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

下

文／黃齡玉

（文接上期）

（二）「漏判」v.s.「漏未判決」

於一個案件中（即一被告＋一犯罪事實＝一案件＝一訴訟客體），法院僅就部分之犯罪事實為裁判，而一部漏未裁判，稱之為「漏未判決」，應以刑事訴訟法第 379 條第 12 款「已受請求之事項未予判決」提起上訴或非常上訴以資救濟。而如有數個案件，法院僅就一案件為裁判，則稱為「漏判」，因該漏判之案件訴訟繫屬尚未消滅，法院應依職權或聲請而補判[18]。雖此一用語之區分為學者所主張，於實務見解尚未見以此二用語作為以上區別，然而為求本文之論理說明，爰採取此二用語上開學者之定義而為以下說明。

（三）本案原審判決未予沒收並未於被告罪刑之本案主文中諭知，僅於理由中說明，應屬「漏判」或「漏未判決」或均非屬以上兩種情形？

本案之情形，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，然並未於主文中諭知犯罪所得之沒收，並該判決理由欄載稱：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等語。則上開刑事判決對於「未諭知沒收宣告之犯罪所得」部分，有二部分面向需探討：（1）該未於主文宣告之犯罪所得沒收部分，是否已經為既判力效力所及故訴訟關係業已消滅？（2）該沒收部分雖未於主文中諭知，然已於理由中說明未沒收之原因，是否仍屬於「未予判決」？茲說明如下：

依本文肆、二、（一）所述，最高法院刑事大法庭 108 年度台上大字第 3594 號裁定及刑事訴訟法第 348 條修法理由觀之，沒收雖脫離實體法上從刑之地位， 但尚未賦予其訴訟法上獨立訴訟客體之地位[19]，故由本案訴訟客體之判斷而言，檢察官起訴被告違反證券交易法，於實體法上固有刑罰、保安處分及沒收三種各自獨立之法律效果，然因訴訟法上仍屬案件單一，故訴訟客體仍屬單一，而單一案件經法院終局判決者，縱使僅就一部判決，亦消滅全部訴訟關係，若該單一案件經法院判決確定，縱使僅就一部判決，其效力仍及於全部（即刑罰、保安處分及沒收）。況上開臺南高分院 102 年度金上重訴字第 114 號判決之判決日期為 103 年 7 月 29 日（嗣經最高法院於 104 年 10 月 22 日上訴駁回而確定），為沒收新制未修正施行之前，更無沒收得以成為獨立訴訟客體之可能，故該案犯罪所得沒收部分，雖未於主文中宣告，然既就被告罪刑部分業已判決確定，沒收部分仍為該有罪案件之判決效力所及，仍具有形式上之確定力，並無所謂「漏判」[20]之情形。

其次，就上開未予沒收未於被告罪刑之本案主文中諭知，僅於理由中說明，是否屬於「漏未判決」？按「科刑判決之主文，係取捨證據、認定事實、適用法律之結果，以確認國家對被告犯罪事實之刑罰權存在及所論處之罪名、應科之刑罰等具體刑罰權之內容，是確定科刑判決之實質確定力，僅發生於主文。若主文未記載，縱使於判決之事實、理由已認定被告之犯罪事實，仍不生實質確定力，即不得認已判決，而屬漏未判決[21]應補行判決之問題，該漏判部分，則既未經判決，自不發生判決確定之情形，依法不得提起非常上訴；此與判決主文、事實已有敘及，而理由內未加說明之理由不備，或主文記載與事實、理由之認定不相一致之理由矛盾之違背法令，對於刑罰權對象之犯罪事實範圍同一性不生影響，無礙於判決之確定，得賴提起非常上訴救濟之情形不同」，此為實務上一致之見解[22]。

