

論沒收

柯耀程

大綱

- 壹、引言
- 貳、沒收的定位與適用對象
 - 一、基礎思維與定位
 - 二、沒收作用的前提對象
 - 三、沒收適用的範圍與性質
 - 四、沒收適用前提之辯證
- 參、沒收適用的難題
 - 一、適用對象之困境
 - 二、解決構想
- 肆、結語

壹、引言

刑事制裁手段的屬性與目的導向各有不同，其在刑事制裁體系中的定位也應有所差異，至於如何對於各種刑事制裁手段，在其本質、作用與具體運用上，妥善加以定位，乃成爲刑事制裁網絡中，制度本質的重要課題。我國刑法的認知關係，係將刑罰與保安處分視爲是一種獨立性存在的刑罰種類，各依其形成條件而獨立存在，亦即得以對於行爲獨立科處；但對於沒收、追徵與褫奪公權的定位，則向來均視其爲附屬於刑罰而存在的從刑，這樣的定位關係是否妥適，值得檢討，特別是對於沒收

與追徵機制的認知與定位關係。當應然的法律效果定位與實然的現象狀態，出現落差時，可能會造成法律效果的成效不彰，也會削弱抗治犯罪的功能，因此在檢討沒收與追徵概念之前，其法律效果的屬性，及其定位的應然關係，必須先加以檢討。

貳、沒收的定位與適用對象

沒收乃係對於與犯罪行爲有關係之特定物或財產，強制收歸國有之制裁手段。此種收歸國家所有的觀念，究竟是一種國家對於沒收物權利的原始性取得？或者應當僅是一種權利的代位關係？恐怕是在檢討沒收規定及其具體運作之前，必須先予以釐清的課題。

一、基礎思維與定位

依照一般的通念認爲，沒收是一種國家對於所扣押之犯罪相關物件或財產的權利剝奪，並將其權利（不問是一種事實上的管領關係，或是法律上的權利歸屬關係）自始移置於國家權利之下，屬於財產權利的原始取得，亦即將財產權力的狀態，從行爲人轉移至國庫^(註1)。確實在這樣的見解下，對於得予以沒收的對象，自然必須嚴格加以設定，一方面必須避免因沒收的行使，而造成犯罪行爲人以外之人的權利受到剝奪，畢竟犯罪所用、所得之物，有

註1：參照林山田，刑法通論（下），九版，441頁；林鈺雄，新刑法總則，2006年9月，616頁。質疑的見解，參照黃榮堅，基礎刑法學（上），三版（2006年9月），101～104頁。

屬行爲人者，亦有非屬行爲人者，如一概予以剝奪，則將使行爲人以外之人，特別是被害人之財產受到不當的侵害；另一方面刑事制裁的法律效果，本專屬國家所有，在科處刑事制裁法律效果時，自然在權利的歸屬上，國家具有權利將沒收物置於其權力支配之下。

惟倘若沒收的概念，是國家自行爲人爲犯罪行爲所用、所得及所生之物，將權利自始移置到國家權利之下，且對於沒收除違禁物之外，有專屬行爲人所有的限制，則刑法中所設置沒收的機制，將會產生與刑事訴訟法第 473 條規定矛盾之處。蓋刑事訴訟法第 473 條係規定沒收物發還，而倘若沒收是國家對物之權利的原始取得，應該並無發還的問題，加上刑法對於沒收的限制，似乎並無將犯罪違禁物、犯罪工具或其因犯罪所取得利益，在沒收之後，又發還犯罪行爲人的問題，否則將使得沒收制度，產生本質性的自相矛盾。蓋一方面沒收者，是對於形成犯罪的器物，或是犯罪不法取得之物或財產的剝奪，既是剝奪，自然不能再有發還犯罪行爲人的問題存在；另一方面倘若沒收會有發還的問題，且發還的對象非屬於犯罪行爲人，而是財物的權利人，則對於這樣的情形，本來在刑法沒收的限制中，即不得予以沒收，既無可沒收，自然也就不生發還的問題。但觀刑法第 38 條第 2、3 項與刑事訴訟法第 473 條之規定，卻有著規範內容與適用對象之結構上的矛盾，殊不知究竟是刑法第 38 條沒收規定，還是刑訴第 473 條沒收物發還規定，出現規範上的問題？倘若以刑訴第 473 條規範的意義來觀察，似乎有著國家對於查扣犯罪行爲人犯罪所用、所得及所生之物，在裁判宣示時，予以沒收，此種沒收的關係，應當是一種對被告所持有沒收之物的失權宣示，不論該沒收物的權利歸屬爲何，不問是行爲人或是被害人所有，所以爲沒收宣告者，並非一種權利取

