

最高檢察署

檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書
(111 年度台非大字第 34 號)

檢察官 宋國業
林麗瑩
許祥珍
李進榮
李濠松
林俊言
蔡秋明

目 錄

壹、本案提案之法律問題	1
貳、本案基礎事實	1
參、目前實務法律見解	2
一、肯定說（107 年度台非字第 228 號判決）	2
二、否定說	3
肆、本署見解	4
一、檢察官的客觀性義務	4
二、累犯之特性	5
（一）累犯成立之跨期間性與雙要件性	5
（二）適用新法與舊法結果之差異	6
（三）刑法第 49 條新法規定生效日期與軍法審判執行完畢時 點之關係	6
（四）本案之適用：肯定說與否定說何者可採	7
三、刑罰不溯及既往原則與本案之關係	8
（一）不溯及既往原則概說	8
（二）溯及既往立法之種類	9
（三）不溯及既往原則之適用範圍	10
四、信賴保護原則與既存法律事實	11
五、有關本案問題之法律解釋與法律漏洞的填補	14
（一）法律解釋	14
（二）不溯及既往規定文義的擴張——目的性擴張或類推適 用？	17

(三) 法律漏洞之填補與法律續造	18
伍、結論	21

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

111 年度台庭蒞字第 9 號

提出人 最高檢察署檢察官宋國業

被告 劉宗明

上列被告因違反毒品危害防制條例案件，最高法院提案庭(徵詢時為刑事第八庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與最高法院先前裁判之法律見解歧異，已於 111 年 5 月 4 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判([111 年度台非大字第 34 號](#))，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

壹、本案提案之法律問題

被告於民國 94 年 2 月 2 日修正公布、95 年 7 月 1 日施行（下稱修正後）刑法第 49 條規定前，因犯罪受軍法裁判處有期徒刑確定（未受司法最終審查，下稱「軍法前案」），並於「軍法前案」徒刑執行完畢後，5 年以內即刑法第 49 條規定修正刪除「依軍法」受裁判者不適用累犯規定後，故意再犯有期徒刑以上之罪（即「後案」），有無刑法第 47 條第 1 項關於累犯規定之適用？

貳、本案基礎事實

一、被告劉宗明於民國（下同）93 年間因違反部屬職責之軍法案件，經國防部東部地方軍事法院量處有期徒刑 1 年 2 月確定（即「軍法前案」），嗣於 94 年 10 月 2 日執行完畢。被告復於 96 年 5 月 11 日，因共同販賣第二級毒品犯行，經臺灣高等法院花蓮分院以 [98 年度上訴字第 294 號](#) 判決（上訴後，經最高法院以 [99 年度台上字第 2187 號](#) 判決，從程序上駁回），論處共同販賣第二級毒品罪刑（依刑法第 47 條第 1 項累犯規定加重其刑）確定（下稱系爭確定判決）。

二、本署檢察總長對系爭確定判決提起非常上訴，理由略為：於95年7月1日修正施行之刑法第49條，刪除「依軍法」受裁判者不適用累犯規定之部分，被告「軍法前案」於刑法第49條修正前即受軍法機關論處罪刑確定並執行完畢。其於上開刑法第49條規定修正後之96年5月11日所犯「後案」，基於法律不溯及既往之法理及被告利益之考量，自不應援引修正後刑法第49條之規定，而依同法第47條第1項規定論以累犯並加重其刑。「後案」既已確定，且對被告不利，爰提起非常上訴，以資糾正。

參、目前實務法律見解

關於上開法律問題，最高法院判決有認為應適用上開累犯規定之見解者（例如最高法院院 [107 年度台非字第 228 號](#) 判決，下稱肯定說），亦有認不應適用上開累犯規定之見解者（例如同院 [110 年度台非字第 106 號](#)、[第 112 號](#) 判決，下稱否定說），已有見解歧異情事，二說略如下述：

一、肯定說（[107 年度台非字第 228 號](#) 判決）

（一）修正前刑法第49條規定：「累犯之規定，於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。」為求司法與軍法一致，修正後該條規定為：「累犯之規定，於前所犯罪在外國法院受裁判者，不適用之。」刪除其中關於「依軍法」受裁判者不適用累犯之規定部分。既該修正後規定已無「於前所犯罪依軍法受裁判者，不適用累犯規定」之相關明文，則是否成立累犯，自應以修正後再犯罪時之法律為斷，不能適用修正前之法律。亦即於刑法第49條修正前，因犯罪受軍法判處有期徒刑確定執行完畢後，於修正後故意再犯罪者，此徒刑執行完畢，乃既存事實，倘符合再犯罪行為時累犯之要件，而其再犯後有關累犯之規定又無變更，當無法律不溯及既往或行為後法律變更新舊法比較適用之問題，應逕依刑法第47條第1項規定論以累犯（併參

最高法院 103 年度第 18 次刑事庭會議決議)。

(二) 最高法院於上開 103 年決議之後，復於 104 年度第 6 次刑事庭會議決議中確認，數罪併罰定應執行刑者，若其中一罪之刑已執行完畢，即不因其嗣後定其執行刑而影響其已執行完畢之事實，而謂無累犯規定之適用。據此，綜合 103 年決議及 104 年決議，數罪併罰定應執行刑者，若其中軍法案件之刑已執行完畢，仍得作為累犯認定之基礎。

(三) 行為人再犯「後案」時，刑法第 49 條軍法適用累犯之規定既已修正施行，則「軍法前案」自成為後案適用累犯規定之基礎，行為人不能諉為不知法律，並未使行為人蒙受不可預見或不可預計的罪責加重，亦無礙於法之安定性。何況，累犯的認定，係純以客觀上之要件作為認定依據，與行為人主觀上之認知無關。行為人於再犯後案時，刑法第 49 條既已修正，行為人在犯後案時得否主張信賴其在刑法第 49 條修法前所犯軍法前案，而該軍法前案不得作為認定累犯的基礎？誠有疑問。蓋行為人於前案之刑罰實施後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪，行為人卻預計日後自己將再犯罪，此種基於與法敵對的意識、漠視刑罰矯治處遇目的心態下所主張的信賴並不值得保護。

