

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

薛智仁

國立台灣大學法律學院教授

目次

壹、毒品擴大利得沒收之規定內容.....	2
一、擴大利得沒收之目的.....	2
二、毒品擴大利得沒收之規定.....	3
三、毒品擴大利得沒收之心證門檻.....	3
四、毒品擴大利得沒收之特質.....	6
貳、毒品擴大利得沒收之法律性質.....	7
一、憲法的刑罰概念.....	7
二、犯罪所得沒收之法律性質.....	9
(一) 憲法法庭：類似不當得利之衡平措施.....	9
(二) 憲法法庭論點之商榷.....	10
1. 沒收新制整體內容.....	10
2. 沒收新制立法目的.....	11
3. 風險分配法理.....	11
(三) 本文見解：具有刑罰或類似刑罰性質.....	15
三、毒品擴大利得沒收之法律性質.....	17
參、毒品危害防制條例第 19 條第 3 項之憲法審查.....	20
一、罪刑法定原則與法律明確性原則.....	20
二、罪責原則與無罪推定原則.....	21
三、公平審判（證據裁判）原則.....	22
肆、刑法第 2 條第 2 項之憲法審查.....	22
一、犯罪所得沒收之溯及既往.....	22
(一) 憲法法庭：符合信賴保護原則之不真正溯及既往.....	22
(二) 本文見解：違反信賴保護原則之真正溯及既往.....	23
1. 真正與不真正溯及既往之區分.....	24
2. 信賴保護與公共利益之權衡.....	26
3. 小結.....	30
二、毒品擴大利得沒收之溯及既往.....	30
伍、爭點題綱之答覆.....	32

本人受囑託於憲法法庭 111 年度憲民字第 4096 號紀怡慧聲請案擔任鑑定人，謹就毒品危害防制條例第 19 條第 3 項（系爭規定一）與刑法第 2 條第 2 項（系爭規定二）違反罪刑法定原則、無罪推定原則、公平審判（證據裁判）原則或法律明確性原則等之疑義，提出專家諮詢意見書¹。

壹、毒品擴大利得沒收之規定內容

一、擴大利得沒收之目的

擴大利得沒收，係指法院在本案犯罪所得之外，對於行為人**源自其他違法行為的犯罪所得**，於本案一併予以沒收。此一制度之主要目的，是在解決實務上沒收犯罪所得時所遭遇的證明困難。例如，警察在販賣毒品的被告家中扣押 500 萬元現金，可以確定其中 100 萬元為被告本案販賣毒品所得，但是不能確定另外 400 萬元的合法來源，僅能推測可能是被告他案販賣毒品所得。對於本案販毒所得 100 萬元，法院應諭知犯罪所得沒收（刑法第 38 條之 1 第 1 項）；但是對於疑似他案販毒所得 400 萬元，法院不得諭知犯罪所得沒收。第一個理由是，被告他案販毒行為未被檢察官起訴效力所及，法院受限於控訴原則，不得就他案販毒行為進行審理判決；第二個理由是，法院對於所扣押的 400 萬元現金，並無法就其係被告特定販賣毒品行為之所得形成確信。擴大利得沒收，則是突破控訴原則與確信心證門檻的雙重限制，容許法院沒收疑似他案的犯罪所得。

擴大利得沒收，被視為是對抗組織性犯罪的重要武器。在販賣毒品、武器、詐欺等組織性犯罪，犯罪行為人通常出於追求財產利益的動機，並且將犯罪所得再次投資在其他的犯罪上。為了達成此一目的，犯罪行為人通常也積極採取諸多隱藏犯罪所得的洗錢手法，阻止國家剝奪不法利得。如果國家因為追蹤金流、調查犯罪所得的困難，不能有效剝奪此種組織性犯罪的不法利得，將難以消滅犯罪行為人的再犯誘因，遑論枯竭犯罪組織賴以維生的資本，只能放任有組織性犯罪對社會治安、金融、經濟、政治秩序等不利影響。因此，立法承認擴大利得沒收，克服沒收犯罪所得的證明困難，可能實現有效打擊組織犯罪的重大公益。

基於上述刑事政策的考量，我國學說建議參考德國立法例引進擴大利得沒收。不過，立法院在 2015 年增訂刑法沒收專章時並未採納擴大利得沒收²，而是陸續在特別刑法裡增訂僅適用於特定罪名的擴大利得沒收，分別是 2016 年 12 月 28 日洗錢擴大利得沒收（洗錢防制法第 18 條第 2 項）、2019 年 12 月 17 日毒品擴大沒收（毒品危害防制條例第 19 條第 3 項）、2023 年 1 月 10 日兒少性剝削擴大利得沒收（兒童及少年性剝削防制條例第 45 條之 1）。由此可知，擴大利得沒收規

¹ 本意見書有關憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決之分析內容出處：薛智仁，犯罪所得沒收溯及既往之合憲性—憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決，台灣法律人，30 期，2023 年 12 月（即將刊登）。

² 詳見吳耀宗，刑法第三八條之一第二項立法理由與德國擴大沒收，載於：林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，125-161 頁。

定有逐漸增加的趨勢。

二、毒品擴大利得沒收之規定

毒品擴大利得沒收，係規定於毒品危害防制條例第 19 條第 3 項：「犯第四條至第九條、第十二條、第十三條或第十四條第一項、第二項之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前二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。」立法理由說明擴大利得沒收的定義、理由和心證門檻：

1. 擴大利得沒收的定義：「所謂擴大沒收，指就查獲被告本案違法行為時，亦發現被告有其他來源不明而可能來自其他不明違法行為之不法所得，雖無法確定來自特定之違法行為，仍可沒收之。因此，為杜絕毒品犯罪，如查獲製造、運輸、販賣等毒品犯罪行為時，又查獲其他來源不明之不法財產時，爰參考洗錢防制法第十八條第二項規定、二〇一七年七月一日施行之德國刑事財產剝奪改革法案針對刑法第七十三 a 條第四項及刑事訴訟法第四百三十七條引入擴大沒收之立法意旨，增訂第三項規定。」
2. 擴大利得沒收的理由：「因毒品犯罪常具有暴利，且多具有集團性及常習性，考量司法實務上，對於查獲時無法證明與本次犯罪有關，但可能與其他違法行為有關聯且無合理來源之財產證明，如不能沒收，將使毒品防制成效難盡其功，且縱耗盡司法資源仍未能調查得悉可能來源，而無法沒收，產生犯罪誘因，而難以杜絕毒品犯罪行為。為彰顯我國對於毒品防制之重視，而有引進擴大沒收之必要。」
3. 擴大利得沒收的心證門檻：「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，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。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。」

從立法理由可知，立法者增訂毒品擴大利得沒收，係考量毒品犯罪追求暴利、具有集團性與常習性，以及難以調查不明財產是否來自違法行為，容許法院沒收有高度蓋然性取自其他違法行為的不明財產。

三、毒品擴大利得沒收之心證門檻

擴大利得沒收的最大爭議是，法院對於財產利益取自其他違法行為應該達到何種心證程度，才能夠論知擴大利得沒收。擴大利得沒收之規範目的在於解決犯罪所

得的證明困難，故不能比照犯罪所得沒收，要求法院對於犯罪行為人實施特定的違法行為，以及財產利益係取自該特定違法行為形成完全的確信。問題是，法院心證門檻可以調降到何種程度？心證門檻調得越低，越有機會將所有疑似犯罪所得一網打盡，同時越可能沒收人民的合法財產；心證門檻調得越高，越不能將疑似犯罪所得一網打盡，同時越可能避免沒收人民的合法財產。立法者應平衡有效刑事追訴利益與人民的財產權保障，明確決定擴大利得沒收心證門檻。

然而，在 2016 年引進洗錢擴大利得沒收（洗錢防制法第 18 條第 2 項）時，心證門檻的規定就不甚清楚。在立法過程中，當時有效施行的德國刑法第 73 d 條擴大利得沒收（Erweiterter Verfall）是主要參考的立法例，這個德國刑法規定的解讀方式，意外成為爭議焦點。依據此一規定的法條文義，法院在**有事實足以認為**（die Umstände die Annahme rechtfertigt...）財產利益是取自其他違法行為時，得諭知擴大沒收。相對於犯罪所得沒收，擴大利得沒收規定有雙重的證明簡化：第一是**放棄來源行為的特定性**，法院無庸確定財產利益是取自特定的違法行為，只要確定是取自於某個不明的違法行為；第二是**證明度降低**，法院無庸確信財產利益是取自某個違法行為，只要財產利益有高度蓋然性取自某個違法行為即可。德國聯邦最高法院後來基於財產權保障，對於此一規定進行合憲性解釋：「事實審法官基於窮盡的證據調查與評價，對於被告由違法行為獲得所欲沒收的財產客體獲致**完全的確信**（uneingeschränkte Überzeugung），但是無庸對違法行為本身加以個別確認。」³此一合憲性解釋，也受到德國聯邦憲法法院所認可⁴。然而，法務部認為上述「確信」不同於有罪判決的「確信」，故堅持在法條中納入「有事實足認」的文字，最終立法院協商通過洗錢防制法第 18 條第 2 項：「以集團性或常習性方式犯第十四條或第十五條之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前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。」此一規定以「有事實足以證明」描述法院的心證門檻，字面上要求法院對於財產取自違法行為形成確信，立法理由卻是特別援引 2014/42/EU 歐盟指令，指示法院應「依個案權衡判斷（balance of probabilities；Wahrscheinlichkeitsabwägung），系爭財產實質上較可能源於其他違法行為」，將心證門檻降低至「蓋然性」的程度。法條文字和立法理由的心證門檻不一致，呈現各說各話的狀態。

2019 年增訂毒品擴大利得沒收（毒品危害防制條例第 19 條第 3 項），關於心證門檻的高低，在法條文字和立法理由之間依然存在齟齬：法條文字沿用「有事實足以證明」，看似法院應對於財產取自其他違法行為形成確信，立法理由卻是重申 2014/42/EU 歐盟指令的蓋然性標準，財產取自其他違法行為的可能性較高即

³ BGHSt 40, 371；判決中譯，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，載於：林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，439-458 頁。

⁴ BVerfGE 110, 1；判決中譯：連孟琦，擴大利得沒收之合憲裁判——德國聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 2 BvR 564/95（BVerfGE 110, 1）譯介，載於：林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，459-496 頁。

可。系爭規定與 2016 年增訂洗錢防制法第 18 條第 2 項不同之處是，立法理由援引 2017 年「德國刑事財產剝奪改革法案針對刑法第七十三 a 條第四項及刑事訴訟法第四百三十七條引入擴大沒收之立法意旨」。然而，此一立法理由明顯再次錯誤援引德國立法例。首先，德國擴大利得沒收規定於德國刑法第 73 a 條第 1 項（Erweiterte Einziehung），而不是根本不存在的刑法第 73 a 條第 4 項。若是立法理由之真意是援引德國刑法第 73 a 條第 1 項，此一規定係採納德國聯邦最高法院對於前述刑法第 76 d 條之合憲性解釋，法院對於財產利益取自其他違法行為形成確信，始能論知擴大利得沒收。其次，若是立法理由之真意是援引德國刑法第 76 a 條第 4 項及德國刑事訴訟法第 437 條，上述條文並非擴大利得沒收之規定，而是單獨擴大利得沒收（selbständige erweiterte Einziehung）之規定⁵。依據德國刑事訴訟法第 437 條，法院在作成單獨擴大沒收裁判時，其對於財產取自其他違法行為之確信，尤其得以財產價值與被沒收人合法收入顯不相當為依據。除此之外，法院於裁判時尤其也可以考量：1. 原因犯罪的偵查結果；2. 財產被發現與扣押的情狀；3. 被沒收人其他個人與經濟狀況。德國聯邦最高法院認為，此一規定並沒有提供法院證明簡化的功能，法院仍然應該依據自由心證原則，基於整體評價**就財產的違法來源形成確信**⁶。由此可知，立法理由所援引之德國沒收新法相關規定，其心證門檻皆是法院就財產取自其他違法行為形成確信，與 2014/42/EU 歐盟指令之蓋然性標準不同。自相矛盾的立法理由說明，無助於釐清「有事實足以證明」所指稱的心證門檻。

不過，上述不同心證門檻之間的真正差距有多大，並非無疑。即便採取確信的心證門檻，擴大利得沒收的確信形成方式，仍然無法與犯罪所得沒收相提併論。在犯罪所得沒收，法院必須證明財產係取自「具體」違法行為，若無法積極確認財產與具體違法行為的關連性，就不得宣告沒收。在擴大利得沒收，法院係就「特定財產取自不明的違法行為」形成積極確信⁷，不必確認該違法行為的細節，此種確信僅是**消極排除「合法財產來源」的假設**所得出的結果。法院在一開始所知道的是，行為人所支配的財產不是取自被起訴的違法行為，而且與已知的個人與經濟狀況不符，因而假設這些財產可能取自其他違法行為。從這個假設出發，法院必須審查行為人可能存在哪些未知的財產來源，在確定沒有任何未知的合法財產來源時，才能夠形成財產是取自其他違法行為的確信。法院在判斷財產是否取自其他違法行為時，除了考量犯罪行為人的「正式」收入來源之外，還要注意犯罪行為人可能有其他屬於灰色地帶的「非正式」收入，例如打零工、從事未經登記的營業、賣淫、或對他人進行未達犯罪程度的詐騙恫嚇而獲利等；只有在可靠地

⁵ 德國刑法第 76 a 第 4 項：「源自違法行為之客體，因涉嫌第三句所列犯罪而於刑事程序被保全者，如保全之受干預人未能因犯罪被追訴或判決有罪，亦應獨立宣告沒收。沒收客體之所有權或其他權利，於沒收裁判確定時移轉為國家所有；第七五條第三項準用之。第一句所稱犯罪如下...。」

⁶ BGH NJW 2020, 164; Schmidt/Scheuß, in: KK-StPO, 9. Aufl., 2023, § 437 Rn. 3; El-Ghazi/Marstaller/Zimmermann NZWiSt 2021, 297.

