

憲法法庭 113 年憲判字第 1 號判決不同意見書

呂太郎大法官提出
黃昭元大法官加入貳、參部分
謝銘洋大法官加入貳、參部分
蔡彩貞大法官加入貳、參部分
尤伯祥大法官加入貳、參部分

壹、程序部分—關於裁判憲法審查部分

一、本判決多數意見

本判決多數意見（以下僅稱本判決）認為，依中華民國 112 年 6 月 21 日修正公布、同年 7 月 7 日施行（下稱 112 年修正）的憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項規定，人民於其憲法上所保障的權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用的法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲的判決。又參照憲訴法第 62 條第 1 項規定就人民聲請案原因案件救濟方式的改變，及憲訴法第 90 條第 1 項本文規定的程序從新原則，而為體系解釋，是於 111 年 1 月 4 日憲訴法施行後，除憲訴法另有規定外，人民尚不得僅聲請法規範憲法審查。惟人民據 111 年 1 月 4 日後送達的不利確定終局裁判聲請法規範憲法審查者，除因聲請人明示不聲請裁判憲法審查，致應裁定不受理者外，得認其聲請審查之標的也包括該不利確定終局裁判（參見本判決理由第 6 段）。

二、本件聲請人僅聲請法規範憲法審查，原為法律所許

- （一）111 年修正施行的憲訴法，並不禁止單獨聲請法規範憲法審查

111年1月4日修正施行（下稱111年修正）的憲訴法（以下條號除特別表明者外，都指憲訴法的條號），除沿續大法官審理案件法的「法規範」憲法審查外，另參考德國聯邦憲法法院法的裁判憲法訴願，增加「裁判憲法審查」制度，並於第59條第1項規定，人民就確定終局裁判所適用的「法規範」或「該裁判」得聲請憲法審查；第60條第5款規定，聲請書應記載確定終局裁判所適用的「法規範」或「該裁判」違憲的情形；第92條第2項規定，第59條第1項的「法規範憲法審查案件」的聲請期間，以及第62條立法理由三（二）指出「本節人民聲請法規範憲法審查案件，與本章第一節關於國家機關、立法委員聲請法規範憲法審查案件，均為法規範憲法審查，其宣告程序與方式，應無不同。」等，可知人民得單獨就法規範聲請釋憲，並無疑義。

（二）不應將 112 年修正後的受理要件，溯及適用於本件

第 90 條第 1 項規定：「本法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除本法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定。」本件聲請人收受最高法院 111 年 10 月 5 日所為 111 年度台上字第 3885 號、第 4009 號刑事判決後，於 111 年 11 月 29 日提出法規範憲法審查的聲請，依聲請時憲訴法前開規定，並非法所不許。雖然聲請人提出聲請後，112 年修正第 59 條規定為人民得就「確定終局裁判」或「確定終局裁判及其所適用的法規範」聲請憲法審查，排除單純就「法規範」聲請憲法審查的情形。但依第 90 條第 1 項但書規定，人民聲請案得否受理的要件，仍應依 112 年修正前的規定，允許聲請人單獨聲請法規範憲法審查，這也符合程序法修正的基本原則。按程序法修正時，對於當事人依修正前所為行為是否合法的要件，以及合法行為的效力，均不因法規修正而受影響，此為保障人民程序權

的基本原則。例如民事財產事件得上訴第三審的金額，原為逾新臺幣 90 萬元，91 年 2 月 8 日起提高為逾 150 萬元，但民事訴訟法施行法第 8 條規定，如增加前即許上訴者，仍得上訴。刑事案件上訴第三審也有類似規定（刑事訴訟法施行法第 5 條規定參照），可為參考。本判決依據 112 年修正，溯及適用於 111 年修正後 112 年修正前收受確定終局裁判送達的案件，違反前述程序法修正的基本原則。

三、第 62 條第 1 項後段規定，是裁判憲法審查聲請有理由時，憲法法庭一併宣告法規範違憲的「判決條件」，非「法規範憲法審查」的「受理要件」

（一）本判決為補足受理要件欠缺，主動將裁判憲法審查列入「聲請」標的

本判決認為，人民雖不得據 111 年 1 月 4 日後送達的不利確定終局裁判，單獨聲請法規範憲法審查，但除因聲請人明示不聲請裁判憲法審查，致應裁定不受理者外，得認其聲請審查的標的亦包括該不利確定終局裁判。查本案聲請人雖未明確表明聲請裁判憲法審查，惟聲請人既已表明就確定終局判決所適用之系爭規定一、二聲請法規範違憲審查的意旨，應認其是對確定終局判決及該判決所適用的系爭規定一、二，聲請裁判及法規範憲法審查（參見本判決理由第 6 段）。

（二）聲請是當事人自主意思的展現，僅能解釋其聲請的效力範圍，不應「擬制」其已為聲請的事實

按法律上稱「聲請」，是指人民向法院請求為特定行為或裁判的意思表示，訴訟當事人是否為某一聲請？聲請內容如何？均由當事人全權決定。又聲請為一個客觀存在的事實，法院僅能檢視聲請的文書或言詞內容，確定其聲請的真意，

但不得「擬制」當事人未為的聲請為「已聲請」。此與當事人為聲請後，於法律上發生何種效力？法院如何回應該聲請？包括得否就聲請以外的事項為裁判等，乃法律得為規定的「法律效果」，不受當事人意思的拘束，不能混淆。

就本件而言，憲法法庭至多僅能從「聲請人既已表明其是就確定終局判決所適用的系爭規定一、二聲請法規範違憲審查的意旨」的事實，認為此聲請的「效力」得及於對該確定終局判決為憲法審查，因此憲法法庭可以對於該確定終局裁判為憲法審查，但不能擬制聲請人也為裁判憲法審查的聲請。此一差別，看似無關緊要的細節，但牽涉第 62 條第 1 項後段規定如何解釋的問題，十分重要。

（三）如空包彈的禁止

本判決既然認為聲請人是於 111 年修正後收受確定終局裁判，不得僅聲請「法規範憲法審查」，自應認其聲請不符合受理要件的規定，而為不受理的裁定，理論方能一貫。然而本判決却又從寬解釋，認為除聲請人明示不聲請裁判憲法審查外，應解釋聲請人單獨聲請法規範憲法審查者，也包含聲請就確定終局裁判為裁判憲法審查，經由聲請裁判憲法審查的中介，主動補足聲請要件的欠缺。然而，在釋憲實務上，除極少數非出於正當利用憲法訴訟目的的案例外，幾乎未見聲請人會「明示不聲請」裁判憲法審查的情形。從而聲請人僅聲請法規範憲法審查者，幾乎全可適用本判決的見解，由憲法法庭主動列入「裁判憲法審查的聲請」，補足聲請要件的欠缺，那麼本判決所謂「聲請人不得單獨聲請法規範憲法審查」的禁令，其實只是空包彈，幾無實益。

