

財產刑罰作為「剝奪不法利益」之手段 —兩岸（財產）刑罰制度比較

古 承 宗*

目 次

壹、前言

貳、臺灣財產刑罰之種類與適用

一、體制選擇與刑罰種類

二、各類財產刑罰的適用要件

(一)罰金

(二)沒收（犯罪所得部分）

(三)追繳、追徵或抵償

參、中國大陸財產刑罰之種類與適用

一、立法沿革

二、規範體系架構與適用要件

(一)罰金

(二)沒收財產

(三)罰金刑與沒收財產刑之獨立性

(四)非刑罰性質的追繳

肆、兩岸財產刑罰體制之綜合評價

一、（併科）罰金刑作為剝奪不法利益
手段的規範限制

(一)臺灣刑法部分

(二)中國大陸刑法部分

二、沒收犯罪所得作為剝奪不法利益手
段的規範界限

(一)臺灣刑法部分

(二)中國大陸刑法部分

伍、結語

關鍵字：剝奪不法利益、財產刑罰、罰金刑、沒收、罪責原則。

Keywords：skimming off excess profits, fine levied on property, fine, confiscation, guilt principle.

* 古承宗，德國波茲坦（Potsdam）大學法學博士，國立成功大學法律學系助理教授。本人由衷感謝匿名審稿委員惠賜寶貴意見。

摘 要

現代社會中有越來越多的犯罪朝向組織化與財團化發展，其中多以獲取不法利益為目的。為了對抗以獲益為主的（經濟）組織犯罪，財產刑罰逐漸在現今的刑罰制度中佔據重要地位，國家藉此剝奪犯罪行為人因犯罪取得的不法利益。對此，兩岸關於財產刑罰制度的選擇，不論在理論基礎、規範結構、實務應用等皆有所顯著的不同取向，因此有深入相互比較的必要性，以提供雙方經驗之交流。

Skimming off excess profits with fine levied on property — Fine levied on property systems in Taiwan and in China

Ku, Chen-Chung

Abstract

In modern society, there are more crimes developed organized and appeared as business, which primarily aim on illegal profits. In order to fight with organized crimes that focus on illegal economic interests, fine levied on property, which skim off excess profits from criminals, weigh more and more in modern criminal law system. However, fine levied on property system appears very different between law systems in Taiwan and in China, especially in theory basis, structure of regulations, and application in practice. Therefore, this article detail compares differences of fine levied on property systems in Taiwan and in China to offer further experience exchange.

壹、前言

刑法分則各罪的規範結構包括刑罰行為的「構成要件」與「法律效果」兩個部分。就在我們完成刑罰行為之評價，確定該行為具備可罰性基礎之後¹，緊接著就是進入法律效果層面的判斷，也就是所謂的「刑罰」。然而，刑罰並非毫無目的地被運用，其功能目的歷經百年來的討論，從報應理論（或稱贖罪理論）、一般預防理論、特別預防理論、一直到現今位居通說的綜合理論等²，無論理論基礎如何辯證與演進，概括而言，刑罰目的不只是國家應當對犯罪行為人的罪責施以報應，藉由刑罰手段嚇阻犯罪，深化人民法意識，以及建立法律威信而已，亦須同時針對受刑人的偏差行為進行矯治，藉以達到教育感化的目的。所以，無論如何刑罰不是為了實現社會的絕對正義，而只是為了穩定社會秩序這樣的公益不被放棄使用而已³。既然如此，當我們在建構刑罰制度或者具體適用刑罰的時候，不可避免地將面臨到一個根本性的問題，亦即為了預防特定犯罪之發生，什麼樣的刑罰才是適當與必要的。

除了前面提到的基本問題之外，我們觀察到，隨著社會結構持續現代化、科技化發展，人與人之間的社群網路關係越來越趨於

複雜、連結交錯，因而有越來越多的犯罪朝向組織化與財團化發展，其中往往又以獲取不法利益為目的。為了對抗眾多新興的經濟（組織）犯罪，刑法處罰的對象確實有朝向社會上級階層擴張的趨勢⁴，特別是針對以獲益為主的貪利性企業金融犯罪。就這一方面而言，在面對以（犯罪）獲益為目的的經濟犯罪，國家針對「剝奪不法利益」（Gewinnabschöpfung）所採取的財產刑罰手段逐漸地在現代刑罰制度佔據重要地位⁵。從這裡我們可以想像的是，當兩岸同為追求經濟發展的時候，不得不面對對抗經濟犯罪所伴隨而來的犯罪預防難題。而考慮到犯罪預防的前提下，如果我們一再強調犯罪行為人不應當藉由犯罪獲取不法利益，同時對此亦須提問：兩岸現行的（財產）刑罰制度提供了什麼樣的相對應規範機制，以及這些規範機制的運作是否有其法理上的限制。換句話說，這裡涉及到財產刑罰作為剝奪不法利益之手段的正當性問題。

綜觀兩岸關於財產刑罰制度的選擇，不論在理論基礎、規範結構、實務應用等皆有所顯著的不同取向與發展脈絡，因此有深入相互比較的必要性，以提供雙方經驗之交流。為此，本文討論的重點將集中在，兩岸現行刑法規範中直接或間接涉及到剝奪不法利益

¹ 關於「刑罰行為」之三階判斷，請參閱黃常仁，《刑法總論》，漢興，2000年，頁1以下。

² 各種刑罰理論的介紹，請參考林山田，《刑法通論（下）》，自版，2008年10版，頁424以下；林東茂，刑法綜覽，一品，2007年5版，頁1-18以下；林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2006年，頁13以下；柯耀程，《刑法總論釋義（下）》，元照，2005年，頁295以下。

³ Küpper, Richtiges Strafen, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (2003), S.56；此為「刑罰最後手段性」的體現，亦有論者稱為「刑法之謙抑性」，參見甘添貴，〈刑法之謙抑思想〉，《月旦法學雜誌別冊（刑事法學篇）》，元照，2002年，頁2及3。

⁴ 參閱 Bernd Schünemann 著，陳志輝譯，〈從下層階級刑法到上層階級刑法 - 在道德要求中一種典範的轉變？〉，《許迺曼教授刑事法論文選輯》，學林，2006年，頁93以下。

⁵ Eberbach, NStZ 1987, S.486ff.

功能的財產刑罰種類。而細部的分析順序則是先就兩岸的財產刑罰類型進行制度面的介紹（貳、參）；緊接者以刑罰學理為論述基礎，針對兩岸財產刑罰作為剝奪不法利益之手段所衍生的相關問題進行綜合比較（肆）。

貳、臺灣財產刑罰之種類與適用

一、體制選擇與刑罰種類

一九三五年公布施行的中華民國刑法（下稱臺刑法），深受歐陸法系體制影響，刑罰制度的結構多承襲德、日等大陸法系國家的立法模式。依臺刑法第三十二條規定，刑罰基本上區分為兩大類，即「主刑」與「從刑」。又以「財產刑罰」作為類型區分的話，則是分別在主刑的部份規定「罰金」（臺刑§33 No.5）；另外在從刑的部份規定「沒收」與「追徵、追繳或抵償」（臺刑§34 No.2,3）兩者。

首先就罰金刑而言，此種刑罰手段的主要目的在於剝奪犯罪行為人一定數額的金錢。至於處罰數額的範圍為何，臺刑法在刑法總則篇只規定了最低數額的限制，即新臺幣一千元以上（臺刑§33 No.5）。至於最高數額的限制，則是分散規定在分則各罪（包含附屬刑法及特別刑法）的法定刑，例如臺刑法第二三五條第一項規定罰金的最高限額為新臺幣三萬元以下罰金；臺銀行法第一二五條規定為新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。但是，這裡必須注意到的是，分則各罪關於最高數額的限制並不是一套完全絕對的限制

