

解釋字號	釋字第103號
解釋公布院令	中華民國 52年10月23日
解釋爭點	管制物品及其數額之公告內容變更，適用刑法第2條？
解釋文	<p>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，對於變更前走私行為之處罰，不能認為有刑法第二條之適用。<sup>1</sup></p>
理由書	<p>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。</p> <p>大法官會議主席 院 長 謝冠生</p> <p>大法官 胡伯岳 徐步垣 黃正銘 史延程 史尚寬 景佐綱 黃演渥 金世鼎 曾繁康 王之侔 林紀東 洪應灶</p>
意見書、抄本等文件	<p>不同意見書： 大法官 林紀東</p> <p>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。</p> <p>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，不利於行為人者，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。</p>

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。

#### 相關法令



[刑法第2條\(43.10.23\)](#)



[懲治走私條例第2條第2項\(44.12.29\)](#)

#### 相關文件

##### 行政院函

一、據司法行政部五十二年一月九日臺（52）呈刑（二）字第一四七號呈稱一、據最高法院檢察署五十一年十二月八日（51）臺愛字第六二四六號呈稱二、查現行刑法係採罪刑法定主義其第一條規定行為之處罰以行為時法律有明文規定者為限所謂明文規定在法律原文中已將犯罪構成要件明白規定者固無論即法律明定授權行政機關指定公告犯罪構成要件以為處罰之依據者如懲治走私條例第二條第二項規定行政院依據該條例關於管制物品及數額所為專案指定之公告亦不失為行為時明文規定之法律惟行政院於公告後往往斟酌情形經過相當時間後將以前之管制物品變更為非管制物品不處罰其行為此項變更當然有廢止刑罰之效力如變更在訴訟進行中法院應依刑事訴訟法第二百九十四條第四款為免訴之判決若變更在有罪判決確定後應適用刑法第二條第三項免其刑之執行乃屬當然之解釋最高法院五十年度臺上字第一七〇七號判決徐〇權等走私案所採理論殊與前開說明不合該徐〇權等走私案之女用手錶二百只在四十六年曾經行政院公告為管制物品凡私運逾公告數額者均在處罰之列至四十九年一月同院變更公告不認手錶為管制物品自屬法律之廢止乃臺上字第一七〇七號判決仍維持

第二審論處徐○權等走私罪刑之判決不認行政院之變更公告有廢止刑罰之效力所引用第二審判決理由無非以四十九年一月行政院之變更公告乃行政上適應當時情形所為事實上之變更並非刑罰法律有變更不得據為廢止刑罰之認定其效力僅及於以後之行為無溯及既往而使公告以前之走私行為受影響即無刑法第二條第一項之適用為論據果如所云是原判決對於行政院關於管制物品之公告處罰行為人時依罪刑法定主義之原則認為刑罰法律變更公告為非管制物品不處罰其行為時則認為事實之變更不認為刑罰之廢止前後歧異已難自圓其說且於被告在法律上應得之利益全不顧及顯失情理之平本署認有不合特依法提起非常上訴原期有所糾正乃最高法院仍認該院臺上字第一七〇七號判決之見解為正當以五十一年度臺非字第七六號判決將本署非常上訴駁回除持原有理論外並謂行政院之公告縱可認為具有法律同等之效力但未經過立法程序且無刑罰之規定不能解為刑罰法律及刑罰操諸行政機關之手流弊滋多至於重視被告之利益應在法律範圍內為之不可在法外施仁云云惟行政院關於管制物品之公告既係根據懲治走私條例之授權授權之法律既已經過立法程序並已有刑罰之規定受任之行政院公告即無再經立法程序及另訂刑罰之必要如謂刑罰操諸行政機關之手流弊滋多何以依行政院管制物品之公告處罰行為人時不虞其有流弊獨於變更管制物品應認為廢止刑罰時謂為流弊滋多至被告之利益固應在法律範圍內為之不可法外施仁但本署主張者即被告在法律上應得之利益若竟予以剝奪不免有違法科刑之弊況法律上授權政府或行政機關發布命令違反是項命令者即應處以刑罰其例甚多如政府依國家總動員法所發之各種命令或於外國交戰之際所發之局外中立之命令等如違反之者即依妨害國家總動員懲罰暫行條例或刑法第一百十七條規定處罰是項命令為各該犯罪之構成要件當然為廣義的刑罰法律之一種否則又焉能據以處罰人民由此可知是項命令之變更當然即為刑罰法律之變更否則將何以取信人民而使其折服須知法律授權即為法律本身之一部換言之基於法律授權所發布之命令該項命令即與法律有同等之效力從而該項命令之變更即為法律之變更其理至顯乃原判決竟認是項命令為事實變更不適用法律變更之規定在理論上固決難成立蓋任何法令之變更均為適應社會事實之需要而產生亦即均為事實變更之一種尤可慮者此例一開將來政府於戰時依據國家總動員法所發布之命令有所變更時均將排除於法律變更之外其影響所及何堪設想本署從法律與事實兩方面詳加研究認為最高法院駁回本案之非常上訴顯難謂非違誤惟該

