

法學論著

裁判確定後法律變更問題之探討

靳宗立*

目 次

壹、問題之提出

貳、裁判確定與法律變更

一、法律變更

二、法律時之效力

三、刑法之法律變更

四、刑法法律變更之適用原則

五、既判力制度與法律變更

參、刑法第 2 條第 3 項之解釋與適用

一、立法說明

二、理論根據

三、適用要件

四、爭議問題

肆、科刑或宣告保安處分判決確定後執行規定遇有變更之處理

一、處理原則

二、法律之特別規定

伍、結語

關鍵字：法律變更、裁判確定、刑罰執行、從舊從輕、罪刑法定、
既判力、緩刑效力、褫奪公權、法律時之效力、圖利罪

* 靳宗立，輔仁大學法學博士，輔仁大學專任助理教授

壹、問題之提出

刑法之規定，遇有修正時，所衍生之法律變更現象，相當複雜，究應如何適用法律，頗令法界頭疼，向來法界探討之重點，較著重於「行為後法律有變更」時，應如何適用法律；惟「判決確定後法律有變更」時，究應如何適用法律，則鮮有深入之探討，因「判決確定後法律有變更」之情形，所涉及之法律適用問題，主要係有關刑罰或保安處分等行刑規定，而由於 94 年 2 月 2 日修正公布、95 年 7 月 1 日施行之刑法，有關行刑規定之修正幅度甚鉅，所造成「判決確定後法律有變更」應如何適用法律之問題，深深困擾司法實務。

對此，最高法院 96 年台抗字第 291 號裁定可謂係實務近來重要之見解，該裁定認為：「按刑法第 2 條第 1 項關於新舊法比較適用之規定，係指被告行為後法律有變更，法院為裁判時，始有其適用，此觀該法條之規定自明。又判決確定後，即發生確定力及執行力，法院及當事人同受其拘束。因此，法院為判決後，縱法律有變更，檢察官於指揮執行時，除法律另有規定，如刑法第 2 條第 3 項、刑法施行法第 6 條之 1 等情形，應從其規定者外，仍應按原確定判決主文所記載之意旨及判決所適用之法律執行，並不生所謂新舊法比較適用，或是否依新法規定執行問題。」

「本件原裁定以第一審裁定略以：受刑人甲於民國 94 年 9 月 18 日犯投票行賄罪，經台灣板橋地方法院於 95 年 6 月 30 日以 94 年度選訴字第 19 號刑事判決，適用修正前公職人員選舉罷免法第 90 條之 1 第 1 項、第 3 項、第 98 條第 3 項，修正前刑法第 11 條前段、第 28 條、第 56 條、第 41 條第 1 項前段、第 37 條第 2 項、第 74 條第 1 款等法條，諭知『甲共同連續對於有投票權之人交付賄賂，而約其投票權為一定之行使，處有期徒刑 6

月，如易科罰金，以（銀元）3百元折算1日，褫奪公權1年，緩刑3年。扣案之煙燻紅鮭禮盒235盒沒收。』並於95年7月21日確定在案，有上開判決及台灣板橋地方法院檢察署95年度執他字第3058號卷足憑。而94年2月2日修正公布，並自95年7月1日起施行之刑法第74條，雖增訂第2項至第5項，其中第5項規定：『緩刑之效力不及於從刑與保安處分之宣告。』惟本件受刑人之犯罪時間或法院之裁判時間，均在該法條修正公布施行之前，依刑法第1條規定所揭櫫之罪刑法定及刑法不溯及既往原則，本案當根據受刑人行為時之法律即修正前之刑法第74條決定其緩刑之效力。復按諸上開判決主文所載意旨，係對主刑即有期徒刑6月，以及從刑褫奪公權1年部分，併為緩刑之宣告，再參照司法院37年院解字第3930號解釋『刑法第76條所謂刑之宣告失其效力，包括主刑、從刑在內，曾受徒刑及褫奪公權之宣告者，於緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷時，依該條規定褫奪公權之宣告亦失其效力』之意旨，本件受刑人所受緩刑宣告之效力當及於宣告褫奪公權部分，於緩刑期間內暫不執行其褫奪公權。至其緩刑3年之期間，依修正前刑法第74條規定，應自判決確定日即95年7月21日起算。

乃本件執行檢察官竟以上開刑事判決確定日期，係在刑法修正公布施行後之95年7月21日，依修正後之刑法第74條第5項『緩刑之效力不及於從刑與保安處分之宣告』之規定，應執行本件受刑人之褫奪公權，並據以核發台灣板橋地方法院檢察署95年度執他字第3058號執行命令，以『一、略（受刑人甲年籍資料）。二、甲因違反公職人員選舉罷免法罪經判處有期徒刑6月，褫奪公權1年，期間自95年7月21日起至96年7月20日止。但如因縮短刑期或其他法定原因，致褫奪公權起訖日期有所

變更，當由執行監獄或本署另函請更正。95 年 7 月 1 日起施行之新修正刑法第 36 條規定，已刪除對於人民選舉、罷免、創制、複決權褫奪之限制。』而發函行文予中央選舉委員會、行政院人事行政局、銓敘部等機關，顯有不當。第一審法院因認本件受刑人以檢察官執行之指揮不當，而聲明異議，為有理由，而撤銷該執行命令。經核並無不當。

檢察官於原審抗告意旨雖略稱：褫奪公權性質上兼有預防犯罪與社會防衛之目的，故於緩刑內執行褫奪公權，並未悖於緩刑之本旨，且新修正刑法亦增訂第 74 條第 5 項，俾資明確。又該第五項規定為舊法所無，並非法律變更，自不生新舊法比較適用問題。本件判決係於新修正刑法施行後之 95 年 7 月 21 日確定，與法務部所揭示宣告緩刑及褫奪公權『裁判時』及『確定時』均在新修正刑法施行前，則不依新法規定褫奪公權之例外情形不符。再依新法規定，同受緩刑及褫奪公權宣告之案件，褫奪公權期間，既自裁判確定時起算，即裁判確定時，倘在新法施行前，依舊法暫不執行，反之則可在緩刑期間執行，第一審裁定未慮及此，顯有違誤等語。