（四）要求人民必須連同裁判及法規範一併聲請憲法審查，可能無益，甚至有害

112年修正前允許人民單獨就「裁判」或「法規範」聲請憲法審查。於僅聲請裁判憲法審查，而其聲請無理由時，固僅須就其聲請裁判即可，若聲請有理由時，除應將該裁判廢棄外，若裁判所適用的法規範也違憲，尚得依第62條第1項後段規定宣告裁判所依據的法規範違憲；於如本案僅聲請法規範憲法審查時，若其聲請無理由，即為法規範合憲的宣告，若其聲請有理由時，憲法法庭應依第51條規定，宣告該法規範違憲。此時，是否也應「併」宣告依該法規範所為的裁判違憲？法律雖未明文，但法理應類推第62條第1項後段規定，為相同解釋。蓋法律既經宣告違憲，豈可放任以該違憲的法規範為基礎的裁判繼續有效存在？

上述裁判憲法審查的聲請有理由時，併為法規範違憲宣告的「判決條件」規定，既可減縮聲請人個案救濟的時程，又可維護客觀憲法秩序，可謂良善務實的立法。然若依本判決意旨，於聲請人聲請「法規範」憲法審查時，必須將「裁判」併為審查標的，但因二者本為獨立的不同標的，可能有不同的違憲理由，故不論憲法法庭認為何者有理由，或何者為無理由，均必須針對二者，進行實質審理，則第62條第1項後段規定及所參考德國聯邦憲法法院法第95條第3項第2句的「判決條件」規定的美意，將完全落空，明顯增加憲法法庭審理案件的負擔。

相對於此，若聲請人僅聲請「裁判憲法審查」時，應否將「法規範」部分也併入審查標的？本判決雖未明示，但可預見將問題叢生。若採否定見解，認為不必將「法規範」部分併入審查標的，則若憲法法庭認為該確定終局裁判違憲，此一違憲理由同樣出現於法規範，憲法法庭將如何針對未併入審查標的之法規範為違憲宣告？反之，若採肯定見解，認

為聲請人僅聲請「裁判憲法審查」時，仍應將「法規範」部分併入審查標的，則於裁判審查部分認為合憲的情形，法規範不違憲的機會甚大，憲法法庭是否仍須針對此可能不違憲的法規範，進行「不違憲確認」？如此可能會使憲法法庭須為絕大多數法規範的合憲性背書，其不合理處，更為明顯。

（五）第 62 條第 1 項後段規定，是憲法法庭宣告法規範違憲的「判決條件」，非「法規範憲法審查」的「受理要件」

1、法條文義並無受理要件的意涵

第 62 條第 1 項規定：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」依此法條前段規定文義，可知僅適用於聲請人聲請「有理由」的情形，若聲請人聲請無理由者，就無該條適用。依後段規定「如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」的文義，指聲請裁判憲法審查有理由時，憲法法庭應「並」將聲請人未聲請的法規範，宣告違憲。換言之，是憲法法庭宣告裁判違憲時，應對法規範違憲為判決的「條件」，而非法規範應先「受理」的要件，否則即會發生前述三、（四）所分析，無論裁判憲法審查的聲請是否有理由，憲法法庭均應就法規範部分為裁判的問題。

2、立法所參考的德國法，也不是以「對法規範憲法訴願」經受理為前提

第 62 條第 1 項規定的立法理由，指出此規定是參考德國聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項規定。查德國聯邦憲法法院法第 95 條第 1 項規定：「憲法訴願有理由時，應在裁判中確認

，由於何種作為或不作為違背基本法之何種規定。聯邦憲法法院得同時諭知，任何重複被指責之措施為違背基本法。」第 2 項規定：「對於裁判提起之憲法訴願有理由時，聯邦憲法法院應將該裁判廢棄，在第 90 條第 2 項第 1 句之情形，聯邦憲法法院應將案件發回管轄法院。」第 3 項規定：「對於法律提起之憲法訴願有理由時，應宣告該法律無效。依第 2 項提起憲法訴願有理由，如被廢棄之裁判係依據違憲之法律時，亦同。第 79 條規定準用之。」德國學說認為，上述第 95 條第 2 項規定，是針對裁判提起憲法訴願的規定，第 3 項第 1 句是針對法規範提起憲法訴願的規定，第 3 項第 2 句是針對第 1 項提起的裁判憲法訴願，成功間接指摘法規範違憲的「法律效果」（參閱：司法院印行「德國聯邦憲法法院法逐條釋義」（Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar ,3.Auflage 原著者為 Christofer Lenz, Ronald Hansel，111 年 12 月初版第 2 刷，第 856 頁及第 877 頁邊碼 77 至 79）。換言之，在裁判憲法訴願的聲請有理由，且該裁判所據的法規範違憲的情形下，法律規定憲法法院應為的判決主文。如裁判憲法訴願無理由者，即無該句的適用。故是否對於確定終局裁判基礎的法規範為違憲宣告（即上述第 95 條第 3 項第 2 句），僅在裁判憲法訴願有理由，且作為裁判基礎的法規範也違憲的條件下，始能適用。因此，「裁判憲法訴願有理由，且作為裁判基礎的法規範也違憲」為法律針對憲法法院的「判決條件」（非判決內容附有條件）的規定，並非自始即以該法規範作為憲法訴願的標的。

3、從第 62 條第 1 項後段規定，推論出「裁判」及「法規範」須先受理，似倒果為因

本判決依第 62 條第 1 項後段規定，導出聲請人僅聲請法規憲法審查時，應解為包含裁判憲法審查，雖未更明白指出其理由，但似乎是以「裁判憲法審查部分如未受理，憲法法庭即不能就此部分為裁判，即無法適用第 62 條第 1 項後段的規定」為前提假設。然而，如果法規憲法審查與裁判憲法審查均受理，那麼憲法法庭本來就必須針對法規及裁判憲法審查的聲請，全部為審判。此時即使僅在判決宣告裁判或法規「違憲」或「合憲」下（至於其他憲法判決宣告的形式，如合憲限縮等，暫且不論），就可能有如下各種判決情形：於裁判違憲，且法規也違憲時，做出「裁判廢棄發回，法規違憲」的判決（a）；於裁判違憲，但法規不違憲時，做出「裁判廢棄發回，法規合憲」的判決（b），或做出「裁判廢棄發回，其餘聲請駁回」的判決（c）；於法規違憲時，因裁判當然會違憲，因而會做出「法規違憲，裁判廢棄發回」的判決（d）；於法規及裁判均合憲時，作出「聲請駁回」的判決（e），或「法規合憲，裁判憲法審查的聲請駁回」的判決（f）。

