



不法利得沒收之性質 ——從總額原則、淨利原則談起

■ 許絲捷*

目 次

壹、前言	參、採行總額原則之利得沒收性質
貳、沒收範圍的認定—淨利與總額	一、德國聯邦最高法院判決BGHSt 47, 369
一、犯罪所得認定與計算	二、歐洲人權法院判決Grayson and Barnham v. the United Kingdom
二、德國關於利得沒收範圍規定之沿革	三、從人權法院判決M v. Germany思考我國利得沒收性質
（一）1975年規定—淨利原則	四、小結
（二）1992年修法—總額原則	肆、結語
（三）2017年修法—強化總額原則	
三、小結	

壹、前言

2015年年底，通過我國刑法百年來的重大變革—沒收新制，自此，沒收再無刑罰本質，而是刑罰及保安處分外

的獨立法律效果。此次修正重點在於不法利得沒收及第三人沒收，故得完全剝奪不法利得，而非僅於科處罰金時斟酌¹。基於「任何人都不得保有犯罪所得」的普世基本法律原則而制訂的不法

* 銘傳大學法律系專任助理教授，慕尼黑大學法學博士

¹ 惜本次修法並未慮及刑法第58條規定：「科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯罪行為人之資力及犯罪所得之利益。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。」若已得沒收所有犯罪不法利得，則科處罰金之時，似無需再考量行為人犯罪所得之利益，並於所得利益的範圍內酌量加重。詳請參見：黃士元，從適用論刑法第58條規定之存廢—兼評「沒收新法—雷神索爾的戰錘」幾點質疑，台灣法學雜誌，297期，2016年6月14日，1-23頁。

利得沒收規定，依民法規定，犯罪不法利得本非屬犯罪行為人之正當財產權，不因犯罪而移轉所有權歸屬，不在財產權保障範圍內，自應予以剝奪，以回復合法財產秩序。換言之，不法利得沒收的核心概念即為「不當得利」，是一種「準不當得利之衡平措施（[Quasi-]Konditionelle Ausgleichsmaßnahmen）」²。由此看來，既然犯罪不法所得非屬犯罪行為人的正當財產，基於不當得利法理之沒收應不生刑罰之效，故定性為獨立的法律效果，應是可被接受的說法。然而，新法甫出，質疑聲浪不絕³，主要的質疑在於：沒收犯罪不法所得與罰金類似，均是要求行為人交出特定財產將財產權移轉為國家所有，不應僅因修法理由中自行定性為「非刑罰」即可規避罪刑法定原則、罪責原則等原則之適用⁴，而應肯認沒收仍屬刑罰；據此，

進一步質疑刑法第2條第2項關於沒收依裁判時法的規定⁵。深究其中，這一切的質疑皆是基於一個核心問題：沒收是否是刑罰？然而，這個疑問卻又是被不法利得範圍之認定所牽動著。按照不當得利法理，似乎僅能沒收行為人因不法行為而增加之財產，則自不應剝奪原屬行為人之財產，從而非屬刑罰；然若連同行為人所投入的犯罪成本一起沒收全部犯罪所得時，將會沒收到原屬行為人的財產，而生類似財產刑罰之效⁶。前者僅沒收淨增加之不法利益者，稱淨利原則（Nettoprinzip）；後者連同犯罪成本沒收者，則稱為總額原則（Bruttoprinzip）。綜合以上，是否沒收行為人所投入的犯罪成本將成為這一切疑問的關鍵，換言之，對於沒收範圍的認定，採淨利原則抑或是總額原則，將可能會影響對於沒收性質之認定，接

² 林鈺雄，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，2014年12月1日，106頁；王玉全，犯罪成本之沒收，收錄於：《沒收新制（一）—刑法的百年變革》，元照，2016年7月，159頁；Fischer, StGB, 63. Aufl., 2016, § 73 Rn. 2a; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2017, § 9 Rn. 1.

³ 如：朱石炎，評述刑法第二條第二項之修正—質疑修正沒收關於時之效力，司法週刊，1782期，2016年1月15日，2頁；林臻嫻，沒收新法—雷神索爾的戰錘，台灣法學雜誌，292期，2016年3月28日，1-8頁；黃宗旻，新修正之刑法沒收相關規定的爭議問題，萬國法律，207期，2016年6月，2-14頁；柯耀程，沒收法制修正之評釋，軍法專刊，62卷3期，2016年3月，1-22頁。

⁴ 林臻嫻，註3文，2頁。

⁵ 朱石炎，註3文，2頁；柯耀程，註3文，14頁；黃宗旻，註3文，2頁以下。

⁶ 黃宗旻，註3文，2頁以下；林臻嫻，註3文，4頁；朱石炎，註3文，2頁；薛智仁，犯罪所得沒收制度之新典範？評析食安法第四十九條之一之修正，臺大法學論叢，44卷特刊，2015年11月，1353頁。



著有疑問的是，即便採總額原則來計算該沒收的犯罪所得，就必然將利得沒收與刑罰畫上等號嗎？這些都是應該進一步探討的課題。故本文擬先以了解淨利原則與總額原則為起點，接著鑑於我國沒收新制係仿效德國沒收規定，故擬觀察德國針對沒收不法利得範圍之沿革供作借鏡，最後探討不法利得沒收與刑罰之異同，藉以瞭解不法利得沒收之性質。

貳、沒收範圍的認定－淨利與總額

有關沒收不法利得範圍的認定，依其審查體系，可分為兩個階段審查⁷：先審查有無犯罪利得，再審查利得範圍，

此稱「不法利得之兩階段計算法」⁸。換言之，先審查有無因犯罪行為人的犯罪而有利得，取得利得的原因可分為兩大類：為了犯罪（für die Tat）－犯罪行為人因其犯罪而取得的對價給付之財產利益－及產自犯罪（aus der Tat）⁹－犯罪行為人直接因實現犯罪本身而在某個過程中獲得的財產價值¹⁰。接下來審查沒收的利得範圍，包括因犯罪而直接取得的直接利得、因利用（使用）及替代品所得的間接利得，以及前述直接與間接利得所轉換而來的替代價額等三類¹¹。在此階段才有探討應採沒收扣除犯罪成本的淨利，抑或採沒收犯罪成本的所得總額之課題。

在第二階段的利得範圍審查，是否應連同成本全部沒收？我國立法者認

⁷ 林鈺雄，利得沒收新法之審查體系與解釋適用，收錄於：《沒收新制（一）－刑法的百年變革》，元照，2016年7月，73頁以下；黃彥翔，沒收新制下之犯罪所得－以兩階段計算法為中心，台灣法學雜誌，313期，2017年02月14日，7頁以下。我國實務也已經採納兩階段計算法，請見106年台上3號判決。

⁸ 林鈺雄，註7文，87頁。同文作者並認為：兩階段計算法的「相對總額原則」，輔以過苛調節條款，應該是可兼顧理論一致與個案情節的較佳立法選項，請見：林鈺雄，註7文，87頁。此處的「相對總額原則」應係指在判斷不法所得多寡時，必須該利得與違法行為間具直接關連性，例如在行為人賄賂以獲得標案時，由於其違法行為並不是執行合約本身，而是取得合約的「形式與方式」係違法的，故犯罪所得要從合約執行的經濟價值本身去計算，也就是因執行合約所賺取的利潤，此時方才探討是否扣除犯罪成本－賄賂之成本，依照總額原則應不予扣除。詳細說明請見：林鈺雄，註7文，87頁；王皇玉，2015年刑事法發展回顧：刑法沒收制度之變革，臺大法學論叢，45卷特刊，2016年11月，1643頁。文獻中有對「相對總額原則」此用詞有所疑慮，請見：薛智仁，註6文，1333頁。

⁹ 另有譯為「因為不法行為而獲得」（für die Tat）和「由不法行為中而獲得」（aus der Tat）。請見：王玉全，註2文，155頁。

¹⁰ 林鈺雄，註7文，78頁。

¹¹ 林鈺雄，註7文，88頁。

為，「依實務多數見解，基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收。¹²」即是採總額原則之看法¹³。只是，此處的總額原則與淨利原則究竟意指為何？為何對不法利得沒收範圍採行不同的原則，竟會使得學界對沒收性質產生與立法者截然不同的看法，並連帶影響其他許多課題，故以下將先說明淨利原則與總額原則之異同，接著介紹德國法制對利得沒收範圍的規定沿革，以供借鑑。

一、犯罪所得認定與計算

刑法第 38 條之 1 第 4 項規定：「第一項及第二項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。」依照立法理由的說明，犯罪利得係指因違法行為而直接或間接所得、所生之財物與利益¹⁴，而財產上利益包括如占用他人房屋之使用利益、性招待利益等之積極利益，及諸如法定

應建置設備而未建置所省下費用之消極利益，還有前述利益所變得之孳息¹⁵。換言之，不法利得的範圍包括因違法行為而直接取得的直接利得、因利用（使用）及替代品所得的間接利得，還有前述利得轉換而來的替代價額三類¹⁶。

就直接因違法行為而取得的直接利得部分，另需考慮的是：是否需要扣除犯罪成本支出？此即涉及究應採行扣除成本的淨利原則或不扣除成本的總額原則之基本問題。若從沒收性質定性為「準不當得利之衡平措施」，既是無合法原因而受有利益，似沒收其淨利即可。若採淨利原則，則沒收時必須從不法利得中扣除行為人完成違法行為時之花費以及與違法行為有所關連的額外支出，前者如為販毒而購買毒品之成本，後者則如前往犯罪行為地之費用¹⁷。然而，我國立法者已於立法理由中明確表態採行不扣除成本的總額原則¹⁸。

¹² 新刑法第 38 條之 1 立法理由五、(三)。我國相關實務見解：最高法院 65 年度第 5 次刑庭庭推總會決議主張總額原則，認為「應沒收『販毒所得』之價款，凡販賣毒品所得之對價，不問其中何部分屬於成本，何部分屬於犯罪所得財物，應均予沒收，始與法條之規定符合。且因犯罪所得之財物，亦不能與正常營利事業計算營利所得之情形，相提並論。」往後實務基本上亦延續總額原則之基調，主張在計算犯罪所得時不須扣除犯罪成本。黃彥翔，註 7 文，10 頁。

¹³ 有學者於修法前即明確主張應該採淨利原則，請見：薛智仁，註 6 文，1350 頁。

¹⁴ 新刑法第 38 條之 1 立法理由五、(一)。

¹⁵ 新刑法第 38 條之 1 立法理由五、(二)。

¹⁶ 林鈺雄，註 7 文，88 頁。

¹⁷ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1995, § 76 I 3, S. 791.

