

專家諮詢意見書

案號： 會台 字第 13664 號

專家學者、機關或團體 姓名或名稱：林超駿

身分證明文件字號：

住(居)所、所在地、事務所或營業所：

電話： 傳真：

電子郵件位址：

送達代收人：

送達處所：

機關/團體代表人 姓名：

身分證明文件字號：

稱謂/職業：

住所或居所：

電話： 傳真：

電子郵件位址：

1 為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

2 **應揭露事項**

3 一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其
4 代理人有分工或合作關係。

5 二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其
6 代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

7 三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

8 **專業意見或資料**

9 一、無

10 二、無

11 三、無

12

13

14 **附屬文件之名稱及其件數**

文件編號	文件名稱或內容	備註

15

16

17 **此致**

18 **憲法法庭 公鑒**

19

20 中華民國 111 年 7 月 12 日

21

具狀人 林超駿 (簽名蓋章)

22

撰狀人 (簽名蓋章)

23

24

沒收適用裁判時法規定之合憲性分析

林超駿

(臺北大學法律學系教授)

個人深感榮幸受憲法法庭之邀請，以專家學者身分，參加本次會台字第13664號釋憲聲請案之言詞辯論，提供淺見以為參酌，對此，謹先表示謝忱！

壹、前言

2015年刑法沒收制度之巨幅翻修，從事後風起雲湧各類文獻出現之角度看，的確是極其罕見之場景，無論如論者所稱，此係我國沒收法制百年之變革，抑或係百年未有之變革，基本上，皆是我國法之進程上所罕見。而此次沒收法制之修正，既係追隨國際潮流，以無人得因犯罪而獲利為基調，藉由擴大沒收之對象、範圍，諸如引進利得沒收、第三人沒收以及單獨沒收等等新法制，強化沒收之功能，對此，吾人當然深表贊同。

事實上，如從與先進國家法制並駕齊驅之觀點看，此次修法當然有其必要性。以2015年沒收法制之兩項主要變革來看，一是將沒收從刑罰改為非刑罰，以及二是引進學理上所稱之利得沒收角度看，我國在2015年修法之前，恐已落後先進國家甚多，¹除落後本次修法所師法對象之德國法²外，更是瞠乎本意見書相關論述主要參考之美國法之後，不足之處恐不在少數。以所謂民事沒收（或非刑罰性質之沒收）為例，美國早自獨立之後即存在，且當今之運作仍方興未艾，³雖然

¹ 有學者將歐洲國家沒收法制之發展區分為四階段，即正規刑事沒收（regular criminal confiscation）、擴張刑事沒收（extended criminal confiscation）、非定罪沒收（non-conviction based confiscation）以及財產來源不明機制（unexplained wealth mechanism），請參見：Johan Boucht, *Asset Confiscation in Europe – Past, Present, and Future Challenges*, 26(2) JOURNAL OF FINANCIAL CRIME 526, 529-534 (2019). 美國法之情形則大異於歐洲，如以下第參、二段之分析，美國係先有長達迄今兩百多年之民事沒收，於1970年始方有刑事沒收。

² 有關德國新沒收法制研究文獻甚夥，代表著作可參考：林鈺雄，2020年刑事程序法裁判回顧：沒收新制之實務發展觀察，國立臺灣大學法學論叢第50卷特刊，2021年11月；林鈺雄，洗錢擴大利得沒收制度，國立臺灣大學法學論叢第49卷第2期，2020年6月；林鈺雄，洗錢擴大利得沒收之審查體系，月旦刑事法評論第11期，2018年12月；林鈺雄，利得沒收新法之審查體系與解釋適用，月旦法學第251期，2016年2月；林鈺雄，利得沒收之法律性質與審查體系—兼論立法展望，月旦法學第238期，2015年2月。

³ 國內學者研究美國沒收法制之文獻雖較少，但仍有一定數量，且在早近二十年前，便有研究文獻者，相關文獻依據出現時間之先後順序，約略如下：朱富美，由美國民事財產沒收制論反毒作為之新思考，日新半年刊第7期，2006年11月；吳協展，美國犯罪所得民事沒收法制之介紹，檢察新論第6期，2009年7月；陳雅馨，由美國量刑程序談刑事沒收制度，檢察新論第6期，2009年7月；林輝煌，建構有效打擊利得犯罪法制——美國「民事沒收充公」制度之借鏡，法學叢刊第57卷第2期，2012年4月；李榮耕，犯罪所得資產的沒收——以美國民事沒收制度為借鏡，輔仁法學第49期，2015年6月；呂倩茹，論我國沒收新制——美國沒收法制之借鏡與啟發，法令月刊第68卷

1 不乏批評或檢討之聲浪⁴；至於就所謂利得沒收言，美國法則是早自1978年進入民
2 事沒收相關之實證法律規定中。⁵是故，對於一部已落後主要國家法制三、四十年
3 之法律，當然有修法之必要。

4

5 不過，所謂魔鬼藏在細節，特定制度之良法美意，仍有賴具體立法之實現，
6 立法內容之良窳與否，可能還是落實特定法制宗旨之關鍵。本次言詞辯論之標
7 的，即將立法者定性為非刑罰之利得沒收，適用刑法第二條第二項裁判時法規定
8 之合憲性問題，或許便是此種縮影，先前也已有諸多學者撰文提出探討，⁶而本文
9 也是在此研究基礎上，對於本釋憲案系爭問題做分析。

10

11 一、本意見書主要論點

12 基本上，本意見書以為，對於此一規定之合憲性探討，或可從以下五層次從
13 事，其中前兩段係分別對罪刑法定原則以及沒收之屬性問題提出釐清，後三段則
14 是提出本意見書所以為，三種有關刑法第二條第二項規定違憲宣告之態樣：

15

16 第一，先就裁判時法之規定言，非刑事法律雖不適用罪刑法定原則，或者是
17 因非刑事法律有較大之溯及空間，但不等同必須或僅能適用裁判時法，何況在比
18 較憲法學理下，憲法位階罪刑法定原則之適用範圍，及於非刑事但具懲罰性之措
19 施、舉措。

20

21 第二，再就當下我國沒收法制定性為非刑罰言，基本上恐忽視比較法上沒收
22 法制之複雜性。以首先發展出民事沒收法制之美國法為例，不僅同樣之沒收類
23 型，在該國刑事與民事程序上有不同定性，民事沒收更依類型以及議題之不同而
24 分類，顯非僅是沒收非屬刑罰一語所能概括者。更何況，在現行法制下除違禁

第1期，2017年1月；簡士淳，犯罪資產沒收之法制架構與實務觀察——以美國聯邦與加州沒收制度作為反思契機，月旦法學第265期，2017年6月。

⁴ Note, *How Crime Pays: The Unconstitutionality of Modern Civil Asset Forfeiture as a Tool of Criminal Law Enforcement*, 131 HARV. L. REV. 2387(2018).

⁵ STEFAN D. CASSELLA, *ASSET FORFEITURE LAW IN THE UNITED STATES* 48 (2022).

⁶ 支持刑法第二條第二項之立法者，如：王士帆，2017年德國沒收新法—從新原則與裁判安定性，司法周刊第1863期，2017年8月；陳重言，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，月旦法學第254期，2016年7月；陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，月旦裁判時報第48期，2016年6月；陳信安，刑法沒收專欄—沒收新法實例系列5，新修刑法第2條第2項規定之釋疑（二），法務通訊第2798期，2016年5月；陳信安，刑法沒收專欄—沒收新法實例系列5，新修刑法第2條第2項規定之釋疑（一），法務通訊第2797期，2016年4月。反對刑法第二條第二項之立法者，如：薛智仁，刑事沒收制度之現代化—2015沒收實體法之立法疑義，國立臺灣大學法學論叢第47卷3期，2018年9月；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卷第6期，2017年6月；曾淑瑜，論修正前後沒收轉型之爭議，司法新聲第120期，2016年10月；朱石炎，評述刑法第二條第二項之修正—質疑修正沒收關於時之效力，司法周刊第1782期，2016年1月。

1 物、犯罪工具以及利得沒收之區分外，更可得區分為被告、第三人沒收以及單獨
2 宣告等三種程序，而依據比較憲法學之學理，沒收之性質是得視其類型與所處程
3 序之不同而做區別者。

