

# 刑法法定原則規範修正評釋

中正大學法律系教授 柯耀程

## 壹、前 言

2005 年刑法修正，在往後所面臨最根本的問題，應當是法律適用的問題，而對於法律適用的基本規範，應推法定原則的規定，本次刑法第一條法定原則的規範，將所謂「拘束人身自由的保安處分」導入法定原則規範的適用之中，於是開啟關於法定原則適用範圍的重新省思。其中最值得注意者，當屬法定原則的內容及其適用涵蓋的範圍，主要關於法律適用的問題，乃在於溯及既往適用禁止原則的呈現，為能找出一個法律適用的基礎理念，以及詮釋法定原則適用的範圍，乃至於在適用上，是否依循法定原則的指導，有必要對於法定原則規範重新作一次審視。

一般對於刑法的概念，均單純將其界定為「對於犯罪行為賦予刑罰法律效果的規範總體」，這樣的概念界定，僅是粗略從刑法存在形式的作用面，作片面式的觀察；更精細而言，刑法的概念，除規範犯罪行為與刑罰的法律效果之外，更是國家刑罰權之形成、存在、效力範圍，以及刑罰權之發動與實現的規範全體。換言之，實定化的刑法所揭示者，無異是國家刑罰權形成之法規範正當性。因此，刑法所涵蓋的內容，至少應包含六個主要規範的範圍：

- 一、刑罰權的範圍界定：如界定刑罰權的效力，包括對人效力的規範(刑罰權效力的屬人原則)、適用地的效力或稱轄域範圍(刑罰權效力的屬地原則)、刑罰權放射效應的範圍(包括保護原則及世界法原則)。
- 二、刑罰權形成的認定基礎：刑罰權的形成，必須有一定具體的前提關係，亦即係以犯罪行為之可罰性判斷，作為刑罰權判斷的基礎，而行為可罰性之認定，主要係從犯罪行為的不法及刑事責任的認定為根本，從刑法規範內容觀察，屬於此一部分者，包含刑法總則第 12 條至第 31 條之規定，以及刑法分則關於犯罪類型規範之構成要件全體，乃至其他特別(特別刑法)或個別(附屬刑法)的刑罰法律均屬之。
- 三、刑罰權的具體內容與手段：刑罰權是一種權力的形式，其是對抗犯罪行為的

制裁機制，主要的制裁手段，係以刑罰與保安處分作為具體內容，規範上包括刑法總則第 32 條至第 40 條、第 51 條至第 56 條(第 55 條後段之牽連關係與第 56 條之連續關係規定，在這次修正時被刪除)、第 86 條至第 99 條，以及刑法分則中個別犯罪類型之法定刑規定是。

- 四、制裁手段之裁量規範：確認刑罰權之後，必須對於個別犯罪行為及情狀賦予具體的制裁手段，由於行為手段、情狀及所生之損害各有差異，故具體刑罰權的內容，必須透過審查其個別行為事實之整體情狀，以賦予具體貼切並合於行為的法律效果，故有刑罰裁量規範之存在，規範範圍包含易刑處分之裁量與行為事實之法律效果裁量。就規範內容而言，此一部分包括刑法總則第 41 條至第 46 條、第 57 條至第 73 條。
- 五、刑罰實現的規範：刑罰權主要的作用在於實現，而所謂刑罰權實現者，重在於刑罰的執行問題，故關於刑罰是否執行、如何執行，以及執行的假釋關係者，均屬於具體刑罰權實現的問題，在刑法的規範中，自然須有所規定，就規定的內容而言，屬於此一部分者，包括緩刑及撤銷緩刑的規定(第 74 條至第 76 條)，以及執行所生假釋及撤銷的規定(第 77 條至第 79 條之 1)是。
- 六、關於刑罰權存續效力之規範：刑罰權發生後在實現之前，是否具有無限之效力？亦即刑罰權在未實現前，應否擁有絕對存續的效力？在觀念上具有雙向性的思維可能性，如果認為刑罰權的效力不受時間之限制，僅有實現一途，則關於存續效力的問題，似乎不需也不待法律規範之規定，理所當然地國家對其主張，全然不需受到時間的節制，則犯罪發生後所形成刑罰權主張的關係，在犯罪追訴與處罰完成前，其效力始終存在，並無時效完成的問題；反之，如認為國家刑罰權應受到一定之節制，當國家對於其權力怠於行使，而具有可歸責於國家權力行使之怠惰者，則刑罰權之存續效力，應同樣受到一定之限制，於是乃有時效之規範存在。就現代刑法具有節制國家刑罰權之作用來看，當國家對於刑罰權有怠於行使時，其不利益的關係，顯然不應轉嫁給行為人，因此，當刑罰權之事由發生時，國家對於犯罪具有追訴的權限，當其怠於行使而經過一定之時間後，則國家對於犯罪之追訴權限乃應受到限制，於是乃產生刑罰權發動之追訴時效(Verfolgungsverjährung)的規範；同樣地，當刑罰權被確認之後，經過追訴、審判而至確定刑罰權的具體內容時，刑罰權最終階段的實現問題，即刑之執行問題，乃成為刑罰權存續關係最後一階段的旅程，只有這一階段實現之後，刑罰權方得視為完全實現。惟當犯

罪發生後，經過刑罰權確認程序之發動，即經過刑事程序之追訴與審判確定之後，乃進至行刑之問題，當刑之執行名義發生，卻因國家怠於行使行刑權時，經過一定之時間，該行刑權之主張，亦應受到一定之限制，此即所謂刑罰權實現之行刑時效(Vorstreckungsverjährung)之規範問題。在我國刑法的規定中，關於刑罰權發動之時效規定者，乃定於刑法第 80 條至第 83 條；而行刑時效的規定，則定於第 84 條與 85 條<sup>1</sup>。

在法規的編排上，刑罰權規範的刑法區隔成二大部分，即總則編與分則編。在總則編的規範內容，均屬於攸關刑罰權基本的指導性原則與適用規範，亦即屬於刑罰權之準則性規範；而分則編則是屬於刑罰權形成基本前提的犯罪規範，即犯罪可罰性成立的法定構成要件之個別規範。總則與分則間的關係，並非僅限縮基本規範與特別規範，或是抽象基礎規範與具體個別規範的關係而已。刑法總則係屬於刑罰權存在之基礎規範，其規範內容包括從刑罰權之形成、刑罰權內容與範圍之判定，以及刑罰權發動與實現的指導性原則，均需遵守刑法總則規範之指導；而刑法分則之規定者，則是屬於刑罰權形成的判斷要件，當刑罰權形成的判斷關係，係以評價客體的可罰性判斷為規範基礎，則刑法分則即是揭示此種可罰性判斷的法定條件，亦即對於個別具體性的行為事實，作法定成立條件之規定。大體來說，刑法總則是對於國家刑罰權存立的關係，作整體性與原則性之規範；而刑法分則則是個別刑罰權形成內容之基本前提條件，作個別化的規範。是以當刑法規定修正時，倘若是個別犯罪成立規定之修正者，則其所變更者，僅是刑罰權形成的法定條件而已，在法律的適用關係上，只須考慮罪與刑的成立與適用關係；但如涉及刑法總則之修正時，則所涉及的變動範圍，兼及於刑罰權關係的全部，由於刑

