



新興法律問題學術研討會

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論知沒收為中心

(評論人) 國立臺灣大學法律學院 教授 林鈺雄

一、評論人講評

林教授鈺雄：

今日到此十分誠惶誠恐，首先說明學院邀請我與談連帶沒收時，剛開始即一口回絕，其道理十分簡單，因為連帶沒收問題十分龐大，其中一個無關新舊法，舊法時期已有連帶沒收問題，其實早於雜誌社規劃時已找過多位留美、留德、留日學者，一共規劃四篇連帶沒收，多方奔走邀請之下最終刊出幾篇，一篇惲純良最終順利交稿，但其餘幾篇美國法與日本法最後並未順利完成，今日為何特別提及舊事，正是因為連帶沒收於整體沒收光譜中屬於進階問題，此亦為當初一口回絕之原因，因為覺得沒收新制上路以來，其有一些基本觀念之ABC與操作部分，基本上仍處於有待釐清之渾沌狀態，若驟然跳躍至連帶沒收，一些前提問題尚未釐清？因為一樣都講連帶沒收，若前提許多觀念完全不同，以下部分將難以溝通，以上為當初回絕之原因，因此要寫連帶沒收確實勇氣十足，確實此議題難度較高，但十分感謝院長給予40分鐘評論稍可說明此問題之定位。

首先，說明此問題之緣由，在我國實務上之發展緣由，或許因為字數限制所以周同學無法盡情發揮，故先補充我國之發展緣由，連帶沒收當然是與沒收息息相關之問題，連帶沒收主要是在我國舊法時代經過三階段之演變，第一階段是理所當然的以為沒收為從刑，既然沒收為從刑然從刑罰角度理解，於共同正犯所得部分又該如何處理？剛開始實務見解認為是連帶沒收，既然認為屬於連帶沒收當然必須給予說理基

礎，因而找到共同正犯之責任共同，反正都是刑罰，因為二者責任共同，故能連帶沒收，姑且將此稱為不分青紅皂白之連帶沒收階段，此段時期維持十分長久時間，於我國舊法之判例思維下，因循前例行之即可，因而談此議題實有必要先談此問題，否則為何連帶沒收數十年來問題龐大卻從未被當成問題予以檢討。事實上是與我國判例制度因循舊例有關，可惜國是會議亦未打算討論此部分，此為舊法第一個實務階段。

在此舉出兩件案件，第一是國務機要費案，此部分最主要是陳鎮慧部分，因陳鎮慧身為帳房管理此帳，國務機要費案有趣之處在於雖然所有的帳都是陳鎮慧處理，事實上證據上之突破也是因為陳鎮慧而有較大進展，事實方能有辦法證明，但這幾億元都不是陳鎮慧所拿走，其口袋未裝入一毛錢，有如此多共同被告，但有一位共同被告就是一毛未取，結果卻將他全部連帶沒收，請問他如何能歸還？其一輩子亦還不起，如欲索討此錢必須向將錢匯往瑞士之扁家人索回，怎會是向陳鎮慧索討？但無奈的是若繼續依照舊法思維就是連帶沒收。

第二件案例是南港展覽館案，此案最大特色是涉及余鎮憲與吳淑珍以及其他，問題是吳淑珍並非公務員，總統夫人並非公務員，但余鎮憲是公務員，成立犯罪時第一是區分公務員與非公務員，問題是錢是吳淑珍所拿走（依照判決所認定之事實），但余鎮憲則為這些圖利事務（洩漏底標價），但余鎮憲並未拿錢；此時連帶沒收依舊法最早判例套用早期決議見解，變成吳淑珍與余鎮憲必須就吳淑珍所收之錢被連帶沒收，此舉明顯不合理，沒收必須向收取賄款者，怎會向未收取者為之？將以上明顯案例稱為最早第一階段之見解，包括扁案與南港展覽館案一直以來廣受外界批評。針對連帶沒收亦遭受許多批評，嗣後最高法院內亦響起檢討連帶沒收之聲音，沒收ABC都不清楚，驟然跳躍至連帶沒收，中間跳躍過數百步而作成此決議，決議理由為何？沒有理由！個人也看過會議資料，其中紀載德國、日本如何為之，其中一項非常重要之影響—認為德國無連帶沒收制度，試問我國連帶沒收能否繼續維持？故決議將其廢除。見到決議時，個人著實十分震驚，因為我可以明確告訴各位，決議中所指德國，非個人留學之德國，個人留學之德國是與法國接壤之德國，也因為沒有基礎文獻可看，僅說他國亦無連帶沒收而逕自直接決議廢除，廢除之後事態嚴重，從連帶沒收說如此清楚，第一先將貪污部分解除，此部分就算了，這是指不能不分青紅皂白一律宣告連帶沒收，此點是對的。再者，等於一般性的違背連帶沒收，其實是根本不清楚連帶沒收為何即直接加以否定，嗣後對實務造成影響為何各位不妨問問學長姐，自從連帶沒收被廢除之後，法官論壇上有多少文章痛批最高法院決議，最高法院從來不敢出面回應，況且一定要分別論知，但若不說又能如何？因而實務上法官開庭時十分好



