

非定罪之犯罪所得沒收：借鏡德國法制

國立政治大學法學院副教授 許恒達*

目 次

- 壹、問題之提出
- 貳、德國法制析述
- 參、結語

摘 要

本文討論在刑事被告因故無法被認定構成犯罪時，如何沒收其與犯罪有關財產的問題。礙於我國現行法制對相關議題的規範密度有限，本文主要以德國法制為引介對象，德國法制在體例、結構上，均與我國沒收等相關刑事財產制裁系統有高度近似性，或可提供我國未來修法的比較參考。

關鍵字：非定罪被告、沒收、追徵、獨立命令、被告死亡

* 國立政治大學法學院副教授，德國法蘭克福大學法學博士。

壹、問題之提出

隨著交通、物流的便利，世界各國間因距離、時間所帶來的屏障與界限已經日益減少，人員及產品都可以很快速地移動至其他國家，伴隨著交通及流的快速發展，犯罪人也同樣可能在各國間流竄，某位犯罪人可能在我國犯罪，接著潛逃至 A 國，並將犯罪所得轉移至 B 國藏匿，此時我國的刑事司法除了要將犯罪人透過司法互助方式引渡回台接受審判之外，還必須設法取回其犯罪所得，再予以沒收。

雖然我國礙於國際政治因素，無法參與、簽署諸多國際公約，但從近年來國際刑事司法公約的發展歷程中，其實已經很清楚地看到各國共同合作以沒收犯罪所得的發展趨勢。舉例而言，1988 年聯合國禁止非法販賣麻醉藥品及精神藥物公約（United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances）、2003 年聯合國打擊跨國組織犯罪公約（United Nations Convention against Transnational Organized Crime）以及 2005 年聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption）等公約中，都已經明確要求締約國的內國實體法中，必須增修列明對違禁物、犯罪所得以及與犯罪有關之資產的沒收，而內國程序法中，也必須加入追回相關財產的協辦措施，透過這些措施的規定與增補，才能夠有效剝奪犯罪所得，成高提高對抗跨國境的犯罪行為的法律打擊效果¹。

當犯罪人在國內犯罪後，攜帶其犯罪所得潛逃國外，甚而在外國置產，能否成功追討犯罪者國外資產的實質前提有二，首先是內國法已有裁判確認該犯罪者的犯罪所得，其次是透過內國與各國間的司法互助協定，向外國刑事司法機關求助，再由外國於境外執行內國刑事司法追討財產的請求。

縱然我國與世界各國間的刑事司法互助效能有限，但我國若要請求外國執行追討犯罪人的境外財產，我國刑事司法機關仍須先有沒收該犯罪財產的法定權限，如果欠缺這些權限即向外國請求協助，不僅外國刑事司法機關不願意配合，也會有害我國在國際刑事司法互助機制中的信用。問題在於，當犯罪嫌疑人已經潛逃出國，甚至已經在國外死亡時，依我國現行法難以在欠缺有罪判決時，獨立追討其犯罪所得，從這一點看來，我國現行法上的犯罪

¹ 有關這些公約的發展與實質內容，參見郭瑜芳，〈非以定罪為基礎之資產沒收〉，《檢察新論》，12 期，2012 年 7 月，頁 19-23。

所得及相關財物、財產上利益的追討制度，其實仍有許多值得檢討之處²。

與財產有關的刑事制裁可分為罰金刑與沒收刑，罰金刑在我國法上屬於主刑，其量定以被告罪責為基礎，由法院考量各項刑罰目的及裁量事由後，依個別構成要件規定量處罰金，罰金並不以特定財物或財產利益為論科對象，而是要求被告針對其罪責繳納一定金額作為犯罪對價，由於在實務上，能夠適用罰金刑的罪名通常較輕，這些違犯輕罪的被告通常也不需要逃亡至國外，再考量刑法第41條又針對罰金刑設計了易服社會勞動等較溫和的替代措施，因此罰金刑一般不會有跨國追討的需求。

相對於罰金刑，沒收刑與沒收的協同、補充制度（追繳、追徵、抵償）則以特定的財物或財產利益為追討對象，除非該財物或財產利益已經不可能再追討時，才會轉而追討被告其他資產作為替代，刑法第38條第1項規定得沒收的範圍，包括違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物、因犯罪所生及所得之物，這些可能被沒收的財產範圍相當大，舉凡證券交易法第155條之1及第171條規定的內線交易之犯罪所得，收賄罪公務員所獲取的賄賂金額，傷害罪被告持打他人的木棍或是侮辱罪被告潑至被害人身上的油漆等等，都可能涉及沒收的需求，這種兼跨重罪、輕罪的沒收刑，自然與跨國間的資產追討有關，尤其是經濟或貪瀆型的重罪被告，在海外都常有極隱密的良好關係，將不法所得移至境外藏匿，自然成為其逃匿刑事訴追的首選。

然而，我國沒收刑屬於從刑，一般情況下，必須在被告已經獲判有罪確定，同時也科予主刑時，才能夠一併科處沒收的從刑，我國刑法第40條第1項即規定：「沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之」，但緊扣著「有罪判決才能沒收」的原則規定，在實務上勢必出現許多無法解決的問題，舉例而言，警察偵查被告犯罪時查獲來路不明的制式手槍乙把，調查後雖與偵查中案件無關，但也無法確定其所有人為何，該制式手槍為違禁物，理論上應予沒收，若沒收必須與主刑相串連，則因無人持有該違禁物而無法獲得有罪判決，這時該怎麼沒收該制式手槍，即產生問題。立法者也注意到上述盲點，因此在第40條第2項補充規定：「違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收」³，授予在有罪判決附帶的沒收宣告之外，另行獨立沒收違禁物的法源依