院與本署之法律見解既有不同為求得法律之正確適用起見理合檢同原卷件呈請鈞部鑒核轉呈行政院核轉司法院大法官會議解釋以便遵循等情

二、查刑法第二條規定行為後法律有變更者適用裁判時之法律所謂法律變更固應以刑罰法律為限惟法律授權政府或行政機關發布命令如違反是項命令即處以刑罰者則該命令之變更為法律變更抑事實變更學者意見向不一致本件徐O權等走私案最高法院認鈞院變更管制物品之公告為事實變更雖經著有判例（四十九年臺上字第一〇九三號）然最高法院檢察署依據法理並顧及目前事實列舉理由認係法律變更亦非無據事屬適用法律疑義依司法院大法官會議法第七條規定得聲請統一解釋

三、謹檢具最高法院判決正本一份呈請鑒核轉函司法院大法官會議予以統一解釋俾資遵循二、查所請與司法院大法官會議法第七條之規定尚屬相合除令復外特抄同原件函請查照惠予統一解釋為荷

#### 最高法院刑事判決

上訴人 最高法院檢察署檢察長

被 告 徐O權

朱O庭

右上訴人因被告等走私案件對於本院中華民國五十年十一月十六日第三審確定判決認為違法提起非常上訴本院判決如左

主 文

上訴駁回。

理 由

非常上訴理由稱本件被告徐O權係四川輪三廚由香港隨輪私運政府管制物品女用十七鑽方型 T e b e l a 手錶二百隻進口起岸價

格共為新臺幣二萬六千八百十四元二角七分折合銀元為八千九百三十八元零九分於四十六年十月三日該輪抵達基隆港即與代理該船船務之太和股份有限公司職員朱O庭商妥許以每隻港幣二元之報酬託其帶出碼頭朱O庭遂利用其持有出入碼頭證之便於當日下午九時餘將該項手錶如數上腰夾帶下船行抵招商局大樓前即為該管中山分駐所警員人贓俱獲為原判決引用第二審認為之事實查被告等私運之女用手錶二百隻依行政院四十六年八月三日之公告列為管制物品其總價格為新臺幣六萬元已逾公告數額第一審及第二審初次判決依懲治走私條例第二條第一項論科固屬無誤但在訴訟進行中行政院於四十九年一月二十一日將管制物品重行公告女用手錶不列入管制物品之內適用裁判時之法律自應為無罪之諭知原判決維持第二審有罪之判決駁回被告第三審上訴無非以行政院四十九年一月二十一日不認女用手錶為管制物品之重行公告乃是行政上適應當時情形所為事實上之變更並非刑罰法令有所變更不得為廢止刑罰之認定無論公告內容如何變更其效力僅及於以後之行為殊無溯及既往而使公告以前之走私行為受影響即無刑法第二條第一項之適用為論據惟查行為之處罰以行為時之法律有明文者為限不僅我刑法第一條有明文規定且為一般罪刑法定主義之基本原則懲治走私條例屬於特別刑法其第二條第二項既規定前項行為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則行政院依據此項條例於四十六年八月所為以女用手錶為管制物品之公告並非普通行政命令為立法機關授權行政機關所為犯罪構成要件之一種具體的補充規定法院既可據以處罰私運該管制物品之人當然具有刑罰法律之效力四十九年一月該院之公告既有變更不認女用手錶為管制物品則該項手錶即應因無處罰明文之故而不處罰乃對被告等仍依懲治走私條例論科顯與罪刑法定主義不合如謂行政院依懲治走私條例專案之公告並非法律根本上即不得據以處罰行為人既可處罰行為人即因其本身為法律之故今原判決一面謂行政院宣示女用手錶為管制物品之公告為法律而處罰被告等一面又謂該院變更女用手錶為非管制物品之公告非法律僅生事實上變更之效力仍對被告等為有罪之認定前後歧異顯屬矛盾且現行法律對於被告之利益極為重視觀於刑事訴訟法第二條第一項刑法第二條各規定可以概見乃原判決竟將刑罰法律之變更認為事實之變更謂無刑法第二條第一項之適用置被告等之利益於不顧殊失情法之平原判決自屬違背法令應依刑事訴訟法第四百三十四條第四百三十六條提起上訴以資糾正云云

本院按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蓋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合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本件被告徐○權朱○庭於民國四十六年十月三日共同私運進口之女用手錶二百隻起岸價格共為新臺幣二萬六千八百一十四元二角七分折合銀元為八千九百三十八元零九分按諸行政院四十六年三月臺四十六財字第○二三四號令既屬管制物品又超過銀元七千元之公告數額自屬觸犯行為時有效之懲治走私條例第二條第一項之罪懲治走私條例施行迄今既無變更而行政院於四十九年一月二十一日重行公告管制物品未將手錶列為管制進口物品又僅屬行政上適應當時情形所為事實上之變更並非刑罰法律有所變更殊無溯及既往而使重行公告以前之走私犯行受何影響依照上開說明不得適用刑法第二條第一項上段改判免訴從而原判決以第二審維持第一審依懲治走私條例第二條第一項刑法第十一條上段第二十八條論處被告等罪刑之判決為無不合而駁回被告等第三審之上訴尚難指為違法非常上訴意旨徒以被告等走私行為完成後行政院變更公告內容未列女用手錶為管制物品即謂被告等行為時之法律無處罰明文不應再予處罰執此指摘原判決違法不無誤會殊難認為有理由據上論結應依刑事訴訟法第四百三十九條判決如主文