

國立台灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law, College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



沒收之保全扣押：以德國法為比較對象

The Freezing Measures of Confiscation:
A Comparative Study between Germany and Taiwan

謝人傑

Hsieh Ren Chieh

指導教授：林鈺雄 博士

Advisor: Lin Yu Hsiung, Dr. jur.

中華民國 107 年 7 月

July, 2018

謝辭



能完成此本論文，首先要感謝我的父母和家人支持，在研究所完成一本需要花費異常時間的論文，現今是成本效益完全不符的作業，你需要說服自己這是有價值的事，也需要身邊的人總是相信你。

讓我感慨的是，我寫的是一本對抗資本遊戲的論文，但現實生活中我們還是逃不開各種隱藏的精算與剝削。我從大學一路到研究所，看著台大一路追求頂大，再怎麼拉抬學術的高度，氣氛的消逝總是騙不了人，所以聰明的人早就想辦法離開了，喜歡學術的人就算真的做了了不起的事，也不會獲得什麼實質的鼓勵。但制度再怎麼冰冷，人心還是有其溫暖，感謝與我同門的學長姐、學弟妹，所有同學、好友，在這段時光的相互幫助，以及相互對於浪費時光的安慰。

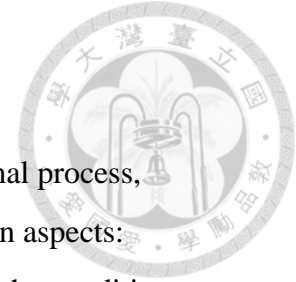
最後能完成此本論文，要感謝我的指導教授林鈺雄老師的提攜與照顧，除了進研究所後充分給予我各種學習機會，這本大幅參照外國法資料的論文，如果沒有老師的指點與提供資源，不辨門徑又何能窺堂奧。也感謝另兩位口試老師亦師亦友的指導與鼓勵。

中文摘要

德國沒收保全扣押法制，包括扣押與假扣押之區分、與實體沒收請求權間之對應、對被害人的賠償機制、命令與執行的層次劃分，以及跨領域間的整合等五大面向，在歷史發展上，並與犯罪利得剝奪的促進習習相關。我國2016年6月刑事訴訟法修法，同樣為促進犯罪利得剝奪，仿德國法修正我國扣押法制後，德國又於2017年4月修正新法，兩者相較下，我國基於對追徵的誤解以及命令與執行間的區分不清，新增保全追徵扣押時欠缺「價額」概念，以致於在後續執行問題及協助被害人之機制，乃至於跨領域間的銜接，與德國法相較有其矛盾與不精確之處。

關鍵字：沒收、扣押、利得剝奪、被害人賠償機制、德國刑事訴訟法

ABSTRACT



The German legal system of the freezing measures in criminal process, which secure future execution of confiscation, contains five main aspects: difference between seizure and attachment, correspondence with the conditions of confiscation, the compensation model for criminal victims, the sequence of ordering and enforcing, and the cross-field legal integration. From historical perspective, the modification of the legal system in Germany has been closely related to the deprivation of illegal proceeds. 2016 June amendment of criminal confiscation process law in Taiwan, which is mainly referred to the German law, is also aimed at strengthening the legal instruments of illegal proceeds deprivation. However, as to freezing measures of confiscation, the legal system in Taiwan not only omits the concept of monetary value, but also keeps ordering and enforcing undistinguished, as a result, the legal system is full of contradictions and inaccuracies.

Keywords: confiscation, freezing measures, deprivation of illegal proceeds, compensation model for criminal victims, The German Code of Criminal Procedure

簡目



第一章 緒論	1
壹、研究動機.....	1
貳、研究目的.....	7
參、研究方法.....	11
肆、論文章節安排.....	18
第二章 德國法之規範體系	20
壹、德國保全扣押規範之五大軸線.....	20
貳、德國沒收保全扣押規範之立法演變.....	44
第三章 德國法之細部設計	54
壹、保全扣押之命令.....	54
貳、保全扣押之執行.....	100
參、保全扣押之效力.....	119
肆、保全扣押之變更與終結.....	127



伍、被害人賠償機制.....	137
陸、與行政法領域之整合.....	173
第四章 我國沒收保全扣押新法檢討.....	178
壹、保全追徵扣押之增訂.....	179
貳、與實體法沒收對應之保全扣押.....	199
參、以刑事執行為中心之被害人協助.....	216
肆、命令與執行並重之程序設計.....	237
伍、跨領域之同步修訂問題.....	270
陸、我國長年存在之論理問題.....	289
第五章 結論.....	298
參考文獻.....	302
壹、德文部分.....	302
貳、英文部分.....	304
參、中文部分.....	304



附錄：德國法沒收 2017 年新法相關條文..... 309

A. 刑事訴訟法 (StPO)309

B. 刑法 (StGB)317

C. 秩序違反罰法 (OWiG)323

D. 刑事訴訟法施行法 (StPOEG)324

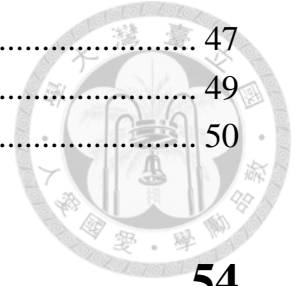
E. 刑法施行法 (StGBEG)324

詳目



第一章 緒論	1
壹、研究動機	1
一、以我國沒收法制之重構為背景	1
二、保全扣押作為沒收法制之一環	4
貳、研究目的	7
一、動態發展中之爭點釐清	7
二、功能與人權之間之政策決定	9
參、研究方法	11
一、以德國法為主要比較對象	11
二、我國文獻回顧	15
肆、論文章節安排	18
第二章 德國法之規範體系	20
壹、德國保全扣押規範之五大軸線	20
一、第一軸線：對原物之扣押／對替代價額之假扣押	20
二、第二軸線：基於利得沒收之保全／基於一般沒收之保全	27
三、第三軸線：對關係人之干預處分／對被害人之賠償機制	32
四、第四軸線：命令程序／執行程序	36
五、第五軸線：刑事法領域／與其他法領域之整合	41
貳、德國沒收保全扣押規範之立法演變	44
一、實體法沒收體系之確立	45

二、加強打擊組織犯罪的變革.....	47
三、加強償還協助的體制化.....	49
四、歐盟指令下之 2017 年新法.....	50



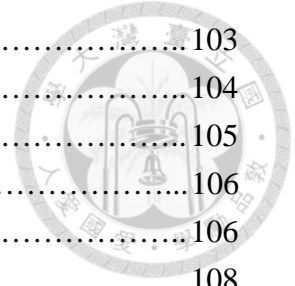
第三章 德國法之細部設計..... 54

壹、保全扣押之命令.....54

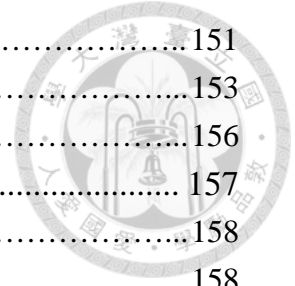
一、命令之權限分配.....	55
1. 偵查法官制度下之法院權限.....	55
2. 刑事追訴機關之緊急權限.....	58
(1) 德國法之偵查人員制度.....	58
(2) 遲延危險下之緊急權限.....	61
二、命令之實體要件.....	63
1. 沒收可能性.....	63
(1) 嫌疑門檻.....	64
(2) 沒收請求權.....	67
2. 保全必要性.....	75
3. 比例原則與裁量基準.....	78
4. 基於其他請求權所為之保全扣押.....	80
(1) 保全罰金之假扣押.....	81
(2) 保全訴訟費用之假扣押.....	82
三、命令之程序進行.....	84
1. 法院事前之命令程序.....	84
(1) 沒收原物扣押之命令.....	84
(2) 替代價額假扣押之命令.....	86
2. 追訴機關之緊急命令.....	90
(1) 緊急命令之形式.....	90
(2) 法院之事後確認.....	91
3. 法院之審查與權衡.....	92
4. 文書之特別程序.....	96

貳、保全扣押之執行.....100

一、執行方法.....	100
1. 扣押之執行方法.....	101
(1) 對動產所為之扣押執行.....	101



(2) 對債權所為之扣押執行.....	103
(3) 對不動產所為之扣押執行.....	104
(4) 對船舶、航空器所為之扣押執行.....	105
2. 假扣押之執行方法.....	106
(1) 與民事訴訟法間的適用關係.....	106
(2) 假扣押執行方法與扣押間之異同.....	108
二、執行機關與執行情序.....	109
1. 檢察官的統一權責.....	109
2. 對動產執行時之權限分配.....	112
3. 保全訴訟費用之執行.....	114
三、扣押執行後之處置.....	114
1. 扣押命令之送達.....	115
2. 扣押物之管理.....	115
四、執行方法之異議.....	117
參、保全扣押之效力.....	119
一、相對轉讓禁止.....	119
1. 從民事執行而來的扣押效力設計.....	119
2. 保全扣押意義下之相對轉讓禁止.....	122
二、扣押效力與破產程序之關係.....	124
肆、保全扣押之變更與終結.....	127
一、關係人供擔保之變更.....	127
二、罰金及訴訟費用保全之限制.....	129
三、保全財產之緊急變賣.....	130
四、保全扣押命令之撤銷.....	134
伍、被害人賠償機制.....	137
一、對被害人之通知.....	137
二、動產於程序中之發還.....	140
1. 發還之適用範圍.....	141
2. 發還對象之擇定.....	144
(1) 發還最後持有人.....	144
(2) 發還被害人.....	146
(3) 發還第三人.....	149



(4) 發還要件顯著之要求.....	151
3. 發還之程序.....	153
4. 發還之救濟.....	156
三、被害人請求權之實現.....	157
1. 個別執行之禁止.....	158
2. 被害人賠償機制之適用範圍.....	158
3. 賠償機制之運作模式.....	161
(1) 沒收利得原物時之賠償機制.....	162
(2) 沒收替代價額時之賠償機制.....	164
(3) 沒收替代價額不足清償時之賠償機制.....	165
陸、與行政法領域之整合.....	173
一、秩序違反罰法與刑事沒收保全.....	173
二、租稅通則與刑事沒收保全.....	175
第四章 我國沒收保全扣押新法檢討.....	178
壹、保全追徵扣押之增訂.....	179
一、增訂保全追徵扣押之實務意義.....	179
二、刑事訴訟法第 133 條第 2 項之條文設計.....	182
1. 特別法的普通法化.....	183
2. 欠缺價額概念之保全追徵扣押.....	185
(1) 超額或不足額扣押的疑慮.....	185
(2) 欠缺價額帶來的調查財產負擔.....	187
三、保全扣押之核心要件.....	190
1. 嫌疑門檻與保全扣押要件.....	191
2. 比例原則與保全扣押要件.....	192
3. 我國法院實務上新舊見解之過渡.....	195
圖 1：沒收保全扣押之核心要件.....	198
貳、與實體法沒收對應之保全扣押.....	199
一、沒收實體新法之實踐.....	199
1. 沒收範圍擴大下「屬於」要件之解釋.....	200
2. 連帶沒收而來的連帶扣押.....	202

3. 追徵定位之作繭自縛.....	204
4. 裁量沒收與義務沒收間之奧義.....	207
(1) 過苛條款的立法錯誤.....	207
(2) 我國新法下的裁量定性.....	209
二、以洗錢為切入點的擴大沒收.....	211
1. 不明來源財產之擴大沒收.....	211
2. 洗錢防制法的凍結帳戶處分.....	213
圖 2：我國現行沒收體制與扣押關係圖.....	215

參、以刑事執行為中心之被害人協助.....216

一、我國法下被害人求償之途徑.....	216
1. 透過附帶民事訴訟求償.....	216
2. 扣押與被害人聲請受償的關聯.....	217
二、基於物權而來的贓物發還.....	219
1. 贓物發還的適用限制.....	219
2. 贓物發還欠缺程序機制.....	221
三、沒收宣告與被害人權利之衝突關係.....	222
1. 潛在排除模式與執行運作模式.....	222
2. 被害人受迅速填補之可能.....	226
四、執行程序中運作之被害人賠償機制.....	227
1. 聲請發還與給付間的差異.....	228
2. 執行名義要求的立法失誤.....	230
五、通知被害人義務之建立.....	234
圖 3：我國現行法下被害人賠償機制.....	236

肆、命令與執行並重之程序設計.....237

一、法官保留原則與命令、執行之分離.....	237
1. 緊急扣押的尷尬定位.....	238
2. 附隨於搜索與否之複雜判準.....	239
(1) 附隨於搜索票審查的扣押.....	240
(2) 定位不清的附帶扣押、另案扣押.....	241
(3) 附隨於緊急搜索之扣押.....	244
(4) 附隨於違法搜索之扣押.....	244
3. 扣押原因競合時之適用爭議.....	245
4. 同意扣押之不對等關係.....	247
5. 事前法官保留作為程序保障之實踐.....	249

圖 4：扣押改採法官保留原則之解釋爭議.....	251
二、執程序法律密度之提升.....	252
1. 扣押之執行方法與程序.....	252
(1) 與強制執行法相仿之沒收保全扣押執行.....	252
(2) 執行方法的立法疏漏.....	254
2. 供擔保之扣押變更.....	257
3. 扣押之禁止處分效力.....	259
(1) 處分禁止之意義.....	260
(2) 刑事保全扣押與民事執行之調和.....	262
4. 扣押物之管理與變價.....	266
圖 5：我國沒收保全扣押執行概覽.....	269

伍、跨領域之同步修訂問題.....270

一、利得沒收與罰金之競合.....	270
二、沒收與行政罰上罰鍰之競合.....	274
三、國庫作為被害人之稅捐競合.....	279
四、執程序競合之整合.....	282
1. 刑事保全扣押程序優先.....	282
2. 終局執行之群團分配.....	284
圖 6：跨領域競合問題總覽.....	288

陸、我國長年存在之論理問題.....289

一、院檢警之權限分配.....	289
1. 檢警的偵查主之爭.....	289
2. 院檢的職權劃分與業務負擔.....	291
二、財產權審查的體系不全.....	294

第五章 結論..... 298

參考文獻..... 302

壹、德文部分.....302

一、註釋書	302
二、專書	303
貳、英文部分	304
參、中文部分	304
一、專書	304
二、期刊論文	304



附錄：德國法沒收 2017 年新法相關條文	309
A. 刑事訴訟法 (StPO)	309
B. 刑法 (StGB)	317
C. 秩序違反罰法 (OWiG)	323
D. 刑事訴訟法施行法 (StPOEG)	324
E. 刑法施行法 (StGBEG)	324



第一章 緒論

壹、研究動機

一、以我國沒收法制之重構為背景

本論文之研究動機，始於近年來我國學說、實務，因食安事件而對沒收法制重構之關注。先簡單地介紹背景，此次沒收法制之重構作業¹，首先實現於2014年11月通過之《食品安全衛生管理法》(本文簡稱「食安法」)第49-1條沒收規定之修正。該規定之修法契機，源自於修法先前接連引爆之食品安全事件，其中最具代表性的就是2013年爆發之【大統混油案²】。

【大統混油案】

大統長基食品公司代表人高振利自2007年1月1日起，為降低大統公司生產油品之成本，於製造橄欖油、葡萄籽油等油品時，指示大統公司之員工依其調製之配方，將芥籽油、棉籽油等價格較為低廉的油品，添加例如「銅葉綠素」之色素予以調色，添加香精予以調味，以等等方式混充並標示為較高價的油品販售，藉以賺取成本價差。此長時間的犯行於2013年10

¹ 早在2008年法務部即注意到我國沒收法制不全之問題，為「加強查扣貪瀆、重大經濟犯罪、毒品案件犯罪所得」，法務部於2009年成立「查扣犯罪所得法令研修工作小組」，試圖提出「扣押與沒收犯罪所得法制修正建議方案」，以作為藍本進行相關法制之修訂，詳見，〈法務部為澈底掃除貪腐歪風，成立「查扣犯罪所得法令研修工作小組」，維護社會公義〉，法務部新聞稿，2009年2月17日，備份於：<https://goo.gl/WJJ2vP>。其後該工作小組雖完成研究，及至2011年我國也因數名重大通緝要犯逃亡海外，其犯罪所得無從追討而又引發沒收法制修法之討論，例如，〈通緝犯捲款外逃 擬修法沒收〉，中央社新聞，2011年10月31日，備份於：<https://goo.gl/mlHdwO>。然而該次修法工作最終仍未能將草案送進立法院，而與本文下述之研究背景，包括2015年12月、2016年6月修正公布之沒收實體、程序新法，修法方向有異，兩者間並無直接的因果關係。在沒收新法已通過的情況下，該次修法之研修過程將不會是本文之討論重點。

² 大統混油案之刑事判決，請見，彰化地院102年度易字第1074號刑事判決、智慧財產法院103年度刑智上易字第13號刑事判決，下列有關案例事實之介紹亦參考此二判決。

月 16 日爆發，掀起油品之食安風暴，經彰化地檢署介入調查，針對大統公司及其代表高振利與兩名員工製造並販售混充油品之犯罪事實，分別以違反食品安全衛生管理法，刑法詐欺罪、虛偽標記罪等罪予以起訴。



以【大統混油案】為代表，我國接連發生之數起食品安全事件³，以食品之摻偽、假冒為主要之型態，本質上皆是所謂的經濟犯罪，以獲利為犯罪之主要目的。當學說、實務在思考法律層面上如何解決此類問題時，在刑事法的領域，讓目光再次落到了我國實務過去長期忽略而未有效運作之犯罪利得沒收，開啟了法制重構之歷程。食安法因而於 2014 年兩度修正，先於該年 2 月增訂了第 49-1 條簡略之沒收規定，同年 12 月再修正該條條文，充實其實體與程序要件。

然而，沒收作為預防犯罪之刑事政策一環，並不僅限於食安案件與食安法，所有刑事案件都可能須考量沒收的問題。此點在食安法之立法過程透過學說主張，亦被突顯出來，立法院甚而在 2014 年底之修法過程中，於黨團協商之階段通過附帶決議⁴，要求法務部及司法院應於食安法修正通過後，三個月內提出刑法、刑事訴訟法等等相關修正草案交由立法院審議。

然而沒收相關之立法問題，並非如此容易，當時我國不只普通刑法沿襲民國初年之沒收法制，過於陳舊而根本未考量如何處理上開如食安案件之

³ 在該段期間，光是油品相關案件即層出不窮，各案件皆有與大統混油案類似之問題。例如味全公司因購買大統公司混油製成油品販售，同樣引發疑慮之【味全混油案】(台北地院 103 年度金重訴字第 21 號判決)；富味鄉公司以類似手法，於黑芝麻油中混滲低廉的黃麻油、特黑油之【富味鄉混油案】(彰化地院 102 年度矚易字第 2 號判決、智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 94 號判決)；強冠公司收購回收廢油和餿水油，混合豬油出廠之【強冠餿油案】(屏東地方法院 103 年矚訴字第 1 號判決)；頂新公司進口越南大幸福公司之豬油精煉製成食用油，油品品質引發疑慮之【頂新劣油案】(彰化地院 103 年度矚訴字第 2 號、104 年度訴字第 314 號判決)。

⁴ 請見，立法院第 8 屆第 8 會期第 14 次會議紀錄，刊：《立法院公報》，103 卷/76 期/院會紀錄，頁 85，附帶決議十三：「鑒於我國現行刑法體系中關於非犯罪行為人（未受刑事訴追之第三人）之不法利得取回機制未臻完善，無法有效遏止犯罪，導致食安或公害事件一再發生，法務部及司法院應自《食品安全衛生管理法》民國 103 年 11 月 18 日修正通過後，三個月內提出《刑法》、《刑事訴訟法》、《行政罰法》或《民法》等其他相關修正草案交由立法院審議，以釐清沒收第三人不法利得之性質非屬「從刑」，而係類似不當得利返還之衡平措施，並賦予被沒收者程序參與權，以符合現代法治國家對於剝奪人民利益時應踐行之正當法律程序」。

經濟犯罪問題，成群的特別刑法中沒收規定更是雜亂無章，甚至進一步混淆了體系，而未必能在各領域達其功能⁵。因此，為了實現一套能妥善運作之沒收體系，由上述食安案件以及食安法附帶決議所開展之學說討論，一直都從立法論為出發點⁶，期望以立法手段重塑沒收之性質與規範體系，不只是實體法，也包括搭配之程序法⁷。單從解釋論角度，無從自舊法建構堪用之基礎沒收體系，當時已是學界與實務之主流見解。

在食安法附帶決議以及學說、實務之強力推動下，我國沒收法制終於在2015年12月就普通刑法進行了一般性的修正。該次修法⁸針對實體法，一般性地針對所有刑事案件，一方面重整了體系，例如在沒收底下統一區分犯罪物沒收（刑法§38）與利得沒收（刑法§38-1）、統一無法沒收時之替代手段為追徵（刑法§§38 IV, 38-1 III）。另一方面擴大了沒收的功能性與實效性，充實其規範目的，包括明文列入了第三人之利得沒收（刑法§38-1 II）、程序有阻礙時之單獨宣告沒收（刑法§40 III）等等。此外，依刑法施行法之同步修正（刑法施行法，本文簡稱「刑施」§10-3），於上開刑法沒收之新法施行日前，所有其他法律中關於沒收、追徵、追繳、抵償舊有之規定，於2016年7月1日刑法沒收新法施行後不再適用。從此時點以後，沒收新法全面性取代舊法優先適用，我國法上討論沒收之各式問題，因而與舊法之出發點已全然不同，進入嶄新之局面。

搭配上上述實體法之變革，相關之程序法規定，也終於在2016年6月修

⁵ 我國沒收舊法缺失之綜覽，僅參閱林鈺雄，〈綜覽沒收新舊法(上)〉，《月旦法學教室》，第162期，2016年4月，頁52-70。

⁶ 沒收修法前之立法論倡儀，實體法方面例示如，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，頁53-84；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，頁85-101；薛智仁，〈犯罪所得沒收制度之新典範？評析食安法第四十九條之一之修正〉，《臺大法學論叢》，44卷特刊，2015年11月，頁1327-1394。

⁷ 程序法之立法論倡儀，例如林鈺雄，〈沒收之程序問題(上)/(下)—德國法之鳥瞰與借鏡〉，《月旦法學教室》，151/152期，2015年5/6月，頁58-71/68-74；王士帆，〈德國犯罪利得之扣押與假扣押—以基礎規定(§§111b~111f StPO)為中心〉，《月旦法學雜誌》，241期，2015年6月，頁125-154。

⁸ 相關條文與立法理由，請見，立法院第8屆第8會期第14次會議紀錄，刊：《立法院公報》，104卷/98期2冊/院會紀錄，頁260-279，亦得參考，林鈺雄，《新刑法總則》(5版)，頁755-774之整理。

正公布通過⁹，施行日期與實體法同為 2016 年 7 月 1 日，該日以後之訴訟程序皆適用新法（刑事訴訟法施行法，本文簡稱「刑訴施」§7-9）。本次通過之程序法規定，大致可以分為幾塊，其中即包括沒收之保全扣押。可惜的是，相較於早些時日即提出之刑事訴訟法草案¹⁰，主要針對刑法修法新增第三人利得沒收，設計搭配之第三人參與之程序規定（刑訴§§455-12～455-33），在立法院內經司法院與法務部之協商，相對地在立法過程中獲得許多討論¹¹。沒收之保全扣押由於於同時間陷入立法與否之爭論¹²，是在 2016 年 5 月修法三讀之前夕，才匆匆地經立法委員提案送進立法院¹³。最後通過之條文，相較於第三人參與程序修法之高密度，沒收保全扣押僅通過相對精簡之版本，相關修法之討論，也未必能展現於立法過程中。

二、保全扣押作為沒收法制之一環

本文即是在上述立法歷程之背景下，關注到沒收保全扣押之重要性。要理解其重要性何在，我們可以先概觀一下所謂沒收之保全扣押，於沒收程序乃至於整體法體系中，實踐面與理論面上地位究竟為何。

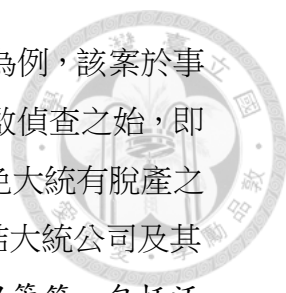
⁹ 該次修法除程序法外，亦針對 2015 年 12 月通過之實體法再作小部分之修正。本文以下若指稱我國 2015 年 12 月修法為沒收實體法修法、2016 年 6 月修法為沒收程序法修法，係依其主要修正之內容，為指稱之方便而來的用語。

¹⁰ 司法院於 2016 年 2 月 1 日與行政院會銜，首次將沒收相關之刑事訴訟法草案送進立法院，該份草案內容請見，立法院第 9 屆第 1 會期第 1 次會議議案關係文書/院總第 161 號/政府提案第 15529 號。

¹¹ 如上註之公報所示，2016 年 2 月 1 日主要有關沒收第三人參與程序之刑事訴訟法草案，因司法院與行政院就條文有不同意見，而分列甲案：司法院、乙案：行政院之處，曾有高達 8 處之多，各該爭議因而於立法過程中獲相當程度之討論。

¹² 因沒收程序法草案欠缺保全扣押之批評，例如如，林鈺雄，〈沒收是司法頒發的戰士授田證？〉，自由時報電子報，2016 年 5 月 2 日，備份於：<https://goo.gl/qUktds>。

¹³ 與本次修法相關，沒收保全扣押之草案共有 2 案，分別由國民黨籍立委與民進黨籍立委提案。其中最後修法通過者，主要是民進黨籍立委之提案，該案於 2016 年 5 月才提案進入立法院，草案請見，立法院第 9 屆第 1 會期第 1 次會議議案關係文書/院總第 161 號/委員提案第 19126 號。該草案實質內容是由司法院擬具，司法院網站上之版本，請見：<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/download.asp?sdMsgId=46722>（最後瀏覽日：2018 年 7 月 31 日）。

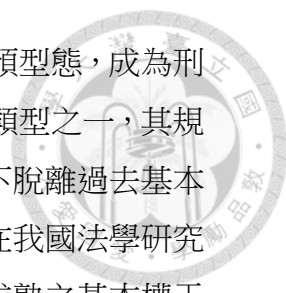


一樣以上述【大統混油案】中有關保全扣押之實務問題為例，該案於事件爆發之初，由於輿論對於大統公司之批評不斷，檢方於開啟偵查之始，即積極地介入控管大統公司及其負責人高振利之財產。為了避免大統有脫產之可能，彰化地檢發出「扣押命令」，以公文函請各銀行，凍結大統公司及其代表人高振利「在臺灣銀行等 12 家銀行開立的全部帳戶、保管箱，包括活期、定期、支票、綜合、黃金及其他帳戶，禁止提款、轉帳、扣款及其他給付及支出」，「只開放一個銀行帳戶供高周轉」。「另外針對大統長基公司及高振利名下的不動產，向地政事務機關聲請禁止任何移轉、轉讓及處分，其中包括大統公司名下土地 10 筆、房屋 3 筆，以及高振利名下土地 10 筆、房屋 6 筆」，大統公司之不動產「包括線西鄉大統廠房的土地、鹿港鎮大統觀光工廠的土地」，「檢方粗估，高振利個人、大統公司被扣押的總資產高達數十億元」。其後起訴時，檢方針對大統不法所得之計算，係認定大統公司於 96 年起 8 年來販賣混油不法所得共 18.5 億，建請法院沒收¹⁴。

上開案例中扣押之範圍與額度相當龐大，其目的不外乎是為保全將來沒收之執行。實務上有此需求很容易可以理解，國家債權之執行實現，在刑事程序中也會遇到如同民事程序中債權人遇到的難題。縱使實體法上債權人得以證明對債務人擁有債權，也經法院裁判取得執行該債權的執行名義，但若債務人在程序進行中透過各種手段成功脫產，則判決確定後對孑然一身的債務人的執行終究也只是一場空。因此，民事上即有所謂假扣押、假處分等保全措施，供民事債權人於裁判確定前透過向法院聲請加以運用。同理，國家在刑事程序中，為實現沒收之規範目的，終局透過裁判確認對關係人之沒收執行名義，一樣需要透過執行，才真的能具體實現，而於程序前階段之事先保全，就佔舉足輕重之地位，這是沒收之保全扣押最基本且核心之規範功能。

為了達到上述之規範功能，必須在刑事責任及沒收請求權確定之前，就先限制人民自由處分財產之權利，干預人民之財產權。國家機關在刑事程序中為實現刑法之規範目的，常必須發動對人民基本權有所干預之措施，而為

¹⁴ 相關扣押之細節，由於並無公開之官方文書，括號內之文字皆是參考新聞之轉述。請見〈彰檢出招 查扣大統及高振利名下資產〉，蘋果日報即時新聞，2013 年 10 月 21 日，備份於：<https://goo.gl/LqecVK>；〈黑心油商高振利 數十億資產全扣押〉，自由時報電子報，2013 年 10 月 22 日，備份於：<https://goo.gl/OhGkoJ>。



節制國家干預之權力，基本權干預之理論體系統合了各種干預型態，成為刑事程序法研究之重點項目。沒收保全扣押作為基本權干預之類型之一，其規範設計須慮及現有其他基本權干預之設計，理論研究自然也不脫離過去基本權干預理論體系之脈絡。換言之，雖然「沒收之保全扣押」在我國法學研究領域中聽來是新名詞，但在理論定位上將和其他舊有而相對成熟之基本權干預研究有所聯繫。

此外在制度設計與法學研究上，沒收之保全扣押基於其特性，會與其他相關制度有互動關係。例如在刑事程序本身，保全扣押既然是為保全刑事執行而來，則刑事執行之制度設計，亦會影響保全扣押之設計方式，兩者應當要能相互銜接。在刑事程序以外，由於刑事執行與民事執行，乃至於行政執行程序之間，本來就可能相互競合，刑事之沒收保全扣押，亦可能與民事、行政之執行程序有須相互銜接、調合之處。總括而言，執行作為國家以公權力實現權利之措施，不論是刑事、民事或是行政之執行，都應有上位共通之通則，沒收保全扣押作為執行之一環，自然不會外於其中。

而上述執行之競合，除了執行程序中權利實現誰先誰後外，更會追溯至實體法權利本身之競合。沒收作為國家因人民犯罪，基於刑事政策而生之請求權，與犯罪所生之其他請求權會產生競合關係。在刑事法領域本身，國家基於刑事政策，還會對人民課予罰金等財產刑，沒收與之可能產生競合關係。在行政法領域基於個別之規範目的，一樣有行政法上之沒收即沒入制度及同為金錢制裁之罰鍰，其等與刑事法領域之沒收及罰金亦會生競合關係。最後在民事法領域，由於刑事犯罪常常同時是民事案件，犯罪被害人因犯罪所生之民事請求權得以主張，尤其是當國家為剝奪犯罪利得而沒收時，往往會與被害人對犯罪利得之民事請求權競合，進而可能因國家保護犯罪被害人之目的而退讓，增加了沒收法制包括保全扣押制度之複雜性。

透過以上概覽，可見沒收保全扣押其規範在法律運作面上之重要性，以及在理論研究面上其定位之複雜性，尤其在上述程序、實體競合關係之介紹中，可見沒收保全扣押之研究需要跨法領域之整合。從而，沒收之保全扣押有充分之可研究性，我國學說、實務在沒收新制修正公布後，雖就各該議題已有觸及，相關學術研究如雨後春筍，但尚在發展之中，仍有許多值得深入研究之面向。因此，本文選擇沒收之保全扣押作為主要之研究範圍。

貳、研究目的



一、動態發展中之爭點釐清

基於上述本論文與我國沒收法制重構相關之研究動機，本論文之研究目的原以立法論為出發點，與我國舊法時代的學說倡儀相同（見上文壹、一），希望提供我國於沒收實體新法通過後，建構程序法時，關於沒收保全扣押部分之立法建議。但在研究過程中，沒收新制之程序法部分包括保全扣押，已於 2016 年 6 月順利修正公布，縱然立法仍有許多未竟之處，但已建構出基本之運作架構。本文之研究目的因此不能再僅限於單純之立法論，必須在新法之運作基礎之上，索驥我國法制進一步之指引。

之所以說是「指引」，是因為我國沒收法制之動態，並非立法後即一槌定音，仍有繁多的可能性。沒收從舊制銜接至新制，我國實務須跨越相當大之差距，保全扣押之部分亦是如此，若予以細究可以發現，舊法時代實務在處理沒收保全之相關問題時，因法制之缺漏，根本無法有效進行。沒收保全扣押在舊法，主要之規範依據就是刑事訴訟法第 133 條「...得沒收之物，得扣押」之規定而已，其餘規定與保全證據之扣押共用而難以切割（舊刑訴§134 以下），整體而言也過於陳舊¹⁵，一方面明確性不足，另一方面實效性更是有疑問。相關規定之爭議，光是在【大統混油案】中就不勝枚舉，一一被顯現於大統公司對檢方扣押命令所提之救濟程序¹⁶。例如得沒收之「物」，是否包括無體之債權¹⁷？扣押發動之要件為何¹⁸？扣押之執行方法為何¹⁹？扣

¹⁵ 陳舊的問題和我國沒收實體法之舊法如出一轍，於 2016 年修正前，我國刑事訴訟法第 133 條以下有關扣押之規定，幾乎在 1934 年公布之後，就沒有實質之修正。縱使我國過去學說針對證據保全之扣押之實務上問題，已經就刑事訴訟法第 133 條以下之規定提出不少指摘，仍然始終未促成扣押規定之變革。

¹⁶ 大統公司係依刑事訴訟法第 416 條，針對檢察官所為處分提起準抗告，聲請所屬法院撤銷或變更之，彰化地方法院受理並作成了 102 年度聲字第 1766 號裁定，將大統公司之聲請駁回。

¹⁷ 亦即舊法下之扣押，究竟是否包括扣押「債權」，例如對銀行帳戶凍結，帳戶數額並非實體之金錢，而是關係人先前寄託存款而對銀行擁有之債權請求權。大統混油案中彰化地院在審查大統公司之準抗告聲請時，在定性上指出「按可為證據或得沒收之物，得扣押之，刑事訴訟法第 133 條第 1 項定有明文。檢察官前於偵查中，依上開規定及檢察機關辦理刑事案件扣押財產注意事項，將被告大統公司所有如附表所示之銀行帳戶、動產、不動產為禁止處分之命令在案」。亦即，雖然從刑事訴訟法 133 條第 1 項短短的

押財產與發還被害人之關係如何²⁰？上述等等問題，在舊法時代實務未必有定見，卻都是不得不處理之問題。

實務在舊法時期的無法操作，暴露了刑事訴訟法舊法之規定，不足以滿足沒收保全之現實需求²¹。2016年6月雖然修正公布了保全扣押新法，但因新舊制間落差甚大，實務運作不可能瞬間切換，舊法時代實務基於有所缺漏之法條，對各該問題點曾發表之見解，進入新法時代後已不再堪用，必須透過案例之累積重新有所闡釋。況且，2016年保全扣押之新法，還只是簡明版的立法，立法權一般性指示作用，不足以完整地促使行政及司法部門，

文字，無法明確地得知扣押包括檢察官所為之禁止處分的型態，但法院仍將檢方所謂禁止處分之行為，定義為刑事訴訟法上之扣押。法院所援引的《檢察機關辦理刑事案件扣押財產注意事項》，是法務部於1997年公布之行政命令，該事項第3點將扣押標的之定義擴張至「為保全追繳、追徵或抵償得扣押之財產，除動產外，並包括不動產、有價證券、債權及其他一切有財產價值之權利」，此擴張在舊法時代有違反法律保留原則之疑慮。

- ¹⁸ 大統混油案中彰化地院在審查大統公司之準抗告時，針對檢方是否可以對大統公司之財產扣押，因無明文規定之扣押發動要件可以審查，亦無理論研究得以補充，法院僅泛泛言該些扣押財產「是否可供犯罪證據？是否為依法得沒收之物？是否須沒收？甚或沒收之範圍等情，仍待本院詳加釐清、確定，而本院為本件裁定時，本案部分迄未經調查、辯論及判決認定，自無從為撤銷禁止處分之決定」，駁回大統公司之撤銷請求。
- ¹⁹ 如上所述，大統混油案中檢方對大統公司及其負責人高振利所有之不動產及銀行帳戶債權進行扣押，但究竟執行方法為何，在舊法時代只能從《檢察機關辦理刑事案件扣押財產注意事項》一窺實務之作法。該注意事項第5點規定保全不動產之方式，係「將扣押意旨函請該管地政事務所禁止所有權人為處分」。針對銀行帳戶之債權，則是「以命令禁止受扣押人向第三人收取，並禁止第二人向受扣押人為清償」，以達保全之效果。
- ²⁰ 大統混油案2014年7月判決定讞當時，食安法第49-1條之沒收規範尚未修正，但當時食安法第49-1條初訂定之舊法就有「故意犯本法之罪者，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人外，屬於犯人者，沒收之」，即被害人發還排除沒收之規定。普通刑法方面，2012月之新法，亦將發還優先原則訂定於刑法（刑§38-1 V）當中，但事實上在修法之前，「發還被害人優先」，就已經是我國實務於各種案件類型普遍適用之原則（見下文第四章、參、三），而理論上，若認為未來並非沒收之對象，進而也不應該認為財產有保全扣押之必要。當時大統公司因其財產被檢方扣押，亦曾直接向彰化地檢署聲明不服，彰化地檢署卻發新聞稿表示，其之所以「立刻針對被告的犯罪不法所得加以查扣」，係為「避免被告脫產，導致日後無從執行沒收，被害人無法獲得賠償」。「只要大統公司就消費者及經銷商退貨款、支付員工薪資、營運必要費用等事宜，在相關權責機關的協助下，能夠提出具體、合理的規畫」，「就可以因應他們的需求，解除全部或一部銀行帳戶的扣押」，將扣押解除與否，繫諸於大統公司是否對被害人賠償。詳細新聞稿請見〈本署針對有關大統長基食品廠股份有限公司資產是否解除扣押之說明〉，彰化地檢署網站，2013年10月30日，備份於：<https://goo.gl/QC4Rw7>。
- ²¹ 因此過去行政機關訂立之注意事項無獨有偶，除了《檢察機關辦理刑事案件扣押財產注意事項》，還有《檢察機關辦理扣押物沒收物應行注意事項》、《檢察機關辦理刑事案件偵查中扣押物變價應行注意事項》等，該些法務部公布之行政命令，是過去有關沒收之保全扣押除了刑事訴訟法規定外，針對檢方的運作模式唯一可供公開檢視之準則。



建構一套體系一貫的沒收保全程序。舊法時代叢生之問題點，有的透過修法獲得初步的解決，但也還需要進一步針對細節，以解釋論補足體系，有的則完全未被修法觸及，除了同樣以解釋論補足外，甚至基於其重要性，應進一步提出立法論上之倡儀。

為避免在新、舊法之間見樹不見林，在上述我國法動態的發展過程中，爭點整理是很重要的工作。相較於單純針對我國舊有實務進行批判，本論文既然以尋求新法通過後之指引為目的，必須能抓到問題點所在，才能在新、舊法之間不至於混淆，不受舊有見解之限制。因此，爭點之釐清是本文研究重要之目的。

二、功能與人權之間之政策決定

釐清爭點之後，本論文最終未必是針對各個問題點，都主張一個「絕對」比較好的解決方案，因為有關沒收及其保全扣押之問題，各國法制在功能與人權之間，都還在改進與演變。針對個別問題點，法規範如何設計常常只是政策決定，也確實受制於國家之資源分配，更是與犯罪之日新月異習習相關，未必有所謂正確之解答。但是在進行政策決定時，問題點與問題點之間，還是有一定之內在關聯，選擇了 A1 之規範方式，必定要搭配 A2，選擇了 B1 之規範方式，必定要搭配 B2，一個問題點有 A、B 兩種選擇，但總之不可能也不應該是 A1 搭配 B2。本論文所欲達成的目標，在於找到這些內之關聯，在我國繼受法的背景下，避免我國繼受了 A 卻又搭配 B 之規範錯置。

我國 2016 年 6 月修正公布之保全扣押新法，就此顯露的問題就在於，並沒有在立法本身顯現出明確之政策決定。固然沒收新法之目的很明確，就是要脫離舊法「DOS 版之沒收」建立所謂「Win 版的沒收²²」，但 Win 版之

²² 此電腦版本的比喻，請見林鈺雄，註 5 文。

間還是有版本之差異，需要具備哪些配備，細節繁複，我國新法僅針對大方向初步處理而已，必須找到能體系性檢視之方法，才能找到細節之間之內在邏輯。

換言之，政策決定有多種可能性，但不是隨便怎麼決定都可以，須視立法政策之目的何在。就此可以先思考的是底線的問題，也就是究竟什麼是立法必須要擁有的要素，簡明版的立法再怎麼簡明，都不能缺失這些必要的要素，就此，本文嘗試提出以「功能」與「人權」兩個角度去觀察。就功能的角度言，既然立法政策上設定要將沒收制度升級為「Win 版」的目標，尤其實體法新制已針對沒收成立之基礎作出價值判斷，則程序法方面亦應具備基礎相對應之規定，設定的功能才能據以開展，才能真正叫作 Win 版，這就功能言保全扣押規定之底線。就人權的角度言，沒收之保全扣押既然是干預人民財產權之措施，除了實體上須有正當化干預之事由，形式上亦須符合基本權保障誠命之基本要求，例如法律保留原則、法律明確性原則等等，這就人權言保全扣押規定之底線。

滿足了功能上和人權上的底線後，在底線之上，從上述所謂基本權干預的正當化事由出發，功能和人權之間會有相互牽扯的關係。具體來說，沒收及其保全扣押如果在底線之上還想達成更多的功能，可能同時造成更深入的人權侵害，例如若為了加強沒收在刑事法上預防犯罪之目的，進一步擴大沒收及其保全之範圍，則侵害人民財產權之範圍也會隨之擴大，那麼要不要這樣規範？功能與人權之間，在符合底線的前提下，規範設計上會有利益衡量的空間。

我國 2015、2016 年之沒收修法，作為沒收法制百年以來劃時代的變革，問題在於雖然以比較法為基礎，但在功能與人權之間，部分細節卻未明確地顯現其價值選擇，進而在司法機關之續造乃至於行政機關之執行下，無法找到功能與人權之間的平衡點，或是處處仰賴個案中進行價值判斷。就此本文希望透過比較法之研究，針對沒收保全扣押之部分，在功能與人權之間進行體系性地檢視，盡可能窮盡他國實務已經處理過的爭點，在爭點的討論中具體化我國新法之價值選擇，作為將來解釋論，甚至立法論上進一步修法之參考。

參、研究方法



一、以德國法為主要比較對象

基於以上研究目的，本文選擇以德國法為主要之比較對象。之所以選擇德國法，最直接的原因是德國法就是我國 2015、2016 年沒收新法，包括保全扣押部分之主要比較對象²³，相關規定皆有對應性。因此在我國沒收新法通過之後，研究德國法之立法歷程，進而了解其實務之發展與運作，是能夠理解我國新法之立法精神，鑑往知來的方法之一。

此外，在沒收法制的比較法上，還要留意立法模式之不同。檢視世界各國立法例，大多數國家包括日本²⁴、美國，其沒收包括保全扣押之立法都是類似我國舊法的「分散式」立法模式，縱使在普通法還是有一個基礎的沒收規定，但隨著法律的演進，常為特定的規範目的，在個別有沒收需求之法律中，訂定較普通法更縝密的沒收包括其保全扣押之規定，各該特別法因而優先於普通法適用，成為實務上的 law in action。我國新法則走向如同德國現行法，採取「集中式」立法模式，將沒收之實體、程序法盡可能整合訂定於刑法、刑事訴訟法等普通法，所有規定原則上一體適用於所有刑事案件，普通法本身就是 law in action，僅在特定之特別法作細部之修正。基於上述「分散式」、「集中式」之立法模式差異，德國法的比較研究在我國新法下，可以說更有比較性及參考價值。

事實上德國法採取集中式之立法例，是德國普遍更重視抽象一般成文法之相應結果，德國向來縝密之立法，是德國法成為世界上比較法研究對象之

²³ 刑法 2015 年 12 月修法立法理由之說明，不乏明確指出參考德國法之處（刑法第 2 條說明一（三），第五章之一說明二，第 38-1 條說明二（二）、五（一）和六，第 38-2 條說明二、四，第 38-3 條說明二，第 40 條說明二）。刑事訴訟法 2016 年 6 月修法之立法理由，亦明確指出參考德國法，其中保全扣押之部分亦是如此（刑事訴訟法第 133 條理由五和六，第 133-1 條理由二，第 133-2 條理由二，第 141 條理由一，第 142-1 條理由二）。

²⁴ 日本沒收法制以利得剝奪為主的介紹，可見，林明昕，〈論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，2016 年 9 月，45 卷 3 期，頁 755-825，頁 774-777；美國沒收法制以利得剝奪為主的介紹，則可見，簡士淳，〈犯罪資產沒收之法制架構與實務觀察——以美國聯邦與加州沒收制度作為反思契機〉，《月旦法學雜誌》，265 期，2017 年 6 月，頁 187-218。

一大原因。針對本文關心之沒收保全扣押，德國法更可以說是比較法上之異數，立法雖未必完全妥適，但相對於其他國家十分詳盡，就本文所欲達成之爭點整理的工作來說，研究德國法光是在法條上就能得到許多觀察，切入點更加明確，資料也更加豐富。據此，本文希望在定位上，明確集中而深入地針對德國法作比較研究，進而礙於篇幅限制，將跨國之間，更宏觀遍及世界立法例之比較研究，留待後人處理。

不過針對德國法研究，不代表沒有任何跨國的聯結。歐洲各國在近幾十年來透過歐盟、歐洲議會及歐洲人權法院等組織，建立超國性之平台整合行政、立法及司法體系，全歐洲之政策決定與法制發展走向，對各個內國之法政策有著指標性的影響作用，德國作為歐洲各組織的核心角色，當然更是如此。德國沒收及其保全扣押之法制，自 1975 年形諸於法律，歷經數次修正後，也在 2014 年受到歐盟之挑戰，歐盟在 2014 年所作的沒收指令中，為達成打擊組織犯罪、經濟犯罪等目標，指示歐洲各國應增強沒收及其保全之有效性，德國為回應歐盟指令之要求，自 2016 年起針對沒收實體、程序法為大篇幅之修正（見下文第二章、貳、四），並於 2017 年 4 月 13 日立法通過，同年 7 月 1 日起施行。從此切入點出發，研究德國法亦會連結至歐盟的整體趨勢。

因為上述德國基於歐盟趨勢而來之修法動態，不同於單純靜態之法律比較，本論文比較法研究的對象增加了不少豐富度與複雜度。德國此次大規模的修法涉及整體觀念之重塑，修法過程中任何關於法制建構之觀點，都可能是我國立法論或解釋論可以參考之資料。況且我國之沒收新法，就是植基於德國 2017 年前之舊法而來，德國行政、立法部門在研擬新法時，針對舊法缺點所為之論辯，也都會是我國沒收新法必須留意之問題點。比較法研究當然不該是照單全收的仿作，而是藉由比較法研究擴大觀察可及的範圍，就本論文關心的問題而言，德國法基於上述之理由有相當豐富之資料，值得集中深入研究。

基於以上，本文會以德國刑事訴訟法（Strafprozeßordnung; StPO²⁵）中

²⁵ 為節省篇幅，本論文引用法條皆使用德國慣用之縮寫，以下段落將一一介紹之。由於本論文引用之法律繁多並相互交錯，引用法條條號之處皆將一一標註法律名稱以免混

有關沒收保全扣押之規範為主要之比較對象，包括規範過去之歷次修正，特別會著重在我國中文文獻目前尚未完整觸及的 2017 年沒收新法。由於實體法是了解程序法之前提，據以對應之德國刑法（Strafgesetzbuch; StGB）也會是本文之討論重點，一樣會著重於 2017 年之新法。此外，由於德國刑事訴訟法之沒收保全扣押基於性質上之類似性，相當程度地參考甚至準用德國民事訴訟法²⁶（Zivilprozessordnung; ZPO）中強制執行程序的規定，因此民事訴訟法也是本論文須介紹之重點之一，同時一樣會牽涉到實體法即德國民法（Bürgerliches Gesetzbuch; BGB）的相關問題。

在利得沒收的情形，基於實體法上被害人對犯罪利得之民事請求權，刑事之沒收保全扣押可能同時涉及民事法領域的問題，已如上述（見上文壹、二），就此也同樣牽涉到德國民法、民事訴訟法之規定。更進一步，若犯罪利得人之財產不足以清償債權時，在德國會與破產法（Insolvenzordnung; InsO）產生關聯，沒收保全扣押之設計因而也必須考量破產法之規定。再來，與刑事罰結構相仿之行政罰同樣有沒收及其保全之問題，亦如上述（見上文壹、二），行政罰在德國法下稱為秩序違反罰（Ordnungswidrigkeit），在秩序違反罰法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; OWiG）中亦有相關之規定必須探究。最後，沒收涉及之犯罪行為，通常也會涉及課稅或其他國家對人民之金錢負擔的問題，因此德國稅法即租稅通則²⁷（Abgabenordnung; AO）也會是相關必須討論之法律。

依循上述各法律之規定，本文將以法條註釋書（Kommentar）²⁸為重點

淆。

²⁶ 不同於我國將強制執行法獨立於民事訴訟法作規範，德國民事程序之強制執行法係與民事程序法置於同一部法典，放在民事程序法的後段，因此並沒有獨立的一部法典稱為「強制執行法」。

²⁷ 德國法上 Abgabe 一詞事實上是指「公課」，是比稅捐（Steuer）還再上位的概念，其間之概念區辨請見，柯格鐘，〈公課與稅捐概念〉，《月旦法學教室》，168 期，頁 47-53，2016 年 10 月。如該文頁 47 所述：「所謂公課，是人民依照法律或自治條例的規定，對於國家與地方自治團體所為之金錢給付或因此而負擔的金錢給付義務」，以及頁 48：「法治國家所開徵之公課類型，主要分以下四種，分別為稅捐（Steuern）、規費（Gebühren）、分擔金或受益費（Beiträgen）、特別公課（Sonderabgaben）」。只是因為稅捐就是公課之主要類型，也是 Abgabenordnung 主要之規範對象，國內普遍將該法翻譯為「租稅通則」或「稅捐通則」。

²⁸ 比較麻煩的是，註釋書是以法條為中心的研究資料，而在本文完稿之際，雖然德國 2017 年新法已通過一年，但相關註釋書依其定期更新的計畫，大多尚未更新 2017 年修正的

之研究素材，先以註釋書進行體系概觀，再就重要問題輔以學說、實務之延伸討論。在學說方面，本文關心之沒收保全扣押，相對於整個刑事法領域而言，屬於經濟刑法（Wirtschaftsstrafrecht）之次領域，係財產剝奪（Vermögensabschöpfung）或稱為利得剝奪（Gewinnabschöpfung）制度之一環，還是相對新興的學術領域。如同前面曾提及的，德國是在 1975 年才將沒收法制形諸於法律，經過數次修正才奠定其法制上之重要性，並經歐盟的影響於 2017 年修正為現行法，與現行法有連繫之學說、實務的討論，主要集中在過去 20 年，本文所參考之學說、實務素材會有如此時間上的限定性。

由於是相對新興之領域，除了時間上之限定以外，數量上的限制也可以想見。針對本文關心的沒收保全扣押的問題，相關專書數量上相對有限，特別會以博士論文（Dissertation）為主。實務裁判方面，聯邦層級之德國聯邦最高法院（BGH; Bundesgerichtshof）、德國聯邦憲法法院（BverfG; Bundesverfassungsgericht）作成之裁判，與沒收保全扣押有直接相關性者亦屬特例，相關重要見解主要集中在邦層級之邦高等法院（OLG; Oberlandesgericht），或是實務上曾就某些問題，針對其他與沒收保全扣押可相比較之干預處分發表過見解，學說上亦會比附援引。

基於上述時與量之限定性，縱使德國之沒收法制領先我國許多，因而成為我國繼受之對象，但德國之學說、實務針對許多問題仍未必有定見。本文在研究方法上，並不執著於處處定義所謂通說（Herrschende Meinung; H. M.），而欲著重各見解切入觀點之整理，盡可能形塑德國法討論之全貌。這相當程度也呼應了本文在闡述研究目的時所提及的，沒收法制當今世界各國皆仍在發展中、如何設計須視政策決定之特點。即使在德國，沒收法制也有許多莫衷一是的空間。

沒收新法，只是德國新、舊法之間仍有許多共通之處，舊法時代的註釋書不會因為新法通過就完全失去價值。因此，本文所使用的註釋書資料橫跨新、舊法時代，而德國 2017 年修正沒收新法時，條文順序有大幅的更動，同一問題新、舊法資料可能放在不同的法條下，本文援引的註腳資料若有條號不一致處，基本上都是基於以上原因。



二、我國文獻回顧

針對本文欲進行之沒收保全扣押研究，隨著我國沒收新制修法之推動與通過，近來已有越來越多中文文獻介紹深論，其中以德國法之比較研究為研究素材者亦有之。本論文將以該些文獻為基礎，再予以延伸發展。

若從頭檢視我國有關沒收保全扣押之學術文獻，時期的劃分可以以2016年6月修正公布沒收程序法新制時為界。在沒收新制通過以前，學術文獻的出發點是立法論，主要是針對我國過去陳舊之沒收制度提出批判，並援引外國法尤其是德國法提出建言，在沒收新制通過以後，學術文獻則不僅止於此，更進一步地處理新法通過後如何適用之解釋論問題，此時由於德國法就是我國沒收新法之繼受對象，德國法之比較研究成為我國學界針對沒收議題重要之研究方法。

沒收新制通過以前對舊制之批評，又可以再進一步區分時期。沒收法制雖然過去長期以來都存在不敷使用的問題，但一直到【大統混油案】等食安事件爆發後學說上之討論才轉為熱烈，脈絡和目標也因此有所轉向。本文之研究動機如上述係基於我國食安案件爆發、沒收法制重獲重視而來，雖然在此之前亦有部分學說文獻²⁹曾處理我國陳舊沒收法制之問題，但和本文引以為基礎之案例和文獻脈絡有異，和沒收新制2015、2016年之修法也未必有直接關聯，因此該些文獻將不會是本文主要之討論對象。

本文參考之我國文獻，主要就是自食安法沒收規定修法以來的沒收相關文獻，由於了解程序法必然是以了解實體法為前提，因此實體法之文獻也是參考之重點。其中，雖然有關沒收保全扣押，基本上不分利得沒收與犯罪物沒收，皆是討論之範圍（見下文第二章、壹、二），但由於我國此次沒收之修法契機是基於大大小小的食安事件而來，特別與過去以利得沒收剝奪犯罪

²⁹ 例示如，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〉，《刑事法雜誌》，45卷3期，2001年6月，頁1-43；柯耀程，〈沒收、追徵、追繳與抵償法理詮釋系列（一）—沒收與追徵之法律效果定性／（二）剝奪犯罪工具與不法利益之思維〉，《軍法專刊》，57卷3/4期，2011年6月，頁143-163/94-115；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）〉，《臺灣本土法學》，98期，2007年9/10月，頁21-37/31-45；曾淑瑜，〈犯罪所得沒收追徵及保全程序之研究〉，《軍法專刊》，58卷2期，2012年4月，頁41-66。

利得不足之問題點有所聯繫，因此，本文參考之文獻基本上皆以利得沒收為重心，與我國沒收新制之修法方向相互呼應³⁰。

而該些文獻中，實體法的部分已有文獻以德國法之比較研究，處理沒收各該相關問題³¹，尤其在實體法沒收新制 2015 年 12 月通過之後，我國學說所著手之德國法比較法研究，已進入到更精細之領域³²。在上述基礎上，由於本文是以程序法為主要的研究範圍，無法在有限篇幅中再一一深入討論德國刑法實體沒收規定，僅能就理解程序法所必要之部分予以介紹，若是現有中文文獻已經處理過的問題，將直接援引不再重新論述。

程序法的部分，針對本文所欲進行之沒收保全扣押之德國法比較研究，我國已有王士帆，〈德國犯罪利得之扣押與假扣押——以基礎規定(§§ 111b~111f StPO)為中心〉，《月旦法學雜誌》，2015 年 6 月，頁 125-154³³一文，曾經處理過範圍重疊³⁴，文獻基礎亦與本文相似之題目³⁵。因此，本文並不是處理全新的議題或採用全新的研究方法，而是站在現有的文獻上，補足其因篇幅有限而無法窮盡之問題，同時希望建立自己對德國法之整理與詮釋，進而更有系統地處理我國 2016 年 6 月修正公布沒收保全扣押新法後，如何適用上路之問題³⁶。

³⁰ 事實上這是世界各國普遍之現象，本文研究之德國法，其現代沒收法制之演進，亦與利得沒收制度之演進有緊密之關連（見下文第二章、貳）。

³¹ 例示如，林鈺雄，〈利得沒收新法之審查體系與解釋適用〉，《月旦法學雜誌》，251 期，2016 年 4 月，頁 6-34；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，頁 73-84。

³² 例示如，許絲捷，〈刑法沒收專欄—沒收新法實例系列 2／第三人利得沒收：代理型、挪移型、履行型〉，《法務通訊》，2791 期，2016 年 3 月 18 日，頁 5-6；王士帆，〈刑法沒收專欄—沒收新法實例系列 4／竊取臺灣扁柏—犯罪所得範圍及發還〉，《法務通訊》，2795 期，2016 年 4 月 15 日，頁 4-6。

³³ 更宏觀之程序法鳥瞰，尚可見林鈺雄，註 7 文，研究範圍亦與本文重疊，但僅處理大方向而未觸及細節。

³⁴ 如該文標題所示，該文研究範圍僅限於德國沒收保全扣押之基礎規定，限定於德國刑事訴訟法舊法第 111b 條至第 111f 條，內容約略等同於德國刑事訴訟法 2017 年新法第 111b 條至第 111h 條，未包含舊法第 111g 條以下對被害人償還協助之部分，本文將在現實上有意義的限度內，將此部分補齊（見下文第二章、壹、三）。

³⁵ 在本文即將完稿之際，亦有吳俊毅，〈2017 年德國刑事訴訟法為保全追徵與罰金執行的假扣押——財產權保障與刑事訴訟上有效執行需求權衡的啟發〉，《月旦刑事法評論》，7 期，2017 年 12 月，頁 55-68 一文，引介德國 2017 年修法變革。

³⁶ 我國新法通過後，與沒收保全扣押相關之我國文獻中，以德國法比較研究為基礎者，如

此外附帶一提，比較法研究由於有語言上之差異，統一用語、特定指涉的對象是重要的工作。就此，本文主要之研究對象德國刑事訴訟法以及相關之德國刑法，我國已有連孟琦譯，《德國刑事訴訟法：附德國法院組織法選譯》，2016年，以及何賴傑、林鈺雄審譯，《德國刑法典》，2017年，兩本法條翻譯書出版，可作為基礎之工具書。由於上開工具書翻譯得十分詳實，法條用語之翻譯字斟句酌，亦皆有交代用語擇選之原因及介紹德國法之體系脈絡，因此本文中德國刑事訴訟法、德國刑法之翻譯用語，除了過去文獻已有統一翻譯習慣者外，將以連孟琦譯（2016）以及何賴傑、林鈺雄審譯（2017）兩書所譯者為基準³⁷，合先敘明。

潘怡宏，〈論保全證據與保全沒收執行之獨立扣押的競合〉，《萬國法律》，207期，2016年6月，頁15-27；潘怡宏，〈保全扣押之發動要件與扣押競合之處理(一)/(二)〉，《法務通訊》，2818/2819期，2016年9月23/30日，頁4-6/頁4-6，亦是本文之重點參考對象。

³⁷ 此外德國民法的法條翻譯，我國目前亦已有國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯之《德國民法（上）—總則編、債編、物權編》可供參考，本文內容部分涉及民法概念處，亦將參考該書內容。比較可惜的是，與本文比較密切相關的德國民事訴訟法，我國尚未有法條翻譯書出版。



肆、論文章節安排

基於以上研究動機、研究目的與研究方法，本文之章節安排以此緒論(第一章)為出發點，將分兩章，介紹德國沒收保全扣押之相關規定、實務運作情況以及學說相關討論。

之所以形式上以兩章分述，原因在於沒收保全扣押涉及之法領域繁多，我國法與德國法有許多前提要件之不同，乃至於用語上之不一致需要處理。為了避免一股腦地從頭到尾介紹，會因上述前提要件與用語之不一致，以致於內容過於混雜，以下將先概觀介紹德國法之規範體系(第二章)，分就靜態與動態之角度，對德國法作概括之詮釋。靜態方面是針對現行法，本文嘗試以五大軸線劃分德國現行法複雜之沒收保全扣押規定，在其中抓出德國現行法之精神與邏輯，並一併處理上述前提要件與用語與我國不一致的問題。動態方面則是針對德國法之修法歷程，包括德國過去沒收各版舊法以及2017年甫修法通過之新法，之所以要如此細緻到研究法制史上之演變，特別是基於上述沒收與其保全處分之政策性，必須深入理解德國法於發展歷程中之政策選擇，才能理解現行法設計之價值觀從何而來，也才正是就沒收法制作德國法比較研究珍貴之處。

以第二章為基礎，本文才會具體進入德國法之細部介紹(第三章)，相較於第二章是概觀，有較多詮釋與重組，第三章會盡量原汁原味，呈現德國法之相關討論，並盡可能統整各該學說討論之細節。其中不限於刑事法領域，與沒收保全處分相關其他法領域之問題，若是於討論我國法時有重要性者，亦會一併介紹，詳細章節安排請見第三章、壹。

依本文之研究目的，德國法介紹完成後，會回到我國法之檢討(第四章)，與我國之實務運作及學說討論對話。就此本文認為，既然我國沒收新法已經大幅修正通過，過去舊法時代實務適用法律時再怎麼問題叢生，如何飽受學說之批評，既然是舊法有根本性缺漏才導致的結果，再回頭一一檢視該些過去舊法時代之學說討論與實務見解，未必有其必要，本文僅會在有意義的範圍內追溯我國舊法時期之學說、實務見解，不再從頭一一細數批判。相對地，展望未來，針對沒收保全扣押之新法，地毯式檢索各該問題點，更

是本文希望著重的研究重點。

最後本文之結論（第五章），將總結以上論點，針對我國沒收保全扣押之議題，在經過德國法之比較研究後，呈現其重要性與關鍵點，作為本文之研究成果。

參考文獻後的附錄的部分則是內文中不便放入之資料，本文既然做比較法之研究，為了對照之方便性及完整性，附上自行翻譯之德國法現行條文翻譯供參考，若有疏誤之處，尚祈指正³⁸。其中刑事訴訟法（附錄 A）之部分，除了附上德國 2017 年修法後之保全扣押最新條文（§§111b-111q StPO），由於協助被害人受賠償也是德國法下保全扣押之主要功能之一，而德國法在 2017 年修法後，將協助被害人受賠償之工作自扣押一路銜接至刑事執行階段，相關刑事執行條文（§§459g-459o StPO）與保全扣押有緊密的關係，因此附錄中亦一併附上該些執程序條文。與上述刑事程序規定相關，本文另附上刑法（附錄 B）沒收相關條文（§§73-76b StGB）、秩序違反罰法（附錄 C）沒收相關條文等實體法規定的翻譯，與程序法相互參照。最後，德國 2017 年沒收新法搭配的施行法規定，包括刑事訴訟法施行法（Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, EGStPO；附錄 D）、刑法施行法（Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, EGStGB；附錄 E），亦一併附上供參考。

³⁸ 上述連孟琦譯，《德國刑事訴訟法：附德國法院組織法選譯》，2016 年，以及何賴傑、林鈺雄審譯，《德國刑法典》，2017 年兩本法條翻譯書，均仍尚不及收錄、更新德國 2017 年修法之沒收相關條文，本文附錄所收錄的新條文，是對照上述二書中舊條文之翻譯自行翻譯的。本文中提及德國新舊法間變革之部分，若有需參考德國舊法條文之處，則請直接參考上述兩本翻譯書。



第二章 德國法之規範體系

壹、德國保全扣押規範之五大軸線

一、第一軸線：對原物之扣押／對替代價額之假扣押

要剖析德國之沒收保全扣押制度，我們要切下的第一刀，不外乎就是扣押 *Beschlagnahme*；§111b StPO）與（財產）假扣押（*Vermögensarrest*；§111e StPO）之區分。其中所謂「財產假扣押」，是德國刑事訴訟法原本「假扣押（*dinglicher Arrest*¹）」在新法下之稱呼。德國刑事訴訟法 2017 年修法時，為了標識刑事假扣押之刑事法性質，決定創設新用語，與民事訴訟法之假扣押相互區隔²。由於該用語所指涉之對象，與舊法之假扣押間同一性並無改變，只是規範設計上有所修正，本文以下簡便稱呼「假扣押」者，就是指稱新法下之「財產假扣押³」。

簡單言扣押與假扣押的區分，在於所保全之未來沒收，是對沒收原物還是

¹ 本文如同我國過去文獻，將德國刑事訴訟法之 *dinglicher Arrest* 翻譯為「假扣押」。德國民事訴訟法（ZPO）之暫時權利保護程序，如同我國民事訴訟法，依保全之請求權是否為金錢或得易為金錢之請求權，區分假扣押（*Arrest*）和假處分（*einstweilige Verfügung*）兩種不同的程序。但假扣押，又分為對物（*dinglicher Arrest*）及對人（*persönlicher Arrest*）之假扣押，其中對物之假扣押即是我國民事訴訟法下理解的假扣押，對人之假扣押則係對物之假扣押不能達其目的的補充手段，可以限制債務人部分的人身自由，如同我國強制執行法、行政執行法之管收。德國刑事訴訟法針對刑事程序中金錢請求權執行之保全，僅比照民事程序規範了對物之假扣押，由於此「對物之假扣押」就等同於我國民事訴訟法目前意義下的「假扣押」，我國過去文獻應是配合我國民事訴訟法之用語和規範設計，翻譯並不特別區分對物或對人。有關德國民事訴訟法之保全程序，僅參閱 *MK-ZPO/Drescher, Vor §§916 ff., Rn.33 ff., §918 Rn.1ff.*。我國同樣將 *dinglicher Arrest* 翻譯為假扣押者，請參閱林鈺雄，〈沒收之程序問題（上）／（下）——德國法之鳥瞰與借鏡〉，《月旦法學教室》，151/152 期，2015 年 5/6 月，頁 58-71/68-74；王士帆，〈德國犯罪利得之扣押與假扣押——以基礎規定（§§111b~111f StPO）為中心〉，《月旦法學雜誌》，241 期，2015 年 6 月，頁 125-154。

² BT-Drucksache 18/9525 vom 05.09.2016: Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 49.

³ 本文於附錄翻譯之德國刑事訴訟法新法條文，為了明示這用語變更之區別，仍將新法之 *Vermögensarrest* 翻譯為「財產假扣押」。但由於我國學說針對舊法之刑事假扣押，也沒有因 *dinglicher Arrest* 之文義翻譯成「對物假扣押」，或許將來在我國學說上，仍然可以一律翻譯為「假扣押」即可。

替代價額 (Wertersatz) 為之：若是對未來沒收原物之保全，保全是「扣押」之方式為之，若是對未來沒收替代價額之保全，則保全是「假扣押」之方式為之。扣押和假扣押兩者可以合稱保全措施 (Sicherungsmaßnahme)，或是廣義合稱扣押 (Beschlagnahme i.w.S.)⁴。扣押與假扣押之區分這個最基本的出發點，形塑了德國刑事訴訟法在沒收保全扣押方面，法條結構與概念體系的根本不同。

保全沒收原物之扣押，在法條上是以「標的 (Gegenstand; §111b Abs. 1)」此中性用語指稱其對象，標的包含了動產、不動產、權利，有形、無形皆有可能⁵，只要是未來可能沒收之對象本身，或是在利得沒收之情形，也可能是利得物的替代物 (Surrogate) 或使用收益 (Nutzung)⁶。例如竊盜罪行為人竊取之汽車，是利得沒收對象之原物，詐欺罪行為人於某特定帳戶當中之特定得款，該對銀行之寄託債權，也是利得沒收對象之原物，使用特定得款變得特定之替代物時，該替代物性質上也還是利得沒收對象之原物。但若沒收之標的是可能依德國刑法第 74d 條沒收之文書，則必須注意德國刑事訴訟法第 111q 條的特別規定⁷ (見下文第三章、壹、二、1、(2)、C.)。

相對於扣押，假扣押之對象並非特定之標的物，而是金錢債權，只是計算上的額度，扣押已無具體的標的，未來沒收也是透過具體財產的換價收益償還債權額度⁸。沒收及扣押會必須如此處理，可能是因為沒收對象之原物已滅失，不在被沒收人可得處分的範圍⁹，或者在利得沒收之情形，可能因利得之性質，

⁴ 因此在德國法下，Beschlagnahme 可能單指保全沒收原物之狹義扣押，也可能指涉的是廣義的所有沒收保全措施，包括狹義的扣押以及假扣押，甚至也有可能指涉的是保全證據之扣押，都是使用同一個字。本文在訂題時，為避免文中使用廣狹義有別的不同「扣押」，語意上會有所混淆，曾經考慮使用「沒收保全措施」之稱呼，指涉包括假扣押在內之廣義扣押概念，但由於我國在概念區辨上未區分得這麼細，學說、實務習慣上也向來統稱沒收保全措施為「保全扣押」，為了與我國學說、實務之用語可以更直接對照，本文仍使用「保全扣押」之稱呼。因此需多加注意的是，下文提及「扣押」時，原則上指的還是保全沒收原物之狹義扣押；若同時指稱狹義扣押與保全沒收替代價額之假扣押時，將並列兩者以示區別 (「扣押、假扣押」)；一般泛稱廣義的扣押時 (扣押+假扣押)，會使用「沒收之保全扣押」或「保全沒收之扣押」之全稱；若欲指涉證據保全的扣押，則會相對標明為「保全證據之扣押」。

⁵ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 3ff.; LR-StPO/Johann, §111b Rn. 20; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 8; SSW/Burghart, §111b Rn. 4.

⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 2f; SSW/Burghart, §111b Rn. 4f.

⁷ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 4; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 8.

⁸ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 9; SSW/Burghart, §111b Rn. 5.

⁹ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 7.

本來就是無形之利益或收益¹⁰，例如只是節省的費用或是受旅遊招待¹¹，或者利得有混同、附合之情形¹²，以致於本來就無從針對特定原物為沒收及保全。

扣押與假扣押如上述雖然涇渭分明，但隨著程序進行會有動態的變化，例如執行沒收原物的扣押時才發現沒收原物已逸失，必須撤銷扣押，另發動保全替代價額之假扣押¹³。須注意的是，金錢和金錢債權，特別容易有混同之情形發生，例如行為人竊取他人現金，該些現金後來與行為人自己之現金混同了，則利得原物已無從再予特定，就不得再對行為人之現金扣押，而應改用假扣押。也就是說，發動扣押或是假扣押取決於利得與發現之標的物有無同一性，在現金的情形，甚至就是說是不是同樣的那個紙幣、硬幣¹⁴。但學說上同時有認為，一般性對某種種類（Gattung）之物品為扣押也是可行的，只要命令裁定上有足夠特定該種類，執行機關並且得以無疑地確定扣押之範圍即可¹⁵。

在命令之層次，扣押標的物是何種類型尚無差別，但扣押執行時，不同扣押標的種類會有不同的執行方法（見下文第三章、貳、一）。若標的物是易腐或保管需費甚高之可能沒收物，並不影響對之的扣押命令，只是扣押執行之後可能透過變賣之方式，變更為保全變賣後之所得¹⁶（§111p StPO，見下文第三章、肆、三）。

德國法之所以如此區分扣押和假扣押，有兩個主要可以切入的角度。首先從人民基本權受干預之角度來看，國家發動扣押和假扣押兩種不同的處分，基本權干預之型態不同，對原物沒收之保全，和對替代價額沒收之保全，涉及之財產限制不一樣。詳言之，扣押是對未來沒收原物之保全，保全的對象直接是未來可能宣告的沒收之特定物，例如竊盜罪犯罪行為人偷得的贓車一台、製造毒品罪犯罪行為人所製之安非他命。以上沒收之標的，若在滅失之前就已經查獲而予以扣押，則不必再干預到關係人之其他財產，即可達到保全未來沒收之

¹⁰ MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 4; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 9.

¹¹ MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 4; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 9.

¹² MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 4.

¹³ SSW/Burghart, §111b Rn. 7.

¹⁴ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 20; SSW/Burghart, §111b Rn. 5.

¹⁵ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 19; MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 4 Fn.3.

¹⁶ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 8.

效果。反之，如果犯罪被發現之際，雖然知道犯罪行為人確有偷得贓車或是確有製造安非他命，但該贓車或安非他命已不知去向，則僅能就原先沒收標的之價值予以保全。假扣押命令的對象因此是一個價額，到執行的階段，才會選擇由什麼財產來擔保未來價額之執行¹⁷，執行保全之對象，可能是沒收相對人其他與犯罪無涉、合法取得之財產¹⁸。

再來從法規範建構的角度來看，扣押與假扣押之區分有其在規範設計上之意義。不論德國沒收舊法或 2017 年之新法，都在法規範上區分扣押、假扣押而為不同形式之設計，德國刑事訴訟法舊法是以 111b 條作為出發點規範

（Ausgangsnorm）¹⁹，該條明示了扣押與假扣押之區分，並作為發動兩種干預處分之基礎授權規範，再進而在舊法第 111c 條規範扣押、第 111d 條規範假扣押之細節包括執行方法。新法則捨棄上述出發點規範之設計，先自第 111b 條至第 111d 條規範扣押，再自第 111e 條至第 111h 條規範假扣押，兩者間之對照更加清楚（見下文貳、四）。

其中在規範形式上，將扣押、假扣押分別規範，有其區分之實益。假扣押由於是對未來國家替代價額沒收債權之保全，與民事金錢債權保全之假扣押（§§916ff. ZPO）有其類似性，因此德國舊法多利用意義相符（sinngemäß）範圍內準用之規定，將民事訴訟法之規定準用至刑事保全替代價額之假扣押。2017 年新法雖然為了確認刑事假扣押之刑事法性質，改變了上述規範方向，只在最小限度的範圍內準用民事訴訟法²⁰（見下文貳、四），但刑事財產假扣押實質上還是與民事假扣押相互對應²¹，刑事扣押、假扣押間仍依其性質有所差異。尤其德國刑事訴訟法上扣押、假扣押共用之規定，在適用時亦可能因扣押、假扣押之功能不同，而在規定以及其解釋上有細部差異。例如命令機關與執行機關之分配（見下文四）、被害人求償機制（見下文三）相關之規定等等，扣押與假扣押都有細微之差別，是在法律理解與適用上必須特別注意的。

以上是規範面上的說明，在實踐面上扣押與假扣押之區分要特別注意的

¹⁷ MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 4.

¹⁸ MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 4.

¹⁹ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 1, 18; MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 1.

²⁰ SSW/Burghart, §111b Rn. 2.

²¹ Vgl. SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 1.

是，依德國學說過去的實證研究，沒收以替代價額而非原物為對象，其實才是實務上的常態。雖然實體法上，對原物的沒收才是原則，無法對原物沒收時方宣告替代價額之沒收，但在德國大約有 90% 之沒收，適用的是替代價額之沒收而非原物沒收²²，例外在數量上大於原則許多。進而在保全扣押方面，相較於對沒收原物之扣押，對替代價額之假扣押在實務上之重要性更被顯現出來。

依德國聯邦刑事局（*Bundeskriminalamt*; *BKA*）較新之統計，德國 2013 年刑事程序中所有對財產價值之保全處分，共有 73.1 %（約 3 億 3850 萬歐元）是以假扣押之方式為之²³，假扣押反而才是實務上之大宗。尤其許多大規模經濟犯罪之案件中，犯罪利得依其性質本來就無法對應到特定標的物，只是計算後之進帳、銷售額²⁴，針對該利得未來宣告利得沒收時，勢必是宣告替代價額之沒收，為保全該替代價額之沒收，即應事先命令假扣押。因此，假扣押與打擊經濟犯罪之任務，特別也有緊密的關聯。

此外扣押與假扣押之區分在實踐面上，還會涉及與刑事程序中其他干預處分之關聯，其中關聯最密切者即是證據保全之扣押（§94 Abs.2 StPO）²⁵。但要注意的是，雖然同為扣押，沒收保全與證據保全之扣押兩者在德國法，是平行而相互獨立之處分，兩者之目的、要件、效力皆不同²⁶，只是兩者規範體系相當雷同，常常競合而同時出現。實務上常見一物同時皆屬證據保全與沒收保全之扣押的標的，其中相較於沒收替代價額之假扣押，沒收原物保全之扣押尤其容易與證據保全之扣押產生競合，例如破獲毒品犯罪現場時扣得的毒品、吸食

²² Podolsky/Brenner, *Vermögensabschöpfung*, S.91; *Rönnau*, *Vermögensabschöpfung*, Rn. 251.

²³ *Rönnau*, *Vermögensabschöpfung*, Rn. 251.

²⁴ Vgl. *MK-StPO/Bittmann*, §111b Rn. 4; *SK-StPO/Rogall*, §111b Rn. 23; *Rönnau*, *Vermögensabschöpfung*, Rn. 157 f.

²⁵ 依德國刑事訴訟法第 94 條第 1 項，國家機關「對於可能作為證據方法，而對調查有重要性之標的物，應予保管或以其他方式保全」，而依同條第 2 項，只有在「該物件係於某人支配下，而不被自願交出」的情形，國家機關須發動扣押將其保全。因此，並非所有國家保全證據之情形，皆有扣押之干預處分。我國刑事訴訟法扣押之規定中，第 133 條第 3 項（舊法原為第 2 項移列）亦提及：「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」，雖同樣涉及交付扣押物之適用，但邏輯與德國法有所不同。德國法是先排除自由提出交付的情況，其餘國家機關皆應扣押，邏輯上有先後關係，我國法則是國家機關一律得扣押，但亦得經自由提出交付而達成保全的效果，邏輯上可能認為兩者是並列的兩種保全方式，也可能認為自由提出交付僅是扣押執行的一種方式。上述之概念區隔，會影響對「扣押」一詞之理解，總結而言，德國法下「扣押」與「自由提出交付」的概念是相互區隔的，自由提出交付與否僅在證據保全之情形，會影響扣押作成與否，於沒收保全扣押之情形則無關。

²⁶ *LR-StPO/Johann*, §111b Rn. 58; *SK-StPO/Rogall*, §111b Rn. 27.

器等，該些扣押物同時是證明毒品犯罪之證據，也同時是違禁物、犯罪工具，未來可能成為沒收之標的而應保全之。

在這種扣押原因競合的情形，德國學說普遍認為應各別滿足兩種扣押之要件²⁷，然而是不是必須為雙重的兩個扣押，德國學說則有歧見。在德國法規設計上，證據保全扣押與沒收保全扣押的不同，主要表現在沒收保全扣押才會產生轉讓禁止之效力（見下文第三章、參、一），此外，證據之保全可以有權利人同意交付的方式達成（§94 Abs.1 StPO），未必要以扣押方式為之²⁸。因此，有見解認為在扣押原因競合的情況，還是須為雙重扣押，採此見解之好處在於，避免因為證據保全或沒收保全之扣押其一被撤銷，該物就被發還給關係人，另一扣押目的因此落空，扣押可以個別依其目的而存在²⁹。但另有見解認為，因保全證據原因被扣押之物，也可以嗣後被作為沒收物執行，相對地，因保全沒收被扣押之物，也不妨礙在刑事程序中作為證據，因此作成其中一種扣押就可以相互流用³⁰。

此外標的物比較特別的如果是駕照（Führerschein），由於駕照原則上是基於特別預防保護之規範目的而被沒收（§§69 Abs. 3 S. 2, 69b Abs. 2 S.1 StGB）³¹，沒收規範外於本文所談之利得沒收與狹義沒收的體系，為未來沒收駕照所為的保全，僅需事實上地保全該駕照之文書，經國家機關取走駕照後就達其目的，與關係人之財產關係或其民事上處分無涉，不需倚賴沒收保全扣押之轉讓禁止效力³²。因此，保全駕照並不適用本文所謂保全沒收之扣押，而是係基於類似性透過準用條款（§111b Abs. 1 S. 2 iVm § 94 Abs. 3 StPO），準用證據保全之扣押規定（§94 Abs. 1, 2 StPO）而扣押³³。針對此駕照扣押之準用規定，德

²⁷ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 28.

²⁸ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 17; Meyer-Goßner/Schimitt, §111c Rn. 1.

²⁹ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 28.

³⁰ Meyer-Goßner/Schimitt, §98 Rn. 2.

³¹ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 21.

³² BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 2; LR-StPO/Johann, §111b Rn. 29; Meyer-Goßner/Schimitt, §111b Rn. 1; MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 3; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 21.

³³ BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 2; KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 14; LR-StPO/Johann, §111b Rn. 29; MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 3; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 21，因此駕照之扣押可能因關係人自願同意而不為形式上的扣押。此外要注意的是，若是駕駛許可（Fahrerlaubnis）的暫時剝奪，另有自己的獨立規定（§111a StPO），與駕照的保全不同，vgl. MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 3.

國刑事訴訟法第 111b 條第 1 項第 3 句因此也明示該準用不受影響³⁴。

再來，不管是保全證據之扣押，或是保全沒收之扣押，都常緊接於搜索之干預處分後出現。但在德國法下，扣押與搜索，是完全彼此獨立而互不影響之不同處分³⁵，只是在沒收保全扣押之規定中，有特別明列搜索規定之準用

(§§111b Abs. 2, 111e Abs.5 StPO)，表明為了找尋保全沒收之扣押物，得發動搜索³⁶。雖然如此，但除了扣押本身須聲請令狀外，搜索亦須獨立依其規定聲請令狀 (§105 StPO)，同時搜索令上亦須記載欲搜尋之扣押物³⁷。只不過針對偶然發現物 (Zufallsfund) 之暫時扣押 (einstweilige Beschlagnahme)³⁸之規定，亦透過搜索之準用規定，準用於沒收保全扣押之情形 (§§111b Abs.2, 111e Abs.5 i.V.m. §108 StPO)，因此若是執行搜索時發現未來可能之沒收物而搜索票上未記載，亦可能依該規定予以暫時扣押³⁹。

搜索與扣押之關聯性，也會牽涉到扣押、假扣押之區分。扣押由於是對沒收原物之保全，常是在為偵查犯罪而在關係人處所實施搜索時，一併發現得沒收之原物而扣押之。但若是假扣押，由於是對替代價額之保全，僅是要找到關係人有價值的財產以擔保未來可能沒收之價額，並非針對特定物。因此，除了以搜索方式搜尋關係人財產外，更上位而言是要對被告進行財務調查 (Finanzermittlung)，以掌握關係人之經濟狀況。尤其特別有隱蔽性之組織犯

³⁴ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 21.

³⁵ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 35.

³⁶ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 20。該準用規定在舊法時期，原本規範在扣押、假扣押之出發點規範 (§111b Abs.4 StPO a.F.)，德國刑事訴訟法新法捨棄出發點規範之設計後，便分別規範在扣押、假扣押各別之基礎規定中。

³⁷ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 15; LR-StPO/Johann, §111b Rn. 58; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 35; SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 20.

³⁸ 德國刑事訴訟法之扣押，不論是保全證據或保全沒收之扣押，由於始終採取法官保留原則，原則上須先由法院審查而為命令，因此扣押原則上是有令狀之扣押。德國刑事訴訟法搜索章節中的第 108 條，則是一例外，規範了搜索時允許之無令狀扣押，稱為暫時扣押 (einstweilige Beschlagnahme)，之所以稱為「暫時」，著眼的是此種扣押因是執行搜索時才發現有必要，未事先申請令狀即為之，此時扣押只是暫時性質而須進一步審查其合法性。此種暫時扣押具體化的兩種類型，事實上我國刑事訴訟法皆有規範，一種情形是執行搜索時「發現本案應扣押之物為搜索票或扣押裁定所未記載者」，我國學理上稱為附帶扣押 (刑訴§137)，另一種情形則是執行搜索時「發見另案應扣押之物」，我國學理上稱為另案扣押 (刑訴§152)。因此簡單來說，德國刑事訴訟法第 108 條之暫時扣押，就等於我國刑事訴訟法第 137 條附帶扣押加上第 152 條另案扣押，但暫時扣押是有上述在德國法制體系下的意義。

³⁹ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 15; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 35.

罪、涉及跨國財產移轉之洗錢犯罪等等，要能掌握金錢之流向，扣押才能真正執行而達其目的⁴⁰。就此除了刑事追訴機關外，尚需要財政機關之配合，德國近年以邦為單位，透過司法行政部門之整合，以刑事追訴機關為中心成立工作群，加強此工作之進行⁴¹。

綜合上述，德國法之沒收保全扣押，依未來沒收是沒收原物或替代價額，區分扣押與假扣押兩種型態，在規範面上有其邏輯區分的意義。除了實質要件的區分外，形式上之結構設計，包括是否準用民事訴訟法等等，亦是依循著扣押、假扣押之區分而開展。另外在實踐面上，扣押與假扣押亦是應證規範面而有所區隔，除了數量上由假扣押佔大多數的差異外，與證據保全之扣押、搜索等干預處分之關係，也因扣押、假扣押之目的與型態不同而有異。

二、第二軸線：基於利得沒收之保全／基於一般沒收之保全

再來本文研究的既然是沒收之保全扣押，沒收之分類當然也會影響保全扣押之設計。沒收保全扣押作為保全將來沒收之干預處分，其是否發動、如何發動、範圍如何，全部都與沒收之實體規定緊密相關，如果要問「這樣可以（保全沒收）扣押嗎？」或是「這樣需要（保全沒收）扣押嗎？」的問題，都必須需要回頭索驥沒收之實體規定，未來可能沒收者，就有可能因需要保全而為扣押。因此，德國文獻在介紹沒收之保全扣押時，都會先介紹實體法之沒收規定，以下亦簡單介紹之。

以我國法為出發點，如今介紹德國刑法之規定已較容易，因為我國刑法之沒收新法，主要就是參考德國刑法第 73 條以下，與德國刑法有大略之對應性。只是德國經歷 2017 年沒收修法之後，現行法之沒收實體規定，又有全然不同之新風貌，其間細節之比較，值得另外深入研究，由於實體規定並非本文之重點，以下只簡略提及。

⁴⁰ Vgl. LR-StPO/Johann, Vor§§111b ff. Rn. 5.

⁴¹ Vgl. LR-StPO/Johann, Vor§§111b ff. Rn. 5.

德國刑法之沒收可以分為犯罪利得沒收以及犯罪物沒收（我國文獻亦對應利得沒收譯為「一般沒收」或「狹義沒收」⁴²）兩大類，德國舊法時期兩種沒收分別使用 Verfall (§73 StGB a.F.)、Einziehung (§74 StGB a.F.) 兩種不同的名稱，規範體系相互對照，德國 2017 年修法時為與歐盟指令之規範模式銜接（見下文貳、四），將兩者用語統一公約數為 Einziehung，再各自冠上沒收標的，表明沒收對象是犯罪收益（Taterträgen），或是犯罪製品（Tatprodukt）、犯罪工具（Tatmitteln）和犯罪客體（Tatobjekt）等等犯罪物，呈現兩種不同之沒收規範體系。我國新刑法第 38 條、第 38-1 條雖然繼受的是德國沒收舊法，但修法結果與德國沒收新法不謀而合，是在同一頂「沒收」的帽子下，再去區分沒收對象之不同。

在德國 2017 年之沒收修法下，犯罪收益沒收方面，德國刑法新法第 73 條先規範犯罪收益沒收之原則，確立沒收之犯罪收益除原始利得（第 1 項）外，其使用收益（第 2 項）以及因犯罪利得更有所得之替代物（第 3 項）皆包括在內，若是第三人因犯罪行為而有利得之情況 (§73 Abs.3 StGB a.F.)，則移列至第 73b 條另外規定，要件規範地更加詳細。另外此次修法的重點，在於新法第 73a 條相較於舊法 (§73d StGB a.F.)，擴張了擴大利得沒收之範圍，進而希望更充分地剝奪犯罪利得（見下文貳、四）。其他新法第 73c 條針對犯罪利得替代價額之沒收 (§73a StGB a.F.)、新法第 73d 條針對利得價額之確定與估算 (§73b StGB a.F.) 的規定，則只是將舊法條文移動順序，並作部分內容之修正。比較特別的是新法最後在第 73e 條，基於協助被害人受賠償之思考，就沒收之排除作出與舊法 (§73 Abs.1 S.2 StGB a.F.) 截然不同之設計（見下文貳、四）。

犯罪物沒收方面，德國刑法新法第 74 條一樣先規範犯罪物沒收之原則，如

⁴² 我國文獻過去翻譯為「一般沒收」或「狹義沒收」者，例示如，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，頁 53-84；王玉全，〈犯罪成本之沒收：以德國法的總額原則為借鏡〉，《月旦裁判時報》，48 期，2016 年 6 月，頁 75-86。如同上註 4 所述之廣、狹義扣押（Beschlagnahme）的問題，Einziehung 這個字在德國舊法時代，除了指涉狹義的犯罪物沒收外，也同時可能指涉廣義包括犯罪物沒收及利得沒收之上位沒收概念，為了避免廣義與狹義之間的概念混淆，我國學說遂將德國刑法舊法第 74 條之沒收，冠上「一般」或「狹義」作區隔，與利得沒收並列相對照。然而在德國 2017 修法後，Einziehung 這個字指涉的就只有廣義，不區分沒收對象的沒收概念，因此在翻譯用語的擇定上，相較於「一般」或「狹義」只是用相對的概念來指涉沒收的種類，本文認為在德國新法下，直接將對犯罪製品、犯罪工具、犯罪客體等物之沒收，以及對違禁品之保安沒收，統整意譯為「犯罪物沒收」，會較精確也不失方便。

上所述，包括犯罪製品、犯罪工具（第 1 項）和犯罪客體（第 2 項）三種犯罪物之沒收，原則上犯罪物沒收限於犯罪行為人或犯罪參與者所有者（第 3 項），犯罪客體之沒收並以特別法有規定為前提，針對危險物之保安沒收之規定（§74 Abs.2 Nr.1 StGB a.F.）則移列第 74b 條獨立規範，要件規範得更加詳細。依新法第 74a 條，亦可能在特定要件下，沒收第三人提供之犯罪物，該條原本在舊法第 74a 條稱為沒收要件之「擴大」，這次修法則與第三人犯罪收益之沒收一致，將名稱改為第三人犯罪物沒收。其他第 74c 條針對犯罪物替代價額之沒收、第 74d 條針對文書及設備之沒收，新法則作部分內容之修正，新法第 74e 條針對法人或其他機構之代表人沒收（§75 StGB a.F.）、新法第 74f 條針對犯罪物沒收之比例原則（§74b StGB a.F.），亦是調動條文順序後，作部分文字之修正。

此外，在犯罪物沒收之情形，沒收之後還可能連結著銷燬（Unbrauchbarmachung）的法律效果，例如對文書的銷燬（§74d Abs. 1 S. 2 StGB），銷燬因而也是扣押之目的之一，就此德國 2017 年新法已在法條予以明定⁴³。除了總則的沒收規定外，犯罪物沒收在德國常見有特別法規定，例如如同我國有毒品危害管制條例之沒收特別規定，德國也有毒品流通法（BtMG；Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln）的沒收特別規範，也是必須注意的扣押請求權基礎⁴⁴。

利得沒收與犯罪物沒收兩者雖規範目的相異，但由上可見，基於剝奪人民財產之相同性質，部分規範設計有其共通處，例如不論沒收犯罪利得或犯罪物，都有原有沒收標的物現已不存在，需轉而沒收替代價額之情形，因此皆需要替代價額沒收之規範設計。此外，德國刑法新法第 75 條針對沒收效力、第 76 條針對事後宣告沒收、第 76a 條針對獨立宣告沒收之規定，則是共同適用於利得沒收與犯罪物沒收的規定，新法亦各別作了部分內容之修正。

為實現上述實體法之沒收，需有相關程序法據以搭配，針對本文關注的沒收保全扣押而言，不論是利得沒收或是犯罪物沒收，都會有沒收保全之問題，縱使是犯罪工具之犯罪物沒收，也可能價值昂貴而有相當之保全必要性，德國法雖然在實體刑法之規定有兩種沒收之區隔，但在沒收保全扣押之程序法方

⁴³ KK-StPO/*Spillecke*, §111b Rn. 2; SSW/*Burghart*, §111b Rn. 6.

⁴⁴ KK-StPO/*Spillecke*, §111b Rn. 2.

面，則是不分利得沒收或是犯罪物沒收，皆適用一樣之保全規定。因此以下不論討論扣押或假扣押，皆須注意有可能適用於利得沒收，也有可能適用於犯罪物沒收，唯有與被害人賠償機制有關的規定，才僅限於利得沒收方有適用（見下文三）。

但從德國法發展歷程出發必須注意的是，沒收保全扣押規範之出現，與利得沒收制定於刑法，包括被害人求償機制之設計，有其時點及意義上之緊密關聯（見下文貳）。因此，雖然我們說沒收保全扣押不分利得沒收與犯罪物沒收皆有適用，但利得沒收案例中所衍生之需求，是推動德國法沒收保全扣押法制變革之原因，在思考沒收保全扣押之問題時，討論會偏重於利得沒收。其中尤其被視為重點的是，如何以利得沒收打擊經濟犯罪、組織犯罪，而如上所述，許多重大的經濟案件，都是必須適用假扣押為沒收保全之情形，與第一軸線扣押、假扣押之區分交錯，利得沒收之假扣押會是本文主要關心的議題。

可以這麼說，利得沒收在德國法下，基於徹底剝奪犯罪利得之宗旨，比起犯罪物沒收更具全面性與影響力，因而也影響到沒收保全扣押的具體圖像。一來，在沒收範圍方面，利得沒收在德國 2017 年的修法下，透過擴大利得沒收規定（§73a StGB）之擴張，利得沒收之適用範圍相較於舊法更加寬廣，保全扣押的範圍勢必將同步擴張。二來，為全面剝奪犯罪利得，利得沒收屬義務沒收，只要預期沒收之各該要件都可能該當，未來有義務沒收，就需具體衡量是否發動保全扣押，相對地，犯罪物沒收除了針對危險物的保安沒收（§§74b, 74d StGB）是義務沒收外，其他犯罪物係屬裁量沒收，在考量保全扣押時，除了沒收之要件可能該當外，還要法院未來有高度可能性會依裁量下達沒收，才可能需發動保全扣押⁴⁵。

再來，實體法規定與程序法保全扣押間的連結關係，還要注意德國法有針對文書（Schrift）之特別規定。由於針對散播將構成刑事違法行為之文書，德國刑法在犯罪物沒收之體系下，有特別之沒收規定（§74d StGB）。針對該沒收之保全，考慮扣押將影響印刷品之流通，有損資訊傳播的公共利益，因此其保全德國刑事訴訟法另立特別規定（§111q StPO）處理。

⁴⁵ KK-StPO/*Spillecke*, §111b Rn. 11f.; LR-StPO/*Johann*, §111b Rn. 22; SK-StPO/*Rogall*, §111b Rn. 14.

順帶一提除了沒收外，實體法上國家對人民之其他請求權，也可能是規範上考慮訂立保全措施規範之對象，就此德國現行法，有對罰金（*Geldstrafe*）與訴訟費用（*Verfahrenskosten*）保全之假扣押規定（§111e Abs.2 StPO）⁴⁶，但前提要件比起沒收之保全更為嚴格，必須要已下達判決才能為之，就此本文基於規範之相近性也會一併介紹之（見下文第三章、壹、二、4.及第三章、肆、二.）。

最後需一併注意的是，在行政法領域也會有沒收及其保全的問題。如同我國行政罰法規範之行政罰，德國之秩序違反罰（*Ordnungswidrigkeit*），一樣以違反行政法上義務為要件，但法律效果主要就是罰鍰（*Geldbuße*）⁴⁷。德國秩序違反罰法在設計上幾乎比照刑法，因此也和刑法一樣有沒收之相關規定，一樣包括犯罪物沒收（§22ff. OWiG）與犯罪利得沒收（§29a OWiG）。但要注意的是，上述兩種秩序違反罰法之沒收，都不是封閉性的完整規範，像秩序違反罰法之犯罪物沒收規定只是作為總論，必須連結各特別法之分則規定，才會得出沒收之效果⁴⁸。利得沒收所欲達成之利得剝奪的功能，秩序違反罰法則主要是透過加計罰鍰額度（§17 IV OWiG）的方式為之，利得沒收只是一個補充性的截堵規定，作為無法加計罰鍰時之補遺⁴⁹。基於實體法上的沒收規定，秩序違反罰法在程序上，自然也會有沒收保全之問題，但此問題同時會涉及秩序違反罰與刑罰之間的競合關係（見下文第三章、陸、一）。

不論是刑法上或是秩序違反罰法上之沒收，若是沒收原物，依德國刑法第75條、秩序違反罰法第26條之沒收效力規定，沒收一旦經宣告，在確定之前，

⁴⁶ Vgl. KK-StPO/*Spillecke*, §111d Rn. 3.

⁴⁷ 我國行政罰法則與德國法不同，規範效果除了罰鍰外，還有其他屬於「裁罰性不利處分」之行政罰，在性質上與刑罰難以類比，有其預防之意味存在，除了立法論上是否要統一與罰鍰一起規範值得討論，若非財產上之裁罰也與本文討論之議題較無關聯，並非本文所要處理的範疇。有關我國行政罰法之「裁罰性不利處分」該如何定位，請參見，林明昕，〈裁罰性不利處分 vs. 非裁罰性不利處分——兼評臺北高等行政法院九十九年度訴字第一五二九號判決〉，《興大法學》，17期，2015年5月，頁1-30。

⁴⁸ KK-OWiG/*Mitsch*, §22 Rn. 1.

⁴⁹ Vgl. KK-OWiG/*Mitsch*, §29a Rn. 1, 3, 會適用該沒收規定基本上就是兩種罰鍰沒有辦法處理之情況，一種是行為人因故而未受罰鍰之宣告，例如行為人已死亡、違反秩序法僅違法但無責，或是行為人所為之秩序違反行為為行為複數，而有部分行為因競合時而未裁處罰鍰，但仍有犯罪利得之情況，另一種罰鍰沒有辦法處理的情形則就是第三人沒收，即利得之人非違反義務之行為人，另有其人而無法對其課予罰鍰者，vgl. HK-OWiG/*Louis*, §29a Rn. 1; KK-OWiG/*Mitsch*, §29a Rn. 2。依德國法的發展歷程，本來刑法上的利得剝奪，也是透過加計在罰金額度內來達成，因此也有和上述罰鍰一樣無法處理的困難，詳見下文貳、一。

就對沒收原物會產生轉讓禁止之效果，與保全扣押所生之效力相似。但要注意的是，上述規定只適用在沒收原物之情形，且轉讓禁止效力不會使得國家對宣告沒收之標的產生保管關係，因此，國家要實際支配某個國家未來可能的沒收物，還是得發動保全扣押⁵⁰。

綜合上述，沒收之保全扣押是為實現實體法之沒收而來，不只是刑法上之沒收，也包括秩序違反罰法上之沒收，沒收實體法與程序法保全扣押間之關係，以上僅大略概述，還有許多值得注意的細節。雖然在規範面上，實體法上利得沒收與犯罪物沒收之區分，並不影響程序法保全程序之設計，都適用一樣的規定，但在實踐面上，利得沒收與犯罪物沒收之保全考量有所不同，影響沒收保全扣押之實際功能與設計方向，利得沒收之保全更影響著沒收保全扣押制度之演變。

三、第三軸線：對關係人之干預處分／對被害人之賠償機制

以上談的都是扣押、假扣押作為干預處分之干預面，亦即國家為保全未來沒收執行，事先以保全處分干預人民之基本權。如同本文緒論時曾提及的（見上文第一章、壹、二），沒收保全扣押並不外於基本權干預的理論體系，包括程序上是否採行法官保留原則，實體上如何能符合比例原則等等審查事項，都是在法治國的要求下，沒收保全扣押作為基本權干預所要考量的。德國學說、實務在解釋適用沒收保全扣押時，亦會參考整個基本權干預的法體系，與各該干預處分例如羈押、搜索相互參照，以免權衡上輕重失衡。

針對此干預的面向必須注意的是，此處干預的對象，不一定是刑事程序之嫌疑人（Verdächtiger）或被告（Beschuldigter，起訴後 Angeklagter）⁵¹，所有因保全扣押而權利被影響之人，皆是干預的對象，不論其是真的權利受影響或只

⁵⁰ Vgl. MK-StGB/*Joeks*, §73e Rn. 7; Schönke/Schröder/*Eser*, §73e Rn. 8.

⁵¹ MK-StPO/*Bittmann*, §111b Rn. 2.

是其單方面聲稱其權利受影響，且不限於是扣押物的所有權或其他物權人⁵²。由於不管是利得沒收或犯罪物沒收，在德國法下都有可能對被告以外之第三人沒收 (§§73b, §74a StGB)，沒收保全扣押直接影響之對象，常是被告以外之第三人⁵³。因此本文以下談到受干預處分之人，皆是採取關係人 (**Betroffener**，亦翻譯為當事人⁵⁴) 的概念，其中與關係人的概念連結的，是提起救濟的適格性⁵⁵，一個扣押處分可能有多個關係人⁵⁶。

除了上述干預面外，德國法沒收保全扣押制度還有另一特別之處，在於作為被害人賠償 (**Opferentschädigung**) 機制的一環，協助因犯罪而受損害人 (**Verletzter**⁵⁷) 得就其所受損害獲得償還⁵⁸。上述賠償機制是與利得沒收有關之機制。由於利得沒收在法理定性上是準不當得利的衡平措施 (**quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme**)，國家透過利得沒收回復財產之不法變動以達刑事政策上之目的，若涉及利得沒收之刑事案件中，被害人因犯罪而對犯罪行為人或其他第三人有民事求償權，則犯罪利得可能就是犯罪行為人透過損害他人權利之犯罪行為而來。在犯罪利得與被害人請求權間有對應關係之情況下，國家透過利得沒收回復財產狀態，若能直接回復給被害人，使被害人之民事請求權得獲優先滿足，更是直接回復不法之財產變動。

為實現上述協助被害人求償之精神，德國沒收舊法在實體法上，就縮減沒收請求權之適用範圍，若落入沒收對象範圍之犯罪所得，「可能」有被害人因犯

⁵² MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 2.

⁵³ MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 2.

⁵⁴ 扣押之對象為「物」而非「人」，扣押直接發生法效力的對象是被扣押之財產，該財產之所有人或其他有權利之人，只是扣押的關係人而已。雖然在我國法上，「關係人」一詞並無特定之法律意涵，但為能在後續比較法對照時對應德國法，本文仍將德國法上使用「**Betroffener**」處統一翻譯為關係人，不再依個別情形翻譯為我國裁判中常用之用語。

⁵⁵ MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 2.

⁵⁶ MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 2.

