

- 1 司法院積極推動司法改革 已進行多項務實方案與措施
大法官3.24就同性婚姻案行言詞辯論
最高法院就罰金之行刑權時效作成決議
司法文化走廊展日據時期律師從業文件
- 2,3 吳燦/被害人求償權之犯罪所得沒收的疑義(下)
- 4 司法院研議以法庭錄音錄影替代刑事審判筆錄

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 ◆中華郵政北臺字第〇一七六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 ◆後製作：大光華印務部

致力有感司改

司法院積極推動司法改革 已進行多項務實方案與措施

【本刊訊】總統府司法改革國是會議籌備委員會於2月13日完成第1階段議題整理及分組，將開始第2階段的分組會議，並規劃第1組（保護被害人與弱勢者的司法）、第2組（全民信賴公正專業的司法）分組會議在司法院召開。第2分組的首次會議訂於2月20日召開，討論提升司法體系的專業度與公正度的議題。

司法院許宗力院長上任以來，除積極配合司法改革國是會議的籌備與召開，並於司法院內成立司法改革推動小組，對於不必提到國是會議討論而立即可推動的議題，從人民觀點全力推動有感知的司法改革。歷經3月餘的努力，已研議多項措施，並積極推行，包括：

一、堅守人權保障價值

為完備偵查中的羈押審查程序，使被告及其辯護人有效行使防禦權，研議完成刑事訴訟法修正草案，規定偵查中檢察官聲請羈押、延長羈押、再執行羈押被告，法院審查時均採強制辯護制度，並擴大辯護人在偵查中的羈押閱卷權，草案已送行

政院會銜。另為提升犯罪被害人在訴訟程序中地位，已舉辦公聽會凝聚共識，以建構符合我國國情的被害人訴訟參與制度。

二、確保司法正義實現

為預防被告在審判階段或判決確定後逃亡，將研修刑事訴訟法，以使裁判之結果可確實實現。

三、建構弱勢友善審判程序

為使勞資爭議訴訟迅速解決，並兼顧勞資事務之專業性及特殊性，將研議制定相關特別法，以保障勞工訴訟權益。另積極推動線上起訴系統，除已啟用的智慧財產行政訴訟及民事訴訟事件線上起訴系統、稅務行政訴訟事件線上起訴系統，近期將再新增整合性線上卷證閱覽等新系統或功能，並將陸續開放各界使用。

四、合理減輕法官工作負擔

以105年為例，實際辦案法官2022人，總受理案件數超過335萬件，總終結逾311萬件，平均每法官每月受理達138件，終結亦達128.5件，工作負擔沉重。因此，除各項疏減訟源、順暢審判程序措施外，將另

研議：刑事第二審採認罪協商制度，民事第二審採有條件獨任審判；加強相牽連訴訟案件合併審判，一次解決紛爭；落實裁判書類簡化；不動產交易契約強制公證等方案。

五、建構更有效能的審判程序

正積極研議以法庭錄音錄影直接替代刑事審判筆錄記載的可行性、建立防止濫訴法制、不動產交易之契約強制公證，以及研究法庭之友（ADR）制度的可行性等，以使司法資源更合理有效的運用。

六、推動透明的司法

司法院已在網站增置首長及一級主管名錄，各法院也從1月起，在網站公開法官事務分配的規範、合議庭的配置、代理次序及法官辦理的專業法庭，以及院長、法官名錄等資訊。在推動司法E化方面，

除已提供線上起訴、電子筆錄調閱、開庭及案件進度查詢、律師線上聲請閱卷等服務，全國一、二審法院科技法庭及數位卷證展示系統，也已在105年12月全面建置完成，法庭活動將更加公開透明。

七、加強司法與社會的對話

將成立專責小組執行與社會良好溝通之政策，包含繼續辦理法院與民有約、強化司法信箱功能、辦理民眾對司法觀感問卷調查、多元推廣法治教育等。並將推廣法庭用語、法律文書通俗化，俾當事人及法庭及訴訟程序中充分陳述意見及主張。

司法改革方向，眾所矚目，司法院除擬提出於國是會議討論的議題外，隨時自我鞭策，從人民需要的角度主動觀察、瞭解，提出符合人民需求且務實的改革方案與措施，積極推動。

審理公開透明

大法官3.24就同性婚姻案行言詞辯論

【本刊訊】司法院大法官為審理有關民法親屬編第2章婚姻規定「使同性別二人間不能成立法律上婚姻關係」是否違憲之聲請解釋案，訂3月24日於憲法法庭進行言詞辯論，聽取聲請人、相關機關之意見。

本案廣受社會各界關注，開庭當日憲

法法庭除開放民眾、記者旁聽外，並設置視訊延伸法庭，以同步傳輸開庭影音，俾民眾旁聽及媒體側拍，並於司法院網站同步直播法庭活動影音。民眾旁聽證於3月13日10時起於司法院網站開放網路申請，依申請完成時間順序給予旁聽證序號，額滿即截止申請。

最新刑事決議

最高法院就罰金之行刑權時效作成決議

【本刊訊】最高法院2月10日公告106年1月10日第1次刑事庭會議就「甲經判處有期徒刑13年，併科罰金新台幣20萬元，罰金如易服勞役以新台幣1,000元折算1日，於民國95年9月1日判決確定。經檢察官於95年10月1日就有期徒刑部分製作執行指揮書，刑期至108年4月20日期滿（有羈押折抵刑期），嗣於96年3月1日製作罰金易服勞役200日之執行指揮書，接續於有期徒刑執行完畢後自108年4月21日起執行。甲於105年9月1日以罰金之行刑權時效消滅為理由聲明異議。有無理由？」作成決議：

