

第二節 憲法與刑法

壹、罪刑法定原則

- 行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同(§1)。
- 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(§2 I)。
- 沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律(§2 II)。

一、概說

基於罪刑法定原則(*nulla poena sine lege*)，只有行為當時的法律設有明文規定處罰的行為，才能適用刑法定罪科刑；相反地，在行為當時並沒有法律明定處罰的行為，縱使具有嚴重的社會損害性，亦不成立刑法所要制裁的犯罪。罪刑法定原則具有防止國家刑罰權力遭到來自政治等方面濫用的功能，並使人民知悉刑法的禁止或誡命界限，而能有所遵循，具有一般預防效果¹³。

罪刑法定原則是啟蒙思想的產物，是具有普世價值的重要刑法原則，而屬保障犯罪者人權的大憲章(*Magna Charta des Verbrechers*)¹⁴，並呈現出刑法的保障功能(*Garantiefunktion*)。申言之，刑法雖是以保護法益為任務，卻是以侵害個人權利的方式作為手段（如死刑、自由刑），藉由明確的刑事立法，一方面使國家取得處罰人民的權限，另一方面更在展現刑法的片段性，只要行為不該當法定犯罪的要件，就不會遭到刑事處罰。

¹³ 關於一般預防理論，本章/邊碼 49。

¹⁴ 用語出自德國刑法學者李斯特(Franz von Liszt, 1851-1919)。Vgl. W/Beulke/Satzger, AT Rn. 69. 林山田，通論(上)，頁 68；林鈺雄，總則，頁 38。

刑法總則

- 16 我國憲法的條文雖未對此重要原則明文規定，但刑罰法規涉及人民生命、身體自由及財產權之限制或剝奪，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則（釋字 792 號理由書），而可從憲法第 8 條第 1 項的法定程序（釋字 384 號理由書），以及憲法第 23 條限制人民自由權利應以法律限制之的法律保留原則（釋字 443 號理由書），推導出罪刑法定原則在憲法層次的規範效力的地位，並對立法者與司法者產生直接的拘束力。

二、個別原則

（一）刑事法律是由國會通過的成文法律與習慣法禁止

- 17 刑罰權的依據及其範圍必須由國會依據法定程序所制定的法律來規定，刑事司法機關不得藉由裁判自行創設國家的刑罰權；行政機關亦不得使用行政命令創設犯罪行為的法律要件及其法律效果。
- 18 立法者在少數所謂的空白刑法(Blankettstrafgesetz)中，如違背預防傳染病法令罪(§192 I)，授權行政機關以命令補充構成要件的內容時，其授權目的、授權內容與範圍應具體明確，而自授權的法律規定中得預見行為的可罰性，方才符合罪刑法定原則（釋字 522 號、釋字 680 號參照）。
- 19 刑法必須是成文法，習慣法縱使來自法社會的確信，亦不得直接作為刑罰依據，而與民事法完全不同(民§1)。因此，針對「行為時，無責任能力不罰」(§19 I)創造例外處罰依據的原因自由行為，須經立法明定(§19 III)¹⁵；間接正犯是否必須明文規定，取決於其利用他人為工具的行為是否仍在各罪不法構成要件的解釋範圍¹⁶。不過，罪刑法定原則旨在保護人民不受國家的侵犯，對於人民有利的習慣法（如得承諾阻卻違法¹⁷），仍可作為裁判法源，法院也有適用的法律義務。

¹⁵ 本書 4 章/邊碼 31。

¹⁶ 採取肯定說，理由在於透過犯罪支配掌握各罪的構成要件範圍，本書 6 章/邊碼 22。

¹⁷ 本書 3 章/邊碼 120。

(二) 明確性原則

明確性原則(Bestimmtheitsgrundsatz)主要是針對立法者的誡命。²⁰ 為求落實罪刑法定原則，立法者規定的犯罪構成要件與法律效果，必須儘可能達到一定的明確程度，而使受其規範的人民得以了解禁止的內容為何，始得認知與避免刑罰之風險，尤其是越嚴厲的刑罰制裁，越應仔細精確地規範其可罰前提¹⁸。不過，立法者仍可在部分條文內容使用概括條款（如「其他……方法¹⁹」 (§§221 I, 224)、「他法」 (§328 I)）或需要價值填補的要素，以避免實務面臨過於僵硬的法條文字，而無法作出合宜的判斷²⁰。至於全然概括的構成要件，如中國古代「諸不應得為而為之者，笞四十；理重者，杖八十」的規定，即屬違反憲法的不明確條文²¹。

