

憲法法庭 113 年憲判字第 1 號判決

不同意見書

尤伯祥大法官 提出

黃大法官昭元 加入

謝大法官銘洋 加入

蔡大法官彩貞 加入

本庭甫於 111 年憲判字第 18 號判決認定犯罪所得之沒收並非刑罰，多數意見本於相同論理，認定依中華民國 109 年 1 月 15 日修正公布並自同年 7 月 15 日施行之毒品危害防制條例第 19 條第 3 項規定：「犯第 4 條至第 9 條、第 12 條、第 13 條或第 14 條第 1 項、第 2 項之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前 2 項規定以外之財物或財產上利益，係取自其他違法行為所得者，沒收之。」（下稱系爭規定一）所為之擴大利得沒收（下稱擴大沒收）亦非刑罰，因而無涉罪刑法定原則、罪責原則及無罪推定原則。本席認為，系爭規定一雖係實體法規定，但擴大沒收是剝奪行為人財產之措施，即使不是刑罰，為周全對財產權之保障，仍應再以正當法律程序原則予以審查¹，並認為系爭規定一違反該原則。

就系爭規定一依 104 年 12 月 30 日修正公布並自 105 年 7 月 1 日施行之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」（下稱系爭規定二），適用於系爭規定一施行前之已發生之其他刑事違法行為，本席認為是真正溯及既往，無法贊同多數意見認為係不真正溯及既往，與法律不溯及既往原則無違之結論。

爰為以上不同意見提出理由如下。

¹ 本庭諮詢之專家學者林鈺雄教授於言詞辯論期日到場答詢時，除肯定應於擴大沒收之審理給予被告程序保障外，就本席所詢是否需立法明定程序保障之問題，答稱「程序保障是本案很重要的關鍵點」，可資參照。

一、系爭規定一違反正當法律程序原則：

(一) 系爭規定一對行為人之固有財產造成嚴重威脅：

為了澈底杜絕毒品犯罪誘因，系爭規定一不僅將沒收之範圍擴大至取自其他刑事違法行為之「行為人所得支配之財物或財產上利益」，而且也不以作為財產來源之刑事違法行為業經定罪為必要。由於以下原因，上述大幅擴大沒收範圍並降低沒收難度的制度設計，是對行為人財產具高度侵略性的手段，對行為人之固有財產造成嚴重威脅：

1. 系爭規定一所稱「行為人所得支配之前二項規定以外之財物或財產上利益」，文義射程涵蓋被告之全部財產：

(1) 本案犯罪所得、供犯罪所用之物及交通工具以外之行為人財產，均係「行為人所得支配之財物或財產上利益」，而為系爭規定一之文義射程所涵蓋。易言之，系爭規定一所定之犯罪行為人的全部財產，都是潛在之沒收標的。加上不須將作為財產來源之其他刑事違法行為予以具體特定，即得擴大沒收，因此在該違法行為不明的情況下，無從適用相對總額原則來扣除中性成本，而僅能適用絕對總額原則，合法固有財產因此更有被擴大沒收之可能²。

(2) 然而，若為杜絕毒品犯罪而擴大沒收行為人之全部財產，甚至連維持生活條件所必要之財產都不留，以致行為人或受其扶養者陷入經濟上困境，生活無著，甚至流離失所，勢將產生是否違反比例原則之疑義。立法者於犯罪所得沒收尚且為避免沒收失之過苛，訂定刑法第 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

² 薛智仁，憲法法庭 111 年憲民字第 4096 號紀怡慧聲請案專家諮詢意見書，頁 12。

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。」之規定，以符合比例原則³，可見擴大沒收仍應基於比例原則而有其底限，不能連維持生活條件所必要之財產都不留。刑法第 38 條之 2 第 2 項所參考之德國舊刑事訴訟法第 430 條第 1 項，依同法第 442 條第 1 項適用於擴大利得沒收，而美國法上的民事沒收 (civil forfeiture) 程序准許沒收標的財產之所有人提出窘困抗辯⁴，亦可資參佐。

- (3) 惟，系爭規定一本身欠缺這種過苛禁止條款。雖然刑法第 11 條本文規定，刑法總則於其他法律有刑罰、保安處分或沒收之規定者，亦適用之，但因刑法第 38 條之 2 第 2 項之要件係「宣告前二條之沒收或追徵」，亦即其適用範圍限於明文列舉之「宣告刑法第 38 條及第 38 條之 1 之沒收或追徵」這兩種情形，以致無從適用於擴大沒收。雖然多數意見刻意無視刑法第 38 條之 2 第 2 項之「宣告前二條之沒收或追徵」明文，逕謂依刑法第 11 條之規定，刑法第 38 條之 2 第 2 項之部分條文：「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。」於系爭規定一仍有適用，顯見立法者已對系爭規定一設有調節條款，以

³ 104 年修法增訂該條時之法務部說明第四點及第五點：「四、為符合比例原則，兼顧訴訟經濟，爰參考德國刑法第七十三 c 條及德國刑事訴訟法第四百三十條第一項之規定，增訂過苛調節條款，於宣告沒收或追徵於個案運用有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性或犯罪所得價值低微之情形，得不予宣告沒收或追徵，以節省法院不必要之勞費，並調節沒收之嚴苛性。五、考量義務沒收對於被沒收人之最低限度生活產生影響，允由法院依個案情形不予宣告或酌減之，以保障人權。」參照。

