

法規範憲法審查言詞辯論意旨補充書

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法官

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

一、刑法第 2 條第 2 項關於沒收裁判時法乃真正溯及既往法律，而非不真正溯及既往；而依鈞院過往之解釋，欠缺程序安定性條款則無法解除牴觸信賴保護原則之疑慮：

（一）真正溯及既往與不真正溯及既往之區別：

真正溯及既往，是指已經結束而完成的事實，又稱之為法律效果之回溯發生，立法者透過法律效果之適用而加以干預；不真正溯及既往，是對於法律制訂前已經發生，又稱為構成要件之回溯聯繫，但法律制定施行起尚未結束的事實，該發生在後的法律加以適用¹，區別重點，在於法律規範係向前生效，還是向後生效，如果個案中涉及到的是新的法規抽換或替代舊的法規，即屬具有溯及效力的法律；如果只是新舊法規效力銜接，仍然僅是對已經發生之事實，向將來發生效力而非溯及性規範事

¹ 李建良（2001），法律的溯及既往與信賴保護原則，台灣本土法學雜誌，24 期，頁 79-80（但指出法律效果之回溯發生及構成要件之回溯聯繫，與真正、不真正不溯及既往間，仍有差異）；蔡宗珍（2007），法規溯及適用問題與行政規則對於法規適用範圍之解釋，台灣本土法學雜誌，94 期，頁 193；林佳和（2018），真正與非真正溯及既往之區辨——臺北高等行政法院 106 年度簡上字第 122 號判決，月旦裁判時報，74 期，頁 47-48。

實，被稱為具有影響效力之法律²。

(二) 過去釋憲實務所涉及之類型及與本案法規範憲法審查聲請標的之對照：

【司法院釋字第 717 號解釋】系爭規定（退休公務人員公保養老給付金額優惠存款要點第 3 點之 1 第 1 項至第 3 項、第 7 項至第 8 項）退休公教人員每月退休所得不得超過依最後在職同等級或同薪級人員現職待遇計算之退休所得一定百分比之方式，對公保養老給付金額優惠存款設有上限，使其原得以優惠利率存款之金額，於系爭規定發布施行後減少，致其退休後之優惠存款利息所得顯有降低；同時亦減損在職公教人員於系爭規定生效前原可得預期之相同利益。惟系爭規定僅係適用於其生效後國家與退休公教人員、在職公教人員之間仍繼續存在之法律關係，並非溯及適用於系爭規定生效前業已終結之事實或法律關係。況且退休公教人員依據系爭要點辦理優惠存款，係以定期簽約方式辦理，對於已簽約而期限未屆至之部分，並未一體適用系爭規定，．．．系爭規定之適用，尚無涉禁止法律溯及既往原則。

【司法院釋字第 783 號解釋：區分一次性給付及非一次性給付】一次性之退撫給與法律關係，例如請領一次退休金，且未辦理優惠存款個案，固於受規範對象受領給付時終結；非一次性之退撫給與，於完全給付前，該法律

² 區別參照李建良（2001），法律的溯及既往與信賴保護原則，台灣本土法學雜誌，24 期，頁 81-82。

關係尚未終結。此由（1）退撫給與請求權可能因退休後始發生之事由而喪失、停止、恢復、剝奪、減少；（2）退休人員經審定後之月退休金，於系爭條例施行前，應隨現職人員調薪而更動，於系爭條例施行後，得隨消費者物價指數之變動而調整等規定……，皆係建構於繼續性法律關係，可資說明。是對於非屬一次性之退撫給與，諸如月優存利息、月補償金、月退休金，因退撫給與法律關係之構成要件事實，在現實生活中尚未完全具體實現，倘新法規變動退撫給與內容，且將之適用於新法規施行後仍繼續存在之事實或法律關係，而未調降或追繳已受領之退撫給與，即非新法規之溯及適用，無涉法律不溯及既往原則【同樣意旨：司法院釋字第 781、782 號解釋】。

【司法院釋字第 793 號解釋】符合系爭規定五（按：政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例第 4 條第 2 款）後段規定或依此規定被認定為附隨組織者，即有黨產條例調查及處理附隨組織財產之相關規定之適用。是對相關之法人、團體或機構而言，系爭規定五後段規定雖採定義性規定之立法體例，性質上仍屬不利性法律規範。又相關組織曾受政黨實質控制，但嗣後已脫離之事實發生於黨產條例施行前者，依系爭規定五後段之規定，仍得以被評價、認定為附隨組織，於此範圍內，系爭規定五確係具溯及既往效力之法律。

【司法院釋字第 799 號解釋】系爭規定二（按：性侵害犯罪防治法第 22 條之 1 第 1 項）於 100 年 11 月 9 日修正公布、101 年 1 月 1 日施行前，已

因性侵害犯罪而入監服刑中之加害人，確難以預見該規定所定之刑後強制治療。其中，性侵害犯罪行為如係於 95 年 7 月 1 日刑法第 91 條之 1 規定修正施行前所為者，更因行為時尚無刑法第 91 條之 1 所定刑後強制治療制度，而無該規定之適用（95 年 7 月 1 日修正施行之刑法第 1 條後段及第 2 條第 1 項前段參照）。因此，該等受刑人不但無從預見 100 年 11 月 9 日系爭規定二之修正內容，更因其無 95 年 7 月 1 日修正施行之刑法第 91 條之 1 規定之適用，而得以正當期待其於服刑期滿後將不受固定處所強制治療之處遇；況 95 年 7 月 1 日刑法第 91 條之 1 規定修正施行前，就性侵害犯罪之受刑人，亦設有服刑前之強制治療制度，是 95 年 7 月 1 日前觸犯性犯罪而遭判處徒刑而有施以強制治療之必要者，適用刑前強制治療制度，雖此刑前強制治療得折抵刑期，且期限 3 年，但其就服刑期滿後無須再接受強制治療，仍享有正當之信賴。整體而言，性侵害犯罪行為完成於 95 年 7 月 1 日刑法第 91 條之 1 規定修正施行前之性侵害犯罪加害人，對其於服刑期滿後不受固定處所強制治療處遇，而得以逐漸回歸正常社會生活之經營，尚可認是正當且非不值得保護之信賴利益。

從【司法院釋字第 717 號解釋】、【司法院釋字第 781 號解釋】、【司法院釋字第 782 號解釋】、【司法院釋字第 783 號解釋】所涉及是否溯及既往與否之問題，其判斷重點在於所適用之法律關係是否終結，由於該等法律關係乃涉及國家對於退休公務員、教師、軍官繼續性退休（除）給付關係，或者

其他繼續性財產給與關係；【司法院釋字第 793 號解釋】乃是透過法律規定將政黨附隨組織涵蓋於脫離政黨實質控制者，因此對於附隨組織之法律效果（黨產條例第 5 條以下），也因而將適用於非「現」由政黨實質掌控之組織；【司法院釋字第 799 號解釋】，則是以行為時此不受強制治療處遇，但嗣後仍然受到干預而必須強制治療，因此，認定【司法院釋字第 793 號解釋】、【司法院釋字第 799 號解釋】所涉及之釋憲標的，均為溯及既往之法律。

透過上述簡單整理可知，特定財產狀態之延續與否，本身與法律關係延續無涉，因此也跟如何理解法規溯及既往與否無關；否則，以授益行政處分所受與之財產利益，如行政機關欲廢止，該財產利益勢必可能延續到廢止之情況，如果認定是非溯及既往，則自始不可能有對所授予之財產利益信賴保護問題。抑有進者，如果採取上述推論，將會衍生：如果國家透過搜索扣押之手段扣得犯罪所得，行為人財產持有狀態結束，則有溯及既往之問題，反之，行為人未被扣得任何犯罪所得，則行為人仍有財產持有狀態，而無溯及既往之問題，此一結論形同國家或第三人介入中止持有與否而左右結論，恐怕並非合理理解溯及既往之方式；據此，刑法第 2 條第 2 項規定，將刑法「所有」沒收規定適用裁判時法，這意味著所有裁判當時已終結之法律事實，均屬於適用對象。因此，無論是對於犯罪工具產物、犯罪所得或者違禁物沒收，或者特別法上之關聯客體沒收（如洗錢防制法第 18 條第 1 項）、擴大沒收（如洗錢防制法第 18 條第 2 項、毒品危害防制條例第 19 條第 3

項)，即使裁判，應沒收之物或財產當時仍為行為人或第三人所支配，但由於行為時並無相應之沒收規定，任何沒收條款透過刑法第 2 條第 2 項規定使增訂、修正後始生效之沒收規定，據以沒收上開沒收物或財產，自然是對於既已結束之事實（犯罪事實）溯及適用。

（三）德國聯邦憲法法院對於彼邦沒收制度施行法是否屬於溯及既往，表達以下立場：

德國聯邦憲法法院對於這一問題，同樣採取前述真正溯及既往及不真正溯及既往之判斷手法³。德國刑法施行法第 316h 條（EGStGB），係規定：「2017 年 7 月 1 日前之犯罪，其犯罪所得之沒收與追徵於 2017 年 7 月 1 日以後裁判者，適用 2017 年 4 月 13 日《刑法財產剝奪改革法案》

（BGBl.IS.872）修正公布之《刑法》第 73 條至第 73c 條、第 75 條第 1 項和第 3 項以及第 73d 條、第 73e 條、第 76 條、第 76a 條、第 76b 條、第 78 條第 1 項第 2 句，《刑法》第 2 條第 5 項不適用之。於 2017 年 7 月 1 日前曾經裁判是否宣告沒收或追徵之訴訟程序，不適用 2017 年 4 月 13 日《刑法財產剝奪改革法案》（BGBl.IS.872）之新修正條文」⁴。依此規定，德國刑法第 2 條第 5 項規定沒收同刑罰同樣適用行為時法之規定，即予以排除。因此，如德國刑法第 76a 條，即是對罹於追訴時效之犯罪得以沒收

³ BVerfG, Beschluss vom 10. Februar 2021 - 2 BvL 8/19, Rn. 134.