笑，法官問被告到底拿多少？說白話就是想盡辦法拜託共同被告隨便說一點紀錄於判決理由筆錄中，千萬不能都不講，隨便講也好，最後許多法官十分光火，明知其為瞎編卻仍要依此分別論知，十分好笑！因此最後挑明請最高法院法官到地院開庭示範，因為他不是不講，要不就隨便亂講，最後竟然據此作為個別沒收之數額，十分荒謬，此為實務上發展之第二階段。

正因大家諸多批評，於此階段沒收新法亦同時修正，沒收新法修正時，在性質上「利得沒收」自從刑轉為準不當利益之衡平措施，其基本思想是回復不當財產之變動，由此線而下整個沒收觀念隨之不同，因而最高法院出現共同沒收之說法，此說法基本上係隨新法而來，因為新法第一認定--誰有犯罪所得，誰就應該被回復，被回復就是被沒收之對象。何謂犯罪所得？此非以所有權，而是以實質上支配處分權判斷，依此邏輯共同被告之間若有共同事實上之處分權時，他們就有可能是被共同剝奪之對象。民法上不當得利基本上並不是在講究，因為不當得利是一種變動其不以故意過失為要件，以實際上獲得不當利益者須負擔回復，亦即回復到不法變動前之狀態，所以最高法院才另外殺出一條血路，因該決議極受爭議而另作成決議，此為第三階段，因連帶沒收被搞砸，新法又實施，其基本上比較連結新法，因為新法於先前階段-食安法部分將此定性成準不當得利之衡平措施，其從此脈絡最後連結至新刑法，所以到第三階段。後來又因為此裁判又被選為值參判決，所以目前主要是在第三階段，細節上或有不同，但主要還是以此為基礎，在共同被告情況之下，若無法確切證明個別犯罪所得數額，若能證明個別犯罪所得數額則無問題，因為依照新法準不當得利之衡平措施，實際上有較多所得者須負回復責任應被沒收，所得有多少即應被沒收多少，所以唯一必須釐清的是無法清楚區分時，被告不吐實，調查亦調查不清楚，所以都限定於此種條件情況之下，所以一開始限定範圍時亦僅談此部分；但舊法時期則非如此，舊法時期須有確切所得，共同犯罪所得為 100 萬，確切所得為 20 萬元，仍舊施以連帶沒收，即便如陳鎮慧案被認定其未收受賄款，賄款皆被扁家取走，但仍對其實施連帶沒收，故此與舊法不同，於此階段不是再回到舊法之第一階段，以上是實務發展之情況。