⁴ 相關中文文獻介紹請參見李榮耕，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，頁 82；吳協展，美國犯罪所得單獨沒收之法制研究，97 年度公務人員出國專題研究實施計畫報告，2009 年 3 月，頁 26，<https://report.nat.gov.tw/ReportFront/ReportDetail/detail?sysId=C09801915>（最後瀏覽日：113 年 1 月 15 日）。

避免個案過苛之情事發生。惟，這實際上已是為免違反比例原則⁵而對系爭規定一所為合憲性限縮解釋，是系爭規定一因射程涵蓋行為人之全部財產所不得不然，適足以顯示系爭規定一因射程可涵蓋行為人之全部財產而顯現之高度侵略性。

2. 系爭規定一就財產源自其他不明刑事違法行為此項要件，採取過低之證明標準，會導致舉證責任倒置，進而違反無罪推定原則，並侵害被告之緘默權：

- (1) 就作為利得來源之不明刑事違法行為的存在，應由國家證明之：

即使擴大沒收並非對於作為利得來源之刑事違法行為予以非難或非價，而是立法者為了預防將來可能之犯罪所使用之措施，因而其使用不受罪責原則之約束，不以作為利得來源之刑事違法行為業經特定、具體為必要，更不必該刑事違法行為業經訴追。然而，系爭規定一既以沒收之標的係源於被告其他不明之刑事違法行為，其實就是犯罪，作為沒收之要件，則就此項要件之證明，仍不應違反無罪推定原則。申言之，縱以擴大利得沒收並非刑事制裁為由，很形式地推論系爭規定不違反無罪推定原則，但仍不容產生推定沒收標的財產係源於行為人其他刑事違法行為之效果。就存在該等刑事違法行為之待證事實，國家仍負完全之舉證責任，既不得僅以行為人犯系爭規定一列舉之罪為由，即逕行推論其犯有其他刑事違法行為，也不得僅以行為人所得支配之財

⁵ 薛智仁教授於言詞辯論到庭說明時，指出由於一方面不需要特定來源行為，且降低證明標準，合法固有財產遭擴大沒收的風險會比較大，另一方面則因擴大沒收不是一定會打擊到毒品犯罪，可能只打擊到一般小型犯罪，能夠達到的一般預防效果可疑，因此其比較傾向於認為系爭規定一違反比例原則。

產價值與其合法之收入不成比例，即為相同之推論。

(2) 系爭規定一所定之證明標準「有事實足以證明」，依立法理由之說明，實係指行為人之財產「較可能」源於其他刑事違法行為：

I. 現行刑事訴訟法、民事訴訟法及行政訴訟法（以下分別簡稱刑訴法、民訴法及行訴法）均採自由心證主義，將案內所有證據之證明力交由法官依經驗法則及論理法則判斷，以綜合評估待證事實存在之蓋然性，進而形成待證事實存在與否之確信（刑訴法第 155 條第 1 項、民訴法第 222 條第 1 項及第 3 項、行訴法第 189 條第 1 項參照）。因此，「確信」二字係指「心證已成」，至於待證事實存在之可能性須證明達何種程度始能鑄成積極或肯定之心證，則因不同法律規定而異其標準。

II. 系爭規定一條文所定之「有事實足以證明」，是指行為人之財產「實質上較可能」源於其他刑事違法行為：

系爭規定一立法理由第三點所述：「關於有事實足以證明被告財產違法來源，參考歐盟沒收指令第五條及其立法理由第二十一點意旨，法院在具體個案上綜合檢察官所提出之直接證據、間接證據或情況證據，依蓋然性權衡判斷」等文字，其實就是重申上述自由心證主義下法官形成確信心證之過程。在此段之後的「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」，才是條文所稱「有事實足以證明」要求之證明門檻。亦即，系爭規定一是以行為人之財產「實質上較

可能」源於其他刑事違法行為，作為證明標準。

III. 系爭規定之「實質上較可能」證明標準，會被操作成「較可能」，司法實務也確有如是操作者：

由於「實質」二字在中文內之理解，係指某件事物之本質⁶，必然須與使用者以該語詞指涉之事物連結，始能有具體之意義，因此「實質上」這三個字並無為「較可能」定性之功能。易言之，「實質上較可能」其實無異於「較可能」，亦即一方所提出之證據，就證明待證事實存在之可能性而言，較另一方更高，法院即可認定優勢方主張之待證事實存在。

(3) 系爭規定一之「有事實足以證明」依「較可能」之證明標準操作的結果，不僅降低了國家的舉證責任，而且會進一步導致舉證責任倒置：

系爭規定一以「較可能」作為證明標準之結果，是國家只要證明行為人之財產「較可能」源於其他刑事違法行為即可。一旦國家證明行為人之合法收入與其財產不成比例之事實，論理上此項可能性即已存在，行為人因而即須為排除此項可能性而說明財產來源並舉證以實其說，否則法院即可因其財產來自其他刑事違法行為之可能性較大，而形成對其不利之確信。簡言之，實際上國家僅須證明被告之合法收入與其財產不成比例，而非證明存在作為財產來源之不

⁶ 參見教育部，《重編國語辭典修訂本》臺灣學術網路第六版，<https://dict.revised.moe.edu.tw/dictView.jsp?ID=128064&q=1&word=%E5%AF%A6%E8%B3%AA>（最後瀏覽日：113年1月15日）。

