

憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決重點提示 【沒收犯罪所得規定溯及既往案】

【判決日期】

2022-12-02

【主筆大法官】

詹森林

【本件裁判重點提示】

| 要旨 | 內容 |
|---------------------------|---|
| | 系爭規定(104 年 12 月 30 日修正公布，自 105 年 7 月 1 日施行之刑法第 2 條第 2 項)涉及沒收犯罪所得部分，無涉罪刑法定原則 |
| 由沒收新制整體內容觀之，犯罪所得之沒收不具刑罰性質 | <p>【理由一】</p> <ol style="list-style-type: none">1. 就沒收犯罪所得之性質言，沒收犯罪所得係藉由沒收之手段，以衡平因違法行為所生財產秩序之干擾，故為避免犯罪行為人或非善意之第三人坐享犯罪所得，致顯失公平正義，其得予沒收之犯罪所得，僅須係因違法行為所生，即為已足。2. 換言之，行為僅需具刑法構成要件該當性及違法性，縱不具可責性，因該行為而生之犯罪所得，仍應予以剝奪，以回復犯罪行為前之合法財產秩序。3. 是沒收犯罪所得，並非非難行為人或第三人有何違反社會倫理之犯罪行為，此與刑罰係基於制裁個人犯罪行為而設，行為人須因違法且有責行為始受刑事制裁有異。犯罪所得之沒收，有別於刑罰。 <hr/> <p>【理由二】</p> <ol style="list-style-type: none">1. 就受沒收犯罪所得宣告之主體言，依刑法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項規定，受沒收宣告之主體，除犯罪行為人外，非善意取得犯罪所得之第三人，亦包含在內。2. 該非善意之第三人，雖非從事違法行為之人，仍應沒收其取得之犯罪所得，此並非評價第三人有何違反刑法之不法行為，僅係回復合法之財產秩序，並具防止犯罪行為人及非善意之第三人以不法獲取之所得，再次投入其他非法使用之功能，不具懲罰性。3. 沒收犯罪所得與刑罰大相逕庭。 <hr/> <p>【理由三】</p> <ol style="list-style-type: none">1. 就受沒收犯罪所得宣告之客體言，依刑法第 38 條之 1 第 4 項規定，國家得沒收或追徵之「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」。 |

2. 易言之，犯罪所得之範圍係可依法推算之特定數額，國家亦僅於該特定數額內，始得對犯罪行為人或取得犯罪所得之第三人沒收之。
3. 該數額與行為人犯罪之罪名輕重無關，更不取決於行為人從事犯罪行為時之歸責程度（例如：故意或過失）。
4. 亦即，國家不以罪行或刑罰之輕重，決定應沒收之犯罪所得額度。
5. 反之，國家對犯罪行為人之科刑，應受嚴格罪責原則之拘束，無論係處以自由刑或罰金刑，關於其刑度之宣告，不僅取決於行為人所犯罪名之輕重，亦須衡酌行為人之歸責程度，予以適當之加重或減輕後，始得量處。
6. 沒收犯罪所得異於刑罰。

【理由四】

1. 就沒收犯罪所得之裁判言，犯罪所得之沒收，程序面上，可分為以被告為對象之主體訴訟，及以沒收客體為對象之客體訴訟。
 2. 關於主體訴訟之宣告沒收，刑法第 40 條第 1 項規定：「沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之。」即不論是否判決被告有罪，均於裁判時併宣告沒收。
 3. 刑事訴訟法且依被告有罪判決或無罪判決，分別規定其主文諭知、構成沒收之事實及理由記載之法律依據（刑事訴訟法第 309 條及第 310 條之 3 規定參照）。
 4. 另在主體訴訟程序中，尚有刑事訴訟法第 7 編之 2 規定之第三人參與沒收程序（刑事訴訟法第 455 條之 12 至第 455 條之 33 規定參照）。
 5. 關於客體訴訟之單獨宣告沒收，刑法第 40 條第 3 項規定：「……第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」亦即，此種情形之沒收，不以致生犯罪所得之違法行為被追訴或定罪為必要。
 6. 在有特殊事實上或法律上原因，例如犯罪行為人死亡、曾經判決確定，或因刑法第 19 條等事由，受不起訴處分或不受理、免訴等，致未能追訴行為人之犯罪或判決其有罪時，程序上仍可對該犯罪行為所生之犯罪所得，予以單獨宣告沒收。
 7. 就此，刑事訴訟法第 7 編之 2 第 455 條之 34 至第 455 條之 37，亦有相對應之沒收特別程序。
 8. 是沒收新制下主體訴訟被告無罪時之沒收、第三人參與沒收程序或客體訴訟之單獨宣告沒收，並非以刑事定罪為必要；反之，刑罰必須依法論罪後，始得對行為人科處之（刑事訴訟法第 155 條、第 299 條第 1 項及第 309 條規定參照）。沒收犯罪所得有異於刑罰。
-

| | |
|------------------------------------|---|
| | <p>【理由五】</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 就沒收犯罪所得之執行言，犯罪所得沒收之執行與刑罰罰金刑之執行亦有區別。 2. 犯罪所得，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，依刑法第 38 條之 1 第 3 項規定，僅得追徵其價額，是追徵為刑法沒收新制下之唯一替代手段。 3. 反之，刑法第 42 條第 1 項及第 2 項分別規定：「罰金應於裁判確定後 2 個月內完納。期滿而不完納者，強制執行。其無力完納者，易服勞役。……其餘未完納之罰金，強制執行或易服勞役。」「依前項規定應強制執行者，如已查明確無財產可供執行時，得逕予易服勞役。」 4. 刑法第 42 條之 1 第 1 項又規定：「罰金易服勞役，除有下列情形之一者外，得以提供社會勞動 6 小時折算 1 日，易服社會勞動……。」 5. 是罰金無法完納者，得予易服勞役或易服社會勞動，而沒收及追徵不能執行者，國家不得透過易服勞役或易服社會勞動，以代替執行。沒收犯罪所得異於刑罰，此其五。 <hr/> <p>【理由六】</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 就沒收犯罪所得之備位性言，立法者於刑法第 38 條之 1 第 5 項規定：「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」 2. 第 38 條之 3 第 2 項規定：「……第三人對沒收標的之權利或因犯罪而得行使之債權均不受影響。」 3. 刑事訴訟法第 473 條第 1 項規定：「沒收物、追徵財產……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……檢察官應發還或給付之……。」 4. 亦即，犯罪所得已實際合法發還被害人者，受違法行為所干擾之財產秩序即已回復，國家不得再對曾取得犯罪所得之行為人或第三人，予以沒收或追徵。 5. 犯罪所得經國家沒收後，被害人仍得請求檢察官發還。 6. 沒收犯罪所得異於刑罰。 |
| 沒收新制之立法目的，係回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前之固有財產 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 立法者於 104 年修正系爭規定時，即於立法理由中明確表示任何人都不得保有犯罪所得是長久存在的普世基本法律原則，從而修正「沒收之法律適用，爰明定適用裁判時法」，除著眼於澈底消除犯罪誘因外，更強調其立法宗旨為回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前犯罪行為人或非善意第三人之固有財產，從而不具刑罰本質。 2. 是立法者修正沒收規定，並非出於刑罰之目的，與刑罰乃懲罰犯罪行為人，矯治其犯罪行為並遏阻其再犯之嚴厲處遇，顯有不同。 |
| 犯罪所得範圍之計算縱採相對總額制，亦難 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 按犯罪所得範圍之計算，依是否扣除成本，區分為淨額原則及總額原則；總額原則，更進一步就得扣除之成本，是否沾染不法，再區分為 |

| | |
|--|--|
| <p>認沒收犯罪所得具刑罰或類似刑罰之性質</p> | <p>絕對總額原則及相對總額原則。</p> <p>2. 我國實務一貫見解，係採相對總額原則，即犯罪行為人所為與不法行為相關之支出，於沒收範圍審查時應否列入犯罪所得，視該等支出是否非與犯罪直接相關之中性成本而定：</p> <p>(1) 倘產生犯罪所得之交易自身即為法所禁止之不法行為，則沾染不法範圍及於全部所得（例如販賣毒品而取得之全部價金），其沾染不法之成本，非屬中性成本，均不得扣除（例如前開案例中買入毒品之全部支出）。</p> <p>(2) 反之，若交易自身並非法所禁止，則沾染不法之部分僅止於因不法行為而取得之獲利部分，並非全部之所得，於宣告沒收犯罪所得時，即應扣除屬於中性成本之支出（例如廠商違法得標後，為履約而支出之材料費、人事費及其他營造費用）。</p> <p>3. 另查，立法者制定沒收新制，曾參考民法第 179 條以下關於不當得利，剝奪不法所得利益之意旨。</p> <p>4. 而依民法第 182 條規定，不當得利之受領人，依其於受領時，是否知無法律上原因，而就其應返還不當利益之範圍，承受不同之風險。</p> <p>5. 沒收新制規範，立法者除參考民法不當得利制度，以沒收為手段而調整被干擾之財產秩序外，在沒收範圍上，亦進而採納民法第 182 條之風險分配概念。</p> <p>6. 準此，立法者衡酌刑事法領域之特性，將風險分配之法理運用於因違法行為所生之犯罪所得沒收上，使具惡性之犯罪行為人或非善意之第三人，承擔沾染不法之犯罪成本應被沒收之風險。</p> <p>7. 更何況，任何交易均存有風險。對於合法交易，法律尚且不保障當事人得取回其成本，對於違法交易，當國家沒收該交易所生之犯罪所得時，更不容行為人主張應扣除所謂之犯罪成本。</p> <p>8. 既為回復原狀之性質，行為人或第三人並未處於較不法行為前更不利之地位，是尚難僅因實務對犯罪所得之計算方式採相對總額原則，即逕認沒收具刑罰或類似刑罰之性質。</p> |
| <p>小結</p> | <p>1. 沒收犯罪所得，從其性質、目的及效果觀之，非屬刑罰或類似刑罰。</p> <p>2. 應沒收之犯罪所得，雖以相對總額原則計算其範圍，亦不得逕行推斷犯罪所得之沒收具刑罰或類似刑罰之性質。</p> <p>3. 是系爭規定明定，沒收適用裁判時之法律，其中涉及沒收犯罪所得部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題。</p> |
| <p>系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則</p> | |
| <p>將新法規適用於舊法規施行時期內已發生，且於新法規施行後仍繼續存在之構成要件</p> | <p>1. 新訂之法規，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之構成要件事實或法律關係，是謂禁止法律溯及既往原則。</p> <p>2. 惟如將新法規適用於舊法規施行時期內已發生，且於新法規施行後仍繼續存在之構成要件事實或法律關係，此種情形則非新法規之溯及適</p> |

| | |
|---|--|
| <p>件事實或法律關係，非新法規之溯及適用</p> | <p>用，無涉法律不溯及既往原則。</p> |
| <p>系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，無違法律不溯及既往原則</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. 犯罪所得之產生雖係基於違法行為，然無論該違法行為是否終止、何時終止，亦不論行為人是否構成犯罪，自犯罪所得產生之時起，不法財產秩序已然形成，且仍繼續存在至該犯罪所得被剝奪時為止。 2. 因此，系爭規定，雖導致刑法第 38 條之 1 沒收犯罪所得之規定，適用於該條施行前已發生之犯罪所得，然因該不法財產秩序，於該條規定施行後，仍繼續存在，故系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，而無違法律不溯及既往原則。 |
| <p>法律之變動在不真正溯及既往情形，仍應考量信賴保護原則</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. 又人類生活有其連續性，新法雖無溯及效力，對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。 2. 是法律之變動在無涉真正溯及既往之情形，依憲法信賴保護原則，仍應進一步考量人民是否具有值得保護之正當合理信賴；於信賴值得保護之情形，尚應就公益與信賴利益間為衡量，俾符憲法信賴保護原則之意旨。 |
| <p>犯罪行為人及非善意第三人信賴其得依舊法永久保有犯罪所得，自不值得保護</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. 行為該當構成要件且具不法性者，自始即為法秩序所不許，依此取得之犯罪所得亦隨之沾染不法，該不法之特性並不因行為時有無沒收犯罪所得之規定，而有差異。 2. 新法雖影響犯罪行為人及非善意之第三人依舊法所建立之生活秩序，然因犯罪所得係透過破壞原有法秩序之違法行為而取得，該財產自始存有沾染不法之重大瑕疵，犯罪行為人及非善意第三人信賴其得依舊法永久保有犯罪所得，自不值得保護。 3. 在沒收新制施行前，人民得繼續取得犯罪所得，係肇因於 104 年 12 月 30 日修正公布前舊刑法沒收規範不足。 4. 依舊刑法第 38 條第 1 項第 3 款後段及第 3 項之規定得沒收之犯罪所得之物，依司法院院字第 2140 號解釋係指因犯罪「直接」取得者，且該物亦限於有體物，致犯罪所得之轉換或對價均不能沒收，範圍過狹，無法澈底剝奪犯罪所得以遏止犯罪誘因。 5. 是立法者鑑於上開法規範之不足，為彰顯法秩序之公平性及不可侵犯性、強化人民對於法之信賴及確保社會依合法秩序穩定運作等重大公益，修訂沒收新制，要無不可，更遑論犯罪行為人及非善意第三人對其得依舊法時期持續保有犯罪所得之信賴，本即不值得保護。 |
| <p>小結</p> | <p>系爭規定涉及刑法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則。</p> |

【裁判主文】

- 一、中華民國 104 年 12 月 30 日修正公布並自 105 年 7 月 1 日施行之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」其中涉及同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，不生抵觸憲法罪刑法定原則之問題，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則，與憲法並無

抵觸。

二、聲請人一關於上開刑法第 2 條第 2 項規定法規範憲法審查之聲請駁回，其餘聲請不受理。

三、聲請人二之聲請駁回。

四、聲請人三關於上開刑法第 2 條第 2 項規定法規範憲法審查之聲請駁回，其餘聲請不受理。

五、聲請人四關於上開刑法第 2 條第 2 項規定法規範暨裁判憲法審查之聲請，均駁回。

六、聲請人五關於上開刑法第 2 條第 2 項規定法規範憲法審查之聲請駁回，其餘聲請不受理。

七、聲請人七關於刑法第 40 條第 3 項規定法規範憲法審查之聲請不受理。

| 大法官就主文所採立場 | | |
|------------|---|-------------|
| 主文項次 | 同意 | 不同意 |
| 主文第一項至第七項 | 許宗力、蔡炯燉、黃虹霞、吳陳銀、林俊益、許志雄、張瓊文、詹森林、楊惠欽、蔡宗珍 | 蔡明誠、黃昭元、呂太郎 |

【判決理由】

壹、聲請意旨

一、聲請人一之代表人及受僱人等於 101 年間因詐欺等案件，經臺灣臺北地方法院 103 年度金重訴字第 21 號及 103 年度智易字第 98 號刑事判決論處詐欺等罪刑，但未論知沒收；上訴後經智慧財產法院 105 年度刑智上易字第 38 號刑事判決，論處其代表人、受僱人等詐欺等罪刑，就渠等販售調合油，適用 104 年 12 月 30 日修正公布，並自 105 年 7 月 1 日施行之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」（下稱系爭規定），依同法第 38 條之 1 第 2 項第 3 款規定，宣告沒收聲請人一之犯罪所得。該案因不得上訴於第三審法院而確定，是應以上開智慧財產法院刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決一）。聲請人一主張略以：確定終局判決一適用系爭規定，使新法之效力回溯適用於修法前已經發生且結束之行為，致其受沒收之宣告，系爭規定顯已違反罪刑法定原則、法律不溯及既往原則及信賴保護原則，侵害憲法所保障之財產權等語。

二、聲請人二因違反護照條例案件，經臺灣南投地方法院 106 年度訴字第 254 號刑事判決諭知無罪，檢察官上訴後經臺灣高等法院臺中分院（下稱臺中高分院）107 年度上訴字第 1558 號刑事判決論處罪刑，並適用系爭規定，依刑法第 38 條之 1 第 1 項規定，宣告沒收犯罪所得，復經最高法院 108 年度台上字第 3342 號刑事判決以上訴違背法律上之程式為由而駁回確定，是應以上開臺中高分院刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決二）。聲請人二主張略以：確定終局判決二，所適用之系爭規定，抵觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則，侵害憲法保障之財產權等語。

三、聲請人三因賭博案件，迭經臺灣士林地方法院 107 年度易字第 343 號刑事判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 2147 號刑事判決論處賭博罪刑，並適用系爭規定，依裁判時刑法第 38 條之 1 第 1 項規定，宣告沒收犯罪所得，因不得上訴於第三審法院而確定，是應以上開臺灣高等法院刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決三）。聲請人三主張略以：其行為時上開刑法第 38 條之 1 規定尚未施行，確定終局判決三所適用之系爭規定，抵觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則及信賴保護原則，侵害憲法保障之財產權等語。

四、聲請人四因違反商業會計法等案件，分別經臺灣臺中地方法院 105 年度訴字第 697 號、

105 年度易字第 805 號刑事判決（合併判決）、臺中高分院 109 年度上訴字第 1660 號、109 年度上易字第 794 號刑事判決（合併判決）論處詐欺等罪刑，適用系爭規定，依裁判時刑法第 38 條之 1 第 1 項規定，宣告沒收犯罪所得。聲請人四就前開臺中高分院 109 年度上訴字第 1660 號刑事判決提起上訴（臺中高分院 109 年度上易字第 794 號刑事判決，並非聲請人四據以聲請本件法規範暨裁判憲法審查之標的），經最高法院 111 年度台上字第 1336 號刑事判決以上訴違背法律上之程式為由而駁回確定，是應以上開臺中高分院 109 年度上訴字第 1660 號刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決四）。聲請人四主張略以：系爭規定及確定終局判決四適用系爭規定部分，均牴觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則及信賴保護原則，侵害憲法保障之財產權等語。

五、聲請人五因聲請單獨宣告沒收案件，歷經臺灣臺北地方法院 105 年度單聲沒字第 1 號刑事裁定、臺灣高等法院 107 年度抗字第 70 號刑事裁定，及最高法院 108 年度台抗字第 458 號刑事裁定（下稱確定終局裁定五之一）適用裁判時刑法第 38 條之 1 第 2 項第 2 款、第 40 條第 3 項等規定，宣告沒收如確定終局裁定五之一主文第 2 項所示犯罪所得；另經臺灣臺北地方法院 105 年度單聲沒字第 1 號刑事裁定、臺灣高等法院 108 年度抗更一字第 3 號刑事裁定，及最高法院 110 年度台抗字第 1386 號刑事裁定（下稱確定終局裁定五之二）宣告沒收如確定終局裁定五之二主文第 2 項所示犯罪所得。聲請人五主張略以：確定終局裁定五之一及五之二所適用系爭規定部分，牴觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則及信賴保護原則，侵害憲法保障之財產權等語。

六、聲請人六因審理臺灣花蓮地方法院 111 年度簡字第 14 號偽造文書等案件，認所應適用之系爭規定牴觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則及信賴保護原則，侵害憲法保障之財產權，乃裁定停止訴訟程序而聲請法規範憲法審查。

七、聲請人七因審理臺灣臺北地方法院 107 年度單聲沒字第 295 號聲請單獨宣告沒收扣押物案件，認所應適用之系爭規定牴觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則，侵害憲法保障之財產權，乃裁定停止訴訟程序而聲請解釋憲法。

貳、受理要件之審查及審理程序

一、受理要件之審查

（一）受理部分

1. 聲請人一至三及聲請人七

(1) 按憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。

(2) 聲請人一至三及聲請人七之聲請案，均於憲訴法施行前已繫屬，是其受理與否，應依該法修正施行前之司法院大法官審理案件法（下稱大審法）定之。經核，聲請人一至三之聲請，與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定人民聲請釋憲之要件相符；聲請人七之聲請，與司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符。爰均予受理。

(3) 另，聲請人一代表人原為陳永清，於 108 年 8 月 13 日變更為陳宏裕，新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

2.聲請人四

(1)按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；前項聲請，應於不利確定終局裁判送達後 6 個月之不變期間內為之，憲訴法第 59 條第 1 項及第 2 項分別定有明文。

(2)查聲請人四曾就確定終局判決四提起上訴，經最高法院 111 年度台上字第 1336 號刑事判決以上訴違背法律上之程式，予以駁回。又，上開最高法院刑事判決係於 111 年 4 月 28 日作成，本庭於同年 7 月 18 日收受聲請書，核其法規範暨裁判憲法審查之聲請，與上開憲訴法規定之聲請要件相符，爰予受理。

