

不法原因給付與犯罪所得沒收 ——初探刑法上之準不當得利*

林 鈺 雄**

要 目

- | | |
|----------------------|--------------------------|
| 壹、緣起：法律保護「黑吃黑」嗎？ | 參、民、刑法不當得利之比較與適用 |
| 貳、問題之提出：以不法原因給付之運用為例 | 一、刑法上之準不當得利：利得沒收制度 |
| 一、民法於規範體系之侷限性、不完整性 | (一)理論之說明 |
| (一)民法 v. 刑法之（準）不當得利 | (二)新刑法之立場 |
| (二)民法 v. 行政法之（準）不當得利 | 二、民、刑法如何交錯適用：以利得沒收審查體系為例 |
| 二、刑法構成要件與沒收效果的斷裂 | (一)前提審查 |
| | (二)有無利得審查 |
| | (三)何人利得審查 |

DOI : 10.3966/102398202018003152002

* 由於我國立法院於2015年12月17日三讀通過刑法沒收相關條文，自2016年7月1日起施行，故下文亦以上開施行日區分為新、舊刑法。附帶說明，以下引文強調部分，皆為本文所加，不再一一標示。

** 臺灣大學法律學院教授，德國慕尼黑大學法學博士。

投稿日期：一〇六年三月九日；接受刊登日期：一〇六年十月二十六日

責任校對：蘇淑君

- | | |
|--------------------|----------------------|
| (四)利得範圍審查 | (一)【例1】之審查結果 |
| (五)發還排除沒收審查 | (二)【例1a】及【例1b】之審查結果 |
| (六)法律效果：義務沒收 | (三)【例1c】（詐欺罪變體）之審查結果 |
| 三、系爭案例之運用：以行賄收賄案為例 | 肆、結語 |



元照出版提供

請勿公開散布。

摘 要

「出於（雙方）不法原因給付，不得請求返還」。如向公務員行賄，使其從事職務上行為，應認給付者亦具有不法原因。此類案例，單就給付者依民法上不當得利，不得請求返還而言，固無疑義；但問題是：為何同樣出於不法原因而受領賄款之人，依法卻能保有不法利益？給付者固然咎由自取，但受領人更值得法律保護嗎？本文從此問題意識出發，指出「透過不法行為之利得，必須被排除」乃整體法規範秩序的共同立場，民、刑、公法皆然。民法不當得利制度只處理到給付人不得請求返還，但受領人能否終局保有該利益，仍應併看民法以外之其他法律，尤其是刑法的利得沒收制度，性質上即是刑法上之（準）不當得利，本文以不法原因給付為核心，探討民、刑法之不當得利制度之交錯問題。

關鍵詞：不法原因給付、沒收、利得沒收、不當得利、發還、被害人優先原則、準不當得利、返還給付、扣押、假扣押

壹、緣起：法律保護「黑吃黑」嗎？

黑道自有黑道解決的辦法！？

筆者畢生學習法律過程中，讓我最為刻骨銘心的，非這句話莫屬！故事要從民法上的不當得利說起。

「出於（雙方）不法原因給付，不得請求返還」乃法律人皆能朗朗上口的不當得利原則，民法亦有明文規定（民法 § 180④本文）。如行賄收賄之例，「向公務員行賄，使其從事職務上行為，應認給付者亦具有不法原因，不得請求返還」¹；再如僱人買兇之例，已經給付酬金後，職業殺手卻臨陣脫逃還捲款潛逃，依民法亦不得請求返還。諸如此類不法原因存在於雙方的案例，單就給付者不得請求返還而言，固無疑義；但問題是：為何同樣出於不法原因而受領（賄款、酬金）之人，依法卻能保有不法利益？給付者固然咎由自取，但受領人更值得法律保護嗎？尤其是「黑吃黑」的案例，難道法律保護的是「比較黑」的一方嗎？

筆者從大學時期奮力學習民法開始，上開疑惑就始終未解，當時不知道是自己看錯了、或是債總教科書寫錯了，和同學也討論不出個所以然，遂捧著書本請教民法教授，得到的答案是：

「同學，別擔心！黑道自有黑道解決的辦法！」

五雷轟頂！當時信奉法律就是且必須是公平正義化身的筆者，心情僅能如此形容。法律不就是要貫徹「白道」的規矩嗎？為何如

¹ 民法基礎文獻，請參閱王澤鑑，不當得利，頁154，2015年1月，增訂新版；孫森焱，民法債編總論（上），頁169-172，2008年8月，修訂版。

Vgl. *Emmerich*, BGB – Schuldrecht BT, § 16 Rn. 1ff., 32ff.; *Hirsch*, Schuldrecht BT, Rn. 1352ff., 1378ff.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts: BT, Bd. II/2, S. 162ff.; *Loewenheim*, Bereicherungsrecht, 3. Aufl., 2007, S. 65ff., 70ff.; *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 1010ff., 1048ff., 1051 (Beispiel für Bestechlichkeit); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II BT, Rn. 276ff., 1124ff., 1151ff.

此輕易就拱手讓給黑道解決呢？筆者並不擅長博學強記，看書也常常過目即忘，但作為法律人，能夠像這樣讓我終生縈繞腦際、輾轉反側的銘言，可以說是絕無僅有！

「生也有涯、學也無涯」，大惑遲遲未解！直到後來鑽研刑法的「利得沒收」（Verfall）²制度之後，才知道刑法上也有類似不當得利的**衡平措施**，筆者也才恍然大悟：原來在盤根交錯的規範體系汪洋之中，**每種個別法領域都有其侷限性、不完整性**。我們若要論斷不法原因之給付的「終局歸屬」時，不能只看其中一種法律規定的效果——例如不能只看民法上給付者不得請求受領者返還的單一效果，還要併看刑法（乃至於行政法）的制裁體系（下文貳），尤其是利得沒收的法律效果。從整體法規範角度進行完整觀察，無論是前述行賄收賄或僱人買兇之例，結論就相當清楚：不但給付者不得請求返還，受領人取得的賄款及酬金也會被悉數沒收（下文參）。換言之：

「看官，別擔心！白道也有白道解決的辦法！」

以上是本文的緣起及「遠因」。本文寫作的「近因」，乃刑法

² 請參閱林鈺雄，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，238期，頁53-84，2015年3月；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，月旦法學雜誌，238期，頁85-101，2015年3月。

Vgl. Burghart, in: SSW-StGB, 2. Aufl., 2014, § 73 Rn. 1ff.; Eser, in: Sch/Sch-StGB, 29. Aufl., 2014, § 73 Rn. 1ff.; Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., 2010, Rn. 984ff.; Joecks, in: MK-StGB, Bd. 2, 2. Aufl., 2012, § 73 Rn. 1ff.; Keusch, Probleme des Verfalls im Strafrecht, 2005, S. 1ff.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2007, § 73 Rn. 1ff.; Podolsky/Brenner, Vermögensabschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, 5. Aufl., 2012, S. 21ff.; Rönnau, Die Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl., 2015, Rn. 1ff.; Theile, ZJS 2011, 333ff.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3. Aufl., 2010, Rn. 279ff.; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 9 Rn. 1ff.

學界近來關於不法原因給付與財產犯罪（如侵占、詐欺等）關係之討論³，例如受託去行賄公務員之居間人卻自己侵吞賄款，或如前例職業殺手捲款潛逃，是否構成侵占罪或詐欺罪之問題。這些討論不但同樣都有Q1：民、刑法交錯適用的「顯在」爭點（例如，應否基於法秩序一致性原則，認為民法上不負返還責任者，刑法上即不構成財產犯罪？），也都有Q2：利得沒收制度究竟扮演何種角色的「潛在」問題（例如，若認侵吞者不成立財產犯罪，是否就等於承認了黑吃黑應受法律保護？）。釐清這些基本出發點後，才能繼續處理Q3：各種不法原因給付之案例，到底各自是否構成犯罪及構成何罪？

本文基於篇幅限制，自是無法窮盡以上所有爭點，寫作用意主要在於指出目前研究取徑（approach）的問題（主要是Q1及Q2）。下文首先提出案例並描述問題之所在（下文貳）；其次從刑法利得沒收之審查體系，說明相關案例於刑法上之沒收效果，並藉由民法上不當得利法理與刑法上利得沒收制度的比較及運用，說明民、刑法的共同法理及其差異，之後回到具體案例檢驗（下文參）；最後

³ 國內文獻代表作：陳子平，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪（上／下），月旦法學教室，137/138期，頁60-71/49-56，2014年3/4月。

同樣於刑法「財產犯罪成立要件」脈絡提及此問題之中文文獻，請參閱王效文，不法利益與刑法中的財產概念，載：第六屆兩岸刑法論壇——財產犯罪總論問題研討會論文，頁1-17，2015年10月24/25日；王鋼，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪，載：第六屆兩岸刑法論壇——財產犯罪總論問題研討會論文，頁1-30，2015年10月24/25日。

於刑法「利得沒收」脈絡提及出於不法原因給付者，如吳耀宗，德國刑法追徵（Verfall）制度之研究——兼論我國現行刑事法制之「追徵」相關規定，刑事法雜誌，45卷3期，頁22-24，2001年6月；林鈺雄，發還優先原則及賄款之沒收——評最高法院相關刑事判決，月旦裁判時報，31期，頁49-50，2015年1月。

總結本文論點，作成結語（下文肆）。

貳、問題之提出：以不法原因給付之運用為例

一、民法於規範體系之侷限性、不完整性

我國民法債編通則章，將「不當得利」（*ungerechtfertigte Bereicherung*）規定為債之發生的事由之一，其請求權基礎規定為：「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。」（民法 § 179）。民法與刑法雖有各自的規範目的，但不可否認的是，民法的不當得利與刑法（及行政法，下文（二））的利得沒收制度，具有千絲萬縷的交錯關係，一方面具有共同法理；另一方面卻同中有異，兩者必須「相輔」始能「相成」，相互搭配適用，始能窺見終局法律效果的全貌。但或許是因為橫跨民、刑領域之故，學說迄今著墨有限，實務更是力有未逮，適用結果或者橫柴入灶，或者郢書燕說。

兩者交錯的其中一個重要事例，便是「出於不法原因給付」（*condictio ob turpem vel iniustam causam*）的法律效果問題。我國民法於上開一般不當得利請求權基礎（民法 § 179；返還原則）之後，緊接著針對給付型之不當得利（*Leistungskondiktion*），明文規定：「給付，有左列情形之一者，不得請求返還：……四、因不法之原因而為給付者（按：例外不返還）。但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限（按：例外之例外，又回歸返還原則）。」（民法 § 180④）。就此，德國民法結論雷同，但其不法原因給付係從反向規定（§ 817 BGB: *Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten*）：出於不法原因之給付，受領人負返還義務（§ 817 S. 1

BGB；返還原則），但若不法原因亦存在於給付者，給付者不得請求返還（§ 817 S. 2 BGB；例外不返還）⁴。

（一）民法 v. 刑法之（準）不當得利

出於不法原因之給付，交錯民、刑法領域的典型案列，如：

【例1：行賄收賄案】

公務員甲主管乙承包工程之驗收業務，乙為使工程順利驗收，與甲約定150萬元（新臺幣，下同）賄款，並已交付前金100萬元。豈料工程尚未完工時，甲職務調動，該工程隨後改由公務員丙驗收且未通過。設若甲早已將100萬元賄款賭光，乙可否請求甲返還？

純就民法效果言，向公務員行賄作為其職務行為之對價，固然是出於不法原因之給付且不法原因存在於「雙方」⁵（民法 § 180

⁴ Vgl. *Emmerich*, aaO. (Fn. 1), § 16 Rn. 32ff.; *Loewenheim*, aaO. (Fn. 1), S. 65ff., 70ff.; *Looschelders*, aaO. (Fn. 1), Rn. 1048ff.; *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 1), Rn. 1151ff.

主要差別在於，德國民法的不法原因給付之返還請求權，本身就是一個獨立的不當得利請求權，並不以構成一般不當得利請求權為前提（§ 812 I S. 1 BGB），也就是不以「無法律上原因」（ohne rechtlichen Grund）為必要。反之，我國民法從日本民法第708條之立法例，不法原因給付（民法 § 180 ④）依附於一般不當得利請求權（民法 § 179），而被規定成民法第179條的例外型態；因此，援引不法原因給付者，無論是民法第180條第4款的本文（不得請求返還）或但書（得請求返還）情形，都以已經成立民法第179條的不當得利請求權為前提（主要是指「無法律上原因」之要件），與德國民法有別。請參閱王澤鑑，同註1，頁154。至於為何德國民法將其作為獨立請求權？這有其歷史背景，請參閱下註說明。

⁵ 這點，目前已是共識，但於德國法制史上曾有爭論。關於一般職務賄賂案例（亦即，非以違背職務行為作為不法約定標的），早期曾有「不法原因僅存於受領人（收賄者）」的主張，且認為此時原因行為仍屬「有效」（vgl.