明刑事違法行為⁷，即已初步完成舉證，進而舉證責任倒轉，換由行為人須說明財產之合法來源並舉證以實其說。刑事實務上以行為人合法收入與其所得支配之財產價值不成比例或未能合理說明財產來源為由，即予擴大沒收之判決，並非罕見⁸。

- (4) 系爭規定一將行為人於本案犯罪外尚有其他刑事違法行為之證明標準降得過低，致生違反無罪推定原則，進而侵犯緘默權之疑慮：

立法者縱為降低擴大沒收之難度，就其他刑事違法行為之存在，降低國家之舉證責任及負擔，惟，基於無罪推定原則，人民依法受有罪判決前，應推定為無罪，推定被告於本案以外尚犯有其他刑事違法行為，仍與推定其犯罪無異，自不得為便於擴大沒收之目的而推定行為人尚犯有其他刑事違法行為，或於訴訟上產生相同之推定結果。由於系爭規定一採取財產「較可能」源自其他刑事違法行為之證明標準，以致國家實際上僅須證明行為人之合法收入與沒收標的的不成比例，即可完成舉證，形同據此推定行為人於本案犯罪以外尚犯有其他刑事違法行為。因此，系爭規定一顯然過度降低行為人尚有其他刑事違法行為之證明標準，致生違反無罪推定原則之疑慮。進而，一旦發生此等推定，行為人即處於或者就財產來源進行說明，或者不說明而坐視財產被擴大沒收之兩

⁷ 從立法理由所述「而法院在認定財產係源於其他不明之違法行為時，所得參考之相關事實情況，例如行為人所得支配之財產價值與其合法之收入不成比例，亦可作為源於其他違法行為之認定基礎，併予敘明。」等語來看，如是理解應不失立法者本意。

⁸ 例如臺中地院 110 年度訴字第 317 號、新北地院 111 年度訴字第 645 號、臺中地院 111 年度訴字第 2423 號、新北地院 112 年度少訴字第 26 號、高雄地院 112 年度訴字第 402 號、新北地院 112 年度訴字第 827 號等刑事判決。

難處境，其行使緘默權之空間也顯遭壓縮⁹。

- (5) 系爭規定一並非「無涉」無罪推定原則，而是至少要採取「有高度可能性」之證明標準，始可能不違反無罪推定原則：

多數意見以周全憲法保障人民之財產權及基於證據裁判之精神為由，將系爭規定一之「有事實足以證明」解為「有高度可能性」，實係為免系爭規定一違反無罪推定原則及侵犯緘默權所為之合憲性限縮解釋。精確而言，其實是為避免國家只要證明行為人之合法收入與其財產不成比例，即生舉證責任倒置，而採取「高度可能性」之證明標準，俾系爭規定一有不違反無罪推定原則之可能。

- (二) 刑訴法就擴大沒收應踐行如何之正當程序，完全沒有規定，致系爭規定一因對被告之程序保障闕如，無法通過正當法律程序原則之審查：

1. 為嚴格踐行正當法律程序，應就擴大沒收給予被告充分之防禦權：

刑事被告依正當法律程序之原則受法院公平審判之權利，是其憲法上訴訟權保障之核心，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（司法院釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號、第 654 號、第 762 號及第 789 號解釋暨本庭 111 年憲判字第 7 號判決參照）。擴大沒收之射程及於行為人之全部財產，卻採用足以導致舉證責任倒置之證明標準，被告因未能成功說明或舉證致其固有財產遭擴大沒收之可能性，不

⁹ 薛智仁教授於其諮詢意見書即指出，由於系爭規定一是控訴原則之例外，被告被迫就非本案之起訴事實，但未來可能被追訴之犯罪事實作出陳述，使不自證己罪權利受侵害。參見薛智仁，憲法法庭 111 年度憲民字第 4096 號紀怡慧聲請案專家諮詢意見書，頁 6。

容排除。因此，基於財產權之程序保障功能，附隨於被告被訴之本案犯罪審理之擴大沒收，自應給予被告充分之防禦權。

2. 訴訟程序是法律保留事項，刑訴法應明文規定擴大沒收如何踐行正當法律程序：

(1) 刑事訴訟制度設置之目的在確定國家刑罰權之有無及其範圍，故刑訴法係以對被告犯罪事實之偵查及審理為核心，規定其所應踐行之正當法律程序。擴大沒收既非刑罰，作為其要件之「財產源自其他不明刑事違法行為」，也非本案被訴犯罪事實，與本案訴訟之爭點不同，故擴大沒收其實不同於本案，即使附隨於本案訴訟審理，亦應在被訴犯罪事實之外進行獨立、完整之調查、審理，為此自應有明確的程序規則可資依循，俾法院於擴大沒收之審判權行使得符正當法律程序，並使被告得據明確之程序規則，預見審理範圍及程序將如何進行，進而據以有效防禦。

(2) 刑事訴訟之程序規則涉及法院審判權如何正當行使者，例如法院得否因擴大沒收具有義務沒收性質，而不待檢察官聲請即依職權擴大沒收，甚至於認檢察官沒收犯罪所得之聲請不能成立時，得否依職權改為擴大沒收，俱攸關被告之防禦對象、範圍乃至如何安排防禦。因此，即使因為擴大沒收並非剝奪人身自由之處置，無涉憲法第 8 條之法定程序，惟，擴大沒收之訴訟程序仍是對被告訴訟權之實現及財產權保障有重要性之事項，亦應由立法者以法律明定，始符法律保留原則¹⁰，現行刑訴法即係因此而於第 7 編之

