

# 最高法院 110 年度台上大字第 446 號

## 刑事大法庭案件法律問題

### 鑑定意見書

中正大學法律學系

吳信華 教授

民國 111 年 5 月 18 日\*

茲受鈞院大法庭所委託，就最高法院 110 年度台上大字第 446 號刑事大法庭案件法律問題，提出鑑定意見書，論述如下：

#### 壹. 問題之說明

本案所涉問題即司法院釋字第 790 號解釋（下稱「本號解釋」），就毒品危害防制條例第 12 條第 2 項「意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。」之規定，<sup>1</sup> 認為對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，亦尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當，爰宣告（解釋文段碼 1）：「上開規定對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，於此範圍內，對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制，與憲法罪刑相當原則不符，有違憲法第 23 條比例原則。」解釋文其後並諭知：「相關機關應自本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨修正之；逾期未修正，其情節輕微者，法院得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一。」

---

\* 此為本案件大法庭言詞辯論日期，本意見書完成於 2022 年 4 月 20 日，相關資料亦參考至該日。

<sup>1</sup> 此於本號解釋中稱「系爭規定一」，本意見書以下亦同。

上述情狀直接先延伸，於此一年之限期修法期間內，法院審理案件，得否依該號解釋意旨減輕其刑等相關問題。而依鈞院所提供「最高法院刑事提案裁定」<sup>2</sup>之書面中論及，法院間就此尚有不同見解，有認為「法院得參酌釋字第 790 號解釋之精神，依該號解釋意旨減輕其刑」；<sup>3</sup> 有認為「法院應將個案之審判程序延至新法修正公布後或釋字第 790 號解釋公布之日起 1 年後始予以終結，俾得適用有利於行為人之法律或依上開解釋意旨減輕其刑。」<sup>4</sup>。

至依鈞院所提出之二項具體爭點：

一、司法院釋字第 790 號解釋文僅諭知相關機關逾期未修正，法院得適用過渡規範（即情節輕微者，法院得依解釋意旨減輕法定刑至 1/2），則於修法期限屆滿前，各法院審理案件應如何處理？

二、該號解釋所指示法院得適用過渡規範之時期，是否拘束各法院？法官於期限屆至前，提前適用過渡規範，有無逾越法官填補法律漏洞或解釋適用法律的界限？

上述爭點一即呈現：大法官解釋（或憲法法院裁判）宣告法規範「違憲定期失效」，於該期限內，法院對審理中（尚未確定）之「類似案件」，<sup>5</sup> 就「個案」（如本案裁定）及所延伸「通案」（日後類此案例）之處理情狀問題；爭點二具體所涉及者即「於該期限屆至前，法院可否依法理、自為判斷而裁判（減輕）」，根本上即係大法官解釋（或憲法法院裁判）之相關諭知、法院應受如何之拘束問題。

以下即先就本案若干基礎問題為釐清（下述貳.），接續則討論本案所涉相關釋憲法理及可能的解決途徑（下述參.），而亦併就未來法院對憲法法庭就法規範「違憲定期失效」宣告的處理方式為說明（下述肆.），最後則為結論（[下述伍.](#)）。

## 貳. 基礎問題的釐清

<sup>2</sup> 110 年度台上大字第 446 號。此於本意見書以下簡稱「提案裁定」。

<sup>3</sup> 「提案裁定」之甲說，頁 2，第 5 至 7 行。

<sup>4</sup> 「提案裁定」之乙說，頁 2，第 8 至 12 行。

<sup>5</sup> 所相對者亦即「原因案件」或「已確定的類似案件」，此等雖另亦衍生相關問題，然不在本意見書所討論之列。又此「類似案件」於本意見書中即指有合於「情節輕微」之要件（而可減輕刑）者，以下亦不再特別指陳。

就鈞院前述爭點，本案所涉及者，實則先有如下二個基礎問題應予釐清：

一. 本案屬違憲「定期失效」抑或「立即失效」？

本案首先的一個基礎問題即在於，大法官認系爭規定一違憲後即謂：「相關機關應自本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨修正之……。」此解讀上究係法規違憲「定期失效」、抑或是「立即失效」之宣告？蓋此二者對相關案件產生的後續效力並不相同。<sup>6</sup>

