

108 年度台上大字第 3594 號不同意見書

法官 吳 燦

壹、問題之提出與爭點

Q1：檢察官起訴甲涉犯竊盜罪嫌，審判中發覺贓物已移轉給乙

Q2：檢察官起訴甲涉犯貪污罪嫌，審判中發覺犯罪所得已移轉給乙

在 Q1 案件，除非檢察官於本案第一審言詞辯論終前，追加起訴乙犯贓物罪嫌，否則法院不得對乙為審判，此即所謂之控訴原則，或稱不告不理原則。在 Q2 案件，如果檢察官未於本案最後事實審言詞辯論終結之前，追加聲請沒收，法院得否對乙判決沒收該犯罪所得，此涉及沒收第三人財產，是否亦類如犯罪之審判，同有控訴(不告不理)原則之適用。

關於此一法律爭議，本件大法庭於行言詞辯論時，曾邀請臺北大學王士帆助理教授、成功大學陳運財教授¹擔任鑑定人。王助理教授認為犯罪所得沒收之宣告，乃法定之法律效果，合於義務沒收之法定要件者，不論該犯罪所得屬於被告或第三人，法院即應依職權宣告沒收，無待當事人之聲請²。陳教授則認為第三人所有物之沒收，在實體刑法上，係對第三人財產之剝奪，乃一獨立於被告罪刑以外之法律效果，檢察官對於被告本案起訴之效力，並不及於第三人所有物之沒收。有關第三人所有物之沒收，亦有憲法第 8 條第 1 項、釋字第 384 號解釋所定包括控訴原則及訴訟防禦權等正當程序之適用，因認檢察官於本案未聲請沒收，縱使審理中法院認有必要，亦應視本案訴訟進行狀況，「曉諭」檢察官追加聲請沒收，而不得逕依職權裁定命該第三人參與

¹ 陳教授亦係司法院刑事訴訟法「沒收特別程序」研修委員會之委員。

² 王士帆，《最高法院 108 年度台上大字第 3594 號鑑定意見書》，21-22 頁。

沒收程序，並為第三人財產沒收之宣告³。

2016 年 7 月 1 日施行之沒收新制，其於刑法係列為獨立章名(第五章之一)，並定位為刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性；相應之程序法，如沒收主體為被告以外之第三人，則於刑事訴訟法(下稱刑訴法)增訂第七編之二「沒收特別程序」，依立法說明，即係為因應沒收第三人財產等實體規範，所應恪遵之正當程序，乃參考德國刑訴法、日本「關於刑事案件中沒收第三人所有物程序之應急對策法」(下稱日本應急對策法)而制訂。此一沒收第三人財產，所應恪遵之正當程序，除賦予第三人參與沒收程序之訴訟防禦權外，依現行法規定，並不排除控訴原則之適用。惟本院刑事大法庭 108 年度台上大字第 3594 號裁定(下稱系爭裁定)，多數見解不採此說，爰提出不同意見書。

貳、第三人參與沒收程序與控訴原則

控訴原則，又稱不告不理(告即應理)原則，乃指法院之審判，應先經「訴訟上之請求」⁴，始得為之。控訴原則是近代刑事訴訟採取彈劾原則之產物，為刑訴法基本原則之一，不論訴訟結構採取職權進行，或當事人進行主義，均有其適用，並為釋字第 384 號解釋所闡述之程序法上「實質正當之法律程序」之一。又此一原則，不限於起訴案件，即聲請案件⁵亦有其適用。

³ 陳運財，《有關「第三人沒收之特別程序與控訴原則」之意見書》，10 頁。

⁴ 最高法院 95 年度台上字第 2633 號判決：「起訴係一種訴訟上之請求，犯罪已經起訴，產生訴訟繫屬及訴訟關係，法院即有審判之權利及義務」。106 台上 122、1347、2106 判決均同旨。

⁵ 最高法院 108 年度台非字第 169 號判決：「依卷附數罪併罰聲請狀所載，被告於 107 年 12 月 22 日臺灣臺南地方檢察署以該聲請狀向其查詢時，已在狀紙之「不同意就上開案件聲請定刑」欄內打「V」，表示無請求合併定應執行刑之意願，該署檢察官爰祇對被告所犯如附表編號 1 至 3 所示 3 罪，向原審法院聲請合併定其應執行刑，有該聲請書在卷可稽。原審未察，竟遽就如附表編號 1 至 4 所示 4 罪，裁定定應執行刑，揆諸前揭說明，已非適法，亦有未受請求之事項予以裁定之違誤。」

