

購書請上：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11952>

沒收新論

林鈺雄 著



元照出版

搶先試閱版

2020年9月初版

序

我國刑法沒收新制，從傳統刑罰論轉向「經濟犯罪，經濟解決」的制裁手段，可謂「一舉從 DOS 版轉型到 WIN 版」的浩大工程，堪稱前所未見的「刑法百年變革」，開啟經濟刑法的新紀元，對我國整部刑事制裁體系及追訴實務，勢將產生深遠影響。新制大刀闊斧「去刑罰化」，擺脫自清末繼受法初期以來的百年從刑桎梏，據此開展無罪責沒收、第三人沒收、獨立宣告沒收及擴大利得沒收等重大的新制突破，期能澈底剝奪不法利得，有效實踐財產正義，達成「讓犯罪不值得」之預防目的。

沒收新制施行以來，文獻前仆後繼，猶如雨後春筍，裁判亦蓬勃發展，令人目不暇接。然而，百年舊制盤根錯節，「百足之蟲，死而不僵」；重構刑法制裁體系並實踐沒收新制宗旨，畢竟是浩大的法治轉型工程，從軟體到硬體、從理論到實務、從比較法制掌握到本土案例研究，在在都是考驗。不論對法律生或實務家而言，沒收議題可謂資料數量龐大、知識腹地深廣、專業門檻不低，立法指引有限但實務疑難特多，亟需體系性的理論研究與實務手冊，作為參考指南。這正是本書設想的定位，期能連貫理論與實務，體系性傳遞沒收基礎知識並指引實務具體運用。據此，本書一方面注重理論體系之開展，另一方面兼顧作為實務手冊之便利，故各章寫作體例，皆從實例（多改編自我國實務案例）開啟問題意識，內文先敘明相關立法規定、沿革理由、問題所在及基礎理論，再歸納、簡評新法施行後之實務見解，最後解析出發案例，作為結語；各章附錄皆摘錄重要裁判及參考文獻，以供查閱、對照。此外，各章主題安排循序漸進，雖各自構成沒收體系之一環，但亦獨立成章以方便主題式的查詢、閱讀。

本書鋪陳體系，依照我國規範結構並參考德國多本沒收實務手冊，分為 5 部分共計 14 章，順序如下：新制導論（Ch01）→ 犯罪物沒收（Ch02）→ 利得沒收（Ch03-06：審查體系、相對總額原則、第三人

利得沒收、發還條款) → 共同條款 (Ch07-09：追徵條款、估算條款、過苛條款；Ch14：效力條款) → 特殊類型及進階運用 (Ch10-13：單獨宣告沒收、連帶/共同沒收、擴大利得沒收、沒收之競合)。另，本書以沒收實體法為主要範圍，關於沒收程序法及沒收各論 (刑法分則及附屬刑法所列各罪之個別沒收問題)，則挑選實務常見類型，擇要於相關章節說明，如內線交易、違法吸金、逃漏稅捐、電信詐騙、洗錢、走私、賄賂、圖利、投票行、收賄罪及違反食安法、森林法等犯罪類型之沒收個別問題。

回顧投入沒收制度研究的日子，荏苒已近 10 年歲月；密集計畫性寫作相關議題也已 6 年時光，為窺沒收堂奧所投注的時間精力，遠超過筆者當初的想像。本書終能付梓，由衷感謝這段摸石過河、筭路藍縷期間，曾經和筆者不斷切磋的專家學者、學生及實務家們。其次，在出版事宜方面，要特別感謝元照出版公司的編務協助，及楊政一、許欣如、高世軒、林容、洪瑋廷、陳建廷、張家維、姜德婷、黨苴睿的細心校對。

2020 年白露於東莒·熾坪隴遺址

目 錄

第 1 章 導論：綜覽沒收新舊法.....	1
壹、前言：掙脫百年的「從刑枷鎖」.....	6
貳、鑒往知來：舊法缺漏之回顧.....	8
參、繼往開來：修法歷程之回顧.....	24
肆、破繭而出：沒收新法之變革.....	29
伍、結語及案例解析.....	37
第 2 章 犯罪物沒收.....	41
壹、前言.....	46
貳、基礎規定與說明.....	48
參、實務見解及問題檢討.....	61
肆、結語及案例解析.....	81
第 3 章 利得沒收總論：審查體系與解釋適用.....	87
壹、前言.....	93
貳、新法規定概述.....	95
參、利得沒收之審查順序.....	98
肆、結語及案例解析.....	124
第 4 章 相對總額原則/兩階段計算法.....	127
壹、問題所在.....	130
貳、立法原則.....	131
參、基礎理論說明.....	138
肆、新法實務見解：邁向相對總額原則.....	146
伍、各罪運用實例.....	148
陸、結語及案例解析.....	155
第 5 章 第三人利得沒收.....	161
壹、前言.....	164
貳、第三人利得沒收之要件與類型.....	166
參、新法實務見解.....	178
肆、結語及案例解析.....	182
第 6 章 發還條款.....	189
壹、問題所在.....	192