此爭議之緣由即在於，相對於大法官先前就「違憲定期失效」之宣告，會明確為「(系爭規定)應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 X 年時，失其效力。」的類似用語，<sup>7</sup> 然本號解釋之該段論述並非如是，反而偏向於對相關機關修法義務的課予；<sup>8</sup> 然若謂係「立即失效」，則似應有「自本解釋公布日起失其效力」之文字，<sup>9</sup> 前述用語亦非如是。

就此尚不知大法官有無特別用意，但應非無心疏漏。<sup>10</sup> 此種宣告的文字雖非典型，惟非無前例，<sup>11</sup> 解讀上非無可能係「大法官為立即失效之用意，該一年期限係予立法者之修法期限」。<sup>12</sup> 然若係此種「立即失效」，其法律效果直接且強大，因之如大法官未直接為「自本解釋公布日起失其效力」之明確文字，則任意解讀

<sup>6</sup> 即現憲法訴訟法第 53 條及第 54 條之規定，以下還會再有討論。本號解釋作成時憲法訴訟法雖尚未生效，然已立法通過，此二個法律效果的條文亦當可作為法理而參酌。

<sup>7</sup> 如釋 777 (解釋文段碼 2)：「刑法第 185 條之 4 規定……此違反部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 2 年時，失其效力。」

<sup>8</sup> 本號解釋謝銘洋大法官部分協同部分不同意見書，頁 2 論及：「這一年的期限應該是要求相關機關修法的期限，而非對法院適用法律的限制，在修法之前，既然系爭規定一違憲，為避免發生上述罪刑不相當的情形，法院應得就該個案依本解釋意旨，裁量減輕其刑，(本院釋字第 775 號參照)，才能符合憲法保障人身自由權的意旨。」依此說明，即應認係一種「立即失效」的情狀。

<sup>9</sup> 例如釋 807 (解釋文段碼 1)：「勞動基準法第 49 條第 1 項規定……違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨，應自本解釋公布之日起失其效力。」

<sup>10</sup> 蓋就多位大法官字斟句酌共同討論所形成之結果，應不至有此疏失；且該段文字於結構上亦無窒礙之處，僅相對於前述所舉不同宣告模式的文字略有差異，以致或可為不同解讀。

<sup>11</sup> 如釋 813 (解釋文段碼 2)：「文化資產保存法第 9 條第 1 項及第 18 條第 1 項規定……於此範圍內，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨，修正文化資產保存法妥為規定。」

<sup>12</sup> 於大法官法時期，各種法規違憲之宣告模式係由實務運作所創設。而即使係憲法訴訟法，第 52 條有規範相關宣告模式，然依法理而言，確可能有「宣告立即失效，並課予立法者一定之修法期限」之模式。然不知大法官是否囿於「所定期限必然指涉法規」(而不能單獨予立法者)的思考，尚不得而知。(當然依憲法訴訟法，第 53 條所定「立即失效」有較為強烈的法律效果，然本號解釋作成時，憲法訴訟法尚未生效。)

屬此，即或有不精確之處；且大法官亦諭知有「一年逾期未修正、法院應如何處理」的文字，即如係立即失效、法律自解釋公布日起不再適用，大法官應係為「『現時』法院應如何處理」之諭知，否則即有欠周延。因之於此應認為屬「違憲定期失效」的宣告，本意見書以下亦依此而開展。

## 二. 大法官解釋意旨的探究

本案接續所涉之另一基礎問題即在於，大法官本號解釋所為「相關機關應自本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨修正之；逾期未修正，其情節輕微者，法院得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一。」之諭知，其意涵亦非無討論空間，而又應依何種方法為其意旨之考證探究？

首先如對該諭知為文義上的解讀，其字句「逾期未修正，其情節輕微者，法院得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一。」應尚屬明確，亦即以「逾期未修正」為其前提，法院審理類似案件方得依本解釋意旨為減輕，此於理解上應無疑義。<sup>13</sup> 而另於體系上觀察大法官近期相關解釋，如為「法規範違憲定期失效」併同「處理之諭知」者，其文字亦屬明確，或則僅單純「定一定期限」（而有關機關於期限內應為修正），<sup>14</sup> 或則明確諭知各機關於期限內（修法前）處理之方式。<sup>15</sup> 依此情狀判斷，大法官就本號解釋之該段諭知亦應屬有意為之，~~即~~其合理目的在於，立法院或可能於此一年內為修法，<sup>16</sup> 如此則期限屆至前法院即可依新法為審理；而如期限屆至未有修法者，法院方再依解釋意旨為減輕。且儘管此種諭知之文字（在期限屆滿「後」之處理）似無前例，然確有必要，蓋如無此一諭知，則期限後（若亦無新法）法院就個案得否依刑法（第 59 條）減輕後、再依本解釋之意旨為減輕，即恐生爭議了。