⁵⁷ **Verletzter** 是德國民事法上「被侵權之人」的用語，**Opfer** 則是指涉刑事犯罪行為之被害人，固然刑事犯罪之被害人，通常也會有自犯罪所生之民事請求權，但兩者之概念並非完全同一。由於我國在法學用語上沒有區分這麼細，民事法上之被侵權人，也可以「被害人」一詞稱呼之，我國沒收新法下刑法、刑事訴訟法有關被害人賠償之規定，亦皆直接使用「被害人」之用語，因此本文以下就 **Verletzter**、**Opfer** 兩個用語，就不再詳加區分，皆翻譯為「被害人」。

⁵⁸ 不同於上述干預面向討論的是國家對人民之干預，德國舊法的償還協助制度或者新法的被害人賠償機制，是國家幫助人民，就其受第三人侵害所造成之財產損害獲得填補，相對於一般節制國家干預權力之基本權保護，或可認為是財產權保護之正面、積極面向的展現。

罪所生之請求權，就一般性地排除利得沒收請求權（§73 Abs.1 S. 2 StGB a.F.），以此作為對被害人「償還協助（Rückgewinnungshilfe）」之中心規範⁵⁹。只不過此處被害人之請求權，不是泛泛和刑事犯罪行為有關即可，而須是產自犯罪（aus der Tat）之請求權，且具一定之直接性⁶⁰。若符合上述要件，法院不得對該部分宣告沒收，無與被害人民事請求權競合之問題，被害人據此可本其請求權，循民事程序去實現其權利獲得償還，而不會受到刑事沒收之妨礙。

惟實體法上消極排除沒收請求權不足矣，程序面上尚需有積極協助被害人之機制，才能使被害人請求權真正獲得實現，只是國家之積極協助要介入到什麼程度的問題。德國沒收舊法之價值選擇是不介入民事程序過多，只強調透過保全扣押，第一線替被害人保全未來可實現其請求權之財產，並配套相關機制促使被害人能啟動民事程序。因而德國刑事訴訟法舊法第 111b 條以下之扣押、假扣押，亦可能基於協助被害人受償還之目的而為之，係所謂有益於被害人（zugunsten des Verletzten）之扣押、假扣押（§111b Abs. 5 StPO a.F.）⁶¹。

作成扣押後，若被害人已知，則法院將通知被害人（§111e Abs. 3 StPO a.F.），犯罪被害人若欲其損害受到填補，還是得自己在民事程序中取得執行名義。若被害人已在民事程序取得暫時或終局之執行名義，則原先被刑事扣押、假扣押之財產，將成為民事執行名義得優先執行之對象（§§111g, 111h StPO a.F.）。若推測有被害人但還未知，則在為扣押、假扣押命令當時，法院就會一併公告使被害人得以知悉（§111e Abs. 4 StPO a.F.），若及至沒收終局決定都已經作成時，被害人還未出現或已出現但還未主張其權利，此時得延長扣押，最長可達三年（§111i StPO a.F.）。德國沒收舊法在程序法上協助被害人受償還之機制就是如此而已，並不是在刑事程序就處理發還的問題，唯一會發還之情況，是扣押沒收之原物而且為動產，且權利歸屬於誰沒有爭執者，才會直接將扣押物發還被害人（§111k StPO a.F.）。

然而上開德國自 2007 年修法後（見下文貳、三）建立之運作體系，確實相當複雜，運作結果又在德國實務上飽受批評，更被認為是比較法上之異數⁶²。

⁵⁹ Vgl. LR-StPO/Johann, Vor §§111b ff. Rn. 2.

⁶⁰ Vgl. LR-StPO/Johann, Vor §§111b ff. Rn. 2.

⁶¹ Vgl. LR-StPO/Johann, §111b ff. Rn. 49.

⁶² 以下立法原因的介紹翻自德國 2017 年修法的草案理由，同樣的翻譯亦可見，連孟琦，〈2017

一方面由於德國沒收舊法如前所述，是在被害人潛在有自犯罪所生之請求權時，即排除利得沒收之適用，結果導致幾個重要的財產犯罪，例如詐欺罪，幾乎是一定會有犯罪被害人會有產自犯罪之請求權的情況，國家之利得剝奪請求權自始就不可能存在，證實了過去學說⁶³認為舊法之實體排除規定是利得沒收之掘墓人的想法⁶⁴。而被害人之請求權雖排除了國家之利得沒收請求權，卻還是要犯罪被害人自己依民事程序，取得執行名義後才能滿足自己之債權，與刑事程序競合之後又更顯複雜，被害人往往會懼怕實行如此複雜程序可能要支出之費用與成本，而乾脆放棄實踐其請求權⁶⁵。

此外，在有多數被害人而犯罪行為人財產不足時，舊法時代依德國民事執行所採之優先主義（見下文四），又會產生多數被害人之間，有些人的債權受完全之損害填補，有些人的債權卻完全落空的不公平情形，被戲稱被害人之間形同「賽狗（Windhundrennen）」⁶⁶。被害人沒能據以求償，國家又因排除沒收請求權而不下達沒收，便又產生了讓犯罪行為人仍保有利得之疑慮，德國刑事訴訟法舊法雖然因而又透過「截堵權取得（Auffangrechtserwerb；§111i StPO a.F.）」之制度設計，延長扣押將利得保留在國家處，但卻也使得程序進行又拖延得更漫長⁶⁷。上述複雜之規範運作，造成實務很大的工作負擔，甚至因而乾脆忽略上開設計，而未發動保全扣押保全利得，就此非刑事政策與正義觀點下的合理結果⁶⁸。

因此，在 2014 年歐盟沒收指令（見下文貳、四）之推波助瀾下，德國 2017 年之沒收新法，就是瞄準此部分欲予以革新、簡化，一方面希望在規範上避免阻礙國家有效剝奪犯罪利得，另一方面也希望便利被害人求償，達成一站式（one-stop shop）的被害人保護⁶⁹。據此，德國 2017 年沒收新法捨棄舊法「償

年德國沒收新制中之賠償被害人模式》，收錄於：《法學與風範——陳子平教授榮退論文集》，2018 年 1 月，頁 613-633，頁 617 以下。

⁶³ Eberbach, Zwischen Sanktion und Prävention – Möglichkeit der Gewinnabschöpfung nach dem StGB –, NStZ 1987, 486, 491.

⁶⁴ BT-Drs. 18/9525, S. 46.

⁶⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 1, 46.

⁶⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 1, 46.

⁶⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 1.

⁶⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 2.

⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 1f.

還協助」之名詞與相關程序，在透過沒收保全扣押保全犯罪利得人之財產後，除扣押動產在刑事程序中另有發還程序 (§§111n Abs.2, 111o StPO) 外，被害人之賠償皆留至刑事執行階段再處理 (§§459g-459o StPO)，無上述實體法上排除沒收請求權之設計。因而在程序法設計上，被害人既然得在刑事程序中獲得賠償，是否還要進行民事程序，只是被害人的選項之一，可以說刑事程序對民事法律關係之介入較舊法來得深。

由前述針對德國沒收新、舊法間之比較，可以發現不論新、舊法，協助被害人受償之程序法機制皆是與沒收保全扣押結合，本文以沒收保全扣押為題，協助被害人受償的部分自然也成為必須提及的重點之一。不過新法修正通過後，有關如何協助被害人受償之相關程序法規定，面貌已徹底有所變動，德國法下針對舊有規範機制之解釋，亦大部分將走入歷史。對本文所做之比較法研究來說，德國上述修法之動向，其實與我國 2015、2016 年沒收修法之方向不謀而合，由於我國在民事執行方面並不採取優先主義，德國沒收舊法為協助被害人受償還所設計之規範模式，與我國法體系有相互扞格之處，反而是 2017 年新法著重在刑事執行之規範方式，更值得我國借鏡參考，因此，本文針對德國法協助被害人機制之介紹，將更著重於新法之部分。

綜合上述，本文所關注之沒收保全扣押在德國法上，有干預人民財產權之干預面向，另有以扣押協助被害人受償之面向，因此在程序法設計上，國家之於人民的關係，不是單一方向而已，除了國家分別與扣押關係人、犯罪被害人之間的公法關係外，也需要考量扣押關係人、犯罪被害人之間的民事關係，可以說是構成三角關係的複雜問題。

四、第四軸線：命令程序／執行程序

綜合對關係人干預與被害人求償之兩個面向，就是德國法沒收保全扣押的概貌了。在刑事程序中，依上述所為之沒收保全扣押、假扣押，由於在德國 1998

年修法後(見下文貳、二),僅具簡單嫌疑時就可為之,因此就刑事程序⁷⁰而言,最早自偵查開始時起,沒收之保全扣押就有可能為之⁷¹,其中包括所有程序種類,不論是再審程序、自訴程序(Privatklageverfahren; §§374 ff. StPO)、保安程序(Sicherungsverfahren; §§413 ff. StPO),或者是沒有特定被告的客體程序(objektives Verfahren; §§435ff. StPO)中,都可能為沒收之保全⁷²,也都適用統一之要件。

至於沒收保全扣押本身之程序,作為刑事程序之一環,要注意的是德國法對命令及執执行程序之清楚區分。由於德國法下沒收保全扣押與其他重大的刑事干預處分一樣,命令程序採取相對法官保留原則(見下文第三章、壹、一),原則上由法院審查核准後命令扣押,才交由檢察官執行。從而,命令程序與執执行程序所遵循之原則有所不同,且因大部分情況下命令機關與執行機關有所分離,命令與執行兩階段可以清楚區分開來。況且,不同於保全證據之扣押,德國法並不允許相對人自由交付沒收物而為無形式之保全(formlose Sicherstellung),已如上述(見上文一),因此,沒收保全扣押在德國法下一定是先有一個命令,才有後續執行的問題。

有關命令與執行,與第一軸線扣押、假扣押之區分搭配來看,扣押之命令與假扣押之命令,扣押之執行與假扣押之執行,彼此間程序大致共通,卻也同中有異,其中相異之處來自於扣押與假扣押以沒收原物或替代價額為對象之不同。詳言之,扣押針對特定之標的物,因此扣押命令本身就表明了特定之財產標的,其執行也就是針對該標的為之,反之假扣押針對的是價額,假扣押之命令僅表明了一定之金錢價額,尚需對關係人之責任財產予以執行,實際保全之

⁷⁰ 德國法如同我國沒收新法,除了在刑事程序進行有阻礙時,有獨立沒收 (§76a StGB) 之規定,否則沒收必定是以定罪為前提,只是德國法同時善用行政法領域之利得剝奪(見上文二),在僅有行政不法的案例亦可能剝奪利得。相對地,英國法、美國法下之民事沒收,則是非以定罪為前提之沒收(Non-Conviction-Based Confiscation: NCBC),不連結任何刑事犯罪行為,程序上也因此與刑事程序完全脫離,而有純粹針對財產之對物訴訟(action in rem)。此種非定罪沒收與對物訴訟是否可以引進德國,學說已有討論,認為會經不起德國基本法下基本權保障之解釋。See Esser, A Civil Asset Recovery Model - the German Perspective and European Human Rights, in: Rui/Sieber (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, 2015, pp 69-110.

⁷¹ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 3.

⁷² KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 8; LR-StPO/Johann, Vor §§111b ff. Rn. 12; Meyer-Goßner/Schmitt, §111b Rn. 1; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 3, 尤其注意在犯罪已過追訴權時效的情況,由於還可能透過客體程序沒收,因此仍可能扣押, vgl. KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 10。

對象才會對應到特定之財產，相較於對沒收原物之扣押，假扣押之命令與執行又多了這層從價額到具體財產的執行關係。

將命令與執行分別來看，命令程序如上所述，德國法是如同我們對相對法官保留原則之理解進行規範，法官在審查扣押、假扣押時，細節上有所不同，但大致與其他採相對法官保留原則之干預處分可以相互對照。對照我國法，會造成理解上困難的是執行的部分，德國法之民事執行是採優先主義⁷³

（*Prioritätsgrundsatz*）的法制設計，僅在破產程序中採債權人平等主義

（*Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung*）予以衡平，影響了刑事執行之設計。所謂優先主義，是指多個債權人就債務人之同一財產為強制執行時，先對該財產聲請強制執行者，在清償順序上優先於後聲請之債權人，不禁止雙重查封⁷⁴。為能排列上述之次序關係，在強制執行之查封階段，各債權人於被執行之財產之上會取得擔保物權，包括質權（質押質權；*Pfändungspfandrecht*⁷⁵）與抵押權（*Hypothek*）等，因此優先主義也被稱為質權主義。而上述先搶先贏的制度，會有債權人間不公的疑慮，因此在德國法下，破產程序顯得更重要，當債務人因故陷於無資力，財產不足以清償所有債權時，應開啟破產程序，使各債權人在破產程序中，自債務人不足之財產原則上平等地受償。

⁷³ 有關強制執行程序之立法主義，請見，姜世明，〈強制執行法之基本原則與理念〉，《月旦法學雜誌》，225期，2014年2月，頁214-230，頁224以下。相對於優先主義之另一端即是平等主義，以日本法為代表。

⁷⁴ 相對的，平等主義則講求各債權人間之平等，若債權人中其一已就某標的聲請查封，則其他債權人不得再為查封，而可以透過參與分配等程序，對於執行所得金額，與各債權人依債權額比例平均受償。

⁷⁵ 在德國法下 *Pfandrecht* 運用於動產、債權時，實質意義上即為我國之質權，而 *Pfändung* 係強制執行之查封階段，對動產、債權之查封方法，*Pfändungspfandrecht* 即為該查封方法所生之擔保物權，也是 *Pfandrecht* 的分類之一。將 *Pfändungspfandrecht* 這個字轉換到我國法，從擔保物權的角度，可以在對動產與債權之上，找到質權這樣共同的用語，但從執行方法的角度，我國法上對動產之執行方法中查封階段之處分，強制執行法就稱為「查封」（強制執行法第45條以下），對債權之執行方法中查封階段之處分，強制執行法卻又使用「扣押」（強制執行法第115條以下）的用語，動產與債權間就此用語又有分歧，查封和扣押的用語也相當容易混淆。這也是為什麼例如在王士帆，〈德國犯罪利得之扣押與假扣押——以基礎規定 (§§ 111b~111f StPO) 為中心〉，《月旦法學雜誌》，2015年6月，頁125-154，頁131，該文針對 *Pfändung* 這個字，若是對動產為之還是翻譯為「查封」，對債權查封卻翻譯為「凍結財產」。固然這樣切割翻譯，也是意義上貼切的翻譯方式，但本文為了忠實地呈現上述德國法下基於質權主義而來的邏輯，在翻譯上創設「質押（*Pfändung*）」之用語，避免我國對動產、債權之查封方法用語之不同，造成對德國法理解之混雜。之所以稱為「質」押，就是擷取德國法下查封行為會生質權之特色，及其類似扣押之性質。質押所生之擔保物權，就進而翻譯為「質押質權（*Pfändungspfandrecht*）」，跟私人間設定之意定質權，也因此能夠在用語上區分開來。

採取優先主義，是德國法關於民事執行之價值選擇。刑事沒收保全扣押的執行規定中，沒收原物扣押的執行規定雖然獨立規範於刑事訴訟法，但基於財產保全方法之相通性，原則上仍是參照民事訴訟法中之執行規定，將民事訴訟法的法學用語相應訂於刑事訴訟法中，按照執行對象是動產、不動產、債權或是船舶航空器而執行方法有所不同（見下文第三章、貳、一），由於用語上有所連結，相關釋義學與法適用細節的問題，皆能參考民事訴訟法。替代價額假扣押之執行則在舊法時期，幾乎皆直接以準用民事訴訟法規定的方式規範，因此依法在意義相符的條件下，基本上就與民事執行適用一樣的規定。2017年德國沒收修法時，為了強調替代價額假扣押也是刑事程序中有獨立規範體系之處分，將部分原理原則訂立至刑事訴訟法內，但用語一樣與民事執行得以連結，細節更仍然是準用民事訴訟法，因此實際上執行方式並沒有偏離舊法時代的運作結果。

我國與德國在民事執行方面的法制差異，是討論沒收保全扣押法制時需特別注意的一塊。我國之民事執行，採折衷於平等主義與優先主義之間之團體優先主義⁷⁶，群團內部平均分配。將我國法與德國法比較時，必須更細膩地處理其間原理之差異，尤其是在刑事保全扣押協助被害人受償的面向，還會有多數被害人賠償之間如何分配執行的問題，更是採取優先主義或平等主義，會產生不同價值取捨的地方。

雖說如此，德國法有關執行規範，之於我國法還是有參考之價值，兩者之間還是有一定之公約數。尤其德國法基於肯認強制執行是一種具有國家性的行為，有可能侵害人民之權利，不只民事執行之規範，刑事執行之規定也高度法律保留，且盡可能在兼顧效率的情況下，賦予法院介入的空間，此建構執行法規範設計之思考，是我國向來一直缺少的一塊。從保全扣押之執行到終局之刑事裁判執行，德國法一路銜接，如同民事假扣押執行（Arrestvollziehung）與終局強制執行（Zwangsvollstreckung）之間可以相互轉換，刑事假扣押執行與刑事終局執行間，亦有類似之轉換關係。我國法如何基於現有的民事執行體系，開展有關於沒收保全扣押妥善的刑事執行體系，亦是與德國法比較研究時得以

⁷⁶ 我國法之所以被分為折衷於其間之團體優先主義，主要是在參與分配之時點（強執§32）有所限制，參與分配亦以已有執行名義為前提（強執§34），但整體而言還是較著重債權人間之平等，精神上類似平等主義，而離德國法所採的優先主義較遙遠。

學習的問題點。

再來，保全扣押經執行後，為達成保全目標，應產生特定的法律效力，該效力如何定位，會影響到其他與之競合的程序，也是我國法過去忽略的部分。此外，保全扣押在存續中，還有可能因為關係人供擔保 (§111e Abs.4 S.2 StPO)，或是因扣押物被強制變賣 (§111p StPO) 而有所變更，這些變更都是扣押執行後的配套措施，是保全扣押要合乎規範目的的關鍵機制。我國過去針對強制處分之研究，偏重於法官保留原則等命令程序之機制，而較忽略了進入執行程序後法律原理之細節，但此後階段的設計牽涉整個保全扣押的運作全貌，甚至可能更觸及關係人權益，也更關乎保全扣押可否完滿達其規範目的。

最後，對應命令程序與執行程序之區分，可以分別針對命令程序與執行程序進一步拉出救濟程序。依德國法，在保全扣押命令與執行程序中，國家機關所為之任何處分，人民分別都可能提起救濟。若是對保全扣押命令本身之救濟，由於指摘的對象是法院所作成的裁定，在德國法下是以抗告 (Beschwerde)、再抗告 (weitere Beschwerde) 等途徑遂行救濟，人民得直接挑戰命令本身之效力，若命令被撤銷，則基於該命令而生之所有執行措施，也就將失所附麗。反之若非挑戰命令本身，而是針對保全扣押之個別執行措施，就其對人民權利之侵害予以指摘，則是依執行措施之不同，而有相對應不同的救濟型態。以上所有救濟，德國法皆相當強調關係人得隨時 (jederzeit)，並且針對任何侵害為之，以貫徹有權利有救濟之憲法原則。

綜合上述，德國法下沒收保全扣押之規範體系，清楚區分命令程序與執行程序之不同，命令程序圍繞著法官保留原則之討論，執行程序則牽涉到刑事執行之設計。當然不見得每個沒收之保全扣押，都會一路經命令、執行及至最後作成終局之沒收決定，可能命令而未執行，也可能執行後因被撤銷⁷⁷

⁷⁷ 我國在行政法學的領域，有意地嚴格區分行政處分撤銷與廢止之不同，其中撤銷是針對自始違法之行政處分，溯及地使其失去效力，廢止則是針對自始雖合法，惟未來不欲使其再發生效力之行政處分，使其向未來失其效力，兩者體系相互對照有別，是形諸於法條的定論，因此，「撤銷」一詞在行政法學的領域有其特定的意義。而在我國刑事法學的領域，向來針對各種處分之廢棄，不論其是否自始違法，皆稱之為「撤銷」，未有上述行政法領域之區分。德國法下使用的 *Aufhebung*，是廣泛指各種法律行為遭到「廢棄」而言，並未有特定法律上之意涵，在本文討論刑事沒收保全扣押的脈絡中，可以直接與我國刑事法之「撤銷」相互對應，本文因此直接將 *Aufhebung* 譯為「撤銷」。也就是說，本文所指的扣押之「撤銷」，不涉及扣押是否自始違法之意涵，與行政法上之撤銷需要相互區隔。

(Aufhebung) 而終結，但命令、執行的順序是井然分明的。



五、第五軸線：刑事法領域／與其他法領域之整合

以上談刑事沒收保全的程序問題，結構上有獨立的規範體系，然而如本文緒論所述，攤開沒收保全扣押之規範關聯性，會發現涉及層層與其他法領域有衝突、銜接的關係（見上文第一章、壹、二）。在一個有沒收關聯性的刑事案件當中，沒收保全常是犯罪被發現之始第一線要進行的工作，刑事保全程序介入了當事人與他人在民事法上，或者與行政機關在行政法上的法律關係，不會因而完全阻斷民事法、行政法領域之規範運作。不同法領域間實體、程序規範之競合，需要調合不同法領域之規範目的，各規範目的才能在可預見的運作基礎上被實現。

首先，沒收保全扣押與民事法競合的部分，涉及的一方面就是上述第三軸線之被害人賠償機制的問題。如上所述，在犯罪利得與被害人賠償請求權有對應性的情形，德國舊法在被害人潛在有請求權的範圍內，一般性地排除沒收請求權，被害人權利在實體法上既未受沒收之妨礙，若循民事程序取得暫時或終局之執行名義，則經原先命令刑事扣押、假扣押之法院為一同意裁定 (§111g Abs.2 StPO a.F.)，民事執行將優先於刑事扣押、假扣押之執行。

德國 2017 年新法下則雖然並不否認被害人請求權優先，但只有因已實現等原因而消滅的被害人權利 (§73e StGB)，得排除國家之沒收請求權，否則被害人受償的問題，皆需留待執执行程序處理。德國新法基於此想法，在程序法方面，刪除了上述同意裁定之設計，又設下了個別執行禁止 (§111h Abs.2 S.1 StPO，見下文第三章、伍、三、1.) 的限制，在假扣押利得的範圍內，不論是被害人，或是假扣押關係人的其他債權人，都不得在沒收裁判確定前假扣押存續期間內，先行就該範圍內的財產執行。因此在德國沒收新法下，基於保護犯罪被害人的思考，在沒收保全的範圍內，其他民事執执行程序已經無從排除沒收保全扣押的效力，在程序方面沒收保全扣押更加獨立、完整。

不過在上述設計下，為了避免過度侵害被害人或其他民事債權人的利益，德國法又搭配了在行為人陷於無法清償時，刑事沒收保全扣押與破產程序之間之銜接。如上所述，由於德國法之民事執行原則上採優先主義，改採平等主義之破產程序格外重要（見上文三），而依破產法之規定，破產程序中亦會針對破產債務人，亦即此處之犯罪行為人的財產予以保全，刑事之扣押、假扣押保全之必要性就很低微⁷⁸。因此依德國破產法之規定，破產程序開啟後，就不能再為刑事之扣押、假扣押之執行（§89 InsO）⁷⁹，相對地，若是在破產程序開啟前所為，已經執行之刑事扣押、假扣押，德國 2017 年新法則依扣押與假扣押之不同異其處理（見下文第三章、參、二）。

而破產程序之開啟，除了有可能是由債權人或債務人聲請，德國 2017 年新法，為了讓多數債權人於行為人財產不足時，得於破產程序中平等之受償（見下文貳、四），使檢察官（§111i Abs.2 StPO）得作為破產程序開啟之聲請人，據此破產程序將與刑事扣押、假扣押更為密切。綜合上述，在德國 2017 年新法下，刑事沒收保全扣押與民事程序競合的相關問題，皆圍繞著被害人賠償機制，不是單純的競合問題而已，本文將在介紹被害人賠償機制的章節統一處理（見下文第三章、伍）。

剩下要處理的跨領域整合問題，主要針對行政法領域兩個，在實體法上與沒收競合的請求權，如第二軸線所述，上述秩序違反罰法的沒收與保全固然自成體系，可以獨立運作，但在刑事不法與行政不法規範目的重疊的情況，若仍為雙重的處罰乃至於保全，則會有違反一事不二罰原則的疑慮。因此德國法在程序上，透過管轄權的分配，避免同時開啟刑事罰與行政罰程序，是我們討論此跨領域競合的重點（見下文第三章、陸、一）。

除了上述行政罰外，行政法上的稅法領域，刑事沒收保全扣押也可能與之競合，就此和民事領域一樣，一方面是單純稅捐機關代表國家作為債權人，與沒收彼此搶錢的執行競合關係，另一方面，稅捐機關代表國家，也有可能成為犯罪之被害人，成為稅捐國庫（Steuerfiskus）作為犯罪被害人的特別問題。此時因在德國法下稅捐機關基於其職權得發動稅捐假扣押（Steuerarrest），會產生

⁷⁸ MK-StPO/Bittmann, Vor§§ 111b-111p, Rn. 7.

⁷⁹ LR-StPO/Johann, §111b, Rn. 57; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 19, 24, 44.

稅法假扣押與刑事沒收保全扣押競合之問題，是我們討論此跨領域競合的另一重點（見下文第三章、陸、二）。

最後，由於沒收之保全扣押在財產有跨國流動之情形，需要外國政府協助才能執行實現，因此國際間之刑事司法互助，亦會是沒收保全扣押需要銜接之程序⁸⁰。就此固然也是沒收保全扣押相關重要的程序問題，但在德國法下，司法互助的問題必須在歐盟整合的脈絡下言之，與我國司法互助方面的難題困境未能直接對應，本文礙於篇幅，將不討論沒收保全扣押的司法互助問題，還有待後人研究。

⁸⁰ MK-StPO/*Bittmann*, Vor§§ 111b-111p, Rn. 6.



貳、德國沒收保全扣押規範之立法演變

經過五個軸線的剖析，我們已經可以大致掌握德國有關沒收保全扣押之規範架構，但也可窺見其法規範之複雜性，對於才剛開始討論怎麼沒收、怎麼保全的台灣來說，難免顯得遙遠。因此，在進入德國現行法細部構造之介紹之前，本文想先從時間前後動態的角度，細說德國是如何從無至有地發展出這套法體系，德國立法者所預見和想像的是什麼，又在什麼時候有所轉向而進行修正，以致於呈現出如今之規範樣貌，未來的發展又如何。

就此德國法有四個觀察重點，由遠至近四個主要之修法時間點⁸¹。如上所述，德國沒收保全制度之演進，相當程度圍繞著犯罪利得剝奪之立法演進（見上文壹、二），例如首先，我們要先述說實體法上之利得沒收是如何出現的（下文一），在初期之德國刑法總則，沒收就僅限於犯罪物沒收，是在 1975 年隨著實體法上規範了利得沒收，才有了訴訟法上沒收之保全扣押，並已有扣押、假扣押區分之基礎規範。

再來立基於該基礎規範，德國有關沒收保全扣押主要之修法主要有兩次，一次的修法是在 1998 年，修法目的是為加強打擊組織犯罪（下文二），一次的修法是在 2007 年，修法目的則是為加強償還協助（下文三），其中打擊組織犯罪與犯罪利得之剝奪習習相關，償還協助更是專屬於利得沒收才有的問題。這兩次主要的修法推進了沒收及其保全扣押之規範目的，拓展了沒收保全扣押之功能性，也是過去自 1998 年以來這段時期，本論文主要參考的學說文獻、實務判決所解釋適用之基礎，或者評論批判之對象。然而這兩次主要修法所建構的沒收保全體制，因其複雜性受到批評，2017 年在歐盟立法指令的推波助瀾下，德國針對沒收再進行了通盤性的修正（下文四）。針對上述演進，以下將分別敘明之。

⁸¹ Vgl. KK-StPO/*Spillecke*, §111b, Rn.1; KMR/*Mayer*, Vor §111b, Rn. 2, 4; MK-StPO/*Bittmann*, Vor§§ 111b-111p Rn. 3，一般德國學說介紹沒收保全扣押之歷史時，亦會特別強調 1992 年之修法，但 1992 年之修正針對保全扣押之部分變動較小，下文將之與 1998 年之修正(下文二)放在一起介紹。



一、實體法沒收體系之確立

如上所述，德國刑法過去透過不同的名詞，將沒收分為利得沒收（Verfall）與一般沒收（Einziehung），各自有獨立而並列之規範體系（見上文壹、二），這並非自德國刑法誕生之時就是如此。相較於一般沒收自始就是刑法總則之一部分，利得沒收是 1975 年才明文於德國刑法之一般規定中，成為與一般沒收並列的法律效果⁸²。在這之前，德國法之利得沒收，僅在刑法分則或是特別法中規定（z.B. §§86, 108b Abs. 3, 335 StGB a.F.; §8 WiStG; §40 BJagdG），但用語不太一致，亦未如同現行法這麼清楚區分利得沒收與犯罪物沒收，以致於性質上有所爭議⁸³。

當時刑法總則中一般性剝奪犯罪利得之方式，是在罰金（Geldstrafe）當中間接地進行，如同現行秩序違反罰法將利得加計於罰鍰之處理，在犯罪有報酬和利得時，將之加計於罰金之量刑當中，若加計之結果超過罰金之最高額，則可超過該額度之限制（§27b Abs.2 StGB a.F.）⁸⁴。但在 1960 年代德國刑法之改革草案中，基於罪責刑法（Schuldstrafrecht）的概念，欲將刑法之罰金改制為日額罰金制（Tagessatzsystem），罰金之日數⁸⁵（Tagessatzzahl）依被告之罪責予以衡量，因而將不法利得剝奪之任務交由罰金為之被認為不再適當⁸⁶。且早期以罰金剝奪犯罪利得之模式會有兩個漏洞，一個是該犯罪之規定可能根本沒有規定罰金之法律效果，另一個則是當利得人是行為人以外之第三人時，這兩種情況既然無法對利得人課處罰金，也就無法附隨於其中剝奪犯罪利得⁸⁷。基於

⁸² Keusch, Probleme des Verfalls, S. 15 f.; LK-StGB/Schmidt, Vor §73, Rn.1, 11.

⁸³ LK-StGB/Schmidt, Vor §73, Rn. 11; §73, Rn. 1; SK-StGB/Horn/Wolters, §73 Rn.1.

⁸⁴ Keusch, Probleme des Verfalls, S. 16; LK-StGB/Schmidt, §73, Rn. 1; SK-StGB/Horn/Wolters, §73 Rn.1.

⁸⁵ 依德國法現採之日額罰金制，罰金之量刑會分為兩個部分，一部分即是日數，這部分對應的是行為人之罪責程度，罪責越重所罰日數越多，與自由刑之量刑（§46 StGB）基本上是一致的。另一部分則是日額（Tagessatzhöhe）的量刑，這部分考量的就會是行為人之經濟能力，主要是依行為人之淨收入（Nettoeinkommen）為判斷，以期罰金可發揮其適當之作用。最後日數乘上日額就是行為人實際應繳之罰金，最高可達 1080 萬歐元，亦即接近台幣 4 億元。Vgl. SK-StGB/Horn/Wolters, §40 Rn. 2ff; Fischer, StGB, §40 Rn. 6ff.

⁸⁶ Keusch, Probleme des Verfalls, S. 16 f.; SK-StGB/Horn/Wolters, §73 Rn.1.

⁸⁷ Keusch, Probleme des Verfalls, S. 15 f. 如上述，德國秩序違反罰的利得剝奪效果，現行法下仍然是透過加計進罰鍰而達成（見上文壹、二），也就是說在發展過程上，德國在秩序罰法部分，保留了如同早期刑法以罰金裁罰之模式，從而秩序違反罰法之罰鍰裁罰模式和早期刑法的利得剝奪會遇到同樣的問題，僅能針對得裁處罰鍰之秩序違反行為為之，也不能處理第



以上，德國基於主要是 1962 年之草案（Entwurf eines Strafgesetzbuches; E 1962），於 1969 年之刑法修正中（zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts, 2. StrRG）⁸⁸，設立了獨立利得沒收體系之規定，並依 1974 年之刑法施行法⁸⁹，於 1975 年 1 月 1 日起施行⁹⁰。

隨著上述實體法之變革，程序法部分如同當時行政機關所提之修法草案所明示⁹¹，是不得不一併修正⁹²。在這之前，德國法之沒收保全是類似我國法，僅在證據保全扣押之條文當中（§94 StPO），一併規範得對為沒收保全之扣押⁹³，並有扣押物發還被害人之規定（§111 StPO a.F.）。而依當時德國行政機關之草案，對應刑法上沒收之變革，沒收之保全需要重新對應實體法上之利得沒收與一般沒收，且在當時亦已加入協助被害人的想法，認為應在沒收保全扣押的規範，協助自犯罪有請求權之被害人受償⁹⁴。只是當然當時通過之版本，僅是目前規定之雛形而已，事後還經過數次之變革，才成為 2017 年前舊法之樣貌⁹⁵。

與實體法一樣依 1974 年施行法通過，於 1975 年 1 月 1 日生效之沒收保全扣押規定，第 111b 條至第 111d 條規範了扣押、假扣押之細節與執行方式，其中第 111b 條已包含了有益於被害人之保全⁹⁶。第 111c 條與第 111d 條內容上和

三人沒收的問題，在事件範圍與相對人的範圍上皆有漏洞。因此，德國在 1986 年仍然在秩序違反罰法中另定了沒收之規定，但僅止於第 29a 條一條，僅在罰鍰無法處理時補充適用，不像刑法有獨立的利得沒收體系，vgl. HK-OWiG/Louis, §29a Rn. 1; KK-OWiG/Mitsch, §29a Rn. 2。立法例上會這樣與刑法分別處理，是因為違反秩序罰法的罰鍰額度不像刑法須有嚴格罪責之對應，並不採日額罰金制，僅依秩序違反行為之意義及可非難性來進行裁量，vgl. KK-OWiG/Mitsch, §17 Rn. 12; Suchy, Der Verfall im Ordnungswidrigkeitenrecht, S.20。以上相關立法背景，更細緻的介紹請參照，林明昕，〈論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，2016 年 9 月，45 卷 3 期，頁 755-825，頁 768-772

⁸⁸ 有關 1962 年刑法草案與後來 1969 年修正案之間的關係，以及沒收法制形成的歷史，尚可參見，林明昕，上註文，頁 764-766。

⁸⁹ Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch(EGStGB) vom 02.03.19, BGBI. I S. 469.

⁹⁰ Keusch, Probleme des Verfalls, S. 16; SK-StGB/Horn/Wolters, §73 Rn.1。關於該次修法前，德國政府針對究竟適不適宜再於罰金當中剝奪犯罪利得之討論，請參閱 Arnold, Verfall. Einziehung und Unbrauchbarmachung, 2015, S.145 ff.。

⁹¹ RegE eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB), BT-Drs. 7/550, S. 190, 291 ff.

⁹² SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 10.

⁹³ SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 10.

⁹⁴ SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 10.

⁹⁵ SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 11.

⁹⁶ SK-StPO/Rogall, §111b ff. Rn. 4.

2017年前舊法條文一致，僅第 111d 條之文字有做修改而已⁹⁷。第 111e 條與第 111f 條有關命令與執行機關，與 2017 年前舊法精神大致相符，已確立了法官保留原則之適用，以及由刑事法院命令與刑事追訴機關執行之原則⁹⁸。第 111g 條與第 111h 條民事執行優先、第 111i 延長扣押之規定亦已出現，但與 2017 年前舊法有相當差距，經 2007 修法（下文三）大幅翻修後才成為舊法之樣貌⁹⁹。第 111k 條有關扣押物發還被害人、第 111l 條有關扣押物強制變賣之規定，分別是 1975 年前刑事訴訟法就有之規定，該次修正一併移列至沒收保全扣押的規範體系中¹⁰⁰。第 111m 條與第 111n 條有關文書之特別扣押規定，亦已於 1975 年第一版條文中出現¹⁰¹。

二、加強打擊組織犯罪的變革

上述沒收保全扣押之規定於 1975 年初步通過之後，就已經引發了過於複雜之批評，尤其基於其與民事法之複雜關連，學說上甚至指稱其為「立法怪物（*legislatorisches Monstrum*）」¹⁰²。在有效性方面，學說上亦有針對「被害人請求權排除沒收」之設計，認為其有礙於有效之利得剝奪，進而認為該規範是「利得沒收之掘墓人（*Totengräber des Verfalls*）」¹⁰³。

但德國立法者是到了 1992 年，才第一次就相關規範予以修正，一樣是與實體法利得沒收之修正有所聯結。在 1992 年以前，德國刑法之利得沒收，是採所謂的淨利原則（*Nettoprinzip*），利得沒收之對象依法條文字為財產利益（*Vermögensvorteil*）。1992 年，德國依對外貿易修正法（*Gesetz zur Änderung des*

⁹⁷ LR-StPO/*Johann*, §§111c, 111d, Entstehungsgeschichte.

⁹⁸ LR-StPO/*Johann*, §§111e, 111f, Entstehungsgeschichte.

⁹⁹ LR-StPO/*Johann*, §§111g, 111h, 111i Entstehungsgeschichte.

¹⁰⁰ LR-StPO/*Johann*, §§111k, 111l, Entstehungsgeschichte.

¹⁰¹ LR-StPO/*Johann*, §§111m, 111n, Entstehungsgeschichte.

¹⁰² *Achenbach*, Vermögensstrafrechtlicher Opferschutz im strafprozessuales Vorverfahren, FS-Blau, 1985, S. 11.

¹⁰³ *Eberbach*, Zwischen Sanktion und Prävention – Möglichkeit der Gewinnabschöpfung nach dem StGB –, NStZ 1987, 486, 491.

Außenwirtschaftsgesetzes(AWG)¹⁰⁴), 將利得沒收修正改採總額原則 (Bruttoprinzip), 法條上所示利得沒收之對象改為中性用語 (etwas)¹⁰⁵。附隨著此實體法之修正, 刑事訴訟法中保全扣押之部分, 亦取消了得沒收之財產利益才得保全之用語, 而更確立了可以為保全沒收替代價額而為假扣押, 並且將假扣押之授權基礎加入第 111b 條, 使得法條型態成為由第 111b 條做為出發規範, 扣押與假扣押並列於同一條文¹⁰⁶。

同樣在 1992 年, 德國實體法沒收還有一項變革, 與改採總額原則亦有關聯, 在於依打擊非法毒品交易與其他組織犯罪現象法 (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)), 引入了擴大利得沒收¹⁰⁷ (erweiterter Verfall; §73d StGB a.F.) 的規定。如同修法之標題, 之所以引進擴大利得沒收, 德國當時之背景是為了針對組織犯罪達成有效之剝奪, 尤其是針對毒品交易之部分, 希望透過降低證明的門檻, 一般性地預防重複違犯之組織犯行¹⁰⁸, 使得無法證明對應到特定犯罪行為之犯罪利得, 亦有可能得被列入沒收之範圍。

數年後同樣基於打擊組織犯罪之目的, 在 1998 年時德國又通過了加強打擊組織犯罪法 (Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (OrgKG)), 其中有關沒收的部分, 觸及到程序之保全扣押。此次修法將保全扣押發動之嫌疑門檻, 自原本的重大嫌疑, 降為只要偵查開始之簡單嫌疑即可¹⁰⁹。但在 6 個月內還是要證明到有重大嫌疑, 必要時能延長 3 個月¹¹⁰, 這即是 2017 年前舊法關於嫌疑門檻之規範方法 (見下文第三章、壹、二、1、(1)), 只是後續又修法將延長期間改為 6 個月。此嫌疑門檻之降低, 大幅增加

¹⁰⁴ BGBl. I S. 372.

¹⁰⁵ Vgl. LK-StGB/Schmidt, §73 Rn. 4.

¹⁰⁶ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 1; MK-StPO/Bittmann, Vor§§ 111b-111p Rn. 3.

¹⁰⁷ 事實上上述改採總額原則之變革, 與擴大利得沒收有其關聯, 當初本來是在擴大利得沒收之草案中, 德國行政機關首先提出了就擴大利得沒收要採總額原則, 普通利得沒收則不變, 草案進入聯邦參議院 (Bundesrat) 後, 引起了擴大利得沒收與普通利得沒收之間, 分採淨利原則與總額原則是否恰當之爭議, 最後基於加強打擊毒品犯罪與組織犯罪之倡儀, 才變成全面性地改採總額原則。Vgl. LK-StGB/Schmidt, §73 Rn. 6, §73d Rn. 1.

¹⁰⁸ Vgl. LK-StGB/Schmidt, §73d Rn. 2.

¹⁰⁹ SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 11.

¹¹⁰ SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 11.

了沒收保全扣押於實務上之運用可能性，但也引起了學說上違憲之質疑。其中尤其因為假扣押得對被告與犯罪無涉之財產予以保全，經該次修法變成在刑事程序開啟之始就能為之後，特別被認為侵害人民之財產權¹¹¹。

隨著實務上運用之增加，以及因為上述違憲之爭議，最終促使了德國聯邦憲法法院於 2000 年代，做成幾則有關沒收保全扣押具重要性之裁判¹¹²，德國有關沒收保全扣押之學說實務，可以說就此才真正上路。本文作為研究範圍之德國學說、實務之討論，也是從此刻起才開始大量出現。

三、加強償還協助的體制化

其後，沒收保全扣押之修正先出現在 2002 年，該次修法主要是調整假扣押以質押方式對動產執行時之執行機關（§111f Abs.2 StPO a.F.），單純為程序簡化，是相對較小之修正¹¹³。隨著沒收保全扣押在德國法上變得有實效性，學說、實務上討論變得熱絡，在 2006 年，德國有關沒收保全處分之規定，終於做了大規模實質之修正，構築了現行法之全貌。依加強償還協助與財產剝奪法（Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten¹¹⁴），該次修法主要要修正的，就是確立了 2017 年前舊法被害人償還協助的運作方式，於 2007 年生效上路。

當時德國立法者想著力加強的部分，是自德國刑法被害人請求權優先之規定出發，如上所述，自 1975 年立法時起，德國法就有實體法沒收一般性地因被害人請求權而排除之規定，但可能及至判決確定時，被害人還未能透過民事程序主張其權利。為避免被害人請求權排除沒收無法剝奪，被害人又不及主張，只好發還被沒收人之情形發生，該次修法設計了延長扣押，期間可達三年，作

¹¹¹ SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 11.

¹¹² 例如 BVerfG StV 2004, 409; NJW 2004, 2443; NJW 2005, 3630; StraFo 2005, 338; StV 2006, 449; vgl. SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 11。

¹¹³ Vgl. LR-StPO/Johann, §111f, Entstehungsgeschichte; SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 3.

¹¹⁴ BGBl I S. 2350.

為國家截堵權取得 (Auffangrechtserwerb) 之機制¹¹⁵。除此之外針對償還協助，該次修法也將對被害人通知、被害人民事執行優先之規定訂得更細，成為 2017 年前舊法之規範樣貌 (見上文壹、三)。

其他規定方面，有關保全扣押之嫌疑門檻，該次修法更進一步地將嫌疑證明到重大嫌疑可能延續之期限，延長至 12 個月¹¹⁶。另外針對保全扣押之執行，該次修法更簡化的，將執行之任務原則上統一交由檢察官進行，以加速執行之工作，並且明定了針對執行措施若有侵害權利，關係人得聲請該管法院裁決 (§111f Abs. 5 StPO a.F.)¹¹⁷。

四、歐盟指令下之 2017 年新法

在上開償還協助制度翻修之後¹¹⁸，德國法有關沒收保全扣押之規範結構又更加複雜，有許多爭議之處，以致於雖然肯認沒收及其保全在法政策上之重要性，但實務上基於繁重之工作量，常常乾脆忽略沒收相關處分¹¹⁹。而在德國面臨此困境之同時，2014 年，歐洲議會通過了一份關於沒收及其保全的新指令¹²⁰，要求各會員國有效地實施沒收 (confiscation) 及其保全 (freezing)，以做為打擊犯罪之手段¹²¹，且要求各會員國於 2016 年 10 月 4 日之前，通過相關法

¹¹⁵ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 1; SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 12.

¹¹⁶ SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 12.

¹¹⁷ Vgl. SK-StPO/Rogall, §111f, Rn. 4.

¹¹⁸ 德國沒收保全扣押法制 2017 年大修前的上一次修正，是在 2009 年依加強刑事程序中被害人及證人權利法 (Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz))，針對強制出賣之規定進行修正，主要是新增了關係人針對強制出賣過程中之執行處分，得向該管法院聲請裁決作為救濟之規定，SK-StPO/Rogall, Vor§§111b ff. Rn. 13。

¹¹⁹ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 1f.

¹²⁰ Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union, published in the Official Journal of the European Union L 127, vol. 57, 29 April 2014.

¹²¹ 該沒收指令針對沒收保全之部分，要求「歐盟會員國應採取必要的措施去保全未來可能之沒收，這些措施應由有權機關以命令為之，且應包括為保全財產有必要時之緊急命令」，縱使是第三人的財產也可以是保全之範圍 (Art. 7)。而此沒收保全所著眼之沒收，為的是要打擊貪污、仿冒、詐騙、洗錢、恐怖攻擊、組織犯罪、毒品販運、性剝削、資訊系統

律以符合指令之要求 (Art. 12)。該歐盟指令因而促使德國聯邦司法部於 2016 年 3 月提出了一份參考草案 (Referentenentwurf; Ref-E)，於同年 9 月經修正核定為聯邦政府之正式草案 (Regierungsentwurf; Reg-E)，就沒收相關之實體法與程序法，主要也就是針對刑法與刑事訴訟法，進行大幅度體系性之翻新。嗣後經立法程序討論又作了相當程度之條文修正後¹²²，德國國會終於在 2017 年 4 月 13 日通過了刑事財產剝奪改革法 (Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung)¹²³，並訂於同年 7 月 1 日即生效上路。

在論理架構上，德國 2017 年沒收新法涉及幾項重點，皆與本文關心之沒收保全扣押習習相關。其中又大致可以分為兩個主要面向。第一個面向，德國沒收新法希望達成有效剝奪犯罪利得之目標，並在歐洲議會指令的要求下與國際銜接，為了達成上述目標的，包括在用語上，德國 2017 年沒收新法不再區分利得沒收與犯罪物沒收為兩個不同用語，統一使用沒收 (Einziehung) 之總稱 (見上文壹、二)，規範體系更為簡潔，並與歐盟指令使用之 confiscation 一字取得一致，有助於解消跨國司法互助時可能的理解障礙¹²⁴。對本文關心的保全扣押來說，由於保全扣押不分沒收之標的，原則是適用一樣的基礎體系，使用同一的統稱，在實體法統稱名稱後，指涉上更加清楚，不必在法條上再一一並列利得沒收與犯罪物沒收，德國刑事訴訟法新法第 111b 條以下之規定因此也得以更簡潔。

在上述基礎下，德國 2017 年沒收新法進一步健全保全扣押之體系，據以作

攻擊等等最棘手之犯罪，各國之沒收及其保全應涵蓋之 (Art. 3)。強調有效性之餘，關於保全扣押之制度設計，因有可能涉及會員國人民權利之保護，該指令也作出了最基本的說明。包括保全扣押應通知受干預之關係人，並給予其有效之救濟機會，但若會危及刑事調查，通知可以延後為之。若保全扣押非由司法機關為之，則必須在關係人救濟之前，就先送至法院審查。在有效期間方面，只要保全對於未來沒收而言是必要的，就應持續維持保全之效力 (Art. 8)。最後更重要的是，歐洲議會要求會員國，就其執行之沒收包括其保全扣押，須收集統計資料每年送至歐盟執委會審查 (Art. 11)，以確認各會員國之實踐情況。這份指令可以說就是目前整個歐洲，針對沒收法制的明確走向，不難從該指令看出歐洲為了打擊犯罪，是多麼看重沒收的功能面，但也沒有因此忽略必要的人權保障。

¹²² 我國部分文獻在研究德國 2017 年新法時，還沒有更新注意到德國國會在一讀程序中作了相當程度的條文修正 (vgl. BT-Drs. 18/10146, 18/11640)，直接將聯邦政府之草案當作通過的新法，以致於陳述上有相當之出入，其中條文版本差異最大的是德國刑事訴訟法第 111i 條與破產程序銜接的規定 (見下文第三章、伍、三、3、(3))。

¹²³ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 22; BGBl. I S. 872.

¹²⁴ BT-Drs. 18/9525, S. 48.

為剝奪犯罪利得之利器，並符合歐盟指令之要求。包括在用語上，為了增加假扣押之刑事法性格而改名為財產假扣押（見上文壹、一），進而重整扣押與假扣押之規範方式，將扣押（§§ 111b bis 111d StPO-E）、假扣押（§§ 111e bis 111g StPO-E）依命令、執行、效力之順序分別規定，不再混合在一起，且僅限縮於必要的限度內，才直接在條文上準用民事訴訟法¹²⁵。但這並沒有改變刑事假扣押還是以民事假扣押為運行依準的規範狀態，德國修法的想法只是簡化規範適用並強化刑事法上的規範理解¹²⁶。

此外，修法還加強了保全扣押之裁量密度，將保全必要性之要件明文化，並刪除了保全扣押期間之階層規定，將是否扣押及扣押多久之裁量基準，回歸一般之比例原則（見下文第三章、壹、三、1.）。

最後，為了有效地剝奪犯罪利得，德國 2017 年修法在實體法方面具體化總額原則之適用（見下文第三章、壹、二），並明文化挪移型（*Verschiebungsfalls*）的第三人沒收¹²⁷，也與本文關心的沒收保全扣押習習相關，影響得沒收及得扣押之範圍。

德國 2017 年沒收修法之第二個面向，則在於被害人賠償機制的重整，就此首先也與第一個面向有所連結，為了避免對有效剝奪利得有所妨礙，新法刪除了實體法上被害人請求權一般性優先之規定（§73 Abs.1 S.2 StGB a.F.），更積極地在刑事執行之階段，直接協助實現被害人之民事請求權（見上文壹、三）。從而舊法原本從實體法規定而來的程序設計，包括法院有益於被害人之扣押、假扣押（§111b Abs.5 StPO a.F.）、對被害人民事執行之同意裁定（§111g Abs.2 StPO a.F.）、2007 年新增之國家截堵權（§111i Abs.5 StPO a.F.），都予以刪除，在刑事執行程序重新架構協助被害人的機制（§§459g-459o StPO），並有銜接進破產程序，使被害人之間得以平等受償的可能（見上文壹、參）。

基於上述德國 2017 年修法的兩大主要面向，修法大幅更動條文順序，並作細部文字之修正，將過去學說、實務於法適用上確定之爭點，形諸於法條，同

¹²⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 49.

¹²⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 49; SSW/*Burghart*, §111b Rn. 2.

¹²⁷ 修法同時處理了以繼承之方式所形成之挪移（§73 Abs.1 Nr.3 StGB），補足了此部分剝奪之漏洞，有關德國修法後挪移型第三人沒收之樣貌，請另參照 BT-Drs. 18/9525, S. 56f.。

時刪除不必要之部分，細節會在以下第三章再一一提及。值得先提的是，新法針對扣押、假扣押執行後對被害人通知 (§111l) 與扣押物之管理 (§111m)，不同於過去舊法，有獨立條文之規定，可見此兩點在沒收保全程序中之重要性，尤其管理規定是依歐盟沒收指令要求 (Art.10) 所新增¹²⁸。



¹²⁸ BT-Drs. 18/9525, S.83.



第三章 德國法之細部設計

經過第二章就靜態的五大軸線（上文第二章、壹）、動態的修法演變（上文第二章、貳）分別介紹後，進入德國法細部設計之介紹已有一定之認識基礎。在章節之鋪排上，本文選擇以第四軸線：命令程序／執行程序之區分，作為以下細部設計介紹之主軸，以時間順序來看德國之沒收保全扣押究竟如何進行。本文以下將先針對保全扣押作為國家之干預處分，為追訴而對處分關係人干預之面向，分就命令（下文壹）、執行（下文貳），執行後扣押所生之效力（下文參），及至保全扣押如何變更與終結（下文肆），四大塊來說明德國法運作上之細節。

再來如同上文第三軸線：對關係人之干預處分／被害人之賠償機制所強調的，德國法沒收保全扣押制度之一大特色，在於保全扣押有一連串協助被害人受償之機制。為連貫體系，有關被害人賠償機制之程序將在上述干預處分之基本體系介紹後（下文壹至肆），再一併綜合闡述之（下文伍），同時也會一併處理刑事沒收保全扣押與民事程序包括破產程序間的關係。但如同上文第五軸線：刑事法領域／與其他法領域之銜接所強調的，跨法領域的銜接不僅止於此，保全扣押身為程序的第一線，還有如何與行政程序，特別是行政罰程序以及稅法程序如何銜接之問題，本文會在最後就此與行政法之間的關聯獨立談之（下文陸）。

下文即分以上六個部分（下文壹至陸），嘗試完整介紹德國沒收保全扣押制度之全貌。

壹、保全扣押之命令

保全扣押之命令，是保全扣押干預人民基本權之基礎，可分就實體面與程序面來觀察，其中，尤其因為德國法在程序上，針對保全扣押之命令採取法官保留原則，影響了相關程序法之設計與實體要件之解釋。從而，以下會先從法官保留原則出發，介紹德國法在法官保留原則下，扣押命令權限之分



配情形（下文一），再分從實體面與程序面介紹保全扣押命令之細部設計，其中實體面由於會牽涉到實體法之沒收規定，特別需注意德國法在 2017 年修正時之變革（下文二），程序面德國法則是在 2017 年修正時做了部分簡化（下文三），以下一一分述之。

一、命令之權限分配

1. 偵查法官制度下之法院權限

有關保全扣押命令之權限或稱管轄權（*Zuständigkeit*）之分配，德國刑事訴訟法針對扣押、假扣押統一規範（§111j Abs. 1 StPO），德國刑事訴訟法新法第 111j 條是舊法第 111e 條移列，僅作文字上之修正¹，揭示原則上由法院為命令機關，例外在有緊急狀況時檢察官亦得命令，但須事後請求法院確認（*Bestätigung*, §111j Abs. 2 StPO），若保全對象是動產而有緊急狀況時，檢察官之偵查人員（*Ermittlungsperson*, §152 GVG，見下文 2.(1)）亦有命令之權限²。上述模式的基礎原理，即是我國學說、實務所稱之相對法官保留原則，是德國法針對強制處分普遍的程序設計，藉由法官的事前介入，作為刑事程序中基本權干預的預防性控制³，同為扣押之證據保全扣押（§§94, 98 StPO）之規定亦大致上一致⁴。

要注意的是，舊法第 111n 條針對文書之保全扣押，尚有法官保留之特別規定，新法將之與舊法第 111m 條合併後移列至第 111q 條（見下文三、4.），並無實質之修正，故舊法之相關解釋皆仍可沿用。

¹ BT-Drs. 18/9525: Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 82.

² BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 2; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 1f.; LR-StPO/Johann, §111e Rn. 1, 3; MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 1ff.; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 5; SSW/Burghart, §111j Rn. 4。雖然船舶、航空器原則是如同動產執行（見下文貳、一），但不包括在偵查人員可以緊急命令的範圍內，SSW/Burghart, §111j Rn. 4。

³ SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 7.

⁴ LR-StPO/Johann, §111e Rn. 1。僅在緊急扣押的情況，事後請求法院確認之程序略有不同，見下文三、2.、(2)。

在確立上述原則的情況下，首先面臨到的問題是，若原則上應由法院事先命令，則應由何法院為之？就此依德國法之設計，既然是刑事領域之扣押，就由刑事法院進行審查，不再割裂由民事等其他領域的法院為之⁵，實際上由哪一法院為命令，則是依程序階段之進行而定⁶，和其他適用法官保留之干預處分大致相同，主要隨著程序進行依偵查中與起訴後兩階段有所不同，起訴後，沒收保全扣押就由本案審判法院命令之，若是偵查中，德國法下則有偵查法官（Ermittlungsrichter）之設計（§162 StPO）⁷。

偵查法官（§§162 Abs. 1, 169 StPO）主要配置在最基層的區法院（Amtsgericht），與檢察官負責的轄區（Bezirk）對等配置，若區法院、檢察署有分院、分署的話，亦是分院、分署間相互對應，進而，偵查中保全扣押之命令，原則上就由檢察官向其轄區內區法院之聲請（§162 Abs. 1 S.1）⁸。但若係第一審屬邦高等法院（Oberlandesgericht）管轄之案件，主要是國家保護事件（Staatschutzsachen, §120 GVG），亦即內亂、外患、叛國等犯罪，亦得向聯邦最高法院或邦高等法院之偵查法官聲請（§169 StPO）⁹。在此階段依德國學說、實務之理解，偵查法官僅依檢察官之聲請而為命令，僅在檢察官不可及之緊急狀況，依法律規定（§165 StPO）法官得不依聲請，以緊急檢察官（als Notstaatsanwalt）之立場為必要之調查行為，包括沒收保全扣押¹⁰。

就上述要注意的是，之所以稱偵查法官，著重的是他的功能面向，亦即在檢察官主導的偵查階段，加入法官的角色來達成合法性控制之功能。重要

⁵ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 1; LR-StPO/Johann, §111e Rn. 1, 6. 因此刑事假扣押不適用民事訴訟法有關假扣押命令權限之規定（§§ 764, 919 ZPO）。

⁶ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 6; SSW/Burghart, §111j Rn. 2。

⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 1; LR-StPO/Johann, §111e Rn. 1; MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 6; SSW/Burghart, §111j Rn. 2.

⁸ LR-StPO/Johann, §111e Rn. 2; MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 6。此為德國於 2007 年修法（BGBl. I S.3198）簡化後之結果，依 2007 年以前之舊法，在地域管轄上檢察官向法院聲請核發令狀時，須向干預處分實行地之區法院之偵查法官為之，在實務上造成許多不便與困難，修法後有顯著的改善，vgl. LR-StPO/Johann, §111e Rn. 2; Meyer-Goßner/Schimitt, §162 Rn. 8.

⁹ LR-StPO/Johann, §111e Rn. 2.

¹⁰ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 6.

的是，若依程序法之設計需要偵查法官的角色，各法院須有法官擔任此項業務。在組織法的設計上，德國法並沒有要求偵查法官必須是專職的偵查法官，是由每個法院每年依據事務分配計畫（Geschäftsverteilungsplan）自行配置（§21e GVG），且除了上班時間之事務分配外，由於偵查法官之業務常會是在值班時段進行，因此也會牽涉到值班計畫（Bereitschaftsdienstplan）下法官業務之配置，各區法院皆有不同之處，偵查法官可能兼辦其他業務，值班時也可能是值班法官直接擔任偵查法官¹¹。況且，區法院之司法行政事項，在德國是邦之自治事項，各邦在司法行政之設計上本就有歧異性，因此，德國法之偵查法官制度，並不是指任何特定的法官業務分配模式，毋寧是一種功能性的敘述。

至於起訴後包括中間程序起，則由本案繫屬法院為命令機關（§162 Abs. 3 S.1 StPO），須由法院而非個別法官、審判長為之¹²。不同如上，在此階段依德國學說、實務之理解，本案法院得依檢察官聲請，亦得依自己之職權而為保全扣押命令¹³。若向上級法院為事實審上訴，則於卷證送達上訴法院時（§321 S.2 StPO）起即由上訴法院為扣押之命令¹⁴。但若是法律審上訴，依法（§162 Abs. 3 S.2 StPO）係由判決被指摘之原審法院，亦即最後事實審法院為扣押、假扣押之命令機關，而非法律審之上訴法院¹⁵。以上也是其他適用法官保留原則之強制處分所適用之管轄權分配規則。

不過隨著程序進行階段的不同，學說上區分的一點是，由於在德國學說的理解下，相當重視檢察官是偵查主，在偵查程序具主導權的概念，因此若是法官在偵查中進行強制處分審查時，學說上有認為遇到單純是否合目的性

¹¹ 黃奕超，〈強制處分專庭要多「專」？——一個德國值班實務的考察〉，《月旦裁判時報》，56期，2017年2月，頁62-90。有關德國區法院分配偵查法官業務之實例，請詳見該文之解說。

¹² BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 1; LR-StPO/Johann, §111e Rn. 1f.; MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 6; SSW/Burghart, §111j Rn. 2.

¹³ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2.

¹⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 1; LR-StPO/Johann, §111e Rn. 2; MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 6; SSW/Burghart, §111j Rn. 2.

¹⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 1; LR-StPO/Johann, §111e Rn. 1f.; MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 6; SSW/Burghart, §111j Rn. 2.



的問題，與合法性之審查不同，法官應仍交由檢察官決定¹⁶。若案件已起訴繫屬於法院，則主導權已歸於法院，法院得自己依職權命令扣押，自然也得以自行決定扣押是否合目的性的問題¹⁷，只不過，這絕對不妨礙檢察官以其觀點出發，在審判中提出扣押等強制處分之聲請¹⁸。

2. 刑事追訴機關之緊急權限

相對於以上由法院為命令之原則情況，如前所述，檢察官僅在遲延有危險（*Gefahr im Verzug*）之情況，有為命令之權限。但一旦檢察官符合有緊急權限之要件，其權限和法院並無不同¹⁹。所謂「遲延有危險」，係德國干預處分有關緊急權限（*Eilkompetenz*）所使用之概念，指的是若由法院為命令，可預見處分之成效將受危害²⁰。如上所述，檢察官之偵查人員（*Ermittlungsperson*）在扣押動產時，依法亦是具有緊急權限之命令機關。由於「偵查人員」之名詞對我國而言較陌生，以下將先大略介紹德國之偵查人員制度（見下文(1)），再進入統合來談檢察官和偵查人員何時有緊急權限的問題（見下文(2)）。

(1) 德國法之偵查人員制度

德國法所謂偵查人員，與我國之司法警察制度有其相似性，牽涉到的是刑事偵查基本的檢警關係的問題。在組織法上，偵查人員在德國是透過法院組織法所建置，是檢察官可以直接命令指揮，包含在司法制度下的輔助機關²¹。但偵查人員並不屬於專職的特定單位，而是從現有之其他行政組織中，

¹⁶ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2

¹⁷ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2

¹⁸ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2.

¹⁹ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 3;

²⁰ LR-StPO/Johann, §111e Rn. 3; MK-StPO/Bittmann, §111e Rn.4; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 8; SSW/Burghart, §111j Rn. 5.

²¹ 法院組織法所規定之直接受檢察官指揮監督的單位，在早期係稱為「輔助公務員」（*Hilfsbeamte*），直到2004年因德國司法現代化的改革而來的修法，才替換成所謂的偵查人員。此改名是基於現實上之檢警關係，要除去警察是隸屬於檢察官之下級輔助機關的意味。Vgl. *Jehle, Vom Hilfsbeamten zur Ermittlungsperson, Die KRIMINALPOLIZEI*,

指定某些特定的「群組 (Gruppe)」，於執行犯罪偵查任務時有偵查人員之身分²²。偵查人員的指定有兩種不同的途徑，第一種是依照法院組織法的授權 (GVG §152 Abs. 2)，邦政府得以法規命令指定特定的群組為偵查人員，亦得以法規命令委託邦司法行政機關為指定。第二種則是基於特定之規範目的，直接在個別法律中規範某些公務員為偵查人員，例如在海關緝私勤務法 (§26 Zollfahndungsdienstgesetz; ZFdG) 中，即規定海關緝私機關 (Zollfahndungsamt) 在執行走私之偵查時，該機關與其下之公務員，如同警察機關與警察之間的關係，適用刑事訴訟法關於警察之相關規定，除了緝私機關外，在其他稅務、森林相關之法律，也有類似的規定²³。

依上述指定而來的結果，除了基於稅務、邊境、森林領域之特別需求而指定相關機關之公務員為偵查人員，或是因特別需求而指定約聘關係的職員群組為偵查人員²⁴，偵查人員一般就是高階警官 (z.B. Polizeidirektor, Polizeikommissar)，以特定職稱為指定之範圍。

上述警察與偵查人員間的關係，與德國刑事訴訟法下，警察在犯罪偵查

März 2010.

²² 德國之所以有偵查人員之制度，與法院與檢察官於權限分配上之歷史背景有關。德國在 19 世紀初時，不同於法國有獨立以司法為其任務的警察機構，德國只有以治安為工作之治安警察，刑事司法制度方面在糾問制下，是由法官獨自指揮完成偵查的工作。直到 19 世紀後期帝國刑事訴訟法施行時，對抗糾問制的檢察官制出現，考量若由檢察官負責犯罪偵查與刑事執行的工作，卻沒有自己的執行機構，必定需要他行政機關的協力，否則檢察官將會是「有頭無手」。因此，制度上針對協力機關也有設計的需求，而警察基於其維護治安的工作與犯罪偵查工作的相近性，就成為協力機關的設計的考慮對象。不過德國法就此的難題是，德國是聯邦國家，不同於檢察官是司法機關，警察是隸屬於內政機關，依基本法有關警察的組織與職權是各邦而非聯邦的事務 (§§30, 70ff. GG)，僅例如負責打擊跨邦或跨國的犯罪聯邦刑事局 (Bundeskriminalamt)，位階上是在聯邦之層次。因此，在考量偵查工作的協力機關設計時，德國各邦之警察設置就已存在歧異性，於聯邦法的層次並沒有統一警察組織的設計。在這樣的前提下，當時的聯邦法立法者有兩種規範上可能，一種是各邦既有的警察體制不變動，各警察組織之獨立性也予以保留，僅規範警察對於檢察官予以協助之法定義務。另一種則是直接將警察編入檢察體系之中，受檢察官而不受警察機關指揮。然而最後聯邦法的立法者將上述兩種可能予以合併，分別透過刑事訴訟法 (StPO) 與法院組織法 (GVG) 的制度，規範出現今的偵查人員制度的雛形，作為警察協助檢察官之規範框架。Vgl. LR-StPO/Franke, GVG §152 Rn.1 ff.; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 101f.; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 23ff.

²³ SK-StPO/Wohlers, GVG §152 Rn. 6.

²⁴ 例如指定約聘的緝私人員、約聘在外監督食品之人員，或是指定協助檢察官有商務專業知識之約聘人員，作為偵查人員，vgl. LR-StPO/Franke, GVG §152 Rn.15, 24.

任務²⁵上的角色安排有緊密的關連性。詳言之，在德國刑事訴訟法的規範下，警察的任務除了一般性地輔助檢察官 (§161 StPO)，還有義務在有偵查開始之簡單犯罪嫌疑 (§152 Abs. 2 StPO)，且若不立刻開始偵查有使事實晦暗化之危險時，在無檢察官之請求或委託的情況下，開始釐清事實並保全證據，這稱為警察的「初步掌握 (erster Zugriff; §163 StPO)」²⁶。而既然讓警察擔任第一線掌握犯罪的任務，必定也要賦予警察為特定干預處分之權限才能有效地進行。德國刑事訴訟法透過組織法上偵查人員的設計進一步區分的是，由於偵查人員在組織法上受檢察官直接之指揮監督，又是較高階之警官，相較於一般的警察，偵查人員擁有的干預權限更加廣泛²⁷，在作用法上有如此的區分。

本文關注之沒收保全扣押，就是只有偵查人員而非所有警察皆能為之干預處分。而偵查人員之緊急權限，也僅限於對動產之扣押，若是德國新法第111e 條之假扣押，或是對不動產、債權之扣押，則不能由偵查人員自行命令之²⁸。此處設想之偵查人員，尤其是指刑事警察²⁹，之所以開放動產之扣押，依1975年第一次修法之理由，就是出於警察實務上之需求，警察於第一線為犯罪偵查初步掌握時，若須保全原物又是動產，往往需要無延遲地同時保

²⁵ 之所以強調「犯罪偵查」任務，是因為警察在行政法上還有「預防危害」的任務，此與檢察官的指揮監督、刑事訴訟法之規範目的無關，警察有自己獨立為行政行為的權限，只不過「犯罪偵查」與「預防危害」兩種目的，常常是會競合交錯、密切相關。

²⁶ 此規定等於是授權警察之一般授權條款 (Ermächtigungsgeneralklausel)，使得警察在緊急情況下有獨立偵查之權限，警察受有此權限，和檢察官一樣要受法定原則之拘束。不過為了維持偵查程序之單一性，德國法在賦予警察權限的同時，要求警察若是基於上述之緊急原因而自行發動偵查時，必須無延遲地，將其調查成果轉交予檢察官，只是在實務上運作的結果，的確大多數的案件，警察是已經偵查到足以起訴的情況，才將資料送交給檢察官。Vgl. *Beulke*, *Strafprozessrecht*, Rn. 104 ff.; *SK-StPO/Wohlers*, §163 Rn.1f.; *LR-StPO/Erb*, §163 Rn.1ff.

²⁷ 依照刑事訴訟法中個別條文之規範，所有的警察都有權為逮捕 (§§ 127 I, 163b I StPO)、對住宅以照相或其他科技方法觀察 (§100h StPO)、拍照採取指紋或相類似之識別措施 (§§ 81b, 163b I StPO)、身分確認之措施 (§163b StPO)、訊問到場或已陳述之被告證人鑑定人 (§163 III, 163a I, IV StPO)。但偵查人員在緊急狀況時有權自主發動對被告抽血等身體檢查 (§81a II StPO)、對證人的身體檢查 (§81c V StPO)、扣押 (§§98I, 111Ji StPO)、搜索 (§105 I StPO)、設立檢查站 (§111 II StPO)、公告通緝 (§131 I StPO)、設置追緝網 (Schleppnetzfangung; §163d StPO) 等強制處分。Vgl. *Beulke*, *Strafprozessrecht*, Rn. 107 f.; *SK-StPO/Wohlers*, *GVG* §152 Rn.16.

²⁸ *LR-StPO/Johann*, §111e Rn. 6; *MK-StPO/Bittmann*, §111e Rn. 3; *SK-StPO/Rogall*, §111e Rn. 11.

²⁹ *MK-StPO/Bittmann*, §111e Rn. 3.

全該物，否則未來保全將會受到妨礙³⁰。搭配有關執行機關之相同規定（見下文貳、二），偵查人員並可自己直接執行自己所下之命令³¹。



(2) 遲延危險下之緊急權限

如上所述，檢察官以及在扣押動產的情況下其偵查人員，在遲延有危險的情況得不先經法院裁定，即自行為扣押。在判斷上，由於「遲延有危險」之要件，不只限於沒收保全扣押，而是散見於所有德國刑事訴訟法中採法官保留之干預處分規定中，因此在解釋遲延危險時，德國學說、實務針對其他干預處分包括羈押、搜索等等而發之見解³²，也大多可以相應適用於沒收保全扣押，解釋體系上方有一貫性。概觀而言，德國學說普遍較寬認「遲延有危險」要件之成立，德國實務則持較限縮之見解，但對於違反「遲延有危險」要件是否無效導致強制處分無效之問題，也同時採取較保守之見解，也就是容易違法但不會導致無效之效果。

若嘗試將「遲延有危險」之要件具體化到本文關注之沒收保全扣押，是指若由法院為命令，一般導致之時間延遲，將產生對扣押保全之目的有所妨礙之疑慮³³，就此必須敘明而有具體附卷之情狀得以佐證，不能只是據案情泛泛性質的推測³⁴。在認定上，德國聯邦憲法法院認為，追訴機關應立即嘗試請求法官核發命令，不得等到法院介入為時已晚時，才向法院請求而得出會妨礙保全³⁵。由警察為犯罪之初步掌握（見上文(1)）時，德國學說認為普遍應會有遲延危險，然而依德國實務採取之嚴格限制說，對是否具遲延危險仍持警戒、保留之態度³⁶。另外德國學說上認為，若扣押物是動產、債權，尤其是現金、銀行帳戶，由於保全對象之流動性高，可以輕易地轉讓，因此

³⁰ RegE eines EGStGB, BT-Drs.s. 7/550 S. 294. Vgl. auch MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 5; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 11.

³¹ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 3.

³² SSW/Burghart, §111j Rn. 5.

³³ SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 8; SSW/Burghart, §111j Rn. 5.

³⁴ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, §111d Rn.9; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 10.

³⁵ BVerfGE 103, 155; vgl. auch SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 10.

³⁶ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 5.

原則上要較寬認遲延有危險之要件認定，不能設定太高的標準³⁷。總的來說，德國實務各該見解中，相當強調須在實際審查時就個別不同處分分別檢驗，容許在相近情況作出相異的認定，學說則希望劃定可以遵循的原則，針對實務上各異的見解，究竟何時可以類比適用，因此也建議要視上述保全之對象等等原則來分門別類³⁸。

值得注意的是，扣押由於常常是自搜索而來，而搜索在德國法下，亦是採取原則上由法官事前審查，遲延有危險時才由刑事追訴機關自行為之的模式。德國實務就此認為，還是要就搜索、扣押兩個不同處分分別檢驗，例如縱使對追訴機關而言，發動搜索可能並無遲延危險，有足夠地時間先取得法院命令，但對該次搜索偶然發現之物，還是可能有遲延危險而得直接扣押³⁹，相對地若搜索例外地無須法院事先命令，也只有扣押亦同時須立即為之時，才會一樣有緊急權限⁴⁰，搜索和扣押必須要分別以觀，並非直接有連動之關係。

若欠缺遲延危險的狀況，檢察官或其偵查人員仍為命令，該命令之效力是否無效，德國學說、實務多依循證據保全扣押的解釋來適用沒收保全扣押。德國學說上有強調，於法官保留之情形，非法官之機關逾越其權限而作之決定原則上係無效者，但同時亦承認例外，例如追訴機關是出於對遲延危險的誤認而自行為緊急命令，則仍有有效的空間⁴¹，亦有學說強調的是應視個案狀況整體衡量，考慮其基本權關聯⁴²，切入點不同。

至於違法的扣押是否會導致證據使用禁止之效果，德國聯邦憲法法院2010年曾針對酒駕強制抽血處分作出新見解⁴³，可以相應適用在沒收保全扣押。德國聯邦憲法法院認為，處分縱使不合法或其合法之理由未載明於卷證，原則上不會導致證據使用禁止的效果，因為若無特別法定證據使用禁止

³⁷ LR-StPO/Johann, §111e Rn. 3.

³⁸ SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 9.

³⁹ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 4.

⁴⁰ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 5.

⁴¹ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 2; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 5.

⁴² LR-StPO/Johann, §111e Rn. 3.

⁴³ BVerfG NJW, 2010, 2864.

的規定，是否應禁止證據使用須個案衡量其基本權關聯，德國實務認為除非是重大、蓄意或恣意之違法，否則不會導致證據使用禁止之效果，可以說對證據使用禁止採取比較限縮的見解⁴⁴。



二、命令之實體要件

德國刑事訴訟法舊法原先以第 111b 條作為程序法保全扣押之出發點規範⁴⁵，在該條規範了扣押、假扣押之區分，新法則重整體系，將扣押、假扣押之基礎規定前後排序，彼此完整區分開來（見上文第二章、貳、四），扣押、假扣押之基礎實體發動要件規定，因而分別規範在德國刑事訴訟法新法第 111b 條、第 111e 條。由於上述法條不論新、舊法，文字可以說是微言大義，德國實務、學說在詮釋上仍有些微差異，本文以下嘗試基於德國法各該討論，以沒收可能性（下文 1.）、保全必要性（下文 2.）兩大部分，來闡述德國法沒收保全扣押之命令實體要件，其後，再進入一般比例原則下，所謂扣押如何「裁量」的問題（下文 3.）。最後，由於德國法下保全罰金、訴訟費用請求權執行之扣押，與沒收保全扣押中之假扣押共用同一規範體系⁴⁶，僅實體要件有所不同，鑑於罰金就利得剝奪的任務而言與利得沒收有共同淵源（見上文第二章、貳、一），本文將一併介紹保全罰金、訴訟費用之假扣押（下文 4.）。

1. 沒收可能性

⁴⁴ BVerfG NJW, 2010, 2864; vgl. auch LR-StPO/Johann, §111e Rn. 3.

⁴⁵ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 18.

⁴⁶ 刑事假扣押之請求權基礎，在德國法下就只以法律有規定者為限，不得自行創設，vgl. SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 2f.



(1) 嫌疑門檻

在為沒收保全扣押之當時，既然還沒透過裁判確定某些財產是未來沒收之對象，則該些財產都還只是「未來可能」之沒收對象，國家之實體法請求權尚未經裁判確認存在。至於存在之可能性要多高，是干預處分的門檻問題。從法條文字言，德國刑事訴訟法舊法第 111b 條規定，以若有理由相信（……, wenn Gründe für die Annahme vorhanden sind, ……）沒收原物或替代價額之請求權要件存在為前提，發動沒收之保全扣押（§111b Abs. 1, 2 StPO a.F.）⁴⁷。新法僅作文字之修正，在第 111b 條和第 111e 條仍是分別規定，以若有理由足認（Ist die Annahme begründet, ……）沒收原物或替代價額之請求權要件存在為前提，發動沒收之保全扣押（§§111b Abs. 1, 111e Abs. 1 StPO），實質意義並無變動，過去學說、實務就舊法條文所為之解釋，應可繼續沿用。

而所謂有理由足認沒收要件存在，會與本案犯罪事實之嫌疑狀態（Verdachtslage）有所連結。在德國法下，刑法沒收請求權會存在，前提皆是有刑事犯罪行為存在⁴⁸，則在發動保全扣押時，必須有刑事犯罪之嫌疑，才可能以沒收作為該行為之法律效果⁴⁹。學說、實務就此認為，從法條文字出發，德國法並沒有設定特定發動沒收保全扣押之門檻，從而，要作成沒收保全扣押之命令，應以犯罪開始之簡單嫌疑（einfache Tatverdacht）或稱開始嫌疑（Anfangsverdacht；§152 StPO）為已足⁵⁰。只是針對上開初始嫌疑，

⁴⁷ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 19.

⁴⁸ 這裡所指之刑事犯罪行為，非指一定要構成要件該當，違法且有責，亦沒有其他刑罰排除事由，而是依沒收之樣態不同而不同，與實體法規定一致。在德國法下，利得沒收只要以行為具違法性為前提，犯罪物沒收則須以故意違法行為前提，vgl. SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 12。

⁴⁹ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 11.

⁵⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 5, §111e Rn.10; KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 9; LR-StPO/Johann, §111b Rn. 22; MK-StPO/Bittmann, §111b Rn. 7; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 12, 23; SSW/Burghart, §111b Rn. 10。德國刑事訴訟法中強制處分的授權規定中，規範文字相當細碎，發動各強制處分所需之嫌疑門檻，法條文字上其實沒有相當明確高低排列之明示，例如在發動臥底警探（§110a StPO）時，依法規定須有「足夠的事實上線索（zureichende tatsächliche Anhaltspunkte）來證明犯罪嫌疑，在發動一般的通訊監察時（§110a StPO），則依法規定須有「特定事實（bestimmte Tatsachen）」來證明犯罪嫌疑，兩者嫌疑門檻誰高誰低，只看法條並不那麼明確，因此，學說、實務怎麼理解法條規定的內涵，是解釋強制處分之嫌疑門檻的重要問題，vgl. SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 10。像針對假扣押之情形，Burghart 就認為簡單嫌疑可能無法正當化干預重大的假扣押，基於比例原則，尤其是考量門檻過低可能對嫌疑人造成的證明負擔，假扣押的情形犯罪應

還是要有事實上的線索得據以推導具備嫌疑之可能性，不能僅是單純的臆測，才能符合憲法保障人民財產權之正當化要求⁵¹，所謂「推導」，意味著嫌疑不必然須到可證明的程度，但也不能壓倒性地顯示相關證據無法齊備⁵²。此外，既然說是嫌疑，自然還不必對犯罪情狀詳細描述到可以起訴的程度，只要能夠看出事件之情狀，已可滿足犯罪構成要件，足以識別出有刑事不法之所在即可⁵³，上開嫌疑的衡度，就是依比例原則衡量的一種展現⁵⁴。

此簡單嫌疑之門檻，可以說是縱觀整個刑事程序中最低的門檻，是刑事程序據以進行的基礎，並未對沒收保全扣押產生任何額外的限制，從而，沒收保全扣押在刑事程序之一開始，就可能伴隨著偵查程序的開啟而作成。此沒收保全扣押之嫌疑門檻要求，是否適宜或應該多加以限制，避免過度地發動沒收保全扣押，德國法在歷史上經歷了數次的演變。

在 1998 年修法以前，要發動沒收保全扣押，法條明定的是要求具重大嫌疑（或稱緊急嫌疑；dringender Verdacht）⁵⁵，也就是說犯罪要有很高的可能性，以致於有緊急情事必須發動保全扣押之強制處分⁵⁶，德國法下，羈押之發動即是以具備重大嫌疑為嫌疑之門檻。1998 年時，將沒收保全扣押之發動要件修正為如同 2017 年前舊法之「有理由相信」後，法條明文刪除了重大嫌疑的要求，學說解釋上並認為原則上沒收保全扣押發動之嫌疑門檻已降低為只需簡單嫌疑。當時修法考量的是，在刑事程序一開始的階段，檢察官就已經有為保全扣押之需求，而檢察官在此階段往往還無法有足夠證據證明案件有重大嫌疑⁵⁷。

該次修法條調降嫌疑門檻的同時，為了平衡保障關係人之權利，德國法採用階層式規定（Stufenregelung）。最晚在 6 個月內，檢察官還是要證明案

達一定的嫌疑門檻才能裁量是否扣押，vgl. SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 6。

⁵¹ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 22; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 12; SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 10.

⁵² SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 10.

⁵³ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 10.

⁵⁴ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 11.

⁵⁵ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 23.

⁵⁶ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 9.

⁵⁷ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 23.

件有重大嫌疑，否則法院應將扣押、假扣押撤銷⁵⁸，但若有特殊情況，使得檢察官在 6 個月內無法證明到有重大嫌疑，檢察官得透過舉證「特定事實 (bestimmte Tatsachen)」證明有嫌疑存在，且證明因偵查之特殊範圍 6 個月的期間並不足夠⁵⁹，進而聲請法院為保全扣押之延長，最長可以因此延長到 12 個月還不必具備重大嫌疑，12 個月之後，若無具備重大嫌疑則保全扣押仍應被撤銷⁶⁰。

上述階層規定將嫌疑門檻與保全處分之延續期間連結在一起，形成了扣押之「時限」⁶¹，兩者背後展現的都是比例原則的問題，原則上隨著時間之進行，一方面，保全處分對人民權利之侵害會隨之加深，另一方面若檢察官勤勉地偵查，案件亦應隨著時間逐漸明朗化，在嫌疑程度與上述保全處分對人民權利之侵害深度得以相稱時，才能認為人民所受之權利侵害得合於比例地被正當化。

然而，上開 1998 年修法之區別設計，在實務運作結果被批評過於複雜。2017 年德國修法時之立法說明，甚至直接表明上開規定前後不協調又難以理解⁶²，認為應當簡化程序，讓嫌疑門檻與保全處分之延續期間脫勾，回歸一般比例原則去思考⁶³。保全扣押基於簡單嫌疑而作成之後，其延續而繼續進行，本來本於憲法上財產權之保障，就應持續思考讓扣押繼續存在是否符合比例原則的問題，其中，扣押期間經歷越久造成關係人所受侵害越深，嫌疑程度越高則扣押才越具有正當性等等，都是考量比例原則時之因素之一而已，德國舊法將扣押期間之長短與嫌疑程度緊扣在一起，可能反而使得法官難以操作。反面言之，縱使簡化了舊法之規定，也不妨礙或減損法官因基於憲法上財產權之保障，以比例原則之思考衡量扣押存續的必要⁶⁴。

德國刑事訴訟法 2017 年新法因此刪除了上述嫌疑門檻與扣押時間連結

⁵⁸ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 23; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 26.

⁵⁹ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 9.

⁶⁰ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 15.

⁶¹ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 9，但只要已可舉證得出重大嫌疑，在合乎比例原則的前提下，扣押並無時限而可一直延續。

⁶² BT-Drs. 18/9525, S. 49.

⁶³ BT-Drs. 18/9525, S. 49.

⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 49.



的階層式規定，取而代之的，將嫌疑門檻與扣押之裁量基準連結成為新的階層規定⁶⁵。在犯罪嫌疑到達重大嫌疑之程度時，法院不只是「得 (kann)」扣押而已，而是「宜 (soll)」扣押，扣押應該是該情況下之常態⁶⁶ (見下文 3.)。

(2) 沒收請求權

再來，只有前提之刑事犯罪嫌疑並不足夠，未來可能下達沒收者，尚須未來可能該當沒收之其他要件，也就是說，在下達保全扣押時，還須有相當理由可以相信，未來會在裁判中下達沒收之效果才能為之⁶⁷，就此也是要有事實以為論據，並據以有足夠之線索來預測⁶⁸。據此，實體法上沒收之規定如何，會影響到程序法上之沒收保全究竟射程範圍如何，唯有未來可能沒收者，才有為之發動保全扣押之餘地。

A. 新法實體變革

就上述保全扣押與實體法請求權間之連動關係，要特別注意德國在 2017 年修法時針對實體法之變革。

首先，在協助被害人受償的面向上，德國舊法由於在實體法上，抽象地在被害人可能有請求權之範圍內，排除沒收請求權 (§73 Abs.1 S.2 StGB a.F.)，因此在程序法上，也有有益於被害人之扣押 (§111b Abs.5 StPO a.F.)，修法刪除了上述情況後 (見上文第二章、壹、三)，就不再有基於被害人請求權而來的保全扣押，沒收保全扣押一定是為了保全執行而為之。

再來，德國法下之利得沒收，在 1992 年修法後改採「總額原則 (Bruttoprinzip)」後，雖然實務已定調利得沒收屬於準不當得利之衡平措施的性質 (見上文貳、二)，但在某些案件類型例如貪污犯罪中，法院仍在利得計算上面臨個案上之爭議，德國聯邦最高法院因此一直無法就總額原則，

⁶⁵ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 10.

⁶⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 49.

⁶⁷ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 13; SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 7.

⁶⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 10; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 13.

找出所有案例類型皆普遍適用的準則⁶⁹。尤其德國聯邦最高法院刑一庭和刑五庭之間，針對總額原則就採取了截然不同的見解，簡單來說，刑一庭認為應全面適用總額原則，在特別的例外情形再適用刑法舊法第 73c 條之過苛條款予以修正即可，相對地，刑五庭則認為總額原則之計算本身即應加以區分，只有與刑事不法有直接因果關係的利得，但以不扣除成本地剝奪，例如買賣毒品本身就是法所禁止之行為，因此買賣毒品之所有利得皆應扣除固屬正確，但若行賄取得例如政府採購之合約，只有行賄之手段具備刑事不法特徵，若將後續所有履約所得皆予以剝奪並不合理⁷⁰。

德國 2017 年之修法因而欲以立法手段，著手處理上開實務歧見所造成的不安定性。在利得沒收的基礎規定方面，原本依德國刑法舊法，是規定產自 (aus) 犯罪之所得應予剝奪，修法修正文字為透過 (durch) 犯罪行為所得應予剝奪 (§73 Abs. 1 StGB)，字面上仍然堅守總額原則，所謂透過犯罪所得仍包含了舊法之產自犯罪所得的範圍，規範意義看似並無變動⁷¹。然而此一文字修正依修法理由草案之說明，重要的意義在於更明確的將刑法利得沒收與民法不當得利對應，確立利得沒收之準不當得利性質，從而，所謂總額原則如何操作，即應參照民法不當得利之相關規定與理論實務⁷²。

修法因此進一步在刑法第 73d 條，具體化了利得之計算標準，該條仿照德國民法第 817 條第 2 句，有關排除不法原因給付不當得利請求權之返還例外規定的規範意旨，確立應以行為人所為行為，是否本身就為法所禁止，作為是否屬於利得剝奪範圍的標準⁷³。因此德國刑法新法第 73d 條規定，行為人或其他第三人投入刑法所禁止行為所得之利得，固然原則上須扣除費用，但此扣除之費用只限於與履行對被害人債務所需有關者，否則所投入犯行或其預備行為之成本，仍然皆應沒收 (§73d Abs. 1 StGB)，例如賣衣服時欺騙買家該衣服是名設計師所設計，該衣服之成本應屬得扣除之費用，非屬詐欺罪之利得，反之，若是販毒的所得，因為販毒本身就完全是法所禁止之行為，

⁶⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 47.

⁷⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 47.

⁷¹ BT-Drs. 18/9525, S. 55.

⁷² BT-Drs. 18/9525, S. 55.

⁷³ BT-Drs. 18/9525, S. 55.

販毒所花之費用不得扣除，全數屬於販賣毒品罪之利得⁷⁴。

結果而言，修法可以說是採納了上述德國聯邦最高法院刑五庭的見解，以及德國聯邦最高法院在民事法上，對於排除不法原因給付不當得利請求權之返還例外，所採之較為限縮的見解，認為所謂利得須與刑事不法特徵間具直接因果性，才在利得沒收之剝奪範圍⁷⁵，明確定義了總額原則之運作方式。依新法規定操作的結果，就沒有再如舊法時代運用過苛條款修正之必要，從而，德國 2017 年修法也將原本刑法之過苛調節條款刪除⁷⁶。在上述實體法的修正變革下，程序法沒收保全扣押中保全利得沒收之範圍，也應與新法之利得計算方式取得一致。

除了處理總額原則之爭議外，德國刑法 2017 年修法還將挪移型之第三人沒收更明確地訂定在德國刑法第 73a 條。針對受益人為犯罪行為人以外之第三人所為之第三人沒收，德國刑法舊法僅簡略規定在刑法第 73 條第 3 項，德國實務基於該項規定，發展出第三人沒收之代理型（Vertretungsfälle）、挪移型（Verschiebungsfall）、履行型（Erfüllungsfälle）等下位類型，其中代理型就是刑法舊法第 73 條第 3 項字面上所指之型態，履行型則在解釋上有爭議，唯獨挪移型屬於實務上認為沒有爭議卻法無明文的類型。所謂挪移型的第三人沒收，指的是犯罪行為人基於逃避債權人追討或為了掩飾犯罪，以無償或有瑕疵的法律交易，將其不法利得轉由第三人取得⁷⁷。德國 2017 年修法比照民法第 822 條之第三人不當得利返還義務規定，明文規範挪移型的第三人沒收，同時處理因繼承等原因而產生挪移的情形，了結過去實務肯認挪移型之第三人沒收，在因繼承而挪移之案例中明明評價相等，卻沒有一致處理所造成之不合理⁷⁸。就此部分修正後，沒收保全扣押之範圍也將更明確地擴及挪移型的第三人沒收。

最後，德國刑法 2017 年修法還逐一補足了舊法時代財產剝奪可能不充分之缺漏，在實體法上和保全扣押較相關的是，新法加強了對來源不明財產

⁷⁴ BT-Drs. 18/9525, S. 55.

⁷⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 55.

⁷⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 55f.

⁷⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 56.

⁷⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 56f.

擴大財產剝奪 (erweiterte Vermögensabschöpfung) 之實效性。所謂擴大財產剝奪，也就是舊法時代所稱的擴大利得沒收 (erweiterter Verfall)，指的是確認有一個基礎的犯罪行為時，若法官就其他相關的標的亦確信是為了或產自犯罪行為所得者，則該些相關標的皆可一網打盡擴大沒收。在舊法時代，要適用擴大沒收，僅限於特定類型之犯罪，但依德國新修法，各種類型之犯罪，包括實務上常見的常業竊盜犯，都可以適用擴大沒收剝奪犯罪利得⁷⁹。從而，為了保全擴大沒收而發動保全扣押，在新法下範圍也隨之擴大。

此外擴大沒收對保全扣押有影響的，與上述犯罪嫌疑的證明問題有所交集。由於德國刑法有上述擴大沒收之規定，可以依整體情況沒收非本案之犯罪所得，因此在發動保全扣押時，不必證明保全的對象是未來之「本案」沒收對象，例如若某些財產或財產價值明顯是毒品犯罪之所得，在發動保全扣押時，不必證明該些財產是「特定的某次」毒品犯罪之所得，因為縱使該些所得並非產自本案所證明之毒品犯罪，未來還是有可能透過擴大沒收而沒收⁸⁰。與此相似的是，由於德國法下沒收也可能單獨宣告 (§76a StGB) 而依獨立程序沒收 (§§435ff. StPO)，因此發動保全扣押時犯罪行為嫌疑之證明，也可能只針對尚未特定之被告，僅指稱泛泛之人⁸¹。

B. 排除沒收之預見

除了上述沒收請求權基礎要件之考量外，對沒收下達之預測，還會與沒收之排除規定有所連結。在德國法下，沒收之排除可能是基於實體上的理由，也有可能是程序上考量程序效益而排除。確定並不該當排除沒收規定是保全扣押的前提要件，並非只是裁量的事由⁸²。

實體法方面，在德國 2017 年新法下，由於實體法沒收排除已刪除利得沒收的過苛條款規定 (見上文 A.)，因此只剩犯罪物沒收可能適用實體法上基於比例原則考量而來之排除規定 (§74f StGB)⁸³，得出不應沒收、保全之

⁷⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 57.

⁸⁰ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 10.

⁸¹ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 22; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 12.

⁸² SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 8.

⁸³ BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 13; LR-StPO/Johann, §111b Rn. 22; SK-StPO/Rogall, §111b

結論。另外德國 2017 年新法，已經刪除了被害人請求權排除沒收之償還協助規定（見上文第二章、壹、三），因此被害人是否就犯罪利得有權利，是否欲實行其權利，已與扣押是否發動並無直接關聯⁸⁴。有關聯的是，新法同時新增了被害人權利已消滅的排除沒收規定（§73e Abs. 1 StGB），因此若可以預期在扣押之前，或是可以預期在終局裁判之前，被害人將因利得人自願交還或透過強制執行而受償還，則應考慮不發動扣押⁸⁵。

程序法方面，若在保全時已預見，未來可能在程序法上適用排除規定⁸⁶（§421 StPO），排除沒收作為法律效果者，自然也不具沒收可能性而不應保全。在德國 2017 年新法下，可能依程序排除規定排除沒收者，包括因為利得價值微小、沒收相較於預期的刑罰或保安處分而言無足輕重，或者若適用沒收，將促成不合比例的費用，或者使用其他裁判的法律效果不合比例地被妨礙。其中利得價值微小的事由，是承繼了舊法實體法下過苛條款之規定（§73c Abs.1 S.2 StGB a.F.），修法在刪除了實體過苛條款規定後，將之挪移到程序法來處理⁸⁷。在偵查階段，檢察官可獨立決定依上開程序規定排除沒收，在小案當中因而可以發揮程序經濟的效果，若是在審判中，法院則必須經檢察官之同意方能適用該程序規定⁸⁸。

若認定具備沒收可能性，在程序法上要注意的是，一般性的刑事程序之程序要件是否預期不會欠缺，若欠缺的話至少要處於可以補正之狀況，例如若是以經告訴（Strafantrag）為必要之告訴乃論案件，必須該告訴已存在或未來預期可以取得，否則無法進行刑事程序的話，未來也無法預期會下達沒

Rn. 14.

⁸⁴ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 9.

⁸⁵ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 9.

⁸⁶ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 14.

⁸⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 87.

⁸⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 87。從這點來看，我們可以區分出舊法過苛條款與新法程序排除規定理論基礎之不同，例如犯罪所得價值低微，不論依德國舊法或新法，都是一個可能排除沒收效果的事由，但在舊法的邏輯下，排除沒收必須證立的是沒收請求權自始地不存在，雖說決定者必須依法判斷，但其界線並不好界定。在新法的邏輯下，程序上不適用沒收則是一種合目的性的思考，本得因個案不同而有不同定奪，因而才特別強調檢察官在其中的角色。

收⁸⁹。

至於沒收之原物現存與否，並不影響沒收請求權之成立，因為在沒收原物滅失的情況，仍可能發動替代價額之沒收。此區分不管在德國法新法或舊法皆很清楚未作變動，依德國法新法，不論是刑法第 73 條以下犯罪所得之沒收，或是第 74 條以下犯罪製品、犯罪工具和犯罪客體之沒收，都各有沒收原物與沒收替代價額之情況。沒收原物或替代價額，不會影響沒收保全扣押作成與否，只是保全扣押是扣押或假扣押之區分。

C. 對文書之特別規定

最後，在實體規定與程序規定的連動方面，德國法上最特別的，就是對文書（Schrift, §11 Abs. 3 StGB）⁹⁰之沒收特別規定。文書之所以應成為沒收之標的，代表犯罪行為人違法製造了具特定內容的文書，欲以散播該文書來侵害法益，包括侵害名譽、公共安全、隱私秘密等⁹¹。在沒收方面，德國法為了完整排除文書存在對法益可能之侵害，另規範了沒收之特別規定，以避免文書之內容被散播或再製為軸心，針對文書本身與製造文書之設備沒收，性質上屬於保安沒收，因此也是義務沒收⁹²。其中，雖然規範上是以文書的概念出發，但主要的規範對象其實就是報章雜誌等媒體，並且包含以數位方式傳送的文書⁹³。

整體來看，在實體法方面，對文書之沒收是一個比較擴張的規定，除了文書本身及製造文書所用所需之設備包含在沒收範圍外，沒有辦法被犯罪工具、犯罪產物等概念包含的文書的範本（Exemplar），也因為德國刑法第 74d 條被列為沒收之範圍⁹⁴。相對地在程序法方面，德國法為了避免基於上述實體規定而來的保全扣押侵害媒體自由，特別對應實體法另規範保全扣押規

⁸⁹ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 22; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 14.

⁹⁰ 德國學說、實務在提及此文書沒收規定時，常會使用印刷物（Druckwerk）的概念來指稱文書，是一個比較具體的描述，但文書才是刑法上有的概念，涵括印刷物，並包括錄影帶、唱片等等物品，vgl. KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 1。

⁹¹ BeckOK-StGB/Heuchemer, §74d Rn. 1; Schönke/Schröder/Eser, §74d Rn. 1.

⁹² BeckOK-StGB/Heuchemer, §74d Rn. 1; Schönke/Schröder/Eser, §74d Rn. 1.

⁹³ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 1.

⁹⁴ MK-StGB/Joeks, §74d Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 7.

定，擴大程序法之保障。德國法舊法就此原本分列刑事訴訟法第 111m 條、第 111n 條兩條，新法綜合為第 111q 條一條，實質內容並無變動⁹⁵。

因此，第 111q 條的適用範圍，即是針對未來實體法可能適用第 74d 條沒收之情形，包括適用第 74d 條但原物已消滅，進而沒收替代價額之情形⁹⁶，不包括單純以保全證據為原因而扣押之文書⁹⁷。文書沒收是單獨聲請沒收的客體程序者亦適用之⁹⁸。學說上並有認為，利得沒收文書的情況可以準用之⁹⁹。適用第 111q 條的前提是扣押的基礎要件已經齊備，因此一樣必須通過嫌疑門檻、沒收可能性的檢驗¹⁰⁰。

第 111q 條第 1 條對於針對文書之扣押所限制的是，扣押對於文書應該無遲延散播之公共利益的危害，不能與追訴系爭刑事犯罪的意義間顯然不合比例，必須就兩者予以權衡¹⁰¹。其中，對無遲延散播利益之不利效果，特別展現在文書內容是闡述時事時，若文書內容與時事無關，則延遲散播的侵害就較小¹⁰²。相對地，公眾是不是可能從其他來源得知一樣的資訊，或者取得資訊是否具合法之利益，並非考量的重點¹⁰³。此外，對文書之扣押還必須考量經濟面上沒收物對於發行商、出版商、印刷廠商、經銷商，乃至於廣告商、廣告客戶的意義¹⁰⁴，對文書之扣押的上述不利效果與文書涉及之刑事犯罪的意義相衡量，涉及越嚴重的犯罪，嫌疑越重大，扣押所造成之不利效果就越能衡平¹⁰⁵。至於所謂兩者之間不合比例，意指有專業知識之人

⁹⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 86.

⁹⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 1.

⁹⁷ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 1, §111n Rn. 1，包含證據保全扣押概念下的郵政扣押（Postbeschlagnahme, §99 StPO），亦非文書特別規定所慮及的範疇。

⁹⁸ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 4.

⁹⁹ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 3.

¹⁰⁰ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 2.

¹⁰¹ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 2f; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 5.

¹⁰² BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 2f; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 5; SSW-StPO/Burghart, §111q Rn. 1.

¹⁰³ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 3; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 5.

¹⁰⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 2f; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 5; SSW-StPO/Burghart, §111q Rn. 1.

¹⁰⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 4; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 5; SSW-StPO/Burghart, §111q Rn. 1.

可以清楚理解，並且不需再額外舉證者，不必是公眾皆知的不合比例¹⁰⁶。

若文書只有部分內容與刑法沒收相關，則是否要就整份文書都扣押就要進一步衡量，尤其是大部分的內容都與刑罰無關時¹⁰⁷。依第 111q 條第 2 項，若文書只有部分內容與刑法沒收相關，而分離該部分不需要關係人之協力，則可以將文書中與刑法無關之部分，排除在扣押範圍之外¹⁰⁸，典型的例子是活頁式的書籍，或者報紙的插頁¹⁰⁹。分離是由國家主動發起，進而透過工具或交由關係人以適當方式，將文書中涉及刑法的部分加以分離¹¹⁰，在數位文書的情況，即是將文書檔案的部分刪去¹¹¹。若關係人已經自行主動為分離，則是國家在考量扣押時，可能已認扣押要件不備而不發動扣押¹¹²。分離是否需要特殊的工具在所不論¹¹³，分離之後是否還為完整的文書亦在所不論，但不得因分離而使得整份文書完全無法閱讀或為其他使用¹¹⁴。

若欲排除部分文書於扣押範圍之外，須明示於扣押裁定中¹¹⁵。除了文書的部分外，在合於比例原則的前提下，也可能進一步排除例如檔案範本的扣押（§111q Abs.2 S.2 StPO）¹¹⁶。對製造文書所用或所需之設備扣押者，則不得直接適用上述分離的規定，但其所顯示之比例原則，仍為扣押設備時所應考量者¹¹⁷。若有其他預防措施可以替代對設備之扣押，則扣押之發動亦應受限制¹¹⁸。

綜上所述，在德國法下，基於實體法特別規定而對文書扣押者，與基於一般犯罪物沒收而來的扣押不同，必須循德國刑法第 74d 條判斷其標的，並

¹⁰⁶ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 5; SSW-StPO/Burghart, §111q Rn. 1.

¹⁰⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 3; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 5.

¹⁰⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 6.

¹⁰⁹ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 6.

¹¹⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 5f.

¹¹¹ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 6.

¹¹² KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 6.

¹¹³ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 6.

¹¹⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 6.

¹¹⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 6.

¹¹⁶ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 6.

¹¹⁷ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 7.

¹¹⁸ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 7.

考量部分分離的可能。除此之外，對文書扣押之程序性保障主要表現在法官保留原則之調整，將在下文一併介紹之（見下文三、4.）。

附帶一提，雖然德國刑事訴訟法有如上述之文書特別規定，但個別邦法也都有自己的媒體控管規定，其中也有有關扣押之規範，則其與刑事訴訟法之扣押規定間關係如何，從舊法時期就充滿爭論。有學說認為，個別邦法應優先適用，在此情況刑事訴訟法規定應屬無效¹¹⁹，並自個別邦法出發，刑事訴訟程序及罰鍰程序準則（RiStBV）第 249 點以下，針對媒體刑法事件（Pressestrafsachen）有更細部的處理規定¹²⁰。但多數學說則認為，德國刑事訴訟法有關文書的規定，明確的目的就是為了保全扣押，依基本法屬於聯邦立法的範圍，並不從屬於媒體法的領域，因此應為個別邦法無效¹²¹。

2. 保全必要性

在沒收可能性的基礎上，德國學說、實務普遍認為沒收保全扣押之作成還須滿足保全必要性（Sicherungsbedürfnis）之要件¹²²，在舊法時代，保全替代價額之假扣押因為準用民事訴訟法，依民事訴訟法之規定，保全必要性之內涵已具體涵括在所謂「假扣押原因（Arrestgrund）」之要件中¹²³，若是保全沒收原物之扣押，學說上則只能將保全必要性列為不成文之要件¹²⁴。德國 2017 年新法，將沒收保全扣押在法條上定義為「保全執行（zur Sicherung der Vollstreckung；§§111b Abs. 1, 111e Abs.1 StPO）」之扣押。修法理由認為，此保全目的文字的新增，將學說上保全必要性的要求明文化在刑事訴訟法中，假扣押因而不必再準用民事訴訟法之假扣押原因的規定¹²⁵。

¹¹⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 1.

