

1 狀 別 **法規範憲法審查聲請書**

2 聲 請 人 葉秀貞、汪家興、汪家勇、汪家明、汪君玲

3 英屬維京群島商 Euromax Limited

4 代表人：汪家興

5 英屬維京群島商 Sableman International Limited

6 代表人：汪家興

7 英屬維京群島商 Luxmore Inc.

8 代表人：汪家興

9 上開聲請人 徐履冰律師（送達代收人）

10 共同訴訟代理人 范嘉倩律師 台北市愛國西路9號3樓之7

11 電話：(02)2388-3235

12 聲請線上查詢案件進度，陳報 E-Mail 如下：

13
14 茲依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定，聲請法規範憲法
15 審查：

16 **原因案件或確定終局裁判案號**

17 最高法院 108 年度台抗字第 458 號裁定。

18 最高法院 110 年度台抗字第 1386 號刑事裁定。

19 **審查客體**

20 確定終局裁判所適用之法規範：刑法第 2 條第 2 項、第 38 條之 1 第 2 項、第
21 40 條第 3 項規定。

22 **應受判決事項之聲明**

23 刑法第 2 條第 2 項、第 38 條之 1 第 2 項、第 40 條第 3 項規定應受違憲宣告，
24 並溯及自中華民國 104 年 12 月 30 日起失效。

25 （前揭刑法第 2 條第 2 項、第 38 條之 1 第 2 項、第 40 條第 3 項係於中華民國
26 104 年 12 月 30 日修訂公告，並依刑法施行法第 10 條之 3 第 1 項之規定於中
27 華民國 105 年 7 月 1 日起施行）

28 **事實上及法律上之陳述**

1 **壹、聲請法規範憲法審查之目的：**

2 為檢察官聲請單獨宣告沒收案件，認最高法院 108 年度台抗字第 458 號
3 裁定及 110 年度台抗字第 1386 號刑事裁定所適用之刑法第 2 條第 2 項、
4 第 38 條之 1 第 2 項、第 40 條第 3 項規定，違反憲法第 15 條保障人民財
5 產權、違反憲法第 8 條罪刑法定不溯既往原則、違反憲法第 23 條比例原
6 則、違反憲法第 1 條及第 2 條民主國、法治國原則，為此聲請法規範憲
7 法審查。

8 **貳、所經過之訴訟程序、確定終局裁判暨其所適用之法規範：**

9 **一、本件爭議之背景（前案）**

10 因我國向法國採購拉法葉艦，雙方合約規定不得給付佣金，嗣後發現
11 法國違約給付汪傳浦佣金，台北地檢署 95 年間起訴指稱：該法國所付
12 佣金為貪污治罪條例所稱之回扣，郭力恆、汪傳浦及葉秀貞為共同收
13 取回扣之正犯；汪家興、汪家勇、汪家明、汪君玲為幫助犯；郭問天
14 則為洗錢。臺灣臺北地方法院 95 年度矚重訴字第 2 號判決認定：郭力
15 恆收取回扣、郭問天洗錢；宣告沒收者僅限郭力恆收取之回扣
16 17,588,141 美元。至於汪傳浦與郭力恆屬對向關係，並無犯意聯絡，
17 尚難認汪傳浦與郭力恆應成立收取回扣共同正犯（判決書第 54 頁）。
18 上訴二審後，臺灣高等法院 100 年度金上重訴字第 10 號判決改認定：
19 郭力恆與汪傳浦共同收取回扣，但限於 Thomson 公司匯入 Euromax
20 公司帳戶之款項，即宣告郭力恆應與汪傳浦連帶沒收之 3 億 4,053 萬
21 3,140 美元、476 萬 461 法郎。郭問天仍為洗錢。至於檢察官起訴指稱
22 葉秀貞為共同收取回扣之正犯，汪家興、汪家勇、汪家明、汪君玲為
23 幫助犯等節，上述第一及第二審法院均予否定；至於聲請人中之
24 Euromax 公司等 3 法人，起訴書根本未曾提及。嗣經檢察官上訴第三
25 審，主張前揭第二審判決以外，Thomson 公司匯入 Middlebury 公司
26 帳戶之佣金款項，也應列為共犯、收取回扣之範圍；經最高法院 103
27 年度台上字第 1201 號判決駁回，故該第二審判決已確定在案。此為本
28 件沒收爭議案之關聯前案，亦為本件是否存在犯罪所得、得否宣告沒

1 收之前提，合先敘明。

2 二、制定單獨宣告沒收新法

3 汪傳浦於 104 年 1 月 20 日死亡，臺灣臺北地方法院於 104 年 4 月 23
4 日以 104 年度矚重訴緝字第 1 號對汪傳浦作成公訴不受理判決。刑法
5 有關沒收之相關規定則於 104 年 12 月 30 日、105 年 6 月 22 日歷經二
6 次修正後公布，依刑法施行法第 10 條之 3 規定，自 105 年 7 月 1 日開
7 始施行。另 105 年 6 月 22 日刑事訴訟法亦制定第 7 編之 2（第 455 條
8 之 12 至 455 條之 37）之沒收特別程序，以為配套因應。

9 三、本件爭議訴訟程序之啟動與經過

10 (一) 最高法院檢察署特別偵查組檢察官於新法施行之日，105 年 7 月 1
11 日向臺灣臺北地方法院提出 105 年度聲沒字第 1 號聲請書（因修法
12 本來就是針對本件特定個案，詳後述），將汪傳浦、葉秀貞、汪家
13 興、汪家勇、汪家明、汪君玲 6 人列為「被告」，主張渠等 6 人與郭
14 力恆共同自 Thomson 公司收受不法回扣共計美金 4 億 8,232 萬 8,242
15 元、法國法郎 2 億 934 萬 3 元（聲請書第 16 頁），均逃匿國外，經
16 法院傳喚皆未到庭接受審判，另汪傳浦業於 104 年 1 月 20 日死亡，
17 主張本件已有事實上或法律上原因未能追訴，而請求依刑法第 40 條
18 第 3 項、第 38 條之 1 第 1 項規定，單獨宣告沒收不法所得云云（聲
19 請書第 69、70 頁）；並謂扣案之金融帳戶為渠 6 人所有，或由其等
20 所設立之 Euromax 公司等三公司帳戶取得，該公司因他人違法行為
21 而無償取得匯至其帳戶內之不法所得款項，亦請求法院依刑法第 40
22 條第 3 項、第 38 條之 1 第 2 項第 2 款、第 1 項規定，宣告沒收其等
23 帳戶內之不法所得及孳息（參聲請書第 74 頁）。

24 須特別提請注意的是：檢察官聲請沒收金額，除前案即臺灣高等法
25 院 100 年度金上重訴字第 10 號判決確定有罪之部分外（Thomson
26 公司匯入 Euromax 公司帳戶之款項），尚包括已被前案即最高法院
27 103 年度台上字第 1201 號判決駁回，即確定並無不法之部分
28 （Thomson 公司匯入 Middlebury 公司帳戶之款項），檢察官就法院

1 確定判決已認定無罪之部分仍聲請沒收，已明顯違法。

2 (二) 本案第一審裁定即臺灣臺北地方法院 105 年度單聲沒字第 1 號裁
3 定，根據前案第二審及第三審之事證，認定汪傳浦為刑法第 38 條之
4 1 第 1 項前段之犯罪行為人，葉秀貞等 5 位自然人及 Euromax 公司
5 等 3 位法人則是因汪傳浦違法行為而無償取得其犯罪所得（包括本
6 金、孳息）之第三人，而謂本案應有刑法第 38 條之 1 第 2 項第 2 款
7 之適用；並依修正後刑法第 2 條第 2 項及第 40 條第 3 項規定，判定
8 本案有事實上原因未能追訴犯罪之情形，而按檢察官之聲請，將
9 Thomson 公司匯入 Euromax 公司及 Middlebury 公司之款項，均裁定
10 列為應沒收之犯罪所得本金，僅利息部分較檢察官聲請金額略有酌
11 減。

