

## 法規範憲法審查言詞辯論意旨書

案 號：111 年度憲審字第 8 號

聲 請 人：臺灣花蓮地方法院刑事第三庭樂股

為就憲法法庭 111 年度憲審字第 8 號案，依法提出法規範憲法審查言詞辯論意旨書事：

### 壹、本案爭點題綱：

刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……適用裁判時之法律」，其中關於沒收標的為犯罪行為人或第三人「不法利得」部分（刑法第 38 條之 1 規定參照），各是否違反憲法上罪刑法定原則、法律禁止溯及既往原則及信賴保護原則而侵害憲法所保障之財產權？理由為何？

### 貳、聲請人就爭點題綱表列爭點所持之意見及立場：

#### 一、犯罪所得沒收應適用罪刑法定原則

##### （一）憲法上罪刑法定原則及其內涵

罪刑法定原則在過去司法院歷次解釋中，透過憲法第 8 條之實質正當法律程序，罪刑法定原則之遵守，係正當法律程序於實體法面向之主要內容（司法院釋字第 384 號解釋理由書第 2 段參照）。司法院解釋並於後續解釋中進一步闡釋：刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，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（司法院釋字第 602、792 號解釋，闡述罪刑法定

原則，但在明確性原則之脈絡下討論者，如釋字第 522、680 號解釋)。罪刑法定原則，即所謂「無法律即無犯罪」、「無法律即無刑罰」(nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)，倘若無法律，則國家並無刑罰權或具以制裁之權源。罪刑法定原則係植基於民主原則及法治國原則。此一原則，有若干派生原則，包含明確性原則、習慣法禁止原則、溯及既往禁止原則、類推適用禁止原則。不惟由刑法學理上發展而來，更是重要國際人權公約、比較法參考對象所強調者，如公民與政治權利公約第 15 條第 1 項：「任何人之行為或不行為，於發生當時依內國法及國際法均不成罪者，不為罪。刑罰不得重於犯罪時法律所規定。犯罪後之法律規定減科刑罰者，從有利於行為人之法律」、歐洲人權公約第 7 條第 1 項：「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。所處懲罰不得重於犯罪時所適用者」，或德國基本法第 103 條第 2 項：「行為之處罰，以行為前之法律規定處罰者為限」。上述規範內容，均體現罪刑法定原則在比較法上之根據及重要性。

進一步來看，溯及既往禁止原則 (Rückwirkungsverbot; nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)，此一原則實質內容為：對於行為人可罰性僅得依照其行為時法律而定，不得使行為後才生效的法律創設行為的可罰性，這一要求乃在於確保行為人之可預測性，因而禁止行為人遭行為時該行為

雖與刑事犯罪無關而仍遭溯及處罰，或者禁止受到比行為時更重之處罰<sup>1</sup>；這不惟是法適用上之要求，也是對於立法者之立法限制<sup>2</sup>；溯及既往禁止原則雖多數見解認為有從輕原則之適用，認為是溯及既往禁止原則之例外（刑法第 2 條第 1 項但書）。然而，精確而言，該例外亦即所謂「最有利原則」（Meistbegünstigungsprinzip），同樣應屬於罪刑法定原則之保障範圍。

## （二）犯罪所得沒收之規範性質

犯罪所得沒收之規範性質，在本案爭點的脈絡下，則有必要詳加釐清。刑法第 38 條之 1 第 1 項規定「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之」、第 2 項規定：「犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得」，從規範對象粗略來看，分別包含對犯罪行為人沒收及對第三人沒收兩大類型。關於犯罪所得沒收之性質，刑法第 2 條於本次修正時，立法理由認為：「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」（刑法第 2 條修正理由）。然而，上述立法理由是否可準確表達犯罪所得之規範性質，恐怕仍有商榷餘地。理由如下：

---

<sup>1</sup> Kargl, Strafrecht: Einführung in Die Grundlagen Von Gesetz Und Gesetzlichkeit, 2018, Rn. 388f.

<sup>2</sup> Kargl, Strafrecht: Einführung in Die Grundlagen Von Gesetz Und Gesetzlichkeit, 2018, Rn. 386.

其一，犯罪所得沒收在舊法時期，係認為從刑，並認定從刑而具有刑罰性質（修正前刑法第 34 條）。姑且不論從刑是否屬於可發揮合理滌除犯罪所得效果之規範定性，界定犯罪所得具有刑罰性質，絕非僅仰賴立法者形式上界定為沒收屬於從刑與否，而必須實質考慮有何因素，足以認定犯罪所得沒收屬於刑罰。舊法對此係犯罪所得沒收，仍係採取總額原則，這意味著國家並不僅止於單純剝奪犯罪行為人所增加不法財產之利益淨值，尚且要使犯罪行為人進一步承受財產上惡害，使犯罪行為人終局喪失犯罪所為之實質投入<sup>3</sup>。修法之前對於犯罪所得之性質，實務看法大抵如此，修法後如最高法院 106 年度台上字第 3464 號判決即表示：「沒收新制下犯罪所得之計算，應分兩層次思考，於前階段先界定「利得存否」，於後階段再判斷「利得範圍」。申言之，在前階段利得之存否，係基於直接性原則審查，以利得與犯罪之間是否具有直接關聯性為利得存否之認定。而利得究否與犯罪有直接關聯，則視該犯罪與利得間是否具有直接因果關係為斷，若無直接關聯，僅於符合刑法第 38 條之 1 第 4 項所規定之利用及替代品之間接利得，得予沒收外，即應認非本案之利得，而排除於沒收之列。此階段係在確定利得與犯罪之關聯性，故就必要成本（如工程之工資、進料）、稅捐費用等中性支出，則不計入直接利得；於後階段利得範圍之審查，依刑法第 38 條之 1 之立法意旨，係以總額原則為審查，凡犯罪所得均應全部沒收，無庸扣除犯罪

