

刑法解釋與適用之憲法界限 ——近期刑事判決之綜合評析*

薛 智 仁**

要 目

- | | |
|---------------------|---------------------------|
| 壹、前 言 | (一)行為時與繼續犯 |
| 貳、罪刑法定原則 | (二)法律變更與空白刑法 |
| 一、概 說 | (三)最有利法與行為除罪化 |
| 二、類推適用禁止 | 參、罪責原則 |
| (一)投票賄賂罪與提前賄選 | 一、基本原則 |
| (二)無故竊錄罪與GPS跟監 | 二、客觀處罰條件 |
| (三)想像競合之輕罪封鎖作用 | (一)洗錢罪之特定犯罪 |
| 三、解釋明確性要求 | (二)醉態駕駛罪之酒測值 |
| (一)基本原則 | 三、客觀加重處罰條件：金融刑
法之1億元條款 |
| (二)正當防衛之社會倫理限制 | 四、結果加重犯 |
| (三)散布猥褻物品罪之猥褻
概念 | 肆、比例原則 |
| (四)肇事逃逸罪之逃逸概念 | 一、有罪判決 |
| 四、溯及既往禁止 | (一)基本原則 |
| (一)基本原則 | (二)抽象危險犯之限縮解釋 |

* 本文初稿曾發表於2021年12月4日司法院主辦之「司法院大法官110年度學術研討會：法院裁判與裁判憲法審查制度」，作者完成本文受惠於最高法院林勤純庭長與臺灣高等法院洪于智庭長的與談意見、兩位匿名審查人和編輯委員會的修正建議、以及臺大法律學研究所碩士生助理何懿珊的文字整理，在此敬表謝忱。本文貳、四有關溯及既往禁止原則的論述，同時是科技部專題研究計畫(MOST 107-2410-H-002-074-MY3)之部分研究成果。

** 臺灣大學法律學院教授，德國杜賓根大學法學博士。

投稿日期：一一一年一月二十七日；接受刊登日期：一一一年七月二十一日

(三)象徵性言論之阻卻不法
二、刑事制裁

伍、結 論



元照出版提供 請勿公開散布。

摘 要

隨著裁判憲法審查制度上路，刑法解釋適用的憲法界限將成為憲法法庭與刑事法院共同關注的議題，憲法法庭必須逐步建構對於刑法解釋適用的憲法要求，刑事法院必須在解釋適用刑法時兼顧憲法意旨。在此一制度背景底下，本文藉由分析若干近期司法實務的重要裁判，闡述罪刑法定原則、罪責原則與比例原則對於刑法解釋適用的拘束力，指出未來值得努力的方向。一方面，本文建議大法官具體化解釋明確性要求的審查標準、承認最有利原則的憲法位階、釐清罪責原則的內涵和理論基礎；另一方面，本文認為刑事法院在刑法解釋適用上已經逐漸重視憲法基本權利與比例原則的重要性，偶爾為了個案處罰或彈性適用法律而踩到憲法紅線，尤其忽略類推適用禁止與解釋明確性要求，並且濫用客觀（加重）處罰條件概念而架空罪責原則，宜儘速檢討改進。

關鍵詞：罪刑法定原則、類推適用禁止、解釋明確性要求、溯及既往禁止、最有利原則、罪責原則、客觀處罰條件、比例原則、抽象危險犯、象徵性言論



壹、前言

依據規範理論（Normentheorie），刑法規範係由行為規範與制裁規範所組成，行為規範禁止或要求受規範者實施一定的行為，制裁規範授權法院對於違反行為規範之人宣告有罪判決及一定的刑罰，二者合併起來構成對於受規範者的一般行為自由、人格權、人身自由或財產權的干預¹。例如，刑法第271條第1項規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」，其中之行為規範「禁止殺人」干預人民的一般行為自由，制裁規範「處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」干預人民的生命權或人身自由。立法者透過刑法規範干預人民的基本權，和其他國家公權力機關之基本權干預措施一樣，應受憲法第23條法律保留原則及比例原則之拘束，又因為刑罰被視為國家所能採取的最嚴厲手段，必須適用更嚴格的憲法要求：罪刑法定原則及罪責原則²。同樣地，若是刑事法院將刑法規範適用於個案，對於被告宣告有罪判決並（或）宣告刑罰，此一有罪科刑判決構成對於被告上述基本權的干預，必須符合罪刑法定原則、比例原則與罪責原則的憲法要求。

刑法規範和刑事裁判均屬於國家公權力機關干預人民基本權的手段，二者都應該符合憲法要求，但是在二〇二二年一月四日憲法訴訟法正式施行之前，作為憲法守護者的大法官，僅能就刑法規範本身進行合憲性審查，不得就刑事法院對於刑法規範的解釋適用進行合憲性審查。即使大法官已經透過多號解釋，將具有類似法律效力的終審法院判例與決議納為憲法審查標的³，對於未適用判例或決議的刑事裁

¹ 詳細說明，參考Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 78 ff., 96 ff.; Ivo Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 431 ff., 490 ff.; Marei Verena Wilfert, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Staat*, 2017, S. 16 ff.

² 罪刑法定原則與罪責原則皆為大法官所承認的不成文憲法原則，其現行法依據與保障內涵，詳見後述「貳、一」與「參、一」的說明。

³ 司法院釋字第154號解釋（判例）、釋字第374號解釋與釋字第420號解釋（決

判合憲性，仍無置喙餘地，導致人民基本權遭受確定刑事裁判之違憲干預者，沒有救濟可能性。此一基本權保障的救濟漏洞，在憲法訴訟法引進裁判憲法審查制度後，獲得填補。憲法訴訟法第59條第1項規定：「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」新法正式施行之後，受有罪判決確定之人，如認為確定判決所適用的刑法規範本身違憲干預其基本權，或法院對於刑法規範之解釋適用違憲干預其基本權，得聲請裁判憲法審查，由憲法法庭審查系爭法律或裁判之合憲性。

在裁判憲法審查之中，憲法法庭對於確定裁判所適用刑法規範的憲法審查，其審查標準與密度，與目前的法規範憲法審查並無不同。最具爭議的是，當確定裁判所適用的刑法規範合憲，對於系爭法律的解釋適用是否違憲，憲法法庭的審查標準與密度為何。就審查標準而言，由於憲法法庭的任務是審查刑事法院對於刑法規範之解釋適用的合憲性，故刑法解釋適用所應遵守之罪刑法定原則、比例原則與罪責原則等，即是裁判憲法審查的審查標準。就審查密度而言，憲法法庭應以何種強度（多廣、多深、多密）審查刑事裁判是否違反憲法，則是與前述審查標準不同的問題⁴。由於憲法法庭是裁判憲法審查的唯一管轄機關，對於刑事裁判是否違憲干預基本權，原則上享有全面的審查權限。因此，除非有法律明文限制，否則憲法法庭可以自行決定採取何種審查密度，以適當地分配其與普通法院的角色，並且克服其即將面臨的龐大案件負擔⁵。關於裁判憲法審查密度多高，我國所繼

議)。

⁴ 德國文獻強調審查標準與審查密度之區分者，參考Matthias Jestaedt, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, DVBl. 2001, S. 1309 (1315 ff.); Wolfgang Hoffmann-Riem, *Nachvollziehende Grundrechtskontrolle. Zum Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit am Beispiel von Konflikten zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsrecht*, AöR 128 (2003), S. 173 (181 ff.).

⁵ 此種實用主義的主張，Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 183 f.

受的德國憲法訴訟實務與學說爭議甚大，至今難有定論⁶。

裁判憲法審查制度的正式上路，不只對大法官帶來全新的挑戰，對各級刑事法院也帶來深遠的影響。在尚未正式施行裁判憲法審查之前，最高法院作為統一法律見解的終審法院，其對於刑法規範解釋適用所表達的法律見解，強烈地拘束各級刑事法院的裁判結果，下級審法院只要遵守最高法院所表示的法律見解，其所作成的裁判通常就能被維持。在正式施行裁判憲法審查之後，對於各級刑事法院所作成的終局確定裁判，人民若是認為法院對於刑法規範之解釋適用有違憲之虞，就可以聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。因此，不論裁判憲法審查是特殊的憲法救濟途徑或實質上成為「第四審」，都無法否認的是，各級刑事法院之終局確定裁判，皆可能成為憲法法庭的憲法審查標的，如果刑事法院對於刑法規範之解釋適用逾越憲法界限，其所作成的確定裁判就會被憲法法庭廢棄。由此可知，最高法院對於刑法規範之解釋適用所表示的法律見解，過去除了判例或決議之外，不存在任何外部監督機制，容易變得僵固而不能與時俱進，最終只能請出立法者扭轉局勢。如今正式施行裁判憲法審查，最高法院對於刑法規範之解釋適用是否符合憲法意旨，將無法豁免於憲法法庭的憲法審查；連帶地，下級審法院對於刑法規範之解釋適用，也不得只是滿足於遵守最高法院的法律見解。裁判憲法審查的上路，使各級刑事法院在解釋適用刑法規範時，不得輕忽其是否符合憲法意旨，這在相當程度上衝擊了傳統的刑事審判文化。

在上述背景底下，本文以近年來許多終審法院的刑事裁判為例示，說明刑法解釋適用之憲法界限。在進入實質討論之前，筆者認為有必要先交代本文之寫作目的及範圍，指出本文的定位及侷限。首

⁶ 中文文獻之詳細介紹，僅參考劉淑範，憲法審判權與一般審判權間之分工問題：試論德國聯邦憲法法院保障基本權利功能之界限，載憲法解釋之理論與實務，1998年6月，頁199-248；陳愛娥，從司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款的規定出發，探討普通司法權與憲法解釋權的劃分，載最高法院學術研究會叢書(四)解釋權與審判權之分際，2005年12月，頁230-242。

先，本文有兩個寫作目的：第一個目的是藉此指出，刑事法院所奉行不渝的許多法律見解，很可能逾越了刑法解釋適用的憲法界限，亟待更加積極地反省檢討，以預防其終局確定裁判被宣告違憲；第二個目的是提示大法官，未來將會面臨哪些具有憲法爭議的刑法解釋適用問題，以及刑法解釋適用的憲法界限可能的發展方向。其次，本文的寫作範圍有三個限制：第一、受限於筆者的專業能力，本文以刑法解釋適用所應遵守的憲法界限作為討論對象，指出刑事裁判憲法審查的審查標準，至於備受矚目之裁判憲法審查密度，乃是專屬於憲法訴訟理論與實務的難題，必須留待憲法學說與憲法法庭解決；第二、在刑法解釋適用的憲法界限之中，本文僅能挑選預期在實務上最為重要的三個憲法原則：罪刑法定原則（下述貳）、罪責原則（下述參）與比例原則（下述肆）進行初步分析，其他議題留待未來檢討；第三、我國實務百年以來所累積的法律見解不計其數，本文無法窮盡討論所有的實務見解是否逾越憲法界限，僅能挑選部分近期的最高法院或高等法院裁判，例示其中所可能潛藏的憲法爭議，勢必遺漏不少重要的議題。不過若能透過近期的實務發展，例示支配刑法解釋適用之刑法釋義學與憲法界限的交錯問題，發揮拋磚引玉之效，即已達成本文所預設之目標。

貳、罪刑法定原則

一、概 說

罪刑法定原則，明定於刑法第1條：「行為之處罰，以行為時之法律有明訂者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」從刑法的角度來看，罪刑法定原則確保受規範者可得預見行為之可罰性及刑罰，有助於實現刑罰的一般預防功能及罪責原則。從憲法的角度來看，罪刑法定原則的功能有二：一是實現法治國原則，使受規範者可得預見刑法所禁止的行為與處罰效果；二是實現民主原則，由具有直接民主

正當性的立法者決定國家刑罰權的界限⁷。罪刑法定原則雖未明定於憲法，但是大法官很早就基於人身自由保障的必要性，承認罪刑法定原則的憲法效力⁸。一九九五年釋字第384號解釋表示，憲法第8條第1項限制人民身體自由之法律需實質正當，「前述實質正當之法律程序，兼指實體法與程序法規定之內容，就實體法而言，如需遵守罪刑法定主義……」。在中間經過多號解釋⁹重申罪刑法定主義（原則）之後，二〇二〇年釋字第792號解釋理由書又表示：「按刑罰法規涉及人民生命、人身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……」正式賦予罪刑法定原則「憲法」頭銜。不過，既然著眼於刑罰對於「生命、人身自由及財產權之限制或剝奪」，不再緊扣住刑罰對於人身自由之限制，憲法第8條第1項是否適合繼續作為罪刑法定原則之實證法根據，大法官並未加以闡明。

罪刑法定原則所衍生的各項子原則，對於立法及司法各有不同的具體要求。立法者應該以國會通過之法律明定犯罪成立要件與法律效果（罪刑法律明定），其所制定之刑罰法律必須充分明確（罪刑明確性），並且不得將刑罰法律溯及適用於其生效前已完成的行為，因而事後創設或加重刑罰（不利溯及既往禁止）。相對地，刑事法院不得以法無明文之習慣法創設行為的可罰性（習慣法禁止），不得將刑罰法律適用於法條文義所不包含的行為（不利類推適用禁止），對於刑罰法律之解釋應該符合明確性（解釋明確性），亦不得將刑罰法律適

⁷ Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, § 5 Rn. 18 ff.; Bernd Hecker, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 1 Rn. 2; Karsten Gaede, in: Klaus Leipold/Michael Tsambikakis/Mark A. Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl., 2019, § 1 Rn. 1 f.

⁸ 在學說上主張應將罪刑法定原則明定於憲法，但是在尚未入憲的階段可承認為不成文憲法者，劉幸義，罪刑法定原則的理論與實務批判（下），刑事法雜誌，第38卷第6期，1994年12月，頁55。

⁹ 司法院釋字第433號、第443號、第522號、第594號、第602號、第680號等解釋。


用於其生效前已完成的行為上，據此創設或加重其刑罰（不利溯及既往禁止）。刑法的解釋與適用必須遵守罪刑法定原則的前述具體要求，為學說與實務所公認，大致上也被實務所嚴格遵守。不過，在某些個案之中，刑事法院對於刑法規範的解釋適用是否遵守上述具體要求，可能因為法律文字的模糊性或對法律規範目的及意義理解的歧異，因而有討論空間。

二、類推適用禁止

依據類推適用禁止原則，刑事法院對刑法規範的解釋適用，不得逾越法律的可能文義範圍，將其適用於法律所未規範的事實上。此一原則固然可以確保，刑事法院不會逾越立法者的授權，擅自在個案中擴張國家刑罰權，導致人民無法預見及違反民主原則的處罰結果。然而，完全交給立法者來決定國家刑罰權的範圍，會導致某些應該值得處罰的行為模式，基於立法者的疏忽、懈怠或立法程序的繁複等理由無法被現行的刑法規範所包含，刑事法院可能為了追求完整的法益保護，透過擴張解釋的方式彌補處罰漏洞。基於法律文字的模糊性或多義性，此種擴張解釋的結果是否逾越文義的可能界限，因而構成不利行為人的類推適用，經常不易判斷¹⁰。我們以幾個近期的實務案例說明之。

（一）投票賄賂罪與提前賄選

刑法第143條規定：「有投票權之人，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，而許以不行使投票權或為一定之行使者，處三年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。」同法第144條規定：「對於有投票權之人，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，處五年以下有期徒刑，得併科二十一萬元以下罰金。」其中「有投票權之人」要素的解釋適用，在我國地方

 元照出版提供 請勿公開散布
¹⁰ 深入的基礎理論說明及早期實務案例分析，徐育安，刑法上類推適用禁止之生與死，1998年9月，頁215以下、246以下；劉幸義，前揭註8，頁34-44。

議會之議長選舉特有之「提前賄選」產生爭議。縣市議長選舉之「有投票權之人」，應係指已經宣誓就職而取得縣市議員法定身分之人，而不是僅止於縣市議員的候選人或公告當選人。然而，有意爭取議長寶座的實力人士，為了在宣誓就職當天的議長選舉獲得勝選，會在競選期間提供候選人選舉經費，或在縣市議員選舉結果揭曉、宣誓就職之前招待當選人出國旅遊。此時，作為行賄對象或收賄主體的「縣市議員候選人」或「縣市議員公告當選人」，是否屬於上述罪名的「有投票權之人」，即生爭議。

對此，最高法院94年台上字第1059號刑事判決表示：「惟按刑法第143條第1項投票受賄罪、第144條投票行賄罪所為之處罰，旨在端正選風，維護選舉之公平、純正¹¹。……如謂刑法第143條第1項、第144條所謂『有投票權之人』，係指已當選為縣市議會議員之人，將議員當選前乃至選舉前即已授受賄賂，而事後當選為議員之人排除在外，無異鼓勵提前賄選，以為脫法，自非立法之本意。故提前賄選之雙方，預期於當選議員後，對正、副議長選舉之投票權為一定之行使，應認其行賄、受賄之時，為著手賄選行為之實施，待日後果當選議員而取得投票權時，犯罪構成要件即屬成就，此原在行賄、受賄雙方所預期及犯意之範圍內，均為犯罪行為之一部。則縣市議會正、副議長之選舉，其行賄、受賄當時雖尚未當選為議員，但事後選舉結果，已當選為議員而取得選舉正、副議長之投票權，即與刑法第143條第1項、第144條規定『有投票權之人』之要件相當。」

最高法院在縣市議長選舉中，將行受賄時尚未當選議員，事後當選議員而取得投票權之人也涵攝在「有投票權之人」的概念裡，其所提出的支持理由，容有商榷餘地。首先，投票賄賂罪之意旨在維護選舉之公平純正，並不當然就必須將「提前賄選」行為包含在其構成要件範圍內。相反地，類推適用禁止原則的要求是，某些行為模式即使

11

本文所引用裁判之文字楷體者，全數皆為筆者所加，以下各處不再重複說明。

侵害法益，只要超出犯罪構成要件的可能文義範圍，刑事法院就不得將其納入處罰範圍內，而是必須由立法者決定是否修法填補處罰漏洞。其次，投票賄賂罪的性質屬於舉動犯，在行為人完成行賄與受賄的構成要件行為之外，不待任何想像上可以和構成要件行為分離的外在變動出現，即可成立犯罪。因此，「有投票權之人」作為系爭規定的行賄對象或受賄主體，應該以當事人在行賄或受賄之行為時已經具備此一身分資格為前提，不包含在行賄或受賄之後才取得此一身分資格的情形在內¹²。最高法院將投票賄賂罪的犯罪結構切割為「著手實行」與「構成要件成就」，推論「有投票權之人」要素不必在「著手實行」時存在，似乎將此一要素當成脫離行賄行為之「構成要件結果」，對其犯罪結構有所誤會。

本文認為，投票賄賂罪的犯罪結構屬於舉動犯，「有投票權之人」的資格必須在行賄或受賄時已經存在，不包括行賄或受賄後才取得投票權之人，最高法院將「有投票權之人」適用於行賄或受賄之後才取得投票權之人，係逾越此一構成要件要素的可能文義範圍，構成不利行為人之類推適用¹³。此一觀點，亦可從不法結構相同的公務員受賄罪獲得支持：在刑法第121條及第122條之公務員受賄罪，「公務員」身分係以受賄行為時為基準點，若是行為人在取得公務員資格之人「提前受賄」，不得適用上述罪名。為了避免此一處罰漏洞，立法者才增訂刑法第123條準公務員受賄罪，將「於未為公務員或仲裁人時，預以職務上之行為，要求期約或收受賄賂或其他不正利益，而於

¹² 此一見解已見：蔡聖偉，所謂的「提前賄選」行為——評最高法院九十四年度台上字第一〇五九號刑事判決，裁判時報，第10期，2011年8月，頁165。類似見解，王乃彥，最高法院94年度台上字第1059號判決對「有投票權之人」所為詮解之省察，台灣法學雜誌，第306期，2016年10月，頁89。

¹³ 多數學說亦同此，蔡聖偉，同前註，頁166；王乃彥，同前註，頁90-91；許澤天，刑法分則（下冊），第3版，2021年7月，頁636；陳子平，刑法各論（下），第3版，2020年1月，頁741。略有不同，徐育安，投票受賄與法律解釋，台灣法學雜誌，第306期，2016年10月，頁98、100，認為受賄時已確定當選之人仍可被解釋為「有投票權之人」。

為公務員或仲裁人後履行者」，以公務員受賄罪論。若是最高法院擴張「有投票權之人」的思考邏輯可行，未取得公務員資格之前「提前受賄」的行為，應該是直接適用刑法第121條及第122條之公務員受賄罪，立法者無庸增訂第123條準公務員受賄罪才對¹⁴。據此，縣市議長之提前賄選行為，不得直接適用投票賄賂罪予以處罰，而是應該思考是否適用第123條準公務員受賄罪¹⁵，或是由立法者增訂準投票受賄罪彌補處罰漏洞¹⁶。

(二)無故竊錄罪與GPS跟監

刑法第315條之1第2款規定：「無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位，處三年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金。」此一構成要件之「非公開活動」要素，在GPS跟監案件產生解釋適用的爭議。GPS跟監的行為人將GPS發報器安裝於他人的汽車底盤，透過手機或電腦掌握汽車的所在位置、移動方向等地理資訊。由於汽車必定是由特定人駕駛，從汽車的移動軌跡亦可推知被跟監人的地理位置，行為人未經同意及法律授權而對他人進行GPS跟監，此一侵害隱私的行為是否成立本罪，關鍵在於是否竊錄他人「非公開活動」。

最高法院106年台上字第3788號刑事判決表示：「所謂『非公開之活動』，固指該活動並非處於不特定或多數人得以共見共聞之

¹⁴ 亦指出此一問題者，徐育安，同前註，頁98。

¹⁵ 如此主張，謝開平，法律解釋與法條結構——投票受賄罪之法律漏洞，月旦法學雜誌，第170期，2009年7月，頁276；許澤天，前揭註13，頁634。反對見解，最高法院92年台上字第535號刑事判決；蔡聖偉，前揭註12，頁163；徐育安，前揭註13，頁98-99。

¹⁶ 2007年11月7日修正公布之公職人員選舉罷免法第100條第1項規定：「直轄市、縣（市）議會議長、副議長、鄉（鎮、市）民代表會、原住民區民代表會主席及副主席之選舉，對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正禮儀，而約其不行使投票權或為一定之行使者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以上二千萬元以下罰金。」並未真正解決此一爭議，因為條文用語「有投票權之人」的涵義為何，仍然有不同解釋的空間。

狀態而言，倘處於不特定或多數人得以共見共聞之狀態，即為公開之活動。惟在認定是否為『非公開』之前，須先行確定究係針對行為人之何種活動而定。以行為人駕駛小貨車行駛於公共道路上為例，就該行駛於道路上之車輛本體外觀言，因車體本身無任何隔絕，固為公開之活動；然由小貨車須由駕駛人操作，該車始得移動，且經由車輛移動之信息，即得掌握車輛使用人之所在及其活動狀況，足見車輛移動及其位置之信息，應評價為等同車輛使用人之行動信息，故如就『車內之人物及其言行舉止』而言，因車輛使用人經由車體之隔絕，得以確保不欲人知之隱私，即難謂不屬於『非公開之活動』。¹⁷

本文認為，最高法院雖然定義了活動的「非公開性」，亦即活動並非處於不特定或多數人得以共見共聞之狀態，但是並未清楚說明其對於「活動」的解釋。若是從本罪的行為客體「言論、活動、談話或身體隱私部位」來看，「活動」係指他人的身體舉止本身，而不是任何記載或可得推知身體活動的隱私資訊。記載或可得推知身體活動的隱私資訊不等於活動本身，這個區別在日常生活中並不陌生。例如，行為人偷看他人的日記，雖然得知他人曾經書寫日記，並刺探他人當時的內心思想，但是偷看日記的記載內容，並不等於偷看他人書寫日記的身體舉止本身。因此，雖然偷看他人日記是侵害他人隱私的行為，卻不符合本罪的「窺視他人非公開活動」，而是至多符合刑法第315條的「開拆他人封緘之文書」¹⁸。由此觀之，在GPS跟監的案件中，最高法院認為「經由車輛移動之信息，即得掌握車輛使用人之所在及其活動狀況，足見車輛移動及其位置之信息，應評價為等同車輛使用人之行動信息」，其實就是一個暗渡陳倉的解釋方法。因為，固

¹⁷ 相同之學說見解，參考許恆達，GPS抓姦與行動隱私的保護界限——評台灣高等法院100年度上易字第2407號判決，裁判時報，第24期，2013年12月，頁69；王正嘉，使用GPS定位之隱私秘密無故侵害，月旦法學教室，第199期，2019年5月，頁27-28。

¹⁸ 詳見薛智仁，衛星定位追蹤之刑責——評台灣高等法院100年度上易字第2407號判決，科技法學評論，第11卷第1期，2014年6月，頁127-132。

然從車輛的移動軌跡可以推知車輛使用人的地理資訊，但是不能進一步推知車輛使用人的車內活動。我們無法從手機或電腦上所顯示的車輛移動資訊，得知車輛使用人是手握方向盤或坐在副駕駛座、在車內是保持靜默或高談闊論。即使退一步認為，從車輛的移動軌跡可以推知車輛使用人的駕駛行為，GPS跟監的竊錄對象始終不是「駕駛」的身體舉止，而是無權蒐集他人的「地理位置」資訊，「地理位置」僅是脫離人類身體舉止的隱私資訊，並不是本罪所保護的「活動」。因此，最高法院將GPS所竊錄的「地理資訊」等同於車體所隔絕的「車內之人物及其言行舉止」，將之涵攝在本罪的「非公開活動」要素之內，已經超出「活動」要素的可能文義界限，構成不利行為人之類推適用¹⁹。

(三)想像競合之輕罪封鎖作用

刑法第55條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」依此，想像競合的法律效果為「從一重處斷」，法院應該宣告所實現的全部罪名，但僅適用較重罪名的法定刑。然而，若是較重罪名的法定刑下限低於較輕罪名的法定刑下限，一律適用較重罪名的法定刑，反而使行為人因為多違犯一個重罪，獲得比單純違犯輕罪時更有利的法律效果。為了避免此一輕重失衡的後果，立法者遂於二〇〇五年增訂同條後段之「輕罪封鎖作用」，禁止法院宣告低於較輕罪名之最輕本刑之刑。立法者所未規定的是，輕罪的保安處分及沒收法律效果，是否也被賦予此一封鎖效力。此一立法疏漏，在參與電信詐欺集團之人同時構成參與犯罪組織罪（組織犯罪條例第3條第1項後段）及加重詐欺罪（刑法第339條之

¹⁹ 詳見薛智仁，GPS跟監、隱私權與刑事法——評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決，裁判時報，第70期，2018年4月，頁52-54。結論相同，蔡聖偉，再論私裝GPS跟監與「竊錄非公開活動」——評最高法院106年度台上字第3788號判決，裁判時報，第76期，2018年10月，頁33-35；吳巡龍，利用GPS追蹤器偵查是否應構成妨害秘密罪(二)，法務通訊，第2996期，2020年3月，頁5；許澤天，前揭註13，頁312。

4)，二者成立想像競合時，出現適用疑義。因為，相對於加重詐欺罪，參與犯罪組織罪雖屬於法定刑較輕的罪名，但是適用一律強制工作三年的保安處分（同條例第3條第3項）²⁰，法院在「從一重處斷」而適用加重詐欺罪的法定刑之後，是否仍得論知參與犯罪組織罪之強制工作三年？