④本文），故不得請求返還，但這就是100萬元賄款的「終局法律效果」了嗎？這個行賄收賄案例，表面上看起來簡單明瞭，實際上則是蘊含了民、刑法律效果交錯的重大法理。因為「如果只考慮民法的話」，顯而易見的質疑是：為何惡性較大的收賄公務員（受領人），比起行賄者（給付人）⁶更有保留賄款的正當理由？

民法上關於不法原因給付之案例，尤其是不法原因正是違反刑法強行規定而構成犯罪時，率皆存在類似的問題。除行賄收賄外，僱兇殺人、給錢買毒（或買槍、彈等違禁品或走私）、故買贓物等，都有為何系爭利益的受領人比起給付者更值得民法保護的根本質疑。再舉一例說明：

RGZ 96, 343, 345）；既然是「有法律上原因」，這種不法原因給付案例，根本就不符合一般不當得利請求權的前提（§ 812 I S. 1 BGB）。為了避免漏網之魚，解決不法原因僅存於受領人且原因仍屬有效之問題，德國民法立法者遂將不法原因給付規定為一個截堵的、獨立的不當得利請求權（§ 817 BGB）。Vgl. *Emmerich*, aaO. (Fn. 1), § 16 Rn. 32; *Looschelders*, aaO. (Fn. 1), Rn. 1048.

但上開賄賂案的爭論，在德國法已經劃下句點。一來所謂行賄者無不法原因的說法本令人存疑；二來因德國刑法後來也將行賄者納入處罰（§ 333 StGB），因此行賄者（給付者）亦有不法原因已成為定論；據此，於賄賂案例，不法原因給付是否為獨立請求權也已經無關緊要。

於我國法，上開賄賂案件，由於皆被認為原因行為無效（符合民法 § 179）且行賄者亦有不法原因（符合民法 § 180④且無但書情形），故不生此問題，更何況我國立法者隨後也在附屬刑法將關於職務行賄者納入處罰，故行賄者亦有不法原因之結論，更不成問題。

⁶ 以普通刑法為例，違背職務「收賄」罪之最高法定刑為「十年有期徒刑」（刑法 § 122 I），明顯高於違背職務「行賄」罪最高才3年的法定刑（刑法 § 122 III）。至於一般職務收賄罪（刑法 § 121；又稱為不違背職務收賄罪），普通刑法根本不處罰行賄者；但貪污治罪條例第11條另有特別規定，行賄者一律處罰，不過，刑度亦是遠低於收賄者。

【例2：僱兇殺人案】

職業殺手甲受乙女之委託，約定以150萬元為酬金殺害乙之夫丙，乙已交付甲前金100萬元。甲、乙合擬殺人計畫，甲於預定行兇當夜攜帶槍彈欲至丙值夜之公司殺丙，豈料途中乙臨時打電話給甲，告知丙當天下午車禍送醫後死亡。試問乙可否請求返還該100萬元酬金？

以上兩則基礎案例，事實稍加變化就可成為典型的「黑吃黑」侵吞案例，令人進一步質疑：難道法律鼓勵「黑吃黑」嗎？

【例1a：行賄收賄案——變體】

承包商乙與公務員甲不法約定後，乙託居間人丁轉交甲前金100萬元，但丁見錢後卻起意私下侵吞之。（或【例1b】轉交標的改為骨董）。

【例2a：僱兇殺人案——變體】

乙婦與殺手甲以100萬元不法約定殺丙後，甲再以50萬元轉委託其同夥丁殺丙，但丁卻見錢起意，私下侵吞後逃之夭夭。（或

【例2b】乙交付甲兩件骨董，甲將其中一件轉交丁作為轉委託之酬勞）。

以上案例，無論是賄賂或買兇，也無論是基礎或變體版本，「如果只考慮民法的話」，由於率皆出於不法原因之給付，因此結論——假設雙方不法約定並非出於一方虛偽意思表示的話⁷——都

⁷ 若一方為虛偽意思表示，宣稱不實事項使人陷於錯誤而為給付者，則需討論是否構成詐欺罪之問題。例如，將【例1b】改編如下：

【例1c】（詐欺罪變體）承包商乙希望工程順利驗收而欲行賄主管公務員甲，卻苦無管道，江湖老千丁知情後，佯稱其與甲熟識可代為「打點」，乙受騙後託丁居間轉交甲市價100萬元的名畫一幅。實則丁根本不認識甲且自始無意

是給付者不得請求受領人返還其給付的100萬元（或【例1b】、【例2b】之骨董），但反過來問，同樣出於不法原因而取得利益之受領人，是否及為何就能保有不法利益呢？這種結果怎麼聽就怎麼奇怪，到底問題的癥結何在⁸？

如前言所述，這是筆者長期未解的疑惑，直到後來鑽研刑法的利得沒收制度時才恍然大悟，原來問題癥結出在命題本身：「如果只考慮民法的話」！案例中賄款和酬金之終局法律效果的判斷，既不是也不能只考慮民（私）法而已。民法上不當得利規定，僅處理到系爭「給付（利益）」的私法財產歸屬問題，故其利益權衡的天平只考慮「給付者 v. 受領人」兩者的財產歸屬比較，據此也只規定受領人該不該返還給付者，這是民事財產法的任務，也是其侷限。但民法不是法律規範的全貌，也還不能僅據民法就論斷系爭利益的終局法律效果。

一言以蔽之，問題癥結就在於不能「如果只考慮民法的話」，否則難免以管窺天⁹！私法上給付者雖不能請求返還，但這不等於公

代為行賄，丁取得該畫後便逃之夭夭。（或【例1d】轉交標的改為匯款100萬元）。此例本文僅點到為止，請參閱下文參、三、(三)。類此，【例2】也可改編為詐欺罪之變體【例2c】：殺手甲自始無履行之意，反而騙走酬金。Vgl. KG Urteil vom 28.9.2000 (1 Ss 44/00) = KG Berlin NJW 2001, 86.

⁸ 同此質疑及更多舉例：Hirsch, aaO. (Fn. 1), Rn. 1379, 1385ff. m.w.N.

⁹ 關此，奧地利民法（ABGB = Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch）的不法原因給付制度（§ 1174 ABGB），在不法原因給付不得請求返還的規定後（§ 1174 I S. 1 ABGB），緊接著明文指示其可能被沒收到國庫的法律效果（§ 1174 I S. 2 ABGB）。如此一來，就算只看民法條文，也不會產生「受領人有權保有不法利得」的誤解。

§ 1174 I ABGB: „(1) Was jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, kann er nicht wieder zurückfordern. Inwiefern es der Fiskus einzuziehen berechtigt sei, bestimmen die politischen Verordnungen.“

法上就容許受領者保有不法利益。事實上，由於刑法（及行政法，下文(二)）設有公權力直接介入而剝奪不法利益的利得沒收制度，因此，以上案例的正確及完整結論是：系爭賄款及酬金皆會被悉數沒收到國庫，法律上根本不會讓受領人保有不法利益（縱使如【例1】甲已經賭光所受利益100萬元，也一樣會被追徵其價額：下文參、二、(四)）！換言之，在這些案例中，所謂「法律（比較）保護『黑吃黑』」的質疑，本來就是一個「偽命題」！

(二)民法 v. 行政法之（準）不當得利

值得注意的是，民法上關於不法原因給付討論之案例，除上述常見的出於刑事不法原因之給付外，還有許多「出於行政不法原因之給付」的案例，因此也有民法與行政法之交錯問題。如出於打黑工之給付¹⁰、僱請怪手濫墾禁止開發的山坡地之給付、基於經營應召站之租賃契約所為之給付¹¹，或同此目的之買賣房屋契約所為之給付¹²，以及文獻上常見舉例的出於非法性交易之給付等。由於性

¹⁰ Vgl. BGHZ 111, 308, 312ff.; *Emmerich*, aaO. (Fn. 1), § 16 Rn. 37; *Hirsch*, aaO. (Fn. 1), Rn. 1385; *Looschelders*, aaO. (Fn. 1), Rn. 1057. 黑工案例的各種衍生案型頗多，在德國聯邦最高法院民事庭（Zivilsenat des Bundesgerichtshofes）處理的上開案件中，雇主H僱用打黑工的S卻不給工資，還主張提供勞務的S自身有不法原因（§ 817 S. 2 BGB）。

¹¹ Vgl. BGHZ 41, 341; *Loewenheim*, aaO. (Fn. 1), S. 73. 類此如王澤鑑，同註1，頁134；此例是否僅止於行政不法，視個案是否另構成刑法罪名而定。如刑法第233條：「意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者，處五年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。」；「意圖營利犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金。」

¹² Vgl. RGZ 71, 432; *Hirsch*, aaO. (Fn. 1), Rn. 1385. 該案K向V購買房屋經營妓院，K順利登記為房屋所有權人後，以買賣之原因行為違反公序良俗無效為由（§ 138 I BGB），拒絕給付房屋價款。V向K請求返還房屋時，K又主張V乃

交易問題的面向複雜，而且經常引發「白嫖沒事」的質疑¹³，因此，下文以德國文獻常舉的購買雷達警示器（Radawarngerät）為例：

【雷達警示案】

駕駛人K因經常超速被課予交通罰鍰，看了汽車雜誌上Y公司的雷達警示器廣告後，遂向Y購買一臺。但該測速雷達根本沒發揮警示作用，K還是屢屢被測速照相取締。K遂請求出賣人返還其價款。

依照德國通說及實務¹⁴，本例因安裝雷達警示器違反交通強行法規，由於規避超速取締將造成人車交通往來危險，故民法上亦認為買賣契約無效¹⁵，無從依契約關係請求；而其能否依不當得利請求返還之關鍵，正是取決於不法原因給付之規定（§ 817 BGB）。就購買之價款言，由於給付價款者K自身亦存有不法原因，故依民法不得請求返還（§ 817 S. 2 BGB）。同樣地，「如果只考慮民法的話」，其不公平的結果顯而易見：K自身固然有可歸責事由，但更可歸責的出賣人Y怎可販賣並保有販賣利得呢¹⁶？如果只有民法的排除返還，不當得利的衡平措施就不衡平，法政策上就值得商榷。

出於不法原因之給付者，不得請求返還（§ 817 S. 2 BGB）。

¹³ 司法院釋字第666號解釋、理由書及各協同意見書參照。此號解釋後，表面上雖性交易亦得有條件合法，但事實上並無任何地方政府劃定可以合法進行性交易之專區，因此，這點在探討性交易合法性時，必須考慮。德國自2002年起因將性交易合法化（ProstG = Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten），故相關問題討論的面貌已經不同（vgl. *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 1), Rn. 1154）。

¹⁴ Vgl. *Hirsch*, aaO. (Fn. 1), Rn. 1378f. m.w.N.

¹⁵ Vgl. § 138 I BGB; §§ 23 I b, 49 I Nr. 22 StVO u. §§ 24 II, 25 StVG.

¹⁶ Vgl. *Hirsch*, aaO. (Fn. 1), Rn. 1379, 1385.

反之，類此行政不法案例，假使給付者雖依民法不得請求返還，但行政法上若有剝奪受領人不法利得之措施，上開質疑就可迎刃而解。既然刑法上也有類似不當得利制度可資衡平，那麼，行政法上呢？答案亦屬肯定！沒錯，行政法上亦有類似不當得利或稱準不當得利之衡平措施，但此處所指不是（狹義的）公法上之不當得利（常發生於行政處分無效或撤銷情形）¹⁷，而是指行政不法之利得沒收／追繳（但亦包含併入罰鍰的不法利得）的法律效果。以德國法為例，關於利得沒收（*Verfall*），德國除刑法有總則性規定（§§ 73ff. StGB a.F.）之外，德國秩序違反法（分類上屬行政法）亦有總則性規定（§§ 29a, 30, 87 OWiG），兩者不但用語一致且相互對應¹⁸，審查體系亦同（下文參、二）。但應注意，關於行政不

¹⁷ 立法規定如行政程序法第127條：「授予利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物之給付者，經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失効之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付。其行政處分經確認無效者，亦同。」；「前項返還範圍準用民法有關不當得利之規定。」

實務見解僅例示司法院釋字第515號解釋；理論檢討請參閱林明昕，公法上不當得利之研究——以行政程序法第一百二十七條規定為中心，輔仁法學，35期，頁1-68，2008年6月；與民法之關係請參閱王澤鑑，同註1，頁351-359。

¹⁸ Vgl. *Hellmann/Beckemper*, aaO. (Fn. 2), Rn. 984ff., 1013ff.; *Mitsch*, in: KK-OWiG, 4. Aufl., 2014, § 29a Rn. 1ff.; *Wittig*, aaO. (Fn. 2), § 9 Rn. 5ff., § 11 Rn. 1ff.