⁴ 翻譯參考王士帆（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 3。

其犯罪所得，然而上述施行法規定，則使舊法時期罹於追訴時效之犯罪，其犯罪所得得以沒收，因此構成真正溯及既往⁵。

同樣地，德國刑法施行法第 316j 條，也規定 2020 年 12 月 29 日前之犯罪，其犯罪所得之沒收與追徵於 2020 年 12 月 29 日以後裁判者，適用現行刑法第 73e 條第 1 項第 2 句適用於下列情形，刑法第 2 條第 5 項不適用之：1、依租稅通則第 370 條第 3 項第 2 句第 1 款所為者；2、2020 年 7 月 1 日後，刑法第 73e 條第 1 項第 2 句文義範圍內，因租稅通則第 47 條就時效所為規定而消滅；3、刑法第 73e 條第 1 項第 2 句所稱消滅，係發生於 2020 年 12 月 29 日以後者。」⁶刑法第 73e 條雖規定被害人請求權消滅不予沒收之情形，但排除罹於時效而消滅者，因此，德國聯邦憲法法院也同樣認為，刑法施行法第 316j 條第 1 款在所受理案件之適用（針對加重逃漏稅捐罪），同樣也有法律溯及效力⁷。

姑且不論，德國聯邦憲法法院認定合憲之理由，其所涉及之審理對象及審查之法規範，是否與本案聲請標的有可類比性，但從上述規範適用之

⁵ BVerfG, Beschluss vom 10. Februar 2021 - 2 BvL 8/19, Rn. 135.

⁶ Art 316j Übergangsvorschrift zum Jahressteuergesetz 2020:

Wird über die Anordnung der Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages wegen einer Tat, die vor dem 29. Dezember 2020 begangen worden ist, nach diesem Zeitpunkt entschieden, so ist abweichend von § 2 Absatz 5 des Strafgesetzbuches § 73e Absatz 1 Satz 2 des Strafgesetzbuches in der am 29. Dezember 2020 geltenden Fassung anzuwenden, wenn

1. es sich um eine unter den in § 370 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 der Abgabenordnung genannten Voraussetzungen begangene Tat handelt oder

2. das Erlöschen im Sinne von § 73e Absatz 1 Satz 2 des Strafgesetzbuches durch Verjährung nach § 47 der Abgabenordnung nach dem 1. Juli 2020 eingetreten ist oder

3. das Erlöschen im Sinne von § 73e Absatz 1 Satz 2 des Strafgesetzbuches nach dem 29. Dezember 2020 eingetreten ist.

⁷ BVerfG, Beschluss vom 07. April 2022 - 2 BvR 2194/21, Rn. 76.

過程觀察，均非以財產狀態之持續決定是否為溯及既往，應可確定。

(四) 另外，在此範圍內，補充說明德國文獻對於上述德國聯邦憲法法院沒收制度之觀察：

1. 即便德國聯邦憲法法院一貫認為犯罪所得沒收屬於準不當得利衡平措施，但這一說法是否在所有情形下均可成立，不無疑問。
2. 關於德國聯邦憲法法院於 2021 年裁定 (Beschluss vom 10. Februar 2021 - 2 BvL 8/19) 之標的，即彼邦刑法第 76a 條，該條係規範單獨沒收 (Selbständige Einziehung)，而彼邦刑法第 76a 條第 4 項係規定若犯罪行為為人因該項涉嫌同項第 3 句所定之犯罪而扣押之物及其所生之利益，若係該物品係源自於非法行為，縱該犯罪未遭定罪，亦應單獨宣告沒收。Thomas Rönnau 及 Moritz Begemeier 認為，此一沒收條款無法透過不當得利加以理解，無從否認具有類似刑罰效果 (strafähnliche Wirkung)⁸。Thomas Rönnau 及 Moritz Begemeier 進一步認為，德國漢堡高等法院 1 則裁定中 (LG Hamburg Beschl. v. 12.3.2019 – 621 Qs 9/19)，針對以下案例，也可以表示德國聯邦憲法法院審查標的無法使用不當得利加以說明⁹：法院認為，依照刑法第 76a 條第 4 項沒收對跑車 1 台收益(4 萬歐元)，儘管該車輛僅有其中 2 萬歐元源自違法行為，因此當事人因此蒙受 2 萬歐元之不利益。這顯然並非用衡平目的 (Ausgleichszweck) 可以解釋，

⁸ Rönnau/Begemeier: Die Vermögensabschöpfung ist keine Strafe!?, NStZ 2021, S. 707.

⁹ Rönnau/Begemeier: Die Vermögensabschöpfung ist keine Strafe!?, NStZ 2021, S. 708.

因為超越之財產價值非源自於犯罪，德國民法第 817 條第 2 句規定，也無法在此正當化。另一方面，比較彼邦刑法第 74 條規定，對於彼邦刑法第 261 條洗錢客體可以加以沒收之規定¹⁰，依照通說見解，對於該財產之干預乃有類似刑罰性質¹¹，但是，若未違反洗錢罪而使用因犯罪所取得之財產，無法透過刑法第 74 條第 1 項加以沒收，但依照此一情形，在刑法第 76a 條第 4 款條件下可以被沒收，相互對照國家干預在此應屬相同，Rönnau 及 Moritz Begemeier 認為，無法理解國家透過刑法第 74 條第 1 項干預時類似刑罰，但是刑法第 76a 條干預時則不然，因此德國聯邦憲法院審查標的，無法概以準不當得利之衡平措施，釐清其性質¹²。

3. 此外，即便從信賴保護之角度，上述德國聯邦憲法法院之看法也可能有所疑問，Jan Bauerkamp 認為，違法之財產地位（rechtswidrige Vermögenslage）並非被沒收者之信賴唯一相關之參考點，基本信賴其基點在於是否能保有財產，對一般人而言毋寧更形重要，受沒收者也有權正當相信，一旦犯罪不得訴追，將不會受到國家干預。雖然刑事追訴時效跟民事消滅時效仍有差異，但是受沒收人對於國家不再以刑事財產剝奪制度框架下加以干預，確有信賴基礎，財產地位本身是否值得保護反而並非關鍵所在¹³。

¹⁰ 該規定等同於我國洗錢防制法第 18 條第 1 項對洗錢客體之沒收規定。

¹¹ Joecks/Meißner, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2020, vor §73 ,Rn. 2.; Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, vor §73, Rn. 20.

¹² Rönnau/Begemeier: Die Vermögensabschöpfung ist keine Strafe!?, NSTZ 2021, S. 708.

¹³ Bauerkamp, Die rückwirkende Anwendbarkeit der Neuregelung zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (Art. 316 hEGStGB) ist verfassungsgemäß, da die Vermögensabschöpfung keine Nebenstrafe, sondern Maßnahme

4. 依照上述說明可知，本案聲請標的之審查，必須與德國聯邦憲法法院所涉及之單獨宣告沒收型之沒收及對罹於追訴時效型之犯罪所得沒收，予以區別，無法直接比附援引。

(五) 程序安定性條款或過渡條款與信賴保護之關聯：

1. 司法院釋字第 574 號解釋理由書第 4 段：「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。因此，法律一旦發生變動，除法律有溯及適用之特別規定者外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力。惟人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。此時立法者於不違反法律平等適用之原則下，固有其自由形成空間。惟如人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而向將來受不利影響者，立法者即應制定過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，俾符法治國之法安定性原則及信賴保護原則。」
2. 司法院釋字第 574 號解釋所處理問題，涉及到限制上訴民事第三審之利益範圍。該則解釋強調如係訴訟程序中之案件，仍有取得得以適用上訴第三審救濟權益及合理信賴，如未設計過渡條款或程序安定性條款（如

eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter ist- BVerfG 2. Senat, Beschluss vom 10. Februar 2021 – 2 BvL 8/19. JR, 2021, S.95f.

民事訴訟法施行法第 8 條：於修正民事訴訟法施行後有增加時，而依增加前之法令許之者，仍得上訴)，仍有抵觸信賴保護原則之虞。由此可見，對於已繫屬中之案件，縱使有溯及既往之必要，同樣有設置過渡條款之必要，並非立法者可以自由決定不予設置。

3. 刑法第 2 條第 2 項所引發之疑慮，並不只是單純新舊法比較適用之問題，誠如鑑定人林超駿教授之說明，甚且可能造成於偵查、審理當中案件之被告程序突襲，特別是業經第一審判決，仍在上訴二審、三審救濟或者經檢察官提起上訴之被告，必須承受即使過渡到新法時期，仍必須被迫面對舊法所無之限制而據以被沒收財產。
4. 關於程序安定性條款與德國不同之處，請參照聲請人言詞辯論意旨書之說明。

二、歐洲人權法院案例法脈絡下之沒收，必須綜合判斷始能得出「懲罰 (Penalty)」之認定：

1. 歐洲人權公約第 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。所處懲罰不得重於犯罪時所適用者。」依照公約第 7 條第 1 條之射程，首要者是禁止對於被告有不利益之刑事法規適用¹⁴。其次，適用對象必須是對於「犯罪」(criminal offence) 以法律加以「懲罰」(penalty) 之情

¹⁴ Kokkinakis v. Greece, application no. 14307/88, paras. 52: “The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused’s disadvantage.”

