

- 1 大法官作成釋字第745號解釋
許院長訪視法院開跑 首站基隆地院
司法院研商普通傷害罪量刑系統之編碼
刑事上訴審改造諮詢完成 朝金字塔型邁進
- 2,3 吳燦/被害人有人求償權之犯罪所得沒收的疑義(上)
- 4 臺高院邀許恆遠教授談「定執行刑之理論與實務」

司法周刊



◆發行人：林鴻銘 ◆發行所：司法院 ◆地址：臺北市重慶南路一段124號
◆每週出版 全年51期400元 ◆郵政劃撥：50054377 司法院司法周刊 ◆中華郵政北臺字第○一七六號執照登記為雜誌類
◆發行部電話：02-23618776 傳真：02-23618776 ◆編輯部電話：02-23618798 傳真：02-23898920 ◆後製：大光華印務部

大法官作成釋字第745號解釋

所得稅法薪資所得未許實額減除費用違平等權保障 2年內修正

【本刊訊】司法院大法官於2月8日舉行第1453次會議，作成釋字第745號解釋。

解釋文

所得稅法第14條第1項第3類第1款及第2款、同法第17條第1項第2款第3目之2關於薪資所得之計算，僅許薪資所得者就個人薪資收入，減除定額之薪資所得特別扣除額，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，於此範圍內，與憲法第7條平等權保障之意旨不符，相關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋之意旨，檢討修正所得稅法相關規定。

財政部中華民國74年4月23日台財稅第14917號函釋關於大專院校兼任教師授課鐘點費亦屬薪資所得部分，與憲法第19條租稅法律主義及第23條規定尚無抵觸。

事實摘要

一、聲請人陳清秀認其在大學任教之所得應屬「執行業務所得」，不服國稅局將其核定為「薪資所得」，提起行政爭訟，均遭駁回；認確定終局判決（臺北高行100年度簡字第236號）所適用之所得稅法第14條第1項第3類第1款及第2款關於薪資所得未採「實額減除成本費用」（下稱

實額減除）之計算規定，及財政部74年4月23日台財稅第14917號函釋，將大專院校兼任教師所支領授課鐘點費一律列為薪資所得，有違憲疑義，聲請釋憲。

二、聲請人桃園地院法官錢建榮於審理綜合所得稅事件時，認該案應適用之90年1月3日修正公布所得稅法第17條第1項第2款第3目之2規定，採單一額度特別扣除額方式（下稱定額扣除），欠缺「實額減除」方式，有違憲疑義，裁定停止訴訟程序，聲請釋憲。

理由摘要

一、所得稅法相關規定違憲
立法者依各類所得來源及性質，於所得稅法分別定有成本及必要費用之減除、免稅額、扣除額等不同規定。此等分類及差別待遇應有正當目的，且其分類與目的之達成應具有合理關聯，始符合量能課稅要求之客觀淨值原則、平等權保障。

所得稅法第14條、第17條「執行業務所得」、「薪資所得」、「薪資所得特別扣除」等規定，對於執行業務所得之計算，採「實額減除」方式；就薪資所得之計算，則未容許列舉減除超過法定扣除額之必要費用，且以「定額扣除」方式，一體適用於全部薪資所得者，不僅形成執行業

務所得者與薪資所得者間之差別待遇，亦形成薪資所得者彼此間之差別待遇。

為減低薪資所得者之稅負及國家之稽徵成本，而採「定額扣除」方式，其立法目的固屬正當。又考量薪資所得者與執行業務所得者是否自力營生，固得就減除項目及最高額度等為合理之不同規範。但現行法令准許執行業務所得者，得採「實額減除」計算所得；而薪資所得者，僅許定額扣除，而不許於必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，顯然形成差別待遇。且此差別待遇，與薪資所得者之是否為自力營生並無必然關聯，亦未考量不同薪資所得者間之必要費用差異，有違量能課稅所要求的客觀淨

值原則。

在此範圍內，上開所得稅法規定之差別待遇手段與其目的之達成間欠缺合理關聯，與憲法第7條平等權保障之意旨不符。相關機關應自本解釋公布之日起2年內，檢討修正所得稅法相關規定。

二、財政部74年函釋合憲
函釋中關於大專院校兼任教師授課鐘點費亦屬薪資所得部分，係財政部基於主管機關地位，於其法定職權範圍內，闡釋薪資所得之涵蓋範圍，符合所得稅法之法意旨，且有助於釐清適用上可能疑義，亦無增加法律所未規定之義務，與憲法第19條及第23條尚無抵觸。（理由書及相關意見書，請見司法院網站）

國際交流



【本刊訊】司法院許宗力院長2月3日接見英國在台辦事處代表唐凱琳（Ms. Catherine Nettleton，左圖左2）及政治處賴昱伸組長（左1），由蔡焜燉副院長（右2）及公共關係處劉格倫處長（右1）陪同，就兩國司法改革、司法交流相關議題交換意見。

法院業務視導

許院長訪視法院開跑 首站基隆地院

【本刊基隆訊】司法院許宗力院長自2月起開始各法院視導行程，首站於2月7日訪視基隆地院，由蔡焜燉副院長、呂太郎秘書長、臺灣高等法院石木欽院長，及司法院相關廳處長陪同。