¹⁰ 依司法院釋字第 393 號解釋理由書：「憲法第十六條所保障人民之訴訟權，其實現所應遵循之程序及所應具備之要件，應由立法機關衡量訴訟之性質，以法律為正當合理之規定。」可知訴訟程序係法律保留事項，應以法律作明確之規定。

2 設置沒收特別程序。

3. 刑訴法完全沒有規定擴大沒收之程序，致被告於擴大沒收之審理嚴重欠缺程序保障：

刑訴法第 7 編之 2 僅就第三人參與沒收程序及單獨宣告沒收兩種類型規定應踐行之程序，擴大沒收不與焉，故擴大沒收雖附隨於本案犯行之訴訟程序審理，但並無刑訴法之規定可資依循。在全然無法可依的情況下，究竟擴大沒收之審理應如何踐行正當程序始能讓被告得以充分防禦，即有疑義：

(1) 是否有控訴原則之適用？

刑事被告之訴訟權保障其受法院依公正程序公平審判之權利，依刑訴法為保障被告此項權利所採之控訴原則，法院僅得就業經起訴或自訴之被告及依起訴書特定之犯罪事實審判¹¹，並由檢察官（或自訴人）在法庭上負擔證明被告犯罪之責任¹²。依照多數意見，擴大沒收非針對被告其他不明刑事違法行為之定罪及刑罰，則擴大沒收已不在控訴原則之文義射程內，不僅不以財產來源之違法行為業經查明起訴為必要，且在訴訟程序上是否須待檢察官聲請擴大沒收，法院始得審理？抑或因擴大沒收係義務沒收，而認為無控訴原則之適用，即使檢察官沒有聲請，法院亦可職權為之¹³？進而，若檢察官聲請沒收之主張是犯罪所得，

¹¹ 最高法院 111 年度台上字第 1924 號刑事判決參照。

¹² 最高法院 105 年度台上字第 2617 號刑事判決參照。

¹³ 例如臺中地檢 108 年度偵字第 5407 號起訴書並未聲請擴大沒收，但法院判決擴大沒收（臺中地院 109 年度訴字第 2849 號判決）。類似情形，有桃園地檢 110 年度偵字第 35683 號起訴書（桃園地院 111 年度訴字第 170 號判決擴大沒收）、高雄地檢 112 年度偵字第 10260、12419、15086、15087 號起訴書（高雄地院 112 年度訴字第 402 號判決擴大沒收）。以上案例，若檢察官未於訴訟進行中另行聲請，即屬法院依職權所為。

但法院審理後認為是源於其他刑事違法行為之利得，能否依職權改依系爭規定一予以沒收¹⁴？如果法院得依職權為之，檢察官可否於聲請時請求法院依犯罪所得或擴大利得之規定擇一判決¹⁵？若法院得依職權擴大沒收，則縱令檢察官就擴大沒收之要件負舉證責任，又有何意義？以上疑義，一方面涉及法院之審判權的正當行使，另一方面涉及被告能否明確知悉其防禦之對象及範圍為何，乃至能否有效防禦，殊難想像在刑訴法全無明文規定之情況下，能通案獲得普遍、妥適之處理。

(2) 如何照料聽審權所保障之請求資訊權，以避免被告受到突襲？

司法院釋字第482號解釋確立刑事被告之聽審權為其訴訟權之內涵後，司法實務經過長期發展，已將聽審權具體化為請求資訊權、請求表達權及請求注意權。具體而言，司法實務一向認為刑訴法第95條第1項第1款告知被訴犯罪嫌疑及所犯所有罪名之規定，目的係使被告得以知悉訴訟之資訊，並保障其陳述意見之權利¹⁶。法院就訴訟進行中已浮現的爭點及有如何證據可能證明，亦應使被告知悉，以利被告於充分知情後，得以有效辯解，俾能充分防禦，避免在資訊不

¹⁴ 例如新北地檢 110 年度偵字第 45334 號起訴書聲請沒收犯罪所得，但一審判決宣告擴大沒收（新北地院 111 年度訴字第 1477 號判決）。類似情形，有台北地檢 111 年度偵字第 7298 號起訴書（台北地院 111 年度訴字第 613 號判決）、苗栗地檢 112 年度偵緝字第 255、256 號起訴書（苗栗地院 112 年度原訴字第 22 號判決）。於以上案例，若檢察官未於訴訟進行中聲請法院改為擴大沒收，即係法院依職權所為。

¹⁵ 新北地檢 111 年度偵字第 20752 號起訴書，即於起訴書內請求法院依刑法第 38 條之 1 第 1 項或毒品危害防制條例第 19 條第 3 項之規定，宣告沒收。

¹⁶ 最高法院 86 年度台上字第 6730 號、87 年度台非字第 407 號、96 年度台上字第 1904 號、109 年度台上字第 5208 號、110 年度台上字第 364 號及 110 年度台上字第 1501 號等刑事判決參照。

