

利得沒收溯及效力之 合憲性問題

國立台灣大學法律學院
林鈺雄 教授

報告大綱 2022/07/19

- I. 前言：利得沒收之定性
 - X 刑罰說→違反罪刑法定原則
 - ○ 非刑罰說→信賴保護原則？歐洲人權法院見解
- II. 修法歷程：我國沒收新法之折衷式從新原則
 - 國民黨團提案版（下稱K版）=兩院會銜版
 - 民進黨團提案版（下稱D版）/協商修正版（下稱D+版）
- III. 比較法制：德國沒收新舊法之折衷式從新原則
 - 1975年版舊法 Art. 307 EGStGB
 - 2017年版新法 Art. 316h; 2020年版 Art. 316j EGStGB
 - 聯邦憲法法院見解
- IV. 溯及問題及信賴保護之檢討
 - 保護領域：受憲法保障之財產「權」？
 - 干預正當化事由：不法財產狀態延續與干預公共利益
- 結論：合憲

I.前言：利得沒收之定性 非刑罰之獨立法律效果

- A.刑罰說→違反罪刑法定原則（絕對禁止溯及）
→違憲→審查結束！
- B.非刑罰說→獨立法律效果→檢討溯及效力/有無值得信賴保護
 - 我國立法者立場→B：
 - 德國立法者（無論新舊法）立場→B
 - 歐洲人權法院（公約第7條罪刑法定/禁止溯及）
立場→B
 - 德國聯邦最高法院立場→B
 - 德國聯邦憲法法院立場→B

II.我國修法歷程： 折衷式從新原則之版本比較

國立台灣大學法律學院

林鈺雄 教授

II. 修法歷程：從新v.從輕原則 我國修法版本之比較

104年12月14日 協商結論D+版	國民黨黨團K版= 行政、司法兩院會銜版	民進黨黨團D版
<p>第二條 行為後法律有變更者，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。 沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。</p> <p>處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢而法律有變更，不處罰其行為或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行。</p>	<p>第二條 行為後法律有變更者，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。</p> <p>非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。 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；第四十條第二項及第三項所定得單獨宣告沒收之方式，適用裁判時之法律。</p> <p>處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢而法律有變更，不處罰其行為或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行。</p>	<p>第二條 行為後法律有變更者，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。</p> <p>非拘束人身自由之保安處分、第四十條第二項及第三項所定得單獨宣告沒收之方式，適用裁判時之法律。</p> <p>處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢而法律有變更，不處罰其行為或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行。</p>

II. 修法歷程： D版、K版→協商D+版

- **2015.12.4 朝野協商逕付二讀**
 - 12/4協商當日刑法修正草案狀態
 - **D版**：11/27一讀程序宣告交付司法及法制委員會
 - <http://misq.ly.gov.tw/MISQ/IQuery/misq5000QueryBillDetail.action?billNo=1041123070200300>
 - **K版**：原兩院會銜版11/27出行政院，但在立法院尚未到掛號（12/4仍尚未於每周二的程序委員會列案）
 - <http://misq.ly.gov.tw/MISQ/IQuery/misq5000QueryBillDetail.action?billNo=1041130070100200>
- **2015.12.17 立法院三讀通過刑法沒收法案**
 - 12/17通過新法D+定版（D黨團倡議，但立法院K為多數黨，協商後各黨團及各院部均同意新法溯及條文）

II. 修法歷程： 協商結論：司法院意見

- 關於刑法部分條文修正草案第2條第3項，本院對兩院會銜版（下稱會銜版）、國民黨黨團版（下稱國民黨版）及民進黨黨團與法務部建議再修正條文（下稱再修正條文），分別基於法理及我國特殊社會背景之考量，**敬表尊重**：
- ...2. 再修正條文第2條第2項（按：即D+版），則將沒收與非拘束人身自由之保安處分並列，規定均適用裁判時法律，其立法說明不論係另有不同之法理依據，或基於滿足我國社會環境之特殊需求，**本院秉持我國五權分治，彼此相維之憲政體制(司法院釋字第175號解釋意旨參照)**，對法務部所屬行政院本其刑事政策決策權及大院受全民託付行使立法權所形成之最終決定，亦同表尊重。

