最高法院 110 年度台非大字第 13 號案件
書面法律意見

國立臺灣大學法律學院
專任教授　林明昕

緣以　鈞院刑事大法庭審理 110 年度台非大字第 13 號周方慰妨害家庭案提案大法庭案件，茲依法院組織法第 15 條之 8 第 4 項規定及　鈞院刑事大法庭台刑大 110 台非大 13 字第 1100000021 號函（下稱鈞院函文）指示，提供書面法律意見如下[1]：

壹　法律爭議

查本件提案予　鈞院刑事大法庭裁判之法律爭議，依　鈞院函文暨相關文件提示，直接間接涉及下列兩項問題：

一、人民因觸犯刑罰法律，經合法起（自）訴而受法院判處罪刑確定，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義而聲請解釋憲法（司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款參照），經司法院大法官宣告其確定終局裁判所適用之刑罰法律違憲，並宣示應自該解釋公布之日起失其效力，則就檢察總長對聲請人據以聲請解釋之原因案件所提起之非常上訴，最高法院究應認其屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，而依刑事訴訟法第 302 條第 4 款之規定諭知免訴？抑應認屬「行為不罰」，而依同法第 301 條第 1 項之規定諭知無罪？

二、聲請解釋刑法第 239 條規定違憲暨變更司法院釋字第 554 號解釋之聲請人即被告，依最高法院先前諭知無罪或免訴之歧異非常上訴判決，就已經執行有

[1] 按：因 COVID-19 疫情之第三級警戒影響，原依　鈞院函文定於民國 110 年 6 月 2 日下午擬行之言詞辯論，嗣另依　鈞院刑事大法庭台刑大 110 台非大 13 字第 1100000042 號函改為同年 7 月 28 日下午舉行。惟案件所涉法律爭點不變。

期徒刑易科完畢之罰金，依刑事補償法第 6 條第 2 項規定，請求依已繳納罰金加倍金額附加法定利率計算之利息返還之刑事補償，分別依刑事補償法第 1 條第 2 款、第 2 條第 3 款規定請求刑事補償，於本件大法庭裁定統一法律見解後，受理補償事件之機關即最高法院，應為補償與否之決定？

本書面爰就旨揭二項爭議，提供相關法律意見如後（**後文「參」**）。惟在此之前，另有若干前提說明，先行處理（**後文「貳」**）。

貳　前提說明

本案提案，緣以司法院釋字第 791 號解釋變更同院釋字第 554 號解釋，轉而認為刑法第 239 條有關通姦罪之規定違憲，應自該釋字第 791 號解釋公布之日，即 2020 年 5 月 29 日起失其效力，最高檢察署檢察總長爰就各相關提出釋憲聲請之確定判決向最高法院提起非常上訴，致最高法院各庭針對基礎事實相同之案件產生原判決廢棄後，依前揭釋字第 791 號解釋之旨所為之判決究應諭知免訴，抑或無罪的爭議。本案提案庭（最高法院第一庭）採「免訴說」見解；惟因另有他庭堅持「無罪說」，提案庭遂以 110 年度台非大字第 13 號裁定（下稱提案裁定）提案予最高法院刑事大法庭裁判。

針對本案提案之爭議，本書面意見雖**<u>贊成提案庭「免訴說」之最終結論</u>**（理由詳**後文「參、一、（五）」**），但就其理由構成，特別是提案裁定理由「參、三」以下稱司法院大法官解釋針對原因案件具有溯及效力云者等見解，則持部分不同之觀點。蓋提案裁定理由之所以有此「溯及效力說」的見解，一來，或許與我國刑事司法實務就非常上訴的違反法令之判斷基準時，採「原法院審判當時」的立場[2]有關；而二來，更重要的是，提案庭在此似乎對司法院大法官解釋之效力有所誤解而致之。

事實上，法規範遭大法官宣告違憲後，其效力如何的問題，司法院大法官審理案件法（下稱大審法）暨其施行細則等，並無規定。憲法第 171 條第 1 項及第 172 條雖規定為無效，但何謂「無效」，從時間或人的對象…等，卻容有許多解釋的可能性。就此，司法院大法官釋憲實務本身，向來針對遭違憲宣告的法規範

