

重要論文導讀③

利得沒收之法律性質與審查體系 —兼論立法之展望

編目：刑法

出處	月旦法學雜誌，第238期，頁53-84
作者	林鈺雄教授
關鍵詞	利得沒收、總額原則、過苛調節條款、發還被害人優先原則
摘要	利得沒收制度在我國刑法中並未有清楚的體系定位與審查模式，卻是防範經濟犯罪不可或缺的制度，本文首先強調利得沒收與刑罰的不同，特別是不受罪責原則之拘束，不但點出我國現行法關於立法用語、價額計算方式與當事人程序保障等問題付之闕如的缺失，最後亦建立完整的審查架構體系，對於相關的立法論與實務運用上皆有其重要性。
重點整理	前言 利得沒收制度在經濟犯罪中最能顯出其重要性，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，能夠大幅降低犯罪之誘因，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條以下的不當得利制度、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項、第2項與第20條)都有相通之概念。
	利得沒收與刑罰之比較 一、相似處 首先，利得沒收制度是一種干預人民財產權的處分，與刑罰中的罰金刑相類似。另一方面，利得沒收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。 二、相異處 利得沒收與罰金在概念上易受混淆，應有詳加區分之必要，林鈺雄教授認為，基於以下數點理由，利得沒收制度不可認為是一種刑罰： (一)罪責原則 罪責原則是專屬於個人情狀的判斷，且攸關於刑罰之衡量問題，因此，犯罪行為人的罪責不應使第三人被課予刑罰，從這個角度來看利得沒收，

<p>重點整理</p>	<p>利得沒收與 刑罰之比較</p>	<p>立法上明確允許對犯罪行為人以外之第三人沒收的可能性，由此可知，利得沒收制度並非須受罪責原則拘束的刑罰類型。</p> <p>(二)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，藉此判斷最為妥適的罰金金額。</p> <p>(三)沒有倫理非難性 罰金刑作為一種刑罰，同時也表彰對於犯罪人其行為的倫理非難，但是利得沒收的對象未必是具有可非難性的犯罪者，例如：無過失的第三人也可能會成為利得沒收的對象，顯然並無倫理可非難性。</p> <p>(四)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乃利得沒收制度之一大特色，但是罰金刑卻沒有這類規定適用，而優先發還被害人原則反而較為類似民法上的不當得利精神，與刑罰有別。</p> <p>三、定性：刑法與保安處分之外的獨立干預措施 雖然利得沒收制度具有一般預防功用，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之專利，例如：行政管制措施也常常具備此類功效。由於利得沒收制度不是刑罰，在適用上亦應與罰金刑脫鉤處理，林鈺雄教授指出，刑法第 58 條與食品安全衛生管理法第 49 條第 6 項規定應予檢討，蓋罰金屬於刑罰的一種，量刑自應考量行為人的罪責要素，此跟利得沒收制度僅須考量犯罪獲利情狀相比，兩者要件不同，不應混為一談，否則只會徒增適用上難題。</p> <p>以德國法為例，其將利得沒收制度作為獨立於刑罰與保安處分的干預措施，制定其要件與法律效果，足證利得沒收制度與刑罰的不同，惟應注意的是，利得沒收仍是對於財產權的干預措施，需注意憲法第 15 條財產權保障，有法律保留與比例原則適用，對於受干預的相對人或第三人，制度設計上亦需注意救濟權、聽審權與程序參與權等保障。</p>
-------------	------------------------	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