⁷ 德國學者批評此種確信本質上是「內在的矛盾」（innere Widersprüchlichkeit），參考 Saliger, in: NK-StGB, 6. Aufl., 2023, § 73 a Rn. 10.

排除所有「正式」與「非正式」收入來源時，才算對於財產的違法來源形成確信。然而，實際上法院難以窮盡調查犯罪行為人有無「非正式」收入，傾向只看「正式」收入來源，就從正式收入與所支配財產之間的落差，基於「這種人的財富大概只會是來自不可告人之處」的日常生活偏見，推論出這個差額就是來自其他違法行為，自認為對財產違法來源形成「確信」。因此，即使對擴大沒收之心證門檻採取嚴格的确信標準，在實際操作上可能與蓋然性標準沒有多少差別。

四、毒品擴大利得沒收之特質

至此可以確定，毒品擴大利得沒收的客體是，違犯特定毒品犯罪的行為人所支配的財產，並且法院確信或認為有高度蓋然性係取自其他違法行為。相較於犯罪所得沒收，毒品擴大利得沒收有下述特質，在憲法審查上具有重要性：

1. **控訴原則的例外**：擴大利得沒收的財產不是取自檢察官起訴的毒品犯罪，而是取自未被起訴的某個不明違法行為。對被告而言，擴大利得沒收的財產來自於與本案起訴之犯罪無關的違法行為，係突破控訴原則的限制⁸，因為訴訟標的變得毫無界限而難以防禦。除此之外，被告為了避免自己遭到擴大利得沒收，可能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⁹。

2. **心證門檻下降**：擴大利得沒收的財產無法被歸屬於特定的違法行為，而是只能確定或有高度蓋然性是取自某個不明的違法行為。相對於犯罪所得沒收，擴大利得沒收的客體更有可能是被告的合法財產，提高對被告財產權的干預程度。

3. **來源行為不明**：擴大利得沒收的財產是取自某個不明的違法行為，法院無法確定此一違法行為是殺人、竊盜、詐欺、內線交易或其他罪名，重大影響了擴大利得沒收的範圍。第一、法院無法確定財產是取自何種違法行為，無從適用支配實務的相對總額原則，判斷多大範圍的財產「沾染不法」，在「交易本身不為法所禁止，僅其取得之方式違法」時扣除所謂中性成本¹⁰。因此，擴大利得沒收的犯罪所得，**僅能適用絕對總額原則**，包含與不明違法行為有因果關係的全部財產利益；第二、法院無法確定財產是取自何種違法行為，即使該違法行為有具體被害人，擴大利得沒收的犯罪所得**不可能實際發還被害人**¹¹或由被害人在執行程序聲請發還（刑事訴訟法第 473 條）。擴大利得沒收的適用範圍越大，潛在被害人權利受到國家沒收權力排擠的可能性就越高。由此可知，擴大利得沒收的沒收範

⁸ Julius ZStW 109 (1997), 58 (100); Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, Rn. 23; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 76 I 6c.

⁹ WeBlau StV 1991, 226 (232).

¹⁰ 相關判決：最高法院 110 年度台上字第 1637 號刑事判決、最高法院 110 年度台上字第 3045 號刑事判決、最高法院 111 年度台上字第 1779 號刑事判決、最高法院 111 年度台上字第 4003 號刑事判決、最高法院 112 年度台上字第 1885 號刑事判決、最高法院 112 年度台上字第 2166 號刑事判決。另可參考林鈺雄，沒收新論，2 版，2023 年，141-143 頁。

¹¹ 亦可參考林鈺雄，沒收新論，2 版，2023 年，397 頁。

圍，係適用絕對總額原則且不能扣除實際發還被害人的額度，比犯罪所得沒收的沒收範圍更大。

貳、毒品擴大利得沒收之法律性質

本案的憲法審查標的為毒品危害防制條例第 19 條第 3 項（系爭規定一）與刑法第 2 條第 2 項（系爭規定二），二者的憲法審查標準為何，取決於毒品擴大利得沒收的法律性質。如果毒品擴大利得沒收具有刑罰或類似刑罰的性質，則應適用專屬國家刑罰的憲法審查標準，特別是適用罪刑法定原則、罪責原則與無罪推定原則；如果毒品擴大利得沒收不具刑罰或類似刑罰的性質，僅屬於一般干預人民財產權的國家高權措施，則應適用一般國家公權力的憲法審查標準。因此，毒品擴大利得沒收有無刑罰或類似刑罰的性質，是需要先行解決的問題。

一、憲法的刑罰概念

毒品擴大利得沒收在憲法上有無刑罰或類似刑罰的性質，取決於憲法意義的刑罰概念。我國憲法並未提及刑罰概念，也沒有規定專屬國家刑罰的憲法原則，國家適用刑罰的憲法要求是由釋憲實務逐漸累積發展而來。對於憲法罪刑法定原則的刑罰概念，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決表示：

1. 憲法罪刑法定原則所稱之刑罰，簡言之，係指國家為對從事刑事違法且有責行為之人民予以非難，所施加符合罪責相當之嚴厲處遇，例如剝奪人身自由或財產。是國家對於人民之任何不利益處遇，是否具刑罰之性質，須視是否與上開所描述刑罰之概念要素相符而定（段碼 43）。
2. 判斷立法者制定之措施是否屬刑罰或類似刑罰，不應僅因該措施係規範於刑法典中而定，亦不應僅著眼於該措施使人民遭受財產或經濟上不利益，而須綜觀該措施之性質、目的及效果，是否等同或類似刑罰（司法院釋字第 751 號及第 808 號解釋參照），不受立法者對該措施所下定義之拘束，亦不拘泥其條文是否使用刑罰相關用語（段碼 44）。

憲法法庭強調一個措施是否屬於刑罰或類似刑罰，必須綜合考察其性質、目的及效果是否等同或類似刑罰，不受立法位置、用語或立法者定義所拘束，這是正確的出發點。如果完全依據立法者的意思決定一個措施是否屬於刑罰或類似刑罰，等於是給予立法者決定是否遵守憲法罪刑法定原則的權力，只要立法者刻意將一個措施定性為非刑罰，就能不受憲法罪刑法定原則的拘束。因此，為了讓憲法罪刑法定原則發揮拘束立法者的作用，憲法法庭應該自主解釋刑罰概念，不受立法者的意思所束縛。關鍵是，憲法法庭如何自主定義「刑罰」？

依照憲法法庭的定義，憲法罪刑法定原則的「刑罰」係指「對從事刑事違法且有

責行為之人民予以非難，所施加符合罪責相當之嚴厲處遇，例如剝奪人身自由或財產」。在這個定義中，刑罰是對於人民施加嚴厲處遇的措施，例如剝奪人身自由或財產。刑罰必須具有「施加惡害」的性質，惡化個人的權利地位，這是公認的刑罰要素。不過，施加惡害並不是刑罰的專利，保安處分和刑事程序的基本權干預都有施加惡害的性質，而且施加惡害的嚴厲性有時不亞於刑罰。因此，判斷一個措施是否屬於刑罰，關鍵在於所施加之惡害是否符合「對從事刑事違法且有責行為之人民予以非難」，並且程度「符合罪責相當」的要素。

本文認為，這個定義確實捕捉到刑罰在刑事制裁體系中的獨特性。刑法的任務是保護法益，所有刑事制裁的共通目標是發揮預防犯罪的效果，彼此的差別在於發揮預防效果的方式。例如，保安處分是透過對於犯罪行為人的隔離或矯治，降低行為人的危險性，達成阻止其再犯的效果；沒收犯罪所得是透過使犯罪行為人的不法利得歸零，減少其再犯的經濟誘因，同時避免社會大眾產生犯罪可以獲利的印象。因此，保安處分的種類和時間是取決於犯罪行為人的危險性，沒收犯罪所得的額度取決於犯罪行為人的不法獲利，皆與其犯罪的不法與罪責程度無直接關係。相對地，刑罰是透過施加惡害的方式彰顯犯罪的非價內涵，消除犯罪行為人與其他人將來實施系爭犯罪的動機。因此，刑罰所施加的惡害主要是發揮心理作用。雖然自由刑的執行也會同時發揮物理性的特別預防作用，但這並不是所有刑罰手段的共通特徵，而是自由刑的附帶效果而已。由於刑罰的功能是彰顯犯罪的非價內涵，故刑罰的程度必須表達出犯罪所實現的非價內涵，刑罰所施加的惡害程度必須相當於犯罪的非價程度。因此，在憲法法庭的刑罰定義中，施加惡害是對於人民過去所違犯之犯罪的非難，而且程度應與罪責相當，符合刑罰在刑事制裁體系中的獨特性。

不過，按照憲法法庭的刑罰定義，國家施加惡害必須是為了非難「從事刑事違法且有責之人民」且程度「符合罪責相當」，始屬於刑罰，已經將罪責原則融入刑罰的定義裡。大法官在歷年的解釋中承認罪責原則的憲法位階，司法院釋字第775號解釋表示：「刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應」，因此將罪責原則的內涵融入刑罰概念之內，似乎相當合理。然而，仔細觀察可知，我們是因為國家施加惡害的目的在彰顯過去某個行為的非價內涵，於是將該施加惡害的措施定性為刑罰，然後在憲法上要求刑罰的發動與程度應該遵守罪責原則。因此，一個國家施加惡害的措施是不是刑罰是一回事，刑罰是否符合罪責原則的要求是另一回事。如果像憲法法庭這樣子，將罪責原則理解為刑罰概念的組成要素，國家施加惡害的措施不符合罪責原則者皆不構成刑罰，反而會得出一個荒謬的結論：假設法律規定對於違犯輕微竊盜罪的行為人處死，目的是為了彰顯行為為侵害財產的非價內涵，由於處死所施加的惡害與輕微竊盜的非價程度不相當，這個措施不符合憲法法庭所設定的刑罰概念，故既不適用罪責原則，也不適用罪刑法定原則，充其量只能被視為其他干預基本權的國家高權行為，適用較低保障規格的憲法原則。這裡顯示，憲法法庭所定義的

刑罰概念，可能導致一個違反罪責原則要求的違憲刑罰，反而自始被排除在刑罰概念之外，因而無庸受罪責原則所拘束。如果不想得出掏空罪責原則的結論，就必須清楚區分「刑罰是什麼」和「刑罰是否符合罪責原則」不同層次的問題。

因此，在憲法法庭的刑罰概念中，刑罰定義應該僅限於「對從事刑事違法...行為之人民予以非難，所施加...之嚴厲處遇」，此處的非難係指彰顯違法行為的非價內涵；至於「...有責...符合罪責相當...」不是刑罰的定義本身，而是罪責原則對於刑罰的應然要求。刑罰是否僅限於回應「刑事違法行為」所施加的惡害，與本案無關，暫且不論¹²。

二、犯罪所得沒收之法律性質

接著的問題是，犯罪所得沒收是否為憲法意義上的刑罰或類似刑罰。雖然在 2015 年沒收新法，立法理由表示增訂沒收專章係將沒收「去刑罰化」，犯罪所得沒收的性質為類似不當得利的衡平措施，已經不具刑罰或類似刑罰的性質。但是，立法理由明示犯罪所得的沒收範圍採取總額原則，不得扣除犯罪行為人為實施犯罪所投入的成本，沒收犯罪所得導致被沒收人的財產狀態惡化，部分文獻主張犯罪所得沒收在犯罪成本的範圍內具有類似刑罰的性質。對於此一憲法爭議，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決已經表示，犯罪所得沒收不是憲法意義上的刑罰或類似刑罰。以下摘要憲法法庭的理由，再提出本文見解。

（一）憲法法庭：類似不當得利之衡平措施

1. 由沒收新制整體內容觀之，犯罪所得沒收不具刑罰性質（段碼 45）
2. 沒收新制之立法目的，係回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前之固有財產（段碼 56）

立法者增訂刑法第 5 章之 1 規定時，除著眼於澈底消除犯罪誘因外，更強調其立法宗旨為回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前犯罪行為人或非善意第三人之固有財產，從而不具刑罰本質。是立法者修正沒收規定，並非出於刑罰之目的，與刑罰乃懲罰犯罪行為人，矯治其犯罪行為並遏阻其再犯之嚴厲處遇，顯有不同。（段碼 58）

¹² 憲法法庭將刑罰概念限定於回應「刑事違法行為」的刑事刑罰，國家非難人民違法行為的其他法律效果，例如行政罰、公務員懲戒等，將不受憲法罪刑法定原則所拘束。然而，考量立法者在選擇對於人民違法行為的制裁手段上，享有相當廣泛的形成自由，這些制裁手段彼此沒有本質上的差異，憲法法庭將刑罰概念限縮理解為刑事刑罰，給予立法者過大的規避空間。相對地，德國聯邦憲法法院向來認為，德國基本法第 103 條第 2 項之罪刑法定原則，適用於國家所有回應違法且有責行為並給予非難的手段，不以刑事刑罰為限（Vgl. nur Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl., 2022, Art. 103 Rn. 64 ff.）。此種廣義理解刑罰概念的方式，減少立法者規避罪刑法定原則的機會，值得憲法法庭參考。

3. 犯罪所得範圍之計算縱採相對總額制，亦難認沒收犯罪所得具刑罰或類似刑罰之性質（段碼 59）

立法者制定沒收新制，曾參考民法第 179 條以下關於不當得利，剝奪不法所得利益之意旨。而依民法第 182 條規定，... 不當得利之受領人，依其於受領時，是否知無法律上原因，而就其應返還不當利益之範圍，承受不同之風險。沒收新制規範，立法者除參考民法不當得利制度，以沒收為手段而調整被干擾之財產秩序外，在沒收範圍上，亦進而採納民法第 182 條之風險分配概念。（段碼 63）

