

# 最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

(110 年度台非大字第 13 號)

檢察官 吳慎志  
陳瑞仁  
蔡秋明  
吳巡龍  
林俊言  
黃則儒



## 本案提案之法律問題

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，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，本院究應認其屬「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？

## 目錄

壹、本案法律問題之基礎事實	1
貳、所涉及之法令	2
一、大法官解釋之溯及效力	2
二、「行為不罰」與「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之法律效果	4
參、與國外立法例之比較	5
一、美國法	5
(一)美國聯邦刑事訴訟終結方式及救濟程序	5
(二)聯邦最高法院宣告確定終局裁判所適用之刑罰法律違憲， 應撤銷原判決、而非逕為無罪判決	8
二、日本法	12
(一)最高裁判所固得認定法律違憲，個案中拒絕適用違憲法 律，而違憲法律仍待國會廢止，始無效或失其效力	12
(二)如所憑據之法律已廢止刑罰，不得提起非常上訴，因原 確定判決無法令之違反	13
(三)如所憑據之法律已廢止刑罰，視同發現新證據，得主張 應為免訴判決而提起再審救濟	16
三、德國法	21
(一)抽象規範審查：就確定刑事判決得提起再審	22
(二)憲法訴願：就確定刑事判決得提起再審或聯邦憲法法院 廢棄該判決發回管轄法院	24
(三)聯邦憲法法院關於法律規定合憲性之判決的效力	26
(四)再審後之判決	27
四、小結	28
肆、我國最高法院先前裁判所持之見解	29

一、應諭知免訴說（犯罪後之法律已廢止其刑罰）：	29
二、應諭知無罪說（行為不罰）：	31
伍、本署見解	35
一、經終審法院釋憲認為原因案件所適用之實體法違憲時，各國處理方式並不相同	35
二、依我國法律，「行為不罰」、「犯罪後之法律已廢止其刑罰」兩者有別	35
三、經大法官解釋宣告違憲而失其效力之刑事實體法，屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」	36
四、釋字第 791 號解釋係基於性自主權利與婚姻價值觀念之改變，採「行為不罰」見解違反規範體系之合理性	37
五、聲請人若獲無罪判決，將與審理中未聲請之人獲免訴判決發生不一致之情形	39
六、最高法院認非常上訴有理由，撤銷原判決，應代替原審法院依其判決時應適用之法律而為免訴判決	39
陸、結論	40

# 最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

110 年度台庭蒞字第 6 號

提出人 最高檢察署檢察官吳慎志

被告 周方慰

上列被告因妨害家庭案件，經臺灣高等法院於民國 108 年 4 月 24 日以 [107 年度上易字第 1071 號](#) (下稱原判決) 判決有罪確定。本署檢察總長認為原判決違背法令，提起非常上訴，因最高法院提案庭(刑事第一庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，最高法院先前裁判見解歧異，最高法院刑事第一庭已於 110 年 4 月 22 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判([110 年度台非大字第 13 號](#))，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述於後：

## 壹、本案法律問題之基礎事實

「被告為有配偶之人，於民國 104 年 8 月 26 日與人通姦，經合法起訴由法院論以刑法第 239 條前段之有配偶而與人通姦罪，並處有期徒刑確定。被告以該確定判決所適用上開刑罰法律有牴觸憲法疑義，於 109 年 5 月 21 日向司法院聲請解釋憲法，經司法院大法官於同年 5 月 29 日為司法院釋字第 791 號解釋 (下稱釋字第 791 號解釋)，宣告「刑法第 239 條規定：『有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。』對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更」等旨。最高檢察署檢察總長以上揭確定判決有適用法則不當之違背法令且於被告不利為由，提起非常上訴。」