標準，而是在刑法總則篇另外設有一般性的例外規定，亦即，依臺刑法第五十八條之規定，當犯罪所得之利益超過罰金最多額的時候，法院仍然可以在犯罪所得利益的範圍內酌量加重。

其次，適用沒收刑之目的主要是在於針對與犯罪有密切關聯之特定物（臺刑§38 I 參照），例如違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物、以及因犯罪所生或所得之物等，透過剝奪其所有權的手段，強制收歸為國庫所有。縱然沒收刑在法制上被劃歸於從刑的類型，原則上必須附屬於主刑宣告，並且在裁判時併為宣告。不過對此仍有例外的是，違禁物或是在免除其刑下的專科沒收仍然可以獨立宣告（臺刑§39、40 II），以及檢察官依臺刑事訴訟法第二五三條或第二五三條之一為不起訴或緩起訴之處分者，對於犯罪所用、供犯罪預備或因犯罪所得之物，以屬於被告者為限，亦得單獨聲請法院宣告沒收（臺刑訴§259-1）。此外，特別就沒收供犯罪所用或犯罪預備之物，以及因犯罪所生或所得之物這兩種沒收的內容而言，往往所用或是所得之物可能會牽涉到屬於犯罪行為人所有或為第三人所有，不過原則上只能以沒收犯罪行為人所有之物為限，例外沒收屬於第三人所有之物，則必須視有無特別規定始得沒收之（臺刑§38 III）⁶。

至於追徵、追繳或抵償之規定（臺刑§34 No.3），這種刑罰的主要目的在於補救一些無法適用沒收刑的案例⁷，例如詐欺所得被犯罪行為人所盡，或是藉著變賣竊盜取得之

⁶ 例如臺洗錢防制法第十四條第一項規定：「犯第十一條之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第三人者外，不問屬於犯人與否，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。」

⁷ 參閱臺刑法第四十條之一的立法理由。

物而獲取價金等，這些情形反而會讓犯罪行為人在判決確定之後，依舊可以享受到因犯罪附帶而生的成果，所以有從犯罪行為人處強制回收的必要性。因此也可以視其為沒收犯罪所得的一項補充規定。在二〇〇五年刑法修正之前，追徵、追繳或抵償原本只是分散規定於刑法分則、附屬刑法及特別刑法各罪中⁸，立法者並未在刑法總則篇將其獨立列為從刑的種類；就在該年修法之後，將其增訂於刑法總則篇，確定賦予這種刑罰在基礎規範中的法定地位。然而，縱然在刑法總則篇明定了原則性的規範基礎，不過就具體適用的情形而言，仍須視分則各罪有無明文規定為之（臺刑§40 -1）。這樣的立法結果除了兼具宣示意味之外，同時亦能夠符合刑事立法體例，即罪刑法定原則與法律保留原則的要求⁹。

二、各類財產刑罰的適用要件

（一）罰金

罰金刑作為主刑之一¹⁰，在所有的主刑類型之中又為法律效果最輕的一種（參閱臺刑§35）。綜觀刑法分則各罪之規定，並不是所有的犯罪行為皆適用罰金刑，因此有疑問

的是，一個犯罪行為至少必須具備什麼樣的特質，國家對於犯罪行為人動用罰金刑才具備正當性。針對這一點而言，如果我們比較刑法總則篇關於自由刑得變更為執行罰金刑的規定，可以先行確定出適用罰金刑的一般性條件。亦即，依臺刑法第四十一條第一項規定，適用罰金刑的時機為，針對法定刑為五年以下自由刑，並且罪責內容（*Schuldgehalt*）¹¹，特別是在法院審酌所有的量刑條件後，最終相當於宣告應執行刑為六個月以下自由刑的犯罪行為。基於這套變更執行刑的標準，一方面，就規範的實質面而論，適用罰金刑的對象通常為罪責內容較為輕微的犯罪行為；另一方面，純粹就規範的形式而論，適用之罪為自由刑之法定刑度相對較低的罪¹²。此外，刑罰的制裁對象原則上僅以自然人為限，法人不能成為刑法上的犯罪主體，不過仍然有例外規定的是，例如在一些附屬刑法中，法人亦得作為規範擬制的犯罪主體，只不過刑罰的適用對象仍舊為其負責人，此即所謂的「轉嫁罰制」¹³，典型例子為臺銀行法第一二五條第三項：「法人犯前二項之罪者，處罰其行為負責人。」；或是，亦有採取所謂的「兩罰模式」，雖然法人無

⁸ 例如臺毒品危害防治條例第十九條：「犯第四條至第九條、第十二條、第十三條或第十四條第一項、第二項之罪者，其供犯罪所用或因犯罪所得之財物，均沒收之，如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。為保全前項價額之追徵或以財產抵償，得於必要範圍內扣押其財產。犯第四條之罪所使用之水、陸、空交通工具沒收之。」

⁹ 參閱林山田，〈二〇〇五新刑法總評〉，臺灣本土法學雜誌，第67期，2005年2月，頁77；柯耀程，（同註2），頁360。

¹⁰ 原則上不須依附於自由刑，而可以單獨論處。據此，理論上或多或少帶有避免運用自由刑的目的。參閱蘇俊雄，〈罰金刑的比較研究〉，刑事法雜誌，第37卷6期，1993年12月，頁6。

¹¹ 刑法總則篇規定的一般量刑事由，例如臺刑法第十六條但書、第二十三條但書、五十七條等；分則各罪規定的特別量刑事由，例如臺刑法第二七九條、二九四條等；另外，關於刑罰加減事由的分析，可參見靳宗立，〈刑罰加減例之性質與辨正〉，《刑法之傳承與變革》，五南，2007年，頁342以下。

¹² 例如臺刑法第二七七條第一項、三〇二條第一項、三〇六條、三二〇條等。

¹³ 柯耀程，（同註2），頁290。

法作為犯罪主體，不過刑罰效力依舊擴及法人，例如臺銀行法第一二七條之四第一項：「法人之負責人、代理人、受雇人或其他職員，因執行業務違反第一百二十五條至第一百二十七條之二規定之一者，除依各該條規定處罰其行為負責人外，對該法人亦科以各該條之罰鍰或罰金。」

罰金刑通常為刑法分則各罪之「可選擇」的刑罰種類之一，例如臺刑法第一四九條之妨礙秩序罪「罰金」與「有期徒刑」、「拘役」等自由刑並列，法院得選擇其中之一作為宣告應執行之刑；亦有部分的罪規定罰金作為唯一的刑罰種類，例如臺刑法第一四八條之刺探無記名投票罪。縱然有些罪僅規定自由刑為其唯一的刑罰種類¹⁴，但是，並不因此即表示針對該罪就完全沒有適用罰金刑的可能性。申言之，判斷該罪是否仍有宣告執行罰金刑的可能，必須回歸到刑法總則篇規定適用罰金刑的一般性條件，亦即如前所述，依臺刑法第四十一條第一項規定，犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，或是依同條第二項，在數罪併罰的情形¹⁵，其應執行之刑未逾六個月者，法院仍得¹⁶將自由刑更易為宣告執行罰金刑。

原則上各個主刑皆為相互獨立的刑罰手段，同一案件中不能同時適用所有的主刑，換言之，罰金刑只是刑法各罪規定的各種刑罰手段的選項之一。但是仍有例外規定自由刑與罰金刑兩者得予「併科」，這樣的科刑模式往往見於處罰經濟犯罪的領域¹⁷，例如臺刑法第三三九條第一項：「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑，拘役或科或併科一千元以上罰金。」臺證券交易法第一七二條：「證券交易所之董事、監察人或受僱人，對於職務上之行為，要求期約或收受不正利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二百四十萬元以下罰金。」

