

法規範憲法審查言詞辯論意旨書

案 號：109 年度憲三字第 27 號

聲 請 人：臺灣臺北地方法院刑事第一庭寧股

為就憲法法庭 109 年度憲三字第 27 號案，依法提出法規範憲法審查言詞辯論意旨書事：

壹、刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收，…適用裁判時之法律」已抵觸罪刑法定原則之禁止溯及既往原則

一、罪刑法定原則之禁止溯及既往原則

（一）憲法依據

德國基本法第 103 條第 2 項規定：「僅可刑罰性 (Strafbarkeit) 於行為實行前即以法律規定時，該行為始可處罰¹」，我國憲法雖未就罪刑法定原則有所明文，惟司法院釋字第 384 號解釋指出：「人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第 8 條對人民身體自由之保障，特詳加規定。該條第一項規定：『人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。』…。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於

¹張志偉 (2017 年)，〈刑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，頁 112。

實質正當，並應符合憲法第 23 條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。…。前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義…。」可知罪刑法定原則在我國乃屬憲法第 8 條「正當法律程序」之一部（釋字第 433 號、第 443 號、第 502 號、第 572 號、第 594 號、第 602 號及第 680 號參照）。

（二）意義內涵

罪刑法定原則 (Grundsatz nulla poena sine lege) 指「無法律、即無犯罪與刑罰」(nullum crimen, nulla poena sine lege)，亦即何種行為構成犯罪，及何種行為應科何種刑事制裁（刑罰與保安處分），必須事先以法律予以明定，只要行為當時法律沒有處罰行為人之明文，即無所謂犯罪或刑罰。一般認為，我國刑法第 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」即為罪刑法定原則之明文，據此人民得不受國家刑罰權恣意侵害²。

罪刑法定原則在學理上有形式及實質依據。形式根據乃自由主義及民主主義之實踐，亦即在自由主義下，國民享有普遍的行動自由，故若國家無須事先告知國民何種行為會受到處罰，就可任意處罰國民，國民的自由將受到不當限制，因此國家必須以能反映民意的國會所通過的法律事先告知國民何種行為會受到處罰，使國民有預測可能性，因此由形式依據亦可推導出「禁止溯及既往原則」、「法律主義」及「禁止類推適用」等派生原則。實質依據則指罪刑法定原則旨在防止國家刑罰權之恣意行使，以實質保障個人尊嚴，故罪刑法定原則不僅可拘束法院之恣意判斷，亦可拘束立法機關制定不當的法律，據此亦可導出「明確性原

² 林書楷（2021 年），〈刑法總則〉，臺北：五南，頁 7。

則」及「刑罰法規內容正當性原則³」等派生原則。

而在前揭罪刑法定原則之派生原則中，與不法利得沒收是否適用裁判時之法律（即新法）有關者，即為「禁止溯及既往原則」。禁止溯及既往原則乃指創設或加重刑罰之法律在時間上僅能從法律生效日起，向後發生效力，不論是立法者或法官均不得賦予刑罰法律溯及既往之效力。不過，由於禁止溯及既往原則旨在防止人民受到國家刑罰權的恣意侵犯，故若行為後有關犯罪成立與刑事制裁之刑事實體法發生「有利」行為人之變更，即無禁止溯及既往原則之適用（即「從舊從輕原則」）。總結而言，禁止溯及既往原則係在避免國家以事後之立法使行為人處於更不利的狀態，故只要是（1）行為當時不處罰之行為，在行為後也不能以法律規定處罰該行為；（2）行為時刑法已定有處罰規定，亦不能在行為後以修法加重處罰⁴。我國刑法第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，適用最有利行為人之法律」即為禁止溯及既往原則之例外⁵。

而不法利得沒收是否是否有罪刑法定原則之禁止溯及既往原則之適用即與不法利得沒收之本質有關，亦即倘不法利得沒收為類似刑罰之處分，抑或是罪刑法定原則之射程範圍本不限於刑事犯罪及刑罰，則不法利得沒收即應受罪刑法定原則之拘束，並有禁止溯及既往原則之適用。準此，由於104年12月30日刑法修正時，使不法利得沒收可及於「第三人」（含法人及非法人團體）（刑法第38條之1第2項），並將沒收客體擴張及至「違法行為所得、變得之物或財產上利益或孳息」（刑法第38條之1第4項），且「除已實際發還被害人外，均應沒收或追

³ 陳子平（2017年），〈刑法總則〉，臺北：元照，頁45-46。

⁴ 王皇玉（2018年），〈刑法總則〉，臺北：新學林，頁50頁至第51頁。

⁵ 刑法禁止溯及既往原則之詳細介紹，可參考：林鈺雄（2021年），〈刑法總則〉，臺北：元照，頁36-45；林書楷（註2），頁11至頁12；陳子平（註3），頁48-50。

徵」(刑法第38條之1第5項)，復且創設「追徵制度」(刑法第38條之1第3項)及「獨立沒收制度」(刑法第40條第3項)，而顯屬不利行為人或第三人的事後法律變更。準此，若不法利得沒收有罪刑法定原則之適用，依其派生之禁止溯及既往原則，即應適用有利於行為人或第三人之「舊法」(「從舊從輕」)，而非「新法」，且因禁止溯及既往之誡命(*nulla poena sine lege praevia*)乃罪刑法定原則中最古老且最嚴格的保障，此一誡命乃立基於人性尊嚴，無所謂「衡量」可言⁶，亦即具「絕對性」，業經德國聯邦憲法法院闡明在案⁷，是抵觸罪刑法定原則將直接導出違憲之結論，而無具體衡量個案相互衝突之公益及私益之必要。

二、不法利得沒收之法性質

如前所述，不法利得沒收之法性質攸關不法利得是否有罪刑法定原則之適用，故以下爰分別從類似準不當得利之衡平措施及類似刑罰處分之角度檢討不法利得沒收之法性質。

(一) 類似準不當得利之衡平措施

按104年12月30日刑法修正時，將刑法修正將刑法第2條第2項修正為：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律(第2項)。…」亦即，立法者考量沒收與非拘束人身自由之保安處分均與拘束人身自由之保安處分無關，並基此類似性，認為法律變更時，沒收應比照非拘束人身自由保安處分，一律適用裁判時之新法，明確將沒收排除於同條第1項「從舊從輕原則」之適用範圍外。

⁶ BVerfGE 109, 113/172. 轉引自：張志偉(註1)，頁116。

⁷ 陳信安(2016年)，〈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，頁93。

沒收於本次刑法修正前之舊法時代，本屬「從刑」，而有罪刑法定原則，從舊（或新）從輕原則之適用。然本次刑法修正立法者卻認為沒收應一律適用「新法」，其緣由可由刑法第2條修正理由中窺知，修正理由指出：「一、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），為明確規範修正後有關沒收之法律適用，爰明定適用裁判時法，理由分述如下：（一）此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，在第五章之一以專章規範，確認沒收已不具刑罰本質，專章中既未規定犯罪構成要件，亦無涉及刑罰之創設或擴張，自無罪刑法定原則之適用與適用行為時法之必然性。況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。（二）『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…。」詳言之，本次刑法修正先將沒收從刑罰與保安處分中獨立出來成為「第三種」制裁效果，再依不法利得沒收所具剝奪不法利得之性質，將其定位為「類似準不當得利之衡平措施」。

不過，聲請人認為縱使新法將不法利得沒收定位為「刑罰及保安處分以外之準不當得利措施」，仍應提出實質論據，不能僅將不法利得沒收從「從刑」中移除，並將之獨立規定在刑法第38條之1，即逕認不法利得沒收與刑罰或保安處分有不同特性。亦即，倘立法者可以透過將特定之刑事制裁種類或法律效果移出「刑罰」一章，並宣稱其不是刑罰

並另立名目，即可迴避罪刑法定原則及罪責原則之要求，將架空罪刑法定原則及罪責原則⁸。如此一來，不法利得沒收則不僅不受禁止溯及既往原則之拘束，亦不受類推適用禁止原則、習慣法禁止原則、明確性原則之拘束。具體言之，在不法利得沒收不受「罪刑法定原則」之制約下，法官即可為了填補法律漏洞以「類推適用」之方式創設新形態的沒收態樣（例如關聯客體或組成物之沒收，或所謂擴大沒收），亦可援引「習慣法」作為不法利得之沒收依據，甚至可在不受明確性原則、實質正當性原則之拘束下，逕為財產利益歸屬狀態之干預處分⁹，如此當非吾人所樂見，更非現代法治國所能容忍。

承上可知，凡以不法利得沒收具有實現類似民法不當得利之違法財產分配秩序調整功能為據，並宣稱不法利得沒收屬獨立於刑罰與保安處分外之法律效果者，均難證成不法利得沒收可不受罪刑法定原則拘束之結論。

（二）刑罰或類似刑罰之處分

1、國內學說及實務概況

關於不法利得沒收之性質，雖有部分國內學說直接援引法務部立法說明，並認不法利得沒收於本次刑法修正後，已由「從刑」變更為「準不當得利之衡平措施」¹⁰。多數說主張沒收之本質，不能一概而論，必

⁸ 張志偉（註1），頁116；程明修（2018年），〈刑法中犯罪所得沒收制度之憲法爭議〉，《臺灣本土法學雜誌》，第356期，頁30。

⁹ 謝煜偉（2018年），〈刑事沒收新制基礎問題省思〉，收於：《法學與風範—陳子平教授榮退論文集》，臺北：元照，頁351。

¹⁰ 林鈺雄（2016年），〈利得沒收新法之審查體系與解釋適用〉，《月旦法學雜誌》，第251期，頁8；陳信安（2016年），〈新修刑法第2條第2項規定之釋疑（二）〉，《法務通訊》，第2798期，4版。

須區分沒收客體討論之。

首先，有學者主張不能僅因本次刑法修正將沒收規定在獨立章節，並將其歸類為獨立的法律效果，即認沒收不具類似刑罰或保安處分之性質。亦即，本次刑法修正只是在改變舊法時期將沒收一律視為從刑，而忽略違禁物沒收具有類似保安處分之特性之錯誤，不能據此認為新法已全面否定所有的沒收均不具刑罰的性質，否則只是從「沒收絕對是刑罰」之謬誤，跳進「沒收絕對不是刑罰」之新謬誤。況且，刑事制裁體系既然是以犯罪預防為導向，刑罰與保安處分之區別在於，前者兼顧對系爭犯行之不法與罪責之回應，即使欠缺特別預防之必要性，法院仍須為了一般預防在罪責限度內施加刑罰；後者係以特別預防為目標，法院僅能對有再犯危險之違法（或犯罪）行為人，在比例原則之限度內諭知保安處分。從而，沒收既然是以犯罪預防為目標，即使歸類在「獨立的法律效果」，仍應以刑罰與保安處分為座標，思考應朝向刑罰獲保安處分設計沒收要件。如果均不適合，應指出獨特之處，並依此規劃有別於刑罰與保安處分之要件。基此，因刑法第 38 條之 1 之立法理由採取「總額原則」，認為沒收範圍不限於不法行為增加之財產，而包含犯罪成本，而在不法利得之沒收將使被沒收人血本無歸下，其根本理由就是在譴責、非難被沒收人將財產投資在犯罪行為上，藉此提升不法行為的嚇阻效力，明確傳達對不法行為的否定評價，故其目的與效果與刑罰如出一轍，故為避免被沒收人淪為追求一般預防之純粹工具，必須將不法利得沒收理解為類似於刑罰，並透過罪責原則來保障被沒收人受到不公平對待，且必要時應在量刑時降低主刑，避免被告承受超出罪責之惡害¹¹。