簡言之，德國刑法（§§ 73ff., 74ff. StGB a.F.）及秩序違反法（§§ 22ff., 29a. OWiG），沒收用語一致，皆包含*Einziehung*（狹義沒收）與*Verfall*（利得沒收）兩種基本型態（下文參、一）。我國行政罰法（§§ 20~23），立法時曾參考德國秩序違反法的法例，但似有意和我國刑法用語區別，而將*Einziehung*譯為「沒入」，*Verfall*譯為「追繳」。附帶說明，本文完稿（2016年底）後，德國刑法、刑訴已經再次修改，沒收條文內容及條次亦有相當幅度之變動，故本文引用者，主要是先前我國刑法修正時所參考的德國刑法、刑訴條文，下文於法典後標示為舊版（a.F.）；自2017年7月1日起施行之德國新法條文，則標示為新版（n.F.）。

法之利得剝奪，除利得沒收／追繳外，主要是納入罰鍰額度，據此，罰鍰額度應高於行為人自行政不法行為所得的經濟利益；若計入後高於法定罰鍰最高額者，不受該最高額之限制（§ 17 IV OWiG）¹⁹，以達窮盡剝奪行政不法利得之目的。此外，以下所述刑法沒收體系所處理的相關爭點，如前提審查（該當且違法即可，與責任要素無關：下文參、二、(一)）、利得「人」之延伸（第三人沒收：下文參、二、(二)），以及本文未處理的利得價額之「估算」、獨立沒收的規定等，德國秩序違反法亦皆有相應規定（§§ 1 II, 29a OWiG）²⁰。

我國行政罰法制定時，曾參照德國秩序違反法之相關規定（因此，也比我國舊刑法的利得沒收規定，更為完備）。例如，行政罰法不但有剝奪違反行政法義務之人之不法利得的明文規定（包含追繳，以及併入罰鍰且不受罰鍰最高額之限制²¹），剝奪範圍甚且擴張至第三人之不法利得²²。本文因以民、刑法不當得利為範圍，僅點出問題，無法詳述。簡言之，「出於行政不法原因之給付」且不法原因亦存在於受領人的情形，給付者雖依民法而不得請求返還，

¹⁹ Vgl. Mitsch, aaO., § 17 Rn. 112ff.

²⁰ Vgl. Mitsch, aaO., § 29a Rn. 8ff.

²¹ 如行政罰法第18條第1項、第2項：「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。」；「前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。」

行政罰法第20條第1項：「為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。」

²² 行政罰法第20條第2項：「行為人違反行政法上義務應受處罰，他人因該行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。」

但不表示受領者可合法保有不法利益；相反地，若受領者亦有行政不法之原因，則系爭利益依法可能被併入罰鍰或單獨追繳，既然如此，只要將行政罰一併考慮在內，就沒有所謂「法律（比較）保護『黑吃黑』」的質疑可言，同前述民、刑法交錯適用的討論結果。

二、刑法構成要件與沒收效果的斷裂

然而，關於不法原因給付，別說是上述跨越民法與刑法或行政法領域之案例討論，縱使單就刑法而言，仍是難以完全擺脫「偽命題」的深遠影響。如果討論相關刑法案例，忽略附隨於犯罪的沒收法律效果，同樣會有「以偏概全」的缺憾，也同樣會誤蹈「法律鼓勵黑吃黑」的陷阱。其中一個典型事例，便是不法原因給付與財產犯罪（如侵占、詐欺等）的關係。

關於上開問題，僅以陳子平教授的代表作為例說明²³。陳文重點是刑法「犯罪成立」要件脈絡，探討出於不法原因給付之財產利益，得否作為侵占、詐欺等財產犯罪的適格客體，大體分為肯定說、否定說與折衷說；但陳文未處理本文關注的刑法「利得沒收」脈絡（及利得沒收與民法不當得利之關係）。陳文除梳理我國學說及實務見解外，也旁徵博引對此問題探討較為詳盡的日本刑法學界及實務見解。值得注意的是，其所援引的國內外見解，尤其是各種肯定說（例如，肯認侵吞不法原因給付者，仍應構成侵占罪），儘管討論的是財產犯罪的構成要件該當性問題，但主要說理卻都摻雜了「法律不應保護黑吃黑」的刑事政策考量，也因此陷入了前述「給付者 v. 受領人」到底誰比較應該受保護的民法格局與兩難困境。更重要的是，由於沒有考量不法原因給付的利得沒收結果，因

²³ 請參閱陳子平，同註3，頁60-71/49-56。

此這些刑事政策說理的「假設前提」（侵吞者竟可保有不法利益……）都有待商榷。譬如：

【例3：侵吞贓物案】

甲於丙個人展覽會場，竊取丙某名畫後寄託於丁處，丁侵吞該名畫贓物據為己有。（或【例3a】丁將名畫變賣侵吞價款；或【例3b】第三人乙出面主張其才是該名畫所有人，且提出於拍賣會買受證明）。

上例肯定說論者認為：「若係由於不法原因的受託物，因此不成立侵占罪的話，受託人（受給付者）卻因而得到便宜，如此將違反健全國民的法感」²⁴。姑且不論「法感」作為論證理由何其薄弱，其所稱「受領人將會因而得到便宜」的推論前提，根本就不存在，因為系爭不法原因的受託物，或者應發還給原始的被害人（如【例3】及【例3a】名畫贓物本應發還給原所有人丙），或者應沒收到國庫（如【例1a】、【例1b】委託居間人向公務員行賄之賄款或骨董），依照利得沒收制度，或者發還給被害人或者沒收到國庫，兩者擇一運用（下文參、二、(五)及(六)），但結論都是受領人根本不得保有不法利益，也占不到便宜，反而還會賠了夫人又折兵（連所受利益不存在時，都要被追徵相當價額！下文參、二、(四)）。由此可知，肯定說所持理由²⁵其實是並不存在的「偽命題」。

然而，否定說者不但沒有指出上開肯定說論證的根本瑕疵，反而自身陷入另外一個同樣不存在的「稻草人謬誤」：出於不法原因之給付，刑法若去強制制裁民法上沒有義務返還者（如【例3】之

²⁴ 請參閱陳子平，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪（上），同註3，頁64（日本學者藤木英雄之見解）。

²⁵ 此外，繼受肯定說此項說理的折衷說（請參閱陳子平，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪（上），同註3，頁66），在此範圍內亦有相同問題。

丁），將會破壞「**整體法秩序的統一性**」。以上這種說法的基本缺失在於，將「不法原因給付不得請求返還」的民法效果，直接套用到刑法，得出「故不成立某某犯罪」的突兀結果（因此又稱為**民法從屬（性）說**）²⁶。但這一來忽略民、刑法各自不同的規範目的；二來架空刑法各該構成要件的檢驗（就此而論，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪的關係本來就無法相提並論，畢竟兩者的客觀構成要件要素截然不同）；三來也同樣忽略利得沒收制度的作用。假使「**整體法秩序統一性**」可以這樣概括推論和運用，那麼，刑法上（及行政罰法上，上文貳、一、(二)）的利得沒收制度也可以宣告壽終正寢了！難道「只因為」民法上不得請求返還，「所以」刑法上也不得宣告沒收利得嗎？事實正好相反：「**正是因為**」民法上給付者不得請求返還，「**所以才更**」須要藉由刑法利得沒收制度來剝奪平白受領的不法利益！民、刑法相互搭配運用才能彌補各自規範領域的侷限性、不完整性，也才會構成「**整體法秩序**」的完整拼圖。

其實，民法與刑法交錯適用，必須更為精緻及精確的論述，民法不當得利法理對於刑法利得沒收制度，的確有深遠影響，但若以不法原因給付之返還問題為例，主要是表現在「不法利得應否優先發還被害人」的判斷（下文參、二、(五)）。下文便以刑法上的利得沒收為例，逐一說明民法不當得利的各項原則，如何具體映射在刑法利得沒收之審查體系，以及兩者同中有異的區別何在。

²⁶ 請參閱陳子平，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪（上），同註3，頁64（日本學者團藤重光等人之見解）。其實，折衷說恐怕比否定說還更具民法從屬性，因為折衷說正是從「民法的給付以終局性移轉為必要」觀點，區別了不法原因之「給付」和「委託」，得出前者同否定說；後者同肯定說之結論。但其純以民法上能否返還來論斷刑法上是否成立犯罪的基本思維，和否定說的缺失如出一轍。

參、民、刑法不當得利之比較與適用

一、刑法上之準不當得利：利得沒收制度

(一)理論之說明

刑法利得沒收制度，一言以蔽之，就是一種刑法上的（準）不當得利²⁷。刑法所稱沒收，包含犯罪物（犯罪工具、犯罪所生物品如偽造之文書）之狹義沒收（*Einziehung*；或稱為一般沒收），以及犯罪所得之利得沒收（*Verfall*），兩者合稱為廣義沒收，但其性質有別。例如，犯罪工具之狹義沒收（*instrumenta sceleris*），具有類似保安處分之性質，縱使是中性的日常生活用品（如螺絲起子），既然事實上被濫用於犯罪，將其沒收便有宣示濫用禁止並避免其被再度投入犯罪之作用²⁸。反之，犯罪所得之利得沒收，其制度出發點在於達成「透過不法行為取得之利得，必須被排除」的立法目的，任何人皆不得保有因不法行為而來的獲利，此乃整體法秩序的基本立場，私法（民法）、公法（如刑法、行政法）皆然。是以，民法上有不當得利制度以規範欠缺法律上原因的不當財產變動，也有不法原因給付制度來衡平不法變動之財產利益的歸屬。

既然因民事不法及行政不法（上文貳、一、(二)）而來的利得皆應被排除，因更嚴重的刑事不法而來的犯罪利得，當然更沒有不予剝奪的道理。利得沒收本質上是一種「準（或類似）不當得利的衡平措施」（*quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme*）²⁹，藉由這個

²⁷ 請參閱林鈺雄，同註2，頁55-56。

²⁸ Vgl. Eser, aaO. (Fn. 2), Vor §§ 73ff., Rn. 12f. u. § 74 Rn. 18.

²⁹ Vgl. Burghart, aaO. (Fn. 2), § 73 Rn. 3f.; Eser, aaO. (Fn. 2), Vor § 73 Rn. 18ff. u. § 73 Rn. 1ff.; Joecks, aaO. (Fn. 2), § 73 Rn. 4ff.; Lackner/Kühl, aaO. (Fn. 2), § 73 Rn. 4b; Theile, aaO. (Fn. 2), 333; Wittig, aaO. (Fn. 2), § 9 Rn. 1.

「撥亂反正」的衡平措施，因為犯罪而不法變動的利得（實然面：已有不法利得變動），才能回歸到未實施犯罪前本來應有的財產狀態（應然面：不應存在不法利得），也就是重新回復到合法的財產秩序，進而宣示法秩序之不容破壞及正義，強化人民對法秩序的忠誠。由於犯罪利得將被悉數剝奪，因此，利得沒收制度具有一般預防功能，能夠嚇阻以經濟利潤為導向的犯罪並自始消除其犯罪誘因。簡言之，利得沒收就是要向社會大眾昭告：「犯罪（一點也）不值得」（“Crime doesn’t pay”）³⁰！

對照可知，民法上不當得利的不法原因給付制度，其亦具一般預防之規範目的：藉由否定其返還請求權，增加不法給付者的經濟風險並彰顯遵守法秩序的正面價值³¹。由此可知，民、刑法在此部分有共同法理且須相輔相成，因為民法只能做到增加「給付者」的經濟風險，但刑法卻連「受領者」的不法利得也予剝奪；民、刑法雙管齊下後，無論給付者或受領者都要承擔從事不法犯行的經濟損失，更能收一般預防的效果。但也正是因為兩者規範面向並非完全重

³⁰ 關於「不允許犯罪值得」之原則（Der Grundsatz „Verbrechen darf sich nicht lohnen“）：Theile, aaO. (Fn. 2), 333; vgl. auch Eser, aaO. (Fn. 2), Vor § 73 Rn. 18f.; Hellmann/Beckemper, aaO. (Fn. 2), Rn. 984ff.

³¹ 關於民法不法原因給付制度之規範目的，早期多採「刑罰理論」（vgl. BGHZ 39, 87, 91; 63, 365, 369），後來德國實務及通說改採「拒絕權利保護」（Rechtsschutzverweigerung）之理論（so z.B. BGHZ 44, 1, 6; 118, 182, 193）；但近來「一般預防」（Generalprävention）觀點漸受重視（Canaris, FS-Steindorff, S. 519ff.），本文採之。同說如王鋼，同註3，頁4-5；兼採者如王澤鑑，同註1，頁130-132、146（對本身不清白者拒予保護，並具預防不法的一般作用）。

Vgl. auch Emmerich, aaO. (Fn. 1), § 16 Rn. 34; Hirsch, aaO. (Fn. 1), Rn. 1384; Larenz/Canaris, aaO. (Fn. 1), S. 162f.; Loewenheim, aaO. (Fn. 1), S. 70; Looschelders, aaO. (Fn. 1), Rn. 1052; Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 1), Rn. 1156ff.; Schwab, in: MK-BGB, Bd. 5, 6. Aufl., 2013, § 817 Rn. 9.

