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

文／朱石炎

壹 前言

刑法部分條文之修正，已於民國104年12月30日公布，定自本（105）年7月1日施行（見總統府公報第7226期）。此次修法將從刑「沒收」改列為獨立性法律效果，增訂「第五章之一」予以規範，雖有政策上之考量，尚可支持，惟其未來施行後關於時之效力問題，不無爭議。法務部陳報行政院經該院函請司法院同意會銜提送審議之版本第2條第3項規定內容（以下稱原草案條文）[1]甚為妥適，詎料進入立法部門後，未經邀集學術及實務界充分研討，法務部又與在野黨黨團建議再修正，於是成為三讀通過公布之第2條第2項內容。筆者探究該項條文，深感恐有違憲疑慮，爰撰本文提出質疑。

貳 評述

刑法修正條文將「沒收」定為適用裁判時法，其理由略謂：（一）沒收改列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用裁判時法；（二）任何人都不得保有犯罪所得，係普世存在之基本法律原則，剝奪犯罪所得，不在財產權保障範圍，與原則性禁止之「溯及既往」無涉；（三）德國刑法施行法曾有針對增訂利得沒收（Verfall）明定適用裁判時法之立法例；（四）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。

本文對於上述四點所憑修正理由，不以為然，茲分別說明如下：

（一）刑法修正將從刑「沒收」改列為獨立之法律效果，係參仿德國刑法（以下簡稱德刑）。日本亦有此議，僅止於改正刑法草案階段。德刑雖將沒收列成單獨章節，惟德刑§11–(1)–8關於刑法用語之規定，將「各種矯正與保安處分、追徵、沒收及查封」（jede Massregel der Besserung und Sicherung, der Verfall, die Einziehung und die Unbrauchbarmachung）統稱其為「處分」（Massnahme或譯措施）。其中「矯正與保安處分」依德刑§2–(6)規定，除別有規定者外，適用裁判時法；而「追徵、沒收及查封」，則依德刑§2–(5)係準用§2–(1)至(4)之規定。學術上對於§74–(2)–1之沒收，認為具有刑事制裁性質，稱曰Strafeinziehung，對於§74–(2)–2之沒收，雖認為具有保安性質而稱曰Sicherheitseinziehung，惟其非屬法條所定保安處分（Massregel der Sicherung）範圍。因此，無論何種性質之沒收，均為類似刑罰之處分（strafähnliche Massnahmen），關於時之效力，皆依§2–(5)準用§2–(1)至(4)各該規定，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；

—如係限時法，除別有規定者外，於失效後仍適用之。

足見德刑對於沒收以其具有類似刑罰性質而仍採從舊從輕原則，應有禁止溯及既往原則（Rückwirkungsverbot）之適用[2]。此次修法所謂沒收已不具刑罰本質云云，立論欠妥。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，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，亦定為適用裁判時法，殊屬錯誤。

（二）禁止溯及既往，亦為普世公認之法律基本原則。德刑將從刑沒收改成單獨章節後，仍然遵守禁止溯及既往原則，已詳前述（一）。我國憲法第15條直接保障人民之財產權，且關於沒收之執行，必須體認該條保障財產權之精神（參照司法院釋字第37號解釋）。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，可適用裁判時法，因而研提詳如註1之修正內容，堪認符合實體從舊從輕、程序從新以及法律不溯既往之法理原則。何況揆諸我國法制，沒入與沒收同屬侵及人民財產權之處罰，沒入依社會秩序維護法（第2條、第3條）及行政罰法（第4條、第5條）尚且皆採從舊從輕原則，如今刑法修正後之沒收，除被告犯罪所得外，更涉及犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體之財物或財產上利益及其孳息（見刑法修正第38條及增訂第38條之1），範圍甚廣，影響甚鉅，竟然規定適用裁判時法，尤見謬誤。至若基於特別考量者（例如對於貪污或洗錢所得之徹底追徵沒收），可否在特別法（例如貪污治罪條例或洗錢防制法）中予以特別規定，另當別論。刑法修正第11條不問各個特別法之個別立法目的如何，一概適用沒收須依裁判時法之規定，此種「一網打盡」方式更屬濫用立法裁量權限，有違比例原則。

（三）關於德國曾有利得沒收可適用裁判時法之先例一節，按刑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體罪刑事項者有別，德刑本身既經明定沒收從舊從輕及不溯既往，自應依德刑§2–(5)為準。矧查德國刑法施行法（EGStGB）§307內容，該條第（1）項第1款雖規定關於利得沒收之要件適用新法，但該條第（3）項仍維持從舊從輕原則，明定如舊法較有利於關係人時，即無新法之適用。立法說明何以對此漏未引述？是否刻意略過不提？委實令人費解。

（四）司法院釋字第525號解釋，係就銓敘部所作對於軍事學校專修班畢業服預備軍官役及大專畢業志願轉服四年制預備軍官役者停止適用比照「後備軍人轉任公職考試比敘條例」有關比敘規定之函釋，認為符合該條例意旨，不生牴觸憲法問題，此乃針對銓敘及應考試相關事項之解釋，與侵及人民財產權之沒收無關，立法理由比附援引，執為修正沒收規定適用裁判時法之論據，未免牽強。