¹¹另本說主張違禁物沒收係考量法令禁止持有及散佈違禁物乃因違禁物本身對社會大眾具危險性，故違禁物沒收是以危險防禦為導向之「類似保安處分」，僅需以違法行為為前提；而犯罪工具產物之沒收，則考量犯罪工具或產物外觀上與犯罪

類似看法亦主張「刑法整體的沒收制度」（含違禁物、犯罪關聯物與犯罪所得沒收）是一種獨立的特殊刑事制裁類型，兼具類似刑罰、準不當得利衡平措施及保安處分等多重性質。因此，刑罰沒收制度的本質必須從不同類型沒收的角度來觀察。以犯罪所得之沒收而言，因刑法對犯罪所得之沒收與追徵採「總額原則」，可知犯罪所得之沒收同時綜合了懲罰、不法利得剝奪與避免犯罪所得將再用於犯罪的目的，故兼含類似刑罰、準不當得利衡平措施與保安處分特徵¹²。

其次，亦有學者指出本次刑法修正將不法利得沒收定為成「準不當得利措施」，然「任何人均不能因犯罪而受益」只是政策宣示、結論性質之宣示，因為「何種人（主體）」所取得之「何種利益（客體範圍）」會落入犯罪收益剝奪的對象，仍然必須參酌財產交易秩序、歸屬狀態的安定性及預防作用的評估效果才能決定。且衡平法理也不能直接援引作為刑事制裁手段的檢證基礎，必須將概念轉化，才能通過各種刑事制裁的目的性檢驗，畢竟沒收是透過國家權力之介入來重新調整財產歸屬秩序，因此要看的不只是受領人不當受領利益，更要看利益從他身處剝奪之後，這筆利益要流向何方。因為，增加國庫收入不是刑事制度設計的目的，若宣稱犯罪利得的剝奪是「衡平措施」，則只是衡平前半段而已，欠缺後半段歸還給被害人的努力，因此難以真正衡平。而利得剝奪之特性涉及沒收範圍是否扣除犯罪成本，亦即只有超出犯罪成本之外的犯罪所得，性質上才會被認為屬於「不當之利得」，只有採取「淨額原

具關聯性，故沒收犯罪工具產物否定犯罪的象徵意義比罰金更強烈，況且刑法修正前後都不要求犯罪工具產物必須具危險性，故犯罪工具產物之沒收在法律性質上「類似刑罰」，以行為人有罪責為前提。詳細內容參見：薛智仁（2018年），〈刑事沒收制度之現代化：2015年末收實體法之立法疑義〉，《臺灣大學法學論叢》，第47卷第3期，頁1059-1068。

¹² 除此之外，本說亦認為犯罪工具物之沒收懲罰色彩，較「類似刑罰性質」；對具危險性之違禁物或犯罪關聯物之沒收，主要目的在社會保安，避免違禁物將來再遭用於犯罪，故「類似保安處分性質」。詳細內容參見：林書楷（註1），頁573-574。

則」才會貼近剝奪不當利得之立法本旨；反之，若採取「總額原則」則無可避免地會有類似財產制裁的性質，據此即不能忽視利得剝奪在作為「回復被害財產歸屬原狀」之前置暨替代手段外，同時附隨著財產制裁性質¹³。

再者，亦有學者認為刑法修正雖未明白提及沒收的法律性質是否產生變化，但由刑法第 2 條之修正理由表示：「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）」並且在修正之數條文中反覆出現，可知本次修法認為沒收應屬「獨立之刑事制裁手段」，而未針對沒收客體區分性質。然而，立法者卻於刑法第 38 條之 2 修正理由表示：「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…」顯然係將犯罪所得沒收定位為「類似不當得利之返還請求權」。如此一來立法理由對沒收本質之定義歧異，勢將使沒收被割裂為屬於「獨立刑事制裁手段」之「一般沒收」及「類似不當得利之衡平措施兼具獨立刑事制裁手段」之「利得沒收」雙軌制。不過，考量本次刑法修正就犯罪所得沒收之沒收範圍既採取「總額說」，將沒收範圍包含違法行為所得、其變得之財物或財產上利益及其孳息（刑法第 38 條之 1 第 4 項），則就剝奪範圍超過犯罪行為所得利潤時，將構成被沒收者財產上之負擔，而有類似刑罰之性質。承此，本說質疑本次刑法修正先將犯罪所得之沒收定位為「非屬刑罰性質」，並在不受罪責原則之拘束

¹³ 此外，本說認為除違禁物沒收是考量違禁物具有再度引起犯罪之類型上危險性，故其沒收性質屬「對物保安處分」，並無疑義外，為避免將「供犯罪所用、犯罪預備之物」或「犯罪所生之物」視為刑罰，可能會使沒收第三人所有之犯罪物抵觸罪責原則，必須將犯罪物沒收定位成「對物保安處分」，並且限縮在犯罪工具或犯罪生成物具備再度投入促進犯罪產生之類型上危險性時，始能由法官裁量沒收。詳細內容參見：謝煜偉（註 9），頁 344-347。類似見解，可參：黃宗旻（2016 年），〈新修正之刑法沒收相關規定的爭議問題〉，《萬國法律》，第 207 期，頁 3-4。

下，剝奪行為人及第三人之財產，接之再採取「總額說」，沒收直接或間接所得、所生財物及利益，包含積極利益及消極利益，使最終目的及效果與刑事制裁手段相同，如此難道不用受到罪責原則拘束¹⁴？

相較於上開學說由總額原則推論不法利得沒收之類似刑罰性質，臺灣高等法院 109 年度上更一字第 91 號判決更直截了當地表示：「我國刑法雖明定沒收為從刑，惟仍不失保安處分之性質。違禁物，依第 38 條第 2 項，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，係基於保安處分預防再犯之特質而定，排除罪止一身之罪責原則之適用，即其適例。另供犯罪所用或犯罪預備之物，因犯罪所生之物（如偽造之幣券、有價證券等），亦有兼具保安處分以杜再犯之性質者。惟因犯罪所得之物，如賄款、賭博、妨害風化罪之抽頭款等，屬於刑罰而非保安處分，僅均屬針對行為人不法利得之對應措施，屬應報主義之產物，亦應有前述罪責原則之適用…。（最高法院 105 年度台上字第 1625 號、105 年度台上字第 794 號、臺灣高等法院 106 年度上訴字第 3054 號、臺灣高等法院臺中分院 105 年度上訴字第 1146 號、105 年度上訴字第 1143 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 107 年度上訴字第 14 號判決亦同此旨）。」亦即，直接將不法利得沒收定性為應報主義之產物，而有罪責原則之適用。

2、日本及德國、美國學說及實務綜覽

(1) 日本學說及實務

按日本刑法第 9 條規定：「主刑為死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留

¹⁴ 曾淑瑜（2015 年），〈修正前後沒收轉型之爭議〉，《司法新聲》，第 120 期，頁 13、19。

及科料，從刑為沒收。」¹⁵，可知日本刑法係將沒收定位為「從刑」。

惟即便如此，日本學界仍不乏主張應依沒收對象區分沒收性質之主張。詳言之，日本刑法第 19 條規定：「下列之物，得沒收之。一、構成犯罪之物。二、供或欲供犯罪所用之物。三、因犯罪所生或所得，或作為犯罪報酬之物。四、前款之物之對價品（第 1 項）。沒收之物，以不屬於犯罪行為人以外之人者為限。但犯罪行為人以外之人所屬物為其於犯罪後知情而取得者，得沒收之（第 2 項）」¹⁶。亦即，日本刑法係將沒收對象區分為「構成犯罪之物」、「犯罪所用之物」、「犯罪所生之物」、「犯罪取得之物」、「犯罪之報酬」及「前三者（即犯罪所生之物、犯罪取得之物、犯罪之報酬）之對價物」。就此，學說主張構成犯罪之物、犯罪所用之物、犯罪所生之物屬保安處分；犯罪取得之物、犯罪之報酬及前三者（即犯罪所生之物、犯罪取得之物、犯罪之報酬）之對價物（以下合稱「犯罪取得之物等」），即便其等目的係在剝奪犯罪利益，不使犯人得終局保有犯罪所得，但刑罰色彩仍舊強烈。承此，在日本刑法採取「裁量沒收」之立法模式下，法官裁量是否沒收構成犯罪之物、犯罪所用之物、犯罪所生之物時，即應考量「沒收對象之價值」與「沒收之對象再度與犯罪發生關聯之危險性」間之均衡；反之，於裁量是否沒收犯罪取得之物、犯罪之報酬及前三者（即犯罪所生之物、犯罪取得之物、犯罪之報酬）之對價物時，即應考量「沒收對象之價值」與「犯罪」間之均衡¹⁷。

¹⁵ 陳子平編譯，陳子平、謝煜偉、黃士軒譯（2016 年），〈2016 年最新版 日本刑法定典〉，臺北：元照，頁 14。

¹⁶ 此外，針對應沒收之物無法沒收時之換刑處分（即追徵），日本刑法第 19 條之 2 規定：「前條第 1 項第 3 款或第 4 款所列之物之全部或一部不能沒收時，得追徵其價額」。參見：陳子平編譯，陳子平、謝煜偉、黃士軒譯（註 15），頁 20-21。

¹⁷ 林美月子（1996 年），〈沒收・追徵と均衡原則〉，收於：《現代社会における没収・追徵》，東京：信山社，頁 46、48-49。

再者，對「犯罪取得之物等」之沒收及追徵刑罰色彩濃厚之原因，一般認為可從以下面向進行考察。首先，從刑法的立法體例而言，縱使日本於昭和 16 年（1941 年）刑法修正時，將犯罪取得之物等之沒收及追徵定位為「不正利益之剝奪」，惟沒收及追徵畢竟仍為從刑，故必然含有非難要素始為合理，而此非難即是對「你做了壞事，且以犯罪為契機將物品移轉予自己」所為之非難，故不正利益之剝奪不只是犯罪所生事態之原狀回復，亦兼具有非難取得該物者之意涵¹⁸。其次，從日本對沒收採取「總額主義」之角度以觀¹⁹，亦可推認犯罪取得物等之沒收、追徵具刑罰性質，亦即在總額主義下，只要與犯罪有因果性及對價性之物均為沒收對象，不以因犯罪取得之「純益」為限，故總額主義除在剝奪犯罪行為人因犯罪所獲得之純益外，尚屬一種對以犯罪為契機將財產移轉於己之行為人的非難，並藉此達成預防效果之刑罰。承此觀點，有學說即認為在投入犯罪資金非多，並將各次交易所得循環、反覆投入犯罪（例如麻藥買賣及證券交易等），因而導致「純益」甚微，交易金額卻甚為龐大時，應注意「主刑與總額剝奪（即附加刑）之總合與犯罪行為間之罪刑均衡」²⁰。

