

黃國楨，自憲法保障財產權之觀點論課徵山坡地開發利用回饋金之合法性，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009年1月。

黃曉玲，犯罪被害人於刑事訴訟上之權利與定位，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2009年6月。

楊榮宗，台灣經濟犯罪偵查機制之研究 1979—2008，國立台灣大學政治學系碩士論文，2009年7月。

謝協昌，論犯罪被害人在刑事訴訟程序之權利保護—以性犯罪被害人之權利保護為中心，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2005年6月。

丁、其他文獻部分

台灣總督府法務部，台灣司法制度沿革誌，大正6年。

條約局，律令總覽(「外地法制誌」)，東京，昭和35年。

台灣省文獻委員會編，日據初期司法制度檔案，71年。

國史館編，中華民國史法律志(初稿)，台北自刊，83年。

法務部編，97 年度法務研究選輯(法務部及所屬機關研究發展項目)，台灣如何因應國際合作防制洗錢犯罪之趨勢(慶啟人)。

戊、英文期刊與專書部分

E.Rees & R.Fisher,The Proceeds of Crime Act 2002 51,56(Oxford University Press,Oxford,2004)

Guy Stessens, Money Laundering: a new international law enforcement model, Cambridge University Press, 2000.

John Braithwaite, A Future Where Punishment Is Marginalized ; Realistic or Utopian ?
UCLA Law Review: Vol.46, No.6(August 1999),

Michelle M. Gallant,Money Laundering and the Proceeds of Crime-Economic Crime and civil Remedies 96-104(Edward Elgar,2005)。

Peter Alldridge, Money Laundering Law-Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the proceeds of crime, Hart Publishing, 2006.

Richard A Posner, Economic Analysis of Law, Aspen Law & Business, 1998(5th ed).

Trevor Millington & William Sutherland Mark,The Proceeds of Crime- The law and Practice of Restraint,Confiscation, and Forfiture ,Oxford University ,2003.

己、德文期刊及博士論文部分

Carsten Leip,Der Straftatbestand der Geldwäsche-Zur Auslegung des §261 StGB, Arno Spitz,1995.

Edzard Schmidt-Jortzig, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW, 1994.

Inger Bahnson, Das Adhäsionsverfahren nach dem Opferrechtsreformgesetz 2004, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades, Universität Regensburg, Juli 2008.

庚、德文專書部分

Alfred Katz, Staatsrecht, Grundkurs im öffentlichen Recht, 17 Auflage, 2007.

Claus Roxin, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch,C.H.Beck Verlagsbuchhandlung,München 1995.

Claus Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, Verlag C.H.Beck. 2009.

Karlsruher Kommentar, Engelhardt, Strafprozeßordnung, 6.Auflage, Verlag C.H.Beck.
2008.

Franz v. Listz & Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl.,
Gerhard Köbler, Juristisches Wörterbuch-Für Studium und Ausbildung, 6 Auflage, 1994,
Verlag Franz Vahlen München.

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 1984.

Knuz/Zellner/Gelhausen/Weiner, OEG Kommentar, 5. Auflage, 2010, C.H.Beck.

Ingo von Münch (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 1992.

J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§812-822(Ungerechtfertigte
Bereicherung), 2007, Sellier-de Gruyter. Berlin.

Lutz Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 51.Auflage, Verlag C.H.Beck. 2008.

Michaela A. M. Dannert, Die Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von
Eigentumsentziehungen zur Verfolgung und Verhinderung von Straftaten, Duncker
& Humblot, 1998.

Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsrecht (Handbuch des
Wirtschaftsstraf-und-ordnungswidrigkeitenrecht), 3. Auflage, 2000, OVS.

Münchener Kommentar-Wolfgang Joecks, StGB, 2005.

Peter Badura, Staatsrecht –Systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 3 Auflage.,
München 2003.

Hermann von Mangoldt/ Friedrich Klein/ Christian Starck , Grundgesetz, Bd. I , 4. Aufl.
StGB, Kommentar-Satzger · Schmitt · Widmaier, Carl Heymanns Verlag, 2009.

Schönke/Schröder/Eser, StGB, Kommentar, 27.Aufl, 2006.

Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 57.Auflage, Verlag C.H.Beck.2010.

Zöller, ZPO, 27.Auflage, 2009, OVS Verlage, Köln.

附錄

附錄一(法務部刑法部分條文修正草案)

中華民國刑法部分條文修正草案總說明

現行中華民國刑法(以下簡稱本法)總則篇之沒收規定有下列主要缺失：第一，沒收客體限於有體物，故無形之財產上利益不得沒收；第二，除違禁物外，沒收客體以屬於犯罪行為人者為限，故於第三人可責或不當得利之情況下仍無法沒收；第三，欠缺追徵規定，除有特別規定外，沒收客體不存在時，無法以追徵方式剝奪其不法利得；第四，因係從刑，未宣告主刑時不得宣告沒收，若犯罪行為人係無責任能力人或因死亡、逃匿時亦無從宣告沒收。

基於「使無人能因犯罪而受利益」的理念，消除鉅額不法利益犯罪之經濟上誘因，上述缺失實有改正之必要。爰參照行政罰法、洗錢防制法、人口販運防制法、聯合國二〇〇五年反腐敗公約(United Nations Convention against Corruption，下稱反腐敗公約)、聯合國二〇〇〇年打擊跨國有組織犯罪公約(United Nations Convention on Transnational Organized Crime，下稱巴勒摩公約)、聯合國一九八八年禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約(United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances，下稱維也納公約)、歐洲理事會二〇〇五年「關於清洗、搜查、扣押和沒收犯罪收益與資助恐怖活動公約」(Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism)、聯合國毒品與犯罪防制辦公室(United Nations Office on Drugs and Crime，下稱 UNODC)二〇〇五年防制洗錢與資助恐怖行動法範本(Model legislation on money laundering and financing of terrorism)、美國聯邦法典(U.S. Code)、德國刑法、瑞士刑法、日本刑法、日本昭和四十九年之刑法改正草案、日本「有關處罰組織的犯罪與規範犯罪收益之法律」(組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律，下稱組織犯罪處罰法)、日本「有關國際合作為圖防止助長毒品相關不正行為的麻藥及精神藥取締法等之特別規定法律」(国際的な協力の下に規制藥物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律，下稱麻藥特例法)及香港「有組織及嚴重罪行條例」等國際公約及立法例，擬具「中華民國刑法」部分條

文修正草案，其修正重點如次：

一、刪除追徵、追繳或抵償為從刑之規定

本法於民國九十四年修正時，雖將追徵、追繳或抵償列為從刑之一，惟追徵與抵償係全部或一部不能沒收時之代替措施，故其性質應為沒收之易刑處分而非刑罰；其次，追繳立法體例不一，或為沒收之先行措施，或為沒收不能時的代替措施，難以理解其性質。基於制度簡明化的要求，本法僅以沒收作為剝奪違禁物及與犯罪有關財產之措施，而以追徵作為替代之易刑處分。抵償之概念已涵蓋於追徵，追繳之概念亦已涵蓋於沒收、追徵之內。(修正條文第三十四條)

二、擴大沒收物的要件（客體範圍）與人的要件

聯合國反腐敗公約等國際公約，均要求沒收客體包括有形及無形財產在內。爰參照洗錢防制法，明定本條之沒收範圍包括「物或財產上利益」。又第三人以惡意或因他人犯罪不當取得利益時，如未剝奪顯失公平正義。爰參照行政罰法、美國聯邦法典及瑞士刑法等立法例，明定第三人以惡意或因他人犯罪取得利益時，得於其所受財產價值範圍內酌予沒收，以防止脫法及填補制裁漏洞。(修正條文第三十八條)

三、增訂替代沒收之追徵規定，並明定為沒收之易刑處分

除本法分則篇或其他法律另有規定外，於沒收客體全部或一部不能沒收時，並無代替沒收之追徵或抵償規定。故如犯罪所得已不存在時，既無法沒收，復無法追徵。爰參照行政罰法、日本、德國與瑞士刑法等立法例，明定因犯罪所得之物或財產上利益，因事實上或法律上原因（如滅失或第三人善意取得）而不存在時，得追徵其價額。(修正條文第三十八條之一)