刑事訴訟法第457條第1項前段規定：

法制動態

◎司法院106年2月14日修正「法院辦理民事事件調解委員日費旅費及報酬支給標準」第4條、第6條。（詳細內容請見本刊電子報「本期要目」中「法制動態」）

法訊

最高行政法院函送刊登司法院公報之106年度判字第22號裁判，已上司法院網站。

文物新展

司法文化走廊展日據時期律師從業文件

【本刊訊】臺灣自日據時期引進近代西方司法制度，奠定了現代司法運作體系基礎，並逐步建立相關人員從業規範。

為使民眾瞭解臺灣日據時期法律從業人員的風貌，司法院「司法文化走廊」於2月15日起換展，陳列「臺灣辯護士規則改正ノ件」、「外國人辯護士認可規則ニ關スル件」、「臺中辯護士會定期總會開催ノ件」、「新竹辯護士會申告書」、「臺南辯護士會定期總會開催ノ件」、「高雄辯護士會創立總會開催ノ件」、「指定辯護士候補者選定ノ件」、「辯護士指定ニ關スル件」等珍貴史料。

「司法文化走廊」設於司法大廈三樓貴賓室前方廊道，展示時間為每星期一至五（國定假日除外）上午9時至下午5時，目的在使參訪民眾除感受司法大廈建築之美外，更能瞭解臺灣法制演進歷程，進而深化人權與法治的觀念。司法院亦建置有「司法文化走廊」網站（<http://www.judicial.gov.tw/culture/>），線上呈現建築之美，展示臺灣總督府檔案司法文書、法院日據時期法袍、裁判書、公證書等重要文物，並提供關鍵字連結、檢索功能，歡迎上網瀏覽。



1936年（昭和11年）臺灣總督府以府令第26號頒行外國人辯護士認可規則，管理外國籍律師來臺執行業務相關事宜，開啟臺灣律師業國際化之先河。

文化出版
本小六法全新分冊
勝
法律人狂讚
指定教材
法律網
的最佳平台
直
良
去
建
周
全
斤
文
反
城熱賣中
W.com.tw

(文接上期)

發還以原物為限。被害人有求償權之犯罪所得，之所以得以發還予被害人，實以該犯罪所得業已扣押者，始有發還之可能。如犯罪所得未予扣押，即無發還之餘地，而係追徵價額的問題。題示甲竊取之汽車音響一批，如已扣押，逕行發還予被害人乙，即足回復被害人財產秩序，即使被害人或其所在不明，致一時無法發還者，實務上亦留存於贓物庫，待釐清被害人或權利人身分後，始以發還扣押物名義，發還予被害人或權利人，本不生應否宣告沒收或追徵之問題。新刑法第 38 條之 1 第 5 項規定：「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」此在犯罪所得未予扣押之情形，實不可能予以發還。再者，屬於被害人所有之扣押物，依刑事訴訟法第 142 條第 1 項之規定，在偵查或審判階段本即得以檢察官之命令或法院之裁定發還被害人，無待深論。至於金錢為替代物，重在兌換價值，雖不以原物為限，以電信詐欺案件為例，如果人頭帳戶內之犯罪所得金額已被提領一空，即使檢察官保全扣押（凍結）犯罪行為人其他帳戶內之款項，亦無由依上開規定先行發還給被害人，必須俟判決確定後再行處理，尤不待言。沒收既屬對人民財產權所為之干預處置，沒收被害人求償權之犯罪所得，關涉被害人之權利，自應以法律為正面、明確性之規定，尚無從依本條項之反面解釋，違謂若未實際合法發還被害人，則應義務沒收犯罪所得。

二、第38條之1第5項之立法目的

所謂對犯罪所得有求償權之被害人可分為兩種類型，一為被害者人數及數額均特定明確者，例如竊盜罪的被害人；另一為被害者人數眾多且無法特定，尚有潛在不知之被害人者，例如，違反食品安全衛生管理法、證券交易法（內線交易）等之被害人。就有特定的被害人求償權類型，即如案例所示甲竊取乙之汽車音響一批，因乙對之有民事上求償權，不論依德國刑法第 73 條第 1 項第 2 句³⁰或我國舊刑法、

被害人有求償權之犯罪所得沒收的疑義

文／吳燦

下

新刑法第 38 條之 1 第 1 項規定，法院均不能宣告沒收，已如前述。至於在有求償權之被害者人數眾多且無法特定之類型，例如以被告違反食品安全衛生管理法案件為例，其犯罪所得為 100 萬元，但僅明確查得有 2 個被害人、每人可以求償的金額各為 5 萬元，其餘被害人及金額不詳，則針對其中之 90 萬元犯罪所得，可否宣告沒收，此在德國實務與學說有不同見解。實務認為於原則上，有法律上被害人求償權存在時，即不可為沒收³¹。因此，國家就此等不得沒收之犯罪所得，僅得以協助地位，基於有別於一般保全證據之扣押、保全沒收追徵之扣押以外之相關規定，暫時予以確保。亦即在被害人得求償之情形時，為確認法院究竟得否扣押，刑事訴訟法第 111i 條之程序賦予法院得在爭議未決前，就該犯罪所得暫時予以扣押 3 個月的期間，以待事實查明。如確無被害人出面請求，依德國民法第 983 條遺失物規定處理，仍不發還予被告。至於被害人是否得有民事請求權，既影響得扣押與否，則應依刑事訴訟法第 111g 條第 2 項規定之爭訟程序予以決定。如此一來，因民事爭點而起之爭訟程序因而導致刑事訴訟程序之負擔過高；另在多數被害人的情形下，也可能使得被害人之間相互競逐，而排擠彼此獲償的可能性。被害人亦可能因為程序負擔，而放棄求償³²。因此學說上有認為，所謂「法律上存在的請求權」即不得沒收，將導致在被害人人數眾多時，只要一有人自稱是被害人，即無法下令沒收，而讓違法利得仍留在被告處之不合理情形，是以此處之請求權，應該係指（1）