<sup>1</sup> 我國刑法關於時效之規範，似乎僅單純從時間上作節制，並無考慮到發生時效進行之事由，故而即使非可歸責於追訴或行刑機關者，時效仍然照舊進行，雖然在規定中，有時效停止的規定，但仍舊無法解決歸責性問題。照理說，時效之進行，而有罹於時效消滅之虞者，主要係因可歸責於有權機關怠於行使權利之故；倘追訴與行刑機關並無可歸責之事由時，自然也不應使之承受時效上之不利益，2005 年刑法修正時，雖也考慮到這樣的構想，但僅作提高時效期間之修正，並未完全落實歸責理念。參照刑法第 80 條及第 84 條之修正理由。另外，雖稱我國刑法係繼受自德國刑法，但我國並未如德國刑法關於時效中斷與延長之規定，在追訴時效上，德國刑法§78c 之規定，如追訴已經發起，則追訴時效自然視為中斷，且當中斷原因消失，時效則重新計算之規定；而行刑時效上，在德國刑法§79b 法院得因行刑機關之聲請，為行刑時效二分之一的一次延長。德國刑法關於時效的規定，確實有其值得借鏡之處，值得修法時做為參考，但遺憾的是，在 2005 年修正刑法總則時，卻未詳為審酌，乃至僅作時效時間之延長而已。

法總則係屬刑罰權存立的基礎規範，攸關刑罰權的範圍、刑罰權之形成、認定、判斷、發動與實現，且總則的規定，多為普遍性之指導性規範，這樣的指導性規範的修正，在適用的認知問題上，與刑法分則所定之犯罪成立條件者有所差異，蓋其並非僅限定在可罰性形成的認定關係而已，刑法對於總則規範的變更適用問題，似乎不能僅以刑法第 2 條的規定來思考，而需回歸到法定原則的本質性內涵，並從法律規範對象與範圍的結構性關係來加以思考，方能對刑法總則修正後的適用關係，確認出其適用之準據。

## 貳、法定原則之形成

邃古之初，人事簡單，基於自然單純的思維，認為人際間的權利侵害，最簡單且為理所當然的對應關係，就是血債血還的復仇，而這種衝突解決方式的實現，大都直接採取自力救濟的手段。因此，對於犯罪所形成之侵害，都採取私讎或血讎的解決方式，以尋求權利的平復，此時對於犯罪人的制裁主張者，僅限定在被害人，或其具有血族關係之人，刑罰權仍屬於完全私權的領域。洎自社會型態漸漸形成，人事關係日繁，為維持社會之穩定，乃不得不對於私讎加以限制，於是避難所及決鬥之制度乃因應而生，被害人雖不得對於犯罪人及其家族之人恣意為復仇，必須先透過避難資格之考核，如犯罪人具有受庇護之情狀者，避難所則決定以賠償金的方式，對被害人作權利損害之填補，被害人不得對加害人為報復；如加害人不具有受庇護之情形者，乃將其逐出避難所，任由被害人及其家族之報復，或是採用決鬥以定紛爭的方式解決。雖然對於加害人的制裁，因避難所設置之後，產生些許的變化，雖然有了禁止復仇的宣示及對被害人支付賠償金的制度，但此時的犯罪制裁的權利觀念，仍舊是停留在私人之手，畢竟加害人無得受庇護的情形下，權利侵害的制裁權仍舊屬於被害人及其宗族<sup>2</sup>。

待至封建城邦制度興起，領域觀念逐漸強化，國家形式也在歷史的發展過程中漸次形成，為維繫領主權利及國家機制的運作，以及確保人民共同生活的社會秩序，對於犯罪的制裁乃漸漸不允許採用私刑的形式為之，刑罰權的觀念也漸漸形成，且逐漸將對於犯罪之人的制裁權限，從原本私權的關係轉變為國家權利的

---

<sup>2</sup> 關於刑罰的發展，Vgl. Nagler, Die Strafe 1970(Nachdruck der Ausgabe 1918), S. 40ff.; Radbruch/Gwinner, Geschichte des Verbrechens 1990, S. 16f.; Jecheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., S. 63, 64。

觀念，血讎的觀念被完全禁止，對於犯罪人的制裁，不再是被害人私人的事務，而是屬於社會群體的共同關連，刑罰權專屬國家所有，而國家初生的型態，則歸屬於特定之封建領主、城邦封邑或是帝王所有，刑罰權必須透過法令規章(雖然漸漸成文化，但終究是為保障君權所設)，而法令規章又都為王族或皇族所設，雖然刑罰權歸屬於國家，但終究專屬於君王專屬之權限。於是乎刑罰權的變動，乃從屬於被害人所有，轉向成為國家所有人專斷之權力，而形成刑罰權專屬化(Monopolisierung der Strafenbefugnis)。此後所產生的問題，已經從「如何制裁」的結構關係，轉向「如何節制國家權力」的思考。刑罰權專屬國家權力所衍生的問題，乃在於 1.如何節制刑罰權的濫用；2.如何予以犯罪人適當之制裁，二個問題之上。刑罰權從私權轉變成為國家之公權的發展過程中，對於犯罪加害人的制裁觀念思考，從原本歸屬的問題，究竟應屬被害人或是兼顧公共利益的國家？刑罰權收歸國家所有之後，固然制裁權的發動關係，形成一致化的基礎，但卻也衍生出另一個問題，亦即如何對於刑罰權專屬化加以節制的問題。在人類的歷史中，刑罰權專屬國家所有之後，形成君主專制、罪刑擅斷的局面，刑罰權的形成、發動與實現單憑君主一己之意，這樣的專屬性關係，即使在成文法化的英國大憲章(Magna Charta des englischen Königs Johann von 1215)時代，雖然刑事制裁透過成文化的法律加以限制，但此一時期仍舊是以保障君權為根本，根本無法妥善對於刑罰權加以節制。於是乎，對於刑罰權專屬化的節制問題，乃成為刑法與人權保障發展歷史的主要奮鬥的議題。

人類思想經歷啟蒙時期之後，一方面由於自由思想的期盼，導致君主專制體制漸漸崩潰，代之而起的是民主的國家形式；另一方面則是對於罪刑擅斷的反動與厭惡，期待一個基於人類理性而生的合理性機制，在這樣歷史發展的背景與對於國家權力反動思潮的衝擊下，乃漸漸催生出作為節制國家權力的法治國思想(Gedanken des Rechtsstaats)，並在刑法對於犯罪之制裁觀念中，漸漸確認法定原則(Grundsatz der Gesetzlichkeit)的基本理念。自 18 世紀後，刑罰權的觀念乃又從專屬性專斷的國家恣意型態，發展成為國家理性的權利節制觀念，雖然刑罰權仍舊專屬於國家所有，但這樣的權力形成與發動，都需受到合理性思維之拘束，一方面刑罰權的形成，必須透過法律明文加以規範；另一方面法律規範的本身不能悖於人類理性之本然。於是現代民主法治國家的刑罰權觀念與焉成形，而罪刑法定原則的基礎效應也隨之漸漸鞏固。

