

刑法判解

空白刑法與法律變更

101年度台上字第5380號判決

【實務選擇題】

被告遭起訴懲治走私條例第二條第一項之走私罪（本罪犯罪構成要件之管制物品由行政院以命令補充之），二審判決後立法機關修正系爭條文，明定授權行政院公告管制物品之原因及管制方式，並實施之。則被告以二審法院未為新舊法律比較適用，逕以修正後之法律論擬，有判決理由不備及消極不適用法規之違法提起上訴。試問下列敘述依實務見解，何者正確？

- (A) 依司法院釋字680號解釋，所謂空白刑法牴觸罪刑法定主義，應一概無效。
- (B) 刑法第2條之行為後法律變更僅指刑罰法律的變更，本題並不符合此情形，故被告之上訴無理由。
- (C) 基於權力分立的觀點，立法權為國會的範圍，故不可授與行政機關以行政命令填補刑罰法律的權限，否則即為違憲。
- (D) 用以填補的行政命令變更時，足以影響刑法處罰的範圍，自有規範性而為法律變更，有刑法第2條之適用。

答案：B

【裁判要旨】

刑法第二條第一項之規定，係規範行為後「法律變更」所生新舊法律比較適用之準據法，故如新舊法處罰之輕重相同，即無比較適用之問題，非此條所指之法律有變更，即無本條之適用，應依一般法律適用原則，適用裁判時法。懲治走私條例第二條第一項之走私罪……有關管制物品之項目與數額之決定，既具有國際性、政策性及機動性之考量，並非立法者所能事先掌握，實有必要授權由行政機關因應變化而為決定。是以本罪犯罪構成要件之管制物品究何所指，法未明白規定，有待行政命令之補充，為空白刑法之一種。而行政院依本條第三項就第一項管制物品及其數額之公告，其內容之變更，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。……至於有關管制物品項目之犯罪構成要件內容，同條第三項仍然全部委由行政院公告，但為使自授權之該條例規定中得以窺見因何種目的而為管制，及於公告管制物品項目時應考量之因素，使人民預見其行為有受處罰之可能，

乃有第三項之修正，俾其授權之目的、內容及範圍更臻明確。稽其條文實質內容並未變動，新舊法處罰之輕重復屬相同，自非法律之變更，而無刑法第二條第一項之適用，應依一般法律適用原則，適用裁判時法。

【裁判分析】

一、空白刑法之意義：

所謂空白刑法，指其規定之犯罪的構成要件，尚待行政機關以行政命令加以填補的刑法，又稱空白構成要件。此種刑法規定之構成要件的空白性存在於，行政機關依據相關法律授權所為之行政命令，是否可自其依據之法律，獲得具體之認識。若是否定，則該以行政命令填補刑罰構成要件之刑法便具有空白性。又歷年來實務雖未認空白刑法抵觸罪刑法定主義而無效，惟仍要求法律授權主管機關發布命令為補充規定時，受規範者須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，其授權始為明確，方符最低限度要求的刑罰明確性原則。

二、法律變更：

基於罪刑法定主義，原則上法律變更不得溯及既往，但若新法有利於行為人時，例外適用變更後之法律，刑法第2條有所明文，然法律變更是否包括空白刑法中，補充空白的行政命令若有變更，學說有不同看法。

- (一) 事實變更說：刑法第2條（下稱本條）之行為後法律變更僅指刑罰法律的變更，填補空白刑法之行政命令縱可認具有法律效力，但並無刑罰規定，終究難認為刑罰法律，故無本條之適用，屬實務穩定看法，本判決亦同。
- (二) 法律變更說：決定法律有無變更之關鍵，在於改變部分有無具備規範性，必須變更部分無規範性才算事實變更。而用以填補的行政命令變更時，足以影響刑法處罰的範圍，自有規範性而為法律變更，有本條適用，此為學界通說。
- (三) 小結：在空白刑法的適用上，若無行政命令的補充，人民不可能知道具體的行為規範為何，又「安所措其手足？」，則行政命令之變更應屬法律變更無誤，故實務的見解流於形式。但在考試上，還是必須兩說並陳，以顯周延。