一、第三人參與沒收程序亦有控訴原則之適用

刑訴法第 455 條之 13 第 2 項規定：「檢察官提起公訴時認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載該意旨」，此之「應於起訴書記載該意旨」，亦即檢察官應附隨於起訴書記載聲請沒收第三人財產之旨⁶，乃指檢察官於起訴書請求法院宣告沒收之意思表示，應認為係一項獨立之訴訟上之請求(獨立發生訴訟關係，與起訴合併為一次性之多數訴訟關係)。必檢察官有聲請，法院才有准駁，檢察官無聲請，法院並無裁判之義務，此乃刑訴法採行控訴原則及改良式當事人進行主義應有的新思維與新作法；另刑訴法第 455 條之 26 復規定沒收第三人財產之主文及理由應記載之事項(即法院判決應記載事項，俾符合告即應理原則)，則刑訴法上開法院判決關於第三人沒收之主文諭知及理由記載，自以有訴訟上之請求為前提，否則即係違反不告不理原則⁷。

按刑訴法第 455 條之 26 第 1 項之所以規定「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決」，對應於檢察官起訴被告犯罪事實之有罪(刑訴法第 299 條第 1 項)或無罪(刑訴法第 301 條第 1 項)判決，均肇因於「有聲請即有准駁」，即檢察官聲請沒收第三人財產、檢察官起訴被告犯

⁶ 本條於立法院審議時，立法委員顧立雄曾詢問列席之司法院與法務部官員：「刑法的沒收條文在修正之後，現在對被告的沒收，以及對第三人的沒收，到底要不要經過檢察官的聲請？就是檢察官沒有聲請的話，法官可不可以對被告宣告沒收？或法官可不可以直接對第三人宣告沒收？」、「本席的意思是說，這是一個簡單的問題，就是對第三人，檢察官起訴是對 A 被告，但要對 B 這個第三人進行沒收，這個時候如果檢察官沒有發動請求宣告沒收，可不可以由法官直接依職權對 B 這個第三人宣告沒收？」、「這樣的話，這兩個版本是說檢察官應該要在起訴的時候提出起訴書或者聲請書，或者在審理中要提出聲請等等，這個意義到底在哪裡？」、「好啦！我們簡單講，就是用民事訴訟的概念，如果原告沒有起訴，法官就不會去判，對不對？本席簡單講，你們現在把民事用不當利得的觀念放到刑事來，如果檢察官沒有提出聲請，法官到底能不能依職權判嘛？就是這麼一個簡單的答案，已經說了 5 分鐘。」等疑義。細繹立委與官員之詢答過程，突顯出立委直搗第三人參與沒收有無控訴原則適用之核心問題。請參《立法院第 9 屆第 1 會期司法及法制委員會第 5 次全體委員會議紀錄》，立法院公報 105 卷 9 期，176-177 頁。

⁷ 林俊益，《刑事訴訟法概論(上)》，新學林，2018 年 9 月，139-141 頁。

罪事實而來，由此益徵第三人財產之沒收，應有控訴原則之適用。

本條項主要在規範檢察官起訴時聲請沒收第三人財產之程式，爰參照刑訴法第 264 條關於檢察官起訴程式之立法例，明定檢察官關於聲請沒收第三人財產之方式及文書應記載之事項。由是可徵，不論檢察官起訴被告犯罪(刑訴法第 264 條)，抑或於起訴時併聲請沒收第三人財產(刑訴法第 455 條之 13 第 2 項)，均屬訴訟上之請求。

本席於言詞辯論時曾詢問 2 位鑑定人，略以：德、日有無類似我國刑訴法第 455 條之 13 第 2 項及第 455 條之 26 之規定。茲據 2 位鑑定人一致明確答覆：德、日並無如我國刑訴法第 455 條之 13 第 2 項「檢察官提起公訴時認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載該意旨」之規定，可見此一規定為我國刑訴法所獨有。陳運財教授並謂此乃因日本刑法關於沒收仍屬從刑⁸之故，此與我國沒收被定位為刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，迥然不同。至於同條項另規定檢察官於起訴時並應即通知第三人，則係參考日本應急對策法第 2 條第 1 項之立法例增訂。而德國刑訴法並無如我國刑訴法第 455 條之 26 規定，亦據王助理教授陳明，陳教授則謂日本應急對策法第 7 條雖有類似規定，但不盡相同。

刑訴法第 455 條之 13 第 2 項已明文規定第三人財產之沒收於起訴時應經檢察官聲請，第 455 條之 26 復規定沒收第三人財產之主文與理由應記載之事項，此等規定亦與被告犯罪之起訴及判決應記載之事項，分別規定於刑訴法第 264 條、第 308 條至 310 條無殊，從法條規範以觀，第三人財產之沒收，自與被告犯罪之審判，同有控訴原則之適用。德國法見解或有其可供借鏡之處，但「淮橘為枳」，系爭裁定對於我國法何以會獨有上開規定，不見說理，即逕謂第三人財產沒

⁸ 日本現行刑法，有關沒收之規定係置於同法第一編「總則」第二章「刑」之第 9、19、20 條。其第 9 條規定，死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及科料為主刑，沒收為從刑。