[2] 例見林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，2020 年 10 版，頁 565。

多採自解釋公布日起失效（立即失效），甚或一定期間過後始失效（定期失效）的作法；而溯及失效的先例，則極為罕見。至於與此相關連的另一個問題，亦即法規範之立即或定期失效，就原適用該法規範而尚繫屬或已確定的司法案件有何影響，憲法與法律同樣欠缺規定。對於這個問題點，大法官歷來的解釋縱有若干宣示[3]，但始終卻無完整的說法；因此，相關問題究竟應如何處理，最多僅見於學說中之討論[4]，實務尚乏具有體系性的立場。所幸這種現象，近日當有改變的可能。因為現行大審法已於 2019 年初大幅修正公布為憲法訴訟法，並將於明（2022）年 1 月 4 日施行。這部新法對於違憲之法規範的效力及該效力對相關司法案件的影響等，均有詳細且較有系統的規定。鑑於法律規範的拘束力與引導作用，相信待明年初該憲法訴訟法施行後，過往實務上許多爭議的問題點，將能逐步釐清。

查本案提案所涉法律爭議，究其實，頗與違憲之法規範的效力及該效力對相關司法案件的影響等問題息息相關。此外，又由於新的憲法訴訟法明年初施行在即，因此**本案提案之法律爭議的解決，依本書面意見所見，容得以該即將施行的憲法訴訟法作為規範依據，俾便將來針對本案提案所作成的刑事大法庭裁判，縱使跨過明年新法施行後，仍有其適用餘地**。何況這一部新的法律，在有關違憲之法規範的效力及該效力對相關司法案件之影響等問題的規定上，原即先以現行大法官釋憲實務為基礎，並進一步參考國內學說與外國立法例後，擴充形成。從而，其整套相關問題的規範體系，即使對於現階段猶依大審法運作的大法官釋憲實務，也無任何扞格之處。換言之，本書面意見**現今縱使預先以該未正式施行的憲法訴訟法來處理本案提案所涉的法律爭議，其結果亦不至於與現行大法官釋憲實務產生矛盾**。

又，本書面意見力求精簡，揚棄過度複雜的論證，而偏向**條列式的整理說明**，以利閱讀。參考文獻，一方面，臚列於文後；另一方面，於必要時，再以腳註方式標誌其出處。至若　鈞院刑事大法庭嗣後另有其他垂詢或指示，本書面意見自當遵照補充與辦理。

---

[3] 主要是針對人民依大審法第 5 條第 1 項第 2 款聲請釋憲類型中的原因案件。

[4] 整理國內司法院解釋之實務，並進而提出完整說明者，詳翁岳生，〈司法院大法官解釋效力之研究〉，收於：吳庚大法官榮退論文集編輯委員會，《公法學與政治理論：吳庚大法官榮退論文集》，2004 年，頁 1-36；楊子慧，〈憲法法院法規違憲審查之裁判類型與效力：以德國法為中心，並談我國之改革〉，《國立中正大學法學集刊》，43 期（2014 年 5 月），頁 193-291。

參　爭點處理

一、非常上訴判決應諭知免訴，抑或無罪？（提案裁定所提之問題）

（一）本項爭議，如前文「貳」已述，關鍵在於違憲之法規範的效力，以及該效力對相關司法案件之影響如何等問題。這兩項問題，現行大審法並無規定；但明年初即將施行的憲法訴訟法，已以現行大法官釋憲實務為基礎，發展出完整且體系清楚之規定，可資為處理爭議的規範上重要依據。

（二）首先，憲法訴訟法在有關向未來將由全體大法官組成之憲法法庭聲請宣告法律違憲的設計上，與現行大審法略同，主要有「國家機關或立法委員之聲請」（憲法訴訟法第 47 條以下；大審法第 5 條第 1 項第 1 款及第 3 款參照）、「法院聲請」（憲法訴訟法第 55 條以下；大審法第 5 條第 2 項參照[5]）及「人民聲請」（憲法訴訟法第 59 條以下；大審法第 5 條第 2 項參照）等<u>三種類型</u>[6]。針對這三種類型，法律遭憲法法庭宣告違憲後，憲法訴訟法分別均有規定該違憲法律何時失效，以及相關之司法案件如何因應處理等問題如下：