¹⁸ 新刑法第 38 條之 1 立法理由五、(三)。



我國新近實務見解亦支持採總額原則：「關於內線交易、不法炒作股票犯罪所得金額之計算，亦應僅限於股票本身之價差，其計算方法不應扣除行為人實行犯罪行為所支出之證券商手續費（賣出及買入）、證券交易稅等成本。因沒收犯罪所得之立法目的，既在於透過修正不法利益移轉的方式達成犯罪預防之效果。則犯罪所得係指直接由犯罪行為所得之財產利益，其中的「直接性」要求應該依據所實現之構成要件之規範保護目的來認定。依此，由於內線交易之不法核心在於破壞投資人間之機會平等及金融秩序，而非有無利用購入股票或售出之價金獲利，故須以刑罰手段遏止之。是以，違反證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款之內線交易罪，無非以其犯罪結果影響金融秩序重大，而有嚴懲之必要，自與行為人犯罪所得之利益無關，本無扣除成本之必要¹⁹。」另一實務判決：「就工程合約而言，在

前階段審查時關於工資及進料成本等中性支出，不計入直接利得，因「沾染污點」之不法部分，並非合約執行本身，而係合約取得之方式；至後階段利得審查範圍時，不法利得之利潤，則不得扣除「犯罪成本支出（例如為取得工程合約，而向公務員行賄之賄款）」²⁰。」

採行淨利原則與總額原則之沒收數額分別該如何計算，舉例來說，行為人搭乘飛機頭等艙前往柬埔寨購毒，回台販售後賺得 50 萬元，購買毒品的成本 15 萬，頭等艙來回機票價值 5 萬元。依淨利原則，需扣除購買毒品成本 15 萬及頭等艙來回機票 5 萬²¹，沒收 30 萬；依總額原則，沒收販賣毒品全部所得 50 萬。從此例中可知，若採總額原則來認定沒收範圍時，將會沒收行為人投入犯罪之成本，從而有認為就成本部分的沒收，形同剝奪犯罪行為人之財產²²，無異是對行為人之懲罰，據此肯認其有刑罰之性質²³。延續這樣的

¹⁹ 106 年台上字第 1009 號判決。

²⁰ 106 年台上字第 3 號判決。

²¹ 在德國採行淨利原則時期，如果不是為了實現犯罪而使用報酬，卻是為了行為人個人目的來使用報酬時，則不能作為成本扣除，例如實現奢侈生活或是特殊的享樂。請見：Güntert, Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion, 1982, S. 44.

²² 沒收總額對犯罪行為人財產的剝奪，讓行為人「經濟上」損失之多寡，文獻上有見如此計算：一偽造貨幣行為人投入 5000 德國馬克的成本，用以製造「偽鈔」，並將此批偽鈔以 10000 德國馬克售出。若採淨利原則，則只沒收 5000 德國馬克；採總額原則則沒收全部所得 10000 德國馬克，因而對行為人所造成的「經濟上」整體損失是 15000 德國馬克。請見：Jescheck/Weigend, AT, § 76 I 5, S. 792.

²³ 王皇玉，註 8 文，1641 頁；黃宗旻，註 3 文，2 頁以下；林臻嫻，註 3 文，4 頁；朱石炎，註 3 文，2 頁；薛智仁，註 6 文，1353 頁。

脈絡，進而有認為如果沒收不法獲利之總額將發生減損行為人既有財產的惡害效果，承擔原本屬於罰金刑的制裁功能²⁴。對此，文獻中進一步說明：若因而肯定剝奪犯罪成本符合必要性，同時也就凸顯出其在衡平性上的疑慮；一方面，剝奪犯罪成本的預防效果不明朗，而且僅在超出罰金上限的範圍內始有必要性，因此其達成之公共利益程度不高；另一方面，雖然剝奪犯罪成本所干預的財產權的保護必要性降低，但是容許干預的範圍將完全不受罪責程度的限制，個人財產權之犧牲及罪責原則的棄守，都是不容低估的代價，因此，如果不對於總額原則之適用作進一步的限制，無法排除其因為容許無上限的剝奪犯罪成本而違反比例原則²⁵。

以上關於質疑總額原則並主張應採取淨利原則的觀點，雖誠屬的論，但這些看法的前提均是植基於將沒收犯罪成本之部份理解為「刑罰」，從而將其與罰金刑等同看待，再據以認為必須考量沒收的刑罰效果而減輕主刑，

始得以讓行為人所受的全部刑罰符合罪責程度²⁶。只是按立法者本意，沒收無論如何終究乃一「衡平」措施，沒收所得後應返還被害人，若採淨利原則，是否意味著返還被害人的是遭扣除成本之數額？

再者，犯罪成本該如何認定？又是另一難題。例如一擄人勒贖行為人，將被害人擄來之後，拘禁期間每日供食被害人與看守共犯便當，購買便當之花費是否屬於犯罪成本？對看守的共犯而言，即使不看守被害人也一樣要用餐，能否將其便當的花費當成犯罪成本？看守無聊時所飲用之煙酒，是否亦屬犯罪成本？這些提問皆顯示犯罪成本認定上的難處²⁷。若採淨利原則，則前述的兩階段計算法將增加認定「犯罪成本」階段，而成「三階段計算法」。只是，有認為界定與調查犯罪成本之困難，並不是只在採取淨利原則時才會存在，而是在採取總額原則並且貫徹罪責原則的時候一樣會存在，因為在採取總額原則的時候，法院仍舊有必要調查犯罪成本的

²⁴ 薛智仁，非法經營銀行業務罪之犯罪所得－兼論犯罪所得沒收之分析（上），月旦法學教室，149期，2015年3月，68頁。

²⁵ 薛智仁，註6文，1353頁。

²⁶ 薛智仁，註6文，1353頁。

²⁷ BT-Drs 12/1134, S. 12; LK/Schmidt, StGB, § 73 Rn. 4; Eberbach, Zwischen Sanktion und Prävention – Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung nach dem StGB, NSTZ 1987, S. 491.



多寡，始能判斷合併論知主刑及沒收犯罪所得是否符合罪刑相當原則²⁸。換言之，主張總額原則同樣會面臨認定犯罪成本難題，仍然是建立在沒收犯罪成本即屬刑罰的看法之上。

綜合以上，所有對於總額原則適用上的質疑皆是立基於沒收犯罪成本即生刑罰效果的理解，進而以刑罰看待利得沒收，只是，能否因將犯罪成本沒入國庫即能直接將其認定為刑罰，仍有疑問。在深究沒收犯罪成本是否使利得沒收具有刑罰性質，並能據以將利得沒收看作是刑罰之前，有鑑於我國沒收制度²⁹仿效自德國沒收制度，應先了解德國利得沒收相關規定之沿革，尤其關於利得沒收範圍之規定，從初立法時採行淨利原則，後修法轉而採納總額原則，其間緣由和影響，可供進一步探討利得沒收性質之參考。

二、德國關於利得沒收範圍規定之沿革

德國關於利得沒收的立法討論，早從十八、十九世紀即開始，當時主要集中於探討賄賂所得之追討³⁰。其後也曾在部分邦聯刑法典中見到一般性的追討利得規定，如 1850 年的圖林根邦國刑法典、1841 年的黑森大公國刑法典³¹。在 1975 年於德國刑法典中制定一般性的沒收規定之前，則於分則中散見沒收規定，如舊德國刑法（1872 年 1 月 1 日至 1974 年 12 月 31 日）的第 335 條³²—沒收賄賂之規定³³。除此之外，有關沒收的規定還是最常見於附屬刑法之中，其後在 1975 年制定一般性的沒收規定後，這些附屬刑法中的沒收即顯得多餘，遂透過德國刑法施行法的第 15 條使其失效³⁴。除此之外，若要剝奪行為人犯罪之對價或利潤，得依德國舊刑

²⁸ 薛智仁，註 24 文，69 頁。

²⁹ 林鈺雄，註 7 文，70 頁；新刑法第 5 章之 1 立法理由二、新刑法第 38 條立法理由四、新刑法第 38 條之 1 立法理由五、(一)、新刑法第 38 條之 2 立法理由二、四、新刑法第 38 條之 3 立法理由二。

³⁰ Güntert, a.a.O. (Fn. 21), S. 2.

³¹ Güntert, a.a.O. (Fn. 21), S. 3; Arnold, Verfall, Einziehung und Unbrauchbarmachung (§§ 73 bis 76a StGB), 2015, S. 17.

³² 舊德國刑法第 335 條：「犯第 331 至 334 條之罪，應為國家宣告沒收其賄賂所得或其價值。」
§ 335. In den Fällen der §§ 331 bis 334 ist im Urtheile das Empfangene oder der Werth desselben für dem Staate verfallen zu erklären.

³³ Güntert, a.a.O. (Fn. 21), S. 4.

³⁴ Güntert, a.a.O. (Fn. 21), S. 4.