由上探討可知，沒收在日本雖為從刑，而具刑罰性質，但仍有日本學說認為沒收之法性質仍應區分沒收客體而為判斷。以犯罪取得之物等為例，即係因採取「總額原則」始證成其類似刑罰性質之結論。申言

¹⁸ 樋口亮介（2014 年），〈沒收・追徵〉，《法學教室》，402 号，頁 130。日本刑法總則雖就沒收採取裁量沒收，然刑法第 197 條之 5 瀆職罪之賄賂、麻藥特例法第 11 條、第 13 條之藥物犯罪收益等之沒收及追徵、關稅法第 118 條之供走私毒品使用船舶之沒收、出入國管理及難民認定法第 79 條第 1 項之供偷渡使用船舶等，則是採取義務沒收。詳細內容參見：山口厚（1996 年），〈わが国における没収・追徴制度の現状〉，收於：《現代社会における没収・追徴》，東京：信山社，頁 26-30；林美月子（註 17），頁 47。

¹⁹ 最判昭和 40 年 5 月 20 日 LEX/DB 2661113；東京高判 5 年 6 月 7 日 LEX/DB 27818261。

²⁰ 樋口亮介（註 18），頁 134。

之，在總額原則之思考下，沒收是一種非難的形態，故沒收除了具有利益剝奪之機能外，亦可能及於純益以外之財產；而在純益原則之思考下，沒收則不具非難的內容，只需單純貫徹利益剝奪機能即可，故純益主義下之沒收主體雖可擴張及於欠缺責任之違法行為，但利益剝奪範圍只能是純益本身，不及於純益以外之財產²¹。

針對沒收不法利得之刑罰性質，日本最高裁判所指出：「藥物四法（按：藥物及精神藥取締法、大麻取締法、鴉片法及興奮劑取締法）不僅在處罰藥物犯罪本身，亦在規範藥物之必要沒收。據此，麻藥特例法（按：關於國際協力下為防止助長有關管制藥物之不正行為等之麻藥及精神藥取締法等特例法）可說是在補充藥物四法之必要沒收，不僅是藥物犯罪之『不法收益』，凡由不法收益變形、轉換而來之『不法收益由來之財產』亦為必要沒收之對象，且於不能沒收時，追徵其價額，以切斷『不法收益』之循環，同時藉著全面剝奪『不法收益』，從經濟面向壓制藥物犯罪²²」對此，有學說即認為最高裁判所係在「罪刑均衡之限度內，進行預防考量」之量刑理論下，認為沒收、追徵藥物犯罪不法利得之目的，除在強化對藥物犯罪之非難之外，亦含有壓制利欲犯罪（即一般預防）及防止不法利得再度被投入新犯罪（即特別預防）之預防效果²³，亦即明白肯認不法利得之沒收及追徵有類似刑罰之性質。

（2）德國學說及實務

德國學說及實務對不法利得沒收性質之觀點與促成德國刑法修正之社會背景及修法內容密切相關。爰此，以下將以德國 1975 年、1992 年及 2017 年之刑法修正作為分界點，依序討論德國學說及實務對不法利

²¹ 樋口亮介（2015 年），〈沒收・追徵—共犯を素材に〉，《法律時報》，87 卷 7 号，頁 47。

²² 最判平成 7 年 12 月 5 日 LEX/DB 28015021。

²³ 樋口亮介（註 18），頁 131。

得沒收性質之看法。

①1975 年刑法修正前

德國於 1975 年刑法修正前，刑法總則中並無不法利得沒收之總則性規定，相關之不法利得沒收僅存在於賄賂罪等部份犯罪類型中，故此時期不法利得之沒收主要是仰賴罰金刑為之。例如當時德國刑法第 27 條 c 即規定，罰金刑應高於行為人因犯罪獲得之報酬及因犯罪獲得之利益，且若罰金之法定刑之上限低於犯罪報酬或利益時，罰金刑數額尚可逾越法定刑上限，藉此以高額的罰金刑間接進行不法利得之沒收。

以高額罰金刑作為不法利得剝奪之方式，固然可以實現不使行為人繼續保有不法所得之目的，但卻因德國當時之罰金刑規定未能充分顧慮行為人的經濟狀況，使得罰金刑在實務適用上，對無資力者較為嚴苛，而有違反平等原則之虞。就此德國為改正此情，遂引入斯堪地那維亞各國（包含丹麥、挪威、瑞典等各國）採用之「日額罰金制」，亦即以行為人之違法及責任決定罰金數額，再依照行為人之經濟狀況決定每日之罰金金額。據此，因為在採用日額罰金制下，罰金已喪失有效剝奪犯罪利益之功能，始促使德國於 1975 年之刑法修正時正式在刑法典內增訂不法利得沒收制度²⁴。

②1975 年刑法修正後至 1992 年刑法修正前

德國於修正罰金刑制度，導入日額罰金制之背景下，促成德國於 1975 年刑法修正時增訂（舊）刑法第 73 條。（舊）刑法第 73 條規定：「違犯違法行為，且正犯或共犯對該行為或由該行為取得財產利益

²⁴ 桑島翠（2021 年），〈ドイツ刑法における利益没収の歴史的展開とその現代意義（1）〉，《早稲田法学会誌》，71 卷 1 号，頁 95-96。

(Vermögensvorteil) 時，法院應宣告沒收。但被害人因該違法行為產生請求權，並且該請求權之行使得除去或抵銷由該違法行為取得之利益時，不在此限（第 1 項）。沒收命令及於衍生利得。沒收命令及於正犯或共犯因轉讓物品，或基於物品之破壞、損壞、沒收之代價、使獲得之權利而取得之物品（第 2 項）正犯或共犯為他人而為行為，因而使他人獲得財產利益時，亦有第 1 項、第 2 項沒收命令之適用（第 3 項）。物件使於或歸屬於由該行為或於知悉其他行為之情事而取得財產利益之第三人時，亦應沒收該物品（第 4 項）。」

舊刑法第 73 條施行後，德國聯邦通常法院在 1979 年 3 月 28 日針對藥物犯罪之裁定中，以「原審對不法利得沒收之看法有所誤認。不法利得的沒收只能剝奪行為人藉由違法行為獲得之財產利益，因此應從整體營收中扣除被告之支出及成本。因此，被告支付予供給者之對價、被告因交易而承擔的輸入營業稅（Einfuhrumsatzsteuer）均應扣除」為由，撤銷原審關於不法利得沒收之決定。申言之，本裁定指出不法利得之沒收旨在剝奪違法財產之利益，故必須扣除獲得利益時所發生之費用，僅能沒收「純益」。

德國聯邦通常法院嗣雖於 1981 年 12 月 18 日判決指出：與藥物犯罪之總收入必須扣除輸入營業稅不同，所得稅係與年度總所得相關，而與個別取得的收入無直接關係，因此與賄賂有關的所得稅並未使利益直接減少，在沒收不法利得時，即不能扣除與賄賂相關的所得稅（1984 年 9 月 12 日判決亦同其旨）。不過，德國聯邦通常法院只是將純益的計算範圍限定在「與犯罪間直接的因果關係之範圍內」，而未變更「純益主義」之基本立場，亦即在計算不法利得的純益時，必須扣除「費用」（包含購買藥物之費用、旅費、運費及稅金等）。

基此，此時期的代表學者 Albin Eser 即認為違法利得之取消在不

法利得之沒收中是具決定性的，其並將不法利得之沒收定位為「類似於不當得利返還之清算處分」。亦即，由於違法利得的取消是不法利得沒收之目的，故只有「實際獲利」才是不法利得沒收的對象，且如果不將不法利得的沒收理解為違法利得的清算處分，將難以說明何以不法利得的沒收必須扣除費用。

綜上可知，不同於1975年前德國主要透過高額罰金刑及零星的沒收規定處理不法利得之沒收，德國在1975年刑法修正中透過在刑法總則中增訂不法利得沒收制度之方式，正式確立刑法不法利得沒收制度。且此時期因德國實務及學說均認不法利得沒收是一種「違法利益的清算處分」，有別於施加惡害的刑罰，均認為不法利得沒收應採取「純益主義 (Nettoprinzip)」，僅能針對整體營收扣除犯罪支出及成本後之純益。而這種不法利得沒收應採取純益主義之想法，其實與德國民法第818條以下「不當得利」相符，也就是考量不法利得沒收既然只是在調整法律上無法被正當化的財產移動並使之平均化，受益者返還義務之範圍當然不及於客觀利得「以上」之物²⁵，故不法利得沒收即屬「類似於不當得利返還之清算處分」而不具刑罰性質。

③1992年刑法修正後

1975年德國刑法修正時，雖正式在刑法總則中確立不法利得沒收的規定，但隨著德國藥物犯罪及遭扣得之藥物數量不斷攀升，其中麻藥、武器、環境犯罪及經濟犯罪等組織犯罪中亦不乏出現犯罪所得逾10億元之案例，而這些犯罪所得投入犯罪後，不僅成為組織犯罪的原動力，且使得犯罪組織及其網絡不斷擴張，據此政治、司法部分均主張應強化抗制組織犯罪，避免「犯罪是不划算的這件事」瓦解。再者，由

²⁵ 桑島翠 (註24)，頁95-101。

於舊刑法第 73 條第 1 項後段規定，當被害人對行為人有返還或損害賠償請求權時，不得沒收（即對被害人請求權之補充性），因此縱使被害人尋覓無著，只要被害人有民事請求權，即不得宣告沒收，故沒收實際上被限定在「超個人法益犯罪」，加上此時期德國在特別刑法領域進行一系列的「非刑事罰化」（Entkriminalisierung）並擴張秩序違反法的處罰範圍，致使經濟刑法（Wirtschaftsstrafgesetz）、穀物法（Getreidegesetz）、畜產及食用肉法（Viehund Fleischgesetz）、酒產業法（Weinwirtschaftgesetz）、對外經濟法（Außenwirtschaftgesetz）等特別刑法被定位為「秩序違反行為」，故不法利得沒收，在實務上經常被罰鍰取代。此外，即便是在可適用不法利得沒收之藥物犯罪中，由於檢察官必須證明不法利得係源於成為審判對象的具體犯行，並且在不法利得採取純益主義下，檢警單位尚必須對犯罪支出及成本進行縝密的調查，因此不法利得在訴訟上之證明十分困難。

鑑於上情，德國於 1992 年刑法修正時，修訂（舊）刑法第 73 條。修正後之（舊）刑法第 73 條規定：「正犯或共犯實刑違法行為，並為實行該行為或自該行為而取得事物（etwas）者，法院應對之宣告沒收。但被害人因該行為產生請求權，且該請求權之行使可以剝奪正犯或共犯之所得者，不在此限（第 1 項）。沒收命令及於衍生收益。沒收命令及於取得對象物因轉讓，或基於物品破損、沒收的代價或獲得之權利而取得之物品（第 2 項）正犯或共犯為他人而行為，因而使他人獲得事物時，亦有第 1 項、第 2 項沒收命令之適用（第 3 項）。物品屬為了行為或知悉其他情事而取得之第三人或有權限者時，應沒收該物品（第 4 項）。」透過將（舊）刑法第 73 條規定之「財產利益」修正為「事物」之方式，改採「總額主義」，直接剝奪行為人因犯罪所獲得之利益總體，解決純益在訴訟上證明之困難性。

