



犯罪所得之計算— 金融法規與刑法之交錯

國立陽明交通大學
林志潔 特聘教授

簡報製作：許惠淇、方碩廷、高一騰、呂家羚、王舜民

林志潔

國立陽明交通大學特聘教授

金融消費評議中心董事長

學歷：美國杜克大學法學博士、碩士

國立台灣大學法學碩士、學士

主要經歷

- 全國司法改革國是會議委員
- 中央廉政委員
- 陽明交大科法學院金融監理與公司治理中心主任、社會正義講座
- 交大法學評論總編輯
- 執業律師

研究領域/專長領域

- 財經刑法與白領犯罪、金融監理、平等權理論、性別研究



目錄

1

沒收新制

2

美國法沒收制度

3

沒收憲法爭議

4

犯罪所得和沒收各論

5

結論

一、沒收新制

沒收舊制之缺陷

- 沒收舊制延續清末之定性－從刑說、沒收標的三分說
我國沒收舊制於2015年修法前追溯至1935年第一版之《中華民國刑法》，條文內容與立法模式可謂大抵相同，而追根究柢更可追溯至清末之「刑律草案(初稿)」該草案更早已奠定了我國沒收舊制採從刑說與沒收標的三分說之形式。
 - 從刑說之問題
舊法中具有專科沒收(舊法§39)和單獨宣告沒收(舊法§40)之規定，主刑已被免除卻可專科沒收以及無關主刑的單獨宣告沒收，可見沒收並無從屬性可言。同時刑罰僅止於一身應受罪責原則拘束，惟舊法中卻規定違禁物不問屬於犯罪行為人與否均沒收之，以及違禁物以外之客體若有及於第三人之特別規定者，依其規定沒收之，如沒收為刑罰之一種，不應存在此種現象，也可見沒收本身應並非刑罰之一種。

沒收舊制之缺陷

- 沒收標的三分說之問題

就理論及體系而言，沒收依照其標的主要包含兩種類型：一是犯罪工具或犯罪產物之狹義沒收，二是犯罪所得之利得沒收。舊法則是延續清末之沒收標的三分說，將違禁物另設為一沒收標的，分為違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物、因犯罪所生或所得之物，且所列之三種沒收標的概念也相互重疊，例如違禁物可能同時是犯罪工具（如槍械），也可能同時是犯罪所生之物（如所製造之毒品），造成混亂。

沒收舊制之缺陷

- 沒收之對象和範圍

- 第三人是否為沒收之主體對象？

舊法對於第三人沒收僅止於總則編對違禁品之沒收(舊法§38)，欠缺對第三人利得沒收之一般性規範，導致因犯罪而獲利之第三人可能繼續保有不法之所得，違背任何人均不得享有因犯罪而不法取得之利益的普世價值。

- 沒收之客體範圍

舊法關於沒收客體的第一個問題是型態規定不明，舊法中對於利得沒收客體仍稱為因犯罪所得之「物」，致生誤會，實務見解也有所歧異。第二個問題是在於其延伸範圍不明，舊法中犯罪所得之物解釋上可能包括直接或間接利得，但早期之院解卻限縮文義，將其限定在直接利得，犯罪利得所獲之孳息或替代品也應無讓犯罪行為人保有之道理。

沒收舊制之缺陷

- 非以定罪為基礎之特殊沒收

- 無罪責之沒收

所謂無罪責沒收係指僅需具備構成要件該當與不法性而不以罪責為必要之沒收。但舊法並無明文指示沒收究竟是以犯罪成立為必要？或僅從屬於不法即可？，僅考慮「有罪但免除其刑者」之專科沒收，而未考慮具備違法性但無罪責者之情形。同時舊法另一方面又允許違禁物之沒收並不以犯罪成立為前提，且可對第三人為之。可見舊法對於無罪責沒收之立場混沌不明，且有造成具違法性但無罪責之犯罪行為人的犯罪所得無法沒收之漏洞。

- 單獨宣告沒收

舊法在非以定罪為前提之單獨宣告沒收，除違禁物之外並無適用之可能，因此在犯罪行為人已逃亡海外無從審判之情形下，即使已經將犯罪所得凍結、扣案仍無從沒收，如拉法葉案。

沒收舊制之缺陷

- 替代價額的追徵、追繳或抵償之混亂

不論是狹義沒收或利得沒收都可能面臨無法執行而必須使用替代手段來沒收其替代價額之情事，例如偷來之物已被變賣，為達成「透過不法之利得必須被排除」，以及「任何人皆不得保有因不法行為而來的獲利」的普世價值，因此以替代手段來沒收替代價額在立法上有其必要性。

惟在我國舊法中具有層次、用詞混亂等現象，如追徵、追繳等應為沒收之替代手段，但卻與沒收本身相提並論，規定於從刑之下位類型，以及使用追徵、追繳、抵償三個立法用語所造成的用詞紊亂。同時舊法中亦缺少沒收替代價額之總則性規範。

修法契機

- 拉法葉艦軍購案

我國國防部於1990年間向法國湯姆笙THOMSON-CSF公司(現為泰利斯集團)採購6艘拉法葉級巡防艦，軍火商汪傳浦(2015年已病歿於倫敦)卻從中違法收取高額佣金，不法所得約9億元美金，並存於汪家人位於瑞士、列支敦斯登等國銀行。

本案汪傳浦早已潛逃出境且始終無法緝捕歸案並接受審判，其又於2015年病逝，致台北地院須依法為不受理之判決，故對於汪傳浦之犯行未能有終局且確定之判決，因而無法證實汪傳浦所被凍結之海外資產為犯罪所得而要求瑞士返還。本案例中可看見舊法中沒收作為從刑之不足，如無判決、主刑，從刑將無所附麗。

修法契機

- 黑心食用油風暴

2013年起我國發生多起食用油造假事件，令社會動盪不安。其中率先查獲之大統長基食品廠股份有限公司（下稱大統公司）以低價油混充高價油出售之混油案，經第一、二審法院裁判後，皆做出不法得款不予沒收之判決，令社會譁然。本案第一、二審法院皆以認為法人無犯罪能力因此不能成為犯罪行為人為由，因此無法以舊法之規定沒收大統公司之不法利得。可以看出我國舊法欠缺對犯罪行為人以外之「第三人」沒收犯罪不法利得的一般性規定，將有可能使第三人保有因他人犯罪而來之不法利得，完全悖離沒收制度之本意。也因此立法院於修正食品安全衛生管理法時同時做出附帶決議，要求相關主管機關徹底檢視刑法、刑事訴訟法的沒收規定，促成此次修法。

參考資料：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，臺灣法學雜誌，第 261期，頁13-15(2014)。臺灣彰化地方法院 102 年度易字第 1074 號刑事判決。智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 13 號刑事判決。

普世原則 (沒收新制之變革)

- 去從刑化：刑罰及保安處分外之獨立法律效果
- 擴張沒收之對象與範圍
- 引進非以定罪為基礎之特殊沒收
- 其他配套方法

去從刑化：刑罰及保安處分外之獨立法律效果

- 沒收為獨立制度
 - 利得沒收(刑法)v.s.不當得利(民法)→**透過不法之利得，必須被排除**
 - 一般預防：透過剝奪違法所取得的利潤，藉此嚇阻以獲取財產利益為導向之犯罪，進而消除犯罪之誘因
- 沒收獨立列於第五章之一
 - 沒收制度既不是刑罰或類似於刑罰之制裁，也不同於保安處分，**為獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果**，具有獨立性，故在第五章之一以專章規範，**確認沒收已不具刑罰本質。**

參考資料：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，頁106(2014)。

普世原則 (沒收新制之變革)

- 去從刑化：刑罰及保安處分外之獨立法律效果
- 擴張沒收之對象與範圍
- 引進非以定罪為基礎之特殊沒收
- 其他配套方法

擴張沒收之對象與範圍 (§38-1)

- **對象：擴及於第三人**
 - 除沒收犯罪行為人取得之犯罪所得外，第三人若非出於善意之情形，亦得沒收之，避免該第三人因此而獲利益。
 - 考量現今社會交易型態多樣，第三人應包括自然人、法人、非法人團體，法人包括本國及外國法人。
- **範圍：直接利得、間接利得和替代價額之追徵**
 - 犯罪所得包括其違法行為所得、其變得之物、財產上利益及其孳息均為沒收範圍。
 - 另若因事實上或法律上原因(如滅失或第三人善意取得)不存在時，應追徵其替代價額。或犯罪所得雖尚存在，惟因設定抵押權等原因而無沒收實益，或因附合財產非毀損不能分離或分離需費過鉅、混合財產不能識別或識別需費過鉅而不宜沒收時，則以追徵價額替代之。

普世原則 (沒收新制之變革)

- 去從刑化：刑罰及保安處分外之獨立法律效果
- 擴張沒收之對象與範圍
- 引進非以定罪為基礎之特殊沒收
- 其他配套方法

引進非以定罪為基礎之特殊沒收

無罪責利得沒收 (§38-1 IV)

- 適用沒收制度之前提審查項目：沒收標的須是否來自違法行為？
- 因沒收制度並非刑罰，沒收制度僅從屬於不法而不從屬於罪責，故欠缺罪責之沒收並不會違反罪責原則→行為人縱使無責任能力、出於不可避免之禁止錯誤者或具備寬恕罪責事由，亦無礙沒收之執行。
- 有犯罪利得情形的沒收漏洞，以達「透過不法之利得，必須被排除」之立法目的，復由法院依法條要件認定該所得係來自於違法行為，依職權善盡調查。

單獨宣告沒收 (§40 III)

- 並非實體法上獨立之沒收類型，而是一特殊訴訟程序→為排除因事實上或法律上原因所導致的訴訟障礙，於對人訴訟之外，另創設一種沒有刑事被告的對物訴訟。
- 犯罪行為人因死亡、曾經判決確定、刑法第十九條等事由受不起訴處分或不受理、免訴、無罪判決者；或因刑法第十九條、疾病不能到庭而停止審判者及免刑判決者，均可單獨宣告沒收。

引進非以定罪為基礎之特殊沒收

特別沒收規定(洗防法§18 洗錢標的沒收)

洗錢防制法 第18條

1. 犯第十四條之罪，其所移轉、變更、掩飾、隱匿、收受、取得、持有、使用之財物或財產上利益，沒收之；犯第十五條之罪，其所收受、持有、使用之財物或財產上利益，亦同。
2. 以集團性或常習性方式犯第十四條或第十五條之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前項規定以外之財物或財產上利益，係取自其他違法行為所得者，沒收之。
3. 對於外國政府、機構或國際組織依第二十一條所簽訂之條約或協定或基於互惠原則，請求我國協助執行扣押或沒收之案件，如所涉之犯罪行為符合第三條所列之罪，不以在我國偵查或審判中者為限。

引進非以定罪為基礎之特殊沒收

特別沒收規定(洗防法§18 洗錢標的沒收)

- 我國近來司法實務常見吸金案件、跨境詐欺集團案件、跨國盜領集團案件等，對於國內金融秩序造成相當大之衝擊，其共通點均係藉由洗錢行為獲取不法利得，戕害我國之資金金流秩序。
- 司法實務上，縱於查獲時發現與本案無關，但與其他違法行為有關聯且無合理來源之財產，如不能沒收，將使洗錢防制成效難盡其功，且縱耗盡司法資源仍未能調查得悉可能來源，而無法沒收，產生犯罪誘因。
- **擴大沒收**→就查獲被告本案違法行為時，亦發現被告有其他來源不明而可能來自其他不明違法行為之不法所得，雖無法確定來自特定違法行為，仍可沒收之。

普世原則 (沒收新制之變革)

- 去從刑化：刑罰及保安處分外之獨立法律效果
- 擴張沒收之對象與範圍
- 引進非以定罪為基礎之特殊沒收
- 其他配套方法

返還被害人條款 (§38-1 V)

- 發還優先原則：
 - 實現順序：被害人請求權 > 國家沒收之公法債權
 - 若個案已實際合法發還時，即毋庸沒收，避免重複剝奪已優先發還之犯罪所得
- 「任何人均不因保有不法利得」
- 「羊毛出在羊身上，應優先發還給羊」
- 「一頭牛不能剝兩次皮」

參考資料：林鈺雄，沒收講座：第三講，發還條款，月旦法學教室第 203期，頁44 (2019)。

估算條款 (§38-2 I)

- 當無法計算違法行為所得、變得之物或財產上利益及其孳息範圍及價額時，得估算之，以符實務需求。
- 認定顯有困難→絕對不能/相對不能
 - 絕對不能：客觀上根本無法調查不法利得或追爭之具體範圍與價額。
 - 相對不能：調查雖為可能，但極度耗費時間、費用或與沒收價額顯不成比例，因此為顧及訴訟經濟，改以估算方式為之。
- 估算不受**雙重嚴格形式性**要求之拘束，亦不適用嚴格證明法則
- 法院對於沒收範圍與數額，僅需達到**大致相信之過半心證**即可，不必到達認定犯罪事實時**無合理懷疑之確信**之心證程度。

參考資料：林鈺雄，沒收講座：第四講，估算條款，月旦法學教室第 205期，頁37-41(2019)。

過苛調節條款 (§38-2 II)

- **比例原則**之適用→於宣告沒收或追徵於個案運用有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性或犯罪所得價值低微之情形，得不予宣告沒收或追徵，以節省法院不必要之勞費，並調節沒收之嚴苛性。
- **例外情形**→法院應負加重說理義務

