



新興法律問題學術研討會

(第1場：民事主題) 共同正犯犯罪所得之沒收—以各共同 正犯間具體分配數額認定不明時如何 諭知沒收為中心

(報告人) 第57期學習司法官 周亞蓓¹

◆ 目次 ◆

壹、問題之提起	參、外國法制對共同正犯犯罪所得 諭知沒收之方式
一、問題意識	一、德國法：連帶沒收作為主要處理 方式
二、研究架構	二、日本法：因案件類型區別相異之 方式
貳、我國對共同正犯犯罪所得諭知 沒收之方式	三、小結
一、連帶沒收之提出及實務之遷異	肆、結論
二、學理對連帶沒收之回應及建議	
三、小結	

壹、問題之提起

一、問題意識²

我國近來因為食安問題、金融犯罪等案件中，被告獲取的鉅額不法利益無法正當以法律程序剝奪之爭議，帶出當時刑法中雖訂有刑事剝奪手段，卻因其本質屬性及定位偏差，導致應剝奪卻無法剝奪，應沒收卻無法可適用，故法律秩序嚴重失衡的問

¹ 司法官學院司法官班第57期學員。臺灣大學法律學研究所公法組碩士。

² 本文得以完成，須感謝最高法院吳庭長燦、臺灣大學法律學系林教授鈺雄給予諸多啟發及意見，亦須感謝同期學員林政斌、卓浚民、林思婷及楊甯仔細心斧正，銘感於心。

題³。有鑑於此，民國104年廢棄刑法既有的沒收制度，除將從刑性質的沒收規範廢棄外，新增沒收專章⁴，賦予沒收獨立性之效果，並擴張其內容，得對特定第三人為沒收，並增訂沒收效力及時效規定。前開修法雖係大刀闊斧，期能確立刑事制裁的全新局面，而收到「任何人不因犯罪保有利益」之抑阻效果⁵，惟就舊法時期已存在的爭議問題確未全面解決。

其中，共同正犯⁶因犯罪所獲之不法利益，在各共同被告間具體分配數額無法認定時，究應如何認定個人所得具體數額及論知沒收，舊刑法未見明文，學說對實務一向採取的「連帶沒收」做法則多持反對意見⁷。如今，刑法新修的沒收專章依舊未對此一問題予以規範，此或為立法者無心之漏，惟亦可能是立法希望留待實務及學說以個案積累的方式逐漸形成穩定見解。參照比較法上德國及日本的發展，可以發現彼邦實務及學說確實對於此一問題法院應如何論知沒收或追徵扮演要角。我國沒收舊制係沿襲日本法，現今沒收新制則取道德國法，該兩國針對上開問題的見解即值得我國研究。此外，由於我國沒收新制納入所謂「利得沒收（Verfall）」⁸，是種干預財產的處分，本質上應屬「準不當得利的衡平措施（quasikonditionelle Ausgleichsmaßnahme）」，且修法後「沒收」獨立於「刑罰」外，自成一章規定，可知現制下沒收已非刑罰或保安處分的性質，屬於獨立措施。從而法院應有更多運用沒收的彈性空間，加上修正宗旨既在強調「任何人不因犯罪保有利益」，本文認為在各共同正犯間不法所得具體分配數額無法認定時，法院究應如何論知沒收之爭議，應可在新制脈絡下重新探究，期能提出針對實務及學理的彙整及建議，以供法院作為參考。

3 如民國102年的大統長基混油案，因法院以大統長基公司非自然人，無法犯罪，不能沒收犯罪所得18.5億元，大統全部僅須付出5,384萬元。檢察總長顏大和不服提起非常上訴，仍遭高法院駁回，理由是當時法律不能對法人沒收不法所得，只能沒收自然人的犯罪所得。且依當時刑法規定，沒收制度屬於從刑，若無主刑存在，即無法宣告沒收，儘管一再修法大幅提高相關罰則，卻仍如同大統長基黑心油案的沒收18.5億元犯罪所得遭撤銷一樣，無法處理。詳見：法務部之新聞稿，<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=416047&ctNode=27518&mp=001>。

4 詳見刑法第5章之1，即第38條至第40條。

5 該次修法理由，詳見：立法院公報第104期第98卷頁265以下。

6 本文之研究範圍僅限於「共同正犯」，而不包括教唆犯、幫助犯，先予敘明。至於「間接正犯」，雖與共同正犯均同屬正犯，然本文亦排除在外。原因在於：間接正犯對於被支配者具有支配意思及優越之意思支配行為，無論在組織犯罪或典型的使他人竊取行李箱案例中，可以想見原則上犯罪所得終會落入支配者即間接正犯之實力支配下，是以，支配者與被支配者間就犯罪所得數額之分配問題，應不致無法或難以判斷；雖可能存在特殊案例，惟限於文章篇幅，仍留待來文探究。

7 參見本文第貳章、第二節之部分。

8 利得沒收，又稱「犯罪利得（因犯罪而獲有利益）沒收」，是相對於「犯罪物品沒收（Einziehung）」之概念。後者係指違禁物、供犯罪所用之物、供犯罪預備之物、犯罪所生之物。關於「利得沒收」之本質，詳見：林鈺雄，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，第238期，頁55-64。Vgl. Joecks, in:MK-StGB, 2. Aufl., 2012, § 73 Rn. 1 ff.



二、研究架構

本文於始點出問題意識（第壹章），接著介紹我國法關於各共犯間不法所得數額認定問題的起源及實務見解的發展，以及學理回應（第貳章）；隨後簡介德國法及日本法關於前開問題的規定與實務見解的遷異，以供後續與我國法比較之用（第參章）；最末，藉由比較法所得之心得回應前開問題，指出關鍵在於：舉證責任的分配，並作出本文結論（第肆章）。

貳、我國對共同正犯犯罪所得論知沒收之方式

一、連帶沒收之提出及實務之遷異

我國實務向對犯罪所得之沒收，認為不問係共同正犯、教唆犯或幫助犯均負連帶責任，不得就實際分配之部分論知沒收⁹。此一連帶沒收原則，乃最高法院對於共同參與關係所生不法利益之剝奪，在未有深入論證下，自行創設。而實務剝奪共同正犯共同參與犯罪行為所獲不法利益採取連帶沒收的作法，成為日後¹⁰處理類似問題的基礎原則，應係始於最高法院66年度第1次刑庭庭推總會議決定(二)之決議：共犯貪污所得財物採連帶沒收主義，不得分別論知沒收。此後，對於共同正犯犯罪所得之處理，最高法院均以連帶沒收處理之。

究其見解形成的原因，應有以下數點：(1)本於「責任共同原則」，認為共同正犯間相互利用他人行為，以遂行其犯意之實現，故本於前開原則，應就全部結果負其責任，有關沒收部分，自應均為沒收之論知；亦即，共同參與關係下，共犯對犯罪結果亦應共同承擔責任¹¹，(2)為避免重複剝奪，以免發生重複處罰之危險¹²。

9 參照最高法院70年台上字第1186號、66年台上字第1771號判例，最高法院66年度第1次刑庭庭推總會議決定(二)。

10 實務早期針對如何沒收共同正犯之犯罪所得，曾有「分配追徵說」、「限制連帶說」（用於共犯間分受數額無法判明時，採連帶說）及「連帶沒收說」。詳見最高法院62年度第2次刑庭庭推總會議決議(五)。

11 參見：柯耀程，犯罪不法利益剝奪手段的檢討與重建，頁171。

12 同前註，頁171-172；

前開連帶沒收的見解，最早在最高法院101年度台上字第3895號判決遭到否認¹³，理由主要是認該案共同被告吳淑珍一人獨得所有犯罪所得，其他共同正犯均無收受前開犯罪所得之犯意（編按：該判決作成時，沒收仍被認為屬於從刑性質，故有主觀犯意的認定），亦無所得，基於「罪刑法定原則」、「個人責任原則」與「罪責相當原則」，且為免生侵害人民財產權之憲法爭議，自無於吳淑珍項下為共犯連帶追繳沒收論知之必要，僅須針對吳淑珍一人宣告沒收即已足。