3.聲請人五

(1)按人民所受之確定終局裁判於憲訴法修正施行前已送達者，得於憲訴法施行日起 6 個月內，聲請法規範憲法審查，其案件之受理與否，依修正施行前之規定，憲訴法第 92 條第 2 項定有明文。

(2)查聲請人五據以聲請之確定終局裁定五之一、五之二均於憲訴法施行前送達，憲法法庭係於 111 年 6 月 7 日收受聲請人五之聲請書，核其法規範憲法審查之聲請，與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定要件相符，爰予受理。

4.聲請人六

(1)按各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請本庭為宣告違憲之判決，憲訴法第 55 條定有明文。查，本庭於 111 年 4 月 26 日收受聲請人六之聲請案，核其聲請，符合上開規定之要件，爰予受理。

(2)上述 7 件聲請案，其原因案件均涉及系爭規定，因其審查標的同一，爭點亦同一，爰依憲訴法第 24 條第 1 項但書規定，合併審理。又 7 件聲請案所涉沒收之客體，均為刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項犯罪所得，爰僅就涉及前開第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項所定犯罪所得部分，審查系爭規定之合憲性。

(二) 不受理部分

1.聲請人一、三及聲請人五

(1)按人民、法人或政黨聲請解釋憲法，須於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令，發生有牴觸憲法之疑義者，始得為之，大審法第 5 條第 1 項第 2 款、第 3 項定有明文。

(2)查聲請人一另就 106 年 11 月 16 日修正公布刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 4 款規定聲請解釋；聲請人五就刑法第 38 條之 1 第 2 項、第 40 條第 3 項規定聲請法規範憲法審查。核其所陳，均尚難謂客觀上已具體敘明確定終局判決一、確定終局裁定五之一及五之二，所適用之各上開規定有何牴觸憲法之疑義。聲請人三另就刑事訴訟法第 370 條規定聲請解釋，惟該規定未為確定

終局判決三所適用。又，確定終局裁定五之二主文第一項部分（即該聲請單獨宣告沒收案涉及之孳息），經確定終局裁定五之二撤銷發回臺灣高等法院更為裁定中，聲請人五雖對此部分亦聲請法規範憲法審查，核屬未依法定程序用盡審級救濟。是聲請人一、三及聲請人五前述聲請，均核與上開大審法規定不符，應不受理。

2. 聲請人七

按各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋者，須確信系爭之法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響，並應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號解釋闡釋甚明。查聲請人七另就刑法第 40 條第 3 項規定聲請解釋部分，核其所陳，尚難謂已於客觀上提出違反憲法之確信論證，與上開司法院解釋意旨不符。是聲請人七此部分之聲請，亦應不受理。

（三）另行審理部分

至聲請人四就確定終局判決四所適用之刑法第 47 條第 1 項規定聲請法規範暨裁判憲法審查部分，則另行審理，併此敘明。

二、言詞辯論程序

本庭於 111 年 7 月 19 日行言詞辯論，通知聲請人一至三及聲請人六至七（聲請人四、五因係於公告言詞辯論期日後，始受理併案，故未通知其參與言詞辯論）、關係機關法務部，另邀請專家學者到庭陳述意見。聲請人及關係機關言詞辯論之陳述要旨如下：

- （一）聲請人一至三略謂：1、我國刑法之沒收在 104 年修法前，定位為從刑，修法後之沒收新制，雖將沒收列為獨立之法律效果，惟採取總額原則，犯罪所得不扣除成本加以沒收，無異剝奪第三人之固有財產，彰顯其處罰之本質，應屬刑罰。2、系爭規定使行為人或第三人行為時未能預見刑罰之處罰，已違反罪刑法定原則。3、沒收適用裁判時法之結果，使聲請人一至三因系爭規定生效前已發生且結束之行為被科以刑罰，已牴觸法律不溯及既往原則。又，本件聲請案之情形與司法院釋字第 793 號解釋之情形不同，系爭規定不符合追求憲法重大公益之例外，故系爭規定違反法律不溯及既往原則。4、在被司法認定為不法財產之前，人民之財產權應受憲法之保障，人民信賴其財產受憲法所保障，該等信賴不可被剝奪，系爭規定亦違反信賴保護原則。
- （二）聲請人六及七略謂：1、司法院釋字第 384 號解釋揭示之罪刑法定原則，屬正當法律程序之一部，任何行為構成犯罪，需事先以法律明定。又罪刑法定原則本不限於刑事犯罪及刑罰，沒收犯罪所得既類似刑罰之處分，自應受該原則之拘束，並有嚴格法律不溯及既往之適用。2、德國刑法雖於 1992 年修法將犯罪利得沒收

由淨額原則改為總額原則，然學說上反對見解認，此舉已使犯罪利得之沒收具有刑罰或類似刑罰之效果，應適用罪刑法定原則。3、我國刑法關於沒收犯罪所得之規定，參照其立法理由亦採取總額原則，縱令犯罪所得之沒收具有準不當得利衡平措施與保安處分之特徵，惟在沒收範圍之計算不扣除犯罪成本，則犯罪所得之沒收即具有財產制裁與懲罰之效果，而兼具類似刑罰之性質。4、復以司法院釋字第 799 號及第 812 號解釋闡明之明顯區隔原則進一步觀察，犯罪所得沒收與罰金刑在本質上均屬對人民財產之剝奪，在執行面上，兩者均以檢察官囑託民事執行處對受宣告者之財產予以執行，由此可知犯罪所得之沒收與罰金刑之功能具高度相似性。5、犯罪行為既已於系爭規定施行前終結，系爭規定使犯罪所得沒收規定之效果，亦適用於該終結之犯罪行為，顯見系爭規定屬於真正溯及既往之法規範。又人民對修法既無法預見，亦未欠缺信賴保護之基礎，此處更不存有公益絕對優越人民財產利益而構成法律不溯及既往原則之例外，致生信賴不值得保護之情形，故系爭規定違反法律不溯及既往原則。6、縱令沒收新制下，立法者訂有過苛條款（即刑法第 38 條之 2 第 2 項規定參照），仍無法緩解系爭規定違憲之疑慮。

（三）關係機關法務部略謂：1、立法者仿效德國刑法，刪除沒收為從刑之規定，增訂刑法第 5 章之 1 規定並參酌聯合國反貪腐公約，引進「非以定罪為基礎」之沒收，填補舊法漏洞，乃具有獨立之法律效果。2、系爭規定與沒收新制之立法目的在衡平財產秩序，並非施加刑罰惡害。任何人均不得保有犯罪所得，參酌民法及公法之不當得利機制，沒收犯罪所得為準不當得利衡平措施，並非對行為人施加惡害非難，而係將財產恢復犯罪未發生前之狀態。3、沒收犯罪所得縱然採總額計算，仍不具刑罰性質，理由如下：行為人將固有財產投入犯罪，係出於己意處分而終局喪失。沒收犯罪所得係為避免犯罪成為無經濟風險之事業，具有貫徹預防之功能。參酌德國民法第 817 條第 2 句規定（即我國民法第 180 條第 4 款規定），沒收犯罪所得乃糾正不合法財產歸屬，其思維為對取得不法所得人拒絕給予權利保護，此乃不當得利之法律風險分配，並非新的處罰性效果。4、財產權之保障應由立法者藉由相關法律制定，以建構各類財產價值之權利地位，犯罪所得非憲法財產權保障之範圍。觸犯刑事法律而取得對社會秩序有重大危害之財產標的，難想像可作為合法之權利地位；縱認犯罪所得受憲法財產權之保障，沒收犯罪所得係為追求憲法上重大公共利益，仍不違反信賴保護原則。5、系爭規定與法律不溯及既往原則無涉。不法行為實施後，對原有財產法秩序之侵擾持續存在，系爭規定之適用，目的乃除去該侵擾財產秩序，為不真正之溯及規定。

（四）各聲請人及關係機關其餘主張及陳述，詳見其言詞辯論意旨書。

本庭斟酌各聲請人之聲請書、關係機關之意見書、鑑定人之意見書，及全辯論意旨等，作成本判決，理由如下。

參、形成主文之法律上意見

一、系爭規定涉及沒收犯罪所得部分，無涉罪刑法定原則

按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之剝奪或限制，國家刑罰權之行使，應嚴

格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。罪刑法定原則為憲法之重要原則，乃現代法治國之根基。無法律規定者，行為即不構成犯罪，亦不得對該行為科處刑罰。

憲法罪刑法定原則所稱之刑罰，簡言之，係指國家為對從事刑事違法且有責行為之人民予以非難，所施加符合罪責相當之嚴厲處遇，例如剝奪人身自由或財產。是國家對於人民之任何不利益處遇，是否具刑罰之性質，須視是否與上開所描述刑罰之概念要素相符而定。

申言之，立法者依其所欲達成之目的，對國家基於違法行為干預人民自由或財產之措施，於法制度之形成上，享有一定之立法裁量空間。判斷立法者制定之措施是否屬刑罰或類似刑罰，不應僅因該措施係規範於刑法典中而定，亦不應僅著眼於該措施使人民遭受財產或經濟上不利益，而須綜觀該措施之性質、目的及效果，是否等同或類似刑罰（司法院釋字第 751 號及第 808 號解釋參照），不受立法者對該措施所下定義之拘束，亦不拘泥其條文是否使用刑罰相關用語¹。若該措施之性質、目的及效果，並非等同或類似刑罰，即無涉罪刑法定原則。

（一）由沒收新制整體內容觀之，犯罪所得之沒收不具刑罰性質

1. 就沒收犯罪所得之性質言，沒收犯罪所得係藉由沒收之手段，以衡平因違法行為所生財產秩序之干擾，故為避免犯罪行為人或非善意之第三人坐享犯罪所得，致顯失公平正義，其得予沒收之犯罪所得，僅須係因違法行為所生，即為已足²。換言之，行為僅需具刑法構成要件該當性及違法性，縱不具可責性，因該行為而生之犯罪所得，仍應予以剝奪，以回復犯罪行為前之合法財產秩序。是沒收犯罪所得，並非非難行為人或第三人有何違反社會倫理之犯罪行為，此與刑罰係基於制裁個人犯罪行為而設，行為人須因違法且有責行為始受刑事制裁有異。犯罪所得之沒收，有別於刑罰，此其一。
2. 就受沒收犯罪所得宣告之主體言，依刑法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項規定，受沒收宣告之主體，除犯罪行為人外，非善意取得犯罪所得之第三人，亦包含在內。該非善意之第三人，雖非從事違法行為之人，仍應沒收其取得之犯罪所得，此並非評價第三人有何違反刑法之不法行為，僅係回復合法之財產秩序，並具防止犯罪行為人及非善意之第三人以不法獲取之所得，再次投入其他非法使用之功能，不具懲罰性。沒收犯罪所得與刑罰大相逕庭，此其二。
3. 就受沒收犯罪所得宣告之客體言，依刑法第 38 條之 1 第 4 項規定，國家得沒收或追徵之「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」。易言之，犯罪所得之範圍係可依法推算之特定數額，國家亦僅於該特定數額內，始得對犯罪行為人或取得犯罪所得之第三人沒收之。該數額與行為人犯罪之罪名輕重無關，更不取決於行為人從事犯罪行為時之歸責程度（例

¹ 德國聯邦憲法法院 2021 年 2 月 10 日裁定 BVerfG 2 BvL 8/19, Rn. 105, 109、歐洲人權法院 2019 年 10 月 8 日判決 Case of Balsamo v. San Marino, applications no. 20319/17 and 21414/17, § 59 參照。

² 104 年 12 月 30 日修正公布之刑法部分條文立法理由第 38 條之 1 說明三、（一）及五、（一），立法院公報第 104 卷第 98 期院會紀錄，第 268 頁至第 270 頁參照。

如：故意或過失）。亦即，國家不以罪行或刑罰之輕重，決定應沒收之犯罪所得額度。反之，國家對犯罪行為人之科刑，應受嚴格罪責原則之拘束，無論係處以自由刑或罰金刑，關於其刑度之宣告，不僅取決於行為人所犯罪名之輕重，亦須衡酌行為人之歸責程度，予以適當之加重或減輕後，始得量處。沒收犯罪所得異於刑罰，此其三。

4. 就沒收犯罪所得之裁判言，關於犯罪所得之沒收，在程序面上，可分為以被告為對象之主體訴訟，及以沒收客體為對象之客體訴訟。
5. 關於主體訴訟之宣告沒收，刑法第 40 條第 1 項規定：「沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之。」即不論是否判決被告有罪，均於裁判時併宣告沒收。刑事訴訟法且依被告有罪判決或無罪判決，分別規定其主文諭知、構成沒收之事實及理由記載之法律依據（刑事訴訟法第 309 條及第 310 條之 3 規定參照）。另在主體訴訟程序中，尚有刑事訴訟法第 7 編之 2 規定之第三人參與沒收程序（刑事訴訟法第 455 條之 12 至第 455 條之 33 規定參照）。
6. 關於客體訴訟之單獨宣告沒收，刑法第 40 條第 3 項規定：「……第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」亦即，此種情形之沒收，不致生犯罪所得之違法行為被追訴或定罪為必要。在有特殊事實上或法律上原因，例如犯罪行為人死亡、曾經判決確定，或因刑法第 19 條等事由，受不起訴處分或不受理、免訴等³（註 3），致未能追訴行為人之犯罪或判決其有罪時，程序上仍可對該犯罪行為所生之犯罪所得，予以單獨宣告沒收。就此，刑事訴訟法第 7 編之 2 第 455 條之 34 至第 455 條之 37，亦有相對應之沒收特別程序。
7. 是沒收新制下主體訴訟被告無罪時之沒收、第三人參與沒收程序或客體訴訟之單獨宣告沒收，並非以刑事定罪為必要⁴；反之，刑罰必須依法論罪後，始得對行為人科處之（刑事訴訟法第 155 條、第 299 條第 1 項及第 309 條規定參照）。沒收犯罪所得有異於刑罰，此其四。
8. 就沒收犯罪所得之執行言，犯罪所得沒收之執行與刑罰罰金刑之執行亦有區別。犯罪所得，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，依刑法第 38 條之 1 第 3 項規定，僅得追徵其價額，是追徵為刑法沒收新制下之唯一替代手段。反之，刑法第 42 條第 1 項及第 2 項分別規定：「罰金應於裁判確定後 2 個月內完納。期滿而不完納者，強制執行。其無力完納者，易服勞役。……其餘未完納之罰金，強制執行或易服勞役。」「依前項規定應強制執行者，如已查明確無財產可供執行時，得逕予易服勞役。」刑法第 42 條之 1 第 1 項又規定：「罰金易服勞役，除有下列情形之一者外，得以提供社會勞動 6 小時折算 1 日，易服社會勞動……。」是罰金無法完納者，得予易服勞役或易服社會勞動，而沒收及追徵不能執行者，國家不得透過易服勞役或易服社會勞動，

³ 104 年 12 月 30 日修正公布之刑法部分條文立法理由第 40 條說明一，立法院公報第 104 卷第 98 期院會紀錄，第 273 頁至第 274 頁參照。

⁴ 聯合國反貪腐公約第 54 條第 1 項第 c 款規定參照。應併注意者，反貪腐公約第 2 條第 g 款所稱之沒收，較之我國沒收新制之沒收涵蓋更廣。

以代替執行。沒收犯罪所得異於刑罰，此其五。

9. 就沒收犯罪所得之備位性言，立法者於刑法第 38 條之 1 第 5 項規定：「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」第 38 條之 3 第 2 項規定：「……第三人對沒收標的之權利或因犯罪而得行使之債權均不受影響。」刑事訴訟法第 473 條第 1 項規定：「沒收物、追徵財產……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……檢察官應發還或給付之……。」亦即，犯罪所得已實際合法發還被害人者，受違法行為所干擾之財產秩序即已回復，國家不得再對曾取得犯罪所得之行為人或第三人，予以沒收或追徵。犯罪所得經國家沒收後，被害人仍得請求檢察官發還。沒收犯罪所得異於刑罰，此其六。

10. 綜上所述，由沒收新制之整體內容觀之，犯罪所得之沒收與刑罰之性質迥然不同，非屬刑罰。

(二) 沒收新制之立法目的，係回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前之固有財產

1. 查，立法者於 104 年修正系爭規定時，即於立法理由中明確表示：「本次沒收修正經參考外國立法例，以切合沒收之法律本質，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，而非刑罰（從刑）。」而且，立法者係鑑於「『任何人都不得保有犯罪所得 (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 179 條以下、行政程序法第 127 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。換言之，犯罪所得……自應予以剝奪，以回復合法財產秩序」，從而修正「沒收之法律適用，爰明定適用裁判時法」，並參考聯合國反貪腐公約第 5 章、德國 2017 年修正前刑法第 3 章第 1 節及第 7 節、日本改正刑法草案第 10 章等規定，「在第 5 章之 1 以專章規範，確認沒收已不具刑罰本質。」⁵

2. 由是可知，立法者增訂刑法第 5 章之 1 規定時，除著眼於澈底消除犯罪誘因外，更強調其立法宗旨為回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前犯罪行為人或善意第三人之固有財產，從而不具刑罰本質。是立法者修正沒收規定，並非出於刑罰之目的，與刑罰乃懲罰犯罪行為人，矯治其犯罪行為並遏阻其再犯之嚴厲處遇，顯有不同。

(三) 犯罪所得範圍之計算縱採相對總額制，亦難認沒收犯罪所得具刑罰或類似刑罰之性質

1. 聲請人六主張，現行法採取之相對總額原則，無可避免帶有財產制裁效果之特質等語（聲請人六言詞辯論意旨補充書第 49 頁參照）。

2. 按犯罪所得範圍之計算，依是否扣除成本，區分為淨額原則及總額原則；總額原則，更進一步就得扣除之成本，是否沾染不法，再區分為絕對總額原則及相

⁵ 104 年 12 月 30 日修正公布之刑法部分條文立法理由第 2 條說明一、（一）及（二）、第 5 章之 1 沒收說明二，立法院公報第 104 卷第 98 期院會紀錄，第 260 頁至第 261 頁、第 265 頁參照。

對總額原則。

- 3.我國實務一貫見解，係採相對總額原則（最高法院 106 年度台上字第 3464 號、107 年度台上字第 3332 號及 110 年度台上字第 1637 號等刑事判決參照），即犯罪行為人所為與不法行為相關之支出，於沒收範圍審查時應否列入犯罪所得，視該等支出是否係非與犯罪直接相關之中性成本而定。倘產生犯罪所得之交易自身即為法所禁止之不法行為，則沾染不法範圍及於全部所得（例如販賣毒品而取得之全部價金），其沾染不法之成本，非屬中性成本，均不得扣除（例如前開案例中買入毒品之全部支出）。反之，若交易自身並非法所禁止，則沾染不法之部分僅止於因不法行為而取得之獲利部分，並非全部之所得，於宣告沒收犯罪所得時，即應扣除屬於中性成本之支出（例如廠商違法得標後，為履約而支出之材料費、人事費及其他營造費用）。
- 4.另查，立法者制定沒收新制，曾參考民法第 179 條以下關於不當得利，剝奪不法所得利益之意旨⁶。而依民法第 182 條規定，不當得利受領人，依其於得利時是否知無法律上原因，區分為善意受領人及惡意受領人。善意受領人，在其所受之利益已不存在時，免負返還或償還價額之責任；惡意受領人，不得主張所受利益不存在，而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。換言之，不當得利之受領人，依其於受領時，是否知無法律上原因，而就其應返還不當利益之範圍，承受不同之風險。沒收新制規範，立法者除參考民法不當得利制度，以沒收為手段而調整被干擾之財產秩序外，在沒收範圍上，亦進而採納民法第 182 條之風險分配概念⁷。
- 5.準此，立法者衡酌刑事法領域之特性，將風險分配之法理運用於因違法行為所生之犯罪所得沒收上，使具惡性之犯罪行為人或非善意之第三人，承擔沾染不法之犯罪成本應被沒收之風險。更何況，任何交易均存有風險。對於合法交易，法律尚且不保障當事人得取回其成本，對於違法交易，當國家沒收該交易所生之犯罪所得時，更不容行為人主張應扣除所謂之犯罪成本。既為回復原狀之性質，行為人或第三人並未處於較不法行為前更不利之地位，是尚難僅因實務對犯罪所得之計算方式採相對總額原則，即逕認沒收具刑罰或類似刑罰之性質。

