

肯亞犯罪後，海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議沒有發揮功能，在沒有通知我們的情況下，他們就被強行帶走，這就是我們共同面臨的問題，無論是民進黨或國民黨、520 之前的政府或 520 之後的政府，大家都必須要去面對。

另外，提案 D 與提案 E 的提案人增加蔡委員易餘、張委員宏陸及尤委員美女。

現在休息 5 分鐘，再繼續進行下一個議程。

休息

繼續開會

主席：現在繼續開會，繼續審查司法院、行政院函請審議「刑事訴訟法部分條文修正草案」及「刑事訴訟法施行法增訂第七條之九條文草案」案。本會分別於 3 月 14 日本會期第 5 次會議及 3 月 28 日本會期第 10 次會議進行審查，已通過部分條文，尚有增訂第四百五十五條之十三，含委員柯建銘等 3 人所提修正動議第四百五十五條之十五、第四百五十五條之十九、第四百五十五條之二十三、第四百五十五條之二十六、第四百五十五條之二十七、第四百五十五條之三十五、第四百五十五條之三十七及第四百五十五條之三十八等九條保留條文，另定期繼續逐條審查，今天就針對上述保留條文繼續審查。

各位委員，我們現在就逐條進行審查。

現在就是已經有修訂過的，之前針對司法院版及行政院版尚未通過的這些條文，大家提供了一些折衷的意見，因此，現在我們就逐條進行討論。

顧委員立雄：司法院所提的條文，法務部是否已經看過？如果沒有的話，法務部可能要先看一下。

主席：法務部手上有司法院已經修改過的條文嗎？之前的爭議就是針對第四百五十五條之十三。

尤委員美女：請法務部先說明第四百五十五條之十三。

顧委員立雄：第四百五十五條之十三可能要與第四百五十五條之二十六一併說明，是嗎？

蔡廳長彩貞：其實依照順序也可以，如果依照順序的話，第四百五十五條之十三關於沒收的部分，應該是法院依職權賦予的法律效果，原本是檢察官提起公訴時一併聲請，沒收第三人財產者應於起訴書記載該意旨，並通知下列事項，我們把一併聲請改成認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載該意旨，這是彰顯法院的職權，我們當然也尊重檢察官，當檢察官在審理中認應沒收第三人財產的時候，得以延遲或書面向法院呈報。

尤委員美女：法務部有沒有意見？

余副司長麗貞：這條是強調希望檢察官仍然有聲請權，至於這個聲請權是要用書面或言詞，我認為是程序與格式的問題。從乙案的部分就一直強調檢察官要有聲請權，即便是像德國這樣一個採取職權調查的國家，一樣不妨礙檢察官在法院執行職權時仍然有其職權，但是，司法院提出來的是檢察官促請法院注意要沒收，這與我們在乙案希望檢察官有聲請權的主張，其實還是有落差的。

顧委員立雄：主席，本席建議這一條先行保留，我們往下走會比較有進展，反正司法院與法務部對於這一條及後面的二十六有截然不同的看法，到時候再取一些折衷點。我們就繼續往下走，也許是走那些法務部沒有意見而司法院有修改或委員有意見的部分。

主席：這一條就暫時保留。

接下來處理第四百五十五條之十五，請司法院說明一下。

蔡廳長彩貞：原本第四百五十五條之十五是指兩種情形，分別是沒收已無實益或沒收的程度顯不相當時，法院可以經過檢察官或自訴代理人的同意，免予沒收，這是屬於訴訟經濟的考量。上次協商時委員指教，第一款會與我們實體法上的「過苛」重疊，這樣或許會構成法官在適用上讓實體法的過苛失去其規範的功能，針對委員提出的指示，如果將第一條刪除的話，我們回去檢視發現確實是有一些重疊，因此，依照委員原來的建議，我們修正成今天提出的條文，只保留第二款，而且是寫在一起，敬請各位指教。

顧委員立雄：我們是否就依照司法院的修正動議通過？

主席：第四百五十五條之十五就修正通過。

接下來處理第四百五十五條之二十三，請司法院提出說明。

蔡廳長彩貞：關於第四百五十五條之二十三，我們原本認為沒收是附隨於被告刑事本案的程序，因此，我們保留了被告可以詰問證人的權利，而參與沒收程序的第三人也與被告一樣，保留了第三人可以詰問證人的權利，但是，沒收程序的部分畢竟是附隨的，並不需要適用複雜的程序，所以我們排除了第一百六十六條第二項到第一百六十六條第六項以及第一百六十六條之一，原本我們是併同第一百六十六條第一項也一起排除，以至於引起法務部代表們的一些困擾，以為我們要徹底將第三人的反對詰問權拿掉，所以，我們做了一個適度的修正，謝謝。