12 （檢察官聲請書將葉秀貞等 5 位自然人均列為被告，但第一審法院
13 裁定表示無法僅憑現存之證據即認定該 5 位自然人為犯罪行為人，
14 故法院直接將 5 位自然人轉換身份為第三人。此轉換是否合法，亦
15 非無疑。）

16 (三) 聲請人提起抗告後，第二審即台灣高等法院 107 年度抗字第 70 號裁
17 定，敘明本件之法律依據包括：修正後刑法第 2 條第 2 項規定、刑
18 法第 40 條第 3 項（本案確屬已有事實上原因未能追訴犯罪行為人汪
19 傳浦犯罪之情形）、刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 2 項（參裁定
20 書第 5 至 6 頁、第 8 頁）；第二審裁定同樣將 Thomson 公司匯入
21 Euromax 公司及 Middlebury 公司之款項均列為應沒收之犯罪所得本
22 金，利息部分則較第一審裁定之金額更為擴張。

23 (四) 聲請人提起再抗告，第三審即最高法院 108 年度台抗字第 458 號裁
24 定認為，前案判決確定之部分（Thomson 公司匯入 Euromax 公司
25 帳戶之款項），維持原裁定依刑法第 38 條之 1 第 2 項第 2 款規定對
26 聲請人宣告沒收之判斷。換言之，此部分即因駁回再抗告而確定在
27 案。

28 然則，第三審指明刑法第 38 條之 1 第 4 項參酌民法第 69 條規定，

1 犯罪所得與違法行為必須具有「直接關聯性」，孳息亦應明確認定其
2 屬性係利息、租金或其他因法律關係所得之收益，且違法行為與孳
3 息須具有「直接關聯性」，始得宣告沒收。是以，就 Thomson 公司
4 匯入 Middlebury 公司帳戶之款項是否屬於犯罪所得，以及 Euromax
5 公司與 Middlebury 公司帳戶款項有無產生孳息與其數額等爭議，第
6 三審認為第一審並未進行實質之調查證據及辯論程序，第二審未糾
7 正第一審之錯誤，亦未補行上述程序，同有違誤，應撤銷發回。

8 (五) 發回更審後，第二審即台灣高等法院 108 年度抗更一字第 3 號裁定
9 所列法律依據包括：修正後刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 2 項，
10 刑法第 2 條第 2 項、刑法第 40 條第 3 項規定（參裁定書第 8 至 10
11 頁）；仍將 Thomson 公司匯入 Middlebury 公司之款項列為應沒收之
12 犯罪所得本金，但利息部分不採檢察官之估算方式，逕以國際銀行
13 提供之各該年度美元定期存款利率平均值估算其孳息數額（參裁定
14 書第 36 至 37 頁）。

15 (六) 聲請人提起再抗告，第三審即最高法院 110 年度台抗字第 1386 號裁
16 定，以刑事前案確定判決之拘束力不能拘束他案法院為由，認定
17 Thomson 公司在郭力恆於 82 年 12 月 18 日因另案遭羈押後匯入
18 Middlebury 公司之款項，仍屬汪傳浦與郭力恆共犯收取回扣罪之犯
19 罪所得（本金），維持原裁定依修正後刑法第 38 條之 1 第 2 項第 2
20 款規定准許對聲請人宣告沒收之認定。換言之，此部分即因駁回再
21 抗告而確定在案。

22 然則，第三審指明修正後刑法第 38 條之 2 第 1 項所謂估算法則之運
23 用，僅在犯罪所得之存在得以確認後，始得為之；而所謂孳息，取
24 得直接利得後，有無變得之物或財產上利益？如屬金錢，有無法定
25 孳息等間接利得？甚至有無損失？因而認為原裁定未就此間接利得
26 之存否，適用嚴格證明法則予以調查確認，即憑以估算全部回扣本
27 金所得之法定孳息範圍，尚非允洽（參裁定書第 7 至 8 頁），就孳息
28 部分全部予以撤銷發回。

1 (七) 依上說明，本件檢察官聲請沒收之本金部分已全部裁定確定，確定
2 之終局裁判包括：最高法院 108 年度台抗字第 458 號裁定（即宣告
3 沒收前案確定判決認為有罪之部分，指 Thomson 公司匯入 Euromax
4 公司帳戶之本金）；最高法院 110 年度台抗字第 1386 號裁定（即宣
5 告沒收前案確定判決認為無罪之部分，指 Thomson 公司在郭力恆於
6 82 年 12 月 18 日因另案遭羈押後才匯入 Middlebury 公司之本金）。
7 目前僅剩聲請沒收孳息部分，由台灣高等法院 110 年度抗更二字第
8 5 號案件審理中。

9 **參、確定終局裁判所適用之法規範違憲之情形：**

10 **一、修訂刑法單獨宣告沒收之相關規定，法務部一開始就公開表明是針對**
11 **本案聲請人所為之針對性立法，已屬違憲：**

12 (一) 95 年間檢察官起訴郭力恆、汪傳浦，以及聲請人葉秀貞、汪家興、
13 汪家勇、汪家明、汪君玲之際，於起訴書頁 3 記載「汪傳浦因另案
14 於 92 年 10 月 6 日發布通緝」云云；該所謂另案，就是指 82 年間發
15 生之尹清楓命案；尹案原無任何進展，後因 82 年新政府上台，指
16 令檢調大張旗鼓偵辦，遂引發拉法葉艦採購佣金案；因此政治性的
17 辦案需要，檢察官在毫無事證的情況下，竟將汪傳浦以殺人罪嫌發
18 布通緝。該所謂殺人案云云，後竟無疾而終，足見該罪名純屬虛
19 妄。但汪傳浦因檢方這種舉動，不敢返臺受審；故我國司法機關所
20 作對汪傳浦「共同收受回扣」之判決，臺灣當局聲請匯回所凍結汪
21 傳浦（與家族）之資產，外國法院多年來始終未准許。汪傳浦於
22 104 年 1 月 20 日死亡之消息見報後，臺灣各界關切如何取回汪傳浦
23 （與家族）在國外被申請凍結的資產，在 104 年 4 月 13 日立法院外
24 交及國防、司法及法制兩委員會聯席會議中，時任法務部常務次長
25 之蔡碧玉，回覆立法委員詢問如何取得汪傳浦在海外被凍結之財產
26 時，竟明白表示為了解決前述汪案的問題，將儘速透過沒收法制之
27 修訂，可以讓法院對於未到庭受審之被告，單獨宣告沒收財產¹。

28 ¹ 立法院公報第 104 卷第 30 期委員會紀錄，第 48 頁。

1 (二) 學者亦撰文說明，因臺灣法院不能為有罪判決，無法沒收汪傳浦
2 (與家族) 在國外被凍結的「賄款」，使官方希望修法擴大單獨宣
3 告沒收²。法務部檢察司副司長余麗貞甚至在 105 年 1 月修法草案研
4 討會上，公開表示：「因為明年年初選舉的關係，立法院審議時間
5 肯定被縮短，這部分對法務部壓力是還滿大，因為瑞士要不要凍結
6 那個案件的財產，我們需要安撫，因此希望能夠在這個會期通過，
7 順利透過裁判，能以最快的時間把汪案凍結的金額取回，所以這一
8 屆立委就這個法，對國家的貢獻是很大的...我們就是要解決這個案
9 子，沒收汪案不法所得」³。足見於 104 年 12 月 30 日、105 年 6 月
10 22 日歷經二次修正公布，自 105 年 7 月 1 日開始施行之刑法沒收相
11 關規定，一開始就是針對本案抗告人而生之針對性立法，相關沒收
12 法制之合憲性已有疑慮⁴。

13 (三) 再查，當初法務部陳報行政院經該院函請司法院同意會銜提送立法
14 院審議之草案版本第 2 條第 3 項內容為：「沒收，適用行為時之法
15 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
16 律；第 40 條第 2 條及第 3 項所定得單獨宣告沒收之方式，適用裁判
17 時之法律。」其立法理由欄進一步書明：「因沒收影響財產權歸
18 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
19 時法律為當；至第 40 條第 2 項及第 3 項所定得單獨宣告沒收之方
20 式，應適用裁判時法律，惟此僅限於因法律修正涉及訴訟程序之法
21 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
22 為時之法律。」⁵亦即，採「實體從舊從輕、程序從新」；當時草案