惟查，案件是否諭知緩刑，乃法官於裁判時，就當時存在之緩刑規定，審酌緩刑之效果，是否妥適，始為宣告，其後因法律變更，致緩刑之效用產生差異，當非法官於宣告時可得考量之範圍，衡酌法律不溯及既往原則，緩刑效力是否及於從刑，當以裁判時為準，方符法理。本件上開確定判決已明確記載其係依據修正前刑法第 74 條第 1 款之規定，對受刑人為緩刑之宣告，而該法條原無現行法第 74 條第 5 項『緩刑之效力不及於從刑與保安處分之宣告』之規定，且依修正前刑法第 37 條第 5 項所規定『依第 2 項宣告褫奪公權者，自主刑執行完畢或赦免之日起算』，則

於緩刑期滿而緩刑未經撤銷之情形，依修正前刑法第 76 條規定，其刑之宣告既失其效力，自無所謂『主刑執行完畢或赦免之日』可言，亦即褫奪公權將失所附麗，而無從起算；必緩刑經撤銷，始有主刑執行完畢或赦免之日而起算褫奪公權之期間。

再參照上開司法院 37 年院解字第 3930 號解釋意旨，足見依修正前刑法第 74 條規定宣告緩刑者，如同時宣告褫奪公權，其緩刑之效力仍應及於褫奪公權，亦即於緩刑期間暫不執行褫奪公權。因認檢察官之抗告為無理由，而駁回其抗告，經核於法尚無違誤。再抗告意旨雖仍執前詞，以上開刑事判決係在刑法修正公布施行後之 95 年 7 月 21 日始確定，依修正後增訂之刑法第 74 條第 5 項之規定，緩刑之效力應不及於從刑褫奪公權，而指摘原裁定不當。然查該刑事判決雖係於刑法修正施行後始確定，但既係在刑法修正施行前之 95 年 6 月 30 日判決，有關緩刑之宣告亦係適用修正前刑法第 74 條第 1 款等相關規定為之，為裁判時增訂之刑法第 74 條第 5 項雖已公布，但尚未施行，而刑法及相關法律又無該規定之效力及於施行前法院已判決之案件規定，揆諸首開說明，檢察官指揮執行時，就本件受刑人緩刑宣告之效力，自不得適用修正後刑法第 74 條第 5 項之規定。從而，原裁定維持第一審撤銷上開檢察官指揮執行命令，即無不合。本件再抗告難認有理由，應予駁回。」¹

前揭最高法院裁定，對於「判決確定後法律有變更」時如何適用法律之見解重點，除：①除法律另有特別規定外，否則應受確定判決主文所記載之意旨及判決所適用之法律執行；②不生所謂新舊法比較適用問題；③不生依新法規定執行問題等外，尚認

¹ 最高法院 96 年台抗字第 291 號裁定理由參照。

④本件受刑人之犯罪時間或法院之裁判時間，均在刑法第 74 條修正公布施行之前，依刑法第 1 條規定所揭禁之罪刑法定及刑法不溯及既往原則，本案當根據受刑人行為時之法律決定其緩刑之效力。

惟上述四項見解重點，法理上是否均屬無誤？不無探討之餘地。本文特以裁判確定後法律變更問題之探討為題，藉由相關法理之研究，釐清相關概念後，得以提出「行為後法律有變更」時，應如何適用法律之規則，最後再省視最高法院前揭裁定之四項見解重點，是否能予以贊同。

貳、裁判確定與法律變更

一、法律變更

所謂「法律變更」，係指具體案件事實，在法律之適用上，其最初應適用之法律，在該案件終局處理確定前，遇有法律之修正或廢止之情形而言。

然而，一般多將「法律變更」用於指涉刑法第 2 條第 1 項所謂「行為後法律有變更」，並將之解釋為法律發生修正或廢止之情形。甚至，實務有部分見解認為：行為後法律有變更，應依刑法第 2 條第 1 項予以比較適用者，以新舊法均有處罰之規定時，始有其適用。倘被告之行為，在行為時法律有處罰明文，但在裁判時之法律，因犯罪構成要件之變更，已無刑罰規定時，即屬犯罪後之法律已廢止其刑罰之範圍，應依刑事訴訟法第 302 條第 4 款規定諭知免訴之判決。不發生依刑法第 2 條第 1 項前段規定，於適用修正後之裁判時法後，再以行為不罰為由，判決無罪之問題。

惟刑法第 2 條第 1 項，雖屬法律變更適用原則之規定，然其僅屬一部之情形，並非全貌，如以現行刑法規定觀之，第 2 條第 2 項、第 3 項，以及刑法施行法第 2 條至第 8 條，均屬法律變更適用原則之規定。因此，倘欲對法律變更加以分類，刑法第 2 條第 1 項之情形，可稱為「狹義法律變更」，連同他法律變更之情形，包含刑法第 2 條第 3 項，則可稱為「廣義法律變更」²。

二、法律時之效力

法律規範，係由國家立法機關所制定，依權力分立原理，國家其他權力機關，如行政或司法機關，原則上應依立法機關所制定之法律規範，本於公權力之行使而適用或執行之。惟國家權力機關在適用法律時，應依有效之法律，始得為之，倘該法律已然失效，國家權力機關即不得執此失效之法律，適用於具體案件，此乃涉及法律有關時之效力問題。

國家權力機關將抽象法律規定適用於具體案件時，原則上應適用當時有效之法律，不得適用已經失效之法律，雖然，在各個法律中，或如刑法第 2 條第 1 項、中央法規標準法第 18 條之規定，對於所處理之案件，可能適用行為時有效、處理時已經失效之舊法，惟實際上，已經失效之舊法，並非得以直接予以適用，而係透過國家權力機關處理案件當時有效之刑法第 2 條第 1 項、中央法規標準法第 18 條之規定，間接地予以適用。因此，倘無刑法第 2 條第 1 項等規定，暫先不論其立法之必要性，則法院對於被告刑事案件之審理或檢察官對於刑罰之執行，均應依裁判或