在法院決定適用罰金刑的情形，除了必須斟酌行為人的個人因素之外（臺刑§57），同時亦須特別考量到其資力狀況，以及犯罪所得之利益（臺刑§58）。不過，罰金刑與自由刑一樣也有可能不予執行。亦即，如果個案事實符合法定緩刑的要件時（臺刑§74 I, II），法院得宣告暫時不執行罰金刑，或者依據行為人當時的經濟與信用狀況，確定無法順利繳納罰金時，法院得將罰金刑變更為改執行服勞役（臺刑§42）¹⁸，或者行為人的

¹⁴ 參照臺刑法第一八〇條第一項。

¹⁵ 在適用數罪併罰的案件中，關於罰金數額的認定與在單純一罪的情形有所不同，也就是說，罰金總額介於各刑之中的最多額以上與各刑的罰金累加之後的總額以下。但是必須注意的是，臺刑法第四十一條第一項對此仍有適用餘地（參照臺刑法§41 III）。也就是說，宣告應執行之自由刑在累加後，總額仍在六個月以下的範圍內時，法院得以將自由刑變更為執行罰金刑。這其中的理由是，法官在同一訴訟程序內依據刑法第五十條針對多數行為所為之判決，不能使被告比在針對各個行為所為之判決的情形下處於更為不利的地位。

¹⁶ 縱然本條文之用語使用的是「得」，而非「應」，這表示刑法賦予法官裁量權，依據個案事實判斷是否有將自由刑變更執行罰金刑的必要性。縱然罰金刑在輕微案件中未必具有絕對的適用優先性，但是，本條文的存在已經相當程度彰顯出自由刑相較於罰金刑更具有最後手段（*ultima ratio*）的性格。

¹⁷ Mitsch, JA 1993, S.307.

¹⁸ 須注意的是，這裡並不包括易科罰金之後，而無法完納的情形。因為易科罰金執行完畢之後，其所宣

犯罪動機從公益的或道義的角度評價，顯然是可以被寬恕的，法院也可以將罰金刑變更為訓誡（臺刑§43），而此項訓誡則是交由檢察官執行（臺刑訴§482）。

（二）沒收（犯罪所得部分）

臺刑法第三十八條規定的沒收刑共計有三種¹⁹，其中與剝奪不法利益有直接關聯性的為沒收「因犯罪所得之物」（參照同條第三款之規定）。所謂的因犯罪所得之物，係指犯罪行為人因實施犯罪而取得之財產上或非財產上的利益，且依附於有形體之物件上²⁰，例如竊盜而取得之財物，或是因犯罪行為而獲得的報酬等。沒收之標的物又以犯罪行為人所有者為限（臺刑§38 III），不過除了刑法總則篇的原則性規定外，一些分則各罪另外設有特別規定，例如臺洗錢防制法第十四條第一項規定：「犯第九條其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第三者外，不問屬於犯人與否，沒收之。」又依臺洗錢防制法第四條規定，犯罪所得則是指因犯罪直接取得之財物或財產上利益，因犯罪而取得之報酬，或是因前述二者所變得之物或財產上利益，但第三人善意取得者，不在此限。依此，與刑法總則篇的規定內容相比較，臺洗錢防制法的確擴張了刑法上關於沒收的法定範圍，因此有論者稱此為「擴大沒

收」²¹。

（三）追繳、追徵或抵償

縱然此刑的主要目的在於避免原本應當沒收之犯罪所得，因為犯罪行為人自身的行為或是其他原因，而喪失沒收的可能性，不過原則上追繳、追徵或抵償標的物以犯罪行為人原有的財產所得為限；如果涉及到第三人所有之物，自應以法律有規定者為限，始得為之²²。然而，論諸實際，此刑的本質與沒收犯罪所得之利益一樣，也是一種剝奪不法利益的手段。只不過與沒收不同的是，追繳、追徵或抵償必須依附於個別之規定，並於裁判時附隨主刑併宣告之，並無一定的獨立性格（臺刑§40 II 及§40-1 參照）。

參、中國大陸財產刑罰之種類與適用

一、立法沿革

中國大陸的財產刑有一個比較完整的體系架構，始於一九七九年七月一日頒布的「中華人民共和國刑法」（以下稱中刑法）。在此之前，中國共產黨為了鞏固新生的政權，頒布了一些特別刑法，而這些刑法多數設有罰金刑的規定，其中例如一九五二年頒布的中華人民共和國懲治貪污條例第六條規定：「一切向國家工作人員行使賄賂，介紹賄賂

告之刑視為已經執行（臺刑§44）。由此得知，易刑處分只是變更應執行之刑的部份，而非宣告之刑的部份。無論如何刑的本質仍然為自由刑。如果今天因為受刑人無法完全繳納罰金，而直接變更為改服勞役刑的話，無非是把刑法第四十二條規定的「宣告罰金刑」不當擴張到「應執行罰金刑」的範圍，而間接變更了基礎之刑。簡言之，此舉將是不當地將「宣告之刑」自由刑變更為罰金刑。

¹⁹ 關於現行法將沒收列為刑罰類型的批評，請參閱薛智仁，〈沒收之定位與從屬性（上）〉，臺灣本土法學雜誌，第98期，2007年9月，頁27以下。

²⁰ 反對意見則是認為沒收標的應該包括抽象的利益，參閱吳耀宗，〈德國刑法追徵（Verfall）制度之研究〉，刑事法雜誌，第45卷3期，2001年6月，頁16。

²¹ 見吳耀宗，（同前註），頁24。

²² 請參考本條之立法理由。

者，若能徹底坦白並對受賄人員實行檢舉者，得判處罰金，免除其他刑事處分。」以及妨害國家貨幣治罪暫行條例第四條第二款規定：「意圖營利而變造國家貨幣，或販運，行使偽造、變造國家貨幣者，其首要分子或情節嚴重者，處無期徒刑或十五年以下七年以上徒刑並酌處罰金。」

中國大陸在一九七九年頒布第一部完整的刑法典，一方面，在總則篇確定財產刑的地位、種類與具體的適用原則；另一方面，在分則各罪的規定部份，財產刑主要是分布在財產犯罪、經濟犯罪及妨害秩序犯罪等領域。隨後又在一九九七年三月經過第八屆全國人大第五次會議審議通過修訂後，並於同年十月施行的刑法典，在關於適用財產刑的部分，特別納入針對單位（法人）犯罪的罰金刑，並且同時擴大分則各罪適用財產刑的比例，這其中主要的適用範圍依舊是環繞著前面提到的財產犯罪、經濟犯罪、妨害秩序犯罪等領域，不過還是擴張到適用貪污賄賂犯罪的領域²³。

二、規範體系架構與適用要件

中國大陸刑法第三十四條規定的財產刑分別為「罰金」與「沒收財產」，而這兩者皆作為從刑（附加刑）²⁴的類型。

中國大陸刑法規定的罰金刑與臺灣罰金刑一樣，目的皆在於剝奪犯罪行為人一定數

額的金錢。但是其中比較不同的是，中國大陸罰金刑的主要功能被強調在作為一種純粹的經濟制裁工具，通常是針對經濟犯罪、財產犯罪與其他貪利性犯罪。就在中國大陸隨著社會主義市場經濟體制的開放之後，違犯經濟犯罪的比率也相對隨之增高，其中眾多的犯罪是由「經濟組織體（企業）」所主導、實行，因此罰金刑除了針對自然人犯罪之外，也同樣是作為懲罰法人犯罪的一項重要手段（中刑§30、31 參照）²⁵。

