

最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

(110 年度台上大字第 446 號)

檢察官 楊治宇
林麗瑩
李進榮
林俊言
蔡秋明

本案提案之法律問題

法院對於犯毒品危害防制條例第 12 條第 2 項之罪而情節輕微之個案被告，在司法院大法官釋字第 790 號解釋（下稱釋字第 790 號解釋）文諭知之 1 年限期修法期間內，得否依該號解釋意旨減輕其刑？

本案爭點

- 一、司法院大法官釋字第 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，有無違反權力分立原則？

目 錄

壹、本件提案之法律問題	1
貳、與法律爭點相關之本案事實及二審法院之見解	1
參、本案所涉及之我國法律條文及大法官解釋	2
肆、本案法律問題之實務見解	3
一、甲說	3
(一) 甲說要旨	3
(二) 甲說代表判決要旨	3
二、乙說	4
(一) 乙說要旨	4
(二) 乙說代表判決意旨	5
伍、對本件法律問題的相關外國立法例	6
一、德國法	6
(一) 概說	6
(二) 態樣	7
(三) 依據	7
(四) 效力	7
(五) 對系爭案件/原因案件之影響	8
(六) 小結	8
二、美國法	9
(一) 美國聯邦最高法院所司違憲審查之角色	9
(二) 法院應適用裁判時有效之法律	9

(三) 小結	11
三、日本法	11
陸、本署見解	13
一、司法院大法官解釋之效力	13
二、釋字第 790 號解釋之憲法意涵	13
(一) 大法官充當積極立法者所建立之法規範	13
(二) 系爭規定在大法官所宣示期限屆至及條件成就前，仍屬 有效法律	14
三、法院有依現行有效法律裁判之義務	14
四、釋字第 790 號解釋具有實體法規範之解釋文，須逾該解釋所 定失效期限始發生	15
五、本案相關個案在刑事訴訟法上本有解套機制存在	16
六、憲法訴訟法對此問題已有明確規定	17
七、本案問題甲說與乙說之比較	18
(一) 甲說與乙說處置方式之異同	18
(二) 甲說、乙說何者為妥	18
八、本案法律爭點	19
(一) 「過渡性規範」的適用問題	19
(二) 不適用現行有效法律，提適用尚未生效之過渡性規範，是 否違反「權力分立」原則？	20
柒、結論	23

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

111 年度台庭蒞字第 4 號

提出人 最高檢察署檢察官楊治宇

上訴人

即被告 隋智翔 年籍詳卷

上列被告因違反毒品危害防制條例案件，最高法院提案庭(刑事第八庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與最高法院先前裁判之法律見解歧異，已於 111 年 1 月 27 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判(110 年度台上大字第 446 號)，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

壹、本件提案之法律問題

法院對於犯毒品危害防制條例第 12 條第 2 項之罪而情節輕微之個案被告，在司法院大法官釋字第 790 號解釋（下稱釋字第 790 號解釋）文諭知之 1 年限期修法期間內，得否依該號解釋意旨減輕其刑？

貳、與法律爭點相關之本案事實及二審法院之見解

被告隋智翔、謝凱倫、謝厚浩共同犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪，原審認其等犯罪情節輕微，於民國 109 年 4 月 16 日判決依釋字第 790 號解釋意旨減輕其刑。檢察官以原判決未待該號解釋文諭知之 1 年限期修法期間（即自 109 年 3 月 20 日解釋公布之日起 1 年內）屆至，逕依該號解釋意旨減輕其刑，違反權力分立原則，有適用法則不當之違法為由，提起上訴。

「查被告隋智翔、謝凱倫、謝厚浩等人並非大規模栽種數千株大麻，且栽種未久即遭查獲，參以被告隋智翔、謝凱倫、謝厚浩等人，於原審及本院審理時就其等之犯行均自白不諱，對於刑事訴訟程序能儘早確定而節省訴訟成本之消耗亦有所助益，是審酌上情，倘不論行為人犯罪情節之輕重，均以 5 年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，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，是本院審酌司法院釋字第 790 號解釋之意旨，爰就被告隋智翔、謝凱倫、謝厚浩三人所犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻之犯行，均減輕其刑，並就被告隋智翔部分遞減其刑。」(二審法院：臺灣高等法院 108 年度上訴字第 3414 號判決；摘錄自本案之提案裁定書、二審判決)。

參、本案所涉及之我國法律條文及大法官解釋

一、法律條文：

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 5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬元以下罰金。」

二、司法院大法官釋字第 790 號解釋：

(第 1 段)毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定：「意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬元以下罰金。」不論行為人犯罪情節之輕重，均以 5 年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，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，最低刑度仍達 2 年 6 月之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。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。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。

(第二段)

肆、本案法律問題之實務見解

一、甲說

(一) 甲說要旨

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(最高法院 109 年度台上字第 5460 號判決)。

(二) 甲說代表判決要旨

最高法院 109 年度台上字第 5460 號判決，駁回檢察官所提第三審上訴，其駁回理由僅略稱：「原判決已依刑法第 57 條各款規定，敘明：斟酌上訴人所栽種之大麻植株僅有 3 株，依其栽種之規模及方式，至多僅供自己施用，且對栽種大麻之客觀犯行坦承不諱，依其犯罪情節，縱予宣告法定最低度刑，猶嫌過重，爰適用刑法第 59 條規定予以酌減其刑；復依司法院釋字第 790 號解釋意旨，說明遞予減輕其刑之理由；並審酌上訴人栽種之動機、目的、所生之危害，暨其智識程度、工作、經濟生活及家庭等一切情狀，而為量刑各等旨。所量處之刑，既未逾越法定刑度，又未濫用其權限，且已屬低度刑 亦與罪刑相當原則無悖，不能指為違法。」

該判決對於原審判決在釋字第 790 號解釋所定失效期限屆至前，即拒絕適用毒品危害防制條例第 12 條第 2 項，而提前適用該解釋尚未發生效力之法外減刑指示，其理由為何之問題，未置一詞。是該判決對於本案提案問題之真正立場為何，外人其實無從得知。