（四）小結

綜上所述，沒收犯罪所得，從其性質、目的及效果觀之，非屬刑罰或類似刑罰。應沒收之犯罪所得，雖以相對總額原則計算其範圍，亦不得逕行推斷犯罪所得之沒收具刑罰或類似刑罰之性質。是系爭規定明定，沒收適用裁判時之法律，其中涉及沒收犯罪所得部分，不生抵觸憲法罪刑法定原則之問題。

二、系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則

法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。新訂之法規，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之構成要件事實或法律關

⁶ 104 年 12 月 30 日修正公布之刑法部分條文立法理由第 2 條說明一、（一）及（二），立法院公報第 104 卷第 98 期院會紀錄，第 260 頁至第 261 頁參照。

⁷ 同前揭註 1 德國聯邦憲法法院裁定 Rn. 115, 117, 120 參照。

係，是謂禁止法律溯及既往原則。惟如將新法規適用於舊法規施行時期內已發生，且於新法規施行後仍繼續存在之構成要件事實或法律關係，此種情形則非新法規之溯及適用，無涉法律不溯及既往原則（司法院釋字第 620 號、第 717 號及第 783 號解釋參照）。

如前所述，沒收新制並非針對行為人破壞法益之違法行為本身而設，而係為終止該行為所生之不法財產秩序。又，犯罪所得之產生雖係基於違法行為，然無論該違法行為是否終止、何時終止，亦不論行為人是否構成犯罪，自犯罪所得產生之時起，不法財產秩序已然形成，且仍繼續存在至該犯罪所得被剝奪時為止。因此，系爭規定，雖導致刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項沒收犯罪所得之規定，適用於該條施行前已發生之犯罪所得，然因該不法財產秩序，於該條規定施行後，仍繼續存在，故系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，而無違法律不溯及既往原則。

又人類生活有其連續性，新法雖無溯及效力，對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。是法律之變動在無涉真正溯及既往之情形，依憲法信賴保護原則，仍應進一步考量人民是否具有值得保護之正當合理信賴；於信賴值得保護之情形，尚應就公益與信賴利益間為衡量，俾符憲法信賴保護原則之意旨（司法院釋字第 574 號及第 717 號解釋參照）。

查刑法中所定各該犯罪行為之構成要件，係立法者認其行為具反社會性，應以刑罰此一強烈之手段予以制裁。行為該當構成要件且具不法性者，自始即為法秩序所不許，依此取得之犯罪所得亦隨之沾染不法，該不法之特性並不因行為時有無沒收犯罪所得之規定，而有差異。換言之，沒收因違法行為所獲得而持續帶有污點之犯罪所得，其背後所彰顯之普世價值，係宣示自始即不保護不正權利之取得及保有。是，新法雖影響犯罪行為人及非善意之第三人依舊法所建立之生活秩序，然因犯罪所得係透過破壞原有法秩序之違法行為而取得，該財產自始存有沾染不法之重大瑕疵，犯罪行為人及非善意第三人信賴其得依舊法永久保有犯罪所得，自不值得保護⁸。

況且，在沒收新制施行前，人民得繼續取得犯罪所得，係肇因於 104 年 12 月 30 日修正公布前舊刑法沒收規範不足。蓋，依舊刑法第 38 條第 1 項第 3 款後段及第 3 項之規定：「下列之物沒收之：……三、因犯罪……所得之物」、「第 1 項……第 3 款之物，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定」。上開犯罪所得之物，依司法院院字第 2140 號解釋係指因犯罪「直接」取得者，且該物亦限於有體物，致犯罪所得之轉換或對價均不能沒收，範圍過狹，無法澈底剝奪犯罪所得以遏止犯罪誘因⁹。是立法者鑑於上開法規範之不足，為彰顯法秩序之公平性及不可侵犯性、強化人民對於法之信賴及確保社會依合法秩序穩定運作等重大公益¹⁰，修訂沒收新制，要無不可，更遑論犯罪行為人及非善意第三人對其得依舊法時期持續保有犯罪所得之信賴，本即不值得保護。

據此，系爭規定涉及刑法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則。

⁸ 同前揭註 1 德國聯邦憲法法院裁定 Rn. 159-161 參照。

⁹ 104 年 12 月 30 日修正公布之刑法部分條文立法理由第 38 條之 1 說明五（一），立法院公報第 104 卷第 98 期院會紀錄，第 269 頁至第 270 頁參照。

¹⁰ 同前揭註 1 德國聯邦憲法法院裁定 Rn. 151 參照。

肆、結論

一、受理部分

- (一) 104 年 12 月 30 日修正公布並自 105 年 7 月 1 日施行之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」其中涉及同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則，與憲法並無牴觸。
- (二) 系爭規定既屬合憲，則聲請人一至五關於系爭規定法規範憲法審查之聲請，均應駁回。
- (三) 聲請人四就確定終局判決四適用系爭規定部分，聲請裁判憲法審查，經核系爭規定並未牴觸憲法，已如前述，且聲請人四亦未指摘確定終局判決四適用系爭規定有其他違反憲法之情形，是其此部分之聲請，非有理由，應予駁回。
- (四) 聲請人六及七就其審理之案件，對裁判上所應適用之系爭規定，依其合理確信，認有牴觸憲法，聲請本庭為宣告違憲之判決，惟系爭規定其中涉及刑法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，並不違憲，已如判決主文第一項所示，聲請人既非對其自身之權利有所主張，尋求救濟，爰不另為駁回聲請人六之聲請及聲請人七此部分聲請之諭知。

二、不受理部分

- (一) 聲請人一就 106 年 11 月 16 日修正前刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 4 款規定、聲請人三就刑事訴訟法第 370 條規定，及聲請人五就確定終局裁定五之一、五之二所適用之刑法第 38 條之 1 第 2 項、第 40 條第 3 項規定、確定終局裁定五之二主文第一項適用系爭規定部分，聲請法規範憲法審查，均核與上開大審法規定之要件不符，已如前述，應不受理。
- (二) 聲請人七另就刑法第 40 條第 3 項規定聲請法規範憲法審查部分，核其所陳，與司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋意旨不符，應不受理。

三、另行審理部分

聲請人四就確定終局判決四所適用之刑法第 47 條第 1 項規定聲請法規範暨裁判憲法審查部分，另行審理。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【意見書】

憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決協同意見書

楊惠欽大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本號判決認刑法第 2 條第 2 規定關於涉及同法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項所定沒收部分係合憲之結論，即主文第 1 項，本席敬表贊同，但就部分理由則認有予以補充或不同意見之處，爰提出協同意見。另就本號判決主文第 2 項至第 6 項針對法規範憲法審查之聲請予以駁回部分，雖予以尊重，但對其再為諭知駁回之表現方式，實有不同意見之處，爰就不同意此等表現方式之理由，加入黃昭元大法官部分不同意見書第〔3〕至〔15〕段部分。

系爭規定明定：「沒收……適用裁判時之法律。」係關於 刑法沒收規定之「時」的效力規範，是自系爭規定施行起（中華民國 104 年 12 月 30 日修正公布、105 年 7 月 1 日施行，下稱新法），沒收即應依裁判時之規定。惟於系爭規定修正施行前，刑法即有沒收之規範，惟於新法時有大幅修正；而依 104 年 12 月 30 日修正公布前刑法（下稱舊法）第 1 條、第 2 條第 1 項、第 32 條及第 34 條規定¹¹，沒收係屬從刑，屬舊法所規定之刑，是其法律適用之時點規定為「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」即採從舊從輕原則。而就本號判決所處理之犯罪所得沒收一事觀之，若違法行為之行為（終了）時係舊法時期，但裁判時（含各審級法院裁判時）新法已施行，則關於該違法行為之犯罪所得沒收之法律適用，即因系爭規定而應適用裁判時之沒收新制規範，從而衍生系爭規定是否有致法律之溯及既往適用暨是否違反信賴保護原則之問題。

一、系爭規定會形成新法關於犯罪所得沒收規定之真正溯及適用

按新訂之法規，如涉及限制或剝奪人民權利，或增加法律上之義務，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係，是謂禁止法律溯及既往原則。倘新法規所規範之法律關係，跨越新、舊法規施行時期，而構成要件事實於新法規生效施行後始完全實現者，除法規別有規定外，應適用新法規（司法院釋字第 783 號解釋參照）。

（一）為利以下說明，爰先臚列舊法及新法關於犯罪所得沒收之主要規定，並列表為簡要之比較。

A：新舊法關於犯罪所得沒收之主要規定

1. 舊法部分

- (1) 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。」
- (2) 第 38 條第 1 項第 3 款及第 3 項：「（第 1 項）下列之物沒收之：……三、因犯罪……所得之物。……（第 3 項）第 1 項第 2 款、第 3 款之物，以屬於犯罪行為人為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。」
- (3) 第 39 條：「免除其刑者，仍得專科沒收。」
- (4) 第 40 條之 1：「法律有規定追徵、追繳或抵償者，於裁判時併宣告之。」

¹¹ 舊法第 1 條規定「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」第 2 條第 1 項規定「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」第 32 條規定「刑分為主刑及從刑。」第 34 條規定「從刑之種類如下：一、褫奪公權。二、沒收。三、追徵、追繳或抵償。」

2.新法部分：

(1)第 38 條之 1 第 1 項至第 4 項：「(第 1 項) 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。(第 2 項) 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。(第 3 項) 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 4 項) 第 1 項及第 2 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。」

(2)第 40 條第 3 項：「第 38 條第 2 項、第 3 項之物、第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」

B：新舊法之簡要比較表

| | | 舊法 | 新法 |
|----------|----|---|--|
| 是否須存 | 規定 | 第 34 條第 2 款、第 39 條 | 第 40 條第 3 項，並參酌第 38 條之 1 立法理由。 |
| 有有責之犯罪行為 | 內容 | 1. 從刑。沒收所附隨之犯罪行為須具備構成要件該當性、違法性及有責性。 2. 免除其刑者，仍得專科沒收。 | 1. 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。 2. 因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。 |
| 法官裁量權 | 規定 | 第 38 條第 3 項 | 第 38 條之 1、第 38 條之 2 第 2 項 |
| | 內容 | 犯罪所得之物係「得」沒收。 | 除有第 38 條之 2 第 2 項之過苛等情形外，犯罪所得係「應」沒收。 |
| 沒收主體 | 規定 | 第 38 條第 3 項 | 第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項 |
| | 內容 | 犯罪行為人 | 犯罪行為人、犯罪行為人以外符合一定要件之自然人、法人或非法人團體 |
| 沒收客體 | 規定 | 第 38 條第 1 項第 3 款 | 第 38 條之 1 第 4 項 |
| | 內容 | 因犯罪所得之物 | 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。 |
| 沒收客體滅失 | 規定 | 第 34 條第 3 款、第 40 條之 1 | 第 38 條之 1 第 3 項 |
| | 內容 | 法律有規定追徵、追繳或抵償者，始得於裁判時併宣告之。 | 於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 |

(二) 舊法沒收規定之犯罪所得，於所附隨之犯罪行為終了時，犯罪所得之構成要件事實亦隨之完結，系爭規定使新法關於犯罪所得之沒收規定，真正溯及適用。

依舊法，沒收係屬從刑，原則上不能獨立科處，只能於有主刑時附帶科處之¹²，是個案犯罪行為是否有犯罪所得之事實，自係附隨於該犯罪行為之終了而完結；並如上所述，舊法針對犯罪行為及沒收之法律適用係採從舊從輕原則，即除行為後之法律係有利於行為人外，原則上係適用行為時之法律。而觀上述之舊法規定及新舊法比較表，可知，舊法之犯罪所得沒收，即是否有犯罪行為及屬於犯罪行為人因犯罪所得之物之構成要件事實，原則上亦係於犯罪行為終了時完結¹³。換言之，犯罪行為終了時如係舊法時期，則舊法未規定得沒收之犯罪所得，如新法所規定犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得者，因此等所得並不屬於犯罪行為人，則此等於舊法時期已終了之犯罪行為，其有並不該當舊法犯罪所得沒收之構成要件事實亦同時已完結。本號判決多數意見以：「沒收新制並非針對行為人破壞法益之違法行為本身而設，而係為終止該行為所生之不法財產秩序狀態。又，犯罪所得之產生雖係基於違法行為，然無論該違法行為是否終止、何時終止，亦不論行為人是否構成犯罪，自犯罪所得產生之時起，不法財產秩序狀態已然形成，且仍繼續存在至該犯罪所得被剝奪時為止。因此，系爭規定，雖導致刑法第 38 條之 1 沒收犯罪所得之規定，適用於該條施行前已發生之犯罪所得，然因該不法財產秩序，於該條規定施行後，仍繼續存在，故系爭規定屬不真正溯及既往之法規範……」等由（判決理由第 69 段參照），而認系爭規定使新法之犯罪所得沒收規定適用於舊法時期已終了之犯罪行為之犯罪所得，屬不真正溯及既往，固非無見。惟查：

1、如上所述，舊法對於犯罪所得既非無沒收之規範，且係將之定性為從刑，法律適用並係採從舊從輕原則，而刑事關於犯罪類型之分類，雖有所謂繼續犯與狀態犯之分，然其中所謂繼續犯，係指行為雖已既遂，但仍未完成、終了；另所謂狀態犯則係行為既遂，即屬完成、終了¹⁴；是犯罪行為之性質屬繼續犯，且其行為完成係在新法時期，因其「行為時」並非在舊法時期，本不生本意見書所稱之新法犯罪所得沒收規定是否溯及適用之問題；反之，若犯罪屬繼續犯，且其行為完成係在舊法時期，或犯罪屬狀態犯，且其行為係在舊法時期，因其行為既遂即行為終了，是此等犯罪之「行為時」均在舊法時期，則此等犯罪，是否因犯罪行為而有犯罪所得及如何之犯罪所得，因係附隨於犯罪行為之終了而終了，從而其犯罪所得之構成要件事實亦因之完結。至其犯罪行為終了後所形成犯罪狀態之繼續存在，基於舊法並無單純針對犯罪狀態予以處罰（主刑）之規範，是屬從刑之沒收，自難以其犯罪所得之狀態仍繼續存在，而謂該犯罪所得之構成要件事實尚未完結。

2、依舊法第 40 條之 1 規定，就犯罪所得固另有追徵、追繳或抵償之規定，然其係須法律有規定者，始得於裁判時併予宣告，且依舊法第 34 條規定，「追徵、追繳或抵償」係與「沒收」併列，均屬從刑；而與新法第 38 條之 1 第 3 項針對犯

¹² 例外：如舊法第 40 條第 2 項：「違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收。」

¹³ 所以稱原則上，係指法律可能嗣後為除罪化之修正等例外情形。

¹⁴ 林鈺雄著，新刑法總則，2016 年 9 月，5 版 1 刷，元照，第 105 頁參照

罪所得之沒收，所為「於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額」之規定，係將追徵定性為沒收之執行方法有別¹⁵。是行為時為舊法時期之犯罪行為，亦不能因舊法有犯罪所得之追徵、追繳或抵償規定，而謂其犯罪所得之構成要件事實須至裁判時始完結。

綜上，新法、舊法均有關於犯罪所得沒收之規定，雖基於不同之立法政策，而對犯罪所得之沒收分別為「從刑」、「不當利得之衡平措施」之定性，然不論是舊法或新法所稱之犯罪所得，均以有違法行為（舊法之犯罪行為當然屬違法行為）存在為前提，而就此違法行為及其所得之沒收，舊法既有規範，雖因其規範內容有所缺失，而有修正之新法沒收規定，然此等違法行為若於舊法時已終了，則其所得，是否合致犯罪行為終了時之舊法，關於得沒收之犯罪所得規定之構成要件事實即已完結；是依系爭規定，就此等於新法施行前，是否屬得沒收之犯罪所得之物之構成要件已完結之事實，再適用新法沒收規定予以評價（裁判），當係新法關於犯罪所得沒收規定之真正溯及適用。多數意見自犯罪所得所形成之不法財產秩序狀態至新法施行時仍繼續存在之觀點，即係從違法行為後之狀態，判斷系爭規定是否使新法之犯罪所得沒收規定真正溯及適用，卻未慮及刑事雖有所謂狀態犯，但尚非就行為終了後，持續存在之狀態予以處罰，且忽略沒收新舊制度更迭下，新法對犯罪行為與其後之狀態間所為之評價，相較於舊法有根本性之差異，是關於系爭規定是否使新法之犯罪所得沒收規定有溯及既往適用之情形，自應以新舊法對犯罪行為與其後之狀態間所為之不同評價，而形成之適用上差異，予以審酌。故多數意見認系爭規定係不真正溯及既往之法規範，本席尚難贊同。

二、系爭規定無違信賴保護原則

（一）新法關於犯罪所得之沒收規定，並非刑罰

按所謂刑罰，依其本質，簡言之，核係為對從事違法行為之有責者予以非難，所施予干預其人身自由或財產之不利利益嚴厲措施；又此所以稱「嚴厲」措施，係就「質」的部分，強調其「罰」的性質，就「量」的部分，藉以彰顯與行政罰之區隔¹⁶。至立法者對從事違法行為之有責者所施予干預人身自由或財產之不利利益措施，是否屬刑罰，則應依該措施之目的、內容及效果等綜合判斷之。若判斷結果，應認屬刑罰者，則該措施之「刑」，與其「罪」間，縱與罪責相當原則有悖，亦僅係該罪之刑是否或如何程度違憲之問題，尚與該措施是否屬刑罰之認定無涉。惟本號判決多數意見，就刑罰所界定之要件中，卻稱「施加符合『罪責相當』之嚴厲處遇」，本席認恐反有治絲益棼之疑慮，爰提出意見如上。

又新法之沒收制度係為切合沒收之法律本質，而將新法之沒收，規範為刑法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，並非刑罰（從刑）；另新法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項之犯罪所得沒收規定，則係為避免犯罪行為人或第三人坐享犯罪所得，顯失公平正義，無法預防犯罪，而舊法第 38 條第 1 項第 3 款及第 3 項對屬於犯罪行為人之犯罪所得僅規定得沒收，難以遏阻犯罪誘因，無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，而予以修正及增訂（新法第 2 條及第 38 條之 1

¹⁵ 刑法第 40 條之 1，104 年修正理由參照。

¹⁶ 本席就刑罰與行政罰係採量的差別說，故另強調此所稱之「嚴厲」，尚有相對於行政罰之意旨。

立法理由參照)。

查立法者為預防犯罪，遏阻犯罪誘因，而構建犯罪所得沒收制度，其就該制度之目的、性質及內容之形塑，固享有一定之形成空間，但該制度是否合於立法者所規劃制度之目的、性質，仍應依該制度之具體內容判斷之。而觀前述之新舊法比較表，舊法之犯罪所得沒收，因定性為從刑，故除有專科沒收或可單獨宣告沒收之特別規定外(舊法第 40 條規定參照)，不僅係應於裁判時併宣告外，其得專科沒收者亦僅限於免除其刑，即沒收原則上係針對具備構成要件該當性、違法性及有責性之犯罪行為而為，與新法就犯罪所得之沒收，並不以涉及犯罪所得之違法行為被追訴，甚或被判決有罪為必要(新法第 40 條第 3 項參照)；此外，新法除就犯罪所得之沒收，將舊法之「得」，修正為「沒收之」，即除有過苛之裁量外(新法第 38 條之 2 第 2 項參照)，係應沒收；並更將犯罪所得沒收之主體(人)及客體，擴及於犯罪行為人以外之第三人及犯罪所得之孳息，並將應沒收之犯罪所得之追徵，規定為執行方法。換言之，新法就沒收之犯罪所得，原則上雖仍以存有違法行為為前提，但不僅未將之附隨於犯罪行為，且係從任何人都不得保有犯罪所得之角度形塑關於犯罪所得沒收之規定，是應得認已符合新法就犯罪所得之沒收，所為非屬從刑之獨立性及不當利得衡平措施之定性。