主席：針對這個部分，法務部有什麼看法？

余副司長麗貞：針對第三人沒收或被告沒收的部分，採取的是職權調查主義，然而，職權調查主義並沒有傳聞法則的適用，譬如德國法就是如此。事實上，民國 92 年修法時的立法理由第一點就表示，傳聞法則與當事人進行主義有密切的關係，意在確保當事人的權利，當這個法是走職權進行主義時，為什麼還要留著傳聞主義的同樣證據的適用？因此，關於乙案的部分，我們認為既然是職權調查主義，應該包括傳聞的部分也要一併排除。

顧委員立雄：主席，本席認為這一條還是予以保留，我們再繼續往下進行，能夠通過幾條就算幾條，好嗎？

蔡廳長彩貞：對不起，我想請問一下，現在主席是照著我們有提出對案的條次進行，但是，在這中間會跳過原來第四百五十五條之十九的部分。

主席：好，我們還是照順序進行，因此，現在回頭應該是哪一條？

蔡廳長彩貞：關於第四百五十五條之十九，原本的乙案行政院版是多了第二項，後來法務部的代表在上次協商時提出，他們指的是參與沒收程序的第三人對於被告本案的部分也可以當作證人，當時大家認為這是固不待言，似乎不必另有明文。

余副司長麗貞：關於這個部分，其實我們與司法院的立場是一樣的，雖然對於第三人的沒收可以主張被告的權利，但是，對於本案的部分是否能主張緘默權，大家的立場都是一樣。如果擔心未來在實務上的運作會有困擾，我們建議把它放在條文的第二項，既然第四百五十五條之十九是參考日本緊急應變法第四條第一項的規定，但日本也有第二項的部分，為什麼我們就只 follow

第一項，卻不 follow 第二項？因此，法務部認為既然立場一樣，那就讓日本此條文的精神完全進來，其實，院部對於這部分並沒有不同的立場。

蔡廳長彩貞：如果法務部的代表認為剛才我們這樣的陳述並沒有誤會他們的意思，那麼在實務上使用是否就不會有誤解？因此，我們是否能將它寫在理由裡面？

主席：寫在哪裡？

蔡廳長彩貞：寫在立法說明裡面，以此促請法官注意即可。

余副司長麗貞：就是怕會有爭議，事實上，日本就把被告的權利做第三人也予以保障放在第一項，而司法院也援引了，同樣的，既然有第二項的規定，為什麼只列第一項，卻不列第二項？這樣做可以讓它更完整、更沒有爭議，為什麼還要從立法理由中去找適用的標準？既然大家都沒有歧異，那麼放在第二項可以讓法官更容易遵循，不必等到有爭議時再去找立法理由，事實上，這個部分並沒有爭議。

蔡廳長彩貞：我們現在先確認法務部與我們的意見並沒有爭議，並不代表未來法官與檢察官在適用上就沒有爭議，事實上，日本在文獻上對於這一條規定有不同的解釋，有些學者的解釋與我們現場院部雙方以及各位先進都沒有爭議的意思，然而，也有文獻提出一些不同的解釋，因此，對於這樣的規定，大家可以看得到，雖然法務部的代表在現場表示這個意見並沒有爭議，但是他們原來的說明並不是如此。如果根據他們原來的說明，採用第二項與我們現在一致的建議、一致的意見是會不同的，因此，我們認為寫出來反而會引起爭議。

余副司長麗貞：其實，修正後的條文內容與我們原來的也不太一樣，我認為要再將文字寫清楚，如果要訂在第二項，我們也會給予協助去寫立法說明，但是，這一條不訂的話，以後可能在運用上會有問題，假使司法院堅持不訂，我建議這一條還是先保留。

尤委員美女：等一下，法務部是擔心什麼？如果這一條沒有訂的話，參與人就不能夠在被告本案訴訟中當證人，你的意思是如此嗎？

余副司長麗貞：有沒有爭議，就是被告……

尤委員美女：當證人不是每個人都有的義務嗎？並不會因為你是在案子中當參與人就不能夠當證人。

余副司長麗貞：因為第三人會認為自己的財產可能會被沒收，既然在沒收的程序中可以主張相當於被告的緘默權，為什麼在本案中不能有緘默權？如果他也主張的話，未來……

尤委員美女：他是證人，並不是被告啊！

余副司長麗貞：針對本案的部分有證人的義務，但是就怕未來在實務的運作上，第三人程序會有所謂緘默權的保障，那麼在本案中是否也會有這樣的爭議？為了避免將來適用發生爭議，因此，我建議在這裡是否能夠訂定清楚？讓法官的適用能夠更明白，不必再透過解釋或在立法理由中找答案，這樣的做法會比較好。

