

憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決不同意見書

呂太郎大法官提出

蔡明誠大法官加入

黃昭元大法官加入

壹、本判決審查之客體

本判決審查之客體，為中華民國 104 年 12 月 30 日修正之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……適用裁判時之法律。」（下稱系爭規定）適用於同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項沒收之規定。因此，本判決之重點，在審查同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項沒收之規定依系爭規定而溯及既往是否合憲。至於其他沒收規定之溯及既往是否合憲，以及第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項規定本身是否合憲均不在本判決審查範圍內。〔1〕

貳、罪刑法定原則為現代國家法治之基石，文明之指標

一、沒有罪刑法定原則，談不上是文明國家

犯罪之成立及犯罪行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限。換言之，何種行為成立犯罪？成立犯罪後應依何種刑罰、施以如何程度之處罰？均以行為時法律所明文規定者為限，此即罪刑法定原則。罪刑法定原則之確立，目的在禁止國家濫用其權力，羅織行為時法律所未明文之罪名，或施以法律明文規定以外之處罰，藉以保護人民之生命、自由及財產不受來自國家之恣意侵擾。故罪刑法定原則，可謂現代法治中最重要法律原則之一，各國莫不據為建構刑事制度之根本前提，並為評價是否為現代文明國家之指標。我國刑法第 1 條即開宗明義揭櫫此一意旨，並經大法官於釋字第 594 號、第 602 號及第 792 號解釋中再三

確認為我國重要之憲法原則。要言之，未遵循罪刑法定原則之國家，談不上是文明國家，殆無疑義。〔2〕

二、禁止不利之溯及處罰為罪刑法定原則之核心內涵

罪刑法定原則，既在禁止國家濫用其權力，對於成立犯罪者，施以行為時法律明文規定以外之處罰。因此，不得依行為後制定之法律，對行為人施以處罰。但若行為後之法律更有利於行為人者，適用行為後之法律，既無國家濫用其權力之疑慮，且對行為人有利，故可例外為之，此即「從舊從輕原則」。要言之，禁止不利之溯及處罰，亦為罪刑法定原則之核心內涵。〔3〕

三、不得以「非刑罰」為名，逃脫罪刑法定原則之控制

（一）應從罪刑法定原則之目的，解釋刑罰之意義

前述〔2〕，罪刑法定原則之確立，目的在禁止國家濫用其權力，羅織行為時法律所未明定之罪名，或施以法律明文規定以外之處罰，以保護人民生命、自由及財產不受來自國家之恣意侵擾。因此，行為當時之法律有關不利於人民處置之規定，性質上是否屬於刑罰，而應受罪刑法定原則之控制，自應綜觀全體法規範之目的與功能以定之。換言之，即使法律條文或立法理由並不使用刑罰之用語，甚至明白指出並非刑罰，但綜觀全體法規範之目的與功能，認為此不利之處置，性質上屬於刑罰者，仍應受罪刑法定原則之控制。蓋若不如此，無異承認立法者得以使用「非刑罰」之文句或理由，輕易逃脫罪刑法定原則之控制，同樣會使罪刑法定原則形同具文¹。〔4〕

（二）各國釋憲實務亦認為類似刑罰者，應與刑罰一樣受較嚴格之實體及程序規範

¹ 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，臺大法學論叢，第47卷第3期，第1104頁，2018年9月。

1.我國釋憲實務

鑑於刑罰為國家對人民之不利處置中最为嚴厲者，故憲法第 8 條乃就國家為實現刑罰權所進行之程序，特別為嚴格之規定，刑罰以外之處置程序，本非憲法第 8 條規範之主要對象，但為避免立法者以非刑罰為名，逃脫憲法第 8 條規定之嚴格程序，大法官向來之解釋，均基於人權保障之意旨，只須處置之性質與刑罰相當者，即應受與刑罰相同之程序規範，從不拘泥於法律所使用之用語。例如於司法院（下同）釋字第 812 號解釋，將受刑人之強制工作，等同刑之執行看待；釋字第 808 號解釋，將社會秩序維護法規定之罰鍰，等同或類似刑罰看待；釋字第 799 號解釋中，將長期強制治療等同刑罰看待；釋字第 751 號解釋，將檢察官緩起訴處分所命被告應履行之負擔，解為類似處罰；釋字第 708 號解釋，將受驅逐出境之外國人收容，等同強制處分看待；釋字第 664 號解釋，認對於少年施以收容或感化教育，性質上屬於憲法第 8 條規定之拘禁；釋字第 588 號解釋，將行政執行法上拘提管收，視同憲法第 8 條規定之拘禁；釋字第 567 號解釋，將對匪諜之強制工作或管訓處分，認與刑罰無異。〔5〕

尤其釋字第 636 號就檢肅流氓條例案之解釋更提出：「凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，不問其限制人民身體自由出於何種名義，除須有法律之依據外，尚須分別踐行正當法律程序，且所踐行之程序，應與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類。」〔6〕

2.外國之憲法審判實務

德國基本法第 103 條第 2 項雖規定：「行為之處罰，以

行為前之法律規定處罰者為限。」但實務上向來將此之處罰，包含刑法及與刑法相類以國家高權對於違法、有責之行為，所為之處罰，學說上多數見解也認為沒收被涵攝在此條項之刑罰概念之內²。在日本，其憲法第 31 條固規定：「任何人未經法律所定之程序，不受生命或自由之剝奪或科處其他刑罰。」但學說及實務亦認為包含行政罰³。〔7〕

在歐洲，具有統合指標之歐洲人權公約，於第 7 條第 1 項規定：「任何人之行為或不行為，在其發生時根據國內法或國際法並不構成刑事犯罪，不應認為犯任何刑事罪。所處刑罰不得重於犯罪時所適用的刑罰。」係就罪刑法定原則為規定。另歐洲人權法院曾認為英國對於販賣毒品之利得沒收係屬刑罰⁴；在被告涉犯非法開發土地罪嫌，但因罪行罹於時效而未經法院定罪之情形下，義大利對於該筆土地及其上建物之沒收亦屬刑罰⁵。延續此一立場，歐洲人權法院大法庭於 2018 年 6 月 28 日作成更具有指標性之 Case of G.I.E.M. S.R.L. And Others V. Italy 案判決(Applications nos.1828/06 and 2 others—see appended list)，除針對判斷是否屬於公約第 7 條所定之刑罰列出 5 種應考量之因素外⁶，更特別指出：「本院重申公約第 7 條所示刑罰之概念係由本院自主解釋其文義。為使該條有效發揮保護功能，本院自不

² 薛智仁，前引註，第 1104 頁。

³ 日本最高裁判所大法庭昭和 41 年 12 月 27 日決定、昭和 43 年 6 月 12 日判決；浦中佐樋・部村藤口・法睦幸陽・穗男治一，注釈日本国憲法（上卷），第 713 頁，平成 3 年初版第 3 刷，青林書院。

⁴ Case of Welch v. The United Kingdom (Application no.17440/90), 9 February 1995.

⁵ Case of Varvara v. Italy (Application no.17475/09), 29 October 2013.