針對上開修正，德國實務雖仍認不法利得之沒收不因總額主義之採用而變更性質，仍屬「獨立性質的處分」，代表性判決為德國聯邦通常法院 1995 年 3 月 1 日判決。德國聯邦通常法院該判決表示：縱使沒收的對象從純益變更為總額，不法利得沒收的利益剝奪及違法財產清算目的及本質仍不因此改變。何況，多數犯罪類型投入的犯罪成本並不高，且依（舊）刑法第 73 條，犯罪成本也可視為犯罪所用或犯罪預備所用之物而宣告沒收，故即便採取總額主義，也只是在使行為人回復到刑事訴追以前的狀態，在量刑上考量支出犯罪成本之損失，與以責任清算為目的之量刑無法兩立。

除此之外，德國聯邦通常法院 2002 年 8 月 21 日判決亦在不變更沒收之性質下，提及犯罪預防與總額沒收之關連，亦即：總額沒收透過使支出犯罪成本成為無意義這件事，追求犯罪預防目的。如果只沒收犯罪取得之純益，將使實行犯罪不存在經濟風險，而與立法者欲使不法利得的沒收對象承擔可罰的交易風險所設想之預防目的（即威嚇預防）互相矛盾。不過，這種以總額沒收實現威嚇預防之想法，嗣經 Jürgen Rüdiger Smmmettan 提出以下批評，亦即：相較於犯罪利益沒收之風險，犯罪人較重視的是犯罪被發覺而受罰的風險。而在犯罪人不會去考量犯罪前未持有的利益（即犯罪成本等）可能會在未來喪失下，如果真的要實現犯罪預防，與其執著於總額沒收，不如應於犯罪人實行犯罪前，就使藥物市場枯竭，減少利益產生的可能性。Walter Perron 亦認為不法利得沒收是在利益產生後始宣告，故對潛在行為人往往不具威嚇效果。

然而不同於德國實務，德國通說卻認為不法利得沒收在刑法修正改「總額主義」後，已從類似不當利得返還之清算處分，變更為刑罰或類似刑罰的處分，因為逾越利得部分之沒收，已屬惡害施加，具刑罰的性質。再者，德國學說為解決不法利得沒收被定位為類似刑罰的處分，但

卻不以「有責性」為要件，且可及於「第三人」，而有抵觸責任主義（形同可對不具有責性者科處刑罰）之虞。例如 Jescheck/Weigen、Keusch、Eser/Schuster 等即主張只有對具有責性者始能總額沒收，且必須在量定自由刑或罰金刑時，為有利被告量刑之認定；不具有責性者，則只能沒收純益，繼續維持不法利得沒收的清算處分性質；Wolters 亦主張在新法改採總額沒收下，應依經濟狀況適用過苛條款（即刑法第 73 條 c）²⁶。

聲請人猜測或許正因總額原則下之不法利得沒收已逾越違法利得清算處分之性質，故德國實務為了迴避將不法利得沒收定位成類似刑罰下，對欠缺有責性之行為人或第三人為沒收或追徵時，可能抵觸責任主義，始刻意將不法利得沒收稱為所謂「獨立性質的處分」。此外，德國實務以威嚇預防正當化總額沒收之看法，除有威嚇效果之實效性疑問外，要判斷國家行為是否為（類似）刑罰時，應以國家行為是否對人民造成與刑罰類似的效果或損害為據，故考量獲利掏盡下之沒收或追徵，對相對人財產侵害之強度及持續性，可知不法利得沒收已接近刑罰²⁷，故以威嚇目的正當化總額沒收之說法，只是在提供總沒收之目的正當性，與沒收本質為何並無直接關聯²⁸。

綜上所陳，聲請人認為相較於德國實務仍將不法利得沒收定位成「獨立性質之處分」，德國通說在刑法修正改採總額主義後，基於不法利得沒收可能使沒收對象及於被沒收人之原有財產，而使被沒收人的財

²⁶ 桑島翠（註 24），頁 101-112。

²⁷ 關於判斷國家措施是否具刑罰性質，歐洲人權法院曾提出「天使標準」並輔以「威嚇施加制裁之程度與嚴重性」予以判斷。詳見：程明修（註 8），頁 37。

²⁸ 如同通說對刑罰目的採取「綜合理論」或「相對應報刑論」，且認為刑罰有（反射的、間接的）一般或特別預防效果時，我們也不會說刑罰已變成以犯罪預防為主要考量的保安處分。

產狀態惡化，故認不法利得沒收應屬（類似）刑罰之看法，較為正確。

④2017 年刑法修正後

德國 2017 年刑法修正之背景是，德國聯邦通常法院針對（舊）刑法第 73 條第 1 項「事物 (etwas)」之定義曾在實務上引發爭議。詳言之，在 1992 年修正，德國刑法改採總額主義，並將刑法第 73 條第 1 項之「財產利益」修正為「事物 (etwas)」後，德國聯邦通常法院刑事第一法庭及第三、五法庭曾對「事物」之理解有重大歧異。主要的爭點是：事物的範圍是否及於在犯罪後在所有階段中，由構成要件實現而取得的財產價值（包含間接取得之利益），抑或僅限於由構成要件實現而直接獲得的財產（限直接利益）。對此，德國聯邦通常法院刑事第一法庭認為應包含間接取得之利益，但德國聯邦通常法院刑事第三、五法庭則認為只限於直接利益。嗣此爭議，雖因德國聯邦通常法院刑事第一法庭改採刑事第三、五法庭的看法（即「限於直接取得利益」）後，劃上休止符，不過仍促使德國再次進行刑法修正。

在 2017 年刑法修正中，德國除了將（舊）刑法第 73 條第 1 項之「自該行為 (aus der Tat)」修正為「透過違法行為 (durch eine rechtswidrige Tat)」，而使不法利得沒收範圍可及於犯罪行為後所有階段中，自構成要件實現所取得之財產價值（包含間接取得之利益）（即上開德國聯邦通常法院刑事第一法庭之舊見解）外，亦將刑法第 73 條 d 第 1 項修正為：「決定取得事物的價值時，應扣除正犯、共犯或他人的費用。但為了實行行為或準備實行行為而花費或投入之費用，只要不是為了履行對被害人債務所為之給付，不予扣除。」亦即，一方面在該條第 1 項前段規定可以扣除費用，另一方面則在同項後段規定不能扣除實行行為或準備實行行為之支出。據此，德國學說認為刑法第 73 條 d 第 1 項之修正除符合德國民法第 817 條第 2 項所謂「對法所禁止事

項所為之投資，應以回復不能之形態喪失」之法律概念外，該項規定亦與將不法利得沒收之基準取決於產出利益之行為本身是否具可罰性之德國聯邦通常法院刑事第三、五法庭之見解相符，亦即只要產生利益之行為本身不具可罰性，即不能沒收由該行為而生的利益。例如以民間企業行賄具公務員而締結建設承攬契約為例，因履行契約而受領之承攬報酬，固然應作為不法利得予以沒收，但此時僅能扣除契約履行時支出之人事費用成本等，不能扣除為了行賄或準備行為所支出的成本²⁹。

在分析關於不法利得沒收之德國判例、學說及立法進程後，可知德國關於不法利得沒收之爭議，最初亦係環繞在不法利得沒收之本質是否因立法改採總額主義而「類似於不當得利返還之清算處分」轉變為「類似刑罰之性質」。承此可知，總額主義與純益主義之抉擇，確實牽動著不法利得沒收性質之變化，此部分立法進程之討論亦可作為我國判斷不法利得沒收性質之參考。

(3) 美國學說及實務

美國刑事沒收制度一開始是為打擊藥物犯罪及組織犯罪而制定，迄今則已經擴張至白領犯罪、經濟犯罪、猥褻物品關聯之犯罪及詐欺犯罪，然美國的沒收制度除刑事沒收外，尚有行政沒收及民事沒收。而民事沒收係美國最早出現的沒收制度，在聯邦層級係採取對物訴訟形態，只有少數州採取對人訴訟，而採取對人訴訟時，由於必須對實行行為者提起民事訴訟，且在應沒收之財產尋覓無著或在管轄區域外時，規定得以金錢判決或代替資金取代原本應沒收的財產，與刑事沒收有類似性。

一般認為，行政沒收的特徵在於較刑事及民事沒收迅速且成本較

²⁹ 桑島翠（2021年），〈ドイツ刑法における利益没収の歴史的展開とその現代意義（2・完）〉，《早稻田法学会誌》，71卷2号，頁202-205。

低，且可節省司法資源；民事沒收則不以有關犯罪經有罪判決為必要，並且證明程度無庸達到無合理懷疑。不過，美國於1970年正式導入刑事沒收後，迄今在聯邦層級，只要是民事沒收的對象，均可為刑事沒收，故美國司法部於2000年「民事資產沒收改革法」中遵循國會多數意見，明示應優先適用刑事沒收之方針性規定。

美國刑事沒收之對象可區分為違禁物、收益、手段財產、促進財產及代替財產。其中收益沒收係指藉由剝奪犯罪之直接或間接利益，使犯罪之不當利得不能被保留在犯罪者手中。美國刑事沒收制度下之收益包含透過犯罪直接、間接取得的財產及溯及可能的財產，因此違法交易衍生之利息、紅利、收入及價值上升均包含在內，且即便應沒收之財產形態產生變化，只要有追溯可能即不妨害沒收³⁰。

美國之刑事沒收亦有總額主義與純益主義之爭議。例如美國法典第18編第981條(a)(2)(A)規定：違法商品、違法服務、不法活動、通信販賣及醫療詐欺行為案件中，「收益」係指直接或間接獲得之所有種類的財產，及所有起因於犯罪行為之財產（即總額主義）。但同條(a)(2)(B)則規定：在以不法方法販賣、提供合法商品或合法服務有關之案件中，「受益」係指透過與沒收相關之違法交易取得的金錢總額扣除提供商品或服務時發生的直接費用（即純益主義）。而美國刑事沒收中有關利得沒收究竟應採取總額主義或純益主義，迄今仍未有定論之原因，即與無法明確區分何時應依照美國法典第18編第981條(a)(2)(A)採用總額主義，何時應依同條(a)(2)(B)採取純益主義。

對此，美國實務多採取第981條(a)(2)(A)之「總額主義」，但一部份巡迴區聯邦上訴法院則在內線交易案件中，基於證券交易本身

³⁰ 川崎友已（2021年），〈アメリカ合衆国の没収制度に関する一考察：没収の対象財産をめぐる動向を中心に〉，《同志社法学》，73卷3号，頁38-46。

具合法性，內線交易只是因為交易方法違法，適用同條 (a) (2) (B) 之「純益主義」³¹。不過，縱使美國迄今在究竟應採取總額主義或純益主義間仍存在重大爭議，但美國多數學說仍認犯罪所得沒收之主要目的是要讓犯罪人及社會知悉「犯罪是不划算的」³²。再者，美國法院於應沒收之財產，有 (1) 尋覓不著、(2) 轉讓或出售第三人委託第三人保管、(3) 處於法源管轄區域外、(4) 價值減少、(5) 與其他財產混合而不易分割等情時，可於與本來沒收財產同等價值限度內，沒收被告之其他財產 (即「代替財產」之沒收)，對此學說亦認為沒收的正當化依據為「要給犯罪者痛一下」或「讓多數人知道犯罪之不划算的事」³³，亦即認為「若容許犯罪享受犯罪收益，將無法充分表達對犯罪的非難³⁴」，故必須透過沒收犯罪收益或代替財產，以充分非難犯罪者或實現威嚇預防之目的。據此可知，美國的不法利得沒收應具有類似刑罰之性質。