² 進一步的探討，參考陳文琪，〈追討犯罪不法所得〉，《檢察新論》，12期，2012年7月，頁5-7。

³ 所謂「專科沒收之物」，理應指刑法第39條：「免除其刑者，仍得專科沒收」的情況，若依該條規定，則所有犯罪工具、產物、所得都可以單獨沒收，究竟應該如何解釋，誠

據，類似規定，除了刑法第 40 條之外，另外也見於刑事訴訟法第 259 條之 1：「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，得單獨聲請法院宣告沒收」，此外，證人保護法第 14 條第 2 項許可對於供述本人犯罪前、後手犯罪事實，而使得檢察官查獲相關犯罪網絡的被告，若其犯行不嚴重時，檢察官得就該被告所涉罪名為職權不起訴，而該條第 3 項接續規定：「前項情形，被告所有因犯罪所得或供犯罪所用之物，檢察官得聲請法院宣告沒收之」，換言之，即使被告因職權不起訴而欠缺有罪判決，此時也可以獨立宣告沒收。

上述分居於刑法、刑事訴訟法及證人保護法中的補充規定，確實帶來一定的輔助效果，然因刑法的補充規定只及於違禁物，而刑事訴訟法又限制必須存在近似有罪而不處罰的職權不起訴及緩起訴，證人保護法僅專用於提供上、下線的被告，這些規定實際的效果相當有限，仍然無法有效追討位於境外的犯罪所得。舉例來說，涉嫌內線交易而取得高額犯罪所得的被告若於逃亡外國期間死亡，遺留大批關涉犯罪所得的財產於外國，法院僅能依刑事訴訟法第 303 條第 5 款為不受理判決，此時因欠缺有罪判決，又沒有任何例外特許規定，根本無從對該批財產作出沒收宣告，當然也不可能進一步外國刑事司法機關協助追討其犯罪所得；又例如被告因年齡或精神狀態欠缺罪責，雖已實施不法行為，仍獲得無罪判決，此時也無特別規定可以追討該被告於境內或境外犯罪所得；至於最麻煩的問題則是，當重罪被告於檢察官開始偵查前或偵查中即逃亡海外，由於不能對該被告為缺席判決，此時根本無法對該被告位於海外的犯罪所得進行實質追討。

上述諸種欠缺有罪判決的個案情況，均使得刑事司法在追討、沒收犯罪所得時面臨極大困擾，不僅被告的境外財產無從法進行追討，境內財產也難以實質進行沒收⁴。如何建構一套合理且具有實務效用的非定罪犯罪所得沒收制度，從而解決透過刑事司法互助而追討被告留置外國的犯罪所得，當然成為我國現行刑事司法的重要課題，綜觀與此問題相關的法制，大致有兩套不同的思考進路，其一是德國刑法與刑事訴訟法上，直接在刑事司法中納入非

值深思。相關批評見薛智仁，〈沒收之定位與從屬性（下）—最高法院相關裁判綜合評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，99 期，2007 年 10 月，頁 34-35。

⁴ 各種立法例解決機制的討論，可參考李傑清，〈沒收洗錢犯罪所得的實體與程序〉，《檢察新論》，3 期，2008 年 1 月，頁 251-260。

定罪獨立沒收或追徵的相關規定，即使尚未或無法定被告罪名，但仍然可以在一定條件下，由刑事法院對相關財產沒收或扣押；其二則是美國於其司法實務上發展的民事沒收制度⁵，很有意思的是，迄今為止，我國有關非定罪犯罪所得沒收制度的討論與引介，大多循美國式的民事沒收制度，但德國式的刑事司法補充沒收制度的討論相對較少，本文討論的主軸將集中在德國式制度的評介，原則上將討論德國法有關犯罪所得沒收的實體法規範，以及補充沒收制度的相關實體及程序規定，並從中整理出補充沒收制度的基本法理，以作為我國未來修法參考⁶。

值得特別說明的是，法務部近期也研擬了解決上述困境的刑法修正草案，但草案尚未通過，未來將如何修正現行規定，仍值得觀察⁷。既然本文將深入研究德國法補充沒收制度，本文最後也將以德國法制作為參考對象，簡要地評估刑法修正草案相關規定良窳，並在可能範圍內，提出一套未來修法的理論藍圖。

貳、德國法制析述

一、德國現行法沒收與追徵的實體規範

在實質討論德國法非定罪型的沒收制度前，必須先簡要說明德國刑法財產沒入的相關制度內容⁸。有別於我國以「沒收」為原型，以追徵、追繳、抵

⁵ 有關美國民事沒收 (civil forfeiture) 制度，參考吳協展，〈美國犯罪所得民事沒收法制之介紹〉，《檢察新論》，6 期，2009 年 7 月，頁 184-203；林輝煌，〈建構有效打擊利得犯罪法制—美國「民事沒收充公」制度之借鏡〉，《法學叢刊》，226 期，2012 年 4 月，頁 4-16。

⁶ 除了美國法之外，英國法也是一個殊值參考的立法例，然囿於時間，本文無法再作分析，相關討論參考廖先志，〈英國沒收制度與沒收範圍簡介—兼與我國法比較〉，《檢察新論》，5 期，2009 年 1 月，頁 268-283。

⁷ 草案詳細內容可參考黃士元，〈企業犯罪不法利得剝奪之研究—評「法務部刑法沒收部分條文」修正草案暨修法建議〉，《司法新聲》，100 期，100 年 10 月，頁 64-68。

