# 沒收之漏判及單獨宣告沒收之類推適用

## —以最高法院111年度台抗字第69號刑事裁定為中心

文／黃齡玉

上

## 壹 前言

刑法關於沒收之規定於民國104年12月30日、105年6月22日迭經修正公布，自105年7月1日施行。修正後之刑法第38條之3第1、2項規定，經判決諭知沒收之財產，雖於裁判確定時移轉為國家所有，但第三人對沒收標的之權利不受影響。故沒收物經執行沒收後，犯罪被害人仍得本其所有權，依刑事訴訟法第473條規定，於裁判確定後1年內聲請執行檢察官發還；又因犯罪而得行使請求權之人，如已取得執行名義，亦應許其向執行檢察官聲請就沒收物、追徵財產受償。然而，實務上如遇涉案事實繁複、求償者眾多及請求金額龐大之案件，如證券團體訴訟，民事訴訟審理程序耗日費時，若不能於1年期限內向檢察官聲請發還犯罪所得，恐導致被害投資人無法獲得實質賠償。為此，立法院於106年12月間三讀通過銀行法等8項金融法律（以下簡稱金融八法）之沒收規定，明定犯罪所得除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之。

其中，證券交易法第171條第6項先前於93年4月28日即已修正為：「犯第一項或第二項之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人、第三人或應負損害賠償金額者外，以屬於犯人者為限，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。」並因應上開刑法沒收規定與金融八法之修正，再度於107年1月31日修正公布第171條條文，其欲擴大發還之對象範圍及排除刑事訴訟法第473條之1年時效之立意固屬良善，但在最高法院108年度台上字第1725號判決[1]（此為最高法院依循大法庭制度，經徵詢程序後統一之法律見解）公告而統一見解前，實務見解對於「尚無法確認被告應賠償被害人或得請求損害賠償人之數額」前，是否得宣告沒收犯罪所得，迭生爭議，故多有出現賠償金額尚待民事判決確定，無從確認應從犯罪所得中扣除多少賠償金額，刑事庭法院因此依法無法宣告沒收犯罪所得之判決[2]。然而，此種刑事判決如已確定，究竟上開刑事判決中未諭知沒收之犯罪所得應如何沒收？如何救濟？檢察官是否得依刑法第40條第3項之規定單獨宣告沒收？即為實務上亟待討論及解決之事項。

## 貳 最高法院111年度台抗字第69號之本案緣由及主文與認定理由

### 一、本案緣由

緣臺南高分院102年度金上重訴字第114號判決雖判處被告違反證券交易法之罪刑確定，然因該判決理由欄載稱：被告等人所犯證券交易法第171條第2項、第1項第1款之罪之犯罪所得，因對被害人應負之損害賠償金額尚未確定，尚無從就被告等犯罪所得財物為沒收之宣告，故而檢察官經核閱該等被告民事事件卷宗確認賠償數額後，就上開被告應沒收之犯罪所得，依刑法第40條第3項之規定單獨向法院聲請沒收。一審法院[3]認為上開被告係經法院追訴、審判，經判處罪刑確定，非刑法第40條第3項所定得單獨宣告沒收之情形，駁回檢察官之聲請。經檢察官抗告至二審，二審法院[4]則依據單獨宣告沒收係為達到澈底剝奪犯罪所得之立法目的，並依據公平原則、被害人權益保障等理由，認為一審駁回檢察官之聲請難謂適法，而認檢察官抗告有理由，發回一審更為裁定。經被告二人聲請再抗告，而由最高法院於111年11月10日作成本案111年度台抗字第69號之刑事裁定。

