


## 臺灣花蓮地方法院聲請法規範憲法審查聲請書

聲請人 臺灣花蓮地方法院刑事第三庭樂股法官

上列聲請人因審理本院 111 年度簡字第 14 號偽造文書等案件，對於應適用之法律位階法規範，依合理之確信，認有牴觸憲法之疑義，茲就客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請法規範憲法審查如下：

### 壹、聲請法規範憲法審查之目的



按各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，憲法訴訟法第 55 條定有明文。聲請人審理臺灣花蓮地方法院 111 年度簡字第 14 號偽造文書等案件，認為應所適用之刑法第 2 條第 2 項（下稱系爭規定），即應適用之法律位階法規範，認系爭規定有牴觸憲法之疑義。聲請人乃裁定停止訴訟程序，提出客觀上形成確信法律位階之法規範為違憲理由及法律見解，爰依憲法訴訟法第 55 條規定，聲請憲法法庭針對系爭規定進行法規範憲法審查，聲請人認系爭規定違反法治國之罪刑法定原則、溯及既往禁止原則、憲法第 15 條之財產權保障及憲法信賴保護原則，請求宣告系爭規定違憲、失效。

### 貳、事實經過暨系爭規定在裁判上適用之必要性：

#### 一、事實經過：

本院受理 111 年度簡字第 14 號偽造文書等案件，係因（起訴書犯罪事實二部分）被告卜勇征意圖為自己不法之所有，自 101 年 7 月 2 日至 101 年 9 月 4 日止，以詐術使告訴人 A 誤認被告有權出售產權，因此陷於錯誤，在花蓮

地區，陸續交付被告計新臺幣（下同）80 萬元。事後 A 發覺有異，向被告追索無著，方知受騙。

## 二、裁判上適用之必要性：

（一）上開事實，經臺灣花蓮地方檢察署（下稱花蓮地檢署）檢察官以被告涉犯刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪嫌、刑法第 216 條行使刑法第 210 條之行使偽造文書罪嫌，向本院依刑事訴訟法第 251 條第 1 項提起公訴，並聲請對於犯罪所得 80 萬元依刑法第 38 條之 1 宣告沒收，於全部或一部不能或不宜沒收時，追徵其價額。

（二）系爭規定應屬本案所適用之法律位階法規範：

1. 依起訴書所載之犯罪事實，本案行為時 101 年 7 月 2 日至 101 年 9 月 4 日間，而沒收新制，係於 105 年 7 月 1 日施行，花蓮地檢署檢察官係於 109 年 2 月 5 日提起公訴，本院於 109 年 2 月 24 日予以受理。且起訴書記載：被告前揭詐欺犯罪所得 80 萬元，請依刑法第 38 條之 1 宣告沒收，於全部或一部不能或不宜沒收時，追徵其價額等語。
2. 被告行為後，沒收之法律規範有所變更，始由本院判斷是否沒收之情形。系爭規定乃屬於裁判上準據法，倘若本院認為被告確實有上開犯罪所得是否適用系爭規定，將攸關得否適用裁判時法，而得進一步加以追徵（裁判時法之準據說明，詳見參、二、（二）），自屬對於本案裁判之結果有直接影響。