二、否定說

(一) 受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至 2 分之 1，固為刑法第 47 條第 1 項所明定。惟修正前刑法第 49 條累犯之規定，於前所犯罪依軍法受裁判者，不適用之。所稱依軍法受裁判，凡前所犯罪，係受軍法機關裁判者皆屬之，不以犯罪之性質及裁判適用之實體法為準。故於刑法第 49 條修正前，犯罪係受軍法機關判處有期徒刑並執行完畢，5 年內再犯有期徒刑以上之罪者，自不構成累犯。

(二) 修正後刑法第 49 條關於累犯之規定，雖已刪除「依軍法受裁判者，不適用累犯」之規定，以求司法與軍法一致，惟修正前刑法第 49 條法條文義既明定「依軍法受裁判」，自係重在案件之審判程序是否全程由軍法機關審理進而裁判，是案件執行完畢之日自不在考量之範圍。苟前所犯罪案件其審判程序全程於 95 年 6 月 30 日以前由軍法機關裁判而宣告徒刑者，為維護被告之利益，基於法律不溯及既往之法理，就被告前所犯之罪依軍法受審判部分，對於後案而言，自不能適用修正後規定論以累犯。

肆、本署見解

一、檢察官的客觀性義務

我國刑事訴訟法第 2 條 1 項規定：實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利不利之情形，一律注意。此為實施刑事訴訟程序公務員所負之中立義務，檢察官作為實施刑事訴訟程序公務員之一，自然負有此一義務。此一規定亦為檢察官具有客觀性義務的法律規範基礎。

檢察官的客觀性義務，在犯罪偵查階段最能彰顯，舉凡有利被告之事證，檢察官均應注意，犯罪嫌疑人或被告之訴訟上權利，包含其聲請權，均於檢察官的中立性有關。在刑之執行階段亦然，檢察官必須應受被告或受刑人之請求，對之有任何有利之處分或向法院提出聲請（例如定應執行刑）。在上訴程序，依刑事訴訟法第 344 條第 4 項之規定，檢察官得為被告之利益提起上訴。甚至在判決確定之後，檢察官仍有義務為受刑人之合法利益聲請再審（同法第 427 條第 1 款），檢察總長向最高法院所提出之非常上訴（同法第 441 條），亦不乏對聲請之受刑人或被告有利益者，本案非常上訴即其一例。

二、累犯之特性

(一)累犯成立之跨期間性與雙要件性

我國刑法所稱累犯，係指犯罪行為人經判決有罪，並受徒刑之執行完畢後（或執行一部分而經赦免後），5年以內故意再犯有期徒刑以上之犯罪，應予加重其刑，此一主旨規定於刑法第47條第1項。由此規定可知，累犯之成立，本有前後二犯罪案件之跨期間性及雙要件性。首先，累犯之構成，必有前後二犯罪行為，且後案犯罪之行為時，必須在前案犯罪獲判之刑執行完畢之後為之，始能構成累犯，即使二者發生於同一日，亦須得以區分前後，始有成立累犯餘地，因此，跨越前後二案的期間跨越性，乃是累犯成立的獨特要件。其次，累犯之成立，係以同一行為人於5年間曾經兩度犯犯罪為前提，亦即：必須以同一行為人在後案犯罪的5年之前，曾受有罪判決且經執行完畢為前提。是以，「前案犯罪經受有罪判決並處徒刑且經執行（或經部分赦免）完畢」，可稱為累犯之第一要件，此時累犯尚未構成。其次，在前案犯罪執行程序完畢後5年之內，必須再次基於故意再度犯罪，即另有後案犯罪行為，始構成累犯，故後案之犯罪行為乃累犯之第二要件。累犯之成立，必須同時具足此二要件始可。我們可以說，累犯之第一要件發生作用基準時，為前案犯罪之執行完畢時；而第二要件發生作用之基準時，則為後案犯罪之行為時，合先說明。

據上說明，吾人發現，前案徒刑執行完畢一事，具有為期5年之「跨越效果」（overarching effect）或延伸效果（extension effect）。在累犯具備雙要件與跨越效果的作用下，若涉及其中一個要件的法律規定有所修改，即可能影響累犯之成立。質言之，在第一要件發生（即前案犯罪所科有期徒刑執行完畢時）之後，與第二次要件發生（即後案犯罪之犯罪行為時）之前，累犯基礎規定與可能影響個案累犯成立與否之特定條文內容為何？有無修改？均係判斷累犯是否成立之重要

考量因素。

(二)適用新法與舊法結果之差異

按我國刑法與累犯有關之規定，共有第 47 條、第 48 條、第 49 條三條；其中規定累犯之成立必須具備上述二要件之刑法第 47 條，迄無修正。然與本案法律問題直接相關，涉及前述第一要件有無除外適用情形之刑法第 49 條，其條文內容適於本案前後兩次犯罪之間有所修正。

刑法第 49 條係於 94 年間經立法院修正為現行規定，同年 2 月 4 日由總統公布，而自 95 年 7 月 1 日起施行。修正前之條文內容為：「累犯之規定，於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。」修正後之現行規定內容為：「累犯之規定，於前所犯罪於外國法院受裁判者，不適用之。」刪除「依軍法或」4 字。此一修正，係將原來不適用累犯規定之軍法審判程序，由舊法條文中刪除。