得的宣示，而是一種對於被告所爲之失權宣告。進而國家對於沒收之物，暫時置於其權利的支配範圍，以便作進一步對於沒收物之權利作法律關係的確認，倘若是屬於他人所有者，則應當予以發還，倘若非屬於他人者，則權利歸於國家所有，如此的詮釋下，方有所謂沒收物發還的問題，否則沒收物應當無發還的可能情形存在。但究竟是何種認知下的沒收概念，方屬於應然性的沒收概念？恐需進一步予以釐清。

二、沒收作用的前提對象

倘若沒收是一種對於行爲人犯罪所用、所得或所生之物的剝奪，其制裁的意義，也作用在剝奪的效應上，則沒收主要的動向，應當是指向犯罪行爲人所用、所得或所生之物或財產的剝奪，而非是在於該物或財產權利歸向的確認。國家基於刑罰權的作用，對於行爲人犯罪行爲所用、所得或所生之物、財產或利益，本就有加以剝奪的職責，一方面刑罰不能也不應使犯罪人因犯罪而獲得利益，故必須將其因犯罪所可能取得的利益加以剝奪；另一方面自行爲人犯罪所用、所得及所生之物或財產剝奪，具有阻絕行爲人再利用以爲犯罪行爲，或操作權利之移轉，而實質取得犯罪的意義。在這樣的條件下，沒收的作用，一方面是在剝奪犯罪所取得的利益；另一方面又是在及時阻絕再行犯罪，或是作爲阻絕犯罪得利的確保。在如此的功能要求下，沒收的概念，實不應是一種國家權利的原始取得，而應將重點置於剝奪犯罪利益及阻絕犯罪的再發生。故而，剝奪犯罪所用、所得及所生之物獲財產利益者，與因沒收作用所生的權利歸向關係，在法律性質上，應當是兩回事，惟刑法第 38 條第 2、3 項的規定，卻直接將此二種關係混淆。從此觀之，刑訴第 473 條之規定，反而是較爲精彩的規定，亦即沒收的對象，應是指行爲人被查扣之持有或所有



之物或財產，不問是否單純屬於行為人所有，即使持有也屬於沒收的範圍^(註2)，進而在沒收之後，依照物或財產的權利歸屬，而為發還或收歸國家所有。

因此，本文的見解，並不認為沒收的概念，必須限定在國家對於沒收物權利的原始取得，或是完全取得，毋寧是一種權利暫時性代位關係的宣示。在這樣的理念下，一方面得以剝奪行為人為犯罪所用、所得及所生之物或財產，亦即對於犯罪利益的完全剝奪；另一方面也可以對於犯罪所取得利益予以剝奪，而置於國家權利的保障之下，以作為被害人權利回復（取回），或是其他權利人權利上的保全。因此沒收之於國家對沒收物或財產的權利取得者，乃是一種事實上的管領支配關係，而非是物或財產所有權的法律關係^(註3)。

三、沒收適用的範圍與性質

沒收者，乃依其具體的結構關係，必然是對於所查扣物件而為之，對於未被查扣物件，或是並未出現於審判中的財物，並無沒收的問題存在，亦即沒收僅能針對實存查扣的財物為之，無法作虛擬的沒收。在實存被查扣的前提下，沒收的對象，依現行之規定，沒收之物包括：1.違禁物；2.供犯罪所用或供犯罪預備之

物；3.因犯罪所生或所得之物（刑法第 38 條第 1 項）。惟該三種沒收物雖均與犯罪有關，然就其本身之性質與是否歸屬犯人所有，在沒收之效果上，仍有差異。而且沒收因適用對象的差異，在法律效果的屬性上也有所不同，茲將沒收規範對象及法律效果之性質分述如次：

1. 違禁物

稱違禁物者，係指法令加以禁止之物，即法令不允許私自製造、販賣、運送、持有或行使之物，例如槍砲、彈藥或特定刀械，或是鴉片、嗎啡、海洛因等毒品。由於此等之物，如為不法所用（即實務判例所稱之違禁），對於社會秩序與公共安全，均具有相當程度之危險性存在，故而不問是否屬於犯罪行為人所有，依現行法規定，均沒收之（刑法第 38 條第 2 項）。至於特定之物是否為違禁物，並不能從該物本身加以判斷，而應從其受使用之情況，判斷是否違禁而定，例如醫院所有之醫療用嗎啡，因失竊被犯人所持有，該嗎啡原係屬於合法持有之醫院所有，故雖為查獲，仍不得沒收之。