形。本件聲請案之關鍵，在於如何理解懲罰的概念。

2. 懲罰在公約第 7 條第 1 項之下，是所謂自主性概念(autonomous concept)¹⁵，不受內國法之定義影響。近期如 G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy 案中，歐洲人權法院大法庭 (Grand Chamber) 表示：「本院重申，第 7 條中的『懲罰』概念具有自主性意義 (autonomous meaning)」，這是為了使歐洲人權法院評估保護第 7 條可以自由評估特定措施是否實質上該當第 7 條所謂之懲罰¹⁶。
3. 關於如何界定懲罰，歐洲人權法院 G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy 案，歸納過往案例法如下標準：
 - 系爭沒收是否隨定罪所施加 (*Whether the confiscations were imposed following convictions for criminal offences*)¹⁷。
 - 系爭沒收在內國法的分類 (*The classification of confiscation in domestic law*)¹⁸。
 - 系爭沒收之性質及目的 (*The nature and purpose of the confiscation measure*)¹⁹。
 - 系爭沒收效果之嚴厲性 (*The severity of the effects of the confiscation*)²⁰。

¹⁵ Welch v. the United Kingdom, application no. 17440/90, paras. 27.

¹⁶ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 210.

¹⁷ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 215-219.

¹⁸ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 220.

¹⁹ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 222-226.

²⁰ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 227.

- 系爭沒收措施之適用及執行所採行之程序（*Procedures for the adoption and enforcement of a confiscation measure*）²¹。

另外，系爭措施執行之具體條件，可能牽涉該措施之性質與目的、措施嚴厲性有關，以及是否因此評估系爭措施而歸類為公約第 7 條第 1 項之懲罰²²。

綜合上述觀察，在界定是否屬於懲罰時，無論是否名目上僅屬於沒收而未直接表明刑罰，歐洲人權法院仍會從系爭措施分類、性質、目的、效果、適用程序、執行程序、執行措施之條件，整體納入觀察範圍而予以自主性評價。

4. 為了釐清本次言詞辯論所提及涉及到沒收之相關歐洲人權法院案例，先統整認為沒收構成懲罰以及沒收不構成懲罰，並表列如下：

表一：

編號	案件	系爭措施內容構成懲罰之理由
1	Welch v. the United Kingdom 案	<ul style="list-style-type: none"> ● 該措施之實施，取決於是否有刑事犯罪（paras. 27）。 ● 該措施是為了彌補現有沒收權之不足，並賦予法院在所得轉化成其他形式資產收益之後加以沒收之權力。即使沒收可能用

²¹ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 228-232.

²² Inseher v. Germany, applications nos. 10211/12 and 27505/14, paras. 204.

		<p>於今後用於販毒活動財產之預防目的，並確保犯罪所得不值得保有之目的（crime does not pay），但不能排除立法追求懲罰犯罪行為人之目的。預防目的及補償（reparation）目的得與懲罰目的並不互斥，甚且構成懲罰概念的構成元素（paras. 30）。</p> <ul style="list-style-type: none">● 內國法部分判決將沒收界定為懲罰，也有認為沒收不是懲罰而是補償，但這些觀點並非涉及到公約第 7 條之討論，而是內國法適用過程所提出的（paras. 31）。● 措施嚴厲性並非決定性，但從系爭措施可以假定犯罪行為人 6 年內之所有財產販毒犯罪所得，除非能夠舉反證；法院沒收時，就數額有裁量權，可以考慮被告可歸責程度及如不給付可能遭監禁之可能性，因此，被告仍因該沒收令而面臨比起定罪罪行所面臨之損害更為深遠（paras. 32-33）。
--	--	--

2	Sud Fondi srl and Others v. Italy 案 ²³	<ul style="list-style-type: none"> ● 被告（公司）或其代表人係因為不合乎犯罪主觀要素而獲判無罪。系爭沒收相當於一種懲罰，因為所依據之規定與刑事犯罪有關，且刑事法院認定建築計畫違法，沒收是基於該客觀事由而發，而非建立在被告故意或過失。 ● 該項措施，乃在於防止進一步違反法律，而非確保損害金錢賠償。措施之嚴厲性也是因素之一，因為沒收範圍涵蓋該違法建築計畫之所有土地。
3	Varvara v. Italy 案	<ul style="list-style-type: none"> ● 本案涉及到申請人追訴時效而無法追訴，但仍然沒收其違反開發計畫之建物及土地，因此歐洲人權法院必須判斷是否屬於公約第 7 條之懲罰²⁴。 ● 首先，系爭沒收條款，即沒收非法建物及非法開發土地 (confiscation of the unlawful buildings and the unlawfully developed land)，係當內國刑事法院在系爭案件認有

²³ Sud Fondi srl and Others v. Italy (dec.) - 75909/01.

²⁴ Varvara v. Italy, application no. 17475/09, paras. 59.

		<p>開發之不法性而為終局判決。系爭沒收條款並未特定是否該終局判決必須定罪；內國法院解釋該條款時，認未經定罪時仍可以實施該懲罰，而視作行政制裁。然而，內國法即有被告未經定罪不得受到懲罰。特別是該不得對犯行已過法定時效後仍施加懲罰。從而，內國法院對於該條款之解釋顯對被告不利。未經定罪不得懲罰，不僅涉及公約第 7 條之法定原則，同時也涉及到公約第 6 條第 2 項²⁵。</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 內國法院沒收申請人之財產，因認為申請人從系爭刑事犯罪中獲益（he had benefited from the criminal offence in question），縱使申請人未曾被發現所有無法解釋來源之財產。歐洲人權法院認為，對於「非法獲益」沒收，仍非適當之措施，特別是當申請人於系爭犯罪認定無罪或已無從證明申請人由此獲益²⁶。
--	--	---

²⁵ Varvara v. Italy, application no. 17475/09, paras. 60-64.

²⁶ Varvara v. Italy, application no. 17475/09, paras. 68.

		<ul style="list-style-type: none"> ● 歐洲人權法院認為，公約第 7 條並未要求犯罪實質要件存在必須以故意或過失為前提；懲罰 (penalty) 或處罰 (punishment) 之理由，及在英語版本的有罪 (guilty) 概念暨法語版本的相對應 <i>personne coupable</i> 概念，支撐了公約第 7 條之解釋，為了施加處罰，由內國法院所為責任之認定使犯行歸責並施加懲罰於犯罪行為人。否則，處罰將毫無目的，一方面，將與可接近及可預見之法律基礎不合，另一方面，將如同本案承認對於未經定罪之人加以處罰， ● 本案中，申請人刑事犯罪雖因超過時效，且其犯罪事實未經透過裁判認定其有罪，毋寧與只有法律始能定義刑罰，因此違反公約第 7 條之法定原則²⁷。
4	G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy 案(大法庭裁定)	<ul style="list-style-type: none"> ● 本案沒收令涉及對第三人沒收。 ● 歐洲人權法院強調，由於公約第 7 條懲罰概念是自主概念，避免內國法可以藉自行

²⁷ Varvara v. Italy, application no. 17475/09, paras. 70-72.

		<p>界定懲罰，而排除於公約第 7 條第 1 項之保障，如此方能賦予實際及有效之權利救濟而非停留在理論及空想層次，因此，內國法院是否定罪，可能構成該措施是否屬於第 7 條之懲罰，但沒有定罪並不足以排除第 7 條第 1 項之適用，系爭沒收規定仍與刑事犯罪有關，因此，本案大法庭認為沒如果要做成不同判斷，必須審查其他標準，而「是否所命沒收乃循刑事犯罪之定罪」所為，不能排除該措施之刑事性質（the “criminal” nature of the measure）²⁸。</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 系爭沒收規定，在內國法院之分類下，是列在刑事制裁之法規標題下，儘管政府紙張只是起草者錯誤，但顯然有很長的時間可以透過立法機關修正所謂錯誤，因此，「內國法下之分類」表明，沒收確實是第 7 條之處罰²⁹。 ● 系爭沒收之性質及目的，是沒收申請人用
--	--	--

²⁸ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 216-219.

²⁹ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 220-221.

		<p>於非法開發之土地，性質上具有懲罰性，理由有三：內國法院強調該措施具有懲罰及威嚇性，內國法院接受第 7 條保障於沒收案件之適用；其次，內國政府承認沒收是符合公約第 1 號議定書第 1 條，特別是因為追求懲罰非法改造土地之人即政府本身強調沒收之懲罰性；其三，系爭沒收是強制性措施 (mandatory measure)，該措施之施加，不受實際危險情境或對於環境具體風險之限制 (Its imposition is not subject to proof of a situation of actual danger or of concrete risk for the environment.)。即便沒有在所改造之土地上實際從事活動，仍可以加以沒收，因此對於申請人用於非法開發目的之財產加以沒收，具有懲罰性³⁰。</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 關於沒收效果之嚴厲性，大法庭認為非法場址開發之沒收，乃特別嚴厲及侵犯性的制裁，該措施不會有任何補償，同時對於
--	--	---

³⁰ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 224-226.

		<p>該場址範圍所及，不僅已經建築於其上者，如能證明行為人有意建設或者改變用途之土地，亦適用之³¹。</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 關於沒收措施之適用及執行之程序，大法庭認為，本案是刑事法院下令，內國政府認定是刑事法院代替行政機關形式，並無說服力，刑事法院不代替行政機關這一事實，在重大案件中特別明顯，行政機關批准的場址開發違反規劃，因為是非法，法院沒收土地及建物並不代表代替行政機關之行為，反而，法院仍有准駁之權限，從而可認刑事法院是獨立於行政機關行事³²。 ● 基於上述理由，系爭沒收措施可被視為公約第 7 條所稱懲罰，這一結論是公約對於懲罰之自主解釋結果，即便沒有第 6 條意義之刑事訴訟³³。
--	--	---

表二：

³¹ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 227.

³² G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 228-232.

³³ G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, applications nos. 1828/06 and 2 others, paras. 233-234.

