# 「共同正犯犯罪所得連帶沒收」之理論商榷

文／花滿堂

## 壹 前言

最高法院（下稱本院）歷經民國103年3月18日、4月1日、4月15日，103年 度第5、6、7次刑事庭會議之討論及沈澱，終於104年8月11日第13次刑事庭會議決議，就本院64年台上字第2613號判例、70年台上字第1186號判例、62年10月9日62年度第2次刑庭庭推總會決議（五），及66年1月24日66年 度 第1次 刑 庭 庭 推總會議決定（二）（下稱系爭判例、決議），所採共同正犯間犯罪所得連帶沒收之見解，不再沿用及供參考（前述62年之決議改採甲說，即各共同正犯各依其實際犯罪所得分別宣告沒收）。自此困擾實務界數十年「共犯連帶沒收」見解終告塵埃落定。本文擬對共犯連帶沒收之理論待商榷處，從刑事實體法、刑事程序法及沒收之本質，加以探討。

## 貳 由刑事實體法上立論

刑事實體法以罪刑法定主義及罪責原則為兩大基石。就罪刑法定主義言，刑法及各刑事特別法均無就共犯間犯罪所得之沒收，採連帶沒收之規定。由形式上觀察，系爭判例、決議徒增加人民之負擔，自與罪刑法定主義有違。

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[1]。前者有謂之為過錯原則，我國刑法第12條第1項「行為非出於故意或過失者，不罰。」即寓含此旨。後者又稱之為自己責任原則，於共犯理論則有詳予詮釋之必要。

在教唆犯或幫助犯，其本身僅有教唆之行為或幫助之行為，原不足充實完成整個犯罪構成要件，為何須負該犯罪之刑責？是否有違上述兩大罪責原則？於是有共犯從屬性說之創見。謂共犯依附正犯之行為，充實其犯罪構成要件，亦即把正犯之行為視為共犯之行為，如此才不違反第12條第1項之過錯原則及自己責任原則。對於共同正犯亦應為相同原則之適用，蓋共同正犯有每一犯罪過程全部參與者；或參與其中一部分者；甚而僅參與謀議而未實際實行犯罪構成要件者，即學說上所稱之共謀共同正犯，後二者為何對全部犯罪負責，亦因將所有共同正犯協力完成之犯罪，視為各共同正犯之行為，充實整個犯罪構成要件，而就整個犯罪構成要件負責，如此方符合過錯原則及自己責任原則。因此在共同正犯，前述共犯從屬性變成「共同正犯連帶性」，學說判例上所指「一部行為全部責任」即此之謂[2]。

狹義共犯如何從屬於正犯而成立犯罪。向來學說有所謂（一）最小限度從屬形式說：共犯僅構成要件該當性須從屬於正犯，其違法性或有責性則不問，故正犯如有阻卻違法事由，共犯仍得成立犯罪。（二）限制從屬形式說：共犯從屬於正犯的構成要件該當性及違法性，但正犯有無責任，非共犯所從屬，故教唆或幫助未滿14歲之人犯罪，仍成立共犯。（三）極端從屬形式說：共犯除構成要件該當性及違法性外，其有責性（罪責）亦從屬於正犯，上（二）之例不能成立共犯，只可能成立間接正犯或不罰。（四）最極端限制從屬形式說：除不法與罪責外，其他犯罪構成之要件（個人刑罰事由等）亦須從屬於正犯。以上（一）（四）悖離法理，並非可採。向來均為（二）與（三）之爭，惟（二）為各國立法例及學說、實務上之通說。德國刑法第26條規定：故意教唆他人故意實施違法行為成立教唆犯；第27條第1項規定：對他人故意實施的違法行為故意予以幫助為幫助犯。即採限制從屬形式說。日本通說亦同。