對此，最高法院透過首次的大法庭裁定解決法律見解之積極歧異。最高法院108年台上大字第2306號刑事裁定表示：「刑罰評價對象，乃行為本身；想像競合犯係一行為觸犯數罪名，為避免對同一行為過度及重複評價，刑法第55條前段規定『從一重處斷』。又刑法第33條及第35條僅就刑罰之主刑，定有輕重比較標準，因此上揭『從一重處斷』，僅限於『主刑』，法院應於較重罪名之法定刑度內，量處適當刑罰。至於輕罪罪名所規定之沒收及保安處分，因非屬『主刑』，故與刑法第55條從一重處斷之規定無關，自得一併宣告。」「罪刑法定原則，指法律就個別犯罪之成立要件及法律效果，均應明確規定，俾使人民能事先預知其犯罪行為之處遇。參與犯罪組織罪和加重詐欺取財罪之構成要件與刑罰，均分別在組織犯罪防制條例及刑法中，定有明文。行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第339條之4第1項第2款之加重詐欺取財罪，於從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，因所犯輕罪（參與犯罪組織罪）之刑罰以外之法律效果，即組織犯罪防制條例第3條第3項強制工作之規定，並未被重罪所吸收，仍應一併適用。因此，上開對刑法第55條前段規定，在文義射程範圍內，依體系及目的性解釋方法所為之闡釋，屬法律解釋範疇，並非對同條但書所為擴張解釋或類推適用，亦與不利類推禁止之罪刑法定原則或罪

²⁰ 值得說明的是，大法官在2021年12月10日公布司法院釋字第812號解釋，宣告系爭規定對受處分人之人身自由所為限制，違反憲法比例原則及憲法明顯區隔原則之要求，與憲法第8條保障人身自由之意旨不符，自解釋公布之日起失其效力。儘管如此，此處有關刑法第55條後段輕罪封鎖作用射程的討論，對於其他保安處分與沒收等法律效果而言，仍然具有重要性。

刑明確性原則無違。²¹」

歸納而言，最高法院認為，想像競合之性質為數個罪名，刑法第55條前段之「從一重處斷」係針對主刑所做的規定，不及於保安處分與沒收的法律效果，故法院原本就可以一併宣告輕罪的保安處分與沒收。即使刑法第55條後段之輕罪封鎖作用並未包括保安處分與沒收，但是二者在輕罪規定已有明文，故並非不利行為人之類推適用²²。

本文認為，最高法院見解值得商榷。在行為人以一行為實現數個罪名的想像競合情形，儘管行為人在實質上成立數罪，但是其法律效果究應如何，需要立法者依其刑事政策之考量以法律明定。因此，即使輕罪有明定保安處分，如果已經被刑法第55條排斥適用，法院就不得又回頭適用輕罪的保安處分，否則會逾越刑法第55條的可能文義界限²³。輕罪的保安處分是否在想像競合之後被排斥適用，關鍵問題就在於，應該如何解讀刑法第55條之「從一重處斷」？對此，想像競合之實質理由在於避免一行為二罰，此一理由不僅適用於構成想像競合之各個罪名的主刑，也適用於其保安處分與沒收，所以「從一重處

²¹ 依據憲法訴訟法第59條規定，人民聲請裁判憲法審查的對象是「不利確定終局裁判」，刑事大法庭之裁定僅是對於提案庭提交之案件有拘束力的中間裁定，故不是裁判憲法審查的適格標的。不過如果人民所受的不利確定終局裁判，係依據刑事大法庭所表示之法律意見解釋或適用刑法規範，刑事大法庭之法律意見就間接成為憲法法庭的審查對象。因此，各審級法院在裁判中援引刑事大法庭裁定之見解，仍應注意其是否逾越憲法界限。至於憲法訴訟法是否應該將大法庭裁定列為憲法審查標的，則是本文不擬處理的立法政策問題。

²² 此一見解已見於：林鈺雄，想像競合犯可否宣告輕罪保安處分？——最高法院108年度台上大字第2306號案鑑定意見書，月旦法學雜誌，第299期，2020年4月，頁75-81；楊雲驊，車手強制工作與想像競合——評最高法院刑事大法庭108年度台上大字第2306號裁定，台灣法學雜誌，第389期，2020年4月，頁7-8。結論同此，吳燦，想像競合犯處斷刑之衡平——最高法院刑事大法庭108年度台上大字第2306號裁定評析，裁判時報，第101期，2020年11月，頁15-17。

²³ 正確看法，許恆達，強制工作與想像競合封鎖作用的法定前提：兼評最高法院108年度台上大字第2306號刑事裁定，月旦法學雜誌，第299期，2020年4月，頁129-130。

斷」應該係指示法官一律適用重罪的法律效果，而不是僅指示法官一律適用重罪的主刑，卻許可合併宣告輕罪的保安處分與沒收。本裁定將「從一重處斷」限縮適用於「主刑」，所持理由是刑法第33條至第35條係以主刑作為比較基準。然而，此一見解所忽略的是，以何種標準來比較罪名輕重是一回事，確定罪名輕重之後的法律效果又是另一回事。從刑法第33條至第35條至多只能推論出，法院應該依據各個罪名的「主刑」比較其輕重，但是在確定某一罪名的主刑最重之後，「從一重處斷」的意思就是適用重罪之全部法律效果，行為人另犯輕罪僅構成量刑事由而已²⁴。據此，既然「從一重處斷」已經完全排斥輕罪規定在想像競合之法律效果框架上的重要性，若是立法者基於量刑均衡或犯罪預防需求，認為有必要讓輕罪規定共同決定想像競合的法律效果框架，則必須以法律明文規定「從一重處斷」的例外，始能符合罪刑法定原則。據此，刑法第55條後段僅明訂輕罪的「法定刑下限」有封鎖作用，對於輕罪的「保安處分」與「沒收」法律效果漏未比照規定，則不得承認其封鎖作用，否則將會超出刑法第55條後段的可能文義界限，構成不利行為人之類推適用²⁵。因此，在想像競合案件諭知輕罪之保安處分與沒收，尚待立法者明文規定。

三、解釋明確性要求

(一) 基本原則

刑法明確性原則，係指犯罪成立要件與法律效果應充分明確，使受規範者對於處罰範圍有預見可能性。此一原則在傳統上是立法者作為拘束對象²⁶，但是實際效果有限。由於刑法和其他法律一樣，係

²⁴ 薛智仁，再論想像競合之輕罪封鎖作用，月旦法學雜誌，第299期，2020年4月，頁101-102。

²⁵ 參考薛智仁，想像競合之輕罪封鎖作用——評最高法院108年度台上字第337號判決，裁判時報，第86期，2019年8月，頁54-56；薛智仁，同前註，頁102-105；許恒達，前揭註23，頁119-124。質疑大法庭見解與法條文義脫節，而有違反罪刑法定原則之疑義，許澤天，刑法總則，第2版，2021年7月，頁580。

²⁶ 詳見劉幸義，前揭註8，頁13-33。

以不特定多數的案件作為規範對象，立法者難以避免使用有待價值補充的抽象概念與概括條款，保留給法官依據不同個案作成妥適決定的空間，刑法明確性的要求不能過高。加上在現代風險社會裡，刑法逐漸成為國家預防新興風險的重要手段，在真正損害發生之前，刑法就必須介入禁止具有危險性的行為模式，導致刑法構成要件越來越去形式化、彈性化與擴張化。如果為了因應現代事務快速變化而給予立法者更大的彈性，刑法明確性要求必須更加退讓²⁷，因此產生人民對於刑罰可預見性的缺口，此一缺口就必須轉而交給解釋適用刑法的法院來補足。換言之，刑事法院解釋刑法，不僅受類推適用禁止原則所拘束，不得逾越法條文義可能範圍，而且受刑法明確性原則之拘束，在法條文義可能範圍內，解釋結果應充分明確²⁸。

在我國釋憲實務上，亦可看到上述刑法明確性原則的發展趨勢。對於法律明確性，從釋字第432號解釋起，大法官便以下述三要件進行審查：「意義非難以理解」、「為受規範者所得預見」與「可經由司法審查加以確認」。儘管大法官表示，對於嚴重拘束人身自由而與刑罰無異之法律規定，應嚴格審查其明確性²⁹。但是，從其宣告刑法第235條之「猥褻」概念尚屬明確（釋字第617號解釋），卻認定刑法第185條之4之「肇事」概念已欠缺明確性（釋字第777號解釋）³⁰，又在高度拘束人身自由的強制治療，認定刑法第91條之1之「有再犯危險」與「再犯危險顯著降低」仍滿足明確性要求（釋字第799號解釋）³¹來看，難以判斷其實際審查標準究竟是寬是嚴。我們只能說，

²⁷ 參見薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，國立臺灣大學法學論叢，第44卷第2期，2015年6月，頁645。

²⁸ 亦可參考鄭逸哲，罪刑法定主義七十年，載刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，2001年1月，頁96-98。

²⁹ 參照司法院釋字第636號解釋理由書、釋字第680號解釋理由書。

³⁰ 批評意見，薛智仁，肇事逃逸罪之合憲性——評釋字第777號解釋，裁判時報，第92期，2020年2月，頁82-88。

³¹ 批評意見，李佳玟，性犯罪者刑後強制治療制度的法律明確性審查，台灣法律人，第4期，2021年10月，頁129-143。

刑法規範因為違反法律明確性而違憲者，非常罕見。二〇二〇年釋字第792號解釋，則是進一步正式承認刑法解釋之明確性要求，解釋理由書第12段表示：「按刑罰規定之用語應以受規範者得以理解及可預見之標準解釋之，始符合刑法解釋之明確性要求，俾能避免恣意入人民於罪，而與憲法保障人民基本權之意旨相符。前開條文構成要件中所稱之『販賣』一詞，根據當前各版本辭典所載，或解為出售物品，或解為購入物品再轉售，無論何者，所謂販賣之核心意義均在出售，均非單指購入物品之行為。」嚴格而言，最高法院判例將單純購入物品解釋為「販賣」行為，導致受規範者不能理解及不可預見，其理由恐怕不在於其使得「販賣」的意義更加模糊，而是已經超出「販賣」的可能文義界限，違反類推適用禁止原則³²。大法官對於判例是否違反類推適用禁止未置一詞，卻訴諸刑法解釋明確性原則宣告其違憲，背後的思考脈絡為何，無法從本號解釋窺知。

本文贊同大法官承認刑法解釋之明確性要求，但是不贊成其僅從確保受規範者對刑罰之可預見性建構此一憲法要求。第一個理由是，如果立法者制定刑法與刑事法院解釋刑法，共同負有刑法明確化的任務，那麼就無法迴避一個問題：在前述刑法轉型成為管控風險之彈性手段的趨勢之下，如果立法者制定了高度抽象模糊的刑法條款，任由刑事法院自行發展出一套「穩定」的解釋標準，是否能夠滿足刑法明確性的要求？如果不能，那麼就必須說明，立法者至少應該要讓刑法明確化到何種程度，刑事法院又該如何履行刑法解釋明確化的任務，二者的分工為何？然而，單純從確保可預見性的觀點，只能得出刑法規範的適用結果必須讓人可得預見，但是沒有辦法回答立法與司法在

³² 同時認為此一解釋違反法律明確性與類推適用禁止者，錢建榮，「買」或「賣」搞不清楚？！（上）——最高法院25年非字第123號等四則販毒判例之檢討，月旦法學雜誌，第210期，2012年11月，頁69-75。僅認為此一解釋違反罪刑法定原則，未說明違反哪一個子原則者，張天一，論販賣毒品罪在立法及適用上之問題，中原財經法學，第24期，2010年6月，頁168、175-176、183。

刑法明確化上如何分工。第二個理由是，如果刑法解釋明確性的標準係以是否使受規範者可預見刑罰，就會遭遇在刑法明確性審查時出現的困境：「可預見性」標準沒有超越個人主觀臆測的客觀內涵可言。因為刑法規範注定適用於各色各樣的受規範者身上，我們無法界定具有何種知識能力或地位之人是所謂的「一般受規範者」，而此種完全虛擬的「一般受規範者」，對於刑罰的預見可能性又要達到何種程度，才算是對刑罰有充分的「可預見性」³³。

本文認為，刑法解釋之明確性要求，必須從法律明確性原則實現權力分立原則的觀點加以建構及具體化。刑罰作為國家對於人民所能採取的最強烈干預手段，其適用範圍必須由具有直接民主正當性的立法者加以決定，不得交給欠缺直接民主正當性的刑事法院在個案中恣意決定。透過刑法明確性原則，一方面要求立法者制定可辨識保護目的及所欲禁止之行為模式的刑法規範，並盡可能予以具體化，另一方面要求刑事法院在文義範圍內，透過合乎方法之解釋貫徹立法者的意志³⁴。若是立法與司法各盡其職，刑罰範圍通常就會達到使社會大眾可以穩定預測的狀態。依此，刑法解釋之明確性判準，並非解釋結果滿足虛無飄渺的刑罰可預見性，而是刑法解釋在法律文義與解釋方法許可的範圍之內，盡可能地落實立法者意旨。至於刑法解釋是否落實立法意旨，可以參考德國聯邦憲法法院在二〇一〇年背信罪合憲性裁定所提出的三項限制：一是刪除或去界限之禁止（*Verschleifungs- oder Entgrenzungsverbot*），亦即解釋結果不得反而解除立法者所設定的可罰性界限，或導致在某一構成要件要素實現時，另一個構成要件要素就必然跟著實現；二是恪遵立法者意志之解釋，亦即法院應尊重立法者的意思，必要時透過對於規範文義的限縮解釋，確保立法者意思的實現；三是精確化之要求（*Präzisionsgebot*），亦即對於寬

³³ 薛智仁，前揭註27，頁624-625。

³⁴ 薛智仁，前揭註27，頁616-620。同此方向，李佳玟，前揭註31，頁131-132；黃舒芄，法律明確性原則的制度功能——評釋字第七零二號解釋對於法律明確性原則之認定，裁判時報，第17期，2012年10月，頁9-10。

鬆的構成要件（要素），不得透過不尋常的詮釋或沒有清楚輪廓的理解，使規範的適用範圍變得更不明確，並且有義務透過精確化與具體化的解釋，盡可能排除規範適用範圍的不明確性³⁵。我們可以發現的是，上述三項限制並不是單純訴諸所謂解釋結果符合可預見性，而是從不同面向去強調法院解釋刑法必須在個案中落實立法者的意思。相對於只從確保候罰可預見性的角度來理解與實踐刑法明確性原則，此種作法不但擔保立法者意志透過明確性解釋獲得實現，也大幅提升解釋明確性要求的審查可能性，值得成為大法官續造刑法解釋明確性要求的具體判準³⁶。以下僅就幾個實務見解，說明其違反解釋明確性要求的疑義。

（二）正當防衛之社會倫理限制

刑法第23條規定：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」正當防衛客觀上以存在現在不法侵害，對侵害者實施「不過當」的防衛手段為要件，主觀上行為人出於防衛意思為要件。多數刑法學說認為，防衛行為必須是有效防止不法侵害的必要手段，不必考量其所保全與侵害利益之間的衡平性，但是不得逾越所謂「社會倫理的限制」（又稱合宜性限制）。所謂防衛手段的社會倫理限制，大致上係指在特定情況下，行為人不得對於現在不法侵害立刻採取必要的防衛手段，而是必須先嘗試迴避不法侵害，在無法迴避侵害時，優先採取防禦性的防衛手段（消極阻擋），最後才能夠採取攻擊性的防衛手段。歸納而言，適用社會倫理限制的具體狀況，包括無罪責的不法侵害、保護法益與侵害法益極端失衡、有緊密的個人關係、挑唆防衛等³⁷。通說對

³⁵ BVerfGE 126, 170 (198 f.). 此一見解亦獲得不少學說認同，僅參考Gaede, a.a.O. (Fn. 7), § 1 Rn. 21, 25及所引用的文獻。本文無法詳述本則裁定的來龍去脈，詳見薛智仁，前揭註27，頁605-615。

³⁶ 薛智仁，前揭註27，頁652。

³⁷ 僅參考林山田，刑法通論（上），第10版，2008年1月，頁328-332；林鈺雄，新刑法總則，第9版，2021年8月，頁254-259；王皇玉，刑法總則，第5版，

於正當防衛權限附加上述限制，是否、多大程度上能夠被正當化，並非毫無疑問³⁸。

至今為止，我國實務似乎尚未接受通說所主張的社會倫理限制，但是近期在所謂挑唆防衛的案件裡，事實審法院的立場有鬆動的跡象。最高法院18年上字第228號判例³⁹尚且表示：「查刑法上防衛行為，祇以基於排除現在不正侵害者為已足，其不正之侵害，無論是否出於防衛者之所挑動，在排除之一方仍不失其為防衛權之作用」，似乎不承認挑唆防衛之限制。然而，事實審法院近年來開始繼受通說對於挑唆防衛的社會倫理限制，許多判決反覆援引如下的論述：「若行為人所遭受之現在不法侵害係因可歸咎於行為人自身之行為所導致、且行為人本即能預見自身行為可能導致侵害之發生時，為免行為人濫用正當防衛權、及基於所防衛的法秩序必要性較低之考量，行為人之防衛權自應受到相當程度之限制，亦即此時行為人應先選擇迴避所面臨之侵害，僅在侵害毫無迴避可能性時始得對之主張正當防衛，此即通說所稱『合宜性防衛理論（挑唆防衛理論）』之一環。⁴⁰」

從罪刑法定原則來看，通說對於正當防衛所承認的社會倫理限制，至少無法直接從刑法第23條的文義找到根據。如果在基本立場上認為，罪刑法定原則不僅適用於刑法分則之構成要件，也適用於刑法總則的各個規定⁴¹，對於刑法第23條正當防衛之法定阻卻不法事由，

2020年8月，頁289-292。德文文獻，僅參考Walter Perron/Jörg Eisele, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 32 Rn. 48 ff.; Thomas Rönnau/Kristian Hohn, in: Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 3, 13. Aufl., 2019, § 32 Rn. 225 ff.

³⁸ 相關批判，參考黃榮堅，論正當防衛，載刑罰的極限，1999年4月，頁81-118。

³⁹ 此一判例因欠缺裁判全文可考而停止適用。

⁴⁰ 臺灣新北地方法院101年簡上字第84號刑事判決。嚴格說來，這段判決文字將「合宜性防衛理論」等同於挑唆防衛理論，在用語上不夠精確，因為後者僅是防衛手段應受「合宜性」限制的情形之一而已。

⁴¹ Vgl. Gaede, a.a.O. (Fn. 7), § 1 Rn. 7 f.; Gerhard Dannecker/Jan C. Schuhr, in:

在解釋上不得對其附加法律文義所無之限制，否則原本依據法律規定不成立犯罪的行為，因為此一限縮解釋反而成為犯罪行為，導致在欠缺法律根據下創設行為可罰性的結果⁴²。問題是，通說對於正當防衛所承認之社會倫理限制，是否構成對於刑法第23條法律文義所無之限制？對此，儘管刑法第23條前段並未明訂防衛手段之限制，看似對於防衛手段毫不設限，但是從同條但書之「但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑」可以反面推論，防衛行為以「不過當」為前提始能阻卻不法。法條所使用的「過當」文字意義雖然相當抽象，但是仍然可以根據正當防衛的法理基礎來加以具體化，例如學說及實務一致認為，防衛手段僅能是有效防止不法侵害的最小侵害手段，否則屬於過當的防衛手段。同樣地，如果一個必要的防衛手段，在特定條件下被認定逾越社會倫理的限制，雖然其意義是更加抽象，但還是可以充當認定防衛手段「過當」的判斷標準。因此，對於防衛手段設定所謂社會倫理的限制，仍然在「過當」用語的可能文義範圍之內，據此限制行為人的正當防衛權限而創設國家刑罰權，並不違反罪刑以法律明文規定之要求。

Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 1, 13. Aufl., 2020, § 1 Rn. 84 ff.; Denis Basak, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2020, § 1 Rn. 6; Roland Schmitz, in: Volker Erb/Jürgen Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, 4. Aufl., 2020, § 1 Rn. 14 ff.; Arndt Sinn, *Der Kerngehalt des Gesetzlichkeitsprinzips. Ein Beitrag zu den soziaethischen Einschränkungen des Notwehrrechts*, in: Mark A. Zöller/Hans Hilger/Wilfried Küper/Claus Roxin (Hrsg.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, 2013, S. 503 (508 ff.).

⁴² Vgl. Gaede, a.a.O. (Fn. 7), § 1 Rn. 40; Dannecker/Schuhr, a.a.O., § 1 Rn. 261; Armin Engländer, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2020, Vor § 32 Rn. 10 f.; Christoph Burchard, *Die strafverfassungsrechtliche Verpflichtung (Art. 103 Abs. 2 GG) des Gesetzgebers, das Wesentliche der Rechtfertigungsgründe selbst zu regeln. Zugleich ein Debattenbeitrag zu Wistleblowing und Investigativjournalismus*, StV 2019, S. 637 ff.

然而，通說以所謂社會倫理限制來具體化防衛「過當」之法條文義，卻很可能不符合刑法解釋之明確性要求⁴³。相較於防衛手段必要性之意義相對穩定，所謂「社會倫理限制」卻缺乏明確的意涵，通說承認的限制類型本身不一定能從正當防衛的理論基礎予以證立，甚至部分學說進一步發展出其他的限制類型⁴⁴。不僅所適用的限制類型具有開放性，個別類型所設定的適用前提也缺乏穩定性。舉例而言，所謂保全利益與侵害利益之「顯然失衡」，是否包含保全財產而採取殺人防衛手段的全部情況，還是必須考量所保全財產之具體價值高低而定？⁴⁵在「挑唆防衛」的類型，「挑唆行為」係以違法行為為必要，抑或具有倫理可非難性即可？在通說承認的「意圖挑唆」和「其他可非難之挑唆」兩大類型裡，對於防衛手段之限制程度是否、多大程度上不同？⁴⁶由於社會倫理限制的理論基礎脆弱，以上這些適用類型及適用要件的模糊性，至今都無法被克服，導致一個行為是否適用正當防衛而被阻卻不法，有如樂透般難以被預測⁴⁷。上述正當防衛適用要件的解釋不明確性，也完全適用在我國實務上部分事實審判決所承認的「挑唆防衛」。綜觀至今的相關實務案件⁴⁸，挑唆行為應該具備何種特徵才會適用社會倫理限制，幾乎是毫無標準可言，就連防衛者與

⁴³ 相對於我國刑法第24條僅規定「過當」防衛行為得減輕或免除其刑，德國刑法第32條第1項規定「行為因正當防衛而有合宜性者，阻卻違法性。」（Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.）多數學說以「合宜性」（Gebotensein）作為防衛行為社會倫理限制的法律依據，但是被有力學說質疑其欠缺充分明確性，參考Engländer, a.a.O., Vor § 32 Rn. 42; Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 1 Rn. 18; Sinn, a.a.O. (Fn. 41), S. 514 ff.

⁴⁴ 學說上主張之十餘種社會倫理限制類型，參考Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 7 Rn. 265.

⁴⁵ Vgl. Rönnau/Hohn, a.a.O. (Fn. 3744), § 32 Rn. 233 f., 235 ff.

⁴⁶ Vgl. Rönnau/Hohn, a.a.O. (Fn. 37), § 32 Rn. 249 ff., 254 ff.; Perron/Eisele, a.a.O. (Fn. 37), § 32 Rn. 54 ff.

⁴⁷ 已如此主張，薛智仁，家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法學期刊，第16期，2015年3月，頁46-47。

⁴⁸ 相關實務判決整理，薛智仁，不法挑唆與正當防衛，中研院法學期刊，第28期，2021年3月，頁6-7。

侵害者的妻子不當交往也被視為「挑唆行為」。因此，相對於最高法院否定挑唆行為限制正當防衛權限，部分下級審判決承認適用前提不明的「挑唆防衛」類型，反而使得防衛行為「過當」與否之判斷標準變得更加不明確，至少違反刑法解釋之精確化要求。

(三) 散布猥褻物品罪之猥褻概念

刑法第239條第1項規定：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科九萬元以下罰金」。對於此一罪名，釋字第617號解釋表示，散布猥褻物品「在客觀上足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者，對於平等和諧之社會性價值秩序顯有危害。」並認為本罪所使用的「猥褻」概念，係指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限，與法律明確性原則尚無違背。問題是，如果「猥褻」作為犯罪構成要件要素，其文字射程容有解釋空間而尚屬充分明確⁴⁹，那麼司法實務對於「猥褻」概念所做的解釋，是否符合解釋明確性的要求？依本文的立場，此一問題的答案並不是看對於「猥褻」的解釋是否為一般受規範者可得理解或預見，而是看其是否將立法者意旨加以具體化。

由本罪規定於「妨害風化罪章」可知，立法者將本罪理解成保護善良風俗的犯罪，其認為猥褻物品作為一種與性慾相關的資訊而流通，並不符合性的道德。人類生活的目的在於使靈魂掙脫肉體的束縛而獲得拯救，性活動卻代表肉體的需要勝於精神需要，因此是一種罪惡，只有透過生兒育女才能使性行為合乎道德。如此一來，婚姻中為了生殖目的而實施性交才是常態的性行為，其他純粹為了滿足性慾的性活動則屬變態的性行為，而為了刺激性慾所傳遞的色情物品也就屬

元照出版提供 請勿公開散布

⁴⁹ 同此，陳子平，前揭註13，頁462。

於違反性道德的行為，必須一概予以禁絕⁵⁰。由此觀之，傳統實務見解將「猥褻」理解為「在姦淫之外，行為在客觀上足以誘起他人性慾，主觀上足以滿足自己性慾的有關風化之一切色慾行為⁵¹」，將一切含有足以刺激性慾之資訊的物品定義為猥褻物品，正是在貫徹保護善良風俗或維護性道德之立法意旨的解釋，符合構成要件解釋之明確性要求。

此種基於維護性道德之目的而徹底禁絕刺激性慾之色情資訊的解釋，雖然符合明確性原則，卻也完全忽略色情資訊對於個人實現性自主決定權的重大意義，可能導致此一罪名對於言論或出版自由的過度箝制。因此，大法官在一九九六年之釋字第407號解釋，將猥褻出版品定義為「乃指一切在客觀上，足以滿足或刺激性慾，並引起普通人羞恥或厭惡感而侵害性的道德情感，有礙於社會風化之出版品而言。」並且要求主管機關對於猥褻出版品之釋示，「應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。」二〇〇六年，大法官在釋字第617號解釋，再度基於對少數性文化族群依其性道德感情與對性風化認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者之保障，故以刑罰處罰之範圍，應以維護社會多數共通之性價值秩序所必要者為限，將刑法第235條之猥褻物品定義為「係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為……」大法官對於猥褻概念的重新定義，是在不願意直接宣告刑法第239條違憲的前提下，透過為傳統的猥褻定義添加其他要件，使系爭罪名的處罰範圍限制在尚可被接受

50

參考黃榮堅「棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋」，台灣本土法學雜誌，第89期，2006年12月，頁57。

51

最高法院27年上字第558號判例。

的程度內。

本文認為，大法官寧可限縮解釋猥褻概念維繫系爭罪名的正當性，也不願意以違反比例原則為由宣告違憲，所付出的代價就是違反解釋明確性。姑且不論，釋字第407號解釋在滿足或刺激性慾之外，所添加之「引起羞恥或厭惡感」及「有礙於社會風化」等概念，其實只是用更多抽象、不確定的概念來解釋一個抽象、不確定的概念⁵²，對於概念內涵的精確化沒有任何幫助。在本文看來更重要的是，其援引「青少年身心健康之維護」作為解釋猥褻概念的指示，雖然是指出一個讓猥褻概念意義具體化的方向，卻是完全脫逸刑法第239條立法意旨的具體化方向。不論從法條的體系編排或是從構成要件的描述來看，立法者的意思就是基於維護性道德風俗而絕對禁止色情資訊的流通，沒有任何根據顯示其係為了保護青少年的身心健全發展而制定本罪，以保護青少年身心健全發展作為具體化猥褻概念的方向，純粹是大法官逾越立法者意旨的自行造法⁵³。類似於此，釋字第617號解釋基於對少數性文化族群之保障，而在解釋上逕行將猥褻物品區分為「硬蕊」和「軟蕊」，對前者不分情節一概禁絕流通，對後者以未採取適當之安全隔絕措施為限始禁止流通，同樣是自行挑選出其認為重要的相對利益所做的限縮解釋。此一限縮解釋不僅脫逸立法本旨及法條文義更遠，而且無法說明為何對於少數性文化族群的保障在「硬蕊」的猥褻物品就戛然而止⁵⁴。如果大法官可以在毫無根據之下，自行選擇特定保護法益或所欲考量的相對利益來限縮解釋猥褻概念，那麼未來刑事法院也可以自行挑選特定保護法益來限縮解釋猥褻概念，可能有

