

憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決協同意見書

楊惠欽大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本號判決認刑法第 2 條第 2 規定關於涉及同法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項所定沒收部分係合憲之結論，即主文第 1 項，本席敬表贊同，但就部分理由則認有予以補充或不同意見之處，爰提出協同意見。另就本號判決主文第 2 項至第 6 項針對法規範憲法審查之聲請予以駁回部分，雖予以尊重，但對其再為諭知駁回之表現方式，實有不同意之處，爰就不同意此等表現方式之理由，加入黃昭元大法官部分不同意見書第〔3〕至〔15〕段部分。

系爭規定明定：「沒收……適用裁判時之法律。」係關於刑法沒收規定之「時」的效力規範，是自系爭規定施行起（中華民國 104 年 12 月 30 日修正公布、105 年 7 月 1 日施行，下稱新法），沒收即應依裁判時之規定。惟於系爭規定修正施行前，刑法即有沒收之規範，惟於新法時有大幅修正；而依 104 年 12 月 30 日修正公布前刑法（下稱舊法）第 1 條、第 2 條第 1 項、第 32 條及第 34 條規定¹，沒收係屬從刑，屬舊法所規定之刑，是其法律適用之時點規定為「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。」即採從舊從輕原則。而就本號判決所處理之犯罪所得沒收一事觀之，若違法行為之

¹ 舊法第 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。」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，適用最有利於行為人之法律。」第 32 條規定「刑分為主刑及從刑。」第 34 條規定「從刑之種類如下：一、褫奪公權。二、沒收。三、追徵、追繳或抵償。」

行為（終了）時係舊法時期，但裁判時（含各審級法院裁判時）新法已施行，則關於該違法行為之犯罪所得沒收之法律適用，即因系爭規定而應適用裁判時之沒收新制規範，從而衍生系爭規定是否有致法律之溯及既往適用暨是否違反信賴保護原則之問題。

一、系爭規定會形成新法關於犯罪所得沒收規定之真正溯及適用

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，是謂禁止法律溯及既往原則。倘新法規所規範之法律關係，跨越新、舊法規施行時期，而構成要件事實於新法規生效施行後始完全實現者，除法規別有規定外，應適用新法規（司法院釋字第 783 號解釋參照）。

（一）為利以下說明，爰先臚列舊法及新法關於犯罪所得沒收之主要規定，並列表為簡要之比較。

A：新舊法關於犯罪所得沒收之主要規定

1、舊法部分：

- （1）第 34 條：「從刑之種類如下：一、褫奪公權。二、沒收。三、追徵、追繳或抵償。」
- （2）第 38 條第 1 項第 3 款及第 3 項：「（第 1 項）下列之物沒收之：……三、因犯罪……所得之物。……（第 3 項）第 1 項第 2 款、第 3 款之物，以屬於犯罪行為人為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。」

(3) 第 39 條：「免除其刑者，仍得專科沒收。」

(4) 第 40 條之 1：「法律有規定追徵、追繳或抵償者，於裁判時併宣告之。」

2、新法部分：

(1) 第 38 條之 1 第 1 項至第 4 項：「(第 1 項) 犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。(第 2 項) 犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。(第 3 項) 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。(第 4 項) 第 1 項及第 2 項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。」

(2) 第 40 條第 3 項：「第 38 條第 2 項、第 3 項之物、第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」

B：新舊法之簡要比較表

		舊法	新法
是否 須存	規定	第 34 條第 2 款、第 39 條	第 40 條第 3 項，並參酌第 38 條之 1 立法理由。

有責之犯罪行為	內容	1. 從刑。沒收所附隨之犯罪行為須具備構成要件該當性、違法性及有責性。 2. 免除其刑者，仍得專科沒收。	1. 犯罪所得之沒收，其沒收標的須係來自違法行為，即不以定罪為必要，其舉證以該行為該當犯罪構成要件，具違法性為已足。 2. 因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。
法官裁量權	規定	第 38 條第 3 項	第 38 條之 1、第 38 條之 2 第 2 項
	內容	犯罪所得之物係「得」沒收。	除有第 38 條之 2 第 2 項之過苛等情形外，犯罪所得係「應」沒收。
沒收主體	規定	第 38 條第 3 項	第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項
	內容	犯罪行為人	犯罪行為人、犯罪行為人以外符合一定要件之自然人、法人或非法人團體
沒收客體	規定	第 38 條第 1 項第 3 款	第 38 條之 1 第 4 項
	內容	因犯罪所得之物	犯罪所得：包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。
沒收客體減失	規定	第 34 條第 3 款、第 40 條之 1	第 38 條之 1 第 3 項
	內容	法律有規定追徵、追繳或抵償者，始得於裁判時併宣告之。	於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