¹²⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 19.

¹²¹ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, §111m Rn. 2.

¹²² BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 12, §111e Rn. 7; KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 13; LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 16.

¹²³ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 23.

¹²⁴ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 16.

¹²⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 49, 76f; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 9.

所謂保全必要性，指的是若沒有保全扣押，未來裁判關於沒收之執行會有被防礙或實質上被晦暗化之危險¹²⁶，就此著重的是債務人即扣押關係人有可能或有意圖防礙未來的執行措施，但不必是關係人自己著手做一件妨礙的行為¹²⁷。是否具備保全必要性，以行為人所為之犯罪行為為何、行為人之生活狀態與犯後行為為線索作為判斷基礎¹²⁸，並以比例原則綜合衡量¹²⁹，普遍還是認為需有事實線索來佐證上述情事¹³⁰。德國實務過去即認為，關係人單純財產狀況不佳，或是為侵奪他人財產而犯罪，不得獨自證立保全必要性之存在¹³¹，必須視關係人是否得處分足夠之財產，是否會造成未來沒收債權無法收取的結果¹³²。上述見解經德國 2017 年修法理由所肯定，並認為保全必要性之要件明文後，若關係人得處分之財產足夠而不具發動扣押之必要性，仍扣押即屬違法¹³³，利得人為第三人且是法人的情況，特別應仔細檢視法人所能支配的財產是否真有不足，而可能危及未來的執行¹³⁴。

此外，過去德國實務基於準用民事訴訟法假扣押原因之規定，對刑事假扣押之保全必要性問題，作出過不少見解。例如比照德國民事訴訟法之規定（§917 Abs. 2 ZPO），實務上認為若關係人將其財產挪移至境外，未來金錢債權之執行可能要到外國才為之，原則上會成立保全必要性¹³⁵。學說上對

¹²⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 7; LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 16; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 10.

¹²⁷ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 17, §111e Rn. 10.

¹²⁸ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 16.

¹²⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 8.

¹³⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 10，但有少數說認為，不具事實線索的期望也有可能證成保全必要性，vgl. SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 17，也就是持比較寬鬆的見解，但 Burghart 也認為如果有壓倒性的情勢顯示，關係人會等待判決做成而不處分財產，則不應做成保全扣押。

¹³¹ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 7; KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 6; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 10.

¹³² BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 7，但亦有實務判決認為，法院並無義務為此進行耗時、大範圍的財產調查。

¹³³ BT-Drs. 18/9525, S. 49, 76，但欠缺保全必要性不會導致扣押無效，vgl. SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 10.

¹³⁴ BT-Drs. 18/9525, S. 49, 76.

¹³⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 7; KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 6，但因歐盟國家間有簽署執行方面的互助條約（EG-Verordnung Nr. 44/0201, EuGVVO），因此若關係人財產範圍還在歐盟境內，則其執行上的困難與保全必要性之衡量會受到限制。

保全必要性之認定，基本上持較寬鬆的看法¹³⁶，若關係人有隱瞞財產狀況、隱蔽財產，或是持續奢侈浪費的情況，保全必要性原則上會成立¹³⁷，學說上亦會認為保全利得原物扣押之狀況，通常是有保全必要性¹³⁸。

在保全替代價額之假扣押之情形，特別還要注意保全之額度，若保全額度將剝奪關係人所有財產，德國實務認為此時應經特別仔細之比例原則審查¹³⁹。相對地，若保全之價額只在 1000 歐元以下，頂多是要關係人分期付款，一定得以執行時，學說上就有主張應不具保全必要性¹⁴⁰。

最後，在 2017 年新法下，被害人是否有請求權或是否實行其請求權，並不影響保全扣押之保全必要性¹⁴¹。惟有被害人請求權已被實現而消滅者，才會因排除沒收請求權而使得扣押應不予做成，若被害人請求權尚未實現但已有待透過民事程序執行，則保全必要性可能也未必欠缺，因被害人請求權是否會被填補還尚屬未定¹⁴²，但在被害人已搶先一步發動民事假扣押並已執行，得以妥善保全實現其權利的情況，就有可能使得刑事保全扣押欠缺保全必要性¹⁴³。同理，若刑事沒收保全扣押與稅捐假扣押競合時（§324 AO），也是要稅捐假扣押已經執行，才會使得刑事沒收保全扣押變得欠缺保全必要性¹⁴⁴（見下文陸、二）。

此外，在扣押原因競合的情形，扣押物已因是刑事證據而被扣押者，不影響沒收保全扣押之保全必要性，因為沒收保全扣押才有相對轉讓禁止的效果¹⁴⁵（見下文參、一）。

¹³⁶ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24.

¹³⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 7.

¹³⁸ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24.

¹³⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 8.

¹⁴⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 8.

¹⁴¹ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 18, §111e Rn. 10.

¹⁴² SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 19, §111e Rn. 10.

¹⁴³ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 10.

¹⁴⁴ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 10.

¹⁴⁵ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 19.



3. 比例原則與裁量基準

上述保全必要性之要件要求，是比例原則在實體要件上的展現，或如德國學說所生動形容的是比例原則的鑄造（*Ausprägung*），促使扣押決定者在決定扣押時注意保全目的之達成及相關利益之衡量，但不以此為限，廣泛的比例原則，是扣押決定者做成沒收保全扣押時皆應注意的。就此比例原則的問題我們很難抽象而論，只能透過具體問題的討論，或是透過法律設計之機制，去突顯比例原則可能會產生緊張關係之處。

如上所述，在 2017 年修法後，德國法之沒收保全扣押不再有任何期間之規定，保全扣押應該存續多久，是否應失其效力，須由法院依聲請或依職權撤銷保全扣押時，依比例原則去個案衡量之（見上文 1.、(1)）。要注意的是，隨著時間的經過，扣押對人民的基本權干預會不斷提升，案件必須有隨之的進展才能正當化扣押，否則法院即應職權撤銷扣押¹⁴⁶。若偵查程序未有效進行，產生重大之程序遲延，以致於扣押無限延長，依德國過去實務之見解，就可能得出扣押不符比例原則之結果¹⁴⁷。相對地，如果偵查未果是因為偵查面臨實際上的困難，可能是因為案件性質過於複雜，可能是因為被告滅證有成，則扣押的繼續干預仍然有可能被正當化¹⁴⁸，但如此的前提是國家已經適當地配置檢警人力進行調查，而非一概地以國家資源不足正當化對人民的財產權侵害¹⁴⁹。

此外在程序上，如果被告已因另案被判刑，致使本案因追訴無實益而停止時（§154 StPO），則因本案所為之扣押亦應變得不成比例，德國實務甚至有判決曾認為，當另案已只能上訴法律審，另案之法律效果與本案效果相比，本案很可能將停止時，本案之扣押即屬不合比例¹⁵⁰。相反的，如果本案因欠缺訴訟條件而程序無法進行，例如欠缺告訴，只要有事實線索顯示得

¹⁴⁶ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 12, Burghart 進而認為若扣押物初始是以證據原因被扣押，但事實上有沒收可能性時，則人民的財產權干預要整體衡量，干預期間應以一開始初始被扣押之時起算，整體衡量保全扣押的存續期間是否合於比例，SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 14。

¹⁴⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 9.

¹⁴⁸ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 13.

¹⁴⁹ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 13.

¹⁵⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 10.

補正該訴訟條件之欠缺，如上所述還是具沒收可能性（見上文 1.、(2)），在比例原則的衡量上就還是具扣押之正當性¹⁵¹。

附帶一提，如果刑事偵查程序是因為緩起訴而終結的話（§153a StPO），依刑事訴訟程序及罰鍰程序準則之規定，檢察官應注意緩起訴所附帶之負擔，已達成剝奪犯罪所得之效果（Nr. 93 RiStBV），因此也沒有再予保全扣押之必要¹⁵²。

再來，在法律設計上，裁量基準的調整，也是具體化比例原則的一種方式。依德國舊法，不論扣押、假扣押皆係採裁量模式（Kann-Formel）之規範¹⁵³，由扣押決定者依比例原則為自由之裁量。德國 2017 年修法最初在 2016 年 3 月提出之參考草案，為了催促司法實務運用沒收保全扣押，進而達成有效剝奪犯罪利得之效果，原本欲將所有沒收保全扣押之裁量基準，從原本的自由裁量，一律提高至扣押應作為通常原則的適宜模式¹⁵⁴（Soll-Formel）。

但最後 2017 年修法保留給實務空間，在將保全扣押之存續期間與嫌疑門檻脫勾後，創設新的階層式規定，改將嫌疑門檻與裁量基準連結，僅在案件具有重大嫌疑時，將裁量基準改採適宜模式，若不具重大嫌疑，還是由實務機關自由裁量¹⁵⁵。所謂的「適宜」，在德國法的語境下，指的是保全扣押原則是法定的常態，僅在例外情況下不作成，對扣押決定機關還是一種裁量，只是必須優先考量作成肯定的答案¹⁵⁶。是否具備重大嫌疑，則基於實務上就強制處分普遍的解釋，是指終局裁判很有可能做成¹⁵⁷，隨著嫌疑的提升，沒收可能性增高，國家的保全利益也提升了，連結適宜模式對於保全

¹⁵¹ BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 11.

¹⁵² BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 15.

¹⁵³ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 20, 23。相對地，德國法上保全證據之扣押就不適用裁量，而是「必須」為保全，準用證據保全扣押之駕照之扣押（§111b Abs.1 S.2 i.V.m. §94 Abs. 3，見上文第二章、壹、一），因此也不適用所謂裁量，SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 22。

¹⁵⁴ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 53.

¹⁵⁵ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 10.

¹⁵⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 6.

¹⁵⁷ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 9.



扣押裁量的限定，是一連串比例原則形塑的歷程¹⁵⁸。

上述所謂裁量，必須考量到命令權限的分配（見上文一），扣押適用法官保留原則，原則上由法院審查，則當然法院是扣押之裁量者。但除此之外，扣押命令往往是由檢察官聲請所促成，裁量因而會先由檢察官為第一線之篩選，才會進入到法院由法院審查。新法所謂適宜模式的規範，對檢察官因而也會產生拘束，檢察官在案件有重大嫌疑的情況，應該原則上要向法院聲請扣押，僅在不具重大嫌疑的情況可以運用自由裁量¹⁵⁹。

要注意的是，一般性比例原則的考量不會與適宜模式相互衝突，常見的一個比例原則衡量的討論是，基於微小的金額或犯罪而發動保全替代價額之假扣押，可能會被認為保全不合比例，在適宜模式的規範下，還是可能得出上述的結論¹⁶⁰。

就金額微小的問題，要注意到德國修法之演變，本來依德國假扣押之規定，微小的金額依法明示是不得為保全假扣押的（§111d Abs.1 S.3 StPO a.F.），怎樣算是微小，考量的是假扣押生效、執行所花的行政成本，與案件本身的意義間是否符合比例，過去一般會認為保全金額在 125 歐元或 150 歐元以下，屬於金額過於微小¹⁶¹。但由於德國刑事訴訟法 2017 年新法，同時新增了程序法下得因金額微小而不為沒收之排除規定（§421 StPO，見上文二、1、(2)、B.），因此修法一併刪除了上述微小金額不得假扣押的規定¹⁶²，是否扣押則回歸是否適用程序法上之沒收排除規定，亦即以沒收可能性判斷，並回歸上述比例原則的誠命判斷。

4. 基於其他請求權所為之保全扣押

¹⁵⁸ Vgl. SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 11.

¹⁵⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 6, §111e Rn. 2.

¹⁶⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 3.

¹⁶¹ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 3; KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt, §111d Rn. 7.

¹⁶² BT-Drs. 18/9525, S. 77.



除了基於沒收請求權而來之保全以外，在德國法下，基於其他國家對人民之請求權，也可能發動保全。這主要是針對金錢請求權，包括罰金及訴訟費用，但要件比沒收之保全嚴格，皆須在判決下達以後，才得對關係人下達假扣押。

(1) 保全罰金之假扣押

首先介紹罰金 (§40 ff. StGB) 之保全，罰金在判決確定後，會形成國家對受判決人之金錢請求權¹⁶³，其執行依刑事訴訟法適用司法收取法之相關規定 (§459 StPO i.V.m. JBeitrG)¹⁶⁴。雖然若判決確定時，罰金之請求權因被告財產不足而無法實現，依刑法可改處替代之自由刑

(Ersatzfreiheitsstrafe; §43 StGB)，但德國法仍然認為在刑事政策上有必要在確定之前先行保全避免被告脫產¹⁶⁵。可能需考慮的情況，例如替代自由刑也有可能因為受判決之人之健康因素而無法執行¹⁶⁶，或是在特定案例中，受判決之人若能藉著替代自由刑留得金錢，可能產生疑慮¹⁶⁷。

但針對罰金之保全德國法設下較高的門檻，不同於沒收替代價額之假扣押，可以在案件一開始只具簡單嫌疑之情況就為之，罰金之保全必須在已宣告刑之判決後才能為之 (§111e Abs.2 StPO)，通常也就是一審判決之後¹⁶⁸。舊法時代學說普遍認為處刑命令 (Strafbefehl) 因為與判決不相當，若未經及時異議才具判決之效力，因此並不該當所謂已宣告刑之判決¹⁶⁹，但新法採肯定說，將處刑命令也併列於判決之後，在處刑命令核發¹⁷⁰後也可能發動保全罰金之假扣押。

由於已經有判決為罰金之宣告才可能保全，因此假扣押保全之額度，基

¹⁶³ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 11.

¹⁶⁴ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 11.

¹⁶⁵ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 11.

¹⁶⁶ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 11.

¹⁶⁷ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 11.

¹⁶⁸ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 12.

¹⁶⁹ KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 5; LR-StPO/Johann, §111d Rn. 12; Meyer-Goßner/Schimitt, §111d Rn. 5.

¹⁷⁰ 要注意此處是核發而不是已送達，這樣假扣押才能與簡易判決同時為之，vgl. SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 3.

本上就是依照該判決已宣告之額度¹⁷¹，對罰金之執行費用，依法不得預先保全 (§111e Abs.3 StPO)¹⁷²。若在後續上訴審救濟程序中判決全部或部分被撤銷，影響到罰金的效果，則假扣押亦應隨之撤銷¹⁷³，是否可能再下達一次罰金與是否撤銷無關，只有再下達一次宣告罰金之判決，才能再為假扣押¹⁷⁴。若罰金只是在上訴審判決後數額有所變更，則假扣押仍可維持，只是可能同步調整其數額¹⁷⁵。

此外值得一提的是，原本在德國法下因為實體法有特殊之財產刑的規定 (§43a StGB)，在特定犯罪，附隨於無期徒刑或超過兩年之有期徒刑，得對受有罪判決之人課處財產刑，金額以其所有之財產為限¹⁷⁶。因此原本德國刑事訴訟法，針對該條財產刑也有保全之規定 (§§111o, 111p StPO a.F)，但因上述財產刑之規定，已於 2002 年經德國聯邦憲法法院，認定違反法律明確性原則 (Art. 103 Abs. 2 GG) 而違憲¹⁷⁷，因此為其保全之舊法第 111o 條與第 111p 條早已相應刪除¹⁷⁸。

(2) 保全訴訟費用之假扣押

除了罰金外，由於德國刑事訴訟法下，對受有罪判決人可能課徵訴訟費用 (§464a StPO)，因此於假扣押之條文當中，請求權基礎也包括基於國家對被告之訴訟費用而為之¹⁷⁹，此處之訴訟費用依條文規定係所謂「推測須負之刑事訴訟費用」 (§111e Abs.2 StPO)，和罰金一樣，必須已宣告刑之判決才能為之，修法後也包括處刑命令。判決或處刑當中必須已至少課予被告部分之訴訟費用¹⁸⁰。

¹⁷¹ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 12.

¹⁷² LR-StPO/Johann, §111d Rn. 12f.

¹⁷³ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 3.

¹⁷⁴ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 3.

¹⁷⁵ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 3.

¹⁷⁶ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 17.

¹⁷⁷ BverfGE, 105, 135 = NJW 2002 1779.

¹⁷⁸ LR-StPO/Johann, Vor§§111b ff., Rn. 11, §111o u. §111p.

¹⁷⁹ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 13.

¹⁸⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 5; LR-StPO/Johann, §111d Rn. 14.

所謂訴訟費用包括規費 (Gebühren) 與墊款 (Auslagen) (§464a Abs.1 S.1 StPO)，規費指的就是法院進行訴訟程序對人民收取之費用¹⁸¹，墊款則是指例如傳喚證人、鑑定等調查證據所需，而由國家先行墊付之費用¹⁸²。規費與墊款除了宣告刑之判決中已確定者外，若已有或可預期有上訴程序，則保全亦應包括上訴審預計可能產生的費用¹⁸³，為保全訴訟費用而行之假扣押程序之訴訟費用，亦得一併考慮之¹⁸⁴，相關額度並皆可估算¹⁸⁵。在訴訟費用的定義下，也包括為準備公訴所耗之費用¹⁸⁶。但要注意的是如前所述，執行法律效果之執行費用 (§464a Abs.1 S.2 StPO)，雖然定義下也屬於訴訟費用，但依法被排除而不得保全 (§111e Abs.3 StPO)¹⁸⁷。若在後續上訴審救濟程序中判決全部或部分被撤銷，以致於行為人罪責有所變更，影響到訴訟費用的請求權，則假扣押亦應隨之撤銷¹⁸⁸。最後，在收費清單 (Kostenansatz) 已作成時，訴訟費用之保全即應撤銷¹⁸⁹。

雖然針對訴訟參與人，例如旁訴人 (Nebenkläger)、自訴人 (Privatkläger)、法定代理人等，也可能被課予訴訟費用，但是針對訴訟費用之保全，依德國刑事訴訟法第 111e 條規定只能針對被告為之¹⁹⁰。有爭議的是若是沒收之第三參與人，是不是亦不得適用對其訴訟費用之保全，舊法時代學說上有認為法條文字並未排除這種情形，就規範之目的而言也無不宜適用者¹⁹¹。

¹⁸¹ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 14.

¹⁸² LR-StPO/Johann, §111d Rn. 15.

¹⁸³ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 5，規費在德國法依判處之刑度不同會有差異，依審級也會分別收取。因此，若判決下達後已提起上訴，則保全時也可以就上訴審可能收取之規費一併保全，若檢察官在上訴審中求處較高之刑，則也可依該刑度推測規費而保全之，LR-StPO/Johann, §111d Rn. 14.，墊款在為刑之判決宣告之後，針對該判決以前調查證據已花費之費用，當然能夠保全，上訴程序中可能調查證據者，其費用亦可依估算一併保全，LR-StPO/Johann, §111d Rn. 15。

¹⁸⁴ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 14 f.

¹⁸⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 5; LR-StPO/Johann, §111d Rn. 14 f.

¹⁸⁶ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 13.

¹⁸⁷ KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 5; LR-StPO/Johann, §111d Rn. 13.

¹⁸⁸ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 3.

¹⁸⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 15.

¹⁹⁰ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 13.

¹⁹¹ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 13.



三、命令之程序進行

法院或檢察官及其偵查人員，基於上述之權限分配，在合於保全扣押實體要件之情況，作出保全扣押之命令。至於命令之程序進行，依是否是緊急情況、命令權限之分配不同，會有很大的差異，因此，以下將分法院事前之命令程序、緊急情狀下之命令程序，兩大類分別討論之。

1. 法院事前之命令程序

若保全扣押之命令依法官保留而事先由法院命令之，相關之程序過去因德國刑事訴訟法舊法在保全替代價額之假扣押部分，大量地準用民事訴訟法，導致法律適用上有其複雜性，2017年新法捨棄了上開作法，在刑事訴訟法內獨立規範假扣押後，雖有大幅簡化，在程序方面，保全替代價額之假扣押與保全沒收原物之扣押相比，仍有其特別之處，只是兩者之審查基準與對象，基本上還是一樣的，其中會涉及到保全扣押之憲法關聯。以下討論法院事前之命令程序，將先以保全沒收原物之扣押（下文(1)）敘明一般沒收保全扣押之命令程序，再具體談保全替代價額之假扣押（下文(2)）究竟有何特別之處，最後再總歸來談兩者間相通之審查基準與對象（下文(3)）。

(1) 沒收原物扣押之命令

第 111b 條保全沒收原物扣押之命令，若無緊急情況時，由法院事前為之，在偵查中須由檢察官向偵查法官聲請，起訴後法院則得職權為之，已如前述（見上文一）。檢察官之聲請方面，並無特別之形式或程序之規定。

法院作成保全沒收原物扣押，原則上係以書面裁定為之，並適用刑事訴

訟法有關裁定之規定 (§34 StPO)¹⁹²，其中最重要的是連結裁定所要求的說理義務，及說理義務連結而來的爭執可能性¹⁹³。若扣押裁定是起訴後由本案系屬法院作成，依定性並非法院在審判中所做之裁定，因此依法院組織法，由法院審判時原本之法官配置作成裁定，不必與參審員共同作成¹⁹⁴。

在有緊急狀況時，法院得以口頭為命令，方式與程序實質上與檢察官所為之緊急命令得相對應¹⁹⁵（見下文 2.）。所謂「口頭」在實務上更貼切地說，其實就是以電話等遠距方式口頭為之¹⁹⁶，但這是基於有效性的考量免除作成書面的義務，並不能減損其他原應以裁定為之時應表明之事項¹⁹⁷，包括應表明扣押具體之範圍、危害將來執行之理由，以及實際必要之裁量¹⁹⁸。德國學說因而普遍認為，法官應事後將命令的範圍、容許緊急裁定的理由，以及其他可能的特殊事由，以註記之格式立即記明附卷，尤其是在扣押可能被爭執而進入救濟階段之情況¹⁹⁹。

不論是書面裁定或口頭之緊急命令，扣押命令皆應清楚表明其保全之對象，以及表明目的是沒收²⁰⁰，但是否要表明沒收保全扣押所生之相對轉讓禁止效果，法無明文，學說上有因此否定者²⁰¹，但多數學說仍認為求明確還是宜表明，但未表明仍會發生相對轉讓禁止效果²⁰²。法官為扣押命令之書面裁定時，依裁定之一般性規定，若給予關係人事前之聽審，可能會危害處分之目的的話，則可不給予事前聽審 (§33 Abs.4 S.1 StPO)²⁰³，而是做出

¹⁹² KK-StPO/*Spillecke*, §111e Rn. 3; LR-StPO/*Johann*, §111e Rn. 4; MK-StPO/*Bittmann*, §111e Rn. 6; SK-StPO/*Rogall*, §111e Rn. 12.

¹⁹³ MK-StPO/*Bittmann*, §111e Rn. 6.

¹⁹⁴ LR-StPO/*Johann*, §111e Rn. 2; vgl. auch LR-StPO/*Menges*, §98 Rn. 9.

¹⁹⁵ MK-StPO/*Bittmann*, §111e Rn. 7.

¹⁹⁶ MK-StPO/*Bittmann*, §111e Rn. 7.

¹⁹⁷ MK-StPO/*Bittmann*, §111e Rn. 7.

¹⁹⁸ MK-StPO/*Bittmann*, §111e Rn. 7.

¹⁹⁹ BeckOK-StPO/*Huber*, §111j Rn. 3; KK-StPO/*Spillecke*, §111e Rn. 3; LR-StPO/*Johann*, §111e Rn. 4f.; MK-StPO/*Bittmann*, §111e Rn. 7; SK-StPO/*Rogall*, §111e Rn. 12.

²⁰⁰ NSTZ 1985, 262; BeckOK-StPO/*Huber*, §111j Rn. 3; KK-StPO/*Spillecke*, §111b Rn. 14, §111e Rn. 3; LR-StPO/*Johann*, §111e Rn. 5.

²⁰¹ BeckOK-StPO/*Huber*, §111j Rn. 3.

²⁰² KK-StPO/*Spillecke*, §111b Rn. 14; LR-StPO/*Johann*, §111e Rn. 5; Meyer-Goßner/*Schmitt*, §111e Rn. 4; SSW-StPO/*Burghart*, §111b Rn. 16.

²⁰³ LR-StPO/*Johann*, §111e Rn. 4; SK-StPO/*Rogall*, §111e Rn. 12.

裁定後，才送達予關係人知悉 (§36 Abs. 2 S. 1 StPO) ²⁰⁴。

扣押作成後尚須交由檢察官執行，依法該交付執行得以口頭方式為之 (§36 Abs. 2 S. 1 StPO) ²⁰⁵。但法院在緊急狀況所作之扣押，因非裁定，法條文義上不適用交付檢察官執行之規定，德國學說透過解釋，認為口頭作成扣押命令之指示，傳達予檢察官時即有交付檢察官執行之效果 ²⁰⁶，若法官如上述事後附註理由者，則透過公務途徑再交予檢察官當作實行之指示 ²⁰⁷。

針對扣押要注意的是，在德國法下，不同於證據保全之扣押，保全沒收之扣押並不以關係人不自由交出為前提 ²⁰⁸，因此國家欲達成保全之效果，唯一的方法就是為一個形式的扣押 ²⁰⁹，毋庸也不應再命關係人自己提出，就算關係人自行交出，國家機關也確實占有，也還是需要形式之扣押作成。沒收之保全就是希望避免關係人透過民事契約行為等，將標的物移轉所有權，相對轉讓禁止之效力有其重要性，而只有形式的扣押才會產生相對轉讓禁止之效力（見下文參、一） ²¹⁰。

(2) 替代價額假扣押之命令

德國刑事訴訟法 2017 年新法下，「財產假扣押」在程序規範方面，亦直接將相關規定規範於刑事訴訟法，適用上不必再準用民事訴訟法有關假扣押令狀 (Arrestbefehl) 的規定 ²¹¹。在命令程序與形式上，雖與保全沒收原物之扣押更為相像，但整體規範架構仍與民事假扣押得以對應，德國實務在舊法時代針對保全沒收替代價額之假扣押，所作之相關見解闡釋，在新、舊法之間規範意旨無實質修正之處，應仍可繼續沿用。以下就沿著新、舊法之間修正之脈絡，介紹德國法保全替代價額假扣押命令之程序規定。

²⁰⁴ SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 12.

²⁰⁵ KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 2.

²⁰⁶ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 7; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 12.

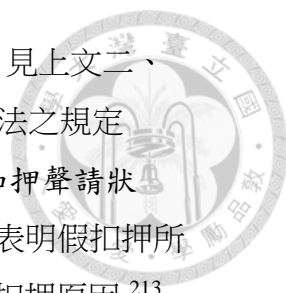
²⁰⁷ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 7.

²⁰⁸ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 21; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 17.

²⁰⁹ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 21; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 19.

²¹⁰ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 21.

²¹¹ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 49.



首先，若有合於保全未來替代價額執行實體要件之情形（見上文二、1.），過去舊法時期依德國刑事訴訟法第 111d 條準用民事訴訟法之規定（§111d Abs.2 StPO a.F. i.V.m. §920 Abs.1 ZPO），法院須依假扣押聲請狀（Arrestgesuch）才能為假扣押命令²¹²。假扣押聲請狀上，須表明假扣押所基於之請求權，連同敘明其金錢價額或價值之金額，並表明假扣押原因²¹³。就此，因德國刑事訴訟法 2017 年新法第 111e 條第 4 項第 1 句已規定：「在假扣押命令中須表明被保全之請求權並敘明其金額」，修法說明認為，因已規範在命令當中要記載此些事項，無庸再準用民事訴訟法有關假扣押聲請狀之規定²¹⁴，至於假扣押原因的要求，因為刑事訴訟法已明文化保全必要性的要件，所以也不須再準用，已如上述（見上文二、2.）。也就是說，不同於舊法從假扣押聲請狀著手，新法是直接從假扣押命令的角度，要求假扣押命令的形式。

雖然法條並無明文，但在刑事保全扣押程序中，實務上就是由檢察官出具假扣押聲請狀向法院聲請假扣押²¹⁵，但這並不排除法院在審判中，得在沒有檢察官事先聲請的情況下，職權作出假扣押²¹⁶。可以合理期待的是，在由檢察官聲請扣押的情況，在檢察官出具的聲請狀中，應已載明法院須審查之各該要件，並已衡量過各該要件及比例原則²¹⁷。

然而，是否應如同民事訴訟之假扣押，要求檢察官須就假扣押之相關要件證明至釋明（Glaubhaftmachung）之程度，德國舊法時代由於第 111d 條僅準用民事訴訟法第 920 條第 1 項，而未準用第 2 項之釋明的規定，因此通說認為是有意的忽略，並沒有針對檢察官之證明要求。此外，從法官必須自我審查作出是否扣押之決定這點來看（見下文(3)），有學說亦認為可以推導出檢察官之釋明與否不是必要之要素²¹⁸。德國 2017 年新法法條就此仍未多加著墨，並未視過去未準用是為漏洞，修法後學說上因而仍有認為不必至釋明

²¹² SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 20.

²¹³ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 20.

²¹⁴ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 77.

²¹⁵ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 20.

²¹⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 9; SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 20.

²¹⁷ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 20.

²¹⁸ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 20.

者²¹⁹，因此假扣押並沒有特定的證明水準要求，應已是德國學說、實務之定見。

保全替代價額之假扣押命令，若無緊急情況時，由法院事前為之，過去舊法時期依第 111d 條準用民事訴訟法之規定（§111d Abs.2 StPO a.F. i.V.m. §923 ZPO），法院是作成書面的假扣押令狀（Arrestbefehl）作為假扣押之命令²²⁰，假扣押令狀之內容，除了須表明被保全之請求權並敘明其金額外，學說上並從民事訴訟法之準用規定出發，嘗試將民事訴訟法對假扣押令狀之要求，以及課予法官之說理義務²²¹，帶入刑事訴訟法，尤其是針對假扣押原因之要件，特別要求法官應在假扣押令狀中敘明假扣押事由何在。新法第 111e 條則免去準用假扣押令狀的概念，假扣押命令在新法下與保全沒收原物扣押之命令相同，以裁定為之²²²，與保全沒收原物之扣押共用一套命令的形式與體系，規範可說更為簡潔不必繞圈。如上述，依新法之明文，假扣押命令一樣須表明其基礎請求權，連同敘明其金額，並表明假扣押原因，若有欠缺，則假扣押命令將無效²²³。此外，和保全沒收原物之扣押一樣，連結裁定之說理義務要求（§34 StPO），假扣押命令即應附具理由²²⁴，不必再連結民事訴訟法的規定。

不過同樣是保全扣押之命令，保全替代價額假扣押之命令內容因其性質仍有不同，依德國刑事訴訟法新法第 111e 條第 4 項，假扣押命令除一方面須表明被保全之請求權並敘明其金額，另一方面法官還須在命令中確定一個解消金額（Lösungssumme），關係人得藉由提存該金額，撤銷假扣押之執行，學說上稱為關係人的阻止權能（Abwendungsbefugnis）²²⁵。

在德國舊法時期的討論中，此阻止權能是依民事訴訟法之準用規定而來（§111d Abs.2 StPO a.F. i.V.m. §923 ZPO）²²⁶，法官在假扣押令狀中所確定之

²¹⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 10.

²²⁰ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 21.

²²¹ Vgl. SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 23.

²²² BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 9.

²²³ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 12.

²²⁴ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 12.

²²⁵ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 24; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 13.

²²⁶ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 24.

解消金額，在德國實務運作下，原則上即是假扣押所保全之金額，也就是說全額擔保²²⁷，但不會像民事假扣押還包含訴訟費用，若要保全訴訟費用須另為訴訟費用之假扣押²²⁸。德國新法第 111e 條第 4 項第 2 句，則已直接規範法官應在假扣押命令中「確定關係人提存後，得要求免除假扣押之執行，並撤銷已執行之假扣押之金額」，簡化了舊法準用民事訴訟法之迂迴²²⁹。因此也很明確的，此解消金額也是須由法院事先確定之，若未確定解消金額的話，扣押即屬違法，只是學說上有認為此部分可在命令後再後補²³⁰。

此外，舊法德國學說、實務透過準用民事訴訟法第 108 條有關擔保之規定，認為擔保除了提存現金外，關係人亦可以出具銀行擔保書、提出有價證券等方式作為擔保²³¹，德國 2017 年新法則在第 111e 條第 4 條第 2 句後段，將民事訴訟法第 108 條準用明文化，確立法院得依其裁量，決定關係人應供之擔保種類，縱法院並未明示，關係人亦可自行提出銀行擔保書來主張撤銷扣押²³²。

法院在作成假扣押命令時，依舊法時期之討論，原則上不必經事前聽審²³³，在新法通過後由於假扣押命令更明確適用裁定之相關規定²³⁴ (§33 Abs. 4 S. 1 StPO)，和上述保全沒收原物之扣押相同（見上文(1)），會得出原則上不必經事前聽審的結論。

然而保全替代價額之假扣押在實務上常出現鉅額扣押的情形，例如大規模的金融犯罪，未來可能沒收之犯罪所得相當高，且犯罪所得僅得以替代價額的方式沒收，若未給予聽審即為保全未來鉅額沒收替代價額之執行，對關係人中性與犯罪無涉之財產為假扣押，的確可能因為量的關係，產生過度侵害財產權之疑慮。德國就此問題曾被申訴至歐洲人權法院，但歐洲人權法院

²²⁷ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 24; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 13.

²²⁸ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 13.

²²⁹ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 77.

²³⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 11; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 13.

²³¹ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 12; KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 9; SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 24; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 13.

²³² BT-Drs. 18/9525, S. 77; BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 12.

²³³ KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 10.

²³⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 9.

認為，假扣押只是德國刑事偵查程序之一環，不會決定任何申訴人之刑事責任，而人權法院原則上不介入暫時之決定，本案亦不該當例外應介入的要件，因此不受理該申訴²³⁵。

此外，雖依德國法得不經關係人之事前聽審，然而依德國學說、實務之要求，關係人須有機會事後知悉扣押，並有據以救濟之機會，因此假扣押裁定應送達予關係人²³⁶（見下文貳、三），就此也能正當化對人民權利之保障。在保全扣押之性質本就是為迅速、有效，而應具一定之隱蔽性的情況下，未經事前聽審這點在德國國內亦沒有受到違憲與否之挑戰。

2. 追訴機關之緊急命令

(1) 緊急命令之形式

若是檢察官在有緊急權限的情況下所為之緊急處分，則得以口頭為之，但命令過程及相關說理須立刻記明附卷²³⁷。說理內容與上述法院之事前命令類似，例如應清楚表明保全目的是保全沒收執行²³⁸。

若是偵查人員所為之緊急處分，由於就是扣押該動產而已，通常就是偵查人員就該動產納入保管即完成，若偵查人員保全之目的很明顯讓人得知就是要保全沒收，則命令形式也不重要，亦即命令是以默示之方式為之，直接

²³⁵ See ECHR, *Dogmoch v. Germany*, Decision of 18.09.2006, Appl. no. 26315/03。本案申訴人因涉入知名的詐欺案件，被法院下達約 6 千萬德國馬克（約新台幣 10 億 2 千萬）之假扣押，後在本案程序中又擴大至 1 億元德國馬克（約新台幣 17 億），未經申訴人事前之聽審。區法院認為申訴人之主張依其書面陳述，法院已可以充分了解，無須再為口頭陳述之聽審。就此除了可能違反德國基本法下聽審權保障之討論，申訴人亦主張其受歐洲人權公約所保護，接近法院而受審判之權利受侵犯，也有不能對質詰問不利證人之問題，主要牽涉的是歐洲人權公約第 6 條有關公平審判權利保障的問題。

²³⁶ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 14，相對地，若檢察官所為之假扣押聲請遭駁回，則僅通知檢察官，否則就會讓債務人先得知假扣押情事而有脫產的機會。

²³⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 9, §111j Rn. 3; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 3; LR-StPO/Johann, §111e Rn. 4.

²³⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 3; LR-StPO/Johann, §111e Rn. 5.



表現在執行上，實務上通常也就是這種情況²³⁹。極少數有可能偵查人員扣得動產時，保全目的並不清楚，則只能成立保全證據之扣押，扣押執行後不生相對轉讓禁止之效力²⁴⁰，但此時檢察官亦得透過事後向法院請求確認，而使該扣押產生處分禁止之效果²⁴¹。

(2) 法院之事後確認

追訴機關如上述雖有緊急權限，但事後原則上尚須向法院聲請確認，但和保全證據之扣押相比，保全沒收扣押不同有一例外，若是沒收保全扣押動產，例外得不必再向法院聲請確認 (§111j Abs.2 S.2 StPO)，亦包括由檢察官之偵查人員自為之動產扣押之情形²⁴²，惟關係人自得請求法院裁決確認，檢察官若為求明確仍聲請法院確認，亦無不可²⁴³。此外，保全證據扣押的事後確認規定，有可能因關係人或其親屬在場而未明確表達異議，而排除事後確認之義務 (§98 Abs.2 S.1 StPO)，但沒收保全扣押則無此可能性²⁴⁴。

緊急沒收保全扣押之確認，須由檢察官主動向法院聲請為之，關係人是否有所爭執並不影響²⁴⁵，已如上述。確認須在扣押後一個禮拜內向法院聲請之 (§111j Abs.2 S.1 StPO)，聲請期限較保全證據之扣押規範的三天來得長 (vgl. §98 Abs.2 S.1 StPO)²⁴⁶，但依法條文義及學說之理解，兩者起算時間點略有不同，沒收保全扣押依文義係自緊急扣押命令作成時起算一週，無論該命令何時執行，也無論命令有無經關係人的異議，證據保全扣押則係緊急扣押命令生效時起算三天，起算時點較晚²⁴⁷。此外，沒收保全扣押之確認並不像保全證據扣押在法條上，有檢察官「宜」聲請確認之明示，因缺失

²³⁹ LR-StPO/Johann, §111e Rn. 4.

²⁴⁰ LR-StPO/Johann, §111e Rn. 4.

²⁴¹ LR-StPO/Johann, §111e Rn. 4.

²⁴² KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, §111e Rn. 6; SSW/Burghart, §111j Rn. 6，此處例外規定不適用於以動產方式執行的船舶、航空器。

²⁴³ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 4; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 4; LR-StPO/Johann, §111e Rn. 1; SSW/Burghart, §111j Rn. 6.

²⁴⁴ Meyer-Goßner/Schmitt, §111e Rn. 6.

²⁴⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 4; SSW/Burghart, §111j Rn. 7.

²⁴⁶ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 4;

²⁴⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 4，其他期間計算上的細節則回歸一般規定 (§43 StPO)。

未在一週內聲請確認之法律效果，應解為訓示規定（*Ordnungsvorschrift*），並不影響處分之效力²⁴⁸。

事後確認之管轄法院，與事前聲請扣押所應負責之法院一致，皆依刑事訴訟法第 162 條決定（§111j Abs. 2 S. 4）²⁴⁹。法官在審查上述緊急扣押之事後確認時，不必審查緊急命令在其作成當時是否合法，而應審查在法官事後確認的當下，是否具備為扣押、假扣押之要件²⁵⁰。法院之事後確認本身並無任何期限之規定²⁵¹，與事前命令一樣必須備具理由²⁵²。法院在決定前應給予關係人聽審之機會，裁決後並應通知相關程序參與人²⁵³。

此外，法院的事後確認，除由檢察官聲請而促成外，緊急扣押之關係人亦得隨時向法院聲請確認緊急扣押（§111j Abs.2 S.3 StPO），與檢察官主動聲請確認義務間並不衝突。學說上認為，對照證據保全扣押之告知規定（§98 Abs.2 S.5 StPO），此項聲請之權利應告知關係人²⁵⁴。

3. 法院之審查與權衡

在法官保留原則下，不論是扣押或者假扣押，也不論是法院事前的命令或事後的確認，關於人民權利之保障，都仰賴法院為一定程度之審查後作出決定。法院在審查時，其方式與密度為何，在德國法的討論中充分地與憲法之要求聯結，除了實質上來自比例原則的要求（見上文二、3.），也包括程序上法官保留原則之實踐，以及程序、實體兩者間之交錯結合。

從實體要件出發，在德國 2017 年新法下，僅在案件不具重大嫌疑的情況，保全扣押才會落入決定者的自由裁量，已如上述（見上文二、3.）。然

²⁴⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 4, 6.

²⁴⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 6; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 7; SSW/Burghart, §111j Rn. 6.

²⁵⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 6; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 5.

²⁵¹ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 5; SSW/Burghart, §111j Rn. 7.

²⁵² KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 7.

²⁵³ BeckOK-StPO/Huber, §111j Rn. 6.

²⁵⁴ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 4.



而就算是自由裁量，亦非指法院可以泛泛地隨便裁量要為保全或不為，法院仍受法定原則之拘束 (§152 I StPO)²⁵⁵，只要符合法定之要件，法院就應下達保全之命令，此處裁量 (Ermessen) 係指合義務之裁量。就保全扣押而言，法院主要衡量的是兩方，一方是國家追訴犯罪之義務，一方是關係人財產處分權受到之限制，必須依比例原則作出適當的權衡²⁵⁶。

上述權衡具體而言，若詳細剖析沒收保全扣押在憲法層次的權利關係，基於刑事訴訟法，檢察官固然有義務追訴犯罪行為，同時也有義務確保未來國家之沒收請求權並不會受到妨礙²⁵⁷，但為國家之保全利益而為保全，會造成受處分關係人之基本權受到干預。依德國聯邦憲法法院之定性，沒收保全扣押會造成關係人使用及處分可能性之限制 (Einschränkung der Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeiten) 之財產權干預²⁵⁸，屬於基本法第 14 條²⁵⁹財產權保障中，內容與限制之規定 (Inhalts- und Schrankenbestimmungen; Art. 14 Abs.1 S.2 GG) 之類型²⁶⁰。此外，關係人是在裁判確定之前，尚受無罪推定保護之階段，就被限制處分其財產²⁶¹，間接而言，扣押還可能造成關係人

²⁵⁵ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 20. 除了法院在單獨宣告沒收之程序當中，會例外不適用法定原則。

²⁵⁶ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24.

²⁵⁷ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24.

²⁵⁸ BVerfG StraFo 2005 338; LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 15; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 7.

²⁵⁹ 德國基本法第 14 條：「I 財產權及繼承權應予保障，其內容與限制由法律規定之。II 財產權負有義務。財產權之行使應同時有益於公共利益。III 財產之剝奪，必須為公共利益始得為之。其執行必須根據法律始得為之，此項法律應規定補償之性質與範圍。補償之決定應公平衡量公共利益與關係人之利益。補償範圍如有爭執，得向普通法院提起訴訟」。

²⁶⁰ 由於德國基本法第 14 條第 1 項之條文，明示「(財產權保障之)內容與限制由法律規定之」，財產權保障之範圍，係交由立法者決定。而立法者一旦決定了財產權之保障內容與限制，對於原本擁有財產的人來說，就要符合立法者之決定才能享有其財產地位，但立法者之決定也有可能逾越基本法之意旨，因此學說上將該由立法者決定之條文，定性為財產權內容與限制之規定 (Inhalts- und Schrankenbestimmungen) 之干預類型。其中基本法第 14 條第 2 項之社會義務性 (Sozialpflichtigkeit) 也會被涵括進來。而第 14 條第 3 項則是另一種干預類型即財產之剝奪 (Enteignung)，又分為依法為之法律上之剝奪 (Legalenteignung)，與法律授權之行政上之剝奪 (Administrativenteignung)。上述剝奪與限制之兩類干預，在德國法下是嚴格區分的，兩者平行地適用，因此在正當化事由方面，兩者也各自適用各自之要件與體系。Vgl. Cremer, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Kap. 22 Rn. 69 ff.; Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art.14 Rn. 88 ff.

²⁶¹ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24.



在職業上、信用上等等無法事後用刑事補償填補的侵害²⁶²。為正當化上述干預，在法律已有明文規範保全扣押要件的情況下，除了確保該些要件確實存在，整體而言也要確保要件之適用結果最後符合比例原則之要求。

而上述正當化之權衡，就是透過程序上交由中立法院裁量來確保，借重的是法官自其職務保障、身分保障而來的中立性。不同於羈押與住宅搜索在基本法當中有明定法官保留（Art.104 Abs.2 S.1, Art.13 Abs.2 GG）的限制，沒收保全扣押並無²⁶³。因此，沒收保全扣押只是法律要求的法官保留，為了彰顯法官保留的意義所在，必定要特別要求法官保留的意義得以落實。

為了達到上述目標，德國學說、實務因而透過闡釋，要求法官保留原則下法官審查須具備一定之品質，沒收保全扣押之審查亦循同樣之解釋體系而有同樣之結論。雖然如同前面曾提過的，大部分扣押命令是由檢察官聲請而促成，法官是被動審查檢察官在聲請中之論理，但在法律層面，德國學說、實務要求法官必須在不受檢察官見解拘束之情況下，獨立就干預之事實上、法律上要件為審查，不能只是將檢察官之意見照本宣科地複製²⁶⁴，公式化的命令及裁定理由敘述，並不符合法官的任務²⁶⁵。法官在審查扣押時必須有意識地知道，其所為之命令涉及關係人之財產權²⁶⁶，在國家保全利益與關係人財產侵害之間衡量。

依德國聯邦憲法法院過去裁判，衡量有幾個可參考的具體化原則標準，例如基於比例原則，德國聯邦憲法法院認為干預處分干預得越深，歷時越久，正當化的要求也跟著越高²⁶⁷。尤其是針對保全扣押幾乎限制了關係人所有財產時，由於會排除關係人為任何法律事務之可能，德國聯邦憲法法院特別曾在其裁判中指出其憲法上之關聯²⁶⁸，更著眼於關係人將毫無財產可

²⁶² SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 7.

²⁶³ SSW/Burghart, §111j Rn. 3.

²⁶⁴ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 2; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 7; SSW/Burghart, §111j Rn. 3.

²⁶⁵ SSW/Burghart, §111j Rn. 3.

²⁶⁶ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 15.

²⁶⁷ LR-StPO/Johann, §111b Rn. 24; SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 15; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 7.

²⁶⁸ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 15; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 7.



倚賴，只能自己想辦法支應生活，進而認為甚至可能有形同羈押的效果²⁶⁹，需要更高的正當化基礎。

依上述裁定形式的要求，法官作成扣押命令須負說理之義務，這一方面與充實法官保留之意義有關，另一方面亦和憲法上人民受有效救濟之權利有所連結（Art. 19 Abs. 4 GG）²⁷⁰，因為法院在為命令時必須說明理由，救濟程序中才能進一步據以審查²⁷¹。

說理義務要求法官基於個別案例事實，呈現其決定係依裁量所為²⁷²，展現法官對干預之嚴重性和可能造成的效果，包括其憲法關聯何在有所意識，法官必須將干預所涉及之利益衝突突顯出來，進一步具體作衡量²⁷³，其中在命令的實體要件方面，保全必要性之要件涵攝與說理的重要性特別有所連結²⁷⁴。與德國聯邦憲法法院裁判所創設之具體原則相應的，上述論證的要求隨著刑事程序經過會逐漸升高²⁷⁵，在侵害特別嚴重的情況，例如對關係人所有財產扣押之情形，法官必須為特別仔細、勤勉的審查，在命令中詳列各種事實上、法律上的事由²⁷⁶，若是犯罪嫌疑之證明不足，或是法律上引用有疑的見解，乃至於對多數利得人之間的財產處分權分配未清楚釐清，則可能得出違反說理義務之結果²⁷⁷。當然，若一般性地刻意忽視某些干預要件而作出扣押，當然更是說理義務之違反²⁷⁸。

上述對法官審查的要求，其實才是討論法官保留原則時應聚焦之核心，否則要求強制處分應先經法官審查，拖延了追訴時效、耗費了司法資源，卻沒有確實成就之制度目的，法官保留原則也是空有虛名。

²⁶⁹ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 7.

²⁷⁰ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 6，基本法第 19 條第 4 項：「任何人之權利受公權力侵害時，得自由提起訴訟以為權利保護。如無其他管轄機關之規定時，得向普通法院起訴。第 10 條第 2 項第 2 句之適用不受影響」。

²⁷¹ LR-StPO/Johann, §111e Rn. 4.

²⁷² MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 6.

²⁷³ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 6.

²⁷⁴ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 6.

²⁷⁵ MK-StPO/Bittmann, §111e Rn. 6; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 8.

²⁷⁶ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 8.

²⁷⁷ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 8.

²⁷⁸ SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 8.



4. 文書之特別程序

上述扣押之程序進行，是一般情況下適用的共通原則，為了在扣押文書時特別保障媒體自由與意見表達自由²⁷⁹，德國法在文書可能依刑法第 74d 條沒收之情形，除了扣押之範圍可能受到限縮外（見上文二、1、C.），同時有更嚴格的程序規定。首先，依德國刑事訴訟法第 111q 條第 4 項，在扣押物是周期性的文書的情形，包括扣押製造周期性文書所用或所需之設備時²⁸⁰，必須絕對法官保留，也就是說不會有追訴機關發動緊急命令的情形發生。

所謂的周期性文書，係依各邦媒體法的定義定之，包括報紙、雜誌以及其他各類文書，可能定期出刊也可能不規則，但至少是每期間隔不大於六個月的刊物²⁸¹。每期之間要有類型上的相似性²⁸²，若是連載式，每份單獨來看都是不完整的文書²⁸³，或是系列式，事先已固定期數，每份內容都完全不一樣的文書²⁸⁴，都不屬於周期性文書的範圍。若周期性出刊是計畫好的，只是因故一時停止出刊，則不影響周期性之認定²⁸⁵。

若扣押物是可能依德國刑法第 74 條沒收之文書但不具周期性，則還是可能由檢察官緊急命令，但不得由檢察官之偵查人員為之²⁸⁶。若由檢察官作緊急命令，須在三日內由法院確認，若法院未為確認，則緊急命令失其效力²⁸⁷，三日自為緊急命令該日起算，但不算入命令該日²⁸⁸，時間長短與效果比一般沒收保全扣押更加嚴格（見上文 2、(2)）。事後確認的程序則和一

²⁷⁹ KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 3; SSW-StPO/Burghart, §111q Rn. 1.

²⁸⁰ 舊法因文義不清，以致於是否包含設備引起學說質疑，vgl. KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 2，新法就此已補正而明確規範。

²⁸¹ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 8; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 3.

²⁸² KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 3.

²⁸³ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 8; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 3.

²⁸⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 8; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 3.

²⁸⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 8; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 3.

²⁸⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 9; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 4.

²⁸⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 9; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 4.

²⁸⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 9; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 4.

般扣押相同，一樣由檢察官聲請而促成，但也可能是由關係人聲請法院審查²⁸⁹，法院在確認時一樣審查的是法院審查當下，扣押是否合乎要件²⁹⁰，若已經檢察官或關係人合法聲請確認，但法院超過三日內才為確認，則應視法院遲到的確認為法院事後獨立作成之扣押命令，原緊急命令仍失效²⁹¹。

不論是否是周期性的文書，在文書之扣押命令中，依法須表明構成扣押原因之文書內容為何，並敘明涉及的實體、程序規範 (§111q Abs.3 S.4 StPO)²⁹²。文書內容的記載必須是完整複述其內容，並且標明哪一編、冊、頁，哪一個欄位等出處，不得只是泛泛記載大略意旨²⁹³。若是語音、影像之文書，則需標明標題與時間等等，並將內容轉述於命令上²⁹⁴。但扣押命令未記載上述事項，不會導致命令無效²⁹⁵。

在扣押命令之後，關係人除了可以針對扣押提出救濟，依德國刑事訴訟法第 111q 條第 3 項，尚可向法院聲請以適當方式，由關係人自己透過不複製、傳播文書當中涉及刑法的部分，阻止國家之扣押²⁹⁶。關係人必須在聲請中敘明以何種措施處理，要剪掉、塗黑、覆蓋由關係人決定²⁹⁷，若是數位檔案當然可以用數位方式直接修改檔案²⁹⁸，網頁則可以封鎖關閉²⁹⁹。決定是否阻止扣押的，為聲請當時有權扣押之法院，緊急時則仍有可能由檢察官為之，再由法院確認時審查³⁰⁰。若法院或檢察官認處理措施確實可以確保文書中涉及刑罰的部分不再複製、傳播，即應撤銷扣押命令而不只是撤銷命令之執行³⁰¹。雖然上述規定依法只適用於文書，但學說上認為基於同樣原理，針對製造文書所需或所用之設備沒收，若有適當措施可以避免再使用

²⁸⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 9.

²⁹⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 9.

²⁹¹ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 9.

²⁹² BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 10.

²⁹³ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 10; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 8.

²⁹⁴ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 8.

²⁹⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 10; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 8.

²⁹⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 7; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 9.

²⁹⁷ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 9.

²⁹⁸ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 9.

²⁹⁹ KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 9.

³⁰⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 7; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 9.

³⁰¹ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 7; KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 9.



該設備，亦有關係人防免扣押之可能³⁰²。

再來，為了給予文書之特別保障，作成上述文書之扣押後，如果在兩個月內未提起公訴，或未聲請宣告單獨沒收，則扣押應予撤銷³⁰³。提起公訴所基於之事實必須與扣押之原因事實有同一性，但最終法律上評價如何則無礙³⁰⁴。兩個月的期間一樣自命令該日起算，但不算入命令該日³⁰⁵。扣押不會因為兩個月時間經過仍未起訴就當然失其效力，仍須由有管轄權之法院為一個撤銷的法律行為³⁰⁶，然而縱使只是輕微的逾越期間，在法院撤銷前檢察官已提起公訴，法院仍應予以撤銷³⁰⁷。

若法院撤銷是由檢察官在起訴前就自行向法院聲請，學說認為依照羈押規定之原理（§120 Abs. 3 StPO），檢察官在聲請時就可以同時發還文書予關係人³⁰⁸。檢察官決定起訴之情形，提起之公訴必須有效地進入法院³⁰⁹，如果嗣後因管轄錯誤遭駁回或檢察官撤回起訴，檢察官必須在期間內再另行起訴，否則扣押仍應撤銷³¹⁰，但若是事物管轄錯誤，則學說有認為無害³¹¹。撤銷後若欲再為扣押，必須基於與先前扣押不同的新事實基礎才能為之³¹²。

若因偵查範圍有其特殊性，以致於兩個月的期間不足以提起公訴，檢察官有兩次機會可以向有權為扣押之管轄法院聲請延長，每次可延長兩個月（§111q Abs.5 StPO），期間自原到期日起算，也就是說最多加總起來共是六個月³¹³，但法院若認為不必延長至兩個月，也可以裁定更短的時間³¹⁴。檢察官必須在每次期間屆至前，將延長聲請送進法院，法院何時裁定延長則不

³⁰² KK-StPO/Spillecke, §111m Rn. 9.

³⁰³ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 12; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 5.

³⁰⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 12; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 5.

³⁰⁵ KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 5.

³⁰⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 12; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 10.

³⁰⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 12.

³⁰⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 17.

³⁰⁹ KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 6.

³¹⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 12; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 6.

³¹¹ KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 6.

³¹² BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 16; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 11.

³¹³ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 13ff; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 7ff.

³¹⁴ KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 7.

論³¹⁵。此處的延長必須是基於事實調查上的困難，法律上的困難則不屬之³¹⁶。

針對以上文書扣押，所有由法院以裁定為之者，包括法院所為之扣押命令、對檢察官緊急命令之確認裁定、延長期間與否之裁定，以及撤銷扣押命令之裁定，均得提起抗告救濟³¹⁷，檢察官所為之緊急命令本身則不得爭執，只有法院並未在三日內確認而失效的問題³¹⁸。若法院駁回檢察官的延長聲請，並撤銷原先的扣押，檢察官仍得抗告，此時應由抗告法院停止原法院駁回延長聲請該裁定之執行³¹⁹。

最後附帶一提，依刑事訴訟程序及罰鍰程序準則第 225 點之規定，依第 111q 條扣押之文書，必須妥善保管不得濫用，僅有法院和檢察官機關得接近³²⁰，進而充分達成避免任意散播之意旨。

³¹⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 13ff; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 7.

³¹⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 14; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 8。由於依法延長事由為因「偵查有其特殊範圍」以致於期間不足，導致學說對於「需要耗時的調查」是否屬於偵查特殊範圍而得聲請延長有所爭論，vgl. KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 8。

³¹⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 18; KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 11.

³¹⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 18.

³¹⁹ KK-StPO/Spillecke, §111n Rn. 10.

³²⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111q Rn. 19.



貳、保全扣押之執行

沒收保全扣押命令作成之後，就處於可得執行之狀態，必須透過執行才會產生保全之效力。由於刑事沒收保全扣押不像德國民事訴訟法假扣押，有執行期間的規定 (§929 Abs. 2 ZPO)，因此，刑事沒收保全扣押之執行，在德國法下原則並無時限³²¹。

有關保全扣押之執行，德國法下扣押、假扣押雖然規範型態相互區隔，但執行就是要對各該財產產生保全之效果，法規適用之結果基本上都會回到強制執行之原理，因此扣押、假扣押透過不同規範型態而達成之處理方式，最後仍有高度之相似性，只是基於扣押、假扣押之保全對象是沒收原物或價額之不同，而邏輯上有所差異。不論扣押或是假扣押，皆是以執行標的為動產、不動產、債權、船舶及航空器等四類之種類不同，而區分執行的方法。

有關保全扣押執行之規範，2017年德國沒收新法為了讓體系架構更清楚（見上文第二章、貳、四），將扣押之執行方法 (§111c StPO)、假扣押之執行方法 (§111f StPO) 先分別在扣押、假扣押之體系下獨立規定，再總歸於一條規範執行之相關程序事項 (§111k StPO)，與前述命令之程序規定 (§111j StPO) 相互對照³²²。

以下將分就執行方法（下文一）、執行機關與執行情序（下文二）兩部分介紹德國法之執行細節，並一併介紹執行後之處置（下文三），包括扣押命令之送達，以及2017年修法新增之扣押物管理規範。最後，不管是執行或管理上，國家處分對人民權利有任何侵害，人民皆可獨立提起救濟，與扣押命令本身是否應繼續存續無關，就以上獨立之執行救濟問題，本文將在此章節最後簡單討論之（下文四）。

一、執行方法

³²¹ BeckOK-StPO/Huber, §111f Rn. 1; SSW-StPO/Burghart, §111f Rn. 2.

³²² Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 49.



1. 扣押之執行方法

如前所述，在德國法下不論是扣押或假扣押，其執行方法之規定，皆不脫刑事執行之框架，實質上亦與民事訴訟法有密切關聯，依標的之種類不同，而有不同之執行方法與執行效果。在保全沒收原物之扣押的情況，德國刑事訴訟法新修正之第 111c 條除了將效力的規定移列出去外（見下文參、一），其餘僅有一處有實質內容修正³²³，以下將就執行標的為動產、債權、不動產、船舶航空器之不同情形分別討論。

要注意的是，所謂動產、債權、不動產、船舶航空器之執行分類，是在執行法下的概念，與實體法的概念未必完全同一。針對標的之分類，在資訊社會下特別可以注意一個特定問題，在於如何扣押無形的電子資料

（EDV-Daten），依德國學說、實務的理解，不論電子資料是為證據或沒收對象，都是以扣押其所附著之儲存裝置例如硬碟來達成，因此，扣押電子資料應該是落在扣押動產的分類下要討論的問題³²⁴。

（1）對動產所為之扣押執行

對動產扣押之情形，就是我們最直觀的保全扣押，由國家就該動產取得持有（Gewahrsam），直接實力支配該動產³²⁵，藉此即可達到保全的效果。但國家未必非得自己直接占有扣押物，亦可能透過簽約之私人來保管（見下文四）該些扣押物，也可能透過職務協助（Amtshilfe）交由其他機關保管³²⁶。若扣押物國家不可能直接占有，或是由國家占有難以避免逸失、損壞，保管費用甚鉅的情況，依法條規定，得將扣押物留置他處，包括亦得仍由債務人自己占有，並以執行機關之公印（Dienstsigel）、鉛封（Plombe）或其他公文書來標識扣押³²⁷。此種情況不限於將扣押物留置於原處，也可能把他放

³²³ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 75-76.

³²⁴ KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 2.

³²⁵ KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 2; SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 4.

³²⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 4; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 2; SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 4.

³²⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 2; SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 4.

置到附近的適當場所，再張貼書面的扣押公告，扣押物被標識之後，該物就不能再被搬走或使用³²⁸，故標識宜使扣押物不能再被取走或使用之效果³²⁹，進而應顯示在扣押物本身，不得只張貼在扣押物所在之處所³³⁰。若扣押物是例如大型機具，也可能綜合各種方式，例如由國家機關取走機具之重要部分，而將其他部分留置於原處標識扣押³³¹。要注意的是，若國家對扣押物直接占有，原占有人不會就扣押物成立間接占有的地位，國家是以自己之權利占有扣押物³³²。

上開扣押動產之執行方法，和德國民事訴訟法第 808 條所規範之對動產質押（Pfändung）類似³³³，不同之處在於，民事程序中之質押，有明文規範要以占有質押物為原則，在不危害債權人權益的特定要件下，才可以封條或其他標識之方式表明扣押，留置扣押物予債務人³³⁴，刑事訴訟法之沒收保全扣押如上述，則對兩種執行方法並無原則、例外之設定³³⁵。此外，民事訴訟法尚有不得質押之物之明文規定（§§ 811, 811c, 812 ZPO），刑事訴訟法並未採用亦未準用，對於關係人之保護，即歸諸於一般比例原則之限制³³⁶。民事訴訟法甚至針對未分離的果實的質押，都還有特別規定（§810 ZPO），在刑事訴訟法的沒收保全扣押因無相應規定，未分離的果實就不能作為動產扣押，而應視為不動產的部分³³⁷，相對地，民事訴訟法因為針對附著於不動產之從物有不能質押之特別規定（§865 Abs.2 S.1 ZPO），刑事沒收保全扣押則無，因此亦可能扣押附著於不動產作為從物之動產³³⁸。

³²⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 6; SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 4.

³²⁹ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 4.

³³⁰ KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 2

³³¹ BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 6.

³³² KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 2.

³³³ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 4.

³³⁴ 惟依德國民事訴訟法第 808 條第 2 項規定，只有現金、貴重物、有價證券以外的扣押物有可能留置於債務人處，亦即現金、貴重物、有價證券執行機關仍應取走而直接占有，德國學說上有認為刑事之沒收保全扣押，亦應依該條之原則，在扣押物是現金、貴重物、有價證券時，不留置於債務人處，vgl. BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 6。

³³⁵ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 4.

³³⁶ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 4.

³³⁷ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 4.

³³⁸ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 4.



總結而言，對動產所為之保全扣押，雖和民事訴訟法之質押得對應，但刑事扣押並不像民事質押設立這麼多價值衡量的規則，如何達成扣押之目的而不造成人民財產權之過度侵害，就由執行機關即檢察官（見下文二、1.）來個案審酌，當然也仍得參考民事訴訟法之規定。

(2) 對債權所為之扣押執行

德國刑事訴訟法 2017 年新法，特別針對第 111c 條扣押執行方法的規範順序予以異動，本來規範在第 3 項之債權的執行方法，新法移列至第 2 項，緊接在動產之後。債權之執行方法，係以質押（Pfändung）的方式達到保全的效果，相關程序依法條之明示適用民事訴訟法相關規定（§111c Abs.2 S.2 StPO）。此處所謂質押，如同民事訴訟法上對債權之執行，是以裁定禁止第三債務人，對未來可能之沒收請求權債務人即扣押之關係人清償債務，並且禁止扣押關係人處分該債權，尤其不得收取該債權³³⁹，類似我國強制執行法上對債權執行時所核發之扣押命令。

得以上述質押方式執行之權利，如我們所述地限於「債權」，包括金錢債權與返還請求權皆適用一樣的規定³⁴⁰。但若是依民事訴訟法適用不動產執行規定之權利（§864 Abs. 1 ZPO），例如對不動產之擔保物權，或是等同於不動產之權利像是地上權，則應以如同不動產執行之方式執行之³⁴¹（見下文(3)）。同樣要區分的是，若扣押關係人就某物有返還請求權

（Herausgabeanpruch），而該物已經被國家機關扣押後占有，則扣押應該是直接對該物為之，而非再繞彎去扣押返還請求權³⁴²。

以質押方式執行之債權，不需已取得執行名義或經第三債權人肯認，只需基於單純的推測而得闡述其存在即可³⁴³，在質押裁定裡，只要註明是「據稱的債權（angebliche Forderung）」³⁴⁴。質押之相關程序依準用規定（§111c

³³⁹ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 8.

³⁴⁰ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 8.

³⁴¹ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 7.

³⁴² BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 9.

³⁴³ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 8.

³⁴⁴ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 8.



Abs.2 S.2 StPO)，在意義相符的前提下，準用民事訴訟法質押程序之規定，性質不相符者，例如與換價階段相關之規定則不準用³⁴⁵。在準用民事訴訟法下，質押裁定應送達第三債務人以及扣押關係人，並以送達第三債務人時為生效時點³⁴⁶。

此外依德國民事訴法第 840 條，質押應要求第三債務人負澄清義務，報告債權之狀況。舊法時代，依刑事訴訟法第 111c 條之法條文字，僅規範扣押應要求第三人依民事訴訟法第 840 報告債權狀況 (§111c Abs.3 S.3 StPO a.F.)，並沒有要求在為質押裁定時就要第三債務人負澄清義務，然而實務上向來皆會一併為之³⁴⁷，新法遂跟隨實務之作法，要求為質押裁定時，即須一併要求第三債務人報告債權狀況³⁴⁸。雖然如此，第三人債務人並沒有強制一定要報告，只是若因其不為報告、未完整報告或為虛偽之報告，導致債權人，在沒收保全的情況也就是國家身為債權人，因而選擇實行或不實行該債權致生損害的話，未報告之第三人須負損害賠償責任³⁴⁹。

(3) 對不動產所為之扣押執行

對不動產扣押之情形，在德國法下，就是以在土地登記簿登記之方式，達成保全的效果，並如上所述，若依民事訴訟法適用不動產執行規定之權利，亦是如同不動產以登記方式執行之³⁵⁰。而依刑事訴訟法第 111c 條第 3 項第 2 句，有關此扣押之範圍，係準用強制拍賣及強制管理法 (Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung; ZVG) 之規定，因此，在解

³⁴⁵ KK-StPO/*Spillecke*, §111c Rn. 5; SSW-StPO/*Burghart*, §111c Rn. 11，意義不相符者例如德國民事訴訟法轉交質押物予債權人之規定 (§835 ZPO)，由於屬於換價程序之性質，不符沒收保全扣押之保全性質，因此不應準用。

³⁴⁶ SSW-StPO/*Burghart*, §111c Rn. 8。在民事執行的情況，債權人取得執行名義後，還要向執行法院聲請執行，執行法院審查准予執行後，若以債權為執行標的則會送達質押裁定，其間還有一段時間，因此德國民事訴訟法給予債權人還有前置質押 (Vorfändung; §845 ZPO) 的聲請機制，避免其間債務人脫產。但刑事沒收保全扣押就沒有上述問題，執行名義的作成與執行，都是由國家發動，因此沒有適用前置質押的必要，SSW-StPO/*Burghart*, §111c Rn. 10。

³⁴⁷ SSW-StPO/*Burghart*, §111c Rn. 9。

³⁴⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 75-76。

³⁴⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 75-76; SSW-StPO/*Burghart*, §111c Rn. 9。

³⁵⁰ KK-StPO/*Spillecke*, §111c Rn. 4。



釋扣押對不動產之執行時須參照該法之規定。

具體而言，扣押不動產之範圍依強制拍賣及強制管理法，將如同抵押權所擔保的範圍³⁵¹，不只不動產本身，也包括屬於債務人財產的從物（§§ 20 Abs.2 ZVG, 1120 BGB）³⁵²。此外，扣押範圍依上開法律，也包括未分離之出產物和及針對出產物之保險請求權（§21 Abs. 1 ZVG）³⁵³，但間接之物的孳息（§21 Abs. 2 ZVG）不包括在內³⁵⁴，亦不及於租賃契約或例如地役權等主體化權利³⁵⁵。若對不動產的扣押及於債權，則依強制拍賣及強制管理法第 22 條第 2 項，即應如同一般對債權扣押之方式，對第三債務人下令禁止清償，並可以前置扣押（§§ 22 Abs. 2 S.2 ZVG , 845 ZPO）³⁵⁶。

對不動產及上述相關從物或債權之扣押，並非以送達於扣押關係人時起生效，仍然以登記時為準³⁵⁷。依土地登記規則（Grundbuchordnung；GBO）之規定，執行機關向土地登記機關請求為登記時，一經請求登記機關即應為登記，不必再經利害關係人之同意³⁵⁸。但此處扣押登記之請求，並不會因此優先於他人登記之聲請³⁵⁹。

(4) 對船舶、航空器所為之扣押執行

對船舶、航空器扣押之情形，在刑事保全扣押的分類上，原則上還是屬於對動產之扣押，故原則上還是依對動產之執行方法，達成保全的效果（§111c Abs.4 S.1 StPO）³⁶⁰。但若是已登記之船舶、航空器，為了要達成扣押之公示效果，並剝奪船舶、航空器之航行權，依法還是要在各別登記簿上

³⁵¹ KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 4.

³⁵² BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 10; SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 6.

³⁵³ BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 10; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 4; SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 6.

³⁵⁴ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 6.

³⁵⁵ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 6.

³⁵⁶ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 6.

³⁵⁷ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 6.

³⁵⁸ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 6.

³⁵⁹ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 6.

³⁶⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 11; SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 5.

為扣押之登記³⁶¹，若是未登記但得登記之船舶，則可以因扣押而請求登記（vgl. §§65ff. SchRegO, 79 LuftFzG），在船舶的情況並可能是因為扣押才得登記（§66 SchRegO）³⁶²。

要注意的是，此登記與不動產之情況不同，並非以登記作為扣押船舶、航空器之執行方法，仍然是以實力占有船舶、航空器或以封條等標識之時，為扣押經執行而生效之時點，登記只是在執行後為為達公示效果的措施³⁶³。

2. 假扣押之執行方法

(1) 與民事訴訟法間的適用關係

假扣押之執行，係依假扣押所示之額度，對關係人之責任財產予以保全，保全的對象雖與保全沒收原物之扣押不同，但原理相同。德國刑事訴訟法舊法依第 111d 條之指示，相關假扣押執行之事項，在意義相符（*sinngemäß*）的範圍內，準用民事訴訟法之相關規定（§111d Abs.2 StPO a.F. i.V.m. §§928, 930-932 ZPO）³⁶⁴，直接連結民事訴訟法之規定而不再多加描述。其中準用所羅列的民事訴訟法第 928 條，就是民事訴訟保全扣押執行，準用終局強制執行之一般性準用規定，但一樣僅準用意義無偏離者³⁶⁵。刑事訴訟法依以上的準用，產生了連鎖適用（*Kettenverweis*）之關係，亦即刑事訴訟法準用民事訴訟法有關保全扣押之規定，民事訴訟法有關保全扣押之規定中又準用終局之強制執行之規定，但兩層之準用，皆僅準用意義上相符者。

因此過去舊法時代，有關假扣押之執行方法為何，必須實質去檢驗上述準用關係，確認究竟哪些強制執行之規定是在準用之範圍，才能具體化刑事

³⁶¹ BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 11; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 3; SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 5.

³⁶² BeckOK-StPO/Huber, §111c Rn. 11; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 3; SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 5.

³⁶³ SSW-StPO/Burghart, §111c Rn. 5.

³⁶⁴ KMR/Mayer, §111d Rn. 19; MK-StPO/Bittmann, §111f Rn. 15; SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 29.

³⁶⁵ KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 11; LR-StPO/Johann, §111d Rn. 33; SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 26.

假扣押的執行方法，也就是說必須透過詮釋，一一個別檢驗該些條文於刑事沒收保全扣押程序之合用性³⁶⁶，例如，由於保全扣押只是要保全而已，不適用有關換價之強制執行規定³⁶⁷，但強制執行中有關對動產保全時超額保全禁止（§803 Abs.1 S.2 ZPO）之規定，即在刑事程序當中有適用³⁶⁸，在假扣押的情況實務上常被提出來爭執³⁶⁹。此外，只要是牽涉到執行權限（z.B. §930 Abs. 1 S.3 ZPO）、針對執行處分之救濟等等事項，由於刑事訴訟法都有自己的規定了（§111k StPO），民事訴訟法之相關規定也就不再適用³⁷⁰。整體而言，德國刑事沒收保全之假扣押，主要準用的還是德國民事訴訟法第928條到第930條有關執行方法之規定³⁷¹。

上述假扣押之執行設計，在德國刑事訴訟法新法下並無太大實質的改變，只是在形式上為了強調刑事假扣押之獨立性，讓法條描述更加具體，新法將執行方法之概要，直接訂明於刑事訴訟法中。接著才依循執行標的是動產或債權（§111f Abs.1 StPO i.V.m. §§928, 930 ZPO）、不動產（§111f Abs.2 StPO i.V.m. §§928, 932 ZPO），或是船舶航空器（§111f Abs.3 StPO i.V.m. §§928, 931 ZPO），準用民事訴訟法之相關規定。形式上雖然將準用規定重新拆解，但實質內容變動不大，舊法下之相關解釋，仍可以在對照後予以參照。

過去德國學說在解釋假扣押之規定時，與保全沒收原物之扣押比較不同的是，由於假扣押有明確準用民事訴訟法第928條，透過該條之連鎖準用，也同樣準用民事訴訟法終局執行階段之相關規定。例如終局執行時對動產質押（§§808 ff. ZPO）、對債權質押之相關規定（§§828 ff. ZPO），即得透過連鎖準用準用於刑事程序之假扣押³⁷²，像是對動產質押時保護債務人之規定（§§811, 850ff. ZPO）應得適用於刑事程序³⁷³。換言之，扣押、假扣押兩者

³⁶⁶ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 26.

³⁶⁷ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 26.

³⁶⁸ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 26.

³⁶⁹ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 27.

³⁷⁰ KMR/Mayer, §111d Rn. 19; KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 11; LR-StPO/Johann, §111d Rn. 33f.

³⁷¹ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 33.

³⁷² KMR/Mayer, §111d Rn. 20; MK-StPO/Bittmann, §111f Rn. 15.

³⁷³ LR-StPO/Johann, §111d Rn. 34; SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 26.

在德國法上法適用之邏輯不同。民事訴訟法相關規定對於假扣押而言，依據準用規定，是必須適用之實定法，相關民事執行之解釋論也應同等適用之，因此，過去德國學說在討論假扣押之執行時，更大量地引入民事訴訟法之規定與解釋，在新法下亦然。相對地，在保全沒收原物扣押的狀況，就只有對債權質押時，有泛泛準用民事訴訟法之規定，相關民事訴訟法規定只能供作參考，必須謹慎考慮是否合適準用至保全沒收原物的扣押。

之所以有上述法適用邏輯之差別，是因為保全沒收原物扣押與保全替代價額假扣押性質之不同，刑事替代價額假扣押之執行，只是要找到有價值的財產，與民事執行上金錢債權之執行間價值選擇是一致的，因此，德國民事訴訟法相關規定當然可以同等適用。以上關乎的不只是一般執行方法的表述，更涉及執行程序中細部的價值選擇，如何實質確保執行程序合乎比例原則的問題，上開細節之研究，必須對於德國民事執行規定有足夠的了解，還有待後人為更完整的細節研究介紹。

(2) 假扣押執行方法與扣押間之異同

本文就此只簡單介紹假扣押執行方法與扣押間之異同。依德國刑事訴訟法第 111f 條新法的明示，若是假扣押對動產、債權執行，是以質押方式為之，對不動產執行，是以登記保全抵押權之方式為之，對船舶、航空器執行則原則上依動產方式處理，但已登記之船舶、航空器則依民事訴訟法規定處理 (§931 ZPO)，會產生如同船舶抵押權的假扣押質權³⁷⁴。

事實上，由於保全沒收原物扣押之執行方法與德國民事訴訟法之執行方法就是相應的（見上文 1.），因此，假扣押之執行方法與保全沒收原物扣押結果論上有相當高的相似性。例如動產在保全沒收原物之扣押時，是直接以國家機關占有或標識方式執行，而在替代價額假扣押對動產執行時，是以質押方式為之，但依質押程序對動產執行之結果，一般就是會由國家機關占有該動產³⁷⁵，若是質押金錢，則該金錢依法會被提存 (§930 Abs. 2 ZPO)³⁷⁶。

³⁷⁴ SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 31.

³⁷⁵ KMR/Mayer, §111d Rn. 21.

³⁷⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111f Rn. 2; KMR/Mayer, §111d Rn. 21; MK-StPO/Bittmann, §111f Rn. 15; SK-StPO/Rogall, §111d Rn. 29.

深究其差別可以發現，保全沒收原物扣押之情形，國家要的就是該物本身，和假扣押之情形國家只是要該財產來擔保債權不同，因此例如在保全沒收原物之扣押對不動產執行時，是以扣押登記的方式為之，但在替代價額假扣押對不動產執行時，登記的不是扣押，而是存在在不動產上的擔保物權，從而不動產被保全的範圍，只限於抵押權負擔的範圍，而不像扣押登記直接及於整個不動產。

基於上述扣押、假扣押在執行方法上的差異，要一併注意的修法動態是，德國 2017 年修法在一讀立法程序當中，在聯邦政府草案的基礎上，針對假扣押執行方法之條文，特別加上了在執行須為登記之情況，亦即對不動產及船舶、航空器執行時，應一併登記假扣押所生之轉讓禁止效力 (§111h Abs.1 S.1 StPO) 的規定，藉以透過公示避免第三人善意不知扣押，受轉讓而善意取得，作為假扣押執行效力之確保³⁷⁷。為何有此區別很好理解，因為在保全沒收原物之扣押的情形，執行時登記的就是「扣押」了，因此無待再另登記轉讓禁止效力，但假扣押的情形登記的是擔保物權，德國立法者應是為求明確，才針對假扣押另有登記轉讓禁止效力的要求。

二、執行機關與執程序

1. 檢察官的統一權責

相應於命令機關 (§111j StPO；見上文壹、一)，有關保全扣押之執行機關，德國刑事訴訟法亦接續在第 111k 條第 1 項有自己之規定，為舊法第 111f 條第 1 項至第 3 項所移列，對應保全對象之不同，及對應對象而來的扣押、假扣押執行方式之不同，而有不同之權限設計，在修法歷程上，德國近期經過 2002 年以及 2007 年兩次修法後（見上文第二章、貳、三），不論扣押、

³⁷⁷ BT-Drs. 18/11640, S. 85.

假扣押原則上皆是由檢察官執行為主，欲藉由統一執行權限，簡化並加快執行程序³⁷⁸。2017年修法則更加明確，將舊法原本分列3項的執行機關規範再度簡化，規範扣押、假扣押，一律就是由檢察官負責執行（§111k Abs.1 S.1），僅在執行對象是動產的情形同時賦予其他人員權限（見下文2.）³⁷⁹。因此在現行法下，執行對象非動產的情況，執行機關之權限分配很單純，以下就不同執行標的分別闡述之。

就此要先注意的是，在實然面上，由於執行事務繁瑣，實務上還是需要其他人員的協力，因此若自功能面觀察，實務上檢察官或者精確來說檢察機關，是依司法輔助官法（Rechtspflegengesetz；RPflG），將執行事務移轉交由司法輔助官處理³⁸⁰（§§22 Nr. 2, 31 Abs.1 Nr. 2 RPflG），並非由檢察官親力親為所有執行事務。

若執行對象是不動產，執行方法係以登記之方式為之，程序較為簡便，舊法原是規定法院、檢察官，皆得向土地登記機關請求為登記（§111f Abs.2, 3 a.F.）³⁸¹。但由於依法同時有由檢察官為主要執行機關之原則（§111f Abs.1 a.F.），過去登記之請求原則上皆是由檢察官為之，實務上運作的結果是在緊急情況下才會由法院為請求³⁸²，2017年修法可以說是從善如流，將請求登記之任務依原則統一交由檢察官處理（§111k Abs.1 S.1 StPO）。依土地登記規則之規定，請求土地登記機關為扣押之登記，檢察官須以書面為之，且以

³⁷⁸ BT-Drs. 16/700 S.12; LR-StPO/Johann, §111f Rn. 1。將執行之權限統一交由檢察官後，法官保留之要求因而原則上僅停留在保全扣押之命令的層次，根據2007年之修法理由，這是德國立法者為加快簡化程序之立法選擇。但因為所有的執行措施，關係人都還是可以向法院請求救濟，因此，法院還是可以透過事後控制確保執行措施中之基本權保障，vgl. LR-StPO/Johann, §111f Rn. 1。

³⁷⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 82.

³⁸⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 1ff.; KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 2ff.; LR-StPO/Johann, §111f Rn. 2，何謂「司法輔助官」，可見，連孟琦，〈2017年德國沒收新制中之賠償被害人模式〉，收錄於：《法學與風範——陳子平教授榮退論文集》，2018年1月，頁613-633，頁624註53的介紹，但該文將Rechtspfleger翻譯為法務官：「在德國要成為法務官，必須在國家法務官學院完成理論和實務訓練交替的三年學程，實務訓練是在法院和檢察院等地進行。結束學程時，若通過法務官考試，則授予法務官學士學位。法務官在德國屬於中高等司法職系公務員（德國公務員分為初等、中等、中高等和高等四級），分擔部分原屬於法官的工作，尤其是承辦非訟事件。另外在刑事司法方面，還負責處理刑罰執行」。

³⁸¹ LR-StPO/Johann, §111f Rn. 3.

³⁸² KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 2, 4; LR-StPO/Johann, §111f Rn. 3.

封條彌封送達登記機關³⁸³ (§§ 29 Abs. 3, 39 GBO)。若是檢察官自為緊急命令的情形，縱使法院尚未為命令之事後確認，檢察官也可以自己先請求登記之執行³⁸⁴。

若執行對象是債權，執行方法是質押，依舊法即原則上是由檢察官為之³⁸⁵，只有在保全替代價額之假扣押的情形，若對債權執行，除原則上由檢察官為之，檢察官亦得聲請由下達假扣押命令，或為假扣押緊急命令確認之法院為之 (§111f Abs.3 S.3 a.F.)。舊法如此設計是因應需要更快保全之情況，保留由法院直接執行之可能，由檢察官在為假扣押聲請時，就一併向法院聲請為質押³⁸⁶，但新法為求簡化，已將此種方式刪除。

對債權執行之質押程序，不論扣押、假扣押，主要就是向關係人發禁止處分命令，以及向第三債務人發禁止清償之命令³⁸⁷。由於德國 2017 年修法已要求質押裁定中應內含第三債務人應報告之要求 (§§111c Abs. 2 S. 3, 111f Abs.1 S. 3 StPO，見上文一、1、(2))，則執行程序中檢察官是否有要求第三債務人報告，在現行法下就不是必要的³⁸⁸。若不是由檢察官為上述命令，而只是例如由警察向第三債務人通知有質押之情事，質押將不生效力³⁸⁹。依民事訴訟法之規定，在為質押之前，不一定要使關係人有聽審之機會 (§834 ZPO)³⁹⁰。

若執行對象是船舶、航空器，依其執行方法需要登記的情況，舊法原亦保留由法院聲請登記之可能³⁹¹，新法則也是回歸統一由檢察官負責向登記機關請求登記³⁹²。若是不得登記之船舶、航空器，則是比照下述動產的執

³⁸³ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 2, 7.

³⁸⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 2.

³⁸⁵ LR-StPO/Johann, §111f Rn. 4.

³⁸⁶ BTDrucks. 16/700 S.12; LR-StPO/Johann, §111f Rn. 7.

³⁸⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 3; KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 2; LR-StPO/Johann, §111f Rn. 4.

³⁸⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 3.

³⁸⁹ LR-StPO/Johann, §111f Rn. 4.

³⁹⁰ LR-StPO/Johann, §111f Rn. 4.

³⁹¹ Vgl. KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 2, 5.

³⁹² BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 4, 8f.

行權限分配與程序³⁹³。



2. 對動產執行時之權限分配

執行對象是動產時，是德國現行法下執行機關較複雜的情況，也是實務上的確比較有需求由其他人員機動執行的情況。2017年修法時，將舊法原本扣押、假扣押分列的規範整併在同一項，規範內容則未變動。

在保全沒收原物之扣押的情形，對動產扣押之命令除了事先由法院為之外，在遲延有危險之情況下，檢察官及其偵查人員亦有權為之（見上文壹、一、2.）。而動產扣押命令之執行，不論由法院事先命令，或是由檢察官自行為之者，原則上皆由檢察官執行該扣押命令（§111k Abs. 1 S.1 StPO），並亦得由其偵查人員執行之（§111k Abs. 1 S.3 StPO）。若動產之扣押命令是在緊急狀況下由檢察官之偵查人員為之者，結果會是偵查人員自己所為之命令，自己也有權執行³⁹⁴。此外一般性而言，檢察官所負之執行任務，如上述係依司法輔助官法移轉予司法輔助官處理，檢察官亦可由其偵查人員，甚至請其他一般之警察³⁹⁵、法警（Justizwachtmeister）協助³⁹⁶。

在保全替代價額之假扣押的情形，若對關係人責任財產中之動產進行質押，執行機關方面德國法曾有修法之變動。在2002年以前，對動產之執行機關，係規定由司法債權收取規則（Justizbeitrungsordnung (JBeitrO)；2016年已改制為司法債權收取法 Justizbeitrungs-gesetz (JBeitrG)）第2條所示之執行機關為之³⁹⁷，也就是與司法收取規則連動，實務上適用該法之結果，造成針對動產假扣押之執行機關並不統一³⁹⁸，且在這麼複雜的適用關係

³⁹³ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 8.

³⁹⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 4; KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 2; LR-StPO/Johann, §111f Rn. 2.

³⁹⁵ 如前曾介紹過的，檢察官之偵查人員通常是較高階之警官，而非所有警察皆是偵查人員（見上文壹、一、2.）。

³⁹⁶ LR-StPO/Johann, §111f Rn. 2.

³⁹⁷ SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 3, 12.

³⁹⁸ SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 3.

下，究竟誰有執行之權限也滋生爭議³⁹⁹。此外上述規則在實務運作下，最後大多數還是仰賴法院執行官在執行，以致於法院執行官工作過載且常常不及處理⁴⁰⁰。2002年德國修法時，即是基於以上兩點觀察，基本上將針對動產所為之假扣押執行，統一交由檢察官自己就可以為之⁴⁰¹，終結了舊法時代究竟檢察官可否自行為執行之爭議⁴⁰²。且除了檢察官外，2002年修法進一步還將檢察官之偵查人員納入執行機關之規範中⁴⁰³。不過如此修法後，反過來變成法院執行官是否還有權執行引發爭議，2007年修法，因此又明文將法院執行官列為有權執行之機關⁴⁰⁴，目前現行法並列多個機關的結果是這麼來的。

據此，德國現行法於針對動產執行之情形，執行機關雖然同時併列司法債權收取法第2條所示之機關、法院執行官、檢察官或其偵查人員，都有權執行動產之執行，但所謂「司法債權收取法第2條所示之機關」意義已不大，主要就是由檢察官來主導執行，檢察官並可委託其偵查人員⁴⁰⁵，在實務運作上，基本上檢察官是如上述將業務移轉予司法輔助官辦理。此外實行動產質押時，依司法債權收取法比照民事訴訟法之質押，可以再委託執行公務員（Vollziehungsbeamter）為之，若法院無執行公務員時則一樣是委託法院執行官⁴⁰⁶。

上開各該機關之間也無相後次序之問題，由檢察官依合目的性之觀點決定由誰來為執行⁴⁰⁷。而將法院執行官另外列為執行機關，主要是著眼於執行特別需要仰賴其有關執行之知識與經驗時⁴⁰⁸，例如判斷是否有無法質押之情形，或是判斷標的物未來變價之情況⁴⁰⁹，就可以由檢察官委託法院執

³⁹⁹ SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 3.

⁴⁰⁰ SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 3.

⁴⁰¹ SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 14.

⁴⁰² SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 3.

⁴⁰³ SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 14.

⁴⁰⁴ SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 4.

⁴⁰⁵ LR-StPO/Johann, §111f Rn. 6; SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 14.

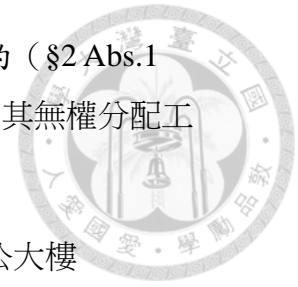
⁴⁰⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 5; SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 12.

⁴⁰⁷ LR-StPO/Johann, §111f Rn. 6; SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 11.

⁴⁰⁸ LR-StPO/Johann, §111f Rn. 6; SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 13.

⁴⁰⁹ SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 13.

行官為質押，且依法法院執行官對檢察官執行之協助係無償的（§2 Abs.1 GVKostG）⁴¹⁰。此委託僅能由檢察官為之，檢察官之偵查人員其無權分配工作予法院執行官或執行公務員⁴¹¹。



另外由於對動產之執行，可能有必要進入聯邦軍隊之辦公大樓（Dienstgebäude），或是一般無法進入之設施，就此德國法準用證據保全扣押之規定（§111k Abs.1 S.4 i.V.m. §98 Abs.4）⁴¹²，除非只是要進入某軍人所居住之房間執行扣押，否則一律須向軍方之上級長官請求搜索。

3. 保全訴訟費用之執行

上述執行機關之權限分配，適用於沒收或罰金之保全扣押，若是保全訴訟費用之假扣押，則原則上依司法債權收取法是由法院執行處

（Gerichtskasse）負責執行（§§1 Abs. 1 Nr. 4, 2 Abs. 1 S. 1 JBeitrG）⁴¹³。除非涉及德國聯邦最高法院，包括對應的聯邦檢察官（Generalbundesanwalt）之層級，會由聯邦司法處（Bundesamt für Justiz）來執行⁴¹⁴。然而若是同時保全沒收或罰金，也同時保全訴訟費用，兩類同時進行的情況，則依司法債權收取法還是統一由檢察官負責執行（§1 Abs. 4 JBeitrG）⁴¹⁵。

三、扣押執行後之處置

⁴¹⁰ LR-StPO/Johann, §111f Rn. 6; SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 13.

⁴¹¹ LR-StPO/Johann, §111f Rn. 6; SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 14.

⁴¹² LR-StPO/Johann, §111f Rn. 2.

⁴¹³ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 6; KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 3; LR-StPO/Johann, §111f Rn. 6; SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 12。

⁴¹⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 6; LR-StPO/Johann, §111f Rn. 6; SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 12。

⁴¹⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 6; LR-StPO/Johann, §111f Rn. 6; SK-StPO/Rogall, §111f Rn. 12.



1. 扣押命令之送達

為保全扣押之命令後，財產被干預的扣押關係人應有知的權利，但既然扣押是以保全為目的，為防止關係人有機會立即脫產，得在執行後再由執行機關為命令的送達⁴¹⁶，但學說上有認為為使關係人得及時主張權利，還是宜執行開始後盡可能無遲延地送達關係人⁴¹⁷。比照證據保全扣押之規定 (§98 Abs.2 S.5 StPO)，送達時應告知關係人其所有的相關權利⁴¹⁸。除了關係人外，為協助被害人受償，保全扣押亦應送達通知被害人，此則為被害人賠償機制的一環，以下再綜合談之（見下文伍、一）。

保全扣押之送達程序依德國法，係適用刑事訴訟法的原則 (§111k Abs.2 i.V.m. §37 Abs. 1 StPO)，準用民事訴訟法之送達規定，不同的是如上所述，刑事沒收保全扣押是由執行機關為送達，亦即有送達義務者為檢察官⁴¹⁹，同時為符合實務上之需求開放由檢察官之偵查人員，通常也就是警察為送達⁴²⁰。此外，德國 2017 年新法在上開舊法之送達規定外，特別針對在國內有權營業的金融機構，準用民事訴訟法⁴²¹，擴大送達的方式得以照片複本，或是傳真電子文件的方式為之 (§111k Abs.2 i.V.m. §174 ZPO)⁴²²。之所以針對金融機構，規範意旨著眼的是質押帳戶的情形，避免快速的財產移轉，減輕執行機關在送達方面時效壓力之負擔⁴²³。

2. 扣押物之管理

2017 年德國沒收新法將 2014 年之歐盟指令內國法化（見上文第二章、貳、四），其中一大特色，就在於依歐盟指令的指示，增訂了扣押物管理之

⁴¹⁶ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 9; SSW-StPO/Burghart, §111f Rn. 3.

⁴¹⁷ SSW-StPO/Burghart, §111f Rn. 3.

⁴¹⁸ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 9.

⁴¹⁹ KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 6.

⁴²⁰ KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 6.

⁴²¹ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 11.

⁴²² BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 11.

⁴²³ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 11.



規定，增列於德國刑事訴訟法新法第 111m 條。但基於國家就扣押物發生之公法上保管關係（見下文參），學說上有認為民法有關寄託物之規定，在意義相符的限度內本應準用之，國家之權利義務基本上也就照該些規定處理即可⁴²⁴。

須適用管理規定之扣押物對象，包括被扣押、假扣押所保全之標的物，依德國刑事訴訟法第 111m 條第 1 項所示，即是依同法第 111b 條所扣押之沒收原物，或根據財產假扣押而依第 111f 條經執行而被保全之扣押物。由該法條之規定方式可以了解，需要被管理之扣押物，當然是已經透過執行，並由國家實力支配之扣押物。

而如同德國刑事訴訟法新法將執行問題交由檢察官統籌（見上文二、1.），第 111m 條第 1 項同時賦予檢察官管理扣押物之任務，只是基於人力的考量，實務上一樣會是由檢察官依司法輔助官法，將此項業務轉由司法輔助官（*Rechtspfleger*）處理⁴²⁵，同時檢察官並可將管理之業務委託檢察官之偵查人員、法院執行官，甚至是民間營利之私人進行⁴²⁶。

扣押物管理之目標，是維持扣押物之價值，若檢察官將管理業務委託予私人，則須在契約中明訂維持價值的義務⁴²⁷。立法理由特別指出，在不動產管理方面，可能特別有需求要倚賴私人機構來進行管理⁴²⁸。透過人力的安排，除了一方面達成管理之目的，著重關係人權利之保護外，也包括要盡量節省支出⁴²⁹，況且在德國法的情境下，由於管理費用依法亦可能屬於訴訟費用中的墊款，未來可能由人民負擔，更有應節省支出的必要⁴³⁰。

⁴²⁴ Vgl. SSW-StPO/Burghart, §111m Rn. 1, Burghart 進而主張德國法在修法之前，其實不會不符歐盟指令的要求。

⁴²⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111m Rn. 1; vgl. auch BT-Drs. 18/9525, S. 83.

⁴²⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111m Rn. 1; SSW-StPO/Burghart, §111m Rn. 2; vgl. auch BT-Drs. 18/9525, S. 83.

⁴²⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111m Rn. 2.

⁴²⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 83f.

⁴²⁹ SSW-StPO/Burghart, §111m Rn. 2.

⁴³⁰ SSW-StPO/Burghart, §111m Rn. 2.



四、執行方法之異議

針對上述執行情序中，執行方法對人民權利之侵害，德國法明文人民得向法院聲請審查以為救濟，規範方式是補遺式地宣示所有措施都有尋求救濟之可能 (§111k Abs.3 StPO)。就此涉及的與命令本身無關，只關乎執行方法上的問題，對應到我國法，可能稱之為「異議」會更為貼切。

要注意的是依德國法之理解，固然許多執行方法上的問題，是純財產層面的，牽涉到的是民事法律關係，法院實質上會如同強制執行法上的救濟程序來審查，然而針對刑事執行措施之法院審查仍不脫其刑事法的性質，仍屬刑事救濟途徑⁴³¹。就算是第三人針對保全扣押執行措施主張其權利，如同提起民事第三人異議之訴 (Drittwiderrspruchsklage) 一般，仍不影響他的刑事法性質⁴³²，若對土地登記機關之登記措施提起土地登記法上的救濟 (§§71ff. GBO)，亦同⁴³³。

因為上述刑事法性質，有權審查執行措施異議之法院，與保全扣押之管轄權限相同，一樣依德國刑事訴訟法第 162 條定之，也就是起訴前、確定後由偵查法官審查，審判中則由本案繫屬法院負責等等⁴³⁴ (見上文壹、一)。法院進行審查時，是依職權調查原則與自由證明進行審查程序⁴³⁵。若法院審查後認為執行措施應予撤銷，則依民事訴訟法之規定處理 (§§775 Nr.1, 776 ZPO)，執行措施應立即停止，停止後並應立即撤銷⁴³⁶。針對法院審查後所做之裁定，如同其他刑事裁定，得再提起也只能提起抗告⁴³⁷。

⁴³¹ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 12; KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 7.

⁴³² BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 12; KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 7.

⁴³³ KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 7.

⁴³⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 13; KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 7.

⁴³⁵ KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 7.

⁴³⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 14; KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 7.

⁴³⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 14; KK-StPO/Spillecke, §111f Rn. 7.

此外，如上述之所以需要管理之特別規定，主要是扣押物之管理也可能重大影響人民權利。因此，德國刑事訴訟法增訂之第 111m 條第 2 項，針對扣押物管理過程中所為之措施，亦規定讓權利受侵害之關係人，有機會可以向法院尋求救濟⁴³⁸，與執行措施之救濟規定非常相像，亦是補遺式地宣示所有措施都有尋求救濟之可能，至於該向何法院尋求救濟，一樣是依刑事訴訟法第 162 條決定，若針對法院裁決再有不服，一樣仍可提起抗告（§304 StPO）⁴³⁹。針對管理措施有權提起救濟之人，包含所有權利可能受影響之人⁴⁴⁰，但爭執之對象只有管理措施之安排，不包括損害賠償或訴訟費用之問題⁴⁴¹。

⁴³⁸ SSW-StPO/Burghart, §111m Rn. 3.

⁴³⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111m Rn. 3; SSW-StPO/Burghart, §111m Rn. 4.

⁴⁴⁰ SSW-StPO/Burghart, §111m Rn. 3.

⁴⁴¹ SSW-StPO/Burghart, §111m Rn. 3.



參、保全扣押之效力

保全扣押經執行機關執行，會對具體財產為占有、登記等執行行為，這些執行行為必須對保全財產產生效力，影響保全財產之法律上地位，才能進而達成保全之目的。德國刑事訴訟法就此與民事強制執行對應，將民事強制執行中，執行行為所生的相對轉讓禁止之效果抽離出來，作為刑事沒收保全扣押之效力。為了能全面理解何謂相對轉讓禁止，以下將先簡單介紹相對轉讓禁止在德國民事強制執行框架下的地位，帶出德國 2017 年修法之演變，再進一步解釋刑事保全扣押意義下之相對轉讓禁止（下文一）。再來，在德國法下有關保全扣押之效力還有一個重要要區辨的問題點，在於保全扣押所生之效果是否是免受破產影響的（*insolvenzfest*），這牽涉到德國整個民事法律制度設計，也與被害人賠償機制有所連結（下文二）。

一、相對轉讓禁止

1. 從民事執行而來的扣押效力設計

在德國民事強制執行之框架下，質押的執行方法，也就是對動產及債權執行的情形，會產生幾個面向上的效果。首先在抽象的層次，質押會使扣押物處於公法上之羈束狀態（*Verstrickung*），這是我國強制執行法上沒有特定出來的概念⁴⁴²，意指被質押之標的，處於國家高權的掌控範圍⁴⁴³，例如扣押的動產由國家機關直接占有中，就是羈束狀態一種事實上的展現⁴⁴⁴。羈束狀態會衍生出兩個效果，一個是在刑法上，毀壞質押物或以其他方式破壞

⁴⁴² 因此本文選擇不將 *Verstrickung* 一字翻作「查封」，一來無法對應至我國法的概念，二來我國法使用「查封」二字的情形過於廣泛，保全階段也稱作「查封」階段，對動產、不動產等等標的物之扣押行為與執行方法也都通通叫作查封，可以說是未具嚴謹定義的法學用語。

⁴⁴³ MK-ZPO/Gruber, §803 Rn. 33.

⁴⁴⁴ MK-ZPO/Gruber, §803 Rn. 33.

羈束狀態者，有刑罰之規定⁴⁴⁵ (§136 StGB)，再來就是在民法上，將產生相對轉讓禁止之效果⁴⁴⁶ (§§135, 136 BGB)。上述質押的效果並未明定在德國民事訴訟法中，是德國實務、學說所發展出的理論⁴⁴⁷。

相對地，依德國民事訴訟法第 804 條明定，質押原則上還會產生質押質權 (Pfändungspfandrecht)，學說將他理解為與羈束狀態、相對轉讓禁止並列的法律效果⁴⁴⁸。質押質權是德國民事強制執行採質權主義或稱優先主義 (見上文第二章、壹、三) 的象徵之一，與終局強制執行的換價相互連結，藉由質押質權的排列，在同一標的由多數債權人聲請執行時，先來的人將取得順位較前的擔保物權，在換價時即以該擔保物權為本⁴⁴⁹。此外在破產程序中，質押質權也使得債權人得以取得別除請求權⁴⁵⁰。

質押質權之性質，在德國學說上有私法說、公法說、混合說之爭，以致於質押質權之要件有相當的爭議⁴⁵¹。簡單來說，主張公法說的人會認為，質押質權應該是附隨著公法上羈束狀態而來，是質押必然的效果，主張私法說的人則認為仍應依私法角度判斷質權是否成立，例如若對非債務人所有之物質押，依民法判斷不可能成立質權，此時依不同學說質權成立與否的歧見，將影響例如上述破產程序中有無別除權的問題，但大部分的狀況，不管採何說還是會得出一樣的結果⁴⁵²。

由於依德國民事訴訟法舊法，保全替代價額之假扣押，其執行完全準用民事訴訟法之規定，因此上述我們對質押效力的介紹，在舊法時代完全適用

⁴⁴⁵ MK-ZPO/Gruber, §803 Rn. 33.

⁴⁴⁶ 依照德國學說、實務多數說，相對轉讓禁止是羈束狀態的效果或者說是實質內涵，但亦有部分見解認為，相對轉讓禁止與羈束狀態應嚴格區分，兩者皆獨立是質押的效力，vgl. MK-ZPO/Gruber, §803 Rn. 53.

⁴⁴⁷ MK-ZPO/Gruber, §803 Rn. 32.

⁴⁴⁸ MK-ZPO/Gruber, §804 Rn. 1.

⁴⁴⁹ BeckOK-ZPO/Fleck, §804 Rn. 1; MK-ZPO/Gruber, §804 Rn. 1.

⁴⁵⁰ MK-ZPO/Gruber, §804 Rn. 1.

⁴⁵¹ BeckOK-ZPO/Fleck, §804 Rn. 1.

