

專家諮詢意見書¹

案號：111年度 會台 字第 13664 號

專家學者、機關或團體

姓名或名稱：黃士軒

身分證明文件字號：

住(居) 所、所在地、事務所或營業
所：

電話：

傳真：

電子郵件位址：

送達代收人：

送達處所：

機關/團體代表人

姓名：

身分證明文件字號：

稱謂/職業：

住所或居所：

電話：

傳真：

電子郵件位址：

1 為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

2 應揭露事項²

3 一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或
4 其代理人有分工或合作關係。

5 無。

6 二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其
7 代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

8 無。

9 三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

10 無。

11 專業意見或資料

12 目錄

13	一、本件諮詢問題題綱	4
14	二、本件諮詢問題之背景、定位與內涵的釐清	4
15	(一) 現行刑法沒收法制修法的基本背景	4
16	(二) 沒收制度修法後的主要內容	5
17	(三) 修法後產生的主要爭議問題與批判	9
18	(四) 本件諮詢問題的定位與內涵的進一步釐清	13
19	1. 本件諮詢問題的定位	13
20	2. 關於本件諮詢問題內涵的進一步探討	13
21	3. 本件諮詢問題所含層次的釐清	17
22	三、關於本件諮詢問題觀察我國實務狀況的必要性	18
23	四、與本件諮詢問題有關之我國實務概觀	20
24	(一) 各種犯罪類型中的實務概況	20
25	1. 毒品危害防制條例的實務事例	20
26	2. 貪污治罪條例的實務事例	23
27	3. 銀行法的實務事例	25

1	4. 廢棄物清理法的實務事例.....	29
2	5. 刑法上詐欺罪的實務事例.....	31
3	(二) 我國實務的特徵.....	32
4	五、再省犯罪所得沒收的基本性質	33
5	(一) 我國實務現況在理論上之意義	33
6	1. 量「刑」中犯罪所得之考慮與其意義	33
7	2. 沒收作為組織性犯罪維持資金的犯罪所得之意義	35
8	(二) 犯罪所得沒收基本性質的理解	36
9	(三) 對第三人沒收犯罪有關之所得的基本性質	39
10	六、結論	42
11		
12		
13		
14		
15		
16		
17		
18		
19		
20		
21		
22		
23		
24		
25		
26		
27		

1 一、本件諮詢問題題綱

2 刑法第2條第2項規定：「沒收……適用裁判時之法律」，其中關
3 於沒收標的為犯罪行為人或第三人「不法利得」部分（刑法第38條之
4 1規定參照），各是否違反憲法上罪刑法定原則、法律禁止溯及既往
5 原則及信賴保護原則而侵害憲法所保障之財產權？理由為何？

6

7 二、本件諮詢問題之背景、定位與內涵的釐清

8 （一） 現行刑法沒收法制修法的基本背景

9 我國現行刑法關於沒收的規定，是規定於同法第一編「總則」的
10 第五章之一「沒收」，涵蓋了第38條至第40條之2的各條文¹。此一沒
11 收專章，是2015年修法後的結果。2015年的修法背景，大致上可認為
12 是因為：

13 （1）我國在2013年10月起接連發生數起涉及企業，且關於食品
14 安全的案件，在這些案件中犯罪所得在刑事實務上無法妥當沒收的問
15 題，引起社會與學界關注²；

16 （2）無法妥當沒收的根本原因，一般認為出在自制訂時起至上
17 述食品安全相關事件發生時為止，長期均無重大修正的1935年中華民
18 國刑法中³，沒收規定整體以及沒收作為從刑的僵硬定性與分類⁴，並

¹ 以下本諮詢意見內容中，如無特別說明，則提及「我國刑法」或「現行刑法」時，係指2015年經修法後的中華民國刑法。以下本諮詢意見所引用之我國刑法或其他特別刑法之條文，如無特別說明，則係引用自法務部所設置的全國法規資料庫。網址：<https://ppt.cc/ft5Gcx>，最後瀏覽日：2022年7月10日。

² 關於此部分的介紹，可參照：林鈺雄（2014），〈法人犯罪及不法利得之沒收——評大統混油案刑事判決〉，《台灣法學雜誌》，261期，頁94-111；許澤天（2015），〈樂見非常上訴帶來利得沒收本質釐清的契機〉，《台灣法學雜誌》，265期，頁7-10。

³ 以下簡稱「舊法」。

⁴ 此部分的批評，可參照：林鈺雄（2016），〈綜覽沒收新舊法（上）〉，《月旦法學教室》，182期，頁56-59；王皇玉（2016），〈2015年刑事法發展回顧：刑法沒收制度之變革〉，《臺大法學論叢》，第45卷特刊，頁1618等參照。我國現行法沒收規定完成立法前，關於1935年中華民國刑法的沒收規定之詳細檢討與批判，亦可參照：薛智仁（2007），〈沒收之定位與從屬性（上）-最高法院相關裁判綜合評釋-〉，

1 且這樣的立法下，也因為沒收的客體以有體物為中心，而欠缺對於行
2 為人因犯罪所取得之利益，或第三人輾轉取得之犯罪所得可加沒收的
3 充分規定⁵；

4 (3) 20世紀末起至進入本世紀後，為了防治在貪腐、毒品或金
5 融相關犯罪領域的組織性犯罪乃至跨國的組織性犯罪，需對一般認為
6 在此種犯罪中有高度重要性的犯罪所得利益剝奪有相關的制度上建構，
7 而當時我國雖在個別的法律中設有關於沒收的特別規定，但是在刑法
8 中欠缺整體性的制度設計⁶。

9

10 (二) 沒收制度修法後的主要內容

11 在這樣的背景下⁷，我國於2015年進行了沒收的修法，對長期無重
12 大變化的刑法沒收規定進行了大幅度的修正。除了上述在章名上，獨
13 立於原本刑法第一編「總則」第五章「刑」之外，另外增訂同編第五
14 章之一「沒收」規定，此一修法與先前的規定相較，主要也有以下的
15 不同之處：

16 第一，變更沒收的定位與基本精神。

17 在舊法時代的規定上，將沒收規定為從刑，屬於刑罰的一種，但
18 是在學說上則存有：(1) 將沒收理解為刑罰的見解⁸；(2) 將沒收理
19 解為兼含刑罰與保安處分之性質等不同見解⁹。與此相對，現行刑法的

《臺灣本土法學雜誌》，98期，頁26-33。

⁵ 例如：林鈺雄（2019），〈第三人利得沒收〉，《月旦法學教室》，199期，頁37-38；王皇玉，同註4，頁1626；謝煜偉（2018），〈沒收新制基礎問題省思〉，收於：《陳子平教授榮退論文集》，台北：元照，頁343。

⁶ 參照：許恒達（2014），〈非定罪之犯罪所得沒收：借鏡德國法制〉，《刑事政策與犯罪研究論文集》，17期，頁20-23。

⁷ 關於此部分背景的簡要介紹，亦可參照：陳子平（2017），《刑法總論》，4版，台北：自版，頁849-850；張麗卿（2021），《刑法總則理論與運用》，9版，台北：五南，頁661。

⁸ 例如：周治平（1972），《刑法總論》，5版，台北：自版，頁500-501。

⁹ 例如：陳樸生（1975），《實用刑法》，2版，台北：自版，頁235；林山田（2008），《刑法通論》，台北：自版，頁482；薛智仁，同註4，頁26參照。此部分的簡要說明，亦可參照：王皇玉，同註4，頁1619。

1 立法理由則明白指出沒收屬於獨立於刑罰及保安處分之外的刑法上法
2 律效果，不是刑罰也不是保安處分¹⁰。

3 第二，擴張沒收客體的屬性。

4 在舊法時代的規定上，以「物」即有體物作為沒收之客體。與此
5 相對，現行刑法的立法者基於「準不當得利」的衡平法理，冀望透過
6 犯罪利得沒收的相關規定，盡量剝奪因犯罪所生的各種所得，貫徹任
7 何人均不得因犯罪獲利的原則，並藉此杜絕犯罪之誘因，因此其在現
8 行刑法第38條之1以下設置了犯罪所得沒收的相關規定¹¹。透過此等規
9 定，不僅在舊法時代可成為沒收對象的有體物在現行刑法規定下仍可
10 成為沒收對象，即使是無形的財產上利益，也可以成為沒收對象¹²。
11 並且，在法院進行此種犯罪所得的沒收時，立法者也明白地指出「基
12 於徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均
13 應沒收。」¹³刑法學界一般也認為立法者對於犯罪所得的沒收範圍，

¹⁰ 參照：立法院公報處（2015），《立法院公報》，98期（4297號），頁265-267所載刑法第5章之1章名與第38條之修正理由。

¹¹ 參照：立法院公報處（2015），《立法院公報》，98期（4297號），頁267-272所載刑法第38條之1與第38條之2之修正理由。另外，學說上將此一部分的規定稱為犯罪「利得沒收」或「不法利得沒收」者，可參照：林鈺雄（2016），〈綜覽沒收新舊法（下）〉，《月旦法學教室》，182期，頁57；許絲捷（2017），〈不法利得沒收之性質——從總額原則、淨利原則談起〉，《司法新聲》，124期，頁72；王玉全（2016），〈犯罪成本之沒收——以德國法的總額原則為借鏡〉，收於：林鈺雄主編《沒收新制（一）刑法的百年變革》，台北：元照，頁154。也有依照現行刑法用語，稱為犯罪所得沒收者，例如：王皇玉，同註4，頁1632；陳子平，同註7，頁854。另外亦有稱為「利益剝奪」者，例如：謝煜偉，同註5，頁344。考慮到（1）本次鑑定之對象是現行刑法的規定在解釋論上所引發的問題，且（2）在理解上應無混淆的疑慮，故以下關於現行刑法第38條之1以下的相關規定的整體稱呼，本諮詢意見將其稱為「犯罪所得沒收」或「所得沒收」。

¹² 關於此處與犯罪有關之物的沒收，亦即所謂「犯罪物沒收」，因為並非本次鑑定的主題，所以未能詳述，關於此種沒收的相關研究，可參照：李聖傑（2016），〈犯罪物沒收〉，收於：林鈺雄主編，《沒收新制（一）刑法的百年變革》，台北：元照，頁47-64。

¹³ 參照：立法院公報處（2015），《立法院公報》，98期（4297號），頁260所載現行刑法第2條第2項之修正理由五、（三）。

1 採取的不是將犯罪所得扣除成本而僅沒收淨利的「淨利（額）原則」，
2 而是採取連成本一併作為沒收內涵的「總額原則」的基本立場¹⁴。

3 但是，立法者也同樣基於上述關於犯罪所得沒收的「準不當得利」
4 衡平法理，除在犯罪所得沒收的基礎規定外，也另外在（1）第38條
5 之1第5項設置犯罪所得已經實際合法發還被害人的情形不宣告沒收的
6 規定，並在（2）現行刑法第38條之2第2項設置過苛酌減沒收或不宣
7 告沒收條款，作為調節之用¹⁵。

8 第三，擴張沒收的人的範圍。

9 在舊法時代的規定上，刑法上的沒收除了違禁物以外，原則上僅
10 能針對屬於犯人之物，因此在法定應沒收或得沒收之物歸屬於第三人
11 時，即會不該當「屬於犯人」的文義而無法沒收。與此相對，現行法
12 的立法者針對與犯罪有關之物屬於第三人的情形，在現行刑法第38條
13 第3項設置了沒收的規定，針對因犯罪所得之物或財產上利益屬於第
14 三人的情形，在現行刑法第38條之1第2項設置規定作為沒收之依據¹⁶。

15 第四，與上述第一點有關，在沒收的性質由從刑轉為非刑罰之後，
16 沒收的宣告即不以定罪為前提。立法者也就此於現行刑法第40條第3
17 項設置了範圍大於舊法時代的單獨沒收規定。在此一規定下，當行為
18 人因為事實上（例如逃亡等）原因，或法律上（例如因為欠缺責任能
19 力等）原因，並未受到有罪判決時，法院仍得單獨宣告沒收¹⁷。

20 第五，同樣與上述第二點有關，在沒收的性質由從刑轉為非刑罰
21 之後，立法者也進一步認為，沒收本身也不受到罪刑法定原則的限制，
22 從而對於沒收而言，應該與舊法時代非拘束人身自由的保安處分相同，