依照我國釋憲實務有關法律明確性的見解，刑法條文須意義非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認（釋字 432 號、釋字 521 號、釋字 594 號、釋字 617 號、釋字 690 號、釋字 794 號、釋字 799 號、釋字 803 號參照）。所謂「一般受規範者」，應認係指「一般受該規範限定範圍之人」，而非指一般通常智識之人。又判斷是否「得預見」之方式，與立法機關所採立法技術密切相關，若採空白構成要件之立法技術，以外部或內部指引將犯罪構成要件指向同一或不同規範制定機關所制定之法律或命令時，判斷是否「得預見」之方式，則須將該刑罰法規與用以填補犯罪構成要件之相關規定合併整體觀察之（112 年憲判字第 5 號理由書）。尤其有關嚴重拘束人民身體自由的刑罰規定，其構成要件是否符合法律明確性原則，應受較嚴格的審查（釋字 636 號理由書）。

¹⁸ 可資參考者，薛智仁，臺大法學論叢 44 卷 2 期，頁 616-626 認為罪刑明確的首要功能在於實現民主與權力分立，確保可預見性是其附隨功能。

¹⁹ 對於妨害性自主罪「其他違反意願之方法」的解釋，誠屬重大爭議問題，許澤天，分則(下)，7 章/邊碼 22-27。

²⁰ Rengier, AT §4 Rn. 26; W/Baulke/Satzger, AT Rn. 72. 林鈺雄，總則，頁 44。

²¹ 蘇俊雄，總則(I)，頁 177。

22 明確性問題，經常出現在犯罪要件的內容是否已經足夠明確。

例如 內亂罪在 1992 年修正前的構成要件內容為「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而著手實行者」 (§100 I)，並未規定著手實行的內容為何，導致批評政府的言論也被解釋為該當著手實行，違反明確性要求²²。

例如 已廢止的檢肅流氓條例第 2 條第 3 款「欺壓善良」以及同條第 5 款「品性惡劣」、「遊蕩無賴」，不符合明確性要求（釋字 636 號）；貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 2 款「藉勢或藉端勒索、勒徵、強占或強募財物」以及同條第 3 款「其他舞弊」，也不符合明確性要求。

例如 依照釋字 777 號的解釋，肇事逃逸罪舊有文字的「肇事」部分 (§185-4)，可能語意包含「非因駕駛人的故意或過失」（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，但此包含部分尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則²³。因此，2021 年 5 月修法將「肇事」文字改成「發生交通事故」。

23 明確性問題，也會出在法律效果層次，刑法不能制定出像總統就職宣誓的「如違誓言，願受國家嚴厲之制裁」（憲§48）這種空洞的法律效果。因此，完全不限制剝奪自由期間的絕對不定期刑是不容許的。

但如 對於性犯罪者的強制治療處分，得至其再犯危險顯著降低為止 (§91-1 II)，釋字 799 號認為仍滿足明確性要求。

²² 林山田，通論(上)，頁 77。這個罪名的修正，是由林山田老師等人在 1991 年領導廢除刑法 100 條行動作出的貢獻，帶動台灣的言論多元與政治自由。

²³ 此一釋憲實務見解極有爭議，尤其割裂刑法第 185-4 條與道路交通管理處罰條例第 62 條有關「肇事」的理解，煩請讀者參考該號解釋的個別意見書。此外，依照目前實務對於該罪的擇一保護多重法益見解，將使得逃逸行為的適用範圍更是無法預測，而有抵觸明確性原則，薛智仁，興大法學 32 期，頁 30；許澤天，分則(下)，2 章/邊碼 51、65。

明確性原則對於裁判者也有其適用，許多法條用語相當抽象，裁判者有義務透過更明白的文字進行解說。尤其，裁判者須在解釋時與立法文字對焦，而非作出一個不知針對哪一要素的解釋，以致無從檢討其內容是否妥適，更導致對立法者的明確性誠命喪失意義²⁴。

例如 強行取走他人使用工具，妨害他人工具之進行，究竟是該當強制罪的「強暴」，還是同罪的「脅迫」 (§304 I)，必須對強暴或脅迫下定義，並分別就此兩個概念針對案例事實進行涵攝，而非如實務所稱「不得謂非該條之強暴、脅迫行為²⁵」。至於把「強暴」解釋為「逞強施暴」、「脅迫」解釋為「威脅逼迫」，就只是對同一概念的另類包裝，毫無解釋可言。