⁵² 此一評論出自許宗力，談言論自由的幾個問題，載台灣憲法之縱剖橫切，2002年12月，頁266-267。此一觀點亦可從司法實務獲得佐證，參考林志潔，誰的標準？如何判斷？——刑法第二三五條散布猥褻物品罪及相關判決評釋，月旦法學雜誌，第145期，2007年6月，頁91-93。

⁵³ 此一批評已見，黃榮堅，前揭註50，頁63。

⁵⁴ 相關檢討，陳子平，前揭註13，頁460-461；黃丞儀，被合法的慾望，被消失的同志——晶晶書庫案（釋字第六一七號）及相關司法實務的再思考，台灣社會研究，第83期，2011年8月，頁322-327。

人認為本罪在保護交通安全，也可能有人認為本罪在保護中老年人的健康，各憑喜好地限縮解釋本罪的構成要件⁵⁵。這些解釋或許都讓本罪的適用範圍有所限縮，但是從其並未「恪遵立法者意志」來看，反而是埋下恣意限縮本罪，使其構成要件射程更加難以預測的種子。

（四）肇事逃逸罪之逃逸概念

立法院於一九九九年增訂刑法第185條之4：「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處六月以上五年以下有期徒刑。」二〇一三年提高法定刑為一年以上七年以下有期徒刑，二〇一九年經大法官釋字第777號解釋宣告違憲。二〇二一年立法院修訂本罪，同條第1項規定：「駕駛動力交通工具發生交通事故，致人傷害而逃逸者，處六月以上五年以下有期徒刑；致人於死或重傷而逃逸者，處一年以上七年以下有期徒刑。」第2項明定無過失肇事者之逃逸減免其刑。

儘管在一九九九年的立法理由表明本罪目的在於「維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護」，以被害人的生命身體為其保護法益。但是多數學說認為，此一觀點無法解釋本罪在體系上與殺人、傷害與遺棄等罪疊床架屋，以及在被害人當場死亡時仍然禁止逃逸，因而個別發展出保護交通安全、民事求償權及釐清事故責任等保護法益觀點⁵⁶。實務順勢集結各說大成，最高法院104年台上字第2570號刑事判決表示：「可見本罪所保護的法益，除維護各參與交通的眾人往來安全、避免事端擴大，和立即對於車禍受傷人員，採取救護、求援行動，以降低受傷程度外，還含有釐清肇事責任的歸屬，及確保被害人的民事求償權功能，兼顧社會與個人的重疊性權益保障。」據此進一步認為「若未等待警方人員到場處理，或無獲得他方人員同意，或不留下日後可以聯繫的資料，就逕自離開現場（含離去後折返，卻沒表明肇事身

55

參考黃榮堅，前揭註50，頁70-72。

56

扼要整理，許澤天，前揭註13，頁108-111；陳子平，前揭註13，頁126-128。



分)，均屬逃逸的作為。⁵⁷」

二〇二一年修法並未解決保護法益的問題⁵⁸，仍然使用「逃逸」概念作為構成要件行為，上述實務見解遂被援用於新法。最高法院110年台上字第613號刑事判決表示：「為保障事故發生後之交通公共安全、避免事端擴大，及為保護事故被害人生命、身體安全，……，為釐清肇事責任之歸屬，確保交通事故參與者之民事求償權不致求償無門（惟基於不自證己罪原則，國家刑事追訴利益不在保障範圍），於此規範目的，亦可得出肇事者有在場，對在場被害人或執法人員不隱瞞身分之義務。」又據此認為，「交通事故駕駛人雖非不得委由他人救護，然仍應留置現場等待或協助救護，並確認被害人已經獲得救護，或無隱瞞而讓被害人、執法人員或其他相關人員得以知悉其真實身分、或得被害人同意後始得離去。倘若不然，駕駛人不履行停留現場之義務而逕自離去（包含離去後折返卻未表明肇事者身分），自屬違反誠命規範而構成逃逸。」

本文認為，「逃逸」固然只表達出肇事者離開事故現場的意思，可是由於肇事者終究必須離開事故現場，因此「逃逸」必定是指肇事者未履行某個作為義務而離開事故現場，此一作為義務的內容則是依據保護法益予以確定。從一九九九年制定、二〇一三年修正、二〇二一年修法前的兩部行政部門草案，都可以清楚看出立法者始終是在要求肇事者救助被害人以減少死傷⁵⁹。此一立法意旨固然值得批評，卻

⁵⁷ 詳細檢討，薛智仁，變遷中的肇事逃逸罪——評最高法院104年度臺上字第2570號刑事判決，政大法學評論，第149期，2017年6月，頁221-281。

⁵⁸ 參考許澤天，刑法第185-4條「肇事逃逸罪」的修法評釋，台灣法律人，第3期，2021年9月，頁63-75；薛智仁，新肇事逃逸罪之解釋難題——評最高法院110年度台上字第613號刑事判決，台灣法律人，第5期，2021年11月，頁189-192。

⁵⁹ 2021年之修正條文係經黨團協商通過，原本未附正式的修法理由。目前在立法院法律系統裡可以找到事後不知由誰增補的修法理由：「為使傷者於行為人駕駛動力交通工具發生交通事故之初能獲即時救護，該行為人應停留在現場，向傷者或警察等有關機關表明身分，並視現場情形通知警察機關處理、協助傷者就醫、對事故現場為必要之處置等，……」此一「正式」修法理由

足以作為解釋構成要件的指引，甚至是唯一能合理解釋本罪法定刑的觀點⁶⁰。依此，「逃逸」係指未對被害人採取必要救助措施而離開事故現場，一旦肇事者履行救助義務，不會因為未等候救護車抵達、未向警察或被害人報告身分等理由而成立本罪。然而，最高法院偏離立法意旨，在保護被害人生命身體之外，也一併承認「避免事端擴大」、「釐清肇事責任」及「保障民事求償權」等為本罪保護法益，導致肇事者作為義務擴及確認被害人獲救、使他人知悉真實身分等。嚴格而言，最高法院擅自創造本罪的保護法益，導致本罪的適用範圍涵蓋那些不值得科處重刑的逃逸行為，此一解釋方法不符合「恪遵立法者意志」的要求。不僅如此，最高法院也沒有辦法說明，為何本罪追求釐清肇事責任，肇事者卻不必報告肇事經過、配合酒測或忍受搜索；為何沒有從避免事端擴大的目的，進一步推論肇事者應該迅速排除事故現場；當然更沒有解釋，當釐清事故責任和避免事端擴大難以兩全時，到底肇事者是要維持事故現場還是要排除事故現場。由於最高法院賦予本罪擇一保護多重法益的任務，肇事者的作為義務也陷入難以確定的狀態，使「逃逸」概念的射程更加模糊。據此，最高法院對於「逃逸」概念的解釋違反明確性原則。

四、溯及既往禁止

(一) 基本原則

溯及既往禁止，係指行為人的可罰性僅得依行為時的法律而定，不得依據行為後才生效的法律創設行為的可罰性或加重處罰。一般認為，溯及既往禁止之目的是保障人民對於刑罰的可預見性。此一原則不僅拘束立法者，禁止其制定刑法規範溯及既往地處罰或加重處罰行

能否被解讀為立法者的意旨，不無疑問；如果真的將其解釋為立法者的意旨，那麼不僅依據此一意旨所為之解釋不符合精確化之要求，甚至令人懷疑此一犯罪構成要件是否已經充分明確顯示立法者的意旨，因而自始欠缺法律明確性。同樣質疑此一修法理由的參考價值不高者，許澤天，同前註，頁73。

⁶⁰ 詳見薛智仁，前揭註57，頁248-267；薛智仁，前揭註58，頁192-198。

為人，而且拘束適用刑罰法律的法院，禁止其適用溯及既往的刑法規範，或適用行為時尚未生效的刑法規範⁶¹。對於刑事法院而言，溯及既往禁止原則的主要意義在於，在法律變更時如何選擇所適用的法律。

對此，刑法第2條第1項規定：「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行為人者，適用最有利於行為人之法律。」一般認為，此一採取「從舊從輕原則」的規定係溯及既往禁止原則與例外的明文化。不過，此一觀點過於簡化。從溯及既往禁止原則僅能推論出，對於依行為時法律不罰的行為不得宣告有罪，但是對於依行為時之法律構成犯罪的行為，在發生法律變更時應該如何適用法律，溯及既往禁止原則並無具體的指示。如果立法者沒有規定刑法第2條，法院將一方面不得適用行為時法，因為此一法律在裁判時已失效；另一方面也不得適用裁判時法，因為此一法律不得回溯適用於生效前的行為上，導致行為人因為法律變更而不當受益。據此，刑法第2條是法律變更時的選法規則，具有獨立於刑法第1條的規範功能⁶²。本條前段適用行為時法之「從舊原則」，不僅是在落實溯及既往禁止原則，同時是突破「後法優於前法」原則，授權法院適用已經失效的行為時法，而不是適用當前有效的裁判時法。另一方面，本條但書適用「從輕原則」或「最有利原則」（Meistbegünstigungsprinzip），則是創設「溯及既往禁止原則」之例外，容許法院將最有利行為人之新法回溯適用於其生效前的行為。

⁶¹ 參考Barbara Remmert, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94 EL Januar 2021, 2021, Art. 103 Abs. 2 Rn. 123 f.; Wilfrid Hassemer/Walter Kargl, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 1, 5. Aufl., 2017, § 1 Rn. 42; Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 1 Rn. 6 f.

⁶² 參考Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 4 ff.; Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 1 f.; Hassemer/Kargl, a.a.O., § 2 Rn. 3 ff.; 陳友鋒，罪刑法定與法律變更之關聯——2006年刑總修訂後之相關困境及其對策，華岡法粹，第41期，2008年7月，頁88；靳宗立，罪刑法定原則與法律變更之適用原則，載刑法總則修正重點之理論與實務，2005年9月，頁121-122。

問題是，本條但書採取「最有利原則」的實質理由為何？從邏輯上來看，溯及既往禁止原則的規範內涵只是「禁止事後創設或加重刑罰」，而不是「要求事後排除或減輕刑罰」，從溯及既往禁止原則無法直接推論出最有利原則。多數學說認為，最有利原則要求法官回溯適用新法，主要是考量立法者已對該行為重新評價，堅持適用較嚴格的行為時法處罰行為人，反而逾越最新立法意旨所認定之刑罰必要性，不符合實質正義⁶³。此一觀點正確地注意到，刑罰的正當理由在於其所可能產生的犯罪預防效果，若是立法者認為同一行為已經沒有必要給予如此重的處罰，適用行為時法將導致欠缺預防必要性的刑罰，此一刑罰違反比例原則⁶⁴。不過，此一觀點並無法解釋，若是法律在行為後到裁判前歷經多次變更，立法者一度將該行為除罪化又予以入罪化，最有利原則為何要求法院適用中間時法（*Zwischengesetz*），判決免訴（刑事訴訟法第302條第4款），而不是適用裁判時法給予較輕的處罰⁶⁵。畢竟，此時立法者的最新意旨是此一行為有處罰必要性，若是指示法院適用裁判時法給予處罰，並不會導致不合乎比例原則的處罰⁶⁶。因此，「最有利原則」要求法院適用既非行為時法、亦非裁判時法的最有利「中間時法」，應該另有其理由。此一理由應該在於，假如法院提早在中間時法適用期間作成裁判，行為人原本可以適用最有利的中間時法，如今法院在中間時法失效之後才作成裁判，屬於行為人不可控制的因素，不應該成為剝奪其適用中間時法的理由。除此之外，如果法院不得適用最有利的中間時法，行為人可能為了在中間時法失效之前獲致終局判決，積極地加速程序的進行，不得

⁶³ Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 14; Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 22.

⁶⁴ 詳細說明，Gerhard Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, 1993, S. 409 ff.

⁶⁵ 依據公認之見解，最有利原則要求將中間時法納入考量，參考Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 23; Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 27。我國實務亦同，參照最高法院98年台上字第2513號刑事判決、最高法院100年台上字第2652號刑事判決。

⁶⁶ 參考Hassemer/Kargl, a.a.O. (Fn. 61), § 2 Rn. 22.

已認罪以換取程序儘快終結。這不僅可能顛覆不自證己罪原則的保障，而且架空行為人原本靜候追訴時效完成不被定罪的利益⁶⁷。因此，「最有利原則」要求法院適用最有利行為人的中間時法，目的是保障行為人對於適用最有利法的信賴，以避免行為人的地位因為法院裁判時點的偶然因素而被改變，承受立法者事後對於同一行為規定較嚴厲的處罰⁶⁸。

「最有利原則」具有實現比例原則與信賴保護的意義，其是否如同溯及既往禁止原則一般，屬於憲法罪刑法定原則的內涵？對此，目前德國實務及通說認為，溯及既往禁止原則的目的，僅在避免個人因為行為時尚未生效的法律而被處罰，若是行為依據行為時的法律具有可罰性，事後發生有利行為人的法律變更，是否就一定要適用最有利法，無法從德國基本法第103條第2項（罪刑法定原則）的文義推知⁶⁹。因此，德國刑法第2條第3項明訂法律變更適用最有利法，並非源於溯及既往禁止原則的憲法誡命，立法者可以明定最有利法僅適用於未來新發生的案件，不溯及適用於過去已發生的案件。不過，隨著歐洲法的發展趨勢，此一狹義理解溯及既往禁止原則的主流見解，逐漸受到挑戰。歐盟法院在二〇〇五年的貝魯斯柯尼（*Berlusconi*）案判決表示「回溯適用較輕刑事法律之原則，屬於歐盟會員國的共同憲法傳統」，故各會員國的法官在適用為了執行共同體法所公布的內國法律時，必須遵守此一原則⁷⁰。此外，歐洲聯盟基本權利憲章第49條第1

⁶⁷ 參考Wolfgang Mitsch, Anmerkung zu BGH Beschluß vom 7. 6. 2005 - 2 StR 122/05 (LG Limburg/Lahn), NStZ 2006, S. 34; Hassemer/Kargl., a.a.O. (Fn. 61), § 2 Rn. 23; 許玉秀，罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）——第十六次修正刑法系列（第一、二、二八至三一條），月旦法學雜誌，第123期，2005年8月，頁13-14。

⁶⁸ 另可參考Dannecker, a.a.O. (Fn. 64), S. 429 ff.

⁶⁹ 參考BVerfGE 81, 132 (135); Remmert, a.a.O. (Fn. 61), Art. 103 Abs. 2 Rn. 125; Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 14.

⁷⁰ EuGH Urt. v. 3. 5. 2005 – verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 – Berlusconi, Rn. 68 f.

項規定「任何人不得因為依行為時之內國法與國際法不成立犯罪的作為或不作為而被判決有罪。其亦不得被宣告比行為時之刑罰更重之刑。行為後之法律減輕其刑者，應適用之。」各會員國機關（官署、法院及國會）至少在執行歐盟法時，必須遵守上述規定所承認的最有利原則⁷¹。歐洲人權公約第7條第1項：「任何人不得因為依行為時之內國法與國際法不成立犯罪的作為或不作為而被判決有罪，亦不得被宣告重於行為時法所規定之刑罰。」看似並未包含最有利原則在內，但受到上述歐盟法發展所影響，歐洲人權法院在二〇〇九年的 *Scoppola v. Italy* 案一反過去立場表示：「……歐洲人權公約第7條不僅保障禁止回溯適用較重刑罰規定之原則，而是也默示地保障回溯適用較輕刑罰規定之原則。此一原則來自於以下的規則：當行為時的刑法與判決確定前生效的刑法有所不同時，法院必須適用對被告最有利的刑法。⁷²」因此，許多學者主張，此一歐洲人權法院判決也應該透過基本法的合乎公約解釋獲得實現，使最有利原則在德國法上取得憲法位階，具有優越於普通法律的效力，普通法律的立法者不得任意地限制其效力⁷³。

對照上述德國法的發展，刑法第2條第1項但書之最有利原則，是否應該被承認為憲法罪刑法定原則的內涵之一？我國實務與學說似乎

⁷¹ Vgl. Dannecker/Schuhr, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 211 ff.

⁷² EGMR *Entsch. v. 17. 9. 2009 – 10249/03 – Scoppola ./. Italien*, NJOZ 2010, S. 2726; Dannecker/Schuhr, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 234 ff.

⁷³ 詳見Dannecker, a.a.O. (Fn. 64), S. 424 ff.; Helmut Satzger, *Der europarechtlich bedingte Bedeutungszuwachs der Meistbegünstigungsklausel* (§ 2 Abs. 3 StGB), in: Martin Heger/Brigitte Kelker/Edward Schramm (Hrsg.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014, S. 407 (410 ff., 415 f.); Michael Bohlander, *Konventionsfreundliche Auslegung von Art. 103 Abs. 2 GG nach Scoppola v Italy* (No. 2): *Verfassungsrang für das Lex-mitior-Prinzip?*, *StraFo* 2011, S. 169 (171 f.); Karsten Gaede, *Zeitgesetze im Wirtschaftsstrafrecht und rückwirkend geschlossene Ahndungslücken – Auslaufmodelle infolge des Meistbegünstigungsprinzips der EU-Grundrechtscharta?*, *Wistra* 2011, S. 365 (369 f.). 相同看法，Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 25; Hassemer/Kargl, a.a.O. (Fn. 61), § 2 Rn. 21 a.; Basak, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 6.

尚無此一問題意識。從形式上觀察，有別於德國基本法第103條第2項明定罪刑法定原則，我國憲法並未明定罪刑法定原則，大法官可以不受法條文義拘束地形塑其內涵，因此擴大溯及既往禁止原則的保障內容，並非不可能之事。從實質上來說，最有利原則雖然不是溯及既往禁止原則的當然推論結果，但是就其實現合乎比例原則的處罰及保障行為人對於適用最有利法的信賴而言，此一原則與溯及既往禁止原則在信賴保護的觀點下具有共通性，承認其憲法位階可避免行為人的信賴利益被恣意剝奪。若是再考量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。」亦承認最有利原則的基本人權地位，此一規定在我國固然僅具有法律位階，但是足以成為具體化憲法罪刑法定原則內涵的重要參考⁷⁴。因此，若是大法官未來能夠正式承認最有利原則的憲法位階，應該是值得期待的發展。

綜上所述，刑法第2條第1項的「從舊從輕原則」，並非單純屬於刑法承認的基本原則，而是憲法溯及既往禁止原則與最有利原則的落實，刑事法院在解釋適用此一規定時，不僅禁止回溯適用比行為時法更不利的新法，同時有義務回溯適用行為後最有利的法律。由此出發，以下就幾個司法實務的穩定見解提出檢討。

(二)行為時與繼續犯

刑法第2條第1項前段明定「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。」通說認為，行為時係指著手實行至（最後一個）行為結束的階段，與結果是否及何時發生無關，因為在行為結束到結果發生這段

⁷⁴ 至今為止，大法官亦已多次援引國際人權公約承認我國憲法未明文的憲法原則，例如歐洲人權公約第6條第3項第4款及公政公約第14條第3項第5款對質詰問權（釋字第582號解釋）、經社文公約第11條第1項適足居住權（釋字第709號解釋）、公政公約第13條驅逐出境之正當程序（釋字第710號解釋）、公政公約第14條第7項之一事不再理原則（釋字第775號解釋）等，故此一建議有其實務可行性。

期間裡所適用的法律，對於行為人不可能發生引導行為的功能。由於繼續犯的行為特徵是行為人持續反覆地實現犯罪構成要件，故繼續犯的行為時直到行為人停止實現犯罪構成要件而結束⁷⁵。依此，若是在犯罪繼續實施之中發生刑罰法律的變更，概念上不屬於刑法第2條第1項之「行為後法律有變更」，應直接以行為終了時的新法作為「行為時之法律」，沒有比較新舊法何者有利行為人的問題。

這不僅是學說公認的見解⁷⁶，也是我國實務穩定的見解。例如，最高法院102年台上字第1582號判決表示：「持有手槍罪為繼續犯，於其終止持有之前，犯罪行為仍在繼續實施之中，其間法律縱有變更，但其行為繼續實施至新法施行以後，即無行為後法律變更之可言。本件原判決係認定甲○○於九十三年間某日未經許可，持有附表一所示槍枝，迄至九十六年十月六日經警查獲等情。則雖槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項曾於九十四年一月二十六日修正公布施行，然依前揭說明，仍不生行為後法律變更，而有新舊法比較之問題。」

此一見解使橫跨新舊法的繼續犯一律適用行為終了時的新法，有其道理。一方面繼續犯的全部行為屬於單一犯罪，應受到一體的評價，在刑法適用法上不得將其個別行為割裂適用新舊法。另一方面，行為人在新法生效時仍然繼續行為，對於其行為適用新法的處罰亦有

⁷⁵ 參考Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 11.

⁷⁶ 參考王皇玉，前揭註37，頁63-64；許玉秀，前揭註67，頁16；黃榮堅，基礎刑法學（上冊），第4版，2012年3月，頁123；吳耀宗，刑法第二條第一項「法律變更」之研究——兼評大法官會議釋字第一零三號解釋以及最高法院相關裁判，台灣本土法學雜誌，第13期，2000年8月，頁67-68。不同於我國係透過解釋的方式將繼續犯的行為終了認定為行為時，德國刑法第2條第2項明文規定：「法定刑於行為實行期間變更者，適用行為終了時之法律。」不過學說認為，此一規定僅是對於行為時概念的重申，沒有獨立的規範意義，參考Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 17; Dannecker/Schuhr, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 48; Christian Jäger, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 9. Aufl., 2017, § 2 Rn. 9.

預見可能性，不是完全遭致突襲性的處罰⁷⁷。然而，在實務與學說上鮮少被留意的是，若是機械性地適用此一見解，將繼續犯行為終了時的新法一體適用於整個繼續犯上，會導致創設或加重刑罰的新法溯及既往的結果。以前述判決的基礎事實為例，被告在民國九十三年至九十六年期間非法持有手槍，槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項規定「未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第一項所列槍枝者，處一年以上七年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰金。」民國九十四年一月二十六日修正法定刑為「處三年以上十年以下有期徒刑，併科新臺幣七百萬元以下罰金。」假如直接以新法適用於被告的整個非法持有手槍行為，就會導致加重法定刑的新法回溯適用於被告在舊法時期非法持有槍枝的行為，這正是溯及既往禁止原則所欲防止的結果。由於溯及既往禁止原則不因為法律變更是發生在犯罪繼續實施期間而失其效力，最高法院以繼續犯的行為終了作為行為時的基準，不是例外許可不利行為人之溯及既往的理由。因此，即使繼續犯有一體評價的需求，應該適用行為終了時的新法，對於舊法時期的非法持有槍枝行為，在量刑上應該依據較輕的舊法來評價其重要性，避免回溯提高刑罰的後果⁷⁸。基於相同的道理，若是在犯罪繼續過程中，系爭行為因為法律變更而成為犯罪行為，固然應該依據行為終了時的新法認定其成立犯罪，但是舊法時期的部分行為不得予以論罪，也不得在量刑上加以考量⁷⁹。質言之，在犯罪繼續期間發生法律變更者，適用行為終了時之新法，不得造成回溯創設或提高刑罰的後果，否則有違溯及既往禁止原則。

⁷⁷ 參考Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 12; Hassemer/Kargl, a.a.O. (Fn. 61), § 2 Rn. 14.

⁷⁸ 參考Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 21; Hassemer/Kargl, a.a.O. (Fn. 61), § 2 Rn. 15; Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 12; Dannecker/Schuhr, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 58 ff.; Basak, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 5.

⁷⁹ Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 13; Jäger, a.a.O. (Fn. 76), § 2 Rn. 12; 吳耀宗，前揭註76，頁68；黃榮堅，前揭註76，頁124。

(三)法律變更與空白刑法

刑法第2條第1項前段規定「行為後法律有變更者」，始適用從舊從輕原則。關於「法律變更」的意義，除了刑罰規定的構成要件與法定刑度的變更之外，是否包含間接影響刑罰規定的其他法令變更在內，一直是學說與實務的高度爭議⁸⁰，其中又以空白刑法的補充規範發生變更最具代表性。

對此，一九六三年釋字第103號解釋表示：「刑法第二條所謂法律有變更，係指處罰之法律規定有所變更而言。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。」大法官的一錘定音，讓最高法院將之奉為圭臬，並且陸續補充支持該號解釋的理由。例如，最高法院51年台非字第76號判例表示：「……蓋如行政命令之變更，可視為刑罰法律之變更，則非僅與本條文義不符，且刑罰操諸行政機關之手，本已構成犯罪者，可以變更命令為手段，而免於處罰，流弊滋多，顯與罪刑法定主義有違，至於重視被告之利益應在法律範圍內為之，非可法外施仁。」最高法院108年台上字第1371號刑事判決又表示：「行政機關依據委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，雖可視為具法律同等之效力，然該法規命令之本身，僅在補充法律構成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，並無刑罰之具體規定，究非刑罰法律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響，於此，空白刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更……」。依此，假如行為人所走私的物品，在行為時被行政機關公告為管制物品，但是在行為後被公告變更為非管制物品，不屬於行為後法律有變更，不適用刑法第2條第1項之從輕原則，仍應被判決有罪。

然而，最高法院的觀點並不符合空白刑法的規範特徵，遭到學說

⁸⁰ 詳細的學說整理，吳耀宗，前揭註76，頁71-77。

幾乎一致的反對⁸¹。空白刑法係指刑法條款僅規定部分的犯罪構成要件內容及法律效果，交由其他法律、行政規章或處分補充始成為完整的犯罪構成要件，例如刑法第192條違背預防傳染病法令罪，必須經由預防傳染病所公布的檢查或進口法令的補充，其構成要件內容才能完整。立法者不自行規定完整的構成要件內容，使其保持一定的不完整性與開放性，固然和罪刑法定原則要求立法者自行決定國家刑罰權範圍的意旨有所違背。但是，某些事務需要行政機關依其專業判斷及具體狀況進行管制，立法者難以事先自行形成管制內容並且因地制宜地調整，因此基於功能最適的考量，必須將犯罪構成要件的部分內容授權給行政機關予以補充。空白刑法的規範特徵，正是在符合授權明確性的前提底下，由立法者授權行政機關共同決定系爭構成要件的禁止內容，作為補充規範的其他法律、法規命令、行政規章或行政處分，自始被立法者援引為決定禁止內容的一部分，如果沒有其他法律、法規命令、行政規章或行政處分的補充，空白刑法的禁止內容將無從被確定。由此可知，空白刑法的補充規範並不是單純地補充構成要件的「事實內容」，而是根本上在補充構成要件的「禁止內容」，行政機關對於法規命令、行政規章或處分內容的變更，即使足以影響國家刑罰權的範圍，也是立法者明確授權行政機關補充構成要件內容

⁸¹ 參考黃榮堅，前揭註76，頁114；林山田，前揭註37，頁127-129；林鈺雄，前揭註37，頁64-65；王皇玉，前揭註37，頁71；鄭逸哲，前揭註28，頁100-101；吳耀宗，前揭註76，頁77-79。另有將「法律變更」限於「涉及價值結構改變」的刑罰規範改變者，同樣肯認空白刑法之補充規範變更為法律變更，參考許玉秀，前揭註67，頁18-19。不同見解，陳友鋒，前揭註62，頁91、96-97。值得一提的是，德國帝國法院及早期德國聯邦最高法院亦將空白刑法的補充規範變更定性為事實變更，被批評是忽略補充規範共同決定禁止內容的規範性質，參考Hassmer/Kargl, a.a.O. (Fn. 61), § 2 Rn. 34。目前德國實務與多數學說，均將空白刑法之補充規範變更定性為法律變更，僅參考BVerfG NJW 1995, S. 316; BGHSt 34, 272 (282); 40, 378 (381); Dannecker/Schuhr, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 109 ff.; Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 14, 36 ff.; Gaede, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 6。不過，仍有少數學說嘗試根據不同補充規範之功能或性質，判斷其屬於事實變更或法律變更，參考Jäger, a.a.O. (Fn. 76), § 2 Rn. 26 ff.; Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 24 f.

