

兩公約（公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約）與刑事制裁規範的適用原則

王玉全*

*德國佛萊堡大學（Albert-Ludwigs-Universität Freiburg）法學博士，世新大學法律系副教授。

「公民與政治權利國際公約」(The International Covenant on Civil and Political Rights, 縮寫為 ICCPR) 係於 1966 年 12 月 16 日經聯合國大會通過, 並於 1976 年 3 月 23 日正式生效。「經濟社會文化權利國際公約」(The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 縮寫為 ICESCR,) 係約於 1966 年 12 月 16 日通過, 1976 年 1 月 3 日正式生效。這兩個公約又合稱為「兩公約」, 是國際上最重要之人權公約。我國早在 1967 年 10 月 5 日即簽署兩公約。由於「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」批准書應送交聯合國秘書長存放, 且須存放一定期間才能發生效力, 而我國於 1971 年已失去聯合國代表權, 存放程序有其困難, 致生條約是否仍有我國內法效力之質疑。幾經波折, 終於在 2009 年 3 月 31 日經立法院審議通過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」, 並於同年 4 月 22 日公布。依該施行法第 2 條之規定, 兩公約所揭示保障人權之規定, 具有國內法律之效力, 自此, 兩公約內國法化的工程即告完成。

經濟社會文化權利國際公約共分為前文及第一至五編共計 31 條, 其中第三編關於實體權利之規定, 包括工作權、工作環境、參與工會、社會保障、家庭保護、適當生活水準、身體與精神健康、與接受教育及文化相關之權利。而與刑事制裁規範較具密切關係的則是公民與政治權利國際公約, 其內容分為六編共計 53 條, 其中第 6 條生命權(死刑)、第 7 條殘酷不人道刑罰、第 8 條禁止使人為奴隸、第 9 條人身自由與拘捕程序、第 10 條被剝奪自由者、被告及受刑人之處遇、第 11 條監禁之限制(類似最後手段原則)、第 14 條公正審判、無罪推定、審判與救濟程序保障以及一事不再理、第 15 條罪刑法定原則, 皆與刑事法規息息相關。大體而言, 這幾個條文的內容皆聚焦於避免刑事制裁、追訴與審判的國家舉措過度干預甚或侵害人民基本權, 不僅多半為我國刑事法學研究與教育的重點, 甚至可謂是老生常談。在我國日益重視公民素養教育的發展趨勢下, 上述條文中的專有名詞雖已漸漸為國人所認識, 但仍不免有混淆不清之處。本教材由公民與政治權利國際公約第 15 條出發, 分為二個單元, 分別針對刑事實體法上最重要也最基本的罪刑法定原則, 以及與之息息相關的刑法適用範圍和刑法解釋, 透過學說、實務見解及案例說明, 深入且完整地探討罪刑法定原則在當代刑法上的體現。

單元一：罪刑法定原則與刑法時之效力

公民與政治權利國際公約第 15 條第 1 項規定「任何人之行為或不行為，於發生當時依內國法及國際法均不成罪者，不為罪。刑罰不得重於犯罪時法律所規定。犯罪後之法律規定減科刑罰者，從有利於行為人之法律。」其中前段的規定，可謂是罪刑法定原則在該公約中的體現，相當於我國刑法第 1 條之規定；後段之規定則是刑法時之效力的另一規定，即在遇有刑罰規範發生法律變更時，應就新、舊法中對行為人較為有利的規定擇一適用，學說上稱之為「有利原則¹」，類似於我國刑法第 2 條第 1 項但書之條文。本單元將就公民與政治權利國際公約第 15 條第 1 項於刑法理論與實務上之現況做一扼要介紹，以期讀者能夠充分理解這個刑法上與人權保障關係最為重要且至為重要的基本原則。

壹、罪刑法定原則的基本概念

我國刑法第 1 條規定：「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。」此一規定，即是被稱為刑法上帝王條款的罪刑法定原則的明文。此原則的基本意涵，在於罪與刑必須以法律之形式明確加以規定。「罪」，指的是成立犯罪行為的法律要件；「刑」，指的就是犯罪行為的法律效果。於雙軌制的刑法制裁體系中，刑法的法律效果除了刑罰外還有保安處分，由於兩者目的不同，後者著眼於行為人對社會的危險性，並且不以其行為具罪責為要件，易言之，即不受罪責原則之拘束。因此罪刑法定原則是否於保安處分亦有適用，不無疑問。我國刑法於 2005 年第 16 次修正時，立法者在立法理由二、中明白表示：「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」。本次修法既然已將「拘束人身自由之保安處分」納入該原則的適用範圍，因此就我國現行刑法規定而言，罪刑法定的要求及於：所有刑事實體法中犯罪成立要件、法律效果（包括第 3 條以下刑法適用範圍的規定²）、以及拘束人身自由之保安處分的規定。

名詞解釋

☞拘束人身自由之保安處分

按現行刑法第 1 條、第 2 條第 1 項的規定（從舊從輕原則或有利原則），僅於法律效果為刑罰（包括主刑與從刑）或拘束人身自由之保安處分有其適用，非拘束人身自由之保安處分按第 2 條第 2 項之規定，應適用裁判時之法律。因此，保安

¹許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌》123 期（2005,8），頁 13-14。

²Satzger, in: SSW-StGB, 5. Aufl., § 1 Rn. 12, Vor §§ 3-7 Rn. 2.

處分有無拘束人身自由之認定，即具有重大的意義。值得注意的是，不論何種保安處分，均對受處分人課一定之義務而不免對其自由有所干預，因此保安處分是否拘束人身自由應如何界定，實屬不易。論者有認為機構性處遇為拘束人身自由的保安處分；非機構性處遇者，則屬非拘束人身自由的保安處分，因此保護管束³（第 92 條）及緩刑負擔中的義務勞務、心理輔導及其他適當的處遇措施（參見第 74 條第 2 項），相較於刑罰及機構性保安處分，剝奪人身自由的程度較低，可認為係非拘束人身自由的保安處分⁴。按此見解，僅適用於外國人的驅逐出境處分（第 95 條），似亦屬之⁵。

如果要進一步地思考罪刑法定的意義，就可以發現必須「法定」的不單只是「罪」與「刑」的個別內容，而是犯罪與刑罰兩者間的關係⁶。也就是說，什麼行為構成犯罪、這樣的犯罪行為應如何加以處罰，必須是行為時已有法律明文規定，司法者才能對之加以處罰。欠缺對罪刑的明確規定，國家即不能加以處罰，此即拉丁法諺所云：「無法律即無犯罪；無法律即無刑罰（*nullum crimen, nulla poena sine lege*）」。

罪刑法定原則的目的在於防止國家恣意濫用刑罰權而侵害個人權利⁷，即使在我國未採取入憲的立法模式⁸，在學說上仍被認為具有憲法位階的效力⁹。此一原則的立論基礎有四（1 與 2 屬國家法、3 及 4 屬刑法範疇的論證）¹⁰：

1. 基於自由主義的要求：將國家刑罰權的行為繫於法律規定，藉此來保障人民的自由不受統治者的恣意干預。
2. 基於權力分立的民主體制架構：干預人民自由甚鉅的刑罰規範，只能由人民

³惟最高法院認為保護管束亦屬拘束人身自由之保安處分，可參見《96 台非 184 決》（節錄）：「…。又性侵害犯罪防治法第二十條第一項第三款規定加害人受緩刑宣告，經評估認有施以治療輔導之必要者，直轄市、縣（市）主管機關應命其接受身心治療或輔導教育。同條第二項復規定因緩刑付保護管束之加害人，觀護人得實施約談、訪視，並得進行團體活動或問卷等輔助行為，亦得請警察機關派員定期或不定期查訪之；有事實可疑為施用毒品者，得命其接受採驗尿液。且在一定情形下得報請檢察官或軍事檢察官許可，命其居住於指定之處所、施以宵禁、實施測謊、禁止接近特定場所或對象，及其他必要處遇。核其內容，係對人身自由所為干預、拘束之保安處分，其因法律變更而發生新舊法律之比較適用時，應依修正刑法第一條及第二條第一項規定，適用從舊從輕原則。…」。

⁴許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 10；類似見解：蔡碧玉，〈二〇〇五年新刑法修正綜覽〉，《刑法總則修正重點之理論與實務》，初版（2005,09），頁 14-15，惟該作者認為機構外執行之保安處分，諸如酗酒的禁戒處分、監護處分亦屬第 2 條第 2 項之非拘束人身自由的保安處分。林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 65-69 同此結論，不過說理上採納《釋字 471 號解釋》的看法，而以有無「將受處分人拘束於特定處所的監禁效果」，作為判斷標準。。

⁵採此見解：林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 68。

⁶林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 37。

⁷林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 38；林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 72。

⁸例如德國即將此一原則入憲，該國在其基本法第 103 條第 2 項及刑法第 1 條均設有罪刑法定原則之規定。

⁹參見許玉秀主編，〈刑法導讀〉，《學林分科六法刑法》，九版（2008,10），頁 37。

¹⁰Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 18 ff.

所選出的代表來制定（立法權），而法官只能夠適用法律論罪科刑而無造法之職權（司法權），至於行政權的運作，則完全被排除在此一範圍之外，藉此避免一切權力濫用的可能。

3. 基於一般預防的目的：一般預防理論以心理強制論（*Die psychologische Zwangstheorie*）為基礎，將刑罰的目的設定為穩定人民對法律的忠誠（積極的一般預防），以及刑罰嚇阻潛在行為人（消極的一般預防）¹¹。因此，在法典中應盡可能地精確的規定犯罪行為及其法律效果，若欠缺此一前提，則無法建立守法的意識，也無法使潛在行為人因為害怕受處罰而放棄犯行。
4. 基於罪責原則（*Das Schuldprinzip*）：依據此一原則，只有當行為人能夠知道法律禁止自己的行為時，始可認定他對該行為具有罪責，而這必須以法律明文規定該行為具可罰性為前提。

保障個人（特別是被告或潛在的犯罪行為人）權利乃是罪刑法定原則的首要目標，因此，凡使行為人在刑法上處於不利地位時，必須有法律明文規定為其依據；相反地，如果是有利於行為人的情形，『原則上』不受此一原則限制（例如：有利於行為人的類推適用不在禁止之列）。不過，這並非毫無限制，因為如上所述，罪刑法定原則除了保障個人的功能外，還負有在刑事司法實踐上確保權力分立的任務，因此，只有在符合法治國基本原則的前提下，才可能做成這種有利於行為人的認定¹²。

由罪刑法定原則所衍生出來的原則有四：禁止類推適用、禁止直接適用習慣法、禁止溯及既往、罪刑明確性原則。以下將就這四個原則加以介紹。

¹¹Roxin, AT I, 4. Aufl., § 3 Rn. 22 ff.

¹²Satzger, in: SSW-StGB, 5. Aufl., § 1 Rn. 14.

貳、罪刑法定原則的派生原則（下位概念）

一、禁止類推適用原則（Das Analogieverbot）

所謂類推適用，係指具體個案與現行法所規範的對象性質類似，但不在其文義所及的範圍內，而比附援引該規定以資解決。基於罪刑法定的要求，法院（尤其是對於被告不利益的事項）不得透過類推適用的方式填補刑法上的處罰漏洞，導致被告承擔可罰性範圍的擴張，理由在於：行為人對於法律規定的信賴應受保障¹³。例如：刑法第 229 條的構成要件規定：「以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從其為性交者」，如認為行為人使他人誤自己為其同居之性伴侶亦得適用本條，即屬類推適用。

這裡要特別注意的是類推適用與解釋的差異。刑法上所謂解釋，必須以條文之可能文義（文字的自然意義、各文字間的相關意義，及貫穿全部文字的整條法條的意義）為限，而非如類推適用在可能文義之外衍生出新的適用範圍¹⁴。簡言之，刑法上所允許的解釋受限於條文的字義，如果具體個案不在刑罰規定的文字涵攝範圍內，而僅僅是相類似而已（例如符合相同的規範目的），那麼此一個案即不具法律所明文規定的可罰性，因此基於罪刑法定原則，自然不得加以處罰（這同時也說明了禁止類推適用與罪刑法定間的關係）¹⁵。此外，如果允許刑事司法者以類推適用的方式來擴張或創設法條上所沒有的論罪依據，將使司法權凌駕於立法權之上，而違背法治國原則中的分權原則¹⁶；而人民以他們對法律規定的理解，作為其行為準則，只有當對刑法的解釋保持在明文規定的文義的範圍內（通常即在人民的理解範圍內），刑罰規範才可能發揮預防的功能、逾越規範的行為才具有可責難性¹⁷。

禁止類推適用原則，係指對於犯罪行為與其法律效果的認定上，如果類推適用造成對行為人不利的推論結果，即在禁止之列。所謂對行為人不利，係指透過類推適用而(1)創設刑法上未明文規定之可罰行為；(2)擴張刑罰與保安處分的範圍；(3)加重刑罰；(4)加重保安處分。至於對行為人有利¹⁸與訴訟法上的規定¹⁹，則被認為不在禁止類推適用之列。

由前一段的說明我們可以得知，原則上所有犯罪成立要件以及其對應之刑罰規範，凡在刑法上對行為人造成不利益者，都在禁止類推適用之列，包括：分則

¹³參見 Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 11. Aufl., Rn. 823a f.

¹⁴僅參見林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 79；Heinrich, AT, 4. Aufl., Rn. 36.

¹⁵參見 Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 8。

¹⁶林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 79。

¹⁷參見 Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 30。

¹⁸例如德國學說於處理容許性構成要件錯誤時，持「限制責任理論」者即主張類推適用德國刑法第 16 條之規定，該條係規定構成要件錯誤產生阻卻故意的法律效果。

¹⁹程序法上的規定，與犯罪行為與法律效果的界定無關，因此沒有違反罪刑法定原則初衷的疑慮，故而通說認為係此一原則之例外。實務見解參照：103 台上 882 決。

中構成要件、阻卻罪責事由、阻卻與解除刑罰事由、客觀處罰條件以及相關的刑罰規定。特別值得注意的是，對於填補空白構成要件之規範，由於實際上的性質與其他構成要件要素相同，都是界定可罰性行為的範圍，因此也不得類推適用²⁰。至於不在此一禁止範圍之內的情形（學說上經常以「例外」稱之），以下三種應值注意：

第一、阻卻違法事由源自於所有的法領域，同時在法官造法中持續地發展且通常不受文義的限制。基於法秩序一體性的要求，相同阻卻違法事由可能在不同的法領域中皆有其適用（例如正當防衛），但不應在不同的法領域中有著不同的成立要件。因此，在解釋時僅受規範目的之拘束，不在禁止類推適用之列²¹。

第二、刑事訴訟法之規定原則上得類推適用，因為它僅是程序法上的法律規定，而無關犯罪行為與法律效果的界定，因此沒有破壞分權原則、刑罰預防功能或違背罪責原則的疑慮。但是，在檢驗與客觀處罰條件、阻卻刑罰事由極為相似的訴訟條件（*Prozessvoraussetzung*）時，應先判斷是否有基於法治國原則而須「類推適用」實體法上禁止類推適用原則的必要。例如在德國刑法部分告訴乃論罪的規定中，授權檢察官得以特殊公共利益為由，對告訴乃論之罪提起公訴（如德國刑法第 230 條第 1 項將傷害罪列為此等「相對」告訴乃論之罪的規定即是），即被認為亦應禁止類推適用²²。

第三、對於行為人有利的類推適用，由於對他不會造成在刑法上的不利，而與罪刑法定原則之目的不相牴觸，因此不在禁止之列。例如著手實行犯罪行為（未遂）後的中止行為，依刑法第 27 條第 1 項為解除刑罰事由，於中止預備行為時即可類推適用此一規定而減輕或免除其刑²³。至於我國實務對此並未採類推適用的解決方式，且其態度則前後不一，有認為預備中止行為不成罪者（院字第 785 號（一）（21/08/24）），亦有認為應依預備犯處罰而無第 27 條之適用者（22 上 980 例、32 上 2180 例），迄今我國實務仍採後者之見解，認為「按諸一般法理，中止未遂以著手為先決條件，預備尚未著手以前，自無中止之可言，若該犯罪之預備行為，至可以成立之程度，而無相當於中止減免之規定，自不得因行為人之任意不再進行而邀減免，是此情形，刑法上如設有處罰預備罪之規定，仍應依預備之本罪論科，實無中止犯之適用」，見 97 台上 1730 決。

二、 禁止直接適用習慣法原則

²⁰Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 40 f.