II◎目錄

貳、立法原則	194
參、新法要件分析	199
肆、新法實務見解：基礎原則.....	202
伍、實務案例運用	205
陸、結語及案例解析	214
第 7 章 追徵條款	221
壹、前言	223
貳、基礎說明	224
參、實務見解	233
肆、結語及案例解析	236
第 8 章 估算條款	241
壹、問題所在	244
貳、估算之要件與程序	245
參、實務見解	252
肆、實務案例運用	255
伍、結語及案例解析	259
第 9 章 過苛條款	265
壹、問題所在	268
貳、過苛條款之要件與程序.....	269
參、實務見解	280
肆、實務案例運用	283
伍、結語及案例解析	291
第 10 章 單獨宣告沒收	295
壹、問題所在	297
貳、單獨宣告沒收之沿革與要件.....	299
參、新法施行後之實務見解：以被告死亡為例.....	311
肆、結語及案例解析	315
第 11 章 連帶沒收/共同沒收	321
壹、問題所在	324
貳、基礎說明	325
參、實務見解：共同沒收說 v. 平均分攤說.....	336
肆、特殊類型分析	346
伍、結語及案例解析	350

第 12 章 擴大利得沒收：洗錢與毒危案件	357
壹、前言	363
貳、基礎規定與說明	366
參、擴大利得沒收之審查體系	378
肆、洗錢擴大利得沒收之審查體系	384
伍、立法論：以德國法為例	388
陸、結語及案例解析	396
第 13 章 沒收之競合	401
壹、問題所在	405
貳、基礎說明與競合類型	406
參、同種沒收競合	410
肆、犯罪物與犯罪所得之異種沒收競合	417
伍、洗錢犯罪之沒收與發還競合	426
陸、結語及案例解析	430
第 14 章 沒收之效力	435
壹、問題所在	438
貳、從新條款（刑§ 2 II）：折衷式從新原則	439
參、特別法落日條款（刑施§ 10-3 II；刑§ 11）	446
肆、時效條款：沒收時之效力（刑§ 40-2）	452
伍、沒收之標的效力（刑§ 38-3）	457
陸、結語及案例解析	469
◎ 參考文獻	475
◎ 附錄一：沒收新法及立法理由	487
◎ 附錄二：德國沒收新法條文翻譯	498
◎ 關鍵字索引	514

IV◎凡例

凡 例

- 一、本書以→符號引用本書其他章節。例如：→Ch09:2.2.1.2 表示參閱本書「第 9 章 貳、二、(一)、2」；→Ch03:※附錄表示參閱本書「第 3 章※附錄」。本書改版時，頁數可能變動，但章節通常不變，使用舊版書讀者仍可憑章節指引而找到引用的正確位置。
- 二、本書以略語引用解釋例與裁判之年度、文號，例示如下：
100 釋 687：司法院大法官民國 100 年釋字第 687 號解釋
106.05.23 刑議 6：最高法院民國 106 年 5 月 23 日第 6 次刑事庭會議決議（注意大法庭新制後之決議效力問題）
108 台上 2421：最高法院 108 年度台上字第 2421 號刑事裁判
- 三、引用法律名稱，多用略語。條號引用，如 §§ 38 III, 38-1 II ① = 刑法第 38 條第 3 項及第 38 條之 1 第 2 項第 1 款。
- 四、本書常用相關法律略語如下：刑 = 刑法。刑施 = 刑法施行法。刑訴 = 刑事訴訟法。毒危 = 毒品危害防制條例。組織犯罪 = 組織犯罪防制條例。貪污 = 貪污治罪條例。通保 = 通訊保障及監察法。槍砲 = 槍砲彈藥刀械管制條例。洗防 = 洗錢防制法。稅捐 = 稅捐稽徵法。食安 = 食品安全衛生管理法。選罷 = 公職人員選舉罷免法。
- 五、參考文獻一律使用略式引註，標明作者、年或年月、頁數。本書引用文獻之詳細資料，參閱本書附錄之參考文獻表；本書常引用之教科書、工具書、註釋書及沒收論文集，另參以下主要參考書目表。各章基本參考文獻列於章末附錄。中文文獻引用依發表順序，外文依作者姓氏字母。內文之中、英文文獻以頁數引註為主；德文文獻以章節/邊碼表示出處（如：Rn. 37 ff.表示該書第 37 段邊碼以下），無邊碼者則以頁數表示（如：S. 37 ff.表示第 37 頁以下）。

