

重要論文導讀 ⑤

# 發還優先原則及賄款之沒收

## —評最高法院相關刑事判決

編目：刑法

|      |   |   |
|------|---|---|
| 出處   | 月旦裁判時報，第31期，頁40~51  |   |
| 作者   | 林鈺雄教授   |   |
| 關鍵詞  | 利得沒收、發還被害人優先原則、貪污瀆職犯罪   |   |
| 摘要   | <p>犯罪利得沒收在實務上乃常見之刑事程序，然而綜觀我國刑法與附屬刑法相關規定皆屬紊亂，欠缺通盤式的立法考量，實務見解甚至也出現少數說理矛盾之情形。本文所欲釐清之問題包括：發還被害人優先原則、利得沒收體系審查順序與賄款不予發還之法理基礎，最後在分析實務見解與比較德國法等理論之後，提出有力的批判見解，並提出實用的立法建議。</p> |   |
| 重點整理 | 賄款不予發還之實務見解   | <p>在公務員因收受賄賂或回扣等不正利益犯罪案例中，我國法院一向是採取沒收款項且不予發還的見解，亦即行賄者不能再拿回賄款，以使犯罪行為人不能享受犯罪成果，但是說理方式略有不同，林鈺雄教授整理後，認為可大致分成兩種看法：</p> <p>一、澄清吏治之嚇阻效果<br/>本說認為，賄款如果發還給行賄人，將無法對其產生嚇阻效力，甚至有鼓勵嘗試貪污犯罪之虞，為了維護國家公務員之廉潔，不應將賄款再發還。</p> <p>二、對向犯皆非被害人<br/>此說認為，行賄者與受賄者是對向犯的關係，對向犯係指兩人或兩人以上彼此以相互對立之意思，經合致而成立犯罪，此類實務見解認為，對向犯中行賄者與受賄者皆屬犯罪人，此時就不存在被害人，亦無發還之理。</p> |
|      | 法理基礎  | <p>一、賄賂罪保護法益<br/>林鈺雄教授認為，雖然行賄者的賄款不予發還是值得讚許的作法，但法理基礎仍有待釐清。避免變相鼓勵貪污的刑事政策考量固有所本，但是<b>真正的根源在於，賄賂罪的保護法益係國家法益</b>，也就是「<b>國家公務員執行職務之純正</b>」此非個人法益的保護，因此原則上當然不會出現需要返還金錢的</p>  |

|      |                |  |
|------|----------------|--|
| 重點整理 | 法理基礎           | <p>被害人。<br/>保護法益的釐清不但提供有力的論據，在處理一些兼及國家法益與個人法益保護的犯罪型態，例如：帶有背信或詐欺性質的公務員竊取公有物罪或公務員利用職務機會詐取財物罪時，更能明確辨明因為同時保護個人法益之故，此類犯罪將出現發還被害人之可能性。</p> <p><b>二、準不當得利概念</b><br/>按民法第180條第4款前段規定，因不法之原因而為給付者，不得請求返還，本條民法上不當得利之規定與賄款不得請求返還具備相似法理，因此基於這種「準不當得利」的概念基礎，應足理解這種基於不法原因而給付的賄款不應加以返還，而需依法加以沒收。</p>  |
|      | 犯罪利得沒收<br>審查順序 | <p>犯罪利得沒收之審查須經過以下步驟：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>一、須存在有刑事不法不在此前提。</li> <li>二、是否因為正犯或共犯之犯罪而有利得，包括：因犯罪所生或所得之物。</li> <li>三、何人因犯罪有利得，是犯罪行為人抑或是第三人？</li> <li>四、利得範圍以及應予追討之價額範圍。</li> <li>五、是否存在應優先發還之被害人，所謂的優先順序係指優先於沒收該利得之前就返還於犯罪被害人。</li> <li>六、法律效果是義務沒收或裁量沒收？</li> </ol> <p>應注意的是，此審查順序具有前後關聯，須以前一步驟成立後始有討論下一步驟要件之可能，反之，確認符合特定步驟的要件時，也不應否定前步驟要件的成立。<br/>例如：討論是否優先發還於被害人時，必定是利得沒收之要件成立，所以即使結論是不返還被害人，也要執行沒收，而不能出現「雖該當利得沒收要件，但是既不沒收，又不返還被害人」這樣不合邏輯之結論。<br/>近年來的例子即是大統油案中做出不沒收犯罪利得也不返還被害人的結論，造成犯罪行為人可以繼續保持其利得的不當結果。</p> |
|      | 發還被害人優先原則之實踐   | <p>將犯罪行為人因犯罪所得的利益或財物發還給被害人，主要是基於下述二理由：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>一、有效快速的回復權利方式</li> </ol> <p>即使被害人事後可以經過民事求償方式請求返還</p>  |

|      |   |   |
|------|---|---|
| 重點整理 | 發還被害人優先原則之實踐  | <p>犯罪所得，但是訴訟程序曠日廢時，不如逕行發還等方式來得迅速。</p> <p>二、<b>避免讓國家成為權利障礙</b><br/>將財物沒收而不適時返還，將使國庫成為保護被害人權益的障礙。<br/>另一方面，這樣也可能讓犯罪行為人蒙受同時面對犯罪所得被沒收以及被害人求償的雙重剝奪，故以返還被害人方式來解決將可同時保護犯罪行為人與被害人之權利。<br/>現行法下雖有將犯罪利得發還被害人的規定，但皆散見於附屬刑法中，從上開理由可以知道，健全的發還被害人優先原則是保護被害人權利的重要方式，故宜將相關規定在刑法總則做通則式的規定。</p>   |
|      | 立法建議  | <p>林鈺雄教授認為，現行法下對於沒收的相關規定體系紊亂，例如：<b>沒收應屬追徵、追繳與抵償的上位概念</b>，但我國法的規定從形式上看來卻像是追徵、追繳與抵償在特殊規定下始能適用，對於此亂象應予檢討，將沒收、發還被害人優先、追徵、追繳與抵償等概念皆於刑法總則加以規定，另可參考德國法規定，注意以下兩點現行法的不足之處：</p> <p>一、<b>發還與沒收並存</b><br/>從現行法與實務操作沒收相關規定的方式來看，發還被害人與沒收犯罪利得似乎是互斥的概念，事實上在應發還的部分還給被害人之後，剩下的部分仍可加以沒收，反之亦然，兩者間其實是可以共存的概念。</p> <p>二、<b>被害人事後救濟程序</b><br/>德國刑事訴訟法在犯罪利得沒收後設有<b>事後訴訟與扣押延長保全</b>等相關配套措施，讓被害人得請求撤銷沒收之一部或全部，如此不但可以更周全地保護被害人權利，亦可讓實務不會因為擔心侵害被害人權利而延宕利得沒收等程序之進行。</p> |
| 考題趨勢 | <p>一、我國刑法與附屬刑法關於沒收、追徵、追繳與抵償之相關規定？</p> <p>二、發還被害人優先原則與賄款不予返還之法理基礎？</p>   |   |
| 延伸閱讀 | <p>一、林志潔，〈高法院發回判決與上訴審制度—以沒收相關判決為核心〉，《月旦法學雜誌》，第209期，頁76-105。</p> <p>二、吳天雲，〈沒收犯罪所得的法律性質與具體適用—以是否扣除成本為例〉，《法學新論》，第37期，頁113-141。</p> |   |