參考資料：林鈺雄，沒收講座：第三講，發還條款，月旦法學教室第 203期，頁44(2019)。

特別落日條款(刑施§10-3 II)

- 特別法有關沒收實體之規定錯綜複雜，刑法既已整體修正沒收規定，包括發還被害人、第三人沒收、價額之追徵、估算、義務沒收與過苛調節條款等，自應回歸刑法，一體適用。
- 後法優於前法：就沒收適用法律之競合，於新法實施後，應一律適用新法之相關規定，至於沒收施行後其他法律另有特別規定者，仍維持「特別法優於普通法」之原則。

→附屬刑法舊沒收之規定，無論立法者是否於沒收新制施行後另行刪除之，皆已因落日條款而不再適用。

參考資料：中華民國刑法施行法第 10-3條立法理由。另參台灣高等法院花蓮分院 108年上訴字67號刑事判決(沒收修正後無新舊法適用問題)。

折衷式從新原則 (§2 II)

- 因沒收不具刑罰本質，本質較近於非拘束人身自由的保安處分，專章內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和行為時法之適用必然性，故採取沒收適用裁判之從新原則。
- 於個案適用時，得透過刑法第38條之職權沒收和刑法第38-2條的過苛條款予以調節，兼顧比例原則。

參考資料：林鈺雄，沒收講座：第三講，發還條款，月旦法學教室第 203期，頁44 (2019)。

沒收之效力及執行期間

1. 追訴時之效力(§40-2 II)

- 以刑法第80條所定之時效期間為計，逾時效期間即不得為沒收
- 原則：依追訴權時效，沒收時效期間長短固然依本罪最重本刑判斷之
- 例外：追訴權時效有停止進行之問題(刑法第83條)，套用至沒收時效，亦應一體適用停止進行及停止原因消滅之事由。

2. 執行時之效力(§40-2 第四項)

- 執行期間定為十年，逾十年未開始或繼續執行者，不得執行
- 未開始或繼續執行者：包括「未開始」執行及開始執行後「未繼續」執行

→因沒收已經去從刑化，舊法沒收依行刑權時效之規定，無法再直接適用，故立法者另行創設沒收執行期間規定，且採一律10年固定期間之立法模式，一律從新。

沒收之效力及執行期間

3. 裁判確定後之移轉效力

- 限於沒收原標的，不含追徵其價額
- 對於法院宣告追徵之責任財產，本項未訂立其優先清償順位，其他民法或公法之債權人，仍得對受追徵之財產標的。
- 適用範圍應**目的性限縮**→原則上限於真正所有權人或權利人，始生移轉效力

4. 裁判確定前之禁止處分效力

- 禁止處分僅具**相對效力**，原處分權人(例如：財產標的之所有權人)違反禁止處分規定之移轉行為、設定負擔或其他處分行為，對受該禁止移轉保護之「特定人」不生效力，善意履行第三人應受保護。
- 例外：惡意第三人、善意但以無償或以顯不相當之對價取得之挪移型善意第三人皆不受保護

沒收物的種類

- **違禁物 (§38 I)**
 - 法令禁止人民私自製造、販賣、運輸、持有、所有貨行使之物。
 - 違禁物之沒收係考量違禁物本身即具社會危害性，不問屬於犯罪行為人與否，均應沒收之。
- **犯罪工具、利得沒收 (§38 II)**
 - 供犯罪所用或犯罪預備之物：以實行構成要件行為具直接關聯之犯罪工具
 - 犯罪所生之物：行為人因犯罪所獲得之利益。
 - 例外：刑法有其他特別規定者（如刑法第266條第二項當場賭博之器具，不問屬於犯人與否，沒收之）仍應優先適用之。

「利得沒收」 審查程序

- 前提審查:存在不法行為
- 有無利得審查
- 利得人審查
- 利得範圍審查
- 排除審查
- 法律效果

前提審查：存在不法行為 (§38-1 I、IV)

- 刑事不法係指構成要件該當且具違法性之行為，不以具罪責為必要。所稱之刑事不法，不以財產犯、故意犯、既遂犯為限，包含可罰的過失犯和未遂犯。

有無利得審查 (§38-1 I、II)

- 犯罪行為人(包含正犯或共犯)的犯罪而有利得，任何經濟尚可衡量的利益均屬之，包含行為人直接因犯罪而來得所有財產或利益增殖的型態，直接利得為犯罪行為人實際取得、支配的利益，與約定的利益不同，此外利得亦僅取決於事實上對財產標的之支配、處分權，無關民法的合法有效判斷，否則不法利益可能因不具法律上正當性而無法認定為犯罪所得，直接利得乃利得沒收的客體的固有範圍，範圍內要求犯罪和利得間具直接關聯性，又可依取得原因區分為：
 - 為了犯罪
 - 產自犯罪

利得人審查 (§38-1 I、II)

- 何人因犯罪而有利得？
 - 利得人係犯罪行為人 (§38-1 第1項)
 - 利得人係第三人 (§38-1 第2項)
 - 挪移型
 - 明知他人違法行為而取得
 - 因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得
 - 代理型
 - 犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得

利得範圍審查

- 廣義的利得範圍，包含因犯罪而直接取得得利得範圍、使用直接利得或替代品而生的間接利得、以及兩者皆有的替代價額問題
 - 直接利得
 - 總額原則，不問成本、利潤，均應沒收
 - 間接利得(§38-1 第4項)
 - 違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息
 - 替代價額追徵(§38-1 第3項)
 - 無法對客體進行沒收，此時改為追徵其相當於利得的替代價額

排除審查 (§38-1 V)

- 在執行沒收前，應先採取**被害人優先原則**，若優先將犯罪所得沒收，國庫會變成被害人向犯罪行為人請求賠償的阻礙，此外若未確定優先順序，犯罪行為人可能同時面對犯罪所得的刑事程序與被害人求償的民事程序，故將犯罪所得發還給被害人優先於執行沒收。唯有「產自犯罪」之利得才有優先發還給被害人的問題，「為了犯罪」之利得不得主張發還。

法律效果

- 強制沒收
 - 違禁物(刑法第38條第1項)
- 裁量沒收
 - 供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物, 屬於犯罪行為人者(同條第2項)

追徵

- 第 38條第四項

前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

- 立法理由謂：「五、考量供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物如價值昂貴，經變價獲利或轉讓予他人，而無法原物沒收，顯失公平。」

- 第 38-1 條第三項

前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

- 第 38-1 條第四項

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。

- 其立法理由謂：「四、參酌反貪腐公約第三十一條第一項第 a 款及巴勒摩公約、維也納公約均要求澈底剝奪不法利得，如犯罪所得之物、財產上利益及其孳息，因事實上或法律上原因（如滅失或第三人善意取得）不存在時，應追徵其替代價額。另犯罪所得雖尚存在，惟因設定抵押權等原因而無沒收實益，或因附合財產非毀損不能分離或分離需費過鉅、混合財產不能識別或識別需費過鉅而不宜沒收時，則以追徵價額替代之，爰增訂第三項，以利實務運用，並符公平正義。」

犯罪所得追徵

- 自始因利得取得型態而無法沒收原客體者
 - 如逃漏稅捐罪應繳納但逃漏之稅捐金額、環境犯罪節省之污染處理費用、收賄罪公務員接受性招待之費用或無償使用(廠商提供車輛)利益等。
 - 多為使用利益或節省支出之型態，自始就不存在一個可供沒收之原利得客體，因此僅能使用替代手段而追徵其相當價額。
 - 裁判主文應逕行諭知追徵及數額。
- 直接或間接利得，因嗣後滅失、消費、混同等原因而無法沒收原利得客體者
 - 如贓物已經轉手或銷贓，贓款或賄款已經消費殆盡或與行為人原有金錢混同而無法分辨者。
- 金錢價額之利得型態
 - 金錢特別容易移轉、消費及混同，故除了原利得現金仍在的少數情形(擄人勒贖被查獲之原贖金、販毒當場查獲之交付現金)外，幾乎都不是沒收原利得客體，而是以追徵其價額為主。

犯罪所得追徵

- 新修正刑法於 2016 年 7 月 1 日施行後，法院於宣告沒收供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物或犯罪所得之場合，裁判主文在宣告沒收並諭知『於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額』時，該追徵之價額若干，應否一併於主文為諭知？」
 - 臺灣高等法院暨所屬法院 105 年法律座談會刑事類提案第 1 號法律問題採否定說
 - 扣押範圍認定
 - 訴訟經濟考量
 - 執行層面問題
 - 學說:應逕行諭知追徵及數額

追徵之保全程序

	沒收	追徵
扣押性質	沒收扣押	追徵扣押
法條	刑法第38-1條第1項	刑法第38-1條第3項
保全客體	沒收原客體之特定物，不會及於相對人(受沒收人)的其他財產。	沒收其替代價額，本質上是國家對相對人的公法金錢債權，保全客體不限於特定標的，相對人的「任何財產」都是潛在的保全標的。
程序	沒收確定時直接移轉至國庫(刑法第38-3條第1項)	無標的移轉效力，執行程序才剛開始

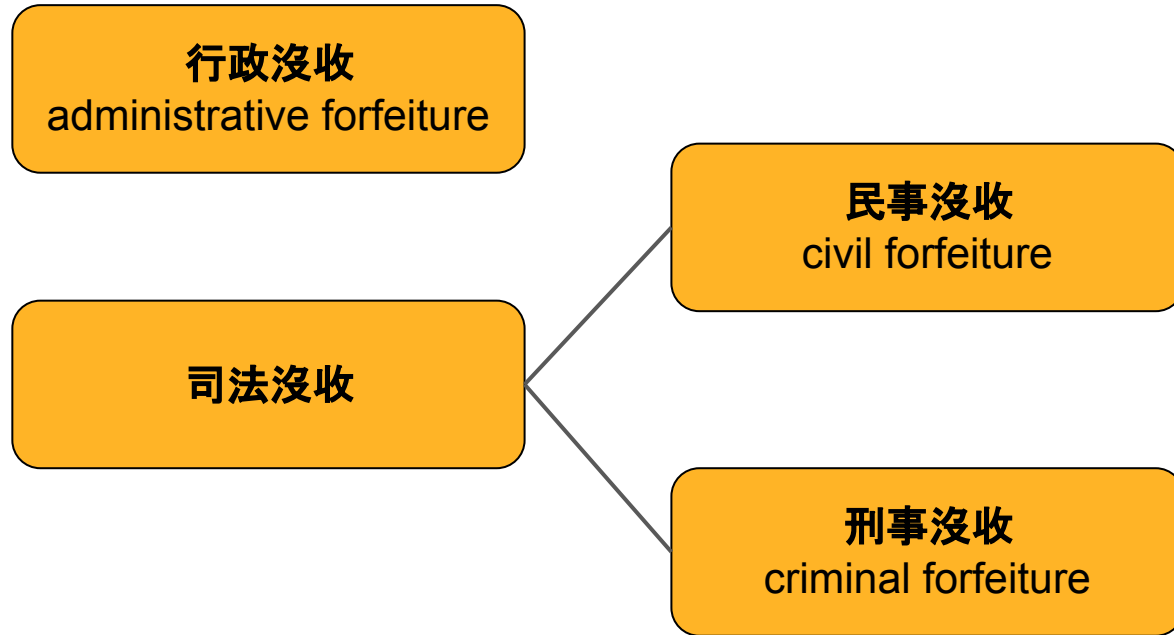
犯罪所得計算方式

● 犯罪所得之計算方式

- 沒收犯罪所得之範圍之計算，於計算利得沒收之數額上有淨額原則與總額原則之適用，其中總額原則又分為絕對總額原則與相對總額原則（又稱兩階段計算法）。
 - 淨額原則：「淨利原則」肯定犯罪利得沒收須扣除犯罪成本，利得沒收範圍＝犯罪所得－犯罪成本。
 - 絕對總額原則：絕對總額原則認為犯罪利得沒收不得扣除犯罪成本。
 - 相對總額原則：稱「相對」總額原則，係用以區別無論是為了犯罪支出或中性成本，一概不扣除之「絕對」總額原則而言。首先在「有無利得」審查的前階段，界定哪些是因犯罪所得之「直接利得」（包含直接關連性的審查），其次在「利得範圍」審查的後階段，始考慮應否從直接利得中扣除犯罪支出成本。

二、美國法沒收制度

沒收制度：行政、民事與刑事沒收



美國 民事沒收 法治發展

- **中世紀** 歐陸、英國普通法
- **1920-1933** 禁酒令期間之《聯邦海上捕獲法》
- **1970**《敲詐勒索及腐敗組織法》(Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act) → **RICO法**
- **1970**《聯邦毒品濫用防治及控制法》(the Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970)
- **1978、1984**《聯邦毒品濫用防治及控制法》兩次修正
 - 執法機關有權沒收所有用以促成 (facilitate) 毒品犯罪 (製造及買賣) 之財產。
 - 沒收範圍: 所有用以或意圖用以交易毒品或原料的金錢、可轉讓票據、證券及其他的財物, 所有可回溯至前述財物的收入, 以及所有用以或意圖用以促成毒品犯罪的金錢、可轉讓票據、證券及其他財物。

美國 民事沒收 法治發展

- **2000《聯邦民事財產沒收改革法》(Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000, CAFRA)**
 - 提高政府舉證責任：相當理由 (probable cause) → 優勢證明 (preponderance of the evidence)
 - 增定無辜所有人抗辯 (innocent owner defense)
 - 受律師協助
 - 窘困條款
 - 延長政府應通知財產所有人的期間及財產所有人得提出異議期間
- **2001《美國愛國者法》(Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, USA PATRIOT Act)**