立法者衡酌刑事法領域之特性，將風險分配之法理運用於因違法行為所生之犯罪所得沒收上，使具惡性之犯罪行為人或非善意之第三人，承擔沾染不法之犯罪成本應被沒收之風險。更何況，任何交易均存有風險。對於合法交易，法律尚且不保障當事人得取回其成本，對於違法交易，當國家沒收該交易所生之犯罪所得時，更不容行為人主張應扣除所謂之犯罪成本。既為回復原狀之性質，行為人或第三人並未處於較不法行為前更不利之地位，是尚難僅因實務對犯罪所得之計算方式採相對總額原則，即逕認沒收具刑罰或類似刑罰之性質（段碼 64）。

（二）憲法法庭論點之商榷

本文認為，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決否定犯罪所得沒收之刑罰或類似刑罰性質，在理由和結論上皆有商榷餘地。詳細分析如下：

1. 沒收新制整體內容

憲法法庭的第一個論點「由沒收新制整體內容觀之，犯罪所得之沒收不具刑罰性質」，並不是一個有效論證。犯罪所得沒收的實體、程序與執行方式與刑罰有所不同，固然屬實，但是總額原則是否影響犯罪所得沒收的法律性質，決定了沒收犯罪所得整體內容的意義。如果我們認為，總額原則不會改變犯罪所得沒收的類似不當得利性質，則無罪責沒收、第三人沒收、沒收額度等規定，都是貫徹回復財產合法秩序的合憲規定。相對地，如果我們認為，總額原則使得犯罪所得沒收在沒收犯罪成本的範圍裡具有類似刑罰性質，則無罪責沒收、第三人沒收與沒收額度等規定，都會成為違反罪責原則的違憲規定¹³。由此可知，從犯罪所得沒收規定的整體內容，並不能可靠地推論出犯罪所得沒收有無刑罰性質。憲法法庭不

¹³ 同此，蔡明誠大法官，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決，5 頁：「至於本件判決謂沒收犯罪所得之規定不考量有責性，而僅審查犯罪行為人及非善意之第三人取得財產之合法性，非但不足作為非刑罰之論據，反而顯現沒收犯罪所得之規定忽視受剝奪財產之人其可責性（Schuld）有無之判斷，有未盡程序保障之嫌。」其他檢討，呂太郎大法官，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決不同意見書，6-13 頁。

去審查犯罪所得沒收本身是否符合其所定義的刑罰概念，卻從犯罪所得沒收的整體內容推論出犯罪所得沒收不具有刑罰性質，其實是一個**循環論證**，暗中將所要回答的問題當成推論的前提¹⁴。

2. 沒收新制立法目的

憲法法庭的第二個論點「沒收新制之立法目的，係回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前之固有財產」，並且引用立法理由「在第 5 章之 1 以專章規範，確認沒收已不具刑罰本質。」據此否定犯罪所得沒收的刑罰性質，同樣也是一個無效論證。沒收犯罪所得之目的固然是回復合法財產秩序，而不是剝奪不法行為前的固有財產，但是適用總額原則決定犯罪所得的沒收範圍時，犯罪所得沒收就會在追求回復財產秩序之目的時，實際上產生剝奪不法行為前的固有財產的效果，使其有無刑罰性質成為爭議。因此，憲法法庭重申犯罪所得沒收的目的是回復合法財產秩序，如果不是昧於事實地否認總額原則有減少固有財產的效果，就是刻意迴避此一效果是否改變犯罪所得沒收之法律性質的爭議。至於憲法法庭引用立法理由所述「確認沒收已不具刑罰本質」¹⁵，作為犯罪所得沒收不具刑罰性質的根據，則是根本棄守其自主解釋刑罰概念的立場。憲法法庭在闡述罪刑法定原則的刑罰概念時，先是宣示國家措施是否為刑罰之判斷，「不受立法者對該措施所下定義之拘束，亦不拘泥其條文是否使用刑罰相關用語」，在檢驗犯罪所得沒收是否具有刑罰性質時，卻是對於立法理由的沒收定性照單全收，不去質疑立法者對犯罪所得沒收的性質說明是否正確，沒有真正運用其所提出的刑罰概念檢驗犯罪所得沒收的法律性質。

3. 風險分配法理

憲法法庭的第三個論點「犯罪所得範圍之計算縱採相對總額制，亦難認沒收犯罪所得具刑罰或類似刑罰之性質」，可能是唯一與總額原則直球對決的論證。憲法法庭認為，立法者在沒收範圍上採納了民法第 182 條之風險分配概念，「...使具惡性之犯罪行為人或非善意之第三人，承擔沾染不法之犯罪成本應被沒收之風險。更何況，任何交易均存有風險。對於合法交易，法律尚且不保障當事人得取回其成本，對於違法交易，當國家沒收該交易所生之犯罪所得時，更不容行為人主張應扣除所謂之犯罪成本。既為回復原狀之性質，行為人或第三人並未處於較不法行為前更不利之地位，是尚難僅因實務對犯罪所得之計算方式採相對總額原則，即逕認沒收具刑罰或類似刑罰之性質。」

¹⁴ 參考 Hoyer, GA 1993, 413 f.; Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, Vor §§ 73 ff. Rn. 17.

¹⁵ 事實上，這句話本身的正確性就值得懷疑。新法增訂沒收的獨立章節，其實不是因為全部的沒收型態都喪失刑罰性質，而是因為各種沒收型態的法律性質並不統一，獨立章節才方便立法者合併規定不同性質的沒收型態。關於應區分沒收型態決定其法律性質，參考林書楷，刑法總則，6 版，2022 年，591 頁；薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，台大法學論叢，47 卷 3 期，2018 年 9 月，1059-1068 頁。

在這個論證中，首先應該釐清的是，總額原則是否導致被沒收人的財產狀態更加惡化，因而有施加惡害的性質？憲法法庭對於相對總額原則之犯罪所得沒收，先是認為使當事人「承擔沾染不法之犯罪成本應被沒收之風險」，後又認為僅是「回復原狀之性質，行為人或第三人並未處於較不法行為前更不利之地位」，對於其有無施加惡害的效果似乎有所遲疑。然而，其實不論是相對總額原則或絕對總額原則，二者都是主張在沒收範圍上不扣除犯罪成本，差別僅在於「直接利得」的認定標準不同。由於總額原則不扣除犯罪成本，沒收不但剝奪犯罪行為人或第三人所增加的不法獲利，而且會使其失去投入犯罪的固有財產，其導致經濟上損失的後果無庸置疑。尤其我們可以看到，我國實務在適用相對總額原則時，傾向於將大多數的犯罪都視為「交易本身為法所禁止」的類型，據此將流向行為人或第三人的財產利益都評價為已經沾染不法，相對總額原則之沒收犯罪所得經常對於被沒收人帶來巨額的財產損失。以實務常見的食品詐欺為例，廠商以低價原料混充高價原料而製造販賣食品，此一行為不構成販賣摻偽假冒食品罪，但仍然構成詐欺取財罪，而實務認為詐欺取財罪屬於「交易本身為法所禁止」的類型，因而將廠商販賣標示不實產品的銷售總額皆列為沾染不法的犯罪所得，其投入生產銷售的全部成本皆不得扣除。這種作法輕易導致，只要生產者在產品銷售過程中有些許環節違法，其全部銷售所得都會被渲染成「沾染不法」，導致實際剝奪合法財產的效果¹⁶。因此，憲法法庭將相對總額原則之犯罪所得沒收認定為僅具回復原狀的效果，未使被沒收人處於較不法行為前更不利之地位，只能說是一個昧於現實的粉飾之詞。

如果總額原則之犯罪所得沒收導致被沒收人的財產地位惡化，在剝奪犯罪成本的範圍之內具有施加惡害的效果，沒收犯罪所得有無類似刑罰性質，則是取決於其目的是否在非難行為人所實施之刑事違法行為，亦即彰顯行為人刑事違法行為的非價內涵。憲法法庭認為，沒收犯罪成本之目的是使被沒收人「承擔沾染不法之犯罪成本應被沒收之風險」，而不是對於犯罪行為人之非難。對於被沒收人必須承擔喪失犯罪成本的風險，憲法法庭訴諸兩個理由：第一、「立法者除參考民法不當得利制度，以沒收為手段而調整被干擾之財產秩序外，在沒收範圍上，亦進而採納民法第 182 條之風險分配概念。」第二、「對於合法交易，法律尚且不保障當事人得取回其成本，對於違法交易，當國家沒收該交易所生之犯罪所得時，更不容行為人主張應扣除所謂之犯罪成本」。這兩個理由，能不能支持總額原則純粹是使被沒收人承擔喪失犯罪成本的風險，值得檢討。

憲法法庭的第一個理由，係援引民法不當得利規定的風險分配，作為正當化國家沒收犯罪成本的理論依據，應該是忽略了二者的適用脈絡根本不同¹⁷。民法不當

¹⁶ 相關批評，薛智仁，直接利得之認定標準——評「沾染不法說」，當代法律，24 期，2023 年 12 月（預定刊登）。

¹⁷ 同此，蔡明誠大法官，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決不同意見書，6 頁：「本件判決一方面引用民法上不當得利財產與風險分配之觀念說明沒收之性質，他方面卻忽略不談沒收是國家

得利規定是在回復私人之間的合法財產秩序，其規範目的是在分配私人之間的財產風險。以民法第 182 條為例，此一規定科予善意與惡意受領人的責任不同，立法者應是考量在受領人無法律上原因取得利益時，如果所受利益不復存在或受損害人額外受有損失，在善意受領人與受損害人之間，應由受損害人承擔此一風險；在惡意受領人與受損害人之間，則應由惡意受領人承擔此一風險。然而，**當國家沒收犯罪所得卻不扣除犯罪成本時，並不是單純在調節私人之間的財產分配，而是授予自己剝奪人民財產權的權限，這已經超出民法不當得利規定所能解釋的範疇。**民法不當得利規定無法回答，國家既然不是無法律上原因之財產變動的受損害人，為何可以基於回復合法財產秩序的名義，使惡意受領人承擔超出返還實際所受利益範圍之外的財產損失。換言之，國家透過總額原則使被沒收人承擔財產狀態比犯罪行為之前更加惡化的風險，不能只是將其比照惡意的不當得利受領人，而是必須進一步解釋國家對於被沒收人施加財產惡害的權限從何而來。

刑法學說援引不法原因之給付（民法第 180 條第 4 款）支持總額原則¹⁸，即可看出民法不當得利規定的論證力道不足。多數民法學說認為，不法原因之給付不得請求返還是基於「拒絕提供權利保護」的法理：自外於法律的人不能回頭請求法律保護其權利，只能承擔不當得利之受領人保有不法原因給付的風險¹⁹。例如，甲向公務員交付 100 萬元行賄，公務員因而違法核發建照，使甲獲利 300 萬元。甲與公務員之約定違背強制規定而無效，公務員係無法律上原因取得 100 萬元。然而，甲不得對公務員行使不當得利返還請求權，因為他是行賄公務員而選擇自外於法律之人，其給付賄款為不法原因之給付，不得請求國家保護此一返還賄款的權利，必須承擔公務員不返還賄款的風險。相對地，犯罪所得沒收適用總額原則，並不是使得犯罪行為人單純不得請求國家協助取回犯罪成本，而是進一步授權給國家剝奪犯罪行為人所投入的犯罪成本。在前述案例中，甲因為行賄公務員獲得 200 萬元的不法淨利，犯罪所得沒收適用總額原則，國家得沒收甲取得 300 萬元之不法獲利，額外剝奪甲所付出的犯罪成本 100 萬元²⁰。由此可知，不法原

高權干預而非私法財產分配，終導致所謂『合法財產秩序』之意義不明，民事法律規範及理論對於論述沒收正當性之貢獻仍陷於混沌。」Vgl. Saliger, ZStW 129 (2017), 995 (1007).

¹⁸ 林鈺雄，利得沒收之法律性質與審查體系—兼論立法之展望，月旦法學雜誌，238 期，2015 年 2 月，74 頁；吳天雲，沒收犯罪所得的法律性質與具體適用—以是否扣除成本為例，法學新論，37 期，2012 年 8 月，129-130 頁；陳信安，由憲法觀點論刑法新修之不法利得沒收規定，載於：林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，74-77 頁。

¹⁹ 學說整理，參考陳自強，不法原因給付，月旦法學雜誌，311 期，2021 年 4 月，138-140 頁；王澤鑑，不當得利，增補版，2023 年，181 頁。

²⁰ 值得注意的是，憲法法庭援引民法不當得利規定之風險分配觀念當成總額原則之犯罪所得沒收的理論根據，明顯是受到德國聯邦憲法法院所影響。但是，德國聯邦憲法法院針對總額原則的正當性，其實是訴諸不法原因之給付不得請求返還（德國民法第 817 條第 2 句）之規定，而不是惡意受領人的返還範圍與損害賠償責任（德國民法第 818 條第 4 項結合第 819 條）。憲法法庭未訴諸不法原因給付規定（民法第 180 條第 4 項），原因令人費解。從不當得利的規定內容來看，惡意受領人之返還義務規定，係對應於犯罪所得沒收範圍及於間接利得（孳息與替代品）的規定（刑法第 38 條之 1 第 4 項），不法原因之給付規定才是直接對應於沒收範圍不扣除犯罪成本。憲法法庭在論證上捨近求遠，並不能增加其論證的力道。假設憲法法庭不援引不法原因給付規定，