該判決之原審判決，即臺灣高等法院高雄分院 109 年度上訴字第 743 號刑事判決，其理由亦僅略稱：「毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定：「意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 50 0 萬元以下罰金。」不論行為人犯罪情節之輕重，均以 5 年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，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，最低刑度仍達 2 年 6 月之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，

為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。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。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。此經大法官會議於 109 年 3 月 20 日以釋字第 790 號解釋在案。如前所述，本件被告縱依刑法第 59 條規定酌減其刑，仍須量處有期徒刑 2 年 6 月，然依被告上開犯罪態樣及情節，誠屬輕微，如量處有期徒刑 2 年 6 月仍有過苛之情形，雖上開解釋後，相關機關尚未修正，茲參酌解釋之精神，及本件犯罪情節酌減其刑。」

本件判決在釋字第 790 號解釋所諭知之修法期限尚未屆至之際，即提前適用該解釋，逕依該解釋文中「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」之意旨，直接對該案被告減刑至 2 分之 1，卻疏未慮及該案裁判之際，同號解釋所諭知「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」之期間其實尚未屆滿；相關機關是否「逾期未修正」，於該案裁判時，尚在未定之天。換言之，該解釋所設得以在法定要件之外再予減刑之期限尚未屆至，所設消極條件亦尚未充分，「依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一」之規範效力尚未發生，何以得以提前適用之，而為法定減刑要件以外之刑度減輕除？究竟該院有何急迫情事或其他理由無法等候該號解釋所定時限屆至再予適用？對於此等問題，除了「茲參酌解釋之精神」一語以外，該案判決並提供任何其他依據或說理。

二、乙說

（一）乙說要旨

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（109 年度台上字第 1525 號、第 5177 號等判決）。

（二）乙說代表判決意旨

1. 109 年度台上字第 1525 號判決就本法律問題，略稱：「依上開釋字第 790 號解釋意旨，有關機關應自該解釋公布之日（即 109 年 3 月 20 日）起 1 年內，修正毒品危害防制條例第 12 條第 2 項；逾期未修正，其情節輕微者，法院得減輕其法定刑至二分之一。而細繹該解釋意旨，關於犯罪情節是否輕微之判斷，其解釋理由例示栽種數量極少且僅供己施用等情形，並非以栽種數量極少且僅供己施用之情節為唯一判斷基準。法院於審理時，得依個案栽種大麻的場所、設備、規模（不具規模、小規模、大規模）、數量多寡、是否僅供己施用、有無營利性或商業性、造成危害之大小等各種因素綜合判斷。倘認有犯罪情節輕微之情形，為避免發生上述罪刑不相當之情形，自應就該個案之審判程序延至新法修正公布或該解釋公布日起算 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。」

本判決已經注意到原解釋所諭知修法之期限尚未屆至，未經修法的消極條件亦尚未成就，可見該判決對問題性質的掌握十分精準，且富法治意識。就此問題的處理成熟週到，實值贊許。

2. 109 年度台上字第 5177 號判決更進一步指出：「(一)按毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定：「意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬元以下罰金。」是依上揭規定，不論行為人犯罪情節之輕重，至少應量處 5 年以上有期徒刑。……。(二)上揭規定雖經司法院釋字第 790 號解釋宣告定期失效，惟於期限屆至即 110 年 3 月 19 日前，仍屬現行有效之法律。為維護法秩序之安定，法院審理該條之案件，固仍

應適用上揭規定。但關於違法栽種大麻情節輕微之個案，該條文既經宣告於此範圍內違反罪刑相當原則（比例原則）而違憲，法院基於人權保障及公共利益均衡維護之審酌，允宜延至 110 年 3 月 20 日以後始行審結，俾使行為人獲有依修正後新法或依該解釋意旨減輕其刑規定之機會，以符憲法保障人權之意旨。」

本案判決在處理釋字第 790 號的適用問題之際，立刻警覺到系爭的毒品危害防制條例第 12 條第 2 項在當時仍屬有效規定的問題，因此言明：「上揭規定雖經司法院釋字第 790 號解釋宣告定期失效，惟於期限屆至即 110 年 3 月 19 日前，仍屬現行有效之法律」。旨哉斯言！而該院在標舉法秩序安定性重要性的同時，也提出延緩審結案件之折衷方案；不但顧及法規範的穩定需求，也慮及如何保護被告權益。其說理精要，不偏不廢，邏輯分明，深得法意之奧。其整體裁判意旨有理有據，彰顯法治價值，兼顧人權保障與比例原則之維護，可謂兩全其美之司法決定，殊值吾人稱許。

伍、對本件法律問題的相關外國立法例

一、德國法

（一）概說

依德國聯邦憲法法院法第 78 條規定，聯邦憲法法院如確信，案中涉有爭議的聯邦法規範牴觸基本法，或系爭邦法規範牴觸基本法或聯邦法時，應宣告系爭聯邦法規範或邦法規範無效。前述同一聯邦法典或邦法典之其他規定，如出於同一理由而牴觸基本法或聯邦法時，亦得一併宣告無效。準此，某法規範如認為違憲而宣告無效，理應自宣告起不再適用，惟如該規範適用已久，貿然停止適用將衍生諸多後續問題，此際一方面宣告該規範違憲，一方面延續該違憲規範之效力至立法者訂立合憲新規範後，無縫接軌¹。

¹ Burkiczak, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerFGG-Kommentar, 2015, §35 Rn.14,ff, 53.