法律上的、（2）有效的、並且（3）經過查證的，始足語焉³³。在被害者人數眾多且無法特定之案件，如前述案件犯罪所得至少在 90 萬元部分，仍可以沒收。

日本於 2001 年至 2003 年間發生的「三菱會系ヤミ金融事件」³⁴，亦屬於在被害者眾多，且無法明確特定之情形，犯罪所得應否沒收、追徵有疑義之適例。該案第一審東京地方裁判所 2005 年（平成 17 年）2 月 29 日判決，對於檢察官原先扣押約 3 億 3600 萬日元之犯罪所得，認為犯罪所得如果是從被害人處所取得之收益，屬於犯罪被害財產，被害人將來可以提起民事訴訟請求賠償，即不得對之沒收、追徵。第二審東京高等裁判所 2005 年 11 月 17 日判決廢棄第一審判決，改判諭知各被告追徵（包括海外犯罪收益）之金額共計 94 億日元，判決理由指出「原則上犯罪不法利得應徹底剝奪、不得留在被告處，乃組織犯罪處罰法之原則，而同法第 13 條第 2 項、第 16 條第 1 項等規定犯罪被害財產不得諭知沒收、追徵，法律趣旨是從保護犯罪被害者出發作例外規定。但如被害者現實上可行使此民事損害求償權的可能性很低時，即應認為不該當犯罪被害財產，而應予沒收、追徵。即在大規模的組織犯罪可以特定的被害者不過少數，幾乎都無法判明，縱有得到損害賠償者亦僅是全體中的一部分，故原審判決將全部犯罪收益都視為犯罪被害財產，而不予追徵，乃屬判斷錯誤，為有效保護被害者，不將被告的犯罪利得予以剝奪將招致不合理之結果」³⁵。

類似的爭議，亦發生於 2013 年 10 月

臺灣彰化地方法院檢察署檢察官，起訴涉嫌在油品中不當添加有害物質之大統公司及其負責人高○利等人，涉犯違反食品衛生管理法第 49 條第 1 項等罪嫌，檢察官並請求法院宣告沒收渠等犯罪所得 18 億 5601 萬 6206 元案件³⁶。本案第一審臺灣彰化地方法院及第二審智慧財產法院判決³⁷，均判處高○利等人罪刑，並依食品衛生管理法第 49 條第 5 項規定對法人大統公司科處罰金刑，惟就上開犯罪

所得沒收部分，則引述學者及實務見解，認為不能宣告沒收的理由有二：（一）、法人無犯罪行為能力，法人無法成為「犯罪行為人」，法人與自然人不可能有犯意聯絡而成立共同正犯。大統公司銷售之油品，得款亦屬大統公司，因大統公司非犯罪行為人，大統公司也無法與被告高○利成立共犯，故大統公司之銷售得款，並無刑法沒收規定之適用，無法諭知沒收。（二）、大統公司之銷售得款，為被害消費者得主張權利所取償之標的，除受害消費者外，亦為大統公司之員工、退貨通路商等權益之所繫，相關之協議正進行中，國庫更不宜違法沒收而瓜分爭奪。檢察官建議沒收犯罪所得，亦屬不宜，併此敘明。

系爭案件判決理由第一點，涉及行政刑法中屬於兩罰責任者³⁸，即對於法人設有處罰之規定，該法人之犯罪所得應否沒收之爭議。系爭判決理由以法人並無犯罪能力³⁹，自無由與自然人成立共同正犯為由，採否定見解。最高法院檢察署檢察總長對此曾提起非常上訴，惟經最高法院 104 年度台非字第 269 號判決駁回⁴⁰。撇開法人犯罪能力不論，此一問題實與第三人犯罪所得之沒收有關，尤其在法人未有處罰規定，或有處罰規定但檢察官漏未對法人起訴時，該法人之犯罪所得能否在有罪的自然人項下沒收，更是爭點。食品安全衛生管理法第 49 條之 1 第 1 項於 2014 年 12 月 10 日修正公布為：「犯本法之罪者，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人外，不問屬於犯罪行為人與

(文轉三版)

釋註

30. 惟依德國刑事訴訟法第 111b 條第 5 項規定，若僅因《刑法》第 73 條第 1 項第 2 句之要件成立而不能命利得沒收時，準用第 1 項至第 4 項規定，得對利得進行保全扣押。
31. 2016 年 12 月 5、6 日司法院舉辦《臺德沒收法制國際研討會》，筆者曾以此一案例提問，請教主講人德國科隆地方法院法官 Jens Schminowski，據其表示該國聯邦最高法院採否定見解。林臻嫻，刑事沒收與犯罪被害財產回復，台灣法學雜誌，283 期，2015 年 11 月 14 日，6 頁。
32. 感謝臺灣高等法院許辰舟法官協助部分德文資料之中譯，惟文責仍由作者自負。
33. 吳俊毅，同註 15，轉自引註 52。
34. 本業中文資料介紹，請參林臻嫻，註 31，2-4 頁。
35. 林臻嫻，同註 31，3 頁。
36. 臺灣彰化地方法院檢察署 102 年度偵字第 8439 號起訴書。
37. 臺灣彰化地方法院 102 年度曠易字第 1 號、102 年度曠易字第 1074 號判決，智慧財