24 ² 薛智仁 (國立台灣大學法律學院副教授)，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑
25 義，台大法學論叢第 47 卷第 3 期，107 年 9 月，第 1055 頁。

26 ³ 余麗貞 (法務部檢察司副司長) 等，刑事法研究會第三次沒收研討會「刑法沒收草案之檢討與展
27 望」，臺灣法學雜誌第 287 期，105 年 1 月 14 日，第 116、151 頁。

28 ⁴ 陳運財 (國立成功大學法律學系教授)，於接受臺灣高雄少年及家事法院邀請就刑法沒收新制進行
專題演講時，便指出此次沒收新至背後有為個案修法之虞。陳運財教授談少年事件之沒收，臺灣高
雄少年及家事法院第 23 期院刊，106 年 10 月 6 日，第 40 頁。

⁵ 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。

1 符合法理，甚為妥適⁶。顯見法務部嗣後係因政治考量，放棄原則，
2 改變立場。

3 (四) 司法院刑事廳廳長蔡彩貞在 105 年 1 月參與刑事法研究會第三次沒
4 收研討會時，也曾明確表示：「行政院刑法草案規定其第 40 條要從
5 新，也就是從裁判時法，觀其文義，似有理解為該條規定所指之沒
6 收範圍及單獨宣告方式都從裁判時法之可能，而沒收範圍若一律適
7 用裁判時法，恐有違反不溯及既往原則之疑慮。經過行政院蔡政委
8 到我們司法院來溝通以後，我們才瞭解該規定所謂從裁判時法，指
9 的是第 40 條沒收規定中，單獨宣告的『方式』要從新，此法律上
10 尚無太大扞格，所以我們尊重行政院的決定，但建議該規定文字宜
11 予調整」；「我們（指司法院及法務部）就適用裁判時法有共識的，
12 不是整個單獨宣告沒收，只是就『單獨宣告程序』部分，也就是對
13 單獨宣告方式來沒收的方式有共識。」、「關於第 3 項過去沒收不能
14 以單獨宣告之方式為之，而現在可以以單獨宣告方式為之者，可依
15 新法以單獨宣告方式沒收，較沒問題；但就沒收範圍，如過去不能
16 沒收的，現在還是不能沒收」⁷。

17 (五) 承上述，臺灣大學法律學院教授林鈺雄等學者在該研討會上，對於
18 草案版本採取行為時法，亦均無異議⁸。詎料進入立法部門後，因恐
19 無法以新法適用於本件抗告人，未經邀集學者及實務界充分研討，
20 即更動成為現今所見，三讀通過公布之第 2 條第 2 項內容，沒收
21 (不分程序及實體)改為適用裁判時之法律。

22 二、刑法第 2 條第 2 項修正條文，將「沒收」定為適用裁判時法，其違憲
23 之理由說明如下：

24 立法院就刑法第 2 條第 2 項修正條文之立法理由略謂：「(一)沒收改列
25 獨立一章後已不具刑罰本質，可比照非拘束人身自由之保安處分而適

26
27 ⁶ 朱石炎 (司法院顧問，東吳大學客座教授)，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，司法週刊第 1782 期，105 年 1 月 15 日。

28 ⁷ 余麗貞等，前揭註 3，第 115、151、153 頁。

⁸ 余麗貞等，前揭註 3，第 116、151-154 頁。

1 用裁判時法；(二)任何人都不得保有犯罪所得，是普世存在之基本法律
2 原則，剝奪犯罪所得，不在財產權保障範圍，與原則性禁止之「溯
3 及既往」無涉；(三)德國刑法施行法第 307 條對於利得沒收 (Verfall)
4 明定適用裁判時法，德國聯邦憲法法院就此未曾為違憲之宣告，比較
5 法例上有其先例；(四)參諸司法院釋字第 525 號解釋意旨，對於犯罪
6 所得之持有人，難認其有何超過公共利益之信賴保護需求，且在個案
7 適用時，得透過第 38 條之 2 過苛條款予以調節，兼顧比例原則」云
8 云。惟查，上述四點修正理由殊屬不當，就此，已有多名學者為文質
9 疑刑法第 2 條第 2 項修正規定之合憲性，爰依其(一)至(四)之立法理
10 由，彙整學者見解分項說明如後。

11 (一) 修法理由(一)所稱「沒收不具刑罰本質」實屬謬誤

- 12 1. 新法許可對第三人財產沒收，並且適用沒收從新原則，使其不受罪
13 責原則和罪刑法定原則之拘束，都和否定沒收之刑罰性質密切相
14 關。學者認為，僅因為沒收被制訂於單獨章節、歸類為「獨立的法
15 律效果」，就認定沒收不具有類似刑罰或保安處分的法律性質，是
16 過於粗糙的主張⁹。實則，司法院刑事廳廳長蔡彩貞在 105 年 1 月參
17 與刑事法研究會第三次沒收研討會時，就表示對於法務部提出的
18 「沒收為刑罰或保安處分以外，具有獨立性的法律效果」這一點，
19 表示司法院及法務部並未達成共識；並稱「沒收之定性爭議與專章
20 立法無涉，沒收的性質，應視沒收的規範目的定之」，「對被告的沒
21 收，包括對違禁物、犯罪所得、供犯罪使用，仍有可能還是屬於對
22 被告刑罰的一種態樣」¹⁰。當人們質疑沒收制度跟罪責原則的連結
23 性不足時，立法者的回應卻是將沒收的性質改成不具刑罰性作為回
24 應。這種催眠式的合憲論述邏輯要是可接受的話，立法者要將目前
25 的任何一種刑罰措施推離罪責原則的連結，就只要在立法上宣布說
26 它不再是一種刑罰手段就可以成立，那刑法的價值也太過廉價了

28 ⁹ 薛智仁，前揭註 2，第 1061 頁。

¹⁰ 余麗貞等，前揭註 3，第 114、117 頁。

1 ¹¹。且倘若此例一開，是否意指政治部門於必要時即可訴諸以打擊
2 犯罪的正義感情，透過法條位置的變動，將特定刑事制裁種類或法
3 律效果移出「刑罰」一章，另立名目便可規避罪刑法定原則之要
4 求，如此一來，豈不正是架空罪刑法定的基本精神，形同純粹以概
5 念定義操作，而迴避憲法原則的要求¹²。

6 2. 法定原則固然以罪與刑作為其節制的對象，但其所指「刑」者，並
7 非僅限縮在對於行為人制裁的刑罰而已，應指所有刑法制裁的法律
8 效果而言。沒收仍舊為刑法的剝奪性法律效果，屬於權利干預的法
9 律效果，自應為法定原則規範的內涵。立法理由中稱法律效果的修
10 正，無涉及刑罰的創設及擴張，故無法定原則適用的說法，乃屬錯
11 誤¹³。

12 3. 刑法修正將從刑「沒收」改列為獨立之法律效果，據謂係「參照德
13 國刑法」。然查，德國刑法雖將沒收列成單獨章節，惟德國刑法§11-
14 (1)-8 關於刑法用語之規定，將「各種矯正與保安處分、追徵、沒收
15 及查封」統稱其為「處分」。而「追徵、沒收及查封」依德國刑法
16 §2-(5)係準用§2-(1)至(4)之規定，學術上對於§74-(2)-1 之沒收，認為
17 具有刑事制裁性質，稱為 Strafeinziehung，無論何種性質之沒收，
18 均為類似刑罰之處分，關於時之效力，皆依§2-(5)準用§2-(1)至(4)各
19 該規定，即：依行為時法定之；如於行為時有變更者，適用行為終
20 了時法；如行為終了時法於裁判前有變更者，適用最輕之法；如係
21 限時法，除別有規定者外，於失效後仍適用之。足見德國刑法對於
22 沒收以其具有類似刑罰性質，仍遵循罪刑法定之大原則，而採從舊
23 從輕、禁止溯及既往。此次修法所謂沒收已不具刑罰本質云云，立
24 論欠妥。且刑法對於非拘束人身自由之保安處分，係基於二元論立