（二）態樣

前述定期失效情形，聯邦憲法法院判決主文於某規範與基本法第 0 條不符外，通常有下列敘述方式：

1. 惟於 0 日 0 月 0 年前仍繼續適用²；
2. 立法者應至遲於 0 日 0 月 0 年前制定新規範，於此之前，該規範仍繼續適用³；
3. 該規範自即日起作為過渡條款繼續適用⁴。

（三）依據

聯邦憲法法院宣告定期失效之依據，Graßhof 認為可求諸於**違憲規範之民主化基礎**，蓋違憲規範亦係經由民選議員組成之立法機關所制定，符合國家行為之前提條件，故對於因宣告規範違憲而受有不利之人，國家不能置之不理，須盡力維護其權益或減輕損害⁵。奧地利聯邦憲法第 140 條即明文規定，憲法法院對違憲之法規範應予廢棄，廢棄之效力自判決宣告之日或判決所定之日起發生。

（四）效力

聯邦憲法法院如對違憲規範設有落日條款，則失效期限屆至前，該規範之內容及效力與違憲宣告前無異，與其他規範相較，亦不因此成為下級規範或補充規範⁶。嗣後，依該違憲規範所作判決，並無違法或違憲可言⁷。惟如規範本身即賦予適用者裁量空間，則於宣告違憲後失效前，適用該規範時，自應審酌其已違憲，現僅屬例外之狀態，而為適當之決定⁸。至於聯邦憲法法院常於落日條款附加指示，如「系爭違憲規範於期限屆至前，仍應審酌人性尊嚴之保護與比例原則繼續適用」，「人性尊嚴之保護與比例原則」部分僅具有宣示(deklaratorisch)

² BVerfGE 91, 186f; 103, 242; 127, 293.

³ BVerfGE 93, 121f; 99, 216(219); 105, 73(75).

⁴ BVerfGE 101, 158(159f).

⁵ Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerFGG-Kommentar, 2015, §78 Rn 44.

⁶ BGHSt47, 138(141); Bethge, DVBl, 2007, 917(923).

⁷ BVerfGE 111, 289(306).

⁸ Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerFGG-Kommentar, 2015, §78 Rn 63.

作用⁹。定期失效之違憲規範一般於期限屆至時，終局地失效，但如期限屆至前，已制定取代之新規範，則違憲規範於後者生效時，提早失效¹⁰。

聯邦憲法法院設落日條款之目的，係為使立法者有餘裕制定新規範取代違憲規範，因此期限之酌定應考量立法所需時間，必要時應讓立法機關對此表達意見¹¹。近年來，有鑒於立法機關常於期限屆至時仍未修法，聯邦憲法法院乾脆自己於判決中制訂新規範，以避免逾期無法可資適用¹²。

（五）對系爭案件/原因案件之影響

茲有疑義者：提起憲法訴訟主張判決所適用之法規範違憲，嗣聯邦憲法法院審理結果宣告該規範違憲，惟非立即，而係定期失效，則憲法訴訟之基礎案件應否仍受該違憲規範之延續效力所拘束？對此，聯邦憲法法院判決似有歧異，有認為基礎案件應豁免於違憲規範之延續效力¹³，然亦有採應受拘束說¹⁴。學者多數說則認為應受拘束，否則對未能同時進入該憲法訴訟之當事人（如案件尚未確定，或原審理法院見已有憲法訴訟而裁定停止程序），即為無故差別待遇¹⁵。系爭案件之當事人嗣後得依聯邦憲法法院法第 79 條規定提起再審。

（六）小結

依德國通說，經聯邦憲法法院宣告違憲，但定期失效之法規範，於期限屆至前之效力與宣告違憲前無異，仍具法拘束力，僅該違憲法規範本身具有裁量空間時，始有審酌違憲之狀態，而為適當之決定。

⁹ BVerfGE 109, 279(381).

¹⁰ Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerFGG-Kommentar, 2015, §78 Rn 64.

¹¹ BVerfGE 127, 132(165).

¹² BVerfGE 97, 228(270); 98, 17(46); 107, 395(418).

¹³ BVerfGE 99, 216(245).

¹⁴ BVerfGE 103, 1(20); 107, 133(149f); 108, 341(350).

¹⁵ Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, S. 175; Schwenke, DStR 1999, 404;

Steiner, FS für Leisner, S. 569(577f); Graßhof, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerFGG-Kommentar, 2015, §78 Rn 63. 不同意見，Drüen, FR1999, 289(292); Weißbauer/Hesselberger, DÖV, 1970, 325(329).

又某法規範雖經宣告違憲，並定期失效，然該憲法訴訟之基礎案件仍應受違憲規範之延續效力所拘束。

二、美國法

（一）美國聯邦最高法院所司違憲審查之角色

作為憲法法院的美國聯邦最高法院，固有宣告國會所通過法律違憲失效，即所謂違憲審查（judicial review; conditional review）的職權，但卻鮮少積極承擔立法者的角色；更少有在設定違憲法律在未來失效的同時，介入應屬國會所掌的立法權限，在新法修訂之前的過渡期間，就特定問題明確訂出原本應由國會以成文法規形式出現的實質法律規範。而僅認定國家機關所為處分、下級法院所為裁判、當事人所爭執之法律是否違反憲法規定，若有違憲者則自宣示起對未來失效，如此而已。以下僅舉美國聯邦最高法院在一件涉及訴訟過程中準據法律修定後應如何適用的案件，說明美國法在處理類似本件提案問題時所採的立場與作法。

（二）法院應適用裁判時有效之法律

Landgraf v. USI Film Prods 的聲請人即原告 Landgraf，因在工作中遭受被告 USI Film Prods 公司的同事性騷擾，憤而辭職，嗣依當時的 1964 年民權法第 7 章（Title 7 of the Civil Right of 1964）之規定，訴請當地法院給予救濟，但依法未行陪審團審判程序的地方法院認為，原告受到性騷擾之事固然屬實，但其程度尚未達原告非辭職不可的程度，由於法院認為原、被告僱傭關係的終止並未違反前揭法律規定，因此駁回原告所提應獲衡平救濟（equitable relief）的請求。原告不服，向州法院提起上訴。在上訴程序進行過程中，美國總統於 1991 年 10 月 21 日簽署甫經國會通過的 1991 年民權法（the Civil Rights Act of 1991），該法開始生效施行。但州上訴法院又駁回上訴人請求發回原審依照新法就損害賠償爭議問題