然細究此一見解，係針對「犯罪事實之刑罰權存在及所論處之罪名、應科之刑罰等具體刑罰權之內容」之「科刑判決」，是否屬於「漏判」及是否具有「實質確定力」[23]而得聲請補充判決，應端視主文中是否記載而言。而裁判中對於犯罪物或犯罪所得之「應予沒收」諭知（惟此處先行排除對第三人之物諭知沒收之情形，因此處學說與實務另有爭論，屬另一問題），是否屬於「漏判」及是否具有「實質確定力」，是否應採取與上開「犯罪事實之刑罰權存在及所論處之罪名、應科之刑罰等具體刑罰權之內容」之「科刑判決」同一「應於主文諭知」之判斷標準，已有疑義；更遑論本案係針對被告犯罪所得之「不予沒收」，未於主文之諭知，僅於理由中說明之情形。且該案於理由中亦已說明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確定」之條件尚未成就，故尚無從就被告等犯罪所得財物為沒收之宣告，此種不予沒收之認定理由，係由程序上即認沒收之條件尚未成就而未進一步對沒收進行實體審認，更難僅因其僅於理由中說明而未於主文中諭知因而認定即屬於「漏未判決」之範疇。

況長久實務上之操作，對於該案件中無須沒收之物均無庸在主文中諭知，而僅於理由中交代即為已足，故本文認為於本案之情形下，亦應無僅因主文中未諭知「不予沒收」（理由中說明）而有「漏未判決」之情形可言。

三、本案是否得以「類推適用」刑法第 40 條第 3 項之規定單獨宣告沒收？

（一）刑事程序法定原則

憲法法庭於 111 年 12 月 2 日作成 111 年憲判字第 18 號判決，對於「沒收犯罪所得」之定性有深入之論述：首先由沒收犯罪所得實體面之性質、主體、客體，程序面上之主體訴訟、客體訴訟，以及執行面上與刑罰罰金刑之區別，認定犯罪所得之沒收與刑罰之性質迥不相同；次就立法目的觀之，沒收犯罪所得新制係藉由沒收之手段，以衡平因違法行為所生財產秩序之干擾，避免犯罪行為人或非善意第三人坐享犯罪所得，旨在回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前之固有財產，而與刑罰之懲罰、矯治及預防再犯之目的不同；另外就犯罪所得範圍之計算採相對總額原則，係將風險分配之法理運用於犯罪所得沒收上，為回復原狀之性質，行為人或第三人並未處於較不法行為前更不利之地位，因而認定涉及犯罪所得沒收部分，無涉罪刑法定原則[24]之範疇。

單獨宣告沒收雖非僅限於犯罪所得，尚涉及犯罪物之沒收（行為人或第三人所有之犯罪所用或預備所用之物，及犯罪所生之物），且犯罪物原則上採裁量沒收（行為人）及合目的性之裁量沒收（第三人）。而「犯罪物沒收」，是否亦非屬於罪刑法定原則之範疇，需探討其與刑罰本質之異同來看。然而，相較於「犯罪所得沒收」具有較明確之定性，即「準不當得利之衡平措施」，明顯排除其有責性；「犯罪物沒收」之理論，學說上探討之密度顯然較低。

然而，基於以下之理由，本文仍認為「犯罪物沒收」部分，亦非屬罪刑法定原則之範疇：

1. 由 104 年刑法修正系爭規定之立法理由及 111 年憲判字第 18 號憲法判決觀之：

104 年修正之刑法第 2 條第 2 項之立法理由（一）即稱：「此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，在第五章之一以專章規範，確認沒收已不具刑罰本質，專章中既未規定犯罪構成要件，亦無涉及刑罰之創設或擴張，自無罪刑法定原則之適用與適用行為時法之必然性」，而 111 年憲判字第 18 號判決書之理由中，亦肯認立法

（文轉三版）

註釋

18 見註 14，盧映潔、李鳳翔，頁 325。此處學者以此二名詞區分，係因最高法院 98 年度台上字第 6709 號刑事判決謂：所謂已受請求之事項未予判決，係指檢察官起訴書所載以起訴之犯罪事實（顯在事實），及與之具有事實上、實質上或裁判上一罪關係之事實（潛在事實），依審判不可分，法院本應全部予以裁判，然於裁判時，就其中一部「漏未裁判」而言。然依筆者自行搜索之最高法院歷年來實務見解，似乎對於「漏判」、「漏未判決」一詞並未明顯區分，或與上開學者之區分標準不同，亦可參見最高法院 107 年度台非字第 143 號、107 年度台非字第 61 號、95 年度台非字第 196 號、89 年度台非字第 234 號及 76 年度台非字第 112 號刑事裁定。