許院長一行首先與基隆蔡明曜院長至各辦公室慰勉同仁辛勞，並對基隆各項辦公硬體設施規劃完善表示肯定；也期許全體同仁，共同為司法保障人權、務實改革目標共同努力。

隨後許院長一行與庭長、法官座談，

就：修正刑事訴訟法，建立金字塔型訴訟結構；於人民參與審判制度確定立法及採行之制度後，始進行模擬演練；增加民事執行視為不遲延事件之事由等議題，進行討論。另就：刑事訴訟法擬修正全面實施夜間不訊問，是否仿效日韓等國明定得將犯罪嫌疑人留置於一定處所等候訊問；刑訴法仍有諸多條文使用「法院之檢察官」，宜一併正名為「檢察署檢察官」等臨時動議交換意見，圓滿結束訪視行程。

凝聚修法共識

刑事上訴審改造諮詢完成 朝金字塔型邁進

【本刊訊】司法院2月9日召開「刑事上訴審制度改造諮詢會議」第2次會議，由林勤純副秘書長主持，邀請審、檢、辯、學及相關團體代表，研商第三審上訴制度的變革方向，凝聚修法共識。

本次會議以司法院103年間研修之刑事訴訟法修正草案為基礎，針對第三審以「嚴格法律審兼採許可上訴制」理念所設計的上訴事由、審理程序、上訴有理由時之判決類型等相關規定，進行討論。

會中就草案規定上訴第三審之事由能否確保民眾訴訟權益而應考慮適度放寬；是否引進飛躍上訴制度，讓第一審無事實爭議之案件得逕向第三審上訴；上訴第三審採強制委任律師制度應否配套限制律師之資格；第三審應否原則上行言詞辯論或將行言詞辯論之案件予以類型化等議題，深入討論。各項意見將作為日後建構金字塔型訴訟制度之重要參考。

追求量刑妥適

司法院研商普通傷害罪量刑系統之編碼

【本刊訊】司法院2月6日召開「刑法第277條傷害罪判決編碼表內容妥適性」會議，由刑事廳邱明弘副廳長主持，邀請最高法院李錦樑法官、臺灣高等法院郭豫珍法官、臺北地院廖建瑜庭長、法務部陳玉萍主任檢察官、臺北地檢署郭瑜芳檢察官、律師全聯會林勝木律師、臺北律師公會王瑋穎律師、臺灣大學法律系周濛濛副教授、陽明大學醫學系吳俊穎教授及臺灣防暴聯盟、犯罪被害人保護協會、臺灣犯罪被害人人權服務協會、兒童福利聯盟等團體代表與會。

目前司法院量刑系統分為「量刑資訊系統」及「量刑趨勢建議系統」2種。前者係以量刑因子（如：犯罪動機、犯罪手段或造成之損害）為檢索條件，提供實務上類似案件的平均刑度、最高刑度、最低刑度、量刑分布全貌圖、執行刑參考資料及連結相關判決書及歷審裁判等。後者則重在融入社會多元價值及公平正義的情感，邀請相關專家就實務

上各量刑因子的影響力予以調整，並建議新增量刑因子，期有更妥適的量刑建議，供法官參考。

司法院鑒於傷害罪案件數量龐大，且普通傷害罪屬於告訴乃論之罪，多半藉由調解程序解決紛爭。為使調解委員處理此類案件時，能有效掌握實務現況，正確分析調解條件，乃著手建置普通傷害罪之量刑資訊系統，除提供審檢辯使用，並能作為訴訟外紛爭解決的參考。

與會人員就實務上傷害罪案件常見的量刑因子進行討論，包括：法定加重及減輕事由、被告於犯罪結構中的地位、被害人所受傷害程度、被害人數、犯罪手段、動機、被告與被害人的關係、犯後態度等；亦建議：觀察實務判決是否考量被害人精神創傷的程度、家暴案件中是否造成目睹施暴過程兒童的精神創傷、學齡前兒童及弱勢族群的特殊性、被害人受傷害前的身體狀況等。司法院將儘速進行編碼工作，以供實務參考。

壹 案例問題提出

甲竊取乙之汽車音響一批，嗣經警查獲，但未扣得該批音響。法院為有罪判決時，應否沒收該批音響或追徵其價額？如認應予沒收，其法律依據為刑法第 38 條之 1 第 1 項或同條第 5 項？

貳 案例適用沒收之疑義

2015 年 12 月 17 日三讀通過之刑法沒收條文，以及創下修正條文尚未施行，即因所謂立法不周全再次修正之刑法第 38 條之 3¹，均於 2016 年 7 月 1 日施行（以下簡稱新刑法）。論者有謂，「此次修法仿德國刑法 (§§ 73 ff. StGB) 之立法例，重新打造我國刑法的沒收體系並轉向經濟刑法的制裁手段，可以說是『一舉從 DOS 版轉型到 WIN 版』的浩大工程，堪稱我國刑法前所未見的『百年變革』」²。亦有以德國聯邦司法部於 2016 年 3 月 9 日提出刑法利得沒收改革草案，其草案第 73d 條規定，與我國新刑法第 38 條之 1 第 5 項規定相同為例，乃認「若謂我國新刑法沒收法制之規定先知先覺，確有《超德趕日》之實，誰曰不宜」者³。抑且，由於刑法施行法第 10 條之 3 第 2 項⁴，概括宣告其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，自施行日起不再適用，因此論者更謂，此「不僅是所謂的特別規定本身失效，而是包含原先植基於舊普通及附屬刑法沒收規定的相關院解、判例及決議等，也一併失所附麗，於新刑法施行後，皆無從再予援用」者⁵。意指：沒收新法既出，號令天下，莫敢不從？