	<p>我國法 相關制度 問題檢討</p>	<p>我國刑法中的利得沒收具有以下幾個問題：</p> <p>一、立法用語不精確 我國刑法中的沒收語意範圍甚廣，包括：犯罪工具或犯罪利得皆以沒收處理，以刑法第 38 條第 1 項之規範客體來加以分析，供犯罪所用或犯罪預備之物應屬狹義沒收而非利得沒收；違禁品不管是供犯罪之用或犯罪所生成之物亦屬相同情形；至於因犯罪所生或所得之物，有可能是利得沒收，但也可能是狹義沒收，應視個案而定，準此而言，我國刑法並無針對利得沒收的清楚規定。另一方面，追徵、追繳或抵償雖然在實務上時常使用，卻只是替代手段而非獨立的措施，不宜視之為利得沒收之規定。</p> <p>二、不宜以從刑規範之 按我國刑法架構沒收似乎屬於從刑的一種，但實際上卻有所出入，例如：專科沒收與單獨宣告沒收的適用，代表沒收不一定要「從屬」於主刑，又或者允許對第三人沒收正代表沒收制度並非受到罪責原則拘束的刑罰類型。</p>
<p>重點整理</p>	<p>利得沒收 審查順序</p>	<p>一、前提審查：存在刑事不法行為 刑事不法係指構成要件該當且具違法性之行為，至於是否具罪責並非所問，由於利得沒收並非刑罰，針對欠缺罪責的不法行為沒收其利得不會違反刑事法罪責原則。順帶一提，這裡所指的刑事不法行為並不以財產犯罪、故意犯、既遂犯、正犯等特定犯罪型態為限。</p> <p>二、有無利得審查</p> <p>(一)直接關聯性 刑事犯罪與利得的產生之間必須具有直接關聯，直接利得可再分成「為了犯罪而獲取的報酬或對價」以及「產自犯罪而獲得的利潤或利益」。同時直接利得不需輔以民法等法律規範的有效性判斷，僅需從事實上對於財產標的的處分、支配權判斷即可，否則許多的不法利益都可能因為不具法律上正當性而無法認定為犯罪利得，使利得沒收的效果大打折扣。</p> <p>(二)為了犯罪 此類利得是指為了使行為人實現犯罪而給付的對價或報酬，而不是犯罪構成要件所產生的利益，例如：公務員收受之賄賂、殺手收取的佣</p>