收無控訴原則之適用，難以贊同。

二、實體法上之義務沒收規定≠程序法上法院即得逕依職權沒收

刑法規定之第三人財產沒收，包括違禁物之沒收(刑法第 38 條第 1 項)、犯罪行為人以外之第三人犯罪工具/產物之沒收(刑法第 38 條第 3 項)，及犯罪行為人以外第三人犯罪所得之沒收(刑法第 38 條之 1 第 2 項)。刑訴法第七編之二「沒收特別程序」，於此均有其適用。

第三人犯罪所得採「義務沒收」，其意義僅止於昭示在符合實體法沒收之要件時，法院應受此項效果之拘束，此與該項沒收在程序法上，究應先由檢察官發動，法院始得沒收，抑或法院得逕依職權沒收，係屬二事。檢察官對於被告本案起訴之效力，雖及於被告部分之沒收，但並不當然及於第三人財產之沒收，此亦即我國刑訴法第 455 條之 13 第 2 項何以會特別規定「應於起訴書記載該意旨」之理由。

第三人因屬犯罪行為人以外之人，在刑法上並無罪責，故沒收第三人犯罪所得之裁量，與犯罪行為人之沒收有別，除應受正當程序之保障外，在實體法上須受到下列二基準之制約⁹：即(一)剝奪第三人權利須具正當性。此一正當性之要求，見諸於我國刑法第 38 條之 1 第 2 項第 1 款之犯罪後之知情取得，及第 2 款之使用於犯罪之認識。(二)來自犯罪行為因果性之必要。亦即，沒收之事由應明確化該財產與犯罪之關連性，避免沒收過剩。

第三人財產之沒收，應同時兼具實體法沒收要件正當性及程序法為沒收裁判之正當程序，故即使「任何人都不得保有犯罪所得」係普世法律原則，亦不得據此即跳躍的認為有關第三人財產沒收之訴訟程序，不適用控訴原則¹⁰。蓋刑訴法第 455 條之 13 第 2 項已明文規定第三人財產之沒收，應由檢察官聲請，檢察官如果盡責，法院照樣可以

⁹ 山口厚，《經濟刑法》，株式會社商事法務，372-374、383、385-386 頁，2012 年 11 月。

¹⁰ 陳運財，同註 3。

宣告沒收，豈會發生如不由法院依職權沒收，即違反所謂「任何人都不得保有犯罪所得」普世法律原則？系爭裁定針對檢察官起訴被告本案之效力，何以會及於刑罰效力以外的第三人財產之沒收，僅泛言「第三人財產之沒收，乃刑法所明定」，果爾，則在 Q1 案例，是否亦可謂「贓物罪之處罰，乃刑法所明定」，即認法院亦得一併對乙論處贓物罪刑？

刑訴法關於「沒收特別程序」與「附帶民事訴訟」，分別於第七編之二、第九編訂有專編，兩者同屬依附於刑事訴訟而提起之別一訴訟上之請求，旨在避免裁判牴觸，及減輕訟累。前者由檢察官聲請（刑訴法第 455 條之 13），後者由因犯罪而受損害之人起訴請求（刑訴法第 487 條）。有異者，僅止於在立法政策上，第三人參與沒收係採於所附隨之刑事本案終局判決為裁判，而附帶民事訴訟則另以刑事附帶民事訴訟判決終結之而已。單從裁判終結方式，實無從得出系爭裁定所謂之「(第三人)沒收之訴訟相關程序即應附麗於本案審理程序，無待檢察官聲請，而與控訴原則無違」。

參、刑訴法第 455 條之 13 第 3 項之立法經過與正解

本條文草案於司法院會銜行政院送立法院時，行政院提出修正版為對案，其條文¹¹如次：「檢察官有相當理由認應沒收第三人財產者，於提起公訴前應通知該第三人，予其陳述意見之機會（第 1 項）。檢察官提起公訴時聲請沒收第三人財產者，於起訴書或聲請書記載下列事項：一、本案案由及其管轄法院。二、被告之姓名、性別、出生年月日、身分證明文件編號或其他足資辨別之特徵。三、應沒收財產之名稱、種類、數量及其他足以特定之事項。四、違法事實要旨。五、得

¹¹ 請參《立法院第 9 屆第 1 會期第 1 次會議議案關係文書》 院總字第 161 號 政府提案第 15529 號，2016 年 2 月 1 日。

向管轄法院聲請參與沒收程序之意旨(第 2 項)。前項第三款及第四款，應提出相當可信之證據(第 3 項)。前二項關於聲請書之規定，檢察官於審理中之聲請，亦適用之(第 4 項)。」

行政院版第 4 項「前二項關於聲請書之規定，檢察官於審理中之聲請，亦適用之」，其增訂理由為「考量偵查中若被告在押，檢察官於提起公訴時，尚不及清查第三人之帳戶及金流，或於審理中，始發現應沒收之財產，自應由檢察官於審理中以聲請書聲請沒收，故於第四項規定，以利實務彈性運用。」本條項係為因應檢察官未及於起訴時聲請沒收，增訂檢察官於審理中仍得聲請沒收第三人財產，並應以聲請書記載第 2 項各款之事項送達(通知)第三人。