沒收新法針對沒收措施之重新定位、擴大沒收對象與客體範圍等，固與國際公約、外國法制同軌，惟觀諸新刑法立法過程，除第 2 條第 2 項沒收關於時之效力引發違憲爭議⁶外，對於審判實務占案件量最大宗之被害人求償權之犯罪所得沒收，亦即當「被告犯罪所得之沒收與犯罪被害財產的求償」競合時，學說及實務原先所建立、肯認的此時國家沒收機制應予退讓的見解，是否因為沒收新法之施行而翻轉？案例所示甲竊盜所得音響一批，攸關被害人乙對甲有民事求償權保護，法院能否宣告沒收，即因新刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 5 項係採「DOS + WIN」混合版之立法模式，滋生疑義。

一、甲說：認為不能沒收者

此說謂修正前刑法第 38 條第 1、3 項明定原則上，犯罪所得以屬於犯罪行為人者為限，始得沒收，故被告之犯罪所得，未必屬於被告所有，而祇有業由被告取得所有權者，方須沒收，是為原則。例如，

被害人求償權之犯罪所得沒收的疑義

文／吳燦

上

竊盜罪被告自被害人竊得之物，雖係其犯罪所得，但所有權並未因此移轉為被告所有，依法不能沒收。關於此部分，新刑法第 38 條之 1 第 1 項規定亦同。故被告犯罪所得財產中，未因犯罪而移轉於被告，仍屬被害人所有之財產，不屬沒收範圍⁷。蓋適用新刑法第 38 條之 1 第 1 項之前提，必須是犯罪行為人已先取得物或財產利益之權利，換言之，必須先產生所有權或權利移轉之效果，再由國家剝奪犯罪行為人所有之財產或權利。在此前提下，以題示竊盜汽車音響為例，該汽車音響的所有權不會移轉到竊盜行為人身上，從而汽車音響本身自始即不符合第 38 條之 1 第 1 項沒收的要件⁸。更有謂在上開情形，被告並未取得系爭財物之財產所有權，不符合新刑法第 38 條之 1 第 1 項前段「屬於犯罪行為人者」應沒收之要件，如果法院不察而逕為宣告沒收，此時財產所有權人如未經依刑事訴訟法第 455 條之 12 以下之規定參與訴訟程序，自得循第 455 條之 29 規定行使權利⁹。

二、乙說：認為應予沒收者

此說有謂犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上本不在其財產權保障範圍，自應予以剝奪，以回復合法財產秩序¹⁰。犯罪所得係取決於事實上對財產標的之支配、處分權，無關民法的合法有效判斷。新刑法第 38 條之 1 第 1 項規定「犯罪所得」與「屬於犯罪行為人」之法條文義，解釋上不以具有民法所有權為唯一選項。應予沒收之不法利得，仍應以對該利得已取得實際支配力，作為其歸屬判斷¹¹。或有依新刑法第 38 條之 1 第 5 項「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵」之反面解釋，謂若未實際合法發還被害人，則應義務沒收犯罪利得¹²。並認不法利得沒收之審查體系為 1. 前提之審查（是否存在一個刑事不法行為？新刑法第 38 條之 1 第 4 項），2. 有無利得之審查（是否因正犯或共犯之不法行為而有利得？新刑法第 38 條之 1 第 1 項），3. 何人利得之審查（系爭利得

是由何人受領？新刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項），4. 利得審查之範圍（新刑法第 38 條之 1 第 4 項之直接利得與間接利得及第 3 項之替代價額），5. 發還排除沒收之審查（新刑法第 38 條之 1 第 5 項），6. 法律效果：沒收（新刑法第 38 條之 1 第 5 項之反面解釋）¹³。準此，題示竊盜所得汽車音響，既未發還給被害人，即應予沒收。

參 第 38 條之 1 第 1 項與被害人求償權之犯罪所得沒收

他山之石，可以攻錯。論者既謂此次修法仿德國刑法 (§§ 73 ff. StGB) 之立法例，參酌德國刑法第 73 條第 1 項規定：「倘正犯或共犯實行刑事違法行為，並為了實行該行為或自該行為有所得時，法院應對之命令沒收（第 1 句）。當被害人因前述行為而產生民事權利請求權，且該權利之行使將剝奪正犯與共犯因該違法行為所得之同額價值時，則無前句規定之適用（第 2 句）。」¹⁴明定原則上，行為人對於違法行為有所得，法院即應下令沒收，但就存在被害人對之有求償權的犯罪所得，則例外地可不下令沒收，或者將沒收標的之範圍予以縮小，俾免造成因為沒收而產生的國家請求權與民法上之請求權競合的困境，並可防免對於犯罪行為人造成雙重負擔的惡果，以此作為國家沒收權力之界限。德國學說認為在第 2 句沒收的限制，必須符合被害人此此一請求權標的，適為與依法應被沒收之標的同額價值，而且此一請求權，亦必須是為已知、且特定的被害人而存在¹⁵，始有其適用。但該國實務有不同見解（詳後述）。

德國刑法依行為人取得犯罪所得之原因不同，將之分為兩種類型¹⁶，一是為了犯罪而獲取之報酬或對價，另一是產自犯罪而獲得之利益。前者，指行為人因為實行犯罪而取得的對價給付之財產利益，例如收受賄款、販毒所得等，屬於「沒有被害人請求權存在」之類型，法院逕將其等犯罪所得直接剝奪歸入國庫，並不會發生致被害人求償無門的窘境，也符合聯