II：會銜K版 單獨宣告沒收，適用從新原則

- **K版條文**
 - 刑§2III：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；第四十條第二項及第三項所定得單獨宣告沒收之方式，適用裁判時之法律。
- **適用問題：N種Bug.exe當機錯誤**
 - **當機1**：即便到了民國115年...DOS繼續跑WIN？
 - **當機2**：估算、過苛、返還條款，全部不能用？何者為輕？
 - **當機3**：不法利得，應依舊法課以超過限額罰金，或依新法改依利得沒收？何者有利？
 - **德國避免當機**：Art. 307 I S. 2 & II EGSStGB

II：D+版

一律從新，不限於單獨宣告沒收

■ D版原提案條文

- 刑§2III：...第四十條第二項及第三項所定得單獨宣告沒收之方式，適用裁判時之法律。
- 刑§38-2II（過苛條款）。
- 其餘：立法說明，實質區分情形依Art. 307 EGStGB

■ 三讀條文（D+版）

- 刑§2II：沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。
- 反對K版：∴當機問題無法解決！ Art. 307 EGStGB！
- 修正D版：條文明訂為宜，從立法理由抽出
- 沒收從新原則，搭配過苛調節條款，以符合比例原則

II：D+版

一律從新，不限於單獨宣告沒收

■ 三讀條文（D+版），立法理由說明如下：

- 一、本次沒收修正經參考外國立法例，以切合沒收之法律本質，認沒收為本法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑），為明確規範修正後有關沒收之法律適用，爰明定適用裁判時法，理由分述如下：
- (一)此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，在第五章之一以專章規範，確認沒收已不具刑罰本質，專章中既未規定犯罪構成要件，亦無涉及刑罰之創設或擴張，自無罪刑法定原則之適用與適用行為時法之必然性。況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。
- (二)「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。因此在民法及公法領域均存在不當得利機制（參照民法第一百七十九條以下、行政程序法第一百二十七條），得以剝奪不法所得之利益。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，況且本次沒收之修正，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。
- (三)另德國刑法施行法第三〇七條係針對一九七五年增訂之利得沒收（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，比較法上亦有其先例。
- (四)參諸司法院釋字第五二五號解釋意旨，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。僅在個案適用時，得透過第三十八條職權沒收及新增之第三十八條之二過苛條款予以調節，兼顧比例原則。觀諸此次沒收草案之內容，新增過苛條款、時效等規定，及犯罪物品是否沒收，賦予法院裁量權，並非全然不利之規定。尤其是過苛條款，更賦予法官可視個案情節，審酌宣告沒收將過於嚴苛而有不合理情形，得不予宣告，以資衡平，兼顧比例原則之要求，縱使個案情節有不宜溯及之例外情形，亦得藉此調節。
- (五)綜上，本次沒收之修正，既未涉及犯罪與刑罰之創設或擴張，外國亦有立法例可資援引，司法院釋字第五二五號解釋意旨及沒收專章相關之衡平規定，認沒收修正後適用裁判時法與禁止溯及既往原則無關。

II : D+版

沒收從新原則，搭配過苛條款

■ 三讀條文 (D+版) ，立法理由說明：

- 「過苛條款，更賦予法官可視個案情節，審酌宣告沒收將過於嚴苛而有不合理情形，得不予宣告，以資衡平，兼顧比例原則之要求，縱使個案情節有不宜溯及之例外情形，亦得藉此調節。」

III.比較法制： 德國沒收新舊法之 折衷式從新原則

國立台灣大學法律學院

林鈺雄 教授

III.比較法制：德國沒收新舊法之折衷式從新原則

- **E 62 (1962) 德國立法者之選擇**
 - 立法規定：§2 V StGB (沒收之從舊從輕原則)
 - Für Verfall, Einziehung und Unbrauchbarmachung gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.
 - 立法背景：類似我國舊刑法
 - §27b StGB (相當於刑§58)：犯罪所得計入罰金刑，不受原罰金上額限制，故學說主張有類似刑罰性質
 - 刑法僅有零星犯罪所得沒收規定，其餘散見特別法
- **1974年以刑法施行法EGStGB修正從輕原則**
 - 改採折衷式從新原則