<sup>13</sup> 至其中之「得」，當係尊重法院認事用法之判斷。即法院認其情節非屬輕微者，當即毋庸減輕其刑；至若確屬情節輕微者，即應依解釋意旨，得減輕其刑至二分之一。即「得」依其文義及脈絡，係「（情節輕微者）可減輕其刑至二分之一」，而非「得減、亦得不減」。

<sup>14</sup> 如釋字第 803 號解釋（解釋文段碼 2）：「……有關機關應至遲自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範。」

<sup>15</sup> 此較屬常例，如釋字第 799 號解釋（解釋文段碼 4）：「……有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內檢討修正。完成修正前，有關強制治療之宣告及停止程序，法院應依本解釋意旨辦理。」或釋字第 810 號解釋（解釋文段碼 1）：「……有關機關應至遲於本解釋公布之日起 2 年內依本解釋意旨修正之。完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案，均應依本解釋意旨為適當之處置。」

<sup>16</sup> 且立法院之修法，大法官亦有謂「（應）依本解釋意旨修正之」。

而大法官另一考量或在於，本號解釋作成時憲法訴訟法已立法通過（民國 107 年 12 月 18 日）且公布（民國 108 年 1 月 4 日），雖尚未正式生效（民國 111 年 1 月 4 日），然法理上即應可參考憲法訴訟法第 54 條第 1 項：「判決宣告法律位階法規定期失效者，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，俟該法規範修正後，依新法續行審理。」即各法院審理「類似案件」（依法理）應先可參酌本項前段；至如有本項但書情狀，此亦係各級法院應為處理者，大法官尚無法（於本案中或亦無必要）替代各級法院為認事用法的判斷，或亦屬其職掌釋憲權分際謹守之展現。

### 參. 本案法理思辨與問題解決

然在前述情狀下，當即明確衍生「期限屆至前法院應如何處理」、以及「該適用法律諭知之拘束效力」的相關問題，即鈞院就本件裁定所分別提示之二個爭點，以下分予論述。

#### 一. 「違憲定期失效」宣告下「期限屆至前」法院的處理

本號解釋就「一年期限內」、法院對「未確定類似案件」之審理，並未予以指示，此即應回歸至大法官解釋（或憲法法院裁判）宣告法規範「違憲定期失效」、後續延伸法效果之法理，而為問題解決之根基。

此具體爭議之處即為，大法官對違憲的法規範，於「法安定性」及「法實效性」（等各種法益）之衡平考量下，常折衷採行「違憲定期失效」的宣告。則於此期限內，該「違憲、但尚未失效」的法規範得否繼續適用？<sup>17</sup> 此法理上見解尚不一致，在憲法訴訟法生效前，（行政及法院）實務上多認「該法規範尚未失效」即繼續適用，<sup>18</sup> 此當不能謂無理由。惟亦可成立的是，尤其對法官而言，其於審

<sup>17</sup> 亦即對尚未確定而適用同一法規範之「類似案件」，產生如何之效果。

<sup>18</sup> 釋 725 即係因此而生（就原因案件部份）：人民聲請釋憲，大法官認為確定終局裁判所適用之法令為違憲，並為定期失效之宣告。當事人提起再審，法院即參酌最高行政法院 97 年判字第 615 號判例，以期限內該法令仍屬有效，而駁回再審。大法官於此號解釋中即宣告該判決不再援用，且解釋文（段碼 1）中論及：「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。」

判上有適用合憲法律之義務，此亦係法官「依憲法審判」（憲法第 80 條參照）之意旨彰顯；現該法律已被大法官認屬違憲，雖尚未失效，惟如仍予適用，即與憲法此一意旨有所扞格。而於憲法訴訟法生效後，前述第 54 條第 1 項採行「原則上繼續適用」之立法，惟亦有「但書」之衡平考量。此一立法當不能謂係有違誤，蓋於法規範「違憲定期失效」之宣告模式下，該法律適用與否，本即存在兩難情狀。