在刑法歷史的發展過程中，刑罰權從被害人私權的宗族報復，轉向成為國家

主權之專屬，刑罰權的歸屬終被定位為國家主權之作用，為確立國家刑罰制裁權限的定位，乃有成文法制化的形成<sup>3</sup>。在法治成文化之後，具有雙重之意義存在，一方面使得國家權力的行使，得以有成文之依據；另一方面國家權力的作用，必須受到成文法的限制，避免以非成文的自然法則觀念，而將不利益加諸人民身上。惟國家擁有刑罰權，加上法治成文化之後，雖然得以使得制裁觀念，趨向共同性之標準，避免因私人復仇的關係，而形成社會混亂狀態，但卻仍舊無法拘束國家對於刑罰權之恣意與濫用，至少在立法的基础上，確實如此，蓋國家雖需依據成文法律作為刑罰權作用的依據，但如何形成成文法，則是主權者之意。因此，為進一步對於國家擁有之刑罰權力加以節制，經歷相當長時間的努力，時至十七世紀啟蒙時期，方才漸漸確定理性之法治國刑罰權法定構想，而形成現代民主法治國家的刑法基礎思想。

綜觀歷史的發展，刑罰制裁的觀念，約略經歷三個階段的轉變：1.專屬私權時期：此一時期的主要觀念，乃建構在自然思維的應報觀念之上，反應在外者，則為被害人對於加害人所形成的宗族式復仇方式；2.回歸國家絕對專屬時期：此一階段主要係社會結構漸漸形成，群聚、部落慢慢興起，集體式的生活形態取代簡單的人事關係，國家形式也逐漸成形，集體性的組織形式，除要確保同一群聚部落不受外來之侵犯；另一方面對於社會內部的安全秩序之維持，對於犯罪行為的制裁，乃從自然與道德的刑罰觀念，漸漸轉變成為社會的刑罰觀念<sup>4</sup>，畢竟嚴重侵害他人生命及身體的行為，雖然直接受害的是被害人，但其所撼動者，則是整體社會，以復仇的犯罪制裁方式，漸漸受到禁止乃至被摒棄，制裁的權限回歸國家所有，刑罰權國家化的觀念漸漸形成，乃至封建專制時期，更將刑罰權專屬封建領主與國家統治者的觀念，予以絕對性之強化，而成為主權專屬性的一環，並且為確保刑罰權專屬性，乃透過成文化的方式，確立刑罰權國家專屬的權力，逐漸演變成為統治者罪刑擅斷；3.刑罰權理性的相對時期：雖然刑罰權透過成文化的規

<sup>3</sup> 刑事制裁法律成文化的基礎構想，主要的思維有二：1.基於主權者的利益(Interesse des Souveräns)，透過成文化的立法，使得法律規定得以明白清楚的揭露，並宣示對於法律規範絕對服從的效力；2.透過成文法(lex scripta)的規範，以保障免於受主權者之恣意(Schutz vor obrigkeitlicher Willkür)。在這樣的歷史背景下，乃形成第一部成文化的法典，即西元前 17 世紀的「漢摩拉比法典(Codex Hammurapi's ca. 1700 vor Chr.)」，至此揭開法律成文化的歷史。而對於保障人民免受主權者恣意者，更推西元前五世紀的「十二木表法(Zwölftafelgesetz 5. Jrh. Vor Chr.)」，此一法典乃羅馬法形成的基礎。Alledem vgl. Krey, Keine Strafe ohne Gesetz 1983, S. 3, 8.

<sup>4</sup> Vgl. Nagler, Die Strafe 1970(Neudruck der Ausgabe 1918), S. 40ff.

範，似乎使得刑罰形成的基礎有了正當性，但事實卻與期待相左，由於刑罰權收歸國家所有之後，成為統治者專屬的統治利器，不免形成極端的罪刑擅斷弊病，而成文化的法律制度，尚且無法對於刑罰權作有效的節制，歷史的證明確實如此。基於對罪刑擅斷的反動，以及人權保障理念的發展，逐漸頓於刑罰權專屬化且絕對的構想，加以節制，於是刑罰權成文化乃導入法治國的理念，罪刑法定原則乃成為法治國思想下，作為節制刑罰權的主要機制。因此，現代刑法的規範，雖然將罪與刑透過成文化的立法技術加以規範，但其實質的意義，除罪刑法定之外，更是對於國家刑罰權節制的法定規範。

### 參、法定原則規定之修正

修正條文	原條文
第一條 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。	第一條 行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限。
立法理由： 本條前段酌作修正。 拘束人身自由之保安處分(如強制工作)，係以剝奪受處分人之人身自由為其內容，在性質上，帶有濃厚自由刑之色彩，亦應有罪刑法定主義衍生之不溯及既往原則之適用，爰於後段增列拘束人身自由之保安處分，亦以行為時之法律有明文規定者為限，以求允當	

刑法第 1 條的規定所揭示者，為罪刑法定原則(*nulla poena, nullum crimen sine lege* ; Grundsatz der Gesetzlichkeit)之基礎規範<sup>5</sup>，而形成法定原則的根本構想有二：

1. 無法律即無犯罪(*nullum crimen sine lege*)，亦即法無明文之規定，即無由認定犯罪，延伸其義，即指法無明文之規定，任何行為均不能視為法所不容之犯罪，更不能在法無明定的情況下，任意羅織入罪。
2. 無法律即無處罰(*nulla poena sine lege*)，意指沒有法律規定，即不能施加任何之處罰，此處有二重含意，即(1)法律如無罪之規定，自然也就不生有處罰的問題；(2)法律雖有罪之規定，但卻欠缺刑罰的法律效果時，自然也無法據罪以論罰，

<sup>5</sup> 雖然我國對於法定原則之規定，僅置於刑法第 1 條之中，並未如德國法除刑法§1 之外，更於其基本法 Art.103 Abs.2 作憲法層次的規範，但這並不影響法定原則具有憲法層次規範的位階。而法定原則的內涵，並不僅止於對行為可罰性的認定關係所作之規範而已，其規範的範圍，包含到刑罰權關係的全部，舉凡刑罰權形成的條件、刑罰權的內容與刑罰權之發動與實現，均受到法定原則之拘束。Dazu vgl. Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht 1977, S. 26ff. ; Krey, Keine Strafe ohne Gesetz 1983, S. 99ff., 122ff.

而所謂刑之規範者，應包括刑法的種類與範圍。倘若法律規定雖有處罰的種類，卻欠缺一定之範圍時(不定期刑)，在法定原則的要求下，依然不被允許。

刑法法定原則理念的緣起，屬於歷史進序發展過程的產物，而其歷史的根源萌芽於實定法的緣起，在一個受到習慣法主導的社會中，法律執行者的恣意，通常難以節制，而以沒有一定之遵循標準存在，對一個統治者而言，也是頻生困擾，於是乎有實定法出現之構想，惟不同歷史背景下，思維構想也有所差異，其主要差異的思想根源有二：其一為基於統治者的利益，蓋為有透過法律實定化的作法，統治者得以清楚地宣示其立法的權力，並且透過法律實定化的方式，以要求其統治之臣民絕對之服從，即使執法官或行政官員也需受到此種服從意指的拘束，此種思維下所形成的實定法，例如漢摩拉比法典(Codex Hammurapi's ca. 1700 vor Chr.)、查士丁尼治罪法(Corpus Iuris Justinian's 529 nach Chr.)、約瑟二世治罪通典(Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung Joseph's II 1794)；另一種構想則是基於保護免受統治者恣意之侵犯，透過成文明定的法律(lex scripta)以保障人民免於受到主政者恣意之侵犯，以及無法預測的處罰，在此種構想下所形成的實定法，最早的是十二銅表法(Zwölftafelgesetz ca. 5. Jhr. Vor Chr.)，爾後的卡羅利納犯罪法(Constitutio Criminalis Carolina 1532)<sup>6</sup>。時序進至啟蒙時期，漸漸人權保障的觀念形成，加上法治國思想的啟迪，法定原則的理念，乃成為限制國家統治權恣意的根本原則，在無法律存在，或是基於不明確的法律規範，或是事後所生的法律，都不能作為既存行為處罰的依據，唯有法有明文，且在行為時即已存在的法律規定，方得以作為犯罪與刑罰認定與科處的基礎。