疊，因此刑法上的利得沒收制度，並不等於民法上的不當得利制度，學說上將利得沒收稱為「準」或「類似」不當得利的衡平措施，就是要表達其既與民法不當得利制度有共同法理，但又具同中有異的特殊性格，說得簡單些，利得沒收就是「刑法上的不當得利」！

(二)新刑法之立場

以上是從理論觀點闡釋利得沒收之法律性質，但我國刑法就上開立場的問題為何呢？關此，沿用百年的舊刑法規定，一來受制於所謂的「從刑說」，似將沒收視為一種從屬於主刑的「刑罰」（舊刑法 § 34）³²；二來並未明確區分狹義沒收與利得沒收之不同，規範體例將兩者混為一談，交錯規定於同一條（舊刑法 § 38）³³。

關於沒收之定性，自二〇一六年七月一日起施行的新刑法，仿效德國刑法之立法例（§§ 73ff. StGB a.F.），相較於我國舊刑法，

³² 舊刑法第34條：「從刑之種類如下：一、褫奪公權。二、沒收。三、追徵、追繳或抵償。」

³³ 舊刑法第38條：「下列之物沒收之：一、違禁物。二、供犯罪所用或犯罪預備之物。三、因犯罪所生或所得之物。」；「前項第一款之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」；「第一項第二款、第三款之物，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。……」

就繼受史言，上開規定遠溯至1905年清末刑律草案（初稿）第31條：「凡沒收之物，記列如左：一、違禁之物。二、供犯罪所用及預備之物。三、因犯罪所得之物。」；「違禁之物不問何人所有，概行沒收。餘物以屬於本犯者為限。」上開初稿文字經修改後，改列於1907年清末修法大臣沈家本上奏的刑律草案第48條，大體延續至今。

附帶一提，1905年版刑律草案採行的「沒收從刑說」，係受到日本1887年舊刑法之影響；1907年正式上奏的刑律草案，雖「係近代中國第一部體系完整的歐陸式刑法草案」，但關於沒收體例及條文，仍以1905年版為藍本。請參閱黃源盛（纂輯），晚清民國刑法史料輯注（上），頁3、16、35、66-70，2010年7月。

有正、反面向的兩大突破：一是正式推翻支配我國舊刑法長達百年、自相矛盾且名實不符的「沒收從刑說」³⁴，認為無論狹義沒收或利得沒收，皆是「**刑罰及保安處分以外之獨立法律效果**」，確認沒收已不具刑罰本質³⁵且一併刪除沒收屬於從刑的舊刑法規定³⁶。

二是除了從反面「去刑罰化、去從刑化」之外，立法者更進一步正面定性利得沒收之法律性質，於立法理由明示「**犯罪所得之沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施**」³⁷，並更進一步指出其與民法、公法上不當得利制度之關聯性：「『任何人都不得保有犯罪所

³⁴ 批評已見於林鈺雄，同註2，頁62-63；柯耀程，沒收、追徵、追繳與抵償法理詮釋系列(一)——沒收與追徵之法律效果定性，軍法專刊，57卷3期，頁154-155，2011年6月；薛智仁，沒收之定位與從屬性——最高法院相關裁判綜合評釋(上)，台灣本土法學雜誌，98期，頁33，2007年9月。

³⁵ 新刑法新增第五章之一，其立法理由：「一、新增章名。二、本次修正認沒收為本法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性。參諸聯合國二〇〇三年反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption，下稱反貪腐公約）第五章之規定，德國刑法第三章行為的法律效果，第一節為刑罰（即自由刑及罰金），第七節則規定沒收，及日本改正刑法草案第十章則將沒收列為獨立章名，衡酌目前將沒收列為從刑的實務困境，有採納上揭立法例之必要，將沒收列為獨立之法律效果，此性質既與現行法將沒收列為從刑之立法例不同，爰將沒收增訂為獨立一章，以符規範之意旨。」

另新刑法第2條立法理由一、(一)亦指出：「此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，在第五章之一以專章規範，**確認沒收已不具刑罰本質**」。

新刑法立法理由，引自(下同)立法院公報處，立法院第8屆第8會期第14次會議紀錄，立法院公報，104卷98期，院會紀錄，頁260-279，2015年12月。

³⁶ 新刑法刪除舊刑法第34條之立法理由：「二、此次修正認沒收為本法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，爰新增第五章之一『沒收』之章名，故現行條文第三十四條有關從刑之種類、第四十條之一追徵、追繳或抵償之宣告規定均應配合刪除。……四、本條因刪除第二款及第三款，則本法所稱從刑專指褫奪公權，移列至第三十六條第一項。」

³⁷ 新刑法第38條之2立法理由二。

得（Crime doesn't pay; Verbrechen dürfen sich nicht lohnen!）』是長久存在的普世基本法律原則。因此在民法及公法領域均存在不當得利機制（參照民法第一百七十九條以下、行政程序法第一百二十七條），得以剝奪不法所得之利益。刑事法領域亦然，剝奪犯罪所得，更是基於打擊不法、防止犯罪之主要手段。……」³⁸

簡言之，利得沒收定性上是準（或類似）不當得利之衡平措施，已經是我國新刑法明文揭示的立法意旨。下文以此為前提，進一步討論其於不法原因給付案例之運用，具體說明刑法上利得沒收制度，和民法上不當得利的「雷同」及「不同」之處。

二、民、刑法如何交錯適用：以利得沒收審查體系為例

為了說明民、刑法的不當得利如何交錯適用，尤其是其共同法理及兩者區別，以下從刑法利得沒收的「審查體系」逐項說明³⁹。由於我國新、舊刑法規定的差異頗大，因此下文一併對照兩者之異同，輔以我國新刑法所仿效的德國刑法立法例（§§ 73ff. StGB a.F.）作為參考範例。就結論言，德國刑法的利得沒收和德國民法的不當得利，其規定詳盡程度旗鼓相當⁴⁰；反之，從下文對照可知，我國舊刑法的利得沒收，其規範密度則是遠遠不及民法的不當得利，但新刑法已經填補不少立法漏洞。

³⁸ 新刑法第2條立法理由一、(二)。

³⁹ 請參閱林鈺雄，利得沒收新法之審查體系與解釋適用，月旦法學雜誌，251期，頁6-34，2016年4月。Vgl. Theile, aaO. (Fn. 2), 333ff.; Wittig, aaO. (Fn. 2), § 9 Rn. 4, 10ff.

⁴⁰ 上文貳、一、(二)所述德國秩序違反法的利得沒收／追繳制度，亦同。So z.B. §§ 17 IV, 29a, 30 OWiG; vgl. nur Wittig, aaO. (Fn. 2), § 9 Rn. 5ff., § 11 Rn. 5.

(一)前提審查

前提審查項目乃：個案是否存在一個刑事不法行為？簡言之，刑法上的利得沒收，以存在一個故意或過失的刑事不法行為為前提。亦即，個案具備構成要件該當性（含可罰的未遂犯、預備犯、過失犯等）及違法性即可，但不以具罪責（有責性）為必要。據此，行為人縱使無責任能力或出於不可避免之禁止錯誤者，亦無礙沒收其利得。關此問題，我國舊刑法的立場不明，新刑法則從學說主張⁴¹及德國立法例（§ 73 I S. 1 StGB a.F.: „eine rechtswidrige Tat“），明白承認上開「無罪責之沒收」（新刑法 § 38-1 IV：犯罪所得「包括違法行為所得」）⁴²。

從前提審查開始，民、刑法的不當得利就已經同中有異。民法不當得利的請求權基礎較為寬鬆，只要「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者」（民法 § 179前）即可，本來就和受領人有無民法上行為能力無關（當然更無關刑法上責任能力），就此而言，兩者固然道理相同；但是，民法不當得利請求權成立，並不以受領人具備故意或過失的主觀要件為前提（這點，至多就是影響請求權範圍⁴³），此與刑法有別。由此可知，從所謂的「整體法秩序統一性」導出「民、刑法適用結果『必須』相同」的概括命題，縱

⁴¹ 請參閱林鈺雄，同註2，頁65-66。

⁴² 新刑法第38條之1立法理由：「五、增訂第四項犯罪所得之範圍，說明如下：（一）……另犯罪所得之沒收，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，爰參考德國刑法第七十三條第一項、第二項，增訂第四項。」

⁴³ 民法第182條：「不當得利之受領人，不知無法律上之原因，而其所受之利益已不存在者，免負返還或償還價額之責任。」；「受領人於受領時，知無法律上之原因或其後知之者，應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還；如有損害，並應賠償。」

使稱不上是「偽命題」，至少也是太過不假思索、囫圇吞棗的說法。

(二)有無利得審查

有無利得審查是指：個案因正犯／共犯之犯罪而有利得？行為人直接因刑事不法行為而來的所有財產增值型態，皆屬犯罪所得⁴⁴：動產或不動產、債權或物權、資金運用、使用利益、開支節省、報酬或對價等。應予注意，犯罪利得僅取決於事實上對利得標的之支配、處分權，無關民法的合法有效判斷⁴⁵，就此而論，利得標的所有權是否因犯罪而有所變動之民法問題（如【例1b】之骨董）⁴⁶，對於刑法上有無利得之判斷問題，欠缺重要關聯性；至於其對刑法財產犯罪的構成要件有無影響，則是另一問題。

此外，犯罪所得依取得原因，包含「為了犯罪」（für die Tat）而獲取的報酬／對價（如【例1】公務員收受之賄款、【例2】職業殺手之酬金）及「產自犯罪」（aus der Tat）而獲得的利潤／利益（如【例3】甲從丙處偷來的名畫贓物⁴⁷）。此兩類雖於本階段審查時皆是犯罪所得，分類並無實益，但於下文(五)的「發還排除沒收」審查項目時，則有重大區別：為了犯罪之所得，結論上皆無法主張發還。這正是民法上不當得利及不法原因給付制度之準用結果。

⁴⁴ Vgl. Joecks, aaO. (Fn. 2), § 73 Rn. 41f.; Wittig, aaO. (Fn. 2), § 9 Rn. 12ff.

⁴⁵ Vgl. Podolsky/Brenner, aaO. (Fn. 2), S. 29f.; Wittig, aaO. (Fn. 2), § 9 Rn. 15.

⁴⁶ 尤其是在物權行為無因性原則之下，出於不法原因給付之物權變動的有效、無效問題，請參閱同註5之事例及說明。

⁴⁷ 【例3】後來侵吞該畫的丁若構成侵占罪，於該侵占罪脈絡，名畫贓物亦是犯罪所得。至於名畫因應發還丙而排除沒收，則於下文(五)審查。

(三)何人利得審查

以上階段僅審查「有無」犯罪利得，但未觸及系爭犯罪利得由「何人」受領之問題。犯罪利得依受領人（*Adressat*）分為兩大類：犯罪行為人（含共同正犯、教唆犯、幫助犯）和犯罪行為人以外之第三人，前者乃通常情形，較不成問題；後者稱為「第三人沒收」，屬於利得沒收之「人」的擴張型態⁴⁸。

第三人亦為利得沒收對象，是民、刑法不當得利的共同法理⁴⁹。民法上的不當得利請求權，只要「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者」即可，負返還義務之受領人並不以導致財產利益不當變動之人為限。基於類似的法理，刑法上應剝奪其不法利得的對象，也是因犯罪而受領利得之人，縱使是因行為人犯罪而實際受領利得之「第三人」，其不法利得也應該被排除；況且利得沒收是獨立法律效果而非「刑罰」，因此利得沒收「人」之擴張也沒有違反罪刑法定原則或罪責原則之疑慮⁵⁰。

我國舊刑法並無第三人沒收的總則性規定（舊刑法 § 38 I③, III：犯罪所得之物，以屬於犯罪行為人為限，得沒收之），第三人沒收特別規定僅散見於附屬刑法⁵¹。由於利得沒收本質上是準不當得利之衡平措施，雖非刑罰（此與罰金刑有別），但仍屬公法上干預人民財產處分⁵²，因此，第三人沒收制度雖立法論上值得推薦，但解釋論上則受法律保留原則之拘束，僅於法律有特別明文規

⁴⁸ Vgl. *Hellmann/Beckemper*, aaO. (Fn. 2), Rn. 984ff.; *Wittig*, aaO. (Fn. 2), § 9 Rn. 29ff.

⁴⁹ 行政法亦然，如前述（上文貳、一、(二)）我國行政罰法第20條第2項及德國秩序違反法第29a條第2項。Vgl. *Mitsch*, aaO. (Fn. 18), § 29a Rn. 32ff.

⁵⁰ 請參閱林鈺雄，同註2，頁56-62。

⁵¹ 鳥瞰及批評，請參閱陳重言，同註2，頁90-91。

⁵² 請參閱林鈺雄，同註2，頁61-62。

定時，始能擴張至第三人沒收。有鑑於此，新刑法遂明文規定下列三種情形，應沒收第三人之不法利得：「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。」（新刑法 § 38-1 II）。以上前兩款大致對應至學說所稱之「挪移型案例」（Verschiebungsfälle），第三款則是典型的「代理型案例」（Vertretungsfälle）⁵³。

至於「不當得利之受領人，以其所受者，無償讓與第三人」，該如何處置呢？民、刑法皆有此問題，但各有規範方向。民法就此規定：「……而受領人因此免返還義務者⁵⁴，第三人於其所免返還義務之限度內，負返還責任。」（民法 § 183）。以【轉贈洋酒案】為例，「甲以XO洋酒向乙公務員行賄，乙將該酒轉贈與丙時，甲得否向丙請求返還？」此例有無上開第三人返還規定（民法 § 183）之適用？民法文獻指出：「在解釋上應採否定說，第三人是否知情，在所不問」，理由一來在於原受領人「知」無法律上之原因（並非民法 § 182 I），故不符第三人返還規定（民法 § 183）之適用前提；二來依民法不法原因給付人不予保護（民法 § 180④），故亦無類推適用餘地⁵⁵。

上開【轉贈洋酒案】，依照新刑法的第三人利得沒收規定，應

⁵³ 請參閱許絲捷，第三人犯罪所得之沒收，月旦法學雜誌，252期，頁84-94，2016年5月；許絲捷，第三人利得沒收：代理型、挪移型、履行型，法務通訊，2791期，頁5-6，2016年3月；陳重言，同註2，頁93-94。

⁵⁴ 民法第182條第1項：「不當得利之受領人，不知無法律上之原因，而其所受之利益已不存在者，免負返還或償還價額之責任。」唯有在原受領人因民法第182條第1項免負返還或償還價額之責任時，第三人始在原受領人所免返還義務之限度內，負返還之責任。請參閱孫森焱，同註1，頁185。