以違禁物作為沒收對象，其主要的構想，並非對於行為不法的形成關係，作為法律效果反應的基礎思維。因此，對於違禁物所做的沒收，

註 2：對照於德國法的規定（§74），其規範的方向，與我國的規定，有相當程度的差異性。一方面對於沒收物的規定，其並非對於沒收物對象的規範，而是作沒收評價條件的設定，倘若是屬於危險性之物，只要行為具有違法性存在，即得予以沒收，倘若是犯罪所用、所得或所生之物或財產，則需具有可罰性存在時，方得以沒收。此種規範結構，不同於我國設定沒收物的歸屬於何人不同。故德國刑法對於沒收的認知，一方面沒收並非一種從刑的概念，而是一種獨立性的法律效果；另一方面，並不作沒收物權利關係歸屬的判斷，而是從犯罪行為的評價關係，來決定是否為沒收。儘管德國刑法§74e 規定沒收效應，是將沒收物的權利歸屬於國家，但同樣在§74f 卻作有非行為人之權利歸屬之人的補償規定。在這樣的補償規定下，雖然無法完全說明沒收權利歸向的全面關係，但對於沒收的意義，應非限定在屬於行為人所有的概念之下。值得予以參照。

註 3：自然在這樣的詮釋之下，沒收物就會發生有權利人聲請發還的問題存在，刑訴第 473 條的規定，自然就有其得以適用的空間。否則在沒收物權利歸屬關係的限制（第 38 條第 2、3 項）下，刑訴第 473 條就成具文。實則刑事訴訟法第 473 條的規定，確實有「先見之明」。

此時沒收的性質，並非一種類似刑罰的性質，而是一種類似危險防衛的保安措施性格^(註4)。

2. 供犯罪所用或供犯罪預備之物

此稱供犯罪所用者，係指於實行犯罪時，直接使用之物而言，例如偽造罪所用之印刷機、殺人用之凶器。如係與實行犯罪具有間接關係者，則不能稱為供犯罪所用之物，自然不能以此事由，而沒收之。又稱供犯罪預備之物者，乃指為犯罪所預備之物而言，此時犯罪行為尚在預備階段，始有供犯罪預備之可言，如行為已然著手，則所用之物，已非供預備之用，而係犯罪所用之物。此外，對於供犯罪預備物之沒收，必須刑法有明文規定，處罰預備行為者，始有得沒收供犯罪預備之物可言，如刑法未明文規定處罰預備行為者，即不得以此事由，對於供犯罪預備之物，加以沒收。

現行法規定，對於供犯罪所用或預備之物，如法無特別規定者，僅以該物屬於犯罪行為人所有時，方得沒收之（刑法第 38 條第 3 項），至於是否沒收，法院具有裁量之餘地。此所稱特別規定者，係解除屬於犯人所有之限制的規定。故而，不問是否屬於犯人所有，均得沒收之，例如刑法第 200、205、209、219、235、265、266、315-3 條等規定，不問屬於犯人與否，均得沒收之。

3. 因犯罪所生或所得之物

此為因犯罪所生或所得之物者，係指實行犯罪行為而直接取得之物而言，例如竊盜、強盜所得之財物、賭博所贏之財物、犯罪所獲之酬勞等是。而現行法對於因犯罪所得之物，並非一概沒收之，而僅係限定在屬於犯人所有者為限（刑法第 38 條第 3 項）。故而，財產犯罪所得之財物，因其所有人並非犯罪行為人，其

仍屬於被害人所有，故不得沒收之。惟此被限定不得沒收，倘若又無法確認物或財產的權利歸屬時，將形成沒收基本構想上的漏洞，因非屬於行為人所有，既無法對犯罪取得利益加以剝奪，又無法對於犯罪所生或所得之物的權利歸屬作確認，此時是沒收還是不沒收？恐怕都是難題。

沒收對於犯罪所用之工具，以及因犯罪所得或所生不法之物或財產，其法律效果的性質，乃建立在不法形成的反應上，一方面犯罪工具的存在，乃是形成犯罪手段的具體使用方式；另一方面犯罪所得或所生者，則亦是不法侵害結構性侵害的具體內容，故而對於此二種對象之沒收，其性質乃屬反應不法剝奪的作用，其性質類似刑罰之作用。