4

5 第三，既然非刑罰之沒收性質有再為區別之必要，為解決本案之爭議，有必
6 要跳脫立法者對沒收之定性，而由釋憲者建構準據以為判斷。參酌美國與歐洲人
7 權法院所採用之判準，本意見書以為現行法制對被告之利得沒收，恐難以完全切
8 斷刑罰之屬性；至於現行法制下對第三人之利得沒收，可能屬懲罰性（punitive）
9 而非矯正性（remedial），故無論對被告抑或第三人言，恐仍皆有罪刑法定原則之
10 適用。

11

12 第四，退一步言，即便對被告或第三人於現行法下之利得沒收，於現行法制
13 下評價為矯正性，此一裁判時法之規定，如與德國以及美國法相較，似完全無視
14 已發生或已繫屬法院案件被告、第三人之權利，新法溯及適用之結果，造成此等
15 被告、第三人無法適時善用本得主張之權利或是本得利用之程序上機制，因而有
16 侵害被告、第三人之憲法信賴保護原則之可能性。

17

18 第五，最後，系爭裁判時法之實質，等同是法律效力以溯及為原則，更牴觸
19 權力分立下立法，至少是實體性法律，以不溯及（anti-retroactivity）之向未來發
20 生效力（presumed to be prospective）之原則，且或許最值得注意的是，更恐在日
21 後沒收修法時，經由裁判時法之規定下，形成實質上個案立法，造成憲法學理上
22 司法違憲審查制度最應介入之場景，故系爭刑法第二條第二項之規定不免有違憲
23 之虞。

24

25 以下便以五段，對於上述五項淺見做進一步申論，不過，在這之前，有必要
26 先說明一下本意見書幾個比較重要之用語。

27

28 二、用語說明

29 由於刑法第二條第二項之立法理由，將沒收定性為非刑罰，為方便說明特定
30 沒收與刑罰有別，本文有些脈絡直接以民事沒收（civil forfeiture）替代，雖然在
31 概念上二者可能不完全一致。

32

33 貳、從憲法觀點，非刑罰沒收適用裁判時法之三項基本問題

34 在新刑法第二條第二項：「沒收……適用裁判時之法律」之規定下，之所以
35 說，不再有罪刑法定原則之適用，其實是基於兩項理論之預設。一是立法說明中

1 第一項理由所明示者，修法後之沒收不再具備刑罰性質⁷；二則是立法說明中未論
2 及，似認為應屬想當然爾者，即罪刑法定原則之適用對象僅限於刑罰，所以只要
3 沒收不再是刑罰，即可規避罪刑法定原則之適用。然從憲法學理上看，並非如
4 此。其一，沒收即便屬非刑罰而無罪刑法定原則之適用，並不同須採裁判時
5 法；二是，非（刑罰）刑事法律雖有較大之合憲溯及空間，但不意味著非刑事法
6 律須得以溯及為原則；三是憲法位階之罪刑法定原則，及於非刑事但具懲罰性之
7 措施、處分，所以，即便是所謂非刑罰之利得沒收，只要評價上具懲罰性，依然
8 有適用罪刑法定原則之可能性。

9

10 一、不適用罪刑法定原則不同於須採裁判時法

11 首先在上述刑法第二條第二項之立法說明，似乎是唯一闡釋新法中之沒收法
12 制，為何無罪刑法定原則適用之理由，即係因沒收不再具刑罰性質。但問題是，
13 即便是屬非刑罰之規範，諸如一般民事之規範，並不意味著當法律規範變動之
14 際，即可採或須採從新原則，即須採裁判時法，還有其他諸多多不同規定方式之
15 可能性。比如說，本次我國沒收法制不採罪刑法定原則之目的，如係為使新法律
16 得以適用至特定案件的話，為何不採以適用行為時法為原則之作法，即從舊原
17 則，但對例外溯及部分特為規定，比如說，採以下第伍段所介紹德、美兩國之作
18 法，一方面明確規範新法施行之起點，另一方面明確表是准許溯及之範圍。

19

20 二、非刑事法律雖有較大合憲溯及空間，但不等同須以溯及為原則

21 其次，與刑事法規範不同，無論是所謂真正溯及，抑或是真正不溯及，非刑
22 事法律是有較大允許溯及效力之空間，所以向來在合憲性之問題判斷上，各國憲
23 法院似皆給予較大之空間。但問題是，非刑事法律效力之溯及，即便較能通過
24 合憲性之判準，但非刑事法律效力之溯及，畢竟還是例外，不是原則。但在所謂
25 裁判時法下，即當法律發生變動，行為時與裁判時之法律不同時，在裁判時法之
26 規定下，等同是必用新法，一旦必用新法，亦等同於法律之效力必然溯及，如此
27 一來，不啻等同法律之效力改為以溯及為原則。

28

29 三、憲法位階罪刑法定原則之適用，得及於非刑事但具懲罰性之規定

⁷ 2015年刑法第二條第二項之修法理由，依據該次修法之立法說明，主要是基於以下四項理由：
一是強調本次修法已將沒收以專章規定，係定性為刑罰、保安處分以外之法律效果，即定性沒收
不再具刑罰性質，故無罪刑法定原則之適用，同時也無適用行為時法之必要。二是基於任何人
不得因犯罪而獲利之原則，犯罪所得本就不應屬犯罪行為人財產之一部，不應受財產權之保障，故
法制上自有回復財產秩序之必要。三是德國一九七五年針對刑法新增利得沒收，於刑法施行法第
三零七條中之規定，原則上係適用裁判時法，而德國憲法法院並未為違憲宣告，是有其前例可
循。四是依據釋字第五二五號解釋，犯罪所得之持有人並無信賴保護原則之適用，故得適用裁判
時法。

1 最後，以沒收轉變為非刑罰，從而即無罪刑法定原則適用之論述，可能忽視
2 了比較法上，就憲法罪刑法定原則之一項重要共通之內涵言，憲法罪刑法定原則
3 之適用範圍，並不限於刑罰。

4

5 (一) 美國憲法 *ex post facto* 條款下所界定之罪刑法定原則範圍

6 相對於我國憲法對於罪刑法定原則並未有明文規定，美國憲法則是在第一條
7 第九項第三句，明文規定不得制定溯及既往法律（No State shall..... pass *ex post*
8 *facto* law.....），也就是俗稱之 *ex post facto* 條款。而對於此一 *ex post facto* 條款之
9 內涵，有幸的是在美國行憲後未幾，美國最高法院即於 *Calder v. Bull*⁸ 乙案中表示
10 過意見，依據美國最高法院見解，*ex post facto* 條款所禁止之立法，主要有以下四
11 種情形：一是凡使先前屬無辜行為變為有罪且處罰此既成行為之法律，二是凡加
12 重既成行為罪責之法律，三是凡改變對既成行為之刑罰或加重刑罰之法律，四是
13 改變證據規則使得以較少或不同證詞即能對既成行為定罪之法律。

14

15 雖然，在 *Calder v. Bull* 乙案中，最高法院之用語係罪犯（criminals）、犯罪
16 （crime）等語，但美國最高法院在日後的運作上，實際上是將本條款擴張適用至
17 本質上非屬刑事但具懲罰性質之案件，甚至是本質上非屬刑事案件但結果加重刑
18 罰之執行者。最早同時也是最具有代表性之案例，是一八六七年的 *Cummings v.*
19 *Missouri* 乙案，在該案中美國最高法院強調，美國憲法 *ex post facto* 條款中懲罰
20 （punishment）之意義，並不僅限於生命、自由及財產之剝奪，更及於政治、市
21 民權利剝奪等實際上之懲罰（in effect punishments），⁹此一見解可謂是美國憲法罪
22 刑法定原則適用內涵範圍之表徵。

23

24 是以，在此之簡單歸納是，美國憲法罪刑法定原則之適用範圍，係以懲罰性
25 與非懲罰性（non-punitive）而非以民事（civil）與刑事（criminal）作為區別基
26 礎。從而上述刑法第二條第二項立法理由，以沒收係非刑罰故得採裁判時法之論
27 述，因忽視非刑罰之部分類型仍有罪刑法定原則適用之可能，便恐非自然之理。
28 此外，從國內學者有關德國憲法罪刑法定原則內涵之介紹，¹⁰似乎亦然。是故，
29 比較法上憲法位階罪刑法定原則之內涵，似乎不似刑法第二條第二項立法理由預
30 設之狹隘，當可概見。

31

32 (二) 我國釋字第三八四號解釋再探

⁸ 3 US 386 (1798).