如謂本號解釋作成於憲法訴訟法生效前，而參酌其宣告內容、並結合相關法理而論斷，應確係「期限屆滿後」（如未修法者）方得減輕其刑。然如於期限屆至前（合於要件下）而為減刑之處理，法理上--至少本意見書以為--亦不能謂有所違誤，蓋法院較行政機關有更嚴格適用合憲法律之義務。此即鈞院提案裁定上之「甲說」，而有其理由謂：<sup>19</sup>「釋字第 790 號解釋文並未論知法院在修法過渡期間內應如何適用法律，1 年期限是要求相關機關修法之期限。法院於期限屆至前，倘仍適用已被宣告違反罪刑相當原則、比例原則及保障人身自由權意旨之毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定之法定刑而為裁判，將陷入『罪刑相當』與『法安定性』間之價值衝突與矛盾，法院允宜依合憲性解釋，就個案參酌該號解釋意旨減輕其刑，始符憲法平等原則及保障人權之意旨。」

在前述二種思考均有其理的情況下，本意見書認為，於本案之情形下，採裁定書上之「乙說」較屬適切，即「法院應將個案之審判程序延至新法修正公布後或釋字第 790 號解釋公布之日起 1 年後始予以終結，俾得適用有利於行為人之法律或依上開解釋意旨減輕其刑。」蓋如此先可避免「期限內是否仍應適用系爭規定一」之法理上無定論的兩難，且如對案件（以實際操作面而）延至新法公布或一年之期限屆滿尚無困難者，既無損於當事人權益之維護（以及法院案件審理之公益目的），現實上亦可合理避免大法官前述宣告及論知內容（不得已）的不均衡。<sup>20</sup>

當然此一處理方式並不直接合於現今憲法訴訟法第 54 條第 1 項前段所規範之意旨，惟幸而本號解釋作成時、乃至所宣告之一年期限屆滿後，該法均尚未生

<sup>19</sup> 「提案裁定」，頁 3，第 24 行以下。

<sup>20</sup> 當然如依大法官解釋意旨處理，於期限屆滿後方減輕，當亦不能謂屬違誤。惟此實質上並無甚差異，蓋如下級法院未予減輕，上級法院審理時如期限已屆滿，則亦應為減輕。有影響者係對「期限內法院審理均未減輕、而已判決確定」之案件，然經查詢，幸而尚無此等案件。（至有判決係於該一年期限內作成而未減者[最高法院 109 年度台上字第 1598 號判決，[判決日期 109 年 4 月 16 日](#)]，惟本案非屬情節輕微者，故亦無疑問。）

效，<sup>21</sup> 爰此部份之爭議即較不存在。至如有案件因囿於「辦案期限」而無法如是處理；或法院對未確定之類似案件欲一律停止審理（待新法後再行處理），就此確亦合於法理，<sup>22</sup> 然應係全面性的問題，建議法院審判體系應就此再具體研議相關均衡之處置方式。<sup>23</sup>

反而問題較會存在於，憲法訴訟法生效後，因有第 54 條第 1 項之明文，期限內原則上應適用該法律。就此部份未來於法院的處理方式，本意見書以下會再有所討論。

綜合上述，本案鈞院所提之爭點一：「**司法院釋字第 790 號解釋文僅諭知相關機關逾期未修正，法院得適用過渡規範（即情節輕微者，法院得依解釋意旨減輕法定刑至 1/2），則於修法期限屆滿前，各法院審理案件應如何處理？**」即本文所述，本意見書認「乙說」之見解，（就本案而言）應較係妥適之處理方式。

## 二. 「執行」諭知之效力

鈞院所提爭點二，主要即係該一年期限之諭知，對法院是否、或有如何之拘束力？

對此首應說明者為，大法官於此一解釋主文（或憲法法庭判決主文）中所為之說明，具體指示相關機關就該案件之處理方式者，於憲法訴訟之學理上乃界定屬一種「執行」之諭知，<sup>24</sup> 此即係為釋憲機關判決內容的實現而所存在之制度，<sup>25</sup> 釋憲實務上尤其常伴隨「違憲定期失效」之宣告而為之，欲解決期限屆至前後

---

<sup>21</sup> 本號解釋作成於民國 109 年 3 月 20 日，一年期限屆滿之日為民國 110 年 3 月 19 日，憲法訴訟法生效於民國 111 年 1 月 4 日。

<sup>22</sup> 蓋該法律已被宣告違憲，僅（或：雖）尚未失效，法院審理時如仍予適用，則是否可能對之形成「違憲之確信」、以致如予審理即不合於法官有「依憲法審判」之義務（憲法第 80 條參照）。