重新進行陪審團審判的聲請，其所據理由為「法院必須『適用審判時有效之法律作成判決，除非如此判決的結果將造成重大的不公，或者法律有相反的指令，抑或由法制史觀察，為有相反裁判的理由』」。(“a court must ‘apply the law in effect at the time it renders its decision, unless doing so would result in manifest injustice or there is statutory direction or legislative history to the contrary.’”) ¹⁶。原告不服州上訴法院的判決，聲請上訴至聯邦最高法院。聯邦最高法院認為，即使法律後來出現對當事人有利的修正內容，上訴審法院仍無將原審判決撤銷發回原審法院重新審理之義務，蓋事實審法院本應依裁判時有效之法律審判，上訴審法院（在美國為法律審）不得以法律事後業已修正而將原判決撤銷發回。換言之，對當事人有利的法律修正，對於事實審法院而言，並不具有回溯效力（retroactive effect），而僅應具有往後效力（prospective effect）。¹⁷

因此，最高法院雖然表示：「我們認為，上訴聲請人固然是違反民權法第七編所定性騷擾行為的受害人；然而，當時的法律規定，並未授與受害人請求損害賠償之權，即使受害人因而受傷亦然。本院亦認為，如果同樣的行為發生在今天，聲請人即有權利接受陪審團審判，而陪審團也可能認定前述性騷擾行為已構成推定解僱作為（constructive discharge）¹⁸，甚至認為受害人所受的心理煎熬已足支持其向前僱主請求損害賠償。」¹⁹亦即對該案聲請人權利遭受侵

¹⁶ Landgraf v. USI Film Prods. (92-757), 511 U.S. 244 (1994).

¹⁷ 美國聯邦最高法院判認特定法規違憲時，被宣告違憲之法規，原則上於判決公布時起向未來失效，而非溯及失效；而奧地利憲法法院之違憲裁判，則全無溯及既往效力等相關比較法觀察，參見法治斌，人權保障與釋憲法制（再版），頁 361，1993，月旦。

¹⁸ Constructive discharge 是一個勞動法用語，意思是：「受僱人因為工作條件過於不可忍受，以致正常人在相同情況下都會辭職。就有關歧視或騷擾的訴訟案件而言，推定解僱可以視為與任何（解除）僱傭行為一樣，具有有形作為的效力。（When an employee quits a job because working conditions are so intolerable that a reasonable person in the same situation would quit. For purposes of a discrimination or harassment lawsuit, a constructive discharge is like any other tangible employment action.）摘自 Cornell Law School Legal Information Institute (https://www.law.cornell.edu/wex/constructive_discharge)

¹⁹ “We therefore assume that petitioner was the victim of sexual harassment violative of Title VII, but that the law did not then authorize any recovery of damages even though she was injured. We

害明白表示同情；然而，法律就是法律，原本有效的法律，不因後來有所修正，就造成原本正確的法律適用應被全盤推翻。因此，最高法院仍然堅持：「就本判決目的而言，吾人認為，地方法院及上訴法院適用歧視行為發生時之法律，乃屬適當作法，對相關事實之認定，亦屬正確。」²⁰

(三)小結

上開案件與本案雖屬不同案件類型，然亦有其可資比擬的相似之處，亦即，「事實審法院進行裁判，是否應以裁判時有效的法律²¹為其依據」，如果事後法律有所修正或變更，上級法律審能否以法律後來已經修正、變更，作為撤銷原判決之理由。」由該案事實言之，問題即上級法律審在審查原事實審法律適用的妥當性與合法性時，是否可自行居於法原審法院之立場，將現行法律回溯適用於當時並無此一規定存在之歧視行為之上。²²聯邦最高法院的回答是「否」。作為法律審的上訴審，仍應居於法律修訂前下級事實審法院之立場，依該法院裁判時有效之法律規定審判此一法問題。

三、日本法

日本最高裁判所雖然有認定法律違憲而拒絕適用違憲法律之權力，惟判決效力僅止於個案，理由是法律效力之有無存否，依日本國憲法第41條規定為專屬國會之權，最高裁判所無消極立法權²³，縱判

also assume, arguendo, that if the same conduct were to occur today, petitioner would be entitled to a jury trial and that the jury might find that she was constructively discharged, or that her mental anguish or other injuries would support an award of damages against her former employer.”出處同註1。

²⁰ “Accordingly, for purposes of our decision, we assume that the District Court and the Court of Appeals properly applied the law in effect at the time of the discriminatory conduct and that the relevant findings of fact were correct.”出處同註1。

²¹ 按在該案，歧視行為發生時與一審地方法院裁判時的法律相同，但與上訴法院裁判時的法律不同，因上訴審審判時法律已經修正。

²² “Thus, the controlling question is whether the Court of Appeals should have applied the law in effect at the time the discriminatory conduct occurred, or at the time of its decision in July 1992.”

²³ 芦部信喜、高橋和之，憲法 第五版，岩波書店，2011年3月，378-379頁。

決認定法律違憲，依照最高裁判所裁判事務處理規則第 14 條²⁴，亦僅規定將判決要旨刊登於公報，判決書正本送國會，對於效力未置一詞，並不像我國大法官解釋有一般性之效力，可以拘束全國各機關，換言之，該法律並未因最高裁判所認定違憲而立即無效或向後失效，仍待國會修法廢止之。最高裁判所的判例也無溯及效力²⁵，判例變更不影響已經判決確定之其他案件，又由於非常上訴以統一法令的解釋適用為目的，不包括事實之誤認，故檢察總長依法也無法對此類已經確定之案件，以判決違背法令為由，聲請非常上訴。而因應法律違憲，於國會修法前，盡可能不執行，使違憲法律處於冬眠狀態²⁶，實務上曾有以下做法：