足之情形下，受到程序或實體突襲¹⁷。由於刑訴法第 95 條之規定乃至以上實務見解，均係針對被告被訴犯罪事實之審理所為，因此與擴大沒收無涉。如何在審理擴大沒收時充分保障被告之請求資訊權，使其能充分防禦，並避免受到程序或實體突襲，即因缺乏刑訴法上之依據，而不免全然委諸個別法官之想法。在審理程序如何進行、如何照料被告之資訊需求，因法官而異而缺乏統一標準的情況下，被告之資訊請求權的滿足，只能倚賴法院的「恩惠」。如果法院得不待檢察官聲請即依職權擴大沒收，則問題將因被告可能因此受到突襲性裁判而益發尖銳。

(3) 如何照料聽審權所保障之請求表達權，俾使被告能充分防禦？

聽審權所保障之請求表達權，保障被告得依全部卷證資料完整表達其辯解之權利。為保障此項權利之行使，刑訴法於訴訟各階段均有被告得陳述意見之明文（以刑訴法第 161 之 2 條、第 163 條第 3 項、第 273 條、第 273 之 1 條、第 288 之 1 條、第 288 之 2 條、第 289 條為例，即可見得於準備程序、證據調查及辯論各階段，均有保障請求表達權之明文），被告亦得根據刑訴法的明文規定，預見其於訴訟進行過程中何時得陳述意見，並基此預期而準備其陳述。擴大沒收之審理雖附隨於本案訴訟程序，但因擴大沒收與本案被訴犯罪之罪責與科刑有異，究竟應於訴訟之何階段進行，刑訴法並無明文，且刑訴法上保障被告請求表達權之條文，係專就罪責及科刑之審理所為規定，與擴大沒收無涉，因此被告可能在並未預見法院將進行擴

¹⁷ 最高法院 110 年度台上字第 3987 號、110 年度台非字第 230 號及 111 年度台上字第 975 號等刑事判決參照。

大沒收之審理的情況下受審，也因欠缺明文而未能預期自己得否及得於何時就擴大沒收陳述意見及辯論，更遑論為此進行充分準備。一如請求資訊權，請求表達權亦因刑訴法欠缺落實的明文，而可能被降格為法院的恩惠。

(4) 嚴格證明或自由證明？

在擴大沒收全然欠缺刑訴法配套之情況下，目前實務或因受立法理由內所用「綜合直接證據、間接證據或情況證據，依蓋然性權衡判斷」之文字影響，將擴大沒收比照犯罪所得沒收之利得範圍之調查，認為亦經自由證明即足。相較於嚴格證明，自由證明是指證據不需要具有證據能力，而且也不需要依法定方式進行調查，即得以之證明事實者¹⁸。由於較容易證明，因此通常用於程序上之爭點（例如法官迴避之原因事實），至於實體上之爭點（例如犯罪事實之存否），則應嚴格證明。於犯罪所得之沒收，作為其前提之本案犯罪事實須經嚴格證明，是否屬犯罪所得之爭點，通常會附隨於嚴格證明犯罪事實之審理程序中一併調查，被告也能一併就此爭點進行防禦。因此，犯罪所得以自由證明為之，尚無損被告之程序保障；惟，作為擴大沒收要件之「財產源自其他不明刑事違法行為」，係實體事項，實無異於調查、認定被告是否於本案以外尚犯有其他不明犯罪並因此有所得，本應依證據裁判原則認定之（司法院釋字第 582 號解釋參照）。從而，果真能憑不具證據能力之證據，也不須經法定方式進行調查，即行積極認定而剝奪被告之財產？尤

¹⁸ 請參見司法院裁判書用語辭典資料庫查詢系統，<https://terms.judicial.gov.tw/TermContent.aspx?TRMTERM=%e8%87%aa%e7%94%b1%e8%ad%89%e6%98%8e&SYS=M>（最後瀏覽日：113 年 1 月 15 日）。

其，「財產源自被告其他不明刑事違法行為」之待證要件，並非被訴之犯罪事實，縱附隨於本案之訴訟程序審理，但並非於本案之審理過程中經嚴格證明之爭點，就此而言，顯然有異於犯罪所得之調查，自不能當然比照辦理。目前實務的作法，其實有違反證據裁判原則之疑慮。

(5) 綜上，刑訴法對擴大沒收全無規定，如何審理由法院自由進行，嚴重欠缺對被告之程序保障，更難保程序之嚴謹、正當¹⁹，致系爭規定一無法通過正當法律程序原則之審查。

4. 擴大沒收之判決確定後，並無非常救濟途徑，更難通過正當法律程序原則之檢驗：

系爭規定一為易於達到擴大沒收之目的，降低了證明標準，又完全欠缺配套之訴訟上程序規範，行為人之固有財產誤遭擴大沒收之可能實難排除，自應有判決確定後之非常救濟程序因應。惟，囿於刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款之再審，限於受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者始許提起，擴大沒收不與焉，無從循再審程序救濟之。立法者為了達到打擊毒品犯罪之目的而大幅降低擴大沒收的難度，卻不僅完全沒有設置程序配套，而且連必要的事後糾錯機制都沒有，就讓新制上路。一旦錯判確定，完全沒救。這樣的立法方式，怎能通過正當法律程序