法第 27b 條規定³⁵，透過罰金刑為之³⁶。

（一）1975 年規定－淨利原則

德國於 1975 年新制定沒收制度時，有關利得沒收範圍之規定為：第 73 條 (1) 正犯或共犯實行刑事違法行為，並為實行該行為或自該行為而獲得財產利益者，法院應對之宣告沒收。當被害人因前述行為而產生民事權利請求權，且該權利之行使將使得因該違法行為而所獲財產利益歸零或減少時，則無前句規定之適用。(2) 沒收宣告之效力及於衍生之利益或孳息。沒收宣告之效力亦得及於下列客體：正犯或共犯透

過轉讓其所得之特定標的所獲得之客體，或其因該特定標的遭毀損或剝奪而獲得之賠償，或根據其違法所得之特定權利而獲得之客體³⁷。沒收的客體是行為人因該違法行為而所獲得之財產利益（Vermögensvorteil）。在 1962 年所提出的沒收草案所規定的沒收客體是對價（Entgelt）與利潤（Gewinn）³⁸，並非財產利益，但受其對案（Alternativ-Entwurf）影響，以財產利益一詞取代對價與利潤，予以簡化，如此一來，法院將不需要花費多餘的氣力去說明所獲得的財產利益究竟是報酬還是利潤³⁹。由

³⁵ 1924 年 2 月 16 日至 1970 年 3 月 31 日，相關規定則是規定在德國舊刑法第 27c 條。

³⁶ Güntert, a.a.O. (Fn. 21), S. 10.

另，德國舊刑法第 27b 條：(1) 罰金刑應超過行為人為犯罪所得之報酬和從犯罪所獲之利潤。(2) 若法定罰金刑之上限仍不夠時，應超過其上限。

§ 27b: (1) Die Geldstrafe soll das Entgelt, das der Täter für die Tat empfangen, und den Gewinn, den er aus der Tat gezogen hat, übersteigen.

(2) Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so darf es überschritten werden.

³⁷ § 73. Voraussetzungen des Verfalls. (1) [1] Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr einen Vermögensvorteil erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. [2] Dies gilt nicht, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung den aus der Tat erlangten Vermögensvorteil beseitigen oder mindern würde.

(2) [1] Die Anordnung des Verfalls erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen. [2] Sie kann sich auch auf die Gegenstände erstrecken, die der Täter oder Teilnehmer durch die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder auf Grund eines erlangten Rechts erworben hat.

³⁸ BT-Drs IV/650 S. 242.

³⁹ BT-Drs V/4095 S. 39.



此脈絡以觀，對犯罪所得的計算係採扣除成本的淨利原則⁴⁰。對沒收之性質，雖有見其具備刑罰性質的說法⁴¹，但多認為是不具懲罰要素，而是補充民法和公法上財產規定的獨立法律效果⁴²—準不當得利之衡平措施⁴³，不過，自從將利得沒收成為一般性的總則規定後，單從數據上看，利得沒收在實務上完全不具效益⁴⁴。

（二）1992 年修法—總額原則

此次修正的改動不大，主要是將沒收客體「財產利益（Vermögensvorteil）」

修正為「有所獲得（etwas）」⁴⁵。如此改動，即是將沒收利得範圍從淨利原則改為總額原則⁴⁶。修正理由中認為應改採「總額原則」的理由，係因淨利原則必須確定行為人的成本而有礙於利得沒收要件之調查⁴⁷；且依據法秩序的整體體系來看，在剝奪淨利（Nettogewinnabschöpfung）時，淨額計算義務（Saldierungspflicht）也會出現評價矛盾（Wertungswidersprüchen）的情況⁴⁸。就修法前的實務判決來看，也逐漸有從淨利原則過渡到總額原則的傾向⁴⁹。再

⁴⁰ BGHSt 28, 369; NStZ 1996, 539; LK/Schmidt, StGB, § 73 Rn. 4; MüKoStGB/Joecks, StGB, § 73 Rn. 5; Jescheck/Weigend, AT, § 76 I 3, S. 791.

我國有文獻認為，德國 1975 年舊刑法採行扣除成本的淨利原則，係因犯罪成本仍是行為人以其財產所支出，如不扣除成本而加以沒收，就成本部分之沒收，無異形同刑罰一般，已屬以剝奪犯罪行為人之財產權作為懲罰的內容，故沒收成本即具刑罰性質，應受罪責原則的限制，請見：王皇玉，註 8 文，1641 頁。只是這一點「若採行總額原則則沒收具刑罰性質，故採淨利原則」的考量在德國刑法 1962 年修正草案（Entwurf eines Strafgesetzbuchs, E 1962; BT-Drs IV/650 S. 242）和之後真正通過並於 1975 年實施之立法草案（2. StrRG; BT-Drs V/4095 S. 39）中均未見提及。

⁴¹ Güntert, a.a.O. (Fn. 21), S. 15; Eberbach, a.a.O. (Fn. 27), S. 489.

⁴² Güntert, a.a.O. (Fn. 21), S. 17, 98.

⁴³ Eberbach, a.a.O. (Fn. 27), S. 489 f.

⁴⁴ Güntert, a.a.O. (Fn. 21), S. 99. 具體數據請參考：同書，S. 85. 相同看法：Eberbach, a.a.O. (Fn. 27), S. 490.

⁴⁵ § 73. Voraussetzungen des Verfalls. (1) [1] Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. [2] Dies gilt nicht, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.

⁴⁶ BT-Drs 12/1134, S. 12.

⁴⁷ BT-Drs 12/1134, S. 12; LK/Schmidt, StGB, § 73 Rn. 4; Eberbach, a.a.O. (Fn. 27), S. 491.

⁴⁸ BT-Drs 12/1134, S. 12.

⁴⁹ BT-Drs 12/1134, S. 12; LK/Schmidt, StGB, § 73 Rn. 6.

從德國民法第 817 條⁵⁰ 第 2 句來看：「對被禁止的交易行為所為之投資，應告終局喪失」，此於利得沒收亦應有適用之餘地，因此，利得沒收應該是所獲得之總和⁵¹。從此之後，雖然實務仍維持修法前對於沒收性質的認定－獨立於刑罰與保安處分外的獨立法律效果⁵²，但文獻中對於沒收性質的質疑，卻越發激烈⁵³，認為沒收的性質因改為總額原則而轉變為具有類似刑罰性質，理由是沒收犯罪成本而使行為人承受惡害⁵⁴，進而認為必須在沒收成本之部考量罪責原則⁵⁵，甚或必須與行為

人所面臨的刑罰一同考量⁵⁶。尚須進一步說明的是，德國此時的沒收法制設計上並非先沒收而後發還被害人，依照當時德國刑法第 73 條第 1 項規定：「正犯或共犯實行刑事違法行為，並為實行該行為或自該行為而有所得者，法院應對之宣告沒收。當被害人因前述行為而產生民事權利請求權，且該權利之行使將剝奪正犯與共犯因該違法行為而有所得之同額價值時，則無前句規定之適用。⁵⁷」換言之，若有民事權利請求權之潛在被害人存在之時，則法院無法宣告沒收，此條款被稱為沒收之「掘

⁵⁰ § 817 (Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten)

[1]War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. [2]Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

⁵¹ BT-Drs 12/1134, S. 12.

⁵² BGHSt 47, 369; LK/Schmidt, StGB, § 73 Rn. 8.

⁵³ LK/Schmidt, StGB, § 73 Rn. 9 ff.

⁵⁴ LK/Schmidt, StGB, § 73 Rn. 9 ff.; Jescheck/Weigend, AT, § 76 I 5, S. 792.

⁵⁵ Lackner/Kühl, StGB, § 73 Rn. 4b; Fischer, StGB, § 73 Rn. 4a. 例如對無責任能力之行為人則須依淨利原則沒收。Vgl. Wittig, a.a.O. (Fn. 2), § 9 Rn. 10.

⁵⁶ 有稱其為「區分模式 (gespaltene Lösung)」，即區分為有無責任能力，若無責任能力，則採淨利原則計算沒收數額；若有責任能力，則沒收數額應與刑罰一起考量。Jescheck/Weigend, AT, § 76 I 5, S. 793. 中文文獻中介紹「應與刑罰一併考量」之主張，請參考：薛智仁，註 6 文，1353 頁以下。

⁵⁷ 譯文取自：何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等譯，德國刑法典，元照，2017 年 6 月。另須說明的是，此掘墓人條款已於 2017 年修法中遭刪除。



墓人 (Totengräber) 條款⁵⁸。根據此規定，德國文獻中探討應否沒收犯罪成本之時，應已無發還被害人之課題，故利得沒收之數額自然悉數沒入國庫，因而能直接將其視為是將犯罪成本沒入國庫，與罰金類似；但我國設計並非如此，而是先沒收後再行發還被害人⁵⁹，故能否將沒收犯罪成本直接視為是將行為人財產沒入國庫之類似罰金刑，不無疑問。

德國聯邦最高法院並不同意這些主張利得沒收因採行總額原則而轉而具有刑罰性質的說法，認為沒收成本僅是基於預防犯罪的考量⁶⁰。另外，由於認為利得沒收有刑罰性質，卻因利得沒收之前提係以不法行為為要件，而無受罪責原則拘束，致生憲法疑慮，對此，德國憲法法院亦不認為採行總額原則會有

憲法上的疑慮⁶¹。由此可知，對於利得沒收性質的認定，德國學界與實務的看法分歧。

(三) 2017 年修法－強化總額原則

德國於 2017 年 4 月間通過沒收新制，並於同年 7 月開始施行⁶²。此次沒收修法的目的是為了簡化沒收與保全之規定，使後續得以沒收財產。除此之外，新法以沒收事後發現之財產、承認事後獨立沒收、放寬犯罪所得的擴大沒收及增訂財產來源不明之沒收來填補舊法的漏洞。且將《歐盟保全與沒收工具與犯罪所得之指定⁶³》轉化成德國內國法⁶⁴。此次修正涵蓋德國刑法、刑事訴訟法與其他特別法的修正，修正條文總計高達百餘條，相較於 1992 年的修正，可謂是德國沒收制度的翻新⁶⁵。其中第 73 與 73d 條是針對沒收犯罪所得

⁵⁸ BGHSt 45, 235 Rn. 53，相關譯介請參考：許絲捷，第三人利得沒收－德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 45, 235 譯介，收錄於：《沒收新制（二）－經濟刑法的新紀元》，元照，2016 年 9 月，511 頁以下。

⁵⁹ 我國刑法第 38 條之 1 第 5 項規定：犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。

⁶⁰ BGHSt 47, 369.