⁶ 即：1. 是否以刑事犯罪定罪為沒收之前提(Whether confiscation were imposed following convictions for criminal offences)。2. 內國法對於沒收的分類(The Classification of Confiscation in domestic law)。3. 沒收的本質及目的(The nature and purpose of the confiscation measure)。4. 沒收效力的嚴重性(The Severity of the effects of the confiscation)。5. 沒收的適用及執行程序(Procedures for the adoption and enforcement of a confiscation measure)。

受表面形式意義之限制，且得評價該特定措施本身是否已實質上構成該條所指之刑罰」⁷「為達成公約之目的，如果僅以當事人是否實行經內國法定義為犯罪之行為及經刑事法庭判決有罪，作為認定系爭措施是否具有刑事本質，將與對於刑罰得以自主解釋其意之旨不合。若無法自主解釋刑罰的概念，國家只要不將一項措施歸類為刑罰，即可任意施加該措施，而當事人將無法受到公約第 7 條第 1 項規定之保護。該條規定將失去其實質作用。解釋及適用公約，應係以實際及有效之方式為之，而非以理論及不切實際之方式，此係相當重要之原則，且此原則於公約第 7 條亦有適用」⁸「關於沒收在內國法下的分類，本院首先注意到本家中作為沒收依據之規定即建築法第 44 條，其上之標題為『刑事制裁』。本院留意到政府辯稱此僅係修法時草擬法案者所犯之錯誤。然而，稽之該條立法歷史資料，尚難認上開辯稱可採。尤有甚者，該條係於 2001 年通過，立法者如有意修正，也有長達 16 年之時間可以修法。就此觀之，沒收實屬公約第 7 條所指之刑罰」⁹。上開歐洲人權法院大法庭之

⁷ 原文：The Court reiterates that the concept of a “penalty” in Article 7 has an autonomous meaning. To render the protection offered by this Article effective, the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of this provision. (摘自第 210 段)

⁸ 原文：In the Court’s view, if the criminal nature of a measure were to be established, for the purposes of the Convention, purely on the basis that the individual concerned had committed an act characterised as an offence in domestic law and had been found guilty of that offence by a criminal court, this would be inconsistent with the autonomous meaning of “penalty” (see, to this effect, Valico S.r.l., decision cited above). Without an autonomous concept of penalty, States would be free to impose penalties without classifying them as such, and the individuals concerned would then be deprived of the safeguards under Article 7 § 1. That provision would thus be devoid of any practical effect. It is of crucial importance that the Convention be interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory, and this principle thus applies to Article 7. (摘自第 216 段)

⁹ 原文：As regards the classification of confiscation in domestic law, the Court would first observe the Article 44 of Construction Code, which governs the confiscation measure at issue in the present case, bears the heading “Criminal sanction”. The Court further takes note of the Government’s argument that this wording was simply a mistake on the part of the drafters of this text when the relevant rules were codified. However, this argument is not supported by the

判決，基於人權保障之立場，對歐洲人權公約第 7 條所為之闡示，可謂鞭辟入裏、擲地有聲。〔8〕

由上述可知，各國之憲法審判實務，莫不將憲法有關刑事處罰之要件或刑事審判程序之規範，擴大適用及於非以刑罰為名之其他處罰，以保障人權，避免國家以非刑罰為名，逃脫罪刑法定原則之控制。〔9〕

參、系爭規定採溯及不利沒收，違反罪刑法定原則

一、系爭規定修正前，沒收為刑罰，應受罪刑法定原則拘束

按對犯罪行為應如何對應，各國皆有不同，各種對應方式是否屬於對犯罪行為人之「處罰」，亦應依各國法律而為解釋，已如前述〔4〕～〔9〕。所謂刑罰，係對應於犯罪行為，由國家運用其高權對行為人為不利之處置，以作為其犯罪行為之代價。就我國而言，沒收係對應於行為人之犯罪行為，由國家剝奪行為人所有供犯罪所用、預備犯罪、犯罪所生或所得之物，使行為人承受喪失物之所有權或支配權之不利，以作為犯罪行為之代價，自屬刑罰之一。故 104 年 12 月 30 日刑法修正前，歷來法條均明文規定沒收為從刑，沒收之客體為行為人所有供犯罪所用、預備犯罪、犯罪所生或所得之物（104 年修正前刑法第 34 條及第 38 條規定參照），除違禁物或專科沒收之外，於犯罪成立並受有罪宣告時，始得宣告沒收，應於有罪判決時併宣告之（105 年 6 月 22 日修正公布之刑事訴訟法第 309 條第 1 款規定參照），沒收裁判確定後之執行，亦由檢察官依刑事訴訟法為之（刑事訴訟法第 470 條至第 473 條規定參照），行刑權

legislative history of the provision. Moreover, as the law was approved in 2001, the legislature had sixteen years to correct it should it have chosen to do so. This element indicates that confiscation is indeed a “penalty” within the meaning of Article 7 (see Sud Fondi S.r.l. and Others, decision cited above. (摘自第 220 段至第 221 段)

時效亦依主刑定之（104年12月30日修正前刑法第39條、第40條及第84條規定參照），故從我國刑法及刑事訴訟法相關規定觀察，沒收係國家對應於犯罪行為，施予行為人不利之處置，作為其犯罪為之代價，與犯罪行為密不可分，有補主刑不足之功能（主刑只能對行為人之人身為之，例如剝奪其生命、自由或命為財產給付或易服勞役，無法由國家對行為人之財產直接處置），性質為刑罰者，並無可疑。學說及實務上雖有認為沒收亦有保安處分之性質者，但幾無主張沒收純為保安處分而無刑罰性質者。〔10〕

要言之，從法條明白宣示之沒收屬性、有關沒收之客體內容、整體配套及學說實務見解觀之，刑法修正前之沒收為從刑之一，性質上為刑罰，毫無疑義。〔11〕

二、即使是修正後之沒收，亦非全無刑罰性質

按修正前之沒收為刑罰，故關於修正前之行為為沒收者，應適用罪刑法定原則，至於修正後之新法就沒收為如何規定，不得影響該行為應受罪刑法定原則之保護。何況，修正後之新法所規定之沒收，更不利於行為人，且其法律屬性亦非全無刑罰性。理由如下：〔12〕

（一）依修正後之刑法第38條至第38條之3規定，沒收之客體，為「犯罪」行為所用、預備之用、所生之物或犯罪所得，其用語與修正前之刑法第38條第1項第2款及第3款規定基本上相同。雖新法使用「犯罪所得」，文義範圍較廣，除舊法之「犯罪所得之物」外，尚包含「犯罪所得之利益」，但均出於「犯罪」而來，却無不同。舊法之沒收，因屬從刑，必犯罪成立後，方有就犯罪行為所用、預備之用、所生之物或犯罪所得之物為沒收之問題，故所謂「犯罪」乃指犯罪成立而言。此一舊法時期之用語，於新

法仍然沿用，自不能否認沒收仍有刑罰之意義。〔13〕

從修正後之刑法第 38 條及第 38 之 1 沒收之規定而言，即使沒收屬於行為人犯罪所得之物或利益，此物或利益，如係行為人基於交易行為而來，通常亦包含行為人之成本、稅捐等在內，其一併沒收之結果，亦包含剝奪行為人為犯罪行為所付出之固有財產在內，對於行為人而言，自屬處罰。〔14〕