編號	案件	系爭措施不構成懲罰之主要理由
1	Balsamo v. San Marino 案	<ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="660 315 1394 741">● 本案事實涉及申請人因為無法證明有犯罪主觀意圖而宣判無罪，是申請人對於存入戶頭款項具有犯罪來源，沒有對資金來源提出解釋，因此內國法院仍加以沒收該等款項³⁴。 <li data-bbox="660 792 1394 1025">● 歐洲人權法院認為，本案因為申請人被無罪釋放而沒有定罪，必須依據其他審酌因素審查是否沒收構成懲罰³⁵。 <li data-bbox="660 1077 1394 1697">● 對於內國法分類沒收款項之分類，包含關於定罪是適用沒收之條款，該國規定係放在「因犯罪行為所致民事義務及其他法律效果（Civil obligations and other effects resulting from offences）」，依此，似乎該措施可能涵蓋懲罰性或預防性，或其他類型之措施³⁶。 <li data-bbox="660 1749 1394 1883">● 本案沒收措施是預防性而非懲罰性，歐洲人權法院認為，即使物品並非屬於犯罪行

³⁴ Balsamo v. San Marino, applications nos. 20319/17 and 21414/17, paras. 16.

³⁵ Balsamo v. San Marino, applications nos. 20319/17 and 21414/17, paras. 60.

³⁶ Balsamo v. San Marino, applications nos. 20319/17 and 21414/17, paras. 61.

		<p>為人，也會沒收該物品；根據內國法相關原則，這是預防措施，因為獨立於刑事訴訟及有罪判決（independent of criminal proceedings and a finding of guilt）；其三，該措施終止在於防止非法使用資金，從而防止進一步犯罪，於此，申請人已經意識到這一點該所得乃不法來源，倘若申請人使用或轉移此類資金，將可能會被訴追新的洗錢行為。從而防止非法使用該收益，此一沒收具有預防性質。特別是鑒於申請人無罪宣告係因欠缺主觀意圖，從而不能說該沒收措施包含懲罰性目的³⁷。</p> <ul style="list-style-type: none">● 關於適用及執行沒收之程序，雖然是透過刑事法院為之，但這一因素非決定性，刑事法院進行非懲罰性之判決，如命對被害人為民事補償措施，此外，本案之所以或沒收，是因為申請人經過訴訟後，證實其等所持有之資金，是與他們父親交易有關
--	--	---

³⁷ Balsamo v. San Marino, applications nos. 20319/17 and 21414/17, paras. 62.

		<p>之證據，包含對其等父親之刑事判決，還有申請人無法證明資金源自於合法來源 (lawful origin of the money)。因此，在申請人沒有成功反證下，該國法院係依照客觀且相關聯之證據，必須與純粹主觀嫌疑或者推測加以區隔³⁸。</p> <ul style="list-style-type: none">● 接著，考慮到措施嚴重性，歐洲人權法院認為並非決定性，因為有許多具有預防性之非刑事措施可能對相關人員產生重大影響，而本案沒收款項之嚴重程度，不足以將其列為刑事處罰。歐洲人權法院認為，過去裁定也認定沒收並非限於刑事領域之措施，行政法領域亦同，包含應沒收之非法進口物品、危險物品或者財產，每一種沒收均須在其脈絡下觀之 (Each confiscation must be seen in its context)；洗錢房直接威脅法治也是由歐洲委員會及該領域之國際機構行動可以證明，因此，
--	--	--

³⁸ Balsamo v. San Marino, applications nos. 20319/17 and 21414/17, paras. 63.

		<p>相關措施目標在於制定強而有力之措施，打擊日益複雜之洗錢現象。從而，該等措施亦非公約在自主意義上之懲罰（measure at issue was not a “penalty” in its autonomous Convention meaning），因此本案無適用公約第 7 條餘地³⁹。</p>
2	Ulemek v. Serbia 案	<ul style="list-style-type: none"> ● 本案申請人於 1993-2003 年因多起嚴重犯罪，於 2007-2009 年間，被認為是組織犯罪集團之發起人，並判處有期徒刑 40 年確定，於 2010 年，內國檢察官依照該國沒收規定，提出申請沒收，所為之沒收標的，是申請人的房子，申請人是在 1998 年以 37 萬 4409 德國馬克價格購買，但該房屋與其合法收入有明顯差異，且申請人係組織犯罪集團成員，因此認定沒收該房屋；內國法院認為，該房屋與申請人合法收入與財產價值存有明顯差異，申請人未能提供任何可靠證據證明是合法取得該

³⁹ Balsamo v. San Marino, applications nos. 20319/17 and 21414/17, paras. 64-65.

		<p>房屋，且申請人因參與組織犯罪，而認定有嚴重犯罪行為，並取得巨額收入，因此內國法院據此以沒收，該沒收令之成立，主要是以未能說明合法來源及可疑為參與犯罪組織之所得，且該沒收並不以刑事犯罪與財產間有必要聯繫（no link between those criminal offences and the property was necessary）⁴⁰。</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 歐洲人權法院認定如下：本案沒收令，內國法院向來認為不構成懲罰，相關立法亦未將該規定列為刑事制裁清單⁴¹。 ● 評估本案沒收令，是涉及到刑事法院所扣押財產，在相關客體沒收訴訟程序，因此該沒收令乃是確保犯罪不會被保有所得及具有回復性質（restorative nature）⁴²。 ● 本案沒收令雖然是刑事法院所為，但不能視為懲罰性，而是預防性，首先，即便該等物品不屬於行為人，根據內國法該沒收
--	--	---

⁴⁰ Ulemek v. Serbia, application no. 41680/13, paras. 5-11.

⁴¹ Ulemek v. Serbia, application no. 41680/13, paras. 49.

⁴² Ulemek v. Serbia, application no. 41680/13, paras. 50.

		<p>仍然適用，同時，內國學說認為是預防措施，獨立於刑事訴訟及有罪判決，其三，法院承認該措施旨在防止非法使用犯罪所得和進一步刑事犯罪⁴³。</p> <ul style="list-style-type: none">● 2008 年內國刑事資產沒收有若干特色，與民事對物收制度相媲美（the institution of civil forfeiture <i>in rem</i> rather than a fine under criminal law），主要理由有三，第一，內國立法措辭表明該制度是針對財產而非針對人（the system is directed against property rather than a person），即便是第三人財產，倘來自於犯罪，且第三人欠缺有效法律主張（no valid legal claim），依據內國法律仍可下令沒收；其次，根據針對第三人的刑事訴訟中確定事實，若懷疑此類財產構成犯罪所得，則可以沒收從未被控訴或判刑之死者財產（confiscation of the property of a deceased person who had never been charged with or convicted of any crime）；其三，犯罪行為人之罪責程度與
--	--	---

⁴³ Ulemek v. Serbia, application no. 41680/13, paras. 52.

		<p>死者資產相關；第四，沒收令不可以透過積欠款項替代執行刑罰；沒收令可以決定將資產分配給被害人，前提是被害人之民事請求業經法院判決成立 (the latter's civil claims have been established by final court decisions) ⁴⁴。</p> <ul style="list-style-type: none">● 本案沒收令，內國法院可以對犯罪行為人或者未支付全部對價之任何受讓人，倘若未能解釋其合法收入取得該資產，而加以沒收，2008 年法律規定適用之刑事犯罪，包含組織犯罪、金融犯罪、反人類罪及公職犯罪，因此，為了打擊犯罪集團，確保犯罪分子不會從非法活動中獲利，乃預防犯罪關鍵問題，因此，這一沒收令，其證據結構在於財產價值與犯罪行為人合法收入間之差異、無法證明財產來源，並且 2008 年內國法授權如果沒有辦法充分證據顯示財產來源係非法來源，即會將之沒
--	--	--

⁴⁴ Ulemek v. Serbia, application no. 41680/13, paras. 53.

		<p>收⁴⁵。</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 關於沒收適用及執行之程序，本案沒收令是透過內國刑事法院之特別庭進行特別沒收程序（the forfeiture order was made by a special chamber of a criminal court in special forfeiture proceedings），該沒收令之評估，係客觀且奠基於欠缺成功反證之相關證據，且係隨申請人最後定罪後所為⁴⁶。 ● 本案沒收令之嚴重性，由於措施嚴重性並非決定性，且非刑事措施可能會對相關人員產生重大影響，雖然本案沒收令可能影響可觀財產，沒收資產金額沒有上限，但沒收僅適用於無法追查其合法來源之財產，且內國法院認如影響沒收危及所有人或親屬之生計，仍可不予沒收⁴⁷。 ● 因此，歐洲人權法院認為上述因素使沒收與對物民事沒收有可比較性，不構成公約
--	--	---

⁴⁵ Ulemek v. Serbia, application no. 41680/13, paras. 54.

⁴⁶ Ulemek v. Serbia, application no. 41680/13, paras. 55.

⁴⁷ Ulemek v. Serbia, application no. 41680/13, paras. 56.

		第 7 條第 1 項所稱懲罰 ⁴⁸ 。
3	M. v. Italy 案	基於懷疑屬於黑手黨組織而採取之預防性財產沒收，該沒收不以先有任何刑事犯罪定罪為條件。

5. 我們由上述案件，可以得出以下結論：

- 單純從表一跟表二之整理，即可凸顯出歐洲人權法院並非將沒收直接歸類於「非懲罰」，仍有評價沒收為懲罰之餘地；此部分特別可以參考 Varvara v. Italy 案及 G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy 案之說明。
- 表一當中，各該案件之性質，均涉及到透過刑事犯罪訴追或過程中所附隨之沒收，或者所適用、執行之程序乃刑事法院所管轄（即便內國法院或政府宣稱該沒收屬於行政制裁，亦同）；表二則已經跟原先刑事訴追無關，而有類似於預防性沒收或擴大犯罪所得沒收等非定罪沒收的情形。但是必須注意，G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy 案特別強調未定罪不當然表示可以排除第 7 條第 1 項之適用，仍然必須綜合審視各項要素加以判斷。
- Balsamo v. San Marino 案、Ulemek v. Serbia 案雖然同樣處理犯罪所得沒收，但其所涉及之沒收分別有以下特色：
 - Balsamo v. San Marino 案沒收係對於財產來源不明之資產進行沒收，

⁴⁸ Ulemek v. Serbia, application no. 41680/13, paras. 57.