合國反貪腐公約、禁毒公約之要求。我國最高法院 69 年台上字第 879 號判例謂：「交付賄賂之人非戡亂時期貪污治罪條例第十條第一項所稱之被害人，對於應論知追繳沒收之財物，不得發還交付賄賂之人。」揭明交付賄賂者並非被害人，受賄者收受之賄賂，乃「為了犯罪而獲取之對價」，屬於「沒有被害人請求權存在」之類型，應予沒收。後者，指行為人直接因實現犯罪構成要件本身而取得之財產，例如竊盜、詐欺、恐嚇取財等所得之贓款，屬於「有被害人請求權存在」之類型，因被害人仍保有民事請求權，犯罪所得應返還被害人，依其刑法第 73 條第 1 項第 2 句規定，法院不得宣告沒收。

我國刑法關於因犯罪所得之物的沒收，不惟 1935 年 7 月 1 日施行之刑法第 38 條第 1 項第 3 款、第 3 項前段，即規定「以屬於犯人者為限，得沒收之」，1928 年公布之刑法第 60 條第 3 款、第 62 條第 1 項，亦同此規定；僅於 2005 年 2 月 2 日修法時，將第 38 條第 3 項「屬於犯人」文字，修改為「屬於犯罪行為人」，使其普遍適用於一般沒收。所謂「屬於犯罪行為人」因犯罪所得之沒收物，我國學者均認為係指沒收物所有權屬於犯罪行為人，且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，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¹⁷。實務亦同此見解。最高法院 21 年上字第 589 號判例：「刑法第六十條第三款所載因犯罪所得之物，按照同法第六十二條第一項後段規定，以屬於犯人者為限，始得沒收，則第三人對於該物在法律上得主張權利者，自不在得沒收之列。」、40 年台非字第 5 號判例：「被告竊取之皮包，雖屬因犯罪所得之物，但事主仍得依法請求返還，其所有權並不屬於被告，自不得遽予沒收。」系爭二則判例意旨，均著重在闡釋特定被害人求償權之犯罪所得不能沒收，此項見解，恰與德國刑法第 73 條第 1 項第 2 句之規定，不謀而合。

2015 年沒收新法之修正，除將「犯罪物沒收」與「犯罪所得沒收」分別規定於第 38 條、第 38 條之 1，並於第 38 條之 1 第 4 項增訂犯罪所得之範圍，包括「違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息」，不限於有體物外，關於犯罪所得之沒收，第 38 條之 1 第 1 項前段仍明定「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。」依立法說明二、本條規定關於犯罪所得之沒收，增訂第 1 項，理由分述

(文轉三版)

釋註

1. 系爭條文係有關沒收之效力規定，於 2016 年 5 月 27 日修正三讀通過。
2. 林鈺雄，綜覽沒收新舊法（上），月旦法學教室，162 期，2016 年 4 月，52 頁。
3. 黃士元，從適用論刑法第 58 條規定之存廢——兼評「沒收新法——雷神之鎚」幾點質疑，台灣法學雜誌，297 期，2016 年 6 月 14 日，80 頁。
4. 按此條文亦先於 2015 年 12 月 17 日修正三讀通過，於 2016 年 5 月 27 日再次修正。
5. 林鈺雄，同註 2 文，52-53 頁。
6. 對此立法之批評，請參見朱石炎，評述刑法第二條第二項之修正——質疑修正沒收關於時之效力，司法周刊，1782 期，2016 年

1 月 15 日。黃宗旻，新修正之刑法沒收相關規定的爭議問題，萬國法律，207 期，2016 年 6 月，3 頁。曹淑瑜，論修正前後沒收轉型之爭議，司法新聲，120 期，2016 年 10 月，15-16 頁。柯耀程，沒收法制修正之評釋，軍法專刊，62 卷 3 期，2016 年 6 月，19-20 頁。
7. 蔡彩貞，我國刑事沒收特別程序之建制與淺析，司法周刊，1805 期，《司法文選別冊》，2016 年 7 月 1 日，7 頁。
8. 薛智仁，「刑事沒收實體及程序法制之研討」學術研討會提案，最高法院 105 年度第 1 次刑事學術研討會會議紀錄，2016 年 4 月 15 日。

9. 陳文貴，犯罪所得優先保護被害人權利之實踐，全國律師，20 卷 6 期，2016 年 6 月，8-9 頁。
10. 新刑法第 2 條第 2 項立法說明一、（二）。
11. 林鈺雄，利得沒收之法律性質與審查體系——兼論立法之展望，月旦法學雜誌，238 期，2015 年 3 月，67 頁。陳重言，沒收新制之時的效力——裁判時新法適用原則與施行法統合效果，月旦法學雜誌，254 期，2016 年 7 月，77 頁；惟其引註 15 所指之最高法院 104 年度第 13 次刑事庭會議決議，僅係針對共同正犯連帶沒收犯罪所得之判例決議不再援用而已，實則第 14 次刑事庭會議決議，始改採《沒收

或追徵應就各人所分得之賄賂為之》，上開 2 次決議均無所謂「不法利得亦明示統一採實際支配力之基準」可言。
12. 王士帆，犯罪所得優先發還被害人——簡析新刑法之發還條款，月旦法學雜誌，251 期，2016 年 4 月，74、76 頁。
13. 林鈺雄，同註 11，65-79 頁。黃士元，同註 3，79 頁。
14. 關於中譯德國刑法總則利得沒收現行條文，請參見陳重言，第三人利得沒收之立法必要及其基礎輪廓——源自德國法規範與實務之啟發，月旦法學雜誌，238 期，2015 年 3 月，98-101 頁。
15. 吳俊毅，因違法行為所得沒收（Verfall）

JUDICIAL WEEKLY 司法周刊 費用如請 50 司法

(文接二版)