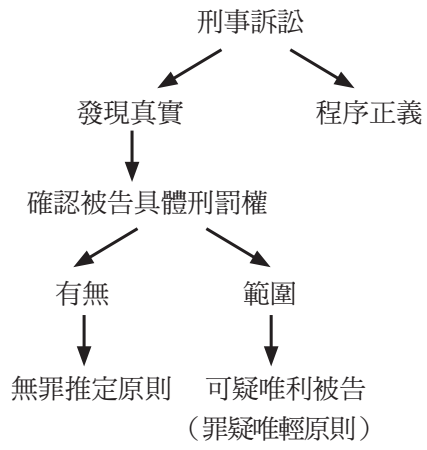
我國現行刑法第29條、第30條立法說明中一再闡述：教唆犯如採共犯獨立性說之立場，實側重於處罰行為人之惡性，此與現行刑法以處罰犯罪行為為基本原則之立場有違。更不符合現代刑法思潮之共犯從屬性思想，故改採德國刑法及日本多數見解之共犯從屬性說中之「限制從屬形式」。依限制從屬形式說之立場，共犯之成立須以正犯行為（主行為）之存在為必要。而此正犯行為須正犯者（被教唆者）著手於犯罪之實行行為，且具備違法性（即須正犯行為具備構成要件該當性、違法性）始足當之，至於有責性之判斷，則依個別正犯或共犯判斷之……。依學界通說既認幫助犯應採共犯從屬性說之「限制從屬形式」，使教唆犯及幫助犯之從屬理論一致……並明示幫助犯之成立，亦以被幫助者著手犯罪之實行，且具備違法性為必要。至於被幫助者是否具有「有責任」，皆不影響幫助犯之成立。因此，如被幫助之人未滿14歲，或有第19條第1項之情形而不罰，依幫助犯之限制從屬形式，仍得依其所幫助之罪處罰之等語。亦採限制從屬形式說。故前述以正犯之行為充實共犯之犯罪，俾符合過錯原則及自己責任原則，不致解為共犯為他人（正犯）之行為負責，違背罪責原則，均祇從屬於正犯之違法行為（構成要件該當性及違法性），而共犯與正犯則各依其責任負責，亦即責任部分並無從屬性。

同理，限制從屬形式說適用在共同正犯上，即共同正犯之連帶性，亦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。惟各共同正犯個人之責任則應分別而論。不僅審酌各人第57條之犯罪情狀，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」切忌望文生義，認為各共同正犯之責任亦均相同。此在德國刑法第29條已明定「數人共同犯罪，各依自己的罪責受處罰，不考慮他人的罪責。」我國刑法亦應為當然之解釋[3]。因此，在共同正犯間應亦適用「違法是連帶的，責任是個別的」此一限制從屬形式說之基本命題[4]。

共犯基於限制從屬形式，僅違法行為（具備構成要件該當性及違法性者）從屬，其與實施正犯間，責任分開，有關沒收規定之適用，即有排除之例，如幫助犯係以幫助他人犯罪之意思，參與犯罪構成要件以外之行為，與所幫助之正犯間，無共同犯罪之意思，自不適用責任共同原則，對於正犯所有供犯罪所用或因犯罪所得之物，不能併為沒收之宣告[5]。共同正犯基於限制從屬形式說之同一立場「違法是連帶的，責任是個別的」，不僅評價罪責之刑罰主刑會有不同，即附隨主刑之從刑亦非一致。系爭判例、決議對共同正犯間之犯罪所得，不問其有無及多寡，一律連帶沒收，自違背前述罪責原則之自己責任原則。

## 參 從刑事程序法上觀察

眾所週知，刑事訴訟之兩大目的一發現真實及程序正義，其中發現真實不外在確認被告具體刑罰權之有無及範圍。於刑罰權有無即被告有無刑責方面，其最高指導原則厥為無罪推定原則；另在決定刑罰權範圍（主刑、從刑等之多寡）方面，則受罪疑唯輕（可疑唯利被告）原則之拘束（詳如下表），此幾為現代法治國之刑事憲法原則。




有關共同正犯犯罪所得之沒收，自屬被告刑罰權範圍之問題，無論從現行刑法定位沒收為從刑，或認此為「類似不當得利之衡平措施性質」，當均受罪疑唯輕原則之拘束。具體而言，如各共同正犯之犯罪所得可認定清楚，當以各人之實際所得為沒收。如各人之所得不明，理論上以各人之分擔責任為基礎較可採。惟責任無法量化，在日本法類推民法共有（我國民法第817條第2項）之規定認各共同正犯平均負擔犯罪所得之沒收追徵。在德國法則由事實審法院依調查所得認定。實務處理上有可能各共犯加總之全部沒收額少於實際犯罪所得，或其沒收額為零，此乃上述決定刑罰權範圍之最高指導原則—罪疑唯輕原則所不得不然。

