

國立政治大學法律學系碩士班

碩士論文

從洗錢防制法第 18 條第 2 項

談擴大利得沒收

A Study on Extended Confiscation:
focusing on Article 18(2) of the Money
Laundering Control Act

指導教授：李聖傑 博士

研究生：楊鷺 撰

中華民國 107 年 4 月

謝辭

在台灣以碩士班學生的身份生活了將近三年，不知不覺中，距離離開台灣的日期，竟然已經進入了倒數的階段。再過幾天就是我的二十七歲生日了，想到自己的二十五歲到二十七歲，人生中最美好的階段，是在台灣度過的，突然心生許多感慨。

在我還很小的時候，就一直對台灣這塊土地有很多嚮往。高中時，想來台灣讀大學，卻客觀不能，直到 2009 年我讀大一時，才開放了陸生來台就學的政策。大二嘗試申請到台灣當交換生，卻因為競爭太多，沒有成功。畢業後，雖然想過來台讀研，卻受限於家庭壓力不敢嘗試。畢業兩年後，才終於鼓起了勇氣，中斷工作，來台讀書。

我後來常常用這段經歷勉勵自己和周圍的朋友，當你很想做一件事或很想得到一個東西，卻因為各種原因沒有辦法實現時，不用太傷心，也不用太強求。把那件想做的事、想得到的東西放在心上，然後繼續踏踏實實過日子，等時候到了，也許有一天，機會就出現了。

或許也是因為抱著這樣隨遇而安的心態，我在台灣的日子，能夠更從容、更沉著。沒有著急著要到台灣各處旅行、遊玩，不想囫圇吞棗地把台灣的風景看完，而是慢慢地、耐著性子地，在台北，在政大的校園裡，體會台灣。

這三年，生活在政大校園裡。每天早晨，在宿舍樓下的伊果咖啡店吃早餐，步行十五分鐘下山，聽課，自習，晚飯後再慢慢走回山上，有時有朋友陪伴，有時獨自一人。在舒適的環境中規律地生活，讓人心情愉悅，能夠心平氣和地進行學術研究。感謝命運讓我擁有這樣美好的三年，感謝生活如此溫柔地對待我。

這三年，非常幸運能有李聖傑導師的指導。從一年級開始，聽老師授課，與老師私下交流，慢慢找到論文思路，開始著手寫作。老師總是非常耐心負責地在每個學習階段提醒、督促我完成相應的任務，讓我能夠順利地在計劃的時間內畢業。除了專業領域的學習，也非常感謝李老師對我生活上的照顧及精神上的指導。因為有老師的關心和鼓勵，我在台灣生活的這幾年，雖然遠離家鄉，卻仍有機會感受到家一般的溫暖。

感謝我的口試委員許恒達老師以及王士帆老師。感謝他們對我的論文提出寶貴的意見，讓我的論述邏輯能有機會修正得更為嚴謹。感謝他們讓我意識到此篇

論文存在的不足，也鼓勵我在將來繼續深入研究。我要特別感謝王老師在口試之後，將論文口試紙本返還給我。王老師在紙本上逐頁批註，巨細靡遺，讓我又感動又慚愧。

當然，我還需要感謝我的父母、姐姐。感謝他們作為我的經濟支柱，讓我有機會實現自我的夢想。感謝我的父母，感謝他們雖然不能理解我的選擇，卻盡力尊重我的選擇，並給予經濟支持。感謝我的姐姐，感謝她包容了任性的妹妹，感謝她沒有埋怨妹妹比她多花費了父母將近十年的資源。如果沒有他們的支持，我不可能在現在完成這本碩士論文。

我還想感謝一些出現在我生命中的朋友。感謝四年前我在雲南工作時認識的美國同事兼室友 Molly Linhorst，是她的鼓勵和影響，讓我最終鼓起勇氣來台灣讀書。感謝在台灣學習時認識的各位朋友們，感謝他們的陪伴，讓我感受到愛與被愛的幸福。感謝無數個在恒光橋下、學校操場、藝文中心平台與朋友們促膝而坐，暢快聊天的日子，讓我在孤獨、艱難的論文寫作過程中仍有稍作喘息的機會。

最後，我想感謝我自己，感謝自己的勇敢和努力。感謝自己從一而終，相信自己的選擇，並且有勇氣和毅力在每個日日夜夜付出努力。因為這樣，我才可能比其他人更早地完成論文寫作，順利畢業。感謝自己不僅懂得吃苦，也懂得享受，所以即便學習，也是漂漂亮亮、光鮮亮麗地學習，沒有因為壓力大，而變得蓬頭垢面。感謝自己懂得在學業與生活中保持平衡，從而讓學習成為一件快樂的事。

摘要及關鍵字

摘要：

本文從台灣洗錢防制法第 18 條第 2 項條文規定出發，探討擴大利得沒收之概念、性質及其適用要件。釐清目前各國就某「高度懷疑來源自不法」的財產所具有的不同處理方式，大致可區分為兩種：以德國法為例的擴大利得沒收及以英美法為例的非以定罪為基礎之沒收。通過了解德國新舊刑法中關於擴大利得沒收的規定及變化，嘗試回答台灣法中的擴大利得沒收制度究竟應該如何理解，有何修正空間。其中，就台灣擴大利得沒收條文中所設置的「常習性」、「集團性」兩大限定要件進行了具體分析，明確其意涵。最後，對擴大利得沒收遭受的相關疑義進行了回應，肯定其作為沒收類型之一而具有一般性，應當納入刑法典。

關鍵詞：沒收，擴大利得沒收，洗錢防制法，常習性，集團性

Abstract:

This research starts from the article 18(2) of the Money Laundering Control Act, trying to discuss the concept, the nature and the usage of the extended confiscation. Basically, there are two different ways to deal with the property which are under highly suspicion that it is derived from criminal conduct. One is the extended confiscation represented by German law, and the other one is the non-conviction-based confiscation represented by the U.S law. Taiwan uses the same way as German, thus the research focusing on the comparison between German law and Taiwanese law, trying to find out the suggestion for revision.

Key words: confiscation, extended confiscation, Money Laundering Control Act

目次

第一章：緒論.....	13
第一節：研究動機與目的.....	13
第一項：研究動機.....	13
第二項：研究目的.....	15
第二節：研究方法與研究架構.....	16
第一項：研究方法.....	16
第二項：研究架構.....	16
第二章：擴大利得沒收之定義與內涵.....	19
第一節：擴大利得沒收之緣起與立法.....	19
第一項：案例引入.....	19
第二項：擴大利得沒收在台灣的立法歷程.....	23
第二節：擴大利得沒收之概念釐清.....	24
第一項：擴大利得沒收與擴大沒收.....	24
第二項：擴大利得沒收之定位.....	25
第三節：擴大利得沒收之定性與干預基礎.....	27
第一項：定性討論之必要性.....	27
第二項：關於擴大利得沒收性質的不同主張.....	29
第三項：刑罰的認定標準.....	30
第四項：擴大利得沒收作為恢復原狀措施.....	32
第五項：擴大利得沒收之干預基礎.....	36
第三章：德國擴大利得沒收的立法與解釋動向.....	38
第一節：德國舊刑法關於擴大利得沒收之規定.....	38
第一項：立法目的.....	38
第二項：德國舊法擴大利得沒收之適用要件.....	40
第三項：德國擴大利得沒收之相關配套措施.....	43
第二節：德國新修刑法關於擴大利得沒收之變動.....	44
第一項：德國新修刑法第 73a 條概述.....	44
第二項：擴大利得沒收規定之新舊法對比.....	45
第三項：新法評價.....	47
第四章：台灣擴大利得沒收之規定現狀.....	50
第一節：洗錢防制法第 18 條第 2 項條文介紹.....	50
第二節：現行規定既存之問題.....	50
第一項：適用範圍過小.....	50
第二項：聯結行為被定罪之必要性探討.....	52
第三項：「有事實足以證明」的證明程度.....	53

第四項：條文中「其他違法行為」之具體意涵.....	55
第五章：常習性與集團性之意涵.....	62
第一節：常習性概念釐清.....	62
第一項：作為舊刑法分則中存在過的常業犯概念.....	62
第二項：常業犯之處遇.....	82
第三項：常業犯存廢之爭.....	85
第四項：常業犯在德國之立法模式.....	89
第五項：擴大利得沒收條文中常習性與常業犯之關聯.....	89
第二節：集團性概念釐清.....	94
第一項：「集團性犯罪」與「組織性犯罪」之區隔.....	94
第二項：集團性犯罪之加重理由.....	97
第三項：擴大利得沒收條文中集團性之具體意涵.....	98
第六章：擴大利得沒收之相關疑義與回應.....	100
第一節：無罪推定原則之適用疑義.....	100
第一項：無罪推定原則.....	100
第二項：沒收程序與無罪推定原則.....	104
第三項：小結（台灣法之反思）.....	110
第二節：擴大利得沒收與類似條款之對比.....	111
第一項：與貪污治罪條例第 6-1 條公務員財產來源不明罪之對比.....	112
第二項：與貪污治罪條例第 10 條之對比.....	120
第三項：與組織犯罪防制條例第 7 條犯罪組織的財產沒收之對比.....	121
第四項：小結.....	122
第七章：結論.....	124
參考文獻.....	129

細目

第一章：緒論	13
第一節：研究動機與目的	13
第一項：研究動機	13
第二項：研究目的	15
第二節：研究方法與研究架構	16
第一項：研究方法	16
第二項：研究架構	16
第二章：擴大利得沒收之定義與內涵	19
第一節：擴大利得沒收之緣起與立法	19
第一項：案例引入	19
第一款：台灣販毒案	19
第二款：德國毒品案	21
第三款：案例比較	22
第二項：擴大利得沒收在台灣的立法歷程	23
第二節：擴大利得沒收之概念釐清	24
第一項：擴大利得沒收與擴大沒收	24
第二項：擴大利得沒收之定位	25
第三節：擴大利得沒收之定性與干預基礎	27
第一項：定性討論之必要性	27
第二項：關於擴大利得沒收性質的不同主張	29
第三項：刑罰的認定標準	30
第四項：擴大利得沒收作為恢復原狀措施	32
第一款：區別於刑罰措施	32
第二款：區別於預防性措施	35
第五項：擴大利得沒收之干預基礎	36
第三章：德國擴大利得沒收的立法與解釋動向	38
第一節：德國舊刑法關於擴大利得沒收之規定	38
第一項：立法目的	38
第二項：德國舊法擴大利得沒收之適用要件	40
第一款：須有法律明文指示適用本條規定	40

第二款：須基於一個違法行為的存在	41
第三款：正犯或共犯須獲取某些標的	42
第四款：須有足以認定犯罪來源之事實	42
第三項：德國擴大利得沒收之相關配套措施	43
第一款：德國舊刑法第 73d 第 2 項	43
第二款：德國舊刑法第 73d 第 3 項	43
第三款：德國舊刑法第 73d 第 4 項	44
第二節：德國新修刑法關於擴大利得沒收之變動.....	44
第一項：德國新修刑法第 73a 條概述	44
第二項：擴大利得沒收規定之新舊法對比	45
第三項：新法評價	47
第一款：是否有必要針對所有犯罪	47
第二款：相關條款之準用	48
第三款：針對適用第三人的問題	48
第四款：有事實足以認定刪除後，證明標準為何.....	49
第四章：台灣擴大利得沒收之規定現狀	50
第一節：洗錢防制法第 18 條第 2 項條文介紹.....	50
第二節：現行規定既存之問題.....	50
第一項：適用範圍過小	50
第二項：聯結行為被定罪之必要性探討	52
第三項：「有事實足以證明」的證明程度	53
第四項：條文中「其他違法行為」之具體意涵	55
第一款：其他違法行為是否限於與本案違法行為相同之行為.....	55
第二款：「其他違法行為」是否可以有任何犯罪行為.....	58
第三款：「其他違法行為」是否限於「能夠作為聯結行為」之犯罪.....	59
第四款：小結	61
第五章：常習性與集團性之意涵	62
第一節：常習性概念釐清.....	62
第一項：作為舊刑法分則中存在過的常業犯概念	62
第一款：舊刑法關於常業犯的規範	62
第二款：常業犯之內涵	64
第三款：常業犯之認定	67
第四款：常業犯與其他類似概念之區分	71

第二項：常業犯之處遇.....	82
第一款：處遇態度的變化.....	82
第二款：加重事由.....	83
第三項：常業犯存廢之爭.....	85
第一款：常業犯概念本身沒有存在必要.....	85
第二款：常業犯成立始點不易確定.....	86
第三款：常業犯與累犯之重複評價.....	87
第四款：常業犯與連續犯之矛盾評價.....	87
第五款：常業犯加重處罰與刑罰正義.....	88
第四項：常業犯在德國之立法模式.....	89
第五項：擴大利得沒收條文中常習性與常業犯之關聯.....	89
第一款：作為擴大利得沒收之限定條件的常習性概念.....	89
第二款：常習性要件對利得沒收範圍之影響.....	91
第三款：小結.....	92
第二節：集團性概念釐清.....	94
第一項：「集團性犯罪」與「組織性犯罪」之區隔.....	94
第一款：國際法規範.....	94
第二款：德國法規範.....	95
第三款：台灣法規範.....	96
第四款：小結.....	97
第二項：集團性犯罪之加重理由.....	97
第三項：擴大利得沒收條文中集團性之具體意涵.....	98
第六章：擴大利得沒收之相關疑義與回應.....	100
第一節：無罪推定原則之適用疑義.....	100
第一項：無罪推定原則.....	100
第一款：無罪推定原則之內涵.....	100
第二款：舉證責任分配之一般規則.....	101
第三款：舉證責任轉換之合理界限.....	102
第二項：沒收程序與無罪推定原則.....	104
第一款：沒收程序是否有無罪推定原則之適用.....	104
第二款：擴大利得沒收與舉證責任轉換.....	106
第三款：擴大利得沒收與證明程度降低.....	108
第三項：小結（台灣法之反思）.....	110
第二節：擴大利得沒收與類似條款之對比.....	111

第一項：與貪污治罪條例第 6-1 條公務員財產來源不明罪之對比	112
第一款：貪污治罪條例第 6-1 條條文介紹	112
第二款：立法評析	114
第二項：與貪污治罪條例第 10 條之對比	120
第一款：貪污治罪條例第 10 條條文介紹	120
第二款：立法評析	120
第三項：與組織犯罪防制條例第 7 條犯罪組織的財產沒收之對比	121
第一款：組織犯罪防制條例第 7 條條文介紹	121
第二款：立法評析	121
第四項：小結	122
第七章：結論	124
參考文獻	129



第一章：緒論

第一節：研究動機與目的

第一項：研究動機

2016年4月，台灣多名詐騙集團成員在肯亞、亞美尼亞等地涉嫌電信詐騙，該案受到台灣媒體廣泛關注。彼時，筆者與導師討論此案，導師提到，此類集團性、常業性之財產犯罪涉及諸多被害人，且存在大量犯罪所得，具有廣泛的社會危害性。然而，對被害人而言，最重要的或許並不是讓行為人接受最重的徒刑，而是能夠通過案件的偵破、審判，最終讓被騙的財物失而復得。這番話給予了筆者論文寫作的最初靈感。

同年12月底，台灣洗錢防制法修法通過。新修條文第18條第2項被認為是參考德國舊刑法第73d條之「擴大利得沒收」(der erweiterte Verfall)規定¹。依據立法說明，所謂擴大利得沒收，係指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，仍可沒收之。該條文規定，以集團性或常習性方式犯洗錢防制法規定之洗錢罪，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

¹ 關於擴大利得沒收之用語，本文係採用以下學者之翻譯，參考林鈺雄，綜覽沒收新舊法，載：沒收新制(一)刑法的百年變革，頁24，2016年7月；潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判BGHSt 40, 371譯介，載：沒收新制(二)經濟刑法的新紀元，頁439，2016年9月；連孟琦，擴大利得沒收之合憲裁判——德國聯邦憲法法院裁定BVerfG 2 BvR 564/95譯介，載：沒收新制(二)經濟刑法的新紀元，頁462，2016年9月。亦有學者將der erweiterte Verfall翻譯為「擴大沒收」，見陳重言，第三人利得沒收之立法必要及其基礎輪廓——源自德國法規範與實務之啟發，載：沒收新制(一)刑法的百年變革，頁149，2016年7月；吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制(二)經濟刑法的新紀元，頁136，2016年9月。

益，係取自其他違法行為所得者，沒收之。

據此，筆者萌生了一系列疑問：條文所提之「常習性」，與台灣舊刑法中存
在於刑法分則內的「常業犯罪」是否為相同概念？如果二者屬於同一概念，則由
於刑法分則中的常業犯已於 2005 年修法時被刪除，洗錢防制法中的常習性該如
何理解、認定？常業犯的刪除，是否會導致常習性的內涵發生變化？如果二者不
屬於同一概念，而存在區別，則洗錢防制法中擴大利得沒收條文內的「常習性」
要件又該如何理解？

聯繫上文所提，若能將常習性、集團性之財產犯罪的犯罪所得予以沒收，並
返還被害人，對於被害人而言或許是最理想的刑法效果。然而，常業性、集團性
犯罪往往歷時長、涉及諸多被害人，且難以抓獲；一旦抓獲，對於過去的其他犯
罪行為，也很難一一證明。若將來此類財產犯罪也能適用擴大利得沒收，將使得
被告之財產在未被證明與有罪連結的情況下即可被沒收，恐有違反無罪推定原則
之嫌。諸多疑問，促成筆者就此篇論文之研究動機。

此外，鑒於中國大陸之刑法目前仍將沒收制度規定為「附加刑」之一種，與
台灣 2015 年修法以前將沒收定性為「從刑」的做法類似。且大陸現行法之沒收
制度，甚至可以沒收行為人未為濫用的合法財產，其所存在的違憲問題毋庸贅
述。擴大利得沒收制度作為一種沒收類型，其必要性與其所遭受的疑義一直相生
共存，不斷遭受討論，此一制度如何在中國大陸的刑法中生根發展，更是一大挑
戰。大陸近年來已有學者陸續討論沒收制度，其中不乏進行改革、修法之意見，
因此本文亦期望通過本篇論文的探討，為將來中國大陸沒收制度的修法提供參考
價值。

第二項：研究目的

擴大利得沒收目前僅規定於洗錢防制法中，只有集團性、常習性之洗錢罪能作為聯結行為。然而，該條文所參考之德國法，其擴大利得沒收係規定於德國刑法典中，且德國 2017 年新修刑法後，擴大利得沒收始具有一般性，得以適用於所有犯罪類型。本文擬探討擴大利得沒收是否具有一般性，其沒收的法理基礎為何？若擴大利得沒收具有一般性，是否應考慮納入刑法總則沒收專章中，以免日後類似規定分散於各種特別法之中，重複沒收制度修法前的混亂狀態。

本文亦將探討擴大利得沒收中以常習性作為條件限制的必要性。此常習性與舊刑法中的「常業犯罪」有何關聯或差異？將常習性作為擴大利得沒收適用的限定對象，是否過度注重個人素質、性格基準，而使得擴大利得沒收具有「行為人刑法」的色彩？並將一併探討常業犯是否有其存在之獨立法理基礎。恢復常業犯的規定是否有利於擴大利得沒收制度的法理基礎建構。

此外，由於擴大利得沒收制度從立法之初就因有違背無罪推定原則之疑而遭受諸多批評，因而未被納入沒收專章規定。本文將從無罪推定原則出發，探討擴大利得沒收的制度是否違背無罪推定原則。若其並無違背無罪推定原則，則可減少其被納入刑法總則規定之阻礙。

最後，擴大利得沒收還與貪污治罪條例第 6 條之 1 公務員財產來源不明罪、第 10 條犯罪所得之推定以及組織犯罪條例第 7 條犯罪組織的財產沒收三項規定有所相似。由於上述條文歷來遭受相似違憲批評，本文亦將把擴大利得沒收與後者進行比較，釐清關係，作為回應。

第二節：研究方法與研究架構

第一項：研究方法

本文之論述核心在於通過擴大利得沒收現行法規之討論，並引用外國立法例作為比較，以檢討現行法規之不足，並探討擴大利得沒收是否具有一般性，而應納入刑法沒收體系。行文過程中，就本議題可能的解決方式如下所列：

一、文獻整理：擴大利得沒收作為沒收的一種特殊型態，在立法之初就因有違憲疑慮而受到台灣學術界諸多討論與批評，因此本文將整理相關不同見解，再就其所受之質疑嘗試回應；而本文另欲討論的擴大利得沒收之「常習性」限定要件，與其相關之「常業犯」概念在過去也經歷過存廢討論，最終常業犯於 2005 年修法時與連續犯一同被刪除。因此，本文將於文中整理國內相關學說見解，檢討分析常業犯、常習性之意涵，以幫助理解擴大利得沒收之適用要件。

二、比較分析：台灣的擴大利得沒收制度本借鑒於德國刑法，而德國學界與實務關於擴大利得沒收制度亦有廣泛的討論與批評，本文將引用德國立法例作為比較，整理德國擴大利得沒收制度從立法之初到解釋動向的變化，以作為台灣未來的修法借鏡。而「常業犯」的概念，本文亦將參考德國的相關規定，以幫助討論常業犯是否有其存在之獨立法理基礎。

三、綜合歸納：綜合文獻探討與比較法，加以思考整合，以期對於未來之修法方向提出可行建議。

第二項：研究架構

論文第一章為緒論。將簡要介紹本論文的研究動機與研究目的，並明確本論

文使用的研究方法及全文研究架構。

論文第二章將介紹擴大利得沒收之定義與內涵。由於「擴大利得沒收」在台灣學界仍為相對陌生、新穎的概念，而單純從其文字表面理解，並無法輕易掌握其具體內涵，因此第一節將從兩則案例引入，有助讀者理解擴大利得沒收之規定究竟有何功能。此外，第一節亦將簡單介紹擴大利得沒收在台灣法中曲折妥協的立法歷程，以突顯其目前所面臨之困境。第二節將從沒收體系出發，釐清擴大利得沒收在整個沒收體系中的位置。第三節則將討論利得沒收之定性及其干預基礎，為擴大利得沒收尋找其法理基礎。

論文第三章將介紹德國刑法關於擴大利得沒收的立法與解釋動向。由於台灣擴大利得沒收的規定以德國法作為參考體例之一，故有必要通過德國法的介紹，尋找台灣法的改進及突破點。本章第一節為立法面向，將首先從立法目的出發，隨後介紹德國法關於擴大利得沒收的適用條件，最後介紹其設立的相應配套措施。第二節則為實務解釋面向，將從一則德國聯邦最高法院刑事裁判出發，介紹德國法院就擴大利得沒收的合憲性解釋歷程。

論文第四章將介紹台灣法關於擴大利得沒收的規定現狀，並將在第二節中討論現行條文規定既存之問題。

論文第五章將討論「常習性」、「集團性」作為擴大利得沒收要件之具體意涵及其必要性，將於第一節釐清常習性概念與過去刑法分則中存在的「常業犯」概念有何區別。此外，將以案例為基礎，討論擴大利得沒收案件中，「常業性」要件將如何認定，沒收範圍要如何確定等具體問題。第二節則將探討集團性概念，並將其與組織犯罪之定義做相關釐清。

論文第六章將討論擴大利得沒收歷來遭受之相關疑義，其中以其與無罪推定

原則是否存在衝突為主要討論方向。在此章第二節中，將討論擴大利得沒收與貪污治罪條例第6條之1公務員財產來源不明罪及組織犯罪條例第7條犯罪組織的財產沒收兩項規定之區別。

論文第七章為結論。本章將總結前文，闡明擴大利得沒收在沒收體系中的位置，明確其干預基礎。



第二章：擴大利得沒收之定義與內涵

第一節：擴大利得沒收之緣起與立法

第一項：案例引入

台灣於 2015 年三讀通過刑法沒收條文修正案，2016 年 7 月開始施行。然而，本論文所涉及之「擴大利得沒收」並未納入 2015 年刑法修正範圍。所謂的「擴大利得沒收」究竟所指為何？為何稱其為「擴大」？擴大的範疇為何？僅從文字表面並無從知悉。緣此，本文列舉兩個案例，以利理解「擴大利得沒收」之適用情形。

第一款：台灣販毒案

甲曾有製造、販賣毒品之犯罪記錄。2012 年 11 月間與 A 約定購入「搖頭丸」（含有 MDMA 成分）九萬顆及「一粒眠」（含有 K 他命成分）十萬顆，並約定分批交付。2012 年 12 月至 2013 年 1 月，至少已有 6 次交易，共支付新台幣約一千多萬元，購得「搖頭丸」約七萬顆、「一粒眠」約十萬顆。甲另於 2012 年 12 月與 B 約定購入「搖頭丸」（含有 MDMA 成分）三萬顆，亦約定分批交付。2012 年 12 月間，完成四次交易，共支付五百二十萬元，購得「搖頭丸」約二萬八千顆。

此外，甲大量訂購封裝用之安培瓶空罐組、一百四十五箱各種瓶裝汽水等。2013 年 1 月，甲偕同乙依據各式配方，利用果汁機將一定比例之「搖頭丸」與「一粒眠」攪碎成粉末，再將各種汽水煮沸加入，攪拌混合成「神仙水」，予以

分裝，伺機販售。

檢調人員於 2013 年 1 月 24 日查獲甲之行為，扣得「神仙水」成品四千二百六十一瓶、「神仙水」溶液 64.6 公斤、研磨機、攪拌棒、封瓶器、分裝器、配方筆記、空瓶約一萬八千個、汽水二十五箱，以及現金三百零二萬元²。

二審法院判決甲構成持有、製造毒品罪。而就現場查獲之現金三百零二萬元，二審法院以「觀諸被告販入第 2 級、第 3 級毒品之數量均甚鉅大，且其販入毒品之代價分別高達 208 萬元（如上開犯罪事實欄二部分）、1 千餘萬元、80 萬元、185 萬元、185 萬元、92 萬 5 千元、55 萬 5 千元（如上開犯罪事實欄三部分），尚需大量購買安培瓶空罐組以供分裝及維大利、雪碧等汽水供煮沸加入混合等情，足見被告為製造、販賣毒品所需之資金需求甚大，再從被告上開犯罪事實欄二、三所示之犯行觀之，被告製造第 2 級、第 3 級毒品之數量、設備規模等均甚龐大，若未被查獲，顯可繼續從事製造毒品之用，是上開扣案之 302 萬元現金，適足為被告預備犯此罪之目的所用之物。綜上所述，足認該扣案之 302 萬元可供被告將來預備犯罪所用。」為由，依據刑法第 38 條第 1 項第 2 款之規定宣告沒收。

而三審法院亦認同二審見解，認為被查獲之現金 302 萬元「認定應屬被告所有，供本件預備犯罪所用事實等情之理由，與卷存資料相符，因而依刑法第 38 條第 1 項第 2 款規定宣告沒收，並無不合，無被告所指理由不備或證據調查未盡之違法。」駁回了甲的上訴。

觀諸上訴二、三審判決原文，本文認為存在些許問題。首先，二審判決認為現金 302 萬「可供將來預備犯罪所用」，而依據刑法第 38 條第 1 項第 2 款予以沒

² 本案例改寫自最高法院 103 年度台上字第 770 號判決、高等法院 102 年度上訴字第 2834 號判決，參考吳耀宗，刑法第 38 條之 1 第 2 項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 127，2016 年 9 月。

收，恐怕有誤解該條文之嫌。因為第 38 條第 1 項第 2 款之「犯罪預備之物」，所謂的「犯罪預備」應指「本案之犯罪預備」，而非「未來之犯罪預備」。畢竟，任何財產都可能被理解為「為未來之犯罪預備」，若均宣告沒收，將導致財產權被肆意侵害。

其次，三審判決稱，認定「現金 302 萬元乃供本件預備犯罪所用」此一事實之證據充足，因此駁回了甲之上訴，亦存在問題。理由在於，一般通說認為就供犯罪預備之物的沒收，至少必須要求標的物具備工具與刑事不法行為的直接聯結³。簡單來說，只有當標的物在預備犯罪行為中具備工具性，才能將其認定為供犯罪預備之物加以沒收。然而，就本案而言，被告被認定構成持有、製造毒品罪，但現金並非持有、製造毒品的工具，而只有當使用現金購買製毒工具等情況下，才能將製毒工具認定為供犯罪所用或供犯罪預備之物。

因此，本案實際上並不應該將此 302 萬元的現金認定為供犯罪預備之物而予以沒收。該案被告有販毒前科，其亦無其他正當職業，又巨額現金乃在被告製毒地點被發現，綜合看來，該巨額現金其實極可能來源於其過去未被發現或無法證明之販毒行為。然而，由於現行法並未規定一般性之「擴大利得沒收」，即便巨額現金極大可能來源於不法，但在無法確切證明具體來源的情況下，根本無從沒收。其結果等同於讓犯罪行為人坐享犯罪成果。

第二款：德國毒品案

與前述案例相同，此案同樣為販毒案，惟其發生於德國⁴。

被告 M 男，德國籍，於 1992 年 10 月 15 日，通過電話與一位名為「Resit」

³ 黃榮堅，基礎刑法學（上），頁 83，2012 年；蘇俊雄，刑法總論 III，頁 264，1998 年。

⁴ 本案例改寫自德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40，371，參考潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40，371 譯介，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 442，2016 年 9 月。

的荷蘭人聯繫，秘密協商毒品海洛因三公斤的買賣。但這筆買賣最後因被告無法按照約定於交付毒品的當下付現而告吹。

1993年8月1日，被告M男駕車前往A地收購一公斤海洛因，回程中被跟監的警方予以逮捕。後經檢察官偵查後向A地地方法院提起公訴。經A地地方法院審理後，認為被告違犯數個毒品犯罪，分別宣告其罪之刑，再併合處罰，定其應執行刑為七年有期徒刑。

此外，法院認定，被告M男所有之B地區人民銀行賬戶內現存餘額4萬2千5百20馬克，雖無法證明源於本案犯罪，但有事實足以認定該賬戶巨款極有可能源於本案以外之其他犯罪行為，因此依據德國舊刑法第73d條規定，就該四萬多馬克予以宣告沒收⁵。

第三款：案例比較

觀察上述兩個案例，一個發生於台灣，一個發生於德國，但基本案例事實相似。兩案均係毒品犯罪，行為人均有多次製造或購買、販賣毒品的行為，最終均被判處有罪。最重要的是，兩個案例中，均查扣有巨額現金或存款，且均無充分證據證明此現金或存款係來源於本案之犯罪所得。

然而，台灣的案例，即便有證據證明巨額現金可能來源於本案以外之其他販毒行為，但由於台灣刑法典目前尚未有一般性之「擴大利得沒收」規定，依據現行刑法，無法進行沒收。最終，台灣法院係通過認定該巨額現金乃「供犯罪預備之物」而予以沒收，實為牽強，理由如前所述。

反觀德國的案例，因為有擴大利得沒收之規定，就此查獲的巨額賬戶餘額，在有證據證明財產極可能源於本案以外之其他犯罪行為的前提下，即可予以沒

⁵ 此處舊刑法指德國2017年修法以前之刑法規定。2017年修法後，原本第73d條的條文變更為第73a條。

收。簡言之，傳統的沒收必須基於一個具體的被判有罪的行為，區別於此，擴大利得沒收則鬆動了沒收之財產與相關具體確定罪行之間的關係⁶。

第二項：擴大利得沒收在台灣的立法歷程

2015 年刑法沒收條文修正的立法過程中，擴大利得沒收的條款，在學者版的修正草案中有被納入規定，該版草案建議參考德國刑法第 73d 條之規定⁷。不過在官方版（行政院核定版本）的修正草案中並無規定。因此，最終於 2015 年 12 月 17 日三讀通過的刑法沒收條文修正案內，並沒有關於擴大利得沒收的規定。

在刑法沒收條文修正後，台灣於 2016 年 3 月隨即開始洗錢防制法的修正，並於 2016 年 12 月 9 日三讀通過洗錢防制法的修正。擴大利得沒收的條文，則被納入了此次新修的洗錢防制法中，但適用對象僅限於常業性或集團性洗錢罪。

觀察兩法的修正歷程，就擴大利得沒收的規定而言，被規定在洗錢防制法中似乎是一種不得已而為之的妥協。至於為何選擇洗錢防制法作為妥協之安放地，理由其實顯而易見——所謂洗錢，洗的即是「不法利得」的錢，而洗錢的目的乃在於切斷金流，切斷「利得」與「不法」之間的關聯，因此，立法者應該是希望藉由擴大利得沒收制度將「被洗過的（無法確切證明不法來源的）錢」予以沒收。

然而，此次的修法，由於條文的設計，擴大利得沒收的範圍，只限於本案以外其他無法確切證明之洗錢行為之利得。至於洗錢行為的標的本身（即被洗的錢），實際上並無法適用擴大利得沒收，換言之，上述立法者之目的其實無法達成。除此之外，更需要強調的是，除了洗錢行為外，還有許多犯罪行為亦容易產

⁶ Michele Simonata, *Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains*, ERA Forum, page 2, 19 Sep. 2017.