² 參見靳宗立，「罪刑法定原則與法律變更之適用原則」，刑法之傳承與變革，24-25 頁，五南圖書，2007 年 10 月初版。

行刑當時有效之法律，而不得再適用已經失效之行為時法³。

準此而言，文首所提最高法院，對於「判決確定後法律有變更」時如何適用法律之見解重點③不生依新法規定執行問題」，此見解反滋生問題。

三、刑法之法律變更

刑法規範，就規範對象而論其性質，對於司法者而言，係屬裁判規範；而刑法規範之裁判規範性質，與刑法之適用，息息相關，依刑法適用之動態流程，可包含五個單元：

(1)依各種犯罪之成立要件規定，適用於具體案件之判斷。

刑法第12條至第31條，以及刑分有關各種犯罪之構成要件等規定，均屬之。另外，由於告訴乃論之規定以及追訴權時效之規定，涉及國家刑罰權能否發生，此等規定乃司法機能判斷被告之行為事實是否成罪之前提，本文認為將其歸於本類。

(2)依罪數之原理及犯罪競合規定，適用於具體案件之判斷。

刑法第50條至第56條之規定屬之。惟目前我國刑法並未明定罪數基準，僅針對犯罪競合予以規定。

(3)依各種犯罪刑罰效果（包含保安處分）規定，適用於具體案件，以決定該案件在法律上可能面臨如何法定刑或處斷刑之判斷。

刑法第32條至第41條、第45條至第46條、第47條至第49條、第58條至第73條、第74條、第76條、第86條至第96條等，屬之。

³ 靳宗立，前揭書，25-27頁。

(4)依據刑罰裁量之規定，針對具體犯罪行為事實，在一定之法定刑或處斷刑範圍內，具體決定其宣告刑之判斷。

刑法第 57 條之規定屬之。至第 58 條、第 59 條至第 73 之規定，雖與刑罰裁量有關，但並非單純刑罰裁量之規定，性質上直接影響被告犯罪行為處罰效果之範圍，宜歸類於第三類型。

(5)依據刑罰執行（包含保安處分）規定，對於已經諭知有罪科刑判決確定之犯罪行為人，執行刑罰（或保安處分）。

刑法第 42 條至 44 條、第 75 條至第 75 條之 1、假釋章（第 77 條至第 79 條之 1）、第 84 條至第 85 條、第 98 條至第 99 條等規定屬之。惟第 41 條易科罰金之要件、第 45 條刑期之計算、第 46 條羈押日數之折抵刑期及第 74 條緩刑要件之規定，雖與刑罰執行有關，但並非單純刑罰執行之規定，性質上直接影響被告犯罪行為處罰效果之範圍，亦宜歸類於第三類型⁴。

就執掌刑法適用之司法機關而言，前四項流程，主要係由法院進行判斷；至刑罰執行，則主要係由檢察機關進行判斷。在進行刑法適用，確認所欲適用案件「何時開始」有相關規定之適用方面，因刑法適用階段之事項不同，所適用案件何時有相關規定適用之始期，即有不同：

(1)關於犯罪成立、犯罪競合及犯罪處罰效果（含保安處分）等三大事項之規定，因兼具行為規範、制裁規範及裁判規範之性質，因此，其適用刑法之始期，自以被告犯罪「行為時」為準。

⁴ 因此，文首所提最高法院見解重點④「本件受刑人之犯罪時間或法院之裁判時間，均在刑法第 74 條修正公布施行之前，依刑法第 1 條規定所揭櫫之罪刑法定及刑法不溯及既往原則，本案當根據受刑人行為時之法律決定其緩刑之效力」，否認該案件有刑法第 2 條第 1 項之適用；惟在該案判決確定前，既已遇有法律變更，本即有刑法第 2 條第 1 項之適用，應適用最有利於行為人之舊法，最高法院前開見解，實有疑義。

(2)關於刑罰裁量之規定，因僅具裁判規範之性質，因此，在刑罰裁量規定之適用始期，應以案件「繫屬法院時」為準。

(3)在刑罰執行規定之適用始期，則應以「判決確定時」為準。

司法機關在確認所處理案件適用刑法相關規定之始期後，於該案件終局處理結束之前，可能發生相關規定有修正或廢止之情事，如有發生者，即生法律變更之狀況⁵。

因此，依本文看法，單純刑罰執行規定，因其適用始期，係以「判決確定時」為準，而在行刑完畢前，遇有刑罰執行規定之修正或廢止時，仍有發生「法律變更」之可能。文首所提最高法院，對於「判決確定後法律有變更」時如何適用法律之見解重點②「不生所謂新舊法比較適用問題」、及重點③「不生依新法規定執行問題」，均存有疑義。

四、刑法法律變更之適用原則

我刑法於第 2 條，以及刑法施行法中，即針對不同事項，在發生法律變更時，應適用何時之規定，分設不同處理方式。其中：

(1)刑法第 2 條第 1 項之規定，係針對適用犯罪成立要件、犯罪競合及處罰效果有關規定之案件，發生法律變更之處理原則。

(2)同條第 2 項，係針對適用保安處分有關規定之案件，發生法律變更之處理原則。

(3)同條第 3 項，則係對於執行有罪科刑判決之處罰案件，

⁵ 靳宗立，前揭書，27-30 頁。

遇有法律變更之處理原則。

(4)至於刑法施行法，大多數係針對適用刑罰執行規定之案件，遇有法律變更時之所設之處理原則。

五、既判力制度與法律變更

(一)裁判確定後之效力

一般而言，裁判確定後即發生「確定力」與「執行力」，前者可再分為「形式確定力」與「實質確定力」。茲簡述如次：

1. 形式確定力

形式確定力，係指確定判決對於受判者而言，除依非常上訴或再審等特別程序救濟外，已不能依通常程序予以救濟，該案件因而終結；就裁判者而言，亦不得自為撤銷或變更該判決。此種形式確定力，不論係形式判決或實體判決，均屬有之⁶。

2. 實質確定力

刑事訴訟在審理被告之犯罪事實以確認國家之刑罰權之存否及範圍後，經判決形式確定後，不論係有罪或無罪判決，實體法律關係即告終局確定，不得事後再就同一案件予以重行訴究⁷。