如下：「(一)第1項係合併現行條文第38條第1項第3款後段¹⁸及第3項對犯罪行為人犯罪所得之沒收。(二)為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪，現行法第38條第1項第3款及第3項對屬於犯罪行為人之犯罪所得僅規定得沒收，難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪，爰參考前揭反貪腐公約及德國刑法第73條規定，將屬於犯罪行為人所有之犯罪所得，修正為應沒收之。」前述立法理由(二)所引德國刑法第73條規定，主要在說明將舊法「得」沒收修正為「應」沒收之準據，除此修正之外，沒收新法關於犯罪行為人犯罪所得之沒收，與修正前均以「屬於犯罪行為人者」之規定並無不同。由此可見，新刑法第38條之1第1項之法條文義、立法說明，實與向來學說、實務判例之見解一致，並未變更。

德國刑法第73條第1項之沒收標的，依其第1句之規定，固係以正犯或共犯一定的違法行為之實行，而獲得「對於物的實際處分權」(die faktische Verfügungsgewalt)或取得權利，即已滿足沒收之條件，不以取得所有權為必要。但在已取得實際支配力之犯罪所得，如符合其第2句之規定，亦即該犯罪所得屬於被害人所有，仍被排除在沒收之列。我國新刑法第38條之1第1項之規定，既與舊條文之內容並無不同，依向來學說及實務的見解，均認為犯罪所得倘原屬被害人所有，而為犯罪行為人因犯罪而取得，該被害人得對之為法律上權利之主張，自不得宣告沒收。是以，即使如案例之乙說，強將所謂犯罪所得「屬於犯罪行為人者」，解釋為係指事實上對財產標的之支配、處分權，不以具有所有權為必要，究仍不能作為沒收被害人所有求償權之犯罪所得的依據。

再者，新刑法第38條第2項犯罪物之沒收，亦明定以「屬於犯罪行為人者」為限，立法說明三亦謂：「犯罪行為人所有供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，係藉由剝奪其所有以預防並遏止犯罪，有沒收之必要。」則在同一法規中相同之用詞定義，自應採取同詞同義，俾使法秩序一致。按之最高法院101年度第10次刑事庭會議決議¹⁹，針對《25年非字第123號等四則判決決議不再援用後，相關法律如何適用之問題》，業已作成決議「二、刑罰法律規定之販賣罪，其意圖營利而販入，尚未賣出者，均論以販賣未遂罪」，其理由為(一)系爭判例雖係針對販賣毒品、偽禁藥等規定而為闡述，但刑法及其他刑事特別法有關販賣罪之規定，在系爭判例決議不再援用之前，其意圖營利而販入，尚未賣出者，均採取與判例相同之見解。(二)系爭判例既決

議不再援用，本乎相同之事物，如無特殊原因應為等同處理之原則，則刑罰法律規定之販賣罪，其意圖營利而販入，尚未賣出者，均論以販賣未遂罪。」從而新刑法第38條之1第1項犯罪所得之沒收，與第38條第2項犯罪物之沒收，條文既均規定以「屬於犯罪行為人者」為限，自無予割裂²⁰為同詞異義解釋之餘地。

新刑法雖然標榜沒收為刑罰及保安處分以外、為因應犯罪或刑事違法行為之獨立法律效果，並在第五章之一以專章加以規範，惟就犯罪所得之沒收，卻仍然保留舊法規定，將之框架在以「屬於犯罪行為人者」為限，以致與沒收之定位，存有實質上的扞格。論者因此有謂，2015年修正沒收的規定，充其量僅增加所謂第三人沒收的範圍而已，其所能解決的問題，恐遠不如其所製造出的問題²¹。本文認為，之所以如此，實係因本次修法瞻前未能顧後所造成。

肆 沒收新法之立法過程

2014年間發生多起食品安全事件，引發社會高度關注，立法院於2014年11月18日三讀通過食品安全衛生管理法修正草案時，附帶決議要求法務部及司法院應檢討沒收不法利得非屬從刑性質，並研修第三人沒收實體及程序法制²²。法務部依立法院附帶決議，召開「刑法總則有關沒收部分條文修正草案座談會」，會中就一、沒收自從刑抽離，在總則編第五章之一增訂獨立專章；二、沒收具獨立法律效果，不再區分沒收物的性質有高度共識。2015年3月27日將草案函請行政院審議，行政院邀集司法院等機關，歷經8個月召開5次審查會議，於2015年11月27日兩院會銜送立法院²³(即官方版，下稱兩院會銜版)。

刑法沒收草案提出於立法院審議者，除前述兩院會銜版，尚有民進黨黨團提案的學者版(下稱民進黨黨團版)²⁴，以及內容與兩院會銜版相同之國民黨黨團版。論者有謂，關於WIN版沒收的基本規定，係以提案當時的兩院會銜版之文字為藍本，加以修改(如草案第38條、第38條之1、第40條)；兩提案版本的最大區別，在於估算條款(新刑法第38條之2第1項)、過苛調節條款(新刑法第38條之2第2項)、返還(被害人)條款(新刑法第38條之1第5項)、舊特別法落日條款(刑法施行法第10條之3第2項)等4個後來被新刑法採納的條款，皆僅見於學者版，官方版則無任何規定²⁵。其中刑法第38條之1條文草案，其第1項關於犯罪所得之沒收，民進黨黨團版與兩院會銜版均規定「以屬於犯罪行為人者為限」，兩版草案僅止於民進黨黨團版採義務沒收、兩院會銜版採裁量沒收之不同而已。茲引錄第38條之1兩版草案之條文對照內容如下：