⁷ 參考沒收新制（一）刑法的百年變革，附錄二：刑法沒收草案之檢討與展望，表二-2，頁 422，2016 年 7 月。

生大量無法證明具體來源之利得，例如詐騙、盜取林木以及毒品犯罪。僅在洗錢防制法中規定擴大利得沒收制度，且僅將擴大利得沒收適用於本案犯常業性或集團性洗錢罪之情況，而使其無法發揮更大的作用，實為可惜。

第二節：擴大利得沒收之概念釐清

第一項：擴大利得沒收與擴大沒收

依據德國過去的沒收體系及台灣學說見解，刑事沒收可分為利得沒收（Verfall）與犯罪物沒收（Einziehung）⁸。利得沒收與犯罪物沒收最本質的區別在於二者的法源基礎並不相同，犯罪物沒收之標的乃行為人因犯罪所生或供犯罪所用、供犯罪預備之物，其沒收基礎在於行為人濫用憲法保障之財產權，而利得沒收之利益標的則直接由犯罪行為所形成，其沒收基礎在於「任何人不得因不法獲得利益」⁹。

雖然德國 2017 年新修刑法後，在沒收章節下，已由原本的區分 Verfall und Einziehung（犯罪所得沒收與犯罪物沒收），變更為統稱二者為 Einziehung。就犯罪所得（Taterträge）之沒收，則完整稱為 Einziehung von Taterträgen，以取代過去的 Verfall¹⁰。但稱謂的統一，並未改變沒收在本質上，就沒收標的而言，仍舊區分犯罪所得與犯罪物。就犯罪所得之沒收，規定在第 73 條至第 73e 條；而犯罪物之沒收，則規定在第 74 條至第 74f 條。

⁸ 李聖傑，犯罪物沒收，載：沒收新制(一)刑法的百年變革，頁 48，2016 年 7 月。另有學者將之區分為狹義沒收（Einziehung）與利得沒收（Verfall），參考林鈺雄，綜覽沒收新舊法，載：沒收新制(一)刑法的百年變革，頁 10，2016 年 7 月。

⁹ 李聖傑，犯罪物沒收，載：沒收新制(一)刑法的百年變革，頁 49，2016 年 7 月；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 238 期，頁 55，2015 年 3 月。

¹⁰ 參考德國 2017 年新修刑法第 73 條至第 76b 條。

本文所討論之擴大利得沒收（der erweiterte Verfall）在德國的刑事沒收體系中，乃利得沒收（舊法稱 Verfall，新法稱 Einziehung von Taterträgen，下文為求行文簡潔，將統一使用德國舊法用語，僅在介紹德國新法時使用變更後之用語）之下位概念。過去台灣學說討論上亦常使用「擴大沒收」之說法，不過，在 2015 年沒收修法之前，台灣的學說討論上，「擴大沒收」的指涉範圍不僅包括本文所要討論之擴大利得沒收，有時亦包括第三人沒收。如今，台灣沒收修法已經通過，針對第三人的犯罪物及利得沒收已被納入規範，規定於刑法第 38 條及第 38 條之 1，而「擴大沒收」之說法亦變得指向模糊，在討論上容易產生誤解。因此，本文將使用「擴大利得沒收」之說法，以區分於第三人犯罪物沒收或第三人利得沒收等沒收主體之擴大。

第二項：擴大利得沒收之定位

擴大利得沒收作為刑事沒收體系中利得沒收（Verfall）之下位概念，與通常之利得沒收有所區別。所謂通常之利得沒收（der reguläre Verfall），係針對犯罪行為人所保有之源自犯罪行為的財產利得而為沒收，以證明系爭標的確實源自其所違犯之本案犯罪行為為前提，台灣新修刑法第 38 條之 1 即為通常利得沒收之規定¹¹。

而擴大之利得沒收（der erweiterte Verfall），區別於通常之利得沒收，其就不

¹¹ 參考潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40，371 譯介，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 439，2016 年 9 月。

刑法第 38 條之 1 條文：「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。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。

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。

犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」

法利得與不法行為之間的關聯性，降低了證明標準。依據現行洗錢防制法之條文說明，「有事實足以證明」系爭財產實質上較可能源於其他違法行為者，法院即應宣告沒收，而不需完全、確切證明¹²。

需要明確的是，所謂的擴大利得沒收，在《歐盟保全與沒收犯罪工具與犯罪所得之指令》（Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union, 以下簡稱歐盟 2014/42/EU 沒收指令）乃指 Extended Confiscation，被規定在沒收指令第 5 條。在歐盟 2014/42/EU 沒收指令中，囊括了三種區別於傳統的特殊沒收方法：非以定罪為基礎沒收（Non-Conviction-Based Confiscation）、擴大沒收（Extended Confiscation）、以及第三人沒收（Third Party Confiscation）¹³。這三種沒收方式，共同點乃在於，沒收財產標的均未直接與「有罪」聯結¹⁴。

而綜觀世界各國立法體例，對於犯罪行為人所持有之無法被證明來源於哪一具體犯罪行為的財產，一般有兩種沒收途徑，一種是採用非以定罪為基礎沒收（Non-Conviction-Based Confiscation）模式，通常在民事程序或行政程序中進行。舉例而言，美國法即是採用民事程序，在財產無法被具體證明來源於哪一具體違法行為時，得以對系爭財產提起對物訴訟，予以沒收¹⁵。在歐盟範圍，僅有英國、愛爾蘭以及意大利三個國家設定有此種非以定罪為基礎的沒收¹⁶。而另外

¹² 洗錢防制法第 18 條修正理由第 5 點，立法院公報，第 105 卷，第 100 期，院會記錄。

¹³ 分別規定在歐盟 2014/42/EU 沒收指令第 4 條第 2 項、第 5 條以及第 6 條。第 4 條第 2 項關於 Non-Conviction-Based Confiscation 的規定，實際上更接近台灣學界上通常理解的獨立宣告沒收。

¹⁴ Michele Simonato, *Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains*, ERA Forum, page 3, 19 Sep. 2017.

¹⁵ 簡士淳，犯罪資產沒收之法制架構與實務觀察——以美國聯邦與加州沒收制度作為反思契機，月旦法學雜誌，第 265 期，頁 188，2017 年 6 月。

¹⁶ Federico Alagna, *Non-conviction Based Confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity*, Eur J Crim Policy Res, page 453, 2015. 本文將此處的 Non-Conviction-Based

一種做法，則是以德國為例的擴大利得沒收，其規定於刑事訴訟中，且必須以至少一個可被證明的不法行為存在為沒收宣告基礎¹⁷。

需要特別提出的是，鑒於本文以台灣洗錢防制法第 18 條第 2 項作為討論基礎，而其乃參考了德國舊刑法第 73d 條擴大利得沒收之規定，因此德國法之擴大利得沒收乃為本文所欲著重探討之脈絡。限於篇幅，本文並不著墨於英美法脈絡下之非以定罪為基礎沒收模式，惟在第六章節中，因涉及到無罪推定原則，為了使用歐洲人權法院的判決幫助理解無罪推定原則之具體內容，將涉及到部分英國法內容。

第三節：擴大利得沒收之定性與干預基礎

第一項：定性討論之必要性

承接上節討論，針對無法被證明來源於哪一具體違法行為的財產之沒收，在立法模式上至少可以分為三種類型：刑法模式、民法模式和行政法模式¹⁸。以美國為例，非以定罪為基礎的利得沒收乃採用民法模式，或稱對物沒收模式，此種沒收通常不會被認為具有刑罰性質。而以德國為例，擴大利得沒收採用的是刑法模式，即規定於刑事程序中，惟其通過立法明確將此種沒收排除在刑罰範圍之外，使其作為一種獨立於刑罰的刑事法律效果。

選擇不同的立法模式，可能會使擴大利得沒收具有不同的法律性質。而對擴大利得沒收的定性，其究竟是否具有刑罰性質，還是具有其他性質，將會影響後

Confiscatio 翻譯成非以定罪為基礎沒收，以區別於獨立宣告沒收，其通常規定於非刑事程序中。

¹⁷ Johan Boucht, *The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, North America, Hart Publishing, page 5, 2017.

¹⁸ Jon Petter Rui, Ulrich Sieber, 陳爾彥翻譯，歐洲的無定罪沒收：一個總覽（上），現代法治研究，第 1 期，頁 118，2017 年 1 月。

續對此一制度是否合憲、是否抵觸無罪推定原則的評價。也因此，對擴大利得沒收之性質的討論，變得尤為重要。

從立法角度上看，2017 年德國修法以前，犯罪物沒收（Einziehung）與利得沒收（Verfall，包括擴大利得沒收與通常之利得沒收）一起被規範在第三章犯罪之法律效果（Dritter Abschnitt Rechtsfolgen der Tat）中，該章中另包含刑罰（Strafen）以及矯治與保安處分（der Besserung und Sicherung）¹⁹。此意味著德國立法者有意將所有沒收種類與刑罰、保安處分等法律效果相區隔²⁰。而修法後，雖然統一了沒收的用語，然而從條文位置觀察，在體系上，立法者並未改變沒收與其他另外兩種法律效果之關係，因此應認為沒收在整體性質上並未與修法前有所不同。

而台灣也於 2015 年修法，將沒收從原本的「從刑」變更為獨立於刑罰及保安處分的獨立法律效果²¹。具體到利得沒收的部分，立法說明更強調其作為一種準不當得利之衡平措施²²。

然而，某一種沒收類型是否具有刑罰性質，若僅取決於國家立法機關在國內法上所做的分類，則當國家肆意將某種具有刑罰性質的沒收類型通過立法定性為「非刑罰」，將可以規避刑事程序中對人權的保障而可能侵犯公民的權利。因此，依據《歐洲人權公約》，國內法上的分類只是歐洲人權法院判斷某種措施是否屬於刑罰的三個標準之一²³。

¹⁹ 譯文參考自李聖傑、潘怡宏編譯，德國刑法典，頁 26-95，2017 年。

²⁰ 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 149，2016 年 9 月。

²¹ 參考 2015 年新修刑法第 2 條及第 38 條立法理由，立法院公報，第 104 卷，第 98 期，院會記錄。

²² 參考 2015 年新修刑法第 38 條之 2 立法理由第二點，立法院公報，第 104 卷，第 98 期，院會記錄。

²³ Jon Petter Rui, Ulrich Sieber, 陳爾彥翻譯，歐洲的無定罪沒收：一個總覽（上），現代法治研究，第 1 期，頁 120，2017 年 1 月。

對於台灣而言，非以定罪為基礎的擴大利得沒收，僅以一條條文被規定於洗錢防制法中，尚未納入刑法典中作為一般性規定，因此，仍有機會拋開現行刑法對沒收體系的定性，而對擴大利得沒收的性質進行獨立分析，為將來的立法政策選擇提供法理參考。

第二項：關於擴大利得沒收性質的不同主張

修法過程中，在討論刑事沒收之整體定性時，主張沒收不應定性為刑罰者，主要基於幾點理由：一、針對第三人的沒收，並不具有處罰性質。二、無罪責情況下的單獨宣告沒收，亦不具有處罰性質²⁴。

然而，上述的理由僅是從表象上尋找證據，而並沒有從本質上對沒收的性質進行討論。舉例而言，認為針對第三人的沒收，由於第三人沒有犯罪，因此不是刑罰。其將無法進一步回答，若不是基於刑罰，那麼針對第三人財產進行干預，正當性基礎為何？

而也有學者認為，不論是否稱之為刑罰，沒收永遠會帶有處罰效果²⁵。尤其是有罪確定判決中，針對犯罪行為人之沒收，更是很容易被認為具有刑罰性質。也因此，的確有部分德國學者主張細分各種不同的沒收類型，將其分別定性²⁶。而在此基礎上，有德國學者主張擴大利得沒收仍具有類似刑罰的性質²⁷。

因此本文認為，關於擴大利得沒收之性質的討論，應區分為兩個層次。第一層次，先討論其是否具有刑罰性質。此涉及到刑罰的認定標準；第二層次，若其

²⁴ 林鈺雄，綜覽沒收新舊法，載：沒收新制（一）刑法的百年變革，頁9，2016年7月。

²⁵ 參考「沒收新制的挑戰」研討會會議紀錄，載：沒收新制（一）刑法的百年變革，頁268，2016年7月。

²⁶ 李聖傑，犯罪物沒收，載：沒收新制（一）刑法的百年變革，頁52，2016年7月。

²⁷ 參考吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁137，2016年9月；尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁111，2011年7月。

不具有刑罰性質，仍須進一步討論，其性質為何，若其為一種干預措施，則干預基礎為何？本章將依此脈絡在後續各項中依次討論。

第三項：刑罰的認定標準

要判斷某一種沒收措施是否屬於刑罰，一種策略是堅持歐洲人權法院的方法，採取恩格爾標準（Engel）。所謂的恩格爾標準包括：一、國內法中對措施的分類，二、規範的性質，三、刑罰的嚴厲程度。此三個標準具有層次性而須依次檢驗²⁸。

在第一層次，如果國內法將某一措施規定於民事程序中，則通常不會被認為是一種刑罰。然而，如前所述，如此一來，將可能導致立法機關通過立法政策選擇而避免某種措施被認定為刑罰，從而得以規避作為刑罰措施所必須遵守之人權保障相關原則。因此，在第一層次的基礎上，還需繼續檢驗第二、第三層次。

第二層次中，將主要從兩個方面檢驗規範某種措施的條文之性質。一、如果措施針對的是「刑事犯罪行為」，或者包含了「刑事犯罪」的特徵，則措施通常會被認為是一種刑罰。二、如果措施的目標是懲罰，無論懲罰的嚴厲程度，均會被認為是一種刑罰。

然而，恩格爾是一種具體的、事後的、個案導向的方法，其為立法機關提供的指導作用非常有限。因此，有學者創造出一種前瞻性的、事前判斷的所謂政策導向方法（policy-oriented approach），此種方法將措施區分為三種：刑罰措施、恢復原狀措施、預防性措施²⁹。

²⁸ Jon Petter Rui, Ulrich Sieber, 陳爾彥翻譯，歐洲的無定罪沒收：一個總覽（上），現代法治研究，第1期，頁125，2017年1月。

²⁹ Jon Petter Rui, Ulrich Sieber, 陳爾彥翻譯，歐洲的無定罪沒收：一個總覽（上），現代法治研究，第1期，頁120，2017年1月。

所謂的刑罰，是指國家對發生在過去的不法作為或不作為的反應，反應的方式是對行為人強加某種消極評價，給行為人造成某種負面影響，但其不否認刑罰的目的可能包含預防。換言之，刑罰是一種法律上的不利益，而附帶有預防未來犯罪的功能³⁰。

而區別於刑罰，恢復原狀措施則不能超越其字面含義本身，不能給當事人帶來消極影響。運用到沒收上，如果沒收的功能僅在於將財產秩序恢復到產生非法利益的犯罪行為實施之前的狀態，則不能認為沒收係一種刑罰。換言之，考察一項刑事措施是否為恢復原狀措施，重點在於其是否僅針對違法行為的實際獲利。若超越了恢復原狀的範圍，則此種沒收應當被視為一種應報措施。舉例而言，美國法中，對於洗錢案件，政府可能沒收洗錢犯罪中涉及的所有財產，包括在犯罪中與犯罪所得相互混同的非贓物；在恐怖犯罪中，政府有權沒收恐怖分子擁有的一切財產。此等沒收措施無疑充當了刑罰的角色。

而預防性措施，是由於行為人或財產呈現了一種可能在未來引發犯罪的危險性，為了預防犯罪的發生，而採取相應措施。依據此種分類方法，台灣刑法典中規定的保安措施即屬於一種預防性措施，而非刑罰。而就沒收而言，針對違禁品、犯罪工具的沒收亦可能被認為是一種預防性措施。

此種分類方法區別於傳統的二分法，即台灣法過去所採用的刑罰與保安處分二分體系，認為刑法法律效果僅有兩種，一種是以應報兼顧一般預防為目的的刑罰，另一種則為以特別預防為目的的保安處分。

在雙軌制的刑法法律效果中，沒收僅能被認定為二者其中之一。然而，三分法則認為，除刑罰措施、預防性措施之外，仍有另外一種獨立的法律效果，即恢

³⁰ Jon Petter Rui, Ulrich Sieber, 陳爾彥翻譯，歐洲的無定罪沒收：一個總覽（上），現代法治研究，第1期，頁121，2017年1月。

復原狀措施。

在三分法體系下，不同的沒收類型可能會具有不同的性質。如前所述，在德國法和台灣法體系下，犯罪物沒收屬於預防性措施，而利得沒收則為恢復原狀措施。

第四項：擴大利得沒收作為恢復原狀措施

將利得沒收（包含擴大利得沒收）認定為一種恢復原狀措施，而與刑罰措施及預防性措施相斥，則後續需要回答的問題是，恢復原狀措施與其他二者的區別為何？如此才能檢驗利得沒收作為一種恢復原狀措施，是否有超越其本身的功能及規範界限。

第一款：區別於刑罰措施

恢復原狀措施與刑罰措施最大的區別，在於恢復原狀措施不能超越其字面含義本身，不能給當事人帶來消極影響。針對違法行為的實際獲利，若超越了恢復原狀的沒收，則應當被視為一種應報措施。以此為標準，可以檢驗利得沒收是否超越了恢復原狀措施本身的界限，而具有刑罰性質。歐洲人權法院在 *Welch v. the United Kingdom*³¹ 一案中，即採用了此種方法。

而以德國法為例，還需區分淨利原則時期與總額原則時期而分別檢驗利得沒收是否超越了恢復原狀措施本身的界限。

在 1992 年以前，德國法以淨利原則作為界定利得沒收範圍之依據³²。所謂淨利原則，指計算沒收範圍時，須將實行犯罪行為之支出及成本，自犯罪行為之

³¹ ECHR, *Welch v. the United Kingdom*, 1995, Series A no. 307.

³² 陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，月旦裁判時報，第 48 期，頁 94，2016 年 6 月。

整體營收中予以扣除。因此，當時的德國學理多數意見認為利得沒收不具有刑罰性質，亦非保安處分，而是一種準不當得利之衡平措施。因為扣除了犯罪成本，沒收後的狀態，並沒有使得行為人遭受負面的「有罪評價」，也沒有為其帶來消極影響，僅使其財產恢復到實施犯罪以前的狀態，因此，可認為是符合「恢復原狀措施」的要件。

然而，1992 年以後，德國修法改採總額原則作為計算利得沒收範圍的基礎，針對利得沒收性質是否變更，學理上引發了激烈爭論。有學者認為，由於行為人所遭受剝奪之範圍，相較於其因犯罪所獲得之實際利益更為廣泛，對此部分利益的沒收已經超過了「恢復原狀」的目的，而具有了刑罰的性質³³。

就此，德國學者 Joecks 提出，可以依據德國民法典第 817 條第 2 句規定所內含之法律思維進行解釋³⁴。該條文規定，若不當得利之給付人對於受領人因受領其給付而違反法律禁止規定或善良風俗之情形亦應負責時，給付人不得請求受領人返還其所受領之給付。其背後所內含的法律思維即是：對於被禁止之交易行為所為之投資，應使其終局喪失。此乃基於「拒絕提供權利保護」之觀點³⁵。同理，在利得沒收時，採用總額原則，而不扣除犯罪成本，理由乃在於國家對犯罪行為人主動支出了的「犯罪成本」等財產，並不提供權利保護，而非國家在恢復原狀的過程中，超額沒收。

總而言之，運用上述的檢驗方法，德國法體制下的利得沒收，不論是採用原本的淨利原則或是之後的總額原則，都不具有刑罰性質。

³³ Heger, a.a.O.(Fn. 44), Rn. 4b f.; Saliger, a.a.O.(Fn. 47), Rn.13. 轉引自陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，月旦裁判時報，第 48 期，頁 95，2016 年 6 月。

³⁴ Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2012, Vorbemerkung zu den §§73 ff., Rn. 28. 轉引自陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，月旦裁判時報，第 48 期，頁 95，2016 年 6 月。

³⁵ 王澤鑑，不當得利，頁 130 頁，2015 年 10 月，增訂新版。

回到台灣法脈絡，利得沒收同樣採用總額原則³⁶。且台灣民法上亦有類似於德國民法典第 817 條第 2 句之規定³⁷。依據台灣民法典第 180 條第 4 款，給付人若基於不法原因而為給付者，即不得向受領人請求返還其所為之給付，理由仍基於「拒絕提供權利保護」的觀點。因此，利得沒收的沒收範圍並不因採總額原則而超過了「恢復原狀」的界限，因此亦不應認為其具有刑罰性質。

具體到本文所討論之擴大利得沒收，亦要觀察其沒收標的是否超過了「恢復原狀」的範圍。雖然擴大利得沒收並不以行為人被定罪為前提，看起來似乎會有「對行為人造成消極影響」的疑義。然而，擴大利得沒收的標的雖然並未與「某一具體罪名」聯結，但實際上仍需要通過證據的提供而將財產與「違法行為」聯結。因此，當財產被認定為源於違法行為，而將其沒收，其仍是基於「任何人不得享受犯罪成果」之法理，仍然應當視為一種恢復原狀措施。

不過，仍有人可能會產生疑問：財產被證明極有可能源於違法行為即可沒收，意味著被沒收之財產仍存在「極小可能性」來源於合法。在此種情況下，擴大利得沒收不就超過了「恢復原狀」之範圍了嗎？對此，本文的觀點是，當發動某一措施的目的僅在於「恢復原狀」，而不追求通過「財產剝奪」對行為人造成負面影響時，即不應認為具有刑罰性質。簡而言之，擴大利得沒收之宣告，是以司法者相信財產來源於不法為基礎，而非「不管合不合法都要沒收」。因此，個案最終被擴大沒收之財產，若實際上有部分來源於合法時，應將此種「不利影響」理解為被告未能提供反證而應承擔之法律效果，而非立法者所欲故意施加之刑罰。相較而言，若某一種立法模式，在法官明知財產乃行為人合法工作取得時，

³⁶ 台灣刑法增訂第 38 條之 1 立法理由五、(三)：基於徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收。

³⁷ 陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，月旦裁判時報，第 48 期，頁 100，2016 年 6 月。

仍可將此財產納入沒收範圍，此時才具有刑罰性質。

第二款：區別於預防性措施

將利得沒收定性為恢復原狀措施，可能會有疑者指出，如果不法利得沒收的目的單純在於恢復行為人與被害人之間的財產分配關係，那麼還需要解釋，為何即便在被害人沒有主動請求財產返還的情況下，國家仍然要對犯罪行為人的財產進行干預，對不法利得予以沒收。一種可能的解釋是：不法利得沒收的目的並非為了恢復行為人與被害人之間的財產分配關係，而是欲通過對財產權的干預達到預防犯罪的目的。申言之，不法利得沒收真正的目的，在於藉由對不法財產的剝奪，使得任何人無法通過犯罪獲得利益，亦無法通過獲得的利益繼續從事犯罪，從而產生預防犯罪的效果。

要回應上述疑義，必須進一步釐清，所謂的恢復原狀措施，與預防性措施究竟有何本質區別？

本文認為，現代刑法中，即便是刑罰措施也不再是單純地以應報作為目的，或多或少都蘊含著預防的思想。因此，不能以利得沒收具有預防目的就否認其所具有的另一更為主要的恢復原狀之目的。雖然被害人並非均能夠通過不法利得沒收恢復行為人行為之前的狀態，但需注意的是，所謂的「恢復原狀」，強調的不是被害人，而是犯罪行為人方面的「原狀」³⁸。換言之，其真正的目的乃在於不能使行為人通過犯罪獲得利益，排除因為不法行為所導致的違法財產分配狀態，以實現公平正義之目的³⁹。「恢復原狀」而使任何人不能藉由犯罪獲利，排除違法財產分配狀態，防止有人藉由犯罪越變越富有，而被害人卻因遵紀守法而無法

³⁸ 王玉全，犯罪成本之沒收：以德國法的總額原則為借鏡，月旦裁判時報，第 48 期，頁 77，2016 年 6 月。

³⁹ 陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，月旦裁判時報，第 48 期，頁 100，2016 年 6 月。

一夜暴富，此對現代經濟社會而言，本身就是一種目的，而非如部分學者所言，僅是一種實現預防目的的手段。因此，恢復原狀措施並非單純以犯罪預防作為目的，仍有必要將其與「預防性措施」相區別。

第五項：擴大利得沒收之干預基礎

台灣目前的刑法典專設沒收專章，亦在立法說明中強調，沒收不是刑罰⁴⁰。而針對利得沒收，立法理由更明確指出，其乃是一種準不當得利之衡平措施⁴¹。若將來擴大利得沒收也被納入刑法典中，則其作為利得沒收之下位概念，同樣也會被視為一種準不當得利之衡平措施。

假設擴大利得沒收之性質已經由討論而被認為是一種非刑罰之準不當得利衡平措施，則引發的另一個問題是，實施此措施之干預基礎為何？尤其是對於非以定罪為基礎的擴大利得沒收，沒收的財產標的並未與「有罪」聯結，那麼是基於何種理由可以對這樣的財產予以沒收，對行為人進行財產干預？

簡言之，所謂「措施的干預基礎」，需要討論的是採用此措施干預了什麼？為什麼可以干預？

我們已經知道，措施可以分為三種，而每一種措施都是通過干預某種權利，而達到某種目的。刑罰措施中，以自由刑為例，其體現為對人身自由權利的干預，從而達到懲罰的目的。預防性措施中，以保安處分為例，體現為對人身自由權利的干預，從而達到特殊預防的目的；而犯罪物之沒收，也可以理解為通過對財產權的干預，達到特殊預防的效果。

那麼，針對利得沒收，由於其被認為是一種「準不當得利之衡平措施」，因此

⁴⁰ 參考 2015 年新修刑法第 2 條立法理由，立法院公報，第 104 卷，第 98 期，院會記錄。

⁴¹ 參考 2015 年新修刑法第 38 條之 2 立法理由第二點，立法院公報，第 104 卷，第 98 期，院會記錄。

可理解為是一種恢復原狀措施。其目的乃通過對財產權的干預，以求排除因為不法行為所導致的違法財產分配狀態。而擴大利得沒收，對於其干預基礎的思考，同樣也符合此脈絡。

當我們將擴大利得沒收認定為一種恢復原狀措施，則需要進一步討論的是：由於擴大利得沒收可被視為一種財產權干預，那麼，就被沒收的財產與違法行為之間的關聯性證明，究竟要採取何種標準，才不會導致財產權被某種非刑罰措施肆意侵害。就此問題，由於涉及到無罪推定原則與證明標準，將一同在後續章節中進行具體討論。