因給付法理，只能說明甲不得請求國家協助向公務員取回 100 萬元，但是不能說明國家為什麼可以剝奪 100 萬元²¹。

憲法法庭的第二個理由，係從法律不保障合法交易之當事人取回成本，推論法律更不可能保障違法交易當事人取回成本，重申犯罪行為人承擔失去犯罪成本風險的正當性。從法律如何規制私人之間的財產關係來看，此一觀點是正確的。基於私法自治原則，在不牴觸強制規定與公序良俗的前提底下，法律完全尊重私人自行安排的交易，私人必須承擔其合法交易的全部後果。法律僅在合法交易出現障礙的時候，提供雙方當事人回復原狀或損害賠償的管道。因此，假如甲以 100 萬元向乙購買一棟中古屋，甲交付 100 萬元之後，乙卻拒絕交屋，甲得向法院請求強制乙交屋，或者解約向法院請求乙返還 100 萬元。但是，法律僅保障甲享有上述權利，如果乙無法交屋或沒有資力，法律也無可奈何。相對地，在私人從事違法交易的時候，法律不僅在違法重大時否定法律關係的效力，而且使違法交易當事人承擔額外的交易風險，例如前述不法原因給付之規定。因此，當甲是以 100 萬元收買公務員乙違法變更地目時，甲交付 100 萬元之後，乙卻收錢不辦事，甲既不得向法院請求強制乙履行約定，也不得向法院請求乙返還 100 萬元。由此可知，在私人的財產分配關係上，國家給予違法交易之當事人較少的權利保障，違法交易之當事人承擔比合法交易之當事人更大的財產損失風險。

然而，國家在私人財產分配的關係上，使違法交易之當事人承擔比合法交易之當事人更大的風險，與國家沒收犯罪所得時是否應該扣除犯罪成本的問題，在論證上並無關聯性。國家沒收犯罪所得並不是在規制私人之間的財產關係，而是基於預防犯罪之公益目標，剝奪人民財產權的干預措施。國家在決定沒收是否扣除犯罪成本時，並不是考量違法交易之當事人應該承擔比合法交易之當事人更大的風險，而是考量這是否為達成預防犯罪目的之適當、必要與衡平的手段。就達成犯罪預防之目標來說，國家已經為了顯示其行為非價內涵而對於犯罪行為人施加刑罰，國家另外沒收犯罪行為人或第三人的犯罪所得，主要是擔心如果犯罪行為人或第三人能夠保有犯罪所得，不但會導致對於犯罪行為人所施加的刑罰效果打折（坐牢只是賺錢所付出的代價），而且會動搖社會大眾對於維護行為規範效力的信賴。為了維護對於犯罪行為人施加刑罰的預防效力，至少應該使犯罪行為人或第三人因為犯罪行為所增加之財產歸零，沒收其不法淨利。但是，如果國家在沒收不法淨利之外，想要進一步剝奪犯罪成本而施加財產惡害，則必須考量其

是注意到其理論基礎是「拒絕權利保護」，自外於法律的人不能再回頭請求法律保護其權利，並無法正當化國家沒收犯罪成本的干預權限，則憲法法庭或許已經意識到，民法不當得利規定無法直接援用在沒收犯罪所得的規定上。然而，如此又將難以解釋，憲法法庭在不採納不法原因給付法理之後，卻仍然援引民法不當得利之風險分配觀念正當化犯罪所得的沒收範圍。

²¹ 德國文獻，Eser/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, Vor §§ 73 ff. Rn. 16; Saliger, ZStW 129 (2017), 995 (1006); Dannecker, NStZ 2006, 683 (684); Theile, JA 2020, 1 (2 f.); Gebauer, ZRP 2016, 101 (102)。中文文獻，薛智仁，販賣毒品罪之犯罪所得沒收範圍—最高法院 100 年度台上字第 842 號判決，台灣法學雜誌，224 期，2013 年 5 月，66 頁；薛智仁，評洗錢罪之沒收規定，收於吳俊毅主編，犯罪、資恐與洗錢—如何有效追訴犯罪？，2017 年，330 頁。

希望藉此如何達成犯罪預防的目標，而且不得逾越憲法的界限。由此可知，在國家實現預防犯罪之公共利益上，法律已經使違法交易之當事人相對於合法交易的當事人，額外承擔刑罰與不法淨利歸零的風險，所謂違法交易之當事人應該承擔比合法交易之當事人更大的風險，其實並沒有辦法回答，為何國家必須進一步透過沒收犯罪成本施加財產惡害。

總結而言，憲法法庭訴諸民法不當得利規定和違法交易當事人承擔風險，**至多是重申法律對於私人財產關係的風險分配，卻無法說明國家有權剝奪犯罪行為人的犯罪成本**。民法第 182 條規定加重惡意受領人的責任，使其承擔所受利益喪失及損害賠償的風險時，我們還可以說出是為了保護不當得利的受損害人。但是當我們問及總額原則讓犯罪行為人「血本無歸」的理由時，憲法法庭告訴我們這是犯罪行為人應承擔的風險，究其實際，憲法法庭只是換一種方式重申總額原則的主張，而不是提出總額原則的理由。這就如同國家處罰一個竊賊的時候，當竊賊追問為何是繳納罰金 1 萬元而不是 8 千元時，國家告訴竊賊這就是你應該承擔的風險，卻沒有真正說出國家命竊賊繳交罰金 1 萬元的理由。我們再次看到，憲法法庭又做出一個循環論證²²。

（三）本文見解：具有刑罰或類似刑罰性質

回到原本的問題：犯罪所得沒收透過總額原則造成被沒收人的財產惡害，目的是以何種方式發揮犯罪預防的效果？這是決定犯罪所得沒收之法律性質的關鍵。我們已經指出，憲法法庭提出追求回復合法財產秩序、犯罪行為人應承擔失去犯罪成本的風險等理由，都無法說明犯罪所得沒收僅是類似不當得利之衡平措施。我們也可以確定的是，立法者採取總額原則不是為了排除犯罪成本的危險性，因為犯罪行為人已經支出犯罪成本，如果不是喪失對於犯罪成本的處分權，不可能將其再次投資於其他犯罪行為（例如行賄的款項），就是犯罪成本已經轉換成提供犯罪或預備犯罪的工具（例如運送毒品的汽車），成為犯罪工具沒收的客體。因此，總額原則所造成的財產惡害，並不是為了排除犯罪成本的危險性，犯罪所得沒收不具保安處分的性質²³。在排除上述兩種可能性之後，總額原則所追求的可能目的，只剩下彰顯違法行為的非價內涵。

本文認為，這是最能合理解釋沒收犯罪所得卻不扣除犯罪成本的理由。總額原則不讓犯罪行為人「白忙一場」，而是讓他「血本無歸」，主要是擔心如果只讓他的

²² 對於憲法法庭論證之精闢評論，蔡明誠大法官，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決不同意見書，3 頁：「本件判決未以相關法治國原則檢視立法者自行於刑法定義之『合法財產秩序』，逕將此併同司法實務見解補充何人於何情況下不得保有犯罪所得之『相對總額原則』視為先驗價值，照單全收，甚至以司法實務見解所採取之相對總額原則反推沒收之結果符合合法財產秩序，實陷入『任何人不得保有犯罪所得→犯罪所得不是既有財產（合法財產秩序）→沒收剝奪犯罪所得→剝奪犯罪所得非剝奪既有財產→沒收犯罪所得符合合法財產秩序』之封閉論證。」

²³ 另可參考薛智仁，評洗錢罪之沒收規定，收於吳俊毅主編，犯罪、資恐與洗錢—如何有效追訴犯罪？，2017 年，330 頁。

不法獲利歸零，等於是讓社會大眾與犯罪行為人誤認，其以合法財產投入在違法行為上是絕對不會虧本的投資，這無法彰顯禁止系爭違法行為的意旨。因此沒收犯罪所得卻不扣除犯罪成本，是為了更具體地宣示違法行為所抵觸之行為規範的效力，剝奪被濫用在違法行為上的合法財產。總額原則對於犯罪行為人所造成的財產惡害，正是在彰顯過去所實施之刑事違法行為的非價內涵，藉此達成一般預防的效果，使沒收犯罪所得在此範圍內具有刑罰的性質²⁴。這個結論不因為所沒收的犯罪成本數額，與刑事違法行為的非價內涵不相當而有所改變。在總額原則底下，刑罰所施加的惡害是否彰顯刑事違法行為的非價內涵，必須合併剝奪犯罪成本的犯罪所得沒收與死刑、無期徒刑、有期徒刑與罰金等主刑觀察之，二者共同施加的刑罰惡害與系爭刑事違法行為之非價內涵相當即可²⁵。法院只要確保個案中宣告之主刑與沒收犯罪所得（在剝奪犯罪成本的範圍內），二者所施加的刑罰惡害與系爭刑事違法行為之罪責程度相當，即可實現罪責原則之要求，不以所剝奪的犯罪成本單獨即與系爭犯行之罪責相當為必要。

我們承認犯罪所得沒收在犯罪成本的範圍內具有刑罰性質，並不會與沒收新法的框架相衝突。首先，立法者制定沒收專章的意義，不是立法理由所宣稱之沒收已經被「去刑罰化」，而是因為沒收的法律性質應依其型態個別認定，無法一概地被歸類為刑罰或保安處分，故保有將沒收犯罪所得定性為刑罰或類似刑罰手段的空間²⁶。其次，從新法承認無罪責沒收與第三人沒收等規定，也無法推論出犯罪所得沒收絕對不具類似刑罰性質。因為，立法者透過宣示適用總額原則，事實上已經使犯罪所得沒收具有類似刑罰性質，其許可無罪責沒收與第三人沒收，反而是違反「無罪責即無刑罰、刑罰應與罪責相當」之憲法罪責原則的立法。依據犯罪所得沒收在犯罪成本的範圍內具有刑罰性質之立場，對於上述規定必須進行合憲性限縮解釋。具體而言，對於實施刑事違法且有責之行為人，得宣告適用總額原則之犯罪所得沒收；對於無罪責之行為人與第三人，僅得宣告適用淨額原則之犯罪所得沒收²⁷。

至此可以確認，沒收犯罪所得雖然被規定在刑法典的獨立章節裡，形式上不屬於刑罰與保安處分，立法理由甚至宣示其為類似不當得利之衡平措施。然而，立法

²⁴ Vgl. auch Saliger, in: NK-StGB, 6. Aufl., 2023, Vor §§ 73 ff. Rn. 24; Heuchemer, in: BeckOK-StGB, 58. Edition, Stand: 01.08.2023, § 73 Rn. 1。不同於此，部分文獻認為總額原則是為強化一般預防的效果，但是沒收犯罪所得並不因此成為刑罰，參考王玉全，犯罪成本之沒收—以德國法的總額原則為借鏡，載於：林鈺雄主編，沒收新制（一）刑法的百年變革，2016年7月，163頁；陳重言，沒收新制之時的效力—裁判時新法適用原則與施行法統合效果，載於：林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，初版，2016年9月，29-30頁。

²⁵ 薛智仁，犯罪所得沒收制度之新典範？評析食安法第四十九條之一之修正，台大法學論叢，44卷特刊，2015年11月，1353-1354頁。

²⁶ 薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015年沒收實體法之立法疑義，台大法學論叢，47卷3期，2018年9月，1061-1069頁。

²⁷ 此一合憲性限縮解釋，已見薛智仁，評洗錢罪之沒收規定，收於吳俊毅主編，犯罪、資恐與洗錢—如何有效追訴犯罪？，2017年，334頁。

者適用總額原則決定沒收範圍，導致其於沒收犯罪成本的範圍內具有施加惡害的效果，此一施加惡害之目的，正是在彰顯過去所違犯之刑事違法行為的非價內涵，因而實質上具有類似刑罰的性質。因此，在適用總額原則的前提下，沒收犯罪所得符合憲法罪刑法定原則之刑罰概念。

三、毒品擴大利得沒收之法律性質

對於犯罪所得沒收是否屬於憲法上的刑罰或類似刑罰，憲法法庭與本文的立場不同，已如前所述。這個基本立場的不同，可能連帶影響對於毒品擴大利得沒收的定性。

依據本文的立場，沒收犯罪所得的整體規範內容與追求回復合法財產秩序，都不是推論其有無刑罰性質的決定性因素。真正的關鍵是，犯罪所得沒收適用總額原則造成財產惡害，其目的在彰顯過去所違犯的刑事違法行為的非價內涵，在此範圍內具有（類似）刑罰的性質。基於相同道理，從毒品擴大利得沒收以財產取自「其他違法行為」為適用要件，以及其追求回復合法財產秩序之目標，都不能立刻推論其有沒有類似刑罰性質。真正的關鍵在於，毒品擴大利得沒收適用絕對總額原則造成財產惡害，同樣是在透過沒收犯罪成本，剝奪被濫用於其他違法行為的合法財產，以彰顯其他違法行為的非價內涵，具有類似刑罰的性質。不容否認的是，不同於犯罪所得沒收，擴大利得沒收並不以證明其他違法行為是什麼犯罪為要件，又無從確定所沒收的財產有多少是投入其他違法行為的犯罪成本，在其他違法行為的非價內涵不明，擴大利得沒收所施加的財產惡害多寡也不明的狀況下，難以確認財產惡害與違法行為非價內涵之間的對應關係。不過，這不代表擴大利得沒收和犯罪所得沒收的實質內涵有所不同，而是擴大利得沒收的心證門檻降低所導致的結果，這不但不能否定擴大利得沒收的類似刑罰性質，反而是意味著擴大利得沒收不符合國家施加刑罰之實體與程序要求²⁸。

然而，憲法法庭認為，犯罪所得沒收即使適用總額原則造成財產惡害，基於犯罪所得沒收的整體規範內容、追求回復合法財產秩序及犯罪行為人承擔喪失犯罪成本的風險等考量，仍然僅是類似不當得利的衡平措施。若是此一立場不變，關鍵問題將在於，就憲法法庭所考量的三個因素而言，毒品擴大利得沒收與犯罪所得沒收的差異，是否會導致毒品擴大利得沒收的性質不同於犯罪所得沒收？

就第一個因素（整體規範內容）而言，毒品擴大利得沒收的財產係取自「其他違法行為」，不以其係取自「其他違法且有責之行為」為要件，沒收額度取決於取自違法行為的財產利益，無關違法行為的非難程度，故可認為其整體規範內容與刑罰不同。