且與被沒收者是否定罪無關，只要被沒收者無法說明合法來源，且有證據足認該資產係源自於犯罪，即可認定構成，因此，該沒收其實是獨立於刑事程序及定罪，特別是，如果不予以沒收，由於被沒收者已經在先前自身訴訟程序知悉該財產為源自於其等父親犯罪而來，從而繼續使用、持有將有可能進一步造成其等遭追訴新的洗錢犯罪。

- Ulemek v. Serbia 案沒收，同樣係針對參與組織犯罪者之不明來源財產進行沒收，且已經係在被沒收者本案刑事案件已經確定後，另行開啟沒收程序加以沒收，因此，該沒收係獨立於刑事程序及定罪，而且內國（塞爾維亞）類似沒收規定，有打擊組織犯罪之作用而預防再犯之屬性，同時沒收也與可歸責性相互脫離。
- 依據上述觀察，可以知道上述案件之沒收，與所提及附表二其餘案件有高度類似之處，在於著重於預防、非本案財產之特徵，同時於各該申請人之本案定罪或所面對之刑事程序，可以獨立而無直接關係。甚且，Ulemek v. Serbia 案是採取與本件聲請審查標的迥然不同之民事對物沒收制度。
- 表一、表二當中，措施嚴厲性（即對於財產干預強度），雖非決定因素，但是，該等措施是否係在刑事程序過程中所為，仍有判斷上之重要實益。
- 連結到特定犯罪行為時，將傾向於認定為懲罰；反之，脫離原先定罪程

序或者純粹有其他目的之沒收，則不在懲罰之列。

6. 從歐洲人權法院上開案例法之發展，對照我國犯罪所得沒收制度，即有

下列思考方向：

- 被歐洲人權法院判定係懲罰之類型，大多附隨於刑事程序及定罪程序作成，亦即是否犯罪行為有直接關聯，且其沒收原則上係強制性措施，同時係對人訴訟程序，而且措施之施加，與不受實際危險情境或對於環境具體風險之限制，因此無法純粹理解為預防性措施；另外，犯罪沒收數額如果與犯罪可責性有所連動，將作為懲罰之參考因素；相較於此，在多數非定罪式犯罪所得沒收、可能獨立開啟程序沒收或者針對組織、金融犯罪為之，已經採取比較法上之民事對物沒收，始會認為該等財產沒收屬於純粹預防性措施而無涉於公約第 7 條第 1 項之懲罰。再進一步來看。
- 誠如鑑定人林超駿所言，我國除了少數情形外，例如查獲違禁物或應沒收物，但無人持有之情形⁴⁹，欠缺純粹民事對物訴訟之情形，無法類比前述 *Ulemek v. Serbia* 案之情形；*Balsamo v. San Marino* 案也因為所涉及之類型，高度傾向於非定罪沒收（縱使無罪也可因為財產性質加以沒收），且獨立於原先刑事程序，亦無法相提並論；因此，本案聲請法規範憲法審查之標的，如依歐洲人權法院所揭示之基準，對於犯罪行為人

⁴⁹ 此時當事人欄會載明「被告不詳」，僅參見臺灣臺北地方法院 111 年度單聲沒字第 120 號裁定。

或第三人之犯罪所得沒收，大抵係在刑事定罪程序中確認並且犯罪行為人之宣告刑或執行刑一併宣示；同時，其措施之嚴厲性，由於範圍上與被告因犯罪而有直接關聯性之財產有關，並採義務沒收而非裁量沒收，因此，沒收範圍除符合過苛條款或發還條款外，並無裁量之空間而有強制性；適用沒收之程序及執行，均係在刑事法院或者刑事執行機關，並非刑事法院為其他機關代勞或者由其他國家機關行之。據此，從上述脈絡加以觀察，應可確定犯罪所得沒收制度屬於上述歐洲人權法院案例法意義下之「懲罰」。

- 刑法第 38 條之 1 立法體例為「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之」（第 1 項）。落入沒收射程之財產原則上不受個案預防必要性而改變，刑法第 38 條之 2 規定之過苛條款，雖然允許法院得以裁量沒收不予沒收之範圍。依照最高法院最近之見解：「於行為人之惡性或犯罪行為之危險性等與科刑輕重有關之事項，應非過苛事由所需審酌者，而係考量該犯罪所得本身，是否具有不應沒收或應予酌減或以不宣告沒收為適當之特別情形。換言之，此項過苛事由應審酌被沒收人之經濟情況、社會地位、身心健康、生活條件等具體之人道因素，及應考量該犯罪所得與系爭犯罪關聯性強弱、或與再投入犯罪可能性之高低等情節，且酌減之額度或全免，乃以維持被沒收者生活條件（若為法人，則為其營運條件）之必要範圍內為限，亦即維持其生活上所不可缺少之最低需求，並得參

酌民事強制執行關於酌留薪資方式之慣例處理，且沒收金額亦非不得以分期繳交方式為之，以符合比例原則。而法院適用上開過苛條款，應說明犯罪所得予以酌減之理由，以符立法意旨及國民法感情。」⁵⁰從判決前後文字加以觀察，雖然科刑相關事項不列入考慮，但是犯罪所得與犯罪關聯性強弱及個人是否得以維持生活條件，仍屬於審酌事項，無法排除與犯罪行為之內在關聯性。

- 另外，在被害人與被告和解之情形，也有發生類似之問題，例如被告與互助會冒標被害人間已經達成和解，並且賠償 328 萬 9,100 元，其餘 1,053 萬 6,300 元應予沒收追徵，但是最高法院認為，該等和解僅係分期給付，直接將達成和解被害人和解金額全部扣除，仍未說明過苛情節何在而有理由不備⁵¹。或者被沒收之公司，倘若沒收僅係一時流動資產短缺，尚有自行因應之道，且非不得沒收較高金額分期繳交，原判決理由欠備，與沒收之立法意旨及國民法感情不符⁵²。甚至最高法院更曾強調：「所謂「過苛」，係指沒收違反過量禁止原則，讓人感受到不公平而言。是法院如認為宣告沒收有過苛之虞，而予以裁量免除沒收，即應說明其認定不法利得不復存在之依據，及宣告沒收違反人民法律感情之理由，否則即有理由不備之違法。」⁵³綜合上述觀察，目前實務見解對於

⁵⁰ 最高法院 110 年度台上字第 6048 號、第 6049 號判決。

⁵¹ 最高法院 110 年度台上字第 3855 號判決。

⁵² 最高法院 110 年度台上字第 4525 號判決。

⁵³ 最高法院 110 年度台上字第 1673 號判決。

沒收制度過苛條款適用採取較為嚴格之觀察，除了維繫剝奪犯罪所得之制度目的，同時也要求事實審必須敘明合乎國民法感情且公平之理由⁵⁴，此一發展方向，不免令人最高法院屢在量刑當中強調「法院對有罪之被告科刑，應使罰當其罪，以契合人民之法律感情，此所以刑法第 57 條明定科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意該條所列各款事項，以為科刑輕重之標準，故量刑之輕重，雖屬事實審法院得依職權裁量之事項，惟仍應受比例原則及公平原則之限制，此即所謂「罪刑相當原則」。⁵⁵」「刑事審判旨在實現刑罰權分配之正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列十款事項以為科刑輕重之標準。同法第五十九條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」及第七十四條所定之緩刑制度，均旨在避免嚴刑峻罰，法內存仁，俾審判法官得確實斟酌個案具體情形，妥適裁量，務期裁判結果，臻致合情、合理、合法之理想。⁵⁶」不免與刑罰酌減事由發生連動關係。無論如何，目前為止實務上最高法院確認有過苛而減少沒收範圍，已非全然依照個人經濟狀況或法人營運情形綜合考慮，仍係優先考慮沒

⁵⁴ 這一見解也與國內沒收專論舉出之要件不完全一致，參見林鈺雄（2020），沒收新論，頁 275-276。

⁵⁵ 最高法院 109 年度台上字第 3898 號判決。

⁵⁶ 最高法院 102 年度台上字第 3046 號判決、同旨；最高法院 108 年度台上字第 2105 號判決。

收意旨貫徹及人民法感情是否認屬於公平正義等情形；適用上而言，仍係從嚴為之。

- 誠如鑑定人黃士軒教授之觀察，犯罪所得高低、多寡，在個案中容有發揮量刑或者定執行刑高低之審酌因素及效果，例如：

- 最高法院 110 年度台上字第 6115 號判決：原判決於量刑時，已以上訴人之責任為基礎，具體審酌上訴人為圖私利販賣毒品，戕害國民身心健康，並危害社會治安。惟念其犯後坦承犯行，並主動提供情資，使檢察官得以起訴王滄華、廖修葆，暨其犯後已有悔悟，態度良好，及其素行、智識、家庭及經濟情形等一切情狀，每罪經遞依修正前毒品危害防制條例第 17 條第 2 項關於在偵、審中均自白減輕及刑法第 59 條規定酌減其刑後，各量處如原判決附表編號 1 至 20 主文欄所示之刑，並審酌上訴人於短時間犯相同之販賣第一級毒品罪，及其所獲取之犯罪所得多寡等整體情狀，依限制加重原則，合併定其應執行刑為有期徒刑 9 年 4 月，既未逾越定應執行刑之法定刑度範圍，亦無顯然違反罪刑相當、比例或公平原則之情形，自不得任意指為違法。