⁹ 71 US 277, 322 (1867).

¹⁰ 張志偉，註6引文，頁5-7。

1 其實，我國法實質上就憲法罪刑法定原則之內涵，亦是採取類似上述美國及
2 德國法之見解。在 大院似乎是迄今僅有之一次，提及罪刑法定原則之釋字第三
3 八四號解釋中，雖未對罪刑法定之內涵，或是罪刑法定原則適用範圍等，有所著
4 墨，但值得注意的是，由於該號解釋之釋憲標的，即先前檢肅流氓條例中之諸多
5 規定，故在解釋文中即開宗明義稱，「不問其是否屬於刑事被告之身分」，皆有實
6 質正當程序之保障，是本號解釋所揭示諸多包括罪刑法定在內之原則，皆是以適
7 用至非刑事被告為前提。

8

9 是故，大法官雖在釋字第三八四號解釋中，未明文宣示我國憲法位階罪刑法
10 定原則之適用範圍，但從本號解釋之脈絡看，幾乎可說是無疑地，罪刑法定原則
11 亦適用至非刑事被告。如以此為然，則我國法至少在釋字第三八四號解釋之後，
12 憲法罪刑法定原則之適用範圍，便當然及於刑罰以外之措施、處分，如此一來，
13 一方面我國法其實與上述美國法若合符節，同時在另一方面，本案系爭刑法第二
14 條第二項為明示之立法預設，即罪刑法定原則只適用至刑罰，在當時（2015年）
15 立法之際，恐是不存在的。

16

17 參、從憲法觀點，沒收之屬性得為細緻分類非僅單一類型

18 刑法第二條第二項沒收適用裁判時法規定之合憲性判斷，除須釐清上述裁判
19 時法以及罪刑法定原則之內涵外，一個同樣重要也有待釐清之議題是，沒收之屬
20 性究竟為何？依據立法說明，現行法制下沒收之性質，不再是刑罰，同時也非保
21 安處分，如上提及者，這也是立法說明稱沒收不再適用罪刑法定原則之關鍵所
22 在。但問題是，在強調沒收屬非刑罰之際，難道意味著沒收之屬性僅此一家，不
23 能有其他之分類？然所謂非刑罰之概念何其廣也，難道不能再予以細分？對此，
24 其實無論是歐洲人權法院判決，抑或是美國法，特別是從憲法位階看，似皆不以
25 此為然。以歐洲人權法院之判決言，沒收之概念絕對有刑罰與非刑罰之分（請詳
26 見以下第肆段之分析），就美國法言，除實證法上刑罰性質之沒收與非刑罰性之
27 沒收得併存外，非刑罰沒收，即美國法上所稱之民事沒收，更從憲法位階將沒收
28 區分為懲罰性與矯正性之民事沒收，足見刑法第二條第二項立法說明稱沒收為非
29 刑罰者，如此斬釘截鐵之定性，似為比較法上所罕見。而比較法上沒收之定性之
30 所以如此多元，關鍵在於釋憲者對於法律概念之決定，不受立法者所支配。以下
31 便從釋憲者為何必須超越立法者之藩籬，對於特定概念自為定性之理由談起，之
32 後，再介紹類型複雜之美國民事沒收法制。

33

34 一、釋憲者須超越立法者有關沒收定性之理由

35 從歷來無論是歐洲人權法院判決，抑或是美國最高法院判決，在在顯示了在

1 合憲性之判斷上，釋憲者本就不必然受立法者對問題定性之拘束，比如說，審查
2 標準理論中之立法目的審查，即是為達此之工具之一。是以，即便是如我國採單
3 一沒收法制之國家，沒收之性質是否當如立法者所言，便非如此。舉例言，歐洲
4 人權法院在處理此類問題之態度便是如此，強調在處理特定內國法規範是否屬刑
5 罰或刑事問題之判斷上，是一種自主概念（*autonomous concept*），即不受內國法
6 諸如用語之等等束縛。其實，美國法為解決個案系爭法律規定是否涉及刑罰或懲
7 罰性之措施，亦復如是。美國最高法院迄今至少發展出以下幾組對立之概念：民
8 事與刑事、懲罰性與非懲罰性、懲罰性與預防性（*preventive*）、懲罰性與管制性
9 （*regulatory*）以及懲罰性與矯正性等等。與此種對比概念相呼應者，美國最高法
10 院甚至曾表示，特定之法律規範是否具刑罰屬性，應從該法律規範之架構與歷史
11 之脈絡上去探求。

12

13 是以，既然已到合憲性之判斷，立法者原意並不能拘束釋憲者。不過挑戰
14 是，釋憲者須建立一定之判準，方能決定同樣之概念，為何在不同之情況下性質
15 得有所不同，對於此一問題，曾在第肆段利用歐洲人權法院之 *Welch v. United*
16 *Kingdom* 乙案所建構之五項判準，再做討論。

17

18 二、美國法所呈現沒收法定性之複雜面

19 接著，再探討刑法第二條第二項明示之預設，即立法說明所稱沒收非屬刑罰
20 者。對於如此沒收之定性，美國法以長久民事沒收之經驗，至少可提供吾人三項
21 思考：其一，美國自立國伊始，即有民事沒收，但美國最高法院於十九世紀時即
22 稱，民事沒收實具準刑事（*quasi-criminal*）性質；二是美國遲至一九七零年方發
23 展出刑事沒收，之後與民事沒收並存，說明沒收之屬性不是非楊即墨之選擇；三
24 是自一九九零年代後，美國最高法院基於各類憲法議題之需要，對不同沒收類型
25 在不同議題上做定性，美國民事沒收態樣之多樣之複雜，當非沒收非屬刑罰一語
26 所可究竟。

27

28 （一）美國自獨立之初即有民事沒收，但向來被認具準刑事性質

29 如果說 2015 年我國沒收修法之重中之重，係將沒收之定性從刑罰，即過往
30 所謂從刑之概念，質變為非刑罰者，則從比較法之角度看，自不能忽略最早以非
31 刑事程序進行沒收之法制，即美國之民事沒收法制。依據一般之說法，美國於獨
32 立後，基於種種理由，在沒收法制上與傳統英國普通法分道揚鑣，沒收程序僅限
33 對物（*in rem*）訴訟，也就是迄今一般俗稱之民事沒收。然重點是，此一以物為
34 對造之民事沒收制度，雖名為民事，但在最高法院眼中並非如此，早於十九世

1 紀，在具指標性之 *Boyd v. United States*¹¹ 乙案中，美國最高法院便言明：「……此
2 一沒收程序雖外觀上看似民事，本質上卻是刑事……」（*may be civil in form, are in*
3 *their nature criminal*），¹²接著更進一步闡釋，基於此一準刑事程序之性質，被沒收
4 物之所有權人得主張美憲增修條文第五條之不自證己罪。

5
6 此處之重點是，民事沒收固然不是刑罰，但若依據美國最高法院之見解本質
7 上具準刑事性，則不啻意味著民事沒收可以具備懲罰性質，而一旦具備懲罰性
8 質，即使非刑罰，自有罪刑法定原則之適用。

9 10 **（二）美國法自一九七零年後方有刑事沒收，與民事沒收不但併存且不互斥**

11 刑法第二條第二項之立法說明，之所以強調我國新制下沒收已非刑罰，恐係
12 基於另一項預設，即沒收只能在刑罰與非刑罰間擇一，然從美國法之角度看，絕
13 非如此。如上所言，美國自獨立之後即有此民事沒收法制，如此獨大之場景，一
14 直要到一九七零年著名之 RICO 法（組織犯罪防制條例）制定後，方有所變化。
15 在 RICO 法下，該國首次出現以對人訴訟（*in personam*）為目標之刑事沒收
16 （*criminal forfeiture*）法制，在2000年 CAFRA（*Civil Forfeiture Reform Act*）法
17 中，甚至允許當民事沒收程序發動後，得變轉為刑事沒收程序。¹³

18 19 **（三）一九九零年代之後，民事沒收更在不同憲法議題上確立懲罰性與矯正性區** 20 **分**

21 美國沒收法制性質之複雜性，尚不僅止於此，除刑罰與非刑罰沒收併存之現
22 象外，同樣值得注意之處或許是，從一九九零年代以降，仍方興未艾之議題是，
23 民事沒收在不同憲法議題下，以區別懲罰性與矯正性之類型而為處理。

24
25 亦即，美國法當下之非刑罰沒收，或是該國法所稱之民事沒收，並非僅是單
26 一類型，依據美國最高法院之見解，或是以沒收態樣之不同，即違禁物
27 （*contraband*）、促進犯罪財產（*facilitating property*）以及犯罪利得等，而做區
28 分；或是以美國憲法不同增修條文之適用對象，如第五增修條文之禁止雙重危險
29 原則（*double jeopardy*）、第八增修條文之罪刑相當原則等，區分沒收之性質為懲
30 罰性或矯正性，而為問題之處理。依據時間先後順序，最高法院已在下列問題對
31 沒收之屬性，表示過意見：

32

¹¹ 116 US 616 (1886).