### 二、主文

原裁定撤銷。檢察官在第二審之抗告駁回。意即撤銷二審駁回一審之裁定，因而肯認一審駁回檢察官單獨宣告沒收聲請之裁定，一審上開裁定故而確定。

### 三、認定理由

系爭判決，理由要旨如下：

（一）「刑法有關沒收規定迭經修正公布，自105年7月1日施行。修正後之現行刑法，因沒收已修正為具獨立性之法律效果，並非從刑，對於比較法上所謂非以定罪為基礎之特殊沒收，乃參考德國立法例，擴大單獨宣告沒收範圍，新增第40條第3項規定，針對特定被告之訴訟程序（即主體程序）無法進行之情形，直接以應沒收客體為訴訟標的進行訴訟程序（即真正客體程序），得以毋庸附隨本案裁判宣告沒收。而依該條項所定『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』之要件，並揆諸此次修正之立法理由所明白例示犯罪行為人因死亡、曾經判決確定、刑法第19條等事由受不起訴處分或不受理、免訴、無罪判決者；或因刑法第19條、疾病不能到庭而停止審判者及免刑判決者等事由，即得單獨宣告沒收，甚至依逃犯失權法則，因案遭通緝者，法院亦得逕為沒收與否之裁判，可見沒收新制所增訂單獨宣告沒收規定，乃針對因追訴障礙而無法追訴或無法定罪之情形而為，以達沒收之實效。顯見該條第3項增訂單獨宣告沒收之事由，係在彌補本案裁判無主刑而未宣告沒收之失，自不包括業經本案裁判宣告主刑之情形。嗣此次修正條文草案…，固有立法委員於105年5月間再次提案修正刑法第40條，特別針對本案裁判已宣告主刑之情形，於該條增列第4項關於有罪判決確定後始發現犯罪所得者，得單獨宣告沒收之規定，惟於立法院司法及法制委員會審查及黨團協商時，因多名立法委員表明該提案違反一事不再理原則及有害法安定性等諸多疑慮，且認為與德國刑法第76條事後追徵之立法例所指情形未盡相同，該提案最終未能三讀通過…。因之，稽諸上述立法歷程，以及此次修正增訂刑法第40條第3項之立法理由，並參酌該條項之立法精神為整體觀察，依文義、目的及歷史解釋，除有罪之免刑判決者外，若被告業經主體程序之本案裁判論處罪刑確定，即非刑法第40條第3項所定無法追訴或無法定罪之情形，而與上述單獨宣告沒收規定之要件不合。」

（二）「修正後刑法所規定之沒收尤其規範金融犯罪之刑事特別法關於犯罪所得沒收規定，包含潛在被害人條款，例如證券交易法第171條第7項、銀行法第136條之1即規定犯罪所得除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之，亦即對於犯罪所得，必須扣除應發還被害人或得請求損害賠償之人部分之餘額，始得宣告縱屬舊法時期判刑確定之案件，倘該

（文轉三版）

## 註釋

1 其理由略以：刑法沒收相關規定修正施行後，沒收已非從刑，其目的在於澈底剝奪犯罪行為人之犯罪所得，使其不能坐享犯罪成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似不當得利之衡平措施。關於犯罪所得沒收、追徵之規定，採義務沒收主義，係為澈底剝奪行為人之犯罪所得，並讓權利人得就沒收、追徵之財產聲請發還或給付，以回復犯罪前之財產秩序，並以「實際合法發還」作為排除沒收或追徵之條件，基此，前揭銀行法所設「應發還被害人或得請求損害賠償之人」之例外規定，自應從嚴為法律體系之目的性限縮解釋，以免適用之結果，有悖於沒收規定修正之前揭立法目的。從而，事實審法院既已查明犯罪行為人之犯罪所得及已實際合法發還等應扣除之部分，不得僅因仍有應發還被害人或得請求損害賠償之人，或其被害人、賠償數額尚屬欠明，即認無需為犯罪所得沒收、追徵之宣告，俾與刑法第38條之1所揭示之立法意旨相契合。又為貫徹修正後銀行法第136條之1之立法目的，除確無應發還被害人或得請求損害賠償之人外，於扣除已實際發還不予沒收之部分後，就其餘額，應依上開條文所定「除應發還被害人或得請求損害賠償之人外」的附加條件方式諭知沒收、追徵，俾該等被害人或得請求損害賠償之人，於案件判決確定後，得向執行檢察官聲請發還或給付。否則將會發生被告縱有犯罪所得，且其財產已經扣押，不予宣告沒收、追徵，導致被告仍能保有其犯罪所得，已保全扣押之財產最後仍須發還給被告，此種結果，顯與修法之規範目的有違。然而，此最高法院刑事判決係針對修正後銀行法第136條之1沒收規定所為之見解。至於修正後證券交易法第171條第7項之相同見解，則參見最高法院108年度台上字第3548號刑事判決。