¹⁴ 參照：林鈺雄，同註11，頁60；黃宗旻（2016），〈新修正之刑法沒收相關規定的爭議問題〉，《萬國法律》，207期，頁3-4；曾淑瑜（2016），〈論修正前後沒收轉型之爭議〉《司法新聲》，120期，頁20；王皇玉，同註4，頁1641。

¹⁵ 參照：立法院公報處，（2015），《立法院公報》，98期（4297號），頁262所載現行刑法第2條第2項之修正理由（四）。林鈺雄（2016），〈利得沒收新法之審查體系與解釋適用〉，《月旦法學雜誌》，251期，頁24-26、28-30。

¹⁶ 參照：林鈺雄，同註11，頁57-58。

¹⁷ 參照：林鈺雄，同註11，頁61-62。

1 不受到罪刑法定原則的下位原則，亦即溯及既往禁止原則的拘束¹⁸。

2 因此，立法者也修正舊法時代的第2條第2項，改為現行刑法的規定：

3 「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」

4 立法者並於此一規定的立法理由中說明修正此一規定的理由主要
5 在於：（1）為了貫徹任何人都不得因犯罪得利的原則；且（2）為將
6 剝奪犯罪所得作為打擊、防止犯罪的主要手段；並將（3）犯罪所得
7 這種不受財產權保障之不正當財產徹底加以剝奪，藉以回復財產秩序；
8 同時在立法例的比較上，在我國法方面，（4）「與沒收本質較為相
9 近之保安處分，就非拘束人身自由之保安處分，即適用裁判時之法律，
10 故沒收適用裁判時法並非特例」；在外國法方面（5）考慮到立法時
11 點的德國刑法施行法第307條也有關於沒收宣告原則上適用裁判時法
12 的規定，且未受德國聯邦憲法法院宣告違憲之外國立法例也可參考¹⁹。

13 值得注意的是，立法者更進一步明白揭示，「本次沒收之修正，
14 並未涉及犯罪與刑罰之創設或擴張，故與原則性禁止之『溯及既往』
15 無涉」²⁰。

16 基於這樣的規定，在現行刑法時代，只要裁判時法院能夠發現依
17 法必須或得宣告沒收的物或利益，均可基於現行刑法第2條第2項規定
18 適用現行刑法的沒收規定宣告沒收²¹。

19

¹⁸ 參照：立法院公報處，（2015），《立法院公報》，98期（4297號），頁260所載現行刑法第2條第2項之修正理由一、（一）。

¹⁹ 參照：立法院公報處，（2015），《立法院公報》，98期（4297號），頁260-261所載現行刑法第2條第2項之修正理由一、（二）。

²⁰ 同前註。

²¹ 關於2015年沒收修法的其他相關內容介紹，可參照：林鈺雄，同註11，頁62；張麗卿，同註7，頁661-666。

1 (三) 修法後產生的主要爭議問題與批判

2 我國刑法的沒收制度修正時，立法者透過採取將沒收定性為非刑
3 罰也非保安處分的立法論，並援引所謂準不當得利的衡平法理，而引
4 進了本諮詢意見上述二、(二)第一至第五點的各種改革，已如前述。

5 其中，對於①上述二、(二)第一點，使沒收本質無法僅定性為
6 從刑(非刑罰)明確化；②上述二、(二)第二點，將沒收客體擴張
7 及於無形的財產上利益的部分；③上述二、(二)第三點，對行為人
8 以外的第三人也設置沒收的法律上根據；④上述二、(二)第四點，
9 引進非以定罪為基礎的沒收規定，因為在大方向上可認為回應了舊法
10 時代的修法呼籲，所以在此一限度內，此次修法在我國刑法學界也受
11 到相當程度的肯定²²。

12 然而，在現行刑法沒收規定完成修法的立法程序後，學界出現相
13 當有力的批判。此等批判主要集中在以下幾點：

14 第一，關於上述現行刑法第38條之1的運用上，是否應採取總額
15 原則，或採取淨額原則的批判。此一批判是從我國有力說所提出，大
16 致有以下的內容：

17 我國有力見解在舊法時代，即認為對於犯罪所得沒收而言，其精
18 神既然是「準不當得利」的衡平原理，且其目的既然是為了預防犯罪，
19 則發揮其精神以達到此一目的的作用機制，應是透過將因為犯罪所增
20 加的財產歸零，達到行為人無法因犯罪得利的結果，進而產生對犯罪
21 的預防效果。在這樣的作用機制下，犯罪所得的沒收即不應再對行為
22 人額外施加財產損害²³。也因此關於所得沒收，應該在犯罪行為人所

²² 例如：林鈺雄，同註11，頁62-63；王皇玉，同註4，頁1646-1647；曾淑瑜，同註14，頁10；黃宗旻，同註4，頁2；許絲捷，同註11，頁72-73；許恆達(2017)，〈洗錢防制法新修正沒收規定之檢討〉，收於：吳俊毅編，《犯罪、資恐與洗錢——如何有效追訴犯罪？》，台北：新學林，頁224；謝煜偉，同註5，頁343；薛智仁(2018)，〈刑事沒收制度之現代化：2015年沒收實體法之立法疑義〉，《國立臺灣大學法學論叢》，47卷3期，頁1057等參照。

²³ 參照：薛智仁(2015)，〈犯罪所得沒收制度之新典範？評析食安法第四十九條之一修正〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44卷特刊期，頁1351。同旨的見解，在

1 取得的全部所得總額中扣除實施犯罪的成本，亦即原則上應採取淨利
2 原則²⁴。

3 然而，我國有力見解認為，在我國現行刑法規定下，因為如前所
4 述，立法者在立法理由中直接表明關於犯罪所得的沒收應採總額原則，
5 所以在這樣的定性下，沒收將具有類似刑罰的性質。因此，在現行刑
6 法第38條之1第1項僅規定以行為人的違法行為為前提，且在同條第2
7 項規定對不成立犯罪之第三人的沒收時，將帶有刑罰性質（以責任為
8 施加基礎的）沒收向此二種人宣告，可能抵觸罪責原則而有違憲疑義
9 ²⁵。

10 因此，我國有力見解認為，在解釋上僅能透過以下方式回應現行
11 刑法：（1）對於犯罪行為人，採取總額原則沒收其犯罪所得全額，
12 且在沒收全額加上主刑所累積之處罰超越罪責程度時，減免或減輕主
13 刑；另外（2）對於無罪責的違法行為人或第三人所取得之犯罪所得
14 的沒收，則應依照淨利原則沒收²⁶。

15 第二，是關於上述二、（二）第五點，現行刑法第2條第2項規定
16 沒收不適用溯及既往禁止原則的部分。

17 關於我國的現行刑法第2條第2項的規定，在我國學說中固然也得
18 到相當的支持且採取與上述立法理由大致相同的理由肯定現行刑法的
19 立法²⁷，甚至也在我國現行刑法沒收規定施行後，補充介紹了2017年

我國舊法時代已有學者指出，可參照：吳耀宗（2001），〈德國刑法追徵（Verfall）
制度之研究--兼論我國現行刑事法制之「追徵」相關規定〉，《刑事法雜誌》，45卷
3期，頁17。

²⁴ 參照：薛智仁，同註23，頁1351。

²⁵ 參照：薛智仁，同註22，頁1085。

²⁶ 參照：薛智仁，同註22，頁1086。

²⁷ 肯定沒收制度不受罪刑法定原則中的溯及既往禁止原則拘束者，例如：陳重言
（2016），〈沒收新制之時的效力——裁判時新法適用原則與施行法統合效果〉，《月
旦法學雜誌》，254期，頁92；王玉全（2016），同註11，頁172；陳信安（2016），
〈由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定〉，收於：林鈺雄編，《沒收新制
（二）經濟刑法的新紀元》，台北：元照，頁93-94；許絲捷，同註11，頁97；王
士帆（2018），〈二〇一七年德國犯罪所得沒收新法——刑法基礎規定綜覽〉，《政大
法學評論》，153期，頁112-113。

1 的德國刑法施行法的修正，指出德國現行刑法施行法第316h條規定了
2 原則適用裁判時法律的明文，僅在法院已對案件曾做出一次審級裁判
3 後才例外適用行為時法律；且德國的立法者在立法理由中也指出是基
4 於減輕司法負擔與犯罪所得無信賴保護可言的兩大理由，而做出此一
5 修正²⁸。我國學界也有看法認為，德國立法例是附和了我國刑法第2條
6 第2項對沒收採取從新原則的決定²⁹。

7 但是即使我國學界有上述支持現行刑法第2條第2項規定的見解，
8 我國學說仍在以下各點可見有力的批判：

9 (1) 首先是關於（以我國現行刑法條文為前提的）解釋論上的
10 批判，此部分的批判主要有以下兩部分：

11 ①. 其一是認為犯罪所得沒收性質類似刑罰的立場所提出的批判。
12 此一立場從解釋論出發，認為即使我國立法者將沒收的性質定性為非
13 刑罰也非保安處分，然而在所得沒收的情形，考慮到如前所述，我國
14 立法者認為所得沒收應採取總額原則之下，犯罪所得的沒收將無可避
15 免地形成對於行為人固有財產的干預負擔，而使沒收具有類似刑罰的
16 性質³⁰，而此種對於行為人或第三人特定財產所為的財產支配地位的
17 干預，仍然屬於廣義的刑事處分，同時應符合憲法與刑法上——包含
18 了罪刑法定原則乃至其下位原則的溯及既往禁止原則等——基本原則
19 的要求³¹。

20 ②. 其二是從沒收性質上應非具有從屬性、屬人性的刑罰，也非
21 保安處分，而是一種具有獨立性、屬物性的處分的立場出發³²所提出
22 的批判。此一立場下的批判認為，即使如此將沒收定性為具有獨立性

²⁸ 參照：王士帆（2019），〈2017年德國沒收新法——從新原則與裁判安定性〉，收於：林鈺雄編，《沒收新制（三）》，台北：元照，頁186-187。

²⁹ 參照：王士帆，同註28，頁177。

³⁰ 參照：曾淑瑜，14，頁19；黃宗旻，同註（2016萬國法律），頁3-4；謝煜偉，同註5，頁345；薛智仁，同註22，頁1085；林書楷（2020），《刑法總則》，5版，台北：五南，頁586。

³¹ 參照：謝煜偉，同註5，頁345註10。

³² 參照：柯耀程（2016），〈沒收法制修正之評釋〉，《軍法專刊》，62卷3期，頁6。

1 的刑法上效果，但是考慮到因為沒收的本質仍屬於干預權利的法律效
2 果，所以仍應受到罪刑法定原則的拘束，始符合罪刑法定原則的內涵
3³³。其理由在於，罪刑法定原則具有節制國家權力的面向，而此處受
4 此一原則拘束者，不應狹義地理解為僅有「刑罰」，而應認為各種具
5 有干預權利內容的刑法上法律效果，均應受到罪刑法定原則的拘束，
6 始符合罪刑法定原則的精神³⁴。

7 ③. 其三是有學者認為，在整體的法秩序體系上，刑法上的沒收
8 這種將與犯罪有關財物或財產上利益經法定程序，由國家原始取得所
9 有權的制度（現行刑法第 38 條之 3 第 1 項），不適用罪刑法定原則，
10 也不適用溯及既往禁止原則，但是在不法程度輕於刑法領域的行政法
11 領域，同性質的沒入，卻有溯及既往禁止原則的適用（例如行政罰法
12 第 5 條、社會秩序維護法第 3 條的規定）³⁵。因此認為我國 2015 年修
13 正刑法沒收規定時修正的刑法第 2 條第 2 項規定，對於實質上應可認
14 為有同質性的事項予以差別待遇，卻欠缺合理的根據³⁶。

15 （2）再者是從立法論及比較法觀點而來的批判。此部分的批判
16 主要有以下幾部分：

17 ①. 其一是上述 2015 年我國沒收修法時所參考的德國立法例
18 （2017 年以前的德國舊法），在其刑法第 2 條即有規定，與沒收相關
19 的制度應有罪刑法定原則的適用，亦即需遵循從舊從輕原則，且即使
20 是我國立法者在立法理由中參考的 2017 年以前德國刑法施行法第 307
21 條的規定，也是以「從輕（有利）」為原則，並非將沒收制度一律適
22 用裁判時法³⁷。