---

<sup>3</sup> 舊法時期之分析，參薛智仁（2007），沒收之定位與從屬性－最高法院相關裁判綜合評釋（上），98 期，頁 30-31。

成本。如向公務員行賄之賄款或性招待之支出，因屬犯罪之支出，依總額原則，當不能扣除此「犯罪成本之支出」。亦表明相同立場。

倘若採取總額原則，究竟應如何理解其定位？參考德國修法歷程，1975年之前，德國係以酌量罰金及零星沒收規定作為犯罪所得沒收方法<sup>4</sup>。然而，隨著日額罰金刑的導入，犯罪所得剝奪無法再透過罰金來達成剝奪效果。日額罰金刑，則係依照犯罪日數跟受判決人之經濟狀況決定應剝奪財產數額之日額金，分步驟加以決定罰金總數<sup>5</sup>。由於不再以犯罪所得剝奪作為罰金刑量定之依據<sup>6</sup>，則犯罪所得之剝奪，勢必須另闢蹊徑。由是，德國於1975年制定犯罪所得沒收之規範，並採取淨額原則（Nettoprinzip），所謂淨額原則，亦即僅剝奪行為人所獲得之淨利，而採取淨額原則情形下，則犯罪所得沒收，被定性為準不當得利之衡平措施。之所以認為是準不當得利之衡平措施，是因為剝奪犯罪所得時，不會進一步行為人之財產產生惡害，只是導正成不法行為之前的財產狀態，此外，犯罪所得是否會再度投入用以犯罪等危險預防考量，於此情形並不加以考慮<sup>7</sup>。

然而，德國1992年修正犯罪所得沒收之規定，改採總額原則（Bruttprinzip），目的是避免訴追過程中不容易確定淨利的問題<sup>8</sup>。因此，

---

<sup>4</sup> 桑島翠（2019），ドイツ法にいわゆる「利益没収」制度の法制史的考察，早稲田法学会誌，70卷1号，頁41。

<sup>5</sup> 薛智仁（2018），罰金刑體系之改革芻議，臺大法學論叢，47卷2期，頁793。

<sup>6</sup> 林臻嫻（2016），沒收新法—雷神索爾的戰鎚？，台灣法學雜誌，292期，頁3。

<sup>7</sup> 薛智仁（2018），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，47卷3期，頁1066。

<sup>8</sup> Saliger, Grundfragen der Vermögensabschöpfung, ZStW 2017, 129(4), S. 1010f.

行為人除前述犯罪所取得之淨額，尚須承擔其投入成本等財產之惡害，如何界定其性質，確有爭議。德國多數學說見解仍認為，若改採總額原則之犯罪所得沒收，已產生類似刑罰效果或有類刑罰性格（*strafähnlicher Charakter*）<sup>9</sup>，應適用罪責原則，必須於量刑上考量刑罰效果而減輕主刑<sup>10</sup>。然而，上述爭議在德國聯邦憲法法院於 1992 年前述修法後，仍維持 1975 年以來對於犯罪所得沒收之定性，認定惟準不當得利之衡平措施而非刑罰<sup>11</sup>。不過此一實務見解，仍無法改變立法者實質所採取之剝奪犯罪所得措施，具有刑罰性質之事實。

對於第三人沒收，包含對法人、繼承人在內，由於第三人並非犯罪行為人，且法人目前現行法僅承認少數法人具有犯罪主體適格之情形下，實無可能透過類似刑罰措施加以定位。這並不意味著所有犯罪所得沒收必須概予認定非刑罰性質之準不當得利衡平措施，反而必須依照適用對象、適用客體說明其不同正當化基礎<sup>12</sup>，僅在此範圍內，應考慮第三人是否適用淨額原則，

---

<sup>9</sup> Theile, Grundprobleme der strafrechtlichen Verfallsvorschriften nach den §§ 73 ff. StGB, ZJS, 2011, S. 334.; Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 73, Rn. 2a.。政策上認為繼續採取總額原則抵觸責任刑法，vgl. Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch. 5. Aufl, 2017, § 73, Rn. 14.。我國學說採取此一立場者，如黃宗旻（2016），新修正之刑法沒收相關規定的爭議問題，萬國法律，207 期，頁 3-4；謝煜偉（2018），刑法沒收基礎問題省思，收於：陳子平教授榮退論文集編輯委員會（編），法學與風範——陳子平教授榮退論文集，頁 345；薛智仁（2018），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，47 卷 3 期，頁 1067；程明修（2018），刑法中犯罪所得沒收制度之憲法爭議，台灣法學雜誌，356 期，頁 28、37。