民進黨黨團版	兩院會銜版
犯罪所得，以屬於犯罪行為人者為限，沒收之；全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 犯罪行為人以外之自然人及法人因下列情形之一取得犯罪所得者，沒收之： 一、明知他人違法行為而取得。 二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。 三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。 前二項之犯罪所得，係指違法行為所得、變之物或財產上利益及其使用利益或孳息。 於犯罪所得已實際發還被害人，或已可具體確認將發還被害人之求償額度內，不予宣告沒收或追徵。	犯罪所得，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。前項得沒收情形，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 犯罪行為人以外之自然人、法人或非法團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同： 一、明知他人違法行為而取得。 二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。 三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。 第一項及前項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變之物或財產上利益及其孳息。

或有謂²⁶立法院審議期間，2015年12月4日各大媒體均大篇幅報導最高法院駁回最高法院檢察署檢察總長對大統長基食品廠股份有限公司(下稱大統公司)的非常上訴，確定無法沒收大統公司新臺幣(下同)18.5億元犯罪所得，社會一片譁然，媒體共同呼籲立法院應儘速通過刑法沒收草案，2015年12月11日當天朝野獲致終結大統條款共識，沒收草案逕付二讀，並於同年17日依「立法院朝野黨團協商結論」三讀通過新刑法、刑法施行法。惟參酌兩院會銜版「中華民國刑法部分條文修正草案總說明」，記載現行刑法「除違禁物及專科沒收外，沒收客體以屬於犯罪行為人所有為限，第三人若取得犯罪所得，因法無明文則不能沒收，同樣面臨執法之困境。」則所謂朝野獲致終結大統條款之共識，主要當係指通過第三人犯罪所得沒收之新刑法第38條之1第2項，及新刑法第38條之1第5項規定(詳後述)。前者為兩院會銜版與民進黨黨團版一致之條文，後者係民進黨黨團版第38條之1第4項之修正。

伍 第38條之1第5項與被害人所有求償權之犯罪所得沒收

一、第38條之1第5項之反面解釋與沒收依據

憲法第15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²⁷。沒收屬干預人民財產權之強制處分，應循正當法律程序為之，始符合憲法保障人民財產權之要求。新刑法參考德國刑法第73e條、第74e條之規定，於第38條之3第1項及第3項，明定宣告第38條之1

之犯罪所得之所有權或其他權利，於沒收裁判確定時移轉為國家所有，及宣告沒收之裁判確定前，該裁判具有禁止處分之效力。被害人所有求償權之犯罪所得一經宣告沒收，即發生財產權利之變動，並自始移置於國家權力之下，被害人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能已受影響，故由基本權利之保障而論，除對其之沒收應有法律保留及法律明確性原則之適用外，並應確實提供被害人必要之程序保障。

對於被害人所有求償權之犯罪所得，立法論有採逕行發還被害人立法方式者。例如貪污治罪條例第10條第1項²⁸原規定「犯第四條至第六條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。」所謂依其情節分別沒收或發還被害人，由法院視其犯罪情節有無被害人而定。有被害人者，應發還被害人，例如竊取、侵占之公有財物或利用職務上機會詐取之財物，應發還被害人，不得沒收；無被害人者，例如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。又如懲治盜匪條例²⁹第7條第1項規定「盜匪所得之財物，應發還被害人」，均屬之。因是，最高法院78年台非字第107號判例謂「盜匪所得財物除事實上經已發還者外，應於裁判同時併為發還之諭知，始屬適法。」是就被害人所有求償權之犯罪所得，必法律先有明文「應發還被害人」之規定，始有已發還者，毋庸於裁判同時併為發還之諭知。同理，對於被害人所有求償權之犯罪所得，倘立法政策上係採取沒收制度，當然亦應先有沒收或追徵之明文規定，始有新刑法第38條之1第5項所謂犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵之適用。

(下期待續)
(作者為最高法院庭長)

釋註

之法律性質一以德國刑法第73條及第73條a-e作出發，法務部調查局2005年洗錢防制工作年報，74-75頁。
16. 林臻嫻，沒收新法—雷神之鎚的戰錘，台灣法學雜誌，292期，2016年3月28日，4頁。林鈺雄，沒收之程序問題(上)—德國法之鳥瞰與借鏡，月旦法學教室，151期，2015年5月，69頁。
17. 陳樓生，實用刑法，1977年9月版，242頁。褚劍鴻，刑法總則論，1995年12月版，379頁。鄭健才，刑法總則，1981年

10月版，311頁。林山田，刑法通論(下冊)，元照，2008年1月，486頁。張麗卿，刑法總則理論與運用，五南圖書，2015年增訂版，511頁。林鈺雄，新刑法總則，元照，2011年9月，657-658頁，即謂「反之，若物主係被害人(如竊盜所得之被害人皮包)或其他第三人者，即不得宣告沒收。」
18. 2005年2月2日修正之第38條第1項第3款規定「因犯罪所生或所得之物」。
19. 系爭決議係就不同刑罰法律規定之販賣

罪，作成統一見解。
20. 「相關法條之適用，應本於整體性原則，不得任意割裂」，見諸於最高法院104年度第11次刑事庭會議決議文。
21. 柯耀程，同註6，12頁。
22. 立法院公報，103卷76期，107頁。
23. 余麗貞(法務部檢察司副司長，參與此次修法經過)，刑法沒收新制介紹，檢察新論，20期，2016年7月，104頁。
24. 民進黨黨團版草案條文，請參見立法院第8屆第8會期第11次會議議案關係文書；

