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

東京地方裁判所請求確認選舉權判決譯介與省思 上

譯者／闕銘富

2016年1月16日總統、副總統及立法委員的選舉，以及選舉權人之年齡是否調降為18歲之熱門議題，使我想起日本東京地方裁判所平成25年（2013年）3月14日作出以公職選舉法第11條第1項第1款限制年滿20歲之被監護人選舉權之規定違憲，而確認原告在下次眾議院議員及參議院議員選舉有投票地位之判決。被告日本國放棄上訴，且因而修正公職選舉法上開規定，日本憲法學者更以此一憲法判決為傲。我國總統副總統選舉罷免法第11條規定「中華民國自由地區人民，年滿二十歲，除受監護宣告尚未撤銷者外，有選舉權。」公職人員選舉罷免法第14條規定「中華民國國民年滿二十歲，除受監護宣告尚未撤銷者外，有選舉權。」與日本公職選舉法第11條第1項第1款規定意旨相同，未曾受過是否違憲之挑戰，台日法制不同，法理及制度面均值得進一步探討，爰不揣譾陋譯介，並略抒省思代結論，尚祈方家指正。

壹 判決全文

一、要旨：

憲法將選舉權定位為係國民主權原理之議會制民主主義基礎。保障國民在兩議院議員選舉之投票為國民固有之權利，除「不得不」之情況，亦即除有「若不如此限制，事實上不能確保選舉公正舉行或有顯著困難」之情況外，限制選舉權即違反憲法第15條第1項及第3項、第43條第1項及第44條但書。成年監護制度與選舉制度之旨趣目的完全不同，開始監護之審判並未判斷是否欠缺足堪行使選舉權之能力，且制度上允許成年被監護人若一時回復能力，即可回復有效行使一定法律行為之能力，因此，成年被監護人中仍不少具有行使選舉權必要判斷能力之人，故難認賦予成年被監護人選舉權，會產生有害選舉公正之結果，不剝奪成年被監護人選舉權，即會有事實上不能確保選舉公正舉行或有顯著困難之情事。況且為排除欠缺足堪行使選舉權能之人選舉，亦不必借用成年監護制度，可另明確的設置不賦予欠缺行使選舉權能力之人選舉權之規定，予以運用，故此種一律剝奪成年被監護人選舉權之規定，不該當於「不得不」之情況，從而，應認公職選舉法第11條第1項第1款已違反憲法第15條第1項及第3項、第43條第1項及第44條但書。

主　　文

（一）確認原告在下次眾議院議員選舉及參議院議員選舉，有投票之地位。

（二）訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

請求—與主文同

二、案件概要及爭點

（一）案件概要：

本件為成人之日本國民，經法院認定為成年被監護人，因公職選舉法第11條第1項第1款規定成年被監護人無選舉權，未被賦予選舉權，爰主張上揭規定違反憲法第15條第3項、第14條第1項等規定，應為無效，提起行政事件訴訟法第4條之當事人訴訟，請求確認其在下次眾議院議員及參議院議員選舉有投票之地位。

（二）爭點：

1. 本件訴訟，是否不該當於法院法第3條第1項所稱之「法律上爭訟」而不合法，應予程序駁回？

2. 規定成年被監護人無選舉權之公職選舉法第11條第1項第1款，是否違憲而無效？

（三）當事人關於爭點之主張：

1. 第1爭點之主張：

【被告主張】

(1) 若法令規定某權利之發生要件，而該部分被認定違憲無效，不能逕以未被判斷為違憲無效之其餘部分作為權利發生要件之權利。因被認定違憲無效部分，立法機關有其他合理的多重立法選擇，法院若不待立法機關之判斷，認定其餘部分可作為發生要件之權利，即無視立法機關之立法裁量，實質上形同取代立法機關立法，違反權力分立原理。於是，若某權利之發生要件部分被認定違憲無效，但只要立法機關未就該當權利選擇何種立法政策有所判斷，並為新的立法前，該當權利之存在或內容即屬未確定，若提起以該權利為確認對象之確認訴訟，即係請求確認依現行法令規定無法導出之權利，即係無法適用法令為終局解決，而不該當於法院法第3條第1項所稱之「法律上爭訟」。