主要參考書目

- 何賴傑、林鈺雄（審譯），2017：《德國刑法典》，2017年1版（李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等16人合譯，元照出版）。
- 何賴傑、林鈺雄（審譯），2019：《德國刑法典》，2019年2版（李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等16人合譯，元照出版）。
- 林鈺雄，刑訴 I, II：《刑事訴訟法（上/下）》，2020年10版（章節引註法）。
- 林鈺雄，刑總：《新刑法總則》，2020年8版（章節引註法）。
- 林鈺雄，實例解析：《刑事訴訟法實例解析》，2019年2版（案例編號引註）。
- 林鈺雄主編，《沒收 I》：《沒收新制（一）：刑法的百年變革》，2016.07。
- 林鈺雄主編，《沒收 II》：《沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元》，2016.09。
- 林鈺雄主編，《沒收 III》：《沒收新制（三）：不法利得的剝奪》，2019.03。
- 林鈺雄主編，《沒收 IV》：《沒收新制（四）：財產正義的實踐》，2019.05。
- 林鈺雄主編，《沒收 V》：《沒收新制（五）：沒收實例解析》，2020.10（預計）。
- 連孟琦譯，2016：《德國刑事訴訟法》，2016年，元照出版。

- Fischer, StGB⁶⁵: Fischer, StGB (Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen), 65. Aufl., 2018.
- Lackner/Kühl, StGB²⁹: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2018.
- LK-StGB¹²: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch: StGB, Bd. 3, 12. Aufl., 2008 (zit.: LK-StGB¹²/Bearbeiter).
- LR-StPO²⁶: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, Großkommentar, 26. Aufl., Bd. 8, 2009 (zit.: LR-StPO²⁶/Bearbeiter)
- M-G/S, StPO⁶⁰: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 60. Aufl., 2017.
- MK-StGB²: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl., 2012 (zit.: MK-StGB²/Bearbeiter).
- NK-StGB⁴: NomosKommentar - Strafgesetzbuch: StGB, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Bd. 1, 4. Aufl., 2013 (zit.: NK-StGB⁴/ Bearbeiter).
- KK-StPO⁸/Schmidt, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 2. Aufl., 2019 (zit.: KK-StPO⁸/Bearbeiter).
- Sch/Sch-StGB²⁹: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014 (zit.: Sch/Sch-StGB²⁹/Bearbeiter).
- SSW-StGB²: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2014 (zit.: SSW-StGB²/Bearbeiter).

VI◎主要參考書目

- Büttner, 2012: Berechnung des illegalen Vermögensvorteiles, 2. Aufl.
- Hellmann, WiStR: Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 2018.
- Keusch, 2005: Probleme des Verfalls im Strafrecht.
- Meißner/Schütrumpf, 2018: Vermögensabschöpfung - Praxisleitfaden zum neuen Recht.
- Peters/Bröckers, 2019: Vermögensabschöpfung im Strafverfahren.
- Podolsky/Brenner, 2012: Vermögensabschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, 5. Aufl.
- Rönnau, 2015: Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl.
- Roxin/Schünemann, StVR: Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017.
- P. Rui / U. Sieber, 2015: Petter Rui & Ulrich Sieber(eds.), Non-Conviction -Based Confiscation in Europe – Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction.
- Schmidt, 2019: Vermögensabschöpfung: Handbuch für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, 2. Aufl.
- Theile, ZJS 2011: Grundprobleme der strafrechtlichen Verfallsvorschriften nach den §§ 73 ff. StGB, ZJS 2011, 333 ff.
- Tiedemann, WiStR: Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 2017.
- Wittig, WiStR: Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2017.

第1章 導論：綜覽沒收新舊法

壹、前言：掙脫百年的「從刑枷鎖」	6
貳、鑒往知來：舊法缺漏之回顧	8
一、沒收之用語、分類與定性	8
(一) 繼受軌跡：定格於清末的「從刑說」及「三分說」	8
(二) 名實不符的「從刑說」	11
(三) 體例紊亂的沒收標的「三分說」	12
(四) 層次混淆的替代價額：追徵、追繳或抵償	14
二、沒收之對象與範圍	16
(一) 沒收之主體對象：第三人沒收？	17
(二) 沒收之客體範圍	17
1、客體之型態？	18
2、間接利得？	19
3、替代價額？	19
三、非以定罪為基礎之特殊沒收（NCBC）	20
(一) 無罪責沒收？	20
(二) 單獨宣告沒收？	21
(三) 擴大利得沒收？	22
四、小結	23
參、繼往開來：修法歷程之回顧	24
一、食安法的突破	24
二、兩草案之折衝	26
(一) 學者版 v. 官方版	26
(二) 學者條款：估算、過苛調節、返還及特別法落日條款	27
肆、破繭而出：沒收新法之變革	29
一、統一沒收之用語、分類與重新定性	29
(一) 去從刑化	29
(二) 去三分化、統一用語	30
二、擴張沒收之對象與範圍	31
(一) 沒收之主體對象：第三人沒收	31
1、對第三人之犯罪物沒收	31