²¹Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 42.

²²Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 43; Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 69; BGHSt 7, 256(=NJW 1955, 838)。

²³Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 44。

相對於成文法（*lex scripta*），習慣法指的是：未經立法程序，而是由穩定且多年慣行的審判事實中形成，並獲得一般大眾的確信且因此被認為具有拘束力的一種規範²⁴。

法官對於行為論罪科刑，必須以業已明文規定之刑罰規範為基礎，不得以不成文的習慣法作為建構或加重刑罰的基礎，也就是沒有成文法就沒有犯罪（*nullapoena sine lege scripta*）。其中沒有爭議的是，不得以習慣法對行為人做出在刑法上不利的認定，例如：創設不利於行為人的構成要件、刑罰以及追訴可能性等實定法中不存在的規定²⁵，但有利於行為人者，原則上不在此限²⁶。

禁止直接適用習慣法原則，在學說上的討論原因自由行為時格外具有意義。論者有認為，採取例外模式（*Ausnahmeform*）就是忽略了習慣法不得作為論證處罰的依據；在構成要件解決的框架下，透過行為前置的解釋方法，才符合罪刑法定的要求²⁷。

由「罪刑法定」的文義與立論基礎來看，自然不可能允許以習慣法造成不利於行為人在論罪科刑上的認定結果，就這一點來看刑法與其他法律具有相當程度的差異，特別是與民法相比較。民法乃規定私人間權利義務關係之規範，對於人民自由之干涉未若刑法來得重大，因此非成文的習慣在民法上可以作為法源（參見民法第 1 條「民事，法律未規定者，依習慣；無習慣，依法理。」），有所謂補充法律之效力甚至是優先於法律的效力（如民法第 68 條第 1 項但書「但交易上有特別習慣者，依其習慣。」）。而於法官對於刑事案件論罪科刑時，則只能以成文法（即刑法第 1 條所稱之「法律」）作為建構與加重刑罰的依據。習慣法雖然具長期穩定慣行以及社會大眾普遍確信等特質，但因未若成文法般較為嚴謹的立法程序加以條文化，故有未盡明確之處²⁸，在運用上亦易流於司法者恣意，因此由罪刑法定原則保障人權的功能來看，自應排除習慣法的直接適用。

總而言之，禁止以習慣法增加行為人在刑法上的負擔，可謂是由罪刑法定原則的文義中與立論基礎必然得出的結論。這裡所強調的「直接」適用，指的是直接將習慣法當作是如同（刑法分則中的）構成要件一般的刑罰規範

（*tatbestandsgleiche Strafnormen*）而加以適用。較無爭議的是禁止適用習慣法對行為人不利的認定，特別是禁止以習慣法創設分則中不存在的構成要件或加重處罰規定²⁹。至於較有爭議的問題則有：

1. 習慣法的適用或單純學理上的解釋？

有些在法律中沒有明文規定的（總則）可罰性要件，諸如：因果關係、預備行為與未遂的區分、過失、錯誤、被害人承諾、不作為犯以及間接正犯等領

²⁴參見 Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., § 12 IV; Rudolphi, in: SK-StGB, 6. Aufl., § 1 Rn. 17; Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 34。我國實務見解可參考民事上的 17 上 613 例：「習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎。」

²⁵參見 Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 45。

²⁶例如得被害人承諾作為超法規阻卻違法事由即屬適例，見：Heinrich, AT, 4. Aufl., Rn. 26。

²⁷Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 35。

²⁸林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 75。

²⁹僅參見 Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 35。

域中的判斷標準，究竟是否可以被認為是習慣法在刑法中的適用³⁰，學說上則有不同的看法。否定說認為，這只是解釋結果，就算是在實務上已經造就出了固定的判斷模式，這樣的結果也從來就不是習慣法產生的規範拘束力³¹。簡言之，凡是適用習慣法將不利於行為人的情形，無論是適用於總則中的一般性要件，或是分則中形塑犯罪類型的構成要件要素，都在禁止之列；凡是在文義範圍內的推論結果，都可歸類為不違反罪刑法定的解釋結果，自然沒有不利行為人的疑慮，考慮是否屬於習慣法的適用，並沒有實益。

2. 以習慣法限縮法定阻卻違法事由的範圍

例如正當防衛中的「必要性（Gebotenheit）」、緊急避難中的「利益衡量（Interessenabwägung）」與「適當性（Angemessenheit）」，如果透過習慣法而造成違反文義的限縮時，使得這些法定阻卻違法事由的涵攝範圍縮小時，就等同於間接地擴張了可罰性的範圍，因此也在禁止之列³²。但亦有學者認為，基於法序秩同一性的考量，當刑法上的概念源自於其他法領域，而這個概念在該法領域中透過習慣法來認定時，即形成禁止適用習慣法的例外³³。

3. 超法規阻卻違法與阻卻罪責事由

諸如得被害人承諾或推測承諾、義務衝突等，則不禁止透過習慣法來加以限縮。因為這種有利於行為人的事由，對於被害人而言可能會造成可罰性的擴張，況且罪刑法定原則的主要目的在於防止創設法無明文之構成要件，而透過習慣法來限縮有利於行為人的此等事由，雖然間接地擴張其行為的可罰性範圍，但相對而言，較無違反罪刑法定初衷的疑慮，所以例外地不在禁止之列³⁴。

4. 適用習慣法有利於行為人

減輕或排除刑罰的習慣法適用並不違背罪刑法定原則，例如以習慣法作為基礎的得被害人承諾或推測承諾即屬適例。學說上有認為這並非意味著習慣法排除或限縮構成要件的適用毫無限制，而是必須以已經形成一致的法確信為前提³⁵。筆者的看法是：這其實只是定義的問題，「一致的法確信」本身如果是習慣法的必要條件，那麼有利於行為人的習慣法都應毫無限制地在刑法中適用³⁶。

我國實務的相關見解如下：

³⁰就我國來看，立法上有以習慣認定文書性質（參見第 220 條第 1 項）、營造或拆卸建築物時所應遵守之規則（參見第 193 條，參見林山田，《刑法各罪論（下）》，修訂五版（2005.09），頁 355），實務上最高法院認為過失犯的注意義務應由「法律、契約、習慣、法理及日常生活經驗」來加以判斷（¹⁰⁷4 台上 4219 例）

³¹Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 46 f.

³²文獻指引見 Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 36。

³³參見 Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 42, 49。

³⁴Rudolphi, in: SK-StGB, 6. Aufl., § 1 Rn. 20; Schmitz, in: MK-StGB, 2. Aufl., § 1, Rn. 26; Hecker, in: Sch/Sch-StGB, 29 Aufl., § 1, Rn. 12; Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 37.

³⁵Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 39。

³⁶類似的看法：Roxin, AT I, 4. Aufl., § 5 Rn. 50。

效果	字號	最高法院的說明
排除刑法的處罰規定	47 台上 1399 例	甘蔗田內白露筍尾梢，如果類同什草並無經濟價值，且依當地農村習慣，任人採刈，即無構成竊盜罪之餘地。
	23 上 2038 例	苟發掘墳墓之目的，在於遷葬，並無其他作用，而發掘以後隨即依照習慣改葬他處者，既與法律上保護之本旨不相違背，自無犯罪之可言。
不排除刑法的處罰規定	30 上 2393 例	雖係逮捕現行犯，然上訴人並不將乙即行送官，而任令其弟命其妻加以刺害，以圖洩憤，按之上開說明，自應仍依妨害自由論罪，不能藉口鄉村習慣，而妄冀脫卸罪責。

30 上 2393 例中的事實（傷害現行犯），既沒有長期穩定慣行的特性，也沒有獲得社會大眾普遍確信，這種行為或許在小部分人眼中是一種「習慣」，也可能只是行為人的託詞，但根本不具「習慣法」的品質，自然不能成為脫罪的理由。最高法院的這點結論，應值贊同。

三、 禁止溯及既往原則

依第 1 條之規定，行為之處罰係以行為時之法律規定為裁判依據。行為時法律所不處罰者，不得在行為後認定為犯罪行為而加以處罰之；行為時法律所處罰者，不得依行為後所修正的法律規定而為較原規定加重之裁判。這就是禁止溯及既往原則。此一原則可分為兩個面向：第一、立法者就原本未以刑法處罰的行為，不得制定具溯及效力的刑罰規定；對原本即為刑法所處罰的行為，不得制定具溯及效力的加重刑罰規定。第二、司法者於審判時不得適用行為後才生效的刑罰規定³⁷。一言以蔽之，刑法如何評價行為，也就是「是否」與「如何」處罰特定行為，端視該行為於行為時法律的規定為何³⁸。

例如：第 321 條第 1 項第 6 款於舊法（2011/1/25 以前）時期之規定為「在車站或埠頭而犯之者」，若舊法時期在航空站內行竊，即使此一場所與車站、埠頭在加重處罰之目的上性質相同，在舊法時期亦不能論以加重竊盜罪。

禁止溯及既往原則奠基於信賴保護與法安定性，為罪責原則與法治國原則在刑法中具體化的結果，保障了國家刑事制裁的可預見性，當受規範者得以預見什

³⁷Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 55; Dannecker, in: LK-StGB, 12 Aufl., § 1 Rn. 362; Schmitz, in: MK-StGB, 2. Aufl., § 1 Rn.30.

³⁸Heinrich, AT, 4. Aufl., Rn. 31.

麼行為具可罰性時，不僅保護了受規範者的信賴，同時也使得刑法導正行為的功能（*verhaltenssteuernd Funktion*）得以發揮³⁹。

（一）禁止溯及既往原則適用範圍與例外

除了犯罪成立要件（構成要件要素、阻卻違法與罪責事由以及其他可罰性要件）與法律效果外，禁止溯及既往原則的適用範圍還包括了：空白構成要件的填補規範與拘束人身自由之保安處分（第 1 條後段、第 2 條第 2 項反面解釋）。不受禁止溯及既往原則拘束的情形則有：

1. 從輕原則（第 2 條第 1 項但書）

依照第 2 條第 1 項之規定，裁判原則上應適用行為時之法律，但有利於行為人的法律變更可以發生溯及的效力，結論上來看，最後必定適用較輕之法律規定。

對此，有認為第 2 條第 1 項但書為第 1 條的例外⁴⁰。最高法院（72 台上 6306 例）與其他學者則認為，第 2 條第 1 項並非第 1 條之例外（而是就第 1 條所沒有規定的情形補充規定）。因為，罪刑法定原則的不溯既往，是以法律沒有規定為前提，如果行為之處罰，在行為時沒有規定，根本不會有行為後法律若變更，應如何處理的問題。第 1 條規定是針對由不處罰變成處罰的修法，後法不得溯及既往，而第 2 條第 1 項則還包括了由處罰變為不處罰或輕重變更的修法⁴¹。也就是說，依照第 1 條「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」的文義觀之，只是說明了行為當時必須於刑法上明文規定對該行為得以施予刑罰，而沒有指出必須適用當時的法律或嗣後修改過的法律。另外，若行為時沒有處罰的規定，根本不會有行為後法律變更的問題，在這種情形，按照第 1 條的規定，司法者無由對該行為論罪科刑。

2. 程序法之規定從新（適用追訴或審判時之法律）

除刑事訴訟法外，規定於實體法之程序規則，包括告訴乃論及時效之規定，亦適用裁判時的法律（從新原則）⁴²。

3. 非拘束人身自由之保安處分（第 2 條第 2 項）

我國刑法於 2005 年第 16 次修正時，將第 2 條第 2 項原條文「保安處分適用裁判時之法律」修正為「非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律」，同時將拘束人身自由之保安處分納入第 1 條後段，而有第 2 條第 1 項從輕原則之適用。至於非拘束人身自由之保安處分與沒收，仍保留在第 2 條第 2 項中而「適用裁判時之法律」，不在禁止溯及既往之列。

³⁹Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 1 Rn. 55.

⁴⁰僅參閱林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 87。

⁴¹許玉秀主編，〈刑法導讀〉，《學林分科六法刑法》，九版（2008,10），頁 38、54；同作者，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,08），頁 17。類似的見解，柯耀程，〈刑法總論釋義——修正法篇（上）〉，初版（2006,03），頁 78、83。該作者認為，規範的適用對象在規範變更前即已存在者，也就是規範的事項跨越變更前後的法律規定時，才有檢討適用關係之餘地。

⁴²參見林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 87。

（二）爭議問題

實務見解變更是否也不應發生溯及的效力？例如，在法律規定沒有變更的情形下，行為時法院原本一貫的見解認為不具可罰性的行為，在行為後因變更見解而認為具有可罰性時，是否也應該在禁止之列⁴³。少數贊成的見解認為，實務上重大的見解變更，可能比法律變更的影響更大⁴⁴，因此完全一致且公式化的實務見解變更時，也有禁止溯及既往原則的適用⁴⁵。不過(1)由刑法第 1 條「以行為時之法律有明文規定者為限」的文義來看，禁止溯及既往的應是經立法院通過，總統公布的「法律（Gesetz）」⁴⁶，而非廣義的「法（Recht）」⁴⁷，也就是不包括由司法裁判中所形成的法官法（Richterrecht）。(2)此外，在罪刑明確性原則與禁止類推適用原則之下，法官僅具甚為有限的解釋空間，這已充分顧及信賴保護與法安定性，並足以排除法官在個案判決上恣意的危險⁴⁸。(3)最後的一道防火牆則是刑法第 16 條關於欠缺不法意識，也就是行為人具有禁止錯誤的法律效果規定。在法官變更了過去裁判中所形成的一致見解時，如果行為人因為相信過去的裁判而認為自己的行為不違背刑法，那麼就陷於不可避免的禁止錯誤，透過阻卻罪責的法律效果，對該行為人即可足以提供合理的保障⁴⁹。

四、罪刑明確性原則

罪刑明確性原則最主要的目的，在於防止司法者恣意（即基於權力分立的民主體制架構），使受規範者知道什麼樣的行為會受如何的處罰，藉此保障刑法規範行為的功能。在這樣的規範目的之下來理解此一原則，可以得到的結論是：罪刑明確性原則指的是犯罪的成立要件與法律效果必須盡可能明確規定。由於罪刑法定原則以保障人權為其最主要的目的，因此在透過刑法條文界定國家刑罰權以及刑罰重輕時，對於受規範者而言，文字內容必須盡可能明確。對此需要注意的

⁴³我國實務類似的見解變更可見《最高法院 90 年度第 6 次刑事庭會議決議（90/07/03）》，該決議將刑法第一百四十三條、第一百四十四條中的「有投票權之人」，由「行賄、受賄時已現實具有『有投票權人』之資格者」，擴張至「於行賄受賄當時，其行賄之對象或受賄之主體，雖尚未當選縣市議員，但於事後選舉揭曉結果，其已當選為縣市會議員而取得投票權者」，即屬適例（進一步說明可參見林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 43）。

⁴⁴Baumann/Weber/Mitsch, AT, 12. Aufl., § 9 Rn. 38.