第三章：德國擴大利得沒收的立法與解釋動向

第一節：德國舊刑法關於擴大利得沒收之規定

台灣於 2016 年修訂洗錢防制法，其中關於擴大利得沒收之訂定，深受德國刑法影響，故有必要先了解德國法關於擴大利得沒收之規定，再將台灣法與其進行比較，可為台灣擴大利得沒收之進一步設計提供借鑒。而鑒於德國已於 2017 年 3 月通過沒收修法，2017 年 7 月開始施行，因此新修部分亦將在本章節一同介紹、對比，以利參考。

第一項：立法目的

德國為了對抗組織犯罪等相關犯罪，於 1992 年在刑法典中，在一般利得沒收之外，增設擴大利得沒收⁴²。擴大利得沒收之立法目的係藉由「有效的利益剝奪」以期能「瓦解犯罪組織之經濟基礎」，換言之，是以預防目的為基礎⁴³。

不過，德國起先雖因打擊組織犯罪之目的而設立擴大利得沒收，但隨著立法歷程的推進，直到 2017 年修法前，組織犯罪僅是可適用擴大利得沒收的二十幾項罪名中的「其中之一」⁴⁴。截止 2017 年修法前，德國刑法典中可適用擴大利得沒收的罪名更多的乃是常業性、集團性犯罪⁴⁵。換言之，擴大利得沒收的立法

⁴² 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 135，2016 年 9 月。

⁴³ 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 136，2016 年 9 月。

⁴⁴ 林鈺雄，洗錢擴大沒收，看德國是怎麼做的，上網日期：2016 年 11 月 29 日。檢自：http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=8126

⁴⁵ 例如常業性或集團性偽造貨幣與有價證券、常業性或集團性媒介性交易、常業性或集團性販賣人口、常業性或集團性恐嚇取財、常業性或集團性贓物罪、集團性詐欺罪、常業性或集團性賄

目的已經超越了最初的「打擊組織犯罪」之目的。

畢竟，「組織犯罪」的定義在德國歷來模糊，難以明確，組織犯罪的傳統模式仍然區分為犯罪結社罪與集團性犯罪兩部分。犯罪結社與集團性犯罪存在本質差別，集團性成員特質乃加重處罰之要素，而犯罪結社，因團體的組成會危害特定重要法益，因此參與結社行為本身即具有可罰性，而不以是否具體實施其他違法行為為基礎⁴⁶。而就認定而言，相對於集團性犯罪，組織犯罪有更嚴格的要件內涵⁴⁷。總而言之，「集團性成員性質」並非必然導出德國法概念下之組織犯罪。同樣的，常業性行為未必都是以組織犯罪的模式進行。個人也可能通過常業性方式犯罪。

但無論如何，可適用擴大利得沒收之罪名，存在一個共同點：都是財產性犯罪。從這個共同點出發，我們似乎可以得出這樣的結論，擴大利得沒收的設計，其立法目的已從最初的「通過利益剝奪以瓦解犯罪組織之經濟基礎」，轉變為具有普遍適用意義的「剝奪（財產性）犯罪之犯罪利得」。這意味著，立法者欲強調，不僅僅是組織犯罪的不法利得，任何通過犯罪獲取的不法利得都應當予以剝奪。

聯結第二章中關於利得沒收定性的討論，不可否認，擴大利得沒收最初的立法目的強調預防、打擊組織犯罪，但隨著對擴大利得沒收制度的不斷深入探究，本文認為，在現代經濟社會中，擴大利得沒收制度通過對財產的干預，排除因為不法行為所導致的違法財產分配狀態，以實現公平正義，同樣是其另一重要目的及功能。

賂罪等，參考李聖傑、潘怡宏編譯，德國刑法典，元照出版社，2017年7月。

⁴⁶ Prof. Prof. h.c.Dr. Arndt Sinn, 許恒達翻譯，組織犯罪 3.0，載：犯罪、資恐與洗錢——如何有效訴追犯罪，頁 46，2017 年 8 月。

⁴⁷ Prof. Prof. h.c.Dr. Arndt Sinn, 許恒達翻譯，組織犯罪 3.0，載：犯罪、資恐與洗錢——如何有效訴追犯罪，頁 44，2017 年 8 月。

至於為什麼在一般性的利得沒收之外，仍須創設擴大利得沒收，以實現上述目的，理由乃在於常業性、集團性的犯罪行為，往往有諸多獲利，卻難以一一證明其與某一具體違法行為存在關聯，故有必要另行創設一種區別於一般利得沒收的沒收模式，即擴大利得沒收。因此，在沒收的適用上，雖然強調以一般利得沒收為優先，而以擴大利得沒收為例外，但是這並不意味著擴大利得沒收比一般利得沒收更為特殊，也不意味著擴大利得沒收可有可無。就體系而言，在利得沒收之下，擴大利得沒收與一般利得沒收乃屬同一層級之概念，二者均為利得沒收之不同方式，存在不同的適用條件。

第二項：德國舊法擴大利得沒收之適用要件

德國舊刑法第 73d 條第 1 項之規定為：「違犯法律有明文適用本條規定之違法行為，而有事實足以認定，正犯或共犯所有之財產標的係因違法行為所得或出自違法行為所得者，法院亦應宣告沒收之⁴⁸。」有學者依據德國法條文，總結出擴大利得沒收須滿足之四大要件，下文將以此四要件為基礎，進行簡要介紹。

第一款：須有法律明文指示適用本條規定

首先，只有當各相關的法律特別表明可適用本條時，始有宣告擴大利得沒收之可能。此種「空白規範」的立法模式，只需透過刑法分則或附屬刑法對個別條文進行修改，而無須直接修改原條文，即可調整擴大利得沒收之適用範圍⁴⁹。

德國沒收修法前，德國刑法分則中特別指明適用舊法第 73d 條擴大利得沒收者，有第 150 條第 1 項（集團或常業之偽造貨幣罪、偽造有價證券罪、預備偽造

⁴⁸ 參考潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40，371 譯介，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 440，2016 年 9 月。

⁴⁹ 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 138，2016 年 9 月。

貨幣罪等)、第 181c 條(加重的販賣人口罪、媒介賣淫罪)、第 184 條第 7 項(散布猥褻文書罪)、第 244a 條第 3 項(加重的集團竊盜罪)、第 256 條第 2 項(集團或常業之恐嚇取財罪、強盜式的恐嚇取財罪)、第 260 條第 3 項(集團或常業之贓物罪)、第 260a 條第 3 項(常業或集團贓物罪)、第 261 條第 7 項(集團或常業洗錢罪)、第 263 條第 7 項(詐欺罪)、第 286 條第 1 項(集團或常業之未經允准的舉辦賭博罪)、第 302 條(集團或常業之商業賄賂罪)、第 338 條(賄賂罪)等⁵⁰。

觀諸上述可適用擴大利得沒收之罪名，主要為集團性或常業性犯罪，並且此等犯罪行為通常伴隨大量利得。

第二款：須基於一個違法行為的存在

其次，要適用擴大利得沒收，還要求存在一個特定的違法行為。這意味著兩點，首先，此一違法行為所違犯的規定本身必須明文指示有擴大利得沒收之適用，如前所述，此類違法行為通常是具有常業性、集團性的典型獲利犯行。其次，必須有確切的證據證明此一違法行為的存在。

至於該違法行為是否有責、是否可被追訴、是否被定罪，有德國學者主張均不妨礙擴大利得沒收之適用。易言之，此種主張認為，只要能夠證明特定違法行為存在，即便該違法行為最終基於某種法律事由無法被宣告有罪，仍有針對不法利得宣告擴大沒收之可能⁵¹。

⁵⁰ 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 138-139，2016 年 9 月。

⁵¹ 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 140，2016 年 9 月。

第三款：正犯或共犯須獲取某些標的

再者，擴大利得沒收的客體範圍，係屬於正犯或共犯之財產或其有權支配者。因此，不得針對第三人之財產進行擴大利得沒收⁵²。

德國舊刑法第 73d 條第 1 項第 2 句中規定：「當該客體僅因正犯或共犯為刑事違法行為或自該行為而得，因而不屬於正犯或共犯所有，或其無權支配時，仍適用第 1 句之規定（而得宣告沒收）。」此規定乍看之下，容易使人誤會擴大利得沒收可適用於非正犯或共犯所有之第三人財產。不過，仔細理解即可明白，該規定旨在強調，當正犯或共犯為刑事違法行為或自該違法行為而得相關財產，但依據其他法規（例如民法），其無權所有或無權支配該物，仍得沒收。

舉例而言，行為人持有大量金銀首飾，均來源於詐騙。詐騙方式乃用虛假之珠寶與被害人的高價首飾進行交換。該交易的債權和物權行為依據德國民法第 134 條無效，因此行為人所持有之首飾，所有權理論上還是在被害人身上，但是依據該條句，仍然可以沒收。易言之，該句規定本質上是對於「在行為人支配下的第三人財產」的沒收。基於相似邏輯，台灣洗錢防制法中擴大利得沒收的條文乃係直接規定，擴大利得沒收之範圍為行為人所得支配之前項規定以外之財物或財產上利益。

至於在行為人為了脫法而將犯罪利得轉移至第三人的情況下，依據德國舊法，並無法進行擴大利得沒收。

第四款：須有足以認定犯罪來源之事實

最後，針對這些正犯或共犯所有之標的，要求有相關的事實證據足以認定係

⁵² 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 140，2016 年 9 月。

為了違法行為或源自於違法行為所得。此處因涉及到證明標準降低的問題，被認為有違反憲法財產權保護的疑義，因而遭受到許多批評。

德國實務方面，德國聯邦最高法院的裁定曾認為，條文所謂的「足以認定」，無須百分百確切證明所涉標的之犯罪來源的所有細節，但至少要求就財產來源於犯罪的證明達到「完全之確信」程度，始無違反憲法保障財產權之問題⁵³。

第三項：德國擴大利得沒收之相關配套措施

第一款：德國舊刑法第 73d 第 2 項

該項條文規定：「當特定客體於違法行為後全部或局部無法沒收時，則第 73a 條、第 73b 條於意義相符範圍內準用之。」而第 73a 條為替代價額條款，第 73b 條則為估算條款。因此，擴大利得沒收在沒收範圍的計算上，得以準用替代價額及估算條款。

第二款：德國舊刑法第 73d 第 3 項

該項條文規定：「依第 1 項命令沒收後，因正犯或共犯於沒收命令前所為之其他違法行為，應重新對於正犯或共犯之客體決定沒收時，法院就此應將已做成之沒收納入考量。」

舉例而言，當行為人被宣告擴大利得沒收後，若新發現其於沒收命令之前所為之違法行為，在針對此新發現之違法行為適用通常之利得沒收時，應考量已作成之擴大利得沒收。此項規定之目的，蓋為彌補擴大利得沒收就犯罪來源之證明標準降低，防止行為人的財產被「重複沒收」。

⁵³ 潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40，371 譯介，收錄於沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 446，2016 年 9 月。

此規定突顯了擴大利得沒收之輔助性，亦即在宣告沒收時，應以宣告通常之利得沒收為優先，唯有在用盡一切容許的手段而仍無法為通常之利得沒收時，才使用擴大利得沒收。但必須再次強調，雖然擴大利得沒收與一般利得沒收在適用上存在優先與輔助之區別，但二者在體系上乃屬於同一層級，而無輕重、高低之差別。

第三款：德國舊刑法第 73d 第 4 項

該項條文規定：「第 73c 條準用之。」而第 73c 條即指沒收之過苛條款。換言之，擴大利得沒收得準用沒收之過苛條款。

第二節：德國新修刑法關於擴大利得沒收之變動

第一項：德國新修刑法第 73a 條概述

2017 年 7 月開始施行之德國新修刑法中，關於擴大利得沒收的規定由原本的 73d 條變更為第 73a 條，內容相對於舊法也有很大的變動。

新法第 73a 條條文規定：「(1) 犯某一違法行為之正犯或共犯，由其他違法行為或為其他違法行為取得之物，法院亦應沒收之。(2) 正犯或共犯於第一項沒收命令之前有參與其他違法行為，法院須再次對其標的裁判沒收時，應考量已作出之沒收裁判⁵⁴。」

整體而言，條文由原本的四項變更為二項，變得更加簡短明了。至於其內容

⁵⁴ 德國新修刑法第 73a 條原文：「(1) Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden, so ordnet das Gericht die Einziehung von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn diese Gegenstände durch andere rechtswidrige Taten oder für sie erlangt worden sind. (2) Hat sich der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung der Einziehung nach Absatz 1 an einer anderen rechtswidrigen Tat beteiligt und ist erneut über die Einziehung seiner Gegenstände zu entscheiden, berücksichtigt das Gericht hierbei die bereits ergangene Anordnung.」

上究竟有何變化，其適用範圍是擴大還是限縮，則仍須於下文繼續做深入觀察。

第二項：擴大利得沒收規定之新舊法對比

德國新修的擴大利得沒收，相較於舊法，最大的變化為以下幾點。

第一，擴大利得沒收規定不再使用「空白規範」的立法模式，因此，其不再侷限於原本以常業性、集團性為主的少數罪名。新修後的擴大利得沒收可適用於任何犯罪。

第二、擴大利得沒收規定不再使用「有事實足以認定」之說法。因此，如何證明「財產由其他違法行為或為其他違法行為取得」，對證明程度的要求與修法前相比，是否存在變化，尚待說明。

第三、依據第 73b 條第 1 項第 1 句，新法允許對正犯與共犯以外之第三人實施擴大利得沒收⁵⁵。

第四、刪除了準用潛在被害人條款、估算條款、替代價額條款的規定，亦刪除了準用過苛條款的規定。

為便於條文整體對比，可參考以下表格。

⁵⁵ 王士帆，2017 年德國沒收新法——從新原則與裁判安定性，司法周刊，第 1863 期，第 2-3 版，頁 5，2017 年 8 月。

表 3-1：德國刑法就擴大利得沒收規定的新舊法對比

新法	舊法
<p>§73a</p> <p>(1)犯某一違法行為之正犯或共犯，由其他違法行為或為其他違法行為取得之物，法院亦應沒收之。</p>	<p>§73d</p> <p>(1)倘若規定某刑事違法行為之其他法律明定本條規定之適用時，則當有事證足以認定，某特定客體是正犯或共犯為(其他)刑事違法行為或自該行為而得時，法院亦得就該客體宣告沒收。</p> <p>當該客體僅因正犯或共犯為刑事違法行為或自該行為而得，因而不屬於正犯或共犯所有，或其無權支配時，仍適用第 1 句之規定。(刪除)</p> <p>第 73 條第 1 項第 2 句，亦結合第 73b 條、第 73 條第 2 項等規定準用之。(刪除潛在被害人條款之準用)</p>
	<p>(2)當特定客體於違法行為後全部或局部無法沒收時，則第 73a 條、第 73b 條於意義相符之範圍內準用之。(刪除估算條款、替代價額條款之準用)</p>
<p>(2)正犯或共犯於第 1 項沒收命令之前有參與其他違法行為，法院須再次對其標的裁判沒收時，應考量已作出之沒收裁判。(同舊法第 73d 條第 3 項)</p>	<p>(3)依第 1 項宣告沒收後，因正犯或共犯於沒收命令前所為之其他違法行為，應重新對於正犯或共犯之客體決定沒收時，法院就此應考量已作成之沒收。(變更為新法第 73a 條第 2 項)</p>
	<p>(4)第 73c 條準用之。(刪除過苛條款之準用)</p>
<p>新增：第三人之沒收統一規定於第 73b 條</p>	<p>舊法之擴大利得沒收不可適用於第三人之財產</p>

(表格為本文作者自製)

第三項：新法評價

第一款：是否有必要針對所有犯罪

德國此次對沒收進行修法，目的之一乃為了將歐盟 2014/42/EU 沒收指令內國法化⁵⁶。依據其修法理由書，修法後的德國擴大利得沒收制度，放寬了適用範圍和適用基礎，乃是出於轉化歐盟 2014/42/EU 沒收指令之需要⁵⁷。德國立法者認為，依據歐盟沒收指令第 5 條第 1 項，擴大利得沒收原則上適用於所有犯罪。

不過，觀察歐盟 2014/42 沒收指令，其第 5 條之關於擴大利得沒收的指令，卻並非絕對要求應適用於任何犯罪。其在第 5 條第 2 項中明確寫明，僅要求「至少適用於下列違法行為」（the notion of ‘criminal offence’ shall include at least the following）：一、主動或被動的腐敗（賄賂）；二、參與犯罪組織；三、組織或招募兒童參與色情表演等；四、非法系統干擾或非法數據干擾；五、本指令第三條中涉及的有關違法行為。而第三條中所的違法行為，主要涉及恐怖主義、洗錢、腐敗、毒品犯罪、組織兒童參與色情表演、人口販運等⁵⁸。

⁵⁶ RegE.,2016,S. 54,64-66;BT-Drs 18/11640,22. 03. 2017,S.1.轉引自王士帆，2017 年德國沒收新法——從新原則與裁判安定性，司法周刊，第 1863 期，第 2-3 版，頁 3，2017 年 8 月。

⁵⁷ 王士帆，2017 年德國沒收新法——從新原則與裁判安定性，司法周刊，第 1863 期，第 2-3 版，頁 3，2017 年 8 月。

⁵⁸ 歐盟 2014/42 沒收指令第 5 條第 2 項英文原文：「For the purpose of paragraph 1 of this Article, the notion of ‘criminal offence’ shall include at least the following:

(a) active and passive corruption in the private sector, as provided for in Article 2 of Framework Decision 2003/568/JHA, as well as active and passive corruption involving officials of institutions of the Union or of the Member States, as provided for in Articles 2 and 3 respectively of the Convention on the fight against corruption involving officials;

(b) offences relating to participation in a criminal organisation, as provided for in Article 2 of Framework Decision 2008/841/JHA, at least in cases where the offence has led to economic benefit;

(c) causing or recruiting a child to participate in pornographic performances, or profiting from or otherwise exploiting a child for such purposes if the child is over the age of sexual consent, as provided for in Article 4(2) of Directive 2011/93/EU; distribution, dissemination or transmission of child pornography, as provided for in Article 5(4) of that Directive; offering, supplying or making available child pornography, as provided for in Article 5(5) of that Directive; production of child pornography, as provided for in Article 5(6) of that Directive;

(d) illegal system interference and illegal data interference, as provided for in Articles 4 and 5 respectively of Directive 2013/40/EU, where a significant number of information systems have been affected through the use of a tool, as provided for in Article 7 of that Directive, designed or adapted

而上述歐盟羅列之罪名，依據原本的德國舊法，幾乎均已指明適用擴大利得沒收。德國新修刑法將擴大利得沒收之適用範圍擴大至任何犯罪，目的乃在於盡可能地剝奪不法財產，填補漏洞。

第二款：相關條款之準用

從表面上看，新法似乎排除了擴大利得沒收準用估算、替代價額以及被害人優先償還等條款的準用。然而，需要注意的是，本次的修法就沒收整體體系做了大的變化，首先在用語上，將犯罪物沒收和犯罪利得沒收統一稱為 Einziehung，其次，利得沒收的部分，擴大利得沒收從原本的第 73d 條提前至第 73a 條，規定在第 73 條通常利得沒收之後。而後才陸續規定第三人沒收，替代價額、估算、過苛條款等。

本文認為，此條文順序的變化，意味著德國立法者有意強調擴大利得沒收作為利得沒收之類型之一，而弱化其在舊法體系中的「特殊」性格。因此，雖然新法刪除了原本被具體規定在擴大利得沒收條文中的相關準用條款，但並不意味著修法後，擴大利得沒收將失去操作標準。而應該理解為，擴大利得沒收作為利得沒收的類型之一，與一般利得沒收並列，一同適用後續條文中所規定的估算、替代價額條款以及過苛條款，而不再只是「準用」。

第三款：針對適用第三人的問題

依據第 73b 條第 1 項第 1 句，新法允許對正犯與共犯以外之第三人實施擴大

primarily for that purpose; the intentional production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of tools used for committing offences, at least for cases which are not minor, as provided for in Article 7 of that Directive;

(e) a criminal offence that is punishable, in accordance with the relevant instrument in Article 3 or, in the event that the instrument in question does not contain a penalty threshold, in accordance with the relevant national law, by a custodial sentence of a maximum of at least four years.」

利得沒收⁵⁹。具體而言，在三種情況下：一、當行為人為他人實行犯罪行為，而他人由犯罪有所得，二、當他人明知或可得而知犯罪所得源自違法行為仍無償或無法律上原因而取得犯罪所得，三、當他人通過繼承取得犯罪所得，均可以依第73a 條宣告擴大利得沒收。

如此將擴大利得沒收的適用範圍擴張至第三人，蓋基於「禁止脫法行為」之法理，防止行為人為了保存犯罪利得而將財產轉移至第三人手中。而當第三人為善意之情況下，則排除適用，此又避免了過度侵犯第三人之權益。

由此看來，此點修法可謂彌補了舊法中擴大利得沒收之不足之處。

第四款：有事實足以認定刪除後，證明標準為何

在德國舊法下，條文規定有「有事實足以認定」之用語。實務上，經由德國聯邦最高法院通過刑事裁判 BGHSt 40, 371 對「有事實足以認定」進行解釋，要求沒收之宣告必須以證明至法官產生「完全之確信」為前提。

然而，如前所述，德國此次修法，乃為將歐盟 2014/42/EU 沒收指令內國法化。而依據歐盟沒收指令的要求，就財產來源於其他違法行為的證明，只需要達到「蓋然性程度」。因此，修法後的條文，刪除了「有事實足以認定」的用語，究竟意味著什麼？是意味著德國將降低原本的標準而使擴大利得沒收的適用得以放寬，還是意味著立法者欲重申「完全之確信」之解釋，而使其成為條文理所當然之意涵，尚存疑義。就此問題，由於牽涉到證明標準與無罪推定原則、財產權保護之關係，本文將在第六章進行進一步討論。

⁵⁹ 王士帆，2017 年德國沒收新法——從新原則與裁判安定性，司法周刊，第 1863 期，第 2-3 版，頁 5，2017 年 8 月。

第四章：台灣擴大利得沒收之規定現狀

第一節：洗錢防制法第 18 條第 2 項條文介紹

2016 年修正之洗錢防制法，第 18 條條文為：「犯第十四條之罪，其所轉移、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。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。」

依據立法說明，該條文第二項是參考歐盟 2014/42/EU 沒收指令第 5 條、德國刑法第 73d 條（舊）、第 261 條、奧地利刑法第 20b 條第二項、第 165 條而訂立之擴大利得沒收規定。惟該規定訂定於「洗錢防制法」中，且依條文文意，目前台灣之擴大利得沒收僅適用於常業性或集團性洗錢犯罪之情況。

台灣現行刑法總則之沒收專章中，尚未有擴大利得沒收之規定，而僅於洗錢防制法中以一條條文簡單規定。因此，從體系上看，擴大利得沒收在整個刑法沒收體系中尚未具有一般性地位，而僅是一種特殊性沒收手段。

第二節：現行規定既存之問題

第一項：適用範圍過小

觀察洗錢防制法第 18 條條文可知，目前的擴大利得沒收之適用，必須以行為人違犯集團性或常業性之洗錢犯罪為前提，可謂適用範圍極其狹小。

擴大利得沒收規範的設立目的，本是為了對抗組織犯罪，藉由「有效的利益剝奪」以期瓦解犯罪組織之經濟基礎⁶⁰。最重要的是，其具有恢復正常之財產分配經濟秩序之規範目的。而能夠獲得大量利得的犯罪，當然不止洗錢罪一種。舉例而言，毒品犯罪、詐騙罪、盜採林木、人口販賣等，都是可能產生大量不法利得的犯罪。此外，隨著時代的發展，還可能會出現新的財產犯罪類型。只要承認擴大利得沒收的目標在於「剝奪不法利得」，那麼，隨著財產性犯罪類型的增加，擴大利得沒收的適用範圍也會相應擴大。

因此，就適用範圍而言，德國刑法在 2017 年以前的做法，乃採用「空白規範」的立法模式。所謂「空白規範」係指，只有當各相關的法律特別表明可適用本條時，始有宣告擴大利得沒收之可能。此種「空白規範」的立法模式，只要透過刑法分則或附屬刑法個別條文之修改，而無須直接修改原條文，即可調整擴大利得沒收之適用範圍⁶¹。觀察德國法的立法歷程即可發現，德國起先雖因打擊組織犯罪之目的而設立擴大利得沒收，但德國舊刑法中，組織犯罪僅是適用擴大利得沒收的二十幾項罪名中的「其中之一」⁶²。德國於 2017 年修法後，甚至摒棄空白規範之立法模式，而直接使得擴大利得沒收可以適用於任何罪名，可謂大大提高了擴大利得沒收的適用範圍，亦體現了其作為利得沒收的類型之一，具有一般性。只要是可能獲得利益之犯罪，均在擴大利得沒收的打擊範圍內。

然而，台灣法的做法，由於條文被規定於特別法，而非刑法典中，且並未採用「空白規範」的形式，因此，未來立法若要增加擴大利得沒收適用的範圍，除

⁶⁰ 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 136，2016 年 9 月。

⁶¹ 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 138，2016 年 9 月。

⁶² 林鈺雄，洗錢擴大沒收，看德國是怎麼做的，上網日期：2016 年 11 月 29 日，檢自：http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=8126

非在刑法典中增修擴大利得沒收的一般性規定，否則只能通過不斷在各種「有需要」的特別法中逐一增加擴大利得沒收的規定，使得其能適用更多的犯罪種類。如此一來，恐怕會使得刑法沒收體系慢慢回復到 2015 年修法以前之混亂狀態。

本文並非贊成將擴大利得沒收適用於所有犯罪類型，但至少不應限制於常業性、集團性洗錢罪一種。基於擴大利得沒收具有一般沒收性質，若其將來被納入刑法典中，或許可以將適用範圍設定在集團性、常業性之財產犯罪類型。通過集團性、常業性的要件限制，亦可提高財產與不法之關聯性。

第二項：聯結行為被定罪之必要性探討

如前所述，要適用擴大利得沒收，要求存在一個特定的違法行為。台灣方面，由於條文本身的限制，目前適用範圍僅限於以常業性或集團性方式進行之洗錢行為。

觀察台灣法條文之規定，從「以集團性或常習性方式犯第十四條或第十五條之罪」之說法看來，似乎擴大利得沒收的適用並不是僅以「存在違法行為」為前提，而是要以「違法行為被定罪」為前提。舉例而言，如果行為人的「本案洗錢行為」無法被定罪，從洗錢防制法的現行條文上看，似乎就無法適用擴大利得沒收。

不過，德國方面，有學者主張，只要能證明本案的違法行為存在（構成要件該當性加違法性），該違法行為是否有責、是否可被追訴、是否被定罪，均不妨礙擴大利得沒收之適用⁶³。易言之，在此種主張下，若該違法行為基於某種法律事由無法被宣告有罪，仍有針對不法利得宣告擴大沒收之可能。

⁶³ 吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 140，2016 年 9 月。

台灣新修法後的沒收體系中，由於沒收不再是刑罰，因此，針對違禁物沒收以及通常利得沒收，已引進了「無罪責沒收」的制度設計。理由之一即在於，利得沒收作為一種準不當得利之衡平措施，行為人的有責性與需要被重新分配的財產並無關聯⁶⁴。舉通常利得沒收為例，刑法第 38 條之 1 即規定，犯罪所得包括違法行為所得。其立法理由亦說明：「……犯罪所得之沒收，其沒收標的須係來自違法行為，即不以定罪為必要，其舉證以該行為該當犯罪構成要件，具違法性為已足。」

因此，從體系上思考，如果在利得沒收中，通常性利得沒收可以以「違法行為存在」為沒收前提，無須「有責」之證明，那麼，擴大的利得沒收，卻必須以「違法行為被定罪」為前提，理由何在？再以例子幫助我們思考，如果前文第二章中提及的德國販毒案，所有案件事實、證據均不變，唯獨主人公改為一名欠缺責任能力之十三歲少年。假設擴大利得沒收制度能夠適用於販毒行為，兩個案件均能夠證明違法行為存在，唯獨一個有責，另一個無責，因此只能對有責的案件進行擴大利得沒收宣告，而對無責的案件則無法適用，這樣的結果真是我們想要的嗎？

第三項：「有事實足以證明」的證明程度

針對案件中由正犯或共犯所得支配之財物或財產上利益，要求有相關的事實證據足以證明係源自於本案以外的違法行為，始有擴大利得沒收之適用。此處與德國法一樣，因涉及到證明標準的降低的問題，同樣可能招致「違背無罪推定原則，違反憲法保障之財產權」等疑義。

⁶⁴ Jon Petter Rui, Ulrich Sieber, 歐洲的無定罪沒收：一個總覽（上），陳爾彥翻譯，現代法治研究，第 1 期，頁 122，2017 年 1 月。

所謂「有事實足以證明」，究竟需要什麼樣的事實，需要多少才符合「足以」？僅從目前的第 18 條條文來看，根本無從得知。而在台灣過去的立法中，亦無相同法規用語可循。僅在刑事訴訟法之羈押要件中，有所謂的「有事實足認為有逃亡之虞」。對此，實務有認為「有事實足認為」非僅「有相當理由」而已，必須達到「充分理由」始屬相當⁶⁵。

而有觀點認為，本條所使用「有事實足以證明」之用語，由於在刑法領域，對「證明」二字之一般理解乃指「證據已達確信某項事實存在之心證程度」，因此「有事實足以證明」之心證判斷標準應比「有事實足認為」更高⁶⁶。

而德國舊法第 73d 條，乃使用「有事實足以認定」之說法，且由於台灣法之擴大利得沒收已在立法理由中說明參考來源包含德國法，或許可以參考德國法之解釋。

德國實務方面，德國聯邦最高法院的判決認為，條文所謂的「有事實足以認定源自其他犯罪」，實際上是一種「可能性」證明。而「可能性」即有高低不同程度。該判決將「可能性」分成五個程度⁶⁷。最低的一層僅要求「排除合法來源」，只要無法證明標的的合法來源，即認為標的來源違法，可謂非常寬鬆。而最高的一層，則要求「百分百確定財產的犯罪來源」。然而，若能夠達到最高的證明標準，則實際上即可進行通常性利得沒收之宣告，而再無擴大利得沒收之用武之地。最終，判決認為，證明標準無須百分百確切證明所涉標的之犯罪來源的所有細節，但至少要求證明達到「完全之確信」⁶⁸。此為五個證明程度中的第四層，