## 肆、法定原則的內涵

法定原則固然是節制國家權力恣意，以及保障人民免於受到無可預期制裁科加的權力保障機制，但其作為刑法指導性的原則，終究只是一個理念的形象而已，真正實現法定原則內涵者，必須透過四個支撐原則來實現：

### 一、習慣法直接適用之禁止

(nullum crimen, nulla poena sine lege scripta)

所謂習慣法者，係指人類對於一定行為模式或對於事物之觀察，所形成的一

<sup>6</sup> 關於法定原則形成的歷史成因者，參照 Krey, Keine Strafe ohne Gesetz 1983, S. 3ff.。



種定型化、具有反覆性的社會觀念，其本質具有：1.個別性；2.區域性；3.特定性；及4.反覆性。往往習慣由於個別的差異，並未能整合成規範所有群體的觀念基礎，然而，個別習慣如長久發展，亦能形成群體習慣，乃至社會習慣，例如宗教儀式、生活禮儀等。如一個個別習慣經長期發展延續，而普遍受到認同，而具有拘束、制約的作用，在經由社會各成員共同認同後，乃形成具有共同拘束性基礎的社會規範，也是法律形成的內涵基本要素。但由於其未經法律明文化，雖具有拘束性社會共同生活的作用，甚至其社會心理的拘束力常不下於法律，然而仍舊不能以之作為認定犯罪，以及作為刑罰形成或是刑罰加重處罰的基礎。

法定原則最根本的基礎，在於必須透過程文化的法律規定，方得以作為認定犯罪及科予處罰的依據，習慣法本身既未經成文化，且因其具有個別之差異性，故刑法並不允許其作為認定犯罪與刑成刑罰的基礎。但習慣法之於刑法並非完全被排斥，習慣法對於刑法仍有二重作用存在：其一為意義填補之作用：畢竟法律係透過文字語言而形成，在其對於具體事實的適用過程中，常會發生抽象的規定是否合於具體事實的斟酌，在法律適用的方法關係下，法律的適用係將抽象的法律規定，先予以具體化或是類型化，然後以之作為事實該當與否的觀察。在這樣的過程中，法律規定的內容，乃產生具有意義填補的必要性，亦即必須透過法律之解釋，方得以使規範的內容具體化，而作為解讀法律內涵意義所憑藉者，通常都是人類理性意識所累積的習慣，或是藉由習法、用法所生的法理，因此習慣法雖非成文法，不能逕為刑法認定犯罪及科處刑罰的直接基礎，但對於刑法抽象規範的內容具體化，亦無法不藉助於習慣法來填補，例如刑法第313條損害信用罪，其所稱之信用者，仍須以社會習慣或是經濟生活的評價關係來填補。故習慣法雖無法作為罪與刑直接認定之基礎，但間接意義之填補，仍不能排除習慣法之作用；其二為以習慣法作有利之認定：習慣法在法定原則下所以不能直接適用者，乃在於禁止其作為認定犯罪與形成刑罰，以及作為刑法加重之基礎，但對於作為排除犯罪與刑罰，以及作為刑罰減輕之節制基礎者，則非法所不允許<sup>7</sup>，例如刑法關於

<sup>7</sup> 學理上對於習慣法在刑法領域中的禁止範圍，雖有所爭議，有認為習慣法禁止者，僅限定於犯罪類型化之構成要件，至於指導性規範之刑法總則者，並不必然需受到習慣法禁止之拘束，持這種見解者，如 Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch 24. Aufl., Rn. 8ff., 15 zu §1。惟通說則認為習慣法禁止的範圍，不論是構成要件或是指導性之原則，均涵蓋之。Vgl. Dazu Krey, aaO., S. 111；Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., S.112；Roxin, Strafrecht AT, Bd. I 3. Aufl., S. 115, 116；Stratenwerth, Strafrecht AT I, 4. Aufl., S. 56；Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., S. 90；Rudolphi-SK, Rn. 18 zu §1；Gribbohm-LK, 11. Aufl., Rn. 70 zu §1。

禁止錯誤(刑法第 16 條)、正當事由或緊急避難事由(如第 23、24 條)、中止未遂(第 27 條)之認定,以及共犯關係的形成(第 29、30 條)等。另外關於刑法指導性理念的「無罪推定(in dubio pro reo)」者,亦得視之為習慣法之作用。

## 二、法律類推禁止(nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)

刑法明文規定的內容,因係透過文字抽象性之規範,常具有解釋的必要性,而所謂解釋者,簡單地說就是在規定涵蓋的範圍內,將法律規定於以具體化、明確化,就法學方法的結構關係而言,法律的形成本就是基於社會一定事實的關係而來,惟社會事實本是具體存在的現象,對於一定事實形成規範的作用,無異是將具體事項予以抽象化的過程,此為規範形成的過程;當形成法律規範之後,所重者,應是對於一定社會事實的蓋化作用,強調的效應在於實用,而透過抽象與蓋化的作用,所形成的法律規範,在適用時,必須檢視規範內容與所欲規範事實的相容性,此時規範的適用關係,無異是再次將抽象的規範內涵予以具體化,以作為規範涵蓋類型與範圍之界定,惟再將抽象的規範適用於具體的事實時,如何將抽象規範予以具體化,則須仰賴法律之解釋,是以解釋是將抽象法律規範的內容與意涵,透過法律概念理解語法理詮釋的關係,加以具體化,以界定規範的範圍的一種法律適用的輔助方法。

基本上,每一個規範都有一定之適用類型與範圍,在此一範圍內所為規範具體化之體現者,稱之為解釋,在法律規範範圍的觀察下,對於一定規範內容的具體化作用,可以將規範範圍作限縮性之解釋,例如生母殺嬰罪(刑法第 274 條)所稱「殺其子女者」,所指之「子女」乃為甫生產之子女而言,並非其他之子女;另外,在一定規範的範圍內,規範適用的類型與對象範圍,亦有作擴張性之解釋者,例如對於公務員概念的擴張<sup>8</sup>,延伸而致公文書範圍的擴張是。嚴格而論,基於刑法最後手段(ultima ratio)之性格,以及無罪推定的要求下,刑法規範的解釋,應儘量

<sup>8</sup> 擴張解釋的基礎見解,源自於司法院大法官釋字第 8 號(1952.9.25)之解釋,以及之後是字第 73 號(1957.3.13)解釋,將政府股份在百分之五十以上之公營事業機構的從業人員,均視之為刑法第 10 條第 2 項所稱之公務員。爾後實務之見解遂從此一解釋,而為刑法公務員概念之界定基準,如最高法院 50 年台上字第 1172 號判例是。由於公務員概念太過極致的擴張,乃在 2005 年修正刑法時,企圖將其規範的內容更為限制與明確化。在立法理由中所述,會造成公務員概念擴張者,皆屬立法不當之結果,故應予以修正,其實這根本不是立法不當的問題,而是法律適用過於擴張解釋的結果。固然對於語焉不詳的法語概念之修正,有其必要性,但法律適用時的節制,更是法律形成後適用時,最關鍵的環節,倘若在解釋上仍舊任意擴張,即使新修正的公務員概念,仍舊無法有效將以公務員為基礎的犯罪類型,其適用範圍妥善且有效加以規範。