## 貳、所涉及之法令

### 一、大法官解釋之溯及效力

大法官有釋憲及統一解釋法令之權限，確定判決適用法令所表示之見解，若經大法官解釋認為不符憲法本旨(釋 185)或違背法令本旨(釋 188)，原因案件得依該解釋作為非常上訴之理由。釋字第 725 號並補充：「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。」對於原因案件以外之確定判決，目前司法實務認為基於法安定性原則，無溯及既往之效力，不得基於相同理由提起非常上訴(92 年台非 190 號判決)；亦即，縱使大法官解釋認為違憲或違法，仍無救濟途徑。

然而，108 年 1 月 4 日公布、111 年 1 月 4 日施行之憲法訴訟法第 53 條規定違憲審查：「(一)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。(二)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。(三)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。」立法理由表示：「四、第二項: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，檢察總長如認確定裁判係依此違憲規定作成者，得依職權或依被告之聲請，提起非常上訴。五、第三項：為維持法秩序之安定，並減少影響層面，並參酌德國聯邦憲法法院法第七十九條第二

項規定，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；惟衡酌法律就此有例外規定之可能，爰併設除外規定。又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，爰於本項後段增訂但書，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，以資周妥。」

憲法訴訟法第 53 條係規定於該法「第三章法規範憲法審查及裁判憲法審查案件」之「第一節國家機關、立法委員聲請法規範憲法審查」，並依同法第 58 條規定，準用於「第二節法院聲請法規範憲法審查」，另依同法第 63 條規定：「本節(「第三節人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查)案件判決宣告法規範立即失效者，亦準用第 53 條規定。」

依上開定，將來新法施行後，經大法官違憲審查宣告法規範立即失效者，有溯及效力，其得提起非常上訴之案件不限於原因案件。

就大法官統一解釋法令部分，憲法訴訟法第 88 條規定：「憲法法庭判決就法規範所表示之見解與原因案件確定終局裁判有異時，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。」同法第 89 條規定：「(一)憲法法庭就法規範見解所為之統一解釋判決，各法院應依判決意旨為裁判。(二)前項判決不影響各法院已確定裁判之效力。」亦即，此類法律見解變更無溯及效力，得提起非常上訴之案件仍限於原因案件，其效力不及於其他確定判決。

因此，憲法訴訟法施行之後，我國終審法律見解變更區分為大法官釋憲或大法官統一解釋法令及最高法院裁判，經大法官違憲審查宣告法規範立即失效者，有溯及效力，其得提起非常上訴之案件不限於原因案件；尚未執行或執行未完畢者，於違憲範圍內，不得再予執行。大法官統一解釋法令及最高法院之見解變更(包括大法庭裁定)，除原因案件外，並無溯及效力，已確定之案件並不得據此提起非常上訴。

然而，終審法律見解變更不論是否屬於釋憲性質，對原因案件一律有溯及效力。

## 二、「行為不罰」與「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之法律效果

刑法第 1 條前段規定罪刑法定主義：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」行為時之法律若無處罰明文，即非犯罪，自始即不應予以處罰。若案經起（自）訴，法院審判結果認定被告有被訴之行為，然其行為時之法律並無處罰明文，即非犯罪，亦即確認國家對被告之刑罰權自始不存在，法院應以「行為不罰」為由，依刑事訴訟法第 301 條第 1 項規定諭知被告無罪之判決。

刑事案件經提起訴訟後，產生訴訟關係，但仍須具備一定的前提要件，法院始能就該案件為有罪或無罪的實體判決，此等前提要件稱為訴訟要件；若欠缺訴訟要件，法院只能為免訴、不受理或管轄錯誤等程序判決。倘被告行為時之法律原有處罰明文，但因「犯罪後之法律已廢止其刑罰」者，刑事訴訟法第 302 條規定：「案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決：一、曾經判決確定者。二、時效已完成者。三、曾經大赦者。四、犯罪後之法律已廢止其刑罰者。」因此，依刑事訴訟法第 302 條第 4 款規定，犯罪後之法律已廢止其刑罰者，應為免訴判決，而非無罪判決。