3、「明顯區隔原則」下之觀察

按司法院大法官釋字第 799 號解釋理由書中指出：「三、按對性犯罪者於刑罰執行完畢後，再施以強制治療，旨在使具高再犯危險之性犯罪者，經由強制治療程序而降低其再犯危險，以保護社會大眾安全，並協助受治療者復歸社會。是強制治療本質上應為一種由專業人員主導實施之治療程序，受強制治療者係立於「病人」之地位接受治療，並以使受治療者有效降低其再犯危險為目的，而非對受治療者之刑事處罰。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

³¹ 川崎友巳 (註 30)，頁 47-49。

³² 川崎友巳 (註 30)，頁 65。

³³ 川崎友巳 (註 30)，頁 60。

³⁴ 渥美東洋 (1998 年)，〈組織・企業犯罪を考へる〉，東京：中央大学出版部，頁 29。

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。強制治療制度於憲法上應符合明顯區隔之要求，就治療處所（包含空間規劃及設施）而言，強制治療應於與執行刑罰之監獄有明顯區隔之處所為之，且一般人可從外觀清楚辨識其非監獄。次就受治療者生活管理方面而言，受治療者之生活起居與行為活動之紀律要求，均應以達成治療目標之必要範圍為其限度，於不妨礙實施治療之前提下，應盡可能使受治療者享有正常生活，以作為復歸社會生活之準備，並與監獄受刑人之矯治處遇明顯有別。再就如何治療方面而言，治療應由專業人員本於專業性、個別性原則，依據受治療者之具體情狀而主導實施，並應以有效降低其再犯危險，從而使其得以復歸社會為貫串整體治療程序之目標。」

司法院大法官接之於第 812 號解釋理由書中亦指出：「現行強制工作之執行不符憲法明顯區隔原則之要求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。」可知明顯區隔原則於我國已屬憲法原則，且依釋字第 799 號解釋明顯區隔原則係源自「罪刑法定原則」及「一罪不二罰原則」。易言之，強制治療及強制工作必須與刑罰於執行之處所（包含空間規劃及設施）、執行之程序、執行之管理及專業人員之配置、參與等均需有所區隔，否則即難以符合明顯區

隔原則之要求，而抵觸「罪刑法定原則」及「一罪不二罰原則」³⁵。

據上可知，司法院釋字第 799 號及第 812 號解釋給我們的啟發是，除非在執行層次嚴格區分自由刑與保安處分（強制治療及強制工作），否則即難謂其等有本質上之差異，而一面科處刑罰，一面宣告保安處分，即難以迴避抵觸罪刑法定原則及一罪不二罰原則之疑慮。聲請人認為若將相同思考邏輯運用至不法利得沒收，則因不法利得之沒收、追徵與罰金刑在本質上均屬剝奪、干預人民財產權之國家行為，尤以「追徵」與罰金刑極為類似³⁶，在執行層面上，均係由「檢察署執行科囑託民事執行處對受刑人之財產（包含不動產、動產、薪資債權、有價證券等）為強制執行，債權人並均得聲請參與分配³⁷」。此外，透過德國不法利得沒收之立法進程亦可知悉，在德國正式於刑法典內增訂不法利得沒收前，該國係以「高額罰金」達成剝奪不法利得之目的，而此更可確認罰金刑與不法利得之沒收在功能層面亦具高度相似性。

4、小結

由上開我國、日本、德國及美國之實務及學說討論可知，總額主義或純益主義之抉擇，與不法利得沒收之本質密切相關。除德國實務於 1992 年刑法修正中改採不法利得之總額主義後，仍形式上堅稱不法利

³⁵ 關於明顯區隔原則之依據，德國聯邦憲法法院於 2011 年就保安監禁是否違憲之判決中，曾指出必須賦予保安監禁迥異於刑罰執行之實踐機制，始能使保安監禁無違比例原則。詳細內容參見：許恒達（2022 年），〈強制工作與違憲審查—評司法院釋字第 812 號解釋〉，《臺灣法律人》，第 11 期，頁 39-40。其他關於明顯區隔原則之介紹，亦可參見：林鈺雄（2022 年），〈評司法院釋字第 812 號解釋（強制工作）—比例原則、區隔原則、權利救濟及釋憲溯及效力〉，《臺灣法律人》，第 11 期，頁 10-13。

³⁶ 松本一郎（1975 年），〈第一編第一 0 章 沒收〉，《法律時報》，第 11 期，頁 39-40。

³⁷ 臺灣高等法院檢察署（2017 年），〈刑罰執行手冊〉，臺北：法務部，頁 124-126, 134, 142-143。

得沒收為「獨立性質之處分」，及美國在總額主義或淨額主義仍存在爭議下，學說逕認不法利得沒收有「讓犯罪人痛一下」或「威嚇潛在犯罪人」等類似刑罰之意義外，大多從總額主義之角度，推論不法利得沒收類似刑罰性質³⁸。承此思考脈絡，由於我國刑法第38條之1立法理由規定：「…。五、…（三）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。」明白採取「總額主義」。最高法院111年度台上字第1179號判決亦指出：按犯罪所得之沒收或追徵其價額，係法院剝奪犯罪行為人之不法所得，將之收歸國有之裁判。目的係著重於澈底剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得，使其不能坐享犯罪之成果，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪。基此，對於犯罪直接利得之沒收，係採兩階段計算法之相對總額原則。前階段，係審查有無利得，祇要與行為人犯罪有因果關連性者，不問是為了犯罪而獲取之報酬、對價（或稱「為了犯罪」利得）或經由犯罪而獲得之利潤、利益（或稱「產自犯罪」利得），皆為此階段所稱犯罪直接利得。犯罪直接利得數額之判斷標準，在於沾染不法之範圍，倘交易本身即為法所禁止之行為，則沾染不法範圍及於全部所得；反之，若交易本身並非法所禁止，僅其取得之方式違法，則沾染不法範圍則僅止於因不法取得方式所產生之獲利部分，而非全部利益。後階段，則係關於利得範圍之審查。依刑法第38條之1立法理由『不問成本、利潤，均應沒收』明示採取總額原則，不予扣除犯罪成本（最高法院111年度台上字第722號、110年度台上字第2827號及110年度台上字第946號判決亦同其意旨）」則總額主義下之不法利得沒收既然在剝奪行為人及第三人從犯罪中得到的利益外，還可能進一步造成原有財產受損，理應已非單純回復原狀之措施，而具刑罰性質，殆無疑義³⁹；何況，在綜合觀察、比對不法利得沒收及罰金刑之本質、執行及功能面向後，更可知不法利得沒

³⁸ 謝煜偉（註9），頁；桑田翠（註29），頁；黃宗旻（註13），頁4。

³⁹ 黃宗旻（註13），頁4。

收無論係就基本權干預面向（即財產權之干預）、執行面向（即均可對被告的整體財產強制執行且債權人均可聲請參與分配）及功能面向（即均有剝奪不法利得之效果）均與財產刑或罰金刑不具實質差異。而一般認為，在刑罰與保安處分間，除存在純粹的刑罰及保安處分外，尚有介於刑罰與保安處分間的保安處分，針對這種介於中間性質之處分，學說認為仍受到所有支配刑罰原則（即罪責原則、罪刑法定原則及從輕原則）之拘束⁴⁰。

此外，針對有學者主張：本次刑法修正理由對利得沒收範圍計算，亦同德國刑法 73 條規定，採取總額原則，而此可以透由民法第 180 條第 4 款規定予以理解。亦即，利得人於實行不法行為時，係將自己外於法秩序外，並以不法行為破壞既有之法秩序，故其為不法行為所支出之成本或其他支出等「給付」，即無請求法院在計算犯罪所得時予以扣除之權利⁴¹。聲請人認為此觀點似認不法利得沒收之目的係將財產回復至合法狀態，純屬預防性質之措施，故可適用不法原因給付不得請求返還之法理，且不得請求扣除犯罪成本。然而，國內有學說精闢地指出除非能夠舉證證明犯罪成本係源自其他犯罪所得，否則剝奪犯罪成本根本無法回復合法財產狀態，且不法原因給付之法理，僅能說明自外於法秩序之人，不得請求國家協助實現其不當得利返還請求權，故必須承擔他人保留不法獲利的風險，而與國家是否有權沒收犯罪成本無關，更何況以不法原因給付作為國家沒收犯罪成本之依據，亦忽略犯罪所得沒收是國家與人民之關係，並非私人間之法律關係⁴²。此外，聲請人認為既然犯罪成本已支出而不屬行為人所有，即便對行為人沒收此部分犯罪成本，亦係自始無法達成「徹底剝奪犯罪所得」之目的，亦即行為人既已經耗費此犯罪成本，沒收此部分犯罪所得即與刑法第 2 條修正理由所稱「任何

⁴⁰ 林鈺雄（註 5），頁 68-69。

⁴¹ 陳信安（註 7），頁 101。

⁴² 薛智仁（註 11），頁 1067。

人都不能保有犯罪所得」(Crime doesn't pay; Verbrechen dürfen sich nicht lohnen!)無涉。由此可知，無論是「回復合法財產狀態」或「不法原因給付法理」均無法支撐不法利得沒收在適用總額原則後，仍為準不當得利之衡平措施之結論。

綜上，聲請人認為本次刑法修正以刑法第2條第2項排除「從舊從輕原則」對不法利得沒收之適用，使不法利得沒收一律適用裁判時法，已抵觸罪刑法定原則，而違反憲法第8條之「正當法律程序」。再者，因罪刑法定原則之禁止溯及既往原則，具絕對性，不可衡量，故刑法第2條第2項規定沒收一律適用裁判時法(即「從新原則」)，全面排除「從舊從輕原則」之適用，即已因違反罪刑法定原則所由生之正當法律程序，而違憲侵害人民受憲法保障之財產權。

三、罪刑法定原則之射程範圍

不法利得沒收除從其是否具刑罰或類似刑罰之性質作為討論出發點外，尚可反向從罪刑法定原則之適用範圍是否僅及於刑事犯罪及刑罰進行觀察。

(一) 干預人民基本權利之措施

不法利得的沒收有無罪刑法定原則衍生之不溯及既往原則之適用，除可由不法利得沒收是否為刑罰或類似刑罰性質進行檢討外，尚可從罪刑法定原則之適用範圍是否可以及於單純干預人民基本權(例如自由權、財產權等)之面向進行檢討。