- 針對「國家機關或立法委員之聲請」類型：第 52 條至第 54 條；
- 針對「法院聲請」類型：第 58 條準用前揭第 52 條至第 54 條；
- 針對「人民聲請」類型：第 62 條至第 64 條分別準用前揭第 52 條至第 54 條。

這些規定，有些乃現行大法官釋憲實務行之有年者，另有些乃該憲法訴訟法所新增之明文規定；惟無論如何，其既與現行大審法之規範及實務並無牴觸，因此在解決問題上，不論是憲法訴訟法尚未施行的現階段，抑或明年起該法正式施行後的新階段，系爭規定間接或直接均有依循的空間。

---

[5] 但由於大審法系爭第 5 條第 2 項規定設計不當，現階段法院聲請大法官釋憲，皆以司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號等解釋為依據。

[6] 此外，為落實憲法上地方自治之保障，憲法訴訟法第 82 條另亦明文賦予地方自治團體得聲請中央法規違憲之權。不過由於此一類型與本案提案之爭議無直接關連性，故此不贅。

另應說明者，憲法訴訟法針對前揭三種聲請憲法法庭宣告法律違憲的類型，雖然分別皆有涉及違憲法律何時失效，以及相關之司法案件如何因應處理等問題的規定，但由於在「法院聲請」及「人民聲請」等兩種類型的部分，相關規定多以準用「國家機關或立法委員之聲請」類型的方式呈現，因此前揭關於違憲法律何時失效，乃至相關之司法案件如何因應處理等兩項問題，其處理模式，**在三種聲請法律違憲的類型中基本上幾近一致，亦即適（準）用憲法訴訟法第 52 條至第 54 條之規定。唯一例外，僅出現於人民聲請類型中之原因案件如何處理的情形；憲法訴訟法第 62 條第 1 項載有與其他聲請類型略有差異的特別規定**，必須留意（參**後文「參、一、（六）與（七）」**之比較）。

（三）在有關違憲法律何時失效的問題上，憲法訴訟法承續歷來大法官釋憲實務的傳統[7]，採奧地利所謂「得廢棄說（Vernichtbarkeitslehre）」之法制[8]，**以自宣告違憲之時點起向後（ex nunc）失效為原則**，亦即「立即失效」或「定期失效」（第 52 條第 1 項參照[9]；又，第 58 條及第 62 條第 2 項準用第 52 條）。「溯及失效」，法律雖亦預見，但盱衡大法官向來釋憲的實務，縱使明年憲法訴訟法開始施行，短時間仍當屬相當少見的例外。至於「定期失效」，目前大法官釋憲實務最常利用；然因與本案提案之爭議無直接關連，故相關之其他問題點，特別是涉及有關之司法案件在違憲法律尚未失效的期間內如何因應處理的課題，在此亦不贅[10]。換言之，本書面意見真正所關心的，唯有宣告違憲之法律向後立即失效後，相關的司法案件如何因應處理的議題。

---

[7] 就此，參翁岳生，前揭註 4，頁 12-17 就司法院釋字第 177 號解釋以降之釋憲實務的詳細說明。

[8] 相對於此，影響我國大法官釋憲實務較深的德國，則採「無效說（Nichtigkeitslehre）」。至於有關德、奧法制之比較，詳 *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 10. Aufl. 2015, Rn. 379 ff.。

[9] 該條項規定：「判決宣告法規範違憲且應失效者，該法規範自判決生效日起失效。但主文另有諭知溯及失效或定期失效者，依其諭知。」其立法理由並稱：「現行條文未明定被宣告違憲且應失效之法規範應自何時起失效，適用上易滋疑慮，爰參酌奧地利憲法第一百三十九條、第一百四十條之立法例，增訂第一項，俾臻完備。」