行政沒收

- 定義：由行政執法機關 (law enforcement agency) 單方 (ex parte) 執行沒收之程序，為一法院並未介入之沒收程序
- 行政沒收機關
 - 聯邦調查局 (Federal Bureau of Investigation, FBI)
 - 緝毒署 (Drug Enforcement Agency, DEA)
 - 菸酒槍械及爆裂物管制局 (Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearm, and Explosives, ATF).etc
- 沒收標的 (18 U.S.C. §985)
 - 不動產及其上之利益外之其他財產
 - 動產：
 - 可信為犯罪所得或供犯罪之用的**現金**
 - 50萬元美金內**除現金外之動產**

參考資料：陳雅譽，論我國犯罪所得沒收法制與實證研究—與美國法制之比較，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，頁 28-35(2010)。

- 一般扣押
 - 原則：行政沒收機關只要以**合理根據(probable cause)**判斷該物在相關聯邦沒收法規下屬於得為行政沒收之標的物時，即應向財物發現地或沒收程序地之聯邦地方法院取得法院扣押令狀(seizure warrant)先行扣押
 - 例外：
 - 美國憲法第4增修條文所定例外情形(邊境搜索、汽車搜索、同意搜索、追捕搜索、學校搜索、警勤搜索、逮捕後之搜索、緊急搜索.etc)
 - 該物品已經州或地方政府之偵查機關合法扣押後，再轉由聯邦行政沒收機關繼受，便不須再重新向法院取得令狀
- 特殊扣押：所扣押之**現金**應於扣押後60日內或起訴後10日內存入扣押資產存款帳戶(the Seized Deposit Fund)內，直至執行沒收為止
- 扣押物權利人若於期間內向該行政沒收機關聲明不服，該機關於收受權利人對沒收處分不服後，必須將案件轉由聯邦檢察署，於權利人提出聲明90天內，向法院提起民事沒收訴訟

民事沒收

- **性質：對物訴訟(in rem action)** → 財產所有人並非當事人，只要國家機關能夠證明該財產涉及犯罪，即可以進行民事沒收，不受財產所有人是否死亡、失蹤而無法到庭的限制
- **執行主體：檢察官**
- **起訴門檻：達到聯邦最高法院所宣示使一般理性之人相信犯罪正在發生或曾經發生之合理確信(reasonable belief)之程度即可**
- **舉證責任與證據能力：因民事沒收訴訟制度與被告犯罪構成要件之事實無關，故檢察機關之舉證責任不須達於超越合理懷疑(beyond a reasonable doubt)，僅須達優勢證據(preponderous evidences)程度即可**
 - 檢察機關須證明財物屬於可沒收之財物(forfeitability)
 - 異議人須證明其為權利人，且係與犯罪行為無關(innocent)之人 → 不知沒收物與犯行間之關連性 + 非出於惡意盲目(willful blindness)而不知犯罪行為之發生

沒收客體

- **犯罪所得**: 18 U.S.C. § 981(a)(1)(C) (最廣泛之規定) → 列舉兩百多種罪行
 - 詐欺(fraud)、賄賂(bribery)、侵占(embezzlement)、竊盜(theft)等犯罪及州內犯罪的殺人(murder)、擄人勒贖(kidnapping)、賭博(gambling)、放火(arson)、強盜(robbery)、賄賂、恐嚇取財(extortion)、猥褻(obscenity)、州內販運毒品(state drug trafficking)等犯罪外, 同時亦包括許多平常較少見的新興犯罪, 例如銀行詐欺(bank fraud)、消費詐欺(consumer fraud)、電腦犯罪(computer crime)、洗錢(money laundering)等

沒收客體

- **打擊毒品犯罪**: 21 U.S.C. §§ 853(a)及881(a) → 得沒收之客體, 除犯罪所得外, 兼及「供犯罪或便利犯罪之物」
- **洗錢控制法**: 違反18 U.S.C. §1956, 1957, 擴及沒收一切與犯罪有關的財物
 - 將販毒或貪污所得之金錢與合法金錢混合一體而為洗錢者
 - 不但其犯罪所得之贓款得沒收, 與贓款混為一體的乾淨金錢, 亦得沒收充公
 - 第1956條: 處罰行為人在知悉的情況下, 為了促進或掩飾犯罪活動, 而進行不法活動收益之交易
 - 第1957條: 處理所有涉及超過1萬美元犯罪衍生財產的金融交易
- **經濟間諜罪** (18 U.S.C. §1831): 18 U.S.C. §1836 → 得沒收之客體包含**被竊取之營業秘密及其他財產** (本罪亦有刑事沒收之適用§1834)

刑事沒收

- **性質：對人訴訟 (in personam action)** → 以被告之**有罪判決**為執行依據
- **執行主體：檢察官**
 - 依《刑事訴訟程序規則》第32.2條與《濫用毒品防治與控制法》第853條
 - 首先在起訴書中載明請求法院為沒收之旨
 - 依第853條第(e)項，向法院聲請審前保全命令 (pretrial restraining order)
 - 依第853條第(f)項規定，向法院聲請扣押令
- **分叉之審理模式**
 - 被告被裁決有罪後，法院再就是否沒收乙事聽取額外主張，若認檢方已盡證據優勢的證明責征，證明沒收物與犯罪間之**法定關係**，即作出其認定之裁決，並為沒收之論知
 - 不關心沒收物之權利歸屬問題 → 有所爭執，則循審後附帶程序予以審究
- **沒收標的**
 - 被告人犯罪所得、被告人自己所有的用於犯罪的財物
 - 當得沒收物已流失或無法取得時，法院得改命追繳，或追徵其價額
 - 不能沒收第三人財物

參考資料：林輝煌，建構有效打擊利得犯罪法制－美國「民事沒收充公」制度之借鏡，法學叢刊第226期，頁17-18 (2012)。

訴訟策略的選擇？

- 檢察官究竟應提起民事沒收或刑事沒收程序？
 - 考量二者之優缺點後再決定
 - 也可以二者程序併行提起
- 對程序的選擇，擁有相當的彈性
 - 可以在進行刑事調查或起訴被告同時，提起民事沒收訴訟
 - 民事沒收訴訟可能會在刑案偵查之前完成
 - 亦可能在刑案進行中經法院裁定停止（避免因證據開示影響刑案）
 - 也可能在刑事案件偵結後，另外提起單獨的民事沒收訴訟
 - 不同程序結果不會互相影響
 - 若刑事追訴先行判決，也不會阻撓日後民事沒收訴訟的提起，反之亦然
 - 若被告死亡或逃匿，使刑事訴訟無法進行時，政府也可以循民事沒收訴訟進行不法財產的沒收

美國執法機關偏好民事沒收之原因

- 民事沒收為對物訴訟，不以有罪判決作為執行的依據
 - 只要能夠證明特定財產涉及犯罪，即可進行民事沒收 → 發動沒收難度降低
- 舉證責任之差異
 - 刑事審判中檢察官須盡到**毋庸置疑(beyond a reasonable doubt)**之舉證
 - 民事程序中，檢察官僅負擔**證據優勢(preponderance of evidence)**之責任，相較前者為低
- 沒收客體(範圍)之差異
 - 執法官員可以沒收「所有」與犯罪相關的財物，不受限於必須與特定犯罪行為相關連，縱屬第三人所有物亦可 → 程序相對簡便且高效
- 分享沒收利益制度之誘因
 - 聯邦與地方執法機關得互相分享沒收之巨額殘產利益，當執法機關面臨殘財政困囧之情形，民事沒收制度無疑鼓勵檢警投入人力資源以扣押財產。

沒收利益之分享

- **基金制度**: 准許聯邦執法人員由原本沒收財產須先歸屬財政部 (Treasury's General Fund) 再為申領之基金, 改為特別設立一個沒收基金, 能直接保有並使用由財產沒收所得之金額。
- **衡平分享機制**: 啟動「**聯邦衡平分享 (equitable sharing)**」或「**聯邦接收程序 (federal adoption)**」之機制, 不論破獲刑事案件者為聯邦或是州或地方司法人員, 另一司法單位皆得分享上開沒收財產之利益, **最多可獲得財產八成價值之財物或金錢。**
- **批評**
 - 執法人員利益衝突
 - 警察執法策略改變: **財產利益最大化** > 公平正義與抑制犯罪
 - 公部門財務來源本末倒置
 - 破壞法律對於無辜財產所有人之保護

民事沒收與過度罰金禁止原則

- 聯邦憲法第八增修條文：**過度罰金禁止原則** (the Excessive Fines Clause)
 - 為了**限制政府處罰** (punishment) 權力
 - 原則：僅適用於刑事程序
 - **目的性擴張**：亦適用於民事沒收程序 (由國家所發動、具有處罰特定人性質之處分)
- **Timbs v. Indiana 139 S.Ct. 682 案**
 - Timbs於印第安納州法院承認了其曾犯下販賣管制物質及共謀竊盜罪，警方在Timbs被捕時沒收了其一輛價值42,000美元SUV，指控該輛SUV被用來運輸海洛因。
 - 惟該車輛之價值為Timbs因毒品罪可能判處之最高罰款10,000美元**四倍以上之價格**，法院認為，**該車之沒收與Timbs所犯罪行之嚴重性顯不相當**，違反了第八增修條文之過度罰金禁止原則。

民事與刑事沒收之比較

	民事沒收	刑事沒收
優點	<ol style="list-style-type: none"> 1. 檢察官舉證責任較低：就有犯罪行為與財產犯罪有關此兩點，僅需證明達優勢證據 2. 無須以有罪為前提。 3. 沒收財產不限於與特定行為有關，概括與犯罪有關即可。 4. 原則上得沒收第三人財產（例外：該第三人在民事沒收充公之訴的附帶程序中可證明其為「無辜第三人」）。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 單一訴訟即可究辦犯罪人之刑責＋沒收，省時節源。 2. 沒收不能時，得沒收被告人的替代性財產。
缺點	<ol style="list-style-type: none"> 1. 法定時限拘束：檢察官在當事人提出異議後，須在90日內提起民事沒收，逾期則不得再提起。 2. 僅可追究沒收與犯罪有關之物：限於可追溯於犯罪的財產，無法以其他財產代之，如不法財產與合法財產混同，則難以計算 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 須以被告有罪為前提，若被告因逃亡、死亡，或因犯罪情節輕微→無訴訟，更遑論為沒收之宣告。 2. 與犯罪有關的第三人所有物不得為刑事沒收客體。 3. 尚須經沒收階段的審理，相當耗時

三、沒收憲法爭議

憲法爭議 - 111年憲判字18號

一、背景

台灣在2013年爆發大統長基混油事件，因頂新製油曾委託大統自西班牙進口橄欖油與葡萄籽油，再幫味全代工成健康廚房系列產品銷售，因此頂新公司與味全公司皆被檢方調查。此案被告雖於第一、二審都被作出有罪判決，但於第一審時沒收新制還沒施行亦未宣告沒收，沒想到第二審卻依沒收新制沒收3292萬8820元。

味全認為既然第一審判決出爐時沒收新制尚未施行，之後又怎還能以沒收新制規定溯及適用過去的行為？明顯抵觸不溯及既往、罪刑法定等原則，嚴重侵害人民的財產權，並聲請大法官解釋。

憲法爭議 - 111年憲判字18號

二、爭點

刑法第2條第2項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」其中涉及同法第38條之1第1項及第2項所定沒收部分，是否牴觸憲法罪刑法定原則、法律不溯及既往原則及信賴保護原則之問題？

憲法爭議 - 111年憲判字18號

三、結論-由詹森林大法官主寫

- 系爭規定涉及沒收犯罪所得部分，無涉罪刑法定原則
 - 由沒收新制整體內容觀之，犯罪所得之沒收不具刑罰性質
 - 沒收犯罪所得之性質言
沒收犯罪所得，不是非難行為人或第三人有什麼違反社會倫理的犯罪行為，這跟刑罰是基於制裁個人犯罪行為而設，行為人必須因為違法且有責的行為才受刑事制裁不同。
 - 沒收犯罪所得宣告之主體言
受沒收宣告之主體，除犯罪行為人外，非善意取得犯罪所得的第三人，也包含在內，這跟刑罰也不同。

憲法爭議 - 111年憲判字18號

- 受沒收犯罪所得宣告之客體言

國家不是以罪行或刑罰的輕重，決定應沒收的犯罪所得額度；反之，刑罰則必須受到嚴格罪責原則的拘束，因此沒收犯罪所得跟刑罰不同。

- 沒收犯罪所得之裁判言

沒收新制下主體訴訟被告無罪時的沒收、第三人參與沒收程序或客體訴訟的單獨宣告沒收，不是以刑事定罪為必要；反之，刑罰則必須依法論罪後才可以對行為人科處。因此沒收犯罪所得跟刑罰不同。

憲法爭議 - 111年憲判字18號

■ 沒收犯罪所得之執行言

犯罪所得在全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，依照刑法第38條之1第3項規定，只可以追徵其價額，因此追徵是刑法沒收新制下的唯一替代手段。反之，罰金無法完納者，則可以易服勞役或易服社會勞動代替執行，因此沒收犯罪所得跟刑罰不同。