19 目前實務仍多有認為 105 年刑法修正後之沒收部分取得獨立訴訟客體之見解，如前已敘及之最高法院 106 年度台上字第 3779 號、107 年度台非字第 61 號刑事判決，尚有最高法院 107 年度台非字第 93 號、110 年度台上字第 2184 號刑事判決等。

20 本文所稱之「漏判」，係以本文肆、二、（二）所指定義而言。

21 如以本文之用語，此處應指「補判」。

22 參見最高法院 95 年度台非字第 196 號、107 年度台非字第 143 號、106 年度台上字第 3464 號刑事判決等。

23 「實質確定力」即既判力，即案件不應再成為訴訟客體，而生一事不再理效果，亦即「禁止再訴」；「形式確定力」，則指一般判決之不得藉由一般上訴途徑不服以尋求廢棄之效力，法院對於該判決已無上訴途徑，處於不能廢棄或變更之狀態，旨在處理該已確定案件之一部或全部是否得以通常上訴程序救濟之問題。兩者在概念上有所不同。

24 所謂「罪刑法定原則」（Gesetzlichkeitsprinzip），係指行為是否為犯罪應予處罰以及賦予刑罰為法律效果，應於行為當時以成文法規定。目的在保障人民以防止國家專斷任意擴張及實行其刑罰權，又稱刑法保障功能，若法律未明文設處罰規定者，即無犯罪與刑罰可言，即「無法律即無犯罪」（nullum crimen sine lege）、「無法律即無刑罰」（nullum poena sine

收容
線上審
Online Hear
for Detent
線上審
數位簽
科技卷
無紙裁
電子用
即時送
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院
電
02-236

（文接二版）

者增訂刑法第五章之一規定時，除著眼於澈底消除犯罪誘因外，更強調立法宗旨為回復財產秩序，並非剝奪不法行為前犯罪行為人或非善意第三人之固有財產，從而不具刑罰本質，是立法者修正沒收規定，並非出於刑罰之目的，與刑罰乃懲罰罪行為人，矯治其犯罪行為並遏阻其再犯之嚴厲處遇，顯有不同。二者均否定沒收新制具備刑罰之性質，而無罪刑法定原則之適用。

2. 由國內學者之見解觀之：

縱學界一般仍認犯罪物沒收其標的本質仍屬於受憲法保障範疇之財產權範圍，多數學者均認為修法後之沒收性質不再具有「刑罰」本質，故不特別強調以罪責原則限制國家刑罰權之發動，如財產權人行使財產權時，濫用憲法賦予財產權之保障，造成社會秩序的危害，即提供國家干預財產權之合理基礎，主要作用即在否定沒收之刑罰性質，使其不受罪責原則和罪刑法定原則之拘束[25]，並認為新法許可對第三人財產沒收，且適用沒收從新原則，都與此否定沒收之刑罰性質有關。至於是否具有「類似刑罰」之性質，德國有所謂區別說，在區別說下，當犯罪物屬於犯罪行為人所有時，屬於「類似刑罰」性質，然對第三人發動時，則被認為是純粹預防犯罪目的的「保安處分」，然而此立法論之問題，在德國刑法第 11 條第 1 項第 8 款經由刑罰區隔之干預處分定義為保安處分與利得沒收、犯罪物沒收之上位概念時，已被刻意擱置[26]。從而，無論就「犯罪所得沒收」或「犯罪物沒收」，以目前多數國內學者之見解，似乎認為非屬「刑罰」之性質，而無庸適用罪刑法定主義。

再者，單獨宣告沒收並非實體法獨立之沒收類型，而是訴訟法之特殊訴訟程序[27]。從而，就單獨宣告沒收之「發動要件」而言，並非實體審認何種財產屬於「犯罪所得」、「犯罪物」，況如前所述，目前無論犯罪所得或犯罪物之沒收，在立法理由、憲法判決及國內學說之大多數見解均認尚非屬「罪刑法定原則」之實體法範疇[28]，更遑論特殊訴訟程序發動要件，自非適用「罪刑法定原則」，而應為「刑事程序法定原則」[29]之範疇[30]。所謂刑事程序法定原則，由於刑事訴訟程序只涉及如何追訴犯罪，並非抽象決定犯罪和刑罰之界限，僅在系爭規定干預人民權利時，適用公法上的法律保留原則，依此觀點，在刑事程序法上，不利被告之溯及既往原則和類推適用並非絕對被禁止[31]，且基於層級化法律保留之觀念，隨著基本權利之干預程度越高，法律保留之密度也隨之提高，反之，如干預基本權利之程度較低，應可適度放寬明確性原則之適用，而准予使用類推適用而擴大適用範圍。