在裁判及法規憲法審查均受理的情形下，即使無第 62 條第 1 項後段的規定，也應得出上述 6 種判決結論，那麼有無第 62 條第 1 項後段規定不但變得不重要，反而第 62 條第 1 項後段僅規定 a、d 二種情況，而有「掛二漏四」的情形，成為不周延的立法。

在前述 b、c、e、f 等 4 種情形，均不在第 62 條第 1 項後段規定的範圍內。可知「裁判憲法審查」及「法規憲法審查」二者均併予受理的情形，顯然不是第 62 條第 1 項後段所能規範，自不可能從第 62 條第 1 項後段的規定，反推出

「裁判憲法審查」及「法規範憲法審查」二者必須併予受理的結論，似為倒果為因的推論。

4、第 62 條第 1 項後段是規定憲法法庭對於「聲請標的外」的「法規範」，為違憲宣告的「判決條件」

(1) 僅聲請裁判憲法審查，而其聲請有理由時，應適用第 62 條第 1 項後段，宣告法規範違憲

由上述可知，第 62 條第 1 項後段的真正機能，不在將聲請人僅聲請「裁判憲法審查」時，強制將「法規範憲法審查」列為聲請標的，反而是規定於聲請人僅聲請「裁判憲法審查」時，若憲法法庭認為該裁判違憲，且該裁判所適用的法規範也違憲者，憲法法庭應將「非聲請標的」的「法規範」一併宣告違憲。換言之，是一種對「聲請標的外」的「判決條件」的規定，而非不論裁判憲法審查的聲請是否有理由，均應將法規範憲法審查的聲請，列為獨立審查標的予以判決。本判決却依第 62 條第 1 項的規定，推論出必須已「受理之標的」才能適用該規定，顯然與第 62 條第 1 項後段規定的立法目的為正相反的推論。從法理言，即使無第 62 條第 1 項後段的規定，也必須從解釋論作出相同結論。從法秩序完整的角度，實不能容許違憲的裁判所適用的違憲法律，仍然可以有效存在。

(2) 僅聲請法規範憲法審查，而其聲請有理由時，也應適用第 62 條第 1 項前段規定，至少應類推解釋該條項後段規定，將確定終局裁判廢棄

聲請人僅聲請法規範憲法審查，如憲法法庭認為該法規範違憲時，除依第 51 條規定，宣告該法規範違憲外，就以該法規範為依據的裁判，應如何判決？憲訴法雖未如第 62 條第

1 項後段的明文規定。然而，從第 62 條第 1 項前段是規定「人民的聲請有理由」，並未如前述德國聯邦憲法法院第 95 條第 3 項第 2 句明定僅限於「裁判憲法審查的聲請」有理由的情形，參照第 62 條第 1 項前段規定之立法理由中也指明「人民聲請本節案件，無論是主張確定終局裁判所適用之法規範違憲致該裁判當然違憲，或者僅主張確定終局裁判違憲，憲法法庭經審理結果，認人民之聲請有理由時」，應解釋為第 62 條第 1 項規定所稱「有理由」，包含主張確定終局裁判所適用的法規範違憲的情形。換句話說，於法規範違憲的情形，關於裁判部分應適用第 62 條第 1 項規定，為違憲宣告並廢棄發回管轄法院。退一步言，裁判基礎的法規範既然違憲，從法秩序的維護言，不可能承認依據該違憲法規範所作成的裁判仍有效存在。再從 111 年修正時增訂**第 62 條第 1 項規定**，**目的在減縮人民權利救濟的時程**，不必如修正前的舊制，僅宣告法規範違憲，由聲請人另據以向法院提起再審或聲請非常上訴，也應類推解釋第 62 條第 1 項後段規定，宣告該裁判違憲，並依同條項前段規定，將該裁判廢棄發回管轄法院

四、本判決對於裁判憲法審查的審理程序，本席難以贊同

（一）本判決對裁判違憲的審查理由

本判決謂：「聲請人於聲請書、言詞辯論意旨書俱未具體說明確定終局判決有何違憲之理由，而聲請人除主張系爭規定一、二有違憲疑義外，並未具體指明確定終局判決有其他違憲之情事，自難認確定終局判決解釋適用系爭規定一、二之結果，有何牴觸憲法可言，是此部分之聲請自無理由，應予駁回。」（參見本判決理由第 75 段）

（二）聲請人既未聲請，何來具體指明理由？

本件聲請人自始即無聲請就確定終局判決為憲法審查的

意思，自然不會針對確定終局判決有何違背憲法，具體表明其理由，本判決一方面將聲請人未聲請的標的，列為聲請標的，另一方面又以聲請人未就該「未聲請的標的」表明具體理由，予以駁回聲請人所未聲請的聲請，此種近乎自說自話式的推論，實難贊同。

（三）既然將確定終局判決以「主」聲請的地位，納入審查標的，就應該以確定終局判決為主，進行審查

本判決既認為依第 62 條第 1 項及第 90 條第 1 項規定，111 年修正後收受確定終局裁判者，不得僅得聲請法規範憲法審查，因此將本案的確定終局判決列為聲請標的（如前述貳、一）。換言之，本件法規範憲法審查的聲請部分，本非合法，但因納入「裁判憲法審查」的聲請，始為合法。顯然本案應以裁判憲法審查為「主」，法規範憲法審查為「輔」，於裁判憲法審查的聲請有理由時，若該裁判所適用的法規範也違憲者，憲法法庭始得依第 62 條第 1 項後段規定，宣告法規範違憲。若裁判憲法審查聲請無理由者，即無該規定的適用。然而本判決却以法規範的憲法審查為主，並於判斷法規範不違憲後，復將法規範的判斷，套用於裁判憲法審查，並認為聲請人「並未具體指明確定終局判決有其他違憲之情事」，以無理由駁回此部分的聲請，審查程序與本判決依第 62 條第 1 項後段所欲建構的理論，不無矛盾。

按確定終局判決是否違憲，與該判決所依據的法規範是否違憲，乃屬二事，於該判決所依據的法規範違憲時，該確定終局判決當然違憲，憲法法庭不必再為其他審查，即可廢棄確定終局判決，固無問題。但如本案，確定終局判決所依據的法規範是合憲，而確定終局判決又經列入審查標的，自應單獨就確定終局判決進行實質審查，以確認其是否違憲。