⁵⁵ 請參閱王澤鑑，同註1，頁147。

如何處理呢？此乃所稱「挪移型案例」之運用：第三人丙若明知受贈XO乃賄賂，逕依第1款沒收（新刑法 § 38-1 II①）；縱使不知，亦因丙乃無償取得，而依第2款沒收（新刑法 § 38-1 II②），結論皆是第三人丙不得保有該瓶XO。由此案例可知，民法不當得利制度僅處理到甲不得請求丙返還XO，但新刑法利得沒收制度則進一步規範了應對丙沒收該瓶XO，更徹底達到「不法利得應被悉數排除」的規範目的。民、刑法必須綜合觀察，始能判斷最後XO的歸屬。此外，以相當對價有償取得犯罪利得之善意第三人，於刑法上稱為「履行型案例」（Erfüllungsfälle），依照前述新刑法兩款挪移型規定的反面可以推知，該善意第三人不在沒收範圍⁵⁶。

附帶一提，刑法上對犯罪行為人與對第三人沒收，可能產生競合。如上例【轉贈洋酒案】收賄者乙雖因所受利益不存在而無從直接對其沒收原利得客體XO，但依法仍應對其追徵相當於XO價格的替代價額（下文四）；此種競合情形，在乙或丙其中一方因無資力或其他原因而無法執行沒收時，尤其實益。

（四）利得範圍審查

廣義的利得範圍，包含三大類：1. 因犯罪而直接取得的直接利得；2. 使用及替代品（Nutzungen und Surrogat）的間接利得；以及3. 從前述利得轉換而來的替代價額（Wertersatz）。

與犯罪具有直接關聯性之利得，乃利得沒收客體的「固有範圍」，稱為直接利得，包含前述「為了犯罪」或「產自犯罪」之利得（上文（二）），如收賄的賄款、竊取的贓物。因直接利得之使（利）用（Nutzungen）或交換而來的替代品（Surrogat），稱為間

⁵⁶ 在新刑法之前的我國立法例，如2014年12月修正公布的食品安全衛生管理法，其第三人沒收條款（§ 49-1 I）便有排除沒收效果的特別規定：「……但善意第三人以相當對價取得者，不在此限。」

接利得，乃利得沒收的「物」的延伸，如賄款存入銀行所生的利息、變賣骨董贓物而來的現金。但無論直接或間接利得，皆有可能因其取得型態本身或嗣後滅失、處分、消費、混同等原因而無法沒收原利得客體，此時則改為沒收相當於利得的替代價額，作為沒收之補充型態／替代手段，亦稱為追徵。據此，【例1】甲雖早已將100萬元賄款賭光，但無礙追徵其相當於100萬元的替代價額。

我國民法的不當得利，向來有間接利得及替代價額的總則性規定：「不當得利之受領人，除返還其所受之利益外，如本於該利益更有所取得者，並應返還。但依其利益之性質或其他情形不能返還者，應償還其價額。」（民法 § 181），上開本文規定即是間接利得⁵⁷，但書即是替代價額。對照舊刑法沒收相關條文，皆未區別直接、間接利得，而替代價額亦僅散見於刑法分則及附屬刑法⁵⁸。由此可知，關於利得範圍，民、刑法雖有共同之法理，但民法的立法體例比舊刑法更為完備。有鑑於此，新刑法遂將利得沒收範圍延伸至間接利得（新刑法 § 38-1 IV：「……犯罪所得，包括違法行為所

⁵⁷ 附帶一提，關於利息部分，民法第182條第2項雖規定：「受領人於受領時，知無法律上之原因或其後知之者，應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還；如有損害，並應賠償。」但此規定所稱的附加利息，由於不是利用犯罪所得而「實際取得」的利息，與前述將贓款、賄款實際存入銀行所生利息的間接利得不同，因此亦不在刑法沒收或發還之範圍。

⁵⁸ 如刑法第121條第2項：「犯前項之罪者（按：公務員職務收賄罪），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。」
附屬刑法如舊貪污治罪條例第10條第3項：「……全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之。」

以上追徵或抵償，乃舊附屬刑法的常見用語，不但多餘，而且滋生實務困擾（批評請參閱林鈺雄，金錢利得及其替代價額之沒收——評104年度台上字第1500號判決（追徵、抵償），月旦裁判時報，41期，頁28-39，2015年11月），新刑法已經統一稱為「追徵」（新刑法 § 38-1 III）。

得、其變得之物或財產上利益及其孳息。」），且無論狹義沒收或利得沒收，皆有追徵替代價額之明文規定（新刑法 §§ 38 IV, 38-1 III：「於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」），可以說是一大進步。

(五)發還排除沒收審查

1. 優先發還之原則

通過以上前四項審查後，原則上就要進入宣告沒收之法律效果，但例外時優先發還被害人而排除沒收，故稱為發還排除沒收審查，簡稱排除審查。利得沒收採取優先發還原則之法理基礎，正是在於其乃刑法上不當得利之本質，且與民法上不當得利相互呼應。簡言之，刑法藉由剝奪不法利得的「撥亂反正」措施，使因犯罪而來的不法財產變動，重新回復到原來的合法財產秩序。是以，犯罪利得若取自於被害人，例如財產犯罪的贓物，直接發還給被害人便可回復到財產法秩序的應然狀態（如【例3】直接將名畫發還給丙），並且也同時達成了民法所定的返還結果（還節省了民事求償的程序），故刑法上便排除沒收。反之，若不排除沒收，或者反而侵害被害人權利（如【例3】丙的名畫竟然被國家沒收），或者重複剝奪行為人不法利得（除被沒收外，還要再依民法返還或賠償被害人），一條牛剝兩層皮，從立法政策言，顯非得宜⁵⁹。關此，我國舊刑法欠缺總則性規定，僅於附屬刑法有零星規範⁶⁰；新刑法已

⁵⁹ 審查體系位置請參閱林鈺雄，同註2，頁75-78；法理基礎請參閱林鈺雄，同註3，頁40-51。新法發還條款之解釋適用，請參閱王士帆，犯罪所得優先發還被害人——簡析新刑法之發還條款，月旦法學雜誌，251期，頁73-84，2016年4月。

⁶⁰ 例示如：舊組織犯罪防制條例第7條第1項、第2項（除應發還被害人者外，應予追繳、沒收）；舊食品安全衛生管理法第49條之1第1項（除應發還被害人

一般性承認被害人優先原則，但限縮排除範圍：「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」（新刑法 § 38-1 V）。

應予注意，儘管新刑法基於立法政策考量，利得沒收制度採取優先發還原則，不過，無論發還與否，都不因而減損被害人民事求償權。詳言之，一來，在發還情形，被害人於已受滿足的權利範圍內已經沒有財產損害，固然不得再依民事求償（如【例3】將名畫發還給丙後，就名畫本身），但就超過發還範圍的損害額度，屬於未受滿足的權利，其民事求償權不因發還而消滅（如【例3】名畫本可收取之展覽入場費的損失；或雖發還名畫，但該畫價值已因竊取過程污損而減少之差額）。在金錢價額情形，如被害人匯給詐騙集團100萬元但僅受發還20萬元，扣除後被害人仍可向行為人依民事求償未受填補的80萬元（並附加自損害賠償請求權發生時起的法定利息）。簡言之，扣除發還後之損害賠償範圍，仍可民事求償，不受發還之影響。

二來，縱使刑法於立法上未採優先發還原則，或因事實上理由而未予發還（如【例3a】名畫已不知去向而未扣押在案），被害人之民事求償權仍在，不受影響。以【例3】案例前段的「甲竊取丙名畫」為例，所有權人丙（基於多重請求權基礎）本得向甲請求返還其所有物，或請求損害賠償（如【例3a】名畫不知去向）；且丙除依民事途徑求償外，亦得於甲竊盜之刑事訴訟程序，提起附帶民事訴訟（刑事訴訟法 § 487）向甲求償。儘管丙對甲的民事求償權皆

外，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之）；舊貪污治罪條例第10條第1項（應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人）；舊銀行法第136條之1第1項（除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，……沒收之）。

附帶一提，以上附屬刑法規定，不再適用（中華民國刑法施行法 § 10-3 II）。

在，但從訴訟經濟和權利保護觀點而言，將名畫贓物直接發還給丙，無疑是最節省、最有效又最可避免上開立法政策疑慮（沒收丙名畫或重複剝奪甲不法利得皆不宜）的作法。

問題在於，究竟民事權利存否及其範圍如何，並非所有案例都像【例3】一樣簡單明確（也因此，刑法上常舉「機車」贓物發還被害人之事例，因為有車牌和明確的車主、車籍資料），若是民事求償權本身就有爭議且一時難以定奪的情形（如【例3b】第三人乙出面主張其才是該名畫所有人⁶¹），上開為了訴訟經濟和有效權利保護的逕行發還理由就不存在；相反地，貿然發還給丙反而會製造民事或公法糾紛；扣押額度不足且返還權人及各自範圍有待一一釐清的爭議案件，亦同⁶²。此時實體法上難以逕行適用優先發還原則，就立法政策言，還必須搭配一系列的程序法配套措施，才能避免刑事法院既不發還、又不沒收，反而讓犯罪行為人繼續保有不法利得的荒謬結果（下文3.）。

2. 不法原因給付之例外

除返還／發還的基本原則相同外，關於不法原因給付之例外情

⁶¹ 若是民事權利明確情形，發還未必等到判決時才一併諭知，往往在先前的保全階段就直接處理；但民事權利存有爭議者，不適用之。例如，我國刑事訴訟法第142條第1項：「扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。」由此可知，在贓物有第三人主張權利情形，於刑事程序也無從逕行發還。德國刑事訴訟法（§ 111k I StPO a.F.）亦規定，扣押物若為動產，僅限於不妨礙第三人請求權（包含基於物權或債權）之情形，始得發還。Vgl. Spillecke, in: KK-StPO, 7. Aufl., 2013, § 111k Rn. 1ff., 6.

⁶² 如實務常見的詐騙集團案例（林鈺雄，同註3，頁45）：甲詐騙20人匯款至其開設的人頭帳戶，每人各匯入20萬元到80萬元不等之金額，甲總計得款1,000萬元，但人頭帳戶金額早已提領一空。檢察官遂扣押甲之其他帳戶，共凍結到200萬元帳戶額度。12名被害人經通知後皆出面主張其權利，其餘被害人仍有待確認。

形，民、刑法不當得利亦有共同法理，但規範對象及法律效果則有些微差異。如前所述，受領不當得利之人依民法雖原則上有返還義務，但出於不法之原因而為給付，且不法原因存在於給付、受領雙方者，給付者不得請求受領人返還（民法 § 180④；不法原因僅存在於給付者，亦同⁶³）。

反映到刑法上之不當得利，就結論言，犯罪利得性質上若是「產自犯罪」的利潤或利益，即應考慮前述發還被害人問題；例如擄人勒贖所得之贖金，即是產自犯罪的利益，於民法上構成無法律上原因受有利益，致他人受損害之不當得利（民法 § 179），給付贖金雖是出於不法原因之給付，但不法原因僅存在於受領之一方，故民法上仍得請求返還（民法 § 180④但）⁶⁴，於刑法上亦應優先

⁶³ 不法原因僅存在於給付者一方之情形，依我國民法由於文義上並非但書所稱「不法之原因僅於受領人一方存在時」（民法 § 180④但），因此解釋上回歸條文同款本文，結論仍不得請求返還（民法 § 180④本文），並無爭論。

德國民法雖規範方式有別，法條文義看起來僅適用於雙方皆有不法原因之情形（§ 817 S. 2 BGB: „gleichfalls“），但學說實務向來將其擴張運用到僅給付者有不法原因情形（vgl. nur Loewenheim, aaO. (Fn. 1), S. 71 Fn. 237 m.w.N.）。常舉事例如貸予重利，這也是德國學說用以說明「雖出於不法原因給付但原因行為仍可能有效」之事例，此外本例也和「給付」（Leistung）概念有關，民法上也因此衍生借貸人能否終局保有本金及利息返還範圍的相關爭議（vgl. RGZ 161, 52; BGH NJW 1983, 2692f.; BGH NJW-RR, 1994, 291ff.; Emmerich, aaO. (Fn. 1), § 16 Rn. 35, 40; Hirsch, aaO. (Fn. 1), Rn. 1391; Larenz/Canaris, aaO. (Fn. 1), S. 163f.; Looschelders, aaO. (Fn. 1), Rn. 1054; Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 1), Rn. 1153, 1155）。由於本文案例皆與此無關，不再深究。

⁶⁴ 如前所述（同註4），基於立法體例之故，我國學者主張民法之不法原因給付制度（民法 § 180④），乃一般不當得利請求權之例外型態，以已經構成一般不當得利請求權（民法 § 179：無法律上原因）為前提。反之，德國民法之不法原因給付制度（§ 817 BGB），則是獨立的不當得利請求權，並不以「無法律上原因」為必要。

發還被害人。

反之，若是「為了犯罪」的對價或酬金，則不生發還問題，一旦通過前四項審查者，即應進入沒收效果。其道理正是在於，後者（為了犯罪的利得）率皆出於不法原因之給付，且其不法原因不僅存在於受領人一方。無論是【例1】的賄款或【例2】的酬金，都是出自給付者與受領人雙方合致的不法給付，無論給付者自身已否構成犯罪（如【例1】不問刑法上是否特別處罰行賄者），於民法上給付者不得請求返還，於刑法上亦不生發還排除沒收的問題⁶⁵。