⁶¹ BVerfG NJW 2004, 2073.

⁶² 具體立法進程請參見德國國會網頁：<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/761/76162.html>（最後瀏覽日期：2017 年 7 月 12 日）

⁶³ 歐盟 2014/42/EU 沒收指令，Richtlinie über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der EU.

⁶⁴ BT-Drs. 18/9525, S. 48.

⁶⁵ 甚至也不再區分利得沒收 (Verfall) 與一般沒收 (Einziehung)，從此以後 Verfall 一詞走入歷史。BT-Drs. 18/9525, S. 48.

範圍與計算之修正，目的是強化總額原則與具體化⁶⁶。德國新法第 73 與 73d 條翻譯如下：

第 73 條 正犯與共犯犯罪所得之沒收⁶⁷

- (1) 正犯或共犯由違法行為或為違法行為之所得，法院應沒收之。
- (2) 正犯或共犯自犯罪所得取得之利益，法院亦應沒收。
- (3) 正犯或共犯有以下情形之一者，法院亦得對之沒收：
 1. 由處分犯罪所得而取得之物，或犯罪所得遭毀損或剝奪而獲得之賠償；

2. 基於所取得之權利而取得之物。

第 73d 條 犯罪所得數額與估算⁶⁸

- (1) 認定犯罪所得價額時，應扣除正犯、共犯或他人之支出。但為實施犯罪或預備犯罪已支出或投資者，除為履行對被害人之債務而為給付外，不予扣除。
- (2) 犯罪所得之範圍與價額及應扣除之支出，得估算認定之。

1. 總額原則之強化

就利得沒收要件而言，更動幅度並不大，僅將舊法中的「自違法行為 (aus der Tat)」改為「由違法行為 (durch die Tat)」，藉以強調利得沒

⁶⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 55 f.

⁶⁷ § 73. Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern.

(1) Hat der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Einziehung an.

(2) Hat der Täter oder Teilnehmer Nutzungen aus dem Erlangten gezogen, so ordnet das Gericht auch deren Einziehung an.

(3) Das Gericht kann auch die Einziehung der Gegenstände anordnen, die der Täter oder Teilnehmer erworben hat

1. durch Veräußerung des Erlangten oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder

2. auf Grund eines erlangten Rechts.

⁶⁸ § 73d. Bestimmung des Wertes des Erlangten; Schätzung.

(1) [1] Bei der Bestimmung des Wertes des Erlangten sind die Aufwendungen des Täters, Teilnehmers oder des anderen abzuziehen. [2] Außer Betracht bleibt jedoch das, was für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung aufgewendet oder eingesetzt worden ist, soweit es sich nicht um Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat handelt.

(2) Umfang und Wert des Erlangten einschließlich der abzuziehenden Aufwendungen können geschätzt werden.



收之準不當得利性質⁶⁹。按此，依不當得利的基本原則來看，只要犯罪行為與利得之間存有因果關連即可，實際上擴大了利得的認定範圍⁷⁰。修法前，德國聯邦最高法院刑事第 5 庭認為依「自違法行為 (aus der Tat)」的文義來看，違法行為與犯罪所得之間，應存有「直接 (Unmittelbarkeit)」關連，而成為舊法利得沒收規定的不成文構成要件要素⁷¹；然而修法後，不只可沒收直接從違法行為而得的利益，還包括間接透過違法行為而得之利益亦得沒收⁷²。如此變動，一方面是為了符合歐盟指令之規定⁷³，另一方面，

也算是對德國聯邦最高法院刑事第 5 庭發展出限縮利得沒收之不成文構成要件要素—直接關連性—作出回應⁷⁴。

2. 總額原則之具體化

除此之外，本次藉第 73d 條第 1 項之規定將總額原則具體化，強調德國民法第 817 條⁷⁵第 2 句之意旨：任何故意之違法投資，必終局喪失 (Was bewusst in Verbotenes [=rechtswidrige Tat] investiert wird, ist unwiederbringlich verloren.)⁷⁶。立法理由中說明犯罪所得的計算方式採兩階段計算⁷⁷：第一階段，純粹從對標的物的觀察方法來確定第 73 條第 1 項

⁶⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 55.

⁷⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 62.

⁷¹ BGHSt 47, 260, 268 f.

⁷² BT-Drs. 18/9525, S. 55.

⁷³ 歐盟 2017/42/EU 沒收指令第 2 條第 1 款：「直接或間接由犯罪取得之任何經濟利益 (jeder wirtschaftliche Vorteil, der direkt oder indirekt durch eine Straftat erlangt wird)」。

⁷⁴ BT-Drs. 18/9525, S. 55. 其實對利得沒收範圍的看法，德國聯邦最高法院各刑庭間的看法並不一致，相對於第 5 庭認為違法行為與利得之間必須要具備直接關連，而主張較為限縮的看法，第 1 庭則較為寬鬆，認為只要行為人 (正犯與共犯) 或第三利得人在犯罪的任一階段直接從實現構成要件而獲有利益者，全部利益皆得剝奪，再藉過苛條款予以調節即可，請參見：BT-Drs. 18/9525, S. 47. 進一步地說明請見：Rönnau/Begemeier, Grund und Grenzen der Bruttoeinzahlung - Zur Gestaltung der Bruttoabschöpfung anlässlich der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, GA 2017, S. 2.

⁷⁵ 德國民法第 817 條：給付之目的，因受領人之受領而違反法律之禁止或善良風俗者，受領人負返還之義務。給付人對此違反，亦應負責者，不得請求返還，除非給付是為履行債務者；為清償此種債務而履行之給付，不得請求返還。

⁷⁶ BT-Drs. 18/11640, S. 79; BT-Drs. 18/9525, S. 55; vgl. dazu BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 – 1 StR 166/07 – BGHSt 52, 227-257, Rn. 101.

⁷⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 67. 犯罪所得兩階段計算法原係德國聯邦最高法院第 5 庭所採之計算方式，因此，有認為草案採納第 1 庭對違法行為與獲利間因果關係的看法，但為避免沒收過度，故採納第 5 庭兩階段計算法來避免，請見：Rönnau/Begemeier, a.a.O. (Fn. 74), S. 4. 我國介紹兩階段計算法之文獻，請見：林鈺雄，註 7 文，86 頁；黃彥翔，註 7 文，3-6 頁。

所稱之犯罪所得，從而犯罪所得係指行為人或第三人在實現構成要件之任一階段中所得之整體利益，且違法行為與不當得利之間不以具備「直接」因果關連為必要，僅具因果關連即足。第二階段，則依第 73d 條第 1 項規定考量應否扣除行為人的支出或對待給付。在第 73d 條第 1 項第 1 句先是規定應扣除正犯、共犯或他人之支出，但第 2 句復又明確規定犯罪成本的扣除禁止（Abzugsverbot）－為實施犯罪或預備犯罪已支出或投資者，除為履行對被害人之債務所為之給付外，不予扣除⁷⁸。由此看來，第 73d 條第 1 項顯然是將總額原則之適用予以明確化。有質疑草案設計了扣除規定是揚棄總額原則⁷⁹，這樣的看法是罔顧第 1 項第 2 句禁止扣除成本之規定，事實上，犯罪成本扣除禁止才是總額原則的核心（Kern des Bruttoprinzips）⁸⁰。以販毒為例，並不扣除購入毒品或其他諸如運送費用等為了販毒所花費之開銷，而沒收全部的販

毒所得⁸¹。犯罪成本扣除禁止於第三人利得沒收時亦有適用，如建設公司員工以行賄的方式為公司獲得工程契約，獲利的建設公司所支出的人事與原料花費並非是為實施犯罪之支出，故應予扣除，至於賄賂金額則是為實施行賄犯行之支出而不得扣除⁸²。

另一方面，第 73d 條第 1 項第 2 句之犯罪成本扣除禁止又有例外，即第 2 句後段－為履行對被害人之債務所為之給付，應予扣除。此必須是行為人已實際給付，且是基於合法、有效之債務而為給付，若是無效契約，則仍不得扣除⁸³。該債務有效性之認定是在主程序終結之時⁸⁴。以行為人施用詐術而締結之契約為例，由於該契約仍是合法有效的民事契約，僅是可撤銷而非自始無效，故在主程序終結之時，契約仍是有效而行為人已對待給付者，應扣除行為人對被害人之實際對待給付，因行為人所投資的並非是一違法行為，而是一有效卻得撤銷之契約⁸⁵；反之，若該契約

⁷⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 68.

⁷⁹ BT-Drs. 18/11640, S. 76.

⁸⁰ BT-Drs. 18/11640, S. 79.

⁸¹ BT-Drs. 18/9525, S. 68.

⁸² BT-Drs. 18/11640, S. 80.

⁸³ BT-Drs. 18/11640, S. 81.

⁸⁴ BT-Drs. 18/11640, S. 81.

⁸⁵ BT-Drs. 18/9525, S. 68.