2 如最高法院111年台抗字第69號刑事裁定所指之臺南高分院102年度金上重訴字第114號刑事判決、臺北地院105年度金重訴字第13號刑事判決等皆為此類判決。

3 一審裁定為臺南地院109年度聲更一字第6號刑事裁定。

4 二審裁定則為臺南高分院110年度抗字第548號刑事裁定。

5 原審判決係指臺灣高等法院臺南分院102年度金上重訴字第114號刑事判決。

6 文本主義強調憲法的權力分立，法條文義明確時，即應依法律條文判決，如果法有不善，應由立法機關修法。而解釋法律固然應考量立法目的，然而立法目的必須依法條規定的方法加以實現，法院不能逾越法律規定，以立法目的之名，以判決書另行創設實現立法目的之方法。此參見 Antonin Scalia, Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, in Amy Gutmann (ed.), A Matter of Interptretation-Federal Courts and the Law, (Princeton University Press, 1997), at 13-14, 23; John F. Manning, Justice Scalia and the Idea of Judicial Restraint, 115 Michigan Law Review 747, 751-752 (2017); *Mohamad v. Palestinian Authority*, 132 S. Ct. 1702, 1710 (2012); John Manning, The New Purposivism, 2011 CATO SUPREME COURT REVIEW, at 115-118, 123-129。轉註自賴英照，「如何解釋法律—法條文義或立法目的？」，月旦法學雜誌第320期，2022年1月，頁66-67。

7 目的主義認為解釋法律應以實現立法目的為依歸。由於各種主客觀因素，法律規定往往未盡完備，法官不僅能依法條文義，機械的適用法律，更應運用判斷與裁量，填補立法疏漏，以實現國會之立法目的。此參見 HENRY HART &ALBERT SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, eds., Foundation Press, 1994), at 1374。轉自註6賴英照，頁65。

8 參見薛智仁，「刑事沒收制度之現代化：2015年沒收實體法之立法疑義」，台大法學論叢第47卷第3期，2018年9月，頁1061。

9 見 Fisher, aaO. (Fn. 15), §76a Rn. 4。轉註自王士帆，「第三人沒收程序—評釋最高法院108年度台上大字第3594號裁定」，政大法學評論，第163期，109年12月，頁26-27。

10 其理由欄說明：「刑法沒收於104年12月30日修正，修正前沒收之法律性質定位為從刑之一種，修正後之刑法沒收，於第2條

JUDICIAL
司法
徵稿啓事
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個資及其他法定限制公開事項。
六、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
七、刊出文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。

（文接二版）

確定判決已表明審酌上述潛在被害人條款之特殊性，因而未同時就犯罪所得為沒收之諭知，若沒收部分與本案犯罪事實之認定及刑之量定，予以分離審查，並不發生裁判歧異之情形，基於沒收之自主性考量及本案訴訟妥速審判之要求，沒收得與罪刑部分分別處理，則法院就犯罪所得沒收部分，既未與本案訴訟同時處理，應認該部分訴訟繫屬並未消滅，屬補行判決之範疇，自得經由檢察官向法院請求補判，以澈底剝奪不法利得，避免犯罪行為人繼續保有不法利得之不合理現象。」

## 參 實體與程序上爭點

一、刑法第 40 條第 3 項之法律解釋及界限：該條「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」意涵為何？因金融八法之修正，法院確定判決認定因未能確定發還被害人獲得請求賠償損害之數額，故未能就犯罪所得一併宣告沒收之情形，檢察官是否得於確定被害人損害賠償數額後「適用」上開規定單獨宣告沒收？

二、沒收是否為訴訟法之獨立訴訟客體：原審判決[5]於理由中交代「因對被害人應負損害賠償金額尚未確定，尚無從就被告之犯罪所得財物或財產上之利益為宣告之沒收」，故未於主文中就被告之犯罪所得宣告沒收，是否屬於「漏判」，而得由原審法院以「補充判決」處理？

三、本案是否得以「類推適用」刑法第 40 條第 3 項之規定而聲請單獨宣告沒收？

## 肆 評析

### 一、刑法第 40 條第 3 項之法律解釋及界限

如何決定法律條文之意涵？美國針對法律解釋向來有「文本主義」（textualism）[6]與「目的主義」（purposivism）[7]之爭。最高法院此一裁定由法條之文義解釋及立法目的解釋（含修法理由及立法歷程），來探討刑法第 40 條第 3 項之適用範圍，肯認刑法第 40 條第 3 項所增訂單獨宣告沒收規定，乃針對因對人之追訴障礙而無法追訴或無法定罪之情形而為之專門對物之「客體程序 / 訴訟」（Objecktives Verfahren），係在彌補本案裁判無主刑而未宣告沒收之缺失，以達沒收之實效，自不包括業經本案裁判宣告主刑之情形，實值贊同。

### 二、不予沒收未於主文宣告，而於理由欄說明是否屬於漏判或漏未判決

#### （一）沒收作為「獨立」法律效果之意義

刑法沒收新制於 105 年 7 月 1 日施行，新法突破沒收之從刑枷鎖，將沒收定性為「獨立於刑罰與保安處分外之法律效果」（增訂第 5 章之 1），使沒收之宣告不再依附於有罪之主刑為先決要件。肯認犯罪所得沒收之「準不當得利之衡平措施」、犯罪工具產物沒收為「中性之干預處分」[8]，及違禁物屬於保安性質，不以持有之行為人或第三人有罪責為必要[9]等獨立於刑罰性質外之法律效果。然而，此一沒收於實體法上獨立於刑罰及保安處分性質外之法律效果，究竟在訴訟法上之意義為何？是否因此使沒收取得獨立訴訟客體之地位？隨著新法之修正，實務上迭具爭議。

