財產犯罪犯罪所得沒收與被害人財產權侵害間之平衡（以竊盜罪為例）

文／花滿堂

壹 前言

刑法沒收新制自 105 年 7 月 1 日施行以來，已逾一年，當中問題不少。尤以刑法第 38 條之 1 第 1 項規定犯罪所得採義務沒收，同條第 5 項採沒收優先原則後，在財產犯罪（刑法第 29 章竊盜罪以下）是否一體適用？其對被害人之財產權保障是否周全？有無侵害人民之財產基本權？澈底剝奪不法利得與被害人財產基本權之保障間，如何求其平衡，亦成實務上必須嚴謹面對之課題。本文試由此切入，以竊盜罪為例，敘述其間運作之方式。

貳 修法前後實務見解之改變

修法前關於犯罪所得之沒收，修正前刑法第 38 條第 1 項第 3 款規定因犯罪所得之物以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之，但有特別規定者，依其規定。不祇採職權沒收，且該犯罪所得屬於犯罪行為人者，始得沒收，學說、實務間均一致認為犯罪行為人對之取得所有權者，始可沒收[1]，向無爭議。

現行刑法第 38 條之 1 單獨規定犯罪所得之沒收，其第 1 項雖修正為義務沒收，惟文字上與舊法規定，並無差異，仍以「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。」即立法理由內，亦謂：二之（二）為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪，現刑法第 38 條第 1 項第 3 款及第 3 項對屬於犯罪行為人之犯罪所得僅規定得沒收，難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，爰參考前揭反貪腐公約及德國刑法第 73 條規定，將屬於犯罪行為人所有之犯罪所得，修正為應沒收之。與修法前意旨相同。惟因增訂第 5 項「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」一般多認為依此反面解釋：犯罪所得未實際合法發還被害人者，均應沒收[2]。如此是否不問犯罪行為人已否取得犯罪所得之所有權，祇要未發還均應宣告沒收？即使在竊盜、侵占等財產犯罪，犯罪行為人對犯罪所得僅為占有（無權占有）而無所有，亦可不管第 1 項之規定，均應宣告沒收，則第 1 項與第 5 項之規定是否齟齬？或另有解釋之道？有認本次刑法沒收新制之修正，已將沒收另立專章，改為獨立的法律效果，並非從刑，尤其犯罪所得之沒收為類不當得利之返還措施，目的在貫徹任何人不得保有犯罪所得之普世價值，故犯罪行為人祇要對其犯罪所得有事實上管領力為已足，不必如舊法之具有所有權，第 1 項之屬於犯罪行為人概念既已變更，適用第 5 項即無與第 1 項齟齬之問題，自應貫徹第 5 項規定，以沒收優先為原則[3]。

