

## 113 年公務人員特種考試司法人員考試試題

等 別：三等考試

類 科：監獄官（男）、監獄官（女）

科 目：刑事政策

王瑀老師

一、試述何謂「除罪化」？何種犯罪成因或社會背景會是促成除罪化的重要理由？請至少舉一例回答上述問題。(25 分)

《考題難易》★★★

《破題關鍵》除罪化

《使用法條》or《使用學說》毒品危害防制條例第 2 條、第 10 條等

《命中特區》王瑀，113 年刑事政策講義 5，頁 97 以下；王瑀，113 年刑事政策總復習講義 2，頁 127 以下。

### 【擬答】

#### (一)除罪化

##### 1. 意義：

除罪化之意義可區分為廣義與狹義兩種：

(1)廣義：對原為科處刑罰之犯罪行為，放棄刑罰而不視為犯罪，改以行政處罰。

(2)狹義：不只放棄刑罰且亦不以行政罰處之，而使其為適法行為。

##### 2. 基本原則

綜而言之，所謂除罪化係指，經由修改法律、對法律加以解釋或由法停止適用某一法律，使原本被視為犯罪的行為不再受刑事制裁。這通常僅免除國家施以的刑罰，並不等同於合法化，也不代表免除全部的法律責任。在除罪化後，案件若在偵查階段，檢察官應依刑事訴訟法第 252 條第 4 款規定作不起訴處分；若在審判階段，依我國法，法院則應依刑事訴訟法第 302 條第 4 款規定為免訴判決。

##### 3. 除罪化的類型

(1)立法上既除刑又除罪之「除罪化」：將原犯罪行為修正為非犯罪行為。例如民國 76 年票據法第 41 條之發票人簽發空頭支票之「除罪化」及民國 81 年普通內亂罪之非出於強暴脅迫者之「除罪化」。

(2)立法上只除刑不除罪之「除刑化」：將原本屬犯罪必需科以刑罰之行為，修正為犯罪行為但不科以刑罰，而以其他非刑罰方式替代。例如施用 1.2 級毒品者之「除刑化」。

(3)司法上之除罪化：亦稱為裁判上之除罪化，乃透過司法實務判例的變更，將原來刑法處罰的行為，解釋為不受刑罰處罰的行為，例如我國實務判決認為充氣娃娃在未充氣前只為一堆塑膠布，難讓人產生性慾，不應視之為猥褻物品。

(4)事實上之除罪化：又被稱為取締上之除罪化，乃指刑罰法規尚屬有效而繼續處罰，只是執法機關基於某些理由，事實上很少適用此法規加以處罰，例如不符合優生保護法的墮胎行為，目前雖仍是犯罪行為，惟基於一般人認為此乃「無被害人犯罪」，實務上很少加以取締。

#### (二)以吸食大麻(二級毒品)為例說明可能促成其除罪化之理由

1. 依我國毒品危害防制條例第 2 條，大麻在我國為 2 級毒品，且依毒品危害防制條例第 10 條第 2 項之規定，施用二級毒品者，處三年以下有期徒刑。惟有論者基於以下各種看法認為吸食大麻之行為應予以除罪化：

(1)施用毒品為無受害者犯罪並無法益之侵害。

(2)施用毒品的行為雖然可能不合社會倫理規範但因無法益之侵害，僅為形式犯非實質上的犯罪。

(3)吸食毒品為自傷行為，刑法不處罰自傷行為。

(4)大麻合法化的世界潮流，許多國家，如荷蘭、泰國等，吸食大麻均未被視為犯罪，近來，德國亦將吸食大麻予以合法化。

(5)關於毒品，例如大麻之防制，應以治療及減害為優先，以刑罰處理施用毒品之行為成效有限。

二、憲法法庭針對刑法第 140 條規定：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金」，認為「系爭規定關於侮辱職務罪部分，係以刑罰（包括自由刑及罰金刑）制裁此等言論，縱令僅處以罰金刑，亦與刑法最後手段性原則有違，而已侵及憲法言論自由之核心保障」等語。試述何謂「刑法最後手段性原則」？其對刑事政策之擬定有何重要性？（25 分）