3. 執行力

所謂「執行力」，係指實現裁判內容之效力，於裁判確定時發生，尤其科刑判決確定者，「執行力」尤為重要。因此，縱確定判決發生違誤，在未經依法定程序撤銷前，其執行力不變⁸。

⁶ 林國賢、李春福，刑事訴訟法論〈上冊〉，695頁，2006年1月增訂版。

⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法〈上冊〉，462頁，2000年9月初版。

⁸ 陳樸生，刑事訴訟法實務，284頁，1999年再訂版。

(二) 科刑判決或宣告保安處分確定之案件可能遇見之法律變更

1. 前提要件規定之變更

符合一定要件之行為或資格者，始得科以一定刑罰或保安處分，因此，科刑判決或宣告保安處分確定之案件可能遇見之法律變更，首先即其前提要件之變更。此種前提規定之變更，因受確定判決之「確定力」或「執行力」，除非有合於刑法第 2 條第 3 項等之特別規定者外，原則上不影響確定判決之執行。

2. 刑罰或保安處分內容規定之變更

各種主刑、從刑之內容，甚至包含處斷刑、執行刑之內容規定，於判決確定後遇有變更者，與前述「前提規定之變更」情形相同，因受確定判決之「確定力」或「執行力」，除非有合於刑法第 2 條第 3 項等之特別規定者外，原則上不影響確定判決之執行。

3. 行刑規定本身之變更

關於行刑之規定，刑法僅就少數情形予以規定，原則上多規定於監獄行刑法、保安處分執行法等行刑法規。原則上，科刑判決或宣告保安處分確定之案件，於判決確定時，即開始適用行刑規定，倘於執行完畢前，遇有行刑規定之修正或廢除，則將發生法律變更之現象。例如，已經宣告死刑確定之案件，在尚未執行死刑前，倘遇法律修正為不執行死刑時，將發生法律變更之現象。

參、刑法第 2 條第 3 項之解釋與適用

科刑判決或宣告保安處分確定之案件，如未執行或執行未完

畢，而法律有變更不處罰其行為或不施以保安處分者，依刑法第 2 條第 3 項之規定，應免其刑或保安處分之執行。

例如，90 年 11 月刑法及貪污治罪條例，修正有關圖利罪之規定，此次圖利罪之修正特點，依修正理由之說明，係將原屬舉動犯之構成要件，修正為結果犯；且對於貪污治罪條例圖利罪之未遂犯，亦刪除處罰之明文（刑法之圖利罪，修正前本即無處罰未遂犯之明文），因此，在現行法上，圖利未遂即屬不罰之行為。因此，圖利罪修正後，對於修正前經宣告圖利罪有罪判決確定，而尚未執行刑罰或執行尚未完畢者，應如何適用第 2 條第 3 項，司法院與法務部共同決議採取之處理方式如次⁹：

「判決確定之案件：(1)按圖利罪已修正為結果犯，則圖利行為，未生圖利之結果時（圖利未遂），依修正後之圖利罪規定，即屬行為不罰，如案件已確定，依刑法第 2 條第 3 項之規定，免其刑之執行。如係執行中之案件，依司法院院解字第 3409 號解釋，由執行機關逕予釋放受刑人，無庸經過裁定；尚未執行者，則簽請報結。(2)如屬裁判上一罪關係時（圖利未遂案件與其他罪相牽連）：依司法院院解字第 1304 號解釋『牽連犯案件，輕罪之刑，已被重罪之刑吸收，如其處刑之重罪，因法律變更而不處罰，應逕免其刑之執行。』故此類案件輕罪及重罪均免其刑之執行，執行程序如(1)後段所述。」

惟依圖利罪有罪科刑判決確定之案件，在圖利罪修正後，應如何適用刑法第 2 條第 3 項，前開司法院與法務部之處理方式，實有疑義。蓋就立法例而言，德、日兩國，並無我刑法第 2 條第 3 項之規定，因此，不生前開之如何適用之問題。我刑法，在暫行新刑律及舊

⁹ 參見法務部 90 年 11 月 15 日法 90 檢字第 004749 號函。

刑法時，亦無第 2 條第 3 項之設，自 24 年現行刑法，始仿義大利及波蘭刑法，予以增設。因此，第 2 條第 3 項應如何適用，在國內可謂係尚待開發之領域。

在法理上，科刑判決或宣告保安處分案件一經確定，即生既判力，不論其後法律是否有變更不處罰其行為或不施以保安處分，本來即應一體執行；惟因有刑法第 2 條第 3 項之規定，而得例外地不予執行。因此，刑法第 2 條第 3 項之理論根據為何，頗有討論之必要。

一、立法說明

刑法第 2 條第 3 項之規定，暫行新刑律與舊刑法時均無相類規定，24 年現行刑法始予增訂，依立法理由，乃「處罰之裁判確定後，法律有變更不處罰其行為者，似無再執行其刑之必要，故本案增定之。¹⁰」實則當時之所以增訂此項規定，係仿照 1930 年之意大利刑法第 2 條第 2 項：「凡行為後之法律規定不處罰者，其行為不處罰。已經判決者，終止其刑之執行及效力。」；1932 年之波蘭刑法第 2 條第 2 項亦有相同規定¹¹。

二、理論根據

近代刑法學之思潮，自 18 世紀以來，先後有古典學派、近代學派不同之立場。古典學派，自啟蒙時期以來，因認人有意思自由，乃主張：在客觀上，倘行為人未實行犯罪行為前，不得以之為犯罪而加諸刑罰，蓋思想無罪矣。職是，在犯罪理論上，古典學派乃持客觀主義之刑法理論，犯罪乃針對人之客觀上之行