■ 沒收犯罪所得之備位性言

犯罪所得已經實際發還被害人，國家就不能再對曾經取得犯罪所得的行為人或第三人沒收或追徵，就沒收犯罪所得的備位性而言，也跟刑罰不同。

憲法爭議 - 111年憲判字18號

三、結論

- 沒收新制之立法目的，係回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前之固有財產
- 犯罪所得範圍之計算縱採相對總額制，亦難認沒收犯罪所得具刑罰或類似刑罰之性質

憲法爭議 - 111年憲判字18號

三、結論

- 系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則

沒收新制並非針對行為人破壞法益之違法行為本身而設，而係為終止該行為所生之不法財產秩序。自犯罪所得產生之時起，不法財產秩序已然形成，且仍繼續存在至該犯罪所得被剝奪時為止。因此，系爭規定，雖導致刑法第38條之1第1項、第2項沒收犯罪所得之規定，適用於該條施行前已發生之犯罪所得，然因該不法財產秩序，於該條規定施行後，仍繼續存在，故系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，而無違法律不溯及既往原則。

憲法爭議 - 111年憲判字18號

三、結論

- 小結

刑法第2條第2項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」其中涉及同法第38條之1第1項及第2項所定沒收部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則，與憲法並無牴觸。

沒收現行爭議

● 直接犯罪所得數額採總額說或淨利說：以總額說為主

○ 淨利說

將沒收性質定性為「準不當得利之衡平措施」，既是無合法原因而受有利益，沒收其淨利即可。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。

○ 總額說

即犯罪行為人所為與不法行為相關之支出，於沒收範圍審查時應否列入犯罪所得，視該等支出是否係非與犯罪直接相關之中性成本而定。倘產生犯罪所得之交易自身即為法所禁止之不法行為，則沾染不法範圍及於全部所得（例如販賣毒品而取得之全部價金），其沾染不法之成本，非屬中性成本，均不得扣除

參考資料：許絲捷，「不法利得沒收之性質—從總額原則、淨利原則談起」，司法新聲，第24期，頁76（2017）。

參考資料：最高法院106年度台上字第3464號、107年度台上字第3332號及110年度台上字第1637號等刑事判決參照

沒收現行爭議

● 複數犯罪參與者之沒收

○ 早期實務見解(連帶沒收)

認為不問係共同正犯、教唆犯或幫助犯均負連帶責任，不論個別行為人實際分得多少，均應就全部之犯罪所得負擔連帶責任。

○ 實務見解(分配追徵說)

應採取沒收、追徵或追繳各人實際所分得之數額，個人只要對該犯罪所得「具有事實上之處分權限」，即得諭知沒收。

參考資料：最高法院104年度台上字第3937號判決

參考資料：林鈺雄，利得沒收之法律性質與審查體系-兼論立法之展望，月旦法學雜誌，第38期，頁68。

參考資料：惲純良，連帶沒收淺介德國實務經典裁判分析，月旦法學雜誌，第59期，頁82-83。

參考資料：林志潔，企業財經犯罪與沒收新制之應用，刑事法雜誌，第65卷，第2期，頁25-28。(2021)

沒收現行爭議

● 複數犯罪參與者之沒收

○ 我國有力說(區分沒收)

區分三種情況，分別是：

- 一、共同正犯各成員內部間，對於不法利得「分配明確」時，應依各人實際分配所得為沒收。又所謂各人「實際所分得」，係指各人對犯罪所得有「事實上之處分權限」者
- 二、共同正犯成員對不法所得並無事實上處分權限，其他成員亦無共同處分權限者，自不應諭知沒收
- 三、共同正犯各成員對於不法利得享有「共同處分權限」時，應負「共同沒收」之責。

沒收現行爭議

- 複數犯罪參與者之沒收：案例

上游廠商甲以新台幣(下同)10萬元出售原料予下游廠商乙供其製造產品，乙再銷售產品予消費者，銷售金額共100萬元。倘乙製造並銷售產品之行為犯X罪，甲則成立該罪之幫助犯，試問法院應如何宣告沒收(本文於此不討論沒收不能而需宣告追徵之情況)？

沒收現行爭議

- 複數犯罪參與者之沒收：案例

- a. 於「幫助犯」時以「正犯犯罪所產生之利得」作為沒收客體
- b. 依「區分說」為相應之沒收宣告
 - 沒收客體：銷售金額 100 萬元
 - 區分說：甲、乙兩人就 100 萬元犯罪所得所為之「分配協議」— 約定由甲取得 10 萬元、由乙取得 90 萬元，乙真正握有事實上處分權之部分應僅有 90 萬元。

【計算式：不法利得 100 萬元— 甲具有事實上處分權限之不法利得 10 萬元 = 乙具有事實上處分權限之不法利得 90 萬元】。

沒收現行爭議

● 第三人於二審(更審)初次參與沒收程序後之上訴

第三人犯罪所得之沒收

- 我國法：
 - 我國刑法沒收新制爰將沒收主體之範圍擴張至犯罪行為人以外之第三人。故第三人若非出於善意而取得犯罪所得，國家均得沒收之。
 - 我國刑事訴訟法亦配合刑法沒收新制，於第 455 條之 12 至第 455 條之 33 增訂第三人參與沒收程序之規定，使財產可能遭沒收之第三人有參與程序之機會。
- 美國法：見下頁

沒收現行爭議

● 第三人於二審(更審)初次參與沒收程序後之上訴

第三人犯罪所得之沒收

○ 美國法：

- **美國刑事沒收制度**：一旦有第三人主張權利，法院即須開啟補充程序進行審理。第三人若對補充程序之結果不服，美國法制准許其得就刑事沒收命令提起上訴，惟上訴時應適用民事上訴程序之規定。
- **美國民事沒收制度**：美國之民事沒收屬於對物(in rem)程序，不需以有罪判決作為沒收依據，蓋美國政府係直接將「沒收標的」列為被告，因此，即使無繫屬中之刑事本案訴訟，甚至沒收標的之所有權人未參與犯罪，美國政府仍可進行民事沒收。

當事人上訴時亦應適用民事上訴程序之規定。

沒收現行爭議

● 第三人於二審(更審)初次參與沒收程序後之上訴

第三人犯罪所得之沒收

○ 現行實務見解：

- **否定說**：認為若刑事被告之 本案為不得提起第三審上訴之案件，則縱使第三人於二審(或更審)時，方首次參與沒收程序，如對第二審法院宣告沒收其財產 之判決不服，仍不得向最高法院提起第三審上訴
- **肯定說**：基於有權利即有 救濟之原則，以及本於司法院釋字第 752 號解釋之相同法理，即 使刑事本案已不得上訴第三審，就第二審初次判決沒收其財產之 第三人，仍得提起第三審上訴。

沒收現行爭議

● 第三人於二審(更審)初次參與沒收程序後之上訴

第三人犯罪所得之沒收

- 本文見解：宜按司法院釋字第 752 號解釋之意旨及法理，准許參與人藉由類推適用刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書之規定而提起第三審上訴。
 - 「第三人參與沒收程序之上訴」與「刑事被告本案之上訴」，不可逕自將刑事訴訟法第三編「上訴」之規定悉數列入「參與沒收程序」之準用範圍，否則無異係誤「準用」為「適用」。
 - 依司法院大法官釋字第 752 號解釋，應賦予參與人至少一次上訴救濟之機會，以保障其訴訟權。
 - 相較於美國法對於第三人之上訴權完全未設限，我國法之規定實質上對於第三人之上訴造成限制，對於第三人之訴訟權保障顯有所不足。

沒收現行爭議

- **第三人於二審(更審)初次參與沒收程序後之上訴**
 - a. (情形 1): 乙犯 X 罪, 甲於「二審時」初次以第三人之身分參與沒收程序, 倘乙不得就其所犯之 X 罪提起第三審上訴(例如: 乙所犯之 X 罪屬於刑事訴訟法第 376 條所列之不得上訴第三審之罪名, 且第一審判決有罪, 第二審駁回上訴或撤銷原判決而自為有罪判決者), 如二審法院判決宣告沒收甲之犯罪所得, 則甲是否得上訴至第三審法院?
 - b. (情形 2): 乙犯 X 罪, 甲於「更審時」初次以第三人之身分參與沒收程序, 倘乙已不得就其所犯之 X 罪提起第三審上訴(例如: 該部分之犯罪事實上訴後業經最高法院駁回而告確定), 如更審法院判決宣告沒收甲之犯罪所得, 則甲是否得上訴至第三審法院?
 - c. (情形 3) 如甲為公司(法人), 則前述情形 1 與情形 2 之結論是否會有所不同?

沒收現行爭議

● 第三人於二審(更審)初次參與沒收程序後之上訴

- a. **最高法院多數見解**:因刑事訴訟法第 455 條之 28 規定準用同法第 376 條,故不論係假設案例之情形 1 或情形 2,因被告乙皆不得上訴至第三審。
- b. **本文見解**:人民初次遭判決沒收財產,基於大法官釋字第 752 號解釋之意旨,亦應同樣賦予至少一次上訴救濟之機會,以落實對其訴訟權之保障。於假設案例之情形 1 或情形 2,第三人甲應得援引大法官釋字第 752 號解釋之意旨與法理,主張類推適用刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書,並據以提起第三審上訴。

又不論甲為自然人或公司(法人),應皆得為此主張,故於假設案例之情形 3,即使甲為公司(法人),其仍得提起第三審上訴。

沒收現行爭議

- 供犯罪所用之物(德國法的關聯客體-如酒駕使用的車)能否包含犯罪客體在內?

- 排除說(我國)

供犯罪所用之物，必須是「促使」犯罪行為的工具，而不是犯罪本身。換言之，倘若該物品被定性為關聯客體，則自始排除以犯罪工具來沒收的可能性。此為我國目前實務上的理解方式。

- 包含說(德國)

立法者之所以沒有特設犯罪客體沒收的條文，並非認為不應沒收，毋寧說是因為「供犯罪所用之物」文義上已包含在內，亦即促成犯罪之工具與構成犯罪之關聯客體，都在「供」犯罪的日常可能文義當中。

沒收現行爭議

- 是否要扣除犯罪成本？目前採不扣除，但證交法內線交易及操縱股價別有計算方式。
 - 內線交易
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。

沒收現行爭議

- 操縱股價

- 立法理由例示之計算方法

從立法者增訂本法第171條第2項之理由觀之，犯罪所得計算方式之說明如下：「第二項所稱犯罪所得，其確定金額之認定，宜有明確之標準，俾法院適用時不致產生疑義，故對其計算犯罪所得時點，依照刑法理論，應以犯罪行為既遂或結果發生時該股票之市場交易價格，或當時該公司資產之市值為準。至於計算方法，可依據相關交易情形或帳戶資金進出情形或其他證據資料加以計算。例如對於內線交易可以行為人買賣之股數與消息公開後價格漲跌之變化幅度差額計算之，不法炒作亦可以炒作行為期間股價與同性質同類股或大盤漲跌幅度比較乘以操縱股數，計算其差額。」

沒收現行爭議

- 學說上之計算方法

應以「上開差額比例」乘上「收盤價格扣除買進價格」，作為擬制所得。最後，再考量到立法者所採之「差額說」，扣除行為人支出之交易成本後，以該數值乘上行為人實際買入之股數，即可計算犯罪所得，故導出之計算公式如下：擬制犯罪所得 = [(收盤價格—買進價格)*(1+與同類股漲跌幅之差額比例)—(交易成本)]*買入股數。

參考資料：王志誠，「證券市場操縱行為之規範構造及犯罪所得」，台灣法學雜誌，第5期，頁79(2010)。

沒收現行爭議

- 實務上之計算方法

採「實際所得法」或「擬制所得法」。所謂「實際所得法」，係指行為人實際買賣股票之價差，並且扣除相關成本後（如：手續費、稅捐等），以該金額作為犯罪所得；至所謂「擬制所得法」，係指行為人僅有買入、未有賣出之行為，而無法計算價差時，可以「操縱期間」之末日收盤價，擬制為行為人之賣出價格，據以計算價差。

參考資料：賴英照，「內線交易的所得計算」，中原財經法學，第1期，頁49（2013）。

四、犯罪所得和沒收各論

犯罪所得與沒收各論

- 證券交易法
- 銀行法
- 營業秘密法
- 洗錢防制法
- 賄賂、貪汙
- 食安法
- 環境衛生法

證券交易法犯罪所得計算

- 台開案案件概述

本案行為人實際知悉公司之重大消息，在消息明確後，未公開前，買賣該公司股票，涉及證券交易法第157條之1內線交易之規定，主要爭點在被告趙建銘、趙玉柱被訴利用案外人簡水綿之倍利證券台南分公司帳戶買入台開公司股票內線交易和被告游世一被訴以自己帳戶買入台開公司股票之內線交易之犯罪所得計算。

證券交易法犯罪所得計算

- 鑑定意見
 - 內線交易之犯罪所得計算宜採「分割適用說」
 - 建議本案內線交易之犯罪所得計算宜採「分割適用說」,以消息公開後十個營業日作為計算基準。交易時點係在消息公開後十個營業日內,採「實際所得法」;若交易時點係在消息公開後十個營業日以後或尚未交易者,採「擬制所得法」,即以消息公開後十個營業日收盤平均價計算之。
 - 若認採分割適用說所計算出之犯罪金額,不足以評價被告惡性重大程度,或未達嚇阻、處罰之效果,則建議於量刑上,以證券交易法第171條之罰金刑作為補充。