《考題難易》★★★★

《破題關鍵》刑法最後手段性、刑罰謙抑性

《使用法條》or《使用學說》113 年憲判字第 5 號

《命中特區》王瑀，113 刑事政策講義 5，頁 94 以下

【擬答】

(一)前言

113 年憲判字第 5 號揭示刑法第 140 條關於「當場侮辱公務員」部分，應適度限縮系爭規定的適用範圍，於限於人民之侮辱性言論，依其表意脈絡，於個案情形，足以影響公務員執行公務之範圍內，始為合憲；至於「對其依法執行之職務為公然侮辱」大法官認為，系爭規定中關於侮辱職務罪部分，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨有違，應自本判決宣示之日起，失其效力。除揭示憲法第 11 條言論自由之保障範圍外，亦體現了「刑法(罰)最後手段性原則」之應用。

(二)刑法(罰)最後手段性

1. 所謂刑法(罰)最後手段性原則(刑法謙抑性原則)係指刑法應當僅於其他手段無法有效保護法益或實現社會秩序時才得使用對相對人痛苦性最大之刑罰手段。此一原則強調刑法作為國家干預人民權利最重之手段，應謹慎使用，避免過度或不必要之刑罰。亦即，由於刑法為一嚴苛之法律手段，其帶給犯罪行為人痛苦與懲罰，故應處於設正義的最後一道防線。有學者認為，所謂的「謙抑主義」，乃刑法不應以所有之違法行為為對象，而應僅以有刑罰必要者始有適用之原則。例如 Liszt 之名言：「最好的社會政策，即是最好的刑事政策」僅以刑法做為手段，並不能抑止犯罪，且由於刑罰係剝奪人民生命、自由、財產等極端苛酷之制裁，因此刑法應僅止於做為防止犯罪之「最後手段」<sup>1</sup>。

2. 基於刑法之謙抑性，可導出以下三個內涵：

(1)補充性

刑罰本身即為一種惡害，且在預防犯罪、遏止犯罪上，刑法亦非萬能，仍有教育、道德、宗教、習俗等社會規範等發揮功能，因此社會統制手段而言，刑法正如同車輛之備胎，最好備而不用，故其係屬防止犯罪之最後手段性質，此即刑法之補充性。

(2)片斷性

刑法規制之範圍，並非及於人類全殊之生活領域，僅於維持社會秩序之必要及最小限制範圍內，始能成為刑法規範之對象，故刑法所保護之人類生活利益，僅有部分的性質，此即刑法之片斷性。

(3)寬容性

刑法以外之社會統制手段，縱對於法益仍無法加以充分保護，刑法亦非可以全面介入。對於部分不法行為，刑法亦須「睜一隻眼，閉一隻眼」，而其存在，此即刑法之寬容性。<sup>2</sup>

(三)刑法(罰)最後手段性對於刑事政策擬定之重要性

1. 作為寬鬆刑事政策之理論依據

(1)從刑罰謙抑思想出發，國家應盡可能抑制刑罰之行使，而以其他替代措施來代刑罰。基此，對於輕微犯罪之處理應盡可能避開正常刑事司法處理程序，且對某種程度有改善可

<sup>1</sup> 陳子平，刑法總論，上冊，頁 11。

<sup>2</sup> 甘添貴，刑法總論講義，頁 4-5。

能性犯罪者，應採取謙和及社會處遇對策，以防止再犯及使犯罪者能重新復歸社會為目的之刑事政策。其基本策略與目的為對於輕微犯罪者於刑事立法上考量非犯罪化、刑事司法上考量非刑罰化、刑事執行上者量非機構化<sup>3</sup>。例如，緩起訴、緩刑、假釋等猶豫制度之增加利用。