<sup>10</sup> 薛智仁（2015），犯罪所得沒收制度之新典範？評析食安法第四十九條之一之修正，臺大法學論叢，44 卷特刊，頁 1353。

<sup>11</sup> 我國學說採此見解者，參考林鈺雄（2020），沒收新論，頁 7，臺北：元照；陳重言（2016），沒收新制之時的效力—裁判時新法適用原則與施行法統合效果，月旦法學雜誌，254 期，頁 75。

<sup>12</sup> 薛智仁（2018），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，47 卷 3 期，頁 1069。

而非概予剝奪犯罪行為人所支出之犯罪成本，立法者或許考慮到對於犯罪所得沒收之技術問題，認為區分犯罪成本與否有執行上之困難，但卻一概將所有犯罪所得沒收定位採取總額原則，使第三人承擔類似於刑罰效果之措施，即非妥適。更何況，由刑法第 2 條適用範圍及立法理由說明觀之，所為說明尚且及違禁物沒收及犯罪工具沒收（刑法第 38 條第 1、2 項參照），有關違禁物沒收或犯罪工具沒收，分別涉及對物品危險性控管而為保安處分及對於物品濫用於犯罪之制裁，藉由剝奪物之所有、支配達成避免再度投入犯罪之效果而有刑罰性質，準此，實難認「沒收」非刑罰或保安處分<sup>13</sup>。由上述說明可知，無論立法理由採取何種說明，仍應依沒收規定之具體規範結構，決定要採取何種規範定性。況且，立法者之立法理由不應作為法律解釋之唯一方法<sup>14</sup>。觀察本次刑法第 38 條之 1 立法理由，一再強調犯罪所得沒收乃是準不當得利之衡平措施。這一說法，在採取總額原則之情形下，難以自圓其說。德國在修法之後，立法者亦在立法理由採取準不當得利之衡平措施，而文獻亦採取為前述批評<sup>15</sup>，是否能完全以準不當得利衡平措施加以解釋現行規定，即有疑問。

綜上所述，犯罪所得沒收至少在對於犯罪行為人而言，由於採取總額原

---

<sup>13</sup> 學說即認為，違禁物沒收在於其社會危害性或危險預防之必要，著重於避免為行為人所使用或加已擴散，如王皇玉（2019），刑法總則，5 版，頁 656，臺北：新學林；謝煜偉（2018），刑法沒收基礎問題省思，收於：陳子平教授榮退論文集編輯委員會（編），法學與風範——陳子平教授榮退論文集，頁 342；薛智仁（2018），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，47 卷 3 期，頁 1064。

<sup>14</sup> 相同觀察視角在強制治療之制度分析亦持相同看法者，見李佳玟（2021），性犯罪者刑後強制治療制度的定位（下），台灣法律人，3 期，頁 96。

<sup>15</sup> Vgl. Esser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2019, Vor §§73 ff. R. 16.

則而徹底剝奪犯罪成本，進而干預相應之固有財產，仍應認定具有刑罰性質。

## 二、刑法第 2 條第 2 項規定牴觸罪刑法定原則

### (一) 刑法犯罪所得沒收涉及對憲法第 15 條財產權之干預

憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害（司法院釋字第 400 號、第 709 號、第 732 號、第 747 號、第 793 號解釋參照）。因此，無論犯罪所得沒收應採取何種規範定位，在透過刑事偵查、審判程序或甚至特別程序（如單獨聲請沒收）確定前，尚無從確定犯罪行為人或第三人所支配之財物，是否源自於犯罪所得或係為犯罪而取得，考慮到目前犯罪所得之規範機制，除原物沒收外，尚包含犯罪所得追徵（刑法第 38 條之 1 第 3 項）之替代沒收手段，實際上仍有可能對沒收人之固有財產加以剝奪，達到犯罪所得沒收之效果，此一情形足以證實目前刑法第 38 條之 1 所列犯罪所得沒收，確實係干預憲法第 15 條所保障之財產權<sup>16</sup>。

部分學說認為，犯罪所得之財產並非憲法基本權保障範圍，對之剝奪以回復財產秩序，以維護財產權保障之犯罪被害人，乃保障憲法財產權之真正落實<sup>17</sup>。但這種觀點忽略財產權不應先透過其他社會目的先行界定期保障範圍，反而應該是透過既有財產狀態之干預正當性審查，加以確認其界限。縱

<sup>16</sup> 程明修（2018），刑法中犯罪所得沒收制度之憲法爭議，台灣法學雜誌，356 期，頁 28。

<sup>17</sup> 陳重言（2016），沒收新制之時的效力—裁判時新法適用原則與施行法統合效果，月旦法學雜誌，254 期，頁 83。

使取得財產來源涉及不法甚至是因過去政治體制不義取得之財產，均無法迴避透過事後法干預既有財產狀態之問題。至於犯罪所得中犯罪成本固然係遭濫用之財產利益，但無論如何，均不能排除在財產權保護範圍之外<sup>18</sup>。從而，犯罪所得沒收之客體，仍屬憲法第 15 條之財產權保障範圍，應可確定。