證券交易法犯罪所得計算

- 鑑定意見
 - 沒收(追徵價額)認定部分
 - 建議沒收部分採估算方式為之，計算上扣除投入市場之資金；然因刑法第38條之1立法理由改採「總額說」，故不應扣除證券交易稅、手續費等交易成本。
 - 建議可以合憲性解釋之方式，限縮解釋證券交易法第171條第2項所稱之「犯罪所得」。亦即，將內線交易行為之「成本」解釋為證券交易稅與手續費等交易成本，此部分於計算上無須扣除；至於行為人買賣股票所投入之購買資金，則不屬於犯罪所得，故予以扣除。

證券交易法犯罪所得計算

- 108年度台上大字第4349號案例事實

普格科技股份有限公司(下稱普格公司)為公開發行股票上櫃之公司,其董事長甲○○及實質董事即上訴人乙○○於民國101年10月20日實際知悉普格公司有不合營業常規交易而遭受鉅額損害,足以影響營運之重大事項。乙○○旋於同年月22日將其持有普格公司股票250仟股賣出。甲○○則於同年月24日中午12時許將上開消息告知其兄即上訴人丁○○,丁○○即於同日及翌(25)日上午11時21分以前,陸續賣出其持有普格公司股票共970仟股。普格公司迨於同年月25日晚上11時許,方在網路公開資訊觀測站揭露公開上開鉅額損害訊息,普格公司股價於次1營業日(101年10月26日)即呈現劇烈下跌之趨勢,迄同年11月19日止(共計17個營業日),均以跌停價收盤。

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第171條內線交易

- 犯罪所得定義

- 最高法院刑事大法庭108年度台上大字第4349號

107年1月31日修正公布證交法第171條，將其第2項「犯罪所得」修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，固僅係避免法律用語混淆所為之文字修正，而非法律之變更，但自一般通常文義來理解，可知內線交易罪所稱「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，係指犯罪「獲取之財物」與「獲取之財產上利益」之總和，其中「獲取財物」之部分，為行為人實際買入(或賣出)再行賣出(或買入)之價差而已實現之利得；而「獲取財產上利益」部分，即為行為人未實現之利得。

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第171條

- 爭點一：內線交易罪所獲取的財物或財產上利益，應如何計算？

- 實際所得法與擬制所得法

對於已實現的所得，採實際所得法，未實現的部分，則採擬制所得法

1.對於知悉內線消息後買進股票，並於事後再行賣出的部分，採實際所得法，以賣出價扣除買進成本之後的餘額，做為犯罪所得。

2.對於買入後未再賣出的部分，則採擬制所得法，以內線消息公開後，十個營業日的股票平均收盤價格，擬制為賣出扣除買進成本後餘額做犯罪所得。

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第171條

- 爭點一：內線交易罪所獲取的財物或財產上利益，應如何計算？

- 關聯所得法

計算內線交易之犯罪所得時點，必須該股票價格之變動與該重大消息之公開，其間有相當之關聯者為必要。(98年台上字4800號刑事判決)

- 分割適用法

認定內線消息公開後，對股票價格的影響是十個營業日。因此，以賣出時間點是否在消息公開後十日之內，分別適用實際所得法與擬制所得法。

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第171條

- 爭點一：內線交易罪所獲取的財物或財產上利益，應如何計算？

- 兩個交易日差法

「『該重大消息公開前最近之交易日該公司股票每股成交均價，與該重大消息公開18小時後，最近之交易日該公司股票每股成交均價之差額』，推定為該重大消息對於該公司股票每股價格影響程度之具體表徵」（最高法院107年度台上字第4438號刑事判決）。

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第171條

- 爭點一：內線交易罪所獲取的財物或財產上利益，應如何計算？

- 最高法院刑事大法庭108年度台上大字第4349號

證券交易法第171條第1項第1款之內線交易罪，因犯罪獲取之財物或財產上利益之計算方法，應視行為人已實現或未實現利得而定。前者，以前後交易股價之差額乘以股數計算之（即「實際所得法」）；後者，以行為人買入（或賣出）股票之價格，與消息公開後10個營業日收盤平均價格之差額，乘以股數計算之（即「擬制所得法」）。

- 犯罪所得計算方法-台開案

審級	計算方法	備註
一審	擬制所得法	已賣出及尚未賣出部分皆採擬制所得法(公開後10個營業日收盤平均價計算)
二審	實際所得法	尚未賣出部分不列入計算
三審	關聯所得法	計算時點和重大消息公開有關
更一審	實際所得法	尚未賣出部分不列入計算
更二審	實際所得法+擬制所得法	已實現賣出之部分採先進先出計其賣出價格, 尚未賣出部分採最後一次賣出價為擬制計算所得。
更三審	分割適用說	<ul style="list-style-type: none"> ● 賣出時點若在消息公開後10日內, 以實際交易價格計算(實際所得法); 若賣出時點在消息公開後10日以後或尚未賣出者, 以公開後10日收盤平均價計算(擬制所得法) ● 經執行署變賣部分, 更三審認為因非經被告趙建銘、趙玉柱之意思而變賣, 計算方式同尚未賣出部分處理。
更四審 更五審	實際所得法+擬制所得法	依個案情狀, 就已售出、獲利了結部分, 擇用「實際所得法」, 就尚未售出致無從計算實際所得部分, 則以消息公開後10個營業日收盤平均價格, 擬制為賣出價格之「擬制所得法」

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第171條

- 爭點二：計算前項範圍時，應否扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本？

- 差額說

證交法增訂理由中說明：關於計算內線交易犯罪所得之數額，立法理由載明係採學理上之「差額說」（或稱「淨額說」），其犯罪所得之計算，應扣除買入股票之成本（包括股價、證券交易稅與手續費），而非「總額說」（即不扣除買入股票之價金、證券交易稅及手續費等）

（最高法院106年度台上字第86號、106年度台上字第1122號、107年度台上字第1830號及107年度台上字第4438號）

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第171條

- 爭點二：計算前項範圍時，應否扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本？

- 總額說

- 「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。」(最高法院 106 年台上字第 1009 號刑事判決)
- 刑法第38條之1修正理由中說明犯罪所得不已因犯罪直接取得者為限，且「基於徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本，均應沒收」。

證券交易法犯罪所得計算

● 證交法第171條

○ 爭點二：計算前項範圍時，應否扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本？

■ 最高法院刑事大法庭108年度台上大字第4349號-差額說

- 在證券交易市場買賣有價證券，證券交易稅是由出賣人負擔，並由證券經紀商負責代徵、繳納；證券交易手續費則是由證券經紀商向委託人收取。凡是買賣股票的投資人，都要依法繳交前述稅、費，不能拒繳或免除此部分支出。因此，實務上對於因內線交易罪獲取財物或財產上利益的範圍，向來多採「差額說」（或稱「淨額說」），即應扣除證券交易稅與證券交易手續費，以貼近真實利得的計算方法。
- 民國107年1月31日修正公布證交法第171條第2項的立法理由，明白指出「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，應扣除成本，與刑法沒收新制下「犯罪所得」的範圍，有所區別。足見立法者有意將「因犯罪獲取之財物或財產上利益」與沒收的「犯罪所得」明白區隔，兩者概念各別，範圍不同，應予明辨。
- 因此，依司法實務向來多數見解及上述修法意旨，應以內線交易買賣股票的價差，扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本，據以計算行為人因犯罪獲取財物或財產上利益的數額。

證券交易法犯罪所得計算

● 證交法第171條

○ 爭點三：共犯之犯罪所得應如何計算？

■ 共同計算

基於共同犯罪行為應由共犯各負全部責任之理論，共同正犯應對犯罪之全部事實負責，由於共同正犯係採連帶沒收主義，故共同正犯間違反內線交易罪獲取之財物或財產上利益應合併計算。

■ 分別計算

- 證交法第171條第2項之加重處罰規定，係以被告犯罪獲取之財物或財產上利益決定是否加重被告之刑責，故立法政策係限於「被告之犯罪獲取之財物或財產上利益」為其加重構成要件，自應以被告本人之犯罪獲取之財物或財產上利益或其本人可得實際支配處分者為限。
- 證交法第171條第2項並無類似其他金融六法有關「2人以上共同實施前項犯罪之行為者，得加重其刑至2分之1」之規定，顯見立法者認定該條項規定係著重在「獲取之財物或財產上利益愈高，對市場交易秩序危害愈大」，故基於罪刑法定原則，如各行為人獲取之財物或財產上利益仍未達1億元，自不得將各行為人獲取之財物或財產上利益合計算後加重其刑。

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第171條

- 爭點三：共犯之犯罪所得應如何計算？

- 108年度金上重更五字第11號(台開案更五審)-肯定說，共同計算

共同實行犯罪行為之人，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，以達其共同犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果共同負責，而成立相同之罪名。此共同正犯對於犯罪行為及結果責任共同之原則，與犯罪成立後，為使犯罪行為人不能坐享犯罪成果，以杜絕犯罪誘因，應依共同正犯個人實際犯罪利得諭知沒收，以剝奪各共同正犯實際分得之犯罪所得，兩者之觀念與涵意，並不相同。又107年1月31日修正公布之證券交易法第171條第2項規定，係考量行為人有同條第1項所列各款之犯罪時，如因犯罪獲取之財物或財產上利益金額達1億元者，對金融交易秩序危害較為嚴重，故予以加重處罰，至於同條第7項則係針對犯罪所得，配合刑法沒收新制所為之修正二者性質及概念均有不同。是以數人基於共同犯意聯絡，彼此分擔傳遞消息、買入股票等內線交易行為之分工，縱算是各自出資、自負盈虧，仍應將共同正犯所獲取之財物及財產上利益全部合併計算，方能如實反映其等內線交易之淨利規模及共同對金融市場交易秩序之危害程度，始符合同條第2項加重處罰規定之立法意旨。

證券交易法犯罪所得計算

○ 共犯是否合併計算-台開案見解

審級	是否合併計算	見解
一審	否	不宜再以共同實行犯罪合併計算其金額作為加重刑度
二審	是	認為被告等就買入臺開公司股票犯行有犯意聯絡及行為分擔，論以共同正犯，犯罪所得金額合併計算。
更一審	是	認為被告等就買入臺開公司股票犯行有犯意聯絡及行為分擔，論以共同正犯，犯罪所得金額合併計算。
更二審	是	認為被告等就買入臺開公司股票犯行有犯意聯絡及行為分擔，論以共同正犯，犯罪所得金額合併計算。
更三審	非共同正犯，不合併計算	認被告等人就「賣出」股票部分並無犯意聯絡，非共同正犯，不應合併計算其犯罪所得金額。
更四審	否	無犯意聯絡，非共同正犯，不應合併計算其犯罪所得金額。
更五審	是	論共同正犯，方能如實反映其等 內線交易之淨利規模及共同對金融市場交易秩序之危害程度

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第171條

- 爭點四：共犯之犯罪所得應如何沒收？

- 分別沒收

刑法第38條之1 第1 項前段犯罪所得沒收之規定，以「屬於犯罪行為人者」，為沒收要件。則於數人共同犯罪時，因共同正犯皆為犯罪行為人，所得屬全體共同正犯，應對各共同正犯諭知沒收。然因犯罪所得之沒收，在於避免被告因犯罪而坐享利得，基於有所得始有沒收之公平原則，如犯罪所得已經分配，自應僅就各共同正犯分得部分，各別諭知沒收。如尚未分配或無法分配時，該犯罪所得仍屬於犯罪行為人，則應對各共同正犯諭知沒收。

(最高法院 108 年度台上字第 16 號刑事判決樂陞案)

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第155條操縱市場

- 爭點一：犯罪所得計算方式

- 類股指數或大盤指數比較法

第171條第2項立法理由明示「可以炒作行為期間股價與同性質同類股或大盤漲跌幅度比較成以操縱股數，計算其差額。」

→ 缺失：全部比較 vs 部分比較？

比較範圍？

各公司經營型態、獲利能力不同，無法量化？

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第155條操縱市場

- 爭點一:犯罪所得計算方式

- 實際所得法+擬制所得法(最高法院102台上字第1177號刑事判決)

- 買進特定種類股票的數量，與賣出相同者，採實際所得法，已賣出股票所或金額，減買進股票的成本，扣除證交稅和手續稅之後，即為犯罪所得。
- 買賣數量不同者，以買進大於賣出為例，未賣出部分，採擬制所得法，以查核期間末日的股票收盤價格擬制為賣出價格，據以計算出售金額及犯罪所得。

