

刑法沒收專論——沒收新法實例系列 40

對向犯之異種沒收競合：投票、行收賄罪（一）

林鈺雄 臺灣大學法律學院教授

【選舉賄賂案】選舉樁腳甲涉嫌以每票新臺幣（下同）5,000 元替公職人員候選人 A 賄選，經檢察官起訴甲投票行賄罪（選罷法 § 99 I）。甲已交付乙、丙兩投票權人，檢警各對乙、丙查扣 5,000 元賄款價額（非原交付之現金）。試問下列情形，應如何宣告沒收（含追徵，下同）？於甲程序可否對甲宣告沒收賄款？總計可對甲、乙、丙宣告多少數額之沒收？

Q1、檢察官亦起訴乙、丙兩人投票收賄罪（刑法 § 143）。

Q2、檢察官對乙、丙皆為緩起訴處分，且未聲請單獨宣告沒收其賄款。（或 Q2a：且另行聲請單獨宣告沒收其賄款）。

Q3、以上 Q1、Q2 情形，設若乙收賄後，擔心被查獲，遂主動退還 5,000 元賄款給甲。試問情形有無或有何不同？

壹、爭點

本案涉及兩組進階的沒收問題：沒收競合 v. 共同/連帶沒收。後者，從沒收舊法時期即有爭議，實務曾數度變更見解：從最早期不分青紅皂白的絕對肯定說（連帶沒收主義），到矯枉過正的絕對否定說。近期最高法院見解，以 104 年度台上字第 3604 號（刑事，下同）判決創始的區分說/共同沒收說為代表，從「犯罪所得沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施」及「利得在於何人依事實上之（共同）處分權為斷」出發，作為類型區分及共同沒收之理論依據，並於共同處分權範圍內採部分肯定說，但

以「共同沒收」之新創術語，避免與早期肯定說混淆。沒收新制施行後，共同沒收說契合新制，成為裁判主流（註 1）。

前者，即沒收競合，泛指同種沒收（例如同為犯罪所得）或異種沒收（例如犯罪所得 v. 犯罪工具）、對同一人沒收（例如行為人收賄後另犯洗錢）或對不同人沒收（例如對共同行為人/任意共犯，或如對向犯/必要共犯）的各種沒收之間，可能產生競合的現象。案例所示犯投票行、收（受）賄罪之對向犯沒收競合（註 2），即為一例。交付的買票錢（賄款），從行賄者、收賄者出發，各有不同沒收原因，皆於法有據，對向一方之犯罪工具沒收與對向他方犯罪所得沒收，遂產生不同人間的異種沒收競合現象。該如何處理呢？簡言之，兩者應否分別宣告、併予執行？或者僅擇一宣告，執行其一；但應宣告何者及標準何在？或者可比照共同處分權之共同正犯而宣告共同沒收，使本案沒收總額限定在 1 萬元的賄款數額呢？

不論是沒收競合脈絡或共同沒收脈絡，都常討論或涉及禁止重複或超額沒收原則。但其先決問題正是判定沒收總額！換言之，必須先判斷全案對全部人的沒收總額應該是多少，始能評價有無重複或超額沒收。而學說或實務上支持共同沒收的原因之一，即在於其宣告方式具有限制沒收總額不超過全部不法利得總額上限的作用。沒收總額亦為本案沒收之先決問題與關鍵所在。

其次，行為雙方皆處罰之對向犯的沒收競合問題

註釋

註 1：於區分說/共同沒收說之說理及類型區分之下，實務另一分支是平均分攤說，但此說於理論與實務上皆不可行，評釋參林鈺雄，〈犯罪所得之連帶/共同沒收—最高法院相關裁判之綜合評釋〉，《法學叢刊》，258 期，2020 年 4 月，頁 1-36。

註 2：參林鈺雄，〈沒收競合與共同沒收—以相續型之事實上處分權為中心〉，《月旦法學雜誌》，304 期，2020 年 9 月，頁 92-113（預計）；薛智仁，〈投票行賄罪之沒收難題—評最高法院 100 年度臺上字第 214 號判決〉，《臺灣法學雜誌》，248 期，2014 年 5 月，頁 41-52。

(如果立法只處罰其中一方，自不生此問題)，如本案所示刑法與公職人員選舉罷免法(下簡稱選罷法)之投票行、收賄罪(選罷法§ 99, 刑法§ 143)，其特色在於：一來，並非如共同沒收典型案例中，共同行為人間犯罪所得的同種沒收競合情形，而是對向一方的犯罪所得與對向他方的犯罪物，產生「不同、對向行為人之異種沒收競合」。二來，任意共犯(廣義)之共同行為人，作為宣告共同沒收前提之事實上共同處分權，往往是(於犯罪某個階段曾經)同時、共同存在於系爭財產標的；反之，必要共犯之對向犯，如案例所示，系爭賄款於對向犯間之事實上處分權限，並非同時存在，而是先後、接續取得單獨處分權(甲→乙和丙)，Q3 退回賄款情形亦然(乙→甲)。