其實個人常常稱讚，但前段稱讚常被刪除，記者僅報導後半段，例如：國是會議稱讚委員十分努力都未被報導，讓委員們都誤會我，但死豬不怕熱水燙，黑就黑了！

但今天還要稱讚學員，因為連帶沒收問題之技術門檻亦即認知之知識門檻極高，因而整理必須十分費心亦須不斷思考階段問題，前段對此部分之整理對台灣連帶沒收

問題之比較法上發展提供精簡之概要，這段整理非常好。後半段在此涉及基礎問題之認知，因而必須先作溝通，第一個問題—徹底剝奪不法利得，此為新法立法理由，學者亦是如此認為，首先提出一項直接問題—徹底剝奪不法利得係指公法債權上之宣告沒收數額上足額或有實際實現？如何才是徹底剝奪？此為最主要之規範目的，「徹底剝奪不法利得」是指犯罪所得100萬，因而僅須宣告100萬，此即為徹底剝奪？或是實現這100萬？周學員認為是實現，是否有人認為不是實現？若認為是實現，接續下一問題—公法債權名目之滿足與實際上之實現，此二種觀念有何不同？此觀念必須清楚才能明白其中關鍵為何，舉例第三人沒收之挪移型案例，某甲犯罪所得100萬，但為避免被拿走，所以挪移到某乙，學說上批評新法不應將挪移型之第三人沒收納入規定，在此將此反對見解向各位說明，挪移型根本是違反，其實只要對某甲宣告即可滿足，為何還要對某乙宣告？故其認為第三人挪移型沒收根本沒有規範必要，亦違反比例原則，請問其問題為何？此問題亦即剛剛所提觀念，德國整體利得制度之出發點不是為了滿足該公法債權名目，不是為了宣告公法債權名目，而是為了實現它，實現才叫剝奪，實現才有辦法達到任何人不得保有犯罪所得之目的，問題是這種情況為何不同？因為實務執行上尤其會出現各種情況，一是某甲潛逃、某乙未逃，一是某乙潛逃、某甲未逃，第三較符合現實情況是對某甲宣告沒收，但某甲沒錢。但對某乙宣告沒收，因為某乙有錢，所以債權能被實現，公法債權能被實現，故於挪移型情況下對其宣告沒收，有時主要實益在此，此種情況尤其發生在公司法人與自然人情況，例如：維冠案，維冠公司蓋完一個建案隨即倒閉，之後又再開另一家公司，但負責人為同一人，實務上太多負責人一直變換，換不同公司，常常有很多建設公司為了逃避後續瑕疵擔保責任，做到一定階段隨即倒閉，但卻是同一批負責人繼續這樣玩下去。現在若只能說--因為可以對A，所以對B都是不必要，但若從真正實現債權，真正剝奪角度來看，根本不可能達到此目的，現在若限定僅能對維冠公司進行沒收，但公司已經倒閉，問題是負責人還在，事情也是該負責人所為；此外亦有倒過來之情況，有些大公司仍存在，問題是何人所為？是否抓到該行為人？例如日月光案，假設依照剝奪不法利得方法，其應被剝奪實益，若對一位小小科技廠廠長剝奪實益，終其一生亦無法支付，只有這些年營收2000多億的公司才能支付，請問究竟應對何人宣告方能真正達到實際實現徹底不法剝奪之意旨？此案件僅能對日月光宣告。此為第一項不同觀念，我們必須先追求何謂徹底剝奪不法利得，其並非公法債權之名目問題，而在實際實現，所以才會有如此多新制之設計，此為第一項觀念，若知道此觀念就知道為何學說上對三人沒收之批評無法成立，不僅是挪移型，代理型情況亦相同，代理型佔九成以上之第三人



沒收，行為人為其他人而犯罪，其獲與利得之情況。

談第二個觀念之前先挑戰一個觀念，因為周學員於推論當中提到日本與德國皆提到一點--犯罪所得與沒收數額間之關聯，而假設前提--沒收數額亦即犯罪所得之數額，若沒收數額高過不法變動之數額，國家即為超額沒收，在此先挑戰念，假設A公司負責人甲為A建設公司去行賄公務員乙100萬元，A公司因而獲得3億元五年期之標案，此為相當通常之案例，試想對A公司而言，會計帳上其獲利為多少？其獲利十分簡單，因為還要行賄公務員，因此假設其僅行賄100萬元，3億元扣除100萬元即為其會計帳上之獲利，純經濟觀點其所得是如此，因為賄賂亦需要成本，所以純經濟收入為3億元減掉100萬元，請問依照新法此案例應被沒收多少錢？公務員收受之100萬元賄款應否被沒收？公司之所得應被沒收，公務員所取得之100萬元亦應被沒收，公司能否主張這100萬元為其所有，所以不能沒收？賄款之約定甚至包括匯款之交付本身，因屬民法上違反強行規定，故被認為是無效行為，雖然我們採行物權無因性原則，但在這一點上包括王澤鑑之見解與德國通說一樣，即便是物權無因性行為皆與德國通說一樣，即便是物權無因性行為，債權無效雖是一般通常情況，物權行為之變動在此則為無效，既然債權與物權行為皆無效，錢應該是誰的？還是原本的，所有權之觀點來看是如此，但從事實上支配處分權觀點來看則非如此，此100萬元已交給公務員，公務員已有事實上支配處分權，所以為何沒收並非跟著所有權觀念，而是跟著事實上支配處分權，就如同刑法上財產權保護規定不是完全跟著所有權，此亦有其道理存在。

就A公司能否主張之部分，公務員能否主張因為此變動無效，所以應向A公司索討？而不能向公務員討回，不能如此認定，因為其中尚欠缺很重要部分--不法人員自己，為何公務員與A公司皆不能保有此100萬元？理由很簡單，因為此係出於不法原因之給付不得請求返還，公務員是不當得利，但此係出於不法原因之給付，所以A公司不能向公務員乙討回，因為出於不法之原因之給付，所以A公司不能向乙討回100萬元，乙因為是出於不法原因之收受賄款，雖然A不能向乙要求返還此不法利得，所以民法與刑法在此有所衝突，為何特別提到此點？因為這問題從年輕一直就想不懂，王澤鑑老師民法課中舉公務員收受賄款為例，因為是不當得利所以不能請求返還，出於不法原因之給付不得請求返還，所以給付這100萬之人無論是何種情況（行賄），行賄者不能再向受賄者要回賄款，個人一直存有疑惑下課時亦請教王老師，因為如此不符道理，若不能請求返還該100萬元，收賄者豈非惡性更大？惡性更大卻能保有此100萬元？法律不正為了追求公平正義嗎？年輕就是有熱情，所以覺得法律一定要追求公平正義，王老師看一看說「同學，你不用擔心，黑道自有黑道解決之方式！」聽完當場愣住三