由於沒收對象的差異，對於沒收作為法律效果的性質，也有所不同，如沒收是對於犯罪利益的剝奪效應，則沒收的作用，是屬於一種類似刑罰性質的法律效果；倘若沒收作用的對象，其作用是一種阻絕犯罪的效應，則沒收的屬性，乃傾向於一種具有防衛性質的措施。不論其性質是屬於類似刑罰的效果，或是一種傾向具有防衛作用的性格，就法律效果的作用而言，都應該是一種獨立性的法律效果，而不應該是一種附屬刑罰的從刑性格。

四、沒收適用前提之辯證

沒收固然是一種對於違禁物、形成犯罪所用工具、或是對犯罪所得或所生財物剝奪的法律效果，然而在科處的適用前提上，是否有要求行為人行為的評價程度限制？亦即是否行為人的行為，在法律的評價上，必須是完全的犯罪行為，即具有違法及責任的可罰行為？抑或是只需行為的評價達於不法階段，即得以有沒

註 4：參照林山田，前揭書，441、442 頁；黃榮堅，前揭書，101 頁；auch Jescheck/Weigend, aaO., S. 796；Lackner/Kuhl, Rn. 1, 2 zu §74；Horn-SK, Nr. 11, 19 zu §74。

收之適用？從我國刑法的規定中，並不容易分辨出來，其中所存在的問題，乃在於沒收存在的正反面矛盾關係，從沒收的性質觀察，一方面將沒收的定位在從刑，則其得以適用的前提，必然須有主刑的存在，而主刑所以能存在，則又須先有行為具可罰性的關係存在，則沒收似乎僅能在行為具有可罰性存在時，方得以科處。至於具有可罰性的行為，是否果真會有具體刑罰存在，則似乎又顯得並不重要，蓋即使行為最終為免除其刑之宣告，亦得為沒收（刑法第 39 條）。此時從刑的概念，似乎僅是一種形式的意義，蓋其所附隨之主刑者，只是形式上存在可能的意義而已，意即即使無主刑宣告的存在，亦得為沒收，此時主刑的存在似乎僅是在於具有法定刑的存在即可，至於具體是否有為刑之宣告，則顯得不甚重要；又另一方面，既然從本質的關係觀察，沒收在行為的評價條件上，必須是一種具有可罰性關係的前提，倘若行為不具有責任，則行為僅是一種不法行為而已，尚無法稱為可罰行為。於此不但無刑罰發生的可能，連帶連法定刑也無由適用，此時應當無沒收可能性之存在，但事實卻非如此。在刑法的規定中，存在著各別類型的專科沒收規定，這些沒收適用的前提條件，並不盡然均存在行為可罰性，甚至在程序處理的規定中，對於允許檢查關於偵查程序為不予起訴的案件（根本無刑罰發生的問題），也授權得以為專科沒收（刑訴第 259-1 條參照），這樣的規定，顯然是超脫出沒收為從刑的原則性概念規範，連帶也造成沒收前提條件的適用混淆。究竟沒收前提的行為評價，應該是具備可罰性？還是只需為不法的評價即為已足？在認定的前提基礎上，顯得相當模糊不清。

我國規定並未如德國刑法，將沒收適用的

前提直接以法律明文規定，觀德國刑法§74 之規定，在沒收的適用關係中，基本適用的行為要求，必須是故意的行為。而因對於沒收之物的差異，其前提條件的要求也有所不同，倘若沒收的對象，是屬於犯罪形成所用之工具，或是因犯罪所得或所生之物者，其行為的評價，必須為具有可責性的違法行為，亦即必須要求為可罰行為；而對於具有社會危險性之物，則僅需具有不法的評價關係即為已足（德刑§74 Abs. 3）^{註5}，惟德國在這樣基本的前提下，也有例外性的規定。亦即當行為人無法確認，或是追訴時效消滅，或因免除其刑或檢察官為不起訴處分時，得以專科沒收（德刑§76a 參照）。在德國法的基礎思維中，一方面沒收規定並非是一種從刑的性質；另一方面其在適用的前提條件上，設定有法律原則性的限制，不論是可罰行為或是不法行為，至少在適用的條件與範圍上，有較為明確的遵循依據。儘管這樣的條件區分，仍有不足之處，但規定的明確性，相對較為清楚，也可避免在具體適用時發生困擾。