○ 實務計算模式-最高法院 107 年台上字第 3336 號刑事判決

參酌現行證券交易法第 171 條於 93 年 4 月 28 日修正之立法意旨及議案關係文書所載內容，可推認該條規定之精神，係將行為人應納入計算之交易損益，分為「**犯罪獲取之財物**」及「**財產上利益**」兩大部分，其中「**犯罪獲取之財物**」部分，為其實際上已買進或賣出股票而獲利之部分，可稱為「**實際獲利金額**」，且若為買進數量大於賣出數量（即買超）之情形，計算方式即為實際賣出股數乘上每股買進、賣出均價之價差，再扣除必要之手續費及稅捐，若為買進數量小於賣出數量（即賣超）之情形，計算方式則為實際買進股數乘上每股買進、賣出均價之價差，再扣除必要之手續費及稅捐；而「**財產上利益部分**」，則為其個人犯行終了時，當時本可以因買、賣股票而獲利但未即取得之部分，可稱為「**擬制性獲利金額**」，且若為買超之情形，則係計算未賣出部分之財產上利益，計算方式即係將期末收盤價擬制為賣出價格，扣除每股平均買價後，乘以其買超股數，再扣除必要之手續費及稅捐；若為賣超之情形，則係計算多賣出部分之財產上利益，計算方式即係將每股平均賣價，扣除擬制為買進價格之期初收盤價後，乘以其賣超股數，再扣除必要之手續費及稅捐。進而，行為人之交易犯罪所得，即為上開「**實際獲利金額**」與「**擬制性獲利金額**」之總和。又按不法炒作之犯罪行為，若其買進與賣出之數量相符時，固應以二者之股價差額乘以買進或賣出股（單位）數計算其犯罪所得，至若炒作期間行為人買進股（單位）數大於賣出股（單位）數（俗稱買超）致二者數量不同時，本諸證券交易法規範不法炒作行為係為懲罰「嚴重危害企業經營及金融秩序者」，其重點在於犯罪行為所造成對於企業經營及金融秩序之危害，而非行為人是否果因此而獲有實際所得，因之計算犯罪所得應依前揭所述，以行為既遂或結果發生時該有價證券之市場交易價格為計算之標準，是就買超部分雖於查核期間尚未賣出，惟依前所述，就買超股數部分應以查核期間之末日收盤價為計算基礎，計算其不法所得。

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第155條操縱市場

- 爭點二:犯罪所得是否扣除成本

- 實務多採差額說

- 扣除交易手續稅和交易手續費等稅費成本

- 99年度重金上更(一)字第9號

...是其等於上開查核期間不法獲利金額為601,682,300 元 + (26.50 元X11, 348,000股) - 836,199,100元 = 66,205,200元, 扣除手續費及證券交易稅2,477,510元、2,707,213元(詳如附表四所示), 合計不法獲利金額為61,020,477元。

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第155條操縱市場

- 爭點三:多數人共同參與操縱行為

- 實務上綜合審認是否有「買超\賣超」，合併計算有無買進或賣出之價差，藉以計算犯罪獲取之財物或財產上利益，應屬合理。
- 若認為應「分戶」審認及計算「買\賣超」之擬制所得、逐筆交易審認是否發生「賣超」，不僅已背離刑法共犯理論基礎，且顯然過度擴張共同正犯行為人因操縱行為犯罪所獲取之財物或財產上利益之金額，並不妥適。

證券交易法犯罪所得計算

- 證交法第155條操縱市場

- 爭點四:為減輕或免除刑責而繳交全部犯罪所得之計算方法

- 繳交行為人自己實際所得財物已足

- 證交法第171條第4項及第5項之立法旨在鼓勵行為人犯罪後能勇於自新，對自己之犯罪事實為坦白供出，並就自動繳交全部犯罪所得者予以減輕或免除刑責，則對於所謂繳交全部犯罪所得之解釋，自不宜過苛，應指繳交行為人自己實際所得財物之全部為已足。

犯罪所得與沒收各論

- 證券交易法
- 銀行法
- 營業秘密法
- 洗錢防制法
- 賄賂、貪汙
- 食安法
- 環境衛生法

非法經營銀行業務罪之犯罪

- 銀行法第125條加重處罰要件之「犯罪獲取之財物或財產上利益」與同法第136-1條之「犯罪所得」係不同之概念
 - 舊銀行法因兩者皆使用「犯罪所得」的立法用語，因此部分學說及實務判決皆有誤將犯罪所得在沒收的判斷標準套用在一億之加重處罰要件，造成適用上之混亂。
 - 為解決此等亂象，修法將第125條之「犯罪所得」一詞修為「犯罪獲取之財物或財產上利益」，並於修法理由中強調第125條之加重理由為犯罪行為超過一億之影響重大，而沒收之規定則是避免行為人保有因不法行為所獲得之利益。

➔ 銀行法第125條：犯罪獲取之財物或財產上利益(加重處罰要件)

銀行法第136-1條：犯罪所得(沒收)

非法經營銀行業務罪之犯罪

- 銀行法第125條和銀行法第136-1條規範目的不同
 - 最高法院108年度台上字第1188號刑事判決亦曾表示銀行法第125條係基於犯罪所得愈高，對金融秩序危害影響愈大，對違法辦理銀行業務所收受之款項或吸收之資金規模達1億元以上者，所為之立法評價，故所指犯罪獲取之財物或財產上利益，自應以行為人對外所吸收或收取之全部資金為其範圍，方足以反映非法經營銀行業務之真正規模，並達該法加重處罰重大犯罪規模之立法目的。同法第136-1條乃側重剝奪犯罪行為人從犯罪中取得並保有之不法所得，基於任何人不得保有犯罪所得之普世價值，犯罪所得之沒收係在剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得，使其不能坐享犯罪之成果，**兩者規範目的及範圍，並不相同。**

參考資料：林鈺雄，相對總額原則／兩階段計算法（下），月旦法學教室，第198期，頁44-47（2019年）。

參考資料：銀行法2019年修法新舊條文對照表。

參考資料：最高法院108年度台上字第1188號刑事判決。

非法經營銀行業務罪之犯罪沒收

- **犯罪沒收**：銀行法第136-1條就違反本法犯罪所應沒收之不法利得，採取與刑法沒收新制之「犯罪所得」相同定義。
 - 最高法院108年台上字第2465號刑事判決援引2017年銀行法修正立法理由，例如為完善沒收之範圍，爰將「因犯罪所得財物或財產上利益」修正為「犯罪所得」、銀行法新修正規定未予規範沒收部分，則仍回歸適用刑法沒收新制之相關規定... 等理由，表示修正後之銀行法第136條之1就違反本法犯罪所應沒收之不法利得，採取與刑法沒收新制之「犯罪所得」相同定義。

非法經營銀行業務罪之犯罪沒收

- 犯罪沒收：地下匯兌犯罪所得範圍

- 實務上，最高法院108年度台上字第2465號刑事判決表示銀行法第136條之1應沒收之犯罪所得，係指業者實際收取之匯率差額、管理費、手續費或其他名目之報酬等不法利得，至於業者收取之匯付款項則不包括在內。理由在於匯兌業者僅短暫支配經手之款項，不論多寡，均經由一收一付結清，匯款人無將該匯款交付匯兌業者從事資本利得或財務操作以投資獲利之意。從而，匯兌業者所收取之匯付款項，非銀行法第136條之1所稱應沒收之「犯罪所得」。

非法經營銀行業務罪之犯罪沒收

- **犯罪沒收：非法吸金之犯罪所得計算**
 - 學說主張在非法吸金犯罪下，若透過相對總額原則進行犯罪所得之計算，於前階段直接利得數額之判斷，應認此等違法吸金之事業，本身即為法律所禁止的交易，其不法性不僅止於未向主管機關依法登記而已，而是整個吸金交易都已沾染不法而在法律整體禁止範圍，**故其直接利得範圍即是實際吸金數額。**
 - 於實務判決上，在銀行法非法吸金之案件，吸金者自出資者獲得之資金，即為其財產利益，即使吸金者依約應予返還，但吸金者亦已獲得靈活運用該資金之不法利得。換言之，只要吸金者對該資金已取得事實上之支配、處分權，即屬應沒收之犯罪所得。(臺灣高等法院 106 年度金上重訴字第 35 號刑事判決)

參考資料：林鈺雄，相對總額原則／兩階段計算法（上），月旦法學教室，第 197 期，頁 60-61(2019)

參考資料：林鈺雄，相對總額原則／兩階段計算法（下），月旦法學教室，第 198 期，頁 46(2019)

非法經營銀行業務罪之犯罪沒收

- **犯罪沒收：銀行法第136-1條於沒收之困境**
 - 我國銀行法關於沒收之規定與刑法沒收新制前後經過三次之修法，立法原則變動不定（自舊銀行法採潛在被害人排除沒收模式，2016年起適用沒收新制之實際合法發還被害人始排除沒收模式，2019年起又進到潛在被害人及求償權排除沒收模式）。
 - 採潛在被害人及求償權排除沒收模式，法院需從犯罪所得預先扣除理應發還被害人的數額後，仍有餘額才可沒收之。若法院無從算出理應宣告沒收後的餘額，致使無法發還或沒收，犯罪所得恐怕最終恐會回流給犯罪行為人所有。

參考資料：林鈺雄，相對總額原則／兩階段計算法（下），月旦法學教室，第198期，頁46(2019)

參考資料：王士帆，金融八法犯罪所得發「潛在被害人」——對金融罪犯讓利的修法，月旦刑事法評論，第10期，頁6-7(2018)

非法經營銀行業務罪之犯罪沒收

- 實務上，最高法院108年度台上字第1725號刑事判決曾表示具犯罪所得且該案有被害人或得請求損害賠償之人，是否須先行確定其等之求償數額，並予扣除後，始就餘額為沒收、追徵之宣告已有見解之積極歧異。採肯定說之見解認應於審判中先行調查確定其等求償數額，並予扣除後，始就餘額為沒收、追徵之宣告；採否定說之見解認犯銀行法之罪的犯罪行為人，有犯罪所得並有應發還之被害人或得請求損害賠償之人，法院無須先行確定其等之求償數額並予扣除後，始為沒收、追徵之宣告。
- 因先前裁判具積極歧異，該庭就上開法律問題向其他刑事庭提出徵詢，受徵詢之刑事庭，**均主張採取否定說之見解**。因此本件採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採上開否定說之見解，已達大法庭統一法律見解之功能，無須提案予刑事大法庭裁判，即應依該見解就本案逕為終局裁判。

非法經營銀行業務罪之犯罪沒收

- 依前開說明應採否定說見解，被告犯銀行法之罪如有犯罪所得，並有應發還被害人或得請求損害賠償之人的情形，法院無須於審判程序先行確定其等求償之數額，在扣除已實際合法發還者後，僅需於主文中諭知：「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；於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」之旨即可。判決確定後，再由執行檢察官依「檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法」之規定，辦理沒收物及追徵財產之發還或給付，對被害人或得請求損害賠償之人的保障也將更為周全。

非法經營銀行業務罪之犯罪規模

- 犯罪規模：銀行法第125條加重處罰要件之「犯罪獲取之財物或財產上利益」數額之計算
 - 銀行法第125條係基於非法經營銀行業務之金額愈高，對金融秩序危害影響愈大，故對資金規模達1億元以上者為加重處罰之立法評價。因此其數額應以犯罪規模為切入點，以行為人所犯之罪對金融秩序與市場交易所造成之危害判斷之。解釋上自應以行為人對外所收取之全部資金、因犯罪取得之報酬、前述變得之物或財產上利益等為其範圍，採**總額說**為當。
 - 於實務上，最高法院105年度台上字第1592號刑事判決曾表示銀行法第125條之數額應以行為人對外所吸收之全部資金、因犯罪取得之報酬及變得之物或財產上之利益為其範圍，不應僅以事後損益計算之。且觀銀行法與此有關之立法理由亦未表示要扣除成本。

參考資料：黃致穎，論銀行法第 125條「犯罪獲取之財物或財產上利益」--評最高法院 108年度台上字第 2465號判決，月旦會計實務研究，第 48期，頁97-99(2021)

參考資料：最高法院 105 年度台上字第 1592 號刑事判決。

參考資料：林鈺雄，相對總額原則／兩階段計算法（下），月旦法學教室，第 198期，頁44-47(2019年)。

非法經營銀行業務罪之犯罪規模

- 最高法院過往之102年度第13次刑事庭會議決議表示原吸收資金之數額及嗣後利用該等資金獲利之數額俱屬犯罪所得，不應僅以事後損益利得計算之，並無成本計算問題，無扣除之必要。
- 同時最高法院過往之102年度第14次刑事庭會議決議認為，被害人所投資之本金返還後，縱係由當事人約定，仍與計算犯罪所得無涉，否則扣除後的餘額無法反應違法吸金之真正規模，更可能造成毫無吸金所得之情事發生。因此上述決議應可避免造成事後謹慎經營守成者被科處重刑，胡亂花用者反而得以輕判，而有罪刑失衡之虞。
- 最高法院106年第15次刑事庭會議決議亦認為行為人所收受包括『須匯付受款人之款項總額』，均屬其銀行法第125條之犯罪所得。亦即不用管之後匯出了多少錢，只看收過多少。

參考資料：最高法院 102年度第13次刑事庭會議決議。

參考資料：最高法院 102年度第14次刑事庭會議決議。

參考資料：最高法院 106年度第15次刑事庭會議決議。

非法經營銀行業務罪之犯罪規模

● 學說見解

- 有學者主張銀行法第125條針對地下匯兌之「犯罪獲取之財物或財產上利益」數額計算，應以犯罪行為所賺取之匯率差額、管理費、手續費或其他名目之報酬，以及將經手金額投資或生息之所得，加以地下匯兌未踐行銀行設立程序與無須踐行之匯兌程序所節省之費用為總計。其理由在於：
 - 地下匯兌行為對於金融秩序、外匯市場所造成之影響與風險，較非法吸金與內線交易等犯罪型態輕微。
 - 地下匯兌所取得之款項通常需同時或短期內返還或交付他人，僅能以所賺取之手續費...等進行投資獲利，且行為人主觀上應無獲取匯兌款項之故意，其經手之款項竟難認係行為人之實際獲利。