## 三、聲請人認系爭規定抵觸憲法所涉憲法條文及憲法上權利：

（一）憲法上罪刑法定原則

（二）憲法第 15 條之財產權：「人民之．．．財產權，應予保障。」

（三）憲法上之溯及既往禁止原則及信賴保護原則。

各原則及基本權利，所涉及具體內容，詳如下述。

參、聲請法規範憲法審查之理由及聲請人依合理確信，認系爭規定違憲所持之

立場及法律見解：

一、系爭規定不得排除罪刑法定原則之憲法規範效力：

(一) 按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限（司法院釋字第 792 號解釋理由書第 10 段參照）。上述關於憲法罪刑法定原則之基本闡釋，為司法院向來所強調之基本憲法原則（司法院釋字第 384 號解釋、第 443 號解釋、第 522 號解釋、第 765 號解釋、第 799 號解釋）。罪刑法定原則，既是法治國原則之具體體現，亦是基本人權保障之重要原則。罪刑法定原則之適用對象，依學說所見，不受限於是否制裁手段在形式上歸類為刑罰（形式的刑罰概念），而是取決於實質的刑罰概念<sup>1</sup>。參考德國基本法第 103 條第 2 項之罪刑法定原則之討論，是否構成刑罰（Bestrafung），不僅只止於刑事不法行為之處罰，同時也包含對秩序違反行為之秩序罰及公務員懲戒罰<sup>2</sup>。這一實質判斷標準也是國際人權之基本標準，如歐洲人權法院在 WELCH v. THE UNITED KINGDOM 案件中表示：「（歐洲人權）公約第七條中之刑罰概念（The concept of “penalty”），如同第六條第一項「市民權利及義務」及「刑事控訴」，是適用上具自主性的。為了有效賦予第七條所要求之保障，法院必須就進



<sup>1</sup> 吳耀宗（2000），刑法第二條第一項「法律變更」之研究——兼評大法官會議釋字第一三號解釋以及最高法院相關裁判，台灣法學雜誌，13 期，頁 73；薛智仁（2015），刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，臺大法學論叢，47 卷 3 期，頁 1103-1104。

<sup>2</sup> Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, GG, Art. 103 Abs. 2 Rn. 56, 59ff.

一步斟酌維持自由，且自身評估是否特定措施在該條款範圍內實質上當作刑罰」<sup>3</sup>。

(二) 沒收過去被認為是從刑。然而，105年7月1日之沒收新制，認為沒收係所謂第三種獨立制裁形式，犯罪所得沒收被認為是準不當得利之衡平措施。儘管如此，是否構成刑罰，並不侷限是否形式上被歸類為刑罰，而是取決於實際上是否具有刑罰效果。司法院釋字第799號解釋、第812號解釋（司法院釋字第799號解釋理由書第50段以下；釋字第812號解釋理由書第21段以下），均強調明顯區隔原則要求（Abstandsgebot），即從保安處分實際執行、結果觀察是否實質上屬於刑罰。由此益見，必須判斷是否構成刑罰，絕非單純以立法者形式上之分類或者立法說明為斷。沒收依照實際上效果，可分成違禁物沒收、犯罪工具沒收、犯罪所得沒收及關聯客體沒收，其中雖然犯罪所得沒收被理解為準不當得利之衡平措施，現行法底下所採取之立法原則乃總額原則，亦即不考慮行為人之成本扣除問題，相較於採取淨額原則僅用以避免行為人將所得投入犯罪而有預防效果，也構成對於行為人之懲罰。沒有理由認為僅透過立法者片面宣稱「沒收是第三種制裁手段」，就直接認為沒收不構成刑罰，犯罪所得之沒收亦然<sup>4</sup>。特別是，犯罪所得之追徵，依照學說所見，固然係針對行為人犯罪所得沒收之補充手段，但具體而言，已經超越對於原先利得財產客體之返還，而針對財產價值之剝奪，加以兼及犯罪成本之沒收，顯然已非單純導正非法財產分配秩序的措施<sup>5</sup>。

(三) 在此情形下，一概將「沒收」不區分其性質，一概認為不適用罪刑法定原則，即有未妥。罪刑法定原則，實有擔保個人行為自由、實現民主原則<sup>6</sup>及

<sup>3</sup> See WELCH v. THE UNITED KINGDOM, Judgment of 9 February 1995. at 27.