惟亦有認：沒收犯罪所得係國家以公權力介入，取得人民之財產，在有關財產犯罪部分，犯罪行為人更係無權占有被害人之財產，國家強將該財產沒收，取得所有權，雖嗣後被害人得依刑事訴訟法第 473 條第 1 項規定，於裁判確定後一年內聲請發還，惟從被竊、被搶伊始，至裁判確定，其所有權之行使被架空；於裁判確定之後之一年內，如未行使聲請發還權，權利無端受損[4]等，對被害人造成多次傷害，情何以堪？故此沒收之規定，自須符合法律保留原則、比例原則、明確性原則。前述論者多以新法之犯罪所得沒收，並非從刑，屬類不當得利之衡平措施，故不須犯罪行為人取得所有權為必要，即犯罪行為人祇須取得物之支配地位，占有狀態、事實上之管領力，即符合第 38 條之 1 第 1 項「屬於犯罪行為人」之要件，對於該物事實上另有所有權人（大多為被害人）可以不問，而宣告沒收。惟新法之沒收仍係獨立之法律效果（見第 38 條之立法說明一），犯罪所得之沒收僅為類似不當得利而非單純之不當得利，依第 38 條之 1 之立法說明二之（二）即認舊法之得沒收犯罪所得「難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪」等語，其有一般預防之作用無疑，僅因為類似不當得利之衡平措施，即可與犯罪物之沒收不同，不以取得所有權為必要，似乏說服力。且如此侵害所有權人之基本權，可否僅以為彌平犯罪行為所造成財產管理支配關係之不當變動，屬類於不當得利之衡平措施，此種犯罪所得沒收之本質屬性，即足剝奪人民之基本權，而符合比例原則？另依第 38 條之 1 第 5 項之反面解釋，認犯罪所得未實際合法發還被害人者，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，而第 1 項仍原則性規定「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之」，更與法律明確性原則、法律保留原則相違。實者此二項規定之齟齬，乃立法疏失所致，致解釋上各執一端。惟在重大貪污、經濟等類犯罪，如販賣毒品、槍枝、收受賄賂、圖利、違法吸金、內線交易、食安犯罪等，本於物權行為在倫理評價上之中立性、無因性[5]，此類犯罪，犯罪行為人仍取得犯罪所得之所有權，而可宣告沒收，並無違背修法意旨之虞。即在詐欺、恐嚇取財罪，因被害人之物權移轉意思表示僅有瑕疵而得撤銷，並非當然無效，故在未撤銷前，犯罪行為人仍取得犯罪所得之所有權。僅在竊盜、搶奪、強盜、侵占、背信、擄人勒贖、贓物等一般財產犯罪，因被害人無移轉所有權之意思，犯罪行為人祇是無權占有，而非所有權人，自不合第 38 條之 1 第 1 項之規定，而不得宣告沒收，亦僅及於此，如加強扣押贓、證物之發還被害人（刑事訴訟法第 142 條第 1 項、第 318 條第 1 項參照）或刑事附帶民事訴訟現有規制，亦足堪應付，非必不問犯罪所得屬性，一概先予宣告沒收、追徵[6]。

此問題最高法院於 105 年 7 月 12 日第 11 次刑事庭會議開始討論，經近年之研議，終於 106 年 5 月 23 日第 6 次刑事庭會議表決，採前者見解，即刑法第 38 條之 1 第 1 項之屬於犯罪行為人者，不以取得所有權為必要，祇須要其對犯罪所得有事實上管理力為已足，因此不論任何犯罪（包括竊盜、侵占等財產犯罪），其犯罪所得未實際合法發還者，均應宣告沒收。同院 21 年上字第 589 號、40 年台非字第 5 號、47 年台上字第 233 號、69 年台上字第 3699 號等 4 則判例，均因法律修正而不再援用。再於 106 年 6 月 20 日第 7 次刑事庭會議決議：25 年上字第 5950 號、34 年特覆字第 342 號、44 年台上字第 1162 號、45 年台上字第 159 號、46 年台上字第 1135 號等 5 則判例，亦不再援用。

叁 財產犯罪犯罪所得沒收、追徵與發還之運用

在財產犯罪，對於犯罪行為人之犯罪所得（如盜贓）亦應依法宣告沒收。惟此於實際所有權人之被害人（如失主）權益多少有損害，已如前述。故刑法第 38 條之 1 立法理由內，亦強調應優先保障被害人因犯罪所生之求償權。如此沒收與被害人求償權（尤其發還被害人）間如何取得平衡，於實務之運作便成重要課題。本文以竊盜罪（竊取特定物）為例，表列盜贓有無移轉之各種情形，說明沒收、追徵、發還之適用，及其中各關係人間民、刑事之法律關係等，以供參考。（詳 3 版表一至表五）

肆 對被害人程序法上之保障措施

財產犯罪犯罪所得之沒收，依刑事訴訟法第 473 條第 1 項規定，被害人聲請檢察官發還沒收物、追徵財產之期間，祇有一年，稍縱即逝。基於保障被害人財產基本權[7]、訴訟基本權以及正當法律程序之要求，訴訟程序中應賦予其參與權，故刑事訴訟法第七編之二有關沒收特別程序中第三人參與之各條規定，於被害人自應同有適用。雖立法伊始，主要係針對刑法第 38 條第 3 項、第 38 條之 1 第 2 項第三人沒收而制，此立法說明言及：為建構刑法修正案新增剝奪被告以外

