

第五節 刑法之基本原則

第一項 正當法律程序原則（Due Process of Law）

一、意義

正當法律程序原則分為實質之正當程序（Substantive Due Process）及程序之正當程序（Procedural Due Process）。前者著重在限制立法者制定法律之實質內容不得違背公平，法院可以審查立法者所制定之法律實質內容是否符合正當法律程序；後者著眼於行政、立法、司法機關限制或剝奪生命、自由、財產時，應遵循如何程序方為正當之問題。換言之，正當法律程序不僅是指公平合理之行政、立法及司法程序，亦兼指公平合理之法律。可知此原則不僅係針對程序方面，甚且包括法律之內容及其目的是否符合公平正義及正當合理。故正當法律程序實係國家行使一切權力，及侵害或限制人民權利均須遵循之憲法原則。

二、實務

（一）司法院釋字第271號解釋時，吳庚大法官之不同意見書

憲法第8條第1項就人身自由之保障作原則性之宣示（人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。），至何謂法定程序，不僅指憲法施行時已存在之保障刑事被告之各種制度，尤應體認憲法保障人身自由之精神，予以詮釋。準此以解，在實體法包括罪刑法定主義、對被告不利之刑罰法律不得溯及既往；在程序法上例如同一行為不受二次以上之審問處罰、審判與檢察分離、審級救濟之結果原則上不得予被告不利益之變更、不得強迫被告自認其罪等。

（二）司法院釋字第384號解釋（理由書¹）正式加以確認。

¹庭裁判中精選可供選為判例之裁判，送請院長核可後，交資料科刊登司法院公報（見最高法院判例選編及變更實施要點）。

第二項 罪刑法定主義

一、意義

按罪刑法定主義是現代民主法治國家最重要之刑法基石，1976年3月23日聯合國公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第15條²即揭櫫此旨。是我國刑法第1條亦開宗明義宣示犯罪之構成要件及其法律效果均須以法律明確加以規定，無犯罪即無刑罰可言。故倘行爲時之舊法未處罰，新法有處罰，則依本條罪刑法定主義，當然不處罰。

從而，倘立法院於行爲人行爲後始通過「財產來源不明罪」之刑事處罰，打算針對前某特定政治人物先前從政時增加之不明鉅額財產加以追討及處罰，並溯及既往生效，俾可以處罰該特定政治人物，恐有悖於罪刑法定主義，亦即已違反正上位階之正當法律程序之憲法原則，自有違憲問題。惟倘在相關法律（例如貪污治罪條例）中，以「擴大貪污犯罪所得財物認定範圍」之貪污所得擬制方式立法規定：「犯○○貪污罪者，本人及其配偶、未成年子女自犯罪時及其後○年內取得之來源可疑財物，經檢察官或法院於偵查、審判程序中命本人證明來源合法而未能證明者，視爲其所得財物。」採用「附屬於」特定貪污罪之模式，在「業經證實犯有特定之貪污行爲」之前提下，最後才可當成行爲人貪污所得，目的是要一併扣押、沒收、追繳、追

¹ 本號理由書意旨略為：人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體之保障，特詳加規定。該條第一項規定……係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。……前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行爲不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。

² Available at: <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm> (last visited Sep.30, 2008).

徵或抵償，則因該不法所得之「擬制」，重點在扣押與沒收等與「罪及刑」無關之程序，並未另行創設一個獨立犯罪類型，應無違罪刑法定主義。詳言之，由於此種規定之旨，係在藉由貪污所得之推定，在行為人不能證明其財產來源之合法性時，擴大貪污犯罪所得財物之認定範圍，將之一併「充公」或發還被害人，並非另行創設一個獨立的犯罪（罪名）及處罰（嚴格義務之刑罰）之犯罪類型，自與「罪與刑應法定」之原則無關，易言之，此種方式只是搭已被證實之貪污行為之「便車」欲一併沒收異常財產而已，此純屬已認定犯貪污罪後之沒收程序，依「程序從新」原則³，即使是行為後所增加之財產，仍應依此種推定為貪污之不法所得，如果被告無法證明係合法來源之財產，自可予以扣押、沒收、追徵、追繳或抵償，不會違背罪刑法定及其派生之禁止溯及既往原則⁴。