（二）新法雖參考德國刑法，並於第 38 條之 1 規定之立法理由中論及「至該違法行為不以具有可責性，不以被起訴或證明有罪為必要，爰增訂第二項，以防止脫法並填補制裁漏洞。」云云。然：〔15〕

1. 罪刑法定原則之下，刑罰沒有「漏洞」可言。在法律體系內，係使用抽象之文字，規範立法者所預想之社會事實，有時因立法之疏漏，致某一社會事實欠缺法律規範，形成紛爭無法解決，因而發生所謂「漏洞」，此時為使該社會事實得圓滿解決，必須通過法律解釋方法，將此「漏洞」填補。然而，刑法非係全面規範社會事實之法律，而僅係立法者就所有社會事實中，選擇認為應構成犯罪之行為，以及就其行為應如何處罰，加以規定，於未經立法者選擇為犯罪之行為及處罰，即不成立犯罪或不為該處罰，縱使因此法律之文義可能無法及於某些行為，而有「失出」之情形，但此為罪刑法定原則可以預見之結果。這在一百多年前（西元 1905）之清末，初次引進現代刑法之刑律草案即明定罪刑法定原則，並於立法理由中指出：「茲擬准泰西文明之制，不論何種行為，概不得以未定之法律治之。法網稍闊，容有失出之弊，然失出究愈於失入，權衡弊之

輕重，亦應爾也。」¹⁰因此，在罪刑法定原則下，概念上不發生「應予論罪或處罰，卻疏未論罪或處罰」之「漏洞」問題，即使立法者透過修正或增訂法律，將過去未予規定為犯罪之行為，規定為犯罪，或增加過去未有之刑罰，亦係立法者因應社會新情事之必要，而為「增訂」之犯罪或刑罰，並非「填補」過去未規範之「漏洞」，更不能以此為詞，以填補漏洞之名，而為溯及既往之規定。〔16〕

2.新法就何以依第 38 條之 1 第 2 項規定所為沒收，不以具有可責性，不以被起訴或證明有罪為必要，提供任何法律條文為依據，於罪刑法定原則之下，審判實務上自不能依據立法理由為刑事處罰〔49〕。對照後述〔18〕，此與德國刑法第 11 條第 1 項第 5 款明定沒收之對象為僅完成構成要件行為之所得，而非具備有責性之犯罪行為之所得，不生違反罪刑法定原則者，不同。何況刑法第 38 條之 1 第 2 項規定，係針對第三人擴大利得沒收之規定，尤不宜據此規定之立法理由，推論其他客體所為沒收之屬性。〔17〕

3.德國刑法是針對違法行為（*rechtswidrige Tat*）所用、所生、所得之物或利益，為沒收（德國刑法第 73 條規定以下參照），我國新修正之刑法第 38 條第 2 項規定，亦使用與德國刑法相同之用語。但德國刑法適用沒收規定之違法行為（*rechtswidrige Tat*），依同法第 11 條第 1 項第 5 款規定，僅指完成構成要件之行為（*nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht;*）。因此，得為沒收之標的物或利益，只須行為係具備侵害性、違法性之違法行為即可，縱不具備有責性而非犯罪行為，其所得、所用、所生之

¹⁰ 參閱：黃源盛纂輯，元照出版有限公司出版，2010 年 7 月初版，晚清民國刑法史料輯注（上），第 7 頁，1905 年（清光緒 31 年）由章宗祥與董康聯合草擬之刑律草案第 5 條立法理由參照。

物，仍得為沒收標的，此乃德國法律所明文之規定，無違反罪刑法定原則之問題。反之，我國刑法第 38 條及第 38 條之 1 第 1 項，均規定係針對「犯罪」行為之所用、預備之用、所生之物或犯罪所得為沒收者，與德國刑法規定，並不相同，未必可將德國法原樣照搬，據為解釋我國法。何況德國學者亦主張，刑法之沒收，其性質為刑罰、具有懲罰性質之附加刑、類似刑罰性質之制裁或措施，採從舊從輕原則，亦有禁止溯及既往之適用¹¹。〔18〕

4.從新修正之刑法第 38 條及第 38 條之 1 第 1 項規定對行為人之沒收，與第 38 條之 1 第 2 項規定對第三人之沒收，二者對照觀察：前者，其沒收之客體均為「犯罪」所用、預備、所生或所得者，後者則為因他人之「違法行為」所得，用語尚有不同。然第 38 條之 1 第 2 項規定之沒收，係因無法依同條第 1 項規定為沒收時，用以補充同條第 1 項不足之規定，故判斷得否依同條第 2 項規定對第三人沒收，必以得依同條第 1 項沒收之客體為限。即便依立法說明所稱，後者不以具備「有責性」為必要，致適用前者之條件較嚴格，後者較寬鬆，前者有利於被沒收者。然此種立法之疏忽所造成之不同結果，不論從罪刑法定原則、人權保障之觀點，亦均應依前者規定而為有利於被沒收者之解釋，認為得為沒收之客體，以「犯罪」所得者為限。〔19〕

（三）刑法於第 5 章之 1，就沒收設獨立章節，係為擴大對第三人之沒收，並規範沒收之要件及執行方法而設，

¹¹ 朱石炎，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，2016 年 1 月 15 日，司法院出版；林書楷，刑法總則，第 581 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司；柯耀程，沒收制度的實然與應然，東海大學法學研究，第 53 期，第 25 頁，2018 年 1 月；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，臺大法學論叢，第 47 卷第 3 期，第 1102 頁，2018 年 9 月。另上開文獻所引用之德國學說，亦請參照。

但此與沒收如何定性，無必然關聯，不可能以移動條文位置，即改變沒收之性質。如同刑法不可能透過將有期徒刑移出第五章「刑」而另立一章，即否定其刑罰性，否則「罪刑法定原則」亦將束之高閣¹²。何況第 38 條之 1 第 2 項規定之沒收，係因無法依同條第 1 項為沒收時，用以補充同條第 1 項不足之規定，故判斷得否依同條第 2 項規定對第三人沒收，必以得依同條第 1 項沒收之客體為限〔19〕。怎能反而依對第三人沒收之客體屬性，推論對行為人之沒收客體屬性，進而謂沒收之客體，不以行為人具備有責性為要件？〔20〕

（四）即使依修正後刑法第 38 條之 1 第 2 項之立法理由，認為得沒收之客體，不以行為人具備「有責性」為必要，然亦不能以偏概全推論所有之沒收，均係針對不具備「有責性」之行為所為。蓋從訴訟實務言，應適用修正後刑法第 38 條及第 38 條之 1 規定沒收之案件，仍為多數，至於依第 38 條之 1 第 2 項規定沒收，畢竟少數例外，豈可以少數例外之規定，解釋普遍之一般案件應適用之原則？就對行為人之沒收而言，固亦有不具備「有責性」而違法取得者，但仍屬少數中之少數，絕大部分情形，適用新沒收規定之行為人，均係成立犯罪。此時，沒收當然亦是針對行為人之犯罪行為，施以不利處分，以作為其犯罪行為之代價，此之沒收怎能謂非「刑罰」？〔21〕