(2) 公職選舉法規定必須符合第9條之積極要件，以及第11條第1項第1款之「非成年被監護人」之消極要件，才有選舉權，因此，縱認第11條第1項第1款規定違憲無效，也不當然賦予成年被監護人選舉權。第11條第1項第1款之立法目的，乃因選舉權係組構選舉人團，選定公務員之公務上權利，為選定適合之公務員而行使選舉權，不應賦予不具有最低限必要判斷能力之人有選舉權，故難以期待家庭法院判定經常處於欠缺事理辨識能力之成年被監護人，可適切行使選舉權。

(3) 從而，若認為公職選舉法第11條第1項第1款違憲無效，認為只依第9條規定即可賦予所有成年被監護人公職選舉法上之選舉權，即違反公職選舉法上開旨趣，不符合立法者合理的意思，且剝奪立法機關合理選擇之餘地，而侵害立法權。因此，原告請求確認在下次選舉有選舉權之本件訴訟，非法院得適用法令為終局的解決，不該當於「法律上爭訟」。

【原告主張】

(1) 被告主張符合公職選舉法第9條之積極要件，以及第11條第1項第1款之「非成年被監護人」之消極要件，才具有選舉權，但憲法係保障全體國民之選舉權乃至行使選舉權之權利，選舉權非係因公職選舉法之規定才發生之權利。第11條規定係在一定情況下剝奪已發生之選舉權之消極要件，因此，若第11條第1項第1款規定被認定違憲，成年被監護人之選舉權即不會被剝奪，應賦予選舉權。

(2) 若依被告主張，如認為某法令侵害憲法上之權利，若經訴訟判斷該法令違憲無效，即形同未規定該權利而無法具體化。權利的具體化乃立法機關之裁量行為，在立法機關未予具體化前，由法院判斷憲法合適性已超越司法權之界限。若依此種想法，則法院幾乎不可能審查人民主張憲法上權利受侵害之法令的合憲性，顯已不當限制憲法賦予司法權之違憲立法審查權，而違反權力分立原理。

(3) 最高裁判所平成20年6月4日大法庭判決（民集62卷6號1367頁）在國籍法相關案件中，業已宣示賦予權利、利益之法令規定，一部分被認定違憲無效時，若符合其餘要件，也應賦予其權利、利益，應足參照。

2. 第2爭點之主張：

【原告主張】

(1) 選舉權乃國民主權之下，議會制民主主義之基礎的權利，透過選舉實現自我意義之人格權極為重要，且具有一旦受限制即難以回復之性質，因此，限制選舉權之立法必須使用嚴格的審查基準，最高法院平成17年9月14日大法庭判決（民集59卷7號2087頁，下稱「平成17年大法庭判決」）即曾判示：除實施有害選舉公正行為人之選舉權應受到一定限制外，原則上不容許限制國民之選舉權或行使選舉權，若欲予限制，其限制必須屬於「不得不」之事由。

(2) 憲法第15條第3項保障成年人之普通選舉，且未要求成年人須有任何選舉能力，「障害者權利條約」也承認障害者有選舉權，若以確保選舉公正為理由，剝奪成年被監護人選舉權，即與不應以障害或能力為理由限制選舉權之憲法相違背，公職選舉法第11條第1項之目的已欠缺正當性。

(3) 限制成年被監護人選舉權，乃因過去輕易認定禁治產人無判斷能力，且未曾遭抗議，致剝奪禁治產人選舉權之違憲狀態仍存。但成年監護制度係有關財產管理及人身監護之制度，在開始監護之審判上，並未審查行使選舉權之能力，且成年監護制度所要求之財產管理能力與行使選舉權之能力完全不同性質。事實上，原告雖是成年監護制度下被認定為經常欠缺事理辨識能力之成年被監護人，但仍可自己閱讀選舉公報，決定應投票之候選人乃至政黨，自己在投票所記入投票用紙進行投票，並非不能適切投票。