其次，中國大陸刑法並未在總則篇規定罰金之最低或是最高數額的限制，反而是在分則各罪之中，分別規定了三種罰金數額範圍的認定標準，亦即：例如 1. 中刑法一九三條規定之「二萬元以上二十萬元以下罰金」（限額罰金刑）；2. 中刑法第一四一條規定之「銷售金額百分之五十以上二倍以下罰金」（倍比罰金刑）；3. 針對法人犯罪的罰金數額並無限制，例如中刑法第一一五條第三項規定：「單位犯前兩款罪的，對單位判處罰金。」（無限額罰金刑）不過，除了這些形式上的規範標準之外，至於具體個案中罰金數額的多寡，司法審判機關仍須依照中刑法第五十二條之規定斟酌犯罪情節予以決定。

（二）沒收財產

沒收財產刑的沒收標的基本上為犯罪行為人個人所有財產的一部或是全部。至於沒收範圍的裁量標準，刑法並沒有相對應的具

²³ 相關的立法分析，參閱林輝，〈論罰金刑的適用〉，《新刑法研究與適用（單長宗主編）》，人民法院出版社，2000年，頁222；馬登民、徐安住，《財產刑研究》，中國檢察出版社，2004年，頁74以下與84以下；楊春洗、楊敦先，《中國刑法論》，北京大學出版社，2003年2版，頁138；趙秉志，《刑罰總論問題探索》，法律，2003年，頁255。

²⁴ 考慮到文章用語一致，本文中關於中國大陸的條文用語「附加刑」均改以「從刑」表示，在此合先敘明。

²⁵ 縱然中國大陸刑法典一百五十個條文中，有一百六十七個罪名可以適用罰金刑。不過，實務上（至一九九八年為止）適用罰金刑的比率仍低。見楊正根，《兩岸刑罰總論之比較研究（趙秉志主編）》，五南，1998年，頁716。

體規定，而只是將沒收財產的範圍限制在犯罪行為人所有的部份（參照中刑§59），如果是家屬所有或是共有的財產則不在適用的範圍內。縱然如此，解釋上應與適用罰金刑的情形一樣，法院決定沒收犯罪行為人的財產並非毫無限制，而須一併考慮到犯罪性質、輕重、情節等客觀因素來決定沒收的具體範圍（參照中刑§61）。

與罰金刑不同的是，沒收財產刑只適用於自然人犯罪，如果是法人犯罪的情形，則是針對負責人的財產予以沒收，而非法人之財產（參照中刑§31）。

（三）罰金刑與沒收財產刑之獨立性

以上兩種刑罰皆可以與主刑合併適用，也可以不依附主刑而單獨適用（中刑§34 II）；但是從刑之間卻不能互為合併適用²⁶。無論是附加適用或是獨立適用，均應以刑法分則各罪有明文規定者為據，如果沒有規定可以適用從刑者，就不能附加或是獨立適用²⁷。另一方面，從這裡也可以看出，既然中國大陸刑法規定從刑可以獨立適用，其實本質上已經跳脫必須依附主刑的限制，而具有一定的獨立性格，因此不能稱其為嚴格意義下的從刑²⁸。

另外，這兩種刑罰的科刑模式也大不相

同。就適用罰金刑而言，有「單處」、「選處」與「併處」三種科刑模式²⁹；相較於此，一九九七年修正後的中國大陸刑法典倒是將沒收財產刑統一改為與主刑「併處」的科刑模式，並且其所依附的主刑皆為法定刑度為五年以上有期徒刑之罪³⁰。

因為這兩種刑罰作為從刑並不能相互合併適用，所以在遇到選擇適用的情形時，必須有個供選擇的判斷依據。關於這一點，在具體案例中，例如生產、銷售不符合衛生標準的食品，造成人之身體健康嚴重後果者，依中刑法第一四三條規定，應處七年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處銷售金額百分之五十以上二倍以下罰金或者沒收財產，法院依法必須就適用罰金刑或是沒收財產刑作出選擇的時候，應考慮到犯罪行為人的資力狀況予以決定，如果決定適用沒收財產刑，則必須兼顧所謂的「沒收刑重於罰金刑原則」³¹。換句話說，沒收的總財產價值不能低於法定的罰金數額範圍。

（四）非刑罰性質的追繳

最後，與臺灣刑法類似的規定部份是，中國大陸刑法同樣也有關於「追繳」的規定，只不過具體內容與臺灣刑法規定的追繳不同，反而是類似於臺刑法第三十八條第一項第三

²⁶ 邢曼媛，〈試論我國刑法中的沒收財產刑〉，《新刑法研究與適用（單長宗主編）》，人民法院出版社，2000年，頁263。

²⁷ 楊春洗、楊敦先，（註23），頁149；陳立，海峽兩岸法律制度比較·刑法，廈門大學出版社，1993年，頁107。

²⁸ 楊春洗、楊敦先，（註23），頁150。

²⁹ 例如中刑法第一四三條：「生產、銷售不符合衛生標準的食品，足以造成嚴重食物中毒事故或者其他嚴重食源性疾患的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處銷售金額百分之五十以上二倍以下罰金…。」

³⁰ 例如早在1993年7月2日公布的關於懲治生產、銷售、偽劣商品犯罪的決定第二條第一款即已經採取必併處的科刑模式：「生產、銷售假藥…致人死亡或者對人體身體健康造成其他特別嚴重危害的，處10年以上有期徒刑，並處罰金或沒收財產。」

³¹ 邢曼媛，（註26），頁264。

款之「沒收因犯罪所得或所生之物」。

依中刑法第六十四條規定，關於犯罪行為人因為犯罪所得的一切財物應當予以追繳或者責令退賠，另外，對於被害人的合法財產，應當返還。違禁物或是供犯罪所用的本人財物，應當予以沒收。雖然這條規定的內容同樣與犯罪行為人的財產有所關聯，不過，從該條文形式上被編排在總則篇「刑罰的具體適用；量刑」一節的立法結構觀察，應該是屬於法官具體量刑時，附帶針對財產處置的一種「非刑罰措施」³²。因而有論者³³對於這項措施的理解是，犯罪行為人因為犯罪所取得的不法利益，本來就無權占有，理應追繳或是責令退賠，所以追繳本質上只是一種「恢復原狀」的手段。

肆、兩岸財產刑罰體制之綜合評價

一、（併科）罰金刑作為剝奪不法利益手段的規範限制

首先，比較沒有疑問的是，罰金刑的內容確實牽涉到犯罪行為人的財產利益；另外，面對各式各樣的貪利性經濟犯罪，不論臺灣或者中國大陸的立法者就刑法分則各罪的法律效果皆是傾向於採用自由刑與罰金刑併科的處罰方式³⁴。在具體個案的適用，法官依法斟酌所有可能的量刑條件，決定對犯罪行為人論處自由刑，並同時併科罰金，以企圖藉此達到剝奪不法利益之目的時候，一方面，通常必須考慮到被告本身原本已經保有的經濟實力，另一方面，也會將犯罪行為人因為

實現犯罪而獲得的利益一併考慮在內。不過，這其中衍生出比較複雜的問題是，雖然有時候犯罪行為人最終獲得利益的源頭我們可以間接層層地追溯到犯罪行為，但是有時候這些最終獲得的利益本身並非一定就是違法的³⁵，例如將竊得之物變賣現金，再藉由該現金購買其他物品。因此，針對這方面比較值得進一步探討的是，罰金刑是否真的可以充作為國家剝奪犯罪不法利益的手段；或者如果可行的話，其作為剝奪不法利益之手段有何技術上與法理上的限制。