對於同時有為免訴判決或其他判決之情形，法院應如何判決，最高法院 [98 年度台上字第 4782 號](#) 判決認為：「法院對於案件應先審查其訴訟要件是否具備，訴訟要件又可分為形式訴訟要件與實體訴訟要件，欠缺前者要件，應諭知不受理或管轄錯誤之判決，欠缺後者要件應諭知免訴之判決。故欠缺形式訴訟要件之判決應優先於欠缺實體訴訟要件之判決，即管轄錯誤、不受理之判決，應優先於免訴之判決；免訴判決應優先於實體上之有罪、無罪判決。又行為後法律有變更，應依刑法第二條第一項為新舊法律之比較適用者，係指被告行為後至

裁判時，無論修正前之法律，或修正後之法律，均構成犯罪者而言。倘被告之行為，在修正前之法律雖有處罰明文；但修正後之法律，因犯罪構成要件之變更，已無刑罰之規定時，則為犯罪後之法律已廢止其刑罰之問題，自無刑法第二條第一項之適用，而屬刑事訴訟法第三百零二條第四款諭知免訴之範圍。」

最高法院 [103 年度台上字第 2843 號](#) 判決補充表示：「又法院對於提起自訴或公訴之案件，應先為形式上之審理，如經形式上審理後，認為欠缺訴訟之要件，即應為形式之判決，毋庸再為實體上之審理。而管轄錯誤、不受理、免訴之判決雖均為程序判決，惟如原因併存時，除同時存在無審判權及無管轄權之原因，應諭知不受理之判決，及同一案件重行起訴，且先起訴之案件已判決確定時，後起訴之案件應為免訴判決等情形外，以管轄錯誤之判決優先於不受理之判決，不受理之判決優先於免訴判決而為適用。」

## 參、與國外立法例之比較

本署未發現我國學界曾對提案法律問題申論意見者，林鈺雄教授雖認為：就立法論而言，犯罪後之法律已廢止其刑罰者，「實乃『行為不罰』之情形，應改列為無罪判決之事由，始為允當。<sup>1</sup>」但林教授上開見解係立法論，並非對我國目前相關法條應如何解釋之看法，且未申論其見解。因我國立法及司法實務經常參考美國、日本及德國相關立法例，本署乃列舉該等國家對提案問題之處理方式，來比較說明。

### 一、美國法

#### (一) 美國聯邦刑事訴訟終結方式及救濟程序

美國檢察官經向聯邦法院提起刑事訴訟後，產生訴訟關係，但仍

---

<sup>1</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(下冊)，第9版，2019年9月，316頁。

須具備一定的前提要件(訴訟要件)，法院始應就該案件為有罪或無罪的實體判決。美國聯邦法並無類似我國免訴或不受理之程序判決，若欠缺訴訟要件，檢察官得依聯邦刑事訴訟規則第 48 條(a)項規定程序撤回起訴(dismiss)<sup>2</sup>，或由第一審法院依被告聲請及個案情形裁定駁回起訴(同規則第 12 條、第 48 條(b)項)、誤審(mistrial，同規則第 26.3 條)，否則法院必需為實體判決終結該訴訟關係。

美國刑事訴訟上訴程序分為直接上訴程序(direct appeal)與判決確定後救濟程序(collateral appeal, post-conviction relief)，直接上訴程序為通常上訴程序，其上訴事由通常為該案卷證資料內所能發現之事由；但依美國聯邦訴訟規則第 33 條<sup>3</sup>，聯邦被告第一審受有罪判決後 3 年內發現新證據，得聲請原審法院重審，此亦屬於直接上訴範圍。被告有機會以直接上訴聲請救濟之案件，不得聲請判決確定後救濟程序，否則會逕遭駁回<sup>4</sup>。

美國司法制度除少數州採二級二審制外，聯邦及絕大多數州均採三級三審制，通常係第一審為事實審，第二、三審為法律審，既不調查新事實、新證據，原則也不重新評估證據證明力。聯邦及多數州最高法院第三審案件採「許可上訴(包括抗告)制」，大多數上訴最高法

---

2 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 48, “Dismissal (a) By the Government. The government may, with leave of court, dismiss an indictment, information, or complaint. The government may not dismiss the prosecution during trial without the defendant's consent.”