(4) 開始監護之審判依聲請而進行（民法第7條），即便經常欠缺事理辨識能力之人，若未經開始監護之審判，也應被賦予選舉權而可行使選舉權，因此，因開始監護審判即剝奪其選舉權，顯已違反憲法第14條、第44條但書之平等原則。

(5) 一律剝奪成年被監護人之選舉權，與實現障害者與健常者之共生社會為目標，提倡擁護障害者之權利、尊重自己決定、活用殘存能力之福祉社會的觀點不能相容。

(6) 一律剝奪成年被監護人選舉權之手段，顯著欠缺確保選舉公正目的之合適性，且難認為是必要最小限度的限制，更違反平等原則及福祉社會的觀點，因此，公職選舉法第11條第1項第1款應屬違憲無效。

【被告主張】

(1) 憲法第44條將相關選舉規定委諸法律，肯認國會如何規定選舉人資格之立法裁量，公職選舉法第11條第1項第1款適當與否，只是為具體化憲法上選定公務員之權利的制度設計上之立法裁量問題，欲判斷公職選舉法第11條第1項第1款違憲，只限於國會之裁量有逸脫或濫用之情況。

(2) 行使選舉權除具有積極主動的參與政治意思形成之性質外，因選舉結果也會左右本人、國家或地方公共團體及各分野之政治理想方策，對多數國民有絕大的影響，具有公務的性質。基於此種公務性，憲法所規範之選舉權，係以可自複數候選人中，根據其政見、政策等相關資訊，依自己意思選擇足堪擔任各該選舉相關公職公務員之能力，作為前提。從而，選舉權非所有國民當然具有之基本人權，應僅賦予具有構成員資格之一定範圍之國民。成年被監護人因精神障害，經常欠缺事理辨識能力，難以期待其得適切行使選舉權，因此，公職選舉法第11條第1項第1款在設計具體選舉權時，沿襲過去之立法經緯，規定其為選舉權及被選舉權之缺格事由。

(3) 欠缺基於自己意思選定符合擔任國會議員等公務員之判斷能力之人，若具有選舉權，但因欠缺判斷能力，可能投成廢票，或無效票，甚或有不正投票之虞。例如依近親同伴之意思投給特定候選人，或成為第三人運作不正投票之對象，當然會影響選舉結果，且損害選舉人投票之任意性及自由，自然損及選舉之公正或國民對選舉之信賴。諸外國之制度雖因國而異，但對於欠缺合適行使選舉權之判斷能力之人，多依法律規定其為選舉權缺格事項。從而，應可認未賦予不具有行使選舉權最低限必要判斷能力之人選舉權之公職選舉法第11條第1項第1款之立法目的，具有合理性。

(4) 家庭法院開始監護之審判前，會先對本人之判斷能力進行醫學診斷，鑑定有無無法充分管理財產能力之精神障害，以及其內容，此等診斷及鑑定實質上即是行使選舉權必要最低限度判斷能力之審查，若司法機關判定其經常欠缺事理辨識能力，認定其為成年被監護人，即可不問其投票時是否一時的回復意思能力之個別情事，而認定其不具有選舉人資格，應屬相當。此外，除借用成年監護制度外，難以想像還有為判定行使選舉權必要能力之其他立法上選擇，蓋選舉是全國且大量劃一舉行，欲在監護開始審判外，創設個別審查選舉時是否具有適切的行使能力之制度，實際上極為困難。又不依本人或親族申

（文轉二版下）

L WEEKLY 周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、法學新知的作品。二、本刊內，以利一次刊出。三、本刊並歡迎司法人、文後請加註，以利參考。對來稿有，及法院的故事。權潤飾斟酌，事及探討司法制度、的作品。文長宜在八千字以下頓接的故事。制收者，請加注說明；利出文章並將置司法 L WEEKLY 周刊 週出刊 訂閱 全年優惠價400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