吾人若完全依照修法後規定論處，縱使先前犯罪之裁判程序係依軍法程序審判，在判決執行後 5 年之內，再犯故意性犯罪時，亦得構成累犯，而應依第 47 條第一項加重本刑至二分之一。此一結果，對於被告自然極為不利。惟若依修正前之舊法規定，前案犯罪經依軍法程序審判者，其執行完畢之後 5 年內再行故意犯罪，即使後一行為成罪，亦不構成累犯，無須蒙受加重其刑之不利益。是究適用修正前或僅修正後之累犯罪規定，對被告利益之影響，不可謂不大。

(三)刑法第 49 條新法規定生效日期與軍法審判執行完畢時點之關係

1.必有適用：

假設刑法第 49 條係在被告接受軍法審判執行完畢前生效，該受軍法審判案件執行完畢之被告，若於執行完畢後 5 年內另行犯罪，由於被告在執行完畢，亦即第一要件發生之前，新法即已生效，執行完畢之後 5 年之內若再有故意犯罪之行為，自應成立累犯無疑。

2.必無適用：

設若刑法第 49 條係在被告之軍法審判案件執行完畢後 5 年內再為犯罪之行為之後始生效，第一要件與第二要件雖均該當，然而當時新法尚未生效，刑法第 2 條所定不利規定不溯及既往原則，新法並無適用餘地，被告行為之論處，仍應適用舊法，而依舊法規定，軍法審判案件不適用累犯規定，故而不成立累犯。

3.適用與否有疑：

茲有問題者，乃如本案所呈現，刑法第 49 條係在被告接受軍法審判執行完畢之後，第二度故意犯罪之前生效，究應如何適用？茲析論如下：

(四)本案之適用：肯定說與否定說何者可採

有關本案是否成立累犯，有前述肯定、否定二說。二說結論迥異，關於類似本案情況成立累犯，有無違反不溯及既往原則，其立場亦完全不同。肯定說完全以第二要件即後案犯罪之行為時，作為判斷累犯是否成立之基準時，認為斯時累犯新法既已生效，後案行為自有新法之適用，亦即舊法所定前案軍法審判不構成累犯之規定，已無適用餘地，故應成立累犯，而未違反刑法第 2 條第 1 項之規定。

然而，此一見解並未考慮前述累犯之雙要件性與跨越前後兩案之特性，若採肯定說，則「前案執行完畢」之要件，即失其規範意義，而被告基於該要件所生之信賴，亦未受到保護，似有未盡妥當之處。（有關信賴保護問題之討論，詳見本文後述。）

依否定說之觀點，刑法第 49 條之修訂，既於前案軍法審判執行完畢之後，亦即第一要件發生之後，始生效力，自然不應回溯適用於與該第一要件有關之任何案件。換言之，在第一要件生效時仍然有效之修正前刑法第 49 條仍應作為判斷與該前案犯罪有關之累犯是否成立之有效法律依據，是在後案執行完畢之後 5 年內縱然再行犯罪，不

論該犯罪是否基於故意為之，均不構成累犯。此說就刑法第2條第1項所定不溯及既往之概念，已有若干擴張。究此適用範圍之擴張有無理論依據？是否妥當？仍有必要再就刑罰不溯及既往之適用範圍及法學方法論對此問題之可能詮釋兩大論點，略加探究。

三、刑罰不溯及既往原則與本案之關係

(一) 不溯及既往原則概說

按構成刑事處罰 (penalty; Strafe) 規定之「溯及既往」(*ex post facto*) 效力，普為各國憲法或法律所禁止；在我國亦然。刑法第1條前段規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」同法第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於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」美國憲法第1條第9項、第10項，分別有禁止國會及各州通過溯及適用之法律的規定。¹依照我國刑法前述規定意旨，行為後之法律始規定該行為應予處罰，或行為後之法律較行為時之法律更不利於行為人時，即應適用行為時之法律，斯即刑罰不溯及既往原則。本案與刑罰不溯及既往原則有無關係？肯定說與否定說各執一詞。孰是孰非，殊有探討必要。

如前所述，法律溯及效力的禁止，通常係指因為行為後的法律修正，使原不構成犯罪之行為成為犯罪；或致使原本種類或刑度較輕之刑罰，成為處罰較重之刑。此等規定可稱為典型溯及既往 (typical retroactivity; echte Rückwirkung) 之禁止規定。本案適用新法既未涉及罪責成立與否之認定，亦未直接涉及後案行為本身刑度之增加或刑罰種類之變更，固然不構成典型的溯及既往²；然不溯及既往原則是否僅

¹ The United States Constitution:

Art 1, § 9: This prohibits Congress from passing any laws which apply *ex post facto*.

Art. 1 § 10: This prohibits the states from passing any laws which apply *ex post facto*.

² 此種溯及既往或可稱為「非典型溯及既往」：不完全以第二要件即後案之行為時作為是否構成溯及適用判斷時點，而以第一要件之前案執行完畢時作為是否溯及適用之判斷時

適用於前述之典型溯及既往案例，非無研求餘地。

(二) 溯及既往立法之種類

依美國學者 Russell L. Weaver 的分類，所謂「溯及既往立法」(retroactive legislation)，基本上可分為三類，**第一類**為因為法規的制定或修正，致制定前或修正前之行為或事實，因為該等新法的制定或修正，而異其法律性質或法律效果 (laws that alter the legal status, that is, the legal character or consequences, of some pre-enactment action or event)，這是一般人所理解的主要溯及立法類型，例如原來不構成犯罪之行為，因為法律的修訂或新法的制定，變成可罰的犯罪行為者，可稱為狹義的溯及既往立法 (retroactive legislation in the strict sense)。**第二類**為新制定或新修訂之法律，並未造成立法前或修法前之行為法律狀態 (pre-enactment status of an action) 的改變，而僅造成該行為之法律判斷更易或更難作成 (laws that...make a legal judgment regarding that action easier or harder to obtain)。此類新法的範圍較廣，也較難認定，對行為人不利法律判斷更易作成的一個例子是：行為後審判前的證據規定修訂，使得國家 (或檢方) 對特定行為更容易定罪。美國法院通常會認定此類新法或修訂屬於溯及既往立法。**第三類**溯及既往立法，亦不會改變立法前的行為法律狀態，但會實質影響源於該行為之期待 (substantially affect expectations stemming from that action) 例如，稅法規定改變了出租財產的折舊計算方法，諸如降低折舊比例或延長折舊期間等，雖然此種修改僅自立法或修法往後生效，但在新法出現前即已購置出租用財產之人，依照舊法計算的折舊計算方法享有較多的財稅優惠。³