的當然結果。因此，「法律變更」包含所有作為論罪科刑依據的法令變更在內，空白刑法的補充規範發生變更者，由於其係立法者援引為構成要件一部分的內容，也當然是法律變更。

空白刑法的補充規範作為決定構成要件禁止內容的規範性要素，其實也具體表現在走私罪的管制物品公告上。在一個物品可以自由流通的現代社會中，除了槍枝毒品等少數危險物品之外，運送物品進出口原則是被容許的。如果國家為了防止犯罪、維護金融秩序、交易安全、國民健康等公共利益，認為有必要限制特定物品進出口，就必須透過法令或行政公告明訂其為管制物品，才能夠使私運特定物品進出口成為法律所禁止的行為。走私罪禁止私運管制物品進出口，就是透過刑罰確保物品進出口管制的效力，以達成管制物品所欲實現的公共利益。因此，建構走私罪不法內涵的核心要素就是「管制物品」，如果特定物品未經公告為管制物品，私運該物品進出口就難以想像有違反行為規範可言。此處可以清楚看出，行政機關將某一個物品公告為管制物品，絕對不是單純在補充走私罪構成要件的事實，而是在表達系爭物品的流通會危及上述公共利益，並且建構走私行為的不法內涵。如果行政機關將某一個管制物品公告變更為非管制物品，則表示系爭物品已經沒有危害上述公共利益的性質，或者其危害程度已經降低到沒有行政管制的必要性，走私系爭管制物品的行為，也隨之喪失以刑罰予以制裁的不法內涵。因此，管制物品公告的事後變更，應是改變行為評價的法律變更。

本文認為，管制物品公告變更究竟是事實變更或法律變更，並不是單純屬於刑法解釋適用的爭議，而是涉及是否違反憲法最有利原則的問題。因為，在行為人走私行為後、裁判確定之前，行政機關將其所走私的物品公告變更為非管制物品，實質上是在事後改變對於私運系爭物品行為的不法評價，認為此一走私行為並沒有施加刑罰的必要性。唯有將管制物品公告變更定性為「法律變更」，才能夠使此一走私行為適用刑法第2條第1項但書之從輕原則，依據裁判時適用之管制物品公告，以該行為係「犯罪後之法律已廢止其刑罰者」為理由而

諭知免訴判決（刑事訴訟法第302條第4款）。然而，最高法院將管制物品公告變更定性為「事實變更」，導致此一走私行為仍然依據行為時之管制物品公告所補充的走私罪予以處罰，對於行為人施加已經沒有犯罪預防必要性的刑罰，這正是憲法最有利原則所欲避免的後果。據此，大法官與最高法院對空白刑法補充規範的「事實變更」定性，違反憲法最有利原則。

（四）最有利法與行為除罪化

若是行為後發生法律變更，如何判斷最有利於行為人之法律？德國實務與通說認為，在比較新舊法的時候，不能只是抽象比較構成要件與法定刑，而是判斷哪個法律在具體個案中依其特別情狀對行為人較為有利。假如針對某一個罪名，新法不僅新增「情節重大」的加重刑罰事由，而且新增「情節輕微」的減輕刑罰事由，只有當具體個案符合「情節輕微」事由時，新法才算是對行為人較為有利⁸²。如果法律變更是將某個罪名的法定刑從有期徒刑降低為罰金刑，或將某個行為完全除罪化，新法一定是最有利行為人的法律。然而，如果法律變更是將一個行為從刑事犯罪轉變為秩序違反犯，新法所容許裁處的罰鍰數額卻比舊法所容許宣告的罰金數額更高，新法能否被評價為較有利行為人之法律，則不無疑問。

我們以一則近期實務案例說明：被告在二〇一三年三月至四月間，借用他人身分證字號，上網購買臺鐵某路段的團體票共計一萬餘張，每張車票加價十元賣給花東地區各大藝品店。當時之鐵路法第65條規定：「購買車票加價出售圖利者，處拘役或科或併科一千元以下罰金。」二〇一四年六月十八日同條修正為「購買車票加價出售或換取不正利益圖利者，按車票張數，處每張車票價格之一倍至十倍罰鍰。加價出售訂票或取票憑證圖利者，亦同。」本案經花蓮地檢署對被告諭知不起訴處分，移送交通部處理，交通部依新法裁罰被告新臺

 元照出版提供 請勿公開散布

⁸² Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 28; Roxin/Greco, a.a.O. (Fn. 7), § 5 Rn. 65.

幣114萬餘元。假如被告適用舊法，雖然成立刑事犯罪，拘役適用易科罰金（刑法第41條第1項）及併科罰金的結果，最高僅需繳納罰金新臺幣18萬元。最高行政法院108年判字第396號行政判決表示，從行政罰法第26條第1項前段可知，「刑罰與行政罰之間孰輕孰重，雖然各國立法例或學說容或有不同的見解，惟我國立法者業已於上開規定及其立法理由中，認為無論從行為的情節輕重、違反社會性或法益侵害的程度及懲罰的作用等方面而言，刑罰均屬較行政罰為重的制裁。」然而，「刑罰與行政罰同屬對不法行為的制裁，基於法治國下的法安定性及信賴保護原則，必須行為人於行為時對於何種行為（構成要件）應受如何的制裁（法律效果）有所認識或有預見的可能性，始得在該法律效果的範圍內依法對其加以懲罰。是以，……對行為人的制裁，亦應在行為時法律所明定的法律效果範圍之內……，方不會使行為人擔負其行為時法律所未規定的責任，致其遭受無法預見或預計的懲罰。」因此，交通部依據新法對被告裁處罰鍰時，應以被告行為時可預見之最重法律效果為限，不得超過新臺幣18萬元。

本文認為，本判決以舊法的罰金額度作為適用新法裁處罰鍰額度的上限，雖未造成本案行為人不利的後果，但說理值得商榷。首先，本判決在比較新舊鐵路法規定何者有利行為人時，先是承認刑罰屬較行政罰為重的制裁，後又認為新法裁處的罰鍰數額重於舊法所得科處的罰金數額，說理上陷入自相矛盾⁸³。因為，如果認為刑罰在本質上是重於行政罰的制裁手段，即使行政罰鍰的數額高於罰金的數額，還是不會改變行政罰屬於較有利的法律效果，沒有必要以罰金數額作為裁處罰鍰額度的上限。其次，如果不預設刑罰在本質上是重於行政罰的制裁手段，而是依據二者對於行為人的侵害程度具體判斷輕重，本

83

相同觀點，林明鏘，行政罰之「從輕原則」——評最高行政法院108年度判字第396號行政判決，裁判時報，第96期，2020年6月，頁11，並進一步指出，以舊法的罰金數額上限限制適用新法所得裁處的罰鍰數額，違反「嚴格選擇替代原則」（Grundsatz der strikter Alternativität）。

判決逕行以舊法的罰金數額與新法的罰鍰數額作為比較基準，似乎也沒有充分考量舊法對行為人的侵害程度。因為，舊法將系爭行為明訂為刑事犯罪，表達國家對於系爭行為的非難、譴責程度大於秩序違反行為，使行為人所受的一般人格權侵害更高。除此之外，舊法所允許宣告的最重刑罰是「拘役」，「易科罰金」僅是拘役的易刑處分，即使在實務上拘役幾乎都被允許易科罰金，但行為人未能依法繳納罰金時，仍然必須執行拘役，至少承受被剝奪人身自由的風險。因此，就本案而言，是否有必要以舊法的罰金額度作為適用新法裁處罰鍰額度的上限，以符合法定安定性與信賴保護原則，不無疑問。

本判決所引發的通案問題是：從憲法的最有利原則來說，立法者將某一行為從刑事犯罪轉變為秩序違反犯，法院在比較新舊法時，能否一概地認定行政罰是比刑罰更有利行為人的法律效果，不具體考量罰鍰的額度？對此，德國實務及通說一致認為，在法律變更係將刑事犯罪修改為秩序違反犯時，新法之行政罰一律被視為有利行為人之法律，即使罰鍰額度高於罰金額度，亦同⁸⁴。本文認為，刑罰對於行為人所表達的高度非難與譴責及潛在的剝奪人身自由風險，確實都是支持行政罰屬於較有利行為人之法律效果的重要理由。不過，或許更重要的理由是，當立法者將一個行為從刑事犯罪調降為秩序違反犯時，正是在表達對系爭行為的不法評價降低，沒有動用刑罰制裁的必要性，如果仍然適用舊法對行為人科處刑罰，此時的刑罰將因為欠缺犯罪預防必要性而不符比例原則，這正是最有利原則所欲防止的後果。即使對於行為人而言，行政罰所許可裁處的高額罰鍰，對其主觀上產生更大的惡害，這並不會改變立法者降低對系爭行為不法評價的事實。因為，如果立法者單純希望提升對於行為人的嚇阻效果，只要提高系爭犯罪的法定刑（提高罰金額度）即可，沒有必要同時將系爭行

⁸⁴ BGHSt 18, 12 (18); 22, 321 (324); Gaede, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 8; Schmitz, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 30; Hassemer/Kargl, a.a.O. (Fn. 61), § 2 Rn. 25; Hecker, a.a.O. (Fn. 7), § 2 Rn. 28; Basak, a.a.O. (Fn. 41), § 2 Rn. 7; Jäger, a.a.O. (Fn. 76), § 2 Rn. 40.

為除罪化，轉換成秩序違反犯。因此，從憲法最有利原則的角度來看，立法者將某一個行為從刑事犯罪轉換成秩序違反犯，清楚表達其降低對系爭行為的不法評價，應該一概認定行政罰係較有利之法律，不受罰鍰數額高低所影響。換言之，在此類案件中，即使法院適用新法裁處更高額的罰鍰，也不違反最有利原則⁸⁵。

參、罪責原則

一、基本原則

除了罪刑法定原則之外，罪責原則是另一個適用於刑罰或類似刑罰之制裁的憲法原則。依據罪責原則，行為人僅就有罪責的行為而受刑事處罰，刑事處罰的程度必須和罪責程度相當⁸⁶；換個角度說，國家不得對於無罪責的行為人科處刑罰，也不得對於有罪責的行為人科處逾越罪責程度的刑罰。質言之，國家發動刑罰權，受到創設刑罰之罪責（Strafbegründungsschuld）與刑罰裁量之罪責（Strafzumessungsschuld）所拘束⁸⁷。

罪責原則的保障內涵，具體表現在許多刑法規定裡，諸如無故意過失行為不罰（刑法第12條第1項）、不可避免之禁止錯誤不罰（刑法第16條）、不能預見加重結果者不適用結果加重犯（刑法第17條）、科刑應以行為人之罪責為基礎（刑法第57條）等。然而，罪責原則並非僅是刑法之法律原則，大法官透過歷年的解釋逐步承認其為憲法原則，並且在釋字第775號解釋理由書裡完整歸納罪責原則的保障內涵：「又有關刑罰法律，基於無責任無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰（本院釋字第687號解釋

⁸⁵ 結論相同，林明鏘，前揭註83，頁14。

⁸⁶ 基本概念，王皇玉，前揭註37，頁54-56；許澤天，前揭註25，頁16-18。

⁸⁷ Vgl. nur Roxin/Greco, a.a.O. (Fn. 7), § 19 Rn. 54 ff.; Joachim Renzikowski, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2020, Eiml. Rn. 22.

參照)。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應（本院釋字第551號及第669號解釋參照）。亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。基於憲法罪刑相當原則（本院釋字第602號、第630號、第662號、第669號及第679號解釋參照），立法機關衡量其所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，綜合斟酌各項情狀，以法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限，應與該犯罪行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始與憲法罪刑相當原則及憲法第23條比例原則無違。」

至今為止，對於「創設刑罰之罪責」的保障內涵，大法官僅在釋字第687號解釋表示：「基於無責任即無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任。」據此宣告一九七六年制定公布之稅捐稽徵法第47條第1款違憲，因為該款規定在納稅義務人公司逃漏稅捐時，處罰公司負責人。創設刑罰之罪責對於犯罪成立所設定的最低主觀要件，大法官則尚無機會表示看法。相對地，大法官透過歷年的解釋逐漸發展「刑罰裁量之罪責」的保障內涵，並將之稱為憲法罪刑相當原則。大法官所承認的罪刑相當原則，雖然未被明白做出區分，但可歸納成「罪刑相對均衡」與「罪刑絕對均衡」二種型態。罪刑相對均衡，係指比較不同犯罪的輕重程度，犯行情節越重者刑罰程度越高，大法官曾經據此宣告一九九八年修正公布之毒品危害防制條例第16條「誣告反坐」條款違憲（釋字第551號解釋），但認為刑法第329條準強盜罪「以強盜論」仍屬合憲（釋字第630號解釋）。罪刑絕對均衡，係指個別犯罪與所宣告刑罰之間的合比例性，不得就具體犯罪宣告過苛的刑罰。大法官在審查法定刑是否導致刑罰過苛時，並非只考量系爭犯罪的法定刑下限，而是考量輕微犯罪能否適用微罪不起訴處分（刑事訴訟法第253條）、緩起訴處分（刑事訴訟法第253條之1）、其情可憫之酌減其刑（刑法第59條）、緩刑（刑法第74條）與易科罰金（刑法第41條）等規定；如果綜合考量上述規定，輕

微犯罪之行為人仍然必須執行徒刑者，即屬於過苛之刑罰⁸⁸。

本文認為，大法官承認罪責原則之憲法位階並逐步發展穩定的保障內涵，是值得肯定的方向，不過其論證尚有精緻化的必要。首先，大法官承認憲法未明文的罪責原則，卻似乎未曾闡述過其憲法基礎何在，不利於未來推導此一原則的適用範圍及保障內涵。例如，我國現行附屬刑法已經承認的法人刑罰，是否符合憲法的罪責原則，就和罪責原則之憲法基礎有關。若是參照德國聯邦憲法法院的見解，認為罪責原則來自於保障人性尊嚴、人格自由發展及法治國原則⁸⁹，由於法人並不享有人性尊嚴及人格自由發展，罪責原則是否根本上否定法人刑罰的正當性，將是一個棘手的憲法問題⁹⁰。其次，大法官向來將罪刑相當原則與憲法第23條比例原則併列，似乎是認為，罪刑相當原則與比例原則之狹義合比例性或過量禁止有相同內涵。不過多數學說認為，比例原則的狹義合比例性，主要功能是在權衡刑罰所欲達成的一般預防效果，以及刑罰所造成的其他權利或利益損害，二者的損益關係是否達到失衡的程度。罪刑相當原則的保障內涵，並非消極地避免刑罰的損益失衡，而是積極地確保刑罰與罪責程度相稱⁹¹。罪刑相當原則的保障內容比起比例原則的狹義合比例性原則更加積極，此種觀點並不是沒有被挑戰的空間⁹²，但是至少顯示如果要從比例原則推論

⁸⁸ 參考釋字第646號、第669號、第775號、第777號、第790號等解釋。學說整理歸納，薛智仁，前揭註30，頁89-94。

⁸⁹ BVerfGE 20, 323 (332); 42, 261 (262 f.); 58, 159 (162 f.); 95, 96 (140).

⁹⁰ 傳統學說認為罪責非難的對象限於應負責的個別自然人，承認法人刑罰將違反罪責原則，參考Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 23 VII 1; Roxin/Greco, a.a.O. (Fn. 7), § 8 Rn. 63 b; § 19 Rn. 53 k. 部分學說認為法人罪責不一定從自然人罪責角度理解，而是另從法人組織瑕疵尋找罪責基礎，參考許澤天，法人刑法之構成要件設計，月旦法學教室，第225期，2021年7月，頁37-46。

⁹¹ 參考Wolfgang Frisch, Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, NStZ 2013, S. 249 (256).

⁹² 參考Johannes Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 283 ff.

出罪刑相當原則，需要進一步的論證。最後，大法官對於刑罰何時構成「過苛」而違反罪刑絕對均衡，傾向以行為人是否無法迴避徒刑之執行為審查標準。或許因為大法官向來是從刑罰干預人身自由必須符合比例原則出發，推論出罪刑相當原則的憲法效力，故在輕微犯罪之行為人不得免除徒刑之執行時，則認定構成過苛的刑罰。但是，此一審查標準似乎過於僵化。一方面，某些犯罪的不法與罪責內涵原本就重大，即使是犯罪情節最輕微的行為人，執行徒刑可能仍然尚與罪責程度相當，欠缺免除執行徒刑的可能性不等於是過苛的刑罰。另一方面，某些犯罪即使許可行為人不執行徒刑，若是罰金數額過高或緩刑條件過於嚴格，仍然可能超出其罪責程度，保留免除執行徒刑的可能性也未必就不是過苛的刑罰⁹³。

姑且不論上述質疑，大法官至今僅將罪責原則適用於法規範憲法審查，尚未將其適用於刑法的解釋適用上，此一狀況將隨著裁判憲法審查正式施行而改變，尤其人民很可能以個案量刑過重為由聲請裁判憲法審查。但是，大法官在審查量刑是否違反罪刑相當原則時，很可能與目前最高法院的實踐結果雷同，除非法院明顯有裁量逾越或濫用的情形，否則難以認定量刑與罪責不相當⁹⁴。因為，法官在審判期日的調查結果以及對於被告所形成的主觀印象，構成刑罰裁量的重要基礎，此一部分的法官心證難以被大法官審查。除此之外，依據彈性空間理論（Spielraumtheorie）⁹⁵，罪責與量刑之間是否保持均衡，並無法精確決定，而是只能由法院在一定空間內決定其範圍，只要量刑結果尚在可支持的範圍內，都是符合罪刑相當的要求。由於罪刑相當原

⁹³ 薛智仁，前揭註30，頁93。

⁹⁴ 相關判決多不勝數，僅例示最高法院108年台上字第2261號刑事判決：「刑之量定，屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，如其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。」

⁹⁵ 譯語參考許澤天，自白作為有利行為人量刑的犯後訴訟表現，中原財經法學，第25期，2010年12月，頁23。

則對於個案量刑的合憲性控制成效相當有限，本文遂將焦點放在量刑以外的刑法適用問題上，以幾個實務見解說明罪責原則的拘束力。

二、客觀處罰條件

客觀處罰條件（*Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*），係指立法者對於已經具有應刑罰性的不法且有責行為，基於需刑罰性的角度所增加之犯罪成立要件。行為人在實施構成要件該當、違法且有責的行為之外，客觀上實現此一要件者，不問對此有無故意或過失，皆成立犯罪。通說依據其不同功能，區分為純正與不純正的客觀處罰條件。純正客觀處罰條件與行為之不法內涵無關，功能上純屬限制犯罪成立之事由，即使行為人無法預見其發生，使其成立犯罪亦不違反罪責原則；相對地，不純正客觀處罰條件與行為之不法內涵有關，屬於偽裝的加重刑罰事由或隱藏的創設刑罰情狀，若是行為人無法預見其發生，使其成立犯罪將牴觸罪責原則⁹⁶。一個犯罪成立要件是否與系爭罪名的不法內涵有關，經常產生解釋上的爭議。姑且不論個別罪名的解釋問題，可以確定的是，若是為了使犯罪成立更為容易，而將一個創設或加重不法的要素解釋為（不純正）客觀處罰條件，使行為人在無法預見此一要素實現時仍成立犯罪，將與「行為非出於故意或過失者，不罰」之罪責原則保障內涵牴觸。據此，我國近期實務對於某些犯罪成立要件的定性，容有商榷餘地。

（一）洗錢罪之特定犯罪

洗錢防制法第14條第1項規定：「有第二條各款所列洗錢行為者，處七年以下有期徒刑，併科新臺幣五百萬元以下罰金。」依據第

⁹⁶ Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn. 90), § 53 I b); Jörg Eisele, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, Vor § § 13 ff. Rn. 125; Tonio Walter, in: Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 13. Aufl., 2020, Vor § § 13 ff. Rn. 183; Thomas Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS 2011, S. 697 (697 f.).

2條之立法定義，洗錢行為可分成三種型態：「變更或移轉特定犯罪所得」、「掩飾或隱匿特定犯罪所得」及「收受持有或使用他人之特定犯罪所得」。同法第4條第1項規定：「本法所稱特定犯罪所得，指第三條所列之特定犯罪而取得或變得之財物或財產上利益及其孳息。」問題在於，行為人對於其所處置的財產上利益是否為「特定犯罪所得」，是否亦應有所認識，始具備本罪的洗錢故意？

對此，最高法院110年台上字第747號刑事判決表示：「……洗錢行為法文並無『明知』之要件，在解釋上自不能限於確定故意。是以洗錢防制法第2條所指之『特定犯罪』（修法前稱前置犯罪），並非一般洗錢罪之客觀構成要件，性質上應屬學理所稱之『客觀處罰條件』，與該罪之不法內涵無涉，而屬限制刑罰事由，因此其行為人主觀並無認識不法所得確切聯絡之特定犯罪為何之必要，甚至行為時，亦不需特定犯罪已經發生，只需最終存在而取得聯結即足。則同法第2條第2款之洗錢行為，指行為人有掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益之客觀行為，主觀亦有明知或預見其行為將掩飾或隱匿犯罪所得，而有意使其發生或不違背其本意之確定故意或不確定故意，即為該當。⁹⁷」

本判決將「特定犯罪」定性為客觀處罰條件，在論證和推演上均有值得商榷之處。首先，本判決係從洗錢罪之主觀要件不限於確定故意，就立刻推論出「特定犯罪」屬於無關不法的客觀處罰條件，過於速斷。因為，洗錢罪之主觀要件不限於「明知」，僅能推論出包含確定故意與未必故意在內，但是無法立刻推論出行為人所應預見的對象不及於「特定犯罪」。行為人所處置之財產利益源自於「特定犯罪」，是否為洗錢故意的認識對象，取決於其為不法構成要件要素或客觀處罰條件，我們必須依據洗錢罪之保護法益，判斷此一要素是否

97

相同意旨：最高法院110年台上字第2659號刑事判決、最高法院109年台上字第5354號刑事判決、最高法院109年台上字第3117號刑事判決、最高法院109年台上字第3116號刑事判決。

與洗錢行為之不法內涵有關。其次，本判決似乎還是認為，行為人主觀上應預見其掩飾或隱匿「犯罪所得」，只不過「並無認識不法所得確切聯絡之特定犯罪為何之必要」。然而，假設「特定犯罪」如本判決所言屬於客觀處罰條件，邏輯一貫的結果應該是，只要客觀上系爭財產利益來自該條所列犯罪，行為人不但未必認識系爭財產利益來自於第3條所列舉的犯罪，甚至即使誤以為系爭財產利益來自合法行為，仍然可以成立本罪。因此，從判決的字面敘述來看，不易確定其真正意思為何。

本文認為，洗錢罪的「特定犯罪」性質應是不法構成要件要素。立法院在二〇一六年底修正洗錢防制法，新法之立法目的為「為防制洗錢，打擊犯罪，健全防制洗錢體系，穩定金融秩序，促進金流之透明，強化國際合作」，洗錢罪之構成要件及法律效果亦隨之調整。洗錢罪的保護法益，在舊法時期相當一致地被認為是保護國家司法權，但是在新法時期，學說意見紛陳，從穩定金融秩序、保護國家司法權、保全國家沒收犯罪所得之請求權到保護前置犯罪之法益等，各種排列組合皆有⁹⁸。不過無論是何種觀點，如果財產利益不是源自於洗錢防制法第3條之列舉犯罪，掩飾隱匿此種財產利益的行為，可能根本不會侵害上述法益，或者對上述法益的侵害尚未達到立法者認定值得處罰的程度。因此，「特定犯罪」要素是建構洗錢罪不法內涵的必要條件，而不是不法與罪責之外所附加的限制犯罪成立要件。「特定犯罪」屬於不法構成要件要素，行為人對於所處置之財產利益源自特定犯罪必須有所認識，始具備洗錢故意。不過，洗錢故意只要求行為人認識系爭財產利益源自於洗錢防制法第3條的「某一個」罪名，而

⁹⁸ 詳見古承宗，洗錢刑法的正當性依據——兼論當代刑事政策的變異，載犯罪、資恐與洗錢——如何有效追訴犯罪？，2017年8月，頁270-287；許恒達，評新修正洗錢犯罪及實務近期動向，國立臺灣大學法學論叢，第48卷特刊，2019年11月，頁1456-1462；薛智仁，2019年刑事法實務回顧：詐欺集團之洗錢罪責，國立臺灣大學法學論叢，第49卷特刊，2020年11月，頁1627-1636；林鈺雄，經濟刑法：第一講 普通洗錢罪之行為類型——評析洗防法第2條，月旦法學教室，第224期，2021年6月，頁37-41。

不要求精確認識系爭財產利益源自「特定罪名」。因此，若是財產利益源自A罪，行為人誤認財產利益源自B罪，只要A罪和B罪都是洗錢防制法第3條之列舉犯罪，此種誤認就不影響洗錢故意之成立。但是，如果行為人所誤認之B罪不是洗錢防制法第3條之列舉犯罪，或根本誤以為財產利益源自合法行為，此種誤認就會阻卻洗錢故意⁹⁹。如果立法者不能忍受此種行為不被處罰，則應考量增訂重大過失洗錢罪。

基於上述，本判決一方面將「特定犯罪」界定為客觀處罰條件，另一方面又要求行為人對於所處置之財產利益為「犯罪所得」有所預見，此一對洗錢罪的解釋適用並不妥適。但是，此一解釋是否導致行為人之處罰違反罪責原則，端視行為人在個案中是否預見所處置之財產利益源自特定犯罪而定，無法一概而論。

(二) 醉態駕駛罪之酒測值

立法院在一九九九年增訂刑法第185條之3醉態駕駛罪，處罰「因服用酒類、毒品或其他相類之物，不能安全駕駛而駕駛動力交通工具者」。實務在判斷服用酒類的駕駛人是否不能安全駕駛時，區分絕對與相對不能安全駕駛：呼氣酒精濃度達每公升0.55毫克或血液酒精濃度達0.011毫克者，一概認定為不能安全駕駛；呼氣酒精濃度達每公升0.25毫克或血液酒精濃度達0.005毫克以上者，應額外調查其他事實判斷是否達到不能安全駕駛。換言之，呼氣或酒精濃度的數值僅是認定不能安全駕駛的證據方法，而不是犯罪構成要件要素，行為人無須對之有所認識。然而，二〇一三年六月立法院修正同條第1項第1款如下：「駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金：一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點

⁹⁹

參考薛智仁，同前註，頁1642-1644。相同見解，許恒達，同前註，頁1469；許澤天，刑法分則（上冊），第3版，2021年2月，頁418。不同見解，李秉錡，分析洗錢罪之構成要件：兼評數則交付帳戶案件之判決，檢察新論，第24期，2018年8月，頁104-105。

二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點五以上。」依此，呼氣或血液酒測值成為犯罪構成要件要素，酒測值超標者一律被擬制為不能安全駕駛。問題是，行為人是否必須認識呼氣或血液酒測值，始具備醉態駕駛的故意？

對此，臺灣高等法院107年交上易字第265號刑事判決表示：「……至於體內酒精濃度之多寡，非經攔檢或就醫時之儀器檢測，一般人當無從知悉其數值高低，應非行為人主觀認知所及之範圍，為無關故意或過失之『客觀處罰條件』，當係立法者所欲規範之刑事不法行為限制其可罰範圍。故被告於行為時對於其吐氣中所含酒精濃度數值多寡未必認識，仍無礙於本罪之成立。¹⁰⁰」