23 ②. 其二則是即使考慮 2017 年德國刑法修正後引進的同國現行刑
24 法施行法第 316 h 條規定，也不宜直接以該國立法例作為比較法上的

³³ 參照：柯耀程，同註32，頁14。

³⁴ 參照：柯耀程，同註32，頁13。

³⁵ 參照：薛智仁，同註22，頁1104。

³⁶ 參照：薛智仁，同註22，頁1104；黃宗旻，同註14，頁5-6。

³⁷ 參照：柯耀程，同註32，頁14-15；薛智仁，同註22，頁1101。

1 學習對象。其理由在於，根據我國刑法學界的研究，德國 2017 年的刑
2 法施行法第 316 h 條修正後，在德國學界已有批判認為抵觸溯及既往
3 禁止的原則³⁸；且也有部分的德國法院以此一規定違反罪刑法定原則
4 為理由，拒絕適用德國現行刑法施行法第 316 h 條的規定³⁹。

5

6 (四) 本件諮詢問題的定位與內涵的進一步釐清

7 1. 本件諮詢問題的定位

8 從上述我國現行刑法沒收制度的修法背景，與修法後產生的主要
9 爭議問題內容來看，應可認為我國現行刑法沒收制度在修正後，引發
10 了（1）關於犯罪所得沒收應採總額原則或淨利原則的爭議；以及（2）
11 關於沒收制度是否應適用罪刑法定原則的下位原則，亦即溯及既往禁
12 止原則的爭議，在兩個爭議中，均可見學說提出有力的批判。

13 從這樣的發展脈絡來看，本件的諮詢問題，可認為是現行刑法的
14 沒收修法所引發的爭議問題（2）的延長線上的問題，並非新產生的
15 問題。

16

17 2. 關於本件諮詢問題內涵的進一步探討

18 然而，透過上述對於我國現行刑法立法者於立法理由中所表示的
19 立場，以及我國學說現狀的分析與觀察來看，儘管從諮詢問題內容來
20 看，表面上似乎僅與關係到刑法上乃至憲法上的根本原理，即關係到
21 罪刑法定原則之上述爭議問題（2）有關，而與較為著重所得沒收規
22 定解釋論面向的上述爭議問題（1）較無明顯關連，但是事實上，基
23 於以下的理由，應認為上述的爭議問題（2），其內涵與爭議問題（1）
24 仍然有著密切的關連性：

³⁸ 參照：薛智仁，同註22，頁1103；林書楷，同註30，頁587-588。

³⁹ 參照：林書楷，同註30，頁588。至於其他在現行刑法沒收制度施行後，關於程序面所提出的批判，可參照：傅美惠（2016），〈刑法沒收修正評析〉，《真理財經法學》，17期，頁21-25。

1 首先，從上述爭議問題（2）的觀察中可知，我國學界有不少學
2 者認為，關於犯罪所得沒收的範圍，若採取立法者揭示的總額原則，
3 則將使此一制度產生類似刑罰的性質。另一方面，從本諮詢意見前述
4 關於沒收制度修法後主要內容的觀察亦可知，立法者雖然在現行刑法
5 新增的沒收專章的立法理由中，說明沒收並非刑罰也非保安處分⁴⁰，
6 但是從現行刑法第2條第2項的修正理由中，立法者提及沒收規定與保
7 安處分規定性質上相近來看，事實上立法者仍是在引進現行刑法沒收
8 修法制度前，關於沒收性質為刑罰或保安處分的學說意見對立中，朝
9 向保安處分的方向作了一定程度的類比⁴¹。

10 其次，在這樣的基礎上，若將學說有力批判對於沒收的定性與立
11 法者對沒收的定性相比，則應可知事實上修法前就存在的沒收性質究
12 竟為何的問題，仍然盤據本件諮詢問題的核心。而此一問題，從修法
13 的立法理由本身，以及修法後的議論狀況看來，事實上無法僅因立法
14 者在立法理由宣稱沒收不是刑罰也不是保安處分而獲得充分的解決。
15 其理由在於：

16 第一，如前所述，立法者在理論上認為沒收制度的各部分均不受
17 罪刑法定原則下的溯及禁止原則拘束的主要理由，固然是因為其認為
18 沒收不是刑罰也不是保安處分，而是此二種刑法上效果以外的刑法上
19 法律效果，有獨立性。但是不僅是立法者，包含現行刑法沒收制度施
20 行前後採取與立法者相同立場的學說，迄今也並未明確指出究竟（以
21 沒收制度整體而言）沒收的獨立性包含了如何能與刑罰和保安處分徹
22 底區別的理論上特徵⁴²？倘若我國現行刑法的沒收規定，是在沒收的

⁴⁰ 參照：本諮詢意見二、(二)之內容。

⁴¹ 事實上，贊成我國現行刑法第2條第2項規定的學說中，也有認為基於同樣追求預防犯罪的目的，可認為沒收本質上貼近保安處分的意見者，例如：陳重言，同註27，頁82參照。

⁴² 此一問題意識，參照：薛智仁，同註22，頁1062。同旨的見解，亦可見於：許絲捷，同註11，頁73。

1 獨立性的各種特徵已經完全釐清的基礎上進行的修法，則立法者何需
2 在立法理由中提及與保安處分的相近性？

3 第二，在上述第一點問題的基礎上，應可推測，我國現行刑法沒
4 收制度的立法過程中，作為立法的準備，我國刑法學界固然就各種沒
5 收相關的國內外學理進行了豐富的討論，但是為了能達到讓沒收脫離
6 從刑地位的拘束，使沒收制度能夠有彈性的重要目的與價值，學理上
7 關注的重點主要放在沒收非刑罰的面向⁴³，但是對於沒收的獨立性質
8 的內涵，則仍需充實。不過立法在此時即已經完成，也因此導致了在
9 適用上的疑義而引發學界的批判乃至本件諮詢問題的出現。

10 這樣的問題在本件諮詢問題所針對的犯罪所得沒收也同樣適用。
11 關於犯罪所得沒收，儘管學說上有有力見解認為，我國立法者在引進
12 現行刑法沒收制度時，已經於相關條文的立法理由中明白表示所得沒
13 收不是刑罰也不是保安處分，更表明其是類似不當得利的衡平措施⁴⁴。
14 但是，一方面採取了總額原則後，沒收將具有類似刑罰的性質在理論
15 上屢經指出已如前述，另一方面究竟「衡平」的具體內容為何？為何
16 由國家取得所得沒收內容物的所有權或權利就是「衡平」？的理論上
17 重要疑問⁴⁵，仍然尚未有充分的解答⁴⁶。也因此，雖然透過定性沒收非
18 刑罰也非保安處分，使我國立法者在立法論層次取得了引進舊法時代
19 的沒收制度所無的犯罪所得沒收制度之彈性，但是此一所得沒收所具
20 有的「準不當得利」的衡平措施的性質也難以認為已經釐清。從而，
21 考慮到「準不當得利」的衡平措施的概念同時帶來剝奪的效果，又同

⁴³ 在修法前即呼籲應著重沒收不是刑罰，但究竟是否是保安處分則非重要的學說
上有力意見，可參照：林鈺雄（2015），〈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》，238期，頁61。

⁴⁴ 參照：林鈺雄，同註43，頁10-11。

⁴⁵ 參照：謝煜偉，同註5，頁344-345。

⁴⁶ 可附帶一提的是，此一問題即使考慮我國現行刑法第38條之1第5項發還被害人的
規定，仍然存在，例如在違反銀行法非銀行不得收受存款罪的事例中，從事違
法吸金行為的被告往往會取得龐大的犯罪所得金額，考慮到被害人眾多未必能一
一確認，在最終僅能將以確認的被害人受害金錢發還被害人的情形，國家還是可
能取得其他部分的犯罪所得金額。

1 時作為此一剝奪效果的根據時，即會產生，因為要追求「準不當得利」
2 的衡平措施，所以透過沒收剝奪犯罪所得，但關於為何犯罪所得需要
3 透過沒收剝奪的問題，又回到因為其是一種「準不當得利」的衡平措
4 施的循環論證⁴⁷。

5 第三，倘若如此，那麼可以更進一步檢討的是，為何我國現行刑
6 法的沒收制度修法過程中，沒收性質為何未能充分釐清的可能原因。
7 在我國刑法學界，關於舊法時代沒收制度將沒收規定為從刑之點，我
8 國學說常見的有力批判主要是：倘若沒收為從刑，則為何在舊法時代，
9 會有規定對於違禁物允許可在定罪前單獨宣告沒收？同時為何舊法時
10 代的違禁物是不問屬於犯人與否均必須沒收，若為從刑為何能將此一
11 沒收效果及於未犯罪之第三人⁴⁸？

12 然而，事實上我國刑法學界大多數的見解是相當一致地認為，違
13 禁物沒收規定實質上應屬保安處分⁴⁹。若是考慮到學界相對一致地對
14 於違禁物沒收所做的定性，則上述我國學界對於沒收屬於從刑的常見
15 有力批判的論述中，固然在結論上可以同意其強調不應將沒收都理解
16 為刑罰的用心良苦，但是其在理由構成上則顯得較為欠缺對於沒收性
17 質的充分考慮。亦即，違禁物沒收之所以可以在未定罪時宣告且可能
18 及於第三人所有之違禁物，不需迂迴地只指出與刑罰的性質不同，而
19 應直接指出是因為其是一種保安處分，也因此採取刑罰與保安處分
20 雙軌制度的我國，將違禁物沒收規定為從刑的舊法有所不當。

21 倘若這樣的說明可以接受，那麼在我國現行刑法引進新的沒收制
22 度時，立法的選擇上除了立法者最終採取的，引進新的沒收性質（非

⁴⁷ 指出此一理論上問題者，可參照：吳耀宗，同註23，頁17。同旨的看法，可參照：曾淑瑜，同註14，頁19。

⁴⁸ 提出此一質疑者，例如：林鈺雄，同註4，頁57；王玉全，同註11，頁164等參照。

⁴⁹ 參照：薛智仁，同註4，頁32；林山田，同註9，頁482；黃士元（2010），〈經濟犯罪不法所得扣押、沒收或發還被害人之理論與實務〉，《刑事法雜誌》，54卷6期，頁140；王皇玉，同註4，頁1617；謝煜偉，同註5，頁349。

1 刑罰也非保安處分) 概念並以此建構沒收制度以外，事實上還存在另
2 外一條可能的道路：亦即，即使要將沒收與其相關制度設置專章規定，
3 仍可能先釐清原本龐雜地規定在我國刑法與特別刑法中的各種沒收的
4 性質究竟屬於刑罰或保安處分，然後再依其性質設置不同規定⁵⁰。在
5 此意義下，應可認為牽動本件諮詢問題的犯罪所得沒收性質為何的問
6 題，是因為立法過程中對於其他可能存在的立法途徑未能一併充分考
7 慮，從而未能在沒收性質的檢討上，對於其是否為刑罰或類似刑罰的
8 處分？或是保安處分？或甚至是否有明確且實質地可和刑罰與保安處
9 分區別的第三種特徵？等重要問題給予充分檢討的契機。無法在更充
10 分的檢討上再行取捨完成立法，也導致了沒收性質乃至犯罪所得沒收
11 性質究竟為何的問題仍然盤據在本次諮詢問題核心的狀況。

12

13 3. 本件諮詢問題所含層次的釐清

14 在上述說明下，考慮到本件諮詢問題的核心仍然指向犯罪所得沒
15 收的性質為何？的問題，則在本件諮詢問題的內涵上，事實上包含著
16 兩個層次。

17 第一個層次是，究竟本件諮詢問題所針對的犯罪所得沒收性質為
18 何？倘若經檢討後可認為其仍帶有以責任為基礎的非難之刑罰屬性，
19 那麼受到溯及既往禁止原則的拘束應是較為自然的理解。