尤委員美女：關於這個部分，請司法院說明一下。因為有被告、有第三人擔任的參與人，現在訴訟正在進行中，所以被告與參與人也都在進行，此時擔任參與人的角色與其擔任證人的角色是否能夠分得那麼清楚？或是在整個訴訟過程中，其實參與人是有點類似共同被告的性質，所以他

講出的那些話，到底是基於證人或是被告的身分，是否就會不清楚？

蔡廳長彩貞：其實是非常清楚的，陳述關於自己的事項就是被告的身分或類似被告的身分，陳述關於他人的事項就是證人。如果是第三人參與程序，對他自己沒收的事項或有關於被告刑事本案的事項都分不清楚的話，那麼目前實務上一個案子有幾十個、幾百個共同被告，豈不是每一個要寫清楚，那是不可能的。被告就是被告，關於自己的事項就不是證人，關於他人的事項則是證人，這個程序的權利是不一樣的。任何人、每一個被告，譬如同案中有 A 被告與 B 被告，雖然 A 在這個案子中具有被告的身分，但是他就 B 的事項是證人，這個部分沒有任何條文要特別去寫，法官在實務的操作上也從來沒有發生過混淆，相同的道理，如果法務部的代表是擔心將來法制上路會產生疑慮，我們當然很感謝他們的提醒，同時也認為新制上路時可以在理由中寫清楚。

尤委員美女：如果參與人擔任證人是否要具結？

蔡廳長彩貞：擔任證人要具結。

尤委員美女：如果在實務上是共同被告，當他要擔任另一個被告的證人時，還是必須要具結。倘若他沒有具結，法官問案時就會變成用其他共犯所講的話作為這個人的證詞，也就是說，沒有讓他具結就將他所講的話做為證據，但是，這裡是說不能讓它做為唯一的證據。

蔡廳長彩貞：第二百五十八條之二就沒有證據能力。

尤委員美女：如果就是要經過具結，一切都很清楚了，所以還需要這樣寫嗎？

余副司長麗貞：前提是要有證人的適格，也就是被告有具結證言的權利，如果他有具結證言的權利，那就沒有具結的問題。因為有第三人認為自己的財產可能會被沒收，因此就具結證言，這樣就沒有再去簽具結書的問題了。因為共同被告的部分在第二百八十七條有規定，所以在實務運作上沒有困難。既然要立這個法，為了避免日後會有爭議，因此，我們希望能夠訂定清楚，讓法官在未來運作時不必透過類推適用或其他方式讓程序走下去，我認為這樣規定下去是比較清楚，與其寫在立法理由……

蔡廳長彩貞：我們就把共同被告的第二百八十七條之二列在這裡，這樣應該可以達成法務部代表的意見，而且在文字上比較不會引起爭議，可以嗎？刑事訴訟法第二百八十七條之二，法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。基於這一條規定，現在實務界的法官在辦理案件時都知道是屬於被告與共同被告之間的關係。我認為這樣或許在我們國家可以達到法務部代表所要求的效果，又不會引起適用上的疑慮。如果大家有這樣的共識……

余副司長麗貞：如果參與人、第三人不是共同被告呢？

顧委員立雄：這一條就先保留，請他們把條文的文字再改一下。

主席：下一條是第四百五十五條之二十三。

顧委員立雄：第四百五十五條之二十三剛才已經保留了。

主席：接著處理第四百五十五條之二十六，請司法院提出說明。

蔡廳長彩貞：原本第四百五十五條之二十六是基於目前法院實務對被告沒收的部分，當法院認定被告確實有犯罪行為時，主動去適用這個犯罪行為應該要產生的法律效果，包括處刑、保安處分

以及沒收，但是，目前在實務上都是只針對要的效果才會列在主文中，不要的法律效果就沒有列。我們到德國去參訪時，發現他們的做法也是如此，但是，在我國畢竟是一項新制，大家都認為第三人的財產若被認定不必沒收時，只有寫在理由中，似乎對第三人沒有一個明顯的裁判，如果大家有這樣的疑慮，那麼我們就把它寫清楚，也就是在第四百五十五條之二十六的第一項針對必須要沒收與不沒收諭知參與人，因此改為參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決，認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。至於第二項就是把應否沒收對應的修一下。

余副司長麗貞：我認為這樣還是避開了檢察官的聲請權，而且我也感到納悶，如果法官已經依職權進行調查，最後的調查結果是不應該沒收，這樣還需要下主文嗎？以我們的版本而言，依照職權調查認為不應沒收時是不需下主文，針對檢察官的聲請才要駁回，這樣看來，法官開始依職權調查，結果是不應該沒收的話，還要下主文嗎？