儘管立法者將「吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點五以上」當成不能安全駕駛的標準，有過度擴張國家刑罰權的疑慮¹⁰¹。不過不可否認地，依據立法者的觀點，如果行為人的酒測值未達標，其駕駛動力交通工具的行為就不會危害他人的生命、身體。換言之，呼氣或血液酒測值超標，係建構駕駛行為危險性的條件，屬於不法構成要件要素，而不是客觀處罰條件。高等法院將此一要素定性為客觀處罰條件，主要是考量除非有儀器檢測，否則一般人無從知悉其數值高低。但是，因為一般人無從知悉酒測值高低，就推論其屬於客觀處罰條件，行為人對酒測值超標不必有故意過失，將會徹底忽視此一要素建構不法的實質意義。此種觀點在個案中可能導致，行為人自行使用酒測器確認酒測值未超標而上路，主觀上無法預見駕駛行為的危險性時，卻會因為客觀上酒測值超標就成立本罪，此一結果牴觸罪責原則。因此，酒測值超標被寫進犯罪成立要件後，酒測值超標就和「不能安全駕駛」一樣成為不法構成要件要

¹⁰⁰ 相同意旨之判決眾多，僅例示：臺灣高等法院109年交上易字第368號刑事判決、臺灣高等法院109年教上訴字第1號刑事判決、臺灣高等法院109年交上易字第17號刑事判決、臺灣高等法院108年教上訴字第228號刑事判決。相同學說見解，甘添貴，刑法各論（下），第4版，2015年5月，頁66。

¹⁰¹ 正確批評，許澤天，前揭註13，頁365；陳子平，前揭註13，頁102-103。

素，而不是單純的證據方法，醉態駕駛故意應以行為人認識酒測值超標為要件¹⁰²。

若是行為人必須預見酒測值超標始有醉態駕駛故意，實務上必須面對行為人不知酒測值的抗辯，判斷行為人有無故意就會變得更加困難，不過此一故意證明困難也不應該被無限上綱。因為，行為人可以透過媒體宣導獲知相關資訊，諸如飲用0.6瓶紅酒（酒精濃度12%，0.75L），或3.3瓶啤酒（酒精濃度5%，0.33L），呼氣酒測值就大約會超過0.25毫克¹⁰³。除了此種一般生活經驗之外，行為人知悉酒氣尚未散去、過去的酒駕紀錄等個別情狀，亦可作為推論其知悉酒測值超標的間接證據。當然，每個人所擁有的經驗知識不同，酒精更是會降低判斷能力，不得從上述間接證據過快推論行為人預見酒測值超標。無論如何，此一認定醉態駕駛故意的困難，實際上也就是法院在認定其他犯罪故意時所遭遇的困難，特別為了克服證明行為人認知酒測值超標的困難，就直接將此一要素定性為客觀處罰條件，並無正當理由。我們可以說，立法者為了簡化法律適用、降低醉態駕駛罪證明門檻，將酒測值超標直接寫進犯罪構成要件，此一故意認定困難是必須接受的代價。如果一方面接受立法者調降本罪的客觀門檻，另一方面又因為擔心故意證明困難，而將酒測值超標解釋為客觀處罰條件，反而是在立法者不當擴張刑罰權的同時，對行為人落井下石。此一問題的合理解決之道，應該在於修法增訂過失醉態駕駛罪¹⁰⁴。

¹⁰² 同此見解，王皇玉，2013年刑事法發展回顧——酒駕與肇逃之立法與實務判決，國立臺灣大學法學論叢，第43卷特刊，2014年11月，頁1245；王皇玉，前揭註37，頁159；盧映潔，刑法分則新論，第17版，2021年8月，頁237。不同於此，部分文獻主張行為人應該認識「不能安全駕駛」，但不必認識酒測值超標，參考許澤天，前揭註13，頁367；陳子平，前揭註13，頁114-115；古承宗，論不能安全駕駛罪之解釋與適用——以刑法第185條之3第1項第1款為中心，刑事政策與犯罪防治研究專刊，第22期，2019年9月，頁11。

¹⁰³ 相關資訊，葉懿德，才喝幾杯沒關係？錯！3罐啤酒下肚肇事率就加倍，康健雜誌，2018年12月24日，<https://www.commonhealth.com.tw/article/78651>，造訪日期：2021年11月7日。

¹⁰⁴ 參考許澤天，前揭註13，頁367-368。

基於上述，本判決將「酒測值超標」解釋為客觀處罰條件，顯示實務欠缺對本罪不法內涵的正確認識，或至少太快對於故意的證明困難妥協。在行為人無法預見酒測值超標時，此一解釋將牴觸罪責原則。

三、客觀加重處罰條件：金融刑法之1億元條款

銀行法第125條第1項規定：「犯第二十九條第一項規定者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」此係非法經營銀行業務罪，違法吸金及地下匯兌均依此規定處罰。問題是，本罪以犯罪所得達新臺幣1億元以上作為加重刑罰事由，是否以行為人預見犯罪所得1億元以上為適用要件？

臺灣高等法院109年金上重訴字第17號刑事判決表示：「銀行法第125條第1項後段……係對於非法經營銀行業務者『犯罪所得愈高，對社會金融秩序之危害影響愈大』，而就其資金規模達1億元以上者，所為『加重處罰條件』之立法評價。其加重處罰之意義，在於行為人違法吸金等犯罪所發生之客觀結果，亦即由法律擬制一定之犯罪所得金額，作為客觀加重處罰條件，與行為人主觀之惡性無關；故行為人對於該罪關於『犯罪所得金額達1億元以上』之要件，是否具有故意或認識（即預見），並不影響該罪之成立，此觀107年1月31日修正公布、同年2月2日施行之銀行法第125條第1項之立法理由特意揭櫫上旨即明……」。

本判決將1億元條款定性為「客觀加重處罰條件¹⁰⁵」，與部分學

¹⁰⁵

此一用語首次出現在最高法院101年台上字第1857號刑事判決，其將證券交易法第171條第2項之1億元條款定性為客觀加重處罰條件。最高法院目前對於銀行法第125條第1項後段的1億元條款，通常稱之為「加重處罰條件」，並且強調「加重處罰條件」的犯罪所得不同於「沒收範圍」的犯罪所得，參考最高法院110年台上字第2917號刑事判決、最高法院110年台上字第5134號刑事判決。最高法院在省略「客觀」的形容詞之後，「加重處罰條件」是否屬於行

說主張之「加重量刑條件¹⁰⁶」或「客觀處罰條件¹⁰⁷」一樣，不以行為人預見犯罪所得1億元為適用前提，目的在於增強對金融犯罪的嚇阻效力。從金融犯罪的行為人通常會對於犯罪利弊進行理性計算來說，以客觀上獲利1億元加重刑罰或許能降低犯罪的誘因，但是，刑罰並不能成為毫無節制地追求犯罪預防目的的工具，而是自始就受到罪責原則的節制。如果獲利1億元被認定是提升金融犯罪法益侵害程度的因素，行為人對於此一加重不法的事實應至少有預見可能性，始能符合罪責原則。理論上，行為人造成法益侵害和其不法獲利之間並不當然有正相關，例如一個殺人行為人可能沒有拿到任何報酬，一個公然侮辱行為人卻可能收受大筆報酬，因此不法獲利愈高，不等於犯罪的不法內涵愈高。同理，非法經營銀行業務罪的不法內涵在於其規避申設銀行的國家金融監理機制，違法吸金或地下匯兌所經手的金錢多寡與其行為的不法內涵也不當然有正相關，1億元條款作為加重刑罰的理由，其正當性值得懷疑¹⁰⁸。然而，如果立法者認為規避國家金融監理機制的危險程度難以實測，因而以犯罪所得多寡作為法益危害程度的具體指標，將1億元條款的正當性建立在「犯罪所得愈高，對社會金融秩序之危害影響愈大」的基礎上，那麼不法獲利的數額就是提升行為不法內涵的加重構成要件要素，而不是與行為不法內涵無關的客觀加重處罰條件或加重量刑要件。既然如此，基於罪責原則的要求，

為人應該預見的對象，難以判斷其意思。

¹⁰⁶ 林鈺雄，違法吸金罪之一億元條款及犯罪所得沒收，月旦刑事法評論，第1期，2016年6月，頁9。

¹⁰⁷ 陳彥良，內線交易犯罪所得計算爭議研析——最高法院98年度台上字第4800號判決，月旦法學雜誌，第188期，2011年1月，頁215。從概念上來說，客觀處罰條件的功能是決定犯罪是否成立，而非決定是否加重刑罰，故將此一要件稱為客觀處罰條件並不妥適。不過，從其真正用意是在強調此一要件不適用故意過失來說，實質意義應該是等同於客觀加重處罰條件。

¹⁰⁸ 亦可參考許澤天，前揭註99，頁340-341。廢除此一條款之呼聲，參考林鈺雄，前揭註106，頁12；江朝聖，檢視以一億元犯罪所得加重法定性之適當性與修法建議——以證券交易法第171條與銀行法第125條為中心，華岡法粹，第65期，2018年12月，頁119-124。

如果行為人對於獲利1億元以上欠缺預見可能性，就不得適用此一加重規定。銀行法修法時的立法理由，雖然已經表明行為人不必對獲利1億元有「故意」或「預見」，但是並未明確反對行為人應對獲利1億元有「預見可能性」，法條文義更是保有如此解釋的空間。因此，此一立法理由並不能阻止法院依據罪責原則對於此一要素進行合憲性解釋，也就是行為人至少應該對於獲利1億元有預見可能性，始能適用此一加重規定¹⁰⁹。據此，本判決將獲利1億元條款定性為「客觀加重處罰條件」，係違反罪責原則。

四、結果加重犯

刑法第17條規定：「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之。」係結果加重犯的適用要件。依此規定，傷害致死罪（刑法第277條第2項）之成立，以行為人實施故意傷害行為，客觀上導致死亡結果，且行為人對死亡結果有預見可能性為要件。問題是，所謂行為人對於死亡結果之「預見可能性」的意思是什麼？

對此，最高法院47年台上字第920號刑事判例表示：「所謂能預見乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同，若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍。」自此成為支配實務的鐵律，後續判決至多是進一步闡述「客觀不能預見」的內涵。例如，最高法院104年台上字第657號刑事判決表示：「此所稱『客觀不能預見』，係指一般人於事後，以客觀第三人之立場，觀察行為人當時對於加重結果之發生不可能預見而言，惟既在法律上判斷行為人對加重結果之發生應否負加重之刑責，而非行為人主觀上有無預見之問題，自不限於行為人當時自己之視野，而應以事後第三人

¹⁰⁹ 參考薛智仁，非法經營銀行業務罪之犯罪所得（下）——兼論犯罪所得沒收之分析架構，月旦法學教室，第150期，2015年4月，頁64；林琬珊，銀行法第125條違法吸收資金之行為態樣與保護法益——兼論利得金額與加重處罰之性質，載經濟刑法的在地實踐，2021年12月，頁127-128（出資返還請求權或存款債權難以實現的危險性提高）。

客觀立場，觀察行為前後客觀存在之一般情形（如傷害行為造成之傷勢及被害人之行為、身體狀況、他人之行為、當時環境及其他事故等外在條件），基於法律規範保障法益，課以行為人加重刑責之宗旨，綜合判斷之。申言之，傷害行為對加重結果（死亡或重傷）造成之危險，如在具體個案上，基於自然科學之基礎，依一般生活經驗法則，其危險已達相當之程度，且與個別外在條件具有結合之必然性，客觀上已足以造成加重結果之發生，在刑法評價上有課以加重刑責之必要性，以充分保護人之身體、健康及生命法益。即傷害行為與該外在條件，事後以客觀立場一體觀察，對於加重結果之發生已具有相當性及必然性，而非偶發事故，須加以刑事處罰，始能落實法益之保障，則該加重結果之發生，客觀上自非無預見可能性。」

此一實務鐵律違反罪責原則，已迭遭學說批評¹¹⁰。實務以基本行為與加重結果之間具備「因果關係」與「預見可能性」為適用要件，看起來是對結果加重犯設定雙重的適用限制。然而，實務在判斷行為與結果之間有無「相當因果關係」時，係以「依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果¹¹¹」為標準；而在判斷行為人對加重結果有無「預見可能性」時，又是「依一般生活經驗法則，其危險已達相當之程度，且與個別外在條件具有結合之必然性，客觀上已足以造成加重結果」為標準。由此可知，結果加重犯之所謂「因果關係」與「預見可能性」雙重適用要件，其實質內涵幾無分別，只要確定基本行為與加重結果之間有「相當因果關係」，就

¹¹⁰ 參考許澤天，前揭註25，頁533；黃常仁，刑法總論——邏輯分析與體系論證，第2版，2009年1月，頁137；林山田，刑法通論（下），第10版，2008年1月，頁215-216；陳子平，刑法總論，第4版，2017年9月，頁387-388；蔡蕙芳，傷害致死罪之適用——最高法院判例與判決之評釋，台灣本土法學雜誌，第61期，2004年8月，頁58-62；徐育安，加重結果犯判決回顧，台灣本土法學雜誌，第91期，2007年2月，頁163-164。

¹¹¹ 最高法院76年台上字第192號刑事判例。

自動確定行為人對加重結果有「預見可能性」¹¹²。然而，罪責原則要求犯罪以行為人對於行為之不法有故意或過失為要件，「過失」的內涵在法釋義學上尚有爭議，但是行為人必須對於構成要件之實現有「主觀預見可能性」，則屬定論。如果行為人在客觀上導致死亡結果，依其個人能力卻無法預見死亡結果出現，死亡結果對他而言就是一個無法避免的意外，不得被視為行為人自我負責的結果。儘管在大多數情況底下，行為人擁有與其他人共通的生活經驗，在一般人可得預見加重結果發生時，行為人也有能力預見加重結果發生。但是，行為人也可能因為知識經驗不足或某些特殊心理因素，導致行為時其無法預見一般人可得預見的加重結果，對於此一依其個人能力無法預見的加重結果，不得令其負刑事責任。因此，從罪責原則的角度來說，刑法第17條對於加重結果犯之適用要件，係指行為人對於加重結果有主觀預見可能性，也唯有如此，才可能讓「不能預見其發生」具有獨立於客觀不法要件以外的獨立意義。

值得注意的是，上述學說檢討在近年來局部地鬆動了實務鐵律。例如最高法院105年台上字第2537號刑事判決表示：「以傷害致人於死罪為例，非謂有傷害之行為及生死亡結果即能成立，必須傷害之行為隱藏特有之危險，因而產生死亡之結果，兩者間有相當因果關係。且該加重結果客觀上可能預見，行為人主觀上有注意之義務能預見而未預見，亦即就加重結果之發生有過失，方能構成。良以傷害致人於死罪與傷害罪之刑度相差甚大，不能徒以客觀上可能預見，即科以該罪，必也其主觀上有未預見之過失（但如主觀上有預見，則構成殺人罪），始克相當，以符合罪刑相當原則。」此一見解採納了學說主張之主觀預見可能性標準，所持理由為傷害罪與傷害致死罪之刑度差距很大，應以行為人主觀上可能預見死亡結果為必要，始符合罪刑相當原則。此一說理與本文略有不同，係考量在行為人主觀上不可預見死亡結果時，行為之不法程度僅限於實現故意傷害，若令行為人承擔

¹¹² 相同批評已見，徐育安，前揭註110，頁162。

傷害致死罪的刑罰，將顯得不成比例，在結論上亦屬合理。

然而，單純正確地以行為人對加重結果之主觀可預見性作為結果加重犯的適用要件，並不當然就能夠滿足罪刑相當性的要求。理由在於，立法者針對特定基本犯罪導致死亡或重傷結果時制定結果加重犯，並非單純地將基本犯罪與過失致死罪或過失致重傷罪結合在一起，而是同時大幅提升其法定刑至貼近殺人罪或重傷罪的程度。如果立法者沒有規定結果加重犯，行為人至多是依據基本犯罪與過失致死罪或過失致重傷罪之想像競合（刑法第55條）從一重處斷，其刑度不會超過重罪之法定刑上限。舉例而言，在傷害致死的案件，若是行為人適用傷害罪（刑法第277條第1項）與過失致死罪（刑法第276條），從一重處斷的結果至多是適用五年以下有期徒刑，傷害致死罪（刑法第277條第2項）之法定刑卻是無期徒刑或七年以上有期徒刑。依據罪刑相對均衡原則，在不同犯罪之間，犯行情節愈重大者，刑罰程度就愈高。由此觀之，若是傷害致死罪僅止於傷害罪與過失致死罪的結合，而不具備特殊的不法或罪責內涵，將難以解釋其為何不適用想像競合的法律效果，而是適用貼近殺人罪的高度法定刑。因此，在尊重立法者僅選擇特定罪名制定結果加重犯的前提底下，結果加重犯的適用範圍必須更進一步限縮在不法程度高於基本犯罪與過失致死罪或過失致重傷罪單純結合的情形，始能符合罪刑相對均衡的要求。

對此，學說陸續提出各種限縮結果加重犯的適用建議，有從客觀上要求加重結果必須實現自基本犯罪之特殊危險者¹¹³，也有從主觀上要求行為人對加重結果有重大過失者¹¹⁴。此一學說發展，最近也受到

¹¹³ 參考林山田，前揭註110，頁210-211；許澤天，前揭註25，頁534-535；林鈺雄，前揭註37，頁98-99。此亦為德國實務與學說之主流見解，僅參考Renzikowski, a.a.O. (Fn. 87), § 18 Rn. 9 ff.; Joachim Vogel/Jens Bülte, in: Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 13. Aufl., 2020, § 18 Rn. 35 ff.

¹¹⁴ 黃榮堅，前揭註76，頁402-403；蔡聖偉，從刑總法理檢視分則的立法，載刑法問題研究(-)，2008年7月，頁441-442；薛智仁，展望未來的刑事立法政策？

最高法院少數判決所採納。最高法院109年台上字第2948號刑事判決表示：「刑法第17條之加重結果犯，係結合故意之基本犯罪與過失之加重結果犯罪之特別加重規定。亦即，因行為人故意實行特定的基本犯行後，另發生過失之加重結果，且兩者間具有特殊不法內涵的直接關聯性，故立法者明定特殊犯罪類型之加重規定，予以提高刑責加重其處罰。職是，故意之基本犯行以及所發生死亡結果之間，除具有因果關係及客觀歸責，該當過失犯一般要件外，另必須存在『特殊之危險關係』，始足當之。」此一判決限縮結果加重犯的成立範圍，固然值得肯定，不過「特殊之危險關係」能否建構結果加重犯的特殊不法內涵，以實質達成罪刑相對均衡的關係，仍有商榷餘地。因為，此一德國通說所提出的限縮解釋，其基本假設乃是立法者選擇特別容易引起死亡或重傷結果之基本犯罪而制定結果加重犯，故其適用範圍限於加重結果實現自基本犯罪之特殊危險的情況。此種觀點卻不無疑義：一方面，從特別危險的放火罪並無結果加重犯，並不特別危險的強盜罪¹¹⁵卻有結果加重犯來看，我們無法確定立法者是否以基本犯罪有無特殊危險性作為制定結果加重犯的判斷標準；另一方面，基本犯罪有導致死亡或重傷結果的特殊危險性，僅代表統計上發生加重結果的機率比較高，此一統計上的事實如何推論出加重結果的不法程度隨之提高，尚待學說釐清¹¹⁶。相對地，部分學說以行為人對加重結果有

(上)——評2017年之法務部刑法修正草案，月旦法學教室，第177期，2017年7月，頁68-69。德國少數文獻支持此說，Hans-Ullrich Paeffgen, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 5. Aufl., 2017, § 18 Rn. 44 ff.; Carl-Friedrich Stuckenberg, Körperverletzung mit Todesfolge bei Exzeß des Mittäters, in: Michael Pawlik/Rainer Zaczek (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 693 (703).

¹¹⁵ Joachim Vogel, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 8, 12. Aufl., 2010, Vor §§ 249 ff. Rn. 24.

¹¹⁶ 參考黃榮堅，犯罪的結合與競合，載刑法問題與利益思考，1995年6月，頁506-508；薛智仁，前揭註114，頁68。

重大過失作為限縮解釋的方法，反而可以凸顯結果加重犯的主觀不法程度接近於殺人罪或重傷罪，並且有別於基本犯罪與過失致死罪或過失致重傷罪的單純結合，以至於其法律效果介在二者之間。從這個角度來說，基本犯罪客觀上具有導致加重結果的特殊危險性，只能代表行為人通常對於加重結果的發生有重大過失，但不能百分之百擔保行為人的主觀不法一定特別重大。因此，以基本犯罪與加重結果有特殊危險關係限縮適用結果加重犯，或許已經能夠滿足罪刑相對均衡原則的要求，但是要求行為人對於加重結果有重大過失，應是更能貫徹罪刑相對均衡原則的限縮解釋方法。

肆、比例原則

刑事法院諭知有罪科刑的裁判，依據裁判內容的不同，對被告可能構成一般人格權、一般行為自由及其他基本權利之干預。由於基本權利之古典功能是在防禦國家對人民基本權利之侵害，國家機關直接受基本權利之拘束，故刑事法院作成有罪科刑的裁判時，對於基本權利之干預亦必須遵守比例原則。刑事裁判對於基本權利之干預違反比例原則，其原因可能是所適用之刑法規範自始就違反比例原則，也可能是所適用之刑法規範符合比例原則，但是個案適用的結果違反比例原則。若是法官確信所適用之刑法規範違憲，應停止審判並聲請釋憲；若是法官並未確信所適用之刑法規範違憲，則應該透過法律解釋的途徑避免違反比例原則地干預被告的基本權利。以下區分「有罪判決」與「刑事制裁」兩種類型進行分析。

一、有罪判決

(一) 基本原則

刑事裁判之有罪宣告，係宣告被告之行為成立犯罪，此一有罪宣告將「禁止實施特定行為」之行為規範具體化，構成對被告的一般行為自由或其他自由基本權的干預。依此，如果有罪宣告所具體化之行

為規範，係禁止被告實施某一個在基本權利保障範圍內的行為，有罪宣告必須符合比例原則：追求正當之公益目的、手段符合適當性、必要性與狹義合比例性。例如，新聞記者報導某名人因為酒駕遭法院判刑的真實消息，此一行為雖然侵害他人名譽，卻屬於新聞自由（憲法第11條）¹¹⁷所保障的報導行為，若是判決新聞記者成立誹謗罪（刑法第310條），對其新聞自由之干預將違反比例原則。問題是，在刑法解釋上如何避免有罪判決違反比例原則？

對此，似乎不論透過何種刑法釋義學概念，只要結果上阻卻犯罪成立，均可避免違憲干預被告的一般行為自由或其他自由基本權。以前述的記者報導為例，法院在現行法底下，固然可以直接適用刑法第311條第4款「對於中央及地方之議會或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者」阻卻誹謗行為之違法性；但是，假如沒有刑法第311條，法院也可以認定其報導行為構成違法的誹謗行為，僅因為受新聞自由保障而免除罪責，結論上也是阻卻犯罪成立。不過，被告行使基本權的行為自始被憲法所許可，若是刑法將其評價為不法行為，將會違反憲法優位性及法秩序一體性。不僅如此，如果行使基本權的行為構成不法行為，他人便可以對於行為人行使正當防衛權（刑法第23條），採取必要手段阻止其行使基本權¹¹⁸；如果他人鼓勵或協助行為人實現基本權，在刑法上將因為教唆或幫助他人之不法行為而成立共犯¹¹⁹。上述後果，若非直接嚇阻行為人行使基本權，就是阻止行為人

¹¹⁷ 司法院釋字第689號解釋：「為確保新聞媒體能提供具新聞價值之多元資訊，促進資訊充分流通，滿足人民知的權利，形成公共意見與表達公共監督，以維持民主多元社會正常發展，新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第11條所保障。」

¹¹⁸ 附帶一提的是，對於免除罪責之不法侵害，通說認為防衛手段應受社會倫理限制，少數說認為只能適用緊急避難阻卻不法。但無論如何，如果行使基本權的行為被評價為無責的不法侵害，都會產生容許他人阻止其行使基本權的後果。

¹¹⁹ Vgl. Heiner Christian Schmidt, Grundrechte als Verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 2008, S. 141 ff.

藉助他人實現基本權，根本上架空憲法的基本權保障。由此觀之，若是有罪判決可能構成對於被告基本權利之違憲干預，在刑法解釋上不得單純免除其罪責，而是應該承認阻卻不法的效力。至於是在構成要件該當性或是違法性層次阻卻不法，則是純屬刑法解釋層次的問題。

在構成要件的層次上，法院得透過目的性解釋、合憲性解釋或基本權導向解釋等方式，限縮構成要件之適用範圍，避免有罪判決對於被告的一般行為自由或其他自由權利的干預違反比例原則¹²⁰。例如，對於刑法第277條傷害罪之「傷害人之身體或健康」，刑法學說通常將其定義為「對他人身體完整性或身體安適性造成非輕微的不利影響」及「非屬輕微的引發偏離身體通常功能的不利狀態（疾病），或使該狀態變得更加嚴重」¹²¹，造成輕微抓痕或些許頭髮脫落的行為自始被排除在傷害構成要件之外。此一輕微性原則（Bagatellprinzip）對於傷害概念的限縮解釋，正是出於比例原則的考量：若是造成輕微抓痕或些許頭髮脫落的行為被宣告有罪，固然有助於實現傷害罪保護個人身體健康的目的，不排除其預防效力高於其他國家手段而符合必要性，但是此一有罪宣告所能達成的保護效果極微，對被告所造成的一般行為自由及名譽損害顯得不成比例¹²²。又如，刑法第309條公然侮辱罪之「侮辱」概念，係指透過傳達自己的蔑視、貶低或不尊重而侵害他人名譽¹²³，行為人的陳述有無貶低或不尊重他人的涵義，必須從陳述的字義出發，考量全部的附隨情狀，以領受該陳述的無偏頗理性第三人角度，探求其於特定脈絡下的客觀意涵¹²⁴。為了有效保護言論自由或藝術自由，對於侮辱概念必須作嚴格解釋，尤其在一個陳述具有多重涵義時，只要有解讀為不成立蔑視的合理依據，就不成立侮

¹²⁰ Kaspar, a.a.O. (Fn. 92), S. 523 ff.

¹²¹ 上述定義，參考許澤天，前揭註13，頁133、135。

¹²² Vgl. Schmidt, a.a.O. (Fn. 119), S. 168; Kaspar, a.a.O. (Fn. 92), S. 524.

¹²³ Karsten-Gaede, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2020, § 185 Rn. 3.

¹²⁴ Gaede, a.a.O., § 185 Rn. 8.

辱¹²⁵。換言之，法院必須探討系爭陳述內容可能的所有涵義，並且有說服力地排除那些不成立蔑視的解讀可能性，僅在有特別理由時，才依據成立蔑視的解讀可能性論罪¹²⁶。

如果沒有限縮解釋構成要件的空間，法院得在違法性層次上尋求保障基本權的解釋可能性。因為，阻卻違法事由和犯罪構成要件一樣，皆是決定刑罰所擔保之行為規範射程的因素，透過擴大阻卻違法事由之適用範圍，亦可達成避免有罪判決違憲干預基本權的效果。本文認為，其具體作法有二：

第一種可能性是在適用法定阻卻違法事由時，考量憲法保障基本權的觀點。最顯著的例子就是刑法第311條之特殊阻卻違法事由，其所列舉之各項善意發表言論之事由，含有諸多需要價值補充的不確定法律概念，例如「適當之評論」或「適當之載述」等阻卻違法要素，需要透過均衡考量言論自由及人格權保障，始能確定其概念射程¹²⁷。除此之外，法院也可以在適用一般的法定阻卻違法事由時，考量基本權保障的觀點。例如，刑法第24條之阻卻違法緊急避難，係以避難行為保全優越利益為適用要件，若是避難行為同時是在行使基本權，法院可以在利益權衡時，將所實現的基本權當成避難行為所保全的利益，因而擴大阻卻違法緊急避難之適用範圍¹²⁸。我國學說及實務甚至更進一步認為，在公民不服從的情形，行為人為了保全重大公共利益或憲政秩序，得類推適用刑法第24條之阻卻違法緊急避難。最高法院109年台上字第3695號刑事判決亦表示：「……本於法律體系之一貫性、憲法保障基本權利的意旨及維護自由民主憲政秩序的重要性，其實質違法性、罪責之認定，應比照個人法益之緊急避難進行利益衡量，於符合存在急迫的危難情況，行為人主觀上具有救助之意

¹²⁵ 許澤天，前揭註13，頁273。

¹²⁶ Gaede, a.a.O. (Fn. 123), § 185 Rn. 9.