(2)基於成本效率的考量(避免排擠效應產生)、標籤理論與轉向處分之提出(4D 策略)、對於現行刑事司法實際運作之疑慮(例短期自由刑之弊害、監獄化之問題等)，寬鬆刑事政策的採行得到了理論上的支持。

2. 避免過度刑罰化

基於刑法(罰)謙抑性之要求，立法者在考慮是否制定新的刑法規範時，首先要評估其他非刑事手段，例如民事、行政措施等，是否已足夠有效抑制犯罪。如果可以透過此些刑罰以外之手段達到相同的社會效果，即不應訴諸於刑法。避免過度依賴刑罰作為解決社會問題的手段。

3. 避免個人權利與自由過度受到侵害

如上所述，由於刑罰通常涉及個人自由、財產、身體甚至名譽之剝奪，因此僅在必要時才可適用刑罰，以確保個人之基本權利不會因過度的刑事干預而受侵害。

4. 資合理分配

司法資源有限，基於刑法(罰)最後手段性之謙抑思想，政策制定應將資源集中在真正需要以刑事處罰來加以扼止之嚴重犯罪，而非將司法資源浪費在輕微犯罪行為或可以其他手段解決的違法行為之上。

5. 避免影響社會之和諧與安定

若過度頻繁使用刑法，可能引發社會的及感及削弱法治的權威，因此，堅守刑法最後手段性原則，非但不會造成社會之混亂，反而有助於法律正當性及社會信任感之維持，得以促進長期的社會穩定。



保成 學儒 志光 × 金橋國授 × 康德 超強聯名

# 強試輔考監獄官

112監獄官(男) 一年考取 莊○淵	111監獄官(女) 全國探花 劉○婷	110監獄官 優異考取 王○賢
112監獄官(男) 一年考取 汪○霖	111監獄官(女) 全國第四 陳○禹	110監獄官 優異考取 連○明
112監獄官(男) 全國第九 黃○智	111監獄官(男) 全國第五 謝○晉	109監獄官 優異考取 陳○綸
112監獄官(女) 優異考取 林○伶	111監獄官(女) 全國第六 江○璋	109監獄官 優異考取 林○勳
112監獄官(男) 優異考取 林○安	111監獄官(男) 優異考取 侯○恩	108監獄官(女) 全國第六 呂○儒
112監獄官(男) 優異考取 廖○航	111監獄官(男) 優異考取 張○宸	108監獄官 優異考取 張○康
112監獄官(男) 優異考取 顏○儒	111監獄官(男) 優異考取 沈○宏	108監獄官 優異考取 俞○宏
112監獄官(男) 優異考取 陳○霖	110監獄官 一年考取 劉○凱	108監獄官 優異考取 吳○修
112監獄官(男) 優異考取 林○甫	110監獄官(女) 全國第四 王○萱	

**莊○淵** 【在職1年考取】112監獄官(男)

團隊經驗、專業教學、積極行政，以上三點推薦給國考考生。師資相當認真備課、編寫課程資料，補習班提供完善的「基礎打底課程」以及「強效題庫班」，對於考生而言，在熟稔基礎課程後可以獲取考試中的基本分數；強效題庫班會整理專題知識，例如法規修正時事、刑事政策新方向等，對於考生答題時，與其他人形成「鑑別度」，提升筆試成績。

**汪○霖** 【在職1年考取】112監獄官(男)

今年24歲學歷只有私立普通高中畢業。推薦補習班的強效衝刺班，補習班也給學員很多學習資源，對於一個準備國考的考生素受非常大。例如授課老師也會協助學生批閱申論題手寫答案，這邊特別感謝王薔(李莉娟)老師協助我批閱了近十年的考古題。從批閱中也給予我不同的答題方向及技巧，這邊再次稱讚補習班的師資陣容。

<sup>3</sup> 許福生，刑事政策，2017年，頁433-438。

三、我國刑事司法機關近年來積極推展「修復式司法」之制度，試問「修復式司法」之重要意涵與精神為何？此一制度在我國刑事訴訟法是否已有具體規定得以執行？其優、缺點為何？(25分)