[10] 關於此一問題點，憲法訴訟法主要的規定為第 54 條第 1 項：「判決宣告法律位階法規範定期失效者，除主文另有諭知外，於期限屆至前，各法院審理案件，仍應適用該法規範。但各法院應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，於必要時得依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序，

此外，又由於針對這個議題，無論現行司法院大法官釋憲實務，抑或即將施行的憲法訴訟法，均將人民聲請類型中的原因案件予以特別處理，因此在說明上，本書面意見也擬優先考慮此一類型的問題如下。更何況本案提案之爭議所涉者，正是這種人民聲請釋憲後其原因案件如何處理的問題。

（四）人民據以向大法官聲請宣告法律違憲的原因案件，雖已終局裁判確定，但現行大法官釋憲實務，自司法院釋字第 177 號及第 185 號解釋以降，始終基於肯認人民聲請釋憲之制度具有權利保護的功能，而准許聲請人在作為聲請標的之法律遭大法官宣告違憲而向後立即失效後，尚能針對該原因案件之確定終局判決，透過再審或非常上訴的方式重新審理，以謀救濟。在此，原因案件如屬刑事性質者，則為非常上訴所適用的範疇。職故，有疑的是：最高法院於這一類型的非常上訴中，究應依何一時間點的法令，作為判斷原確定判決（即原因案件之確定終局判決）有無違反法令的依據？

（五）關於這個非常上訴程序中的所謂「裁判基準時」問題，國內通說，一般不區分提起非常上訴之原因類型，均採「原法院審判當時」說[11]。但此一見解，非無商榷之處。即以我國非常上訴制度所繼受的日本而言，該裁判基準時的問題，即有爭議：採與我國通說相同立場（原判決時法說）者，有之；然相反地，採「非常上訴之審判當時」的觀點（自判時法說）者，亦有之[12]。各家說法，莫衷一是。以此比較法之對照觀察，國內通說立場，顯然有重新調整的必要。或許徵諸提起非常上訴的原因，作類型化區別，依不同原因，分採不同觀點，是比較

俟該法規範修正後，依新法續行審理。」相關之立法理由則稱：「法規範經宣告定期失效者，於期限屆至前，該法規範仍屬現行有效之法令。為維持法秩序之安定，爰於本條規定，於本節案件宣告法律位階法規範定期失效者，除憲法法庭另有諭知外，於失效期日屆至前，各法院仍應適用該法規範。」「惟個案情形不一，各法院亦得考量該經違憲宣告但尚未失效之法規範於個案之影響，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，以裁定停止審理程序，等待依新法再續行審理，爰增訂本條但書規定。」又，此一規定，依同法第 58 條，亦準用於法院聲請宣告法律違憲的類型。至於人民聲請之類型，同法第 64 條有特別規定；但其內容大同小異。凡此，均與現行大法官釋憲實務無太大差別（例見司法院釋字第 725 號及第 741 號解釋）。

[11] 見同註 2。

[12] 就此，見川端博：《刑事訴訟法講義》，成文堂，2012 年，500 頁。

彈性且合目的的作法。準此，**為救濟人民聲請釋憲後之原因案件而提起的非常上訴類型，即以採「非常上訴之審判當時」的觀點為妥**，始能有效地依違憲法律失效後的法規範狀態，重新評價該原因案件如何適法裁判；否則，如堅持「原法院審判當時」的國內通說立場，已遭違憲宣告之法律豈非又成為非常上訴所應依據之法規範，釋憲聲請人之權利焉得救濟？

職是，假使以救濟違憲法律失效後之原因案件為目的而提起的非常上訴類型，能依上開說明，採「非常上訴之審判當時」的觀點，則本書面意見所擬處理的本案提案之法律爭議，顯然應持**提案庭之「免訴說」的立場**。因為此際，違憲法律已向後失效，該當刑事訴訟法第 302 條第 4 款「犯罪後之法律已廢止其刑罰」的情形，最高法院依同法第 447 條第 1 款規定撤銷原判決，另行判決時，自應諭知免訴[13]。