## **(二) 刑法第 2 條第 2 項規定使 105 年 7 月 1 日施行前發生之案件得以適用刑法第 38 條之 1 以下相關沒收規定，屬於真正溯及既往**

刑法第 2 條第 2 項之規定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」依照此一規定，在目前刑法第 38 條之 1 以下有關沒收、追徵等一系列新修正規定，均得適用於 105 年 7 月 1 日前已發生之犯罪事實。例如，行為人甲於 104 年 1 月 1 日犯罪，取得犯罪所得 A，如果法院於 105 年 8 月 1 日審結，則仍須於主文中諭知沒收 A 並加以追徵之意旨。

於此應先確定，刑法第 2 條第 2 項規定，是屬於真正溯及既往還是不真正溯及既往？所謂真正溯及既往，是指在新修正法律生效前，適用於發生在舊法時期且已終結之事實，不真正溯及既往則是指，所適用之法律事實，發生於舊法時期，但於新法生效時點尚未終結。可以確定的是，上述案例當中，對甲而言，其犯罪事實已於 105 年 6 月 30 日前終了，是以對於甲適用上開犯罪事實，均屬於真正溯及既往。因此，刑法第 2 條第 2 項之規定，倘

---

<sup>18</sup> 薛智仁 (2013)，販賣毒品罪之犯罪所得沒收範圍—最高法院 100 年度台上字第 842 號判決，台灣法學雜誌，224 期，頁 66-67。

若適用於規定，應屬於真正溯及既往無疑<sup>19</sup>。

### （三）憲法上罪刑法定原則之射程範圍

罪刑法定原則禁止溯及既往，行為後法律有修正，僅允許裁判時法院適用有利於行為人之法律，因此，本案爭點必須審究者，沒收是否屬於刑罰或是類似刑罰之措施？立法者對於刑法沒收之定性，是否影響憲法罪刑法定原則之適用？

#### 1. 立法者對於規範設計及功能區分並非罪刑法定原則適用範圍之主要判斷依據

罪刑法定原則固然廣泛運用在刑事制裁領域作為正當化依據及限制原則。然而，罪刑法定原則從比較法脈絡觀察，亦非僅限於嚴格意義的刑罰。德國基本法第 103 條第 2 項係規定「行為之處罰，以行為前之法律規定處罰者為限」，其中所謂處罰（Bestrafung），依照德國學說或實務，不限於自然人，也包含法人在內。德國刑法並無法人刑罰，但此一情形則係指法人依照秩序違反法（相當於行政罰法）遭處以罰鍰之情形，也落入前述「處罰」之射程範圍<sup>20</sup>。觀念上，處罰雖然是指所有國家對於違法、有責之行為，所採取高權非難回應措施，且施加惡害於該等行為，該惡害則係為抵償罪責而

<sup>19</sup> 薛智仁（2018），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，47 卷 3 期，頁 1106。

<sup>20</sup> Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 96. EL, 2021, Art. 103 Abs. 2, Rn. 54. 張志偉（2017），刑法不法利得沒收制度溯及適用之憲法問題，法令月刊，68 卷 6 期，頁 113。

來<sup>21</sup>。然而，其適用範圍並不只限於刑事制裁，亦包含對於秩序違反行為之罰鍰或制裁，甚至對於公務員之懲戒，也在其中<sup>22</sup>。

接著我們可以觀察歐洲人權法院的看法。歐洲人權法院曾在一則案例中在處理歐洲人權公約第 7 條第 1 項第 2 句關於「所處刑罰不得重於犯罪時所適用的刑罰」時，提到歐洲人權公約所指懲罰 (penalty)，所要評估者，在於是否系爭措施事加諸在刑事犯罪之訴追 (conviction for a "criminal offence)，其他因素尚包含系爭措施之性質及目的、在內國法下之定性、施加並執行該措施所涉及之程序及其嚴重程度。依此看法，歐洲人權法院認為，英國有關 1986 年毒品交易法令所示制定之沒收令，即使立法時亦有考慮到預防目的，但犯罪所得不限制於實際增益或利潤 (actual enrichment or profit)、法院審理時仍得斟酌被訴犯行可責程度，行為人因無法償還可能監禁之可能性，仍認定具有懲罰性質，並認為在上開案件中，構成歐洲人權公約第 7 條第 1 項之違反<sup>23</sup>。儘管，沒收此一制裁手段，是否一概在歐洲人權法院之案例法中，均有懲罰意義，而得以認定屬於歐洲人權公約第 7 條之射程範圍，並非完全無爭議<sup>24</sup>，然而我們仍可以確定，除立法者之規範目的外，必

---

<sup>21</sup> Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 96. EL, 2021, Art. 103 Abs. 2, Rn. 56.

<sup>22</sup> Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 96. EL, 2021, Art. 103 Abs. 2, Rn. 58f. 部分見解則認為此一作法與基本法規定不合，惟仍可透過基本權干預理論及信賴保護等觀點，禁止對公務員懲戒罰之溯及，因此認為不應將懲戒罰納入基本法第 103 條第 2 項之範圍，vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 79. EL, 2016, Art. 103 Abs. 2, Rn. 196.