另基於新法第 38 條之 1 立法理由所稱：「基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收。」固得認新法就犯罪所得之沒收係採總額主義，但其核心意旨應認係為「禁止犯罪成本之扣除」，其具體表現即本號判決所稱之相對總額制。至本於新法就犯罪所得採總額沒收制，雖有新法之沒收係類似刑罰之主張，惟不論是自本號判決所闡述之不當得利風險觀點，或不法原因之給付不受保障，甚或犯罪所得之沒收係為根絕犯罪誘因之立法意旨，並佐以新法尚有供審判實務運用之第 38 條之 2 第 2 項過苛條款規定¹⁷，是本席認新法之犯罪所得沒收，並不因沒收之所得範圍未採淨額原則，即應認其係刑罰或類似刑罰。實則，本席更關注及期待者，係審判實務在個案審判上，應更重視過苛條款之規定，俾使該規定能確實發揮功能，而非僅是一條作為新法沒收規定非全然屬不利益變更或無違比例原則之說詞。

(二) 系爭規定與信賴保護原則尚無違背

法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。基於法安定性及信賴保護原則，限制或剝奪人民權利之法律規範(下稱不利性法律規範)，原則上不得溯及既往生效；亦即法律原則上不得溯及適用於該法律施行前即已終結之事件。惟立法者制定溯及既往生效之不利性法律規範，如係為追求憲法重大公共利益，仍非憲法所當然不許(司法院釋字 793 號解釋參照)。亦即立法者制定溯及既往生效之不利性法律規範，縱受規範對象對先前之法規範有所信賴，但若其信賴並不值得保護，或縱有值得保護之信賴，但該溯及既往生效之不利性法律規範係追求憲法上重大公共利益，則受規範者個人之信賴利益即應行退

¹⁷ 新法第 38 條之 2 第 2 項：「宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之。」

讓，此溯及既往生效之不利性新規範，尚與信賴保護原則無違。

本件爭點所在之新法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項規定既已經認定為非屬刑罰，從而系爭規定之規範沒收適用裁判時法，雖形成新法沒收規定之溯及既往適用，亦因無涉罪刑法定原則，並不因此違憲下，所涉者僅係是否違反一般法律溯及既往原則之問題；而所以為是否違反該項原則之審查，本席認為其重點係在於系爭規定是否構成信賴保護原則之違反。觀新法沒收制度，係基於「任何人都不得保有犯罪所得……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……，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……。」及舊法犯罪所得沒收規定，難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，且為避免犯罪行為人或非善意第三人坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪等理由而修訂。是得認新法之犯罪所得沒收規定，係基於舊法之相關規定有諸多缺失，立法者為遏阻犯罪誘因，以有效杜絕犯罪，並符合公平正義而為。而新法規應沒收之犯罪所得，雖不以該所得須源自具備有責性之犯罪行為為必要，但仍以所得來自具備構成要件該當性及違法性之違法行為，即此等所得，不論是由犯罪行為人或非善意之第三人取得，雖其取得係在舊法時期，依舊法規定非屬得沒收之犯罪所得，亦因其屬違法行為之所得，則本於任何人都不得保有犯罪所得之公平正義要求，此等所得之持有者，縱具有依行為時之舊法規定，其所得並無須沒收之信賴，但此等信賴顯係不值得保護。從而，系爭規定雖有使新法犯罪所得沒收之效力溯及既往，亦與信賴保護原則無違。是本號判決併認系爭規定無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則之結論，本席雖表同意，但若僅表明系爭規定無違信賴保護原則，實更符合本席之真意，亦藉此敘明。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

111 年憲判字第 18 號判決部分不同意見書

黃昭元大法官提出

黃虹霞大法官加入（第[3]至[15]段）

許志雄大法官加入（第[3]至[15]段）

呂太郎大法官加入

楊惠欽大法官加入（第[3]至[15]段）

[1] 本判決認 2016 年 7 月 1 日修正施行之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」其中涉及同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分（即沒收新制之溯及規定）合憲，除於主文第一項宣告上述規定合憲外，另於主文第二至六項分別駁回聲請人一至五就上述規定之聲請。

[2] 本席對於本判決主文上述合憲宣告及諭知聲請駁回部分，均持反對立場。¹就本判決之「受理及實體判決部分」，本席除加入呂太郎大法官之不同意見書外，另針對主文第二至六項就聲請人一至五之聲請法規範憲法審查「諭知聲請駁回」部分、與主文就聲請人六及七之聲請法規範憲法審查「未另諭知聲請駁回」部分，所涉主文是否必要及其格式問題，提出以下不同意見。

[3] 憲法訴訟法未規定聲請無理由時主文應如何諭知：按憲法訴訟法就不合法或顯無理由之各類聲請案件，係明文規定應以裁定不受理之（參憲法訴訟法第 15 條、第 32 條、第 61 條）。關於第三章及第七章案件之聲請有理由者，就國家最高機關及立法委員之聲請法規範憲法審查案件，係以同法第 51 至 54 條明文規定判決主文之違憲宣告類型及效力，再各以同法第 58 條準用於法院聲請法規範憲法審查案件，同法第 62 條第 2 項、第 63 條及第 64 條第 2 項準用於人民聲請法規範憲法審查案件，同法第 82 條第 2 項準用於地方自治機關聲請中央法規範憲法審查案件之各該判決。至於人民聲請裁判憲法審查案件有理由者，係於第 62 條第 1 項明定其主文諭知方式；地方自治團體聲請裁判憲法審查有理由者，則依第 83 條第 3 項準用第 62 條第 1 項前段規定。然就第三章及第七章案件中，有關法規範或裁判憲法審查之聲請無理由者，不論其聲請人為國家最高機關、立法委員、法院、人民、地方自治機關或團體，憲法訴訟法均未明文規定各該判決主文應如何諭知。

[4] 在我國實務上，大法官解釋或憲法法庭判決如認審查標的之法規範合憲，向來都僅於解釋文或判決主文闡釋該法規範合憲，而未另為「聲請駁回」之諭知。縱令是本庭於憲法訴訟法施行後，就人民聲請法規範憲法審查案件所為之合憲宣告判決，如 111 年憲判字第 3、5、10、12 號判決等，亦然。

[5] 相較於過去實務作法，本判決新創「宣告法規範合憲」+「諭知聲請駁回」之主文格式。按本判決主文第二至第六項分別就聲請人一至五之人民聲請案中之受理部分，明白諭知「聲請

高點法律專班
版權所有，重製必究！

¹ 就本件之實體判決部分，亦即主文第一項全部、第二至六項有關法規範憲法審查聲請駁回部分、第五項有關裁判憲法審查聲請駁回部分，本席均持反對立場。就不受理部分，本席認聲請人五就刑法第 38 條之 1 第 2 項及第 40 條第 3 項之聲請（參理由書第 28 段）、聲請人七就刑法第 40 條第 3 項之聲請（參理由書第 30 段）二部分，均應受理。至於主文第二項有關聲請人一、第四項有關聲請人三、第六項有關聲請人五（除去上述聲請部分）之其餘聲請不受理部分，本席則支持多數意見之立場。

駁回」。就此而言，本判決主文第二至六項中有關論知法規範憲法審查之「聲請駁回」部分（參理由書第 77 段），可說是創歷史新例，²值得注意。惟憲法訴訟法對於人民或機關（包括國家最高機關、立法委員及法院）就法規範聲請本庭判決之類型，均依其標的定位為抽象審查性質之訴訟類型，且於第三章統稱為「法規範憲法審查」，並無不同。而本庭既已宣告受審查法規範合憲，此即對於聲請人（於本件包括人民及法院）所提抽象法規範審查之聲請予以正面回應，並作出判決，實無必要再予駁回。再者，本庭宣告法規範合憲後，是否必然都應該論知「聲請駁回」，也需要進一步釐清。例如於解釋文或判決主文兼有合憲與違憲宣告之情形，如釋字第 799、803 號解釋、111 憲判字第 13 號判決等，究應論知那些部分之聲請駁回，恐怕是別生枝節，自找麻煩。又如限縮解釋後之合憲宣告，如釋字第 617 號（解釋文第 3 項）、第 689 號、第 789 號解釋等，這種宣告類型其實是「（質的）部分合憲、部分違憲」之宣告，是否應進一步審查聲請人據以聲請之原因案件究係落於合憲或違憲部分，再就其聲請法規範憲法審查部分為「部分聲請駁回」或「部分聲請有理由」之論知？都是本判決上述新論知方式所留下的未決問題。

[6]其次，本判決主文就同屬法規範憲法審查之聲請，於聲請人一至五之人民聲請案，固然有上述「聲請駁回」之明白論知，然就聲請人六及七之法官聲請案，則僅於主文第 1 項宣告系爭法規範合憲，而未另外論知「聲請駁回」。就此，本判決於理由書第 79 段說明：

（四）聲請人六及七就其審理之案件，對裁判上所應適用之系爭規定，依其合理確信，認有牴觸憲法，聲請本庭為宣告違憲之判決，惟系爭規定其中涉及刑法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，並不違憲，已如判決主文第一項所示，**聲請人既非對其自身之權利有所主張，尋求救濟，爰不另為駁回聲請人六之聲請及聲請人七此部分聲請之論知。**（粗黑體為本席所加）

[7]對於上述區別，本席認為並無依據，且無必要。多數意見既認系爭法規範合憲，實仍可維持

² 在裁判體例上，本判決另有以下兩項新創首例：

(1)將裁判憲法審查併入法規範憲法審查案件，合併審理及判決：聲請人四除聲請法規範憲法審查外，同時聲請裁判憲法審查，也是本件受理之審查標的中唯一屬「裁判」者，本判決予以合併審理及判決。然本判決僅於理由書第 18 段說明「爰予受理」，並未說明為何併案審理及其依據。本席認為：上述聲請人四據以聲請之裁判所適用之法規範因與本件受理之法規範同一，就此部分，本庭係先依憲法訴訟法第 24 條第 1 項後段規定，將各聲請案之法規範憲法審查部分合併審理；再依同條項前段規定，將適用同一抽象法規範之上述裁判，也納入本件審理範圍，並合併審理及判決。此為本庭合併抽象法規範及具體裁判兩種不同審查標的，而合併審理及判決之首例。由於聲請人四於其聲請案並未就裁判本身主張其法律見解違憲，如此併案審理及判決，固屬簡易。然如聲請人四另有針對裁判本身主張其違憲理由，尤其是有多數裁判憲法審查聲請案件，而各個裁判所涉違憲理由各有不同時，是否仍宜併案審理及判決，又併案審理是否反不利審理效率，仍有斟酌餘地。

(2)就各聲請人之聲請案一一論知駁回或不受理：過去大法官就個別或多數聲請人聲請之多項標的，於宣告其中部分標的合憲或違憲後，就其餘標的，係於解釋理由書中一併說明「其餘聲請不受理」；憲法訴訟法施行後，本庭就此情形，係於主文最後一項統一論知「其餘聲請不受理」，均未針對各聲請人之聲請案一一論知不受理。本判決主文第二至七項，則改依聲請人一至七之順序，一一分別論知駁回或不受理其聲請；其中只有聲請人六因屬法院聲請人，本判決故意未另為聲請駁回之論知（參理由書第 79 段），因此未出現在主文中。上述針對不同聲請人一一論知之格式，亦屬新例。不過，本判決理由書第 25 至 28 段仍然沿襲先前寫法，混雜說明，例如聲請人五之聲請不受理部分，本判決仍區別兩種不受理理由（未具體指摘、未用盡審級救濟），並與聲請人一之不受理部分交叉說明，有如藏寶圖之曲徑密道，不易理解。

過去慣例，都不必另為「聲請駁回」之諭知。如要另為「聲請駁回」之諭知，理應就本件之所有聲請，不分人民或法院聲請，均明白諭知「聲請駁回」。

- [8] 本判決上述理由以聲請人六及七並非如人民般，係「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」為由，因而不另諭知聲請駁回。然過去大法官對於法院之聲請憲法解釋暨暫時處分案，至少有 3 件不受理決議均在不受理法院之聲請憲法解釋後，就其暫時處分之聲請，明白諭知「應併予駁回」。³這 3 件聲請案之聲請法官，應該都不是「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」。
- [9] 再者，同樣並非人民提起，而屬政府機關聲請人之立法委員聲請案，至少亦有 1 件之不受理決議，也是對其有關暫時處分之聲請明白予以駁回。⁴憲法訴訟法施行後，本庭於 111 年憲裁字第 348 號裁定，亦就立法委員林岱樺等 34 人聲請案，除於主文第一項不受理其聲請法規範憲法審查部分外，並同時於主文第二項明白諭知：「本件暫時處分之聲請駁回」。上述二案之立委聲請人，應該也不是「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」。
- [10] 就與本判決情形更類似之「受理後宣告法規範合憲」之情形，大法官曾於釋字第 781 至 783 號的 3 號解釋中，在宣告這 3 案中絕大多數受審查法規範合憲後，於這 3 號解釋的解釋文最後一項，均各明白諭知「本件暫時處分之聲請，應予駁回。」在憲法訴訟法施行後，本庭亦曾於 111 年憲判字第 14 號判決，於判決主文第一至五項宣告受審查法規範合憲後，再於主文第六項明白諭知「本件暫時處分之聲請駁回」。這件判決也是立法委員聲請案，而不是人民「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」之聲請案。
- [11] 上述有關「暫時處分之聲請駁回」的諭知，雖然並不是對本案聲請（即法規範憲法審查）之駁回，然就聲請人（立法委員或法院）而言，實與本判決聲請人六及七相同，都不是在「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」。如果這個因素（非尋求自身權利之救濟）並不致妨礙過去大法官及目前本庭之諭知「暫時處分之聲請駁回」，何以在本判決就一定要省略「聲請駁回」之諭知，甚至認為是「不得」為此諭知？
- [12] 依本席對訴訟法制之粗淺理解，我國各個訴訟法上所稱之「駁回」，不論是以判決或裁定駁回，均係法院認各該程序之當事人所提之起訴、上訴、抗告、聲請、聲明異議等請求不合法或無理由時，為終結該請求所為程序上處置之用語之一，其他類似效果之用語如不受理。就相同性質之程序上請求，法院不論是對「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」之人民，或並非「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」之其他程序上當事人，都是一樣予以「駁回」，在用語上並無不同。本席實無從理解何以「駁回」一語，就一定不能用來處理「非人民」訴訟主體之訴訟上請求。
- [13] 以刑事訴訟法為例，就檢察總長提起之非常上訴，最高法院認為無理由者，仍以判決「駁回」

³ 參大法官第 1412 次會議（2013 年 12 月 20 日）就會台字第 11784 號國防部北部地方軍事法院第二庭聲請案之不受理決議（「（六）……聲請人有關暫時處分之聲請即失所附麗，應併予駁回。」）、上述會議就會台字第 11804 號國防部最高軍事法院第一庭聲請案之不受理決議（「（六）……聲請人有關暫時處分之聲請即失所附麗，應併予駁回。」）、大法官第 1508 次會議（2020 年 8 月 28 日）就會台字第 12593 號臺灣臺中地方法院刑事庭寧股法官聲請案之不受理決議（「（二）……聲請人有關暫時處分之聲請即失所依附，應併予駁回。」）。

⁴ 參大法官第 1528 次會議（2021 年 12 月 24 日）就會台字第 13088 號立法委員林德福等 39 人聲請案之不受理決議（「（三）……聲請人有關暫時處分及言詞辯論之聲請即失所依附，應併予駁回。」）。

之（參刑事訴訟法第 446 條）；法院認檢察官提起之第二審或第三審上訴無理由者，也都是以判決「駁回」之（參刑事訴訟法第 368 條、第 396 條第 1 項）。在我國法制上，從未見法律明白將「駁回」一詞僅用於駁回「人民」「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」之訴訟上請求，且不得用於「非人民」訴訟主體之訴訟上請求。

[14] 我國釋憲制度發展至今已逾 70 年，2022 年 1 月 4 日起施行之憲法訴訟新制，雖然強調組織法庭化、程序訴訟化、解釋裁判化等改革方向，然終究不是革命式的斷裂突變，而仍有其漸進改變的基底。又憲法訴訟新制的訴訟類型除了裁判憲法審查係全新者外，其他訴訟類型均屬既有舊制之延續、修正或補充。至於法規範憲法審查之違憲宣告類型及效力，包括單純違憲宣告、違憲並立即失效、違憲但定期失效等，也多半是將過去本由大法官解釋自主形成的既有規範，予以明文化，少見無中生有的新創制度。在新增或修正的規定中，如憲法訴訟法第 53 條第 2 項規定，固係參考德國法有關法律被宣告違憲時以溯及自始失效為原則的有關規定，然因為忽略我國大法官解釋對於被宣告違憲法律之失效時點，係以自解釋公布之日起向將來失效為原則，而非溯及自始失效的向來立場，以致造成實務的進退兩難。

[15] 就法規範憲法審查之聲請部分，本判決主文對（人民）聲請人一至五明白諭知聲請駁回，卻又對（法官）聲請人六及七之聲請，有意不諭知聲請駁回。如此刻意的不同諭知方式，明顯不顧憲法訴訟法對於人民或機關所提起之訴訟均稱為聲請，而無區別；也未考量過去司法院大法官審理案件法及釋憲實務，對於人民或機關之聲請憲法解釋，就其解釋文之格式及用語，亦均未曾有所區別。本判決之上述新創格式，恐怕又是另一個翻譯式繼受的結果，徒生困惑。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決不同意見書

蔡明誠大法官提出

呂太郎大法官加入

本件判決認中華民國 104 年 12 月 30 日修正公布並自 105 年 7 月 1 日施行之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」其中涉及同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則，與憲法並無牴觸。惟關於本件判決認沒收犯罪所得之規定不具刑罰本質，且屬不真正溯及既往之法規範，無違法律不溯及既往原則等論述，仍有商榷之處。爰提出不同意見書如下：

一、沒收新制所欲達成回復合法財產秩序與剝奪不法利得目的之問題

(一) 沒收制度所稱之「合法財產秩序」係由刑法自行定義

本件判決指出，沒收新制之立法目的，係為回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前之固有財產。其一再引述之「合法財產秩序」乃係由系爭規定之立法理由稱「任何人都不得保有犯罪所得(Crime doesn't pay; Verbrechen darf sich nicht lohnen.)」所導出，為長久存在之普世基本法律原則¹。惟精確而言，「任何人不得保有犯罪所得」乃是一方面反映法律感情，一方面消除犯罪誘因之刑事政策²。本件判決理應審查立法理由闡述之刑事政策是否正當、合憲界限為何，卻反客為主，將刑事政策高舉為「長久存在之普世基本法律原則」³，用以推導出「合法財產秩序」，再以「回復合法財產秩序」為由推論新法沒收並未剝奪固有財產，肯定系爭規定之合憲性，已落入套套邏輯。

況且，於此宜再辨明者，乃本件判決所執「合法財產秩序」並非先驗存在，亦非依民事財產法規範所形成，而是純由「任何人不得保有犯罪所得」推論而來。舉例而言，由民事法規範觀察，犯罪行為構成契約之一部時，經得撤銷之他方撤銷意思表示使契約自始不存在，或未經撤銷意思表示而契約之債繼續存續，均屬民事法規範容許之財產狀態。惟因契約之債所得之給付若涉及犯罪，卻可能因「任何人不得保有犯罪所得」之原則而被視為「不合法財產秩序」。

實則，如能遵守上述相關原則，立法者實非不得在民事財產法規範外，以刑法或其他法律另行定義何謂「合法財產秩序」⁴，及何者在何情況下，不得保有犯罪所得。本

¹ 由歷史脈絡觀之，「任何人不得保有犯罪所得」作為法律原則之論述並非明顯可見。可能與「任何人不得保有犯罪所得」類比之說理，為在 19 世紀普通法系就海關管制採取沒收未完稅貨物之手段，惟該種管制手段現已不復存在。近代「任何人不得保有犯罪所得」之論述與上述僅存之歷史背景未必具有連續性。詳見 Naylor, R. T. (2001). License to Loot? A Critique of Follow-the-Money Methods in Crime Control Policy. *Social Justice*, 28(3 (85)), 121-152.

² 此一刑事政策因在國際毒品防制、反洗錢之刑事合作發展下，透過國際公約之簽訂而廣受採納，參照 Stessens, G. (2000). The background of the fight against money laundering, *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model* (Cambridge Studies in International and Comparative Law), 3-28.

³ 「任何人不得保有犯罪所得」被引述為普世法律原則，主要原因可能是源於前註 2 所述之立法脈絡下，各國及國際立法文件引用此一字句之次數大增，惟其本質上實為刑事政策，與法律原則間之差異，不可不辨。參照 Manes, V. (2016). The last imperative of criminal policy: *nullum crimen sine confiscatione*, *European Criminal Law Review*, 6(2), 143-160.