<sup>23</sup> 例如（法理上）通盤性地認為合於第 54 條第 1 項但書之情狀；或參考司法院頒（民國 111 年 1 月 27 日），「各級法院辦案期限實施要點」第 10 條之 1（智慧財產民事訴訟視為不遲延事件）：「第一審、第二審訴訟事件，其案情繁雜或有其他不可歸責於法官之具體情事，經承辦法官敘明理由，報請院長核可延長辦案期限者。但每次以三個月為限。」此雖非就所有法院審判之案件類型所設，然應值參酌。

<sup>24</sup> 其法條依據，於大法官法為第 17 條第 2 項，憲法訴訟法則為第 33 條第 3 項：「判決得於主文諭知執行機關、執行種類及方法。」而此於鈞院之爭點一暫謂係「過渡規範」（「即情節輕微者，法院得依解釋意旨減輕法定刑至 1/2」）。此種諭知固可能有如學理上所言「剛性替代立法者」之用意（提案裁定，頁 3，第 4 行），惟法理上當應先究明其本質。

<sup>25</sup> 另二者為「效力」及「暫時處分」。而「效力」與「執行」所呈現之效果係有差別，即如大法官於本號解釋中未為此一「期限後法院應減輕」之諭知，則各級法院於期限屆滿、（依刑法減輕

(尤其法院)對類似案件的處理問題,即如本案(或先前所列其他案件中)所示者。在此制度有明文規範且合於釋憲法理之情況下,此一「執行」之諭知--不論係「內容」抑或「時間」等--原則上當有拘束法院之效力,並無疑問。<sup>26</sup>爰如上所述,在大法官相關宣告文字合理闡釋之情況下,(配合本意見書前述說明)法院應在一年期限屆滿後,再依解釋意旨減輕其刑。

至可討論者為,「法官於期限屆至前,提前適用過渡規範,有無逾越法官填補法律漏洞或解釋適用法律的界限?」此可先理解者即,其意應指「法院提前於一年的期限屆滿前,即(就合於要件之案件)予以減輕」--即鈞院所提前述「甲說」,是否亦屬合法之處置?

對此本意見書之見解為,大法官於其解釋(或裁判)中所為具體之「執行」諭知有其拘束效力,即本文中應係期限屆至後方再減輕,或略為折衷採行「乙說」、延至期限後再行審理終結。惟如依「甲說」,依本文先前所述,其有「法官依憲法審判」及「維護當事人權益」之目的,且現實上之情況亦無甚影響,故即不能調屬違法。<sup>27</sup>此法理上亦即,大法官所為執行之諭知固有其拘束效力,然現實上如何對之遵循,仍應由受諭知之機關依合宜之方式處理,本案即屬如是。

而如依鈞院所提具體問題,即「提前適用有無逾越法官填補法律漏洞或解釋適用法律的界限」,則本意見書之見解認為,此應即法官「解釋法律有無違法」的問題。而如上所述,於本案例中法院提前減輕如尚有其保障人民權利與依憲法審判之法理依據,即不能調屬違法的法律解釋。於此反而所可討論者毋寧為,如未予遵行該大法官之諭知,則會產生何種法效果。就此尚須視個案而定,確可能有違法情狀。<sup>28</sup>惟如以本案而言,如(未遵循大法官意旨)於期限前即予減輕而認為有所疑慮,則或於上訴審時該期限即屆至而亦應減輕,結論上即無差異;或

---

後)依解釋意旨再為減輕,則此係大法官解釋(憲法法院裁判)「拘束力」的呈現(且如上所述,適用上容有爭議);而如為此一「執行」之諭知,則直接產生「執行力」,二者容有差異。

<sup>26</sup> 問題較在於大法官的個案諭知,原則上未必明確,而尚須由法院就個案再行判斷。如釋 775(解釋文段碼 1)宣告刑法第 47 條第 1 項相關情狀下違憲,有關機關 2 年內應修正,「於修正前,為避免發生上述罪刑不相當之情形,法院就該個案應依本解釋意旨,裁量是否加重最低本刑。」即以個案之指示欲解決通案問題,當有本質上之難處。

<sup>27</sup> 至如未減(亦未延後審理),然一年經過後(上級審)仍應為減刑之處理,於此亦更印證有其事實上的合理性。(但他案是否亦可類比,尚須視個案情狀而定,不可一概而論。)