⁸ 我國學理上已有相關討論，參考李傑清，同前註 4，頁 253-255；柯耀程，〈沒收、追徵、追繳與抵償制度之運用與檢討〉，《法令月刊》，59 卷 6 期，2008 年 6 月，頁 846-857；吳耀宗，〈德國刑法追徵 (Verfall) 制度之研究—兼論我國現行刑事法學之「追徵」相關規定〉，《刑事法雜誌》，45 卷 3 期，2001 年 6 月，頁 1-43；吳俊毅，〈我國刑事上追繳、追徵及抵償制度的未來—給這個問題一個當主角的機會〉，《法學叢刊》，203 期，2006 年 7 月，頁 84-87。此外，日本法制亦有相關的介，參見吳天雲，〈我國與日本毒品犯罪所得沒收、追徵制度〉，《展望與探索》，1 卷 10 期，2003 年 10 月，頁 15-39。

償作為補充形態的作法，德國法自始就區分了兩種不同的財產充公制裁形態：沒收（*Einziehung*）與追徵（*Verfall*），不過其法律定性則有高度爭議，學理有認為屬於刑罰，也有傾向於保安處分的看法，不過法典上倒是以附屬效果（*Nebenfolge*）為整體標題而迴避了這個爭議⁹。

至於為什麼刑法可以在罰金刑之外，另外將相關人等的財產充公，德國學說上的主要見解採取「權利濫用說」（*Missbrauchstheorie*），該說最主要的看法認為，不論沒收或追徵都是對財產權的剝奪，這是一種對憲法保障財產基本權的侵害，此項財產基本權的侵害，僅當行為人濫用其基本權，造成整體法秩序利益的重大侵害，而行為人就系爭濫用行為具有客觀及主觀的可歸責性時，才能夠本於基本權濫用的理由而剝奪原屬行為人的合法財產¹⁰。舉例來說，憲法保障行為人對水果刀的財產權，但若行為人持該水果刀故意殺人，該行為不僅客觀、主觀均可歸責於行為人，也造成整體法律秩序的動盪，影響整體利益，該行為人顯然「濫用」了憲法保護的財產權利，該權利也不再受到法律所尊重，故得沒收水果刀的財產權¹¹。

1. 沒收

(1) 針對行為人的一般沒收

依德國刑法第 74 條規定，當行為人犯故意罪名，而於判決時屬於行為人所有或由行為人所管理的下列物品均得沒收：供犯罪所用之客體、犯罪所生之物、預定供犯罪所用之物，以及供預備犯罪所用之物，而若上述客體中有公共危險或有可能供他人犯罪之用的特性時，則不論是否屬行為人所有，均得一律沒收。而德國法發動沒收的前提，並不要求一定要成立犯罪，只要構成不法行為，即得實施沒收。除了德國刑法第 74 條規定的客體之外，個別條文中也有例外許可沒收的關客體，例如偽造貨幣罪的貨幣（德國刑法第 150 條第 2 項），就不問其所有人一律強制沒收。

(2) 針對第三人的擴大沒收

除了第 74 條規定的一般沒收之外，德國刑法另有擴大沒收（*erweiterte*

⁹ 參考 Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，《德國刑事追訴與制裁》，2008 年 11 月，頁 63。

¹⁰ Eser, in: Schönek/Schröder, § 74 Rn. 18; Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, 1969, S. 178 ff.; Karl-Peter Julius, Einziehung, Verfall und Art. 14 GG, ZStW 109 (1977), S. 59 ff.

¹¹ Eser (Fn. 10), S. 182.

Einziehung) 的規定，擴大沒收見於德國刑法第 74a 條，主要是針對「第三人所有財產」的沒收規定，該條規定許可在一定條件下沒收未犯罪的第三人財產¹²，條文中包括兩類的擴大沒收類型：(a)若第三人輕率使其物或權利成為他人犯罪工具、犯罪客體或預備犯罪的客體，法院得沒收該物或權利；(b)若第三人認識法院將許可沒收，而仍以可非難的方法取得物或權利時，法院亦得沒收之。透過擴大沒收，第三人雖然不是犯罪人，但若與犯罪實行或犯後財產歸屬有可歸責關係時，亦得沒收其財產¹³。

雖然法條上許可了擴大沒收，但學理上仍然提出非常多的質疑。首先是為什麼可以沒收第三人財產的疑點，因為第三人並未被定罪，卻受到類似於刑罰的沒收處分，該沒收未犯罪第三人財產的目的為何？沒收後究竟要達到實踐何種刑罰目的的效能？均廣受學理上的批評¹⁴。此外，法條上要求第三人必須與犯罪的實施之間有一定的歸責關係，但如何在實務上評價「未達犯罪、但具有歸責」的減輕關係？這種減輕歸責的要求，不僅在沒收第三人財物時發生不公平的效果，本質上也只是一種對沒收特定人財物的證明減輕作用¹⁵。例如行為人幫助他人犯罪而提供特定屬於自己所有的犯罪工具，如果刑事司法無法定該行為人幫助犯刑責，卻仍可透過第 74a 條而沒收不構成幫助犯者提供的犯罪工具，也因此學理上有質疑擴大沒收本質上違反罪責原則¹⁶，同時也是不再存在現代刑法中、同時也違反罪責原則的「嫌疑刑」(Verdachtsstrafe) 翻版¹⁷。

2. 追徵

相對於沒收主要針對與犯罪實行或所獲得之財產，德國刑法另外獨立於沒收的追徵制裁，追徵的目標主要是犯罪所得，其目標在於將被告從犯罪中的獲利一併去除，藉以達成一般預防效果。德國刑法追徵規定於 1969 年通過，不過由於規定非常複雜，實務上並未完全實現其立法宗旨，一年大約只有二萬多件執行追徵的個案¹⁸。

¹² Julius, ZStW 109 (1997), S. 86.