⁵⁰ 事實上，在外國立法例上，亦有1972年日本改正刑法草案可徵。此一草案的第一編「總則」第十一章「沒收」(第78條至第84條)，即是欲變更原本將沒收規定為從刑的日本(現行)刑法規定，而採取將作為保安處分的沒收規定在同草案的第78條，將作為刑罰的沒收規定於同草案第79條的規定方式。參照：法曹會(1972)，《改正刑法草案(附說明書)》，東京：法曹會，頁21-23、145-147。從立法論的觀點，此一日本刑法改正草案的立法例可以提供的啟發是：(1) 因為有保安處分性質的沒收，所以立法上不適宜將沒收全部定性為刑罰(從刑)；但是(2) 沒收的性質上不全部是刑罰，不排斥沒收的種類中可以同時存在保安處分性質的沒收與刑罰性質的沒收。我國學說中同旨的看法，可參照：薛智仁，同註22，頁1062。

1 第二個層次是，倘若本件諮詢問題所針對的犯罪所得性質不是刑
2 罰，才能肯定在刑法上有不受罪刑法定原則的下位原則，亦即溯及既
3 往禁止原則的餘地。

4

5 三、關於本件諮詢問題觀察我國實務狀況的必要性

6 在本諮詢意見前述二、的內容中，對於本件諮詢問題的內涵加以
7 釐清後，下一個需要面對的問題，即是應該如何考察探討上述二、
8 （四）、3.的內容中所提到的兩個層次問題。依照兩個層次的邏輯上
9 順序，需先從犯罪所得沒收的性質加以檢討。

10 關於此一問題的檢討，可能的途徑有以下幾種：

11 第一，從解釋論的立場出發，在學說理論上再加以詳細的檢驗與
12 分析，並以此為基礎檢討犯罪所得沒收的性質為何；

13 第二，從立法論、比較法的立場出發，從外國法的立法例加以引
14 介，並以該外國法的立法例作為我國法的參考基礎，指出犯罪所得沒
15 收應具有的性質為何。

16 然而，考慮到關於上述第一種途徑，在我國現行刑法沒收制度修
17 法前後，已經有眾多學界先進從各種不同角度加以檢討，最終仍形成
18 支持現行刑法沒收制度立場與反對現行刑法沒收制度立場的兩方對立，
19 信者恆信，不信者恆不信的局面⁵¹，則再一次重複地從已經檢討過的
20 學說理論進行諮詢問題的鑑定，很可能仍只是得到分歧的結果，而這
21 樣的結果可能也難以回應本件諮詢問題。

22 其次，關於上述第二種途徑，考慮到如同本諮詢意見在前述二、
23 （三）的內容中提到的：（1）儘管我國立法者在立法理由中有援用
24 德國刑法施行法的規定，但是我國學界對於此一援用是否是正確理解
25 德國法的精神仍有疑問；（2）儘管我國學界最近也有見解介紹了德

⁵¹ 指出此一現象者，可參照：王士帆，同註28，頁176-177。

1 國2017年修法後與我國現行刑法立場較為相近的德國刑法施行法規定，
2 但是也有我國學者指出德國學界與實務界對此一法律仍有疑問等各點，
3 應認為即使我國現行刑法沒收制度相當倚賴德國法制，但是訴諸德國
4 法制度的現狀，藉以肯定過去我國立法者所做的決定當否，仍未能充
5 分令人放心。

6 基於以上各點，本諮詢意見認為，考慮到：（1）沒收制度的效
7 果是實際發生於現實的案例中；（2）立法者所意圖的法規範精神也
8 必須透過法院判決的實踐來實現等各點，關於本諮詢問題的探討，應
9 有必要對於我國法院實務狀況進行觀察。

10 在這樣的途徑下，究竟立法者於我國現行刑法沒收制度修法時所
11 追求的目的，特別是讓沒收脫刑罰與脫保安處分化是否實際在我國實
12 務中實現，即是重要的觀察重點。理由在於，倘若立法者所追求的目
13 的得到實現，則在是否適用罪刑法定原則中關於溯及既往禁止原則的
14 問題上，即有考慮不適用此原則的堅實事實基礎；而與此相對，倘若
15 法院最終仍無法完全脫離將犯罪所得沒收作為基於非難的制裁的觀點，
16 亦即類似刑罰的觀點，則顯示儘管立法者在立法理由中已宣言犯罪所
17 得沒收的獨立屬性，事實上在現行刑法規定下，我國實務仍將犯罪所
18 得沒收實質上作為一種刑罰或類似刑罰的制裁在運作，也因此立法者
19 所採取的立法，將可能導致實質的刑罰或實質上被作為刑罰運用的制
20 裁措施遁入「獨立的法律效果」，從而有違反罪刑法定原則中的溯及
21 既往禁止原則的疑慮。

22 在這樣的考慮下，本諮詢意見於以下內容中，將透過行為時在我
23 國現行刑法沒收制度施行前，但是裁判時在我國現行刑法沒收制度施
24 行後，與沒收的新舊法適用有關，且可為參考的事例⁵²，進一步加以
25 考察。

⁵² 本諮詢意見所蒐集的事例，均是以「刑法第2條」、「利得」、「沒收」為關鍵字，使用司法院法學資料檢索系統就最高法院的刑事判決加以檢索，再就檢索所得之各判決確認其內容並篩選出與本諮詢意見所定問題之構造相符，且內容亦足供參

1

2 四、與本件諮詢問題有關之我國實務概觀

3 以下即就涉及各種犯罪類型的事例，考察「犯罪所得」的要素在
4 這些刑事實務的運用上扮演如何的角色。

5

6 (一) 各種犯罪類型中的實務概況

7 1. 毒品危害防制條例的實務事例

8 關於毒品危害防治條例的實務事例，可舉【事例1】最高法院109
9 年台上字第5876號刑事判決為例。

10 本件的事實關係是：

11 本件被告為 X1，其與 X2 因健身而結識，與 X3 因修車而結識。X2
12 則於彰化縣經營「甲工業有限公司」（下稱甲公司），從事千斤頂、
13 絞盤等汽車用品生產業務，與 X4 為認識多年之友人。X1 於 2015 年 9 月
14 間經友人介紹，結識男子 Y，得悉 Y 有批甲基安非他命欲私運出口至
15 日本，X1 遂分別邀集 X2 及 X3，再由 X2 邀同 X4，共謀以 X1 修車廠之
16 避震器及 X2 甲公司生產之千斤頂，夾藏該批甲基安非他命私運出口。
17 X1、X2、X4、X3 與 Y 約定每運輸 1 公斤甲基安非他命報酬新臺幣 5 萬
18 元⁵³，運輸 30 公斤報酬 150 萬元，而允為 Y 共同運輸甲基安非他命至日
19 本。X1、X2、X4、X3 等人並謀議具體的分工內容，並約定運輸成功
20 之報酬 150 萬元扣除前述千斤頂、避震器成本及運送、報關費、機票、
21 交通費等開銷後，剩餘利益均分。Y 先給付約定報酬之 3 分之 1 即 50 萬
22 元作為「前金」予 X1，並就剩餘報酬 100 萬元部分約定俟運毒成功後
23 再行支付。X1、X2、X3、X4 隨即使用行動電話相互聯繫。嗣 X1 取得
24 前金報酬後，將其中 20 萬元交予 X2，作為 X2 提供千斤頂之成本及負

考者。考慮到以下本諮詢意見所引用之判決紀年均為民國，為免重複，即不再於
引用案號中加註「民國」字樣。本諮詢意見使用之司法院法學資料檢索系統網址
為：https://law.judicial.gov.tw/FJUD/default_AD.aspx 最後瀏覽日：2022年7月10日。

⁵³ 本諮詢意見以下內容中，如無特別說明，則貨幣單位為新台幣。

1 責運輸出口之運費、報關支出費用，另將20萬元交予 X3，作為 X3赴
2 日聯絡、租借收貨場地之機票、交通等費用，復分2次於2015年12月
3 10日、17日各交付5萬元、2萬元報酬予 X4，作為 X4在臺取貨、裝貨
4 及2次赴日之機票、交通、食宿等費用支出，剩餘款項則由 X1留存，
5 作為其提供避震器支出之成本費用。其後於2015年10月中旬某日，
6 X4向 Y 所指派之真實姓名年籍不詳之成年男子收取盒裝甲基安非他命
7 126袋（重量合計約30,019.56公克），再駕車將該等重約30公斤之甲
8 基安非他命載運至 X2所經營之甲公司倉庫內，再將上述安非他命分別
9 裝入甲公司所製作之100支千斤頂及 X1所提供之26件避震器內，並將
10 其等密封後，再向不知情友人介紹，且同樣不知情之日籍男性 A 借用
11 A 在日本經營之公司地址作為運送甲公司裝有上述毒品之貨物的收貨
12 地點，並以未裝有毒品之甲公司千斤頂產品寄送給 A 收受作為測試，
13 於確認可行後，X2將上述裝有毒品之千斤頂與避震器混入其他甲公司
14 製造之零件，於2015年11月19日寄送予 A 收受，且於 A 認為有異而不
15 願收受後，另尋不知情之公司經營者 B 並以 B 公司地址作為收貨地址。
16 同年12月11日 X4雖依 X1及 X2之指示，偕同 X3赴日，負責取貨並開
17 啟前開千斤頂與避震器之工作，惟嗣後因貨物仍在海關無法取貨而返
18 臺。同年12月18日，X4與 X3再次赴日取貨，但是因為日本海關已經
19 查獲上述甲公司之千斤頂與避震器產品內藏甲基安非他命，乃執行控
20 制下交付，於同年月18日，在 B 之公司內查獲當場欲領貨之 X3與 X4。
21 X4經日本執法機關逮捕後，向日本警方及我國內政部警政署刑事警察
22 局派駐日本之警官坦承犯罪事實，且供出 X1與 X2涉案部分，其後 X4
23 經日本東京地方檢察廳檢察官以違反日本「麻醉藥品及精神藥品取締
24 法」之「持有興奮劑（即我國第二級毒品甲基安非他命）」罪起訴，
25 並經日本東京地方法院判處有期徒刑2年、緩刑4年確定後，於2016年

1 5月12日遭日方遣送出境返臺，同日為我國警方於桃園機場拘提到案。
2 X3於2017年2月經日方遣返、移交回我國⁵⁴。

3 對於上述事實，2020年2月6日作成之原判決肯定被告 X1與 X2、
4 X3、X4、Y 之行為成立毒品危害防治條例第4條第2項⁵⁵之運輸第2級
5 毒品罪之共同正犯⁵⁶。

6 關於被告X1之量刑，原判決「審酌被告明知甲基安非他命戕害人
7 體甚鉅，竟為圖一己私利，無視禁令，自我國運輸甲基安非他命至日
8 本，所運輸之毒品重量高達約30公斤，嚴重戕害他國人民健康及社會
9 治安，其於98年間已因運輸30公斤愷他命犯行，經法院判處有期徒刑
10 5年8月確定並入監執行，甫於103年10月1日假釋期滿，竟仍禁不起運
11 毒利益之誘惑，抱持僥倖心理，再度鋌而走險，難認已有警惕、悔悟
12 之意，且其雖與共犯謀議分工，各自分擔運輸毒品（底線與粗體字為
13 本諮詢意見所為，本意見以下內容均同）「交通」之角色，運毒利益
14 亦係與共犯均分，然其究為本案起始提議、糾集及引線者，並負責向
15 貨主取得報酬（費用）及聯絡手機等工具後發落交付共犯使用，於本
16 案中縱非屬謀劃整體運輸犯罪之首腦，地位亦屬重要，然其犯罪後尚
17 知坦承犯行，對犯罪情節供述綦詳，亦勸諭共犯坦白罪行，並提供線

⁵⁴ 本件事實關係是整理自本件原判決即臺灣高等法院107年度上更一字第46號判決之事實欄記載。

⁵⁵ 毒品危害防治條例第4條之規定為：

「(1項) 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣三千萬元以下罰金。

(2項) 製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。

(3項) 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

(4項) 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處五年以上十二年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

(5項) 製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百五十萬元以下罰金。

(6項) 前五項之未遂犯罰之。」

⁵⁶ 參照：臺灣高等法院107年度上更一字第46號判決。

1 索供檢警追查上游，雖無結果，然仍足徵其犯後態度尚佳，兼衡其前
2 科品行、生活狀況、智識程度、犯罪之動機、目的、手段、在犯罪集
3 團中分工之角色與地位、運輸毒品之數量、所得利益、本案幸因日本
4 海關人員及時查獲而未造成重大危害等一切情狀」，量處被告有期徒
5 刑6年之刑⁵⁷。