罪刑法定原則之射程範圍是否及於刑罰或類似刑罰以外之干預人民基本權之處分，可參考德國基本法第103條第2項於該國之實踐情形。德國學說認為德國基本法第103條第2項規定的罪刑法定原則是一種

「準基本權之權利」(eingrundrechtsgleiches Recht)，故可區分成「三階層審查（即保護範圍—侵害—正當化事由）」，刑罰即是基本權之侵害（Grundrechtseingriff），德國基本法第 103 條第 2 項（及第 3 項）則為「限制之限制」（Schranken Schranken）。再者，無論是德國憲法法院或該國學說均認為德國基本法第 103 條第 2 項作為恣意禁止原則在刑事法院中的特別形塑，於保護主體方面可及於任何人（包含法人），事物保護領域方面即本條所指「處罰」（Bestafung）則係包含「所有國家對於違法、有責行為，為了抵償罪責而施加惡害的高權行為」，因此罪刑法定原則在德國的射程範圍，並不限於刑事犯罪與刑罰。例如，德國聯邦憲法法院即曾多次援引基本法第 103 條第 2 項作為審查罰鍰或其他違反秩序之制裁（Bußgeldtatbestände oder sonstige Sanktionen wegen Ordnungswidrigkeiten）、懲戒罰及職業法院的制裁決定等⁴³。因為罪刑法定原則之目的在保障個人的法和平，因此既然秩序罰或懲戒罰，對個人所產生的禁止效果，經常和刑事刑罰沒有本質上不同，當然也應該比照刑罰，適用相同的憲法標準⁴⁴。承此，暫且不論沒收是否為刑罰或類似刑罰之（保安）處分，因沒收本質上即可能對人民財產權造成重大侵害，依法治國原則（Rechtsstaatsprinzip）在立法上本應有罪刑法定原則及其派生之溯及既往原則的適用⁴⁵。從而，即便不法利得之沒收在本次刑法修正中被定位為「準不當得利之衡平措施」，基於刑事沒收仍屬國家對人民財產權之干預措施，即應有罪刑法定原則之適用

⁴³ 張志偉（註 1），頁 112-113；薛智仁（註 11），頁 1103。據此，有學者認為德國學說將德國基本法第 103 條 2 項（即罪刑法定原則）之「處罰」限定在「國家等高權主體對有責行為所為之指摘性反應，而對違法行為所施加之惡害，以謀求責任之衡平」，故限於「刑事處罰」始有適用，其他對人民權利之干預及限制，因為無論在強度或影響的持續性上，均難與刑罰相比，故無罪刑法定原則之適用餘地，即有再斟酌之餘地。見陳信安（註 7），頁 92。

⁴⁴ 薛智仁（註 11），頁 1103-1104。

⁴⁵ 林書楷（註 2），頁 586。

（二）行政罰法及社會秩序維護法之比較觀察

再者，只要觀察會秩序維護法及行政罰法之立法即可知悉，同屬侵害人民財產權之行政「沒入」亦有罪刑法定原則（社會秩序維護法第2條、行政罰法第4條）及從輕原則（社會秩序維護法第3條、行政罰法第5條）的適用。而「沒入」是行政法上的財物剝奪措施，一經沒入，所有權即歸屬沒入機關所屬公法人，與刑事沒收具類似性，是倘一方面認社會秩序維護法或行政罰法有「處罰法定原則」及「從新從輕原則」之適用，另一方面卻認為比行政沒入具更強大的規制作用，甚至會產生烙印、標籤作用的刑事沒收無罪刑法定原則之適用餘地⁴⁷，顯然是對行政沒收與刑事沒收為無正當理由之差別對待，非無抵觸憲法平等原則在禁止國家權力於無正當理由狀況下，對於相同類別之規範對象為不同處理，或對於不同類別之規範對象為相同處理之意旨⁴⁸。

貳、刑法第2條第2項規定：「沒收，…適用裁判時之法律」已抵觸信賴保護原則

一、信賴保護原則

（一）憲法依據

司法院釋字第574號解釋指出：「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

⁴⁶ 柯耀程（2018年），〈沒收制度的實然與應然〉，《東海大學法學研究》，第53期，頁27。

⁴⁷ 謝煜偉（註9），頁351；薛智仁（註11），頁1104。朱石炎（2016年），〈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。

⁴⁸ 黃宗旻（註13），頁5-6。

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。」亦即，司法院大法官明確指出，基於法安定性、信賴原則及人民權利之保護，原則上法律變更時，新法只能適用在新法生效後始發生的事實及法律關係，除非該事實或法律關係於舊法時期已發生，但延續至新法生效後，但此時仍應以過渡條款或其他補救措施適度平衡因適用新法而受不利影響之關係人（司法院釋字第 751 號、第 717 號解釋同其意旨）。

關於信賴保護原則之憲法基礎，一般認為係源於法安定原則及所涉及的基本權利保障。前者指法治國家係由實質及形式要素共同形成，實質法治國家係以實現實質正義為目的，形式法治國家則重視法安定性的保證。法定性使得個人可以依照計畫形成自己的生活，並且對國家之侵犯得以預見及預作因應，但個人必須有可信賴的基礎存在，尤其是值得信賴之法律狀態。後者則係指依信賴保護目的出發，依個案所涉及的憲法上基本權利，舉凡財產權、人格自由發展及婚姻及家庭之保護等均可構成信賴保護原則之基礎⁴⁹。

⁴⁹ 洪家殷（2000年），〈信賴保護及誠信原則〉，收於：《行政法爭議問題研究（上）》，臺北：五南，頁126-128。

(二) 意義及內涵

一般認為，信賴保護原則之適用必須具備：(1) 信賴基礎（即國家行為）；(2) 信賴表現（即人民安排其生活或處置其財產）；(3) 信賴值得保護（即民必須誠實、正當，並斟酌公益），並且以法律不溯及既往原則為實踐。而依學理可將法律不溯及往原則區分成「真正的溯及既往」及「不真正的溯及既往」。真正的溯及既往指法律的事後變更干涉了已經解決的、屬於過去的事實關係及法律關係。在真正溯及既往的情形，基於法治國法安定性原則及人民對既存法律秩序的信賴保護，應不許為不利人民之溯及生效或溯及適用，除非變動的法規屬授益性質，或雖屬負擔性質，但(1) 利害關係人對新法規之適用，有預見可能性；(2) 舊法規不合理、不明確、有重大漏洞或違反體系，致有違憲的重大疑義，而溯及既往適可改正其缺點；(3) 法規溯及適用並未造成損害或所造成的損害極為輕微者；(4) 基於強烈的公益需求，較之信賴利益有優越價值，且凌駕法安定性之要求者，始例外允許真正的溯及既往。

不真正溯及既往則指新法對於現在仍在進行的、尚未終結的事實關係及法律關係向將來發生作用。不真正溯及既往原則上為法所允許，除非(1) 經衡量人民信賴舊法規存續之信賴利益（即人民法律地位值得保護）優於新法規立法意旨所預期達成之公益；(2) 法規變動超乎預期，立法者卻未設有過渡條款時時，例外不許不真正的溯及既往⁵⁰。

(三) 不法利得之沒收與法律不溯及既往原則

關於本次刑法修正透過刑法 2 條第 2 項使包含不法利得沒收在內之整體刑事沒收溯及適用裁判時法，屬於何種溯及既往類型。有認為刑法

⁵⁰ 陳清秀（1998年），〈依法行政與法律適用〉，翁岳生主編，《行政法》，臺北：翰蘆，頁123-124；薛智仁（註11），頁1106-1107。

第2條第2項在犯罪所得沒收的範圍內，屬不真正溯及既往，因為新法所適用的對象，不是犯罪所得所依附的不法行為本身，而是該不法行為對合法財產秩序造成的侵擾狀態，亦即犯罪所得之沒收只是排除尚在持續中的財產侵擾狀態，避免該狀態延續至將來⁵¹。然而，聲請人認為這種說法忽略不法利得沒收終究還不法行為之法律效果，亦即不法行為不會因為產生違法財產狀態，就改變不法利得沒收係針對不法行為所為事後回顧性非難的本質，尤其是在新法採取「總額原則」下，逾越實質利益以外財產之沒收，無疑是一種惡化行為人財產狀態的（類似）刑罰，而與典型刑事刑罰（例如自由刑、罰金刑等）均為對不法行為所為之回應或非難。再者，正如同刑法學理上的狀態犯（即竊盜、強奪、強盜等）只要贓物未即時追回，犯後必然形成違法的財產狀態，但我們也不會因此認為刑事刑罰所非難的對象會由「犯罪行為本身」變成「事後的違法財產狀態」。因此，上開不真正溯及既往之說法顯然忽略了「對於合法財產秩序之侵擾狀態」仍是不法行為所由生，無法與不法行為切割⁵²，故刑法第2條第2項規定沒收一律適用新法，應屬真正溯及既往無誤。

而法規之真正溯及既往依上開學理所示，原則不能溯及既往，只有在授益性質或雖屬負擔性質，但當事人可預期法規變更、舊法規有違憲之重大爭議、溯及既往未造成損害或損害輕微、新法規追求的公益優於人民的信賴利益時，始得例外溯及。然而，一般人民很難預期沒收新法的通過，且舊法沒收適用之數十年間，雖因舊刑法採取「裁量」沒收且僅限於犯罪所得屬「犯罪行為人所有」始能宣告沒收，而徹底實現剝奪不法利得之刑事政策目的，然僅僅如此應難謂舊法沒收已達違憲重大爭議之程度，況且舊法不法利得沒收與新法相較，不論係就沒收主體、範

⁵¹ 陳信安（註10），頁1106。

⁵² 採取類似觀點，詳見：薛智仁（註11），頁1106。

圍等均較具侷限性，故對人民財產權的干預程度顯然較小。何況，犯罪所得數額依個案犯罪情節而有所不同，很難說沒收溯及適用新法對利害關係人財產權之侵害即屬輕微，且一般人亦難以對新法沒收的溯及適用有預見可能性；此外，舊法本有不法利得沒收之規定，只不過因為犯罪所得非屬行為人所有、犯罪所得計算困難及考量主刑與從刑間之抵銷關係，故實務未必會宣告沒收不法利得，因此要以新法沒收較能貫徹不法利得剝奪之刑事政策目的為由，即謂公共利益較為特殊重大，難謂無速斷之嫌⁵³，何況新法第 38 條之 1 第 5 項規定，犯罪所得除已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，故實務認為即使行為人不會因為犯罪而取得被害財物之所有權，只要有事實上處分權（faktische Verfügungsgewalt）即應宣告沒收，而此於犯罪所得屬無形財產（例如違法傾倒廢棄物節省的處理費用、內線交易之特殊獲利或避損機會等）而無權利移轉時固較無問題，於特定物或特定權利時，例如行為人竊取機車時，雖未因此改變機車在民法上之所有權歸屬，但因行為人取得機車之事實上處分權，法院即應宣告沒收該機車，如此將使被害人的所有權遭國家剝奪⁵⁴。就此，為了衡平被害人所受損害，第 38 條之 3 第 2 項雖規定，國家取得所有權之效力不能對抗原權利人（例如所有權人等），且刑事訴訟法第 473 條第 1 項亦規定，權利人於判決確定後 1 年內可聲請發還或給付，以資救濟。惟被害人若未於 1 年內聲請發還或給付時，國家取得犯罪所得所有權之效力將發生對世效，此就必須依照民事損害賠償訴訟取得執行名義始得聲請給付者而言，不僅過於短暫，且與刑事訴訟法第 475 條（扣押物歸還國庫）除課予檢察官不能發還之公告義務，且扣押物必須自公告後 2 年無人領取，所有權始歸國家所有，二者相較下，顯然對被害人之財產權有保護不足之處⁵⁵。因此，要說新