避免擴張之解釋。惟當規範範圍有所不清，其是否對於一定之具體事實，有得以適用之餘地存在疑慮時，既無法在範圍內以解釋的方式來確認適用的對象，此時僅能認定一定事實並無法律規範得以適用，不得以比附援引而超出規範範圍外的方式，來科處法無明確規範的行為事實，否則極易形成以刑法羅織入罪之嫌<sup>9</sup>。

### 三、不明確罪與罰法律禁止

(*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

刑法為國家刑罰權之根本規範，對於刑罰權之形成基礎、刑罰權的範圍，以及刑罰權的決定關係，在法定原則的要求下，都必須明確加以規定，法律應儘量避免以不明確之法律概念，以及不明確的規範，作為刑罰權創設的基本前提要件。由於刑罰法律明確性之要求，係源自法治國思想，且來自憲法法律保留理念。故當刑罰法律規定欠缺明確性時，在法律存在的正當基礎上，即發生本質上之悖離，一方面不明確的刑罰規定，將悖於法治國思想所揭示以法律為準據的基礎思想，且有抵觸憲法法律保留的基本理念，蓋刑罰法律之不明確，將使得刑罰權認定的界限，變得模糊不清，從而刑罰權極易被擴張式的創設，甚至被恣意認定；另一方面刑罰法律的不明確，無法真正揭示出罪與罰的界限與範圍，犯罪在何種條件下成立？刑罰制裁的程度與種類如何？將陷於游移不定、模稜兩可的泥淖之中，刑罰法律的保障功能(*Garantiefunktion*)，亦將隨之崩解。如此，不但使人無所適從，也無法預期其行為，是否成為刑罰法律規範的制裁對象。故而在法定原則的指導下，明確性原則乃成為刑法規範罪根本的要求。

固然刑罰法律必須明確化，惟法律規範的形成，本是透過抽象性文字的組合而成，抽象性規範常具有檢視之必要性，亦即必須作意義的填補與適用範圍之界定，而具有意義補充必要性之法律規定，尚且不能視為不明確<sup>10</sup>。至於刑法規範明

<sup>9</sup> 對於刑法類推禁止的認知，一般均認為凡涉及犯罪成立與刑罰形成，或是刑罰加重者，均應加以禁止。但如類推適用係針對於行為人有利的事項者，例如對於中止未遂之認定，或事證當事由存在與否的思考，則得予以允許。參見林山田，*刑法通論(上)*，8版，81、82頁；Roxin, aaO., S. 114；Jescheck/Weigend, aaO., S. 136。惟類推禁止雖是保障行為人免於受到羅織，但更重要的是為確立法法的安定性，刑法法定原則的本身，固然有保障行為人的重要意義，但並非為圖利行為人而設，既然法律規範所不及範圍，不論對於行為人是否有利，均非屬於規範的範圍與意涵，自然不能任意加以無限制擴張，故而類推有利行為人的見解，不無可議之處。Ausführlich vgl. Gribbohm-LK, Rn. 72ff. zu §1。

<sup>10</sup> 刑法規範之明確性原則，並非表示所有刑法的規定，都須以描述性的方式來規定，畢竟法律的規定均屬於規範性的性質，具有意義填補或價值評斷的概念，在刑法中並非必然牴觸明確性之要求。Vgl. Gribbohm-LK, Rn. 46 zu §1。另外參照德國聯邦憲法法院判決 BVerfGE 45, 363, 371；48, 48, 56。

確性的要求程度為何？其所涵蓋範圍與適用之界限如何確認？恐須從個別規範加以觀察，但至少可以提出若干的認知標準，以供判斷之用。基本上，刑法規範的內容的文字意義，應能清楚予以理解，特別是刑法犯罪類型規範的構成要件，至少構成要件的成罪內容，必須使人得以理解，其適用類型與對象的範圍，能夠被掌握<sup>11</sup>，倘若法規的內容，無法使人理解其規範的意義與範圍為何、行為是否被處罰，則法律即屬欠缺明確性<sup>12</sup>。反觀構成要件的內容，其規範的範圍與適用的對象，雖須經由解釋來加以確認，但其對象與範圍相當具體，則仍屬符合明確性原則之要求。

刑法係對於罪與罰的法律規範，在明確性的要求上，必須明確規範者，自然以犯罪及其法律效果為觀察對象。對此可分從三個方向來加以檢視：

1. 作為犯罪認定的對象必須明確：刑法得以視為犯罪的判斷對象(評價客體)者，係以行為所生的權利侵害關係為基準，未有行為存在，則不能遽認定犯罪之形成，刑法第一條所揭示刑法的評價對象，係以行為為評價之核心，無行為即無犯罪，是以刑法規範的適用對象，必須以行為作為判斷的基礎，其既非以行為人，也非以人的素行或人格，更不是單純以人之思想作為判斷之依據。儘管行為是行為人有意識的產物，但行為人未有展露於外的行為時，即使其內心中存在著若干邪惡的想法，也都只是單純的思想而已，不能以之作為刑法發動之依據。
2. 犯罪形成的法定條件必須明確：犯罪以行為作為成立的基礎，而行為必須符合何種法定的要件，方能將其視為法律所不允許，而得以評價為犯罪，在法律規定的條件上必須明確，亦即作為犯罪行為判斷的法律構成要件，必須一方面界定出行為類型的範圍，另一方面構成要件適用的範圍為何，也須清楚界定，唯有構成要件夠明確，方能對於行為作成罪與否的判斷，倘若構成要件對於既存的行為，在規範的要件上，是否完全該當容有疑慮時，即無法作為該行為評價的基準，例如以妨害投票結果罪(刑法第 146 條)的規定，欲涵蓋所謂幽靈人口<sup>13</sup>，顯然在明確性上容有不足。在成罪條件的明確性要求上，除法律所規定的條件與行為類型必須明確外，對於評價對象在認定的基準點關係上，也必須明確，亦即刑法何時方得以對行為加以作規範性之評價？其基準點必須明確。此一問

<sup>11</sup> 參照德國聯邦憲法法院判決 BVerfGE 26, 41, 43; 28, 175, 183; 41, 314, 320; 47, 109, 121; 71, 108, 115; 73, 206, 235; 75, 329, 341。

<sup>12</sup> 參照德國聯邦憲法法院判決 BVerfGE 14, 245, 252; 25, 269, 285; 26, 41, 42; 28, 175, 183; 37, 201, 207; 47, 109, 121; 78, 374, 389。

<sup>13</sup> 參見柯耀程，刑法問題評釋，2004 年 12 月，99 頁以下。

題所涉及的主要問題，在於刑法介入判斷的時點認定關係，亦即對於行為評價起始點(著手)的認定問題上，倘若刑法欠缺對於一定類型的明確判斷時點，將使得若干情狀的刑法評價，顯得出於恣意，例如刑法關於預備行為或陰謀、預謀行為的認定，其根本欠缺一定的認定基準點，故而關於預備及陰謀行為之處罰，恐有落入牴觸明確性原則之嫌。