在程序進行中已遭撤銷，則行為人之給付並非是基於合法債務而為之給付，故無法扣除而應沒收全部獲利⁸⁶。又若行為人實際上並無給付，自不符合扣除禁止之例外⁸⁷。再者，扣除禁止之例外僅針對個人法益之犯罪，如詐欺，而不包括像環境犯罪、內線交易或操縱市場等侵害集體法益之犯罪⁸⁸。舉例來說，行為人佯稱手工高級地毯，實際卻是工廠大量製造的廉價地毯，或調降汽車里程表來提高汽車賣價之詐騙行為，雖然債務之產生是因行為人之詐騙行為，但行為人購買工廠製造地毯或購入二手車之成本，並非是投入違法行為，故仍得依第 73d 條第 1 像第 2 句後段予以扣除⁸⁹。附帶說明，行為人用來欺騙被害人金錢交易之詐欺物，是用以實施詐欺罪之犯罪工具，得依德國新修正之第 74 條規定，以犯罪物名義沒收⁹⁰。

最後，由於本項規定是將德國民法第 817 條第 2 句不當得利之法思維

於刑事利得沒收具體化，故比照德國民事實務對不法給付之不當得利的限制性解釋，扣除禁止條款應受到行為人主觀（故意）限制⁹¹，只有在行為人明知並有意為實施或預備犯罪所支出或投入的成本，才不扣除⁹²，換言之，過失犯罪之犯罪成本可得扣除⁹³。

綜合以上，德國沒收新法下的利得沒收範圍，相較於修法前清楚許多，除使沒收犯罪成本之總額原則更為明確具體外，並參酌民法不當得利規定之法思維，使沒收的準不當得利之性質更加鮮明。修法後對德國實務操作而言，是否如立法目的所希望地易於適用，學界對其又有何看法，仍待觀察。只是就利得沒收性質的認定，德國立法者希冀藉由強化沒收制度中不當得利性質以彰顯其準不當得利衡平措施之性質，但似乎仍無法改變德國學界認為利得沒收因採總額原則來認定沒收利得範圍而帶有刑罰性質的看法⁹⁴。

⁸⁶ BT-Drs. 18/11640, S. 81.

⁸⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 68.

⁸⁸ BT-Drs. 18/11640, S. 80 f.

⁸⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 68.

⁹⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 68.

⁹¹ 雖有認為增加主觀限制來劃定沒收範圍是正確的，但是仍質疑，此主觀限制並未考量到重大過失（grobe Fahrlässigkeit）的情況，且於行為人主觀上發生錯誤時，又該如何處置？Vgl. Rönnau/Begemeier, a.a.O. (Fn. 74), S. 14 ff.

⁹² BT-Drs. 18/9525, S. 68.

⁹³ BT-Drs. 18/11640, S. 79.

⁹⁴ 詳請見：Gebauer, Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, ZRP 2016, S. 102.

三、小結

德國自從 1975 年將利得沒收總則化後，初始採行淨利原則後轉為總額原則，並在最新修法中強化總額原則的內涵，明確規範沒收利得之範圍。由德國利得沒收之發展可看出，即便在學者強烈質疑採行總額原則的利得沒收制度，因沒收犯罪成本而具有類似刑罰性質之下，德國立法者仍堅採總額原則，且並不認為利得沒收具刑罰性質，而是一準不當得利之衡平措施。顯然利得沒收性質之爭並無法因德國新法將利得沒收範圍予以明確化而休止。反觀我國利得沒收制度，就規定本身來看，未如德國新通過之沒收規定明確利得沒收範圍，但透過學理介紹，已採納犯罪利得兩階段計算法，基本上可謂與德國計算利得範圍方式相同。由上述德國利得沒收規定沿革可知，就利得沒收範圍而言，顯然應採總額原則。進一步的疑問是：是否只要沒收犯罪成本即會使得利得沒收具刑罰性質？

參、採行總額原則之利得沒收性質

就利得沒收範圍而言，應採總額

原則方能符其制度目的與內涵。然因依總額原則應沒收犯罪成本，有認為此將原屬行為人財產之犯罪成本遭沒入國庫，與罰金無異，而致利得沒收有刑罰性⁹⁵。對此看法，德國實務判決曾作出回應，肯認立法者看法，認為利得沒收係一準不當得利之衡平措施，不具刑罰性質。德國學界與實務對利得沒收性質看法分歧之情況，與德國拘束人身自由之保安監禁處分是否屬刑罰而應受罪刑法定原則拘束之爭議有相類之處，德國政府認為保安監禁屬保安處分而非刑罰，後歐洲人權法院除針對成員國相關沒收規定有無歐洲人權公約第 6 條公平審判原則之適用，若利得沒收係一刑事控訴的話，則有歐洲人權公約第 6 條公平審判、無罪推定等原則之適用，故須探討該利得沒收規定之性質。另有判決實質觀察保安監禁與刑罰之異同，以認定保安處分是否具備刑罰性質，此觀察方式於利得沒收性質爭議上，應有師法之處。以下擬先介紹德國實務判決以及歐洲人權法院對利得沒收性質之看法，後師法歐洲人權法院判決之理來實質觀察以探究利得沒收是否具刑罰性質。

⁹⁵ 黃宗旻，註 3 文，2 頁以下；林臻嫻，註 3 文，4 頁；朱石炎，註 3 文，2 頁；薛智仁，註 6 文，1353 頁；LK/Schmidt, StGB, § 73 Rn. 9 ff.; Jescheck/Weigend, AT, § 76 I 5, S. 792; Lackner/Kühl, StGB, § 73 Rn. 4b; Fischer, StGB, § 73 Rn. 4a.



一、德國聯邦最高法院判決 BGHSt 47, 369⁹⁶

德國聯邦最高法院在本案中明確表態：即便適用總額原則，利得沒收之性質仍非刑罰，而是一個獨立措施，這一點，可由立法者客觀上所呈現的意志、體系地位、法條文義及相關的程序法規定推導而出⁹⁷，並不會因採行總額原則而生質變⁹⁸。且利得沒收並未以故意犯罪行為或一般個人可非難的犯罪行為為前提，而是以構成要件該當且具備違法性的不法行為為前提，顯見其與刑罰所要求之成立要件不同⁹⁹。另外從利得沒收之目的以觀，沒收犯罪成本有助於實現預防目的－預防以利益為導向的犯罪行為，若僅沒收犯罪淨利，則從事犯罪行為將不具風險，這一點從德國

立法者援引德國民法第 817 條第 2 項之法思維時，即將此預防目的列入考慮¹⁰⁰。沒收犯罪成本的正當性不是在於對於既得（wohlerworben），而是對因先前不法行為而遭非難之財產所採取的處置措施，因而並未涉及制裁或應報，且因利得沒收不以罪責為前提，故無法且也不應該有助於衡平罪責之效果¹⁰¹。既然利得沒收無罪責原則之適用，由於沒收犯罪成本終究還是影響到行為人的財產，只是，犯罪成本並不在基本權之保護領域¹⁰²，若利得沒收對行為人造成過度負擔，而有違反過度禁止原則時，則德國（舊）刑法第 73c 條所定之過苛調節條款¹⁰³，已能提供平衡調節避免過度負擔¹⁰⁴。德國聯邦最高法院透過以上看法回應學界認為沒收犯罪成

⁹⁶ 本判決中文翻譯，請見：陳信安、王玉全，總額原則於利得沒收之適用－德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 47, 369 譯介，收錄於：《沒收新制（二）－經濟刑法的新紀元》，元照，2016 年 9 月，421-437 頁。

⁹⁷ 陳信安、王玉全，註 96 文，431 頁。

⁹⁸ 陳信安、王玉全，註 96 文，432 頁。

⁹⁹ 陳信安、王玉全，註 96 文，432 頁。

¹⁰⁰ 陳信安、王玉全，註 96 文，433 頁。

¹⁰¹ 陳信安、王玉全，註 96 文，434 頁。

¹⁰² 中文文獻請參考：陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，收錄於：《沒收新制（二）－經濟刑法的新紀元》，元照，2016 年 9 月，80 頁以下。學界有不同看法，認為犯罪成本亦屬財產權保護領域，從而進一步探討沒收犯罪成本對行為人造成的財產權干預是否符合比例原則，詳細論述請見：Rönnau/Begemeier, a.a.O. (Fn. 74), S. 5 ff. 該文作者最後肯認對投資不法的財產給予較低程度的保護，而承認此屬立法者立法形成空間。

¹⁰³ 新法中的過苛調節原則已自實體法刪除，而修訂於程序法中，以避免無法沒收之後才發現之財產，如此修訂之緣由，礙於篇幅，無法詳加說明。請參見：BT-Drs. 18/9525, S. 57.