《考題難易》★★★

《破題關鍵》損害回復、被害人與加害人調解等制度

《使用法條》or《使用學說》修復司法

《命中特區》王瑀，113 年刑事政策講義 5，頁 14 以下；王瑀，113 年刑事政策總復習講義 2，頁 101 以下。

【擬答】

(一)修復式司法之重要意涵與精神

1. 定義

修復式正義(修復式司法)是一項特殊犯行的所有利害當事人共同聚在一起，共同處理犯罪後果及其來意涵的過程。任何主要目的為回復犯罪所造成的損害活動，均稱之。

2. 三個主要原則

簡言之，修復式正義，就是社會(社區)要回復、加害者要回復、被害者也要回復的三贏策略。它有三個主要原則：

- (1)社區擁有解決衝突(包括犯罪)的主權。
- (2)對於被害者和社區要有物質或其他象徵性的補償。
- (3)加害者與被害者的整合與復健。

3. 五項要素

(1)以「社會」「衝突」的觀點非「法律」的觀點來看待犯罪事件

犯罪不僅是違反了法律，更重要的是它對被害者社區甚至加害者均造成了傷害。因此重要者應是回復損害、回復和平，而非以懲罰。

(2)修復式正義是一種回復損害的「關係式正義」

修復式正義的重點是「犯罪所造成的損害」，因此主要作用是要來解決犯罪對被害者所造成的損害，回復財物損失、身心損害、人際關係的傷害和社會功能的損害等。

(3)修復式正義主張，藉著發現問題、回復損害、治療創傷而能進行廣泛有意義的社會革新，從而為社會創建更多更好的「和平福祉」。

(4)修復式正義尋求加害者、被害者及社區的共同參與修復及治療

犯罪傷害各人之間平等關係事件也傷害了社區。因此，修復式正義的實踐過程必須涵蓋所有利害關係人，因此除加害人與被害人外，社區也應參與整個修復過程。

(5)犯罪處理的場域在社區

犯罪的非正式控制主要在社區，處理犯罪最基本的機制是社區，而非刑事法機關。

4. 各方當事人之主要責任

(1)加害者責任

加害者必承認錯誤，承諾不再犯罪，並賠償被害人，努力回到社區。

(2)被害者之責任

被害者必須要使社區明瞭其回復之需要運用復健所需的各項資源，給予加害人對話之機會，目標是恢復到未受傷以前的樣子，並能正常的生活。

(3)社區的責任

由於社區的法律已被違反，社區的生活受到干擾，因此社區機構應負起責任，以回復社區的正常生活，包括澄清準則與規範，明確告知加害人何者為何者不可為。此外，社區因此要提供機會給加害者，使其可以賠償被害者；社區亦應提供支持，監督加害者進行復健。而且社區亦應提供被害者必要之支持，以利其復歸社會。

(二)我國刑事訴訟法修復式司法的具體實踐—被害人與加害人調解(VOM)

1. 刑事訴訟法第 248 條之 2 規定：「檢察官於偵查中得將案件移付調解；或依被告及被害人之聲請，轉介適當機關、機構或團體進行修復。前項修復之聲請，被害人無行為能力、限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。」

2. 刑事訴訟法第 271 條之 4 規定：「法院於言詞辯論終結前，得將案件移付調解；或依被告

及被害人之聲請，於聽取檢察官、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，轉介適當機關、機構或團體進行修復。前項修復之聲請，被害人無行為能力、限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。」。