產法院 103 年度刑智上易字第 13 號判決。
38. 各種行政法規為達其行政目的對於法人違反其命令或禁止之規定時，設有處罰之規定，其情形有三種，一為自己責任，二為轉嫁責任，三為兩罰責任。食品安全衛生管理法第 49 條第 5 項「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯第一項至第三項之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人科以各該項十倍以下之罰金。」之規定，即屬兩罰責任。
39. 英美法原則上認法人有犯罪能力，除僅自然人所能犯之罪，如重婚、強制性交等罪外，法人得為所有犯罪之主體，惟僅得科以財產刑而已。大陸法系國家，原為「法人無犯罪能力」所支配，但自 19 世紀以還，因企業組織的進展，法人日益增多，其在社會上之重要性，亦隨之增強，因此對法人之處罰，亦感必要。固有刑法雖仍認法人並無犯罪能力，惟行政刑法，則有採肯定說之趨向。高仰止，刑法總論，五南圖書，1980 年 5 月，167-168 頁。
40. 相關評論，請參林鈺雄，法人犯罪及不法

利得之沒收—評大統混油案刑事判決，台灣法學雜誌，261 期，2014 年 12 月 1 日，94-110 頁。陳重言，簡評大統混油案之非常上訴—啟動沒收制裁的觀念改造工程，台灣法學雜誌，265 期，2015 年 2 月 1 日，11-15 頁。許澤天，樂見非常上訴帶來利得沒收本質釐清的契機，台灣法學雜誌，265 期，2015 年 2 月 1 日，7-10 頁。
41. 新刑法第 38 條之 1 第 2 項關於第三人犯罪所得之沒收，亦謂犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因第 1、2、3 款情形之一取得犯罪所得者，沒收之。
42. 林鈺雄，利得沒收新法之審查體系與解釋利用，月旦法學雜誌，251 期，2016 年 4 月，26 頁。
43. Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT Drs. 18/9525) vom 05. September 2016 <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/095/1809525.pdf>
44. 2016 年 3 月 9 日原草案規定於第 73d 條；至新刑法第 38 條之 1 第 5 項立法理由謂係參德國刑法第 73 條第 1 項增訂。
45. 王皇玉，刑法總則，新學林，2016 年 9 月，

650 頁。
46. 請參見本條項該次修法理由。
47. 陳文貴，同註 9，7 頁。
48. 時任刑事廳廳長於新法施行日，撰文認為竊盜所得，依新刑法第 38 條之 1 第 1 項規定，法院不能宣告沒收，請參見註 7 文。
49. 少數持反對意見之學者，請參註 8。
50. 同時委由立法委員提案者，尚有「刑事訴訟法部分條文修正草案」（即有關保全扣押程序部分；此部分修法，法務部原擬透過立委提案），及由法務部所提議之「法院組織法修正草案」（指強制處分專庭部分）。關於院、部在本次沒收修法過程的角力，請參余麗貞，註 23，104-105 頁。
51. 請參見註 17 所引著作。
52. 有謂該規定係所謂優先發還被害人條款者，似名實不符。
53. 沒收被害人求償權之犯罪所得，除須仰賴檢察官在偵查階段的保全扣押程序，判決確定後並應落實執行，否則，亦只是「竹籃打水」一場空，判決書一本而已。

(文接二版)

否，沒收之；如全部或一部不能沒收時，應追徵其價額或以其財產抵償之。但善意第三人以相當對價取得者，不在此限。」立法理由載明「所謂不問屬於犯罪行為人與否，係指該犯罪所得無論屬於犯罪行為人、或犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，均應沒收之。」即已迎刃而解⁴¹。至於判決理由第二點，則涉及在被害人人數眾多，且無法明確特定之情形，犯罪所得應否沒收的問題。系爭判決此項認為不應沒收的理由，雖係僅屬「併此敘明」之事項，即所謂之「傍論」，卻是引爆沒收新法修正的燃點。學者並批評「實務常有被害人或其財產範圍一部或全部不明的情形，或額度不足的分配問題，因此被害人求償權雖優先於利得沒收宣告，但不可能取而代之」，因認法院不能以可能有被害人會求償的空泛理由，讓犯罪行為人繼續保有不法利得⁴²。特別法中，諸多類似食品安全衛生管理法第 49 條之 1 第 1 項將「應發還被害人」列為沒收犯罪所得之例外，此等所謂之被害人，即屬以人數眾多，且無法明確特定之情形者為多。

新刑法第 38 條之 1 第 5 項規定，係依民進黨黨團版第 38 條之 1 第 4 項草案規定：「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」修正增訂。依其草案之立法理由說明：「為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，爰參考德國刑法第 73 條第 1 項第 2 句，增訂第 4 項規定。但僅限於個案實際已經發還或已可具體確認將發還被害人之求償額度內，始能適用發還排除沒收之原則，不得泛泛以可能存在有求償權之被害人為由，既不發還亦不沒收。否則，犯罪行為人繼續享有犯罪所得，徹底悖離利得沒收制度之本旨」。可徵即是在導正類似大統混油案判決理由第二點所提出之修正案。嗣依協商內容通過之新刑法第 38 條之 1 第 5 項規定：「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」立法理由六，亦謂「是否有潛在被害人則非所問」。依此，本條項立法目的，固在解決被害人求償權、但被害人人數眾多且無法特定之犯罪所得的沒收疑義，惟參諸德國聯邦司法部係以刪除現行刑法第 73 條第 1 項第 2 句，以解決類此之爭議（後述陸），則新刑法增訂第 38 條之 1 第 5 項，實並未切中問題之核心。

陸 修法建議

「任何人都不得保有犯罪所得（Crime doesn't pay; Verbrechen dürfen sich nicht lohnen!）」是長久存在的普世基本法律原則。在此原則下，就被害人有求償權之犯罪所得，固亦應剝奪犯罪行為人出自犯罪所得之利益，但其最終目的，應在於被害人之民事請求權將在刑事執行程序當中獲得實現，而不在於國庫之與民爭利。在進行此一犯罪所得剝奪的同時，除不得造成被害人之不利益，更不能因此使犯罪行為人有一頭牛被剝兩層皮，遭受重複追償的危險。