（文轉三版）

註釋

1. 參見吳燦著「被害人有求償權之犯罪所得沒收的疑義（上）」一文，載司法周刊第 1836 期第 2、3 版，及其註 17。
2. 就法學方法論而言，有謂反面解釋在刑法基於罪刑法定主義，必須窮盡的列舉構成要件，在此之下始有反面解釋之適用。換言之，如該正面解釋並未涵括所有法定要件，則禁止就此為反面解釋，否則等同類推解釋，為刑法所禁止。詳參考黃茂榮著「法學方法與現代民法」一書增訂 6 版第 515 頁。刑法第 38 條之 1 第 5 項有無完足第 1 項之要件，非無爭議。
3. 參照最高法院 106 年 4 月 11 日，106 年度第 4 次刑事庭會議，學者甘添貴、林鈺雄到會專家諮詢，均採此見解。
4. 被害人逾一年未行使發還請求權，得否另依民事法律關係請求，尚有爭議。
5. 參照王澤鑑著民法總則 2010 年版第 314 頁、陳聰富著民法總則 2016 年版第 245 頁。
6. 參照吳燦前揭文上、下二篇，載司法周刊第 1836、1837 期，及最高法院刑事庭會議部分庭長、法官所提意見。
7. 參照司法院釋字第 507 號解釋理由書認被害人亦在憲法第 16 條訴訟權保障之列。
8. 雖刑事訴訟法第 271 條第 2 項規定：審判期日應傳喚被害人予陳述意見之機會，惟亦僅止於此。與第七編之二所規定第三人參與沒收之特別程序之權利，自不可同語。

JUDICIAL 司法 復 稿 原 事 項
三、本刊歡迎來稿有關法律實務問題研討、法令解釋適用、裁判評析、立法論述、書籍評介、國內外法制動態等文章。
四、文稿一律不退件，請自留底稿。
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每週一出刊 全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

第三人財產，擴大單獨聲請宣告沒收之適用範圍，及現行特別刑法中既有之沒收第三人財產等實體規範。惟文義上，既曰「被告以外第三人財產」，當包括被害人，而有責之第三人既有程序參與權，舉重以明輕，更何況無辜之被害人。且就實質而言，因立法上疏漏，產生第 38 條之 1 第 1 項與第 5 項間之齟齬，今既從立法目的上解釋，認第 38 條之 1 第 1 項之屬於犯罪行為人，在犯罪所得部分僅須有事實上管領力已足，不須取得所有權，而不得不損及被害人之權利，則從程序法予以補救，更屬當然[8]。

至此實際運作上，當以體現司法為民之鵠的，對被害人優先為考量，而非直以宣告沒收、追徵等實務操作為便。例如：審理過程中，經調查結果被害人提出確切之本源證明（如行車執照、鑽石保單等），此時被害人明確，如沒收物已扣案，自宜發還被害人；雖未扣案在被告持有中，亦可曉諭交出發還；如不明去向，亦可勸導民事和解，替代追徵等，而非圖便一概為沒收或追徵之諭知，以彌補如前所述因為貫徹犯罪所得之剝奪而造成被害人之損害。再者，因被害人對沒收物、追徵財產之發還請求權，僅有一年期間，應使其能確切把握。故於審理過程，如被害人已參與，自可多為曉諭有此權利；如未到庭參與，亦可於送達被害人之判決正本教示欄內為此提示及裁判確定後，移送執行之公文副本抄送被害人等，均不失為的當之舉。

表一、贓物未移轉

贓物扣案	被害人明確（發還被害人）
	被害人不詳或有爭議（沒收）
贓物未扣案	在被告持有中（沒收）
	被告未持有、所在不明、滅失（追徵）

說明：在贓物扣案中而被害人明確時，應優先適用刑事訴訟法第 142 條第 1 項、第 318 條第 1 項規定，不待請求發還被害人，不宜仍適用刑法第 38 條之 1 第 5 項以尚未發還而宣告沒收。雖未扣案，但在犯罪行為人持有中者，其被害人明確時亦可先依刑事訴訟法第 133 條第 1 項、第 136 條第 1 項由法官命為扣押，再為發還被害人。惟實務上可能逕為宣告沒收較便捷。至贓物已扣案而被害人不詳或有爭議者，亦有主張繼續扣押，迨判決確定後，由檢察官類推適用刑事訴訟法第 475 條第 1 項規定公告滿二年，無人聲請發還者，其物歸屬國庫，與宣告沒收有異曲同工之效。惟一般都予宣告沒收。