(二) 舊法沒收規定之犯罪所得，於所附隨之犯罪行為終了時，犯罪所得之構成要件事實亦隨之完結，系爭規定使新法關於犯罪所得之沒收規定，真正溯及適用。

依舊法，沒收係屬從刑，原則上不能獨立科處，只能於有主刑時附帶科處之²，是個案犯罪行為是否有犯罪所得之事實，自係附隨於該犯罪行為之終了而完結；並如上所述，舊法針對犯罪行為及沒收之法律適用係採從舊從輕原則，即除行為後之法律係有利於行為人外，原則上係適用行為時之法

² 例外：如舊法第 40 條第 2 項：「違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收。」

律。而觀上述之舊法規定及新舊法比較表，可知，舊法之犯罪所得沒收，即是否有犯罪行為及屬於犯罪行為人因犯罪所得之物之構成要件事實，原則上亦係於犯罪行為終了時完結³。換言之，犯罪行為終了時如係舊法時期，則舊法未規定得沒收之犯罪所得，如新法所規定犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得者，因此等所得並不屬於犯罪行為人，則此等於舊法時期已終了之犯罪行為，其有並不該當舊法犯罪所得沒收之構成要件事實亦同時已完結。本號判決多數意見以：「沒收新制並非針對行為人破壞法益之違法行為本身而設，而係為終止該行為所生之不法財產秩序狀態。又，犯罪所得之產生雖係基於違法行為，然無論該違法行為是否終止、何時終止，亦不論行為人是否構成犯罪，自犯罪所得產生之時起，不法財產秩序狀態已然形成，且仍繼續存在至該犯罪所得被剝奪時為止。因此，系爭規定，雖導致刑法第 38 條之 1 沒收犯罪所得之規定，適用於該條施行前已發生之犯罪所得，然因該不法財產秩序，於該條規定施行後，仍繼續存在，故系爭規定屬不真正溯及既往之法規範……」等由（判決理由第 69 段參照），而認系爭規定使新法之犯罪所得沒收規定適用於舊法時期已終了之犯罪行為之犯罪所得，屬不真正溯及既往，固非無見。惟查：

- 1、如上所述，舊法對於犯罪所得既非無沒收之規範，且係將之定性為從刑，法律適用並係採從舊從輕原則，而刑事關於犯罪類型之分類，雖有所謂繼續犯與狀態犯之分，然其中所謂繼續犯，係指行為雖已既遂，但仍未完成、終了；

³ 所以稱原則上，係指法律可能嗣後為除罪化之修正等例外情形。

另所謂狀態犯則係行為既遂，即屬完成、終了⁴；是犯罪行為之性質屬繼續犯，且其行為完成係在新法時期，因其「行為時」並非在舊法時期，本不生本意見書所稱之新法犯罪所得沒收規定是否溯及適用之問題；反之，若犯罪屬繼續犯，且其行為完成係在舊法時期，或犯罪屬狀態犯，且其行為係在舊法時期，因其行為既遂即行為終了，是此等犯罪之「行為時」均在舊法時期，則此等犯罪，是否因犯罪行為而有犯罪所得及如何之犯罪所得，因係附隨於犯罪行為之終了而終了，從而其犯罪所得之構成要件事實亦因之完結。至其犯罪行為終了後所形成犯罪狀態之繼續存在，基於舊法並無單純針對犯罪狀態予以處罰(主刑)之規範，是屬從刑之沒收，自難以其犯罪所得之狀態仍繼續存在，而謂該犯罪所得之構成要件事實尚未完結。

2、依舊法第 40 條之 1 規定，就犯罪所得固另有追徵、追繳或抵償之規定，然其係須法律有規定者，始得於裁判時併予宣告，且依舊法第 34 條規定，「追徵、追繳或抵償」係與「沒收」併列，均屬從刑；而與新法第 38 條之 1 第 3 項針對犯罪所得之沒收，所為「於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額」之規定，係將追徵定性為沒收之執行方法有別⁵。是行為時為舊法時期之犯罪行為，亦不能因舊法有犯罪所得之追徵、追繳或抵償規定，而謂其犯罪所得之構成要件事實須至裁判時始完結。