⁴⁵Maurach / Zipf / Jäger, AT I, 9. Aufl., § 12 Rn. 8.

⁴⁶參見中央法規標準法第 4 條。

⁴⁷德國文獻上對此問題的解釋也大致類似，認為禁止溯及既往指涉的是（參見德國基本法第 103 條第 2 項）“Gesetz（法律）”，而不是“Gesetz und Recht（法律與法）”（參見德國基本法第 20 條第 3 項），參見 Roxin, AT I, 4. Aufl., §5 Rn. 61; Satzger, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 1 Rn.58; Rudolphi, in: SK-StGB, 6. Aufl., § 1 Rn. 8。

⁴⁸Rudolphi, in: SK-StGB, 6. Aufl., § 1 Rn. 8.

⁴⁹Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, S. 98 ff.; Roxin, AT I, 4. Aufl., §5 Rn. 61

是，明確性並非一絕對的概念⁵⁰，因此只有較為明確或較不明確的程度上差異。儘管如此，刑法規範至少必須具有合理的明確性，使人民能合理預見什麼行為會被處罰以及如何被處罰⁵¹。

罪刑明確性原則的內容包括：

1. 犯罪成立要件必須明確：立法者應避免使用彈性過大之概念或詞句，在可能的範圍內必須盡可能避免使用具有價值判斷性質的構成要件，以防審判者恣意解釋。例如已廢止的《檢肅流氓條例》第 2 條第 3 款關於欺壓善良之規定，以及第五款關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，即被大法官認定為與法律明確性原則不符（參見釋字第 636 號〔97/02/01〕）。
2. 法律效果必須明確：所謂法律效果應包括刑罰、保安處分與沒收，所謂明確，應指種類必須確定、輕重間的差距（例如法定刑中的最高度與最低度間）不宜過大，特別是不能使用絕對不定期（刑與保安處分）或絕對不定量的立法模式⁵²。

在技術上要做到法律效果絕對明確的程度並非不可能，諸如已廢止的《懲治盜匪條例》第 2 條第 1 項皆為唯一死刑即是。但這樣反而可能會違反罪刑相當原則，而在個案中顯失公平，例如私行拘禁他人 1 日與 10 年間的不法內涵有顯著的不同，應就第 302 條第 1 項「處 5 年以下有期徒刑、拘役或 3 百元以下罰金」之刑罰規定，宣告與個案相應而輕重有別的刑期或罰金。因此法律效果的規定必須預留一定彈性的刑度空間，而將法定刑設定一定之範圍，在此範圍內由法官依個案科以與罪責相當的宣告刑⁵³。

⁵⁰對明確性原則的呈現出較為悲觀消極態度的文獻指引，見 *Rotsch, Betrug durch Wegnahme – Der lange Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz*, ZJS 2008, S. 134 f.。該文最後乾脆直接宣告刑法上的明確性原則已死，要大家別再自欺欺人了。

⁵¹林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 44；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,09），頁 148。

⁵²絕對不定期的類型有二：1.法定不定期，例如犯第 285 之罪者，依第 91 條第 1 項得令入相當處所強制治療，依同條第 2 項，該處分期間至治癒時為止，所謂治癒是一種條件而非期限。2.宣告不定期，例如檢肅流氓條例（已廢止），其諭知感訓處分之裁定無庸宣告刑期（惟同法第 19 條規定感訓處分期間為一年以上三年以下）。

⁵³林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 45；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,09），頁 146；。

參、我國刑法時之效力的規定

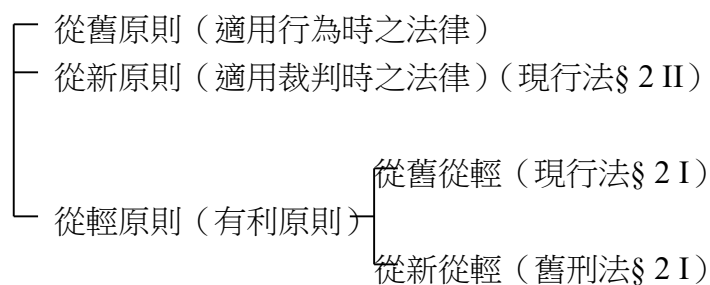
如前所述，刑法時間效力受限於罪刑法定原則，因此，在討論這個問題時，必須時時緊扣此一原則的目的及其派生原則（特別是禁止溯及既往原則）。而這些原則的出發點在於對行為人基本權的保障，因此，在下列的討論之中我們可以發現，關於時之效力的立法例或解釋上，都會向有利於行為人的認定傾斜。原則上，刑法與其他法律相同，其效力始於施行之日而終於廢止之日⁵⁴，在此期間內即為刑法發生效力的時間範圍；與其他法律有可能相異的情形，則在於法律變更時應如何適用法律，也就是新、舊法於適用時的選擇，就司法實務上而言，這也是時之效力的重點所在。

簡單的說，在刑法時之效力的問題中要說明的重點是：

1. 行為時必須有處罰的規定，才有可能處罰該行為。
2. 行為後遇有法律變更時，適用最有利於行為人之規定。
3. 對行為人有利或不利的判斷，取決於具體個案分別就新舊法論斷後，該行為是否成罪與刑度高低。
4. 1.~3.這些原則的例外，同時也是爭議較大者有：非拘束人身自由的保分處分以及限時法、空白構成要件發生變更的問題。

一、我國現行刑法的規定

首先，我們先看一下幾種可能的立法模式，以及在我國刑法中採取了哪幾種，接下來再逐一加以分析。在處理適用行為時至裁判時之間遇有法律變更時，刑法上相關的立法模式，在立法技術可分為幾種模式，如下圖所示：



接下來要說明的是我國刑法史上相關規定的嬗遞，並就現行規定的適用加以說明之。

⁵⁴按中央法規標準法規定，法律自公布或發布之日起算至第三日起發生效力（第 13 條），或特定有施行日期，自該特定日起發生效力（第 14 條）；至於廢止之日，則為廢止之公布或發布之日起，算至第三日起失效（第 22 條第 3 項），如定有施行期限（例如：限時法中設有落日條款者，該條款即屬之），則於期滿廢止（第 23 條）。

（一）立法沿革

我國現行法關於時之效力的規定主要由兩個原則所架構而成，一為罪刑法定原則，一為從舊從輕原則，這個兩原則分別規定於第 1、2 條。第 1 條為罪刑法定原則之規定，在時之效力的問題上彰顯法律不溯及既往的意義；舊刑法（適用至 2006/06/30）第 2 條第 1 項前段條文原為「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。」，係採從新從輕原則，為符合罪刑法定原則，免去「適用裁判時之法律」一語不免具有溯及既往的疑慮，遂於 2005 年修正（自 2006/07/01 施行）後改採從舊從輕原則之規定⁵⁵。在遇有法律變更之場合時，不論是從新從輕或是從舊從輕，這兩個原則實際運用的結論，都是適用最有利於行為人之規定，故有學者稱之為「有利原則」⁵⁶。

另外一個重點則在於保安處分的問題。在本次修法後，將拘束人身自由的保安處分與刑罰等同處理，也就是亦有罪刑法定與從舊從輕原則之適用。於實例判斷時，首先必須確定行為時是否設有處罰的明文規定，若無，則該行為不具可罰性（第 1 條前段）。惟於行為後遇有法律變更之情形時，原則上適用行為時法（第 2 條前段），但若後法有利於行為人時，則適用後法（第 2 條但書）。

（二）名詞說明與概念介紹

在判斷刑法適用的時之效力時，必須先就一些概念加以理解：

1. 「行為時」之認定標準

首先是「行為時」應該如何認定。不論犯罪行為之態樣如何，就文義上來看，第 1 條、第 2 條中所指之「行為時」只涉及行為時點的判斷，而與行為結果發生時點無關⁵⁷。此外，呈現反規範性的是行為，至於結果的發生與否，並非完全由行為人所控制，因此，在決定以哪個規範處罰行為人時，行為的開始與結束才是重要的⁵⁸。

基於行為態樣之不同，於認定作為犯與不作為犯的行為時點時，所採標準亦有所不同。在作為犯中，行為時點以行為人著手實行構成要件至行為完成時為判斷標準⁵⁹。至於不作為犯，雖然同樣以不作為犯著手實行構成要件時為判斷標

⁵⁵參見該次修法理由。認為該次修法是對於禁止溯及既往原則的誤解者，見許玉秀主編，〈刑法導讀〉，《學林分科六法刑法》，八版（2007,3），頁 46-47；同作者〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 13。認為此項修正為不必要的更動者，見：林東茂，〈刑法修正重點評釋〉，《刑法總則修正重點之理論與實務》，初版（2005,09），頁 71。

⁵⁶許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 13-14。

⁵⁷須注意的是，如果按照刑法施行法第 7-1、7-2 條的規定，應為「行為終了或犯罪結果之發生」，如此則在具體個案件中，於繼續犯之情形以行為終了時為行為時，而於狀態犯中則以犯罪結果發生時為行為時，參見許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 16。

⁵⁸許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 16。

⁵⁹許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 16。

準。但此處關於不純正不作為犯的著手時點，學說上頗有爭議。例如，學者間有認為以「應當有所作為之時為準」者，即在不純正不作為犯中採第一個救助可能性為其著手時點⁶⁰；亦有認為判斷標準在於「行為人處於可能防止構成要件因果流程實現而不防止的最後一個時點」，即採最後救助機會說者⁶¹。

另一個棘手的問題則是繼續犯（Dauerdelikte）。由於繼續犯性質特殊，乃是行為所造成違法情狀之久暫，取決於行為人之意思的犯罪類型，因此行為人於放棄其犯行之前仍為犯罪之實施。如遇行為繼續中法律有所變更者，即有新舊法選擇適用之疑問。對此，有學者主張，對於繼續犯、狀態犯以及接續犯⁶²皆不作區分，都以行為終了時為行為時⁶³。我國實務上亦採取相同的見解⁶⁴。

另有學者針對繼續犯區分為兩種情形來處理：(1)在行為繼續過程中，刑法對該行為由不罰變更為處罰時，則乃應受禁止溯及既往原則之限制，至於在法律新增處罰規定之後的行為，仍然構成犯罪。(2)在遇有輕重變更時，由於是單純一行為構成單純一罪，因此不宜割裂適用法律，結論上應由新舊法中擇一適用，而在新法為輕的情形，基於從輕原則，宜採取行為終止時的法律，即使在新法為重法的情況，為免形成刑事政策上的漏洞，亦宜採取行為終止時的法律⁶⁵。根據筆者自己的理解，此處所謂「在新法為重法的情況，為免形成刑事政策上的漏洞」，所指的主要應該是可罰性範圍由小變大的情形，也就是說如果按照舊法（輕法），則具體個案中的行為不構成犯罪，此際如適用較輕的舊法，即有產生漏洞之虞。簡單地說，如果一個行為人由未設有處罰規定時開始從事某個特定行為，直至法律變更為處罰該行為後仍繼續為之，如果對於這個行為人不加以處罰，但對於法律變更後才開始做相同行為的人卻可以毫無疑慮地加以處罰，無異於承認較早開始做一樣事情的人，在刑法上反而可享有優惠而不必受罰。

另可參見林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 118，認為在作為犯乃指行為人實施犯罪之時。

⁶⁰林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 118；同作者，林山田，《刑法通論（下）》，十版（2008,01），頁 274。

⁶¹許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 16。

⁶²接續犯可能有兩種情形，一為犯罪既遂與行為終了同時（例如基於殺人故意，砍殺被害人數刀致死），一為犯罪既遂先於行為終了（例如基於傷害故意，砍被害人數刀），兩種情形都是以行為終了時為行為時。

⁶³許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 16。該文中「不必區隔『連』續犯與狀態犯」一語，其中『連』續犯疑為打字錯誤。

⁶⁴如：《28 上 733 例》、《75 台上 3370 決》，以及《88 年第 8 次刑事庭會議》（88/11/30）決議，以下節錄該決議相關內容：「...乙說：...，然未經許可持有手槍，其持有之繼續，為行為之繼續，亦即一經持有手槍，罪已成立，但其完結須繼續至持有行為終了時為止。則包括持有之寄藏手槍行為，自亦為行為之繼續，其犯罪之完結須繼續至寄藏行為終了時為止。此與司法院院解字第三六三二號解釋所稱寄藏贓物罪於寄藏行為完畢時其犯罪即已完成，其後之占有該贓物乃犯罪之狀態繼續，而非行為繼續，迥不相同。被告最初受託寄藏手槍之時間為八十六年五月間，雖係在槍砲彈藥刀械管制條例於八十六年十一月二十四日修正公布施行前，然其寄藏行為繼續至八十七年一月十日始被查獲，其寄藏行為之終了既在該條例修正公布施行後，自無行為後法律變更可言，應適用修正後之槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項論處（本院七十四年度臺上字第三四〇〇號、八十八年度臺上字第四六〇八號刑事判決、八十八年度臺抗字第一六八號刑事裁定參照）。...決議：採乙說。」

⁶⁵黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 143。

2. 「裁判時」之認定標準

裁判時的含義有二，一為第 2 條第 2 項規定：「非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」，另外第 2 條第 1 項前段中的「適用行為時之法律」及後段中的「適用最有利於行為人之法律」，其適用法律之時機指的當然也是裁判時。這裡的裁判時指的是第一審、第二審、第三審及再審，至於非常上訴則不包括在內。蓋非常上訴係以糾正原確定判決適用法令之錯誤為目的，且其效力原則上不及於被告（參照刑訴法第 441 條、第 448 條）；再審則依通常程序審理，與第一、二、三審之裁判並無差異。

另外要進一步說明的是，「裁判時」之用語，原本也被使用於舊法第 2 條第 1 項規定：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」，而在現行法則將第 2 條第 1 項的內容修正為：「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。」。惟於遇有非常上訴之場合，於原判決確定後、法院就非常上訴做成判決前這段期間內法律規定有所變更時，由前述的理由來看似乎也沒有適用第 2 條第 1 項但書的必要。

二、行為時至裁判時法律變更之效果

（一）基本概念

首先要釐清的是法律變更的意涵。廣義地說，所謂的法律變更可以包含許多種情形，就我國刑法第 1 條、第 2 條來看，特別重要的類型包括：行為時至裁判時之間，立法者新增、刪除處罰規定，或刑法規定由輕變重、由重變輕；另外還有第 2 條第 3 項於裁判確定後，對於行為之處罰或保安處分規定的由有變無。對於這些變更的處理，將在以下一一詳述。

由上面的說明我們已經可以得知，我國刑法所採的從舊從輕原則，在結論上必定是適用最有利於行為人的規定。因此只要把握著這一個重點，就可以選擇出應該適用的規定。問題只在於，所謂的重與輕、有利與不利，究竟應該如何來認定。於此，應分為兩個層次處理：