就第二個因素（規範目的）而言，毒品擴大利得沒收是為了克服毒品犯罪行為人

²⁸ 下述「參、二」之說明。

掩飾犯罪所得所生之證明困難，使心證門檻低於犯罪所得沒收。即使心證門檻降低，擴大沒收的財產僅是有高度蓋然性取自其他違法行為，並不改變其主要目的是剝奪違反刑法秩序所取得的財產利益，回復合法財產秩序。就此，亦可認為其規範目的與刑罰不同。

就第三個因素（風險分配法理）而言，毒品擴大利得沒收既不能適用相對總額原則，亦無法將其他違法行為的犯罪所得發還被害人，是否仍可被視為運用民法不當得利的風險分配法理？憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決否定犯罪所得沒收的類似刑罰性質，理由是犯罪行為人或非善意第三人「承擔沾染不法之犯罪成本應被沒收之風險」，僅為「回復原狀之性質，行為人或第三人並未處於較不法行為前更不利之地位」。憲法法庭所表達的意思似乎是，犯罪所得沒收僅剝奪「沾染不法」的利得與成本，沒有剝奪被沒收人的合法財產，故純屬回復原狀的不當得利措施。

若是如此，本文認為毒品擴大利得沒收的**下述三個特質，使其距離不當得利措施的性質更加遙遠**：第一、擴大沒收的財產並非確定取自特定違法行為，而是「確信或高度蓋然性取自不明的違法行為」，心證門檻降低的結果，使得被認定為犯罪所得的財產有更高可能性是合法財產；第二、擴大沒收的財產係取自不明的違法行為，法院自始無從辨別哪些財產是沾染不法，沒收範圍必然包含原本可以扣除的中性成本，而不是僅限於沾染不法的犯罪成本；第三、擴大沒收的財產係取自不明的違法行為，其中可能包括取自有具體被害人的違法行為，卻無法發還給被害人，不可能發揮保障被害人取回受損利益的功能。由此觀之，雖然毒品擴大利得沒收的功能是補充犯罪所得沒收，追求回復合法財產秩序的目標，但是比起犯罪所得沒收，更有可能實際上剝奪犯罪行為人的合法固有財產，憲法法庭援引民法不當得利法理詮釋犯罪所得沒收性質，不當然能被適用在毒品擴大利得沒收上。

如果正視毒品擴大利得沒收與犯罪所得沒收的上述差異，憲法法庭應如何定性毒品擴大利得沒收？憲法法庭或許可以認為，毒品擴大利得沒收因為來源違法行為不明，提升犯罪行為人合法固有財產被剝奪的可能性，是降低心證門檻的當然後果，此一後果仍然可被評價為犯罪行為人應承擔的風險，不會改變其類似不當得利之衡平措施的性質。不過，這樣的論證有無說服力？本文持保留態度。第一個理由是，在民法不當得利中，惡意受領人所承擔的風險，僅限於無法律上原因所受領的利益、孳息或替代品，以及賠償受損害人所生之損害（民法第 181 條、第 182 條第 2 項）。當犯罪行為人僅被證明違反某個毒品犯罪時，民法不當得利的風險分配法理可以說明，其應被沒收此一毒品犯罪的犯罪所得與衍生的孳息及替代品，但是**無法進一步說明，犯罪行為人必須承擔與此一毒品犯罪無關的其他財產被沒收的風險**。第二個理由是，在民事訴訟上，主張不當得利返還請求權存在的當事人，對於不當得利請求權之成立要件應負舉證責任，即應證明他方無法

律上原因受利益，致其受有損害²⁹。在毒品擴大利得沒收，國家卻只排除犯罪行為人從已知的合法管道取得財產，**並未舉證犯罪行為人有導致不法財產移轉的特定違法行為**，犯罪行為人承受合法固有財產被沒收的風險，似乎超出民法不當得利的舉證責任分配的範圍。因此，不論從民法不當得利的實體要件或舉證責任分配來看，犯罪行為人承擔喪失有高度蓋然性取自其他違法行為、實則為合法固有財產的風險，已經超出不當得利之風險分配法理所能說明的範疇。

整體而言，在憲法法庭否定犯罪所得沒收之類似刑罰性質的三大因素中，毒品擴大利得沒收尚符合整體規範內容和回復合法財產秩序兩大因素，但是不符合不當得利風險分配法理的因素。憲法法庭所面臨的難題是，毒品擴大利得沒收的法律規範是為了追求回復合法財產秩序，實際執行效果卻會剝奪毒品犯罪行為人合法固有財產，是否可能重新定性毒品擴大利得沒收？本文認為，大法官在審查強制治療與強制工作保安處分合憲性時所承認的**明顯區隔原則**（Abstandsgebot），可能是一個適合的切入點。司法院釋字第 799 號解釋指出：「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...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。」反面推論可知，雖然強制治療之規範目的是降低性犯罪者的再犯危險，不同於犯罪之處罰，但是實際執行不能保持與刑罰的明顯區隔者，在憲法上仍應考量強制治療的實際執行類似刑罰，將強制治療定性為刑罰或類似刑罰，適用罪刑法定原則與一事不二罰原則。明顯區隔原則所彰顯的普遍意義是，憲法法庭在界定一個刑事制裁措施是否為刑罰或類似刑罰時，**系爭措施之目的雖然不是對於犯罪行為施加處罰，仍然可以單純考量其實際執行效果而將之定性為刑罰或類似刑罰**³⁰。依此，即使毒品擴大利得沒收是在追求回復合法財產秩序，當實際執行不能保持和罰金刑的明顯區隔時，就有被定性為類似刑罰的可能性。就此而言，考量毒品擴大利得沒收是連結犯罪行為、由法院在刑事程序中諭知、實際剝奪犯罪行為人的合法固有財產、沒收之財產不可能實際發還被害人等實際執行狀況，**已經與剝奪犯罪行為人合法財產的罰金刑失去明顯區隔**，在憲法上應該被定性為類似刑罰的手段。

綜上所述，依據本文的立場，毒品擴大利得沒收應為類似刑罰。憲法法庭雖然將犯罪所得沒收定性為類似不當得利之衡平措施，但毒品擴大利得沒收使犯罪行為人承擔合法固有財產被沒收的風險，難以訴諸民法不當得利法理，憲法法庭應該基於其實際執行已經和罰金刑失去明顯區隔，將其定性為對其他不明違法行為的類似刑罰手段。

²⁹ 最高法院 99 年度台上字第 2019 號民事判決。

³⁰ 類似觀點，Saliger, ZStW 129 (2017), 995 (1007)認為，犯罪所得沒收在剝奪不法獲利之外，干預被沒收人的財產越大者，越應該被認定是帶有處罰性質的措施。

參、毒品危害防制條例第 19 條第 3 項之憲法審查

毒品危害防制條例第 19 條第 3 項（系爭規定一）規定：「犯第四條至第九條、第十二條、第十三條或第十四條第一項、第二項之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前二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。」以下依序審查系爭規定的合憲性³¹：

一、罪刑法定原則與法律明確性原則

首先，系爭規定一是否適用罪刑法定原則，取決於毒品擴大利得沒收是否為憲法意義上的刑罰。依據本文立場，毒品擴大利得沒收因為適用絕對總額原則，所施加之財產惡害目的在彰顯其他違法行為的非價內涵，故符合憲法的刑罰概念，應受罪刑法定原則之拘束。

系爭規定一適用罪刑法定原則，其所規定之擴大利得沒收要件「有事實足以證明...係取自其他違法行為者...」，可能被認為不符合刑罰明確性原則。依據憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，刑罰明確性原則係指「法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性」，此一原則不排斥立法者「適當運用不確定法律概念而建構刑罰構成要件，然其客觀可罰性範圍，須具有得以法律解釋方法予以解釋、限定之可能性，...從而使刑事法院於審查、判斷個案事實是否該當系爭不確定法律概念所繫之構成要件時，客觀上有一定共同遵循之適用指標，俾於解釋適用相關刑罰規定時，得以之為據而盡可能排除刑事法律可罰性範圍之不明確疑義...」。相較於過去的大法官解釋，此一刑罰明確性原則將審查重點放在，刑罰規定本身是否提供法院以法律解釋方法劃定適用範圍的可能性。前面提過，系爭規定之規範目的在降低犯罪所得沒收的心證門檻，法條文字與立法理由對於「有事實足以證明」的心證門檻卻有不同解讀，在確信標準與高度蓋然性標準之間游移不定。儘管如此，法院是透過消極排除犯罪行為人的財產合法來源的可能性，形成財產取自「某個不明違法行為」的心證，二種標準的實際運作結果恐怕沒有明顯的差別。在此一條件下，系爭規定之心證門檻存在兩種解讀空間，尚不致於使其適用範圍變得難以限定，故無違反刑罰明確性原則可言。

附帶一提的是，即使認為毒品擴大利得沒收不具類似刑罰性質，僅適用法治國原則所衍生之法律明確性原則，基於上述相同考量，系爭規定一還是能滿足大法官

³¹ 在擴大利得沒收僅屬於類似不當得利衡平措施的立場下，系爭規定是否違反憲法第 15 條之財產權保障，亦是擴大利得沒收的重大憲法爭議，但憲法法庭並未將此一爭議列為爭點題綱，故本文不納入討論。針對洗錢擴大利得沒收違反財產權保障的相關論證，詳見薛智仁，評洗錢罪之沒收規定，收於吳俊毅主編，犯罪、資恐與洗錢—如何有效追訴犯罪？，2017 年，336-341 頁。除此之外，爭點題綱雖未包含系爭規定是否違反罪責原則的問題，但是此一問題與系爭規定是否違反無罪推定原則的關係密切，故本文一併討論。

所提出之「可預見、可理解與可司法審查」之法律明確性要件³²。因此，系爭規定一也沒有牴觸法律明確性原則的疑義。

二、罪責原則與無罪推定原則

其次，由於毒品擴大利得沒收具有類似刑罰性質，系爭規定一規定「有事實足以證明...係取自其他違法行為者...」，法院得諭知擴大利得沒收，可能違反罪責原則。依據司法院釋字第 775 號解釋，「刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應...。亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。」（解釋理由書段碼 12）依據系爭規定，財產利益被證明或有高度蓋然性是取自「其他違法行為」者，法院不用確定其他違法行為的細節，即可宣告毒品擴大利得沒收。依據法條文義，被沒收的財產不以取自其他違法且有責行為為必要，取自其他違法且無責行為的財產亦可被擴大沒收，這等於是對無罪責之人施加類似刑罰，違反「無罪責即無刑罰」之罪責原則。

除此之外，系爭規定一並沒有基於罪責原則進行合憲性限縮解釋的空間。系爭規定存在兩個合憲性限縮解釋的可能途徑：第一個可能途徑是，考量擴大利得沒收適用絕對總額原則而具有類似刑罰性質，將系爭規定限縮適用在其他違法行為有罪責的情形；第二個可能途徑是，考量系爭規定擴大沒收取自其他違法且無責行為的財產，故對於擴大利得沒收之範圍適用淨額原則。然而，這兩個合憲性限縮解釋的途徑都走不通，因為在擴大利得沒收，法院無庸調查作為沒收財產來源的其他違法行為細節，在來源違法行為完全不明的狀態之下，法院無法調查來源違法行為有無罪責，也無法調查來源違法行為的犯罪成本並予以扣除。據此，系爭規定一違反罪責原則，沒有以合憲性限縮解釋避免違憲宣告的空間。

由於毒品擴大利得沒收具有類似刑罰性質，依據系爭規定一「有事實足以證明...係取自其他違法行為者...」，法院得諭知擴大利得沒收，亦可能違反無罪推定原則。依據司法院釋字第 665 號解釋，「無罪推定原則不僅禁止對未經判決有罪確定之被告執行刑罰，亦禁止僅憑犯罪嫌疑就施予被告類似刑罰之措施...。」（解釋理由書段碼 10）依據系爭規定，法院是在確信或有高度蓋然性財產取自其他違法行為時諭知擴大沒收，但是並未調查並確信其他違法行為具體存在。按照德國學說與實務，擴大利得沒收是犯罪所得沒收的補充規定，僅在法院窮盡所有可得之證據方法，仍然無法確信財產是取自其他特定違法行為，因而無法適用犯罪所得沒收規定時，始有適用擴大利得沒收的餘地。若是法院發現財產不是取自被起訴的犯罪行為，而是取自未被起訴的可得具體化的犯罪行為，基於犯罪所得沒收優先擴大利得沒收的地位，應由檢察官另行起訴該犯罪行為，在他案程序中適用犯罪所得沒收³³。由此可知，法院是在連其他違法行為都無法具體化的狀態下，諭知擴大利得沒收疑似犯罪所得的財產，**被告的其他違法行為尚未有罪判決確**

³² 僅參照司法院釋字第 432 號解釋。

³³ Vgl. Saliger, in: NK-StGB, 6. Aufl., 2023, § 73 a Rn. 6.