⁶⁵ 林永謀，刑事訴訟法釋論（上），344 頁，2006 年 10 月。

⁶⁶ 徐昌錦，新修正洗錢防制法制解析與評釋——從刑事審判之角度出發，司法周刊，第 1851 期，第 18 頁，2017 年 5 月。

⁶⁷ 潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40，371 譯介，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 444，2016 年 9 月。

⁶⁸ 潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40，371 譯介，

僅次於「百分百確定」。

除此之外，參照洗錢防制法 18 條的立法說明，就「有事實足以證明財產來源於違法」的心證要求，還應當參考 2014 歐盟沒收指令第五條及立法理由第 21 點，要求法官在具體個案上綜合檢察官所提出之直接證據、間接證據或情況證據，依個案權衡（balance of probabilities; Wahrscheinlichkeitsabwägung），參考相關事實情況（例如行為人的合法收入與所得支配之財產價值比例），就「系爭財產是否實質上較可能源於其他違法行為」作出判斷。換言之，若依據 2014 歐盟沒收指令立法理由第 21 點，法官僅須進行蓋然性權衡，認定系爭財產實質上較可能源於其他違法行為，即為足矣⁶⁹。

回到台灣法，由於目前的實務解釋空白，我們急需討論，究竟何種程度的證明標準才是我們需要的，究竟是採用德國法的「完全確信來源於違法」之標準，還是採用歐盟的「實質上較可能源於違法」之蓋然性標準。最重要的是，何種標準才能既不過分寬鬆以致肆意侵害當事人之財產權，又不會過於嚴格以致違背立法初衷而使得擴大利得沒收失去其功能。

第四項：條文中「其他違法行為」之具體意涵

第一款：其他違法行為是否限於與本案違法行為相同之行為

在前項的基礎上，可能引出另一個問題，即是否要求該「有事實足以證明」之犯罪來源必須與前述「本案違法行為」屬於同類乃至同種犯罪？舉例而言，犯罪行為人本案違犯常業洗錢罪，被查獲巨額現金。是否必須要求該巨額現金「可

載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 446，2016 年 9 月。

⁶⁹ 連孟琦，洗錢防制法關於擴大沒收歐盟指令之譯解，法務通訊第 2382 期，第 3 版，2016 年 12 月。

能來源於其他洗錢行為」始有擴大利得沒收之適用？若行為人係詐騙集團成員，並常業洗錢，而有事實證明巨額現金可能來源於詐騙行為，則依據現行條文規定，是否可以宣告擴大利得沒收？

本文認為，此處的複雜性在於洗錢罪所涉及到的財產具有雙重性質。洗錢行為中，「被洗的錢」來源於某個前置犯罪行為，我們可以將這部分錢成為「洗錢客體」。洗錢客體係源自前置罪名，而非從洗錢行為中產生出來的，因此洗錢客體乃前置犯罪行為之利得，而不應認定為洗錢行為之犯罪利得⁷⁰。而洗錢客體之外，洗錢行為本身還可能有獨立的利得，舉例而言，A 乃前置犯罪行為人，有 100 萬美金利得，其委託 B 進行洗錢，並承諾每洗 10 萬元美金，B 可獲得 1000 美金作為報酬。在此情況下，100 萬美金乃洗錢客體，但 B 所獲得的 10 個 1000 美金則屬於洗錢行為之犯罪利得。

那麼，假設 B 常業洗錢，其在某次洗錢過程中被抓獲，除了該次的洗錢標的 10 萬元之外，在 B 處還查出了 100 萬現金，這 100 萬的現金在什麼樣的情況下才有可能適用洗錢防制法第 18 條第 2 項擴大利得沒收呢？

依據洗錢防制法第 18 條第 1 項立法理由，第 18 條第 1 項所要沒收的，乃是洗錢行為標的，即洗錢客體。因此，當 B 的洗錢行為被認定為有罪，可以依據第 18 條第 1 項針對上述 10 萬現金進行沒收。而另行查獲的 100 萬現金，可能來源於其他違法行為（還沒洗的錢，未來的洗錢標的），可能是其他洗錢行為的客體（洗過的錢，屬於洗錢標的，但洗錢行為無法被證明存在），也可能是其他洗錢行為的利得。洗錢防制法第 18 條第 2 項的沒收範圍應該是哪一部分呢？

觀察第 18 條的立法說明可發現，擴大利得沒收的規定本是為了打擊「吸金

⁷⁰ 許恒達，洗錢防制法新修正沒收規定之檢討，載：犯罪、資恐與洗錢——如何有效訴追犯罪，頁 230。

案件、跨境詐欺集團案件、跨國盜領集團案件等」、「杜絕不法金流橫行」。因此，立法者最初訂立這項規定，大概是希望可以通過第 18 條第 2 項，在發現財產可能來源於其他違法行為，或財產乃其他洗錢行為客體時，予以沒收。

然而，由於洗錢防制法第 18 條第 2 項之立法理由明確表明，其屬於擴大利得沒收之規定，且其參考了歐盟沒收指令及德國刑法之規定。依據擴大利得沒收之法理，其乃利得沒收之下位概念，所謂的擴大，是對利得範圍之擴大。而如前文所述，洗錢客體不是利得，據此，若要對上述 100 萬現金予以擴大利得沒收，則其首先不能「可能是其他洗錢行為之客體」。

那麼，這 100 萬現金可否理解為「可能來源於其他違法行為」，亦即可能是「其他前置犯罪行為之利得」。如果可以，那麼擴大利得沒收將變成這樣一種制度——基於一個 A 罪違法行為，擴大沒收其他可能來源於 B 罪違法行為之利得。若做這樣的理解，將使得「其他違法行為」的範圍過於寬泛，而使得擴大利得沒收有被恣意濫用的可能。

本文認為，由於條文就聯結行為設置了「常業性」、「集團性」之限定要件，意味著單純一次的洗錢行為並無擴大利得沒收的適用。而之所以以「常業性」、「集團性」作為限定要件，是由於「常業性」、「集團性」蘊含了一個未明示的推測——因為常業性、集團性，行為人極可能已有多次的洗錢行為。換言之，「常業性」、「集團性」增大了行為人具有多次違法行為的可能性，因此可能多次產生不法利得。在這樣的情況下，只有證明所查獲的本案以外之財產，很有可能係來源於其他洗錢行為之利得，才能依據擴大利得沒收的法理，予以沒收。

簡而言之，此處的「其他違法行為」應該理解為「與本案違法行為（即洗錢行為）相同的其他洗錢行為」，並且只能是其他洗錢行為之利得，而不能是其他

洗錢行為之客體。

不過，將擴大利得沒收條文中的「其他違法行為」做如此解釋後，則實際上根本無法打擊到所謂的集團性詐欺犯罪等吸金犯罪（即洗錢罪之前置犯罪），顯然無法實現最初的立法目的。

第二款：「其他違法行為」是否可以有任何犯罪行為

若想要使擴大利得沒收能夠擴大適用範圍，可行的辦法乃是將「其他違法行為」的理解不限於「本案違法行為」之同類乃至同種犯罪。那麼，下一個問題便是，「其他違法行為」是否可以有任何犯罪行為？或是「其他違法行為」仍有必要限制為特定罪名？舉例而言，本案構成洗錢罪，查獲巨額現金，是否要求巨額現金的可能來源必須是「洗錢罪之上游犯罪」？單從目前條文本身觀察，容易讓人認為，既然沒有設定限制，條文所謂「其他違法行為」自然泛指其他一切違法行為⁷¹。

然而，觀察立法說明，本條的訂立乃鑒於台灣近來實務上，吸金案件、跨境詐欺集團案件、跨國盜領集團案件等案件多發。且其共通點均係將不法利得藉由洗錢行為隱匿金流，戕害台灣之資金金流秩序。惟司法實務上，查獲時發現與本案無關（不能證明乃洗錢行為標的），但仍與其他違法行為有關聯（可能來源於上游犯罪），不論新舊法，單純依據洗錢沒收規定，並無法進行沒收。因此，本條之立法初衷，乃是為了藉由洗錢罪，使得查獲的財產雖然無法被證明乃本案洗錢行為標的，但在能夠證明可能來源於不法的情況下，依然可以進行沒收。如此一來，不難理解「其他違法行為」本欲指向的應該是「洗錢行為之上游犯罪」。

雖然提到洗錢罪，不僅大眾，就連立法說明也認為最常見的上游犯罪乃是集

⁷¹ 薛智仁、李佳玟，洗錢擴大沒收有違憲疑義，上網日期：2016年11月17日，檢自：http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=7552

團性、常業性的詐欺、盜領等。但是洗錢防制法修正後，洗錢行為的上游犯罪與過去相比有了很大的不同。依據新法，最輕本刑為六月以上有期徒刑以上之刑之罪，均可作為洗錢行為的上游犯罪。如此一來，如果認為第 18 條第 2 項條文中擴大利得沒收的「其他違法行為」指的是「洗錢行為本身或洗錢行為之前置犯罪行為」，則擴大利得沒收的適用範圍將被大大放寬。

不過，本文認為，若要對「其他違法行為」進行擴大解釋，即解釋為「基於一個 A 罪違法行為，擴大沒收其他可能來源於 B 罪違法行為之利得」，將必須針對以下問題給出有力的理由——為何可以基於一個 A 罪的存在，而對可能來自於 B 罪的利得予以沒收。在無法給出恰當且有力之理由的情況下，本文傾向於認為，現行條文中的「其他違法行為」仍必須解釋為限於與「本案違法行為」之同種犯罪（即洗錢罪）。至於立法初衷所欲適用到的範圍，尚需通過修法，擴大「本案違法行為（聯結行為）」之範圍，予以實現。

第三款：「其他違法行為」是否限於「能夠作為聯結行為」之犯罪

此外，若將來台灣的擴大利得沒收規定被納入刑法總則，並修改為「空白規範」，「其他違法行為」可否擴大限定為「能夠作為聯結行為」之犯罪？

此問題的產生是基於擴大利得沒收之立法目的原係欲藉由財產剝奪以瓦解犯罪組織，因此擴大利得沒收可適用的聯結行為（本案違法行為）通常是具有組織犯罪特性的典型獲利犯行。而在立法目的之基礎上，當本案違法行為被證明具有組織性、集團性或常業性時，被查獲的不明財產來源於與本案同種違法行為的可能性便大大提高了，正是因此，其他違法行為應該理解為與本案同種之違法行為。

那麼，若行為人存在一個法律明文指示可適用擴大利得沒收之違法行為，但

行為人所涉之財產標的雖可被證明可能源自其他違法行為，但此處的「其他違法行為」並非與本罪為同種犯罪行為，甚至並非具有集團性、常業性之犯罪行為，是否仍得適用擴大利得沒收？

舉例而言，若本案存在一個販賣毒品行為，查獲行為人持有巨額現金，且有事實證明該現金係源於過去多次的販毒行為，但無法一一證明過去多次販毒行為的時間、地方、交易對象、交易金額等等，則依據擴大利得沒收之「打擊組織性、集團性、常業性犯罪」的立法目的，很容易可以接受就此巨額現金進行擴大利得沒收之宣告。

但是，若本案存在一個販賣毒品行為，亦查獲行為人持有巨額現金。假設行為人乃犯罪集團成員，而該犯罪集團並不侷限於一種犯罪行為。成員們常業性為詐欺、竊盜、販毒多種犯罪行為，行為人本身還有常業詐欺的前科，其賬本中亦記錄近期有詐欺獲得之財產。而假設上述三種犯罪均可作為擴大利得沒收的「聯結行為」，惟本案中，只有販毒行為可被證明有罪，而查獲的巨額財產可能源於販毒，也可能源於詐欺或竊盜。則就此可能來源於不法的利得，可否一併進行擴大利得沒收之宣告？

要回答上述問題，或許可以換一個角度思考，即：「可能源於其他犯罪」有沒有可能，甚至有沒有必要明確「其他違法行為」究竟是何種犯罪？因為如果已經能夠明確了，其實離「定罪」也不遠了。而採用如此高的標準去證明「其他違法行為」的存在，則意味著擴大利得沒收的適用也將變得非常嚴格。

因此，本文認為，假設將來台灣的擴大利得沒收改為「空白規範」模式，一種可能的做法是，將「聯結行為」限定為具有集團性、常業性或組織性之犯罪類型，而將擴大利得沒收的「其他違法行為」解釋為可作為聯結行為之違法行為，

即可解決上述問題。對於以多種犯罪為業的犯罪集團成員，不必要求明確行為人的不法利得究竟來自於哪一種具體的違法行為，只要有充分的證據證明該利得可能來源於不法，即可為擴大利得沒收。

第四款：小結

就「其他違法行為」意涵的不同理解，將導致擴大利得沒收的適用範圍也有所不同。德國法在修法後，已經刪除了「空白規範」的立法模式，意味著任何犯罪行為都可以作為「聯結行為」。因此，「其他違法行為」究竟該作何理解，德國方面亦值得重新討論。

德國法雖然刪除了「聯結行為」的限制，不再限制於固定而具體的某些集團性、常業性犯罪。然而，由於在證明過程中，原本就要求法官在個案中全面衡量行為人的個人狀況，考量其經濟、生活狀況，因而雖然新法刪除了「常業性」、「集團性」作為適用前提，但「常業性」、「集團性」的要件仍可能在個案具體評價中被納入考量。因此，本文認為，修法後的德國法，就「其他違法行為」的理解，應該仍限於與「本案違法行為」相同之違法行為。

回到台灣法的現行規定，為了降低違憲可能性，在「集團性」、「常業性」要件存在的基礎上，同樣應將「其他違法行為」限縮理解為與「本案違法行為」之相同違法行為較為合適。如此理解後，將使擴大利得沒收僅能適用於本案違反常業洗錢罪或集團洗錢罪，而發現財產可能同樣來源於其他洗錢行為之情況。至於未來要如何解決適用範圍過小的問題，應從放寬「本案違法行為（聯結行為）」的適用範圍入手，而不是削弱「本案違法行為」與「其他違法行為」之關聯性。

第五章：常習性與集團性之意涵

洗錢防制法第 18 條第 2 項條文中，關於擴大利得沒收的規定，使用了「常習性」及「集團性」的概念，就此兩個概念應如何理解，尚存疑義。首先，「常習性」概念與學說理論上存在的常業犯、常習犯有何關係？是否是同一概念？若非同一概念，則擴大利得沒收的「常習性」該作何理解？其次，「集團性」概念又該如何理解，其與組織犯罪有何關聯？上述諸多問題，將在本章中做討論。

第一節：常習性概念釐清

第一項：作為舊刑法分則中存在過的常業犯概念

第一款：舊刑法關於常業犯的規範

第一目：暫行新刑律中關於常業犯的規定

在暫行新刑律中，共有兩條常業犯之規定。分別為常業圖利使人賣淫罪（第 288 條）、常業賭博罪（第 277 條）⁷²。此二條規定最早可溯源至 1907 年刑律草案⁷³。

以常業圖利使人賣淫罪為例，立法者乃認為，賣淫本因關係風教名節，而予以禁制，自不許更恃為職業。若竟以此為生，則惡性既深，實害又鉅，不能不加重論處也⁷⁴。雖此罪之保護法益於今已發生變化，然觀其加重理由，乃在於常業犯「將違法行為恃為職業，侵害法益更重」。

⁷² 余承修，刑法分則釋義（下冊），頁 565、731，1947 年 12 月，二版。

⁷³ 黃源盛，晚清民國刑法史料輯註（上），頁 152、155，2010 年 7 月，初版。

⁷⁴ 余承修，刑法分則釋義（下冊），頁 565，1947 年 12 月，二版。

第二目：舊刑法（1928 年至 1935 年）中關於常業犯的規定

舊刑法中，對常業犯的規定為五條。分別為第 248 條常業圖利使人為姦淫猥褻罪、第 279 條常業賭博罪、第 338 條常業竊盜罪、第 364 條常業詐欺罪及第 377 條常業贓物罪。

以暫行新刑律中並無規定的常業竊盜罪為例，舊刑法之所以認為需要增設為獨立之加重處罰專條，理由乃在於「以竊盜為常業者，事所或有」，且常業竊盜「反覆為之，實害較巨，預防更難」⁷⁵。

其他條款之理由，亦與常業竊盜罪相似，乃因常業行為較一般行為具有更大的法益侵害，而須加重處罰。

第三目：現刑法 2005 年以前關於常業犯的規定

1935 年公佈新刑法後，截至 2005 年修法廢除常業犯，期間共有十二條關於常業犯之規定。

首先，在總則保安處分中添設了第 90 條，對於常業犯得令入勞動場所，強制工作。其餘十一條分別規定於刑法分則中，分別為第 157 條常業挑唆包攬訴訟罪、第 231 條圖利使人為性交或猥褻罪、第 231-1 條圖利強制使人為性交猥褻罪、第 267 條常業賭博罪、第 296-1 條常業買賣人口為性交或猥褻罪、第 297 條意圖營利以詐術使人出國罪、第 322 條常業竊盜罪、第 327 條常業搶奪罪、第 340 條常業詐欺罪、第 345 條常業重利罪、第 350 條常業贓物罪。

第四目：小結

⁷⁵ 余承修，刑法分則釋義（下冊），頁 1008、1010，1947 年 12 月，二版。

常業犯作為加重處罰之獨立規定，最早可溯源至暫行新刑律。綜合看來，上述常業犯之規定，均是以財產利益為導向之犯罪類型。行為人以常業模式為相關犯罪行為，最大的目的均是為了獲得財產經濟利益。以舊刑法為例，加重模式通常不是加重徒刑，而是加重罰金額度，以懲貪慾⁷⁶。

第二款：常業犯之內涵

雖然台灣過去刑法中有關於常業犯的規定，但並無規定常業犯的定義，立法理由書內也未見對常業犯的概念有所說明，其概念內涵係由學說與實務所發展出來⁷⁷。因此，本文將羅列整理不同學者及實務對常業犯之定義，以期從各種不同的定義中找尋關於「常業犯」的共同理解。

第一目：學說上的定義

學說上對於常業犯的定義並無統一說法，不同學者的定義之間存在一定程度上的差異，其所強調的常業犯之特質也有所不同。

有的學者將常業犯定位為常習性犯罪之下位概念。有認為常習犯的本質在於具有犯罪之傾向⁷⁸。亦有認為常習犯即本於習慣之意思犯罪⁷⁹。德國法中，常習犯又可區分為（一）職業犯、（二）營業犯、（三）習慣犯。有學者認為台灣法規之常業犯應屬於德國法之職業犯⁸⁰。由此觀點看來，常業犯區別於習慣犯，不僅有犯罪之傾向，還應以此傾向之犯罪行為作為職業，以獲得收入。

故而，有認為常業犯即指職業犯，以犯罪為謀生手段之職業犯人。常業犯乃

⁷⁶ 鄭愛誦，刑法集解（二），頁 420、660，1932 年 1 月，七版。

⁷⁷ 劉幸義，刑罰正義與刑事政策——論常業犯之特質與處罰，載：刑事政策與犯罪研究論文集（三），頁 1，2000 年 11 月；黃品彰，連續犯與常業犯廢除對審判與警察機關影響之研究，中央警察大學法律學研究所碩士班碩士論文，頁 40，2009 年 12 月。

⁷⁸ 蔡墩銘，常習犯之分析，法律評論，第 22 卷第 2 期，頁 17，1956 年。

⁷⁹ 高仰止，刑法總則之理論與實用，頁 145，1996 年 2 月，五版。

⁸⁰ 蔡墩銘，論刑法上之常業犯，軍法專刊，第 5 卷第 3 期，頁 11，1956 年。

犯罪學上所稱「職業性的犯罪」，係指行為人職業性地以犯罪獲取私經濟利益的犯罪形態⁸¹。此種犯人，本有相當技術，仍選定犯罪的生活，以此為業，熟練犯罪生活上必須之技術後從事犯罪，危險性較一般犯為大⁸²。

有學者則指出，以此為業，必然存在反覆實施犯罪以獲取生活費用之意圖⁸³。本文認為，此種定義點出了常業犯的核心特徵：一、意圖反覆實施，二、通過犯罪獲取財產等經濟利益，賴以為生。德國刑法理論亦認為，常業犯的常業性（Gewerbsmäßigkeit）是指行為人意圖透過犯行的重複違犯，於一定期間與範圍內，取得持續的收入來源⁸⁴。

有必要強調的是，雖然常業犯以犯罪為職業，但刑法中並非對於一切違法職業，均視為常業犯予以處罰⁸⁵。舉例而言，刑法中有製造犯（刑法第 191 條製造陳列妨害衛生物品罪、刑法第 235 條第 2 項製造威脅物品罪）、販賣犯（刑法第 235 條第 1 項販賣猥褻物品罪、刑法第 254 條販賣偽造仿冒貨物罪）、運輸犯（刑法第 186 條運輸危險物品罪），然而上述犯罪均非常業犯。

有學者認為，二者的區別在於職業本身是否為法律所禁止。具體而言，製造、販賣、運輸等職業本身並非為法律所禁止，法律所禁止的乃是作為營業對象之物，例如製造行為之對象為鴉片、海洛因⁸⁶。而常業犯所禁止的是本不應作為職業之犯罪行為，例如常業竊盜罪（刑法第 322 條）、常業詐欺罪（刑法第 340 條），竊盜行為、詐欺行為本身就不應該作為職業。

⁸¹ 蔡新毅，我國司法實務判別常業犯標準之研究，司法周刊，第 698 期，第 3 版，1994 年。

⁸² 張甘妹，刑事政策，頁 134-135，1997 年。

⁸³ 蔡新毅，我國司法實務判別常業犯標準之研究，司法周刊，第 698 期，第 3 版，1994 年。

⁸⁴ 參考 Sch/Sch/Stree, StGB, 1991, Vorbem, §§ 52 ff. Rn. 95; Jescheck, Lb, 1988, S. 651，轉引自蔡聖偉，賭博罪保護法益之探討，刑法問題研究（一），頁 366，2008 年 7 月。

⁸⁵ 蔡墩銘，常業犯之心理，刑事法學雜誌，第 22 卷，第 1 期，頁 2，1971 年。

⁸⁶ 蔡墩銘，常業犯之心理，刑事法學雜誌，第 22 卷，第 1 期，頁 2，1971 年。

第二目：實務上的定義

院字 568 號解釋認為：「刑法中所謂常業，指以犯罪行為為生活之事業而言。」28 年上字 2895 號判例則稱：「刑法上之常業犯係指犯人專以某種犯罪行為為業務者而言。」相同旨趣者還有 30 年上字 328 號判例、33 年上字 339 號判例及 45 年台上字 1188 號判例。除了早期的司法裁判，近年的司法裁判就「常業犯」亦做相同定義⁸⁷。

觀察實務上的定義，僅係將「常業」二字解釋為「以犯罪行為為業」，並未對常業犯之具體內涵做出解釋。

第三目：小結

觀察上述文獻資料上之定義，可總結地分析出常業犯的兩個核心要素：一、「職業」；二、「謀生」、「維持生活」、「賴以為生」。有論者稱，通過法律類推的方法，由這些主要的共同要素，可以歸納出一個概念：「以犯罪為職業，且賴以為生者，稱為常業犯。」可以此作為個別不同常業犯罪類型的上位概念⁸⁸。

而如前述，所謂以犯罪為職業，必然要求反覆實施以獲取犯罪所得。然而究竟如何認定「反覆」？實施幾次才算反覆，始點為何？是否要求別無其他職業？犯罪所得多寡是否影響「賴以為生」之認定？上述問題均無法從定義中知悉。故本文認為，對常業犯的討論，重點或許不是定義，而在於如何認定。

⁸⁷ 例如 87 年台上字 317 號裁判，86 年台上字 1246 號裁判，86 年台上字 561 號裁判，85 年台上字 3778 號裁判。

⁸⁸ 劉幸義，刑罰正義與刑事政策——論常業犯之特質與處罰，載：刑事政策與犯罪研究論文集（三），頁 4，2000 年 11 月；黃品彰，連續犯與常業犯廢除對審判與警察機關影響之研究，中央警察大學法律學研究所碩士班碩士論文，頁 40，2009 年 12 月。

第三款：常業犯之認定

第一目：實務上之認定標準

一、是否以無其他職業為限

以竊盜罪為例，早至 19 年上字第 1474 號判決有認為，所謂常業竊盜，指「恃竊盜為生」，偶然兩、三次之行為，若不構成「恃竊盜為生」，即不可認定為常業犯⁸⁹。而 73 年台上字 3481 號判決亦稱：「刑法中所謂『常業』，係指以犯罪行為為生活之事業而言，故本件上訴人應否成立常業贓物罪責，端視上訴人是否以犯贓物罪為謀生之職業為斷。苟非以之為謀生之生活事業，而偶有此犯行，縱令未有正當職業，仍無以常業贓物罪相繩之餘地。」此判決認為，常業犯之成立與否，不在於行為人有無其他正當職業，重點在於是否以本罪為謀生職業，強調犯行次數。不過此判決仍未針對「尚有其他職業」之情況作出明確認定。

70 年台上字 3424 號判決稱：「常業竊盜罪，必須以竊盜維生，而無其他謀生之能力與實際無其他方法謀生之事實為前提條件。若尚有其他謀生之方法及實際謀生之事實，縱其行竊次數甚多，亦難論以竊盜為常業罪。」故而認為常業犯須別無從事其他事業營生，始能成立。76 年台上字 6595 號判決亦宣示相類意旨。

但日後越來越多判決則認為常業犯不以「無其他職業」為限。尚有其他職業，亦可能成立常業犯。例如，74 年台上字 6551 號判決即稱：「刑法第 322 條規定以竊盜為常業之罪，只須有賴竊盜為業之意思，而有事實之表現為已足，不以藉竊盜為唯一生存者為必要。尚有其他職業，亦無礙其以竊盜為常業罪之成立。」82 年台上字 2701 號判決亦稱：「刑法上所謂常業犯，係指反覆以同種類之行為為目的之社會活動之職業性犯罪而言，亦即恃犯罪以維生。縱令同時兼操其他職

⁸⁹ 余承修，刑法分則釋義（下冊），頁 1011，1947 年 12 月，二版。

業，仍無礙其為常業犯罪。非謂常業犯必須別無其他正當職業始克構成⁹⁰。」

二、是否以數犯行存在為必要

早期的判例多傾向認為常業犯之成立，必然要求數犯行存在。例如，19 年上字 203 號判例認為：「所謂常業犯者，乃以同一犯罪行為之意思反覆為之而成立。刑法第 338 條第 1 項第 7 款既以明文規定，是法律上已認為一罪，縱所侵害之法益不同，亦不生合併論罪之問題。」20 年非字 147 號判例稱：「以竊盜為常業者，刑法第 338 條第 1 項定有處罰專款，即學說上所謂集合罪，或稱之為常業犯，因其性質係集合同種之數行為而構成一罪，自不得依併合論罪之例處斷。」27 年上字 1925 號判例稱：「以犯竊盜罪為常業，當然有連續性，其行竊多次，並不發生連續犯問題。」

直至 72 年台上字 4185 號判決，仍明確認為：「常業犯罪，事實上當然不止一次。」即要求常業犯在客觀上有數犯行存在。

不過後期亦有判決開始認為，常業犯之認定，不以客觀上有數犯行存在為必要。例如，77 年台上字 967 號判決：「著作權法第 40 條所謂常業，賴以此種行為維持生活之意，不以行為之次數為限。苟有常業之意思，一次行為即構成本罪。」

第二目：學說上之認定標準

一、是否以無其他職業為必要

有學者認為，常業犯人藉由犯罪活動所獲之生活費用不需是主要 (Hauptsächlich) 或固定的收入，只要具有相當之持續性即足；但若行為人經由犯罪活動所得利益甚少，僅係微不足道的附隨收入(Nebeneinkommen)，即難遽

⁹⁰ 相同旨趣者還有 85 年台上字 510 號判決、89 年台上字 3284 號判決、96 年台上字 2003 號判決。

論以常業犯⁹¹。總之，常業犯之認定，應不以無其他營生之事業或未兼操其他職業為必要。

就具體之常業犯罪，學說上亦多主張行為人是否兼營他業，是否有其他正當職業，並不影響常業犯的成立。例如，針對常業竊盜罪，有認為「不以果賴以為生存之資，故是否兼營他業，亦與本罪之成立無涉⁹²」。而針對常業賭博罪，亦有認為「不限於以賭博為唯一職業，倘日常以恃賭為生者，即屬之⁹³」。

本文認為，與過去社會不同，在現代社會中，越來越多人選擇了「多職業」之生活方式，並且鑒於常業犯本身的性質，有無其他職業，正不正當，均不是影響常業犯認定的因素。

二、是否以數犯行存在為必要

常業犯所重視者，與其說是犯人對犯罪之反覆事實，毋寧說是犯人內心倚恃犯罪以持續獲取生活之資之意思。至於多數犯行，僅係顯現其常業犯意志之外部表徵。因此在判別常業犯時，應著重在行為人以反覆事實犯罪獲取持續一段期間內之部分規模之生活費用來源的意圖上⁹⁴。

德國實務上向來認為常業犯之成立，並非完全著眼於其違法之行為樣態，而是著重於行為人以反覆實施犯行以獲取收入來源之主觀意圖上，並從犯罪中實際獲益，而非僅止於期待。且該等獲益應為經常性的收益，並構成生活費用的重要部分。行為的反覆實施，對常業犯而言雖然重要，但並非認定時不可或缺的表徵⁹⁵。