無論如何，系爭判例、決議之採連帶沒收說，絕對違背罪疑唯輕原則，雖有認可能有犯罪所得者逍遙法外，或無法全部沒收犯罪所得等情形，此乃「寧出勿入」之現代刑事法律帝王條款所然，司法實務上類似情形不少（如一部分判決確定，既判力及於全部等）。

實務處理上，不能以連帶沒收代替執法者之追求真實義務，把不利益歸諸被告。允宜尊重事實審之職權認定，即各共同正犯犯罪所得之多寡，由事實審綜合卷證資料及調查所得認定。法律審除其嚴重違背經驗法則、論理法則外，均予維持，各種不合理之現象出現，乃罪疑唯輕原則之所然。而參照法務部所提刑法沒收修正草案第40條第3項第5款規定：犯罪行為人為規避刑事訴追而逃匿，經通緝逾六個月未到案者，法院得就其犯罪所得單獨宣告沒收。對非同一案件之各共同正犯間認定犯罪所得額之分歧情形，可先予認定。前述實務處理上之困境當可解決泰半。

## 肆 沒收本質之探討

又刑罰之目的，雖有應報主義、一般預防、特別預防之別。惟近來刑事思潮，仍認刑罰以應報主義為主要目的。刑罰對人身自由或財產之限制與所維護之法益，須合乎比例關係，刑罰之高低尤須與行為人責任之輕重相符合，此即

（文轉三版）

### 註釋

1. 見司法院釋字第687號解釋理由書首段。大法官許玉秀在本號解釋部分協同意見書內指出罪責原則包含兩大意涵；自己（個人）責任原則，也就是罪止一身原則及過錯原則，任何人只為自己有過錯（故意或過失）的行為，負擔刑事責任，與理由書所述同旨趣。並認罪責原則源至「自主原則」及刑法第12條具憲法位階。
2. 32年上字第1905號判例「共同正犯間，非僅就其自己實施之行為負其責任，並在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯所實施之行為，亦應共同負責」。28年上字第3110號判例「共同實施犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。」
3. 參見47年台上字第1249號判例「刑法上之共同正犯，雖應就全部犯罪結果負其責任，但科刑時仍應審酌刑法第57條各款情狀，為各被告量刑輕重之標準，並非必須科以同一之刑」。
4. 詳參日本學者西田典之著「所謂構成的身分、加減的身分區別之批判檢討」載法學協會雜誌第16卷第2號第115頁以下。
5. 參見本院87年度台上字第3737號、89年度台非字第460號、91年度台上字第5583號、98年度台上字第6278號、102年度台上字第

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

# 陳運財教授談通訊監察

**嘉義地院**為使同仁對通訊保障及監察法有更深入的瞭解，日前邀請成功大學陳運財教授主講「通訊監察之正當程序與證據排除—以相關性原則為中心」。

許進國院長表示，嘉義地院對於通訊監察案件之審查一向嚴謹，並每3個月彙整駁回理由供法官參考，期藉本次陳教授的深入講解，使同仁對保障人民秘密通訊自由的精神有更進一步的認識。

陳教授首先說明通訊監察適用案件之範圍、聲請及審查程序、執行程序、期間及次數之限制、偶然監聽之處理，並提出違法監聽所取得之內容或衍生之證據，應予絕對排除之類型。陳教授指出，通訊監察即是監聽，係以秘密方式進行「未來」、「可能」發生之情報收集，監聽之客體及對象不特定，處分效果期間長，無法事前提示令狀救濟困難，相較傳統之搜索、扣押、勘驗等強制處分，對人民權益侵害極大，此種偵查手段應抑制在最低範圍來實施。對未來可能發生之犯罪以「監聽」手段偵查，是否已超出刑事訴訟法第228條所規定之偵查範圍，以及賦予通信業者協助義務，是否造成業者營業自由之限制，都是值得思考的議題。

陳教授進一步說明，由於通訊監察具有不確定性與不特定性，高度侵害人民之隱私權，故特重憲法第23條比例原則之要求，其中尤以相關性原則作為抑制對秘密通訊自由之不當干預之最重要核心要素，其內涵貫穿整個通訊保障及監察法，從案件類型、實質審查、執行手段至監察目的都應接受相關性原則之檢驗。在適用案件範圍上，相較於日本僅限於4種犯罪類型，2000年至2011年間僅實施67件通訊監察案件而言，我國通訊保障及監察法第5條採重罪原則，容許犯罪類型眾多，故採重罪原則之同時宜兼採相關性原則，應以數人共謀或組織性、集團性之犯罪型態為限。