25 ¹¹ 程明修（東吳大學法律學系教授），刑法中犯罪所得沒收制度之憲法爭議，臺灣法學雜誌第 356
26 期，107 年 11 月 28 日，第 36 頁。

27 ¹² 張志偉（中信金融管理學院財經法律學系助理教授），刑法不法利得沒收制度溯及適用之憲法問
28 題，法令月刊第 68 卷第 6 期，106 年 6 月，第 124 頁。

¹³ 柯耀程（中正大學法學院教授），沒收制度的實然與應然，東海大學法學研究第 53 期，107 年 1
月，第 25 頁。

1 場及防治（預防、治療）犯罪之功能與目的而採取從新從輕原則，
2 此次修法將沒收比照本質相異之非拘束人身自由保安處分，亦定為
3 適用裁判時法，殊屬錯誤。¹⁴

4 4. 至於犯罪所得沒收的法律性質，本質上仍具有刑罰制裁的效果，尤
5 其採取估算認定方式，可能不符「罪疑利於被告」之原則；採取總
6 額原則，可能違反比例原則¹⁵。在總額原則底下，讓被沒收人血本
7 無關，根本原因在譴責、非難被沒收人將財產投資在犯罪行為上，
8 更明確傳達對不法行為的否定評價，其目的和效果和通常的刑罰如
9 出一轍¹⁶。適用總額原則的犯罪所得沒收不僅符合刑罰概念，為了
10 避免被沒收人淪為追加一般預防目的之純粹工具，也必須將其理解
11 為刑罰，透過罪責原則來保障被沒收人受到不公正的對待¹⁷。針對
12 刑法沒收新制，獲利掏盡下之沒收，對於相對人財產侵害的強度與
13 持續性越高，沒收之性質就越接近刑罰之措施。特別是在總額主義
14 下對於被沒收人整體財產的剝奪效果與罪責原則脫勾的立法方式，
15 若從比較法觀察，至 106 年有效之瑞士刑法典第 72 條規定，也是
16 針對集團犯罪，無庸證明犯罪來源而採取整體財產價值的掏盡制
17 度，而其性質依然是定性為一種需要罪責原則認定之刑罰制裁¹⁸。
18 從而，不能既採總額沒收原則，又稱並非刑罰。

19 5. 新法僅以不法行為作為犯罪所得沒收的適用前提，不僅無法證明犯
20 罪所得沒收欠缺刑罰類似性，反而是牴觸罪責原則而應予修正的規
21 定¹⁹。犯罪所得沒收在適用總額原則之後，法律性質已從準不當得
22 利衡平措施轉變為類似刑罰。亦即如果採取總額沒收原則，對於人
23 民財產權之侵害相當嚴重，而具有「類似刑罰之懲罰性沒收」效
24 果。因此，已非單純不當得利之返還，而有違反刑事處罰上之罪責

25 ¹⁴ 朱石炎，前揭註 6。

26 ¹⁵ 陳運財，前揭註 4，第 40 頁。

27 ¹⁶ 曾淑瑜，論修正前後沒收轉型之爭議，司法新聲第 120 期，105 年 10 月，第 19 頁。

28 ¹⁷ 薛智仁，前揭註 2，第 1067 頁。

¹⁸ 程明修，前揭註 11，第 37 頁。

¹⁹ 薛智仁，前揭註 2，第 1068 頁。

1 原則，導致違憲之虞²⁰。我國行政罰法學說上也多採取淨額原則，
2 以符合「責罰相當性原則」之衡平正義之要求；如單純採取總額收
3 入原則，將使犯罪不法利得之計算，單純以收入為準，導致過於嚴
4 苛，而違反憲法上比例原則²¹。第 38 條之 1 第 1 項適用於違法行為
5 人，與同條第 2 項適用於不成立犯罪之第三人，均是抵觸罪責原則
6 的規定；即使增訂第 38 條之 2 第 2 項之減免沒收條款，亦無法排除
7 此一違憲疑義，例如在被沒收人不成立犯罪時，無法改變無罪責之
8 人承擔刑罰的事實²²。沒收新制未區分第 38 條及第 38 條之 1 之類
9 型，一律採取從新原則適用裁判時之法律，有違憲法第 8 條正當程
10 序及第 15 條財產權之保障²³。

- 11 6. 參照沒收新制立法過程中一再比附援引之德國法制，德國基本法第
12 103 條第 2 項之罪刑法定原則並不僅適用於刑事犯罪與刑罰，而是
13 適用於所有國家對於違法、有責之行為，為了抵償罪責而施加惡害
14 之高權行為，沒收也因此被涵攝在此條項的刑罰概念之內。德國立
15 法者亦基於沒收之刑罰類似性，而在刑法第 2 條第 5 項明定沒收準
16 用刑罰從舊從輕原則。我國憲法雖然並未如同德國基本法第 103 條
17 第 2 項，將罪刑法定明定於其中，惟一般均認為罪刑法定原則可從
18 我國憲法第 8 條正當法律程序導出，此亦為釋字第 384 號解釋所肯
19 認。據此，罪刑法定原則及其所衍生之下位子原則「禁止溯及既
20 往」亦被認定為可作為違憲審查之憲法基準²⁴。在立法實踐上，亦
21 可看出遵守罪刑法定原則之一脈趨勢，例如行政罰法亦規定行政罰

23 ²⁰ 陳清秀 (東吳大學法律學系教授)，刑法犯罪所得沒收新制之相關問題探討，臺灣法學雜誌第 356
24 期，107 年 11 月 28 日，第 41-42 頁。其認為所謂「所得」，是指「淨額資產增加」而言，亦即收入減
25 除成本費用損失後之餘額，構成「所得額」。參考司法院大法官釋字第 745 號解釋理由書，犯罪行為
26 所取得之「毛收入」，並非「所得」。犯罪所得之沒收，既然立法精神是基於「類似不當得利之衡平
措施」，則應採取「淨額所得原則」，才是衡量「不當得利之範圍」標準。

27 ²¹ 陳清秀，前揭註 20，第 42 頁。

28 ²² 薛智仁，前揭註 2，第 1085 頁。

²³ 陳運財，前揭註 4，第 40 頁。

²⁴ 張志偉，前揭註 12，第 111、115 頁。

之處罰法定原則（第 4 條），罰鍰、沒入等亦適用從輕原則（第 5 條）。既然立法者已經決定行政沒收適用處罰法定原則及從輕原則，對於功能和效果幾近相同（甚至更嚴厲）的刑事沒收，卻不適用罪刑法定原則及從輕原則，此一差別待遇也欠缺合理根據。刑事沒收未被正式歸類為「刑事刑罰」（或不採沒收之名），不影響其應適用罪刑法定原則²⁵。

7. 再者，立法理由將沒收比照「非拘束人身自由的保安處分」而適用從新原則，則是忽略了二者的重大差異，新法適用總額原則，犯罪所得沒收兼有處罰犯罪行為的意義，換言之，違禁物以外之沒收，在性質上更接近於罰金刑，與「非拘束人身自由的保安處分」的共同點僅在於未拘束人身自由，卻欠缺正當化保安處分從新原則的核心特質，亦即，純粹之危險防禦導向。因此，這不是排除溯及既往原則之充分理由²⁶。何況，並非一切非屬於人身自由干預的法律效果，在規範的變更適用上，均得不受溯及既往原則的拘束²⁷，現行刑法在保安處分的類型上，並沒有拘束人身自由與否的區分，何以將適用關係作拘束與非拘束人身自由的區別？此係認知上的謬誤，蓋以罰金為例，其亦非屬於拘束人身自由的刑罰類型，何以其仍應受罪刑法定原則之拘束？其理自明²⁸。台南地院法官林臻嫻更投書媒體質疑：「國家立法要求法院判處犯罪人『罰金刑』，要犯罪人乖乖掏出特定財產給國庫，稱為刑罰，要適用罪刑法定原則、罪責原則，而法院判處犯罪人『沒收』，結果『一樣』是要犯罪人乖乖掏出特定財產給國庫，卻可因修法改立專章、改稱『獨立法律效果』，就不屬刑罰，可不適用罪刑法定、罪責原則？法理上如何自圓其說，實務上如何操作？均有疑問。²⁹」