又憲法法庭審查法規範或裁判是否違憲，並不限於聲請人所主張的違憲事由，也不受聲請人就該事由所持見解的拘束。聲請人就法規範違憲所持的理由，基於主張共通的法理，當然可作為審查確定終局判決是否違憲的理由，除此之外，聲請人所未主張的其他違憲事由是否存在，憲法法庭仍應實質審查確定終局判決有無其他違憲的事由，而非如本判決所持見解，以聲請人未具體表明違憲理由，即置其他可能的違憲理由不顧，造成憲法法庭審查裁判或法規範是否違憲的理由，受聲請人有無主張拘束的不合理情形。何況本判決認為系爭規定一所稱「有事實足以證明」的證明度，須達「高度可能性」，所稱「其他違法行為」，指「其他犯罪行為」，系爭確定終局判決就此等問題，是否與本判決所示標準相同，自應予以實質審查判斷，方能得出聲請人此部分的「聲請」有無理由的結論。

本判決將聲請人未聲請的裁判憲法審查，作為引子，以便對本判決所認不得單獨聲請的法規範憲法審查進行審查，於對法規範為憲法審查後，又將裁判憲法審查一腳踢開，未為實質審查，實難贊同。

貳、擴大利得沒收性質為刑事處罰，系爭規定二適用於系爭規定一部分，違反罪刑法定主義及刑罰不溯及既往原則，應屬違憲。

毒品危害社會之鉅，是眾所周知的事，立法者為防制毒品危害而採取一定的立法措施，固然有其形成的空間，但毫無疑問的，必須在不違反憲法原則下為之，這與對其他重大犯罪的處罰，並無不同。若涉及毒品犯罪是否成立及如何處罰，尤不得與罪刑法定主義、刑罰不溯及既往原則等重要憲

法原則相違背，更是當然之理。擴大利得沒收與一般犯罪所得沒收具有同質性，為本判決所肯認（參見本判決理由第 50 段）。然而，一般犯罪所得的沒收為刑罰，故擴大利得沒收，性質上也是刑罰。系爭規定一經由系爭規定二的規定，可以溯及適用在系爭規定一施行前的行為，對法律施行前的行為為刑事處罰，與沒收犯罪所得的溯及既往規定，有同樣的違憲理由。就此，請參閱本席於憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決針對犯罪所得沒收溯及既往規定，所提出的不同意見書，不再重複。僅就應特別說明者，補充如下。

一、是否為刑罰，應依我國法律體系判斷

按刑罰者，指對於符合法律規定的犯罪行為，由國家對行為人所採取剝奪其生命、自由、財產等法益，以回應該犯罪行為的不利措置。國家所採取符合此一特徵的不利措置，即為刑罰，至於是否規定於刑法典中，或是否使用刑罰的用語，均非所論，避免國家透過立法技術或法律用語，逃避憲法對於刑罰規定的規範。

某行為是否為犯罪行為，或對犯罪行為應採如何回應措施，立法者有相當的形成空間，各國立法態度也有不同。例如對於違反商標、專利、著作權的行為、有配偶的人與他人為婚姻外性行為、妨害名譽行為，甚至交通違規行為，是否應以犯罪行為規範之，不但各國立法例不同，在我國法律歷史沿革上，也有變遷。就犯罪後國家應採取如何回應措施，各國也大異其趣。以本案所涉及的擴大利得沒收而言，各國立法也有不同，有依刑事程序處理，有依民事程序處理者，難一概而論。

由此可知，我國法律體系下的擴大利得沒收，是否為刑罰，應依我國法律體系為整體評價觀察，是否符合前述刑罰

的特徵，無法直接套用外國法或我國所未參與的國際公約的規定，以為定性，自屬當然。

二、就我國法言，擴大利得沒收是剝奪行為人對財產的法益，屬於刑事處罰

（一）犯罪所得之物，不是葵花寶典，人人可奪而取之

本判決認為：「違法所得所形成之不法財產秩序，於該規定施行後，仍繼續存在至法院裁判時，且行為人就其得繼續支配該等違法所得，亦難謂有值得保護之信賴利益可言。」（參見本判決理由第 73 段）這樣的觀點，似乎在引導「違法的行為所取得的財產，不受法律保護。」的觀點。然而，這樣的觀點雖然可以滿足人民一般的感覺，但卻隱藏對法秩序的重大衝擊。

本席必須特別指出的是，犯罪行為人所有供犯罪、預備犯罪之用的物品或因犯罪而取得的財產，其所受法律保障的程度，固然會與其他財產有所不同。但不是該財產一旦供犯罪之用，或成為因犯罪或違法行為所得財產，即完全不受法律保護，成為可「天下共逐之」的財物。換言之，除了被害人得依法請求返還或國家得依法沒收外，並非其他第三人所得染指（黑吃黑）。在返還被害人或國家執行沒收或扣押前，行為人對於上述標的物占有、支配的實際利益，仍為受法律所保護的利益（即法益）。若該標的物又被第三人以非法方法，例如以竊盜、搶奪、強盜、詐欺、侵占或背信等方式據為己有者，該第三人仍會因侵害原來犯罪行為人的財產法益，而構成竊盜、搶奪等罪。反之，原犯罪行為人也可以依民法規定，請求該第三人返還其犯罪所得之物。民法第 962 條規定所保護的占有人，並不限於善意占有人，惡意占有人也包

含在內。

法律所以規定保護犯罪者因犯罪取得的利益，是在避免某一物品或財產一旦淪為犯罪標的後，就失去法律控制，變成人人可奪而取之，紛爭不斷延續下去的混亂世界。因此，法律保護前占有人的利益，讓前占有人可以請求後占有人返還該標的物，後占有人不得對前占有人主張有受法律保護的占有利益，如此才可以使該財產不致成為法律規範的脫韁野馬，紛爭持續不止。本判決雖未必否認民法第 962 條所保護的占有人，也包含惡意的占有人在內，但無疑的，上述觀點仍有誤導可能。

（二）沒收擴大利得，性質上是國家剝奪行為人法益的刑事處罰

如前述，法律為避免紛爭無止盡的延續、擴大，因此對於犯罪行為或其他刑事違法行為的人，因行為而取得財產的占有利益，仍然給予一定程度的保護。從行為人的角度，就是他對於該財產，仍然有受法律一定程度保護的利益（法益）。剝奪行為人對於犯罪或刑事違法行為所得財產法益，未必是刑事處罰，是否構成刑事處罰，仍然要從剝奪的法律性質加以觀察評價。例如，犯罪被害人依民法規定，向行為人請求返還財產或賠償因此所受損害，雖然也是剝奪行為人的財產法益，但顯而易見並非刑事處罰。

相對於此，沒收是國家對應於行為人的犯罪或其他違法行為，所採取剝奪行為人此一法益的行為，是否為刑事處罰，則應依整體法律體系觀察評價。依我國法律（包含系爭規定一），應否剝奪行為人此一利益，規定於刑事實體法中，如何剝奪的程序及執行程序，則依刑事訴訟程序為之。亦即先

