

不看不可的司法考試考點熱區一 刑法「沒收新制」修法簡介

編目：刑法

主筆人：旭台大 博士候選人、律師資格

課程上適時透過補充大量國考歷屆試題並逐步帶領考生解題的方式，培養考生對於爭點的敏銳程度與將抽象概念化為具體文字能力，以利臨場考試能披荊斬棘殺敵無數。

◎最新課程請點閱高點法律網 lawyer.get.com.tw

2013年10月16日，大統公司出產之「大統長基特級橄欖油」，經查獲橄欖油含量遠不到50%，並添加低成本葵花油及棉籽油混充，經查扣膏狀不明添加物，因而引爆一連串食品安全衛生問題。其後，大統公司犯罪所得18億5000萬元因被智慧財產法院認定依法無法宣告沒收，檢察總長因而提起非常上訴，全案除涉及法人是否具有犯罪能力之爭議外，亦存在刑法沒收規定所謂「犯罪行為人」是否包含法人，因而於2015年12月9日遭最高法院104年台非269決^{註1}駁回，引發社會嘩然。

為回應此一沒收法制上漏洞，立法院迅速於2015年12月17日三讀通過刑法修正草案（下稱新通過條文），新通過條文將於2016年7月1日起生效。此三讀通過條文將先前沒收屬於從刑的性質，改弦易轍使其具有「獨立性」，並擴大沒收客體以及主體等，為一通盤性的修法，期許就現今沒收法制所生第三人沒收、未宣告主刑得否宣告沒收以及對法人沒收種種問題，為一次性解決。由於這次刑法沒收制度大幅度的修法，未來勢必針對沒收部分搭配刑事訴

^{註1}104年台非269決：「按刑法第三十八條第一項規定，下列之物沒收之：一、違禁物。二、供犯罪所用或犯罪預備之物。三、因犯罪所生或所得之物。其第二項規定：前項第一款之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。其第三項規定：第一項第二款、第三款之物，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。準此規定以觀，其中因犯罪所生或所得之物，以『屬於犯罪行為人者』為限，始得沒收之；若非屬於犯罪行為人所有者，則不得依該條項規定沒收之。而此所謂『犯罪行為人』，係指實際參與或實行犯罪行為之人而言（104台非269決）。」

訟法為一修正^{註2}，在國考重要性上不言可喻，以下分別以新通過沒收法制條文以及立法理由為重點介紹。

一、沒收性質：獨立性

現行（修法前）刑法制裁手段區分為以死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金等刑罰為主的主刑（刑法第 33 條），加上褫奪公權、沒收、追徵、追繳或抵償之從刑（刑法第 34 條參照）。既然於修法前沒收屬於從刑，必須依附主刑而存在，本質上不具有獨立性，亦即若無主刑存在將無法單獨宣告或專科沒收。

只是，沒收或追徵等手段，主要是著眼於違禁物、行為使用或預備使用工具或犯罪不法利益的「**行為事實的存在面**」，而非以行為人的屬人性為基礎^{註3}。若沒收法制以屬人行為為基礎，舉例而言將造成以下問題：對於不法利益剝奪的從刑，係圍繞在針對行為人的制裁刑罰手段，因欠缺專屬性及獨立性，將產生犯罪主體是法人時，因法人非可認定為犯罪行為人，縱使確認犯罪不法所得，亦無法宣告沒收^{註4}。所以「沒收的實質內涵，應解讀為係**國家對於犯罪事實的處置關係，對於應剝奪之物的暫時性保全措施**^{註5}」，進一步將「**沒收應定性為獨立的法律效果**，其對應的對象乃以**具體的犯罪事實**為對象，亦即如何運用沒收，係以具體的行為事實作為觀察。當法律效果的定性確認之後，其在具體適用上，不論是正當性，或是適用的有效性，將更為周延^{註6}。」