例如 詐欺罪 (§339 I) 的客觀要素為「詐術」、「陷於錯誤」、「處分財產」與「財產損失」，各自具有獨立性，個案事實必須逐一檢驗是否分別該當每一要素，而不能含混地認為受騙人既已處分財產，即蒙受財產損失。

(三) 禁止類推適用

與明確性要求搭配，法院不得透過類推適用作為創設或加重刑罰的方式，而與民法截然不同(民§1)²⁶。因此，當刑法依其文義可能範圍對於某一具體個案沒有可以適用的條款時，法院不能比附援引類似條文定罪科刑，任何不利於行為人的類推適用，皆受到禁止；相對地，有利於行為人的類推適用，則受到許可²⁷。

²⁴ W/Beulke/Satzger, AT Rn. 73.

²⁵ 28 上 3650。

²⁶ B/W-Eisele, AT §7 Rn. 18; Rengier, AT §4 Rn. 31. 林鈺雄，總則，頁 41；趙琛，總則，頁 60 指出舊日本學說、蘇聯刑法與納粹刑法的類推思維有悖於民主立憲限制法官權力、保障人民權利的理想。支持類推的早期文獻，周治平，總則，頁 26。

²⁷ Rengier, AT §4 Rn. 34. 林山田，通論(上)，頁 85；陳子平，總則，頁 54。關於第 27 條第 2 項第 2 選項的類推適用，本書 7 章/邊碼 131。反對有利行為人的類推適用，韓忠謨，原理，頁 67；楊建華，總則，頁 16。

例如 老翁 A 在與朋友的聚會裡，喝了不少烈酒。散會後，A 騎乘腳踏車返家，卻因不勝酒力而駕馭失控，導致機車騎士 B 閃避不及跌落水溝受傷。A 縱使因喝酒過量而導致不能安全騎乘腳踏車，仍無法成立不能安全駕駛罪(§185-3)，因為該罪所稱的「動力交通工具」係指由機器引擎驅動的交通工具，並不包含人力驅使的腳踏車。倘若法官類推適用該罪判決 A 有罪，即會抵觸禁止類推適用原則。

26 法院適用的刑事處罰法源，只有國會通過的法律或經其合法授權來補充法律的行政命令。法院的解釋標的，就是法律條文的文本，而法律文義的可能範圍，劃定法院解釋的外在界限。至於學說、立法說明或實務裁判見解，皆只是協助法院進行法律解釋的工具，而非法源。目前最嚴重的問題，在於部分實務工作者對於法律理解與操作能力不足，直接比附援引過往實務見解的類似事實，得出表面上適用法律，實則適用裁判先例的違法裁判。

27 不過，禁止類推適用，固無疑義；難題在於如何劃定容許的解釋與禁止的類推界限²⁸。尤其，法律文義僅是解釋依據之一，如何避免透過其他解釋方法導致出現違法的類推適用，值得進一步探討²⁹。

（四）禁止溯及既往

28 由於刑法所採取的手段嚴厲性，行為人須在行為時能夠預計其違犯後果，導致刑法的效力僅及於法律生效後發生的行為，不得溯及既往地處罰先前已結束的行為(§2 I 本)。

29 回溯禁止(Rückwirkungsverbot)的要求，不僅拘束裁判者，也拘束立法者。據此，(1) 行為在行為當時係刑法不處罰的行為，就不會因行為後刑法增列處罰規定或排除原本的不罰事由，受到刑法的處罰；

²⁸ 文獻上甚至有認為「可能文義」就是類推，嚴格禁止類推，結果與禁止解釋相同，Kaufmann 著，吳從周譯，類推與「事物本質」，頁 11-13。

²⁹ 謝開平，法學與風範，頁 316 以下。

(2) 行為在行為當時固屬刑法明文處罰的犯罪行為，亦不得以行為後立法者的刑罰效果修改，而在行為後加重處罰。

由於回溯禁止的對象係規定可刑罰性與效果的法律，實務見解的變更，縱使對行為人不利，亦不牴觸回溯禁止原則，而只能從行為人在行為時是否因信賴先前實務見解產生不知行為違法性的觀點，判斷其有無罪責(§16)³⁰。