【關鍵字】

空白刑法、法律變更、刑罰明確性、罪刑法定主義。

【相關法條】

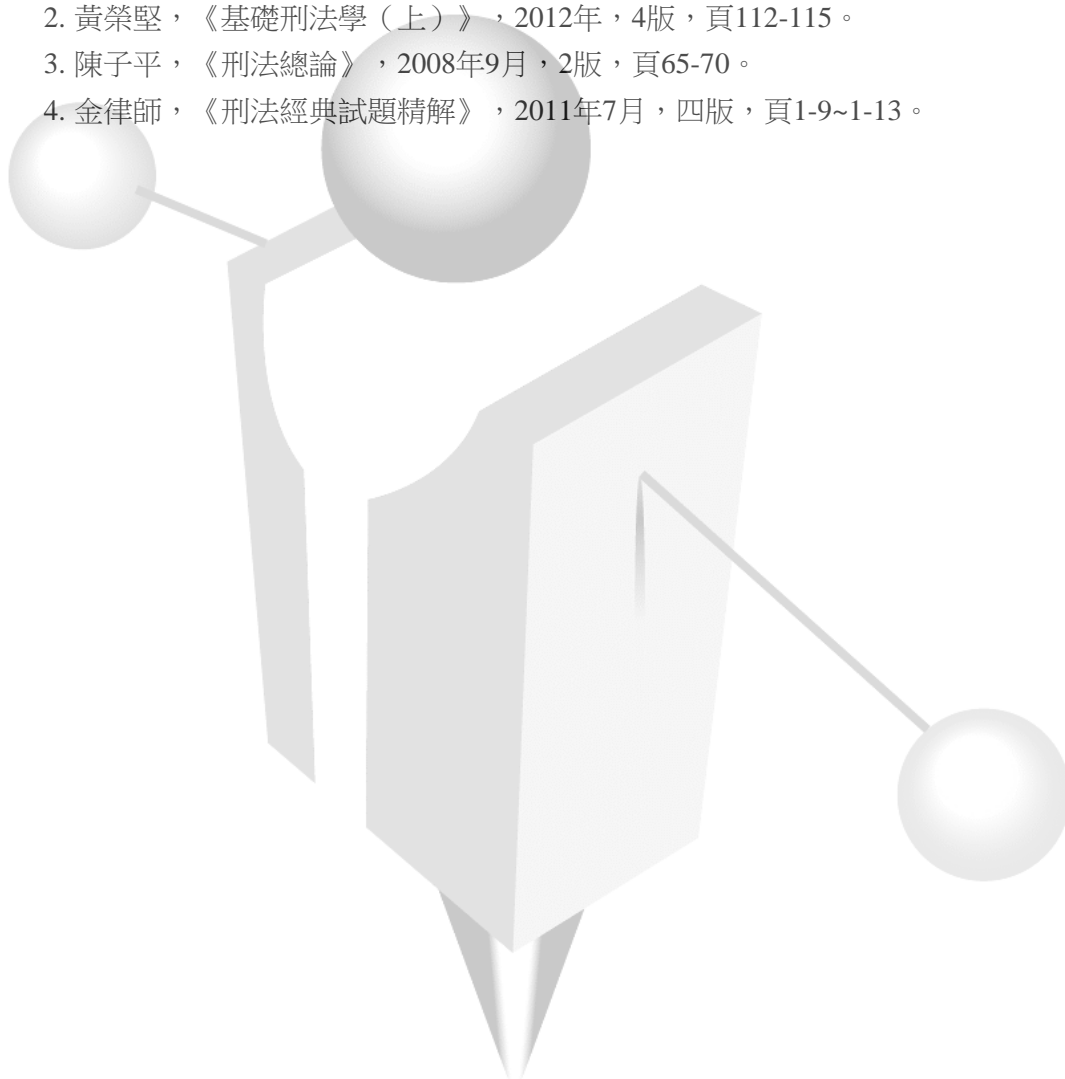
刑法第2條、懲治走私條例第二條、司法院釋字第103、522、680號解釋。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【參考文獻】

1. 林鈺雄，《新刑法總論》，2011年9月，3版，頁58-71。
2. 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，2012年，4版，頁112-115。
3. 陳子平，《刑法總論》，2008年9月，2版，頁65-70。
4. 金律師，《刑法經典試題精解》，2011年7月，四版，頁1-9~1-13。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！