¹²⁷ 參考許澤天，前揭註13，頁294-296。

¹²⁸ 參考Kaspar, a.a.O. (Fn. 92), S. 543.

思，避難行為係出於不得已（即合於必要性及利益權衡）之要件時，基於有利行為人，而類推適用緊急避難之規定阻卻違法，或於行為人使用超過必要性或不符合利益權衡的避難手段時，類推適用避難過當之規定減免其刑責，以彌補法定阻卻違法、罪責事由之不足。¹²⁹」

第二種可能性是直接適用憲法基本權條款為阻卻違法事由。憲法基本權條款作為阻卻違法事由的必要性在於，正當防衛及緊急避難等緊急權限阻卻違法事由，係以發生國家無法及時防範之緊急情狀為適用前提，僅在有效防止個人利益或權益侵害之必要範圍內，個人始得合法侵害他人權利。緊急權限之阻卻違法事由架構，固然部分容許個人行使基本權的行為，但是在欠缺國家無法防範的緊急情狀，個人也無法有效防止個人利益或權益被侵害時，即使其屬於行使基本權的行為，也無法訴諸緊急權限之阻卻違法事由而被合法化。舉例而言，318運動之占領立法院，雖然是為了阻止服貿協議之政經效應及違法審查服貿協議所彰顯的民主危機而起，但是其實並非避難的最後手段¹³⁰。儘管如此，這無損於占領行動集體表達對於服貿協議與總統濫權的批判聲音，喚起全國各界關注此一議題的民主價值，屬於言論自由與集會自由所保障的對象。因此，為了在刑法體系內貫徹保障基本權之憲法意旨，有必要承認憲法基本權條款為阻卻違法事由。學說上對此所提出之反對理由，諸如必須透過刑法「媒介」考量基本權保障意旨、基本權保障內涵欠缺明確性、刑事法院將僭越立法者與憲法法

¹²⁹ 學說見解，參考林鈺雄，公民抗爭與不服從運動的刑法評價——兼評318運動的占領議場行為，月旦法學雜誌，第230期，2014年7月，頁119-139；林鈺雄，基於憲法及公約之類似緊急避難——初探公民抗爭運動的刑法評價平台，台灣法學雜誌，第247期，2014年5月，頁99-122。類似見解，黃常仁，理路何處尋——學生攻占立法院的正當性，台灣法學雜誌，第247期，2014年5月，頁1-2；Mathis Bönnte, Ziviler Ungehorsam und Klimanotstand, HRRS 2021, S. 164 ff.

¹³⁰ 詳見薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，第17期，2015年9月，頁161-162；薛智仁，刑法、基本權與公民不服從，中研院法學期刊，第19期，2016年9月，頁235-243。

院之權限等，並無說服力¹³¹。據此，若是有罪判決對於被告之一般行為自由或其他自由權利之干預違反比例原則，卻又無法透過限縮解釋構成要件及適用法定阻卻違法事由予以排除，法院則應直接訴諸憲法基本權條款阻卻違法性。

對於直接援引基本權條款判斷行為的違法性，我國實務有擴大適用的趨勢，值得肯定。刑事法院在妨害名譽罪章，或許受到釋字第509號解釋之影響，很早就習於援引「言論自由」詮釋同條第3項「能證明其為真實」及第311條各款之「善意發表言論」¹³²；在刑法第315條之1無故竊錄罪，亦直接訴諸「新聞自由」判斷系爭行為是否符合「無故」要素。例如，最高法院104年台上字第1227號刑事判決表示：「刑法上開規定固未設有因保障新聞自由而得阻卻違法之規定，然基於憲法之最高性以及法秩序一致性之法理，法律之適用仍應合乎憲法意旨，以避免在特定之具體事實下，憲法一方面保障新聞自由，刑法卻以刑罰就憲法保障之行為予以處罰。但新聞自由並非毫無限制之絕對性權利，當憲法保障之新聞自由與隱私權之間產生衝突時，必

¹³¹ 詳見薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，同前註，頁168-178；陳志輝，以言論自由作為阻卻違法事由——台南地院103易373判決，台灣法學雜誌，第255期，2014年9月，頁176-178。此一觀點在德國文獻上也逐漸普遍，例如 Schmidt, a.a.O. (Fn. 119), S. 91 ff.; Kaspar, a.a.O. (Fn. 92), S. 544 ff., 552 ff.; Kühl, a.a.O. (Fn. 44), § 9 Rn. 113 f.; Pierre Hauck, in: Klaus Leipold/Michael Tsambikakis/Mark A. Zöller (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl., 2019, Vor § 32 Rn. 29 f.; Norbert Kissel, *Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB*, 1996, S. 191 ff.; Philipp Waltke, *Kunst und öffentlicher Frieden – Strafbefreiung durch Grundrechte?*, 2021, S. 97 ff.; Christian Brand/Moritz Winter, *Grundrechte als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe*, JuS 2021, S. 113 (114 ff.); Brian Valerius, *Übungsklausur – Strafrecht: Der Untergang Babylons (Offenbarung 18) – Grundrechte als Rechtfertigungsgrund*, JuS 2007, S. 1105 (1106 f., 1108 f.); Thomas Rönnau, in: Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 3, 13. Aufl., 2019, Vor § § 32 ff. Rn. 139.

¹³² 相關裁判例示，參考廖元豪，以憲法之表現自由處理「公民不服從」爭議——評薛智仁教授之〈刑法觀點下的公民不服從〉一文，中研院法學期刊，第19期，2016年9月，頁214-217。

然有一方之權利主張必須退讓，並進一步依憲法對各基本權保護要求之整體價值秩序，具體衡量案件中新聞自由、隱私權之法益與相對之基本權限制，據以決定上開法律之解釋適用，以取得相衝突基本權之最適調和與實踐。」最高法院近期進一步在欠缺任何「媒介」的刑法第354條普通毀損罪，透過言論自由及財產權的利益權衡決定其違法性。例如，最高法院110年台上字第2104號刑事判決表示：「如人民言論表達之自由，造成他人財產權受損害之結果，因而產生憲法上所保障言論自由、財產權等基本權衝突之問題……，即須透過進一步之價值衡量，以探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。至於限制基本權之刑法規定，亦須在憲法基本權之脈絡下進行解釋，以便將各自基本權所包含之價值意義考慮在內，並進行價值衡量，若行為人所保護之利益具有優越性，構成要件該當之行為因而被阻卻違法；反之，若行為人所欲保護之利益，不具有優越性，具有實質違法性，自不得主張該構成要件該當行為具有超法規阻卻違法事由而不成立犯罪。」至於個案的權衡結果是否妥適，則是另一個問題。

最後要說明的是，不論是在解釋犯罪構成要件或阻卻違法事由時考量憲法保障基本權的意旨，或是承認憲法基本權條款作為獨立的阻卻違法事由，都是明確訴諸憲法基本權保障，避免有罪判決所具體化的行為規範違反比例原則。但是，刑事法院在說理上未明白訴諸憲法的基本權保障者，並不等於就沒有避免行為規範對於基本權干預逾越比例原則的思考。刑法學說從啟蒙時期開始，不斷地發展、深化各種刑法釋義學概念，至今已經成為在刑法解釋適用時被普遍運用的工具，以避免國家濫用刑罰權而侵害人民權利，僅舉數例說明之。首先，依據法益保護原則，法官必須以系爭罪名之保護法益作為解釋犯罪構成要件的方針，被犯罪構成要件的文義所包含、但是實質上並未危害法益之行為，應被排除犯罪之成立。其次，依據可罰違法性理論，行為符合犯罪構成要件文義，但是危害法益的後果極為輕微，或是所採取之手段尚屬社會可容忍，而毋庸動用刑罰制裁者，亦應否定

其違法性¹³³。最後，依據中性幫助行為理論，若是對於他人犯罪有所幫助的行為，屬於社會認可的職業活動，具有社會相當性，並未逾越容許風險的程度者，不得被解釋為可罰的幫助行為¹³⁴。論其實際，這些刑法釋義學的概念，都是考量對一般行為自由或其他自由權利之干預應遵守比例原則，避免有罪判決對於被告基本權的違憲侵害，與直接訴諸基本權利有異曲同工的效果。對於有效控制有罪判決之合憲性而言，二者孰優孰劣尚有待進一步檢討¹³⁵，但可以確定的是，由於憲法並未指定在刑法解釋適用時如何落實基本權保障的路徑，法官運用上述刑法釋義學概念限縮犯罪成立，並非憲法上自始不被許可。相反地，運用上述刑法概念的解釋結果，只要沒有導致基本權干預違反比例原則，在憲法上即無可挑剔。

在說明刑事法院如何確保有罪判決對基本權之干預符合比例原則之後，本文接著藉助幾個重要的實務案例，說明上述觀點對於刑法解釋適用的可能影響。

(二)抽象危險犯之限縮解釋

抽象危險犯係指立法者預設符合構成要件的行為具有一般危險性，法官在個案中判斷是否有構成要件所描述的行為即可，無須額外認定有無危險¹³⁶。抽象危險犯可以減輕法院證明具體危險發生的困難，不待具體危險發生，即可介入處罰，被認為有強化一般預防的效

¹³³ 例如最高法院110年台非字第54號刑事判決。學說見解，甘添貴，可罰的違法性之理論，載刑法之重要理念，1996年6月，頁101-123。批評此一理論混淆違法性與不法概念，建議宜從刑事立法層面著手解決微罪問題者，林山田，前揭註37，頁310-312。


¹³⁴ 基本概念，許澤天，前揭註25，頁354-356。德國學說將之歸類為基本權導向解釋，參考Hans Kudlich, Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, JZ 2003, S. 127 (130 ff.). 此處相關之容許風險概念，甚至被視為比例原則之衡平性要件在刑法領域的具體化，具有憲法位階的效力，參考黃榮堅，從容許風險概念看和平內亂罪，載刑法問題與利益思考，1995年6月，頁235-244。

¹³⁵ 二者之比較，詳見Kaspar, a.a.O. (Fn. 92), S. 338 ff.

¹³⁶ 定義僅參考許澤天，前揭註25，頁61。

果，在現代風險社會中成為受歡迎的立法模式。然而，抽象危險犯也可能導致一個行為即使欠缺立法者所預設的危險性，仍然因為符合犯罪構成要件之描述而成立犯罪。此時，若是不對抽象危險犯進行限縮解釋，有罪判決對被告一般行為自由或其他自由權利之干預，就可能違反比例原則。理由是，抽象危險犯禁止構成要件描述的行為，目的是為了避免系爭行為對於法益的危險，如果從理性第三人和行為人的觀點來看，某個行為自始沒有危險性，國家禁止此一行為就是一個無法產生法益保護效果的手段，有罪判決之宣告欠缺有效性¹³⁷。因此，對抽象危險犯之限縮解釋，係避免有罪宣告違反比例原則之必要措施。

在抽象危險犯的保護法益明確時，對構成要件的限縮解釋被視為理所當然。例如，酒醉行為人啟動汽車引擎，但尚未移動汽車，或是單純以人力推動機車，是否構成刑法第185條之3醉態駕駛罪之「駕駛動力交通工具」？最高法院107年台上字第4254號刑事判決表示：「刑法第185條之3所謂之酒醉不能安全駕駛罪，所保護之法益，乃維護道路交通安全與順暢運作，藉由抽象危險犯之構成要件，以刑罰制裁力量嚇阻酒後駕車之行為，進而確保參與道路往來人車之安全。其條文中所謂『駕駛』行為，係指行為人有移動交通工具之意思，並在其控制或操控下而移動動力交通工具。故若行為人已酒醉僅為休息、檢查、修理、收拾或取物而上車，然無使車輛移動之意思，縱已啟動引擎，因不致引發交通往來危險，即難以酒醉不能安全駕駛罪相繩。」本判決依據保護交通安全之立法意旨，認定駕駛行為的危險性以動力交通工具處於移動狀態為最低要件，因而將單純啟動引擎、但未使車輛移動之行為排除在「駕駛」概念之外，正是在落實手段有效性原則。因為，如果駕駛行為在客觀上與主觀上都不影響交通安全，對於此一行為模式的處罰根本無法達成維護交通安全的目的。

 元照出版提供 請勿公開散布

¹³⁷ Vgl. Kaspar, a.a.O. (Fn. 92), S. 573 f.

的¹³⁸。換言之，如果法院不依據行為對交通安全的危險性觀點限縮解釋「駕駛」概念，反而會使系爭有罪判決因為違反手段有效性而違憲。

然而，在抽象危險犯的保護法益不明確時，對構成要件能否進行限縮解釋，則是備受爭議。例如，食品衛生安全管理法第15條第1項規定：「食品或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：七、攙偽或假冒。」第49條第1項規定：「有第十五條……第七款……行為者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金。情節輕微者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣八百萬元以下罰金。」在富味鄉混油案，負責人為了降低生產成本，在製造黑芝麻油的過程中加入低價的黃麻油及特黑油，卻將產品成分標示為「百分之百純黑芝麻油」加以販售，致使許多公司誤認成分而購買之。具有高度爭議性的是，是否應該對本罪限縮解釋，排除此種確定不危害人體健康的食品攙偽假冒行為？

對此問題，學說眾說紛紜，大致上有三種見解。第一種見解主張，本罪保護消費者的健康，「攙偽假冒」應被限縮解釋為所添加的物質足以引發人體健康危害，不包含低價混充高價等情形¹³⁹。第二種見解主張，本罪不僅保護人體健康，還包括了消費者資訊權（知情選

¹³⁸ 學說方向相同，參考王皇玉，不能安全駕駛罪之「駕駛」，月旦法學教室，第153期，2015年7月，頁66；蔡聖偉，刑法第185條之3的「駕駛」行為——評台灣新北地方法院104年度審交簡字第150號刑事判決，台灣法學雜誌，第292期，2016年3月，頁186；許澤天，前揭註13，頁360。

¹³⁹ 參考蕭宏宜，摻偽假冒的刑事爭議問題，台灣法學雜誌，第242期，2014年2月，頁70-73；謝煜偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，第1期，2016年6月，頁85-89；許恒達，食品安全衛生管理法刑事責任之檢討——以強冠劣油案為中心，載食品安全與司法救濟，2020年2月，頁181-190。類似看法「保護食品健康安全」，陳俊偉，重新檢視現行食品安全衛生管理法第49條第1項規定之解釋與適用——以食品健康安全法益的保護為詮釋基礎，世新法學，第14卷第1號，2020年12月，頁52-84。

擇權)或國民文化價值的維護,故「攙偽假冒」包含添加任何不應攙入之物質及成分標示不實在內¹⁴⁰。第三種見解主張,本罪不僅管制可能危害人體健康的食品,還包括虛偽標示食品「品名、品質或成分」,進而影響食品市場「交易秩序」的情形,其他標示不實純屬行政不法¹⁴¹。依據後面兩種主張,本罪不應限縮解釋為添加物品足以引發人體健康危害。

最高法院在二〇一六年作成105年度第18次刑庭會議決議後,確立不以致生人體健康之危險為必要之立場,並在後續判決中凝聚其判斷標準¹⁴²。例如,最高法院107年台上字第3332號刑事判決表示:「食安法第49條第1項關於攙偽、假冒罪,……為免難以識明『致危害人體健康』,而難以刑責相繩,乃不待有危害人體健康,逕對行為人課以刑事責任,以收嚇阻之效,已採抽象危險犯,已為本院一致見解,尚無疑義。且此種抽象危險犯係立法者依據一般生活經驗法則,先判定某種行為具有法益侵害的高度可能性,其對於一定的行為類型,當行為實行時,即確認對於法益具有一般性的危險,屬於禁制規範,運用在食安法第49條第1項之『攙偽或假冒』,在於將非屬食品供應鏈的物質,在未經核可的前提下,將其混入食品供應鏈之食品或原料之中,只要有此種混入非食品供應鏈之行為,即為該條所規範的客觀構成要件行為類型。至於論者謂在法學方法論上,食安法第49條第1項關於攙偽、假冒罪應為目的性限縮以『有危害人體健康之虞』為必要云云,惟目的性限縮是對應『隱藏法律漏洞』的手段;

¹⁴⁰ 參考張麗卿,食品犯罪中的摻偽或假冒——以富味鄉混油事件判決為中心(附談頂新判決),月旦法學雜誌,第249期,2016年2月,頁93-96;李聖傑,食安贏了嗎?——評析食品安全衛生管理法之攙偽、假冒行為管制,裁判時報,第46期,2016年4月,頁62-63。

¹⁴¹ 邱文聰、張永健,假作真時真亦假——論管制與處罰攙偽假冒食品,載2015年行政管制與行政爭訟——食品安全的法律對策與法治實踐,2018年12月,頁350-354。

¹⁴² 歸納整理,陳俊偉,近期有關攙偽假冒行為實務見解之評析,月旦醫事法報告,第37期,2019年11月,頁56-67。

隱藏法律漏洞，是指對於某一事項法律雖有規定，但規範不圓滿，違反立法計畫之圓滿狀態，食安法禁止攙偽或假冒並加以處罰，如上所述本即有圓滿的立法計畫，並無隱藏之法律漏洞，目的性限縮自然沒有必要。況且，倘若抽象危險犯還要由法院於具體個案中審查其法益侵害之危險，邏輯上就變成：『抽象危險犯等於具體危險犯』，無異曲解法律。¹⁴³

上述判決的論證，容有檢討空間。首先，就抽象危險犯而言，作為目的性限縮前提的隱藏法律漏洞，係指某一行為雖被犯罪構成要件之文義所包含，依據立法者的規範意旨卻無意將其納入處罰¹⁴⁴。抽象危險犯的構成要件雖然不以個案中確定危險存在為必要，其立法動機仍然是構成要件描述的行為對法益有典型危險性，如果行為符合構成要件的描述，卻欠缺對於保護法益的典型危險性，即可認定存在隱藏的法律漏洞，必須透過目的性限縮將之排除在構成要件之外。因此，食品攙偽假冒的構成要件有無隱藏的法律漏洞，取決於如何理解本罪的保護法益，若是本罪在保護國民身體健康，食品攙偽假冒罪的法條文義明顯涵蓋過廣，則有目的性限縮的必要性。就此而言，判決認定本罪沒有隱藏的法律漏洞，應該是自始就認為本罪的保護法益不限於國民身體健康，但是並未明示此點。其次，如果基於本罪保護國民身體健康之立場，對食品攙偽假冒罪限縮於「有危害人體健康之虞」，並不會在邏輯上變成「抽象危險犯等於具體危險犯」，產生曲解法律的後果。因為，此種限縮解釋的建議，僅是在確保構成要件描述的行為具有立法者所預設的危險性；將攙偽假冒限縮適用於「有危害人體健康之虞」的情形，並不是要求法官證明，製造攙偽假冒食品已經導致特定消費者身體健康的危險，而是僅止於要求製造攙偽假冒食品必須具有影響身體健康的典型危險性¹⁴⁵。因此，在本罪保護國民身體健

¹⁴³ 上述觀點已見於：張麗卿，前揭註140，頁100-101。

¹⁴⁴ 目的性限縮之方法論說明，參考Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，1996年12月，頁281-290、300-306。

¹⁴⁵ 謝煜偉，前揭註139，頁88。

康的立場下，限縮解釋不僅不是曲解法律，反而是在貫徹立法者的意旨。由此可知，食品攙偽假冒罪解釋適用的真正問題，並不是對「抽象危險犯」構成要件不能目的性限縮，或者目的性限縮就是讓它變成「具體危險犯」，而是應該依據何種保護法益觀點來解釋其構成要件。

最高法院雖然不贊成從「有危害人體健康之虞」的角度限縮解釋本罪，但其實也不是完全依據「攙偽假冒」的文義操作，將所有標示不實的情形都涵蓋在內，而是對之限縮解釋為「將非屬食品供應鏈的物質，在未經核可的前提下，將其混入食品供應鏈之食品或原料之中」。此種限縮解釋著重在食品原料端的管控，相對於前述學說爭議，可說是一種折衷立場。一方面，不是只有危害人體健康之虞的攙偽假冒才成立本罪，諸如將非食用級用鹽製成「食品」，或非食用香料轉供作食品等，即使無法證明對消費者健康造成負面影響，仍可成立本罪；另一方面，也不是成分標示不實的攙偽假冒就一律成立本罪，諸如將低價食用油混充高價食用油，並非混入非食品供應鏈的行為，就被排除在本罪之外。由此更可證明，本判決反對「有危害人體健康之虞」的限縮解釋，不是因為本罪屬於抽象危險犯，沒有隱藏的法律漏洞而無目的性限縮之必要，更不是因為此種限縮解釋會使本罪被扭曲為具體危險犯。其真正原因或許在於，最高法院雖然還是認同本罪是在保護國民身體健康，但是認為將非食品混入食品供應鏈的行為，即使無法被證明對於消費者健康有負面影響，但是也不能絕對排除有未知的健康風險，因此不能以「有危害人體健康之虞」作為劃定本罪處罰範圍的標準。

在本文脈絡底下，最高法院對於本罪的限縮解釋結果，導致攙偽假冒行為的處罰範圍包含確定沒有或無法證明有危害人體健康之虞的行為，是否尚在比例原則的範圍內？本文認為，儘管有不少有力理由支持，本罪應該限縮適用於影響國民健康風險的攙偽假冒行為，但這並不表示最高法院的限縮解釋方式違憲。理由是，有罪判決禁止被告實施此種攙偽假冒行為，固然干預其一般行為自由或職業自由，但本

法「維護國人健康、消費者權益」之保護法益內涵，容有解讀空間，最高法院強調「非食品不得混入食品」的食品原料端的管控，仍然是為了保護國民身體健康，是具有憲法正當性的公益目的。本罪作為維護此一食品原料端管控的手段，有罪判決禁止被告實施此種攙偽假冒行為，並未被證明是自始無效、可被其他食品管制手段取代，因此也具備手段有效性和必要性。由於民以食為天，幾乎所有消費者的飲食生活都大幅仰賴其他個人或企業供應安全食品，卻又不可能親自逐一審查所購買食品的真正原料，國家建立此一食品原料端的管控機制，並透過刑罰確保此一管控機制之有效運作，對於維護廣大消費者的健康具有重大意義。相對於此，任何生產食品或讓食品流通市面的人，因為上述原料端管控機制而產生的自由限制，並非使其完全被禁止生產食品或使此事變得重大困難，故也看不出有罪判決違反狹義合比例性。據此，即使此一限縮解釋未必令人滿意，但是純屬刑法解釋層次的爭議，並無違反比例原則的違憲疑義。

(三) 象徵性言論之阻卻不法

刑法第160條第1項規定：「意圖侮辱中華民國，而公然損壞、除去或污辱中華民國之國徽、國旗者，處一年以下有期徒刑、拘役或九千元以下罰金。」本罪是否因為違反言論自由而違憲，尚無定論¹⁴⁶。最近一則實例，則是凸顯本罪適用的憲法界限問題。本案中，被告因不滿政府未處理228事件之轉型正義問題，參加臺獨團體舉辦的228追思活動，並擔任主持人。被告向在場群眾宣稱，晚會除了升臺灣旗之外，還要焚燒「車輪旗」（國旗），這是臺灣人民一定要做的重要事情，遂與姓名不詳之男子當場持燭火焚燒國旗。被告一審獲判無罪，二審改判有罪¹⁴⁷，因此上訴三審，但上訴被駁回。

¹⁴⁶ 本罪已有法官聲請釋憲，參考臺灣高等法院106年上易字第1513號刑事案件新聞稿，2017年11月6日。反對見解，參考朱石炎，〈侮辱國旗罪案例探討——從109台上5099號判決談起〉，法務通訊，第3074號，2021年9月，頁3-5。

¹⁴⁷ 臺灣高等法院108年上易字第2097號刑事判決。

最高法院109年台上字第5099號刑事判決表示：「有關上訴人係基於侮辱中華民國而焚燒中華民國國旗，所為如何不受憲法言論自由保障，原判決係以上訴人公開宣示要推倒中華民國體制，建立臺灣國，雖非法所禁止，然並非必須以焚燒國旗之方式始能宣示其政治理念；上訴人在公共場合且有群眾聚集情形下，不顧在場員警警告，強行焚燒國旗，於警員試圖滅火並搶救燃燒中之國旗時又強力阻擋，所實施之強暴手段，超越和平表達訴求之界線而不具必要性與合理性等語……。已敘明上訴人所為如何合於刑法第160條所定之要件，並已逾越憲法保障之言論自由之程度。又憲法第11條言論自由之保障，包含表現自由；且引發爭議係言論自由之功能之一，充分保障具挑釁尤其是飽含政治意味之理念性表達行為，在多元、自由社會中，確實彌足珍貴；容忍、尊重人民對觸及既有秩序之核心議題，得反其道而行，任意表達異於多數人看法之自由，不僅不削弱自由，更將彰顯言論自由之內涵，並使之屹立不搖；反之，則形同要求人民以言語或行動說謊，將斷喪得之不易之言論自由。因此，單純公開表達對國旗之輕蔑、藐視，仍在表現自由之保障範疇。國旗原僅是國家之表徵，但於當今我國之內外處境及社會氛圍下，它更具強烈之特殊角色；保護國旗已非單純維護國家之象徵性價值或藉以團結國家、鼓舞人民感情。於目前情狀，以侮辱中華民國為目的，公然焚燒國旗，其傳遞之訊息過於強烈，若因容認而形成風潮，已不是行為人對國旗之不認同、危及國旗之象徵性利益、國旗不再代表國家，或中華民國不再是團結一致國家，這類表現自由應如何保障之簡單問題，可謂與國家安全甚至生存相關，所產生之影響以及對國家利益之危害，實已超越言論自由所欲保障之原意。」

首先必須確定的是，刑法第160條第1項是限制言論自由的法律，因為其禁止個人以損壞國徽、國旗等方式，對於中華民國表達貶抑的意思。此一規定是為了保護國旗及國徽等國家象徵¹⁴⁸，侮辱國旗國徽

148 參考詹鎮榮，國旗不等於國家？國旗之憲法意義，月旦法學教室，第4期，

的行為會間接地損及國家的顏面（Ansehen des Staates）。不過，從心理學來看，對於不尊重中華民國的人而言，若是透過刑事追訴來強迫其尊重中華民國，不僅不會使其變得尊重中華民國，反而更是證實此一國家不值得其尊重而已，不會有保護國家顏面的效果。儘管如此，假如國家放任此種侮辱國旗國徽的行為不予制裁，也很容易被理解為是國家的軟弱，使其凝聚認同的意義喪失。因此，本罪的意義或許是作為防衛性民主的象徵與機制，其目的是保護中華民國憲政體制的存續¹⁴⁹。當然，此一立法目的不等於本罪就有合憲性，因為一個憲政體制穩固的國家，可能不需要此一罪名的保護，對於一個已經四分五裂的國家而言，此一罪名恐怕也無助於其存續¹⁵⁰。就此而言，本罪對於一般行為自由及言論自由的干預，雖是追求正當目的，但手段是否符合比例原則，仍有商榷餘地。

即使肯定本罪的合憲性，適用本罪不得導致違憲干預言論自由，亦是刑事法院的重要任務¹⁵¹。基於對言論自由的保障，法院並不是等到違法性階層才去權衡言論自由與國家憲政體制存續，而是在構成要件階層就必須從嚴解釋「侮辱」的主觀構成要件要素。法院在詮釋行為人毀損國旗的舉動有無「侮辱」的涵義時，必須考量其脈絡和附隨情狀，在其舉動具有多重涵義時，只有在其他可能導致其無罪的詮釋被有說服力地排除，其舉動僅可能被詮釋為惡意的羞辱時，才可能對被告作成有罪判決¹⁵²。就此而言，本案被告是在追思228事件的獨派場合裡，透過焚燒「車輪旗」的動作表達其否定中華民國正當性、尋

2003年2月，頁4-5。

¹⁴⁹ Vgl. Mark Zöller, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band III, 9. Aufl., 2019, § 90 a Rn. 1.