事實上，利得沒收的發還被害人審查階段，正是民法不當得利於刑法運用的最重要事例，因為刑法此時要處理的就是系爭利得客體「有無依法（主要是民事法⁶⁶）應受返還之人」的民事財產歸屬問題。是以，在此範圍之內，才稱得上「整體法秩序統一性原則」，依民法有返還請求權者，依刑法即應優先發還而排除沒收；依民法不得請求返還者（如出於雙方合致的不法原因給付），依刑法即不予發還且不排除沒收，民、刑法就返還與否的基本立場一致。但在後者情形，也可看出民、刑法的任務仍然有別：民法上只處理「給

這兩種立法例，在贖金案的判斷上有何說理差別？關此，王澤鑑教授（同註1，頁154）整理相關見解時提到：「德國通說認為在不法原因僅存在於受領人一方之情形，其原因行為有效者，仍屬有之，例如……為阻止犯罪而給與金錢。此等情形，雖不符合民法第179條規定，為給付之人仍得依德民第817條第1項規定，……請求返還。」簡言之，因德國民法將不法原因給付列為一種獨立的不當得利請求權，因此縱使認為給付金錢阻止犯罪（給贖金避免撕票）仍屬「有效」原因（有爭論），亦無礙請求返還；說理有別，但結論與我國民法相同。前例所舉的貸予重利，亦有相同問題。

⁶⁵ 請參閱王士帆，同註59，頁81-82；林鈺雄，同註3，頁49-50。

⁶⁶ 關於公法上之請求權，如稅捐請求權，得否主張優先於沒收而受償之問題，德國聯邦最高法院採肯定說，請參閱王士帆，逃漏稅捐犯罪所得發還稅捐國庫——德國聯邦最高法院刑事裁判5 StR 371/00譯介，月旦裁判時報，47期，頁99-105，2016年5月。

付者」不能請求返還，但未規範「受領人」如何處置；反之，刑法上不但否定「給付者」的發還權利，還進一步以公權力直接剝奪「受領人」的不法利得！藉由民、刑法不當得利法理之交錯適用，才真正實現了整體法秩序的統一性、完整性⁶⁷！

3. 附論：實體法與程序法之交錯適用

儘管無論從發還優先原則或不法原因給付例外而言，民、刑法皆有共通道理且應搭配適用，但以上純屬實體法面向之考量，若欠缺程序法面向的配套措施⁶⁸，也難以貫徹上開實體法之規範目的。以發還優先原則為例，程序法上若無先行的（假）扣押保全措施，發還被害人也只是紙上談兵而已；再者，一旦實施刑事保全措施而扣押犯罪利得，就勢必產生民事訴訟法與刑事訴訟法的交錯適用問題，例如已被刑事扣押的同一標的，能否再依民事訴訟而暫時性假扣押或取得民事執行名義後終局性執行的問題；相反情形，亦同。

關此，德國刑事訴訟法有一系列的規定來處理民、刑事保全及執行程序競合之問題，頗為複雜，但其立法基點正是被害人利益優

⁶⁷ 關此，德國民法學說亦指出，出於雙方不法原因之給付，如果單從不得請求返還的民法效果，其實不可能有效遏止當事人從事不法行為。Vgl. *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 1), Rn. 1157.

⁶⁸ 請參閱王士帆，德國犯罪利得之扣押與假扣押——以基礎規定（§§ 111b~111f StPO）為中心，月旦法學雜誌，241期，頁125-154，2015年6月；林鈺雄，沒收之程序問題——德國法之鳥瞰與借鏡（上／下），月旦法學教室，151/152期，頁58-71/68-74，2015年5/6月；曾淑瑜，犯罪所得沒收追徵及保全程序之研究，軍法專刊，58卷2期，頁41-66，2012年4月。

Vgl. *Burghart*, in: SSW-StPO, 2014, § 111b Rn. 1ff., § 431 Rn. 1ff.; *Gössel*, in: LR-StPO, Bd. 8, 26. Aufl., 2009, Vor § 430 Rn. 1ff.; *Johann*, in: LR-StPO, Bd. 3, 26. Aufl., 2014, Vor §§ 111bff.; *Keusch*, aaO. (Fn. 2), S. 225ff.; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl., 2014, § 111b Rn. 1ff., Vor § 430 Rn. 1ff.; *Podolsky/Brenner*, aaO. (Fn. 2), S. 120ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., 2014, § 67 Rn. 1ff.; *Spillecke*, aaO. (Fn. 61), § 111b Rn. 1ff.

先於國庫利益，以呼應並實現刑法的被害人求償權優先原則。簡言之，德國刑法只是「消極排除」沒收以避免妨礙被害人求償權（§ 73 I S. 2 StGB a.F.），但與此相應的德國刑事訴訟法，則是更進一步地「積極協助」其求償權之實現（z.B. §§ 111b V, 111g, 111h, 111k, 439, 442 StPO a.F.），具體而言，被害人求償權從保全措施開始就受到公權力的特別保障，（假）扣押除了保全國家沒收目的之外，也同時在於保全被害人求償權之實現；被害人也可以直接在刑事程序就受發還其損失的動產；為此目的，（假）扣押也有通知被害人的必要程序。總言之，在國庫利益與被害人利益衝突時，皆以後者為優先受保護對象。

再如，前述民事權利存否及其範圍如何存有爭議的情形，刑法無從優先發還被害人，但接下來呢？問題才剛開始！難道就都不沒收，而讓犯罪行為人保有不法利得嗎？果真如此，不但國庫利益與被害人利益兩頭落空，剝奪不法利得以達一般預防作用的規範目的也成為反諷。

這點，刑法本身無解，只能從刑事訴訟法著手，說來複雜，但簡單歸納德國刑事訴訟法原本的解決方案，其具體方向是：延長扣押至刑事判決確定後，並搭配國家截堵權之取得。如前述不宜或無從逕行「發還」的【例3b】（第三人乙出面主張權利）或【詐騙匯款案】（扣押額度不足且尚有其他被害人），德國法為了杜絕不法利得落入犯罪行為人的弊病，以立法手段⁶⁹使刑事保全措施的（假）扣押期限，可以繼續延長至判決確定後三年（§ 111i III

⁶⁹ 自2007年1月1日起生效的「加強償還協助及財產追討法案」（Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten – vom 24.10.2006, BGBl. I, S. 2350）。

Vgl. BGHSt 55, 62; Greeve, NJW 2007, 14ff.; Podolsky/Brenner, aaO. (Fn. 2), S. 137ff.; Roxin/Schünemann, aaO., § 65 Rn. 20.

StPO a.F.)，在此期間被害人仍有事後求償可能，得請求法院撤銷（假）扣押以實現其求償權。甚至於，在三年期限經過後，縱使未經被害人求償或僅有部分經求償者，先前未經宣告沒收的犯罪財產利益也不會落入或回到行為人手中，而是悉數且直接由國家取得，其效力如同宣告沒收（§ 73e I StGB a.F.），稱為國家截堵權之取得（§ 111i V StPO a.F.: Auffangrechtserwerb des Staates）。換言之，只要是沒還給被害人的犯罪利得，就是落入國庫的口袋，一毛錢也不會留給行為人！據此，【例3b】的乙、丙可於此延長扣押期限內依民事途徑先解決權利爭議後，勝訴者再依刑事訴訟法聲請撤銷扣押，取回其名畫；【詐騙匯款案】後來出面的其他被害人，也可循此途徑求償。上開立法另一實務優點，在於沒有保全漏洞，民事與刑事的保全措施及執行名義可以「無縫接軌」，無庸擔心返還義務人及應受沒收人的脫產、破產問題。

不過，上開「延長（假）扣押／國家截堵權」方案，於實務上操作較為複雜，因此，德國最新之修法方向⁷⁰，予以簡化。亦即，針對於裁判宣告前被害人有潛在請求權、但尚未實際獲得受償之犯罪所得，改採一律先行宣告沒收之立法模式（§ 73e StGB n.F.）；若被害人事後出面主張權利者，則統一於刑事執行程序（§§ 459g ff. StPO n.F.）處理發還問題。我國沒收程序法雖過於粗略，但亦是朝此方向修正，增修執行階段的發還被害人程序（刑事訴訟法 § 473 I, II）⁷¹；如此一來，於前述民事求償權本身就有爭議且一時

⁷⁰ BT-Drucks. 18/9525: Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. 此草案經修正後通過，自2017年7月1日起施行。

⁷¹ 刑事訴訟法第473條第1項、第2項：「沒收物、追徵財產，於裁判確定後一年內，由權利人聲請發還者，或因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者聲請給付，除應破毀或廢棄者外，檢察官應發還或給付之；其已變價者，應給與變價所得之價金。」；「聲請人對前項關於發還、給付

之執行不服者，準用第四百八十四條之規定。」

上開規定，匿名審稿人「審稿意見一，建議第1點」指出，債權請求權以取得執行名義為必要且僅限於一年內聲請給付，期間過短，對被害人「保障顯有不週」。

關此，感謝提醒。簡略說明如下：

其一、本文處理主軸乃實體法之「不法原因給付」，程序法配套僅是附論，關於程序新法筆者另有文章說明（例示如林鈺雄，綜覽沒收程序新法（上／下），月旦法學教室，174/175期，頁44-56/47-57，2017年4/5月）。

其二、出於不法原因而給付情形，由於性質上皆是「為了犯罪」的對價／酬金，本來就不生發還問題，而不法原因之給付者亦非所稱得聲請發還之被害人（上文參、二、(五)、2.）。因此，上開執行發還條款（刑事訴訟法 § 473），除不法原因僅存在於受領者一方之例外情形外，其實並無運用於本文處理的不法原因給付案例之餘地。

其三、就立法論言，本條執行發還條款，以債權、物權作為應否先取得執行名義之區分標準。此部分立法，誠如審稿意見所言，的確有待商榷，筆者深表贊同。本條立法說明理由，並未指出其如此區分的理論依據何在？外國立法例有無或有何前例可循？因此難以探求我國立法採此區分標準的理由及依據何在。此外，在債權權利明確情形，同樣要求被害人必須先取得（民事）執行名義始能聲請發還，更屬不必要之舉（批評已見於林鈺雄，綜覽沒收程序新法（下），同註，頁54-56）。在此範圍之內，對被害人保障不週之批評，值得贊同。

其四、除上述說明外，關於「1年期間」是否過短的問題，立法政策上必須權衡被害人保障及法安定性等多重因素，究竟幾年為宜？從本條項立法理由來看，立法者明顯有此問題意識，認為舊法的3個月期間過短，因此修正延長為1年：「原條文關於聲請發還沒收物之期限，為執行沒收後三個月內，失之過短，不足以保障犯罪被害人權利之行使。況因犯罪而得行使請求權之被害人，尤須有取得執行名義之餘裕。爰修正為於裁判確定後一年內。……」（刑事訴訟法 § 473，立法理由二參照）。上開期間是從刑事裁判確定起算，因此必須加計刑事程序期間，例如假使刑事案件從案發當時至裁判確定總計5年，再起算1年，則被害人在6年內聲請給付者，即受優先發還之保障。立法者將其延長為1年，是否仍屬過短？或許見仁見智，立法論上難有定論，但較明確的缺失反而是，我國法並未課予國家機關就（保全）扣押時點就立即通知（已知之被害人）或公告（未知或潛在之被害人）之義務，這種通知或公告亦有督促被害人儘速行使權利之性質。不過仍應強調，超

難以定奪的情形（如【例3b】），刑事法院便可先「放心」宣告沒收，既不用擔心因此阻礙真正權利人之民事求償權，也可以避免犯罪利得只因民事權利爭議就落入或回到行為人手中，可謂一舉兩得。對於被害人而言，由於其求償權實現前，系爭利得客體一直握在公權力（國庫）手中，因此，同樣可以避免脫產、破產等惡意規避或資力變化疑慮⁷²。

（六）法律效果：義務沒收

若通過前五項審查，刑法效果即是依法沒收，或者得沒收（裁量沒收），或者應沒收（義務沒收），端視立法而定。我國舊刑法及附屬刑法兩者皆有，新刑法則從學說主張⁷³並仿效德國刑法（§§ 73,

過上開1年期間者，被害人的民事求償權並未因此消滅（上文參、二、(五)、1.），而是喪失直接從國庫聲請優先給付的法律地位而已。

其五、就比較法言，德國最新修正之沒收程序法，於刑事執行階段，被害人請求的期限是6個月，但起算點自「通知」確定裁判時起6個月，而非裁判確定時點（vgl. §§ 459h, j StPO n.F.）。

⁷² 匿名審稿人「審稿意見一，建議第2點」指出，沒收新制下，未來行政執行與民事執行之競合問題，以及製造民事假債權趁機豪得被害人財產之問題，應予重視。

關此，筆者深表贊同。主要癥結在於，我國欠缺刑事執行專法，而刑事訴訟法的執行條文本來就太過簡略，新法僅小幅修補，不但不足以承載實務問題，修法立場前後也不一貫。例如，刑事沒收執行，為求執行效率並避免假債權干擾，修法增加行政執行之規定：「第一項之變價、分配及給付，檢察官於必要時，得囑託法務部行政執行署所屬各分署為之。」（刑事訴訟法 § 473 III）。然而，原先刑事執行準用執行民事裁判及檢察官囑託地方法院民事執行處為之的舊規定（刑訴 § 471），並未隨同一併修正，故將來刑事執行與民事、行政執行之關係為何，將成為實務執行問題（批評已見於林鈺雄，綜覽沒收程序新法（下），同前註，頁54-55）。此部分問題，解鈴仍須繫鈴人，釜底抽薪之道仍須修法，爾後統一透過行政執行管道處理，始能統一立場，並由行政執行機關負起把關假債權之任務。