（二）本案得否「類推適用」刑法第 40 條第 3 項之規定單獨宣告沒收？

揆諸前揭說明，單獨宣告沒收之發動要件既屬程序上事項，適用「刑事程序法定原則」，並有公法上所謂「法律保留原則」之適用，而得以使用「類推適用」原則。

刑法第 40 條第 3 項之單獨宣告沒收，屬於一種沒有刑事被告之專門對物之「客體程序 / 訴訟」，並不涉及人身自由權之限制，屬於較為輕微之干預措施。而本案所涉及者為對於刑事被告犯罪所得之單獨宣告沒收，沒收犯罪所得之性質，無論由刑法沒收專章修法理由及憲判字第 18 號之理由，均明確地表示「犯罪所得之沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施」，並重申「非屬刑罰」；國家發動利得沒收干預，既然是為了「回復合法財產秩序」，則僅需刑事不法行為的連結即為已足，不以犯罪行為人具有罪責為必要；沒收犯罪所得，並非非難行為人或第三人有何違反社會倫理之犯罪行為，而係考量社會正當財產秩序之衡平維護，更因如此，沒收因違法行為所獲得而持續帶有汙點之犯罪所得，其背後彰顯之普世價值，即宣示自始即不保護不正權利之取得及保有，故犯罪所得之取得自始即存有沾染不法之重大瑕疵，犯罪行為人及非善意第三人信賴其得永久保有犯罪所得，自不值得保護，與固有財產權之剝奪不同，亦無信賴保護原則之適用。

再由本案之情狀觀之，被告已於臺南高分院 102 年度金上重訴字第 114 號刑事判決判處罪刑確定（經最高法院以 104 年度台上字第 3215 號刑事判決上訴駁回而確定），上開確定判決中就被告之犯罪所得沒收部分，認被告雖取得犯罪所得，然因對被害人應負之損害賠償金額尚未確定且尚未發還，故無法確知是否仍有餘額，尚無從就被告之犯罪所得財物或財產上利益為沒收之宣告，而認檢察官應於扣除被告與被害人已確定之賠償數額後，再向法院聲請單獨宣告沒收；在程序上，由於被告之刑事案件已給予被告相當之程序保障，且該案是檢察官扣除被告與被害人已確定之賠償數額後，始單獨向法院聲請沒收，除對於被害人較具保障外，對被告之利益亦無損害，由單獨宣告沒收之性質及本案情狀之容許干預基本權目的、內容及範圍觀之，應可肯認本案於證券交易法修正後及最高法院 108 年度台上字第 1725 號判決（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」前無法宣告沒收犯罪所得之情形，「類推適用」刑法第 40 條第 3 項單獨宣告沒收以資救濟，亦無與單獨宣告沒收之界限與沒收脫離從刑之效果之體系相違。

最後，論者或謂該案刑事確定判決中，雖未於主文中諭知犯罪所得沒收部分，然或可能因案件單一性之故，該犯罪所得沒收部分已為既判力效力所及，而無從再度單獨聲請宣告沒收？本文認該案刑事確定判決中，一方面除未於主文中諭知犯罪所得沒收外，其於理由欄中亦具體載明其未宣告沒收之理由，係因「對被害人應負之損害賠償金額尚未確定且尚未發還，故無法確知是否仍有餘額，尚無從就被告之犯罪所得財物或財產上利益為沒收之宣告」，可見其未就被告犯罪所得宣告沒收係因認「沒收發動要件尚未成就」（即條件未成就），由程序上即予不予審究，類似程序上駁回。故本文認此部分並未為該案刑事確定判決之既判力所及，尚得以「類推適用」之方式再行聲請單獨宣告沒收，以資救濟。