2◎沒收新論

2、對第三人之利得沒收.....	32
(二)沒收之客體範圍.....	33
1、直接利得：利得型態及總額原則.....	33
2、間接利得：替代品及孳息等衍生利益.....	33
3、替代價額之追徵.....	33
三、引進非以定罪為基礎之特殊沒收.....	34
(一)無罪責沒收.....	34
(二)單獨宣告沒收.....	34
(三)擴大利得沒收？.....	35
四、其他配套修正.....	36
伍、結語及案例解析.....	37
※附錄.....	39
一、實務見解選錄.....	39
二、主要參考文獻.....	39



元照出版

搶先試閱版

【例 1-1：品牌混油案】

甲經營的 A 品牌食油公司，經違法添加後，將低價油混充高價油販售，7 年來 A 公司因銷售混油進帳 10 億元。設若法院僅判處甲詐欺罪（刑§ 339），甲及 A 涉嫌違反食安法之部分無罪。試問本案可否沒收 A 公司 10 億元獲利？

【例 1-2：單獨沒收案】

試問下列刑事追訴障礙情形，可否單獨宣告沒收？

- 1、淘空 A 公司資產的負責人甲逃亡海外，但其於國內仍有資產。
- 2、軍購弊案主嫌乙逃亡海外，於海外帳戶有大筆軍購佣金，並於逃亡數年後死於海外。
- 3、毒窟意外被查獲，不知名的毒販及買受人匆忙逃逸，現場遺留交易毒品及一皮箱現金。



元照出版

搶先試閱版

【例 1-3：擴大沒收案】

槍砲、毒品前科累累的無業男子甲，販賣 10 萬元海洛因給乙，兩人交易時被當場查獲，但從甲身上除該甫交付的 10 萬元外，另有用報紙包起來、甲無法交代其合法來源的 40 萬元現金。試問該 40 萬元現金，是否在利得沒收範圍？

4◎沒收新論

※ 附表一：廣義沒收之層次與體系

廣 義 沒 收	犯 罪 物 沒 收	依對象	對行為人		
			對第三人	取得型	
				提供型	
		依客體	犯罪工具		補充型態： 追徵替代價額
			犯罪產物		
			犯罪客體		
	違禁物？				
	利 得 沒 收	依對象	對行為人		
			對第三人	取得型	代理型○
					挪移型○
					履行型×
			提供型	(未規定)	
依客體		直接利得	為了犯罪	補充型態： 追徵替代價額	
	產自犯罪				
	間接利得	替代品			
利用					

※ 附表二：利得沒收之審查體系：新舊法對照

審查階段	審查項目及新法立場	舊刑法	新刑法
定性		從刑	去從刑化* 準不當得利*
一 前提	犯罪成立 or 存在刑事不法行為？	？	§ 38-1 I, II*, IV* 僅從屬至違法性*
二 有無 利得	因犯罪而直接有利得：	物？e 利得型態限有體物？	§ 38-1 I, II, IV* 利得型態不限*
三 何人 利得	犯罪行為人 第三人	○ 限違禁物 e	§ 38-1 I § 38-1 II (取得型)
四 利得 範圍	直接利得： 總額原則 or 淨利原則？	？ 未規定	§ 38-1 I, II, IV* 總額原則： 不扣除犯罪之成本*
	間接利得： 使用&替代品	？ 未規定	§ 38-1 IV* 孳息&替代品
	替代價額之追徵	？ 未規定 e	§ 38-1 III 應追徵其價額
五 排除 審查	被害人優先原則？	？ 未規定 e 既不發還又不沒收？	§ 38-1 V 合法實際發還 →排除沒收
六 法律 效果	義務沒收 or 裁量沒收？	原則：裁量沒收 e	§ 38-1 I, II, III 原則：義務沒收/追徵
		例外：違禁物	§ 38-2 II 例外：過苛調節條款