- 最高法院 110 年度台上字第 1801 號判決：原判決就王仁宏所犯之罪，已綜合審酌刑法第 57 條科刑等一切情狀，並載敘依其犯罪情狀，認無可憫恕之事由，不依刑法第 59 條予以酌減之理由，復說明

王仁宏所為違反法律禁令、犯罪情節及所生危害非輕、實際分配之犯罪所得多寡，兼衡其智識程度、家庭生活、犯罪後態度等各情，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，維持第一審判決科處有期徒刑 5 年 6 月，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有濫用其裁量權限之違法情形。

- 最高法院 109 年度台上字第 5235 號判決：原判決再引用第一審判決依據刑法第 57 條各款規定，擇其認為應側重之量刑事由，分別說明曾鴻原、劉顯貴犯罪之動機、目的、手段（含共犯之分工部分）、犯罪所生危害、犯罪所得多寡及其流向、犯後態度，並曾鴻原、劉顯貴個人智識程度、家庭生活及經濟狀況等量刑事由，並做出評價，再參其他一切情狀，據以量處第一審判決附表各編號關於販賣第一級毒品罪部分所示之刑度，就曾鴻原定應執行刑部分，原判決亦敘明考量曾鴻原犯罪期間及其情節，並矯正曾鴻原法治觀念與反社會性格，促其再社會化，以避免再犯之手段，再斟酌多數犯罪責任遞減原則，使曾鴻原於本件之不法性，在定刑時不至於過度評價...原判決維持第一審判決之理由，亦與上開外部界限、內部界限之規定及罪刑相當原則俱無違背。
- 由上可知，事實審量刑參酌犯罪所得之多寡予以量刑，乃勢在必行。

- 此外，刑法第 58 條規定，科罰金時，除依前條規定外，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。特別表明犯罪所得與量刑間之關聯性。這一因素，也被最高法院認為係目前量刑辯論應踐行者，如：「民國 109 年 1 月 15 日修正公布、109 年 7 月 15 日施行之刑事訴訟法第 289 條第 2 項規定，法院於事實及法律辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之；於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人，就科刑範圍表示意見之機會，俾使量刑更加精緻、妥適，並兼顧到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人之權益。申言之，法院審判時，就被告有無刑之加重、減輕或免除等事項（例如毒品危害防制條例第 17 條、刑法第 59 條及其他一般科刑資料（例如刑法第 57、58 條），應進行周詳調查，並充分辯論。從而，法院於量刑調查時，於必要時，應曉諭當事人、辯護人為調查、辯論，以保障當事人、辯護人實質行使量刑辯論權，確保量刑調查及辯論程序完備之程序保障。」⁵⁷足可證明現行法罰金之量刑，必須考量行為人資力及犯罪所得之多寡，無法一概否認犯罪所得在現行量刑實務之連結性。即便沒收修正後，在若干輕微犯罪僅專科罰金或者低度罰金刑之犯罪中，仍以見到事實審法院藉此方式加重量刑上限，如：

⁵⁷ 最高法院 110 年度台上字第 3987 號判決。

- 臺灣臺東地方法院 110 年度東簡字第 188 號判決：按科罰金時，除依刑法第 57 條規定外，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，同法第 58 條定有明文。查本案法定最高刑度為罰金新臺幣（下同）1 萬 5000 元，惟被告本案所得之利益即侵占之紅檜 1 塊，價值已達 2 萬 6320 元。本案縱便處以最高法定刑度，仍與其本案所生之財產損害顯不相當，而有罪刑不相當之情事，爰裁量依刑法第 58 條後段規定，於被告所得利益之範圍內，酌量加重其刑度。
- 臺灣澎湖地方法院 107 年度易字第 27 號判決：由此可以推知被告等於鴻海遊藝場經營期間，因本件賭博財物之獲利，即使扣除員工薪資依查扣之薪資單為 85 萬 4000 元及其他一切開銷費用，仍然十分豐厚，遠遠超過刑法第 266 條第 1 項前段賭博罪所處最高罰金新臺幣 3 萬元甚多，應無疑義，爰依刑法第 58 條規定於被告等所得利益之範圍內酌量加重其罰金。
- 臺灣桃園地方法院 106 年度簡上字第 20 號判決：於短短的 3 個半月之犯罪所得利益遠逾刑法第 268 條第 1 項後段之意圖營利聚眾賭博罪法定刑之罰金最高額即 9 萬元（已依刑法施行法第 1 條之 1 第 2 項前段提高 30 倍），是縱依刑法第 268 條第 1 項科被告樊尚文該條所定之罰金最高額，亦與被告樊尚文因犯罪所得之利益顯不相

當，本院認有依刑法第 58 條之規定，在被告樊尚文因犯罪所得之利益範圍內，依該條規定予以酌量加重之必要，爰依該條規定，在被告樊尚文因犯罪所得之利益範圍內，對被告樊尚文併科罰金 12 萬元，併此指明。

- 總結以言，現行法之犯罪沒收制度，高度鑲嵌於刑事程序脈絡中而形成與被告本案犯行之非難關聯性（如前述量刑、罰金刑之量定），無法單純將「附隨於本案之犯罪所得」沒收與被告本案犯行獨立觀察。

三、「不法」取得之財產之基本權性

（一）歐洲人權法院之觀察：

1. 歐洲人權公約第 1 號議定書第 1 條規定：「每一個自然人或法人均有權平等地享用其財產。除非是為了公眾利益及受管制於法律與國際法的普遍原則所規定的條件，任何人不得剝奪他的財產（第 1 項）。上述規定將不能以任何方式損害國家根據普遍利益或為了保證付稅或其它獎懲措施而實施的必要的控制財產使用的權利。」⁵⁸ 歐洲人權法院向來認為，關於沒收固涉及到財產之剝奪，但落入第 1 條第 2 項財產使用之控制（control the use of property），但並非意味著可以無任何限制之干預。

⁵⁸ Article 1 of Protocol No. 1:

1. Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

2. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

Phillips v. the United Kingdom 案當中，歐洲人權法院認為，該案沒收措施，構成公約意義上之懲罰（penalty），屬於第 1 條第 2 項財產使用之控制，但是，必須透過議定書第 1 條第 1 項所規定之一般原則來解釋該堆定，必須所採取之手段與所欲實現目的間存在合乎比例之合理關係（reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised）⁵⁹。

2. 關於這類歐洲人權法院案例法下之沒收，包含可疑為違法來源之所得沒收⁶⁰、透過非法資金購置財產（如前述 Ulemek v. Serbia 案）、因犯罪所行為所得之物（如 Phillips v. the United Kingdom 案，認定係被告先前案件販賣毒品之所得）、犯罪行為之客體⁶¹、犯罪行為之工具⁶²。歐洲各國有不同法律框架，文獻指出，各國通常是以刑事訴訟定罪為框架，或者外於刑事程序當特定條件被滿足、或是犯罪行為人或其他人之財產被推定源自犯罪，也就是擴大沒收。義大利則有預防性行政沒收措施以抗制組織犯罪，英國亦有民事取徑之沒收，即不以定罪為必要，僅考慮財產之來源⁶³。
3. 歐洲人權法院對於如何理解議定書第 1 條之財產干預，實際上應理解為財產剝奪及財產使用之控制兩種，例如，Balsamo v. San Marino 案中，

⁵⁹ Phillips v. the United Kingdom, application no. 41087/98, paras. 51.

⁶⁰ Raimondo v. Italy, application no. 12954/87, paras. 30.

⁶¹ Ismayilov v. Russia, application no. 30352/03.

⁶² B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi v. Slovenia, application no. 42079/12.

⁶³ Guide on Article 1 of Protocol No. 1 – Protection of property, 2021, paras. 376.

歐洲人權法院重申：干涉要符合議定書第 1 條，其一是干涉必須合法，其二必須國家有權透過法律而控制財產之使用，同時只有服膺於公共利益之財產干涉始能正當化干預。要求任何干預與其所欲實現之目的間有合理而合於比例。換言之，必須在社群一般利益之要求以及個人基本權利之保障間，取得公正平衡，倘若個人及相關人士必須承受個別且過大負擔則無法達到此一平衡訴求⁶⁴。該案當中之沒收審查，仍然是建立在財產使用之控制審酌因素加以評價。

4. 沒收之程序保障，包含對審結構、書證或者言詞證據、透過律師辯護之權利、可使當事人反證推翻、法院是否有裁量權不採取對於當事人不當之推定、是否有機會了解整體訴訟程序⁶⁵。除了上述程序義務，沒收是否合乎比例，必須考量到其持續期間、申請人之行為及國家機關之干預、對於向法院就扣押財產之權利救濟有效性，亦屬判斷該沒收財產之措施是否具合比例之合理關係之因素⁶⁶。
5. 總結上述而言，是否涉及財產之沒收，不當然否定公約議定書第 1 條第 1 項對財產權之保護，但是，歐洲人權法院則會在干預即財產使用之控制是否合乎上述基準，加以評價。

(二)「犯罪所得不值得保有」命題，是否必然排除財產權干預屬性？

1. 「犯罪所得不值得保有」(Crime does not pay) 這一命題必須從放在「公

⁶⁴ Balsamo v. San Marino, applications nos. 20319/17 and 21414/17, paras. 87-88.

⁶⁵ Guide on Article 1 of Protocol No. 1 – Protection of property, 2021, paras. 391.

⁶⁶ Guide on Article 1 of Protocol No. 1 – Protection of property, 2021, paras. 392.