在聲請及審查方面，陳教授認為應以審查是否釋明通訊使用者與本案、人與通訊線路、通訊線路與本案以及通訊內容之相關性作為標準程序，也可考慮設置專庭審查，使審查標準一致。在執行程序應確保最小侵害原則，以抑制對秘密通訊自由之干預於最低限度，且監聽期間不宜過長。就監聽目的之相關性部分，通訊保障及監察法第18條之1第1項但書規定之「偶然監聽」應回歸監察目的及關連性目的來審酌，認除須符合法定罪名外，並應與本案具有關連性，即(1)與本案之基本社會事實同一、(2)與本案具有實體法上之一罪關係、(3)係出於本案被告整體或概括之犯意且與本案觸犯構成犯罪要件之罪名相同、(4)與本案之間具有手段目的之牽連關係、(5)共同正犯或共犯關係、(6)事後幫助的行為，方得例外具有證據能力，以落實排除預防性監聽之精神。

關於證據排除方面，陳教授認為第18條之1第3項條文中之「監聽行為」宜採廣義解釋，但應排除一次性扣押行為。現行法採絕對排除，同時也採毒樹果實理論，並未設例外情況，是否妥適尚值得討論，有待實務判決適用累積，以避免不當之證據排除。實務上對於證據排除之規定採程序從新主義，以嚇阻偵查機關違法偵查。

（本文由嘉義地院提供）

# 蘇清恭院長分享審判經驗

**臺南地院**日前邀請彰化地院蘇清恭院長主講「一位民事法官的深思」，分享實務經驗。

臺南地院莊崑山院長表示，蘇院長曾於臺南地院任職，很榮幸能邀其回院分享心得；蘇院長實務經驗豐富，雖然行政業務繁忙，仍與時俱進不斷充實專業學能，值得同仁學習。

蘇院長首先以自身曾於執行處庭長任內，因須審查大量歸檔卷宗導致右手傷痛難癒一事，提醒同仁應注重身體保養；並暢談選擇民事審判歷經初任之驚惶、用心調整、安住之的過程，說明自我充實與心理調適的重要性。

蘇院長接著談及，民事法官的自我要求應包含專業能力的提升、程序法規定之踐行，以及裁量權的謹慎行使。蘇院長表示，民事審理中之認定事實並不容易，又舉證責任如何分配，以及行政聯繫事項均會影響訴訟進行。例如函查資料時應注意公文禮節，如需查詢一般稅務資料，向國稅局函查即可，不宜越級；另應注意程序法之規定，避免不必要之爭端。辦理民事事件審理時應注意民事訴訟法第59條，法院應將參加訴訟書狀送達兩造；第66條法院應將告知訴訟書狀送達第三人及他造；第119條當事人書狀應按應受送達之他造人數提出繕本或影本等。關於鑑定及函查資料，法官應詳予判斷，避免完全受到鑑定機關或律師影響。關於裁量權的謹慎行使，蘇院長指出，就不確定法律概念之解釋，應尋找法規範目的之所在；並舉精神慰撫金之量定、違約金之酌減，以及停止訴訟程序之裁量等為例，提出相關判例加以說明。

蘇院長最後指出，法官亦須學習與人溝通協調，俾能解決問題；並舉其參與新建彰化地院辦公廳舍所遇施工逾期、調解延長工期、工程預算短缺等問題為例，須經多次、多方協調才得以解決。因此，法官同仁如有機會擔任行政工作，或參與公益活動，皆可擴大學習的層面，有助於審判的周密思考。

蘇院長也勉勵法官，審判應以作成令當事人信服的裁判為職志；法官的形象應是有智慧、有才而性緩、有智而氣和；並藉易經、道德經的人生未必圓滿、己身並不完美等道理，期許同仁應有尊重、謙卑、包容的胸懷。

（本文由臺南地院提供）

（文接二版）

罪刑相當原則。罪刑相當原則是應報主義所生最低底線，不能因預防目的而增加行為人不相當之刑罰[6]，合先敘明。

關於沒收之性質，向來有從刑說與保安處分說之爭。我國刑法雖明定沒收為從刑，惟仍不失保安處分之性質[7]。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，排除罪及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，均僅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，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。