⁴⁵² Vgl. BeckOK-ZPO/Fleck, §804 Rn. 2ff.; MK-ZPO/Gruber, §804 Rn. 4ff.; Saenger, ZPO, §804 Rn. 3ff.。對非債務人所有之物質押時，質押只是有瑕疵而得撤銷，而非當然自始無效，依私法說此時雖然不會成立質押質權，但質押仍會產生羈束效果，若質押物後來進入終局強制執行，仍會據以產生質權並換價。因此，私法說與公法說在結論上，其實只有質權產生的時點不同，進而影響質權的順序而已。

於刑事程序中因執行假扣押，而對動產、債權質押之情形。至於對不動產之執行，由於德國立法上是倚賴登記制度（見上文貳、一、1、(3)），並依強制拍賣及強制管理法（ZVG）之規定進行，因此與上述質押的體系有所區隔，不會適用上開理論與規定⁴⁵³。至於保全沒收原物之扣押，德國刑事訴訟法舊法則是在其本身，將上述質押體系中的相對轉讓禁止效果抽離出來，明定作為保全沒收原物扣押之效力（§111c Abs.5 StPO a.F.），不論扣押執行之標的為何。

因此在舊法時代，除了替代價額之假扣押對不動產執行之情況，所有保全扣押就都會產生相對轉讓禁止之效果，只是在假扣押的情形還會準用民事訴訟法規定而有質押質權等效果，與保全沒收原物扣押不同。此外亦有學說認為，在保全沒收原物之扣押情況，國家機關對扣押物產生之公法上關係，等同於上述民事質押所生的公法上羈束效果⁴⁵⁴。概觀而言，舊法時代對沒收保全扣押效力之理解，德國學說上是比較分歧的。

德國刑事訴訟法 2017 年修正之新法，因而更明確地規範了扣押、假扣押之效力。保全沒收原物之扣押方面，將其原本就規範相對轉讓禁止之扣押效力規定，獨立移列至新法第 111d 條第 1 項，實質規範並無改變。保全替代價額之假扣押方面，新法則是新增獨立之第 111h 條效力規定，該條第 1 項亦直接明文規範假扣押就保全標的會發生相對轉讓禁止之效果，不再準用民事訴訟法，避免舊法準用民事訴訟法上，可能有主張準用意義不符的爭議⁴⁵⁵。因此新法下，包括上述假扣押對不動產執行之情況，保全扣押不論扣押、假扣押，皆會就其保全標的產生一樣的相對轉讓禁止之效果，規範上簡潔明瞭許多。

除此之外，在部分學說理解下，沒收保全扣押理論上還是會生公法上羈押效果，有待德國學說在新法通過後確認，若採肯定說，則連結實體法，行

⁴⁵³ MK-ZPO/Gruber, §804 Rn. 3.

⁴⁵⁴ Rönna, Vermögensabschöpfung, Rn. 182, 184.

⁴⁵⁵ SSW-StPO/Burghart, §111h Rn. 2。假扣押轉讓禁止效果之明定，在德國修法過程中是國會一讀委員會審查時所加，當時新增之理由，還有在於配合新法銜接到破產程序的被害人賠償模式，希望透過明定處分禁止的效果，避免假扣押關係人再就假扣押財產設定擔保物權，影響到破產財團，vgl. BT-Drs. 18/11640, S. 85。

為人在違反處分禁止時亦會面臨刑罰 (§136 StGB)⁴⁵⁶。另外在替代價額之假扣押的情形，一樣依執行行為會生擔保物權。總結而言，沒收保全扣押在新法下會產生三種效果，包括理論上抽象的羈束狀態，依法明定的相對轉讓禁止，以及執行行為所生之擔保物權。三者間的關係或個別的理解學說上或有分歧，其中最重要的，還是明確依法所生的相對轉讓禁止效果。

2. 保全扣押意義下之相對轉讓禁止

之所以稱為「相對」轉讓禁止，係指禁止之效力，僅相對地對特定對象有效，在保全扣押之情形具體而言，指的是有益國家 (zugunsten des Staat) 之轉讓禁止⁴⁵⁷。轉讓禁止之內涵實質上為處分禁止之效果⁴⁵⁸，在對被保全之對象所為之處分 (Verfügung)，對於未來利得沒收或犯罪物沒收之權利移轉有所妨礙時，處分將相對於國家無效，但對於其他人仍為有效⁴⁵⁹。縱使該處分係基於強制執行或假扣押執行而來者亦同 (§135 Abs. 1 Satz 2 BGB)⁴⁶⁰。處分亦包括縱未致使該物滅失或移轉，但造成其價值減損之處分⁴⁶¹，特別指無償地使該物減損價值，或是使該物負有物權之行為⁴⁶²。就此舊法本有明文規定禁止之範圍不限於轉讓，亦包括其他處分 (§111c Abs.5 Hs. 2 StPO a.F.)，聯邦政府提出新法草案時亦原有保留，但一讀委員會的審查報告將該部分刪除，認為依民法相對轉讓禁止之解釋，普遍皆認為處分是採廣義見解而包含各種類型，無待明文規定⁴⁶³。

⁴⁵⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 3; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 6.

⁴⁵⁷ KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 6; SK-StPO/Rogall, §111c Rn. 18, 在德國舊法償還協助之設計下，相對轉讓禁止還可能進一步擴張至有益於被害人 (§111g Abs. 3 a.F.)，新法下已無此設計。

⁴⁵⁸ KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 6.

⁴⁵⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 1; LR-StPO/Johann, §111c Rn. 16; SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 2.

⁴⁶⁰ LR-StPO/Johann, §111c Rn. 16

⁴⁶¹ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 1; LR-StPO/Johann, §111c Rn. 16; SK-StPO/Rogall, §111c Rn. 15.

⁴⁶² LR-StPO/Johann, §111c Rn. 16; Meyer-Goßner/Schmitt, §111c Rn.10; SK-StPO/Rogall, §111c Rn. 15.

⁴⁶³ BT-Drs. 18/11640, S. 85.

至於如何無效，禁止範圍如何等等，基本上適用民法有關相對轉讓禁止之規定 (§136 i.V.m. §135 Abs. 1 BGB)。最典型之例子，例如受扣押而生相對轉讓禁止之物，仍然可能被第三人善意取得，前提是第三人是善意不知受禁止處分之情事，這是依照德國民法之規定相應得出的結果 (§§135 Abs. 2, 932 Abs. 2 BGB)，藉以保護交易安全⁴⁶⁴。因此，是否會產生善意取得之效果，端視民法規定之適用結果，例如善意取得並不會發生在扣押物已經被公權力保管之情形，因為依照德國民法之規定 (§868 BGB)，扣押物被保管時，被扣押之關係人即原對扣押物占有管領之人，對扣押物並非間接占有，既然無占有之公示外觀，當然也就不適用善意取得之規定 (§934 Alt. 1 BGB)，只有扣押物還留存在關係人那裡時，才會發生善意取得之問題⁴⁶⁵。當然，以上說的都是動產，若是不動產由於有為扣押之登記，也不會該當善意取得之要件⁴⁶⁶。德國刑事法就上述在民事法領域已經予以價值衡量的問題，既然刑事法沒有特別的區分事由，當然就是比照為之。

要注意的是，若是不管何人皆禁止持有的危險物 (*generell gefährliche Sache*)，依法本會生絕對處分禁止 (§134 BGB) 的效果，不會因為同時是沒收之對象，經沒收保全扣押就變成相對的轉讓禁止⁴⁶⁷。

談到扣押有處分禁止之效力，必須一併談及的是，若是沒收原物的情形，沒收之裁判本身，依德國刑法也有同樣相對轉讓禁止之效力產生。舊法原本分列在狹義沒收與利得沒收的效力規定中，2017年新法合併至同一效力規定 (§75 Abs. 3 StGB)。據此，若是保全沒收原物之扣押，有見解認為在沒收裁判作成時，無論裁判是否確定，原本扣押的轉讓禁止效力即因裁判所生之轉讓禁止效力而終結⁴⁶⁸。

禁止處分之效力附隨著扣押之執行而發生，也就是扣押依刑事訴訟法第 111c 條執行、假扣押依同法第 111f 條執行，而對保全財產為執行行為完成

⁴⁶⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 2; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 6; LR-StPO/Johann, §111c Rn. 16; SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 2.

⁴⁶⁵ LR-StPO/Johann, §111c Rn. 16

⁴⁶⁶ LR-StPO/Johann, §111c Rn. 16

⁴⁶⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 2; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 6; LR-StPO/Johann, §111c Rn. 16.

⁴⁶⁸ SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 2.

之時起，始產生相對轉讓禁止之效力⁴⁶⁹。生效時點具體而言，若保全財產是動產之情形，即是動產為國家所保管或標識為扣押物時為執行終結而生轉讓禁止效力之時點，保全財產是債權之情形則以質押命令已送達而發生效力時為生效時點，保全財產是不動產之情形以已為扣押之登記時為生效時點，船舶、航空器則要注意雖然也有登記的可能，但一律是比照動產，以國家保管時為執行終結時點而生轉讓禁止效力⁴⁷⁰。由於保全證據之扣押並無相對轉讓禁止之效力，故扣押物若一開始是基於為沒收物而扣押，嗣後發現無沒收可能性，但仍為程序所需之證據，則扣押雖得以延續，但不再發生轉讓禁止的效力⁴⁷¹。

二、扣押效力與破產程序之關係

德國民事強制執行由於如前章所述採個別之優先主義，在債務人無力清償時，特別需要進入破產程序來予以衡平，平等保障債權人之權利（見上文第二章、壹、參）。依德國破產法第 89 條第 1 項，在破產程序開啟後，即不得為任何強制執行措施，刑事沒收保全扣押亦不例外⁴⁷²。有疑問的是此時保全扣押原先所生之效力，如何與破產程序間調和。

依德國破產法第 80 條所示之原則，破產程序啟動後，將對破產財團扣押，把破產財團之管理權和處分權移轉給破產管理人⁴⁷³。此時依破產法第 80 條第 2 項第 1 句之規定，破產債務人財產先前所受之相對轉讓禁止效果，應在破產程序開啟後失其效力。依破產法第 88 條，若強制執行之保全在破產程序開啟聲請後或聲請前之一個月內⁴⁷⁴作成，則該保全在破產程序開啟

⁴⁶⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 6; SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 2.

⁴⁷⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 6.

⁴⁷¹ SSW-StPO/Burghart, §111b Rn. 16.

⁴⁷² SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 19, 24.

⁴⁷³ 王艳柯译，《德国破产法导论》，Rn. 115。

⁴⁷⁴ 依同條第 2 項，若是依破產法第 304 條所為之消費者破產程序，則期間為三個月。

之後即無效，是所謂「回溯性禁止（Rückschlagsperre）」。

上開規定在舊法時期依德國通說，是可以適用於刑事沒收保全扣押，亦即不分扣押、假扣押，保全扣押之保全效力，在破產程序開啟後即失其效力⁴⁷⁵。但舊法時期學說上即有認為上開破產規定的適用範圍，是破產債權人

（*Insolvenzgläubiger*）為保全之情形，因此，針對刑事沒收保全扣押進入破產程序後之效力，應該區分保全沒收原物與保全替代價額兩種情況來看。在保全沒收原物之扣押的情況，國家於沒收宣告確定時取得對特定物之物權，依其性質，國家並不該當於破產程序中之破產債權人（§§38, 39 *InsO*）⁴⁷⁶，僅在沒收裁決確定之後，成為破產財團之分配權人（§47 *InsO*）⁴⁷⁷，因此不應適用上開破產法第 80 條移轉管理處分權限，以及第 88 條回溯性禁止之規定。

德國 2017 年修法採納上述區分說，將保全沒收原物扣押所生之禁止處分效力，定調為不受破產程序影響（§§111d Abs.1 S.2 Hs. 1），不適用上述德國破產第 80 條第 2 項及第 88 條等等規定⁴⁷⁸。從而，破產管理人在破產程序開啟後，不得處分已經沒收原物扣押執行而保全之財產，依新法之規定，也無法再由破產管理人依德國破產法第 129 條之破產撤銷

（*Insolvenzanfechtung*）取回至破產財團（§111d Abs. 1 S. 2 HS. 2 *StPO* i.V.m. §§129 ff. *InsO*）⁴⁷⁹。這樣的設計免除了舊法時代，遺產管理人行使職務時，可能阻礙沒收保全扣押，進而違反刑法洗錢罪（§261 S.1 Var.3 *StGB*）之危險⁴⁸⁰，保全扣押所保全之財產，也不用再例如透過被害人行使取回權⁴⁸¹

（*Aussonderungsrecht*）的方式，才能脫離破產財團，所有案件類型都將有

⁴⁷⁵ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 19, 24; Schorn/Utz, CB 2017, 259.

⁴⁷⁶ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 19.，相對地，假扣押的情況由於國家取得的是對關係人之金錢債權，國家是立於破產法下破產債權人之地位，SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 24。

⁴⁷⁷ SK-StPO/Rogall, §111b Rn. 19.

⁴⁷⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 76; BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 4; SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 3.

⁴⁷⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 76; SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 4.

⁴⁸⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 76.

⁴⁸¹ 所謂取回權指的是就不屬於破產財團之財產有權利之人，透過破產程序以外之途徑將其財產取回，例如第三人主張某財產為其有所有，非破產債務人所有，請參照王艳珂译，《德国破产法导论》，Rn. 236ff.。

一致性⁴⁸²。但遺產管理人作為債務人的代表，若對沒收保全扣押的命令或執行的合法性有疑問，仍然可以循刑事訴訟法的救濟途徑訴請法院審查，就此新法並無限制其權利和義務⁴⁸³。

相對地，在保全替代價額之假扣押的情形，假扣押所產生之相對轉讓禁止效力，仍是受破產程序所影響的，在破產程序開啟後即失其效力⁴⁸⁴。但依德國刑事訴訟法新法第 111h 條第 1 項第 2 句，保全替代價額之假扣押執行後⁴⁸⁵所生之擔保物權，包括對動產、債權執行時所生之質押質權，以及對不動產執行時所生之保全抵押權，適用德國破產法第 80 條第 2 項，在破產程序開啟後，仍將存在於保全財產上，也就是不受破產程序影響的 (insolvenzfest)，從而在換價時，得將保全處分之擔保物權轉換為終局強制執行的變價擔保物權⁴⁸⁶。

上述擔保物權，依破產法之規定，在破產程序享有別除權 (§§49, 50 InsO Abs. 1)⁴⁸⁷。但同樣適用破產法之規定，上述擔保物權在保全時間距離破產開啟太近時，破產管理人可能透過回溯性禁止的規定，或在滿足特定事由的情況下，破產管理人可能透過破產撤銷的方式，將保全替代價額扣押所保全之財產，回復至破產財團，並依破產法第 143 條排除上述擔保權利⁴⁸⁸。

⁴⁸² BT-Drs. 18/9525, S. 76.

⁴⁸³ BT-Drs. 18/9525, S. 76; BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 5; SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 4.

⁴⁸⁴ BT-Drs. 18/9525, S. 78; SSW-StPO/Burghart, §111h Rn. 5.

⁴⁸⁵ 若尚未執行完成的執行措施即不會有下述問題，vgl. SSW-StPO/Burghart, §111h Rn. 4.

⁴⁸⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 78; BeckOK-StPO/Huber, §111h Rn. 1; SSW-StPO/Burghart, §111h Rn. 5.

⁴⁸⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 78; BeckOK-StPO/Huber, §111h Rn. 1, §111i Rn. 7.

⁴⁸⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 78; BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 3ff; SSW-StPO/Burghart, §111h Rn. 5, §111i Rn.2.



肆、保全扣押之變更與終結

保全扣押經命令、執行後，會產生上述之效力，效力原則上會持續存續。但基於特定的規範目的，保全扣押可能因關係人供擔保（下文一）、罰金及訴訟費用之特殊限制（下文二），或者因保全財產遭強制拍賣（下文三）而有所變更，以下將一一分述之。而當保全扣押存在之目的已消滅，保全扣押應告終結，其中保全扣押如何透過撤銷而失其效力，是有關扣押之終結核心要討論的問題（下文四）。

一、關係人供擔保之變更

基於比例原則的考量，不論扣押、假扣押的情形，扣押關係人都可能以供擔保的方式，阻止保全扣押對特定財產之保全。

在保全沒收原物之扣押的情形，關係人供擔保是在聲請返還(Rückgabe)體系下的選項之一，德國刑事訴訟法舊法原來在第 111c 條第 6 項規範關係人聲請返還扣押動產之規定，新法則將該項移列至第 111d 條效力規定的第 2 項。所謂關係人聲請返還僅適用於扣押動產⁴⁸⁹，關係人有兩種受返還的可能，一種就是交出與該動產價值相應之現金或有價證券，一種則是國家機關在保留廢止權的前提下，將扣押動產交還關係人繼續使用，及至程序終結。此處聲請發還須由關係人向法院聲請，管轄法院以聲請當時有權為扣押之法院定之⁴⁹⁰，法院須考量扣押物返還後的變更，與扣押之目的是否相符⁴⁹¹。

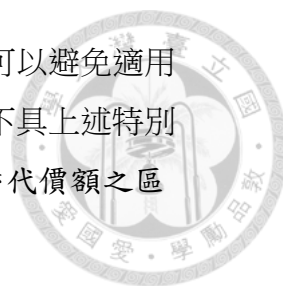
若法院准予關係人供擔保後受返還，此時交出之現金取代原扣押動產之地位被扣押，原扣押動產所受之相對轉讓禁止效果則消滅⁴⁹²。因此，法院必須考量以現金取代扣押的沒收原物是否合適，這是一個實體法上規範目的

⁴⁸⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 6.

⁴⁹⁰ SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 4.

⁴⁹¹ SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 4.

⁴⁹² BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 6; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 7.



的問題⁴⁹³。此規定對易腐壞的扣押物特別有意義，國家機關可以避免適用強制變賣的規定，就達成換價的效果⁴⁹⁴。學說上有認為，若不具上述特別意義，則以金錢供擔保可能反而違反了實體法上沒收原物與替代價額之區分，而未能實現某些必須剝奪原物才能達其目的的情形⁴⁹⁵。

若國家機關在保留廢止權的情況下，將扣押動產交還關係人繼續使用，依法不必然要以提供擔保或履行特定條件為對價，只是在實務上常見還是會以提供部分擔保，加上履行特定條件的方式要求受返還之關係人⁴⁹⁶，學說上也有認為必然應附加條件或擔保，才能確保關係人不會妨礙將來之執行⁴⁹⁷。可能附加的條件例如禁止處分扣押物、銷燬扣押物、去除部分裝置，或將扣押為特定標識等等⁴⁹⁸。與上述供等值擔保而受返還的情形不同，若關係人是受暫時返還者，扣押動產上仍會保留相對轉讓禁止之效力⁴⁹⁹。

另要注意的是，兩種返還動產之規定，在保全動產是全面禁止持有的違禁物如毒品，則完全不可能適用⁵⁰⁰。若被保全之動產同時是刑事程序之證據，就不能單純以供足額擔保的方式受返還，只可能由國家機關在不影響證據價值的情況下，暫時返還予關係人⁵⁰¹。此外，若扣押動產顯然為被害人所有，且被害人已知的情況，則應優先適用第 111n 條發還予被害人（見下文伍、二）⁵⁰²。

在保全替代價額之假扣押的情形，關係人則不必再向法院聲請，一旦提存法院事前在扣押命令中，依德國刑事訴訟法第 111e 條第 4 項所確定的解消金額，即得主張應撤銷假扣押之執行。要注意的是，此時假扣押命令本身

⁴⁹³ SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 5.

⁴⁹⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 7; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 7.

⁴⁹⁵ SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 5.

⁴⁹⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 9.

⁴⁹⁷ SSW-StPO/Burghart, §111d Rn. 5, Burghart 認為，若不必有任何條件或擔保也可以達保全的目的，就代表扣押不具保全必要性，則扣押就應直接撤銷，不是此處返還要處理的問題。

⁴⁹⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 8.

⁴⁹⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 8; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 7.

⁵⁰⁰ KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 7.

⁵⁰¹ BeckOK-StPO/Huber, §111d Rn. 10; KK-StPO/Spillecke, §111c Rn. 7.

⁵⁰² BT-Drs. 18/9525, S. 76.

還是存在，撤銷的僅有假扣押執行⁵⁰³。原則上關係人必須全額供擔保後，才能撤銷全部假扣押之執行，僅在為了比例原則的要求下，可能得例外讓關係人供部分擔保後，撤銷部分執行，例如解凍部分帳戶⁵⁰⁴。



二、罰金及訴訟費用保全之限制

若保全之請求權不是沒收請求權，而是罰金或訴訟費用者時，除了發動要件較為嚴格外（見上文壹、二、4.），其執行方面也有限制。依德國刑事訴訟法第 111g 條第 2 項，若執行罰金或訴訟費用之假扣押後，被保全之標的係被告籌措其辯護費用、維護自身生計或其家庭生計所必需者，則被告得聲請法院撤銷保全扣押之執行措施⁵⁰⁵。此時一樣假扣押命令本身不受影響，撤銷的只有假扣押之執行，但若撤銷的要件自始至終都持續存在，則罰金或訴訟費用之假扣押命令因自始無從執行，亦應不予作成⁵⁰⁶。

所謂的辯護費用除了費用（Gebühr）外，也包括墊款（Auslage），也包括依律師收費法（Rechtsanwaltsvergütungsgesetz; RVG）個別協議之費用⁵⁰⁷，被告為了替自己辯護而支出之旅費也應計算在內⁵⁰⁸。以上費用不以「必要」為限，只要是被告確實需要的費用，但過於不合比例之支出不應予以考慮⁵⁰⁹。

至於維持家計費用之限制，基本上是根據民事訴訟法上相關執行禁止規

⁵⁰³ BeckOK-StPO/Huber, §111g Rn. 1; SSW-StPO/Burghart, §111e Rn. 13.

⁵⁰⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111g Rn. 1.

⁵⁰⁵ 要注意的是此規定並不適用在沒收保全扣押，學說上有認為此些撤銷執行之事由，亦應適用在保全沒收之假扣押，法條上只限定在罰金與訴訟費用之假扣押並無理由，vgl. SSW-StPO/Burghart, §111g Rn. 3。

⁵⁰⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111g Rn. 2.

⁵⁰⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111g Rn. 3.

⁵⁰⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111g Rn. 3.

⁵⁰⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111g Rn. 3; KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 13.

定 (§§850ff. ZPO) 計算，與終局執行所應受限制的範圍一致⁵¹⁰。

上述執行措施之限制，必須由被告主動提出聲請而促成，聲請中應載明撤銷要件如何存在，並釋明之⁵¹¹，就相關要件是否該當，法院審查時不再另做證據調查，否則與扣押屬暫時程序性質不符⁵¹²。但如同上述，雖然聲請撤銷的模式是由法院被動審查，但若被告在刑事程序中，顯然可以馬上基於上述事由提出聲請撤銷假扣押之執行，法院作成假扣押時理應考量是否欠缺保全必要性⁵¹³。

三、保全財產之緊急變賣

再來，我國較為熟悉的扣押變更，是保全財產之緊急變賣，德國刑事訴訟法舊法原規範在第 111l 條，2017 年修法時移列至第 111p 條，規範內容略有變動。

首先，依法可以適用該緊急變賣規定的扣押標的，以受沒收保全扣押者為限，也就是根據扣押依刑事訴訟法第 111c 條經執行之沒收原物，或根據財產假扣押而依第 111f 條經執行而被保全之扣押物 (§111p Abs.1 S.1 StPO)⁵¹⁴。扣押物不以實體物為限，也包括無形的債權⁵¹⁵，但如果單純是以證據保全目的而被扣押之扣押物，不得適用第 111p 條緊急變賣⁵¹⁶，證據如果因

⁵¹⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111g Rn. 4; KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 13.

⁵¹¹ BeckOK-StPO/Huber, §111g Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 14.

⁵¹² BeckOK-StPO/Huber, §111g Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 14.

⁵¹³ KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 6.

⁵¹⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 1; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 1.

⁵¹⁵ KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 1; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 1。舊法因在強制出賣的條文中，除了以「財產價值 (Vermögenswerte)」指涉適用強制拍賣之對象外，同時使用扣押「物 (Sache)」的用語，以致於無體物如證券得否適用強制變賣規定產生爭議，vgl. KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 2，就此新法統一用語為「標的 (Gegenstand)」，因此已無上述爭議情形。

⁵¹⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 2; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 1.

其性質無法繼續保管，則應透過照相、鑑定等方式保留證據資料後發還⁵¹⁷。依刑事訴訟程序及罰鍰程序準則（*RiStBV Nr.76*）之規定，檢察官在命令強制出賣前，應先審視扣押物是否有何須保全的跡證⁵¹⁸。若同時是沒收物和證據而被扣押者，則仍然可以適用第 111p 條⁵¹⁹。如果扣押物依其性質不適合出賣者，例如扣押物是毒品、偽鈔印製機或者已經腐敗的食物時，則在符合適用強制出賣的條件下，應直接丟棄⁵²⁰，有見解則認為可以透過類推適用，將該些物品無償讓予給合適的機構⁵²¹。

適用緊急變賣須具備的事由分三種，包括扣押物因物質變化而面臨腐敗，或是因市場變化而面臨顯著的價值貶損，或是扣押物之保管、照料或維護，相較於扣押物本身之價值而言，費用過高或具顯著之困難性（§111p Abs.1 S.1 StPO）⁵²²。以上事由的判斷應從所有權人的角度出發，若設想從扣押物之所有權人的角度出發，著眼於經濟觀點，他也會在此情況出賣該物，則得認為具備緊急變賣之事由⁵²³。其中所謂顯著的價值貶損，一般以 10% 以上的跌幅起算⁵²⁴。

若扣押物是動產的情形，縱有上述事由，但由於同時有發還被害人的可能（§111n Abs.2 StPO），衡量上應先考慮是否可能發還被害人，或者依擔保之規定發還給關係人⁵²⁵（見上文一）。

權限方面，在舊法時代，緊急變賣之權限還是依循二分模式，修法則基於效益考量，和保全扣押一般執行權限的分配一樣，統一權限為只有檢察官有權為之（§111p Abs.2 S.1 StPO）⁵²⁶，但檢察官一樣依法得將此業務轉由司

⁵¹⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 2.

⁵¹⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 11.

⁵¹⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 2.

⁵²⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 3.

⁵²¹ KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 4.

⁵²² BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 2.

⁵²³ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 2; KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 4.

⁵²⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 2.

⁵²⁵ KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 4f.

⁵²⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 85; BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 5; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 5.

法輔助官處理 (§31 Abs.1 Nr.2, Abs.6 RPflG)⁵²⁷，且若依扣押物腐敗或價值貶值的情況，認有特別的緊急情事，以致於來不及取得檢察官之裁決者，檢察官之偵查人員亦具備緊急權限 (§111p Abs.2 S.2 StPO)⁵²⁸。在新法下由於沒有為被害人延長扣押⁵²⁹的問題，因此可能適用第 111p 條而為緊急變賣之時間點，包括自扣押時起，及至宣告沒收與否之裁判確定時止⁵³⁰，裁判確定後則是執行階段的問題。

程序方面，檢察官在命令緊急變賣前，若無緊急情事，不會影響變賣之目的，依法應給予對扣押物有權利之人聽審之機會 (§111p Abs.3 S.1 StPO)⁵³¹，使關係人得以表示意見，但未使其聽審不影響緊急變賣之合法性⁵³²。檢察官為命令後，只要可行，依法亦應送達關係人並告知其變賣之時間、地點 (§111p Abs.3 S.2 StPO)⁵³³。其中關係人不限於扣押物之所有人，包括所有對扣押物有權利之人⁵³⁴。若未進行上述之聽審和送達，並不會導致緊急變賣之命令無效，在緊急情況下，聽審和送達自然可以免除，依法只要求在可行的情況下為之⁵³⁵。

作成強制出賣之命令後，命令之實行就比照德國民事訴訟法有關質押物變賣的規定 (§111p Abs.4 S.3 StPO i.V.m. §§814-825 ZPO)⁵³⁶，變賣方式主要為拍賣但不限於拍賣⁵³⁷，也包括依聲請而以私下買賣的方式賣出給私人業者 (§825 ZPO)⁵³⁸。變賣之實行在舊法本來是依民事訴訟法循二分模式，但又有緊急情況下的修正十分複雜⁵³⁹，修法已統一由檢察官為之 (§111p

⁵²⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 5; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 5.

⁵²⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 5; KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 5; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 5.

⁵²⁹ Vgl. KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 4.

⁵³⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 3; KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 4.

⁵³¹ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 6; KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 5; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 6.

⁵³² KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 5.

⁵³³ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 6; KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 5.

⁵³⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 6.

⁵³⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 6.

⁵³⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 7; KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 9.

⁵³⁷ SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 7.

⁵³⁸ KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 9.

⁵³⁹ Vgl. KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 9.

Abs.4 S.1 StPO)，只是依然可能委託其偵查人員（§111p Abs.4 S.2 StPO）或依司法輔助官法轉由司法輔助官處理⁵⁴⁰。因此在新法下是由刑事追訴機關，基於合義務的裁量，決定應用何種方法變賣較合適⁵⁴¹。但因為實行方法適用民事訴訟法之相關規定，依立法理由所述，若檢察官欲依民事訴訟法上之規定公開拍賣，可以將出賣之事務委託法院執行官（*Gerichtsvollzieher*），只是如上所述變賣之方法不僅止於此種選項⁵⁴²。

緊急變賣後，出賣所得取代原扣押物之財產價值被扣押（§111p Abs.1 S.2 StPO），未來沒收時，即應沒收該所得⁵⁴³，因此，扣押物所有人是誰，不會影響緊急變賣之適用，變價所得已承繼扣押物之權利狀態⁵⁴⁴。若扣押物經緊急變賣，但扣押在沒收宣告前，即因不具前提要件而應被撤銷，扣押關係人之地位既然本來只是有權占有扣押物之人，不當然轉換為變賣所得之所有人，只是有權在扣押撤銷時請求給付先前變價所得⁵⁴⁵。

若不服檢察官所為之緊急變賣命令，或不服該命令之實行，所有權利受影響之人，依法皆得向法院聲請裁決⁵⁴⁶，但若是偵查人員所為之緊急變賣命令，須先由檢察官審查緊急命令之合法性，而有補正之機會，檢察官若認不服緊急變賣命令之聲請應予駁回才再轉送法院⁵⁴⁷。有權聲請裁決的關係人一樣不限於扣押物之所有人，而包含所有對扣押物有權利之人⁵⁴⁸，應受聲請的該管法院，權限與扣押之權限分配一致（見上文壹、一），都適用德

⁵⁴⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 7; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 6.

⁵⁴¹ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 7.

⁵⁴² BT-Drs. 18/9525, S. 85f.; BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 7，但相對於扣押物管理之規定（§111m Abs. 1 Satz 2）有明列出可以授權法院執行官，強制出賣之規定修法時仍未加上，Burghart認為有所失誤，SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 7。

⁵⁴³ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 4; KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 10; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 2.

⁵⁴⁴ SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 2f.

⁵⁴⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 4; ; KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 10.

⁵⁴⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 8; KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 8; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 8.

⁵⁴⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 8; KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 7。相對地，若是檢察官將業務轉由輔助官處理，針對輔助官所做的強制變賣命令，則依司法輔助官法之規定（§31 Abs. 6 RPFig），如同檢察官自己所作成的命令，直接向法院請求救濟，不會由檢察官先行審查，KK-StPO/Spillecke, §1111 Rn. 6。

⁵⁴⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 8.

國刑事訴訟法第 162 條，也就是起訴前與確定後由偵查法官為之，審判中由本案繫屬法院為之，法律審上訴時由最後事實審法院為之⁵⁴⁹等等。救濟程序中法院得命停止緊急變賣，在審判中若有緊急情事，審判長可獨自命停止緊急變賣（§111p Abs.5 S.2 StPO）⁵⁵⁰。若關係人在法院裁決後依然不服，得再提起抗告，抗告權人同樣包括所有權利受影響之人⁵⁵¹。

從法條的整體結構來看，國家扣押後，應對扣押物管理與照料，這是規範上的原則，只有在例外符合要件時才會緊急變賣⁵⁵²。而也正因為有緊急變賣之例外規定，扣押物易腐壞、需照顧，都不應成為裁量是否扣押時法院審酌之事由⁵⁵³，只要具扣押之原因仍應扣押，頂多是扣押後直接緊急變賣。

四、保全扣押命令之撤銷

有關沒收保全扣押效力的存續，是在德國學說、實務上稍有爭論的問題。部分學說、實務認為，保全扣押之效力植基於沒收可能性而來，當沒收可能性消滅，則保全扣押將因失去保全標的（gegenstandslos）而失其效力⁵⁵⁴，但多數學說還是認為須經形式的撤銷行為，扣押才會失其效力，扣押作成後若未經撤銷，則原則上其效力將持續至程序終結⁵⁵⁵。

延續上述爭論，特別會有疑問的是若終局作成肯定沒收之決定，則沒收嗣後將予以執行，此保全扣押是否自動失效。肯定說認為此時沒收命令取代扣押之地位，扣押將因失去保全標的而當然失效，刑事裁判確定後，也本就

⁵⁴⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 9; KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 7.

⁵⁵⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 9; KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 7.

⁵⁵¹ BeckOK-StPO/Huber, §111p Rn. 10; KK-StPO/Spillecke, §111l Rn. 8; SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 8.

⁵⁵² SSW-StPO/Burghart, §111p Rn. 2.

⁵⁵³ BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 13.

⁵⁵⁴ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 12f.

⁵⁵⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 14 ,

不可能再對扣押提出救濟而訴請撤銷⁵⁵⁶，但也有區分說進一步認為若是宣告替代價額之沒收，因沒收宣告的標的只是價額請求權，除非終局執行已經取代保全執行 (§459g Abs. 2 StPO)，否則不會有扣押失去保全標的的問題，還是須對假扣押命令為撤銷，但撤銷之前應先給予終局執行的機會⁵⁵⁷。否定說則一概認為保全扣押要失其效力，還是都必須在裁判確定後，為一撤銷之法律行為，不分扣押或是假扣押⁵⁵⁸。

再來，有關扣押與沒收終局執行的銜接，在裁判因故遲延無法確定之情形，是否仍可撤銷保全扣押，實務上亦有爭論，學說上有採肯定說，認為不論是否基於可歸責於被告之事由，縱使可歸責於被告例如因為被告未到庭而無法確定⁵⁵⁹，都不影響保全扣押應予撤銷一事⁵⁶⁰。綜上所言，保全扣押如何終結 (Beendung) 在德國法上是相當有爭議的，但保全扣押如何撤銷，明確是一個重要的討論重點。

為符合人民權利保障，當扣押之前提要件已不復存在，德國實務多數強調扣押即應毫無遲延地撤銷⁵⁶¹，而保全扣押之撤銷，常常是透過關係人就保全扣押主張救濟而來⁵⁶²，其中關係人除了扣押物的所有人，也包括未來可能參與沒收程序之人，或是同一刑事程序中的共同被告⁵⁶³。關係人請求救濟之法院對象，是依管轄分配有權命令扣押或有權確認緊急命令之法院，須就扣押命令之裁定向該些有權法院提起抗告⁵⁶⁴，若是假扣押且價額超過兩萬歐元，依法得再抗告 (weitere Beschwerde; §310 Abs. 1 Nr. 3 StPO)⁵⁶⁵，

⁵⁵⁶ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 13.

⁵⁵⁷ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 13.

⁵⁵⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 14.

⁵⁵⁹ 依德國法，宣判時被告若未到庭聽判，將構成缺席審判而致使裁判未能確定，詳見，林鈺雄，〈刑事被告有無到庭聽判之義務？——簡評北捷殺人案的宣判爭議〉，《月旦裁判時報》，39期，2015年9月，頁59-66。

⁵⁶⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 14.

⁵⁶¹ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 14.

⁵⁶² 相對地，被害人對保全扣押沒有主觀公權力，因此並不得就保全扣押主張救濟，vgl. BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 14。

⁵⁶³ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 20.

⁵⁶⁴ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 16, 19f.，但針對最高法院與高等法院所為之裁定，若只跟執行事項有關者，抗告有其限制 (§304 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 StPO)，vgl. KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 20。

⁵⁶⁵ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 20; Meyer-Goßner/Schmitt, §111e Rn. 20，然而價額是否超

但抗告法院審查的範圍當然僅及於扣押命令的合法性⁵⁶⁶。

要注意的是，若保全扣押命令被撤銷，則所有基於該命令所為之執行措施，應一併依職權而撤銷之⁵⁶⁷，與對執行措施之異議（見上文貳、四），以及我們上述基於特定規範目的，變更扣押而撤銷執行措施者，需要嚴格區分。關係人若只對扣押執行的方式或種類有異議，而未爭執扣押命令本身，則此時法院審查後僅會撤銷某些扣押的執行措施，扣押命令仍持續存續⁵⁶⁸。

在不同審級之間，法院對於沒收與否的見解可能有所不同，因此對於應否扣押也抱持不同的見解，例如第一審法院因認不予沒收，在一審判決時同時撤銷保全扣押，但第二審法院卻又改認應予沒收，又再重新依職權而為扣押，這是可能發生的情形⁵⁶⁹。

扣押命令本身若經撤銷，則撤銷的執行也是由檢察官負責⁵⁷⁰。如何執行撤銷，係適用民事訴訟法之規則（§§775 Nr.1, 776 S.1 ZPO）⁵⁷¹。

最後附帶一提，德國刑事訴訟之當事人有可能須負擔訴訟費用，其中，沒收保全扣押之費用亦為訴訟費用（§464a Abs. 1 StPO）⁵⁷²。若終局沒收因刑事程序之被告獲不起訴或獲判無罪而未下達，則訴訟費用當然應由國家負擔⁵⁷³。若是法律審上訴期間的訴訟費用，而法律審上訴並非被告所促成者，亦由國家負擔⁵⁷⁴。相對地，在其他情況下，扣押關係人就需負擔訴訟費用，尤其是在關係人提起救濟程序而遭駁回時，德國法下刑事訴訟費用之要求，某程度緩解了關係人一再對保全扣押提起救濟程序，胡亂爭執藉故拖延程序的道德風險。

過 2 萬歐元，是以再抗告人的主張為準，還是以被爭執的抗告裁定為準，尚有爭議。

⁵⁶⁶ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 20.

⁵⁶⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 14.

⁵⁶⁸ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 19.

⁵⁶⁹ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 17.

⁵⁷⁰ KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 18.

⁵⁷¹ SSW-StPO/Burghart, §111g Rn. 1.

⁵⁷² BeckOK-StPO/Huber, §111b Rn. 14; KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 21.

⁵⁷³ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 21.

⁵⁷⁴ KK-StPO/Spillecke, §111b Rn. 21.



伍、被害人賠償機制

如同前面所提過的，沒收保全扣押在德國法犯罪被害人賠償機制之程序設計上，扮演重要的角色，而德國舊法和新法之間，扣押之於被害人受償的角色有很大的轉變。相對於前面幾個章節，針對保全扣押之干預面向，有較鉅細靡遺之介紹，以下介紹德國法被害人賠償機制的部分，將先挑出對被害人之通知（下文一）、扣押動產之發還（下文二），兩個在程序前段，獨立運作之機制介紹，再進入後段究竟被害人權利如何實現（下文三）的問題。其中，在刑事程序中，犯罪行為人往往將財產花用殆盡或者五鬼搬運，以致於在犯罪行為牽連甚廣之情況，現有財產不足清償所有被害人，如何滿足多數被害人之間請求權實現之分配，是被害人賠償機制在實務上相當重要而棘手的問題。

一、對被害人之通知

在德國法之設計下，被害人賠償機制的第一步，是透過通知被害人保全扣押之存在，使被害人得以主張後續被害人賠償機制之程序。此通知規範舊法規定在刑事訴訟法第 111e 條命令程序規定之第 3 項、第 4 項，新法則獨立移列至第 111l 條，除了增加了部分規範內容，也隨著後續被害人賠償機制程序之不同，有了不同的定位。

通知之義務人，不論起訴與否，不論是否由其聲請為扣押，皆是檢察官⁵⁷⁵，不同於上述執行事項之權責，此項業務不得移轉予司法輔助官處理⁵⁷⁶。執行無所獲並不影響檢察官通知被害人的義務，因為將來仍然可能基於扣押命令再進行執行⁵⁷⁷。但若被害人不明，檢察官並沒有搜尋被害人的義務⁵⁷⁸。

⁵⁷⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111l Rn. 2; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 10; SSW-StPO/Burghart, §111l Rn. 2.

⁵⁷⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111l Rn. 2.

⁵⁷⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111l Rn. 1; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 10

⁵⁷⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111l Rn. 2; SSW-StPO/Burghart, §111l Rn. 2.

若是檢察官違法未為通知，則可能有國家賠償責任的問題⁵⁷⁹。

在德國舊法下，此保全扣押執行的通知規定有相當積極的意義，因為在舊法之設計下，即使還在刑事程序進行中，被害人亦得透過民事程序，優先滿足其權利 (§§111g, 111h StPO a.F.)，被害人之間的執行順序，亦是依循民事訴訟程序中所採之優先原則 (Prioritätsprinzip；見上文第二章、壹、三)，採先搶先贏制，被害人是否得知而得主張其因犯罪所生之權利，因而當然相當關鍵。相對地在德國新法下，由於在後續被害人賠償機制之程序，摒棄了被害人之間優先原則之適用，以維護被害人之間的平等受償，被害人無法因優先主張權利而優先受滿足。因此，被害人何時被通知，只要是在刑事程序結束之前，對被害人之權利主張並無所礙。德國 2017 年新法因而刪除了對被害人通知應「無延遲」的規定，僅規範應在保全扣押執行後通知已知的被害人，至於應於何時通知，繫諸於檢察官之裁量，避免在複雜的偵查程序再對刑事司法製造負擔⁵⁸⁰。

通知之形式，法無明文，學說在舊法時代即認為，檢察官在合於目的的情況下，得以任意方式為通知⁵⁸¹。至於通知之內容，過去在舊法時代法無明文，學說透過解釋，認為應記載扣押之標的物為何，並宜詳細描述犯罪行為，以及表明犯罪行為人或扣押關係人為何⁵⁸²。不過此在舊法下之解釋，是基於扣押也有可能是基於被害人請求權為之，因此學說會認為扣押命令所記載的事項，亦皆宜記載於對被害人之通知中⁵⁸³，新法下，是否還需要記載地這麼詳細，尚待德國新法施行後進一步討論。

可以確定的是依新法之設計，對被害人通知之內容中，應附隨表明後續被害人賠償機程序之規範內容。在對動產為保全沒收原物之扣押的情形，連結後續第 111n 條第 2 項、第 111o 條之發還程序，德國刑事訴訟法新法第 111l 條第 2 項規定檢察官有義務告知被害人上開程序之規範內容⁵⁸⁴。在保

⁵⁷⁹ SSW-StPO/Burghart, §111l Rn. 2.

⁵⁸⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 82; BeckOK-StPO/Huber, §111l Rn. 2.

⁵⁸¹ SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 24.

⁵⁸² SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 24.

⁵⁸³ Vgl. SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 24.

⁵⁸⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111l Rn. 3.

全替代價額假扣押之情形，連結後續第 111h 條第 2 項、第 111i 條第 2 項、第 459h 條第 2 項以及第 459k 條等被害人得受償還之程序，依第 111i 條第 3 項檢察官有義務告知被害人上開程序之規範內容⁵⁸⁵。

針對假扣押的情形具體而言，由於新法在被害人賠償機制之程序中，有檢察官聲請進入破產程序之設計（見下文三、3.、(3)、B.），因此檢察官在假扣押情形通知被害人時，應要求其敘明是否欲主張權利，主張權利之價額多少，才能夠評估未來被害人是否得受足額之清償，決定是否聲請進入破產程序⁵⁸⁶。此外，由於依新法被害人在犯罪利得的範圍內，受有個別執行禁止之限制（見下文三、1.），檢察官除了告知被害人在執行程序應如何求償，亦宜告知被害人其損害賠償請求權在刑事程序中，只能就刑事犯罪利得之範圍請求，因此也只有該範圍內受有個別執行之禁止⁵⁸⁷。相關通知細節事項，修法理由並指示得在刑事訴訟程序及罰鍰程序準則（RiStBV）進一步規範⁵⁸⁸。

其餘有關通知的規範，新、舊法之間大致一致，僅作些微文字修正。在一一通知所有被害人將產生不符比例之結果時，上述通知，包括新法下規範內容之告知及報明債權之要求⁵⁸⁹，依法得在聯邦公報上一次為之（§111i Abs.4 StPO；§111e Abs.4 StPO a.F.）。可能適用上述通知方式者包括一一通知將生不合比例之費用、被害人不明或者行蹤不明之情況，要注意的是，若只是單純的多數被害人，立法理由指出為了確保被害人得到足夠得主張權利之資訊，通知仍應以一般方式為之⁵⁹⁰，透過公告之規定應是適用在有必要透過公告週知，讓潛在的被害人得以獲知此事的情形⁵⁹¹。

⁵⁸⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 3.

⁵⁸⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 83; BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 4.

⁵⁸⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 83; BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 5.

⁵⁸⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 83。值得一提的是，該準則第 173 條在舊法的框架下，規定檢察官應通知被害人有關附帶民事訴訟之相關規範。從中，可以看出從舊法到新法之間的轉向，舊法由於較傾向讓被害人自行主張權利，敦促被害人自行提起附帶民事訴訟法，新法則較傾向由國家依其職權為被害人分配實現權利，因此修法才新增了要求檢察官告知被害人相關規範之規定。

⁵⁸⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 83.

⁵⁹⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 83，舊法下學說解釋亦同，vgl. SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 28。

⁵⁹¹ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 6.

除了在聯邦公報上公告外，依法檢察官亦得另以適當的方式公布，包括透過媒體傳送、貼實體的布告或海報等⁵⁹²，採用何種方法，由檢察官依合目的性的觀點裁量⁵⁹³。檢察官也可能因預見通知不會有效果，或是認為與扣押之價額相比，不管如何通知都將耗費不符比例之費用，進而不適用第1111條第4項為通知⁵⁹⁴。或是綜合地，先以一般方式通知已知的少數被害人，嗣後再公告週知⁵⁹⁵。

最後，由於上述公告可能須同時公開相關個人資料，為保障個人資料的自決權，德國法遂明文限制公開個人資料之範圍，僅能在保障被害人權利所需之範圍內為之（§1111 Abs.4 S.4 StPO）⁵⁹⁶，保全扣押全數終結後，檢察官並有敦促刪除公開之個人資料的義務（§1111 Abs.4 S.5 StPO）⁵⁹⁷。其中，何謂保障被害人權利所需，由於新法被害人受償程序設計之轉向，連帶上述通知內容規範之變動，新法下須公開之個人資料範圍，考量點必定有所變動。

二、動產於程序中之發還

延續上述扣押執行後的通知，透過扣押使被害人得受償還，最直接的路徑就是將原本屬於被害人之扣押物，透過發還物歸原主。就此，德國刑事訴訟法係針對證據保全與沒收保全統一規範發還動產之規定，舊法規定在第111k條，新法則移列至第111n條，並加進了刑事訴訟程序及罰鍰程序準則（RiStBV）第75條第1項、第2項第1句、第3項中針對發還最後持有人所規範之原則，並且另規範了發還第三人的例外情形⁵⁹⁸。此外，德國新法

⁵⁹² BeckOK-StPO/Huber, §1111 Rn. 6; KK-StPO/Spillecke, §111e Rn. 10; SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 27.

⁵⁹³ Vgl. SK-StPO/Rogall, §111e Rn. 28.

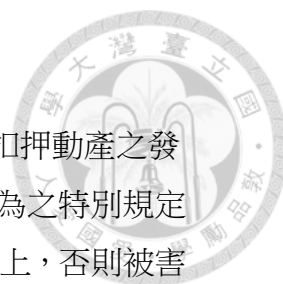
⁵⁹⁴ BeckOK-StPO/Huber, §1111 Rn. 6.

⁵⁹⁵ BeckOK-StPO/Huber, §1111 Rn. 6.

⁵⁹⁶ BeckOK-StPO/Huber, §1111 Rn. 7.

⁵⁹⁷ BeckOK-StPO/Huber, §1111 Rn. 7.

⁵⁹⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 83.



另將發還之程序問題，增訂第 111o 條獨立規範之。

比較德國新、舊法來看，過去舊法第 111k 條相對於所有扣押動產之發還，係著重於被害人受償之面向，毋寧說是針對發還被害人所為之特別規定⁵⁹⁹，讓經扣押而受公權力支配動產，得以快速地回到被害人手上，否則被害人本來應循民事途徑去請求返還⁶⁰⁰。新法第 111n 條，則是完整規範了及至沒收宣告確定之時所有動產發還情形⁶⁰¹，發還被害人變成該條的環節之一。為完整綜觀德國法之動產發還規定，以下將不限於與被害人受償相關之發還被害人部分，而從德國新法第 111n 條、第 111o 條出發，針對動產發還之適用範圍(下文 1.)、動產發還對象之擇定(下文 2.)、動產發還之程序(下文 3.)、動產發還之救濟(下文 4.) 逐點介紹之，藉此索驥所謂「扣押物發還被害人」在德國法制上之定位。

1. 發還之適用範圍

國家為了追訴刑事犯罪而扣押特定財產，當扣押不應繼續存在，即應將扣押物予以發還，係為當然之理。至於發還之對象為何，在德國刑事訴訟法新法第 111n 條的發還規定下，分就第 1 項、第 2 項、第 3 項，有發還對象間之擇定關係(見下文 2.)，但不管是對何種對象之發還，都有下述一樣適用範圍之前提，以下一一說明之。

首先，適用該條發還規定之扣押財產，僅限於受保全證據之扣押或保全沒收原物之扣押的財產，因保全替代價額假扣押之執行而被保全之財產並不適用⁶⁰²。從而若扣押關係人因保全替代價額之假扣押而財產被保全，要請

⁵⁹⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 83; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 1。基於本條兼及沒收保全和證據保全扣押之性質，舊法時期學者即有指出舊法第 111k 條安插在沒收保全扣押相關條文間，有體系混亂的問題，vgl. KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 1，但學說上亦有認為，舊法第 111k 條定位就是償還協助之規定，所以放置在償還協助之規範脈絡非常合理，vgl. LR-StPO/Johann, §111k Rn. 3。德國 2017 年之新修法，則仍然將此發還之規定放置在沒收保全扣押相關條文間，只是次序移列得更後面。

⁶⁰⁰ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 1

⁶⁰¹ BT-Drs. 18/9525, S. 83.

⁶⁰² LR-StPO/Johann, §111k Rn. 11; SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 2.

求返還被保全之財產，應該直接主張撤銷假扣押（見上文肆、四）。若其他第三人認為假扣押執行誤指封其財產，則應主張撤銷假扣押之執行⁶⁰³（見上文貳、五）。從此我們可以看出德國法下所謂「發還（Herausgabe）」是有其特殊意義的，不像我國法的理解這麼廣義，德國法上用字也不同，若是一般將保全財產交還給關係人，則會使用單純的「返還（Rückgabe）」一詞，「發還」一詞循著舊法「發還被害人」的脈絡，有其獨特的意義。

依德國學說、實務之理解，舊法第 111k 條、新法第 111n 條之發還規定是所謂的占有狀態規範（Besitzstandsregelung），可以與民事訴訟上之假處分相較，處理的只是由誰占有該財產的問題，究竟扣押動產所有權何屬，以及其上之定限物權如何，皆非舊法第 111k 條、新法第 111n 條關注的對象，不應將發還理解為所有權的移轉⁶⁰⁴，欲就發還財產主張權利之人，得隨時透過民事救濟途徑挑戰發還之結果，受發還之最後持有人、被害人等若因權利歸屬有爭議而陷於紛爭，也必須自行再以民事程序確認其權利⁶⁰⁵。此外，若沒有被害人等任何人主張發還扣押物，自然也無法發還⁶⁰⁶。

相對地，如果是單純保全扣押撤銷後，為除去扣押之保全效力而返還財產，則財產就是回歸扣押前的狀態，而非像上述「發還」是由公權力再創設一個占有狀態的確認。如此推導我們可以比較好理解德國法上的一些見解，例如若保全的對象是扣押原物之替代物（Surrogate），或扣押物已經加工或混同，依德國學說、實務見解都不適用發還之規定⁶⁰⁷。從而此些情況，只有因扣押被撤銷而財產返還關係人的情形，若有其他被害人或第三人對該些返還財產主張權利，依德國實務見解，得循民事途徑阻止刑事程序中之財產返還⁶⁰⁸。以上德國法與我國概念不一致之處，需要特別注意。

依上述的理解，我們更可以明白在扣押標的方面，德國刑事訴訟法第

⁶⁰³ SW-StPO/Burghart, §111n Rn. 2.

⁶⁰⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 3; BT-Drs. 18/9525, S. 83; SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 2.

⁶⁰⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 3; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 3.

⁶⁰⁶ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 3.

⁶⁰⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 5; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 11.

⁶⁰⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 5.

111n 條之發還規定，與舊法第 111k 條相同，只適用於動產（bewegliche Sachen），不適用於動產以外之其他扣押標的物，德國實務並認為無類推適用之餘地⁶⁰⁹，此處之動產和上述談扣押之執行時一致，指的是執行程序意義下之動產⁶¹⁰（見上文貳、一、1.）。從而若扣押物是債權，例如銀行帳戶中消費寄託之債權，法院不得依德國刑事訴訟法第 111n 條之規定，發轉移命令（Auszahlungsanordnung）將扣押債權發還⁶¹¹。若扣押物原本是現金，而因利得人為何人不確定，國家機關已將該現金提存的情況，則此時該提存物也不得依第 111n 條發還⁶¹²。

至於扣押是否是由法官做成，是否自始合法⁶¹³，皆非發還考量之因素，保全證據若未以扣押方式為之（formlos⁶¹⁴），由持有人自行交付者，亦不影響該條之適用⁶¹⁵。有爭議的是，若保全沒收原物之扣押物國家未直接占有，而僅以封條或其他方式標示者，能否發還，學說上基於法條文義，多認為並無道理不予適用，而採肯定說者佔多數⁶¹⁶，實際運作上，就由該物之直接占有者，將該物移轉予國家機關指定之人⁶¹⁷。但亦有德國學說、實務認為要是受公權力實力支配者，才有發還規定的適用⁶¹⁸。

再來扣押動產之發還，必須就刑事程序之目的而言已不再需要，也就是該動產不再需要其作為刑事程序之證據，也非將來可能之沒收物，亦即不論

⁶⁰⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 4; KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 1f.; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 5; MK-StPO/Bittmann, §111k Rn. 1; SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 2.

⁶¹⁰ Vgl. auch LR-StPO/Johann, §111k Rn. 5.

⁶¹¹ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 2。雖然發此移轉命令為法所不許，但依德國最高法院的見解，該移轉處分並非無效，vgl. BGH WM 2007, 1290。

⁶¹² BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 4; KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 2.

⁶¹³ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 6.

⁶¹⁴ 如上所述（見上文第二章、壹、一和四），依德國刑事訴訟法第 94 條，刑事程序中之證據保全僅在保全的對象為某人持有中，未經關係人依其自由意思交出的情況，才須以扣押保全之，可能以無形式（formlos）之方式達成保全。但經形式上的扣押與否，與適用發還與否無關，只要扣押物是因保全證據之目的而受公權力實力支配中，即可能適用發還規定，vgl. MK-StPO/Bittmann, §111k Rn. 1。

⁶¹⁵ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 6; MK-StPO/Bittmann, §111k Rn. 1.

⁶¹⁶ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 2; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 7.

⁶¹⁷ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 7.

⁶¹⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 4; MK-StPO/Bittmann, §111k Rn. 1.

是證據保全之扣押或者沒收保全之扣押，皆應撤銷的情況⁶¹⁹。從而，發還是扣押被撤銷後的效果，而非撤銷之要件，不會有為了發還而撤銷的情況⁶²⁰。

由於此處同時牽涉到保全沒收與保全證據之扣押，在實務運作上亦要同時注意保全證據扣押得撤銷之情形為何，若是保全證據之扣押物，例如用以證明待證事實之文書，若得以影本加以取代而保留其證據價值的話，即得撤銷對正本之扣押而依法發還⁶²¹。另外保全證據之扣押，不像保全沒收之扣押得適用緊急變賣之規定（見上文肆、一），若扣押物可能腐壞，原則上應在調查完畢後予以發還⁶²²。要注意的是，扣押物可能會針對本案而言已並不需要，但對另案而言還是有扣押之必要，此時依德國學說，認為應在另案程序再另為扣押⁶²³。

2. 發還對象之擇定

在滿足上述發還適用範圍的前提下，依德國刑事訴訟法第 111n 條，有三種發還於不同對象之情形，彼此有邏輯次序之關係。首先，國家為了追訴刑事犯罪而據以扣押特定物，當扣押不應繼續存在，原則上應回復予原本持有扣押物之人，即所謂「最後持有人（letzter Gewahrsamsinhaber）」（§111n Abs.1 StPO）。例外在得協助被害人受償還的情況，才會發還予被害人（§111n Abs.2 StPO），即舊法第 111k 條之情形，或者在第三人有權利時發還予該第三人（§111n Abs.3 StPO）。

(1) 發還最後持有人

以民事法的視角來看，「最後持有人」表彰的是占有狀態，「被害人」、「第

⁶¹⁹ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 3.

⁶²⁰ SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 3.

⁶²¹ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 2.

⁶²² LR-StPO/Johann, §111k Rn. 14

⁶²³ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 8.

三人」則表彰的是所有狀態，不論是占有人或是所有人，依民事法之理解，對特定物皆存在返還請求權。過去德國刑事訴訟法第 111k 條，固然只規範發還被害人之問題，但依德國學說見解及實務上穩定運作之結果，均認為原則上應先考慮發還予最後持有人，回復扣押前之占有狀態⁶²⁴，德國刑事訴訟法新法之立法理由支持此見解而將其明文化⁶²⁵。可以這麼說，德國法上述見解，對應的是占有物返還請求權與所有物返還請求權之邏輯關係，原則上應返還予原先之占有人，例外在所有權人已知的情況下，才直接發還予所有人。

然而，若發還予最後持有扣押物之人，可能是發還予犯罪行為人或共犯，在有高度犯罪嫌疑的情況下，不免有保護非法占有狀態之嫌，德國學說為了予以衡平，在舊法時代即主張應保留不予發還之例外，僅發還予有合法權利之最後持有人⁶²⁶，實務上也有如此的慣習⁶²⁷，造成了舊法時代常有扣押目的明明已經消滅，扣押物還是繼續保留在國家這方的情形，新法並無將此情況之處理訂入規範中，因此在新法下，仍然有可能繼續發生上述疑慮⁶²⁸。

另引起德國學說、實務討論，認為發還最後持有人有疑慮的情況是贓物罪之情形，當財產犯罪行為人因犯罪而取得之物，因為贓物罪之後行為，又再轉讓予第三人，該第三人可能也同時是犯罪行為人，也可能不是。此時，追訴機關扣得該動產，必然是自該第三人手裡，則若依新法適用第 111n 條發還，是否應發還予該第三人？該第三人是否是最後持有人？德國學說在舊法時期的討論中，有認為依法條之文義與規範意旨，並無理由要排除該第三人為最後持有人，重要的是依民事法之觀點，究竟原物之所有人即被害人，以及因贓物罪行為而受移轉之第三人，究竟誰才是真正所有權人⁶²⁹。

⁶²⁴ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 2; SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 1.

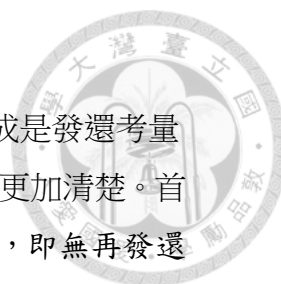
⁶²⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 84.

⁶²⁶ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 2.

⁶²⁷ SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 1.

⁶²⁸ SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 1.

⁶²⁹ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 6.



(2) 發還被害人

如上述，在德國新法第 111n 條之設計下，發還被害人變成是發還考量的環節之一，什麼時候才有發還被害人之適用，在新法下體系更加清楚。首先，扣押動產若在得發還被害人之前，已實際發還扣押關係人，即無再發還被害人之可能⁶³⁰。若扣押關係人出於自願將原應扣押之物交還予被害人，亦無需再扣押後發還被害人，舊法第 111k 條著重之被害人受償層面，本來就只是選項之一⁶³¹。

不管依舊法第 111k 條或新法第 111n 條，發還被害人皆須該扣押物係自被害人處，直接透過犯罪行為被剝奪其占有者，從而，發還被害人的規定不是在保障被害人的損害賠償請求權⁶³²，必須是該物有其同一性。其中所謂「犯罪行為」，與實體法上利得沒收之要件同一解釋，因此僅須是違法犯罪行為，不必具有責性⁶³³。但縱使具備程序障礙要件，亦不妨害發還之進行⁶³⁴，也就是說，事實上被告是否因犯罪行為而被判刑，並非發還所考量的要件，重要的是犯罪行為有被證明，如果已有尚未確定之判決當然是重要的參考指標，若尚未作成判決，則以偵查卷證為依據，在發還程序中做認定⁶³⁵。

具體而言，基於上述直接剝奪的限制，發還被害人之規定主要用在竊盜的贓物，以及例如貪污、詐欺、背信、贓物等財產犯罪的所得⁶³⁶。甚至有判決認為，在所得是現金時，必須是被剝奪的同一紙幣才有發還的適用⁶³⁷。至於國家是否是自犯罪行為人處扣得扣押物，則不影響發還被害人之適用⁶³⁸。

有爭議的是，該扣押物是否需要是本案犯罪行為所剝奪者？德國學說上

⁶³⁰ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 6; MK-StPO/Bittmann, §111k Rn. 1.

⁶³¹ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 6.

⁶³² BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn 6; KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 4.

⁶³³ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn 7; KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 4.; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 9.

⁶³⁴ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 9.

⁶³⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn 7; ; KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 4.

⁶³⁶ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 4.

⁶³⁷ OLG Köln NStZ-RR 2005, 239.

⁶³⁸ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 4.

在舊法時代有肯否兩說，多數說認為扣押物須是要與本案犯罪行為有關，才會適用舊法第 111k 條，但少數說則認為只要是透過犯罪行為所剝奪之物即可，即使該犯罪行為甚至尚不可知，亦不妨礙舊法第 111k 條之適用⁶³⁹。自被害人的角度言，少數說固然較保障其權利，但要課予國家發還被害人之義務，必然還是要設定一定的門檻，縱使發還如上述並不以被告未來真的被宣告有罪為前提，但國家仍宜在對於扣押物之來源沒有合理懷疑的情況下，再進行發還，如非本案之犯罪行為，則可能難以確認扣押物的來源狀態⁶⁴⁰。此外，亦有認為基於法律留原則與無罪推定原則，認為縱然法條明文並無規定一定要是本案犯罪行為之扣押物才能發還，亦應限縮發還被害人之適用⁶⁴¹。

至於所謂透過犯罪行為而被剝奪，扣押之動產不必是行為人直接取走，也不必是行為人取得直接占有之物⁶⁴²，但扣押之動產必須是透過犯罪剝奪之原始標的物，或者說，被害人必須針對扣押物有物權或占有權⁶⁴³。例如為撤銷扣押所提存供擔保之現金，該現金雖係動產，但非原始標的物而非發還規定適用之對象⁶⁴⁴，沒收標的之替代物（Surrogate），例如竊得之支票兌現後之現金、贓物轉賣所得之價金，或是竊得金錢所購得之物，一樣皆不適用發還被害人之規定⁶⁴⁵。但若是犯罪剝奪之物後來被行為人拿去設定擔保，該擔保憑證（Pfandschein）由於取代原犯罪剝奪物之地位，故擔保憑證被扣押後，仍有發還的可能⁶⁴⁶，依緊急變賣之規定變賣動產所得之價金，由於該價金也是取代原始扣押物之地位，故亦有適用發還被害人規定之可能⁶⁴⁷。總結而言，德國學說就此之理解，係要求發還被害人之扣押動產，與透過犯罪剝奪之物有實質同一性，變得之物並不適用，但若是例如將金屬重鑄

⁶³⁹ Vgl. LR-StPO/Johann, §111k Rn. 10.

⁶⁴⁰ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 10.

⁶⁴¹ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 10.

⁶⁴² LR-StPO/Johann, §111k Rn. 11.

⁶⁴³ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 11.

⁶⁴⁴ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 2; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 6.

⁶⁴⁵ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 11.

⁶⁴⁶ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 11.

⁶⁴⁷ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 11.



再製成產品，仍然有實質同一性而有發還之可能⁶⁴⁸。

至於「被害人」之概念在過去舊法時代，德國學說、實務認為舊法第 111k 條之被害人，有其獨立之意義⁶⁴⁹，以上述「直接剝奪」的概念為核心，得受發還之被害人與標的，就是透過上述犯罪行為，占有被直接剝奪之人與該財產。所謂被害人並不限於原本的被害人，若是若因繼承而受讓⁶⁵⁰，或是保險人依保險法規定代位被保險人受讓權利 (§ 86 VVG)，亦可能是發還規定意義下之被害人⁶⁵¹。被害人就受發還之扣押動產，不必原本是直接占有者，只要是直接被剝奪者為已足，例如出租人固然就其所有之租賃物而言只是間接占有，若該租賃物被剝奪，對其而言是仍然一種直接剝奪⁶⁵²，但有實務上有認為遺產管理人並非直接被剝奪之人，不能受發還⁶⁵³。若有多個被害人共同持有被剝奪占有之物，則該扣押物應發還予其全體⁶⁵⁴。

此外，依法受發還之被害人必須要已知，也就是可以特定其存在並確認其資料，而非只是泛泛地可能有被害人⁶⁵⁵。國家機關依法定原則須敘明被害人如何已知，例如有照片或指紋資料，得佐證被害人之主張，就是可能的狀況⁶⁵⁶，若被害人可得而知而尚未發現，則應加以調查⁶⁵⁷，但無論是法院或檢察官，都沒有非得調查出未知被害人不可的義務⁶⁵⁸，經調查後仍未能得知被害人的話，既然發還被害人的例外要件不該當，即應發還予最後持有人⁶⁵⁹。

但如上述，依德國學說、實務在舊法時代之見解，若最後持有人占有扣

⁶⁴⁸ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 11.

⁶⁴⁹ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 12，特別是舊法時代之有益於被害人之扣押，德國學說認為，未必有益於被害人之扣押之扣押物，一定可以透過舊法第 111k 條發還被害人，兩者的概念各別。

⁶⁵⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 6; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 12.

⁶⁵¹ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 6; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 12.

⁶⁵² LR-StPO/Johann, §111k Rn. 12.

⁶⁵³ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 6;

⁶⁵⁴ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 12.

⁶⁵⁵ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 12.

⁶⁵⁶ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 12.

⁶⁵⁷ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 13.

⁶⁵⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 6; SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 4.

⁶⁵⁹ SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 4.

押物是不正當的，可得確認必有被害人的存在，仍不能就這樣發還給最後持有人⁶⁶⁰。若最終仍找不到被害人，過去德國實務是依刑事訴訟程序及罰鍰程序準則第 75 點第 4 項，適用民法上無主物之規定，由國家機關將扣押物變價後處理（*RiStBV Nr. 75 Abs. 4 i.V.m. §983 BGB*）⁶⁶¹。在新法就上述問題沒有特別規範的情況下，只能以學理補充，支持國家應該繼續保有扣押物而不應發還予不法占有的最後持有人的想法，學說上因此有認為應目的性限縮德國刑事訴訟法第 111n 條第 1 項發還最後持有人的適用⁶⁶²。

要區分的是，被害人不明可能只是因為犯罪時間、地點無法查證，並不影響法院宣告沒收，或者實體法可能是透過擴大沒收而沒收該物，沒有連結特定的犯罪，因此被害人不明。此時沒收物經宣告沒收，依德國刑事訴訟法新法第 459j 條之規定，被害人得在 6 個月內聲請發還（見下文三、3、(1)），若在六個月內無被害人聲請發還，則國家在沒收裁判確定後六個月後，將該物之所有權移轉予國家。因此，會落入上述規則處理者，應是犯罪行為完全不明，無法啟動刑事程序或單獨沒收程序之扣押物，例如明顯是偷竊後遭棄置，卻查不出失主之盜贓物⁶⁶³。

(3) 發還第三人

發還第三人，則是當第三人為真正權利人，得排除被害人權利之情形。所謂的第三人，亦不排除就是本案被告，只要是就扣押物有請求權加以主張者即屬之，若第三人是被告本人，則意味著被告對扣押物有與犯罪行為無關之請求權基礎⁶⁶⁴。

⁶⁶⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 6; KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 5; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 13。在德國舊法時期，由於被害人潛在之請求權排除沒收請求權，所以在無從得知被害人為誰之情況，例如尋獲竊得之腳踏車卻找不到失主，在德國舊法下，無法沒收也無從發還，只能透過延長扣押（§111i Abs.8 StPO a.F.）之機制繼續等待，是否該繼續照護扣押物或得加以銷毀，產生實務上的困擾，vgl. LR-StPO/Johann, §111k Rn. 13。在新法下，上述情形不能發還被害人，發還最後持有人也不適當之情形，仍得終局宣告沒收，請求權不受影響，若被害人嗣後出現，還可以在執行階段處理是否發還的問題。

⁶⁶¹ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 12; KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 5，但在舊法下，適用民法無主物規定的前提是已經延長扣押而期間已滿，或根本不得延長扣押的情形。

⁶⁶² SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 4.

⁶⁶³ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 12

⁶⁶⁴ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 15; KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 6.

發還第三人與發還被害人之間的關係，在新、舊法間有所不同。在過去舊法時代，第三人是否為真正權利人，僅為發還被害人之排除事由，只是因第三人有權利而顯示被害人取得占有之權利存疑，而不發還予被害人⁶⁶⁵。因此，舊法時代德國學說、實務認為，所謂第三人有權利排除被害人權利，不必第三人已經真正實行該權利，只要依現有的卷證資料，職權參酌而認定並無懷疑即可⁶⁶⁶，若已遍查卷證資料發現欠缺相應的線索，並沒有再加以舉證之義務⁶⁶⁷。此外，第三人不必是對扣押物存有物權，若第三人以債權為請求權基礎，而主張其有合法占有扣押物之權利，並無不可⁶⁶⁸。

總歸而言，舊法時代在判斷上述要件時，中心還是被害人究竟有無合法的占有權利，甚至在被害人是受詐欺、脅迫而為意思表示 (§123 BGB)，移轉扣押物予例如犯罪行為人之情況，德國學說、實務亦認為可得發還予被害人，不會因所有權已移轉予第三人而有所影響⁶⁶⁹。但若在第三人權利相當顯著的情況下，舊法時代有比較積極的學說見解認為應就發還予該第三人⁶⁷⁰。實務上則有認為可以設定期限，要求第三人提出其權利存在的證明，尤其是提出執行名義，若缺乏證明或期間經過仍不提出，或是經審查後第三人權利有疑慮，則不發還⁶⁷¹，此時可能在考量其他要件成立的情況下，發還予被害人⁶⁷²，因此在舊法時代，其實就有發還被害人與發還第三人之間的實務運作關係。若民事法律關係存疑，則也可能適用提存之相關規範暫時保留扣押物 (§372 BGB, §5 HinterIO)⁶⁷³。

以上見解在德國 2017 年新法通過後，需要重新定位，在新法下依法更

⁶⁶⁵ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 15; SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 5.

⁶⁶⁶ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 15; KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 6.

⁶⁶⁷ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 15.

⁶⁶⁸ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 6; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 15，但 Johann 認為不能是基於債權關係受移轉才獲得所有權之情況，例如扣押物是買賣契約之標的，基於該債權關係固然得請求移轉扣押物 (§433 Abs. 1 S.1 BGB)，但不能依此主張即排除國家機關發還扣押物予被害人

⁶⁶⁹ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 15.

⁶⁷⁰ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 6.

⁶⁷¹ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 6.

⁶⁷² KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 6.

⁶⁷³ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 6.

明確的，第三人在發還要件顯著存在的情況下（見下文(4)），可以成為受發還的對象，不只是單單的排除事由而已。上開是否可以排除發還被害人之德國舊實務、學說見解，變成只是發還第三人的前提之一。從而，所有上開爭點的切入角度都值得重新思考，這關係到的是發還第三人的適用範圍多大，與發還被害人之間的消長關係如何，例如第三人所主張的權利得否是債權，法條並未明示，就需要進一步思考解釋⁶⁷⁴，學說在新法下就有認為並不限債權亦得發還第三人者⁶⁷⁵，則發還第三人的適用範圍就變得比較廣泛。

要注意的是，發還是一個在動態過程中所做的決定，因此本來的犯罪被害人可能在程序中因故喪失占有權利，導致應發還予獲得權利之第三人⁶⁷⁶，另外也可能是被害人本身就是另案的犯罪行為人，從而另案的犯罪被害人才是目前的有權利人⁶⁷⁷。

德國學說認為，檢察官、法院在新法通過後，一樣不具備為第三人調查權利的義務，有權利之第三人必須自己主張權利之存在⁶⁷⁸。但檢察官、法院在刑事程序中有線索可得而知，有權利之第三人存在時，應考慮發還予該第三人，賦予該第三人主張其權利的機會⁶⁷⁹。

(4) 發還要件顯著之要求

在德國 2017 年新法下，發還對象的擇定如上所述有三種可能，思考歷程由後到前層層思考，從第三人到被害人，例外皆不該當才會發還最後持有人⁶⁸⁰。但不管發還對象為何，德國 2017 年新法還明確規範發還要件必須「顯著」存在⁶⁸¹，才能進行發還。

⁶⁷⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 8.

⁶⁷⁵ SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 5.

⁶⁷⁶ SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 5.

⁶⁷⁷ SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 5.

⁶⁷⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 8.

⁶⁷⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 8.

⁶⁸⁰ SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 4.

⁶⁸¹ 有關發還要件須顯著之規範要求，德國 2017 年立法形式上有應釐清之處。一開始，在德國聯邦司法部 2016 年最先提出的草案中，其實並沒有發還要件須顯著之規定，刑事訴訟法第 111n 條的草案，就是分列 3 項發還最後持有人、被害人、第三人的三種情形。該草案經德國聯邦政府核定後，增列了第 111n 條第 4 項有關發還要件須顯著之要求，依當時草案之說明，該要求適用於所有發還情形，如果發還給誰不明確的話，就

由於依德國刑事訴訟法舊法之明文，發還就只有發還被害人一個選項，因此舊法第 111k 條是從被害人的角度切入，規範發還機關「宜」發還被害人（Soll-Vorschrift），在須保障被害人之情況下，原則上皆應予以發還⁶⁸²。權利狀態是否顯著則是一個影響程序進行的要件，檢察官在起訴前、確定後決定發還時，除了關係人得針對執行措施訴請法院裁決外（見下文 4.），檢察官亦得在權利狀態不顯著的情況，訴請由法院裁決⁶⁸³。

新法則是將權利狀態顯著與否，當作適用發還程序的前提，進一步限縮了發還的適用。就此設下的限制是，不得在權利歸屬不明確的情況下，適用第 111n 條循上述發還對象的擇定發還，這避免了將民事紛爭帶入刑事程序的危險⁶⁸⁴。從而，若發還被害人、第三人的要件都不顯然該當，就不應該發還，而如上述，如果此時最後持有人占有亦不正當的情況，在實務運作上會繼續扣押而不發還（見上文(1)），不會因為顯著的要件設計，就回歸原則發還予不正的最後持有人。相對地，如果各該權利人經討論後意見一致，或者已經經過民事程序由特定人取得執行名義，則應認權利狀態已屬顯然⁶⁸⁵。

綜合以上我們可以發現，德國法經過長時間的實踐，理解到了在刑事程序中認定民事關係的困難，也接納了實務上想避免不正發還的現況。因此，新法進一步限縮程序中發還的適用，只在權利狀態顯著時發還，若不顯著，則寧可不發還，當然在學理上，就會與扣押要件不備即應撤銷的想法相互衝

只能繼續延續扣押，直到檢察官依其偵查作為衡量後，認為已無法再行查證時為止，vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 83-84。上述修正草案經國會一讀委員會審查，條文未作修正。然而最後，德國 2017 年立法公布的版本，原草案中第 111n 條第 4 項有關發還要件須顯著之要求，去掉了第 4 項的項號，形式上變成像是同條第 3 項的第 2 句，但卻仍放在原本第 4 項的法案位置，如此修改的真意為何不得而知。而目前德國相關文獻，一致都是依聯邦政府核定、國會一讀的版本，將該顯著要求理解為第 4 項，適用於該條第 1 至 3 項的發還。

⁶⁸² LR-StPO/Johann, §111k Rn. 23，就此可能排除的情況是，被害人占有扣押物，亦未獲得必要之許可的情況，例如被害人未經許可持有槍砲彈藥，則經犯罪行為剝奪而於刑事程序中被扣押時，國家機關可能考量保障被害人之目的而不予發還，德國學說認為，此時可將扣押物發還予主管行政機關，vgl. LR-StPO/Johann, §111k Rn. 23。

⁶⁸³ Vgl. KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 7。

⁶⁸⁴ SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 6。然而 Burghart 認為，新法「顯著」要件用語有其不精確之處，正確而言，應該只要權利狀態是「公開有辦法得知」的狀態，從權利人的角度，經過對事實上與法律上的全盤理解，結果就會自然得出的情況即可，若是「顯然」，則必須是所有人都公開知道的意思，vgl. SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 6。

⁶⁸⁵ SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 6。

突，就此德國新法還尚未處理得相當細緻。



3. 發還之程序

舊法時代針對發還之程序，依德國刑事訴訟法舊法第 111k 條，並無明確之規定，但發還如何進行攸關實務上之運作，因此，德國刑事訴訟法新法第 111o 條搭配新法第 111n 條之發還規定，將過去舊法時代針對發還被害人程序之實務、學說見解明文化，擴大適用到發還最後持有人、第三人之情形。

首先，有權決定發還與否及發還給誰之機關為何，早期德國學說針對舊法第 111k 條發還被害人之情形，曾有見解認為因為發還被害人會侵害扣押物原持有人之權利，因此原則上要由法院發還，也就是要求法官保留，是否合理且有必要受到質疑⁶⁸⁶。後來德國學說、實務上普遍認為，應如同一般之權限分配原則，類似我國學說所稱之「二分模式」，依程序主導權在誰手上判斷發還機關，起訴前及裁判確定後係檢察官，起訴後確定前則為本案繫屬法院⁶⁸⁷。但針對法無明文之發還最後持有人之情形，德國學說則一致認為得由檢察官直接發還⁶⁸⁸。另學說上認為，檢察官之偵查人員也可能在檢察官同意下為發還，針對同一系列之案件事實，檢察官並得為概括之同意⁶⁸⁹。

採上述見解之德國學說過去是在發還被害人的脈絡下，認為依程序主導權判斷發還機關之見解，是一個合理的安排，畢竟發還只是一個暫時決定占有狀態的規範，若發還造成其他財產權人之損害，尚可透過民事途徑解決，舊法時代也已經有發還被害人決定之救濟規定，得以請求法院審查發還決

⁶⁸⁶ Vgl. LR-StPO/Johann, §111k Rn. 19.

⁶⁸⁷ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 3, 7f; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 19; SSW-StPO/Burghart, §111o Rn. 1。至於救濟程序中之管轄規定，則如同我們介紹扣押裁定之權限時所介紹的（見上文壹、一），在事實審上訴之情況，係在卷證送交事實審上訴法院時起，由事實審上訴法院負責發還，在法律審上訴之情況，則由裁判被指摘之原審法院負責發還，在法律審上訴法院發回之後，則由被發回之法院負責發還，皆是循一樣的規則，vgl. LR-StPO/Johann, §111k Rn. 20。

⁶⁸⁸ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 7f; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 19.

⁶⁸⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111o Rn. 2.

定，因此，縱無事前之法官保留，亦不致於過度侵害人民權利⁶⁹⁰。德國刑事訴訟法新法第 111o 條第 1 項第 1 句依循上述見解，明文規定依二分模式決定發還機關⁶⁹¹，搭配同條第 2 項向法院請求救濟之規定（見下文 4.）。

發還由發還機關依職權為之，然而通常情況下會因當事人或檢察官之聲請而發動⁶⁹²。舊法時代在發還被害人脈絡下，依德國刑事訴訟法第 33 條，發還決定作成前應經檢察官、最後持有人及其他就扣押物有權利之人之聽審⁶⁹³。若是由檢察官為發還，係以處分（*Verfügung*）之形式作成，若是由法院為發還，則以裁定之形式作成⁶⁹⁴。作成發還決定時，並不另外行證據調查之程序，單以卷內資料決定⁶⁹⁵。發還若是由法院裁定為之，為了日後爭訟之需要，依德國刑事訴訟法第 34 條裁定一樣須負說理義務⁶⁹⁶。

發還之執行機關為檢察官⁶⁹⁷，但若扣押物是由法院保管的情況，法院亦得自行將扣押物發還回去⁶⁹⁸。發還該執行所為之動作僅係一事實行為⁶⁹⁹，若是被害人對犯罪行為人有請求權，進而請求國家機關發還扣押物，則要國家機關實際發還予被害人後，其請求權才受滿足⁷⁰⁰。

依德國舊法時代針對被害人發還所持之見解，所謂發還，係依其被保管之狀態而發還⁷⁰¹，例如發還有價證券，若其仍係以原物狀態被扣押，即應發還該原物，不能改發還其票面價值⁷⁰²，但若是發還金錢，因有混同問題，只要發還等同價值之金錢即可⁷⁰³。由於如上所述，德國學說、實務認為，

⁶⁹⁰ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 19.

⁶⁹¹ BT-Drs. 18/9525, S. 85; BeckOK-StPO/Huber, §111o Rn. 1, 3f; SSW-StPO/Burghart, §111o Rn. 1.

⁶⁹² LR-StPO/Johann, §111k Rn. 21.

⁶⁹³ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 9; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 21.

⁶⁹⁴ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 21.

⁶⁹⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111n Rn. 10; ; KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 4, 9; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 21.

⁶⁹⁶ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 21.

⁶⁹⁷ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 22.

⁶⁹⁸ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 22.

⁶⁹⁹ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 22.

⁷⁰⁰ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 22.

⁷⁰¹ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 16; SSW-StPO/Burghart, §111n Rn. 7.

⁷⁰² LR-StPO/Johann, §111k Rn. 16.

⁷⁰³ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 16.

公權力未直接持有扣押物，而以其他方式標識者，亦可能適用發還之規定(見上文 1.)，因此，有可能要以指示現在持有人的方式進行發還⁷⁰⁴。

學說上有爭論的是，所謂發還，究竟是赴償債務 (Bringschuld) 或是往取債務 (Holschuld)，依國家機關就扣押物之關係見解不同而有異。若認為國家機關與扣押物間是公法上之保管關係，則會得出應在其保管地發還之結論⁷⁰⁵。另一說則認為，國家機關應有義務在扣押地發還，從而，不論扣押物是否經國家直接持有，不會造成發還地為何之差異⁷⁰⁶，但扣押物之占有關係與扣押關係人，並沒有絕對的同一性，仍有扣押地與扣押關係人所在地不同之情形發生⁷⁰⁷。折衷說因此認為，固然課予國家機關於扣押地發還之義務，但仍需以比例原則予以衡平⁷⁰⁸，除了綜合考量國家機關將扣押物送還予人民與人民自行來拿取所需費用之間的衡平⁷⁰⁹，此外，基於被告在刑事程序中須負較高之忍受義務，扣押關係人是否為被告抑或是其他無嫌疑之第三人，也是比例原則考量之因素之一⁷¹⁰。扣押合法或是違法，亦是可能考量之因素，學說上進而認為，若扣押關係人為本案被告，終局被判處有罪，則扣押是被告因其犯罪行為而促成的，若扣押物未被沒收而應予發還，在比例原則之衡平下由被告自行前往領取，亦未失衡平⁷¹¹。

德國實務上檢察官則普遍認為，扣押關係人有前來取走扣押物之義務⁷¹²，但德國學說基於上述比例原則之思考，認為若是終局判處無罪或不起訴、緩起訴之情形，應仍要個案衡量國家與人民之間的利益，若扣押關係人

⁷⁰⁴ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 16.

⁷⁰⁵ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 17，德國最高法院民事庭針對保全證據扣押的情形曾做出裁判亦採此說，vgl. BGH NStZ 2005, 391。

⁷⁰⁶ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 17.

⁷⁰⁷ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 17.

⁷⁰⁸ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 17.

⁷⁰⁹ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 17.

⁷¹⁰ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 17.

⁷¹¹ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 17.

⁷¹² LR-StPO/Johann, §111k Rn. 17，衍伸的一個問題是，如果扣押關係人因檢察官要求而花費自己費用前去領回扣押物，該費用可否請求刑事補償？學說上認為，依刑事補償法 (§2 Abs. 2 Nr. 4 StrEG) 之要件，刑事補償以人民有「損害 (Schaden)」為前提，若人民只是花費「費用 (Aufwendung)」，應不該當於損害之要件，vgl. LR-StPO/Johann, §111k Rn. 18。

並無任何促成國家機關作成扣押之因素，則國家機關於發還時原則上應將扣押物送還、寄還予扣押關係人⁷¹³。



4. 發還之救濟

發還決定之救濟，主要針對檢察官決定為發還之情形，給予因發還決定權利受侵害之人民，有再請求法院裁決之機會⁷¹⁴。發還若是由法院裁定為之，則得依刑事訴訟法規定以抗告方式爭執，所有因發還裁定權利受影響之人，不管先前發還裁定是否有考量過其權利，皆是抗告權人⁷¹⁵。

德國刑事訴訟法舊法第 111k 條第 2 句針對發還被害人之情形，即有如同針對扣押執行措施救濟 (§111f Abs. 5 StPO a.F) 之規定 (見上文貳、四)，新法第 111o 條第 2 項保留該項規定，並適用於發還所有對象之情形。依德國立法者之設計及學說之理解，此救濟規定係針對發還決定之特殊刑事救濟程序⁷¹⁶。可得救濟之範圍，除了發還之准駁外，也包括發還對象為何之決定，以及發還之種類與方式⁷¹⁷，可得請求救濟之人，包括所有因上述決定而權利受影響之人，包括新法下的最後持有人或被害人，當然也包括對扣押物主張權利之第三人⁷¹⁸。

針對發還聲請救濟，審查之法院管轄權分配，則如同針對扣押執行措施聲請救濟之規定 (見上文壹、一)，依刑事訴訟法第 162 條之一般管轄規則定之，在檢察官為發還決定之情況，即偵查中及本案程序確定終結後的程序階段，若關係人提起救濟，則由偵查法官審查，亦即以提起救濟之時點定管

⁷¹³ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 17.

⁷¹⁴ SSW-StPO/Burghart, §111o Rn. 2。法條文字並將「偵查人員」所為之發還處分列入救濟的對象，但如上述在發還程序之權限規定上，並無規定偵查人員有權發還，只是學說上有透過解釋肯認者，救濟規定將偵查人員列入有點暗示的意味，但也有學說認為應是針對偵查人員違反權限為發還的情況，敘明關係人得提起救濟，vgl. SSW-StPO/Burghart, §111o Rn. 2。

⁷¹⁵ KK-StPO/Spillecke, §111k Rn. 10.

⁷¹⁶ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 33; SSW-StPO/Burghart, §111o Rn. 3.

⁷¹⁷ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 33.

⁷¹⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111k Rn. 11; LR-StPO/Johann, §111k Rn. 33.

轄法院⁷¹⁹。但若檢察官在偵查終結時同時為發還，則利害關係人嗣後提起救濟，因已進入審判程序，就非偵查法官負責審查⁷²⁰。

法院所為之發還裁定，或利害關係人就檢察官所為之發還請求救濟，法院作出裁定後，因該裁決而權利受影響之人及檢察官，依法仍得抗告⁷²¹，因此，相關裁定亦應送達予各該受影響之人，法院也應待裁定終局確定後再發還⁷²²。至於自訴人或附屬原告是否得抗告，則需具體審酌其是否有利害關係⁷²³。若扣押物已實際發還予第三人，而被害人已聲請救濟請求法院審查，德國學說上有認為，被害人針對救濟之決定不得再提起抗告，被害人應循民事救濟途徑另行主張其權利⁷²⁴。

若國家機關之發還有所違誤，德國學說、實務認為，在符合刑事補償法（§2 Abs.2 Nr.2 StrEG）或民法公務員損害賠償義務規定（§839 BGB）要件之情況下，因錯誤發還受有損害之人，得向國家請求刑事補償或向公務員請求損害賠償⁷²⁵。

三、被害人請求權之實現

如上所述，被害人直接受扣押物之發還，適用範圍在德國法下有其限制，未能被上述情況涵括之情形，德國法則設計其他被害人賠償機制之程序來協助其受償，由於德國沒收新法之規範模式，對我國法而言更有參考性（見上文第二章、壹、三），以下將直接針對德國沒收新制下被害人之賠償機制作介紹。

⁷¹⁹ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 33; SSW-StPO/Burghart, §111o Rn. 2.

⁷²⁰ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 33.

⁷²¹ BeckOK-StPO/Huber, §111o Rn. 4.LR-StPO/Johann, §111k Rn. 34; SSW-StPO/Burghart, §111o Rn. 3.

⁷²² SSW-StPO/Burghart, §111o Rn. 3.

⁷²³ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 34.

⁷²⁴ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 34.

⁷²⁵ LR-StPO/Johann, §111k Rn. 37.



1. 個別執行之禁止

首先，由於德國舊法之裁定許可執行制度 (§111g Abs.2 StPO a.F.)，被認為過於複雜，且造成債權人必須賽狗式地競逐的結果（見上文第二章、參），德國 2017 年新法欲將被害人求償之問題挪移到刑事執行階段再行處理。因此德國法新法將舊法第 111g 條相關規定刪除，在刑事程序進行中，個別被害人已無從透過許可執行之機制先行為強制執行，只可能在有破產程序之情況，在破產程序實現權利⁷²⁶（見下文 3.、(3)、A.）。

在保全替代價額之假扣押之情形，由於保全標的是中性與犯罪無關之財產，德國刑事訴訟法新法第 111h 條第 2 項第 1 句，另外規範因刑事沒收保全而被執行之財產，不得再為其他強制執行行為之標的。從而，犯罪被害人不論是單純基於自己利益，或為了所有被害人之利益，都不得再就刑事假扣押已保全之財產再為執行⁷²⁷，假扣押關係人的其他債權人在假扣押的範圍內同受限制⁷²⁸。但這只是保留未來供被害人求償之財產範圍，在假扣押範圍外，並未限制被害人一律不得預先實現其權利，因此，在被沒收人財產充足的情況，被害人還是可以自行執行⁷²⁹，當然也完全不妨礙被害人取得執行名義⁷³⁰。

以上個別執行之限制另有一例外，是執行稅捐假扣押，被害人是國庫的情形，下文討論稅捐程序與刑事沒收保全扣押之間的交錯時，將再統一談之（見下文陸、二）。

2. 被害人賠償機制之適用範圍

⁷²⁶ SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 1.

⁷²⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111h Rn. 3.

⁷²⁸ SSW-StPO/Burghart, §111h Rn. 6.

⁷²⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111h Rn. 3.

⁷³⁰ SSW-StPO/Burghart, §111h Rn. 6.

接著，犯罪之被害人，牽涉之定義有狹有廣，可得主張透過賠償機制來實現其請求權之被害人，應有其適用範圍之限制，否則將失之過廣。德國沒收舊法就此相當清楚地表明，必須是有「產自 (aus)」犯罪 (§73 Abs.1 S.2 StGB) 之請求權者，才能排除沒收請求權，進而適用協助被害人受償之相關程序設計。德國 2017 年之沒收新法雖然刪除了上開以潛在請求權排除沒收之刑法規定，並設計新的被害人賠償機制程序，但仍然沿用上述被害人概念之見解，而表露在被害人賠償機制之各相關規定法條中 (vgl. §73e StGB, §111i und §459g Abs.3 StPO)。因此，有關何謂有產自犯罪請求權之被害人之舊法實務見解，亦仍得加以沿用，2017 年沒收新法有關被害人賠償機制之設計，亦參酌了部分過去實務之見解⁷³¹。

依照德國實務過去之見解，被害人因犯罪而產生請求權才能適用賠償機制，其中「犯罪」之範圍，應與沒收保全扣押所針對之犯罪行為，有其同一性，也與嗣後起訴時表明之犯罪行為，以及沒收終局裁定所確認之犯罪行為同一⁷³²。若實體法有例如組織犯罪之規定，將犯罪行為人之個別犯罪行為打包成為實體法上之一行為，則所謂犯罪之被害人，雖然不能對應到個別之犯罪行為，但該組織犯罪之刑罰規定，還是保全扣押及終局沒收裁判之基礎，只要是就該整個組織犯罪而言，有產自其中之請求權者，就是得適用賠償機制之被害人⁷³³。

從上述被害人賠償機制與沒收保全扣押間的關聯推衍，德國沒收新法之修法理由特別提及，雖然在沒收新法下，被害人之請求權不會排除國家之沒收請求權，保全扣押必然是為保全國家沒收請求權之執行而存在，但因為沒收保全扣押所針對之犯罪行為之被害人，仍得循被害人賠償機制之程序在將來獲得賠償，國家發動沒收保全扣押，仍有其正當性，能消除與民爭利之疑慮⁷³⁴。

⁷³¹ BT-Drs. 18/9525, S. 50。以下介紹翻自德國 2017 年修法的草案理由，同樣的翻譯亦可見，連孟琦，〈2017 年德國沒收新制中之賠償被害人模式〉，收錄於：《法學與風範——陳子平教授榮退論文集》，2018 年 1 月，頁 613-633，頁 619 以下。

⁷³² BT-Drs. 18/9525, S. 50.

⁷³³ BT-Drs. 18/9525, S. 50.

⁷³⁴ BT-Drs. 18/9525, S. 50.

另依照德國實務過去之見解，被害人因犯罪而產生請求權，該請求權必須是主張犯罪利得或其替代價額之返還（Rückgewähr）者，也就是說被害人之請求權必須與犯罪利得之間有同一性⁷³⁵。德國 2017 年沒收新法亦接納上述見解，將「返還（Rückgewähr）」一詞明文訂定在被害人賠償機制之條文當中⁷³⁶。從而，例如被害人係因犯罪行為受有痛苦，而在民事法上請求慰撫金（Schmerzensgeld），該慰撫金請求權不能循被害人賠償機制主張而受填補⁷³⁷。同理被害人若主張請求利息、訴訟費用之花費，亦皆不得循被害人賠償機制請求，但這不妨礙被害人就其該些民事上權利，循民事途徑主張實現，也就是說，該些民事上權利不會因為刑事被害人賠償機制適用範圍之劃定而被縮減⁷³⁸。

上述被害人之定義，在刑事程序中不是一確定之後就無法改變的，受損害之人可能在程序進行中，會失去其適用被害人賠償機制之資格，例如刑事程序發現並無證據可證明犯罪行為存在，又例如該犯罪因無起訴之實益而處分不起訴（§§154, 154a StPO），相反地，也有可能隨著刑事偵查程序之進行，發現之前未發現之犯罪事實，導致得適用賠償機制之被害人隨之擴張⁷³⁹。照理說，隨著犯罪事實在刑事程序進行之變動，檢察官應該盡可能地調整沒收保全扣押，指向目前調查現狀下已知之犯罪事實來達成沒收保全扣押之目的，因此可得適用賠償機制之被害人範圍之變動，得從檢察官對沒收保全扣押之調整推知⁷⁴⁰。

在被害人權利有所移轉之情況，為了讓得適用賠償機制之被害人，其主張之權利與最後沒收裁判所涉之請求權一致，依德國沒收新法之設計，因犯罪受損害之人的繼承人及其他權利繼受人，還有其破產管理人、行使代位權之保險人，皆直接視為是得適用刑事賠償機制之被害人⁷⁴¹。

⁷³⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 50f.

⁷³⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 51.

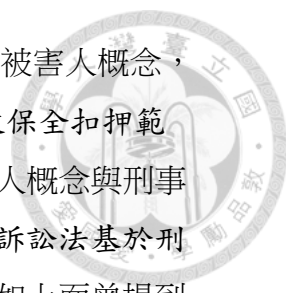
⁷³⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 50f.

⁷³⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 51.

⁷³⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 51.

⁷⁴⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 51.

⁷⁴¹ BT-Drs. 18/9525, S. 51.



綜合上述，在德國沒收新法之確立下，得適用求償機制之被害人概念，連結著刑事程序所針對的犯罪行為，刑事程序中所發動之沒收保全扣押範圍，應與適用賠償機制之被害人範圍可得對應。不過此將被害人概念與刑事程序針對之犯罪事實範圍取得一致的設計方式，會受限於刑事訴訟法基於刑事政策目的，賦予法官、檢察官調整犯罪事實範圍之權限，例如上面曾提到的，在因無追訴實益而不起訴之情形，基於刑事程序之目的提前終結部分犯罪之追訴，可能造成被害人無法適用賠償機制之結果⁷⁴²，被害人變得還是得自己再另循民事途徑主張。德國沒收新法對此設計的因應機制是，在犯罪行為人財產不足清償被害人債權之情況，讓上述無法適用賠償機制之被害人仍得聲請開啟破產程序，進入破產程序後，仍得參與分配國家機關透過沒收保全扣押所扣得之財產，也就是說，還是能適用此部分與破產程序聯結之賠償機制⁷⁴³。

最後要注意的是，在德國 2017 年新法之沒收排除規定下（見上文第二章、壹、五），若依私法自治，被害人已與債務人和解，以致於被害人之民事法上權利消滅，則沒收應不予為之（見上文壹、二、(2)、B.）。基於此「友善和解（vergleichsfreundlich）」⁷⁴⁴之規定，此時因被害人權利已受到填補，沒收為避免雙重剝奪，應予排除，也就沒有進入賠償機制運作的問題。

3. 賠償機制之運作模式

落入得適用被害人賠償機制範圍之情形，依德國沒收新法之設計，須先區分犯罪利得是否還現存，也就是如同我們區分應發動扣押或是假扣押、沒收原物或是替代價額之區分標準，自德國刑事訴訟法新法第 459h 條出發，兩種情況會有不同之賠償機制⁷⁴⁵。在犯罪利得並非現存的情況，會出現因關係人財產不足使得被害人無法受償之情形，因此又以關係人財產足或不足

⁷⁴² BT-Drs. 18/9525, S. 51.

⁷⁴³ BT-Drs. 18/9525, S. 51.

⁷⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 69.

⁷⁴⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 2, 51.

區分為兩種運作模式⁷⁴⁶。



(1) 沒收利得原物時之賠償機制

若犯罪利得原物尚存，則刑事程序進行中，有保全必要時應發動保全沒收原物之扣押，沒收裁判確定時，應沒收該利得之原物。依德國刑法新法第 75 條沒收效力之規定，只有實體法上屬於或歸屬於沒收命令關係人，或者其他第三人基於對犯罪之認知，提供屬於或歸屬於其之沒收標的者，沒收標的才會隨著沒收裁判之確定，所有權移轉予國家 (§75 Abs.1 S.1 StGB)。其他情況，也就是沒收標的所有權另有所屬者，則對就該沒收標的有權利之被害人須先為沒收命令確定之通知 (§459i StPO)，該通知必須經正式送達，送達確定後起算 6 個月的登記時間⁷⁴⁷，經過 6 個月的登記期間，仍無人向執行機關登記其權利者，實體法上的權利才會移轉予國家 (§75 Abs.1 S.2 StGB)。

上述所有權移轉登記期間之設計，特別是針對沒收物是盜贓物，而宣告沒收確定時所有權人仍不明的情況⁷⁴⁸。竊盜犯罪中被害人東西被偷走，不會因而喪失其所有權，過去依德國舊法，被害人對盜贓物存在之權利依刑法規定排除國家沒收請求權，德國新法因刪除了潛在權利排除沒收之設計，在國家仍有義務宣告沒收的情況下，搭配 6 個月的登記期間設計，暫緩沒收物之權利移轉，立法理由稱之為「『小型』裁堵權取得

(„kleiner“ Auffangrechtserwerb)」⁷⁴⁹。若 6 個月內仍無人來登記，則沒收物直接移轉予國家，不必再倚賴民法無主物之規定 (RiStBV Nr. 75 Abs. 4 i.V.m. §983 BGB)⁷⁵⁰。若被害人非因過失遲誤期間，也尚有聲請回復原狀 (§459j Abs.4 i.V.m. §§44f. StPO) 的可能⁷⁵¹。

⁷⁴⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 2.

⁷⁴⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 95，通知時並應附隨諭知賠償機制之規範內容，與扣押執行後依第 1111 條所為之對被害人通知雷同，也同樣有需以公告通知、相關個資保護的問題，就此準用第 1111 條第 4 項之規定 (§459i Abs.1 S.2 Hs. 2 i.V.m §1111 Abs.4 StPO)。

⁷⁴⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 71.

⁷⁴⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 71.

⁷⁵⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 71.

⁷⁵¹ BT-Drs. 18/9525, S. 71.

若犯罪被害人對利得物有返還請求權，實現其求償權利的方式很直觀，依德國刑事訴訟法新法第 459h 條第 1 項，就是在執行階段將該沒收之利得物發還予被害人⁷⁵²。在德國 2017 年的修法過程中，本來修法草案的想法設想的是兩種路徑，一種比較簡單，被害人不需額外再負擔太多成本，被害人只要在六個月內向沒收之執行機關即檢察官，登記其請求權，即可受發還 (§459j Abs.1 StPO)⁷⁵³。另一種則不受登記期間之限制，但被害人就必須自己循民事途徑取得執行名義，經出示民事執行名義後向檢察官聲請發還 (§459j Abs.5 StPO)⁷⁵⁴。

但畢竟實務上檢察官皆將發還之執行業務移轉予司法輔助官處理，為了減輕執行機關發還時的負擔，避免輔助官必須著手處理複雜的民事問題⁷⁵⁵，經修法過程討論後，德國法在不變動上述兩種發還途徑的情況下，新增了發還的程序限制，只有自沒收命令以及其確定之犯罪事實，並無疑問可得出聲請人有請求權基礎，也就是說沒收命令裡已經有提及被害人及其主張返還之標的了，執行機關才應將沒收標的發還予聲請人，否則須由相應的第一審法院另為許可方能發還 (§459j Abs. 2)⁷⁵⁶。當被害人未能釋明其請求權基礎時，應拒絕許可 (§459j Abs. 2 S.4)。

由上可見，上述使被害人得直接經登記自執行機關處受發還之規定，並不排除被害人原有之權利及行使權利之方式，被害人仍得自己循民事途徑取得執行名義後，向犯罪行為人或其他第三人請求返還利得物，此時，利得物雖已由國家沒收，亦得為被害人取得執行名義後據以執行的對象⁷⁵⁷。若被害人係向犯罪行為人或其他利得第三人提示民事執行名義，則此時依新法第 459i 條第 1 項，犯罪行為人或其他利得第三人得向檢察官請求發還沒收物予被害人⁷⁵⁸。當然對被害人而言，直接向執行機關登記而不進行民事訴訟當然還是比較簡便，上述修法過程中所新增之法院許可發還的機制，也是避免

⁷⁵² BT-Drs. 18/9525, S. 52.

⁷⁵³ BT-Drs. 18/9525, S. 52, 96.

⁷⁵⁴ BT-Drs. 18/9525, S. 96.

⁷⁵⁵ BT-Drs. 18/11640, S. 90.

⁷⁵⁶ BT-Drs. 18/11640, S. 90.

⁷⁵⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 52.

⁷⁵⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 52.