以下先分別從投票收賄者(下文貳、一)、投票行賄者(下文貳、二)角度分析各自沒收問題，再處理兩者沒收競合之問題，並評析最高法院相關見解(下文貳、三)。最後歸納結論(下文參)。

貳、解析：對向犯之異種沒收競合

一、投票收賄者之犯罪所得沒收？

(一)一般利得沒收：審查體系

首先審查乙、丙所取得賄款的沒收，依利得沒收之審查體系：

1、前提審查：有無刑事不法行為(刑法§ 38-1 I, IV)? 利得沒收之前提，乃存在一個刑事不法(具有構成要件該當性及違法性)行為，但不以具有責性為必要。案例中乙、丙所為構成刑法第 143 條之投票收賄罪：「有投票權之人，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，而許以不行使其投票權或為一定之行使者，處三年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。」審查通過。

2、有無利得審查：有無為了犯罪或產自犯罪之利得(刑法§ 38-1 I, II, IV)? 本案因乙、丙的投票收賄

而有合計 1 萬元賄款所得。另直接利得乃犯罪行為人實際取得、支配的利益，僅取決於事實上對財產標的之支配、處分權，無關民法的合法有效判斷。故給付賄款縱民法上因違反強行規定而無效的法律行為，不能產生合法的財產移轉效果，收受賄款者並未因給付而取得賄款的所有權；但已取得賄款的事實上支配、處分權，經濟上有所增益，該賄款乃「為了犯罪」而獲取的報酬/對價(Entgelt)，故仍屬刑法上得予沒收的犯罪利得。本階審查通過。

3、利得人審查：何人因犯罪而有利得(犯罪行為人或第三人)? 此階段應具體區別究竟是何人獲取了利得。若有複數犯罪行為人者，取決於其各自支配、處分數額，故乙、丙各有 5,000 元利得(刑法§ 38-1 I)。本案無第三人利得沒收問題。本階審查通過。

4、利得範圍：1) 直接、2) 間接利得及 3) 其替代價額? 直接利得討論扣除成本問題，間接利得包含孳息與替代品，本案皆無 1)、2) 問題，但有 3) 問題。不法利得依其所受利益性質或嗣後因消費、滅失、混同等原因而不存在者，皆改追徵其替代價額(刑法§ 38-1 III)；由於本案賄賂原物係以現金交付，基於金錢重在價額且極易混同的特性，實際上幾乎都不是沒收原物，而是以追徵其價額為主(註 3)。追徵以相對人責任財產為擔保，如案例所示，各對乙、丙保全扣押 5,000 元額度，作為將來追徵公法債權之擔保。另，本案價額明確，故無估算(刑法§ 38-2 I)問題。

5、排除審查：實際合法發還被害人(刑法§ 38-1 V)? 本案犯罪所得型態乃「為了犯罪」之報酬/對價，而非「產自犯罪」之利益/利潤，故自始不生發還問題；且賄賂犯罪，行賄者亦非所稱具有鏡像關係之被害人，故縱使 Q3 情形乙收受後又將賄款退還給投票行賄者甲，亦非所稱得排除沒收宣告之「實際、合法發還被害人」(註 4)，對乙義務追徵 5,000 元的結論不變。本階審查通過(指無排除沒收情形)。

註釋

註 3：參林鈺雄，〈金錢利得及其替代價額之沒收—評最高法院 104 年度台上字第 1500 號判決(追徵、抵償)〉，刊：林鈺雄主編，《沒收新制(二)：經濟刑法的新紀元》，2016 年，頁 277-298。

註 4：實務同說。如針對貪污賄賂罪而發的 106 年度台上字第 92 號判決：「賄賂罪所侵害者為國家之官箴及公務員執行公務之純正，縱行賄人對公務員之職務上行為交付賄賂，其行為時為法所不罰，但行賄者本質屬對合犯，而非被害人，收賄者收受之賄賂，應予追繳沒收，不得發還交付賄賂之人，亦不因收受賄賂之人事後有無自行返還而生差異，始符貪污治罪條例旨在嚴懲貪污，澄清吏治之立法本旨。第一審判決認蔡○祐收受賄賂所得財物 5 萬元，事後自行返還予陳○福，自

6、法律效果：義務沒收/追徵及過苛調節例外（刑法 §§ 38-1 I, III, 38-2 II）。通過以上前5項審查，回歸刑法之義務沒收/追徵原則，法院應依實際所得分別對乙、丙追徵5,000元的替代價額（刑法 § 38-1 I, III）（註5）；本案乃乙、丙各自所得，故不生共同沒收問題。在此階段，唯一容許不宣告沒收/追徵的法定例外是過苛（調節）條款（刑法 § 38-2 II），但本案應無過苛情形，縱使如Q3退還賄款者，收賄者所受利益不復存在，通常亦難以論證有過苛之虞。