<p>重點整理</p>	<p>利得沒收 審查順序</p>	<p>金。</p> <p>(三)產自犯罪 若實現犯罪的過程中就取得了利益，例如：財產犯罪取得的贓款、內線交易犯罪使股票增加的價值，就是產自犯罪的利得。</p> <p>三、利得人審查</p> <p>(一)利得人係犯罪行為人 參與犯罪的行為人皆可成為沒收對象，包括：犯罪之正犯與共犯，刑法上的正共犯區分理論在此處較無影響，至於實務上出現的共同被告連帶沒收問題，基於以受領人作為利得沒收對象主體的原則，是否有共犯關係並非利得沒收制度關心的重點，而是在沒收客體上具有共同支配關係時，就不排除出現連帶沒收的情形。</p> <p>(二)利得人係第三人 當犯罪參與者之外的第三人也就犯罪獲取利得之時，理論上亦可成為沒收之對象，我國對第三人沒收之規定僅散見於附屬刑法，並未像德國刑法一樣規定於刑法總則。 為了達成利得沒收的規範目的，有效杜絕犯罪之獲利，除了自然人之外，法人或非法人之合團體也可能是沒收的對象，由於不考慮罪責要素，此處的爭議較小，以第三人是犯罪行為人所屬的公司為例，允許利得沒收也是宣示公司有必要採取預防措施，以杜絕被利用實施經濟犯罪的情形。 對第三人沒收時，有幾點必須注意：首先，若公司也是兩罰規定下受罰的犯罪行為人，此時應以其為犯罪行為人而沒收利得，不需訴諸第三人沒收條款；其次，若第三人的財力明顯高於犯罪行為人，往往第三人沒收條款才是能真正實現利得沒收制度的關鍵。 對第三人利得沒收時，只要犯罪行為實際上係為第三人利益為之即可，不以外觀上可得知悉或具法律上的委任等法律關係為必要，在關聯性上亦僅要求得利關聯性而非直接關聯性，否則容易透過洗錢等方式迴避。 針對善意第三人的問題，我國食安法第49條之</p>
-------------	----------------------	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>利得沒收 審查順序</p>	<p>1 第 1 項有排除規定，至於德國則是以過苛調節條款針對個案認定之。</p> <p>四、利得範圍與替代價額審查</p> <p>探討利得範圍時，廣義來講包含因為犯罪而直接取得的直接利得、使用直接利得或替代品而生的間接利得，以及從直接或間接利得轉換而來的替代價額。</p> <p>(一)直接利得之審查：以(相對)總則原則計算為妥</p> <p>關於犯罪利得的固有範圍審查，應採取「兩階段計算法」：第一階段先審查「有無利得」，即是否有犯罪所生的直接利得；第二階段是「利得範圍」審查，此時就會出現是否要扣除「犯罪成本」的爭議。</p> <p>我國法就此問題尚無明確定義，德國法則是明確採取(相對)總額原則：為了犯罪或產自犯罪的不法利得，在具有直接性的利得範圍之內，不扣除犯罪成本。</p> <p>若採取扣除犯罪成本作法的淨利原則，可能會出現兩個缺失：一來是造成法院與檢方需要花費額外心力審查計算孰為犯罪支出，將延宕訴訟程序之進行；二來是此計算方式降低經濟犯罪成本，提升犯罪誘因，一般預防效果將大打折扣。</p> <p>下舉一例說明：工程公司花費 100 萬元賄賂公務員，取得 5000 萬元工程標案，工程成本支出為 4000 萬元，扣除後利潤為 1000 萬元。若採(絕對)總額原則，整個工程標案的價額 5000 萬元都是沒收範圍；若採淨利原則，在 1000 萬的利潤下還要扣除行賄成本 100 萬元才是沒收範圍；至於(相對)總則原則係確認直接犯罪所得為 1000 萬元利潤(因為行賄的不法部分存在於取得合約的階段，執行合約的成本費用與此無關，故 4000 萬元不是直接利得)之後，不再扣除 100 萬元的賄款(行賄犯罪成本)。</p> <p>(二)間接利得與替代價額</p> <p>當犯罪與利得之間因為介入其他法律或事實行為，造成直接關聯性之欠缺，此即為間接利得，例如：利息、變賣贓物之價金。然而，若是間</p>
-------------	----------------------	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>利得沒收 審查順序</p>	<p>接利得再經過法律行為之所得，則非可沒收的間接利得。</p> <p>如果利得客體因為型態、損失、加工或消費等原因，無法對其執行沒收時，應改成沒收相當利得之價額，另應注意沒收客體若只是減損價值而低於不法取得時狀態，仍需對該「差價」宣告沒收。</p> <p>五、排除審查：被害人優先原則</p> <p>除了執行沒收之外，犯罪利得也有可能發還給被害人，在兩者的先後順序取捨之下，基於以下理由，應採取發還被害人優先原則：首先，如果選擇優先將犯罪所得沒收，此時國庫不啻是被害人向犯罪行為人請求賠償的阻礙，其次，如果未確立此優先順序，犯罪行為人可能同時面對犯罪所得被沒收的刑事程序與被害人求償的民事程序，造成對犯罪行為人的雙重剝奪。在審查順序上，發還被害人原則的前提是已經落入利得沒收的範圍，所以應避免出現「既不沒收，又不發還被害人」的狀況，否則會使犯罪行為人繼續保有犯罪利得。</p> <p>因為利得的性質不同，亦非一概發還於被害人：就「犯罪所生物品」而言，其係因違法而需沒收，不用考慮發還被害人；另外在「犯罪的報酬或對價」情形，交付者並無民事請求權，自然也不能主張排除沒收。</p> <p>六、法律效果</p> <p>我國立法對於利得沒收應屬強制沒收或裁量沒收並無清楚的通盤規範，僅於刑法第38條第1項第1款與同條第2項就違禁品規定採強制沒收，但是對犯罪所生或所得之物則語焉不詳，仍有待修法解決，關於此問題，應可參考德國法規定，明確規定強制沒收原則。</p> <p>德國刑法利用「過苛調節條款」將比例原則更為具體地適用於沒收制度，針對具體個案中的情節，如果不將行為人的經濟能力與犯罪情節輕重等要素一併考量，一律實施沒收，反而可能妨礙犯罪行為人賦歸社會的可能性，此外，在執行層面上也可以考量分期付款等變通。</p> <p>七、程序問題</p> <p>利得沒收制度本質上並非刑罰，不涉及犯罪之成立</p>
-------------	----------------------	---

<p>重點整理</p>	<p>利得沒收 審查順序</p>	<p>要件，故不需適用嚴格證明程序，價額的計算僅依自由證明之要求加以釋明即可。我國立法目前欠缺的程序配套措施包括：當利得人為本案第三人時，應賦予第三人參與訴訟之機會；程序法上規定健全的保全執行之扣押，甚至能延長扣押之效力以緊扣沒收時點，使沒收之執行得順利進行；建立事後程序，讓沒收宣告仍有撤銷的機會，藉此保障應受發還的被害人。</p>
<p>考題趨勢</p>	<p>一、利得沒收與刑罰之區別？ 二、現行法關於沒收制度的缺失為何？ 三、利得範圍應如何審查？</p>	
<p>延伸閱讀</p>	<p>一、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》，第238期，頁85-101。 二、林鈺雄，〈發還優先原則及賄款之沒收—評最高法院相關刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第31期，頁40-51。 ※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！</p>	

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！