德國刑法第 73 條第 1 項第 2 句規定，於被害人有民事請求權時，就該部分犯罪

所得即不得沒收。另在多數被害人之情事，也可能使得被害人之間相互競逐，而排擠彼此獲償之可能性。德國聯邦司法部為填補現行法之漏洞，因應歐盟指令，於 2016 年 3 月 9 日提出草案，刪除現行刑法第 73 條第 1 項第 2 句，並於正式提出於聯邦眾議院之草案，於第 73 e 條第 1 項規定「第 73 條至第 73c 條有關沒收之宣告，於犯罪被害人之請求權因受返還犯罪所得，或經補償犯罪所得之價額而消滅時，不適用之」⁴³，其於第 73 條第 1 項第 2 句刪除後，即不生因被害人具有民事請求權，導致不能沒收，進而產生爭議之問題及程序之勞費，並使得被害人間可以公平獲償；針對財產犯罪個別犯罪被害人之犯罪所得，亦可為沒收之宣告。此外，新法也避免正犯或共犯遭重複追償的危險，當被害人的請求權獲得滿足時，即不得再為沒收宣告。

新刑法第 38 條之 1 第 5 項與德國刑法修正案第 73 e 條第 1 項⁴⁴規定相仿，但德國刑法修正草案新增之上開規定，旨在配合其刪除原刑法第 73 條第 1 項第 2 句，俾免犯罪行為人有受重複追償的危險而已。德國刑法修正草案的重點在於刪除了自 1975 年起施行的刑法第 73 條第 1 項第 2 句，使該國刑法對於被害人有求償權之犯罪所得的沒收因而大翻轉。新刑法雖然亦增訂了第 38 條之 1 第 5 項，卻獨留與德國刑法第 73 條第 1 項第 2 句具相同規範效力，而且自 1935 年即已存在之第 38 條之 1 第 1 項規定，如此之修法，自不免徒生適用上之疑義。學者因此有謂，「犯罪所得之物，倘該物原屬於被害人所有，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，因此在民法秩序中並不『屬於』犯罪行為人」，進而質疑新刑法第 38 條之 1 第 5 項之規定是否妥適者⁴⁵。

新刑法第 38 條之 1 第 1 項立法理由明載應予沒收者，以「屬於犯罪行為人所有之犯罪所得」，此與第 2 條第 2 項立法說明一、(二)所載「犯罪所得……，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬」明顯齟齬，更與刑事訴訟法第 259 條之 1 原規定「因犯罪所得之物，以屬於被告者為限，得單獨聲請法院宣告沒收」，立法說明以「配合刑法關於沒收制度之重大變革，沒收與犯罪有密切關係之財產，已不以被告所有者為限」，因此將原條文修正並刪除「以屬於被告者為限」等文字，而導致實體法與程序法之規定相互矛盾。另，刑法施行法第 10 條之 3 第 2 項之特別法落日條款，在 2016 年 7 月 1 日沒收新法施行後，特別法之沒收規定卻又陸續修正回復，例如，2016 年 7 月 20 日修正組織犯罪防制條例第 7 條，2016 年 11 月 30 日修正商標法第 98 條，著作權法第 98 條，水土保持法第 32 條，山坡地保育利用條例第 34 條，光碟管理條例第 15 條、第 17 條，森林法第 51 條、第 52 條，漁會法第 50 條之 1、第 50 條之 2，農會法第 47 條之 1、第 47 條之 2 等。其中組織犯罪防制條例第 7 條第 1 項修正為「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，應予沒收」，其仍保留以「應發還被害人者」作為排除沒收

之適用，難保不會又發生如日本「三菱會系ヤミ金融事件」或大統混油案之爭議。如此先凍結再陸續部分回復之修法，除了增加法官適用法律的困擾與風險外，實難以窺見有何意義。

犯罪所得經沒收後，依新刑法第 38 條之 3 第 1 項規定，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。有謂司法院刑事廳有鑒於 2015 年 12 月 17 日三讀通過之該條第 2 項僅規定「前項情形，第三人對沒收標的之權利不受影響」，對於被害人有何實體法上之權利可主張並未規範，為解決當初修法所未考慮的立法疏漏，以避免因犯罪行為人履行不能，致求償無門，有害於被害人權利之實現⁴⁶，乃擬具「中華民國刑法第三十八條之三條文修正草案」（即現行第 2 項規定「前項情形，第三人對沒收標的之權利或因犯罪而得行使之債權均不受影響。」），並委由長期關注被害人權益保障的立法委員提案，以爭取時效，並趕在 2016 年 7 月 1 日同日配合施行，以進一步落實司法保障被害人權益之本旨⁴⁷。果爾，何以對被害人有求償權之犯罪所得能否沒收之前提先決要件，即有爭議之新刑法第 38 條之 1 第 1 項規定卻未一併修正⁴⁸？2015 年 12 月間沒收新法立法通過後，司法院為宣導新法所延聘之專家學者，針對諸如案例事實之被害人有求償權之犯罪所得均謂應予沒收，已然成一家之言⁴⁹。上開修法，諒係迫於情勢不得不然⁵⁰。蓋新刑法第 38 條之 3 係參考德國刑法第 73e 條、第 74e 條之規定增訂，其第 73e 條第 1 項第 2 句及第 74e 條第 2 項第 1 句，均明定「第三人對於該標的物之權利繼續存在」，而依德國刑法第 73 條第 1 項第 2 句規定，對於被害人有求償權之犯罪所得並不能沒收。既無由沒收，自不生修正理由所謂如因犯罪行為人履行不能，致求償無門，有害於被害人權利之實現可言，當亦無所指當初修法所未考慮的立法疏漏問題。被害人有求償權之犯罪所得，雖然眾口鑠金皆曰「沒收」，但試問：如果新刑法第 38 條之 1 並未增訂第 5 項，我國刑法實務家如陳樸生、褚劍鴻、鄭健才等人，以及刑法理論家如山田、張麗卿、林鈺雄等教授，於渠等著作中，針對第 1 項所謂「屬於犯罪行為人」之犯罪所得（之物），均謂如係被害人有求償權者，即不得沒收之見解⁵¹應否改寫？新刑法第 38 條之 1 第 5 項，即使未予規定，在實務言，乃屬當然之理⁵²，何以增訂了第 5 項規定，即可以使自 1935 年即已存在的第 1 項之規定，宛如阿拉丁神燈般地產生質變？令人費解。被害人有求償權之犯罪所得應否沒收，此屬立法論的問題，而非解釋論得以解決者。