實務上有採沒收因此取得獨立訴訟客體地位之肯定說，如最高法院 107 年台非字第 93 號刑事判決謂：「依 105 年 7 月 1 日修正施行之沒收新制規定，沒收係刑罰及保安處分以外具有獨立性之法律效果，已非刑罰（從刑），具有獨立性，而得與罪刑部分，分別處理。因之，第二審法院就關於被告犯罪所得沒收部分，如漏未判決，應屬補行判決之問題，該漏判部分，既未經判決，自不發生判決確定之情形，對之不得提起非常上訴。」，而最高法院 106 年度台上字第 3779 號對於第三人參與沒收之主文漏未裁判部分則進一步宣示如法院業已裁定第三人參與審判，惟認為無從對參與之第三人宣告沒收時，應於主文中諭知，若僅於理由中說明，而未於主文中諭知不予沒收之判決，屬於漏判，應聲請補充判決[10]。

然而，最高法院刑事大法庭 108 年度台上大字第 3594 號裁定似有採否定說之空間，其論理如下：「於實體法上，倘法院依審理結果，認為第三人之財產符合刑法第 38 條第 1 項（違禁物）、第 38 條之 1 第 2 項（犯罪所得）法定要件之義務沒收，或第 38 條第 3 項（犯罪工具、犯罪產物）合目的性之裁量沒收，即有宣告沒收之義務。對應於此，在程序法上，本諸控訴原則，檢察官對特定之被告及犯罪事實提起公訴，其起訴之效力當涵括該犯罪事實相關之法律效果，故法院審判之範圍，除被告之犯罪事實外，自亦包括所科處之刑罰、保安處分及沒收等法律效果之相關事實。進一步言，沒收既係附隨於行為人違法行為之法律效果，則沒收之訴訟相關程序即應附麗於本案審理程序，無待檢察官聲請，而與控訴原則無違。」[11]。

實際上，訴訟客體數量之判斷，係探討案件單一性[12]之判斷，因對於一個犯罪事實，法院只有一次審判權，一案件為一個刑罰權，實體法上為一個刑罰權，訴訟法上即為一個訴訟客體[13]。單一性所牽涉之訴訟法上之法律效果，涉及審判權不可分、管轄權不可分、起訴（公訴、自訴）之不可分、審判之不可分、上訴之不可分及既判力之不可分等[14]。而案件之個數，應以刑罰權對象之被告及犯罪事實之個數為準，一被告之一個犯罪事實，為一案件，如有複數被告或複數犯罪事實，均為數案件，此為學說及實務之通說[15]，並無疑義。

從而，由上開最高法院 108 年度台上大字第 3594 號裁定肯認檢察官就犯罪事實之一部起訴，效力除及於單一案件之全部犯罪事實外，系爭犯罪之沒收亦在起訴效力所及之範圍，故沒收與本案犯罪事實部分具有起訴不可分、上訴不可分（縱上訴權人僅聲明就罪刑部分上訴，倘其上訴合法者，其效力應及於沒收部分之判決；然而，反之非亦然）之法律效果。

另 110 年 6 月 16 日修正公布之刑事訴訟法第 348 條，其修正理由則再度彰顯上訴不可分之法律效果，即沒收縱適用修正後之刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定，得明示僅就此部分提起一部上訴，然因同條第 2 項規定「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。」，故對於認定犯罪事實部分提起上訴者，仍適用第 2 項前段規定，其效力及於相關之沒收部分[16]等觀點觀之，應認無論從前開最高法院大法庭裁定之見解及刑事訴訟法第 348 條修法理由之說明，沒收雖具有「獨立於刑罰與保安處分外之法律效果」，惟並未因此即取得「訴訟法上獨立訴訟客體之法律效果」，隸屬於單一被告與單一犯罪事實下之沒收，在訴訟法上之效果，因仍屬單一之訴訟客體（「犯罪事實」（罪）、「量刑」（刑）、「沒收」、「保安處分」，均屬「案件單一」），故上開單一案件經法院為有罪終局判決確定者，縱使僅就一部判決，形式既判力之效力亦及於未起訴、未審判之他部（即包含上開單一被告之犯罪事實、量刑、沒收及保安處分），而學者亦肯認此種見解[17]。