前開區分個案情形決定是否宣告連帶沒收見解的出現，表示連帶沒收不再是最高法院在剝奪共同被告犯罪所得必然採取的見解，而這個趨勢直到104年最高法院做成104年度第13次刑事庭會議決議¹⁴做成，認為66年度第1次刑庭庭推總會議決定(二)之決議已不合時宜，不再參考，實務上對共同被告犯罪所得不必然採連帶沒收的見解才算確定。但觀察此一決議，可發現其內容並未明確指出就共同正犯之犯罪所得不再採取連帶沒收說，毋寧僅係針對共犯因犯「貪污罪」所得不法利益的部分，決議不再強制採取連帶沒收，而有分別論知沒收之可能。也因為決議理由過於簡略，所以難以知悉最高法院就共犯犯「貪污」以外之罪所得不法利益，是否也否認連帶沒收主義，而得分別論知沒收？此外，也無法確定最高法院對連帶沒收的立場是完全禁止，或只是不再強制，而由法院在個案中自行裁量採取分別論知或連帶沒收？從而，雖然此一決議被認為是最高法院不再援用連帶沒收之見解¹⁵，本文認為仍有解釋空間，但應可確認最高法院有意改變自66年度第1次刑庭庭推總會議決定(二)之決議做成後，在剝奪共同正犯犯罪所得時一向採取連帶沒收之作法，而賦予法院衡諸個案情況後，決定如何論知¹⁶。

13 參見：判決原文節錄：「刑法上之共同正犯，基於責任共同原則，雖應就全部犯罪結果負其責任，但科刑時仍應審酌各正犯間刑罰之公平性，並非必須科以同一之刑，始符法律之正義。故責任共同原則與刑罰（主刑、從刑）之量定並無必然關係。沒收從刑兼具刑罰與保安處分之性質，以剝奪人民之財產權為內容，係對於人民基本權所為之干預，自應受法律保留原則之限制。共同犯罪行為人之組織分工及有無不法所得，未必盡同，科刑既非一律，而法律對於共同犯罪之不法所得，復未明文規定應予連帶沒收追繳，本院64年台上字第2613號、71年台上字第1186號(2)判例意旨，亦僅止於「共同收受賄賂之共犯不能僅就各人所（分）得追繳沒收」之案例為闡述，鑒於沒收追繳重在剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得，使其不能坐享犯罪之成果，從而無所得者不生剝奪財產權之問題，則共同實行犯罪行為人如能證明自己確實並無所得財物，自無由令其就他共同正犯之犯罪所得同負連帶沒收追繳之責。唯有如此，方符罪刑法定原則、個人責任原則與罪責相當原則，並免滋生侵害人民財產權之憲法爭議。依原判決認定，吳淑珍係一人獨得犯罪所得美元273萬5千5百元，並已洗錢至國外帳戶遭瑞士聯邦檢察署凍結，其他共同正犯郭銓慶、蔡銘哲、洪重信與余政憲等人均無共同收受上開款項犯意，亦無所得，揆之說明，自無於吳淑珍項下為共犯連帶追繳沒收論知之必要，附此敘明。」

14 該決議原文如下：「本院66年1月24日66年度第1次刑庭庭推總會議決定(二)：共犯貪污所得財物採連帶沒收主義，不得分別論知沒收。相關法條：刑法第28條、貪污治罪條例第10條。決議：本則不合時宜，不再供參考。」

15 詳見：花滿堂，「共同正犯犯罪所得連帶沒收」之理論商榷，司法周刊，第1763期，頁2。

16 該號決議內容之不明確，確實導致最高法院日後數則判決中須針對決議是否處理到「供犯罪預備之物」、「供犯罪所用之物」是否也不得宣告連帶沒收之爭議，進行一番解釋。例如：最高法院104年台上字第3864號刑事判決、最高法院105年台上字第2185號刑事判決（認最高法院104年度第13次事庭會議決議(一)係針對共同正犯犯罪所得之問題為處理，並未處理到供犯罪所用或預備之物）。



自最高法院104年度第13次刑事庭會議決議做成後，本文觀察最高法院針對共同正犯犯罪所得沒收的見解¹⁷，又因為沒收新制係從105年7月1日施行之故，而可區分不同時期的見解。施行前的見解，仍將沒收視為刑罰性質，定位成從刑，且大多著重在一般沒收（*Einziehung*）的討論。下述1.至5.之見解均屬最高法院在沒收新制施行前的看法，6.則是新制施行後之見解：

1. 採「分配追徵說」並指出分得數額之證明適用自由證明法則¹⁸：例如：最高法院104年台上字第3864號刑事判決¹⁹。
2. 採「分配追徵說」，並指出事實審法院具有調查分配數額的權限：例如：最高法院104年台上字第3864號刑事判決²⁰。
3. 在「分配追徵說」基礎上，指出沒收應受「法律保留原則」限制，且法院對分配較少之人或未分配者諭知沒收時，不應違反「公平原則」²¹：例如：最高法院105年台上字第56號刑事判決²²。

17 相關見解之蒐集、整理，係本文以法源法學資料庫進行，以「連帶沒收」、「共同正犯」作為關鍵字，並設定裁判期間為民國104年12月17日（刑法（沒收）部分條文修正案經立法院三讀通過日）至今年1月26日止，共計查得最高法院刑事判決46則，以此為基礎進行研究。

18 類見解詳見：最高法院105年台上字第3282號刑事判決。

19 「特別是集團性或重大經濟、貪污犯罪，彼此間犯罪所得之分配懸殊，其分配較少甚或未受分配之人，如仍應就全部犯罪所得負連帶沒收之責，超過其個人所得之剝奪，無異代替其他犯罪參與者承擔刑罰，顯失公平。故共同犯罪，其所得之沒收，應就各人分得之數為之……又各人分得之數如何，法院應依具體個案情形詳為認定，因其非屬犯罪事實有無之認定，並不適用嚴格證明法則，由事實審法院綜合全部卷證資料，依自由證明法則釋明其合理之認定依據即足。至犯罪所得財物已分配，固應依法院認定之各人分得之數諭知沒收，然倘犯罪所得財物全部或部分未分配（無法分配）者，各人應負共同沒收之責（主文宣記載為：所得財物分得之○○○《具體財物內容》、未分配《無法分配》之○○○《具體財物內容》均沒收。）」

20 「沒收係以犯罪為原因而對於物之所有人剝奪其所有權，將其強制收歸國有之處分，其重點在於所受利得之剝奪，故無利得者自不生剝奪財產權之問題。參諸民事法上多數利得人當得利之返還，並無連帶負責之適用，因此，即令二人以上共同犯罪，關於犯罪所得之沒收、追繳或追徵，亦應各按其利得數額負責，並非須負連帶責任，此與犯罪所得之追繳發還被害人，重在填補損害而應負連帶返還之責任（司法院院字第2024號解釋），以及以犯罪所得作為犯罪構成（加重）要件類型者，基於共同正犯應對犯罪之全部事實負責，則就所得財物應合併計算之情形，均有不同。因之，本院向採連帶沒收共同正犯犯罪所得之見解（70年台上字第1186號(2)判例、64年台上字第2613號判例、66年1月24日66年度第1次刑庭庭推總會決議決定(二)），業經本院104年度第13次刑事庭會議決議不再援用或不再供參考，並改採應就各人分受所得之數為沒收。至於共同正犯各人有無犯罪所得，或其犯罪所得之多寡，應由事實審法院綜合卷證資料及調查所得認定之。」

21 類見解詳見：最高法院105年台上字第1911號刑事判決、最高法院105年台上字第1920號刑事判決、最高法院105年台上字第1984號刑事判決、最高法院105年台上字第2478號刑事判決。

22 「就刑事處罰而言，「連帶」本具有「連坐」之性質。在民事上，連帶債務之成立，除當事人明示外，必須法律有規定者為限（民法第272條參照）。沒收兼具刑罰與保安處分之性質，以剝奪人民之財產權為內容，係對於人民基本權所為之干預，自應受法律保留原則之限制。共同犯罪行為人之組織分工及不法所得，未必相同，特別是集團性或重大經濟、貪污犯罪，彼此間犯罪所得之分配懸殊，其分配較少甚或未受分配之人，如仍應就全部犯罪所得負連帶沒收之責，超過其個人所得之剝奪，無異代替其他犯罪參與者承擔刑罰，顯失公平。故共同犯罪，其所得之沒收，應就各人分得之數為之，此為本院最新之見解。本院民國66年1月24日66年度第1次刑庭庭推總會決議決定(二)已不再援用。至於各共同正犯有無犯罪所得，或犯罪所得多寡，應由事實審法院綜合卷證資料及調查結果認定之。」