²⁵ 薛智仁，前揭註 2，第 1103-1104 頁。

²⁶ 薛智仁，前揭註 2，第 1104-1105 頁。

²⁷ 柯耀程，沒收法制修正之評釋，軍法專刊第 62 卷第 3 期，105 年 6 月，第 15 頁。

²⁸ 柯耀程，前揭註 13，第 28 頁註 21。

²⁹ 林臻嫻（台南地院法官），升級至雲端的沒收新法，蘋果日報，105 年 4 月 1 日。

1 8. 關於立法理由以沒收不是從刑、不是處罰，所以不受罪刑法定主義
2 拘束的立場，學者認為還是要適用法律保留，不是不受罪刑法定主
3 義就可以無法無天，還是有憲法第 23 條規定的限制³⁰。刑法第 2 條
4 第 2 項的規定已屬錯誤，沒收法制的修正，卻引錯誤的認知，以將
5 錯就錯的方式，沒收修正的適用關係，於刑法第 2 條第 2 項所為之
6 增訂，乃錯誤且違憲的立法³¹。

7 (二) 修法理由(二)所稱「沒收犯罪所得與禁止溯及既往原則無涉」亦屬
8 錯誤

9 1. 原草案條文說明略謂：沒收影響財產權歸屬，以適用行為時法為
10 當，而單獨宣告沒收之方式，以涉及訴訟程序之法律適用為限，可
11 適用裁判時法，堪認符合實體從舊從輕、程序從新以及法律不溯既
12 往之法理原則³²。換言之，會銜提出該草案版本之法務部與司法
13 院，原均認為沒收犯罪所得會影響憲法保障之人民財產權，在立法
14 院審議過程中卻幡然改變、放棄其一貫之法律立場，此種立法之粗
15 糙與正當性已值挑戰。尤其，在刑事訴訟法修正草案之立法過程
16 中，司法院林錦芳秘書長還曾明確表達：「法律不溯及既往是一個
17 普世原則，縱使某人壞透了、人神共憤，但在普世價值與原則的前
18 提下，我們還是應該要遵守的。」「能不能沒收是屬於實體的規
19 範，原則上是不溯及既往。」³³任何人都不得保有犯罪所得，並不
20 是一個憲法的價值，而是一個必須要被憲法檢驗的目的，因此不能
21 只想要實現任何人都不得保有犯罪所得的價值，而忽略憲法所不能
22 容許的基本權界限是否被逾越³⁴。

23 2. 憲法所保障之人民基本權，尚包括憲法第 15 條「財產權」，確保個

24
25 ³⁰ 陳清秀，「去刑罰高度之沒收新法下衡平價值與規範體系交錯適用之體現」學術系列座談會，臺灣
法學雜誌第 356 期，107 年 11 月 28 日，第 72 頁。

26 ³¹ 柯耀程，前揭註 27，第 15-16 頁。

27 ³² 朱石炎，前揭註 6。

28 ³³ 立法院第 9 屆第 1 會期司法及法制委員會第 5 次全體委員會議，立法院公報第 105 卷第 9 期，105
年 3 月 14 日，第 164 頁。

³⁴ 程明修，前揭註 11，第 38 頁。

1 人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於
2 遭受公權力或第三人之侵害（釋字第 400 號解釋參照）。若須對人
3 民之財產權予以限制，尚須符合憲法上正當法律原則之內涵，應視
4 所涉基本權之種類、限制之強度及範圍等因素綜合考量，由立法者
5 制訂相應之法定程序（釋字第 689 號、第 709 號解釋參照）。非謂
6 其無公共利益之信賴保護需求，即得動輒修法，一律適用新法³⁵。
7 在論及人民信賴利益、法律安定性原則所繫的法律不溯及既往原
8 則，是為法治國核心概念，犯罪所得之沒收，因其沒收之客體與犯
9 罪仍須有關聯性，自應與犯罪行為人之行為一樣，其處罰時以行為
10 時之法律有明文規定者為限，適用從舊從輕原則，如認只要涉及所
11 有刑事不法行為，即使不利於人民之法律均得溯及既往，動輒變動
12 國家之法律制度，豈非任意動搖法治國之基礎³⁶？

- 13 3. 犯罪所得沒收是附著於不法行為的法律效果，系爭不法行為在新法
14 生效時已經終局結束，立法者藉由刑法第 2 條第 2 項的規定，將新
15 法的犯罪所得沒收規定回溯適用在已經終結的不法行為上。因此，
16 其性質屬於真正之法規溯及既往³⁷。真正之法規溯及既往是否被禁
17 止，應視其是否違反由法治國原則所衍生之信賴保護原則。干預人
18 民權利的法規若是溯及既往，原則上抵觸信賴保護原則，只有存在
19 特殊且重大事由時才例外被許可。依照德國聯邦憲法法院的觀點，
20 在當事人可預期法規修正時、既有規定模糊或混淆而修法排除時、
21 既有規定違憲無效而以新法取代時、溯及既往造成的負擔減輕時，
22 以及溯及既往符合重大公益時，才是容許溯及既往的例外事由。刑
23 法第 2 條第 2 項的立法理由，以任何人都無法透過犯罪行為有效取
24 得所有權或其他權利，否定沒收對於財產權的干預性，是個很有疑
25 義的命題³⁸。

26

³⁵ 曾淑瑜，前揭註 16，第 15-16 頁。

27 ³⁶ 曾淑瑜，前揭註 16，第 16 頁。

28 ³⁷ 薛智仁，前揭註 2，第 1106 頁。

³⁸ 薛智仁，前揭註 2，第 1107 頁。

1 4. 即使我們認為，憲法的財產權概念必須委由立法者決定其內容和界
2 限，這也頂多代表在舊法容許沒收的財產不受憲法的財產權保障，
3 舊法所不容許沒收的財產地位（尤其是第三人所有之犯罪工具產
4 物），仍在憲法的財產權保護領域之內。不僅如此，因為不法行為
5 所得之財產地位，同樣可能是依民法有效取得之所有權或權利，因
6 而受憲法的財產權保障。沒收新法在放寬犯罪工具產物及所得沒收
7 的範圍內，都是干預人民財產權的法規，第 2 條第 2 項的沒收從新
8 原則是干預人民權利之真正法規溯及既往，僅在例外情形才符合信
9 賴保護原則。若是參考德國聯邦憲法法院所承認的例外事由，沒收
10 新法恐怕很難符合信賴保護原則。舊法時期的沒收規定雖有漏洞，
11 但是新法並不是為了清除舊法規定的模糊或混淆、更不是因為舊法
12 違憲失效而取而代之，一般人民也難以被期待事先預期沒收新法的
13 通過，其造成的財產權剝奪也並非絕對輕微；新法填補漏洞雖然可
14 望增加犯罪預防的效果，但是其效力並不可靠，所提升的公共利益
15 尚非特殊重大。因此，第 2 條第 2 項沒收從新原則，應是牴觸信賴
16 保護原則³⁹。何況，若限於行為人的合法行為始有信賴保護可言，
17 那根本無從證立刑罰的溯及既往禁止原則，蓋此時的行為人所犯均
18 屬不法行為，其不妥之處應甚為明顯⁴⁰。

19 5. 再者，沒收不法利得的預防犯罪效果究竟有多高，仍然是一個立基
20 於邏輯假設，而沒有經過實證被肯定的命題。如果沒有百分之百肯
21 定沒收具有犯罪預防的效果，就不應大開法律之門擴大沒收。立法
22 者在制訂法律剝奪個人基本權利時，都應該保持謹慎謙抑，謹守憲
23 法的界限，而不是讓犯罪打擊的目的無限上綱，制訂類似讓行政機
24 關可以對人民進行抄家的法律⁴¹。何況，將行為時尚未存在的利得
25 沒收制度，予以溯及既往適用一事，行為人或第三人於行為時根本