被害人權利不明時，執行機關不發還予已登記發還被害人，被害人只好自己花錢去打民事訴訟，給予被害人直接向法院尋求許可發還的機會⁷⁵⁹。

不管被害人是以上述何種途徑實現其對犯罪利得物之返還請求權，沒收保全扣押皆扮演重要前提，唯有犯罪利得物被妥善保全至沒收裁判作成之時，被害人才有據以請求返還而受償之可能。依德國刑事訴訟法新法第 111d 條第 1 項第 2 句，縱使犯罪利得人因欠債累累，其財產已經債權人開啟進入破產程序，保全沒收利得物之扣押仍不受影響，即是根據上述思考而來，避免被害人所得主張發還之物予破產程序中被分配予他人⁷⁶⁰。

(2) 沒收替代價額時之賠償機制

若犯罪利得已不存在，或自始沒有特定之利得物，則刑事程序進行中，有保全必要時應發動保全替代價額之財產假扣押，沒收裁判確定時，應沒收利得之替代價額。沒收替代價額執行時，除非沒收相對人直接自願繳納款項，若進入強制執行情序，原則上還要再就保全相對人之責任財產據以換價才能滿足，但若先前已作成假扣押，受假扣押保全之財產，可直接轉換為終局執行之保全標的，經換價後獲得收益來滿足國家之沒收替代價額債權。依德國刑事訴訟法新法第 459h 條第 2 項，此處被害人之賠償機制，就是害人得請求將上述換價所得或沒收相對人繳納之款項給付予被害人⁷⁶¹。

其餘之程序設計，可以說與沒收利得原物之情形是一致的，兩者的法條也是相互對照。被害人求償一樣有兩種途徑，簡單的一樣就僅限於要在受沒收裁定確定之通知 (§459i StPO) 送達確定後六個月內，向執行機關登記並闡述債權包括其額度 (§459k Abs.1 StPO)，而同樣縱使被害人未在六個月內登記債權，亦不妨礙其循民事途徑主張其權利，進而持民事程序中取得之執行名義聲請給付 (§459k Abs.5 StPO)⁷⁶²。若被害人持民事執行名義向犯罪利得人請求，而犯罪利得人已向被害人給付，則依德國刑事訴訟法新法第

⁷⁵⁹ BT-Drs. 18/11640, S. 90.

⁷⁶⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 52.

⁷⁶¹ BT-Drs. 18/9525, S. 52.

⁷⁶² BT-Drs. 18/9525, S. 52.

4591 條第 2 項犯罪利得人得請求執行機關，將本來應給付予被害人之保全財產換價收益，給付予已向被害人給付之利得人⁷⁶³。

上述被害人聲請給付，一樣必須自沒收命令以及其確定之犯罪事實，並無疑問可得出聲請之被害人有請求權基礎，否則須由法院另為許可才能給付 (§459j Abs. 2)。

(3) 沒收替代價額不足清償時之賠償機制

上述賠償機制之運作，在犯罪利得人之財產足夠清償所有被害人時較單純，只要循上述機制運作，皆可以滿足被害人之需求。運作上會有問題的，是犯罪利得人之財產不足清償所有被害人之「不足情況 (Mangelfall)」，這只會出現在債權人請求返還的目標是利得之替代價額之情況，若為特定物，只有該特定物能否返還，所有權是否有爭議的問題。而針對利得之替代價額清償會有所不足，通常也就是被害人為多數之情形，此時需要其他機制銜接運作⁷⁶⁴。

就此不足情況，德國法將被害人求償分配之任務，交由破產程序來處理，以沒收保全扣押作為橋樑，核心規定是德國刑事訴訟法新法第 111i 條之規定⁷⁶⁵。依此新法規定，不同於上述賠償模式皆須等到刑事執行程序階段，在不足情況之情形，可能在保全扣押期間就會啟動銜接進破產程序，據以實現被害人權利，以下是新法區分之轉進破產程序的兩種類型。

A. 已開啟破產程序

德國刑事訴訟法新法第 111i 條針對假扣押關係人被保全之財產不足清償被害人債權之情形，第 1 項先處理破產程序已經開啟的情況。若被害人針對犯罪利得之替代價額，向假扣押關係人主張權利時，關係人財產已進入破產程序，則被害人亦應在破產程序中主張其權利，不因國家對被害人求償之

⁷⁶³ BT-Drs. 18/9525, S. 52.

⁷⁶⁴ BT-Drs. 18/9525, S. 52.

⁷⁶⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 2.



協助而排除破產程序⁷⁶⁶。但依德國 2017 年新法有關假扣押效力之規定，原則上假扣押所生之擔保物權效力，是不受破產程序影響的（見上文參、二），且假扣押所保全之財產標的，不得由被害人預先再為執行，已如前述（見上文 1.），破產程序如何開始進行，與上述規定有所衝突。

因此，第 111i 條第 1 項規範一則假扣押效力之例外，只要有上述被害人權利存在⁷⁶⁷且破產程序已開啟，而假扣押保全之標的，或標的變價之所得，是有破產關聯的（*Insolvenzbeschlag*），也就是說依德國破產法第 80 條，應移轉予破產管理人處分、管理的，則其上之擔保物權消滅，保全財產回歸破產財團⁷⁶⁸。若在破產程序開啟時，已經破產撤銷等方式回歸破產財團之動產，同樣得依刑事訴訟法第 111i 條第 1 項，使刑事假扣押所生之擔保物權消滅⁷⁶⁹。要注意的是，此項消滅的只有假扣押執行所生之擔保物權，假扣押命令本身則不受影響⁷⁷⁰。

所謂被害人有權利存在，不必已取得執行名義，只要存在即可⁷⁷¹，債務人否認或有所爭論並不影響⁷⁷²。該權利必須「產自」犯罪（*aus der Tat*），範圍與舊法有關產自犯罪的解釋一致（§§111g, 111h StPO a.F.，見上文 2.）⁷⁷³。要注意的是，雖然依德國 2017 年新法，潛在的犯罪被害人請求權已不排除沒收請求權，但依修法第 111i 條第 1 項之文義，縱使被害人不對關係人主張損害，沒有向檢察官登記，或者被害人根本不明只是潛在存在，假扣押所生之擔保物權仍會在有上述被害人請求權，而破產程序已開啟，並符合第 111i 條第 1 項其他要件的情況下消滅⁷⁷⁴。被害人權利若經移轉，例如經

⁷⁶⁶ SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 2.

⁷⁶⁷ 如同被害人賠償機制之被害人定義（見上文 2.），若犯罪行為是針對整體法益，也就是國家、社會法益而為，則因沒有個別的被害人，不得適用刑事訴訟法第 111i 條之規定，但是要注意的是，在稅捐犯罪之情形，國庫仍得視為是個別被害人（見下文陸、二），vgl. BT-Drs. 18/11640, S. 86.。

⁷⁶⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 9.

⁷⁶⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 10.

⁷⁷⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 12; SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 2.

⁷⁷¹ SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 5.

⁷⁷² SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 5.

⁷⁷³ Vgl. SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 4.

⁷⁷⁴ SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 6, Burghart 因而批評修法並未考量如此運作的目的何在，為何國家需在此情況使沒收保全扣押所生之擔保權退縮，vgl. SSW-StPO/Burghart,



繼承或經保險代位而移轉，只要原始被害人權利是產自犯罪所得，依法條文義一樣會使得假扣押擔保權消滅⁷⁷⁵。被害人若同處於破產狀態，也不影響第 111i 條第 1 項之適用⁷⁷⁶。

相對地另一方面，假扣押關係人是否對假扣押爭執，與第 111i 條第 1 項的適用亦無關⁷⁷⁷。若假扣押關係人償還被害人，使被害人權利消滅，則會因新法規定排除沒收 (§73e StGB)，從而應撤銷假扣押，此時也不是第 111i 條第 1 項是否適用應考慮之問題⁷⁷⁸。

在開啟破產程序後，原則上就是依破產法之規定處理，犯罪被害人並沒有優於其他債權人之權利，破產程序由誰所開啟，並不影響第 111i 條第 1 項之適用⁷⁷⁹。因此，完全與犯罪行為無關之一般債權人，或者是僅對利得人因犯罪有慰撫金請求權者，此些不在可運用賠償機制之犯罪被害人範圍之人，也可以透過聲請開啟一個破產程序，將沒收假扣押所保全之財產納入破產財團中，進而從中使其權利實現時能獲得更充分的滿足⁷⁸⁰。依修法理由之說明，此一立法設計避免了刑事法與民事法之間的斷裂⁷⁸¹。

上述有關擔保物權之消滅，還有要注意的一個特別情況，是當保全標的定著在其他國家時，必須已開啟之破產程序依該國規定是被承認的，擔保物權才會隨之消滅，否則仍應繼續存續⁷⁸² (§111i Abs.1 S.2 StPO)。另外，若假扣押之執行因關係人供擔保而撤銷，關係人所供之保證金，提存後依法也會產生擔保物權 (§233 BGB)，該擔保物權也同樣適用第 111i 條第 1 項消滅之規定⁷⁸³ (§111i Abs.1 S.3 StPO)。

§111i Rn. 7。

⁷⁷⁵ SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 8.

⁷⁷⁶ SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 11.

⁷⁷⁷ SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 9.

⁷⁷⁸ SSW-StPO/Burghart, §111i Rn. 10.

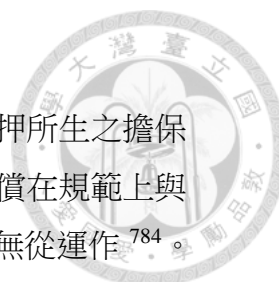
⁷⁷⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 11f, 包括依第 111i 條第 2 項由檢察官聲請開啟破產程序之情形，也有第 1 項之適用，見下文 B。

⁷⁸⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 79; BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 11.

⁷⁸¹ BT-Drs. 18/9525, S. 52.

⁷⁸² BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 14.

⁷⁸³ BT-Drs. 18/11640, S. 86.



B. 由檢察官聲請開啟破產程序

如上所述，必須破產程序已開啟，搭配上上述規定消除假扣押所生之擔保物權後，犯罪被害人才可能在扣押階段就獲得賠償，被害人受償在規範上與破產程序緊密結合，若無人開啟破產程序，上述程序機制也就無從運作⁷⁸⁴。為使所有案件類型都能順利進入破產程序使被害人受償，刑事訴訟法第 111i 條第 2 條因此規範，檢察官也有權據此理由聲請開啟破產程序。

依德國新法之設計，刑事訴訟法第 111i 條第 2 條的前提要件是有複數之被害人存在，且有複數之被害人向檢察官登記其權利，而利得人之財產不足以清償全部權利時，才會有檢察官聲請開啟破產程序之可能，若只有被害人潛在權利但皆未登記，或登記後計算上仍未達不足，則皆不適用⁷⁸⁵。

要注意的是此處聲請之性質，在德國 2017 年修法過程中有所變動，依聯邦政府之草案，檢察官原本在特定要件下，是有權「替被害人」聲請開啟破產程序，但一讀委員會審查時接納聯邦參議院與部分鑑定人之意見，把檢察官聲請開啟破產程序之權限，改訂為自己權限⁷⁸⁶。檢察官是基於沒收請求權，代表國家聲請開啟破產程序，而非有益於被害人而代表被害人，概念上與德國 2017 年新法刪除「有益於被害人之扣押」的想法一致⁷⁸⁷。

從而，檢察官是否能聲請開啟破產程序，是以國家之沒收請求權為基礎，依循破產法之要件判斷。德國破產法規範之破產程序開啟聲請要件包括必須有債權存在而對開啟破產程序有利益 (§14 InsO)，並具備開啟破產程序之原因，一般情況是債務人須對到期債務支付不能 (Zahlungsunfähigkeit; §17 InsO)，若債務人是法人則也可能是單純負債大於資產之超額負債 (Überschuldung; §19 InsO)，縱債務尚未到期亦可聲請⁷⁸⁸。

⁷⁸⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 15.

⁷⁸⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 17f.

⁷⁸⁶ BT-Drs. 18/11640, S. 86，原本依德國破產法之規定，國家以沒收債權為本，在破產程序中也是破產債權人，但順位列後 (§39 Abs.1 N.3 InsO)，因此並非適格的破產程序開啟聲請人，第 111i 條第 2 項可以說是上述規定的特別規定，創設檢察官代表國家聲請的權限

⁷⁸⁷ BT-Drs. 18/11640, S. 86f.

⁷⁸⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 19.

檢察官應在聲請時對上述要件予以釋明⁷⁸⁹。針對債權之存在，檢察官並不一定要出具沒收請求權之執行名義，只要可以釋明債權有壓倒性（überwiegend）的存在可能性即可⁷⁹⁰，但實務運作上，出示法院核發之假扣押命令或已確定之法院判決，乃至於出具起訴書作為釋明是可行的方式⁷⁹¹。針對開啟破產程序之原因，則涉及到債務人之財產狀態，就此檢察官並非一定要出示債務人所有財產明細，檢察官只要提出資料證明被害人之債權存在，而與債務人可支配與短期內可流動之支付手段相較來說，債務人已達支付不能的程度即可⁷⁹²。上述原因之證明，其實也就是保全扣押階段財務調查所要做的工作，檢察官可以例如透過提出搜索紀錄證明搜索無尋得財產，或是也可以跟一般債權人一樣，出示法院執行官所作成質押無所獲之收據⁷⁹³。修法理由就此延伸，認為由於法院執行官在假扣押執行時，在執行標的為動產時和檢察官一樣具執行權限（見上文貳、二、2.），為了能充分釋明開啟破產程序之原因，尤其是在保全扣押已間隔一段時間，相關財產調查資料已老舊的情況，應使檢察官有權將釋明的任務，委託予法院執行官⁷⁹⁴。

要注意的是，此處檢察官是有權聲請開啟破產程序，但並非義務，也沒有義務為了開啟而為財務調查⁷⁹⁵。只不過檢察官既然是「代表」國家聲請開啟破產程序，則應受法定要件之拘束⁷⁹⁶，學說上認為，在假扣押關係人財產狀況符合聲請開啟破產程序之要件的情況下，通常應認檢察官之裁量已縮減至零⁷⁹⁷。相對地，如果依破產法之規定對債務人財產無法開啟破產程序，例如債務人財產少到連破產程序費用都不足支應（§26 InsO），或是債務人其實在國外有資產，只是檢察官暫時還無從保全，抑或是現存之證據資料還不足以釋明（§294 Abs.2 ZPO），則依第 111i 條第 2 項第 2 句，檢察官

⁷⁸⁹ BT-Drs. 18/11640, S. 86; BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 19.

⁷⁹⁰ BT-Drs. 18/11640, S. 86.

⁷⁹¹ BT-Drs. 18/11640, S. 86; BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 20.

⁷⁹² BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 21.

⁷⁹³ BT-Drs. 18/11640, S. 86; BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 21.

⁷⁹⁴ BT-Drs. 18/11640, S. 86f.

⁷⁹⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 21.

⁷⁹⁶ BT-Drs. 18/11640, S. 87.

⁷⁹⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 16.

可以不為破產之聲請⁷⁹⁸。

至於檢察官應何時為破產開啟之聲請，則繫諸於檢察官之裁量，應視檢察官所掌握之證據資料，是否已得判斷符合聲請破產之要件⁷⁹⁹。由於必須被害人向檢察官登記其權利後，才可能由檢察官聲請開啟破產，而依第 1111 條之規定（見上文一），是沒收保全之假扣押已執行後，才會通知被害人，被害人才有進而向檢察官登記其權利的可能，因此在實務上，可能要到偵查終結起訴後，才可能確認被害人的存在及權利如何，進而由檢察官為破產之聲請⁸⁰⁰。從通知被害人時起，及至宣告沒收之判決確定後，檢察官都可能為破產之聲請，檢察官應在執行程序中，抉擇是為破產開啟之聲請，或是直接在執行程序將保全財產分配給付予被害人⁸⁰¹。

開啟破產程序之聲請，由破產法院（Insolvenzgericht）負責審查，破產法院審查時不受檢察官意見之拘束⁸⁰²。依破產法之規定，檢察官在破產程序開啟前或破產聲請被駁回確定前，亦得撤回破產程序開啟之聲請（§13 Abs. 2 InsO），所以檢察官在為破產程序聲請後，若例如發現利得人之其他財產後予以保全，或是檢察官因追訴無實益，而限制追訴範圍，致使犯罪被害人之範圍縮減（§§154, 154a StPO），進而認定利得人財產已無不足清償之情事，得在上開時期內撤回破產程序開啟之聲請⁸⁰³。否則破產程序開啟之合法性判斷，是以聲請時為準，不會因嗣後之情事變更而變成應予駁回⁸⁰⁴。

針對開啟破產程序之聲請本身，假扣押債務人並無權爭執，但依破產法之規定，若由債權人聲請開啟破產，破產法院應予債務人聽審之機會（§14 Abs. 2 InsO）⁸⁰⁵。若債務人對法院作成准予開啟破產之裁定不服者，依破產

⁷⁹⁸ BT-Drs. 18/11640, S. 87; BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 22，修法理由同時認為在證據不足以釋明的情況，檢察官可以在沒收宣告之判決作成後，再為破產程序開啟之聲請。

⁷⁹⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 23.

⁸⁰⁰ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 23.

⁸⁰¹ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 24.

⁸⁰² BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 25.

⁸⁰³ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 29.

⁸⁰⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 29.

⁸⁰⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 34.



法亦得抗告 (§34 Abs.2 InsO)⁸⁰⁶。但債務人若透過上述機會提出異議，只針對本案有無犯罪嫌疑之事爭執的話，學說上認為，在假扣押仍存續或本案已起訴，甚至於已作成確定判決的情況，是沒有什麼爭執空間的⁸⁰⁷。

若破產法院裁定開啟破產程序，則效力方面接回刑事訴訟法第 111i 條第 1 項，假扣押保全所生之擔保權利消滅⁸⁰⁸。破產程序則一樣依破產法進行，檢察官只是幫忙開啟破產程序，被害人必須自己作為破產債權人，向破產管理人登記其權利 (§174 InsO)⁸⁰⁹。要注意的是，國家自己之沒收請求權在破產程序是屬列後清償之債權，因此不會有國家沒收請求權與被害人請求權衝突之情事發生⁸¹⁰。

為使被害人得以行使其權利，除了依破產法，破產法院本來就應對知道其住居所之債權人，在這裡也就是犯罪被害人，送達准予開啟破產程序之裁定 (§30 Abs.2, §8 Abs.2 InsO)，檢察官在對被害人為保全扣押之通知時，也應記載若未來開啟破產程序，被害人須向破產法院為債權登記等事宜 (§111i Abs.3 S.2 StPO)⁸¹¹。

若破產法院裁定開啟破產程序，嗣後替代價額之沒收請求權，經程序確認不存在，包括本案經檢察官處分不起訴 (§170 Abs. 2 StPO)、起訴經起訴審查駁回，或是被告經判決無罪，則檢察官應撤回原先之破產程序聲請⁸¹²。

若經破產程序分配後，債務人財產仍有剩餘，原本依破產法之規定，破

⁸⁰⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 34.

⁸⁰⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 35.

⁸⁰⁸ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 26，由此可以發現，第 111i 條第 1 項與第 2 項並不是互斥的兩種情形。德國 2017 年修法過程中，原本聯邦政府之草案中第 111i 條第 1 項，是規範有「一個」被害人權利存在且破產程序已開啟，會有擔保權利消滅的效果，一讀委員會審查時，為了避免「一個」被害人的敘述，與第 2 項「多個」被害人相比，會被誤認為兩項情形相互排斥，因此在第 1 項的文字中加上「至少」一個兩字，vgl. BT-Drs. 18/11640, S. 85f.。

⁸⁰⁹ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 26.

⁸¹⁰ BT-Drs. 18/11640, S. 87，除了沒收外，依德國破產法第 39 條，國家有制裁性質的請求權，包括罰金、罰鍰、怠金 (Zwangsgeld) 等等，在破產程序的分配中，都是分配列後的債權，畢竟所謂制裁效果只是為了針對債務人，不應該因此而減損破產債權人所得分配的範圍，vgl. MK-InsO/Ehricke, §39 Rn. 22f.

⁸¹¹ BT-Drs. 18/11640, S. 87.

⁸¹² BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 28.

產管理人應發還予破產債務人 (§199 InsO)，然而在本處討論之情形，為避免破產債務人因而得以取回其犯罪利得，第 111i 條第 3 項規定，此時在沒收保全之假扣押的額度內，檢察官對債務人之發還請求權有擔保物權 (§111i Abs.3 S.1)⁸¹³，等於是依第 111i 條第 1 項、第 2 項消滅的效果又起死回生。在擔保的範圍內，破產管理人應將破產財團的財產，發還予檢察官 (§111i Abs.3 S.2)⁸¹⁴。

若破產法院裁定不受理或無理由駁回開啟破產程序之聲請，則被害人之賠償，只能回歸依刑事訴訟法第 459m 條之機制為之⁸¹⁵。此時依法院收費法 (Gerichtskostengesetz; GKG)，應由破產聲請人負擔破產聲請程序之費用，由於如上述，依德國 2017 年新法檢察官是基於國家請求權聲請開啟破產程序，因此不會有由被害人負責程序費用之問題⁸¹⁶。

綜上所述，德國刑事訴訟法第 111i 條新法，給予檢察官得以在「不足情況」，將相關分配事宜交由破產程序處理之機會。檢察官必須衡量，是否適宜將沒收保全扣押保全之財產，交由破產程序分配，開啟破產程序之可能性又如何，而同樣依照司法輔助官法 (§31 Abs.1 Nr. 2 RPflG)，此業務可以移轉予司法輔助官進行⁸¹⁷。

⁸¹³ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 31.

⁸¹⁴ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 31.

⁸¹⁵ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 27.

⁸¹⁶ BT-Drs. 18/11640, S. 87f.，原本聯邦政府草案中，第 111i 條第 3 項由國庫負擔被害人所應負之聲請費用的規定，因而在最終修法版本內刪除。

⁸¹⁷ BeckOK-StPO/Huber, §111i Rn. 32.



陸、與行政法領域之整合

如前所述，沒收保全扣押所涉及的跨領域整合問題，其實相當複雜（見上文第二章、壹、五），其中與民事法之間的整合，主要就表現在上述的被害人賠償機制。本文以下挑出的，是兩個有關行政法的整合問題，兩者切入點不同，但都影響沒收保全扣押實務甚深。

一、秩序違反罰法與刑事沒收保全

如前所述，秩序違反罰法上也有沒收之規範，但利得剝奪之效果主要是以加計在罰鍰的方式為之（見上文第二章、壹、二）。但基於實體法上的沒收規定，德國學說、實務一致認為得透過秩序違反罰法一般性準用刑事法之規定（§46 Abs. 1 OWiG），將德國刑事訴訟法第 111b 條以下之規定，準用於秩序違反事件⁸¹⁸。但就此僅限於秩序違反事件亦是宣告沒收之情形，若是將利得加計在罰鍰，德國法僅針對裁罰法人之罰鍰，有特別規定在行政機關作成罰鍰決定時，就得適用刑事訴訟法有關罰金保全之規定（§30 Abs.6 OWiG i.V.m. §111e StPO）。否則依刑事訴訟法原本之規範，因罰鍰判決（Bußgeldbescheid）不該當所謂的判決，無法準用刑事訴訟法罰金保全之規定⁸¹⁹，必須是由法院經裁判作出罰鍰決定者，才能準用刑事訴訟法之保全規定⁸²⁰。

此外，雖然程序進行上有上述發動保全的可能，但德國法下刑事罰與秩序罰之競合，以及兩者所生的沒收包括利得剝奪效果的衝突，還需要進一步釐清。首先，在實體法上，德國法明文沒有疑義的，就是刑事罰會優先於秩序罰適用（§21 Abs.1 OWiG），因為秩序違反（Ordnungswidrig）之不法內涵

⁸¹⁸ KK-StPO/*Spillecke*, §111b Rn. 2, §111d Rn. 2f.; LR-StPO/*Johann*, Vor§§111b ff. Rn. 12; SK-StPO/*Rogall*, Vor§§111b ff. Rn. 35.

⁸¹⁹ KK-OWiG/*Rogall*, §30 Rn. 253; KK-StPO/*Spillecke*, §111d Rn. 5; LR-StPO/*Johann*, §111d Rn. 12.

⁸²⁰ KK-StPO/*Spillecke*, §111d Rn. 3, 5.

相較於刑事不法之不法內涵更為退位，秩序罰相對於刑罰有備位性⁸²¹。此競合的結果是以實體法上之行為數為基準，若在單一犯罪行為之概念，即行為為單數下⁸²²，行為人同時觸犯刑事罰與行政罰，僅處以刑事之刑罰。相對在同一程序之同一案件裡面，行為人可能同時為數個犯罪行為，即行為為複數之情況，可能有些犯罪行為涉及上述競合而刑事罰優先，有些犯罪行為則無，僅得以處以秩序罰，兩者可以並存在同一程序之中並不衝突，無競合之問題⁸²³。

基於上述原則之確立，德國法為了處理刑事罰與秩序罰間之從屬關係，程序法上管轄之事務分配與我國不同。德國法之罰鍰事件，或稱秩序違反罰事件，原則上固然還是依照地域、事務性質，由各行政機關依其專業去追訴調查並裁罰 (§§35ff. OWiG)。但在系爭秩序違反行為同時可能涉及刑罰時，行政機關就必須移送至檢察單位，由檢察官負責追訴工作 (§§35 Abs.1, 40, 41 Abs.1 OWiG)。即使行政機關已經做成了罰鍰裁決 (Bußgeldbescheid)，也不會解除此移送之義務，檢察官在罰鍰裁決已確定後，依法本就仍可針對該行為涉犯刑事不法一事予以追訴 (§84 OWiG)。當案件經檢察官偵查，則自然可適用刑事法之相關規定，若檢察官在調查之後發現案件並無刑事不法，那麼檢察官即應將案件移送回有管轄權之行政機關 (§43 OWiG)⁸²⁴。亦即，行政機關與檢察官互負移送之「義務」，因而區隔兩者之間的管轄權。當然，檢察官基於其偵查犯罪的法定義務 (§§152 Abs.2, 161 StPO)，本就可發動偵查，當檢察官因認有刑事不法之存在已經開啟偵查程序，就同一行為行政機關就不再具管轄權⁸²⁵。

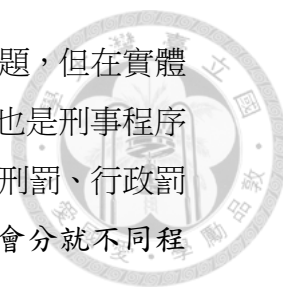
⁸²¹ KK-OWiG/Mitsch, §21 Rn. 1

⁸²² 至於何謂行為單數，德國秩序違反法基本是比照刑法做規範 (§§19ff. OWiG i.V.m. §§52ff. StGB)，分為自然之行為單一 (natürliche Handlungseinheit) 與法律上之行為單一 (rechtliche Handlungseinheit)，KK-OWiG/Mitsch, §19 Rn. 1ff.

⁸²³ KK-OWiG/Mitsch, §21 Rn. 2ff.

⁸²⁴ KK-OWiG/Lampe, §40 Rn. 18

⁸²⁵ Vgl. KK-OWiG/Lampe, §40 Rn. 2ff.; §41 Rn. 1ff.; Wieser, Bußgeldverfahrens, S.101ff.。要注意的是，這裡說的是實體法的上一行為同時涉及刑罰與秩序違反罰的情形，如果是實體法的數行為，分別涉及刑罰與秩序違反罰，檢察官是得基於追訴刑事犯罪合目的性之出發點，將與該刑事不法行為有牽連性之秩序違反行為予以承接 (Übernahme; §42 OWiG)，這就只是檢察官之職權而非義務，只在一併處理會加速程序之進行，或有其他事物關聯或原因時方得為之，vgl. KK-OWiG/Lampe, §42 Rn. 1ff.。檢察官後來將上述



因此，雖然刑事罰與秩序罰，都可能有沒收及其保全之問題，但在實體法上一行為同時涉及刑罰、行政罰的情形，程序法上依德國法也是刑事程序優先，由檢察官取得統一的管轄權。因此，在我國說來話長的刑罰、行政罰競合問題，在德國法下說來相當簡單，就是不會多頭馬車，不會分就不同程序進行而同時出現兩個規範目的重疊的不同執行名義。

總結而言，若一個秩序違反事件，毫無刑事法的關聯而由行政機關管轄，行政機關可透過秩序違反罰法的準用規定，準用刑事訴訟法第 111b 條以下發動保全扣押，此時裁處罰鍰之機關地位等同刑事訴訟法中的檢察官⁸²⁶。但若同一秩序違反行為可能同時該當刑罰，在規範目的重疊的範圍內，程序上在德國法會循刑事程序進行，由檢察官管轄，相關保全因而直接適用刑事訴訟法。

二、租稅通則與刑事沒收保全

在經濟刑法的案例當中，犯罪行為人常常就是或同時是逃漏稅捐罪之行為人，因此稅法與刑事法之間的交錯，也是重要的議題。其中被德國學說特定出來的一個問題是犯罪被害人是稅捐國庫之情形，例如逃漏稅捐罪的案例中，稅捐國庫因行為人犯罪而短收稅捐，所受損害與行為人的犯罪利得間有直接性，則亦可能適用被害人賠償機制，屬於刑事沒收保全扣押要協助的對

相牽連案件起訴，則勢必得使法院一併取得管轄權，因此德國法也明文了此法院之管轄權（§45 OWiG），且依照德國通說，法院不得再以分離程序之方式，分離與刑事不法行為有關聯性之違反秩序行為，KK-OWiG/Lampe, §45 Rn. 3，法院在審判時，程序規定有與刑事程序意義不一致的情形，依法適用秩序違反罰之相關規定（§83 Abs.1 OWiG），KK-OWiG/Lampe, §45 Rn. 6。綜合上述，在實體法上數行為為單一生活歷程（*einheitlichen Lebensvorgang*）時，常會成為程序法上的一行為而在同一程序中處理，例如酒醉駕車後又闖紅燈，前後實體法上可能為數行為，酒醉駕車之行為由於除了行政罰外還涉及刑罰，因有刑事法關連，在德國法下行政機關應移送至檢察單位，檢察單位開始偵查後，行政機關就不具管轄權，同時就相牽連的闖紅燈行為，檢察官得一併予以承接處理。

⁸²⁶ KK-StPO/Spillecke, §111d Rn. 2; HK-OWiG/Louis, §25 Rn. 8, §29a Rn. 49, §30 Rn.9; Podolsky/Brenner, S. 221ff.

象，尤其是依 2017 年前舊法，基於償還協助之規定，沒收保全扣押可能是有益於被害人之扣押 (§111b Abs.5 StPO a.F.)。然而此時被害人是國家，依德國租稅通則第 324 條，為保全稅捐金錢債權之執行，有權核課稅捐之機關亦得發動（稅捐）假扣押（Steuerarrest），此時即發生稅捐假扣押與沒收保全扣押競合的問題，引起德國學說、實務討論。

就此問題德國學說、實務過去多數說認為，沒收保全扣押與稅捐假扣押之間兩者自由競合，並沒有何者優先⁸²⁷。但一方面由於稅捐假扣押之要件較為嚴苛，須明確確信有稅捐債權存在才能發動，在犯罪事實狀態尚未明確之時，沒收保全扣押得補足稅捐假扣押保全之不足⁸²⁸。不過在作成沒收保全扣押時，基於保全必要性之要件要求，若稅捐機關可能作成或者已經作成稅捐假扣押，則沒收保全扣押應考慮不予為之⁸²⁹，就此德國學說強調的是，負責刑事程序之檢察官，與負責稅捐程序之財政機關，各自在其程序當中是主導者，從而得分別運用個別處分⁸³⁰。

關於沒收保全扣押與稅捐假扣押之競合關係，德國刑事訴訟法 2017 年修法於新法第 111e 條第 6 項，明文仍採自由競合說，不會因稅捐假扣押之發動可能性，影響刑事沒收保全扣押之發動⁸³¹。依修法理由之明示，應是採納上述德國學說在舊法時期之多數見解，認為刑事沒收保全扣押可以補足稅捐假扣押之保全不足⁸³²。學說則基於新法規定一樣有認為，若稅捐機關已作成稅捐假扣押，則刑事沒收保全扣押應考量保全必要性可能並不具備而不為之⁸³³。

由於新法沿用舊法時代多數說的解釋，過去規範狀態並無實質變動，不同的是德國 2017 年新法進一步處理扣押效力的問題。依德國刑事訴訟法新

⁸²⁷ KK-StPO/*Spillecke*, §111d Rn. 6.

⁸²⁸ KK-StPO/*Spillecke*, §111d Rn. 6; Meyer-Goßner/*Schmitt*, §111b Rn. 13.

⁸²⁹ KK-StPO/*Spillecke*, §111d Rn. 6; SK-StPO/*Rogall*, §111b Rn. 37.

⁸³⁰ *Gercke*, wistra, 2014, 55, 56，此處 *Gercke* 係就 *Madauß*, Vermögensabschöpfung im Steuerstrafverfahren, Verhältnis von StPO-Arrest und AO-Arrest, Ein Diskussionsbeitrag aus der Sicht der Praxis, NZWiSt 2013, 128 此篇文章發表評論，提及 *Madauß* 之見解及德國學說之多數說。

⁸³¹ BeckOK-StPO/*Huber*, §111e Rn. 17

⁸³² BT-Drs. 18/9525, S. 77f.

⁸³³ BeckOK-StPO/*Huber*, §111e Rn. 17

法，刑事追訴機關作成保全沒收之假扣押，本來保全替代價額之假扣押執行後保全之標的，有禁止再予執行的效果 (§111h Abs.2 S.1)，已如上述 (見上文伍、三、1.)，但若是稅捐機關作成稅捐假扣押，欲就刑事保全扣押的保全標的執行，依德國 2017 年新法，此種國庫作為被害人的情形為例外，稅捐假扣押仍可就該些標的為執行 (§111h Abs.2 S.2)，但順序列後⁸³⁴，形成雙重扣押。就此意味著稅捐機關作為被害人與其他一般犯罪被害人不同，可以在刑事程序終結之前，便實現其權利，不會受到刑事沒收保全扣押之妨礙。

德國 2017 年新法之所以如此規範，概念很簡單，因為會發生稅捐假扣押之情形，稅捐國庫就是唯一的被害人，不會有需要與其他被害人分配之情形發生，故程序上不需要保留犯罪所得供未知被害人分配。另外稅捐機關自己作為被害人，本就有公權力可以發動假扣押或以下命處分之方式實現其權利，不需要借助被害人賠償機制，故刑事沒收保全扣押，只需要搭配補足，協助稅捐機關第一線保全財產即可以，依德國新法若循稅捐程序國家已得追回財產，則不需要輾轉再由刑事機關保全扣押並進入被害人賠償機制後才能填補。由此推論相對地，若稅捐假扣押是基於其他稅捐請求權作成，與刑事犯罪無關者，則沒有上述例外規範之適用，一樣受刑事沒收保全扣押執行禁止的限制⁸³⁵。

綜上所述，依德國法的設計，是保留刑事假扣押與稅捐假扣押共存的空間，只是視兩者之要件不同，可以相互調和，刑事保全扣押也可能因稅捐假扣押的存在而退讓，不再重複造成程序耗費。要注意的是，行政機關基於其他請求權，以行政處分作成返還裁決 (Rückforderungsbescheide) 要求人民返還債權時，雖然和稅捐債權相當相似，應不妨礙刑事沒收保全扣押之作成⁸³⁶，稅捐假扣押毋寧是一種規範上之例外。

⁸³⁴ SSW-StPO/Burghart, §111h Rn. 7.

⁸³⁵ SSW-StPO/Burghart, §111h Rn. 7.

⁸³⁶ BeckOK-StPO/Huber, §111e Rn. 18



第四章 我國沒收保全扣押新法檢討

以前兩章德國法之介紹為基礎，回到我國法，本文將以我國 2016 年 6 月修正公布之刑事訴訟法新法為主要之檢討對象。該次修法針對程序法中有關沒收保全扣押之部分，在我國舊法扣押的既有架構下，仿德國法增訂相關規定。但如同本文一再提及的，此次修正相較於德國法之法律密度，僅是簡明版之立法，雖然抓住了德國法之精神，但在細節運作上，我國新修法並無法直接在文字上，完全地指引行政、司法之適用方向。本文希望透過以下之檢討，在充分理解我國法與德國法立法差異之前提下，充實我國扣押新法內涵，作為未來司法、行政機關適用，乃至於立法機關進一步修法之參考。

以下將以上文第二章、壹中，所抓出的德國法沒收保全扣押之五大軸線，作為檢討我國現行法之依據，共分五大部分，從我國法仿德國法新增保全追徵扣押之檢討開始（下文壹），概觀我國沒收新制程序法保全扣押的部分，再檢討保全扣押與實體沒收請求權設計之間的搭配（下文貳），從而進入沒收與被害人求償的衝突中，扣押扮演的定位與角色（下文參）。有上述理解後，本文才順著時序，從命令程序到執行程序一步步檢討我國目前程序法適用上的疑問（下文肆），並指出未同步修正的跨領域整合問題（下文伍）。以上五大部分與介紹德國法時所區分的五大軸線可相對照，本文除了進行抽象法規上之檢討，也將針對我國司法、行政機關之適用，舉幾則例證。

但沒收保全扣押法制的本土問題，不以上述五大軸線為限，還有許多陳年未解的固有問題，在扣押法制運作時特別會浮現出來，其中基於沒收保全扣押的複雜性，有許多細節值得進一步考慮、深論。本文因篇幅有限，僅能在補足本文結論完整性的限度內，簡單提出兩個論理方面的議題討論（下文陸），其他扣押法制的相關議題，還有待進一步提出與研究。



壹、保全追徵扣押之增訂

一、增訂保全追徵扣押之實務意義

相應於德國刑事訴訟法扣押、假扣押之區分（見上文第二章、壹、一：第一軸線），我國刑事訴訟法新法亦在原本的扣押規範外，新增保全追徵之扣押（刑訴§133 II）的規定，與原本的扣押規範相互區隔對照。因此，本文研究題目所謂「沒收之保全扣押」，我國法上現在有兩種可能性，除了原本「……得沒收之物，得扣押之」第1項之規定外，第2項「為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產」，亦是沒收保全扣押之型態。針對上述兩項不同之扣押型態，學說上有稱第1項為「保全沒收之扣押」，第2項為「保全追徵之扣押」者，定性兩者相互區別之性質¹。

該項新增之原因如立法理由²所示：「一〇四年十二月三十日修正公布，定於一〇五年七月一日施行之刑法（下稱新刑法）第三十八條第四項及第三十八條之一第三項新增沒收不能或不宜執行時，應追徵其價額之規定，為預防犯罪嫌疑人、被告或第三人脫產規避追徵之執行，必要時應扣押其財產。原條文第一項之扣押，其標的除得為證據之物外，僅限於得沒收之特定物，顯與為達保全追徵目的，而對沒收物所有人一般財產所為扣押不同。基於強制處分應符合法律保留原則之考量，自有新增以保全追徵為目的之扣押規定之必要。爰配合增訂本條第二項」。從上可得知，該項之新增主要係為回應刑事訴訟法第133條於舊法時代僅有第1項規定時，所謂「…得沒收之物，得扣押之」是否包括「保全追徵」之扣押之問題。

換言之，依立法理由之理解，刑事訴訟法第133條第1項扣押之法律授權基礎，並不包括為保全沒收之替代手段而發動扣押³。舊法時代沒收之替代手段分別有追徵、追繳、抵償三者，彼此之間概念紊亂，2015年12月實

¹ 林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，頁615。

² 刑事訴訟法第133條2016年6月修法理由二。

³ 同採修法前之否定說者，請見，王士帆，〈犯罪所得沒收與追徵之保全扣押——談立法定位〉，《月旦裁判時報》，48期，2016年6月，頁63-74，頁72。

體法修法時，將之統一為「追徵」（刑法§§38 IV, 38-1 III），程序法在實體法作上述修正後，進而也針對保全未來追徵之扣押，增訂第 133 條第 2 項之授權基礎以符合法律保留原則。事實上不論是修法前修法後，都有犯罪物沒收或利得沒收全部或一部不能或不宜為之，需以替代手段代替沒收的問題。舊法時代由於欠缺法律基礎，在終局應予追徵的情況仍以「保全沒收」之名義扣押相關財產，新法明確增訂保全追徵之扣押後，了結了違反法律保留原則之疑慮，值得肯定⁴。

上述保全追徵扣押之增訂，若與德國法相互對照，可以理解為修法後刑事訴訟法第 133 條第 1 項對應的就是德國法下保全沒收原物之扣押（§111b StPO），第 2 項則是對應到保全沒收替代價額之假扣押（§111e StPO）。然而，既然第 133 條第 1 項文字上未作任何修正，過去僅有第 133 條第 1 項之扣押類型時，「可不可以這樣扣押」的各種解釋爭議，仍會原封不動地保留下來，需要在增訂了第 2 項之扣押類型後，進一步透過適當的解釋論與實務運作予以調和。

首先，針對「可不可以這樣扣押」的問題，舊法時代實務上最典型會存疑之例子，即是對銀行帳戶之扣押。一來銀行帳戶裡的錢並非有體物，而是帳戶所有人對銀行有消費寄託之債權，舊法時代即有是否該當於刑事訴訟法第 133 條之扣押客體「物」的疑問。二來除非系爭犯罪之原始犯罪工具即與銀行帳戶有關，例如利用人頭帳戶詐騙之情形，否則扣押關係人所管領之銀行帳戶，常是不單純只為犯罪所用，縱使該帳戶裡確實曾存入犯罪利得之金額，該金額往往混同了其他合法取得之金錢所存入之款項⁵，得否扣押該些款項亦生疑義。

⁴ 因而雖然修法並未更動刑事訴訟法第 133 條第 1 項之文字，「得沒收」是否包括「得追徵」，在條文文字上仍可能得到肯定的答案，但在立法理由之詮釋下，我國法目前規範之沒收保全扣押，已明確區隔為「保全沒收」與「保全追徵」兩類，第 1 項之保全沒收扣押沒有必要再解釋為包含第 2 項之保全追徵扣押，學說、實務之理解也大致為此。文獻上就立法過程之說明如，陳文貴，〈刑事訴訟法增訂保全扣押相關條文立法過程與簡釋〉，《司法周刊》，1805 期（別冊），2016 年 7 月 1 日，頁 20-38，頁 22，該文作者當時擔任司法院刑事廳調辦法官，該文之介紹是研究刑事訴訟法 2016 年 6 月修法中保全扣押部分，相當有指標性的參考資料。

⁵ 有關金錢利得之混同問題，請見，林鈺雄，〈金錢利得及其替代價額之沒收—評 104 年度台上字第 1500 號判決（追徵、抵償）〉，《月旦裁判時報》，41 期，2015 年 11 月，頁 28-39，頁 35。

但扣押銀行帳戶裡的錢，是實務上保全財產最明白了當也方便的方式，且扣押帳戶往往有相當之扣押必要，否則一經轉帳即可輕易地脫產，甚至洗錢至海外。基於實務上保全的需求，從舊法時代開始，我國司法實務在上述問題尚未釐清的情況下，就直接援引刑事訴訟法第 133 條第 1 項作為基礎⁶，凍結關係人之帳戶。而上開爭議在沒收新法通過後，並未獲直接之解決，修法理由卻逕自認為：「得沒收之物，其範圍係依實體法之規定，權利自亦包括在內⁷」，並據以增訂刑事訴訟法第 133 條第 5 項扣押物是債權時之執行方式⁸（見下文四），固然開出了一道體系解釋的方法，但第 133 條第 1 項未作修正，仍保留了語意不清之處⁹，且上述扣押銀行帳戶會有混同的問題仍然存在。

解決上開問題最好的方式，是善用保全追徵之扣押。在犯罪利得是金錢的情況，除非犯罪被發現當時，犯罪利得原物之金錢仍原封不動的存在，例如賄賂罪之行為人為避免追緝，而將收受之賄款鈔票藏在家裡，被查獲時才可能直接扣押未來並直接沒收，否則金錢利得若是現金，放進錢包裡就與其他金錢混同，再從錢包裡拿出錢來一次次消費後，原本犯罪所得之現金與錢包裡現金的對應性就模糊了，將金錢利得存入或匯入銀行帳戶裡與其他款項混同，亦會發生一樣的情形，銀行帳戶之數額與犯罪利得之對應性未必能夠建立。在上述混同情況，犯罪利得之數額仍是可以計算的，將這種混同的情形定義為不能沒收原物、應予追徵的情形，直接就計算之數額予以追徵，進

⁶ 代表性裁判為最高法院 103 年度台抗字第 720 號裁定：「……刑事訴法第一百三十三條所稱扣押者，係保全可得為證據或得沒收之物，而對物之暫時占有或對權利禁止變動之強制處分，解釋上除物以外，權利亦包括之，故凍結帳戶使受處分人對存款禁止提領亦屬之……」，明確肯認了第 133 條第 1 項包括對銀行帳戶，亦即對債權之扣押。

⁷ 請見刑事訴訟法第 133 條 2016 年 6 月修法理由五。

⁸ 陳文貴，註 4 文，頁 26，並認為刑事訴訟法第 133 條第 5 項係將最高法院 103 年度台抗字第 720 號裁定之見解明文化。然而依本文的理解，第 133 條第 5 項應是執行層次的規定，與第 133 條第 1 項是否得發動扣押命令之層次不同（見下文四），第 5 項針對債權之規定應僅是間接地補充了第 1 項之不明。

⁹ 同此質疑，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，頁 1493-1529，頁 1498。與德國法比較，德國刑事訴訟法第 111b 條規範保全沒收原物之扣押之客體時，用語上就是使用比較中性之「標的（Gegenstand）」（見上文第二章、壹、一），我國刑事訴訟法第 133 條第 2 項新增之保全追徵扣押，客體則是規範為「財產」。相較於第 133 條第 1 項之「物」，使用「標的」、「財產」語意上涵括債權皆較不會有爭議，本次修法未一併修正第 133 條第 1 項較為可惜。

而為保全此未來追徵亦得預先扣押，是制度上較合理也簡便的做法。雖然結果論而言，為保全追徵之扣押後，可能經執行結果還是轉而扣押同樣的銀行帳戶來擔保未來之追徵債權，但這才是合乎金錢利得混同特性的運作模式。

除了上述金錢利得會有混同的情況外，還有一個需要善用保全追徵之扣押的情形，是犯罪利得無法指涉到特定的財產，而是計算上之盈餘、進帳的情況。例如大統混油案中，販賣混油之不法利得，並非大統公司之任何特定財產，甚至也難以拆解哪一天的哪一筆進帳就是大統公司之販油利得，我們只能事後以大統公司相關油品定價以及售出數量，去估算大統公司之犯罪利得。許多大型的經濟犯罪，利得型態都可能如此複雜，在此情況下，沒收自始至終就不可能以沒收原物的方式為之，一定是以替代手段追徵，則保全時就只能發動保全追徵之扣押。

以上金錢利得混同、利得是盈餘而無法特定的情況，幾乎就是在新法希望擴展利得沒收適用範圍的目標下，實務上利得沒收大部分案例所會有的情況，據此，保全追徵之扣押的增訂可說有相當高的實務意義。從而，如同介紹德國法時所提及的，雖然在邏輯上保全沒收原物之扣押是原則，未來沒收不能或不宜為之時，才會發動保全沒收替代價額之假扣押，但實務運作的結果是假扣押之數量多出扣押許多（見上文第二章、壹、一）。邏輯上原則與例外的關係，本來就與數量並無絕對的關係，只是審查上之先後順序而已，我國增訂了保全追徵之扣押後，完備了沒收替代手段之追徵的程序配套，使得法體系更加明確、完備，是值得肯定的立法例。

二、刑事訴訟法第 133 條第 2 項之條文設計

保全追徵之扣押縱然在實務上有上述重要性，可惜的是，我國 2017 年沒收新法增訂時，刑事訴訟法第 133 條第 2 項保全追徵扣押之要件設計，未能來得及作出較細緻之規定。不過相較於該條第 1 項之保全沒收扣押仍保留簡略的「得沒收之物，得扣押之」規定，第 2 項新增的保全追徵之扣押，當然要件相對還是明確。

首先，刑事訴訟法第 133 條第 2 項之扣押，表明目的是「為保全追徵」，再來與第 1 項保全沒收之扣押相比，第 2 項之要件語意上更為謹慎，強調「必要時」方能扣押。扣押的對象是「犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產」，一方面相應於實體法增訂第三人沒收（見下文二），明示犯罪嫌疑人、被告以外之第三人，亦得為財產被干預之對象，另一方面扣押的客體規定為「財產」，比起第 1 項所稱之「物」，更不會有無體物是否該當之爭議（見上文一）。此外在上述要件的基礎上，保全追徵之扣押，法條更規定扣押應「酌量」為之，這可說是與第 1 項之間最大的區別。

1. 特別法的普通法化

事實上，刑事訴訟法第 133 條第 2 項「必要時得酌量扣押財產」之立法例，並非此次沒收新制修法之神來一筆，而是早就出現在我國特別刑法之沒收條款。洗錢防制法、貪污治罪條例在 1996 年修正其沒收規定時，增訂沒收保全扣押時即是採取類似之文字¹⁰。2014 年起因接連的食安風暴，犯罪利得沒收獲得重視，我國立法機關著手修正特別刑法之沒收條款，增訂其中的保全扣押之規定時，包括食品安全衛生管理法¹¹、水污染防治法¹²、藥事法¹³等特別法新修正之沒收條款中，亦出現文字如出一轍之規定。

¹⁰ 洗錢防制法 1996 年 10 月 3 日修正增訂第 12 條第 2 項：「為保全前項財物或財產上利益之追徵或財產之抵償，必要時得酌量扣押其財產」；貪污治罪條例同年月日修正增訂第 10 條第 3 項：「為保全前二項財物之追繳、價額之追徵或財產之抵償，必要時得酌量扣押其財產」。

¹¹ 食品安全衛生管理法 2014 年 1 月 28 日修正增訂第 49-1 條第 2 項：「為保全前項財物或財產上利益之追徵或財產上之抵償，必要時，得酌量扣押其財產」，立法理由即言明係「參考貪污治罪條例第十條第四項、洗錢防制法第十四條第二項規定」。同年 11 月 8 日該法第 49-1 條第 2 項再修正為：「為保全前項財物或財產上利益之沒收，其價額之追徵或財產之抵償，必要時，得酌量扣押其財產」，略作文字修正，增加「其價額」之用語。

¹² 水污染防治法 2015 年 1 月 22 日修正增訂第 39 條第 3 項，文字與食品安全衛生管理法 2014 年 11 月 8 日修正之第 49-1 條第 2 項完全相同。

¹³ 藥事法 2015 年 12 月 2 日修正第 88 條第 3 項，文字與食品安全衛生管理法 2014 年 11 月 8 日修正之第 49-1 條第 2 項完全相同。依該條當時修正之修法理由二，該項新增之原因係「為確保不當利得沒入或追繳處分之實效，於第三項明定主管機關為沒入或追繳處分前，得依法扣留或向法院聲請假扣押或假處分，並免提供擔保之規定」，已經有意識到刑事沒收保全扣押與行政法上沒收的整合（見下文伍）。

然而 2015 年 12 月、2016 年 6 月之沒收新制修法，立法機關決定翻轉過去特別法為重之「分散式」沒收立法例，改為與德國法相同，在普通刑法、刑事訴訟法規範一般性之沒收規定之「集中式」立法例（見上文第一章、參、一）。2015 年 12 月修正實體法之沒收新法時，為避免新、舊法的適用問題混亂沒收新制之推行，刑法施行法第 10-3 條第 2 項規定：「一百零五年七月一日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用」，一律讓所有特別刑法中之沒收條款在沒收新制施行後失其效力。但 2016 年 6 月修正公布程序法沒收新法時，未如同刑法於施行法規範特別法中之沒收程序法不再適用，但實體法之沒收、追徵規定於 2016 年 7 月 1 日前制定者，既然依刑法施行法在該日之後不再適用，其相關之保全扣押之程序規定應亦失所附麗¹⁴。

因此上面提及之特別刑法中之沒收規定，包括食品安全衛生管理法、水污染防治法、藥事法，皆在 2016 年 7 月沒收新制上路後失其效力，統一回歸適用普通法。而 2016 年 6 月刑事訴訟法修正公布之沒收保全扣押規定，就是將上述特別刑法中沒收保全扣押之規定帶入，將特別法普通法化，變成統一適用於所有刑事案件。嗣後，由於部分特別法仍有量身定作沒收條款之需要，立法機關又再度修法，讓部分特別法之沒收條款起死回生，例如上面提及的貪污治罪條例¹⁵、洗錢防制法¹⁶，皆已新修正了其沒收條款，然而保全追徵之扣押的部分，在刑事訴訟法已有一般性規定的情況下，我國立法者

¹⁴ 學說上就此適用仍有不同見解，例如王士帆，註 3 文，頁 73。

¹⁵ 我國有關貪瀆犯罪之刑罰雖在刑法亦有規定，但向來在法實踐上皆優先適用貪污治罪條例，沒收條款亦是如此，在沒收新制通過之前，貪瀆犯罪之沒收就是適用貪污治罪條例第 10 條，但該條舊法如上述依 2015 年 12 月增訂之刑法施行法 10-3 條，於 2016 年 7 月 1 日應失其效力。因此在 2016 年修正刑事訴訟法沒收新制時，立法者一併修正了貪污治罪條例第 10 條，並同時修正同法第 20 條，將第 10 條沒收規定之新法訂於 2016 年 7 月 1 日與普通法之沒收新制一併施行，因此貪污治罪條例第 10 條之沒收條款又再次起死回生。但程序法保全扣押的部分，依該次修法理由三：「配合刑事訴訟法關於扣押之修正，刪除原條文第四項，回歸刑事訴訟法關於保全扣押之規定」，不再於貪污治罪條例中規定。

¹⁶ 洗錢防制法在刑法、刑事訴訟法完成沒收新法之立法後，又因兆豐銀紐約分行遭美裁罰案件特別獲得重視，為健全防制洗錢之體系，於 2016 年 12 月 28 日重新修正全文，修正公布後 6 個月施行。其中洗錢防制法之沒收條款移列第 18 條，擴大了沒收範圍（見下文貳、二），但程序法保全扣押的部分，依其立法理由三：「考量一百零五年六月二十二日修正公布之刑事訴訟法關於保全扣押之一般性規定，為避免重複規定，回歸適用刑事訴訟法」，亦不再於洗錢防制法中規定。

選擇不在特別法再重複規定。從而，我國之特別法中，目前已無仍有效力的沒收保全扣押規定，所有沒收保全扣押都適用刑事訴訟法之規定。

綜上所述，雖然我國沒收保全扣押之基礎授權規定在 2016 年 6 月有所修正，新增所謂保全追徵之扣押，但事實上只是舊酒新裝，有所變革的點僅在於將特別法普通法化，了結了舊法時代保全追徵扣押僅適用於特定特別法領域之爭議，沒收保全扣押之發動在刑事訴訟中開始有其全面性。

2. 欠缺價額概念之保全追徵扣押

然而若與德國法相較，我國此次修法有一個關鍵性之差異，在於將保全追徵扣押之客體直接規範為實體被保全之財產，跳過了價額之層次。德國法下區分保全沒收原物之扣押與保全替代價額之假扣押（見上文第二章、壹、一），與實體法得相對應的，保全沒收原物之扣押的客體，就是未來可能沒收的客體，是扣押關係人所有之特定財產；保全替代價額之假扣押的客體，則是未來可能沒收之替代價額，當然要達到擔保替代價額的目的，須對關係人所有之特定財產予以執行而發生保全的效果，再以其價值擔保國家未來可能的債權，但深究其層次之分，必然是要先決定擔保的價額為多少，才有在特定財產上發生保全效果之問題。而依德國法，保全替代價額之假扣押決定的就只是擔保價額為何，實際上保全哪些財產來擔保該價額，則是假扣押執行後才會產生的結果。

(1) 超額或不足額扣押的疑慮

我國沒收新法直接規範保全追徵扣押之客體就是特定財產，扣押決定本身不涉及價額¹⁷，結果論上雖無不同，和德國法一樣扣押最後都是在關係人財產上發生保全效力，但這樣的規範模式首先就有超額或不足額扣押之疑慮。保全追徵扣押既然是擔保未來的追徵價額，則扣押的範圍，應確實涵蓋未來追徵價額的範圍，同時也不應超過，才具正當性而經得起比例原則之考

¹⁷ 法規主管機關司法院並認為檢察官聲請扣押，法院為扣押裁定時，都必須具體載明扣押的特定財產對象，不得概括記載，詳見，陳文貴，註 4 文，頁 31。

驗，價額與扣押範圍的對應性，是建立保全追徵扣押正當性很重要的基礎。

然而依我國新法保全追徵扣押要件之設計，似乎並不重視上述價額與扣押範圍的對應性。刑事訴訟法第 133 條第 2 項保全追徵扣押，相較於第 1 項多規範了僅應「酌量」扣押的限縮要件，使得扣押的範圍法官也有斟酌衡量的空間。在德國法下，未來可能被追徵之沒收替代價額多少，保全追徵之扣押的範圍就是多少，兩者應該相等，若執行時實際被保全之財產價值高於保全之價額，亦僅會在價額之範圍內發生保全之效果¹⁸。我國法在上述修正要件下，保全追徵扣押之範圍，可能小於未來追徵之價額，法官得依「酌量」的要件進一步斟酌裁量。從而，法院保全追徵扣押之範圍在現行法下，本來就和未來追徵之範圍無必然關係，法院為保全追徵扣押之時，若不明確計算並言明未來追徵範圍為何，形式上並無不可。

新法如此規定的結果，可能造成扣押不足之情形，立法目的為何，立法理由並未多加交代，只能猜想是為了避免人民財產權受到保全追徵扣押之過度侵害，新法保全追徵扣押所謂「酌量」的要件，可以說有節制法官扣押範圍的味道，但為何刑事訴訟法第 133 條第 2 項的保全追徵扣押有此需求，同條第 1 項的保全沒收扣押就沒有，又難以得知區別標準。實務運作上，法官作出保全追徵扣押範圍之裁量後，理應在扣押裁定中交代裁量該範圍之理由，論理當中亦應參酌未來追徵之價額為宜。

但必須留意的是，儘管我國立法有上述限縮，但在我國司法實務的實踐上，為求簡便，扣押實務常常還是值錢的都先扣，多多益善，從而，超額扣押的疑慮更是我國實務上常見的問題。但有部分法院，為避免對人民權利的過度侵害，仍勤勉地確認是否有超額扣押之情形，而此項作業的前提，還是要先簡單計算價額，甚至檢察官在為扣押聲請時，計算價額也是常態。從而，雖然我國立法跳過了價額的層次，對慮及人民權利保障的司法實務而言，計算價額仍然是扣押程序中必須做的工作。

【味全混油案】中，我國沒收新制通過後我國第一個出現的指標性扣押

¹⁸ 若是為了未來可能執行的沒收替代價額發動假扣押，經執行後保全關係人的不動產，而沒收的價額遠不及於不動產之價值，依德國法下假扣押的執行方法，是以抵押權的方式存在不動產上形成負擔（見上文第三章、貳、一），保全的效果不及於不動產的全部。

裁定¹⁹，可以說就完全駁斥了上述立法的出發點。該裁定准予檢察官針對味全公司未來可能沒收之混油不法利得，發動扣押保全之聲請，主要保全的實際財產是味全公司名下的不動產，但不動產價值高昂，不可能價值剛好等於味全公司的不法利得，也無從分割，為避免超額扣押，智慧財產法院遂接受檢察官對於味全公司的不法利得的計算與聲請方式²⁰，於主文宣告：「味全食品工業股份有限公司所有如附表所示之不動產，於新臺幣捌仟貳佰萬參仟貳佰玖拾玖元範圍內應予扣押」，還是將價額概念納入扣押裁定當中，可謂我國實務針對錯誤法律的正確適用²¹。

(2) 欠缺價額帶來的調查財產負擔

再來，如上所述，德國法之保全替代價額假扣押皆是足額扣押，未來可能追徵之價額多少，保全追徵之扣押範圍就應是多少，保全之比例一定是一

¹⁹ 詳見智慧財產法院 105 年度刑智聲字第 11 號刑事裁定，有關此案聲請沒收與保全扣押之過程，請見，黃土元，〈偵查中保全扣押犯罪所得〉，《司法新聲》，123 期，2017 年 7 月，頁 7-39，頁 18-25。

²⁰ 智慧財產法院 105 年度刑智聲字第 11 號刑事裁定：「本件檢察官聲請對被告味全公司所有如附表所示土地為扣押處分，因而發生禁止處分之效果，就該不動產本身難認係被告味全公司取得同案被告魏應充等 10 人上開犯罪所得之原物，本件扣押性質上應非對不法利得原物之扣押，而係為保全價額追徵之執行而對被告味全公司責任財產所為之假扣押，則扣押財產之範圍（價值）自需滿足將來執行之實現，惟另一方面不能過度溢額扣押，同應考量比例原則，合適地為合目的性裁量。準此，檢察官聲請保全扣押之標的即附表所示之土地，其於 105 年 8 月 15 日經鑑估價值為 1 億 1,753 萬 3,793 元，有被告味全公司配合本院調查主動陳報之國泰不動產估價師事務所估價報告書影本 1 件在卷可憑（見本院卷第 139-163 頁），依形式觀之，尚難認該估價報告書有何虛偽不實之情事，應堪採信。職是，本案為了確保將來可能之追徵價額執行而有扣押之必要性，雖附表所示土地之價值已逾檢察官聲請保全扣押被告味全公司之犯罪所得 8,200 萬 3,299 元，然該土地現狀亦難以分割出合於本件保全扣押金額之範圍，經衡酌本件保全扣押之必要性、應保全扣押金額 8,200 萬 3,299 元、附表所示土地價值及保全利益等各情，本件檢察官為保全將來沒收之執行，而聲請在被告味全公司取得之犯罪所得 8,200 萬 3,299 元範圍內扣押如附表所示之土地，尚無不合，應予准許」。

²¹ 事實上，我國沒收程序新法修法之同時，在【強冠餿油案】強冠公司及其負責人針對檢方扣押其名下不動產提出抗告程序中，最高法院就曾基於食安法的沒收與保全規定，以及沒收實體新制的規定，對沒收保全扣押的概念體系提出見解，最高法院 105 年台抗字第 382 號裁定認為：「犯罪利得扣押之標的，因所保全者係利得原物之沒收或係追徵抵償而有不同：犯罪利得原物之沒收，於判決確定後，應沒收標的之所有權或被沒收之權利自動移轉至國家；而追徵抵償，則於判決確定後，國家取得對義務人之金錢給付請求權，並以義務人之財產為責任財產以實現該債權，基此，犯罪利得扣押之標的，於保全利得原物之沒收時，係對於具體之不法所得原物為『（狹義）扣押』；於保全追徵抵償時，則是依追徵抵償價額之額度而對義務人之一般財產為『假扣押』，使其發生禁止處分之效果」，明確地採取價額的概念，並接納德國法區分扣押、假扣押的意旨。該裁定嗣後也被選為「105 年度刑事具有參考價值之裁判」，並成為許多扣押相關裁定必引用的前例，我國修法摒棄價額概念，可能是悖於實務界的普遍理解。

次就百分之百，既不會超額扣押，也是一次到位地扣押，至於實際上能否自扣押關係人處扣得同等價值之財產，是價額之保全如何執行的問題，由扣押執行之決定者來負責。因此，保全追徵扣押是否具備價額概念，也牽涉到命令與執行的區分（見下文肆）是否清楚，涉及命令決定範圍的問題。尤其我國新法針對扣押決定，已改採相對法官保留原則（見下文肆、一），扣押處分之客體為何，關係到保留給法官作成之決定範圍為何，法官要決定的是要保全多少價額，或是要具體到保全哪些財產，值得我們深思。

在扣押裁定乃至於聲請時就必須決定實際要保全的財產，可能對檢方來說缺乏彈性。一方面，檢方必須在扣押聲請之前，就詳細調查被扣押之關係人的財產狀況，才能舉出實際保全的財產，甚至還要進行適當的鑑價後才能評估聲請扣押的財產範圍，必定將拖延聲請的時程。二來，若評估的情勢在取得扣押裁定後又有變更，則檢方又必須再取得一個新的扣押裁定，可以說是前功盡棄。

2016年11月，臺灣高等法院暨所屬法院105年法律座談會刑事類提案第40號²²所討論的問題，即與此相關。該座談會討論當法院宣告沒收、追

²² 法律問題：被告經法院宣告諭知其犯罪所得應予沒收，於全部或一部不能沒收或不宣沒收時，追徵其價額。惟卷內資料並未顯示被告有何財產，法院於該沒收、追徵之裁判宣示時，為保全沒收、追徵，是否應依職權調查被告或第三人之財產所在，依刑事訴訟法第133條之規定，扣押被告或第三人之財產？

討論意見：

甲說：肯定說。

依法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第70點之2規定，法院於諭知沒收、追徵之裁判宣示時，得沒收或追徵之財產尚未扣押或扣押尚有不足時，為保全沒收、追徵，應迅依職權，依刑事訴訟法第133條規定，予以扣押。

乙說：否定說。

（一）當事人得聲請法院調查證據，而法院為發見真實，亦得依職權調查證據，但限於維護公平正義或對被告之利益有重大關係之事項為限，修正刑事訴訟法第163條第1項、第2項定有明文。故法院固得依職權調查證據，但並無蒐集證據之義務。蒐集證據乃檢察官或自訴人之職責，事實審法院應以調查證據為其主要職責，其調查之範圍，亦以審判中所存在之一切證據為限，案內不存在之證據，即不得責令法院為發見真實，依職權窮盡一切可能方法蒐集證據以發現真實之必要（最高法院91年度台上字第5846號、98年度台上字第4577號判決意旨參照）。依案卷內之資料既未顯示被告有何財產，法院自無於裁判宣示後，再依職權調查案卷外之被告財產狀況，並於查得財產後，依刑事訴訟法第133條規定，予以扣押之必要。又我國刑事訴訟法於92年修正後，刑事訴訟程序改採改良式當事人進行主義，關於證據之調查應以當事人為主，法院依職權調查證據，僅具有輔佐性、補助性，而不論係刑罰或沒收之執行，本應由代表國家之檢察機關為之，身為裁判者之法院，應本於中立之立場指揮訴訟，案卷內既無證據顯示被告另有財產，縱使有保全沒收或追徵之必要，亦應由檢察官提出證明，

徵，而被沒收、追徵人財產尚未被扣押，而依卷內資料所示，也無其他財產時，法院有無調查被沒收人財產義務，依刑事訴訟法第 133 條之規定職權命令扣押的問題。就此要區分的是，此種情況若是沒收原物，法院既然宣告沒收，則沒收原物必定可以特定，所謂查無財產，應是沒收原物難以特定，或已經逸失，應追徵價額之情況（見下文貳、一、3.）。此時，若保全追徵扣押具備價額的概念，則法院當然應計算價額後，職權命令保全追徵扣押，至於能找到什麼值錢的財產來擔保未來追徵價額之執行，是執行程序的問題，

指出財產所在，再聲請法院扣押，否則若由法院依職權調查案卷外之被告財產，刑事訴訟程序恐又回到職權進行主義，與 92 年時修法意旨背道而馳。

（二）倘法院客觀上有相當理由足認被告或第三人有可能脫產，且屬急迫狀況者，亦可依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款曉諭檢察官提出證據證明被告財產所在，聲請法院扣押。檢察官仍怠於舉證，法院無庸依職權調查財產所在。

（三）按刑事訴訟法第 133 條第 2 項規定：「為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產。」此項規定，明定「必要時」得酌量扣押，可見法律賦予法院是否扣押之裁量權。且依法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 70 點之 8 規定：「法官為保全證據、沒收、追徵，雖得親自實施扣押，但在現行加強當事人進行主義色彩之刑事訴訟架構下，法院依職權調查證據僅居於補充性、輔佐性之地位，法院實施扣押仍以受聲請為原則……。」故而，基於公平法院之地位，第二審法院於裁判宣示時，雖諭知沒收或追徵，而就得沒收、追徵之財產，尚未扣押或扣押有不足時，然如未經檢察官或被害人向第二審法院聲請扣押被告或第三人之財產者，則第二審法院即無庸依職權扣押被告或第三人之財產。

初步研討結果：採乙說。

審查意見：

（一）增列丙說。

丙說：折衷說。

1. 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 70 點之 2 之立法理由為「因應刑事訴訟法增訂第 133 條第 6 項之規定，配合增訂本點」。惟刑事訴訟法第 133 條第 6 項乃規定「依本法所為之扣押，具有禁止處分之效力，不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押。」對於法院所為之扣押，明定具有禁止處分之效力；不知上開要點所訂「諭知沒收、追徵之裁判宣示時，得沒收、追徵之財產尚未扣押或扣押不足時，為保全沒收、追徵，應迅依職權，依刑事訴訟法第 133 條之規定，予以扣押」之規定，其依據何來？該注意事項之規定似有侵越母法之虞，甲說（肯定說）似乏依據。

2. 如採乙說之否定說，法院不應依職權為扣押，則對於有維護公平正義及影響社會甚鉅、情況急迫等情事之案件，僅因被害人不知主張或檢察官疏未提出證明，能堅謂法院不應依職權為本設題之保全扣押，任令被告或第三人脫產乎？此當非新法沒收犯罪所得之本旨。因之，法院諭知「沒收被告犯罪所得，於全部或一部不能沒收或不宜沒收時，追徵其價額」，雖卷內並無被告財產之資料，惟法院本於職務立場，知悉媒體曾廣泛報導、影響公眾利益甚大、被告或第三人有可能脫產之急迫狀況時，即便檢察官未聲請或聲請不完全，法院仍得依職權扣押被告或第三人之財產。

（二）採丙說。

研討結果：

（一）審查意見撤回。

（二）討論意見「甲說：肯定說」修正為「甲說」；「乙說：否定說」修正為「乙說」。

（三）採修正後乙說（經付表決結果：實到 74 人，採甲說 0 票，採修正後乙說 70 票）。



無從強求法院命令扣押時一定得找到具體財產。

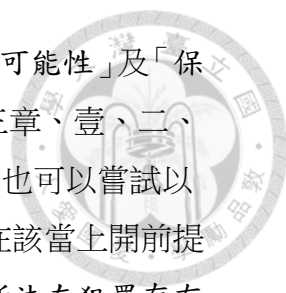
我國實務關於法院是否要職權調查被沒收人財產之爭論，是立法失誤而來的無謂爭論，更甚者，我國實務座談會最終竟然仍採否定說，認為法院無義務職權調查被告財產，最後結果變成因找不到財產就不扣押，論理上本末倒置。在扣押關係人已知財產不足擔保未來可能追徵價額之情形，可能需經調查才能陸續發現關係人得以擔保追徵價額之財產所在，但由於我國保全追扣押之扣押決定不涉及價額，須一一針對特定財產為之，只能發現多少財產就扣押幾次，缺少應對的彈性，也徒增作業上的困擾，增加扣押採取法官保留原則後司法行政之負擔。

綜上所述，在我國沒收實體法新制已將沒收之替代手段，明確統一規定係就價額為追徵的情況下，程序法之保全追徵扣押未對應規範價額之概念，可以說是邏輯上紊亂，效率上亦有所缺失的立法²³。

三、保全扣押之核心要件

在上述欠缺價額層次的情況下，我國保全追徵扣押與保全沒收扣押之間，型態上其實相當相似，若將兩者綜合觀察，可以發現同為沒收保全扣押，兩者發動要件有其共通處，只是我國刑事訴訟法第 133 條之法條文字並未相當具體，需要進一步透過解釋予以補充。而我們透過檢視德國法，可以得知沒收保全扣押有幾個核心的要件，能作為我國法解釋時之參考，以下將嘗試以該些核心要件，具體化我們實務操作沒收保全扣押時之思考層次。

²³ 學說上在 2016 年修法前即主張應如同德國法區分原物的扣押與價額的假扣押，例示如，王士帆，註 3 文，頁 65-66。法規主管機關司法院在擬具此部分條文時，雖參照德國法，但又以德國法過於複雜為出發點，希望保全追徵之扣押可以跟保全沒收原物的扣押還是能適用一樣的規定，詳見，陳文貴，註 4 文，頁 23，上述立法出發點忽略了兩者穿同一套衣服的困難。沒收新制施後主張應再修法，將價額概念納在保全追徵扣押規定中者，例示，如，吳俊毅，〈2017 年德國刑事訴訟法為保全追徵與罰金執行的假扣押——財產權保障與刑事訴訟上有效執行需求權衡的啟發〉，《月旦刑事法評論》，7 期，2017 年 12 月，頁 55-68，頁 66。



從德國法總的來看，要發動沒收保全扣押，須具備「沒收可能性」及「保全必要性」，兩個要件都已明文於德國沒收新法（見上文第三章、壹、二、1.及2.），我國刑事訴訟法第133條第1項、第2項之條文，也可以嘗試以「沒收可能性」及「保全必要性」要件進一步拆解及詮釋。在該當上開前提要件的情形下，依德國法扣押之決定者還有裁量空間，僅依新法在犯罪存有重大嫌疑時，「裁量密度」從原本合義務裁量的「得（kann）」，增強至「宜（soll）」（見上文第三章、壹、二、3.），我國刑事訴訟法第133條法條文字則仍是一般性地規定「得」扣押，該「得」字的意義為何，如何裁量，得參照德國法過去的解釋予以充實。

上述參考德國法而來之思考層次中，與沒收保全扣押最直接相關的要件就是「沒收可能性」，實體法沒收要件之設定，會影響程序法沒收保全扣押之範圍，就此我們將統一在下文再處理（見下文二）。以下將先從較特定的嫌疑門檻（下文(1)）的角度，及較廣泛的比例原則（下文(2)）的角度，切入整合保全扣押之核心要件，並敘明我國實務在新舊見解之間的過渡（下文(3)），最後再以附圖統整之。

1. 嫌疑門檻與保全扣押要件

不論「沒收可能性」及「保全必要性」之要件，或者在德國法下「裁量密度」的問題，都會牽涉到所謂的「嫌疑門檻」。其中沒收可能性之要件依實體法的設計，除了沒收其他特別要件要滿足外（見下文二），更必須先有犯罪行為之嫌疑，才會有沒收之可能，沒收可能性之高低也與犯罪嫌疑之高低相關。我國法雖然在例如強制處分之法條文字，沒有引用嫌疑門檻之概念，但在學理上亦有參考德國法以「開始嫌疑」（或稱「簡單嫌疑」）或者「重大嫌疑」（或稱「緊急嫌疑」）來描述。

而為了增加保全扣押之有效性，德國學說與實務自1998年修法後，認為沒收保全扣押之發動僅需「開始嫌疑」為已足（見上文第二章、貳、二），並認為法條所謂「有理由認為（Ist die Annahme begründet,.....）」沒收要件成立，即為開始嫌疑之表現（見上文第三章、壹、二、1.、(1)）。我國法不



論保全沒收或保全追徵之扣押，就此完全沒有規範，但解釋上要審酌「沒收可能性」，必然要論及「嫌疑門檻」，我國法既然沒有任何要件設定，應以最簡單之「開始嫌疑」為已足²⁴。當然立法論上為求明確，將之表現在法條文字上是較好的選擇²⁵。

至於有關「嫌疑門檻」，德國法舊法以 6 個月時期為界，調高發動沒收保全扣押之嫌疑門檻為「重大嫌疑」所為之設計，德國新法修正時已以過於複雜為由將之刪除（見上文第三章、壹、二、1、(1)），可見在實務上有窒礙難行之處。不過該嫌疑門檻之操作，背後的設想是比例原則之思考，避免過低的嫌疑門檻，造成國家追訴機關在罪證不充分的情況，不積極為犯罪調查，卻仍長時間地扣押人民的財產。德國法將上述規定刪除後，除了改將嫌疑門檻與裁量基準結合外，仍強調為沒收保全扣押時應注意比例原則之運用，我國如果肯認在只有開始嫌疑的情況下，就可以發動沒收保全扣押，仍應注意保全扣押之發動是否合乎比例原則，應是當然之理。

2. 比例原則與保全扣押要件

德國沒收新法所特別明文化的「保全必要性」要件，就是出自於比例原則之思考，可以說是比例原則的具體標準。如上檢視德國法時所介紹的，所謂「保全必要性」，指的是為保全未來之執行有必要發動扣押，基本上是指關係人財產有被隱蔽可能的情形（見上文第三章、壹、二、2.）。這也會與上述「嫌疑門檻」產生關聯，若犯罪嫌疑越高的人，得間接推論隱蔽財產之動機，這是觀察的角度之一，但並不以此為限，還有很多觀察的面向和因素，應予以綜合考量。

我國沒收新法修正之條文，亦得認為已涵括了保全必要性的思考，解釋上應特別注意。刑事訴訟法第 133 條第 2 項新增之保全追徵扣押，明示「為保全追徵」「必要時」才能發動保全扣押，扣押決定時應確認保全扣押之目

²⁴ 同採此見解者，如陳文貴，註 4 文，頁 30。認為保全追徵之扣押干預較大，應提升至重大犯罪嫌疑者，如薛智仁，註 9 文，頁 1497-1498。

²⁵ 認為扣押授權規定應有「發動門檻」規範者，如，林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，頁 618。

的，確認若不發動扣押，未來追徵之執行確實可能會被妨礙，這應是新法下扣押決定者，大多數也就是法院，命令扣押所應論證之項目。同條第 1 項之保全沒收扣押雖未修正條文，因而未如同第 2 項之保全追徵扣押，明示扣押須基於其扣押目的而具保全必要性方能為之，解釋上亦理應將保全沒收扣押之要件中所謂「得」扣押之衡量標準，納入「保全必要性」之思考，方符合基本權干預發動之比例原則之要求。

當然上面所述還略嫌抽象，在有初步罪證，沒收可能性顯然具備的案件中，關係人為了挑戰扣押存在的正當性，自然會盡可能地抓這個抽象原則來發揮²⁶。未來我國實務若欲保全必要性要件之解釋更加明確化，比較好的做法是發展「保全必要性」相關之下位審查標準，來具體化將來沒收執行落空之可能性何在。例如在沒收新法施行後，我國實務目前已具體化的下位標準是扣押物為現金或銀行帳戶時，認為「衡酌現金之易流通性，極易移轉他人或處分，自有保全之必要²⁷」，原則上肯認保全必要性，在法律見解的明確化上值得肯定。相對地，從人民權利的保護出發，德國實務見解提出許多敦促法院檢視、論證保全必要性的下位規則（見上文第三章、壹、二、2.），是我國實務為加強扣押正當性可參考引入者。

事實上，刑事沒收保全扣押有關保全必要性之論證，除了刑事層面上，當事人犯罪嫌疑如何，是否有可能逃亡的問題外，有關當事人之財產狀態，是否有脫產之危險的論證，其實應與民事假扣押如出一轍，應可引進民事扣押的相關見解來充實刑事扣押的解釋。可惜的是，我國民事假扣押在實務上准駁的標準寬嚴不一，過去早已飽受批評²⁸，從而也難從民事法院之見解得出什麼統一的論證標準。

最後，在該當「沒收可能性」、「保全必要性」之實體要件後，審查層次才會落到「裁量基準」的問題。如上所述，刑事訴訟法第 133 條第 1 項保全

²⁶ 例示如【大同掏空案】之聲請發還扣押物抗告裁定（最高法院 106 年度台抗字第 789 號裁定）中，抗告人林蔚山爭執扣押土地屬高單價，流動性偏低之不動產，扣押股票則事涉抗告人是否能夠繼續擔任各該公司之董事長，抗告人不可能轉讓持股等語，都是有關保全必要性的爭執。

²⁷ 參照最高法院 106 年度台抗字第 233 號、第 342 號、第 427 號裁定。

²⁸ 批評如，陳岳瑜，〈實務上假扣押原因釋明之我見〉，《高雄律師會訊》，100-9 期，2011 年 9 月，頁 14-19。

沒收之扣押，2016年6月之修法隻字未動，仍為簡略的「得沒收之物，得扣押之」，舊法時代在運作此條文時，常被指摘繫諸於決定者之泛泛裁量。尤其在舊法時代，扣押決定並無法官保留之適用（見下文四、1.），檢察官就可以單獨決定是否扣押，關係人僅能事後透過準抗告之制度設計，針對檢察官之扣押處分向法院請求審查救濟。而扣押關係人請求救濟時，由於實體法沒有明確之要件規定，也缺少可以爭執不應扣押或應撤銷扣押的依據，法院同時因為無從依法檢驗起，甚至也說不出准駁的明確理由，以致於舊法時代的扣押抗告事例，最後往往也都淪為扣押關係人與法院之間泛泛空談²⁹。

為了避免上述情事，在我國沒收修法後，我國司法實務應針對保全扣押之發動，本於法條規定，確立發動保全扣押之基本要件，在基本要件的審查後，才有回歸一般裁量的餘地，這也是為什麼本文上述嘗試提出「沒收可能性」、「保全必要性」兩項基本要件之原因。而所謂的裁量，是在「沒收可能性」及「保全必要性」要件都該當的情況下，仍然可能做出不為扣押之決定，就此可能考量的因素很多，上位概念皆得回溯至比例原則，也就是透過扣押者決定者之裁量，確保扣押之發動合乎比例原則，這個比例原則要怎麼比例，有賴司法實務透過案件累積，發展得以特定之下位衡量標準。

至於是不是要像德國2017年新法，結合嫌疑門檻的概念，敦促扣押決定者「宜」發動扣押，這是立法者與司法者之間互動關係的問題，德國2017年之修法過程中，德國立法者受歐洲議會之影響，不斷希望透過修法，催促司法者積極實施沒收保全扣押。我國2016年之刑事訴訟法修法中，立法者則仍保留給司法者相對寬闊的空間，但不代表司法者可以任意不一致地做成扣押決定。若司法者仍對保全扣押採取比較消極的態度，我國立法者未來當然有再透過修法，進一步敦促司法者之空間。

最後，裁量是扣押決定者基於實質事由，作出扣押或者不扣押之決定，如上述，所謂的實質事由從比例原則而來，個案間因素有所不同，再怎麼具

²⁹ 舊法時代的裁判例示如最高法院104年度台抗字348號裁定、104年度台抗字545號裁定。在該些案例中，扣押關係人不服扣押，已聲請準抗告遭駁回後，再針對該駁回裁定提起抗告，其中不論抗告人之抗告意旨，或是法院駁回抗告之裁定理由，皆圍繞著「扣押物有無繼續扣押之必要，無必要則應發還」的命題，而所謂「有無必要」皆為泛泛空談，根本問題在於我國法根本沒有明確規範保全沒收扣押之前提要件為何，所以究竟有無繼續扣押之必要，變成完全僅看法院之審酌。

體化下位規則都無法窮盡。因此，我們只能如同德國法，從程序要求去確保扣押決定者之裁量品質。換言之，在高度倚賴價值選擇的範圍內，我們沒辦法一一預設什麼決定是適當的，但我們可以確保扣押決定者以適當的程序，形成具體的理由後再行決定，這點將會與我國新法採取法官保留原則的想法高度結合（見下文肆、一）。

3. 我國法院實務上新舊見解之過渡

在上述核心要件的理解下，分析我國沒收新法施行後之裁判，可以發現我國相關扣押裁判，還在新舊見解之間的過渡。新見解已經接納沒收新制之體系，大致合乎本文核心要件的分析，有強調沒收可能性論述的重要性者³⁰，也有在沒收可能性之上，進一步區分出應具備保全必要性才能扣押者³¹。雖然如上所述，我國新法之保全追徵扣押並未採價額的概念（見上文二、2.），但為使保全追徵扣押之發動符合比例原則，我國法院許多新見解，亦

³⁰ 例示如，最高法院 106 年度台抗字第 651 號裁定：「原審於判決中已說明『扣案之車牌號碼 00000000 號自用小客貨車（含行車記錄器 SD 卡 1 張），係被告所有，……且為被告殺害被害人後，載運被害人屍體至南投縣 00 鄉 00 村投 00 線 15.9 公里處棄置所使用之車輛，……惟被告於審理時自述家中有 71 歲之母，二哥長期洗腎，都由伊負擔家中經濟等語，已如上述，考量被告之家庭及經濟狀況，認上開車輛為被告及其家人生活所必需之物，若予宣告沒收，有過苛之虞，爰依刑法第 38 條之 2 第 2 項不為沒收之宣告』（見原判決第 10 頁），而未為沒收之諭知，自不得再以『得沒收之物』為查扣留存系爭車輛之理由」。

³¹ 我國目前下級審法院，有部分裁判接納學說區分扣押、假扣押之見解，對於沒收保全扣押之要件有詳盡的闡釋，其中特別有點出「保全必要性」之要件，例示如，台灣高等法院 107 年聲字第 572 號裁定：「犯罪所得扣押之標的，因所保全者係所得原物之沒收或係追徵價額而有不同：犯罪所得原物之沒收，於判決確定後，應沒收標的之所有權或被沒收之權利自動移轉至國家；而追徵價額，則於判決確定後，國家取得對義務人之金錢給付請求權，並以義務人之財產為責任財產以實現該債權。基此，犯罪所得扣押之標的，於保全所得原物之沒收時，係對於具體之不法所得原物為『（狹義）扣押』；於保全追徵時，則是依追徵價額之額度而對義務人的一般財產為『假扣押』，使其發生禁止處分之效果。再者，犯罪利得之沒收性質係類似不當得利之衡平措施，然對犯罪利得之扣押，仍具有干預人民財產權之性質，故應遵守比例原則，扣押須以有保全之必要性為要件，亦即，若無保全措施，勢將阻礙日後沒收判決之執行者，始得為之；又在保全追徵之假扣押，既非原物扣押，為避免過度（假）扣押而侵害義務人之財產權，就義務人責任財產之（假）扣押範圍，同應遵守比例原則，此所以上開條項規定『酌量』之理由」，台灣高等法院臺中分院 107 年度抗字第 181 號裁定同旨。

認為應計算未來可能追徵價額，確保扣押範圍在未來追徵範圍內³²。

在犯罪所得只能抽象計算，或者所得是現金容易混同，未來應予追徵的情況，如同上述【味全混油案】中智慧財產法院之見解，我國法院亦多運用「(關係人財產)，於(利得數額)之範圍內，准予扣押」的語句，在主文宣告扣押，避免了超額扣押的疑慮³³。上述裁判，皆相當值得肯定。

比較有問題的舊見解，則是我國法院過去常會以行為人嫌疑尚未確定，尚待上級審確認為由，認為扣押物應留存作為證物，駁回人民的扣押物發還聲請，此見解在新法施行後仍存在，部分受到最高法院的指摘，部分則仍被維持³⁴。該些扣押物發還聲請被駁回的案例中，人民聲請發還的扣押物常是財物價值高昂的物品，甚至根本就是一般人普遍就會持有的現金、銀行帳戶，我國法院卻常不備理由地，泛泛懷疑該些財物是犯罪利得，進而認為扣押物仍有可能作為犯罪證據，有繼續扣押的必要，說理過於空泛，將實質上架空沒收保全扣押。更甚者，若法院已為一審判決，在判決當中，仍無法確認扣押財物與犯罪之關係而未宣告沒收，人民據以聲請發還扣押物，法院卻仍泛泛指稱上訴審有可能有不同認定，說理更難說服人，這種超過一審判決沒收範圍的扣押，在沒收可能性的審查上，需明確的新線索或新事實，才能

³² 例示如最高法院 106 年度台抗字第 233 號裁定：「查抗告人……依第一審判決關於沒收之宣告，就犯罪所得部分為十五萬零五百元，追徵部分則為未扣案之三具行動電話，從而本件扣押之六十五萬一千八百元，扣除十五萬零五百元後，尚有五十萬一千三百元，縱依刑事訴訟法第一百三十三條第二項之規定，為保全追徵，必要時得酌量扣押之，然該三具電話之價額如何？即應予查估（可斟酌其市價，並由抗告人及檢察官表示意見），扣押之現金超過上開應沒收及追徵之額度部分，是否仍有扣押不予發還之正當理由，即非無疑」。

³³ 本文在做有關沒收保全扣押我國實務見解之研究時，感到比較可惜的一點是我國法院所作的聲扣字扣押裁定，普遍都不會公開放上網路，只能從人民嗣後提起救濟之裁定中所引的原裁定見解，間接窺知我國實務的運作，研究素材相對有限，因此聲扣字裁定才會出現的法院見解，本文都難以一一列明字號。事實上，固然扣押裁定涉及偵查秘密，不宜第一時間公開，但在系爭案件確定後，應無再保護秘密的理由，適當地公開扣押裁定有助於審檢辯學各界審視扣押法制，對扣押法制的推展必定有所助益。更何況聲扣字原裁定不能公開，聲請發還的聲字裁定、救濟程序的抗字裁定，甚至發回後作成的聲扣字裁定卻都可以公開，邏輯也是不通。

³⁴ 例示如最高法院 106 年度台抗字第 1047 號裁定所指摘的臺灣高等法院高雄分院 106 年度聲字第 1374 號裁定、最高法院 106 年度台抗字第 342 號裁定所支持的臺灣高等法院臺南分院 106 年度聲字第 39 號裁定、最高法院 106 年度台抗字第 427 號裁定所支持的臺灣高等法院 106 年度聲字第 1025 號裁定、最高法院 106 年度台抗字第 956 號裁定所支持的臺灣高等法院 106 年度聲字第 2984 號裁定。



證立扣押的正當性。

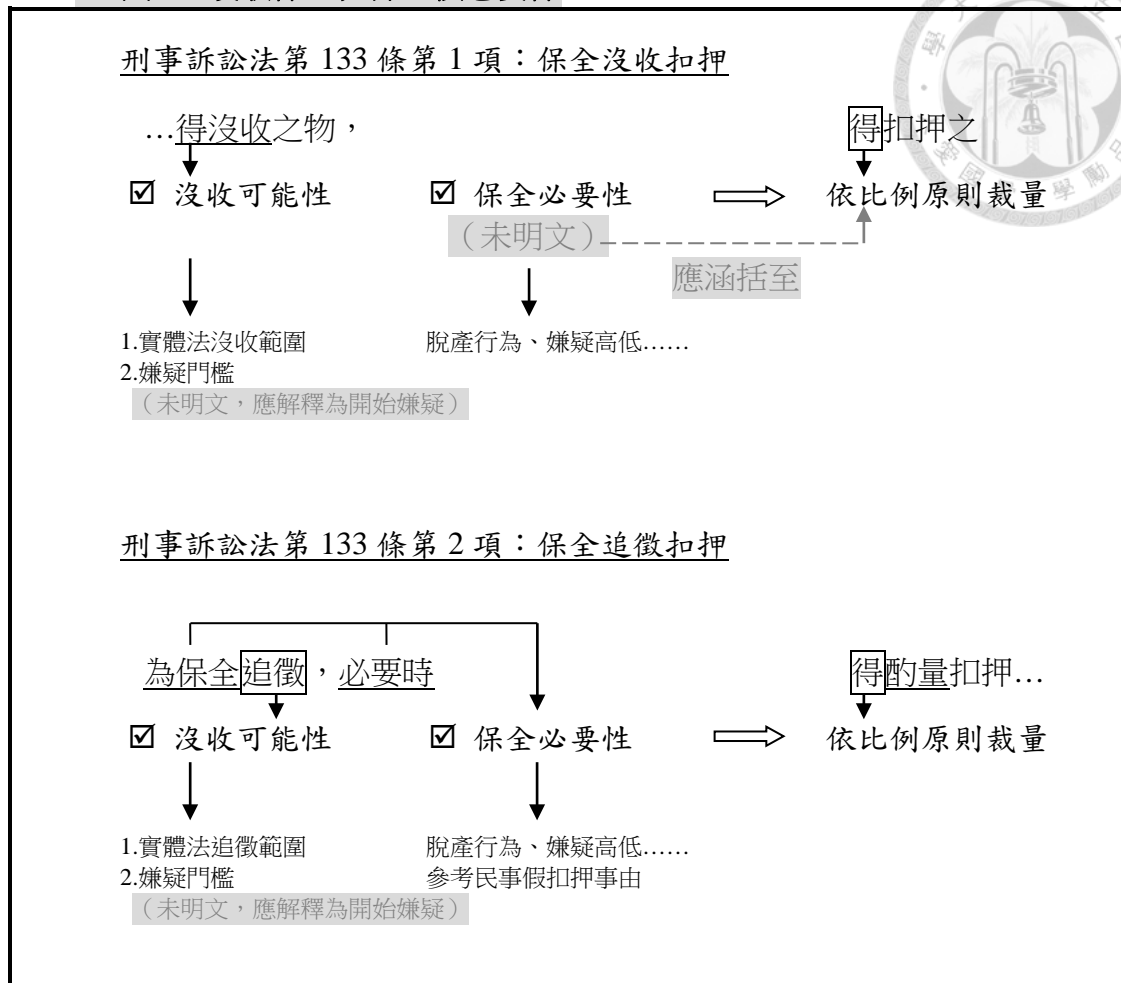
因而要區辨的是，固然以扣押物還有需要作為證據為由，駁回人民發還之聲請，中性而言相當合理，但實際案例中的扣押情況，與上述說理間存有相當矛盾。以保全證據為原因而扣押，以及以保全沒收為原因而扣押，實體要件完全不同，在德國法上甚至是完全獨立的兩種不同處分（見上文第二章、壹、一），只是同一扣押物，常常會同時兼具沒收物與扣押物的性質，形成扣押原因競合的情況。尤其如果極度廣義來看，所有沒收物，既然與犯罪相關，都可能某種程度上作為犯罪之佐證，若針對單一扣押物，過於寬鬆認定保全證據扣押之成立，則保全沒收扣押之要件，將會被實質架空。上述案例中，該些扣押物是不是真的還有證據價值存在，值得存疑，需要基於個案事實作更清楚的陳述。就算扣押物真的具備高度的證據價值，要保存扣押物的證據價值，留存扣押物也不是唯一的方法，可能透過留存實物以外的方式，例如拍照、採集跡證的方式保存或轉換³⁵，隨著刑事程序之進行，扣押物是否還是刑事證據，是否還一定要留存扣押物的實體，需要時時評估，法院接受扣押關係人的發還聲請時，不能只是空泛交代。

綜上所述，隨著時間的經過，尤其是案件已進入二審時，扣押物的證據價值若仍不明確時，應無從發動保全證據之扣押，為保障人民的財產權，尤其是針對財產價值高昂的扣押物，我國法院在扣押時，必須循沒收保全扣押的要件論述，發動沒收保全扣押，不得用空泛的保全證據扣押架空沒收保全扣押的發動要件限制³⁶。

³⁵ 最高法院 105 年度台抗字第 580 號裁定所支持的台灣高等法院 105 年度聲字第 1211 號裁定中，抗告人所據以聲請發還扣押物之理由，即是認為法院要調查違反證券交易法案件，可能所需之「股票交易紀錄均存於各證券商電磁資料內，因股票交易所生之銀行存提款紀錄亦有銀行交易明細表等電磁資料為證，並均經證券商及銀行提出於法院，無滅失或晦暗不明之可能」，沒有必要繼續扣押抗告人所有之銀行帳戶與股票，從本文討論脈絡來看，關於應撤銷保全證據扣押之說法相當有力，法院若要繼續扣押，應從沒收保全扣押之要件下手論述。相對地，最高法院 106 年度台抗字第 651 號裁定撤銷的臺灣高等法院臺中分院 106 年度聲字第 949 號裁定，針對人民聲請發還扣案自小客車，認為該車為被告涉嫌殺害被害人後供載運屍體棄置犯罪所用之物，車上恐留有被害人之血跡、皮膚、毛髮等生物跡證，與抗告人涉嫌殺人、棄屍等犯行具有重要關聯性，因而駁回人民之發還聲請。該裁定遭最高法院指摘，最高法院認為第一審判決時，「亦以系爭車輛待證之事項已明，未就車上有無被害人之血跡、皮膚、毛髮等物加以採證，則能否謂該車與本案之調查具有關聯性，而有繼續留存調查之必要，自非無疑」。

³⁶ 若扣押物是來路不明的黑錢，而法院高度懷疑其源自犯罪時，此時在沒收可能性的審查

▼ 圖 1：沒收保全扣押之核心要件



上，必須仰賴擴大沒收之法制，從此也可見擴大沒收之立法必要性（見下文貳、二）。最高法院 105 年度台抗字第 881 號裁定所支持的台灣高等法院台中分院 105 年度抗字第 254 號裁定，認為被告既然供稱扣案之 29 萬 2000 元現金，均屬販賣第一、二級毒品所得，縱使地方法院第一審僅認定被告販毒所得為 5 萬 4000 元，仍有待上訴審法院確定而有繼續扣押之必要。若我國有一般性擴大沒收之規定，則上述扣案現金既經被告坦承為販毒所得，未來有擴大沒收之可能，當然得繼續扣押。



貳、與實體法沒收對應之保全扣押

一、沒收實體新法之實踐

我們上面嘗試拆解沒收保全扣押的發動要件，其中很重要的要件是「沒收可能性」，有關保全扣押與終局沒收間之對應關係，我們可以分成三個層面來看，首先最直覺的關係，就是實體法上可能沒收者，程序上也才有預先扣押之可能，也就是說，當我們問「這可不可以扣押？」時，「這未來不可能沒收？」是必然的先決問題。再來，在我國新法修正的脈絡下，我們還應該再進一步換句話說：「實體法上應予沒收者，程序法亦應考慮發動扣押」。這是因為在修法方向上，我國 2015 年沒收實體新法，較舊法大幅擴張沒收之範圍(見下文 1.)，利得沒收更修正為原則上應義務沒收(見下文 3.)，沒收保全扣押之範圍理應隨同擴張，沒收保全扣押之發動也理應隨同利得沒收之增加而更為頻繁，這個不只是可不可以扣押、沒收的問題，而是應不應該扣押、沒收的問題。最後，保全扣押與終局沒收間之對應關係，還會表現在法律適用之見解上，實體法如何解釋適用，會連帶影響程序法保全扣押之解釋適用，實體法解釋適用上若有違誤，程序法也會跟著錯下去，這可能是我們要特別小心的地方。以下探討各該議題，皆將從上述三個面向出發，嘗試著手審視我國沒收新法，以及新法施行後之我國實務現狀。

要先敘明的是，我國 2015、2016 年沒收新法，與德國法 2017 年之沒收修法方向相同，在實體法區分犯罪物沒收(刑§38)與利得沒收(刑§38-1)兩大類，但同樣使用「沒收」的名稱，而程序法之保全沒收扣押，針對所有沒收都一體適用。只是我國和德國沒收新法之修正，自刑事政策上剝奪犯罪利得之需求而來，實體法修法以利得沒收為中心，程序法沒收保全扣押之制度變遷，自然也偏重於利得沒收³⁷。但在理論面上，沒收對象是犯罪物或犯

³⁷ 我國部分見解循著本次修法著重犯罪利得沒收的脈絡，將刑事訴訟法第 133 條第 2 的保全追徵扣押稱作「犯罪利得扣押」，如，劉邦繡，〈論偵查程序中犯罪利得扣押與強制執行程序金錢債權扣押收取之競合——從偵查審判實際案例出發〉，《月旦裁判時報》，61 期，2017 年 7 月，頁 39-64，本文認為是一個不精準的說法，為了避免徒增困擾應該避免。

罪利得，除了被害人求償的面向有所不同外（見下文參），並不影響沒收保全扣押之制度運作。



1. 沒收範圍擴大下「屬於」要件之解釋

我國 2015 年沒收修法後，沒收範圍大幅擴張，是本文反覆提及，也廣為人知之事實，但是，究竟沒收範圍擴張在哪裡，卻不見得有正確地被理解。例如常有的誤解是犯罪物沒收³⁸之範圍也大幅擴張。我國在沒收新制修法前，所謂「沒收」向來著重的就是犯罪物沒收，進而若有「沒收保全之扣押」，也是針對犯罪物沒收之保全之扣押，此次修法後，綜觀「犯罪物沒收」的條文，最重要的修正，僅在於將沒收之替代手段統一為追徵（見下文 2.），其他部分並沒有實質上變動。過去我國實務針對「犯罪物沒收」做成之見解，在沒收新制之後，基本上都還是合於現行法，也就是說，以前可以沒收的現在還是可以沒收，進而，以前可以扣押的現在還是可以扣押，例如在修法之前，屬於第三人之違禁物就應沒收，修法之後並無變動。相反而言，以前不用沒收的，現在還是可以不用沒收，自然也沒有一定要扣押的問題。只不過，透過沒收新制之修法，促使我國學說、實務去思考過去適用犯罪物沒收時面對的問題³⁹，依然是好事一樁，在法條沒有限制之處，我國實務當然可以改變見解。

實體法修正後，主要有沒收範圍擴大的，還是針對利得沒收的部分。刑法修法時新增第 38-1 條，規範利得沒收在特定要件下，亦可能對犯罪行為人以外之第三人為之，不會因為利得人與行為人之分離而使得沒收落空，除了增加沒收標的之物的範圍，也增加了被宣告沒收之人的範圍，同時擴及物與人的因素。沒收保全扣押之範圍隨同終局沒收範圍之擴張，也會同時在物與人的因素擴張，除了國家可能扣押之財產變多外，可能涉及之扣押關係人

³⁸ 我國犯罪物沒收規範之體系介紹，請見，李聖傑，〈犯罪物沒收〉，《月旦法學雜誌》，251 期，2016 年 4 月，頁 60-72，頁 62-63。

³⁹ 學說討論例示如，許恒達，〈汽車與犯罪工具之沒收〉，《月旦法學教室》，170 期，2016 年 12 月，頁 25-27。

也同時增加。因此，實務就利得沒收在發動保全扣押時，除了應依實體法沒收擴張之範圍，確認實體法沒收之要件可能該當外，選擇對何人的財產發動扣押也是一個課題。

在現行法上述變革下，不論是犯罪物沒收或是利得沒收，都可能針對屬於第三人之財產為之。其中「屬於」要件之解釋，我國在沒收新制施行後，通說已確立從事實上支配權說的概念出發⁴⁰，處理沒收或是保全扣押時人的因素的問題。審查順序是先確認可能之沒收、扣押標的後，確認對該標的有處分權之人為誰，除非犯罪行為人非處分權人，才需進一步審查對第三人犯罪物沒收或對第三人利得沒收之要件。

在扣押之階段，既然只是要求有沒收的「可能性」，上開審查不必是終局的確認，比如說可能在扣押時認為犯罪行為人本人即對犯罪利得有支配權，審判中經調查後，終局宣告沒收時認為有支配權為第三人，而依第三人沒收之要件終局宣告沒收，亦屬合法之運作。為了在扣押時證立沒收可能性，若是保全沒收原物扣押之情形比較直觀，例如逮捕詐騙集團車手時，當場在車手身上發現剛領得之現金，該現金是否為車手所有固有疑問，但領得該現金之車手無疑有事實上的支配權。若是保全追徵扣押之情形，因為沒有直接發現沒收原物，或者根本沒有具體的沒收原物存在，沒收標的的支配狀態必須再另為確認，這將是實務上在進行沒收可能性的說理時，特別需要著墨的部分。

⁴⁰ 首先確立事實上支配權說者，請見林鈺雄，〈利得沒收新法之審查體系與解釋適用〉，《月旦法學雜誌》，251期，2016年4月，頁6-34，該文並確立利得沒收之審查體系，將「屬於」要件之解釋，定位在利得沒收審查的第三層：利得人審查。同採事實上支配權說的，例示如，黃士元，註19文，頁9；謝煜偉，〈刑法沒收新制基礎問題省思〉，收錄於：《法學與風範——陳子平教授榮退論文集》，2018年1月，頁339-365，頁357-359。仍基於舊法時代針對刑法第38條所生之實務見解，認為應以所有權歸屬解釋「屬於」要件者，請見，吳燦，〈被害人求償權之犯罪所得沒收的疑義（上）／（下）〉，《司法周刊》，1836/1837期，2017年2月10/17日，頁2-3。上開以所有權歸屬為準之見解，在所有權涉及民事法律爭議的情況，很容易落入難解的圈套，甚至在扣押的階段，就把民事法律爭議一併帶進程序中。事實上，國家透過沒收宣告剝奪人民的財產，重要的是剝奪人民對財產具體之處分權，而非抽象的所有權，只是處分權常常基於所有權而來而已。舉個例子，國家沒收違禁之槍枝，重要的是不讓持有該槍枝的人繼續使用，至於該槍枝為誰所買，所有權如何移轉，並非沒收關心的重點。固然終局的沒收會有移轉所有權予國家的效果，但移轉所有權只是為了剝奪處分權，進而達成刑事政策目的之手段。