行政院版之本條第 4 項，雖經修正為第 3 項：「檢察官於審理中認應沒收第三人財產者，得以言詞或書面向法院聲請。」相對應於第 2 項規定：「檢察官提起公訴時認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載該意旨」，及行政院原提案增訂之原由，此之「得以言詞或書面向法院聲請」，當係指檢察官於審理中聲請沒收第三人之財產，而非立法說明所指之「聲請法院依職權裁定命第三人參與沒收程序」。蓋刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項前段既已規定法院於必要時，應依職權裁定命第三人參與沒收程序，則法院是否職權開啟，自有其判斷餘地，又何須勞費檢察官聲請？如此規定，豈非蛇足？此觀司法院為因應刑事訴訟法第 455 條之 13，配合增訂之《法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項》第 181 點，亦載為「法院對檢察官於審理中聲請沒收第三人財產之處理」甚明。但本條立法說明三卻謂：「檢察官於審理中認應沒收第三人財產者，雖沒收之調查與認定，屬法院應依職權進行之事項，但檢察官仍負協力義務，其自得以言詞或書面向法院聲請，請求法院裁定命該第三人參與」，似不無郢書燕說。

解釋法律方法中之文義解釋，係單獨針對法律條文文字，確定其意義。歷史解釋，則藉由立法或修法的資料、立法理由等，以了解法律用詞或法律條文的意義。由於法規條文係以文字形成，文義解釋是法規解釋最基本的方法，也是法律解釋首先必須使用的方法，故如法文之文義明確，則僅能為文義解釋，歷史解釋應予退位。關於本條項所指之「聲請」，法條文義明確，不必別事他求，不惟學者謂係檢察官於審理中聲請沒收第三人財產¹²，陳運財教授並稱之為「追加聲請」¹³，即實務¹⁴亦然。刑訴法第 455 條之 13 第 3 項規定，核其性質，與刑訴法第 265 條之追加起訴相仿。是以，檢察官於審理中追加聲請沒收第三人財產，自亦屬訴訟上之請求。

檢察官於起訴時聲請沒收第三人財產，既明文規定應由檢察官以書面通知第三人，俾便利該第三人向法院適時聲請參與沒收程序，則檢察官於審理中始聲請沒收第三人財產者，自仍應同此辦理，明定由檢察官以書面通知第三人。基於第三人「受告知權」之應受保障，行政院版條文本屬正確。新法對此雖漏未規定，惟基於相同事務應為等同一之處理，自仍應由檢察官負通知之義務¹⁵。亦即，檢察官以書面追加聲請沒收者，應類推適用¹⁶第 2 項規定以書面記載各款之事項，通知該第三人；其以言詞追加聲請者，參照刑訴法第 163 條之 1 第 3、4 項規定意旨，檢察官亦應就本條第 2 項各款所列之事項分別陳明，

¹² 薛智仁，《2016 年刑事程序法回顧：沒收程序法、羈押閱卷與證據法則》，臺大法學論叢，46 卷特刊，2017 年 11 月，1507 頁。

¹³ 陳運財，同註 3。

¹⁴ 例如，臺灣高等法院 107 年度重上更(二)字第 43 號裁定即謂：檢察官於本院 108 年 6 月 20 日審理時，當庭以言詞聲請對昭 0 公司因承包上揭工程而違法取得之款項予以沒收(見本院更二卷三第 52 頁反面)，……，本院認有依職權裁定命昭 0 公司參與本案沒收程序之必要。

¹⁵ 此在採由檢察官通知或公告之日本法，其於審判程序中始發現第三人應沒收物時，亦仍應由檢察官在該階段為通知或公告。請參臼井滋夫、鈴木義男，《刑事事件における第三者所有物の沒收手続に関する応急措置法の解説》，法曹時報，15 卷 9 号，1963 年 9 月，1258 頁。

¹⁶ 賴彌鼎，《略論第三人沒收新制之程序保障》，全國律師，2016 年 6 月，33 頁。薛智仁，同註 12，1507 頁。

由書記官記明筆錄，將筆錄送達第三人，使其有向法院聲請參與沒收程序之機會。

肆、刑訴法第 455 條之 13 與第 455 條之 12 之體系解釋與適用

一、系爭兩條文立法倒置之體系解釋與適用

刑訴法第 455 條之 12 第 1、3 項規定，主要在賦予財產可能被沒收之第三人參與刑事本案沒收程序之權限，確立其程序主體地位，以保障其權利。至於第 455 條之 13 第 2、3 項，則係分別規定檢察官於起訴時或審理中認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載聲請沒收之旨，或於審理中以言詞或書面追加聲請沒收，並通知第三人，俾其有向法院聲請參與沒收程序之機會。