（一）臺灣刑法部分

從臺灣刑法的規範角度觀察，通常法官考慮犯罪行為人的整體資力狀況，決定對其論處自由刑併科罰金刑，依法有權將犯罪所得考慮在處罰的範圍之內（臺刑§58 參閱）。但是也有可能發生的情形是，如果犯罪利益已經轉由第三人取得，而犯罪行為人自己卻是因此沒有足夠的經濟實力，反而對其根本沒有適用罰金刑的機會。另外，法官依法可以將短期自由刑變更為執行罰金刑，罰金數額的計算為新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日（臺刑§41），所以在決定易科罰金的情形，透過罰金刑手段剝奪不法利益的可能性也隨之降低。依此看來，臺灣罰金刑作為剝奪不法利益之手段的確有其現實面的技術侷限性。除此之外，罰金刑作為剝奪不法利益之手段還有其他方面的限制，特別是考慮到「綜合衡量經濟實力」這一點。進一步地說，法官在為通盤的量刑考量時，確實不只是必須考量到犯罪行為人基於違法行為所

³² 馬登民、徐安住，（註 23），頁 30；陳立，（註 27），頁 107。

³³ 參見陳立，（註 27），頁 109 及 110。

³⁴ 楊正根，（註 25），頁 722。

³⁵ Stree, in: Schönke/Schröder-StGB, 31. Aufl., 2006, § 41 Rn.3.

得到的利益，而且在一些特殊的經濟犯罪領域，例如環境犯罪，亦須一併考量到為了避免犯罪行為人因為被併科罰金刑，反而弱化其原本所保有的經濟實力，因此喪失足以供作排除污染物的處理費用。

但是，這裡提到的利弊只是環繞在純粹技術面的考量。而罰金刑作為剝奪不法利益手段可能衍生的（法理）正當性問題，還是必須回歸到罰金刑作為刑罰的這一項基本命題來進行評價。如前所述³⁶，適用罰金刑的目的與自由刑一樣皆在於作為「罪責衡平」（Schuldausgleich）的工具，同時應彰顯出犯罪行為應有的罪責內容。這一點我們可以從臺刑法第四十一條關於宣告短期自由刑得變更執行罰金刑的規定再次獲得確認。縱然臺灣刑法例外允許自由刑與罰金刑得予併科，不過解釋上，罰金刑依舊不能因此立即跳脫其原本所承載的罪責衡平功能。理由為，臺灣刑罰制度針對貪利性經濟犯罪之所以多採取併科模式，背後的立法考量不外乎社會上不同資力階級之人對於財產刑罰的不同感受程度與犯罪行為人本身的經濟地位，所以選擇加重刑罰痛苦程度，藉此達到受苦公平（Opfergleichheit），以及刑罰所企圖的一般預防目的。不過基於罪責原則，我們在適用併科罰金刑的時候，無論如何仍然必須兼顧到自由刑與罰金刑兩個主刑之間互相協調的可能性，以符合違法行為本身應有的罪責內容³⁷。

既然剝奪不法利益之客體限於犯罪行為人的犯罪取得，但是罰金刑的主要目又是在於罪責衡平，不是供國家作為利益剝奪之手

段，因此法院就罰金數額範圍的認定就不應包括犯罪所得在內。此外，依照臺灣刑法的規定，例如臺刑法第三三九條第三項（詐欺未遂罪），對未遂犯的處罰也有可能動用到罰金刑。從這裡可以想像的是，在經濟犯罪領域的未遂犯，犯罪行為人往往仍未取得任何的不法利益，而罰金數額所能涵蓋到的範圍，也就會侷限在犯罪行為人在行為之前原本保有的財產利益。就這一點而言，我們也可以說併科罰金刑的主要目的並非在剝奪犯罪行為人的犯罪所得部分，反而是在於強調處罰犯罪行為人特殊的主觀（貪利性）犯罪動機³⁸。

最後，比較值得注意的是，如前所述，依據臺灣刑法第五十八條規定，當犯罪行為人因犯罪所得之利益超過罰金最多額時，法官得於具體案件中在其所得利益的範圍內酌量加重罰金數額。初步從條文的形式觀察，這項規定看似符合受苦公平的要求。不過，立法者賦予司法審判機關在犯罪所得範圍內酌量加重罰金數額的權限，罰金刑的功能卻有從罪責衡平擴張到作為剝奪不法利益手段的潛在危險。如此一來，這樣的立法模式將會產生牴觸罪責原則的疑慮。而且，如果具體個案中罰金刑的內容（臺刑§33 No.5）與沒收刑的內容（臺刑§38 I No.3）因為適用臺刑法第五十八條而有部份重覆的情形，除了違反禁止重複處罰原則之外，同時也有可能剝奪了犯罪行為人的再社會化機會。為了避免發生這些問題，第五十八條之規定應當為限縮解釋。也就是說，法官得以斟酌的罰金範圍必須限制在因為實施犯罪而間接獲得的

³⁶ 請參閱本文貳、二、（一）的說明。

³⁷ Meier, Strafrechtliche Sanktion, 2001, S.58; Stree, in: Schönke/Schröder -StGB, 27. Aufl., 2006, § 41 Rn.8; 不同意見, Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., 2006, § 41 Rn.3.

³⁸ Eberbach (Fn.5), S.487.

利益部分，並且這些利益的取得本身必須不是違法的，例如化學工廠因犯罪行為所節約下來的生產成本、變賣贓物所得之價金、金錢的孳息等。當然，這裡亦須注意到的是，最終決定的罰金數額必須符合行為應有的罪責內容。

(二)中國大陸刑法部分

中國大陸刑法同樣設有罰金刑與其他刑罰併科的制度，主要目的亦是針對貪利性經濟犯罪。另外，罰金刑雖然作為從刑之一，但是依法還是有獨立適用的可能性。所以實際上法院也有可能透過罰金刑達到剝奪不法利益之目的。關於促成這一項剝奪功能，另外一個可能的因素為，中國大陸刑法並沒有易科罰金的制度³⁹。縱然沒有易科罰金的規定，罰金刑作為刑罰的一種仍然必須保有罪責衡平的功能（中刑§5），但是如果設有易科罰金刑制度，不僅可以避免短期自由刑的問題⁴⁰，而且在相當程度上可以再度提示刑罰的罪責衡平功能。在這裡我們會提出這樣的對比強調，並非在於論證易科罰金刑與罰金刑之罪責衡平功能之間的絕對關聯性，而是因為考慮到中國大陸刑法就罰金數額範圍設定之判斷標準可能產生的問題。進一步地說，至少先就形式的規範文義初步觀察，中

刑法第五十二條僅用了「犯罪情節」此一概括性用語拘束法院認定罰金範圍的權限，但是從這樣的文字描述看來，我們其實根本無從確定什麼樣的評價因素應當屬於犯罪情節的概念內涵。所以，與其說是拘束認定範圍，不如說是相當程度上的實質擴張。基於這個量刑規範所創造出來的裁量模糊地帶，中國大陸刑法很難為罰金刑明確界定出罪責衡平的功能，而其原本所應當表現的罪責衡平功能也可能會輕易地被純粹政策性的財產剝奪目的所取代。

目前中國大陸罰金刑的適用率逐漸提高主要是緊隨著經濟體制的變化而定。在中華人民共和國成立後的二十年間，當時的國家經濟制度採取所謂的計劃經濟體制，社會發展以及供需並非透過市場的自由機制決定，反而是交由政府的計畫來實現。依據歷史經驗，實施這種體制的結果阻礙了各種經濟活動的發展可能性，而且在人民所得採取平均主義的情形下，一般民眾不太可能累積太多的個人財產，正因為如此罰金刑的適用率非常低⁴¹。就在第十四次人民代表大會決議國家實施新的社會經濟體制，企圖透過市場經濟體制活絡經濟發展，而隨著經濟的快速發展，罰金刑的適用率確實也就相對地提高⁴²。