¹² *Id.* at 634.

¹³ 28 USC §2461(c).

1 首先，有關違禁物之沒收，基本上屬矯正性質¹⁴；其次，有關促進犯罪財產
2 之沒收，係屬憲法第八增修條文意義下之懲罰，或是至少具部分懲罰性（partly
3 punitive）以及部分具矯正性（partly remedial），即在促進犯罪財產沒收之類型，
4 有憲法第八增修條文之罪刑相當原則適用¹⁵；最後，有關沒收有無禁止雙重危險
5 適用之問題，再次在有關促進犯罪財產沒收所引發之問題上，美國最高法院以為
6 此時此種沒收，並非禁止雙重危險原則意義下之懲罰，故如果被告先獲判刑，之
7 後其所擁有之財產依據民事程序進行沒收，是不違憲的。¹⁶

8

9 至於本釋憲案之標的，即民事之利得沒收之性質，美國最高法院雖尚未表示
10 過意見，但或許可以透過迂迴之方式，推論出美國法界對於民事利得沒收性質之
11 看法。關鍵在於美國最高法院在1997年之 *United States v. Bajakajian* 案件中（詳以
12 下第肆、一、（二）段之分析），為解決該案系爭沒收類型有無罪刑相當原則適用
13 之問題，同時立論所有刑事程序之沒收，皆屬刑罰，如此不僅是呼應實證法之規
14 定，同時亦確立刑事之利得沒收當然是刑罰之一部，但問題是民事利得沒收之性
15 質又如何？就在本案出現後之三年內，因美國國會制定的上述2000年施行之
16 CAFRA 法，在該法中明文規定，民事之包含利得沒收在內之各類沒收，皆有美
17 憲第八增修條文罪刑相當原則之適用，¹⁷此時當然之推論，民事利得沒收既得主
18 張罪刑相當，則自當然已具懲罰之性質為前提。

19

20 三、小結

21 綜上所述，從憲法之角度看，有關特定法律概念之定性，釋憲者得不受立法者
22 之拘束，得超越立法者而為進一步分類，而從美國法之經驗看，美國最高法院對
23 該國沒收法制做了極為細緻之分類，有相當值得借鏡之處。但到底美國最高法院
24 未曾直接就沒收，或至少未就利得沒收於該國罪刑法定原則之適用上，表示過意
25 見，因而有必要另闢蹊徑以為分析。是以，以下便在憲法角度下，沒收之屬性並
26 非單一為基礎，嘗試從三個角度切入，論述刑法第二條第二項之規定，可能違憲
27 之處。

28

29 肆、從憲法觀點，依附刑事程序之利得沒收恐仍屬刑罰（被告）或具懲罰性（第 30 三人）

31 上述美國法有關民事沒收針對沒收類型、針對不同憲法議題等，所為複雜之
32 分類，法理上雖當然有其共通性，是有較多美國法之特色。相對於此，後發之美

¹⁴ *One Plymouth Sedan v. Pennsylvania*, 380 US 693, 699 (1965).

¹⁵ *Austin v. United States*, 509 US 602, 614-618 (1993).

¹⁶ *United States v. Ursery*, 518 US 267, 288-292 (1996).

¹⁷ 18 USC §983(g).

1 國刑事沒收制度，或許較美國民事沒收制度更近似他國法制（至少是就被告沒收
2 部分言），特別是美國刑事沒收法制之理論基礎，其實與對本釋憲案有相當參考
3 價值之三份歐洲人權法院判決中之論述，相互輝映。當沒收之對象是被告財產
4 時，美國刑事沒收法制與歐洲人權法院之共通見解似乎是，只要該沒收係依附在
5 被告本案審理之刑事訴訟程序時，且被告最終獲有罪判決，即便是利得沒收，該
6 沒收不再具矯正性，亦不具懲罰性，而根本是屬刑罰之一部，而一旦是屬刑罰，
7 自有罪刑法定原則之適用；而當沒收之對象是第三人時，就美國法言則非刑罰之
8 一部，就歐洲人權法院言則須藉由個案沒收法制架構整體判斷，不同案件中，有
9 認為屬刑罰、懲罰（penalty）者，有認為非屬刑罰者。

10

11 一、就被告之利得沒收言

12 依據前兩段之分析，已明瞭民事沒收可能因具懲罰性，故有罪刑法定原則之
13 適用。但有關沒收性質之分類，尚未就此終結，此因，從憲法觀點尚存有可能
14 性，是否可將利得沒收定性為刑罰者？美國刑事沒收法制便是其中適例之一。

15

16 （一）特徵：所有刑事程序之沒收皆屬刑罰之一部

17 相對於民事沒收之場合，美國最高法院一方面從憲法角度區分違禁物、促進
18 犯罪財產以及犯罪利得三種沒收之性質，另一方面又視不同憲法議題而做區別，
19 比如說，同樣是促進犯罪財產之沒收，在憲法第八條罪刑相當原則下具懲罰性，
20 但在憲法第五條禁止雙重危險原則下，即僅具矯正性，如上所言，態樣極其複
21 雜。但是在刑事沒收之場合，則有關沒收定性之問題就簡單得多，即刑事訴訟規
22 則第 32.2 條第 a 項中明定沒收係屬處刑之一部（part of sentence），易言之，此時
23 即便是沒收類型最具矯正性質之利得沒收，仍屬刑罰之一部。

24

25 （二）可能之理論基礎

26 對於如此同樣類型沒收，如利得沒收，只因處理之程序之不同，便可能從矯
27 正性之非刑罰轉變為一般之刑罰，其理論基礎究竟何在？美國法界或許以為此屬
28 理之當然，未見太多之申論。一個或許可作為理論基礎者，是美國最高法院在
29 *United States v. Bajakajian*¹⁸乙案中，因出境時未將隨身攜帶之全數現金如實申
30 報，而被沒收（在我國法稱沒入）時，可否主張憲法第八條罪刑相當原則？美國
31 最高法院強調此一案件之沒收，既發生在刑事訴訟程序，便須以被告被定罪為前
32 提，被告若是無辜，此一沒收也隨之失其附麗，¹⁹故進而強調本案之訴訟即屬對
33 人訴訟，與傳統之民事對物訴訟有別，此時被沒收之現金是否屬促進犯罪財產並

¹⁸ 524 US 321 (1998).

¹⁹ *Id.* at 328.