在「任何人都不得保有犯罪所得」的大前提下，剝奪犯罪行為人出自犯罪所得之利益，究應採「發還/追徵」或「沒收/追徵」方式，屬於立法形成自由。兩者區別在於，前者係由國家將犯罪行為人之犯罪所得直接移還給被害人（有謂羊毛出在羊身上，因此要把羊毛還給羊），後者則先將犯罪行為人之犯罪所得移轉為國家所有，再由被害人依程序法的相關規定請求給付。但不論採何種方式，均須以法律

為正當合理、且明確性之規定。被害人有求償權之犯罪所得，法院能否沒收，關涉被害人之權利，新刑法規範並不明確，既有爭議，自有修法之必要。

準此，立法政策如果仿採前述貪污治罪條例或懲治盜匪條例「直接發還被害人」之立法例，建議修正為「犯罪所得，依其情節，分別沒收或發還被害人。」「前項之沒收或發還，於全部或一部不能沒收、發還，或不宜執行時，追徵其價額。」此一方案，得以貫徹犯罪所得應發還被害人之目的及避免被害財產因沒收而發生權利變動致有與民爭利之嫌。至若仿採德國刑法修正案「沒收」立法例，此可將新刑法第 38 條之 1 第 1 項「屬於犯罪行為人者」等文字予以刪除，並修正為「犯罪行為人因違法行為取得之犯罪所得，沒收之。但有特別規定者，依其規定。」使與第 2 項、第 4 項之立法文字齊一。第 5 項修正為「犯罪所得，於被害人因受返還，或經賠償犯罪所得之全部或一部價額時，不予沒收或追徵。」俾使犯罪行為人如與被害人達成和解，就已賠償部分，應認為被害人民法上之財產秩序已因和解而回復，不得再就差額部分為沒收或追徵，以解決現行法僅限於「已實際合法發還被害人者」，始不予沒收或追徵，在實務上可能衍生犯罪行為人不願與被害人和解之困擾。此一方案⁵³，於審判中，並有第三人參與沒收程序及估算條款之適用，但法院不宜職權適用過苛調節條款。

柒 結論

新刑法第 38 條之 1 第 1 項係併合舊條文而為之規定，僅條次變更。本條項規定依向來學說及實務判例的見解，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，不得宣告沒收。惟此之被害人，應指被害者人數及數額均已特定明確者而言。案例所指甲竊取乙之汽車音響一批，因乙對甲有民事上請求權，在新刑法第 38 條之 1 第 1 項未修正前，法院不能宣告沒收。至於在被害者人數眾多且無法特定，尚有潛在不知之被害人，且其犯罪所得並已因金錢混同者，本文贊同法院不得以泛泛可能存在有求償權之被害人為由，即將全部犯罪收益都視為犯罪被害人財產，而不予沒收、追徵。

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。沒收被害人有求償權之犯罪所得，關涉被害人財產權利，尤須以法律為正當合理、且明確性之規定。德國聯邦司法部為解決被害人有求償權之犯罪所得沒收的疑義，於其草案刪除了「沒收禁止規定」之刑法第 73 條第 1 項第 2 句，並為了避免犯罪行為人有受重複追償的危險，增訂第 73 e 條第 1 項規定。新刑法僅增訂類似第 73 e 條第 1 項之第 38 條之 1 第 5 項，對於第 1 項規定並未同時修正，自不免徒生適用上疑義。本次沒收修法，或因院、部、學各有盤算堅持，以致瞻前未能顧後，就被害人有求償權之犯罪所得能否沒收，不惟實體法之立法說明相互齟齬，實體法規定與程序法之修正更見矛盾。解鈴還須繫鈴人，請儘速修法吧！

（作者為最高法院庭長）



和法院確定判決有一樣的效力。
調解、探視權及扶養費等家事爭議，如果調解成功，
調解書與法院判決具有同等效力。

線上搜尋
調解 專區

法院
judicial.gov.tw

WEEKLY
司法

司法

司法

司法

司法

司法

司法

司法

司法

司法

司法

司法

司法

司法

提升審判效能

司法院研議以法庭錄音錄影替代刑事審判筆錄 期能聚焦法庭活動 順暢審判程序並落實公判中心原則

【本刊臺北訊】為使司法資源合理有效運用，提升審判效能，司法院2月13日召開第2次「提升審判效能（合理減輕刑事法官工作負擔）諮詢會議」，林勳純副秘書長因另有公務，特委請臺灣高等法院石木欽院長主持，邀請審、檢、辯、學及相關團體代表，研討審判程序以法庭錄音錄影直接替代審判筆錄記載的可行性。