¹⁵⁰ Vgl. Hans-Ullrich Paeffgen, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 2, 5. Aufl., 2017, § 90 a Rn. 5 m. w. N.

¹⁵¹ 另參考劉靜怡，〈用丟鞋和辦公祭傳達政治抗議訊息，該受處罰嗎？〉，台灣法學雜誌，第245期，2014年4月，頁131-135。

¹⁵² Vgl. Zöller, a.a.O. (Fn. 149), § 90 a Rn. 11.

求獨立建國的政治理念。相較於在政治辯論中，支持臺灣獨立人士口頭批評國旗為「車輪旗」，手上揮舞臺灣獨立建國的其他旗幟，被告焚燒國旗的舉動所表達的涵義如出一轍，只不過是以更具象的方法表達其否定中華民國的意思而已。更何況，本案被告的焚旗舉動，並不是毫無來由的恣意妄為，而是因為其認為中華民國政府不積極處理228事件的平反，在轉型正義政策上的推動不力，以此方式激烈地表達對政府的不滿。因此，或許對有些人來說，被告焚旗是過於偏激、扭曲或沒品味，但是如果因此將其詮釋為對中華民國的惡意羞辱，明顯脫離被告焚燒國旗的前後脈絡及政治批評的涵義。本案被告的焚旗行為，難以被詮釋為僅在表達惡意的羞辱，不應被評價為出於「侮辱」中華民國的意圖。

本案原審判決雖然承認言論自由的重要性，但是僅以被告焚燒國旗並非宣揚其政治理念所必要，以及在警員企圖滅火時強力阻擋已踰越和平表達訴求之界限，就認定被告焚燒國旗成立本罪，實有商榷餘地。首先，言論自由保障個人以言語和行動表達其價值判斷，行為人可以自由決定以何種方式表達意見。雖然行為人透過口頭宣傳或散發傳單海報，也能宣揚其批判中華民國的政治理念，但是焚燒國旗所具有的象徵意義及宣傳效果，可能比起口頭及書面陳述更為強烈。因此，不能只是簡單地訴諸被告有其他表達意見的方法，就直接認定被告沒必要焚燒國旗，甚至認定可以判決焚燒國旗有罪。否則的話，除了聾啞及文盲人士之外，任何人都沒有以焚燒國旗表達政治意見的可能性，此一結果將是幾乎完全葬送言論自由的保障。焚燒國旗是否可以被判決有罪，關鍵還是在於保障國家憲政體制存續和言論自由的個案權衡結果。其次，被告在警員企圖滅火時強力阻擋，一方面固然是妨害國家公權力或影響公共安全，另一方面卻是在阻止國家妨礙其自由表達意見。若是被告焚燒國旗的行為自始就不在侮辱中華民國，是在行使言論自由的權利，其強力阻止警員滅火就只是在捍衛自己行使言論自由的權利，不會使其焚燒國旗的行為變成是在侮辱中華民國。因此，原審判決以其阻擋警員滅火為由，就認定被告踰越和平表

達訴求之界限，同樣是過度忽視被告言論自由的重要性。至於被告阻止警員滅火，是否成立妨害公務罪或不作為放火罪，則是另外一個問題。最後，判決以被告的焚燒國旗在破壞其象徵意義之外，會進一步影響國家安全或生存為由，認定焚燒國旗已經逾越言論自由的界限，恐怕也是一個不合實情的評價。此一評價所忽略的是，臺灣雖然持續面臨中國政府的武力威脅和內部國家認同的爭議，但是其民主體制也逐漸成熟與鞏固，統獨路線已經是一個被開放討論的政治議題，焚燒國旗只會被視為較為激烈地表達政治立場的言論，而不會直接影響國家存亡。綜上所述，原審判決被告成立侮辱國旗罪，應該是違憲侵害其言論自由。

二、刑事制裁

在刑事裁判之中，不僅有罪判決對於一般行為自由或其他自由權利之干預應符合比例原則，法院所宣告的刑罰、保安處分或沒收等法律效果，對人身自由、財產權等基本權利的干預亦應符合比例原則。大法官除了多次宣示刑罰應符合罪刑相當原則與比例原則之外，對於保安處分之宣告與執行，釋字第471號解釋亦表示：「保安處分之措施亦含社會隔離、拘束身體自由之性質，其限制人民之權利，實與刑罰同，本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。」至於沒收之宣告，刑法第38條之2第2項規定：「宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之。」同樣宣示比例原則的拘束力¹⁵³。以下僅以一則實務近例，說明比例原則在沒收領域的運用。

依據森林法第52條第1項，竊取森林主、副產物或收受、寄藏、

153

元照出版提供 請勿公開散布
立法意旨及適用建議，詳見薛智仁，評析減免沒收條款，月旦法學雜誌，第252期，2016年5月，頁63-83。

故買或媒介前項贓物者，且有法定情形之一者，處一年以上七年以下有期徒刑，併科新臺幣1百萬元以上2千萬元以下罰金。同條第5項規定：「犯本條之罪者，其供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」此一義務沒收規定，係刑法第38條第2項之特別規定。依據刑法第38條第2項，犯罪工具產物之沒收，以其屬於犯罪行為人所有物，或是無正當理由提供或取得之第三人所有物為要件。因此，若是不知情第三人的所有物被犯罪行為人當成犯罪工具，原本不得予以沒收。不過，森林法第52條第5項創設一個例外，若是犯罪行為人盜伐貴重扁柏，並使用不知情之第三人所有自用小貨車載運，該自用小貨車仍應予沒收。問題在於，此一義務沒收是否違反比例原則地侵害第三人的財產權？如果是，法院適用此一義務沒收規定，有無裁量不予沒收之空間？

對此，最高法院107年台上字第514號刑事判決表示：「蓋依刑法第38條規定，供犯罪所用之物以屬於犯罪行為人所有者為限，予以沒收，惟考量現行實務與查緝現況，犯罪行為人常以租賃或借用車輛、器具等方式進行犯案，該等犯罪工具，因非屬犯罪行為人所有，致無法沒收而使行為人得一再使用，造成再次犯罪之機會大增；復衡諸森林為臺灣之命脈，……一旦森林資源遭竊取，其效用將消失殆盡；考量採絕對沒收，雖有侵害第三人財產權之虞，但能使第三人對於出借或租用器具予犯罪行為人，須承擔遭沒收之風險，因而有所警惕，進而促使犯罪行為人無法利用此一途徑規避責任，使國有森林資源受到保護，有助於立法目的之達成，至於第三人與犯罪行為人之間之權利義務仍得透過民事訴訟請求損害賠償，依比例原則及法益權衡原則，依刑法第38條第3項規定以法律特別規定，……採『絕對沒收』原則……。原判決已說明吳○伊所有之……自用小貨車，為供楊○安、簡○宇等人於深夜用以載運盜伐之貴重林木扁柏所用之車輛，即係供犯罪所用之物，且依證人趙○憲證述，可知其夫婦除系爭車輛外，尚有多部車輛可供使用，經濟狀況甚佳，沒收並無過苛之虞，而依森林法第52條第5項之規定，不問屬於犯罪行為人與否，宣

告沒收……，業已審酌比例之均衡，經核並無不合。¹⁵⁴」

依據本判決之說明，森林法第52條第5項強制沒收係為了保護珍貴的森林資源，使出借或租用器具予犯罪行為人之第三人承擔沒收風險，因而有所警惕，減少犯罪行為人再度犯罪的機會，第三人之財產損害可透過民事求償獲得彌補。此一說理固然正確地指出，沒收犯罪工具之目的是在避免其未來再度被使用於犯罪，以達成保護森林資源之效果。但是，本判決所忽略的是，如果第三人無法預見其所有物被他人使用於竊取森林主、副產物，國家沒收所有物並不會產生嚇阻效果，此種沒收等於是讓第三人承擔無過失的結果責任。如果在法律上貫徹此種結果責任，每個人都必須擔心其出借或出租給他人的所有物，是否會因為被他人使用於犯罪而遭國家沒收，最終導致個人不敢處分財產。退一步而言，即使立法者有合理事實根據，足以認為竊取森林主、副產品的犯罪工具，特別容易被反覆濫用於犯罪，基於危險防禦的考量應該一律沒收，這也無法正當化第三人財產權的侵害。理由在於，此時的沒收並不是建立在第三人濫用其所有權的基礎上，而是建立在防止犯罪工具的危險性上，國家沒收第三人的所有物，係使不可歸責之第三人所有權為重大公共利益而被剝奪，構成財產權的特別犧牲，國家應該給予合理的損失補償¹⁵⁵。此一國家的損失補償義務，係來自國家為了重大公益而剝奪第三人的所有權，無法被犯罪行為人的民事損害賠償責任所取代。因此，森林法第52條第5項之義務沒收，在第三人對於所有物成為犯罪工具不可歸責時剝奪其所有權，

¹⁵⁴ 從判決文字來看，最高法院一方面認為森林法第52條第5項是刑法第38條第3項所稱之特別規定，而且此一規定本身已經符合比例原則與法益權衡原則，沒有適用刑法第38條之2第2項的必要性，另一方面說明原審法院在本案業已審酌被沒收人的經濟狀況而無沒收過苛的情形，似乎又隱含森林法第52條第5項可以適用刑法第38條之2第2項的意思。因此，最高法院的真正意思仍然有待研求。

¹⁵⁵ 參照司法院釋字第440號解釋：「國家機關依法行使公權力致人民財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。」釋字第564號、第747號及第813號解釋反覆重申此一意旨。

即使不排除有預防犯罪的效果，國家卻未給予所有權人合理損失補償，對於財產權之干預違反比例原則。

由於刑事法院之沒收宣告屬於干預人民財產權的國家高權行為，應受比例原則之拘束，故仍應該透過解釋法律的途徑，避免適用森林法第52條第5項對不知情第三人之沒收違反比例原則。就此，最高法院109年台上字第2512號刑事判決表示：「學理上稱此規定為過苛調節條款，乃將憲法上比例原則予以具體化，不問實體規範為刑法或特別刑法中之義務沒收，亦不分沒收主體為犯罪行為人或第三人之沒收，復不論沒收標的為原客體或追徵其替代價額，同有其適用。而森林法第52條第5項規定……，固為刑法第38條第2項前段關於職權沒收之特別規定，應優先適用，惟依前說明，仍有上述過苛條款之調節適用。」結論上值得贊同¹⁵⁶。本文僅做兩點補充。第一、在方法論上，森林法第52條第5項是刑法第38條第2項、第3項之特別規定，不符合第38條之2第2項之「宣告前二條之沒收或追徵……」的法條文義，故無法直接適用之，僅得予以類推適用，此一有利被沒收人之類推適用並不為罪刑法定原則所禁止。第二、在判斷標準上，適用森林法第52條第5項之沒收是否「有過苛之虞」，過苛應係指第三人對於其所有物被他人使用於犯罪欠缺預見可能性，並且沒有根據顯示該所有物有被反覆利用於犯罪的危險。因為在此種情形下，既無從認定第三人有濫用所有權，又欠缺預防犯罪的重大公益，犯罪工具沒收難以發揮犯罪預防的效果。

伍、結 論

一、本文藉由檢討近年來的若干終審法院刑事裁判，具體呈現刑法解釋適用的憲法界限，一方面提示刑事法院加速檢討有憲法疑義的法律見解，預防確定終局裁判因為解釋適用刑法違憲而被撤銷；另一

元照出版提供 請勿公開散布

¹⁵⁶ 結論相同，林鈺雄，沒收新論，2020年9月，頁272-273。

方面提示大法官可能面臨的刑法解釋適用的憲法爭議，以及繼續發展相關憲法要求的方向。以下段落扼要說明本文研究成果。

二、刑法之解釋適用，主要應遵守罪刑法定原則、罪責原則與比例原則，這三項憲法原則構成刑事裁判憲法審查之「審查標準」。憲法法庭對於刑事裁判是否遵守上述憲法原則的「審查密度」為何，則是另一個問題。

三、基於罪刑法定原則，刑法之解釋適用應遵守類推適用之禁止、解釋明確性之要求及溯及既往之禁止。類推適用之禁止，係指刑法之適用不得逾越法律之可能文義範圍。解釋明確性之要求，係指刑事法院在法條文義範圍內具體化立法者的意思，德國聯邦憲法法院所發展的三項限制，審查標準比起大法官的「可預見性」標準更有可操作性，實質上也兼顧明確性原則的權力分立功能，可供我國參考。溯及既往之禁止，係指禁止回溯適用創設或加重刑罰之法律，大法官未來宜承認最有利原則之憲法效力，變更釋字第103號解釋，法院不得任意排除最有利行為人法律之回溯適用。本文所例示之實務見解，宜重新檢討。

四、基於罪責原則，刑法之解釋適用必須確保「有罪責始成立犯罪」，「刑罰與罪責程度相當」，包含罪刑絕對均衡與罪刑相對均衡在內。我國實務在許多罪名從寬認定客觀處罰條件及加重處罰條件，在結果加重犯又僅以行為人對加重結果之客觀預見可能性為要件，過度忽視故意過失之要求，亦宜重新檢討。

五、基於比例原則，刑法之解釋適用不得導致有罪判決或刑事制裁之基本權干預逾越比例原則。為確保有罪判決之基本權干預符合比例原則，刑事法院得限縮解釋構成要件或在違法性審查上考量基本權。我國實務對於基本權保障有日益重視的趨勢，值得肯定；個案適用之論證，則有精進空間。



參考文獻

一、中文

(一)專書

1. Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，五南，1996年12月。
Karl Larenz (Ed.), Ai-E Chen (Trans.), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Wu-Nan (1996).
2. 王皇玉，刑法總則，第5版，新學林，2020年8月。
Huang-Yu Wang, *General Principles of Criminal Law*, 5th ed., New Sharing (2020).
3. 古承宗，洗錢刑法的正當性依據——兼論當代刑事政策的變異，載犯罪、資恐與洗錢——如何有效追訴犯罪？，新學林，2017年8月，頁263-307。
Chen-Chung Ku, The Legitimacy of Money Laundering Offenses — Extend Study on the Variation of Contemporary Criminal Policy, in: *Verbrechen, Finanzierung und Geldwäsche — Wie Kann Kriminalität Effektiv Verfolgt Werden?*, New Sharing, pp. 263-307 (2017).
4. 甘添貴，可罰的違法性之理論，載刑法之重要理念，瑞興，1996年6月，頁101-123。
Tian-Guei Gan, The Theory of Substantial Illegality, in: *The Important Concept in Criminal Law*, Rei-Sing, pp. 101-123 (1996).
5. 甘添貴，刑法各論（下），第4版，五南，2015年5月。
Tian-Guei Gan, *The Specific Provisions of Criminal Law (II)*, 4th ed., Wu-Nan (2015).
6. 林山田，刑法通論（上），第10版，自版，2008年1月。
Shan-Tian Lin, *General Principles of Criminal Law (I)*, 10th ed., Self-published (2008).
7. 林山田，刑法通論（下），第10版，自版，2008年1月。
Shan-Tian Lin, *General Principles of Criminal Law (II)*, 10th ed., Self-published (2008).
8. 林琬珊，銀行法第125條違法吸收資金之行為態樣與保護法益——

兼論利得金額與加重處罰之性質，載經濟刑法的在地實踐，新學林，2021年12月，頁97-130。

Wan-Shan Lin, The Action Pattern and Protected Legal Interest of Illegally Accepting Deposits in Article 125 of The Banking Act — Extend Study on the Nature of Profit Amount and Cumulative Penalty, in: *Economic Criminal Law in Taiwan*, New Sharing, pp. 97-130 (2021).

9. 林鈺雄，沒收新論，元照，2020年9月。

Yu-Hsiung Lin, *Handbuch der Strafrechtlich Vermögensabschöpfung*, Angle Publishing (2020).

10. 林鈺雄，新刑法總則，第9版，元照，2021年8月。

Yu-Hsiung Lin, *New General Principles of Criminal Law*, 9th ed., Angle Publishing (2021).

11. 邱文聰、張永健，假作真時真亦假——論管制與處罰攙偽假冒食品，載2015年行政管制與行政爭訟——食品安全的法律對策與法治實踐，新學林，2018年12月，頁327-402。

Wen-Tsong Chiou & Yun-Chien Chang, On Regulating and Punishing Economic Adulteration of Food, in: *2015 Administrative Regulation and Judicial Remedies: Legal Countermeasures and the Practice of the Rule of Law*, New Sharing, pp. 327-402 (2018).

12. 徐育安，刑法上類推適用禁止之生與死，自版，1998年9月。

Yu-An Hsu, *Life and Death of Prohibition of Analogous Application of Criminal Law*, Self-published (1998).

13. 許宗力，談言論自由的幾個問題，載台灣憲法之縱剖橫切，元照，2002年12月，頁240-267。

Zong-Li Xu, Several Questions about Freedom of Speech, in: *Analysis on Constitutional Law of Taiwan*, Angle Publishing, pp. 240-267 (2000).

14. 許恒達，食品安全衛生管理法刑事責任之檢討——以強冠劣油案為中心，載食品安全與司法救濟，元照，2020年2月，頁149-206。

Heng-Da Hsu, A Review of Criminal Liability of Act Governing Food Safety and Sanitation — Centered on Chang-Guann Gutter Oil Case,

- in: *Food Security and Judicial Remedies*, Angle Publishing, pp. 149-206 (2020).
15. 許澤天，刑法分則（上冊），第3版，新學林，2021年2月。
Tze-Tien Hsu, *The Specific Provisions of Criminal Law (I)*, 3rd ed., New Sharing (2021).
16. 許澤天，刑法分則（下冊），第3版，新學林，2021年7月。
Tze-Tien Hsu, *The Specific Provisions of Criminal Law (II)*, 3rd ed., New Sharing (2021).
17. 許澤天，刑法總則，第2版，新學林，2021年7月。
Tze-Tien Hsu, *General Principles of Criminal Law*, 2nd ed., New Sharing (2021).
18. 陳子平，刑法總論，第4版，元照，2017年9月。
Tzu-Ping Chen, *General Principles of Criminal Law*, 4th ed., Angle Publishing (2017).
19. 陳子平，刑法各論（下），第3版，元照，2020年1月。
Tzu-Ping Chen, *The Specific Provisions of Criminal Law (II)*, 3rd ed., Angle Publishing (2020).
20. 陳愛娥，從司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款的規定出發，探討普通司法權與憲法解釋權的劃分，載最高法院學術研究會叢書(土)解釋權與審判權之分際，司法院，2005年12月，頁215-242。
Ai-E Chen, Started from Article 5 Paragraph 1 Subparagraph 2 of Act of Governing the Decisions of the Grand Justices of the Judicial Yuan, Investigating the Demarcation of Ordinary Judicial Power and the Power of Constitutional Judicial Interpretation, in: *Supreme Court Academic Research Association Book Series (11) the Demarcation of Power of Interpretation and Adjudicative Power*, Judicial Yuan, pp. 215-242 (2005).
21. 黃常仁，刑法總論——邏輯分析與體系論證，第2版，新學林，2009年1月。
Chang-Jen Huang, *Criminal Law Introduction—Logic Analysis and System Demonstration*, 2nd ed., New Sharing (2009).

22. 黃榮堅，犯罪的結合與競合，載刑法問題與利益思考，月旦，1995年6月，頁397-518。
- Jung-Chien Huang, Combination and Concurrence of Crime, in: *Criminal Law Issues and Interest Thinking*, Angle Publishing, pp. 397-518 (1995).
23. 黃榮堅，從容許風險概念看和平內亂罪，載刑法問題與利益思考，月旦，1995年6月，頁231-254。
- Jung-Chien Huang, Reviewing Offenses against the Internal Security of the State from the Concept of Allowed Risk, in: *Criminal Law Issues and Interest Thinking*, Angle Publishing, pp. 231-254 (1995).
24. 黃榮堅，論正當防衛，載刑罰的極限，元照，1999年4月，頁81-118。
- Jung-Chien Huang, Review of Right of Self-Defense, in: *The Limits of Penalty*, Angle Publishing, pp. 81-118 (1999).
25. 黃榮堅，基礎刑法學（上冊），第4版，元照，2012年3月。
- Jung-Chien Huang, *Fundamental Criminal Law (I)*, 4th ed., Angle Publishing (2012).
26. 靳宗立，罪刑法定原則與法律變更之適用原則，載刑法總則修正重點之理論與實務，元照，2005年9月，頁95-131。
- Tzung-Li Jin, The Application Rule of Principle of Legality and Law Amended, in: *Theory and Practice of Amendments to the General Principles of Criminal Law*, Angle Publishing, pp. 95-131 (2005).
27. 劉淑範，憲法審判權與一般審判權間之分工問題：試論德國聯邦憲法法院保障基本權利功能之界限，載憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所，1998年6月，頁199-248。
- Shwu-Fann Liou, The Demarcation Problem of Constitutional Judicial Power and Ordinary Judicial Power: The Boundary of the Protective Function of the German Federal Constitutional Court on the Fundamental Rights, in: *Theory and Practice of Constitutional Interpretation*, Research Center for Humanities and Social Sciences Academia Sinica, pp. 199-248 (1998).
28. 蔡聖偉，從刑總法理檢視分則的立法，載刑法問題研究(一)，元照，

2008年7月，頁411-453。

Sheng-Wei Tsai, Examining the Legislation of the Specific Provisions from the Perspective of Legal Principle of General Principle of Criminal Law, in: *Research on Criminal Law Issues (I)*, Angle Publishing, pp. 411-453 (2008).

29. 鄭逸哲，罪刑法定主義七十年，載刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，元照，2001年1月，頁77-107。

Yi-Che Cheng, Seventy Years of Principle of Legality, in: *Memorial Essay Collection of Review and Prospect of Seventy Years of Criminal Law (I)*, Angle Publishing, pp. 77-107 (2001).

30. 盧映潔，刑法分則新論，第17版，新學林，2021年8月。

Ying-Chieh Lu, *The Specific Provisions of Criminal Law*, 17th ed., New Sharing (2021).

(二) 期刊論文

1. 王乃彥，最高法院94年度台上字第1059號判決對「有投票權之人」所為詮解之省察，台灣法學雜誌，第306期，2016年10月，頁85-91。

Nai-Yen Wang, The Inspect on the Interpretation made by Supreme Court Judgement No. 94 Tai Shang Tzu 1059 on “Person with Voting Right”, *Taiwan Law Journal*, 306, 85-91 (2016).

2. 王正嘉，使用GPS定位之隱私秘密無故侵害，月旦法學教室，第199期，2019年5月，頁25-28。

Jiang-Jia Wang, The Unprovoked Privacy and Secret Invasion of Using GPS, *Taiwan Jurist*, 199, 25-28 (2019).

3. 王皇玉，2013年刑事法發展回顧——酒駕與肇逃之立法與實務判決，國立臺灣大學法學論叢，第43卷特刊，2014年11月，頁1227-1264。

Huang-Yu Wang, Developments in the Law in 2013 — Criminal Law, *National Taiwan University Law Journal*, 43 Special Issue, 1227-1264 (2014).

4. 王皇玉，不能安全駕駛罪之「駕駛」，月旦法學教室，第153期，

2015年7月，頁62-67。

Huang-Yu Wang, The “Driving” Concept of the Offenses of Driving Under the Influence, *Taiwan Jurist*, 153, 62-67 (2015).

5. 古承宗，論不能安全駕駛罪之解釋與適用——以刑法第185條之3第1項第1款為中心，刑事政策與犯罪防治研究專刊，第22期，2019年9月，頁3-11。

Chen-Chung Ku, Dogmatic Problems and Application of Unfit to Drive: Centered on Article 185-3 of the Criminal Code, *Criminal Policies and Crime Prevention*, 22, 3-11 (2019).

6. 朱石炎，侮辱國旗罪案例探討——從109台上5099號判決談起，法務通訊，第3074號，2021年9月，頁3-5。

Shih-Yen Chu, Case Study on Insult National Flag — From Supreme Court Judgement No. 109 Tai Shang Tzu 5099, *Legal Newsletter*, 3074, 3-5 (2021).

7. 江朝聖，檢視以一億元犯罪所得加重法定性之適當性與修法建議——以證券交易法第171條與銀行法第125條為中心，華岡法粹，第65期，2018年12月，頁101-129。

Chao-Sheng Chiang, Examining the Reasonableness of Increasing Criminal Culpability Based on the Amount of Criminal Gain of More Than One Hundred Million Dollars Gain Resulting from Offense — Focusing on Section 171 of Stock Exchange Act and Section 125 of Banking Law, *Hwa Kang Law Review*, 65, 101-129 (2018).

8. 吳巡龍，利用GPS追蹤器偵查是否應構成妨害秘密罪(二)，法務通訊，第2996期，2020年3月，頁3-5。

Hsun-Lung Wu, Whether Using GPS Tracker to Investigate Constitute Offenses Against Privacy (II), *Legal Newsletter*, 2996, 3-5 (2020).

9. 吳燦，想像競合犯處斷刑之衡平——最高法院刑事大法庭108年度台上大字第2306號裁定評析，裁判時報，第101期，2020年11月，頁5-19。

Tsan Wu, The Equity of Ideal Concurrence Sentencing — Analysis on Supreme Court Criminal Grand Court No. 108 Tai Shang Da Tzu 2306, *Court Case Times*, 101, 5-19 (2020).