四、增訂於無法宣告主刑時，亦得單獨宣告沒收或追徵其價額

犯罪行為人有死亡、逃匿等情形，如無法宣告沒收，將形成犯罪行為人或其親屬保有犯罪所得之不當情況。爰參照聯合國反腐敗公約、德國刑法、美國聯邦法典等立法例，明定犯罪行為人係無責任能力人或因死亡、逃匿時亦得單獨宣告沒收。(修正條文第四十條)

五、增訂第四十條第三項單獨宣告沒收之行刑權時效期間：

行刑權係以執行確定科刑判決為目的，本法新增第四十條第三項 之單獨宣

告沒收並未宣告主刑，故其行刑權時效期間自有明定之必要。（修正條文第八十四條）



中華民國刑法部分條文修正草案條文對照表

修正條文	現行條文	說明
<p>第三十四條 從刑之種類如下： 一、褫奪公權。 二、沒收。</p>	<p>第三十四條 從刑之種類如下： 一、褫奪公權。 二、沒收。 三、追徵、追繳或抵償。</p>	<p>一、國內學說、實務皆認為沒收非僅是單純的刑罰，而具有多元的性質。立法例上，例如德國刑法第七十三條至第七十三條e規定專以剝奪犯罪所得之沒收（Verfall），第七十四條至第七十四條f規定類似刑罰之沒收（Einziehung），惟其性質均非刑罰，而係為達預防目的之「處分」（Maßnahme，德國刑法第十一條第一項第八款）。日本刑法改正草案亦將沒收特別獨立訂定專章，分別規定保安處分的沒收（第七十四條）與刑罰的沒收（第七十五條）。本法之沒收性質亦兼具多樣性，例如違禁物之沒收屬於對物保安處分，因他人犯罪而無償或以顯不相當對價取得之沒收屬於類似不當得利返還請求權的衡平措施，惟多數的沒收仍屬於刑罰，故體例上仍將其歸於從刑之一。</p> <p>二、本法於民國九十四年修正時，雖將追徵、追繳或抵償列為從刑之一，惟其內容未規定於本法總則篇，僅散見於本法分則篇或其他法</p>

		<p>律。然而，追徵與抵償係全部或一部不能沒收時之代替措施，故其性質應為沒收之易刑處分而非刑罰；又追繳僅規定於貪污治罪條例第十條、妨害兵役治罪條例第二十一條、農會法第四十七條之二第三項及組織犯罪防制條例第七條，惟體例不一，或為沒收之先行措施，或為沒收不能時的代替措施，難以理解其性質。基於制度簡明化的要求，本法僅以沒收作為剝奪違禁物及與犯罪有關財產之措施，並於本法第三十八條之一第一項明定以追徵作為替代沒收之易刑處分。追徵，則指沒收標的物已不存在時，將原本應沒收標的物的價額，從犯罪人之其他財產或金錢，任意取走價額相同之部分。另原屬沒收先行措施之追繳，將為偵審中保全犯罪所得之相關作為所涵蓋。從而，抵償、追繳之概念均已涵蓋於追徵之內，爰刪除現行條文第三款。</p>
<p>第三十八條 下列之物或財產上利益沒收之： 一、違禁物。 二、供犯罪所用或犯罪預備之物。 三、因犯罪所生、所得或變得之物或財產上利益。 前項第一款之物，不問屬於犯罪行為</p>	<p>第三十八條 下列之物沒收之： 一、違禁物。 二、供犯罪所用或犯罪預備之物。 三、因犯罪所生或所得之物。 前項第一款之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。</p>	<p>一、本法對於沒收，定有物的要件及人的要件。關於前者，沒收客體限於「物」，解釋上僅限於動產及不動產，故如債權（銀行存款之消費寄託債權）等無形財產上利益無法沒收。而反腐敗公約第</p>