⁹¹ 蔡新毅，我國司法實務判別常業犯標準之研究，司法周刊，第 698 期，第 3 版，1994 年。

⁹² 周治平，刑法各論，頁 799，1971 年，二版。

⁹³ 甘添貴，刑法各論（上），頁 459，1995 年，四版。

⁹⁴ 蔡新毅，我國司法實務判別常業犯標準之研究，司法周刊，第 698 期，第 3 版，1994 年。

⁹⁵ 蔡新毅，我國司法實務判別常業犯標準之研究，司法周刊，第 698 期，第 3 版，1994 年。

第三目：小結

綜合上述學說與實務關於常業犯之認定存在之共識與疑義，本文認為，常業犯之認定的應著重考慮兩大要素：一、具有以犯罪為業、反覆實施的意圖或行為；二、賴以為生，與財產做聯結。

一、反覆實施犯罪之意圖或行為。

(一) 第一次犯罪就被發現，若能證明有反覆實施之意圖，例如查獲供犯罪使用之諸多設備，明顯不可能只為一次犯罪所用，則可認定為常業犯。

(二) 被抓獲一次，但只能證明此次的犯罪，過去的多次行為難以一一具體證明（時間忘記了，金額忘記了，對象忘記了），但有一定證據可證明過去存在多次犯罪行為（例如行為人的自白，交易記賬本等），且可證明其具有反覆實施之意圖（租用犯罪場所，購買特殊犯罪工具等），則應該認定為常業犯。

二、賴以為生，與財產做聯結。

常業犯既要以犯罪為業，賴以為生，必然會與財產相聯結。但需要注意的是，財產多寡，是否恃此犯罪為唯一之謀生職業，則非所問。

常業犯的認定，涉及到另外一個困難點，即起始點的認定，這也是常業犯最受詬病的地方。假設行為人之一次行為可被證明，且可證明具有反覆實施之意圖，則其先前數次難以一一證明的行為是否統統納入範圍，認定為一罪？

本文認為，此時可以參考德國法的做法，即只要能夠證明個別行為具有常業犯性質，則法院對於所有個別行為之一部分判決者，其判決效力及於所有於判決宣布前存在與之具有「連續關係」之其他個別行為，並且原則上，不論承審法院是否或能否知悉此一行為。也就是說，不論何種原因致使法院對此部分未能調查

或判決，均不影響此部分為判決效力所及⁹⁶。或許不失為一個不錯的方法。

第四款：常業犯與其他類似概念之區分

第一目：常業犯與累犯

常業犯之概念如前所述，強調以犯罪為職業而反覆實施，並賴以為生，因此與財產連結。而累犯，依刑法第 47 條之規定係指：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」

從條文形式看來，常業犯或累犯，刑法均予以加重處罰，其所不同在於，常業犯在被刪除前為刑法分則之加重，亦即特別加重要件，而累犯則為總則之加重，屬於一般加重要件。

從具體特徵觀察，常業犯與累犯具有下列區別：

一、生活之依據：常業犯係賴犯罪行為而生活，而累犯並非賴犯罪行為而生活。舉例而言，殺人、傷害可構成累犯，而無法構成常業犯。

二、犯罪種類：常業犯所實施之種類有限，原則上只實施一定種類之犯罪而不斷重複，且須有條文明訂。而累犯不限於實施一定種類之犯罪。舉例而言，初犯時殺人，刑期執行完畢後五年內再犯故意傷害，可認定為累犯，卻無法認定為常業犯。

三、犯罪技術之習得：常業犯因不斷反覆實施同一種類之犯罪，故在有意無意之中已習得實施犯罪所需之技術。最顯而易見的乃常業竊盜者之竊盜技術。而累犯不限於實施一定種類之犯罪，故未必習得犯罪技術。

四、共同實施：常業犯常以組織化之犯罪集團方式，從事犯罪行為之實施，

⁹⁶ 楊雲驊，牽連犯及連續犯規定廢除後對刑事訴訟法犯罪事實概念之影響，月旦法學雜誌，第 122 期，頁 72，2005 年 7 月。

其實施犯罪之方式趨向於共同實施，因共同實施容易達成犯罪之目的，可確保其生活來源無慮。例如常業詐欺犯通常構成詐騙集團。累犯則非仰賴犯罪行為而生活，不必採共同實施之方式⁹⁷。

從二者的本質看，累犯強調犯人之所以不斷實施犯罪，原因在於犯人的人格特徵。然而，常業犯雖然也是反覆實施，但常業犯的加重重點不在於行為人的人格。常業犯未必都曾受過刑法矯正，難謂刑罰反應力薄弱、難以矯正。常業犯的反覆實施未必是由人格特質、個人素質所導致，其關鍵在於通過反覆實施獲得金錢利益。

因此，二者的加重理由也不一樣。通說認為，常業犯之規定，屬於加重構成要件事由，乃因犯罪行為不法內涵之加重而設；累犯，則屬於加重刑罰事由，乃針對行為人之惡性所為之加重處罰⁹⁸。

第二目：常業犯與習慣犯

常業犯與常習犯、習慣犯等概念，由於文字上的相似性及概念上的模糊界定，而常被學者解釋為相同概念，或混為一談。

首先，觀察過去學者對常習犯、習慣犯的定義，多認為常習犯與習慣犯的意義相同。例如，有學者稱：「常習犯另稱為習慣犯，乃指有犯罪習慣者實施之犯罪⁹⁹。」；「常習性，指因常習的實施一定之犯罪，重在行為人之反社會的屬性¹⁰⁰。」；「若就犯罪行為人在性格方面，具有犯罪的習性而言，則為常習犯¹⁰¹。」

此等對常習犯的定義，強調行為人的常習實施、具有犯罪習性，而可認為與習慣

⁹⁷ 蔡墩銘，常業犯之心理，刑事法學雜誌，第22卷，第1期，頁3，1971年。

⁹⁸ 甘添貴，體系刑法各論，頁92，2008年6月。

⁹⁹ 蔡墩銘，犯罪與習慣，軍法專刊，第23卷，第12期，頁17，1977年8月。

¹⁰⁰ 陳樸生，常習累犯之處遇，法律評論，第41卷，第6期，頁3，1975年6月。

¹⁰¹ 楊建華，累犯立法之比較與檢討，軍法專刊，第26卷，第8期，頁2，1980年8月。

犯等同。

另有認為：「常習犯係指因多數同種行為反覆實施，成為慣常性，法律以之構成特種犯罪，我國刑法稱之為常業犯，此等犯罪不問行為次數，只須認有慣常性，即足成立¹⁰²。」而將常業犯也與常習犯、習慣犯一一畫上等號。

而另有學者將常習犯定義為習慣犯與常業犯之共同上位概念，據此區分了三者的概念。其認為，常習犯係指心理上、性格上，有犯罪傾向之性的犯人，不以犯罪為常業者為限。是以，常習犯可分為：（一）習慣犯，係指由於心理上、性格上的特殊原因，而有犯罪之習慣者。（二）職業犯，係指不僅有犯罪的習慣，且以犯罪為繼續維持其生活的方法者。（三）常習累犯，係指犯人不僅在性格上有犯罪的傾向，且屢受徒刑的執行，猶不悔改。就此定義觀察，此處職業犯應可等同於本文所討論之常業犯¹⁰³。

然而，本文不贊同將常業犯等同於常習犯、習慣犯，然而亦不認同常業犯作為常習犯之下位概念而與習慣犯簡單區隔。理由如下：

理由一：常業犯與習慣犯、常習犯存在的第一個區別在於，是否仰賴犯罪維持生活。換言之，常業犯因仰賴犯罪生活，必定與一定財產做聯結，而習慣犯、常習犯卻未必。習慣犯、常習犯僅強調習慣性、反覆為犯罪行為，而常業犯的另一不可忽視的特質即「以犯罪作為職業，獲取生活利益」則是習慣犯、常習犯所不具有的。或許有論者將辯稱，「獲取生活利益」只意味著常業犯存在習慣犯所不具有的特徵，而無法否定三者之間共同特點即：習慣性，甚至有稱為成癖性。就此，本文主張常業犯區別於習慣犯、常習犯，存在另一個重要理由如下。

理由二：表面上看，常業犯與常習犯、習慣犯相同，都強調行為的反覆。然

¹⁰² 韓忠謨，刑法原理，頁365，1971年5月，增訂九版。

¹⁰³ 林紀東，常習犯之研究，法學叢刊，第2期，頁92，1956年4月。

而，習慣犯將此種反覆行為與行為人本身的屬性做聯結，強調行為人本身的性格、心理，而認為「犯罪習慣之人之所以實施犯罪行為，多在無法抗拒習慣之情況下為之¹⁰⁴。」而常業犯卻未將反覆行為直接與行為人的屬性做聯結，其並不強調行為人的惡性。具體而言，有觀點稱：「如前之犯罪行為受判決執行，而現實僅有一犯罪行為，亦足構成常習犯。但以前未嘗受刑之判決，今僅足認其有一犯罪行為時，即難斷定其為常習犯¹⁰⁵。」按此觀點，習慣犯（常習犯）的認定，強調的是行為人的性格特徵，因而要求實際具有多次犯行存在或曾受判決，以茲證明其有犯罪之習癖。而常業犯，強調多次實施的意圖，因此只要能證明有多次實施的意圖，而僅實施一次即被抓獲，即便過去未嘗受刑之判決，亦可認定為常業犯。簡言之，常業犯未必已經是具有犯罪習癖之人（未必是習慣犯），不過常業犯亦有可能經年累月變成習慣犯。

以此標準，日本法對常業賭博罪的規定，更像是習慣犯的規定，而非常業犯¹⁰⁶。台灣過去也有常業賭博的規定，如果其同樣僅強調行為人的習慣犯特質，則應排除出常業犯的範圍。

理由三：承接理由二，習慣犯具有不法之習癖，但並不通常導向技術化，行為人往往是因環境、身體的無能力或精神的缺陷而陷於犯罪者；而常業犯，以「謀取利得」作為犯罪之目的，通常是有能力甚至具有優秀技術之人，經熟慮後有意的選擇犯罪生活，並習得犯罪所需技術而犯罪¹⁰⁷。

雖有學者稱，習慣犯有狹義、廣義之區別，狹義的習慣犯的確不同於常業犯，但廣義之習慣犯則可包含常業犯之意涵。然而本文認為，正由於二者概念具有相

¹⁰⁴ 蔡墩銘，犯罪與習慣，軍法專刊，第23卷，第12期，頁14，1977年8月。

¹⁰⁵ 蔡墩銘，常習犯之分析，法律評論，第22卷第2期，頁17，1956年。

¹⁰⁶ 黃品彰，連續犯與常業犯廢除對審判與警察機關影響之研究，中央警察大學法律學研究所碩士班碩士論文，頁49，2009年12月。

¹⁰⁷ 張甘妹，刑事政策，頁124，1997年。

似性，在未區分狹義、廣義之習慣犯的情況下，輕易與常業犯之概念混淆，使得常業犯之重要性被忽略，因此有必要將常業犯概念與習慣犯概念做區隔，正本清源。

第三目：常業犯與連續犯

台灣在 2005 年修法時，認為常業犯係變相之連續犯，故而在刪除連續犯規定時，認為有必要一同刪除常業犯之規定。因此，本段落將重新觀察常業犯與連續犯之概念，辨析二者之間的關係，以便後續關於常業犯獨立法律地位之探討。

一、連續犯與連續行為

連續犯之規定，乃就學說上的連續行為，而予以條文化，將各別獨立的一連串行為，評價當作法意義上的行為單數，而以一罪論¹⁰⁸。

2005 年修法前，連續犯在刑法上的規定為：「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論。但得加重其刑至二分之一。」2005 年的刑法修正，認為連續犯在本質上應屬數罪，僅係基於訴訟經濟或責任吸收原則的考量，而論以一罪。然刑法規定連續犯以來，實務上的見解對於連續犯「同一罪名」的認定過寬，不無鼓勵犯罪之嫌，亦使國家刑罰權的行使發生不合理的現象。因此，基於連續犯原為數罪的本質及公平刑罰原則的考量，其修正既難以周延，故刪除連續犯的規定¹⁰⁹。

二、德國之連續行為及其設立理由

德國刑法典內雖然沒有連續犯的規定，但是透過實務判決的創造，也曾經承認連續行為可作為一種法律上的行為單數。

¹⁰⁸ 林山田，牽連犯與連續犯刪除後的處理，月旦法學雜誌，第 152 期，頁 166，2008 年 1 月。

¹⁰⁹ 2005 年刑法修正案第 56 條修正說明之 2，參考林山田，牽連犯與連續犯刪除後的處理，月旦法學雜誌，第 152 期，頁 165，2008 年 1 月。

所謂連續行為，係對於從自然觀察均屬個別獨立的一系列行為，在刑法評價上將其當做一個行為，而形成法律上的行為單數。透過連續行為之概念，以限制實現相同構成要件的一連串行為適用實質競合的規定，而得論以犯罪單數¹¹⁰。

德國自早先自帝國時代，實務上判決即認為連續關係概念並非為處理競合問題而設，至其原始之成立理由，僅係單純透過連續關係概念以緩和舊德國刑法對於量刑採取累積方式之嚴苛。遲至今日，取而代之者，係實務上之需要，亦即實用性及訴訟經濟之理由¹¹¹。具體而言，承認連續行為的概念，則事實審法院即使就連續關係之部分行為無法一一調查清楚，只要能確定其部分行為之最低數目或最小範圍，甚而在判決理由內，只要詳細記載被告一個典型之連續犯部分行為，再附加記載其他與此同種類之連續犯部分行為之數目，只要能確定作為判決基礎之犯罪行為，又不影響既判力範圍認定即可¹¹²。

惟學說上有認為偵審機關不應為圖避免繁瑣之調查工作，即塑造連續關係概念之理由，藉以迴避數罪併罰之適用。因之，即嘗試尋找連續關係概念之實質理由，例如奧地利學者 Nowakowski 認為對於具有連續關係之個別行為做個別的事實及責任確認，就行為之整體評價而言，並無意義¹¹³。

三、德國連續行為適用之限縮

連續行為的適用要件經過學說及實務的演變，日趨嚴格。必須此一系列行為的個別行為均係針對相同的法益（同種），此外在相同程度下同樣的行為方式，彼此間要具備緊密的時間、空間關聯性，以及犯罪人主觀上須出於「整體故意」，

¹¹⁰ 楊雲驊，牽連犯及連續犯規定廢除後對刑事訴訟法犯罪事實概念之影響，月旦法學雜誌，第122期，頁72，2005年7月。

¹¹¹ 何賴傑，論連續犯適用範圍之極端限縮，乃至幾近廢除，刑事法雜誌，39卷5期，頁14-15，1995年10月。

¹¹² 何賴傑，論連續犯適用範圍之極端限縮，乃至幾近廢除，刑事法雜誌，39卷5期，頁14-15，1995年10月。

¹¹³ 黃榮堅，論連續犯之廢除，參考德國法制上連續關係概念之處理，載：連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，頁41，2003年。

也就是在第一次犯罪時就已經包含所有其他之犯罪者，方始構成。且學說上認為連續關係不能適用高度人格法益。

在認為構成「連續行為」而成為行為單數之後，當法院對於所有個別行為之一部分判決者，其判決效力及於所有於判決宣布前存在與之具有「連續關係」之其他個別行為，並且原則上，不論承審法院是否或能否知悉此一行為。也就是說，不論何種原因致使法院對此部分未能調查或判決，均不影響此部分為判決效力所及¹¹⁴。

但是，在德國聯邦最高法院大刑事審判庭做出的一項決議（BGHSt 40，138，164 f.）之後，連續行為的適用極度限縮。依照該決議見解，只有根據實質的理解所實現的不法和罪責之構成要件無法避免連續關係時，才准許適用連續關係。最高法院迄今沒有找到滿足此項要件的構成要件，反倒是已經明白地指出許多構成要件不適用連續關係，例如強制性交罪，傷害罪，竊盜罪，恐嚇取財罪，詐欺罪等。因此德國法上的連續關係實際上也等同於被廢除。現今德國實務見解所界定的連續關係其實趨近於台灣法的接續犯概念¹¹⁵。

四、連續犯廢除對常業犯之影響

連續犯和常業犯廢除後，有學者認為，既然實定法已將連續犯刪除，在刑法實務上，除非採取連續行為的法概念，以定罪科刑，否則自然要回到實定法規定連續犯之前的狀態，對於各別獨立的一連串行為，適用實質競合的數罪併罰¹¹⁶。而若認為常業犯係連續犯之一種，必然適用此處理方式，而實行數罪併罰。

¹¹⁴ 楊雲驊，牽連犯及連續犯規定廢除後對刑事訴訟法犯罪事實概念之影響，月旦法學雜誌，第122期，頁72，2005年7月。

¹¹⁵ 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題——從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，第122期，頁20，2005年7月；何賴傑，論連續犯適用範圍之極端限縮，乃至幾近廢除，刑事法雜誌，39卷5期，頁13-45，1995年10月；黃榮堅，論連續犯之廢除——參考德國法制上連續關係概念之處理，載：連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，頁84，2003年。

¹¹⁶ 林山田，牽連犯與連續犯刪除後的處理，月旦法學雜誌，第152期，頁166，2008年1月。

但另有學者認為應將常業犯的數個行為視為自然的行為單數。具體到常業詐欺罪名上，常業詐欺的數個行為應被認定為詐欺罪的自然行為單數，對於基於自然的行為單數所成立之數個詐欺既遂罪和詐欺未遂罪之罪名間，處於想象競合關係。法定刑上僅依一個詐欺既遂罪處斷。然而，如此處理，對詐騙集團成員之處罰當然明顯過輕¹¹⁷。因此，學者主張對於常業犯應另外增設加重處罰的規定。

五、常業犯與連續犯之關係

本文贊成連續犯本質上為數罪之觀點，因此亦認為，連續犯規定被刪除後，對於連續行為應實行數罪併罰乃為合適。然而，就常業犯而言，是否應視其為連續犯之一種而同樣適用數罪併罰，本文認為猶待討論。

有學者即認為，與連續犯作為裁判上一罪不同，常業犯係法律之明文，使得數個犯罪行為得以成立一個罪名，屬於實質一罪，乃犯罪之特殊形態¹¹⁸。不過本文認為，隨著競合理論的發展，以行為單數作為犯罪單數的判斷標準，區分裁判一罪與實質一罪已經屬於另一脈絡，意義不大。換言之，根據罪數理論，在二者未被刪除的前提下，連續犯與常業犯均可被認為是「法律意義的行為單數」。因此，需要從本質差異去討論二者的區別。

常業犯就其概念上看，因具有反覆實施之特徵，而與連續行為具有相似性。然而，連續犯必然在實際上存在反覆數個犯罪行為，然而，常業犯雖有反覆實施之意圖，卻非必須有反覆實施之事實。舉例而言，行為人以反覆實施詐騙為意圖，租用房屋以利團員「共同工作」，並購買了各種高端技術設備以供犯罪使用，然而，一切準備工作安排妥當，卻在實施第一次詐騙時即遭查獲。此時，行為人雖難以認定為連續犯，但卻可能構成常業犯。

¹¹⁷ 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題——從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，第122期，頁20，2005年7月。

¹¹⁸ 高仰止，刑法總則之理論與適用，頁365，1996年2月，五版。

如同前文提及，常業犯的重點在於具有「反覆實施，並以此為業」之意圖，而不在於是否有反覆實施之事實。因此，雖然與其犯罪原型¹¹⁹相比，常業犯的數個犯罪行為均滿足構成要件之成立，本可以獨立成罪，但由於常業犯具有上述「特殊意圖」，其社會危害性強於普通犯，有必要視其為區別於犯罪原型之特殊犯罪形態，而由法條明白規定為一罪。

因此本文認為，常業犯之刪除，若理由僅係認為常業犯為變相之連續犯，恐忽視了常業犯與連續犯存在巨大之區別：與連續犯不同，常業犯乃一種特殊犯罪類型。常業犯具有獨立於連續犯存在的特殊意義。

若能重新認識到常業犯的特徵，強調其只要具有「反覆實施，以此為業」之意圖，則不論事實上是否具有數個滿足同一構成要件的反覆行為，均可認定為常業犯。如此看來，常業犯似乎又與集合犯具有相似性，值得另行探討。

第四目：常業犯與集合犯

集合犯的概念，亦常被認為與常業犯類似，甚至有認為常業犯即集合犯之一種。例如，有論稱：「常業犯在罪數論上係總和犯（Sammelstraftat），亦即集合犯（Kollektivdelikt）之一種¹²⁰。」

依德國學說見解，集合犯並非刑法總則的問題，而係刑法分則立法時創設的法概念。係指諸如常業犯或習慣犯的多數行為，基於刑事立法上的考量，將其視為法的行為單數¹²¹。而所謂常業犯或習慣犯，係指其個別之行為本可獨立成罪，但立法者基於政策之考量，在犯罪構成要件上將其「常業性」與「習慣性」聚合

¹¹⁹ 此處犯罪原型指常業犯之基礎犯罪行為，例如常業詐欺的犯罪原型為一般詐欺罪，常業竊盜的犯罪原型為一般竊盜罪。

¹²⁰ 蔡新毅，我國司法實務判別常業犯標準之研究，司法周刊，第 698 期，第 3 版，1994 年。

¹²¹ 高金桂，接續犯之再探討，載：刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯，頁 520，2003 年 4 月，轉引自林山田，牽連犯與連續犯刪除後的處理，月旦法學雜誌，第 152 期，頁 166，2008 年 1 月。

起來，成為法律上之行為單數。德國實務見解將此種犯罪視為「集合犯」，其中的部分行為，也就是個別的犯罪構成要件實現，就如同連續行為內之部分行為一般，並不將之視為法律上「獨立」之一行為¹²²。依德國學說見解，常業犯屬於集合犯之一種。

集合犯概念則被日本學理理解成「包括一罪」之下位概念，所謂包括一罪，係指行為人基於一個意思決定，實施該當同一構成要件且具有密切關係的數個行為，而侵害同一法益者而言。「包括一罪」之成立形態，包含集合犯、接續犯以及複行為犯¹²³。

而就台灣學說而言，強調集合犯是一種特殊的構成要件類型。立法者在構成要件中所描述的行為，其行為本身具有不斷重複實施之特質，因此行為人所為之個別行為被立法者總結成構成要件的一行為¹²⁴。最典型的例如收集情報罪、虐待罪。

具體而言，以虐待罪為例，對被害人僅有一次地、偶發地傷害並不構成虐待罪，只有日積月累、不斷地重複虐待行為，才能構成虐待罪。然而，就常業犯而言，其所包含之數個行為該當單一犯罪構成要件，其個別行為本身並非帶有反覆實施性質。舉例而言，常業詐欺罪的犯罪原型為一般詐欺罪，而一般詐欺罪在構成要件上並不要求存在反覆實施的詐欺行為，單純一次詐欺，不妨礙一般詐欺罪的構成。據此，台灣學說上通常認為常業犯區別於集合犯。

本文認為，依據上述理由而認為常業犯區別於集合犯，乃基於將常業犯認定

¹²² 楊雲驊，牽連犯及連續犯規定廢除後對刑事訴訟法犯罪事實概念之影響，月旦法學雜誌，第122期，頁74，2005年7月。

¹²³ 甘添貴，罪數理論之研究（二）——包括一罪，軍法專刊，38卷11期，頁12-21，1992年11月；余振華，日本廢除連續犯規定後之因應與處理，連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題研討會論文，頁147，2003年12月。轉引自陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題——從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，第122期，頁20，2005年7月。

¹²⁴ 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題——從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，第122期，頁14，2005年7月。

為係與「連續犯」相同的一種「犯罪處斷原則」，而未辨明常業犯實為一種獨立於其犯罪原型的特殊犯罪形態。舉例而言，一般竊盜罪的確在構成要件上不要求行為本身即帶有反覆實施性質，然而常業竊盜，如同前文反覆強調，要求行為人具有「反覆實施，以此為業」之意圖。此處的意圖乃可視為特殊的構成要件，而使得常業竊盜罪區別於一般竊盜罪，應當認定為一種特殊犯罪形態。

換言之，常業犯與集合犯均屬於特殊的構成要件類型，惟其二者具有下述區別：一、集合犯在構成要件上，要求行為本身即帶有反覆實施的性質，而常業犯在構成要件上，乃要求行為人具有特殊的「反覆實施」之意圖；二、集合犯要求侵害的是同一法益，而常業犯更多的是侵害同種法益。

常業犯過去的規定，相較於集合犯而言，更有另一特殊之處，即集合犯並沒有犯罪原型，其處罰當然也就沒有所謂的「加重於其一般犯」。然而常業犯的規定，卻通常輔以「加重其刑」的規定，其理由何在？此加重乃（作為特殊犯罪形態的）不法加重還是罪責加重？將在下一節常業犯之處遇中繼續討論。

第五目：小結

常業犯不同於累犯或習慣犯。理由均在於，習慣犯、累犯不一定以財產為導向，常業犯卻一定以財產為導向。

常業犯不同於習慣犯、常習犯。習慣犯、常習犯著重於行為人之「惡性」、「犯罪成癖」，而常業犯關注的只是「反覆實施」之意圖，未必具有「犯罪習癖」。

常業犯不同於連續犯。連續犯一定存在多次行為，常業犯卻未必實際上存在多次行為，而強調「反覆實施之意圖」。

常業犯不同於集合犯。集合犯沒有犯罪原型，不存在加重可言。常業犯卻以

某一犯罪原型為基礎，屬於特殊犯罪類型，且構成不法加重事由。

第二項：常業犯之處遇

第一款：處遇態度的變化

台灣過去在刑法分則中規定常業犯，並加重其刑罰，惟其究竟是不法加重事由，還是罪責加重事由，學說上存在不同見解。究竟常業犯屬於何種加重事由，其加重理由是否充分，影響到對常業犯存廢與否的評價，因而有必要進行討論。

不過，鑒於過去 1950 年代的文獻內容，並不區分常業犯與常習犯，而認為常業犯乃常習犯之一種。因此，本文認為在討論常業犯的處遇時，可以先參考過去文獻中對常習犯處遇的討論。

當時有學者觀察認為，針對常習犯的處遇，存在兩個發展趨勢：一是由單純地刑之加重，到採用不定期刑或保安處分；二是從注意社會隔離，到兼顧犯罪人的改過遷善¹²⁵。其認為是刑罰理論的發展帶來的轉變。

具體而言，在應報主義、客觀主義的影響下，認為常習犯具有反覆實施犯罪的事實，社會危害性大，而注重加重刑罰，甚至社會隔離。不過，從應報主義出發，可能得出另一個結論：依據罪行相當原則，常習犯所犯之罪不必皆重，故不能認為有加重之原因¹²⁶。本文認為，此處矛盾之處蓋源自於，罪數理論下，對於常習犯的數個分別成立構成要件的行為究竟應認定為行為單數還是行為複數，從而應否認定為一罪，尚存分歧。若認定常習犯存在數個行為，構成數罪，則依據應報主義，此時對常業犯予以加重處罰，蓋行為人反覆實施數個犯罪行為而具有罪責加重事由。反之，若認定常習犯的數個符合構成要件的行為乃一個行為單

¹²⁵ 林紀東，常習犯之研究，法學叢刊，第 2 期，頁 93，1956 年 4 月。

¹²⁶ 蔡墩銘，常習犯之分析，法律評論，第 22 卷第 2 期，頁 18，1956 年。

數，構成一罪，則或許可以導出常習犯具有不法加重事由。

而隨著目的主義、主觀主義的發展，則注重預防，強調通過保安處分、勞動改造的方法使行為人能夠改過遷善。

時至今日，如同前文不斷試圖證明的，常業犯並非等同於常習犯或習慣犯，其並不強調行為人本身的性格或惡性，強調的只是行為人所具有的「以犯罪為業」之意圖。僅以意圖並不能得出行為人的惡性即高於常人，故而，過去針對常習犯之「加重」或「勞動改造」，若適用到常業犯身上，或許就失其基礎。

常業犯，由於要「依靠犯罪維生」，其犯罪形式可以歸納為財產犯，換言之，常業犯，通常以獲得盡可能多之財產作為其犯罪目的。然而，常業犯憑藉違反法律的方法獲得「不潔」之財物，而侵犯被害人合法之財產，此種不勞而獲的行為難為現代社會所容忍。故而，對於常業犯之最好的處遇，或許是通過沒收制度，剝奪其與犯罪相連接之不法利得，以回復經濟社會之衡平。

第二款：加重事由

一般通說認為常業犯的規定乃不法加重事由，因犯罪行為不法內涵之加重而設¹²⁷。

從犯罪之「不法」與「罪責」的組成要件來看，加重事由大致可以被區分為不法加重和罪責加重兩種類型。不法加重，表現為行為侵害了超過原罪名所欲保護的法益或行為對法益有重大侵害；而罪責加重，乃係因為行為人或行為方式所呈現之行為人的特別非難性，而予以加重¹²⁸。

就常業犯而言，當與其普通行為相比，發現常業犯侵害更多法益或對法益有

¹²⁷ 甘添貴，體系刑法各論，頁 92，2008 年 6 月，修訂再版。

¹²⁸ 李聖傑，刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」之適用思考，政大法學評論，第 113 期，頁 30，2010 年 3 月。

更重大的侵害，才能將常業犯認定為一種不法加重事由。

舉詐欺罪為例，刑法第 339 條之 4 規定了詐欺罪之加重處罰。有學者認為，當詐欺行為人假冒公務身份，以集團式的細密組織分工，藉由被害人對於公務員或機關行政運作體系的陌生，利用被害人避免違背法律的心態，詐騙被害人財產，相關犯罪行為所影響的社會層面，比起傳統詐欺罪之侵害規模，不論是財產數額或是被害人人數都要嚴重許多¹²⁹。因此，此處加重之規定，由於行為不僅侵害財產法益，也侵害了公眾對於公權力實行的信賴，可認為是不法加重類型。