非法經營銀行業務罪之犯罪規模

- 犯罪規模：地下匯兌犯罪所得舉例言之

- 事實：

甲辦理匯兌業務，合計由臺灣匯至大陸地區之金額達1億7,946,251元，由大陸地區匯至臺灣之金額亦達61,964,546元。然而，甲因此獲得犯罪所得即手續費總計僅23,790元[$=\$100 \times 198$ (新臺幣匯兌人民幣筆數) $+\$30 \times 133$ (人民幣匯兌新臺幣筆數)]。

- 爭點：

甲是否適用銀行法第125條第1項後段「其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」之加重刑責規定？

非法經營銀行業務罪之犯罪規模

- **臺灣臺北地方法院 108 年度金訴字第 26 號刑事判決**：應以被告實際獲取之匯差、手續費為計算客體。
法院認為應以行為人實際獲取之匯差、手續費作為計算非法辦理匯兌業務者，本案被告實際獲取之手續費為23,790元，自不該當銀行法第125條第1項後段之加重構成要件。
- **臺灣高等法院 108 年度金上重訴字第 41 號刑事判決**：行為人所收受之款項總額均屬犯罪所得（採最高法院106年第15次刑事庭會議決議見解）
法院認為被告合計由臺灣匯至大陸地區、由大陸地區匯至臺灣之金額已符合「因犯罪獲取之財物或財產上利益達1億元以上」，因此本案應依銀行法第125條第1項後段之規定論處。

犯罪所得與沒收各論

- 證券交易法
- 銀行法
- **營業秘密法**
- 洗錢防制法
- 賄賂、貪汙
- 食安法
- 環境衛生法

侵害營業秘密之犯罪所得計算

- 營業秘密法第13條之1

1 自己或第三人不法之利益，或損害營業秘密所有人之利益，而有下列情形之一，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣一百萬元以上一千萬元以下罰金：

一、以竊取、侵占、詐術、脅迫、擅自重製或其他不正方法而取得營業秘密，或取得後進而使用、洩漏者。

二、知悉或持有營業秘密，未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏該營業秘密者。

三、持有營業秘密，經營業秘密所有人告知應刪除、銷毀後，不為刪除、銷毀或隱匿該營業秘密者。

四、明知他人知悉或持有之營業秘密有前三款所定情形，而取得、使用或洩漏者。

2 前項之未遂犯罰之。

3 科罰金時，如犯罪行為人所得之利益超過罰金最多額，得於所得利益之三倍範圍內酌量加重。

侵害營業秘密之犯罪所得計算

- 營業秘密法第13條之1規定之構成要件
 - 因犯罪所生之「損害」與行為人所得之「利益」：非「客觀」不法構成要件
 - 而是「主觀」不法構成要件
 - 「獲利意圖」：意圖為自己或第三人不法之利益
 - 「損害意圖」：意圖損害營業秘密所有人之利益
- 故成立本罪**不必證明**
 - 實際上對營業秘密所有人造成之「損害」金額
 - 行為人可預期獲得之「利益」金額
- **本法無規定如何計算因侵害營業秘密犯罪所生之損害與所得之利益**
- **回歸刑法總則第38條之1**
- **引進營業秘密法第13條第1項，關於民事損害賠償計算方法之規定**

侵害營業秘密之犯罪所得計算

- 刑法第 38-1 條
 - 1 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。
 - 2 犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：
 - 一、明知他人違法行為而取得。
 - 二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。
 - 三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。
 - 3 前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
 - 4 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。
 - 5 犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。

侵害營業秘密之犯罪所得計算

- 刑法第 38-2條

1 前條犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之。第三十八條之追徵，亦同。

2 宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之。

侵害營業秘密之犯罪所得計算

- 單純之商業間諜
 - 行為人使用或洩漏營業秘密所得之對價
- 被挖角之離職員工
 - 跳槽至新公司後所得之簽約金或薪資收入，能否逕行認定該等收入為因侵害營業秘密所得利益，或應屬因僱傭關係所獲之利益？
 - 可綜合考量該離職員工之年資、職位、業務性質及工作表現，再參照業界平均給薪標準（包括分紅及績效獎金），予以認定該離職員工應得之合理薪資範圍
 - 若新公司支付之薪資顯不合理，或可認定超出合理範圍之薪省為該員工之所得利益

侵害營業秘密之犯罪所得計算

- 我國實務：智慧財產及商業法院 108 年度刑智上訴字第 50 號刑事判決

被告列印本案**投影片文件**，並未扣案，被告復稱業經水銷而不存在（偵查卷一第 102 頁反面、第 119 頁反面），惟南亞科公司台北管理處錦興管理課 106 年 1 月 23 日北管錦○N060123003 號公佈函僅載明 106 年度機密文件統一銷毀作業實施時間（偵查卷一第 116 頁），並無實際銷毀文件之明細，尚不足證明被告列印之本案投影片文件業已滅失，應**依刑法第 38 條之 1 第 1 項**前段規定沒收之。至於被告列印之本案投影片文件如於執行時**不能沒收時**，原應回歸**刑法第 38 條之 1 第 3 項**規定追徵其價額，惟本院認犯罪所得沒收不能而追徵價額之規定，係基於澈底剝奪不法利得之考量，然上開文件如無法沒收，被告應無保有上開列印文件而有不法所得，為**避免過苛之虞**，爰依**刑法第 38 條之 2 第 2 項**規定不宣告於不能沒收時追徵其價額。另外，被告雖將本案投影片檔案下載於其使用之南亞科公司電腦，然該電腦為南亞科公司所有，難認該下載檔案為被告所有之犯罪所得，爰不予宣告沒收，併予敘明。

侵害營業秘密之犯罪所得計算

- 營業秘密法第13條

1 依前條請求損害賠償時，被害人得依左列各款規定擇一請求：

一、依**民法第二百十六條**之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其使用時依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後使用同一營業秘密所得利益之差額，為其所受損害。

二、請求侵害人因**侵害行為所得之利益**。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。

2 依前項規定，侵害行為如屬故意，法院得因被害人之請求，依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。

侵害營業秘密之犯罪所得計算

- 民法第216條
 - 1 損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人**所受損害及所失利益**為限。
 - 2 依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，**可得預期之利益**，視為所失利益。

侵害營業秘密之犯罪所得計算

- 營業秘密法第13條第1項第1款：具體損害計算法
 - 所受損害：現存財產因損害事實之發生而被減少，屬於「積極損害」
 - 所失利益：新財產之取得，因發生損害事實而受妨害，屬於「消極損害」
 - 由被害人負舉證責任



若被害人無法舉證？

- 營業秘密法第13條第1項第1款但書：差額計算法
 - 比較可得之預期利益 & 侵害後之所得之實際利益
 - 基於無體財產權特性之立法：不會如同一般有體財產般遭受毀損、滅失等直接可見之積極損害，而以之擬制的方式規定「所受損害」

參考資料：蔡蕙芳，引進民事損害賠償計算方法於犯罪損害與犯罪所得之計算：以侵害營業秘密犯罪為討論。

侵害營業秘密之犯罪所得計算

- 營業秘密法第13條第1項第2款：銷售總額計算法
 - 以侵害人因侵害行為「所得利益」作為損害賠償金額
 - 被害人舉證：侵害人之「所得利益」
 - 所得之收入（使用營業秘密有關之產品販賣等營業行為之總收入）
 - 此收入與侵害行為間之因果關係



舉證責任轉換至侵害人

- 侵害人舉證：對營業或銷售成本與必要費用
 - 能證明：可從營業總收入中扣除
 - 無法證明：以侵害行為所得之總營業收入為侵害人「所得之利益」

參考資料：蔡蕙芳，引進民事損害賠償計算方法於犯罪損害與犯罪所得之計算：以侵害營業秘密犯罪為討論。

美國統一營業秘密法之損害賠償規定

- 第一種計算方法：被害人因「侵害行為」所受之實際損失(actual loss)
 - 爭點：如何計算所受損失？（有兩種類型的計算方式）
 - 第一種：計算「損失之利益」(lost profits)
 - 侵權行為直接造成的損失(the losses that were incurred as a direct result of the misappropriation)
 - 如果沒有侵權行為，營業秘密所有人應該可以取得之利益
 - 「若無，則不」的假設性因果關係
- 原告應如何舉證始能滿足這種要求？
 - 第一種：適用專利法上「Panduit 四要素」符合「若無，則不」原則
 - 第二種：原告必須以合理的經濟分析以證明符合「若無，則不」原則

參考資料：蔡蕙芳，引進民事損害賠償計算方法於犯罪損害與犯罪所得之計算：以侵害營業秘密犯罪為討論。

美國統一營業秘密法之損害賠償規定

- 第一種計算方法：被害人因「侵害行為」所受實際損失(actual loss)
 - 第二種類型：計算「減少價值」
 - 因侵害行為所造成營業秘密之「投資價值」(investment value)與「事業價值」(business value)之損失
 - 適用例子：原告仍持有營業秘密，但已無使用價值(被公開)

參考資料：蔡蕙芳，引進民事損害賠償計算方法於犯罪損害與犯罪所得之計算：以侵害營業秘密犯罪為討論。

美國統一營業秘密法之損害賠償規定

- 第二種計算方法：計算侵害人之不當得利 (unjust enrichment)
 - 爭點：如何計算不當得利？
 - 第一種類型：侵害人因營業行為之「獲利」 (profit)
 - 例如：銷售侵權產品
 - 以「純利」 (net profits) 計算：毛利 (gross profits) 或營業收入 (revenue) 扣除成本
 - 由侵害人就得扣除之成本與侵權無關之利益進行舉證

參考資料：蔡蕙芳，引進民事損害賠償計算方法於犯罪損害與犯罪所得之計算：以侵害營業秘密犯罪為討論。

美國統一營業秘密法之損害賠償規定

- 第二種計算方法：以侵害人之不當得利 (unjust enrichment) 為標準
 - 第二種類型：計算侵害人所節省成本
 - 例如：
 - 侵害人所省下研發費用 (research and development costs)
 - 若被告所得的利潤極微薄，則計算營業秘密所有人為開發營業秘密所花費之費用

參考資料：蔡蕙芳，引進民事損害賠償計算方法於犯罪損害與犯罪所得之計算：以侵害營業秘密犯罪為討論。

美國統一營業秘密法之損害賠償規定

- 第三種計算方法：計算合理權利金 (reasonable royalty)
 - 合理權利金：買方可能願意支付給賣方以得到營業秘密授權之金額
 - 補充計算標準：只有當該案無法適用前述兩種計算標準時，法院才會使用
 - 爭點：計算合理權利金時，應考量哪些因素？
 - 已產生或可預見雙方競爭地位上之改變(營業秘密價值沒有改變，只是影響侵害者與被侵害者之競爭地位)、
 - 被侵權前購買者或被授權者可能支付之金額
 - 營業秘密對原告的整體上價值
 - 該案中其他足以影響雙方協議的特有的因素

參考資料：蔡蕙芳，引進民事損害賠償計算方法於犯罪損害與犯罪所得之計算：以侵害營業秘密犯罪為討論。

犯罪所得與沒收各論

- 證券交易法
- 銀行法
- 營業秘密法
- **洗錢防制法**
- 賄賂、貪汙
- 食安法
- 環境衛生法

洗錢防制之犯罪所得計算

洗錢防制法第18條

1. 犯第十四條(一般洗錢)之罪, 其所移轉、變更、掩飾、隱匿、收受、取得、持有、使用之財物或財產上利益, 沒收之; 犯第十五條(特殊洗錢)之罪, 其所收受、持有、使用之財物或財產上利益, 亦同。
2. 以**集團性**或**常習性**方式犯第十四條或第十五條之罪, 有事實足以證明行為人所得支配之前項規定以外之財物或財產上利益, 係取自其他違法行為所得者, 沒收之。
3. 對於外國政府、機構或國際組織依第二十一條所簽訂之條約或協定或基於互惠原則, 請求我國協助執行扣押或沒收之案件, 如所涉之犯罪行為符合第三條所列之罪, 不以在我國偵查或審判中者為限。

洗錢防制之犯罪所得計算

- 洗錢防制法第18條第2項：擴大「關聯客體」之沒收

帳戶C	帳戶A	帳戶B
有事實足以證明由同一帳戶或相當於時空上同一時間匯入之金流	經刑事訴訟程序嚴格證明且有相當證據可稽得沒收之不法利得	經刑事訴訟程序嚴格證明且有相當證據可稽得沒收之不法利得

→ 近來司法實務常見吸金、**跨境**詐欺集團、**跨國**盜領集團案件等，對國內金融秩序造成相當大之衝擊，因其**具有集團性或常習性等特性**，細膩分工，造成追訴不易。擴大沒收係指**就查獲被告本案違法行為時，亦發現被告有其他來源不明而可能來自其他不明違法行為之不法所得**，雖無法確定來自特定之違法行為，仍可沒收。

擴大沒收

- 優點

- 參考歐美先進國家之立法，收疑似來源不法的財產，杜絕犯罪誘因
- 提供國家相當武器：**「有事實足以認為」**行為人因為其他違法行為取得財物或財產上的利益 → 除非行為人能證明上開財物或財產上利益來源合法，否則國家得一併沒收之

- 爭議

- **牴觸無罪推定原則**

允許法院得以對於尚未依法定程序定罪的「其他違法行為」諭知沒收不法利得，此與大法官釋字第665號解釋理由書揭示無罪推定原則禁止對於尚未被有罪判決確定之人，施以刑罰或類似刑罰之處分有違