尤委員美女：你現在講的是第三人或是被告？

余副司長麗貞：第三人，都要嗎？

尤委員美女：對。

余副司長麗貞：有查的都要嗎？

尤委員美女：對。

顧委員立雄：都要嗎？有例外嗎？

尤委員美女：他們原本是說不用，但是，如果要對第三人單獨上訴，沒有裁定就沒辦法上訴，因此，無論要沒收或不沒收，全部都要下判決。

周委員春米：如果被告的部分是不沒收，還是在理由中諭知嗎？

余副司長麗貞：第四百五十五條之二十六針對第三人的修法，我們並沒有意見，但是對於被告的部分是有意見。

顧委員立雄：這一條是不是就先通過？

主席：第四百五十五條之二十六就依照司法院的版本通過。

接下來處理第四百五十五條之二十七，請司法院提出說明。

蔡廳長彩貞：因為將來對第三人的沒收會不同於現況、會單獨對第三人諭知一個沒收的主文，相信大家對於剛才的第四百五十五條之二十六都已經有所了解，在這樣一個狀況下，我們原來認為被告是受判決人，被諭知沒收或不諭知沒收的第三人，也就是參與人，同樣是受判決人，依照法律的規定，本來就是個別上訴，效力不相及於，因此，我們只有針對例外的部分，因為本案的判決是沒收判決的基礎建築，所以當本案的判決上訴時，它上層建築的沒收判決會受到波及，不應該單獨確定，因此我們認為只針對例外的部分規定，對於本案的判決提起上訴的話，它的效力會及於相關的沒收判決，但是，經過幾次的協商，各位先進提出指教，由於目前是把第三人諭知在被告的主文中，將會產生一部上訴效力及於全部的情況，我們原來的提案是否會因此只針對沒收的部分上訴而讓被告也基於目前實務上一部上訴效力及於全部，以至於對本案判決已無爭議的被告也因此被拖著走，蒙受不必要的訟累？因此，我們就在第一項的後段將它說

清楚，如果是對沒收的判決提出上訴，因為這是上層建築，不涉及基層建築，所以它的效力不及於本案判決。

顧委員立雄：法務部有意見嗎？

余副司長麗貞：沒有。

顧委員立雄：那這一條通過。

主席：接下來處理第四百五十五條之三十五，請司法院提出說明。

蔡廳長彩貞：這一條是單獨宣告沒收的程序，我們原本認為這樣一個單獨宣告沒收的程序，終究也是國家行使沒收刑事制裁的國家公權力，應該由申請人也就是檢察官，負起舉證責任，但是由於單獨宣告沒收程序是一個比較新的制度，因此，在制度剛開始施行之初，我們希望能就檢察官應負舉證責任這件事情講清楚。雖然行政院乙案在歷次的討論中也都認為檢察官要負舉證責任，卻也似乎認為要有合理可信的相當理由，或是合理可信足以降低心證的水準。事實上，在整個修法的過程中，與會的學者幾乎是絕對性的多數認為沒收的前提包括三個部分，第一個部分就是犯罪事實的存在與否、第二個部分就是認定要不要沒收的標的與犯罪事實的關聯性、第三個部分就是沒收標的的數額及範圍到底有多少。其中比較沒有爭議的就是第一個有關於犯罪事實的部分，大家都認為必須要達到司法院確信的程度，至於關聯性的部分，大部分的學者也認為應該要達到確信，最後是數額的部分，比較多數的學者認為，既然我們也有估算的規定，這個部分的心證水準是可以降低的。但是法務部代表有他們的堅持，所以上一次尤委員就指教，事實上，檢察官要負舉證責任是回到總則篇證據章就有的規定，我們不需要在條文中挑明著說，只要在理由中說明它會回到刑事訴訟法總則篇證據章的規定即可。到底法官要達到什麼樣的心證水準，其實，法官獨立審判本來就是認為他心裡可靠了，才會做出認定，也就是說，不在第四百五十五條之三十五中再講證據舉證及證據水準的種種，我們就根據委員的指示，把原本第四百五十五條之三十五的第二項刪掉，再於理由中說明對人民發動沒收的刑事制裁之單獨程序中，申請人檢察官是國家的代表人，他要負舉證責任，至於他如何負舉證責任，那就回到刑事訴訟法總則篇有關證據章的規定，由法官依職權正確適用法律。我們這裡只把開會過程中大家比較沒有疑慮，甚至法務部的代表在貴院歷次的協商中沒有疑慮的，也就是刑事違法事實的部分必須要達到確信的程度，我們特別在說明中點出來。至於其他的部分，是否就交給實務界的法官，依照個案去形成他們認為可以的心證？