III-1.比較法制 1974年德國立法之選擇

- **1974年Art. 307 EGStGB改採折衷式從新原則**
 - **I. 以下適用裁判時法原則**
 - 1. 沒收要件
 - 2. 估算、過苛、效力、事後宣告
 - **II. 依舊法計入罰金之犯罪所得，改依裁判時法沒收**
 - **III. I-1 不適用於依舊法較有利者 (折衷)**

III.比較法制

1974年德國立法之選擇

- **1974年Art. 307 EGStGB改採折衷式從新原則**
 - Art. 307 EGStGB – Verfall
 - I. Für die Anordnung des Verfalls wegen einer Tat, die vor dem 1. Januar 1975 begangen worden ist und über die nach diesem Zeitpunkt entschieden wird, **gelten die Vorschriften des neuen Rechts**
 - 1. über die Voraussetzungen des Verfalls (§§ 73, 73a des Strafgesetzbuches), soweit das bisherige Recht den Verfall oder die Einziehung des Entgelts vorschreibt,
 - 2. über die Schätzung, die Entscheidung in Härtefällen, die Wirkung des Verfalls und seine nachträgliche Anordnung (§§ 73b bis 73d, 76 des Strafgesetzbuches).
 - II. Die Anordnung des Verfalls ist auch insoweit zulässig, als nach § 27b des Strafgesetzbuches in der bisherigen Fassung eine höhere **Geldstrafe** hätte verhängt werden können als nach neuem Recht. An die Stelle der Anordnung des Verfalls eines Gegenstandes tritt der Verfall des Wertersatzes.
 - III. Absatz 1 Nr. 1 gilt nicht, soweit das bisherige Recht für den Betroffenen **günstiger** ist.

III.比較法制

1974年德國立法：違憲嗎？

- **1974年Art. 307 EGStGB之折衷式從新原則**
 - 自1975.1.1起適用，至沒收新法2017年新法施行為止，從未被BVerfG宣告違憲
- **1992年起因§73 StGB改採總額原則，兩者結合之後**（另加§73d之擴大沒收），始生相關討論
 - 學說有主張：
 - 於沒收成本之範圍內有類刑罰之制裁性，不宜回溯適用
 - 實務：BGH/BVerfG
 - 總額原則是立法者決定，無關刑罰或類刑罰
 - 本來就是要讓犯罪「血本無歸」！§817 S.2 BGB之法理

III.比較法制

1974年德國立法：違憲嗎？

- BVerfG歷來關於**不法利得**之審查標準/結果
 - 不違反罪責原則：非關刑罰或罪刑法定
 - 不違反無罪推定：同上
 -
 - **未侵犯財產權**：
 - 財產權之違憲審查體系，應先區分：
 - **不受憲法財產權保障之財產**：無從主張權利（為犯罪目的而自願放棄之財產地位並不值得憲法保護）
 - **受憲法財產權保障之財產**：立法者有定義權
 - 合乎比例原則
 - 各種立法規定的調節作用，尤其是**過苛條款**

III.比較法制

德國折衷式從新原則：違憲嗎？

- 德國聯邦最高法院BGH/憲法法院BVerfG
 - 總結：這是立法者的決定，也不是刑罰，且沒有違憲問題

III.比較法制

舊法下事項	德國 1974 法處理	我國新法處理
原即不得處以罰金、沒收者(亦無特別法)	德刑施§307 III+刑§2 V： 適用舊法有利規定/不沒收	§2II + 38-2II 過苛調節條款/不沒收
原得處以沒收者	德刑施§307 I： 適用 1974 法「要件」/沒收	§2II 適用新法「要件」/沒收
原得以罰金刑剝奪犯罪所得者	德刑施§307 II： 適用 1974 法/沒收	§2II 適用新法/沒收
估算、過苛案件、利得沒收之效力及其事後宣告	德刑施§307 I 2： 適用 1974 法/沒收	§2II 適用新法/沒收