3. 法律效果的明確化：何種犯罪必須科處何種法律效果，法律必須將其種類與程度加以明確標定，每種犯罪類型的法律效果的種類、程度與範圍如何，必須明確加以界定，法律禁止絕對不定期刑的法律效果規範。同時，法律效果必須伴隨著犯罪的程度而定，此即罪刑相稱的要求。在現行法的法律效果規定中，每一種犯罪類型都有一定程度的法定刑規定，此種法律效果的規定，雖然有一定的刑度範圍，但這是因犯罪不法程度的差異性所然，並無違背法律效果明確性的要求，此種法定刑的刑度規範者，或許得稱之為「相對定期刑」之規定；而關於保安處分者，其通常係以期間之上限，作為保安處分效果之節制，則在明確性的要求上，或可稱之為「相對不定期刑」，不論在刑法或是保安處分，在刑的程度與種類上，均有一定的範圍限制，故尚且不能認為其違背明確性原則<sup>14</sup>。

#### 四、溯及既往禁止 (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)

法定原則作為保障性之指導原則者，主要的意義，在於行為人於行為之時，即可預見法律規範之存在，為有在法律既以存在的情況下，行為人無視於法律規範之禁止，遽而為一定法律所不允許之行為時，其法律評價的惡性關係方能視為存在，倘若法無明文以作為行為之規範時，一方面行為人根本無由得知其行為為法所不容，另一方面也無法判斷行為侵害所生的惡性程度為何，基於法的安定性，行為的處罰，僅能以行為時既已存在的法律，方得作為行為判斷的基礎，此種行為時既存的法律要求，不論是對於成罪關係的認定，或是法律效果的反應皆然<sup>15</sup>。

<sup>14</sup> 在法律效果上會發生違背明確性要求者，應屬修正之刑法第 91 條之 1 強制治療的規定，此一規定不但將保安處分的法律效果，放到刑之執行完畢，這已經使得強制治療的正當性喪失依據，且治療期間為何法也無規範，顯然是屬於絕對之不定期間，固然其以鑑定有無危險性為執行與否的條件，但可以預期者，吾人敢冒無危險性的鑑定風險，如此一來，強制治療將成為變相之絕對不定期刑。這不但違反明確性原則，同時也有違憲之虞。

<sup>15</sup> 禁止溯及既往原則所節制者，主要是在法律的適用關係上，亦即不得以事後之法作為前行為規範適用的基準，應屬於法律適用關係的節制。然而對於規範形成的立法者而言，此一原則亦有節制之作用，在此一原則之下，立法者不得制定任何會使得行為人法律地位惡化的溯及條款，如此而論，2005 年修正之刑法施行法，在期間的規定上，顯然都牴觸禁止溯及既往原則，蓋不論是刑法施行法第 3 條之 1 第 3 項、第 6 條之 1、第 7 條之 2、

故不能以事後所定之法律作為前行為適用的規範，亦即行為時無法律之動，不能以事後的法律的規定溯及適用於前行為，簡單地說，刑法的規定不能以事後法律規定來適用前行為，否則法定原則將完全崩潰<sup>16</sup>。

溯及既往禁止原則，所規範的內涵，在於法律的適用關係，亦即不能以事後的法律規範，作為前行為事實評價的基準，如此會有發生惡化行為人法律地位的危險，而導致法的不安定性。惟溯及既往禁止原則，並非對於事後法律一概加以禁止，倘若事後法在成罪的規範上、或是處罰的程度上，都較之行為時法為輕時，則以事後的輕法作為適用的準據，並無牴觸禁止溯及既往的要求。因此，就具體的法律關係而言，會發生有溯及既往的關係者，主要係因行為後對於行為規範的法律有所變動，而導致行為時與行為後法律規定之界限區分，此種規範前後所生的法律關係，有三種可以想像的情況：

1. 行為時法律並無處罰之規定，而於行為後制定出規範該行為的處罰規定，此種關係，在學理上稱之為「入罪」，基於法定原則「後法不得適用前行為」之基本要求，自然不得以新生之規範，作為行為回溯的處罰，此乃溯及既往禁止的本然意義。
2. 行為時有處罰之法律規定，但行為後該法律規定發生變更，關於罪的成立部分並無變動，所更動者僅在處罰的程度、種類與範圍而已，此時變更的關係有二種情形：(1)處罰的種類增加，程度變重，亦即行為時之處罰為輕，而行為後之處罰為重(所謂之入刑化)，此種情形，必須嚴格遵守溯及既往禁止的要求，不得以後法之重取代行為時之輕；(2)處罰由重變輕，亦即行為時之處罰較後法之處罰為重，此時如以新法溯及適用舊行為，並無惡化行為人法律上權利之虞，反而使行為人更為有利，則自得以行為後之新法回溯適用就行為之處斷，此為溯及既往禁止原則之例外<sup>17</sup>。
3. 行為時法律有處罰之規定，而於行為後廢除行為之處罰，此種情形稱之為除罪

---

第 8 條之 1 及第九條之 3 的規定，均是以 2005 年 1 月 7 日為適用之分界點，但修正之刑法正式生效的時間卻是 2006 年 7 月 1 日，此無異是將事後生效的法律關係，前推至法律生效前的規範對象，顯然與溯及既往禁止原則發生牴觸。

<sup>16</sup> 落實法律禁止溯及既往適用的原則，必須在法律適用的機制上(刑法第 2 條第 1 項)來實現，惟原刑法第 2 條第 1 項的規定，顯然係以事後法(新法)為適用的準則，雖然作例外從輕的規定，其與溯及既往禁止原則間，已產生根本性內涵本質的落差，故在本次刑法修正時，將法律適用的基準，修正為以行為時法(從舊)，例外溯及既往適用新法的輕法，如此與溯及既往禁止原則，方得以相容，且在法律適用的關係上，也能接續刑法第一條所宣示的意義。

<sup>17</sup> 參照林山田，前揭書，83、84 頁。

化(或完全除刑化)<sup>18</sup>。由於此種從有變無的法律變動關係，並無惡化行為人法律地位之疑慮，當法律廢除行為處罰時，法律的本身已無法律存在，但從處罰變成不處罰的結果，法已無處罰之規定存在，此種情形如嚴格來說，並無所謂法律規定溯及既往的適用問題，其所溯及適用者，是一個不罰的理念而已，亦即法律已無處罰之規定(即已無規範存在)，無法以法律存在的形式，作為溯及適用的準據，其所溯及者，僅是社會價值變更為不罰該種行為的價值理念。當然在通念上，仍將此種情形視為溯及既往的一種例外，只是此種關係，因法律廢除處罰之規定，在適用時已無實體法律可用，通常只需在處理程序中加以解決即可<sup>19</sup>。

## 伍、法定原則適用範圍之爭議

刑罰法律規範受到溯及既往禁止原則之節制，對於犯罪成立與處罰的法律規定，固然需受溯及禁止原則之拘束，但溯及既往禁止原則所節制者，究竟為刑法規範之全體？抑或是僅限定在罪刑的法律規範而已？例如關於追訴、行刑時效的規定變更，其並非屬於罪刑的法律規定，是否仍受溯及既往禁止原則之拘束？此類的問題，雖不致發生在刑法各種犯罪類型的法律規定之中，但卻是潛藏在刑法總則的規範中，蓋刑法總則的規範，除屬於可罰性的成立基礎之外，尚有其他非屬於行為可罰性的法律規範，即便是可罰性規範之中，關於法律效果的規範，也