本系列諮詢會議第1次會議已討論職權不起訴及緩起訴制度等議題。本次會議焦點，探討法庭錄音錄影直接替代審判筆錄記載的可能性。考量刑事審判程序已落實全程錄音，且法庭錄音、錄影之技術與設備日臻完備，如能於訴訟程序中善加運用，直接以錄音、錄影記錄審判程序中訊問與陳述之具體內容，應可解決目前審判實務中常見法庭活動參與者過度關注筆錄記載內容，而不能專注投入法庭活動的問題，進而提高審判程序之順暢及效率，並在實質意義上真正落實公判中心、直接審理與言詞審理之原則。另考量刑事訴訟一審的折服率超過8成，如能於多數不具爭議性的案件，儘量減少相關紀錄文書及裁判書類製作之負擔，應能有效提升審判效

能。因此，司法院著手研議此議題，並提出相關之刑事訴訟法修正草案，作為會議討論基礎。

石院長指出：此次討論的修法方向，係利用錄音錄影設備簡化審判筆錄的製作，再配合簡化判決書類，以減輕法官的工作負擔，使法官將更多精力投入在重大案件的處理，及審慎思考如何作成妥適判斷。

司法院初步研擬之修正草案重點為：明文規範審判程序中法院、訴訟關係人、證人、鑑定人、通譯、被害人等具體陳述內容，原則應直接以錄音錄影替代審判筆錄之記載，僅在特定例外及必要情形，才製作轉譯文書。與會的審、檢、辯、學各界代表從各自的專業與實務經驗出發，分享心得，並肯定司法院提出的修法方向，也針對新法實施後可能產生的疑難與問題，提供具體建議，特別就有關如何完善修正條文及建立配套措施，提出許多深入見解，均將列為司法院進一步研擬相關制度之重要參考。

第3次會議預計於3月下旬召開，除將繼續討論此議題外，也將納入簡化裁判書類製作之議題。

增進民眾調解意願

高雄少家法院拍攝微電影宣導民事調解

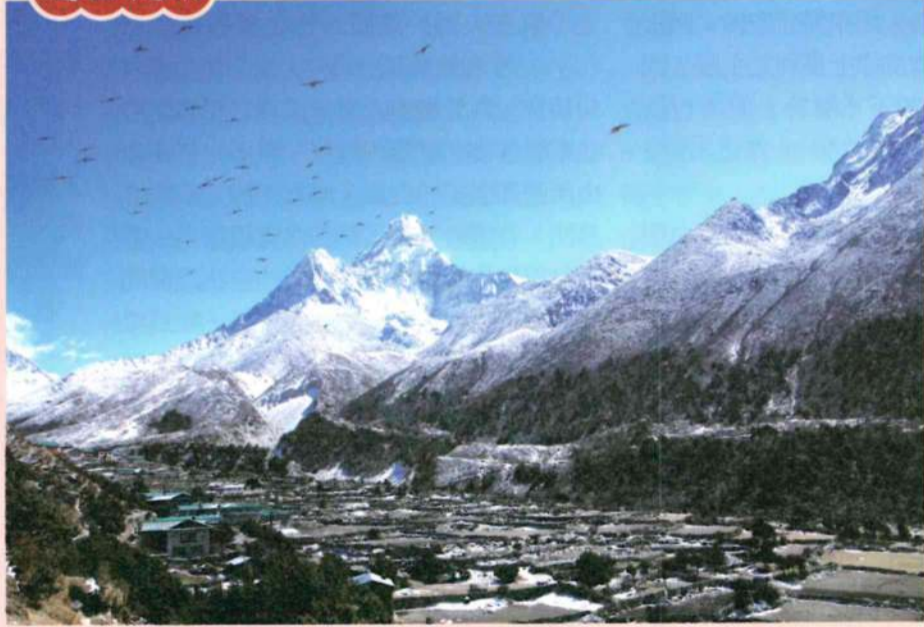
【本刊高雄訊】高雄少年及家事法院為使參與家事調解之當事人瞭解調解的過程，調解委員的角色、功能，以及法院相關資源，於日前邀請台灣家事專業調解教育學會邱美月理事長、成功大學郭書琴副教授等專家撰寫劇本，由專業製片廠商製作微電影，除於法院調解休息室播放外，並放置於高雄少家法院網站，供所有民眾點閱。

為使微電影內容更具專業與貼近實務，劇本以1名欲訴請離婚、久未順利與未成年子女見面交往之父親，以及1名與丈夫分居已久、長期單獨照顧未成年子女之母親為主角，呈現2位當事人在調解過程中如何經由調解委員耐心、細心之引導，釐清個人在婚姻關係中之問題，再藉由法院家事服務中心各項轉介資源之引進，成功地解決各項難題；且在參與親職教育之課程後，願意逐步敞開心胸提升親職能力，並

且與對方合作討論關於未成年子女會面交往方式以及教養計畫，找尋家庭未來的新方向。

高雄少家法院期許透過這部微電影，提升家事調解當事人積極參與調解之意願，並增加解決家庭糾紛之機率，促使民眾更為迅速、妥適解決紛爭。

遺世絕景



尼泊爾丁伯崎山城

丁伯崎為尼泊爾Sagamathar區昆布縣的山城，海拔4410公尺，因位於前往聖母峰基地營及島峰的交叉路口，而形成聚落。

圖中的雪山名為Ama Dablam，海拔6170公尺，是往聖母峰基地營途中的一座美麗山峰。

圖·文／郭宇修（智慧財產法院書記官）

經驗分享

竹院研討少年個案

【本刊新竹訊】為因應近年來妨害性自主案件的增加，新竹地院日前舉辦少年個案研討會，邀請陳佐維臨床心理師與會，分享輔導經驗。

邱英茹調保官首先簡介個案的問題，包括其家庭、就學、交友情形及過去的素行紀錄等，並說明個案家長的不配合等困難；少年在接受過不同階段的心理治療後，不僅在機構的表現穩定許多，也開始能有正常學習及成長的機會。