余副司長麗貞：如果要刪掉第二項的舉證責任，法務部是贊成的，這是第一點。第二點，舉證責任到底要嚴格證明或自由證明，最高法院的判決大多認為沒收部分可以採取自由證明的程度，但是，就如剛才蔡廳長所提，違法性的部分要嚴格證明，法務部絕對沒有懷疑，我們也認為檢察官應該要負嚴格證明的責任，至於關聯性、範圍及金額的部分，我們認為應該是自由證明。因此，總括而言，只剩下關聯性的部分到底應該要嚴格證明或自由證明，這個部分是有爭議。第三點，既然舉證責任從第二項拿掉之後，那就不應該再出現於立法理由中，若是還出現在立法理由中，那就會把第一百六十一條的犯罪事實舉證責任又扯進來，如此一來，又會與嚴格證明扯不清。如果要把它拿掉就徹底從條文及理由中全部拿掉，有爭議的就只剩下關聯性的部分到

底要嚴格證明或自由證明。以上補充。

顧委員立雄：我們先處理條文本身，甲乙兩案各自提出第二項，現在司法院同意把第二項拿掉，請問法務部是否還堅持行政院版第二項？

余副司長麗貞：看要不要在立法理由提及我剛才說到的自由證明，這是寫法的問題，兩者其實是連帶的，因為我們提出第二項的原因就是我們認為沒收不用到嚴格證明，如果大家有共識沒收這部分不必要嚴格證明，那麼第二項拿掉我們也贊成，但是在立法理由就要寫清楚哪一部分是自由證明。

顧委員立雄：現在就是大家都同意甲案及乙案的第二項都不要規定了。至於立法理由這部分，司法院提出的立法理由，我剛剛沒聽懂你們的意思到底是要寫還是不要寫？

余副司長麗貞：要寫，寫自由證明這部分。

顧委員立雄：如果要寫，現在它的內容是「有關刑事違法事實的存在……要嚴格確信的程度……十足保障」，這個部分你們有意見嗎？既然沒有，那至少到司法院提出來的這一頁「十足保障人民財產免受國家違法不當之侵害。」這部分是 OK 的嘛！對不對？因為那是本案違法事實本身，對不對？好。接下來下面再講「至於其他沒收之前提要件，法院依檢察官所提出證據應形成何種程度之心證，始得為沒收之裁判，則由法院視個案之具體狀況妥為認定。」，你們對這一段的意見如何？

余副司長麗貞：在立法理由就要寫清楚這一部分是屬於自由證明，然後舉證責任那部分不能寫。

林秘書長錦芳：這個有爭議。

顧委員立雄：我看這個立法理由先保留了吧？

蔡廳長彩貞：委員，若是「不當侵害。」之前大家沒有疑慮就這樣通過，如果後段大家覺得有疑慮，是否都不要寫就好了？

林秘書長錦芳：「至於」那部分不要。

余副司長麗貞：我同意刪第二項就是要跟自由證明綁在一起的。

蔡廳長彩貞：依照我們過去對法律的瞭解，我們覺得自由證明跟嚴格證明不是在講心證水準，自由證明跟嚴格證明是說某些事項其所適用的證據，必須具備證據能力且須經法院依照法定程序進行調查，這稱為嚴格證明的事項；至於自由證明的事項，則是不一定要有證據能力，也不一定要經過嚴格的調查，但是不管是自由證明或嚴格證明講的就是法院調查程序的與否。至於我們提出何種證據，法院要形成何種水準的證明程度，那是屬於確信或是其他的形容詞，或是像民事上有一些可以低到「釋明」就可以，其實我們在整個研修會的過程中，很多先進認為不需要達到確信部分的，例如數額部分，他們也想不出一個適當的形容詞，在他們的心目中不必達到確信，但是也不能夠 down 到像民事的「釋明」，因為想不出一個適當的形容詞，所以才建議我們不要形諸明文。既然我們因有爭議已決定不形諸明文，而明文原來也僅限於舉證責任的要否，至於要盡到何種水準的舉證責任，我們並未寫明，現在連舉證責任大家都認為想當然爾不必寫，我們也從善如流，但是我們也希望大家為了法案的順利，能夠配合已經通過 7 月 1 日即將施行的刑法的一番好意。我們在實務上到底要達到何種水準的確信，無法達成共識的部分，是

否不要在這裡爭議？

顧委員立雄：我問一個議事上的問題，假設條文大家都沒有意見，但立法理由的說明是否可以司法院寫一段、法務部寫一段，這個我不太懂。還是說司法院是法案主管機關，由你們寫一段，然後法務部可以表達他們對立法理由的意見還是怎麼樣？立法理由就是供立法沿革的參考，主管機關是司法院，司法院當然可以提出立法理由，在此同時法務部是否也可提出他們對此一條文在適用上的意見，並註明法務部是對立法理由的意見，可以嗎？條文都同意了，以後要怎麼作用，這件事一方面要透過實務累積，你們也可以表示嘛！還是怎麼樣？