（五）或謂沒收已修正為具獨立性之法律效果，故其宣告，不必然附隨於裁判為之，且不必受有罪判決，即得單獨宣告沒收（刑法第 40 條第 3 項規定立法說明參照），故沒收之客體不限於因犯罪行為而來，沒收並非刑罰云云。

¹² 林書楷，刑法總則，第 584 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司。

然本條係針對沒收程序之規定，並非變更得沒收之客體，且其適用僅為例外情況，非一般原則，本不得依例外規定，解釋原則性規定。何況依本條規定，反可推知，如非於上開例外情形，須待有罪判決始得宣告沒收（刑事訴訟法第 309 條第 1 款規定參照）。〔22〕

（六）或謂「因犯罪所得之沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰」云云（刑法第 38 條之 2 規定立法說明二參照）。然依新法第 38 條規定之沒收，其沒收之物係供犯罪所用、預備犯罪之物者，純為行為人固有財產，並非行為不當取得之財產，如予沒收，豈可以剝奪行為人之不當得利名之？縱沒收之物為因犯罪所生之物，亦係行為人以犯罪行為加工所得之物，亦不能謂係行為人之不當利得。即便為犯罪所得，於犯罪行為完成時，即於行為人占有支配之下，此一占有支配之關係，當然為利益（至於此利益應否剝奪，為另一問題），國家經由沒收制度，剝奪行為人已取得之此一利益，自屬對應於行為人之犯罪行為，而為行為人不利之處置，以作為其犯罪之代價，亦具有處罰之性質。何況若犯罪所得係透過交易行為而取得，通常所得之物或利益，亦包含行為人所支付之成本或稅捐等，國家將此所得沒收者，亦包含剝奪行為人為此交易所支付之成本或稅捐等固有財產，而非僅返還行為人因犯罪所得之不當得利。再依修正後規定，不問是否扣案或是否現仍存在，均予沒收，無法執行沒收時，將追徵行為人之固有財產（刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 3 項規定參照），與舊法僅「得」沒收不同。故於舊法，已廢失而不存在者，實務上認為不予沒收（司法院院字第 2259 號、最高法院 81 年度台上字第 5194 號刑事判決及 85 年度台上字第 2857 號刑

事判決參照)。但依修正後之新法，即使犯罪所得之物已不存在，仍應以剝奪行為人固有財產作為對其犯罪行為所加之痛苦或不利，而非僅剝奪其因犯罪所得之物，此剝奪行為人固有財產之效果，當然為刑罰而非不當得利。何況國家並非因行為人取得犯罪所得而受害，縱行為人取得犯罪所得為不當得利，亦為被害人依民法規定，請求返還該不當得利，並附加利息，而非國家得予剝奪而代行為人取得該利益，否則國家豈非應依不當得利之法則，返還該利益並附加利息予被害人？〔23〕

（七）或以為依新法，沒收之範圍與行為人可歸責之程度無關，故非刑罰云云。然依舊法規定，是否沒收，原則上亦與行為人之可歸責性無關，但並不妨害其具有刑罰之性質。又依刑法第 58 條規定，科罰金時，除依同法第 57 條規定審酌一切情狀外，並應審酌犯罪行為人之資力及犯罪所得之利益。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。可知如何將犯罪所得利益，實質剝奪，修法前後均允許透過罰金之數額，達到目的。就此而言，更可印證罰金與沒收，本質有相通之處，實際亦有互補之功能。〔24〕

（八）就沒收程序而言，沒收係依刑事訴訟程序為之，除有刑法第 40 條第 3 項規定或單獨宣告沒收之情形，均附隨於刑事審判之本案程序進行，於有罪判決時併於主文諭知後，由檢察官以處分方式執行（刑事訴訟法第 309 條第 1 款、第 470 條至第 473 條規定參照），係對應於判決被告有罪後之處置，亦足見具有刑事處罰之性質。〔25〕

三、縱使修正後沒收非刑罰，亦類似刑罰，仍應適用禁止不利溯及原則

應說明者，如行為時沒收非為刑罰，則有關沒收之事項如何辦理，雖無法直接適用罪刑法定原則。但若沒收性質為刑罰以外之處罰，仍應適用無法律即無處罰之原則，不得溯及既往為不利行為人之沒收，如法律已就該處罰有禁止溯及之規定者，依其規定固無問題，即使法律未為規定，亦應將罪刑法定原則，類推適用於非刑罰之處罰〔4〕～〔9〕。我國除刑法第 1 條為此規定外，社會秩序維護法第 2 條及行政罰法第 4 條規定，就國家對於人民之處罰，亦有相同規定，即出於此一法理。即便沒收既非刑罰又非處罰，仍應考慮如何適用法律不溯及既往之一般原則。〔26〕

應附一言者，以行政罰法第 20 條及第 22 條規定為例，亦有與本次新修正沒收相類似追徵不當利得、擴大沒入之規定，但同法第 45 條特別明文規定不溯及處罰。可知並非規定不當利得之沒收或追徵或擴大對第三人之沒收，即可排除不利溯及處罰禁止之原則。嚴屬性不若刑罰之行政罰，尚堅持禁止溯及處罰，何況乎刑罰？〔27〕

四、系爭規定為真正溯及之規定

（一）系爭規定變更了百餘年來之立法

我國現代刑法之草創，始於清末，1905 年由章宗祥及董康參考日本法而聯合草擬之刑律草案，除於第 5 條規定：「凡法律無正條者，不論何種行為，不得處罰。」宣示罪刑法定原則外，另於第 15 條規定剝奪公權、管束、沒收為附加刑，第 31 條第 1 項規定：「凡沒收之物，記列如左：一、違禁之物。二、供犯罪所用及預備之物。三、因犯罪所得之物。」第 2 項規定：「違禁之物不問何人所有，概行沒收。餘物以屬於本犯者為限。」此草案中關於沒收之刑罰屬性及其沒收之客體，經 1907 年日人岡田朝太郎協助完成之

「刑律草案」(為第一部近代歐陸式新刑法典，第 1 條規定不溯及、從新原則，但舊法不以為罪，不在此限，第 10 條規定罪刑法定原則、第 37 條規定沒收為從刑、第 48 條規定沒收客體)、1911 年大清新刑律(條號及內容，同前述 1907 年草案)、1912 年中華民國暫行新刑律(條號及內容，同前述 1907 年草案)、1928 年中華民國舊刑法(第 1 條規定罪刑法定原則、第 2 條規定從新從輕原則、第 50 條規定沒收為從刑、第 60 條至第 62 條規定沒收之標的物)及 1935 年中華民國刑法(第 1 條規定罪刑法定原則、第 2 條規定從新從輕原則、第 34 條規定沒收為從刑、第 38 條規定沒收之客體)，直至 104 年修法前，一百多年來，均無重大變更，系爭規定可謂變更了百餘年來之沒收制度¹³。〔28〕

(二) 是否為溯及規定，應視構成要件事實是否於舊法時即已完成

1. 是否溯及規定之判準

依據本判決所援引之釋字第 620 號、第 717 號及第 783 號解釋，均謂：「按新訂之法規，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。此種情形……無涉禁止法律溯及既往原則。」依此，「構成要件事實」於新法規生效「施行後」始完全實現者，始應適用新法。若構成要件事實於新法規生效「施行前」已完全實現者，即應適用舊法。〔29〕