⁴ 例如英國實務判決就財產法上取得之權利與刑法上犯罪所得或利益如何類比、刑事庭法官在決定犯罪所得數額時如何參照或區別財產法上之法則；在 *value confiscation*(與我國追徵類似)之

件判決毋寧應觀察形成此「合法財產秩序」之目的（消除犯罪誘因）與手段（在何種範圍內之犯罪所得應予剝奪）等因素，以決定適用於檢視新舊制沒收相關之法治國原則(Rechtsstaatsprinzip)⁵（罪刑法定、刑罰不溯及既往、比例原則、法安定性(Rechtssicherheit)等原則)及法之可信性(Verlässlichkeit des Rechts)。⁶然而，本件判決未以相關法治國原則檢視立法者自行於刑法定義之「合法財產秩序」，逕將此併同司法實務見解補充何人於何情況下不得保有犯罪所得之「相對總額原則⁷」視為先驗價值，照單全收，甚至以司法實務見解所採取之相對總額原則反推沒收之結果符合合法財產秩序，實陷入「任何人不得保有犯罪所得→犯罪所得不是既有財產（合法財產秩序）→沒收剝奪犯罪所得→剝奪犯罪所得非剝奪既有財產→沒收犯罪所得符合合法財產秩序」之封閉論證。其中「犯罪所得不是固有財產」之前提未經本件判決檢視，更將衍生民事法律之規定中若容許保有此種所得財物者，是否均違反法治國原則之疑問。

綜上，本件判決肯認「任何人不得保有犯罪所得」係法律原則並以之為出發點，惟其論證是否周延，且其後推演之論述，皆仍有再推敲之餘地。

（二）刑事法律調整財產分配，應受法治國原則之審查

有關新舊制沒收犯罪所得之規定，可解為其係國家透過法律課予私人（新制下包括犯罪行為人及非善意第三人）給付財產（犯罪所得）之義務，規範私人得否保有財產、調整財產之分配⁸。

雖有謂沒收係為回復合法之財產狀態，抑係為防止犯罪行為人及非善意之第三人不法獲取所得，惟如前述，所謂回復合法財產秩序或剝奪不法所得乃是基於「避免犯罪行為人或非善意之第三人坐享犯罪所得」、「消除犯罪誘因」等目的所形成之立法判斷。換言之，犯罪所得之財物本屬中性，是否發生沒收之效果之判斷，必然繫於受裁判之人有無法律責任或義務，無從脫離行為之刑事違法性而單獨考量持有財物是否合於財產秩序。從而，新制沒收犯罪所得乃是評價犯罪行為人或非善意第三人之行為所引致私人得否保有財產、調整財產分配之效果。無論是否含有對受剝奪財產之人之非難，皆可見其所發生財產權剝奪之法律效果，不可謂其不重大。此種對人民財產權發生重大影響之規定，焉能假藉「合法財產秩序」之名，迴避法治國原則之檢視！

至於本件判決謂沒收犯罪所得之規定不考量有責性，而僅審查犯罪行為人及非善

制度下，被告之財產權如何滿足沒收與財產犯罪直接被害人之求償，有詳細梳理。詳見 R. v May (Raymond George) [2008] UKHL 28; [2008] 1 A.C. 1028; [2008] 5 WLUK 281 (HL); Jennings v Crown Prosecution Service [2008] UKHL 29; [2008] 1 A.C. 1046; [2008] 5 WLUK 273 (HL); R. v Morgan (John) [2008] EWCA Crim 1323. 觀察比對下，更顯示沒收犯罪所得可能具有處罰之性質。

⁵ 法安定性作為法治國原則之要素，要求法之可理解性(Erkennbarkeit)、清晰性(Klarheit)、明確性(Bestimmtheit)、無矛盾性(Widerspruchsfreiheit)與可預見性(Berechenbarkeit)。參照 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl., München: Beck, §12 Rn. 62.

⁶ 參照 Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl., München: Beck, 2021, Art. 20 Rn. 122.

⁷ 本件判決直接引用最高法院採用相對總額原則之見解，區隔沾染不法之成本非屬固有財產、中性成本即屬固有財產，更可顯示所謂固有財產、合法財產秩序之概念實為刑事法律與實務所創，如從民法上不當得利之論理，實有因不當「比附援引」致生「引喻失義」之疑慮！

⁸ 雖刑法第 2 條第 2 項涉及第 38 條之 1 第 3 項追徵部分未在本件判決範圍內，惟沒收新制搭配犯罪所得應追徵之規定（縱使犯罪所得之原物滅失，仍不影響犯罪行為人以其他財產向國家履行給付相當財產之義務），更為明顯。

意之第三人取得財產之合法性，非但不足作為非刑罰之論據，反而顯現沒收犯罪所得之規定忽視受剝奪財產之人其可責性(Schuld)有無之判斷，有未盡程序保障之嫌。

二、沒收定性之問題—就從刑、類似不當得利與獨立措施而論

按刑法第 2 條第 2 項規定，沒收及非拘束人身自由之保安處分皆適用裁判時之法律。從刑罰體系觀之，立法者似有意將新制下之沒收類似於非拘束人身自由之保安處分，因而適用裁判時之法律。惟如前所述，沒收所造成受規範者之不利後果之影響甚鉅，反而較類似於刑法第 1 條規定所稱之拘束人身自由之保安處分，亦即其對憲法基本權利之干預程度，應類似於拘束人身自由之保安處分，而非類似於刑法第 2 條第 2 項所稱非拘束人身自由之保安處分。從法制史發展觀之，往昔曾有「公私法不分、民刑事混合」時代，面對現代民刑事法，兩者之法律適用、解釋與漏洞補充之理論及法律原則，從憲法保障人權之觀點而言，恐難以等同齊觀。因刑法在不利於受規範者時，仍有遵守罪刑法定原則之必要，但於民法之解釋與適用上，面對法之漏洞，自得給予法官更大之法續造餘地，有如法未明定者，得運用習慣或法理，作為法之適用原則（民法第 1 條參照）。再者，民法之規定乃在分配私人間法律關係，刑法則係在規範國家對人民權利最嚴厲之限制。因此，在刑法上是否借用民法與行政法有關不當得利之規定，作為將沒收新制與刑罰脫鉤之正當化理由，且私人間法律關係分配之法理與國家對人民財產之剝奪有無類比之空間，仍有再推敲之必要。

（一）沒收與民法不當得利類比之商榷

沒收乃規範國家高權與人民之間之財產流動，與私人間財產與風險分配截然不同，首應辨明。沒收於刑法 2015 年修正前原屬從刑，系爭規定為使新修正之沒收規定溯及既往適用於業已完成之事實行為，立法乃參照類似民事與公法上不當得利規定，定性其為非刑罰，而屬獨立成類之措施(Maßnahme eigener Art)或法律效果之獨立類型(sui generis)。惟本件判決一方面引用民法上不當得利財產與風險分配之觀念說明沒收之性質，他方面卻忽略不談沒收是國家高權干預而非私法財產分配，終導致所謂「合法財產秩序」之意義不明，民事法律規範及理論對於論述沒收正當性之貢獻仍陷於混沌。

民事法有關不當得利之請求權(Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung; condictio)，在民法體系作為債法之請求權由來已久，最早可追溯於羅馬法。近代民法典則可溯源於德國 1900 年民法第 812 條以下規定，其係參考薩維尼現代羅馬法體系之名作而予以法典化。至現代民法不當得利之立論，則係參考奧地利學者 Walter Wilburg 與德國學者 Ernst von Caemmerer 之見解，建構其現代理論基礎。不當得利係就得利者多得(Mehr)之衡平(Ausgleich eines “Mehr”)，與侵權行為法係對於侵權行為之請求權人之損害(少取)之衡平(Ausgleich eines “Weniger”)不同。⁹又前述多得之原因，如採取通說之非統一說(Trennungstheorie)見解，則可區分為給付型不當得利與非給付型不當得利(即其他方式(in sonstiger Weise)之不當得利；侵害權益不當得利(Eingriffskondiktion))。¹⁰關於非給付型不當得利，係因無法律上原因之得利，

⁹ 有關德國不當得利規定之敘述，參照 Manfred Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 6. Aufl., München: Vahlen, 2014, §9 Rn.1ff, §11 Rn.6ff, 24ff., §12 Rn.64, §20 Rn.18.

¹⁰ 我國採非統一說者，參照王澤鑑，法律思維與案例研習，臺北：作者發行，2020 年校正 2 版，頁 477 以下。

就請求權相對人之「多得」之衡平或彌補受 損害人之措施，其係物權法與侵權行為法之補充。然而不當得利，除與財產犯罪之財產彼此流動，而可能由一方得利、他方受損之情狀略可類比外，實難以與其他各種透過犯罪行為為完成兩願交易而獲得利益即犯罪所得，或以犯罪行為為交易標的而獲得對價即犯罪所得等情狀，加以相互比擬。再者，民法不當得利並非永久禁止「多得」之人保有財產。民法不當得利具有一定消滅時效(或稱對一定請求權之「時效抗辯」；Einrede der Verjährung¹¹)期間(Verjährungsfrist)(例如 15 年，我國民法第 197 條及第 125 條¹²參照)，於消滅時效經過後，請求權之抗辯發生，「多得」之人之不當得利債務轉變為自然債務，其即無對待給付之義務而得保有財產。¹³因此，如欲採民法不當得利作為釋義學(Dogmatik)上之立論與沒收之本質類比，理應一併考量不當得利請求權既可能罹於時效而生抗辯權，自不宜當然推論沒收可毫無限制之溯及既往，而任令無所限制之業經一定期間而生時效抗辯之得利而宣告沒收！

綜上，沒收之本質，即為高權行為，本件判決借用立法理由所述民法上私人間「不當得利」返還之規定，審酌沒收之範圍與風險分配是否合理，卻忽略國家與人民之間焉有風險分配之關係，故沒收與民法不當得利類比，恐有失當之疑慮！

(二) 不當得利與刑罰性質不當然具有互斥關係

沒收犯罪所得乃是國家以高權剝奪人民對財物之支配，不僅與分配私人間多得受損之財產狀態流動迥然相異，邏輯上更不具備「若屬 P (不當得利) 則非 Q (刑罰)」之關係。實則，沒收是否屬刑罰，應依是否構成憲法上刑罰或類似刑罰之標準判斷。

(三) 沒收犯罪所得之規範目的具一般預防功能，但非無形成制裁性之個別嚴格處遇可能性
本件判決說明沒收具有「避免犯罪行為人或非善意之第三人坐享犯罪所得」、「消除犯罪誘因」等功能，換言之，即基於刑事政策一般預防功能(採相對刑罰目的論，其可能發生預防犯罪之功能)。依本意見書一(一)之說明，沒收犯罪所得規定之本身更是立法者基於刑事政策而在民事財產法以外重新定性財產秩序。誠然，其或許可產生刑事政策之多面性功能，且基於刑事政策而立法所採之手段，亦未必均屬刑罰。惟本件判決所持「回復合法財產秩序」並非在「懲罰犯罪行為人並遏阻再犯」，亦即以特別預防為由，一躍至以新法沒收「未剝奪固有財產」、「僅在回復合法財產秩序」，因而非屬刑罰或類似刑罰之結論，不僅迴避新舊法沒收犯罪所得之規定既具備之一般預防功能，且忽略「固有財產」之概念本身即為反映一般預防功能之價值判斷，無法作為衡量沒收犯罪所得是否對於特定關係人(即如當事人或第三人等)構成制裁性之嚴格處遇之基準。因此，上述論點恐有造成跳躍式推論之疑慮，亦頗值得商榷！

(四) 原刑法之立法者既早已定性沒收為從刑，難「回溯式」解為「非刑罰」

本件判決參照司法院釋字第 751 號及第 808 號解釋之意旨，乃是釋憲者立基於法治國

¹¹ 其係非對於絕對權與形成權為時效抗辯客體，而係對於請求權之時效抗辯。不當得利請求權，係適用普通時效期間(3 年)。參照 Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 41. Aufl., München: Beck, 2017, §18 Rn.19ff.)

¹² 參照史尚寬，民法總論，臺北：作者發行，1975 年 10 月臺北 2 版，頁 566, 575 以下。

¹³ 德國民法不當得利時效，原則上為 3 年(德國民法第 195 條參照)(普通(一般)時效期間; Regelverjährungsfrist)，例外情形，例如土地權利之對待給付請求權發生後，至遲 10 年罹於時效(德國民法第 196 條、第 199 條等參照)。

原則，判斷立法者制定之措施是否屬刑罰或類似刑罰，不受立法者所擇定之種類拘束。沒收於 2015 年修法之前經立法者採用從刑為其性質，嗣後卻因立法理由一改前詞，謂修法後之沒收均非屬刑罰。無論立法者之目的，是否在於便利修法溯及既往，皆應由釋憲者就後者斟酌探求其性質，檢視修法前後所應適用之憲法上基本權利保障，前開解釋所揭示者即為此旨。因前開解釋雖有判斷刑罰或類似刑罰之概念或界定作用，但其立論意旨，著重於無刑罰之名，卻有刑罰之實者，應認為屬刑罰而不得為一事兩罰，亦即不應重複處罰。

倘欲論斷沒收之法律效果，其修正後雖無刑罰之名，確有刑罰之實，引用上開二號解釋自不無道理。惟本件判決，卻反其道而行，將立法者已在舊法時期明確定為從刑之規定解為不具刑罰性質，恐有誤用前述解釋，其是否適合為本件判決引用之論據¹⁴，實有再推敲之處！

三、刑法溯及既往禁止與犯罪所得保有禁止兩原則之衡量問題

(一) 新法溯及適用於已終結犯罪行為所生犯罪所得之沒收，當屬真正溯及

縱認「任何人不得保有犯罪所得」係普世法律原則，對於已存在相當時日之財產，應適用之憲法不溯及既往禁止原則，何嘗不屬於普世憲法保障人權之基本原則。在兩者基本原則或基本權保障衝突時，如何合乎比例性之務實諧和(*praktische Konkordenz*)¹⁵，或在法安定性與正義衡量下，如法律尚非難容忍不正義(„*unerträglich ungerecht*“)，基於法治國之法安定性之尊重，亦不容忽視。¹⁶換言之，為確保民主法治國與固有刑法體系之延續性，對於舊刑法已存在從刑性質之沒收規定，自應遵守，如欲改革刑法，亦有一定限度，不應忽視刑法溯及既往禁止之基本重要原則。是以基於憲法保障人民基本權利與考量犯罪行為須符合刑法構成要件該當性及違法性外，沒收既規定於普通刑法，如欲免除可責性之要求與罪刑法定原則之適用，自應受到憲法最嚴格審查，不應任令立法者借刑法改革之名，過度恣意擴張沒收範圍，違背刑法溯及既往禁止之憲法原則及憲法保障人權之核心意旨。

¹⁴ 本件判決註 1 引用歐洲人權法院所建立關於內國法律規定是否構成刑罰應獨立判斷標準，應係指歐洲人權法院已確立長久，並持續在近代判決中發展引用之 *Engel Criteria*。惟該套標準之第 1 項明白揭示若立法者選擇採用刑罰性質，該規定即屬刑罰，也無法反面推導出本件判決之論旨。

¹⁵ 參照 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Nachdruck der 20. Aufl., H: C.F. Müller, Rn. 72, 317ff.

¹⁶ 有關法之理念(*Rechtsidee*)，如參考德國法學家 Gustav Radbruch 見解，其具有正義(*Gerechtigkeit*)、合目的性(*Zweckmäßigkeit*)與法之安定性(*Sicherheit des Rechts*; *Rechtssicherheit*)三種面向。雖三者在不同時代與國家體制(例如警察國家與現代法治國家)或許存在尖銳之對立(*Widerspruch*)，但在法之理念，從整體面向觀之，仍具有支配之共同關聯。(參照 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, 頁 77)。上述三者間之關係與諧和，亦為後來德國學說及實務上所引用之著名「賴德布魯公式」(*Radbruchsche Formel*)(有譯為拉德布魯赫或賴德布魯赫公式)。參照 Friedhelm Hufen, *Staatsrecht II Grundrechte*, 3. Aufl., München: Beck, 2011, §4 Rn. 7, §21 Rn.64; Carsten Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, S.86ff., 114; 林文雄，賴特布魯的自然法論－關於自然法與實證法衝突的探討，台大法學論叢(國立臺灣大學法學論叢)，1 卷 2 期，頁 301 以下。惟在國際人權保障與受侵害之個案上，亦有運用該原則作為溯及既往禁止之例外，可資比照。(參照 G. Nolte/H.P. Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, Band 3 Art. 83-146, 7. Aufl., München: Beck, 2018, Art.103 Rn.126.)

關於財產是否屬犯罪所得、犯罪所得之數額，不論新、舊法就沒收犯罪所得之規定，皆係由法官判斷個案犯罪之事實與產生犯罪所得之事實而定。於裁判時觀察，沒收犯罪所得所憑之事實早已終結，換言之，新修正之法律若溯及適用於業已完成之犯罪事實，實宜將其定性為「真正溯及」較妥！

(二) 比較德國聯邦憲法法院所採立論路徑之問題：以真正溯及為探討中心

本件判決引用德國聯邦憲法法院 2021 年 2 月 10 日裁定 BVerfGE 2 BvL 8/19, Rn. 105, 109 (參照本件判決註 1)，卻認系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，仍有再推敲之必要。有關真正溯及既往原則與不真正溯及既往原則之區分，主要係參酌德國學說與實務見解，現亦有認可改區分為法律效果溯及效力(真正溯及效力)(„echte“ Rückwirkung („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“))與構成要件事實連結(不真正溯及效力)(„unechte“ Rückwirkung („tatbestandliche Rückanknüpfung“))，以取代真正與不真正溯及既往之區別。¹⁷系爭規定所涉及之犯罪所得沒收，除非其該當構成要件之行為事實(Sachverhalte)在沒收之新法制定時仍為存續，否則往往其構成沒收犯罪所得之法律效果業已形成，是應認為構成法律效果(真正)溯及既往。前開德國聯邦憲法法院 2021 年 2 月 10 日裁定 BVerfGE 2 BvL 8/19 裁定未否定為真正溯及既往¹⁸，惟因僅有刑罰係適用絕對禁止真正溯及既往之規定，對於其他法律，則可運用一般溯及既往原則，視溯及既往是否侵害信賴利益而定。該裁定之結論乃是認為雖屬真正溯及既往，但受影響之人既因犯罪獲得利益，其信賴不值得保障，故系爭規定仍可成為法律不溯及既往原則之例外，而非憲法所禁止。

因此可見，與本件判決爭議條文近似之前開德國裁判，認為犯罪所得沒收之溯及規定乃屬真正溯及既往。本件判決加以引用，卻未能適切說明何以與真正溯及既往為不同之推論！因此，本件判決就此之立論，不無疑義，故其仍有再商榷之必要！

四、小結

總之，沒收犯罪所得是否具有對人民財產之制裁性質，如認其類似於拘束人身之自由保安處分等，而嚴重干預人民人身及財產等重大基本權利，不應以回復合法財產秩序或不當得利之民事法原則作為沒收新制之立論，認為其非屬刑罰之刑事制裁，而忽視憲法保障人民財產權等基本權觀點，及作為揭發人權與正義維護之刑法規範標準。

¹⁷ 在刑罰成立與加重相關法律，有稱之為絕對溯及既往(溯及效力)禁止(ein absolutes Rückwirkungsverbot)，參照 Zippelius/Würtenberger, a.a.O., §12 Rn. 69ff.