1973 年以前，最高裁判所認為殺害直系血親尊親屬罪（刑法 200 條）無違憲問題，然 1973 年 4 月 4 日最高裁判所宣告殺害直系血親尊親屬罪之加重處罰的規定，違反日本國憲法第 14 條平等原則而違憲，自為判決論以普通殺人罪（刑法第 199 條）²⁷。本於對最高裁判所之尊重，檢察總長於判決當日，通令各檢察長，殺害直系血親尊親屬之案件，改以刑法第 199 條之普通殺人罪偵查、起訴²⁸。內閣（行政權）針對已遭以刑法第 200 條判決確定服刑中之受刑人，適用恩赦法

24 原文是：第十四条 第十二条の裁判をしたときは、その要旨を官報に公告し、且つその裁判書の正本を内閣に送付する。その裁判が、法律が憲法に適合しないと判断したものであるときは、その裁判書の正本を国会にも送付する。引自裁判所，<https://reurl.cc/vDAoNI>（最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日）。

25 長谷部恭男、中島徹、赤坂正浩、阪口正二郎、本秀紀（編集），ケースブック憲法（第 4 版），弘文堂，2013 年 3 月，730 頁。

26 芦部信喜、高橋和之，同註 23，379 頁。

27 最大判昭 48.4.4，刑集 27 卷 3 号 265 頁，<https://reurl.cc/V6l7my>（最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日）。

28 根據法務大臣田中伊三次於殺害直系血親尊親屬案判決後 3 日，在眾議院法務委員會所表示之意見。參見：『第七十一回国会衆議院 法務委員会議録第十六号』1973 年 4 月 6 日、21-23 頁，<https://reurl.cc/z818k6>（最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日）。

規定，以個別恩赦²⁹之方式，給予減刑或免除刑之執行³⁰。刑法第 200 條直到 1995 年國會才修法加以廢除。

陸、本署見解

一、司法院大法官解釋之效力

司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。此為憲法第 77 條所明定。司法院職司憲法解釋者，為該院大法官。司法院大法官所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之效力。各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。已繫屬於各級法院尚未確定之案件，法院應依解釋意旨為裁判；此亦經司法院大法官釋字第 185 號、第 188 號、第 592 號等解釋釋明在案。此所謂全國各機關，自指包括全國各級法院在內，固不待言。

司法院大法官所為憲法解釋，屬有法律效力之法規範，既屬法律，則其解釋效力之起迄時間、解釋涵括之範圍與解釋文之詮釋與適用，即應與立法機關所訂立之實定法相同。換言之，大法官解釋效力等同法律，所有法律規範效力起始與終止時間等法制規範，在詮釋、適用大法官解釋時，均須一體嚴格遵守。

二、釋字第 790 號解釋之憲法意涵

（一）大法官充當積極立法者所建立之法規範

釋字第 790 號解釋在憲法學上之意義，乃憲法解釋機關發揮其積

29 日本學者也認為係因為本質上否認最高裁判所的新判例有溯及效果，因此恩赦之聲請採個別為之、個別審查之方式，參見長谷部恭男、中島徹、赤坂正浩、阪口正二郎、本秀紀(編集)，同前註 25，730 頁。

法律被宣告違憲，未確定之原因案件也可能無法獲得救濟。最高裁判所在非婚生子女繼承遺產的持分較婚生子女少之民事案件中，認原告之訴無理由，但仍宣告民法第 900 條第 4 項繼承之規定(非婚生應繼分，僅有婚生子女的一半)違憲，少數意見也認為民法規定違憲，惟認為應該撤銷原判決，其理由中表示，即便判斷本案之民法規定違憲，也不能說此判斷有溯及效力，最高裁判所之判決即便判斷法令違憲也是在認定既有法律合憲下為之。最大決平 7.7.5，民集 49 卷 7 号 1789 頁(反對意見 1804 頁以下)，<https://reurl.cc/d0DLeg> (最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日)。

30 依據 1974 年 3 月 15 日之統計，最高裁判所判決後，共受理 92 人，給予個別恩赦 37 人(減刑 22 人，免除刑之執行者 15 人)，不准許 52 人。參照昭和 49 年版犯罪白書第 2 編第 4 章第 4 節，<https://reurl.cc/qdZ6vD> (最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日)。

極立法者 (positive legislator) 角色所為之解釋。大法官在此一解釋所扮演之積極立法者，究係「所指示內容，在過渡期間，有拘束各機關的企圖與效力」之「補充立法者」，或為「在限期修法的期限過去，因為立法者放棄了期限內立法的機會，未完成的立法就依照憲法法院指示的方式逕行取代」的「剛性替代立法者」³¹，論者或有不同看法。惟無論如何，就本號解釋而言，於立法機關在 110 年 3 月 20 日之立法期限屆至時仍未完成修正立法，此一解釋之解釋文中「栽種大麻而其情節輕微者，法院得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一」部分，即具有法規範之效力，亦係在此等期限屆至且未經修法之消極條件成就之後，該部分始具有法規範之效力，法院始得以之作為該當案件之裁判依據，自屬當然。

(二) 系爭規定在大法官所宣示期限屆至及條件成就前，仍屬有效法律

誠如本案提案庭所言，釋字第 790 號解釋實際上並未宣告系爭規定之構成要件違憲，而僅認為上開規定並未依犯罪情節輕重，分別定有不同刑度處遇，亦即對犯該罪而情節輕微者，該規定並無得予減輕其刑或另設適當刑度之內容，致對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，可能造成罰過於罪之罪責與處罰不相當情事，因而違反憲法第 23 條所蘊含之比例原則 (principle of proportionality)。該解釋既未全盤否定系爭規定之規範功能，而該規定在大法官所宣示失效之消極條件成就之前，仍屬有效之法律一事，法院仍有適用之義務，應屬無可置疑之事。