¹³ Eser, in: Schönke/Schröder, § 74a Rn. 1.

¹⁴ Julius, ZStW 109 (1997), S. 86.

¹⁵ Julius, ZStW 109 (1997), S. 87.

¹⁶ NK-StGB-Herzog, § 74a Rn. 1.

¹⁷ Eser (Fn. 10), S. 235.

¹⁸ Kerner 著，同註 9，頁 74。

(1)一般犯罪所得追徵

依德國刑法第 73 條規定，行為人只要實行或參與違法行為，而從中獲取利益（für die Tat oder aus der Tat etwas zu erlangen），扣除掉行為人應返還予被害人的賠償數額後，其餘的財產利益即應予以追徵（第 73 條第 1 項），在此所謂利益（etwas; something）指的是行為人從犯罪實行中所獲得一切有體或無體且可折算財產增值的利益¹⁹，其來源可能是犯罪行為的對價（für die Tat），或是從犯罪中產生的利得（aus der Tat）²⁰；倘若行為人將犯罪所得利益再次轉換為其他利益，或基此而取得其他的替代物，該項利益及替代物亦得予以追徵²¹。值得特別說明的是，依現行德國刑法，追徵是採取總額原則（Bruttoprinzip），亦即不扣除行為人因實施或參與違法行為而投入的犯罪成本²²，從總額原則的採取，更可看得出來德國刑法追徵制度試圖剝奪犯罪的可能利得，藉以產生有效預防犯罪的效果²³，只要屬於犯罪實行行為人或參與者所有，而從犯罪中獲取的直接利益及其替代品，均得為追徵標的。不過這也引起若干疑慮，尤其不考量被追徵利益與行為之間的關聯性，採取一律追徵的作法，不免有違反罪責原則之嫌²⁴。

(2)降低證明標準的擴大追徵

除了上述基本的追徵規定之外，德國刑法另外也擴大追徵的適用範圍，一般稱之為擴大追徵（erweiterter Verfall），擴大追徵規定於德國刑法第 73d 條，該項規定主要是為了用以打擊組織犯罪（organisierte Kriminalität）²⁵，因此降低追徵成立的要件限制，同時擴大追徵價額的範圍。就擴大追徵適用的條件而論，首先必須有違法行為，而行為人從違法行為直接獲取財物或權利²⁶，而在判決宣告時屬於行為人所有²⁷，擴大追徵與一般追徵最大的差別在於，擴大追徵並不需求達到一般刑事犯罪的證明程度，只需要有事實足以認

¹⁹ NK-StGB-Herzog, § 73 Rn. 3, 8.

²⁰ NK-StGB-Herzog, § 73 Rn. 4-6.

²¹ NK-StGB-Herzog, § 73 Rn. 31-32.

²² NK-StGB-Herzog, § 73 Rn. 11; SK-Wolters/Horn, § 73 Rn. 7a.

²³ Fischer, StGB, 57. Aufl., 2010, § 73 Rn. 3.

²⁴ NK-StGB-Herzog, § 73 Rn. 14.

²⁵ Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., 2007, § 73d Rn. 1.

²⁶ Lackner/Kühl, StGB, § 73d Rn. 4-6.

²⁷ Lackner/Kühl, StGB, § 73d Rn. 7.

為 (die Annahme rechtfertigen)，欲予以追徵的財物或權利供違法行為之用，或屬於違法行為所得²⁸。換言之，法院許可擴大追徵的證明標準顯然低於一般追徵的要求，因此該項規定在德國法上曾受到違反憲法的質疑，簡單地說，因為法條不必證明至確信程度，只需要證明違法行為與該項財物或權利間具有高度可能性即足，此項制度不免有違反無罪推定 (Unschuldvermutung) 或罪疑惟輕原則 (in-dubio-pro-reo) 的疑慮²⁹，德國學說上自然有非常強烈的爭論³⁰。

值得注意的是，德國聯邦憲法法院終於在 2004 年作出決定，認為第 73d 條許可的擴大追徵並不違憲³¹，聯邦憲法法院主要認為這是一種以一般預防為導向的保安處分，不適用罪責原則³²，也沒有違反上述諸原則的疑慮³³，而為了貫徹一般預防的效果，也必須設法將犯罪所得儘可能地完全剝奪，即使其降低證明的要求，仍屬合憲³⁴。

除了降低證明要求的對被告之擴大追徵外，德國刑法第 73 條第 4 項另有規定對非犯罪參與者之第三人擴大追徵，依其規定，若一般追徵的對象屬於第三人所有，而該第三人雖不成立正犯或共犯刑責，但若其認知該客體係供違法行為所用時，亦得予以追徵。

二、德國現行法沒收與追徵的程序規範

1. 與有罪判決一併宣告

以上簡要說明德國刑法有關沒收、追徵的相關規範，至於程序層面的問題則更為重要。一般正常情況下，德國法的沒收、追徵命令也與有罪判決同時宣告，但在若干情況下，無法於有罪判決時宣告，為了有效貫徹沒收與追徵的效果，德國法上特別規定兩種非連動於有罪判決的沒收、追徵宣告制度，此即德國刑法第 76 條有關事後命令及第 76a 條有關獨立命令的規範，原則上這兩條均一律適用至沒收及追徵兩種不同制裁³⁵。

²⁸ Lackner/Kühl, StGB, § 73d Rn. 8.