<p>人與否，沒收之。</p> <p>第一項第二款、第三款之物或財產上利益，有下列情形之一時，得沒收之：</p> <p>一、屬於犯罪行為人者。</p> <p>二、明知他人犯罪而取得者。</p> <p>三、因他人犯罪而無償或以顯不相當之對價取得者。</p> <p>四、法律有特別規定者。</p>	<p>第一項第二款、第三款之物，以屬於犯罪行為人為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。</p>	<p>二條 (d)、巴勒摩公約第二條 (d)、維也納公約第一條 (q)、歐洲理事會二〇〇五年「關於清洗、搜查、扣押和沒收犯罪收益與資助恐怖活動公約」第一條 (b) 均要求沒收客體不問物質抑或非物質、動產抑或不動產、有形抑或無形財產均應包括在內。爰參照洗錢防制法第四條，明定本條有關「犯罪所生、所得或變得」之沒收範圍包括物或財產上利益，至於「違禁物」與「供犯罪所用或犯罪預備之物」之沒收範圍，則均僅限於物。其次，本法分則篇規定之必要沒收客體尚有賄賂（第一百二十一條、第一百二十二條、第一百四十三條）、利益（第一百三十一條）、偽變造之通用貨幣、有價證券（第二百零五條）、猥褻文字等與竊錄內容之附著物及物品（第二百三十五條、第三百十五條之三）、財物（第二百六十六條）等。除圖利罪之利益外，均限有體物。惟如賄賂僅限於金錢或可以金錢計算之財物（最高法院二十一年上字第三六九號判例），</p>
--	---	--

		<p>故賄賂罪之對價係得沒收之無形財產上利益時，仍得依本條沒收，爰修正第一項序文。</p> <p>二、依司法院院字第二一四零號解釋，因犯罪所得之物，係指因犯罪「直接」取得者，故犯罪所得之轉換或對價不能沒收，而反腐敗公約第二條(e)與第三十一條第四項、巴勒摩公約第二條(e)與第十二條第三項、維也納公約第一條(p)與第五條第六項(a)、歐洲理事會二〇〇五年「關於清洗、搜查、扣押和沒收犯罪收益與資助恐怖活動公約」第一條(a)，均要求犯罪所得間接產生之財產(例如孳息)或者轉變之其他財產(例如犯罪所得之對價)，仍應加以沒收。爰參照洗錢防制法第四條第三款、UNODC二〇〇五年防制洗錢與資助恐怖行動法範本第5.3.1條(a)及(c)、德國刑法第七十三條第二項、日本刑法第十九條第一項第四款、日本組織犯罪處罰法第二條第三項、日本麻藥特例法第二條第四項，明定因犯罪直接所生、所得或變得之物或財產上利益亦</p>
--	--	--

		<p>得沒收，爰修正第一項第三款。</p> <p>三、本法對於沒收之人的要件，基於責任原則，除有特別規定外，以屬於犯罪行為人為限。惟犯罪行為人以外之第三人明知該財產因他人犯罪而得沒收，卻仍予以取得者，將有妨礙沒收之虞。爰參照行政罰法第二十二條第二項、德國刑法第七十三條第四項、日本刑法第十九條第二項但書、日本組織犯罪處罰法第十五條第一項但書及麻藥特例法第十六條第一項但書，增訂第三項第二款及第三款規定。至於現行第三項規定，則移列為第三項第一款。</p> <p>四、犯罪行為人因犯罪而應受處罰，但他人卻因犯罪受有財產時，如未剝奪其所得之利益，顯失公平正義。而反腐敗公約第三十一條第九項、巴勒摩公約第十二條第八項、維也納公約第五條第八項均要求於不損害善意 (bona fide) 第三人的情況下進行沒收。目前我國有沒收屬於第三人犯罪所得之法律，計有人口販運防制法第三十五條第一項、證券投資信託及顧問法第一百零五條第三項(不問是否善意)及洗錢防制法第</p>
--	--	--

		<p>四條第三款、第十四條第一項（限於非善意）。爰參照行政罰法第二十條、民法第一百八十三條、UNODC 二〇〇五年防制洗錢與資助恐怖行動法範本第5.3.1條(e)、美國聯邦法典第二十一篇第八百五十三條(c)及瑞士刑法第七十條第二項，明定第三人雖無惡意，卻因犯罪受有財產而未受處罰時，得於其所受財產價值範圍內酌予沒收，避免他人因而取得不當利益，以防止脫法及填補制裁漏洞，惟此等沒收目的係剝奪不當得利，性質並非刑罰，故不以行為有故意或過失為要件，爰增訂第三項第四款。</p>
--	--	---