1. 有無輕重變更應該如何判斷

簡單地說，輕重比較的準則，並非取決於變更規定相互間的抽象比較，而是就具體個案做整體的通盤考量⁶⁶。換句話說，重點不僅在於法律規定是不是有條文上的增刪修正，而是在於就具體個案而言，行為適用新法或舊法，會不會產生輕重的差別（包含可罰性範圍與法律效果兩個面向的輕重差別，詳見下述）。例

⁶⁶黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 139-140；林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 63。

如：第 47 條於第 16 次修正時增設第 2 項準累犯之規定，就條文的抽象比較而言，修法後擴大了累犯加重處罰的範圍，單就修正的條文來看，應該是一種由輕變重的法律變更；但倘若在具體個案中，行為人依修正前刑法第 47 條或修正後第 47 條第 1 項之規定均構成累犯⁶⁷、或者是行為人所犯之罪的法定刑為不得加重的死刑或無期徒刑（參見第 64 條第 1 項、第 65 條第 1 項）、或是根本沒第 47 條第 2 項的累犯情事時⁶⁸，那麼就此具體個案的行為來說，沒有所謂有利不利的區別，因此不屬於刑法第 2 條第 1 項所要規範的情形，而應直接適用行為時之法律。

2. 有輕重變更時如何適用法律

輕重判斷已有結論時，基於法律之整體性，在適用法律時必須選擇對行為人最有利的一部法律加以適用，也就是說，如果不是全部適用新法，就是全部適用舊法，而不能一部分適用新法、一部分適用舊法⁶⁹。

至於實務對於法律變更之比較時所適用原則，可參見《最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議決議》（95/05/30）：

1. 新法第二條第一項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於新法施行後，應適用新法第二條第一項之規定，為「從舊從輕」之比較。
2. 基於罪刑法定原則及法律不溯及既往原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，必行為時與行為後之法律均有處罰之規定，始有新法第二條第一項之適用。
3. 拘束人身自由之保安處分，亦有罪刑法定原則及法律不溯及既往原則之適用，其因法律變更而發生新舊法律之規定不同者，依新法第一條、第二條第一項規定，定其應適用之法律。至非拘束人身自由之保安處分，仍適用裁判時之法律。
4. 比較時應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、

⁶⁷實務見解參見《97 年第 2 次刑庭決議》（97/04/22）：「依最高法院九十五年度第八次及九十五年度第二十一刑事庭會議決議意旨，甲受有期徒刑之執行完畢，於五年內之九十五年一月間故意再犯有期徒刑以上之罪，無論依修正前刑法第四十七條或修正後第四十七條第一項之規定均構成累犯，即無有利或不利之情形，於刑法修正施行後法院為裁判時，無庸為新、舊法之比較。個案如有其他應依刑法第二條第一項之規定為新、舊法之比較情形時，依綜其全部罪刑之結果而為比較後，整體適用法律。」

⁶⁸類似的案例，可參考黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 139-140。

⁶⁹實務見解參見：

《27 上 2615 例》：「犯罪在刑法施行前，比較裁判前之法律孰為有利於行為人時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果，而為整個之適用，不能割裂而分別適用有利益之條文。上訴人於民國二十四年三月間，連續結夥三人以上攜帶兇器搶奪，原判決關於連續部分，適用舊刑法第七十五條，而於其所犯搶奪罪之本刑部分，則適用裁判時之刑法，其適用法則，自屬不當。」

《85 台上 2483 決》：「科刑判決所適用之法律，無論係對主刑、從刑或刑之加重、減輕或免除等項，除法律別有規定外，應本統一性及整體性之原則而適用之，不容與主刑所適用之法律任意割裂。原判決既已依刑法第二條第一項比較新舊法之結果，而適用戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款之舊法，論處上訴人等罪刑，即應全部適用舊法，不能割裂而適用其他法律。乃原判決竟就主刑部分適用舊法，而宣告褫奪公權之從刑部分，則適用裁判時之貪污治罪條例第十六條之新法，未全部適用戡亂時期貪污治罪條例第十七條之規定，自有可議」

結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較。

5. 從刑附屬於主刑，除法律有特別規定者外，依主刑所適用之法律。

行為時至裁判時之間，刑罰規定有新增、刪除或由輕變重、由重變輕這四種情形時，應如何新舊法中擇一適用，如下圖所示：

處罰規定		新舊法律適用之問題	
行為時	行為後 裁判時	法條依據	結論
無明文規定	由無變有	§ 1	依行為時法 不處罰
有明文規定	由有變無	§ 2 I 但	依行為後（裁判時）法 不處罰
較輕	較重	§ 2 I 前	依行為時法 適用較輕之規定
較重	較輕	§ 2 I 但	依行為後（裁判時）法 適用較輕之規定

以下，即就這四種情形，歸納成新增或刪除處罰規定（處罰規定的有無變更）與輕重變更兩大類加以說明之。

（二）新增或刪除處罰規定

如果行為時沒有處罰的明文規定，那麼依第 1 條前段即可獲得行為不處罰的結論；如果是原本設有處罰規定，但裁判時該行為類型業經除罪化而無處罰之規定，則依第 2 條第 1 項但書依行為後（裁判時）之規定處斷，結論仍是不處罰。

簡言之，在這種由有變無或由無變有的情形，對於行為人而言，最有利的當

然就是適用不處罰的規定。

(三) 輕重變更

除上述新增與刪除規定兩種情形外，如果所涉及的變更是犯罪構成要件的範圍或是法律效果輕重，對行為人即可能有相對有利或相對不利的比較結果出現，這時我們必須考慮應該適用行為時法或是裁判時（行為後）法，也就是以第 2 條第 1 項來決定適用哪一個規定。屬於這此處所要討論的刑法變更處罰規定，可以分為以下四類（這裡可以用一個比較簡單的方式來理解如何判斷：變更後較有利於行為人者為變輕；變更後較不利於行為人為變重。）：

1. 法律效果變更

此處所指之法律效果，由第 2 條第 2 項觀之，不包括非拘束人身自由之保安處分，而僅指刑罰及拘束人身自由之保安處分的規定。因此這兩種法律效果若發生輕重比較時，即有第 2 條第 1 項所導出的從輕原則（有利原則）之適用。一般而言，這裡的輕重比較是以刑度輕重為標準，主刑（第 33 條）依死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金之順序，或依刑期、拘役日數及罰金數額定輕重⁷⁰外，從刑（第 34 條）亦為法律效果，故如有變更者而主刑輕重相同時亦須依此原則比較。例如：

- (1) 舊法（至 2002/1/30）第 328 條第 1 項強盜罪之法定刑為「年以上、10 年以下有期徒刑」，修法後則為「5 年以上有期徒刑」，也就是說法定刑最高度由 10 年變更為 15 年（參見第 33 條第 3 款「有期徒刑：2 月以上 15 年以下」），按第 35 條第一項前段之規定「同種之刑，以最高度之較長或較多者為重」，修法後較修法前為重，故屬於由輕變重的類型。若行為人於舊法時犯此罪，現今裁判時則仍應適用舊法。
- (2) 舊法（至 2006/5/27）第 334 條第 4 款海盜殺人結合犯之法定刑為唯一死刑，修法第 334 條第 1 項則將該罪之法定刑修改為「死刑或無期徒刑」。也就是說法定刑最重皆為死刑，但舊法未若新法設有無期徒刑之選科規定，依第 35 條第 3 項第 1 款之規定「有選科主刑者與無選科主刑者，以無選科主刑者為重」，舊法較新法為重，因此屬於由重變輕的類型。若行為人於舊法時犯此罪，現今裁判則應適用現行法。

另外，所謂法律效果之變更，並非僅指刑法分則中法定刑的變更。除法律效果在規定上直接的變更外，其他一切影響法律效果（刑罰或拘束人身自由之保安

⁷⁰此處標準應參照第 35 條之規定：

主刑之重輕，依第 33 條規定之次序定之。

同種之刑，以最高度之較長或較多者為重。最高度相等者，以最低度之較長或較多者為重。

刑之重輕，以最重主刑為準，依前二項標準定之。最重主刑相同者，參酌下列各款標準定其輕重：

一、有選科主刑者與無選科主刑者，以無選科主刑者為重。

二、有併科主刑者與無併科主刑者，以有併科主刑者為重。

三、次重主刑同為選科刑或併科刑者，以次重主刑為準，依前二項標準定之。

處分)輕重的規定,諸如共犯、未遂犯、連續犯、牽連犯、結合犯及累犯加重、自首、自白減輕等,必須就具體個案一併考以考量,以決定孰輕孰重。此處可資參考的實務見解除前揭《最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議決議》外,尚可參見:

《24 年上字 4634 例》:「新舊刑法關於刑之規定,雖同採從輕主義,而舊刑法第二條但書,係適用較輕之刑,刑法第二條第一項但書,係適用最有利於行為人之法律,既曰法律,自較刑之範圍為廣,比較時應就罪刑有關之共犯、未遂犯、連續犯、牽連犯、結合犯以及累犯加重、自首減輕、暨其他法定加減原因、與加減例等一切情形,綜其全部之結果,而為比較,再適用有利於行為人之法律處斷。」

《80 年台上字 105 決》:「刑法第二條第一項所定:『行為後法律有變更者,適用裁判時之法律。但裁判前有利於行為人者,適用最有利行為人之法律』,其所謂有利行為人之法律,除參酌刑法第三十五條所規定主刑輕重之標準外,尚須整體的考察,綜合比較之。若有刑法分則或其他類似之特別法有減輕規定時,自應先依該規定減輕其刑後之本刑與其他法律之法定本刑比較,採用最有利於行為人之法律始為適法。」

2. 犯罪構成要件變更

當透過刑法規定變更而導致犯罪構成要件的擴張或限縮時,即產生新舊法比較的實益。如果修法後,可罰行為的範圍擴張,在具體個案中即可能對行為人不利,亦即為變重,反之,若範圍縮小,則在具體個案中可能較為有利,亦即變輕。

例如:舊法(至 1999/4/21)第 221 條第 1 項之規定為:「對於婦女以強暴、脅迫、某劑、催眠術或他法至使不能抗拒而姦淫之者,……。」現行法第 221 條第 1 項的規定則是:「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者,……。」兩相比較可以發現,現行法對行為客體(婦女→男女)與構成要件行為(至使不能抗拒之方法→違反其意願之方法)的規定均有所修正,且皆使得處罰之範圍較舊法為之擴張,就此法條而言,原則上即屬於變重之情形。

需要特別注意的是,這裡的判斷指的是就具體個案的行為而言,適用新、舊法何者有利,而不是由單就法條的抽象意義來觀察。換言之,誠如上述,第 221 條的修法是就抽象意義而言,是擴張該條適用的範圍,因此是屬於變重、不利的變更。但例如說:行為人於 1998 年對一名婦女以強暴方式加以姦淫,就構成要件的層次而言,適用新、舊法都會構成第 221 條第 1 項之罪,因此在這個具體個案上,並無有利不利的差別。

3. 加重或減輕要件變更

例如我國刑法第 321 條為加重竊盜罪之處罰規定,立法者於 2011 年修正該條時,將第 6 款原條文「在車站或埠頭而犯之者」修改為「在車站、埠頭、航空站或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機內而犯之者」,增加了於航空

站或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機內而犯之的加重處罰規定。如果於具體個案中，行為人甲修法前在航空站內行竊，該案件於修法後審判時，於此個案中，此一修正即為加重條件之變更，而這樣的變更將擴大該款的適用範圍，使甲原僅構成普通竊盜之行為落入該款的攝涵範圍，因此屬於變重、不利於行為人之變更。

4. 犯罪構成要件與法律效果皆有變更

在這種類型的法律變更中，如果是犯罪構成要件適用範圍擴張且法律效果加重，則屬由輕變重；若是犯罪構成要件適用範圍限縮且法律效果減輕，則為由重變輕。在判斷上較無困難。但若輕重互見時，例如犯罪構成要件適用範圍擴張但法律效果減輕，或犯罪構成要件適用範圍限縮但法律效果加重，如同前面**錯誤！找不到參照來源。**所說的，則必須就具體個案綜合判斷，以新、舊法何者對該個案中的行為人較為有利，來決定其犯罪行為應適用新法或舊法。

例如，舊法（至 1999/4/21）第 223 條所規定之強姦殺人結合犯為唯一死刑，新法第 226-1 條的強制性交殺人結合犯則為死刑或無期徒刑。就構成要件的變更而言，新法對第 221 條中行為客體與構成要件行為的修正，使得第 226-1 條的處罰範圍亦隨之擴張（可參見前面**錯誤！找不到參照來源。**犯罪構成要件變更的說明），因此屬於由輕變重的類型；但就法律效果的變更而言，此一修正則屬於由重變輕的類型。再者，如第 13 次（2001/11/07）刑法修正時，變更公務員圖利罪之構成要件，同時將得併科之罰金由 7 千元以下提高為 7 萬元以下。以下將圖利罪變更之輕重以圖表的方式比較，並配合實例說明如何選擇適用法條：

§ 131 I	舊條文	新條文	變更類型
構成要件	公務員對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者。	公務員對於主管或監督之事務，(1) <u>明知違背法令</u> ，直接或間接 (2) <u>圖自己或其他私人不法利益</u> ，(3) <u>因而獲得利益者</u> 。	由重變輕

法律效果	處 1 年以上 7 年以下 有期徒刑，得併科 7 千元以下罰金。	處 1 年以上 7 年以下有期 徒刑，得併科 7 萬元以下罰金。	由輕變重
-------------	--	--	-------------

上述圖利罪之構成要件於此次修正中，在主觀要素中增加「明知違背法令」之規定；在客觀要素中增加了「圖自己或其他私人不法利益」及「因而獲得利益者」兩項條件，前者排除了圖利國庫的可罰性，後者則將本條限縮為僅處罰結果犯。三個新增加的要素都是縮限公務員圖利罪可罰性範圍的條件，因此單就抽象意義上的構成要件變更而言，是有利於行為人的。不過在不同的具體個案中，則未必都是如此。下面我們用兩個例子來說明：

案例 1：公務員甲於修法前雖有圖利之行為，但偷雞不成蝕把米，沒有獲得任何利益。在本例中，甲的行為如果依舊法圖利罪之構成要件規定處斷，則可構成該罪，但若依新法則不構成。因此，縱使在法律效果上而言，適用舊法較有利於行為人，但就本案例中甲的行為而言，適用新法其行為不具可罰性，對行為人較為有利。

案例 2：公務員乙於修法前明知其行為違法仍為圖利自己之行為，並且因之獲利 1 百萬元。本例中，甲的行為不論依照新、舊法圖利罪之構成要件規定處斷，皆會成立該罪，而在法律效果上的比較而言，適用舊法得併科的罰金刑最高度低於新法，因此在這個案例中，甲的行為應依舊法加以處斷。

三、裁判確定後法律變更之效果

依刑法設有第 2 條第 3 項的規定，只有在裁判確定後（國家對行為人的刑罰權業已確定存在），未執行或執行未完畢時，法律變更為「不處罰」或「不施以保安處分」的情形，才得免其刑罰或保安處分之執行。若法律做了對行為人有利的其他變更，例如刑度的降低，則不影響刑之執行。必須要特別注意的是保安處分，這裡和第 1 條但書、第 2 條第 2 項不同，不須再區分是否拘束人身自由，而是所有的刑罰與保安處分都有第 2 條第 3 項之適用。上述裁判確定後發生法律變更時，處理方式如下圖所示：