²⁹ Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung, 2010, Rn. 471.

³⁰ NK-StGB-Herzog, 3. Aufl., 2010, § 73d Rn. 3.

³¹ BVerfGE 110, 1 (2004).

³² BVerfGE, 110, 1, 11.

³³ BVerfGE, 110, 1, 23.

³⁴ Ausführliches vgl. NK-StGB-Herzog, § 73d Rn. 4.

³⁵ NK-StGB-Herzog, § 76 Rn. 1, § 76a Rn. 2.

2. 事後沒收及追徵命令

首先談德國刑法第 76 條的事後命令 (nachträgliche Anordnung)，該條屬於德國刑事訴訟法第 462 條第 1 項第 2 句規定之不需口頭辯論的刑事裁判程序，專指在有罪判決之後，因又發現可得沒收或追徵之財產時，法院得例外破棄原有既判力判決的特別情況³⁶。不過依德國通說見解，此時因不涉及雙重刑事制裁，因此並無違反一事不再理的疑慮³⁷。

至於法院宣告事後命令的前提有三：第一，原有罪判決中所宣告的沒收或追徵內容，已經不能執行 (undurchführbar) 或執行不足 (unzureichend)³⁸，前者指的是原沒收或追徵的客體已經先被國家徵收，或被轉賣給第三人而善意取得，又或已被毀損或加工而失去原貌³⁹，後者例如原來的追徵命令改為依財產的替代價值進行，但抵償物仍不足應追徵總額⁴⁰；第二，必須事後有證據證明上開無法執行或執行不足的情況確實存在⁴¹；第三，其他沒收或追徵的要件均已滿足⁴²。

3. 獨立的沒收及追徵命令

另一種能夠獨立於有罪判決的沒收或追徵命令，則是規定於第 76a 條的獨立命令 (selbständige Anordnung)，該條規定若基於事實上的理由，無人因犯罪而受訴追或有罪判決時，若同時滿足沒收或追徵的一般要件時，得獨立宣告沒收或追徵命令⁴³。

學理上將這種無刑事被告而直接科予沒收或追徵命令的程序為「客觀之追徵或沒收程序」(Objektives Verfalls- und Einziehungsverfahren)⁴⁴，該客觀

³⁶ NK-StGB-Herzog, § 76 Rn. 1.

³⁷ NK-StGB-Herzog, § 76 Rn. 1.

³⁸ Vgl. auch Laubenthal/Nestler (Fn. 29), Rn. 477.

³⁹ NK-StGB-Herzog, § 76 Rn. 3.

⁴⁰ 此即德國刑法第 73a 條第 2 句的情況。Vgl. Fischer, StGB, § 76 Rn. 4.

⁴¹ NK-StGB-Herzog, § 76 Rn. 4.

⁴² NK-StGB-Herzog, § 76 Rn. 5.

⁴³ § 76a Abs. 1 StGB: „Kann wegen der Straftat aus tatsächlichen Gründen keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, so muß oder kann auf Verfall oder Einziehung des Gegenstandes oder des Wertersatzes oder auf Unbrauchbarmachung selbständig erkannt werden, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Maßnahme vorgeschrieben oder zugelassen ist, im übrigen vorliegen.“

⁴⁴ 其對應概念則是有具體被告的主觀刑事程序 (subjektives Strafverfahren)，vgl. NK-StGB-Herzog, § 76a Rn. 1.

程序是為了補充無被告可茲訴追或無有罪判決之可能的情況，但若已經有了主觀程序，而該判決的承審法院於判決中若未宣告沒收或追徵時，則不得再啟動客觀程序執行追徵或沒收⁴⁵。

至於此種獨立的客觀程序，依德國刑法第 76a 條規定，必須符合下列兩項前提才能啟動：

首先，必須欠缺事實上的訴追可能性或有罪判決可能性時，才能啟動獨立宣告程序，具體情況如被告逃亡至外國，或無法確知被告為何人，在此指的是阻撓刑事制裁的事實情況（*tatsächliches Hindernis*），與法律規範的評價無關⁴⁶。不過，本條適用時最主要的爭議在於，倘若被告已經死亡後，能否依上述各該規定沒收或追徵被告的財產？⁴⁷

上述被告死亡時能否啟動獨立客觀程序的問題，主要涉及兩個層面，第一層面是關於被告死亡是否算是阻撓刑事制裁的事實情況，德國較一般性的見解認為，所謂阻撓刑事制裁的事實情況，專指訴訟程序中出現的制裁障礙，例如前述的被告逃亡等事項，但若被告死亡，已經屬於實體上刑罰權的消滅情況，此時應連帶影響所有刑事制裁的可實施性，基此，自然不許可再予追徵或沒收⁴⁸；第二層面則是沒收或追徵的財產，原則上必須屬於「被告所有」，當被告死亡之後，這些應予沒收或追徵的財產，已經轉為其繼承人所有，不再是被告所有，若再對該繼承人因繼承而享有的財產追徵或沒收，無異將這些制裁轉為處罰無辜的繼承人，再考量未涉入犯罪的繼承人並無預防必要性，因此不得發動獨立的沒收或追徵程序⁴⁹。準此，雖然有反對見解，但通說均認為不得依第 76a 條規定，對已死亡被告的財產展開獨立的追徵或沒收程序。

其次，德國刑法第 76a 條只是基於訴訟理由而例外獨立展開的特別程序而已，因此其他沒收或追徵的要件仍須具備，否則尚不得為本條規定的獨立

⁴⁵ NK-StGB-Herzog, § 76a Rn. 2.