¹³ 上開條文內容，參照各國刑法彙編(上)，司法行政部編輯，司法通訊社發行，69 年 6 月出版；黃源盛纂輯，晚清民國刑法史料輯注(上)，元照出版有限公司出版，2010 年 7 月初版。

應特別深論者，乃上開解釋所稱「法律關係，跨越新、舊法規施行時期」其意義為何？按「關係」云者，乃兩事物間之互動。此互動有係物理性之互動（例如日、月、地球間之互相影響，地球暖化與環境生態之互相影響），有係人與人間在感情上（例如男女朋友）、經濟上（例如消費者與生產者）、倫理上（例如五倫關係者之間）或法律上（例如權利人與義務人）之互動等。所謂法律關係，係指依法律規定所生之互動關係，此一互動關係即為法律效果，雖以權利與義務關係為最常見關係，但不以此限，例如法之地位、資格等，亦包含在內。〔30〕

應進一步說明者，就成文法律一般性結構觀察，完整之法條，通常以「……者，……。」呈現，其中，前段為構成要件事實，後段為法律效果。所謂構成要件事實，指能發生法律效果之事實，為可經由五官感受或透過證據、科技予以認識之物質世界，訴訟上是否有此事實，可依證據證明之。至於法律效果則為立法者所決定之規範世界，不是證據可證明。何種事實始為構成要件事實，亦即立法者要將何種事實賦予法律效力，係由立法者依其規範目的作出選擇。例如在民事法律，構成要件事實可能是人之行為（例如法律行為、侵權行為、無因管理行為……）、自然之事實（例如添附）等。在刑法，構成要件事實則僅限於犯罪行為人之行為。〔31〕

所謂「法律關係」，應指特定構成要件事實及所連結之法律效果之關係（例如因買賣契約之構成要件事實與其所生之買受人與出賣人間之權利義務，構成買賣關係；因殺人之構成要件事實與應受死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之刑罰，所構成殺人罪之罪刑），離開構成要件事

實，無所謂法律效果可言，亦不生法律關係。因此，前開解釋所稱「法律關係，跨越新、舊法規施行時期」，係指「特定構成要件事實及所連結之法律效果之關係，跨越新、舊法規施行時期。」如此，方能與前開解釋所稱「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」之邏輯一貫。〔32〕

2. 不法財產秩序之持續，不是構成要件事實之持續

本判決認為：「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。」雖引用釋字第 620 號、第 717 號及第 783 號解釋之前例，說明法律不溯及既往之概念，但却完全逸脫前開解釋以構成要件事實何時完成，作為判斷是否屬於溯及規定之基準。〔33〕

然而，刑法所規範之對象，為犯罪行為，並針對犯罪行為給予一定之處置（刑罰、保安處分等），至於犯罪行為所生之結果如何，有時雖為判斷構成要件是否該當之一要素，亦為量刑應審酌之事項，但刑法並不單純就犯罪之結果（例如死亡、受傷、財物損失等）另規定其法律效果（本判決所謂犯罪後之法秩序？）易言之，犯罪所生之結果並非構成要件事實，不因犯罪行為所生之結果，橫跨新舊法，發生應如何適用新舊法之問題。如依本判決見解，認為為除去舊法時期犯罪所生之不法財產秩序而制定新法，即無涉法律不溯及既往原則，那麼凡是發生於舊法之犯罪，立法者均得以該犯罪所生之不法秩序尚未除去為由，重新制定新法以除去之，以回復法秩序。例如於被害人受傷

未癒時，以新法規定被告須服侍被害人至傷癒為止，於被害人物品、建物被毀損時，以新法規定被告須修繕至完全修復為止，於被害人名譽受侵害時，以新法規定被告須登廣告、洗門風至被害人名譽已完全回復為止，則所謂罪刑法定原則，將流於一種空洞口號，毫無意義可言。〔34〕

3.系爭規定為真正之溯及既往

依系爭規定，沒收適用裁判時之法律，而犯罪行為若已進入法院審判程序並將為裁判，此時符合構成要件事實之犯罪行為當已完結。因此，系爭規定所適用之犯罪行為，可以包含兩種。其一，犯罪行為於系爭規定施行前已完結，但尚未經裁判。其二，犯罪行為於系爭規定施行後才完結。於第二種情形，犯罪行為既於系爭規定施行時，尚在持續中，自應適用系爭規定，固不生溯及既往之問題。但於第一種情形，系爭規定則為真正溯及既往之規定。〔35〕

（三）系爭規定非與「禁止溯及既往」無涉

系爭規定之立法說明謂：「本次沒收之修正，並未涉及犯罪與刑罰之創設或擴張，故與原則性禁止之『溯及既往』無涉。」然系爭規定適用刑法第38條之1第1項及第2項規定之結果，已使沒收之客體擴大，凡犯罪所得均一律沒收，不宜或不能執行沒收者，追徵其價額，並擴大對第三人利得沒收之制度，均改變修正前之規定而更不利於行為人或第三人，且依系爭規定適用修正後之沒收，性質上仍有刑罰性質，均如前述〔12〕。又罪刑法定原則並不僅適用於犯罪成立與否之規定，犯罪成立後應如何處罰，亦應受罪刑法定原則之控制，故系爭規定確有溯及適用而不利於行為人或第三人之處罰效果，上開立法說明謂系爭規

定與罪刑法定原則下，禁止溯及既往原則無涉，實難贊同。
〔36〕

五、系爭規定較修正前更不利於行為人

（一）就系爭規定修正前後之沒收規定比較言之，系爭規定所適用之刑法第 38 條之 1 第 1 項，將沒收之客體擴大包含犯罪所得利益，較修正前僅限於犯罪所得之物為廣，又犯罪所得應沒收，不能或不宜執行沒收者，追徵其價額，亦較修正前係規定「得」沒收，且無追徵之規定者，對行為人不利。依系爭規定所適用之刑法第 38 條之 1 第 2 項，更擴大至修正前所無之對第三人沒收，故系爭規定適用刑法第 38 條之 1 第 2 項之結果，對第三人亦屬不利。〔37〕

（二）雖系爭規定之立法說明謂：「此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，確認沒收已不具刑罰本質，自無罪刑法定原則之適用與適用行為時法之必然性。」云云，然刑法本身，就新法之沒收客體，仍具刑罰性質，已如前述〔12〕。就應被沒收之行為人或第三人而言，不論將沒收定性為刑罰或非刑罰，對其財產均因沒收而生被剝奪之結果，並無不同。因此，所謂對行為人利或不利之比較，應從沒收之效果觀察，而非沒收之性質。立法說明以系爭規定所適用之沒收新法並非刑罰，認不受罪刑法定原則之拘束云云，無異認為立法者可以新法繞過刑罰之用語，逃脫罪刑法定原則之控制，委實難採。〔38〕