3 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 33, “New Trial

(a) Defendant's Motion. Upon the defendant's motion, the court may vacate any judgment and grant a new trial if the interest of justice so requires. If the case was tried without a jury, the court may take additional testimony and enter a new judgment.

(b) Time to File.

(1) Newly Discovered Evidence. Any motion for a new trial grounded on newly discovered evidence must be filed within 3 years after the verdict or finding of guilty. If an appeal is pending, the court may not grant a motion for a new trial until the appellate court remands the case.

(2) Other Grounds. Any motion for a new trial grounded on any reason other than newly discovered evidence must be filed within 14 days after the verdict or finding of guilty.”

4 United States v. Dukes, 727 F.2d 34, 41 (2<sup>nd</sup> 1984), “Unlike a motion for a new trial under Rule 33, a collateral attack under § 2255 may be made “at any time,” and thus was not time-barred when raised below. However, collateral attack is not a substitute for direct appeal and petitioners are therefore generally required to exhaust direct appeal before bringing a petition under § 2255.”

院案件，只提出一個或兩個法律爭議，最高法院有裁量權決定是否受理。關於州憲法及州法律，以州最高法院之判決或裁定為終審，但聯邦憲法或聯邦法律之見解影響該判決結果，而當事人認為州最高法院關於聯邦憲法或聯邦法律之見解有誤者，亦可向聯邦最高法院聲請上訴，故聯邦最高法院之案源可能來自聯邦高等法院(巡迴法院)或州最高法院。

有罪判決若經被告捨棄上訴、逾期末上訴或走完直接上訴程序即確定，美國聯邦刑事案件判決確定後救濟程序主要規定於 28 U.S. Code § 2255 條，其上訴事由主要為該案卷證資料內所不能發現之事實<sup>5</sup>，包括在我國屬於聲請再審事由之認定事實違誤及部分在我國屬於非常上訴事由之原判決違背法令。28 U.S. Code § 2255 規定<sup>6</sup>：「(a)

---

<sup>5</sup> 例如無效辯護(ineffective assistance of counsel)、陪審員行為不當(juror misconduct)、檢察官違反證據揭示義務(Brady violations)等等

<sup>6</sup> 28 U.S. Code § 2255, “(a)A prisoner in custody under sentence of a court established by Act of Congress claiming the right to be released upon the ground that the sentence was imposed in violation of the Constitution or laws of the United States, or that the court was without jurisdiction to impose such sentence, or that the sentence was in excess of the maximum authorized by law, or is otherwise subject to collateral attack, may move the court which imposed the sentence to vacate, set aside or correct the sentence.

(b)Unless the motion and the files and records of the case conclusively show that the prisoner is entitled to no relief, the court shall cause notice thereof to be served upon the United States attorney, grant a prompt hearing thereon, determine the issues and make findings of fact and conclusions of law with respect thereto. If the court finds that the judgment was rendered without jurisdiction, or that the sentence imposed was not authorized by law or otherwise open to collateral attack, or that there has been such a denial or infringement of the constitutional rights of the prisoner as to render the judgment vulnerable to collateral attack, the court shall vacate and set the judgment aside and shall discharge the prisoner or resentence him or grant a new trial or correct the sentence as may appear appropriate.

(c)...

(d)An appeal may be taken to the court of appeals from the order entered on the motion as from a final judgment on application for a writ of habeas corpus.

(e)...