點。

³ Russell L. Weaver, RETROACTIVE REGULATORY INTERPRETATIONS: AN ANALYSIS OF JUDICIAL RESPONSES, 61 Notre Dame L. Rev. 167

(三) 不溯及既往原則之適用範圍

由於一時難以覓得國內有關不溯及既往原則適用範圍之實務資料，本文在此暫舉美國聯邦最高法院有關禁止溯及既往原則之判例作為說明基礎，美國法上所謂溯及既往之法律，一般係指「在某一原本不構成犯罪之行為之後所制定，而該原本不罰行為予以處罰之法律」。⁴然如前述，不溯及既往原則之適用範圍，是否僅限於上述典型案例，尚有討論空間。例如，美國聯邦法院在 *Beazell v. Ohio* 案判決中，即明示：「(法律不溯及既往原則) 早已廣為人知，無須一一援引本院歷來判決，即可確認：任何處罰先前於實施時並不為罪之行為，使之於實施該行為之後承受更重的刑事處罰負擔 (which makes more burdensome the punishment for a crime)，或對之剝奪任何行為時依法可得行使之辯護 (any defense available according to law at the time when the act was committed)，均屬溯及既往之規定，而應予以禁止。」⁵該判決所稱「使之承受更重的刑事處罰負擔」，或「對之剝奪任何行為時依法可以行使之辯護」，固均以行為時作為判斷時點，惟仍不妨藉由目的性擴張 (objective expansion of interpretation) 之法律解釋，作為處理本案問題之比較法依據 (詳見本文後述)。

若將前述美國實務上有關不溯及既往適用範圍的見解，適用於本案情形，被告可以主張之辯護，即是伊在前案執行完畢時，亦即前述第一要件發生效力之際，當時「經軍法審判執行完畢」之前案不構成累犯之規定仍然存在，故被告在前案執行完畢時，即已取得該案與其

⁴ Ex post facto is most typically used to refer to a criminal statute that punishes actions retroactively, thereby criminalizing conduct that was legal when originally performed. https://www.law.cornell.edu/wex/ex_post_facto

⁵ "It is settled, by decisions of this Court so well known that their citation may be dispensed with, that any statute which punishes as a crime an act previously committed, which was innocent when done, which makes more burdensome the punishment for a crime, after its commission, or which deprives one charged with crime of any defense available according to law at the time when the act was committed, is prohibited as ex post facto." *Beazell v. Ohio*, 269 U.S. 167 (1925)。

後案件不成立累犯之法定的期待權，而得合理預期不致因為原先免除累犯成立法律規定的刪除，而被課予「更重的刑事處罰負擔」，否則即違反「刑罰規定不溯及既往」之重要法律原則。

四、信賴保護原則與既存法律事實

歐陸法系尤其德國法所謂的信賴保護 (Vertrauensschutz) 概念，大約相當於英美法中所稱的「正當期待」(legitimate expectations)，係指人民對於與之有關之特定事實狀態或法律狀態的存在，不論有無實質法律理由為據，均得持有對於此等事實或法律狀態不致改變之信賴或期待。⁶ 此一法律概念，主要適用於行政法領域，然於刑法領域亦非無其適用⁷。信賴保護原則為禁止溯及既往原則之憲法基礎，從某一角度言之，刑罰法律具有溯及既往效力一事，乃是違反信賴保護原則之典型案例。蓋具有刑罰效果之法律規定，不應具有溯及效力，乃是行為人以至所有人民對於國家的最低期待，亦即最基本的信賴。德國學者 Ellen Lore 由國家本身的立場觀察，將稱之為「禁止溯及既往之客觀法律擔保」(das Rückwirkungsverbot als objektiv-rechtliche Gewährleistung)⁸。此亦應係若干國家憲法設有信賴保護之規定之原因所在。⁹

我國之法律解釋，特別是合憲性解釋文獻中，常可見此信賴保護

⁶ „Von Vertrauensschutz spricht man, wenn das Vertrauen eines Betroffenen in den Bestand in einer bestimmten Tatsachen- oder Rechtslage dazu führt, dass diese trotz des Vorliegens von materiell-rechtlichen Gründen nicht geändert wird.“ 法律名詞釋義資料來源：<https://www.lexakt.de/index.php/glossar/vertrauensschutz.php>。此一名詞在香港稱為「合法期待」。

⁷ 有關信賴保護在刑法領域的運用，請參見 Ellen Lore, *Aspekte des Vertrauensschutzes im Strafrecht* (信賴保護的刑法面向), Peter Lang Europaischer Verlag der Wissenschaften. (<https://d-nb.info/950615633/04>)

⁸ Ellen Lore, a.a.O. S. 108.