4. 採「分配追徵說」，但判決中仍同時有論知連帶沒收的部分：例如：最高法院104年台上字第3864號刑事判決²³。
5. 採「分配追徵說」，但理由特別強調「罪責原則」：例如：最高法院105年台上字第794號刑事判決²⁴。
6. 新制施行後仍採「分配追徵說」：例如：最高法院105年台上字第2979號刑事判決²⁵。

從上開最高法院於新制施行前後的見解觀之，可知最高法院對於剝奪共同正犯犯罪所得的立場，並未區分任何案件類型，已一概不採過往連帶沒收的見解，改採沒收各共同正犯「具體」所得不法利益的作法。其中，最高法院提出：應沒收數額或物品之認定，因為並非犯罪事實之證明，不須適用「嚴格證明法則」，僅須通過「自由證明」的心證門檻即已足，堪稱正確的詮釋。尤其現今犯罪所得流向更趨複雜，所得物的變異也更加容易，法院對於涉及沒收的相關事證更難調查時，以上見解不但明確區別出「犯罪事實認定」和「沒收事實認定」兩階段的差異，也使法院日後在調查犯罪所得數額或分配情形時，不會因為心證門檻過高，而無法論知沒收。

此外，最高法院也指出：法院應綜合全部卷證調查後，認定犯罪所得有無及分配情形。此一見解固無違誤，但在強調法院應詳加調查之際，似乎遺漏在改採「改良式當事人進行主義」的我國刑事訴訟制度下，檢察官所應負的舉證責任；以及，再進一

23 「而改採應就各人實際分受所得之財物為沒收，追徵亦以其所費失者為限之見解。至於共同正犯各人有無犯罪所得，或其犯罪所得之多寡，應由事實審法院綜合卷證資料及調查所得認定之。又違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物、因犯罪所生之物之沒收，由於兼具保安處分以杜再犯之性質，仍有共同正犯責任共同原則之適用。」

24 「罪責原則乃無責任即無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任。至於共同正犯之連帶性，係指不法連帶而責任個別，即任何共同正犯行為符合構成要件該當性及違法性之行為，皆視為各共同正犯之行為，而使各共同正犯（不管參與全部、一部行為或共謀共同正犯）均成立該犯罪。惟共同正犯各人之責任則應分別而論。不僅分別審酌刑法第57條所定之犯罪情狀，得為不同之量刑；即各共同正犯有各自之刑罰加重、減免事由，亦不相涉。對於「一部行為全部責任」不能望文生義，認為各共同正犯之責任亦均相同……違禁物，依第38條第2項，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，係基於保安處分預防再犯之特質而定，排除罪止一身之罪責原則之適用，即其適例。另供犯罪所用或犯罪預備之物，因犯罪所生之物（如偽造之幣券、有價證券等），亦有兼具保安處分以杜再犯之性質者。惟因犯罪所得之物，如賄款、賭博、妨害風化罪之抽頭款等，屬於刑罰而非保安處分，僅均屬針對行為人不法利得之對應措施，屬應報主義之產物，亦應有前述罪責原則之適用，此犯罪所得之物，縱認有遏止犯罪之預防作用，仍應排除因預防、矯治等目的，擅加諸行為人不相當之刑罰，縱刑法分則或特別法有追徵、追繳或抵償之規定，亦僅及於犯罪行為人。故共同正犯間對於犯罪所得之沒收，應以實際所得之有無、多寡，為決定沒收有無及數額多少之憑據，以契合罪刑相當原則。」

25 「依民105年7月1日施行之新修正沒收新制，沒收係以犯罪為原因而對於犯罪行為人剝奪犯罪所得，將其收歸國有之處分，其目的係著重於剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得（原物或其替代價值利益），使其不能坐享犯罪之成果，故無利得者自不生剝奪財產權之問題。有關共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，本院向採之共犯連帶說，業經104年度第13次刑事庭會議決議不再援用、供參考，而改採應就各人實際分受所得之財物為沒收之見解。至於共同正犯各人有無犯罪所得，或其犯罪所得之多寡，應由事實審法院綜合卷證資料及調查所得認定之。」



步而論，檢察官已善盡舉證責任時，此時被告就犯罪所得有無及具體分配的事實，是否亦有舉證或說明義務？由於最高法院仍未有見解予以闡釋，因此無法得知最高法院對此確切的看法²⁶。

而針對共同正犯間針對犯罪所得分配後，法院無法或難以認定個別被告所獲不法利益的具體數額時，應如何論知沒收之爭議，最高法院未多著墨。本文查找結果，發現最高法院104年度台上字第3937號判決應該屬於針對前開爭議進行解釋的判決，是以，其見解即值得關注²⁷。該判決指出：「按『任何人都不得保有犯罪所得』為普世基本法律原則，犯罪所得之沒收、追繳或追徵，在於剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得（原物或其替代價值利益），使其不能坐享犯罪之成果，以杜絕犯罪誘因，可謂對抗、防止經濟、貪瀆犯罪之重要刑事措施，性質上屬類似不當得利之衡平措施，著重所受利得之剝奪。然苟無犯罪所得，自不生利得剝奪之問題，固不待言，至二人以上共同犯罪，關於犯罪所得之沒收、追繳或追徵，倘個別成員並無犯罪所得，且與其他成員對於所得亦無事實上之共同處分權時，同無『利得』可資剝奪，特別在集團性或重大經濟、貪污犯罪，不法利得龐大，一概採取絕對連帶沒收、追繳或追徵，對未受利得之共同正犯顯失公平。有關共同正犯犯罪所得之沒收、追繳或追徵，本院向採之共犯連帶說，業於民國104年8月11日之104年度第13次刑事庭會議決議不再援用、供參考，並改採沒收或追徵應就各人所分得者為之之見解。又所謂各人『所分得』，係指各人『對犯罪所得有事實上之處分權限』，法院應視具體個案之實際情形而為認定：倘若共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，固應依各人實際分配所得沒收；然若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予論知沒收；至共同正犯各成員對於不法利得享有共同處分權限時，則應負共同沒收之責。至於上揭共同正犯各成員有無犯罪所得、所得數額，係關於沒收、追繳或追徵標的犯罪所得範圍之認定，因非屬犯罪事實有無之認定，並不適用『嚴格證明法則』，無須證明至毫無合理懷疑之確信程度，應由事實審法院綜合卷證資料，依自由證明程序釋明其合理之依據以認定之。原判決認定許珺杰、王瑞新有附表一編號4、23所示共同販賣第一級毒品之犯行，且有犯罪所得，惟就犯罪所得之沒收，並未查明共同正犯各人分得之實際情形如何而依各人所分得者沒收，仍採本院不再援用

26 學說有針對此部分認為檢察官應證明共同正犯因犯罪所獲不法利益確實存在，待前開事實經證明後，檢察官舉證責任已盡，接著轉由各共同被告就該不法利益具體分配部分負舉證責任。詳見：柯耀程，犯罪不法利益剝奪手段的檢討與重建，頁180-181。

27 雖該判決作成於舊法時期，然當時修正條文已經立法院三讀通過，僅尚未施行，所以最高法院當時的見解從理由觀察顯然受到新制影響。

之前見解，逕對共同販賣第一級毒品所得之款項，均為連帶沒收及連帶以財產連帶抵償之論載，並為維持第一審論知連帶沒收及連帶以財產連帶抵償之判決，於法即有違誤。²⁸」

從而，可知該判決除了直接宣告最高法院已不再就共同正犯犯罪所得之沒收、追徵或追繳採取連帶沒收之見解外，更進一步認為：應採取沒收、追徵或追繳各人實際所得之數額，亦即所謂「分配追徵說」的見解。而值得注意者，最高法院對「犯罪所得是否已為個人所得」之判斷上，並未使用民法所有權式的支配加以解釋，而只基於客觀事實認定的角度，認為個人只要對該犯罪所得「具有事實上之處分權限」，即得論知沒收。而這樣的解釋也符合學理上一直強調的：利得沒收之重點在於確認「不法利益之所在」，而非重在針對哪個犯罪行為人論知的見解。此外應予留意者為本判決指出之「共同沒收」究竟意指為何？值得探究²⁹。「共同沒收」與「連帶沒收」之區別為何？倘無區別，則實務似乎又回歸到以連帶沒收處理無法解決認定數額之情形；倘有區別，則共同沒收之論知方式為何？實務上如何執行？均有待後續觀察。