1 非重點，因為在此程序下沒收必具懲罰性，所以有美憲第八條罪刑相當原則之適
2 用。²⁰

3

4 按因入出境未合法申報而被沒收之現金，基本上或許無法直接嵌入上述三種
5 沒收類型，即違禁物、促進犯罪財產以及利得等沒收類型，美國政府為避免罪刑
6 相當原則之適用，遂主張本案系爭被沒收現金之性質，屬促進犯罪財產之一種，
7 因而具矯正性而非懲罰性，對此，美國最高法院便表示，無論本案被沒收現金究
8 竟應歸類為何種沒收？既是依附在刑事訴訟程序上，且以被告定罪為要件，自具
9 懲罰性。據此，吾人可以說於美國法上，與民事沒收不同者，在刑事程序中所有
10 之沒收必具懲罰性，無依據類型區分之必要。

11

12 (三) 上訴法院認刑事程序之利得沒收有罪刑法定原則之適用

13 美國最高法院如此評價刑事沒收之屬性，雖未直接涉及到本釋憲案之核心，
14 即利得沒收與罪刑法定原則之關係，但有幸的是，上訴法院曾對此表示過意見。
15 比如說，在2008年第二巡迴上訴法院判決之 *United States v. Kalish*²¹ 乙案中，被告
16 主張系爭法律施行前之沒收（含利得沒收）違反罪刑法定原則，但第二巡迴上訴
17 法院表示，只要系爭犯罪行為於該新沒收法律生效後繼續施行，也就是犯罪行為
18 繼續，依據向來之見解，將新法適用至此類繼續性之犯罪行為，並未違反罪刑法
19 定原則。

20

21 就當下釋憲案之爭點言，此一見解值得注意之處是，第二巡迴上訴法院（其
22 他上訴法院亦然）在討論刑事利得沒收之法律溯及適用是否違憲時，皆未從立論
23 利得沒收之屬性著手，也就是未有以利得沒收係屬矯正性之非刑罰，故無罪刑法
24 定原則之適用。反過來說，當法院立論未違反罪刑法定原則之理由，係強調犯罪
25 行為之繼續性，故得適用新法（新的刑事沒收法制），則不啻意味著在刑事程序
26 上之利得沒收，屬刑罰之一部，是以，此一包含利得沒收法制在內之新法，如係
27 適用至非繼續性之犯罪時，便可能有罪刑法定原則之違反。

28

29 (四) 歐洲人權法院 *Welch* 案

30 上述美國刑事沒收所蘊含之法理，基本上與歐洲人權法院1995年之 *Welch v.*
31 *United Kingdom*²² 乙案之見解類似。本案之事實約略是：被告（聲請人）*Welch* 於
32 1986年犯毒品相關犯罪，於1988年定罪，法院除判處被告二十二年之有期徒刑

²⁰ *Id.* at 333-335.

²¹ 626 F 3d 165, 168 (2d Cir. 2010).

²² *Welch v. United Kingdom*, App no 1744090 (ECtHR, 9 February 1995).

1 外，更依據1987年方施行之1986毒品交易法，沒收被告財產（含利得沒收）。對
2 此沒收，被告主張有關沒收裁判之部分違反歐洲人權公約第七條之罪刑法定原
3 則。問題關鍵便在於，此處之利得沒收之性質，究竟是否具懲罰性？抑或僅是矯
4 正性或預防性？

5

6 英國政府主張，本案系爭利得沒收之立法目的，主要是在一方面剝奪被告之
7 不法所得，同時在另一方面係為避免被告運用此一所得，繼續從事毒品交易。英
8 國政府並強調，本案雖係利用刑事訴訟程序，但刑事之定罪僅係沒收之引發點
9 （trigger），確認犯罪後，沒收便與被告之定罪無涉。但歐洲人權法院不採上述英
10 國政府之論點，並在本案中建立的五項判準，用以解決特定沒收之屬性是否具懲
11 罰性。這五項準據分別是：系爭沒收是否以已定罪為前提、系爭沒收之目的與性
12 質、內國法本身之定性、決定以及實施此沒收之程序以及系爭沒收之嚴重性等。
13 其中，值得注意的是，歐洲人權法院特別強調，沒收範圍是否僅限真實獲利
14 （actual enrichment or profit）以及法官對於沒收之額度是否有裁量權，特別是可
15 否基於罪責之判斷而決定額度，是其中之關鍵。

16

17 總之，在上述五項判準下，歐洲人權法院認為本案依據行為後方施行之法律
18 所從事之利得等沒收，性質上係屬一種懲罰，故違反歐洲人權公約第七條罪刑法
19 定原則。

20

21 二、就第三人之利得沒收言

22 至於就利用刑事程序沒收第三人財產部分，問題稍微複雜，茲再區分美國法
23 與歐洲人權法院法分析如下：

24

25 （一）美國法

26 相對於美國法在刑事程序被告沒收場合，美國刑事訴訟規則直接規定沒收屬
27 處刑之一部，在刑事程序第三人沒收之情形，此規則第32.2 第 c(4)款亦規定第三
28 人沒收所適用之附屬程序（ancillary proceeding），非屬處刑之一部（not part of
29 sentencing），是美國刑事之第三人沒收不具刑罰性質，應可確定。事實上，依據
30 美國實務之見解，以美國刑事沒收係對人訴訟之故，故刑事沒收程序只能沒收被
31 告之財產，故附隨程序之目的不在沒收第三人之財產，而是讓第三人爭執系爭財
32 產之所有權等權利。²³

33

34 據此，在美國法下如欲沒收「第三人」財產，基本上只能透過民事沒收程序

²³ CASSELLA, *supra* note 5, at 936-939.

1 為之，但必須澄清的是，因如上所言，美國民事沒收程序是對物訴訟，所以其實
2 無所謂第三人之概念，若欲在民事沒收程序上對沒收標的主張權利者，係以所謂
3 無辜所有者（innocent owner）之身分而主張。

4

5 就此而言，美國刑事沒收法制下之第三人沒收，是與我國法較有不同。不
6 過，此處隱含之一項法理是，美國法刑事第三人沒收與我國法，甚至與其他歐洲
7 國家法制之差異，提醒吾人重要一點，第三人沒收是否具刑罰性質，或是否具懲
8 罰性，此一問題不能孤立看，更不能望文生義，只見到形式上之第三人字眼便遽
9 做推論個案沒收之性質，比如說推論成非刑罰。而須從體系整體判斷，而這正是
10 以下豐富之歐洲人權法院判決見解所提醒吾人者。

11

12 （二）歐洲人權法院見解

13 歐洲人權法院有關第三人沒收案件算少數，其中有幾案係直接與歐洲人權公
14 約第七條之罪刑法定原則有關者，以下謹選擇其中具代表性之兩案，一案認該案
15 系爭第三人沒收法制非屬刑罰，另一案則認該案系爭之第三人沒收，係屬實質之
16 刑罰。

17

18 1. *Liechtenstein* 案

19 2007年 *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein*²⁴乙案之論述方式，可與
20 上述 *Welch v. United Kingdom* 乙案見解相呼應。此案與本釋憲聲請有關之事實約
21 略是，聲請人等（係第三人等非被告）等因1990年代之行為被定罪，法院卻依
22 據2000年方生效之法律從事財產（利得）沒收，聲請人等主張違反歐洲人權公約
23 第七條之罪刑法定原則。此一表現上看似與 *Welch* 案類似之事實，但歐洲人權法
24 院做出不同之判決。

25

26 關鍵是在於，歐洲人權法院在依據 *Welch* 案所建構之五項判準進行判斷時，
27 歐洲人權法院區別兩案系爭法制之差異，認為主要在以下四者：一是在
28 *Liechtenstein* 案中沒收之額度，僅限實際利得部分；二是在 *Liechtenstein* 案中並未
29 推定被告先前所為之任何財產移轉皆推定為犯罪之所得，除非有反證存在；三是
30 在 *Liechtenstein* 案中沒收額度與罪責輕重無關；四是在 *Liechtenstein* 案中未有被
31 告若不能支付沒收金額即須入獄服刑之規定。基此，歐洲人權法院以為，
32 *Liechtenstein* 案中之系爭法律規定，比較類似民事不當得利返還之問題，而非刑
33 罰，故對先前犯罪行為適用事後制定之沒收規定，並不違反罪刑法定原則。

34

²⁴ *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein*, App no 696/05 (ECtHR, 10 July 2007).