### 3. 修復司法方案

- (1) 法務部為推動修復司法，建立以人為本的柔性司法體系，2008 年將之列為重要政策之一環，並於 2009 年 7 月核定「法務部推動修復式正義—建構對話機制、修復傷害計畫」並在暫不修法前，規劃推動以「被害人與加害人調解 (VOM)」為主要之修復司法方案。目的為：「在犯罪發生後，協助當事人療癒創傷、恢復平衡、復原破裂的關係，如此賦與了『司法』新意涵，即在尋求真相、尊重、撫慰、負責與復原中實現正義。
- (2) 法務部在初期擇定板橋、士林、宜蘭等地方檢察署自 2010 年 9 月 1 日試行「修復式司法試行方案」、2012 年開始在全國地方檢察署辦理，並於 2017 年納入司法院是會議進行討論，以藉由修復式正義的模式，修復犯罪行為對人類尊嚴、財產損失、健康或身體傷害、社區環境、情緒與關懷以及和平、自主、自由、公民責任感的傷害。而在使被害人與加害人參與試行方案並進入對話後的追蹤調查發現，被害人多數「感覺正義得到實現」，加害人會同意「全力避免此類案件再發生」，顯見其功能。

### 4. 優點

- (1) 能讓犯罪加害者意識到自身犯行錯誤，並願意勇於承擔責任，將有助於日後行為改善與自尊心和同理心的建立。
- (2) 提供被害人多一項選擇機會以及被害人能與加害人進行調解。
- (3) 能使被害人瞭解加害人之犯案動機與想法，有助於被害人從犯罪傷痛中復原。
- (4) 修復式司法對被害人更能提供程序正義，因為性侵害與家暴被害人在傳統刑事司法中經常是沈默的。修復式正義以被害人為中心，強調被害人之尊嚴，提供充足的機會，讓被害人參與分享其感受，因而更能令被害人感到尊重與正義。
- (5) 換言之，由於容許被害人對加害人陳述犯罪對其之衝擊，充分表達其情緒與需求，加害人可能會逐漸覺察行為之損害、激發同理心，並承諾全力執行修復計畫<sup>4</sup>。

### 5. 缺點

- (1) 被害人的人身安全(例如家庭暴力被害人)因此受到質疑，「因為修復司法是一個非正式的程序，可能導致被害人持續處於暴力危害的風險下，例如家庭暴力之被害人可能因權力失衡而導致不利之處境。
- (2) 有些加害人可能運用修復司法程序來控制被害人，或利用此一程序淡化自身的暴力行為，將責難移轉至被害人身上。
- (3) 部分被害人可能會基於社會期待而被迫接受調解協商的結果。
- (4) 修復式司法實際上對加害人的改變是有限的，調解協商未必能改變加害者之暴力本質，通常要輔以一些有效的方案處遇治療課程，才能使其暴力行為獲得改善。<sup>5</sup>
- (5) 有些案件並不適用修復式司法，例如性侵害犯罪若施行加害人與被害人和解，可能會對性侵害被害人帶來二次被害。

四、刑法於民國 105 年新增第 38 條之 1 以下之「利得沒收」新制，其立法目的強調，原本之沒收制度「難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖」，因而增訂新制。作為利得沒收新制重要根據之「任何人都不得保有犯罪所得之原則」，其精神與功能為何？與既有之應報思想或預防思想等刑罰理論是否得以相容？試說明之。(25 分)

《考題難易》★★★★★

《破題關鍵》不法利得沒收之性質係準不當得利之衡平施(獨立法律效果)而非刑罰，與應報及一般預防思想之相容性

《使用法條》or《使用學說》刑法第 38 條之 1 以下、準不當得利之衡平措施、一般預防

《命中特區》王瑀，113 年刑事政策講義 1，頁 31 以下;王瑀，113 年刑事政策講義 2，頁 70 以

<sup>4</sup> 蔡德輝、楊士隆，犯罪學，2019 年，頁 443 以下。

<sup>5</sup> 朱群芳，修復司法在家庭暴力案件的應用：以西歐國家為例；法務部「修復式司法試行方案」實施計畫。

## 【擬答】

## (一)利得沒收之意義

所謂利得沒收，係指國家剝奪犯罪行為人之犯罪所得之措施。2017 年開始實施之新制沒收規定，新增於刑法第五章之一。刑法第 38 條之 1 第 1 項規定：「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。」，同時，亦擴及於第三人之沒收，刑法第 38 條之 1 第 2 項規定：「犯罪行為人以外之自然人，法人或非法團體，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而取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。」。