表二、盜贓有償讓與知情之人（成立贓物犯）

贓物犯已起訴	贓物犯	贓物扣案	被害人明確（發還）；被害人不明或有爭議（沒收）
		贓物未扣案	在贓物犯持有中（沒收）；未持有、所在不明、滅失（追徵）
	竊盜犯	讓與所得扣案	被害人明確（可請求發還）；被害人不明或有爭議（沒收）
		讓與所得未扣案	在竊盜犯持有中（沒收）；未持有、所在不明、滅失（追徵）
贓物犯未起訴	贓物犯	贓物犯雖未起訴，在竊盜犯本案中，適用第 38 條之 1 第 2 項第 1 款第三人沒收。此時贓物多未扣案。則在贓物犯持有中（沒收），贓物犯未持有贓物、所在不明、滅失（追徵）	
	竊盜犯	讓與所得扣案	被害人明確（可請求發還）；被害人不明或有爭議（沒收）
		讓與所得未扣案	在竊盜犯持有中（沒收）；未持有、所在不明、滅失（追徵）

說明：在贓物犯已起訴時，被害人得對贓物本身之發還或沒收、追徵，竊盜犯讓與所得之發還或沒收追徵（刑法第 38 條之 1 第 4 項）擇一行使或依刑事訴訟法第 473 條第 1 項聲請發還，其間成立不真正連帶債務。被害人就贓物本身或讓與所得行使其權利，其他則沒收歸國庫（竊盜犯或贓物犯均不得保有其犯罪所得）。在贓物犯未起訴時，其為竊盜犯本案中之第三人，可適用刑法第 38 條之 1 第 2 項第 1 款規定。對贓物持有人非不可依刑事訴訟法第 133 條第 1 項以可為證據之物扣押之，並依同法第 133 條之 1 第 1 項規定，不須令狀，而扣押贓物，惟實際上此情形可能甚少，故此部分以贓物未扣案處理之。又對贓物犯追徵時，仍有刑事訴訟法第 133 條第 2 項，為保全追徵，必要時得酌量扣押贓物犯（第三人）之財產規定之適用，自不待言。再被害人對贓物本身或竊盜犯本身之讓與所得，擇一行使，其間關係與贓物犯已起訴時之說明相同。

伍 結論

此次沒收新制之變動不可謂不大，惟因刑法部分公布至施行期間僅半年，刑事訴訟法部分更僅數日。與 95 年 7 月 1 日施行之刑法總則修正部分，自 94 年 2 月 2 日公布起，準備期間近一年半者不同。加以後者多純為法律之適用，前者並有調查證據、事實認定部分（犯罪所得多寡、追徵如何估算等），複雜程度猶過於後者。再以刑法第 38 條之 1 第 1 項與第 5 項之爭議，見解歧異。故實務運作一年以來很難順暢無阻。茲諸爭議既已解決，惟因對被害人之權利不能謂為無損，尤其在財產犯罪部分，本文試從竊盜之實例，臚列各種情形，分別說明其處理方式，惟仍難免掛漏。解決大方向當從被害人本身為優先考量，俾免造成民怨，辜負修法美意。