¹⁰ 中華民國刑法修正案要旨第二點，立法院公報 63 期，77 頁，民 23 年 10 月。

¹¹ 郝朝俊，刑法修正要旨總則編，司法院法官訓練所印行，7 頁，民 24 年 6 月。

為，而非主觀上之犯罪危險性；在刑罰理論上，則提倡一般預防刑或應報刑理論。

近代學派，緣於 19 世紀科學實證主義，論者藉由實證科學，研究犯罪成因後，得出否認人有意思自由之結論。因人無意思自由，近代學派認為有犯罪之因子，必導致犯罪結果之發生，故主張：欲防制犯罪結果之發生，正本清源之道，即在犯罪未生之前，先將有犯罪因子之人，祛除其犯罪因子，始克有功。職是，在犯罪理論方面，近代學派重視行為人主觀上之犯罪惡性，主張主觀主義刑法理論，對於犯罪之成立，不以行為人客觀上實行犯罪行為為必要，僅須其具有犯罪之惡性為已足。在刑罰理論方面，則倡導特別預防刑或教育刑理論，主張個別化處遇，換言之，倘行為人犯罪傾向強烈，犯罪可能性極高，縱其客觀上尚未實施犯罪，亦應加強矯正，以收社會防衛之效；倘行為人已無犯罪之危險性格，縱使之前客觀上已實行犯罪行為，亦無施以矯正之必要¹²。

科刑判決案件一經確定，在執行上，不論其後法律是否有變更不處罰該行為，基於「應報刑理論」或「一般預防刑理論」，均應予以貫徹執行，並不免予執行之理；惟如依「特別預防刑理論」，倘受刑人已無犯罪之因子或惡性，而無再犯之可能者，即無施以刑罰之必要。

因此，基於近代學派行為人刑法理論立場下之特別預防刑理論，受刑人原先所犯之罪，倘事後已予除罪化，則該種行為於現今時空間下已非犯罪，則受刑人縱然有再行實施之可能，即非屬

¹² 有關古典學派與近代學派之介紹，可參閱甘添貴，「古典學派與近代學派於現代刑法理論之影響」，刑法之重要理念，1 頁以下，瑞興圖書，民 85 年 6 月初版。

「再犯」，亦即受刑人已無「再犯」之因子，當無再施以刑罰之必要。此乃刑法第 2 條第 3 項理論根據之所在。觀諸 24 年現行刑法修法當時，刑法委員會提交立法院審議刑法修正案之呈文中，提到修正案之特色：「此次修正刑法標準，有可得而言者，即年來刑事學理闡發益精，國際刑法會議復年年舉行，因之各國刑事立法政策，自不能不受其影響。變動較大者為：由客觀主義而側重於主觀主義；由報應主義而側重於防衛社會主義。然各國社會環境不同，修改法典自應按照實際需要，在可能範圍內力求推進，絕不能好高騖遠，標奇立異。」¹³益加證明。

三、適用要件

關於刑法第 2 條第 3 項之適用要件，學說見解有二：

(一)除罪說

須科刑或宣告保安處分所憑之法條刪除，且依其他現行規定亦無可資處罰或施行保安處分者，始足當之¹⁴。

(二)可罰性要件變更說

僅須法律之變更，影響可罰性範圍，而使得該案件不符可罰性要件者，足當之。

前開二說，就刑法第 2 條第 3 項之理論根據而論，應採「除

¹³ 見立法院公報 63 期，21-23 頁，民 22 年 10 月。

¹⁴ 實務認為單純法條或法規之廢止，尚難逕予以適用刑法第 2 條第 3 項，例如，「中華民國戰時軍律未廢止前，犯該軍律第十四條第一項第一款無故不就指定地點或擅離配置地之罪，經判決確定者，此項行為原與陸海空軍刑法第 93 條無故不就職役或無故離去職役相當，該軍律雖已廢止，尚不能謂已因法律變更而不處罰其行為，其原處之刑未經執行或未執行完畢，自不得援用刑法第 2 條第 3 項規定免其刑之執行。至犯同條項第 7 款之罪，除係遺失者外(參照院解字第 3311 號解釋)，在陸海空軍刑法第 110 條本有處罰規定，自亦不因該軍律之廢止而成為不處罰之行為。」(司法院院解字第 3409 號)

罪說」¹⁵為當。

四、爭議問題

(一) 限時法與法律變更

1. 限時法之意義

狹義之限時法，乃該法規明訂有施行期間者謂之。例如，已於 91 年廢止之「懲治盜匪條例」，於 34 年制定時，當時第 10 條明定：「本條例施行期間定為一年。必要時得以命令延長之。」

廣義之限時法，乃該法規之施行期間，限於一定時期者謂之。例如，動員戡亂時期相關法規等屬之。

最廣義之限時法，乃該法規所適用對象，係發生於一定期間者謂之。例如，已廢止之「戰時軍律」，其所適用之對象係發生於「戰時」之行為；「陸海空軍刑法」有關「戰時」犯罪適用之規定等，屬之。

2. 問題之所在

(1) 限時法之性質，具有適用於一定時期之特性，因此，在適用上，倘於限時法有效期間內，發生有符合該法所定之犯罪行為，於該法施行期間屆滿後，尚未終局判決確定，則此等案件是否有刑法第 2 條第 1 項之適用？

¹⁵ 對此，柯耀程教授雖主張「完全除罪說」，符合者始得適用刑法第 2 條第 3 項之規定；惟在界定何謂「完全除罪」，柯教授認為 90 年 11 月「刑法第 131 條之除罪化修正部分有二：(1)將原本認定為舉動犯處罰的類型改成結果犯，且對於其未遂亦不加以處罰，是以原本以舉動犯為規範範圍者，其處罰界線向後推移至結果發生，其發生結果之既遂前之行為階段，完全予以除罪化…。依本文看法，主觀主義刑法理論側重行為人之惡性，至客觀上犯罪之既、未遂，並無本質上之重要性；既然刑法圖利罪之修正並未將圖利罪完全除罪化，僅修正其構成要件及不處罰未遂犯，則依本文看法，刑法圖利罪之修正，仍不符「除罪說」之要求。參見柯耀程，圖利罪修正與法律適用問題分析(下)，月旦法學雜誌 81 期，109、117 頁以下，2002 年 2 月。