³⁹ 其中的原因主要是在於擔心「以錢贖刑」的問題。如果自由刑與罰金刑之間可以轉換，對於受刑者而言是不公平的。因為在商品經濟的社會之中，由於貧富差距總是存在，易科制度規定，受益者往往是富人，容易造成社會錢可消災的投機印象，因此不能體現法律的公正性；另外，各種刑罰各具有不同的內涵意義，如果允許各刑之間的變更執行，將會混淆不同性質之刑罰的適用目的，使刑罰產生不了其原本所應有的作用。參閱王前生、黃勝春，〈關於罰金刑適用過程中若干問題的探討〉，《新刑法研究與適用（單長宗主編）》，人民法院出版社，2000年，頁237；史慶令，〈對罰金刑適用原則及方式的研究〉，（同前書），頁226；相反意見，參閱費貴廉、曾嵐，〈論罰金刑的擴大適用問題〉，（同前書），頁232；馬登民、徐安住，（註23），頁233以下；陳興良，《刑法適用總論（下卷）》，中國人民大學出版社，2006年2版，頁199。

⁴⁰ 有論者提出修法呼籲仿照臺灣刑法的易科罰金制。見楊正根，（註25），頁723及724。

⁴¹ 趙秉志，（註23），頁225。

⁴² 「1988年，全國法院審結的刑事案件中涉及罰金刑的罪名有138個，佔刑法規定單處或併處罰金刑罪

縱然如此，中國大陸刑法基本上仍然是以社會主義思想⁴³為立法原則，國家往往會試圖透過所謂「更有彈性」的財產刑罰手段，特別用以對抗重大的經濟犯罪與危害國家安全罪。進一步地說，在一方面，剝奪犯罪者（特別是企業或事業單位、國家機關、社會團體等）賴以繼續犯罪的資本，藉此保護國家、團體與人民的合法財產。這種刑罰不但帶有高度政治上的意義，同時給予犯罪行為人嚴厲的經濟制裁，以保護社會主義的市場經濟體制⁴⁴；另一方面，就在施以刑罰的同時，可以達到教育、改造犯罪行為人的目的⁴⁵。基於社會主義的思考基礎，適用罰金刑仍舊或多或少帶有作為維護政經制度手段的色彩，因而常被視為一種純粹的經濟制裁手段。或許正因為如此，學界多數見解⁴⁶亦認為，適用罰金刑的前提必須斟酌到犯罪行為人之犯罪情節與經濟狀況，特別是所謂的犯罪情節部分（中刑法§52）包括了「犯罪所得的多寡」。這樣的擴張看法正好呼應了我們前面針對中刑法第五十二條之立法技術所提出的疑慮。

綜合上述的觀點，雖然中國大陸刑法第

五條確實有明確規定國家動用刑罰權時，必須符合罪責原則的要求，然而在對抗經濟犯罪的領域，中國大陸在適用罰金刑的時候，卻仍有可能基於社會主義式的制裁思考，而（輕易）忽視罰金刑的罪責衡平功能，轉向作為剝奪犯罪不法利益的主要手段。不過對此，學界間已經開始有不同的主張：一者認為適用併科刑的情形，在確定罰金數額之前，必須考慮到罰金刑與主刑之間一定的比例關係⁴⁷；二者認為剝奪犯罪所得應當屬於沒收刑的任務，而非罰金刑⁴⁸。這些回歸罰金刑之功能本質的有力主張，不論未來在學界或是實務界是否足以產生決定性的影響力，值得繼續觀察。另外，除了回歸刑罰本質的主張之外，目前可以避免罰金刑功能不當擴張的方法只有仰賴司法節制，也就是說，如同前面針對臺灣刑法規範提出的限縮解釋方法，關於中國大陸刑法第五十二條「犯罪情節」的解釋與適用，法官得以斟酌的罰金範圍必須限制在因為實施犯罪而間接獲得的利益部分與這些利益的取得本身必須不是違法的，同時，最終決定的罰金數額必須符合違法行

名的 85.19%，佔全年審結案件所涉 310 個罪名的 44.52%。單處或併處罰金刑的犯罪份子佔判決發生法律效力罪犯的 47.16%，比上年上升 43.38%。」，統計資料轉引自趙秉志，（註 23），頁 255。

⁴³ 亦即刑罰帶有作為政權的階級鬥爭的性質，參閱赫興旺，（註 25 書），頁 536 及 536；相較於此，中國大陸近期的刑罰理論發展趨勢為，有越來越多的聲音主張刑罰目的應該定位為「預防功能」，例如楊春洗、楊敦先，（註 23），頁 138。

⁴⁴ 楊春洗、楊敦先，（註 23），頁 150 及 151。

⁴⁵ 參閱陳立，（註 27），頁 110；李洪欣，〈金融犯罪刑罰適用問題思考〉，《新刑法研究與適用（單長宗主編）》，人民法院出版社，2000 年，頁 258。

⁴⁶ 例如王作富，〈中國刑法研究〉，中國人民大學出版社，1988 年，頁 304；史慶令，（註 39），頁 226；劉炎、劉才光，〈罰金刑執行難的原因與其對策〉，《新刑法研究與適用（單長宗主編）》，人民法院出版社，2000 年，頁 252；樊鳳林、周其華、陳興良，〈中國新刑法理論研究〉，人民法院出版社，1997 年，頁 277；進一步的學說整理，請參照趙秉志，（註 23），頁 256 以下。

⁴⁷ 王前生、黃勝春，〈關於罰金刑適用過程中若干問題的探討〉，《新刑法研究與適用（單長宗主編）》，人民法院出版社，2000 年，頁 236。

⁴⁸ 馬登民、徐安住，（註 23），頁 228 以下。

為應有的罪責內容。

二、沒收犯罪所得作為剝奪不法利益手段的規範界限

與剝奪不法利益有最直接關聯性的就是沒收犯罪所得。在經濟犯罪的領域裡，犯罪行為人因為實施犯罪而獲得各種有形或者無形的利益，例如毒品犯罪的情形，販賣毒品者因為出售毒品而賺取現金利益，或是在環境犯罪的情形，工廠排放工業廢水，一方面污染水資源，威脅人民的生命、身體、健康法益；另一方面，卻可以從中享受到節約處理廢水成本的無形利益。其次，相較於傳統的犯罪型態，例如傷害罪、竊盜罪等，不論從量的或是質的觀點觀察，經濟犯罪就個人或是社會所造成的侵害效果往往為龐大的，甚至有時候侵害範圍難以估算⁴⁹。針對侵害效果這方面而言，如果我們從經濟學的角度評價，當犯罪發生的時候，人民與社會通常所必須承擔的其實就是因犯罪行為伴隨而來的負面外部效果（negative externe Effekte）。簡單地說，其必須承擔不必要的額外生存成本。而針對貪利性的經濟犯罪，除了傳統刑罰制度所強調的預防功能之外，依照這邊提到的經濟學觀點，國家必須採取其他特殊手段，可以讓人民、社會與犯罪行為人之間的外部成本承擔取得一個平衡點。也就是說，