<sup>23</sup> See Welch v. the United Kingdom, No. 17440/90, Eur. Ct. H. R. (1995).

<sup>24</sup> Schmitz, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2020, Rn. 75.

須綜合衡量規範結構及所涉及程序等相關問題，這是比較法上已經可以採取的作法。

這一層面的實質分析及觀察手法，對於目前憲法訴訟過往實務發展而言，並不陌生。在司法院釋字第 799 號、第 812 號解釋，大法官即陸續闡述「明顯區隔原則」及其適用範圍。大法官於釋字第 799 號解釋表示：「因此，強制治療制度之建構，自應以使受治療者得受有效治療，俾利日後重獲自由為核心指標，截然不同於犯罪之處罰。從而，強制治療制度之具體形成，包括規範強制治療之制度與其實際執行，無論涉及者為強制治療之治療處所（包含空間規劃及設施）、施以治療之程序、管理及專業人員之配置、參與等，整體觀察，須與刑罰之執行有明顯區隔，始為憲法所許。強制治療制度如符合憲法明顯區隔之要求，即不生牴觸以犯罪之處罰為前提之罪刑法定或一事不二罰原則之問題。」（解釋理由書第 23 段）、於釋字第 812 號解釋表示：「強制工作之目的既在於改善、矯治有社會危險性之犯罪行為人之偏差性格，以預防其再犯，是強制工作本質上應為一種由專業人員主導實施之處遇程序，而非對受處分人之刑事處罰。因此，強制工作制度之建構，自應以使受處分人得受有效處遇，俾利其學習技能及協助改善其偏差性格為核心內容，截然不同於犯罪之處罰。從而，強制工作制度之具體形成，包括規範強制工作之制度與其實際執行，無論涉及者為強制工作之處所（包含空間規劃及設施），施以強制工作之程序、管理及專業人員之配置、參與等，整體觀

察，須與刑罰之執行有明顯區隔，始為憲法所許。」(解釋理由書第 49 段)。  
學說認為，上開解釋接續闡述「明顯區隔原則」是否屬於憲法原則及其適用標準，在審查上之論證脈絡，則是判斷執行面向是否有刑罰效果，但並未明確與比例原則相互結合，而此種執行面的觀察框架，則連結至一事不二罰<sup>25</sup>。  
無論如何上述原則之闡述，是否在學理上尚有求其周延之必要<sup>26</sup>，透過執行面之綜合觀察，是否屬於刑罰，並非以名目上立法目的作為唯一判斷因素，即為上述審查標準之特徵。

無論是德國基本法第 103 條第 2 項之適用範圍、歐洲人權公約對於「懲罰」及是否得溯及既往之解釋，或者司法院過往解釋之脈絡，均凸顯出是否適用罪刑法定原則，並非是以立法者所宣稱之規範目的或規範之形式上功能區分，為唯一判斷依據。因此，立法者片面宣稱沒收制度為「準不當得利之衡平措施」，無法作為合理化不適用罪刑法定原則之堅實理由，誠如學者所言，立法者不應是透過放棄沒收與罪責原則之連結，以回應犯罪所得沒收採取總額原則後具有類似刑罰之性質<sup>27</sup>，而是應該誠實面對犯罪所得沒收在當前制度下，可能面對逸脫罪責原則、罪刑法定原則之挑戰。

## 2. 犯罪所得沒收規定應適用罪刑法定原則

承前所述，犯罪所得沒收，至少在對於犯罪行為人之面向，依其總額原

<sup>25</sup> 許恒達 (2022)，強制工作與違憲審查—評司法院釋字第 812 號解釋，台灣法律人，11 期，頁 38-39。

<sup>26</sup> 許恒達 (2022)，強制工作與違憲審查—評司法院釋字第 812 號解釋，台灣法律人，11 期，頁 40-41。

<sup>27</sup> 程明修 (2018)，刑法中犯罪所得沒收制度之憲法爭議，台灣法學雜誌，356 期，頁 36。

則之屬性，屬於類似刑罰措施之制裁效果<sup>28</sup>，自有罪刑法定原則之適用。即使認為犯罪所得沒收若涉及對第三人部分時，不具刑罰性質，我們仍不妨考慮德國基本法上述實踐：既然對法人之秩序罰（大抵相似於我國行政罰法所定之裁罰性之不利處分）甚至對於公務員秩序罰，有基本法第 103 條第 2 項之適用，對於沒收是否全無罪刑法定原則適用，並非全無疑問。尤其犯罪所得沒收在個案當中之具體效果，絕不亞於行政罰或者自由刑。試舉一例言之，犯罪行為人於 102 年 1 月 1 日至 104 年 1 月 1 日經營賭場，經檢察官認定涉犯刑法第 268 條之聚眾賭博罪，並認定不法利得 1 億元而於 105 年 7 月 1 日起訴，依照現行法，應適用裁判時法加以沒收、追徵，其投入之成本（人事成本、經營成本）不得扣除，如果法院於 106 年 1 月 1 日判決，必須依照刑法第 2 條第 2 項、刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 3 項規定，宣告沒收該 1 億元犯罪所得並加以追徵。我們可以合理相信，在舊法時期的行為人，倘於新法查獲時，將可能因為遭追徵而必須承受對其固有財產剝奪之惡害，對照之下，對照可能獲致之刑度（處 3 年以下有期徒刑，得併科 9 萬元以下罰金），如得以易科罰金，其所受短期自由刑惡害，與其所受之財產沒收追徵之制裁相互比較，無法斷然認為行為人所受之惡害絕對輕於人身拘禁或者相應的易刑處分（易科罰金或易服社會勞動），仍應認為沒收之干預效果