e 表示請注意附屬刑法之特別規定

* 表示請同時參閱新刑法立法理由之說明

壹、前言：掙脫百年的「從刑枷鎖」

沒收依照其標的，包含兩種基本類型：一是犯罪工具、產物或客體之犯罪物沒收（亦稱為狹義沒收）；二是犯罪所得之利得沒收，兩者合稱為廣義沒收（※附表一）。我國立法院於 2015.12.17 三讀通過刑法沒收條文修正草案，並自 2016.07.01 起正式施行（刑施§ 10-3 I）¹。此次大規模修法係仿效當時德國（舊）刑法（§§ 73 ff. StGB a.F.）之立法例²，重新打造我國刑法的沒收體系並轉向經濟刑法的制裁手段，可以說是「一舉從 DOS 版轉型到 WIN 版」的浩大工程，堪稱我國刑法前所未見的「百年變革」。

言過其實？若鳥瞰新刑法時，加長時間縱深、拉高比較視野，當可知其解構舊法的威力及重構新制的突破。例如，有鑑於我國沒收舊法的缺漏與亂象（舊普通刑法捉襟見肘、附屬刑法紛亂雜沓，下文貳），立法者揮刀斬亂麻，以「後法優於前法原則」而將原附屬刑法（一百多部法典！）的沒收相關規定，概括宣告定期失效，施行日後不再適用，一律回歸普通刑法的新修正規定（刑施§ 10-3 II）³。據此，不僅是所謂的特別規定本身，而是包含原先植基於舊普通及附屬刑法沒收規定的相關實務見解（含舊院解字、院字、判例及決議等），也一併失所附麗，於新刑法施行後，皆無從再予援用（→Ch14:2/3）。這可以說是空前變局。

再如，關於沒收之定性，立法者大刀闊斧「去從刑化」，解開自清末民初起，桎梏我國刑法長達百年的「從刑枷鎖」（下文肆、一、（一）），

¹ 本書亦以 2016.07.01 施行日為分野，分稱為新、舊刑法。正式條文、協商結論及立法理由，參立法院，〈第 8 屆第 8 會期第 14 次會議紀錄〉，《立法院公報》，104 卷 98 期 2 冊，頁 245-279。新法立法理由另參本書附錄一。

修法草案的相關研討，參林鈺雄等，2016.07（會議紀錄），頁 331-422。

² 德國自 2017.07.01 施行沒收新制（參本書附錄二），新舊條文分別於法典名稱後面以 n.F.（新法）、a.F.（舊法）標示，以示區別。德國新刑法之沒收基礎規定，參王士帆，2019.03a，頁 135-173；Meißner/Schütrumpf, 2018, Rn. 21 ff.。

³ 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。」（刑施§ 10-3 II）。關此特別法落日條款，參下文參、二、（二）。

將其定性為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果。其中，利得沒收修法釐清其本質為「類似（準）不當得利之衡平措施」（quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme）⁴。由於立法者確認利得沒收不具刑罰性質，因此也才能開展無罪責沒收、第三人沒收、單獨宣告沒收等重大的新制突破；若無這些關鍵機制，也稱不上是 WIN 版沒收。

本章導論，依序先回顧我國沒收舊法之狀態⁵（下文貳）、說明此次修法之歷程（下文參）、交代新法之主要變革（下文肆；※附表二），最後作成結語（下文伍）。至於沒收程序問題，僅於相關段落，簡略說明⁶。在開展正文之前，先以出發案例【例 1-1】，點出問題意識。

先說【例 1-1】的結論：自然人甲與法人 A 公司於法律上分屬不同的獨立法律人格，依照我國舊刑法的 DOS 版沒收規定，由於受制於「從刑說」，除違禁物外，並無第三人利得沒收之總則性規定（舊刑§§ 34, 38），故第三人 A 公司販售混油的 10 億元進帳，依法不在沒收範圍。甚至於，縱使 10 億元是直接進犯罪行為人甲的口袋，由於利得型態是金錢價額，早已轉換或混同於甲的財產，究竟是否屬於所稱「因犯罪所得之物」（舊刑§ 38 I ③, III）？以及能否動用沒收替代手段而改追徵其相當於 10 億元獲利的替代價額？其法律依據何在？都是待解的 ABC 問題⁷。

舊刑法 DOS 版沒收的適用結果，無異昭告：犯罪真的很值得！反之，新刑法 WIN 版沒收要揭示的，正是「不允許犯罪值得」之原則（Der Grundsatz „Verbrechen darf sich nicht lohnen“；Crime doesn't pay）⁸！

⁴ Vgl. Sch/Sch-StGB²⁹/Eser, Vor § 73 Rn. 18 ff. u. § 73 Rn. 1 ff.; MK-StGB²/Joecks, § 73 Rn. 4 ff.; LK-StGB¹²/Schmidt, § 73 Rn. 9; Theile, ZJS 2011, 333 ff.; Wittig, WiStR, § 9 Rn. 1.