採取透過所謂的「外部成本內化」（Internalisierung externen Kosten）⁵⁰手段：藉此一方面，避免第三人與社會必須毫無條件地承擔犯罪行為人所造成的（負面）外部成本；另一方面，透過外部成本內化的手段影響潛在犯罪行為人的行為決定。我們將這樣的經濟思考基礎轉換成刑法上的規範觀點，特別是針對沒收犯罪所得的部份，其實沒收犯罪所得的意義就已經不單單是形式上所理解的剝奪不法利益，而是實質上，國家企圖藉此達到外部成本內化的目的，並且同時產生與自由刑、罰金刑等相類似的行為控制效果⁵¹。因此，剝奪犯罪所得的沒收手段，其實並非同罰金刑一般著重於罪責衡平的功能，反而是作為一種「準狀態衡平的措施」（quasi-konditionelle Ausgleichsmassnahme）⁵²。申言之，具體個案中，犯罪行為人因為犯罪所得遭到沒收，因而在主觀上感受到刑罰的效果，充其量只能說這是沒收犯罪所得引起的反射效果，基於這樣的效果間接地使得沒收手段導向積極的一般預防功能⁵³。

如果以這邊所提出的成本平衡觀點為論述基礎，針對規範面的沒收犯罪所得，我們必須進一步提問的是，到底沒收的犯罪所得範圍應該如何認定⁵⁴，特別是犯罪行為人為了實施犯罪行為所支出的成本，到底算不算在沒收的範圍之內。

⁴⁹ 參閱 Herzog, Nullum Crimen Sine Periculo Sociali, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, S.105ff..

⁵⁰ Seiler, Recht und technische Risiken, 1997, S.359.

⁵¹ Kracht, wistra 2000, S.326.

⁵² 相同結論，例如 Eser, in: Schönke/Schröder-StGB, 27. Aufl, 2006, Vor § 73, Rn.18; Meier (Fn.37), S.339; Mitsch (Fn.17), S.306.；不過在說理上，德國傳統論者對於所謂的準狀態衡平措施仍多是強調財產利益分配回復到合乎法秩序的狀態，而非外部成本內化的功能。

⁵³ 相同結論，見 Horn, in: SK-StGB, 8. Aufl., 2000, § 73 Rn.4.

⁵⁴ 例如柯耀程，（註2），頁356。

（一）臺灣刑法部分

依臺刑法第三十八條第一項第三款規定：「因犯罪…所得之物」，首先在條文形式語意比較沒有爭議的是，犯罪所得必須是透過犯罪行為而直接獲取者，而犯罪的間接收益並不包含在內⁵⁵。然而比較有疑問的是，犯罪所得的範圍是否應該採取「總值原則」或是「淨值原則」，實務與學界之間的看法則是存有爭議。

部分的實務見解認為應該採取總值原則。也就是說，計算犯罪行為人的犯罪所得時，即以其從犯罪所獲得的財產總收益為基準，不需要再扣除犯罪行為人為了獲取不法利益而支出的費用或是其他行為成本，例如最高法院九十三年度臺上字第三一九九號判決的見解認為，犯洗錢罪所得之報酬均不必扣除成本，所以凡是因為洗錢或是幫助洗錢犯罪所獲得之財產，均予宣告沒收。另有學說⁵⁶主張，犯罪行為人為了實施特定之犯罪行為所投注的成本，在任何條件之下都不能視為正當權利。如果只是因為犯罪所得超出了犯罪成本，而在利益剝奪時必須扣除掉其中的成本支出，如此一來無非是變相地讓犯罪行為人享受不法成本的優惠，而且也將迫使不法成本在法律評價上因此被視為合法的謬誤。相較於此，另有部分實務見解⁵⁷則是抱持相反意見認為應採「淨值原則」為當，亦即沒收犯罪所得的範圍計算必須先行扣除掉犯罪行為人因為實施犯罪所支出的費用與成本，

例如臺洗錢防制法第十二條第一項就是明文採取差額計算。除此之外，則是有論者⁵⁸採取相對折衷的立場，沒收犯罪所得的刑罰性質並非在於剝奪犯罪行為人因為犯罪而增加的不法利益，而是主要讓其終局喪失為了犯罪所做的實質投入，縱然原則上法官就沒收刑的適用並沒有裁量權，但是考慮到刑法第三十八條第三項確實已經明文賦予法官裁量空間，所以不排除可以基於罪責原則的考量，決定是否扣除犯罪行為人所投入的犯罪成本。

為了解決前述的理論爭議，我們在這裡嘗試回到創設沒收犯罪所得制度的經濟目的，重新評價沒收的實質範圍。首先必須說明的是，沒收犯罪所得在臺灣的刑法體系之中，從規範結構的角度看來是被劃歸為刑罰的一種⁵⁹，不過論其本質，無非只是一種要求犯罪行為人內化（犯罪）外部成本的手段，試圖讓犯罪行為人與第三人、社會之間的生存成本承擔達到一種均衡狀態。因此，已如前所述，犯罪行為人因此產生的刑罰痛苦感受，只是沒收犯罪所得的一種類刑罰的反射效果而已。再者，針對沒收犯罪所得作為外部成本內化的一種利益衡平手段，除了第三人與社會所承擔的負面外部成本之外，我們亦不得不考慮到犯罪行為人從事違法行為之風險成本。因為一個理性的犯罪行為人在實施犯罪之前，例如排放工廠廢水或是進行內線交易等，必定也會考慮到這個行為本身伴隨而來的所有處罰可能性，例如這邊討論到的刑

⁵⁵ 僅參考林山田，（註2），頁487。

⁵⁶ 柯耀程，（註2），頁358及359；吳天雲，〈論沒收犯罪所得應否扣除成本〉，月旦法學雜誌，第129期，2006年2月，頁108以下。

⁵⁷ 例如最高法院九十三年度臺上字第二八八五號判決。詳細的實務見解整理，請參考吳天雲，（同前註），頁98及99。

⁵⁸ 薛智仁，（註19），頁31。

⁵⁹ 薛智仁，（註19），頁30。

罰。就在刑罰可能性的預測範圍之內，犯罪行為人如果仍然執意冒險繼續實施犯罪行為，表示其自身已經進行過犯罪行為之各種正、負面效應的綜合評估，而把所有可能發生的行為成本列入風險預測的範圍之內，而這邊所謂的風險成本當然也包括了為了實施犯罪行為所必須投注的費用，以及其他的行為成本。就在行為人考慮所有可能的風險成本之後，作出行為決定，並且實施違法行為，因此對於第三人或是整體社會造成了相當程度的負面外部成本。基此，這兩種成本之間就有了經濟上相互衡平的基礎與刑事政策上的衡平必要性，亦即犯罪行為人不得經由犯罪獲取利益。所以，當我們在討論究竟應採取總值理論或是淨值理論的時候，從外部成本內化的角度看來，根本沒有理由再把犯罪行為人計算風險成本的這項因素排除在外。因此，所謂的犯罪所得，實質上既然包括了犯罪行為人經過評估的所有行為風險成本，而應沒收的利益範圍也就應當是以採取總值理論較為適當。

不過，臺灣立法者既然將沒收犯罪所得劃歸為刑罰的類型，因此要將其理解為一種純粹的準狀態平衡措施，顯然仍有一段（形式）規範上的適用差距⁶⁰。縱然如此，因為這樣的沒收手段其實只是本質上附帶地產生的「類刑罰反射效果」，而非屬於嚴格意義下的刑罰制裁，所以在考慮到所有可能產生的類刑罰反射效果的情形，立法者一方面在臺灣刑法第三十八條將沒收犯罪所得採取直

接定位為一種刑罰手段；另一方面又在該條第二項賦予法官裁量權，亦即特別在具體個案的適用情形，可以考量到罪責原則的適用⁶¹，而避免妨礙犯罪行為人再社會化的可能性，尚屬可接受的立法結果。