III-2.比較法制：沒收從新 2017年德國沒收新法之選擇

- 2017年德國施行沒收新法
 - 確認總額原則、擴張擴大沒收、放寬時效要件...
- 刑施規定沒收從新原則...§316h
 - 原則：利得沒收皆採從新原則
 - 例外：繫屬中案件，法院已曾就沒收作出裁判者
 - 小結：1974、2017皆採折衷式從新原則，但從新範圍不斷擴大...
 - TW新法 vs DE新法比較：皆採利得沒收從新原則，但DE僅針對一種特殊類型，明文規定不再溯及；TW則是以搭配過苛條款的概括方式，來調節溯及效力

III-2.比較法制：沒收從新 2017年德國沒收新法之選擇

■ 2017年Art. 316h EGStGB採從新原則

- Art 316h Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung
- Wird über die Anordnung der Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages wegen einer Tat, die vor dem 1. Juli 2017 begangen worden ist, nach diesem Zeitpunkt entschieden, sind abweichend von § 2 Absatz 5 des Strafgesetzbuches die §§ 73 bis 73c, 75 Absatz 1 und 3 sowie die §§ 73d, 73e, 76, 76a, 76b und 78 Absatz 1 Satz 2 des Strafgesetzbuches in der Fassung des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) anzuwenden. Die Vorschriften des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) sind nicht in Verfahren anzuwenden, in denen bis zum 1. Juli 2017 bereits eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz ergangen ist.
- Fußnote
- Art. 316h Satz 1: Nach Maßgabe der Entscheidungsformel mit dem GG (100-1) vereinbar gem. BVerfGE v. 10.2.2021 I 1098 - 2 BvL 8/19 -

III-3.比較法制：2017沒收從新 第一次違憲審查：合憲！

■ 2017年Art. 316h EGStGB採從新原則

■ BVerfGE v. 10.2.2021 I 1098 - 2 BvL 8/19：確認Art. 316h EGStGB合憲！

- 1、Art. 316h從新範圍，包含依舊法已經罹於時效之情形，此部分屬於「真正溯及」，範圍超越我國新法之從新！
- 2、103 IGG（罪刑法定、禁止刑罰溯及）：利得沒收非刑罰，歐洲人權法院見解亦同，不違反！
- 3、20 III GG（法治國原則/禁止回溯原則）結合財產權保障：犯罪所得不法來源之瑕疵仍在，不值得受憲法保護，且干預具有重大公共利益，不違反！

III-3.比較法制：2017沒收從新 第二次違憲審查：合憲！

- **BVerfG, 07.04.2022 - 2 BvR 2194/21**：再度確認沒收從新原則之合憲性！
 - 1、2020年之Art. 316jEGStGB，明定§73e I S. 2 StGB修正規定採從新原則/可以回溯適用！
 - 2、原告主張：Art. 316jEGStGB之從新/溯及條款，違反Art. 14 GG(財產權保障)、Art. 20 III (法治國原則/不溯及原則)，而提起本件憲法訴訟
 - 3、裁判結果：重申先前見解，犯罪所得不法來源之瑕疵仍在，無法主張信賴原則，亦不值得受憲法保護，且干預具有重大公共利益，不違反！

IV.溯及效力與信賴保護

國立台灣大學法律學院

林鈺雄 教授

IV. 違反法律禁止溯及原則？

→ 區分！

- 以污染狀態仍在為例（不真正溯及）
 - 釋字第714號【土污法施行前污染行為人之責任案】→不違反法律禁止溯及原則、比例原則
 - 其中有關「於本法施行前已發生土壤或地下水污染之污染行為人適用之」部分，係對該法施行後，其污染狀況仍繼續存在之情形而為規範，尚未抵觸法律不溯及既往原則及憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十五條保障人民工作權及財產權之意旨均無違背。
- 利得沒收從新：犯罪行為所致不法財產變動狀態仍在（不真正溯及），情形亦同
- 仍應注意程序保障（程序聽審、救濟權等）