¹⁰⁴ 陳信安、王玉全，註 96 文，436 頁。

本之總額原則使得利得沒收具有刑罰性質之批評。德國聯邦憲法法院也在針對擴大沒收之判決 BVerfGE 110, 1¹⁰⁵ 中對利得沒收具有刑罰性質的看法作出回應：聯邦憲法法院先基於立法史及體系來肯認利得沒收係一獨立措施，再由立法者立法時參考了民法不當得利規定來看，認為立法者「援引民法第 817 條第 2 句規定，是基於拒絕提供法律保護之想法，僅是在禁止受利得沒收命令所干預之人享有法律上優惠，且接受民法不當得利法中所存在的風險分配，但並無意創設一個新的處罰性法律效果。¹⁰⁶」

由此看來，顯然德國實務並不認為利得沒收具有刑罰性質，自無罪責原則之適用。

二、歐洲人權法院判決 Walsh v. The United Kingdom¹⁰⁷

本案申訴人與其他共同被告遭控詐欺罪，於 2003 年 6 月 13 日被宣告無罪，但嗣後申訴人於同年 7 月 2 日收到資產回復局（Assets Recovery Agency）傳票，指稱申訴人於 2001 年為他的律師買房子的 70,250 英鎊和銀行帳戶中的 5,969.10 英鎊是犯罪利得法（The Proceeds of Crime Act 2002, POCA）中所規定的不法行為之收益，故應繳出。申訴人主張此沒收利得之性質並非是「民事」處置，而是「刑事」處置，故有歐洲人權公約第 6 條第 1 及 2 項¹⁰⁸ 公平審判原則之適用。英國高等法院及北愛爾蘭上訴法院先後駁回其上訴，依「Engel 標準¹⁰⁹」，該犯罪利得法是民

¹⁰⁵ 連孟琦，擴大利得沒收之合憲裁判－德國聯邦憲法法院裁定 BVerfG 2 BvR 564/95 (BVerfGE 110, 1) 譯介，收錄於：《沒收新制（二）－經濟刑法的新紀元》，元照，2016 年 9 月，459-495 頁。

¹⁰⁶ 連孟琦，註 105 文，484 頁。

¹⁰⁷ EGMR „Walsh v. The United Kingdom “, v. 21.11.2006, Nr. 43384/05. 中文文獻中進一步的介紹，請見：尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換－以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法律學系碩士論文，2011 年 7 月，79-80 頁；黃士元，企業犯罪不法利得剝奪之研究－評「法務部刑法沒收部分條文」修正草案暨修法建議，司法新聲，100 期，2011 年 10 月，33 頁。

¹⁰⁸ 歐洲人權公約第 6 條第 1 項：在決定某人的公民權利與義務或在決定對某人的任何刑事罪名時，任何人有權在合理的時間內受到依法設立的獨立與公正的法庭之公平與公開的審訊。判決應公開宣布，但為了民主社會中的道德、公共秩序或國家安全的利益，而該社會中為了少年的利益或保護當事各方的私生活有此要求，或法院認為在其種特殊的情況下公開將有損於公平的利益而堅持有此需要，可以拒絕記者與公眾旁聽全部或部分的審判。

第二項：凡受刑事罪的控告者在未經依法證明有罪之前，應被推定為無罪。

¹⁰⁹ Engel 標準是歐洲人權法院於 Engel And Others v. The Netherlands (v. 8.6.1976, Nr. 5100/71, 5101/71, 8102/71, 5354/72, 8370/72, Series A, 22) 一案中所確立之標準，用以判斷訴訟程序是否屬歐洲人權公約中所指的「刑事」程序。中文文獻的介紹，請見：Satzger 著，王士帆譯，國際刑法與歐洲刑法，元照，2014 年 4 月，§ 11 Rn. 59（第 11 章邊碼 59）。



事程序，並未使人有任何犯罪紀錄，其目的也不再使人為犯罪而承擔像拘禁或罰金之處罰，而是在企求回復被告因犯罪行為所獲之財產，性質為對物訴訟。後歐洲人權法院表示，是否構成刑事指控，應依 Engel 標準檢視系爭程序在內國法中的分類、該控訴之本質及被告遭受之處罰來認定。英國犯罪利得法係被定位為民事程序，其要件及程序與（詐欺）訴訟程序不同，目的並非是為了處罰或威嚇，而是在收回不屬於被告之非法財產，本質上並不具懲罰性質，雖然利得沒收會涉及大筆金額，但涉及的金額本身是無法決定訴訟程序性質。

透過判決，歐洲人權法院同意當利得沒收的目的不在於處罰或威嚇，而是在於回復財產秩序時，不具懲罰性質。

三、從歐洲人權法院判決 M v. Germany¹¹⁰ 思考我國利得沒收性質

本判決係針對德國 1998 年修改保安監禁期間限定規定，此一修正有溯及

既往的適用，探討此一修正是否有違反歐洲人權公約第 7 條第 1 項所保障「所受刑罰不得重於犯罪時所適用之刑罰」¹¹¹之權利。歐洲人權法院認為某一措施是否屬於刑罰的認定，必須跳脫內國法之認定，而以該特定措施實質所造成的影響是否該當「刑罰」之內涵¹¹²。歐洲人權法院認為判斷某一個措施是否是公約第 7 條所稱之刑罰，應考慮以下要素（擇一即可）¹¹³：一、基於某一犯罪行為或至少因犯罪之故，遭判有罪之後，所緊接施加的措施；二、措施之性質與目的具有刑罰特性，例如：拘禁刑；三、內國法規定系爭措施具有刑事法性質；四、系爭措施是在刑事程序之訴訟範圍所科予者；五、制裁措施的嚴重程度，但是不能單憑嚴重程度做為單一標準就認為構成公約第 7 條的「刑罰」¹¹⁴。換言之，一個措施可以被認定為「刑罰」，必須是遭認定有罪之後，依據內國法的刑事程序所科予的，且該措施具有刑罰特性且該制裁措施會

¹¹⁰ EGMR „M v. Germany“, v. 17.12.2009, Nr. 19359/04. 中文節譯，請參見李建良，保安監禁規定之溯及既往案，司法院《歐洲人權法院裁判選輯（三）》，2013 年，802 頁以下。

¹¹¹ 一、行為時根據內國法或國際法並不構成刑事犯罪之行為，不應認為構成任何刑事犯罪，所受刑罰不得重於犯罪時所適用之刑罰。

¹¹² EGMR „M v. Germany“, v. 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 125.

¹¹³ 這是歐洲人權法院的一貫見解，始於 Welch v. U.K., no. 17440/90, Urt. v. 09.02.1995, Series A 307-A Rn. 28.

¹¹⁴ Satzger 著，王士帆譯，註 109 文，§ 11 Rn. 83（第 11 章邊碼 83）；s. auch EGMR „M v. Germany“, v. 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 120.

為被告帶來實質影響。就此，人權法院認為德國保安監禁制度與刑罰都同樣產生剝奪人身自由的結果，實際上保安監禁處分的決定與執行，雖是兩個不同的程序，但都在刑事法院系統中作成¹¹⁵，亦都在監獄中執行，僅是分屬不同分支罷了；並且德國監獄行刑法中僅有少數針對保安監禁的獨立規範，大部分都類推適用刑罰執行之規定¹¹⁶。另外，由於德國保安監禁制度僅能適用於某些重罪的累犯與慣犯者身上，就德國政府所主張的「以預防為目的」來看，並未設計出得以降低受保安監禁者的社會危險性之措施，也未設定在潛在危險性降低後的減少拘留期間之規定¹¹⁷。基於這些觀察，歐洲人權法院認為德國的保安監禁制度是「刑罰」¹¹⁸。

該案中，德國政府主張系爭保安監禁是保安處分，並非刑罰，但這樣的主張，在人權法院探察德國保安監禁制度後，認為雖稱是保安處分但其本質與刑罰無異，自有禁止溯及既往原則之適用。依此理，我國立法者雖稱沒收不法

利得並非刑罰亦非保安處分，而是一獨立的法律效果，但認為利得沒收具刑罰特質（Strafcharakter）¹¹⁹，或謂具有「類似刑罰（strafähnlich）」性質之論者，其理據為：若依總額原則而沒收不法利得之總額時，會將原屬於犯罪行為人財產之犯罪成本部分，亦予以沒收，此將造成對犯罪行為人財產的實質侵害，由此點以觀，似與罰金無異。換言之，沒收不法利得與罰金，俱是要求犯罪行為人繳交金錢予國庫，不應因立法者的主張，便旋即定性利得沒收為一獨立的法律效果，而自相關原則之拘束脫逸。只是，若依照歐洲人權法院在本案中觀察德國保安處分的幾個切入點來看，並無法以沒收犯罪行為人財產入國庫為由而驟然認定為刑罰，仍應細究利得沒收與刑罰之間之異同，方得定論。

由程序來看，依我國刑法第 40 條第一項規定：「沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之。」即不法利得沒收與刑罰原則上是在同一個程序，一併宣告，除有例外情況，方得單獨宣告

¹¹⁵ EGMR „M v. Germany“，v. 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 129.

¹¹⁶ EGMR „M v. Germany“，v. 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 127.

¹¹⁷ EGMR „M v. Germany“，v. 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 128 f.

¹¹⁸ EGMR „M v. Germany“，v. 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 133.

附帶說明，因該案敗訴後，德國保安監禁的相關規定於 2010 年 12 月 22 日通過修法，2011 年 1 月 1 日施行。

¹¹⁹ Fischer, StGB, § 73 Rn. 3.



沒收。換言之，即利得沒收與刑罰原則上是在同一個程序中被作成的，但是刑罰卻沒有像利得沒收一般，有例外的單獨宣告程序。

就實體要件而言，利得沒收是以不法行為為前提，但刑罰卻是除不法行為之外，行為人必須具有罪責之犯罪成立為要件，因刑罰是用作回應行為人所為犯罪之制裁。細究利得沒收以不法行為為前提之原因，利得係由行為人實行不法行為而生，基於立法目的在於徹底剝奪因不法行為而獲利益，故以不法行為為前提。由此以觀，相對於刑罰是在回應行為人所為之犯罪，利得沒收卻是針對因不法行為所生利益之處置，兩者所回應的客體不同，這也反應在不同的要件設計與審查體系上。

有關利得沒收範圍，相對於僅沒收犯罪所得淨利之淨利原則，採總額原則將致沒收原屬行為人財產之犯罪成本入國庫，而招致利得沒收具有刑罰性質的批評，換言之，依照質疑意見，若採總額原則將使利得沒收具刑罰性質，反

之，採淨利原則則因僅將因不法行為所得之淨利沒入國庫，而與罰金有異，故不具有刑罰性質¹²⁰。只是，被宣告沒收之利得，真是悉數全沒入國庫嗎？查利得沒收之目的除了徹底剝奪不法利得之外，尚有企求重新回復合法財產秩序¹²¹，故在探討沒收利得全額的總額原則是否使利得沒收具備刑罰性時，亦應考量到沒收程序中發還被害人所受損害之環節。計算利得沒收數額時，依我國刑法第 38 條之 1 第 5 項：「犯罪所得已實際合法發還被害人，不予宣告沒收或追徵。」一旦利得已實際發還被害人後，行為人也就不再享有從犯罪取得之利得，因此，發還被害人已經實現利得沒收規範目的，國家便無庸向行為人宣告利得沒收¹²²，故立法者藉此項確定優先保障被害人因犯罪所生之求償權¹²³。即便在沒收宣告確定後，已經沒收到國庫的財產標的，事後也可能再發還被害人（事後發還）¹²⁴，因此，被害人不會因沒收宣告而被阻礙求償權的實現，甚至可因不法利得已經在國家公權力的支配

¹²⁰ 然而亦有認為採淨利原則的利得沒收具有刑罰性質，請見：Güntert, a.a.O. (Fn. 21), S. 15; Eberbach, a.a.O. (Fn. 27), S. 489.