綜上，新法、舊法均有關於犯罪所得沒收之規定，雖基於不同之立法政策，而對犯罪所得之沒收分別為「從刑」、「不

⁴ 林鈺雄著，新刑法總則，2016 年 9 月，5 版 1 刷，元照，第 105 頁參照

⁵ 刑法第 40 條之 1，104 年修正理由參照。

當利得之衡平措施」之定性，然不論是舊法或新法所稱之犯罪所得，均以有違法行為（舊法之犯罪行為當然屬違法行為）存在為前提，而就此違法行為及其所得之沒收，舊法既有規範，雖因其規範內容有所缺失，而有修正之新法沒收規定，然此等違法行為若於舊法時已終了，則其所得，是否合致犯罪行為終了時之舊法，關於得沒收之犯罪所得規定之構成要件事實即已完結；是依系爭規定，就此等於新法施行前，是否屬得沒收之犯罪所得之物之構成要件已完結之事實，再適用新法沒收規定予以評價（裁判），當係新法關於犯罪所得沒收規定之真正溯及適用。多數意見自犯罪所得所形成之不法財產秩序狀態至新法施行時仍繼續存在之觀點，即係從違法行為後之狀態，判斷系爭規定是否使新法之犯罪所得沒收規定真正溯及適用，卻未慮及刑事雖有所謂狀態犯，但尚非就行為終了後，持續存在之狀態予以處罰，且忽略沒收新舊制度更迭下，新法對犯罪行為與其後之狀態間所為之評價，相較於舊法有根本性之差異，是關於系爭規定是否使新法之犯罪所得沒收規定有溯及既往適用之情形，自應以新舊法對犯罪行為與其後之狀態間所為之不同評價，而形成之適用上差異，予以審酌。故多數意見認系爭規定係不真正溯及既往之法規範，本席尚難贊同。

二、系爭規定無違信賴保護原則

（一）新法關於犯罪所得之沒收規定，並非刑罰

按所謂刑罰，依其本質，簡言之，核係為對從事違法行為之有責者予以非難，所施予干預其等人身自由或財產之不利益嚴厲措施；又此所以稱「嚴厲」措施，係就「質」的部

分，強調其「罰」的性質，就「量」的部分，藉以彰顯與行政罰之區隔⁶。至立法者對從事違法行為之有責者所施予干預人身自由或財產之不利益措施，是否屬刑罰，則應依該措施之目的、內容及效果等綜合判斷之。若判斷結果，應認屬刑罰者，則該措施之「刑」，與其「罪」間，縱與罪責相當原則有悖，亦僅係該罪之刑是否或如何程度違憲之問題，尚與該措施是否屬刑罰之認定無涉。惟本號判決多數意見，就刑罰所界定之要件中，卻稱「施加符合『罪責相當』之嚴厲處遇」，本席認恐反有治絲益棼之疑慮，爰提出意見如上。

又新法之沒收制度係為切合沒收之法律本質，而將新法之沒收，規範為刑法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，並非刑罰（從刑）；另新法第38條之1第1項及第2項之犯罪所得沒收規定，則係為避免犯罪行為人或第三人坐享犯罪所得，顯失公平正義，無法預防犯罪，而舊法第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，無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，而予以修正及增訂（新法第2條及第38條之1立法理由參照）。

查立法者為預防犯罪，遏阻犯罪誘因，而構建犯罪所得沒收制度，其就該制度之目的、性質及內容之形塑，固享有一定之形成空間，但該制度是否合於立法者所規劃制度之目的、性質，仍應依該制度之具體內容判斷之。而觀前述之新舊法比較表，舊法之犯罪所得沒收，因定性為從刑，故除有專科沒收或可單獨宣告沒收之特別規定外（舊法第40條規