伍 結語

自最高法院於 111 年 11 月 10 日作成 111 年度台抗字第 69 號刑事裁定後，筆者著實十分肯定最高法院意圖解決「金融八法修正後，實務界於統一見解前，對於尚未確定賠償數額而未對犯罪所得宣告沒收」問題之用心。

本文無論由法條文義或立法目的等觀點，均贊同最高法院上開裁定對於刑法第 40 條第 3 項之見解，且該裁定於理由中就該條文依據文義、目的及歷史解釋，一一詮釋上開條文之內容，其作法及見解均實值讚許。

然而，本文由實務見解、修法理由等觀點，試圖釐清「沒收」作為「獨立」法律效果之意義，認為沒收僅具「獨立於刑罰與保安處分外之法律效果」，並未因此取得「訴訟法上獨立之訴訟客體」，而認最高法院上開裁定對於此點應有所誤會，於理由三中敘明此部分沒收未於主文論知，應認該部分訴訟繫屬並未消滅，屬於補行判決之範疇，則為與本文觀點不同之部分。

為解決實務上此一問題，本文從 111 年憲判字第 18 號裁判，單獨宣告沒收客體之「犯罪所得沒收」與「犯罪物沒收」之性質非屬刑罰或類似刑罰，以及刑法第 40 條第 3 項關於發動要件即「因事實或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者」之規定應屬於程序事項，認為該要件應適用「刑事程序法定原則」。再由單獨宣告沒收之干預對基本權侵害之程度，犯罪所得沒收性質上屬於「準不當得利之衡平措施」，干預之目的在於澈底剝奪被告保有犯罪所得，而非固有財產權之剝奪，以及本案對被告之程序保障等觀點，應認本案得適用「法律保留原則」，應可「類推適用」刑法第 40 條第 3 項單獨宣告沒收之規定，期能在解決實務問題及體系解釋中間取得一衡平之點，期待能拋磚引玉，引起學術及實務界更多成熟之討論及想法。

（作者為彰化地方法院庭長）

註釋

lege），亦即我國刑法第 1 條之基本原則體現。參見彭美英，「罪刑法定原則與阻卻違法事由」，月旦刑事法評論，第 11 期，2018 年 12 月，頁 6-7。

25 參見李聖傑，「犯罪物沒收」，月旦法學雜誌第 251 期，2016 年 4 月，頁 61-62；魏國晉，「論刑法沒收新制對洗錢防制法第 18 條第 1 項定性之影響」，法令月刊 69 卷 1 期，頁 82-85；林鈺雄編，「沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元」，元照，頁 7；王皇玉著，「2015 年刑事法發展回顧：刑法沒收制度之變革」，台大法學論叢 45 卷特刊，頁 1619-1621。然而，國內亦有學者採不同見解，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 1058、1061 中肯認立法者之構想係將違禁物及犯罪工具產物沒收均定性為「獨立之法律效果」，喪失刑罰屬性，然於頁 1062-1069 則提出筆者認為僅因沒收之獨立法律效果即否定其刑罰屬性過於粗糙，應就不同沒收而有不同定性之看法。

26 見註 25 李聖傑，頁 63-64。

27 林鈺雄教授採此見解；參見林鈺雄，「沒收講座：第六講— 單獨宣告沒收」，月旦法學教室，第 213 期，2020 年 7 月，頁 48。

28 學者陳信安同本文見解。參見陳信安，「新修刑法第 2 條第 2 項規定之釋疑（二）」，法務通訊，第 2798 期，2016 年 5 月 6 日，頁 4-5。然亦有學者採不同見解，認為應適用罪刑法定主義，參見註 26 薛智仁，頁 1103。

29 「刑事程序法定原則」，係指國家機關在偵查、審判到執行階段所踐行之程序或處分，都必須有法律根據，否則不得實施。參見薛智仁，「刑事程序法定原則」，月旦刑事法評論，第 11 期，2018 年 12 月，頁 21。

30 「罪刑法定主義」/「刑事程序法定原則」，在傳統上主要是藉由分析二者之性質屬於實體法或程序法，作為適用之基礎。

31 見註 29，頁 23。

事件
理系統
ring System
ion Cases
化
理
化
章
化
證
化
判
化
印
化
達
WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊
話
618798