固然德國在適用前提作原則性的規範，具有釐清沒收範圍的效應，但是否對於供犯罪所用之物，以及犯罪所得或所生之物的沒收，必須嚴格限定在可罰行為？也非無問題。就沒收存在的基本構想來看，其既然被賦予應具有阻絕犯罪及剝奪犯罪利益的功能，則行為只要具有不法的存在，都是刑法應禁絕的事項，犯罪利益並非必須等到行為被評價為可罰時，才會發生。此種犯罪所用、所得或所生的財物，應當是伴隨著行為而存在，並非必須等到行為被評價時才會出現。故而，沒收得以適用的前提，也不宜如德國法作不法與可罰關係的區隔，而應以行為不法的存在，作為得科以沒收的前提條件，如此方得以避免掛一漏萬之情形。

註 5：Vgl. Schonke/Schroder/Eser, Rn. 2, 36 zu §74；Horn-Sk, Rn. 6, 12 zu §74；Lackner/Kuhl, Rn. 3 zu §74。

參、沒收適用的難題

沒收是國家對於犯罪所用、所得或所生之物或財產實質利益的剝奪，能夠予以沒收者，僅限定在實存之物或財物，且為沒收之時，已在國家實際支配力管領之下，倘若於為裁判時尚未立於國家實際管領之下者，並無沒收的可能。因此沒收乃僅針對實存且已被查扣的財物，方得以為宣告，刑法無法對於未被查扣或非實存的財物為沒收。因而沒收作為剝奪犯罪所用、所生或所得的手段，乃有其前提尚不足之處，對於未被查扣或非實存的財物，沒收作為完全剝奪手段，乃力有未逮，故而必須有追徵制度的輔助，方能較為周延的剝奪不法利益。

一、適用對象之困境

沒收雖限定在查扣與實存之物或財物，但因科技發展的成果，現今科技社會中並非所有應沒收之物，都能夠查扣，甚至於應沒收之物，也未必是一種實存物的本體，而是一種虛擬的形象。對於此種虛擬的型態，在刑法法律效果的要求下，應為沒收的處分，但沒收對象既無法查扣、也非實存，在傳統的沒收概念上，乃顯得有捉襟見肘的困窘。舉例來說，刑法第 235 條所定的色情書刊、圖像等，法律要求應予以查扣並沒收，倘若這類客體都是屬於具有實體的書籍、圖片、或影音磁片或光碟，自然能夠對之予以沒收，但是此類刊物或圖像，其流傳散布並非以實體的方式，而是透過網路的方式。在這樣的形式下，雖然都可以從視覺或聽覺的感官中，形成其本然的內容與圖像，但其終究是存在虛擬的世界中，此時即使

對於電腦主機為沒收^(註 6)，仍舊不見得能阻絕此類理念上應沒收之物。因此，沒收的功能，乃受到挑戰，而須重新檢討沒收概念的本質與範圍。

又因犯罪所用及所生所得之物，在具體的情狀下，並非如法律規定的理想狀態，都可以清楚區隔出是否屬於行為人或犯罪參與人所有，即使能夠區隔出行為人所有與否，但對於非屬於行為人所有之財物，並非可以很清楚確認出財物的歸屬，究竟是屬於那一個被害人所有，或是屬於行為人與被害人以外之第三人所有。倘若在這種情況下，既無法確認財物的歸屬，又無法予以沒收，將使得財物陷於空窗的狀態，此時行為人得否主張財物之所有？乃成為問題。倘若沒收僅限定在沒收物權利的原始取得，而如現行法規定要已屬於行為人所有，方得以宣告沒收，則對於非屬行為人所有，有無法確認其權利歸屬的情形時，如無法作暫時性權利移置，將使得自行為人所扣押之物，因非屬於行為人所有，而無法沒收，而形成權利不定之狀態。

對於這種既非屬行為人所有，又無法確認出財物的歸屬時，目前實務運作的方式，因無法律規範可資以遵循，又要避免因無法沒收的困境，造成犯罪行為人不當取得犯罪之利益，只能以操作性的方式，要求犯罪行為人先將所查扣的財產或財產上利益先聲明拋棄。固然這樣的作法是一種欠缺規範下不得已的措施，但終究存在有問題，一方面非屬於行為人所有之物或財產，其是否得以聲明拋棄？容有問題，蓋倘若這樣的財產拋棄聲明，僅是一種對於事