刑罰或保安處分之規定		
行為時	有	有
裁判確定後	變更為無	變更為較輕或較重

執行完畢前		
處理方式		
法條依據	第 2 條第 3 項	無相關規定
結論	免執行	不生影響 仍依宣告之刑期執行

四、特

殊問題

以上所介紹的是刑罰在遇有法律變更時的基本處理原則，接下來則是要針對法律變更在刑法適用上所產生的特殊問題加以介紹，這些問題包括了法律變更對保安處分的影響，以及中間時法（Zwischengesetz）、限時法、空白構成要件（Blankettatbestand）的填補規範變更等情形，在我國刑法第 1 條、第 2 條的適用應該特別注意的問題。

（一）保安處分之問題

前面所介紹的重點，主要集中在刑罰規定的討論，接下來要對另一種刑法上的法律效果，也就是保安處分來加以說明。

1. 我國立法沿革

在法律效果雙軌制的前提之下，早期傳統見解對刑罰與保安處分採取二分法，認為兩者內容、性質及目的不同，在遇法律變更之場合，應分採不同方式處理，關於保安處分之規定可排除罪刑法定原則的限制，而不問行為時是否已設有規定，亦不問新舊規定何者有利於行為人，一律適用裁判時之法律。我國刑法在第 16 次修正之前，亦循此一見解。

嗣後則有學者認為刑罰與保安處分之間的關係，實非截然二分，例如刑法第 86～91-1 條以及檢肅流氓條例第 21 條（已於 2009/01/21 廢止），係屬「兼具自由刑內容之保安處分」，而此等保安處分既兼具有刑罰之內容，自然亦應與刑罰同受罪刑法定原則之支配⁷¹，在遇有法律變更時，則應回歸刑法第 1 條、第 2 條

⁷¹可參見《釋字第 471 號》(87/12/18)理由書：「然保安處分係對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。我國現行刑法採刑罰與保安處分之雙軌制，要在維持行為責任之刑罰原則下，為強化其協助行為人再社會化之功能，以及改善行為人潛在之危險性格，期能達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。保安處分之措施亦含社會隔離、拘束

第 1 項之規定處理⁷²。於 1998 年，大法官則曾對槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條第 1 項作成釋字 471 號解釋，初步肯認了部分保安處分之情形無刑法第 2 條第 2 項之適用，亦即仍有從新⁷³從輕原則之適用。

接著在 2005 年第 16 次修法時，立法者將保安處分區分拘束人身自由與非拘束人身自由兩種。前者在時之效力上所受待遇與刑罰完全相當，也就是適用第 1 條（罪刑法定）與第 2 條第 1 項（從舊從輕）；後者則乃維持適用裁判時之法律。

2. 學者對新法的意見

在這裡要略加說明的是，學者對此一修正，主要可分為兩派看法，對於兩說爭議的軸線，可以理解為（舊法）第 1 條所稱之「處罰」，是否包括所有的保安處分。兩說的介紹如下：

第一種見解認為本次修法實乃係不當修正。提出此等批評之學者，其出發點在於保安處分原本就應該受限於罪刑法定原則，也就是說第 1 條所謂行為之「處罰」，包括刑罰及保安處分。在這樣的觀點下，將第 1 條增訂後段「拘束人身自由之保安處分，亦同」之規定，將誤導出「只有拘束人身自由的保安處分，才要受限於罪刑法定原則，而非拘束人身自由的保安處分，則可不受罪刑法定原則的限制⁷⁴」的結論。

第二種學說則認為這次的修法是立法政策的選擇⁷⁵。此一看法的出發點在於，有些保安處分是對行為人有利的處置。因此，縱使行為時國家尚無相關政策，但若行為後已有具體的矯治改善措施，實無堅守不溯既往原則而不適用之理。此外，宣告緩刑或准許假釋的附帶保安處分（第 74 條第 1 項，第 93 條），並沒有規定具體的構成要件，法官對於保安處分的宣告擁有絕對裁量權，而且是以行為人受裁判時或受假釋審查時的情況作為裁量的依據，也就是說，以宣告緩刑為例，對行為人（受判決人）是否宣告緩刑、是否宣告及宣告何種緩刑負擔時，作為判斷依據的事實，乃是在於受判決時或受刑之執行時的具體情況（例如第 74 條第 1 項「認以暫不執行為適當者」、第 2 項「得斟酌情形」）。要附帶一提的是，依照第 93 條第 2 項之規定「假釋出獄者，在假釋中付保護管束」，對此係為「必」付保護管束，因此由該項來看，應該不會發生該文所稱「法官對於保安處分的宣告擁有絕對裁量權」的情形。因此自然僅能適用裁判時法。故針對這些非拘束人身自由的保安處分，排除適用罪刑法定原則的絕對不溯既往原則，是立法政策的選擇，並非立法疏失。

身體自由之性質，其限制人民之權利，實與刑罰同，...

⁷²林鈺雄，〈保安處分與比例原則及從新從輕原則——評大法官釋字四七一解釋〉，《台灣本土法學第 1 期》（1999,4），頁 104 以下。

⁷³舊法第 2 條第 1 項前段之規定為「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律」，為從新法規定，與現行法之「行為時」係從舊法規定不同。

⁷⁴林山田，〈2005 年新刑法總評〉，《台灣本土法學雜誌第 67 期》（2005,02），頁 82-83；同此結論，見柯耀程，〈刑法總論釋義——修正法篇（上）〉，初版二刷（2006,3），頁 73。

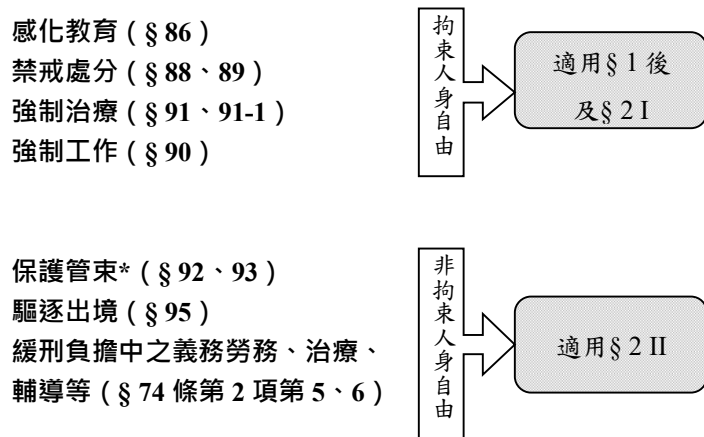
⁷⁵許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 10-11。

3. 拘束人身自由與否的判斷

撇開上述的爭議不談，按現行刑法第 1 條、第 2 條第 1 項的規定（從舊從輕原則或有利原則），僅於法律效果為刑罰（包括主刑與從刑）或拘束人身自由之保安處分有其適用，非拘束人身自由之保安處分按第 2 條第 2 項之規定，應適用裁判時之法律。

因此，保安處分有無拘束人身自由之認定，即具有重大的意義。值得注意的是，不論何種保安處分，均對受處分人課一定之義務而不免對其自由有所干預，因此保安處分是否拘束人身自由應如何界定，實屬不易。論者有認為機構性處遇為拘束人身自由的保安處分；非機構性處遇者，則屬非拘束人身自由的保安處分，因此保護管束⁷⁶（第 92 條）及緩刑負擔中的義務勞務、心理輔導及其他適當的處遇措施（參見第 74 條第 2 項），相較於刑罰及機構性保安處分，剝奪人身自由的程度較低，可認為係非拘束人身自由的保安處分⁷⁷。按此見解，僅適用於外國人的驅逐出境處分（第 95 條），似亦屬之⁷⁸。

上述關於保安處分屬拘束人身自由或非拘束人身自由的分類，如下圖所示：



* 實務上《96 台非 184 決》認為屬拘束人身自由的保安處分。

（二）中間時法之問題

⁷⁶惟最高法院認為保護管束亦屬拘束人身自由之保安處分，可參見《96 台非 184 決》（節錄）：「…。又性侵害犯罪防治法第二十條第一項第三款規定加害人受緩刑宣告，經評估認有施以治療輔導之必要者，直轄市、縣（市）主管機關應命其接受身心治療或輔導教育。同條第二項復規定因緩刑付保護管束之加害人，觀護人得實施約談、訪視，並得進行團體活動或問卷等輔助行為，亦得請警察機關派員定期或不定期查訪之；有事實可疑為施用毒品者，得命其接受採驗尿液。且在一定情形下得報請檢察官或軍事檢察官許可，命其居住於指定之處所、施以宵禁、實施測謊、禁止接近特定場所或對象，及其他必要處遇。核其內容，係對人身自由所為干預、拘束之保安處分，其因法律變更而發生新舊法律之比較適用時，應依修正刑法第一條及第二條第一項規定，適用從舊從輕原則。…」

⁷⁷許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 10；類似見解：蔡碧玉，〈二〇〇五年新刑法修正綜覽〉，《刑法總則修正重點之理論與實務》，初版（2005,09），頁 14-15，惟該作者認為機構外執行之保安處分，諸如酗酒的禁戒處分、監護處分亦屬第 2 條第 2 項之非拘束人身自由的保安處分。

⁷⁸採此見解：林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 68。

所謂中間時法（Zwischengesetz），係指在行為後法律經兩次以上之修正，導致自行為時起，迄至裁判時，至少有三種以上的刑罰規定可能可以適用，而其中居於行為時與裁判時之間的規定，即此處所謂之中間時法⁷⁹。擬以下圖說明之：

行為時法	中間時法 (行為後、裁判前)	裁判時法
較重	較輕	較重

上圖僅是諸多排列組合的一種，但已足以顯出適用上的問題所在，即行為時後法律經多次變更者，其中行為時法、中間時法與裁判時法輕重各不相同時，應如何處理？

第2條第1項但書所謂「行為後之法律」，在文義上包括了圖表中的中間時法與裁判時法，再加上第1條及第2條第1項前段中的「行為時之法律」，可以包括圖表中三種不同的罪刑規定，由這三種不同規定來選擇對行為人最有利者作為裁判依據，也符合第2條第1項但書的從輕原則（有利原則），也就是說，由第2條的規定並不能導出排斥中間時法適用的結論。此外，訴訟程序延宕，是國家追訴制度技術上應該克服的問題，這種國家追訴效率上的負面效果，不應由行為人（被告）承擔⁸⁰。

（三）限時法之問題

所謂限時法（Zeitgesetz），乃指專為特定時期之需而公布施行之法律，只要特定期限屆滿（例如設有落日條款），該法律即自行失效⁸¹。而限時法較為特別的地方，在於無從輕原則的適用，也就是說，只要行為發生於限時法有效期間之內，不論裁判時該法是否因期限經過而失效，仍得適用作為處罰的依據，這一點通常會有一個明文的例外規定，例如德國刑法的第2條第4項（即除有特別規定外，限時法在時效經過而失效者，對於在有效期間內之違犯行為，仍有適用）即為適例。以下將上述限時法的一些特殊名詞，用圖表套用在九二一震災的緊急命令，並加以說明：

名詞	規定	規定內容
----	----	------

⁷⁹參見許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 13；林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 60，註 49。

⁸⁰許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 13-14。

⁸¹僅參閱林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 120。

限時法	民國 88 年 9 月 25 日總統緊急命令 (九二一震災) 第 11 點	因本次災害而有妨害救災、囤積居奇、哄抬物價之行為者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 5 百萬元以下罰金。以詐欺、侵占、竊盜、恐嚇、搶奪、強盜或其他不正當之方法，取得賑災款項、物品或災民之財物者，按刑法或特別刑法之規定，加重其刑至二分之一。前二項之未遂犯罰之。
落日條款	同上，第 12 點	本命令施行期間自發布日起至民國 89 年 3 月 24 日止。
例外規定	九二一震災重建暫行條例第 71 條	於緊急命令施行期間內，犯緊急命令第 11 點所規定之罪者，於緊急命令施行期滿後，仍適用緊急命令第 11 點之規定處罰。

說明：

姑且不論於緊急命令中設有刑罰規定是否合宜，該命令第 11 點就內容而言，確為刑罰之規定，而該緊急命令第 12 點則確定了第 11 點刑罰規定的有效期間，因此為「落日條款」。至於九二一震災重建暫行條例第 71 條則為限時法在時之效力上的例外規定。

由於我國刑法並未如德國刑法總則設有限時法之特別規定，因此，學者對於限時法的效力如何，有不同的看法。有學者認為，限時法於其廢止或因法定有效期限之經過而失效後，對於在有效期限內違犯者仍得為裁判之依據，其理由乃在於此等失效係因其立法理由之消失，而非因法律觀念之改變所為之修正，即非因社會價值結構之改變致其失效⁸²，故仍應適用該限時法論斷之⁸³。換言之，行為所違反者若為限時法之規定，則無從輕原則（第 2 條第 1 項但書）適用之餘地。

以上述九二一震災的緊急命令為例說明，在有效期限過後該緊急命令第 11 點隨之失效，其理由在於地震引起的特殊客觀環境已經過去，而不是因為我們認為，在這類災害中的妨害救災等等行為不再可惡、不再有處罰或加重處罰的必要。換言之，社會上的價值觀（在重大災害中妨害救災的行為應該處罰）並沒有隨著有效期限的經過而有所改變，因此，在重大災害的時空環境（也就是緊急命令的有效期間內）下，行為人所為該緊急命令第 11 點所列的行為，即使是在該緊急命令失效後才加以裁判，仍然應該適用該緊急命令的刑罰規定。

但是限時法不受刑法第 2 條之拘束，而產生對行為人不利之結果是否合理，並非毫無疑問，特別是我國在刑總沒有明文規定的情形之下⁸⁴。因此有學者就我國現況提出不同的看法：

首先，以刑罰的預防目的（刑罰的目的在於使犯罪行為人往後不再犯罪）來看，對於一個已經不再處罰的行為，處罰並沒有預防的效果，處罰一個不再具有可罰性的行為，不具有刑事政策上的意義。於我國沒有像德國刑法第 2 條第 4

⁸²我們也可以這樣理解，限時法的失效和刑罰規定的廢止原因不同，前者是出於客觀事實的變更，例如：災難已經過去；後者則是社會價值觀的改變，例如：認為販賣色情片給成人不再需要加以處罰。

⁸³林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 120；蔡墩銘，《刑法總論》，七版（2007,10），頁 62-63；林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 61-62。

⁸⁴因此不少學者認為應該刑法中增訂限時刑法的例外規定。僅參見林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 120。

項那樣的明文規定，不應解釋為限時法失去效力後的法律變更狀態不適用刑法第 2 條。其次，行為人能於行為時預測行為後果（即行為的法律效果），並非處罰的充要條件，立法者如果在意這點，就應該明文規定排除第 2 條第 1 項但書的適用。立法者如果疏於規定，不利益不應由人民承擔⁸⁵。

（四）空白構成要件（的填補規範）變更

所謂空白構成要件（Blanketttatbestand）係一種有待補充之構成要件，例如第 192 條第 1 項（違背預防傳染病法令罪）之規定，必須由相關法律或行政命令對於「預防傳染病所公布之檢查或進口之法令」加以特定，始為完整之構成要件，從而能夠確定具體的可罰性範圍。補充空白構成要件的行政規章或行政命令變更，究竟屬於法律變更或事實變更，事涉得否適用刑法第 2 條，從而影響如何適用法律論罪科刑，實務與學說間迭有爭議如下：

甲說（法律變更）：補充空白構成要件的行政規章或命令若有變更，則必導致構成要件的變更，屬法律變更（理由：法律是否變更，決定於改變的部分是否具備規範性，補充空白構成要件的行政章規或命令的變更，足以影響可罰性的範圍，即變更的部分具有規範性，故屬法律變更）⁸⁶。