⁴⁶ Eser, in: Schönke/Schröder, § 76a Rn. 5.

⁴⁷ 就此德國學說與實務意見甚為分歧，以德國實務見解為例，2000 年時曾有判決認為，若被告死亡後，仍得依德國刑法 73d 條規定，在有事實足以認為被告財產得自犯罪時，對系爭財產予以擴大追徵（vgl. OLG Stuttgart, NJW 2000, 2598），不過較近期的實務見解則反對 2000 年的見解（vgl. OLG Frankfurt NSTZ-RR 2006, 39），認為此時不得追徵。

⁴⁸ OLG Frankfurt NSTZ-RR 2006, 39, 40.

⁴⁹ Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 76a Rn. 5.

宣告程序⁵⁰。

除了上述情況以外，第 76a 條第 2 項則特別規定：當刑事訴追時效已經完成，或有其他不得再行刑事訴追的事由發生時，理論上不得再發動刑事制裁，此時應不得再為追徵或沒收，不過第 2 項特別許可德國刑法第 74 條第 2 項第 2 款與第 3 項（危險物之沒收與可能供危險犯罪者實施不法行為之物的沒收），以及第 74d 條第 1 項（文書之沒收）等兩類沒收制裁，這兩類沒收制裁得於行為人免於刑事訴追時為獨立的沒收⁵¹。

最後，第 76a 條第 3 項則另外規定了，當有特定被告的刑事程序仍可得進行時，亦可能出現有罪判決時，雖被告成罪，但法院仍依特別規定免除其刑，（Absehen von Bestrafung），或依檢察官、法院的裁量而得暫停其程序進行時，仍可獨立進行本條規定的沒收或追徵宣告程序⁵²。

4. 程序法的相關規範

除了實體法規定之外，德國刑事訴訟法也對獨立命令有相關規定，這些規定大致上可分為兩部分說明：首先是關於獨立沒收命令的保全程序規範，其次是獨立沒收命令本身的裁判程序規範。

就保全程序而言，其重點自然是必須對於得追徵或沒收的財產予以扣押或禁止其交易，此一法律規定見於德國刑事訴訟法第 111b 條第 1 項，該項授權得對上述財產扣押（Beschlagnahme）⁵³，而若原財產已經無法再行追徵或沒收，而須依德國刑法第 73a 條及第 74c 條轉為以代替物進行追徵或沒收時，此時依德國刑事訴訟法第 111d 條第 1 項規定，得對可得替代的財產為物之扣留（dinglicher Arrest）⁵⁴，不論是扣押或物之扣留，依第 111e 條規定，均由檢察官向法官聲請為之，亦即採法官保留（第 1 項），不過若於情況急迫情況下，得先由檢察官為之，但應於一週內向法官聲請許可（第 2 項）⁵⁵。

其次是有關獨立命令的程序進行規則，已如前述，這類的程序屬於無被告的客觀程序，不過由於德國刑法要求獨立的追徵或沒收仍須符合一般要件（例如與特定犯罪相關），該客觀程序中依然要具體審查這些開展程序的要件

⁵⁰ NK-StGB-Herzog, § 76a Rn. 8.

⁵¹ Ausführliches vgl. NK-StGB-Herzog, § 76a Rn. 12.

⁵² Ausführliches vgl. NK-Herzog, § 76a Rn. 13.

⁵³ Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl., § 111b Rn. 1.

⁵⁴ Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl., § 111d Rn. 3.

⁵⁵ Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl., § 111e Rn. 1-7.

是否滿足⁵⁶。依德國刑事訴訟法第 440 條，檢察官及自訴人（Privatkläger）得向法院聲請獨立命令，該聲請可認為已經提起客觀程序之訴（Klageerhebung）⁵⁷，因此與該項獨立命令所處理的財產有關之人，在訴訟上只是程序的參與者（Nebenbeteiligte）而已⁵⁸，法院得審酌檢察官、自訴人及相關程序參與者的主張，而為最終是否獨立沒收或追徵的決定。而當獨立命令確定之後，該具有確定力的裁判就可以展開執执行程序（Strafvollstreckung）⁵⁹。

參、結 語

一、德國法制的比較與檢討

以上透過簡要篇幅，說明了德國非定罪財產沒收法制的相關議題，從整體制度取向來看，德國法並未採用英美系統所採取的民事沒收或對物訴訟機制，財產充公的問題基本上被保留在刑事實體層面與程序進展過程之中，這一點其實與我國在法制現有機制，以及沒收、追徵法制未來可能因應的修正方向⁶⁰，有著高度雷同性，但即使德國法未採納英美系統的作法，實際上仍然有相近似的因應規範，只不過既然這些近似於民事沒收及對物訴訟的因應規範被保留在刑事法體例中，就必須受到刑事法基本原則，諸如無罪推定、不自證己罪、罪刑法定主義等基礎價值的制約，這也使得德國法與英美系統有著完全不同的討論主軸。

筆者無意評判美、德制度的優劣，這是不同國家政策取向及制度選擇的問題，真正關鍵的問題其實在於：我國應該如何從中選擇適合的制度，並予以實踐性地立法⁶¹？依筆者之見，若要全面性地引入美國的對物訴訟至我國刑事司法體系，似乎仍有待斟酌。對物訴訟是一種完全與刑事司法切割的民事（準刑事司法）制度，其之所以可以沒收的法律依據是刑事法，但實際的

⁵⁶ Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl., § 440 Rn. 2.