考量上述問題後，新通過條文則以「本法現行規定沒收為從刑，惟違禁物與犯罪工具之沒收係為預防再供作犯罪使用，影響社會治安，而**犯罪所得之沒收係避免任何人坐享犯罪所得而失公平正義，並遏阻犯罪誘因**，又沒收之性質，應依其規範目的定之，即因沒收標的物性質及其所

^{註2}司法院 2015 年 12 月 3 日新聞稿：「司法院院會通過刑事訴訟法部分條文修正草案，新增剝奪被告以外第三人財產、單獨聲請宣告沒收之相關程序規範，完備沒收法制之體系。」詳見：司法院，<http://www.judicial.gov.tw/tpnw/GetFile.asp?FileID=43884>。

^{註3}柯耀程，〈沒收的獨立性辯證〉，東吳大學沒收新思維研討會，2015 年 2 月 26 日，頁 15。

^{註4}柯耀程，〈沒收的獨立性辯證〉，東吳大學沒收新思維研討會，2015 年 2 月 26 日，頁 13。

^{註5}柯耀程，〈沒收的獨立性辯證〉，東吳大學沒收新思維研討會，2015 年 2 月 26 日，頁 21。

^{註6}柯耀程，〈沒收的獨立性辯證〉，東吳大學沒收新思維研討會，2015 年 2 月 26 日，頁 20。

有權歸屬之不同，或為刑罰，或為保安處分，或為準不當得利之衡平措施，或兼具上開不同性質，是本次修正沒收為**具獨立性之法律效果**，爰將第三十八條至第四十條之二相關沒收規定，獨立列於第五章之一，章名為『沒收』，其將沒收性質認為具有獨立性，新列第五章之一^{註7}，刪除沒收、追徵、追繳或抵償為從刑之規定（新通過條文第 34 條^{註8}），統一沒收之替代手段為追徵（第 38 條之 1 第 3 項），而不論沒收或追徵之性質均非屬從刑^{註9}。至於新增訂通過條文，依修正後第 2 條第 2 項規定：「沒收適用裁判時之法律。」

以沒收獨立性的具體規定，如新通過條文第 40 條為例：「沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之。違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收。第三十八條第二項、第三項之物、第三十八條之一第一項、第二項之**犯罪所得**，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之**犯罪或判決有罪者**，得單獨宣告沒收^{註10}。」亦即，沒收為具獨立性之法律效果，依沒收

^{註7}新增第 5 章之 1 之理由為：「沒收為具獨立性之法律效果。參諸聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption，以下簡稱反貪腐公約）第五章之規定，德國刑法第三章行為之法律效果，第一節為刑罰（即自由刑及罰金），第七節則規定沒收，以及日本改正刑法草案第十章均將沒收列為獨立章節，此次沒收體制之修正，與現行法將沒收列為從刑之立法體例已有不同，爰將沒收增訂為獨立專章，以符其規範之意旨。」

^{註8}第 34 條修法理由為：「**追繳、抵償係屬無法執行沒收時之替代手段**，最終目的在無法執行沒收時，自其他財產剝奪相當價額，其方式可為價額追徵或財物之追繳、抵償，惟此本係執行之方法，而非從刑，無須於本法區分，故統一**替代沒收之執行方式為追徵**；再依沒收標的之不同，分別於第三十八條及第三十八條之一為追徵之規定。」

^{註9}此次條文通過後，依第 36 條規定，從刑只剩下褫奪公權一種。

^{註10}修法理由：「依現行實務見解，如有犯罪行為人死亡、逃匿等情形，除另行提起民事訴訟外，不得單獨宣告沒收（司法院院解字第二八九八號、第三四〇三號、第三七三八號、第三八三四號解釋）。**惟因沒收已修正為具獨立性之法律效果，故其宣告，不必然附隨於裁判為之**，且犯罪行為人因死亡、曾經判決確定而受不起訴處分或不受理、免訴判決者；因心神喪失或疾病不能到庭而停止審判者，宜沒收之；又依**逃犯失權法則（Fugitive Disentitlement）**，犯罪行為人逃避刑事追迫時，法院得不待其到庭逕為沒收與否之裁判。爰參照德國刑法第七十三條、第七十六條 a、日本刑法改正草案第七十六條、第七十八條、美國聯邦法典第二十八篇第二千四百六十六條、反貪腐公約第五十四條第一項第 c 款及 UNODC 二〇〇五年防制洗錢與資助恐怖行動法範本，於第三項增訂因事實上或法律上原因未得追訴犯罪行為人之**犯罪或判決有罪者**，得單獨宣告沒收之規定。**惟此單獨宣告沒收程序之規定，以無法確認犯罪行為人刑罰權程序存在為前提，俾利訴訟經濟及裁判一致。**」