⁵³ 採取相同結論，詳見：薛智仁（註 11），頁 1109。

⁵⁴ 相關批判參見：薛智仁（註 11），頁 1082。

⁵⁵ 謝煜偉（註 9），頁 362。關於日本及德國之作法，可參謝煜偉（註 9），頁 363；薛智仁（註 11），頁 1084-1085。

法沒收實現剝奪不法利得之公益絕對優越利害關係人被剝奪之財產利益，不無牽強之處。

此外，刑法第 2 條第 2 項修正理由記載：「（二）…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，況且本次沒收之修正，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。⁵⁶」似以任何人都不得透過犯罪行為取得所有權或其他權利為由，自始將不法行為取得之財產排除在憲法財產權保障範圍之外。惟一般認為，判斷法律得否合法溯及既往時，只能對法規範效力作一般性界定，不應取決於受規範者個人因素⁵⁷，況且在總額主義下，除非能證明該成本源於其他犯罪所得，否則何以不在其財產權保障範圍內。更何況不法行為取得之財產地位，可能是依民法有效取得而受憲法保障的所有權或權利，亦即法律行為違反禁止規定時，債權行為及物權行為未必會一併無效，仍需取決於個別禁止規定之解釋，始能判斷違反刑法規定之物權行為是否自始、客觀、絕對無效。例如德國實務認為，若刑法禁止的對象是法律行為的雙方，該法律行為無效，但若限於法律行為一方，則須視是否必須認定法律行為無效始能達成刑法禁止之目的⁵⁸。例如被害人遭詐欺而締結買賣契約，詐欺罪僅禁止為詐欺行為的出賣人，故不論是雙方締結之買賣契約或被害人的匯款行為均不因此無效⁵⁹。又例如，廠商向公務員行賄而簽訂工程承攬契約，行

⁵⁶ 類似看法，例如陳重言主張：「行為人之不法所得本不在憲法財產基本權之保障範圍內」。詳細內容參見：陳重言（2016 年），〈沒收制度之時的效力—裁判時新法適用原則與施行後統合效果〉，林鈺雄主編：《沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元》，臺北：元照，頁 21。

⁵⁷ 陳愛娥（2007 年），〈信賴保護原則的具體化—兼評司法院大法官相關解釋〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 98 期，頁 179。

⁵⁸ Looschelders, in: NomosKommentar BGB, Bd. 1, 3. Aufl., 2016, § 134 Rn. 247. f 轉引自：薛智仁（註 11），頁 1108。

⁵⁹ Looschelders, (Fn. 133), § 134 Rn. 249. 轉引自：薛智仁（註 11），頁

賄行為本身固為法律所禁止而無效，但不會因此使工程承攬契約同歸無效⁶⁰。準此可知，若行為人或第三人透過不法行為取得之所有權或權利，在舊法比例原則衡量下本可沒收，該權利固不受憲法財產權之保障，但若依舊法不得沒收，則該等不法行為取得之財產依然是憲法財產權之保護對象⁶¹，不會因行為人所為屬不法行為，而一概被排除在財產權保障範圍外。

（四）德國聯邦憲法法院裁定之檢討

按我國刑法第2條修正理由記載：「…（三）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宣告，故沒收適用裁判時法，比較法例上亦有其先例。」就此，上開修正理由雖未指明德國聯邦憲法法院裁判先例之日期或字號，然學者認為修正理由所指應為2004年1月14日裁定，爰此聲請人整理德國聯邦憲法法院裁定之意旨如下：

- 1、刑罰係對違法有責行為於法律上所施加之不利益，其任務除威嚇、再社會化外，尚包含對刑法所禁止的行為作出妥適回應，及對於違法且於社會倫理上係屬錯誤的行為施加應報。而判斷處置措施是否具準刑罰（Strafähnlich）性質，不可僅因該處置措施導致相對人自由或財產受有損失，即認具處罰性質（pöner Charakter），而必須考量立法者的立法意志、刑法關於利得沒收之規範文義、體

1108。

⁶⁰ Looschelders, (Fn.133), § 134 Rn. 254. 轉引自：薛智仁（註11），頁1108。

⁶¹ 薛智仁（註11），頁1109。

系結構等界定不法利得之法性質。

2、不法利得沒收不必然屬應報式制裁。立法者可廣泛地決定是否欲及以何等方式對違法獲得之經濟利益進行剝奪，因此立法者可自行決定是否透過利益剝奪之處置措施，同時實特定刑罰之目的。因此，本次刑法修正係考量倘在處罰行為人之同時，尚容許其保有犯罪所得，將毫無嚇阻犯罪實益，故修法目的不在惡害施加，而係若允許犯罪行為人繼續持有犯罪所得，將誘使其再次實行犯罪行為之利益，因此犯罪所得沒收不會因一般預防目的，而具準刑罰性質，反而係與刑罰相區隔之法律效果，只是在謀求財產規制

(vermögensordnend) 及穩定規範 (normstabilisierend) 等目的。此外，立法者在一般預防目的外，尚有藉犯罪所得沒收導正不法行為所破壞合法財產秩序之目的，但此只是鑑於民事法領域中規定不足，而無法完全有效地阻止犯罪行為人透由違法行為之實行，而實際獲得財產利益之情形，據此不能即認不法利得沒收為刑罰或準刑罰性質。

3、總額原則之採取，不會去除利得沒收具有之準不當得利性質，毋寧只是沿襲德國民法典第 812 條以下之文義與法律體系為導向之不當得利觀點。而此不當得利之功能，非限於剝奪尚存之財產價值，毋寧是一種獨特的、用以導正不合法財產歸屬的手段。

基上可知，德國聯邦憲法法院固然指出：德國刑法第 73 條以下之利得沒收僅在透過具導正性及規範性之干預處置，對當前所出現之財產秩序侵擾狀態予以回應、導正，並未謀求制裁與應報，故不屬受罪責原則拘束之準刑罰⁶²。然而，上開裁定僅係以「德國刑法第 73 條 d 擴大沒

⁶² BVerfGE 110, 1, 13ff. 轉引自：陳信安 (註 7)，頁 97-99。

收是否違反罪責原則」作為審查對象，自始未及於不法利得沒收之時間效力⁶³；何況，德國聯邦憲法法院雖曾於該裁定中提及不法利得沒收的時間效力，然其係表示：「德國刑法第 73 條 d 並未抵觸禁止溯及既往原則。擴大利得沒收對於當事人在指示適用刑法第 73 條 d 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。在此無憲法疑慮之解釋下，擴大利得沒收之規定並沒有溯及效力」⁶⁴亦即，本裁定僅表示擴大利得沒收規定「未」溯及既往為合憲，並非積極肯認得擴大利得沒收可溯及既往合憲，故我國刑法第 2 條修正理由若是援引上開裁定作為德國聯邦憲法法院肯認不法利得沒收可溯及適用裁判時法，即可能有誤解裁定內容之虞。

參、借鏡德國及日本對不法利得沒收時間效力之處理方式

按刑法第 2 條第 2 項修正理由記載：「…(三)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。」似認德國刑法修正對不法利得沒收之時間效力原則係以適用新法為原則。爰此，聲請人以下將整理德國刑法修正中有關沒收時間效力之規定，以釐清立法理由所指德國刑法修正之相關內容，另聲請人亦將一併介紹日本改正刑法草案對沒收時的效力之處理，合先敘明。

一、德國刑法修正之時的效力

德國刑法近年來經過數度修正，不法利得沒收亦隨之進行多次增

⁶³ 陳信安 (註 7)，頁 97；張志偉 (註 1)，頁 122。

⁶⁴ BVerfGE 110, 1/32, Rn. 112. 轉引自：張志偉 (註 1)，頁 122。

修，然德國刑法不僅未認為不法利得沒收之時間效力應採「從輕原則」，反而在德國刑法第 2 條規定：「刑罰及其附屬效果適用行為時法律（第 1 項）行為時刑罰有變更者，適用行為終了時之法律（第 2 項）。行為終了時適用之法律，於裁判前變更者，適用最有利於行為人之法律（第 3 項）限定適用時間之法律，於失效後，亦適用於其效力期間之行為（第 4 項）利得沒收、犯罪物沒收及文書銷毀，準用第 1 項至第 4 項之規定（第 5 項）除有特別規定外，保安處分適用裁判時之法律（第 6 項）。」而對不法利得沒收明確採取「從舊從輕原則」（即同條第 2、3、5 項）。

德國於 1975 年刑法修正中，正式在刑法內增訂不法利得沒收之總則性規定，業如前述。惟德國刑法施行法 307 條規定：1975 年修法前之犯罪，其犯罪所得之沒收，適用新法有關犯罪所得沒收要件（即第 73 條之沒收及第 73 條 a 之替代價值沒收），但以舊法已規定沒收或沒收犯罪報酬者為限（第 1 項第 1 款）。這些犯罪亦適用新法之估算、過苛、沒收效力與補行沒收之規定（即第 73 條 b 至 d、第 76 條）（第 1 項第 2 款）。依舊法第 27 條之 2 得科處罰金之犯罪，罰金高於新法沒收額度者，亦得適用新法沒收規定追徵其替代價值（第 2 項）。如舊法對被沒收人較有利者，不適用第 1 項第 1 款之規定（第 3 項）。」乃明確採取「從新從輕原則」⁶⁵。

德國嗣於 2017 年刑法修正時，就不法利得沒收新法之時間效力問題，雖以德國刑法施行法第 316 條 h 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 以後裁判者，適用 2017 年 4 月 13 日《刑法財產剝奪改革法案》（BGB. I S. 872）修正公布之《刑法》第 73 條至第 73 條 c 條、第 75 條第 1 項和第 3 項以及第 73 條

⁶⁵ 法條內容，參考：薛智仁（註 11），頁 1101-1102；張志偉（註 1），頁 122-123。

d、第 73 條 e、第 76 條、第 76 條 a、第 76 條 b、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 日前曾經裁判時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》(BGB. I S. 872) 之新修正條文。⁶⁶」明白排除德國刑法第 2 條第 5 項「從舊從輕原則」，並且改採「從新原則」，惟基於維護裁判安定性，刑法施行法第 316 條 h 同時規定若「曾經裁判是否宣告沒收或追徵程序」者，仍適用舊法。亦即，考量：(1) 於新法修正前已對宣告沒收或追徵與否作出 1 次審級裁判，若不適用舊法，第一審裁判可能遭撤銷；(2) 原則適用新法亦可減輕審判實務比較新舊法之負擔⁶⁷，而另設「裁判安定性條款」，避免一律適用新法嚴重破壞裁判安定性。