<p>第三十八條之一 前條第一項第三款之物或財產上利益，全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，得追徵其價額。</p> <p>追徵執行完畢者，其所受沒收宣告，以已執行論。</p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、為配合本法第三十四條之修正，並達澈底剝奪不法收益之旨趣，以及反腐敗公約第三十一條第一項(a)、巴勒摩公約第十二條第一項(a)、維也納公約第五條第1項(a)均要求沒收價值與犯罪所得相當的財產。爰參照行政罰法第二十三條、UNODC 二〇〇五年防制洗錢與資助恐怖行動法範本第5.3.1條(a)、日本刑法第十九條之二、德國刑法第七十三條第二項、瑞士刑法第七十一條第一項之規定，明定前條第一項第三款之物或財產上利益，因事實上或法律上原因（如滅失或第三人善意取得）而不存在時，得追徵其價額。</p> <p>三、犯罪收益雖然尚存，惟因設定抵押權等原因而無沒收實益，或混合、附合財產非毀損不能分離或分離需費過鉅時，似無沒收必要，得逕以追徵價額代之。爰參照日本組織犯罪處罰法第十六條第一項，於第一項明定財產性質不宜沒收時，亦得追徵其價額。</p> <p>四、追徵性質上係沒收之易刑處分而非獨立</p>
---	--	---

		<p>之刑罰，爰參照本法第四十四條之規定，於第二項明定追徵執行完畢者，沒收宣告以已執行論。</p>
<p>第四十條 沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之。</p> <p>違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收。</p> <p>有下列情形之一，而有事實足認係第三十八條第一項第二款、第三款所列之物或財產上利益，得單獨宣告沒收：</p> <p>一、檢察官依刑事訴訟法第二百五十三條或第二百五十三條之一為不起訴或緩起訴之處分者。</p> <p>二、行為人因死亡、曾經判決確定或時效完成而受不起訴處分或不受</p>	<p>第四十條 沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之。</p> <p>違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收。</p>	<p>一、為回復違法行為發生前之財產秩序，於有事實上原因無法或難以追訴、處罰等情形，而有事實足認係本法第三十八條第一項第二款、第三款所列之物或財產上利益時，自有單獨宣告沒收或追徵其價額之必要，爰增訂第三項。</p> <p>二、刑事訴訟法第二百五十九條之一規定：「檢察官依第二百五十三條或第二百五十三條之一為不起訴或緩起訴之處分者，對供犯罪所用、供犯罪預備或因犯罪所得之物，以屬於被告者為限，得單</p>

<p>理、免訴判決者。</p> <p>三、行為人因第十八條第一項或第十九條第一項而受不起訴處分或無罪判決者。</p> <p>四、行為人為規避刑事訴追而逃匿，經通緝逾六個月未到案者。</p>		<p>獨聲請法院宣告沒收。」惟沒收客體與範圍本屬實體法應行規定之事項，訂於程序法內本非適宜。另依前開規定，於沒收客體係無形財產上利益、因犯罪所生之物或屬於第三人之情況均不得單獨宣告沒收，復無追徵之規定，與本法第三十八條與第三十八條之一之修正內容未盡相符，爰增訂第三項第一款，明定檢察官依刑事訴訟法第二百五十三條或第二百五十一條之一為不起訴或緩起訴之處分時，得單獨宣告沒收。至於本條修正通過後，刑事訴訟法第二百五十九條之一應配合刪除。</p> <p>四、依實務見解，如有犯罪行為人死亡、逃匿等情形，除另行提起民事訴訟外，不得單獨宣告沒收（院解字第二八九八號、第三四零三號、第三七三八號、第三八三四號解釋）。惟如販賣毒品、賭博等犯罪，因係不法原因給付而無從行使民法不當得利或損害賠償請求權，形成犯罪行為人或其親屬保有犯罪工具或所得之不當情況。爰參照德國刑法第七十六條 a、</p>
--	--	--