---

<sup>28</sup> 薛智仁（2018），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，47 卷 3 期，頁 1103。

絕不亞於主刑之干預效果<sup>29</sup>。

因此，不能適用罪刑法定原則之說法，顯然令人費解。遑論，行政罰法或社會秩序維護法，尚且恪遵處罰法定原則及最有利原則（社會秩序維護法第3條、行政罰法第5條）<sup>30</sup>，然而，犯罪所得沒收所造成之干預效果，在若干經濟犯罪中，有難以估計之影響，甚且係剝奪以億為單位之犯罪所得，反而無法相提併論？更加凸顯出立法體系間之矛盾。結論是，罪刑法定原則對於刑法沒收規定仍有其適用，不因立法者所設規範名目及立法理由而有所改變。

### 三、刑法第2條第2項規定抵觸法律溯及既往禁止原則

#### （一）溯及既往原則之例外事由

刑法第2條第2項規定對於105年7月1日已終結之犯罪事實而言，其適用使刑法第38條之1以下規定得以適用，屬於溯及既往，這一事實並無爭議可言。但是否允許溯及既往，必須建立在若干憲法前提。

參考司法院第793號解釋：「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

---

<sup>29</sup> 這一舉例並非假想，臺灣嘉義、橋頭地方檢察署於2021年曾偵辦某一被告涉犯洗錢、賭博等罪，扣得新臺幣6000萬元現金，並經檢察官諭知緩起訴處分之條件為應繳納公庫8億5000元、4億5000萬元（13.4億換自由博奕教父陳盈助緩起訴，<https://news.cts.com.tw/cts/society/202105/202105052041217.html>，最後瀏覽日期：2022/06/29）。

<sup>30</sup> 黃宗旻（2016），新修正之刑法沒收相關規定的爭議問題，萬國法律，207期，頁5-6。

憲法所當然不許。又，受規範對象據以主張信賴保護之信賴基礎，與自由民主憲政秩序不相容者，其信賴自不值得保護，更不生信賴保護之問題。」(解釋理由書第 59 段)，依照上述內容，必須要有重大憲法公益，或者所涉及受規範對象欠缺信賴基礎，即不值得保護，而無信賴保護問題，始能證成溯及既往法律之制定。

除了重大公益之溯及既往例外，另外學說提出，倘若涉及到當事人可預期法規修正時、既有規定模糊或混淆而修法排除時、既有規定違憲無效而以新法取代時、溯及既往造成負擔輕微，均屬於可能例外允許溯及既往之事由<sup>31</sup>。

## (二) 犯罪所得沒收欠缺溯及既往之例外事由

但是如果逐一檢視，除了立法院於 104 年 12 月 17 日增訂修正至 105 年 7 月 1 日施行前，可能有犯罪行為人得以預見相關沒收規定即將修正者外，由於舊法並無追徵或第三人沒收之一般性規定，並無所謂既有規定模糊或混淆，須待立法排除之情形；亦無既有沒收規定經宣告違憲而亟待立法者制定新沒收規定之情況；再者，以前述溯及既往所適用結果來看，個案情形往往可能對於犯罪行為人之干預程度，遠甚於自由刑或替代自由刑所欲承擔之惡害，更無所謂所造成之負擔輕微之情況。

至於犯罪所得沒收是否通案當中，均有重大公益而有允許立法者一概溯

---

<sup>31</sup> 薛智仁(2018)，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，47 卷 3 期，頁 1107。

及既往？這一說法必須要謹慎檢驗。犯罪所得沒收之成效，不可否認有導正財產秩序之意義，但是否導正財產之措施必須透過國家犧牲法治國之基本原則來達成，不無疑義。例如，A 詐欺 B 而出售有瑕疵之房屋，並因而獲取較市價較高之，B 雖然感到瑕疵頗為困擾，但仍未於實體法上主張撤銷其意思表示，或者主張物之瑕疵擔保，但認為房屋仍有相當之價值遂並未採取任何主張，民事法上之法律關係是 B 並未於除斥期間內主張撤銷意思表示或瑕疵擔保，其請求權即會受到限制或無從行使，此際透過刑事制裁手段導正合法財產秩序之意義為何？為何刑事法之合法財產導正關係，優先於民事法律關係為追求法安定性而採取安排？即屬不明。況且，B 受詐欺不當然使前述房屋買賣契約因而無效，其法律效果僅屬於得撤銷，對於 A 之詐欺犯罪之外，進一步加以制裁而剝奪利得。如果不是出於非難行為人之犯罪投入或取得，或者避免行為人另行從事非法行為或者濫用財產權，恐怕難以理解對於被告施加該一措施的意義。學說主張，犯罪不值得保有利益，尚未能精確表達其沒收制度之規範目的，誠屬的論<sup>32</sup>。同樣地，將犯罪所得類比為不當得利制度，也有其類比界限所在。