⁶ 本席就刑罰與行政罰係採量的差別說，故另強調此所稱之「嚴厲」，尚有相對於行政罰之意旨。

定參照)，不僅係應於裁判時併宣告外，其得專科沒收者亦僅限於免除其刑，即沒收原則上係針對具備構成要件該當性、違法性及有責性之犯罪行為而為，與新法就犯罪所得之沒收，並不以涉及犯罪所得之違法行為被追訴，甚或被判決有罪為必要（新法第 40 條第 3 項參照）；此外，新法除就犯罪所得之沒收，將舊法之「得」，修正為「沒收之」，即除有過苛之裁量外（新法第 38 條之 2 第 2 項參照），係應沒收；並更將犯罪所得沒收之主體（人）及客體，擴及於犯罪行為人以外之第三人及犯罪所得之孳息，並將應沒收之犯罪所得之追徵，規定為執行方法。換言之，新法就沒收之犯罪所得，原則上雖仍以存有違法行為為前提，但不僅未將之附隨於犯罪行為，且係從任何人都不得保有犯罪所得之角度形塑關於犯罪所得沒收之規定，是應得認已符合新法就犯罪所得之沒收，所為非屬從刑之獨立性及不當利得衡平措施之定性。

另基於新法第 38 條之 1 立法理由所稱：「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。」固得認新法就犯罪所得之沒收係採總額主義，但其核心意旨應認係為「禁止犯罪成本之扣除」，其具體表現即本號判決所稱之相對總額制。至本於新法就犯罪所得採總額沒收制，雖有新法之沒收係類似刑罰之主張，惟不論是自本號判決所闡述之不當得利風險觀點，或不法原因之給付不受保障，甚或犯罪所得之沒收係為根絕犯罪誘因之立法意旨，並佐以新法尚有供審判實務運用之第 38 條之 2 第 2 項過苛條款規定⁷，是本席認新法之犯罪所得沒收，並不因沒收之所得

⁷ 新法第 38 條之 2 第 2 項：「宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之。」

範圍未採淨額原則，即應認其係刑罰或類似刑罰。實則，本席更關注及期待者，係審判實務在個案審判上，應更重視過苛條款之規定，俾使該規定能確實發揮功能，而非僅是一條作為新法沒收規定非全然屬不利益變更或無違比例原則之說詞。

（二）系爭規定與信賴保護原則尚無違背

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。基於法安定性及信賴保護原則，限制或剝奪人民權利之法律規範（下稱不利性法律規範），原則上不得溯及既往生效；亦即法律原則上不得溯及適用於該法律施行前即已終結之事件。惟立法者制定溯及既往生效之不利性法律規範，如係為追求憲法重大公共利益，仍非憲法所當然不許（司法院釋字 793 號解釋參照）。亦即立法者制定溯及既往生效之不利性法律規範，縱受規範對象對先前之法規範有所信賴，但若其信賴並不值得保護，或縱有值得保護之信賴，但該溯及既往生效之不利性法律規範係追求憲法上重大公共利益，則受規範者個人之信賴利益即應行退讓，此溯及既往生效之不利性新規範，尚與信賴保護原則無違。

本件爭點所在之新法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項規定既已經認定為非屬刑罰，從而系爭規定之規範沒收適用裁判時法，雖形成新法沒收規定之溯及既往適用，亦因無涉罪刑法定原則，並不因此違憲下，所涉者僅係是否違反一般法律溯及既往原則之問題；而所以為是否違反該項原則之審查，本席認為其重點係在於系爭規定是否構成信賴保護原則之

違反。觀新法沒收制度，係基於「任何人都不得保有犯罪所得……」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……，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……。」及舊法犯罪所得沒收規定，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悖，且為避免犯罪行為人或非善意第三人坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪等理由而修訂。是得認新法之犯罪所得沒收規定，係基於舊法之相關規定有諸多缺失，立法者為遏阻犯罪誘因，以有效杜絕犯罪，並符合公平正義而為。而新法規範應沒收之犯罪所得，雖不以該所得須源自具備有責性之犯罪行為為必要，但仍以所得來自具備構成要件該當性及違法性之違法行為，即此等所得，不論是由犯罪行為人或非善意之第三人取得，雖其取得係在舊法時期，依舊法規定非屬得沒收之犯罪所得，亦因其屬違法行為之所得，則本於任何人都不得保有犯罪所得之公平正義要求，此等所得之持有者，縱具有依行為時之舊法規定，其所得並無須沒收之信賴，但此等信賴顯係不值得保護。從而，系爭規定雖有使新法犯罪所得沒收之效力溯及既往，亦與信賴保護原則無違。是本號判決併認系爭規定無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則之結論，本席雖表同意，但若僅表明系爭規定無違信賴保護原則，實更符合本席之真意，亦藉此敘明。