⁹ 瑞士聯邦憲法第 9 條即有信賴保護之規定 (Art. 9 Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben: Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. 第 9 條「對抗恣意及善意信賴之保護：任何人均有不受國家機關恣意對待及受到善意信賴之權。」按此種非恣意對待所涉與人民善意信賴所繫之國家行為，自然不限於行政行為，而應包含刑事司法行為，固不待言，否則國家之信賴保護範圍，即有重大缺漏。

之用語。例如，司法院大法官釋字第 751 號解釋，涉及接受緩起訴處分之被告，在其行為同時構成行政罰時，大法官雖然作出不違反信賴保護原則之認定，但已間接表示即使刑事案件，亦有信賴保護原則之適用，由該解釋文即可見其端倪。

大法官許宗力在司法院大法官釋字第 574 號解釋協同意見書所提出，「凡法律修改，即便向將來發生效力，只要對發生於舊法時代，於新法公布生效時仍未完結的連續性事實關係，產生不利影響，就會有信賴保護問題。」其中，「發生於舊法時代，於新法公布生效時仍未完結的連續性事實關係」，就刑法累犯規定的解釋而言，即是刑法第 49 條修正前規定於前案執行完畢後為期 5 年的「跨越效果」；就本案而言，即修訂前規定在先前軍法審判有罪判決執行完畢案件。

本案提案庭在提案裁定所提出之「既存法律事實」說，係解釋本案問題為何應採否定說之優秀理論。此一既存事實（*bestehende juristische Tatsache*）在本案問題應指刑法第 49 條之修法前狀態，在特定期間內尚為某些被告預期不因累犯加重其刑之信賴保護所繫。質言之，本案所謂的既存法律事實，係指刑法第 49 條在 94 年 7 月間修正生效前曾經存在之既存法律狀態（*bestehende Rechtslage*）在本件前案判決執行完畢時仍然存在一事。此一攸關累犯成立與否之法律狀態變動的既存法律事實，致使前述既存法律狀態在特定條件下及一定期間內，仍然具有持續往後發生效力，而為涉案被告所得合理期待。此一期待之所以具有合理性，係因累犯之成立具有如前所述的前後案件雙要件，而其中第一要件具有前述之期間跨越性所致。亦即，刑法第 49 條之修法前狀態，唯有於類如累犯案件此等前後二案數年相隔，兩案互為法律要件成就前提之案例，始有仍得在被告前案執行完畢後 5 年間仍然發生規範作用，而為被告所得正當期待之主要理由。¹⁰

¹⁰ 換言之，本案提案裁定所言及，法律修正事實對於曾受軍法審判之被告，不應產生刑

簡要言之，在本案中具有關鍵意義之「既存法律狀態」，應係「刑法第 49 條之修法前狀態在前案執行完畢時，仍然存在」一事。此際，就本案而言，同法第 47 條所定之累犯第一要件業已開始發生效力，斯時修法前第 49 條排除軍法審判案件構成累犯之規定，亦同時開始生效。考量該條規定效力之向後延伸性，及前述累犯要件所具之跨越效果，第 49 條業已開始往後生效之累犯排除效果，不應因事後刪除而告完全消失。¹¹至少，前案執行完畢之行為人，對於業已開始發生往後跨越效果之該條修法前規定得以持續發生效力，應有合理期待之權利。

本案肯定說質疑「行為人於再犯後案時，刑法第 49 條既已修正，行為人在犯後案時得否主張信賴其在刑法 49 條修法前所犯軍法前案，而該軍法前案不得作為認定累犯的基礎？誠有疑問。」而認為「行為人於前案之刑罰實施後，理應產生警剔作用，行為人卻預計日後將再犯罪，此種基於與法敵對的意識、漠視刑罰矯治處遇目的心態下所主張的信賴並不值得保護。」此一質疑固有所見，惟衡諸實際，行為人犯罪未必皆有計畫，累犯行為人亦不盡皆為預計日後將再犯罪之人，行為人再度犯罪是否必然基於「與法敵對的意識、漠視刑罰矯治處遇目的心態」，亦有疑問。就國家公權力而言，此類源於法律增修所生之「信賴保護」，性質上屬於「客觀性的」(objektiv; objective)、「制度性的」(institutionell; institutional)、「一體性的」(umfassend;

度加重之「回溯連結」一事，乃緣於累犯之成立，本即具有前後雙要件性與跨期間效果之特性所致。然因「回溯連結」之語意不甚明確，可能引起理解上的困難，本言詞辯論意旨書爰不引用。

¹¹ 於此附帶說明者，我國刑法上所習稱之「信賴原則」，通常係指行為人對於他人在一般情況下不至違規或違法一事的正當信賴；在此信賴下，行為人依法行止，且無犯罪故意，若因他人違規、違法而造成傷害或損害，原則上行為人並無刑事責任可言。例如：最高法院 83 年台上字第 5470 號判決要旨所稱：「所謂信賴原則之適用，應以自身並未違規為前提；縱本身無違規情形，如於他人之違規事實已極明顯，同時有充足之時間可以採取適當之措施以避免發生交通事故之結果時，即不得以信賴他方定能遵守交通規則，以免除自己之責任。」故在此信賴原則下，信賴之對象為其他人，並非國家公權力，與此處所稱之「信賴保護」係針對國家公權力作為或不作為之信賴，意義有所不同，併此說明。

comprehensive) 保護，不但與行為人之主觀心態無關，亦與行為人有無特定信賴行為或曾為信賴表示與否無涉。是上述肯定說理由尚不足作為本案行為人應依累犯處斷之依據。

就本案問題而言，刑法 47 條有關累犯之規定，係以前案犯罪案件執行完畢之後 5 年之內再犯罪為其要件，在同法第 49 條修法之前，軍法審判案件之行為人，於獲判有罪並經執行完畢之後，即有正當理由信賴：自該案執行完畢 5 年之內不受累犯論處；此一信賴源於「新法生效於前案執行完畢之後」此一客觀事實，此係國家未能及時修正不合時宜法律規定，必須忍受之代價，也是國家高權作為應昭大信的當然解釋，而與行為人主觀認識如何，並無關係。