<sup>4</sup> 黃宗旻(2016)，新修正之刑法沒收相關規定的爭議問題，萬國法律，207期，頁5-6；薛智仁，前揭註1，頁1063；謝煜偉(2018)，刑法沒收基礎問題省思，收於：陳子平教授榮退論文集編輯委員會(編)，法學與風範——陳子平教授榮退論文集，頁342-349，臺北：元照。

<sup>5</sup> 黃宗旻，前揭註4，頁3-4；謝煜偉，前揭註4，頁364。

<sup>6</sup> Kargl, Strafrecht: Einführung in Die Grundlagen Von Gesetz Und Gesetzlichkeit, 2019,

權力分立<sup>7</sup>之機能。學說認為，沒收應適用罪刑法定原則<sup>8</sup>，應屬正確看法。因此，系爭規定以：「沒收……適用裁判時之法律」，亦即適用裁判時法，形同排除罪刑法定原則，即要求行為之處罰應以行為時之法律有規定者為限。

## 二、系爭規定抵觸溯及既往禁止原則：

- (一) 按新訂之法規，如涉及限制或剝奪人民權利，或增加法律上之義務，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係，是謂法律不溯及既往原則（司法院釋字第 781 號、第 782 號、第 783 號解釋參照）；又按基於法安定性及信賴保護原則，限制或剝奪人民權利之法律規範，原則上不得溯及既往生效；亦即法律原則上不得溯及適用於該法律施行前即已終結之事件。惟立法者制定溯及既往生效之不利性法律規範，如係為追求憲法重大公共利益，仍非憲法所當然不許（司法院釋字第 793 號解釋理由書第 59 段參照）。另參考林錫堯大法官於釋字第 714 號協同意見書所表示之意見，認為：所謂「真正溯及既往」，乃指將行政法規適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係而言。換言之，「真正溯及既往」係指法規之適用時間範圍，擴及於過去已終結之「構成要件事實 Tatbestand」，而賦予法律效果。法規如為「真正溯及既往」之規定，溯及干涉人民之權利或使人民負擔義務，而於其溯及之時點，人民不能預見，且依一般客觀之理性觀察，對之亦不須斟酌，則此種規定違反法治國家原則。因此，所稱行政法規不溯及既往原則，即指原則上不得為「真正的溯及既往」。至事實或法律關係是否業已終結，應綜合生活事實與相關法規規定內涵認定之。所謂「不真正溯及既往」，乃指行政法規並非適用於過去發生之事實或法

Rn. 38f.

<sup>7</sup> Kargl, (Fn. 6), Rn. 41.

<sup>8</sup> Kargl, (Fn. 6), Rn. 443ff. 薛智仁(2020), 再論想像競合之輕罪封鎖作用, 月旦法學雜誌, 299 期, 頁 104。

律關係，亦非僅適用於將來發生之事實或法律關係，而是適用於過去發生、但現在仍存在、尚未終結之事實或法律關係而言。此種情形，係因行政法規生效當時，事實或法律關係業已存在且尚未終結，而依該法規規定對之發生「立即效力」，應適用該法規。是故，該法規之適用，類似「溯及既往」，但畢竟僅向將來發生效力，而不是「溯及既往」發生效力，故稱之為「不真正溯及既往」。而適用該法規規定之結果，可能有利於關係人，亦可能不利於關係人。雖是「不真正溯及既往」，如係事後貶低關係人之法律地位，則亦應受信賴保護原則之拘束。因此有學者認為，所謂「不真正溯及既往」，應增加「因而事後貶低關係人之法律地位」此一要件，始具意義。要之，「不真正溯及既往」法規規定之法律效果，僅及於行政法規生效之後，但其「構成要件事實 Tatbestand」則包含該行政法規生效前已發生之事實，此種規定僅涉及法規之實質適用範圍，而不涉及時間適用範圍。



(二) 系爭規定之規範狀態變更及適用效果：

1. 系爭規定之修正經過：

23 年 10 月 31 日制定之刑法第 2 條第 1、2 項規定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」、「保安處分，適用裁判時之法律。」系爭規定部分，其後於 94 年 1 月 7 日制定，94 年 2 月 2 日公布，95 年 7 月 1 日施行，內容為：「非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」。系爭規定於 104 年 12 月 17 日始修正為：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」，並於 105 年 7 月 1 日施行。

2. 系爭規定使刑法第 38 條之 1 第 3 項得以溯及適用，涉及真正溯及既往：

(1) 刑法第 38 條之 1 於 104 年 12 月 17 日增訂，規定內容以：「前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」