（二）單獨宣告（利得）沒收

綜上所述，本案固然應對投票收賄者乙、丙各宣告追徵5,000元，但若未經起訴者（便宜不起訴或緩起訴處分），其所收受賄款該如何處理呢（Q2）？

關此，我國法有（聲請）單獨宣告沒收制度可供選擇：「檢察官依第二百五十三條或第二百五十三條之一為不起訴或緩起訴之處分者，對刑法第三十八條第二項、第三項之物及第三十八條之一第一項、第二項之犯罪所得，得單獨聲請法院宣告沒收。」

（刑訴法 § 259-1）。應予注意，聲請單獨宣告沒收與否，本來即是訴訟上的裁量性質，無關實體法上是義務或裁量沒收（註6）。

單獨宣告沒收本質上是對物訴訟（action in rem）/客體程序（objektives Verfahren），僅是沒收的一種特

殊程序型態，並未改變或增刪沒收實體要件，故其利得沒收實體要件及審查體系順序，同上文（一）所述。

據此，本案Q1檢察官亦對乙、丙提起公訴者，固然得於該對人訴訟/主體程序中，分別對乙、丙宣告各義務追徵5,000元價額；若Q2經不（緩）起訴者，檢察官亦得聲請單獨宣告沒收，由受訴法院於單獨宣告沒收程序，分別對乙、丙宣告各義務追徵5,000元價額，但應注意準用第三人參與規定，以保障乙、丙之程序參與權（刑訴法 §§ 259-1, 455-34 ~ 37）。

二、投票行賄者之犯罪工具沒收

對向他方即投票行賄者之處罰，原規定於刑法第144條：「對於有投票權之人，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，處五年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金。」本條沒收固然回歸刑法總則規定，但如本案所示公職人員選舉，投票行賄者應依選罷法第99條第1項論處：「對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以上一千萬元以下罰金。」本條除依第2項亦處罰預備犯外，第3項尚

註釋

無再依（修正前）貪污治罪條例第十條第一項之規定，予以追繳並發還被害人，而未諭知沒收追繳，原判決未予糾正，仍予維持，皆有判決適用法則不當之違法。又上開犯罪所得係屬『沒有被害人求償權存在』之類型，即使上開條例第十條第一項規定已修正，依刑法第三十八條之一第一項規定，仍應予宣告沒收。」

註5：乙、丙賄款沒收部分，舊刑法第143條第2項原有義務沒收/追徵特例（「犯前項之罪者，所收受之賄賂沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。」），沒收新制施行後則予刪除（2018年5月），一律回歸刑法第38-1條之利得沒收規定，其修正立法理由：「二、依實務見解，原第二項規定應沒收之賄賂，專指金錢或得以金錢計算之財物，不包括得以金錢計算或具經濟價值之不正利益，其範圍過於狹隘，致收受上述不正利益之公務員仍得享有犯罪所得，為符合一百零四年十二月三十日修正公布之本法總則編第五章之一沒收相關規定之意旨，爰刪除第二項規定，一體適用本法總則編沒收之相關規定，以達澈底剝奪犯罪所得之刑事政策目的。」

但不論新舊法，投票收賄者所收取之賄賂，結論皆是義務沒收（賄賂原物仍在）或義務追徵（賄賂原物不在），僅引用法條有別而已。

註6：單獨宣告沒收，本質上是一種沒收的「特殊程序」而非「沒收實體類型」。縱使實體法是義務沒收，程序上檢察官亦是「得」聲請單獨宣告沒收，我國法亦是如此明文規定（刑法 § 40 III：「…得單獨宣告沒收」；刑訴法 § 259-1：「…得單獨聲請法院宣告沒收」），而非「應」聲請。此部分從程序原則以觀，一言以蔽之，就是不採法定原則（Legalitätsprinzip）而採便宜原則（Opportunitätsprinzip）。參林鈺雄，〈綜覽沒收程序新法〉，刊：林鈺雄主編，〈沒收新制（四）：財產正義的實踐〉，2019年，頁3-38（頁31）。

我國沒收制度所繼受之德國法制，立法條文文字及學說實務，見解皆同，並無爭議。參林鈺雄，〈德國刑事沒收程序逐條釋義—第三人參與、單獨宣告及事後程序（§§ 430 ff. StPO）〉，刊：前揭書，頁63-116（頁108）；vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., 2015, § 440 Rn. 3.