蔡廳長彩貞：報告各位委員，根據過去的立法慣例，不只是立法理由，即使是條文，只要在法理上站得住腳，至於政策選取，原則上都尊重主政機關，這是第一點。第二點，立法理由尤其更是主政機關寫供用法機關用法上的參考，當然，每個機關在修法的過程中有不同的意見，其實是以議事錄的方式形諸文書，將來適用法律時，如果適用者對主管機關的說明有疑慮時，就要翻閱立法院的議事錄。或許是我個人識短淺薄，我們並未看過三讀通過的立法理由還可以有甲案、乙案的，這從來沒有聽過。

尤委員美女：關於司法院的立法理由，它在前面已經特別標出刑事違法事實要達到確信的程度，其他的部分雖然未明示像法務部所謂的自由證明，但其實已說明要形成何種程度的心證由法院依照個案判定，這也就是讓實務去演進。因此，立法理由這部分等於是有意區隔，第一，它絕對不會是確信，因為如果是確信，就會全部寫進去了，但是它只是把違法事實要確信這部分寫出來，其他部分未明示，可見它是有意區隔，至於其程度到底要到百分之幾，那就是實務上去演進了。

余副司長麗貞：報告委員，我們提出行政院版第二項的目的就是為了彰顯，就沒收這部分，除違法事實之外的其他部分應採自由證明，如果還要再透過實務上法官個別判定，有法官告訴我他從頭到尾都要採嚴格證明，這個寫下去其實就是實務上運作的問題，如果大家有共識的最大公約數就只剩下關連性，寫在立法理由也無不可；如果大家認為這部分仍有爭議而不寫，那我們主張本條就維持乙案。

顧委員立雄：就保留啦！

尤委員美女：你們要不要改一下？就是其他的部分不需要達到確信的程度，至於應該達到何種程度就由法院判定，至少其他的法官不能再要求到確信的程度，或者就明白講明至於其他的關連性及金額不需要達到確信的程度？

蔡廳長彩貞：這個我們不能寫，因為有的教授認為必須達到確信，有的教授認為不行，我想這部分將來就由最高法院本於其最終司法權做最正確的解釋。

主席：所以針對這個條文是通過，但是立法理由後半段予以保留？

蔡廳長彩貞：這樣等於是通過嗎？

主席：所以這樣等於是保留啦！因為立法理由跟條文是一起的。

接著處理第四百五十五條之三十七。

余副司長麗貞：有關第四百五十五條之三十七，我們主張增訂的第一項是，若判決確定之後才發現

有應該沒收的，不管是被告或第三人的犯罪所得或之物，仍得聲請單獨宣告沒收，以救濟之前所未及發現。這是我們提出第一項的立法背景，請委員指教。

蔡廳長彩貞：有關這部分，第一，在體例上可否單獨宣告沒收，檢察官可否代表國家聲請單獨宣告沒收，這是一個國家公權力行使的前提要件，例如現行刑法第四十條就是規定何種情形可單獨宣告沒收，這是屬於實體法上的事項。至於程序上，如果檢察官或何人具有此一權力，其權力如何行使？至於到底有無這個權力，必須回到實體法上去規範，所以在程序法上做此規定，我們覺得與體例不合。第二，所謂提出對案應該是跟原來主管機關所提的案有關連性，而第四百五十五條之三十七規範的是，關於第三人參與沒收程序之規定，於單獨宣告沒收程序準用之，完全不涉及到底可否單獨宣告沒收，與單獨宣告沒收權力存在與否此一事項完全無關。第三，第四百五十五條之三十七看起來很像是，我們對於被告追究其犯罪事實，當我們在一個案子中審理其犯罪事實，那個犯罪事實的所有法律效果就在那個案子裡面一次確定，當案子確定以後就要受到既判力範圍的拘束，除非他事後有救濟的特殊理由，可以依照再審或非常上訴去處理。撇開剛才所提的體例不合跟行政院案子實質上根本不是一個對案這兩點理由不談，我們來談實質上的理由，我們認為這個有點類似對被告不利再審的規定，其實質正當性也有疑慮，所以對於行政院這個提案，我們並不贊成。

余副司長麗貞：補充兩點，第一，訂在這裡我們也很無奈，因為我們所提的對案只能限縮在司法院所提的條號中，不能另創條號或增加條號，所以只能選擇在這個位置增加這一項規定，這是不得已的選擇。至於法制面上是否真的不能這樣做？我想在場也有許多專業人員。第二，這不當然只有再審的性質，如果在判決確定之後還發現有應沒收的第三人財產，若真的它是一個漏洞，這裡就應該補起來，它的性質就有點類似現行的第二百五十九條之一，檢察官為不起訴或緩起訴之處分者，對供犯罪所用、供犯罪預備或因犯罪所得之物，以屬於被告者為限，得單獨聲請法院宣告沒收的規定。既然第二百五十九條之一的緩起訴部分有此規定，我們也預想到未來實務上一定會發生這種狀況，何不在此就將漏洞補起來，何必一定要在實體法中訂定？既然第二百五十九條之一已有前例，在此訂定又有何不可呢？另外，剛才提到的是檢察官得聲請單獨宣告沒收，並非檢察官直接就宣告沒收。