此犯罪所得之物，純屬應報主義之產物，縱認有遏止犯罪之預防作用，基於前述應報主義所生最低底線－罪刑相當原則，更應排除因預防、矯治等目的，擅加諸行為人不相當之刑罰。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。

犯罪所得之沒收，除前述從刑說、保安處分說外，並有類似不當得利返還說之議[8]。現行法明定沒收為從刑，其性質應如前述為應報主義之產物，受罪責原則之規約。而類似不當得利返還說著重在犯罪利得之澈底剝奪，以杜絕犯罪之誘因。關於不當得利者為多數人時，本院74年度台上字第2733號、96年度台上字第1470號民事判決，均認為：因不當得利發生之債，並無共同不當得利之觀念，亦無共同不當得利應連帶負返還責任之規定。同時有多數人得利時，應各按其利得數額負責，並非須負連帶返還責任。學者間亦肯認此見解[9]，並指出，侵權行為與不當得利的功能不同，共同侵權行為人負連帶賠償責任之規定，欠缺類推適用的基礎。不當得利重在所受利得之返還，縱有共同侵權行為，若實際上未受有利益，仍不負返還責任。故數人縱因共同侵權行為受有利益，仍應按其利得數額，負返還責任，不成立連帶債務（係指侵權行為罹於時效消滅，改依不當得利請求）。

至司法院院字第2024號解釋雖謂：「追繳贓款。以屬於公有者為限。私人被勒索之款。如已扣押者。應發還受害人。否則經受害人請求返還。不問其共犯（包括教唆犯、正犯、從犯。）朋分數額之多寡。對於贓款之全部。均負連帶返還之責任。其有未經獲案者。得由到案之他共犯負擔。」實則係指公務員向被害人勒索財物（現行貪污治罪條例第4條第1項第2款），其犯罪所得財物依法（同條例第10條第1項）應發還被害人之情形。按此為刑事附帶民事訴訟之類型化規定，在民事上，各共犯本對被害人為共同侵權行為，依民法第185條規定，應負連帶賠償責任，固無疑義。惟在共同犯罪，其所得財物應予沒收之時（如共同收受賄賂），並非共同侵權行為，而為類共同不當得利之返還，依上述本院民事判決及學界通說，並無連帶責任之適用，故本院決議系爭判例、決議不再援用及供參考，與院字第2024號解釋並無牴觸，併予敘明。

## 伍 結論

系爭判例、決議類推司法院院字第2024號解釋之見解，對共同正犯之犯罪所得採連帶沒收，實務運作上固較便捷。惟共犯連帶沒收與罪刑法定主義、罪責原則、罪刑相當原則、罪疑唯輕原則，均相齟齬。本院決議不再援用、參考系爭判例、決議後，實務上回歸與上述原則相符之依各共犯實際犯罪利得分別沒收之分配追徵說，由事實審法院依其調查而為認定，雖會有一段適應期，惟乃回歸法理之不得不然！

（作者為最高法院庭長）

## 註釋

1891號判決意旨。

6. 參見司法院釋字第669號解釋理由書，許宗力大法官協同意見書註8並認：罪刑相當原則是應報主義所生最低底線，刑罰在此之外的預防、矯治等目的，不能執為加諸行為人更不相當之刑罰。另參見釋字第646號、551號、544號等解釋。
7. 本院判決出現沒收兼具保安處分之性質者：「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。」（101年度台上字第3895號判決）、「沒收含有保安處分之性質，用在剝奪犯罪者因犯罪而取得之財產上利益，以遏止犯罪，與罰金屬刑罰之性質有別。」（100年度台非字第231號、99年度台上字第1894號、98年度台上字第7883號、98年度台上字第6331號、98年度台上字第5362號、97年度台上字第3745號、97年度台上字第3426號、97年度台上字第1478號、97年度台上字第697號、97年度台上字第485號、97年度台上字第329號判決）。
8. 前述法務部刑法沒收修正草案亦曾有此議，並參見吳天雲著「沒收犯罪所得的法律性質與具體適用」一文，載法學新論第37期第115頁以下。同氏著「共同正犯共同犯罪所得的沒收、追徵方法」一文，載法學新論第8期第82頁以下。薛智仁著「沒收之定位與從屬性（上）」一文，載台灣法學雜誌第98期第23頁以下。
9. 參見王澤鑑著民法叢書，不當得利，2015年1月出版，第312、313頁。