該規定於 105 年 7 月 1 日施行。該規定被理解為沒收及補充之替代手段<sup>9</sup>。在此之前，95 年 7 月 1 日之刑法第 38 條第 1 項係規定：「下列之物沒收之：一、違禁物。二、供犯罪所用或犯罪預備之物。三、因犯罪所生或所得之物。」可見刑法典於 105 年 7 月 1 日以前，除刑法總則若干分則規定及特別法外，並無一般性追徵條款。這部分參考 95 年 7 月 1 日增訂刑法第 34 條第 3 款規定，從刑之種類包含「追徵、追繳或抵償」。參照當時立法理由以：「依本法規範從刑之種類，除褫奪公權及沒收外，在第一百二十一條、第一百二十二條、第一百三十一條、第一百四十三條尚有追徵之規定；貪污治罪條例第十條、組織犯罪防制條例第七條、毒品危害防制條例第十九條亦有追繳、追徵或抵償之規定。按價額之追繳、追徵或抵償之規定為現今刑事法制所承認之從刑，且德國及日本立法例亦設有相類之規定，宜於刑法總則中明定之，爰增訂第三款之規定。」亦可見當時立法者認為追徵、追繳或抵償等制裁手段，僅限於特別規定而得為之。

- (2) 系爭規定使刑法第 38 條之 1 第 3 項之追徵條款，得以通案適用。這是因為，舊刑法第 38 條第 1 項第 3 款所規範之沒收規定，並非全面性，而在局部犯罪沒收犯罪所得之情形，始允許追徵其替代價額<sup>10</sup>，系爭規定採取的規範立場是沒收適用裁判時法，將使刑法第 38 條之 1 第 3 項之追徵規定，得以適用於 105 年 7 月 1 日始產生犯罪所得之情形。依此，倘認個案當中必須諭知沒收，且犯罪所得未據扣案，依目前實務見解，事實審法院應一併諭知追徵<sup>11</sup>。

<sup>9</sup> 林鈺雄 (2020)，沒收新論，頁 223，臺北：元照。

<sup>10</sup> 薛智仁 (2007)，沒收之定位與從屬性—最高法院相關裁判綜合評釋(上)，台灣本土法學雜誌，98 期，頁 30。

<sup>11</sup> 最高法院 110 年度台上字第 5210 號判決：「為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪，修正前刑法第 38 條第 1 項第 3 款及第 3 項對屬於犯罪行為人之犯罪所得僅規定得沒收，難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有

(3) 依上開二、(一) 部分之說明，須先確定系爭規定究竟是真正溯及既往，還是不真正溯及既往。系爭規定所涉及之適用前提，是以發生附隨於犯罪行為所產生或因而取得之不法所得。因此，系爭規定所產生之法律效果，實則上開事態已經在新法生效前已終局結束，立法者透過系爭規定，使新法犯罪所得規定回溯適用於已經終結之不法行為上，因此應解為真正法規溯及既往<sup>12</sup>。

(三) 系爭規定牴觸溯及既往原則之具體論證：

1. 系爭規定因涉及基本權（財產權）的干預，乃不利益溯及既往：

(1) 憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害（司法院釋字第 400 號、第 709 號、第 732 號、第 747 號、第 793 號解釋參照）。

(2) 承前所述，縱使依學說所見，刑法犯罪所得之追徵條款僅係透過替代性的沒收措施，但是相較於剝奪原先犯罪不法利得，被告可能會因為該程序剝奪其固有財產，藉此來達成犯罪所得沒收之實效性。因此，仍應認為構成憲法第 15 條財產權之侵害。系爭規定既然涉及不利益溯及既往，應檢驗是否構成溯及既往禁止原則。