二、學理對連帶沒收之回應及建議

舊法時期，學說對於最高法院處理共同正犯犯罪所得之沒收，原則採連帶沒收之方式多採反對見解。學者反對連帶沒收，主要基於以下幾種理由：(1)連帶沒收違反「罪刑法定原則³⁰」。(2)違反「個人責任原則」及「罪刑相當原則³¹」。(3)連帶沒收違反「超額沒收禁止原則³²」。(4)連帶沒收違反量刑的責任原則。

惟學說雖多執否定見解，對於法院確切應如何處理此一問題，並未有太多明確的建議³³。已針對此一議題提出方向者，如學者林鈺雄，氏認為：共同被告連帶沒收之問題，在其準不當得利衡平措施的本質下，利得受領在於何人，該人就是利得應被排除之人，受領人才是利得沒收的對象主體，共同犯罪本身並非直接證立連帶沒收的正當理由³⁴。學者柯耀程則採取「平均分配」之見解，氏認為剝奪不法利益的前提在於：確

28 本判決中許多用語與德國實務見解用語的關聯性，請參考口頭報告內容。

29 經本文搜索法源資料庫後發現，已有不少事實審判決援引本判決此段內容，是以本判決之該段見解，即值得關注。

30 參見：花滿堂，「共同正犯犯罪所得連帶沒收」之理論商榷，司法周刊，第1763期，頁2。

31 同前註。

32 參見：柯耀程，沒收、追徵、追繳與抵償法理詮釋系列(三)不法所得與連帶追徵，軍法專刊，第57卷，第5期，頁37。

33 如實務界之吳天雲氏，雖認為採取連帶沒收之見解不妥，惟氏亦僅指出法院應在責任及犯罪所得的範圍內合理、適當的決定追徵方法，而具體裁量方法應就各別案情判定。參見：吳天雲，共同正犯共同犯罪所得之沒收、追徵方法，法學新論，第8期，頁79-99。

34 參見：林鈺雄，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，第238期，頁68。



認應剝奪不法利益之總額。當得以進一步確認整體不法利益的具體分配數額時，即個別對各受分配之人論知沒收，惟無法確認分配關係時，因為基於不法利益本應完全被剝奪，而檢方已舉證證明不法利益存在而得發動沒收之論知，其已盡舉證責任，此時對不法利益的內部分配關係即應由行為人負擔個別舉證之責，此舉不但不違反「不自證己罪原則」，也未造成過度舉證負擔。倘行為人無法或不願舉證時，基於共同參與關係下共同對等責任承擔結構，應將不法利益總額平均分配，對各被告論知沒收³⁵。

應注意者，沒收新制施行後，雖刑法第38條之2第1項規定：「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」惟學說上有認此一規定僅係針對犯罪所得「整體」或「總額」之範圍與價額認定有困難之情形為規範，並不適用於共同正犯間分配數額不明之情形³⁶。本文則認為，此一規定是否不得適用在共同正犯間分配數額不明之情形，應回溯修法理由檢視。自修法理由可知，本條規定係參考德國刑法第73b條³⁷規定，而自第73b條之文義加以解釋的話，該規定應該只是針對不法利益的「整體範圍」或「數額高低」得以估算，並非適用在各被告間如何具體分配不明時，用以估算各被告具體得到之數額為何。是以，回頭解釋我國上開規定，可以認為當時立法者在繼受德國刑法第73b條規定時，應未有使該規定適用在各被告間分配數額不明之情況。從而可認，新法對於各共同正犯間對犯罪所得如何分配發生爭議時法院如何認定並未加以規範。

學理雖然針對新制已有諸多評析，但文章主要仍是針對新制之介紹及評析，對實際個案產生之爭議，或因新制施行未久，尚無具體闡述；而針對各共同正犯間犯罪所得分配數額認定之問題，截至現今，亦僅有學者惲純良曾撰專文表示意見。前揭專文係以德國實務見解為基礎，提出在德國實務運作之連帶沒收要件，並在我國沒收新法下解釋連帶沒收應如何操作，堪認係肯定沒收新制下應使用連帶沒收之見解³⁸。此外，學者林鈺雄曾於針對利得沒收之闡釋性文章內，嘗試在其利得沒收審查體系下，回應一直存在的共同正犯連帶沒收爭議。氏於該文中指出：「共同犯罪本身並非直接證立連帶沒收之正當理由，有無利得及何人得利皆只問事實上支配力，故對利得客體若有事實上共同支配權，在此範圍內亦有連帶沒收可能。」³⁹應可推測亦不反對採取連帶

35 參見：柯耀程，犯罪不法利益剝奪手段的檢討與重建，頁178-181。

36 參見：惲純良，沒收新法實例系列連帶沒收要件分析，法務通訊，第2821期，頁6。

37 該條規定原文：

§ 73b Schätzung

Der Umfang des Erlangten und dessen Wert sowie die Höhe des Anspruchs, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer das aus der Tat Erlangte entziehen würde, können geschätzt werden.

38 同前註，頁5-6。

39 參見：林鈺雄，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，第238期，頁68。

沒收，惟採取連帶沒收之前提在於：該名共同正犯對利得客體具有「事實上共同支配權」。此一見解和前開最高法院104年度台上字第3937號判決對「犯罪所得是否已為個人所得」之判斷上，認為個人只要對該犯罪所得「具有事實上之處分權限」，即得論知沒收之見解，堪稱為琴瑟和鳴之見。

三、小結

觀諸早期實務討論共同正犯犯罪所得之沒收，重點多集中在共同正犯之「責任共同原則」。蓋因共同正犯就其參與之犯罪行為負共同責任，故而衍伸出共同正犯就其共同參與關係下所生犯罪所得應負連帶責任之見解。此外，因舊法之沒收屬於刑罰性質，基於「罪責原則」，各共同正犯不因一犯罪行為而受重複處罰，為避免對共同正犯重複執行沒收，遂強化連帶沒收之使用。然而，新制下之沒收已非屬刑罰性質，不再定位成從刑，得獨立宣告。且因此次修法係參考德國沒收制度，德國法對利得沒收之定位係準不當得利之性質⁴⁰，則我國沒收新制之操作亦應以同一角度進行解釋及運作。

跳脫「罪責原則」嚴格限制之沒收，在修法強調「任何人均不得保有犯罪所得」之宗旨下，法院日後於剝奪犯罪所得之認定上，將不再受限於「罪責原則」判定各被告應負之責任及沒收之範圍，而將開始重視沒收之「屬物性」，亦即「犯罪不法利益之所在（犯罪所得或其替代利益之所在）」上，而非如同過往強調屬人性。換言之，可預期法院將來會在論知利得沒收時，著重於判斷不法利益是否及如何分配於何人的事實。是以，得想見日後在犯罪所得明確或可得而知之情形下，於符合法定要件下，法官即應論知沒收，不須考量犯罪是否已經成立（因新制下僅要求有一「不法行為」存在即已足），亦不受個案中各被告之罪責認定的影響。毋寧可稱「犯罪所得之所在，沒收之所在」。沒收之運用空間將更大，在判斷上也將更倚賴客觀事實（是否因不法行為直接致生犯罪所得、犯罪所得之種類、範圍、數額、分配、是否仍存在或已轉成他種類型之利益或不復存在）之認定（非犯罪事實之認定）。也因此理論上，沒收階段的事實認定與犯罪事實的認定某種程度上可區別的，不僅要求的構成要件不同⁴¹，舉證門檻的要求也不同，已如前述，對沒收數額等舉證僅須釋明即已足，亦即達到自由心證門檻即可，此外，沒收並非刑罰或保安處分，而是一種經濟刑法下的具有衡平性質之準不當得利措施（maßnahme）。

40 類似德國民法第812條以下不當得利返還請求權的回復原狀措施，Vgl. Eser in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 24. Aufl., 1991, § 73 Vorbem. Rn18 ;Güntert (Anm.4), S.15ff.