（作者為最高法院庭長）

表三、盜贓無償讓與知情之人（成立贓物犯）

贓物犯已起訴	贓物犯	贓物扣案	被害人明確（發還）；被害人不明或有爭議（沒收）
		贓物未扣案	在贓物犯持有中（沒收）；未持有、所在不明、滅失（追徵）
	竊盜犯	竊盜犯無所得，不沒收、追徵（有反見）。但被害人對其有損害賠償請求權，與對贓物犯沒收、追徵請求發還間，成立不真正連帶債務	
贓物犯未起訴	贓物犯	贓物犯雖未起訴，在竊盜犯本案中，適用第 38 條之 1 第 2 項第 1 款第三人沒收。此時贓物多未扣案。則在贓物犯持有中（沒收）；贓物犯未持有贓物、所在不明、滅失等（追徵）	
	竊盜犯	竊盜犯無所得，不沒收追徵（有反見）。但被害人對其有損害賠償請求權，與對贓物犯沒收、追徵請求發還間，成立不真正連帶債務	

說明：在無償讓與贓物犯時，竊盜犯並無如表二所示之讓與所得。雖有主張此時仍應對竊盜犯為追徵，以貫徹刑法沒收新制之規範目的—任何人不得保有犯罪所得，與沒收物所在不明或滅失之情形相同。惟本文認為此時與贓物不明或滅失之情形不同，盜贓在贓物犯手中，被害人求償有門，且其對竊盜犯尚有侵權行為之損害賠償請求權，惟此究屬民事上之權利，在刑法領域，竊盜犯已有刑罰制裁，其確無所得，如予追徵，不免過苛，且有與民爭利之嫌，故認不為沒收、追徵。本部分被害人如對竊盜犯行使損害賠償請求權，則沒收、追徵部分即歸國庫。如對贓物之沒收、追徵，依刑事訴訟法第 473 條第 1 項規定聲請發還，即不得再對竊盜犯請求盜贓價值之賠償。

表四、盜贓有償讓與不知情之人

竊盜犯	讓與所得扣案	被害人明確（可請求發還）；被害人不明或有爭議（沒收）
	讓與所得未扣案	在竊盜犯持有中（沒收）；未持有、所在不明、滅失（追徵）
受讓人	受讓人除以顯不相當之對價取得，視同無償取得外，對之不能沒收。但被害人依民法第 949 條第 1 項規定，二年內可請求發還盜贓。	

說明：被害人對竊盜犯讓與所得之發還或沒收、追徵，依刑事訴訟法第 473 條第 1 項聲請發還；與依民法第 949 條第 1 項向受讓人請求返還盜贓，二者間為不真正連帶債務。被害人對竊盜犯就讓與所得主張權利，即不能再對受讓人請求返還盜贓；向受讓人請求返還盜贓後，受讓人對竊盜犯之讓與所得之沒收、追徵，即取得刑法第 38 條之 3 第 2 項因犯罪而得行使之債權，可依刑事訴訟法第 473 條第 1 項規定，為因犯罪而得行使權利之人，於取得執行名義後聲請給付。

表五、盜贓無償讓與不知情之人

無償讓與不知情之人	竊盜犯	竊盜犯無所得，不沒收追徵（有反見）；但被害人對其有損害賠償請求權，與對受讓人之沒收追徵請求發還間，成立不真正連帶債務
	受讓人	對受讓人依刑法第 38 條之 1 第 2 項第 2 款規定，適用第三人沒收、追徵之規定。盜贓在受讓人持有中（沒收）；未持有、所在不明、滅失（追徵）

說明：被害人向竊盜犯請求損害賠償，不可再對沒收追徵物聲請發還，此時受讓人雖係善意取得，惟與表四受讓人可保有盜贓之情形不同，因其為無償取得，刑法既有第三人沒收之規定，為貫徹沒收犯罪所得之規範目的，該物仍應歸屬國庫。受讓人遭沒收、追徵後，因其為無償取得，不能準用買賣契約有關之權利瑕疵擔保（民法第 347 條），原則上竊盜犯不負擔保責任。但其係故意不告知瑕疵，而受讓人有因此而生之損害時，得向竊盜犯請求賠償（民法第 411 條），惟就此受讓人須負舉證責任。

WEEKLY 周刊 徵 高 啓 事
一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。文後請加註作者及法院的故事。
二、本刊並歡迎一次刊出文章並將置司法人員的故事。
三、本刊對來稿有權潤飾刪改者，請勿一稿兩投。
WEEKLY 周刊
訂閱
每週出刊
定價400元
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