6 關於本件的沒收宣告，原判決在指出被告行為後現行刑法沒收制
7 度始生效施行，但是依照刑法第2條第2項規定，本件沒收部分應適用
8 裁判時之法律，亦即現行刑法的沒收制度。並且，關於犯罪所得部分，
9 援引現行刑法第38條之1的立法理由，指出基於總額原則，對於被告
10 X1自 Y所收受的前金50萬元宣告沒收⁵⁸。

11 被告X1雖對原判決上訴，但是不論是就上述的事實認定與法律適
12 用，以及量刑、沒收的宣告，最高法院基本上均維持原判決，而將被
13 告上訴駁回⁵⁹。

14

15 2. 貪污治罪條例的實務事例

16 關於貪污治罪條例的實務事例，可舉關於公務員賄賂罪的【事例
17 2】最高法院107年台上字第1286號刑事判決為例。

18 【事例2】最高法院107年台上字第1286號刑事判決的事實關係如
19 下：

20 被告 X 於2013年7月15日就任（改制前）甲縣副縣長，擔任該縣
21 乙合宜住宅案評選委員召集人，透過丙國立科技大學退休教授 Y，與
22 丁建設事業股份有限公司（以下稱丁建設公司）開發部副總經理 Z1、
23 負責人 Z2共謀，協議以新台幣（以下同）2,600萬元作為協助丁建設
24 公司取得乙合宜住宅標案之對價，並基於收受賄賂之犯意，於2014年
25 5月29日晚間7時許，收受 Z2透過 Y轉交之第1期賄款1,600萬元。而

⁵⁷ 同前註。

⁵⁸ 同前註。

⁵⁹ 參照：最高法院109年台上字第5876號刑事判決。

1 上開賄款旋經檢察官指揮法務部廉政署廉政官於2014年5月30日搜索 X
2 住處、辦公處所而查扣⁶⁰。

3 原判決認定被告 X 之行為成立貪污治罪條例第5條第1項第3款公
4 務員職務上受賄罪。被告雖對原判決上訴，但是最高法院駁回被告上
5 訴而維持原判決的判斷。

6 其中，關於量刑的部分，最高法院認為，原審已經「已依刑法第
7 57條規定具體審酌：①X 長期擔任公職，經拔擢為營建署署長，深受
8 國家栽培且受有豐厚俸祿，位居高津，職司國土資源規劃、利用與管
9 理，嗣擔任甲縣副縣長之要職，均為國家及地方自治團體之政務官，
10 並具備碩士學歷，智識程度甚高，生活狀況優渥，前無受有期徒刑以
11 上之刑事前科；②其從事公共事務，理應廉潔自持，為貪圖不正金錢，
12 就乙合宜住宅案部分，**對於職務上之行為要求、期約2,600萬元，並**
13 **實際收受1,600萬元賄款，嚴重破壞國民對於公務員不可收買性及執**
14 **行公務廉潔性之信賴**，加深國民對於國家重大公共工程政商舞弊之負
15 面形象，弊案爆發後更使甲縣政府與丁建設公司解約並計劃重新招標，
16 足以戕害政府興建合宜宅照顧弱勢之為民政策，並使重大政策延宕」，
17 及其他量刑時應考量之一切事項，而量處被告有期徒刑7年6月，並
18 無違誤⁶¹。

19 並且，關於沒收的部分，最高法院除了指出犯罪所得沒收的性質
20 是一種性質上屬類似不當得利之衡平措施，著重所受利得之剝奪，以
21 外，也認為原審援引現行刑法第2條第2項規定，並適用現行刑法第38

⁶⁰ 參照：最高法院107年台上字第1286號刑事判決。

⁶¹ 同前註。

1 條之1第1項規定，對於犯罪所得即本件已經扣案之1,600萬元宣告沒收
2 亦無違誤⁶²。

3

4 3. 銀行法的實務事例

5 關於銀行法的實務事例，可舉關於非銀行收受存款罪的【事例3】
6 最高法院107年台上字第4011號刑事判決為例。

7 本件的事實關係如下：

8 X1係甲公司負責人，自2007年1月起，以甲公司操作外匯保證金
9 交易每月有3%至16%之高獲利為幌，誘使不特定人參與甲公司之「國
10 際外匯保證金投資計劃」，且X1為使投資人誤信甲公司有獨立之操盤
11 部門，有能力替廣大投資人操作龐大資金，乃陸續於2007年9月招攬
12 X3、2008年1月招攬 X2、2008年3月招攬 X5、2009年9月招攬 X4進入
13 甲公司擔任操盤手，X3每月領取新臺幣（下同、以下幣別未特別載明
14 者，係指新臺幣）2萬元薪資，X2每月領取1萬8千元薪資，X5每月領
15 取2萬元薪資，X4每月領取2萬元薪資，X2並自2010年3月起兼任 X1之
16 特助，改領取每月3萬元之薪資及1萬元之車馬費，主持公司會議及執
17 行 X1交辦事項。另 X1並於2008年1月起招攬 X6進入甲公司擔任顧問，
18 每月領取1萬元之車馬費。X1為擴大吸金規模，對外宣稱投資累積達
19 一定之金額，可至甲公司擔任一定職稱之工作，依投資累積金額之高
20 低可由專員，晉升至主任、襄理、副理、經理，且該等職稱之人可因
21 自己或其下屬介紹、招攬他人投資，而可分別抽取投資金額6%（專
22 員）、7%（主任）、8%（襄理）、10%（副理）、12%（經理）之業
23 績獎金，另顧問之業績獎金則比照經理，為投資金額之12%。X3、X2、
24 X5、X4先後進入甲公司後，未實際下單操作外匯保證金，竟在甲公

⁶² 事實上本件另有因被告犯財產來源不明罪而被擬制為犯罪所得經法院宣告沒收的3,317萬5678元，但是因為本諮詢意見的主旨在於呈現「犯罪所得」在實務中扮演的角色，所以在本諮詢意見中即不針對擬制犯罪所得的部分深入介紹，在此附帶說明。

⁶³ 參照：最高法院107年台上字第1286號刑事判決。

1 司內設置之操盤室佯為下單操盤外匯保證金交易之外觀，並對外佯稱
2 其等係 X1所教，與 X1共同操盤甲公司之外匯保證金交易，下單操盤
3 獲利甚高；X6則也明知上開詐騙手段，仍在甲公司主持公司經理級會
4 議、佈達公司重要訊息、參與公司重要決策等相關事項外，並向投資
5 人說明公司之投資遠景、營運狀況、投資人之投資配息等資訊，且宣
6 稱X1操盤績效很好、穩定、獲利很高，請投資人再招攬不特定人投資，
7 另為獲取前述之業績獎金，更介紹、招攬 A 等四名投資人投資外匯保
8 證金交易。X7於投資外匯保證金交易達一定金額後，進入甲公司擔任
9 副理，為獲取前述之業績獎金，並於2009年9月起，基於與 X1之共謀，
10 先後介紹、招攬 B 等2人、投資外匯保證金交易。經反覆操作，X1及
11 X2、X3、X5、X4、X6等人即以上開方法從投資人處取得大量金錢。
12 其後，X1因逐漸無力負擔每月需支付予投資人之高額紅利，為減少現
13 金之支付及持續取得投資人投入更多之資金，乃承前犯意，於2010年
14 1月自創外匯保證金紅利配息網路紅利點數帳戶，1點數等值1元美金，
15 對外宣稱為避免款項在國內外間匯款之手續費耗損及節稅，將每月需
16 支付予投資人之現金紅利以上開虛擬點數支付予投資人，投資人間亦
17 得轉賣點數增資或將點數賣與新投資人入單，復以領取點數可再額外
18 獲得每月2%之紅利配息及以點數投資可立即生效，現金投資則需約5
19 日後才能生效計息，使投資人有較大意願接受網路紅利點數，據此減
20 少每月高額紅利現金之支付。

21 除此之外，X1為能支付投資人紅利與增加吸收資金金額，於2010
22 年9月成立乙公司、同年10月成立丙生技股份有限公司（下稱丙公
23 司），並與 Y1、X6、Y2、X2等人分別擔任董事長、董事、監察人等
24 職務。X1對外並稱乙公司有經營美容美髮、餐飲業等多項傳統產業，
25 設有多家實體店面，且交由丁國際事業有限公司（下稱丁公司）經營，
26 並延續上述甲公司的投資配息、職等晉昇、業績獎金等制度，並設有
27 操盤室及操盤手之詐騙手法，另除要求乙公司之員工各依其職等高低

1 均須投資一定之金額外，並佯稱乙公司已朝向連鎖經營方式進軍大陸
2 市場，投資人日後可分配管理旗下餐廳，公司股票日後將上市、上櫃，
3 且以投資乙公司每個月有2%之獲利，每3個月配息1次（年息達24%），
4 而約定或給付與本金顯不相當之紅利向投資人吸金，同時以投資金額
5 4分之3為隱名投資，可使投資人避稅，及避免因股東人數過多、意見
6 過多而使公司運作困難為由，約定投資人須與乙公司簽立「隱名合作
7 加盟契約書」，而以隱名合夥股東之方式投資，X1並以外匯操作將不
8 再接受新資金之投資，及投資1萬股、每股10或11元之乙公司隱名合
9 約，才能投資美金1萬元額度之外匯保證金交易，使投資人加入為乙
10 公司之股東，誘使投資人投資乙公司之傳統產業，或誘使投資人為能
11 投資外匯保證金交易以獲得較高紅利而投資乙公司。

12 X2、X3、X5、X4於乙公司成立後，仍續為操盤手，其中 X2仍
13 兼 X1之特助，X6為乙公司之董事，為法人之負責人，亦續為顧問。
14 其等均明知 X1前述乙公司之詐騙及吸金手法，而基於共謀，仍由 X2、
15 X3、X5、X4在乙公司（即原甲公司）內設置之操盤室佯為下單操盤
16 外匯保證金交易之外觀，並對外佯稱與X1共同操盤乙公司之外匯保證
17 金交易，下單操盤獲利甚高，且其等係X1所教出來的等語，藉此營造
18 乙公司設有獨立操盤部門，確有實際從事外匯保證金投資，並藉此獲
19 利分紅之能力作為詐騙投資者卸下心防加入投資之詐騙手段，而投資
20 人因此誤信乙公司確有為外匯保證金之交易而予以投資。X6除在乙公
21 司主持公司經理級會議、佈達公司重要訊息、參與公司重要決策等相
22 關事項外，並向投資人說明公司之投資遠景、營運狀況、投資人之投
23 資配息等資訊，且宣稱X1操盤績效很好、穩定、獲利很高，請投資人
24 再招攬不特定人投資，另為獲取前述之業績獎金，更介紹、招攬上述
25 A等人投資外匯保證金交易。另X7延續其在甲公司之職等，其為獲取
26 前述之業績獎金，基於與X1之共謀，介紹、招攬B等人投資外匯保證
27 金交易或傳統產業。

1 於2011年2月12日 X1對外宣布，公司之外匯保證金資金遭國外外
2 匯交易商倒債凍結，無法再發放紅利，並通知公司投資人於同年2月
3 14日結算，以X1所簽立之償還協議書及本票換回投資人手中之外匯保
4 證金收據。嗣因 X1始終無法提出其遭倒債之證明，於2011年7月後即
5 避不見面，再於2011年7月23日潛逃出境，投資人始知受騙。

6 X1及 X2、X3、X5、X4、X6等人以上述方式致許多投資人俱陷
7 於錯誤，分別陸續投資 X1的公司，X1及 X2、X3、X5、X4、X6、X7
8 等人，並因而吸收龐大資金（2010年9月之前屬甲公司）。其等違法
9 吸金之金額，被告 X2為22億8,403萬5,859元、被告 X3為23億2,642萬
10 2,919元、被告 X4為17億1,967萬6,324元、被告 X5為22億5,927萬4,553
11 元、被告 X622億8,848萬2,156元、被告 X7為17億2,063萬6,603元⁶⁴。
12 原判決認為上述被告 X1至 X7成立銀行法第125條第1項後段非法經營
13 收受存款業務之罪⁶⁵的共同正犯⁶⁶。