乙說（事實變更）：刑法第 2 條所謂法律變更，係指法律規定有所變更而言，補充空白構成要件之行政命令有所變更，乃是行政上適應當時情形所為事實上的變更，並非刑罰法律有所變更，故無第 2 條之適用⁸⁷。我國實務亦採此見解，例如以下三則實務見解：

《51 台上 159 例》：「犯罪構成事實與犯罪構成要件不同，前者依事實問題，後者係法律問題，行政院關於公告管制物品之種類及數額雖時有變更，而新舊懲治走私條例之以私運管制物品進口為犯罪構成要件則同，原判決誤以事實變更為法律變更，其見解自有未洽。」

《52 釋字 103 號解釋》（52/10/23）：「刑法第二條所謂法律有變更，係指處罰之法律有所變更而言。行政院依懲治走私條例第二條第二項專案指定管制物品及其數額之公告，其內容之變更，並非懲治走私條例處罰規定之變更，與刑法第二條所謂法律有變更不符，自無該條之適用。」

《76 年第 11 次刑庭決議》（76/06/02）：「刑法第二條第一項所謂法律有變更者，此法律乃指刑罰法律而言，行政法令縱可認為具有法律同等之效力，但因其並無刑罰之規定，究難解為刑罰法律，故如事實變更及刑罰法律外之法令變更，均不屬本條所謂法律變更範圍之內，自無本條之適用（參見五十一年台非字第七六號判例）……。」

⁸⁵許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌 123 期》（2005,8），頁 16-17。批評見林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 120-121，註 27。

⁸⁶林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 127-128。類似見解：柯耀程，《刑法總論釋義——修正法篇（上）》，初版二刷（2006,3），頁 97。

⁸⁷蔡墩銘，《刑法精義》，二版（2005,7），頁 29-30。

丙說（區分說）⁸⁸：此說將空白構成要件變更區分成兩種情形：第一種情形：授權命令（補充空白構成要件的行政命令），如關係到行為之處罰構成要件及刑度之規定者，性質上即為一種「填補規範」，而具有代替法律的效力，其變更即應認為具法律變更的效力，此時應有第 2 條之適用。我國水污染防治法第 32 條即為適例⁸⁹。第二種情形：授權命令內容如果是屬於法律基礎事實、認定程度、技術事項時，其內容並非填充處罰構成要件，授權命令的變更並未變更行為的不法內容、類型或責任內涵者，是屬刑罰以外的行政命令的變更，稱之為「法律事實因素之變更」，而非第 2 條所稱之法律變更。有學者即認為前述的《51 台上 159 例》與《釋字 103 號解釋》對懲治走私條例所做之論述，即為適例。

丁說（以價值結構有無改變為判準）⁹⁰：如果補充的法令不涉及價值結構的改變，就不是刑罰法律變更，亦即無第 2 條之適用。例如：縱使傳染病法規改變，但違反傳染病法規的行為要處罰這一點並無改變，換言之，刑罰的價值結構沒有改變，因此並非法律變更。

⁸⁸蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998.03），頁 249 以下。

⁸⁹水污染防治法第 32 條：「違反第二十六條第一項未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第二十六條第二項所為之命令，因而致人於死者，處七以下有期徒刑，得併科新台幣三十萬元以下罰金。致重傷者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣十五萬元以下罰金。」

⁹⁰許玉秀，〈罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）〉，《月旦法學雜誌》123 期（2005.8），頁 18-19。

單元二：刑法的適用範圍

壹、概說

當我們要判斷某個特定行為是不是我國刑法上可以處罰的犯罪行為、也就是我國刑法是否得為該行為之處罰依據時，首先必須確定的是，這一部刑法典是否能夠作為審判該行為的實體依據⁹¹，這也就是刑法適用範圍要討論的問題。

刑法適用範圍的問題可分由時間與空間兩個概念來說明。如前述單元一的介紹，刑法上「時之效力」的認定，主要受限於罪刑法定原則。對此，學說討論的重點集中在遇有法律變更時，究竟應該適用變更前或變更後的規定。其次，一些因立法技術而生的特別規定方式（如：限時法、空白構成要件）在遇有變更時，應如何適用法律，亦是爭議的焦點。要注意的是，刑法時之效力的認定既然必須符合罪刑法定原則的要求，因此在時之效力的認定倘有疑義，可由罪刑法定原則保障（行為人）人權的角度加以思考。

刑法與國家主權的關係甚密，在本國進行的刑事審判程序中不可能直接適用外國刑法的規定，而只可能適用本國刑法。因此必須先確定本國刑法在空間上的適用範圍，才能確定於某一地點之犯罪行為可否適用我國刑法，此即學說上所稱之刑法「地之效力」。我國刑法適用範圍所及之空間，原則上限於我國主權所及之範圍，但在符合一定要件時，得擴張至我國主權範圍之外。這些要件可溯源於學說上所稱的保護原則、世界法原則及屬人原則，並規定在我國刑法第 5 條至第 8 條中。

在上述時間與空間的範圍確定後，接下來還有所謂刑法「人之效力」的問題，也就是當行為人具有一定身分或資格時，即使犯罪行為處於我國刑法適用的時、空範圍之內，仍無該法適用之餘地。由於所謂的「人之效力」，指的是例外不適用我國刑法的特殊情形，因此亦有學者稱之為屬地原則之限縮⁹²。

貳、刑法的空間效力

當某一個符合我國刑法現行規定所描述的犯罪事實發生時，並不意味著當然有我國刑法的適用，而是要視該事件在人、事、地的因素上，是否符合一定要件

⁹¹因此，必須與法院管轄權的概念加以區分。**管轄權**所指的是程序上我國法院能否對某一刑事案件進行審理，而與我國刑法規定在實體上是否得作為判斷依據不同。參見黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 62-63；類似說法，見蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 299。

⁹²林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 79-81。

⁹³。在理論上，用來確定某一國家刑法的適用效力範圍，主要有四種原則，即以犯罪地是否為本國領域內為判準之屬地原則、以犯罪行為人是否具本國國籍或公務員身分之屬人原則、受侵害法益是否為本國刑法所保護之保護原則，以及犯罪行為是否侵害世界公益而為世界共通犯罪之世界法原則⁹⁴。

我國刑法對於前述確定其適用範圍，於第 3 條至第 8 條設有規定。由條文的規定來看，我國係以屬地原則為主，並輔以世界法原則、屬人原則、保護原則（對適用範圍擴張），以及因行為人之特殊身分所生免責權與豁免權（對適用範圍限縮），也就是學說上所謂的人之效力，而確定刑法的適用範圍。以下將依序介紹這些刑法適用的基本概念

一、基本原則——屬地原則

我國刑法第 3 條規定「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論。」揭示我國刑法適用範圍以屬地原則（Territorialitätsprinzip, Gebietsgrundsatz）為主要的判斷基準，後段則另採國旗原則（Flaggenprinzip），將我國刑法的適用範圍延伸至領域外之我國船艦及航空器。

就屬地原則而言，只要確定兩件事，就能夠判斷某一犯罪行為是否得適用我國刑法：一為我國領域（含第 3 條後段之船艦及航空器），一為犯罪地（第 4 條）。

（一）我國領域

1. 基本概念

第 3 條前段所稱領域，係指一國之領土、領空及領海，又稱之為實質領域。後段（採國旗原則）則包括我國國有與私有之船艦及航空器，亦即犯罪若發生在本國軍艦、軍機與民用船艦、航空器上，而處於我國領域外，以在我國領域內犯罪論，因此亦稱之為想像領域或擬制領域。第 3 條後段的規定，學者稱之為屬地原則之擴張⁹⁵或補充⁹⁶規定。

在此必須留意的是，如果是在我國的領土、領空或領海上犯罪，不論犯罪發生的場合是我國亦或是他國所屬之船艦、航空器，皆依第 3 條前段而有我國刑法之適用⁹⁷，只有當犯罪發生於我國領域以外（包括公海、公空及他國領域內）的

⁹³也就是說，除了時間的效力範圍外，還必須在空間、事件或人之身分等因素上符合我國刑法關於效力範圍的規定。參見林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 79-81；王效文，〈網際網路犯罪與內國刑法之適用〉，《民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》（2005,9），頁 254。

⁹⁴主要參考：林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 79；蔡墩銘，《刑法精義》，二版（2005,7），頁 30-31。

⁹⁵林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 76-79。

⁹⁶蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 304 以下。

⁹⁷實務見解參照《79 台非 277 例》：「依國際法上領域管轄原則，國家對在其領域內之人、物或發

我國船艦或航空器上時，才是依第 3 條後段適用我國刑法。實務見解參照《79 台非 277 例》：「依國際法上領域管轄原則，國家對在其領域內之人、物或發生之事件，除國際法或條約另有規定外，原則上享有排他的管轄權；即就航空器所關之犯罪言，依我國已簽署及批准之一九六三年九月十四日東京公約（航空器上所犯罪行及若干其他行為公約）第三條第一項規定，航空器登記國固有管轄該航空器上所犯罪行及行為之權；然依同條第三項規定，此一公約並不排除依本國法而行使之刑事管轄權。另其第四條甲、乙款，對犯罪行為係實行於該締約國領域以內、或係對於該締約國之國民所為者，非航空器登記國之締約國，仍得干涉在飛航中之航空器，以行使其對該航空器上所犯罪行之刑事管轄權。因此，外國民用航空器降落於我國機場後，我國法院對其上發生之犯罪行為，享有刑事管轄權，殆屬無可置疑。」

2. 特殊問題

關於我國領域範圍，向來令人頭痛的問題在於是否及於大陸地區（中華人民共和國）及外蒙古。這些地區雖然在憲法上為我國領土，但與我國事實上的統治權範圍不符。具相同歷史經驗的德國，曾以機能性內國概念（funktionelle Inlandsbegriff）來處理這個問題。簡單地說，基於主權而來的刑法僅於其可以產生秩序功能的區域範圍內有效，因此，刑法適用的空間範圍原則上雖然與國際法上的國家領域一致，但對於內國國家主權已經長久未行使的地區，則屬例外⁹⁸。

此外有兩個較冷僻的爭議問題：第一個是駐外使領館內犯罪的問題。有學者認為，在此情形可依互惠原則訂立條約，互相承認法權之限制，俾使一國之法權得正式在外國行使，否則在無條約之情形，在我國設在外國使館內犯罪，並非可以無條件適用我國刑法⁹⁹。另有學者依國際法原則，認為駐外使領館不服從駐在國的裁判權，因此在我駐外使領館內犯罪者，可依我國刑法論斷¹⁰⁰。至於我國實務上，則以是否「有明顯之事證，足認該駐在國已同意放棄其管轄權」為斷，若是，則「得以在我國領域內犯罪論」¹⁰¹。在上述的見解中，都沒有提到刑法第 3

生之事件，除國際法或條約另有規定外，原則上享有排他的管轄權；即就航空器所關之犯罪言，依我國已簽署及批准之一九六三年九月十四日東京公約（航空器上所犯罪行及若干其他行為公約）第三條第一項規定，航空器登記國固有管轄該航空器上所犯罪行及行為之權；然依同條第三項規定，此一公約並不排除依本國法而行使之刑事管轄權。另其第四條甲、乙款，對犯罪行為係實行於該締約國領域以內、或係對於該締約國之國民所為者，非航空器登記國之締約國，仍得干涉在飛航中之航空器，以行使其對該航空器上所犯罪行之刑事管轄權。因此，**外國民用航空器降落於我國機場後，我國法院對其上發生之犯罪行為，享有刑事管轄權，殆屬無可置疑。**」

⁹⁸黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 75；蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 322。

⁹⁹蔡墩銘，《刑法總論》，七版（2007,10），頁 66，註 11；同作者，《刑法總則爭議問題研究》，三版（1980,2），頁 11。

¹⁰⁰林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 132。林師早期認為，由於法無明文規定於我國駐外使領館內犯罪者，以在本國領域內犯罪論，為免違背類推禁止原則，自不宜比附援引第三條後段。參見林山田，《刑法通論（上）》，八版（2002,11），頁 114-115。

¹⁰¹參照《58 年度第 1 次民、刑庭總會會議決議》（85/08/25）（節錄）：「...我國人民在我國駐外使領館內犯罪，究應視為在我國領域內犯罪，抑係在我國領域外犯罪？有甲、乙、丙三說，未知孰

條的規定，而是以其他的理由作為我國刑法適用的依據。關於這點可以參考學者的意見：對於本國駐使領館內之犯罪者，不得以刑法第 3 條為理由而主張我國刑法之適用，但是不排除基於其他連繫因素而主張我國刑法之適用¹⁰²。（其他連繫因素即指前述條約、國際法原則以及駐在國之同意等。）

第二個則是於無主地犯罪的問題。所謂無主地，係指不屬於任何國家領域內之土地。論者有認為，土地既未受外國主權之行為，則本國審判權非不可及之，因此，在無主地犯罪者，亦有本國刑法之適用¹⁰³。

（二）犯罪地

如第 3 條所規定，某一犯罪事實是否得適用我國刑法，端視犯罪是否發生於我國領域內（包括第 3 條後段之場合）。因此，必須先行對犯罪地加以確定，方能判斷犯罪是否有我國刑法之適用。依第 4 條之規定「犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪。」，亦即行為地與結果地皆為犯罪地，簡言之，凡一犯罪事實之行為地或結果地在第 3 條所稱之領域內發生者，皆有我國刑法之適用。此等規定，係採法律普遍存在理論¹⁰⁴

（Ubiquitätstheorie），或稱之為無處不在原則（Ubiquitätsprinzip）¹⁰⁵，於行為地與結果地不同之隔地犯（Distanzdelikte）中，特別具有意義，因為按第 4 條之規定，行為或結果其中之一於我國領域內發生，即有我國刑法之適用。

以下分就犯罪地之問題說明之。

1. 行為地

行為地的概念，以下分就幾個問題點說明：

第一、犯罪行為可分為數個階段，例如在故意犯中包括：行為決意、犯意表示、預備、著手、行為完成、結果發生等等。第 4 條所謂之「行為地」原則上應以著手實行地為基準，惟在預備行為、犯意表示行為構成要件化之犯罪，如第 271 條第 3 項殺人預備罪、第 305 條恐嚇危害安全罪，判斷標準亦包括該構成要

是？提請 公決

...丙說：刑法第三條所稱中華民國之領域，依國際法上之觀念，固有其真實的領域及想像的（即擬制的）領域之分，前者如我國之領土、領海、領空等是，後者如在我國領域外之我國船艦及航空機與我國駐外外交使節之辦公處所等是，但同條後段僅規定在我國領域外船艦及航空機內犯罪者，以在我國領域內犯罪論，對於在我國駐外使領館內犯罪者，是否亦屬以在我國領域內犯罪論，則無規定。按國際法上對於任何國家行使的管轄權，並無嚴格之限制，在慣例上本國對於本國駐外使領館內之犯罪者，能否實施其刑事管轄權，常以駐在國是否同意放棄其管轄權為斷。是以對於在我國駐外使領館內犯罪者，若有明顯之事證，足認該駐在國已同意放棄其管轄權，自得以在我國領域內犯罪論。

決議：採丙說。」

¹⁰²黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 70。

¹⁰³蔡墩銘，《刑法總論》，七版（2007,10），頁 67，註 13。

¹⁰⁴蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 301-302。

¹⁰⁵王效文，〈網際網路犯罪與內國刑法之適用〉，《民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》（2005,9），頁 255。