（二）中國大陸刑法部分

中國大陸的沒收刑與臺灣刑法規定的沒收內容不同，其內容主要在於沒收犯罪行為人原本所保有的財產利益。不過與臺灣沒收刑類似的，反而是被中國大陸刑法歸類為不具刑罰性質的「追繳」。縱然如此，臺灣實務界與學界間關於總值理論與淨值理論的討論，在中國大陸的沒收財產與追繳制度之中被提及的機會可能性不大，而實務見解似乎亦傾向於追繳的不法所得不再另外扣除犯罪成本⁶²。這其中可能的原因不只是中國大陸關於財產刑的適用仍然帶有社會主義的思考，也就是說，沒收財產刑是對抗反革命及重大經濟犯罪的有力手段⁶³；另外一個重要原因在於，中國大陸關於刑事沒收制度採取「雙軌制」，亦即作為廣義沒收概念的沒收財產刑與作為特定沒收概念的追繳。進一步地說，我們可以想像的是，如果法院判定應當沒收的犯罪所得必須先行扣除犯罪行為人為了實施犯罪所投注的成本，而這個預先被扣除的部份，仍然有可能透過執行沒收財產刑的方式（廣義沒收）再度被剝奪。在此雙軌制度的架構之下，除了沒收犯罪行為人的犯罪所得之外，又額外地沒收其自身原本所保有之財產利益，將會導致剝奪犯罪行為人的再社

⁶⁰ 薛智仁，（註 19），頁 30。

⁶¹ 相同結論，參見吳天雲，（註 55），頁 109。

⁶² 「考慮到案發後，被東兆龍瞞購的國有資產全部追繳，國家損失已經挽回...被告人東兆龍犯貪污罪，判處有期徒刑五年，併處沒收財產 10 萬元。」判決內容轉引自中國人民共和國最高法院公報，第 105 期，2005 年，頁 39。

⁶³ 陳立，（註 27），頁 110；楊正根，（註 25），頁 742 以下。

會化機會。

伍、結語

最後分項說明本文關於兩岸財產刑罰作為剝奪不法利益之手段的分析結果：

1. 兩岸對於刑罰目的的理解不同，所以在對抗貪利性經濟犯罪的領域，形成相異的財產刑罰制度與適用邏輯。不過，兩岸的刑法典原則上皆明示罪責原則作為刑罰基礎，又罰金刑既然作為刑罰之一種，就必須堅守罪責衡平的功能，並非擴張到作為剝奪犯罪不法利益之手段。據此，不論臺灣刑法（臺刑§58）或是中國大陸刑法（中刑§52）關於罰金數額所訂定的判斷依據，都存在著司法審判機關將罰金刑之功能擴張到剝奪犯罪不法利益的危險。除了適用罰金刑應回歸刑罰本質的呼應之外，就目前兩岸現行法的規範現狀而言，唯一可以避免罰金刑不當擴張的方法就是對於法定的量刑依據採取限縮解釋。亦即，法官得以斟酌的罰金範圍必須限制在因為實施犯罪而間接獲得的合法利益部分，同時，處罰範圍必須符合行為的罪責內容。

2. 兩岸皆設有沒收制度，具體內容卻不盡相同。嚴格地說，沒收制度裡的「沒收犯罪所得」才是真正的與唯一的剝奪犯罪不法利益的正當性手段。原則上沒收犯罪所得屬於一種「準狀態衡平的措施」，本質上並非刑罰，但是對於犯罪行為人而言，仍有可能產生所謂的類刑罰反射作用。因此，臺灣刑法將其直接劃歸為刑罰的一種，同時又賦予法官裁量權，在合理範圍內決定沒收範圍，應屬可接受的立法模式。相較於此，中國大陸刑法的沒收制度包含具刑罰性質的沒收財產制與非刑罰的追繳（沒收犯罪所得），同時適用這兩套措施的結果將產生剝奪犯罪行為人之再社會化機會的危險，無助於犯罪預防之目的。

參考文獻

一、中文：

- (一) Bernd Schünemann 著，陳志輝譯，〈從下層階級刑法到上層階級刑法—在道德要求中一種典範的轉變？〉，《許迺曼教授刑事法論文選輯》，學林，2006年，頁93-116。
- (二) 王作富，《中國刑法研究》，北京，中國人民大學出版社，1988年。
- (三) 甘添貴，〈刑法之謙抑思想〉，《月旦法學雜誌別冊（刑事法學篇）》，臺北，元照，2002年，頁2-3。
- (四) 吳耀宗，〈德國刑法追徵（Verfall）制度之研究〉，《刑事法雜誌》，第45卷3期，2001年6月，頁1-43。
- (五) 吳天雲，〈論沒收犯罪所得應否扣除成〉本，《月旦法學雜誌》，第129期，2006年2月，頁97-110。
- (六) 林山田，〈二〇〇五新刑法總評〉，《臺灣本土法學雜誌》，第67期，2005年2月，頁73-102。
- (七) 林山田，《刑法通論（下）》，臺北，自版，2008年10版。
- (八) 林東茂，《刑法綜覽》，臺北，一品，2007年5版。
- (九) 林鈺雄，《新刑法總則》，臺北，元照，2006年。
- (十) 柯耀程，《刑法總論釋義（下）》，臺北，元照，2005年。
- (十一) 馬登民、徐安住，《財產刑研究》，北京，中國檢察出版社，2004年。
- (十二) 陳立，《海峽兩岸法律制度比較·刑法》，廈門，廈門大學出版社，1993年。

- (㉔)陳興良，《刑法適用總論（下卷）》，北京，中國人民大學出版社，2006 年 2 版。
- (㉕)黃常仁，《刑法總論》，臺北，漢興，2000 年。
- (㉖)單長宗（主編），《新刑法研究與適用》，北京，人民法院出版社，2000 年。
- (㉗)靳宗立，〈刑罰加減例之性質與辨正〉，《刑法之傳承與變革》，臺北，五南，2007 年，頁 301-350。
- (㉘)楊春洗、楊敦先，《中國刑法論》，北京，北京大學出版社，2003 年 2 版。
- (㉙)趙秉志（主編），《兩岸刑罰總論之比較研究》，臺北，五南，1998 年。
- (㉚)趙秉志，《刑罰總論問題探索》，北京，法律出版社，2003 年。
- (㉛)蘇俊雄，〈罰金刑的比較研究〉，《刑事法雜誌》，第 37 卷 6 期，1993 年 12 月，頁 6-35。
- (㉜)薛智仁，〈沒收之定位與從屬性（上）〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 98 期，2007 年 9 月，頁 21-37。
- (㉝)樊鳳林、周其華、陳興良，《中國新刑法理論研究》，北京，人民法院出版社，1997 年。
- Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Frankfurt a. M. 1990, S.105-127.
- (㉞) Kracht, Michael: Gewinnabschöpfung und Wiedergutmachung bei Umweltdelikten, in: wistra 2000, S.326-334.
- (㉟) Küpper, Georg: Richtiges Strafen – Fragestellung zwischen Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, in: Jahrbuch für Recht und Ethik (2003), S.53-81.
- (㊱) Meier, Bernd-Dieter: Strafrechtliche Sanktionen, Berlin 2001.
- (㊲) Mitsch, Wolfgang: Die Geldstrafe, in: JA 1993, S.304-310.
- (㊳) Schönke, Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München 2006.
- (㊴) Seiler, Hansjörg: Recht und technische Risiken, Grundzüge des technischen Sicherheitsrechts, Zürich 1997.
- (㊵) Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch, 53. Aufl., München 2006.

二、外文：

- (一) Eberbach, Wolfram H.: Zwischen Sanktion und Prävention - Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung nach dem StGB, in: NStZ 1987, S.486-492.
- (二) Herzog, Felix: Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Modernes