定之前，僅因犯罪嫌疑就被施加類似刑罰之措施。質言之，系爭規定一違反無罪推定原則。

三、公平審判（證據裁判）原則

最後，由於毒品擴大利得沒收具有類似刑罰性質，國家發動刑罰之程序應符合證據裁判原則的要求。大法官在司法院釋字第 582 號解釋：「證據裁判原則以嚴格證明法則為核心，亦即認定犯罪事實所憑之證據，須具證據能力，且經合法調查，否則不得作為判斷之依據。」（解釋理由書段碼 3），以及司法院釋字第 789 號解釋：「...刑事訴訟法所建構之刑事審判制度，應採取證據裁判原則與嚴格證明法則，法院就具證據能力之證據，經合法調查程序，形成足以顯示被告犯罪之確信心證，始能判決被告罪刑。」（解釋理由書段碼 2），承認證據裁判原則為正當法律程序的保障內涵。依據系爭規定，擴大利得沒收的實體要件係財產取自其他違法行為，法院仍有適用嚴格證明程序的義務，只是調降法院對於犯罪所得的心證程度。雖然犯罪所得沒收的適用要件，並不直接涉及認定被告有無犯罪事實，立法者考量某些特別的證明困難而降低心證門檻的要求，並非當然違反證據裁判原則，例如犯罪所得與追徵價額的多寡（刑法第 38 條之 2 第 1 項）。但是，系爭規定容許法院擴大沒收取自其他違法行為的犯罪所得本身，就已經**假定毒品犯罪行為人有其他不明的違法行為**，卻未要求法院以嚴格證明程序調查並確信具體的違法行為存在，等於是在未經嚴格證明、未達有罪確信之下，間接認定被告未被起訴的行為有罪。就此而言，系爭規定亦違反證據裁判原則。

肆、刑法第 2 條第 2 項之憲法審查

刑法第 2 條第 2 項（系爭規定二）規定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」本案之憲法審查標的，限於系爭規定涉及毒品擴大利得沒收溯及既往的部分。

一、 犯罪所得沒收之溯及既往

在進行系爭規定的憲法審查之前，我們有必要回顧與檢討憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決。此一判決從犯罪所得沒收不具（類似）刑罰性質出發，認為系爭規定不適用憲法罪刑法定原則，又屬於符合信賴保護原則之不真正溯及既往，宣告合憲。本文認為，此一見解的理由和結論，均有商榷餘地。

（一）憲法法庭：符合信賴保護原則之不真正溯及既往

1. 系爭規定為不真正溯及既往之法規範

如前所述，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。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 第 1 項、第 2 項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，而無違法律不溯及既往原則（段碼 69）。

2. 系爭規定符合憲法信賴保護原則

查刑法中所定各該犯罪行為之構成要件，係立法者認其行為具反社會性，應以刑罰此一強烈之手段予以制裁。行為該當構成要件且具不法性者，自始即為法秩序所不許，依此取得之犯罪所得亦隨之沾染不法，該不法之特性並不因行為時有無沒收犯罪所得之規定，而有差異。換言之，沒收因違法行為所獲得而持續帶有污點之犯罪所得，其背後所彰顯之普世價值，係宣示自始即不保護不正權利之取得及保有。是，新法雖影響犯罪行為人及非善意之第三人依舊法所建立之生活秩序，然因犯罪所得係透過破壞原有法秩序之違法行為而取得，該財產自始存有沾染不法之重大瑕疵，犯罪行為人及非善意第三人信賴其得依舊法永久保有犯罪所得，自不值得保護（段碼 71）。

況且，在沒收新制施行前，人民得繼續取得犯罪所得，係肇因於 104 年 12 月 30 日修正公布前舊刑法沒收規範不足。...。是立法者鑑於上開法規範之不足，為彰顯法秩序之公平性及不可侵犯性、強化人民對於法之信賴及確保社會依合法秩序穩定運作等重大公益，修訂沒收新制，要無不可，更遑論犯罪行為人及非善意第三人對其得依舊法時期持續保有犯罪所得之信賴，本即不值得保護（段碼 72）。

（二）本文見解：違反信賴保護原則之真正溯及既往

不同於本文見解，憲法法庭否定犯罪所得沒收之刑罰性質，強調沒收犯罪所得之規範功能是回復合法財產秩序、規範內容參考民法不當得利制度，法律性質是類似不當得利之衡平措施。因此，沒收犯罪所得溯及既往的憲法審查標準，並不是罪刑法定原則之絕對不利溯及既往禁止，而是由法治國原則所推導之法律不溯及既往原則。依據通說，法律溯及既往之合憲性，應區分真正溯及既往與不真正溯及既往，前者係指法律效果回溯適用於新法生效前已經終結之構成要件事實，後者係指新法適用於尚未終結之構成要件事實，法律效果僅向未來發生。法律不溯及既往原則保障人民對於既存法秩序之信賴，真正溯及既往原則上被禁止，僅在人民的信賴不值得保護或有壓倒信賴保護的重大公共利益時，始例外被許可；相對地，不真正溯及既往原則上被許可，僅在人民對於既存法秩序之信賴優越於修法所追求之公共利益時被禁止。因此，刑法第 2 條第 2 項是屬於何種法律溯及既往的類型，以及人民的信賴保護與立法者所追求之公共利益孰輕孰重，係決定其合憲性的關鍵問題。

1. 真正與不真正溯及既往之區分

系爭規定屬於何種溯及既往的類型，憲法法庭內部頗有爭議。憲法法庭的多數意見認為，系爭規定屬於不真正溯及既往，理由是「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，...自犯罪所得產生之時起，不法財產秩序已然形成，且仍繼續存在至該犯罪所得被剝奪時為止。...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，而無違法律不溯及既往原則。」不過，多位持協同與不同意見的大法官認為，系爭規定應屬於真正之溯及既往，理由是犯罪所得的構成要件事實，係指刑事違法行為與因為違法行為而有所得，新法係適用於此一已經完結的構成要件事實³⁴。雙方陣營的分歧明顯來自於，多數意見認為沒收犯罪所得的構成要件事實是「不法財產秩序」，少數意見則認為是「刑事違法行為」本身³⁵。

我們並不否認，犯罪行為人或第三人因為犯罪行為而獲得財產利益，在其財產利益被剝奪之前，違反刑法的財產狀態會持續存在，不因為犯罪行為結束的時間經過多久而改變。即使引起違法財產狀態的犯罪行為追訴時效完成，也只是導致國家不得追訴該犯罪行為，不會影響法律對於該犯罪行為的不法評價，違法財產狀態在追訴時效完成後仍然存續不變。因此，系爭規定將沒收犯罪所得的新法回溯適用於舊法時期實施的犯罪行為，具有朝向未來排除持續存在的違法財產狀態的作用，並無疑義。不過，這表示系爭規定所容許的法律溯及既往，就是使新法適用於尚在存續中的違法財產狀態，屬於不真正的溯及既往嗎？

這個問題，或許必須訴諸法律不溯及既往原則的精神。法律不溯及既往原則的目的在於，保護人民對於既存法秩序的可靠性與可預測性，以及在此一基礎上所獲得權利的信賴。尤其人民必須能夠信賴，與已經終結之構成要件所連結的法律效果會繼續存在。如果國家公權力可以在人民實施犯罪行為結束之後，對於犯罪行為增加比起行為時更不利的法律效果，人民的自由就會嚴重受到危害³⁶。法律不溯及既往原則保護人民對於既存法秩序或特定法律狀態的信賴，因此在判斷系爭法律是真正或不真正溯及既往時，**其所適用的構成要件事實是否已經終結，應該取決於構成要件所連結的法律效果是否已經終局確定**。在真正的溯及既往，因為是在構成要件所連結的法律效果已經終局確定之後，新法才回溯改變已經終局確定的法律效果，故人民對於既存法秩序之信賴利益，原則上優先於立法者制

³⁴ 參考楊惠欽大法官，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決協同意見書，4-7 頁；蔡明誠大法官，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決不同意見書，11-12 頁；呂太郎大法官，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決協同意見書，16-18 頁。

³⁵ 相同爭議亦出現在學說上，參考陳信安，由憲法觀點論刑法新修之犯罪所得沒收規定，收於林鈺雄主編，沒收新制（二）：經濟刑法的新紀元，2016 年，77 頁（不真正溯及既往）；薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，台大法學論叢，47 卷 3 期，2018 年 9 月，1106 頁（真正溯及既往）。

³⁶ Vgl. Saliger, ZIS 2020, 210 (211 f.).

定新法追求的公共利益。在不真正的溯及既往，因為構成要件所連結的法律效果尚未終局確定，新法僅朝向未來調整尚未終局確定的法律效果，立法者制定新法所追求的公共利益，反而通常優先於人民信賴該法律效果不被變動的利益。

據此，系爭規定是真正或不真正之溯及既往，其所適用之構成要件事實是否已經終結，**取決於舊法時期的犯罪行為所連結的沒收犯罪所得法律效果是否已經終局確定，而不是取決於犯罪行為所導致的違法財產狀態是否存續**。因為，違法財產狀態的存續只是一個舊法時期的犯罪行為所引發的狀態，卻不是該犯罪行為的法律效果本身。舊法時期的犯罪行為是否導致沒收犯罪所得的法律效果，乃是取決於該行為是否符合行為時的刑法沒收規定，而不是只看犯罪行為所引發的違法財產狀態是否存續。如前所述，舊法時期的沒收犯罪所得屬於「從刑」，除有法律特別規定者外，無罪責沒收、第三人沒收與單獨沒收皆不被許可，無罪責的刑事違法行為人、第三人或事實上或法律上無法被追訴之犯罪行為人，依據舊法規定皆不得被宣告沒收犯罪所得，此一犯罪行為的法律效果已經終局確定。在此種情形下，犯罪行為所引發的違法財產狀態，在系爭犯罪有具體被害人時，僅能透過民法不當得利返還或侵權行為損害賠償等途徑予以排除；在系爭犯罪沒有具體被害人時，則是連透過民事法律途徑排除的可能性都不存在。因此，刑法第2條第2項之從新原則，係在舊法時期的犯罪行為沒收法律效果終局確定之後，才以回溯改變原本禁止沒收的法律效果，創設國家以沒收犯罪所得的方式修復合法財產秩序的可能性。**系爭規定應該屬於真正溯及既往，而不是憲法法庭多數意見所認為之不真正溯及既往。**

值得注意的是，憲法法庭在本判決裡多次援引之德國聯邦憲法法院裁定，針對德國刑法施行法第316h條第1句³⁷規定德國2017年沒收新法之單獨沒收規定（德國刑法第76a條第2項第1句）溯及既往，法院得單獨沒收舊法時期追訴時效完成之犯罪行為所獲得之犯罪所得，宣告其不抵觸法律不溯及既往原則。德國聯邦憲法法院雖然認為，2017年強化總額原則之犯罪所得沒收不具刑罰性質，而是類似不當得利之衡平措施，故不適用罪刑法定原則（德國基本法第103條第2項），但是並未因為犯罪所得沒收的功能是在回復合法財產秩序，就認定系爭規定屬於不真正之溯及既往。相反地，德國聯邦憲法法院認為，在舊法時代犯罪行為之追訴時效已經完成者，依法不得單獨沒收其犯罪所得，立法者認為此一事件已經完結。德國刑法施行法第316h條第1句，係使舊法時期確定不得被沒收的

³⁷ 德國刑法施行法第316h條規定：「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日以後裁判者，適用2017年4月13日刑法財產剝奪改革法案(BGBl. I S. 872)修正公布之刑法第73條至第73c條、第75條第1項和第3項以及第73d條、第73e條、第76條、第76a條、第76b條、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日前曾經裁判是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(BGBl. I S. 872)之新修正條文。」，條文中譯及簡介，王士帆，2017年德國沒收新法—從新原則與裁判安定性，司法周刊，1863期，2017年8月，2-3頁。

犯罪所得，事後被開啟單獨沒收的可能性，故屬於真正之溯及既往³⁸。我們可以清楚發現，德國刑法施行法第 316h 條第 1 句，固然是使新法能夠排除追訴時效完成之犯罪行為所引發的違法財產狀態繼續存在，德國聯邦憲法法院並未因此將其歸類為不真正之溯及既往，而是基於其回溯變更舊法時期已經終局確定的法律效果，將其歸類為真正溯及既往。因此，憲法法庭在犯罪所得沒收之規範意旨與法律性質上，均緊緊跟隨德國聯邦憲法法院的腳步，卻在系爭規定的溯及既往類型上走自己的路，箇中原因為何，深值探究³⁹。

2. 信賴保護與公共利益之權衡

憲法法庭將系爭規定歸類為不真正溯及既往，故依據憲法信賴保護原則審查其合憲性，就人民的信賴利益與立法者所追求的公益進行衡量。對此，憲法法庭一方面認為被沒收人沒有正當的信賴利益：「新法雖影響犯罪行為人及非善意之第三人依舊法所建立之生活秩序，然因犯罪所得係透過破壞原有法秩序之違法行為而取得，該財產自始存有沾染不法之重大瑕疵，犯罪行為人及非善意第三人信賴其得依舊法永久保有犯罪所得，自不值得保護。」另一方面認為，立法者追求的公益重大：「是立法者鑑於上開法規範之不足，為彰顯法秩序之公平性及不可侵犯性、強化人民對於法之信賴及確保社會依合法秩序穩定運作等重大公益，修訂沒收新制，要無不可，更遑論犯罪行為人及非善意第三人對其得依舊法時期持續保有犯罪所得之信賴，本即不值得保護。」值得注意的是，即使認為系爭規定屬於真正溯及既往的大法官，似乎也不反對此一利益衡量的結果。例如楊惠欽大法官就表示：「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。⁴⁰」簡言之，大法官之間對於系爭規定屬於真正或不真正溯及既往雖有爭議，但對於其所追求的重大公益優越於人民不值得保護的信賴，似乎存在更大範圍的共識。

憲法法庭支持系爭規定溯及既往合憲的出發點是，犯罪行為人與非善意第三人信賴其得依舊法永久保有犯罪所得，自始不值得保護⁴¹。這個觀點符合一般民眾的

³⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.2.2021 – 2 BvL 8/19, NStZ 2021, 413 (414).這一點亦無學說反對，參考 Saliger, ZIS 2020, 210; Reichling/Lange/Borgel, NStZ 2021, 417 (418); Bauerkamp, JR 2022, 89 (95); Ascholt, JZ 2021, 473 (474); Lenk, StV 2020, 251 (254).