1 以此而言，歐洲人權法院並未以本案係屬第三人之沒收，即作出與被告沒收
2 本質不同之結論，依然是運用在 *Welch* 案所建構之五項判準從事判斷，所以，第
3 三人沒收在歐洲人權法院之觀點下，不是當然屬非刑罰，而以下之案件，正好得
4 作為此說明之註腳。

5

6 **2. *G.I.E.M. S.r.l. and Others* 案**

7 由於時間所限，此處僅對本案做摘要性介紹。2018年由歐洲人權法院大法庭
8 判決之 *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*²⁵ 案，本案依然持續沿用 *Welch v. United*
9 *Kingdom* 所建構之五項判準，認為本案中之系爭第三人沒收，雖非以定罪為前
10 提，但因此一規定所處之內國法體系、此一程序之目的及性質、此一沒收之嚴厲
11 性與侵入性以及刑事法院獨立決定是否從事沒收，且不受行政機關之影響。故最
12 後認為本案系爭之第三人沒收是屬刑罰，故有歐洲人權公約第七條罪刑法定原則
13 之適用。

14

15 **三、問題分析與原則歸納**

16 以上述之介紹與分析為基礎，究竟顯示了沒收制度設計之哪一部分？方是決
17 定特定沒收屬性之關鍵。

18

19 讓我們先回到美國法之特殊性，即在類似美國此種同時具備民事與刑事（美
20 國尚有行政沒收）等沒收法制之國家，其實是將同類型之沒收，如利得沒收，在
21 不同程序上做不同定性，即在美國沒收法制下，在民事沒收領域被定性為不具懲
22 罰性之利得沒收，在刑事程序上，卻是不折不扣之刑罰？何以致此？理論基礎又
23 何在？上述之 *Bajakajian* 案或許給了答案，關鍵是在於沒收如果是依附在刑事
24 訴訟程序，且是以被告之定罪為前提的話，此時之沒收，當然是不折不扣具懲罰
25 性，因為本質上是刑罰之一部。

26

27 其實，上述歐洲人權法院在 *Welch* 案與 *Liechtenstein* 案兩者在結論上之差
28 異，也是凸顯此點。此因 *Liechtenstein* 案之系爭法律架構，之所以被歐洲人權法
29 院認為並非依據罪責之輕重決定沒收之額度，也就是該案之沒收程序並非依附
30 在被告本身之定罪程序，因為該案中沒收程序之發動係以特定財產與特定犯罪行
31 為有關，就此而言，實有類於美國民事之對物訴訟，既然在 *Liechtenstein* 案之沒
32 收程序與被告之定罪程序分離，此時自無類似英國法之依據罪責決定沒收額度之
33 問題。

34

²⁵ *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy, App nos and two others* (ECtHR, 28 June 2018).

1 雖然如此，但在2018年大法庭判決之 *G.I.E.M. S.r.l. and Others* 案件中，似乎
2 加重特定沒收是否與定罪有關以外之因素，從而在本案第三人沒收之發動雖與定
3 罪無關，但最後依然認定本案系爭之第三人沒收係屬刑罰。

4

5 四、我國法之被告與第三人沒收屬性評價

6 綜上所述，由於我國目前有關被告之沒收，除刑法第四十條第三項單獨沒收
7 之規定外，基本上係依附在被告審理程序，與被告定罪與否息息相關，此時從上
8 述美國法以及歐洲人權法院 *Welch* 案所建構之五項判準看，很難否定是具刑罰性
9 質。至於就第三人沒收部分，姑不論刑法第三十八條之一第一項之促進犯罪財產
10 之沒收，在美國法下具懲罰性，僅就利得沒收言，除因基本上亦係依附在被告審
11 理程序，比如說，被告如獲無罪判決（除第四十條第三項單獨宣告沒收之情形
12 外），基本上即無第三人沒收之問題外，加以刑法第三十八之一第二項各款之沒
13 收理由本質得以區別，故本意見書以為在我國現行法下，部分之第三人沒收類型
14 具懲罰性，故有罪刑法定原則之適用。

15

16 伍、利得沒收如屬矯正性，無論對被告或第三人，裁判時法皆可能違反信賴保護 17 原則

18 再者，我國之利得沒收即便非屬刑罰，此時即類似任何具溯及效力之非刑事
19 法（在我國法制下當然包括行政以及民事法）之問題，雖然法理上非刑事之溯及
20 法律，如前已提及者，不論是真正溯及既往抑或是不真正溯及既往，其合憲性之
21 可能性較高，但從比較法之角度看，亦有無法通過合憲性檢驗之可能性。如以美
22 國法為例，雖類似我國近年之情況，即具溯及效力之非刑事法律大都被宣告合
23 憲，但在該國法制長年來所建構之非刑事溯及法律合憲性判準下，仍有被宣告違
24 憲者。以下之討論，將集中於國內學界在討論到溯及問題時，較常提出之信賴保
25 護原則乙事上。不過，在進行討論本釋憲案之系爭規定，即刑法第二條第二項規
26 定是否違反信賴保護原則前，有必要先釐清一項問題，即刑法第二條第二項之裁
27 判時法規定，是否與外國法，特別是一般論者所提之德國法類似，之後再引介類
28 似規定，但迄今為我國法所忽視之美國法，最後以我國法與德、美兩國法之比
29 較，申論有關沒收新制對被告、第三人之信賴保護原則可能侵害之問題。

30

31 一、問題釐清：刑法第二條第二項不同於德國法亦不同於美國法

32 為說明刑法第二條第二項採用裁判時法之基礎，立法說明中曾提及針對1975
33 年德國刑法沒收制度變革，所制定之刑法施行法第307條規定，立法說明中稱此
34 一規定，原則上亦是適用裁判時法。類似地，針對2017德國刑法沒收制度再次變
35 革之刑法施行法第316h 條規定，亦有論者強調本條亦是裁判時法之規定，只是基

1 於安定性有其例外。為討論此一問題，讓我們先檢視德國刑法施行法第316h 條之
2 規定。

3

4 德國刑法施行法第316h 條之規定大致如下：即凡發生於2017年7月1日前之犯
5 罪，其利得沒收、追徵相關之裁判，如於2017年7月1日以後方作成者，得適用
6 2017年4月13日修正公布之新法，但上訴審之裁判雖係2017年7月1日後做成，但
7 因先前下級審曾為可否宣告沒收、追徵之裁判者，該上訴審之裁判不得適用新
8 法。依據此一施行法之規定，即使是在新法施行前，即2017年4月13日前已發生
9 之犯罪行為，只要是於2017年7月1日後裁判，即有新法之適用，這是一種溯及適
10 用，故有論者稱此一施行法之規定，是以裁判時法為原則。雖然如此，此一德國
11 刑法施行法之規定，實與我國刑法第二條第二項之規定有兩項重要差異：

12

13 其一，德國刑法施行法之溯及適用範圍，遠比我國刑法第二條第二項之規定
14 來得小。亦即，德國法頂多只是個不完全之裁判時法，理由除同條規定中之例外
15 規定外，即曾經為裁判宣告沒收、追徵者不適用新法外，2017年4月13日前已發
16 生之犯罪行為，如能於2017年7月1日前終結程序者，當然亦無新法之適用。其
17 二，如同其條文名稱所示，此一施行法僅適用於特定（過渡）階段，即僅及於
18 2017年7月1日前發生之犯罪行為且於同日以後裁判者，但對於2017年7月1日以後
19 之犯罪行為，當然無此過渡之施行法適用；反之，刑法第二條第二項之裁判時
20 法，則非過渡條文，除溯及適用至所有於該條施行前即已發生之犯罪行為外，日
21 後任何刑法之沒收法規範變動，亦須依據此一條文適用裁判時法。

22

23 當然，我國刑法第二條第二項之規定，如連同規範本項施行時點之刑法施行
24 法第10-3條第1項規定，也就是本項連同其他同時修法之規定，係於修法生效後半
25 年多後之2016年7月1日方施行，我國沒收時之效力之整體法制言，看似與德國法
26 類似，但本質上仍有所不同，重點除在於刑法第二條第二項之規定非過渡性質
27 外，更重要的或許是，此項規定本項規定至少在特定情況下，也可能因違反信賴
28 保護原則而違憲。

29

30 二、刑法第二條第二項與信賴保護原則：從引介美國法出發

31 本釋憲案重點之一，即有關刑法第二條第二項規定是否違反信賴保護原則之
32 問題？從上述我國法與德國法之比較，是可以略為看出端倪，不過似仍無法窺其
33 全貌，然有幸的是，美國法亦曾出現類似德國法之規定，故以下將藉由比較我國
34 與德、美國兩國類似法律上之差異出發，分析我國法在利得沒收非屬刑罰之前提
35 下，刑法裁判時法之規定究竟有無違反信賴保護原則？不過，在進一步討論之

1 前，有必要提及薛智仁教授先前對此議題已有相當精湛之論述，²⁶薛教授已提及
2 者，本意見書便不再續紹，特此說明。

3

4 如上所言，雖然美國法之民事沒收有悠久之歷史，但向來受到批判，特別是
5 在一九七零、八零年代逐漸擴大沒收之範圍與強化沒收法制之功能後，在一九九
6 零年代深受美國法界之檢討。以此為背景，美國國會於2000年制定通過具里程碑
7 意義之民事資產沒收改革法（Civil Asset Forfeiture Reform Act，以下簡稱為
8 CAFRA），此法一方面改革民事沒收之程序設計，強化程序保障，但在另一方面
9 再次擴大利得沒收之範圍。

10

11 與本釋憲案所呈現之類似問題是，立法者或許是深知 CAFRA 法所處理者係
12 民事沒收之問題，故自然無罪刑法定原則之適用，但如無任何其他規定，本文當
13 然是如同任何其他法律之一般，即完成立法後立即生效，此時不免仍發生溯及效
14 力之問題，不管是真正溯及，抑或是不真正溯及，對於部分財產所有權人，仍不
15 免有所影響，此時究竟該如何處理？是否是基於此處本意見書之猜想不得而知，
16 CAFRA 法的確於該法之 Section 21處，針對施行時間，做了如下規定：

17

18 Except as provided in section 14(c), the Act and the amendments made
19 by this Act shall apply to any forfeiture proceeding commenced on or
20 after the date that is 120 days after the enactment of this act.