(f)A 1-year period of limitation shall apply to a motion under this section. The limitation period shall run from the latest of—

(1)the date on which the judgment of conviction becomes final;

(2)the date on which the impediment to making a motion created by governmental action in violation of the Constitution or laws of the United States is removed, if the movant was prevented from making a motion by such governmental action;

(3)the date on which the right asserted was initially recognized by the Supreme Court, if that right has been newly recognized by the Supreme Court and made retroactively applicable to cases on collateral review; or

(4)the date on which the facts supporting the claim or claims presented could have been discovered through the exercise of due diligence.

...”

被法院判處監禁之受刑人主張其刑罰之科處違反美國憲法、法院無審判權科處該刑或其宣告刑逾越法定刑上限、或有其他附隨攻擊事由<sup>7</sup>，可以向原量刑法院聲請撤銷、停止或變更其刑罰，並請求釋放。(b)除非前開聲請及該案卷證明確顯示該受刑人無正當事由，法院應將該事項通知聯邦檢察官、迅速舉行聽證、確定爭點、及調查事實決定相關法律爭議。若法院認為原審判決並無審判權、科刑不合法或有其他附隨攻擊事由，或前訴訟程序違反受刑人憲法所保障權利，導致原判決有附隨攻擊事由，法院應撤銷原判決，並釋放受刑人、重新量刑或再審。(d)對本裁定不服者，得向上訴法院提起抗告，其程序準用判決確定後聲請人身保護令裁判之上訴程序。(f)本條規定之聲請應於下列事由結束後一年內提出：(1)判決確定；(2)執法人員違反美國聯邦憲法或聯邦法規定，阻礙受刑人提出本條聲請，其阻礙事由終止；(3)聲請人主張之權利初次被最高法院所肯認，並對於判決確定後救濟程序有溯及效力；或(4)支持其主張之事實(證據浮現)，以適當努力得以發現。…」

因此，聯邦被告有罪判決確定後，最高法院審案宣布新法則，聲請人主張之權利初次被最高法院所肯認，並對於判決確定後救濟程序有溯及效力，不論是否為原因案件，得依本條及相關規定聲請再審。

## (二)聯邦最高法院宣告確定終局裁判所適用之刑罰法律違憲，應撤銷原判決、而非逕為無罪判決

原因案件與非原因案件何以可作不同處理？美國聯邦最高法院在 *Stovall v. Denno* 案<sup>8</sup>解釋：審判系統建立新法則時，為提供聲請人

---

<sup>7</sup> 指與本案爭點無關，但可能影響本案程序或事實認定之事由，例如辯護律師有利益衝突事由卻對被告隱瞞。

<sup>8</sup> *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293, 301 (1967), “We recognize that Wade and Gilbert are, therefore, the only victims of pretrial confrontations in the absence of their counsel to have the benefit of the rules established in their cases. That they must be given that benefit is, however, an unavoidable consequence of the necessity that constitutional adjudications not stand as mere dictum. Sound policies of decision-making, rooted in the command of Article III of the Constitution that we resolve issues solely in concrete cases or controversies, and in the possible

促請法院採取新見解、推動法律進步的足夠動機，新法則對原因案件有溯及效力，但原則上對已判決確定之案件(含正在進行判決確定後救濟程序之案件)則無溯及效力，以維持法安定性，至於因此產生原因案件與其他確定案件二者有不平等結果，則是維持不溯及既往原則不得不接受之低微代價。

至於最高法院審案宣布之何種新法則，對那些案件有溯及效力？在 *United States v. United States Coin & Currency* 案<sup>9</sup>，被告涉嫌未登記及繳稅從事賭博罪(26 U.S.C. §§ 4411, 4412, 4901)定罪後，檢察官向法院聲請沒收被告財產，聯邦地區法院裁判准許檢察官聲請，被告上訴，聯邦第七巡迴法院維持原裁判，訴訟程序進行中，美國聯邦最高法院於 *Marchetti v. United States* 案<sup>10</sup> 及 *Grosso v. United States*<sup>11</sup> 案採新見解，認為賭博業者未登記賭資並納稅之刑罰規定違反非法賭博業者之聯邦憲法修正案第五條不自證己罪權利。聯邦最高法院隨後將聯邦第七巡迴法院上開裁判撤銷發回，聯邦第七巡迴法院乃改判將聯邦地區法