⁵ 文獻僅例示薛智仁，2007.09/10，頁 21-37/31-45；林鈺雄，2015.03，頁 53-84；陳重言，2016.07，頁 127-152。

⁶ 參王士帆，2016.09b，頁 375-417；林鈺雄，2019.05a，頁 3-38。

⁷ 舊刑法根本沒有替代價額沒收的總則性規定，而「追徵其價額（或以財產抵償之）」僅散見於附屬刑法（下文貳、一、（四））。參林鈺雄，2016.09b，頁 275-298。

⁸ 參刑§ 2 立法理由一、（二）；林鈺雄，2014.12，頁 106。Vgl. Hellmann, WiStR, Rn. 1103; Theile, ZJS 2011, 341.

貳、鑒往知來：舊法缺漏之回顧

鑒往才能知來，瞭解舊刑法瓶頸何在，才能知道新刑法有何突破。下文先回顧我國舊刑法及附屬刑法沒收規定的概況及缺漏：從沒收的性質開始，我國舊法就已經歧路亡羊；過於遷就這些條文規定的學說解釋及實務見解，或者望文生義（例如將物限定於有體物）、左支右絀（例如沒收延伸範圍及其替代手段，如【例 1-1】犯罪所得之追徵問題），或者見招拆招（例如自創追徵、追繳與抵償的區別）、自相矛盾（例如將沒收當成刑罰，卻容許第三人沒收之特例；或援引發還被害人優先於沒收原則，但結論卻既不發還、又不沒收，反而讓犯罪行為人保有不法利得），各種光怪陸離的說法和結論，罄竹難書。

一、沒收之用語、分類與定性

（一）繼受軌跡：定格於清末的「從刑說」及「三分說」

舊刑法的沒收，規定於「第五章 刑」，該章始於第 32 條：「刑分為主刑及從刑。」；從刑之類型訂於第 34 條：「從刑之種類如下：一、褫奪公權。二、沒收。三、追徵、追繳或抵償。」；基礎規定為第 38 條：「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。」；「前項第一款之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」；「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。」

上開施行至 2016.06.30 為止的舊刑法沒收規定，與 1935 年版即第一版的《中華民國刑法》⁹規定，從立法體例到條文文字，80 年來如出一轍¹⁰（僅於 2005 年修法時，新增修前段條文的畫線處文字而已，詳下

⁹ 中華民國刑法於 1935.01.01 由國民政府制定公布全文 357 條，並自同年 07.01 起施行。一般回溯我國刑法立法沿革時，僅至此部正式施行的法典；至於 1928 年版，或可稱為第零版的中華民國刑法。

¹⁰ 請對照 1935 年版刑法「第五章 刑」之如下規定：
§ 32：「刑分為主刑及從刑。」

述)。事實上，舊沒收規定豈止貫穿了 80 年的時(從 1935 年到 2016 年)、空(從中國到台灣)呢？追根究底可知，上開舊刑法沒收規定，遠溯至清末「變法圖強」的繼受法初期¹¹！清末 1905 年版的「刑律草案(初稿)」第 15 條規定：「凡剝奪公權、管束、沒收，為附加刑。」其案語(立法理由)謂「各國主刑之外，俱以剝權、監視、沒收，為附加刑¹²，監視即中國之嚴加管束，沒收即給沒贓物之一種…」，自此奠立了「沒收屬性從刑說」。同草案第 31 條規定：「凡沒收之物，記列如左：一、違禁之物。二、供犯罪所用及預備之物。三、因犯罪所得之物。」；「違禁之物不問何人所有，概行沒收。餘物以屬於本犯者為限。」這也是我國刑法採「沒收標的三分說」的濫觴。

上開 1905 年版初稿文字經修改後，成為 1907 年版的「(大清)刑律草案」，由清末修法大臣沈家本正式上奏，但不及施行，清廷即已覆亡。此部「係近代中國第一部體系完整的歐陸式刑法草案」；惟關於沒收，仍深受日本明治時期舊刑法¹³之影響，延續 1905 年版刑律草案的「沒



元照出版

搶先試閱版

§ 34：「從刑之種類如左：一、褫奪公權。二、沒收。」

§ 38：「左列之物沒收之：一、違禁物。二、供犯罪所用或供犯罪預備之物。三、因犯罪所得之物。」；「前項第一款之物，不問屬於犯人與否，沒收之。第一項第二款、第三款之物，以屬於犯人者為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。」