(2)再者，倘前開案件在限時法有效期間內科刑或宣告保安處分判決確定，於施行期間屆滿後，刑罰或保安處分尚未執行，或執行尚未完畢，是否有刑法第2條第3項之適用？

3. 問題之處理

問題(1)部分

基於法律「時間效力」之法理，倘限時法之規定在適用上遇有法律變更之情形，在裁判時限時法已然失效者，自應依刑法第2條第1項之規定予以處理。除非在立法上有如德國刑法第2條第3項，明定限時法於失效後，仍有追及效力者，始得依此項規定，排除「從舊從輕原則」之適用，同時據此項現行有效規定，間接讓已經失效之限時法，產生追及效力。

另經注意者，在最廣義限時法之適用上，較為特殊，蓋此等法規本身之有效期間並不一定限於特定時期，僅其所適用之對象，係發生於一定時期之犯罪。例如，於戰時觸犯「陸海空軍刑法」有關戰時犯罪之非現役軍人，於裁判時縱已非戰時，惟此時「陸海空軍刑法」相關規定仍有效，並未發生「法律變更」之現象，倘屬「事實變更」，仍應依「陸海空軍刑法」相關規定處斷，即不生刑法第2條第1項之適用問題。

問題(2)部分

在法理上，科刑判決或宣告保安處分案件一經確定，即生既判力，不論其後法律是否有變更不處罰其行為或不施以保安處分，本來即應一體執行；惟因有刑法第2條第3項之規定，而得例外地不予執行。

依本文見解，已依限時法科刑判決或宣告保安處分確定之案

件，於限時法施行期間屆滿後，刑罰或保安處分尚未執行，或執行尚未完畢者，應限於該案件之行為，在現行法制上已予除罪化而不具可罰性，始有刑法第 2 條第 3 項之適用。

(二)空白刑法與法律變更

1. 空白刑法之意義

廣義空白刑法，乃立法者將犯罪構成要件之內容，委由其他法律或行政命令予以填補者謂之。

狹義空白刑法，乃立法者將犯罪構成要件之內容，委由其他機關以行政命令予以填補者（補充規範）謂之。空白刑法須有補充規範之填補，始具有完整之規範機能；與空白刑法相對者，稱為「完全刑法」。

2. 問題之所在

(1)在狹義空白刑法之適用上，滋生疑義者，乃行為時原符合補充規範之要件，而成立空白刑法所定之犯罪者，在裁判時，遇有補充規範之修正，而已不符新補充規範之要件者，是否有刑法第 2 條第 1 項之適用？

(2)再者，原依空白刑法及補充規範科刑或宣告保安處分判決確定，於刑罰或保安處分尚未執行，或執行尚未完畢時，遇有補充規範之修正，而已不符新補充規範之要件者，是否有刑法第 2 條第 3 項之適用？

3. 實務見解

對於前述問題，實務見解，持「否定說」，認無刑法第 2 條第 1 項之適用，其理由大致上可歸納為兩說：

(1)事實變更說

實務認為，「犯罪構成事實與犯罪構成要件不同，前者係事實問題，後者係法律問題，行政院關於公告管制物品之種類及數額雖時有變更，而新舊懲治走私條例之以私運管制物品進口為犯罪構成要件則同，原判決誤以事實變更為法律變更，其見解自有未洽。」¹⁶

(2)非刑罰法律變更說

實務另認為，「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。」¹⁷

除此之外，實務亦有兼採二說予以說明者，例如：「刑法第二條所謂有變更之法律，乃指刑罰法律而言，並以依中央法規制定標準法第二條（前）之規定制定公布者為限，此觀憲法第一百七十條、第八條第一項，刑法第一條之規定甚明。行政法令縱可認為具有法律同等之效力，但因其並無刑罰之規定，究難解為刑罰法律，故如事實變更及刑罰法律外之法令變更，均不屬本條所謂法律變更範圍之內，自無本條之適用。」¹⁸

4. 本文見解

實務持否定說所採之理由，不論係「事實變更說」或「非刑罰法律變更說」均有未當。首先，「犯罪構成事實」與「犯罪構成要件」確屬不同，後者乃抽象之規範要件，前者則係具體行為

¹⁶ 最高法院 51 年台上字第 159 號判例參照。

¹⁷ 大法官會議釋字第 103 號解釋參照。

¹⁸ 最高法院 51 年台非字第 76 號判例參照；最高法院 76 年刑事庭決議亦同。

事實符合抽象構成要件者，始足當之。補充規範係屬抽象規範要件之性質，其本身之變更仍屬「法律」之變更，而非「事實變更」。所謂事實變更，例如行為時行為人具有公務員或現役軍人資格，而於審判時已不具公務員或現役軍人資格者是。

再者，因空白刑法之補充規範，係屬委任立法之情形，由立法者將立法權限委託其他機關代為行之，補充規範之性質，仍屬立法權之行使，因此補充規範之變更，仍屬空白刑法之變更，職是「非刑罰法律變更說」，亦與法理有違¹⁹。本文認為：

問題(1)部分

¹⁹ 林紀東大法官於釋字第 103 號解釋所提之不同意見書頗值贊同，其主張：

「查我國刑法，對於行為後法律有變更行為之處理，採從新兼從輕主義，故於第二條第一項規定曰：『行為法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律，有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律』。茲所謂法律，無論由文理或法理上觀之，似均非專指有關處罰規定之法律而言，而宜包括關於構成要件之法律在內。蓋在文理上，該條既未定為『行為後處罰法律有變更……』，而僅泛稱『行為後法律有變更者』，已不容任意縮小解釋，排除關於構成要件之規定，於該條所稱法律之外矣。由法理上言之，刑法之構成要件規定，與其處罰規定，恆同氣連枝，互為一體，亦未容遽予割裂，謂該條所稱法律，專指有關處罰之法律而言，而置關於構成要件之規定於不問。