---

effect upon the incentive of counsel to advance contentions requiring a change in the law, militate against denying Wade and Gilbert the benefit of today's decisions. Inequity arguably results from according the benefit of a new rule to the parties in the case in which it is announced but not to other litigants similarly situated in the trial or appellate process who have raised the same issue. But we regard the fact that the parties involved are chance beneficiaries as an insignificant cost for adherence to sound principles of decision-making.”

<sup>9</sup> 401 U.S. 715, 723-724 (1971), “Unlike some of our earlier retroactivity decisions, we are not here concerned with the implementation of a procedural rule which does not undermine the basic accuracy of the factfinding process at trial. *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965); *Tehan v. Shott*, 382 U.S. 406 (1966); *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966); *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967). Rather, *Marchetti* and *Grosso* dealt with the kind of conduct that cannot constitutionally be punished in the first instance. These cases held that gamblers in *Angelini's* position had the Fifth Amendment right to remain silent in the face of the statute's command that they submit reports which could incriminate them. In the absence of a waiver of that right, such persons could not properly be prosecuted at all.

Given the aim of the *Marchetti-Grosso* rule, it seems clear that the Government must be required to undergo the relatively insignificant inconvenience involved in defending any lawsuits that may be anticipated. Indeed, this conclusion follows a fortiori from those decisions mandating the retroactive application of those new rules which substantially improve the accuracy of the factfinding process at trial. In those cases, retroactivity was held required because the failure to employ such rules at trial meant there was a significant chance that innocent men had been wrongfully punished in the past. In the case before us, however, even the use of impeccable factfinding procedures could not legitimate a verdict decreeing forfeiture, for we have held that the conduct being penalized is constitutionally immune from punishment. No circumstances call more for the invocation of a rule of complete retroactivity.”

<sup>10</sup> 390 U.S. 39 (1968).

<sup>11</sup> 390 U.S. 62 (1968).

院裁判撤銷發回<sup>12</sup>，檢察官對聯邦第七巡迴法院裁判聲請上訴聯邦最高法院，聯邦最高法院表示：本案情形與程序法違憲不致於影響案件正確性不同，本案是對原本不能認為犯罪的行為規定為犯罪，若不賦予新法則溯及效力，將很大程度使原本不應獲有罪判決者受有罪判決確定，且無從救濟，因此該 Marchetti 案及 Grosso 案建立之新法則(賭博業者未登記賭資並納稅之刑罰規定違反非法賭博業者之聯邦憲法修正案第五條不自證己罪權利)有溯及效力，應適用於 United States v. United States Coin & Currency 案。

此後，美國聯邦最高法院在 Griffith v. Kentucky 案<sup>13</sup>宣示：非原因案件若進行直接上訴程序案件，亦當然適用違憲審查之新法則；並於 Teague v. Lane 案<sup>14</sup>彙整違憲審查之新法則對於已判決確定之案件有無溯及效力之結論。Teague v. Lane 案之被告為非裔，檢方於進行陪審員審查選任階段，使用 10 次不付理由的陪審員排除權(peremptory challenges)排除備選陪審員，結果陪審團成員沒有非裔陪審員，被告主張其憲法修正案第六條之受公平結構組成之陪審團審判的權利受損，承審法官駁回其主張，被告隨後被判決有罪，其上訴被駁回，有罪確定。被告再提起判決確定後救濟程序，訴訟進行中，美國聯邦最高法院在 Batson v. Kentucky 案<sup>15</sup>建立新法則，對檢察官使用不付理由的陪審員排除權排除備選陪審員，設下新限制，當被告提出檢察官以種族為原因排除特定族群之表面證據後，檢察官應舉證證明其排除備選陪審員之原因與其種族無關，否則違憲。聯邦最高法院在 Teague v. Lane 案解釋：經判決確定之案件，新法則原則上無溯及效力，聯邦最高法院於符合下列二例外情形之一，才能宣告對已判決確定之案件有溯及效力：(1)被告之行為依新法則處於立法者無權規範之情況；(2)釋憲結果對基礎性程序之改變衝擊司法的基本公正性。因排除特