天無法回神，「黑道自有黑道解決之方式」！法律學的不正是白道之方法？白道又該如何處理？此問題一直未解決，直到念到沒收制度才知道原來是如此，因為民法與刑法同為整體法規範，民法僅處理原來之給付者可否請求返還，刑法更進一步處理受領者該怎麼辦？二者規範目的不同，應搭配來看。請問國家最後是沒收多少錢？對A公司是沒收3億元，對A公司部分並無爭議，因為此部分是出於不法原因之給付，回到民法不當得利，A公司無論如何都不能保有這100萬元，所以對A公司沒收3億元，對公務員是沒收100萬元，所以一共應沒收3億又100萬元，此案件中經濟上A公司獲利--3億再扣除100萬元，但國家沒收數額是3億再加上100萬元，所以請問犯罪所得與沒收數額是否一定一樣？答案是不一定一樣，既然二者不一定相同，其正當性基礎為何？因為在此發生二種不法變動原因，A公司將錢拿出來用於行賄，A公司因此獲利，故此部分是A公司應該負責；公務員收受100萬元，此部分屬於公務員之不法利得，。此為兩種不同對象不同標的，此情況常發生在哪邊？詐騙集團首腦拿了100萬元，其找到人頭帳戶，支付給人頭帳戶3000元，最後國家沒收數額是多少？若分別來看皆未超收，若全部加總將超過犯罪所得之總額，因為對於詐騙集團首腦而言，其僅需支付這3000元，所獲得之不法利益為100萬元再扣除3000元，實際上沒收金額對首腦應沒收100萬元，對人頭帳戶再沒收3000元，所以國家實際上應沒收100萬再加上3000元。故於處理沒收數額時應考量不同原因所產生之情況，為何會與此有關？因為共同正犯特別容易發生此種情況，剛剛就是一個廣義共犯之例子--人頭帳戶與詐騙集團首腦，以上是關於第二項問題之說明。

第三項問題，連帶沒收之所以困難係因其結合實體與程序，而討論純粹實體法時常常混淆程序上問題，連帶沒收基本上從實體來看，若依照剛剛之邏輯，準不當得利之衡平措施事實上可以處分權並根據有無實際犯罪所得處理，故於這些能明確判斷出來之情況正常都不會是問題，這些全可排除，目前先不討論這些，現在僅討論訴訟法上有問題部分，若其對於數額堅不吐實，無論如何調查亦查不出所以然，到底應該如何？當能明確證明情況下，我國舊法實務問題例如國務機要費案，明明可以確定吳淑珍有收受款項，陳鎮慧未收受，結果竟然沒收陳鎮慧，他們是將訴訟法上已經可以證明之情況混淆實體法上所謂共同責任而予以宣告沒收，此為舊法中之規定。回到新法如何處理此部分？先去除可以處理之部分，可先處理的是連帶沒收共同犯罪情況下數額明確部分，此數額當然是經過估算，所餘僅討論不可證明部分，此為第三部分。

第四部分也是一個觀念挑戰，原先並不打算談這些，因為全部都是進階觀念，請先想像若不用連帶沒收，而用不沒收或平均想像此情況，其實這在舊法時候即應思



考，大統長基案為何無法沒收，其實當然是來自於對食安法之誤解，若假設用食安法判決，（食安法之緣由可再請教蔡院長，當時其於法務部剛好是處理食安法法人犯罪問題），法人問題如高振利案正是如此，其實將連帶沒收廢除之後，富味香是較好例子，因為在舊法之下適用詐欺罪，詐欺罪不能第三人沒收，食安法則包含法人犯罪，所以事實上必須對法人沒收，高振利案18.5億元不法利得，不法利得部分高振利是大股東，請問此公司之利得是否會流向高振利口袋？有，假設這位大股東於過去7年來所做8種混油進入公司帳後，事實上因其為公司大股東，所以拿了6億元犯罪所得，請問一個簡單問題，於舊法之下可否沒收此6億元之犯罪所得？他是否因為此摻偽假冒行為最後獲利？進入公司帳後再分配到其利潤中，剛剛提到法人與自然人這種情狀最為複雜，因為為會有資力高低之不同，萬一公司倒閉或自然人潛逃等各式各樣情況，假設先不對大統宣告沒收，現在僅針對高振利，將可沒收此6億元；假設大統倒閉，高振利猶在，請問於新法之下為沒收宣告時該如何沒收宣告？單純對已經倒閉之公司（18.5億元）宣告不法利得之沒收或是對高振利宣告沒收？因為此屬進階問題，過去文章中並未提及，因周同學之提問，今日於此分享正確作法，六億元之內是連帶沒收，對高振利大股東連帶沒收，扣除非高振利所拿走部分—12.5億元，公司單獨之獲利部分則是單獨沒收，所以沒收宣告分此二種部分，若此部分沒有連帶沒收，此時該如何處理公司逃走之情況，此外，對於已挪移出去部分如何追回犯罪所得？因為法人與自然人於此案例中二者皆有犯罪，尤其食安法修法於此點相當明確，此時較合理之方法，若從最後公法債權須實現任何人之不法利得皆被徹底剝奪，若已花掉則須追徵之角度來看，是否剛剛所提方法較為可行，剛剛所提這種除用連帶沒收之外，請問該如何沒收？