兩院會銜版草案條文，請參見同會期第13次會議議案關係文書。
25. 林鈺雄，綜覽沒收新舊法(下)，月旦法學雜誌，163期，2016年5月，55-56頁。
26. 余麗貞，同註23，104頁。
27. 司法院釋字第400號解釋。
28. 為配合新刑法沒收及刑事訴訟法關於扣押之修正，本條第1項、第3、4項已於2016年6月22日修正刪除，回歸新刑法沒收及刑事訴訟法關於保全扣押之規定。
29. 本條例於2002年1月30日廢止。

提升專業知能

臺高院邀許恒達教授談「定執行刑之理論與實務」

【本刊臺北訊】為深入探討裁判確定前犯數罪者，如何妥適定執行刑，臺灣高等法院日前邀請政治大學法學院許恒達教授主講「定執行刑之理論與實務」，由謝靜慧庭長主持，轄區及所屬庭長、法官與同仁踴躍參加。

許教授首先介紹刑罰之預防理論、應報理論、綜合理論與其應用，認為刑法第57條之科刑，除採應報理論以行為責任為基礎外，兼採一般預防與特別預防。執行刑之量定，我國係採執行刑系統，其基本法理在於刑罰目的不是在全面執行「應有刑度」，而是透過刑罰制度回復穩定的社會秩序。制裁個別行為人時，應以其犯罪內容所連結的宣告刑為前提，但並非絕對、全面地將宣告刑執行完畢，而是從既有宣告刑中擇定最適合於行為人的制裁內容，如此才能透過刑罰填補受到侵害的社會規範秩序。

許教授接著說明有期徒刑之定執行刑方法，刑法第51條並未言明如何定執行刑，而於第57條中明列定執行刑的因子，而無可用來定執行刑的準據。法官於定執行刑時，應得參考德國刑法第54條第1項第3句：「定併合刑時，應就犯罪人本身及各個犯罪綜合審酌之。」亦即定執行刑，並非在法定範圍內任由法官自由裁量，法官在考量時，應注意行為人從其犯數罪所反映的人格特性，並考量刑法目的相關的刑事政策，妥為宣告。

最後，許教授對臺灣高等法院自104年起開始關注定執行刑之問題表達肯定，並舉出多則近期實務見解進行

簡評。如：最高法院100年度台上字第5342號判決，其認定執行刑時，「與被告前科之關聯性」、「各行為所侵害法益之專屬性或同一性，數罪對法益侵害之加重效應」等屬宣告刑考慮之事項，即不應再作為定執行刑判斷之因子。

許教授認為，臺高院105年度聲字第3362號裁定所持執行刑之酌定，應視數罪之類型而定之見解，已具指標性意義。〔該裁定指出：一、數罪屬相同之類型者（如複數竊盜），其責任非難重複之程度較高，自應酌定較低之執行刑；但：（1）所侵犯者為具有不可替代性、不可回復性之個人法益（如殺人），其責任非難重複之程度則較低，可酌定較高之執行刑；（2）數罪類型相同且其行為態樣、手段、動機均相似者，其責任非難重複之程度更高，更應酌定較低之執行刑；二、數罪各屬不同類型者，其責任非難重複之程度最低，當可酌定較高之執行刑。〕但性成癮疾患所犯妨害性自主數罪，是否即無酌定較低執行刑之空間，仍有進一步考量餘地。

許教授並對該裁定明確指明「至個別犯罪之犯罪情節或對於社會之影響、行為人之品性、智識、生活狀況或前科情形等，除前述用以判斷情形，以避免責任非難過度重複者外，乃個別犯罪量處刑罰時即已斟酌在內，要非定應執行刑時所應再行斟酌者。」持贊同看法，並強調屬於宣告刑考量之事項，基於雙重評價禁止原則，不應再於定執行刑時斟酌。

最高法院首創開庭網路同步直播

【本刊臺北訊】最高法院針對檢察總長就原住民王光祿持用現代化獵槍，射殺保育類動物提起非常上訴案件，於2月9日召開調查庭，聽取專家證人及檢辯意見，並首創使用網路同步直播方式，讓關心此議題的社會大眾即時觀看。

本案由洪昌宏擔任審判長，吳信銘、王國棟、李欽任為陪席法官，許錦印為受命法官。洪庭長表示，本次開庭使用科技法庭設備，展示各方意見要旨及相關圖片、影像，使法庭活動更公開、透明，以示公正。合議庭將在庭後，就各法律有無互相衝突，及如何正確適用法律，審慎評議作出決定。

新竹地院與轄區律師座談

【本刊新竹訊】新竹地院為加強法官與律師之溝通，日前舉辦轄區律師座談會，由江德千院長主持，邀請新竹律師公會楊明勳理事長、法扶基金會新竹分會陳恩民會長及多位律師參加。

江院長首先感謝律師們長年對審判業務的支持與協助，並期許藉由座談交換意見，提供未來司法改革之方向與規劃。楊理事長表示，新竹地院與律師間之溝通良好，雙方業務推展順暢，105年時以大學系所學生抽籤方式對新竹地院12位法官進行「法庭觀察」，結果均給予高度肯定。陳會長則希望就強制辯護案件，法院已為當事人指定公設辯護人後，當事人卻轉而向法扶申請的案件，能有一致作法；另為因應修法後，強制辯護案件量激增，建議對強制辯護之指定方式、銜接方法再行溝通。