六、充滿疑義之溯及沒收理由

（一）104 年修正之立法過程及理由

1. 法務部及立法院各黨團所提草案採不溯及既往原則

有關沒收修法之各版本，不論是法務部報請行政院院會通過會銜司法院之政府提案（立法院第 8 屆第 8 會期第 13

次會議議案關係文書院總第 246 號政府提案第 15453 號參照。另參照行政院第 3473 次會議通過之法務部擬具「中華民國刑法」部分條文修正草案)、民進黨黨團所提版本(立法院議案關係文書院總第 246 號委員提案第 18153 號參照)或國民黨黨團所提版本(立法院議案關係文書院總第 246 號委員提案第 18193 號參照),都規定沒收「適用行為時之法律」。^[39]

應值說明者,法務部報請行政院院會通過與司法院會銜之原提草案,於第 2 條第 3 項規定:「沒收,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 40 條第 2 項及第 3 項所定得單獨宣告沒收之方式,適用裁判時之法律。」並於立法說明中明確指出:「沒收影響財產權歸屬,基於保護財產權之信賴利益及法律安定性等考量,以適用行為時法為當;至第 40 條第 2 項及第 3 項所定得單獨宣告沒收之方式,應適用裁判時之法律,惟此僅限於因法律修正涉及訴訟程序之法律適用。至於訴訟程序以外關於沒收範圍等實體事項,仍應適用行為時之法律。」可知沒收適用行為時法,係政府機關經學者專家審慎研究後,所採方案。^[40]

2. 立法院黨團協商得出改採溯及既往原則

裁判時法律之規定,則是經黨團協商產生(系爭規定立法說明參照)。系爭規定修正為沒收適用裁判時之法律,既非政府提案,無從由政府提案或法律研修過程瞭解修正之理由,又立法院經黨團協商通過之理由為何,亦未公布,難以明瞭修正之真正理由。惟從刑法主管機關法務部就此黨團協商通過之條文所提供之立法說明參考資料,當亦可相當程度反應其修法理由。依法務部為此協商結論所提

供之立法說明參考資料，略以：〔41〕

(1)此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，確認沒收已不具刑罰本質，自無罪刑法定原則之適用與適用行為時法之必然性。〔42〕

(2)與沒收本質較為相近之保安處分，就非拘束人身自由之保安處分，即適用裁判時之法律，故沒收適用裁判時法並非特例。〔43〕

(3)「任何人都不得保有犯罪所得」是長久存在的普世基本法律原則。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。換言之，犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上本不在其財產權保障範圍，自應予以剝奪，以回復合法財產秩序。〔44〕

(4)本次沒收之修正，並未涉及犯罪與刑罰之創設或擴張，故與原則性禁止之「溯及既往」無涉。〔45〕

(5)另德國刑法施行法第 307 條係針對 1975 年增訂之利得沒收（Verfall）定有過渡條款，明定對於修法前實行之犯罪所得的沒收宣告，原則上適用裁判時（新）法之規定，對此規定，德國聯邦憲法法院亦未曾為違憲之宣告，故沒收新法適用裁判時法，比較法例上亦有其先例。〔46〕

(6)參諸司法院釋字第 525 號解釋意旨，對於犯罪所得之持有人，難認其有何強過公共利益之信賴保護需求，故適用裁判時法之立法政策決定，亦符合憲法本旨。〔47〕

(7)在個案適用時，得透過第 38 條職權沒收及新增之第 38 條之 2 過苛條款予以調節，兼顧比例原則。〔48〕

（二）不得依立法理由處罰人民

依系爭規定適用修正後刑法第 38 條之 1 第 2 項之結果，

係針對「違法行為」所得為沒收。但何謂「違法行為」？我國刑法並未如德國刑法於第 11 條第 1 項第 5 款為明文，而係依法務部所提供之立法說明，謂不以行為具備「有責性」為必要。此種透過行政部門所提供之立法說明，設定不利於人民之處罰條件，以取代應由法律明文規定之法律，如可通過憲法之違憲性審查，那麼「罪刑法定原則」或「無法律即無處罰」之憲法原則，將流於空談。（其餘參考前述〔17〕～〔19〕之說明）〔49〕

（三）沒收不能比擬非拘束人身自由之保安處分

系爭規定之立法說明雖謂：「與沒收本質較為相近之保安處分，就非拘束人身自由之保安處分，即適用裁判時之法律，故沒收適用裁判時法並非特例。」然沒收具有刑罰性，其對象為一般犯罪行為人，主要目的在於處罰，且係針對財產為之，執行之範圍固定，一旦沒收即無回復該財產之可能；至於保安處分純為預防將來再犯目的，除對外國人得採驅逐出境外，通常係針對有再犯傾向之人，施以治療、隔絕、保護管束等措施，以改善再犯可能性，故均係針對行為人之人身為之，於處分目的達成時，即予停止，執行之期間較具彈性，且一旦停止執行，即回復未執行前之狀態。可知沒收與保安處分二者，本質、目的及對行為人之影響，明顯不同，難以相提並論。〔50〕

何況沒收係剝奪人民之財產，如果是鉅額之沒收，或掏空一切之沒收，對於行為人而言，其結果可能比判決處有期徒刑或人身自由受限制之保安處分，更為嚴重，豈可無條件之不利溯及？〔51〕

（四）美麗而危險之立法理由

1. 系爭規定之立法說明謂：「任何人都不得保有犯罪所

得（Crime doesn't pay；Verbrechen dürfen sich nicht lohnen！）」是長久存在的普世基本法律原則。犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上本不在其財產權保障範圍，自應予以剝奪，以回復合法財產秩序。」〔52〕

2.然而，所謂「任何人都不得保有犯罪所得」，可能僅是一句美麗而危險之詞藻，引人入勝但漏洞百出、處處陷阱。例如由「任何人都不得保有犯罪所得」一詞，導出「犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上本不在其財產權保障範圍」之結論，即與現行民法及刑法有關財產權保護之規定，大相徑庭。〔53〕

首先，如果犯罪所得不受財產權保護之結論可以成立，豈不代表「黑吃黑」是法律所允許？如「黑吃黑」為法律允許，那麼「吃黑者」又被「黑吃黑」，也會被允許，如此一再循環，豈是憲法所能容忍之財產秩序？上開結論完全忽略憲法所保障之財產權，並不以合法取得之財產為限，即使非合法取得，欲加以剝奪，仍須遵守法律所定之條件與程序，以避免紛爭之延續與擴大之意旨。從而，未依法律程序而剝奪他人因犯罪所得之物，仍為法律所禁止，例如：1.甲施用詐術致乙陷於錯誤而將所有珠寶一件，低價出賣予甲，縱使甲係以犯罪行為詐得之該珠寶，但其惡意取得之占有，仍受民法保障，丙若盜之、搶之，將該珠寶據為己有，甲仍得依民法第962條規定，請求丙返還。又2.丙若竊取或搶奪該珠寶，仍係侵害甲受法律保護之財產持有法益，而成立刑法第320條第1項之竊盜罪或第325條第1項之搶奪罪。〔54〕

其次，甲不因犯罪而移轉所有權歸屬之結論，亦不當然正確。如前例，甲雖施用詐欺買得該珠寶，若受詐欺之乙並未依民法第 92 條第 1 項規定撤銷其出賣之意思表示，甲、乙間之買賣契約仍屬有效，甲仍可取得該珠寶之所有權。〔55〕