¹⁹ 國內引進擴大沒收之立法過程中，有以美國的民事沒收程序資為支持論據者。然而，檢察官代表政府提起之民事沒收訴訟，本身是一個獨立的民事案件，以利害關係人地位參與訴訟之財產權人得依相關民事訴訟規則及證據法則行使其訴訟上權利。美國國會更於 2000 年通過聯邦民事財產沒收改革法（Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000, CAFRA），單獨訂定聯邦民事沒收程序規定。有關該法案之介紹，請參註 4 文獻。美國的民事沒收制度顯示，擴大利得之沒收，由於審理的重點其實與本案被訴犯罪不同，應有其獨立的程序規範，並於本案犯罪以外進行獨立、完整之審理，俾確保當事人之訴訟上權利。

原則的檢驗²⁰？

二、本號判決之諭知，不足以使系爭規定一免於牴觸正當法律程序原則：

(一)多數意見之「高度可能性」標準並不明確，對被告之程序保障的改善有限：

1. 歐盟沒收指令所要求之「高度（顯著）可能」，是其會員國之最低證明標準：

系爭規定一就「有事實足以證明」之證明標準，所參考之歐盟沒收指令第 5 條之立法理由第 21 點係“Extended confiscation should be possible where a court is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct. This does not mean that it must be established that the property in question is derived from criminal conduct. Member States may provide that it could, for example, be sufficient for the court to consider on the balance of probabilities, or to reasonably presume that it is substantially more probable, that the property in question has been obtained from criminal conduct than from other activities. In this context, the court has to consider the specific circumstances of the case, including the facts and available evidence based on which a decision on extended confiscation could be issued. The fact that the property of the person is disproportionate to his lawful income could be among those facts giving rise to a conclusion of the court that the

²⁰ 蘇俊雄大法官在釋字第 393 號解釋之不同意見書即已認為，再審具有訴訟之助益功能（dienede Funktion），為貫徹人民訴訟權之保護，其聲請再審之地位，亦為法治國家之憲法秩序所保護；孫森焱大法官在釋字第 442 號解釋之協同意見書認為，對於裁判提起上訴或抗告，對於確定裁判提起再審之訴或聲請再審，均為憲法規定訴訟權保障之範圍。即使對再審是否為憲法上訴訟權所保障有所保留，但參考兩位大法官之意見，至少可以肯認，判決確定後應有非常救濟機制以除去錯誤確定判決對人民權利之侵害，當屬正當法律程序原則之必然要求。

property derives from criminal conduct. Member States could also determine a requirement for a certain period of time during which the property could be deemed to have originated from criminal conduct.”上開敘述固有述及會員國得規定法院得依案內各項事證，基於蓋然性權衡（the balance of probabilities）判斷財產是否係源於其他不明之刑事違法行為，但要求須證明至 substantially more probable。依韋氏辭典之解釋，substantial 有 considerable in quantity (significantly great) 之意²¹，故歐盟指令係要求證明至有「高度（顯著）可能」²²。由於歐盟指令並非直接適用於成員國之法規範，而係要求會員國把指令內容轉化為內國法，因此與人權保障有關之指令內容通常是最低標準，各成員國在立法時可以就人權保障採取更高之規格。系爭規定一之立法理由第三點雖稱其參考上開歐盟指令及其立法理由第 21 點，但其實真正引用的僅有「蓋然性權衡判斷」，至於證明標準則降低為實際上無異於「較可能」之「實質上較可能」，而非歐盟之高度（顯著）可能。系爭規定一之立法理由所採證明標準，實比其宣稱參考之歐盟最低標準還低。

2. 德國實務所採證明標準係完全之確信或與證明犯罪問題一樣之確信，且非以自由證明之方式進行調查，顯然高於歐盟之要求：

根據系爭規定一之立法理由第二點，系爭規定一之擴大沒收係參考洗錢防制法第 18 條第 2 項及德國刑法之擴大沒收而制定。因此，擴大沒收在德國引起之違憲爭議，自有於我

²¹ 請參見 Merriam-Webster: America's Most Trusted Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/substantially> (最後瀏覽日：113 年 1 月 15 日)。

²² 國內學者有譯為「很大可能性」者。王士帆，2017 年德國犯罪所得沒收新法：擴大沒收與第三人沒收，刑事政策與犯罪研究論文集，2018 年，頁 8；連孟琦，洗錢防制法關於擴大沒收歐盟指令之譯解，法務通訊第 2832 期，2016 年 12 月 30 日，頁 4。

國參考之價值。因應德國刑法 2017 年 7 月 1 日前第 73d 條之擴大沒收所引起之牴觸無罪推定原則疑義，德國聯邦最高法院於其裁定中將被告財產源自其他犯罪之可能性的證明，劃分為一般可能性、高度可能性、極高度可能性、完全確信及百分百確定之五層層昇標準，並認為立法者於該條第 1 項之「有事實足以認為」(die Umstände die Annahme rechtfertigt) 係採極高可能性標準，即須達審酌行為人之情況及經歷，任何客觀第三人均會認為財產源自犯罪之證明程度。惟，此項標準仍不足以排除違憲，必須事實審法院窮盡證據提出與證據評價後，所得「完全之確信」(die uneingeschränkte Überzeugung)，足認財產源自犯罪，始能合憲²³。德國聯邦最高法院之上開合憲性解釋，嗣為德國聯邦憲法法院所支持²⁴。為執行上開歐盟指令，德國於 2017 年 7 月 1 日後修改擴大沒收之規定，新法移至第 73a 條，除將擴大沒收適用之範圍放寬至所有犯罪外，並刪除了「有事實足以認為」之文字。但學說認為仍須法院窮盡證據提出與證據評價後確信系爭標的來自犯罪，始得宣告擴大沒收，在心證上，法院應採取與犯罪證明問題一樣的標準²⁵。無論是完全之確信，或是與犯罪證明問題一樣的證明標準，都是高於或至少不低於歐盟的高度(顯著)可能性標準。而依上開合憲性解釋，事實審法院須窮盡證據提出與證據評價後，始能得到完全之確信或與證明犯罪問題(實體事項)一樣之確信，顯然也不允許以寬鬆的自由證明方式進行調查。