而常業犯，由於具有以犯罪為業之意圖，在反覆實施的過程中，為了獲得最多的犯罪利得，必然會不斷提高犯罪技術，甚至通過各種科技工具提高詐騙成功率。換言之，集團化、組織化的目的是為了常業化。因此，本文認為，若集團化、組織化之犯罪可以作為不法加重事由，常業犯則自不待言。

若將常業犯理解為罪責加重事由，將無法解釋剛剛加入犯罪組織，僅為一次犯罪行為即被抓獲之行為人，為何也可被認定為常業犯。將常業犯作為加重處罰之事由，並非只在於其客觀上反覆為犯罪行為之實施，而乃因其以犯罪為職業至為明顯¹³⁰。因為以犯罪為職業，必然努力將其犯罪技術專業化，並容易形成組織化之犯罪集團，提高犯罪效率，因此常業犯罪相較於普通犯罪具有更高的危險性¹³¹。而多次的行為亦意味著涉及諸多被害人，影響重大，因此應認為常業犯行為具有不法加重事由。

¹²⁹ 李聖傑，關於 2014 年 6 月 18 日詐欺犯罪修法之評析，月旦法學教室，第 148 期，頁 72，2015 年 2 月。

¹³⁰ 蔡墩銘，常業犯之心理，刑事法學雜誌，第 22 卷，第 1 期，頁 1，1971 年。

¹³¹ 林山田，刑法通論，頁 247，1986 年 9 月，修訂再版；張甘妹，刑事政策，頁 134-135，1997 年。

第三項：常業犯存廢之爭

關於常業犯的存廢，在其被廢除之前，受到諸多討論。本項將羅列過去贊成廢除常業犯的理由，並試圖進行回應。若常業犯之規定所存在的諸多問題能夠得到解決，或許可以成為其「死而復活」之理由。

第一款：常業犯概念本身沒有存在必要

有學者認為，常業犯的概念，不論從主觀或客觀上看，都沒有存在必要。其認為，主觀上，不能以「賴以為生」的意圖作為對特定行為加重刑罰的理由。當行為人為了取得生活所需而實施侵害行為，可以苛責的是侵害行為本身，而不是謀生的動機；客觀上，如果常業犯強調的是行為人的反覆實施，那麼則是一個競合問題，應回到競合的處理原則¹³²。

本文認為，常業犯概念存在的必要性，即在於其不能單從主觀或單從客觀認定。主觀上「賴以為生」的意圖苛責的不是「謀生的動機」，而是「賴以為生」與「反覆實施」必然的連結。

然而，「反覆實施」卻未必直接反映在客觀現象上，因此常業犯未必是競合問題。最典型的例子即是，為了「反覆實施」做好了諸多準備，卻在第一次實施即被抓獲，同樣應認定為常業犯。換言之，常業犯的處罰重點不在於實施上、客觀上的多次實施，其強調的是「反覆實施之意圖」。而加重的理由並不在於單純的「謀生的動機」本身，而在於「以謀生為動機」背後的犯罪模式（技術化、專業化反覆行為）比一般的犯罪行為侵害了更大的法益。更值得一提的是，常業犯所具有的「反覆實施之意圖」之主觀要件並不難於證明，例如耗費成本而租用犯

¹³² 黃榮堅，刑法妨害風化罪增修評論，月旦法學雜誌，第 51 期，頁 89，1999 年 8 月。

罪場所、購買高價犯罪工具等，此種客觀行為得以用於證明犯罪行為人之「反覆實施意圖」，畢竟若只為了一次的犯罪，行為人是否會花費高額成本而無法回本，答案不辯自明。

第二款：常業犯成立始點不易確定

有學者主張，常業犯的問題在於成立始點不易確定。需要反覆為幾次才算常業，難以明確。

本文認為，若常業犯的問題出在「難以認定」，則明確常業犯的認定，即可反駁。

首先，如同前文章節所討論的，常業犯之認定，強調「反覆之意圖」。重點不在證明反覆了幾次，而在於證明「具有反覆的性質、意圖」。若通過購買精密犯罪儀器、租用固定犯罪場所等行為，可以證明具有以此為業的意圖，即可認定為常業犯，而不在于究竟反覆了幾次犯罪行為。因此，舉例而言，加入竊盜集團後第一次行竊即被捕，雖然只有一次行為，但因竊盜集團的特殊性質，其成立之目的必然是為了反覆實施竊盜，應該也要認定為常業竊盜。

其次，行為人因某次行為被發現，其先前也持續為違法行為，但是究竟從哪一個時點開始，由於歷時久遠根本無法證明，此時將影響到犯罪事實之認定範圍。就此，本文認為，可以將常業犯中的常業理解為一種狀態，而無須確切證明每一次具體的常業行為。舉例而言，行為人從 20 歲某日開始從事詐欺，直至 23 歲行某次詐欺行為被抓獲時，期間已有多次成功詐欺行為，3 年中從未被查獲。要明確行為人 20 歲開始的第一次詐欺是什麼時候其實非常困難，更極端的例子是連行為人自己也根本不記得他第一次為詐欺行為是何時。然而，只要有充分的證據證明，行為人在 23 歲時第一次被抓獲時，此一詐欺行為是以一種常業的狀態

態違犯的，即可將其認定為常業犯。

如此一來，更突顯了常業犯與連續犯二者間的區別——連續犯的認定必須以明確的、可證明的連續行為為基礎，而常業犯卻可以僅以一個被證明的違法行為為基礎，而就「常業狀態」另行證明。

第三款：常業犯與累犯之重複評價

有學者主張，常業犯與累犯都是加重規定，而刑法總則中已有累犯規定，常業犯的規定可能與累犯構成重複評價。

本文就此觀點的回應是，只要明確常業犯與累犯的區別，即可解決問題。而常業犯與累犯的區別，已在前文論述，此處不再贅述。簡而言之，常業犯未必是累犯，累犯也未必是常業犯。二者的加重類型不一樣，加重理由也不一樣，不發生法條競合適用之關係¹³³。

第四款：常業犯與連續犯之矛盾評價

此觀點即為 2005 年廢除常業犯之修法理由，其認為常業犯是連續犯在刑法分則的特別規定。常業犯含有連續犯之性質，是變相之連續犯。因此連續犯刪除，常業犯當然也要刪除。有論者即指出，連續犯過去被規定為罪責加重類型，而常業犯則被規定為不法加重類型。常業犯若屬於變相之連續犯，連續犯廢除後的數罪被認定為數個不法的類型，而常業犯卻仍然是單一不法類型，對於相同之犯罪事實，可能產生互相矛盾的評價¹³⁴。

就此觀點，本文同樣認為，只要能夠釐清常業犯與連續犯的關係，明確二者的區別，問題即可迎刃而解。如同前文已明確論述，常業犯並非變相之連續犯，

¹³³ 相同見解參考甘添貴，體系刑法各論，頁 92，2008 年 6 月，修訂再版。

¹³⁴ 黃品彰，連續犯與常業犯廢除對審判與警察機關影響之研究，中央警察大學法律學研究所碩士班碩士論文，頁 63，2009 年 12 月。

常業犯也未必有數個連續行為。只要能夠證明具有反覆實施之意圖，只有一次行為也可認定為常業犯。因此，的確，連續犯被廢除，數個行為認定為數個不法，常業犯卻無論是否存在數個行為，均應認定為一個不法，但此乃二者本質區別而必然產生的結果，而非所謂的互相矛盾。

第五款：常業犯加重處罰與刑罰正義

有學者指出，雖然常業犯的不法程度高於一般犯，但過去刑法針對常業犯的處遇規定，卻未必真的有加重處罰，反而可能導致刑罰輕重不合理¹³⁵。其舉例指出，以犯三個罪數計算，數罪併罰後，非常業的一般犯執行刑刑度將高於其相對應之常業犯。故其主張常業犯應當歸屬「多數行為、多數罪數」的範疇，數罪併罰，才能使得其刑度符合刑罰正義原則。

對此，本文的回應是，如同本節前項所述，以現代經濟社會為背景發展的現代刑法，對於犯罪，尤其是財產犯罪，最重要的或許不再是通過加重刑罰，判處行為人最長的徒刑，而是如何通過刑法處遇，剝奪行為人不法獲得之財產。

的確，廢除常業犯的規定，則行為人進行的常業犯罪行為必須回復到「數行為、數罪」的範疇，看似能夠使得行為人受到更重的刑罰。但問題是，常業性、集團性的犯罪，查獲一次已經很難，對於先前的犯罪行為往往因為證據不足而難以定罪，更難提數罪併罰。而如果恢復常業犯的規定，只要能夠證明行為人存在「反覆從事犯罪行為」之意圖，將其認定為常業犯，再聯結「擴大利得沒收」之措施，或許才是更適合現代經濟社會的刑法規定。

¹³⁵ 劉幸義，刑罰正義與刑事政策——論常業犯之特質與處罰，載：刑事政策與犯罪研究論文集（三），頁10，2000年11月。

第四項：常業犯在德國之立法模式

德國法中，通常將常業犯作為一種加重事由予以規定¹³⁶。德國刑法典第 232 條人口販運罪、第 233 條剝削勞工罪、第 236 條買賣兒童罪、第 243 條加重竊盜罪、第 260 條常業贓物罪、第 263 條詐欺罪、第 291 條重利罪中，均就常業為之者，設置更高刑度。

以詐欺罪為例，德國刑法第 263 條第 3 項規定：「情節重大者，處六個月以上、十年以下有期徒刑，有下列情形之一者，原則上為情節重大：一、以詐欺為業或身為以連續違犯偽造文書或詐欺為宗旨之犯罪幫派成員；二、造成龐大財務損失，或者意圖以連續違犯詐欺行為使多數人的財產價值遭受損失的危險；……」

值得一提的是，德國在規定常業犯加重處罰條款時，通常與「集團成員為之」並列規定，具體表現為「為以連續違犯之目的而成立之集團成員為之」。不僅如此，在德國舊刑法中，擴大利得沒收之適用，亦通常以違犯常業性或集團性違法行為為要件。考察常業性與集團性所具有之共同特點，蓋具有「連續違犯之意圖」，惟常業犯乃個人之連續違犯，而集團性則是數人之連續違犯。

第五項：擴大利得沒收條文中常習性與常業犯之關聯

第一款：作為擴大利得沒收之限定條件的常習性概念

洗錢防制法第 18 條第 2 項條文中，使用了「集團性或常習性」之用語。立法理由中並無就常習性或集團性進行定義或解釋。

就常習性而言，組織犯罪防制條例第 2 條有相同之用法。102 年度台上字第

¹³⁶ 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題——從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，第 122 期，頁 21，2005 年 7 月。

3449 號最高法院判決要旨認為：「按組織犯罪防制條例第二條規定：『本條例所稱之犯罪組織，係指三人以上，有內部管理結構，以犯罪為宗旨或以其成員從事犯罪活動，具有集團性、常習性及脅迫性或暴力性之組織。』其中，……自『常習性』而言，係指經常性、習慣性，例如具有機會就犯罪的企圖、意圖，或不務正業等習性，亦即以長期存續為目的，而有多次犯罪之發生為特徵，與實際存續時間之長短無關¹³⁷。」

洗錢防制法中之常習性，若參考上述判決要旨，似乎亦可解釋為「以長期存續為目的，而有多次犯罪之發生為特徵」。

值得注意的是，如前文所述，過去台灣並不特別區分常習性與常業性之概念。蓋常業犯被刪除後，實務乃使用常習性指代常業性，因此，應當認為此處「常習性」與「常業性」並無太大區別。

然而，本章稍前已論證，常業性與常習性實際上存在本質區別。常習性之概念暗含有「行為人具有犯罪習慣」等意義，而常業性概念卻避免過於強調行為人之習性，而僅強調反覆實施（未必成為習慣）所具有的法益更大侵害性。

若將洗錢防制法第 18 條第 2 項中的常習性理解為多次行為的必然存在，並突出強調行為人具有所謂的「犯罪習性」，將可能引來「擴大利得沒收乃行為人刑法」之批評。理由即在於，「常習性」強調「行為人具有犯罪習性」，將「常習性」作為擴大利得沒收之適用要件，恐令人懷疑此乃針對「行為人之素行不良」，而有行為人刑法之疑慮¹³⁸。

而本文不斷強調，常業犯概念區別於常習犯、累犯、習慣犯、連續犯等概念，其作為一種特殊犯罪類型，因「反覆實施違法行為之意圖」而使其行為具有更大

¹³⁷ 林鈺雄，刑事法實務見解 No.237，台灣法學雜誌，237 期，頁 178-179，2013 年 12 月 1 日。

¹³⁸ 許恒達，洗錢防制法新修正沒收規定之檢討，載：犯罪、資恐與洗錢——如何有效訴追犯罪，頁 259，2017 年 8 月。

的法益侵害性。因此，或許將擴大利得沒收中「常習性」修改為「常業性」會更好。若不修法，則對「常習性」概念的理解亦應作為常業性之相同概念，摒棄「習性、惡性」之意涵，而著重在「反覆之行為」本身，才能避免招致「行為人刑法」之批評。

第二款：常習性要件對利得沒收範圍之影響

第一目：以恢復常業犯規定為基礎

假設刑法恢復常業犯的規定，對擴大利得沒收之沒收範圍會有什麼樣的影響？

第一種情況：行為人欲以常業的模式為違法行為，但第一次違法行為即被抓獲。此時，只要能夠證明行為人具有「常業狀態」（例如租借犯罪場所，購買大量犯罪工具、設備），亦可認定為常業犯。但此時，由於只有一次行為，若有利得沒收，只須宣告一般利得沒收，而無擴大利得沒收之用武之地。

第二種情況：行為人過去已有多次違法行為，在最後一次行為時被抓獲。若存在明確證據可證明若干違法行為存在，則此若干違法行為在「常業要件」被證明的情況下，一併認定為一個常業犯罪，對相關利得應宣告一般利得沒收，若還有其他相關可疑財產，在可適用擴大利得沒收的情況下，因為行為人之違法行為具有「常業性」，相關可疑財產可能可以宣告擴大利得沒收。

第三種情況：行為人過去已有多次違法行為，在最後一次行為時被抓獲，但只有最後一次行為可被確認有罪。此種情況下，只要「常業狀態」可被證明，僅依據最後一次的違法行為亦可認定為常業犯。最後一次行為之利得乃宣告一般利得沒收。但同樣的，若還有其他相關可疑財產，在可適用擴大利得沒收的情況下，因為行為人之違法行為具有「常業性」，相關可疑財產可能可以宣告擴大利得沒

收。

第二目：現行法狀態下之理解

在現行法下，由於常業犯已被刪除，擴大利得沒收的規定設定「常習性」要件，又會如何影響沒收標的範圍呢？

本文認為，同樣可以分為幾種情況討論。

第一種情況：行為人欲以常業的模式為違法行為，但第一次違法行為即被抓獲。此種情況並不涉及財產來源於其他違法行為的情況，因此無涉擴大利得沒收。

第二種情況：行為人過去已有多次違法行為，在最後一次行為時被抓獲。若存在明確證據可證明若干違法行為存在，由於沒有常業犯之規定，此若干違法行為應數罪併罰，對相關利得應宣告一般利得沒收。而若還有其他相關可疑財產，在明文規定可適用擴大利得沒收的情況下，以「常業性」作為要件，只要能夠證明行為人之違法行為具有「常業性」，由於「常業性」增大了財產來源於其他無法一一具體證明的相同違法行為之可能性，可以就相關可疑財產宣告擴大利得沒收。

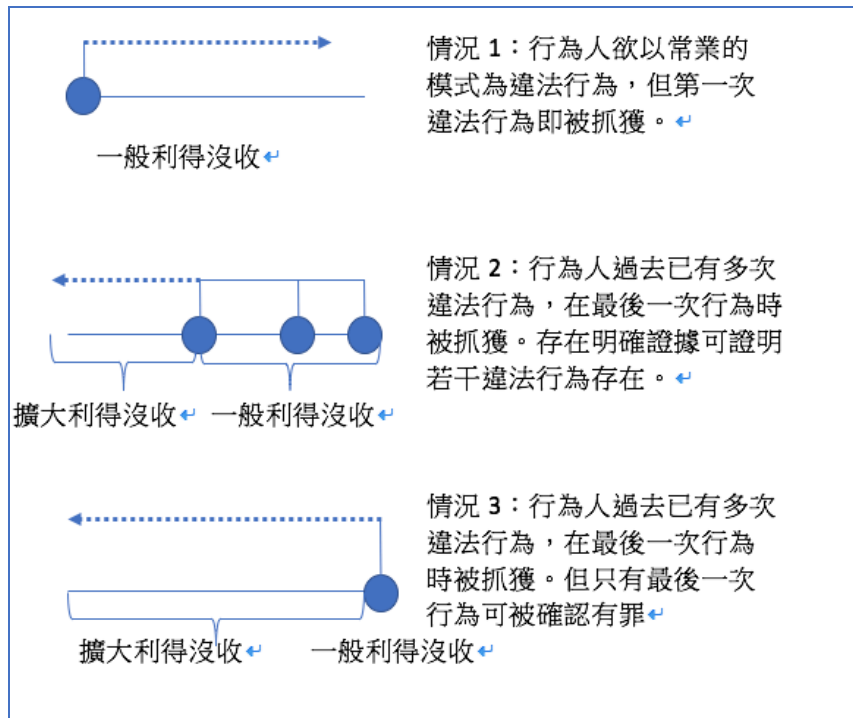
第三種情況：若只有最後一次行為可被確認有罪，則一行為一罪，而最後一次行為之利得乃宣告一般利得沒收。至於其他相關可疑財產，操作與第二種情況相同，不再贅述。

第三款：小結

就上述兩款之對比看來，是否恢復常業犯之規定，只會影響到罪數認定問題，從而影響到部分財產最終被宣告一般利得沒收還是宣告擴大利得沒收而已，而並不會完全導致擴大利得沒收失去用武之地。

為方便理解，本文製作了簡要圖供讀者參考。

圖 4-1



(圖片為本文作者自製)

第二節：集團性概念釐清

第一項：「集團性犯罪」與「組織性犯罪」之區隔

第一款：國際法規範

聯合國在 2000 年 11 月 15 日訂定防制組織犯罪公約（United Nations Convention against Transnational Organized Crime；UNTOC）。該公約對「組織性犯罪團體（Organized Criminal Group）」的定義是：「三人或多人之有組織團體，已經存在相當時間，並出於犯一罪、數罪或與本公約所提及犯罪之目的，藉以直接或間接獲取財產或其他實質利益」。而依據聯合國防制組織犯罪公約的定義，所謂的組織性結構集團（Structured Group）並不要求成員有明確的分工、成員連續性及完善的組織結構¹³⁹。

公約第 5 條要求各締約國應在符合內國法基本原則的情況下，採取必要的立法和其他措施，將「共謀」或「參與犯罪組織」的形態入罪。

除此之外，歐盟在 2008 年 10 月 24 日亦通過了防制組織犯罪的框架決議。決議規定，歐盟成員國至少應就以下的行為模式之一設定為犯罪：一、出於明知，而積極參與以實行犯罪行為為目的的結社活動；二、即使未參與個別犯罪實行，但對實行犯罪有相互合意之行為。所謂的組織的共同決意，乃指非出於偶然而形成的直接犯罪施行之共同決意，並不要求形式上必須有明確的角色分工或明確的犯罪結構¹⁴⁰。

¹³⁹ 聯合國抗制組織犯罪公約第 2 條（c）款：「“Structured group” shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure...」

¹⁴⁰ 許恆達，洗錢防制法新修正沒收規定之檢討，載：犯罪、資恐與洗錢——如何有效訴追犯罪，

比較聯合國與歐盟二者對組織犯罪的定義，其存在諸多共同點。人數上均要求三人以上參與，均要求有一定時間延續的共同決意。最重要的是，二者均不要求犯罪組織內部必須要有明確的角色分工或明確的犯罪結構。此將弱化「犯罪組織」與「集團性」之區別，目的乃在於使更多的行為樣態能夠更容易被認定為「組織犯罪」。區別於「集團性」作為一種加重處罰要素，將「參與犯罪組織」的行為入罪化，實際上是一種提前處罰的模式。

第二款：德國法規範

相較於聯合國及歐盟，德國方面就「犯罪組織」的入罪化，則仍採保守態度。德國刑法典於第 129 條規定了犯罪結社罪。犯罪結社與集團性犯罪最大區別在於，「集團性」乃是加重處罰要素，而犯罪結社，團體的組成本身即具有法益危害性，因此其本身具有獨立的可罰性¹⁴¹。

然而，德國聯邦最高法院在 2009 年 12 月 3 日的判決中強調，犯罪結社的特質，在於其成員服從適用於全體的組織化意志形成機制。其認為此乃犯罪結社與集團性犯罪的最大差異之處。換言之，德國法院認為，要認定為犯罪結社，組織內部必須具有明確的內部結構，即存在階層化關係、意志的上命下從，且必須是具有社會危險性的政治性犯罪類型¹⁴²。

如此一來，德國實務方面，區別於歐盟及聯合國的作法，對犯罪結社的認定採取限縮解釋。很多行為難以被認定為犯罪結社，而僅能當作集團性犯罪處理。

不過，2016 年 12 月，德國聯邦政府已提出了針對第 129 條犯罪結社的修法

頁 48，2017 年 8 月。

¹⁴¹ Prof. Prof. h.c.Dr. Arndt Sinn, 許恆達翻譯，組織犯罪 3.0，載：犯罪、資恐與洗錢——如何有效訴追犯罪，頁 46，2017 年 8 月。

¹⁴² 許恆達，洗錢防制法新修正沒收規定之檢討，載：犯罪、資恐與洗錢——如何有效訴追犯罪，頁 50，2017 年 8 月。

法案。從該法案建議看來，有朝向國際公約定義靠攏之趨勢¹⁴³。

第三款：台灣法規範

在組織犯罪防制條例制定之前，台灣的刑法典在第 154 條亦規定有犯罪結社罪名：「參與以犯罪為宗旨之結社者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金；首謀者，處一年以上、七年以下有期徒刑。犯前項之罪而自首者，減輕或免除其刑。」

而組織犯罪防治條例中，乃通過第 3 條，擴大了「犯罪結社」的認定範圍，將犯罪組織內部成員區分為 5 種形態：發起、主持、操縱、指揮或參與。此種「犯罪結社」之立法模式，處罰的乃是「結社行為」，而不以其已為犯罪行為為必要，可視為一種抽象危險犯。此種立法模式，與當前德國立法例以及國際公約所倡導的模式相似。

相對於獨立成罪的「犯罪結社」的用語，「集團性」一詞的符號表達在目前的台灣刑法典的刑法分則中並無其他犯罪類型有相同的規定。至於其他特別法，除本文所討論之洗錢防制法外，僅在組織犯罪防制條例對於「犯罪組織」的定義時，出現了「集團性」之概念。

按組織犯罪防制條例第二條規定：「本條例所稱之犯罪組織，係指三人以上，有內部管理結構，以犯罪為宗旨或以其成員從事犯罪活動，具有集團性、常習性及脅迫性或暴力性之組織」。而 102 年度台上字第 3449 號最高法院判決，就「集團性」做出了解釋：「自「集團性」而言，除應要有三人以上外，須有上揭內部之管理結構，而組織本身不會應因主持人、管理人或成員之更換有所異同」。換言之，台灣實務認為，「集團性」與「犯罪組織」都強調必須具有「內部管理結

¹⁴³ Prof. Prof. h.c.Dr. Arndt Sinn, 許恒達翻譯，組織犯罪 3.0，載：犯罪、資恐與洗錢——如何有效訴追犯罪，頁 52，2017 年 8 月。

構」。然而本文並不認同此種解釋，理由在於，首先僅從條文形式看來，若集團性既已包含「具有內部管理結構」，則就犯罪組織之定義，為何又需特別強調「內部管理結構」；其次，此種強調「內部管理結構」的理解也並不符合國際公約當前的解釋趨勢。

事實上，所謂的「集團性」或許可以與刑法典中「結夥」的概念做相似理解。現行刑法第 321 條、第 326 條、第 330 條中將「結夥三人以上」違犯特定罪行規定為加重條款。德國法中有類似的 Bande（集團性，亦有翻譯為徒黨）概念，同樣作為一種加重處罰形態，惟德國法的 Bande，並未對人數限制做出明確說明¹⁴⁴。

第四款：小結

考察國際公約對「組織犯罪」的定義，均不強調犯罪組織內部必須具有明確的角色分工或上下組織結構。且通常採用「犯罪結社」獨立成罪的立法模式，台灣目前亦採此種模式。而相較於「犯罪結社」，「集團性」概念在台灣現行法中僅存在於組織犯罪防制條例與洗錢防制法中。雖然有實務判決就組織犯罪防制條例中的「集團性」做出解釋，強調集團內部須要有明確的內部管理結構，不過，對洗錢防制法第 18 條中的集團性要件尚未有實務解釋。而本文認為，鑒於國際上對「犯罪組織」的認定，已不強調內部結構，對「集團性」的理解，或許更可以類似於德國的「Bande」加重處罰要件及台灣法的「結夥」加重條款，而不必要求成員內部之間具有明確的上下階層、管理結構。

第二項：集團性犯罪之加重理由

承上文之討論，對「集團性」的理解，或許更可以傾向於德國的「Bande」

¹⁴⁴ 陳柏良，防制組織性犯罪立法模式之研究，國立政治大學法學院碩士論文，頁 97，2009 年 8 月。

加重處罰要件及台灣法的「結夥」加重條款。

值得注意的是，德國學說見解過去認為「Bande」加重處罰的理由，與台灣的「結夥」加重條款相同，主要在於多數成員於犯罪現場所構成的「行為危險性」¹⁴⁵。然而在 1992 年德國組織犯罪對策法(Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität; OrgKG) 生效以後，變更了傳統上對 Bande 的加重處罰依據的解釋：之所以需要加重處罰，在於 Bande 所具有的「犯罪協議之特殊危險性」。換言之，即使成員未至犯罪現場具體實施犯罪行為，但透過事前準備、分工合作，亦可認定為集團成員。德國目前的 Bande 理論，以三人共同為要件，並包含著對於未來一段時間的獨立運作，並計畫在未來為特定的類型犯罪¹⁴⁶。其不強調成員內部之間必須具有明確的上下階層、管理結構。

本文認為，台灣的「結夥」概念，或許也可以做相同理解。以刑法第 222 條第 1 項第 1 款為例，有學者即認為，「二人以上共同犯之」的認定，並不須以「在場共同實施」或「在場參與」為必要¹⁴⁷。甚至，隨著第 339-4 條加重詐騙罪的增訂，或許可以使用「集團性」取代「三人以上共同犯之」之用語，將加重之理由由原本的「行為危險性」變更為「犯罪協議之特殊危險性」。

第三項：擴大利得沒收條文中集團性之具體意涵

洗錢防制法第 18 條第 2 項條文規定：「以集團性或常習性方式犯第十四條或

¹⁴⁵ 陳柏良，防制組織性犯罪立法模式之研究，國立政治大學法學院碩士論文，頁 103，2009 年 8 月。

¹⁴⁶ 陳柏良，防制組織性犯罪立法模式之研究，國立政治大學法學院碩士論文，頁 105-106，2009 年 8 月。

¹⁴⁷ 李聖傑，刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」之適用思考，政大法學評論，第 113 期，頁 39，2010 年 3 月。

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。」

就「集團性」而言，應理解為，當行為人作為集團成員而參與特定犯罪行為（此處為第十四條或第十五條之洗錢罪）。承接前一節所討論，此時的犯罪集團之認定，與「犯罪組織」之認定並不相同，並不應要求集團內部具有明確的內部管理結構。而只須要求此一集團滿足下列幾項條件：一、三人以上；二、以犯罪為宗旨；三、以長期存續為目的。

將「集團性」作為適用要件，由於犯罪集團本身的性質，行為人作為集團成員，以長期存續為目的，以犯罪為宗旨，其區別於偶然一次的共同正犯行為，而必然多次犯罪或追求多次犯罪，因而大大提高了財產來源於其他未被證明的相似違法行為之可能性，而為擴大利得沒收提供了正當性。

第六章：擴大利得沒收之相關疑義與回應

第一節：無罪推定原則之適用疑義

擴大利得沒收的規定，由於降低了證明標準，歷來有不少文獻質疑其違反無罪推定原則¹⁴⁸。

要討論此問題，首先應先釐清，無罪推定原則之適用範圍僅限於刑罰措施，其次才得討論擴大利得沒收究竟是否屬於刑罰措施。若其並非刑罰，則自始無法適用無罪推定原則，更毋庸檢驗其是否違背無罪推定原則。

再者，擴大利得沒收作為一種針對違法利得的財產權干預手段，若不適用無罪推定原則，是否即意味著可以肆意對財產權進行干預？抑或仍須符合某種合理界限以符合憲法對財產權之保障。

本章節將以此脈絡進行討論。

第一項：無罪推定原則

第一款：無罪推定原則之內涵

無罪推定原則在 1948 年聯合國宣布之《世界人權宣言》(The Universal Declaration of Human Rights) 第 11 條第 1 項、1966 年的聯合國《公民與政治權利國際公約》(International Covenant on Civil and Political Rights) 第 14 條第 2 項

¹⁴⁸ 薛智仁、李佳玟，洗錢擴大沒收有違憲疑義，上網日期：2016 年 11 月 17 日，檢自：http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=7552

以及《歐洲人權公約》第 6 條第 2 項中均被規定¹⁴⁹。

無罪推定原則之運用，主要表現在刑事證據法脈絡的兩個傳統面向，一是舉證責任（由控方承受），二是證據評價（有罪判決的證明標準）¹⁵⁰。就證明標準而言，表現為普通法與歐陸法兩種不同方式，歐陸法系則要求法官形成有罪的內在確信，並導出疑利被告原則¹⁵¹。而普通法系要求裁判者達到毫無合理懷疑（beyond reasonable doubt）的程度，運用結果仍符合疑利被告原則¹⁵²。

第二款：舉證責任分配之一般規則

歐洲人權法院在 2001 年的 Telfner v. Austria 案件中，重申控方負舉證責任之立場，並且就「控方應舉證到何種程度」之問題，清楚地採取「表面證據門檻（prima facie）」作為判斷標準¹⁵³。而 2010 年的 Krumpholz v. Austria 案中，歐洲人權法院亦援引 Telfner 案，強調控方應證明至達到表面證據門檻的程度¹⁵⁴。

那麼，究竟何謂表面證據程度，歐洲人權法院則已通過 1996 年的 John Murray v. United Kingdom 案做出了闡述¹⁵⁵。在該案中，歐洲人權法院援引英國裁判 R. v. Kevin Sean Murray 案，認為控方必須先建立被告犯罪事實的表面證據，如果相

¹⁴⁹ 《世界人權宣言》第 11 條第 1 項：「任何人因刑事之犯罪受追訴者，於依法律被確定有罪之前，享有被推定為無罪之權利。」原文為：「Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defense.」

《公民與政治權利公約》第 14 條第 2 項原文為：「Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.」

¹⁵⁰ 林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則——歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，第 145 期，頁 140，2010 年 2 月。

¹⁵¹ 林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則——歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，第 145 期，頁 152，2010 年 2 月。

¹⁵² 吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學雜誌，第 133 期，頁 24-35，2006 年 6 月。

¹⁵³ ECHR, Telfner v. Austria, Judgment of 20/03/2001, Appl. no. 33501/96. 參考林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則——歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，第 145 期，頁 141，2010 年 2 月。

¹⁵⁴ ECHR, Krumpholz v. Austria, Judgment of 18/03/2010, Appl. no. 13201/05. 參考尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 49，2011 年 7 月。

¹⁵⁵ ECHR, John Murray v. the United Kingdom, Reports 1996-I.