有犯罪工具義務沒收之特例：「預備或以行求期約或交付之賄賂，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」以上條文構成刑法第 144 條（論罪科刑部分）及刑法第 38 條（犯罪物裁量沒收）之特別規定，應優先適用。

關此，應說明兩點：其一、從以上白紙黑字可知，條文將「用以行求期約之賄賂」與「交付之賄賂」兩者併列，且皆義務沒收之。前者，如於橋腳處查扣用以買票但尚未交付之一堆現金，現金原物應義務沒收；後者既然已經「交付」至收賄者手中，已無從對行賄者沒收原物，故所稱「交付之賄賂，…沒收之」，是指應沒收其替代價額之義務追徵而言。本條歷來修正皆維持此部分文字，依立法者意旨，縱使買票的賄款已交付給有投票權人了，亦應對投票行賄者宣告義務追徵相當於其賄款的價額！這部分就解釋論言，應屬定論，司法者不應僭越立法權，擅自架空此一明白的立法意旨。至於對買票者全數追徵已經付出去的買票錢，個案縱因數額太高而有過苛之虞，也是過苛條款（刑法 § 38-2 II）的運用問題；更何況實在很難想像，對於花掉大把銀子去買票敗壞選風、扭曲民主意志形成的行為人而言，對其追徵到底會有何過苛可言？退萬步言，縱使不談解釋論，只談立法論，連花出去的買票錢，也要從買票者身上追徵回來，這種立法更能凸顯沒收的預防功能（註 7）。

其二、賄賂現金從行賄者角度而言，性質上應屬「供犯罪所用」（已經交付者）或「預備犯罪之物」（尚未交付者）之犯罪工具（註 8），亦即歸類為犯罪物沒收，而不是犯罪所得沒收，因為從行賄者角度言，他花錢支出是減損、而非增加其整體財產利益，因此不是犯罪所得，而是以金錢作為犯投票行賄罪的犯罪工具。

綜上所述，依立法規定及立法意旨，對於投票行賄者，尚未交付、已經扣案的賄款/現金，應義務沒收犯罪工具/現金原物；已經交付給收賄者，則義務追徵其犯罪工具/賄款價額。

既然無論是否交付都要義務沒收或追徵，於犯罪

工具又回到犯罪行為人身上，如 Q3 退還賄款情形，當然更沒有否定得對行賄者甲沒收犯罪工具/賄款的道理！

三、對向犯犯罪所得與犯罪工具之異種沒收競合

（一）問題所在及解決出路

依照上文一，本案應對收賄者乙、丙各追徵 5,000 元犯罪所得/賄款價額；依照上文二，本案又應對行賄者甲追徵共 1 萬元犯罪工具/賄款價額。以上兩者沒收競合，合併觀察，會不會發生重複或超額沒收的問題？關此，有三種不同的可能出路，但皆取決於上文壹所述的先決問題：全案沒收總額多少？

〔方案一〕、分別宣告。亦即，對乙、丙各應追徵犯罪所得 5,000 元價額，對甲應追徵犯罪工具 1 萬元價額；至於若有個案過苛者，則是依過苛條款調節。據此，全案追徵總額及執行上限是 2 萬元。

〔方案二〕、擇一宣告。於兩者沒收競合時，對乙、丙追徵 v. 對甲追徵兩者，僅擇一宣告並據此執行。全案執行上限是 1 萬元。

〔方案三〕、比照共同沒收。宣告投票行、收賄者應就賄款價額共同追徵，全案執行上限亦是 1 萬元。精確而言，是宣告甲就 1 萬元價額，乙、丙各就 5,000 元價額，負共同沒收責任；若甲執行時繳交 1 萬元全額者，共同追徵之公法債權全部消滅；若僅乙繳交 5,000 元，則甲、丙仍於 5,000 元額度內負共同沒收責任。

以上三種出路，何者為佳，首先取決於本案沒收總額的判斷！亦即，本案執行總額可否超過 1 萬元的賄款價額？這同時涉及規範解釋以及政策觀點。若依〔方案二〕或〔方案三〕，執行總額皆以跑車或其價額 1 萬元為上限，無論將來是對誰執行而獲得滿足，必有一方被豁免沒收；但在〔方案三〕時，由於以甲（1 萬元額度）、乙及丙（各 5,000 元額度）之責任財產擔保，更容易足額執行，達成沒收目的。

（待續）

註釋

註 7：但文獻仍有採反對說者，參薛智仁，註 2 文，頁 50。

註 8：從投票行賄罪出發，不論沒收新舊法時期，我國實務穩定見解向來如此定性用以買票的賄賂（款），參下文三、（二）；同此定性參薛智仁，註 2 文，頁 44。貪污罪中行賄者的賄賂，性質亦同，參李聖傑，〈犯罪物沒收與利得沒收之競合 -1/2-〉，《法務通訊》，2809 期/2810 期，2016.07.22/29，頁 5-6/頁 6。