¹⁸ 該判決對於德國刑法施行法第 316h 條(Art. 316 h EGStGB)之憲法審查，不否定其係屬法律效果溯及效力，且認為其係屬例外許可之情形(Die in Art. 316 h S. 1 EGStGB angeordnete Rückbewirkung von Rechtsfolgen („echte“ Rückwirkung) ist nicht an Art. 103 II GG, sondern an dem allgemeinen Rückwirkungsverbot zu messen. Hiernach liegt eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen vor, die ausnahmsweise zulässig ist. Sie ist hier ausnahmsweise zulässig.) 其係指嚴重情節(angesichts des erheblichen Umfangs)，而有微量行為事實(即微量保留; Bagatellvorbehalt)。我國於 2015 年 12 月 30 日修正公布(2016 年 7 月 1 日施行)之刑法沒收新制，關於刑法第 2 條第 2 項之修正理由，係參考德國 2017 年刑法改革之舊法(即有利得沒收; Verfall，新法將之刪除)，其中亦參考當時德國刑法施行法第 307 條過渡規定，其係針對第 1975 條增訂之利得沒收(Verfall)，而非 2017 年刑法修正後所適用前開刑法施行法第 316h 條，故宜留意之。

憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決不同意見書

呂太郎大法官提出

蔡明誠大法官加入

黃昭元大法官加入

壹、本判決審查之客體

本判決審查之客體，為中華民國 104 年 12 月 30 日修正之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……適用裁判時之法律。」（下稱系爭規定）適用於同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項沒收之規定。因此，本判決之重點，在審查同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項沒收之規定依系爭規定而溯及既往是否合憲。至於其他沒收規定之溯及既往是否合憲，以及第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項規定本身是否合憲均不在本判決審查範圍內。〔1〕

貳、罪刑法定原則為現代國家法治之基石，文明之指標

一、沒有罪刑法定原則，談不上是文明國家

犯罪之成立及犯罪行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限。換言之，何種行為成立犯罪？成立犯罪後應依何種刑罰、施以如何程度之處罰？均以行為時法律所明文規定者為限，此即罪刑法定原則。罪刑法定原則之確立，目的在禁止國家濫用其權力，羅織行為時法律所未明文之罪名，或施以法律明文規定以外之處罰，藉以保護人民之生命、自由及財產不受來自國家之恣意侵擾。故罪刑法定原則，可謂現代法治中最重要法律原則之一，各國莫不據為建構刑事制度之根本前提，並為評價是否為現代文明國家之指標。我國刑法第 1 條即開宗明義揭櫫此一意旨，並經大法官於釋字第 594 號、第 602 號及第 792 號解釋中再三確認為我國重要之憲法原則。要言之，未遵循罪刑法定原則之國家，談不上是文明國家，殆無疑義。〔2〕

二、禁止不利之溯及處罰為罪刑法定原則之核心內涵

罪刑法定原則，既在禁止國家濫用其權力，對於成立犯罪者，施以行為時法律明文規定以外之處罰。因此，不得依行為後制定之法律，對行為人施以處罰。但若行為後之法律更有利於行為人者，適用行為後之法律，既無國家濫用其權力之疑慮，且對行為人有利，故可例外為之，此即「從舊從輕原則」。要言之，禁止不利之溯及處罰，亦為罪刑法定原則之核心內涵。〔3〕

三、不得以「非刑罰」為名，逃脫罪刑法定原則之控制

（一）應從罪刑法定原則之目的，解釋刑罰之意義

前述〔2〕，罪刑法定原則之確立，目的在禁止國家濫用其權力，羅織行為時法律所未明定之罪名，或施以法律明文規定以外之處罰，以保護人民生命、自由及財產不受來自國家之恣意侵擾。因此，行為當時之法律有關不利於人民處置之規定，性質上是否屬於刑罰，而應受罪刑法定原則之控制，自應綜觀全體法規範之目的與功能以定之。換言之，即使法律條文或立法理由並不使用刑罰之用語，甚至明白指出並非刑罰，但綜觀全體法規範之目的與功能，認為此不利之處置，性質上屬於刑罰者，仍應受罪刑法定原則之控制。蓋若不如此，無異承認立法者得以使用「非刑罰」之文句或理由，輕易逃脫罪刑法定原則之控制，同樣會使罪刑

法定原則形同具文¹。〔4〕

(二) 各國釋憲實務亦認為類似刑罰者，應與刑罰一樣受較嚴格之實體及程序規範

1. 我國釋憲實務

鑑於刑罰為國家對人民之不利處置中最為嚴厲者，故憲法第 8 條乃就國家為實現刑罰權所進行之程序，特別為嚴格之規定，刑罰以外之處置程序，本非憲法第 8 條規範之主要對象，但為避免立法者以非刑罰為名，逃脫憲法第 8 條規定之嚴格程序，大法官向來之解釋，均基於人權保障之意旨，只須處置之性質與刑罰相當者，即應受與刑罰相同之程序規範，從不拘泥於法律所使用之用語。例如於司法院（下同）釋字第 812 號解釋，將受刑人之強制工作，等同刑罰之執行看待；釋字第 808 號解釋，將社會秩序維護法規定之罰鍰，等同或類似刑罰看待；釋字第 799 號解釋中，將長期強制治療等同刑罰看待；釋字第 751 號解釋，將檢察官緩起訴處分所命被告應履行之負擔，解為類似處罰；釋字第 708 號解釋，將受驅逐出境之外國人收容，等同強制處分看待；釋字第 664 號解釋，認對於少年施以收容或感化教育，性質上屬於憲法第 8 條規定之拘禁；釋字第 588 號解釋，將行政執行法上拘提管收，視同憲法第 8 條規定之拘禁；釋字第 567 號解釋，將對匪諜之強制工作或管訓處分，認與刑罰無異。〔5〕尤其釋字第 636 號就檢肅流氓條例案之解釋更提出：「凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，不問其限制人民身體自由出於何種名義，除須有法律之依據外，尚須分別踐行正當法律程序，且所踐行之程序，應與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類。」〔6〕

2. 外國之憲法審判實務

德國基本法第 103 條第 2 項雖規定：「行為之處罰，以行為前之法律規定處罰者為限。」但實務上向來將此之處罰，包含刑法及與刑法相類以國家高權對於違法、有責之行為，所為之處罰，學說上多數見解也認為沒收被涵攝在此條項之刑罰概念之內²。在日本，其憲法第 31 條固規定：「任何人未經法律所定之程序，不受生命或自由之剝奪或科處其他刑罰。」但學說及實務亦認為包含行政罰³。〔7〕

在歐洲，具有統合指標之歐洲人權公約，於第 7 條第 1 項規定：「任何人之行為或不行為，在其發生時根據國內法或國際法並不構成刑事犯罪，不應認為犯任何刑事罪。所處刑罰不得重於犯罪時所適用的刑罰。」係就罪刑法定原則為規定。另歐洲人權法院曾認為英國對於販賣毒品之利得沒收係屬刑罰⁴；在被告涉犯非法開發土地罪嫌，但因罪行罹於時效而未經法院定罪之情形下，義大

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

¹ 薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，臺大法學論叢，第 47 卷第 3 期，第 1104 頁，2018 年 9 月。

² 薛智仁，前引註，第 1104 頁。

³ 日本最高裁判所大法庭昭和 41 年 12 月 27 日決定、昭和 43 年 6 月 12 日判決；浦中佐樋・部村藤口・法睦幸陽・穗男治一，注釈日本国憲法（上卷），第 713 頁，平成 3 年初版第 3 刷，青林書院。

⁴ Case of Welch v. The United Kingdom (Application no.17440/90), 9 February 1995.

利對於該筆土地及其上建物之沒收亦屬刑罰⁵。延續此一立場，歐洲人權法院大法庭於 2018 年 6 月 28 日作成更具有指標性之 Case of G.I.E.M. S.R.L. And Others V. Italy 案判決(Applications nos.1828/06 and 2 others – see appended list)，除針對判斷是否屬於公約第 7 條所定之刑罰列出 5 種應考量之因素外⁶，更特別指出：「本院重申公約第 7 條所示刑罰之概念係由本院自主解釋其文義。為使該條有效發揮保護功能，本院自不受表面形式意義之限制，且得評價該特定措施本身是否已實質上構成該條所指之刑罰」⁷「為達成公約之目的，如果僅以當事人是否實行經內國法定義為犯罪之行為及經刑事庭判決有罪，作為認定系爭措施是否具有刑事本質，將與對於刑罰得以自主解釋其意之旨不合。若無法自主解釋刑罰的概念，國家只要不將一項措施歸類為刑罰，即可任意施加該措施，而當事人將無法受到公約第 7 條第 1 項規定之保護。該條規定將失去其實質作用。解釋及適用公約，應係以實際及有效之方式為之，而非以理論及不切實際之方式，此係相當重要之原則，且此原則於公約第 7 條亦有適用」⁸「關於沒收在內國法下的分類，本院首先注意到本家中 作為沒收依據之規定即建築法第 44 條，其上之標題為『刑事制裁』。本院留意到政府辯稱此僅係修法時草擬法案者所 犯之錯誤。然而，稽之該條立法歷史資料，尚難認上開辯稱可採。尤有甚者，該條係於 2001 年通過，立法者如有意修正，也有長達 16 年之時間可以修法。就此觀之，沒收實屬公約第 7 條所指之刑罰」⁹。上開歐洲

⁵ Case of Varvara v. Italy (Application no.17475/09), 29 October 2013.

⁶ 即：1.是否以刑事犯罪定罪為沒收之前提(Whether confiscation were imposed following convictions for criminal offences)。2.內國法對於沒收的分類(The Classification of Confiscation in domestic law)。3.沒收的本質及目的(The nature and purpose of the confiscation measure)。4.沒收效力的嚴重性(The Severity of the effects of the confiscation)。5.沒收的適用及執行程序(Procedures for the adoption and enforcement of a confiscation measure)。

⁷ 原文：The Court reiterates that the concept of a “penalty” in Article 7 has an autonomous meaning. To render the protection offered by this Article effective, the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of this provision. (摘自第 210 段)

⁸ 原文：In the Court’s view, if the criminal nature of a measure were to be established, for the purposes of the Convention, purely on the basis that the individual concerned had committed an act characterised as an offence in domestic law and had been found guilty of that offence by a criminal court, this would be inconsistent with the autonomous meaning of “penalty” (see, to this effect, Valico S.r.l., decision cited above). Without an autonomous concept of penalty, States would be free to impose penalties without classifying them as such, and the individuals concerned would then be deprived of the safeguards under Article 7 § 1. That provision would thus be devoid of any practical effect. It is of crucial importance that the Convention be interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory, and this principle thus applies to Article 7. (摘自第 216 段)

⁹ 原文：As regards the classification of confiscation in domestic law, the Court would first observe the Article 44 of Construction Code, which governs the confiscation measure at issue in the present case, bears the heading “Criminal sanction”. The Court further takes note of the Government’s argument that this wording was simply a mistake on the part of the drafters of this text when the relevant rules were codified. However, this argument is not supported by the legislative history of the provision. Moreover, as the law was approved in 2001, the legislature had sixteen years to correct it should it have chosen to do so. This element indicates that confiscation is indeed a “penalty” within the meaning of Article 7 (see Sud Fondi S.r.l. and Others, decision cited above. (摘自第 220 段至第 221 段)

人權法院大法庭之判決，基於人權保障之立場，對歐洲人權公約第 7 條所為之闡示，可謂鞭辟入裏、擲地有聲。〔8〕

由上述可知，各國之憲法審判實務，莫不將憲法有關刑事處罰之要件或刑事審判程序之規範，擴大適用及於非以刑罰為名之其他處罰，以保障人權，避免國家以非刑罰為名，逃脫罪刑法定原則之控制。〔9〕

參、系爭規定採溯及不利沒收，違反罪刑法定原則

一、系爭規定修正前，沒收為刑罰，應受罪刑法定原則拘束

按對犯罪行為應如何對應，各國皆有不同，各種對應方式是否屬於對犯罪行為人之「處罰」，亦應依各國法律而為解釋，已如前述〔4〕~〔9〕。所謂刑罰，係對應於犯罪行為，由國家運用其高權對行為人為不利之處置，以作為其犯罪行為之代價。就我國而言，沒收係對應於行為人之犯罪行為，由國家剝奪行為人所有供犯罪所用、預備犯罪、犯罪所生或所得之物，使行為人承受喪失物之所有權或支配權之不利，以作為犯罪行為之代價，自屬刑罰之一。故 104 年 12 月 30 日刑法修正前，歷來法條均明文規定沒收為從刑，沒收之客體為行為人所有供犯罪所用、預備犯罪、犯罪所生或所得之物（104 年修正前刑法第 34 條及第 38 條規定參照），除違禁物或專科沒收之外，於犯罪成立並受有罪宣告時，始得宣告沒收，應於有罪判決時併宣告之（105 年 6 月 22 日修正公布之刑事訴訟法第 309 條第 1 款規定參照），沒收裁判確定後之執行，亦由檢察官依刑事訴訟法為之（刑事訴訟法第 470 條至第 473 條規定參照），行刑權時效亦依主刑定之（104 年 12 月 30 日修正前刑法第 39 條、第 40 條及第 84 條規定參照），故從我國刑法及刑事訴訟法相關規定觀察，沒收係國家對應於犯罪行為，施予行為人不利之處置，作為其犯罪行為之代價，與犯罪行為密不可分，有補主刑不足之功能（主刑只能對行為人之人身為之，例如剝奪其生命、自由或命為財產給付或易服勞役，無法由國家對行為人之財產直接處置），性質為刑罰者，並無可疑。學說及實務上雖有認為沒收亦有保安處分之性質者，但幾無主張沒收純為保安處分而無刑罰性質者。〔10〕

要言之，從法條明白宣示之沒收屬性、有關沒收之客體內容、整體配套及學說實務見解觀之，刑法修正前之沒收為從刑之一，性質上為刑罰，毫無疑義。〔11〕

二、即使是修正後之沒收，亦非全無刑罰性質

按修正前之沒收為刑罰，故關於修正前之行為為沒收者，應適用罪刑法定原則，至於修正後之新法就沒收為如何規定，不得影響該行為應受罪刑法定原則之保護。何況，修正後之新法所規定之沒收，更不利於行為人，且其法律屬性亦非全無刑罰性。理由如下：〔12〕

- （一）依修正後之刑法第 38 條至第 38 條之 3 規定，沒收之客體，為「犯罪」行為所用、預備之用、所生之物或 犯罪所得，其用語與修正前之刑法第 38 條第 1 項第 2 款及第 3 款規定基本上相同。雖新法使用「犯罪所得」，文義範圍較廣，除舊法之「犯罪所得之物」外，尚包含「犯罪所得之利益」，但均出於「犯罪」而來，却無不同。舊法之沒收，因屬從刑，必犯罪成立後，方有就犯罪行為所用、預備之用、所生之物或犯罪所得之物為沒收之問題，故所謂「犯罪」乃指犯罪成立而言。此一舊法時期之用語，於新法仍然沿用，自不能否認沒收仍有

刑罰之意義。〔13〕

從修正後之刑法第 38 條及第 38 之 1 沒收之規定而言，即使沒收屬於行為人犯罪所得之物或利益，此物或利益，如係行為人基於交易行為而來，通常亦包含行為人之成本、稅捐等在內，其一併沒收之結果，亦包含剝奪行為人為犯罪行為所付出之固有財產在內，對於行為人而言，自屬處罰。〔14〕

(二) 新法雖參考德國刑法，並於第 38 條之 1 規定之立法理由中論及「至該違法行為不以具有可責性，不以被起訴或證明有罪為必要，爰增訂第二項，以防止脫法並填補制裁漏洞。」云云。然：〔15〕

1. 罪刑法定原則之下，刑罰沒有「漏洞」可言。在法律體系內，係使用抽象之文字，規範立法者所預想之社會事實，有時因立法之疏漏，致某一社會事實欠缺法律規範，形成紛爭無法解決，因而發生所謂「漏洞」，此時為使該社會事實得圓滿解決，必須通過法律解釋方法，將此「漏洞」填補。然而，刑法非係全面規範社會事實之法律，而僅係立法者就所有社會事實中，選擇認為應構成犯罪之行為，以及就其行為應如何處罰，加以規定，於未經立法者選擇為犯罪之行為及處罰，即不成立犯罪或不為該處罰，縱使因此法律之文義可能無法及於某些行為，而有「失出」之情形，但此為罪刑法定原則可以預見之結果。這在一百多年前（西元 1905）之清末，初次引進現代刑法之刑律草案即明定罪刑法定原則，並於立法理由中指出：「茲擬准泰西文明之制，不論何種行為，概不得以未定之法律治之。法網稍闊，容有失出之弊，然失出究愈於失入，權衡弊之輕重，亦應爾也。」¹⁰因此，在罪刑法定原則下，概念上不發生「應予論罪或處罰，卻疏未論罪或處罰」之「漏洞」問題，即使立法者透過修正或增訂法律，將過去未予規定為犯罪之行為，規定為犯罪，或增加過去未有之刑罰，亦係立法者因應社會新情事之必要，而為「增訂」之犯罪或刑罰，並非「填補」過去未規範之「漏洞」，更不能以此為詞，以填補漏洞之名，而為溯及既往之規定。〔16〕

2. 新法就何以依第 38 條之 1 第 2 項規定所為沒收，不以具有可責性，不以被起訴或證明有罪為必要，提供任何法律條文為依據，於罪刑法定原則之下，審判實務上自不能依據立法理由為刑事處罰〔49〕。對照後述〔18〕，此與德國刑法第 11 條第 1 項第 5 款明定沒收之對象為僅完成構成要件行為之所得，而非具備有責性之犯罪行為之所得，不生違反罪刑法定原則者，不同。何況刑法第 38 條之 1 第 2 項規定，係針對第三人擴大利得沒收之規定，尤不宜據此規定之立法理由，推論其他客體所為沒收之屬性。〔17〕

3. 德國刑法是針對違法行為（*rechtswidrige Tat*）所用、所生、所得之物或利益，為沒收（德國刑法第 73 條規定以下參照），我國新修正之刑法第 38 條第 2 項規定，亦使用與德國刑法相同之用語。但德國刑法適用沒收規定之違法行為（*rechtswidrige Tat*），依同法第 11 條第 1 項第 5 款規定，僅指完成構成要件

¹⁰ 參閱：黃源盛纂輯，元照出版有限公司出版，2010 年 7 月初版，晚清民國刑法史料輯注（上），第 7 頁，1905 年（清光緒 31 年）由章宗祥與董康聯合草擬之刑律草案第 5 條立法理由參照。

之行為（nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht;）。因此，得為沒收之標的物或利益，只須行為係具備侵害性、違法性之違法行為即可，縱不具備有責性而非犯罪行為，其所得、所用、所生之物，仍得為沒收標的，此乃德國法律所明文之規定，無違反罪刑法定原則之問題。反之，我國刑法第 38 條及第 38 條之 1 第 1 項，均規定係針對「犯罪」行為之所用、預備之用、所生之物或犯罪所得為沒收者，與德國刑法規定，並不相同，未必可將德國法原樣照搬，據為解釋我國法。何況德國學者亦主張，刑法之沒收，其性質為刑罰、具有懲罰性質之附加刑、類似刑罰性質之制裁或措施，採從舊從輕原則，亦有禁止溯及既往之適用¹¹。〔18〕

4. 從新修正之刑法第 38 條及第 38 條之 1 第 1 項規定對行為人之沒收，與第 38 條之 1 第 2 項規定對第三人之沒收，二者對照觀察：前者，其沒收之客體均為「犯罪」所用、預備、所生或所得者，後者則為因他人之「違法行為」所得，用語尚有不同。然第 38 條之 1 第 2 項規定之沒收，係因無法依同條第 1 項規定為沒收時，用以補充同條第 1 項不足之規定，故判斷得否依同條第 2 項規定對第三人沒收，必以得依同條第 1 項沒收之客體為限。即便依立法說明所稱，後者不以具備「有責性」為必要，致適用前者之條件較嚴格，後者較寬鬆，前者有利於被沒收者。然此種立法之疏忽所造成之不同結果，不論從罪刑法定原則、人權保障之觀點，亦均應依前者規定而為有利於被沒收者之解釋，認為得為沒收之客體，以「犯罪」所得者為限。〔19〕

（三）刑法於第 5 章之 1，就沒收設獨立章節，係為擴大對第三人之沒收，並規範沒收之要件及執行方法而設，但此與沒收如何定性，無必然關聯，不可能以移動條文位置，即改變沒收之性質。如同刑法不可能透過將有期徒刑移出第五章「刑」而另立一章，即否定其刑罰性，否則「罪刑法定原則」亦將束之高閣¹²。何況第 38 條之 1 第 2 項規定之沒收，係因無法依同條第 1 項為沒收時，用以補充同條第 1 項不足之規定，故判斷得否依同條第 2 項規定對第三人沒收，必以得依同條第 1 項沒收之客體為限〔19〕。怎能反而依對第三人沒收之客體屬性，推論對行為人之沒收客體屬性，進而謂沒收之客體，不以行為人具備有責性為要件？〔20〕