		<p>日本刑法改正草案第七十八條、反腐敗公約第五十四條 1. (c) 及 UNODC 二〇〇五年防制洗錢與資助恐怖行動法範本第 5.3.1 條，增訂第三項第二款，明定於犯罪行為人因死亡而受不起訴處分或不受理判決時，亦得單獨宣告沒收。</p> <p>五、犯罪行為人因未滿十四歲，或因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，而受不起訴處分或無罪判決時，犯罪行為人雖無責任，惟其行為仍有背於全體法秩序，故與犯罪有關之工具及所得仍有剝奪之必要。爰參照德國刑法第七十三條、日本刑法改正草案第七十六條、第七十八條、反腐敗公約第五十四條 1. (c) 及 UNODC 二〇〇五年防制洗錢與資助恐怖行動法範本第 5.3.1 條，於行為人因第十八條第一項及第十九條第一項而受不起訴處分或無罪判決時，得單獨宣告沒收，增訂第三項第三款規定。</p> <p>六、依逃犯失權法則 (Fugitive disentitlement)，犯罪行為人逃避刑</p>
--	--	---

		<p>事訴追時，法院得不待其到庭逕為沒收。爰參照德國刑法第七十六條 a、香港「有組織及嚴重罪行條例」第八條、日本刑法改正草案第七十八條、美國聯邦法典第二十八篇第二千四百六十六條、反腐敗公約第五十四條 1. (c) 及 UNODC 二〇〇五年防制洗錢與資助恐怖行動法範本第 5.3.1 條，於犯罪行為人為規避刑事訴追而潛逃，經通緝逾六個月未到案時，亦得單獨宣告沒收，通緝雖逾六個月，而仍在本法第八十條所定之追訴權期間內時，仍得為單獨宣告，增訂第三項第四款規定。</p> <p>七、犯罪行為人為規避刑事訴追而潛逃或經死亡宣告，經法院單獨宣告沒收後，復被緝獲或撤銷死亡宣告時，原案件有關沒收之部分既經確定裁判，自有形式及實質之確定力，本不得重複宣告執行，故無庸對前述情形另為規定。</p> <p>八、涉及第三人救濟部分，由刑事訴訟法定之。</p>
	<p>第四十條之一 法律有規定追徵、追繳或抵償者，於裁判時併宣告之。</p>	<p>一、<u>本條刪除</u>。</p> <p>二、因刪除第三十四條第三款，爰配合刪除本條。</p>

<p>第八十四條 行刑權因下列期間內未執行而消滅：</p> <p>一、宣告死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑者，四十年。</p> <p>二、宣告三年以上十年未滿有期徒刑者，三十年。</p> <p>三、宣告一年以上三年未滿有期徒刑，十五年。</p> <p>四、宣告一年未滿有期徒刑、拘役、罰金或專科沒收者，七年。</p> <p>五、<u>第四十條第三項之單獨宣告沒收者，十年。</u></p> <p>前項期間，自裁判確定之日起算。但因保安處分先於刑罰執行者，自保安處分執行完畢或免除之日起算。</p>	<p>第八十四條 行刑權因下列期間內未執行而消滅：</p> <p>一、宣告死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑者，四十年。</p> <p>二、宣告三年以上十年未滿有期徒刑者，三十年。</p> <p>三、宣告一年以上三年未滿有期徒刑者，十五年。</p> <p>四、宣告一年未滿有期徒刑、拘役、罰金或專科沒收者，七年。</p> <p>前項期間，自裁判確定之日起算。但因保安處分先於刑罰執行者，自保安處分執行完畢之日起算。</p>	<p>一、行刑權係以執行確定科刑判決為目的，本法新增第四十條第三項之單獨宣告沒收並未宣告主刑，故其行刑權時效期間自有明定之必要。然考量金融交易國際化的現代社會中，重大經濟、貪瀆、洗錢、跨境詐欺等犯罪所得易於移轉我國領域外，如遇有此種情形，僅能請求外國提供刑事司法互助執行我國之沒收裁判，惟其折衝甚為費時。故該等單獨宣告沒收之行刑權時效期間宜定為十年，爰增訂第一項第五款。</p> <p>二、行刑權時效原則上係以裁判確定之日起算，然為求明確，爰修正第二項但書。</p>
--	--	---