亦即，第 455 條之 12 第 1、3 項之規定，旨在賦予第三人「準被告」地位，俾保障其訴訟防禦權；第 455 條之 13 第 2、3 項則屬於控訴原則之規定。兩者雖均為使第三人免於受到突襲性裁判之雙重擔保，缺一不可，亦不得相互取代，但仍有先後之分。必先有控訴原則之滿足，始生訴訟防禦權之保障問題，在此意義下，自不得僅以如系爭裁定所謂之訴訟照料，因已賦予第三人「準被告」充分行使訴訟防禦權為由，而免除或取代對於該第三人應受控訴原則之保護¹⁷。

刑訴法第 455 條之 12 第 1、2 項¹⁸，係參考日本應急對策法第 3 條第 1 項立法例增訂；第 455 條之 13 第 2 項，則係參考日本應急對策法第 2 條第 1 項之立法例而增訂。依日本法第 2 條「通知」、第 3 條「參加之程序」之規定，我國法條之立法順序顯然倒置，但就體系

¹⁷ 陳運財，同註 3。

¹⁸ 本條立法說明二雖謂：爰參考德國刑訴法第 432 條第 2 項、日本應急對策法第 3 條第 1 項之立法例，於本條第 1、2 項明定該第三人得聲請參與本案沒收程序及其聲請之程式。惟德國刑訴法第 432 條第 2 項應為「偵查程序」參與之規定，故此立法理由指示似有誤解。請參林鈺雄，《德國刑事沒收程序逐條釋義—第三人參與、單獨宣告及事後程序》，法學叢刊，62 卷 2 期，2017 年 4 月，頁 7 註 8。

解釋與適用次序而言，亦應是條次在後之第 455 條之 13 第 2、3 項即檢察官沒收聲請及通知為先，再次才是條次在前的第 455 條之 12 第 1、2 項之第三人以書狀聲請參與沒收程序。

二、刑訴法第 455 條之 12 第 3 項前段之適用

第三人參與沒收程序之開啟，現行法採雙軌制，迥異於德、日之單軌制。亦即，除得由第三人於受通知後自行聲請，經法院裁准參與者外，刑訴法第 455 條之 12 第 3 項前段，另規定得由法院依職權裁定命第三人參與。

第三人於受通知後，未於法定期間聲請參與沒收程序者，依日本應急對策法第 7 條但書規定，即得不待其參與而為沒收之裁判，此乃推定該第三人放棄參與之權利。

我國刑訴法採與日本法不同之立法，於第 455 條之 12 第 3 項前段規定：「第三人未為第一項聲請，法院認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序。」係以第三人未聲請參與沒收程序，作為法院得依職權裁定命該第三人參與之前提條件，故法院之職權開啟，應僅具補充性。

本條立法說明三前段雖謂：「依卷證顯示本案沒收可能涉及第三人財產，而該第三人未聲請參與沒收程序時，基於刑事沒收屬法院應依職權調查事項之考量，法院自應依職權裁定命該第三人參與。」然此所謂第三人未聲請參與沒收程序，在解釋上，自應以該第三人已受通知而未適時聲請參與沒收程序者為限。蓋第三人若未能知悉其財產可能被沒收，又何來得為第 1、2 項之聲請參與程序？難道要課第三人每天到法院來打探是否沒收其財產不成？

是則，本條項前段所指法院得依職權裁定命該第三人參與沒收程序，當亦必須先有檢察官向法院聲請沒收第三人財產，並通知第三人

之前提要件充足後，因該第三人未適時依刑訴法第 455 條之 12 第 1、2 項以書狀向該管法院聲請參與沒收程序，於法院認有必要時，始得依第 3 項前段職權開啟。

三、刑訴法所建構之第三人參與沒收程序

依上說明，刑訴法第 455 條之 13、之 12 兩條文所建構之第三人參與沒收程序應為：(1)為了使第三人事先知悉其財產可能被沒收，並及時聲請參與程序，若是檢察官於起訴時聲請沒收第三人財產，有通知第三人之義務（第 455 條之 13 第 2 項）；檢察官在審判中才聲請沒收（第 455 條之 13 第 3 項），新法未規定通知義務，為保障第三人之聽審權，宜類推適用第 2 項之通知義務。(2)第三人經通知者，得於本案最後事實審言詞辯論終結前，以書狀向該管法院聲請參與程序（第 455 條之 12 第 1、2 項）¹⁹。(3)第三人經通知後，未以書狀向該管法院聲請參與程序，法院認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序（第 455 條之 12 第 1 項、第 3 項前段）。

伍、法院逕依職權裁定命參與沒收程序之疑義

關於第三人參與沒收程序之開啟，依刑訴法第 455 條之 12 第 1、2 項規定，得由第三人聲請，經法院核准參與，系爭裁定亦謂「第三人既是程序主體，其聲請參與，乃為權利，並非義務」。果爾，則在第三人於受通知後，卻未依第 1 項規定聲請參與沒收程序，理應推定該第三人放棄參與之權利，但第 455 條之 12 第 3 項前段，又規定得由法院依職權裁定命第三人參與，則第三人之參與沒收程序，究屬其權利或義務，此種拼湊式之立法，即不免疑義。