共利益」之角度考量。從憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，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」，因此，從文義上觀察，無法得出財產權之內在限制是源自於犯罪或者濫用財產權者，即不加以保護。

2. 對照上述三、(一) 從歐洲人權法院之實踐，亦可得出相同之結論。歐洲人權法院其實一再強調，沒收犯罪所得，具有嚇阻犯罪行為之參與及保障犯罪所得不值得保有等一般利益 (general interest)⁶⁷。由此可見，犯罪所得不值得保有，固然屬於普世價值，但對照來看，仍僅屬於干預財產使用之理由，而非自始產生阻卻財產權保護之理由。
3. 文獻上如薛智仁教授認為，所有沒收客體都是至少對所有權人具有經濟價值的物或狀態，但皆以某種方式與違法或犯罪行為發生關聯性，憲法上之財產概念，如果著重於財產存續狀態之存續信賴，即便財產地位與違法行為存在關聯性，也不當然喪失憲法保障之價值；反之，如果認為立法者增設禁止特定財產持有或者犯罪構成要件之設計使財產轉變成犯罪工具、產物或不法所得，即可排除在憲法保護領域之外，將使沒收客體成為立法者的恣意處分之對象。因此，所有權人基本上仍然有權防禦國家防禦，甚至請求國家提供保護，不過財產與為違法行為關聯性，一方面系提升國家干預介入之公共利益，另一面會降低財產保護需求，

⁶⁷ Denisova and Moiseyeva v. Russia, application no. 16903/03, paras. 58.

容易使國家干預財產範圍正當化⁶⁸。蔡維音教授認為，如果依照財產權所能促成目的做保護領域之類型化，除了在基準選擇與判定上增加恣意性，進而提供憲法釋義學上之不確定性外，同時這一評價方式也不見得符合財產權之保護意旨，財產權之保障，第一線即在既存財產狀態之尊重，乃人民對於已擁有生活評價，國家必須給予強度之承認及尊重，非有重大公益事由，不得剝奪、追徵。存續保障，無論取得原因是否不勞而獲，或是否為發展人格所需要，都同等受法秩序尊重，而財產權之社會義務面及個人權利實現相關性，不應提前保護領域之階段進行。反之，財產權所欲實現之合憲目的，除了與生存目的相互結合之情形，也不構成特殊保護領域，而係比例原則操作成層次上斟酌即可充分顧及⁶⁹。

4. 事實上，迄今為止普通法院之實務見解，對於財產權之保護，也無法完全將違法取得或禁止取得之物品加以排除。典型如「黑吃黑」之情形，犯罪行為人強盜其他共同正犯因竊盜或不法原因所取得之財產，同樣也會被評價為刑法第 328 條第 1 項之強盜取財罪⁷⁰。另外，犯罪行為人竊盜或侵占他人所持有之毒品，同樣會被評價為竊盜罪或侵占罪⁷¹。民事

⁶⁸ 薛智仁（2016），評析減免沒收條款，月旦法學雜誌，252 期，頁 68-69。

⁶⁹ 蔡維音（2006），財產權之保障內涵與釋義學結構，成大法學，11 期，頁 56-57。

⁷⁰ 如最高法院 111 年度台上字第 2067 號判決：「原判決綜合卷內相關證據，說明張博翔並未積欠邱仁渲債務，亦未承諾代楊昆諺清償債務。且邱仁渲係因得知張博翔從事詐欺集團「車手」，楊昆諺即為張博翔之上線，乃與葉家泓及上訴人謀議以「黑吃黑」方式強取張博翔財物，得手後並朋分張博翔背包內現金，由上訴人、邱仁渲各分受 1 萬元，餘款 1 萬 8,000 元則由葉家泓取得等情，資以論斷上訴人主觀上確有不法所有意圖，已詳敘其所憑之證據及論斷取捨之理由。」

⁷¹ 如最高法院 108 年度台上字第 3563 號判決：「上訴人梁耀德、黃偉銘（第一審通緝中）均明知愷他命屬毒品危害防制條例第 2 條第 2 項第 3 款所規定之第三級毒品，不得非法販賣，且其等於民國 105 年 8 月 10 日自大陸地區東莞市經海運起運，以電腦散熱器夾帶約 36 公斤之愷他命，係真實姓名年籍不詳綽號「水哥」之成年男子所有，竟於同年 24 日取得上開私運進口之愷他命後，為籌款營救因走私案在馬

實務上，大抵肯認違章建築即使無法保存登記或藉此移轉不動產所有權，甚且有遭行政機關拆除之可能，仍寬認「事實上處分權」之支配、移轉或享有。此外，物權行為如果貫徹物權無因性原則，除非另外採取瑕疵同一性理論，否則受刑法禁止之交易雖然會導致債權行為違反強行禁止規定無效，其物權行為仍得有效為之⁷²。凡此種種，足以顯示一概認為濫用財產權或非法原因取得財產，即構成財產權自始不受保護，顯然是過速之推論。民事法秩序及刑事法秩序上述考量，仍優先評價財產存續狀態之特質，而非一概深入財產持有正當性之問題。財產持有正當性，始終只應是干預門檻高低之問題。例如，反過來看上述案例，黑吃黑之被害人，其先前取得之犯罪所得，也可能是另案作為被告訴追時，應被諭知沒收之對象；用來運送毒品之汽車，不會否認其作為竊盜罪之保護客體，但也不會因為其遭竊，而排除於毒品危害防制條例第 19 條犯罪工具之絕對義務沒收；違章建築之事實上處分權人，也可能是行政機關或者民事法院執行之對象，被沒收或者被排除其持有支配狀態之事實。因此，個別財產狀態源自於非法來源，不會反推而國家法秩序永久否認持有該等財產之人有個案當中有保護財產狀態之必要，更不會因為個案中需要被保護。特別是，涉及經濟犯罪之時，公司本身既有可能是涉及

來西亞被捕之友人林文華，而共同意圖為自己不法所有，基於侵占及販賣第三級毒品以牟利之犯意聯絡，將該愷他命據為己有，並自同年 9 月初某日起至同年 9 月中旬止，接續 6 次，以每公斤約新臺幣（下同）150 萬元之價格，在嘉義地區將共約 15 公斤之愷他命販賣予姓名年籍不詳之某成年男子...經核原判決關於上開部分之事實認定及法律適用，除後述關於是否構成自首及量刑外，尚無違誤。」

⁷² 薛智仁（2016），評析減免沒收條款，月旦法學雜誌，252 期，頁 70。

犯罪之第三人，亦有可能是潛在被害人，是否保護之間，並非非楊即墨。

5. 因此，財產權之干預，仍然應該建立在對於犯罪所得沒收諸般建置加以評估及考察，始能確認本案溯及既往干預憲法財產權保障契合；沒收之公共利益，無法直接內建作為阻卻財產權保護之事由，而是應被憲法基本權及規範誠命所檢驗之對象。

(三) 小結：沒收客體仍具有財產權性質及地位，惟干預門檻及可資干預正當化之公共利益，會因剝奪沒收之理由依據而與一般財產權之保障，有所不同：

1. 聲請人必須再次強調，基於「犯罪所得不值得保有」是合理之刑事政策立法方向，聲請人對此政策理念，敬表贊同。這一政策方向，也是迄今為止評論新法之文獻，無論是認為犯罪所得是刑罰，或者僅是準不當得利衡平措施之學者，均屬於合理之立法目的。
2. 但是，本案聲請之重點，並不單純是「犯罪所得」是否值得保有與否，本案問題核心所在，在於沒有法律規定之情況下，是否可以對過去沒有立法廣泛義務沒收犯罪所得，對該等行為人或第三人之財產，宣稱不值得保有而加以剝奪、限制？這恐怕與對於現行法之沒收政策適用及評估而言，屬於不同層次之問題，應予嚴格區別。沒有人否認做壞事應該接受處罰或非難，但是做壞事時，是否有規定可以處罰或非難，是否可以用未曾於行為時出現過之規定加以處罰、非難，即屬問題所在。

3. 此外，財產權之保護，不應該透過立法者之目的設定及所追求之公共利益內涵而加以界定，這僅能作為判斷基本權干預門檻及正當化依據的審酌因素。

四、關於總額原則部分之議論：

（一）現行法採取總額原則之情形：

1. 學說如鑑定人或國內主流見解倡議總額原則，也為實務見解所接納。如近期最高法院表示：「刑法及相關法令基於「不正利益不應歸犯罪行為人所有」之普世原則，在確定利得直接來自於不法行為，除其得因發還被害人而不予沒收外，此一利得範圍是否扣除成本，學理上雖有「總額原則」與「淨額原則」之分，然 105 年 7 月 1 日施行之刑法第 38 條之 1 之法務部立法說明載敘「依實務多數見解，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」等旨，明白揭示犯罪所得之沒收，係採取學理上之「總額原則」。」⁷³或認為「換言之，為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，而無法預防犯罪，且與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，基於犯罪所得之沒收並非刑罰，性質上屬類似不當得利之衡平措施，採總額原則，不僅使宣告利得沒收於估算數額上成為可行，更可使行為人在犯罪前必須思考承受可罰行為之風險，藉此強調投入非法