客體為違禁物、犯罪所生之物、供犯罪所用及預備犯罪之物、犯罪所得等分別規範。

申言之，除**違禁物**或專科沒收之物得單獨宣告沒收外，「**供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物**，屬於犯罪行為者；或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」（第 38 條第 2 項、第 3 項之物）、「**犯罪所得**，屬於犯罪行為人；或犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因明知他人違法行為而取得、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得」（第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項），必須限於「**因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者**」之原因，因無主刑而不能宣告沒收，得單獨宣告沒收。

又例如，新修正第 74 條第 5 項規定：「緩刑之效力不及於從刑、保安處分及沒收之宣告。」則因沒收具獨立之法律效果，與暫不執行為適當之緩刑本旨不合，應不受緩刑宣告之影響，爰修正本項定明緩刑之效力不及於沒收。

二、沒收客體

修法後沒收既具有獨立性之法律效果，為使規範明確，新增訂條文依沒收標的之不同（**違禁物、犯罪所生之物、供犯罪所用及預備犯罪之物、犯罪所得**），而分別規範其要件。

(一)違禁物

新增訂條文第 38 條第 1 項規定：「違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」其立法理由指出：「違禁物之沒收係考量違禁物本身即具社會危害性，不問屬於犯罪行為人與否，應沒收之。」

(二)供犯罪所用及預備犯罪之物、犯罪所生之物

針對本項標的之沒收，新增訂條文區分該物「是否屬於犯罪行為人所有」，分別規定相異要件而適用不同法律效果。

1.屬於犯罪行為人

就供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物屬於「**犯罪行為人**」而言，新增訂條文第 38 條第 2 項規定：「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。」其目的在於：「供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物（如偽造之文書），係藉由剝奪其所有以預防並遏止犯罪。」

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

然而必須特別注意者是，上開犯罪所生之物必須屬於「犯罪行為人所有」方能沒收。

2.屬於第三人。

惟供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，若屬於「**犯罪行為以外之人**」所有，新增訂第 38 條第 3 項規定：「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。」必須注意的是，對於犯罪行為以外之第三人沒收本項之物時，必須限於「無正當理由提供或取得」時。

3.全部或一部不能沒收或不宜執行沒收：追徵價額

考量供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物如價值昂貴，經變價獲利或轉讓予他人，而無法原物沒收，顯失公平，爰新增訂第 38 條第 4 項規定：「**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**^{註11}。又因上開物品未必有明確市價，亦非均有追徵價額之必要，故是否有追徵必要，委由實務依具體個案判斷之。

(三)犯罪所得

所謂犯罪所得，依修正前沒收法制，限於有體物，因範圍過窄，而無法剝奪犯罪所得以遏止犯罪誘因。又依據反貪腐公約第二條第 d 款、第 e 款、巴勒摩公約、維也納公約均指出**犯罪所得係指因犯罪而直接或間接所得、所生之財物及利益，而財物及利益則不問物質抑或非物質、動產抑或不動產、有形抑或無形均應包括在內**；又現行司法實務如司法院院字第 2140 號解釋，犯罪所得之物，係指因犯罪「直接」取得者，故犯罪所得之轉換或對價均不能沒收，範圍過狹，無法澈底剝奪犯罪所得。爰參照聯合國毒品及犯罪問題辦公室 2005 年防制洗錢與資助恐怖行動法範本、德國刑法第 73 條第 2 項、日本刑法第 19 條第 1 項第 4 款、日本組織犯罪處罰法第 2 條第 3 項、日本麻藥特例法第 2 條第 4 項，增訂第 4 項，定明犯罪所得包括其違法行為所得、其變得之物、財產上利益及其孳息均為沒收範圍。另犯罪所得之沒收，其沒收標的須係來自違法行為，惟不必然係該所得依據之違法行為本身；復由法院依法條要件認定該所得係來自於違法行為，依職權善盡調查。