3. 尤應注意者，更不能由「任何人都不得保有犯罪所得」，導出「犯罪所得不具有值得保護之正當信賴」，故沒收可無條件地溯及，而不受罪刑法定原則控制之結論。蓋「任何人都不得保有犯罪所得」，本來就可能與民法等法律規定不符，而且欠缺作為刑法規範之明確性特質。如據以推論出對於行為人犯罪所得可溯及沒收之結論，後果將十分嚴重。〔56〕

所謂「值不值得保護之正當信賴」，本來就含有極高成分之主觀的價值評價，不但每個人都有其觀點，言人人殊，更可能因時間、環境不同而異，並非放諸四海皆準。以前述〔39〕～〔41〕系爭規定之立法過程為例，法務部原提案說明指出「沒收影響財產權歸屬，基於保護財產權之信賴利益」，但經立法院黨團協商後，變更為「對於犯罪所得之持有人，難認其有何強過公共利益之信賴保護需求」，做為刑法主管機關，短期內竟有完全相反之觀點，可知其內涵之浮動不定，豈可以之為溯及處罰人民之論據？如果「任何人都不得保有犯罪所得」，可以作為溯及沒收之理由，那麼「任何人都必須為其犯罪付出應有之代價」，也可以成為行為後以新法律增加刑度，並溯及適用，以符合「犯罪行為與處罰之相稱性」之理由，其後果將不堪設想。〔57〕

本席認為，於罪刑法定原則之下，只要行為時之法律未規定應予以沒收，或法律雖規定得予沒收，但法院未

予沒收之財產，即屬受法律保護之財產，除了因犯罪行為而權利受侵害之第三人，可依據民法等法律，對該未經沒收之財產主張權利外，並非任何人都可以如此主張，國家更不得本於刑罰權為之。換言之，超過行為時法律所規定沒收範圍之財產，便不是「任何人都不得保有犯罪所得」之財產，如國家以制定事後法之方式，對此財產為沒收，性質上即屬對已受法律保障之人民財產為沒收，自非憲法所許。〔58〕

（五）出於對德國法之誤解而立法

1. 依法務部所提供之立法說明，謂：「德國刑法施行法第 307 條係針對 1975 年增訂之利得沒收（Verfall）定有過渡條款，明定對於修法前實行之犯罪所得的沒收宣告，原則上適用裁判時（新）法之規定。對此規定，德國聯邦憲法法院亦未曾為違憲之宣告，故沒收新法適用裁判時法，比較法例上亦有其先例。」〔59〕

2. 然而德國刑法總則，係規定沒收準用刑罰之規定（德國刑法第 2 條第 5 項沒收準用第 1 項至第 4 項刑罰之規定），禁止不利之溯及沒收，原則上適用「行為終了時之法律」，但裁判前有變更者，適用「最有利於行為人之法律」（德國刑法第 2 條第 5 項沒收準用第 1 項至第 4 項刑罰之規定）。而依德國刑法施行法第 307 條第 1 項第 1 款規定，得適用新法關於沒收之規定者，以舊法已有規定利得沒收或一般沒收為前提。只有在「關於估算、過苛情形之裁判、利得沒收之效力及其事後宣告」可完全適用新法（同條項第 2 款）。且同條第 3 項規定，如舊法對被沒收較有利者，即不適用第 1 項第 1 款之規定，可謂係從輕從新之規定，與德國刑法第 2 條第 5 項之規定相同，與我國系爭規定無條件地採

完全溯及既往迥然有別¹⁴。故學說認為，引德國刑法施行法第 307 條作為沒收溯及之立法例，係出於誤會¹⁵，非出無因。〔60〕

要言之，德國刑法施行法第 307 條係從新從輕之立法，並非無條件溯及既往，與我國刑法第 2 條第 1 項採從舊從輕之結論相同。系爭規定修正之立法說明實出於誤會。〔61〕

3.德國聯邦憲法法院就德國刑法施行法第 307 條之判決，係謂「刑法第 73d 條並未違反禁止溯及既往。根據德國聯邦最高法院之見解，擴大利得沒收對於受干預人在指示適用刑法第 73d 條規定生效前所取得之標的，依據刑法第 2 條第 5 項結合第 1 項而不適用之。在此無憲法疑慮之法律解釋下，擴大利得沒收之規定並沒有溯及既往效力。」¹⁶明確指出在德國法背景下，關於擴大利得沒收，並無溯及效力。學說上認為我國系爭規定誤引該憲法法院見解，認為德國係採溯及沒收，但憲法法院認為合憲，據為立法參考之依據，實有嚴重誤解¹⁷。〔62〕

（六）德國刑法原則上仍禁止不利之溯及沒收

德國雖於 2017 年就沒收再為大幅修正，但做為刑法原則性之總則編第 2 條第 5 項，仍維持沒收準用刑罰規定，採從舊從輕原則。至於其刑法施行法雖同步修正第 316h 條，

¹⁴林書楷，刑法總則，第 587 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司。

¹⁵朱石炎，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，2016 年 1 月 15 日，司法院出版；張志偉，刑法不法利得沒收制度溯及適用之憲法問題，法令月刊，第 68 卷 6 期，第 123 頁，2017 年 6 月；柯耀程，沒收制度的實然與應然，東海大學法學研究，第 53 期，第 25 頁、第 26 頁，2018 年 1 月；林書楷，刑法總則，第 587 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司。

¹⁶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)，月旦裁判時報，第 48 期，第 165 頁，2016 年 6 月；張志偉，同上註。

¹⁷林書楷，刑法總則，第 587 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司；張志偉，同上註。

規定沒收規定之溯及適用於 2017 年 7 月 1 日施行後第一次就沒收作成之裁判，但限於 2017 年 4 月 13 日前法院不曾裁判「是否」宣告沒收之事件，以維護法之安定性。亦即如下級審於 2017 年 4 月 13 日前已宣告不予沒收，縱案件繫屬於上級審時該法已施行者，仍適用舊法¹⁸。〔63〕

申言之，即便德國於 2017 年大幅修正沒收之規定，但於刑法仍維持準用刑罰規定，採從舊從輕原則，至於其刑法施行法第 316h 條之溯及適用，亦有其條件與限制。何況依學者研究，即使是德國刑法施行法第 317h 條之規定有限度之溯及沒收，不僅德國學者亦對此表示質疑違反罪刑法定原則及禁止溯及既往原則，也引發部分德國法院以其違反德國基本法第 103 條第 2 項與歐洲人權公約第 7 條罪刑法定原則為理由，拒絕適用上開施行法溯及既往條款，亦有律師表示衷心期待有更多法院拒絕適用¹⁹。〔64〕

但在我國經由系爭規定將沒收無條件全面溯及適用，即便日後再就沒收之個別條文再為修正，亦一律適用再修正之新規定，且不論下級審是否宣告沒收，一律以上級審裁判時為準，與德國刑法大不相同。〔65〕

要之，我國依系爭規定溯及適用之沒收範圍，遠遠超過德國法，等同透過系爭規定，給了沒收制度可逃脫罪刑法定原則下禁止不利溯及原則，無限期之通行證，日後不論沒收再為如何修正，亦均適用再修正之規定，不發生違憲問題，其後果確實嚴重。〔66〕

（七）釋字第 525 號解釋，與沒收不同

¹⁸ 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，臺大法學論叢，第 47 卷第 3 期，2018 年 9 月，第 1102 頁。