<sup>18</sup> 惟在法律變更為不處罰的情形中，有一種規範的類型，並不適用除罪的溯及關係，此即所謂「限時法(Zeitgesetze)」的類型，限時法因有其效力存續的界限，在其效力存續中所為者，受該限時法之規範，即使該限時法失效後，在其效力存續中所為之行為者，仍應適用限時法時的規範，並無失效等同除罪的問題，自然也無除罪的溯及處理關係。這是法律制度中，較為特殊的一環，當然在適用關係上，是否完全無溯及既往例外的關係存在，學理也有爭議。此種排外規定最典型者，當屬德國刑法§2 Abs.4 之規定。關於學說爭議者，vgl. Gribbohm-LK, Rn. 39ff. zu §2; Schönke/Schröder/Eser, Rn. 37ff. zu §2; Rudolphi-SK, Rn. 14ff. zu §2。

<sup>19</sup> 在處理除罪化的程序上，基本上不需在考慮實體法的規範關係，除非實體法之除最者，並非單純刪除法律之規定，而是採取「不罰」的處理方式，例如刑法第二十六條不能未遂之修正，即採取此種方式。採用不罰的方式，僅見於刑法總則的規定修正上，對於犯罪成立類型化規定的構成要件，不會採用「不罰」的立法方式。如涉及除罪者，都會以刪除的方式為之。除罪的規範關係，係指行為時有法律規定存在，而行為後已無法律規定之存在，是以根本無法以不存在的法律，作溯及適用的實體處理，故都以程序處理的方式來反應，亦即以程序免訴(刑訴第 302 條第 4 款)的方式來處理。

因刑罰與保安處分不同，而有差異性存在。由於溯及既往禁止原則，除具有對基本法律的適用關係的節制之外，也攸關法律適用的正確性問題，故值得對其概念涵攝的範圍，作指標性之剖析<sup>20</sup>。

首先，出現爭議性之問題，在於追訴時效的規定是否受到溯及既往禁止原則的拘束，在德國的實務與學理上出現相當分歧的見解，德國實務認為追訴時效的規定，係屬於程序的法律機制，而其基本法 Art. 103 Abs. 2 所規範者，並非程序法的規定，而是實體法的指導基礎，而且時效問題，並非屬於行為可罰性的規範，只是對於一定之行為，法律規定一定期間的追訴期而已，故其並不落入其基本法 Art. 103 Abs. 2 所定溯及既往禁止效力的範圍，故時效規定之延長與廢除者，均與溯及既往禁止原則無關，故而對於犯罪之追訴時效予以延長，並不牴觸憲法之基本原則，當然此種見解也普遍受到學理的支持<sup>21</sup>。不過仍有部分學者對於此種見解難以苟同，其認為溯及適用時效的延長規定，應是牴觸基本法 Art. 103 Abs. 2 之禁止溯及既往原則，蓋一方面不論時效規定之性質，是屬於實體法或是程序法，對於溯及既往禁止原則，均屬無關緊要，重要的是基本法 Art. 103 Abs. 2 的意義與目的觀，溯及既往禁止的原則本就擴及時效的問題；另一方面溯及既往禁止原則的確立，從歷史的發展過程觀察，其既係為節制法律制度溯及以惡化行為人之法律地位而生，則舉凡有惡化行為人法律地位者，不論是否為實體法或是程序法，亦不論是屬於可罰性規範，或是非可罰性之規範，均應納入溯及既往禁止的效力範圍<sup>22</sup>。值得注意者，溯及既往禁止原則所以存在刑法法定原則之中，主要的意義是在節制國家權力對於人權不當之侵犯所然，因此，溯及既往禁止原則效力範圍的思考，應從禁止惡化行為人權利的角度來思考，不應從實體法或是程序法的觀點為之，從而在刑法的規範中，如有涉及權利義務事項者，均應受到溯及既往原則之拘束。

<sup>20</sup> 我國關於溯及既往禁止原則的涵攝效應問題，在學理與實務上較少論及，主要的原因在於我國刑法總則從施行以來，算得上相當穩定，修正的情況並不多見，故此類問題的發生較少。但 2005 年刑法總則大幅修正，這樣的問題已經浮上檯面。為釐清此種爭議性的問題，只好藉助於他山之石，以德國論述為詮釋，畢竟在刑法的理念上是相通的。

<sup>21</sup> 參照聯邦憲法法院 BVerfGE 1, 418, 423；25, 269, 287；聯邦最高法院 BGHSt 2, 300, 305ff.；4, 379, 384；20, 22, 27。Vgl. Auch, Stratenwerth, Strafrecht AT I, 4. Aufl., S. 51；Maurach/Zipf, Strafrecht AT Teilbd. I, 6. Aufl., S. 150, 151；Jescheck/Weigend, aaO., S. 139, 140；Gribbohm-LK, Rn. 90 zu §2；Schönke/Schröder/Eser, Rn. 7 uz §2。

<sup>22</sup> 持反對見解的學者認為，時效完成前或是完成後所為的延長者，均應受到溯及既往禁止原則之拘束者，vgl. Roxin, aaO., S. 121；Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., S. 67, 68；Naucke, Strafrecht, 9. Aufl., S. 65；Baumann/Weber, Strafrecht AT, 9. Aufl., S. 125~127。



再者，關於保安處分是否受到溯及既往禁止原則拘束的問題，在德國的法律規定與學理之間，有著相當程度的差異性見解存在，依德國刑法§2 Abs. 6 的規定，保安處分直接適用裁判時的法律規定<sup>23</sup>，且在其刑法施行法 Art. 306 的規定中，原則上也許可事後科加之保安處分，亦即不受到溯及既往禁止原則之拘束。然而，這樣的規定，大多數之學者認為並不牴觸其基本法 Art. 103 Abs. 2 之精神，但確有規範不適當的問題存在<sup>24</sup>；此外也有學者認為，這樣的規定顯然牴觸基本法 Art. 103 Abs. 2 之規定<sup>25</sup>，更有從保按處分類型之差異，而區分為具有賦予痛苦性質的保安處分，以及屬於治療性質的保安處分，具有痛苦性質之保安處分，因其本質上與刑罰相似，此類保安處分仍須受到溯及既往禁止原則之拘束<sup>26</sup>。我國 2005 年刑法修正第一條與第二條第二項的修正，即是採取此種區分式的見解。

總結而言，溯及既往禁止原則的形成，主要的構想，係在於使人免於受到事後法律的變動，而產生法律地位與權利惡化的後果，基於這樣的理念背景，溯及既往禁止原則所欲思考者，也應當是從權利關係來思考，舉凡有觸及不利益的權利惡化者，均應受到溯及既往禁止原則之拘束。

## 陸、修正法評釋

刑法第 1 條的規定，主要涵蓋的範圍有二：

1. 規範刑罰權形成的基礎與作用的對象，亦即刑罰權形成的根本前提，係以人的行為為判斷基礎，其既不得以行為人的思想或人別為處罰之對象，也不得以人格或素行作為刑罰權發生之依據，是以作為刑罰權發生的客觀條件，必須以人類意識作用而展現於外的行為，作為刑罰權形成的基礎對象，從而關於行為的法律不法之非難，以及判斷刑事責任的罪責概念，進而判斷可罰性之確認，乃至刑罰制裁之反應者，皆由此一基本前提而生，是以無行為無犯罪、亦無處罰

<sup>23</sup> 2 此一規定與我國原刑法第二條第二項的規定一致，但在 2005 年修法時，將保安處分的性質區分為「拘束人身自由」與「非拘束人身自由」的保安處分，對於拘束人身自由的保安處分，則在第一條之修正中，納入法定原則規範的範圍中。

<sup>24</sup> So Baumann/Weber, aaO., S. 88.