至於在同樣以救濟原因案件為目的的非常上訴類型中，最高法院何時可能依同法第 301 條第 1 項規定另行判決，而諭知無罪，則最多僅存在於違憲法律遭大法官宣告「溯及失效」之情形。蓋此際，該違憲法律既形同自始不存在，原因案件該當該條項所稱之「行為不罰」。只是違憲法律遭大法官宣告溯及失效，在我國釋憲實務中相當罕見，已如前述。

（六）刑事法院重新審理依違憲而失效之法律所裁判的原因案件，應以判決諭知免訴，原則上亦適用於明年初憲法訴訟法開始施行的將來。因為憲法訴訟法繼受現行大法官釋憲實務，既預見人民聲請法律之憲法審查，也同時設計一套針對原因案件救濟的制度。只不過將來與現階段不同者，有關原因案件之救濟不再委由非常上訴程序，而是憲法訴訟法繼受德國「裁判憲法訴願（Urteilsverfassungsbeschwerde）」之法制而所規定的「裁判憲法審查」制度。據此，人民認為確定終局裁判所適用之法規牴觸憲法，非但得聲請憲法法庭宣告該法規違憲，針對系

[13] 就此，最高法院 98 年度台上字第 4782 號刑事判決；109 年度台上字第 2903 號刑事判決；林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，2020 年 10 版，頁 320-321；林鈺雄，《新刑法總則》，2020 年 8 版，頁 61 同時參照。

爭確定終局裁判本身，同樣亦得聲請違憲宣告（第 59 條[14]）。相應於此，憲法法庭在宣告系爭法規違憲而失效之際，也應同時廢棄該原因案件之確定終局裁判，並發回管轄法院再為審理（第 62 條第 1 項[15]）。換言之，這個裁判憲法審查制度，部分取代了現行大法官釋憲實務以民事或行政訴訟之再審或刑事訴訟之非常上訴救濟原因案件的傳統。但違憲之確定終局裁判遭廢棄後，受發回之管轄法院仍如同再審或非常上訴有理由的後階段，接續就原因案件作出合適之裁判[16]。此際，在刑事案件之情形，**如違憲法律既遭宣告違憲而向後立即失效，則管轄法院同樣應認該原因案件屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，而依刑事訴訟法第 302 條第 4 款規定諭知免訴**。

（七）最後附帶一提者，法律遭大法官宣告違憲而立即失效，無論該違憲宣告之聲請究係由國家機關、立法委員、法院，抑或人民所提出者，適用該法律而為裁判的其他非屬原因案件之司法案件，應如何因應處理，在現行大法官釋憲實務中始終仍屬爭議問題。在此，如相關之司法案件如尚繫屬於各級法院中，即提案裁定中所謂【B 例】之情形，法院原則上自得依法律已失效而不存在的規範現狀，作出適法之裁判，較無爭議[17]。相反地，如相關之司法案件已裁判確定，即提案裁

---

[14] 該條第 1 項規定：「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」

[15] 該條項規定：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」

[16] 就此，前揭憲法訴訟法第 62 條第 1 項相關之立法說明稱：「人民聲請本節案件，無論係主張確定終局裁判所適用之法規範違憲致該裁判當然違憲，或者僅主張確定終局裁判違憲，憲法法庭經審理結果，認人民之聲請有理由時，均應直接廢棄該確定終局裁判，使管轄法院再為審理，而無庸循現行制度，要求人民復須借助再審或非常上訴等制度，始得完整之救濟…。」「…裁判憲法審查制度，旨在審查裁判在解釋法律及適用法律時，是否有誤認或忽略基本權利重要意義，或違反通常情況下所理解的憲法價值等情事，性質上亦屬法律審，自亦不應介入認定事實及取捨證據。爰參考德國聯邦憲法法院法第九十五條第二項對於確定終局裁判提起之憲法訴願有理由時，德國聯邦憲法法院應將該裁判廢棄發回管轄法院，並不自為裁判之規定，於本項明定憲法法庭如認聲請有理由者，而廢棄該確定終局裁判時，發回管轄法院再為審理」，足供參考。