<sup>28</sup> 例如大法官於某個法規違憲定期失效的案件中諭知「期限內」法院應為的處理方式,然法院於審理時未予遵循,則該判決即有可能屬違法,而產生相關效果,甚至引發人民聲請「裁判憲法審查」,而可能形成「判決違憲」的結果。

認為依此提前減輕而判決已確定，屬判決違背法令（違反大法官解釋的違誤），理論上檢察總長可提起非常上訴（刑事訴訟法第 441 條），此當屬糾正原確定判決法律錯誤之機制。然如上所述，提前減輕之適法性非無法理依據；或即使法院撤銷該減輕之判決（同法第 447 條第 1 項第 1 款），於檢方或已達到該論理之效力而有實益；原確定判決尚非不利於被告，非常上訴判決之效力對之即不及於（刑事訴訟法第 448 條），後續並不會影響被告的權利。

綜上所述，就本案爭點二：「該號解釋所指示法院得適用過渡規範之時期，是否拘束各法院？法官於期限屆至前，提前適用過渡規範，有無逾越法官填補法律漏洞或解釋適用法律的界限？」即依本文所述，該論知確有拘束各法院之效力；至該個案論知是否妥適，則依個案再行判斷，本案亦毋庸言及有逾越法官解釋法律界限之問題。至若確實未依此一論知而處理，幸而本案情狀現實上不至引發後續嚴重的法律效果。

#### 肆. 未來法院對憲法法庭「違憲定期失效」宣告的處理

而如謂本案具有「原則重要性」之處，應尚非係所涉個案審理之部份，毋寧在於對未來案件的審理，亦必多將有類此情形發生。

申言之，現依「憲法訴訟法」，大法官行使「法規範憲法審查」的權限，<sup>29</sup> 如認為該法規範違憲者，即得為「立即失效」、「溯及失效」或「定期失效」之宣告。<sup>30</sup> 而依循釋憲實務之慣行運作、且顧及法安定性與各種法益之均衡考量，應多會採行「違憲定期失效」之宣告模式。<sup>31</sup> 依此即均會產生，在該定期之「期限內」，法院對相關案件（包含「原因案件」以及「類似案件」）應為如何處理之問題。<sup>32</sup> 除法官自身聲請釋憲外，實則更可能所面臨者係「人民聲請釋憲」之類型，<sup>33</sup> 以

<sup>29</sup> 其情形依憲法訴訟法，可能係國家機關聲請（第 47 條）、四分之一立法委員（第 49 條）、法官聲請（第 55 條）、人民聲請（第 59 條）或地方自治團體（之機關）聲請（第 82 條）。

<sup>30</sup> 憲法訴訟法第 52 條第 1 項：「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。但主文另有論知溯及失效或定期失效者，依其論知。」可資參照。

<sup>31</sup> 「溯及失效」影響法安定性甚鉅，應僅限於特殊案件；「立即失效」固有可能，然若係刑事法律，依憲法訴訟法第 53 條第 2 項：「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。」則亦會產生溯及效果的重大影響，日後憲法法庭應或會盡量避免之。

<sup>32</sup> 反而較不是如本案「期限後處理」之情狀。

<sup>33</sup> 實則依憲法訴訟法所規定之「法規範審查」，第 52 條以下之各種宣告模式、係依「國家機關及立法委員之聲請」所設（第 47 條及第 49 條），而為其他類型準用。惟於此（及「地方自治團體機關之聲請」）如大法官宣告法規範違憲定期失效，則尚無「原因案件」的存在。至對法院審理

下即分述之。

## 一. 「法官聲請釋憲」

### (一). 對「原因案件」

憲法訴訟法第 55 條規定：「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」即「法官聲請釋憲」之依據。法官如聲請後，大法官對之為「違憲定期失效」之宣告，則期限內法院應如何繼續審理該原因案件？

對此憲法訴訟法非完全無規定，然卻有所爭議，即依第 58 條準用第 54 條；而第 54 條第 1 項前段之規定為：「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。」此處之「各法院」，是否包含聲請釋憲之該法院？<sup>34</sup>

此於文義解釋上並未直接排除，然解讀上確有爭議。<sup>35</sup> 然於理論上而言，法官聲請釋憲須已「確信」該法律為違憲（憲法訴訟法第 55 條），如大法官已認定該法律屬違憲，即使尚未失效，該原因案件的審理法官亦應難以再依該法律繼續審理，否則即可能有違反法官依憲法審判之意旨（憲法第 80 條參照）。