<sup>25</sup> Siehe Stratenwerth, aaO., S. 51, 52; auch Roxin, aaO., S. 119, 同樣對於保安處分不適用溯及既往禁止原則的規定提出批判，認為這是錯誤的立法。

<sup>26</sup> 持這種區隔見解者，如 Schönke/Schröder/Eser, Rn. 42 zu §2; Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., S. 32.

之問題。是以刑法為行為刑法，不是行為人刑法、人格刑法，也不是素行刑法或思想刑法。

2. 法定原則之明文化保障，刑法既以行為作為評價的核心對象，如行為時並無無法律規範存在，雖然行為具有一般社會價值理念的高非難性，仍舊不得遽認定為犯罪，唯有行為時法律的規定已經存在，方得以對於行為作刑罰權作用之評價，且法律的規定必須符合一定的要求，方得以作為評價之規範基礎。基本上法定原則的本身所拘束者，為國家權力，反應在外者，則為法律的規範本身之要求，包括法規範形成的立法，不能制定溯及既往的法律規定(溯及既往禁止原則)，而授以後法適用前行為之規範；也不能制定不明確的概括性法律規範(法律明確性原則)，以模稜兩可語意不清的法律來規範犯罪行為；對於法律適用者的要求，則必須依據法律為判斷，無法律時，既不能任意以不成文的社會價值理念，為判斷適用之基準(習慣法直接適用禁止)，也不能恣意比附援引，作類推判斷之適用(類推禁止原則)。

惟刑法本是刑罰權規範之全體，在刑法的規範中，並非僅存在著刑罰權形成的認定關係，亦即罪與刑的關係而已，在刑法規範中，除行為可罰性認定與判斷的規定之外，尚有非屬於行為可罰性之刑罰權具體化與實現的規定，例如刑罰的量定與易刑基準的規範(如刑法第 41 條以下、第 57 條以下、第 74 條之規定)，或是屬於刑罰權實現的執行問題(如刑法第 77 條以下)，或是如時效之問題(第 80 條以下之追訴時效與第 84 條以下之行刑時效定)，除此之外，尚有與刑法具有刑事制裁雙軌關係的保安處分規定(刑法第 86 條以下)。固然第一條所揭示的法定原則，對於犯罪之成立，以及對於犯罪反應之刑罰的種類、程度與範圍，具有絕對的拘束力，但對於其他的規範是否也具有同樣的效力？在學理的論述與實務的操作上，顯得相當之分歧，癥結的問題所在，乃在於法定原則的拘束性效力範圍的界定問題。雖然德國將法定原則的效力範圍，主要界定在於與行為可罰性之形成相關的規範上，而排除像時效問題、或是保安處分問題，但其學理上並非全然認同此種法定原則的界分關係。嚴格而論，法定原則是保障人民免受國家權利不當或是恣意的侵犯所設，對其效力範圍的界定上，不應以行為可罰性與否，作為界分的標準，而應以權力的侵犯作為本質性認定的基礎為妥。

2005 年刑法第一條的修正，將「拘束人身自由的保安處分」導入法定原則的規範範圍之中，使得拘束人身自由的保安處分，也須受到法定原則的拘束，特別是受到溯及既往禁止原則之適用，從而將保安處分區分成「拘束人身自由的保

安處分」與「非拘束人身自由的保安處分」，前者受法定原則之拘束，而後者則不在法定原則的效力範圍，這樣的區分，首先必須先能區隔出何種保安處分屬於拘束人身自由？何者不屬之？單純從現行保安處分的類型來看，似乎感化教育、禁戒、強制工作、強制治療等保安處分可以劃歸拘束性之保安處分範圍；而如驅逐出境及保護管束較類似非拘束人身自由的保安處分，但嚴格以觀，即使驅逐出境及保護管束也具有自由拘束的性質存在，殊難將其劃歸為非拘束人身自由的保安處分，從而在現行的保安處分類型中，幾乎沒有非拘束人身自由的保安處分存在，將保安處分區隔為二的作法，將喪失其實際之意義。而且此種立法的思維，並無任何合法理的基礎存在，只能說是一種單純思想上視之為理所當然的衝動而已，這樣的修正，既無理論之基礎支撐，也無任何立法例以供參酌，誠屬不當之立法<sup>27</sup>。

倘若認為保安處分在適用法定原則時，須採取區分式的處理，在理論上也不應以「拘束人身自由」與「非拘束人身自由」來區分，而應以制裁與非制裁來區分，在德國學理對於保安處分適用法定原則(特別是適用溯及既往禁止原則)的爭議上，其實可見差異性處理的構想，但其所謂差異性者，乃從保安處分的性質來觀察，畢竟保安處分作為刑事制裁的手段，本質上都是具有權力或自由拘束的性格，能加以區隔者，應在於保安處分所為的防衛作用，係屬於制裁的性質，或是對於行為人生心理治療的性格<sup>28</sup>；當然也有認為保安處分是否排除法定原則之適用，應從刑罰類似性之程度及預防性質的作用來區分，倘若保安處分的性質不具有類似刑罰制裁的目的，或是其預防性格的效應屬於次要者，則應排除在法定原則溯及既往禁止要求範圍之外<sup>29</sup>。惟這種區分構想，在德國學理上，僅是學者各人之論而已，並無法成為共識，而我國立法卻將區分的構想，已相當粗糙的立法方式，直接區隔為「拘束人身自由」與「非拘束人身自由」的類型，而以拘束人身自由的保安處分，使受法定原則之規範，在立法的基礎上，已經失其準據，更何況德國對於保安處分的立法，在其刑法§2 Abs.6 的規定，本就排除溯及既往禁止原則之適用，而直接適用裁判時的法律，學理所爭者，乃在於保安處分與刑罰同屬刑事制裁手段，在基本的要求上，也應同等待之，並非硬將保安處分作切

<sup>27</sup> 同樣對刑法第一條之修正嚴加批判者，如林山田，2005年新刑法總評，台灣本土法學雜誌 67 期(2005 年 2 月)，73 頁以下，82、83 頁。

<sup>28</sup> 此種區分的見解，在德國學理僅是個別學者之見，而持此種見解者，如 Schmidhäuser, Strafrecht AT, 2. Aufl., S. 32。

<sup>29</sup> So Schönke/Schröder/Eser, Rn. 42 zu §2。

割<sup>30</sup>。故而，刑法第一條所做的修正，將保安處分納入法定原則的拘束，這樣的構想是正確的，不過保安處分應受法定原則之拘束，本就是事務之本然，不須透過立法的方式來宣示；反觀修正法但將保安處分作切割適用，僅將「拘束人身自由」的保安處分受法定原則之拘束，不但依法理無據，理論的正當性也不存在，更將保安處分硬生生支解成二半，顯然不是一個妥當的修法。

---

<sup>30</sup> 誠如 Roxin 所言，法定原則本就是為保護行為人免受無可預見之制裁而存在，如將保安處分視為與刑罰不同，在預防的目的觀或是刑事政策的意義上，都是不正當的。因此，將保安處分排除於法定原則拘束範圍之外，是本質上的謬誤。Vgl. Roxin, aaO., S. 120。