⁷³ 請參閱林鈺雄等，刑事法研究會第三次沒收研討會——「刑法沒收草案之檢討

73c StGB a.F.)，就犯罪利得以義務沒收（追徵亦同）原則（新刑法 § 38-1 I, II, III）搭配過苛調節條款（新刑法 § 38-2 II）⁷⁴，以避免個案不合比例的嚴厲效果或違反訴訟經濟的程序拖延。例如，若悉數沒收犯罪成本可能導致過苛之情形，便可依照過苛調節而部分排除義務沒收。

三、系爭案例之運用：以行賄收賄案為例

概述利得沒收審查體系後，回到上文【行賄收賄案】及其各種變體案型（上文貳、一），依序檢驗出於不法原因給付之相關利得沒收問題。

(一)【例1】之審查結果

1. 前提審查

公務員甲先期約150萬元賄款，後收受100萬元前金，作為其職務行為的對價，甲構成職務收賄罪、乙構成職務行賄罪⁷⁵，本罪重

與展望」會議研討會紀錄，台灣法學雜誌，287期，頁116、131、151-152，2016年1月14日。

⁷⁴ 請參閱薛智仁，評析減免沒收條款，月旦法學雜誌，252期，頁63-83，2016年5月。

⁷⁵ 貪污治罪條例第5條第1項第3款：「有下列行為之一者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣六千萬元以下罰金：……三、對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。」；此乃刑法第121條第1項之特別規定：「公務員或仲裁人對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。」

貪污治罪條例第11條第2項：「對於第二條人員，關於不違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。」普通刑法並不處罰此種行賄罪。

附帶一提，因案例並無關於不法約定違背職務行為之提示，因此不討論違背職務之行賄或收賄罪。

在不法約定，雖甲實際上因職務調動而未為合致的職務行為，但此無關犯罪成立判斷，本案符合利得沒收前提。

2. 有無利得審查

原期約金額雖為150萬元，但甲實際受有的乃前金100萬元，故犯罪利得為100萬元。

3. 何人利得審查

甲乃實際利得人，無涉第三人之問題。

4. 利得範圍審查

甲將利得100萬元賭光，原利得客體已不存在，因此改為追徵其替代價額。

5. 排除審查

100萬元賄款乃出於犯罪的不法原因給付，甲雖無法律上原因受有利益，但給付者乙依民法不得請求返還，依刑法亦不得主張優先發還而排除沒收。

6. 法律效果

本案應義務沒收，但因所受利得已不存在，改為追徵其替代價額，結論仍應沒收相當於100萬元的金錢價額。

本案縱使100萬元前金改為骨董，結論亦是相同，由此可知相關文獻（上文貳、二）的兩個論證瑕疵：一是誤以為「出於不法原因之受領人可以占到便宜」，事實上無論受領人甲或給付者乙都占不到便宜，也都不得保有該賄款（或骨董）；二是誤從「給付者乙依民法不得請求返還」反面導出「受領者甲可合法保有不法原因給付」，甚而據此錯誤前提而推論「受領人不會構成財產犯罪」的結論。事實上，民法返還義務只能直接運用在立法本旨相同的刑法優先發還問題，本案結論是乙不能主張優先發還而排除沒收，甲、乙皆無法保有不法利得。

(二)【例1a】及【例1b】之審查結果

在加入居間第三人的【例1a】及【例1b】情形，應予沒收賄款或骨董的結論亦同。給付者仍是乙，差別僅在於實際利得人及實際取得支配人皆是居間人丁，而非公務員甲，故刑法沒收對象亦是丁；至於民法上丁是否取得賄款或骨董的所有權，以及乙是否「終局性移轉利益」給丁（據此區別賄款和骨董是否構成「給付」⁷⁶），都不改變案例中賄賂客體應予沒收的判斷結果：原給付者乙依民法仍不得請求返還，依刑法亦不得主張優先發還而排除沒收。

由【例1a】及【例1b】這兩則變體案例亦可得知，民、刑法的不當得利及不法原因給付，仍非完全相同。民法不當得利固然本於其私法規範目的考量，而將「給付」概念限縮解釋在「終局性移轉利益」⁷⁷，然而，對於刑法利得沒收制度而言，不論賄賂客體是【例1a】的賄款或【例1b】的骨董，也無論依民法評價是「終局」或「非終局」的移轉，是「不法原因之給付」或「不法原因之委託」，同樣都是「為了犯罪」的利得，結論都是應予沒收。此外，兩案中由於甲、乙都已經構成收賄、行賄罪，丁是否另外再成立侵占罪，亦不改變賄款、骨董的沒收結論。

(三)【例1c】（詐欺罪變體）之審查結果

前例所示【例1】、【例1a】及【例1b】，由於甲、乙已有不法約定在先，故皆已分別構成收賄罪、行賄罪無疑（至少是期約階

⁷⁶ 於刑法財產犯罪構成要件脈絡，援引民法不當得利之終局性利益移轉標準者，請參閱陳子平，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪（上），同註3，頁64-66；王鋼，同註3，頁6。

⁷⁷ 請參閱王澤鑑，同註1，頁133。Vgl. BGH NJW 1995, 1152, 1153; Hirsch, aaO. (Fn. 1), Rn. 1379, 1387; Larenz/Canaris, aaO. (Fn. 1), S. 163f.; Looschelders, aaO. (Fn. 1), Rn. 1056; Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 1), Rn. 1153.

段)。但【例1c】甲不構成收賄罪，乙是否構成行賄罪則有待討論，關鍵在於其轉交丁名畫時是否已至可罰的行求階段。此一問題對利得沒收與否之影響在於，是否具備「刑事不法」的審查前提，以及若具備的話，於發還排除沒收審查階段乙可否主張優先發還。但應注意，前一問題還要同時考慮另一犯罪，即丁可能構成的詐欺罪；後一問題則需考量出於不法原因給付的判斷標準問題。當然，如果乙已構成行求賄賂罪⁷⁸，名畫就應沒收且不得主張發還，結論無疑。

就丁是否成立詐欺罪而言，雖然同樣涉及乙的不法原因給付，但與前述【例1a】及【例1b】丁是否構成侵占罪的問題面向不同。詐欺罪的客觀成立要件依序是：1.行為人施用詐術；2.使被害人陷於錯誤；3.被害人為財產上之處分；4.被害人受有財產上之損失；5.具有貫穿的因果關係⁷⁹。換言之，若欲以不法原因給付作為丁是否構成詐欺罪的論證理由，首先必須在上開五個客觀構成要件要素中找到解釋論的「支點」，否則，「不法原因給付」根本就無從和詐欺罪成立與否發生關聯！以德國刑法曾熱烈討論的「被害者學」為例⁸⁰，其於具有高度射倖性的投機行為，從「使人陷於錯誤」的

⁷⁸ 行求固然不需要有雙方合致的不法約定（Unrechtsvereinbarung），但解釋上至少要其意思已到達對方始能論以既遂。因此，在案例所示情形，本文認為乙僅止於行求未遂，無法處罰。Vgl. Rosenau, in: SSW-StGB, 2. Aufl., 2014, § 331 Rn. 23.

⁷⁹ 請參閱林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，載：刑法與刑訴之交錯適用，頁381-383，2008年8月。

⁸⁰ 例如【處女妓女案】（林鈺雄，新刑法總則，頁3，2014年9月，4版）：「妓女T從事該業多年，為求更高利潤，與馬伕S共謀，由S向男子O宣稱，其認識『處女』T，因需款甚急，可仲介與O從事性交易，代價為新台幣10萬元，O頗感懷疑：何以此行業中有眾多處女，儘管如此，仍抱著姑且一試之想法，與T從事性交易，並交付10萬元予T。問T是否構成

支點著手，據此才能開展出詐欺罪的法釋義學。但如【例1c】所示不法原因給付之案例，到底其於詐欺罪成立要件的支點何在？這正是問題之所在。就解釋論言，比較可能的支點在於否定其「財產損失」（亦即將出於不法原因給付之利益，排除於應受詐欺罪保護的財產範圍）⁸¹，但筆者認為如此一來，只會治絲益棼；若欲排除不法財產利益之保護，其實不用在構成要件處理，只要從利得沒收制度著手即可達到目的。就結論言，乙雖出於行賄目的而給付名畫，但這無礙丁成立詐欺罪⁸²；【例1d】審查結論亦同。

至於利得沒收的問題該如何處理？若乙不構成行賄罪，僅丁構成詐欺罪，則雖亦具備刑事不法之前提，但系爭犯罪已不是賄賂罪而是詐欺罪（此與【例1】、【例1a】及【例1b】皆有別），利得

詐欺罪？」被害者學觀點之案例解析，請參閱王梅英、林鈺雄，從被害者學談刑法詐欺罪，載：刑事法理論與實踐，頁159-173，2001年10月（原載：月旦法學雜誌，35期，頁96-103，1998年4月。）。

⁸¹ 請參閱王效文，同註3，頁12-14。

⁸² 就此，我國自早期實務見解以來，結論亦皆採肯定說（評釋請參閱陳子平，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪（下），同註3，頁49-56），如22年上字第4106號判例：「販賣鴉片，以假土攪和圖取他人之真土售價，除販賣鴉片罪外，其詐欺行為，兼觸犯刑法第三百六十三條第一項之罪，應依同法第七十四條，從一重處斷。」

司法院32年院字第2513號解釋：「甲乙為同一機關有審判職務之公務員，丙因案託丁，向甲行賄，甲以該案係乙主辦，允代向乙請託，丁交款後，甲收為己有，並未交乙，亦未向乙關說，此種情形，尚非於其主管或監督之事務圖利，與懲治貪污暫行條例第三條第一項第二款之規定不符，惟甲如係偽允向乙請託，為其詐得該款之方法，自應成立刑法第三百三十九條第一項之詐欺罪，設甲之允為請託，並非虛偽，僅於丁交款後起意據為己有，即屬侵占行為，應依刑法第三百三十五條第一項處斷。」

德國實務亦採肯定說。Vgl. auch RGSt 44, 23; BGHSt 14, 388; NStZ 2008, 627; KG Berlin NJW 2001, 86; Otto, Jura 1993, 424ff.; Perron, in: Sch/Sch-StGB, 29. Aufl., 2014, § 263 Rn. 95f., 150.

人丁取得的也是「產自（詐欺）犯罪」（而非「為了犯罪」）的直接利得，因此有必要進行「發還排除沒收」的審查。

爭點在於：乙是否為應受優先發還之被害人？此時，不法原因給付之法理便具關鍵重要性，因為如前所述，刑法利得沒收就發還問題，和民法不當得利的基本立場一致。就此，所稱不法原因並不限於構成犯罪的情形，出於行賄目的之給付（無論不法給付者是否另構成犯罪）亦屬之，且乙交付名畫給丁時，主觀上就行賄目的有知（bewusst）且有欲（gewollt），具有主觀歸責要件⁸³，固無爭議。

然而，自身有不法原因之被詐欺者能否請求返還？民法上本來就極具爭議性⁸⁴，此亦連帶影響刑法發還問題。而涉及居間人的【例1c】情形，爭點尤在於乙交付名畫給居間人丁時，是否構成「給付」⁸⁵？否定觀點認為，乙交付名畫於丁，並無終局移轉該畫所有權或占有利益於丁之意思，並非「對丁之給付」，故仍得請求返還（不適用民法 § 180④本文）；但此說如何運用於交付酬金或

⁸³ 不法原因給付之主觀要件：王澤鑑，同註1，頁140-141；Emmerich, aaO. (Fn. 1), § 16 Rn. 38; Looschelders, aaO. (Fn. 1), Rn. 1052.