次查法律一語，學理上有廣狹二義，廣義之法律，兼指中央立法機關通過之法律，及行政機關公布之命令而言，狹義之法律，則專以中央立法機關通過者為限。依照現代刑法理論，刑法之用語，不利於行人者，固宜採嚴格解釋；有利於行為人者，則宜從寬解釋，俾符國家慎刑恤獄保障人權之至意，故該條項所謂法律，應否採取廣義解釋，包括行政機關公布之命令在內，已可研究。矧依懲治走私條例第二條規定：『私運管制物品進出口逾公告數額者，處七年以下有期徒刑拘役，得併科七千元以下罰金。前項所稱管制物品及其數額，以經行政院，依本條例專案指定公告者為限』。是行政院依照上開條項所為之公告，具有授權命令之質性，所以填充法律之空白規定，而具有代替法律之效力，與一般命令不同，甚為明顯。如拘於一格，謂行政院依照上開條項所為之公告，不具法律之性質，故非刑法第二條第一項所稱之法律，則懲治走私條例上開規定，將根本違反罪刑法定主義之原則矣。

綜上所述，足見刑法第二條第一項所稱法律，並非專指有關處罰規定之法律而言，而宜包括關於構成要件之法律在內。且非專指中央立法機關所通過之法律而言，行政機關依據法律之授權，就其空白規定，予以填充者，亦應包括在內，故行政院依懲治走私條例第二條第二項，專案指定之管制物品及其數額所為之公告，其內容如有變更時，對於變更前之行為，亦應適用刑法第二條第一項之規定處斷，俾合於刑法採取從新兼從輕主義之本旨，與授權命令之性質。」

行為時原符合補充規範之要件，而成立空白刑法所定之犯罪者，在裁判時，遇有補充規範之修正，而已不符新補充規範之要件者，仍有刑法第 2 條第 1 項之適用。

問題(2)部分

原依空白刑法及補充規範科刑或宣告保安處分判決確定，於刑罰或保安處分尚未執行，或執行尚未完畢時，遇有補充規範之修正，而已不符新補充規範之要件者，應限於該案件之行為，在現行法制上已予除罪化而不具可罰性，始有刑法第 2 條第 3 項之適用，因此，一般情形下空白刑法並未除罪化，而僅係補充規範之變更，即無適用刑法第 2 條第 3 項之餘地。

肆、科刑或宣告保安處分判決確定後執行規定遇有變更之處理

一、處理原則

依本文之看法，「前提要件」及「刑罰或保安處分之內容為何」²⁰之規定，與「如何執行刑罰或如何施以保安處分」²¹之規定，性質上仍有差別。在適用之始期上，前者自「行為時」，後者自「判決確定時」開始適用。

而且，前者於判決確定時，因受確定判決之「確定力」或「執行力」，除非有合於刑法第 2 條第 3 項或其他特別規定²²者外，

²⁰ 除本文前述「前提規定」外，其至各種主刑、從刑之內容規定，均屬之。準此，有關褫奪公權內容之變更，亦屬此類變更。

²¹ 此種規定，本文稱為單純行刑規定。

²² 例如刑法施行法第 2 條：「依刑法第 2 條第 1 項但書，適用舊刑法、刑律或其他法令時，其褫奪公權所褫奪之資格，應依刑法第 36 條之規定。」

原則上不影響確定判決之執行²⁹；至後者，於判決確定時，即開始適用行刑規定，倘於執行完畢前，遇有行刑規定之修正或廢除，則將發生法律變更之現象，此時，除有新舊行刑法規之特別適用規定外，否則依「法律時之效力」原理，原則上僅能依行刑時有效之規定予以適用。

二、法律之特別規定

在刑法施行法中，與判決確定後執行規定遇有變更之處理有關者，例如第 6 條之 1：「於中華民國 94 年 1 月 7 日刑法修正施行前，受緩刑之宣告，94 年 1 月 7 日修正刑法施行後，仍在緩刑期內者，適用 94 年 1 月 7 日修正施行之刑法第 75 條、第 75 條之 1 及第 76 條規定。」

另外，第 7 條之 1：「於中華民國 86 年刑法第 77 條修正施行前犯罪者，其假釋適用 83 年 1 月 28 日修正公布之刑法第 77 條規定。但其行為終了或犯罪結果之發生在 86 年刑法第 77 條修正施行後者，不在此限。」、「因撤銷假釋執行殘餘刑期，其撤銷之原因事實發生在 86 年刑法第 79 條之 1 修正施行前者，依修正前之刑法第 79 條之 1 規定合併計算其殘餘刑期與他刑應執行之期間。但其原因事實行為終了或犯罪結果之發生在 86 年刑法第 77 條修正施行後者，不在此限。」、第 7 條之 2：「於中華

²⁹ 例如原「肅清煙毒條例」於 87 年 5 月 20 日公布修正為「毒品危害防制條例」，並修正全文，其中第 10 條第 1 項規定：「施用第一級毒品者，處六月以上五年以下有期徒刑。」第二項規定：「施用第二級毒品（指安非他命等）者，處三年以下有期徒刑。」第 20 條第 1 項規定：「犯第十條之罪者，檢察官或少年法庭應先將被告或少年送勒戒處所觀察、勒戒，其期間不得逾一月。」同條第 2 項規定：「經觀察、勒戒後，無繼續施用毒品傾向者，應由檢察官為不起訴之處分或由少年法庭為不付審理之裁定。」上開規定對施用毒品者，視其為病人兼犯人，採「除刑不除罪」之立法，對初犯者除刑化，以啟自新，立意良善，同法第 35 條第 4 項則規定：「判決確定尚未執行或執行中之案件，適用修正前之規定」，實則此項規定之有無，並無影響判決確定案件之執行力。

民國 86 年 11 月 26 日刑法修正公布後，94 年 1 月 7 日刑法修正施行前犯罪者，其假釋適用 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條規定。但其行為終了或犯罪結果之發生在 94 年 1 月 7 日刑法修正施行後者，其假釋適用 94 年 1 月 7 日修正施行之刑法第 77 條規定。」、「因撤銷假釋執行殘餘刑期，其撤銷之原因事實發生在 86 年 11 月 26 日刑法修正公布後，94 年 1 月 7 日刑法修正施行前者，依 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 79 條之 1 規定合併計算其殘餘刑期與他刑應執行之期間。但其原因事實行為終了或犯罪結果之發生在 94 年 1 月 7 日刑法修正施行後者，依 94 年 1 月 7 日修正施行之刑法第 79 條之 1 規定合併計算其殘餘刑期與他刑應執行之期間。」亦屬之。