即使論者認為沒收尚有預防效果，若暫時不考慮具有一般預防效果與否，即表示犯罪所得沒收應屬刑罰之列爭論，在犯罪所得沒收新制施行後，雖可想見法院宣告應沒收數額之總額將相形增加，但實際上是否真的能抑制犯

---

<sup>32</sup> 謝焯偉（2018），刑法沒收基礎問題省思，收於：陳子平教授榮退論文集編輯委員會（編），法學與風範——陳子平教授榮退論文集，頁 344。

罪發生，並無可靠之實證依據可以支持<sup>33</sup>。逐年增加犯罪所得之沒收，亦無法斷然推論出犯罪率因而有明確的變化。而且，對於第三人而言，由於第三人始終並非參與犯罪或實行犯罪相關行為人，一概強調只要源自於不法行為即應對可歸責第三人加以沒收，是否能因此產生較高積極一般預防之效果，也值得存疑<sup>34</sup>。論者或許認為，透過強化沒收剝奪機制或許可能達成效果，但姑且不論此一執行面上強化問題，至少可以認為，此部分預防效果之宣示意義大過於實質意義。

不可諱言，這次犯罪所得修正，確實源自於若干重大案件而來立法者或許是考慮到過往重大案件有無從著手沒收之缺陷，例如從刑定位下將導致被告死亡無從沒收，或者對於法人無法沒收等問題。但是，如果僅是透過特定案件之訴追、處罰，已然可以實現一定公共利益（應報、預防或者修復社會關係）。是否進一步再行剝奪利益？而且，進一步剝奪利益，其所涉及之公共利益內容，是否足以作為正當化溯及既往之「重大公益」？對於無法預期規範者而言，恐怕仍有商榷空間。

### （三）欠缺過渡條款及程序安定性條款之突襲

此外，文獻指出德國學說及實務見解於 2017 年修法前，仍係認為犯罪所得沒收（Verfall）、犯罪工具產物沒收（Einziehung）或禁止使用處分

---

<sup>33</sup> 薛智仁（2018），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，47 卷 3 期，頁 1112。

<sup>34</sup> Schäuble/Panani, Subjektive Beschränkungen des Bruttoprinzips nach neuem Einziehungsrecht (§ 73 d Abs. 1 StGB), NStZ 2019, S. 70.

(Unbrauchbarmachung)等刑罰附隨效果，準用彼邦刑法第2條第1至4項<sup>35</sup>，這意味著上述形罰附隨效果仍舊適用溯及既往禁止原則及最有利原則，僅在舊法許可之沒收更不利，或者舊法之罰金高於新法沒收額度，始適用新法<sup>36</sup>，而非如同保安處分適用裁判時法，這也意味著禁止溯及既往乃貫徹法律原則之必然，並非是立法者得以恣意決定者。即便是2017年修正後，德國立法者將犯罪所得沒收及犯罪工具產物沒收，整合為沒收(Einziehung)，然彼邦刑法第2條第5項規定，仍舊是準用刑法第2條第1項至第4項規定，即便德國立法者另外設有例外規定(刑法施行法第316h條，Art. 316h EGStGB)採取折衷從新原則，於2017年7月1日新法施行後裁第一次作成犯罪所得裁判者，一律適用新法，但案件尚在救濟過程中，仍然適用舊法<sup>37</sup>。姑且不論德國法上述規定，是否有違反溯及既往禁止原則，但至少絕非毫無保留、容任立法者長驅直入，任意創設得以溯及適用之法律規定<sup>38</sup>。

我國在新法施行前、後，未見有任何過渡條款，或者維持法安定性之措施。正因為沒有此類措施，反觀修正後實務運作之結果，係認為：「又被告等行為後，刑法關於沒收之規定已於104年12月30日及105年6月22日修正公布，並均自105年7月1日施行，原審未及適用新法，案經發回，

---

<sup>35</sup> 張志偉(2017)，刑法不法利得沒收制度溯及適用之憲法問題，法令月刊，68卷6期，頁118-119；Hassemer/ Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 2. Rn. 11.