註 6：此類的問題，不僅是在我國司法實務中，形成困擾，在其他國家的刑法法律效果中，也一樣發生問題，所能作的沒收對象，似乎也僅能對於犯罪行為人的電腦及設備為沒收，但卻無法對於已經在網路上流傳的內容，予以剝奪，所能作的僅能在網路使用作規範，如此一來，確實無法真正阻絕犯罪的發生。



實管領狀態下的意思表示，或許聲明可以有其效力。但如財物的本身有涉及法律關係時，如財物之所有權，則非所有權人之意思表示，並不會發生拋棄的效果。亦即無權之人的拋棄聲明，並不會發生拋棄的效力，國家如何能取得財物之權利？另一方面當非屬於行為人所有之犯罪工具或所得所生之利益，即使行為人拋棄對物的權利，是否即得以加以沒收？恐怕也與現行的沒收規定，有不盡相容之處。根本性解決之道，恐怕必須重新思考沒收的權利歸屬關係。

二、解決構想

基本上，沒收的法律概念本質，是一種權利的剝奪概念。簡單地說，是一種對於犯罪所用、所得或所生之物或利益的「失權宣示」，亦即否定犯罪行為人得以使用取得或保有。在這樣的概念下，賦予二概念實際操作的內涵，可以是對於實存物的剝奪，但這樣的意義下，自然無法對於非實存物為實際的剝奪，也無法對於難以估算利益為具體的追徵，自然在被賦予這樣的意義下，會削弱沒收的效力。惟若將沒收的概念，認定其是一種對於法律所不允許使用、取得或保有的否定，則沒收是具體對此種使用、取得或保有的失權宣告，在沒收具體作法上，將會更為周延。

對於非實存之物的沒收者，特別是在網路虛擬空間之物的沒收，其意義應該是一種使用禁止的作用；對於法所不允許而流傳於網路之物，其沒收的宣示者，乃以科責任負擔的方式為之，亦即科以行為人義務，必須將該法所不允許的內容，自虛擬空間移除。

肆、結語

我國刑法向來對於沒收的定位，都是將其作為從刑來看待，不論在規範層面，或是實務操作的層面，根深蒂固的觀念，都是附屬於刑

罰而存在。而追徵的概念者，則是先存在於各別犯罪類型中，爾後才在刑法總則作法律效果的原則性規定。既無整體概念的詮釋與檢討，也欠缺法律效果定性的構想，自然對於沒收與追徵概念的認知，會有侷限與偏差。

基本上設定法律效果定位的構想，並不是一種恣意性的立法行為而已，而是具有一定的邏輯關係。倘若刑法制裁的法律效果，是以刑法評價的核心為對象者，則所設定的法律效果，自然是一種獨立性的性質，諸如刑罰是以行為與行為人可罰性的前提，作為反應的手段，其屬性與定位自然是獨立性的主刑性格；而保安處分雖是從社會防衛的觀點出發，但其適用的前提，仍舊是在於行為人的不法行為，從而其作用的對象，乃以行為人為基礎，故其亦是一種獨立性的法律效果；又當行為除造成侵害關係之外，同時也以一定行為創造出法律所不允許的利益，或是行為實現的本身，其所使用的手段，基本上，也都是造成法律非難的直接基礎，對於此種行為侵害關係以外的利益創設，反應的法律效果，也應該是獨立性的性質。是以沒收與追徵概念，在作用的本質上，是對於犯罪所用、所得及所生之物或利益的剝奪；在作用的對象上，也是以行為的整體關係為適用客體，故其定位不應是一種從屬於刑罰而存在的關係，反而應該是一種與刑罰並行的獨立法律效果，蓋一方面刑罰作用於行為所生侵害的非價；另一方面沒收與追徵，則作用在犯罪手段與不法利益的剝奪，行為侵害與犯罪所用之物或所得及所生的不法利益，乃是構成犯罪整體事實的全體。故而，沒收應當是一種獨立性的法律效果，在定位上不應該是一種依附於刑罰存在的從刑概念。