14 關於被告等人的量刑，原判決除就刑法第57條所定的各事由及其
15 他必要事項加以考慮外，並「審酌其等各自參與犯罪之情節、行為分
16 擔之角色、參與犯罪之期間、違法吸收資金之規模、犯罪所得利益、
17 投資人遭詐騙而遭吸收之資金龐大，對國家金融秩序管理及社會安定
18 危害甚鉅」等要素，而分別對被告在法定刑的範圍內量刑⁶⁷。

19 並且，關於沒收，原判決也在援引現行刑法第2條第2項指出本件
20 應適用裁判時的現行刑法沒收制度及銀行法第136條之1⁶⁸的特別規定

⁶⁴ 本件事實關係是整理並簡化自原判決即臺灣高等法院臺南分院104年金上重訴字第1011號刑事判決之事實欄記載內容。

⁶⁵ 銀行法第125條第1項規定內容為：「違反第二十九條第一項規定者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」

⁶⁶ 參照：臺灣高等法院臺南分院104年金上重訴字第1011號刑事判決。

⁶⁷ 同前註。

⁶⁸ 銀行法第136條之1的規定內容為：

「犯本法之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第三十八條之一第二項所列情形取得者，除應發還被害人或得請求損害賠償

1 後，認為應基於總額原則對於被告等人的犯罪所得宣告沒收。而本件
2 中，考慮到在銀行法第125條第1項有「其因犯罪獲取之財物或財產上
3 利益」的文義，係以犯罪規模作為加重處罰之要件，與此相對刑法上
4 的沒收重在剝奪行為人不法利得，兩者應作不同解釋，也因此原判
5 決對於本件的各行為人僅就其等擔任公司職務期間所領取的薪資及車
6 馬費宣告沒收⁶⁹。

7 原判決雖經一部分被告上訴，但是最高法院仍維持原判決而駁回
8 被告等之上訴⁷⁰。

9

10 4. 廢棄物清理法的實務事例

11 關於廢棄物清理法的實務事例，可舉關於非銀行收受存款罪的
12 【事例4】最高法院109年台上字第4830號刑事判決為例。

13 本件的事實關係如下：

14 X 為址設苗栗縣之甲興業有限公司（下稱甲公司）負責人，而甲
15 公司未領有任何廢棄物貯存、清除、處理許可文件。X 接受經營乙高
16 爾夫科技股份有限公司（以下稱乙公司）之 Y1、Y2、Y3 委託，為其
17 等處理生產高爾夫球所生的有害事業廢棄物之廢有機溶劑（下稱廢有
18 機溶劑），並於2014年間，由 X 與 Y1、Y2、Y3 約定由乙公司以每公
19 斤12元之價格委託甲公司代為貯存、清除、處理乙公司製程所生之廢
20 有機溶劑。其後，Y3 即於103年4月間先委託不知情之貨運公司負責人
21 A 協助載運廢有機溶劑，A 乃指派兩名不知情司機載運乙公司之廢有
22 機溶劑至甲公司內貯存處所暫時貯存。Y3 另於2015年1月、11月，以
23 及2016年12月間，再委託不知情之運輸公司載運乙公司之廢有機溶劑
24 至甲公司內貯存處所暫時貯存。乙公司載運至甲公司之廢有機溶劑共
25 計4萬1,490公斤，X 並自乙公司收取38萬6,266元之報酬。X 收受上開

之人外，沒收之。」

⁶⁹ 同前註。

⁷⁰ 參照：最高法院107年台上字第4011號刑事判決。

1 事業廢棄物後，伺機分別於2016年2月19日、2017年3月6日以其他產
2 品之名義銷往越南。2017年4月17日，行政院環境保護署環境督察總
3 隊會同內政部警政署保安警察第七總隊第三大隊稽查甲公司，始循線
4 查獲上情⁷¹。

5 本件原判決認為被告 X 與 Y1、Y2、Y3之行為成立廢棄物清理法
6 第46條第4款非法清理廢棄物罪⁷²。關於被告 X 之量刑，原審指出：
7 「(二)爰審酌環境之維護為全體國民之共同責任，環境之破壞經常難以
8 完全或於短時間內回復，其中廢棄物如未經適當之處理即予以傾倒或
9 存放，對附近之居民之生活環境及身體健康都將造成相當之困擾與隱
10 憂，況有害事業廢棄物嗣後縱經清除，然如已滲入土壤或隨水體擴散，
11 其對於環境之污染長遠，且對生物之影響難以預測，不可不慎。本件
12 被告 X 或甲公司未領有合法執照或許可，恣意貯存、清除、處理有害
13 事業廢棄物，對於環境產生不良影響，實屬不該」，並參考「**本件被**
14 **告 X 之犯罪所得非微**」，犯罪期間自2014年起至2017年為止，時間非
15 短，以及其他量刑所必要之事項，量處被告有期徒刑1年8月。並且適
16 用現行刑法的沒收規定，對被告犯罪所得，亦即其所取得的上述報酬

⁷¹ 本件事實關係是整理並簡化自原判決即臺灣高等法院臺南分院108年上訴字第756號刑事判決。

⁷² 廢棄物清理法第46條之規定為：

「有下列情形之一者，處一年以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金：

一、任意棄置有害事業廢棄物。

二、事業負責人或相關人員未依本法規定之方式貯存、清除、處理或再利用廢棄物，致污染環境。

三、未經主管機關許可，提供土地回填、堆置廢棄物。

四、未依第四十一條第一項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理，或未依廢棄物清除、處理許可文件內容貯存、清除、處理廢棄物。

五、執行機關之人員委託未取得許可文件之業者，清除、處理一般廢棄物者；或明知受託人非法清除、處理而仍委託。

六、公民營廢棄物處理機構負責人或相關人員、或執行機關之人員未處理廢棄物，開具虛偽證明。」

1 386,266元宣告沒收，另外對於甲公司依照廢棄物清理法第47條的兩罰
2 規定對甲公司宣告罰金刑⁷³。

3 被告 X 與甲公司雖對原判決提起上訴，但是最高法院仍駁回被告
4 等之上訴而維持原判決之判斷，並就沒收部分認為原判決符合現行刑
5 法第2條第2項規定，且正確適用現行刑法第38條之1的規定對 X 所得
6 的上述報酬全額宣告沒收，並無違誤⁷⁴。

7

8 5. 刑法上詐欺罪的實務事例

9 關於刑法上詐欺罪的實務事例，可舉【事例5】最高法院 106 年
10 台上字第 2908 號刑事判決為例。

11 本件的事實關係如下：

12 X 於2015年7月間，基於幫助之故意，在臺南市將自己之郵局帳
13 號存摺、提款卡與密碼以1萬元之代價售予詐騙集團成員 Y 使用，作
14 為收受被害人匯款之帳戶。其後 Y 所屬之詐騙集團以行動電話撥打給
15 被害人 A、B 等，佯裝為醫護及檢警人員聲稱被害人等之帳戶遭盜領，
16 導致被害人等陷於錯誤而依照詐欺集團指示先後匯款15萬元（A 部
17 分），以及32萬1,267元（B 部分）至 X 所提供之帳戶，再由該詐欺集
18 團成員以提款卡領取該等款項（第1行為）。其後，X 另外於2015年7
19 月23日與詐欺集團之成員 Z 基於共謀，由 X 提供彰化商業銀行帳戶給
20 Z，再由 Z 於同年10月間佯裝醫護或檢警人員，兩度撥打電話給被害
21 人 C，謊稱 C 參與詐騙集團，要求 C 付款，導致 C 陷於錯誤而匯款65
22 萬元至 X 之彰化銀行帳戶內。X 再經詐騙集團成員指示領取 C 所匯款
23 項，並於領取後將款項均交付詐欺集團，而分得3萬2,500元之報酬。
24 其後 X 因另犯搶奪與毒品案件，在另案偵查中自首擔任車手之事實
25 （第2行為）⁷⁵。

⁷³ 參照：臺灣高等法院臺南分院108年上訴字第756號刑事判決。

⁷⁴ 參照：最高法院 109 年台上字第 4830 號刑事判決。

⁷⁵ 本件事實關係是整理自原判決即臺灣高等法院臺南分院105年上訴字第683號刑

1 對此事實關係，原判決認為 X 之第1行為成立刑法第339條第1項
2 詐欺罪之幫助犯，其第2行為成立刑法第339條第1項及第339條之4第1
3 項第2款之加重詐欺罪之共同正犯。關於被告之量刑，原審考慮被告
4 的犯後態度、與被害人有無和解，被害人因犯行陷入生活困境而無法
5 諒解被告等因素外，另外也考量了「被告於幫助詐欺取財罪部分，個人
6 犯罪所得為1萬元，於三人以上共同犯詐欺取財罪部分，個人犯罪
7 所得3萬2千5百元，獲利並非鉅大」，以及其他量刑所必要之要素後，
8 宣告被告幫助詐欺部分有期徒刑6月，得易科罰金；加重詐欺罪之共
9 同正犯部分則處有期徒刑1年4月⁷⁶。
10 關於犯罪所得沒收的部分，原判決援引現行刑法第2條第2項，並適用
11 現行刑法第38條之1，對被告上述兩行為分別分得的犯罪所得1萬元與
12 3萬2,500元宣告沒收⁷⁷。被告 X 雖對原判決提起上訴，但是最高法院仍
13 維持原判決而駁回被告上訴⁷⁸。

14

15 (二) 我國實務的特徵

16 從上述所舉各案例，關於犯罪所得在我國實務上所扮演的角色，
17 大致可歸納出在上述所舉各事例中呈現的我國實務的特徵：

18 第一，上述各案例中，我國事實審法院除了在認定事實時就犯罪
19 所得會加以認定外，在量刑理由中，也會將犯罪所得納入考慮（上述
20 【事例1】【事例2】【事例3】【事例4】【事例5】）。

21 第二，上述各案例中，我國最高法院基本上在宣告犯罪所得沒收
22 時，儘管行為人的行為時是在現行刑法沒收制度施行前，但是法院一
23 致地援引刑法第2條第2項的規定，適用現行刑法的沒收規定，並且在
24 總額原則下，對於犯罪所得進行沒收（上述【事例1】【事例2】【事

事判決之事實欄記載內容。

⁷⁶ 參照：臺灣高等法院臺南分院105年上訴字第683號刑事判決。

⁷⁷ 同前註。

⁷⁸ 參照：最高法院 106 年台上字第 2908 號刑事判決。

1 例3】【事例4】【事例5】)。由此來看，我國最高法院基本上在沒
2 收部分是相當一致地跟隨現行刑法沒收規定立法者的腳步。

3

4 五、再省犯罪所得沒收的基本性質

5 (一) 我國實務現況在理論上之意義

6 然而，具有上述特徵的我國法院實務，應可認為具有以下的理論
7 上意義：

8 1. 量「刑」中犯罪所得之考慮與其意義

9 第一，關於我國事實審法院在量刑理由中考慮犯罪所得的部分。
10 此一部分有以下值得注意之處：

11 (1) 首先可以注意到的是，量刑中對於犯罪所得的考慮，可能
12 在法院對被告量處較重之刑的面向扮演一定的作用。這點從：①上述
13 **【事例 2】**，法院提到「對於職務上之行為要求、期約 2,600 萬元，並
14 實際收受 1,600 萬元賄款，嚴重破壞國民對於公務員不可收買性及執
15 行公務廉潔性之信賴」；②上述**【事例 3】**，法院提到「犯罪所得利益、
16 投資人遭詐騙而遭吸收之資金龐大，對國家金融秩序管理及社會安定
17 危害甚鉅」；③上述**【事例 4】**，法院提到「本件被告 X 之犯罪所得非
18 微」等，即可窺知。

19 (2) 其次可以注意到的是，量刑中對於犯罪所得的考慮，也可
20 能在法院對被告量處較輕之刑的面向扮演一定的作用。這點從上述
21 **【事例 5】**，法院提到「被告於幫助詐欺取財罪部分，個人犯罪所得
22 為 1 萬元，於三人以上共同犯詐欺取財罪部分，個人犯罪所得 3 萬 2 千 5
23 百元，獲利並非鉅大」，亦可窺知。