26
27 ³⁹ 薛智仁，前揭註 2，第 1107-1109 頁。

⁴⁰ 張志偉，前揭註 12，第 125 頁。

28 ⁴¹ 薛智仁、李佳玟（成功大學法律系教授），投書：洗錢擴大沒收有違憲疑義，上報，105 年 11 月 17 日。

1 無從預見到該不法利得會被沒收，從而也無從達成一般預防的目的，
2 溯及既往本身就抵觸利得沒收制度所欲追求的一般預防之公益
3 目的，充其量就是為了針對既有個案而制訂。立法理由所言僅係為
4 「回復合法財產秩序」，實屬矯情之語⁴²。

5 6. 禁止溯及既往，為普世公認之法律基本原則。德國刑法將從刑沒收
6 改成單獨章節後，仍然遵守禁止溯及既往原則，已詳前述。我國憲
7 法第 15 條直接保障人民之財產權，且關於沒收之執行，必須體認
8 該條保障財產權之精神（參照司法院釋字第 37 號解釋）。何況，並
9 非無涉及刑罰事項者，即得作為溯及既往禁止的例外，此誠屬錯誤
10 的依據⁴³。揆諸我國法制，沒入與沒收同屬侵及人民財產權之處
11 罰，沒入依社會秩序維護法（第 2 條、第 3 條）及行政罰法（第 4
12 條、第 5 條）尚且採從舊從新原則，如今刑法修正後之沒收，除被
13 告犯罪所得外，更涉及犯罪行為人以外之自然人、法人之財物或財
14 產上利益及其孳息，範圍甚廣，影響甚鉅，竟然規定適用裁判時
15 法，尤見謬誤⁴⁴。

16 7. 刑法規範的變更適用，必須遵循法定原則的要求，其根本構想有
17 二：1、無法律即無犯罪；2、無法律即無處罰。簡單地說，法定原
18 則係作為節制國家權利對於罪刑的基礎，不論是有罪與否的認定，
19 或是各種具有權利干預的法效果（舉凡刑罰權形成的條件、刑罰權
20 的內容與刑罰權之發動與實現，乃至對應犯罪事實的剝奪手段，其
21 係屬於具有權利干預性質的效果，均應遵守法定原則之要求），均
22 不得違反法定原則。而當法律有所修正時，所產生的刑法規範變
23 更，基於法定原則的溯及既往禁止原則的要求，原則上「後法不得
24 適用前行為事實」⁴⁵。亦即，此一法定原則的拘束乃成為限制國家
25 統治權恣意的根本規範，唯有法有明文，且在行為時即已存在的法

26
27 ⁴² 張志偉，前揭註 12，第 121 頁。

⁴³ 柯耀程，前揭註 13，第 24 頁。

28 ⁴⁴ 朱石炎，前揭註 6。

⁴⁵ 柯耀程，前揭註 13，第 26-28 頁。

1 律規定，方得以作為犯罪與刑罰認定與科處的基礎⁴⁶。此種行為時
2 既存的法律要求，不論是對於成罪關係的認定，或是法律效果的反應
3 皆然。在此一原則下，立法者不得制訂任何會使得行為人法律地位
4 惡化的溯及條款⁴⁷。

5 8. 沒收的本質，是一種對於財產上權利干預的手段，其本質具有剝奪
6 的效應，是屬於權利干預性質的法律效果，其規範變更時，在適用
7 上必須嚴格遵守法定原則的節制，以是否屬於拘束人身自由的效果
8 作為適用關係的準據，而遽認為得逕為新法的適用，此種認知根本
9 完全背離法定原則的本旨⁴⁸。立法理由中稱法律效果的修正，無涉
10 及刑罰的創設與擴張，故無法定原則適用的說法，乃屬錯誤⁴⁹。是
11 以，沒收規範變更的法律適用規範，仍應受到法定原則中溯及既往
12 禁止原則的拘束，刑法第 2 條第 2 項的修正規定，將沒收規範變更
13 的適用關係，採取完全從新的適用原則，乃屬於錯誤，其已然違反
14 法定原則，是錯誤且違憲的法律規定⁵⁰。刑法第 2 條第 2 項採取裁
15 判時法，亦即溯及立法，對於人民課予不利之負擔，違反憲法上法
16 安定性原則及法律不溯及既往原則⁵¹。

17 9. 犯罪所得宣告沒收，目的在於剝奪行為人因為犯罪行為而使財富增
18 加獲得之「所得利益」，不得假借「不當得利返還」之名義，而行
19 掠奪人民財產之實，否則，此一沒收制度即違反「憲法上比例原
20 則」，而因過度侵犯人民財產權而違憲⁵²。

21 (三) 修法理由(三)所稱「德國刑法施行法第 307 條可作為比較法上之先
22 例」乃錯誤理解、片面引用

23 1. 立法者為強化適用的支撐關係，更引用德國刑法施行法第 307 條的

24 ⁴⁶ 張志偉，前揭註 12，第 112 頁。

25 ⁴⁷ 張志偉，前揭註 12，第 116 頁（另參該第 116 頁註 38）。

26 ⁴⁸ 柯耀程，前揭註 13，第 26-28 頁。

27 ⁴⁹ 柯耀程，前揭註 27，第 14 頁。

28 ⁵⁰ 柯耀程，前揭註 13，第 26、28 頁。

⁵¹ 陳清秀，前揭註 20，第 51 頁。

⁵² 陳清秀，前揭註 20，第 51 頁。

1 規定，認為沒收的規範變更適用，採取裁判時法的法例，亦有德國
2 法的先例。殊不知，其所引介的德國法，根本係誤解其內涵⁵³。雖
3 德國刑法施行法第 307 條曾有利得沒收可適用裁判時法一節，然刑
4 法施行法僅能適用於過渡事項，與刑法本身係普遍且通常適用於實
5 體罪刑事項者有別，德國刑法第 2 條第 5 項的基本規範，明文規定
6 關於沒收等剝奪手段，仍應遵守不溯既往及從舊從輕原則（第 5 項
7 明定「關於利得沒收、一般沒收及銷毀，適用本條第 1 項至第 4 項
8 之規定。」明確宣示利得沒收並無法溯及既往，僅得適用第 1 項
9 「行為時法」之規定。由此可見，德國刑法立法者亦遵循德國基本
10 法第 103 條第 2 項之要求，貫徹罪刑法定原則下回溯禁止之憲法要
11 求⁵⁴），自應以德國刑法第 2 條第 5 項為準⁵⁵；德國刑法之中既有明
12 文規定適用的準據，何以在我國刑法修正時，立法者卻捨德國刑法
13 的基礎規範，而就其施行法第 307 條的內容規定⁵⁶，並以此為正
14 當，誠屬本末倒置，更誤解實質意涵，其失大矣⁵⁷！

- 15 2. 況且，德國刑法施行法（EGStGB）第 307 條，第 1 項第 1 款雖規
16 定 1975 年修法前之犯罪，其犯罪所得之沒收，適用新法有關犯罪
17 所得沒收要件，但係以舊法已規定沒收或沒收犯罪報酬者為限；且
18 第 3 項規定仍維持從舊從輕原則，明定如舊法對被沒收人較有利
19 者，不適用第 1 項第 1 款（指新法）之規定。立法說明何以對此漏
20 未引述？是否刻意略過不提⁵⁸？德國刑法施行法第 307 條對犯罪所
21 得沒收之實體要件其實是採取從輕原則，此規定和德國刑法第 2 條
22 第 5 項之沒收準用刑罰之從舊從輕原則一致，都是考量沒收對於個
23 人的財產權干預程度不亞於刑罰，不因為其於立法上未被定位為刑
24