五、有關本案問題之法律解釋與法律漏洞的填補

本案形式上雖屬累犯成立與否之問題，然而問題之重點實與刑法第 2 條所表彰之刑罰不溯及既往原則息息相關。有關刑法第 2 條第 1 項所稱「行為時」之意涵如何？該條項之適用範圍如何？實乃本案問題核心所在。本言詞辯論意旨書先前此之討論，率皆著眼於何以應該擴大解釋該條項適用範圍之實體理論層面 (the WHY aspects)，以下試由法學方法論的角度 (the HOW aspects) 來討論，並探討應以何種法律解釋方法詮釋、解決本案問題為宜。

(一) 法律解釋

1. 法律解釋概說

源於德國的一般法律解釋方法，包括文義解釋 (Wortlautauslegung)、體系解釋 (systematische Auslegung)、歷史解釋 (historische Auslegung) 及目的性解釋 (teleologische Auslegung)。¹²

¹² 李惠宗，法學方法論，頁 288 以下，第四版 (2022)、新學林。Felix Jocham, *Kurzeinführung in die Methodenlehre*, S. 1-3, Julius-Maximilians, Universität Würzburg (此文全文可於以下網站下載：<https://docplayer.org/48680840-Kurzeinfuehrung-in-die-methodenlehre.html>.)。有關法律解釋之種類，論者有認尚包含合憲性解釋者，唯此一解釋之目的係在檢驗法律規定是否違反憲法規定、原則或精神，已進入違憲審查之範圍；此種審查，在我國屬於

前三者為司法機關在適用法律時，在法條通常文義可能範圍（Wortlaut）所行之解釋方法。後者則已走超越通常文義之範圍，進入法律漏洞填補之法律續造（Rechtsfortbildung）範疇。

(1) 文義解釋：

文義解釋乃透過具體法律規定（法律條文）文字的字義解析，以正確理解法律的意涵。包括立法定義在內，文義解釋是法律解釋首先必須使用之方法，但此一解釋並非唯一的解釋方法，不應以法律並無表面明文，即拒絕適用該規定，仍應尋求有無文義以外之可能適當解釋可資使用。然如前述，法律規定有其可能文義範圍，超過此一範圍之解釋，即屬法律漏洞之補充（die Ausfüllung von Gesetzeslücken）。

(2) 體系解釋：

體系解釋係不將特定規定視為單一規定，而將與處理某一複雜法律問題的其他相關規定作為一體觀察，決定某一規範在整體法律中的位置（Stellung im Gesetz）為何，而作成可能未明白見於法條文字之解釋與適用。包含當然解釋、反對解釋、責任減輕事由之舉重以明輕解釋、及責任加重事由之舉輕以明重解釋等。至於學者有將之列於體系解釋範疇之擴張解釋（extension）與限縮解釋（Reduction）者，因恐與下述目的性解釋之目的性擴張、目的性限縮、類推適用相互混淆，為本言詞辯論意旨書所不採。¹³

(3) 歷史解釋：

所謂歷史解釋係借助法制史資料，如立法理由、國會立法議程記錄等，藉以探求立法者之本意。然所謂立法者本意，並非立法者之主

憲法法院之職權，並非普通法院可得直接行使之解釋權限，故本文未將之列為一般的法學解釋方法。李惠宗教授亦採此說。德國法學方法論大師 Karl Larenz 在他的名著 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*（本文參考版本為 Claus-Wilhelm Canaris 教授續寫之 1995 年版（第三版，下稱 Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*）及陳愛娥教授於 1996 年譯為中文之 1990 年版）中，亦未將合憲性解釋列為法律解釋方法。¹³ 李惠宗教授將包含目的性擴張在內之擴張解釋，及包含目的性限縮在內之限縮解釋均納為體系解釋之範圍。見氏著前揭書頁 304 至頁 318。

觀意思，而指法案在立法過程中所顯現立法者總體客觀意志的顯現。由於立法史料係客觀存在而可接觸的資料，故此解釋方法，在我國亦常為司法人員及學者所使用。

以上三種解釋可稱為狹義的法律解釋。

(4) 目的性解釋：

此一法律解釋方法係著眼於法律規定整體的意旨與目的（Sinn und Zweck），藉以探求該規定潛藏的客觀意涵，亦即該法律之規範目的（Teleologie des Gesetzes）。學者有稱為客觀目的解釋（objektive-teleologische Auslegung）者¹⁴。使用目的性解釋時，乃文義解釋、體系解釋及歷史解釋均無法達到法律客觀目的所必須使用之方法。目的性解釋，例多必須超越文義解釋之通常界限，或以限縮解釋之方式縮減原本法條文義的範圍，或以擴張解釋或類推適用（Analogie）之方式擴大法律原有文義範圍，已進入法律漏洞之填補（Ausfüllung von Gesetzeslücken），亦即法律續造（Rechtsfortbildung）之範疇。¹⁵已非一般狹義法律解釋可比。

2. 本案問題性質與可採之法律解釋方法

本案問題係由於法律之修訂而引發刑罰不溯及既往原則之適用範圍問題。刑法第 2 條第 1 項本文規定「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。」就累犯的法律適用而言，該條所謂的「行為時」，固應指後案之行為時，而未包含前案的行為時，蓋就前案而言，累犯之要件根本尚未齊備，亦即斯時尚無法預測同一行為人是否將於執行完畢後 5 年內再犯他罪。是就本案而言，若謹守法條原本文義範圍，刑法第 2 條第 1 項本文之「行為」二字，恐難解為同時兼指前案之「行為」。

¹⁴ 如李專宗前提書頁 321 以下。

¹⁵ Larenz/Canaris, a.a.O. S. 245; 陳愛娥，前揭書，頁 333；王鵬翔，目的性限縮之論證結構，月旦民商法第四冊頁 16。

然由修法生效時點言之，本案刑法第 49 條之修訂，雖在後案行為之前，卻在前案執行完畢之後，如果忽略此一新法生效時點，逕予適用同法第 47 條累犯加重規定，是否表示累犯**第一要件**可以置而於不顧，而使被告蒙受前案執行完畢時未能預期之累犯加重的不利益？為期適當保護前述被告之信賴利益，不溯及既往原則在本案事實的適用，除前開依文義所為解釋外，應有作某種程度擴張解釋或類推適用之必要。惟若採體系解釋之擴張性的當然解釋，則該條項之「行為」，雖可賅括「前案犯罪行為」在內，則前案犯罪行為後、執行完畢前之修法，對被告亦不適用，似有保護過寬之嫌，過猶不及，並非可採。