程序法規定(如上訴期間、聲請調查證據)的變更，原則上不影響刑事實體法律要件與效果，自應適用裁判時的法律。具有爭議的是，對於仍在追訴時效(§80)的行為，立法者在行為後作出延長時效的決定，導致原本依照舊法罹於時效的犯罪行為遭受處罰，是否牴觸回溯禁止原則？由於追訴時效的性質是否僅屬於程序法，抑或兼含實體法，有所爭議，現行立法也有相互矛盾的設計(刑施§§8-1, 8-2，請閱讀)，難下定論³¹；但若過去犯罪業已按照舊法罹於時效，則不能因為罹於時效後的時效修法受到追訴，始符合法治國原則，自無疑義³²。類似爭議，亦在攸關檢察官得否合法起訴的告訴乃論，立法者在行為後加以廢除，則檢察官得否不經告訴起訴被告，實務見解認為事涉國家刑罰權，非僅屬單純程序的問題，檢察官仍應依照舊法不得起訴被告(刑訴§252 (5))³³。

因拘束人身自由的保安處分對人民權利影響不低於刑罰，亦有禁止溯及既往原則的適用(§1 後)。相對的，非拘束人身自由的保安處分，可適用裁判時的新法溯及適用(§2 II)。此外，沒收也適用裁判時的新法(§2 II)。

不過，行為後之法律有利於行為人時，不在溯及禁止的範圍(§2 I 但)，自屬當然。並且，行為後法律是否有變更，也包括補充構成要

³⁰ Rengier, AT §4 Rn. 17 ff.; W/Beulke/Satzger, AT Rn. 78. 因實務見解分歧產生的禁止錯誤問題，本書5章/邊碼62。

³¹ 主張立法者不得在行為後更改追訴時效，而使個案因此未罹於時效者，薛智仁，中研院法學期刊12期，頁312。

³² Rengier, AT §4 Rn. 22; W/Beulke/Satzger, AT Rn. 74.

³³ 最高法院94年度台上字第5375號判決。

刑法總則

件內容的行政命令有變更，理由在於填補空白刑法的行政命令也是刑法構成要件的一部分，應一同受到罪刑法定原則的拘束³⁴。更有爭議的是，裁判前僅針對特定時期有效施行的限時法(Zeitgesetz)，縱使裁判時已失其效力，是否仍可作為不利於行為人的裁判依據？由於我國刑法對已過期的限時刑法適用未加明文，爭議難免，但因限時法的失效早已規定在法律中，期間屆滿，乃預定的失效條件成就，而非行為後法律有變更(§2 I 本)，自仍應依照限時法作為裁判依據，始能落實立法者制定限時法的目的(Vgl. §2 IV StGB)³⁵。

【進階說明：繼續犯的法律變更】

白色恐怖時期，曾有大法官解釋透過對證明法則的扭曲認為「凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加。如其於民國三十八年六月二十一日懲治叛亂條例施行後仍在繼續狀態中，則因法律之變更並不在行為之後，自無刑法第二條之適用（釋字 68 號）」³⁶，而將被告原本是否繼續參加共黨組織的事實不明或無法調查情形，逕行作出不利被告的繼續參加認定，導致懲治叛亂條例（現已廢止）溯及適用於施行前的參與共黨組織行為³⁷。

³⁴ 林山田，通論(上)，頁 128；黃榮堅，基礎(上)，頁 114；陳子平，總則，頁 63；薛智仁，興大法學 32 期，頁 40。不過，我國實務見解多認為係屬事實變更，釋字 103 號；51 台上 159；51 台非 76；最高法院 106 年度台上字第 371 號判決。

³⁵ 採此見解者，蔡聖偉，台灣法律人 32 期，頁 116-125（正反意見的整理，頁 119）。

³⁶ 本號解釋已經釋字 556 號用「係針對懲治叛亂條例所為之釋示，茲該條例已經廢止」迂迴的理由變更，應予注意。

³⁷ 屬於該號解釋受難者之一的柏楊先生，直斥當時大法官為蔣家班大法官（柏楊回憶錄，頁 283）。何況，在白色恐怖下對於參加匪黨組織的認定，亦往往出於恣意；即便真的參加，誰敢以自首證明脫離該組織！許澤天，白色恐怖下的憲法守護人，收於：Ferdinand von Schirach 著，薛文瑜譯，誰無罪，2013 年 4 月。