對此問題如係「人民聲請釋憲」的情狀，則依憲法訴訟法第 64 條第 1 項前段：「判決宣告法規範定期失效者，於期限屆至前，審理原因案件之法院應依判決宣告法規範違憲之意旨為裁判，不受該定期失效期限之拘束。」即對原因案件（於期限內）可予救濟，則法官聲請釋憲若謂原因案件無法救濟，恐失卻均衡。然依此法理上能否類推此一規定為適用，非無討論空間，蓋該規定明確係對「人民聲請釋憲」之類型所設，其主觀權益維護之考量多於法官聲請釋憲。若於法理

---

「類似案件」之疑問，則依本文所述第 54 條之相關法理解決之；而「法官聲請釋憲」及「人民聲請釋憲」之情狀及法理略有不同，所面臨法院審理之問題較為複雜，爰予以討論。

<sup>34</sup> 即依憲法訴訟法第 57 條，法官聲請釋憲應裁定停止原因案件的審理；惟憲法法庭如已作成裁判，則法院當繼續行審理，即衍生此一問題。

<sup>35</sup> 即本法其他條文亦尚有諸多「各法院」之用語（如第 57 條等），如謂第 54 條第 1 項之「各法院」排除「原因案件之聲請法院」，則應有具體理由，否則體系上即難謂均衡。

上為類推而直接以之為依據，恐亦非屬適切。<sup>36</sup>

此明顯係立法疏漏，<sup>37</sup> 理想之解決方式即大法官於此種情狀中應為相關諭知，但恐無法完全期待。<sup>38</sup> 本文認為，該審理原因案件的法官不應再適用該法規範，法理依據即本文上述之「法官依合憲法律審判」的憲法義務，此較（有爭議之）類推第 64 條第 1 項屬更適切的法理；且亦依此法理而限縮第 54 條第 1 項但書之「各法院」之文義、排除「聲請釋憲之原因案件審理法院」。<sup>39</sup>

## （二）．對「類似案件」

就非屬聲請釋憲之法院，於大法官就法規範為違憲定期失效之宣告後，於此期限內對類似案件<sup>40</sup>應如何處理，憲法訴訟法已有規範，即前述第 54 條第 1 項。依本項規定，即先視主文有無相關諭知，如有即依該諭知內容處理；若主文未有相關諭知者，則原則上依憲法訴訟法第 54 條第 1 項前段，「於期限屆至前，各法院審理案件，仍應適用該法規範。」然重要者毋寧為本項但書之規定，惟案件是否、及有如何「人權保障及公共利益之均衡維護」之情狀而可停止審理，則仍應依個案判斷之，相關機關（司法院、各級法院）應注意為通盤性之考量，以避免發生各該案件審理不均衡之情狀。<sup>41</sup>

## 二．「人民聲請釋憲」

---

<sup>36</sup> 而此際亦不能（類推）適用第 53 條第 1 項，蓋此係為「立即失效」而設，且本項中「各法院」之內涵如何套用於「違憲定期失效」之情狀，亦非無爭議。

<sup>37</sup> 其直接原因即在於，第 54 條之「違憲定期失效」之法律效果的規定係於第三章第一節「國家機關、立法委員聲請法規範憲法審查」所設，而為第二節「法院聲請法規範憲法審查」所準用（第 58 條），惟前者並無「原因案件」的問題。間接原因即在於，吾國關於法規範違憲宣告的模式及其效力問題同時因襲德國及奧地利二個國家的不同模式，於接軌上即生窒礙。

<sup>38</sup> 蓋大法官或未意識有此一問題，或另依釋憲實務觀察，大法官對「執行」之法理似未能合理掌握；且欲以個案之諭知而解決通案的問題，現實上亦有其困難性。

<sup>39</sup> 或如考量第 54 條第 1 項但書：「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，俟該法規範修正後，依新法續行審理。」而為適用，即將「各法院」認為包含「原因案件法院」及「其他法院」，惟如此會形成「所有法院」於期限內（在此但書之構成要件該當時）即均應適用之（裁定停止審理程序）。此亦非不可，但可能涉及廣泛。

<sup>40</sup> 此際之「類似案件」乃指「未確定之類似案件」，即如有類似案件已確定，憲法訴訟法未如「立即失效」般對之有所規範（第 53 條第 2 項及第 3 項），法律效果上即不受影響。