悖，爰參考反貪腐公約及德國刑法第 73 條規定，現行刑法第 38 條之 1 將屬於犯罪行為人所有之犯罪所得，由「得沒收之」修正為「應沒收之」，並參酌反貪腐公約第 31 條第 1 項第 a 款及巴勒摩公約、維也納公約均要求澈底剝奪不法利得，如犯罪所得之物、財產上利益及其孳息，因事實上或法律上原因（如滅失或第三人善意取得）不存在時，應追徵其替代價額。另犯罪所得雖尚存在，惟因設定抵押權等原因而無沒收實益，或因附合財產非毀損不能分離，或分離需費過鉅、混合財產不能識別或識別需費過鉅而不宜沒收時，則以追徵價額替代之，爰增訂刑法第 38 條之 1 第 3 項之規定，以利實務運用，並符公平正義。上訴人本件犯罪，其中原判決事實一之(一)部分，被害人林郁雯之損失共 15 萬元（上訴人此部分之犯罪所得為 5 萬元），原判決事實一之(二)部分，被害人許淑真之損失共 22 萬元（上訴人此部分之犯罪所得為 20 萬元）。縱然上訴人已與林郁雯達成調解，全額賠償林郁雯所受損害 15 萬元，並如數支付款項完畢；但關於被害人許淑真部分上訴人之犯罪所得 20 萬元，並不因上訴人全額賠償林郁雯之損害而免除應受沒收（追徵）之責任。上訴人此部分 20 萬元犯罪所得雖未扣案，但原判決維持第一審關於此部分依刑法第 38 條之 1 第 1 項前段規定宣告沒收，並依同條第 3 項規定諭知於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額之判決，已敘明其所依憑之規定及理由（見第一審判決第 9 頁第 11 至 15 行），於法並無不合。」。

<sup>12</sup> 詳參薛智仁，前揭註 1，頁 1106。



2. 系爭規定抵觸絕對溯及既往之疑慮：

- (1) 參照蔡明誠大法官於釋字第 799 號解釋部分協同部分不同意見書註腳 10 部分所為之闡釋：所謂絕對溯及既往禁止，係在德國基本法第 103 條第 2 項規定以外，基於憲法，其不但禁止刑罰構成規範溯及既往，亦且禁止刑罰加重之溯及既往，此溯及既往禁止絕對適用，不同於一般溯及既往禁止，其除非在特殊案例，例如聯邦憲法法院有關東德不當刑事處罰等訴訟及在違反人權之殺人案時之國際刑法案件。因在此特殊情形，有關基本法第 103 條第 2 項所定信賴嚴格保護，須予以退讓，據此可知，如涉及到刑罰構成規範溯及既往，原則上應該受到一律禁止，僅在極端例外之情形有特別重大之公益或正義必須追求，才有可能通過溯及既往原則檢驗，一般溯及既往案件，依照司法院過往之解釋，仍係為追求憲法重大公共利益，始得為之。否則毋寧是對既有之法秩序所保持的法和平狀態及基本權利所捍衛之利益狀態加以斲傷。
- (2) 系爭規定使追徵規定得以適用於新法，固然必須先解決追徵在現行法下的定位問題。為數不少的見解及實務，均肯認犯罪所得沒收部分具有準不當得利之衡平措施屬性。然而，文獻也指出，犯罪所得必須建立在淨額原則上之理解，才能正當化準不當得利之衡平措施，相較於此，現行法仍係採取總額原則，總額原則意味著剝奪犯罪所得涵蓋成本在內，必須悉數剝奪，誠如本文上述所說明，縱使採取準不當得利之衡平措施之理解，不妨礙該項制裁手段是否應落入罪刑法定原則之射程範圍<sup>13</sup>的理解，否則立法者可以恣意創造各種名目的處罰，任其恣意回溯，此部分已經詳如前述，依照上述理解，系爭規定即屬於抵觸絕對溯及既往禁止。

<sup>13</sup> 詳參薛智仁，前揭註 1，頁 1104；張志偉（2017），刑法不法利得沒收制度溯及適用之憲法問題，法令月刊，68 卷 6 期，頁 123-124。

### 三、系爭規定不符合干預財產權保障之信賴保護原則：

(一) 即便認為系爭規定，無涉於罪刑法定原則或者絕對溯及既往禁止，但作為一般法規，仍有法規層次之溯及既往禁止原則，依照前述司法院向來之解釋，必須有符合信賴保護原則之規範訴求，才能加以正當化，然系爭規定並不符合信賴保護原則之檢驗：