周委員春米：請教法務部，這個「有罪之判決確定後」的時間點怎麼算？是從這個法施行後起算，還是之前的有罪判決確定？就是這個法通過之後，然後有罪判決漏未聲請的部分？

余副司長麗貞：對。

周委員春米：這不是一個構成要件嗎？怎麼不回到實體法去規範？

余副司長麗貞：我們所提的是檢察官得聲請單獨宣告沒收，類似於第二百五十九條之一的立法體例。

顧委員立雄：這是重新再開一個單獨宣告沒收的規定，那你又沒有任何的……

現在法務部是否很堅持？若堅持就要保留了。

主席：那就先保留。接著處理第四百五十五條之三十八。

林秘書長錦芳：這個是沒有對案的。

主席：法務部要不要說明一下？

余副司長麗貞：剛剛講的都是第三人沒收的程序，第四百五十五條之三十八則規定第三人程序也適用於被告的部分，包括聲請的格式、證明的程度，就是自由證明或嚴格證明這部分，還有關於准駁的部分是否要下主文準用被告的程序，就這三點增列第四百五十五條之三十八，這是行政院的主張。另外，因為最近在舉辦講習，有些法官告訴我，關於第四百五十五條之十五，雖然這不關法務部的事情，但也是法官們的期待，所以我轉述法官們的意見供大家參考。有關第四百五十五條之十五，案件如果經過檢察官同意，有些需要調查證據浪費時間的部分，第三人都可以用的，為什麼被告部分不能有準用的規定？所以有些法官建議我們提出這部分，讓法官在個案的判斷上，包括第三人或被告，如果得到檢察官同意時，在調查證據這部分可以有比較訴訟經濟的適用，這部分只是我替法官表達適用上的心聲。這部分我們不堅持，我們堅持的是剛剛所談的三個部分，就是檢察官要有聲請權；第二個就是證據的自由或嚴格證明；第三個是主文。

顧委員立雄：所以第四百五十五條之三十八你們不堅持，是嗎？

余副司長麗貞：我們堅持啊！

主席：裡面還是有他講的證據充分程度的那部分啦！

尤委員美女：所以還是回到上次顧委員請教你們的，對於被告沒收的部分是否全部要仰賴你們聲請，亦即法院能不能依照職權沒收？既然法院可依照職權沒收，如果你們沒有聲請，你們現在的主張是採雙軌制，你們可聲請沒收，法院也可依職權沒收，如果你們未聲請沒收，法院也未依職權宣告沒收，請問誰負責？大家一起負責，就是找不到人負責。如果職權在法院，法院沒有宣告沒收就是法院的責任，法院必須負責，法務部負的是提醒的義務，告訴法院哪些東西要沒收，所以你們要呈報法院。如果一定要你們聲請沒收，假如法務部沒有聲請沒收，那法院就可以說因為法務部沒有聲請，就把責任丟給你們；但是你又說雖然檢察官未聲請，但是法院要依照職權宣告，可是法條中又規定要聲請，如此法務部的聲請權跟法院的職權豈不互相打架？

余副司長麗貞：報告委員，即使像德國採職權調查的國家，檢察官同樣也有聲請權，就算檢察官沒有聲請權，我剛才一再強調的就是，像羈押防止逃逸那部分，檢察官在審理中沒有聲請權，人一旦跑掉，會因為檢察官沒有聲請權就不被社會苛責嗎？所以委員關心的是，如果檢察官有聲請權，若檢察官不聲請，法院也不依職權宣告，會產生社會對兩方面的責難，不管有沒有聲請權，檢察官這邊的責任其實是跑不掉的，那何不讓檢察官勇於任事，能夠具備聲請權？

蔡廳長彩貞：如果法務部的代表只是擔心社會的責難，其實就像那一天我們承尤委員的指教，我們現在在修正的一個條文，在審理中檢察官就能以便宜的方式，無論是以言詞或書面向法院呈報就已盡了責任。