信證據為真，再加上合乎一般生活經驗的合理推斷，可以使裁判者對於被告犯罪事實產生毫無合理懷疑的心證，即是盡了表面證據的舉證責任¹⁵⁶。

須強調的是，所謂的「控方負舉證責任」，係指控方應就被告有罪承擔證明責任，但公約並不禁止某些事實或法律推定¹⁵⁷。例如就被告之精神狀態的推定，歐洲人權委員會在 1993 年的 *Robinson v. the United Kingdom* 案件中認為，其不涉及無罪推定原則¹⁵⁸。易言之，歐洲人權法院及歐洲人權委員會認為無罪推定原則並非絕對，而允許例外¹⁵⁹。

回歸本文討論之擴大利得沒收的問題，擴大利得沒收的規定是否存在事實或法律推定，其推定了什麼要件？此推定是否會違背無罪推定原則，乃是後續辯證之思路。

第三款：舉證責任轉換之合理界限

承接前述討論，控方負擔舉證責任之原則，可否通過立法方式創設例外？若可以，舉證責任轉換之立法界限為何？歐洲人權法院通過 1988 年的 *Salabiaku v. France* 案件，闡述了關於舉證責任轉換之立法界限的立場¹⁶⁰。其主張不禁止事實推定及法律推定，只要推定之運用符合合理界限，即判決中提到的爭點重要性（the importance of what is at stake）及防禦權之維護（maintain the rights of the

¹⁵⁶ 林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則——歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，第 145 期，頁 143，2010 年 2 月。

¹⁵⁷ 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 44，2011 年 7 月。

¹⁵⁸ EComHR, *Robinson v. the United Kingdom*, Judgment of 05/05/1993, Appl. no. 20858/92. 參考尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 47，2011 年 7 月。

¹⁵⁹ 張明偉，公務員財產來源不明與犯罪，真理財經法學第 2 期，頁 80，2009 年 3 月。除此之外，英國法及繼承英國法的國家，也認為無罪推定原則並非絕對而不可破棄，可參考許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第 82 期，頁 158，2011 年 6 月。

¹⁶⁰ ECHR, *Salabiaku v. France*, 1988, Series A no. 141. 參考林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則——歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，第 145 期，頁 144，2010 年 2 月。

defense) ¹⁶¹。

所謂的爭點重要性，歐洲人權法院並未通過案例直接定義。不過，就目前既存的案例看來，尚未出現被歐洲人權法院宣告為不重要之爭點。「預防某一具體犯罪」，均可被肯認為重要爭點，換言之，歐洲人權法院就「爭點重要性」傾向於從寬認定。

而就防禦權之維護而言，主要是要求舉證責任轉換之立法推定應使被告有推翻之可能¹⁶²。如果該推定已經被證明非屬正確，或者該推定極有可能導致不合正義之結果，法院即應該否決此推定¹⁶³。

而在後續的 *Hardy v. Ireland* 案 (1994)¹⁶⁴ 及 *Brown v. the United Kingdom* 案 (2002)¹⁶⁵ 中，歐洲人權委員會及歐洲人權法院更強調，舉證責任轉換之前提，係控方已證明條文中要求之犯罪構成要件¹⁶⁶。也就是說，符合合理界限的舉證責任轉換，並不允許直接藉由立法推定「被告具有某一違法行為」，而只允許在控方就犯罪構成要件證明至確信心證（排除合理懷疑）後，推定諸如「阻卻違法事由不存在」、「財產與違法行為存在關聯」等事實，而將推翻推定的證明責任轉移到被告身上。

¹⁶¹ 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 57，2011 年 7 月。

¹⁶² 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 64，2011 年 7 月。

¹⁶³ 楊雲驊、林麗瑩，洗錢犯罪不法所得之沒收，載：新洗錢防制法——法令遵循實務分析，頁 77，2017 年 8 月。

¹⁶⁴ EComHR, *Hardy v. Ireland*, Decision of 29/06/1994, Appl. no. 23456/94.

¹⁶⁵ ECHR, *Brown v. the United Kingdom*, Judgment of 02/07/2002, Appl. no. 44223/98.

¹⁶⁶ 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 63，2011 年 7 月。

第二項：沒收程序與無罪推定原則

第一款：沒收程序是否有無罪推定原則之適用

就沒收程序是否有無罪推定原則之適用，討論上均以「沒收是否為刑罰」作為關鍵。而由於各國就沒收程序有不同的定性和規定，因此可能產生不同答案。

以美國法為例，因其將沒收制度區分為刑事、民事與行政沒收，僅刑事沒收屬於對人訴訟，而與本文討論之擴大利得沒收有所關聯之民事沒收制度則屬於對物訴訟¹⁶⁷。此種對物訴訟不構成刑事指控，因此無法適用無罪推定原則。

而英國法方面，沒收程序是伴隨刑事毒品交易之有罪判決而來。歐洲人權法院在 1995 年 *Welch v. United Kingdom*¹⁶⁸ 案中檢視英國沒收程序，認為沒收命令與有罪判決間具有關聯，且考察英國 1986 年法案之立法背景，認為沒收制度乃預防與補償目的及處罰目的相協調之結果，構成刑罰之一部¹⁶⁹。然而，在 1997 年 *Elton v. the United Kingdom*¹⁷⁰ 案及之後的 *Phillips v. United Kingdom*¹⁷¹ 案中，歐洲人權委員會及歐洲人權法院卻均認為沒收命令的作出無涉刑事指控，因此不涉及公約第 6 條第 2 項無罪推定原則¹⁷²。

而台灣洗錢防制法第 18 條第 2 項之擴大利得沒收係參考德國刑法第 73d 條之規定，因此亦有必要檢視德國法方面關於擴大利得沒收之定性為何。德國學界過去有觀點認為，雖然擴大利得沒收不涉及罪責認定，但具有保安處分之個別預

¹⁶⁷ 簡士淳，犯罪資產沒收之法制架構與實務觀察——以美國聯邦與加州沒收制度作為反思契機，月旦法學雜誌，第 265 期，頁 188，2017 年 6 月；尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 76，2011 年 7 月。

¹⁶⁸ ECHR, *Welch v. the United Kingdom*, 1995, Series A no. 307.

¹⁶⁹ 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 81，2011 年 7 月。

¹⁷⁰ EComHR, *Elton v. United Kingdom*, Decision of 11/09/1997, Appl. no. 32344/96.

¹⁷¹ ECHR, *Phillips v. United Kingdom*, Judgment of 12/12/2001, Appl. no. 41087/98.

¹⁷² 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 83，2011 年 7 月。

防目的，且採取總額原則顯示出其實際上具有刑罰性，因此應有無罪推定原則之適用¹⁷³。然而，德國聯邦憲法法院裁定 BVerfG 2 BvR 564/95 則認為，擴大利得沒收規定並不會違反無罪推定原則，其理由是擴大利得沒收的命令只需要一個違法行為存在即可，並不以確認罪責為前提，而且它的效果也不等同於刑罰。而無罪推定原則僅適用於刑罰或者類似刑罰的措施，擴大利得沒收並非刑罰，因此，並沒有抵觸無罪推定原則¹⁷⁴。

上述針對不同國家的沒收制度之論述脈絡，均以「沒收是否為刑罰」作為關鍵，認為沒收不是刑罰，亦不以有罪為基礎，無涉刑事指控，因此不涉及無罪推定原則。簡而言之，適用刑罰時，才禁止有罪推定，必須採用最為嚴格的證明標準；而適用非刑罰措施時，則可以降低證明標準，或直接推定財產與犯罪具有關聯性。而這也正是擴大利得沒收的價值之處：當現有證據雖無法證明有罪，但可以證明財產來源於不法時，國家即有權力予以沒收¹⁷⁵。

此種思路延伸，將涉及到對一個新的問題的回答：如果非以定罪為基礎的利得沒收制度亦不適用無罪推定原則，是否意味著，國家在設計沒收制度時，可以任意通過立法推定「財產來源於違法行為」，進行舉證責任轉換，或者是降低公訴人對「財產來源於違法行為」的證明標準？換言之，不論是採用舉證責任轉換的方式，或是降低證明標準的方式，是否仍須符合某種限制，以符合憲法對財產權的保護？

¹⁷³ 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 111，2011 年 7 月。

¹⁷⁴ 連孟琦，擴大利得沒收之合憲裁判——德國聯邦憲法法院裁定 BVerfG 2 BvR 564/95 譯介，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 464，2016 年 9 月；李傑清，沒收洗錢犯罪所得的實體與程序，檢察新論，第 3 期，頁 255，2008 年 1 月。

¹⁷⁵ Federico Alagna, *Non-conviction Based Confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity*, Eur J Crim Policy Res, page 456, 5 July 2014.

第二款：擴大利得沒收與舉證責任轉換

承接上文討論，擴大利得沒收，就財產與違法行為的關聯性證明上，可能採用兩種模式，第一種是降低證明標準，第二種則是通過立法推定而轉換舉證責任。

就舉證責任轉換而言，通常引用英國法進行討論，其中以英國 1994 年毒品交易法（Drug Trafficking Act, 1994）及 2002 年犯罪收益法（Proceeds of Crime Act, 2002）最為典型。兩部法中均規定有關於不法利得範圍的立法推定。

首先，英國 1994 年毒品交易法第 2 條規定，當被告存在一個或數個毒品交易犯罪，刑事法院須針對被告於特定時期而獲得與毒品交易有關之任何付款或其他報酬，作出沒收命令。而該法第 4 條第 2 項及第 3 項則推定，被告受有罪判決或刑事程序開始時六年內所持有之財產均為因毒品交易所獲得之報酬，該期間內之花費則被視為毒品交易收益之支出。此法定假設可藉由被告證明（1）此推定有誤，或（2）如果適用此推定將產生嚴重風險的不公平，而被反駁¹⁷⁶。

在 2001 年的 Phillips v. the United Kingdom 案¹⁷⁷中，歐洲人權法院即認為，該案依據 1994 年毒品交易法所做出的沒收命令，是以被告被正確地證明有罪為前提的，因此，在此前提下，就「犯罪所得範圍」的推定並不受無罪推定原則的限制，除非沒收命令本質上及程度上已構成另一新的犯罪指控。並且，此沒收程序的推定並非欠缺防禦手段，申訴人可通過提出收入來源之反證至蓋然性程度，以推翻法律的推定，因此仍符合舉證責任轉換的合理界限。

而在 2008 年的 Grayson and Barnham v. the United Kingdom¹⁷⁸案中，歐洲人權法院多數意見仍堅持認為，此處的沒收程序並無公約第 6 條第 2 項之無罪推定

¹⁷⁶ 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 87，2011 年 7 月。

¹⁷⁷ ECHR, Phillips v. United Kingdom, Judgment of 12/12/2001, Appl. no. 41087/98.

¹⁷⁸ ECHR, Grayson and Barnham v. the United Kingdom, Judgment of 23/09/2008, Appl. no. 19955/05;15085/06.

原則的適用。不過，其認為，由於無罪推定原則隱含在公約第 6 條第 1 項公平審判原則的保障範圍中，因此針對沒收範圍的推定，仍須符合舉證責任轉換的合理界限，即符合爭點重要性及防禦權之維護之標準¹⁷⁹。而依據該法案第 4 條第 4 項，倘有不正確或引起重大不公平之情形，此推定得不計入被告之特別收入或支出。此外，申訴人同樣得以通過提供合法來源之證明至蓋然性程度以推翻推定。因此歐洲人權法院最後在結論上認為，此法案的立法推定仍在舉證責任轉換的合理界限內，因而並未違反公約。

其次，在英國的 2002 年犯罪收益法中則是規定，在刑事沒收程序中，可以依據被告的「犯罪生活方式」標準，將相關財產推定為違法所得，從而可以予以沒收¹⁸⁰。而「犯罪生活方式」的判斷標準如下：一、被告犯有該法特定的罪行，如販毒罪、洗錢罪、策動恐怖主義罪、偽造罪等。二、被告持續 6 個月以上連續犯有罪行，並從中獲益。三、被告犯有 3 個或 3 個以上罪行，並從中獲益。一旦認為被告構成「犯罪生活方式」，法院即可以做出以下推定：一、檢方對被告提起刑事控訴之日起 6 年內被告所獲得的任何財產均為犯罪行為的收益；二、該期間內所有的支出都來自於犯罪行為所獲得的利益¹⁸¹。

與 1994 年毒品交易法相同，上述推定均允許被告提供證據予以推翻，並且若推定已經被證明非屬正確，或者該推定極有可能導致不合正義之結果，法院應否決該項推定。也因此，此法案的立法推定亦符合爭點重要性及防禦權之維護之標準，仍在舉證責任轉換的合理界限內。

¹⁷⁹ 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 91，2011 年 7 月。

¹⁸⁰ 楊雲驊、林麗瑩，洗錢犯罪不法所得之沒收，載：新洗錢防制法——法令遵循實務分析，頁 77，2017 年 8 月。

¹⁸¹ 楊雲驊、林麗瑩，洗錢犯罪不法所得之沒收，載：新洗錢防制法——法令遵循實務分析，頁 77，2017 年 8 月。

需要強調的是，上述英國的兩部法案中，並不涉及到推定被告有罪，而是推定財產與犯罪存在關聯性，因此歐洲人權法院認為此等舉證責任轉換並不在無罪推定原則的射程範圍。退一步而言，由於推定必須以明確證明被告有罪為前提，甚至必須以滿足一定要件（犯罪生活方式的存在）為前提，且推定仍符合爭點重要性及防禦權之維護之標準，因此即便認為此推定仍有無罪推定原則之適用，也不會得出違反原則的結論。

然而，觀察德國舊刑法第 73d 條擴大利得沒收的條文，與英國的做法並不相同，其並非直接通過立法推定被告（某段期間內的）財產來源於不法。而是在條文中要求「有一定事實足以認定」財產來源於不法，據此，可認為是一種證明標準的降低。而此種證明標準的降低，如何才能符合憲法對財產權的保障，將在下一項中進行討論。

第三款：擴大利得沒收與證明程度降低

德國舊刑法第 73d 條之條文，原本僅規定「有一定事實足以認定」，因其證明標準區別於有罪認定時所適用的「確信」之心證，而被認為有違憲疑慮。

然而，德國聯邦最高法院後又通過刑事裁判 BGHSt 40, 371，就「有事實足以認定」做了高度的要求，要求證明至法官產生完全之確信，從而使德國刑法第 73d 條規定符合憲法對財產權的保護。該裁判認為，通過提高對犯罪來源的證明要求，德國刑法第 73d 條規定可作合憲性解釋¹⁸²。

該裁判指出，就「財產來源於犯罪行為」的證明可以分為高低不同程度。證明程度從低到高依次可分為證明至一般可能性、高度可能性、極高度可能性、完全之確信，最高程度為百分百確定財產的犯罪來源。

¹⁸²潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40, 371 譯介，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 441，2016 年 9 月。

由於德國的擴大利得沒收已如前述，並不具有刑罰性質，因此並不適用無罪推定原則，可以降低證明標準。那麼，新的問題便是，採用何種證明標準才能符合比例原則，而不至於過度侵犯憲法對財產權的保護。德國聯邦最高法院對此的回答是：採用較高的證明要求。

而所謂的提高證明要求，係要求就系爭標的犯罪來源之證明，須窮盡證據提出與證據評價程序，足以讓法官形成「完全的確信」¹⁸³。「完全之確信」不僅要求排除合法來源的可能性，還需要進一步探究被告有無從事其他犯罪行為的可能性，審酌被告的個人情況、前科紀錄以及本案犯罪行為之性質，使法官確信系爭財產唯一可能來源於犯罪¹⁸⁴。

完全之確信的證明程度僅次於百分之百確定財產的犯罪來源，可謂非常嚴格。換言之，就財產權保護的問題，德國的做法相較於歐洲人權法院以及歐盟的做法更為嚴格。以歐盟為例，依據歐盟 2014/42/EU 沒收指令第 5 條及其立法理由第 21 點，就財產來源於其他違法行為的證明，只需要達到「蓋然性程度」。

然而，2017 年修法後的德國新法，在第 73a 條關於擴大利得沒收的規定中，刪除了「有事實足以認定」的用語。因此，就財產來源於其他違法行為的證明，究竟要達到何種程度，便值得討論。

依據德國修法理由書，德國此次修法的目的，乃是為了將歐 2014/42/EU 沒收指令內國法化¹⁸⁵。那麼，德國法刪除原本的「有事實足以認定」之要件，是否意味著立法者欲使證明標準降低為歐盟沒收指令中所採用的「蓋然性」標準？

¹⁸³ 潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40，371 譯介，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 446，2016 年 9 月。

¹⁸⁴ 潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40，371 譯介，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 449，2016 年 9 月。

¹⁸⁵ 王士帆，2017 年德國沒收新法——從新原則與裁判安定性，司法周刊，第 1863 期，第 2-3 版，頁 3，2017 年 8 月。

有學者則認為，鑒於前有德國聯邦最高法院的裁判，認為證明程度必須達到「完全之確信」程度，才不會對財產權構成違反比例原則之干預，則德國新法刪除「有事實足以認定」之文字，等同宣示法官對於財產之違法來源不能只有單純懷疑，而是必須有完全之確信，因而不應理解為降低了標準¹⁸⁶。

本文認為，鑒於德國 2017 年之修法，仍受歐盟 2014 沒收指令精神之影響，因此，可以首先肯定的是，雖然德國法刪除了「有事實足以認定」的用語，但不應認為此乃要求「財產來源於不法」的證明恢復到通常之有罪證明標準（百分之百確定來源於某一具體犯罪行為），否則等同於廢除了擴大利得沒收。

再者，由於歐盟並不反對各國依據自身情況，設置比歐盟更為嚴格、更為保障人權之標準，因此，德國修法後，即便將其解釋為內含「完全確信」之證明標準，其雖高於歐盟所設置之「蓋然性」標準，但亦不應認為與歐盟精神相背離¹⁸⁷。

第三項：小結（台灣法之反思）

就「財產來源於不法」的證明，前文介紹了英國與德國兩種模式。英國的做法，為舉證責任轉換模式，在基於一個或多個確定的罪行，（在證明被告存在犯罪生活方式的前提下），推定一定期間內所有的財產都與前述確定的罪行有關。而德國的做法，則是降低證明標準模式，基於一個確定的違法行為，提供一定的證據，證明財產極可能來源於其他相同的違法行為。

對比看來，雖然採用模式不同，但相同點為，都強調擴大利得沒收之前提在於犯罪行為具有「犯罪之生活方式」，通常具有多次違法行為，因此大大提高了

¹⁸⁶ 參考薛智仁，評析洗錢罪之沒收規定，頁 9-11（尚未正式發表之論文初稿），轉引自徐昌錦，新修正洗錢防制法制解析與評釋——從刑事審判之角度出發，司法周刊，第 1851 期，頁 19，2017 年 5 月。

¹⁸⁷ 參考歐盟沒收指令第 1 條（最低限度條文）。

「財產來源於違法行為」的可能性。

而不論是德國還是歐盟，需要參考、考慮的情況都相當類似，都需要在個案中權衡，考察行為人的個人情況、職業、前科等等。只不過最後的標準，一個是要達到完全之確信，一個是滿足蓋然性標準即可。歐盟之蓋然性標準，套用德國最高法院判決中的解釋，可以視為五種證明程度中的第三層：極高度可能性，而德國法之完全之確信則屬於第四層。換言之，德國法的完全確信之證明標準高於歐盟沒收指令的建議。

而台灣關於擴大利得沒收的規定，採用的是偏向德國、歐盟的模式。尚須就「有一定事實證明」做出解釋，看其究竟要效仿德國，採用「完全之確信」的高標準，還是要依據立法理由中所提之歐盟做法，採用「蓋然性」之標準。

就此問題，本文認為，由於德國新法將擴大利得沒收刪除了原本「常業性」、「集團性」犯罪的適用限制，而將其適用到全部犯罪類型，因此，解釋上或許有必要仍採用原本最高法院裁判所設定之「完全確信」之標準，通過高於歐盟之證明門檻，以解決違憲問題。至於台灣法，不論是現在規定在洗錢防制法中的條文，亦或是將來納入刑法典中，若設置「集團性」、「常業性」之限制要件，通過「集團性」、「常業性」犯罪的性質提高財產來源於不法的可能性，或許在「財產來源於不法」的證明上，採用歐盟蓋然性標準即可。

第二節：擴大利得沒收與類似條款之對比

擴大利得沒收因涉及到犯罪行為人的財產與犯罪行為之間關聯性的鬆動，歷來遭受批評。不過，在台灣刑法體系中，並不僅此一項規定遭受所謂「有違無罪推定原則」之批評。舉例而言，貪污治罪條例第 6 條之 1、第 10 條以及組織犯

罪防制條例第 7 條，亦經常遭受撻伐。上述三個條文與本文所討論之重心擴大利得沒收從表面上非常相似，都涉及到財產與犯罪之關聯性證明的鬆動性。因此，本章節擬對上述三個條文進行簡要介紹，並與擴大利得沒收規定進行比較，以檢閱以不同模式鬆動財產與犯罪之關聯性證明，是否在違反刑法基本原則之評價上也會有所不同。

第一項：與貪污治罪條例第 6 條之 1 公務員財產來源不明罪之對比

第一款：貪污治罪條例第 6 條之 1 條文介紹

第一目：新舊條文內容

台灣於 2009 年 4 月 22 日增訂貪污治罪條例第 6 條之 1，科以公務員對其不明來源財產之說明義務，以因應貪污犯罪追訴上的困境。

當時第 6 條之 1 規定：「有犯第四條至前條之被告，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自涉嫌犯罪時及其後三年內任一年間所增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金」。

然而，立法之後，及至 2011 年，此條財產來源不明罪並未有任何實務判決。立法院又於 2011 年修改第 6 條之 1 條文為：「公務員犯下列各款所列罪嫌之一，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成人子女自公務員涉嫌犯罪時及其後三年內，有財產增加與收入顯不相當時，得命本人就來源可以之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金：一、第四條至前條之罪。

二、刑法第一百二十一條第一項、第一百二十二條第一項至第三項、第一百二十三條至第一百二十五條、第一百二十七條第一項、第一百二十八條至第一百三十條、第一百三十一條第一項、第一百三十二條第一項、第一百三十三條、第二百三十一條第二項、第二百三十一條之一第三項、第二百七十條、第二百九十六條之一第五項之罪。三、組織犯罪防制條例第九條之罪。四、懲治走私條例第十條第一項之罪。五、毒品危害防制條例第十五條之罪。六、人口販運防制法第三十六條之罪。七、槍炮彈藥刀械管制條例第十六條之罪。八、藥事法第八十九條之罪。九、包庇他人犯兒童及少年性交易防制條例之罪。十、其他假借職務上之權力、機會或方法所犯之罪。」

第二目：修正重點

2011年新修後的貪污治罪條例第6條之1主要有下列幾個修正重點：

一、擴大成罪主體的範圍

舊條文所定成罪主體限於「犯第4條至前條之被告」。修法後，修正為「犯下列各罪嫌之公務員」，且罪名的範圍也擴張到與貪污無直接關係的其他法規刑事罪名。

由「被告」改為「有嫌疑」，可以解決「被告」認定時點之爭議，使得檢察官只要在偵查中，發現當事人有違犯條文所列罪名之嫌疑，在命其說明而其無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者的情況下，即可起訴，提高了檢察官依據此條起訴相關當事人之可能性¹⁸⁸。此外，立法者之所以做此修改，更是為了消滅舊法使用「被告」之用語可能導致條文違反無罪推定原則、不自證己罪之疑義。

¹⁸⁸ 蘇佩鈺，近年來刑事實體法修正之回顧與評析——以刑法及貪污治罪條例為中心，軍法專刊第59卷第3期，頁38，2013年6月。

二、修正不明財產（財產異常增加）之認定方式

新修條文改變了「不明財產」的認定基礎，由原本的「涉嫌犯罪時及其後三年內，任一年財產增加總額超過合併申報綜合所得總額」修改為「涉嫌犯罪時及其後三年內，財產增加與收入顯不相當」即可。

依據舊法的規定，財產異常增加的比較基準過於僵硬、單一，可能滋生法律漏洞¹⁸⁹。參酌聯合國反腐敗公約（The United Nations Convention against Corruption，2003，為求簡潔，下文將僅採用中文說法）第 20 條及外國立法例，大多以「財產顯著增加」、「與公職薪俸不相稱的金錢資源或財產」、「財產、支出明顯超過合法收入」等方式，依據個案事證認定公務員財產來源不明，因此新法亦採用「財產增加與收入顯不相當」作為新的認定方式。

三、提高法定刑度

修法後，法定刑度由原本的三年以下有期徒刑提高到五年以下有期徒刑。

第二款：立法評析

雖然修法後，法條存在上述幾個重要變更，但是其本質內涵、立法目的並未有太大的變化，因此本項將統一就第 6 條之 1 之立法模式、構成要件及其保護法益進行評析。

第一目：立法模式

聯合國反腐敗公約第 20 條有規定：「於不違背本國憲法及本國法律制度基本原則之情形下，各締約國均應考慮採取必要之立法及其他措施，將故意實施『財產非法增加，即公職人員之財產顯著增加，而本人無法以其合法收入做出合理解釋』之行為規定為犯罪。」而各國對於「公務員財產來源不明」存在不同立法模

¹⁸⁹ 蘇佩鈺，近年來刑事實體法修正之回顧與評析——以刑法及貪污治罪條例為中心，軍法專刊第 59 卷第 3 期，頁 39，2013 年 6 月。

式。

過去曾有英國防止貪污法 (Prevention of Corruption Act, 1916) 第 2 條規定：「除非有相反證據之提出，只要證明女皇任命人員或政府部門人員或其他公務人員收受金錢、禮物或其他報酬，而該金錢、禮物或其他報酬係來自與上開部門訂有契約之人或期望與之訂約之人，該交付或收受之金錢、禮物或其他報酬即推定為所收受或交付之賄賂。」此種立法模式可稱為「推定賄賂」模式¹⁹⁰。不過該法案已於 2010 年失效。採取相似做法還有馬來西亞及新加坡¹⁹¹。

與上述模式不同，香港、澳門以及中國大陸採用的是「獨立犯罪」模式¹⁹²。以香港為例，香港「防止賄賂條例」第 10 條規定：「任何現任或曾任官方僱員者（一）維持高於與其現在或過去公職薪俸相稱之生活水準；或（二）控制與其現在或過去公職薪俸不相稱之金錢資源或財產，除能就其如何能維持該生活水準或就該等金錢資源或財產如何歸其控制向法庭為合理說明者，即屬犯罪。」

相較看來，台灣的「貪污治罪條例」第 6 條之 1 所採用的是與香港、澳門及中國大陸類似的「獨立犯罪」模式。

第二目：構成要件及其性質

本條的構成要件如何解釋，存在三種不同的看法。

「持有說」認為，本罪的構成要件在於「持有不明來源的財產」。後階段不能履行說明義務，只是一種訴訟條件而已，而非構成要件要素¹⁹³。

¹⁹⁰ 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，第 164 期，頁 79，2009 年 1 月。

¹⁹¹ 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，第 164 期，頁 80，2009 年 1 月。

¹⁹² 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，第 164 期，頁 79，2009 年 1 月。

¹⁹³ 張麗卿，臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論，第 28 期，頁 11，2011 年 2 月。

「不作為說」則認為，本罪處罰的是行為人「拒絕或未能提出可信的財產來源依據」，因此屬於純正不作為犯。換言之，法律明文課予行為人說明財產來源合法之作為義務，而其拒不說明，乃是本罪之可罰性依據¹⁹⁴。

「複合行為說」則是比較折衷的見解，當行為人持有不明財產，而又不能說明其來源時，才會構成刑責¹⁹⁵。

目前學說上幾乎沒有接受持有說的見解，原因在於持有說把「持有不明財產」當作本罪的不法行為，有過度前置犯行之疑義¹⁹⁶。多數見解乃採「不作為說」或「複合行為說」，兩說差別在於，不作為說認為說明義務來自於法律明文授予，而複合行為說則認為，持有不明財產方能導出說明義務¹⁹⁷。