1. 依照司法院釋字第 781 號解釋理由書第 76 段：「信賴保護原則所追求之法秩序安定，以及現代國家面對社會變遷而不斷衍生之改革需求，必須依民主原則有所回應，兩者同屬憲法保護之基本價值，應予調和。又任何法規皆非永久不能改變，受規範對象對於法規未來可能變動（制定、修正或廢止），亦非無預見可能。立法者為因應時代變遷與當前社會環境之需求，在無涉法律不溯及既往原則之情形下，對於人民既存之權益，原則上固有決定是否予以維持以及如何維持之形成空間。然就授予人民權益而未定有施行期間之舊法規，如客觀上可使受規範對象預期將繼續施行，並通常可據為生活或經營之安排，且其信賴值得保護時，須基於公益之必要始得變動。且於變動時，為目的之達成，仍應考量受規範對象承受能力之差異，採取減緩其生活與財務規劃所受衝擊之手段，始無違信賴保護原則與比例原則。」
2. 循此，必須先檢視有無值得保護之信賴，以及倘若有值得保護之信賴，有無得溯及既往之重大公益，始合乎前述司法院揭諸之信賴保護原則之真意。文獻指出，依照德國聯邦憲法法院之見解，只有在當事人可預期法規修正、既有規定模糊或混淆而修法排除時、既有規定違憲無效而以新法取代時、溯及既往所造成之負擔輕微時，以及溯及既往符合重大公益時，是容許溯及既往之例外理由<sup>14</sup>。

<sup>14</sup> 詳參薛智仁，前揭註 1，頁 1107。

3. 追徵規定目的，如前所述，是對於固有財產干預，干預客體相較於是將原先所取得之物品或財產剝奪其支配狀態，容有差異。因此，即便行為人是透過犯罪而取得不法所得，並不代表其固有財產或利益，可自外於憲法財產權之保障領域，況且，縱使所取得之財產，依照現在民主秩序觀察，國家即便負有匡正義務，亦不能排除法治國原則之基本要求，此部分業經司法院釋字第 793 號解釋理由書第 18 段闡述甚詳<sup>15</sup>。再者，誠如文獻所指出，不法行為取得之財產，不當然在法秩序底下被認為不值得保有，例如民事法律關係當中，受詐欺之意思表示，僅為得撤銷，至於是否行使這一形成權，取決於受詐欺意思表示之當事人，同時該形成權之行使，設有除斥期間規定（民法第 93 條），以維持法律關係之安定。由上足見，既有民事法秩序也不會斷然認為，詐欺等不法行為將導致行為人自始無法在民事法律關係上保有財產。再者，學說也指出，信賴保護原則是否值得保護之判定，應優先透過法規效力應作一般性界定，而非取決於受規範者個人因素的要求<sup>16</sup>。況且，如果真的是該財產不值得保護，也不受法定原則之拘束，是否意味著司法者也可任意類推適用，創造出不利於行為人而調整財產歸屬狀態之解釋<sup>17</sup>？基於上述理解，系爭規定使追徵條款得以回溯適用，固然可以達到沒收新制所預想的徹底剝奪犯罪所得之目的，但是單純剝奪犯罪所得之目的，並不能夠正當化此一措施的正當性。舊法時期的沒收，雖然有不能一般性追徵的漏洞，業經學說在修法前指出此一問題，但可以確定的是，參以 95 年 7 月 1 日增訂刑法第 34 條第 3 款規定之立法理由可知，在立法者改弦易轍之前，關

<sup>15</sup> 「基於憲法民主原則保障政黨機會平等及建構政黨公平競爭機制之義務，國家應採取回復或匡正之措施，以確立憲法所彰顯之自由民主憲政秩序價值。惟其內容仍須符合法治國原則之要求，即無論何種國家權力之行使，均須合於權力分立原則、基本權之保障，及其所蘊含之比例原則、法律明確性原則及司法救濟等。」