由代表國家追訴犯罪的檢察官聲請，由法院以刑事裁判名義宣告，並由檢察官依刑事訴訟法規定執行。從而由實體法及程序法整體觀察，擴大利得沒收是國家依照刑事法律，對應犯罪行為所為剝奪法益的措施，性質為刑事處罰，並無疑義。既屬刑罰性質，即應受憲法原則的控制，並非透過所謂「不當得利」的理論（參閱後述貳、四），或是於立法理由中指明擴大利得沒收不是刑罰，所以可以改變。又本判決既然認為擴大利得沒收具有預防將來犯罪的功能（參見本判決理由第29段），而刑罰重要功能目的之一，便是預防將來犯罪，足見擴大利得沒收與刑罰的接近性，自不能以擴大利得沒收有預防犯罪的功能的理由，反而推論出與刑罰不同。

三、非刑事的處罰，尚且禁止不利的溯及既往，何況刑罰？

國家對應於人民違反法律規定的行為，所採取剝奪人民財產法益的行為，性質即為處罰。而國家公布法律，目的在使人民可以知悉法律規定，據以遵守，俾法律所要追求的目的可以落實，而非對人民進行處罰。因此，對於行為時法律所未禁止的行為，不能於行為後加以處罰，是當代各國憲法普遍承認的原則，所謂「不教而殺謂之虐」，也是同一道理。國家對於人民所為處罰，除了刑罰之外，最常見的是行政罰。在行政罰的類型中，例如違反社會秩序維護法或違反行政法上義務的處罰，即包含與沒收相近的沒入處罰（社會秩序維護法第19條第1項第5款及行政罰法第1條規定參照）。但沒入的處罰，仍以行為時法律或地方自治條例有明定者為限，遵循處罰法定原則。於行為後法律有變更者，適用從新從輕原則，禁止對人民不利的溯及既往（社會秩序維護法第2條及第3條、行政罰法第4條及第5條規定參照）。相較於前

述對人民為較輕處罰的行政處罰，尚且禁止為不利於行為人的溯及既往適用，對於人民更為嚴厲的沒收，豈能反而逸脫在處罰法定原則及禁止不利溯及原則之外？

四、不當得利理論無法說明擴大利得沒收的性質

本判決認為立法者參考民法第 179 條以下不當得利規定的意旨，將「剝奪犯罪所獲取的利益，校正或調整不合法的財產狀態，以回復法秩序，進而強化人民對法秩序的信賴」（參見本判決理由第 39 段），作為擴大利得沒收制度重要目的之一，並衡酌刑事法領域的特性，將民法第 180 條第 4 款與第 182 條第 2 項規定關於風險分配的法理，運用於因違法行為所生的犯罪所得沒收上，使具惡性的犯罪行為人或非善意的第三人，承擔沾染不法的犯罪成本應被沒收的風險。

然而，民法不當得利的規定，目的僅在調整人民與人民間不當的財產變動，使回復為應有狀態，至於造成此不當變動的原因，並不限於因為受益人的不法行為所造成。這與沒收是國家基於統治高權，將人民違法行為所取得的財產強制收歸國家所有，顯然不同。換言之，沒收既非為調整國家與被沒收者之間財產不當的變動，也不是在調整違法行為人與其相對人之間，財產的不當變動。可以說與民法不當得利，根本八竿子打不著。以不當得利理論說明擴大利得沒收的性質，理由實在過於牽強。

以本案所涉及的販賣毒品為例，販賣行為是透過販賣者與買受者之間的交易，彼此互換毒品與金錢，在販賣的違法行為完成前的財產狀態，是由販賣者持有毒品，買受者持有金錢。交易完成後，販賣毒品者取得買受者的金錢，買受者則取得販賣者的毒品，財產狀態固然因為違法的販賣行為而有所變動，但如果沒收是回復犯罪前的財產秩序，豈不是要

將毒品返還予販賣者，金錢返還予買受者？故將沒收或擴大利得沒收的性質，定位為「校正或調整不合法的財產狀態，以回復法秩序」，顯然與事實不符。從另一觀點言，不論是修法前或修法後的沒收，都是將違法行為人所得的財產或利益，強制歸收國家，所謂「校正或調整不合法的財產狀態，以回復法秩序」的效果，也不是新制度下的沒收所異於舊沒收的特性。故本席認為，難以不當得利性質解說新制下的沒收性質。

參、系爭確定終局判決應予廢棄，發回管轄法院

一、裁判憲法審查部分，應為實質審查

本判決認為，憲訴法於 111 年修正後，人民不得僅聲請法規範憲法審查，本案因得解釋為聲請人也聲請裁判憲法審查，故原非合法的「僅聲請」法規範憲法審查也變為合法，已如前述。可知本件憲法審查的合法性，完全是基於裁判憲法審查的聲請，而非法規範憲法審查的聲請。因此，應以裁判憲法審查聲請為審查主軸，不能捨本逐末，將裁判憲法審查作為法規範憲法審查的附帶審查。

二、主張共通原則，在憲法訴訟一樣適用

所謂主張共通，指就合併審理的數項標的或數項爭點之間，如彼此間有事實上或法律上牽連關係者，當事人就其中一項標的或爭點所為主張，均應作為其他標的或爭點的主張（至於當事人為證明某應證事實而提出證據時，該證據也可以作為判斷其他事實的證據，則稱為證據共通原則）。主張共通乃訴訟上一般承認的原則，其目的一方面在避免當事人必須針對不同的標的或爭點，重複提出同一主張，另一方面，

也在避免法院就同一標的或爭點，在同一判決中為不同的判斷。這樣的原則，在特別強調法秩序統一功能的憲法訴訟，當然也應適用。

就本案而言，憲法法庭既然將裁判憲法審查也列入聲請審查標的，自然應將聲請人關於法規範違憲的主張，作為系爭確定終局判決違憲的主張，並針對此一主張有無理由，進行實質審查，而非以聲請人未就裁判憲法審查部分，另提出違憲理由等語，輕輕帶過，即予駁回。

本席認為，至少系爭確定終局判決就系爭規定一所稱「有事實足以證明」所持「蓋然性權衡」的見解，與本判決所宣示從憲法觀點應有的證明度，即有不同（如後述四），此不同之處是否會影響系爭確定終局判決的合憲性，本判決自應表示審查意見。換言之，如果系爭確定終局判決就「蓋然性權衡」的法律見解，高於本判決所宣示的憲法要求的證明度，對於人民權利的保障更周到，自無違憲問題；反之，如低於本判決所宣示憲法要求的證明度，則系爭確定終局判決所持見解，即違反憲法意旨。因此，系爭確定終局判決所持見解是否違反憲法，當然必須依據本判決就法規範審查部分所宣示的憲法標準，加以審查。