三、法院有依現行有效法律裁判之義務

依據現行有效法律而為裁判，乃是法院最基本而無可卸免的義務，法治原則 (rule of law) 的莊嚴誠命 (a solemn command)。在如同

³¹ 許宗力，憲法法院作為積極立法者，中研院法學期刊，第 25 期(2019 年 9 月)，頁 6-7。

我國的成文法國家中，法官應該依法審判乃是法律的鐵則，不容以審判獨立或任何其他名義拒絕或迴避適用有效法律。再者，法官作為法律專家，就其裁判行為是否合乎法律規定，必須負有近乎苛求的注意義務。這是因為在一個法治國家中，所有法律性爭議，最後都必須交由法院裁決。法院是國家法治制度的最後實踐者與守護者，對於法律的詮釋與適用，具有最後的決定權（the last word to say）。嚴格遵從法律而為所有職權行為，法院較諸一般人民固無論矣，即使與任何國家機關相比，亦應負有更高的守法義務。因此，對現行有效的法律，法官必須比任何人更加戒慎恐懼，敬謹遵守，否則無法示範於人民，更無以維護法治精神於不墜。

如前所言，本案系爭規定，在依法定程序廢止、修正，或因法定事由確定失其效力之前，仍有完全之效力，法院自有適用之義務。應適用而不適用，而為判決者，將構成刑事訴訟法第 378 條所稱判決不適用法則之違法，而成為違背法令之判決。況且，系爭規定既有暫時停止審理的解套機制存在，法官若無非立即判決不可之急迫性與必要性時，即應等候大法官所設定之期限屆至而法律仍未及修正時，始依該解釋文後段意旨為而為裁判。若法院判決捨此不為，而事先「偷跑」提前適用，其作法不但不當，抑且違法。此一違背法令情事，不但構成得上訴第三審之理由，縱於判決確定後，亦將構成得以提起非常上訴之理由。

四、釋字第 790 號解釋之解釋文具有實體法規範效力，該規範效力須逾解釋文所定失效期限始發生

本件大法官解釋就系爭規定，業已訂有往後失效之期限，在此期限屆至之前，經大法官宣告應於日後失效之法律，應該仍屬有效，事實審法院並無拒絕適用之理由，已如前述。而該解釋中具有實體法規範效力之解釋文，亦即「情節輕微者減輕其刑至二分之一」部分，則

須俟該解釋所諭知期限屆至且立法機關未予修法時，方得開始生效，而具有引作裁判依據的法規範效能。而此生效時間，在某意義上，有如新舊法之修訂更替，新法效力之起點，必須是舊法效力喪失的終點，二者相互接替，不容有就同一規範對象新舊法同時併存之情事發生。

其次，若認本號解釋整體均有法律規範效力，則該規範之適用即應有一體性，亦即不應僅選擇性地適用部分解釋（例如前述的實體法規範部分），而對該解釋的其他部分視而不見。若依甲說見解，將該號解釋的提前適用，則一來將違反該解釋「系爭規定自解釋公告時起1年後始行失效」的明示誡命，二來形同使該解釋具有某種形式的溯及效力。蓋該號解釋業已明言：若系爭規定「逾期未修正」，法院始得逕就栽種大麻而其情節輕微者減輕其刑至二分之一。換言之，大法官業已設定該「得以另為減刑處理」之實體規範部分，並不具有溯及效力，法院提前適用該解釋的減刑諭知部分，無異違背該號解釋不生溯及效力的本意。

五、本案相關個案在刑事訴訟法上本有解套機制存在

釋字第 790 號解釋既已作出系爭規定若於解釋公告後 1 年內仍不修正將告失效之宣示，則或者權責機關將對該規定予以修正，或者法院可逕依該解釋之意旨，對情節輕微者予以減刑；縱然本案未盡符合刑事訴訟法第 294 條至第 297 條有關停止審判之規定，然法院本得類推適用此等條文，在徵詢雙方當事人意見後，依職權裁定停止審判或暫停審理。蓋刑事訴訟法本不禁止類推適用，尤以類推適用結果，並未對被告不利時為然³²。本案若類推適用前述刑事訴訟法規定而停止審判，對被告不僅並無不利，且有實質利益。由法院停止審判，延後審理，俟大法官所定期間屆滿，且所設條件成就（即系爭規定未經立法機關修正）後，即可恢復審理程序，並依該解釋意旨而為有利被

³² 有關刑事訴訟法上的類推適用問題，參見林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），頁 20-21，2017 年 9 月 8 版。

告之減刑裁判。是以，此類案件在程序上並非毫無解套辦法，並無非在系爭規定確定失效之前急忙作成裁判不可之理由。

六、憲法訴訟法對此問題已有明確規定

憲法解釋機關或憲法法院，畢竟不是立法機關，唯於違憲解釋或憲法訴訟之個案處理中，發現立法機關有應作為而不作為³³之情事時，始得例外扮演積極立法者，創立符合憲法精神之暫時性代替規範，以符權力分立原則之精神。基此原則，憲法解釋機關或憲法法院所發揮的積極立法者作為³⁴，除了前述的適用明確性以外，原則上，其所創造的法規範通常具有過渡、補充的性質，其適用亦應該更為謙抑，唯俟立法機關屆期確無修法作為，始得排除現有規定而予適用，此乃作為暫時替代性立法機制，在理論上應有的限制。

何況，如今憲法訴訟法對於此一問題，已有明文規定。該法第 52 條明定：「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。」本案適用之釋字 790 號解釋意旨即是「另有定期失效」之諭知。如前所述，此一有關釋憲對象法規之何時失效之諭知，亦屬具有法律效力之法規範誠命的一部分，普通法院自應依其明示解釋意旨而為裁判，並無自行提前適用之餘地。

同法第 54 條第 1 項、第 2 項更明確規定：「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，俟該法規範修正後，依新法續行審理。」易言之，對於宣告法令定期失效