IV. 違反信賴保護原則？

→ 區分有無優越之公共利益！

- 以優惠存款變更為例
 - 釋字第717號【降低公保養老給付優惠存款金額案】→不違反信賴保護原則、比例原則
 - 上開規定生效前退休或在職之公務人員及學校教職員對於原定之優惠存款利息，固有值得保護之信賴利益，惟上開規定之變動確有公益之考量，且衡酌其所欲達成之公益及退休或在職公教人員應受保護之信賴利益，上開規定所採措施尚未逾越必要合理之程度，未違反信賴保護原則及比例原則。
- 利得沒收從新：剝奪犯罪行為所致犯罪所得，具有更大之公共利益 BVerfG

IV. 違反信賴保護原則？

→ 區分有無優越之公共利益！

■ 以不當黨產條例為例

- 釋字第793號→附隨組織的財產是違反自由民主憲政秩序取得，沒有值得保護的信賴可言，故不違反法律不溯及既往原則或信賴保護原則
- 立法者制定溯及既往生效之不利性法律規範，如係為追求憲法重大公共利益，仍非憲法所當然不許。又，受規範對象據以主張信賴保護之信賴基礎，與自由民主憲政秩序不相容者，其信賴自不值得保護，更不生信賴保護之問題。

■ 利得沒收從新：具優越之公共利益

- 違反自由民主憲政秩序取得，縱使法律外觀上合法，亦沒有值得保護的信賴可言，因而容許溯及。那外觀上根本就是刑事犯罪行為所取得者，又要如何主張信賴保護？

IV. 違反信賴保護原則？

→ 區分有無優越之公共利益！

■ 以優越公共利益為例

■ 利得沒收從新：剝奪犯罪行為之不法利得，具有超越信賴保護之重大公共利益 BVerfG

- 經由剝奪不法財產，行為人及一般公眾應可知悉，違法之財產增加不為法秩序所承認，且無法長久保有。
- 此種措施維護公平正義，加強一般民眾法忠誠度。
- 第三人不應受到更高於行為人之信賴保護
- 縱使在犯罪罹於時效之情形（按：真正溯及！），公共利益亦高於犯罪行為人（及第三人）之信賴保護需求！

IV. 附論：財產「權」侵害？

→ 制度性保障

- 財產＝受憲法保護之財產「權」？
- 干預財產＝干預受憲法保護之財產「權」？
 - 制度性保障v.立法者形塑財產權之內容
 - 以民法法律行為違反法律禁止規定為例
 - 出於不法原因給付之排除
 - 違反強行規定之不當得利返還責任
 - 違反保護他人法律之損害賠償
 - 善意第三人例外不受保護之財產犯罪…
 - 形塑財產「權」內容之制度性保障相關立法，不限於民法，亦包含刑法，如利得沒收
- 干預財產or財產「權」：皆應注意程序保障

結論

- I. 利得沒收非屬刑罰亦非類刑罰，亦不違反罪刑法定之絕對禁止溯及原則。
- II-1. 我國利得沒收新法，3個修法版本皆採折衷式從新原則，差別在於是否限於單獨宣告沒收從新。
- II-2. 定版從新原則，搭配過苛條款，於立法理由說明例外有受信賴保護必要或不符合比例原則時，不予宣告沒收。立法者已經考量從新過苛情形。
- III-1. 德國利得沒收新法採更徹底之沒收從新原則，且從新範圍及於犯罪已經罹於時效之「真正溯及」，僅於曾經裁判此種類型創設特殊例外。
- III-2. 德國聯邦憲法法院兩度審查沒收從新之立法，結論皆合憲，不違反法治國禁止溯及、信賴保護

結論

- IV-1. 不法行為所致不法財產變動狀態仍在，依新法剝奪行為人或第三人之不法利得，並非真正溯及，且具公共利益，不違反法律禁止溯及、比例原則。
- IV-2. 任何人不得信任不法行為所致財產不會被剝奪，藉由事後去除犯罪所得，反而宣示不法財產不可能保有，符合公平正義且加強法忠誠性及對守法之信賴，具有優越於信賴保護之公共利益。
- IV-3. 縱有符合信賴保護而不宜剝奪之特殊例外個案，亦可由過苛條款來調節法秩序之平衡點。
- IV-4. 沒收從新另一重點在於，立法有無提供足夠之程序保障，此部分刑訴已有配套修法。
- 綜上，本案無違憲之虞。



謝謝聆聽 ~
歡迎交流 ~