- **不符合比例原則**

《洗錢防制法》18條II所稱的「其他違法行為」，不限於組織犯罪典型的毒品、貪瀆和金融等犯罪，一般的竊盜、詐欺等都包括在內，透過擴大沒收以防範上開犯罪保護之公共利益，是否足以正當化對洗錢被告其他合法財產之剝奪，不無疑義

參考資料：李永然、洪偉修，《洗錢防制法》中的「沒收」究何所指？，投資情報第 193期，頁78-79(2017)。薛智仁、李佳玟，投書：洗錢擴大沒收有違憲疑義，上報(2016年11月17日)，https://www.upmedia.mg/news_info.php?Type=2&SerialNo=7552。

洗錢防制之犯罪所得計算

- 實務上之適用方式
 - 洗錢行為標的之財物或財產上利益，均應依洗錢防制法第18條規定沒收之
 - 行為人因洗錢取得所有權的**犯罪利得**
 - 實施洗錢行為**所使用之財物**
 - 洗錢行為之標的是否限於行為人所有者始得宣告沒收？
 - 回歸適用原則性之規範 → 刑法第38條第2項前段規定，仍以屬於行為人所有者為限
 - 與《刑法》沒收之競合？
 - **洗錢行為標的**（例：詐騙而來之金錢）→ 適用《**洗錢防制法**》予以沒收
 - **洗錢犯罪所得及洗錢犯罪工具** → 適用《**刑法**》予以沒收

參考資料：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，第六十九卷，第一期，頁 69-91(2018)。臺灣臺中地方法院 111年度金訴字第 2289號刑事判決。臺灣高等法院 111年度上訴字第 4720號刑事判決。李永然、洪偉修，〈洗錢防制法〉中的「沒收」究何所指？，投資情報第 193期，頁78-79(2017)。

犯罪所得與沒收各論

- 證券交易法
- 銀行法
- 營業秘密法
- 洗錢防制法
- **賄賂、貪汙**
- 食安法
- 環境衛生法

賄賂罪犯罪所得與沒收

- 受賄罪沒收與追徵
 - 違背職務收賄罪本人
 - 「為了犯罪型」的犯罪所得，收受賄絡金額按刑法第38條之1沒收
 - 第三人
 - 刑法第38條之1第1項「因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。」
 - 無法原物沒收者，依刑法第38條之1第3項追徵

賄賂罪犯罪所得與沒收

- 行賄罪犯罪所得計算步驟
 - 判定不法行為與特定利益移轉間有無直接性，以確認利得是否屬於沒收對象
 - 沒收範圍
 - 總額說，不必扣除犯罪成本(行賄支出之成本)

賄賂罪犯罪所得之沒收

- 沒收對象-犯罪所得的計算
 - 只限於透過交付賄賂，進而產生的違法行為本身
 - 缺點:極度限縮犯罪所得，有過狹之嫌
 - 本於行賄不法行為帶來的全部不法後果，一率將不法後果連動的利益變動納入沒收
 - 缺點:未考量與行賄欠缺直接性關係之中性成本
 - 限定於行賄不法行為所能直接引發的財產移轉效果-行賄當下預期價差利潤
 - 著重:預期價差利潤、時點的計算劃分、估算方式和過苛調節

賄賂罪犯罪所得之沒收

○ 舉例

甲建商為承作公共工程，向主管乙公務員約定100萬元行賄，乙為讓甲得標，積極違法運作評選過程，使得甲以1億元承作該工程，事後甲依乙的指示，將40萬元現金交給乙，另外60萬元現金直接交給乙前妻丙，不知其事的丙收到60萬元後，直接換成美金，支付未成年女兒丁的學費。未料該工程不順，甲原估可以淨賺2,500萬元，卻因國際鋼價變動，甲總共支出9,000萬元。

- 乙:沒收40萬元
- 丙:追徵沒收60萬元
- 甲:沒收2500萬元之犯罪所得(預期價差利潤)，但考量甲只賺1000萬元，法院可依過苛條款調節。(支出100萬行賄金為犯罪成本，無須扣除，履約支出9000萬為中性成本，並非「行賄」的犯罪成本，須扣除)

貪汙犯罪所得之計算

- 爭點一：貪汙共同正犯間犯罪所得是否需合併計算？
貪汙治罪條例第12條第1項規定，犯有貪汙治罪條例第4條至第6條之罪者，若其情節輕微，且其所得或所圖得財物或不正利益在新台幣5萬元以下者，減輕其刑，惟若是以共同正犯之形式而涉犯貪汙治罪條例第4條至第6條時，若其總和之所得或所圖得財物或不正利益在新台幣5萬元以上，惟個別共同正犯之個人實際所得或所圖得財物或不正利益在新台幣5萬元以下時，是否可以適用貪汙治罪條例第12條第1項之規定，減輕其刑？

貪汙犯罪所得之計算

- 爭點一：貪汙共同正犯間犯罪所得是否需合併計算？
 - 最高法院 110 年度台上大字第 3997 號刑事裁定-合併計算
 - 共同正犯藉由分工合作、互相利用，以遂行其犯意之實現，其危險及惡性均甚於單獨正犯，故刑法中不乏對共同正犯加重處罰之規定（如刑法第222條第 1項第1款、第321條第1項第4款、第339條之4第 1項第2款等）。而公務員利用公務行政體系上下指揮監督或彼此平行連結之模式集體貪汙，擴大犯罪規模，使犯罪易於遂行，且難以查獲，相較單獨正犯尤無從等同視之，倘因涉案者為複數行為人，朋分賄款稀釋犯罪所得，即可邀減刑寬典，不但有違共犯責任理論，且無異變相鼓勵公務員糾眾集體貪汙，殊悖貪汙治罪條例嚴懲貪汙、澄清吏治之立法目的。

犯罪所得與沒收各論

- 證券交易法
- 銀行法
- 營業秘密法
- 洗錢防制法
- 賄賂、貪汙
- **食安法**
- 環境衛生法

食安犯罪之沒收

- 刑法第38條之1第4項規定：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。
- 刑法第38條之1第2項規定：犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：
 - 一、明知他人違法行為而取得。
 - 二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。
 - 三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。
- 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。

食安犯罪之沒收

判斷順序：

1. 犯罪所得中，有無屬於被害人的財物
 - 有，發還給被害人
 - 無，沒收之
2. 有善意第三人以合理的相當對價取得犯罪所得財物，為保障善意第三人權益及交易安全，將之排除在沒收以外。

食安犯罪之犯罪所得計算

- 食品安全衛生管理法第 49-1 條：犯本法之罪，其犯罪所得與追徵之範圍及價額，認定顯有困難時，得以估算認定之；其估算辦法，由行政院定之。
- 食品安全衛生管理法沒收沒入追徵追繳違法所得估算及推估計價辦法
 - 第二條：規定犯罪所得之計算（刑事：沒收之規定）
 - 第三條：規定違法所得財物或財產上利益（行政：主管機關沒入或追繳不當利得之權力）



雙重沒收規定

食安犯罪之犯罪所得計算

食品安全衛生管理法沒收沒入追徵追繳違法所得估算及推估計價辦法第 2 條

- 採**總額說**：不扣除銷貨成本、銷貨費用及損失
- 無限制對象，只要違反本法
- 銷售價額或銷售量不明時，依下列方式推估計價：
 - 銷售價額不明，以時價為準；時價不明時，由主管稽徵機關依查得資料認定。
 - 銷售量不明時，以經濟部統計食品製造業相關行業別之相關月別銷售量為準。

食安犯罪之犯罪所得計算

食品安全衛生管理法沒收沒入追徵追繳違法所得估算及推估計價辦法第3條：

- 採淨額說：銷貨收入總額，扣除其銷貨成本、銷貨費用及損失後計算之
- 以「辦理工廠登記且資本額新台幣1億元以上之食品業者」作為受處罰對象，限於如有違反食安法第15條第1項、第4項或第16條之規定；或有第44條至第48條之1之行為致危害人體健康者
- 銷貨收入總額，依下列方式計算或推估計價：
 - 依銷貨相關事證資料，計算其銷售價額及銷售量。
 - 銷售價額不明時，以時價為準；時價不明時，主管機關得請求主管稽徵機關或相關業別人民團體協助提供。
 - 銷售量不明時，得以經濟部統計食品製造業相關行業別之相關月別銷售量為準。

犯罪所得與沒收各論

- 證券交易法
- 銀行法
- 營業秘密法
- 洗錢防制法
- 賄賂、貪汙
- 食安法
- 環境衛生法

環境犯罪之犯罪所得計算

- 我國環境刑法除刑法第190-1條之規定外，亦散見於廢棄物清理法、水汙染防治法、空氣汙染防制法等法規中。
- 依據行政院環境保護署之統計資料，106年至110年我國環境犯罪案件中最大宗係屬違反廢棄物清理法之規定，五年間遭起訴之案件約2500件，可見違反廢棄物清理法之案件在我國環境刑法實務中扮演重要之角色。
- 環境犯罪中具有「因犯罪行為而獲有之報酬」和「因此所節省之支出、成本」即「自行為所獲得之利潤」的犯罪所得型態。
- 大多數環境犯罪不會帶來具體、有形之利益，而是無形且相對地增益行為人之財產，性質上無法直接沒收，多透過追徵的方式剝奪不法所得。

參考資料：110年環保刑事案件結果表，行政院環境保護署網站：<https://www.epa.gov.tw/Page/4703C168F4D36FDB?page=1&Cate=5c3d0a63-09fa-4ebb-b7f5-b515786a5ddd> (最後點閱時間2023年4月17日)。

參考資料：黃彥翔，初探環境刑法與犯罪所得沒收，檢察新論，第24期，頁155-162(2017)。

環境犯罪之犯罪所得計算

- 違反廢棄物清理法之環境犯罪略有以下三種態樣：

- 一、違法清理廢棄物

此類案件為某廢棄物應依一定方式處理，但行為人卻以法所不允許之方式處理，從而違反廢棄物清理法。

該案件可能會產生「對價」或「利潤」之犯罪所得，前者如行為人為清運業者，但接受委託逕直將廢棄物違法丟棄或處理，所收取之對價。後者則如行為人為節省廢棄物之清理費用，逕直將廢棄物非法丟棄或排入河川中等，此種「應支出而未支出」、「所節省」之費用即為行為人自不法行為所得之「利潤」，因其並非特定之物而是抽象上之財產利益，應依刑法之規定追徵其價額。

環境犯罪之犯罪所得計算

二、未為應為之環保設備投資

此類案件係指行為人應依法設置相關除汙、淨化等環保設備，如汙水處理廠等，但並未設置且將廢棄物非法排放或處置，從而違反廢棄物清理法。在此種案件中，犯罪所得即為行為人不作為、未投資相關環保設備所節省之支出。若該設備係屬短期性使用，則以投資總額作為犯罪所得應無過苛，但若該設備係屬長期投資且支出龐大，沒收相關犯罪所得可能對行為人之影響過甚，應可透過過苛調解條款予以調整。

➡如某一重大環保設備可供使用30年，但若犯罪行為人僅非法排放2或3年，應可透過過苛條款調整犯罪所得之沒收額度（例如以折舊額估算之），而非整個設備之投資額。

環境犯罪之犯罪所得計算

三、未獲許可或違反禁止處分而從事廢棄物清理之業務

此類案件係指行為人未領有相關許可文件或受禁止之處分，進而從事廢棄物清理、處理之業務。

此種案件在犯罪所得之認定上，因行為人之不法性來自規避相關行政流程，故應包含「規避申請流程所省下之費用」，以及因整個清理業務均屬法所不許之行為，犯罪所得更應及於所產生之收益與對價。

環境犯罪之犯罪所得計算

- 爭點：所節省之處理費用、支出是否為犯罪所得之計算？

- 相關實務判決-最高法院 108 年度台上字第 4358 號刑事判決

「按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。犯罪行為人以外之第三人，符合法定要件而取得犯罪所得者，亦同，為刑法第38條之1第1項前段、第2項所明定，立法意旨在澈底剝奪犯罪所得，消除犯罪誘因，於經濟犯罪及具有穩定社會系統屬「風險刑法」之環境犯罪尤然。列為環境刑法之刑法第190條之1之排放有害健康之物而污染河川罪、廢棄物清理法第46條第1款之任意棄置有害事業廢棄物罪、同條第2款之事業負責人未依規定清理廢棄物，致污染環境罪，於違法排放廢水之案件，**其不法所得，乃行為人節省本應依法處理而支出之環保費用(成本)**，其因未支出而獲得整體財產之增益，自屬產自犯罪之利得，應依法宣告沒收。」

此判決明確點出環境犯罪中最重要者為所節省之成本。



環境犯罪之犯罪所得計算

○ 相關實務判決-台南地方法院107年度訴字第1496號刑事判決

「被告均益達公司為氧化碇、還原碇之廢棄物再利用機構，本得依法收受上開未依規定堆置氧化碇、還原碇，而其因節省成本，未依規定堆置於未經許可之土地，就氧化碇之堆置場所未設置貯存場所、排水收集設施，並將還原碇露天貯存，故應認均益達公司所得之利益為法定應建置設備而未建置所減省之用。」

➡ 點出犯罪所得亦包括行為人不作為、未投資相關環保設備所節省之支出。

五、結論

Thank You.



國立陽明交通大學科技法律學院



林志潔 LIN, Chih-Chieh - Carol Lin



cclitl@gmail.com