41 關於犯罪行為為成立之認定，有二階論、三階論之爭議，詳見一般刑法教科書。至於利得沒收之審查體系，詳見：林鈺雄，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，第238期，頁53-94；譚純良，連帶沒收淺介—德國實務經典裁判分析，月旦法學雜誌，第259期，頁74-104。



參、外國法制對共同正犯犯罪所得論知沒收之方式

一、德國法：連帶沒收作為主要處理方式

(一) 德國刑法

德國刑法第3章第7節為「沒收」之相關規定（§§ 73ff.）。由刑法典第3章第1節係「刑罰（即自由刑及罰金）」之安排，可知沒收在德國非屬刑罰的一種，也並非保安處分，一般將其定位成「類似不當得利的衡平措施」⁴²。對於共同正犯犯罪所得如何沒收之問題，德國刑法亦未明文規範。惟值得注意者，德國刑法第74條規定：當法無明文規定時，對於供犯罪所用之工具或供犯罪預備之物，若其沒收相較於行為，及對犯罪行為人或共犯，乃至對第三人顯失比例時，不得予以沒收（§ 74bI），此即所謂「沒收之比例原則（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）」⁴³要求。此外，亦要求沒收手段存有其他替代方法可達同一剝奪目的時，亦應採取較和緩之方法，例如：對特定剝奪之物為失效宣告。惟前開沒收之比例原則規定，僅針對一般沒收（Einziehung）作原則性適用之規範，並未及於利得沒收（Verfall）的部分，因此原則上比例原則之審查，主要是針對犯罪工具及違禁物之沒收，非針對不法利益之剝奪。而比例原則得否全方面適用，作為節制一般沒收及利得沒收之手段，目前德國實務持保守見解，認為對不法利益的剝奪，僅在顯然過重之情形，才有比例原則的適用⁴⁴。但是，對於利得沒收，德國刑法在第73c條（Hartevorschrift）亦有作對於相對人剝奪過苛之限制。而前述德國刑法規定，事實上都影響了實務上如何認定共同被告人共同參與關係所生不法利益該如何沒收的見解。

(二) 聯邦最高法院

因刑法典未針對共同正犯犯罪所得如何論知沒收，德國實務為了達成有效排除不法利得之目的，儘管學說上仍有許多批評連帶沒收的聲音，仍發展出以連帶沒收剝奪不法利得的見解，並持續影響實務運作至今。連帶沒收的做法也為德國聯邦憲法法院（Bundesverfassungsgericht, BVerfG）所肯認。

參考學者惲純良自聯邦最高法院（Bundesgerichtshof, BGH）判例集及BVerfG指標性裁判中選輯的裁判⁴⁵，可以略為得知實務採取連帶沒收的理由：

42 參見：柯耀程，犯罪不法利益剝奪手段的檢討與重建，頁82；林鈺雄，頁。

43 Vgl. Schonke/Schroder/Eser, Rn. 3ff. zu § 74b; Lackner/Kuhl, StGB-Kommentar, 28. Aufl., Rn. 1ff. zu § 74b.

44 Vgl. Lackner/Kuhl, StGB-Kommentar, 28. Aufl., Rn. 2f. zu § 74b.

45 參見：惲純良，連帶沒收淺介—德國實務經典裁判分析，月旦法學雜誌，第259期，頁75。

以下翻譯內容多數參考自惲氏此文，若有誤解，尚請海涵。

1. 賄賂案

在1957年的案件⁴⁶中，刑事第一庭認為：從共同正犯本質及德國刑法第335條賄賂罪例示規定之目的在於「保護公務之廉潔性」以觀，本案應宣告連帶沒收的原因在於：收賄的共同正犯二人均有將整體行為視為自己行為的意欲，因此他們必須被視為一個整體，且嗣後二人也依照先前合意內容朋分賄款。雖他人對自己分得的一半賄款沒有直接占有，但這並不影響連帶債務責任之成立。為了國家利益著想，透過連帶沒收剝奪「具有特別可責性、損害公眾、受到濫用的賄賂客體或客體的價值」，才能達成刑法第335條賄賂罪之目的。否則行為人可以透過拒絕供出賄款分配比例的方式，使法院無法論知沒收⁴⁷。

2. 結社規則法案

1996年的本案⁴⁸，被告因違反活動禁令的違法行為，被斯圖加特地方法院宣告罰金刑外，也宣告利得沒收。刑事第三庭認為該利得沒收宣告違法，原因在於：原審判決中雖已經確認被告在哪些行為是以正犯身份參與犯罪並獲有金錢，但被告在什麼範圍內對自己因違法行為募集到的金錢有「處分權限」，判決中仍未說明清楚。原審法院有必要說明此處是否存在刑法第73條第3項「代理型利得」（不法利得會直接由第三人一如隱身在募資行為後之人獲得），倘非「代理型利得」，仍須說明共同正犯中誰對募得資金具有「共同處分權」，只有當數個行為人對被告就該募得資金具有共同處分權一事達成合意時，才可能根據「共同行為支配原則」對被告宣告全額沒收，蓋因此時可假設連帶債務關係存在⁴⁹。

3. 毒品案

此類案件堪稱為利得沒收的常見案例，同時因為此類案件通常存有「上下游關係」或「交易鍊（Handelskette）」，所以存在各類型的犯罪參與者，且不法利得的移轉或轉交過程更加複雜，導致誰對不法利得有共同處分權之認定更形複雜。然而刑事第一庭也在2006年的案件⁵⁰中指出關鍵：法院必須對每個參與者獨立觀察—他到底獲得了什麼？而只有在數行為人共同獲得，且無法得知每個人個自獲得什麼的情形，才可能以連帶責任之方式處理。蓋因德國刑法第73條及第73a條之目的仍是個別針對每個行為人參與犯罪的具體所得宣告沒收，並依總額原則加以計算，而非在強調一次性剝

46 BGH, Urteil vom 30. 04. 1957 – 1 StR 287/56 = bghsT 10, 237, 245.

47 參見：惲純良，連帶沒收淺介—德國實務經典裁判分析，月旦法學雜誌，第259期，頁78-79。

48 BGH, Beschluss v. 13. 11. 1996-3 StR 482/96 = NStZ-RR 1997, 262.

49 參見：惲純良，連帶沒收淺介—德國實務經典裁判分析，月旦法學雜誌，第259期，頁79。

50 BGH, Urteil vom 16. 05. 2006 -1 StR 46/06 = BGHSt 51,65.



奪最高的犯罪所得。因此在交易鍊的情形，個別論知沒收將可能導致沒收總金額高於最高交易價值的情形，但如果以連帶沒收方式剝奪，雖可一次性且免於重複沒收之剝奪，卻可能與前開刑法規定之目的相違背。但若個別參與犯罪之行為人沒有足夠現存財產可供沒收，或沒收有過苛之虞，法院對已將犯罪所得轉交出去之行為人，可依刑法第73c條過苛條款作一定程度之調節⁵¹。

而刑事第一庭所提及：行為人自犯罪行為中獲得什麼之「獲得（Erlangt）」，在同類案件中，通常即指被告是否對不法利得有「共同處分權（Mitverfügungsgewalt）」之情形。換言之，這種「獲得」或「所得」是一種事實上過程，與民事法上之所有權及占有之認定無涉，只要不法利得在犯罪行為任何一階段、以任何一種形式、在經濟衡量上直接歸屬於被告即可。被告即便非所有權人，即便只是短暫的擁有事實上處分（faktische Verfügungsgewalt）該筆金額之可能，只要具有上述這種處分權限，即符合刑法第73條及第73a條之「所得」或「獲得」。至於轉交與第三人之不法利得，法院可以第73c條之過苛條款處理⁵²。

是以，在2006年的集團販售麻醉藥品案⁵³中，刑事第四庭即指出：倘大麻已被海關查扣，或被買受人退回，因以上情況被告並未事實上取得對標的目之處分權，未有所謂「財產上利益」，是以均未有刑法第73條第1項前段及第73a條第1句之「所得」。此外，被告在整個歐洲區的一部分僅僅負責轉運及分配之部分，無法因此推論被告就自己部分外，還得到其他組織成員之銷售利益。因此法院認為被告對犯罪所得並無共同處分權限，宣告沒收違法。又在2009年的案件中，刑事第四庭也指出：各共同被告間單純「共同合意銷售」麻醉藥品，不能因此推論出對犯罪所得具有事實上共同處分權限⁵⁴。