⁷³ 最高法院 111 年度台上字第 2674 號判決。

事業的一切投資皆會血本無歸，與剝奪所得主要是為預防犯罪之目的相契合。」⁷⁴均係指向目前主流見解及法務部之立法理由。

2. 而相對總額原則，其是涉及到犯罪所得之客體及範圍，實際上，無論是絕對總額或者相對總額，均不影響對於犯罪成本，應採取不予扣除之立場，其差異僅在認定範圍之寬嚴。

(二) 總額原則及淨額原則是否影響懲罰性質？

1. 德國於 1992 年在犯罪所得沒收制度上，改採總額原則，當時，彼邦學說跟實務對於是否重新界定犯罪所得沒收為刑罰而有爭議。本文出於以下理由，認為總額原則仍然影響犯罪所得沒收之刑罰性質。
2. 以鈞庭言詞辯論時所舉【違法發包案】觀之，A 向公務員 B 行賄 300 萬元，B 違法發包標案給 A，A 因此取得違法標案之利益 1 億元，A 構成違背職務行賄罪，B 構成違背職務收賄罪，依照總額原則之立場，A 應沒收 1 億元（所賺取標案之利益），B 應沒收 300 萬元（所收之賄款），A 不應該扣除其行賄之款項。這樣案例聲請人贊成如此法律適用之結果，但問題就在於，不允許扣除 300 萬元，顯然無法透過不當得利之理由加以釐清。因為，沒收上開款項涉及到的國家對於 A、B 之犯罪所得剝奪，並非 A、B 之間欠缺法律原因之不當得利返還關係。不法原因之給付，其核心觀念，依照民法通

⁷⁴ 最高法院 110 年度台上字第 946 號判決。

說，係認為請求不當得利之人，不得向受領不當得利者請求返還不法原因給付，司法無須協助當事人間介入以排除糾紛，應任由當事人解決⁷⁵。近期文獻指出，不法原因給付不得請求返還，除前述始法院免於聽到不法之主張，也有懲罰說（德國帝國法院）、權利保護拒絕說（德國近期多數及實務見解）、一般預防說（Canaris），但懲罰說（受領人若有較高非難性，為何可以保有給付？）或權利保護說（不法管理之人仍得請求清償費用、契約違反公序良俗而無效仍得拒絕履行），均無法合理說明其合理性，因此，該條款之合理性，在民事法上也受到限制，因為如無法掌握契約所抵觸之公序良俗或禁止規費之意旨，反而將造成不公平之結果⁷⁶。

3. 因此，回到上述【違法發包案】於 A 上述 300 萬元不得扣除而應沒收 1 億元之理由，根本而言不當得利思想，無直接關聯，其目的仍係在於使 A 血本無歸，譴責 A 不當使用原先財產而作為賄賂款項，藉此嚇阻公眾不應隨意交付賄款破壞公務職行之公正性或對於公正性之信賴，更不能存有僥倖認為花出去之成本可以不被剝奪。既然不是 A 向國家主張請求返還 300 萬元，國家對 A 根本無不當得利之問題，而是國家要認定 A 是否有應予以充公之非法財產或利益，事實上，這一觀點只能表達讓行為人保留這筆財產不符合公平正義，

⁷⁵ 劉昭辰（2004），不當得利：第二講 不當得利請求權之排除，月旦法學教室，20 期，頁 41。

⁷⁶ 陳自強（2021），不法原因給付，月旦法學雜誌，311 期，頁 132-154。

並且借鏡不當得利制度之理念，但終局而言，仍須回歸至其犯罪所得沒收之返還結構。由上述例子也可以知道，無被害人之國家、社會法益犯罪，也沒有特別強制回復財產分配狀態之屬性，反而是剝奪財產以打擊犯罪，才是上述類型沒收之制度目的所在⁷⁷。一如謝煜偉教授所指出，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⁷⁸。

4. 因此，薛智仁教授、Saliger 教授即主張，此一情形如不將犯罪所得沒收理解為刑罰以罪責原則加以保障，避免被沒收人淪為追求一般預防之純粹工具⁷⁹。Esser 及 Schuster 同樣認為這種淨利以外使被沒收者血本無歸之作法，應認係刑罰⁸⁰。Hans Theile 主張，由於總額原則之適用，犯罪所得沒收應有罪責原則之拘束，即聯結犯行不僅構成要件該當而違法，且必須具備有責性，如果欠缺有責性，則應該考慮適用淨額原則⁸¹。量刑上也必須將沒收效果納入考量⁸²。即便德國修法之後，Hans Theile 認為，有鑑於德國制裁系統之多軌結構，無法透過模糊而不具有意義之術語，如「不具刑罰性質之特別措施

⁷⁷ 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 1337。

⁷⁸ 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。

⁷⁹ 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；Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, (Hrsg.) Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, Vor §§73ff., Rn. 5.

⁸⁰ Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, Vor §§73ff., Rn. 17.

⁸¹ Theile, Grundprobleme der strafrechtlichen Verfallsvorschriften nach den §§ 73 ff. StGB, ZJS, 2011, S. 334.

⁸² Gebauer, Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, ZRP, 2016, S. 101.

(eine „Maßnahme sui generis“ ohne Strafcharakter)」，掩蓋法律性質之問題，仍應肯認犯罪所得沒收具有刑罰性質，並應依照刑罰之實體要求加以衡量⁸³。特別是，如薛智仁教授所主張，總額原則使犯罪所得沒收具有刑罰類似性，只是在強調其所造成的財產惡害應受罪責原則拘束，量刑時應該一併考量被沒收人承受之主刑，必要時應該降低主刑以防止被沒收人承受超出罪責的惡害，而不是任由行為人自行決定刑罰程度⁸⁴。

五、總結本補充言詞辯論意旨書之結論：

- 犯罪所得沒收之規定，其中涉及不利於犯罪行為人或第三人部分，因刑法第 2 條第 2 項規定，而溯及既往至 105 年 7 月 1 日修正前之犯罪事實，乃真正溯及既往而非不真正溯及既往（上述一）。
- 犯罪所得沒收在現行法下，必須透過定罪、量刑程序及適用執行程序綜合觀察，始能超越立法者而居於憲法之角度，確認其性質，此由前述歐洲人權法院之案例法（上述二、四）。而其性質應屬憲法罪刑法定原則所涵蓋之刑罰。
- 信賴保護原則，涉及到沒收客體之財產屬性之問題（上述三），從基本權保障範圍之界定及歐洲人權法院審查「對財產使用之控制」，仍然應

⁸³ Theile, Die strafrechtliche Einziehung von Taterträgen sowie des Wertes von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB – Teil I, JA 2020, S. 3f.

⁸⁴ 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 1068。

受合理限制來看，仍無法從立法目的否定財產權屬性，而是應將犯罪所得之目的，放置在財產權之保障強度及公益衡量角度觀察。

末以，聲請人必須再次強調，犯罪所得沒收之改革，是立法改革時重要方向。同時無論是基於預防觀點、使犯罪行為人血本無歸之觀點或者導正財產分配秩序，均屬合理之目的。但是，本件聲請案重點，便在於此類案件，是否能夠透過刑法第 2 條第 2 項一概溯及而適用於修正施行前之事實。立法者於 105 年 7 月 1 日以後，基於特別法犯罪剝奪犯罪所得之必要性，仍有持續增訂新的沒收條款，如引入比較法上之非定罪之擴大沒收制度（毒品危害防制條例第 19 條第 3 項、洗錢防制法第 18 條第 2 項）。目前已經有部分舊法時期之案例，適用上述沒收規定，如臺灣高等法院高雄分院刑事判決 110 年度上訴字第 758 號、第 759 號判決⁸⁵。此一結果，誠如鑑定人林超駿教授所言：刑法第 2 條第 2 項規定將使「**裁判時法規定，不是僅單次溯及而已，而是可以永無止境地溯及，即只要一有新法出現，得毫無保留地對已發生之行為或已屬法院之案件適用**」，值得贊同。

立法者於 105 年 7 月 1 日之後，形同發放沒收免費通行證，一概使所有沒收條款（於本案聲請標的之外，尚且包含違禁物沒收、犯罪工具沒收或特

⁸⁵ 判決理由：是依前揭意旨，可知刑法於 104 年 12 月 30 日修正公布之第 2 條第 2 項已定性沒收為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，並明確規範沒收應適用裁判時之法律。而被告 2 人行為後，毒品危害防制條例於 109 年 1 月 15 日公布增訂第 19 條第 3 項：「犯第 4 條至第 9 條、第 12 條、第 13 條或第 14 條第 1 項、第 2 項之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前二項規定以外之財物或財產上利益，係取自其他違法行為所得者，沒收之」，並於公布後 6 個月即 109 年 7 月 15 日起生效施行。考諸上開增訂之內容乃屬一沒收規定，且因該條例就此項之適用時點並無特別規定，故依刑法第 11 條規定，此項適用之時點自應回歸刑法總則之沒收相關規定，亦即應依刑法第 2 條第 2 項適用裁判時即現行有效之法律，且無庸為新、舊法之比較。

別法當之關聯客體沒收及擴大沒收)，直接影響過去所有發生之案件。那麼，立法者無法增訂民事沒收或行政沒收制度，來滿足比較法上較不認為係干預或懲罰被告之類型時，則可以透過強而有力之刑法規範長驅直入，似乎並非危言聳聽。

法治國所賴以維基之憲法干預財產權、對於刑罰或相似刑事制裁之憲法規範誠命及拘束，於此情形下，是否能繼續持存，恐怕無法保證。聲請人不想妄加揣測立法者是否會持續藉此方式通過不利於被告或第三人之沒收立法。但是，法治國原則之維持，並非單純立法者一念之間而得以維繫，而係透過分權之行政、立法、司法以維持制衡，始能維持不敗之地。

本案屬於法治國罪刑法定原則、信賴保護原則及法律不溯及既往原則之試金石，憲法法庭作為法治國之拱心石及憲法保衛者，懇請鈞庭將刑法第 2 條第 2 項規定宣告違憲而立即失效，並宣示諭知沒收規定應適用刑法第 2 條第 1 項之行為時法，以維護法治國。

中 華 民 國 1 1 1 年 7 月 2 6 日

具狀人：臺灣花蓮地方法院樂股法官

林育賢

附件一：Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights- Protection of property.

附件二：Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights- No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty.

附件三：ECHR, Confiscation of land over unlawful site development: violations of Convention, 28.06.2018.