事實上，連之後的兩條沒收規定，1935 年版也是一樣大體沿用至 2016 年：

§ 39：「免除其刑者，仍得專科沒收。」(按：文字完全相同)。

§ 40：「沒收於裁判時併宣告之。但違禁物得單獨宣告沒收。」(按：文字大致相同，略經增修)。

¹¹ 參黃源盛(纂輯)，2010，頁 3-16。

¹² 上開案語所稱各國俱以沒收等為附加刑，究竟所指何國，指涉不明，此乃繼受法初期的常見現象。較為確定的是，清末刑律草案曾參考日本舊刑法(黃源盛，2010，頁 3)，而該舊刑法又深受法國法(1810 年拿破崙刑法典)之影響。反之，德國自 1871 年第一版帝國刑法(RStGB)開始，其沒收體例就已經和法國法分道揚鑣了(vgl. Arnold, 2015, S. 39 ff.; Suchy, 2014, S. 11 ff.)。

¹³ 日本明治時期有新舊兩部刑法典：仿效法國法的日本舊刑法，於 1880 年公布，1882 年施行；轉向德國法的日本新刑法於 1907 年公布，1908 年施行，延續至今。其沒收相關規定曾於 1941 年(昭和 16 年)修正，但及至 1974 年的「改正刑法草案」，才有 WIN 版沒收的雛形(如無罪責沒收、單獨宣告沒收)。

收屬性從刑說」(條次改列於§ 37 III)及「沒收標的三分說」(條次改列於§ 48)¹⁴。民國成立後由於政局紛亂，南北分裂，制定法典事宜斷斷續續且各自為政，但大體而言，清末兩個版本的刑律草案，可謂不分南北、各刑法草案的主要參考藍本，及至 1935 年版的刑法，仍不脫離其影響。

從以上法制史考察及歷年條文對照可知，自 1905 年起，我國刑法沒收規定的從刑說和三分說，就已經定型了：直到 2015 年仍定格在清末變法圖強、對西方法制一知半解的繼受法初期。其後，國民政府遷台，刑法自 1954 年至 2014 年為止，總共修正了 29 次，但包含歷來最大幅度修法的 2005 年刑法總則修正在內，沒收規定仍受制於繼受法初期的草稿，了不長進。令人訝異的是，作為我國繼受法重要藍本的德國刑法，歷經十多年翻天覆地的研修之後，於 1975.01.01 起施行，包含沒收、罰金在內的整部刑事制裁體系，已經澈底改頭換面¹⁵。而 30 年後的我國刑法總則大修正（2005 年），卻完全沒有注意到上開發展，繼續定格在清末民初，沒收立法體例及刑事制裁體系不動如山，僅有枝微末節的文字修改而已。

普通刑法簡陋至此，然而，社會經濟局勢卻不斷變化，繼受法初期毫無概念的財經、食安等（廣義）經濟犯罪，漸如雨後春筍。我國立法者面對傳統犯罪（如毒品、貪污）及新型態經濟犯罪（如財經、食安）擴張沒收主體及範圍之需求，係以不斷增修、擴張附屬刑法的沒收規定之立法方式，頭痛醫頭、腳痛醫腳，以資因應，這也是我國「特別刑法肥大症」現象使然¹⁶。包含貪污治罪條例（舊貪污§ 10）、毒品危害防制

該草案終究因多方反對，未完成立法，草案條文中譯參張明楷譯，2006，頁 133-134。

¹⁴ 參黃源盛，2010，頁 35（草案簡介）、頁 66-70（條文出處）。

¹⁵ 此次大修正，原有官方版草案（E 1962）及學者版對案（AE 1966），整合後成為 1969 年第二次刑法改革法（2. StrRG）之藍本。Vgl. Arnold, 2015, S. 195 ff., 249 ff.; Suchy, 2014, S. 12 f.

¹⁶ 批判如林山田，刑通 I，頁 48-50 及 1988.01，頁 8-9。另國內所謂特別法優於普通法的概括說法，多以法典而非具體法條要件作為比較對象，實屬對法條競合之特別關係的誤解，參林鈺雄，刑總-Ch17:3.1.2。

條例（舊毒危§ 19）、洗錢防制法（舊洗防§ 14）、食品安全衛生管理法（舊食安§ 49-1，現僅剩估算條款）及銀行法（舊銀行法§ 136-1）等一百多部附屬刑法典在內，本來皆有沒收的特別規定。這些附屬刑法，制定時期先後有別、提案權限亦分屬不同的主管機關，立法體例紛亂雜沓、立法用語各行其是，擴張沒收亦是過猶不及，亂無章法。