4. 結夥竊盜案

刑事第四庭在2010年的案件⁵⁵中，指出：宣告連帶沒收之基礎在於：利用一個評價性的整體觀察，在對於犯罪所得有共同處分權限的範圍內，數行為人對此負連帶債務責任⁵⁶。

總結以上，德國實務對於連帶沒收係採肯定見解。一是避免重複執行及避免違反總額原則。二是因為基於有效剝奪不法利得之目的。三是認為共同被告間在民事法上

51 參見：惲純良，連帶沒收淺介－德國實務經典裁判分析，月旦法學雜誌，第259期，頁79-80。

52 參見：同前註，頁80。

53 BGH, Beschluss vom 13. 12. 2006-4 StR 421/06 = NStZ -RR 2007,121.

54 參見：惲純良，連帶沒收淺介－德國實務經典裁判分析，月旦法學雜誌，第259期，頁80。

55 BGH, Beschluss vom 27. 4. 2010-3StR 112/10 = NStZ 2010,568.

56 參見：惲純良，連帶沒收淺介－德國實務經典裁判分析，月旦法學雜誌，第259期，頁82-83。

也對被害人負有連帶債務責任。因此，在不同案件類型上，一樣是針對個案事實分析，認定具有共同處分權限，但分配情形不明時，宣告連帶沒收。而應注意者，倘行為人已無財產可供沒收或利得已轉手，應用刑法第73c條之「過苛原則」規定加以調節。

此外，應予注意者為德國法上對因犯罪而「獲得」之認定，主要的判斷標準係行為人是否具有有事實上處分（*faktische Verfügungsgewalt*）之可能，只要具有上開處分權限，即符合德國刑法第73條及第73a條之「所得」或「獲得」。然而在共同正犯之例，自前開實務見解可知，BGH就是否應對共同正犯宣告連帶沒收，仍需進一步判定：該共同正犯對於犯罪所得是否具有「共同處分權（*Mitverfügungsgewalt*）」，換言之，該共同正犯不僅主觀上已與其他共同正犯合意對於犯罪所得具有共同處分權，客觀上亦與其他共同正犯確實對於犯罪所得有共同處分權限。而這裏應加區別者，主觀的共同處分權合意，僅係針對犯罪所得處分之合意，而與共同正犯之主觀犯意無涉。是以，倘各共同被告間具有共同犯意聯絡，不當然等同於對於犯罪所得具有共同處分權，毋寧必須檢視各該共同被告是否已就共同處分犯罪所得合意，並確實得處分之，此時，即符合BGH宣告連帶沒收之要件。

二、日本法：因案件類型區別相異之方式

日本刑法如同我國，也將沒收制度視為從刑。我國沒收舊制處處可見昔日取徑日本刑法之身影⁵⁷。日本實務針對共同正犯之犯罪所得如何沒收之爭議，亦有採取連帶沒收之見解者。

（一）關稅案：

日本關稅法第118條第1項本文規定：「第108條之4至第111條之犯罪有關之貨物、供犯罪行為所用之船舶、航空機或第112條之罪有關之貨物，沒收之。」同條第2項另有追徵價額之規定。日本實務認為：「關稅法第118條追徵之目的，並非單純僅係犯罪行為人不得留存不正利益或加以剝奪，毋寧是國家禁止違反關稅法規輸入之貨物或其代替之利益存在於犯罪行為人之手，因此嚴格執行取締走私行為。為貫徹此目的，共犯於此情況對於追徵價額之繳納係負共同連帶責任，在解釋上被認為相當。」⁵⁸然而，國家不得取得超過貨物價額外之利益。是以，在執行階段中，共犯中之一人繳納全部或一部時，就已繳納之部分不得對其他人重複執行。不過，若已確認是沒收客體之所

57 參見：吳天雲，共同正犯共同犯罪所得之沒收、追徵方法，法學新論，第8期，頁80，註腳7。

58 參見：最判昭和33(1958)年3月13日判決刑集12卷3号527頁；最判昭和35(1960)年2月28日判決刑集14卷2号135頁，轉引註自：同前註，頁89。



有人時，解釋上未必對全部共犯個別論知追徵全部金額，鑑於追徵之本旨，僅對沒收客體之所有人命令追徵並非違法⁵⁹。

而日本學說則認為：日本實務採取「連帶追徵」的理由係基於關稅法追徵之「懲罰」性質，然而因為非沒收客體之所有人會被科以追徵而蒙受經濟上的實際損害，產生為確保沒收實效性，以致逾越追徵制度界限的疑慮。故學者藤木英雄謂：「縱使依關稅法目的之特殊性而肯定這種見解，也不允許再適用於其他追徵之規定。」而日本實務本身也開始採取種種限制連帶追徵之見解，之後，最高裁判所1958(昭和33)年3月5日判決認為：僅對沒收客體之所有人命令追徵並非違法，可以認為是採取限制連帶追徵的見解⁶⁰。

(二) 賄賂案：

日本刑法第197條之5規定：「犯罪行為人或知情之第三人收受之賄賂，沒收之。其全部或一部不能沒收時，追徵其價額。」日本實務對於共同正犯共同收受賄賂如何沒收、追徵，大致有以下幾種見解：1.共同收受之賄賂為共犯共有，由全體共犯沒收全部賄賂。2.共同收受之賄賂由共犯中一人或部分之人取得，而賄賂全部或一部現存時，當然由取得者沒收。共犯之間分配賄賂，而賄賂全部或一部現存時，亦由收受者沒收。3.若是共同收受之賄賂分配後各自消費的情形⁶¹，最初日本實務採取：不拘各人分配金額多寡而由共犯「平均負擔、平等分割之金額」的見解⁶²。惟嗣後變更見解認為，前開平均負擔之作法將使實際分配較多者仍得保持不法利益，而由分配較少者承受過度負擔，導致不公平之現象，故應對共犯各自分配之具體額度進行追徵⁶³。但如果共同收受之賄賂未分割而共同消費（例如：飲食招待），考量「參與者之利益係屬平等」，應平等的分割追徵制度。

不過上述變更後的見解有時難以操作，例如共犯間分配犯罪所得之額度不明，難以確認追徵之額度。對於此種情形，日本實務認為應採取：平等分割而各自負擔追徵額度。例如：東京高等裁判所1987（昭和62）年2月10日判決指出：收賄者收受賄賂後，曾將收賄之金錢分配知情之第三者的嫌疑不能被完全否定，故證明上述收賄者與知情第三者間彼此分配之具體金額不明時，被告與其上司間收受之賄賂金錢「『推定』為均等」⁶⁴。

59 參見：最判昭和33(1958)年3月5日判決刑集12卷3号384頁；最判昭和35(1960)年2月28日判決刑集14卷2号135頁，轉引註自：同前註，頁89。

60 參見：同前註，頁90-91。

61 參見：同前註，頁88-89。

62 大審院1912（明治45）年6月18日判決，大審院刑事判決錄18輯884頁，轉引註自：同前註，頁88。

63 大審院1934（昭和9）年7月16日判決，大審院刑事判例集13卷972頁，轉引註自：同前註，頁88。

64 參見：同前註，頁88。

近期日本對賄賂案件之新見解，係最高裁判所2004（平成16）年11月8日判決。本案係公務員A與非公務員B共謀，由B向A有職務關聯之高爾夫球場開發業者收受現金共計1億5千萬日圓之賄賂，而二名被告分配、保存及消費賄賂之狀況不明。對於賄賂之追徵方法，法院認為：1. 日本刑法第197條之5規定之沒收、追徵，應於必要為之，本案共同收受之賄賂現仍存在時，得分別對個別共犯諭知全部沒收，沒收不能時，追徵其價額。而追徵作為沒收之易刑處分，解釋上得對於各共犯命令追徵其分別收受賄賂之全部價額（編按：即連帶沒收之意）。2. 不過賄賂罪必要之沒收、追徵之目的，解釋上係「不容許收賄犯人保有不正利益」而剝奪歸屬於國庫。但是追徵係代替沒收之處分，對全體人員重複全部執行並非容許，對於共犯中之一人或數人全部執行完畢時，當然不得對其他人執行。3. 依據前開觀點，限於滿足「收賄犯人不許保有不正利益」之要求，對於共犯全體共同收受之賄賂之「必要追徵」，並非經常應命令分別追徵全部價額（編按：即連帶沒收之意）。法院命令向共犯追徵，在類似賄賂之不正利益在共犯間之歸屬、分配明顯時，就各被告配之金額，命令追徵係被認為相當時，法院依據裁量命令各被告就一部之金額追徵，或僅就部分被告科處追徵，在解釋上亦屬適當。4. 就本案事實加以觀察，關於共同收受的賄賂在共犯間之分配、保存及消費的狀況不明之情形，解釋上「得均分賄賂總額」個別追徵，將收受之賄賂總額均分由各被告追徵，具有相當之合理性；再者，由於個別追徵之金額合計即滿足賄賂之總價額，並未損害「必要追徵」之宗旨。從而，法院認為本案第一審及原審判決分別追徵之判斷，得認為適當⁶⁵。