21

22 根據此一規定，除 Section 14(c)外，所有在本法修正或增補之新規定，皆於
23 CAFRA 法2000年4月25日生效日後之一百二十天施行，即同年之2000年8月23日
24 開始施行。而更重要的或許是，此一自2000年8月23日當天起施行之規定，其適
25 用範圍僅限於當日及日後方發動之民事沒收程序，始有本法之適用。以此規定而
26 言，CAFRA 法中時之效力規定，不僅與我國之裁判時法迥異，亦與德國兩次之
27 施行法不同。如以此一規定為基礎，比較我國法以及德國2017年之施行法，可能
28 得推論出，我國刑法第二條第二項規定至少在以下兩方面違反信賴保護原則：

29

30 其一，美國法不僅如同我國法以及德國法，給予新法施行之猶豫期間而已，
31 且是做最大界定，即只適用至2000年8月23日當天及之後方發動之民事沒收案
32 件，換言之，在2000年8月23日時已繫屬法院之案件，無論在事實審抑或是在法
33 律審，皆無新法之適用。就此點而言，當然大於2017德國刑法施行法第316h 條中
34 之例外規定，即曾經為裁判宣告沒收、追徵之未決案件，不適用德國新法。在

²⁶ 薛智仁，註6引文，頁1107-1109。

1 此，吾人或許可以說，德、美兩國於沒收時之效力問題上，有一極其重要之共通
2 點，在美國法是施行日時已成案之全部未決案件，在德國法則是施行日時已經裁
3 判之未決案件，皆排除在新法適用之外？為何如此？特別是為何光只是施行之猶
4 豫期間有所不足？一個簡單理由是，光只是延後法律之施行期間，固可以保護部
5 分案件不受新法之溯及效力所及，但絕對無法達到全面性地避免法律之溯及適
6 用。

7

8 以我國法之情況為例，假設某案於2015年12月17日前即已經檢察官起訴，案
9 件正繫屬某地方法院，且該案符合新法利得沒收之要件，倘若此案之審理持續超
10 過2016年7月1日，在超過此一時點之後，無論何時，法院自可依據新法裁判時法
11 之規定，對系爭早發生在2015年12月17日前之犯罪行為進行沒收，此時，刑法施
12 行法之六個多月猶豫期間，幾無任何防止法律溯及適用之效果。

13

14 具體而言，此類案件適用新沒收法制，之所以恐會有信賴保護原則之違反，
15 理由主要是在於，在當前我國刑事訴訟制度之設計下，從偵查開始，每個階段都
16 有鼓勵被告或是自白（刑訴第449條第1項偵查中被告自白），或是認罪（刑訴第
17 273條之1第1項對被訴事實為有罪之陳述）之機制，裁判時法會使得被告在當下
18 決定是否自白、是否認罪，變得危機重重，事不可測。就某些被告言，倘若早知
19 日後刑法修法增加利得沒收，且沒收改為裁判時法，可能當初絕不自白或認罪，
20 而欲盡全力在訴訟上攻防以獲致無罪或其他有利裁判；反過來說，也有可能對部
21 分之被告言，當初並無自白或認罪，而一旦突然間，刑法增加利得沒收，且沒收
22 改採裁判時法，恐會後悔當初為何不早早自白或認罪，若案件早已終結，便無需
23 擔心此新法之溯及適用。類似地，就第三人之沒收言，如前所述，第三人之沒收
24 基本是依附在被告本案審理程序，被告之信賴保護原則既然可能受到侵害，第三
25 人無論其主觀條件為何，不能否認其對先前法制之信賴，亦不免受到侵害。

26

27 需附帶一提的是，在上述德、美國法之規定下，仍有可能發生新法溯及適用
28 之問題，但因一方面範圍遠較為小，且即使發生溯及適用之事件，基本上應係近
29 來方發生之犯罪行為，故包括刑事被告暨第三人等相關人士，較有預測性。

30

31 而刑法第二條第二項裁判時法之規定，之所以可能侵害人民信賴保護原則之
32 另一理由，係在於我國法與德、美兩國法之另一項重要差異，即我國法並不具過
33 渡性質，即不似德、美兩國法之上述條文，只用以處理該次修法所生之溯及效力
34 問題，而不問未來修法所可能產生之問題。因我國未來於任何沒收之修法後，必
35 適用新法（裁判時法），此時信賴保護原則之問題，可能會層出不窮。而之所以

1 如此，係因刑法第二條第二項裁判時法之規定，更違反了權力分立體系下，法律
2 不溯及之原則，對此，請詳以下一段之析論。

3

4 **陸、裁判時法之挑戰在於未來，恐違反權力分立下法律不溯及之原則且恐導致實** 5 **質之個案立法**

6 就本釋憲案之違憲爭議言，或許存在一很大之弔詭，其實系爭刑法第二條第
7 二項裁判時法規定之最大問題，並非在於當下，而是在於未來。也就是未來如刑
8 法之沒收法制再有任何修法，在裁判時法之規定下，特別是如無類似上述刑法施
9 行法第10-3條第1項規定之依傍下，沒收新法之必然立即適用至已繫屬法院之案
10 件、已發生之犯罪行為，等同是以溯及為原則，此舉將與權力分立下立法（至少
11 是在實體法領域）以向未來發生效力之不溯及之原則，有所齟齬。在裁判時法之
12 架構下，其等而下者，不免給予部分立法者選擇立法之時機，進而從事利於（比
13 如說，縮減沒收範圍）或不利於（比如說，再次擴大沒收範圍）特定團體或人士
14 之正當基礎，如此一來，幾等同個案立法，將為識者所不能接受。而究其實質，
15 原因恐在於刑法第二條第二項裁判時法之規定，恐欠缺學理基礎。以下便先從探
16 討此一裁判時法規定於學理上之問題開始，進而引介美國最高法院立論立法反溯
17 及原則之 *Landgraf v. USI Film Products* 乙案，最後再闡釋裁判時法在違反權力分
18 立下立法權之本質，所可能引發之重大問題。

19

20 必須強調的是，當然，這絕不是說法律，或至少是實體法，一旦發生溯及效
21 力即屬違憲，如上已提及者，在比較法上，其實絕大多數非刑事之溯及法律，基
22 本上皆能通過合憲性之門檻。此處所要強調的是，法律效力是可以溯及，但與法
23 律以溯及為原則者，係屬截然不同之二事。是以，即便部分溯及法律可以通過合
24 憲性之判斷，這不意味著法律得以發生溯及效力為原則之理論。很可惜地，刑法
25 第二條第二項之裁判時法，即是此種以溯及為原則之法律，

26

27 **一、問題再認識：所謂適用裁判時法，其實就是意味法律之效力以溯及為原則**

28 讓我們先回到前段德、美兩國有關利得沒收時之效力問題上，前面提到，兩
29 國法有關利得沒收時之效力規定，基本上皆屬過渡性質，或是用比較精確之說
30 法，吾人所援引用以比較兩國法之規定，基本僅能適用於該次之修法。也就是無
31 論是德國刑法施行法第316h 條以及美國 CAFRA 法之 Section 21 等有關時之效力
32 規定，就只是處理該次修法所可能面臨之問題而已。反觀我國刑法第二條第二項
33 之規定，雖有我國刑法施行法第10-3條第1項之規定，延後本項之施行日期，但刑
34 法第二條第二項是規範所有日後修法，亦即未來只要刑法之沒收有關法制修正，
35 當行為時法與裁判時法不同時，必然適用新的裁判時法。這也是為何本意見書強