[17] 例見最高法院 109 年度台上字第 2903 號刑事判決。職是，憲法訴訟法第 53 條第 1 項爰規定：「判決宣告法規範立即失效者，於判決前已繫屬於各法院而尚未終結之案件，各法院應依判決意旨為裁判。」此一條項規定，依同法第 58 條及第 63 條，亦準用於法院及人民聲請法規範憲法審查的情形。

定中所謂【通例】之情形，其得否亦以再審或非常上訴的方式尋求救濟，則爭議甚多。就此，大法官釋憲實務偏向保守的見解[18]；而最高法院甚至明白表示反對的觀點[19]。然相對於此，新的憲法訴訟法則參考德國憲法訴訟法制，採取一種折衷的立場。據此，刑事確定裁判，強調法正義之追求，仍有同樣依非常上訴翻案的機會（第 53 條第 2 項參照[20]；又，第 58 條及第 63 條準用之）；反之，民事及行政訴訟之確定裁判，則基於法安定之考量，不能再以再審之方式變更（第 53 條第 3 項參照[21]；又，第 58 條及第 63 條準用之）。

法律宣告違憲而立即失效後，適用該法律之刑事確定裁判，縱非原因案件，仍得依非常上訴救濟。此一憲法訴訟法之新規定，在立法論上非無爭議[22]。但無論如何，明年初憲法訴訟法開始施行，苟有相關之非常上訴繫屬，基於本書面意見前揭「參、一、（五）」的論述結果，最高法院對於是類案件原則上也應以「**犯罪後之法律已廢止其刑罰**」為由，依刑事訴訟法第 302 條第 4 款規定諭知免訴。

---

[18] 參司法院釋字第 592 號及第 686 號解釋。

[19] 例見最高法院 92 年度台非字第 190 號刑事判決。

[20] 該條項規定：「判決前已適用前項法規範作成之刑事確定裁判，檢察總長得依職權或被告之聲請，提起非常上訴。」其立法理由並稱：「刑事確定裁判重在實質正義，於此理念下，沒有人可以被強制加諸一個以違憲刑事法律為基礎之刑罰的非難，允宜有特別規定，且德國聯邦憲法法院法第七十九條第一項亦有相當規定可資參考。爰於本項規定，就已確定之刑事裁判，檢察總長如認有必要，得依職權或依被告之聲請，提起非常上訴。」

[21] 該條項規定：「前項以外之確定裁判，其效力除法律另有規定外，不受影響。但尚未執行或執行未完畢者，於違憲範圍內，不得再予執行。」其立法理由並稱：「為維持法秩序之安定，並減少影響層面，爰於第三項前段明定，除刑事以外之其他確定裁判，其效力不受影響；惟亦基於實質正義的觀點，考量對未來基於違憲法令而作成之裁判的強制執行效果，仍應儘可能避免，爰規定裁判尚未執行或尚未執行完畢者，於違憲範圍內，不得再予執行，爰增訂第三項但書規定，以資周妥。」

[22] 相關問題之批判性檢討，詳林超駿，〈試論刑案釋憲溯及效力：從憲訴到非常上訴〉，《國立臺灣大學法學論叢》，50 卷 2 期（2021 年 6 月），頁 621-701。

二、依非常上訴判決得否請求刑事補償？（鈞院函文另附之問題）

（一）本項爭議，內容上雖有討論之實益，但因究非屬提案裁定之法律問題，最多僅具間接關連性，故其依法院組織法第 51-2 條及第 51-3 條規定，得否逕為　鈞院刑事大法庭裁判之對象，容有斟酌餘地；就此，合先敘明。

（二）原犯刑法第 239 條通姦罪之被告，於依確定判決執行有期徒刑或易科罰金後，因最高檢察署檢察總長基於司法院釋字第 791 號解釋而提起非常上訴，致受有理由判決，得否另依刑事補償法第 6 條第 1 項或第 2 項請求補償，爭議之關鍵點在於該非常上訴之有理由判決，其主文最終究係諭知免訴，抑或無罪。在後者，依刑事補償法第 1 條第 2 款規定，該被告得請求補償；反之，在前者，除非該被告另有同法第 2 條第 3 款規定之情形，否則即無請求補償之可能。準此，由於本書面意見，依前揭「參、一」第一項爭議之說明，採「免訴說」，所以在本項爭議中，乃屬後者之情形：<u>原受有刑罰執行之通姦罪被告無請求刑事補償之可能</u>。