---

12 393 F.2d 499 (1968).

13 479 U.S. 314 (1987).

14 489 U.S. 288 (1989).

15 476 U.S. 79 (1986).

定族群之陪審團未必損害原本有罪判決的公正性，*Batson v. Kentucky* 案建立之新法則並不溯及適用於 *Teague* 案，*Teague* 案維持原有罪判決。

此後，聯邦最高法院於 *Penry v. Lynaugh* 案對 *Teague* 法則例外(1) 解釋：例外(1)可分為有罪判決所根據之實體法被宣告違憲及科刑態樣被宣告違憲二類<sup>16</sup>。例如智障者判處死刑違反聯邦憲法修正案第八條科刑不得過苛條款，或少年犯謀殺罪一律判處終身監禁不得假釋違反聯邦憲法修正案第八條科刑不得過苛條款，應有溯及效力<sup>17</sup>。*Teague* 法則之例外(2)則條件非常嚴格，迄今尚未有實際案件適用此類例外。例如聯邦最高法院於 *Crawford v. Washington* 案<sup>18</sup>認為：以有拒絕證言權之證人之庭外陳述作為證據，縱符合傳聞例外，因違反被告交互詰問權而違憲。聯邦最高法院在 *Whorton v. Bockting* 案<sup>19</sup>認為 *Crawford* 法則並不符合 *Teague* 法則之例外(2)，所以不能回溯適用到已經判決確定之案件。晚近，美國聯邦最高法院甫於 2021 年 5 月 17 日在 *Edwards v. Vannoy* (No. 19 - 5807)案宣布：*Teague* 法則例外(2)應該沒有合適案例，辯護人不必再費心提出類似挑戰。

綜上，美國聯邦最高法院見解變更而創設出一個新法則時，對「原因案件」有溯及效力，對其他判決確定之案件原則上無溯及效力。但符合下列例外時，聯邦最高法院得認為對其他判決確定之案件有溯及效力：有罪判決所適用之實體法違憲、或科刑違憲。有罪判決若因實體理由被聯邦最高法院宣告違憲，因對原因案件有溯及效力，聯邦最高法院應撤銷原判決(reverse)，而非逕為無罪判決。若聯邦最高法院

---

16 492 U.S. 302, 330 (1989), “Therefore, the first exception set forth in *Teague* should be understood to cover not only rules forbidding criminal punishment of certain primary conduct but also rules prohibiting a certain category of punishment for a class of defendants because of their status or offense.”

17 例如聯邦最高法院在 *Montgomery v. Louisiana* 案 (136 S. Ct. 718 (2016))認為：聯邦最高法院在 *Miller v. Alabama* 案(567 U.S. 460 (2012))建立之新法則：18 歲以下之少年犯謀殺罪一律判終身監禁之法規違憲，該法則應溯及適用到已經判決確定之案件。

18 541 U.S. 36 (2004).

19 549 U.S. 406 (2007).