24 (3) 這樣的實務傾向，在刑法理論上應也有其重要的意義。亦
25 即，考慮到法院是在量「刑」的部分提及犯罪所得，而量刑的考慮中，
26 不僅僅需考慮對於犯罪的預防（包含特別與一般）需求，也應考慮對

1 於被告行為的非難與應報等刑罰的重要目的⁷⁹。而如同眾所周知的，
2 在對被告非難，並透過量刑再對被告施加刑罰的重要基礎，即是行為
3 人的行為責任。也因此，倘若在量刑時考慮的要素，與行為人的行為
4 責任有關連，則這樣的要素即可認為是行為人的行為責任，乃至以其
5 為基礎的非難的象徵。

6 若以上述所舉各事例來看，例如在①【事例2】當中，法院提及
7 行為人的實際收受1,600萬元的賄賂即犯罪所得時，一併提及的並非將
8 來的預防問題，而是這種收受1,600萬元的行為嚴重斷傷公務員賄賂罪
9 的保護法益內涵，亦即國民對於職務公正執行信賴的部分；②【事例
10 4】當中，法院提及行為人「犯罪所得非微」時，也一併提及了行為
11 人長達三年的行為期間，則應可認為法院在此考慮的是行為人在長期
12 間透過多次的非法儲存事業毒物，累積了不少的犯罪所得報酬，從而
13 對於廢棄物清理法第1條所定「為有效清除、處理廢棄物，改善環境
14 衛生，維護國民健康」的立法目的，特別是維護國民健康方面，將有
15 相當程度的侵害；③【事例5】當中，考慮到被告是以共犯的形態參
16 與犯罪行為，而其所分配的犯罪所得金額不高，則是顯示其在整個詐
17 欺集團實施詐欺犯行時，參與角色相對不具備較高的重要性。

18 倘若可以這樣理解此等事例，且考慮到①【事例2】②【事例4】
19 的犯罪所得與各該構成要件所保護的法益侵害有密切的關連；③【事
20 例5】則是法益侵害態樣（共犯形態）的重要性高低也可認為與法益
21 侵害的實現有密切的關連，則應可認為，事實上我國法院在量刑時對
22 犯罪所得的考慮，顯示了其與行為人的犯罪行為責任有密切關連，並
23 導致了對其行為責任的非難，以及最終的刑罰施加。

24

⁷⁹ 關於刑罰目的的基本介紹，可參照：林山田，同註9，頁423-458。

2. 沒收作為組織性犯罪維持資金的犯罪所得之意義

第二，則是與沒收宣告有關的部分。在若干的犯罪類型中，法院在沒收宣告時，對於犯罪所引起被害人損害總金額與行為人的犯罪所得金額認定可能不同的部分。此一部分有以下值得注意之處：

(1) 較為明確出現此種現象的事例，是上述的【事例3】。法院在此透過①將銀行法125條第1項規定後段的「因犯罪獲取之財物或財產上利益」解釋為犯罪的總規模；再將②宣告沒收時應認定的「犯罪所得」解釋為行為人實行犯罪而取得的薪資。考慮到在【事例3】當中，上述①的犯罪總規模極為巨大，但是在②的犯罪所得，即使就各行為人參與期間的每月薪資、車馬費均納入沒收範圍，與上述巨大的犯罪所得相比，差距甚大。

(2) 考慮到【事例3】是以公司即法人的形態，雇用各行為人來擔任職員進行違反銀行法規定的吸金行為，則在法人與各自然人被告在法律上屬於不同權利主體，本件的被害人所受的損害以及銀行交易秩序所受到的干擾應與吸金後的龐大金額有關，應認為對各行為人的薪資的沒收並非直接與行為人的行為責任有關的事項。

(3) 但是倘若考慮①【事例3】既然以公司的形態進行違法的吸金行為；②在該案件中已經可見有相當規模的公司組織；並且③其遂行犯罪的態樣是透過各領取薪資的行為人不斷重複遂行在公司中的各種角色與職務進行吸金；同時④各行為人的薪資與車馬費來源應是來自被害人等所損失的鉅額財產集合中，則應可認為，在因為各行為人的犯罪行為，從被害人處所取得的財產中，有一部分被再次地以薪資的形態投入於犯罪實行之中。

(4) 若是這樣的理解是有可能的，則應可認為至少在上述【事例3】這種類型的情況，法院將各行為人每月所得的薪資與車馬費作為犯罪所得宣告沒收，應與是因為考慮其是不斷地被投入犯罪，供後

1 續實行犯罪所用。也因此，在助長並引發後續的犯罪的危險上，應可
2 認為這種性質的犯罪所得沒收，具有保安處分的意義⁸⁰。

3 (5) 可補充的是，在上述【事例3】的這種情況中，固然有可能
4 被理解為是因為銀行法第125條第1項的文義才能夠導出的解釋，然而
5 本諮詢意見在此仍須強調，上述【事例3】這種，透過龐大、層級化
6 的體系且與組織反覆進行犯罪，且從被害人處得來的金錢有一部分以
7 對組織內部行為人之薪資的形態呈現的事例，事實上毋寧是大規模金
8 融相關犯罪常見的實際情況⁸¹。銀行法第125條第1項後段的文義僅是
9 使得犯罪規模與犯罪所得不需一致的分析在條文上有直接的根據而已，
10 但是實質上在無特別規定的情況下，須回歸對犯罪所得沒收性質的理
11 解時，上述從犯罪的實際狀態析出的保安處分性質的理解仍有可能。

13 (二) 犯罪所得沒收基本性質的理解

14 基於上述的考察，應可認為犯罪所得的沒收，與犯罪所得在實務
15 上扮演的角色有重要的關係。基於這樣的觀點，對於犯罪所得沒收的
16 基本性質，本諮詢意見有以下的理解：

17 第一，如同上述考察所顯示的，事實上「犯罪所得」這個事實要
18 素，在我國法院實務中，不僅僅是在沒收時作為沒收客體有其重要性，
19 更為重要的是在量刑的過程中，當犯罪所得與各該構成要件所欲保護
20 的法益侵害（例如【事例2】的公務員賄賂罪、【事例4】的廢棄物清
21 理法中的非法處理廢棄物罪等⁸²），或者參與法益侵害的實行態樣有

⁸⁰ 理論上同旨的見解，可參照：白木豐（1996），〈麻藥特例法における不法収益の没収・追徴〉，《小樽商科大学商学討究》，46卷2・3号，頁189。指出此一理解可能性者，亦可參照：謝煜偉，同註5，頁342-343。

⁸¹ 例如在多層次傳銷管理法上的變質多層次傳銷行為罪，實務事例中也常見類似的組織，與獎金發放態樣。關於變質多層次傳銷行為罪的我國實務的基本介紹與探討，可參照：黃士軒（2021），〈初探變質多層次傳銷行為罪（下）〉，《月旦法學教室》，229期，頁34-56。

⁸² 事實上，【事例1】的情形中，考慮到毒品危害防治條例第1條所揭示的立法目的之一包含「維護國民身心健康」，則應認為因販賣或運輸多量毒品、取得高額的報酬作為犯罪所得的情形中，高額的犯罪所得與對於國民身心健康的戕害強度有

1 直接的關連時（例如【事例5】的共犯形態），犯罪所得也是基於行
2 為責任所生非難輕重的象徵。在此意義下，對於犯罪行為人沒收犯罪
3 所得，不使其保有因犯罪所取得的財物或利益，具有高度的非難意涵。
4 這樣的非難意涵並非法院恣意附加，而是在犯罪所得與各該構成要件
5 的保護法益之解釋相結合的結果。

6 也因此，儘管我國法院實務現況上，現行刑法第2條第2項的肯定
7 與適用應是較為主流的立場，同時在犯罪所得的沒收上，法院也會在
8 判決中援引刑法第38條之1的立法理由，指出沒收性質不是刑罰也不
9 是保安處分，且犯罪所得沒收是一種準不當得利的衡平措施，但是，
10 考慮到事實上法院仍是在「量刑」的階段，考慮到與行為不法，亦即
11 法益侵害態樣有密切關係的犯罪所得要素，且此一要素在法益侵害或
12 其態樣的關連性，也將使其具有象徵行為責任非難的屬性。從而，即
13 使法院一再強調上述源自立法理由的文字，仍不能忽視此種類型的犯
14 罪中，犯罪所得沒收帶有非難性質的意涵。考慮到我國刑法的制度中，
15 基於非難對行為人施加制裁或不利益的制度，主要仍是刑罰，也因此
16 在上述可認為犯罪所得具有象徵行為責任非難屬性的限度內，犯罪所
17 得的沒收應認為具有類似刑罰的屬性。

18 第二，如同上述考察所顯示的，在犯罪所得沒收的情況中，例如
19 在上述【事例3】的情形，倘若犯罪的實施態樣上，是透過大規模的
20 組織進行，並且在組織內的各行為人於實行犯罪時有再得到取自被害
21 人所提供之被害財產（例如金錢）作為薪資時，則此時對於此種薪資
22 部分的犯罪所得之沒收，應著重其係將犯罪行為所取得之被害人財產
23 再投入犯罪的危險性，而可認為具有保安處分的性質。在此意義下，
24 此部分的犯罪所得沒收之意義，即非刑罰或類似刑罰的措施。

25 當然，對於本諮詢意見將此一保安處分性質的理解，理論上可能
26 產生以下的疑問：在上述【事例3】的情形中，受到沒收宣告的犯罪

直接關係，而可認為這樣的犯罪所得是對於行為人的行為責任的非難象徵。

1 所得是金錢。而金錢本身是交易用的貨幣，其並無危險性，如何能符
2 合以危險預防為目的的保安處分之性質⁸³？

3 關於此一問題，應可做如下的說明。亦即，倘若僅考慮金錢本身，
4 確實應認為其沒有危險性。但是，在此處成為問題的沒收，顯然無法
5 割裂於各該案件中涉及的犯罪構成要件來理解其危險性的有無問題。

6 若從對於犯罪的組織乃至犯罪實行有維持效果的角度觀之，犯罪
7 所得中（以薪資形態為典型）被持續用於維持犯罪組織的成本，事實
8 上仍可認為具有促進將來犯罪的危險性⁸⁴。這樣的危險性在有組織性
9 的犯罪，例如透過組織的方式進行的各種金融、毒品、環境乃至詐欺
10 犯罪等，將更為顯著。也因此透過對其運作資金的剝奪，藉以抗制此
11 種有組織性的犯罪，也早就可見於例如藥物犯罪⁸⁵乃至組織犯罪⁸⁶的領
12 域⁸⁷。因此，在實際上投入組織運作並對將來犯罪實行也有維持乃至
13 促進效果的限度內，理論上仍有考慮將來犯罪危險性而將此種犯罪所
14 得定性為保安處分類型的餘地⁸⁸。

⁸³ 參照：京藤哲久（1993），〈スイスの没収制度〉，《ジュリスト》，1019号，頁44-45；林美月子（1995），〈没収・追徴と均衡原則：麻薬特例法を中心として〉，《神奈川法学》，30卷1号，頁177；高山佳奈子（2004），〈犯罪収益の剝奪〉，《法学論叢》，154卷4=5=6号，頁476-477；

⁸⁴ 參照：白木豐，同註80，頁193。

⁸⁵ 參照：古田佑紀＝本田守弘＝野々上尚＝三浦守（1992年），〈「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」及び「麻薬及び向精神薬取締法の一部を改正する法律」の解説（一）〉，《法曹時報》，44卷7号，頁1235-1237。

⁸⁶ 參照：淡路恵介、西尾慎二郎（2007），〈犯罪による収益の移転防止に関する法律について〉，《捜査研究》，56卷6号，頁20-21。

⁸⁷ 指出此種政策上與理論上可能性者，可參照：山口厚（1993），〈わが国における没収・追徴制度の現状〉，《ジュリスト》，1019号，頁14；丸山雅夫（1993），〈財産的制裁としての没収・追徴（二・完）——従来の没収（追徴）制度といわゆる「麻薬特例法」——〉，《南山法学》，17卷2号，頁89。