<sup>36</sup> 薛智仁(2018)，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，47卷3期，頁1102。

<sup>37</sup> 參考王士帆(2017)，2017年德國沒收新法—從新原則與裁判安定性，司法周刊，1863期，頁2-3。

<sup>38</sup> 薛智仁(2018)，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，47卷3期，頁1102-1103。

應注意及之，併此敘明。」<sup>39</sup>、「沒收新制係採義務沒收主義，自應適用修正後刑法、刑事訴訟法關於第三人沒收之規定及程序論斷、審理。原判決未及適用，併屬無可維持。」<sup>40</sup>，依照上開提出判決之脈絡，更可徵此部分之疑慮，並非空穴來風。因此，我們甚至可以認為，一旦因為舊法時期案件複雜，無法迅速審結時，犯罪行為人必須承受突襲性的法律溯及適用後果，是否妥當，其結論顯然不言而喻。

#### 四、刑法第 2 條第 2 項規定抵觸信賴保護原則

信賴保護原則所追求的法秩序之安定，以及現代國家面對社會變遷而不斷衍生改革需求，必須依民主原則有所回應，兩者同屬憲法保護之基本價值，應予調和。又任何法規皆非永久不能改變，受規範對象對於法規未來可能變動（制定、修正或廢止），亦非無預見可能。立法者為因應時代變遷與當前社會環境之需求，在無涉法律不溯及既往原則之情形下，對於人民既存之權益，原則上有決定是否予以維持以及如何維持之形成空間。然就授予人民權益而未定有施行期間之舊法規，如客觀上可使受規範對象預期將繼續施行，並通常可據為生活或經營之安排，且其信賴值得保護時，須基於公益之必要始得變動。且於變動時，為目的之達成，仍應考量受規範對象承受能力之差異，採取減緩其生活與財務規劃所受衝擊之手段，始無違信賴保護原則與比例原則（司法院釋字第 525 號、第 717 號、第 782 號解釋參照）。

<sup>39</sup> 最高法院 105 年度台上字第 1733 號判決。

<sup>40</sup> 最高法院 106 年度台上字第 6 號判決。

上述對於信賴保護原則之說明，大抵可以確認如果立法者對於既有利益狀態必須透過立法加以調整，在信賴值得保護之情況下，必須透過與公共利益之權衡，始能避免牴觸信賴保護原則及比例原則。但是，究竟是否有所謂相應的重大公益？

首先，對於被告沒收之財產，亦屬財產權保護範疇，均如前述，其次，檢視 104 年 12 月修正制定前發生之案件，行為人客觀上應可信賴舊法規仍然繼續施行，行為人或第三人欠缺任何可能預見其財產將遭沒收或追徵之可能性，除了舊法時期並無對第三人犯罪所得之沒收規定<sup>41</sup>，因為行為人部分於沒收舊法時期，並無一般性追徵規定，而僅有散見於特別法之「追徵、追繳或抵償」，並無欠缺信賴保護之基礎。因此，刑法第 2 條第 2 項規定，即便我們退一步至一般法律之溯及既往禁止及信賴保護原則加以檢驗，也無法認為可以符合合憲之最低要求。

現行法固然有所謂過苛調節機制，即刑法第 38 條之 2 第 2 項規定：「宣告前 2 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」，上述過苛條款，依學說之見解，乃兼顧比例原則及訴訟經濟之體現<sup>42</sup>，然而，比例原則僅是作為基本權干預「限制之限制」的具體國家權力之調控機制，個案

---

<sup>41</sup> 舊法時期可能涉及第三人部分如條文文字「不問是否屬於犯人與否」，即可能在被告沒有所有、支配之狀態，對於第三人進行違禁物、犯罪物之沒收。

<sup>42</sup> 林鈺雄（2020），沒收新論，頁 268，臺北：元照。

調節機制不能反而推論原先干預即屬合理的措施，既然已經不得透過溯及既往方式事後干預，降低干預程度，更不能使刑法第 2 條第 2 項之違憲性疑慮獲得緩解<sup>43</sup>。

## 參、結論

依鈞院爭點提綱所表列之爭點，逐一檢視後，仍然無法得出犯罪所得沒收之相關制度設計，倘若許以若干不利於犯罪行為人或第三人之規定溯及既往適用，仍可通過憲法罪刑法定原則、法規溯及既往禁止原則及信賴保護原則。國家為了實現刑罰權而制裁犯罪行為人，貫徹非難犯罪行為人、預防將來犯罪發生，或透過附隨效果，降低犯罪所得不當移轉或使第三人從中獲利之機會，固然立意良善。但是，過程當中仍應恪遵法治國樹立之基本原則，尤不應將之棄守。「任何人不得犯罪所得」，雖然是一個朗朗上口的價值宣示，但這一價值宣示，並非憲法價值本身，而是必須被憲法理論及裁判實務檢驗的立法目的<sup>44</sup>。實質法治國所欲實現者，乃係基本權保護及重要憲法原則之持存，而任何人不應立法政策形塑過程中作為達成打擊犯罪工具而遭恣意對待。

是以，聲請人主張刑法第 2 條第 2 項關於沒收適用裁判時法部分，抵觸罪刑法定原則、法規溯及既往禁止原則及信賴保護原則而侵害憲法第 15 條

---

<sup>43</sup> 這就如同先前已經違憲宣告之通姦罪，倘若不得加以干預，即使犯罪行為人所獲致刑罰效果甚為輕微，同樣可能也是不合於憲法之基本權干預。

<sup>44</sup> 程明修（2018），刑法中犯罪所得沒收制度之憲法爭議，台灣法學雜誌，356 期，頁 38。

所保障之財產權，應立即宣告失效。

中 華 民 國 1 1 1 年 6 月 3 0 日

具狀人：臺灣花蓮地方法院樂股法官

林育賢