⁵⁷ Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl., § 440 Rn. 4.

⁵⁸ Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl., § 440 Rn. 12.

⁵⁹ 在此所謂的執执行程序專指將確定裁判效果實現而言，與另一個刑事執行概念（Strafvollzug）指監所中徒刑執行內容並不相同。Vgl. Laubenthal/Nestler (Fn. 29), Rn. 480.

⁶⁰ 參見黃士元，同註 7，頁 64-68。

⁶¹ 學理上亦有相關建議的討論，參考曾淑瑜，〈犯罪所得沒收追徵及保全之研究〉，《軍法專刊》，58 卷 2 期，2012 年 4 月，頁 60-66。

程序卻是走向民事法院，我國若引納了民事沒收與對物訴訟制度，檢察官自應向民事法院提起沒收或追徵被告犯罪所得的訴訟，這樣的制度在民事、刑事庭明確區別的我國司法實務，是否能夠接受，不無疑問。

固然引入對物訴訟制度之後，政策打擊犯罪所得，甚而是沒收被告因犯罪而不法獲得的海外資產，都可以一併解決，但採納這樣的制度時，我們無異承認刑罰由不同法院審理判定的二軌系統，涉及成罪與否認定、罪名、自由刑與罰金刑時，必須由刑事法院嚴格認定，但只要涉及沒入財產或犯罪所得，則無須由刑事法院出面，而是委諸民事法院，這種作法勢必割裂我國原有的司法系統。

審酌上述引納民事沒收及對物訴訟的困難之處，筆者認為或許參考德國法制是對修正現行法時比較理想的作法，亦即，我們只要在刑法或刑事訴訟法上，擴大承認獨立沒收制度的適用可能性，增訂因事實上不能之原因而必須先由刑事法院裁定沒收的相關規定，同時一併增加調降證明需求的犯罪所得沒收條文，此時絕大多數的問題都可迎刃而解，這個作法也不致過大地改變法制現況。

先就基礎規定而論，相對於我國法將追徵定性為無從沒收時的備位措施，德國法明確地區別沒收與追徵兩類不同的法效果，犯罪所得原則是追徵而非沒收層次的問題，某程度而言，這種明確區分沒收與追徵對象的立法建制，在法律效果上相當清楚、明確，也遠較我國法沒收、追徵、追繳、抵償極度混亂的立法例更好。

先從實體面來思考，已如前文所述，德國法制就本案被告欠缺定罪判決時的補充性的財產充公機制，其立法目的顯然用以沒收或追徵第三人或未定罪的被告本人財產，雖然在一定程度上，這些制度達成有效打擊犯罪、阻止未來再犯可能性的效果，但這些以打擊犯罪、吸納犯罪所得為規範主軸的條文往往被批評違反罪責原則、牴觸無罪推定或罪疑惟輕原則，但就緩和追討財產時的證明需求看來，倒是不能完全否定其實質效果。

基此，筆者認為就擴大第三人沒收部分而論，德國現行通說強化可歸責性判斷的見解應可作為折衷之道⁶²，亦即一方面許可擴大第三人沒收，但另一方面則在解釋上嚴密地控制第三人沒收的可歸責條件。而對被告犯罪所得在無法定罪時減輕證明程度的擴大追徵，筆者初步也認為該項制度對犯罪預

⁶² 更深入的討論，另參見 Eser (Fn. 10), S. 228 ff.

防有一定效果，不過必須從追徵本身法律定性的問題，重新架構追徵及擴大追徵的適用，才能建立適當且合宜的財產充公制度。

而在實體法之外，德國早於 1960 年代即有刑法第 76a 條，即使被告逃亡或出現刑罰障礙時，仍可以在一定條件之下，由檢察官直接聲請法院沒入其犯罪關聯財產，這些制度的運作，使得刑事司法機關能在欠缺有罪判決之時，仍可透過特別的聲請程序有效剝奪被告的犯罪所得。不過我們也必須注意，雖然德國在實體法上承認外於刑事訴訟的獨立追徵、沒收程序，但這不表示追徵、沒收已經徹底民事化或可以全盤獨立於刑事訴訟，相反地，德國承認的獨立追徵、沒收程序，其實是串連在「**從現有證據看來，被告應屬有罪，但因事實原因而無法獲得有罪判決**」的前提上，該獨立程序其實只是附屬於尚無法真正進行的刑事程序，並為了貫徹特定的犯罪防治功能，而作為原刑事程序的輔助機制，倘若原來的刑事程序無法再獲得有罪判決時，除非涉及所謂的危險物品或具有供他人犯罪危險之物品，否則作為輔助機能的獨立程序當然也不能再獨立存在，這一點尤其可見於被告死亡案例中，能否再行發動獨立追徵程序以追討其犯罪所得，雖然有少數判決承認此時亦得發動獨立的追徵程序，但德國實務與學說的多數見解反而認為，既然刑罰權已因被告死亡而消滅，再以獨立程序追徵財產，無異於處罰繼承人，此外，這種追徵也欠缺實質的預防犯罪效果，從這些理由更可以清楚地看見，德國學理其實無意真正將獨立的追徵、沒收機制完全獨立於「欠缺但可得預期的有罪判決」，毋寧將兩者的關係緊密相扣，而其中關鍵理由，正是刑罰權執行必然針對犯罪人而非財產，當針對犯罪人的處罰已經不再可能時，沒有任何理由可以執行其財產。