二、新法第1條規定

行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。

三、新法後段

³ 參照何賴傑著，論刑事程序之程序從新原則——以刑訴法第三二三條修正為例，刑事法雜誌，第44卷第3期，第108頁以下。

⁴ 此一看法可能會被懷疑：「沒收也是從刑之一，何以不適用罪刑法定主義？難道沒收不屬於刑罰？」惟本書認為，刑罰之功能在於「調節」該行為所包含之不法及「責任」，而沒收根本缺乏此種「調節責任」之功能，不過為一「財產性之處罰」，故即使阻卻罪責，仍可予以沒收，甚至可對僅施以觀察勒戒或戒治（未處以罪刑）之行為人之毒品或工具沒收，案件經不起訴或緩起訴處分（亦未處以罪刑）後，亦可單獨宣告沒收，其他刑事實體法亦存在諸多無犯罪但可單獨沒收之特例。從而，沒收制度本質上不一定非屬於從刑不可，充其量不過為定罪後之另一問題而已，其並非嚴格義意之「刑罰」，大多數之情形著重在預防將來再被取以犯罪之功能，此在美國已發展出「對物訴訟」（action in rem）之民事沒收程序。英國亦制訂有「犯罪所得法」（Proceeds of Crime Act 2002），以專責對被告犯罪所得財產之調查、扣押及執行沒收，且以民事程序對被告財產強制執行，適用民事之舉證責任，以彌補無法真正沒收行為人「全部」犯罪所得財物之漏洞。而在德國，依其刑法第73條及第73條a-e之規定，沒收更非刑罰，而是預防行為人將來再取以犯罪之刑事上之財產上處罰，接近於保安處分之性質。參照，吳俊毅著，因違法行為所得沒收（Verfall）之法律性質——以德國刑法第73條及第73條a-e作出發，法務部調查局九十四年洗錢防制工作年報，第60-80頁。

拘束人身自由之保安處分究何所指？按拘束人身自由之保安處分，由立法理由⁵觀之，應解為與在監在押相類之剝奪受處分人之自由始足當之，從而：(一)感化教育、強制工作、強制治療等，因係採取限制自由在一定機構內之執行方式，故屬此之拘束人身自由之保安處分，且有第46條第2項羈押日數折抵保安處分日數之適用，固無疑義；(二)惟監護處分、禁戒處分，究否有拘束人身自由？論者看法不一，目前實務上之監護或禁戒處分執行處所，均以在醫療院所⁶接受專業精神治療、定期門診治療或在家監護（每三個月定期向執行檢察官報到）併同為之，並無個案在監所執行，故有謂此並非機構內之處遇，故非屬第1條後段所稱之拘束人身自由之保安處分⁷；有謂此與在監所受刑無異，應屬剝奪人身自由之保安處分⁸。惟本書認為，是否屬拘束人身自由之保安處分，須視監護或禁戒處分之執行方式而定，未可一概而論，倘依檢察官之指揮書送進醫療院所監護或禁戒，有門禁管制，受監護或禁戒人只能於院區內活動，受院區人員之監控（監視），應屬於剝奪人身自由之保安處分，有第46條第2項羈押日數折抵保安處分日數之適用；惟倘係要求定期門診治療或在家監護，則未限制其人身自由，自非屬拘束人身自由之保安處分⁹。(三)另外，保護管束及驅逐出境處分，均非與在監在押相類之剝奪受處分人之自由，自無本條後段之適用。

四、此主義所派生（衍生）之原則

(一)禁止溯及既往原則

⁵ 立法理由：拘束人身自由之保安處分（例如：強制工作），係以剝奪受處分人之自由為其內容，在性質上，帶有濃厚自由刑之色彩，亦應有罪刑法定主義衍生之不溯及既往原則之適用，爰於後段增列拘束人身自由之保安處分，亦以行為時之法律有明文規定者為限，以求允當。

⁶ 例如八里療養院、基隆醫院、北投醫院、靜和醫院、草屯療養院、花蓮醫院、為恭醫院、凱旋醫院等數十個醫療院所。

⁷ 參照余麗貞著，二〇〇五年刑法保安處分章修正之說明及對實務運作之影響，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，台灣刑法學會出版，2005年9月，初版，第436頁。

⁸ 參照鄭逸哲著，二〇〇六年七月一日施行之新刑法修法簡評，收錄於94年第1期新修正刑法研討會，司法院主辦，2005年4月18日至20日，第32頁；林東茂著，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析——保安處分，收錄於2005年刑法總則修正之介紹與評析研討會，法務部與台灣刑事法學會合辦，2005年3月，第262頁。

⁹ 其詳，參本書第六章關於保安處分之介紹。

對被告不利禁止溯及既往（因不可預測性），對被告有利不禁止溯及既往。

例外：刑法第2條第1項但書（按新法將「從新從輕」改為「從舊從輕」）；刑法第2條第2項保安處分。

（二）禁止習慣法原則

因未經立法程序故也。但例外地允許習慣法解釋成文法之構成要件，例如刑法第193條之違背**建築術成規**。又過失犯之注意義務、不純正不作為犯之保證人地位、超法規阻卻違法之推定承諾、教師懲戒權等等，亦均允許依據習慣加以判斷。