會中亦報告前次座談會之決議執行情形並逐項檢討，並就律師提出之簡易案件當事人濫訴之預防等議題，經充分討論後達成共識。

花蓮地院白承育法官解析離婚相關法律

【本刊花蓮訊】花蓮地院日前舉辦家事調解委員研習，並由劉嶽承院長頒發106年度家事調解委員聘書。劉院長除感謝調解委員的付出，並歡迎新聘的3位調解委員加入，共同努力為民眾解決紛爭。

接著由花院白承育法官主講「離婚事件相關法律簡介—夫妻之間、親子之間」，除藉由實務案例分析相關法律，增進調解委員對家事事件法、民法親屬編之認識，並分享調解時與當事人溝通之技巧及案例思考方向。與會人員討論熱烈，均感獲益匪淺。

臺中地院參訪安置機構 召開聯繫會議

【本刊臺中訊】臺中地院日前與臺中市觀護協會合辦安置機構參訪活動，以使未來評估安置少年時，有更多元之選擇，計有少年法庭庭長、法官、調查保護同仁、少年志工及臺中市觀護協會等20餘人參加。

參訪首站為位於高雄市鳳山區的慈暉關懷學園，園區內設備完善，可讓失依少年獲得良好安置，且設有「蘋果綠烘焙坊」，由專業烘焙師傅指導實作，並協助少年考取證照，為將來進入社會就業作準備。

之後轉往屏東縣內埔鄉的基督教沐恩之家附設亞當學園，園區內設備齊全，並有完善戒毒安排，為少年進行5階段戒毒處遇（適應期、調整期、建造期、考驗期、獨立期），協助少年戒除毒癮之成效顯著。

臺中地院日前另與中部地區之苗栗、南投、彰化地院合辦安置機構聯繫會議，就安置輔導相關議題與安置機構進行討論，交換意見，會中亦達成多項決議，對日後安置輔導相關業務頗有助益。

苗栗地院安排火炎山親子遊

【本刊苗栗訊】苗栗地院為增進受保護少年與家長的互動，及對本地自然生態之認識，日前舉辦「火炎山生態與窯烤麵包」親子旅遊活動，安排參觀三義3D立體彩繪天梯、火炎山森林生態教育館，並進行窯烤麵包DIY。不同的環境與體驗過程，促發親子更密切的互動，也攜手完成麵包製作，讓孩子學習專注，並體驗成事在我的自信。

高雄少家法院講座

黃志中醫醫師談創傷對兒少成長之影響

【本刊高雄訊】為提升少年志工的專業知能，高雄少年及家事法院日前邀請專精於協助兒少、家暴、性侵實務工作的高雄市政府衛生局長黃志中醫醫師主講「早年創傷經驗對兒少成長的影響」，由陳美燕院長主持，庭長、法官、同仁及少年志工參與踴躍。

黃醫師演說內容學理及實例兼具，指出一般輔導者常急於希望將個案導向「正面思考」，倒不如包容個案對痛苦的激烈反應；並舉實例說明，曾有重大創傷的少年言行無禮，一被問及受創經歷就發狂暴怒，但黃醫師均冷靜包容，反而使少年怒氣漸減，進而深化專業諮商關係。

黃醫師表示，受創經驗不只造成心靈傷害，更會在每一次反復回憶時產生壓力，使人體釋放影響大腦海馬迴成長的神經毒素，多次反復無治療效果的會談，其實對個案造成更嚴重的傷害。因此急於探討創傷事件，反而容易觸發更多不良影響，無意識的讓大

腦更受到傷害。

黃醫師也提醒，早期創傷的兒少通常會有低

自我評價、低自尊的習慣反應，主要因為對權力與情感的需求，因長期的不安全感而無法被滿足，因此與受創兒少建立關係必須漸進，治療者宜擔任建立穩定、安全感的復原協助者，讓兒少可以面對過去的傷害，並重新正常生活，才能發展自我、創造未來。



臺北燈會 奇雞制勝

圖／司法周刊提供

化、在地化為原則，規劃從嬰兒出生到老人安養的一系列措施：對兒童，有托育津貼、設置非營利幼兒園及國小課後照顧至下午6時；對青壯年，有國中教育融入照顧課程及發展高職技職照顧教育、青年學院及在地遊學與寒暑期打工、農業大學及女性夢想大學；對老人，則是建構整合性、連續性的照護服務。

吳副縣長指出，屏東縣的老人照護服務不僅強調失能老人的照顧，更兼顧未失能的大多數老人，積極發展社區照護體系，持續設立日托中心、日照中心，未來也規劃設立失智園區及高齡者多元照顧園區，以達在地安老的目標。

屏東地院講座

吳麗雪副縣長談人口變遷

【本刊屏東訊】屏東地院為提升法官、調解委員及同仁對屏東縣人口結構及經濟變遷的瞭解，日前邀請屏東縣吳麗雪副縣長主講「面對人口老化及少子化—屏東縣政府的因應政策」。

吳副縣長首先介紹臺灣及屏東縣人口老化的情況。吳副縣長指出，臺灣人口老化速度高於歐洲、日本，預計2060年時，臺灣65歲以上人口將達42%。而屏東縣的人口老化速度又高於全國平均，更需要對人口老化及少子化的現象作出妥適的因應。

吳副縣長接著說明，臺灣的長期照顧困境包含：輕、中度照顧服務不足，本地勞工受訓之後流失，以及過度依賴外勞等。屏東縣政府為因應人口老化及少子化，提出了安居大社區的願景，讓年輕人敢生，老人家能就養，能夠安心老化。安居大社區以照顧公共化、產業

並提供訴訟輔導