²³ 德國聯邦最高法院裁定 BGHSt 40, 371。中文譯介請參潘怡宏，擴大利得沒收之合憲性解釋—德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 40, 371 譯介，月旦裁判時報第 46 期，2016 年。

²⁴ 參見德國聯邦憲法法院裁定 BVerfGE 110, 1。中文譯介請參連孟琦，擴大利得沒收之合憲裁判—德國聯邦憲法法院裁定 BVerfG 2 BvR 564/95 (BVerfGE 110, 1) 譯介，月旦裁判時報，2016 年，162-183。

²⁵ Petra Wittig 著，惲純良譯，德國財產剝奪之新法，科技法學論叢第 12 期，2018 年 6 月，頁 10；王士帆，註 21 文，頁 7。

3. 多數意見沒說清楚「高度可能性」到底是多高，無法避免發生舉證責任倒置：

- (1) 立法者在洗錢防制法第 18 條第 2 項首次引進擴大沒收，並首次使用「有事實足以證明」之用語。該條規定之立法理由內亦稱係參考「歐盟之沒收指令第 5 條及立法理由第二十一點」，並以「實質上較可能」作為證明標準，可見系爭規定一之「有事實足以證明」及立法理由，均因襲自洗錢防制法第 18 條第 2 項。
- (2) 立法院司法及法制委員會審議洗錢防制法第 18 條第 2 項之草案時，與會立委多數認為草案採取較低之證明標準，有侵害人權之疑慮。當時會議主席詢問「有事實足以證明」與刑訴法上的「有事實足認」之證明度孰高，法務部代表的答覆是立法理由內的蓋然性權衡判斷不是指證明程度，而是指法院經權衡判斷財產實質上較可能源自違法行為，即屬「有事實足以證明」，此項證明標準高於「有事實足認」²⁶。按，司法實務目前對於刑訴法第 101 條第 1 項第 1、2 款之「有事實足認」的普遍見解，係認為相較於同項第 3 款重罪羈押之「相當理由」，前者係指「充分理由」。以量化為喻，「相當理由」須達有超過百分之 50 之逃亡、滅證可能性，「充分理由」則至少須有百分之 80 以上²⁷。參照司法實務的量化比喻，則法務部代表在答詢時就「有事實足以證明」宣稱的心證標準，應較「充分理由」之百分之 80 以上可能性更高，自然不只是書面立法理由之「實質上較可能」而已。簡言之，法

²⁶ 請參見立法院公報第 105 卷第 105 期委員會紀錄，頁 17-18。

²⁷ 最高法院 98 年度台抗字第 668 號、98 年度台抗字第 690 號、98 年度台抗字第 703 號、99 年度台抗字第 218 號、99 年度台抗字第 608 號等刑事裁定參照。以前揭最高法院裁定表示之判斷標準來檢索裁判書系統，高等法院（含分院）有超過 800 則裁判援用此標準。

務部代表在國會口頭宣稱之證明標準，其實遠高於立法理由明文採用之標準。

(3) 多數意見雖於判決主文宣告系爭規定一之「有事實足以證明」應解釋為「高度可能性」，並因誤將歐盟沒收指令立法理由第 21 點之「蓋然性權衡判斷」當作立法者採用之證明標準，而於理由內指出依此標準，法院不得僅以檢察官之主張較被告之說法更為可信，也不得因被告無法說明或無法證明財產之合法來源，即為不利認定，而須綜合一切事證並輔以各種相關因素權衡判斷，藉此形成系爭財產有高度能性源自其他違法行為之心證。惟，法院行使其自由心證之職權時本來就應斟酌案內一切事證，故多數意見其實僅將證明標準提高至不得僅證明被告之合法收入與其財產不成比例為已足，除此之外，就只是更為詳細地重申法院應權衡審酌一切事證而已。究竟須有多高之可能性始達多數意見所要求之「高度可能性」？則仍未能就此清楚窺知，因此其「高度可能性」是否即係歐盟最低標準所要求之「高度（或顯著）可能」？仍屬不明。但從本號判決主文諭知系爭規定一與無罪推定原則無涉可知，多數意見之「高度可能性」並非德國法院實務所採之完全確信或證明犯罪問題（實體事項）一樣之確信。

(4) 本號判決在理由內以「為周全憲法保障人民之財產權」及「證據裁判之精神」，作為導出「高度可能性」之理由。但何以在無涉無罪推定原則之前提下，基於財產權保障及證據裁判原則，擴大沒收之要件的存在應證明至有「高度可能性」，則無從於判決理由內窺知，是否須較刑訴法第 101 條第 1 項第 1、2 款之「有事實足認」更高，判決理由內也沒有答案，因此「高