2. 連帶沒收而來的連帶扣押

上述沒收的審查方法，在犯罪行為人為多數之情形並無不同，但我國實務在有共犯的情況下，常陷入應否連帶沒收的泥淖。我國實務早期甚至曾特別針對貪污犯罪，作成「共犯貪污所得財物採連帶沒收主義，不得分別論知沒收」之決議⁴¹，也就是說，不管貪污所得財物現由誰實際支配，皆不得分別對個別犯罪行為人沒收，而須對所有共犯「連帶沒收」，等於是必帶的連帶債務。嗣後，不限於貪污犯罪，「共犯間須連帶沒收」形成我國實務上之定見，限縮了法院論知沒收之方式。

我國實務早期採取上述見解，對沒收宣告而言更為便利⁴²，不必再考慮何人保有沒收標的，將所有共犯都列為沒收關係人，人的因素不必再多加論述。此外，上開連帶沒收之見解對沒收宣告之執行而言也更有彈性，打包式的執行名義，可以向共犯中任一人執行，尤其在追徵之情形，可以隨時向有錢的人討錢，較容易滿足沒收債權。但對被宣告沒收之共犯來說，若有人只是為人作嫁，以自己之行為使他人獲取犯利得，該共犯仍須負擔該利得價額之追徵，是不是適當，就會產生違反罪責原則之疑慮。

我國實務在沒收新法修正前夕，察覺到上述問題，決議上開早期決議見解不再援用⁴³，本來只是單純刪除極端見解，是好事一樁，沒想到嗣後適逢沒收新法修正通過，新增第三人沒收如上述，我國實務又生應完全否定連帶沒收之存在可能性的見解，認為在新法已可對第三人沒收的情況下，個人沒收一律就應個人計算，沒有連帶沒收之可能性，從完全肯定說跳到完全否定說，我國實務看法相當兩極。

事實上，所謂「事實上支配權」，本來就是一個需要解釋，並非全有全

⁴¹ 最高法院 66 年度第 1 次刑庭庭推總會決議決定（二）參照。

⁴² 所謂連帶沒收，應該是追徵的情形才會引發議論，如果是沒收原物，例如賄賂罪之犯罪所得現金，仍然原封不動留在某共犯住處，未來可以直接沒收原物，則宣告時是不是要像我國實務所說的要「連帶沒收」，實質意義不大，都是同樣要沒收那個原物。

⁴³ 最高法院 104 年度第 13 次刑事庭會議（一）參照。

無之概念，共犯間對沒收標的之處分權未必會互斥。共犯中是由其中一人有主要之處分權，或是共犯數人有共同之處分權，須個案一一認定，無法一概而論。德國學說上固然有反對採連帶沒收之見解⁴⁴，主要是擔心有違反罪責原則之疑慮，但德國實務亦仍有基於實際需求，對共犯連帶沒收者。若採行上述以「事實上支配權」判斷沒收之方式，所謂是否可以連帶沒收，自然就不是重點，重要的是宣告沒收時，對於誰負「事實上支配權」應負一定之說理義務，我國法上對於「連帶沒收」之完全肯定說或完全否定說，相對而言較為硬性，一味地強調，未必能處理實務上問題。

以上花了些許篇幅，來交代我國法上常被點出的連帶沒收的問題，是因為此問題爭議若無法釐清，將影響發動沒收保全扣押時之思考。簡單來說，若我們採連帶沒收的完全肯定說，則扣押時也會必然地要連帶扣押，反之，若採連帶沒收的完全否定說，因保全追徵扣押時，完全不可能為連帶扣押，須在扣押時就決定要對共犯中哪一人之財產保全追徵。

不管採完全肯定說或完全否定說，在保全扣押之階段，不管是肯定說所面臨的違反罪責原則疑慮，或是否定說面臨的處分權認定問題，都同樣是必須處理的疑問，甚至在保全扣押的階段還更棘手。若是違反罪責原則之疑問，在犯罪尚在偵查階段未確定時，就使嫌疑人為他人可能之罪責負責而財產權受干預，侵害比起刑罰權已終局確定時還大。若是處分權認定之問題，扣押階段就要決定只能對一個人沒收、扣押，將使扣押陷於難解之事實調查中而無法發動，影響扣押發動時機上的有效性。

相對地，若採本文贊同的「事實上支配權」的概念，發動保全扣押時，扣押決定者只需要初步論證沒收標的的處分權狀態，若事後犯罪經調查後，發現其他人才是實際上有權支配沒收標的或利得之人，自然可以在終局宣告沒收時，另行以該人為出發點論證事實上支配權之存在。也就是說，不管是保全扣押時或是終局沒收時，都以「事實上支配權」之論證為中心，只是心證門檻不同。

⁴⁴ 德國學說對連帶沒收之議論請見，惲純良，〈連帶沒收淺介——德國實務經典裁判分析〉，《月旦法學雜誌》，259期，2016年12月，頁74-105，頁76-78。



在上述的理解下，我國所謂「連帶沒收」，以及邏輯上應該連帶產生的「連帶扣押」，就只是沒收的一種可能型態而已。若共犯間，甚至犯罪行為人與其他第三人，同時就沒收標的有事實上支配權，自然可以同時對多數人宣告沒收或保全扣押⁴⁵。

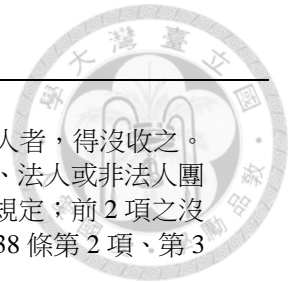
3. 追徵定位之作繭自縛

再來，我國 2015 年沒收實體法之修正，還有一個關鍵改變在於統一沒收之替代手段為追徵，終結了語意不明、難以區分之追徵、追繳及抵償的說文解字⁴⁶。但是，追徵作為沒收之替代手段，和沒收之間就應是擇一關係，在德國法下，法院宣告終局沒收時，必須確定是沒收原物或是沒收替代價額，才交由執行者執行，我國實務卻始終堅持法院宣告沒收時，主文須同時並列沒收與追徵，常見的例稿形式是：「未扣案之……沒收之，於全部或一部不能（或不宜執行）沒收時，追徵其價額」，由執行者決定應沒收原物或追徵其價額。沒收新制修法後，高等法院 105 年 11 月 16 日法律座談會之研討結果⁴⁷，仍採此見解⁴⁸。

⁴⁵ 沒收新制施行後，同樣認為要以事實上支配權來認定共同正犯間是否連帶沒收之實務判決，例示如，最高法院 105 年度台上字第 3282 號判決：「……二人以上共同犯罪，關於犯罪所得之沒收或追徵，倘個別成員並無犯罪所得，且與其他成員對於所得亦無事實上之共同處分權時，同無利得可資剝奪，特別在集團性或重大經濟、貪污犯罪，不法利得龐大，一概採取絕對連帶沒收或追徵，對未受利得之共同正犯顯失公平。有關共同正犯之犯罪所得，應如何沒收或追徵，本院業於民國 104 年 8 月 11 日之 104 年度第 13 次刑事庭會議，決議不再援用、參考先前採取共犯連帶說之判例、決議，改採沒收或追徵應就各人所分得者為限之見解。又所謂各人所分得，指各人對犯罪所得有事實上之處分權限，法院應視具體個案之實際情形而為認定。倘若共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，固應依各人實際分配所得沒收；然若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予論知沒收；至共同正犯各成員對於不法利得享有共同處分權限時，則仍應負共同沒收之責。……」。

⁴⁶ 新、舊法間此點變革之介紹，請見，林鈺雄，〈綜覽沒收程序新法（上）／（下）〉，《月旦法學教室》，174/175 期，2017 年 4/5 月，頁 44-56/47-57。

⁴⁷ 臺灣高等法院暨所屬法院 105 年法律座談會刑事類提案第 1 號
法律問題：新修正刑法於 105 年 7 月 1 日施行後，法院於宣告沒收供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物或犯罪所得之場合，裁判主文在宣告沒收並諭知「於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額」時，該追徵之價額若干，應否一併於主文為諭知？
甲說：肯定說。



(一) 按供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定；前項之物屬於犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，而無正當理由提供或取得者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定；前 2 項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第 38 條第 2 項、第 3 項、第 4 項分別定有明文。

(二) 犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定；犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，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；前 2 項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項、第 3 項分別亦有明文。

(三) 前條犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之。第 38 條之追徵，亦同，刑法第 38 條之 2 第 1 項復有明文。質言之，若供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物或犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，法院得以估算認定之；若供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物或犯罪所得之範圍及追徵與價額，認定顯無困難時，法院於裁判時即有認定之必要。準此，依前揭法條文義解釋，無論沒收及追徵之範圍與價額認定是否顯有困難，猶難謂法院對於沒收及追徵之範圍與價額不存認定之義務。從而，法院在裁判主文中論知沒收及追徵外，並應論知追徵之價額若干，始為適法。

乙說：否定說。

(一) 新法關於供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物或犯罪所得及追徵之範圍與價額，並未就追徵價額之判斷基準時點為規範，則究應以犯罪行為時抑或最後言詞辯論終結時，作為認定追徵價額之判斷基準，已生疑義。

(二) 若以犯罪行為時為判斷基準，則沒收之物嗣後增值之範圍似無從追徵其價額；反之，若以最後言詞辯論終結時為判斷基準，則歷次事實審程序則難逃一再認定追徵之價額之困境，反使審判程序延宕難決，似均非修法之本意。

(三) 因此，追徵之價額究為若干，宜認屬刑事执行程序應決事項，不應苛責法院於審判程序為判斷。從而，法院在裁判主文中論知沒收及追徵即為已足，並無論知追徵之價額若干之必要。

丙說：區分說。

(一) 按前條犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之。第 38 條之追徵，亦同，刑法第 38 條之 2 第 1 項定有明文。考其立法意旨，認有關犯罪所得之沒收與追徵，其範圍及於違法行為所得、變得之物或財產之利益及其孳息，考量其價額及範圍並不具有特定性，明定在認定顯有困難時，得估算之，以符實務需求。而所謂認定顯有困難，指沒收之範圍與價額之相關事實已臻明確，無庸另行估算認定者而言。例如收受賄賂罪之賄款數額已在判斷該罪之構成要件明確認定之，既無疑義，自無另行估算之必要。

(二) 揆之上述，法院於裁判主文論知沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額之場合，該價額若干是否於主文為論知，應區分其犯罪類型之構成要件及所涉加重或減輕事由已否包含價額之認定為斷。若是，因此際追徵之價額若干因犯罪事實認定結果已臻明確，自應於裁判主文論知追徵之價額若干；反之，則因犯罪事實認定並未包括追徵價額之判斷，此際追徵之價額若干並非確定，裁判主文僅論知追徵其價額即為已足，自毋庸論知追徵之價額若干。

初步研討結果：採乙說。

審查意見：採乙說。

研討結果：照審查意見通過（經付表決結果：實到 83 人，採甲說 18 票，採乙說 53 票，採丙說 0 票）。

⁴⁸ 另例示如最高法院 106 年台上字第 2274 號判決，有關販毒案件中販毒所得之沒收，最高法院針對檢方上訴時所提應沒收原物的見解，指出：「刑法論知沒收之標的，不論係犯罪所用、犯罪所生、犯罪預備之物或犯罪所得，於其客體之原物、原形仍存在時，自

上述見解可以說是超譯了沒收與追徵間的原則、例外關係，如同本文曾反覆提及的，實務上許多案例，本來就是典型應宣告追徵的狀況，例如犯罪利得自始就只是計算上之進帳，或是犯罪利得之現金的情形，此時強求宣告沒收時主文必須併列追徵和沒收，並無實質意義。沒收與追徵之原則例外關係，是因為使用替代手段，是就人民其他與犯罪無關之財產執行，為了避免人民財產權受到過度侵害之考量，在沒收原物還有可能的情況下，仍以沒收該物為原則。但如果沒收原物本來依案件性質就不可能，則與上開保障人民權利之思考無關，法院直接宣告追徵，是更直接了當的作法。

我國實務採上開見解，是出自所謂「追徵價額之判斷基準時點⁴⁹」法無明文，不宜由法院決定之觀點。本文認為，所謂追徵價額之判斷時點，必定是以犯罪行為為時為準，犯罪行為時被沒收人有權支配一個沒收標的，他擁有的就是這個東西，市價如何飆漲與他並無關係，未來追徵其價額時，必定是以當時被沒收人所擁有的價值計算。我國實務在座談會討論中，顧慮的是若未剝奪到沒收原物後來增值的範圍，可能有所不當，但就此是被沒收人是否透過沒收標的更有所得的問題，也就是被沒收人是不是又藉著處分沒收物再賺一票的問題。若被沒收人沒有賣出沒收標的或做其他處分，只是單純丟失了沒收標的而需要追徵價額，被沒收人既然根本沒享受到沒收標的的增值，也沒有任何再剝奪增值的基礎。

從而，本文認為，法院在宣告沒收時，確定追徵價額並無任何困難，甚至從人民權利保障的觀點，人民財產權受侵害的範圍由法院決定之，本來就更適當。如果實務仍堅持採主文併列說，將影響到保全扣押原本的立法設

是直接沒收該『原客體』。惟於『原客體』不存在時，將發生全部或一部不能沒收之情形，此時即有施以替代手段，對被沒收人之其他財產，執行沒收其替代價額，以實現沒收目的之必要。不因沒收標的之『原客體』為現行貨幣，或現行貨幣以外之其他財物或財產上利益而有不同。又刑法沒收規定修正前，關於沒收之替代手段，其執行方式除『追徵』外，尚有『追繳』及『抵償』。鑑於『追繳』及以其財產『抵償』等實際執行方式，均屬『追徵其價額』的方式之一，修法後已統一沒收替代手段名稱為『追徵其價額』（見刑法第38條第4項及第38條之1第3項）。從而未扣案之被告犯罪所得1,000元，依上說明，仍生追徵其價額問題，原判決諭知被告犯罪所得1,000元沒收，另依刑法第38條之1第3項規定諭知『於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時追徵其價額』，其法律之適用，尚無違誤，雖正確地肯認販毒所得應予追徵，但仍採並列說，其間論理不知所云。

⁴⁹ 曾淑瑜，〈論修正前後沒收轉型之爭議〉，《司法新聲》，225期，2016年10月，頁9-27，頁23-24並就此問題羅列四說。

計，如我們上面所述，保全扣押在沒收修法後，依照立法之設計原型，應該要清楚區分「保全沒收之扣押」與「保全追徵之扣押」（見上文壹），如果終局沒收都還是併列宣告沒收、追徵，則保全扣押的階段如何區分保全沒收、追徵之扣押？其中的矛盾不言而喻，也沒有任何需要這樣做的理由。尤其我國實務上，在犯罪利得為抽象，根本沒有具體沒收原物的情況，仍然堅持使用主文併列說的條件句，形成「未扣案之犯罪所得新臺元 XX 元沒收之，於全部或一部不能（或不宜執行）沒收時，追徵其價額」的弔詭語句，其中的 XX 元，不就正是追徵的價額？從此也可見主文併列說的不必要。

因此，在扣押階段，依沒收與追徵之原則例外關係，扣押決定者依據扣押聲請，本應決定本案狀況是否可能沒收原物，若答案是否定的，就應發動保全追徵之扣押。這個答案在程序中是可以變動的，若後來在刑事程序中經事實調查，發現沒收原物其實還存在，可以將原本的保全追徵扣押撤銷，改扣押該沒收原物，終局宣告時也就直接宣告沒收即可。相反地，若終局宣告沒收時就是找不到沒收原物，則大可直接宣告追徵，並直接認定追徵價額即可，毋庸迴避或保留此問題。

4. 裁量沒收與義務沒收間之奧義

我們上述針對沒收新法所新增的「第三人沒收」，以及原有的「連帶沒收」、「沒收追徵併列」等沒收實體的問題，點出來略作討論，要強調的是沒收實體見解會影響程序法保全扣押之設計，還有許多實體法的問題，在沒收新法通過後都還值得我們好好釐清，才能搭配實體法規定設計適用的程序法。比較不好的情況是，我們不正面去面對實體法各爭點，把問題丟到「裁量」的層次，直接期待法院一一在個案宣告沒收時作出妥適的決定。「裁量」固然本來就是給予實務彈性的規範設計，但若不是在一定的基礎上為裁量，裁量將沒有一定的依準，過於龐雜的爭點數量，會讓許多關鍵問題最後只能含糊帶過。

(1) 過苛條款的立法錯誤

除了扣押本身也是依裁量為之外（見下文肆、一、5.），這裡先談的是

沒收本身的裁量，扣押之發動如上述須符合沒收可能性，若扣押所保全的沒收請求權法律效果上是採裁量沒收而非義務沒收，那也需要是未來可能裁量後沒收，才能發動沒收之保全扣押。我國 2015 年沒收實體修法，為了增加犯罪利得剝奪的有效性，仿照德國法將利得沒收改為義務沒收（刑§38-1），但是同時搭配避免沒收過苛之過苛條款（刑§38-2 II），犯罪物沒收則維持為裁量沒收（刑§38），但我國立法者對德國法或有誤解，將刑法第 38 條之 2 第 2 項新增之過苛條款同樣適用於第 38 條之犯罪物沒收，使得體系更加混亂，也正因此讓原本並非該次修法重點之犯罪物沒收，又被吹皺一池春水。

要注意的是，依我國新法所仿照之德國舊法的設計，本來過苛條款（§73c StGB a.F.）搭配的是利得沒收之義務沒收，犯罪物沒收之裁量沒收，則是以比例原則之畫定（§74b StGB a.F.），具體化沒收之裁量標準而已。兩者間的差別在於義務沒收加過苛，表達的是原則例外的關係，既然是「義務」沒收，就是原則上一定要沒收，只有在合乎過苛的情況下才可以特別例外，若例外的情況確實存在，也是原則上一定要排除沒收，沒有裁量的空間。反之如果是裁量沒收，本來就沒有一定要沒收，沒收不沒收都可以，但須注意比例原則之思考，更要就其裁量負一定之說理義務。

雖然邏輯上上述兩種模式大不相同，但上位的思考都一樣是比例原則，如果不對過苛條款明確定性，則結果論上與裁量沒收並無不同。舉個生活實例，如果說我們決定原則上為了減肥要吃少一點，除非肚子很餓時才能例外，結果常常覺得肚子很餓就都吃很多，這樣的結果和直接按情況裁量什麼時候少吃，並沒有什麼實質上的差異，我們一定是要定位清楚什麼情況是例外可以多吃，才不會落得減肥失敗的後果⁵⁰。我國沒收新法下，實務雖然注意到立法新增了過苛條款，但一來立法誤將過苛條款也適用於裁量沒收之犯罪工具沒收，以致於過苛條款看起來也不過是一條裁量的示意規定，二來立法者在上開誤解之上，綜合了犯罪物沒收、利得沒收所有可能的裁量事由，併列「有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要」四種情況，沒收都得不宣告或酌減之，以致於我國

⁵⁰ 本文在討論扣押與假扣押之區分時，雖然也曾強調過原則與例外間並非量上多與少，例外不一定要少於原則，但那是原則例外都是扣押，只是種類不同的情形。這裡談的原則與例外，則是會影響是否沒收的結果，如果例外過多，將使應沒收的原則被侵蝕。

實務得從此四事由發揮，大量利用過苛條款排除利得沒收。

事實上，德國法之所以用「過苛」這樣的說法，與利得沒收的「苛」有很緊密的關係，尤其如前文曾提及的，德國法在 1992 年出於打擊組織犯罪之思考，將利得沒收自淨利原則改採總額原則後，特別引發了利得沒收不扣除成本是否過苛的思考，也讓過苛條款真正有其在實務上的重要性（見上文第二章、貳、二）。而德國 2017 年沒收修法時，由於已著手針對總額原則之適用加以修正限縮，目前德國法針對沒收過苛之修正設計，主要就落在程序法上從程序經濟出發之觀點（見上文第三章、壹、二、1.、(2)、A.）。簡單來說，所謂「過苛」條款的存在，必然是先要有定義「苛」在哪裡，我們不能忽視德國法這樣的立法脈絡。

(2) 我國新法下的裁量定性

我國法在上述德國法的鋒迴路轉下，更需要努力地定位我國法的裁量沒收與義務沒收規定，否則過度的「裁量」，會侵蝕整個法體系的安定性。首先針對犯罪物沒收來說，我國實務上過去常見的沒收，清一色都是犯罪物沒收，例如依毒品危害防制條例沒收毒品或施用、製造毒品之等器具，依槍砲彈藥刀械管制條例沒收具殺傷力之槍枝、刀械，依商標法沒收仿冒之商品，乃至於依刑法之特別規定沒收偽造之印章、印文或署押，沒收散布之猥褻物品，沒收偷車牌使用之扳手。其中，除了違禁物沒收當然還是保持義務沒收外，其他皆還是採取裁量沒收，沒收新法並未修正，進而，犯罪物沒收之要件判斷，第一階段先決定是否可能沒收之犯罪物，第二階段法院還有裁量是否沒收的空間，過去我國實務見解如何，現在也是如此，並無任何改變。

至於我國過去實務較陌生的利得沒收，新法施行後究竟有沒有裁量的空間？依照我國法所仿照之德國舊法，「有過苛之虞」才是可以排除利得沒收適用之主要事由，且所謂的過苛必須相當限縮。我國法所列之其他三項事由中，特別有問題的是「欠缺刑法上之重要性」，既然利得沒收是要全面剝奪利得，理應不會有沒收欠缺刑法上之重要性的時候，若是「犯罪所得價值低微」以致於犯罪之追訴本身就欠缺刑法上之重要性，例如去偷別人的筆記紙、偷一盒壽司裏腹，則除了實體法上可以透過違法性之審查，排除實體刑



罰權外，實務上透過緩起訴等機制，可能本來就沒有判決有罪進而沒收之必要⁵¹。況且，只要是財產犯都還會有發還被害人的問題（見下文參），沒收不見得只是要處罰行為人，更可能是要透過沒收來滿足被害人所受損害，不予沒收也無法減輕沒收相對人應賠償被害人之負擔。

再來，值得深入探討的一點是，「為維持受宣告人生活條件之必要」得否作為排除沒收請求權之過苛例外事由？如上所述，德國法所謂的過苛是連結著沒收範圍的擴大而來，避免沒收範圍計算上之過苛，並不是造成被沒收人生活困苦之過苛，我國沒收新法之立法例特別列出被沒收人生活條件過苛之排除事由，與原本過苛之主要事由分別以觀，立法應是有其獨立之考量與意義。但就此需注意的是，本來強制執行法上就有考量被執行人生活條件，而禁止對部分財產執行之規定，理應亦準用在刑事執行程序（見下文肆、二），是否需要因為維持被沒收人生活之必要，就直接排除沒收請求權，或是可以仍予沒收，但在執行程序予以寬現，值得思考⁵²。在我國實體法已經如此規定的情況下，法官使用所謂維持生活必要之事由時，應個案一一考量，尤其在政策上，該事由之增訂應是考量被沒收人為社會弱勢，再予沒收只會造成其生活更陷於困境。如果個案中被沒收人是法人或者是高薪白領階級，縱使沒收可能導致其面臨破產等困境，可能也不適當以維持生活必要之事由逕予排除沒收之實體請求權。

綜上所述，我國實體法沒收新法下所謂裁量與過苛之制度，疑義仍甚多，造成在扣押階段時，無法穩定地論證所謂沒收可能性的要件，我國實務應盡速釐清各該爭點，避免過度侵害人民財產權之指摘。在犯罪物沒收方面，沒收新法下仍是採裁量沒收，不須再適用刑法第 38-2 條第 2 項之過苛條款，從而，如果是沒收並無任何刑事政策上的意義，例如沒收殺人時所穿的衣服對於嚇阻殺人罪犯行毫無意義，則自始依裁量無需沒收，也就不具沒收可能性而不需為沒收之目的扣押。至於像我國實務上過去穩定所採，例如

⁵¹ 若要避免沒收微薄價值造成的無謂勞費，亦得參考德國 2017 年修法刪除實體法過苛條款後，在程序法上所設之沒收限制（見上文第三章、壹、二、1.、(2)、B.）。

⁵² 也就是說，實務上我們會認為沒有必要沒收的情況，究竟是實體法或是程序法的問題？是實體法上，犯罪人之行為本質就沒有觸發國家發動沒收請求權之必要，還是程序法上，國家不需要發動程序去確認或實現該沒收請求權的問題。當然，實體、程序無法截然二分，但這的確是我們在討論沒收時常會忽略，因而陷於到底要不要沒收的泥淖。

偷車牌應沒收該扳手工具等等沒收見解，未來也值得檢討是否有沒收之必要，但這並非是沒收新法之要求，只是我國實務之沒收裁量值得再修正的問題。

至於利得沒收方面，沒收新法下原則是採義務沒收，例外時才適用刑法第 38-2 條第 2 項之過苛條款，原則與例外除了是應否沒收之間的差別，也有可能是量上之酌減，我國實務對於如何適用過苛條款，必須先考量我國實務上有哪些刑事案件會落入沒收的範圍，再考量有哪些案件宜被排除，或者在沒收數量予以酌減，形成穩定的見解後，才可能在扣押階段就適當地節制扣押的範圍。就此參照德國法過去的發展經驗，最有可能須仰賴適用過苛條款修正的可能是總額原則的計算方式，避免全面適用總額原則沒收不扣除成本，對被沒收人造成之過苛。在扣押階段，尤其因為我國保全追徵之扣押，立法上特別規範是必須「酌量」扣押，若犯罪所得是否扣除成本在個案中計算上有爭議，則此爭議可能會前置到扣押階段，並基於實定法的酌量要件遭受挑戰，這是實務常見之「超額扣押」之指摘中，本文認為最有力可能可以切入的爭執點，有待我國法院妥善處理。

二、以洗錢為切入點的擴大沒收

1. 不明來源財產之擴大沒收

2015 年沒收實體法修法雖是參照德國法，尤其針對利得沒收的部分著手修正，但沒收新法和德國法還有一個關鍵性的差異，在於並無規範犯罪所得來源不明之擴大利得沒收（*Erweiterter Verfall*, §73d StGB a.F.）。然而在國際上為了有效犯罪地剝奪利得，包括歐盟皆敦促法制上必須有沒收來源不明之犯罪所得之機制，德國因此也針對此部分於 2017 年再行修法（*Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*, §73a StGB）。我國在 2015 年沒收新法通過後，不外於上述國際潮流，也補足了此塊沒收之拼圖。

與德國法包括其 2017 年新法不同的是，我國針對犯罪所得來源不明之沒收，是從洗錢防制法開始著手，洗錢防制法在 2016 年 12 月之通篇修正中，除了其他為了因應 2018 年 11 月亞太防制洗錢組織 (APG) 第 3 輪相互評鑑，增強洗錢防制密度之機制⁵³，在洗錢防制法第 18 條之沒收條款，除了第 1 項規範一般針對洗錢犯罪所得予以沒收外，第 2 項進一步針對「以集團性或常習性方式犯第十四條或第十五條之罪（按：洗錢罪與財產來源不明罪），有事實足以證明行為人所得支配之前項規定以外之財物或財產上利益，係取自其他違法行為所得者，沒收之」，使得沒收範圍不以洗錢罪本身為限，更及於調查洗錢時所發現之其他不明財產。

此洗錢防制法之修法，政策方向上因此也與德國法一般性之擴大利得沒收不同，可以說是直指大規模之經濟犯罪，洗錢防制法第 18 條之修法理由⁵⁴也明確表明了：「我國近來司法實務常見吸金案件、跨境詐欺集團案件、跨國盜領集團案件等，對國內金融秩序造成相當大之衝擊，因其具有集團性或常習性等特性，且因集團性細膩分工，造成追訴不易。另常習性犯罪模式，影響民生甚鉅，共通點均係藉由洗錢行為獲取不法利得，戕害我國之資金金流秩序。惟司法實務上，縱於查獲時發現與本案無關，但與其他違法行為有關聯且無合理來源之財產，如不能沒收，將使洗錢防制成效難盡其功，且縱耗盡司法資源仍未能調查得悉可能來源，而無法沒收，產生犯罪誘因，而難以杜絕犯罪行為。為彰顯我國對於金流秩序公平正義之重視，而有引進擴大沒收之必要。所謂擴大沒收，係指就查獲被告本案違法行為時，亦發現被告有其他來源不明而可能來自其他不明違法行為之不法所得，雖無法確定來自特定之違法行為，仍可沒收之。因此，為杜絕不法金流橫行，如查獲以集團性或常習性方式之洗錢行為時，又查獲其他來源不明之不法財產時，參考二〇一四歐盟沒收指令第五條、德國刑法第七十三 d 條、第二百六十一條、奧地利刑法第二十 b 條第二項、第一百六十五條⁵⁵，增訂擴大沒收違法行為所

⁵³ 我國洗錢防制法 2016 年之立法變革，請見，蔡佩玲，〈錢的秩序與遊戲——洗錢防制新法解析〉，《月旦刑事法評論》，4 期，2017 年 3 月，頁 109-116。

⁵⁴ 洗錢防制法第 18 條 2016 年 12 月修法理由四。

⁵⁵ 除我國修法理由所提及的外國立法例外，防制洗錢金融行動工作組織 (FATF) 40 項建議及注釋，也有提及各國應透過立法等手段，使國家得沒收洗錢財產、洗錢或上游犯罪的收益以及投入或意圖投入的資金、資助恐怖主義的收益以及投入或意圖投入的資金，包括追徵其相應的價值，更包括應為保全沒收而發動暫時的扣押措施，來避免洗錢財產

得規定，爰增列第二項」。

上述修法理由提及的吸金案件、跨境詐欺集團案件、跨國盜領集團案件，特定在於犯罪規模龐大，被害人眾多或分散各地，其間金流複雜難以勾稽，有時礙於事實調查之困難，無法特定哪一筆款項是何時何地之犯罪行為所得，但此些款項往往共通地必須透過洗錢之方式流往海外。我國法從後述之共通點出發，以洗錢防制作為切入點，將這塊沒收拼圖補足，同時避免了在扣押階段的疑慮⁵⁶，據此，一旦破獲上開集團性犯罪，例如找到詐騙機房、逮捕盜領車手時，當場起獲之犯罪所得，縱使一時無法確認是否某次犯罪之犯罪所得，未來既然仍可能透過洗錢防制法之擴大沒收規定沒收，則扣押必定是具備沒收可能性，論證上將更無疑慮，此次立法可望帶來許多正面效果。

不過我國之擴大沒收規定，既然是跟著洗錢防制之設計而來，則洗錢防制之射程範圍，將影響著此擴大沒收規定之適用。擴大利得沒收既然是針對來源不明之犯罪所得，就是希望可以剝奪所有與犯罪相關的「黑錢」，進而減低犯罪之誘因。而與黑錢有關之犯罪中，除了上述修法理由直指的詐騙、吸金、盜領案件外，還有例如毒品交易、貪污瀆職也是常見的類型。若是大規模地販毒、收賄，固然未來也可能有後續之洗錢行為，進而得以適用我國洗錢防制法新增之擴大沒收規定處理，但若是小規模、非連續性之犯罪，可能沒有明確得認定的洗錢行為，或是還沒進行到洗錢行為就被破獲了，此時無法自洗錢行為切入，若黑錢又難以與特定犯罪行為聯結，此情形仍會成為沒收之缺口。

立法論上，如果能有適用犯罪範圍更大的擴大利得沒收規定，可能就沒收而言還是會更完備，甚至應考慮繼續遵循沒收新制的集中式立法例，如德國法將擴大沒收規定增訂於普通法。

2. 洗錢防制法的凍結帳戶處分

之交易、轉讓或處置，詳見 FATF 40 項建議第 4 點。

⁵⁶ 檢方在洗錢防制法修正後的扣押運作，請見，黃士元，註 19 文，頁 13。

有關基於洗錢防制法而來的沒收保全，需要注意的是，洗錢防制法舊法第 9 條其實本來就有凍結帳戶的保全規定，2017 年修法時該條移列第 13 條，該條第 1 項規定：「檢察官於偵查中，有事實足認被告利用帳戶、匯款、通貨或其他支付工具犯第十四條及第十五條之罪者，得聲請該管法院指定六個月以內之期間，對該筆交易之財產為禁止提款、轉帳、付款、交付、轉讓或其他必要處分之命令。其情況急迫，有相當理由足認非立即為上開命令，不能保全得沒收之財產或證據者，檢察官得逕命執行之。但應於執行後三日內，聲請法院補發命令。法院如不於三日內補發或檢察官未於執行後三日內聲請法院補發命令者，應即停止執行」，是針對帳戶、匯款、通貨或其他支付工具的特別保全措施，原則上凍結期間雖為 6 個月，但依同條第 4 項：「第一項之指定期間如有繼續延長之必要者，檢察官應檢附具體理由，至遲於期間屆滿之前五日聲請該管法院裁定。但延長期間不得逾六個月，並以延長一次為限」，因此最長可至第 12 個月。

上述規定為洗錢防制法 2003 全文修正時所增訂，當時修正之背景，與洗錢防制的跨國司法互助有緊密關聯⁵⁷，洗錢防制法第 13 條第 4 項規定：「對於外國政府、機構或國際組織依第二十一條所簽訂之條約或協定或基於互惠原則請求我國協助之案件，如所涉之犯罪行為符合第三條所列之罪，雖非在我國偵查或審判中者，亦得準用前四項規定」⁵⁸，由此可見，為了合於國際打擊洗錢之體系，適當的保全措施的設計是很關鍵的。此條 2003 年增訂時即明確採取相對法官保留原則⁵⁹，甚至規範更為清楚，緊急時檢察官須事後

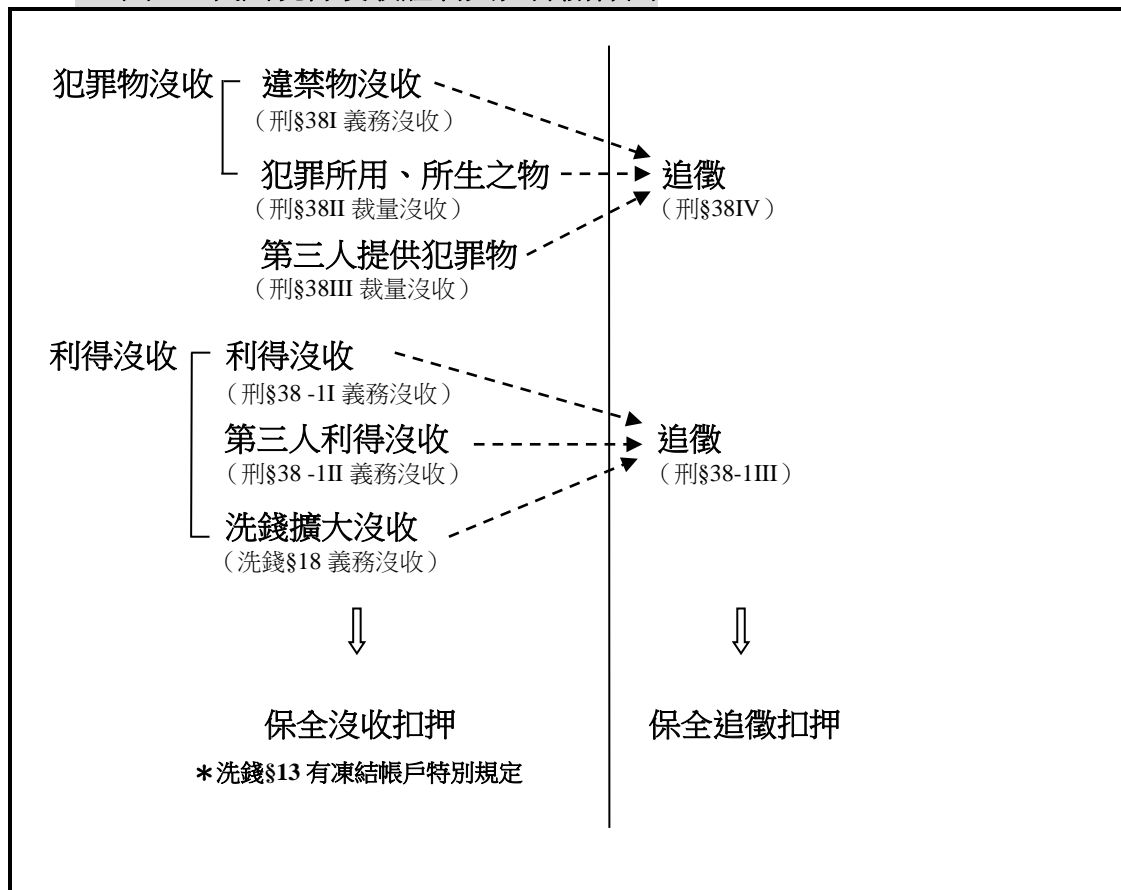
⁵⁷ 洗錢防制法第 8-1 條（2007 年修法移列第 9 條，2016 年修法又移列第 13 條）2003 年修法理由四參照。

⁵⁸ 此項 2016 年修法時僅移列未修正，洗錢防制法第 9 條 2007 年修法理由四：「2007FATF 第三十六項建議，各國應在反洗錢與打擊資助恐怖分子之調查上、起訴及相關程式上，提供最廣泛之司法互助。且 APG 於九十年五月所提出之第一輪相互評鑑報告即指出，『由於我國國際地位特殊，迄今未與任何國家就偵查之合作事宜簽署任何正式之多邊或雙邊協議，因而形成我國與其他國家之間跨境從事犯罪調查合作之最大障礙。』值此跨國洗錢已形成國際犯罪嚴重問題，我國更應積極與他國合作，建立國際司法互助之互惠氣氛。為呼應國際司法互助之潮流，並顧及洗錢防制之國際特殊性，彰顯我國政府願意參與國際間共同打擊洗錢犯罪之決心，爰參照香港澳門關係條例第五十六條、證券交易法第二十一條之一第一項等，將原第四項增列『或基於互惠原則』等文字，以增加國際合作之機會，並移列為第五項」。

⁵⁹ 洗錢防制法第 8-1 條 2003 年修法理由三：「對於人民之金融交易工具為禁止、限制付款、轉帳、提款或交付等強制處分權之行使，應採令狀主義，以符合憲法保障人民財產權之本旨，爰明定上開權限由法院行使，並為避免影響當事人權益，其禁止或限制金融

聲請法院補發命令，相較於刑事訴訟法 2016 年新法針對緊急扣押所採之事後陳報制（見下文肆、1.），對人民權利的保障也更加完備。從而，若刑事追訴機關是為打擊洗錢而欲扣押帳戶、匯款、通貨或其他支付工具，應先適用洗錢防制法第 13 條之特別法。但若是洗錢防制法第 13 條不得適用之範圍，包括已超過凍結帳戶處分最長 12 個月之期間，若原先凍結之帳戶仍然是未來可能之沒收標的，似也無從排除刑事訴訟法沒收保全扣押之適用。立法論上，我國 2016 年修正洗錢防制法時，未一併討論此凍結帳戶特別規定與刑事沒收保全扣押間的關係，是較為可惜。

▼ 圖 2：我國現行沒收體制與扣押關係圖



交易之期限為六個月之內，至於檢察官於情況急迫時，為保全證據亦得為上開禁止或限制交易之命令，並於三日內報請法院補發命令，法院如不於三日內補發時，應即停止執行，以維護人民之權利。法院為上開禁止或限制金融交易之命令，應以書面為之，並準用刑事訴訟法第一百二十八條之規定」。



參、以刑事執行為中心之被害人協助

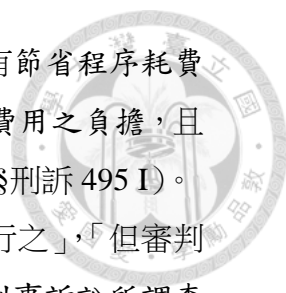
我國沒收新法雖然參考德國 2017 年前之舊法，但在被害人求償的部分，並未比照德國舊法被害人償還協助之複雜設計，而是採取類似德國新法，以刑事執行為中心之被害人協助制度，其中，保全扣押佔舉足輕重的地位。

說到被害人協助，要先敘明的是，被害人主張返還或賠償，終究是一個民事法上的問題，刑事法只是搭配民事法來協助被害人，不能因為刑法「多」規範了協助被害人受償的機制，就有所混淆而本末倒置，認為國家一定要幫被害人解決所有民事爭議。被害人得以獲得民事上之賠償或返還，是因為其在民事法上有權利，本應循民事程序實現其權利，只是被害人若是因犯罪而權利受侵害時，國家同時會發動刑事程序以達成刑事政策上之目的，基於對被害人之保護，又考量刑事程序有國家權力之積極介入，程序上通常得以進行地更迅速，所以在刑事程序設計協助被害人償還之機制，讓被害人得以比較簡便地實現其民事上權利，來充實國家對犯罪被害人的保護，如此而已。

一、我國法下被害人求償之途徑

1. 透過附帶民事訴訟求償

要實現民事上之權利，前提當然是要先確認民事權利存在，就此會涉及實體法律關係之認定，刑事程序上被害人賠償機制要如何設計，應視刑事程序要涉入民事法律關係之程度如何，可深可淺。其中涉入最淺的方式即是附帶民事訴訟，只是單純讓被害人得附帶於刑事訴訟提出民事訴訟，概念上刑事訴訟還是與認定民事法律關係之民事訴訟相互分離，不會在刑事程序本身協助被害人實現其民事上權利，被害人須待附帶民事訴訟法判決之後，另經民事執行程序實現其權利。



提起附帶民事訴訟在我國法的特定設計下，對被害人仍有節省程序耗費之好處。實務上最重要的就是免除提起民事訴訟須繳納訴訟費用之負擔，且附帶民事訴訟得由「原告於審判期日到庭時」以言詞提起（§刑訴 495 I）。在程序進行上，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」（§刑訴 495 I），其中「就刑事訴訟所調查之證據，視為就附帶民事訴訟亦經調查」（§刑訴 499 I）。附帶民事訴訟應與刑事訴訟同時判決（§刑訴 501），除當事人有捨棄之情事外，判決「應以刑事訴訟判決所認定之事實為據」（§刑訴 500）。以上之程序設計，得大幅減緩被害人提起民事訴訟之累，避免同一事實行不同法律程序之徒勞，只不過刑事犯罪涉及之民事法律關係常相當複雜而有爭議，未免拖累刑事程序之進度，法律上因而設計了刑事法院得將球拋出去之機制，依刑事訴訟法第 504 條，「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」，此移送案件免納裁判費，但該移送之裁定不得抗告。這個例外規定在實務上成為數量上之常態，因此被害人實現其民事上權利，最後還是要移駕到民事庭進行攻防，附帶民事訴訟設計之最大益處，實務運作結果變成僅是免繳裁判費這點。

上述我國運用附帶民事訴訟之通常結果，對國家協助被害人的規範設計產生影響。因為刑事庭往往在刑事判決後，才將附帶民事訴訟移送民事庭，造成民事判決往往在刑事判決後才做成，如果在法規範的設計上，還是讓求償的任務交由人民自行循民事程序，聲請強制執行而實現的話，可能在我國法實踐下，民事措施會來得太晚。因此在刑事沒收程序已處理財產關係，而民事權利所屬相對明確之案例中，若要被害人再循民事途徑主張權利，縱使是上述較簡便的附帶民事訴訟，都未免造成被害人之過度負擔，也削弱了權利保護的有效性。

2. 扣押與被害人聲請受償的關聯

從而，制度上可以想見必須有更快速，直接讓被害人受到填補的程序設計，此設計的前提是國家先透過保全扣押，暫時占有人民特定財產，國家再透過處分該些財產，填補被害人所受損害。由此來看，「保全扣押」與「被

害人受償」之間可以說是正反兩面的關係，從目的性來看，國家遂行保全扣押，兼有發還被害人之目的，相對地反過來看，可能適用發還機制的被害人，必須是和沒收及保全扣押有關聯者⁶⁰，如果是例如車禍案件、妨害名譽案件的被害人，案例當中既然沒有沒收或扣押的問題，當然也就沒有後續的發還受償的可能，被害人若主張因犯罪有所損害，必須要自己進行民事訴訟求償。

在我國新法下，被害人有兩種受償之可能路徑，第一種是國家機關主動依刑事訴訟法第 142 條第 1 項後段，在扣押物係贓物而無留存之必要，又無第三人主張權利之情形，縱使犯罪行為人之本案案件尚未終結，法院或檢察官亦應在扣押程序以裁定或命令發還被害人。第二種則是依刑事訴訟法第 473 條，到了本案案件終結後之執行階段，若財產已被宣告沒收，則由對沒收物有權利之人向負責執行之檢察官聲請發還或給付，國家機關因而被動接受聲請而發還、給付之。

上述第一類路徑直接建立了扣押與被害人受償之間的關聯，由國家機關將扣押之特定財產，在刑事程序終結前直接發還予被害人，第二類路徑則是直到刑事判決確定後，再自扣押保全財產之範圍，於執行階段發還或給付使被害人受償。上述兩種路徑，扣押之所以都扮演著重要地位，是因為協助被害人受償之程序，目的就是為了使被害人得以實現其民事上權利，讓被害人得實際占有管領財產，不只是抽象具有權利，而保全扣押就是國家基於特定原因，暫時管領特定財產之處分，不論是將扣押物直接發還，或是將扣押物於執行時分配，先決條件都是有妥善的扣押機制。

此外，依德國法給我們的啟示，扣押與被害人受償之關聯並不僅止扣押

⁶⁰ 本文因篇幅限制，未詳細論述的一個重要問題是，得適用求償程序受國家協助之犯罪被害人，具體範圍為何。討論例如，是否如同德國法，限於產自犯罪有權利之人，才有被害人賠償機制的適用，我國仍有採否定見解者，請見，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，頁 4-14，頁 9-13，針對適用發還程序與適用附帶民事訴訟之「被害人」概念差異比較，則請見，楊智守，〈刑事附帶民事訴訟實務運作程序研究——以比較適用新刑法之發還條款為中心（上）〉，《司法周刊》，1871 期，2017 年 10 月 13 日，頁 2-3。除了我國相關見解已深入討論的情況外，值得考慮的一個問題是，受被害人權利移轉之繼承人，可否適用被害人求償程序，德國 2017 年新法就此原則上採肯定見解（見上文第三章、伍、三、2.）。以上具體適用，因我國現行法並沒有限定範圍，故答案採肯或否均無不可，德國學說、實務也是爭論不斷，有賴我國司法機關續造一個兼顧資源限制與權利保護的穩定見解，就此可以想見的是，如果被害人的概念包山包海，刑事司法絕對會無法負荷。

物發還，國家透過扣押控制未來可能沒收之財產後，還有很多協助被害人受償還之制度設計可能性，也有能藉以和民事程序調和之處（見上文第三章、伍）。從開始保全扣押到被害人受償還，是牽涉被害人權利之刑事案件中，國家支配沒收財產之一連串過程，而中間過程如何設計，即是我國 2015、2016 年沒收新制修法參考德國法之重點之一，以下將以我國現有的被害人受償的機制出發，一一剖析並指出我國法有疑或不足處。

二、基於物權而來的贓物發還

1. 贓物發還的適用限制

首先，上述第一條路徑，即刑事訴訟法第 142 條第 1 項後段之扣押物發還被害人規定，是從扣押到被害人受償還，最簡捷的途徑，在實務運作上有其重要性，也有其適用之限制。德國刑事訴訟法中與我國刑事訴訟法第 142 條相似之規定，即新法第 111n 條及第 111o 條、舊法第 111k 條，在實務運作下就不是所有情況皆可發還（見上文第三章、伍、二、1.），我國之發還規定也值得進一步區辨。

我國刑事訴訟法第 142 條之發還規定雖然在 2016 年刑事訴訟法修法時未作修正，但實質內涵其實與德國法相近，德國 2017 年修法將原本只規範被害人發還之規定，納入對關係人以及第三人之發還統一規範後（見上文第三章、伍、二、2.），看似與我國刑事訴訟法第 142 條第 1 項，同時規範對被扣押之關係人以及被害人發還的立法例不謀而合，但兩者之間有一些邏輯設計的差異必須細譯。

詳言之，我國法下的「發還」是一個最廣泛的說法，可以說是「扣押」一詞的反面定義，所有扣押保全效力的除去，在我國法下都可以稱作發還，例如解除凍結的帳戶，也是一種發還。但在德國法的理解，撤銷扣押後去除保全之效力，固然包含了返還扣押物等效果，但沒有將所有這些效果統包稱

作「發還」一詞，德國刑事訴訟法被我們翻作發還規定的第 111n 條、第 111o 條，是一個比較小的概念，在歷史發展上著重的就是對被害人協助，新法雖然加入了所謂對最後持有人、第三人的發還，但這只是以發還被害人為軸心，釐清思考上發還對象的擇定關係而已，並沒有把廣義的所有保全效力的解除及相關所有返還問題都涵括進來。

因此我們可以理解扣押物直接發還被害人規定有一定適用範圍的限制，例如德國刑事訴訟法第 111n 條只限於經保全證據扣押或保全沒收原物扣押之動產才可適用。我國刑事訴訟法第 142 條第 1 項後段所謂的發還被害人，也限於扣押物是「贓物」時才有適用，代表著必須是行為人透過財產犯罪所取得之利得原物經扣押者，才是刑事訴訟法第 142 條第 1 項後段的射程範圍。從而，保全追徵之扣押物⁶¹，應不適用刑事訴訟法第 142 條的發還被害人規定，否則保全追徵之扣押物，常是關係人與犯罪無關之中性財產，若所有權利人都可以來聲請發還，將使所有扣押物的民事爭議，都可以帶到刑事程序來。

此外，能發還被害人之「贓物」在實際案例中，應也只限於動產，難以想像銀行帳戶、不動產為贓物而由國家機關發還之情形。扣押之動產必須在刑事程序中無留存之必要，具體而言，也就是扣押物在刑事程序中已不需要再作為證據使用，可能是嗣後發現扣押物無證據價值，或是扣押物已採證完畢，得以拍照方式保留證據價值者，也有不留存而發還被害人的空間。在權利狀態方面，發還被害人還須無其他第三人主張權利，也就是要權利明確的情況才能為之。

相對地，我國刑事訴訟法第 142 條第 1 項前段所謂的發還扣押關係人，是一個比較大的概念，適用的前提只有扣押物在刑事程序中無留存之必要，幾乎就是所有扣押應撤銷情況的當然結果，也沒有標的種類的限制，後段的發還才是針對被害人特別有前提要件限制的情況。我國實務上應嚴格區分前後段，視為不同的請求權基礎，解釋上才不會有所矛盾。

⁶¹ 由於我國法之規範文字明確限於「贓物」，因此保全證據扣押之扣押物，不同於德國法，在我國法應無發還被害人之可能，被害人只能另行再向扣押關係人請求。立法論上，或許可以將保全證據扣押之扣押物加入發還被害人之適用範圍。



2. 贓物發還欠缺程序機制

此處我們針對被害人協助，討論刑事訴訟法第 142 條第 1 項後段的情形，經審視可以發現，我國實務目前遇到的問題主要表現在程序上，雖然依刑事訴訟法第 142 條之明定，發還應以法院之裁定或檢察官命令為之，並有事後抗告、準抗告之權利救濟規定確保。但在我國實務上，由警察直接發還可能才是常態⁶²。當然對被害人來說，在權利狀態明確的情況，若在警察初步偵辦案件的階段就可以受發還，是權利保護上比較有效的方式，但若沒有建立一個好的合法性監督機制，除了易生爭議外，可能會變成小案亂發，大案不敢發的實務現象。

就此，至少應由檢察官為事先的概括同意，在特定的案件類型確立發還的原則，才能由警察直接為發還，權責最後歸屬在檢察官。從而，若有權利人主張警察發還錯誤，可以循對檢察官處分之準抗告（刑訴§416）規定，向法院請求救濟，透過事後權利救濟之確保，給予權利人爭執的機會，同時確立檢察官授權警察發還之正當性。要注意的是，如同德國法的理解，發還處理的是扣押物的占有狀態（見上文第三章、伍、二、1.），與所有權的移轉無涉，不會因為國家的發還行為，受發還之人就取得所有權。因此如果國家機關發錯了，除了可以直接針對國家的發還行為爭執以外，人民也可以另循民事途徑主張其權利。

最後要注意的是，我國學說、實務在沒收新制修法後，常會為求被害人權利之實現，強調法院在審判中可能依刑事訴訟法第 318 條第 1 項：「扣押之贓物，依第一百四十二條第一項應發還被害人者，應不待其請求即行發還」

⁶² 警察發還之程序與依據，可見內政部警政署制定的《警察偵查犯罪手冊》第 185 點：「扣押物應隨案移送檢察官處理，如係笨重不便搬運或保管者，得命人看守或命所有人或其他適當人員保管，但應將保管單隨案移送；如經被害人請求，得視情節報經檢察官核可，將贓物先行發交被害人保管，惟應注意下列情形：（一）經查確係被害人所有。（二）無他人主張權利。（三）經被害人說明贓物之品名、規格、特徵等相符，並指認確定。（四）被害人填具贓物認領保管單（格式如附件十七），詳記贓物品名、規格、數量、特徵等一式兩份（正本隨案附送檢察官，副本存卷備查），經簽報機關主官（管）批准後始得發還」。我國實務上，若扣押物是竊得物，被害人已知且所有權狀況明確，尤其是機車、汽車這種有登記資料可稽者，皆會由警方在第一線處理時，就循上述程序發還。

之規定，發還予被害人⁶³。但該條發還規定既然以符合第 142 條第 1 項為前提，應不是新的請求權基礎，頂多是法院職權適用第 142 條第 1 項的程序規定而已。該條只是強調法院在權利狀態明確的情況下，應盡可能在審判程序就發還被害人，是否得適用第 142 條發還規定還是同受上述限制，法院不會因第 318 條規定而得為超越上述要件的發還。

三、沒收宣告與被害人權利之衝突關係

1. 潛在排除模式與執行運作模式

若被害人在刑事程序結束之前，無法透過上述扣押物發還之規定受發還，則當刑事程序中法院認定犯罪成立，即有應否宣告沒收之問題，因而生沒收宣告是否與被害人權利會產生衝突之疑慮。為了解決這個問題，德國舊法因此在實體法上就將被害人「可能」得請求之範圍，排除在沒收請求權之外，兩者有互斥關係（§73 Abs. 1 S.2 StGB a.F.），這是一種規範的模式（下稱潛在排除模式）。而我國新法所採之模式則與德國 2017 年之新法相同，除非沒收物已實際發還被害人，否則一概先宣告沒收，在沒收的執行階段，再透過法規範建立的運作機制，處理沒收宣告與被害人權利之間的衝突關係（下稱執行運作模式）。

以上兩種模式在我國 2015、2016 年沒收新制修法時，引起了應採哪種模式之論戰⁶⁴，其中必須先釐清一些問題點。2015、2016 年沒收新制修法

⁶³ 如王皇玉，〈2015 年刑事法發展回顧：刑法沒收制度之變革〉，《臺大法學論叢》，45 卷特刊，2016 年 11 月，頁 1615-1648，頁 1637-1638（按：該文誤繕刑事訴訟法第 318 條為第 319 條），該文並認刑事訴訟法第 318 條發還規定之適用，與刑法第 38-1 條第 5 項之發還規定有所扞格。

⁶⁴ 兩種模式於德國法與我國法間之比較，可見，林鈺雄，於：邵慶平、黃茂榮、柯格鐘、林鈺雄、林麗瑩、許澤天、...陳重言，〈納稅義務與刑事責任之交會（2016 年 4 月 22 日「稅捐刑事法研討會」紀錄）〉，《月旦刑事法評論》，48 期，2016 年 6 月，頁 111-141，頁 114-115 之發言。

之所以要處理所謂沒收宣告與被害人權利之衝突關係，與該次修法要擴大沒收範圍的目標有關，舊法時代因為沒收範圍較小，尤其在裁量沒收之制度設計下，一來，法院實際宣告犯罪利得沒收者之數量有限、種類特定，沒收宣告與被害人權利發生衝突之情況不常發生，二來在有衝突的情況，法院亦得利用裁量權限，敘明理由後以消極不宣告沒收之方式來避免。但沒收新制希望沒收範圍擴大，並以義務沒收之制度設計，要求法院不得任意消極不沒收，因此沒收宣告與被害人權利發生衝突，變成刑事沒收無法迴避的問題。

就此要先確認的是，如果我們從犯罪被害人的角度出發，被害人所受損害自犯罪完成時就已經發生，被害人因而有在實體法上有其民事上權利是一個層次，進而實現其民事上權利，取得得實際支配占有之財產又是另一個層次，後者其實往往才是犯罪被害人實際關心之重點。有論者謂，為避免「國家與民爭利」，一定得將被害人潛在有民事上權利之部分，排除在國家之沒收範圍外，但被害人權利的完好無缺並不代表被害人就能實現其民事上權利，被害人關心的重點是損害能受填補。若採執行運作模式在國家宣告沒收之後，再將所得財產發還或給付給有民事上權利之被害人，亦可能是成功的賠償機制設計，對被害人來說，更是免除進行民事程序的負擔。實體法排除說「一定」比較保障被害人之說法，基本上是種迷思，不論採實體法排除說或執行運作模式，問題都在制度運作細節如何設計。

若要說制度設計如何才能比較保障被害人，本文認為重點應該在於，不論終局決定沒不沒收，既然國家已有沒收保全扣押之設計，在犯罪偵查之始就得暫時支配關係人財產，在被害人權利尚未能據以實現之前，不要再讓犯罪行為人或其他第三人被扣押之財產，回到其支配範圍，未來被害人才有從中請求，據以實現其民事上權利之可能性。因而不管採哪種模式，扣押都對解決沒收宣告與被害人權利之衝突有關鍵的地位，或者說程序法才是設計的重點，實體法是否要將被害人潛在請求權概括排除在沒收請求權外，只是制度上的一個選項，並非是否保障被害人之關鍵點。

我國學說、實務對於執行運作模式的質疑可能出現在後階段。依我國刑法第 38-1 條第 5 項，只有「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告

沒收或追徵」，若程序中無從發還⁶⁵者，法院就只能依其義務宣告沒收。當今天法院已宣告沒收並終局確定，則原先保全扣押的財產，在具同一性的範圍內，即轉為沒收執行程序的執行對象。我國 2015 年沒收修法時仿德國法沒收效力之規定增訂刑法第 38-3 條，該條第 1 項規定沒收標的之「所有權或其他權利，於沒收裁判確定時移轉為國家所有」，則已為國家所有的沒收物，如何再使被害人受償，確實是法規範上的一個矛盾之處。

從而沒收新制施行之後，我國仍有部分裁判，違反刑法新法第 38-1 條第 5 項之規定，援引舊判例認為被害人就沒收標的所有權之情況，法院無從宣告沒收⁶⁶。最高法院遂先後於 2017 年 5 月、6 月，作成 106 年度第 6、7 次刑事庭會議決議，決議不再援用因被害人所有權存在而不沒收之舊法時期判例。從而，沒發還就是要沒收⁶⁷，已是我國目前司法實務的定見，也不可能既不發還也不沒收，而繼續扣押。

只是上開沒收權利移轉之爭議如何解決，仍是問題。就此，德國新法在採執行運作模式後，同時修正了刑法的沒收效力規定，更細緻了處理沒收物

⁶⁵ 發還雖然只是處分權移轉的程序行為，與所有權無涉，但仍然是一個影響人民權利重大的國家行為，必須合乎法律保留原則，無法任意自創法無明文的發還程序，而可以符合刑法第 38-1 條第 5 項的「已實際合法發還」，相同對自創發還程序的質疑，請見，陳文貴，註 59 文，頁 6-7。此外，我國法下發還程序同時衍生的問題是，被害人可不可以捨棄發還程序，改以事後撤銷沒收的方式，主張其權利受沒收影響而應予撤銷，討論詳見，陳文貴，註 59 文，頁 8-9。

⁶⁶ 例示如最高法院 106 年度台非字第 134 號判決所指摘的臺灣彰化地方法院 105 年度訴字第 890 號判決：「扣案被告行搶、行竊所得財物及變得之物（詳如附表所示），就已發還被害人部分，依法本無庸沒收，就已扣案而尚未發還之部分，本應發還各該被害人，無非予沒收不可之刑法上重要性與必要性，何況，此等非基於被害人出於形式上任意性之交付或移轉意思表示，逕以行搶、行竊方式強行自被害人處取走之犯罪所得，因連一個被害人同意為財產移轉交付之形式上的意思表示都不存在，非屬一個有效的取得行為，該遭竊之物仍屬被害人所有，被害人仍得本於所有權人地位對被告主張所有權或損害賠償等權利，應認非屬被告所有之物（最高法院 21 年上字第 589 號、40 年台非字第 5 號、69 年台上字第 3699 號判例、85 年度台非字第 313 號、86 年度台非字第 235 號、96 年度台上字第 5390 號判決意旨可資參照。蓋修法前後不論是犯罪所用、預備、所生、所得之物之沒收，均以『屬於犯罪行為人者』為主要範疇，文句相同，立法理由上亦未明示與以往迥異之設例或說明，解釋上雖可依修法精神微調部分內容，然仍不宜過度跳脫既有判例與實務見解之範圍），爰均不予沒收……」，該判決已經最高法院 106 年度台非字第 134 號判決認定沒收部分違反法令應予撤銷，此判決之評釋，請見，林鈺雄，〈財產犯罪所得之沒收與發還問題——評最高法院 106 年度相關決議及裁判〉，《法學與風範——陳子平教授榮退論文集》，2018 年 1 月，頁 1-27。

⁶⁷ 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，頁 73-84，頁 76-77 將之稱作發還的「封鎖效力」。

權利移轉的時點，在有被害人權利存在的情形，必須被害人登記權利期間經過後，而無被害人出現時，權利才會移轉予國家（見上文第三章、伍、三、3.、(1)）。我國沒收新制雖然在程序法上，有登記發還、給付的設計（見下文四、1.），但沒有搭配處理上述實體法關係，才造成學說、實務之爭論。然而，其實刑法第 38-3 條增訂之第 2 項，同時有「前項情形，第三人對沒收標的之權利……不受影響」之規定，雖然此項規定立法意旨不明⁶⁸，但依其文字及部分見解之理解，也可能解釋為縱使沒收物原則於裁判確定時移轉於國家，被害人作為第三人，其所有權不受影響，是一個現行法可行的解釋方法，我國亦有部分學說是如此理解，認為該項是被害人權利優先之規定⁶⁹。

我國 2016 年修法時，順應著上述想法，再度修正了刑法第 38-3 條第 2 項之效力規定為：「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」，修法理由指出：「刑法沒收目的在剝奪犯罪不法利得，以預防犯罪，基於被害人保護優先及交易安全之維護，不僅第三人對於沒收標的之權利不應受沒收裁判確定效力影響，對於國家沒收或追徵之財產，因與犯罪行為有關，自應賦予被害人優先行使其債權之權利，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。爰修訂原條文第二項規定」，可以從此修正理由反推，我國立法者認為第二項規定是為了避免沒收物權利移轉影響被害人權利。

但上述修正讓有債權主張之被害人，也可以阻礙沒收物之權利移轉，真意為何，需要再加以釐清。要注意的是，上述刑法第 38-3 條第 1 項沒收效力規定，如同德國法的沒收效力規定，應不適用在追徵之情形，為了追徵價額而用來抵償之被沒收人財產，需要進一步進入換價階段，並經過分配的清算後，換價收益才會在價額的範圍內歸於國家，從而，被害人可以在分配程序中受到償還，不像沒收特定物時，要考慮刑刑法第 38-3 條第 1 項之適用。我國修法所謂「因犯罪而得行使之債權」之被害人，在追徵的情況，本應在

⁶⁸ 刑法第 38-3 條立法理由二提到「為兼顧交易安全，於第二項明定第三人對沒收標的之權利不受影響」，意味不明，如果是沒收相對人在沒收終局裁判前，已合法移轉沒收物予第三人，而該物亦為第三人合法得持有，並非違禁物，則此時沒收物已非被沒收人得處分，應追徵其價額。

⁶⁹ 例示如，連孟琦，〈2017 年德國沒收新制中之賠償被害人模式〉，收錄於：《法學與風範——陳子平教授榮退論文集》，2018 年 1 月，頁 613-633，頁 615。

分配程序中主張其權利而受填補，根本與刑法第 38-3 條第 1 項無涉，從而也無需增訂於刑法第 38-3 條第 2 項。有沒有可能是沒收原物的情況，而被害人只有「因犯罪而得行使之債權」，卻應該阻礙沒收物移轉予國家，似乎難以想像。從上述觀點來看，2016 年刑法第 38-3 條第 2 項之修正，應該是一個無謂的修正。

2. 被害人受迅速填補之可能

如上述，依我國現行法，犯罪被害人要受賠償，除了依刑事訴訟法第 142 條第 1 項後段受發還，以及依同法第 473 條在執执行程序主張外，別無他法。就此所指的，是在沒收保全扣押的範圍之內，依刑事訴訟法修正時，第 133 條第 6 項新增之效力規定：「依本法所為之扣押，具有禁止處分之效力，不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押」，雖然肯認民事執行得雙重扣押，但又同時否定了民事執行進入換價、滿足階段之可能（見下文肆、二、3.、(2)）。因此，犯罪被害人縱使自行開啟民事程序⁷⁰，確認其權利後，想自刑事沒收保全扣押的範圍實現其權利，在現行法下只有循刑事訴訟法第 142 條第 1 項後段、第 473 條兩種程序可能，若在該範圍內自己發動民事執行，也只是備位的雙重扣押。

當然，如果被害人主張賠償的債務人財產很多，被害人就沒有必要受限於刑事保全扣押，可以隨時憑執行名義，強制執行債務人在刑事扣押範圍外的財產。只是在我國實務上，對於想自行循民事程序實現其權利之犯罪被害人來說，最普遍的還是循附帶民事訴訟的方式為之，而如上述，我國目前實務上附帶民事訴訟往往是刑事判決後才會開始進行（見上文一、1.），複雜案件尤其是如此，被害人很難快速得到填補。就算被害人願意在刑事程序進行中，就平行開啟民事程序，在複雜案件中，我國民事實務為了避免裁判矛盾或重複調查的勞費，可能也不願意不待刑事判決作出裁判。被害人自行聲請

⁷⁰ 不管採行如何的被害人協助制度，應皆以被害人得於任何時點自由提起民事訴訟為前提，若因刑事程序有被害人協助之設計，就限制被害人提起民事訴訟之權利或者提起之時機，不免倒果為因，畢竟民事法上之權利，還是要權利人自己據以主張才得實現，基於所謂處分權主義，權利人應得自由決定是否要開啟民事程序。

強制執行債務人刑事扣押外財產的情況，可以想見實務上並不常見。

因此，被害人如果要受迅速填補，除非基於物權請求發還贓物，若被害人只是有損害賠償請求權，最快速能受填補的方法還是透過和解的方式。德國法著眼於此，2017年新法雖然改採執行運作模式，同時在實體法規範了被害人權利消滅排除沒收之配套規定（見上文第三章、伍、三、2.），讓可能的被沒收人有動力在程序終了前，自行透過民事手段與被害人商討賠償。

相較於德國法，我國刑法第 38-1 條第 5 項所謂「已實際合法發還被害人」的排除規定，著眼的角度是國家的發還行為，以程序行為之作成與否，作為是否排除沒收實體權利的依據，與德國法是以實體法上被害人的權利狀態，作為沒收排除規定之想法不同，遺漏了和解這種私法自治的選項⁷¹。未來應可進一步修法，消除解釋論上於法不合的疑慮，並增加被沒收人先行與被害人和解之誘因。

尤其針對本文關心的保全扣押，若我國法能在法條上明文訂定被害人權利消滅排除沒收請求權，則扣押將因沒收可能性之要件欠缺，理所當然應立即被撤銷。則對被扣押的關係人來說，為了能在刑事程序進行中盡早排除國家保全扣押的干預，促成和解的可能性也將增加。對司法機關來說，提早撤銷扣押減輕了保管扣押物的負擔，沒收請求權的排除更省去了未來刑事裁判中計算沒收、執行沒收的程序耗費，被害人能快速受填補，也避免了未來人民再使用民事訴訟程序的負擔，可以說是多重的利多。

四、執行程序中運作之被害人賠償機制

⁷¹ 學說上主張被害人與利得人和解後，被害人在民事法上已消滅之權利，不應再經刑事程序沒收，如，王皇玉，註 63 文，頁 1636。主張被害人請求權已依法被實現，可解釋於現行法「實際合法發還」下者，如林鈺雄，〈沒收新法之發還被害人問題——兼評逃漏稅捐罪之相關裁判〉，收錄於：《刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集》，2017 年 3 月，頁 263-288，頁 275、281，認為現行法解釋難以涵蓋者，則如，連孟琦，註 69 文，頁 616 註 8，先前引介德國舊法時代的見解，認為和解情形應屬得排除沒收之情況者，如，王士帆，註 67 文，頁 78。



若被沒收人與被害人在程序中無法達成和解，則為了協助被害人能受到填補，我國沒收新法在執行程序設計了被害人聲請「發還」或「給付」的賠償機制，可惜我國賠償機制的設計採取了不當設計，造成其有效性存疑，也使得執行運作模式的設計反過來被批評。

1. 聲請發還與給付間的差異

詳言之，我國刑事訴訟法第 473 條在舊法時代，本來就有在執行階段，由權利人向執行檢察官聲請發還之規定。我國刑事訴訟法 2016 年修正時，配合沒收新法修正第 473 條，將聲請發還的期限自「執行後三個月」修正為「裁判確定後一年」⁷²，但同時新增因犯罪而得行使債權請求權之權利人，得向檢察官聲請給付，只是必須已取得執行名義。相關「請求權人、聲請發還或給付之範圍、方式、程序與檢察官得發還或給付之範圍及其他應遵行事項之執行辦法」，刑事訴訟法第 473 條第 4 項授權由行政院定之。行政院因此於 2017 年 9 月 30 日，發布了「檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法」。

單看我國刑事訴訟法第 473 條一條，規範密度顯然是與同採執行運作模式之德國 2017 年新法相比大大不足（見上文第三章伍、三、3.），我國法既然已授權行政機關訂立行政規則補充之，德國法之規範模式應值得行政機關借鏡。其中很重要的，應該是區分沒收原物與追徵價額兩種截然不同的沒收情境，進而區分聲請發還或給付兩種不同的請求態樣。

在沒收原物之情形，刑事執行機關之執行是針對特定物，則被害人只可能基於其對特定物的權利聲請發還，但在追徵價額的情況，刑事執行機關之執行是針對被追徵人的責任財產予以換價後分配，可以想見的被害人也是因犯罪而得行使債權請求權，從而聲請給付在分配程序受償，難以想像可以聲請發還之情形。可以這麼說，沒收原物的情形基本上連結著聲請發還，追徵

⁷² 刑事訴訟法第 473 條 2016 年 6 月修法理由二：「原條文關於聲請發還沒收物之期限，為執行沒收後三個月內，失之過短，不足以保障犯罪被害人權利之行使。況因犯罪而得行使請求權之被害人，尤須有取得執行名義之餘裕。爰修正為於裁判確定後一年內」。



價額的情形則是連結著聲請給付，兩者情境有異。

不論聲請發還或給付，聲請期間皆是裁判確定後一年，就理論而言，在聲請發還的情形，由於東西個別都只有特定的數量，只會發還給特定人，因此，只要權利確認無疑，在一年期間內，隨時聲請應皆可能發還。而同樣理論上，如果一年期間經過，仍沒有任何人出現聲請發還，則沒收物應移轉予國家，但我國就扣押物的發還，又在刑事訴訟法第 475 條另規定：「扣押物之應受發還人所在不明，或因其他事故不能發還者，檢察官應公告之；自公告之日起滿二年，無人聲請發還者，以其物歸屬國庫」，其中 2016 年 6 月修法將該條期限自 6 個月延長為 2 年⁷³。

上開規定可以說是疊床架屋，依德國法新修正之聲請發還規定，發還期間之起算，應自通知被害人時起（見上文第三章、伍、三、3.、(1)），其中公告是被害人未知時的通知型式（見上文第三章、伍、一），也就是說，我國刑事訴訟法第 473 條、第 475 條處理的發還問題，本為一體。我國修法後將一般聲請發還的期間，以裁判確定時起一年計算，卻又同時規範被害人未知時，應自扣押公告時起起算兩年，兩者規範目的相同，起算點卻有異，彼此相互競合徒增困擾⁷⁴。未來，我國應修法將刑事訴訟法第 473 條聲請發還的時限，修正為自通知被害人時（見下文五），包括公告時起算，則同法第 475 條第 1 項之規定即得刪除。

聲請給付之情形，如上述聲請期間亦是裁判確定後一年，由被害人向檢察機關聲請。不同於發還的是，此時被害人可能為多數，除非可以確定被害人已窮盡，否則皆要等到聲請期間經過後，才能確定被害人的數量，以及其各自主張的請求權，也才能進行所謂的分配。因此，執行機關在沒收裁判確定後，在沒收的範圍內，可以先就被沒收人財產進行換價，但換價所得必須先提存保留，一律必須等到一年之後再進行分配。

⁷³ 刑事訴訟法第 475 條 2016 年 6 月修法理由一：「扣押物應受發還人所在不明或因其他事故不能發還者，常係因被害人不知其財物業經扣押，從而其聲請發還之權利自有予以落實、保障之必要。爰參考民法第九百四十九條第一項盜賊或遺失物回復請求權為二年之規定，修正原條文第一項『六月』為『二年』。」

⁷⁴ 要注意的是，由於刑事訴訟法第 475 條的兩年期間，是自扣押公告時起起算，不是自沒收宣告確定後的公告時起起算，因此刑事訴訟法第 475 條的兩年期間雖較長，但未必一定晚於自裁判確定時起算的同法第 473 條一年期間。

檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法第 5 條，處理聲請期間的問題，規定：「檢察官應俟.....所定期間屆滿後，始得進行發還或給付。但所有請求權人均已提出聲請者，不在此限」，並未考量到上述聲請發還與給付的情況不同，應認聲請發還之情形，只要被害人權利堪予認定，因為特定物也只可能發還予特定人，應屬但書所有請求權人均已提出聲請之情況，不必待所定期間屆滿才能發還。

2. 執行名義要求的立法失誤

再來就理論言，不論發還或是給付，皆是移轉占有的國家行為，不是所有權移轉，也沒有終局確定權利歸屬的效果，只是執行機關當然要盡可能地發還、給付予真正權利人。若執行機關的發還、給付有爭議，有權利人除了可以爭執發還、給付行為之效力外，也可以另循民事途徑，確認權利歸屬，並主張權利的實現，發還、給付之程序設計，本不影響人民遂行民事程序之權利。

然而我國刑事訴訟法第 473 條之規範設計竟在未釐清上述問題點的情況下，將「聲請給付」與「被害人遂行民事程序」連結在一起，要求因犯罪而得行使債權請求權之權利人，必須先取得執行名義，才能聲請給付，為聲請給付之情形設下定位上的限制。上開規範設計的出發點，似是認為被害人有物權主張，也就是對沒收物本身有權利而聲請發還的情況下，執行檢察官才可以自行認定該權利，進而執行發還。若被害人僅有債權主張，則必須自行循民事程序確認其權利，執行檢察官只是利用其執行沒收而掌握的財產滿足被害人，被害人一方面省去進行民事強制執行的勞費，另一方面避免被害人因行為人無其他財產而權利實現落空。也就是說，在被害人僅有債權主張的情況，檢察官等於只負責執行階段的協助。

上述設計大大限縮了聲請給付規定的實質意義。國家依被害人聲請為發還或給付，如上述的確要盡量和權利狀態相符，免得引發更多爭議。但是相反地，如果一定要經過縝密的程序認定權利，才能填補被害人損害的話，被害人所受之程序耗費，和自己遂行民事訴訟無異，聲請給付的規定又失去了

更快速地協助被害人受償的意義。因此，權利認定作為發還或給付的前提，本質上應該是一個快速而非終局的認定。

我國新法在設計上矛盾的是，實務上，若是被害人所有權主張的案例，被害人通常可以透過贓物發還之規定，在扣押階段就先行受發還（見上文二），若到執行階段乃尚未發還，代表權利狀態不明確，此時檢察官若要在執行階段發還，仍然必須實質認定權利狀態。相對地，被害人僅有債權主張的情況，可能才是實務上更常見的情形，例如詐騙集團的案件中，被害人就其受騙款項主張權利就只是債權請求，此時可能被害人實體權利存在十分顯著，依我國新修之刑事訴訟法第 473 條，卻仍然還是要照走民事程序取得執行名義後才能受發還或給付，檢察官不得直接實質認定權利狀態。為何上述物權權利不明確的狀態檢察官可以認定，債權權利明確的狀態檢察官卻不能認定，其中不無矛盾。簡單來說，我國修法以被害人權利為物權或債權之區分，作為檢察官是否能實質認定權利狀態的標準，可以說是牛頭不對馬嘴。

本文認為，檢察官是否能實質認定權利狀態的判準，應為被害人權利狀態是否顯著。在被害人權利顯然存在的情況，不應再苛求被害人到法院去，循民事途徑確認其權利，這一方面減少被害人的勞費，也減少民事法院的負擔，這個判準才與檢察官可否實質認定權利狀態一事有事理上的聯結。也就是說，權利狀態明確的狀況，不需要法院作為公正第三方介入，被害人與被沒收人之間，也不會有所爭議，因此由檢察官逕行認定，不會影響人民之權利保障。德國 2017 年新法，為了避免檢察機關發還時處理民事關係的負擔，就是以沒收宣告的內容是否已確認被害人及其權利，作為是否需要法院另為許可裁定之標準（見上文第三章、伍、三、3、(1)及(2)），值得我們借鏡⁷⁵。

⁷⁵ 此外在德國 2017 年新法下，在被沒收人財產不足的情況，在扣押階段檢察官就可能透過聲請開啟破產程序的方式，將被害人相關權利的認定，交給破產法院處理，相關後續財產分配，也能交由破產管理人處理（見上文第三章、伍、三、3、(3)），避免造成刑事司法之負擔。我國法雖然採一般破產主義，未限定商人才可以聲請破產，但過去實務上破產法及破產程序一直沒有被廣泛運用。與我們這裡討論的問題結合來看，我國立法之所以要求聲請給付必須提示執行名義，或許是受到強制執行程序中參與分配時，債權請求權須以執行名義為前提的影響，但若要求必須有執行名義才能參與分配，理論上必須搭配破產制度，才能避免執行分配上的不公義，其間關係詳見，張登科，《強制執行法》，頁 500-502。而犯罪行為人作為債務人，就常是典型債務人財產不足，應適用破產程序之情況，如果我們破產程序設計不周，又要求聲請給付之分配須執行名義，依執行法理論也難免矛盾。

綜觀而言，依現行法我國檢察官無法實質認定權利，被害人必須另循民事程序取得執行名義後向檢察官聲請給付，但是依刑事訴訟法第 473 條第 3 項，同條第 1 項之「變價、分配及給付，檢察官於必要時，得囑託法務部行政執行署所屬各分署為之」，檢察官又得將執行分配，丟給行政執行署為之。在層層轉轉之中，檢察機關變成只是轉承單位⁷⁶，耗費了司法資源卻沒有實質幫助被害人的效用，是不是能有一個更一站式的法律設計，尤其在被害人權利明確的情況，不要造成被害人多餘的負擔，值得我國修法再思考。

尤其可能表現修法急迫性的，在於現行法以債權物權區分，不當地要求被害人持執行名義的情況下，還同時要求被害人必須在刑事裁判確後一年內聲請發還或給付，則被害人循民事途徑主張權利的時程十分緊迫，尤其依我國附帶民事訴訟的實務，可能實質上封鎖了被害人循附帶民事訴訟請求權利的可能⁷⁷。在被害人眾多，民事訴訟需以團體訴訟進行才符合效益的情況，一年時程根本也不可能達成⁷⁸。可以想見，實務上被害人要能在執行情序聲請發還期間內取得執行名義者，最便利的方法恐怕是想辦法跟被沒收人和解，無形中又使被害人居於和解情勢的不利地位。

在上述情況所受批評的壓力下，我國立法者在 2018 年 1 月 31 日，修正銀行法、證券交易法、保險法等金融八法的刑罰沒收規定，仿照舊法各特別法之規定，又捨棄執行運作模式改採潛在排除模式，一律將該些法律的沒收規定規範成：「犯……之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第三十八條之一第二項所列情形取得者，除應發還被

⁷⁶ 當然這不代表檢察官必須什麼事都親力親為，在檢察機關的內部分配上，配置部分的事務官專責執行方面的工作，也並非不可，只要檢察官作為檢察機關的主導者，在執行事務上能有適當的監督機制即可。

⁷⁷ 立法過程中，原本是打算仿照民事侵權行為的短期時效，將聲請發還的時限訂為 2 年，但經協商後還是改為 1 年，詳見陳文貴，註 4 文，頁 36-37，註 38 文，頁 6。此聲請期間設定的兩難是，由於聲請給付之情形，一定得等登記期間完整經過，才可能遂行分配，若期間訂得太長，會使權利實現來得過晚，對司法機關來說也是成為積案的負擔，然而若期間訂得太短，又要求被害人自行取得執行名義，不免又強人所難。由上述討論可見，執行名義為前提的立法例，是有其不可行之處。

⁷⁸ 就此首先發難的，便是代表投資人向證券詐欺犯罪行為人求償的投保中心，為避免求償時取得執行名義之困難，投保中心提出在證券交易法修法設立特別規定，排除刑事訴訟法適用的想法，請見，〈違反銀行法 可能沒收不法所得〉，中時電子報，2017 年 12 月 19 日，備份於：<https://goo.gl/1MnZB1>，進而具體表現在證券交易法 2018 年 1 月 31 日修正公布之新法。



害人（、第三人）或得請求損害賠償之人外，沒收之」⁷⁹，在有潛在被害人請求權的情形下，一概在實體法上就排除沒收請求權，此未釐清爭議所在的修法，恐怕治標不治本，只會引發更多爭論。同時，舊法時代所謂既不沒收又不發還的疑慮，又再度浮現。

事實上，我國實務上檢察官對於被害人損害之填補，過去都是扮演比較積極的角色，法規設計上應給予檢察官比較大的權利，讓檢察官在程序後段成為發還之主角，有權為快速、非終局的民事權利認定，再進入分配的程序，從而檢察官在程序前段積極扣押保全被沒收人之財產，也會更具公益的色彩，扣押與發還兩者間將更有連貫性。況且依刑事訴訟法第 473 條第 2 項之修正，聲請發還人對前項關於發還、給付之執行不服者，已有救濟的規定，則在規範設計上已有轉由法院審查的可能性，對相關關係人的保護並不會不周。

最後，有關「具執行名義與否」與「聲請發還、給付」的關聯，我們還可以進一步借鏡德國法。在沒收原物之情形，如果聲請期間一年經過後，被害人仍未出面聲請發還，依刑法第 38-3 條沒收物權利應移轉予國家。若移轉權利後被害人才出現，而其先前是非因過失而遲誤期間，應有聲請回復原狀之可能（刑訴§67）。除此之外，按照德國法賠償機制之設計，被害人還有在期間經過後持執行名義聲請發還之可能（見上文第三章、伍、三、3.、(1)），我國法則雖然在實體法上規範沒收權利移轉國家不影響第三人權利，卻沒有權利移轉後被害人主張其權利的程序規範，但此時並無理由阻擋已自行辛苦取得執行名義，終局確認權利存在之被害人實現其權利。因此被害人在現行法下應只能循民事執行途徑，向執行法院聲請強制執行，將已沒收標的列為執行的對象，刑事執行機關則應不得拒絕執行。立法論上，或許未來可以再如德國法新增期間經過後的發還程序。

在沒收替代價額之情形，若聲請期間一年經過後，都沒有被害人出面主張，或是雖有被害人主張，但給付之後仍有剩餘，理論上剩餘之換價收益應收歸國庫。不過沒收替代價額之情形畢竟不適用刑法第 38-3 條權利移轉之

⁷⁹ 請見 2018 年 1 月 31 修正公布之證券交易法第 171 條第 7 項、銀行法第 136-1 條、保險法第 168-4 條等等。

規定，國家可以自己調控刑事執行的進度，而由於我國立法目前針對被害人的債權請求，有必須提示執行名義之不當限制，如果被害人在期間經過後才取得執行名義，應仍許其向檢察官聲請給付，否則被害人形同白白打了場民事官司。不過解釋上，一年的聲請給付期限還是會有所差別的是，一旦一年期間期滿，檢察官就可以分配、給付，因此在期間內聲請者可以優先清償，期間經過後才聲請者只能就剩餘部分聲請，打官司打得快不快，竟然成為分配先後的依準，解說下來又不免有不合理之處。立法論上，刪除執行名義的不當要求才是正本清源之道，檢察官透過一個簡易的受償機制，快點齊聚被害人，快點一起解決分配的問題，才能避免一個問題長久懸而未決⁸⁰。

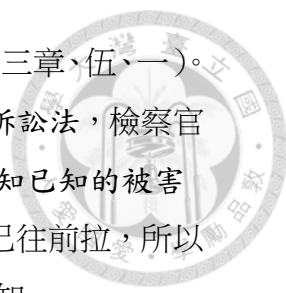
五、通知被害人義務之建立

最後，上述被害人賠償機制的進行，前提都是被害人知道有這件事情，所以能夠前來求償，同時也知道上開這麼複雜的協助機制，而可以評估及計畫要如何主張其權利。上開知的權利，也對被害人心情的平復有關鍵幫助。

可惜的是，有關被害人的通知事宜，我國目前法無明文，檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法第4條處理此問題，係規定：「檢察機關於受理請求權人之聲請後或認有必要時，應在各檢察機關網頁或以其他適當方式公告該刑事裁判業已確定，並載明裁判確定屆滿一年之截止日期，及得於該期間內聲請發還或給付之意旨」，雖立意良善，但到了執行階段才處理此通知問題，可能為時過晚，尤其是依現行法的執行名義要求（見上文四、2.），當然是越早通知被害人越好。

而如同我們介紹德國法時所提及的，在德國法的體系下，通知被害人是被害人協助的第一線機制，德國新法雖採執行運作模式，仍要求檢察官須在

⁸⁰ 如同聲請發還之情形，德國2017年新法下，在聲請給付之情形亦有開放被害人在期間經過後持執行名義聲請，但由於事前有一個比較容易受償的機制，可以直接經登記後聲請給付受償，因此可以想見大部分被害人都會在該階段就出現循該機制主張權利，會自己循民事途徑事後聲請者應為少數。

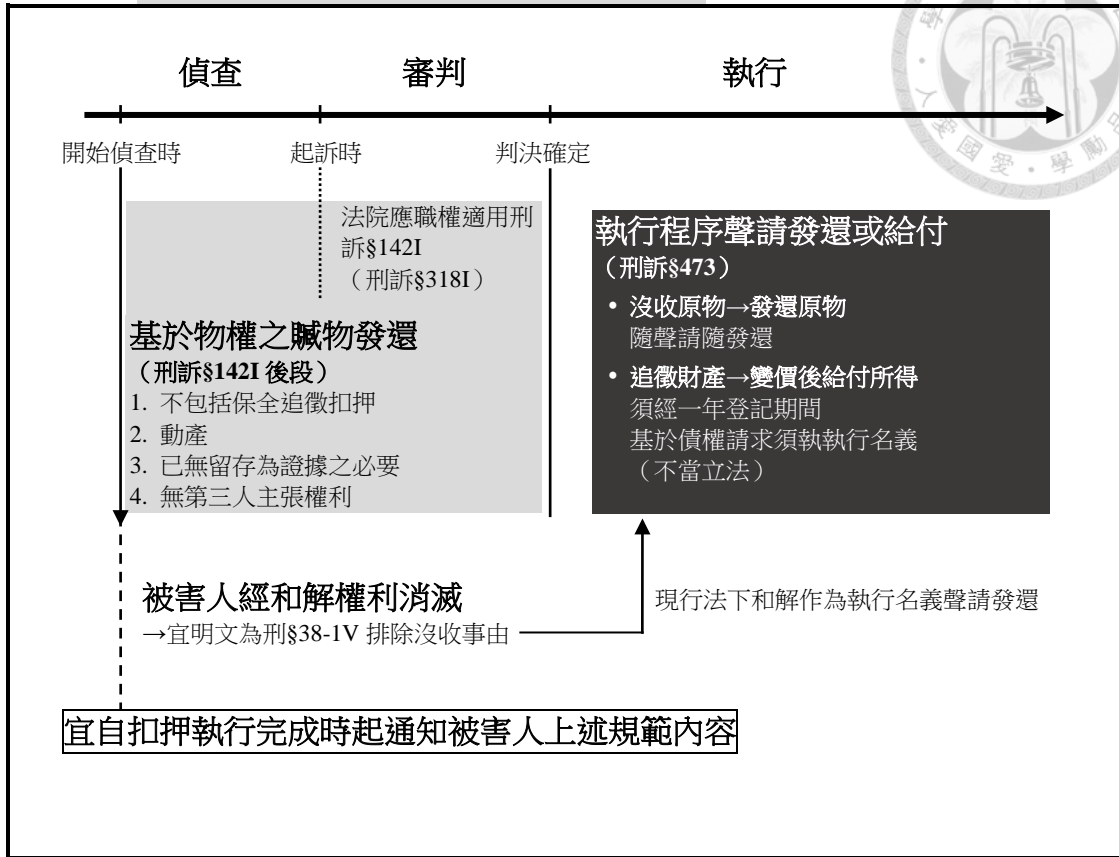


保全扣押執行後，就先通知已知的被害人相關事宜(見上文第三章、伍、一)。我國未來修法，宜將檢察官通知被害人的義務，明定於刑事訴訟法，檢察官在執行沒收保全扣押後，可以依其裁量，在適當時間個別通知已知的被害人，諭知被害人相關程序規範內容。其中，由於通知的時點已往前拉，所以規範內容可以制式統整為之，一併包含贓物發還等程序之通知。

至於上述發還或給付執行辦法所提及的公告網頁的方式，應是被害人未知情形的處理方式，藉由公告讓潛在的被害人，得知刑事程序的存在而得主張權利。同理，檢察官不應到執行階段才為上述公告，而是在保全扣押執行後就公告周知，其後若透過公告已知特定被害人，除非數量過於龐大，否則應可以再行一一個別之通知。

雖然保全扣押執行後就為通知相當重要，但沒收確定時，仍應再次通知被害人前來在執行階段主張權利，就此亦應將通知義務明定於法律。若有依法明定之通知，則被害人主張權利之期限，應自其受通知時起算，我國刑事訴訟法第 473 條目前規定的一年聲請發還、給付期限，是自沒收裁判確定時起算，沒有慮及被害人是否確實受通知的問題，未來修法應可再多加斟酌。

▼ 圖 3：我國現行法下被害人賠償機制





肆、命令與執行並重之程序設計

一、法官保留原則與命令、執行之分離

有了上述之理解後，我們可以開始具體化我國扣押程序進行之實際樣貌，但經過與德國法之間的比較，我們可以發現我國法扣押程序設計之一大問題，在於未明確地區分命令與執行兩個任務與目的不同之程序，以致於法制設計乃至於學說討論會有層次之混淆。其實命令與執行之階段區分，中心思想在於分離了強制處分之命令者與執行者，藉以控制強制處分之合法性，並與幾個概念緊密結合。其中最重要的就是以中立的法官作為命令之決定者，亦即所謂的法官保留原則的應用，而法官為命令之決定，需要其貼身的程序設計，在法條設計邏輯上就將命令程序分離出來，是達到以上目標最簡單且清楚的模式。

我國法上，相較於刑事訴訟法 2001 年修法時，就將搜索定位為需要獨立令狀之處分，並且採相對法官保留之設計，扣押縱使學說上不斷批評，一直到 2016 年修法之前，不論係為保全證據或保全沒收之扣押皆沒有採行法官保留原則，進而也無命令與執行分離的概念，所謂扣押程序就是一個國家拿走東西這麼直觀的行為。而 2016 年沒收新制之修法，針對保全沒收之扣押欲增加法官保留之制度設計，固然立意良善，卻又自創標準將大部分扣押排除適用，依刑事訴訟法 2016 年增訂之第 133-1 條，僅非附隨於搜索，且非為保全證據而扣押、非經受扣押標的權利人同意而扣押者，應經法官裁定才能為之，若是附隨於搜索之扣押，依第 133-1 條的立法理由，似認為因搜索之處分已經法官審查，則不必法官裁定即可為之⁸¹。

上述是否適用應經法官裁定之分類標準，直覺上可行，論理上卻是疑點重重，本文以下將花些許篇幅，針對個別標準提出疑問，同時就現行之扣押

⁸¹ 刑事訴訟法第 133 條之 1 立法理由二：「現行法關於搜索，原則上，應依法官之搜索票為之，即採法官保留原則，附隨搜索之扣押亦同受其規範。……」。司法院在擬具保全扣押修法草案時，出發點就是只針對「非附隨於搜索之扣押」（又稱「單獨扣押」）改採法官保留原則，詳見，陳文貴，註 4 文，頁 22-23。

實務提出批判。



1. 緊急扣押的尷尬定位

法官審查作為程序擔保，確保實體要件的實踐，有很多種設計的方式，當然也必須兼顧上述實務上的需求。一般談的法官保留原則，是指事前的法官保留，即法官事前審查強制處分的合法性（以下稱 A 類型），這是保障密度最高的方式。在相對法官保留原則的設計下，緊急情況下雖為達成扣押目的，無法事先由法院審查，但仍應事後再由法官確認處分之合法性（以下稱 B 類型）。最後一道防線，基於有權利有救濟的要求，縱使處分之合法性並無上述 A、B 兩類由法院所為之合法性監督，亦應有事後由人民請求法院審查之設計（以下稱 C 類型）。

而我國 2001 年針對搜索修法時，採納法官保留原則增加對搜索合法性之審查程序密度，原則是採上述 A 類型，有緊急情事時則係採執法機關事後向法官陳報+撤銷之設計，由執法機關一一主動告知法院，法院針對不應准許之搜索於 5 日內將之撤銷，屬於事後審查 B 類型的一種規範型式（以下稱 B1 類型）⁸²，只是法院是針對其認為違法之搜索予以撤銷，不會針對每個陳報都作出明示的決定，進而只能反面推論未撤銷者合法，若法院消極地不撤銷，除非人民據以爭執，否則也是無從得知法院之見解。因此，問題常常會落到最後一道防線，由因搜索而權利受侵害之人另依刑事訴訟法第 416 條提起準抗告以為救濟，即上述 C 類型，才真正實現法院的介入審查。

本來上述 A、B、C 類型是一個緊密相關的體系，但在我國法下，由於法院事後監督的機制頂多都只是由追訴機關事後陳報法院而已，審查密度並不高，因此，我國學說、實務在討論搜索乃至於扣押時，常常在意的只有「是否應先經法院審查」，也就是專注於 A 類型，在意的是區分 A 及非 A，而不像德國法在意的是 A 和 B 的區分。我國 2016 年沒收新制，以附隨於搜索與

⁸² 林鈺雄，〈搜索修法之回顧與前瞻〉，《台灣法學雜誌》，21 期，2001 年 4 月，頁 53-104，該文頁 10 認為立法者「創設一種新型態的事後審查制，可以稱為『陳報與撤銷』的混合制度」，「提高了法院的控制密度」。

否等等，作為區分扣押的 A 及非 A，也就是應否先經法院審查的標準，同時卻又繼受德國法 A、B 類型的區分，針對無法事先取得法官裁定之緊急情況，在刑事訴訟法第 133-2 條第 3 項規定⁸³，「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察於偵查中有相當理由認為情況急迫，有立即扣押之必要時，得逕行扣押」。此項緊急扣押的規定如同刑事訴訟法第 131 條緊急搜索，有事後陳報之設計，第 133-2 條第 4 項規定⁸⁴「前項之扣押，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之」。以上規定只新增在保全沒收之扣押，未擴及至保全證據之扣押。

依上開規定，實務上因事態緊急而不宜適用事前法官保留的實例，已經有事後監督機制之設計，我國修法卻同時基於實務需求，將附隨於搜索（下文(2)），保全證據之扣押（下文(3)）、經受扣押標的權利人同意（下文(4)）三者排除適用法官保留，除了讓應先經法官裁定之範圍大幅縮減，也實質上架空了法官保留原則所搭配的緊急扣押的規定，何時需要適用緊急扣押規定將不得而知⁸⁵。為了讓 A、B 類型的區分，也就是扣押是否緊急而應否先經法院審查的區分，更有實質上的區分實益，我們必須再深入實質解釋各種法條上排除先經法院審查的狀況，徒增許多解釋論上的困擾，立法上的不周延可見一斑。

2. 附隨於搜索與否之複雜判準

第 133-1 條的排除事由中，首要討論的就是非附隨於搜索與否之標準，

⁸³ 刑事訴訟法第 133-2 條 2016 年 6 月修法理由二：「本法關於非附隨於搜索之扣押，原則上採法官保留原則，故偵查中，檢察官認有聲請前條扣押裁定之必要者，應先聲請法院裁定後始得為之；惟於情況急迫時，應得逕行扣押以資因應。……」。

⁸⁴ 刑事訴訟法第 133-2 條 2016 年 6 月修法理由三：「為避免檢察官濫用逕行扣押，對人民權利造成不必要之侵害，自應課以陳報法院進行事後審查之義務，以維程序正義。爰參考本法第一百三十一條第三項之規定，增訂本條第四項。……」。

⁸⁵ 我國學說多數見解基本上認為，唯有本來就須事先經法院裁定，未符合排除事由之扣押，才有適用緊急扣押規定的可能，詳見，薛智仁，註 9 文，頁 1500。



如同上述介紹德國法時提及的，德國法下扣押與搜索係完全獨立之不同處分，兩者完全獨立審查，縱使搜索與扣押一起為之，也必須有分別之不同令狀（見上文第二章、壹、一）。我國 2016 年修法以是否附隨於搜索，區分是否應經法官裁定，完全是我國立法者之創見。

確實實務經驗上來說，扣押常是附隨於搜索而來，實務上扣押的大宗，例如殺人、強盜事件扣押兇刀，毒品事件扣押毒品、吸食器具，竊盜事件扣押行竊工具，詐欺事件例如詐騙集團案件扣押犯罪用之行動電話、偽造之公文書或署押等等，這些扣押物同時是證明行為人確有犯罪之證據，也同時是犯罪工具或犯罪產物，因而是我國刑法第 38 條沒收之對象，而這些扣押物往往是在查獲犯罪的現場，例如搜索毒蟲住處時、路邊逮捕嫌犯時所發現的，有必要立即扣獲以為保全。這麼說來，這些扣押可能常常也是緊急扣押，是否應該直接適用刑事訴訟法第 133-2 條第 3 項、第 4 項規定，我們必須一一解析究竟附隨於搜索之扣押有何種可能，以下將分四種情況討論。

(1) 附隨於搜索票審查的扣押

首先，附隨於搜索的情況，可能是附隨於追訴機關計畫好的搜索，除非案情特殊，否則原則應先向法院聲請書面之搜索票。搜索之所以要侵犯人民之隱私權，本來目的除了為尋找犯罪嫌疑人外，就是為尋找可能存在之扣押物，若有尋獲，就會有後續的扣押處分。因此，附隨於有令狀搜索之扣押⁸⁶，是實務上很常見的狀況。而有令狀搜索的情況，依刑事訴訟法第 128 條所明定搜索票之記載事項，除了案由及有效期間外，搜索票尚須記載應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物，以及應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄。

以上搜索票記載事項之要求，主要是為特定搜索的範圍，係依照學說、實務普遍肯認之「概括搜索票禁止原則」而來，避免一張搜索票吃到飽，法官須實質審查個案當中，搜索之目的何在，並具體特定搜索之對象，避免過度侵害人民之隱私權。因此，在審查與作成搜索票時，法院必然須附帶的考

⁸⁶ 這裡討論的搜索不緊急的情況，並不等同於無令狀搜索之情況，因為搜索還可能以同意搜索的情況無令狀為之，而同意搜索也可能在不緊急的情況下發生，可以說是化外之地，以下再綜合討論之（下文(3)）

量可能之扣押物，我國立法者或許是從上述觀點出發，認為審查搜索票時附帶審查扣押之合法性即為已足，因此認為附隨於搜索之扣押無待另有獨立的令狀。法案主管機關甚至可能是基於刑事訴訟法第 139 條第 1 項「扣押，應製作收據，詳記扣押物之名目，付與所有人、持有人或保管人」之規定，認為扣押在附隨於搜索時，已有相關收據紀錄，並無獨立令狀之必要⁸⁷。

上述命題正面表述或許正確，但反面試想，就算分別搜索、扣押之兩張令狀，也不至於造成法院過大的負擔。當法官收到檢察官針對犯罪事實所為之強制處分聲請，在實質面上，本來法官就是基於相同的案由與嫌疑作成強制處分之決定，只是搜索是侵犯人民隱私權、扣押是侵犯人民財產權，兩者角度不同須分別審查而已，實質審查上本來就並非截然二分。對法院來說，真正加重的負擔是在形式面上，多製作一份書狀的成本，包括法官撰擬裁定，將論理形諸於書面的時間，以及法院相關的行政耗費。是否值得為了節省上述成本，削減搜索、扣押作為強制處分在形式上的明確性，或許見仁見智，但必須要提醒的一點是，督促法官將心裡的想法形諸於書面，就像強迫學生把口頭想法寫成書面報告一樣，是可以避免空想不周，避免搜索可以扣押就必然 OK 的公式化想法的一種方式。

況且目前我國實務上，搜索票上未必會具體言明應扣押之物品品項，可能只是泛泛言明扣押「與……（某案）相關之物」，是否可以視為對扣押授權的實質審查，值得存疑。未來為了落實人民權利的保障，應該至少在實踐面上，具體言明扣押物品項。

(2) 定位不清的附帶扣押、另案扣押

再來，縱使搜索票上有具體言明應扣押之物品品項，也常在搜索現場才發現搜索票未記載之應扣押物。此時依刑事訴訟法之授權基礎，若是「本案應扣押之物為搜索票或扣押裁定所未記載者」，得依刑事訴訟法第 137 條為附帶扣押，若是「另案應扣押之物」，則得依刑事訴訟法 152 條為另案扣押。事實上，以上兩條授權基礎，在我國刑事訴訟法舊法下十分弔詭，學說上或從以前開始，就將附帶扣押、另案扣押定義為所謂的「無令狀扣押」，但在

⁸⁷ 陳文貴，註 4 文，頁 28。

2016 年修法扣押採取獨立令狀前，根本沒有真正意義的「有令狀扣押」，只有「記載在搜索令狀上的扣押」，附帶扣押、另案扣押精準來說應該是「非記載在搜索令狀上的扣押」。其中，只有附帶扣押依第 137 條第 2 項，準用搜索第 131 條第 2 項的事後陳報制，也有事後陳報法院的要求，另案扣押則完全無額外的程序規範⁸⁸。