陳心理師則以創傷經驗的來源及臨床上可能有的反應，說明少年目前的異常行為，並認為就妨害性自主部分，少年再犯的可能性應是非常低，但擔憂少年離開機構後的狀況難以掌握。並指出此類案件應裁處何種類型的保護處分，須從被介入的時間長短來決定，而非單純

以保護處分孰重孰輕的觀點作思考。更特別強調家長某些不當或是輕視事情嚴重性的態度很可能會成為少年學習的範例，造成其觀念上的扭曲，必要時，家長也應一併接受心理諮商，但這涉及如何和家長先進行溝通的問題。在身心發展上，司法對少年的幫助相對有限，故結合相關的心理專業資源相當重要且有其必要性。

與會人員亦就法院如何和家長建立互信互賴的夥伴關係，讓其願意配合調查及進行後續的處遇措施；性侵害防制中心或衛生局可以提供什麼協助；法院對性犯罪少年裁定保護處分時應如何考量等問題進行討論，交換意見，作為未來輔導少年時之參考。

臺東地院舉辦社政業務聯繫會議

【本刊臺東訊】為促進司法與社政體系之合作，臺東地院日前舉辦司法與社政少年及家事業務聯繫會議，邀請臺東縣政府社會處曹劍秋處長及相關同仁、駐法院家事服務中心人員，與少家法庭法官及調查保護室同仁，共同就少年及家事相關業務進行討論。

會中討論親職教育措施、未成年子女會面交往、少年合意性移送與兒少安置等相關議題，與會人員以兒少最佳利益之方向進行討論，並達成多項共識，包括：(1) 匯整各民間團體之相關親職教育訊息，並以家庭教育中心網頁為親職教育資源平台。(2) 有關社會處於接獲兒少性交案件，依法一律移送警政機關進行調查，不以告訴乃論為移送要件。經法院發現兒少有兒童及少年福利與權益保障法第56條之情事，通報社會處先行評估是否達社政安置標準。另如無社政安置必要，但法院評估採司法安置，按兒童及少年福利與權益保障法第67條規定，社會處亦應持續提供服務。(3) 有關少年應採司法安置或社政安置，將視狀況舉行個案研討會，逐案討論。

新北地院舉辦人民參與審判制度講習

【本刊新北訊】新北地院為使同仁瞭解「人民參與審判制度」之運作，日前邀請司法院刑事廳陳思帆法官及王靜琳司法事務官，主講「我國推動人民參與審判之理念與歷程」。

陳法官指出，人民參與審判制度是在法官專業和審判獨立基礎上，兼顧人民對司法的感受和期待，讓人民參與司法權最核心的審判程序，使法庭活動更透明；民眾也因與法官共同經歷裁判形成過程，並實質參與裁判的作成，而更瞭解、相信司法。

王司法事務官更以多場模擬法庭後的相關問卷數據，說明民眾對人民參與審判制度的高度肯定。陳法官也指出，透過各試辦法院模擬法庭累積的實證經驗，除可發現許多政策面、執行面的細部問題，也可以作為將來政策討論的重要基礎，使人民參與審判制度順利推動。

基隆地院辦理公務機密及資安講習

【本刊基隆訊】基隆地院為加強同仁公務機密及資訊安全防護觀念，日前邀請全景軟體公司專案技術處林岱宏處長主講「公務機密維護－淺談縱深防禦」，由蔡名曜院長主持，60餘位同仁參加。

林處長首先說明隨著網路技術高度發展，傳統單一防護機制已不足以應對各種網路安全威脅，而應建置多層次的防禦技術來阻絕不同類型的攻擊，即使其中一層無法順利攔阻，仍有其他輔助或備援方式接手攔阻，攻擊者必須逐一突破各項保護措施建構，此即資訊安全縱深防禦。繼而說明相關細節，例如端點安全、網路安全、應用安全以及分析管理等內涵；接著進一步談到未來將面臨的資安挑戰：如何建構雲端化的資安架構、駭客應用大數據攻擊公務機關之因應作為等。林處長強調，機關必須持續針對員工進行資訊安全教育宣導，反覆提醒謹慎使用公眾網路，對於惡意郵件保持警覺，方能降低資安危害之風險。

林處長透過網路架構及地圖等，解釋資安管理多層防禦之概念，並藉由與同仁的互動交流，強化同仁資安防護意識。

花蓮地院舉辦少年電影欣賞活動

【本刊花蓮訊】為引導受保護少年培養正確健康的休閒觀念，花蓮地院日前與吉安扶輪社合辦電影欣賞活動，帶領少年至影城觀賞電影「長城」。

「長城」電影場景氣勢磅礴，雖然虛構許多人物及故事，但仍有一定的史實依據。片中強調的團隊精神及朋友間的信任，更是打動少年的內心。部分少年即表示，希望能像主角一樣不懼困難、勇往直前；或是應學習一技之長，將來能有所發揮等。

受保護少年多來自弱勢、經濟狀況不佳之家庭，多數未曾於影城觀賞電影，本次經吉安扶輪社贊助成行，提供少年新的休閒經驗，亦豐富其生活內容。

201 便利
大專院校多知
依標準
一、審判
二、行刑
三、刑罰
四、大憲
必備
1. 扎
新編
條文、大
2. 二
立法法
第九屆
勞工相
證券交
...等多
3. 選
律師二
會法、
法、選
熱門
請
www
專
JU
公
數位
歡迎
舊雨
新知
蒞臨
指導
http://www.toolaw.com.tw
植根
www