<sup>16</sup> 陳愛娥(2007)，信賴保護原則的具體化——兼評司法院大法官相關解釋，台灣本土法學雜誌，98 期，頁 182。

<sup>17</sup> 此一質疑，見於謝煜偉，前揭註 4，頁 351。

於補充性的沒收替代手段，仍然必須要特別規定，因此不存在「既有規定模糊或混淆而修法排除時」的例外事由。

4. 再者，無論是從預防觀點或者財產秩序導正觀點，也都無法自圓其說。預防觀點來看，若是要避免將來再度投入犯罪，這一觀點欠缺可靠的依據加以支持，對於並無預見之人，何以剝奪施行前既有財產，更能防止犯罪，並不清楚。觀諸立法緣由，雖泛以：澈底剝奪犯罪所得以根絕犯罪誘因之旨趣，不問成本、利潤，均應沒收等詞，為其核心宗旨。然而，修法之後，可以想像，若干受規範者得以預見之情形，固然可以使潛在行為人警覺、警惕，進而降低其經濟犯罪誘因，但是，實際上其具體成效為何？能否使一般人產生預防意識或嚇阻犯罪發生<sup>18</sup>？是否所有類型案件均有相應之重要公益，並不清楚<sup>19</sup>，更遑論將成效不明之規定，加以溯及既往。
5. 況且，如前所述，民事法律關係當中對於若干不法行為（詐欺、脅迫等），其法律效果，至多僅是受詐欺、脅迫之人可以撤銷意思表示，因此，其不當得利之追索，必須以此為前提（嗣後無法律上原因），如果沒收新制是以準不當得利為其核心思想，其導正財產秩序之措施，正如學說見解所言，究竟此一財產回復關係，撇除私人間之民事法律關係，其保障公益的精確內涵安在<sup>20</sup>？難不成僅是為了特定案件犯罪利益剝奪而平白犧牲通案的法和平性？未能預見此一措施的行為人，顯然這種導正措施，是充滿突襲，過度干涉既有利益狀態的法律規定。
6. 至此，可以確定系爭規定仍欠缺「一概」溯及適用，而有對於行為人固有財產「回溯性」干預之重要公益。相較於轉型正義要導正之財產秩序，

<sup>18</sup> 質疑參見，張志偉，前揭註13，頁120-121。

<sup>19</sup> 薛智仁，前揭註1，頁1112指出，關於透過放寬沒收犯罪所得之規定，擴大犯罪沒收可能性，迄今為止，相關實證研究，並未證實擴張犯罪所得沒收之可能性，對於犯罪預防確有成效，並未超越「臆測階段」。

<sup>20</sup> 薛智仁（2015），犯罪所得沒收之新典範？評析食安法第四十九條之一修正，臺大法學論叢，44卷特刊，頁1337。

誠如司法院過去認為，涉及到對於實質法治國原則及民主原則之擁護，受規範對象據以主張信賴保護之信賴基礎，與自由民主憲政秩序不相容者，其信賴自不值得保護，更不生信賴保護之問題(司法院釋字第 793 號解釋理由書第 59 段)。反觀本案所涉及之情形，一概進行沒收抗制，採取「經濟解決」來犯罪行為人，不僅並未造成所欲追求的防止經濟財產犯罪的效果，更有可能是敲響法治國自我淪喪的喪鐘！

(二) 立法理由及過苛條款欠缺使系爭規定正當化的依據：

1. 系爭規定之立法理由，雖參考立法當時德國刑法施行法第 307 條(EGStGB § 307)作為依據，認為德國法原則上適用裁判時法。但是依據文獻考察，該條第 1 項第 2 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，但以舊法已規定沒收或沒收報酬為限；第 1 項第 1 款規定，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。該條第 2 項規定，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，亦得適用新法之沒收規定追徵其替代價值。第 3 項規定，如舊法對被沒收人較有利，不適用第 1 項第 1 款規定。依照上述規定，實際上對於犯罪所得沒收之實體要件，是採取從輕原則，並非無條件採取從新原則<sup>21</sup>。
2. 系爭規定之立法理由，認為過苛條款可能得以降低系爭規定帶來的不利影響<sup>22</sup>。過苛條款雖然存在，但是並不代表過苛條款之存在，可以回溯正當化溯及既往，繼而輔助、強化其所涉及之公益內容。如果承認系爭規定抵觸溯及既往禁止原則，也不符合信賴保護原則之例外事由，就代表