三、系爭確定終局判決所依據的法規範違憲

系爭規定一適用系爭規定二的結果，致系爭規定一得適用於系爭規定一施行前的行為，此部分已違反罪刑法定原則、刑罰不溯及既往原則，應屬違憲，業如前述，則以系爭規定一及二為判決依據的系爭確定終局判決，當然違憲。

四、系爭確定終局判決關於系爭規定一所稱「有事實足以證明」所持見解，與本判決宣示的憲法要求不符，也是違憲

(一) 所謂蓋性權衡判斷

所謂「蓋然性權衡判斷」(balance of probabilities)是英國法中作為民事訴訟事件的舉證責任標準，也就是當法院依證據認為某事件發生的可能性大於不發生的可能性時，法院即可相信該事件為真。換言之，只要當事人一方就其主張的事實所為舉證已達 51%以上時，法院就可以採信其主張的事實¹。此一民事訴訟舉證責任標準的概念，影響了許多英美法系國家，其中澳洲於繼受此概念後，進一步將它精緻化。例如澳洲高級法院²在 Neat Holdings Pty. Limited v. Karajan Holdings Pty. Limited And Ors 一案中即明白指出：「民事訴訟中負有舉證責任的一方當事人，所負的通常舉證責任標準為蓋然性權衡判斷。即使待證事項涉及犯罪行為或詐欺的情況，也是如此。……另一方面，基於蓋然性權衡判斷標準，確定一項或多項事實成立所需的證據強度，可能會根據待證事實的性質或內容而有所不同。『所提出主張的嚴重性、特定

¹Perry (Respondent) v Raleys Solicitors (Appellant), [2019] UKSC 5. (13 February 2019)。英國最高法院表示民事事件通常是採取蓋然性權衡判斷標準，但在特定情形，法院會例外不採蓋然性權衡判斷標準，例如在證明過失行為是否成立之情形，倘採此標準則會產生達到 51%的證明程度時，原告可獲得全額的賠償，若僅達到 49%的證明程度則無法獲取任何賠償的不當結果。上開判決第 17 段全文：「In both those types of situation (that is the future and the counter-factual) the court occasionally departs from the ordinary burden on a claimant to prove facts on the balance or probabilities by having recourse to the concept of loss of opportunity or loss of a chance. Sometimes the court makes such a departure where the strict application of the balance of probability test would produce an absurd result, for example where what has been lost through negligence is a claim with substantial but uncertain prospects of success, where it would be absurd to decide the negligence claim on an all or nothing basis, giving nothing if the prospects of success were 49%, but full damages if they were 51%: see Hanif v Middleweeks (a firm) [2000] Lloyd's Rep PN 920 per Mance LJ at para 17. A further reason why this is a generally unrealistic approach is that most claims with evenly balanced prospects of success or failure are turned into money by being settled, rather than pursued to an all or nothing trial.」(本意見書有關英文文獻資料，是由研究法官林尚諭蒐集提供)

²澳洲高級法院 (HIGH COURT OF AUSTRALIA) 是澳洲聯邦司法體系中的最高法院，參見：<https://www.hcourt.gov.au/>。

假設事實發生的罕見性、基於具體調查證據所得結果的嚴重性，均須列為考慮因素，以決定爭議事實是否已被證明』(The ordinary standard of proof required of a party who bears the onus in civil litigation in this country is proof on the balance of probabilities. That remains so even where the matter to be proved involves criminal conduct or fraud... On the other hand, the strength of the evidence necessary to establish a fact or facts on the balance of probabilities may vary according to the nature of what it is sought to prove... "The seriousness of an allegation made, the inherent unlikelihood of an occurrence of a given description, or the gravity of the consequences flowing from a particular finding are considerations which must affect the answer to the question whether the issue has been proved ...")」³換言之，在進行蓋然性權衡判斷時，法院仍應依具體個案的特性，決定證明應證事實所需證據的強度。當主張越嚴重、該事件發生的可能性越低時，證據的證明力就需要越強，始能達到蓋然性權衡判斷的標準⁴。

(二) 方枘圓鑿的立法理由

如前述，「蓋然性權衡判斷」概念，是普通法系國家民事程序使用的舉證概念。然而，系爭規定一的立法理由，卻將此概念硬套在屬於大陸法系，且為刑事程序一環的我國沒收程序，當然會如方枘圓鑿一般，格格不入。

首先，在我國法律體系，民事法與刑事法所扮演的角色功能，並不相同。刑事法在規定何種行為構成犯罪、犯罪如何處罰，以及應如何進行認定犯罪及處罰的程序，因為都環

³ Neat Holdings Pty Ltd v Karajan Holdings Pty Ltd [1992] HCA 66; (1992) 67 ALJR 170; (1992) 110 ALR 449 (16 December 1992)

⁴ 參考 Donald L Mathieson, Cross On Evidence 173, 7th New Zealand Edition 2001.

繞在與犯罪有關的問題，所以與公共秩序關係十分密切，公益色彩極為濃厚；至於民法則在規定人民私法上權利義務的內容，以及權利義務發生爭執時如何解決的程序，著重私益保護。鑑於上述二種法律性質上不同，因此，主導刑事案件處理的刑事訴訟，與主導民事事件處理的民事訴訟，其基本原則與法理，也有差異。系爭規定一的立法理由，將原屬於民事舉證概念的「蓋然性權衡判斷」，套用於沒收所適用的刑事程序，當然格格不入。

其次，我國是採大陸法系的成文法形式，有關法官裁判時所依據的法律，包含構成要件及法律效果，都以成文法形式規定。因此，針對訴訟上有爭執的事實，法律也為會明確規定舉證責任分配給其中一方的當事人，而不是在當事人於訴訟上你來我往的舉證後，再依據舉證情形加以「比較衡量」誰的舉證較可信，才決定誰應負擔最終敗訴的舉證責任。例如在刑事程序，法律規定應由檢察官（或自訴人）負舉證責任（刑事訴訟法第 161 條第 1 項及第 343 條規定參照）。在民事程序，則由主張有利的法規的當事人就符合該有利法規的事實，負舉證責任（民事訴訟法第 277 條規定參照）。因此，誰應負擔舉證責任？在進入訴訟程序前，已經確定，即使在民事程序，也是如此。從而，依照訴訟進行經過兩造當事人的舉證情況後，動態決定舉證責任的「蓋然性權衡判斷」概念，對於採成文法的我國法律體制而言，猶如天外飛石般砸進來，對於法律體制的擾亂，不言可喻。