因為今日時間有限，接續說明為何覺得平均沒收說仍有其問題，對連帶沒收所有之批評全部皆可適用於平均沒收，實務上常見大哥與小弟皆為被告，同時二人皆聘同一位律師，律師是大哥所聘，費用亦由大哥支付，大家可想而知最後結果如何，此為台灣司法之問題，其實應先談論真問題，而不應討論假問題，其實最近僅是主張應重視環境犯罪及其追訴，每個人皆需要呼吸空氣，每個人皆需要喝水，若任由不法之徒傾倒廢棄物於農田，我們將會吃到由此種植出之農作物，所以司改必須拓展視野至民生基本問題，此亦獲得多數分組委員贊成，最後以15票通過贊成此議題優先討論，單純建議卻遭到數篇文章大肆抨擊，全部異口同聲指謫此係避談檢察官定位，我實在完全聽不懂何來包庇之說，試問人民怎會關心檢察官之定位是司法官或行政官？此與人民信賴有何關係？此與挽救司法信賴又有何關係？所指因果關係實難理解。全部眾口鑠聲指摘建議討論環境議題者皆為保庇護航法務部，不敢談真正司法問題，而

欲談檢察官定位者方為真正有高度、有格局，真正解決司法問題，其說法完全令人無法理解，對此若能說服我，其實乾脆說服我吃葷救地球算了，但沒關係還是尊重他人意見。

請問使用平均沒收說將產生哪些問題？在此舉出二案例說明，實務上常見大哥與小弟案例，實際收益為100萬元，100萬元全被大哥拿走，最多發給小弟1萬元跑腿費，100萬之中分給小弟1萬元，若採平均分配說，小弟分50萬元，大哥分得50萬元，因為實際如何分配無法調查出來，大哥不肯說，小弟也不敢講，無人吐實最後平均分配一人支付50萬元，平均分配說事實上是否真能達到剝奪不法利得之目的？帳目上總額可以達到，因為無論帳目上用連帶沒收或其他方式，總之最後就是宣告100萬元，公法債權帳目上可以達到，但實際上無法達到此目的，大哥拿到99萬元只被沒收50萬元，小弟只拿到1萬元卻被沒收50萬元，一個人無實際上不法所得卻被剝奪，因而對於連帶沒收之批評亦全部可用於平均沒收說，最多僅是數額有些不同，因為有人賺到，就有人賠，對大哥而言過於寬鬆，對小弟而言過於嚴苛，此為第一點。而此非個人獨度之創見，僅將學說上包含德國形成與學說上對於為何不採平均分配說曾出現之論點向大家說明。第二點，平均分配說最大問題為何？犯罪必須有實際所得方能剝奪，實際所得不是隨便亂講的，沒收範圍犯罪所得範圍數額多少必須估算，估算是自由證明，而非隨便證明，估算須有事實基礎，事實基礎必須先建立，請問平均分配說最大問題何在？其為不附理由之估算，限定於平均分配之角色上，為何憚純良包含德國73b不能價值估算，因為估算射程距離未到此處，所以連最基本自由證明都沒辦法通過。

第三，正是因為其為不附理由之估算，所以產生相當立法權限問題，平均分配說是一個司法所能形成或一定經過立法方能形成，不附理由之估算可否經過司法手段形成或一定必須經過立法手段形成？此為第三點疑問。

第四個疑問，周同學特別提到平等原則，準不當得利之衡平，拿1萬元賠償1萬，拿99萬元賠償99萬，所以平等原則並非將此均分則為所謂平等原則，剛剛所舉大哥與小弟案例，小弟僅拿1萬元卻判沒收50萬，大哥拿99萬卻僅沒收50萬，正是違反平等原則，所以必須知道學說對這些問題處理方法其過程是如此。