¹²¹ 新刑法第 2 條立法理由一、(二)。

¹²² 王士帆，犯罪所得優先發還被害人，收錄於：《沒收新制（一）—刑法的百年變革》，元照，2016 年 7 月，177 頁。

¹²³ 新刑法第 38 條之 1 立法理由六。

¹²⁴ 新刑法第 38 條之 1 立法理由六。

之下，使被害人求償權獲得保障，得以實現徹底剝奪不法利得及重新回復合法財產秩序之雙重目的¹²⁵。綜合以上，我國利得沒收，除了行為人已實際發還被害人利得而得在計算沒收數額時扣除之外，因沒收之後亦可能再發還被害人利得，故係一先沒收後發還之（獨立）措施，從而探討利得沒收範圍之認定應併同發還一同考量，方得利得沒收制度之全貌。

若在計算利得數額時，採行不沒收成本的淨利原則，那麼後續發還被害人之時，是否應扣除犯罪成本發還被害人？對被害人而言，不僅遭受侵害，反需支付行為人犯罪之成本，並不合理。講白些，羊毛出在羊身上，既然是從羊身上剝下來的羊毛，自應將全部羊毛還給羊¹²⁶，因此，即便是採行淨利原則，無論是宣告沒收前，抑或是宣告沒收後，若有被害人求償時均仍須返還利得全額。如此一來，從行為人的角度來看，實施不同犯罪的行為人將因採行淨利原則之利得沒收制度而有不同的結果。由於發還之被害人除應具有民法請求權人身份¹²⁷之外，亦須是其具體法

益因行為人所為之不法行為而遭受侵害之人，故若行為人所犯的是有被害人之犯罪－如純粹攻擊個人財產法益的犯罪－時，應發還被害人全額；若行為人所犯的是完全不涉及個人保護的公共利益犯罪－如賄賂，則因無關個人法益遭受侵害，並無（具體）被害人存在，故無發還被害人之環節¹²⁸。對照之下，實施侵害個人之犯罪而獲利之行為人，因須發還被害人利得全額，以致無法像實施無涉個人保護之犯罪行為人一樣，依採淨利原則之利得計算而得以保有犯罪成本。由此看來，採行淨利原則將導致部分行為人的犯罪成本仍因須返還被害人全額而遭剝奪，反倒實施無被害人犯罪之行為人卻仍能保留犯罪成本，尤其大多數無被害人需返還利得之犯罪係屬於對公共利益的侵害，危害更甚。對行為人而言，若採行淨利原則來計算利得數額，雖犯罪成本因發還被害人而最終並未沒入國庫，但行為人所關注的是最終利得數額計算多寡，並非是否沒入國庫，因此，由於實施有或無被害人的不同犯罪而導致遭剝奪利得範圍不同之差別情況，不甚合理。相對於此，若採總

¹²⁵ 林鈺雄，註7文，101頁；王士帆，註122文，177頁。

¹²⁶ 王士帆，註122文，187頁。

¹²⁷ 有關被害人與民法請求權間之深入說明，請參見：王士帆，註122文，179頁以下。

¹²⁸ 王士帆，註122文，183頁。



額原則來計算利得數額，無論實施何種犯罪，行為人皆無法保有犯罪成本。進一步說，若採總額原則，無論在宣告沒收前實際發還被害人利得，抑或是宣告沒收後發還被害人，又或者被害人放棄其求償權等情況，行為人皆無法保有犯罪成本，而不致生不同犯罪間之利得認定範圍不同，而是全數一律以利得總額計算。同時亦因以被害人求償權優先，在個別情況下，沒入的犯罪成本是為償還被害人，而非遭國家沒收，因此，依照總額原則來計算沒收利得數額並不一定等於是將原屬行為人之犯罪成本沒入國庫，從而使利得沒收帶有刑罰性質。

綜合以上觀察，若採淨利原則，實施侵害個人或公共利益之不同犯罪行為人之間，會造成或有、或無保有犯罪成本之差別結果；相對地，若採總額原則，雖沒收利得數額之全部，但也並非所有的犯罪成本均沒入國庫。因此，基於犯罪成本沒入國庫而認定利得沒收帶有刑罰性質的主張，並非是一般性地指所有利得沒收之情形，從而，沒收究竟一般性地具有刑罰性質還是僅在個案中具有刑罰性質，這一點即便是採行淨利原則都仍是有疑問的¹²⁹。論者所主張的「刑罰性質」是在不同個案中呈現

出的個別性質，難以肯認因採行總額原則而使得所有利得沒收案件均具備「刑罰」性質。在個案中因沒收利得總額而致犯罪成本遭沒收時，是否有類似刑罰的效果，這還應從發還被害人利得時須返還利得全額此點切入觀察，發還被害人利得全額時並未慮及行為人犯罪成本是否遭剝奪，由此可知行為人所投入的犯罪成本經犯罪行為而已轉為利得，故應返還被害人全額，自難謂利得中仍存「原屬」行為人財產之犯罪成本。由此可知，僅因採總額原則來計算利得範圍，導致沒收犯罪成本入國庫，因與罰金刑類似而具有刑罰性質的說法，還有值得斟酌之處。

另外，從法官裁量來看，雖然利得沒收與刑罰皆是由法官決定，但刑罰的裁量須受所犯犯罪之法定刑拘束，考量行為人所為之罪行惡性，再斟酌刑法第 57 條規定，方能定出宣告刑。利得沒收數額之裁量並非法律明定，而是視其利得多寡，這一點，從利得沒收之目的—徹底剝奪犯罪所得—即可推知，並且基於徹底剝奪利得，法官亦應宣告沒收利得全額而無審酌裁量空間，至多依刑法第 38 條之 2 第 2 項之過苛條款予以酌減或不宣告。就前述恐因沒收

¹²⁹ Güntert, a.a.O. (Fn. 21), S. 16.

犯罪成本而致利得沒收具有刑罰性質的部分，由於因沒收利得總額而致沒收成本，此遭沒收之成本數額亦非由法官於審判時決定，而是由行為人決定。換言之，利得沒收之數額，無論是獲利總額或是投入多少犯罪成本，均非由法官決定，而是由行為人自我決定¹³⁰，從而相較於法官裁定罰金數額而言，沒收犯罪成本之數額多寡卻是行為人之自我決定，並非由法官裁定。另一方面，觀察利得沒收過苛條款與量刑規定可知，於利得沒收時考量是否造成受宣告人無法生活等因素，係與之後的生活有關；而量刑規定考量犯罪之動機、目的與行為人，看的是過去的犯行，兩者考量因素亦不同。綜上所述，決定行為人所受之刑的是法官，但決定利得沒收數額多寡的是行為人自身，畢竟法官無法事後於審判中決定該犯罪利得多寡，更無法決定犯罪成本多寡，而與由法官依職權決

定數額之罰金不同。

仔細審究利得沒收與刑罰之間異同，除原則上是在同一程序中作成外¹³¹，從目的來看，刑罰是回應行為人所為的犯罪，而利得沒收卻是求徹底剝奪不法利得，並非針對犯罪本身；兩者成立前提亦不同，利得沒收以存在不法行為為要件，而不以罪責為要件，此亦因利得沒收並非在回應犯罪，而是企求藉由沒收利得來達到徹底剝奪不法獲利及回復合法財產秩序；關鍵的因犯罪成本沒入國庫而與罰金相似之主張，深究分別採行淨利原則與總額原則之不同情況可知，若採淨利原則，雖無原屬行為人之犯罪成本沒入國庫，但卻在發還被害人時，仍要返還連同犯罪成本之利得全額，雖非沒入國庫，但對行為人而言，亦是一種相對剝奪¹³²。總地說來，即便採行總額原則，亦不必然沒收犯罪成本入國庫，若採行淨利原則，也不見得

¹³⁰ 以前述《一、犯罪所得認定與計算》段落中所提販毒案為例，行為人購買頭等艙機票 5 萬元時，沒收淨利 30 萬元，而另一行為人購買廉航機票 1 萬元，遭沒收淨利 34 萬元。若採總額原則，兩人均沒收 50 萬元，但兩人遭沒收之犯罪成本雖數額不一，卻並非由法官決定沒收數額，而是在行為人犯罪之時決定投入之數額。

¹³¹ 依我國刑法第 40 條第 3 項：「第 38 條第 2 項、第 3 項之物、第 38 條之 1 第 2 項、第 2 項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」有獨立的單獨沒收程序，請見：我國刑事訴訟法第 455 條之 34 至第 455 條之 37。至於具體得以單獨沒收情況，請參考：林鈺雄，沒收之程序問題，收錄於：《沒收新制（二）－經濟刑法的新紀元》，元照，2016 年 9 月，351 頁以下。