（三）應以德國為師

如上述，「蓋然性權衡判斷」本來是普通法系國家處理民事事件時，適用的舉證概念。因此將歐盟的「蓋然性權衡判斷」指令，適用在歐盟國家中採普通法的國家，自然較不成

問題。但適用於大陸法系的國家，仍然會發生與法律體系水土不服的問題。

應特別說明的是，任何法律都是國家意志的展現，不論法律有多少、體系有多複雜，都必須處於彼此協調不矛盾的關係，矛盾的法律就是矛盾的國家意志，是國家精神錯亂的象徵，後果十分嚴重。所以，要以外國法作為我國立法參考時，當然應先考慮該外國法能否融入我國法律體系，如此才能避免與既有法律矛盾，自屬當然。以德國為例，雖因同屬歐盟國家，也規定擴大利得沒收制度，但因德國也採大陸法系立法，所以其聯邦憲法法院就不採取歐盟指令適用於普通法國家的「蓋然性權衡判斷」標準，而是應採符合其國內刑事法體系的「完全確信」，作為憲法所要求的證明度。此種立足於本國法律，而非全盤移植照套的自信，實在足為我國師法。

（四）懸崖勒馬的本判決

本判決雖然也使用「蓋然性權衡判斷」一詞，但就立法理由及我國實務見解所援引，適用於普通法系民事程序的歐盟指令，明白予以排斥，認為：「關於系爭規定一所指有事實足以證明，應由檢察官負聲請沒收及舉證證明之責」「惟為周全憲法保障人民之財產權，及基於前揭證據裁判之精神，系爭規定一所稱有事實足以證明，非謂法院得僅以檢察官主張系爭財產係取自其他違法行為，相對於被告之說法更為可信，即對被告為不利之認定；而應解為法院綜合一切事證，經蓋然性權衡判斷，認系爭標的有高度可能性係取自非本案之刑事違法行為所得之財物或財產上利益，始得予以宣告擴大利得沒收。」（參見本判決理由第 66 段）換言之，本判決不但排斥立法理由單純比較檢察官的舉證與被告的辯解，誰

較可信的見解，且明白宣示應由檢察官負舉證責任，不論被告是否有說明，檢察官的舉證必須達到「高度可能性」始足當之。這樣的見解，符合大陸法系下刑事舉證責任客觀明確性，及應由檢察官舉證之基本原則，可以說將差一點掉下普通法「蓋然性權衡判斷」懸崖的判斷標準，勒馬回頭到大陸法系下，法律所規定應證事實客觀上應有的「證明度」。就此而言，本判決確有值得肯定喝彩的地方。

（五）本判決所宣示憲法要求的證明度

關於系爭規定一所稱「有事實足以證明」究竟應證明至何種程度？本判決臚列下列三種可能的見解，即 1、最寬鬆的標準，一旦符合一般可能性，即可合理推斷系爭財物或財產上利益係源自其他違法行為的「單純推斷說」；2、德國法院所採，須窮盡證據調查後達到完全確信程度的「確信心證說」；及 3、我國實務、立法理由及歐盟指令所採，綜合一切證據後，系爭財產實質上「較可能」源於其他任何違法行為時，即可沒收的「蓋然性權衡判斷」說。

本判決於臚列上述三種可能的證明程度後，認為認系爭規定一所稱「有事實足以證明」，不論被告說法如何，最終要使法院對檢察官的舉證，達到「高度可能性」的心證程度，才符合憲法對系爭規定一的證明標準。

換言之，如果以量化的證明度來理解本判決，或許可以說本判決認為不能因檢察官的舉證，達 51%可信，被告的說法達 49%可信，或檢察官的舉證達 35%可信，被告的說明的可信性未達 35%或根本不說明，就認為檢察官的舉證「較可信」而符合系爭規定一所稱「足以證明」的標準。而是不論被告說法如何，最終要使法院對檢察官的舉證，達到「高度

可能性」，才符合憲法對系爭規定一的證明標準。

（六）本判決所稱「高度可能性」究竟是何種程度的證明？

1、用量化說明的證明度

按訴訟上有爭執的事實，應證明到何種程度，才可以認為已經證明而加以採信？訴訟法依應證事實的不同，透過「證明」「釋明」「足認」「可認」「相當理由」等用語，針對不同的應證事實，規定應有的證明程度。法律既然使用不同的用語，自然表示立法者有不同的證明度要求。學說上也因此作了不同概念的描述，以為說明。但單純透過不同概念的描述，仍難令人有較「具體的感覺」。因此學說上另有為便於說明，進一步使用「量化的證明度」的描述方法，作為不同證明度的比較者（但應特別說明者，就如同為美術品評分一樣，僅為比較說明方便而為，非謂客觀的證明度或法官相信的心證程度，真可以透過數據測量）。譬如，將應證事實分為下述幾類：

- （1）應具有最高度的真實蓋然性者，亦即應到達無合理可疑程度的證明度者，如果以量化描述，為事實存在可能性達到 90%至 99%者。
- （2）應具有高度的真實蓋然性者，又可分為有明白說服力的證明度與證據優勢的證明度二者。如果以量化描述，前者，事實存在可能性應達到 80%至 90%；後者，為 70%至 80%。
- （3）應具有輕度真實蓋然性者，如果以量化描述，事實存在可能性應達到 50%至 70%（法律所規定的應釋明的事實或學說上所使用自由的證明的事實，屬於此類的應證事實）。

2、本席認為，系爭規定一所稱「證明」，應達到與證明犯罪

行為相同的證明度，至少應接近此一證明度

(1) 本判決宣示的標準

針對系爭規定一所稱「有事實足以證明」的證明度，本判決認為只須達到「高度可能性」即為已足，無須達到認定具體犯罪所須的無合理可疑的證明度。

然而本席認為，系爭規定一所稱「證明」，應達到與犯罪行為相同證明度，至少應接近此一證明度。茲說明其理由如下。

(2) 一般犯罪所得的證明度

雖然，從概念分析，系爭規定一所應證明的事實，是「財產取自其他刑事違法行為」的事實，不是「其他刑事違法行為具體的內容如何，甚至是否已構成犯罪」的事實。然而，實際操作上，這二種事實卻十分難以割裂認定。

一般犯罪所得沒收，是以犯罪行為已成立為前提，而要認定犯罪成立，必須達無合理可疑的證明度。所謂「犯罪」事實，當然包含作為犯罪要素的人、事、時、地、物、過程及結果的全部事實的加總，犯罪有無使用何種器物？有無取得財產？取得財產內容如何？都是構成犯罪行為的內容，實務上也成為認定犯罪行為時，要逐一證明的內容。行為人取得的財產是否來自犯罪行為，經常涉及犯罪是否既遂，屬於犯罪構成要件一環；所得範圍為何也是認定犯罪事實內容所或不可或缺，尤其法律以犯罪所得金額為構成要件時，更是如此（例如銀行法第 125 條第 1 項、第 125 條之 2 第 1 項、第 125 條之 3 第 1 項、金融控股公司法第 57 條第 1 項及證券交易法第 17 條第 1 項第 3 款規定等參照）。因此，刑事訴訟法就犯罪所得應沒收的財產，是否「來自」犯罪行為的事實，雖並未特別明文如何證明及證明度，但犯罪所得既與犯罪行為