（四）即使依修正後刑法第 38 條之 1 第 2 項之立法理由，認為得沒收之客體，不以行為人具備「有責性」為必要，然亦不能以偏概全推論所有之沒收，均係針對不具備「有責性」之行為所為。蓋從訴訟實務言，應適用修正後刑法第 38 條及第 38 條之 1 規定沒收之案件，仍為多數，至於依第 38 條之 1 第 2 項規定沒收，畢竟少數例外，豈可以少數例外之規定，解釋普遍之一般案件應適用之原則？就

¹¹ 朱石炎，評述刑法第二條第二項之修正一質疑修正沒收關於時之效力，司法周刊，1782 期，2016 年 1 月 15 日，司法院出版；林書楷，刑法總則，第 581 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司；柯耀程，沒收制度的實然與應然，東海大學法學研究，第 53 期，第 25 頁，2018 年 1 月；薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，臺大法學論叢，第 47 卷第 3 期，第 1102 頁，2018 年 9 月。另上開文獻所引用之德國學說，亦請參照。

¹² 林書楷，刑法總則，第 584 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司。

對行為人之沒收而言，固亦有不具備「有責性」而違法取得者，但仍屬少數中之少數，絕大部分情形，適用新沒收規定之行為人，均係成立犯罪。此時，沒收當然亦是針對行為人之犯罪行為，施以不利處分，以作為其犯罪行為之代價，此之沒收怎能謂非「刑罰」？〔21〕

(五) 或謂沒收已修正為具獨立性之法律效果，故其宣告，不必然附隨於裁判為之，且不必受有罪判決，即得單獨宣告沒收(刑法第40條第3項規定立法說明參照)，故沒收之客體不限於因犯罪行為而來，沒收並非刑罰云云。然本條係針對沒收程序之規定，並非變更得沒收之客體，且其適用僅為例外情況，非一般原則，本不得依例外規定，解釋原則性規定。何況依本條規定，反可推知，如非於上開例外情形，須待有罪判決始得宣告沒收(刑事訴訟法第309條第1款規定參照)。〔22〕

(六) 或謂「因犯罪所得之沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰」云云(刑法第38條之2規定立法說明二參照)。然依新法第38條規定之沒收，其沒收之物係供犯罪所用、預備犯罪之物者，純為行為人固有財產，並非行為不當取得之財產，如予沒收，豈可以剝奪行為人之不當得利名之？縱沒收之物為因犯罪所生之物，亦係行為人以犯罪行為加工所得之物，亦不能謂係行為人之不當得利。即便為犯罪所得，於犯罪行為完成時，即於行為人占有支配之下，此一占有支配之關係，當然為利益(至於此利益應否剝奪，為另一問題)，國家經由沒收制度，剝奪行為人已取得之此一利益，自屬對應於行為人之犯罪行為，而為行為人不利之處置，以作為其犯罪之代價，亦具有處罰之性質。何況若犯罪所得係透過交易行為而取得，通常所得之物或利益，亦包含行為人所支付之成本或稅捐等，國家將此所得沒收者，亦包含剝奪行為人為此交易所支付之成本或稅捐等固有財產，而非僅返還行為人因犯罪所得之不當得利。再依修正後規定，不問是否扣案或是否現仍存在，均予沒收，無法執行沒收時，將追徵行為人之固有財產(刑法第38條之1第1項、第3項規定參照)，與舊法僅「得」沒收不同。故於舊法，已廢失而不存在者，實務上認為不予沒收(司法院院字第2259號、最高法院81年度台上字第5194號刑事判決及85年度台上字第2857號刑事判決參照)。但依修正後之新法，即使犯罪所得之物已不存在，仍應以剝奪行為人固有財產作為對其犯罪行為所加之痛苦或不利，而非僅剝奪其因犯罪所得之物，此剝奪行為人固有財產之效果，當然為刑罰而非不當得利。何況國家並非因行為人取得犯罪所得而受害，縱行為人取得犯罪所得為不當得利，亦為被害人依民法規定，請求返還該不當得利，並附加利息，而非國家得予剝奪而代行為人取得該利益，否則國家豈非應依不當得利之法則，返還該利益並附加利息予被害人？〔23〕重製必究！

(七) 或以為依新法，沒收之範圍與行為人可歸責之程度無關，故非刑罰云云。然依舊法規定，是否沒收，原則上亦與行為人之可歸責性無關，但並不妨害其具有刑罰之性質。又依刑法第58條規定，科罰金時，除依同法第57條規定審酌一切情狀外，並應審酌犯罪行為人之資力及犯罪所得之利益。如所得之利益超過

罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。可知如何將犯罪所得利益，實質剝奪，修法前後均允許透過罰金之數額，達到目的。就此而言，更可印證罰金與沒收，本質有相通之處，實際亦有互補之功能。〔24〕

(八)就沒收程序而言，沒收係依刑事訴訟程序為之，除有刑法第40條第3項規定或單獨宣告沒收之情形，均附隨於刑事審判之本案程序進行，於有罪判決時併於主文諭知後，由檢察官以處分方式執行(刑事訴訟法第309條第1款、第470條至第473條規定參照)，係對應於判決被告有罪後之處置，亦足見具有刑事處罰之性質。〔25〕

三、縱使修正後沒收非刑罰，亦類似刑罰，仍應適用禁止不利溯及原則

應說明者，如行為時沒收非為刑罰，則有關沒收之事項如何辦理，雖無法直接適用罪刑法定原則。但若沒收性質為刑罰以外之處罰，仍應適用無法律即無處罰之原則，不得溯及既往為不利行為人之沒收，如法律已就該處罰有禁止溯及之規定者，依其規定固無問題，即使法律未為規定，亦應將罪刑法定原則，類推適用於非刑罰之處罰〔4〕~〔9〕。我國除刑法第1條為此規定外，社會秩序維護法第2條及行政罰法第4條規定，就國家對於人民之處罰，亦有相同規定，即出於此一法理。即便沒收既非刑罰又非處罰，仍應考慮如何適用法律不溯及既往之一般原則。〔26〕

應附一言者，以行政罰法第20條及第22條規定為例，亦有與本次新修正沒收相類似追徵不當利得、擴大沒入之規定，但同法第45條特別明文規定不溯及處罰。可知並非規定不當利得之沒收或追徵或擴大對第三人之沒收，即可排除不利溯及處罰禁止之原則。嚴厲性不若刑罰之行政罰，尚堅持禁止溯及處罰，何況乎刑罰？〔27〕

四、系爭規定為真正溯及之規定

(一)系爭規定變更了百餘年來之立法

我國現代刑法之草創，始於清末，1905年由章宗祥及董康參考日本法而聯合草擬之刑律草案，除於第5條規定：「凡法律無正條者，不論何種行為，不得處罰。」宣示罪刑法定原則外，另於第15條規定剝奪公權、管束、沒收為附加刑，第31條第1項規定：「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。」第2項規定：「違禁之物不問何人所有，概行沒收。餘物以屬於本犯者為限。」此草案中關於沒收之刑罰屬性及其沒收之客體，經1907年日人岡田朝太郎協助完成之「刑律草案」(為第一部近代歐陸式新刑法典，第1條規定不溯及、從新原則，但舊法不以為罪，不在此限，第10條規定罪刑法定原則、第37條規定沒收為從刑、第48條規定沒收客體)、1911年大清新刑律(條號及內容，同前述1907年草案)、1912年中華民國暫行新刑律(條號及內容，同前述1907年草案)、1928年中華民國舊刑法(第1條規定罪刑法定原則、第2條規定從新從輕原則、第50條規定沒收為從刑、第60條至第62條規定沒收之標的物)及1935年中華民國刑法(第1條規定罪刑法定原則、第2條規定從新從輕原則、第34條規定沒收為從刑、第38條規定沒收之客體)，直至104年修法前，一百多年來，均無重大變更，系爭規定可

謂變更了百餘年來之沒收制度¹³。〔28〕

(二) 是否為溯及規定，應視構成要件事實是否於舊法 時即已完成

1. 是否溯及規定之判準

依據本判決所援引之釋字第 620 號、第 717 號及第 783 號解釋，均謂：「按新訂之法規，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係，是謂禁止法律溯及既往原則。倘新法規所規範之法律關係，跨越新、舊法規施行時期，而構成要件事實於新法規生效施行後始完全實現者，除法規別有規定外，應適用新法規。此種情形……無 涉禁止法律溯及既往原則。」依此，「構成要件事實」於 新法規生效「施行後」始完全實現者，始應適用新法。若構成要件事實於新法規生效「施行前」已完全實現者，即應適用舊法。〔29〕

應特別深論者，乃上開解釋所稱「法律關係，跨越新、舊法規施行時期」其意義為何？按「關係」云者，乃兩事物間之互動。此互動有係物理性之互動（例如日、月、地球間之互相影響，地球暖化與環境生態之互相影響），有係人與人間在感情上（例如男女朋友）、經濟上（例如消費者與生產者）、倫理上（例如五倫關係者之間）或法律上（例如權利人與義務人）之互動等。所謂法律關係，係指依法律規定所生之互動關係，此一互動關係即為法律效果，雖以權利與義務關係為最常見關係，但不以此限，例如法之地位、資格等，亦包含在內。

〔30〕

應進一步說明者，就成文法律一般性結構觀察，完整之法條，通常以「……者，……。」呈現，其中，前段為構成要件事實，後段為法律效果。所謂構成要件事實，指能發生法律效果之事實，為可經由五官感受或透過證據、科技予以認識之物質世界，訴訟上是否有此事實，可依證據證明之。至於法律效果則為立法者所決定之規範世界，不是證據可證明。何種事實始為構成要件事實，亦即立法者要將何種事實賦予法律效力，係由立法者依其規範目的作出選擇。例如在民事法律，構成要件事實可能是人之行為（例如法律行為、侵權行為、無因管理行為……）、自然之事實（例如添附）等。在刑法，構成要件事實則僅限於犯罪行為人之行為。〔31〕

所謂「法律關係」，應指特定構成要件事實及所連結之法律效果之關係（例如因買賣契約之構成要件事實與其所生之買受人與出賣人間之權利義務，構成買賣關係；因殺人之構成要件事實與應受死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之刑罰，所構成殺人罪之罪刑），離開構成要件事實，無所謂法律效果可言，亦不生法律關係。因此，前開解釋所稱「法律關係，跨越新、舊法規施行時期」，係指「特定構成要件事實及所連結之法律效果之關係，跨越新、舊法規施行時期。」如此，方能與前開解釋所稱「構成要件事實於新法規生效施行後始完全實現者，除法規別有規定外，應適用新法規」之邏輯一貫。〔32〕

¹³ 上開條文內容，參照各國刑法彙編（上），司法行政部編輯，司法通訊社發行，69年6月出版；黃源盛纂輯，晚清民國刑法史料輯注（上），元照出版有限公司出版，2010年7月初版。

2. 不法財產秩序之持續，不是構成要件事實之持續

本判決認為：「系爭規定，雖導致刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項沒收犯罪所得之規定，適用於該條施行前已發生之犯罪所得，然因該不法財產秩序，於該條規定施行後，仍繼續存在，故系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，而無違法律不溯及既往原則。」雖引用釋字第 620 號、第 717 號及第 783 號解釋之前例，說明法律不溯及既往之概念，但却完全逸脫前開解釋以構成要件事實何時完成，作為判斷是否屬於溯及規定之基準。〔33〕

然而，刑法所規範之對象，為犯罪行為，並針對犯罪行為給予一定之處置（刑罰、保安處分等），至於犯罪行為所生之結果如何，有時雖為判斷構成要件是否該當之一要素，亦為量刑應審酌之事項，但刑法並不單純就犯罪之結果（例如死亡、受傷、財物損失等）另規定其法律效果（本判決所謂犯罪後之法秩序？）易言之，犯罪所生之結果並非構成要件事實，不因犯罪行為所生之結果，橫跨新舊法，發生應如何適用新舊法之問題。如依本判決見解，認為為除去舊法時期犯罪所生之不法財產秩序而制定新法，即無涉法律不溯及既往原則，那麼凡是發生於舊法之犯罪，立法者均得以該犯罪所生之不法秩序尚未除去為由，重新制定新法以除去之，以回復法秩序。例如於被害人受傷未癒時，以新法規定被告須服侍被害人至傷癒為止，於被害人物品、建物被毀損時，以新法規定被告須修繕至完全修復為止，於被害人名譽受侵害時，以新法規定被告須登廣告、洗門風至被害人名譽已完全回復為止，則所謂罪刑法定原則，將流於一種空洞口號，毫無意義可言。〔34〕

3. 系爭規定為真正之溯及既往

依系爭規定，沒收適用裁判時之法律，而犯罪行為若已進入法院審判程序並將為裁判，此時符合構成要件事實之犯罪行為當已完結。因此，系爭規定所適用之犯罪行為，可以包含兩種。其一，犯罪行為於系爭規定施行前已完結，但尚未經裁判。其二，犯罪行為於系爭規定施行後才完結。於第二種情形，犯罪行為既於系爭規定施行時，尚在持續中，自應適用系爭規定，固不生溯及既往之問題。但於第一種情形，系爭規定則為真正溯及既往之規定。〔35〕

（三）系爭規定非與「禁止溯及既往」無涉

系爭規定之立法說明謂：「本次沒收之修正，並未涉及犯罪與刑罰之創設或擴張，故與原則性禁止之『溯及既往』無涉。」然系爭規定適用刑法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項規定之結果，已使沒收之客體擴大，凡犯罪所得均一律沒收，不宜或不能執行沒收者，追徵其價額，並擴大對第三人利得沒收之制度，均改變修正前之規定而更不利於行為人或第三人，且依系爭規定適用修正後之沒收，性質上仍有刑罰性質，均如前述〔12〕。又罪刑法定原則並不僅適用於犯罪成立與否之規定，犯罪成立後應如何處罰，亦應受罪刑法定原則之控制，故系爭規定確有溯及適用而不利於行為人或第三人之處罰效果，上開立法說明謂系爭規定與罪刑法定原則下，禁止溯及既往原則無涉，實難贊同。〔36〕

五、系爭規定較修正前更不利於行為人

(一) 就系爭規定修正前後之沒收規定比較言之，系爭規定所適用之刑法第 38 條之 1 第 1 項，將沒收之客體擴大包含犯罪所得利益，較修正前僅限於犯罪所得之物為廣，又犯罪所得應沒收，不能或不宜執行沒收者，追徵其價額，亦較修正前係規定「得」沒收，且無追徵之規定者，對行為人不利。依系爭規定所適用之刑法第 38 條之 1 第 2 項，更擴大至修正前所無之對第三人沒收，故系爭規定適用刑法第 38 條之 1 第 2 項之結果，對第三人亦屬不利。〔37〕

(二) 雖系爭規定之立法說明謂：「此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，確認沒收已不具刑罰本質，自無罪刑法定原則之適用與適用行為時法之必然性。」云云，然刑法本身，就新法之沒收客體，仍具刑罰性質，已如前述〔12〕。就應被沒收之行為人或第三人而言，不論將沒收定性為刑罰或非刑罰，對其財產均因沒收而生被剝奪之結果，並無不同。因此，所謂對行為人利或不利之比較，應從沒收之效果觀察，而非沒收之性質。立法說明以系爭規定所適用之沒收新法並非刑罰，認不受罪刑法定原則之拘束云云，無異認為立法者可以新法繞過刑罰之用語，逃脫罪刑法定原則之控制，委實難採。〔38〕

六、充滿疑義之溯及沒收理由

(一) 104 年修正之立法過程及理由

1. 法務部及立法院各黨團所提草案採不溯及既往原則有關沒收修法之各版本，不論是法務部報請行政院院會通過會銜司法院之政府提案（立法院第 8 屆第 8 會期第 13 次會議議案關係文書院總第 246 號政府提案第 15453 號參照。另參照行政院第 3473 次會議通過之法務部擬具「中華民國刑法」部分條文修正草案）、民進黨黨團所提版本（立法院議案關係文書院總第 246 號委員提案第 18153 號參照）或國民黨黨團所提版本（立法院議案關係文書院總第 246 號委員提案第 18193 號參照），都規定沒收「適用行為時之法律」。〔39〕

應值說明者，法務部報請行政院院會通過與司法院會銜之原提草案，於第 2 條第 3 項規定：「沒收，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律；第 40 條第 2 項及第 3 項所定得單獨宣告沒收之方式，適用裁判時之法律。」並於立法說明中明確指出：「沒收影響財產權歸屬，基於保護財產權之信賴利益及法律安定性等考量，以適用行為時法為當；至第 40 條第 2 項及第 3 項所定得單獨宣告沒收之方式，應適用裁判時之法律，惟此僅限於因法律修正涉及訴訟程序之法律適用。至於訴訟程序以外關於沒收範圍等實體事項，仍應適用行為時之法律。」可知沒收適用行為時法，係政府機關經學者專家審慎研究後，所採方案。〔40〕

2. 立法院黨團協商得出改採溯及既往原則

裁判時法律之規定，則是經黨團協商產生（系爭規定立法說明參照）。系爭規定修正為沒收適用裁判時之法律，既非政府提案，無從由政府提案或法律研修過程瞭解修正之理由，又立法院經黨團協商通過之理由為何，亦未公布，難以明瞭修正之真正理由。惟從刑法主管機關法務部就此黨團協商通過之條文所提

供之立法說明參考資料，當亦可相當程度反應其修法理由。依法務部為此協商結論所提供之立法說明參考資料，略以：〔41〕

(1)此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，確認沒收已不具刑罰本質，自無罪刑法定原則之適用與適用行為時法之必然性。〔42〕

(2)與沒收本質較為相近之保安處分，就非拘束人身自由之保安處分，即適用裁判時之法律，故沒收適用裁判時法並非特例。〔43〕

(3)「任何人都不得保有犯罪所得」是長久存在的普世基本法律原則。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。換言之，犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上本不在其財產權保障範圍，自應予以剝奪，以回復合法財產秩序。〔44〕

(4)本次沒收之修正，並未涉及犯罪與刑罰之創設或擴張，故與原則性禁止之「溯及既往」無涉。〔45〕

(5)另德國刑法施行法第 307 條係針對 1975 年增訂之利得沒收（Verfall）定有過渡條款，明定對於修法前實行之犯罪所得的沒收宣告，原則上適用裁判時（新）法之規定，對此規定，德國聯邦憲法法院亦未曾為違憲之宣告，故沒收新法適用裁判時法，比較法例上亦有其先例。〔46〕

(6)參諸司法院釋字第 525 號解釋意旨，對於犯罪所得之持有人，難認其有何強過公共利益之信賴保護需求，故適用裁判時法之立法政策決定，亦符合憲法本旨。〔47〕

(7)在個案適用時，得透過第 38 條職權沒收及新增之第 38 條之 2 過苛條款予以調節，兼顧比例原則。〔48〕

（二）不得依立法理由處罰人民

依系爭規定適用修正後刑法第 38 條之 1 第 2 項之結果，係針對「違法行為」所得為沒收。但何謂「違法行為」？我國刑法並未如德國刑法於第 11 條第 1 項第 5 款為明文，而係依法務部所提供之立法說明，謂不以行為具備「有責性」為必要。此種透過行政部門所提供之立法說明，設定不利於人民之處罰條件，以取代應由法律明文規定之法律，如可通過憲法之違憲性審查，那麼「罪刑法定原則」或「無法律即無處罰」之憲法原則，將流於空談。（其餘參考前述〔17〕～〔19〕之說明）〔49〕

（三）沒收不能比擬非拘束人身自由之保安處分

系爭規定之立法說明雖謂：「與沒收本質較為相近之保安處分，就非拘束人身自由之保安處分，即適用裁判時之法律，故沒收適用裁判時法並非特例。」然沒收具有刑罰性，其對象為一般犯罪行為人，主要目的在於處罰，且係針對財產為之，執行之範圍固定，一旦沒收即無回復該財產之可能；至於保安處分純為預防將來再犯目的，除對外國人得採驅逐出境外，通常係針對有再犯傾向之人，施以治療、隔絕、保護管束等措施，以改善再犯可能性，故均係針對行為人之身為之，於處分目的達成時，即予停止，執行之期間較具彈性，且一旦

停止執行，即回復未執行前之狀態。可知沒收與保安處分二者，本質、目的及對行為人之影響，明顯不同，難以相提並論。〔50〕

何況沒收係剝奪人民之財產，如果是鉅額之沒收，或掏空一切之沒收，對於行為人而言，其結果可能比判決處有期徒刑或人身自由受限制之保安處分，更為嚴重，豈可無條件之不利溯及？〔51〕