³³ 此處所謂立法機關「應作為而不作為」，包括不合憲法規定、原則、精神之現行法律的修訂、廢止，以及尚未存在之法律規定之創設、立法。而立法機關應否作為之判斷，亦由大法官或憲法法院為之。

³⁴ 本署以為或宜稱為準立法權（quasi-legislative power），以示與真正立法機關之權限有所區別。

之情形，在期限屆至前，該法令仍有其適用，僅承審法院得依職權或依當事人之聲請，裁定停止審理程序而已。

雖然憲法訴訟法在前述系爭判決裁判之際尚未生效，而無拘束該等判決之效力。然此規定亦足證明此等定期失效期間，與本案大法官諭知相關機關檢討修正所設之期間，在性質上並無二致，在期限屆至之前，法院並無徒憑己意擅自排除現有法律適用之餘地。

七、本案問題甲說與乙說之比較

（一）甲說與乙說處置方式之異同

本案問題甲說與乙說之見解，並非正反對立、非黑即白的兩說，亦即，兩說的基本立場並非勢不兩立、無可調和。二說之間的差異，只是就尚未生效之法規範，究應「暫時不予適用」？或者「可以立即適用」之處置方式的差別，亦即甲說乃「不管生效與否，現在就適用」，乙說則採「稍安勿躁，等到合法生效才適用。」由表面觀察，二者所異者，似乎僅有適用時機（timing）的區別而已，並無根本的實質差異。然而吾人必須強調，在法律適用當下，法律依據的合法存在、生效與否，攸關法律適用的合法性，甚至合憲性，不可不慎。

有關法律適用問題，甲說明確表達不適用現行法之立場，轉而適用尚未生效的替代性規範，致有應適用法則而不適用之情形。本署認為，採該立場的判決，實有「不應適用法則而予適用」，及「應適用法則而不予適用」之雙重違法。乙說則以停止審理的方式，同時巧妙避免此一雙重違法問題。孰者為當，不言自明。

（二）甲說、乙說何者為妥

採甲說之判決，僅憑「參酌解釋之精神」一語，即可逸脫當時尚屬有效法律條文所明定之刑度，而自行決定減輕其法定刑至二分之一，不但不宜，抑且不當，不能謂非違法裁判，前已言及。

再由普通法院與憲法法院的職權分野言之，甲說所採見解，不啻

無違憲審查權之普通法院僭越有違憲解釋權之大法官法定職權的行為，性質上屬違反機關職權倫理的越權行為，其提前適用尚未生效的替代性規範，對被告而言，僅有價值極為有限的期間利益。甲說以雙重違法的代價，僅達到被告較早獲得減刑之利益，殊難謂為可取。乙說所採延後審理刑度判斷問題之作法，不但毫無違法疑慮，而且較諸甲說，對被告並無任何實質損害。

綜前比較，採乙說之判決兼顧法治原則的尊重與被告基本權的保護，應屬較佳作法。

八、本案法律爭點

(一)「過渡性規範」的適用問題

本件解釋所諭知「情節輕微者減輕其刑至二分之一」，在法律性質上屬於「過渡性救濟」(interim relief)，此一救濟途徑，係因大法官解釋扮演所謂的「積極立法者」(positive legislator)角色所創立，因而具有法規範的效力³⁵。過渡性規範是法律規範，既是法律規範，則其效力之起迄期間及其功能作用，即須比照一般法律，在該規範尚未生效之前，並無適用餘地。法院在此等法規範尚未生效之前而予適用行為，即屬違反法律的司法作為。須俟大法官解釋所指定之期限經過，而立法機關仍未就系爭規定為修訂或廢止，該過渡性規範始生效力，而有予以適用的可能。在此之前，大法官在該號解釋中所作「情節輕微者減輕其刑至二分之一」之具有實體法效力之規範部分，在大法官所設定「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」之期間尚未屆滿，而「逾期未修正」之條件亦未充分之前，自尚未發生效力。前者為具有變更原有刑法規定效果之代替性實體法規範

³⁵ 大法官在此等解釋所扮演的角色，或可認為：大法官作為維護憲法價值的憲法維護者，固然有宣告法令違憲而失效之權，然而，在三權分力原則(separation of powers)我國大法官在此類宣告法令無效並提供中間救濟措施的違憲解釋中所扮演的角色，不妨視為準立法機關(quasi-legislative agency)較妥。有關準立法權之簡單定義，請參<https://www.law.cornell.edu/wex/quasi-legislative>。

(replacing substantive legal norm) 或過渡性實體法規範(interim substantive legal norm)，其效力之發生，以後者所附加期限屆至及條件成就為其要件，是後者之規範內容，性質上屬於限定前述實體規範生效要件之程序性法規範(the procedural legal norm that designates the validity requirements of the substantive one)。後者的可適用性(applicability)，亦即其拘束力(binding effect)，在本號解釋之日起即刻發生；而前述具有更替系爭規定之實體法規範，則在後者所定要件具備，亦即1年期間屆滿且系爭規定未經修正，始生效力，而具有可適用性。

提前適用尚未生效的法規範解釋，除了明顯牴觸尚屬有效的法律規定以外，尚有對被告產生不利後果的潛在可能存在。因為，大法官既然設有修法期限，理論上並不能排除立法機關及時修正，且所修新法規定，較諸大法官所諭知屆時未修正時應予適用之減刑措施，對被告更為有利之可能。法院若提前適用，其結果可能反而較適用新法更不利於被告，則被告必然為此再提上訴，在此情形下，上訴審法院唯有撤銷發回更審一途，徒增程序紛擾與耗費，並非明智之舉。

(二) 不適用現行有效法律，提前適用尚未生效之過渡性規範，是否違反「權力分立」原則？

此一問題可分 1. 在 790 號之實體減刑解釋意旨屆期生效之前，該實體減刑解釋之性質為何？2. 在 790 號解之實體減刑解釋意旨屆期生效之後，法院所為減刑裁判與前二情形有何不同？二個問題予以討論。