參諸刑訴法第 455 條之 12 第 3 項前段係規定：「第三人未『為』

¹⁹ 以上(1)、(2)部分，請參薛智仁，同註 12，1507 頁。

第一項聲請，法院認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序。」而非規定：「法院認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序。」是以，在第三人未受通知前，法院職權開啟之條件無由成就。從而，法院依卷證顯示本案沒收可能涉及第三人財產，在檢察官未聲請沒收、亦未通知該第三人，即逕依職權裁定命其參與沒收程序，並諭知沒收該第三人之財產，除不符刑訴法第 455 條之 12 第 3 項前段之規定，並有下列疑義：

一、不符合沒收第三人財產之正當法律程序

刑訴法增訂「沒收特別程序」，係為因應沒收第三人財產等實體規範，所應恪遵之正當程序²⁰，此一正當程序除包括前述釋字第 384 號解釋之控訴原則外，關於國家公權力侵奪人民財產權所應踐行之正當法律程序之實質內涵，並經釋字第 409 號以次之諸多解釋²¹中加以闡明，其中之一即為釋字第 731 號所揭示之「受告知權」。湯德宗大法官在其部分協同意見書中闡釋：本號解釋之貢獻乃在其明白釋示：

「受告知權」(right to be informed)亦屬憲法所要求之「正當法律程序」之內涵；進而提出：(一)「受告知權」乃「正當程序」之核心概念，以及(二)「受告知權」乃有效行使權利之前提，故屬正當程序之一環。並謂法院之裁判應包含三項要素，即受裁判者應受(1)「受告知權」(即獲悉指控的權利)、(2)「聽審權或防禦權」(即就指控進行答辯的權利)、(3)「公正受審權」(即於公正法庭前受審的權利)之保障，始符憲法所要求之正當法律程序。此三要素並可化成兩句法諺：

「兩造兼聽」與「任何人不得自斷其案」。「兩造兼聽」所以「公平」，「任何人不得自斷其案」所以「公正」²²。

²⁰ 修法之前，大法官葉百修在釋字第 678 號解釋所提出之協同意見書，即認為沒收第三人合法取得之物應經正當法律程序。

²¹ 釋字第 663、689、709、731 號解釋。

²² 以上請參釋字第 731 號解釋，湯德宗大法官部分協同意見書。賴彌鼎，同註 16，32-

第三人財產之沒收，屬於干預人民財產權的強制處分，自亦應保障第三人之受告知權，由檢察官通知，始能符合國家限制人民財產權所應踐行之正當法律程序之要求。法院依卷證顯示本案沒收可能涉及第三人財產，於認有必要時，即逕依職權裁定命該第三人參與沒收程序，係在第三人毫不知情之情況下突襲性之作為，等同剝奪第三人對於沒收程序參與就審前之實質答辯權²³，違反「受告知權」應受保障之正當法律程序，實與「法院自斷其案」(恣意)無殊，即形式上已難認「公正」，遑論其他。

二、有違改良式當事人進行主義之精神

1999 年全國司法改革會議，定調刑事訴訟的走向在於「增強當事人進行主義」，隨後於 2002 年修正刑訴法第 161 條檢察官負實質舉證責任，並參考日本刑訴法第 298 條之立法例，修正刑訴法第 163 條，宣示「當事人舉證先行原則、法院職權調查為輔」之證據調查模式。

依刑訴法第 161 條第 1 項規定，檢察官按諸「控訴原則」，對「被告犯罪事實」，即(1)犯罪構成事實。(2)違法性、有責性及處罰條件等事實。(3)犯罪時間、地點或方法如屬犯罪構成要件要素者，其事實。(4)有關刑罰加重、減輕或免除之事實；亦即，凡與確定刑罰權之存在，暨刑罰權之內容與其範圍之事實，均應由檢察官負實質的舉證責任。倘檢察官所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無法說服法院以形成被告有罪之心證者，應貫徹無罪推定原則²⁴。

第三人之財產，如係由檢察官聲請沒收者，檢察官應負舉證責任。此參刑訴法第 455 條之 35 立法理由三：「聲請法院沒收人民財產，係

34 頁。

²³ 第三人於受通知後聲請參與沒收程序者，依刑訴法第 455 條之 14 規定，法院於裁定前應通知聲請人及相關人員等給予陳述意見之機會。

²⁴ 刑事妥速審判法第 6 條參照。

對憲法所保障人民財產基本權之侵害，性質上為國家對人民之刑事處分，因而本條第二款至第四款所定沒收之前提要件，應由檢察官舉證，始足保障人民財產權免受國家違法、不當之侵害」至明。則檢察官起訴時聲請沒收第三人財產，依刑訴法第 455 條之 13 第 2 項第 3、4 款應通知之事項，與第 455 條之 35 第 2 至 4 款規定相同，自應由檢察官負舉證責任。