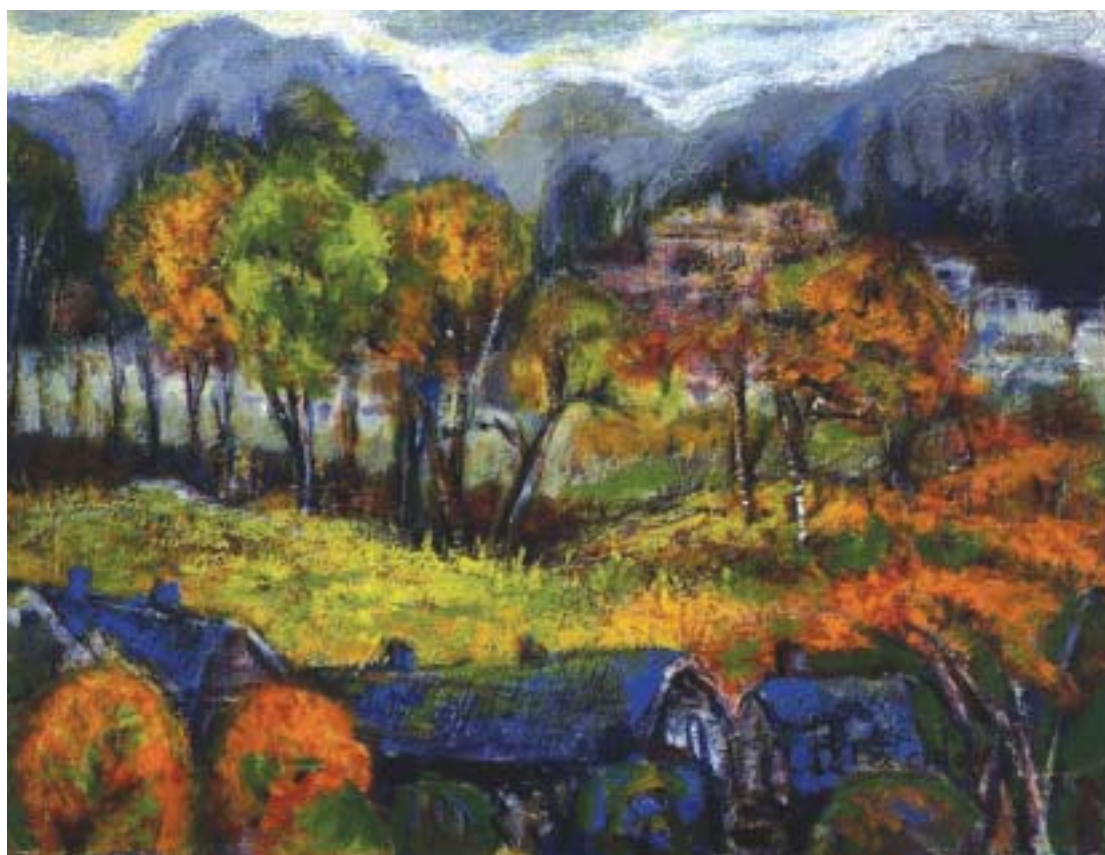
基本上沒收並無犯罪類型的限制，只要適用的條件該當時，即得以為沒收的宣告，甚至在欠缺追訴關係時，也得以單獨以聲請裁定的

方式行之，但前提是，沒收必須先是一種與刑罰並行的獨立法律效果。沒收具體的適用對象，乃是以實存且經查扣之物，或者受到國家權力宣示暫時保留原狀的客體。沒收無法對於未經查扣或命交保管之物為之，蓋此時國家並無實際對沒收物為支配或管領。而對於非實存之物的沒收問題，必須從沒收本然性概念「失權宣示」的詮釋，方得以在具體作為上，真正做到阻絕犯罪或剝奪犯罪所用、所得或所生之不法利益。

刑法中，沒收在法律效果的定位上，必須重新加以調整，且在適用的類型與適用的範圍，也必須重新加以檢討。將其從依附於刑罰

的從刑定位，提升為一種主刑的概念，且在適用範圍上，沒收實不必要將違禁物以外之物，限定在屬於行為人所有，而是以權利代位的理念，國家先對於行為所用、所得及所生之物或財產利益為否定評價，進而再依沒收物權利的歸屬。如屬於行為人或無人主張權利者，其權利歸屬於國家；如屬於他人者，則各依權利人之聲請，而為沒收物發還之處置（刑訴第 473 條），如此一來也可避免因非屬行為人所有，卻又無法確認權利歸屬，而造成沒收上的漏洞。⁸⁸

（本文作者現為國立中正大學法律學系暨研究所專任教授，德國慕尼黑大學法學博士）



何清吟 油畫 北國秋色 10P 2004 年