（四）美麗而危險之立法理由

1. 系爭規定之立法說明謂：「任何人都不得保有犯罪所得（Crime doesn't pay；Verbrechen dürfen sich nicht lohnen!）」是長久存在的普世基本法律原則。犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上本不在其財產權保障範圍，自應予以剝奪，以回復合法財產秩序。」〔52〕

2. 然而，所謂「任何人都不得保有犯罪所得」，可能僅是一句美麗而危險之詞藻，引人入勝但漏洞百出、處處陷阱。例如由「任何人都不得保有犯罪所得」一詞，導出「犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上本不在其財產權保障範圍」之結論，即與現行民法及刑法有關財產權保護之規定，大相逕庭。〔53〕

首先，如果犯罪所得不受財產權保護之結論可以成立，豈不代表「黑吃黑」是法律所允許？如「黑吃黑」為法律允許，那麼「吃黑者」又被「黑吃黑」，也會被允許，如此一再循環，豈是憲法所能容忍之財產秩序？上開結論完全忽略憲法所保障之財產權，並不以合法取得之財產為限，即使非合法取得，欲加以剝奪，仍須遵守法律所定之條件與程序，以避免紛爭之延續與擴大之意旨。從而，未依法律程序而剝奪他人因犯罪所得之物，仍為法律所禁止，例如：1. 甲施用詐術致乙陷於錯誤而將所有珠寶一件，低價出賣予甲，縱使甲係以犯罪行為詐得之該珠寶，但其惡意取得之占有，仍受民法保障，丙若盜之、搶之，將該珠寶據為己有，甲仍得依民法第 962 條規定，請求丙返還。又 2. 丙若竊取或搶奪該珠寶，仍係侵害甲受法律保護之財產持有法益，而成立刑法第 320 條第 1 項之竊盜罪或第 325 條第 1 項之搶奪罪。〔54〕

其次，甲不因犯罪而移轉所有權歸屬之結論，亦不當然正確。如前例，甲雖施用詐欺買得該珠寶，若受詐欺之乙並未依民法第 92 條第 1 項規定撤銷其出賣之意思表示，甲、乙間之買賣契約仍屬有效，甲仍可取得該珠寶之所有權。〔55〕

3. 尤應注意者，更不能由「任何人都不得保有犯罪所得」，導出「犯罪所得不具有值得保護之正當信賴」，故沒收可無條件地溯及，而不受罪刑法定原則控制之結論。蓋「任何人都不得保有犯罪所得」，本來就可能與民法等法律規定不符，而且欠缺作為刑法規範之明確性特質。如據以推論出對於行為人犯罪所得可溯及沒收之結論，後果將十分嚴重。〔56〕

所謂「值不值得保護之正當信賴」，本來就含有極高成分之主觀的價值評價，不但每個人都有其觀點，言人人殊，更可能因時間、環境不同而異，並非放諸

四海皆準。以前述〔39〕～〔41〕系爭規定之立法過程為例，法務部原提案說明指出「沒收影響財產權歸屬，基於保護財產權之信賴利益」，但經立法院黨團協商後，變更為「對於犯罪所得之持有人，難認其有何強過公共利益之信賴保護需求」，做為刑法主管機關，短期內竟有完全相反之觀點，可知其內涵之浮動不定，豈可以之為溯及處罰人民之論據？如果「任何人都不得保有犯罪所得」，可以作為溯及沒收之理由，那麼「任何人都必須為其犯罪付出應有之代價」，也可以成為行為後以新法律增加刑度，並溯及適用，以符合「犯罪行為與處罰之相稱性」之理由，其後果將不堪設想。〔57〕

本席認為，於罪刑法定原則之下，只要行為時之法律未規定應予以沒收，或法律雖規定得予沒收，但法院未予沒收之財產，即屬受法律保護之財產，除了因犯罪行為而權利受侵害之第三人，可依據民法等法律，對該未經沒收之財產主張權利外，並非任何人都可以如此主張，國家更不得本於刑罰權為之。換言之，超過行為時法律所規定沒收範圍之財產，便不是「任何人都不得保有犯罪所得」之財產，如國家以制定事後法之方式，對此財產為沒收，性質上即屬對已受法律保障之人民財產為沒收，自非憲法所許。〔58〕

（五）出於對德國法之誤解而立法

1. 依法務部所提供之立法說明，謂：「德國刑法施行法第307條係針對1975年增訂之利得沒收（Verfall）定有過渡條款，明定對於修法前實行之犯罪所得的沒收宣告，原則上適用裁判時（新）法之規定。對此規定，德國聯邦憲法法院亦未曾為違憲之宣告，故沒收新法適用裁判時法，比較法例上亦有其先例。」〔59〕

2. 然而德國刑法總則，係規定沒收準用刑罰之規定（德國刑法第2條第5項沒收準用第1項至第4項刑罰之規定），禁止不利之溯及沒收，原則上適用「行為終了時之法律」，但裁判前有變更者，適用「最有利於行為人之法律」（德國刑法第2條第5項沒收準用第1項至第4項刑罰之規定）。而依德國刑法施行法第307條第1項第1款規定，得適用新法關於沒收之規定者，以舊法已有規定利得沒收或一般沒收為前提。只有在「關於估算、過苛情形之裁判、利得沒收之效力及其事後宣告」可完全適用新法（同條項第2款）。且同條第3項規定，如舊法對被沒收較有利者，即不適用第1項第1款之規定，可謂係從輕從新之規定，與德國刑法第2條第5項之規定相同，與我國系爭規定無條件地採完全溯及既往迥然有別¹⁴。故學說認為，引德國刑法施行法第307條作為沒收溯及之立法例，係出於誤會¹⁵，非出無因。〔60〕

要言之，德國刑法施行法第307條係從新從輕之立法，並非無條件溯及既往，

版權所有，重製必究！

¹⁴ 林書楷，刑法總則，第587頁，2020年修訂5版，五南圖書出版股份有限公司。

¹⁵ 朱石炎，評述刑法第二條第二項之修正一質疑修正沒收關於時之效力，司法周刊，1782期，2016年1月15日，司法院出版；張志偉，刑法不法利得沒收制度溯及適用之憲法問題，法令月刊，第68卷6期，第123頁，2017年6月；柯耀程，沒收制度的實然與應然，東海大學法學研究，第53期，第25頁、第26頁，2018年1月；林書楷，刑法總則，第587頁，2020年修訂5版，五南圖書出版股份有限公司。

與我國刑法第 2 條第 1 項採從舊從輕之結論相同。系爭規定修正之立法說明實出於誤會。〔61〕

3. 德國聯邦憲法法院就德國刑法施行法第 307 條之判決，係謂「刑法第 73d 條並未違反禁止溯及既往。根據德國聯邦最高法院之見解，擴大利得沒收對於受干預人在指示適用刑法第 73d 條規定生效前所取得之標的，依據刑法第 2 條第 5 項結合第 1 項而不適用之。在此無憲法疑慮之法律解釋下，擴大利得沒收之規定並沒有溯及既往效力。」¹⁶明確指出在德國法背景下，關於擴大利得沒收，並無溯及效力。學說上認為我國系爭規定誤引該憲法法院見解，認為德國係採溯及沒收，但憲法法院認為合憲，據為立法參考之依據，實有嚴重誤解¹⁷。〔62〕

（六）德國刑法原則上仍禁止不利之溯及沒收

德國雖於 2017 年就沒收再為大幅修正，但做為刑法原則性之總則編第 2 條第 5 項，仍維持沒收準用刑罰規定，採從舊從輕原則。至於其刑法施行法雖同步修正第 316h 條，規定沒收規定之溯及適用於 2017 年 7 月 1 日施行後第一次就沒收作成之裁判，但限於 2017 年 4 月 13 日前法院不曾裁判「是否」宣告沒收之事件，以維護法之安定性。亦即如下級審於 2017 年 4 月 13 日前已宣告不予沒收，縱案件繫屬於上級審時該法已施行者，仍適用舊法¹⁸。〔63〕

申言之，即便德國於 2017 年大幅修正沒收之規定，但於刑法仍維持準用刑罰規定，採從舊從輕原則，至於其刑法施行法第 316h 條之溯及適用，亦有其條件與限制。何況依學者研究，即使是德國刑法施行法第 317h 條之規定有限度之溯及沒收，不僅德國學者亦對此表示質疑違反罪刑法定原則及禁止溯及既往原則，也引發部分德國法院以其違反德國基本法第 103 條第 2 項與歐洲人權公約第 7 條罪刑法定原則為理由，拒絕適用上開施行法溯及既往條款，亦有律師表示衷心期待有更多法院拒絕適用¹⁹。〔64〕

但在我國經由系爭規定將沒收無條件全面溯及適用，即便日後再就沒收之個別條文再為修正，亦一律適用再修正之新規定，且不論下級審是否宣告沒收，一律以上級審裁判時為準，與德國刑法大不相同。〔65〕

要之，我國依系爭規定溯及適用之沒收範圍，遠遠超過德國法，等同透過系爭規定，給了沒收制度可逃脫罪刑法定原則下禁止不利溯及原則，無限期之通行證，日後不論沒收再為如何修正，亦均適用再修正之規定，不發生違憲問題，其後果確實嚴重。〔66〕

（七）釋字第 525 號解釋，與沒收不同

按釋字第 525 號解釋係針對銓敘部先以函釋，將後備軍人轉任公職考試比敘條例第 3 條第 1 款適用對象常備軍官，擴張及於志願服 4 年預備軍官現役退伍之

¹⁶ 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(BverfGE 110,1)，月旦裁判時報，第 48 期，第 165 頁，2016 年 6 月；張志偉，同上註。

¹⁷ 林書楷，刑法總則，第 587 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司；張志偉，同上註。

¹⁸ 薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，臺大法學論叢，第 47 卷第 3 期，2018 年 9 月，第 1102 頁。

¹⁹ 林書楷，刑法總則，第 587 頁及第 588 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司。

後備軍人，嗣又停止該擴張之函釋，是否損及志願服 4 年預備軍官現役退伍之後備軍人轉任比敘之信賴保護利益為解釋，是「應給予利益而停止給予」之服公職權保障問題，與溯及沒收為「不應剝奪而剝奪」之人民財產權保障問題，完全不同，本難比擬。〔67〕

何況，依該解釋，除非法規預先定有施行期間、因情事變遷而停止適用不生信賴保護問題，或法規有重大明顯違反上位規範情形或法規係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護外，即應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，始符合憲法信賴保護原則。就系爭規定而言，並無該解釋所指不生信賴保護或不值得保護之情形，竟未採過渡期間之條款，依上開解釋意旨，自屬違反憲法信賴保護原則。〔68〕

（八）過苛條款與禁止溯及既往原則無關

修正後之刑法第 38 條之 2 雖規定，前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減。但不利之溯及沒收，是否合憲？應否禁止？為前提問題，如屬違憲，根本不得為之，而非過苛時，始得不為之。〔69〕

（九）系爭規定亦違反平等原則

依系爭規定適用修正後沒收規定之結果，亦會造成完全不相干之二人，在同一時間在不同地點，個別犯相同罪名，僅因其中一人係於修正前受裁判，另一人於修正後受裁判之裁判時間不同，致其犯罪所得之利益應否沒收，有完全不同之結果。此一法律上完全不同之對待，並非基於其行為之性質不同所生，而係基於行為人未必能控制之訴訟程序進行速度使然，此種既非基於事物之本質不同，又非可歸責於行為人之不平等之不利益待遇，純然係因系爭規定之選法所生，則系爭規定亦已違反憲法第 7 條所宣示之平等原則。〔70〕

（十）系爭規定違反比例原則

其實犯罪所得的態樣十分多元，掏盡一切沒收貪污、組織犯罪、重大經濟犯罪、販毒或恐怖組織之犯罪所得，與掏盡一切一般市民偷、搶、盜、騙、賭之犯罪所得，未扣案或已費失者亦應追徵之，對重大公共利益之維護，情況並不完全相同，難以一概而論。各特別法規定犯罪所得之沒收範圍，及不能沒收時之追徵價額，立法目的均有不同。系爭規定不問類型之不同，將沒收一概適用裁判時法，顯然濫用立法裁量，違反比例原則²⁰。〔71〕

（十一）系爭規定違反信賴保護原則

按於罪刑法定原則下，何種情形始成立犯罪，以及犯罪成立後應如何處罰，均以行為時法律有明文者為限。這樣的法律原則，確實賦予刑法新的意義及功能，使刑法揮別長久以來從統治者之觀點，以刑法為禁止人民為一定行為之工具，變成從人民之觀點，以刑法保障機能保護人民之自由，除了法律所明文規定之行為外，人民可以自由為其他任何行為，也不會構成犯罪及或受

²⁰ 朱石炎，評述刑法第二條第二項之修正一質疑修正沒收關於時之效力，司法周刊，第 1782 期，2016 年 1 月 15 日，司法院出版。

刑罰處罰。因此，罪刑法定原則可以說是國家保障人民自由之最明確宣告。又從我國刑法之發展言之，自清末 1905 年由章宗祥及董康聯合草擬之刑律草案開始，至 2015 年訂定系爭規定，2016 年施行系爭規定止，長達百年以上之歷次刑法典或草案，均明白規定沒收為從刑，適用罪刑法定原則，足以證明不論在君主專制體制正在崩解之際，或其後之連年爭戰或解除戒嚴後法治回復常軌之年代，國家從未放棄或動搖對沒收應適用罪刑法定原則之立場。因此，人民相信這樣已為舉世皆然，且堅持百年之法律原則仍會持續，當然具有完全正當及可期待性：「不在法律規定沒收範圍之財產，是受法律所保障之財產。」從而罪刑法定原則下禁止法律為不利之溯及沒收，應屬人民最可信賴之保護人民之法律原則。〔72〕

前述〔40〕，法務部報請行政院院會通過之原提案，關於刑法第 2 條第 3 項，採沒收不溯及既往原則，其理由亦謂：「沒收影響財產權歸屬，基於保護財產權之信賴利益及法律安定性等考量，以適用行為時法為當。」可知系爭規定貿然變更法務部之原提案，採溯及沒收之規定，改變百餘年來堅持之刑罰原則，確實是破壞最具有可信賴之法律原則。〔73〕

肆、附言

憲法是人民權利之保障書，保障人民自由自在、隨心所欲地生活，是憲法核心之宗旨。為了達成此一宗旨，憲法開宗明義於第 1 條表明我國為民主共和國，第 2 條表明我國為主權在民之國家，於第 2 章規定「人民之權利義務」，一再堅定宣示憲法是為保障人民之自由及權利而訂定，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。換言之，保障人民之自由與權利，才是憲法之目的，至於維持社會秩序或增進公共利益，只是為了保障多數人之自由與權利，而在必要範圍內對於個人之自由權利予以限制，並非憲法所追求之獨立目的。〔74〕

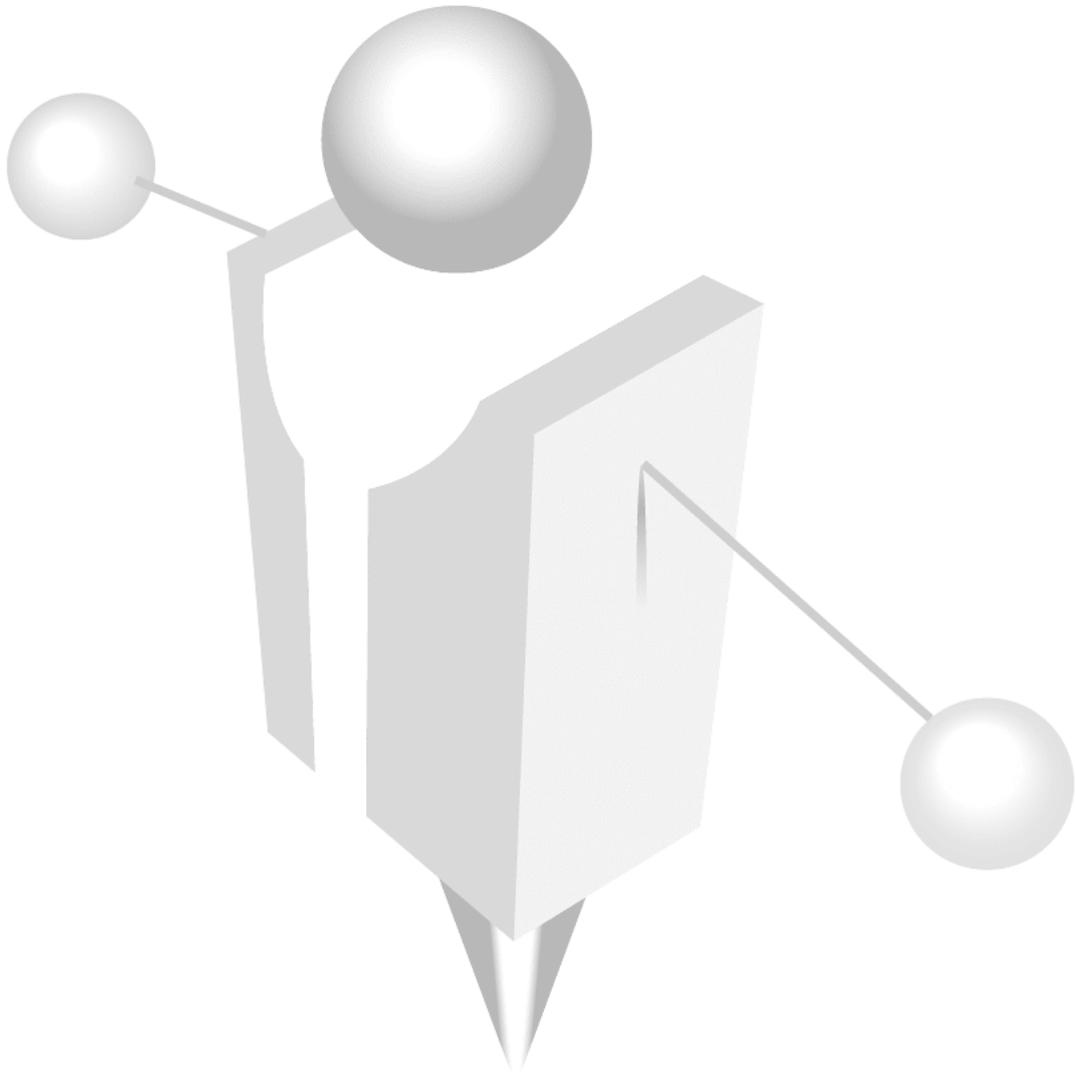
保障每一個人民之自由與權利，雖為憲法之核心目的，但相較與國家或政府機關所擁有之資源與力量，個人畢竟是十分微弱的，為避免因國家權力過於集中致侵擾人民之自由及權利，憲法乃透過權力分立之設計，從橫向將國家權力分由行政、立法、司法、考試及監察等院行使，彼此制衡。〔75〕

因此，一旦人民認為政府措施或法律，已侵犯其自由或權利時，即必須由獨立之司法機關，依據憲法及法律規定，進行判斷與解決，若涉及憲法爭議，司法院大法官即扮演不可或缺之角色。如何從憲法保障人民自由與權利之意旨，充分落實權力分立之機制，對於行政措施或立法，進行嚴格之憲法審查，確保行政措施或立法，均符合憲法保障人權之意旨行事，變成大法官最重要，甚至唯一之任務。〔76〕

刑事處罰乃國家干預人民自由與權利之各項措施中，最為嚴厲者，因此各國多於憲法明文規定國家以刑罰干預人民自由或權利之要件或程序，我國憲法第 8 條所以就人民自由與權利之保障，特別詳細規定國家對人民人身自由干預時，應遵守之程序，亦本於此旨。〔77〕

就本件而言，涉及立法者以新修正之法律，溯及刑事處罰人民之問題，可以說是對刑事法最根本之罪刑法定原則進行挑戰，當然是觸動了憲法保障人民自由與權利最敏感之神經。針對這樣嚴肅之憲法議題，由政府主管部門延聘相關專家學者詳細評估與研究所提出草案及立法

院各政黨分別提出之草案，所採之不溯及既往原則，倏忽之間，竟以黨團協商方式，一百八十度轉變為採溯及既往原則，本席面對這樣髮夾彎式立法，自應責無旁貸，從憲法保障人民自由與權利之宗旨出發，仔細盤點相關問題，進行嚴格之憲法審查。〔78〕



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！