在我國刑事訴訟法修正就扣押改採相對法官保留原則之後，上述附帶扣押、另案扣押本來應該可以有一個更清楚的定位。就理論言，扣押原則上需要法官核發的獨立令狀，只有緊急時才能例外由追訴機關為緊急命令，而附帶扣押、另案扣押之物是搜索現場臨時發現之物，時間上根本還不足以處理是否要扣押的問題，也不可能立即強求下達緊急命令，但為了追訴實益的考量，不能因此就放棄該些可能的扣押物，因此例如德國法規範了暫時扣押（§108 StPO，見上文第二章、壹、一）的授權基礎，為的是暫時保全該些偶然發現物，進而可以依照扣押物是證據或是沒收物，循各該授權規定與程序規定去取得長期扣押之基礎，我國之附帶扣押、另案扣押本來也應是如此性質。也就是說，附帶扣押、另案扣押只是處理搜索發現的偶然物，賦予暫時的扣押授權基礎，若要長期的扣押，還是要循相對法官保留原則去取得緊急或法官核發的令狀。

而我國 2016 年沒收新法在欠缺上述理解下，將附隨於搜索之扣押排除在事先取得法官令狀的範圍之外，使得附帶扣押、另案扣押之地位仍然不能獲得妥善的安置。一方面實質面上，附帶扣押、另案扣押連經搜索票的附帶審查都沒有，更欠缺排除事先取得法官令狀的正當性，另一方面形式面上，附帶扣押、另案扣押這兩個「非記載在搜索令狀上的扣押」，與「記載在搜索令狀上的扣押」相比，仍然看不出區別實益何在，反正都是附隨於搜索的扣押，就是不必先經法官裁定，為何需要另外規範附帶扣押、另案扣押，除了附帶扣押有多了事後陳報的要求外，仍然看不出端倪。

在解釋論上，本文認為應排除附帶扣押、另案扣押為附隨於搜索之扣押，將附隨於搜索之扣押限縮於「記載在搜索票上之扣押」，才符合附隨於

⁸⁸ 批評例示如，黃朝義，《刑事訴訟法》，頁 285-286。

搜索之扣押排除法官事先審查的正當性。在上述前提下，有兩種可以好好安置附帶扣押、另案扣押在法體系上定位的途徑。第一種是暫時扣押說，如同上述，附帶扣押、另案扣押為只是暫時得扣押的基礎，檢察官事後仍應向法院聲請取得裁定，或認定有緊急情況而為緊急扣押。第二種則是緊急扣押說，由於附帶扣押、另案扣押之偶然發現扣押物通常是動產，在扣押現場應認有緊急情事，而由追訴機關包括司法警察自行為緊急扣押之命令，也就是說不同於德國法，將附帶扣押、另案扣押當作長期的扣押基礎，成為實質的緊急扣押。

若採第二種說法，只要附帶扣押、另案扣押都如同緊急扣押，採行事後陳報讓法院得以事後監督，就合於相對法官保留原則的體系，可能是實務上比較能接受的作法。不過既然扣押物是偶然的新發現，陳報會面臨到的困難是，可能難以在陳報期限內，提出得以佐證具備扣押實體要件之證據⁸⁹。若是附帶扣押固然還是本案相關之扣押物，較無問題，若是另案扣押之扣押物，和執法機關原本據以搜索之案由無關，檢察官可能本於另案扣押之扣押物才剛要開啟一個新的偵查程序，則要求檢察官陳報未免有所苛責，對法院而言因無任何證據基礎，也無從檢驗扣押是否違法，據此，讓另案扣押適用133-2條第3項、第4項之陳報，似乎也僅流於形式意義。

因此立法論上，還是採取第一種暫時扣押說更能符合附帶扣押與另案扣押的法律地位。從此想法出發，我國2016年沒收新制修正時，一併針對刑事訴訟法第136條附帶扣押的修正，應是一個立法錯誤。該次修法新增了檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時，若發現本案應扣押之物為「扣押裁定」所未記載者，亦得扣押之的規定，但如上述，附帶扣押的規定是連結著搜索而來，是處理搜索的偶然發現物，扣押裁定只處理財產權干預的審查，不可能有所謂的偶然發現物。一定是為了執行扣押裁定又產生搜索的必要，追訴機關另行聲請搜索，此時搜索票上會記載要找尋的扣押物，也才有所謂偶然發現物的問題，不可能單持扣押裁定就進入關係

⁸⁹ 這也就是德國法為何要規範暫時扣押的原因，扣押雖然要求的嫌疑門檻很低，只要足以開始偵查的開啟嫌疑為已足，但附帶扣押、另案扣押的情況，既然之前什麼都不知道，現在才突然發現這個東西，嫌疑狀態可能連開始嫌疑都不具備，進而原本也無從依扣押規定扣押。我國如果不採暫時扣押說，解釋上只好可能稍嫌跳躍地，認為發現該物之當下，嫌疑狀態就顯現了，將附帶扣押、另案扣押認定為一種特殊的緊急扣押。

人住居搜索，又進行所謂的附帶扣押。上述立法錯誤，也是新法仍然搜索、扣押不分的不良結果。



(3) 附隨於緊急搜索之扣押

附隨於搜索的情況，還有可能是附隨於無令狀搜索而來，就此除了同意搜索（見下文 4.）外，其他皆是因時間急迫無法取得事前法官同意之情況，包括第 130 條逮捕嫌疑人或執行拘提羈押時，針對嫌疑人立即可觸及之處所為之附帶搜索、第 131 條第 1 項為找尋犯罪嫌疑人之逕行搜索、第 131 條第 2 項為找尋證據之緊急搜索。此種情況既然搜索都是緊急為之，附隨而來的扣押必然也非計畫好的事件，通常也就是緊急扣押。此時，既然緊急扣押附隨之緊急搜索，應依第 131 條第 3 項、第 4 項事後陳報法院，則扣押亦適用刑事訴訟法第 133-2 條第 3 項、第 4 項一併陳報法院，並無繁瑣之累，讓法院得一併知悉搜索、扣押之狀況，並有審查進而撤銷扣押之可能性，較合乎人民權利之保障。

可能有問題的情況在於緊急搜索也可能產生另案扣押，則也會產生如何上述如何解釋另案扣押的問題，如上所述，將另案扣押視為暫時性的扣押還是比較好的做法，否則一樣只能視另案扣押為實質的緊急扣押。

(4) 附隨於違法搜索之扣押

上述談的三種附隨於搜索之扣押的類型（見上文(1)至(3)），都是搜索合法之情形，也就是附隨於合法搜索之扣押，在本文上開解釋下，就算依現行法排除法院應先行裁定之要求，部分仍宜適用緊急扣押的規定事後陳報法院。若未陳報，則構成程序要件上的違反，依修法理由⁹⁰之明示，應如同緊急搜索未陳報之情況，依刑事訴訟法第 158-4 條權衡後，產生證據使用禁止的效果。此外，扣押亦應立即被撤銷，避免人民財產權違法繼續被干預，但若追訴機關認為扣押物是未來可能沒收之物，例如違禁品，仍可能再循扣押程序規定，作成一個程序合法的扣押。

若扣押附隨於搜索，但是附隨於違法之搜索，除了持搜索票搜索時因逾

⁹⁰ 刑事訴訟法第 133-2 條立法理由三：「……非法逕行扣押及扣押後未依法陳報者，如扣押物係可為證據之物，則有本法第一百五十八之四條規定之適用，附予敘明」。

越搜索票的範圍而違法外，在解釋上還有其他搜索範圍之限制，例如附帶搜索依我國學說、實務之見解，僅能針對嫌疑人立即可觸及之處所為之，若執法機關逮捕自小客車駕駛時，針對自小客車之後車廂、中央扶手等置物空間為搜索，因後車廂、中央扶手等置物空間非駕駛立即可觸及之處所，就構成違法之搜索，附隨而來之扣押即為附隨於違法搜索之扣押。

在我國現行法，因為附隨於搜索之扣押不必先經法院裁定，扣押之事前控制完全依附於搜索，若搜索本身違法，則扣押的事前控制合法性應該也失所附麗⁹¹，因此附隨於違法搜索之扣押必然是違法之扣押⁹²，應產生證據使用禁止的效果，但不會有沒收禁止的問題，只不過違法扣押對人民造成的損害，在符合一定要件下應透過國家賠償或損失補償予以填補。

3. 扣押原因競合時之適用爭議

再來，基於「保全證據」之原因而為扣押，亦是我國 2016 年沒收新法據以排除事前法官查之標準。過去由於實務上較不重視犯罪利得之沒收，沒收的對象大多都是犯罪物沒收，而不管是違禁物、犯罪工具、犯罪所生之物，通常也是證明犯罪成立所需的證據（見上文貳、一、4、(2)）。因此，我國 2016 年之新法排除「保全證據之扣押」應先經法官裁定⁹³，更是排除實務上大量扣押適用事前法官保留之標準。

⁹¹ 王士帆，〈駕車持槍一緊急扣押與附帶搜索〉，《法務通訊》，2829 期，2016 年 12 月 9 日，頁 7-10，該文所舉案例中 C 槍即是本文所舉情形，該文結論肯定此情形是「附隨搜索之扣押」，而「其扣押之程序要求，應循搜索規定審查扣押合法性」，因中央扶手非被告立即控制之範圍，不符合附帶搜索或其他無令狀搜索之規定，則搜索違法，扣押該槍違法，亦即採搜索違法扣押即違法說。

⁹² 就此本文認為可以存疑的是，例如搜索之範圍限制，涉及的是隱私權的侵害是否過度的問題，與扣押之財產權侵害是否得以延續的面向有所不同，將兩者之違法性綁在一起，規範上是否正當，值得再予思考。不同於搜索對隱私權之侵害在搜索終了時即結束，扣押對財產權之侵害是長期的，是否合法地找到扣押物，或許會影響扣押物是否能在刑事程序中作為證據使用，但針對扣押物可能被沒收的面向，可能沒有實質關聯。

⁹³ 不同於附隨於搜索之排除事由是由法案主管機關司法院所主導，此針對保全證據扣押之排除事由則是在法務部要求下才加入，原因是為「方便檢警辦案之需要」，協商過程詳見陳文貴，註 4 文，頁 27-28。

除了實質上排除審查之疑慮，在扣押原因競合的情形，亦即扣押物同時可能是刑事程序所需之證據，亦可能是未來沒收宣告之對象時，究竟是否應先經法官裁定，在我國學界解釋上亦有爭論。新法之法條文義上僅言保全證據之扣押不適用法官保留，而有雙重性質之扣押物，究竟是採否定說認為只要有保全證據之扣押的性質就不必先經法官裁定，或是採肯定說認為因同時有保全沒收之扣押的性質而仍應適用法官保留原則，學說上遂有分歧。此種扣押原因競合之情形在實務上非常常見，已如上述，如何處理是實務必然要面對的問題。

就此 2016 年刑事訴訟法第 133 條之 1 立法理由二，指出「非附隨於搜索之扣押與附隨搜索之扣押本質相同，除僅得為證據之物及受扣押標的權利人同意者外，自應一體適用法官保留原則」，針對扣押原因競合之情形，進而指出「同時得為證據及得沒收之物，仍應經法官裁定，以免架空就沒收之物採法官保留為原則之立法意旨」，明確採肯定說的見解，認為一律仍應適用法官保留原則。然此立法理由是否具法規範之拘束力，學界仍有歧見，有認為不能將立法理由視為法條之內容，上述見解畢竟仍非處理扣押原因競合情形之法律基礎⁹⁴。

從邏輯分析的角度言，扣押原因競合之情形是否仍要適用法官保留，涉及對保全證據與保全沒收兩種扣押原因兩者審查關係之理解。若認為兩者審查彼此是相關關係，檢驗是否得扣押時只要其一原因該當就可以扣押，不必分別檢驗兩種不同的原因，檢驗亦無先後順序言，若先審查保全證據之原因該當後，就不再審查保全沒收之原因，就會因此得出亦不適用法官保留原則之結果。但實際上扣押亦具保全沒收之原因，僅因審查順序未審查到就不適用法官保留原則並不合理，立法理由所謂「為避免架空」，應是指這種情形。反之，若認為兩者審查彼此是獨立關係，檢驗是否得扣押時兩者皆須分別檢驗，兩者是否同時該當，並不影響個別扣押之效力，審查保全證據之原因該當後，本就可以發生保全證據扣押之效力，保全沒收之原因是否該當，是否發生保全沒收之扣押的效力完全與其無關，則此時不適用法官保留原則，亦

⁹⁴ 潘怡宏，〈保全扣押之發動要件與扣押競合之處理（二）〉，《法務通訊》，2819 期，2016 年 9 月 30 日，頁 4-6（頁 6）。

是當然之理，無所謂架空的問題⁹⁵。

德國法就是採獨立關係，將保全證據與保全沒收之扣押，看作完全獨立的兩種處分，只要其一合乎合法性要件，就會獨立發生效力，從而，各自程序要件的設計都必須是完整的，不能有相互倚賴的關係。然而，我國法針對保全證據扣押的程序設計，是既不用依 A 類型事前經法院審查，也不用依 B 類型事後陳報法院，只能依 C 類型由人民主動由法院請求救濟，法院審查密度相較於保全沒收扣押修法後，既有 A 類型也有 B 類型的情況來得低。則我國若再採取獨立關係，使得保全證據之扣押得獨立發生效力，可能在結果論上不符人民權利的保護，立法理由所採之架空說就此言之有理。

不過本文採取上述結論的前提是，同時採取本文對於附隨於搜索之扣押（見上文 2.）以及同意扣押（見下文 4.）之限縮見解，並廣泛適用緊急扣押的事後陳報制，因為唯有朝本文方向解釋，修法針對保全沒收扣押所提高之法院審查密度，才有實質的意義。否則如現行法所示，附隨於搜索、保全證據、同意扣押，通通排除在法院應事前審查的範圍，又不用適用事後陳報制的话，則實務上大部分的扣押，根本相較於舊法沒有任何審查密度的提升，則所謂「扣押原因競合」時仍應經法官事前裁定，才符合修法意旨的說法，根本也只是海市蜃樓。這也是為什麼我國學說寧可採取比較不保障人民權利，但是邏輯上較分明的獨立關係說的原因，因為或許我國修法除了針對新增的保全追徵扣押外（見下文 5.），根本沒有提升法院審查密度的真意。

4. 同意扣押之不對等關係

以上說了這麼多，之所以又開始質疑我國修法，根本沒有提升法院審查密度的真意，在於修法竟然接納司法實務上的錯誤，廣開大門讓實務上已經過分氾濫的同意扣押得以驗明正身。

⁹⁵ 更詳盡保全證據扣押與保全沒收扣押之間關係解讀的可能性，請見，潘怡宏，〈論保全證據與保全沒收執行之獨立扣押的競合〉，《萬國法律》，207 期，2016 年 6 月，頁 15-27，該文基本上認為兩者應為獨立關係。

在舊法時代，由於扣押並無需先經法院審查的問題，因此，也沒有什麼所謂的同意扣押。相對地，搜索由於採相對法官保留原則，因此刑事訴訟法第 131 條之 1 的同意搜索，意義在於可以排除法院的事前審查，得不使用搜索票就能為之。我國實務因而在舊法的規範狀態下，從同意搜索出發，發展出了常態性、有制式表格的同意搜索加同意扣押，一來是因為對追訴機關來說取得同意實際上並不困難，可以因應各種緊急事態，二來權利人的同意對執行公務員來說，是可以避免爭議的好方法，除非扣押權利人處於無法同意的狀態，先讓他同意再說是一個相對保險的作法。學說上因此過去就對我國實務上浮濫的同意搜索多有批評，並希望透過程序上的限制，確立權利人同意之正當性，包括應告知權利人得拒絕，有適當的書面紀錄等等，確保權利人是出於自願性的同意。

2016 年刑事訴訟法修法時，在第 133 條之 1 第 1 項，將經受扣押標的權利人同意，列為不必先經法院裁定的事由，等於是完全包容上述實務狀態，只不過在同條第 2 項，順應上述學說的呼籲，新增同意的程序要求⁹⁶，包括：「執行人員應出示證件，並先告知受扣押標的權利人得拒絕扣押，無須違背自己之意思而為同意，並將其同意之意旨記載於筆錄」，雖然未能一併針對同意搜索為修正有體系上的矛盾，但確實是增添了實際的程序保障。

但本文認為此修正為德不卒，畢竟就實務現狀來看，同意搜索與同意扣押的問題，不僅在於程序上不夠保障，而是同意出現的頻率過高，已經實際架空扣押程序法制，必須正視被扣押人面對追訴機關時，不得不同意的權利不對等關係。當然，實務上常見的同意扣押狀況，主要還是出現在保全證據扣押之情形，除非證據同時是經濟價值高的沒收物，否則不至於造成過大的財產權侵害。就此德國法針對保全證據之扣押，不破壞事前法官保留原則，將權利人自由交付扣押物之情形，排除在需要扣押的情形之外，保全沒收之扣押則著眼於財產關係及必須衍生的禁止效力，沒有自由交付之可能（見上文第二章、壹、一），值得我們借鏡。如同本文一貫的想法，縱使適用法官

⁹⁶ 刑事訴訟法第 133-1 條 2016 年 6 月修法理由三：「為確保當事人同意之真意，爰增訂第二項，課予執行人員有出示證件、表明身分、告知當事人享有得拒絕權利之義務，並應將其同意之意旨記載於筆錄」。新增此程序規定的協商過程，請見，陳文貴，註 4 文，頁 27-28。肯認此次修法者，如薛智仁，註 9 文，頁 1501。

保留原則，也有緊急時可以先行發動的緊急扣押規定可以適用，並沒有一定需要被扣押人同意來正當化的必要。



5. 事前法官保留作為程序保障之實踐

綜合以上，本文認為我國 2016 年刑事訴訟法修法雖然立意良善，針對扣押此強制處分新增法官保留之程序要件，卻同時為實務作業之便利性，區分是否為附隨於搜索之扣押，是否為保全證據之扣押，是否為經權利人同意之扣押，而適用法官保留原則有異，大幅減少現行扣押處分須適用法官保留原則之情形，同時使得法律適用之複雜性大幅提高。其中，最沒有法律爭議的還是同意扣押，因此，對第一線執法人員來說，要正確適用法律最簡單的方法，可以想見還是會盡任何可能地取得權利人的同意。

事實上，我國立法者或許念茲在茲，不希望扣押修法造成實務負擔的，還是警察在犯罪破獲之現場，為留得偵查之先機，需要在第一時間扣押未來可得證據或可得沒收之物，但就此本來就有緊急扣押的規定可以處理⁹⁷，事後陳報制也是審查密度偏低的法院審查方式，不至於造成過大的行政負擔。甚至對執法機關來說乾脆一律陳報，更可以避免適用法律上的不經意錯誤，也降低過分濫用甚至逼迫權利人同意的誘因。對法院來說，事後陳報制也沒有要求法院一一相應做出書狀，法官只要做到翻閱把關的工作，要求並不沉重。

當然，事後陳報制對人民權利保護而言，實在是密度稍低的模式。就證據保全之扣押來說，或許因財產權侵害價值不大，比較不會有正當性不足的問題，但對本文關心的沒收保全扣押來說，若對人民財產產生高額的干預，

⁹⁷ 有見解則為限縮排除事由的適用，在非附隨於搜索之扣押之情形，認為縱使我國刑事訴訟法第 133 條之 1 修正後，保全證據扣押與同意扣押不必先經法院裁定，但是同法第 136 條扣押原則上由法官、檢察官實施之條文未一併修正，從而，綜合最高法院 69 年台上字第 2412 號判例之意旨，還是只有法官、檢察官得為扣押之命令機關，詳見，陳文貴，註 4 文，頁 28-29。然而上述見解一方面將刑事訴訟法第 136 條執行機關權限的規定，誤用到命令階段的層次，另一方面也是忽略了修法同步新增了司法警察得逕行緊急扣押的規定。



單純的事後陳報並不是有效的審查機制。這一方面對權利被侵害的人民來說，可能是施加了過高的負擔，使得人民必須不斷透過爭訟去挑戰扣押的合法性，另一方面對於國家機關來說，可能也會因害怕緊急命令的保護不周，而不願意在有必要時緊急發動高額的扣押。

本文認為法制上比較好的設計方法，還是得量身定作，針對保全證據之扣押及保全沒收之扣押，作出法規範上的不同安排⁹⁸，而達成這點的前提，就是必須肯認扣押是獨立於搜索之外的處分⁹⁹。而我國實務上目前比較好的現象是，針對修法新增的保全追徵扣押，有獨立的扣押裁定已是運作上的常態¹⁰⁰。上述修法創造這麼多複雜的解釋論問題，卻只就新修法的保全追徵扣押改變了我國實務，或許本來就項莊舞劍，意在沛公。

⁹⁸ 學說上主張保全證據及保全沒收扣押規範應分離者，例示如，王士帆，註3文，頁70-72；薛智仁，註9文，頁1500-1501。

⁹⁹ 學說上主張搜索、扣押應相互獨立者，例示如，王士帆，註3文，頁68-70；薛智仁，註9文，頁1500。在現行法的基礎下，以扣押物的品項及所在是否明確，區分扣押與搜索的不同運用，請見，王啟秀，〈金流追查之扣押實務與案例〉，《刑事雙月刊》，79期，2017年8月，頁16-19，頁17-19，該文基於規範現實的區分雖不完全正確，但避免了「附隨於搜索之扣押」的概念架空扣押法制，也讓緊急扣押即該文所稱的逕行扣押還是有適用空間。

¹⁰⁰ 目前檢察實務上，如果檢察官欲追查特定人的財產狀況，會先透過稅務機關的「稅務電子開門」線上查詢，可以查得稅捐機關所掌握的人民財產歸戶資料，有電子資料的財產也能再進一步透過相關機關查詢，詳見，黃士元，註19文，頁30。因此若只是要找尋中性有價值的財產，基本上不需要發動搜索，保全追徵扣押常是非附隨於搜索之扣押。

▼ 圖 4：扣押改採法官保留原則之解釋爭議





二、執行程序法律密度之提升

2016年刑事訴訟法之修法除了處理上述命令程序的問題外，還有一項長足的進步，在於首次嘗試在刑事訴訟法中，有體系地處理刑事執行的問題。事實上，如同民事執行之於民事程序的重要性，刑事執行更是刑事程序中應投以關注之一環。所謂強制執行，是國家以其公權力，實現實體法上之權利，在執行過程中對人民權利因而會有所干預，基於法律保留原則、法律明確性原則之想法，執行之事項如同其他程序法，也應該有夠明確之法律明文規定。可惜我國過去針對刑事執行這一塊，並不重視將執行事項明文法化，相較於本文前面介紹的德國法，法律保留之密度低了許多，學說、實務因而也容易混淆命令與執行的層次。可以這麼說，我國法處理刑事執行的問題，是在交由檢察官負責的情況下，由檢察官依基礎的法框架，依一般強制執行的理論，為合比例之執行措施，並無一定的規則可以從外觀觀察，對人民來說針對執行事項，向來難以去爭執、檢驗，因而侵蝕了沒收保全扣押在法治國要求下的正當性。

1. 扣押之執行方法與程序

(1) 與強制執行法相仿之沒收保全扣押執行

2016年刑事訴訟法之修法針對沒收保全扣押的部分，由於是參考德國法而訂定，因而有契機學習德國法，將刑事執行之相關事項明訂於法律中。不過觀以修法結果之實質內容而言，並沒有偏離我國過去刑事執行之實務的普遍作法，只是將過去實務上大致運行無礙之模式明文法化，與強制執行法的規定相仿，修法就此部分並沒有新創理論或者改變現狀。此次修法之突破點，在於將刑事執行中干預人民權利之措施，用符合強制執行理論之法律語言，明確表達於法律之中，對法律研究與適用者而言，只要讀懂上開法律語言，則本次修法就此部分也就自然能了然於心。

因此，以下要嘗試的，就是以強制執行之法律語言，概略介紹此次修法新增之執行規定。首先，如同上面曾一直提及的，保全扣押是一種暫時的執

行名義，若是「保全沒收之扣押」，保全的是未來特定沒收物之執行，是「對物的執行名義」。若是「保全追徵之扣押」，保全的是未來追徵之金錢債權之執行，如果對於追徵有正確的理解（見上文貳、一、3.），終局的追徵宣告與相應的保全追徵扣押應都是「對人的執行名義」。不論是對物或對人，扣押既然不是終局的執行名義，自然不能執行達到滿足權利的效果，而僅能停留在查封階段。換句話說，「保全沒收之扣押」不能使查封的未來沒收物移轉給國家，「保全追徵之扣押」不能使為保全債權而查封之追徵財產，經過換價而進入滿足的階段，這是保全扣押作為保全程序之當然之理。

因此，沒收保全扣押之刑事執行問題，其實相對單純，所要做的不外乎就是將關係人的財產予以查封。而依我國強制執行法，查封的執行方法依查封的對象不同而有異，若查封的對象是動產，程序規定在強制執行法第 46 條以下，執行方法原則上是以由執行人員實施占有的方式為之，將查封物交付保管者，則須以標封、烙印或火漆印，或其他足以公示查封之適當方法標識之。若查封的對象是不動產，程序規定在強制執行法第 76 條以下，執行方法包括揭示、封閉、追繳契據，必要時得併用之，已登記之不動產，執行法院並應先通知登記機關為查封登記，其通知於第一項執行行為實施前到達登記機關時，亦發生查封之效力。若查封的對象是船舶，依強制執行法第 114 條，除是海商法所定之船舶、建造中之船舶，準用關於不動產執行之規定，否則即適用動產執行之規定，若查封的對象是航空器，依強制執行法第 114 條之 4，原則上準用關於船舶執行之規定，故也是一致的。若查封的對象是其他財產權，程序規定在強制執行法第 115 條以下，執行法院應發扣押命令禁止債務人收取或為其他處分，並禁止第三人向債務人清償。

若是民事程序中之保全程序假扣押、假處分之執行，依強制執行法第 136 條、第 140 條之準用規定，即係以上述之查封規定執行之。其中依執行標的不同所區分出之執行方法，與德國民事訴訟法、刑事訴訟法的規定如出一轍，可以說是強制執程序之共通理論。而我國刑事訴訟法針對沒收保全扣押修法時，仿造德國法規範保全扣押之執行規定，包括刑事訴訟法第 133 條新增之第 4 項¹⁰¹：「扣押不動產、船舶、航空器，得以通知主管機關為扣

¹⁰¹ 刑事訴訟法第 133 條 2016 年 6 月修法理由四：「關於不動產、船舶、航空器之保全方

押登記之方法為之」、第 5 項¹⁰²：「扣押債權得以發扣押命令禁止向債務人收取或為其他處分，並禁止向被告或第三人清償之方法為之」，也就是扣押標的是不動產時得以扣押登記的方式執行之，扣押標的是債權時得以發扣押命令的方式執行之，與德國法相似，與上述強制執行法的規定亦如出一轍。而新增規範之執行方法，事實上也與我國過去刑事執行之作法一致¹⁰³，修法並非創設新的執行方法或程序，僅是將理論上就應如此進行之執行事項明文化。

(2) 執行方法的立法疏漏

可惜的是，修法固然注意到了要將執行事項明文化的問題，卻未必有建立執行事項之體系。首先，如上所述，強制執行法中保全程序之執行，是依執行標的作區分，與德國法一樣主要就分就動產、不動產、債權、船舶及航空器四類，有不同的執行方法及程序之規定，然而我國刑事訴訟法第 133 條之修法，僅針對不動產及債權之執行新增規定，最典型扣押動產的情形，

法，不限於命其提出或交付，民事強制執行法所規定通知主管機關為查封登記之查封保全方法，亦得酌採之，原條文第二項規定有欠完備。爰參考強制執行法第七十五條第一項、第一百四十四條第一項、第一百四十四條之四第一項之規定，增訂本條第四項。

¹⁰² 刑事訴訟法第 133 條 2016 年 6 月修法理由五：「得沒收之物，其範圍係依實體法之規定，權利自亦包括在內。惟本法關於扣押債權之方法，尚乏明文，亦有欠備，爰參考強制執行法第一百五條第一項之規定，及德國刑事訴訟法第一百一十一 C 條第三項之立法例，增訂本條第五項」。要注意的是，在我國詐騙案件中的刑事程序中，常見一種「由銀行將帳戶列為警示帳戶」的凍結帳戶的型態，此種凍結法條依據是金管會依銀行法授權所頒布的法規命令，法院、檢察署乃至於警察機關，皆得以通報銀行的方式，達成凍結人民銀行帳戶的效果，詳見，簡松柏，〈是警察凍結了人民的帳戶？〉，蘋果日報即時新聞，2018 年 1 月 27 日，備份於：<https://goo.gl/biyrSh>。雖說上述凍結是銀行基於其依銀行法本具的管理義務，所為之暫時不提供帳戶服務的行為，但畢竟還是由國家機關所促成，依形式區分而排除扣押規定的適用，難逃被指摘的命運，批評請見，林智群，〈警察凍結人民帳戶 竟不須審查〉，蘋果日報即時新聞，2018 年 1 月 23 日，備份於：<https://goo.gl/HiUT6r>。尤其是在我國實務運作上，銀行常會將被通報之人的所有帳戶，一律列為「衍生管制帳戶」，同樣有凍結帳戶的效果，等於是將關係人所有可動用之銀行帳戶全部凍結，財產權干預的程度並非尋常。在我國已有刑事訴訟法第 133 條第 5 項的債權執行規定的情況，所有因刑事案件而凍結帳戶之行為，在新法下皆須以沒收保全扣押的方式為之。

¹⁰³ 由於過去刑事執行事項法無明文，也無公開的文書得以檢視檢察機關之作法，只能從法務部過去發佈之《檢察機關辦理刑事案件扣押財產注意事項》，以此行政規則來佐證檢察機關執行方面的通則。該注意事項第五點，即規定：「……扣押不動產應將扣押意旨函請該管地政事務所禁止所有權人為處分。就受扣押人對於第三人之金錢債權（例如銀行之存款）為扣押者，應以命令禁止受扣押人向第三人收取，並禁止第三人向受扣押人為清償；必要時得視情形命第三人提出後予以扣押」。

僅保留了原本第 133 條第 2 項（修法後改列第 3 項）「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」之規定¹⁰⁴。而新增之不動產及債權之執行，卻又是以「得」扣押登記、「得」發扣押命令的方式規範之，至於在扣押登記、發扣押命令之外，還應該用什麼樣子的方式執行，單從法條文字無法得知，修法的實質意旨何在，也就顯得含糊不清¹⁰⁵。

上述修法之所以有這樣的結果，原因在於仿效德國法時，只抽離脈絡地參照了保全沒收原物扣押（§111c StPO）的執行規定，且只著眼實務上的需要，才選擇性地訂進法條，沒有建立整套的執行法制，因而執行方法只有針對不動產及債權等扣押物，也就是現實上無法占有的情況，才補充參照德國法另訂規範。尤其又因為保全追徵扣押欠缺價額的概念（見上文壹、二、2.），導致執程序延續命令程序的問題，沒有區分對沒收原物的保全扣押執行，以及對關係人所有責任財產的保全追徵扣押執行之間的不同，以致於兩者狀況不同的執行情境沒有被區分思考。

其中最關鍵的，在於保全追徵扣押執行時，會對關係人與犯罪無關的中性財產執行，因此，會牽涉到的執行事項更為繁瑣，而我國上開之執行規定，

¹⁰⁴ 我國學說上常見將此命其提出交付之規定，理解為單獨的命令，並連結刑事訴訟法第 138 條，認為無正當理由拒絕提出或交付或抗拒時，得使用強制力扣押，例示如，林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，頁 349；黃朝義，《刑事訴訟法》，頁 284，但亦有將命其提出交付，理解為動產扣押時之執行規定者，例示如，林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，頁 619。本文之所以贊成後說，是認為將命其提出交付理解為獨立之命令，那他就是與扣押併列在同一層次的處分，則關係人經命令提出交付動產，可否適用扣押之相關規定，包括處分禁止之效力，將生疑義。事實上不論是扣押或命其提出交付，國家機關最後都還是要實力支配該動產，或在交付保管的情況下予以標識，才能達到刑事程序的目的，扣押作為一種處分的型態，是抽象命令層次的概念，命對動產原有管領權之人提出或交付，只是國家得以支配該動產之方式，應放在執行層次即可，沒有必要在命令層次創設多型態的抽象概念，否則徒增適用上的困擾。我國新增的刑事訴訟法第 133 條第 4 項、第 5 項執行方法的規定，也有上述問題，部分學說會將之理解為獨立的凍結帳戶、扣押登記命令，本文認為命令、執行層次不分，是在理解我國新法時不甚妥當的方式。

¹⁰⁵ 依我國強制執行法規範，不論執行標的是動產、不動產、船舶或航空器，只要有形物，皆有必須現實實施查封處分之明確規定，另針對已登記不動產的查封，依法要求「應先通知登記機關為查封登記」。也就是說，若是對已登記之不動產為查封，會有併行的兩種處分，一方面要至現場實施揭示、封閉等現實的查封處分，另一方面也仍要為查封登記，查封生效的時點則視兩者何者為先，即以該時點為準生效。我國目前民事強制執行實務上，若是債權人聲請查封不動產，法院會先通知地政機關及債權人辦理電子查封登記，嗣再定期進行現場查封，我國刑事執行之查封登記，是不是也如上運作，或者為現實的查封處分外，亦「得」為扣押登記，兩者擇一即可，在法條上並無明確的答案。

根本不足以應付執行所遇之各種狀況，許多問題都法無明文，法院就只能在個案中盡可能地說理，標準當然也就莫衷一是。為解決此問題，立法論上最簡便的做法，是一般性地新增在刑事訴訟法無特別規定的情況下，準用強制執行法的準用規定，則所有刑事保全扣押執行中，有需求比照強制執行法規定之處，刑事保全扣押通通得以準用，進而，所有刑事保全扣押可能遇到的執行問題，也可以依循強制執行法的脈絡，適用一樣的規定、援引一樣的實務見解，不必再另創新解，也不會造成不同法體系的執行不同處理的體系割裂。

事實上，我國行政執行法一樣參照德國法，就是採取準用強制執行法的立法例。在現行法解釋下，為了達到沒收保全扣押之保全效果，檢察機關及法院本就不得不援引強制執行法之法律規範與理論架構，才能應付執行程序所遇之各種爭議。例如我國刑事實務會碰到的一個典型執行爭議，是能不能以低額的債權就高額的財產執行，例如行為人只有微薄的利得，固然可以就利得發動保全扣押，但保全扣押執行時，可否對利得人價值高昂的不動產執行？就此執行問題，其實實務在運作民事強制執行程序時早就有答案¹⁰⁶，必須依比例原則衡量，除非債務人只有該不動產為唯一得保全之財產，否則仍應先向其他財產執行。像這種純粹的執行問題，刑事保全扣押執行若有一般性準用規定，本可比照民事執行辦理即可，根本不需要再自創理論¹⁰⁷。未來我國實務在執行保全追徵扣押時，應特別注意未來可能追徵的數額，不要超過該額度執行財產，並在執行標的的選擇上，適當地援引民事執行規定

¹⁰⁶ 司法院(74)廳民二字第 913 號函：「按強制執行法第 136 條規定，假扣押之執行，除另有規定外，準用關於動產、不動產執行之規定。而查封動產或不動產，依同法第 50 條及第 113 條雖規定以其價格足清償強制執行之債權額及債務人應負擔之費用為限，惟該法條之規定，旨在保護債務人，避免債權人任意聲請超額查封。故如債務人有多數財產可供執行時，固應就財產價值與債權額相當之財產強制執行，但如債務人僅有房屋 1 棟可供執行，雖其價值遠逾假扣押債權額，亦可對該不動產執行，否則債權人勢將無法就債務人惟一之財產執行，並受清償，殊非立法之本意」。

¹⁰⁷ 事實上，此「超額執行」的問題牽涉的是整個強制執行法制的設計，德國法由於在民事執行規範方面採取「質權主義」（見上文第二章、壹、三），以設定擔保物權，作為強制執行第一階段保全執行債務人財產的方式。若轉化為我國擔保物權之設計來說，就是保全動產就在動產上設定質權，保全不動產就在不動產設定抵押權，而質權與抵押權，都僅在其擔保的價額內，發生保全的效果，保全效果並非是全有全無的概念。我國強制執行由於不採上述法體系，因此保全效果都只能針對特定財產，整體性地發生效果，為了避免因小小的債權大大地扣押人民的財產，只能倚賴依一般比例原則，在個案中作出合於比例之處分。

來說理。



2. 供擔保之扣押變更

再來在全扣押執行之後，我國本次刑事沒收保全扣押修法，很關鍵的是仿照德國法，新增刑事訴訟法第 142 條之 1，該條第 1 項規定：「得沒收或追徵之扣押物，法院或檢察官依所有人或權利人之聲請，認為適當者，得以裁定或命令定相當之擔保金，於繳納後，撤銷扣押」，提供關係人主動供擔保之可能。此條規定有很重要的實務意義¹⁰⁸，畢竟對國家而言，相較於具體的實物財產還需要透過拍賣等換價程序，才能將其價值收入國庫，現金是對國家而言最便利的擔保。如果關係人著眼於扣押物的主觀價值，或看重扣押物的增值空間，願意提供現金取代扣押物由國家保全，對國家機關和扣押關係人而言是一種雙贏。

上述雙贏的說法還有進一步區分的必要。若國家就扣押物只在意他的經濟價值，上述說法當然是絕對成立，但扣押物如果同時是刑事案件之證據，或者是違禁物，則就算關係人願意提供等價的擔保，也不可能因而將扣押物發還予關係人。因此值得與德國法比較的是，德國法下關係人供擔保撤銷扣押之可能，在全沒收原物之扣押與保全替代價額之假扣押之間，程序設計有異（見上文第三章、肆、一）。若是保全替代價額之假扣押，在命令階段，法院就會決定一個解消數額，關係人只要繳交該數額，就一定可以撤銷扣押，但若是保全沒收原物之扣押，則必須向法院聲請，經法院認適當後再發還。上述程序差別，是因為保全替代價額之假扣押的情形，扣押的財產本來就是中性與犯罪無關的財產，只是以其價值擔保未來可能沒收之替代價額，因此，關係人欲另提供現金為擔保，法院並無不同意之可能。

我國法因不採德國法假扣押的價額概念，在命令中既不確定未來追徵之

¹⁰⁸ 刑事訴訟法第 142-1 條 2016 年 6 月修法理由二：「得沒收或追徵之扣押物，如有作為其他利用之必要，如權衡命所有人或權利人繳納相當之擔保金，亦可達扣押之目的時，自應許所有人或權利人聲請以相當之擔保金，取代原物扣押。爰參考德國刑事訴訟法第一百一十 C 條第六項，及日本組織犯罪處罰及犯罪收益規範法第二十六條第一項之立法例，增訂本條第一項」。

數額，更沒有所謂確定解消數額的問題，所有保全扣押都是直接針對實際財產為之，因此刑事訴訟法第 142 條之 1，一律都是採取聲請制，並且擔保金裁定皆可再予爭執（刑訴§§404, 416）。在保全追徵之扣押的情形，其實撤銷的可能性在命令當時就可以確認，還要透過聲請程序才能達成，除了對關係人來說需多花費時程與勞力，對司法機關來說也耗費行政成本，可以說對於司法機關與人民同時都是一種負擔，算是增訂刑事訴訟法第 142 條之 1 美中不足之處。

從上述觀點出發，現行法解釋論上，我國法院或檢察機關在受理扣押關係人供擔保之聲請時，有幾點值得注意。在保全追徵扣押之情形，除有特殊情事外，應無駁回供擔保聲請之餘地。相對地，人民所供之擔保原則上必須是足額擔保，因此回過頭來，就算在命令程序中不確定也不計算可能沒收之價額（見上文壹、二、2.），在聲請供擔保的程序中還是要進行計算，否則無法確定供擔保之數額。

若是保全沒收原物之扣押，則是否同意關係人供擔保後發還，則必須視扣押物的性質，必須扣押物適合發還，已無留存供刑事程序作為證據之用的必要，非禁止持有的違禁物或義務沒收物才有可能，因此可以想見，只著重經濟價值而可發還的沒收原物相當少¹⁰⁹，若有，原則上關係人也是必須供足額擔保。不論是保全追徵或保全沒收原物的扣押，供擔保規定最可能運用的情況，是扣押物是易腐壞之物的情形。若人民已主動聲請發還易腐壞的扣押物，則與其適用扣押物出賣的規定（見下文 4.），國家機關可以先考慮發還予被害人，可能相較於自行出賣換價所得，反而可以得到更充足的現金擔保。

最後，值得注意的一點是，供擔保是作為扣押物的替代，著重的是扣押物本身價值，與供擔保之人為誰無關。可能供擔保之人，就理論言就是扣押關係人，也就是所有因扣押而權利受影響之人，我國由於在形塑扣押法制

¹⁰⁹ 認為此供擔保規定只有在保全追徵扣押才有實益者，如薛智仁，註 9 文，頁 1502-1503，基於現實上很難想像可以供擔保後發還的沒收原物，亦有見解認為一律不可能供擔保發還沒收原物，如陳文貴，註 4 文，頁 33。但需要注意的是，陳文貴該文認為不具沒收可能性時才可能適用供擔保後發還，是不正確的見解，若不具沒收可能性，法院自應撤銷扣押，主動將扣押物發還予關係人，應該是仍具沒收可能性，但國家就算不直接占有該物，保全的目的也不會被妨礙者，才可能需要供擔保後發還。

時，相當重視所有權的概念，因此規範為所有權人及其他權利人，意義與範圍本無不同。但上述規範語意，容易被誤解為供擔保之人為所有權人或其他權利人，會產生不一樣的法律關係，尤其依刑事訴訟法第 142 條之 1 的第 2 項，撤銷扣押擔保金準用羈押具保擔保金規定¹¹⁰，容易使人誤解兩者性質相近，而把對物擔保性質的撤銷扣押擔保金，錯誤地比擬為對人擔保性質的羈押具保擔保金。

事實上，撤銷扣押擔保金準用羈押具保擔保金規定準用的只是程序事項，扣押擔保金做為扣押物的替代，必須與扣押物的價值相稱，原則上必須是足額擔保。經供擔保而發還扣押物後，擔保金取代扣押物之地位¹¹¹，未來若確定宣告沒收，當然可以沒收作為扣押物替代之擔保金¹¹²。有動機供擔保而聲請發還扣押物的權利人，必定是對扣押物本身有利益存在，若其供擔保所據之利益，與扣押物的足額擔保不相稱，則其因未來擔保金被沒收所受之不利益，應自行循民事途徑解決，扣押供擔保的規定不可能一併處理所有民事紛爭，因此有見解所舉其他權利人能否供擔保，供擔保後效果如何之疑問¹¹³，應與現行法的規定無涉。

3. 扣押之禁止處分效力

扣押經執行後之效力，2016 年修法於刑事訴訟法第 133 條第 6 項，增訂：「依本法所為之扣押，具有禁止處分之效力，不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押」，該項前段是所謂禁止處分效力的規定，後段

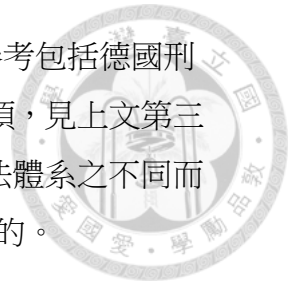
¹¹⁰ 刑事訴訟法第 142-1 條 2016 年 6 月修法理由三：「本條規定之擔保金與本法所規定替代羈押之保證金性質相當，自有準用本法第一百十九條之一關於保證金存管、計息、發還規定之必要，爰增訂本條第二項」。

¹¹¹ 不同見解，陳典聖，〈刑事扣押程序與強制執行程序之競合與處理〉，《月旦裁判時報》，61 期，2017 年 7 月，頁 65-76，頁 68，但該文認為擔保金並非扣押物之變形的原因為何並不清楚。

¹¹² 不同見解的質疑，詳見，陳文貴，註 4 文，頁 33。

¹¹³ 例如有見解所舉的「動產擔保交易之車輛權利人」可否供擔保撤銷扣押的問題，詳見，陳文貴，註 4 文，頁 33。

則是與民事執行之間的調和。如修法理由¹¹⁴所示，該項係參考包括德國刑事訴訟法舊法第 111c 條第 5 項（新法已移列第 111d 條第 1 項，見上文第三章、參）之外國法而來，然而我國增訂之條文，又基於執行法體系之不同而與德國法有所出入，需要妥善定位，才能發揮本條之立法目的。



(1) 處分禁止之意義

先針對前段來說，其實禁止處分效力，也是本於強制執行理論，我國強制執行法本來就有的規範機制。依強制執行法第 51 條第 2 項，動產經「實施查封後，債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力」，也就是說，民事執行程序中對動產之查封也是具有禁止處分之效力，並依同法第 131 條，準用於不動產查封之情形。我國刑事訴訟法第 133 條第 6 項將禁止處分之效力明定後，對處分禁止效力之解釋應可參酌上述強制執行法的規定。

比較有趣的是，此效力規定之增訂，依修法理由所示，除了為了「達到澈底剝奪犯罪所得」之效果外，還有「兼顧善意第三人權益之保障」的目的。針對後者之目的，我國立法者可能是認為，若扣押物經原權利人以處分行為，移轉權利予善意第三人，而扣押物嗣後經宣告沒收，則善意第三人之權益將受影響。然而在上述情況中，若扣押沒有處分禁止之效力，則原權利人本於其對扣押物之權利，本有權處分給第三人，除了扣押物是違禁物而絕對可沒收之情形外，國家可能根本就無從自善意第三人的手上沒收，其實根本沒有不利善意第三人權益的問題¹¹⁵。處分禁止之效力，應是為了國家利益而存在，避免國家扣押以及將來的沒收落空，同時也包括確保扣押所支持的被害人協助機制得以運作。

相反地，真正保障善意第三人的重點，應在於就算扣押如修法後所具

¹¹⁴ 刑事訴訟法第 133 條 2016 年 6 月修法理由六：「扣押應具有禁止處分之效力，否則無從達到澈底剝奪犯罪所得，及兼顧善意第三人權益之保障，爰參考德國刑事訴訟法第一百十一 C 條第五項、日本組織犯罪處罰及犯罪收益規範法第二十五條前段之立法例，增訂本條第六項」。

¹¹⁵ 此時國家雖然無法對善意第三人沒收，但若移轉的是沒收原物，則應認沒收原物已非被沒收人得處分而不存在，進而應沒收替代價額。若原本就是基於替代價額而為沒收保全，則國家應轉向被沒收人的其他財產執行。

有禁止處分之效力，第三人若相信權利人所展現之公示外觀，善意不知禁止處分效力之存在，仍然有可能善意取得扣押物¹¹⁶。因此，在扣押物並非由國家機關直接占有的情況，國家必須妥善地標識扣押物，使第三人在交易時得以分辨其為扣押物，避免扣押因第三人善意取得而落空，這麼來看，國家反而應是要避免善意第三人的出現。在對不動產執行時，之所以必須為扣押登記，也是出自此道理。

再來要一併注意的是，同樣是處分禁止之效力，我國法在沒收新制修法後還出現在一個地方，刑法新增之第 38-3 條第 3 項，明定沒收裁判於確定前，具有禁止處分之效力，該項規定一樣仿德國法而來，與扣押的禁止處分效力相競合。要理解兩者禁止處分效力的定位，本文認為需要先釐清刑法第 38-3 條的適用範圍，依德國法的設計原型，該條應只適用於沒收原物，不適用於沒收替代價額的情況（見上文第二章、壹、二）。如同我國刑法第 38-3 條第 1 項，沒收物將於裁判確定後移轉予國家的規定，本來就只有在沒收原物的時候才可能發生，若是追徵的情形，是用被沒收人的其他責任財產來抵償原沒收物的價額，國家所要的不是那些財產本身，而是該些財產的價值，原則上國家皆應換價並清算後，換價所得在價額的範圍內才會移轉予國家，不會直接移轉財產的所有權予國家¹¹⁷。從而，我國刑法第 38-3 條第 3 項的禁止處分規定，適用範圍應也只有針對沒收原物，與保全沒收原物之扣押相互搭配，充其量只是一個補充規定，國家若欲掌握被沒收人的財產，建立對財產的保管關係，還是不可能捨棄扣押之發動¹¹⁸。

從整體程序來看，扣押的禁止處分效力，應是附隨扣押執行措施的完成而產生，而非扣押裁定作成時即產生。當沒收保全扣押效力持續到程序終結，並確定宣告沒收，若宣告的是沒收原物，則經保全扣押之沒收原物，依刑法第 38-3 條第 1 項，所有權會移轉予國家。相對地，若宣告的是追徵，則經保全追徵扣押所保全之財產，會從查封程序進入換價程序，換價後再進

¹¹⁶ 然而在民事執行程序之架構下，查封後的財產是否還有可能主張善意受讓，學說上仍有分歧，見張登科，《強制執行法》，頁 270。

¹¹⁷ 同此理解，林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，頁 616。

¹¹⁸ 從而，張峻嘉，〈簡評 104 年刑法沒收制度修正對行政執行程序之影響——以公法上金錢給付義務之執行為中心（二）〉，《法務通訊》，2799 期，2016 年 5 月 20 日，頁 3-5，該文所認為判決宣告的禁止處分效力應排除扣押，進而衍生之問題應不存在。



行清算分配，滿足國家追徵債權後，清算餘額原則上會發還予被追徵人。由上可見沒收保全扣押執行與刑事終局執行間的聯結關係，並了解保全沒收原物扣押與保全追徵扣押的區分，更可以看出追徵情形從扣押到終局執行，與民事強制執行之間的相似性。

此外，從上述推衍我們可以發現，所謂沒收保全扣押的處分禁止效力，應只適用於沒收之保全扣押，若是保全證據之扣押，一方面並沒有上述與終局執行間的銜接關係，另一方面國家針對刑事程序之證據，原則上皆應直接占有支配，處分禁止之效力應非必要，德國法也是如此理解（見上文第二章、壹、一）。

最後，和民事查封一樣，刑事沒收保全扣押禁止處分的效力還會透過刑法的實體規定獲得保障，最常見的就是人民損壞查封的封條，會有刑法第 139 條污損封印、查封標示或違背其效力罪的刑事責任。惟該條的文字連結的是實體的封印、標示，對於抽象扣押效力的違反則未明確涵括，因此我國行政院已於 2018 年 3 月提出修正草案¹¹⁹，在刑法第 139 條第 2 項增訂：「為違背公務員依法所發具扣押效力命令之行為者」，亦同受刑罰，同時將刑罰刑度調高至兩年以下¹²⁰。

(2) 刑事保全扣押與民事執行之調和

前段賦予了刑事沒收保全扣押與民事執行措施一樣的效力，後段隨之而來處理兩者之間的衝突，就此我國法新增之「不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押」的文字有些曖昧，需要進一步的詮釋。本文認為就此可以以兩方面來表述，一方面，上開規定表述了，當刑事保全扣押與民事

¹¹⁹ 行政院 2018 年 3 月 8 日第 3591 次院會會議紀錄參照。

¹²⁰ 刑法第 139 條 2018 年 3 月 8 日修法草案理由四：「依司法實務見解，本罪之成立須以公務員依法施以封印或查封之標示者為要件，係對動產或不動產之保全，惟保全執行之標的為債權或物權時，其執行方式係以發扣押命令為禁止收取、清償、移轉或處分等方式為之，如有違反此類扣押命令禁止處分之效力，其侵害國家公務之行使，與違背封印或查封標示效力之情形並無不同，現行條文未納入處罰，顯有未周。公務員依法所發具扣押效力命令，例如依強制執行法或刑事訴訟法，亦有如消費者債務清理條例第十九條第五項、行政執行法第二十六條、行政訴訟法第二百零六條第二項等準用強制執行法規定，為違背其效力之行為者，應同受規範納入處罰，爰增訂第二項規定，明定對於公務員依法所發具扣押效力之命令，所為違背效力之行為，亦應受規範，其法定刑與第一項相同」。

保全扣押積極衝突時，所謂刑事不妨礙民事，應該是兩者可以並存的意思，打破了我國強制執行法雙重查封禁止的原則。另一方面，上開規定也意味著，雖然刑事保全扣押之期間，刑事保全扣押關係人的債權人，還是可以依循民事程序進行強制執行，但只限於查封、扣押，無法進行到換價、分配的階段¹²¹。

從上開規定之修正可以明顯觀察到我國修法深受德國法的影響，我國強制執行法上之所以有雙重查封禁止的要求，是因為我國民事強制執行採群團優先主義，強制執行法第 33 條規定：「對於已開始實施強制執行之債務人財產，他債權人再聲請強制執行者，已實施執行行為之效力，於為聲請時及於該他債權人，應合併其執执行程序」，也就是說，若債務人的財產已被債權人聲請執行後查封，則其他債權人不得重複就該財產聲請查封，而是併入先前查封債權人所開啟之執执行程序，債權人之間成為同一群團，未來可以就同一財產經換價後依比例平均分配受償。德國法相對地，因為民事執行原則上採取質權主義，先聲請執行者可以優先受償，自然不會阻止債權人間重複針對同一財產查封，何況每一債權人，也只就其債權額，透過擔保物權之設定，限於債權的範圍內發生保全效果。

雖然我國修法上開規定打破了雙重查封禁止原則，但並沒有因此改變群團優先主義的執行原則，則上述規定的意義，不同於德國法，必須要重新思考。有關刑事執行與民事執行之調和，其實我國法有一個相似的例子是行政執行與民事執行之間的調和。依行政執行法，當行政執行與民事執行有積極衝突時，並沒有改變我國法之執行原則，一樣是後程序併入前程序，成為同一群團後再分配。此立法例與我國刑事訴訟法第 133 條第 6 項後段不同，以民事程序與行政程序之間得相互併案為前提，在行政執程序中，也可能因合併而必須處理民事權利之實現。我國刑事訴訟法第 133 條第 6 項後段，則是排斥了併案的可能性，所謂刑事保全扣押與民事保全扣押不相妨礙，可推

¹²¹ 以上為本文之詮釋，法條文意並不那麼清楚，質疑請見陳文貴，註 4 文，頁 26-27。但該文所指出實務上此規定會操作困難的兩點質疑，本文並不認同，第一，在扣押執行需要登記的情況，因雙重扣押而由登記機關進行雙重登記，對登記機關來說難以想像會有什麼技術上的困難，扣押效力必然也是依登記順序定之。第二，扣押物如為動產，雙重扣押也可能透過執行機關間的併案達成，由前扣押之機關受通知後併案處理，詳細運作方式可見例如德國民事訴訟法第 826 條。

知民事執行程序無從併入刑事執行程序，民事程序仍自己獨立進行。

不過因為刑事保全扣押不妨礙的，只有民事執行的保全階段，因此實質上也不是刑事、民事各走各的，刑事保全扣押會有阻斷民事執行的效果，民事執行無法在刑事扣押存續期間，繼續進行換價、滿足。也就是說，包括犯罪利得人之債權人，在刑事扣押期間，固然可以自己透過民事程序主張權利，但縱使取得終局之執行名義，也只能發動扣押，暫時無法獲得權利滿足，只能等待刑事保全扣押被撤銷後再續行執行程序。

總結來說，我國修法處理刑事保全扣押與民事執行程序調和的方法，出發點應是刑事程序優先，且刑事執行程序不接受民事執行之併案，這其實就是修法之前我國實務之實際運作狀況。依司法院 2007 年 6 月頒訂之「法院辦理民事執行實務參考手冊」，其中參、民事執行與其他機關強制處分之關係，即載明：「……(三)經檢察官扣押或禁止處分之債務人財產：經檢察官為供證據之用而為扣押或其他禁止處分之債務人財產，執行法院得對檢察署核發附條件之扣押命令，待該刑事案件終結，得發還債務人或撤銷禁止處分時，准由執行法院扣押，並函告執行法院處理。(四)檢察官扣押債務人所有存放於第三人之財產：檢察官扣押債務人所有存放於第三人（例如：銀行）之財產，執行法院得對第三人核發附條件之扣押命令，待檢察官撤銷扣押時，由執行法院扣押，第三人應即通知執行法院處理……」¹²²。

上述「附條件扣押」之運作模式，對於扣押關係人之民事債權人相當不利，尤其是有優先擔保物權之債權人，因此在舊法時代即有實務見解，認為刑事保全扣押並不妨礙例如抵押權人聲請拍賣抵押物¹²³。依我國目前扣押法制之設計，之所以有必要讓刑事保全扣押阻礙民事執行，不外乎還是出於犯罪被害人的保護，希望在犯罪利得之範圍內，應該讓犯罪被害人之損害得以優先受填補，不能讓行為人透過犯罪所取得之財產，先讓其他普通債權人執行¹²⁴。

¹²² 對實務上附條件扣押運作方式之描述，另可見，陳文貴，註 4 文，頁 26。

¹²³ 指標見解如臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會民執類提案第 21 號。

¹²⁴ 吳俊毅，註 23 文，頁 67 認為刑事保全沒有優先於民事保全之基礎，應是忽略了我國沒收新制協助被害人的觀點。

但在其他債權人是以擔保物權聲請民事執行的情形，債權人是以「對物的執行名義」聲請執行，除非沒收也是對原物之沒收，執行上才可能會由沒收的對物執行名義優先。相對地，若沒收是對人的執行名義，國家執行基於刑事政策需要而設立之沒收債權，只是要尋找有價值的財產抵償，除非擔保物權人在得以知悉沒收原因的情況下又設立擔保物權，否則擔保物權應不受後來的沒收包括其保全扣押影響¹²⁵。可以這麼形容，若沒收或其保全扣押的執行，是以上其先前負有擔保物權的財產，來抵償、滿足國家的債權，那該財產的價值本來就不包括擔保物權的部分，具體來形容，扣押一棟關係人所有之房子，和扣押一棟關係人所有，有因房貸而設定的抵押權的房子，本來價值就有所不同，不能單看房子本身的完整價值而忽略擔保物權¹²⁶。

從上述推行來看，我國法院過去認為刑事保全扣押並不妨礙例如抵押權人聲請拍賣抵押物，可以說在沒收或保全扣押是追徵的情形，是言之成是¹²⁷，修法後我國實務也已明確表達肯定的見解¹²⁸，並已意識到與執行分配

¹²⁵ 我國早期實務也是採此見解，司法院院解字第 3855 號解釋：「禁煙、禁毒治罪條例第十八條第一項沒收供犯罪所用之財產(包括動產不動產)，應以其所有權屬於犯人者為限，該財產先與他人設定抵押權者，仍應予以沒收，抵押權人不能於強制執行時，提起異議之訴，惟其抵押權不因此而受影響。……」。

¹²⁶ 事實上，之所以會設定擔保物權，本來就是一種融資的手段，抵押權人、質權人是信賴供擔保之特定物的價值，才成為原因關係的債權人，這跟普通債權的債權人是基於對債務人本人的信賴而成立債之關係不同。依我國強制執行的分配順序，除了強制執行程序費用外，就只有稅捐稽徵法第 6 條第 2 項所規範之「土地增值稅、地價稅、房屋稅之徵收及法院、行政執行處執行拍賣或變賣貨物應課徵之營業稅」，優先於抵押權而受清償，但那是因為上述稅捐是抵押權人本可預見需支付予國家之費用，已經在其設立物權時計算之列，沒收債權則並無同等之性質。

¹²⁷ 亦採肯定見解者，如，張峻嘉，註 119 文(二)，頁 3。

¹²⁸ 臺灣高等法院暨所屬法院 105 年法律座談會民執類提案第 9 號
法律問題：債權人甲以拍賣抵押物裁定為執行名義，聲請執行債務人所有之 A 地，惟 A 地於執行法院查封前，業經乙地方法院檢察署(下簡稱乙地檢署)依民國 105 年 7 月 1 日修正施行之刑事訴訟法(下稱修正刑事訴訟法)第 133 條第 2 項、第 4 項規定為扣押並通知為扣押登記。問：執行法院就 A 地得否為拍賣？

討論意見：

甲說：否定說。

按「為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產」；「依本法所為之扣押，具有禁止處分之效力，不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押」。修正刑事訴訟法第 133 條第 2 項、第 6 項分別定有明文。是依前開規定所為扣押，固不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押，然仍具有「禁止處分」之效力，執行法院拍賣處分 A 地，與刑事扣押禁止處分之效力有違，自非法之所許。

乙說：肯定說。

(一)按「第 38 條之物及第 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」。「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

的順序問題有關（見下文伍、四）。要注意的是，若其他債權人先聲請拍賣抵押物，在滿足抵押權擔保的債權後，清算若有剩餘，則剩餘的拍賣所得仍應為刑事沒收保全扣押所及。此外，上述見解不能無限推衍，只有對物執行名義有可能排除刑事沒收保全之效果，如果只是單純的債權執行名義，仍應受刑事保全扣押效力之阻礙。

4. 扣押物之管理與變價

最後在執行層面，我國沒收新制通過後有一特別現象，在於各檢察署似乎為了展現沒收新制下的變革，開始大張旗鼓地變賣扣押物，除了廣發新聞稿增加曝光度外，甚至也為了貼近網路族群而拍攝影片行銷，展現了我國司法機關少見的活力¹²⁹。

權均不受影響」。105年7月1日修正施行之刑法（下稱修正刑法）第38條之3第1項、第2項分別定有明文。前開條文所稱「第三人對沒收標的之權利」，解釋上自應包括第三人對於沒收標的之擔保物權。

（二）次按依修正刑法第38條之1第1項、第2項規定之犯罪所得沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。修正刑法第38條之1第3項定有明文。該項立法理由並謂：「參酌反貪腐公約第31條第1項第a款及巴勒摩公約、維也納公約均要求徹底剝奪犯罪所得，如犯罪所得之物、財產上利益及孳息，因事實上或法律上原因（如滅失或第三人善意取得）不存在時，應追徵其替代價額；又犯罪所得雖尚存在，惟因『設定抵押權』等原因而無沒收實益，或因附合財產非毀損不能識別或識別需費過鉅而不宜沒收時，則以追徵價額替代之……」等語，顯見抵押權之行使確實優先於刑事犯罪所得之沒收，解釋上當然也優先於無法或不宜沒收時之替代價額追徵。

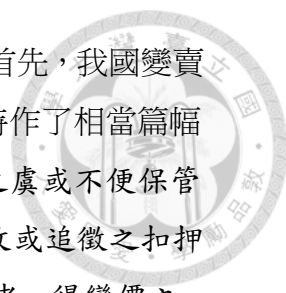
（三）綜前所述可知，縱修正刑事訴訟法第133條第6項規定刑事扣押有禁止處分之效力，復未明定民事強制執行拍賣處分可不受刑事扣押妨礙，然抵押權人甲對扣押標的物A地之權利，不因乙地檢署扣押而受影響，並優先於刑事沒收（含追徵）受償，則由執行法院繼續拍賣A地，就拍賣之價金分配予抵押權人甲，如有剩餘，俟刑事案件終結後再行處理（臺灣高等法院暨所屬法院100年法律座談會民執類提案第21號研討結果參照），實於追徵之結果不生影響，亦得保障抵押權人即時受償之權利，此方符修正刑法第38條之3第2項所定第三人對沒收標的之權利不受影響之旨趣，殊無拘泥修正刑事訴訟法第133條第6項規定之文字而限制執行法院先行拍賣處分A地之理。

初步研討結果：採乙說。

審查意見：採乙說。

研討結果：照審查意見通過。

¹²⁹ 相關新聞例示如，〈沒收新制上路首發！中檢扣押物拍賣 奧迪、BMW 百人搶標〉，《ETtoday 新聞雲》，2016年8月3日，備份於：<https://goo.gl/kTw11v>；〈屏檢明天首拍扣押物 歡迎民眾競標〉，《自由時報電子報》，2016年12月20日，備份於：<https://goo.gl/Gz54UB>。



當然活力是一件好事，但有幾個層次的問題須先釐清，首先，我國變賣扣押物的規定在刑事訴訟法第 141 條，該條在 2016 年修法時作了相當篇幅的修正，原條文係規範：「得沒收之扣押物，有喪失、毀損之虞或不便保管者，得拍賣之，保管其價金」，新法修正後第 1 項為：「得沒收或追徵之扣押物，有喪失毀損、減低價值之虞或不便保管、保管需費過鉅者，得變價之，保管其價金」。綜觀新、舊法大致有幾個修正重點，第一，配合沒收新法新增保全追徵扣押之扣押物，將保全追徵扣押之扣押物列為適用該變價規定之扣押物範圍；第二，變價事由之文字修正得更加完備，除了原訂的喪失、毀損之虞及不便保管兩項外，應是仿照德國法，新增了減低價值之虞、保管需費過鉅的事由；第三，不再將變價之方法，受限於舊法「拍賣」之文字，使得在特定情況下，得以妥善運用拍賣以外之方法，將扣押物順利變價而保全其價值¹³⁰；最後，為了人民權利的保障，變價裁定修法後皆可再予爭執（刑訴§§404, 416）。從上述新、舊法之間的關係來看，新法確實是將變價規定明確化，並擴張在實務上的可用性。

但是，一味地變價，一方面可能侵害人民財產權甚鉅，另一方面對檢察機關而言，可能也是徒增不必要的業務。依我國刑事訴訟法第 141 條第 2 項新增之權限規定所示，檢察官在偵查中即可能動用此條規定變價扣押物，但偵查中犯罪是否起訴都仍屬未定，若不適當限定適用範圍就擅自出賣人民財產，不免有過度預斷之危險，且侵害人民財產處分權甚鉅。尤其變價扣押物處理的只是扣押物的客觀價值，財產權保障還應慮及人民對扣押物可能存在之主觀價值，不具正當性的任意變現將與保全扣押暫時保全之性質有所衝突。

我國檢察機關或許是在沒收新制通過後，不堪沒收範圍擴大後，大幅增量之扣押物對於贓物庫之負荷，而運用新法新增之「保管需費過鉅」等事由，希望盡可能地出脫扣押物，但結果變成檢察機關是什麼都賣，什麼都不奇

¹³⁰ 刑事訴訟法第 141 條 2016 年 6 月修法理由一：「本法第一百三十三條第二項新增保全追徵之規定，原條文第一項爰配合增訂『追徵』，以資適用。又扣押財產有減低價值，或保管需費過鉅顯不符合比例原則之情形，自得斟酌具體個案之需求，及時予以變價而保管其價金。又變價方法，亦不限於拍賣，例如金、銀物品或其他有市價之物品，即不以拍賣為必要。爰參考強制執行法第六十條第一項之規定，及德國刑事訴訟法第一百一十一條第一項之立法例，修正原條文第一項」。

怪，也不乏拍賣高級古董卻流標的¹³¹。事實上，扣押本質上就是以暫時保全為目的，變價行為本應是例外，之所以有刑事訴訟法第 141 條之變價規定，是著重扣押的有效性，賦予國家機關先行換價的權限，若此條規定運用得不夠有效率，可能反而本末倒置而徒增麻煩。

確實在沒收新制擴大沒收範圍後，如何處理大幅增長的扣押物、沒收物數量，是我國實務可想見會面臨的難題。就此牽涉很多層面的整合，最源頭來看，扣押物之選擇就相當關鍵，保全沒收原物的扣押固然扣押物無從選擇，但若是保全追徵之扣押，只是要扣押有價值的財產，為了執行上的便利性，當然應先扣押銀行帳戶、不動產作為未來追徵債權之保全，扣押動產應是不得已的選擇，銀行帳戶、不動產就鮮少會有需要適用變價規定的情形，也不需要佔用到贓物庫。

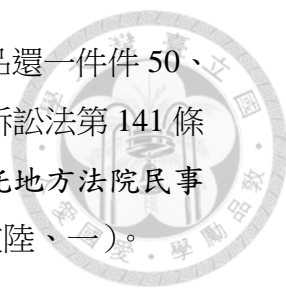
若非不得已必須扣押動產，依德國 2017 年沒收新法之啟示，檢察機關應先盡可能建立一套合理的扣押物管理機制，包括透過簽約私人也是可能的方法，例如古董縱使價格昂貴，但只要交由有專業知識之人在穩定的溫度、濕度下保存，不會有什麼保存不易的問題。固然如此一來，將多耗費一筆管理的費用，但除了如上述因為扣押物本來就不一定會被沒收，需要避免預斷的問題，就算扣押物真的未來沒收可能性極高，遲早都需要變價，但扣押物在扣押期間未必貶值也可能反而升值，對扣押關係人來說，對於有可能升值的扣押物，拿錢贖物的誘因也會大幅增加，若扣押關係人願意供現金擔保而免除扣押（見上文 2.），對檢察機關來說也是省了一項變價的勞費。如果一味地將扣押物變價，把好的標的丟到法拍市場給民眾撿便宜，壞的標的還是會成為檢察機關的負擔，對檢察機關來說不會是整體有效的執行策略，尤其是對未來並未被沒收的扣押關係人來說，更是白白地損失了有價值的扣押物。

因此，實務適用刑事訴訟法第 141 條時，標的篩選相當重要，應篩選出真的有提前變價意義的標的，避免白費工夫。而真正需要變價的標的，依 2016 年新法之意旨，變價之方法也不限於拍賣，打包式地透過合作廠商經

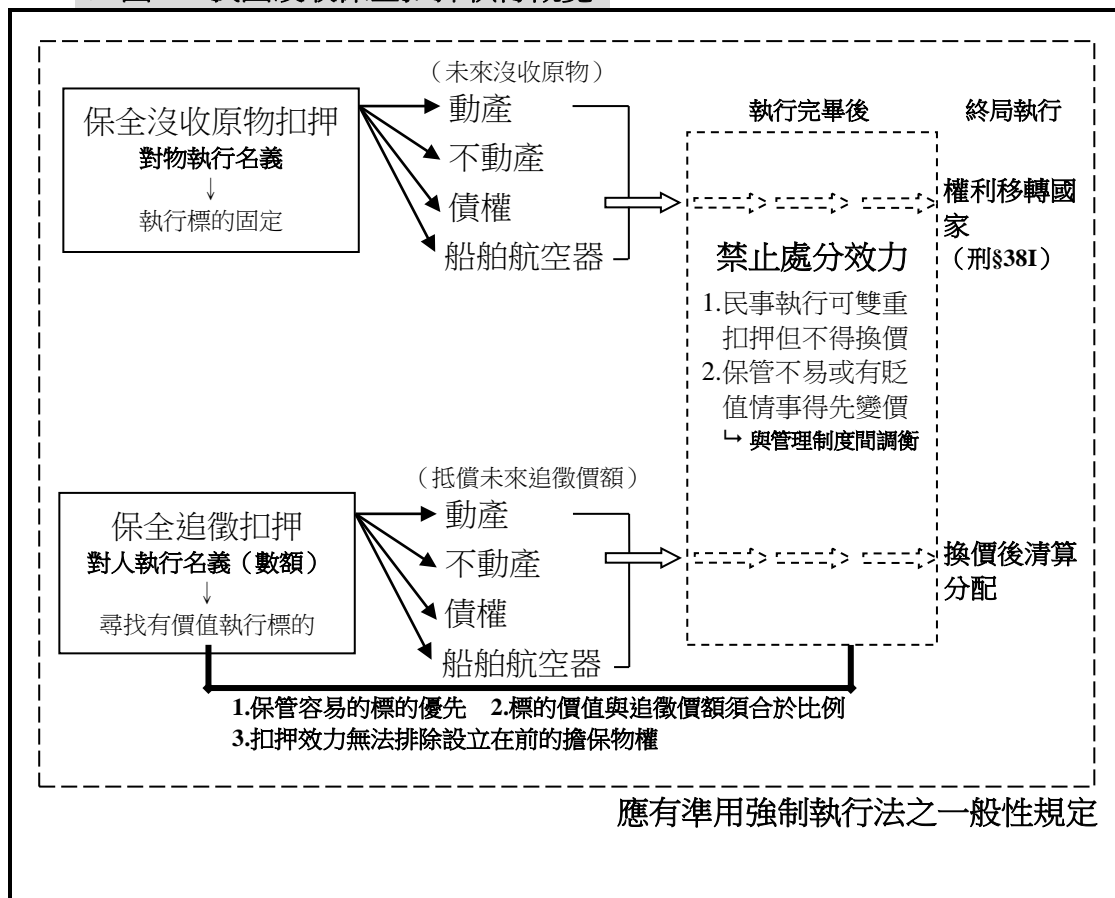
¹³¹ 例示如，〈查扣物拍賣 百萬達摩雕像流標〉，Yahoo 奇摩新聞（華視），2017 年 12 月 20 日，備份於：<https://goo.gl/PLQ4MB>。



銷也是可能的方式，畢竟扣押不是終局的執行，小單價的商品還一件件 50、100 的賣，將耗費太多檢察機關的行政成本。此外，依刑事訴訟法第 141 條第 2 項新增之規定，檢察機關就此緊急變價的業務，可以囑託地方法院民事執行處代為之¹³²，院檢之間就此的合作也相當關鍵（見下文陸、一）。



▼ 圖 5：我國沒收保全扣押執行概覽



¹³² 刑事訴訟法第 141 條 2016 年 6 月修法理由二：「變價之執行，地方法院民事執行處具有相當經驗，實務上亦有囑託執行之例，為有效利用既有設備與人力資源，爰參考行政訴訟法第三百零六條第一項之規定，增訂本條第二項」。



伍、跨領域之同步修訂問題

以上綜觀了我國沒收新制修法後保全扣押之規範狀態，許多問題點只欠司法、行政實務發展穩定之運作模式，立法上已有初步的規範基礎，僅可能需作小幅之修正。但我國 2015、2106 年沒收修法時，很可惜針對跨領域的整合未能來得及一併處理，需要實務工作者自行摸索，削弱了沒收新制上路的有效性。

詳言之，沒收新制修法之後，擴大了沒收請求權與其保全扣押應用的可能性，在實體面上，擴大了請求權的範圍，增加了與其他功能相似的請求權競合的可能性，在程序面上，當沒收據以執行，包括以沒收保全扣押作為暫時執行名義的情況增多，也增加了據以開展之執执行程序，與其他針對同一執行債務人、同一執行財產之執执行程序競合的可能性。可惜的是，刑事法針對沒收與其保全扣押修法後，我國法還尚未能就上開競合問題作妥善之處理，學說、實務因此眾說紛紜，甚至反過來質疑沒收法制包括保全扣押的正當性。

以下將分幾個領域簡單整理各該競合問題進行釐清，必須先注意的是，每個領域與沒收之競合，一定都是從實體法權利的關係，衍生到程序法執执行程序之競合，單談實體或單談程序都容易看不到全貌，以下每一個子項，一定都是從實體談到程序。

一、利得沒收與罰金之競合

首先，沒收在刑事法當中，就會與刑事法上其他國家對人民之請求權產生競合。我國過去之沒收規定由於相當陳舊，尤其在利得沒收部分有許多缺漏，故我國法長期以來將財產剝奪之效果，附加在罰金領域處理。這尤其表現在特別刑法裡面，以 2018 年 1 月 31 日甫修正的證券交易法第 171 條¹³³為

¹³³ 證券交易法於 2017 年 12 月 29 日所為之修正，係受沒收新制擴大犯罪利得沒收的影響，我國立法者欲就原條文中的「犯罪利得」文字作更精確的定義，可惜的是，針對本文以下所談之犯罪利得要件問題，我國雖已有學者提及，如針對銀行法違法吸金罪之

例，該條涵括了內線交易、證券詐欺、操縱市場等等證券法上犯罪之刑責規定，刑罰除了自由刑外，尚得併科 1 千萬元以上 2 億元以下罰金。

上述罰金之量刑額度，依照犯罪所得之數額，有兩個層次的加重可能，一個層次是在構成要件層次，該法第 171 條第 2 項修正後規定：「犯前項之罪，其因犯罪獲取之財物或財產上利益金額達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金」，可說是同條第 1 項各類證券交易法上犯罪之加重類型。第二個層次是在量刑之層次，171 條第 6 項修正後規定：「犯第一項或第二項之罪，其因犯罪獲取之財物或財產上利益超過罰金最高額時，得於犯罪獲取之財物或財產上利益之範圍內加重罰金；如損及證券市場穩定者，加重其刑至二分之一」，除了後段衡量對證券市場影響之量刑加重外，更重要的是前段依「犯罪收益」可以提高罰金之量刑範圍。然而同條第 7 項，卻也同步規定沒收之規定：「犯第一項至第三項之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第三十八條之一第二項所列情形取得者，除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，沒收之」。加上同條第 4、5 項又有自動繳交所得財物之減輕或免除刑罰規定，整體而言此條罰金之計算，以及其與犯罪利得之間的關係，規定非常繁複。

尤其第 6、7 項之間彼此交錯，同樣之犯罪利得，依第 6 項可以提高罰金之額度，依第 7 項卻又可以將之沒收，單就規範來看同樣之犯罪利得可以重複剝奪。且第 6 項罰金額之提高，是將額度提高至與不法利得「相等」，且是在額度之內「得」加重，加重到多少法官則有裁量空間。這樣的立法模式，是我國立法的普遍形態，特別法像各金融刑法例如銀行法¹³⁴、保險法¹³⁵，縱使亦甫經修正，都還是如此處理。食品安全衛生管理法 2014 年 12

林鈺雄，〈違法吸金罪之一億條款及犯罪所得沒收——評最高法院 104 年度台上字第 1 號判決〉，《月旦刑事法評論》，1 期，2016 年 6 月，頁 5-18，然而仍未獲我國立法者肯認，因而未一併修正。

¹³⁴ 銀行法 2018 年 1 月 31 日修正公布第 125-4 條第 3 項：「犯第一百二十五條第一項、第一百二十五條之二第一項及第一百二十五條之三第一項、第二項之罪，其因犯罪獲取之財物或財產上利益超過罰金最高額時，得於犯罪獲取之財物或財產上利益之範圍內加重罰金；如損及金融市場穩定者，加重其刑至二分之一」。

¹³⁵ 保險法 2018 年 1 月 31 日修正公布第 168-3 條第 3 項：「犯第一百六十七條或第一百六十八條之二之罪，其因犯罪獲取之財物或財產上利益超過罰金最高額時，得於犯罪獲

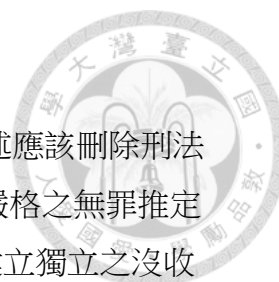
月修正第 49 條沒收規定時，在第 6 項新增了：「科罰金時，應審酌刑法第五十八條規定」，刑法第 58 條後段即是規定：「科罰金時...；如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重」，是上開特別刑法之規範原型，一樣在行為人有犯罪利得且超過罰金額度時，將罰金之額度提高至與不法所得相等。但在提高之後的額度內，法院是「得」「酌」量加重罰金，明示法院只是有加重罰金之斟酌空間，但並沒有義務加重到多少之額度，更何況就額度言，我國法將不法利得剝奪與犯罪制裁的兩種目的混合，卻以不法利得額度作為罰金額度的上限，可能導致評價不足的問題¹³⁶，上開立法設計難以得到一個合理的解釋。

更甚者，上述以罰金剝奪利得之立法模式在刑法沒收新制通過後，導致行為人之同一犯罪利得有可能被重複剝奪，比較好的規範模式，還是將犯罪利得剝奪之任務只託付在其中一種制度。否則橫跨於兩個制度，有時候是罰金，有時候是沒收，就算可以法官透過適當地審酌避免重複剝奪，例如利得金額不大時，直接算在罰金當中，利得金額大時，才使用沒收之規定，也難免規範運作上的繁複與難以事後檢驗的問題。另外在上述德國法之介紹曾經提及過，德國法之所以在 1975 年之所以要將沒收規範成一種獨立的體系，除了因為罰金有嚴格罪責原則的要求之外，還有一個重要原因是因為以罰金剝奪利得，在沒有辦法課處罰金之情況下會產生漏洞（見上文第二章、貳、一），以罰金進行利得剝奪之任務，無法全面剝奪利得，在有獨立之利得沒收體系的情況下，也沒有再以罰金剝奪利得之必要，更何況在我國過去司法實務上，刑法第 58 條後段根本也未被慣常運用¹³⁷，在沒收新制已然修法的

取之財物或財產上利益之範圍內加重罰金；如損及保險市場穩定者，加重其刑至二分之一」。

¹³⁶ 詳言之，縱使是德國早期的舊法，在罰金當中剝奪犯罪利得，德國法採用的概念也是「加計」，而非我國法所謂在「額度內酌加」的概念。在我國法的模式下，利得之剝奪已被完全綜合考量進罰金裡頭難分難捨，但罰金之最高額就是「等於」不法利得而已，就算處以最高額，也只有利得完全剝奪之效果，不會是罰金的制裁再加上利得剝奪，則罰金原本應具的制裁效果將不復存在，同此質疑，林明昕，註 85 文，頁 783-789，頁 811。反之，若是同時處以酌加後之罰金，又同時利得沒收，就一定是重複剝奪，除非利得沒收的部分又反過來再扣除，徒增困擾。因此，最好的方法，就是罰金與利得沒收完全分流，就算同樣要放在罰金這樣的術語裡面，制裁效果與利得剝奪，也應分別計算。

¹³⁷ 當初大統混油案後食安法規之修正討論中，行政機關即認為要乾脆刪除食品安全衛生管理法中罰金之規定，因為與罰鍰之數額相比，罰金之數額低上許多，實體法上刑罰



情況下，刑法第 58 條後段的規定刪除也無妨¹³⁸。

此外在程序上，針對本文著重之保全處分，也支持了上述應該刪除刑法第 58 條後段的想法。若要貫徹罰金是財產刑、是刑罰，受嚴格之無罪推定與罪責原則之拘束¹³⁹，根本很難運作保全處分。德國法在建立獨立之沒收體系後，罰金就只能在判決已經下達之後才能為保全罰金發動保全處分（見上文第三章、壹、二、4.），這一方面是基於罪責原則而來的結果，在判決下達之前，無法確定被告究竟應該受到多少數額之罰金，另一方面是在無罪推定之要求下，預先推定被告有可能受有罰金也不妥適¹⁴⁰。若我國法還是糾結於上述以罰金剝奪犯罪利得之必要性的話，將又受困於是否應基於保全罰金之原因，而發動保全扣押之問題。在我國 2016 年已增訂保全追徵扣押的情況下，過去設想可以以加計進罰金來剝奪犯罪利得之情形，依保全追徵之扣押已可得到保全未來沒收執行之效果，最後終局也是依循追徵之規定將上述利得剝奪即可。若讓罰金身兼剝奪犯罪利得剝奪、對行為人制裁效果兩種不同任務，要再來討論保全罰金的問題，難免與沒收保全之體系有所衝突。

卻又優先於行政罰（見下文二），以致於較具剝奪效果之罰鍰反而被架空，但這完全是因為過去在刑法第 58 條後段的規範下，司法實務沒有克盡犯罪剝奪之任務。

¹³⁸ 主張我國沒收新制下，刑法第 58 條應刪除者，例示如，黃士元，〈從適用論刑法第 58 條規定之存廢：兼評「沒收新法——雷神索爾的戰錘」幾點質疑〉，《台灣法學雜誌》，297 期，2016 年 6 月 14 日，頁 63-86；陳重言，〈沒收新制下（併科）罰金機制的重複評價禁止原則檢驗兼評重大經濟犯罪之一億元條款〉，《全國律師》，21 卷 11 期，2017 年 11 月，頁 13-29；林明昕，註 85 文，頁 815。2015 年刑法沒收修法前，針對廢除刑法第 58 條後段之反對見解，請見，林鈺雄、余麗貞、蔡佩玲、蔡彩貞、呂煜仁、陳子平、... 蔣念祖，〈刑事法研究會第三次沒收研討會「刑法沒收草案之檢討與展望」會議紀錄〉，《台灣法學雜誌》，287 期，2016 年 1 月，頁 109-161，頁 149-151。

¹³⁹ 有部分見解認為，沒收也一樣是對人民不利的財產效果，區分罰金與沒收一個是刑罰一個非刑罰，只是形式上的區分。就此本文認為，確實結果論上，沒收、罰金都是叫人民繳錢的不利效果，我們之所以要定位是否為刑罰，重點就是如何形塑不利效果的正當基礎與確立範圍計算，沒收的任務若是利得剝奪，他的正當性和範圍都是清楚的，而罰金的任務若只有對行為人制裁，他的正當性就是要回歸刑罰理論，這或許是一個形式上的區分，但不形式上做此區分，規範上根本無法操作。

¹⁴⁰ 當然比較扣押干預程度更大之羈押，還是允許在偵查一開始時，即為保全將來自由刑之執行，避免被告逃亡而拘束其人身自由，但其前提要件與正當程序之要求也更嚴格。且在比例原則的衡量上，羈押之必要性也較大，假設在裁判時點行為人無財力負擔罰金，本來應予裁罰罰金的情況落空了，則一來法官在宣告時根本就不應判處罰金刑，或是像德國法有罰金不能執行時易為自由刑的規定。也就是說，罰金刑不能執行時，尚還有自由刑得運用以達制裁效果。若是被告本人都已經逃亡了，則所有制裁都將落空，在有高度逃亡之虞時，羈押之必要性相對更加明顯，能正當化對人民權利之預先干預。

立法論上，直接廢除刑法第 58 條後段及特別刑法中各種因犯罪所得而酌加罰金之規定，是解決上述一連串問題正本清源之道。當罰金只要負責一種，就是對行為人制裁之任務後，再來討論是否要規範基於罰金而來的保全處分，才有實質的意義，在這情況下，未來可以考慮仿造德國法，增設在「第一審判決時」起得為保全罰金而扣押之規定¹⁴¹。在這之前，解釋論上，若案件當中已適用利得沒收之規定為利得剝奪，即不應再適用刑法第 58 條後段加計利得於罰金之中，不要到執行階段再處理，是比較好的做法。也就是說，在實體法的層次就讓沒收與罰金之間，完全相互獨立而無重疊的可能，不要到程序法的層次再處理，否則徒增執行機關的困擾。

二、沒收與行政罰上罰鍰之競合

再來，如本文一提及的，行政法上亦有以財產上不利效果為裁罰效果之行政罰，因此亦有與刑法上沒收競合之可能。我國行政罰法因立法較晚，在立法之時即參酌各立法例，尤其在罰鍰之裁處規定，立法理由明確地表示係參酌德國違反秩序罰法¹⁴²，因此上一章在介紹德國相關行政法制之時應會有熟悉感（見上文第三章、陸、一），然而我國在繼受德國法時，仍然修改了幾點關鍵的差異，以致於在運作上我國法有疑處重重。其中與上述刑法的罰金一樣，行政罰是否能確實達成剝奪違法所得之任務，同時避免重複剝奪的問題，在我國法上即值得存疑，也影響到保全處分之設計。

¹⁴¹ 這點在我國法可能特別有本土意義，一來在實體法上，我國各特別刑法之罰金規定，在重刑的思考上不斷被往上加，例如本文關心之食安法第 49 條已經加到「億」字輩了，針對法人還可再乘最多 10 倍。則如此高額之罰金一旦被論處，沒有搭配適當之保全處分，也難保將來能完全執行。且我國之刑事程序，相較而來更曠日廢時，常常因數度撤銷發回而難以確定，在第一審判決作成後及至判決確定之時間內，相較於德國也因此更有保全處分適用之必要。學說上即主張應新增保全罰金之扣押者，如王士帆，註 3 文，頁 74；薛智仁，註 9 文，頁 1497 註 7。

¹⁴² 例示如行政罰法第 18 條立法理由三：「參考刑法第五十八條、第六十六條、德國違反秩序罰法第十七條」。有關行政罰法繼受德國法制之歷程，與利得剝奪制度相關更詳盡的介紹請見，林明昕，註 85 文，頁 778-787。

針對行政罰之利得剝奪問題，首先，我國行政罰法第 18 條第 1 項規定：「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力」，但第 2 項類似刑法第 58 條後段，亦規定：「前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制」，一樣是採所得利益提高額度，在額度內酌量加重的模式，因此亦可能有剝奪利得之效果，卻和上述刑法第 58 條一樣，有剝奪不足的問題¹⁴³，另在無法課處罰鍰之情形一樣有漏洞存在（見上文一）。

因此，行政罰法第 20 條，相當類似德國秩序違反罰法第 29a 條之利得沒收規定¹⁴⁴（見上文第三章、陸、一），也有剝奪第三人利得之規定¹⁴⁵，我國法稱之為「追繳」。行政罰法第 20 條第 1 項規定：「為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳」，同條第 2 項則規定：「行為人違反行政法上義務應受處罰，他人因該行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳」，兩者方向相反，都是剝奪第三人利得之類型。但該兩項皆仍以有一人受處罰為適用之前提，在所有人都無法課處罰鍰之情形還是會產生漏洞，與立法目的¹⁴⁶未盡相符¹⁴⁷。此外，此條之追繳在額度方面，一樣也開放了裁量的權

¹⁴³ 同此質疑，林明昕，註 85 文，頁 783-789。

¹⁴⁴ 立法理由亦明示參考德國秩序違反罰法第 29a 條規定，行政罰法第 20 條立法理由五參照。

¹⁴⁵ 除了追繳補足罰鍰剝奪利得之漏洞外，還要注意在我國行政罰法第 15 條的規定下，在涉及法人的案件當中，是可能併罰法人與自然人的，從而無法對利得人課處罰鍰的情形在法人案件中會比較少見。有關行政罰法第 15 條之討論，請見，林明昕，註 85 文，頁 789-791。

¹⁴⁶ 行政罰法第 20 條立法理由一：「行為人為他人之利益所為之行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰時，若行為人因該行為受有財產上利益，而無法對該行為人裁罰，即形成制裁漏洞。為填補制裁之漏洞，並防止脫法行為，故於第一項規定此時得單獨對行為人於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳，以避免其違法取得不當利益，俾求得公平正義」，立法理由二：「反之，行為人違反行政法上義務應受處罰，但未受處罰之他人卻因該行為受有財產上利益時，如未剝奪該他人所得之利益，顯失公平正義，爰為第二項規定，得單獨對該他人於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳，避免他人因而取得不當利益，以防止脫法及填補制裁漏洞」，皆明確表達要填補罰鍰之制裁漏洞的意旨。

¹⁴⁷ 同此質疑，林明昕，註 85 文，頁 791-796。

限，只是「得...酌予追繳」，一樣難免未完全剝奪利得之指摘¹⁴⁸。

而不論是罰鍰或是上述之追繳，大家很容易就會聯想到我國學說向來最關心，一講到刑罰與行政罰之關連，就會提及的「一罪不二罰」、「一事不二罰」。關於刑罰與行政罰之競合，我國學說、實務在確立「量的區別說¹⁴⁹」後，大致而言已確立了刑罰優先於行政罰的大前提，實體法上刑罰優先亦已是形諸立法文字的定論（行政罰法§26）¹⁵⁰。

然而，我國法在處理此競合問題時，關鍵是欠缺程序法上防止兩種處罰同時作成之機制，以致於所有典型會同時成立刑事犯罪與行政法義務違反之案件，包括像食安、環境等經濟犯罪，兩種不同之法律效果會不斷重複出現。固然最後在實體的層次可以以刑罰優先為結論，但程序上欠缺刑罰優先之設計，使得行政罰之程序徒為浪費，或者一直處於備位、潛在可能處罰之狀態，偏偏在時間點方面，實務上行政罰作成所需之時間向來較短，往往會比刑事判決來得更早出現，行政機關在裁罰當時通常不會以刑事判決已作為由而不再下行政罰，偏偏嗣後卻又常被以「刑事優先」為由質疑其效力¹⁵¹。

以上問題更進一步會顯現在執行層面，若行政機關已作成行政罰，由於

¹⁴⁸ 行政罰法第 20 條立法理由三：「本條所定不當得利之追繳，賦予主管機關裁量權，依個案情形裁處之，其係基於實現公平正義等理念而設，性質上並非制裁，故與責任能力、責任條件等無關」，明確表述了不一定要完全剝奪利得之出發點。

¹⁴⁹ 林明昕，註 85 文，頁 761-762。

¹⁵⁰ 並請參酌行政罰法第 26 條立法理由：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，由於刑罰與行政罰同屬對不法行為之制裁，而刑罰之懲罰作用較強，故依刑事法律處罰，即足資警惕時，實無一事二罰再處行政罰之必要。且刑事法律處罰，由法院依法定程序為之，較符合正當法律程序，應予優先適用。但罰鍰以外之沒入或其他種類行政罰，因兼具維護公共秩序之作用，為達行政目的，行政機關仍得併予裁處，故為第一項但書規定。……」。

¹⁵¹ 例如大統混油案中，行政機關在第一時間即下了罰鍰之處分，只是經大統公司提起訴願，被訴願審查機關衛福部訴願委員會，認為大統混油案已經刑事法院一審判決有罪並課處罰金，依刑事優先原則，應撤銷該罰鍰處分，但若日後大統混油案經刑事法院二審審理後，判處無罪、免刑等裁判確定，彰化縣政府得依法另為裁罰，請見〈大統公司訴願案由本部訴願委員依刑事優先原則作成決定之說明〉，衛生福利部新聞稿，2014 年 7 月 10 日，備份於：<https://goo.gl/C1jEu9>，亦得參考，林明昕，註 85 文，頁 759-760 之介紹。上述訴願結果，引發了輿論的批評，也使得學說上對於行政罰、刑事罰關係的討論如雨後春筍般出現，例如，許澤天，〈刑事罰與行政罰競合之刑事優先與一事不再理原則——評大統混油案之訴願決定〉，《台灣法學雜誌》，261 期，2014 年 12 月，頁 112-128；陳英鈴，〈追繳不法利得不生一罪二罰問題——○三年衛部法字第一○三〇一一七五二〇號訴願決定評析〉，《月旦裁判時報》，29 期，2014 年 10 月，頁 5-15。

我國法有關行政處分之執行，是採「爭訟不停止執行¹⁵²」為原則，行政法院僅作為事後之救濟法院，受有罰鍰之關係人固然可對罰鍰予以爭訟，但行政機關原則上仍可在爭訟期間將該罰鍰送由行政執行署執行。並且在我國司法實務上，若受罰鍰人認有例外情事而向法院聲請停止執行，經法院裁定停止的情況相當少，變成事實上的「一律不停止執行」¹⁵³。問題是若將來就同樣的標的，刑事法院作成確定判決的話，則刑事罰將優先於可能已經執行之行政罰，會變成優先的執行名義反而尚未執行，被排除之執行名義卻已執行之弔詭狀況¹⁵⁴。

針對本文關心之沒收保全扣押而言，沒收保全扣押在刑事法之規範體系下，本來就可以獨立完成保全未來利得剝奪執行之效果，但其作為一個暫時執行名義，實務上很可能與同時出現之罰鍰終局執行名義產生競合，程序上缺乏排除執行名義同時產生之機制。德國法上，由於在秩序違反罰事件同時有刑事法關聯時，就將事件之管轄權交由檢察官統一處理（見上文第三章、陸、一），因此在程序上不可能同時出現刑法與秩序違反罰法上相互競合之不同執行名義，值得我國立法論上參考，否則至少在組織法上，應該建立起行政機關與檢察機關之橫向聯繫機制，以確保兩邊之裁罰資訊、進度等事項，得以有效率地方式相互流通，避免重複裁罰造成人民之不利益¹⁵⁵。

¹⁵² 訴願法第 93 條第 1 項：「原行政處分之執行，除法律另有規定外，不因提起訴願而停止」、行政訴訟法第 116 條第 1 項：「原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止」。

¹⁵³ 批評如，李惠宗，〈行政處分停止執行制度的商榷——從訴訟權的有效保障檢討訴訟不停止執行的立法適當性〉，《台灣法學雜誌》，246 期，2014 年 4 月 15 日，頁 76-94。

¹⁵⁴ 大統混油案中，彰化縣衛生局雖在第一時間就對大統公司下 18.5 億之罰鍰，但及至後來衛福部以「一事不二罰」為由撤銷之前，18.5 億一直都尚未充分執行完畢，頂多只是在初步的查封階段而已。在我國採行政爭訟不停止執行之原則的情況下，像這種利得金額如此大的案例，既然罰鍰還在爭訟當中，行政機關基於合目的性，實在難以直接據以執行，否則將來一旦撤銷，可以想見其間的返還問題將十分複雜。

¹⁵⁵ 我國釋字 751 號所處理的行政罰與刑罰競合問題，與此處問題有相同根源。在有刑事法關聯之行政罰事件中，若檢察官進行偵查程序後下達緩起訴之處分，並於處分中命被告負一定負擔，而該被告卻同時因違反行政法上義務被行政機關裁罰，有無違反一事不二罰之問題，我國長久以來素有爭議。行政罰法於 2011 年修法時，因而規範人民因緩起訴所負之負擔得扣抵罰鍰，避免對人民重複剝奪。而我國大法官在 2017 年 7 月針對上述憲法爭議作成解釋時，迴避了一事不二罰的問題，作成上開規定合憲之結論。深究此解釋背後問題的根源，就是在於我國法之程序規定，並沒有辦法避免檢察官作成緩起訴處分與行政機關課處罰鍰同時發生，對檢察官、行政機關來說，他們各自依其裁量標準作出決定，如何充分評價被告所為行為，在政策目的上達成特定目

而在目前解釋論上，執行階段如上述，罰鍰原則上不因行政爭訟而停止執行，若罰鍰已執行時，可否針對欲剝奪之同一利得，再基於刑事法之沒收請求權命令保全扣押，進而執行該扣押？不無疑問。為了實踐刑事罰優先原則，似仍應持肯定的答案，只是此時已執行的罰鍰定位如何？是否應將要已執行的財產轉換成刑事沒收保全扣押之對象？又是尚待確認之問題，其間的重複剝奪很難避免。

為了解決上述困境，現行法下唯一方式就是透過停止執行之機制，讓罰鍰等待刑事程序終結後，行政與刑事程序依其各自之結果，確定實體權利之關係後再進入執行政程序。若是在行政爭訟程序中，依訴願法第 93 條、行政訴訟法第 116 條¹⁵⁶，在處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要之情況下，行政機關或行政法院本得依職權或依聲請而停止罰鍰處分之執行。在上述情況為避免重複剝奪應得適用停止執行之規定，在同一違法行為已有刑事程序在進行中，刑事程序有沒收可能且利得剝奪的效果與罰鍰競合，而受罰鍰人之財產在刑事程序中已經檢察機關保全扣押時，行政機關或行政法院應依職權或依聲請停止執行。

只不過行政爭訟程序和刑事程序步調也未必一致，仍有可能行政爭訟程序先於刑事程序結束，甚至行政爭訟因故根本未開啟，就無法運用上述規定停止執行，此時只能由行政機關自行基於合目的性之思考，職權決定是否先停止執行，待刑事判決確定後再處理兩者之間的關係。否則在已有刑事沒收保全扣押的情況下，又同時執行罰鍰，在罰鍰金額日益提高的我國法下，對人民實在是過度的負擔。

的，檢察官、行政機關有權限也有義務各行其是，就算行政罰法 2011 年修法時採用事後扣抵的方式來補救，都無法迴避在扣抵之前，實質上人民就是針對一事受到不同兩個處罰。

¹⁵⁶ 訴願法第 93 條第 2 項：「原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行」、第 3 項：「前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行」，行政訴訟法第 116 條第 2 項：「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之」、「於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限」。



三、國庫作為被害人之稅捐競合

有關被害人求償與沒收之競合，我們在第三軸線已經處理過了，其中有一個特別的問題群是「稅捐國庫作為被害人」時程序如何運作。當發動沒收之基礎刑事犯罪是租稅犯罪，例如稅捐稽徵法第 41 條之逃漏稅捐罪，此時因行為人犯罪有利得而直接被害者是稅捐國庫¹⁵⁷。稅捐國庫身為被害人，不必再循民事途徑確認其權利取得執行名義，依稅捐稽徵法第 39 條第 1 項，稅捐機關基於核課稅捐之處分，於納稅義務人繳納期間屆滿三十日後仍未繳納者，就得移送強制執行。但人民收到核課處分後，依稅捐稽徵法第 35 條可以申請復查，依同法第 39 條第 1 項但書，納稅義務人已申請復查者，暫緩移送強制執行。若納稅義務人不服稅捐稽徵機關之復查決定，依稅捐稽徵法第 38 條還得依法提起訴願及行政訴訟，此時依同法第 39 條第 2 項，納稅義務人對復查決定之應納稅額繳納半數，或經稅捐稽徵機關核准供相當之擔保，稅捐機關依法仍應暫緩移送強制執行。

因此，為在上述救濟期間，保全未來稅捐債權之執行，我國稅捐機關依稅捐稽徵法第 24 條第 2 項，針對「欠繳應納稅捐之納稅義務人，有隱匿或移轉財產、逃避稅捐執行之跡象者，稅捐稽徵機關得聲請法院就其財產實施假扣押，並免提供擔保」，也和德國法一樣可以發動稅捐假扣押（見上文第三章、陸、二）。因此，在我國稅捐程序，稅捐機關除了可獨立作成終局執行名義，也可以為保全向法院聲請作成保全的暫時執行名義，上述執行名義會與刑事沒收保全扣押產生競合問題。

本來依照第三軸線所介紹的我國現行被害人賠償機制（見上文參、四），在實體法上，刑事之沒收請求權與稅法的稅捐請求權，雖然基礎都是行為人

¹⁵⁷ 本文並未處理被害人求償機制的被害人範圍問題，或有見解認為，稅捐債權與沒收債權之債權人皆是國家，只是左、右手之分，但在國家組織的區分下，畢竟款項用途不同，將稅捐國庫列為被害人，仍有其規範上的意義，解說請見，林鈺雄，於註 63 研討會紀錄，頁 116-117 之發言。



因稅捐犯罪而有利得，但在沒收新制的程序設計下，並沒有在實體法層次排除沒收請求權¹⁵⁸，而是透過程序法處理，原則上被害人即稅捐國庫應在執行程序聲請發還¹⁵⁹，在刑事沒收保全扣押執行的範圍與期間內，並有禁止個別終局執行的效力（見上文肆、二、3、(2)）。

我們前面在談沒收與民事請求權競合的情形，強調刑事沒收保全扣押之所以得以阻礙民事終局執行的進行，正當性在於在扣押範圍內，優先保障未來可能在執行程序聲請發還的被害人，但稅捐犯罪的情形被害人只有稅捐國庫一人，稅捐國庫的請求權原則上等同於沒收請求權，沒有與其他被害人分配的問題。同時由於稅捐程序有上述核課與稅捐假扣押的規定，可以快速地滿足稅捐債權，是否還需要刑事程序優先，先沒收了再於刑事执行程序處理稅捐的發還，值得存疑。德國學說、實務著眼於刑事假扣押與稅捐假扣押之發動要件不同，縱使在 2017 年新法下，仍針對刑事假扣押與稅捐假扣押的競合問題普遍採自由競合說（見上文第三章、陸、二），是其來有自。

我國由於修法時並未特別意識到沒收新制擴大沒收範圍後，其與稅捐債權之間的競合關係，並未特別針對此塊處理。在立法論上，由於刑事程序與稅捐程序皆由國家所主導，刑事沒收與稅捐債權也沒有上述刑罰與行政罰間的量的關係（見上文二），因此程序上誰先誰後，並沒有必然的答案，要設計為刑事程序優先或稅捐程序優先，皆無不可。既然沒有必然誰先誰後的法理基礎，在現行法解釋論上，本文認為應和德國法一樣採自由競合說，兩者並無何者優先，端看個案中各別程序之進行。