<sup>21</sup> 詳參薛智仁，前揭註 1，頁 1101-1102；張志偉，前揭註 13，頁 122-123；柯耀程(2016)，沒收新制修正之評釋，軍法專刊，62 卷 3 期，頁 15。

<sup>22</sup> 近似於此，如林鈺雄，前揭註 9，頁 278-279 認為大統混油案，大統公司 7 年販賣混油不法力得，假使公司財務無法支應，一次沒收全部犯罪所得反而會導致公司立即倒閉，可能會衍生被害人或通路商求償無門或公司員工失業，因此可以透過酌減沒收額度，作為其中一種替代手段。依此見解，似乎認為 2013 年爆發的大統混油案，即使可能溯及既往加以沒收、追徵，但個案中如果有過苛之虞，同樣可能透過過苛條款來緩解此一問題。

應該尊重固有財產之利益狀態，而不是降低或減少對於固有財產之干預就可以使回溯性的基本權干預內容被正當化<sup>23</sup>。因此，既然都已經無法取得正當性，干預既有的法和平及利益狀態，減輕其干涉影響，更不能使之正當化。

3. 系爭規定之立法理由，進一步參考司法院釋字第 525 號解釋，認為系爭規定可以被正當化。但正如學說所言，司法院釋字第 525 號解釋，係就銓敘部所作對於軍事學校專修班畢業服預備軍官役及大專畢業志願轉服四年制預備軍官役者停止適用比照「後備軍人轉任公職考試比敘條例」有關比敘規定之函釋，認為符合該條例意旨，不生抵觸憲法問題，此與干預憲法第 15 條之財產權之措施無涉<sup>24</sup>，自不能不當比附。

#### 肆、結論

一、系爭規定於本案適用上，使沒收規定得以一概溯及既往，進而干預行為人之固有財產，構成對於憲法第 15 條之財產權干預；沒收不因立法者名目上界定為準不當得利之衡平措施，便可自外於罪刑法定原則之效力檢驗，現行沒收之性質，不無帶有非難行為人之屬性，仍應有絕對溯及既往原則之適用；縱使認為犯罪所得沒收不適用罪刑法定原則，仍應考量一般法規溯及既往的情況下，沒收可能帶來之效應，是否符合信賴保護原則之規範訴求。然而，依上述考察，無論是預防效果或者導正合法財產秩序，均難說明為何在舊法欠缺追徵規定之情況下，可以回溯適用並據以剝奪行為人之固有財產的規範保障之利益狀態，洵非妥當。

二、沒收新制，固然在規範面上立意良善，並被獲得「Dos 版升級成 Windows 版」的美譽，但無論是「Dos」、「Windows」還是「Apple」的作業系統，將過往

<sup>23</sup> 詳參薛智仁，前揭註 1，頁 1110。

<sup>24</sup> 朱石炎（2016），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，1782 期，頁 2。

刑法作業系統安裝更新的同時，不應該將法治國原則所捍衛的一般人之基本權利跟憲法基本原則，隨著更新而一併汰換掉。基此，聲請人提出上開確信系爭規定為客觀上形成確信其違憲之法律見解<sup>25</sup>，聲請憲法法庭就系爭規定為法規範憲法審查，請求就系爭規定。

三、末以，系爭規定業經另案由其他聲請人提起法規範憲法審查在案（鈞院會台字第 13664 號、109 年度憲三字第 27 號、109 年度憲三字第 27 號、110 年度憲二字第 6 號），是聲請人求予併案審理而合併判決，附此說明。

此 致

司法院憲法法庭

中 華 民 國 111 年 3 月 30 日

聲請人 臺灣花蓮地方法院刑事第三庭樂股法官 林育賢



<sup>25</sup> 朱石炎，前揭註 24，頁 2。已建議此一情形抵觸法治國原則及比例原則，應裁定停止程序，提起釋憲（即現在法規範憲法審查），以求匡正。