另外，平均分配說係用於批評連帶沒收說，（所謂連帶沒收亦即最高法院於第三階段所指之共同沒收，因其已決議不能連帶沒收，此沒收又須一起負擔，因而又發明一新名詞，亦即朝三暮四與朝四暮三之手法，唯一問題在於何人是被戲耍之猴子？）但其實就是共同沒收，主張平均分配說對連帶沒收之批評在於不能將此國家，德國聯邦最高法院理由之一相當簡單，清楚的當然就個別沒收，若是永遠都查不清楚之情況



又該如何？整體而言，三個共犯之間整體不法財產增長是100萬元，故於此100萬元中宣布連帶沒收，但任何一人支付完畢後即成連帶債務，事實上只有不真正連帶債務才會僅剩下內部求償，其產生內部求償，內部求償則進入德國民法部分。

現在平均分配說對連帶沒收說之最大批評，國家自己無能力調查清楚怎可因此將此不利益歸由被告負擔？此批評正好可用於平均分配說，為何不附理由之估算正是因為國家查不清楚，因無法查清楚，國家做了一項選擇—此選擇讓某些人獲益，同時讓某些人獲苛，亦即將查不清楚部分轉嫁出來而用平均分配手法，其問題在此，剛剛提到平均分配說，其困難在此。

最後簡單回應，不過此部分做簡單腦筋急轉彎即可，目前台灣如欲真正解決此問題尚無清楚頭緒，新法一大堆觀念ABC皆未釐清，若希望能由最高法院決議解決連帶沒收問題，個人認為為時尚早，切勿以為剛剛提及平均分配說，亦已將問題整理出來亦採用許多個人見解，個人認為此問題本身知識或技術皆非現在對沒收之了解程度所能解決。最高法院最終能作成決議解決此問題之時機尚未來臨，尤其尚未完全清楚明瞭前寧可不進程序，個人對國是會議亦提出相同建議一切勿胡亂進行，先花時間了解更重要。假設連最基本觀念皆不清楚，而我國實務上最高法院一些見解仍十分紊亂，例如仍舊一口咬定沒收還是刑罰，許多人質疑第2條該怎麼辦？第2條根本不是問題，有問題的是沒收是刑罰或類似刑罰，若是刑罰，第687條與向來大法官之解釋，刑罰可以針對被告有無責任為之嗎？不行。刑法可否針對根本未到場之被告為之嗎？從未到場之被告且給予如此大之不利益，請問單獨宣告沒收即便無責任能力亦可單獨宣告沒收，人不在亦可宣告單獨宣告沒收，不是犯罪行為人亦可第三人沒收，請問這幾個新法最終條文何者可以繼續下去？沒有，假使繼續堅持此一主張，作法亦相當簡單—直接將新法這幾條條文全部刪除，無罪之沒收，第三人沒收、單獨宣告沒收全部刪除，試問若將這些條文刪除，等於Window版將回到Dos版，游標將消失，大家繼續於鍵盤上鍵入程式語言，請問我們要新法做什麼？新法既已無用，有何須在意其第2條如何規定？更何況第2條拘束人身自由之保安處分不適用從刑，非拘束人身自由之保安處分為何適用從刑？為何事後可以給予不利益？此外，請問不法財產變動之回復是否為拘束人身自由之措施？不是！奇怪的是當初2005年蔡院長制定非拘束人身自由之保安處分，適用此規定時怎會無人出面批評？甚至後面還有緩起訴，緩起訴甚至必須負擔罰金，依訴訟法規定其為從新，請問行為人行為時能否預見以後被檢察官處緩起訴時將負擔財產上之不利益，既然不能在此為何未有質疑？其實此並非問題，真正問題在於定性部分，若一口咬定其為刑罰，刑罰怎可刪除，亦無意義。

回頭來看，連帶沒收最後可能情形為何？個人認為事實上其適用範圍，因有局部限縮，我認為是有條件之共同沒收，而此條件為何方為未來實務操作之真正關鍵，在此完全肯定周同學於此方面之努力與初步成果，尤其具有公法程度再研究刑事法必有加乘效果，希望未來能繼續研究，估計最高法院真正對連帶沒收作成決議大概目前時機還早，德國見解事實上走向穩定之共同責任說，於設定條件之前提下，第4項要件是存在的，第4項要件必須存在係於不明之時才会有以下連沒收問題，否則整體連帶沒收體系將會紊亂，未來若能於要件上發展才是較有意義之發展，雖然個人並不贊成平均分配說，最主要是此過程，此有點像是德國在處理東德圍牆柏林射殺案，最後結果不在於是否將人逮捕拘禁，而是藉由此過程不斷思辨其中之法理、法律、精神、原則與界限，最後讓所有人於法律知識上獲得成長。今日簡單評論到此，謝謝！