<sup>41</sup> 至於此期限內各法院能否以技術性的方式延至期限屆滿後再真正審理，理論上可行，然其妥適性仍取決於諸多變數，例如個案之性質乃至大法官的宣告內容，尚不可一概而論。惟即如本條但書情狀，法院宜（儘可能）有一致做法。再補充者為，如採前述「乙說」、對案件延至期限後再予終結，較屬「事實上」的處理情狀；而如適用第 54 條第 1 項但書，則有「法律上」的依據。惟二者均會面臨所有法院的相關案件是否有一致處理之均衡性問題。

### (一)．對「原因案件」

就大法官為法規違憲定期失效之宣告，對法院案件之審理亦有影響者，亦會發生於人民聲請法規審查的類型中。<sup>42</sup> 蓋於此對該(已確定之)原因案件，大法官如就裁判上所適用之法規範宣告「違憲定期失效」，則會發回管轄法院(第 62 條第 1 項)，<sup>43</sup> 法院即應對之審理。

此際憲法訴訟法第 64 條第 1 項有明確規範：「判決宣告法規定期失效者，於期限屆至前，審理原因案件之法院應依判決宣告法規違憲之意旨為裁判，不受該定期失效期限之拘束。但判決主文另有論知者，依其論知。」即依此而處理。<sup>44</sup>

### (二)．對「類似案件」

至若在人民聲請法規憲法審查、而大法官宣告「違憲定期失效」，對尚在法院審理中之案件，則憲法訴訟法第 64 條第 2 項即有規定：「前項法規定期失效之情形，各法院於審理其他案件時，準用第五十四條規定。」即復產生前述(除「原因案件」外)相同之問題，可參閱前述說明。<sup>45</sup>

## 伍. 結論

大法官與各級法院法官實無大小或階級之分，均為憲法規範下職司司法權之機關，僅執掌之事務有所區別。惟基於憲法最高性之維護，當應予釋憲機關所為之裁判有各種--相對於一般法院裁判--之特殊效力，尤其「(一般)拘束力」，此即

<sup>42</sup> 而如係人民聲請「裁判憲法審查」，依憲法訴訟法第 62 條第 1 項前段：「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.....。」該管轄法院當應依憲法法庭裁判意旨而審理，並無疑問；此未涉及「法規範」的部份，於此即暫略論述。

<sup>43</sup> 應注意此際應不限於終審法院，事實審法院亦有可能。

<sup>44</sup> 然實則「判決宣告法規違憲之意旨」並非容易探究，惟此係屬另事。

<sup>45</sup> 而上述案件亦包含憲法訴訟法生效前已聲請釋憲、而於生效後作成裁判者，即依該法第 90 條第 1 項：「本法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除本法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定。」即相關效力部份，亦有本法之適用；以及第 91 條第 1 項及第 2 項：「本法修正施行前已繫屬而尚未終結之人民聲請法規憲法審查案件，不適用第六十二條第一項前段關於宣告確定終局裁判違憲並廢棄發回管轄法院之規定。前項聲請案件，判決宣告法規違憲且應失效者，就已確定之原因案件，聲請人得依法定程序或判決意旨請求救濟；原因案件為刑事確定裁判者，檢察總長亦得據以提起非常上訴。」

憲法訴訟法第 38 條第 1 項規定「判決，有拘束各機關及人民之效力；各機關並有實現判決內容之義務。」之所設。「各級法院」作為國家機關，當應受大法官解釋/憲法法庭裁判之拘束，就此而言，如大法官既於其審理之案件中宣告法規範「違憲定期失效」，該期間（及解釋或判決的相關內容）即有拘束各級法院之效力，並無疑問；至如有個案適用上的疑慮，則依相關法理解決之。

至於就「執行」諭知部份，同上法理，亦產生有拘束法院的效力，惟此並不表示法官於個案中更為均衡（合於大法官解釋或裁判意旨下）之處理即屬違法。以本案情形而言，幸而實務上處理之情況，不論期限屆至前有无減輕，原則上均無甚影響。本案所彰顯具原則重要性而應注意者，毋寧在於憲法訴訟法生效後就「違憲定期失效」之法效果有明確規範，且釋憲實務上亦必多會為之，則就法院審理「(未確定)類似案件」之處理，本意見書亦提供意見如上，謹供鈞院參酌。