## (二)利得沒收之精神與目的

1. 利得沒收係類似(準)不當得利之衡平思想，其在刑事政策上之義，乃基於「經濟犯罪，經濟解決」，任何人不得保有犯罪所得是長久存在的普世法律原則，剝奪犯罪所得，更是基於打擊不法、防止犯罪之主要手段。換言之，犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上根本不在其財產權保障範圍，自應加以剝奪，以回復合法財產秩序<sup>6</sup>。利得沒收制度在經濟犯罪中最顯出其重要性，藉由將犯罪行為所生利益沒收的方式，使犯罪的結果變成無利可圖，能夠大富降低犯罪之誘因，正是「經濟犯罪，經濟解決」之適例。而此精神並非僅能在刑事法中見到，包括：民法第 179 條以下的不當利制度、行政罰法中剝奪違反行政法異物或第三人不法利得之規定(行政罰法第 18 條第 1.2 項與第 20 條)都有相通之概念。
2. 利得沒收之目的在於，避免犯行為人或其他第三人保有透過犯罪所得的不法利益，所以「必須」要沒收犯罪所得，法院沒有裁量空間。是刑法上除了刑罰、保安處分以外的法律效果<sup>7</sup>。且若在個案中無法成功沒收原本犯罪所得，依刑法第 38 條之 1 第 3 項之規定：「前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額」，可以「追徵」與犯罪所得價值相當之財產來代替<sup>8</sup>。

## (三)利得沒收與罰金類似具備一般預防之功能

## 1. 一般預防

屬於相對理論(預防理論)的一般預防強調威嚇，可區分為消極的一般預防與積極的一般預防：

## (1)消極的一般預防

以刑罰對社會大眾或特定對象之作用為重點。「威嚇」一般人或特定對象，使之目睹刑罰執行之痛苦而後知所畏懼，不致輕蹈法網。依據：「心理強制理論」讓人知道，其犯罪行為是無可避免地帶來痛苦。而此痛苦還不比以犯罪行為而致本能衝動未能滿足時痛苦還要大。因此刑罰對於具有犯罪傾向的人就在此痛苦程度的比較上產生心理的強制作用。

## (2)積極的一般預防

刑事制裁則在於對於破壞規範否定，進而確立法規範的不容破壞性，以維持法規範的安定性認為刑罰最重要的核心目的，應在對犯罪人施以再社會化與合規範人格化過程中，達到「規範內化」的目標。

## 2. 利得沒制度具仍一般預防之功能

利得沒制度是一種干預人民財產權的處分，與刑罰中的罰金相類似。另一方面，利得沒制度係剝奪不法行為所生利得，藉以回復原先的合法財產秩序，屬於「準不當得利的衡平措施」，由於此制度將使犯罪行為人無法保有不法利得，降低犯罪誘因以達成嚇阻犯罪之功效，也是一種類似刑罰性質的一般預防措施。

## (四)利得沒並非刑罰無罪責原則之適用並與應報思想不相容

## 1. 絕對論(應報理論)

<sup>6</sup> 許福生，刑事政策學，2017 年，頁 207-208；林鈺雄，沒收新論，2023 年 5 月 2 版，第 1 章導論，頁 7。

<sup>7</sup> 2015 年刑法第 2 條修正理由。

<sup>8</sup> 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，第 238 期，頁 53 以下。

認為刑罰的意義乃在於應報犯罪人犯罪行為所帶來的惡害，以其痛苦來均衡犯罪人的罪責，亦即犯罪人應為其犯罪行為付出等同代價，以實現正義的理念，又稱為「正義理論」。對行為人的罪責的正確贖罪，即惡行惡報「因犯罪而處罰之」，可謂對犯罪之「責任清算」。