（三）此外，必須注意者，刑事補償法第 2 條第 3 款「…如有證據足認為無該判決免訴或不受理之事由即應為無罪判決」規定中「如…無該判決免訴…之事由」的文句，在解釋上不應理解為刑事訴訟法第 302 條如無將「犯罪後之法律已廢止其刑罰者」列為免訴事由之一的情形。因為這一條款之規定在此既使用「如有『證據』足認為無…事由」，顯然係指請求刑事補償之受害人所涉，得以證據證明其真偽的生活<u>「事實面」</u>問題，而與法律究竟將哪類事項列為免訴事由的「規範面」設計無關[23]。此種屬於事實面的問題，或可以通姦罪之被告原即有阻卻違法事由，卻遭誤判為有罪確定，但嗣又因司法院釋字第 791 號解釋宣告刑法第 239 條之通姦罪規定違憲失效，以致非常上訴判決最後諭知免訴的情形為例說明。只有這類事例，方屬刑事補償法第 2 條第 3 款所擬規範的對象。若無此等事實之存在，依該刑事補償法規定的反面解釋（argumentum e contrario），原通姦罪被告受刑之執行後，則不

[23] 準此，刑事補償法第 2 條第 2 款「…如有證據足認為如無該判決免訴…之事由即應為無罪判決」的規定，亦應比照前揭同條第 3 款之相同文句，作同一的解釋。

能僅因司法院釋字第 791 號解釋宣告刑法第 239 條之通姦罪規定違憲失效，即基於諭知免訴之非常上訴判決，請求補償其受刑之執行的不利益。

肆　總結意見

整理前揭「參」各論點，本書面總結意見如下：

人民因觸犯刑罰法律，經合法起（自）訴而受法院判處罪刑確定，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義而聲請解釋憲法，經司法院大法官宣告其確定終局裁判所適用之刑罰法律違憲，並宣示應自該解釋公布之日起失其效力時，就檢察總長對聲請人據以聲請釋憲之原因案件所提起之非常上訴，鈞院應認其**屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，而依刑事訴訟法第 302 條第 4 款規定諭知免訴**。

明（2022）年 1 月 4 日憲法訴訟法正式施行後，人民在確定終局裁判所適用之法律或命令違憲時，得針對該確定終局裁判本身，同時聲請憲法法庭宣告違憲，而由憲法法庭廢棄，並發回管轄法院再為審理。此際，系爭違憲之法律或命令如已遭宣告違憲失效，則管轄法院，如無其他個案上之特殊情形，亦應適用前揭論理，就該原因案件**依刑事訴訟法第 302 條第 4 款規定諭知免訴**。

至聲請人如於原因案件中基於有罪之確定判決而受刑之執行，亦**不能即因該諭知免訴之非常上訴判決，當然受刑事補償**；刑事補償法第 2 條第 3 款規定之反面解釋，在此可為規範上的論證依據。

伍　後記

最後作為本書面意見的結束，另有附帶說明者，刑事訴訟法第 302 條所規定之免訴判決，原屬我國繼受自日本的制度（日本刑法第 337 條[24]參照）；而免訴

[24] 日本刑法第 337 條規定如下：

左の場合には、判決で免訴の言渡をしなければならない。

一　確定判決を経たとき。

之性質究竟為何，乃至行政訴訟上哪些情形應屬免訴的範圍，在日本與我國刑事法學界皆有爭議[25]。特別是徵諸我國刑法第 2 條第 1 項「**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**」規定之意旨，犯罪後之法律已廢止其刑罰，評價上應與行為時已無相關之刑罰規定相當；奈何在後一種情形屬無罪判決之情形（刑事訴訟法第 301 條第 1 項），而後一種卻僅為屬於形式裁判類型的免訴判決（同法第 302 條第 4 款）[26]。