25 ⁵³ 柯耀程，前揭註 13，第 24 頁。

26 ⁵⁴ 張志偉，前揭註 12，第 117-118 頁。

27 ⁵⁵ 柯耀程，前揭註 13，第 25 頁；朱石炎，前揭註 6。

28 ⁵⁶ 柯耀程，前揭註 13，第 29 頁。

⁵⁷ 柯耀程，前揭註 13，第 24-25 頁。

⁵⁸ 薛智仁，前揭註 2，第 1101-1102 頁；朱石炎，前揭註 6。

1 罰而適用從新原則⁵⁹。

2 3. **德國刑法施行法第 307 條**的規定，仍須遵守該條第 3 項，亦即仍須
3 檢討是否有利與不利的適用關係，當舊法的規定有利時，仍不得適
4 用較為不利之裁判時法，該條仍舊受到溯及既往原則的限制，並非
5 完全採取從新適用的體例⁶⁰，**是折衷式從新從輕原則的立法，這也是**
6 **該條規定之所以在德國實務上未遭宣告違憲的原因**⁶¹，非如立法
7 理由所稱，此為適用的常例⁶²。因此，立法理由未細究德國刑法施
8 行法第 307 條之內涵，便宣稱該規定無條件採取從新原則，甚至作
9 為全部沒收新法規定絕對從新的比較法根據，是重大的誤會⁶³。德
10 國刑法施行法第 307 條的規定，雖有從新的適用規定，但其第 3 項
11 仍舊限制完全從新，**立法理由所引述者，顯然是一種斷章取義的謬**
12 **誤**⁶⁴。

13 4. 至於立法理由稱德國聯邦憲法法院對於利得沒收（Verfall）明定適
14 用裁判時法未曾為違憲之宣告，亦不正確。若詳細檢視德國聯邦憲
15 法法院針對擴大利得沒收宣告合憲的裁判，憲法法院在裁判中明確
16 表示：「根據聯邦最高法院之見解，擴大利得沒收對於當事人在指
17 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
18 5 項結合第 1 項而不適用。在此無憲法疑慮之法律解釋下，**擴大利**
19 **得沒收之規定並沒有溯及效力**」，明確指出在德國法的背景下，關
20 於擴大利得沒收並無溯及效力可言，我國立法理由卻援此裁判作為
21 新法合憲的論據之一，實不無誤會之處。蓋兩者審查對象並不
22 一致，且德國聯邦憲法法院在裁判中即已明示，德國刑法立法其及實
23 務見解均不採溯及效力⁶⁵。

24 ⁵⁹ 薛智仁，前揭註 2，第 1102 頁。

25 ⁶⁰ 柯耀程，前揭註 27，第 15 頁、第 5 頁註 1。

26 ⁶¹ 張志偉，前揭註 12，第 123 頁。

27 ⁶² 柯耀程，前揭註 13，第 25 頁。

28 ⁶³ 薛智仁，前揭註 2，第 1102 頁。

⁶⁴ 柯耀程，前揭註 13，第 29 頁；柯耀程，前揭註 27，第 21 頁。

⁶⁵ 張志偉，前揭註 12，第 122 頁。

1 (四) 修法理由(四)所稱「釋字第 525 號解釋可支持其正當性」，然該解釋
2 與沒收全然無關

3 1. 司法院釋字第 525 號解釋，乃有關「銓敘部關於四年制志願役預備
4 軍官，停止適用後備軍人轉任公職比敘優待之函釋，是否違背信賴
5 保護原則」之爭議，與侵及人民財產權之沒收無關，亦與犯罪所得
6 無關⁶⁶。立法理由錯誤比附援引，執此解釋為沒收規定適用裁判時
7 法之論據，未免牽強⁶⁷。

8 2. 立法理由所持沒收從新原則的最後一個論據，則是第 38 條之 2 第 2
9 項之減免沒收條款，能夠在溯及既往的個案中防止造成過苛的沒
10 收。立法者似認可用司法上之裁量，取代立法之從舊從輕原則；若
11 如此作法可採，那又何必有溯及既往禁止原則之宣示？而罪刑法定
12 主義又豈是司法可裁量之對象⁶⁸？抵觸溯及既往的違憲性，並無法
13 透過個案調節的規定而被治癒。根本的理由在於，溯及既往禁止原
14 則的基礎不僅在於信賴保護，防止個人財產權受到突襲性干預，造
15 成過苛的後果。溯及既往禁止原則的制度性意義，在於防止立法者
16 針對已發生之個案量身打造法律，僭越了司法權審判個案的權限。
17 更何況，承認溯及既往禁止原則，代表新法絕對不得適用於其生效
18 前已終了之犯罪行為，在實體正義與法安定性之間，應該以保護公
19 民的法安定性為優先，接受因此無法完全實現實體正義的後果。只
20 要是賦予沒收新法溯及既往的效力，就是違反溯及既往原則保護公
21 民法安定性的意旨⁶⁹。

22 三、刑法第 38 條之 1 第 2 項、第 40 條第 3 項之違憲說明

23 (一) 刑法第 38 條之 1 第 2 項規定，係對於非出於善意之第三人取得犯罪
24 所得之財產擴大沒收。因為沒收範圍擴及第三人，在考量人民之財
25 產權應受到憲法之保護，非經正當法律程序，不得任意為之。修法

26

⁶⁶ 曾淑瑜，前揭註 16，第 16 頁。

27 ⁶⁷ 朱石炎，前揭註 6。

28 ⁶⁸ 曾淑瑜，前揭註 16，第 16 頁。

⁶⁹ 薛智仁，前揭註 2，第 1109-1110 頁。

1 時雖將沒收定位為非屬刑罰或保安處分性質，但即使是所謂「獨立
2 刑事制裁手段」，對剝奪人民財產權而言，仍屬限制權利之方法，在
3 適用上仍應注意刑法謙抑思想、罪責原則、比例原則及禁止重複處
4 罰⁷⁰。

5 (二) 在此第三人財產作為犯罪所得應被沒收之範圍，由於第三人並非應
6 被制裁處罰之行為人，故應貫徹「淨額所得說」，回歸不當得利返還
7 之事物本質，而不宜採取總額收入說，蓋總額收入說之本質，實質
8 上乃是一種制裁處罰，自不應假借不當得利之名，而行實際處罰之
9 實質，以致傷及無辜之第三人，而違反憲法上罪責相當原則（有責
10 任，始有處罰）⁷¹。最高法院 107 年台上字第 706 號判決亦認為：
11 「新制之刑法沒收規定，其性質乃由國家剝奪犯罪行為人或第三人
12 財產上之權利或利益，既已擴大沒收之範圍，自應對國家干預財產
13 權設有限制」⁷²。學者認為，對第三人沒收犯罪所得，更應在罪責
14 原則下，謹慎判斷之⁷³。

15 (三) 刑法第 38 條之 1 立法時從德國引進來的口號「無論任何人不得保有
16 犯罪所得」，但第 2 項所講的第三人取得犯罪所得，雖然是放在刑法
17 裡面，但又借用了許多民法的概念。立法者從民法來考慮這個問
18 題，但是在處理問題中，是否有用民法的善意受讓規定去調和？立
19 法者一開始打出的口號，這是屬於衡平措施，但衡平沒有人當立法
20 原理的，衡平是法律適用的原理，把一個在法律適用上要限縮適用
21 範圍的問題，竟然頭尾顛倒，把它當成立法原理在講，那根本沒有
22 任何意義⁷⁴。