伍、結語

依本文初步探討之結果，科刑判決或宣告保安處分確定之案件可能遇見之法律變更，包含(1)前提要件規定之變更、(2)刑罰或保安處分內容規定之變更、(3)刑罰或保安處分內容規定之變更，前兩種情形，因受確定判決之「確定力」或「執行力」，除非有合於刑法第 2 條第 3 項等之特別規定者外，原則上不影響確定判決之執行。

至第三種情形，原則上，科刑判決或宣告保安處分確定之案件，於判決確定時，即開始適用行刑規定，倘於執行完畢前，遇有行刑規定之修正或廢除，則將發生法律變更之現象。

而關於文首所提最高法院，對於「判決確定後法律有變更」時如何適用法律之見解，除重點①「除法律另有特別規定外，否則應受確定判決主文所記載之意旨及判決所適用之法律執行」較

無疑義外，依本文看法，單純刑罰執行規定，因其適用始期，係以「判決確定時」為準，而在行刑完畢前，遇有刑罰執行規定之修正或廢止時，仍有發生「法律變更」之可能，因此，見解重點②「不生所謂新舊法比較適用問題」、及重點③「不生依新法規定執行問題」，均存有疑義。

至重點④「本件受刑人之犯罪時間或法院之裁判時間，均在刑法第 74 條修正公布施行之前，依刑法第 1 條規定所揭禁之罪刑法定及刑法不溯及既往原則，本案當根據受刑人行為時之法律決定其緩刑之效力」，否認該案件有刑法第 2 條第 1 項之適用；惟在該案判決確定前，既已遇有法律變更，本即有刑法第 2 條第 1 項之適用，應適用最有利於行為人之舊法，最高法院前開見解，亦有疑義。

蓋在適用刑法第 2 條第 1 項時，涉及「行為時法」、「裁判時法」甚至「中間時法」之比較，其中有關「裁判時法」之判定基準，一般係指「裁判確定前」之法律；在二審之裁判確定後，倘發生法律變更，致其刑罰有廢止、變更或免除者，仍得為第三審上訴之理由（刑訴法§381），且此點為第三審法院依職權調查之事項，並為撤銷原判，自為判決原因之一（刑訴法§393(4)、§398(3)）²⁴。該案件係於台灣板橋地方法院判決終局確定，對於終局確定之案件，除依非常上訴等特別程序救濟，否則已不能依通常程序予以救濟；而該案件，確有符合刑事訴訟法第 381 條之情形，得為第三審上訴之理由，只是並未有提起第三審上訴之情形。當然，該案件引發另一爭議問題，即刑法第 74 條有關緩刑之規定，是否有刑法第 2 條第 1 項之適用？

²⁴ 周治平，刑法總論，78 頁，民國 52 年 3 月初版；靳宗立，前揭書，39-40 頁。

對此問題，事實上，實務一直處於變動狀態。在 94 年刑法大修前，實務向來認為，事關執行，如易服勞役、易科罰金、易以訓誡等事項，應依裁判時法予以適用，而不應適用舊法²⁵。

惟經 94 年刑法大幅修正後，遇到刑法不同性質規定，遇有法律變更時應如何適用法律，即面臨不斷之調整。首先，「易服勞役」、「易科罰金」以及「數罪併罰之定執行刑」等規定，即不再援用往例見解，而認有刑法第 2 條第 1 項之適用。

至於刑法第 74 條有關緩刑之規定，是否有刑法第 2 條第 1 項之適用部分，對此問題，最高法院 95 年度刑事庭第 8 次決議，曾作成：「犯罪在新法施行前，新法施行後，緩刑之宣告，應適用新法第 74 條之規定。」一體採「從新原則」；法務部初步見解認為，僅有行為時及裁判確定時均於舊法者，始依舊法規定暫不執行褫奪公權²⁶。

惟如此一來，對於犯罪在新法施行前，且緩刑及褫奪公權宣告亦在新法施行前，裁判確定於新法施行後之被告甚為不利，法務部對此復予以補充，認為：「基於法的安定性及保障其已取得之既得權益，有關舊法時期受緩刑宣告及褫奪公權判決之公務員，於新法施行後，仍維持現有之公務員身分關係，不依新法規定褫奪其為公務員之資格。」²⁷

隨後，最高法院 96 年前開裁定亦認為，「受刑人之犯罪時間或法院之裁判時間，均在刑法第 74 條修正公布施行之前，依刑法第 1 條規定所揭槓之罪刑法定及刑法不溯及既往原則，本案當

²⁵ 最高法院 29 年上字第 525 號判例要旨參照。

²⁶ 法務部 95 年 6 月 28 日法檢字第 0950802827 號函參照。

²⁷ 法務部 95 年 7 月 21 日法檢字第 0950025954 號函參照。

根據受刑人行為時之法律決定其緩刑之效力」，不再以判決確定時須在舊法為必要。

然而，新的爭議依舊不斷，例如，犯罪在新法施行前，一審緩刑及褫奪公權宣告亦在新法施前，惟經上訴二審後，已進入新法施行期，則二審仍諭知緩刑及褫奪公權宣告，則是否依新法褫奪被告之公務員資格？如此，豈不強逼被告放棄其審級利益？蓋被告不上訴，即不褫奪其公務員資格，而其上訴，則將有褫奪其公務員之可能。實務勢必再度面對此一頭疼問題。

實則，依本文見解，刑法第 74 條緩刑之規定，雖主要與刑罰執行有關，但並非單純刑罰執行之規定，性質上直接影響被告犯罪行為處罰效果之範圍，其遇有法律變更之情形時，應有刑法第 2 條第 1 項之適用。因此，只要行為時係於新法施行前，不論裁判時，宣告緩刑及褫奪公權時均係於舊法；或者前審曾於舊法時宣告緩刑及褫奪公權；甚至於新法時，始宣告緩刑及褫奪公權，均有刑法第 2 條第 1 項「從舊從輕原則」之適用。