⁸⁸ 在此意義下，此種保安處分類型的犯罪所得沒收，其屬性較為接近現行刑法第38條第2項的供犯罪所用之物。儘管我國學界對於犯罪所用之物的沒收，基於被沒收的物（例如作案用之菜刀、摩托車等）本身未必有危險性，認為此種沒收性質上應屬於刑罰（參照：薛智仁，同註（2018論文），頁1065），但是倘若考慮到（1）此處的「物」之沒收，不是單純的「物」的沒收，而是「供犯罪所用」之「物」的沒收，則受沒收的物從條文文義上即不應與行為人所進行的犯罪割裂觀

1 第三，基於以上的兩點理解，應可認為關於犯罪所得的沒收，無
2 法如本諮詢意見前述的我國學說，一概地認為其性質一定是刑罰或類
3 似刑罰，或者一定是非刑罰而接近保安處分，而需考慮各個案件中犯
4 罪所得和繫爭犯罪構成要件實現間的關係。大致上，可認為有以下的
5 類型：

6 (1) 在有大规模組織實現犯罪，且犯罪所得的資金有投入組織
7 維持所需的薪資等費用的情形，犯罪所得的沒收的內涵中，包含著：

8 (A) 含有保安處分性質的部分，以及 (B) (在與實現構成要件保
9 護法益的侵害之關連上) 含有象徵以責任為基礎的非難而接近刑罰性
10 質的部分。

11 (2) 在不具備上述大规模組織等的情況，則犯罪所得的沒收，
12 應以上述 (B) (在與實現構成要件保護法益的侵害之關連上) 含有
13 象徵以責任為基礎的非難而接近刑罰性質的部分為內涵。

14

15 (三) 對第三人沒收犯罪有關之所得的基本性質

16 基於以上的理解，犯罪所得移轉於行為人以外的第三人時，如對
17 在該第三人支配下的 (行為人實行的) 犯罪所得沒收，則該沒收的性
18 質應如何理解？即成為下一個問題。

19 關於第三人沒收的屬性的一般論，我國學說最近有相當的討論，
20 較為有力的見解是在滿足獲利與違法行為關連性的前提要件下，將第
21 三人沒收的形態加以分類，主要分為 (1) 代理型 (行為人為第三人
22 之代表人或執行業務機關，為第三人為犯罪行為的類型)、(2) 挪
23 移型 (行為人為脫免沒收或追訴而將犯罪所得移轉於第三人的類型)
24 以及 (3) 履行型 (行為人為履行無瑕疵的契約等，而將犯罪所得移

察；因此 (2) 在該物有實際上被投入於犯罪實行的危險存在時，理論上仍有可
能認為對於供犯罪所用之物的沒收在性質上屬於保安處分 (參照：謝煜偉，同註
5，頁347；團藤重光編 (1964)，《注釈刑法 (1) 總則 (1)》，東京：有斐閣，頁
127 (藤木英雄執筆))。

1 轉於善意第三人的類型)⁸⁹。並且，我國的有力見解，認為(2)的挪
2 移型，相當於我國現行刑法第38條之1第2項第1款的「明知他人違法
3 行為而取得」，以及同條項第2款「因他人違法行為而無償或以顯不
4 相當之對價取得」的兩款規定；並認為(1)代理型則相當於我國現
5 行刑法第38條之1第2項第3款的「犯罪行為人為他人實行違法行為，
6 他人因而取得」的情形，至於(3)履行型則因需保護善意的第三人，
7 所以原則上不在對第三人犯罪所得沒收的規範範圍內⁹⁰。

8 不過，因為上述的類型論並不直接處理對第三人宣告沒收犯罪所
9 得的本質問題，而是在處理可對第三人沒收的具體類型的範圍問題，
10 所以與本諮詢意見欲處理的問題實際上並不相同。而從本諮詢意見的
11 觀點來看，儘管立法者宣言犯罪所得沒收並非刑罰，但是從本諮詢意
12 見前述所舉法院事例來看，倘若在與各該案例中涉及的構成要件的關
13 係上，犯罪所得中，可能由(A)具備再被投入於反覆實行的組織性
14 犯罪的危險性的部分，或(B)有象徵以行為責任為基礎的非難功能
15 的部分組成，則當被告的犯罪行為所得在第三人處時，對第三人宣告
16 犯罪所得沒收時，其刑法上的意義仍須視其組成部分為何加以確認。
17 關於此一部分，本諮詢意見目前初步的看法如下：

18 第一，當行為人因犯罪所取得的財物移轉於第三人處時，若就上
19 述具有(A)部分性質的犯罪所得對第三人宣告沒收，考慮到即使對
20 於行為人宣告沒收亦為保安處分，則應認為此部分對於第三人的沒收，
21 亦應具有保安處分的性質。

⁸⁹ 參照：許絲捷(2016)，〈第三人犯罪所得之沒收〉，《月旦法學雜誌》，252期，頁88-93；陳重言(2015)，〈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》，238期，頁94-96；林鈺雄(2020)，〈沒收新論〉，台北：自版，頁169-175。林鈺雄教授的分類中另外提出「繼承型」(行為人死亡後其犯罪所得由其繼承人繼承的類型)，作為挪移型的特殊類型(參照：林鈺雄，同前書，頁175-176)。

⁹⁰ 參照：許絲捷，同註89，頁88、90、91-92；林鈺雄，同註89，頁170、173-174。

1 第二，當行為人因犯罪所取得的財物移轉於第三人處時，若就上
2 述具有（B）的性質的部分，對於第三人宣告沒收，則應實質地考慮
3 以下各點：

4 （1）當第三人是在行為人犯罪行為或違法行為後，知情地接近
5 行為人並從行為人處接受犯罪或違法行為所得財物或利益的移轉，則
6 需考慮：①上述（B）部分的犯罪所得所帶有的——特定構成要件所
7 保護的法益侵害被實現之意義上的——非難性格，以及②法定的「明
8 知」（現行刑法第38條之1第2項第1款）與「因他人違法行為而無償
9 或以顯不相當之對價取得」（現行刑法第38條之1第2項第2款）等要
10 素，認為就（B）部分對第三人宣告沒收，具有彰顯犯罪所得本身具
11 有非難性格（上述①部分）且第三人本身也有——值得以沒收為制裁
12 的程度的——可歸責事由（上述②部分）的意義⁹¹。

13 （2）另一方面，當第三人是因為行為人的犯罪行為直接成為犯
14 罪所得財物或財產上利益歸屬的主體的情況，最為典型的應屬於行為
15 人是法人的經營者、幹部或從業人員所為，具有組織性的犯罪型態。
16 在這種情況中，則需考慮：①上述（B）部分的犯罪所得（特別是扣
17 除帶有保安處分性質的（A）部分後）所帶有的非難意義，以及②在
18 犯罪實現上，該第三人（或法人）與行為人在實現構成要件所保護法
19 益的侵害之立場同一性所生的非難；③第三人的組織本身產生缺陷以
20 致其組織內部之人員可以為違法行為等要素⁹²，認為就（B）部分對第
21 三人宣告沒收，具有彰顯犯罪所得本身具有非難性格（上述①、②），
22 且第三人本身也有——值得以沒收為制裁的程度的——可歸責事由
23 （上述③）的意義。

⁹¹ 參照：團藤重光編，同註88，頁150（藤木英雄執筆）。

⁹² 此即關於法人犯罪領域中發展的所謂法人組織體罪責理論，關於法人犯罪相關的理論，以及法人組織體罪責理論的詳細研究，可參照：蔡蕙芳（2017），〈我國法人犯罪立法之檢視與理論建構〉，《東吳法律學報》，28卷4期，頁40-56。

1 倘若上述的分析與理解也有可能，則在對於第三人的犯罪所得沒
2 收的情形，對於上述（B）部分犯罪所得的沒收宣告，因為其具有與
3 犯罪構成要件實現有直接關係的財產所具有的非難性格，以及第三人
4 值得以沒收為制裁的可歸責事由的意義，所以仍應認為是對於第三人
5 的一種制裁⁹³。

6

7 六、結論

8 基於本諮詢意見上述的考察所見，在此對於本件諮詢問題整理以
9 下各點結論：

10 第一，我國立法者雖將沒收定性為非刑罰也非保安處分，認為其
11 屬於一種獨立的刑法上法律效果，並認為犯罪所得沒收的性質是一種
12 準不當得利的衡平措施，但是實際上我國刑事實務中，對於犯罪所得
13 的理解，仍較集中在（A）再度被投入犯罪之用的危險，以及（B）
14 對於各該構成要件的實現與因此而生的責任乃至非難兩方面。倘若如
15 此，應可認為我國實務的運作下，犯罪所得沒收仍然會具有（A）保
16 安處分與（B）類似刑罰的制裁的兩種意義。也因此，無法單純地將
17 犯罪所得沒收只定性為類似刑罰的制裁或保安處分。

18 第二，對於（B）類似刑罰的制裁的犯罪所得之沒收，因為其與
19 行為人的行為不法，亦即構成要件的法益侵害的實現或參與實現的態
20 樣，亦即行為責任有密切的關連，所以對此部分的沒收，即使未以刑
21 罰稱之，仍應認為與作為行為責任之非難的刑罰有類似性，從而應受
22 到罪刑法定原則乃至溯及禁止原則的拘束。

23 第三，對於（A）保安處分類型的犯罪所得之沒收，儘管從實質
24 上仍屬於一種對於財產的干預的觀點來看，確實可能認為應受罪刑法
25 定原則乃至溯及禁止原則的拘束，但是考慮到我國刑法第2條對於保

⁹³ 在此意義下，目前刑事訴訟法第7編之2的「沒收特別程序」，即是對應此部分制裁的刑事程序，為第三人提供與此相當的程序上保障。

1 安處分的基本分類與文義下，可認為就此種保安處分性質的沒收而言，
2 於我國刑法的解釋上，可能與非拘束人身自由的保安處分有一樣的解
3 釋空間。

4 第四，當行為人的犯罪所得在第三人處時，對於第三人就其犯罪
5 所得宣告沒收，也應可考慮做以下的區分：

6 (1) 首先，若此部分的沒收可認為屬於上述(A)保安處分類型，
7 則與第三點的處理相同，亦即在我國刑法第2條的解釋上，可能與非
8 拘束人身自由的保安處分有一樣的解釋空間。

9 (2) 其次，若此部分的沒收是上述(B)類似刑罰的制裁的類型，
10 則考慮到此部分沒收具有彰顯①對於犯罪構成要件實現的非難(包含
11 法人犯罪中法人與其經營者、幹部或從業人員的相同立場)，且②第
12 三人有可歸責事由(明知為他人違法行為取得、對於無償或顯不相當
13 對價的徵兆輕率地忽略)等意義，應認為此部分的沒收屬於對於可歸
14 責的第三人所施加的制裁，仍帶非難性質而與刑罰相近。在此意義上，
15 應認為此部分的沒收，應受到罪刑法定原則乃至溯及禁止原則的拘束。

16 第五，從本諮詢意見的立場觀之，上述(A)保安處分類型的犯
17 罪所得，因為其屬於保安處分之性質，重在強調對於再度被投入於犯
18 罪的危險，所以與信賴保護較無直接關係。其次，上述(B)部分亦
19 即類似刑罰的制裁的類型，本即應受罪刑法定原則乃至溯及禁止原則
20 的拘束，也因此與信賴保護較無直接關係。

21

22

23

24

附屬文件之名稱及其件數³

文件編號	文件名稱或內容	備註

1

2

3

此致

4

憲法法庭

公鑒

5

6 中華民國111年7月13日

7

具狀人

(簽名蓋章)

8

撰狀人

(簽名蓋章)

¹ 憲法訴訟法（以下簡稱本法）第19條第1項規定，憲法法庭審理案件認有必要時，得依職權或依聲請，通知當事人或關係人到庭說明、陳述意見，並得指定專家學者、機關或團體就相關問題提供專業意見或資料。本法第6條第1項、第2項以外之機關受憲法法庭通知依本條第1項規定提出專業意見或資料意見時，使用本意見書。

² 本法第19條第3項規定，當事人、關係人以外之人民或團體，依第一項指定提出專業意見或資料時，應揭露以下資訊：

一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。

二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

³ 本法第14條第1項第7款規定，書狀應記載附屬文件之名稱及其件數。