³⁹ 同此觀察，蔡明誠大法官，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決不同意見書，12 頁。

⁴⁰ 楊惠欽大法官，憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決協同意見書，11 頁。

⁴¹ 此一命題通常也連結犯罪所得不受憲法財產權保障的觀點，批評意見，參考薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，台大法學論叢，47 卷 3 期，2018 年 9 月，1107-1109 頁。值得注意的是，德國聯邦憲法法院在判斷德國刑法施行法第 316h 條第 1 句之真正溯及既往合憲性時，係以法治國原則結合其法律效果所干預之基本權為審查基準。據此，德國聯邦憲法法院認為，關於犯罪所得沒收的溯及既往，在當事人透過犯罪有效取得所有權的案件，應結合財產權保障（基本法第 14 條第 1 項）審查；在當事人透過犯罪（如所有權犯罪、毒品犯罪）未有效取得所有權的案件，或是在追徵替代價額的案件中，應結合一般行為自由（基本法第 2 條第 1 項）審查（BVerfG, Beschl. v. 10.2.2021 – 2 BvL 8/19, NStZ 2021, 413 (414)）。由此可知，德國聯

素樸正義感，如果犯罪行為人明知違法而取得財產利益，還能夠主張其信賴保有不法財產係值得保護，反而是在鼓勵其他人以違法手段取得財產利益。不過，我們在前面已經提到，法律不溯及既往原則是保護人民對於既存法秩序及其所得權利之信賴，因此在認定人民的信賴是否值得保護的時候，並不是指犯罪行為人信賴違法財產狀態會持續下去，而是指犯罪行為人信賴舊法已經終局確定的法律效果不會事後被改變。換句話說，犯罪行為人可以信賴犯罪所得依舊法不得沒收的終局確定法律效果，國家不會事後發動沒收剝奪犯罪所得⁴²，但是不能主張犯罪所得不會被以其他法律途徑排除，例如犯罪被害人以請求返還不當得利或侵權損害賠償等民事途徑取回。然而，如果犯罪行為沒有具體被害人，自始沒有透過民事途徑排除違法財產狀態的可能性，或者犯罪被害人因為時效完成等理由而終局不能行使上述民法權利，法秩序已經沒有提供排除違法財產狀態的管道，犯罪行為人同樣可以信賴此一終局確定的法律效果。因此，就法秩序及其所創造的權利狀態而言，犯罪行為人當然不能主張其永久保有犯罪所得的信賴值得被保護，但是這並不影響其可以主張信賴沒收舊法的確定法律效果。

當我們將信賴保護的評價對象，從犯罪行為人對於永久保有犯罪所得的信賴，轉向犯罪行為人對於沒收舊法的終局確定法律效果的信賴時，對於此一信賴是否值得保護的評價也就有所不同。從罪刑法定原則承認絕對禁止溯及既往可知，犯罪行為人即使實施了刑事違法行為，其對於依據行為時之法律決定犯罪成立要件與刑罰後果的信賴，仍然值得受到保護。即使憲法法庭認為犯罪所得沒收的法律性質是類似不當得利之衡平措施，並不會改變犯罪所得沒收是犯罪行為所生的刑事制裁效果，犯罪行為人對於依據行為時之法律決定沒收法律效果的信賴，同樣值得保護。因此，考量犯罪所得沒收係國家干預人民財產權的高權手段，至少應該透過法律不溯及既往原則，保障人民免於立法者任意回溯適用變更的沒收法律。基於相同道理，非善意第三人同樣可以信賴舊法不得沒收的終局確定法律效果。

本文還要進一步指出，依據沒收新法的解釋適用狀況，犯罪所得沒收導致犯罪行為人以外之人的財產被剝奪者，並非都是所謂的「非善意第三人」。例如，在犯罪行為人死亡，繼承人繼承犯罪所得的情形，最高法院與多數學說皆認為，繼承人屬於刑法第 38 條之 1 第 2 項第 2 款之「因他人違法行為而無償...取得」，得對繼承人單獨沒收⁴³。然而繼承人並非直接因為他人違法行為而無償取得，繼承遺產本身是一個完全合法的取得財產過程，繼承人對於繼承財產存續的信賴需保護性，可能不亞於善意受讓的第三人。除此之外，在犯罪行為人未取得犯罪所得之所有權時，例如竊賊偷走他人的名貴珠寶，最高法院與多數學說皆認為，犯罪

邦憲法法院亦不否定犯罪所得受財產權保障的可能性。

⁴² Vgl. Saliger, ZIS 2020, 210 (211); Bauerkamp, JR 2022, 89 (96); Asholt, JZ 2021, 473 (475); Bülte, NZWiSt 2021, 203 (206).

⁴³ 最高法院 108 年度台抗字第 1579 號刑事裁定；許絲捷，第三人利得沒收—繼承型，法務通訊，2867 期，2017 年 9 月，3-6 頁；林鈺雄，繼承型之第三人參與及單獨宣告沒收，月旦法學教室，219 期，2021 年 1 月，23 頁。

行為人已經取得犯罪所得的事實上處分權，符合刑法第 38 條之 1 第 1 項「犯罪所得，屬於犯罪行為人者...」之要件，故應對於犯罪行為人沒收，例如名貴珠寶⁴⁴。然而，此一沒收的法律效果，不是只讓犯罪行為人喪失對於珠寶的事實上處分權，而是在被害人未能及時聲請發還珠寶時，使被害人喪失珠寶的所有權；此時由於被害人形式上並不是被沒收的「第三人」，也沒有被通知參與第三人沒收程序的機會。然而，被害人並未濫用其所有權從事任何不法行為，對於財產權存續的信賴應受到完全保障⁴⁵。由此可知，在犯罪所得沒收而導致財產權被剝奪的第三人之中，並非全部都能被視為所謂非善意第三人，其對於舊法不得沒收之終局法律效果的信賴更值得保障。憲法法庭一律將其評價為「非善意第三人」，並且認定其對於財產存續的信賴不值得保護，並非妥適。

既然犯罪行為人與第三人對於沒收舊法之確定法律效果的信賴值得保護，系爭規定溯及既往的正當性僅能建立在立法者追求更優越的特別重大公益上。對此，憲法法庭重申沒收犯罪所得，係追求彰顯法秩序之公平性與不可侵犯性、強化人民對於法之信賴及確保社會秩序穩定運作等公共利益。沒收犯罪所得具有維護法秩序的一般預防功能，此一功能是實現法治國家的必要條件，立法者認為沒收舊法有缺漏，希望透過沒收新法更全面地實現此一功能，當然是在追求重要的公共利益。不過問題是，為何沒收新法所追求的重要公共利益，不是像立法者增訂填補處罰漏洞的刑罰條款所追求的重要公共利益，僅足以使新法向未來發生效力，而是有特別重大到應使沒收新法溯及既往⁴⁶？憲法法庭以特別重大公益正當化沒收溯及既往的規定，不應該只是重申沒收犯罪所得的一般預防效力，而是**應該詳細說明如果新法不溯及既往將會造成何種特別重大公益的侵害？**

就此，雖然舊法時期的沒收犯罪所得規定漏洞百出，造成無罪責或逃亡之犯罪行為人或第三人保有犯罪所得的後果，但是不能忽略的是，刑事司法在大多數案件中仍然可以有效追訴犯罪行為人，立法者也透過特別沒收規定彌補沒收犯罪所得的漏洞，並且以酌加罰金（刑法第 58 條）、併科高額罰金刑與法人罰金等規定實質剝奪犯罪所得⁴⁷。質言之，舊法的沒收規定雖然存在實現一般預防的漏洞，然而刑事司法也不是在舊法時期完全無力實現一般預防的效果。更何況，沒收犯罪所得溯及既往適用於舊法時期的犯罪行為，多大程度上能夠實現沒收犯罪所得的一般預防效果，還取決於刑事司法是否能夠克服調查犯罪與金流的困難，畢竟隨

⁴⁴ 參考林鈺雄，沒收新論，2 版，2023 年，102 頁；王士帆，竊取台灣扁柏：犯罪所得範圍及發還，法務通訊，2795 期，2016 年 4 月，5 頁；許澤天，竊盜、侵占與轉贈贓物下的沒收：兼評最高法院 40 台非 5 判例（一），法務通訊，2812 期，2016 年 8 月，6 頁。

⁴⁵ 詳見薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，台大法學論叢，47 卷 3 期，2018 年 9 月，1081-1085 頁。此一適用難題的進一步檢討，參考許恆達，不動產登記名義之刑事沒收難題—評臺灣高等法院 109 年度重上更一字第 49 號刑事判決，當代法律，13 期，2023 年 1 月，117-132 頁。

⁴⁶ Saliger, ZIS 2020, 210 (211).

⁴⁷ 我國立法者以罰金承擔犯罪所得沒收任務的立法檢討，薛智仁，罰金刑體系之改革芻議，台大法學論叢，47 卷 2 期，2018 年 6 月，774-778 頁。

時犯罪時間經過越久，犯罪證據滅失、犯罪所得隱匿、脫產等追訴障礙越大。因此，透過新法全面溯及既往的方式彌補舊法沒收犯罪所得的缺口，有無實現一般預防需求的重大公共利益，值得令人懷疑。雖然部分論者提到，如果不適用沒收從新原則，將會造成實務有一段時間必須繼續適用舊法，而且陷入適用從舊從輕原則（刑法第 2 條第 1 項）的新舊法比較難題，沒收從新原則可以簡化法律適用。但是，假如立法者出於此一考量而制定系爭規定，那麼顯示沒收溯及既往的真正意義，並不是在實現重大的一般預防效果，而是純粹為了簡化法院的法律適用而已，此種公共利益更難被評價為優越於人民對於舊法之確定法律效果的信賴利益⁴⁸。因此，本文認為系爭規定之真正溯及既往，並不能以實現重大公共利益為理由獲得正當性。

即便司法院釋字第 793 號解釋宣告黨產條例第 4 條第 2 款後段規定合憲，也不足以改變上述結論。大法官認為，黨產條例第 4 條第 2 款後段規定，係將政黨財產使用處分之限制適用於「曾受政黨實質控制，但在黨產條例施行前已脫離」的組織，屬於真正溯及既往的法律⁴⁹。此一規定並未違反法律不溯及既往原則，因為其係為了實現「建立政黨公平競爭環境，健全民主政治，並落實轉型正義」的憲法上重大公共利益，前政黨附隨組織對於其財產存續之信賴基礎是「與自由民主憲政秩序大有扞格」的「黨國不分威權體制」，而不值得保護⁵⁰。就法律溯及既往所追求的公共利益而言，如果不追查與處理國民黨前附隨組織的財產，將會產生追討不當黨產的重大缺漏，並且使得政黨公平競爭和轉型正義的重大公共利益難以實現。就法律溯及既往影響國民黨前附隨組織之財產權而言，其係在非常時期利用黨國體制，以及在平常時期利用執政優勢，「以違反當時法令，或形式合法但實質內容違反自由民主憲政秩序要求之方式」累積財產。前附隨組織對於以此種方式取得財產存續的信賴不值得保護，乃是因為其實質操控者濫用支配國家機器的權力、操縱取得財產的法令。相較之下，刑法第 2 條第 2 項規定之沒收犯罪所得從新原則，僅是排除刑法規定本質上存在的一般預防漏洞，其所欲實現公共利益雖然重要，但是並未特別重大到足令其溯及既往。除此之外，犯罪行為人與第三人信賴舊法不得沒收的確定法律效果，其信賴基礎是立法者在自由民主憲政秩序下制定通過的法律所存在的規範漏洞，而不是以違反自由民主憲政秩序之方式，操控取得財產的法令創造合法取得財產的外觀。因此，就信賴保護與公共利益的權衡而言，沒收犯罪所得與追討不當黨產之溯及既往存在重大的差別，不能從容許追討不當黨產之溯及既往，推論出沒收犯罪所得之溯及既往亦應被容許。

⁴⁸ Vgl. Asholt, JZ 2021, 473 (475); Saliger, ZIS 2020, 210 (211).

⁴⁹ 反對見解，部分學說認為這是不真正溯及既往，陳信安，黨產條例合憲性爭議再探：以釋字第 793 號為中心，台大法學論叢，51 卷 1 期，2022 年 3 月，123-125、127-130 頁；王韻茹，法治國原則與黨產條例，黨產研究，5 期，2020 年 4 月，19-20 頁。

⁵⁰ 司法院釋字第 793 號解釋理由書第 60 段、第 62 段。另參考蘇慧婕，轉型正義作為法治國的憲法價值：司法院釋字第 793 號解釋分析，黨產研究，6 期，2021 年 6 月，179 頁。

3. 小結

總結來說，憲法法庭認定系爭規定合憲，係以沒收犯罪所得的效果與目的在「排除違法財產狀態」為論證基礎，先將系爭規定歸類為不真正溯及既往，再訴諸被沒收人對於此一違法財產狀態存續的信賴不值得保障，而且排除此一違法財產狀態的公共利益重大，故不違反法律不溯及既往原則與信賴保護原則。依照我們前面的檢討，憲法法庭似乎忽略了，在新法生效之前，舊法不得沒收犯罪所得的法律效果已經終局確定，犯罪行為人與第三人對於舊法終局確定法律效果的信賴值得保護，立法者欲透過沒收新法追求一般預防的公共利益，並非重大迫切到優越於人民的信賴利益。因此，即使認定犯罪所得沒收僅是類似不當得利之衡平措施，系爭規定應是違憲之真正溯及既往⁵¹。

二、毒品擴大利得沒收之溯及既往

依據本文立場，毒品擴大利得沒收具有類似刑罰性質，故刑法第 2 條第 2 項就毒品擴大利得沒收溯及既往的部分，係違反憲法罪刑法定原則所包含的絕對不利溯及既往禁止而違憲。即使毒品擴大利得沒收是類似不當得利之衡平措施，刑法第 2 條第 2 項係使毒品危害防制條例第 19 條第 3 項適用於生效前已經終結的構成要件事實，性質屬於法律之真正溯及既往。此時，犯罪行為人信賴舊法不得擴大沒收的終局法律效果不被變更，係值得保護的信賴利益。問題是，新法所欲追求的一般預防效果是否為特別重大的公共利益，優越於人民的信賴利益，得例外容許真正溯及既往？我們必須考量如果毒品擴大利得沒收規定不溯及既往，會造成何種特別重大的公共利益侵害？