（今日林達檢察官撰文提到濫訴案件，濫訴案件與很多問題有關，現在實務上濫訴與法律扶助之把關不嚴格，其關係為何？在在皆需檢討。）

二、意見交流及討論

主持人：

為管控下一場與談時間，故在此最多提問2個問題，請問各位有無回應或發問？

周學員亞蒨：

十分感謝老師給予如此多鼓勵，因為本篇文章是今年除夕與大年初一兩天不眠不休撰寫完成，當中確實思考很多，正如老師所說，首先先謝謝老師適才如此清楚之解說，亦十分期待今日能聽到老師之講解，聽完後亦一概接受老師精闢之說明，而老師最後結論簡單歸納—肯定未來將走向有條件之共同沒收，至於此條件為何目前仍不明確，共同沒收亦即連帶沒收之下，其確實具有訴訟上便利性，為何實務最終採取連帶沒收？正因其具有訴訟上便利性，亦能解決許多問題—如剛剛老師所分享之案例，但能否不再像過去最高法院或實務作法不區分案件類型不看個案一概皆用連帶沒收方式？我想此處相當值得以後未來實務工作者一同思考之部分。

此外，再回應剛剛老師所舉案例，或許個人剛剛報告時並未說明清楚，例如於大哥小弟之案件中，剛開始檢察官舉證僅有釋明之要求，於此種組織犯罪上大概能猜想到大部分犯罪所得會在大哥手上，因而於此狀況下釋明門檻不會如此高，不需要到嚴格證明、無合理懷疑，此時是否亦不需要適用連帶沒收？是否可能是具體認定，因為畢竟是釋明，對此之前亦是慢慢推導出個人所得結論之因素。高振利案件，畢竟其為



大統長基之負責人，此案件情形亦不該當我所提之共同正犯，而較類似法人內部負責人概念，似乎有一種主體被吸納概念下，若用連帶沒收，個人亦覺得肯定，但與題目所設定之共同正犯不同，或許可能是我的誤解，也許之後再向老師請教。

最後，剛剛聽完老師之說明後，個人有更多新體悟，亦認為老師所言相當正確，研究上目前沒收新制仍有許多更基本問題需要更多討論與學習，我也會繼續加強此部分之研究，此次論文主要是希望能拋磚引玉，亦未覺得應該避採什麼，十分感謝老師、院長與學員們辛苦之參與，謝謝！

卓學員浚民：

在此提出兩點問題：

- 一、老師提到A公司為了取得標案行賄公務員100萬元，但我們能對A公司宣告沒收的是3億元，從此結論推論老師是否認為於犯罪所得上不應該扣除所謂成本，是否能直接推導出此結論？因為之前對於是否扣除成本部分仍有所爭議。
- 二、周學員提到沒收事實是適用自由證明，實務上是否採認此見解？上次證券交易法第171條第2項提到若該案犯罪所得達到1億元以上，其刑度將會不同，於此狀況下中然犯罪所得成為一種構成要件要訴，於此狀況之下，我們是否認為此種犯罪之不法所得仍然適用自由證明？謝謝老師！

林教授鈺雄：

此為大哉問，在此簡單回答，剛剛評論平均沒收說時提到一項重點—平均沒收之優點幾乎是在批評連帶沒收說所有的缺點，亦即平均沒收說有所有連帶沒收說被批評之缺點，剛剛所述大略重點在此。

現在回頭看第一個--訴訟便利，若非為了訴訟便利為何給予平均沒收？其道理與連帶沒收相同，但是否皆是為了訴訟便利？其實非為便利，此問題之出發點，個人看法與其他學者有所不同，必須知道審判就是人之審判，學者當然可以講得很輕鬆--

學者可以說：查不清楚是你家的事情，

實務者說：連帶沒收查不清楚時該怎麼辦？

學者說：怎麼辦？繼續查！檢察官怎麼如此沒有本事，檢察官需負舉證責任，若不負舉證責任，難道負擔都是人民嗎？

實務者說：是！老師您很厲害！請問老師我們該如何負舉證責任？

學者說：這是訴訟法問題勿與實體法混淆，況且此為實務問題，而非學者問題。

此為答案！聽完此答案後，請問各位如何處理手上案件？既為人之審判，一定會

有訴訟期限，我們訴訟法與實體法就是要聯合解決問題，尤其是遇到此種審判期限時該如何處理，此與名嘴不同，名嘴相當厲害，對於政治案件、北檢包庇他們都知道，誰有拿錢，誰沒拿錢，他們都懂，但我們是人之審判，所以與之不同，故個人認為在這一點上是共同的，因此說訴訟便利其實並不相符，事實上是遇到極限，遇到此極限該如何處理？