惟日本學界亦有對於實務所採「賄賂分配狀況不明時，即『平等分割』追徵金額」之見解有所指摘者。批評理由主要是認為平等分擔之作法是種擬制，僅僅是種為了符合「不允許保有賄賂不正利益」的不得已措施⁶⁶。然而，原則上日本學說多對以上平等分擔見解持肯定看法。例如學者川端博謂：「以往大審院1934年7月16日判決認為共同收受之目的物，限於在未有反對事實下，蓋因其屬於共犯『共有』，從而在解釋上各自分配額平等為『社會通念上當然之判斷』，亦即基於『民法上之共有』說明歸屬關係，解釋上得帶出『推定』近似現實的分配事實關係，亦符合剝奪不法利益的追徵本質。」⁶⁷

65 參見：同前註，頁88-89。

66 參見：同前註，頁89。

67 參見：同前註，頁89，註腳57。



而對日本最高裁判所2004年11月8日判決，學說之評論如下：1.原則上，必要沒收、追徵係為達成不得保持犯罪利得之目的，是以不允許法官自由裁量，但限於不違反必要沒收、追徵之旨趣的限度內，肯定法院於此範圍中得行使適當之裁量權。2.該判決允許行使裁量權之情況有：(1)賄賂不正利益在共犯間之歸屬、分配明顯之情形，就各人分配之金額命令追徵；(2)共同收受之賄賂共犯之間分配、保存及消費之狀況不明之情形，解釋上得「均分賄賂總額」個別追徵且具有相當之合理性。再者，由個別追徵之金額合計即滿足賄賂之總價額，並未損害必要追徵之宗旨。3.關於該判決之射程問題，為滿足不允許收賄犯人保有不正利益之要求，更進一步認為相當情況下，對共同正犯追徵賄賂價額時得為適當的裁量。從而，以本案而論，係公務員與非公務員共同收受賄賂，但賄賂主要係以公務員為著眼點，故對公務員命令全額追徵而對非公務員不命令追徵，亦得作為裁量權行使之考量⁶⁸。是以，由於該判決肯定法院擁有裁量權，並相當程度解釋了裁量權的範圍，可見法院對於命令沒收、追徵之裁量權如何行使，將是今後日本實務界勢必檢討的課題⁶⁹。

綜觀日本前開實務學理後可知，就共同正犯犯罪所得分配數額不明時，雖在關稅法案件上曾採取連帶沒收之見解，惟備受學理質疑，故最高裁判所嗣後改變見解，認為對各共犯分別論知沒收並不違法。而在賄賂罪之案件上，基於達成「不允許犯罪者保有不正利益」之宗旨，只要在不違反必要沒收、追徵之原則下，法院在未逾賄賂之總價額的前提下，得將該賄賂總額均分後平均課與各共犯，對渠等命令沒收、追徵。由此可見，連帶沒收應非日本實務在處理如何剝奪共犯犯罪所得時所採之主流見解，主要是因為實務學界認為採取連帶沒收代表一種制裁被告之意涵，雖能避免重複執行，然而卻有對各共犯過苛之餘，使其負擔超過自己實際所得不法利益之不利，況且法無明文應連帶沒收。至於最高裁判所嗣後的「推定均分說」，雖亦有批評，但事實上採取推定均分時，訴訟已經進行到最後階段，法院依舊無法認定不法利益在各被告間的分配情形，於是基於共犯共同犯罪因此共有不法利益的認知上，推定共有關係下，均分該不法利益。而且因為個別沒收、追徵的數額總和後未逾不法利益的總額，並不違反「必要沒收、追徵」之旨，亦未使當事人受到過度侵害，是以實務學理認為具有相當合理性。

68 參見：同前註，頁90，相同見解另見柯耀程，犯罪不法利益剝奪手段的檢討與重建，頁181。

69 參見：同前註，頁90。

三、小結

德國法及日本法對於各共同被告間對犯罪所得之具體分配不明時，法院應如何論知沒收均未明文，而由實務及學理自行發展。

兩國法制對共同正犯就不法利益分配的認定上，似乎都仰賴法院職權的調查。而於法院已盡調查能事後，仍無法確定各共同正犯間對犯罪所得之具體分配情形時，方產生是否應論知連帶沒收之問題。蓋倘法院在調查後已能得知各被告具體所獲利益數額，由於該兩國法均未有此際應論知連帶沒收之規定，自然法院應個別對各被告論知沒收其實際收受之具體數額為是。因此，針對無法認定之問題，德國實務認為連帶沒收不失為一個妥適做法，並一直沿用至今，且為聯邦憲法法院接受。但在日本，實務曾以連帶沒收處理此一問題，以求達成不允許犯罪者保有不正利益之目的，但由於法無明文，且遭批為達目的而不擇手段，而有導致逾越沒收界線之弊，因遭學者批評，嗣後最高裁判所遂改變採取連帶沒收之見解，甚至在收賄案件中採取平均分配的見解，以處理無法認定不法利益如何分配、消費之問題。

總結以上觀察後，反思我國法，可以發現我國最高法院104年度台上字第3937號判決中，關於「所謂各人『所分得』，係指各人『對犯罪所得有事實上之處分權限』，法院應視具體個案之實際情形而為認定：倘若共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，固應依各人實際分配所得沒收；然若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予論知沒收；至共同正犯各成員對於不法利得享有共同處分權限時，則應負共同沒收之責。」，似與德國BGH就「所得」認定採「事實上處分」見解相同。而本判決後段所稱「共同處分權限」亦與德國BGH之「共同處分權（Mitverfügungsgewalt）」有異曲同工之妙。則本文前開所述德國BGH於共同被告案件宣告連帶沒收所設之要件及判斷順序，似有透過本判決引入我國法之情形，惟本判決就前開要件如何運用，及是否有適用順序，未予說明，此可能係因我國目前仍未有如同德國這般大量案例可供確立穩定見解之故，是本判決所採見解日後之發展仍值得關注。

肆、結論

事實上，針對各共同正犯間就犯罪所得具體分配數額認定不明時，法院如何論知沒收之爭議，最高法院104年度台上字第3937號判決已經指出此一問題的關鍵：「舉證責任分配」及「心證門檻的設定」。當檢察官已經就不法行為直接所生之犯罪所得範



圍或總額舉證證明後，應認檢方的舉證責任已盡，此時應轉由各共同被告間就內部分配情形進行舉證⁷⁰。蓋由各共同被告自行舉證證明內部分配情形，一方面係基於訴訟法防禦權的保障，賦予各共同被告為自己未收受不法利益的事實進行實質辯駁，所以並未違反「不自證己罪」（況且，新制下沒收與否已不再與犯罪行為相連結）；另一方面，因為各共同被告對於不法利益如何分配的事實顯然最為清楚，所以由其負擔舉證責任證明各人所受有的具體數額，是種得以促進訴訟效能的考量。何況，最高法院已指出，沒收新制已非從屬於犯罪事實認定的之階段，而有自己獨自運作的本質，性質上亦非刑罰，僅係準不當得利的衡平措施，被告僅負有自由證明的舉證責任，並未過苛。