有不可分的關係，已如前述，自然須達到與證明犯罪無異的程度。

參照刑事訴訟法第七編之二沒收特別程序（即第三人沒收程序）中，有關第三人的到場、證據調查、裁判內容應記載認定事實所憑證據，有利第三人證據不採納的理由說明等嚴格訴訟程序的規定，也可推知得否對於第三人沒收的證明度，應不下認定犯罪時所須無合理可疑的程度。

（3）比「足認」更高的證明度

系爭規定一是參考洗錢防制法第 18 條第 2 項規定而來（該條立法理由參照）。而洗錢防制法第 18 條第 2 項規定之草案原是使用「有事實足認」用語，經司法院代表力主依德國聯邦憲法法院見解，應採明確心證標準之「證明」，及多數立委對「有事實足認」下，檢察官舉證責任門檻過低表示疑慮後，爰將法條文字修改為「有事實足以證明」，以提高沒收之證明度門檻（立法院公報第 105 卷第 92 期，第 486 頁、第 491 頁以下、第 105 卷第 105 期，第 11 頁至第 20 頁參照）。可見立法者是要求比「有事實足認」更高的「有事實足以證明」程度。

因此，所謂「足認」，究竟應證明到何種程度，自然可以用來說明或理解系爭規定一所稱「足以證明」的證明度。值得一提者，刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 1 款及第 2 款規定也使用「足認」的用語，實務上就此所謂「足認」，曾以量化為喻，認為應達 80% 以上的可信；同項第 3 款所稱「有相當理由」，應達 50% 以上可信程度（最高法院 98 年度台抗字第 668 號、第 690 號、第 759 號、第 703 號刑事裁定、99 年度台抗字第 608 號及第 218 號刑事裁定參照）。當然，上述「量化的證明度」，實務上也是「以量化為喻」，作為比較證明度的參

考，而非真正的量化，但仍有一定參考的價值。若參照前述實務見解，則系爭規定一使用較「足認」為高的「足以證明」，若以證明度量化描述，應在前述（2）高度真實蓋然的程度以上，屬於最高度的真實蓋然的證明度。

（4）財產取自「其他違法行為」所須的證明度，應更勝於、至少不低於取自「犯罪行為」

不論人民的財產是因為屬於犯罪所得的財產而被沒收，或屬於取自其他違法行為的財產而被沒收，其財產被剝奪的結果，均無不同。因此，不論沒收的原因如何，所應受到的憲法保障，不應有異。

適用系爭規定一的要件，必須證明「財產取自其他違法行為」。若加以拆解，至少應同時證明如下二個事實：「其他違法行為存在」（A事實），且「財產取自其他違法行為」（B事實）。因此A乘以B（ $A \cdot B$ ）的蓋然率，就是財產被擴大沒收的蓋然率。正如一般犯罪所得沒收，必須證明「犯罪行為存在」（C事實）及「財產取自犯罪行為」（D事實）二個事實， $C \cdot D$ 的概率，就是財產被一般沒收的蓋然率。

但A事實的證明，是指證明該違法行為存在，又不能證明具體內容的情形，否則即認定該違法行為為犯罪，依一般犯罪所得規定沒收就可以，不必適用系爭規定一。因此，該「其他違法行為」存在，已獲得證明，但又不能證明具體存在，是適用系爭規定一的要件。但什麼才是這樣「既存在」又「不具體存在」的證明，本身即可能存在極大想像空間。因此，對於違法行為「既存在」又「不具體存在」的錯誤判斷的可能性，自然不小，也就是說證明A所須的蓋然率較低。相對於此，在一般犯罪所得的沒收，C須達無合理懷疑的證明度，所須的蓋然率顯然較高。

在 A 所須的證明度，顯然較 C 為低的情形下，若 B 的證明度，又較 D 為低。則 $A \cdot B$ 將遠遠小於 $C \cdot D$ ，也就是違法行為擴大利得沒收所須的證明度，遠遠較犯罪所得的沒收為低。在 A B 兩者雙重模糊的加乘效果下，將造成已證明犯罪者，較不易受到錯誤的沒收，但不能證明犯罪者，卻容易受到錯誤沒收的威脅，完全違反法律的平衡原則。因此，於 A 所須的證明度較 C 為低時，必須提高 B 的證明度要求，才能使 $A \cdot B$ 與 $C \cdot D$ 之間，獲得一定程度的平衡（若 $A \cdot B = C \cdot D$ ，且 $A < C$ ，則 $B > D$ ）。德國聯邦憲法法院所以宣示 B 所須的證明度，須達與 D 相同的確信程度，豈是無因而致？

（七）系爭確定終局判決關於系爭規定一的證明度標準，所持見解違反本判決所宣示憲法要求的證明度

系爭確定終局判決是依系爭規定一的文義及立法理由，作為應否沒收的判斷基準，並認為扣案甲類現金，依上開標準檢視後，認為符合「依照蓋然性權衡，應可認定實質上較可能源自其他違法行為」的審查標準，即屬擴大沒收規定所涵攝的範疇（參照系爭確定終局判決理由甲、貳、六（三）、1（3）、2（1））。此一見解，於被告上訴後，復經最高法院 111 年度台上字第 3885 號、第 4009 號刑事判決以：「……於檢察官所提出之各項證據，法院依蓋然性權衡判斷，綜合個案顯露之……等情事，基於吾人日常生活之經驗加以審酌判斷，該來源不明之財產，實質上較可能源自其他違法行為時，即應予沒收，以截斷犯罪誘因，兼收杜絕毒品犯罪行為之效。」的理由維持。可知系爭確定終局判決與前開最高法院判決，顯然均僅單純就「扣案財物係取自其他違法行為所得」的可能性與「扣案財物非取自其他違法行為所得」的可

能性二者進行比較後，認為前者可能性較高，即據以作成判斷的標準。

然而，本判決業經明示系爭規定一所稱「足以證明」，並非「單純比較可能性如何」的標準，系爭確定終局判決及前開最高法院判決所採前述標準，業經本判決明示不採。且依系爭確定終局判決所採見解，系爭規定一所稱「足以證明」，也無最低的證明度要求，與本判決所宣示憲法保障財產權要求及證據裁判精神下，應達到的「高度可能性」標準不符。足見系爭確定終局判決及前開最高法院判決，關於系爭規定一所稱「有事實足以證明」所持見解，均已然違反憲法，應予廢棄，發回管轄法院，至少應依本判決所宣示的「高度可能性」標準重行審判（如能採與認定犯罪行為相同的確信為判斷標準，則更符合憲法要求）。