附錄二(受訪者資料)

受訪者之專業基本資料：

編號	職務及訪談日期	執行職(業)務期間	內容	訪談前對附帶民事訴訟於第1審法院執行成效之看法	訪談後對附帶民事訴訟於第1審法院執行成效之看法
A1	法官(99年11月22日)	12年。未擔任過檢察官或律師。未於司法機關以外其他部門服務過。	曾任民事庭法官(包括民事簡易及家事案件)10年；刑事庭法官(包括刑事簡易案件)2年。均在第1審任職。	可以廢除刑事附帶民事訴訟制度。因法制雖欲達成訴訟經濟之目的，但實務上均移至民事庭審理，而移到民庭後也是獨立認定事實。	附民的最大優點在於免徵裁判費。受訪者贊成廢除附帶民事訴訟達成完全分流之結果，配套則以現行調解(包括鄉鎮市條解條例或民事訴訟法規定之調解)即足，因前者亦免繳裁判費，後者之裁判費亦甚低。
A2	法官(99年12月9日)	12年。於執行職務前無擔任其他工作之經驗。	於任職期間，前3年2月擔任民事庭(包括民事簡易及	附帶民事訴訟制度從實務運作觀察並未發生實際的功	附帶民事訴訟在我國並未落實。受訪者個人建議

			家事案件)法官；後9年擔任刑事庭(包括刑事簡易案件)法官。	效，因為刑事庭自為判決者很少。主要是民刑事專業分流所造成，刑庭法官認為對附民所為裁判未較民庭法官精確，致大量裁定移送民事庭。自己的經驗是藉由和解及調解的方式讓告訴人與被告有紛爭一次解決的機會。	將該制度廢除；而就此種事件在檢察官提起公訴(包括聲請簡易判決處刑)時，或已合法提起自訴之案件，即賦與被害人單獨提起民事訴訟之權利，此時即令其得免繳納裁判費用。
B1	檢察官 (99年11月24日)	13年。於執行職務前曾執業律師約3年6月。	於任職期間，服務於偵查部門約12年、執行部門1年。	所觀察之結果為，若簡單的附帶民事訴訟案件會併予審判；若較複雜及有礙刑事訴訟終結的都會移送民事庭。	無。
B2	檢察官 (99年12月7日)	12年。於執行職務前曾於證券暨期貨發展基金	於任職期間，服務於偵查部門約4年半、公訴部門2	無特別看法或建議。	無。

		會擔任研究員 1 年。	年、執行部門半年、調法務部政風司辦事 3 年、出國研究 1 年。		
C1	律師 (99 年 11 月 11 日)	14 年。未擔任過法官或檢察官，於執業前曾於民營銀行任職 2 年。	合夥律師，曾辦理之案件民事約佔 70%，刑事約佔 30%；1 審約佔 70%，2 審約佔 25%，3 審約佔 5%。	無特別意見或看法。	由於附帶民事訴訟得到審判之機會少，例如涉及民事連帶賠償責任之事件，因需審理其他訴訟標的，在附帶民事訴訟得到解決的機會幾乎是零，故不適合在附帶民事訴訟中提出，至於慰撫金在附帶民事訴訟也需徵收裁判費用，避免請求人漫天喊價，但以一定金額為上限，附帶民事訴訟只適合

					財產權之損害賠償，不包括非財產產權之損害賠償。
C2	律師 (99年11月16日)	15年。未擔任過法官或檢察官，於執業期間曾擔任過台北市選舉委員會委員。	合署律師，曾辦理之案件民事約佔50%，刑事約佔50%；1審約佔40%，2審約佔40%，3審約佔20%。	現今附帶民事訴訟對被害人之程序保障不足，因為法院幾乎均裁定移送民事庭。	贊成現行刑事附帶民事訴訟第487條請求人為犯罪被害人，至於被請求人仍以民事實體法之被告為範圍。慰撫金仍得於附帶民事訴訟程序提出，不宜單獨向民事庭提出以免割裂審理。

附錄三(訪談對象同意書)