^{註11}於此可觀察新修正後的沒收的替代手段為「追徵」。

依據上開理由，依新增訂第 38 條之 1 第 4 項規定：「**犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。**」必須特別注意的是，新增訂條文所指財產上利益，包括**積極利益**及**消極利益**，積極利益如：占用他人房屋之使用利益、性招待利益等，變得之孳息則指利息、租金收入；消極利益如：法定應建置設備而未建置所減省之費用等。又依實務多數見解，基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，**不問成本、利潤，均應沒收。**

1.屬於犯罪行為人

針對犯罪所得之沒收，原則上依新增訂第 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。」

2.屬於第三人

惟犯罪所得之沒收，以屬於犯罪行為人者為限，則犯罪行為人將其犯罪所得轉予第三人情形，犯罪行為人或第三人因而坐享犯罪所得，顯失公平正義。因此，新增訂條文將沒收之主體擴張至犯罪行為人以外之人。又新增訂條文考量現今社會交易型態多樣，第三人應包括自然人、法人、非法人團體，法人包括本國及外國法人，以澈底追討犯罪所得，而符合公平正義，爰擴大沒收犯罪所得之主體範圍，由「犯罪行為人」，擴張至「自然人、法人或非法人團體」。必須特別注意的是，針對犯罪行為人以外之第三人沒收犯罪所得時，各國立法例均要求於**不損害善意第三人**之情況下進行沒收，**第三人若非出於善意之情形，包括：明知他人違法行為而取得、因他人違法行為而無償或以顯不相當對價取得、或犯罪行為人為他人實行違法行為，而他人因而取得犯罪所得時，均得沒收之，**避免該第三人因此而獲利益。至該違法行為不以具有可責性，不以被起訴或證明有罪為必要，以防止脫法並填補制裁漏洞。

因此，新增訂第 38 條之 1 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。」

3.全部或一部不能沒收或不宜執行沒收：追徵價額

又參考各國立法例均要求澈底剝奪犯罪所得，如犯罪所得之物、財產上利益及其孳息，因事實上或法律上原因（如滅失或第三人善意

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

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分離或分離需費過鉅、混合財產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。因此,新增訂第38條之1第3項規定:「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。」

4.沒收或追徵之例外:犯罪所得已實際合法發還被害人

為優先保障被害人因犯罪所生之求償權,爰參考德國刑法第73條第1項第二句,增訂第38條之1第5項規定:「**犯罪所得已實際合法發還被害人者,不予宣告沒收或追徵。**」但僅限於個案實際已經發還被害人之求償額度內,始能適用發還排除沒收之原則,不得泛泛以可能存在有求償權之被害人為由,既不發還亦不沒收。否則,犯罪行為人繼續享有犯罪所得,澈底悖離利得沒收制度之本旨。

三、犯罪所得或追徵範圍與價額之認定

本次修正有關犯罪所得之沒收與追徵,其範圍及於**違法行為所得、變得之物或財產上利益及其孳息**,考量其範圍及數額並不具有特定性,爰參考德國刑法第73條b之規定,明訂於認定顯有困難時得估算之,以符實務需求。且因**利得沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施**,非屬刑罰亦不適用嚴格證明法則,故以估算規定揭示其採**自由證明法則**之意旨,範圍及價額**僅需釋明**為已足,以減輕證明負擔。第38條之追徵及第38條之1之發還,同有範圍及數額之認定問題,故一併規定於新增訂第38條之2第1項:「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。第三十八條之追徵,亦同」。