當可以釋明過此門檻時當然都無疑問，因為根本不可能有平均沒收或連帶沒收問題，就是個別沒收，所以高振利問題事實上點出兩點，一是法人，一是自然人問題，一大堆法人犯罪卻未想過其程序為何，再者較重要的是--一概否定連帶沒收，事實上在很多情況下是無法實現徹底剝奪不法利得問題，同時倒過來再講德國法上利得沒收最重要之觀念—實現，實現不法利得之剝奪，而非取得公法債權之剝奪。至於，法人問題有何重要？若回頭看高振利案件，大統公司所聘律師與高振利所聘律師是否相同？問一個簡單問題—請問在此有無雙方代理問題？若真的被沒收是18.5億元，這是高振利搞砸的事情，公司卻要被沒收18.5億元，請問其利害有無衝突？此於歐洲包含瑞士皆是明文禁止，於此情況下，高振利已不能代表公司，更何況所找的是同一位律師，所以說台灣司法已經到達群魔亂舞之地步，讓真正問題無法解決，此為真正問題。

最後常常將一些負責人應該負擔之責任推給公司，公司因為私人股東，所以是一種規範問題。

此外，關於成本問題，事實上於剛剛所舉案例當中，成本有兩種，剛剛提到A公司獲得3億元之標案利益，但此非標案價格，事實上標案價格可能是10億元，獲取之利潤為3億元，所以A公司之成本有兩種，一種是行賄之成本（100萬元），另一種是A公司獲得標案總需要進料蓋房屋，這些材料付出7億元，我們剛剛都未提到這7億元，其實真正討論是否扣除成本應該是指這7億元，而非指這100萬元，所以問此問題時，若他人問我是否贊成成本必須沒收？其實這無法回答，端是這是哪一部分而定，若指100萬元部分，（曾過一篇文章「賄款為何不能請求返還，而一定要沒收，其法律基礎與不當得利關係」），若指7億元部分，個人見解與實務見解有點不同，尤其是毒品本身有許多非法交易，所以當然不能扣除成本，但於標案部分建築本身並非不法行為，而是取得方式是不法行為，因而欲回復的是取得方式之不法，因此是針對該100萬元，而非針對7億元，所以標案10億元、獲利3億元，此時沒收金額為3億元，而非10億元；但若是毒品交易，該交易為400萬元，此時不會扣除犯罪成本，而台灣反對成本沒收已經極端到連毒品交易都要扣除成本，據個人所知此作法於比較法上為其他國家所無，未見過任何立法例採行此作法，而我相信台灣亦不可能如此為之，所以成本有



兩種。證券交易法與銀行法犯罪所得1億元之證明問題，請看《沒收新制》這一本書中已附上前年十月一場研討會，草案當初提出之研討會針對此問題有詳細論述，對此目前已有兩本講述ABC概念，今年將出版第三本，針對該部分問題簡單的說，我們將構成要件脈絡與加重量刑脈絡中犯罪所得概念與沒收法律效果，獨立措施中犯罪所得概念混為一談，因果沒有的情況就發生在銀行法第125條，吸金超過一億元將加重，犯罪所得，它又不是犯罪所得，實務上衍生一堆犯罪所得是否扣除成本？是否加計？本金是否歸還？利息是歸還？是否扣除？連續作成數個決議與裁判，全部都在處理這個垃圾問題，問題很簡單我們的立法者混淆了兩個層次，其所表達的是若吸金規模超過一億元，其對社會秩序與經濟秩序危害大，因而量刑較重，故其為加重量刑之規定，其真正表達的是吸金規模，因此，個人寫了一篇違法吸金罪，文中提到犯罪所得不應該混淆，因為二者標準完全不同，不能將二種完全不一樣東西用同樣用語導致同詞異義，本來刑法修改時立法者用意，所以今年擬出一份草案交給立委提案，此提案正是為了修正反罪所得部分，於違法吸金罪銀行法第125條直接修正為「吸金規模達一億元以上」，如此才能解決問題，但其原始混淆係源於立法者用語之混淆，導致兩種不同脈絡筋脈錯亂，本來是涇渭分明，卻變成筋脈錯亂。台開內線炒股案會發回都是基於此原因，最後，個人並非為了自誇刑事法很重要，主管法規是法務部，它們全部是如此制定，但全部皆未找半個刑法學者參與制定，最後卻要刑庭法官與檢察官適用這些規定，但這些規定就是不能適用，以上為問題之緣由，因而必須回以立法提案方式檢討，其實這些部分蔡院長是專家十分清楚立法脈絡，大家可向其請教。今日說明到此，謝謝！

主持人：

感謝林教授花費如此多時間為周同學評述，亦十分仔細回應同學們之意見，可惜時間不足，否則大家定可從林教授身上挖到更多寶，因已超過預定時間，故本場在此結束，各位稍作休息後將於4點15分繼續第二場研討，謝謝！