對於有關現行法律規定有違憲之虞，法院應該如何處理的問題，司法院大法官已著有釋字第 371 號解釋，明白宣示：「憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第一百七十一條、第一百

七十三條、第七十八條及第七十九條第二項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」³⁶可見我國違憲審查之職權係由單一機關即司法院大法官掌理，普通法院並無違憲審查權。法官本應依法審判，普通法院法官造法之權限，從而受有嚴格限制，唯在成文法律對規範對象依文義解釋無法達成立法所設定之規範功能時，始得在不違反規範目的，且不侵犯大法官或憲法法院職權之前提下為之。

論者或謂，法官本有「法律續造」(die Rechtsfortbildung)之權限，刑法規定內容既有不當，法官自可發揮法律續造之功能而為適度之變更。惟此說似是而實非，蓋法之續造(Rechtsfortbildung)，恆以相關法律存有法律漏洞(Gesetzeslücke)而待漏洞填補(die Lücke zu ausfüllen; die Lückenausfüllung)為其前提，由刑事司法政策角度言之，系爭規定就情節輕微案件所定刑度，或有過苛之缺點，然系爭規定，既無規範範圍不足之「明顯法律漏洞」，亦無規範射程太廣的「隱藏法律漏洞」³⁷，亦即並沒有普通法院得依法律續造理論處理之規範缺漏，不得謂有法律漏洞存在。故縱在 790 號解釋公告之前，普通法院亦不得以系爭規定存有法律漏洞(Gesetzeslücke)為由，而為法律漏洞之填補(die Ausfüllung der Gesetzeslücke)，亦即不得逕以法律續造(Rechtsfortbildung)作為理由，行違反現

³⁶ 學者翁岳生、吳信華亦持相同見解，請參見翁岳生，行政法與現代法治國家，吳信華，憲法釋論，頁 619

³⁷ 有關明顯法律漏洞與隱藏法律漏洞的釋義與區別，請參見李惠宗，法學方法論（第三版），頁 320-329，2018，三民。

行法律規範的減刑裁判³⁸，否則即屬違法裁判。

綜上所述，就問題 2 而言，大法官既已扮演積極立法者的角色，在宣告系爭規定違憲的同時，定期要求修法，並諭知若屆時系爭規定未經修正，法院得逕行減刑 2 分之 1，茲所定期間既已經過，立法機關亦因故未能修法，則法院自可直接根據本號解釋，在超越原先法定刑度範圍內，另為減刑之決定，是以亦無爭議。

較有爭議者為問題 1，亦即本案情形：在 790 號之實體減刑解釋部分意旨屆期生效之前，該實體減刑解釋之性質為何，法院得否逕予適用？本署認為，此際實體減刑解釋意旨部分（即「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」），由於大法官諭令立法院機關應修法而未修之期限尚未屆至，前述過渡性規範仍未生效，並不具法規範之效力。此時，該尚未生效之過渡性規範，充其量僅具與學說相同之性質，法院不得直接引為逾越法定減刑範圍之裁判依據，否則即屬違法判決，已見前述。若未進行任何程序安排（例如停止審判）拒不適用現行法律規定，而逕為適用尚未生效之前述實體解釋意旨，亦將逾越司法權限，而侵及立法權領域，為此適用之裁判，自屬違反「權力分立」原則，不但違法，甚至違憲，不可不查。

於茲附論者，在問題 1 之情形，在現行程序法上其實可視為存有法學方法論所稱適合填補之「明顯的法律漏洞」，此即類如本案情形，在刑事訴訟法並無「停止審判」之規定可資適用，因而造成明顯的程序規範闕漏，由於此一法律闕漏乃應規定（應該停止審）而未規定之明顯缺漏，若未予以彌補，即無法達成 790 號解等過渡規範所欲達成

³⁸德國法學方法論大師 Karl Larenz 將「法律漏洞的填補」(die Ausfüllung von Gesetzeslücken) 另稱為「法律內在的法之續造」(Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung)，請參閱，Karl Larenz, *Modenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 354, 1991, Springer；可見法之續造以法律漏洞的存在為前提。學者李惠宗亦認為，法官固有造法之權限，惟基於「權力分立」原則，唯於法律存有漏洞，且於特定情況下，始得為之。請見李惠宗，*法學方法論*（第三版），頁 329，2018，新學林。

之規範目的，是須透過漏洞填補之方式解決。而此一法律漏洞填補方式，即前述類推刑事訴訟法停止審判規定之類推適用（Analogie）機制，併此敘明。

柒、結論—採乙說

觀諸前述說明，並參照德、奧立法例，本署以為，法官適用法律、進行訴訟程序、作成司法裁判，首先必須尊重法治原則（rule of law; principle of legality）依法審判的憲法誠命，亦即，所有訴訟行為均應在符合法治原則的前提下操作。採甲說之法院以「參酌解釋之精神」之名義，提前適用尚未生效之法規範，表面上或許可認係「進步」的司法作為，但畢竟違反大法官解釋之明示旨意，逸出普通法院之職權範圍，甚至逾越司法權限分際，其判決不但有「應適用法則而不適用」之違法情事，而且有「不應適用法則而適用」之違法。何況，在該案情況，現行法律已有可以解決個案問題之機制存在，不必訴諸抽象的學說或理論，承審法院並無進行漏洞填補之必要，不容以「法律續造」為名，行違法裁判之實。此等雙重違背法令的裁判，不論由實務觀點或理論觀點言之，均不足為訓，不應採行。

採乙說之判決為避免即時適用未來即將失效之法律，將對被告造成不利，乃採取停止目前程序，將審理期日延後，俟大法官所定期限至再為審判，既可達到保護被告利益之目的，又可兼顧法治原則，同時顧全實質正義與程序正義，可謂兩全其美。

綜上論述，本署認為，本案自以採行乙說為當。爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中 華 民 國 111 年 5 月 10 日

檢察官

楊治宇

林麗瑩

李進榮

林俊言

蔡秋明