度可能性」到底須達多高，無從藉由判決理由澄清。雖然判決主文進一步指示不得僅以被告無法說明或證明財物或財產上利益之合法來源，即認定屬於其他違法行為所得，但既然「高度可能性」之標準並不明確，則只要法院形成被告之合法收入與財產不成比例之確信，就無法阻止法院推斷系爭財產有「高度可能性」源自其他違法行為，進而仍會發生舉證責任倒置，換由被告說明並舉證財產之合法來源。故，「高度可能性」標準最多是墊高了「合法收入與財產不成比例」之證明標準，並無避免發生舉證責任倒置之效果。而且雖然判決理由內就何謂綜合權衡所有事證，進一步說明係「綜合一切直接證據、間接證據與情況證據，並輔以各種相關因素綜合權衡判斷」、「且應注意具體考量本案犯行之調查結果、系爭財產被發現與被保全之情況，行為人取得系爭財產之支配與本案犯行在時間或地點之關聯性、行為人之其他個人及經濟關係等具體個案因素」，但仍因沒說清楚究竟要多高才算「高度可能性」，因此這個標準到底能墊高到何種程度，也值得懷疑。

- (二) 判決主文諭知系爭規定一並未違反公平審判原則，但卻同時諭知「應由檢察官就『行為人所得支配之上開條例第 19 條第 1 項、第 2 項規定以外之財物或財產上利益，係取自其他違法行為所得』之事實，負舉證之責」，自相矛盾：

本號判決於主文諭知應由檢察官負舉證證明之責，並於理由內進一步指示檢察官應具體指明聲請之標的及範圍，並提出證據說明其認為該財產源自其他刑事違法行為之理由，可見多數意見對於擴大沒收欠缺程序配套乙節，並非沒有認知。然而，擴大沒收是否應由檢察官負聲請及舉證責任，涉及擴大沒收之程序有無控訴原則適用，應由刑訴法明定。上開主文及理由內之

諭知，實已代立法者制定了擴大沒收之一部份程序規則。多數意見既認為系爭規定一並未違反公平審判原則，則上開諭知不免自相矛盾。

(三) 本號判決之諭知也不足以填補擴大沒收之程序保障缺口：

本號判決雖然諭知擴大沒收應由檢察官負聲請及舉證證明之責，但法院是否得基於擴大沒收之義務沒收性質，不待聲請即依職權發動擴大沒收之疑義，仍無從由本號判決求解，從而擴大沒收是否採取控訴原則之疑義乃至因此衍生之問題，並未解決。至於因擴大沒收欠缺刑訴法配套，所滋如何於擴大沒收之審理保障被告之請求資訊權及請求表達權之問題，以及目前實務就擴大沒收採取自由證明是否符合證據裁判原則之問題，則因多數意見認為將擴大沒收之審理附隨於本案訴訟，程序必然嚴謹而必可保障被告公平受審之權利，自亦未於本號判決解決。雖然本號判決也諭知法院應於訴訟中充分確保被告充分聲請調查證據及辯論之權利，但沒有刑訴法的條文具體賦權，在程序自由進行的情況下，被告要在訴訟的那個階段就擴大沒收進行答辯？其為舉證所提出之證據，要如何進行調查？申言之，既然自由證明已足，則對於不利證人之審判外陳述，被告是否仍有對質詰問權，法院因而應依其聲請傳喚到庭？將繫於個別法官的想法，欠缺能予以切實保障的條文。

三、依系爭規定二將系爭規定一適用於系爭規定一施行前已發生之其他刑事違法行為，是真正溯及既往：

不真正溯及既往，係指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，本即應適用法條構成要件與生活事實合致時有效之新法規。此種情形，係將新法規適用於舊法規施行時期內已發生，且於新法規施行後繼續存在之事實或法律關係，並非新法規之溯及適用，無涉禁止法律溯及既往原則。

若非繼續性法律關係，構成要件事實在新法規施行前即已完全實現，即屬新法規生效前業已終結之事實或法律關係，若有新法規之適用，係真正溯及既往。

本號判決以系爭規定一施行前已發生之其他刑事違法行為取得之財產，係不法財產秩序，且繼續存在至系爭規定一施行後為由，認為依系爭規定二將系爭規定一適用於此種情形，是不真正溯及既往。惟，須存在跨越新、舊法規施行時期之繼續事實或法律關係，始能構成不真正溯及既往，多數意見沒說清楚其所謂不法財產秩序，究指何者。實則，大法官在先前有關不真正溯及既往之解釋，也不曾使用（不法）財產秩序這個用語（釋字第 620 號、第 717 號及第 782 號解釋參照）。系爭規定一施行前已發生之其他刑事違法行為，其相關刑事犯罪之構成要件事實，在系爭規定一施行前已完全實現，而被依系爭規定一沒收之財產，行為人也是在該規定施行前即已取得所有權或其他財產權。依系爭規定一予以沒收，是剝奪人民既得之財產權，是真正的溯及既往。多數意見所謂之不法財產秩序，其實是在新法規施行前已取得之財產權，是既成之權利狀態（以販賣毒品為例，即使買賣行為因為違法而無效，出賣人仍因物權行為無因性而取得價金之所有權。因而為了沒收犯罪所得需要專設條文，以符法律保留原則），並非繼續性事實或法律關係。要是能用「財產秩序」涵蓋既成之財產權狀態，則任何限制或剝奪財產權之法規，都可以不真正溯及適用於其施行前之既得財產權矣。