## 2. 利得沒收制度與罰金不同並非屬於刑(懲)罰

利得沒收制雖與罰金類似，具備一般預防之功能，然而其與罰金有以下各點多方面之相異之處，非屬刑罰：

### (1) 罪責原則

罪責原則是專屬於個人情狀的判斷，且攸關於刑罰衡量問題，因此，犯罪行為人的罪責不應使第三人被課予刑罰，因此，從此角度觀之，利得沒在立法上明確允許對犯罪行為人以外之第三人沒收，由此可知，利得沒收制度並非需受罪責原則之拘束的刑罰類型。

### (2) 無關經濟能力判斷

利得沒收的價額原則上僅就個案的不法利得額度加以判斷，不因被沒收人的資力而有區別，但是罰金刑必須考慮到犯罪行為人的資力，藉此判斷最為妥適之罰金金額。

### (3) 無倫理非難性

罰金刑作為一種刑罰，同時也表對於犯罪人其行為之倫理非難，但是利得沒收的對象未必是具有可非難性之犯罪者，例如，無過失的第三人也可能成為利得沒的對象，故而利得沒收制度顯然並不具有倫理之非難性。

### (4) 罰金刑不採優先發還被害人原則

優先將沒收物發還給被害人的原則是利得沒收制度的一大特色，但罰金刑卻沒有此類規定適用，而優先發還被害人原則反而較似民法上的不當得利精神，與刑罰有別。<sup>9</sup>

## 3. 利得沒收與應報思想不相容

(1) 依前所述，應報思想乃在強調以刑(懲)罰所帶來之惡害與痛苦來均衡犯罪人罪責。然而，立法者制定沒收新制，曾參考民法第 179 條以下關於不當得利規定之意旨。在沒收範圍上，亦採納民法第 182 條之風險分配概念。準此，立法者衡酌刑事法領域之特性，將風險分配之法理運用於因違法行為所生之犯罪所得沒收上，使其惡性之犯罪行為人或非善意之第三人，承擔沾染不法之犯成本應被沒收之風險。刑法之沒收，雖將包含成本在內(按:採相對總額制)之不法利得予以沒，但僅是將經濟損失風險分配予惡意之人，不能以此認為係對被沒收者之懲罰<sup>10</sup>。

(2) 簡言之，利得沒收之性質乃「準不當得利的衡平措施」，是獨立之法律效果，並非刑(懲)罰，因此，與絕對理論之應報思想並不相容。

## (五) 結論

1. 利得沒收定性為「準不當得利的衡平措施」，獨立之法律效果(刑法與保安處分之外的獨立干預措施)，在刑事政策上之義，乃基於「經濟犯罪，經濟解決」並非刑(懲)罰，因此與應報思想並不相容。
2. 由於利得沒收制度將使犯罪行為人無法保有不法利得，降低犯罪誘因以達成嚇阻犯罪之功效，因此亦是一般預防的措施，與相對理論之一般預防思想相容。
3. 然而，應注意的是，雖然利得沒收制度具備一般預防的功用，但仍不可據以反推出利得沒收屬於刑罰的結論，蓋一般預防作用並非刑罰的專利，例如，行政管制措施亦常常具備此功效<sup>11</sup>。

<sup>9</sup> 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，第 238 期，頁 53 以下。

<sup>10</sup> 113 年憲判字第 1 號-毒品犯罪擴大利得沒收案，第 39-40 段。

<sup>11</sup> 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，第 238 期，頁 53 以下。



金榜函授

# 必勝金榜班

業界首創

好試成雙 CP值爆表

重點科目雙師資

雙教材完整提供

連續 雙年度提供一二總

網頁/APP雙系統

強效輔導

超優質服務 報名全部擁有

全國王牌名師彙集

線上解惑專屬APP

節點式主題課程

每月定期申論批改

不限點數隨點隨看

重要修法時事見解

精美全彩上課板書

及時提供最新資訊