（二）不溯及既往規定文義的擴張——目的性擴張或類推適用？

就禁止不溯及既往原則所保護之利益範圍言之，本案事實固與後案行為是否因法律修訂而異其犯罪成立與否之認定無關，亦非後案行為由原本較輕刑罰轉為較重刑罰之科處，而是後案犯罪行為是否必須加重其刑的不利益。然後者之不利益，與前二者由典型溯及既往所造成之不利益，在性質上並無根本差異。故本案修法生效時點雖在後案行為之前，然係發生於前案執行完畢之後，若適用新法將對被告產生刑度上的不利益，此與後案行為適用不利被告之行為後新法的典型溯及既往效果，並無實質差異，不妨稱之為非典型的溯及既往適用（atypical retroactivity; unechte Rückwirkung）。

按目的性擴張（teleologische Extension）係指依照法律規定之目的，依與法律評價一致之方式，擴張法律規定之字義外延，藉予以填補法律漏洞之法解釋方法¹⁶；與內容相反的目的性限縮（teleologische Reduktion）性質相同。類推適用（Analogie）亦係前述目的性解釋的

¹⁶ Larenz/Canaris, a.a.O. S. 245 (...als Voraussetzung einer gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung eine Gesetzeslücke i.e.S. und als deren Grenze die Möglichkeit erkannt, die Lücke gemäß immanenten Teleologie der gesetzlichen Regelung, in Übereinstimmung mit den im Gesetz zum Ausdruck gelangten Wertungen, auszufüllen.)

形態之一，此種法律解釋係因法律在特定案件的適用上，存有不符立法規劃的法律規制漏洞（eine planwidrige Regelungslücke vorliegt），故而超出法律文義範圍，依「相同事務應當相同對待」（gleiche Sachverhalte gleich behandelt）之憲法平等原則，所為利益相當（die Interesselage ist vergleichbar）之漏洞填補作為。¹⁷。

就本案問題而言，在刑法第 2 條第 1 項之禁止溯及既往原則規定，若採目的性擴張之解釋方式，則該條所定「行為時之法律」之「行為時」三字，未必定須擴張至包括前案之「行為時」不可，而宜參照同法第 47 條之規範結構，解為擴張至前案判決「執行完畢時」，即可解決此一問題。

本案若採類推適用之解釋方式，為彌補前述不溯及既往原則在累犯案件適用範圍過於狹隘，而對修正前舊法規定之適用有合理期待之被告不利，可將刑法第 2 條第 1 項刑法之後案「行為時」概念，類推解釋為包含前案「執行完畢」之概念，亦可適當解決此一規範不足的問題。

要言之，揆諸刑法不溯及既往之規範目的本在保護行為人對於在特定期間內有效舊法之合理期待，是有訴諸目的性擴張解釋或類推適用之法學方法，予以合理解決之必要。

（三）法律漏洞之填補與法律續造

通說認為，法律漏洞是一種法律違反計畫的不圓滿性(planwidrige Unvollständigkeit)，通常情況是發現有屬於法律規整(Regelung)範圍內，且認為需要規整者，法律卻未規定之規範缺漏。¹⁸對於法律規定的詮釋，一旦進入目的性解釋之範圍，即已進入法律漏洞填補之範疇。

關於本案問題，本署既認唯有採取目的性解釋之途徑始得解決，

¹⁷ 李惠宗，前揭書，頁 376、377。Felix Jocham, a.a.O., S. 4.

¹⁸ 請參見本署 111 年度台非大字第 43 號刑事大法庭辯論意旨書，頁 7。

自然係採取法律漏洞存在的立場。理由略如下述：由於前案軍法判決執行完畢之後對刑法第 49 條的修正（刪除軍法審判案件不構成累犯之先前規定），並未同時採取以修正刑法施行法之方式處理部分相關案件（即同一行為人於前案執行完畢後 5 年內所為之犯罪行為）適用或不適用之處理，此等立法的缺失因此造成對行為人有利規定（即不以累犯處理）欠缺之規範缺漏，此一特定修法所造成的規範缺漏，既然一時無法以再次修法之方式填補，即宜由現在刑法規範尋求解決之道。衡量整體刑法規範，允宜依目的性擴張第 2 條第 1 項之不溯及既往原則之適用範圍，或類推適用該條所定「行為時」之概念於本件前案「執行完畢時」等目的性解釋方法予以解決。¹⁹。此二法律解釋均涉及法律漏洞之填補。

本署認為，法律漏洞除了可區分為自始性漏洞與嗣後性漏洞，明顯性漏洞與隱藏性漏洞的分類外，不妨認為尚可分為固有性漏洞（inherent loophole）與偶發性漏洞（incidental loophole）二類，前者係指法律規定因為規範對象不足或過多，以致無法處理本應由該規定處理之經常性或典型問題，即使在適用於一般案件，亦無法達成立法當初所預期之規範目的者，此種法律漏洞乃立法之疏漏，必須以修法或制定、增定新法之方式解決，不宜以由法院透過漏洞填補之方式處理問題。偶發性漏洞係指法律規定在原本所預期或計劃之法律問題處理