2003 年修正之刑訴法走向，係以改良式當事人進行主義作為刑事訴訟架構之基本原則，實已大幅淡化職權主義色彩，負有提出證據義務者當屬控訴之一方。審判以法庭為活動中心，訴訟程序原則上由當事人主導，法院僅具補充性介入，與德國法之職權進行，有其本質上之差異。修法迄今已歷 17 年餘，法院必須與時俱進，不能膠柱鼓瑟，一成不變。以累犯加重為例，實務恆認「累犯係法院應依職權調查之事項」，釋字第 775 號解釋理由書第 3 段，則揭禁累犯加重亦應適用檢察官負實質舉證責任之原則，即其適例。

第三人財產之沒收，乃對於刑罰效力以外之人，所為之財產剝奪與侵害手段，其對人民憲法上財產權之干預，不亞於被告之刑罰，自應由檢察官聲請發動，並負實質舉證責任。沒收第三人財產，涉及第三人的財產來源係出於不法之舉證，迥異於犯罪行為人之沒收。在檢察官未聲請沒收、法院逕依職權開啟第三人參與沒收程序，如再要求檢察官就沒收第三人財產事項負舉證責任，實不啻緣木求魚。對此，審判筆錄記載檢察官的回應：「請依法辦理」五字箴言者，不在少數。之所以如此，正是法院一方之「包攬訴訟」所致。系爭裁定既謂法院得逕依職權裁定命第三人參與沒收程序，卻又高舉「檢察官仍負有舉證責任」之大旗，試問：如果檢察官不舉證，是否即應如同被告犯罪之不能證明，而依刑訴法第 455 條之 26 第 1 項後段規定，諭知不予

沒收之判決？抑或是僅止於「道德勸說」、吹哨子壯膽而已，法院仍然依職權窮盡調查？

三、破壞刑訴法三面關係之角色與分工，違反公平法院之中立性

刑訴法關於犯罪之審判，由檢察官、被告雙方當事人立於訴訟主體地位(基於武器對等，被告並受律師協助)，互相攻擊、防禦，法院則本其中立、客觀、超然、公正立場，予以裁判，構成訴訟結構之三面關係。第三人參與沒收係依附於刑事訴訟而提起之別一訴訟上之請求，旨在避免裁判之牴觸，則形成法院、檢察官和參與人(準被告)之另一結構的三面關係，彼此各有之角色與分工，實與犯罪之審判無異。法院依卷證顯示本案沒收可能涉及第三人財產，即逕依職權裁定命該第三人參與沒收程序，不啻形成法院與參與人二面關係的對決，除造成刑訴法第 455 條之 13 已形同具文，更讓檢察官在此一程序中缺席，宛如「隱形人」，破壞刑訴法三面關係之角色與分工。對於檢察官在沒收審判程序中之不作為，但又對之提起第三審上訴為爭執，最高法院 106 年度台上字第 1658 號判決直斥：依卷內資料，檢察官於起訴書及第一審、原審審理中，均未請求法院宣告沒收本案車輛，原審亦未就是否沒收本案車輛部分為判決，自不得就未受原審判決之前開部分，向本院提起第三審上訴。如此鏗鏘有力並於法有據之判決，在系爭裁定出爐後，基於「禁反言」，恐怕將從此消聲匿跡而不復見矣！

何況，即便是在採法院職權命令第三人參與之德國法，其若涉及對第三人之狹義沒收或利得沒收者，檢察官亦應於起訴書表明欲對何人施加何等效果，並敘明其事實及法律之依據(聲請處刑令者，亦同)。亦即，檢察官通常於起訴書中提出參與命令之聲請，由法院將起訴書連同德國刑訴法第 207 條第 2 項之開啟審判之裁定 一併通知該參與

人²⁵。反觀我國部分檢察官在第三人參與沒收程序之「置身事外」，不就是法院仍不脫職權舊思維所縱容的結果？

再者，第三人沒收係附隨於本案之有罪判決而存在，設若一審判決無罪，上訴二審後，檢察官未聲請沒收，第二審法院卻逕依職權裁定命第三人參與沒收程序，將不免讓人產生本案為有罪預斷之誤會，恐亦有失公平法院之中立性。其於被告始終為無罪答辯者，法院逕依職權裁定命第三人參與沒收程序，亦同有此一疑慮。更可議的是，法院逕依職權裁定命第三人參與沒收程序，再如系爭裁定所謂之「並不當然即應為第三人財產沒收之宣告」，然後依刑訴法第 455 條之 26 第 1 項後段規定，諭知不予沒收之判決，此不惟已嫌自我矛盾，更讓該第三人莫名所以，如此作為，與「擾民」曷異？