件所規定之預備行為及犯意表示行為之所在地。另外在過失犯的情形，則有學者以行為人可得認知的支配侵害結果實現之行為（按：在通說的過失犯體系中，可將之理解為行為人在具有預見可能性的情形下，違反注意義務的地點），作為行為地認定的基準¹⁰⁶。例如某巴拿馬籍輪船的輪機長甲於我國領海內掌舵，因操作不慎導致偏離航道，直至該漁船駛入公海後方始觸礁，造成船員多人受傷。本案中甲之行為構成過失傷害，由於過失之行為地在我國領海，因此依第 3 條前段有我國刑法之適用。

第二、作為犯以行為人作為之處為行為地；不作為犯，係以行為人應履行其作為義務之所在為行為地。例如甲將其甫出生之幼子乙獨自留在台灣的家中，自己一人赴歐美旅遊。

第三、間接正犯、共同正犯、教唆犯、幫助犯之情形，原則上行為地的認定亦循上述標準，以「正犯之行為地」與「個別（廣義）共犯¹⁰⁷之行為地」認定¹⁰⁸。

第四、持續性犯罪，諸如繼續犯（例如：甲將乙拘禁於船內並由 A 國航行至 B 國）或接續犯（例如：甲從 A 國開始追殺乙，到 B 國境內才將其殺死），只要行為的一部分在我國境內，即屬在我國領域內犯罪，而有我國刑法之適用。必須稍加注意的是，前面曾提到，原則上行為地的判斷應以著手實行為基準，換言之，這裡所謂的行為的一部分，指的應該是著手實行後的一部分。

2. 結果地

所謂結果地，即指客觀上結果發生地，包括實害犯的實害結果與危險犯的危險結果發生之空間。例如：甲於美國飛往台灣的泛美航空班機上巧遇乙，遂於起飛前下毒於其飲料之中，乙於班機抵達桃園機場後毒發身亡。本例中的行為地為美國、實害結果地則為台灣。因此甲之下毒行為，依第 3 條前段，適用我國刑法第 271 條第 1 項。

此外，較易滋生疑義的問題是未遂犯。由於第 4 條所稱之結果地，係指客觀上發生結果之處，而在未遂犯的情形，對於造成損害可能發生地之利益保護可能造成疏漏，且無法透過解釋加以彌補。因此有學者建議參照德國刑法第 9 條的規定，把行為人於行為時所想像的結果發生地也界定為結果地之一¹⁰⁹。

3. 中間（結果）地

至於行為至結果間所經過之中間結果地，有學者認為依據前述法律普遍存在

¹⁰⁶黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 70。

¹⁰⁷此處所謂的共犯，係指廣義共犯，即包含共同正犯、教唆犯以及幫助犯。於共同正犯之情形，既然各個共同正犯之行為皆可視為所有共同正犯的作品，則個別共同正犯的行為地，亦可認為是共同正犯行為的行為地。

¹⁰⁸參見黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 71；蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 303。此一標準乃是德國刑法第 9 條第 2 項之規定。

¹⁰⁹黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 73。

理論之意旨，在解釋上應認為亦屬於行為地¹¹⁰。

二、輔助原則

我國刑法第 5 條至第 8 條之規定，乃是各自出於不同之目的而將我國刑法的適用效力向本國以外的領域擴張。也就是說，透過屬人原則、保護原則以及世界法原則這三種輔助原則的明文規定，將我國刑法的空間範圍擴張至第 3 條所揭示的屬地原則以外，因此這些輔助原則又稱之為屬地原則之擴張。簡單地說，符合這些規定的情形，縱使犯罪地不在我國領域之內，亦有我國刑法之適用。

以下就我國刑法明文規定的三種輔助原則加以介紹，並針對較容易發生適用疑義的條文，將其判斷要件列出。

（一）世界法原則

所謂世界法原則（Weltrechtsprinzip, Universalitätsprinzip），亦譯之為世界主義，係指基於世界法秩序整體性之觀點，為保護各國共同利益，對於特定之犯罪，不問犯罪行為地、結果地、行為人之國籍，均得適用本國刑法。此等特定之犯罪，於各文明國家刑法中均設有處罰規定，且此等犯罪行為係侵害世界法秩序而有害於各國所承認的世界共同法益者，通常為國際性組織犯罪，諸如公海上的海盜罪、毒品及人口的買賣、劫機等犯罪¹¹¹。

我國採世界法原則之規定，可見於刑法第 5 條第 4 款、第 8 至 10 款：

④第 185 條之 1（劫持交通工具之罪）及第 185 條之 2（危害毀損交通工具之罪）之公共危險罪。

⑧毒品罪（見刑法分則第 20 章鴉片罪及毒品危害防制條例）。但施用毒品及持有毒品、種子、施用毒品器具罪，不在此限。

⑨第 296 條（使人為奴隸罪）及第 296 條之 1（買賣質押人口罪）之妨害自由罪。

⑩第 333 條及第 334 條之海盜罪。

另外，於 2016 年新增的第 5 條第 11 款加重詐欺罪，其增定之立法理由指出「跨境電信詐騙案件的新興犯罪造成民眾財產鉅大損害與危害國家形象等情形，為維護本國之國際形象，並對於該類跨境加重詐欺案件，賦予我國司法機關有優先的刑事管轄權，以符合民眾對司法之期待，暨提升司法形象，爰將第 339 條之 4 之加重詐欺罪納入中華民國刑法第 5 條國外犯罪之適用。」也有學者將之置於世界法原則之下¹¹²。

¹¹⁰蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 302。結論上同此，見林鈺雄，《新刑法總則》，初版（2006,9），頁 71。

¹¹¹主要參考：林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 137；林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 79；蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 308-309。

¹¹²林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 79。

（二）屬人原則

所謂屬人原則，係是否適用本國刑法之規定論罪科刑，端視行為人是否具本國國籍或「特別法律關係之身分¹¹³」為斷，又稱之為積極的屬人原則（*aktives Personalitätsprinzip*），用以與消極的屬人原則（*passives Personalitätsprinzip*，即以被害人身分或國籍作為本國刑法可否適用的判斷基準）區別¹¹⁴。此一原則之基礎思想乃國家對國民之主權，以及國民對國家法秩序的遵從，故國民（尤其是對國家負有特殊忠誠義務的公務員）雖不在本國領域，但仍應遵守本國法¹¹⁵。

我國刑法係採屬地原則，而以屬人原則為輔，因此原則上對本國領域以外之犯罪並無刑罰權，於我國人民或公務員犯特定之罪時例外認為仍有適用之餘地。我國刑法第 6 條、第 7 條的規定，所採的並非絕對的屬人原則，而是相對的屬人原則，也就是說，除了行為主體具有我國人民或公務員之身分外，其所犯者還必須是此二條文特定之犯罪¹¹⁶。以下就刑法上的規定分為兩類加以說明：

1. 我國公務員犯特定之罪

依照第 6 條之規定，凡具我國公務員身分者（此處所指之公務員，並無本國國籍之限制，亦即外國人而為我國公務員者亦有該條之適用¹¹⁷），在我國領域以外犯以下之罪者，亦得適用我國刑法加以處罰：

①第 121 條至第 123 條（受賄及準受賄罪）、第 125 條（濫權追訴處罰罪）、第 126 條（凌虐人犯罪）、第 129 條（違法徵收罪、扣留剋扣款物罪）、第 131 條（公務員圖利罪）、第 132 條（洩漏國防以外之秘密罪）及第 134 條（公務員犯瀆職罪章以外之罪加重處罰規定）之瀆職罪。

②第 163 條之脫逃罪。

③第 213 條之偽造文書罪。

④第 336 條第 1 項之侵占罪。

本條究竟是積極的屬人原則，亦或是保護原則，學說上曾有不同見解。有學者主張係屬保護原則者¹¹⁸，著眼點在於本條四款之犯罪皆為侵害我國法益之行為；晚近學者則多認為本條判斷重心在於行為人是否具備我國公務員身分，故屬積極的屬人原則之規定¹¹⁹。

必須特別注意的是，適用第 6 條時必須符合下列情形：

¹¹³蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 305。

¹¹⁴我國刑法第 8 條即為消極的屬人原則之規定，係以被害人是否為我國人民為我國刑法可否適用的判斷基準。參見《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 77；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 77；蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 304、308。

¹¹⁵林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 77-78。

¹¹⁶黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 77。

¹¹⁷蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 304 以下。

¹¹⁸韓忠謨，《刑法原理》，十五版（1982,04），頁 545。

¹¹⁹林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 134；林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 77-78；蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 304-305、307。

- (1) 犯罪地非在我國領域內（否則應適用第 3 條）。
- (2) 行為人須具我國公務員身分。
- (3) 所犯之罪為刑法第 6 條第 1 至 4 款所列特定之罪。

2. 我國人民犯特定之罪

首先要釐清一點，即第 7 條所謂之「中華民國人民」是否包括「中華人民共和國人民」？按前述我國領域採功能定義（即機能性內國概念（funktionelle Inlandsbegriff））相同之理，應作不包括解釋。惟應注意與第 8 條規定之不同。第 7 條為屬人原則之規定，因此判斷基準在於犯罪行為人之國籍，而第 8 條則為保護原則之規定，是否應與第 7 條相同解釋，不無疑問。論者有採德國實務見解，該德國聯邦憲法法院判決認為「任何德國人，一旦處於德意志聯邦共和國（按：Bundesrepublik Deutschland＝當時之西德）國家秩序保護範圍內，均有請求德意志聯邦共和國法院保護，及享有受憲法保障基本權利之權。」倘採此一說法，則第 8 條之「中華民國人民」即應包括在我國秩序保護範圍內的彼岸人民，而與第 7 條有所不同。

依照第 7 條之規定，我國人民在中華民國領域外犯罪，於符合下列要件時，得適用我國刑法處罰之¹²⁰：

- (1) 犯罪地非在我國領域內（否則應適用第 3 條）。
- (2) 行為人須為我國人民。
- (3) 行為人所犯之罪為刑法第 5 條、第 6 條以外之罪（否則應先就該條文之要件判斷之）。
- (4) 依我國刑法之規定，所犯之罪最輕本刑為 3 年以上有期徒刑者。
- (5) 該行為依犯罪地之法律亦處罰（參見第 7 條但書）。

由於第 7 條前段的規定是「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為 3 年以上有期徒刑者，適用之。」亦即將第 5 條、第 6 條排除在外，於第 5 條之情形，由於判斷基準在於侵害之法益，而與行為人之身分無關，因此不致造成漏洞，但在第 6 條中，判斷的基準在於行為人的身分（我國公務員），即有可能產生雖然所犯之罪最輕本刑為 3 年以上有期徒刑之罪，但不得適用我國刑法的情形。換言之，如果不具公務員身分的行為人所犯之罪為第 6 條所列之罪時，縱屬最輕本刑 3 年以上有期徒刑之罪，亦無我國刑法適用之餘地¹²¹。例如公務員甲與其妻子乙（均為本國籍），基於共同行為決意且互為行為分擔，在海外向建商丙索賄千萬，表示願違法為其土地變更地目，得手後甲亦依約為地目之變更，使丙獲取暴利。本例中甲、乙二人所犯之罪為第 122 條第 2 項、第 131 條第 1 項二罪，又依第 31 條第 1 項，乙亦得依此二罪名之共同正犯處罰之。惟就第 6 條觀之，乙並無公務員身分，因此不能以該條文為據，認為有

¹²⁰實務見解參見《69 台上 156 例》：「被告（按：為我國人民）所犯殺人罪犯罪地在英、法兩國共管屬地「三托」島，依刑法第七條前段規定，應適用刑法處罰。」

¹²¹黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 78。

我國刑法之適用；又按第 7 條之規定，乙雖為我國人民，且所犯二罪均 3 年以上有期徒刑之罪，但因該二罪並非第 6 條「以外之罪」，故亦與第 7 條之要件不符，而不得適用我國刑法。

（三）保護原則

所謂的保護原則，指的是保護本國的法益，因此在某些犯罪不論犯罪地是否屬本國領域、行為人是否具我國國籍，只要是侵害我國法益，就有我國刑法的適用。這些犯罪所侵害的法益，有學者認為是屬於對本國集體法益或本國人民個人重大法益的侵害¹²²。按此，將我國保護原則之規定分類如下：

1. 針對我國集體法益

即刑法第 5 條第 1 至 3 款、第 5 至 7 項所指之犯罪，包括：

①內亂罪

②外患罪

③妨害公務罪（第 135、136、138 條）

⑤偽造貨幣罪

⑥偽造有價證券罪（第 201、202 條）。惟應注意本款乃是保護本國法益，因此此處所謂有價證券並不包括外國有價證券。實務見解參見《72 台上字 5872 例》：「刑法為國內法，採屬地主義；刑法第五條第一款至第五款之規定，雖兼採保護主義，但以我國國家、社會、人民之法益為保護之對象；故（舊）刑法第五條第四款所稱有價證券，不包括在外國發行流通之有價證券在內。」

⑦偽造文書印文罪章中的偽造罪（第 211、214、218 條）及第 216 條的行使第 211、213、214 條的行使偽造文書罪。此處之文書，亦限於我國之公文書，參見《69 台上字 2685 例》：「（舊）刑法第五條第五款所指犯刑法第二百十四條、第二百十六條之罪，其所謂公務員職務上所掌之公文書，係指我國公務員（如駐外使、領館人員）職務上所掌管之我國公文書而言。至於在我國境外使外國公務員在其職務上所掌之外國公文書為不實之登載，自不在我刑法保護範圍之內。」

2. 針對我國人民的個人法益

依照第 8 條之規定，我國刑法於外國人在中華民國領域外犯第 5 條、第 6 條以外之罪，而其最輕本刑為 3 年以上有期徒刑者，亦得適用。由於本條規定係以被害人是否為我國人民為我國刑法可否適用的判斷基準，學說上又稱之為消極的屬人原則。

本條的立法意旨，在於保護我國人民較為重大之個人法益。按照該條規定及體系解釋，適用本條時應注意其要件如下：

（1） 犯罪地非在我國領域內（否則應適用第 3 條）。

¹²²林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 135。

- (2) 行為人須為外國人¹²³（為本國人民時應就第 7 條之要件判斷）。
- (3) 被害人須為本國人民。
- (4) 行為人所犯之罪為刑法第 5 條、第 6 條以外之罪（否則應先就第 5 條或第 6 條之要件判斷）。
- (5) 依我國刑法之規定，所犯之罪最輕本刑為 3 年以上有期徒刑者（否則無我國刑法適用之餘地）。
- (6) 該行為依犯罪地之法律亦處罰（參見第 7 條但書）。

三、人之效力（刑法效力之限縮）

按我國刑法第 3 條採屬地原則為刑法適用之原則，即在我國領域內犯罪者不論其國籍為何，均有我國刑法之適用；又，若犯罪事實符合刑法第 5 條至第 8 條之規定時，縱使犯罪地不在我國領域內，仍有我國刑法之適用，已如前述。但是屬地原則及其輔助原則，並非毫無例外，在部分特殊情形下，當行為人具有特定身分或資格時，此一原則受有限縮。因為此處刑法適用的例外，在判斷時著眼於行為人的特殊身分，因此傳統學說稱此等例外為刑法的人之效力¹²⁴。