本文認為，毒品擴大利得沒收是為了克服沒收毒品犯罪行為人之犯罪所得的證明困難，由於毒品犯罪行為人係追求暴利、再將暴利投入於繼續販賣毒品，擴大沒收可以提升犯罪一般預防與特別預防的效果。但是，如果不將毒品擴大利得沒收溯及既往，犯罪行為人疑似取自其他違法行為的財產利益，**仍然可能透過加強檢察查緝金流的專業人力與物力，提升 2016 年已經被現代化的犯罪所得沒收制度實效性**，一定程度上克服毒品犯罪行為人掩飾犯罪所得所造成的證明困難。除了犯罪所得沒收的證明困難不一定要透過毒品擴大利得沒收解決之外，毒品擴大利得沒收所能實現的犯罪預防效果，仍有其**諸多不能被視而不見的侷限**。首先，毒品擴大利得沒收的威嚇效果，來自於犯罪行為人預期因為被查獲毒品犯罪而喪失所累積的犯罪所得，考慮到毒品犯罪行為人通常會致力於採取各種洗錢方法掩

⁵¹ 筆者立場，已見薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，台大法學論叢，47 卷 3 期，2018 年 9 月，1109 頁。憲法法庭或許認為，其所多次引用之德國聯邦憲法法院裁定，認定德國刑法施行法第 316 h 條第 1 句係追求重大公益之真正溯及既往，故其在本案所進行之利益衡量結果，仍有比較憲法實務上的根據。不過，這一則德國聯邦憲法法院裁定，其許可真正溯及既往的理由及結論，遭到幾乎全部評釋此一裁定之學說所反對，參考 Saliger, ZIS 2020, 210 f.; Bauerkamp, JR 2022, 89 ff.; Asholt, JZ 2021, 473 ff.; Bülte, NZWiSt 2021, 203 ff.; Lenk, NJW 2021, 1231 f.。

飾不法所得，相較於犯罪行為人預期毒品犯罪被查獲而被科處自由刑，並無研究證實毒品擴大利得沒收的威嚇效果高於毒品犯罪的自由刑。其次，即使毒品擴大利得沒收能夠嚇阻毒品犯罪，通常僅能抓到小毒販或是販毒集團裡隨時可被取代的邊緣人物，不能追訴到支配毒品市場的販毒集團核心成員，其所能剷除的毒品犯罪所得可能僅占整個毒品市場獲利的極小部分，不能高估其所能減少的毒品犯罪數量。最後，毒品擴大利得沒收的財產利益，係取自毒品犯罪行為人的「其他違法行為」，但是其他違法行為並不一定是毒品犯罪，可能是竊盜、詐欺、恐嚇取財等一般財產犯罪，毒品擴大利得沒收可能只有嚇阻此種普通犯罪的效果。整體而言，毒品擴大利得沒收所欲實現、所能實現的犯罪預防效果，至少並未被證實優越於刑罰所能實現的犯罪預防效果，其所欲實現的公共利益雖是重要，但是並未特別重大到足以正當化法律溯及既往的程度，故屬於違反法律不溯及既往原則之違憲規定。

若是憲法法庭比照犯罪所得沒收之溯及既往合憲判決，認為毒品擴大利得沒收是類似不當得利的衡平措施，刑法第 2 條第 2 項係使毒品危害防制條例第 19 條第 3 項適用於繼續存在的違法財產狀態，性質屬於不真正之溯及既往，其合憲性將取決於信賴保護利益與新法追求的公共利益的衡量結果。此時有必要探討，毒品擴大利得沒收與犯罪所得沒收之間的差異，是否有可能扭轉信賴保護與公共利益的權衡結果？前面提過，憲法法庭對於犯罪所得沒收溯及既往之合憲性，係以「犯罪行為人與非善意第三人信賴其得依舊法永久保有犯罪所得不值得保護」及「犯罪所得沒收追求彰顯法秩序之公平性與不可侵犯性、強化人民對於法之信賴及確保社會秩序穩定運作」為論證基礎。基於以下理由，此一信賴保護與公共利益的權衡基礎，並不完全適用於毒品擴大利得沒收：

就信賴保護而言，毒品擴大利得沒收之財產並未被法院確定是取自具體的違法行為，僅能被確定或有高度蓋然性是取自某個不明的違法行為，不僅被沒收的財產可能根本不是取自違法行為；即使是取自某個違法行為，亦無法適用相對總額原則扣除所謂中性成本。因此，**毒品擴大利得沒收並非僅剝奪犯罪行為人被沾染不法的財產，而是不能排除剝奪合法固有財產的可能性**，故不能比照犯罪所得沒收的情形，一概認定犯罪行為人對於保有財產的信賴不值得保護。

就公共利益而言，立法者在 2019 年增訂毒品擴大利得沒收，透過溯及既往填補舊法的沒收漏洞，與 2016 年犯罪所得沒收（刑法第 38 條之 1 第 1、2 項）溯及既往所欲填補的舊法沒收漏洞，無法相提併論。2016 年沒收新法生效之前，基於沒收的從刑性質，無罪責沒收、第三人沒收與單獨沒收及追徵等規定幾乎付諸闕如，此一沒收漏洞僅在少數情形能透過特別規定被填補。因此，如果不使犯罪所得沒收規定溯及既往，舊法的沒收漏洞所遺留的一般預防缺口較大。相對地，在 2019 年增訂毒品擴大利得沒收之前，所有犯罪行為已經可以適用 2016 年生效之沒收新法，而且溯及適用於 2016 年前實行之犯罪行為的犯罪所得。若是發覺毒品犯罪行為人支配疑似取自其他違法行為的財產，在發動搜索、扣押等保全措施

之後，透過強化追查金流的專業人力與物力，仍然可能在一定範圍內透過犯罪所得沒收予以剝奪。除此之外，對於毒品犯罪行為人掩飾隱匿其他違法行為之犯罪所得，2016年12月28日通過、2017年6月28日正式施行之洗錢防制法，不僅已經將自己洗錢納入普通洗錢罪（洗錢防制法第14條）的適用範圍，而且在特定條件下，將持有無合理來源、與收入顯不相當之財產納入特殊洗錢罪（洗錢防制法第15條）的適用範圍。毒品犯罪行為人成立普通洗錢罪或特殊洗錢罪者，不僅因為洗錢行為被科處刑罰，作為洗錢客體的財產利益也一律可以被沒收（洗錢防制法第18條第1項）。因此，**舊法時期的毒品犯罪行為人支配疑似其他違法行為的犯罪所得者，犯罪所得沒收與洗錢防制法所提供的因應手段雖然不能一網打盡，但相較於2016年通過沒收新法之前的沒收漏洞，需要填補的沒收漏洞已經大幅縮小。**因此，2019年增訂毒品擴大利得沒收，固然有再次縮小犯罪所得沒收漏洞的效果，但是不賦予溯及既往的效力，也不會造成特別重大的公共利益受損。

基於上述，即使憲法法庭將毒品擴大利得沒收之溯及既往，定性為排除持續存在之違法財產狀態的法律不真正溯及既往，其先前對於犯罪所得沒收溯及既往所為之信賴保護與公共利益權衡結果，並不當然能適用於毒品擴大利得沒收。毒品擴大利得沒收之溯及既往，一方面更有可能侵害犯罪行為人信賴保有合法固有財產的利益（信賴保護利益上升），另一方面所欲填補的犯罪所得沒收漏洞已經大幅縮小，不溯及既往並不至於重大危及社會大眾對於法秩序的信賴（公共利益的重大性下降）。毒品擴大利得沒收的預防犯罪效果並未被證實比刑罰更優越，如果不過度迷信其所能發揮的犯罪預防效果，以及接受法秩序對於犯罪行為的回應不可能毫無漏洞，憲法法庭宜審慎認為毒品擴大利得沒收之溯及既往，對於毒品犯罪行為人之信賴利益侵害，難以透過彌補犯罪所得沒收漏洞的公共利益予以正當化，宣告其係違反信賴保護原則之法律不真正溯及既往。憲法法庭應該嚴肅地宣示，立法者有權致力打造一個更有效、不過度侵害人權的犯罪所得沒收體系，但是不得訴諸回復合法財產秩序的名義，無限制地彌補過去法律的沒收漏洞，使一度涉入犯罪的人民永無安寧。

伍、爭點題綱之答覆

一、毒品危害防制條例第19條第3項規定：「……，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）

（一）擴大利得沒收性質上係刑罰、類似刑罰之措施，或非刑罰且非類似刑罰之其他措施？

■ 回覆：

1. 犯罪所得沒收適用總額原則造成財產惡害，其目的是彰顯違法行為的非價內

涵，係具有類似刑罰性質之措施（貳、二、(三)）。擴大利得沒收放寬犯罪所得沒收的心證門檻，並未改變其適用總額原則造成財產惡害，以彰顯其他違法行為的非價內涵的本質，亦是具有類似刑罰性質之措施（貳、三）。

2. 憲法法庭認為，依據整體規範內容、回復合法財產秩序之目的、不當得利之風險分配法理，犯罪所得沒收適用相對總額原則造成財產惡害，並無類似刑罰的性質（111 憲判 18）。即使依照此一立場，擴大利得沒收仍然不同於犯罪所得沒收，因為它不僅使犯罪行為人承擔被剝奪固有合法財產的風險，而且此一後果無法訴諸不當得利之風險分配法理，實際執行效果失去與罰金刑之明顯區隔，具有類似刑罰的性質（貳、三）。
3. 結論：擴大利得沒收係類似刑罰性質之措施。

（二）系爭規定一是否違反罪刑法定原則、無罪推定原則、公平審判（證據裁判）原則或法律明確性原則？

■ 回覆：

1. 擴大利得沒收具有類似刑罰性質，故應適用罪刑法定原則及其所衍生的刑罰明確性原則。然而，系爭規定一的「有事實足以證明...」適用要件，雖有不同解釋的空間，但尚不致於使其適用範圍失去輪廓，故仍符合刑罰明確性原則。基於相同理由，即使認為擴大利得沒收定性為不具刑罰性質，仍符合法律明確性原則（參、一）。
2. 擴大利得沒收具有類似刑罰性質，系爭規定一以財產取自「其他違法行為」為適用要件，法院得對違法但無責之行為人諭知擴大利得沒收，違反「無罪責無刑罰」之罪責原則。除此之外，系爭規定一容許法院在其他違法行為尚未有罪判決確定前，對於被告諭知類似刑罰性質之擴大利得沒收，違反無罪推定原則（參、二）。
3. 系爭規定一容許法院在未調查、確信被告有特定違法行為之前，即可假定被告有其他違法行為，違反證據裁判原則（參、三）。
4. 結論：系爭規定一違反罪責原則、無罪推定原則與證據裁判原則，違憲。

二、「中華民國 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。』其中涉及同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則，與憲法並無牴觸。」經憲法法庭作成 111 年憲判字第 18 號判決，依此判決意旨，前開刑法第 2 條第 2 項（即系爭規定二）涉及系爭規定一擴大利得沒收部分，是否應有不同之合憲性考量？

■ 回覆：

1. 犯罪所得沒收與擴大利得沒收皆具有類似刑罰性質，適用罪刑法定原則，系爭規定二違反絕對不利溯及既往禁止原則。即使認為犯罪所得沒收與擴大利得沒收僅為類似不當得利之衡平措施，系爭規定二使新法回溯適用於已經終結之構成要件事實，屬於真正溯及既往之法律。系爭規定二侵害犯罪行為人對於舊法不得沒收之終局確定法律效果的信賴，無法以追求特別重大的公共利益被正當化，違反法律不溯及既往原則（肆、一、(二)；肆、二）。
2. 憲法法庭認為，犯罪所得沒收不適用罪刑法定原則，系爭規定二係適用於排除尚在持續中的違法財產狀態，屬於不真正溯及既往之法律，回復合法財產秩序的公共利益優越於犯罪行為人對於永久保有犯罪所得的信賴利益，不違反法律不溯及既往原則與信賴保護原則（111 憲判 18）。然而，即使依照此一立場，擴大利得沒收還是不同於犯罪所得沒收，其溯及既往更可能侵害犯罪行為人保有合法固有財產的信賴利益，所欲填補的犯罪所得沒收漏洞已經大幅縮小，系爭規定二違反信賴保護原則（肆、二）。
3. 結論：系爭規定二違反罪刑法定原則、法律不溯及既往原則或信賴保護原則，違憲。

專家諮詢意見書¹

案號： 111 年度 憲民 字第 4096 號

專家學者、機關或團體 姓名或名稱：薛智仁

身分證明文件字號：

住(居)所、所在地、事務所或營業所：

電話： 傳真：

電子郵件位址：

送達代收人：

送達處所：

機關/團體代表人 姓名：

身分證明文件字號：

稱謂/職業：

住所或居所：

電話： 傳真：

電子郵件位址：

1 為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

2 **應揭露事項²**

3 一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其
4 代理人有分工或合作關係。無

5 二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其
6 代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。無

7 三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。無

8 **專業意見或資料**

9 一、

10 二、

11 三、

12

13

14 **附屬文件之名稱及其件數³**

文件編號	文件名稱或內容	備註

15

16

17 **此致**

18 **憲法法庭 公鑒**

19

20 中華民國 112 年 11 月 16 日

21

具狀人薛智仁(簽名蓋章)

22

撰狀人 (簽名蓋章)

¹ 憲法訴訟法（以下簡稱本法）第19條第1項規定，憲法法庭審理案件認有必要時，得依職權或依聲請，通知當事人或關係人到庭說明、陳述意見，並得指定專家學者、機關或團體就相關問題提供專業意見或資料。本法第6條第1項、第2項以外

之機關受憲法法庭通知依本條第1項規定提出專業意見或資料意見時，使用本意見書。

² 本法第19條第3項規定，當事人、關係人以外之人民或團體，依第一項指定提出專業意見或資料時，應揭露以下資訊：

一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。

二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

³ 本法第14條第1項第7款規定，書狀應記載附屬文件之名稱及其件數。