尤委員美女：法務部提議增列的部分，要否另找委員提案？因為這是破壞慣例的，你們就找自己的委員另外提案。

余副司長麗貞：不是整個案子都已經進來了嗎？對啊！行政院有送進來啊！現在已經送進來了，立法院看這一條可不可以放，如果不能我們再找。

尤委員美女：法務部，你們現在要準用的話，將來就變成所有扣押的全部都要列清冊，否則法院的主文沒辦法下。

余副司長麗貞：現在本來就有扣押清冊。

尤委員美女：你們現在有扣押清冊？可是你們不是講說它都是一籬筐的東西？

余副司長麗貞：哪有？我們現在有扣押清冊啊！有啊！

蔡廳長彩貞：有的有扣押清冊，但不是每件都有扣押清冊，扣押清冊能否窮盡這個案子裡面所有的財物也不一定。關於被告的部分，例如 100 個人來選，選中的那個人，我們只列那個選中的名字，沒有把選中的名字列出來，不選的 99 個也要並列在旁邊，對被告沒有人這樣做的啦。其實第三人原來法理上也應該不沒收的就不講了，但是因為新的制度，我們認為第三人的部分沒有本案，如果不沒收就不講，他事實上確實沒有呈現在任何主文上，所以我們才想這部分做個調整。被告的部分，目前的作法一點問題都沒有，我們期待不要在推行新制時把過去全部否定掉，這樣大家搞得一團亂，我覺得這樣對整個國家的司法訴訟運作不會更好。

尤委員美女：可以對被告的沒收單獨上訴嗎？

蔡廳長彩貞：目前被告不行。

尤委員美女：法務部覺得可以？你們覺得對犯罪事實沒有爭執，只是對被告的沒收有爭執，所以只針對被告的沒收部分上訴，可以嗎？

余副司長麗貞：我認為可以。委員說的是現行法還是新法？新法當然可以，因為它是不同的概念，這也是我們一直在講的可否脫鉤的問題。

蔡廳長彩貞：對被告的部分，我們建議以後上訴制度如果有調整再去設計，現在我們要不要配合 7 月 1 日即將施行的實體法，讓它順利運作，這是我們最大的期待。事實上，雖然刑法不是我們主管的法律，不過既然已經通過，而且社會對新制有這麼大的期待，徒有刑法不足以自行，一定要有程序法，所以我們希望新制 7 月 1 日上路時盡量單純化，如果不是有絕對的必要，不要全部綁在一起，全部綁在一起，一定會影響這個草案的審查。

周委員春米：請教法務部，本來在被告沒收財產的部分就有它的證據法則，這部分實務上也長期適用，為什麼還要再回過頭來準用第四百五十五條之二十三？

余副司長麗貞：我們剛才提到對第三人的舉證責任是自由證明，如果不規定的話，可能就會變成嚴格證明，那就變成被告與第三人適用的證據調查方式可能不同，反而是被告可能還會採取嚴格證明，第三人反而是自由證明，第三人跟被告比起來，被告可能更可惡，反而對被告要採取比較嚴格的證明方式，我們覺得這樣不合理，所以就沒收這部分的證據調查，二者應該具有一致性。

周委員春米：那前提是因為你們堅持在關連性這部分是相當可信的自由證明，而這部分大家現在又僵持不下，是否應該還是由實務運作來判斷，因為被告沒收的證據法則本來就是實務在形成，你們現在又堅持第三人的沒收關連性要採自由證明，然後又要再把被告準用進去，這樣不是跟現在的實務運作有扞格嗎？

余副司長麗貞：現在最高法院的判決對於到底要採嚴格證明還是自由證明就是不一致，這次修法我

們希望能夠讓它一致，有爭議的部分不要再透過救濟的方式在最高法院之間來來回回確定它的方向，還不如一次就把它明定清楚。

周委員春米：因為就是新制嘛！本來實務上被告沒收財產就有它一定的運作體制，現在新制實施之後，你們又把被告沒收的部分再回過頭來準用這個新制。

余副司長麗貞：報告委員，因為新制施行後，沒收就有一個獨立的法律效果了，基本上我們認為就調查這部分，應該讓被告跟第三人的調查方式一致，避免一個嚴格而另一個比較寬鬆。

主席：後面還有沒有條文？

蔡廳長彩貞：就到這裡了。

主席：已經到最後了。請問各位委員，保留的部分，今天還要處理嗎？

顧委員立雄：差不多了。

段委員宜康：建議通過的部分今天先不要宣告，因為後面可能還會有修正意見併入，所以大家沒有意見的條文，主席待會先不要宣告通過，好不好？

主席：有影響嗎？只通過三條而已。

段委員宜康：雖然只通過三條，但是主席宣告通過之後，我們就不能再討論了，所以拜託先不要宣告，好不好？

主席：好，那就先保留。

報告委員會，將來我可能會拜託段宜康委員一起排案，這樣審查時間可以加倍，因為 7 月 1 日如果要上路實施，恐怕我們有一些壓力，屆時就要拜託段委員。

今日會議保留條文另定期繼續審查，請司法院會同法務部就保留條文研擬妥適條文，於下次會議審查前提出，以供委員參考。

本次會議到此告一段落，現在散會，謝謝大家。

散會（17 時 21 分）