儘管如此，在 2015 年底修法之前，我國立法及實務卻一直和這種亂象「和平共處」了幾十年！尤其是，本於附屬刑法的紊亂用語，實務加碼望文生義、閉門造車，各式各樣「兄弟個人獨獲創見」，自相矛盾、見怪不怪；如何「收拾」這種亂局，也就成為我國 2015 年立法者的最大挑戰！

（二）名實不符的「從刑說」

首先，我國舊刑法沿襲清末立法體例，將沒收規定在以「刑」為名的刑法總則編第 5 章，體系編列就已經忽略其自成一格的特性。更甚者，單就立法用語來看，沒收名義上是「從刑」（舊刑§§ 32, 34 ②），但實際上連同其他立法規定一併觀察可知，沒收既不「從」也非「刑」，根本就名不副實、名實不符¹⁷。

先說沒收不是「從」刑。沒收不從屬於主刑，並非學說主張而已，立法規定自身就有專科沒收（舊刑§ 39：「免除其刑者，仍得專科沒收。」）和單獨宣告沒收（舊刑§ 40 II：「違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收。」）的例證。前者，主刑已被免除卻可專科沒收，表示沒收與否有自身的自主性考量，並不（必然）從屬於主刑，不然為何不一併免除呢？後者，既然立法已經明白承認無關主刑的單獨宣告沒收，沒收當然更無從屬性可言。

再說沒收也不是「刑」。如果是（狹義）刑罰，刑罰僅止於一身，必然受到「無罪責即無刑罰」的（個人！）罪責原則之拘束。但從立法明文的違禁物「不問屬於犯罪行為人與否，沒收之」（舊刑§ 38 II）的

¹⁷ 批評如薛智仁，2007.09，頁 33；柯耀程，2011.06，頁 154-155；林鈺雄，2015.03，頁 63。

規定可知，對於非犯罪行為人亦得施以沒收，試問：沒收若是刑罰，怎么可能及於犯罪行為人以外之第三人呢？就此，想要堅持「沒收乃從刑」之立法用語者，只能宣稱這是「例外」；問題是，刑罰僅止於一身的個人罪責原則，猶如罪刑法定原則一樣具有憲法位階，連立法本身都受其限制，哪來的例外呢？其違憲的理由和「轉嫁刑罰說」（代罰說）並無兩樣¹⁸。更甚者，違禁物以外客體之沒收，若有及於第三人之「特別規定者，依其規定」（舊刑§ 38 III 後段），而附屬刑法的確充斥著各式各樣「不問屬於犯（罪行為）人與否，沒收之」的特別規定（下文二、（一））；假使沒收是刑罰，根本就不容許存在這種「特別規定」，否則就是因違憲而無效之立法。但是，我國立法卻明文容許且充斥對第三人沒收之特別規定，由此可知，沒收本質上並非刑罰。

總言之，無論從沒收理論或舊刑法自身立法規定來看，沒收並非「從刑」，更無「無主刑、即無沒收從刑」的主從不可分原則可言；舊刑法的名實不符、自相矛盾，可見一斑。

（三）體例紊亂的沒收標的「三分說」

其次應檢討者，乃我國立法的沒收用語及分類。就理論及體系言，沒收依照其標的，主要包含兩種類型：一是犯罪工具、產物或客體之犯罪物沒收（*Einziehung*）；二是犯罪所得之利得沒收（*Verfall*）。德國（舊）刑法以此分類基準而開展其規定（*Einziehung*: §§ 74 ff. StGB a.F.; *Verfall*: §§ 73 ff. StGB a.F.）；對照規範行政不法違反效果的德國（舊）秩序違反法（*OWiG*），亦同（*Einziehung*: §§ 22 ff. OWiG a.F.; *Verfall*: §§ 29a, 30 OWiG a.F.），而曾參考此法的我國行政罰法，亦採此基本分類¹⁹。以上

¹⁸ 參林鈺雄，2014.12，頁 100-103。100 釋 687 脈絡，參許澤天，2014.07，頁 93-136。

¹⁹ 於德國（舊）刑法（§§ 73 ff. u. 74 ff. StGB a.F.）及（舊）秩序違反法（§§ 22 ff., 29a OWiG a.F., vgl. Wittig, WiStR, § 9 Rn. 5 ff. u. § 11 Rn. 1 ff.），沒收用語一致且相互對應，皆包含對工具、產物之 *Einziehung* 與對不法利得之 *Verfall* 兩種基本型態。而德國刑法與秩序違反法的向來修法，皆是一併考量。2017.07.01 德國刑法沒收新制施行，調整沒收用語，其秩序違反法亦一併調整。參林明昕，2019.03，頁 309-381。