或謂：行為時無相關之刑罰規定，其行為不罰，係因國家刑罰權自始即不存在，而犯罪後之法律廢止其刑罰，乃國家刑罰權因法律廢止方歸於消滅，兩者情狀有別，故判決之諭知也有所不同[27]。但此一見解，純以法律存在或不存在的時間觀察，論證過於形式，而有商榷的餘地。蓋法律廢止某行為之刑罰，其理由萬千；亦有可能是該行為自始已無禁止，更無科刑處罰的必要，只是法律嗣後始發現此一錯誤，而以廢止刑罰規定之方式，將其除罪化。這種情形，評價上當與行為自始不罰無所差別，以致於其如現行刑事訴訟法第 302 條第 4 款仍列為免訴判決事由，立法政策上不無可議。

惟就此，本書面意見的看法如下：刑事訴訟法第 302 條第 4 款將「**犯罪後之法律已廢止其刑罰**」列為判決諭知免訴的事由，立法政策上固有討論的空間；但無論如何，此乃立法論上之問題，並無礙於該條項乃現行法上之明文規定的事實。職是，犯罪後之法律已廢止其刑罰，依現行法上前揭明文規定，既應以判決諭知免訴，則與此種情形相同的大法官宣告某刑罰之法律立即失效，其後作為救濟原因案件之用的非常上訴，乃至明年初起依憲法訴訟法第 62 條第 1 項由受發回之管轄法院所另為的審理程序，自當亦皆以判決諭知免訴，解釋論上之評價方稱一

二　犯罪後の法令により刑が廃止されたとき。

三　大赦があつたとき。

四　時効が完成したとき。

準此，這條規定如與我國刑事訴訟法第 302 條相互比較，除彼此的第 2 款及第 4 款順序互調外，內容上實無差別。

[25] 日本法上相關之討論，例見川端博，《刑事訴訟法講義》，成文堂，2012 年，198-200、433-435 頁；後藤昭／白取祐司編，《新・コンメンタール刑事訴訟法》，2013 年 2 版，日本評論社，914-918 頁〔高倉新喜　執筆〕；我國部分，例見林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，2020 年 10 版，頁 51-53、61-62。

[26] 立法論上持此質疑者，例見林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，2020 年 10 版，頁 320。

[27] 例見提案裁定理由「參、二」。

致。至於這種**犯罪後之法律已廢止其刑罰，無論是立法者自行為之，抑或由大法官宣告系爭法律立即失效之情形，是否均應改列為無罪判決之適用範疇為妥，乃立法政策考量的問題，最多僅能於未來以修正刑事訴訟法第 302 條的方式解決。反之，其於現行法解釋上，鑑於系爭刑事訴訟法第 302 條第 4 款目前的明文規定，實難遁脫於免訴判決的範圍**。

同理，聲請人如於原因案件中基於有罪之確定判決而受刑之執行，亦不能即因該諭知免訴之非常上訴判決，當然受刑事補償，乃**現行法解釋**的結果。至於這種情形在立法政策上是否以得請求刑事補償為宜，最多也僅能透過修正刑事補償法的方式處理。

參考文獻

林超駿：〈試論刑案釋憲溯及效力：從憲訴到非常上訴〉，《國立臺灣大學法學論叢》，50 卷 2 期（2021 年 6 月），頁 621-701

林鈺雄：《刑事訴訟法（下冊）》，2020 年 10 版

林鈺雄：《新刑法總則》，2020 年 8 版

翁岳生：〈司法院大法官解釋效力之研究〉，收於：吳庚大法官榮退論文集編輯委員會，《公法學與政治理論：吳庚大法官榮退論文集》，2004 年，頁 1-36

楊子慧：〈憲法法院法規違憲審查之裁判類型與效力：以德國法為中心，並談我國之改革〉，《國立中正大學法學集刊》，43 期（2014 年 5 月），頁 193-291

川端　博：《刑事訴訟法講義》，成文堂，2012 年

後藤　昭／白取祐司編：《新・コンメンタール刑事訴訟法》，日本評論社，2013 年 2 版

Schlaich, K./Korioth, S.: Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 10. Aufl. 2015.