1 調，刑法第二條第二項規定與德、美兩國法不同之原因之一。

2

3 而此處要強調的是，既然未來所有沒收法制之變動，必然適用裁判時之新
4 法，而已繫屬法院之個案事實之發生時點，又必然早於此一新的沒收法律，如此
5 一來，不啻等同未來我國於沒收法之領域，係採法律以溯及為原則之法制，而一
6 旦實際結果必然如此，則此一所謂裁判時法，是否抵觸權力分立下法律以向未來
7 發生效力之原則？便是系爭條文合憲與否之重要關鍵。

8

9 二、美國最高法院 Landgraf 案法律以不溯及為原則之見解

10 裁判時法一個顯然問題是，既實質上等同法律效力以溯及為原則，則與外國
11 學理上強調法律以不溯及為原則，或預設向未來發生效力（presumed to be
12 prospective）等理論，有所齟齬。對此，可藉由美國最高法院在1994年之
13 *Landgraf v. USI Film Products*²⁷乙案見解予以闡述。雖然本案與本釋憲爭議並不
14 全相同（本案係上訴後法律變更，上訴後之法律審法院是否須適用裁判時之新
15 法），但本判決有關法律是否准許溯及之闡述，仍有相當參考價值，可作為討論
16 之起點。

17

18 *Landgraf*案就與本釋憲爭議有關之事實約略是，原告（二審上訴人，三審聲
19 請人）Landgraf 主張渠於職場上受到同事之性騷擾並因而自願辭職，之後，依據
20 1964年民權法（Civil Rights Act of 1964）提起救濟，向公司等請求賠償。在一審
21 經獨任法官判決敗訴後，原告上訴至美國聯邦上訴法院，此時1964年民權法修法
22 通過，有兩項新規定與本案有關，一是本案在新法之規定下，一審之事實審改採
23 陪審程序，二是在新法規定下，得請求損害賠償之範圍擴大。原告以本案牽涉之
24 法律已變動，新法既已生效，法院有適用現實有效法律之義務，故要求上訴法院
25 廢棄原判決，發回一審法院重行審理，但上訴法院拒絕，故再聲請美國最高法院
26 許可上訴。

27

28 對此，美國最高法院表示，雖然近來有關民事（在我國法應即是指非刑事法
29 律）之溯及法律合憲性判斷，已有所放寬，但即使如此，向未來發生效力
30 （prospectivity）仍是民事法律之預設（default rule）。²⁸美國最高法院宣示，除非
31 立法者明示允許，凡新法溯及侵害當事人之權利、或是溯及增添當事人之義務、
32 責任等，皆難以通過合憲性之審查。²⁹當然，美國最高法院也同時闡釋為何某法

²⁷ 511 US 244.

²⁸ *Id.* at 272.

²⁹ *Id.* at 280.

1 律可以原則上溯及適用新法，諸如程序法以及有關審判權（jurisdiction）等之規
2 定，就前者言因係規範輔助的（secondary）而非基本的（primary）行為，至於後
3 者則因與特定法院之權力而非與當事人之權利、義務有關。³⁰

4

5 是故，如以美國最高法院於 *Landgraf* 案之見解為據，則刑法第二條第二項裁
6 判時法規定之基本問題可能是，對於一個非受益且牽涉到人民權利與負擔之法
7 律，縱使與人民之犯罪行為有涉，基本上違反法律以向未來發生效力之預設。退
8 一步言，依據 *Landgraf* 案之見解，一項侵害人民權利或加重負擔法律之溯及適
9 用，如欲通過合憲之判準，至少要有立法權之明示，比如說，至少應有上述德國
10 刑法施行法第316h 條以及美國 CAFRA 法之 Section 21 等有關時之效力過渡性規
11 定，國會明確表示特定法律係為溯及既往而立，且僅為此次而已。是故，刑法第
12 二條第二項此種一般性之宣示且日後當然適用之規定，與德、美國兩國法制當然
13 有所差異，且是本質上之不同，而非僅是程度上之歧異而已。

14

15 不過，此一裁判時法之真正挑戰，係在於未來有意者得光明正大利用此一規
16 定，達到個案立法，無論是有利或不利特定團體、人士，而一旦有此結果，當非
17 識者所樂見，對此，便由以下一段闡釋。

18

19 三、裁判時法不免導致個案立法：法律以不溯及為原則之理由

20 刑法第二條第二項之裁判時法之最嚴重問題，是可輕易地造成實質上之個案
21 立法，而這是憲法學理暨實務上所必須避免者，而為闡釋此一問題，讓我們從為
22 何立法須以不溯及為原則，或是以向未來發生效力為原則談起。

23

24 *Landgraf* 案中曾提及，為何法律，即便是民事法律，為何須以不溯及既往為
25 原則，至少有三項理由：一是法律以其強大效力，不應使特定人士有所預期；二
26 是增加負擔或侵害權利法律之溯及適用，因當事人無法預期，而有所不公；三是
27 法律如能溯及發生效力，將等同引誘立法者針對特定不受歡迎團體或人士，制定
28 法律以為報復。其中，後兩項理由其實類同於一般有關美國憲法上之禁止溯及既
29 往條款，即上述之 *ex post facto clause*，入憲之理由。其中，就第二項理由言，美
30 國憲法其實在 *ex post facto clause* 旁有另一條款相呼應，即同樣重要之 *Bill of*
31 *Attainder clause*。因為，禁止個案立法條款與禁止溯及既往條款，其實是一體之
32 兩面，皆在避免事後不當之報復性（*vindictive*）法律之出現。亦即，法律效力既
33 然可以回溯，則立法者不難確認到底哪些團體或人士會受到回溯法律之影響，從
34 而個案立法之實質難以避免。吾人或許可以說，溯及法律，特別是以溯及為原則

³⁰ *Id.* at 274-275.

1 之法律，實務操作上不免含有針對性，故恐難以避免個案立法之批評。

2

3 進一步言，裁判時法之更大問題，不是僅單次溯及而已，而是可以永無止境
4 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繫屬法院之案
5 件適用。以此而言，與上述 *Landgraf* 案所建構之準據最大差異之處恐在於，在裁
6 判時法下，立法者可以無聲無息地，但卻是合法地通過任何渠所希望之溯及法
7 律，而無需說明制定該溯及法律之理由。再者，裁判時法還會衍生出不公平之問
8 題，亦即，同時間發生之法律行為，或是因繫屬法院時點之不同，或因結案速度
9 之不同，只因審判時法律變更了，尚未終結之案件不得不適用新法，同時間發生
10 適用舊法之確定案件，卻毫不受任何影響。

11

12 總之，在所謂裁判時法規定下，任何法律變動後之新法，必然溯及適用已發
13 生之案件，給予立法者實質上個案立法之基礎，無論是有利或不利特定未決案件
14 之當事人，皆斷傷法律之公平性，違反立法普遍一般適用之精神，有違反權力分
15 立下立法權之本質，產生司法違憲審查制度最應介入之場景，故有違憲之虞。

16

17 柒、本案之三種不同違憲宣告：代結論

18 最後，有必要對本意見書有關利得沒收適用刑法第二條第二項之規定，其違
19 憲宣告之情形，先做一整理。如前所述，本意見書以為，刑法第二第二項裁判時
20 法之規定，似有三種被宣告違憲之可能性：

21

22 一是參考美國刑事沒收實證之具體規定以及歐洲人權法院之見解，將利得沒
23 收從整體系爭法律架構上看，此時對於被告言，利得沒收恐仍具刑罰之性質，對
24 於第三人言，則視沒收之具體理由，可能具懲罰性；二是當利得沒收定性為矯正
25 性時，在與德、美類似規定相較下，此一裁判時法規定，將使得部分案件之被
26 告、第三人，無法適切地預期應如何使用刑事訴訟程序上之各項機制，恐有違反
27 信賴保護原則之問題；最後，此一裁判時法以其無過渡性，未來只要沒收法制修
28 法對於已發生、已繫屬法院之案件，在此規定下，必溯及地適用新法，如此不僅
29 恐違反權力分立下法律以不溯及之原則，同時恐形成個案立法，故有違憲之虞。

30

31 本釋憲案蘊含諸多極其重要且複雜之難題，以時間以及學識能力所限，以上
32 所言不免有所疏漏，未盡之處，還盼請 大院海涵。

33

34