本案最高法院 111 年度台抗字第 69 號刑事裁定謂「基於沒收之自主性考量及本案訴訟妥速審判之要求，沒收得與罪刑部分分別處理，則法院就犯罪所得沒收部分，既未與本案訴訟同時處理，應認該部分訴訟繫屬並未消滅」，應有誤認沒收以其實體法上之獨立性而取得獨立訴訟客體之情形。

（下期待續）

（作者為彰化地方法院庭長）

## 註釋

立法理由載明『經參考外國立法例，以切合沒收之法律本質，認沒收為本法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）』，並於第 5 章之 1 為沒收設立專責規範，除確認沒收已不具傳統刑法上之刑罰性質，實務上所建構之沒收『主刑從刑不可分』亦已走入歷史，所謂『沒收從屬性』，即失去法律依據。且本次刑法沒收之修正，除維持修正前對於犯罪行為人之沒收外，並增訂『第三人沒收』，而刑事訴訟法第 7 編之 2 亦增訂『沒收特別程序』，賦予第三人在刑事本案參與沒收之權限，即確認沒收已無從屬於主刑之特質，且於必要時亦可對被告以外之第三人宣告沒收。本件檢察官以被告犯證券交易法第 171 條第 3 項之罪嫌向第一審法院提起公訴，經第一審論罪科刑後，檢察官及被告均不服，提起第二審上訴，因逢刑法沒收專章修正，原審法院…… 依職權裁定鼎○公司參與本案沒收程序，經審理結果後，認…… 無從依刑法第 38 條之 1 第 2 項規定對參與人鼎○公司宣告沒收，固非無見。惟依刑事訴訟法第 455 條之 26 第 1 項規定：『參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。』則原審法院既認不應對參與人鼎○公司宣告沒收，自應於判決主文為不予沒收之諭知，方屬正確，其漏未記載，顯屬漏判。」，最高法院 107 年度台非字第 61 號刑事判決亦同此旨。

11 其理由進一步說明：「刑法沒收新制修正後，沒收已非從刑，雖定性為『獨立之法律效果』，但其仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於犯罪（違法）行為之罪刑部分，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收部分之基礎，產生裁判歧異，是以不論依 110 年 6 月 16 日公布，同年月 18 日施行前刑事訴訟法第 348 條規定（本件為修正施行前繫屬於法院，依刑事訴訟法施行法第 7 條之 13 規定，仍適用修正前刑事訴訟法第 348 條規定）或依第 455 條之 27 第 1 項前段之法理，縱上訴權人僅聲明就罪刑部分上訴，倘其上訴合法者，其效力應及於沒收部分之判決」。

12 至於「同一性」，則是在處理前「訴」和後「訴」是否重複的問題。

13 此處應先釐清「案件」與「訴」之區別，蓋刑事訴訟法具有兩種關係，一為國家與個人間之具體的刑罰權關係，即處罰者與被處罰者的關係，稱之為訴訟之實體，或稱訴訟客體，亦稱案件；一為確定具體刑罰權而進行之訴訟的關係，即裁判者與被裁判者的關係，稱之為訴。故訴之目的，在請求法院對被告之特定事實，以裁判確定其具體的刑罰權之有無及其範圍。參見陳樸生著，「刑事訴訟法實務」，再訂版，1999 年，頁 91。

14 參見林鈺雄著，「刑事訴訟法（上）」，臺北：新學林，8 版 2 刷，2017 年 10 月，頁 273、279-282。及盧映潔、李鳳翔著，「刑事訴訟法」，臺北：五南，初版，2020 年 9 月，頁 318-333。

15 學說部分見註 13，陳樸生，頁 94-98，及註 14 林鈺雄，頁 275-279，盧映潔、李鳳翔，頁 316。實務見解部分則參見最高法院 111 年度台上字第 5651 號刑事判決、111 年度台上字第 3636、3635 號刑事判決、111 年度台上字第 2773 號刑事判決、110 年度台上字第 4883 號刑事判決等等。

16 此可參見刑事訴訟法第 348 條之立法理由，略以：為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍。爰增訂本條第 3 項，作為第 2 項之例外規定，以資適用。至對於認定犯罪事實部分提起上訴者，仍適用第 2 項前段規定，其效力及於相關之刑、沒收或保安處分部分。

17 見林鈺雄，「第三人沒收之漏為判決及其救濟途徑—108 年度台上字第 579 號刑事判決」，月旦裁判時報第 100 期，2020 年 10 月，頁 78。

WEEKLY 周刊

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 845。
二、作品如以偵、審中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。
四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。
五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加注說明。