⁸⁴ Vgl. BGH NJW 1992, 310, 311; OLG Koblenz NJW 1996, 665.（謊稱可替被害人在德國大學非法獲取博士學位之酬金，較為類似【例2c】）

⁸⁵ 附帶一提，雙方皆有不法原因給付之詐欺案例，我國實務見解並非從「給付」概念，而是直接從「衡平觀點」而否定不法原因給付不得請求返還之運用。如最高法院96年度臺上字第2362號民事判決：「不當得利制度乃基於『衡平原則』而創設之具調節財產變動的特殊規範，故法律應公平衡量當事人之利益，予以適當必要之保護，不能因請求救濟者本身不清白，即一概拒絕保護，使權益之衡量失其公平，故如已具備不當得利之構成要件，應從嚴認定不能請求返還之要件，避免生不公平之結果。被上訴人係遭詐騙集團欺騙以行賄香港廉政公署而匯款，應認該不法之原因僅存在於詐騙集團，基於前述衡平原則，上訴人以被上訴人係不法原因給付為由，拒絕返還系爭四百萬元，洵非有據。」

匯款（如【例1d】）情形？仍待釋疑⁸⁶。反之，肯定說主張，乙交付名畫於丁，已再無取回該畫之意思，縱使依照終局移轉標準也已經構成給付，此與出於不法原因之金錢借貸或房屋租賃關係所討論的本金、房屋的情形不同（期滿後皆會取回，因此本金⁸⁷、房屋⁸⁸本身不是所稱給付），是以，民法上應認為【例1c】乙無返還請求權，刑法上也沒必要直接以公權力介入而發還給付者；至於【例1d】乙匯款100萬元給丁（僅是增加丁帳戶的金錢價額，且勢必混同於原帳戶金額），更應是給付。

以上兩說於民法上雖各有所本，但一來，乙出於行賄目的交付的賄賂若可請求返還，無論民法上不法原因給付之**規範目的是拒絕保護或一般預防**，皆難以自圓其說，刑法上還以公權力將其逕行發還給乙，更違反一般預防功能；二來，刑法利得沒收制度固然和民法不當得利及不法原因給付有共通之處，但亦有自身考量，畢竟刑事訴訟也有其訴訟標的和審判主軸，不宜讓（過於複雜的）發還問題喧賓奪主；尤其在民法求償權本身即具爭議性之情形，刑法上就沒有必然要優先發還的理由，更何況此時以刑法發還來一併解決民事返還的訴訟經濟考量，也已經不存在了；三來，最重要的是，刑法未予優先發還，只是程序上沒有一併節省民事訴訟勞費而已，但實體上並未侵害或影響民事求償權，權利人仍得依民事途徑求償，

⁸⁶ Vgl. Hirsch, aaO. (Fn. 1), Rn. 1384 mit Fn. 34, 35 (unter Verweis auf OLG Koblenz NJW 1999, 2904 einerseits, OLG Stuttgart NJW 1996, 665 und OLG Koblenz NJW 1996, 665 andererseits).

⁸⁷ Vgl. Hirsch, aaO. (Fn. 1), Rn. 1387; Looschelders, aaO. (Fn. 1), Rn. 350, 1056. 同註63所討論的重利之本金，亦同。

⁸⁸ 請參閱王澤鑑，同註1，頁134：出租房屋經營應召站，基於（無效）租賃契約所為的給付，不是房屋本身，而是該屋在一定期限的使用，故甲僅在約定租賃期間內不得請求返還租賃物。

已如前述（上文二、(五)、1.）；縱使認為否定說有理，亦宜由民事法院裁判其民事法律關係。故本文認為，至少就刑法言，不宜貿然發還。據此，【例1c】結論是無礙對丁沒收該名畫，【例1d】則是應對丁追徵100萬元的替代價額，且兩例中乙皆不得主張優先發還。

總言之，即便是【例1c】、【例1d】的詐欺情形，本文認為仍是出於不法原因之給付且皆應直接沒收，既不得發還給出於不法原因之給付者，更不能讓自身構成詐欺罪的受領人保有不法利得。如此一來，給付者與受領者雙方都必須承擔不法原因給付之經濟損失風險，雙管齊下，始能達到民、刑法不當得利及不法原因給付制度的一般預防作用。

肆、結語

文末，總結本文論點如下：

「透過不法行為之利得，必須被排除」，此乃整體法規範秩序的共同立場。民法因此有不當得利及不法原因給付制度，而利得沒收制度即是刑法上的不當得利，其中的優先發還原則及不法原因給付的例外，與民法的規範目的及基本立場皆一致。

民、刑法的不當得利有「共同法理」，除前述民法返還及刑法發還之事例外，例如排除第三人不法利得之必要性，再如利得客體除直接利得外，亦包含間接利得與替代價額，以達徹底排除不法利得之目的。但應注意，由於民、刑法各有其任務及規範目的，故兩種不當得利仍「同中有異」，例如民法上不當得利不以故意、過失為必要，但刑法上利得沒收必以存在一個故意或過失的刑事不法為前提。更明顯的事例是，民法不法原因給付制度只否定給付者的返還請求權，但刑法利得沒收制度不但同樣否定不法給付者的優先發

還權，還進一步以公權力直接剝奪受領人的不法利得；據此，給付者與受領人雙方皆需承擔不法原因給付的經濟風險，以達徹底消除出於經濟或財產動機之犯罪的誘因，這正是不法原因給付及利得沒收制度之一般預防作用的體現。

總言之，民法、刑法（及行政法）的不當得利制度相輔相成，但又各有其任務領域。由此可知，討論相關問題時不能忽略法規範的完整性：從不法原因給付者依民法不得請求返還，還不能直接導出受領人可合法保有不法利得的結論，更不能據此推論受領人之相關刑法罪責，否則難免歧路亡羊。回到上文緣起，事實上，如果併看民法不當得利及刑法利得沒收之交錯適用，即不難得知，整體法秩序並沒有比較保護「黑吃黑」的受領人！最後，再說一次：

「看官，別擔心！白道也有白道解決的辦法！」



元照出版提供 請勿公開散布。

參考文獻

一、中 文

1. 王士帆，德國犯罪利得之扣押與假扣押——以基礎規定（§§ 111b~111f StPO）為中心，月旦法學雜誌，241期，頁125-154，2015年6月。
2. 王士帆，犯罪所得優先發還被害人——簡析新刑法之發還條款，月旦法學雜誌，251期，頁73-84，2016年4月。
3. 王士帆，逃漏稅捐犯罪所得發還稅捐國庫——德國聯邦最高法院刑事裁判5 StR 371/00譯介，月旦裁判時報，47期，頁99-105，2016年5月。
4. 王效文，不法利益與刑法中的財產概念，載：第六屆兩岸刑法論壇——財產犯罪總論問題研討會論文，頁1-17，2015年10月。
5. 王梅英、林鈺雄，從被害人學談刑法詐欺罪，載：刑事法理論與實踐，頁159-173，2001年10月（原載：月旦法學雜誌，35期，頁96-103，1998年4月。）。
6. 王澤鑑，不當得利，增訂新版，2015年1月。
7. 王鋼，不法原因給付與侵占罪、詐騙罪，載：第六屆兩岸刑法論壇——財產犯罪總論問題研討會論文，頁1-31，2015年10月。
8. 吳耀宗，德國刑法追徵（Verfall）制度之研究——兼論我國現行刑事法制之「追徵」相關規定，刑事法雜誌，45卷3期，頁1-43，2001年6月。
9. 林明昕，公法上不當得利之研究——以行政程序法第一百二十七條規定為中心，輔仁法學，35期，頁1-68，2008年6月。
10. 林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，載：刑法與刑訴之交錯適用，頁379-408，2008年8月。
11. 林鈺雄，新刑法總則，4版，2014年9月。
12. 林鈺雄，發還優先原則及賄款之沒收——評最高法院相關刑事判決，月旦裁判時報，31期，頁40-51，2015年1月。
13. 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，238期，頁53-84，2015年3月。
14. 林鈺雄，沒收之程序問題——德國法之鳥瞰與借鏡（上／下），月旦法學教

- 室，151/152期，頁58-71/68-74，2015年5/6月。
15. 林鈺雄，金錢利得及其替代價額之沒收——評104年度台上字第1500號判決（追徵、抵償），月旦裁判時報，41期，頁28-39，2015年11月。
16. 林鈺雄等，刑事法研究會第三次沒收研討會——「刑法沒收草案之檢討與展望」研討會紀錄，台灣法學雜誌，287期，頁112-161，2016年1月。
17. 林鈺雄，利得沒收新法之審查體系與解釋適用，月旦法學雜誌，251期，頁6-34，2016年4月。
18. 林鈺雄，綜覽沒收程序新法（上／下），月旦法學教室，174/175期，頁44-56/47-57，2017年4/5月。
19. 柯耀程，沒收、追徵、追繳與抵償法理詮釋系列(一)——沒收與追徵之法律效果定性，軍法專刊，57卷3期，頁143-163，2011年6月。
20. 孫森焱，民法債編總論（上），修訂版，2008年8月。
21. 許絲捷，第三人利得沒收：代理型、挪移型、履行型，法務通訊，2791期，頁5-6，2016年3月。
22. 許絲捷，第三人犯罪所得之沒收，月旦法學雜誌，252期，頁84-94，2016年5月。
23. 陳子平，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪（上／下），月旦法學教室，137/138期，頁60-71/49-56，2014年3/4月。
24. 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，月旦法學雜誌，238期，頁85-101，2015年3月。
25. 曾淑瑜，犯罪所得沒收追徵及保全程序之研究，軍法專刊，58卷2期，頁41-66，2012年4月。
26. 黃源盛（纂輯），晚清民國刑法史料輯注（上），2010年7月。
27. 薛智仁，沒收之定位與從屬性——最高法院相關裁判綜合評釋（上），台灣本土法學雜誌，98期，頁21-37，2007年9月。
28. 薛智仁，評析減免沒收條款，月旦法學雜誌，252期，頁63-83，2016年5月。

二、外 文

1. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, 1990, S. 519ff.
2. *Emmerich, Volker*, BGB – Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl., 2009.
3. *Erb, Volker/Esser, Robert/Franke, Ulrich/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander* (Hg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Band 8, 26. Aufl., 2009 (zitiert *Gössel*, in: LR-StPO).
4. *Erb, Volker/Esser, Robert/Franke, Ulrich/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander* (Hg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Band 3, 26. Aufl., 2014 (zitiert *Johann*, in: LR-StPO).
5. *Greeve, Gina*, Verstärkte Rückgewinnungshilfe und Vermögensabschöpfung seit dem 1.1.2007, NJW 2007, S. 14ff.
6. *Habersack, Mathias* (Hg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 5, 6. Aufl., 2013 (zitiert *Schwab*, in: MK-BGB).
7. *Hannich, Rolf* (Hg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG, EGGVG und EMRK, 7. Aufl., 2013 (zitiert *Spillecke*, in: KK-StPO).
8. *Hellmann, Uwe/Beckemper, Katharina*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., 2010.
9. *Hirsch, Christoph*, Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2011.
10. *Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 2. Aufl., 2012 (zitiert *Joecks*, in: MK-StGB).
11. *Keusch, Sven*, Probleme des Verfalls im Strafrecht, 2005.
12. *Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2007.
13. *Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts: Besonderer Teil, Band II/2, 13. Aufl., 1994.
14. *Loewenheim, Ulrich*, Bereicherungsrecht, 3. Aufl., 2007.
15. *Looschelders, Dirk*, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., 2014.

16. *Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht II Besonderer Teil, 16. Aufl., 2012.
17. *Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram*, StPO, 57. Aufl., 2014.
18. *Mitsch, Wolfgang* (Hg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Aufl., 2014 (zitiert *Mitsch*, in: KK-OWiG).
19. *Otto, Harro*, Betrug bei rechts- und sittenwidrigen Rechtsgeschäften, Jura 1993, S. 424ff.
20. *Podolsky, Johann/Brenner, Tobias*, Vermögensabschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, 5. Aufl., 2012.
21. *Rönnau, Thomas*, Die Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2. Aufl., 2015.
22. *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., 2014.
23. *Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter* (Hg.), StGB Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2014 (zitiert *Burghart*, in: SSW-StGB bzw. *Rosenau*, in: SSW-StGB).
24. *Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter* (Hg.), StPO – Strafprozessordnung, Kommentar, 2014 (zitiert *Burghart*, in: SSW-StPO).
25. *Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (Hg.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014 (zitiert *Eser*, in: Sch/Sch-StGB bzw. *Perron*, in: Sch/Sch-StGB).
26. *Theile, Hans*, Grundprobleme der strafrechtlichen Verfallsvorschriften nach den §§ 73ff. StGB, ZJS 2011, S. 333ff.
27. *Tiedemann, Klaus*, Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2010.
28. *Wittig, Petra*, Wirtschaftsstrafrecht, 2010.

Performance for Unlawful Cause and Criminal Proceeds Confiscation: A Preliminary Inspection on Quasi-unjustified Enrichment in Criminal Law

Yu-Hsiung Lin^{*}

Abstract

A performance should not be claimed for return if its purpose is unlawful—for instance, the bribery offered to public officials in the attempt to fulfill their official duties. Consequently, the person who renders performance is considered to be guilty of a breach of law. While the restitution of performance in these cases is not allowed according to the Civil Code of Unjust Enrichment, a question remains: can the recipient of the bribery keep the proceeds legitimately even if his/her purpose is likewise unlawful? Is the recipient actually more worthy of protection? As far as this article is concerned, “the offenders should be deprived of the criminal proceeds” is a general value of the legal system which applies to civil law, criminal law, and administrative law. Therefore, what’s only been dealt is that the person who renders

^{*} Professor, College of Law, National Taiwan University; Dr. jur. Munich University, Germany.

Received: March 9, 2017; accepted: October 26, 2017

performance for unlawful cause can't claim the restitution based on the Civil Code. Whether the recipient can keep the proceeds in the end should also consider other regulations or laws besides the Civil Code—especially the Criminal Code of Criminal Proceeds Confiscation, which is essentially the (Quasi-) Unjust Enrichment in the Criminal Code. This article centers on the performance out of a breach of law and deal with the issue of Unjust Enrichment in both the Civil Code and the Criminal Code.

Keywords: Performance Out of Breach of Law (Performance for Unlawful Cause), Confiscation, Criminal Proceeds Confiscation, Unjust Enrichment, Return, Preference of the Claim of Compensation, Quasi-unjustified Enrichment, Restitution of Performance, Seizure, Provisional Attachment