綜此，德國立法者針對沒收、追徵時間效力之立場，雖有從「從舊從輕」、「從新從輕」，進而過渡到「原則從新」之進程，然聲請人認為德國刑法在 2017 年刑法修正改採「原則從新」時，儘管同時搭配有「裁判安定性條款」，猶且遭學說批判抵觸禁止溯及既往原則⁶⁸。反觀我國刑法第 2 條第 2 項於僅規定沒收適用「裁判時法」，而未設有可適用舊法之例外情形，可見我國刑法第 2 條第 2 項之違憲疑慮應較德國刑法施行法第 316 條 h 更高。

二、日本改正草案之時的效力

日本於昭和 49 年 (1973 年) 曾提出改正刑法草案，嗣後雖因國內新、舊派學說對立嚴峻，而未獲通過。然聲請人認為草案對沒收時間效

⁶⁶ 法條內容，參照：王士帆 (2017 年)，〈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。

⁶⁷ 王士帆 (註 66)。

⁶⁸ Saliger, (Fn. 30.), Vor §§73 ff. Rn. 3 c. 轉引自：薛智仁 (註 11)，頁 1103。

力之處理方式亦可供我國借鏡。

日本改正刑法草案中除在沒收之體系上，將沒收區分為「保安處分性質之沒收（包含構成犯罪之物、犯罪所用之物、犯罪所生之物）」（第74條）及「刑罰性質之沒收（包含犯罪取得之物、犯罪之報酬及犯罪所生之物、犯罪取得之物、犯罪之報酬之對價物）」（第75條），並將保安處分性質之沒收對象擴張至第三人，亦即只要此類物品有再度被投入犯罪之可能或其他保安上之必要時，即可沒收第三人所有之物。此外，草案尚增訂「沒收之特例（即對欠缺責任能力獲責任年齡者而不能處罰者之沒收、追徵）」（第76條）、「獨立之處分（即對符合沒收、追徵等要件，卻不能訴追行為人且判處有罪時之獨立處分）」（第78條）⁶⁹，故可知日本改正草案相較於日本現行刑法確有大幅度擴張沒收、追徵之對象及緩和沒收、追徵要件之情形，而屬不利行為人及第三人之法律變更。

針對上開沒收、追徵等規定之修正及增訂，日本改正草案第2條規定：「法律上不能處罰的行為，不能事後透過法律處罰之（第1項）。犯罪後，刑罰或其他關於刑罰之法律時，適用最有利於行為人之法律（第2項）。關於沒收、追徵之法律變更時，與前項同（第3項）。保安處分適用新法，但要件及收容期間，準用第2項（第4項）」⁷⁰亦即，日本改正刑法草案規定無論是保安處分性質的沒收或刑罰性質的沒收，一律適用最有利行為人之法律（即「從輕原則」），以符合罪刑法定原則之禁止溯及既往及法律不溯及既往之要求（亦即原則上禁止溯及既往，但有利行為人者，不在此限），且該國學者亦持肯定立場⁷¹，故參酌上開日本

⁶⁹ 法務省刑事局（1973年），〈刑法改正をどう考えるか—法制審議会の改正刑法法案とこれに対する批判をめぐって〉，東京：法務省，対照条文頁29-31。

⁷⁰ 法務省刑事局（註69），対照条文頁1-2。

⁷¹ 小暮德雄・内藤謙（1975年），〈第一編第一章 刑法の適用〉，47卷5号，頁43。

刑法改正草案內容可知，我國刑法第 2 條 2 項對沒收採取「從新原則」且未設例外之立法模式，確實有違憲疑慮。

肆、結論

刑法第 2 條第 2 項規定沒收應適用裁判時之法律（即從新原則），係在國內接連發生多起食品安全事件之背景下所催生。立法者鑑於舊法沒收無法徹底剝奪犯罪所得，尤其沒收主體僅限於行為人本人，不及於實質獲利之第三人，而使實質獲取犯罪所得者（含自然人及法人）得終局保有龐大的犯罪所得，使主刑成為犯罪成本，而不足以嚇阻潛在犯罪人。就此立法價值決定，聲請人尊重立法者之立法裁量及對法規內容之自由形成空間，並且對沒收新制較舊法沒收更能徹底剝奪犯罪所得，貫徹任何人均不能保有犯罪所得之普世基本法律原則持肯定態度。惟依上開日本、德國及美國實務及學說的討論脈絡可知，不法利得沒收在本次刑法修正明確採取「總額原則」後，已屬類似刑罰之處分，而有罪刑法定原則之適用。退步言之，縱使如刑法第 2 條修正理由及部分學說或德國實務所述，不法利得沒收乃「類似不當得利之衡平措施」，為刑罰或保安處分以外之獨立的法律效果，考量罪刑法定原則的適用範圍不限於刑事刑罰，而及於「所有國家對違法、有責行為所施加惡害之高權行為」。從而，因新法不法利得沒收增訂追徵制度（刑法第 38 條之 1 第 3 項）及第三人沒收（刑法第 38 條之 1 第 2 項），並使沒收範圍及於違法行為所得、變得之物、財產上利益及孳息（刑法第 38 條之 1 第 4 項），並增訂獨立沒收制度（刑法第 40 條第 3 項），均屬不利之事後法律變更，故刑法第 2 條第 2 項規定沒收適用裁判時法，顯已抵觸由罪刑法定原則派生之禁止溯及既往原則的「絕對」要求，而無衡量公、私益之必要。

其次，考量沒收乃附隨於不法行為之制裁效果，由犯罪行為由生，

故即便不法所得由行為人或第三人保有，將產生違法的財產狀態，亦不能認為不法行為尚為結束，故沒收依裁判時法應屬原則上禁止的「真正溯及既往」。承此，在新法不利於利害關係人時，除非新法為較有利之規定，否則必須利害關係人對新法的溯及適用有預見可能性、舊法存在違憲的重大疑義、法規溯及適用造成未造成損害或損害輕微或公益大於信賴利益時，始例外允許溯及既往。故本次刑法既有大幅度擴大沒收適用之情形，即屬不利於利害關係人之修正，加上客觀上並不存在上開得以例外溯及既往之情形，故當不具使不法利得之新法規定溯及適用至新法生效前已完結之不法行為之正當性。

再者，若將觀察視角延伸至德國及日本立法例亦可知悉，日本改正草案對沒收之時間效力明確採取「從輕原則」；德國在數次刑法修正中就沒收之時間效力，雖係由「從舊從輕」、「從新從輕」，過渡到2017年刑法修正之「原則從新」，然德國對此尚且設有「裁判安定性條款」之例外，而與我國刑法第2條2項採取純粹從新原則並不相同。

綜上所陳，聲請人主張刑法第2條第2項規定：「沒收…適用裁判時之法律」已抵觸罪刑法定原則之禁止溯及既往原則、法規不溯及既往原則，而違憲侵害人民受憲法保障之財產權。爰請求 鈞院宣告上開規定違反憲法且立即失效，以維護正當法律程序及信賴保護原則。

中 華 民 國 1 1 1 年 6 月 2 8 日

參考文獻

一、中文文獻（依引用次序排列）

張志偉（2017年），〈刑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。

林書楷（2021年），〈刑法總則〉，臺北：五南。

陳子平（2017年），〈刑法總則〉，臺北：元照。

林鈺雄（2021年），〈刑法總則〉，臺北：元照。

王皇玉（2018年），〈刑法總則〉，臺北：新學林。

陳信安（2016年），〈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。

程明修（2018年），〈刑法中犯罪所得沒收制度之憲法爭議〉，《臺灣本土法學雜誌》，第356期。

謝煜偉（2018年），〈刑事沒收新制基礎問題省思〉，收於：《法學與風範—陳子平教授榮退論文集》，臺北：元照。

林鈺雄（2016年），〈利得沒收新法之審查體系與解釋適用〉，《月旦法學雜誌》，第251期。

陳信安（2016年），〈新修刑法第2條第2項規定之釋疑（二）〉，法務通訊，第2798期，4版。

薛智仁（2018年），〈刑事沒收制度之現代化：2015年末收實體法之立

法疑義》，《臺灣大學法學論叢》，第 47 卷第 3 期。

黃宗旻（2016 年），〈新修正之刑法沒收相關規定的爭議問題〉，《萬國法律》，第 207 期。

曾淑瑜（2015 年），〈修正前後沒收轉型之爭議〉，《司法新聲》，第 120 期。

陳子平編譯，陳子平、謝煜偉、黃士軒譯（2016 年），〈2016 年最新版日本刑典〉，臺北：元照。

許恒達（2022 年），〈強制工作與違憲審查—評司法院釋字第 812 號解釋〉，《臺灣法律人》，第 11 期。

林鈺雄（2022 年），〈評司法院釋字第 812 號解釋（強制工作）—比例原則、區隔原則、權利救濟及釋憲溯及效力〉，《臺灣法律人》，第 11 期。

臺灣高等法院檢察署（2017 年），〈刑罰執行手冊〉，臺北：法務部。

柯耀程（2018 年），〈沒收制度的實然與應然〉，《東海大學法學研究》，第 53 期。

朱石炎（2016 年），〈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。

洪家殷（2000 年），〈信賴保護及誠信原則〉，收於：《行政法爭議問題研究（上）》，臺北：五南。

陳清秀（1998 年），〈依法行政與法律適用〉，翁岳生主編，《行政法》，

臺北：瀚蘆。

陳重言（2016年），〈沒收制度之時的效力—裁判時新法適用原則與施行後統合效果〉，林鈺雄主編：《沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元》，臺北：元照。

陳愛娥（2007年），〈信賴保護原則的具體化—兼評司法院大法官相關解釋〉，《臺灣本土法學雜誌》，第98期。

王士帆（2017年），〈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。

二、日文文獻（依引用次序排列）

林美月子（1996年），〈沒收・追徴と均衡原則〉，收於：《現代社会における 沒收・追徴》，東京：信山社。

樋口亮介（2014年），〈沒收・追徴〉，《法学教室》，402号。

山口 厚（1996年），〈わが国における沒收・追徴制度の現状〉，收於：《現代社会における沒收・追徴》，東京：信山社。

樋口亮介（2015年），〈沒收・追徴—共犯を素材に〉，《法律時報》，87卷7号。

桑島 翠（2021年），〈ドイツ刑法における利益沒收の歴史的展開とその現代意義（1）〉，《早稻田法学会誌》，71卷

1号。

桑島 翠 (2021年), <ドイツ刑法における利益没収の歴史的展開とその現代意義 (2・完)>, 《早稲田法学会誌》, 71巻2号。

川崎友巳 (2021年), <アメリカ合衆国の没収制度に関する一考察：没収の対象財産をめぐる動向を中心に>, 《同志社法学》, 73巻3号。

渥美東洋 (1998年), <組織・企業犯罪を考える>, 東京：中央大学出版部。

松本一郎 (1975年), <第一編第一〇章 没収>, 《法律時報》, 第11期。

法務省刑事局 (1973年), <刑法改正をどう考えるか—法制審議会の改正刑法法案とこれに対する批判をめぐって>, 東京：法務省。

小暮徳雄・内藤 謙 (1975年), <第一編第一章 刑法の適用>, 47巻5号。