¹⁹ 本案問題係源於刑法第 49 條於 94 年間之修正，修正前第 49 條有「依軍法」受裁判者，不適用累犯之規定，修正後「依軍法」受裁判之要件已經刪除，曾受軍法裁判之被告，於該案執行完畢後 5 年內再故意犯罪者，無從再依修正前規定主張前案係經軍法審判而免除累犯之成立。經查該條修法理由如下：「88 年 10 月 2 日公布修正之軍事審判法，有關第三審上訴程序，依上訴原因，分別由司法審判機關之最高法院或高等法院審理，依本條自應適用累犯加重之規定；反觀依軍法受裁判者，則排除累犯適用之規定，則將發生同一案件視被告是否提起第三審上訴，而發生是否適用累犯加重規定之歧異結果，實有未妥，爰將本條關於「依軍法」受裁判者不適用累犯之規定刪除，以求司法、軍法審判程序中，適用法律之一致。」至於該條修正後之適用問題，在修正理由中並未論及，在同年一併修正之「刑法施行法」，亦未處理此一問題。是則，若被告前案經依軍法審判有罪並經執行完畢後，而該案執行完畢之日期係在該條修正生效之前，被告復於該案執行完畢 5 年內另犯他罪，是否構成累犯而應加重其刑，即無任何法律明文規定可資解決。此種缺漏即屬法律漏洞之一種。

功能，並無缺漏之處，僅因特殊案件發生，由立法目的觀之應包括，而由文義、體系等解釋無法賅括，因而發生規範缺漏之情形。前者如新型洗錢手法或新型毒品無法以原有規定所產生之法律漏洞；後者如本案問題一類因為法律修訂所生的個案法律適用爭議有關的法律漏洞。²⁰本件刑法第 2 條之規定，並無固有性漏洞存在，僅於特定個案之適用時，或有「罪不在己」的偶發性法律漏洞存在。

如前所述，法律漏洞的填補，即是法律內部之法律續造作為（*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*）。²¹所謂法律續造，係指依循法律規定之目的，藉著等同評價之方式（目的性擴張或類推適用），據以填補暨存法律漏洞之作為。具有前述規範不圓滿性之法律漏洞的存在，不但是漏洞填補之原因，其本身亦構成法律內部之法律續造的界限（*die Grenze einer Gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung*），故法律續造亦應受到法律規整意向、計劃及其內含目的（*die Regelungsabsicht, der Plan und die immanente Teleologie des Gesetzes*）之拘束。²²此一規範目的界限，不得予以逾越，否則超越法律內部法律續造之界限，而進入超越規範目的之立法權限範疇，自與權力分立原則有違。

在此必須強調者，目的性擴張與類推適用，既屬填補法律漏洞之法律解釋方法，而進入法律續造之範圍，承審法官因此得以超越法律一般文義範圍，將特定規範適用於法律規範文義所不及的案件或情境，要非法律解釋、適用之常態，故在刑事法領域，原則上僅於有利被告之情狀下，始得為之，否則將造成法律規定隨時隱藏超越文義而為行為人所無法預測之不利效果，有違法治國家之法安定性與法律可

²⁰ 本文所稱偶發性法律漏洞，在某種意義上亦可歸類為嗣後性法律漏洞或隱藏性法律漏洞，惟嗣後性漏洞為在漏洞發生原因產生之後恆存的漏洞，而隱藏性漏洞一般係指規範範圍過大之漏洞，其填補方法為目的性限縮（見李惠宗前揭書頁 371、372；陳愛娥前揭書頁 330；Larenz/Canaris, a.a.O. S. 210）。若隱藏性漏洞之定義放寬至立法之後所發生，兼含規範不足與規範過度之漏洞概念，本案問題之法律漏洞未嘗不可稱為隱藏漏洞。

²¹ 同註 15。

²² Larenz/Canaris, a.a.O. S. 191；陳愛娥，前揭書，頁 281。

預測性原則。

伍、結論

鑑於刑法第 47 條有關累犯第一要件中有犯罪「執行完畢後」之明文規定，而同法第 49 條新舊條文乃關乎前案犯罪經依軍法審判程序裁判者是否可依累犯加重其刑之修正，徵諸本文先前說明，為保護刑事被告之信賴利益，刑法第 2 條第 1 項本文應可擴大該條項之適用範圍，在前案軍法審判判決執行完畢後所為之刑法第 49 條修正，其修法前之舊法規定，就執行完畢後 5 年內之後案犯罪，仍有適用，而得排除累犯之成立。亦即，適用新法或舊法之判斷，應以執行完畢之後，新法是否已經修正生效為準；若於前案犯罪之刑執行完畢之後，新法始行生效者，仍應適用舊法規定，雖於執行完畢後 5 年內再行故意犯罪，亦不構成累犯。

至於本案問題處理之方法論依據，應可訴諸前述目的性解釋，循「某一規定依其規範意旨與規範目的判斷，是否得適用於特定事態」²³之法律解釋方法，將前案「執行完畢時」目的性擴張為包含於刑法第 2 條第 1 項本文所稱之「行為時」概念，或類推涵攝於該概念中，不宜拘泥於該規定所用文字，以達保護被告信賴利益之規範目的。然則，該不溯及既往規定即得適用於前案執行完畢後之修法，俾被告就其前案執行完畢後之修法，得以主張違反不溯及既往原則，而於後案審判時不受累犯加重其刑之不利益，以合理解決此一問題。至於此種目的性解釋，究應定位為目的性擴張或類推適用，並非真正問題重點。從另一角度觀察，亦可認定刑法第 2 條第 1 項本文有應予填補之法律漏洞存在，而以填補法律漏洞之法律續造方式，作為解決本案問題之方法論依據。

²³ Felix Jocham, a.a.O., S. 3. (...ob eine Norm nach ihrem Sinn und Zweck auf einen Sachverhalt anwendbar ist))

此致
最高法院

中 華 民 國 111 年 9 月 5 日

檢察官 宋國業

林麗瑩

許祥珍

李進榮

李濠松

林俊言

蔡秋明