¹³² 相對於實施無被害人犯罪之行為人能保有犯罪成本，有被害人而須返還利得全額之行為人無法保有犯罪成本，亦是一種剝奪。對因發還被害人利得全額而致行為人犯罪成本遭剝奪時，是否也需要在量刑上併同考量，未見主張應將因沒收犯罪成本而應併同刑罰考量者有相關說明。



會使得不同犯罪行為人之間的利得沒收均僅遭剝奪淨利而已，故難謂若採行總額原則的利得沒收一概具備刑罰性質。刑罰之裁量須受法定刑拘束，而利得沒收的範圍卻是利得全部，決定刑罰的是法官，決定利得沒收數額多寡者卻是行為人自身。職是之故，利得沒收與罰金並不相同，沒收犯罪成本應不致使利得沒收具有刑罰性質。

附帶一提，採淨利原則的利得沒收制度將會使得每個犯罪行為人所面臨的後果，因得否適用利得沒收制度而產生不合理的結果。除前述行為人因實施侵害個人或公共利益的犯罪，而致能否保有犯罪成本之不同外，犯罪行為人因是否得以適用採淨利原則的利得沒收制度，也會有不同的結果。從犯罪階段切入，若採淨利原則，無論因何種因素導致犯罪未遂，行為人未獲有利得時，自然無法依照利得沒收規定沒收利得，然而，對於未遂之行為人而言，亦有投入犯罪成本，但因無獲利而無法依照採淨利原則之利得沒收制度核定沒收之數額，導致無從依利得沒收規定自沒收利得中扣除犯罪成本不予沒收，使犯罪未遂之行為人無法透過利得沒收制度來保有犯罪成本；但若行為人因犯罪既遂而獲有利得時，則得以依採行淨利原則之利得沒收規定而保有犯罪成本。舉例來說，兩實施詐欺之行為人，分別為了實

施詐欺行為而有花費，但一人詐欺未遂，並未從詐欺行為中獲利，因而不得適用利得沒收規定計算沒收數額，致使無法依照淨利原則扣除成本計算利得的方式，保有投入犯罪之成本；但另一行為人詐欺既遂，因詐欺而有獲利，故得適用利得沒收之規定計算沒收利得數額，從而能夠保有投入實施詐欺之犯罪成本。兩相對照之下，從行為人角度來看整個利得沒收制度，若採淨利原則，犯罪既遂之人因既遂而有獲利時，得以適用利得沒收制度，反而能夠保有犯罪成本，但犯罪未遂者卻因未遂而無獲利，無由適用利得沒收制度而致徹底損失，如此一來，採行淨利原則之利得沒收制度無異鼓勵犯罪行為人犯罪務必既遂，除犯罪獲利外，就算被查獲遭沒收利得亦能保有犯罪成本；但利得沒收制度若採總額原則來計算沒收數額的話，無論是既遂或未遂，行為人皆無可能保有犯罪成本，較為合理。由此可知，與其爬梳犯罪成本在利得沒收制度中應否沒收，不如整體性觀察，行為人投入實施不法行為以侵害他人或公共利益之犯罪成本，無論是什麼情況皆應該被視為「沉沒成本」，利得沒收制度不應也不能成為使部分行為人得以保有犯罪成本之制度。

四、小結

從德國實務判決針對採總額原則

之利得沒收是否具有刑罰性質的看法可知，以德國立法者看法及體系設計來看，並以德國民法不當得利為出發點，認為利得沒收並未如刑罰一般，在回應行為人所為之行為，且投入不法行為之財產已不在財產權保護範疇之內，況有德國（舊）刑法第 73c 條過苛條款予以調節，故肯定利得沒收係一準不當得利之衡平獨立措施，而無刑罰性質。歐洲人權法院亦基於利得沒收之目的係為了回復因犯罪行為所獲之財產，而認為利得沒收並不具懲罰性質。最後，依循歐洲人權法院實質考量是否屬刑罰的角度來看我國利得沒收，與罰金相較，並非每件利得沒收均會將犯罪成本沒入國庫，且沒收之數額並非由法官裁定，而是由行為人決定投入犯罪成本多寡而定，故利得沒收應無刑罰性質，而係一準不當得利之衡平獨立措施。

肆、結語

利得沒收究竟是否具有刑罰性質，將連帶影響其他諸如是否有罪責原則之適用及能否溯及既往之議題，而這些問題的關鍵即在於：有文獻認為，若在不法利得範圍的認定上，採行總額原則將會沒收原屬行為人財產之犯罪成本，致使將行為人財產沒入國庫之結果，如此與罰金無異，故採行總額原則

之利得沒收具有刑罰性質。從德國立法上原先採淨利原則，後轉採總額原則之發展來看，除犯罪成本之多寡難以認定之理由外，德國立法者基於德國民法第 817 條有關違反法律或善良風俗之不當得利法理，透過修法強調其準不當得利之衡平性質，德國實務亦再三否定採總額原則之利得沒收具有刑罰性質之主張。再細究採總額原則之利得沒收與罰金之異同，除原則上在同一程序中作成外，罰金是為回應行為人之行為，故須具備罪責，但利得沒收是為求徹底剝奪因不法行為而獲之利得，故僅以存在不法行為為前提。且並非每件利得沒收均將犯罪成本沒入國庫，從而難謂採總額原則之利得沒收因將犯罪成本沒入國庫而具（一般性）刑罰性質，另外，沒收數額多寡亦非像罰金一般由法官裁定，而是視行為人決定投入成本多寡而定。總的說來，採行總額原則之利得沒收與罰金相異，故仍應視其為一準不當得利之衡平措施。

伍、參考文獻

- Arnold, Michaela: Verfall, Einziehung und Unbrauchbarmachung (§§ 73 bis 76a StGB), 2015, De Gruyter
- Eberbach, Wolfram H.: Zwischen Sanktion und Prävention – Möglichkeiten der



- Gewinnabschöpfung nach dem StGB, NStZ 1987, S. 486-492.
- Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch, 63. Aufl., München 2016, C.H. Beck
- Gebauer, Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, ZRP 2016, S. 101-104
- Güntert, Lothar: Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion, Diss, 1983, Köln
- Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1995
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., München 2014
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth /Tiedemann, Klaus (Hrsg.): Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl., Band 3, Berlin 2008
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus u.a. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 2. Aufl., München 2012
- Rönnau, Thomas / Begemeier, Moritz: Grund und Grenzen der Bruttoeinzahlung – Zur Gestaltung der Bruttoabschöpfung anlässlich der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, GA 2017, S. 1-19.
- Satzger 著，王士帆譯，國際刑法與歐洲刑法，元照，2014年4月。
- Wittig, Petra: Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., München 2017, C.H. Beck
- 王士帆，犯罪所得優先發還被害人，收錄於：《沒收新制（一）－刑法的百年變革》，元照，2016年7月，173-189頁。
- 王玉全，犯罪成本之沒收，收錄於：《沒收新制（一）－刑法的百年變革》，元照，2016年7月，153-172頁。
- 王皇玉，2015年刑事法發展回顧：刑法沒收制度之變革，臺大法學論叢，45卷特刊，2016年11月，1615-1648頁
- 朱石炎，評述刑法第二條第二項之修正－質疑修正沒收關於時之效力，司法週刊，1782期，2016年1月15日，2頁
- 何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等譯，德國刑法典，元照，2017年6月。
- 李建良，保安監禁規定之溯及既往案，司法院《歐洲人權法院裁判選輯（三）》，2013年，802-832頁。
- 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換－以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法律學系碩士論文，2011年7月。
- 林鈺雄，利得沒收新法之審查體系與解釋適用，收錄於：《沒收新制（一）－刑法的百年變革》，元

- 照，2016年7月，65-109頁
- 林鈺雄，沒收之程序問題，收錄於：
《沒收新制（二）－經濟刑法的新紀元》，元照，2016年9月，326-354頁。
- 林鈺雄，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，2014年12月1日，94-111頁。
- 林臻嫻，沒收新法－雷神索爾的戰錘，台灣法學雜誌，292期，2016年3月28日，1-8頁。
- 柯耀程，沒收法制修正之評釋，軍法專刊，62卷3期，2016年3月，1-22頁。
- 許絲捷，第三人利得沒收－德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 45, 235 譯介，收錄於：《沒收新制（二）－經濟刑法的新紀元》，元照，2016年9月，511-531頁。
- 連孟琦，擴大利得沒收之合憲裁判－德國聯邦憲法法院裁定 BVerfG 2 BvR 564/95 (BVerfGE 110, 1) 譯介，收錄於：《沒收新制（二）－經濟刑法的新紀元》，元照，2016年9月，459-495頁。
- 陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，收錄於：《沒收新制（二）－經濟刑法的新紀元》，元照，2016年9月，80-95頁。
- 陳信安、王玉全，總額原則於利得沒收之適用－德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 47, 369 譯介，收錄於：《沒收新制（二）－經濟刑法的新紀元》，元照，2016年9月，421-437頁。
- 黃士元，企業犯罪不法利得剝奪之研究－評「法務部刑法沒收部分條文」修正草案暨修法建議，司法新聲，100期，2011年10月，26-68頁。
- 黃士元，從適用論刑法第58條規定之存廢－兼評「沒收新法－雷神索爾的戰錘」幾點質疑，台灣法學雜誌，297期，2016年6月14日，1-23頁。
- 黃宗旻，新修正之刑法沒收相關規定的爭議問題，萬國法律，207期，2016年6月，2-14頁
- 黃彥翔，沒收新制下之犯罪所得－以兩階段計算法為中心，台灣法學雜誌，313期，2017年02月14日，1-12頁。
- 薛智仁，犯罪所得沒收制度之新典範？評析食安法第四十九條之一之修正，臺大法學論叢，44卷特刊，2015年11月，1327-1394頁。
- 薛智仁，非法經營銀行業務罪之犯罪所得－兼論犯罪所得沒收之分析（上），月旦法學教室，149期，2015年3月，60-69頁。