則當前述檢察官舉證責任已盡，被告業已就內部分配情況舉證釋明，倘若此時法院仍然無法對各共同被告間就不法利益的具體分配情況有蓋然心證時，法院應如何諭知沒收？在德國法上，此時法院將諭知連帶沒收，蓋因沒收並非刑罰，所以並不違反「罪責原則」及「重複處罰原則」，再加上貫徹「徹底剝奪不法利益」之意旨，連帶沒收受到實務肯認並持續適用。而在日本，實務雖曾在關稅法案件上採用連帶沒收，惟後續最高裁判所的見解有所改變，不再支持連帶沒收的作法；而在收賄案件中，最高裁判所則透過解釋，認為在得以確定不法利益總額之前提上，推定各共同正犯間係平等分配不法利益，故對各共同被告諭知平均沒收，符合「不得保有不法利益」及「必要沒收」之宗旨，此一解釋被認為相當合理，蓋因無法以證據認定內部分配情形時，應認為各被告均受有分配，且推定為均分。

本文認為，前開日本法的解釋具有一定基礎，蓋因推定均分的見解或許會被認為使未受分配或少受分配之被告承擔過度不利益，然而，各共同被告犯罪直接所生之不法利益總額，既然已經由檢察官舉證明確，僅內部分配情形不明，而內部具體分配數額又已經賦予被告舉證機會，反證自己收受的具體利益數額少於推定均分的額度，在最親近證據的被告仍無法釋明時，法官推斷該名被告受有不法利益，且推定為均分，應非不合理。況且，若檢方或被告早已得舉證證明共同被告中有人受有較多不法利益分配，此時法院即得依此明確的心證諭知沒收即可，是以這種情形也並非本文所欲探討的：各共同被告間就犯罪所得之分配數額不明之情形。從而，日本法為何會有：無法認定共同正犯間內部分配情形時，得解釋為「推定均分」之實務見解，自然是一種訴訟進行到最後階段仍無法證明時才會產生的情形。亦即，這是在當事人雙方各自舉證後，法院心證仍無法認定各共同被告中誰獲得較多、誰分得較少，或法院仍無法判

70 類似見解詳見：柯耀程，犯罪不法利益剝奪手段的檢討與重建，頁178-181。

斷各共同被告間可能存在之分配比例範圍時，才會存在推定各共同被告間係平等分配不法利益之結論。所以，法院此時並非未盡事證調查的義務。

至於，德國法上連帶沒收見解，具有訴訟上便利性，尤其在我國沒收已非從刑下，其在法理上的正當性增加。但彼邦肯定連帶沒收的原因之一，在於認為連帶沒收可以避免重複執行，事實上平均沒收亦有同一優點。而支持連帶沒收的學者，批評平均沒收有無法內部求償的缺失，然而在目前的連帶沒收作法下也會產生同樣的問題，蓋因連帶沒收並非法律明定的連帶債務，自然也沒有內部求償權的機制保障，受沒收宣告的被告毋寧必須再次依賴法院解釋或另案訴訟，履行內部求償權的救濟，或回歸到民法上不當得利之訴訟。平均沒收雖然同樣面臨各共同被告事後欲向他被告求償的問題，但並沒有所謂內部求償權適用的問題，所以一切回歸其「準不當得利」的本質，進行不當得利返還請求之機制，而這也與沒收新制下「利得沒收」的性質為「類似不當得利的衡平措施」相符。惟不可否認，連帶沒收的做法對法院進行沒收具有一定之便利性，但連帶沒收對未收受或少收受不法利益分配的被告所課與之負擔，相較於平均分配說更為嚴苛。

雖說修法宗旨在於徹底阻絕經濟犯罪等得獲取鉅額不法利益之犯罪誘因，惟本文依然認為，在歷經訴訟一連串前階段犯罪事實之認定、罪刑之決斷、犯罪所得之範圍及總額、犯罪所得於各共同被告間如何分配之事實認定，倘若法院直到最終依舊無法釐清各共同被告間就犯罪所得如何在內部具體分配時，基於保障人民基於憲法所享有的第16條「訴訟權」、第15條「財產權」⁷¹及第7條「平等權」，各共同被告應有權利主張較不嚴苛之「平均沒收」。因為平均沒收不僅貫徹了學理上「超額沒收禁止原則」，使得整體沒收總額並未逾越犯罪所得之全部範圍，未對各共同被告造成過苛的負擔外，也符合憲法上「比例原則」之適用。我國法並未如德國刑法典僅就一般沒收設有比例原則之限制，也未如德國學說實務對於比例原則是否能一概適用在利得沒收抱持保守態度，則憲法上比例原則理應仍適用在本文的設題，調控法院此時選擇論知沒收的方式，在連帶沒收及平均沒收都能達成徹底剝奪犯罪所得及不違反超額沒收禁止時，應選擇對被告權利侵害較小的平均沒收。是以，採取「平均沒收時，法院針對各共同被告個別論知沒收數額之總和，相當於犯罪所得不法利益之總額，所以得以貫徹「任何人不得保有犯罪所得」之修法宗旨，同時依然可能「徹底剝奪不法利益」（畢竟當法院對於各被告間到底如何分配不法利益都沒有一個譜時，此時如何寄望國

71 德國聯邦憲法法院於2004年1月14日做成之裁定即指出：利得沒收並非刑罰，但仍為國家對利得人（犯罪行為人或第三人）財產標的所為之干預處置。BverfGE 110, 1 23 ff.



家能確實做到具體沒收到該不法利益之全部？又透過連帶沒收是否就能更加收到更好的效果，值得存疑），但同時不會使各個被告負擔過苛，因為當被告對於嗣後可能受到平均數額之沒收有爭執時，被告可在訴訟中舉證證明具體分配情況以駁斥法院的平均分配推定。因此，平均分配的見解，在憲法比例原則之檢驗下，不僅具有適當性，也符合必要性，更可通過狹義比例原則的檢驗。

總結以上，針對共同正犯犯罪所得究竟如何在各共同正犯間分配而決定該如何諭知沒收之爭議，實務該開始在新法下嘗試確立一套穩定操作流程，本文提出以「舉證責任分配」作為釐清如何諭知沒收之關鍵，同時比較德日法制後，認為雖德國法為此次新制取經之對象，然日本法之見解較符合憲法保障人民「訴訟權」、「財產權」及「平等權」之精神，法院應於檢方及各被告均盡舉證責任後，對於分配情形仍無法達到自由心證應達到之門檻時，諭知平均分配。而希望避免遭法院諭知平均沒收的被告，有權於訴訟中舉證反駁平均分配之推定，否則，該被告於訴訟結束後，或得回歸不當得利返還機制，尋求自身另一條救濟之路。

參考文獻

壹、中文文獻

1. 林鈺雄（編）。沒收新制（一）刑法的百年變革，2016年7月，元照。
2. 林鈺雄（編）。沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，2016年9月，元照。
3. 吳天雲。共同正犯共同犯罪所得之沒收、追徵方法，法學新論，第8期，頁79-99。
4. 林鈺雄。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，第238期。頁53-84。
5. 花滿堂。「共同正犯犯罪所得連帶沒收」之理論商榷，司法周刊，第1763期。頁2-3。
6. 柯耀程。沒收、追徵、追繳與抵償法理詮釋系列（三）不法所得與連帶追徵，軍法專刊，第57卷，第5期。頁21-43。
7. 柯耀程。犯罪不法利益剝奪手段的檢討與重建，104年10月，一品文化。
8. 惲純良。沒收新法實例系列連帶沒收要件分析，法務通訊，第2821期，頁5-6。
9. 惲純良。連帶沒收淺介－德國實務經典裁判分析，月旦法學雜誌，第259期。頁74-104。

10. 薛智仁。沒收之定位與從屬性—最高法院相關裁判綜合評釋（上），台灣本土法學雜誌，98期。頁21-37。
11. 薛智仁。沒收之定位與從屬性—最高法院相關裁判綜合評釋（下），台灣本土法學雜誌，99期。頁31-45。

貳、德文文獻

1. Joecks, in: MK-StGB, 2. Aufl., 2012, § 73.
2. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 24. Aufl., 1991, § 73 Vorbem.
3. Lackner/Kuhl, StGB-Kommentar, 28. Aufl.