三種不同學說，可能導致對其保護法益為何、是否違反刑法相關原則產生不同解釋。因此，本文將在下文具體討論三種不同見解可能產生之問題。

第三目：保護法益

台灣通說認為，貪污治罪條例第4條至第6條所保護之法益，應該與刑法典所規定之瀆職罪相同，乃「職務不可收買性」及「執行公務之純正性」¹⁹⁸。然而，需要進一步討論的是，第6條之1財產來源不明罪之保護法益是否與上述三個條文相同。

¹⁹⁴ 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，第164期，頁89，2009年1月。

¹⁹⁵ 張麗卿，臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論，第28期，頁12，2011年2月。

¹⁹⁶ 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第82期，頁147，2011年6月。

¹⁹⁷ 曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（下）——評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，第142期，頁266，2007年3月。

¹⁹⁸ 高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學雜誌，第94期，頁34-39，2003年3月；許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第82期，頁166，2011年6月；曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（上）——評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，第141期，頁238，2007年2月。

首先，多數說認為，第 6 條之 1 規定在貪污治罪條例，保護法益與第 4 條至第 6 條相同。要求公務員說明不明財產之來源，不是為了保障市民知情權，而是為了確保公務員對於廉潔義務之信守及確保執行公務之公正¹⁹⁹。

然而，有學者提出質疑，若依多數見解認為財產來源不明罪之處罰重心在於「不作為」或「持有而不作為」，則此種「不說明財產來源」的行為其實已不涉及公務執行，換言之，不作為的行為並不侵犯上述的「職務不可收買性」及「執行公務之純正性」保護法益。

其次，有若干見解認為，財產來源不明罪之設立，可解釋為「推定法益損害」。當行為人持有不明財產而未盡說明義務時，推定財產來源於不法，亦即推定行為人侵犯公務不可收買性或公務執行公正性之法益²⁰⁰。

此種解釋類似於將財產來源不明罪理解為貪污罪之抽象危險犯。然而，抽象危險犯一般僅限於通過「先前事實」推定「嗣後可能發生危險」，而此處財產來源不明罪其實是通過「某一事實」推定「過去可能已經發生之危險」²⁰¹。此種解釋將違反法益保護主義。

最後，有學者認為，若堅持認為財產來源不明罪之處罰重心在於後階段，則其真正的保護法益應該在於「妨害司法公務」。理由在於，當行為人在後階段，於檢察官發動刑事司法機制時，不告知財產來源，其行為之效果其實阻礙的是原貪污罪的刑事追訴。因此，應將其解釋為行為人企圖影響前犯罪司法追訴程序的

¹⁹⁹ 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，第 164 期，頁 84，2009 年 1 月；曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（上）——評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，第 141 期，頁 239，2007 年 2 月。

²⁰⁰ 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，第 164 期，頁 95-97，2009 年 1 月；曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（下）——評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，第 142 期，頁 268，2007 年 3 月。

²⁰¹ 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第 82 期，頁 167，2011 年 6 月。

「後行為」²⁰²。然而，考量到人天性趨利避害，刑法一般有「後行為不處罰」的原則，除非「後行為」侵犯了司法追訴技能以外的其他需要保護之法益。

綜上所述，堅持財產來源不明罪採「不作為說」或「複合行為說」，並無法為其找到恰當合適、符合刑法法益體系的法益基礎。

第四目：違反相關刑法原則之疑義

財產來源不明罪與本文討論中心擴大利得沒收一樣，一直以來同樣遭受諸多批評，認為其違反無罪推定原則、不自證己罪原則等；亦有許多學者從諸多角度為其辯護。因此本款將在此做相關整理。

一、認為無罪推定原則並非絕對，存在例外

此類觀點主要以英國立法為例，主張無罪推定原則並不絕對排斥立法推定²⁰³。從而認為台灣法同樣可以參考英國做法，通過立法推定排斥無罪推定原則之適用。

然而，此主張的問題在於，沒有考慮或許不同國家對於「無罪推定原則」會存在不同看法。在英國可被接受的做法，未必適合台灣法制。台灣刑事訴訟法既已通過第 154 條明文規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」且實務見解也從未透過法律續造創設例外，因此，應該認為台灣的現行法律規定與實務發展，並不接受無罪推定原則得以例外²⁰⁴。

二、財產來源不明罪「本身」有無違反無罪推定原則

²⁰² 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第 82 期，頁 169，2011 年 6 月。

²⁰³ 張明偉，公務員財產來源不明罪與犯罪，真理財經法學，第 2 期，頁 80，2009 年 3 月。

²⁰⁴ 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第 82 期，頁 158，2011 年 6 月。

若單純檢查財產來源不明罪本身的構成要件，其在公務員不履行說明義務的情況下，推定財產來源不法，似乎有違背無罪推定原則之疑慮；透過刑罰要求行為人自行揭露財產來源，又似乎有違不自證己罪原則。

而多數說見解認為，由於財產來源不明罪並不是將所有證明責任倒置到被告身上，而仍要求檢察官就本罪所有構成要件（持有不明財產、檢察官命其說明、被告未說明）提出充分證據至法官產生確信心證為止，才能推定財產來源於不法，因此並不違背無罪推定原則。且「責令說明來源」並不是要求被告舉出足夠證據來「證明」，而僅要求被告「合理說明」財產之真實來源，其後仍須司法機關查證核實，因此被告並不需要「自證己罪」²⁰⁵。

三、通過財產來源不明罪揭露先前行為與不自證己罪原則

儘管財產來源不明罪條文本身並不違背無罪推定原則，但本罪最大的問題在於，通過增設財產來源不明罪，被迫被告供述涉及原貪污行為的相關事實（說明財產來源），違背了不自證己罪原則²⁰⁶。

換言之，雖然被告之緘默權不是絕對的，但是可允許的範圍僅是由被告之緘默而對其作出不利推定，而禁止通過「處罰緘默行為」以達到「逼迫行為人自證己罪」的目的。

據此，或許可以認為，雖然各國均有財產來源不明罪的相似規定，但如前所述，立法模式各不相同。而台灣法所採用的「獨立犯罪」模式與「推定賄賂」模式相比，最大的問題就在於其等同於允許國家「處罰緘默行為」而有違不自證己罪原則。

²⁰⁵ 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，第 164 期，頁 96，2009 年 1 月。

²⁰⁶ 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第 82 期，頁 162，2011 年 6 月。

第二項：與貪污治罪條例第 10 條之對比

第一款：貪污治罪條例第 10 條條文介紹

貪污治罪條例第 10 條規定：「犯第四條至第六條之罪，本人及其配偶、未成年子女自犯罪時及其後三年內取得之來源可疑財產，經檢察官或法院於偵查、審判程序中命本人證明來源合法而未能證明者，視為其犯罪所得。」

本條與上述第 6 條之 1 最大的區別在於，第 10 條之規定必須以存在一個充分被證明之犯罪為前提²⁰⁷。在此前提下，才可將被告及其配偶、未成年人子女之一定期間內的財產推定為犯罪所得。而第 6 條之 1 的公務員財產來源不明罪，並不以被證明犯貪污罪為前提，而是在具有貪污嫌疑的情況下，即便無法具體證明其貪污罪成立，只要存在不明財產，且不履行說明義務，即可成立第 6 條之 1 之罪，而相關財產亦將因與第 6 條之 1 聯結被沒收。

簡單而言，第 10 條因以一個充分被證明之犯罪為前提，其就財產與犯罪之關聯性證明的鬆動性低於第 6 條之 1。這也是為什麼，學說上對貪污治罪條例第 10 條之討論遠遠低於第 6 條之 1。

第二款：立法評析

承接前項，貪污治罪條例第 10 條之規定，須。先證實貪污行為存在，而後再推定相關異常財產亦來源於貪污。此種模式與財產來源不明罪完全不同，既非台灣法及香港、澳門所採之「獨立成罪」模式，亦非英國法所採之「推定賄賂」模式。其所採之模式毋寧更像是本文前章節所述英國法 1994 年「毒品交易法」及 2002 年犯罪收益法之模式。

²⁰⁷ 林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，檢察新論，第 6 期，頁 88，2009 年 7 月。

而如同前文所述，英國此種沒收模式，乃是一種舉證責任轉換模式。由於英國法承認實證法例外，允許通過立法轉換舉證責任而不會違背無罪推定原則。而台灣法，若欲通過立法創設舉證責任轉換，仍須證明在台灣法制下，無罪推定原則並非絕對而允許例外。

回到本文所討論之擴大利得沒收，在台灣的洗錢防制法中，並非採用英國法模式，而係效仿德國法採用「降低證明標準」之模式。在證明其性質並非刑罰的前提下，其所受到的違反無罪推定原則之疑義將低於「推定模式」。

第三項：與組織犯罪防制條例第 7 條犯罪組織的財產沒收之對比

第一款：組織犯罪防制條例第 7 條條文介紹

組織犯罪防制條例第 7 條規定：「犯第三條之罪者，其參加之組織所有之財產，除應發還被害人者外，應予沒收。犯第三條之罪者，對於參加組織後取得之財產，未能證明合法來源者，亦同。」

其中，第二項之規定，乃是將犯組織犯罪之被告參加組織後取得之財產全部推定為違法所得，除非被告能夠提供反證推翻。

第二款：立法評析

此條文與貪污治罪條例第 10 條有異曲同工之處，都是基於一個充分被證明之犯罪為前提，鬆動財產與犯罪之關聯性證明程度，與英國法「推定模式」類似。

不過，組織犯罪防制條例第 7 條之規定相較於貪污治罪條例第 10 條，存在更多的疑義。

首先，該條文並未就「相關財產」設置「一定期限」之範圍。英國法則設置有「檢方對被告提起刑事控訴之日起 6 年內」之財產作為界限，而貪污治罪條例

第 10 條同樣將推定限制於「自犯罪時及其後 3 年內取得」之來源可疑財產。然而，組織犯罪防制條例第 7 條卻並未對可推定的財產範圍設置明確的年數期限。所謂的「參加組織後取得之財產」範圍非常廣泛且不具確定性，可能導致被告舉證之困難，因而超出了舉證責任轉換之合理界限²⁰⁸。

第四項：小結

綜合看來，雖然貪污治罪條例第 6 條之 1、第 10 條以及組織犯罪防制條例第 7 條在表面上看，與本文所討論之洗錢防制法第 18 條第 2 項擴大利得沒收極其相似，都涉及到財產與犯罪之關聯性證明的鬆動性。然而，這三條條文的立法模式與洗錢防制法第 18 條第 2 項並不相同，因此，這三條條文所遭受之批評並不適用於洗錢防制法第 18 條第 2 項。

貪污治罪條例第 6 條之 1 乃用「獨立犯罪模式」處罰行為人不履行說明義務的行為，通過處罰緘默行為強迫行為人自證「先前行為」有罪，侵犯了行為人之緘默權，違背了不自證己罪原則。

貪污治罪條例第 10 條則採用「推定模式」，依附於一個可被證實之犯罪，將其他異常財產推定為違法。英國法中有相似做法。然而，「推定模式」由於存在舉證責任轉換，需要檢驗其是否符合舉證責任轉換之合理界限，才不致違背無罪推定原則。

組織犯罪防制條例第 7 條同樣為「推定模式」，然而由於條文設置的問題，其對「可推定的財產範圍」並未設置合理期限，可能導致被告舉證之困難，超出了舉證責任轉換之合理界限。

²⁰⁸ 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，頁 163，2011 年 7 月。

而本文所討論之洗錢防制法第 18 條第 2 項擴大利得沒收，與上訴三個條文均不相同，採用的是與德國法接近的「降低證明標準」模式。因而，其所需要解決的問題在於如何合理解釋「證明標準無需達到有罪心證」。而就此問題，已在前文回答，理由正在於，無罪推定原則僅要求「定罪」需要達到「確信有罪心證」，至於「非刑罰措施」所需要的事實認定，由於不涉及到「定罪」，因此可以採用稍微寬鬆的證明標準。



第七章：結論

通過前述章節的討論，本文總結得出下述幾個結論。

一、沒收不具有刑罰性質

不同國家可能採用不同的模式擴大沒收行為人無法被確切證明來源於某一具體犯罪行為的財產。美國法乃採用民事程序，提起對物訴訟；英國法則採用「推定模式」，基於一個被證明的犯罪行為，推定相關財產來源於此犯罪行為或相同犯罪行為，實際上是一種舉證責任轉換模式。而德國法，乃是採用「降低證明標準」模式，基於一個達到有罪確信心證的違法行為，而就其他可疑財產來源於不法的證明降低至「完全確信」，而不需確切證明來源何一具體行為。

台灣洗錢防制法第 18 條第 2 項擴大利得沒收乃採類似於德國法之「降低證明標準」模式。

經過論證，一般認為台灣目前刑法體制下的沒收制度並不具有刑罰性質。尤其是犯罪利得沒收，被認為是一種恢復原狀措施，通過對財產進行干預以恢復正常之經濟秩序。擴大利得沒收作為犯罪利得沒收之一種，具有相同性質及目的。

二、擴大利得沒收不違背無罪推定原則

不論採用何種模式，由於沒收不具有刑罰性質，因此，即便沒收財產與不法之間的關聯性證明被鬆動，仍不會抵觸無罪推定原則。只是，依據歐洲人權法院見解，「舉證責任轉換模式」之沒收，仍須符合舉證責任轉換之合理界限；而「降低證明標準」模式同樣須選擇一個合適的證明標準以防止侵害憲法所保障之人民

財產權。

台灣法乃效仿德國，採用「降低證明標準」模式。而證明標準降低多少，才不會違憲，與條文設置密切相關。德國新法將擴大利得沒收適用於所有犯罪類型，因而或許仍須採用「完全確信」之標準，而台灣法由於設置有「集團性」、「常業性」之要件，因此或許採用歐盟建議之「蓋然性」標準即可。

三、擴大利得沒收區別於其他相關條文

台灣法除了擴大利得沒收之規定，還存在一些同樣有違憲疑義之條文。通過比較，本文認為，洗錢防制法第 18 條第 2 項擴大利得沒收與本文所討論到的另外三條條文並不相同，而無違反憲法之問題。

首先，就貪污治罪條例第 6 條之 1 公務員財產來源不明罪而言，此罪名被迫被告供述涉及先前貪污行為的相關事實（說明財產來源），若緘默（不說明財產來源），則可能受到刑罰，有違不自證己罪原則。而擴大利得沒收並不存在此問題。

至於貪污治罪條例第 10 條以及組織犯罪防制條例第 7 條，則乃採用類似英國法之「推定模式」，與洗錢防制法第 18 條第 2 項之擴大利得沒收亦不相同。台灣擴大利得沒收乃採類似德國法之「降低證明標準」模式，其並不存在舉證責任轉換的問題。且只要符合比例原則，即不會侵害憲法所保護之財產權。

四、常習性、集團性要件之理解

洗錢防制法第 18 條第 2 項擴大利得沒收條文中，使用了「常習性」、「集團性」作為適用要件。

針對「常習性」要件，本文認為，由於過去學界不區分常習犯與常業犯之概

念，因此此處的「常習性」可與過去刑法典中規定的常業犯之性質做相同理解。

需要強調的是，常業犯概念區別於常習犯、累犯、習慣犯、連續犯等概念，其作為一種特殊犯罪類型，因「反覆實施違法行為之意圖」而使其行為具有更大的法益侵害性。因此，或許將擴大利得沒收中「常習性」修改為「常業性」會更好。若不修法，則對「常習性」概念的理解亦應作為常業性之相同概念，摒棄「習性、惡性」之意涵，而著重在「反覆之行為」本身，才能避免招致「行為人刑法」之批評。

常習性要件，由於其本身的性質蘊含著「反覆、多次行為」，提高了行為人可疑財產來源於其他相同違法行為的可能性，為擴大利得沒收提供了合理基礎。

而將「集團性」作為適用要件，由於犯罪集團本身的性質，行為人作為集團成員，以長期存續為目的，以犯罪為宗旨，其區別於偶然一次的共同正犯行為，而必然多次犯罪或追求多次犯罪，因而大大提高了財產來源於其他未被證明的相似違法行為之可能性，而為擴大利得沒收提供了正當性。

五、條文修改建議

台灣目前的擴大利得沒收只規定於洗錢防制法中，且條文過於粗糙，仍存在許多解釋上的疑義。本文例舉幾個問題，並嘗試回答。

首先，現行條文適用範圍過小，無法實現立法初衷。然而，依據法理，現行條文中「其他違法行為」只能理解為與「本案違法行為」相同之行為。而要拓寬條文適用範圍，只能仰賴將來立法修正條文，擴大可適用擴大利得沒收之「本案違法行為」的範圍。

其次，依據現行條文，本案違法行為必須被定罪，才有擴大利得沒收之適用，

但本文認為基於擴大利得沒收之恢復原狀性質，其與當事人是否有責並無關聯，因此或許日後可以考慮將條文修改成以證明「本案違法行為」存在為前提，無須以定罪為基礎。

再者，就財產與其他違法行為之關聯性，證明程度究竟為何，本文認為，採用立法說明中所參考之歐盟沒收指令「蓋然性標準」即可。理由在於條文本身通過常業性、集團性要件，已經大大提高了財產來源於違法行為之可能性，在此情況下，只要法官在個案中，綜合各種證據考量，達到蓋然性確信即已符合比例原則。

六、對中國大陸沒收制度修改之參考意義

中國大陸方面，在刑法總則中亦有沒收制度的規定。其中，第 51 條規定：「沒收財產是沒收犯罪分子個人所有財產的一部或者全部。沒收全部財產的，應當對犯罪分子個人及其撫養的家屬保留必需的生活費用。在判處沒收財產的時候，不得沒收屬於犯罪分子家屬所有或者應有的財產」。第 64 條則規定：「犯罪分子違法所得的一切財物，應當予以追繳或責令退賠；對被害人的合法財產，應當及時返還；違禁品和供犯罪所用的本人財物，應當予以沒收。」該條文規定於第三章，屬於刑罰之一種，依據第 34 條之規定，沒收屬於附加刑之一種。

有學者的文章指出，就其性質而言，第 51 條所規定的沒收制度，其沒收的是行為人的合法財產²⁰⁹。而第 64 條的規定，則區分了違法所得沒收、違禁品沒收以及供犯罪所用本人財物之沒收（犯罪工具）。其將該不同的沒收規定做出了區分，第 51 條乃一般沒收制度之規定，而第 64 條則是特別沒收制度之規定。

就第 51 條之規定而言，此種沒收合法財產的規定所存在的問題毋庸贅述，

²⁰⁹ 歐愛民，我國刑事沒收的憲法學透視，湘潭大學學報，第 33 卷第 5 期，頁 36，2009 年 9 月。

不言而喻。而第 64 條的規定，其仍存在許多問題。沒收制度所具有非刑罰性質已經由多番討論，日趨成為定論。就大陸地區而言，將來亦有必要重新審視刑事程序中的沒收制度。廢除第 51 條之一般沒收規定，並將第 64 條中規定的沒收制度具體化、細緻化。最重要的是，在變更沒收制度之刑罰性質、承認其具有區別於刑罰之特殊性質的前提下，將擴大利得沒收制度納入到沒收的體系下，或許才是中國大陸未來沒收制度改革的可行方向。



參考文獻

一、中文書籍、專書論文、期刊論文、網路資料

(一)、書籍

1. 周治平，刑法各論，二版，1971年。
2. 甘添貴，刑法各論（上），四版三印，1995年。
3. 甘添貴，體系刑法各論，2008年6月。
4. 韓忠謨，刑法原理，台大法學院事務處經銷，著者發行，增訂九版，1971年5月。
5. 林山田，刑法通論，修訂再版，1986年9月。
6. 王澤鑑，不當得利，增訂新版，2015年10月。
7. 李聖傑、潘怡宏編譯，德國刑法典，2017年7月。
8. 林永謀，刑事訴訟法釋論（上），2006年10月。
9. 余承修，刑法分則釋義（下冊），二版，1947年12月。
10. 黃源盛，晚清民國刑法史料輯註（上），初版，2010年7月。
11. 鄭愛諏，刑法集解（二），七版，1932年1月。
12. 高仰止，刑法總則之理論與實用，五版，1996年2月。
13. 張甘妹，刑事政策，1997年。
14. 黃榮堅，基礎刑法學（上），2012年。
15. 蘇俊雄，刑法總論Ⅲ，修正再版，1998年。

(二)、專書論文

1. 林鈺雄，綜覽沒收新舊法，載：沒收新制(一)刑法的百年變革，頁1-45，2016年7月。
2. 李聖傑，犯罪物沒收，載：沒收新制(一)刑法的百年變革，頁47-64，2016年7月。
3. 潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋——德國聯邦最高法院刑事裁判BGHSt

- 40, 371 譯介, 載: 沒收新制(二)經濟刑法的新紀元, 頁 439-457, 2016 年 9 月
4. 連孟琦, 擴大利得沒收之合憲裁判——德國聯邦憲法法院裁定 BVerfG 2 BvR 564/95 譯介, 載: 沒收新制(二)經濟刑法的新紀元, 頁 459-495, 2016 年 9 月。
 5. 陳重言, 第三人利得沒收之立法必要及其基礎輪廓——源自德國法規範與實務之啟發, 載: 沒收新制(一)刑法的百年變革, 頁 127-151, 2016 年 7 月
 6. 吳耀宗, 刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收, 載: 沒收新制(二)經濟刑法的新紀元, 頁 125-161, 2016 年 9 月。
 7. 劉幸義, 刑罰正義與刑事政策——論常業犯之特質與處罰, 載: 刑事政策與犯罪研究論文集(三), 頁 1-18, 2000 年 11 月
 8. 蔡聖偉, 賭博罪保護法益之探討, 載: 刑法問題研究(一), 頁 337-372, 2008 年 7 月。
 9. 黃榮堅, 論連續犯之廢除, 參考德國法制上連續關係概念之處理, 載: 連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題, 頁 38-109, 2003 年。
 10. 高金桂, 接續犯之再探討, 刑事法之基礎與界限——洪福增教授紀念專輯, 頁 499-525, 2003 年 4 月。
 11. 楊雲驊、林麗瑩, 洗錢犯罪不法所得之沒收, 載: 新洗錢防制法——法令遵循實務分析, 頁 51-80, 2017 年 8 月。
 12. Prof. Prof. h.c.Dr. Arndt Sinn, 許恒達翻譯, 組織犯罪 3.0, 載: 犯罪、資恐與洗錢——如何有效訴追犯罪, 頁 5-64, 2017 年 8 月。
 13. 許恒達, 洗錢防制法新修正沒收規定之檢討, 載: 犯罪、資恐與洗錢——如何有效訴追犯罪, 頁 217-262, 2017 年 8 月。

(三)、期刊文獻

1. Jon Petter Rui, Ulrich Sieber, 歐洲的無定罪沒收: 一個總覽(上), 陳爾彥翻譯, 現代法治研究, 第 1 期, 頁 118-137, 2017 年 1 月。
2. 郭瑜芳, 非以定罪為基礎之資產沒收, 檢察新論, 第 12 期, 頁 16-27, 2012

- 年 7 月。
3. 簡士淳，犯罪資產沒收之法制架構與實務觀察——以美國聯邦與加州沒收制度作為反思契機，月旦法學雜誌，第 265 期，頁 187-218，2017 年 6 月。
 4. 陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，月旦裁判時報，第 48 期，頁 87-108，2016 年 6 月。
 5. 王玉全，犯罪成本之沒收：以德國法的總額原則為借鏡，月旦裁判時報，第 48 期，頁 75-86，2016 年 6 月。
 6. 王士帆，2017 年德國沒收新法——從新原則與裁判安定性，司法周刊，第 1863 期，第 2-3 版，2017 年 8 月，。
 7. 徐昌錦，新修正洗錢防制法制解析與評釋——從刑事審判之角度出發，司法周刊，第 1851 期，頁 1-25，2017 年 5 月。
 8. 蔡墩銘，常習犯之分析，法律評論，第 22 卷第 2 期，頁 16-18，1956 年。
 9. 蔡墩銘，論刑法上之常業犯，軍法專刊，第 5 卷第 3 期，頁 11-13，1956 年。
 10. 蔡墩銘，常業犯之心理，刑事法學雜誌，第 22 卷，第 1 期，頁 1-7，1971 年。
 11. 蔡墩銘，犯罪與習慣，軍法專刊，第 23 卷，第 12 期，頁 14-17，1977 年 8 月。
 12. 陳樸生，常習累犯之處遇，法律評論，第 41 卷，第 6 期，頁 2-5，1975 年 6 月。
 13. 蔡新毅，我國司法實務判別常業犯標準之研究，司法周刊，第 698 期，第 3 版，1994 年。
 14. 楊雲驊，牽連犯及連續犯規定廢除後對刑事訴訟法犯罪事實概念之影響，月旦法學雜誌，第 122 期，頁 57-80，2005 年 7 月。
 15. 楊建華，累犯立法之比較與檢討，軍法專刊，第 26 卷，第 8 期，頁 2-10，1980 年 8 月。
 16. 林紀東，常習犯之研究，法學叢刊，第 2 期，頁 91-97，1956 年 4 月。
 17. 林山田，牽連犯與連續犯刪除後的處理，月旦法學雜誌，第 152 期，頁 164-168，2008 年 1 月。
 18. 何賴傑，論連續犯適用範圍之極端限縮，乃至幾近廢除，刑事法雜誌，39 卷 5 期，頁 13-44，1995 年 10 月。

19. 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題——從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，第 122 期，頁 9-26，2005 年 7 月。
20. 甘添貴，罪數理論之研究（二）——包括一罪，軍法專刊，38 卷 11 期，頁 12，1992 年 11 月。
21. 李聖傑，刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」之適用思考，政大法學評論，第 113 期，頁 1-54，2010 年 3 月。
22. 李聖傑，關於 2014 年 6 月 18 日詐欺犯罪修法之評析，月旦法學教室，第 148 期，頁 67-74，2015 年 2 月。
23. 黃榮堅，刑法妨害風化罪增修評論，月旦法學雜誌，第 51 期，頁 81-92，1999 年 8 月。
24. 林鈺雄，刑事法實務見解 No.237，台灣法學雜誌，237 期，頁 172-179，2013 年 12 月 1 日。
25. 林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則——歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，第 145 期，頁 139-163，2010 年 2 月。
26. 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 238 期，頁 53-84，2015 年 3 月。
27. 吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學雜誌，第 133 期，頁 24-41，2006 年 6 月。
28. 張明偉，公務員財產來源不明與犯罪，真理財經法學第 2 期，頁 61-91，2009 年 3 月。
29. 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第 82 期，頁 141-204，2011 年 6 月。
30. 李傑清，沒收洗錢犯罪所得的實體與程序，檢察新論，第 3 期，頁 243-261，2008 年 1 月。
31. 蘇佩鈺，近年來刑事實體法修正之回顧與評析——以刑法及貪污治罪條例為中心，軍法專刊第 59 卷第 3 期，頁 24-43，2013 年 6 月。
32. 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，第 164 期，頁 77-110，2009 年 1 月。
33. 張麗卿，臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論，第 28 期，頁 1-24，2011 年 2 月。

34. 曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（上）——評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，第 141 期，頁 237-243，2007 年 2 月。
35. 曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名（下）——評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，第 142 期，頁 266-272，2007 年 3 月。
36. 高金桂，貪污治罪條例各罪之適用與競合，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 34-45，2003 年 3 月。
37. 張明偉，公務員財產來源不明罪與犯罪，真理財經法學，第 2 期，頁 61-90，2009 年 3 月。
38. 林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，檢察新論，第 6 期，頁 79-95，2009 年 7 月。

（四）、碩士論文

1. 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換——以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2011 年 7 月。
2. 黃品彰，連續犯與常業犯廢除對審判與警察機關影響之研究，中央警察大學法律學研究所碩士班碩士論文，2009 年 12 月。
3. 陳柏良，防制組織性犯罪立法模式之研究，國立政治大學法學院碩士論文，2009 年 8 月。

（五）、網路資料

1. 林鈺雄，洗錢擴大沒收，看德國是怎麼做的，發表於上報，2016 年 11 月 29 日，http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=8126 最後瀏覽日期：2017 年 4 月 26 日。
2. 薛智仁、李佳玟，洗錢擴大沒收有違憲疑義，上報，2016 年 11 月 17 日，http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=7552 最後瀏覽日期：2017 年 11 月 13 日。

二、英文書籍，期刊論文，英文判決

(一)、書籍

1. Johan Boucht,(2017). The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds, North America, Hart Publishing.

(二)、期刊論文

1. Federico, Non-conviction Based Confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity, Eur J Crim Policy Res(2015).
2. Michele Simonata, Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains, ERA Forum(2017).

(三)、歐洲人權法院判決

1. ECHR, Welch v. the United Kingdom,1995, Series A no. 307.
2. ECHR, Telfner v. Austria, Judgment of 20/03/2001, Appl. no. 33501/96.
3. ECHR, Krumpholz v. Austria, Judgment of 18/03/2010, Appl. no. 13201/05.
4. ECHR, John Murray v. the United Kingdom, Reports 1996-I.
5. ECHR, Salabiaku v. France, 1988, Series A no. 141.
6. ECHR, Brown v. the United Kingdom, Judgment of 02/07/2002, Appl. no. 44223/98.
7. ECHR, Phillips v. United Kingdom, Judgment of 12/12/2001, Appl. no. 41087/98.
8. ECHR,Grayson and Barnham v. the United Kingdom, Judgment of 23/09/2008, Appl. no. 19955/05;15085/06.

(四)、歐洲人權委員會判決

1. EComHR, Robinson v. the United Kingdom, Judgment of 05/05/1993, Appl. no. 20858/92.
2. EComHR, Hardy v. Ireland, Decision of 29/06/1994,Appl. no. 23456/94.
3. EComHR, Elton v. the United Kingdom, Decision of 11/09/1997, Appl. no. 32344/96.