具體而言，若刑事程序進行得比較快，稅捐機關可以循一般刑事被害人

¹⁵⁸ 沒收新制施行後，我國實務仍有部分見解認為稅捐債權存在的範圍內，國家無從再沒收，如，104 年度上重訴字第 26 號判決：「刑法、刑法施行法相關沒收之條文（下稱沒收新制）固已於 104 年 12 月 30 日、105 年 6 月 22 日修正公布，並於 105 年 7 月 1 日生效。查本案被告雖以上述不正當方法逃漏前揭其 97 年度個人綜合所得稅，但稅捐機關依法應對被告核課補徵之，是被告並未因本案而取得財產上不法利益或所得，自無從予以宣告沒收或追徵」，以上見解本文認為於法無據，批評如，林鈺雄，於註 63 研討會紀錄，頁 113 之發言。我國實務會採上述見解，可能也是忽視了本文所提及的發還程序規定。

¹⁵⁹ 刑事訴訟法第 142 條的被害人發還規定，只適用於贓物，解釋上應該不包括稅捐債權。因此在我國新法被害人受償機制的設計下，就算稅捐機關認為逃漏稅捐的證據明確，也沒有在稅捐犯罪之刑事審判程序中提前聲請發還的法律基礎。

的受償模式，在刑事執行程序再聲請給付稅捐國庫，此時適用此制度之前提，是刑事追訴機關已積極發動沒收保全扣押¹⁶⁰。若稅捐程序進行得比較快，稅捐機關已確定逃漏稅額並終局執行，稅捐請求權進而已被滿足，則刑事程序包括保全扣押就可以退讓，此時為了避免再多此一舉啟動沒收與發還的機制，應解釋此種情形屬於刑法第 38-1 條第 5 項「已實際合法發還被害人」之情況，排除實體沒收請求權，從而終局不再宣告沒收。

可能產生困難的是刑事程序與稅捐程序同時進行的情形。一旦刑事沒收保全扣押作成，就會啟動沒收與發還、給付的機制，若為了避免進行發還程序之累，刑事沒收保全扣押退讓不發動，則為了避免行為人脫產，稅捐機關應善用稅捐假扣押¹⁶¹，才能避免將來稅捐債權的執行落空。刑事沒收保全扣押與稅捐假扣押間如何相互補充搭配，避免兩者消極都不作成，或是其一作成後又撤銷的空窗可能性，有賴機關間的合作，也有賴針對兩者各別的發動要件，發展穩定的解釋論。

其中，由於稅捐機關對於人民之財產狀況得以第一線掌握，而在我國沒收新法下，就算刑事沒收保全扣押已作成，民事假扣押之保全本來就不受刑事假扣押阻礙，在犯罪利得之範圍，依然可能成立雙重扣押，則稅捐假扣押同理，應也容許稅捐假扣押在刑事沒收保全扣押後，成立雙重扣押，如此可以避免空窗的可能性。當然，如果稅捐機關能掌握到行為人的其他財產，或者行為人嗣後自主拿錢出來補繳，則刑事沒收保全扣押應在稅捐債權已執行的範圍內，因未來沒收可能性之欠缺而失其附麗。否則刑事沒收保全扣押的規範設計，就是一開啟就啟動了，不得任意退讓而使關係人有脫產之空間。

¹⁶⁰ 由於若是逃漏稅捐之情形，行為人是透過犯罪節省費用，並無可直接對應的沒收對象原物，因此，未來可能沒收的方式通常就是追徵，發動的保全扣押因而也原則是保全追徵扣押，執行程序適用的賠償機制原則上也是聲請給付。

¹⁶¹ 我國之稅捐假扣押，尚需由稅捐機關向法院聲請為之，與德國法稅捐機關可以自行作成假扣押之立法例不同，我國稅捐假扣押比較類似特別型態的民事假扣押，或許是我國稅捐機關目前未能善用稅捐假扣押的原因之一。立法論上，或許可以讓稅捐機關有獨立作成保全處分的權限，則本文自由競合說的主張，也將更加有其基礎。



四、執行程序競合之整合

以上談的競合問題，都涉及實體法請求權競合的問題，衍伸到程序面上的探討。若實體法上請求權與沒收請求權完全無關，非罰金、罰鍰或特別法之沒收，債權人也非犯罪被害人，則就是單純的執行程序競合。白話來說，就是單純大家要來搶錢了，這在實務上相當常見，因為許多犯罪行為人，尤其是所謂經濟犯罪的發動者，常常是孤注一擲賺最後一票，或是已經欠一屁股債才想藉犯罪翻身，而一旦犯罪消息曝光，所有犯罪行為人的債權人為了怕自己的債權落空，自然會想搶得先機來執行。

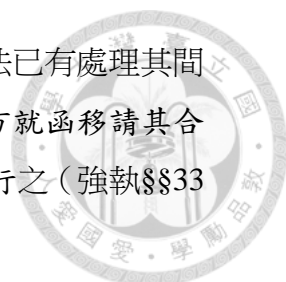
就上述執行程序競合的情形，我國沒收新法從扣押效力著手，已經處理了沒收保全扣押與一般民事執行之競合（見上文肆、二、3.），從此出發，以下將從跨民事、刑事、行政執行的統合觀點，來總結所有執行程序競合的問題¹⁶²。

1. 刑事保全扣押程序優先

我國法下有關強制執行程序之競合，司法、行政實務運作上，早就已建立穩定之運作體系。其中，強制執行法以民事法上之強制執行為主軸，如我們所知，是由人民持執行名義，向執行法院請求為強制執行。行政執行法則以行政機關對人民之公法上請求權為主軸¹⁶³，依行政執行法第4條，原則上直接由原處分機關或該管行政機關為之，但若是公法上金錢給付義務逾期不履行者，則移送法務部行政執行署所屬行政執行處執行之。民事執行法院

¹⁶² 有關我國目前實務上，刑事沒收執行程序與民事、行政執行程序競合時的分歧運作，包括學說上的分歧見解，請見，胡天賜，〈從刑法沒收新制探討行政執行與沒收之優先順序〉，《法務通訊》，2843期，2017年3月24日，頁7-10。

¹⁶³ 若是人民對行政機關有公法上請求權者，經行政訴訟取得執行名義而聲請強制執行者，其強制執行之規定係依行政訴訟法之規範，向地方法院行政訴訟庭聲請強制執行，只是同時依行政訴訟法第306條第1項：「地方法院行政訴訟庭為辦理行政訴訟強制執行事務，得囑託民事執行處或行政機關代為執行」，第2項：「執行程序，除本法別有規定外，應視執行機關為法院或行政機關而分別準用強制執行法或行政執行法之規定」。不過由於本文討論之沒收保全扣押，其扣押關係人比較難想像是國家機關，因此不會有沒收保全扣押之執行與此種強制執行程序競合之狀況。



與行政機關之間，兩者若同時有執执行程序進行時，強制執行法已有處理其間競合之規範，簡單說就是誰先開始查封，就由其執行，另一方就函移請其合併辦理，若先查封之一方不續行執执行程序時，再由另一方續行之（強執§§33之1、33之2）。

刑事執行與民事、行政執行之間，則沒有上述的函請併案可能。其中依刑事訴訟法新法第133條第6項，刑事沒收保全扣押有阻礙民事終局執行的效果，已如上述（見上文肆、二、3、(2)）。若是行政法上請求權，例如稅捐債權、健保費欠款債權等與沒收目的無關的債權，與沒收保全扣押產生執执行程序競合，我國修法雖未一併處理，但基於一致性，應認刑事扣押同樣有阻礙行政法上請求權終局執行的效果¹⁶⁴，這也是過去實務運作的實際狀況¹⁶⁵。就此可能是因為過去國家刑事債權要執行的，通常只有罰金，刑事執行機關也就是檢察機關，總是自己執行自己的，並不接受無關債權的參與分配或併案執行。問題是，上述若是指終局執行或許無妨，若是像刑事沒收保全扣押僅為暫時執行名義，沒收債權既還沒經裁判確認，保全扣押還有可能被撤銷，受暫時刑事保全扣押的財產卻因此就不能成為執行標的，可以想見不利於其他民事、行政債權之執行受償。

事實上，沒收保全扣押除了保全國家債權之執行外，在利得沒收之情形，還負有保全財產供被害人求償的任務，在犯罪利得的範圍內，為此目的而侵害其他債權人的利益，可以想見一定程度內是應予忍受的，從而是界線如何畫定的問題¹⁶⁶。如同介紹德國法時所述，德國2017年新法完全禁止了沒收保全扣押情況下其他民事執行的可能（見上文第三章、伍、三、1.），非犯罪被害人的一般債權人若欲提前實現其權利，就只能轉向債務人的其他財產執行。

我國法也朝向上述方向立法，是我國修法的價值選擇。如前所述，若一

¹⁶⁴ 質疑刑事訴訟法第133條第6項修法是否適用於行政執行者，請見陳文貴，註4文，頁26-27。但可以思考的一個想法是，畢竟依行政執行法第26條，行政執行一般性也是準用強制執行法規定，則應同等適用刑事訴訟法第133條第6項之阻礙。

¹⁶⁵ 如劉邦繡，註37文，基礎案例所示行政執行署執行時所受刑事扣押之阻礙。

¹⁶⁶ 我國部分見解在思考執执行程序競合的問題時，如，張峻嘉，註119文（一），頁5，是忽略了新法透過扣押保護犯罪被害人之觀點，因此才認為刑事保全扣押之執行相較與其他權利執行，並沒有優先的基礎。

般民事債權人就刑事保全扣押所保全的財產聲請執行時，過去實務是以附條件的扣押的形式，讓一般債權人所聲請之民事執行可以潛在存在，當刑事保全扣押撤銷時即得續行（見上文肆、二、3.、(2)），橫向的溝通機制已經建立，則對其他債權人來說，重點在於時間等待上的不利益而已¹⁶⁷。若一般債權人發現在刑事保全扣押的範圍外，執行債務人還有其他財產可供執行，則一般債權人也可以先就該些財產聲請執行，由於保護犯罪被害人的出發點，在犯罪利得的範圍內，一般債權人本來就沒有理由優先於犯罪被害人受償。

因此本文認為，若刑事程序的時程可以在敦促下及時進行，避免沒收保全扣押的時間過長¹⁶⁸，為保護犯罪被害人能圓滿受償，在犯罪的利得範圍內容許暫時造成其他債權人的不利益，是有其正當性的。若其他債權人是行政機關，則等待的不利益更能正當化。總結而言，沒收保全扣押在新法下若有執行程序競合之情形，基本上在沒收保全扣押的範圍內，刑事程序優先。

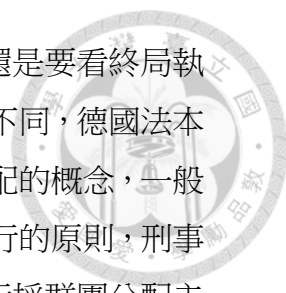
2. 終局執行之群團分配

當然上述優先的想法，可能還是無法說服因刑事沒收及其保全進來搶錢，導致其權利無法實現的人民乃至於其他行政機關。本文認為此問題最後還是回歸到終局執行時，沒收與其他債權之間如何分配的問題，立法論上可以再多加斟酌。

詳言之，前面說沒收保全扣押阻礙其他民事、行政執行，還是暫時性質

¹⁶⁷ 當其他債權人是國家機關時，這種時間等待的不利益應更可正當化，當然法制上還是應有配套措施，張峻嘉，註 119 文（三），頁 3 所提及的，應該修法時例外加上行政執行的停止執行期間，避免行政執行上執行期間之限制，即為事例之一。

¹⁶⁸ 在我國舊法時期，法院常於法無據的，逕自認定刑事扣押之犯罪所得為被害人所有，而不宣告沒收，卻遲遲沒有被害人實際出面求償，檢察機關因法院未宣告沒收，又認為不宜解除扣押，只好同樣於法無據的持續扣押，刑事保全扣押之效力因而持續阻礙其他強制執行之遂行。劉邦繡，註 37 文，所討論的案例事實，就是舊法時代上述運作狀態所生的疑慮。在我國沒收新制下，法院已無因潛在被害人請求權存在而不宣告沒收之空間，而宣告沒收確定後，就會開啟執行程序的求償機制運作，最多就是再等待一年，當然再等一年是不是太久，跟我們前面說的執行運作模式問題是連動的（見上文參、四）。



的時間上的不利益，其他債權人苦等之後能不能實現權利，還是要看終局執行時如何分配。就此我國法和我國沒收新制所參考的德國法不同，德國法本來民事執行就是先搶先贏制，在破產程序才有債權人平均分配的概念，一般的執行程序競合視時間先後來定受償順序，本來就是民事執行的原則，刑事沒收先保全了，其他債權人自然要另謀出路。但我國民事執行採群團分配主義，當債權人接二連三地來聲請執行，會依強制執行法第 32 條所規定之基準點組成群團，基本上在執行程序終結前皆得參與分配，除有優先權者外，原則上群團內平均分配。因此，在程序上或許沒收保全扣押可以優先，可以阻礙其他民事、行政債權的執行，但這不代表終局分配的時候沒收也是要優先，如果不異於強制執行的原則，債權人之間仍有組成群團的可能性。

目前針對執行程序競合問題，我國實務、學說所提出之質疑，基本上就是出自上述問題點，可以想見尤其會發生問題的，是債務人財產不足的狀況，如果債務人家財萬貫，尚有許多財產可供執行，則沒收以外之其他債權人，當然要趕快去聲請執行別的財產。必定是債務人就僅剩那些財產，該些財產經沒收保全扣押阻礙了其他債權人的執行，而法院最後宣告沒收確定，才會有是不是沒收債權就應該這樣自己完全滿足，不分配給他人的問題。這種情況基本上也只會出現在追徵的情形，唯有國家的沒收債權也是對人的金權債權執行名義，才有是不是要分配給其他債權人的問題。

如果回歸我國民事執行的原則，本文認為，在沒收債權確定，終局執行程序終結前，應讓被沒收人即執行債務人之其他債權人，有聲請參與分配的機會，如果有其他債權人先前在保全扣押期間，對沒收保全扣押範圍的財產聲請執行，除了形成潛在雙重扣押或者實務上的附條件扣押外，亦應視為參與分配之聲請¹⁶⁹。也就是說，國家作為沒收債權人在進行終局執行時，與保全扣押期間聲請執行的債權人，就沒收保全扣押的範圍內，形成一個群團，群團內再來分配權利的實現。其中，沒收債權在分配順序上，應屬列後的債權，讓人民權利可以優先實現¹⁷⁰。

¹⁶⁹ 同採此見解者，如，張峻嘉，註 119 文（二），頁 3。

¹⁷⁰ 部分公法上債權依特別法規定則為優先受分配之優先債權，如稅捐稽徵法第 6 條第 1 項、第 3 項之稅捐債權，全民健康保險法第 39 條的健保保險費與滯納金，勞工保險條例第 17 條之 1 的勞保保險費與滯納金，詳見張峻嘉，註 119 文（二）。上開債權皆屬依

但若是具有犯罪被害人之情事，沒收債權確定後，就會開啟被害人賠償機制的運作，為了確認被害人的範圍，須先經一年的登記期間。登記期間經過後，終局執行程序才會真正開始，若如上述在執行程序終結前，其他債權人可以前來參與分配，則犯罪被害人與其他債權人會形成同一群團。此時是否要讓犯罪被害人的債權優先實現，或是回歸民事執行之原則，犯罪被害人與其他債權人無異，應該平均分配，值得再予思考。依現行強制執行法的原則而言，當然應採後說，但若採後說平均分配，則扣押先前在程序上對其他債權人強制執行的防礙，似乎又失去正當性。這也是為什麼德國法在不足情況，設計保全扣押與破產程序之銜接的原因（見上文第三章、伍、三、3.、(3)），白話來說，如果最後大家就是要平均分，那根本沒有必要再等到沒收債權確定，等久了，僧多粥少的情況也不會改善。若要邏輯一致，一定是因為國家想要幫被害人幫到底，所以才需要先確定沒收範圍、確定被害人再來分配¹⁷¹。

事實上德國法銜接到破產程序的設計，也表露了在上述情形中，刑事沒收請求權之定位問題。刑事沒收請求權一方面與犯罪被害人之權利實體上相競合，另一方面程序上分配也應該列後，基本上在分配程序沒收債權不可能再分得一分一毫，綜合來看，債務人財產怎麼被分配，是一個已經跟刑事沒收失去關聯的問題，則除非國家想介入的更多，否則不如讓人民自己循破產程序去各自主張後分配。我國既然沒有上述與破產程序銜接的機制，國家就只能繼續主動來幫人民過渡到一個合理的執行程序，而此時複雜的分配問題既然已與沒收無涉，似乎也失去了由刑事執行機關即檢察機關來進行分配的必要。就此刑事訴訟法第 473 條第 3 項，已規範變價、分配及給付，檢察官於必要時，得囑託法務部行政執行署所屬各分署為之，因此未來上述分配情形依法皆得囑託行政執行署來統籌為之。但如同本文針對我國被害人賠償機

法移送行政執行署執行的債權，該些債權分配完後，才會由其他民事、行政債權人分配，沒收債權再列最後。

¹⁷¹ 所以如此看來，我國新法設計刑事保全扣押程序優先，究竟是不是一個正確的立法例，是一個價值選擇的問題，沒有絕對的對錯。而從德國法的借鏡我們可以發現，德國法設計刑事保全扣押程序優先，與破產程序的銜接是有高度的連動性的。或許我國目前立法的問題，就在於刑事保全扣押阻礙了其他執行，卻沒盡早放手讓債權人們自己去分配的機制，如此立法會得出的結論，就是國家應該做得更多，更照顧被害人，而這個結論是不是我們預設的，還值得再予確認。

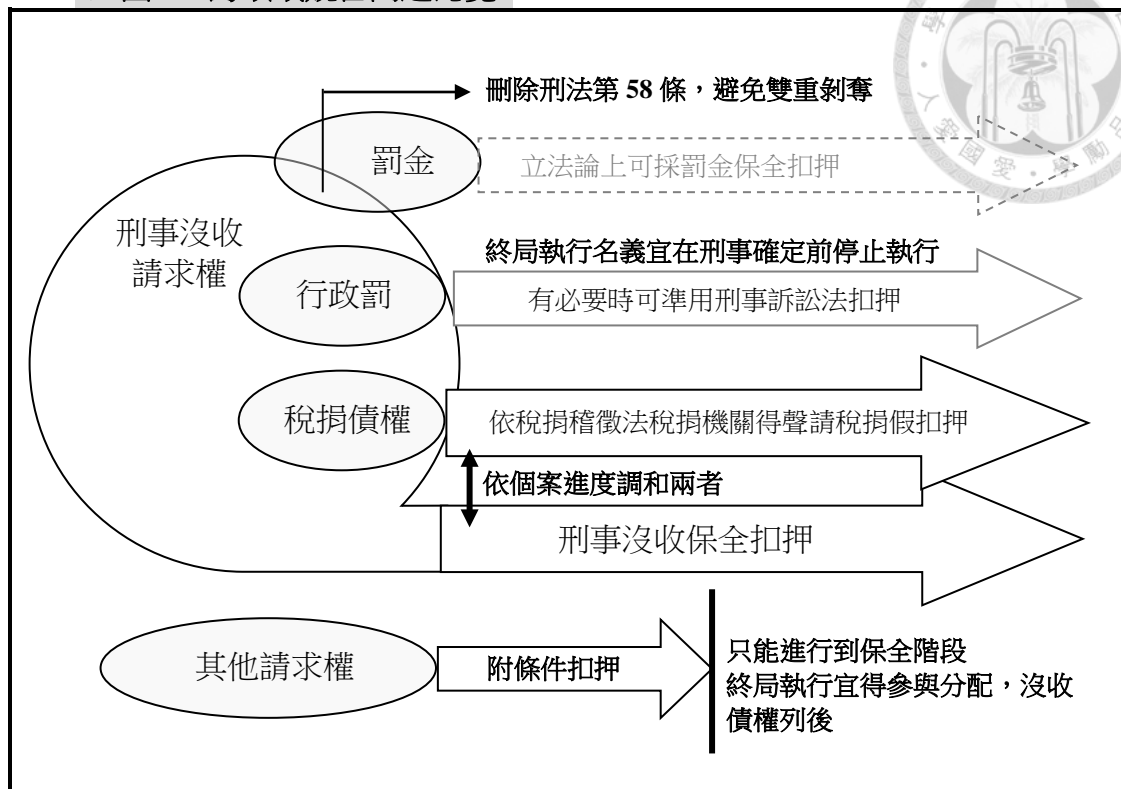
制設計之批評（見上文參、四、2.），檢察機關接受被害人發還之聲請後，立法論上應在權利顯著時，有逕自認定權利之權限，再使檢察官在認定被害人權利之後，將分配事宜囑託行政執行署為之，不應再強求被害人自行取得執行名義。

以上的執行競合問題，說來十分複雜，但確實也是實務上目前爭議所在，而單靠解釋論根本無從處理¹⁷²。其中可以想像更會發生紛爭的，是執行分配程序有違法的情況，人民究竟如何救濟，恐怕不是現在刑事救濟程序抗告、準抗告可以涵括的¹⁷³，有權機關若不盡快著手立法，未來爭議將會相當棘手。

¹⁷² 同認有立法需求者，請見，詳見張峻嘉，註 119 文（二），頁 3，陳典聖，註 112 文，頁 74，該二文亦皆認為可比照「行政執行與民事執行業務聯繫要點」先以行政規則處理具急迫性之問題，張峻嘉該文並認為應再盡快修正制定如強制執行法第 33 條之 1、第 33 條 2 等相關法律規範，刑罰與民事債權、公法上金錢給付義務並列時之清償次序，更有待相關法令規則明定之。

¹⁷³ 同此質疑，詳見張峻嘉，註 119 文（三），頁 3-4。

▼ 圖 6：跨領域競合問題總覽





陸、我國長年存在之論理問題

一、院檢警之權限分配

以上以五大軸線談我國之沒收保全扣押新法，談的主要是和人民直接相關的作用法層次的問題，但法制之建構，還需要搭配有效率的組織法設計，才可能實現作用法層次之程序保障。由於我國之沒收新法，意在擴大沒收的範圍及有效性，簡單來說就是增加了很多司法部門的業務，因此，如何在有限的人力下，適當地分配此些新增的業務，是讓法制之運作設計不至於落空的關鍵。

1. 檢警的偵查主之爭

先從犯罪偵查的第一線談起，刑事沒收既然以刑事犯罪為前提，那麼在犯罪偵查的第一線，除了著重於犯罪證據之掌握，確認行為人有涉嫌觸犯刑罰構成要件外，未來之刑案偵查，還要更加注重應調查、保全相關之沒收物，確認國家未來對人民之沒收請求權。尤其是為了達成沒收新法擴大犯罪利得剝奪之目標，應在偵查的第一線就掌握未來沒收物之流向，或是調查犯罪嫌疑人買賣毒品、竊取財物、參與詐騙案件等等犯罪所得之多寡，甚至為了未來追徵之進行，須詳細調查被告之財產狀況¹⁷⁴，否則之後若到了法院審理階段為時已久，會產生調查的困難或提高調查之成本。因此概述而言，沒收新制是增加了偵查人員的工作量，其中，本文關心的沒收保全扣押，就是偵查初期就要做的重要工作。

而涉及到偵查工作之問題，就會牽涉到我國長期以來，針對檢、警誰才是偵查主，兩者權限、工作如何分配之爭論，該些爭論會因而衍生沒收新制下保全扣押究竟如何進行的歧見。就此，本文認為應先釐清的層次是，我們

¹⁷⁴ 檢方調查計畫的範例，可見，黃士元，註 19 文，頁 28-37。

講沒收保全扣押，談扣押作為一種基本權干預可能對人民權利產生之侵害，是從作用法角度出發的討論，而檢、警之間權限、工作如何分配，機關人員、體制如何設計，這是從組織法角度出發的討論。組織法與作用法之問題，一定是相互關聯、相互參照，當沒收新制之作用法方面，已作了法規上之修正，則理論上，組織法一定是要搭配修正¹⁷⁵。

當然我國立法現實上，或許是單純立法程序中常常未能一併注意到組織法之變革需求，或許是因為組織法本就涉及各單位人員職權與工作量之角力，立法、行政機關往往希望降低變動的衝擊而不願觸碰，總之常常結果是未能針對組織法問題進行有體系的修正，而是直接因應著業務需求作有限度的調整。但就理論來探討立法之問題，不應該單純以組織法的現狀，駁斥作用法修正之設計。

試舉一例應證上情，有關沒收之保全扣押其命令機關為何的問題，上文在法官保留原則之脈絡下已討論過（見上文肆、一），須先經法官審查者固然須由法官為命令，但若有緊急狀況的例外時，偵查機關得直接發動扣押。我國 2016 年修法時，就上述緊急權限，在扣押情形不限於檢察官¹⁷⁶，同時開放司法警察亦得緊急命令扣押，可以想見學理上會指出有違檢察官之偵查主地位¹⁷⁷。事實上，我們當然可以理解上述權限的安排，是基於實務上人力的需求，不可能所有緊急扣押都一定要由檢察官親自發動，或所謂「檢察官指揮司法警察」才發動，但此配合現實的立法不符學理上的理論架構也是事實。我國許多強制處分的議題，就是不斷地在現實與學理間拉扯，讓人覺得浮在雲端踏不著地。

本文認為，類似上述權限分配的問題，應該從組織法上著手。除了檢方與警方都有人力配置不足的組織法結構性問題需要解決外，要維護檢察官的偵查主地位，必定要在組織法上設計檢警之間的指揮監督關係，作用法上強

¹⁷⁵ 英國在改革刑事沒收時，對組織法更動所做之努力，請見，謝國欣，〈建構整合型沒收機制——英國犯罪收益法初探〉，《月旦刑事法評論》，4 期，2017 年 3 月，頁 149-163，頁 151-152。

¹⁷⁶ 相對地，刑事訴訟法第 131 條第 2 項的緊急搜索規定，則沒有同步修正，還是只有檢察官才能發動緊急搜索。

¹⁷⁷ 例如陳文貴，註 4 文，頁 31。

制處分的權限分配，才會是相應而生的當然結果。我國上述扣押權限分配的問題在於，我國檢、警只有泛泛的指揮監督關係，而所有制服警察，在執行偵查任務時都是司法警察，造就了警察才是實質偵查主的事實。

在組織法的設計方面，在犯罪偵查的任務上，緊密的檢、警監督機制應是必要的。而監督機制的建立，未必要以個人為單位，所謂檢、警之間的監督，精確而言是檢察署與警察單位之間的監督，而不是每個檢察官與每個警察間的上下關係。為因應沒收新制下，保全扣押新法所增加的工作量，檢察署與警察單位各自也應調整內部的人力部署，建立兩者之間的聯繫通報機制。警察機關在其內部，也可能透過偵查業務之分配，例如類似德國法偵查人員的設置（見上文第三章、壹、一、2.、(1)），從而在作用法上可以加以限縮，由擔任偵查人員角色之警察在受檢察官直接監督的情況下，享有強制處分權¹⁷⁸。

在以上組織法設定的前提下，本文認為 2016 年修法開放司法警察亦得為緊急扣押，與檢察官作為偵查主的學理，乃至於人民財產權的保障，未必會產生矛盾衝突。

2. 院檢的職權劃分與業務負擔

再來，除了檢警之間的權限劃分問題，法院與檢察署之間的職權劃分，也是本次沒收保全扣押修法後值得關注的問題。尤其沒收保全扣押新法，在命令層次原則上改採法官保留原則，增加相關的程序業務，在執行層次又因為實體法擴大沒收範圍，增加了執行程序質與量上的業務負擔。在我國沒收程序新法修法過程中，院、檢各自受限於有限的資源，就處處企圖修正仿照德國法的立法例，希望修法後規範設計可以合於我國司法實務實情¹⁷⁹。

¹⁷⁸ 警察的任務與權責，大致可以區分為行政法上的危險預防與刑法上的犯罪偵查兩塊，單純的危險預防任務，就沒必要由檢察官介入監督。當然，實際上危險預防與犯罪偵查難以截然二分，警察也可能在執行危險預防任務時，偶然地發現有開啟刑事偵查，甚至為強制處分之必要。但這不意味著每一個警察都必然必須具備強制處分權。

¹⁷⁹ 尤其我國長期不具理由地，將立法法案主管權以實體法歸法務部、程序法歸司法院的規則來分配，在同時涉及實體、程序法的沒收新制修法過程中，因而充分體現了我國

首先，扣押適用法官保留原則，對院方來說，增加了強制處分審查的業務，對檢方來說則除了增加業務外，因扣押發動必須先經法院審查，更有受掣肘之疑慮。因此，兩者利害關係一致的，修法最後設立了許多法官保留原則的排除事由，某程度架空了法官保留原則的要求（見上文肆、一）。

不過在上述利害關係下較為正面的，針對偵查中的強制處分審查，本次修法同時得以增訂法院組織法第 14-1 條，落實我國學說對於強制處分專庭的主張¹⁸⁰，規定：「地方法院與高等法院分設刑事強制處分庭，辦理偵查中強制處分聲請案件之審核」，只不過「司法院得視法院員額及事務繁簡，指定不設刑事強制處分庭之法院」。強制處分專庭的基本想法，一方面在於專庭的專業化，另一方面在於避免案件的預斷，法院組織法第 14-1 條第 2 項因而規定：「承辦前項案件之法官，不得辦理同一案件之審判事務」。

本文認為強制處分專庭有利有害，利者或如上述，害者則可能因法官脫離本案專職強制處分之審查，反而讓強制處分專庭的審查變得更加公式化，或是專庭讓審查業務落於少部分人之手，進而突顯了極端見解，或者削弱了法定法官原則的實質有效性，我國未來強制處分專庭之運作結果如何，還尚待緊密地觀察。值得一提的是，我們要求強制處分專庭，是企圖從法院組織的設計來影響扣押程序審查的品質，這個任務不只是院方的功課，代表國家向法院聲請扣押的檢方，其內部也理應有對應強制處分專庭設計的組織架構，透過院、檢之間的良性互動，相信是足以消除強制處分專庭設計可能的缺陷。

可惜的是，有關院檢之間的權限分配，本次扣押修法有一個迷思顯現在修法新增之刑事訴訟法第 133 條之 2，該條規定檢察官認有聲請扣押裁定之必要時，應以書面記載並敘述理由，聲請該管法院裁定，但此聲請只限於「偵查中」。如此的法條設計與我國實務長期以來，抱持的「審判中檢察官無強制處分聲請權」的想法相互契合，可以說魔鬼藏在細節裡。固然，審判中係由法院主導程序進行，強制處分法院必然也有以其職權發動的權限，但以上

長期以來的院檢之爭，並在結果上展現了實體、程序法間的立法不協調。

¹⁸⁰ 針對通訊監察而發者，林鈺雄，〈法官保留原則與干預處分專庭—以通訊監察之修法芻議為例〉，《月旦法學教室》，136 期，2014 年 1 月，頁 55-65。認同此次修法此修正的，例示如，薛智仁，註 9 文，頁 1499。



兩項成立的說法，根本無法得出「審判中檢察官無強制處分聲請權」的結論。反之，基於控訴原則，審判中檢察官當然還是擁有強制處分聲請權，與法院為保全扣押的職權並不相衝突，刑事訴訟法第 133 條之 2，將檢察官之沒收保全扣押聲請權，限於審判中才能行使，可以說是立法錯誤¹⁸¹。

再來，針對沒收保全扣押新法在執行層面所增加的繁雜業務，固然我國法跟德國法一樣，所有執行事務，原則上都由檢方來主導，但部分影響人民權利重大的事項，我國法卻仍給予法院決定權限，但其間的體系又並不一致。例如刑事訴訟法第 142 條的贓物發還、第 142-1 條的供擔保聲請撤銷，是採法院、檢察署皆得為之的規範方式，第 141 條的緊急變價，卻又是只由檢察官為之的規範方式，為什麼有上述兩種規範差異？若法院、檢察官皆可為贓物發還、供擔保撤銷，則人民應先向誰聲請？兩邊如果意見不同，又以誰為準？針對各該問題依我國規範設計未能得出明確解答。

本文認為，不論是贓物發還、供擔保聲請撤銷、緊急變價，都是執行階段中影響人民權利重大的事項，不是一望即知就可以作出決定，必須對目前案情有實際的了解，才能真正審查人民的聲請。因此，比較好的分配方式應是循二分模式，偵查中向檢察官聲請，審判中向本案繫屬法院聲請，讓具程序主導權者在程序進行中，附隨審查上開重大執行事項。而決定為發還、變價、供擔保後，相關細節可再交由執行機關處理。

最後，執执行程序還有許多細節，有賴負責執行的檢方耗費資源去處理，若各該執行事項引發爭議，細節性的事項也有可能透過救濟程序進入法院，同樣有賴院方耗費資源去處理。在業務分配上，若非上述執执行程序重大事項，其實可以如同我國目前司法實務現況，將執行細節性事項統一交由事務官處理，未必要法官、檢察官親力親為。此外，雖然我國刑事執行是由檢察官機關統籌負責，但基於法院執行處對於執行事項的業務專長，院、檢之間亦應有一定的合作空間。

¹⁸¹ 礙於實務現況而認為在審判中檢察官聲請扣押為例外者，如黃士元，註 19 文，頁 26-27。



二、財產權審查的體系不全

上面全觀了我國沒收新制下，沒收保全扣押之新制度後，本文認為才能進入到一個最上位的問題，就是沒收保全扣押之新制，是否真的違憲或有違憲之虞？是否真的過度侵害人權？以上作為我國學說針對沒收新制最大的質疑，固然是重要問題，但沒有體系的審查，並沒有辦法讓上述問題得出答案。

就此必須先說明的是，遵守憲法下之基本權保障，甚或遵守國際人權公約下之人權保障，應該是所有國家機關的共同任務，無待有權解釋憲法、人權公約的機關作成裁決。而憲法與人權公約之保障，當然有部分絕對禁止的誡命，也有部分需要進一步透過例如比例原則或更細緻的審查標準加以衡量，任何法規、政策，如果並無涉及絕對禁止誡命的違反，而是基於法規或政策上的目的，相對地侵害人民權利，是否真的違反權利保障，還要經過進一步的衡量才能得知，而基於衡量的觀點與出發點不同，當然每個人都可能說特定法規或政策有違憲「之虞」。

重要的是，針對該權利侵害，究竟審查標準為何？任何國家機關為推行某項政策，在制定與適用法規時，都必須依循該審查標準，作出對基本權、人權保障之判斷，確保其政策之目的與對人民增加的侵害並未失衡。若嗣後對國家政策有所批評者，也應該遵循著權利侵害的審查標準，去提出國家機關所未留意或拿捏失當之處。其中，有權解釋憲法、人權公約的機關所提出之審查標準，是具有指標性意義的參考標準。

可惜的是，本文關心的沒收保全扣押，除了與其他強制處分一樣，可能涉及違反無罪推定或其他公平審判之相關議題外，扣押與人民權利最直接相關的，就是涉及人民財產權之保障。但我國有權解釋憲法的司法院大法官會議，在歷來有關財產權的解釋當中，並未建立明確的財產權審查體系。

詳言之，談憲法對人民財產權保障時，特別不能泛泛言之，因為許多法律問題，本來總歸一句就會牽涉到「錢」的問題，不能任意無限上綱。固然，財產是人類得以據以開展生活的基礎，有其重要性而在憲法上產生保障人民財產權之需求與正當性，特別是在傳統的基本權效力下，憲法上之財產權保障，是防禦人民使其免於財產受到國家權力之恣意侵奪。然而，並不能因此

推導，只要是有財產侵害者，一定就是財產權侵害，甚至直接推導出違憲之結論。

我國憲法第 15 條，僅明文規定：「人民之……財產權，應予保障」，因此，究竟財產權之保障內涵為何，權利範圍又有多大，有賴大法官在釋憲案件當中的詮釋。而在我國釋憲案件中關於財產權權利範圍之闡述，在釋字第 400 號解釋理由書中就提到：「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」，我國大法官有關財產權之解釋，大致上都自類似之敘述出發，強調財產權保障的重要性。

事實上，我國釋憲上述強調財產權重要性的敘述，與德國憲法法院之闡述相當相似，但德國基本法第 14 條有關財產權之規定，本來文義就比較詳盡¹⁸²，實際應用在財產權侵害的審查上，德國憲法法院因而也能建立一定的體系，從該體系出發，學說在爭執沒收保全扣押的合憲性時，也就更有所本。

針對本文所關注的沒收保全扣押的違憲疑慮，德國過去的學說討論首先爭執了究竟不法獲得的財產，能否受基本法保障的問題¹⁸³。但在沒收保全扣押，這個問題會與沒收之終局決定有所區隔，因為德國法下跟前述歐洲人權公約一樣，向來認為沒收保全扣押與沒收之終局決定，係兩個分別的干預。早期之德國學說，有認為被利得沒收之關係人，係財產權之濫用而失權，國家對其沒收有正當性，依基本法第 18 條之權利濫用的規定，沒收關係人

¹⁸² 德國基本法第 14 條：「I 財產權及繼承權應予保障，其內容與限制由法律規定之。II 財產權負有義務。財產權之行使應同時有益於公共利益。III 財產之剝奪，必須為公共利益始得為之。其執行必須根據法律始得為之，此項法律應規定補償之性質與範圍。補償之決定應公平衡量公共利益與關係人之利益。補償範圍如有爭執，得向普通法院提起訴訟」。

¹⁸³ 此財產權的觀點其實有隨著繼受德國法，表現在我國沒收新制的立法程序。刑法第 2 條 2015 年 12 月修法理由一、(二)提到：「……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。……」，作為刑法沒收新制施行後，依刑法第 2 條之修正沒收從新的論據。但學說上對此觀點多有批評，例示如，謝煜偉，註 40 文，頁 345 註 10，薛智仁，〈評析減免沒收條款〉，《月旦法學雜誌》，252 期，2016 年 5 月，頁 63-83，頁 68-71。

所不法獲得的財產不受保障。以上的說法無法相應適用到沒收保全扣押上，因為保全處分涉及的只是「推定」不法獲得的財產，也就是為扣押之時，沒收關係人之不法事實只是有嫌疑而已，而德國聯邦憲法法院基本上是認為，只有犯罪之嫌疑，不足以使被保全之財產排除在基本法之保護範圍之外¹⁸⁴。

而依德國學說、實務之一般見解，沒收保全扣押由於不是終局之沒收，應該屬財產之一般限制而非剝奪（見上文第三章、壹、三、3.），和歐洲人權法院之見解一致¹⁸⁵。其中區分命令與執行之不同，命令本身就有限制財產權人處分財產之效果，執行則係直接觸及個別財產，同時可能造成其他事實上之侵害¹⁸⁶，例如行政機關扣押動產時造成動產之損害。由於不論命令或執行，德國法都已有相當詳細之法律規定，德國聯邦憲法法院也不直接質疑法律本身之合憲性，最後的問題主要會落在個別法適用之比例原則上。此外，由於德國聯邦憲法法院承認財產權保障包括其權利保障之程序面向，因此也會是其審理的焦點，此時財產權保障會與基本法中其他程序保障，例如無罪推定¹⁸⁷、聽審權（§103 Abs.2 GG）產生競合。

相對於德國法討論的精密程度，財產權之侵害究竟如何審查衡量，我國大法官常常是以憲法第 23 條為本，從「國家為維持社會秩序、增進公共利益之必要，於不違反憲法第 23 條比例原則之範圍內，非不得以法律對人民之財產權予以限制¹⁸⁸」的敘述出發，就開始在比例原則之操作下，討論財產權侵害的「目的正當性」與「手段必要性」等等，因個案之間有其歧異性，幾乎無法預測財產權審查會得出肯、否之結論。

本文認為，在上述情況下，要在我國談究竟沒收保全扣押是否違反我國憲法財產權保障之問題，是很容易流於空泛的。但的確不可忽視的是，沒收

¹⁸⁴ Faust, Das strafprozessuale Vermögensabschöpfungsrecht, 2008 S.59 ff.

¹⁸⁵ 附帶一提，在德國憲法之分類下一樣不將沒收之終局決定分類為財產之剝奪。Vgl. Wieland, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band.1, 2013, 3. Aufl., Art.14 Rn. 99.

¹⁸⁶ Faust, Das strafprozessuale Vermögensabschöpfungsrecht, 2008 S.63 f.

¹⁸⁷ 有關刑事沒收之保全扣押是否會違反無罪推定之問題，主要顯現在德國學說之討論上，Vgl. Reichhart, Die Vermögensabschöpfung im Strafverfahren, 2008, S.31 f.; Faust, Das strafprozessuale Vermögensabschöpfungsrecht, 2008 S.76 ff.。結論而言不可能只用無罪推定就否認適用沒收保全處分之可能性，頂多係沒收保全處分之解釋適用上，應兼顧無罪推定之保障。

¹⁸⁸ 司法院大法官會議釋字第 596 號及第 672 號解釋參照。

保全扣押目前在我國實務上，已是大幅干預人民財產的制度，依照我國官方的統計，在沒收新制通過後，我國各檢、警、調、海巡等機關扣押總金額，光是甫通過的沒收新制的 2016 年下半年，就達新臺幣 1600 億元¹⁸⁹，成長幅度相當驚人。從其影響層面與實際效果切入，沒收保全扣押確實值得我國有權解釋憲法的司法院大法官會議，作出一個有層次的憲法審查。

如同本文曾在緒論提及的，各國之沒收法制皆仍在發展中，各國法無不是在功能與人權之間尋求平衡點，侵害人權本來就是實行刑事程序之必然，重要的是侵害人權的界線劃在哪裡。沒收新法有其欲達成之功能，有其刑事政策上之意義，要守護人權的界線，必須一一尋求制度細節上的平衡點，而非因噎廢食地全面否決沒收新法之適用。因此，不論未來我國大法官可能提出什麼標準，如何審查沒收保全扣押制度，本文認為，泛泛的全面違憲說，可以說是絕不應採的選項。

¹⁸⁹ 王啟秀，註 100 文，頁 19。



第五章 結論

本論文自大統混油案等我國著名的食安案件，關注到沒收及其保全扣押之議題（見上文第一章），進而透過檢視我國所繼受之德國法，以五大軸線的切分及德國沒收法制之演進為基礎（見上文第二章），輔以相關法律設計之細節（見上文第三章），針對我國 2016 年 6 月修正公布的沒收保全扣押新制進行地毯式的檢視，提出多項缺失（見上文第四章），供我國學說、實務未來解釋論乃至於立法論之參考。其中，各該問題點中心圍繞著我國學說、實務過去未區分沒收原物與追徵價額之見解，以致於我國雖仿德國法增訂沒收扣押新制，卻與德國法展現不同風貌，解釋上易生誤解。此外我國學說、實務所吸收的德國法知識，在德國法 2017 年徹底翻修沒收法制之後，又有另一番新局，依循著德國追隨國際潮流之腳步，我國針對沒收及其保全扣押法制在 2016 年修法後，仍需要更進一步與時俱進。


總結本文觀點，首先，從德國法扣押與假扣押之區分出發，本文認為，我國實務在沒收新制下，應明確區分保全沒收扣押與保全追徵扣押，並基於刑事訴訟法修法第 133 條第 1 項、第 2 項之規定，發展保全扣押之核心要件與比例原則之判斷基礎。經與德國法比較，本文嘗試提出以沒收可能性與保全必要性為保全沒收、保全追徵扣押之核心要件，在上述兩要件該當的前提下，才進入比例原則的手段、目的衡量。其中必須注意的是，保全追徵扣押在沒收對象是金錢利得，或利得只是抽象進帳時，特別有其實務意義，保全沒收扣押與保全追徵扣押各自常見於相異的案件類型，執行後對人民產生截然不同之效果，為合於基本權干預應符合比例原則等要求，運用上必須分別以觀，更不應與保全證據之扣押相互混淆。

從扣押須具沒收可能性的要件出發，程序法之沒收保全扣押與實體法之沒收請求權有其連動關係，沒收實體見解如何解釋，影響著程序上保全扣押如何發動。我國沒收新制在實體法方面擴大了沒收範圍後，增加了許多實體法解釋論之議題，首先，針對第三人沒收之屬於要件，本文認為應採事實上支配權說，運用在所謂連帶沒收的概念，理應得出不應一律肯認或否定連帶沒收的結論。再來，在實體法已統一沒收之替代手段為追徵之情況下，我國

法院終局宣告追徵時，應放棄主文併列說，直接宣告追徵價額，從而刑事訴訟法第 133 條第 2 項新增之保全追徵扣押，應以未來可能追徵之價額為限發生保全效果。此外，我國在錯誤的過苛條款立法下，應重新檢視義務沒收、裁量沒收的邏輯一貫性，確立真正有必要沒收之對象。最後有關沒收實體與程序之連動，特別應注意 2017 年修正之洗錢防制法擴大沒收規定，針對第一線偵查人員常接觸之犯罪黑錢，透過擴大沒收之規定，得以建立明確的沒收可能性進而扣押。


沒收新制上述在實體法方面的擴張，突顯了沒收權利與被害人權利之間的衝突關係，我國在繼受德國法後，興起了國家如何協助被害人受償的議題。就此我國已運作穩定的附帶民事訴訟制度，在實際運作下形同只是節省裁判費的管道，被害人必須透過積極的發還管道，才能受更迅速的償還。關於發還在我國新法下，僅有刑事訴訟法第 142 條第 1 項後段與同法第 473 條兩條途徑，其中刑事訴訟法第 142 條第 1 項後段之贓物發還雖快速但限制重重，只適用於被害人對扣押物有物權請求，刑事程序又已不需要該物之情形，幾乎只會實現在特定案型。刑事訴訟法第 473 條則是我國修法當時，潛在排除模式與執行運作模式兩種立法例拉鋸的結果，我國部分見解基於對於沒收執程序之誤解，對於執行運作模式多有批評，一方面忽略了執行只是事實上支配權的移轉，與實體權利歸屬無涉，另一方面忽略了追徵與沒收原物情境有異，終局宣告追徵時，扣押財產並不適用刑法第 38-3 條的規定立即移轉所有權予國家，尚須經換價、分配之清算程序，國家與被害人權利間的衝突於分配時才會展現。在上述誤解下，我國沒收新制雖採執行運作模式，立法卻未獲通盤之考慮，除了未明文考慮因和解而致被害人請求權消滅之情形，更致命的是不當要求主張債權之被害人須持執行名義在一年內聲請發還，使得發還規定幾乎變得毫無用武之地，嗣後金融八法沒收規定之修正因而又接納部分倡議改採潛在排除模式，卻亦未搭配適當的配套程序，舊法既不沒收又未發還的疑慮再度浮現。未來我國不論採潛在排除模式或執行運作模式，皆應有邏輯一致之程序配套，尤其應有對被害人通知之適當程序，自通知被害人時起，足以影響被害人權利之例如登記期間，也才應該起算。

基於上述新增保全追徵扣押後之規範狀態，在沒收新制下，沒收保全扣押的發動更有賴有品質的法律審查。可惜我國扣押新法雖改採法官保留原



則，卻自我國實務長久以來搜索、扣押不分的見解出發，同時設立多種排除事由。在立法層次上我國明明繼受德國法緊急扣押之設計，實務上確實基於追訴之需要，應不先經法院裁定而扣押者，包括附隨於搜索票之扣押、附隨於緊急搜索之扣押等等，本得適用緊急扣押之規定，搭配法院事後審查之機制確保扣押之合法性。我國立法者卻因噎廢食地就該些扣押，通通排除法律保留原則之適用，除了在解釋論上衍生了扣押原因競合時究竟是否仍應先經法院裁定等等爭議，過於複雜的法律適用更促進了第一線實現大量運用不對等之同意扣押的危險。除了命令審查的問題，我國沒收新制也注意到執行事項的法律明文化，鑑於執行事項亦可能影響人民權利重大，執行事項也需要有體系的法律建構，我國新法仿照德國法，將民事執行之相關原則比照訂入刑事訴訟法，可惜為德不卒，未有一般性準用強制執行法之規定，使得眾多執行爭議落得法無明文的窘境。此外，針對供擔保之扣押變更、扣押物之管理與變價等重大執行事項，我國新修法固然已修正得更為細緻，但究竟何時可以供擔保變更，何時應予變價方有效率，規範上細部仍足以斟酌。

沒收之保全扣押經執行後，將生處分禁止效力，延續沒收程序優先的想法，沒收新制下保全扣押有優先於其他民事執行，但又容許雙重扣押的效力，規範目的在於在扣押範圍內，保障未來被害人受償的可能。但我國新修法就此未更細緻地考慮對物、對人之執行名義的不同，以致於得出持屬於對物執行名義如拍賣抵押物裁定之債權人，仍無從對抗屬對人執行名義之沒收保全扣押的不合理結果。從扣押延續到終局執行的分配，在沒收裁判中宣告的僅是追徵而屬對人執行名義之情況，更應使其他聲請強制執行之債權人，縱使並非犯罪被害人，亦得就沒收保全扣押保全之財產參與分配。綜觀而言，針對沒收請求權與其他請求權之競合問題，必須自實體面至程序面一路觀察，部分國家請求權如刑事罰金、行政罰罰鍰，以及稅捐債權，因實體法上規範目的與刑事沒收競合，競合問題不單純只是沒收程序優先之問題。其中，刑事罰金只要刪除刑法第 58 條，即可避免罰金與沒收間可能的重複剝奪；行政罰沒收及罰鍰則由刑事優先無疑，程序上行政罰沒收及罰鍰若確定較早，宜運用現行法規定暫時停止執行；稅捐國庫作為被害人之稅捐競合情況，國庫雖亦能在刑事程序中聲請發還，但稅捐機關基於自己的公權力亦得聲請稅捐假扣押，若能妥善運用，刑事沒收保全扣押有退讓的空間。



綜合上述，我國沒收新制下，沒收保全扣押對人民財產權侵害確實較深，為正當化對人民之財產權侵害，須有明確的規範目的以及縝密的法律適用，有賴院、檢、警之間透過適當的權限分配建立運作體系。我國 2017 年新法就權限所為分配，包括使司法警察有緊急扣押之權限、在法院設立強制處分專庭等，需要更妥善地理論定位，才不至於使作用法之設計掣肘於組織法之限制。在上述前提下，才應回到作用法的角度，討論究竟沒收保全扣押是否過度侵害人權的問題，我國有權解釋憲法機關針對財產權審查的體系不全，或讓部分見解泛泛主張沒收新制有違憲之虞，但世界各國沒收法制無不是在功能與人權之間尋求平衡點，我國未來在適用乃至於進一步修正沒收保全扣押規定時，應更注意規範體系建構之細節，才能經得起人權保障不足之指摘。

參考文獻



壹、德文部分

一、註釋書

- Blum, H., Gassner, K., Seith, S. (Hrsg.) (2016). *Ordnungswidrigkeitengesetz (HK-OWiG)*. Baden-Baden: Nomos.
- Dörr, O., Grote, R., Marauhn, T.(Hrsg.) (2013). *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*(2. Aufl.). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Dreier, H.(Hrsg.) (2013). *Grundgesetz Kommentar: GG (Band I)* (3. Aufl.). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Erb, V., Esser, R., Franke, U., Graalman-Scheerer, K., Hilger, H., Ignor, A. (Hrsg.) (2014). *Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar (LR-StPO)* (Band 3, 5, 10)(26. Aufl.). Berlin: de Gruyter.
- Eser, A. (Hrsg.) (2014). *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch(Schönke/Schröder)* (29. Aufl.). München: C. H. BECK.
- Graf, J.-P. (Hrsg.) (2017). *Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra(BeckOK-StPO)* (28. Aufl.). München: C. H. BECK.
- Joecks, W., Miebach, K. (Hrsg.) (2016). *Münchener Kommentar zum StGB(MK-StGB)* (3. Aufl.). München: C. H. BECK.
- Kirchhof, H-P., Eidenmüller, H., Stürner, R. (Hrsg.) (2013). *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (MK-InsO)* (Band 1)(3 Aufl.). München: C. H. BECK.
- Krüger, W., Rauscher, T. (Hrsg.) (2017). *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO (MK-ZPO)*(Band 2)(5. Aufl.). München: C. H. BECK.
- Kudlich, H. (Hrsg.) (2014). *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung (MK-StPO)*. München: C. H. BECK.
- Laufhütte, H. W., Rissing-van Saan, R., Tiedemann, K., *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB(LK-StGB)* (Band 3)(12. Aufl.). Berlin: De Gruyter.

- 
- Meyer-Goßner, L., Schmitt, B. (2017). *Strafprozessordnung: StPO* (60. Aufl.). München: C. H. BECK.
- Satzger, H., Schluckebier, W., Widmaier, G. (Hrsg.) (2018). *Strafprozessordnung: StPO (SSW-StPO)* (3. Aufl.). Köln: Carl Heymanns.
- Senge, L. (Hrsg.) (2018). *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (KK-OWiG)* (5. Aufl.). München: C. H. BECK.
- von Heintschel-Heinegg, B. (Hrsg.) (2017). *Beck'scher Online-Kommentar StGB(BeckOK-StGB)* (36. Aufl.). Berlin: Luchterhand.
- von Heintschel-Heinegg, B., Bockemühl, J. (Hrsg.) (2010). *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung* (KMR 57. EL Januar 2010). München: C. H. BECK.
- Wolter, J. (Hrsg.) (2010). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB(Band II)*(8. Aufl.). Köln: Carl Heymanns.
- Wolter, J. (Hrsg.) (2010). *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO(Band II, III, IX)*(4. Aufl.). Köln: Carl Heymanns.

二、專書

- Arnold, M. (2015). *Verfall, Einziehung und Unbrauchbarmachung (§§73 Bis 76a StGB)*. Berlin: De Gruyter.
- Beulke, W. (2016). *Strafprozessrecht* (13. Aufl.). Heidelberg: C.F. Müller.
- Faust, A. (2008). *Das strafprozessuale Vermögensabschöpfungsrecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Keusch, S. (2005). *Probleme des Verfalls im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Podolsky, J., Brenner, T.(2012). *Vermögensabschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren* (5. Aufl.). Stuttgart: Richard Boorberg Verlag.
- Reichhart, H. (2008). *Die Vermögensabschöpfung im Strafverfahren*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Rönnau, T. (2015). *Die Vermögensabschöpfung in der Praxis* (2. Aufl.). München: C. H. BECK.
- Schenke, W-R. (2011). *Polizei- und Ordnungsrecht* (7. Aufl.). Heidelberg: C.F. Müller.
- Suchy, O. (2014). *Der Verfall im Ordnungswidrigkeitenrecht*. München: Herbert

Utz Verlag.

Wieser, R. (2009). *Handbuch des Bußgeldverfahrens*. (4. Aufl.). Stuttgart:

Richard Boorberg Verlag.



貳、英文部分

Rui, J. & Sieber, J. (2015). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*.

Berlin: Max-Planck-Institut.

參、中文部分

一、專書

王艳柯译 (2014)。《德国破产法导论 (第六版)》(Bork, R. (2012). *Einführung in das Insolvenzrecht*. (6. Aufl.) Tübingen: Mohr Siebeck)。北京：北京大学出版社。

何賴傑、林鈺雄審譯 (2017)。《德國刑法典》。台北：元照。

林俊益 (2017)。《刑事訴訟法概論 (上)》(17 版)。台北：新學林。

林鈺雄 (2016)。《新刑法總則》(5 版)。台北：自版。

林鈺雄 (2017)。《刑事訴訟法 (上) / (下)》(8 版)。台北：自版。

林鈺雄主編 (2016)。《沒收新制(一)：刑法的百年變革》。台北：元照。

林鈺雄主編 (2016)。《沒收新制(二)：經濟刑法的新紀元》。台北：元照。

國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯 (2016)。《德國民法 (上) — 總則編、債編、物權編》。台北：元照。

張登科 (2012)。《強制執行法》(修訂版)。台北：自版。

連孟琦譯 (2016)。《德國刑事訴訟法：附德國法院組織法選譯》。台北：元照。

黃朝義 (2017)。《刑事訴訟法》(5 版)。台北：新學林。

二、期刊論文

王士帆，〈德國犯罪利得之扣押與假扣押——以基礎規定 (§§ 111b~111f StPO)〉

- 為中心》，《月旦法學雜誌》，2015年6月，頁125-154。
- 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，頁73-84。
- 王士帆，〈犯罪所得沒收與追徵之保全扣押——談立法定位〉，《月旦裁判時報》，48期，2016年6月，頁63-74。
- 王士帆，〈刑法沒收專欄—沒收新法實例系列 15／駕車持槍——緊急扣押與附帶搜索〉，《法務通訊》，2829期，2016年12月9日，頁7-10。
- 王玉全，〈犯罪成本之沒收：以德國法的總額原則為借鏡〉，《月旦裁判時報》，48期，2016年6月，頁75-86。
- 王啟秀，〈金流追查之扣押實務與案例〉，《刑事雙月刊》，79期，2017年8月，頁16-19。
- 吳俊毅，〈2017年德國刑事訴訟法為保全追徵與罰金執行的假扣押——財產權保障與刑事訴訟上有效執行需求權衡的啟發〉，《月旦刑事法評論》，7期，2017年12月，頁55-68。
- 吳燦，〈被害人求償權之犯罪所得沒收的疑義(上)/(下)〉，《司法周刊》，1836/1837期，2017年2月10/17日，頁2-3。
- 李聖傑，〈犯罪物沒收〉，《月旦法學雜誌》，251期，2016年4月，頁60-72。
- 林明昕，〈論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，2016年9月，45卷3期，頁755-825。
- 林鈺雄，〈搜索修法之回顧與前瞻〉，《台灣法學雜誌》，21期，2001年4月，頁53-104。
- 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，頁53-84。
- 林鈺雄，〈沒收之程序問題(上)/(下)——德國法之鳥瞰與借鏡〉，《月旦法學教室》，151/152期，2015年5/6月，頁58-71/68-74。
- 林鈺雄，〈金錢利得及其替代價額之沒收——評104年度台上字第1500號判決(追徵、抵償)〉，《月旦裁判時報》，41期，2015年11月，頁28-39，頁35。
- 林鈺雄、余麗貞、蔡佩玲、蔡彩貞、呂煜仁、陳子平、...蔣念祖，〈刑事法研究會第三次沒收研討會「刑法沒收草案之檢討與展望」會議紀錄〉，《台灣法學雜誌》，287期，2016年1月，頁109-161。
- 林鈺雄，〈利得沒收新法之審查體系與解釋適用〉，《月旦法學雜誌》，251期，2016年4月，頁6-34。
- 林鈺雄，〈違法吸金罪之一億條款及犯罪所得沒收——評最高法院104年度

- 台上字第 1 號判決》，《月旦刑事法評論》，1 期，2016 年 6 月，頁 5-18。
- 林鈺雄，〈沒收新法之發還被害人問題——兼評逃漏稅捐罪之相關裁判〉，收錄於：《刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集》，2017 年 3 月，頁 263-288。
- 林鈺雄，〈綜覽沒收程序新法（上）／（下）〉，《月旦法學教室》，174/175 期，2017 年 4/5 月，頁 44-56/47-57。
- 林鈺雄，〈財產犯罪所得之沒收與發還問題——評最高法院 106 年度相關決議及裁判〉，收錄於：《法學與風範——陳子平教授榮退論文集》，2018 年 1 月，頁 63-89。
- 邵慶平、黃茂榮、柯格鐘、林鈺雄、林麗瑩、許澤天、...陳重言，〈納稅義務與刑事責任之交會(2016 年 4 月 22 日「稅捐刑事法研討會」紀錄)〉，《月旦刑事法評論》，48 期，2016 年 6 月，頁 111-141。
- 姜世明，〈強制執行法之基本原則與理念〉，《月旦法學雜誌》，225 期，2014 年 2 月，頁 214-230。
- 胡天賜，〈從刑法沒收新制探討行政執行與沒收之優先順序〉，《法務通訊》，2843 期，2017 年 3 月 24 日，頁 7-10。
- 張峻嘉，〈簡評 104 年刑法沒收制度修正對行政執行程序之影響——以公法上金錢給付義務之執行為中心（一）／（二）／（三）〉，《法務通訊》，2799/2800/2801 期，2016 年 5 月 13/20/27 日，頁 3-6/3-5/3-5。
- 許恒達，〈汽車與犯罪工具之沒收〉，《月旦法學教室》，170 期，2016 年 12 月，頁 25-27。
- 許絲捷，〈刑法沒收專欄—沒收新法實例系列 2／第三人利得沒收：代理型、挪移型、履行型〉，《法務通訊》，2791 期，2016 年 3 月 18 日，頁 5-6。
- 許澤天，〈刑事罰與行政罰競合之刑事優先與一事不再理原則——評大統混油案之訴願決定〉，《台灣法學雜誌》，261 期，2014 年 12 月，頁 112-128。
- 連孟琦，〈2017 年德國沒收新制中之賠償被害人模式〉，收錄於：《法學與風範——陳子平教授榮退論文集》，2018 年 1 月，頁 613-633。
- 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，頁 4-14。
- 陳文貴，〈刑事訴訟法增訂保全扣押相關條文立法過程與簡釋〉，《司法週刊》，1805 期（司法文選別冊），2016 年 7 月 1 日，頁 20-38。
- 陳典聖，〈刑事扣押程序與強制執行程序之競合與處理〉，《月旦裁判時報》，61 期，2017 年 7 月，頁 65-76。
- 陳英鈴，〈追繳不法利得不生一罪二罰問題——一〇三年衛部法字第一〇三〇

- 一一七五二〇號訴願決定評析》，《月旦裁判時報》，29期，2014年10月，頁5-15。
- 陳重言，〈沒收新制下（併科）罰金機制的重複評價禁止原則檢驗兼評重大經濟犯罪之一億元條款〉，《全國律師》，21卷11期，2017年11月，頁13-29。
- 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啓發〉，《月旦法學雜誌》，238期，2015年3月，頁85-101。
- 惲純良，〈連帶沒收淺介——德國實務經典裁判分析〉，《月旦法學雜誌》，259期，2016年12月，頁74-105。
- 曾淑瑜，〈論修正前後沒收轉型之爭議〉，《司法新聲》，225期，2016年10月，頁9-27。
- 黃士元，〈偵查中保全扣押犯罪所得〉，《司法新聲》，123期，2017年7月，頁7-39。
- 黃士元，〈從適用論刑法第58條規定之存廢：兼評「沒收新法——雷神索爾的戰錘」幾點質疑〉，《台灣法學雜誌》，297期，2016年6月14日，頁63-86。
- 黃奕超，〈強制處分專庭要多「專」？——一個德國值班實務的考察〉，《月旦裁判時報》，56期，2017年2月，頁62-90。
- 楊智守，〈刑事附帶民事訴訟實務運作程序研究——以比較適用新刑法之發還條款為中心（上）/（下）〉，《司法周刊》，1871/1872期，2017年10月13/20日，頁2-3/2-3。
- 劉邦繡，〈論偵查程序中犯罪利得扣押與強制執行程序金錢債權扣押收取之競合——從偵查審判實際案例出發〉，《月旦裁判時報》，61期，2017年7月，頁39-64。
- 潘怡宏，〈保全扣押之發動要件與扣押競合之處理（一）/（二）〉，《法務通訊》，2818/2819期，2016年9月23/30日，頁4-6/4-6。
- 潘怡宏，〈論保全證據與保全沒收執行之獨立扣押的競合〉，《萬國法律》，207期，2016年6月，頁15-27。
- 蔡佩玲，〈錢的秩序與遊戲——洗錢防制新法解析〉，《月旦刑事法評論》，4期，2017年3月，頁109-116。
- 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，頁1493-1529。
- 薛智仁，〈犯罪所得沒收制度之新典範？評析食安法第四十九條之一之修正〉，《臺大法學論叢》，44卷特刊，2015年11月，頁1327-1394。
- 薛智仁，〈評析減免沒收條款〉，《月旦法學雜誌》，252期，2016年5月，

頁 63-83。

謝國欣，〈建構整合型沒收機制——英國犯罪收益法初探〉，《月旦刑事法評論》，4 期，2017 年 3 月，頁 149-163。

謝煜偉，〈刑法沒收新制基礎問題省思〉，收錄於：《法學與風範——陳子平教授榮退論文集》，2018 年 1 月，頁 339-365。

簡士淳，〈犯罪資產沒收之法制架構與實務觀察——以美國聯邦與加州沒收制度作為反思契機〉，《月旦法學雜誌》，265 期，2017 年 6 月，頁 187-218。





附錄：德國法沒收 2017 年新法相關條文

A. 刑事訴訟法 (StPO)

第 111b 條	保全沒收或銷燬之扣押
	<p>(1) 若有理由足認對某標的沒收或銷燬之要件存在，則得為保全執行而扣押該標的。若係存在重大理由足認上開情事，則宜命令扣押。第 94 條第 3 項之適用不受影響。</p> <p>(2) 第 102 條至第 110 條準用之。</p>
第 111c 條	扣押之執行
	<p>(1) 動產之扣押係透過對該物取得持有的方式執行。此扣押亦得以封印或以其他方式加以標識的方式執行。</p> <p>(2) 債權或者其他不適用對不動產強制執行規定之財產上權利之扣押，係透過質押的方式執行。民事訴訟法上有關對債權及其他財產權強制執行之規定，於此意義相符者有所適用。質押裁定中應同時要求第三債務人為民事訴訟法第 840 條第 1 項所示之澄清。</p> <p>(3) 土地或者適用對不動產強制執行規定之權利之扣押，係透過在土地登記簿上為扣押登記的方式執行。有關強制拍賣時扣押之範圍，強制拍賣及強制管理法之規定準用之。</p> <p>(4) 對船舶、建造中船舶或航空器之扣押，係依第 1 項的方式執行。若該標的在船舶登記簿、造船登記簿，或是航空器質權登記簿已為登記者，扣押登記亦須在該登記簿上為之。若是得登記之建造中船舶或航空器，則得為此目的預告登記；因有執行名義而得要求登記入簿之人，其預告登記時所適用之規定，於此準用之。</p>
第 111d 條	扣押執行之效力；動產發還關係人
	<p>(1) 對特定標的扣押之執行有民法第 136 條意義下之轉讓禁止效力。此扣押之效力不因對扣押關係人之財產開啟破產程序而受影響；依 111c 條所為之處分在上開破產程序中不得經破產撤銷而失效。</p> <p>(2) 若關係人提出相當於扣押物價值之金額，該扣押動產得發還予關係人。該提出之金額取代該物之地位。扣押物亦得在保留隨時廢止權的情況下，發還關係人使其暫時繼續使用直至程序終了；此處分得取決於關係人有無提供擔保或履行一定條件。</p>

第 111e 條	<p>保全沒收替代價額之財產假扣押</p> <p>(1) 若有理由足認，沒收替代價額之要件存在，則得為保全其執行，對關係人之可動及不動財產命令財產假扣押。若係存在重大理由足認上開情事，則宜命令財產假扣押。</p> <p>(2) 若已作成對被告宣告刑之判決或核發處刑命令，則亦得為保全罰金及推測須負之刑事訴訟費用之執行，而命令財產假扣押。</p> <p>(3) 不得為保全執行費用作成假扣押。</p> <p>(4) 在假扣押命令中須表明被保全之請求權並敘明其金額。此外在命令中應確定關係人提存後，得要求避免假扣押之執行，並撤銷已進行之假扣押執行之金額；民事訴訟法第 108 條第 1 項準用之。</p> <p>(5) 第 102 條至 110 條準用之。</p> <p>(6) 依租稅通則第 324 條為命令之可能性，與依第 1 項所為之命令不相衝突。</p>
第 111f 條	<p>財產假扣押之執行</p> <p>(1) 對動產、債權，或者其他不適用對不動產強制執行規定之財產上權利執行之財產假扣押，係以質押的方式執行。民事訴訟法第 928 條和第 930 條意義相符者適用之。第 111c 條第 2 項第 3 句準用之。</p> <p>(2) 對土地或者其他適用不動產強制執行規定之權利執行之財產假扣押，係透過保全抵押權之登記生其效力。民事訴訟法第 928 條和第 932 條意義相符者適用之。</p> <p>(3) 對船舶、建造中船舶或航空器執行之財產假扣押，係依第 1 項之方式生其效力。若該標的在船舶登記簿、造船登記簿，或是航空器質權登記簿已為登記者，民事訴訟法第 928 條和第 931 條意義相符者適用之。</p> <p>(4) 在第 2 項和第 3 項第 2 句的情形，依第 111h 條第 1 項第 1 句所生連結民法第 136 條之轉讓禁止效力亦應登記之。</p>
第 111g 條	<p>財產假扣押執行之撤銷</p> <p>(1) 若關係人提存依第 111e 條第 4 項所確定之金額，則執行措施應予撤銷。</p> <p>(2) 若是基於罰金或者推測須負之刑事訴訟費用所命令之假扣押，只要被保全之標的是被告籌措其辯護費用、維護自身生計或其家庭生計所必需者，得依被告之聲請撤銷執行措施。</p>
第 111h 條	<p>財產假扣押執行之效力</p>

	<p>(1) 財產假扣押之執行有民法第 136 條意義下之轉讓禁止效力。於財產假扣押執行中產生之擔保權，適用破產法第 80 條第 2 項第 2 句。</p> <p>(2) 以假扣押執行之途徑而被保全之特定標的，在假扣押執行期間內不得對之強制執行。依租稅通則第 324 條所為之假扣押命令，若其假扣押請求權係自犯罪行為所生者，其命令之執行不受影響。</p>
第 111i 條	破產程序
	<p>(1) 若至少有一位被害人因犯罪行為而對犯罪利得之替代價額產生請求權，而針對假扣押關係人財產所為之破產程序已開啟，則假扣押保全之標的或者保全標的換價後獲取之收益，若被列入破產財團之範圍，其上依第 111h 條第 1 項留存之擔保權將消滅。若保全標的固著在其他國家，而在該國上述破產程序之開啟並不被承認，此時該標的上之擔保權不消滅。第 1 句和第 2 句準用於依第 111g 條第 1 項所提存之保證金上之質權。</p> <p>(2) 若有多個被害人存在，而財產假扣押所保全之標的價值，或保全標的換價後獲取之收益價值，不足以使被害人因犯罪行為所生，並且向檢察官主張實現之請求權獲得清償，檢察官應聲請就假扣押關係人之財產開啟破產程序。若有理由懷疑，無從依其聲請開啟破產程序，則檢察官不為開啟破產程序之聲請。</p> <p>(3) 若破產財產分配時有所剩餘，則國家就債務人之剩餘財產發還請求權，取得及至原財產假扣押數額之質權。於此範圍內破產管理人應發還剩餘財產予檢察官。</p>
第 111j 條	扣押及財產假扣押命令時之程序
	<p>(1) 扣押及財產假扣押係由法院命令之。在遲延有危險時亦得由檢察官作成命令。在第 2 句的要件下檢察官之偵查人員(法院組織法第 152 條)亦有權為動產之扣押。</p> <p>(2) 若是由檢察官命令扣押或假扣押，其應在 1 週內聲請法院為命令之確認。命令動產之扣押時不須為確認。關係人在任何情況下皆可隨時聲請法院裁決。法院之管轄權依第 162 條決定之。</p>
第 111k 條	扣押及財產假扣押執行時之程序
	<p>(1) 扣押和財產假扣押係由檢察官執行之。若假扣押是依對動產質押之規定而執行，則得由司法債權收取法第 2 條所示之機關、法院執行官、檢察官或其偵查人員(法院組織法第 152 條)執行。動產之扣押則得由檢察官之偵查人員(法院組織法第 152 條)執行。第 98 條第 4 項準用之。</p> <p>(2) 針對送達程序除了適用第 37 條第 1 項外，檢察官之偵查人員(法院組織法第 152 條)亦得受委託而實施。對於在國內有權營業之金</p>

	<p>融機構為送達時，民事訴訟法第 174 條準用之。</p> <p>(3) 針對扣押或財產假扣押執行過程中所涉之措施，關係人得聲請依第 162 條有管轄權之法院裁決。</p>
第 111i 條	通知
	<p>(1) 檢察官應就扣押或者財產假扣押之執行通知被害人。</p> <p>(2) 在扣押動產之情形，檢察官通知時應附隨諭知依第 111n 條及第 111o 條所為之發還程序的規範內容。</p> <p>(3) 若已執行財產假扣押，則檢察官通知時應附隨地同時要求被害人說明，其欲就犯罪利得之替代價額，是否及在多少額度之內，主張有自犯罪行為所生之請求權。通知時應附隨諭知第 111h 條第 2 項的規範內容，以及依第 111i 條第 2 項、第 459h 條第 2 項和第 459k 條之程序的規範內容。</p> <p>(4) 若一一通知個別被害人可能附隨不合比例之費用，通知得在聯邦公報上一次為之。此外通知亦得另以適合之方式公告之。若被害人不明或者行蹤不明，同樣適用之。個人資料僅在其敘明對被害人權利之維護不可或缺時方得公布。保全處分終結之後，檢察官應促請刪除該個人資料之公布。</p>
第 111m 條	被扣押或保全標的之管理
	<p>(1) 依第 111c 條被扣押或根據財產假扣押而依第 111f 條被保全之特定標的，由檢察官負責管理。其得將管理委託予其偵查人員（法院組織法第 152 條）或者法院執行官為之。若情形適當，管理亦得委託營他人為之。</p> <p>(2) 針對第 1 項管理框架下所涉之措施，關係人得聲請依第 162 條有管轄權之法院裁決。</p>
第 111n 條	動產之發還
	<p>(1) 若依第 94 條被扣押或以其他方式保全，或者依第 111c 條第 1 項被扣押之動產，就刑事程序之目的而言不再需要的話，則應發還予最後持有人。</p> <p>(2) 不同於第 1 項，若已知因刑事犯罪行為而物被剝奪之人，則應發還予該被害人。</p> <p>(3) 若有第三人之請求權排除對最後持有人或對被害人之發還，且該第三人已知，則應發還予該第三人。</p> <p>發還僅在其要件顯然該當時為之。</p>

第 111o 條	發還之程序
	<p>(1) 在偵查程序中或是程序確定終結之後，由檢察官裁判發還，其餘階段則由本案系屬法院為之。</p> <p>(2) 針對檢察官或其偵查人員之處分，關係人得聲請依第 162 條有管轄權之法院裁決。</p>
第 111p 條	緊急變賣
	<p>(1) 依第 111c 條被扣押或者第 111f 條被保全之特定標的，若面臨腐敗或顯著之價值貶損，或是其保管、照料或維護附隨著顯著之費用或困難性，則得出賣之（緊急變賣）。出賣收益取代被出賣標的之地位。</p> <p>(2) 緊急變賣由檢察官命令之。若在得取得檢察官之裁決前，特定標的即已面臨腐敗，其偵查人員（法院組織法第 152 條）亦有權為之。</p> <p>(3) 為命令前應使扣押或質押之關係人聽審。命令以及出賣之時間和地點，若可行的話亦應對關係人通知。</p> <p>(4) 由檢察官負責為緊急變賣之實行。檢察官亦得委託其偵查人員（法院組織法第 152 條）為之。其餘有關緊急變賣之事宜，民事訴訟法有關特定標的換價之規定意義相符者準用之。</p> <p>(5) 針對緊急變賣及其實行，關係人得向依第 162 條有管轄權之法院聲請裁決。法院得命令停止出賣，在緊急情況下亦得由審判長命令停止。</p>
第 111q 條	文書與設備之扣押
	<p>(1) 若扣押所產生之不利效果，特別是對無延遲傳播之公共利益的危害，顯然與該案件之意義相比不合比例時，不得依第 111b 條第 1 項對刑法第 74d 條意義下之文書或者設備命令扣押。</p> <p>(2) 文書中不含可刑罰性之可分部分，排除在扣押範圍外。扣押亦得在命令中進一步限縮。</p> <p>(3) 若關係人就文書中為扣押原因之部分，排除不為重製或傳播，則扣押得因此不發動。</p> <p>(4) 扣押週期性出版之刑法第 74d 條意義下之文書，或為其製作所需或所用之之設備，由法院命令之。扣押其他刑法第 74d 條意義下之文書，或為其製作所需或所用之設備，在遲延有危險時亦得由檢察官命令之。若檢察官之命令未於 3 日內經法院確認，則該命令失其效力。於扣押命令中應標示出文書中為扣押原因之段落。</p> <p>(5) 依第 4 項所為之扣押，若未在 2 個月內提起公訴或聲請單獨沒收，則應撤銷之。若因偵查之特殊範圍第 1 句所示之期間並不足夠，法</p>

	院得依檢察官之聲請，將期限再延長 2 個月。聲請得重複再為一次。在提起公訴或聲請單獨沒收之前，檢察官若聲請撤銷扣押，即應撤銷之。
--	--



第 459g 條	附帶效果之執行
	<p>(1) 物之沒收或銷燬之命令，係以自命令相對人處取走該物的方式執行。關於該執行適用司法債權收取法之規定。</p> <p>(2) 關於支付金錢為義務之附帶效果之執行，第 459 條、第 459a 條、以及第 459c 條第 1 項和第 2 項準用之。</p> <p>(3) 第 102 條至第 110 條、第 111c 條第 1 項和第 2 項、第 111f 條第 1 項、第 111k 條第 1 項和第 2 項，以及第 131 條第 1 項準用之。</p> <p>(4) 若被害人就犯罪利得或其替代價額之返還，有產自犯罪之請求權，而該請求權已消滅，法院應命令排除不執行依刑法第 73 條至第 73c 條所為之沒收。</p> <p>(5) 若犯罪利得之價值已不再存於關係人財產中，或該執行有其他不合比例之情事，則第 2 項之執行應依法院命令而不為之。但若事後得知或因情事變化發現有與依第 1 句所為之命令相牴觸之情況，執行應再次為之。</p>
第 459h 條	被害人之賠償
	<p>(1) 依刑法第 73 條至第 73b 條沒收之特定標的，應移轉返還於就犯罪利得標的有返還請求權之被害人或其權利繼受人。依刑法第 76a 條第 1 項，包括連結刑法第 76a 條第 3 項之情形，而被沒收之標的，同樣適用之。刑法第 75 條第 1 項第 2 句之情形，被沒收之標的僅在被害人或其權利繼受人有依期限向執行機關登記其權利的情況下，發還予被害人或其權利繼受人。</p> <p>(2) 若法院依刑法第 73c 條及第 76a 條第 1 項第 1 句，包括連結第 76a 條第 3 項之情形，宣告沒收，則因財產假扣押而被保全之財產換價所得之收益，應給付予就犯罪利得替代價額有產自犯罪之請求權的被害人或其權利繼受人。第 111i 條準用之。</p>
第 459i 條	通知
	<p>(1) 依刑法第 73 條至第 73c 條及第 76a 條第 1 項第 1 句，包括連結刑法第 76a 條第 3 項之情形，所為之沒收命令確定時，應無遲延地通知被害人。該通知應予送達；第 111i 條第 4 項準用之。</p> <p>(2) 在沒收特定標的的情況，通知應附隨諭知依第 459h 條第 1 項所生之</p>

	<p>請求權，以及第 459j 條進行之程序。在沒收替代價額的情況，通知須附隨諭知依第 459h 條第 2 項所生之請求權，以及依第 459k 條至第 459m 條進行之程序。</p>
<p>第 459j 條</p>	<p>返還及發還移轉之程序</p>
	<ol style="list-style-type: none"> (1) 被害人或其權利繼受人須在沒收命令確定之通知（第 459i 條）後 6 個月內，向執行機關登記其依第 459h 條第 1 項所生之移轉返還請求權。 (2) 若自沒收命令以及其確定之犯罪事實，並無疑問可得出聲請人有請求權基礎，則應將沒收標的返還移轉或發還予聲請人。否則須由法院另為許可方能為之。法院係依第 459 條第 1 項之要件許可返還移轉或發還。當聲請人未能釋明其請求權基礎時，應拒絕許可；民事訴訟法第 294 條於此適用之。 (3) 在為移轉返還或發還請求之裁決前，應使沒收命令之相對人聽審。但僅在聽審可得實行時適用之。 (4) 若被害人錯過第 1 項第 1 句所稱之期間，則其得在第 44 條和第 45 條所示之要件下，請求回復原狀為先前之狀態。 (5) 雖有依第 1 項進行之程序，被害人及其權利繼受人仍得提示民事訴訟法第 704 條意義下可執行之終局判決，或是其他確認其具備權利之民事訴訟法第 794 條意義下的執行名義，主張實現其依第 459h 條第 1 項所生之移轉返還或發還請求權。
<p>第 459k 條</p>	<p>給付換價收益之程序</p>
	<ol style="list-style-type: none"> (1) 被害人或其權利繼受人須在沒收命令確定之通知後 6 個月內，向執行機關登記其依第 459h 條第 2 項所生之請求給付換價收益請求權。登記時須一併表明請求權之額度。 (2) 若自沒收命令以及其確定之犯罪事實，並無疑問可得出聲請人有請求權基礎，額度多少，則應在額度範圍內將換價收益給付予聲請人。否則需由法院為許可方能為之。否則須由法院另為許可方能為之。法院係依第 459 條第 2 項之要件許可給付換價收益。當聲請人未能釋明其請求權基礎時，應拒絕許可；民事訴訟法第 294 條於此適用之。 (3) 在為給付請求之裁決前，應使沒收命令之相對人聽審。但僅在聽審可得實行時適用之。 (4) 若被害人錯過第 1 項第 1 句所稱之期間，則其得在第 44 條和第 45 條所示之要件下，請求回復原狀為先前之狀態。 (5) 雖有依第 1 項進行之程序，被害人及其權利繼受人仍得提示民事訴訟法第 704 條意義下可執行之終局判決，或是其他確認其具備權利之民事訴訟法第 794 條意義下的執行名義，主張實現其依第 459h 條

	第 2 項所生之給付收益請求權。具存續力之公法上金錢債權執行名義等同於民事訴訟法第 704 條意義下可執行之終局判決。
第 459i 條	關係人之請求權
	<p>(1) 若沒收命令之相對人提示民事訴訟法第 704 條意義下可執行之終局判決，或是其他確認被害人就犯罪利得標的之返還，有自犯罪行為所生之請求權的民事訴訟法第 794 條意義下之執行名義，則沒收相對人得要求將沒收之特定標的，依第 459h 條第 1 項之要件，移轉返還或是發還予被害人或是其權利繼受人。第 459j 條第 2 項準用之。</p> <p>(2) 若替代價額沒收命令之相對人，清償了被害人就犯罪利得或其替代價額之返還自犯罪行為所生之請求權，而依第 459k 條第 2 項第 1 句，換價收益應依第 459h 條第 2 項給付予被害人，則沒收相對人得於其清償之範圍內，要求自換價收益中受補償。第 459k 條第 2 項第 2 句至第 4 句準用之。請求權之清償須有被害人或其權利繼受人出具之收據作為釋明。在為補償請求之裁決前，應使被害人或其權利繼受人聽審，但僅在聽審可得實行時適用之。</p>
第 459m 條	其他情形下之賠償
	<p>(1) 在第 111i 條第 3 項之情形下，若被害人或其權利繼受人提示民事訴訟法第 704 條意義下可執行之終局判決，或是其他確認其具備權利之民事訴訟法第 794 條意義下的執行名義，剩餘財產應給付予被害人或其權利繼受人。第 459k 條第 2 項和第 5 項第 2 句準用之。但若自破產程序終結時起已經過兩年者，給付不得為之。在第 111i 第 2 項之情形，若破產程序未實行，準用第 1 句至第 3 句。</p> <p>(2) 若在破產程序終結後，或在依刑法第 73c 條和第 76a 條第 1 項第 1 句，包括連結刑法第 76a 條第 3 項之情形，宣告替代價額沒收而已執行，換價收益之給付已結束後，又扣得財產標的，第 1 項第 1 句和第 2 句準用之。</p>
第 459n 條	支付替代價額沒收
	若沒收命令之相對人，就依刑法第 73c 條和第 76a 條第 1 項第 1 句，包括連結刑法第 76a 條第 3 項之情形，所為之替代價額沒收之命令予以支付，則第 459h 條第 2 項，以及第 459k 條和第 459m 條準用之。
第 459o 條	針對執行法上裁決之異議
	針對執行機關依第 459a 條、第 459c 條、第 459e 條以及第 459g 至第 459m 條所為之裁決提出之異議，由法院裁決之。

B. 刑法 (StGB)



第 73 條	犯罪行為人和犯罪參與者犯罪收益之沒收
	<p>(1) 若犯罪行為人或犯罪參與者，透過違法之犯罪行為或為做該犯罪行為而有所利得，法院應命令沒收該利得。</p> <p>(2) 若犯罪行為人或犯罪參與者自犯罪利得獲取使用收益，法院亦應命令沒收使用收益。</p> <p>(3) 法院亦得對這些犯罪行為人或犯罪參與人獲得之標的命令沒收：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 透過轉讓利得所得，或因利得之毀壞、受損或被徵收所受之補償2. 因其利得權利而更有所得者
第 73a 條	犯罪行為人和犯罪參與者犯罪收益之擴大沒收
	<p>(1) 若行為人為一違法之犯罪行為，法院亦應命令沒收犯罪行為人或犯罪參與者所有，透過其他犯罪行為或為做該其他犯罪行為利得之標的。</p> <p>(2) 若犯罪行為人或犯罪參與者在依第 1 項所為之沒收命令前參與另一違法犯罪行為，法院因而就其所有之標的再次裁判沒收時，須考慮先前已經作成之沒收命令。</p>
第 73b 條	第三人犯罪收益之沒收
	<p>(1) 若有下列情形時，依第 73 條和第 73a 條所為之沒收命令，應對非犯罪行為人或犯罪參與者之第三人為之：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 該第三人透過犯罪行為有利得，且犯罪行為人或犯罪參與者係為該第三人而為行為2. 利得係該第三人<ol style="list-style-type: none">a) 無償地或無法律原因而受移轉者b) 明知或可得而知，該利得係產自違法之犯罪行為而受移轉者3. 利得係該第三人作為<ol style="list-style-type: none">a) 繼承人所受者移轉者b) 特留分請求權人或受遺贈權人而受移轉者 <p>若利得先前已經無償而具法律上原因地移轉予第三人，而該第三人不知或非可得而知，該利得係產自違法犯罪行為，則第 1 句編號 2 和編號 3 不適用之。</p> <p>(2) 若第三人係在第 1 項第 1 句編號 2 或編號 3 之要件下獲得與犯罪利</p>

	<p>得價值相當之標的，或是收取使用收益，則法院亦應命令沒收之。</p> <p>(3) 在第 1 項第 1 句編號 2 或編號 3 之要件下，法院亦得命令下列利得物之沒收：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 透過轉讓利得標的之所得，或因利得之毀壞、受損或被徵收而所受之補償 2. 因其利得權利而更有所得者
第 73c 條	<p>犯罪收益價額之沒收</p>
	<p>若標的之沒收因犯罪利得的特性，或基於其他理由而無法為之，或是已排除得依第 73 條第 3 項或第 73b 條第 3 項沒收替代標的之可能時，則法院應命令沒收與利得價值相符之金錢價額。若法院命令特定標的之沒收時，該標的之價值不及初始利得之價值，法院亦應同時針對其間價差為上述命令。</p>
第 73d 條	<p>犯罪利得價值之確定；估算</p>
	<ol style="list-style-type: none"> (1) 確定犯罪利得之價額時，應扣除犯罪行為人、犯罪參與者或其他第三人支出之費用。但若是為了犯罪行為之實行或其預備所支出或投入，而非給付予被害人以履行對被害人之債務者，不列入扣除之範圍。 (2) 利得之範圍和價值包含扣除之支出，得估算之。
第 73e 條	<p>犯罪收益或其替代價額沒收之排除</p>
	<ol style="list-style-type: none"> (1) 若被害人就犯罪利得或其替代價額，自犯罪行為所生之返還請求權已消滅時，依第 73 條至第 73c 條所為之沒收不得為之。 (2) 在第 73b 條，包括連結第 73c 條的情形，若犯罪利得之價值在沒收命令時，已不再存於關係人財產中，除非先前應許對犯罪行為人或犯罪參與者沒收之情狀，在不當得利消滅之時點為關係人所明知或因輕率而不知，否則沒收亦不得為之。
第 74 條	<p>犯罪行為人和犯罪參與者之犯罪製品、犯罪工具和犯罪客體之沒收</p>
	<ol style="list-style-type: none"> (1) 經由故意犯罪行為所產製（犯罪製品），或者為其實行或預備所需或所用（犯罪工具）之標的，得沒收之。 (2) 涉及刑事犯罪行為之標的（犯罪客體），在有特別規定時依其要件沒收之。 (3) 僅在沒收標的於裁判時，屬於或歸屬於犯罪行為人或犯罪參與者的情形，方得沒收。依特別規定得逾越第 1 項之範圍，或得為其他沒收者，亦適用上述。

第 74a 條	<p>第三人之犯罪製品、犯罪工具和犯罪客體之沒收</p> <p>若依法所示有本條之適用，而於裁判時沒收標的所屬於或歸屬於之人有下列情形時，則不適用第 74 條第 3 項，亦得沒收該標的：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 該人至少是輕率地促成了，該標的被用作犯罪工具或成為犯罪客體 2. 該人係在對允許沒收之情狀有認識的情況下，以可非難之方式取得該標的
第 74b 條	<p>保安沒收</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) 若危險標的依其種類和其他情狀會危害公共，或是有被用以違犯違法行為之危險，則在下列情況亦得被沒收： <ol style="list-style-type: none"> 1. 犯罪行為人或犯罪參與者行為時無罪責 2. 該標的係屬於或歸屬於犯罪行為人或犯罪參與者以外之人 (2) 在第 1 項編號 2 之情形，該第三人應自國庫獲得經考量沒收標的之市價係屬適當之金錢補償。若被沒收之標的，設定有第三人因沒收裁判而消滅或受侵害之權利，則同樣適用之。 (3) 下列情況下不予補償： <ol style="list-style-type: none"> 1. 依第 2 項有權受補償之人 <ol style="list-style-type: none"> a) 至少是輕率地促成了，該標的被用作犯罪工具或成為犯罪客體，或是 b) 係在對允許沒收之情狀有認識的情況下，以可非難之方式取得該標的或其上之權利 2. 依照據以沒收之情狀，若基於刑法以外之法規，係允許不對上述有權受補償之人補償，即得永久剝奪標的或標的上之權利者 但若不予補償會生不合理之過苛，則不適用第 1 句，仍得予以補償。
第 74c 條	<p>犯罪行為人和犯罪參與者之犯罪製品、犯罪工具和犯罪行為客體之價額沒收</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) 若對某特定標的之沒收，因犯罪行為人或犯罪參與者將之轉讓、用罄，或以其他方式妨礙而不得為之，則法院得對該人命令與標的價值相當之金錢價額之沒收。 (2) 若犯罪行為人或犯罪參與者在沒收裁判前就該標的為第三人設定權利負擔，而無法命令或在未為補償的情況下不得命令該權利消滅（第 74b 條第 2 和 3 項和第 75 條第 2 項），則法院亦得附隨或取代標的之沒收，為上述替代價額之命令。若法院係附隨沒收為替代價額之命令，則應依標的上負擔之價值，決定替代價額之額度。

	(3) 標的及其負擔之價值得估算之。
第 74d 條	文書之沒收與銷燬
	<p>(1) 若文書（第 11 條第 3 項）依其所含內容，對其內容有認識而故意散播之，將實現刑法之犯罪構成要件，而至少一份文件已透過違法行為散播，或者確定將被散播，則文書應予沒收。若是被用作或原應為製造該文書所需或所用的設備，或者複製用的樣板，應予命令銷燬。</p> <p>(2) 此沒收僅及於對散播或散播之預備有協力之人所占有之文書，或是已公開陳列之文書，或是在散播時經遞送而尚未送達收件人之文書。</p> <p>(3) 若文書（第 11 條第 3 項）依其所含內容，對其內容有認識而故意散播之，在有進一步犯罪行為情狀加入的情況下，將實現刑法之犯罪構成要件，第 1 項準用之。但沒收和銷燬僅在下列情況下為之：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 文書以及第 1 項第 2 句所示之設備，係犯罪行為人、犯罪參與者，或為其他為其等犯罪之第三人所占有，或者為該些人散播所用者 2. 為了防止第 1 款所示之人違法散播，處分係有必要之情形。 <p>(4) 若文書（第 11 條第 3 項）或者至少有文書的一件，經展覽、張貼、展示，或者以其他方式使之公開可接近，則相當於第 1 項至第 3 項意義下之散播。</p> <p>(5) 若沒收物於沒收或銷燬之裁判確定當時，係屬於或歸屬於犯罪行為人或犯罪參與者以外之人，或設定有第三人因沒收裁判將消滅或受侵害之權利，則該人應自國庫獲得經考量沒收標的之市價係屬適當之金錢補償。第 74b 條第 3 項準用之。</p>
第 74e 條	對機構和代表人之特別規定
	<p>若為下列之人</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 法人有權代表之機關，或該機關之成員 2. 不具權利能力團體之董事會，或該董事會之成員 3. 具權利能力之合夥團體中有權代表之合夥人 4. 法人或是編號 2 或 3 所稱之人合團體之概括受任人，或者居領導地位之經理人或者特定行為之特別受任人 5. 其負責法人或是編號 2 或 3 所稱之人合團體，其營業或經營之領導之特定人，就此亦包含對業務執行為監督之人，或對其他特定事務之實行以領導地位具控制權能之人 <p>而遂行在第 74 至 74c 條之其他要件下，得對該人沒收標的或其替代價額之行為，或者該行為成立不予補償之事由，則該行為在適用該些規定時，歸責予上述被代理人。第 14 條第 3 項準用之。</p>

<p>第 74f 條</p>	<p>比例原則</p> <p>(1) 若沒收無特別規定，則在第 74 條和第 74a 條之情形，如沒收與所犯之犯罪行為和沒收關係人所涉之可非難性相比不符比例者，得不予命令沒收。在第 74 至 74b 條和第 74d 條之情形，如沒收之目的得以干預較小之處分達成，則法院得命令保留沒收。特別考慮為下列指示：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 將標的銷燬 2. 除去標的上之特定裝置或標識，或是就標的為其他變更 3. 就該標的以特定方式為處分 <p>若指示已被遵循，則沒收之保留應予撤銷；否則法院應事後再宣告沒收。若沒收無特別規定，得限制在標的之部分為之。</p> <p>(2) 在第 74d 條第 1 項第 2 句和第 3 項銷燬之情形，準用第 1 項第 2 和 3 句。</p>
<p>第 75 條</p>	<p>沒收之效力</p> <p>(1) 若對標的宣告沒收，則該物之所有權或沒收權利，在下列情況，隨著裁判之確定移轉予國家，當該標的</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 於此時屬於或歸屬於命令關係人 2. 係屬於或歸屬於第三人，而該第三人是在對犯罪行為情狀有認識之情況下，為了犯罪或基於其他目的提供該物 <p>在其他情況下，於沒收命令確定之通知後 6 個月時，除非沒收標的所屬於或歸屬於之人，事先向執行機關登記其權利，否則物之所有權或其他權利移轉予國家。</p> <p>(2) 此外第三人於該標的上既有之權利不受影響。但在第 74b 條所示之情形，法院應命令該權利消滅。在第 74 條和第 74a 條之情形，則在下列情況，法院得命令第三人之權利消滅，當該第三人</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 至少是輕率地促成了，該標的被用作犯罪工具，或者成為犯罪客體 2. 標的上之權利，係在對允許沒收之情狀有認識的情況下，以可非難之方式取得者 <p>(3) 及至物之所有權或其他權利移轉予國家時，沒收或保留沒收之命令，有民法第 136 條意義下之轉讓禁止效力。</p> <p>(4) 在刑事訴訟法第 111d 條第 1 項第 2 句之情形，不適用破產法第 91 條。</p>
<p>第 76 條</p>	<p>事後宣告替代價額之沒收</p>

	<p>若對標的沒收之命令，因第 73c 條或第 74c 條中所示之要件於沒收命令後始該當或被知悉，以致於命令不足或無法實行時，則法院得事後宣告替代價額之沒收。</p>
<p>第 76a 條</p>	<p>單獨沒收</p>
	<p>(1) 若因犯罪行為而無特定人被追訴或受有罪判決時，則當處分所規定之其他要件都該當時，法院應單獨宣告沒收或銷毀。若沒收得依裁量為之，則法院係得依裁量單獨宣告沒收。若告訴、授權、追訴請求有所欠缺，或先前已經裁判確定，沒收則不應宣告。</p> <p>(2) 在第 73 條、第 73b 條及第 73c 條之要件下，若犯罪行為已罹追訴時效，單獨宣告沒收犯罪收益或單獨宣告沒收犯罪收益之價額仍得為之。在第 74b 條和第 74d 條之要件下，單獨宣告保安沒收、單獨宣告沒收文書及銷毀，同樣適用之。</p> <p>(3) 若法院免除刑罰，或訴訟依檢察官或法院裁量，或其兩者一致同意而停止時，第 1 項亦適用之。</p> <p>(4) 若產自某一違法犯罪行為之標的，因具第 3 句所示之刑事犯罪行為嫌疑，而在程序中被保全，則當被保全之關係人未因該刑事犯罪行為被追訴或受有罪判決時，亦得單獨宣告沒收。若標的被宣告沒收，則該物或權利之所有權，在沒收裁判確定時移轉予國家；第 75 條第 3 項準用之。第 1 句意義下之刑事犯罪行為係指：</p> <p>1. 刑法：</p> <ul style="list-style-type: none"> a) 第 89a 條預備為危害國家之嚴重暴行之罪、第 89c 條第 1 項至第 4 項資助恐怖組織， b) 第 129 條第 1 項建立犯罪組織之罪，和第 129a 條第 1、2、4、5 項建立恐怖組織之罪，各自包括連結第 129b 條第 1 項之情形， c) 第 184b 條第 1 項媒介賣淫之罪，包括連結第 3 項之情形 d) 第 184b 條第 2 項情形下散播、取得和占有兒童色情文書之罪， e) 第 232 條至第 232b 條以營業性或組織性地為人口販運、強制賣淫和強制工作之罪，以及第 233 條和第 233a 條組織性地為勞動剝削和利用剝奪行動自由而為剝削之罪， e) 第 261 條第 1、2 和 4 項之洗錢、掩蓋非法取得財產價值之罪 <p>2. 租稅通則：</p> <ul style="list-style-type: none"> a) 第 370 條第 3 項編號 5 所稱之要件下逃漏稅捐之罪 b) 第 373 條營業性地、暴力性地和組織性地為走私行為之罪 c) 第 374 條第 2 項情形下非法避稅之罪 <p>3. 避難法：</p>

	<p>a) 第 84 條第 3 項誘使濫用避難申請之罪，</p> <p>b) 第 84a 條營業性和組織性地為誘使濫用避難申請行為之罪，</p> <p>4. 居留法</p> <p>a) 第 96 條第 2 項自外國偷渡他人入境之罪，</p> <p>b) 第 97 條偷渡他人致死以及營業性和組織性為偷渡他人行為之罪</p> <p>5. 外貿法：</p> <p>第 17 條和第 18 條之故意犯罪</p> <p>6. 麻醉藥品法：</p> <p>a) 與第 29 條第 3 項第 2 句編號 1 所連結之規定中，依各該要件所成立之犯罪，</p> <p>b) 依第 29a 條、第 30 條第 1 項編號 1、2 和 4，以及第 30a 條和第 30b 條所成立之犯罪</p> <p>7. 戰爭武器控管法：</p> <p>a) 第 19 條第 1 至 3 項和第 20 條第 1 和 2 項，以及第 20a 條第 1 至 3 項之犯罪，各自包括連結第 21 條之情形</p> <p>b) 第 22a 條第 1 至 3 項之犯罪</p> <p>8. 武器法：</p> <p>a) 第 51 條第 1 至 3 項之犯罪，</p> <p>b) 第 52 條第 1 項編號 1 和 2 字母 c 和 d 以及第 5 和 6 項之犯罪。</p>
第 76b 條	犯罪收益及其價額沒收之追訴權時效
	<p>(1) 依第 73a 條和第 76a 條所為，犯罪收益或犯罪收益之價額之擴大和獨立沒收，追訴權時效 30 年。犯罪行為人或犯罪參與者或第 73b 條意義下之第三人，透過或為了違法犯罪行為而有利得，追訴權時效自該行為終了時起算。第 78b 條和第 78c 條準用之。</p> <p>(2) 在第 78 條第 2 項和國際刑法第 5 條之情形，依第 73 條和第 76a 條所為，對犯罪收益或犯罪收益之替代價額之擴大和獨立沒收，不罹於追訴權時效。</p>

C. 秩序違反罰法 (OWiG)

第 29a 條	犯罪收益價額之沒收
	(1) 若行為人透過一個得處以罰鍰的行為，或為了為該行為，而有所利

	<p>得，而對其不能因該行為而課予罰鍰時，則得對其宣告及至相當於利得價額之金額的沒收。</p> <p>(2) 及至第 1 項所稱之金額的沒收宣告，得對非行為人之他人為之，當</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 該第三人透過得處以罰鍰的行為有利得，且犯罪行為人係為該第三人而為行為 2. 利得係該第三人 <ol style="list-style-type: none"> a) 無償地或無法律原因而受移轉者 b) 明知或可得而知，該利得係產自違法之犯罪行為而受移轉者 3. 利得係該第三人作為 <ol style="list-style-type: none"> a) 繼承人所受者移轉者 b) 特留分請求權人或受遺贈權人而受移轉者 <p>若利得先前已經無償而具法律上原因地移轉予第三人，而該第三人不知或非可得而知，該利得係產自得處以罰鍰之行為，則第 1 句編號 2 和編號 3 不適用之。</p> <p>(3) 確定犯罪利得之價額時，應扣除犯罪行為人或第三人支出之費用。但若是為了違罰行為之實行或其預備所支出或投入者，不列入扣除之範圍。</p> <p>(4) 利得連同扣除的費用之價額和範圍，得估算之。第 18 條準用之。</p> <p>(5) 若對行為人未開啟罰鍰程序，或者程序已停止，沒收得單獨宣告之</p>
--	--

D. 刑事訴訟法施行法 (StPOEG)

第 14 條	刑事財產剝奪改革法之過渡條款
	2017 年 4 月 13 日通過之刑事財產剝奪改革法 (BGBl. I S. 872)，不適用於因有刑法第 73 條第 1 項第 2 句意義下之被害人請求權而未宣告利得沒收，及至該法生效時已確定之判決或處刑命令之訴訟程序。

E. 刑法施行法 (StGBEG)

第 316h 條	刑事財產剝奪改革法之過渡條款
----------	----------------

	<p>若針對 2017 年 7 月 1 日以前所為之犯罪行為，於該時點之後裁判宣告犯罪收益或犯罪收益之價額的沒收，不適用刑法第 2 條第 5 項，2017 年 4 月 13 日通過之刑事財產剝奪改革法（BGBl. I S. 872）中修正公布之刑法第 73 條至第 73c 條、第 75 條第 1 和 3 項、以及第 73d 條、第 73e 條、第 76 條、第 76a 條、第 76b 條和第 78 條第 1 項第 2 句應予適用。2017 年 4 月 13 日通過之刑事財產剝奪改革法（BGBl. I S. 872）的規定，不適用於及至 2017 年 7 月 1 日，已經做成利得沒收或者替代價額之利得沒收裁判之程序。</p>
--	---