陸、結語

「沒有程序正義，就沒有實質正義」。刑訴法係辦理刑事案件之基本手續法，必須根據該法所定程序進行，方屬適法。第三人財產之沒收，屬於干預人民財產權的強制處分，自應遵循正當法律程序為之，法律已明文規定應先由檢察官發動聲請沒收，類如被告犯罪之審判，同有控訴原則之適用。因此，檢察官於起訴時或審理中，認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載聲請沒收之旨，或於審理中向法院追加聲請沒收，並通知第三人，以保障其「受告知權」，便利向法院聲請參與沒收程序及為訴訟準備。

基於公平法院之中立性，最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議即決議：「案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院得依刑

²⁵ 林鈺雄，同註 18，12、18 頁。

訴法第 273 條第 1 項第 5 款規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請」。同此法理，依卷證顯示本案沒收可能涉及第三人財產，法院認有沒收必要，如檢察官未聲請沒收，宜曉諭檢察官為聲請²⁶，並通知該第三人，不應逕依職權裁定命該第三人參與沒收程序，對該第三人財產諭知沒收。經曉諭後，檢察官仍不聲請者，乃其裁量之結果，記明筆錄即足，法院不必越俎代庖。現代法院，不可能扮演「包公」，也不必成為「包工」，本於訴訟結構三面關係之分工，該檢察官的，就還給檢察官！

最高法院 107 年度台上字第 2101 號判決：「刑法沒收修正後，既將沒收定位為獨立的法律效果，則檢察官對於被告起訴之效力，並不當然擴張及於第三人財產之沒收。是以，刑事訴訟法第 455 條之 13 第 2、3 項乃分別規定，檢察官於起訴時或審理中，認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載聲請沒收之旨，或於審理中向法院聲請沒收，並通知第三人，以便利第三人向法院聲請參與沒收程序及為訴訟準備。至於刑事訴訟法第 455 條之 12 第 1、3 項規定，主要在賦予財產可能被沒收之第三人參與刑事本案沒收程序之權限，確立其程序主體地位，以保障其權利。上開條文規定之立法順序雖然倒置，但就體系解釋而言，必先充足刑事訴訟法第 455 條之 13 所定檢察官向法院聲請沒收第三人財產，並通知第三人之前提要件，而有第三人未依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 1、2 項以書狀向該管法院聲請參與沒收程序之情形，法院始得啟動同條第 3 項前段之『認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序』，俾符控訴原則。蓋非如此，刑事訴訟法第 455 條之 13 將形同具文。又刑事訴訟法第 455 條之 13 第 3 項所指檢察官於審理中『得以言詞或書面向法院聲請』，係指檢察官於審理中

²⁶ 學者主張應「曉諭」檢察官聲請者，除陳運財教授外，另請參陳靜隆，《沒收程序與立法評析》，刑事法雜誌，60 卷 4 期，2016 年 8 月，17-18 頁。

聲請沒收第三人 之財產(法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第181點參照)，而非聲請法院依職權通知第三人參與沒收程序。從而，依卷證顯示本案沒收可能涉及第三人財產，而檢察官於提起公訴之同時，未於起訴書記載聲請沒收第三人財產之旨，亦未於審理中追加聲請者，法院即應曉諭檢察官為聲請，如檢察官未聲請，法院不得依刑事訴訟法第455條之12第3項規定，依職權裁定命該第三人參與沒收程序，對該第三人財產諭知沒收。」係依據刑訴法第455條之12、第455條之13所建構屬於我國法之第三人參與沒收程序，符合刑訴法增訂「沒收特別程序」，係為因應沒收第三人財產等實體規範，所應恪遵之正當程序的規範目的。在控訴原則之要求下，如檢察官未聲請沒收，於法院認有必要時，曉諭檢察官為聲請，除為學界所肯認，並符合最高法院一向所堅持之公平法院之中立性，況所謂「曉諭」，祇是開個金口，實務運作並無困難之處，惜仍未為多數見解所採。何者為是，祇能留供外界檢驗。

系爭裁定旨在貫徹所謂「任何人都不得保有犯罪所得」的普世法律原則。但過剩的正義，或如陳運財教授所云：「更值的注意的是，要真正落實剝奪犯罪所得，關鍵在於偵查階段能否迅速有效進行保全扣押，如容許法院不待檢察官之聲請即可依職權調查而諭知沒收第三人之財產，將不免造成部分檢察官因期待法院於審判中發動職權，而怠於起訴前先盡早釐清應沒收財產之數量或範圍而積極行使保全扣押，其結果，反而不利達成剝奪犯罪所得之法目的，不可不慎。」²⁷

法官案牘勞形，系爭裁定出爐後，必然加劇。但號稱百年變革的刑法沒收新制，究竟為國庫增加了多少收入？幫被害人要回了多少金錢？抑或多淪為「竹籃打水」一場空，祇剩裁判書一本而已？

²⁷ 陳運財，註3。