不過，之所以會產生這種例外情形，主要是因為刑法的適用與憲法所保障的其他價值或國家利益產生衝突¹²⁵，例如立法委員之免責權，並非具有此一身分即得享有，而是必須具備其他要件（詳見下述），在具有確保權力分立與民主政治體制的前提下，才會形成刑法適用的例外。因此，將之稱為人之效力，可能會產生誤解，不妨將之理解為刑法效力之限縮或例外，或者是為屬地原則之限縮¹²⁶。另外要注意的是，會發生刑法效力限縮的是實體法上的免責特權（*Indeminität*），而非程序法上的免訴特權（*Immunität*）或不受逮捕權（如：憲法增修條文第 4 條第 8 項前段）。前者為個人阻卻刑罰事由，行為人具此等事由則在實體上不構成犯罪；後者僅限制刑事訴訟法上的效力，而為程序障礙，而當障礙事由不存在時，仍得適用我國刑法追訴處罰。

以下就產生刑法效力限縮之原因，分為兩點說明：

（一）國內法上的例外

1. 國家元首（總統）非屬之

憲法第 52 條規定：「總統除犯內亂或外患罪外，非經罷免或解職，不受刑事

¹²³本條既為保護原則之立法，判斷基準即在於被害法益之持有者國籍，至於犯罪行為人之國籍如何，並非本條考量重點。按此，本條所謂之「外國人」，在解釋上應等同於非我國人民，也就是應該包括無國籍人。以上拙見，僅供參考。

¹²⁴例如：林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 114；蔡墩銘，《刑法精義》，二版（2005,7），頁 34；蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 330。

¹²⁵林鈺雄，《新刑法總則》，初版（2006,9），頁 75。

¹²⁶採此用語者，見林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 79-81。

上之訴究。」不過此一規定在刑事法適用上之性質為何，學說上迭有爭議：

(1) 免責特權¹²⁷

此說認為，憲法第 52 條之規定性質上為個人阻卻刑罰事由，有此特權之人不負刑事責任。傳統見解上認為元首地位隆重，故而其「犯罪行為」在實體法上不論以犯罪。

(2) 免訴特權¹²⁸

認為國家元首因特殊身分之關係，發生訴訟障礙，不得予以追訴處罰；但於訴訟障礙不存在時，仍得追訴處罰。在性質上，係僅於程序法上暫不追訴，亦即屬於程序法上的追訴限制規定，而非實體法上認為其行為不違法、或對之不具罪責、或具阻卻刑罰事由。

(3) 特定限度的刑法豁免權

依憲法第 52 條觀之，總統因犯內亂罪或外患罪，因經罷免去職，或因遭彈劾而解職，始得適用刑法加以追訴，除此之外，對於總統即無適用的餘地。按此，倘總統若非上述去職、解職之情形離開總統職位，刑法即不得對之加以追訴處罰，似乎認為是項特權既非免責權，亦非免訴特權，而稱之為特定限度的刑法豁免權¹²⁹。

國內多數學者採(2)免訴特權說，認為憲法第 52 條之規定只是暫時性的程序障礙，僅限縮刑事訴訟法的效力，而未排除刑法的效力。也就是說，在其任內不得以總統為犯罪嫌疑人或被告進行偵查、起訴或審判，此等刑事訴訟程序，須待其經罷免或解職後，方得進行之，但若總統所犯之罪為內亂外患罪，縱於在職期間內，亦得為之¹³⁰。以下節錄兩則重要大法官會議解釋：

《釋字第 627 號解釋 96/06/15》(96/06/15)(節錄)：「一、總統之刑事豁免權...。依本院釋字第三八八號解釋意旨，總統不受刑事上之訴究，乃在使總統涉犯內亂或外患罪以外之罪者，暫時不能為刑事上訴究，並非完全不適用刑法或相關法律之刑罰規定，故為一種暫時性之程序障礙，而非總統就其犯罪行為享有實體之免責權。是憲法第五十二條規定「不受刑事上之訴究」，係指刑事偵查及審判機關，於總統任職期間，就總統涉犯內亂或外患罪以外之罪者，暫時不得以總統為犯罪嫌疑人或被告而進行偵查、起訴與審判程序而言。但對總統身分之尊崇

¹²⁷採此見解者：陳子平，《刑法總論（上）》，初版（2005,05），頁 70。惟陳師於二版中已將之由免責特權中刪除，見陳子平，《刑法總論》，二版（2008,9），頁 70。

¹²⁸採此見解者：林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 116-117；蔡墩銘，《刑法總論》，七版（2007,10），頁 72；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁 79；林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 79-80；蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 331 以下，頁 116。

¹²⁹參見林山田，《刑法通論（上）》，八版（2002,11），頁 98 以下。惟如前所述，林師對此業已變更見解。

¹³⁰主要參考：林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 116-117；林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 80；《釋字第 627 號解釋 96/06/15》(96/06/15)。

與職權之行使無直接關涉之措施，或對犯罪現場之即時勘察，不在此限。

總統之刑事豁免權，不及於因他人刑事案件而對總統所為之證據調查與證據保全。惟如因而發現總統有犯罪嫌疑者，雖不得開始以總統為犯罪嫌疑人或被告之偵查程序，但得依本解釋意旨，為必要之證據保全，即基於憲法第 52 條對總統特殊身分尊崇及對其行使職權保障之意旨，上開因不屬於總統刑事豁免權範圍所得進行之措施及保全證據之處分，均不得限制總統之人身自由，例如拘提或對其身體之搜索、勘驗與鑑定等，亦不得妨礙總統職權之正常行使。其有搜索與總統有關之特定處所以逮捕特定人、扣押特定物件或電磁紀錄之必要者，立法機關應就搜索處所之限制、總統得拒絕搜索或扣押之事由，及特別之司法審查與聲明不服等程序，增訂適用於總統之特別規定。於該法律公布施行前，除經總統同意者外，無論上開特定處所、物件或電磁紀錄是否涉及國家機密，均應由該管檢察官聲請高等法院或其分院以資深庭長為審判長之法官 5 人組成特別合議庭審查相關搜索、扣押之適當性與必要性，非經該特別合議庭裁定准許，不得為之，但搜索之處所應避免總統執行職務及居住之處所。其抗告程序，適用刑事訴訟法相關規定。

總統之刑事豁免權，亦不及於總統於他人刑事案件為證人之義務。惟以他人為被告之刑事程序，刑事偵查或審判機關以總統為證人時，應準用民事訴訟法第 304 條：「元首為證人者，應就其所在詢問之」之規定，以示對總統之尊崇。

總統不受刑事訴究之特權或豁免權，乃針對總統之職位而設，故僅擔任總統一職者，享有此一特權；擔任總統職位之個人，原則上不得拋棄此一特權。」

《釋字第 388 號解釋》(84/10/27)：「憲法第五十二條規定，總統除犯內亂或外患罪外，非經罷免或解職，不受刑事上之訴究。此係憲法基於總統為國家元首，對內肩負統率全國陸海空軍等重要職責，對外代表中華民國之特殊身分所為之尊崇與保障。現職總統競選連任時，其競選活動固應受總統副總統選舉罷免法有關規定之規範，惟其總統身分並未因參選而變更，自仍有憲法第五十二條之適用。」

2. 立法委員

關於立法委員在憲法上之保障，以下分由兩點加以說明：

(1) 言論免責權（實體法上之限制）

憲法第 73 條規定：「立法院委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任。」本條文旨在保障立法委員之職務執行及民意機關之功能，在立法委員於執行職務時所為之言論及表決之範圍內，排除刑法之適用，故為特定限度之免責權，其性質為個人阻卻刑罰事由，亦即此等行為在實體上不構成犯罪。必須要注意者有二：

第一，此一免責權既為個人阻卻刑罰事由，其效力即僅止於執行職務之立委本身而已，至於其他與其行為具有犯罪參與關係之人，仍得成立共同正犯、教唆犯或幫助犯¹³¹。

¹³¹林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 115。

第二，此一免責權為特定限度之免責權已如前述，因此對於「院內所為之言論及表決」之範圍，應先予以確定。主要的重點在於，是項言論免責權是否限於與會議事項有關之言論，始有適用。學者對此多持肯定態度，認為此項特權旨在保障國會議員在國會中得以自由執行職務、發揮民意代表的憲政功能，故而應以行使職權（例如：發言、質詢、提案、表決）以及與此直接相關的附隨行為（例如：協商、公聽會的發言）為保障之範圍¹³²，至於憲法第 73 條所謂之「院內」，並非專指該固定之建築物，而係指依法行使職權之場所，應作最大程度之界定¹³³。

對於立法委員言論免責權之說明，尚可參照大法官解釋《釋字第 435 號解釋》（86/08/01）：「憲法第 73 條規定立法委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任，旨在保障立法委員受人民付託之職務地位，並避免國家最高立法機關之功能遭致其他國家機關之干擾而受影響。為確保立法委員行使職權無所瞻顧，此項言論免責權之保障範圍，應作最大程度之界定，舉凡在院會或委員會之發言、質詢、提案、表決以及與此直接相關之附隨行為，如院內黨團協商、公聽會之發言等均屬應予保障之事項。越此範圍與行使職權無關之行為，諸如蓄意之肢體動作等，顯然不符意見表達之適當情節致侵害他人法益者，自不在憲法上開條文保障之列。至於具體個案中，立法委員之行為是否已逾越保障之範圍，於維持議事運作之限度內，固應尊重議會自律之原則，惟司法機關為維護社會秩序及被害人權益，於必要時亦非不得依法行使偵審之權限。」

（2） 不受逮捕權（程序法上限制）

按憲法增修條文第 4 條第 8 項前段之規定¹³⁴：「立法委員除現行犯外，在會期中，非經立法院許可，不得逮捕或拘禁。」此一規定並非由實體法上排除我國刑法之適用或犯罪之成立，而僅生程序法上限制之效力，為立法委員的不受逮捕特權¹³⁵。因此，並非此處所謂之刑法的人之效力或刑法效力之之限縮。

3. 地方民意代表

地方議會議員之言論及表決，我國憲法未設免責權之保障明文，解釋上則本於憲法「制度性之保障原則」，認為在會議事項相關之範圍內應受憲法對於言論免責權之保障¹³⁶。簡單地說，地方民代亦享有與前揭立委言論免責權相同之特權。對此，可參見《釋字第 165 號解釋》（69/09/12）：「地方議會議員在會議時就有關會議事項所為之言論，應受保障，對外不負責任。但就無關會議事項所為顯然違法之言論，仍難免責。本院釋字第一二二號解釋，應予補充。」

¹³²林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 115；蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 332。

¹³³蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 332。

¹³⁴該條後段之規定已將憲法第 74 條之規定停止適用。

¹³⁵林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 80。

¹³⁶僅參見蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 333。目前地方議會議員言論及表決免責權與不受逮捕權則規定於省縣自治法（第 30 條、第 31 條）與直轄市自治法（第 25 條、第 26 條）。

（二）國際法上的例外

依國際條約或慣例而享有治外法權者，縱其行為構成犯罪，亦無我國刑法之適用（免責權說）。學說上有主張，治外法權的性質為構成訴訟障礙的外交豁免權，當享有此項特權者不再擁有此項權利時（例如外國元首、使節卸任），內國的刑事司法仍可對其進行追訴與審判¹³⁷；另有學者進一步指出，此僅為程序法上之事由，則派遣國放棄審判權時，駐在國的審判權即因而復活（免訴權說）¹³⁸。以下分就常見的情形說明之：

1. 外國元首

依國際慣例，外國元首享有外交豁免權¹³⁹，或謂因互認享有治外法權，不受所在國法律支配¹⁴⁰。至於其同行家屬及隨從是否亦享有此一特權則有爭議，國內學者多採肯定見解¹⁴¹。

2. 外國使節

有學者主張，外國使節為該國元首之代表，依國際慣例，享有外交豁免權。此項特權為絕對之豁免權，即不論犯罪行為是否與其公務有關，本國皆不得對之以刑法相繩¹⁴²。至於主張免訴權說者，則如上述僅構成訴訟障礙。

3. 外國領事

所謂領事係指外國之商務代表，並非國家元首之代表，與外交官不同。因此縱使採免責權說，原則上領事只對「執行領事職務時之行為」享有豁免權¹⁴³。

4. 外國軍隊

軍隊為一國主權之延伸，此係為表示對他國主權之尊重故。主要理由有：一、「浮動島嶼理論」（傳統上針對船舶的說法）；二、基於相互尊重主權之原則，採內國捨棄管轄權之理論。然而，駐軍成員在營外犯與職務之執行無關的罪行者，除另有協定外，地主國應有權行使管轄權¹⁴⁴。

¹³⁷林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁117。

¹³⁸學說爭議介紹見林鈺雄，《新刑法總則》，9版（2021,08），頁81，註85。

¹³⁹林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁117；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版（2006,9），頁79；林鈺雄，《新刑法總則》，9版（2021,08），頁81。

¹⁴⁰蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁336。

¹⁴¹認為應包括者見林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁117；蔡墩銘，《刑法總論》，七版（2007,10），頁71；林鈺雄，《新刑法總則》，初版（2006,9），頁76；蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁336。

¹⁴²蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁336-337。

¹⁴³蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁341。

¹⁴⁴蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁337-340。

四、刑法效力在判斷上的流程

按照前面的說明，犯罪行為是否得適用我國刑法，在判斷上可分作主要的屬地原則與次要的各輔助原則兩部分，依序審查。首先應對屬地原則進行判斷，若犯罪地在我國領域外者，則應就輔助原則加以審查，此處應將第 7 條、第 8 條之規定置於第 5 條、第 6 條之後，乃是因為此二條文之適用，須以犯罪事實與第 5 條、第 6 條之規定不符為前提。

無論透過屬地原則或輔助原則，若結論上為得適用我國刑法者，尚須就刑法效力在國內法與國際法上之限縮（人之效力）加以審查，若不具此等例外情形，即肯認該犯罪行為得適用我國刑法加以處斷。

參、外國裁判之效力

對於同一犯罪行為，經外國法院所為確定裁判並依此處罰者，我國法院應如何處理，學說上有兩種見解可茲適用：一為複勘原則，此說認為外國裁判係外國司法權之作用，而與本國主權不相容，乃將外國裁判當作事實狀態，而不承認其具有法律之效力，然而外國裁判多少具有參考之作用，因此仍得在本國刑法適用時加以複勘。一為終結原則，即同一犯罪行為業經外國法院裁判確定，無論判決內容係有罪、無罪、不受理或免訴，亦不問已否執行或赦免，本國法院均應本於一事不再理原則，不得再行追訴處罰。

我國刑法第 9 條前段之規定係採複勘原則，後段則在複勘原則之下，採用併算原則（Anrechnungsprinzip）。即由我國的立場而言，外國裁判僅為一種事實狀態，非可認為具有合法效力。然而如對外國之判決完全不予理會，亦有所不當，故承認外國裁判具有參考之作用，而仍得在本國刑法適用時加以複勘。對於該案件在外國已受刑之全部或一部執行者，在依據本國刑法處斷時，由法官自由裁量，加以併入計算¹⁴⁵。外國裁判既然只被視為一種事實狀態，則依我國刑法加以再次處斷，自無違反一事不再理原則¹⁴⁶。

¹⁴⁵蘇俊雄，《刑法總論 I》，修正再版（1998,03），頁 312、314-317。

¹⁴⁶林山田，《刑法通論（上）》，十版（2008,01），頁 138；林鈺雄，《新刑法總則》，9 版（2021,08），頁 82。