10. 吳耀宗，刑法第二條第一項「法律變更」之研究——兼評大法官會議釋字第一零三號解釋以及最高法院相關裁判，台灣本土法學雜誌，第13期，2000年8月，頁64-86。
Yao-Tsung Wu, A Study of “Law Amended” in Criminal Code Article 2(1) — Extend Study on Constitutional Court Constitutional Interpretations No. 103 and Related Supreme Court Judgement, *Taiwan Law Journal*, 13, 64-86 (2000).
11. 李佳玟，性犯罪者刑後強制治療制度的法律明確性審查，台灣法律人，第4期，2021年10月，頁122-144。
Chia-Wen Lee, Examination of Legal Clarity of the Post-conviction Compulsory Treatment for Sex Offender, *Formosan Jurist*, 4, 122-144 (2021).
12. 李秉錡，分析洗錢罪之構成要件：兼評數則交付帳戶案件之判決，檢察新論，第24期，2018年8月，頁100-115。
Ping-Chi Lee, Analysis on the Requisite Elements of Money Laundry: Extend Study on Several Judgement of Providing Account Cases, *Taiwan Prosecutor Review*, 24, 100-115 (2018).
13. 李聖傑，食安贏了嗎？——評析食品安全衛生管理法之攙偽、假冒行為管制，裁判時報，第46期，2016年4月，頁56-63。
Sheng-Chieh Lee, Did Food Safety Win? — Analysis on Restrain of Adulteration or Counterfeit in Act Governing Food Safety and Sanitation, *Court Case Times*, 46, 56-63 (2016).
14. 林志潔，誰的標準？如何判斷？——刑法第二三五條散布猥褻物品罪及相關判決評釋，月旦法學雜誌，第145期，2007年6月，頁80-95。
Chih-Chieh Lin, Whose Standard? How to Determine? — Distribution of Obscene Materials Offense in Article 235 of Criminal Code and Analysis on Related Judgements, *The Taiwan Law Review*, 145, 80-95 (2007).
15. 林明鏞，行政罰之「從輕原則」——評最高行政法院108年度判字第396號行政判決，裁判時報，第96期，2020年6月，頁5-14。
Ming-Chiang Lin, The Principle of Lighter Punishment in Administrative

- Penalty — Review of Supreme Administrative Court Administrative Judgement No. 108 Pan Tzu 396, *Court Case Times*, 96, 5-14 (2020).
16. 林鈺雄，基於憲法及公約之類似緊急避難——初探公民抗爭運動的刑法評價平台，*台灣法學雜誌*，第247期，2014年5月，頁99-122。
Yu-Hsiung Lin, Quasi-Necessity Based on Constitutional Law and the Convention — Preliminary Study on Criminal Law Evaluation Platform of Civil Disobedience Movement, *Taiwan Law Journal*, 247, 99-122 (2014).
17. 林鈺雄，公民抗爭與不服從運動的刑法評價——兼評318運動的占領議場行為，*月旦法學雜誌*，第230期，2014年7月，頁119-139。
Yu-Hsiung Lin, Criminal Law Evaluation of Civil Resistance and Disobedience Movement — Extend Commentary on Occupation of Legislative Chamber by Sunflower Students Movement, *The Taiwan Law Review*, 230, 119-139 (2014).
18. 林鈺雄，違法吸金罪之一億元條款及犯罪所得沒收，*月旦刑事法評論*，第1期，2016年6月，頁5-18。
Yu-Hsiung Lin, “One Hundred Million Terms” and Confiscation of Proceed of the Crime in Offense of Illegally Accepting Deposits, *Criminal Law Review*, 1, 5-18 (2016).
19. 林鈺雄，想像競合犯可否宣告輕罪保安處分？——最高法院108年度台上大字第2306號案鑑定意見書，*月旦法學雜誌*，第299期，2020年4月，頁65-94。
Yu-Hsiung Lin, Is It Possible to Declare a Misdemeanor Rehabilitative Measures for Ideal Concurrence? — Expert Opinion for Supreme Court No. 108 Tai Shang Da Tzu 2306, *The Taiwan Law Review*, 299, 65-94 (2020).
20. 林鈺雄，經濟刑法：第一講 普通洗錢罪之行為類型——評析洗防法第2條，*月旦法學教室*，第224期，2021年6月，頁35-51。
Yu-Hsiung Lin, Economic Criminal Law: Lecture I. Behavior Type of Common Money Laundry — Analysis on Article 2 of Money Laundering Control Act, *Taiwan Jurist*, 224, 35-51 (2021).
21. 徐育安，加重結果犯判決回顧，*台灣本土法學雜誌*，第91期，2007

年2月，頁155-167。

Yu-An Hsu, Review of Judgements of Aggravated-Result Offenders, *Taiwan Law Journal*, 91, 155-167 (2007).

22. 徐育安，投票受賄與法律解釋，*台灣法學雜誌*，第306期，2016年10月，頁96-100。

Yu-An Hsu, Accepting Voting Bribe and Legal Interpretation, *Taiwan Law Journal*, 306, 96-100 (2016).

23. 張天一，論販賣毒品罪在立法及適用上之問題，*中原財經法學*，第24期，2010年6月，頁165-205。

Tien-Yi Chang, On the Issue about the Legislation and Application of Crime of Trafficking in Drugs, *Chung Yuan Financial & Economic Law Review*, 24, 165-205 (2010).

24. 張麗卿，食品犯罪中的摻偽或假冒——以富味鄉混油事件判決為中心（附談頂新判決），*月旦法學雜誌*，第249期，2016年2月，頁89-115。

Li-Ching Chang, The Adulterated Foods or Counterfeited Products in Foods Offenses — Focusing on the Judgement in the Case of Flavor Full Food's Mixed Oil Event (With Reference to the Judgement to the Ting Hsin Case), *The Taiwan Law Review*, 249, 89-115 (2016).

25. 許玉秀，罪刑法定原則的構成要件保障功能（上）——第十六次修正刑法系列（第一、二、二八至三一條），*月旦法學雜誌*，第123期，2005年8月，頁9-27。

Yu-Hsiu Hsu, The Guarantee Function for Requisite Elements of Principle of Legality (I): The Sixteenth Amendment of the Criminal Law Review Series (Article 1, Article 2, Article 28 to 31 of the Criminal Code), *The Taiwan Law Review*, 123, 9-27 (2005).

26. 許恒達，GPS抓姦與行動隱私的保護界限——評台灣高等法院100年度上易字第2407號判決，*裁判時報*，第24期，2013年12月，頁59-78。

Heng-Da Hsu, Protection Limit of GPS Catching Adultery and Behavior Privacy — Commentary on Taiwan High Court Judgement No. 100 Shang Yi Tzu 2407, *Court Case Times*, 24, 59-78 (2013).

27. 許恒達，評新修正洗錢犯罪及實務近期動向，國立臺灣大學法學論叢，第48卷特刊，2019年11月，頁1435-1502。
Heng-Da Hsu, A Review of the Amendment to Money Laundering Offenses: Focusing on the Development of Taiwan's Criminal Practice, *National Taiwan University Law Journal*, 48 Special Issue, 1435-1502 (2019).
28. 許恒達，強制工作與想像競合封鎖作用的法定前提：兼評最高法院108年度台上大字第2306號刑事裁定，月旦法學雜誌，第299期，2020年4月，頁107-131。
Heng-Da Hsu, Legal Prerequisites of Forced Labor and the Blocking Effect of Ideal Concurrence: Extended Review of Supreme Court Adjudication No. 108 Tai Shang Da Tzu 2306, *The Taiwan Law Review*, 299, 107-131 (2020).
29. 許澤天，自白作為有利行為人量刑的犯後訴訟表現，中原財經法學，第25期，2010年12月，頁1-63。
Tze-Tien Hsu, A Critical Analysis of Utilizing the Confession as a Sentencing Factor of Post-Crime Attitudes, *Chung Yuan Financial & Economic Law Review*, 25, 1-63 (2010).
30. 許澤天，刑法第185-4條「肇事逃逸罪」的修法評釋，台灣法律人，第3期，2021年9月，頁63-75。
Tze-Tien Hsu, A Review of Amendment of "Hit and Run Offense" in Article 185-4 of Criminal Code, *Formosan Jurist*, 3, 63-75 (2021).
31. 許澤天，法人刑法之構成要件設計，月旦法學教室，第225期，2021年7月，頁35-53。
Tze-Tien Hsu, Design of the Requisite Elements of the Criminal Law of Legal Persons, *Taiwan Jurist*, 225, 35-53 (2021).
32. 陳友鋒，罪刑法定與法律變更之關聯——2006年刑總修訂後之相關困境及其對策，華岡法粹，第41期，2008年7月，頁63-106。
Yu-Feng Chen, The Relationship between Punishment by Law and Law Change — Comment on the Related Dilemma and Resolution after 2006 Revision of General Criminal Code, *Hwa Kang Law Review*, 41, 63-106 (2008).

33. 陳志輝，以言論自由作為阻卻違法事由——台南地院103易373判決，*台灣法學雜誌*，第255期，2014年9月，頁173-178。
Jyh-Huei Chen, Speech Freedom as a Ground of Legal Justification — Tainan District Court Judgment No. 103 Yi Tzu 373, *Taiwan Law Journal*, 255, 173-178 (2014).
34. 陳俊偉，近期有關攙偽假冒行為實務見解之評析，*月旦醫事法報告*，第37期，2019年11月，頁56-67。
Chun-Wei Chen, Review of Recent Judicial Practices about Adulterating and Counterfeiting, *Angle Health Law Review*, 37, 56-67 (2019).
35. 陳俊偉，重新檢視現行食品安全衛生管理法第49條第1項規定之解釋與適用——以食品健康安全法益的保護為詮釋基礎，*世新法學*，第14卷第1號，2020年12月，頁35-92。
Chun-Wei Chen, Reviewing the Interpretation and Application of § 49 I of the Current Act Governing Food Safety and Anitation — On the Basis of the Protection of Legal Benefits in Food Health and Safety, *Shih Hsin Law Review*, 14(1), 35-92 (2020).
36. 陳彥良，內線交易犯罪所得計算爭議研析——最高法院98年度台上字第4800號判決，*月旦法學雜誌*，第188期，2011年1月，頁201-220。
Yen-Liang Chen, Review of Debates of Calculation of Proceeds of Insider Trading — Supreme Court Judgement No. 98 Tai Shang Tzu 4800, *The Taiwan Law Review*, 188, 201-220 (2011).
37. 詹鎮榮，國旗不等於國家？國旗之憲法意義，*月旦法學教室*，第4期，2003年2月，頁4-5。
Chen-Jung Chan, National Flag is Not Equal to the Nation? The Constitutional Meaning of National Flag, *The Taiwan Law Review*, 4, 4-5 (2003).
38. 黃丞儀，被合法的慾望、被消失的同志——晶晶書庫案（釋字第六一七號）及相關司法實務的再思考，*台灣社會研究*，第83期，2011年8月，頁313-328。
Cheng-Yi Huang, Constitutionalizing Desire, Liquidizing Homosexuality

- Revisiting Judicial Yuan Interpretation No. 617 and No. 623, *Taiwan: A Radical Quarterly in Social Studies*, 83, 313-328 (2011).
39. 黃常仁，理路何處尋——學生攻占立法院的正當性，*台灣法學雜誌*，第247期，2014年5月，頁1-2。
- Chang-Jen Huang, Where to Find the Rationale? The Legitimacy of Students Occupying Legislative Chamber, *Taiwan Law Journal*, 246, 1-2 (2014).
40. 黃舒芃，法律明確性原則的制度功能——評釋字第七零二號解釋對於法律明確性原則之認定，*裁判時報*，第17期，2012年10月，頁5-14。
- Shu-Perng Hwang, The Institutional Function of Intelligible Principle — Review of the Acknowledgement of Intelligible Principle in Judicial Yuan Interpretation No. 702, *Court Case Times*, 17, 5-14 (2012).
41. 黃榮堅，棄權又越權的大法官釋字六一七號解釋，*台灣本土法學雜誌*，第89期，2006年12月，頁55-73。
- Jung-Chien Huang, The Abstaining and Exceeding Judicial Yuan Interpretation No. 617, *Taiwan Law Journal*, 89, 55-73 (2006).
42. 楊雲驊，車手強制工作與想像競合——評最高法院刑事大法庭108年度台上大字第2306號裁定，*台灣法學雜誌*，第389期，2020年4月，頁1-10。
- Yun-Hua Yang, Forced Labor and Ideal Concurrence of Cash Mule — Review of Supreme Court Criminal Grand Court Criminal Adjudication No. 108 Tai Shang Da Tzu 2306, *Taiwan Law Journal*, 389, 1-10 (2020).
43. 廖元豪，以憲法之表現自由處理「公民不服從」爭議——評薛智仁教授之〈刑法觀點下的公民不服從〉一文，*中研院法學期刊*，第19期，2016年9月，頁203-228。
- Yuan-Hao Liao, A Free Speech Analysis of Civil Disobedience — Reviewing Chih-Jen Hsueh’s “Civil Disobedience from the View of Criminal Law”, *Academia Sinica Law Journal*, 19, 203-228 (2016).
44. 劉幸義，罪刑法定原則的理論與實務批判（下），*刑事法雜誌*，第38卷第6期，1994年12月，頁13-58。

Shing-I Liu, Criticism to Theory and Practice of Principle of Legality (II), *Criminal Law Journal*, 38(6), 13-58 (1994).

45. 劉靜怡，用丟鞋和辦公祭傳達政治抗議訊息，該受處罰嗎？，*台灣法學雜誌*，第245期，2014年4月，頁131-135。

Ching-Yi Liu, Is It Punishable for Throwing Shoes and Holding a Public Memorial Ceremony to Convey a Politic Protest Message?, *Taiwan Law Journal*, 245, 131-135 (2014).

46. 蔡聖偉，所謂的「提前賄選」行為——評最高法院九十四年度台上字第一〇五九號刑事判決，*裁判時報*，第10期，2011年8月，頁162-166。

Sheng-Wei Tsai, The So-called “Advance Election Bribes” — A Review of Supreme Court Criminal Judgment No. 94 Tai Shang Tzu 1059, *Court Case Times*, 10, 162-166 (2011).

47. 蔡聖偉，刑法第185條之3的「駕駛」行為——評台灣新北地方法院104年度審交簡字第150號刑事判決，*台灣法學雜誌*，第292期，2016年3月，頁185-186。

Sheng-Wei Tsai, “Driving” in Article 185-3 of Criminal Code — Review on Taiwan New Taipei District Court Criminal Judgement No. 104 Shen Jiao Jian Tzu 150, *Taiwan Law Journal*, 292, 185-186 (2016).

48. 蔡聖偉，再論私裝GPS跟監與「竊錄非公開活動」——評最高法院106年度台上字第3788號判決，*裁判時報*，第76期，2018年10月，頁27-40。

Sheng-Wei Tsai, Revisiting Installation of GPS to Surveil and “Record of Non-public Activities” — Review of Supreme Court Judgement No. 106 Tai Shang Tzu 3788, *Court Case Times*, 76, 27-40 (2018).

49. 蔡蕙芳，傷害致死罪之適用——最高法院判例與判決之評釋，*台灣本土法學雜誌*，第61期，2004年8月，頁49-67。

Hui-Fang Tsai, Application of Injury Causing Death Results Offense — Review of Legal Precedent and Judgements of Supreme Court, *Taiwan Law Journal*, 61, 49-67 (2004).

50. 蕭宏宜，摻偽假冒的刑事爭議問題，*台灣法學雜誌*，第242期，2014年2月，頁66-78。

Hung-Yi Hsiao, Criminal Debates on Adulterating and Counterfeiting, *Taiwan Law Journal*, 242, 66-78 (2014).

51. 錢建榮，「買」或「賣」搞不清楚？！（上）——最高法院25年非字第123號等四則販毒判例之檢討，月旦法學雜誌，第210期，2012年11月，頁65-75。

Chien-Jung Chien, Confused about “Buy” or “Sell” (I) — Review of Four Supreme Court Legal Precedents about Drug Trafficking, *The Taiwan Law Review*, 210, 65-75 (2012).

52. 薛智仁，衛星定位追蹤之刑責——評台灣高等法院100年度上易字第2407號判決，科技法學評論，第11卷第1期，2014年6月，頁119-154。

Chih-Jen Hsueh, The Criminal Liability of Satellite Positioning and Tracking — Comments on Taiwan High Court Judgment No. 100 Sun Yi 2407, *Technology Law Review*, 11(1), 119-154 (2014).

53. 薛智仁，家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法學期刊，第16期，2015年3月，頁1-70。

Chih-Jen Hsueh, Problems of the Right to Self-Defense in Domestic Violence — The Case of Zhao Yan Bing, *Academia Sinica Law Journal*, 16, 1-70 (2015).

54. 薛智仁，非法經營銀行業務罪之犯罪所得（下）——兼論犯罪所得沒收之分析架構，月旦法學教室，第150期，2015年4月，頁58-67。

Chih-Jen Hsueh, Crime Proceeds of Illegal Operation of Bank Business (II) — Extend Study on Analysis of System of Confiscating Crime Proceeds, *Taiwan Jurist*, 150, 58-67 (2015).

55. 薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，國立臺灣大學法學論叢，第44卷第2期，2015年6月，頁599-664。

Chih-Jen Hsueh, The New Definition of the Clarity of Criminal Code: Review of the German Federal Constitutional Court's Decision on the Constitutionality of Breach of Trust, *National Taiwan University Law Journal*, 44(2), 599-664 (2015).

56. 薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，第17期，2015年9月，頁131-204。
Chih-Jen Hsueh, Civil Disobedience from the View of Criminal Law, *Academia Sinica Law Journal*, 17, 131-204 (2015).
57. 薛智仁，評析減免沒收條款，月旦法學雜誌，第252期，2016年5月，頁63-83。
Chih-Jen Hsueh, Review on the Reduction of Criminal Confiscation Law, *The Taiwan Law Review*, 252, 63-83 (2016).
58. 薛智仁，刑法、基本權與公民不服從，中研院法學期刊，第19期，2016年9月，頁229-252。
Chih-Jen Hsueh, Criminal Law, Fundamental Rights and Civil Disobedience, *Academia Sinica Law Journal*, 19, 229-252 (2016).
59. 薛智仁，變遷中的肇事逃逸罪——評最高法院104年度臺上字第2570號刑事判決，政大法學評論，第149期，2017年6月，頁221-281。
Chih-Jen Hsueh, The Change Nature of Hit and Run Offense — On the Supreme Court Case of 104 Tai Sun 2570, *Chengchi Law Review*, 149, 221-281 (2017).
60. 薛智仁，展望未來的刑事立法政策？（上）——評2017年之法務部刑法修正草案，月旦法學教室，第177期，2017年7月，頁57-69。
Chih-Jen Hsueh, Prospecting Criminal Legislation Policy (I) — Comments on the 2017 Criminal Law Amendment Draft of the Ministry of Justice, *Taiwan Jurist*, 177, 57-69 (2017).
61. 薛智仁，GPS跟監、隱私權與刑事法——評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決，裁判時報，第70期，2018年4月，頁42-60。
Chih-Jen Hsueh, GPS Surveillance, Right of Privacy, and Criminal Law — Comments on Supreme Court Judgment No. 106 Tai Sun 3788, *Court Case Times*, 70, 42-60 (2018).
62. 薛智仁，想像競合之輕罪封鎖作用——評最高法院108年度台上字第337號判決，裁判時報，第86期，2019年8月，頁49-58。
Chih-Jen Hsueh, Revisit the Lower Limit of Ideal Concurrence — Comments on Supreme Court Judgment No. 108 Tai Sun 337, *Court*

Case Times, 86, 49-58 (2019).

63. 薛智仁，肇事逃逸罪之合憲性——評釋字第777號解釋，裁判時報，第92期，2020年2月，頁78-97。

Chih-Jen Hsueh, The Constitutionality of Hit and Run Offense — Comments on Interpretation No. 777 of the Grand Justices Council of R.O.C., *Court Case Times*, 92, 78-97 (2020).

64. 薛智仁，再論想像競合之輕罪封鎖作用，月旦法學雜誌，第299期，2020年4月，頁95-106。

Chih-Jen Hsueh, Revisit the Lower Limit of Ideal Concurrence, *The Taiwan Law Review*, 299, 95-106 (2020).

65. 薛智仁，2019年刑事法實務回顧：詐欺集團之洗錢罪責，國立臺灣大學法學論叢，第49卷特刊，2020年11月，頁1623-1665。

Chih-Jen Hsueh, Review of the Criminal Law in 2019: The Criminal Liability of Fraud Gang Committing the Crime of Money Laundering, *National Taiwan University Law Journal*, 49 Special Issue, 1623-1665 (2020).

66. 薛智仁，不法挑唆與正當防衛，中研院法學期刊，第28期，2021年3月，頁1-72。

Chih-Jen Hsueh, Instigation and Right of Self-defense, *Academia Sinica Law Journal*, 28, 1-72 (2021).

67. 薛智仁，新肇事逃逸罪之解釋難題——評最高法院110年度台上字第613號刑事判決，台灣法律人，第5期，2021年11月，頁184-198。

Chih-Jen Hsueh, The Explanation Difficulty of the New Hit and Run Offense — Review of Supreme Court Criminal Judgement No. 110 Tai Shang Tzu 613, *Formosan Jurist*, 5, 184-198 (2021).

68. 謝開平，法律解釋與法條結構——投票受賄罪之法律漏洞，月旦法學雜誌，第170期，2009年7月，頁268-277。

Kai-Ping Hsieh, Legal Interpretation and Structure of Laws — The Legal Loopholes of Voting Bribery Offense, *The Taiwan Law Review*, 170, 268-277 (2009).

69. 謝焯偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攙偽假冒罪」

的限定解釋，月旦刑事法評論，第1期，2016年6月，頁70-90。

Yu-Wei Hsieh, Abstract Dangerous Criminals and Food Security Restrain in Risk Society: Restricted Explanation of “Adulterating and Counterfeiting Offense”, *Angle Criminal Law Review*, 1, 70-90 (2016).

(三) 網頁文獻

◎葉懿德，才喝幾杯沒關係？錯！3罐啤酒下肚肇事率就加倍，康健雜誌，2018年12月24日，<https://www.commonhealth.com.tw/article/78651>，造訪日期：2021年11月7日。

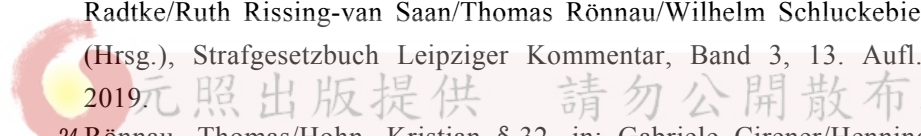
Yi-De Yeh, Is It Okay to Just Have a Few Drinks? Nope! Drinking Three Cans of Beer Doubles the Accident Rate, *Common Health*, December 24, 2018, <https://www.commonhealth.com.tw/article/78651> (last visited: 2021.11.07).

二、德 文

(一) 專 書

1. Appel, Ivo, *Verfassung und Strafe*, 1998.
2. Basak, Denis, § § 1, 2, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2020.
3. Dannecker, Gerhard, *Das intertemporale Strafrecht*, 1993.
4. Dannecker, Gerhard/Schuhr, Jan C., § § 1, 2, in: Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 1, 13. Aufl., 2020.
5. Eisele, Jörg, Vor § § 13 ff., in: Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., 2019.
6. Engländer, Armin, Vor § 32, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2020.
7. Gaede, Karsten, § § 1, 2, in: Klaus Leipoid/Michael Tsambikakis/Mark A. Zöllner (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl., 2019.
8. Gaede, Karsten, § 185, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2020.
9. Hassemer, Wilfrid/Kargl, Walter, § § 1, 2, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid

- Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 1, 5. Aufl., 2017.
10. Hauck, Pierre, Vor § 32, in: Klaus Leipoid/Miachel Tsambikakis/Mark A. Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl., 2019.
11. Hecker, Bernd, § § 1, 2, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019.
12. Jäger, Christian, § 2, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 9. Aufl., 2017.
13. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
14. Kaspar, Johannes, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014.
15. Kissel, Norbert, Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB, 1996.
16. Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017.
17. Lagodny, Otto, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996.
18. Paeffgen, Hans-Ullrich, § 18, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 5. Aufl., 2017.
19. Paeffgen, Hans-Ullrich, § 90 a, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 2, 5. Aufl., 2017.
20. Perron, Walter/Eisele, Jörg, § 32, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019.
21. Remmert, Barbara, Art. 103 Abs. 2, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94 EL Januar 2021, 2021.
22. Renzikowski, Joachim, Einl., in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2020.
23. Rönnau, Thomas, Vor § § 32 ff., in: Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 3, 13. Aufl., 2019.
24. Rönnau, Thomas/Hohn, Kristian, § 32, in: Gabriele Cirener/Henning



- Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 3, 13. Aufl., 2019.
25. Roxin, Claus/Greco, Luis, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020.
26. Satzger, Helmut, Der europarechtlich bedingte Bedeutungszuwachs der Meistbegünstigungsklausel (§ 2 Abs. 3 StGB), in: Martin Heger/Brigitte Kelker/Edward Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 407-416.
27. Schmidt, Heiner Christian, Grundrechte als Verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 2008.
28. Schmitz, Roland, §§ 1, 2, in: Volker Erb/Jürgen Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 4. Aufl., 2020.
29. Sinn, Arndt, Der Kerngehalt des Gesetzlichkeitsprinzips. Ein Beitrag zu den sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts, in: Mark A. Zöller/Hans Hilger/Wilfried Küper/Claus Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 503-520.
30. Stuckenberg, Carl-Friedrich, Körperverletzung mit Todesfolge bei Exzeß des Mittäters, in: Michael Pawlik/Rainer Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 693-713.
31. Vogel, Joachim, Vor §§ 249 ff., in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 8, 12. Aufl., 2010.
32. Vogel, Joachim/Bülte, Jens, § 18, in: Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 13. Aufl., 2020.
33. Walter, Tonio, Vor § 13 ff., in: Gabriele Cirener/Henning Radtke/Ruth Rissing-van Saan/Thomas Rönnau/Wilhelm Schluckebier (Hrsg.),

Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1, 13. Aufl., 2020.

34. Waltke, Philipp, Kunst und öffentlicher Frieden – Strafbefreiung durch Grundrechte?, 2021.
35. Wilfert, Marei Verena, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Staat, 2017.
36. Zöller, Mark, § 90 a, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band III, 9. Aufl., 2019.

(二) 期刊論文

1. Bohlander, Michael, Konventionsfreundliche Auslegung von Art. 103 Abs. 2 GG nach Scoppola v Italy (No. 2): Verfassungsrang für das Lex-mitior-Prinzip?, StraFo 2011, S. 169-172.
2. Bönte, Mathis, Ziviler Ungehorsam und Klimanotstand, HRRS 2021, S. 164-172.
3. Brand, Christian/Winter, Moritz, Grundrechte als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe, JuS 2021, S. 113-117.
4. Burchard, Christoph, Die strafverfassungsrechtliche Verpflichtung (Art. 103 Abs. 2 GG) des Gesetzgebers, das Wesentliche der Rechtfertigungsgründe selbst zu regeln. Zugleich ein Debattenbeitrag zu Wistleblowing und Investigativjournalismus, StV 2019, S. 637-642.
5. Frisch, Wolfgang, Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, NStZ 2013, S. 249-256.
6. Gaede, Karsten, Zeitgesetze im Wirtschaftsstrafrecht und rückwirkend geschlossene Ahndungslücken – Auslaufmodelle infolge des Meisbegünstigungsprinzips der EU-Grundrechtscharta?, Wistra 2011, S. 365-373.
7. Hoffmann-Riem, Wolfgang, Nachvollziehende Grundrechtskontrolle. Zum Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit am Beispiel von Konflikten zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsrecht, AöR 128 (2003), S. 173-225.
8. Jestaedt, Matthias, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2001, S. 1309-1322.
9. Kudlich, Hans, Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, JZ

2003, S. 127-133.

10. Mitsch, Wolfgang, Anmerkung zu BGH Beschluß vom 7. 6. 2005 - 2 StR 122/05 (LG Limburg/Lahn), NStZ 2006, S. 33-34.
11. Rönnau, Thomas, Grundwissen – Strafrecht: Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS 2011, S. 697-699.
12. Valerius, Brian, Übungsklausur – Strafrecht: Der Untergang Babylons (Offenbarung 18) – Grundrechte als Rechtfertigungsgrund, JuS 2007, S. 1105-1110.



The Constitutional Limitation of the Interpretation and Application of Criminal Rules: Commentary on Recent Criminal Judgements

Chih-Jen Hsueh^{*}

Abstract

With the enforcement of the judicial review of the court decisions, the constitutional boundaries of the interpretation and application of criminal rules will become a common concern of the constitutional court and the criminal court. The constitutional court must construct the constitutional requirements for the interpretation and application of criminal rules progressively, and the criminal court must take into account the constitutional intent while interpreting and applying the criminal rules.

Under this institutional context, this article analyzes some important recent judgements to illustrate the impact of the principle of legality, the principle of culpability, and the principle of proportionality on the interpretation and application of criminal rules.

On one hand, this article suggests the grand justices should concretize the review standard of the principle of clarity, recognize the

 * Professor, College of Law, National Taiwan University; Dr. jur., Eberhard-Karls-University of Tübingen, Germany.

Received: January 27, 2022; accepted: July 21, 2022

constitutional status of the most favored principle, and clarify the content and theory basis of the principle of culpability. On the other hand, this article claims that criminal court has gradually valued the importance of constitutional fundamental rights and the principle of proportionality while interpreting and applying the criminal rules. However, the criminal court has also stepped on the line of constitutional law for specific cases and for flexible application of the law especially by ignoring the principle of prohibition analogy and the interpretative clarity standard as well as abusing the objective criminality condition, thus hollowed the principle of culpability. This situation should be reviewed and improved as soon as possible.

Keywords: Nulla Poena Sine Lege, Prohibition Analogy, Interpretative Clarity Standard, The Principle of Non-Retroactivity, The Most Favored Principle, The Principle of Culpability, Objective Criminality Condition, The Principle of Proportionality, Abstract Danger Offenses, Symbolic Speech