除此之外，德國對於追討財產的事前保全及事後救濟，基本上在其立法中都有相當完整的規定，德國刑事訴訟法規定事前可得扣押應沒收或收徵之物，也有替代物的扣留規定，至於程序進行過程中，只要啟動獨立的沒收、追徵命令程序或對物訴訟，雖然財產受到實質干擾的被告或第三人已經不再是當事人，但仍然可以透過參與程序的方式獲得實質的保障，並在裁判過程中於法院前陳述意見。

二、我國法制未來修正方向

以上大致分析了德國法有關非定罪時的財產充公制度，如果可以接納筆

者以上看法，那麼未來要能有效實現非定罪情況下的犯罪所得沒入，或可考慮朝向幾個方向修正：

第一，現行刑法第 40 條第 2 項許可「單獨宣告沒收」違禁物或專科沒收之物，刑事訴訟法第 259 條之 1 亦得於職權不起訴或緩起訴時「單獨宣告沒收」，而證人保護法也有許可單獨沒收的規定，除了上述規定以外，筆者認為應再擴大得「單獨宣告沒收」的範圍，尤其包括「被告逃亡經通緝而未能到案」、「經過調查仍無法確知犯嫌身分」、「被告業經赦免」、「被告的追訴權時效或行刑權時效已完成」等事實上出現處罰障礙的狀況。

值得特別說明的問題是：就被告死亡時能不能單獨宣告其犯罪所得，德國法持反對看法，但若以我國法脈絡而言，倒不一定要與德國法採取相同見解。質言之，我國刑事訴訟法 470 條第 3 項規定：「罰金、沒收、追徵、追繳及抵償，得就受刑人之遺產執行」，從該項規定觀察，當受刑人死亡後，在遺產範圍將其財產充公，仍得認為是原刑罰之延續，而非處罰其繼承人，基於相同法理，當被告死亡而欠缺有罪判決時，若以其遺產為限而單獨宣告沒收，並未超出上述規定的授權範圍。基此，筆者認為新修增訂的單獨宣告沒收仍可納入被告死亡的類型，在刑事訴訟法第 470 條第 3 項有效的前提下，我國法尚無德國法的顧慮。

第二，雖然我國刑法第 38 條第 1 項第 2 款許可沒收供犯罪所用或犯罪預備之物，但其沒收原則上僅限於被告所有，如果屬不構成任何刑責的第三人所有，而故意提供給被告使用⁶³，或重大疏失不為管理而為被告持之為犯罪所用，此時原則上不能予以沒收。然而綜觀德國法制，該第三人雖不成立刑責，但就預防層面而言，沒收該第三人的財物實有重大的預防功效，基此本文亦主張，我國未來可以考慮參考德國刑法第 74a 條規定，對該第三人所有而協助犯罪之財物沒收，但在條文用語上，必須有效確立該第三人就協助被告犯罪的可歸責內涵。

第三，考量引納德國透過實體法明確限定降低證明需求的追徵犯罪所得類型，這是基於有效預防犯罪，從而設法全面性剝奪被告財產的政策考量，此項規定未來應可考慮納入我國法的範圍，在此或可效法德國法第 73d 條規

⁶³ 或許有質疑認為，此時該第三人已經成立幫助犯，但筆者要強調的是，幫助犯的成立其實是相當受限的，必須有故意犯罪的正犯，同時行為人的幫助行為還必須逾越可容許風險，如果行為人只是中性幫助行為時，往往不成立幫助犯，此時就有可能出現明知他人犯罪，某所有人提供財物供犯罪之用，但因屬中性幫助行為而不成立幫助犯。

定，在我國法上納入較低證明需求的追徵犯罪所得之實體法明文，但此項修正建議並非毫無前提，筆者認為必須先有效釐清追徵在我國法的法律地位之後，才能許可納入減輕證明負擔的擴大追徵規定，亦即，必須能夠在立法上有效確立追徵與刑罰、保安處分的屬性關係，並認定追徵或至少減輕證明負擔的追徵屬於保安處分，可以在一定程度緩和犯罪及刑罰相關原則的適用前提下，才能容許新增此類型的追徵規範。

第四，德國法對於沒收相關的保全程序與救濟程序，都有非常完整的規定，此外，德國單獨宣告沒收或追徵的制度，都有明確可茲依循的作法，法條也都揭明關係人以程序參與者參加裁判程序的條件及其權利、義務，相對於此，我國法似乎仍不夠完備，特別是單獨宣告沒收程序的關係人權利保障，現有的規定仍有待加強，未來或可參考德國法的規定進一步落實有關規定⁶⁴。

以上從德國法的分析立場，討論了我國現有非定罪沒收程序未來的改正方向。當被告逃亡於國外時，由於難以在訴訟上將其定罪，如何能夠在欠缺有罪判決的情況下，對該被告的國內及國外資產進行有效的監控與沒入，均有賴非定罪沒收制度的完善，否則當我國無法先行作成沒收逃亡者海外資產的裁判時，要透過接續司法互助而達成期盼的效果，事實上相當困難。

綜上所述，筆者認為我們必須先落實內國法制，將非定罪的沒收制度完備之後，才能夠建立尋求外國協助的發軔點，至於如何整備我國法制，若能參考與我國法比較接近的德國法制，或許能夠降低整合難度，也能減少接軌過程中的轉換成本，不失為一個比較理想的思考方向。

⁶⁴ 有關討論，參考林孟皇，〈論犯罪所得的扣押、追繳、沒收、追徵與抵償—評最高法院97年台抗字第185號刑事裁定〉，收於氏著：《金融犯罪與刑事審判》，2版，2011年9月，頁419-425。