23 (四) 於沒收程序中，對參與人諭知沒收財產判決所憑者，乃係應行沒收
24 財產與被告犯罪事實間之關聯性，並非被告本身之犯罪事實，兩者

25 ⁷⁰ 曾淑瑜，前揭註 16，第 25 頁。

26 ⁷¹ 陳清秀，前揭註 20，第 46-47 頁。

27 ⁷² 陳清秀，前揭註 20，第 51 頁。

28 ⁷³ 曾淑瑜，前揭註 16，第 17 頁。

⁷⁴ 鄭逸哲（國立臺北大學法律學系教授），沒收新法的根本問題，臺灣法學雜誌第 356 期，107 年 11 月 28 日，第 64-65 頁。

1 有別。針對該項關聯性事實，在相配合之刑事訴訟法草案送立法院
2 審查時，司法院堅持一定要達到確信的程度，就是採嚴格證明⁷⁵，
3 法務部則反對，甚至陳明堂次長公開表示：「我們最主要是擔心，如
4 果在理由欄特別講到檢察官要具舉證責任，這個範圍會太廣，有些
5 法官，尤其是剛出道或是過於嚴謹的法官會採嚴格證明，這樣檢察
6 官在舉證時會有很大困擾」、「因為我們怕會被部分法官認定為要採
7 嚴格證明，將來會造成實務上的困難」⁷⁶，最後立法者便為法務部
8 易於行事之立場，認為只需自由證明其蓋然性即可。但在單獨宣告
9 沒收案件，其依刑法第 40 條第 3 項所定之單獨宣告沒收，諸如犯人
10 通緝中未能到案受審、或因死亡而不受理、或因時效完成而免訴等
11 情形，犯人於本案訴訟中未曾作何辯論及受何有罪確定判決，對照
12 刑事訴訟法第 154 條第 1 項規定，即應推定並無違法事實之存在，
13 又何來與違法事實關聯性之證明可言。在此情況下，倘若允許僅以
14 自由證明即可遽為沒收第三者財產之裁定，殊與憲法第 15 條保障財
15 產權之意旨有違⁷⁷。

16 (五) 不法利得本身仍屬財產權保障之列（更何況本文所指的情況是行為
17 時財產取得並無禁止之規定），正如同性工作者之行為或因相姦罪或
18 違反社會秩序維護法而屬不法行為，但其所受對價仍受憲法上財產
19 權所保障；尤其刑法利得沒收新制下，還及於第三人沒收之態樣，
20 以此泛泛而論，受影響之人全無財產權保障可言，自屬速斷。甚至
21 可以說，若貫徹新法立法理由，行為人或第三人並無任何法律上值
22 得保護的信賴，亦無財產權可言，則沒收新制自可適用於過去所犯
23 的所有不法行為，根本無須限於裁判時尚未確定之案件。依此推論
24
25

26 ⁷⁵ 立法院第 9 屆第 1 會期司法及法制委員會第 5 次全體委員會議，前揭註 33，第 165、167、171
27 頁。

28 ⁷⁶ 立法院第 9 屆第 1 會期司法及法制委員會第 9 次全體委員會議紀錄，立法院公報第 105 卷第 31
期，105 年 4 月 28 日，第 313、315 頁。

⁷⁷ 朱石炎，沒收特別程序可探討之問題，司法週刊第 1819 期，105 年 10 月 7 日。

1 邏輯，立法不合理之處，應甚為明確⁷⁸。

2 (六) 再者，要沒收第三人的財產利益，用了一個名詞叫「參與」，到二審
3 言詞辯論終結前，檢察官隨時都還可以聲請沒收，這時候才去通知
4 參與人，他的審級利益在哪裡？且對於沒收案件不採交互詰問、不
5 採言詞辯論，對於人民的訴訟權、財產權都有侵害之虞。尤其是在
6 檢察官聲請就要裁定沒收的情況下，那等於是書面審查，這樣影響
7 是非常大的。行為的違法性，還是要經由法院認定，法院沒有違法
8 性的認定的話，怎麼開始有不法所得的審查？法律是要解決問題，
9 不是製造問題，這很典型就是一種錯誤的立法，造成很多的問題
10 ⁷⁹。要宣告第三人財產沒收的話，一定要通知他來陳述意見，因為
11 可能陳述意見完後，事實釐清，第一可能是不該當第三人沒收的要
12 件，第二可能沒收額度與標的範圍跟當初想的不一樣，法官便認為
13 不需要去沒收。僅憑檢察官一面之詞，法官可能也搞不太清楚情
14 況，事實都不清楚，也不給當事人陳述意見，就宣告沒收，這個法
15 條規範太草率，恐怕有違憲的疑慮⁸⁰。

16 肆、聲請人對本案所主張之立場及見解

17 (一) 我國立法不時出現因應特定個案，眾人皆曰可殺，便不顧制度與體系
18 一致性的民粹式立法。沒收新制溯及既往適用條款是典型的針對性立
19 法。刑事法領域中的禁止溯及既往原則，係要求立法者及法律適用機
20 關必須自我提醒，刑罰正義的實現不得以犧牲法治國原則為代價⁸¹。

21 (二) 刑法沒收犯罪所得新制，如從憲法人權保障觀察，係假借返還不當得
22 利之衡平措施，而行嚴苛立法；對於被告等關係人變相追加懲罰，以
23 及損害被害人權益導致國庫不當得利之顯失公平結果，似有違反憲法
24 上罪責原則以及比例原則等正當法律程序而違憲之虞⁸²。沒收新法在真

26 ⁷⁸ 張志偉，前揭註 12，第 125 頁。

27 ⁷⁹ 鄭逸哲，前揭註 74，第 66、75 頁。

⁸⁰ 陳清秀，從行政罰之角度來反思沒收新法，臺灣法學雜誌第 356 期，107 年 11 月 28 日，第 70 頁。

28 ⁸¹ 張志偉，前揭註 12，第 125-126 頁。

⁸² 陳清秀，前揭註 20，第 52 頁。

1 正提升打擊犯罪的效果之前，早已讓刑事司法系統化身為國家的斂財
2 機器，正如同在刑事訴訟法上沒有不計代價的發現真實，發現真實必
3 須謹守憲法原則及基本權所劃定的犧牲界限，刑事沒收制度的現代
4 化，不代表躁進地擴張沒收的權限就有正當性⁸³。

5 (三) 司法院顧問朱石炎在司法週刊公開發文指出：「從刑沒收雖經修正改列
6 單獨一章，仍保有類似刑法性質，與保安處分截然不同，自應採取從
7 舊從輕與禁止溯及既往原則，原草案條文全然符合法理，竟於立法協
8 商過程中橫遭推翻，改為如今之第 2 條第 2 項內容，實屬錯誤。何況
9 沒入與沒收同為侵及人民財產權之處罰，在行政罰方面尚且採取從舊
10 從輕及不溯既往原則，修正刑法所定沒收，竟反其道而行之，實難苟
11 同。尤其沒收所侵及之財產權受憲法第 15 條直接保障，事屬憲法層
12 次，此次修正沒收規定，除針對刑事被告外，尚涉及被告以外之第三
13 人，竟不顧比例原則，囊括特別法之沒收，一概適用裁判時法，恐有
14 違憲疑慮。」⁸⁴

15 (四) 綜上，本件確定裁定所引用之刑法第 2 條第 2 項、第 38 條之 1 第 2
16 項、第 40 條第 3 項等修正條文，所採取適用裁判時法律、溯及既往的
17 立法方式，已明顯抵觸罪刑法定的憲法原則，而涉及違反憲法第 8
18 條、第 15 條、第 23 條等規定。更進一步說，由於罪刑法定、禁止溯
19 及既往係法治國家之重要立國根本，如前所述，此重要法治國基礎非
20 立法者所能恣意更改、妄加解釋；尤其不能針對特定個人、個案而有
21 之特定政治目的，而任意加以變動。此舉乃屬立法者干涉已往個案，
22 侵害司法權之違憲濫權、毀憲毀國行為。因而，該等刑法修正，亦已
23 明顯違反憲法第 1 條：「中華民國基於三民主義，為民有、民治、民享
24 之民主共和國」，以及憲法第 2 條：「中華民國之主權屬於全體國民」，
25 等民主法治國之根本原則。前揭規定應受違憲宣告，並自本憲法審查
26 判決宣示或公告之日起失效。

28 ⁸³ 薛智仁，前揭註 2，第 1112-1113 頁。

⁸⁴ 朱石炎，前揭註 6。

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28

此致
憲法法庭 公鑒

附件 1：委任狀。
附件 2：參考資料清單及內容。

中 華 民 國 1 1 1 年 6 月 7 日

具 狀 人 葉秀貞等
訴訟代理人 徐履冰律師、范嘉倩律師