參 結語

綜上評述，本文認為從刑沒收雖經修正改列單獨一章（即刑法總則編第五章之一），仍保有類似刑罰性質，與保安處分截然不同，自應採取從舊從輕與禁止溯及既往原則，原草案條文全然符合法理，竟於立法協商過程中橫遭推翻，改為如今之第2條第2項內容，且毫不審酌各個特別法之立法目的，依第11條修正規定，擴及一切特別法皆須適用，罔顧法理與法治國理念，實屬錯誤。何況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人甚至非法人團體，竟不顧比例原則，囊括特別法之沒收，一概適用裁判時法，恐有違憲疑慮。如今修正條文已經公布，盼望行政部門提出再修正案，緣木求魚，毫無可能，筆者強烈建議各級法院法官，日後遇有沒收須適用裁判時法案件，請充分考慮依司法院釋字第371號解釋，以裁定停止訴訟程序，先行聲請釋憲，以求匡正。

（作者為司法院顧問、東吳大學客座教授）

註釋

1. 原草案條文列為第2條第3項，所提修正內容為：「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。」見立法院第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。
2. 參考德文文獻：
(1) Hans-Heinrich Jescheck, Wolfgang Russ, Günther Willms, Strafgesetzbush-Leipziger Kommentar, §2, Rn.51, 10Aufl., 1985.
(2) Bernd von Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, §2, Rn.50, 2003.
(3) Kindhäuser, NomosKommentar, S.52, 6Auhl., 2015.

（文接三版）

請，設置由法院以外之機關探究個人有無事理辨識能力之制度，仍有探討餘地，公職選舉法第11條第1項第1款借用成年監護制度，在家庭法院經專家診斷後，開始監護之審判，令確實認定經常欠缺事理辨識能力之人不具有選舉權，手段上應認具有合理性。

(5) 從而，公職選舉法第11條第1項第1款未賦予成年被監護人得行使選舉權之權利，難認在規定選舉人資格時，有逸脫或濫用國會之裁量權，故上開規定應屬合憲。

三、本院之判斷

（一）關於爭點1

1. 被告主張公職選舉法採用具備同法第9條所定之積極要件，且不該當同法第11條第1項所定缺格事由之消極要件時，才賦予選舉權之架構，若第11條第1項第1款被認定違憲無效，法院即依第9條第1項解釋成年被監護人均具有選舉權，顯已違反立法者意欲將無法期待其適切行使選舉權之人，自選舉人團排除之明確意思，剝奪立法機關借用成年監護制度，判定成年監護人行使選舉權判斷能力之裁量餘地。又被告主張若如此思考，原告請求確認在下次選舉有選舉權之本件訴訟，法院無法適用法令為終局的解決，不該當於規定法院權限之法院法第3條第1項（「法院除日本國憲法有特定規定之場合，具有裁判一切法律上爭訟，以及其他法律特別規定之權限」）所稱之「法律上爭訟」，因此，應認為係法院裁判權限外之訴訟，而予程序駁回。

2. 惟按憲法第81條規定「最高裁判所為具有決定一切法律、命令、規則或處分是否符合憲法之權限的終審法院」，賦予法院審查法令等是否違反憲法之權限，因此，法院判斷不符合憲法之法律無效時，當然會作與立法機關不同內容之判斷，從而，憲法賦予法院就某法律合憲性之判斷，有可與立法機關意思相反之判斷權限，要屬明確。而且，某法律條項被認為違憲無效時，若因此造成與立法機關意思不同之結果，立法機關在憲法容許之範圍內，隨時均可依其合理的意思進行新的立法，法院行使憲法賦予之違憲立法審查權，並未剝奪立法機關之裁量餘地。又法院之基本任務即在於解釋、適用現行有效之法令，解決法律紛爭，若公職選舉法第11條第1項第1款被認為違憲無效，既然同法第9條第1項之關係法令有效存在，法院解釋、適用上開關係法令判斷原告是否有選舉權，係行使憲法秩序下所賦予之權限，應不構成對於立法權之侵害或剝奪立法裁量。

法律之部分規定違憲時，若以其餘規定的文義為有效之規定，可能會被認為欠缺客觀合理性，例如：只依其餘規定無法成立法制度，或只有其餘規定即等同立法機關未設有規定時，法院適用其餘規定，即係無視立法機關之裁量；然而，若非上開情況，被判斷違憲之部分與其餘部分可以切割，可認立法機關有讓其餘規定作為有效法律之意圖者，法院即可就被主張違憲之該當規定行使憲法上賦予之違憲立法審查權，又其餘規定既為有效之規定，即應認為法院解釋、適用該有效規定，裁判法律爭訟，係憲法賦予法院之權限及義務。

（下期待續）

（譯者為最高行政法院法官）

JUDICIAL 司法 徵稿 院網站。 四、文稿一律不退件，請自留底稿。 五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院