¹⁹ 林書楷，刑法總則，第 587 頁及第 588 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司。

按釋字第 525 號解釋係針對銓敘部先以函釋，將後備軍人轉任公職考試比敘條例第 3 條第 1 款適用對象常備軍官，擴張及於志願服 4 年預備軍官現役退伍之後備軍人，嗣又停止該擴張之函釋，是否損及志願服 4 年預備軍官現役退伍之後備軍人轉任比敘之信賴保護利益為解釋，是「應給予利益而停止給予」之服公職權保障問題，與溯及沒收為「不應剝奪而剝奪」之人民財產權保障問題，完全不同，本難比擬。〔67〕

何況，依該解釋，除非法規預先定有施行期間、因情事變遷而停止適用不生信賴保護問題，或法規有重大明顯違反上位規範情形或法規係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護外，即應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，始符合憲法信賴保護原則。就系爭規定而言，並無該解釋所指不生信賴保護或不值得保護之情形，竟未採過渡期間之條款，依上開解釋意旨，自屬違反憲法信賴保護原則。〔68〕

（八）過苛條款與禁止溯及既往原則無關

修正後之刑法第 38 條之 2 雖規定，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。但不利之溯及沒收，是否合憲？應否禁止？為前提問題，如屬違憲，根本不得為之，而非過苛時，始得不為之。〔69〕

（九）系爭規定亦違反平等原則

依系爭規定適用修正後沒收規定之結果，亦會造成完全不相干之二人，在同一時間在不同地點，個別犯相同罪名，僅因其中一人係於修正前受裁判，另一人於修正後受

裁判之裁判時間不同，致其犯罪所得之利益應否沒收，有完全不同之結果。此一法律上完全不同之對待，並非基於其行為之性質不同所生，而係基於行為人未必能控制之訴訟程序進行速度使然，此種既非基於事物之本質不同，又非可歸責於行為人之不平等之不利益待遇，純然係因系爭規定之選法所生，則系爭規定亦已違反憲法第 7 條所宣示之平等原則。〔70〕

（十）系爭規定違反比例原則

其實犯罪所得的態樣十分多元，掏盡一切沒收貪污、組織犯罪、重大經濟犯罪、販毒或恐怖組織之犯罪所得，與掏盡一切一般市民偷、搶、盜、騙、賭之犯罪所得，未扣案或已費失者亦應追徵之，對重大公共利益之維護，情況並不完全相同，難以一概而論。各特別法規定犯罪所得之沒收範圍，及不能沒收時之追徵價額，立法目的均有不同。系爭規定不問類型之不同，將沒收一概適用裁判時法，顯然濫用立法裁量，違反比例原則²⁰。〔71〕

（十一）系爭規定違反信賴保護原則

按於罪刑法定原則下，何種情形始成立犯罪，以及犯罪成立後應如何處罰，均以行為時法律有明文者為限。這樣的法律原則，確實賦予刑法新的意義及功能，使刑法揮別長久以來從統治者之觀點，以刑法為禁止人民為一定行為之工具，變成從人民之觀點，以刑法保障機能保護人民之自由，除了法律所明文規定之行為外，人民可以自由為其他任何行為，也不會構成犯罪及或受刑罰處罰。因此，罪刑法定原則可以說是國家保障人民自由之最明確宣告。又從我國刑法之發展言之，自清末 1905 年由章宗祥及董康

²⁰ 朱石炎，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，第 1782 期，2016 年 1 月 15 日，司法院出版。

聯合草擬之刑律草案開始，至 2015 年訂定系爭規定，2016 年施行系爭規定止，長達百年以上之歷次刑法典或草案，均明白規定沒收為從刑，適用罪刑法定原則，足以證明不論在君主專制體制正在崩解之際，或其後之連年爭戰或解除戒嚴後法治回復常軌之年代，國家從未放棄或動搖對沒收應適用罪刑法定原則之立場。因此，人民相信這樣已為舉世皆然，且堅持百年之法律原則仍會持續，當然具有完全正當及可期待性：「不在法律規定沒收範圍之財產，是受法律所保障之財產。」從而罪刑法定原則下禁止法律為不利之溯及沒收，應屬人民最可信賴之保護人民之法律原則。〔72〕

前述〔40〕，法務部報請行政院院會通過之原提案，關於刑法第 2 條第 3 項，採沒收不溯及既往原則，其理由亦謂：「沒收影響財產權歸屬，基於保護財產權之信賴利益及法律安定性等考量，以適用行為時法為當。」可知系爭規定貿然變更法務部之原提案，採溯及沒收之規定，改變百餘年來堅持之刑罰原則，確實是破壞最具有可信賴之法律原則。〔73〕

肆、附言

憲法是人民權利之保障書，保障人民自由自在、隨心所欲地生活，是憲法核心之宗旨。為了達成此一宗旨，憲法開宗明義於第 1 條表明我國為民主共和國，第 2 條表明我國為主權在民之國家，於第 2 章規定「人民之權利義務」，一再堅定宣示憲法是為保障人民之自由及權利而訂定，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。換言之，保障人民之自由與權利，才是憲法之目的，至於維持社會

秩序或增進公共利益，只是為了保障多數人之自由與權利，而在必要範圍內對於個人之自由權利予以限制，並非憲法所追求之獨立目的。〔74〕

保障每一個人民之自由與權利，雖為憲法之核心目的，但相較與國家或政府機關所擁有之資源與力量，個人畢竟是十分微弱的，為避免因國家權力過於集中致侵擾人民之自由及權利，憲法乃透過權力分立之設計，從橫向將國家權力分由行政、立法、司法、考試及監察等院行使，彼此制衡。〔75〕

因此，一旦人民認為政府措施或法律，已侵犯其自由或權利時，即必須由獨立之司法機關，依據憲法及法律規定，進行判斷與解決，若涉及憲法爭議，司法院大法官即扮演不可或缺之角色。如何從憲法保障人民自由與權利之意旨，充分落實權力分立之機制，對於行政措施或立法，進行嚴格之憲法審查，確保行政措施或立法，均符合憲法保障人權之意旨行事，變成大法官最重要，甚至唯一之任務。〔76〕

刑事處罰乃國家干預人民自由與權利之各項措施中，最為嚴厲者，因此各國多於憲法明文規定國家以刑罰干預人民自由或權利之要件或程序，我國憲法第8條所以就人民自由與權利之保障，特別詳細規定國家對人民人身自由干預時，應遵守之程序，亦本於此旨。〔77〕

就本件而言，涉及立法者以新修正之法律，溯及刑事處罰人民之問題，可以說是對刑事法最根本之罪刑法定原則進行挑戰，當然是觸動了憲法保障人民自由與權利最敏感之神經。針對這樣嚴肅之憲法議題，由政府主管部門延聘相關專家學者詳細評估與研究所提出草案及立法院各政

黨分別提出之草案，所採之不溯及既往原則，倏忽之間，竟以黨團協商方式，一百八十度轉變為採溯及既往原則，本席面對這樣髮夾彎式立法，自應責無旁貸，從憲法保障人民自由與權利之宗旨出發，仔細盤點相關問題，進行嚴格之憲法審查。〔78〕