另為符合比例原則,兼顧訴訟經濟,爰參考德國刑法第73條c及德國刑事訴訟法第430條第1項之規定,增訂**過苛調節條款**,於宣告沒收或追徵於個案運用有過苛之虞、**欠缺刑法上之重要性**或**犯罪所得價值低微**之情形,得不予宣告沒收或追徵,以**節省法院不必要之勞費並調節義務沒收之嚴苛性**。又考量義務沒收對於被沒收人之**最低限度生活**產生影響情形,允由法院依個案情形不予宣告或酌減之,以保障人權。綜上,新增訂第38條之2第2項:「宣告前二條之沒收或追徵,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者,得不宣告或酌減之。」

【高點法律專班】

版權所有,重製必究!

四、犯罪所得之所有權移轉

本次修正擴大沒收之對象及客體範圍，旨在澈底剝奪犯罪所得。考量現行實務於判決後執行前，犯罪行為人脫產致無法執行情形，爰參酌德國刑法第 73 條 e、第 74 條 e 之規定，於第 1 項及第 3 項定明宣告沒收之效力於裁判確定時移轉為國家所有，宣告沒收之裁判確定前，該裁判具有禁止處分之效力。惟為兼顧交易安全，於第 2 項定明第三人對沒收標的之權利不受影響。

綜上，新增訂第 38 條之 3 規定：「第三十八條之物及第三十八條之一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不受影響。第一項之沒收裁判，於確定前，具有禁止處分之效力。」

五、沒收之執行

新修正第 40 條之 2 規定：「**宣告多數沒收者，併執行之**^{註12}。沒收，除違禁物及有特別規定者外，逾第八十條規定之時效期間，不得為之。沒收標的在中華民國領域外，而逾前項之時效完成後五年者，亦同。沒收之宣告，自裁判確定之日起，逾十年未開始或繼續執行者，不得執行。」

立法理由說明如下：沒收為具獨立性之法律效果，固無追訴權時效之適用，惟沒收仍實質影響財產關係與交易安全，自宜定明沒收之時效，**限於犯罪行為之追訴權時效期間內**，爰為第 2 項規定。

考量沒收標的在中華民國領域外之情形，為兼顧司法互助雙方往來所需之時程，宜**延長五年沒收之時效期間**，爰增訂第 3 項，俾利實務運作。

沒收為具獨立性之法律效果，無行刑權時效之適用，現行條文第 84 條第 1 項第 4 款關於專科沒收之行刑權時效已配合刪除，惟沒收之執行與犯罪行為人或第三人之權益相關，不宜長期不執行，影響法秩序之安定，爰於第 4 項增訂沒收之執行期間；又因目前金融交易趨向國際化，重大經濟、貪瀆、洗錢、跨境詐欺等犯罪所得，可輕易移轉至我國領域外，遇有此種情形，僅能請求外國提供刑事司法互助，其程序甚為費時，故執行期間定為十年，逾十年未開始或繼續執行者，不得執行。而所定「**未開始或繼續執行者**」，應包括「未開始」執行及開始執行後「未繼續」執

^{註12} 本次修正將沒收列為專章，具獨立性之法律效果，故宣告多數沒收之情形，並非數罪併罰，爰刪除現行第 51 條第 9 款規定宣告多數沒收併執行之規定，另於第 40 條之 2 第 1 項訂定。

行兩種情形。

六、施行日期：2016 年 7 月 1 日

新修正有關沒收規定，依刑法施刑法第 10 條之 3 規定：「中華民國一百零四年十二月十七日修正之刑法，自一百零五年七月一日施行。施行日前制定之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」因刑法已經整體修正沒收之規定，無論發還被害人、第三人沒收、價額之追徵、估算、義務沒收與過苛調節條款等，已經全盤修正，自應回歸刑法，一體適用。據此，早於此次刑法沒收規定施行日前所制定之其餘特別法之沒收實體規定，已無獨立存在之必要，故本施行法明文揭示後法優於前法之原則，刑法沒收規定施行日後，不再適用其他法律之沒收相關規定。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！