認為該案有發回(remand)必要，應為「原判決撤銷並發回」之判決，檢察官得於案件發回至第一審法院後，依聯邦刑事訴訟規則第 48 條 (a)項規定程序撤回起訴。

## 二、日本法

### (一) 最高裁判所固得認定法律違憲，個案中拒絕適用違憲法律，而違憲法律仍待國會廢止，始無效或失其效力

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<sup>20</sup>，縱判決認定法律違憲，依照最高裁判所裁判事務處理規則第 14 條<sup>21</sup>，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沒溯及效力<sup>22</sup>，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<sup>23</sup>，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

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

21 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）。

22 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。

23 芦部信喜、高橋和之，同註 20，379 頁。

憲，自為判決論以普通殺人罪（刑法第 199 條）<sup>24</sup>。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<sup>25</sup>。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，適用恩赦法規定，以個別恩赦<sup>26</sup>之方式，給予減刑或免除刑之執行<sup>27</sup>。刑法第 200 條直到 1995 年國會才修法加以廢除。

## （二）如所憑據之法律已廢止刑罰，不得提起非常上訴，因原確定判決無法令之違反

非常上訴係判決確定後，以原確定判決之審判違反法令為由，而提起之非常救濟程序。日本之非常上訴制度，繼受自法國，經大正刑事訴訟法、明治刑事訴訟法、治罪法、法國人 Boissonade 所擬草案之回溯，得溯源至法國之「為法律利益而上訴」與「為公益而上訴」的制度，不以個案救濟為主要目的<sup>28</sup>。然日本制度未完全援引法國，一開始反而採行個案救濟方式為之，以當事人救濟為主要目的，針對第一審與第二審的判決，由檢察官依司法大臣之命令或職權聲請之<sup>29</sup>。直到大正刑事訴訟法（延續至日本現行刑事訴訟法），才採行以統一法

---

24 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）。

25 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 法務委員會會議録第十六号』1973 年 4 月 6 日、21-23 頁，<https://reurl.cc/z818k6>（最後瀏覽：2021 年 5 月 21 日）。

26 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 22，730 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）。

27 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）。

28 川原廣美，非常上告をめぐると考察-前提事實誤認の理論を基軸として，北大法学論集，1984 年 8 月，第 35 卷(1-2)，275 頁。

29 川原廣美，前註 28，276-277 頁。

律適用為目的，即為法律上利益提起非常上訴兼個案救濟之制度<sup>30</sup>，非常上訴有理由，區分判決違背法令或訴訟程序違背法令，撤銷之，不利於被告之案件應該另行判決(大正刑訴法 519 條、520 條；現行刑訴法 457 條<sup>31</sup>、458 條<sup>32</sup>)，非常上訴之效力除原判決違背法令且不利於被告外，效力不及於被告(大正刑訴法 521 條；現行刑訴法 459 條<sup>33</sup>)，非常上訴之提起權專屬於檢察總長。

日本刑訴法第 454 條規定非常上訴的理由，為「判決確定後發現該案之審判有違反法令」，依照最高裁判所大法庭昭和 25 年 11 月 8 日駁回原審將無累犯加重事項誤認為累犯而聲請非常上訴之判決：「非常上訴要做的是把法律命令之解釋適用予以統一，因此『案件之審判違反法令』係指該案件之審判於程序法上有所違反，或是在不變更確定判決所認定事實之前提下，於實體法之適用上有違法之情形而言」<sup>34</sup>。以此觀之，非常上訴之審理，不排斥以大法庭制度為之，蓋大法庭本來之目的，即有法令之統一解釋，裁判所法第 10 條第 3 款規定：「案件由大法庭或小法庭裁判，依最高法院規定為之。但下列情形，不得由小法庭裁判…有關憲法及其他法令之解釋適用，意見與先前最高法院所為之裁判相反時」。

---

30 川原廣美，前註 28，279-281 頁。

31 原文是：「第 457 條 非常上告が理由のないときは、判決でこれを棄却しなければならない。」

引自電子政府の総合窓口 (e-Gov)，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/Dvz7Z5> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

32 原文是：「第 458 條 非常上告が理由のあるときは、左の区別に従い、判決をしなければならない。」

一 原判決が法令に違反したときは、その違反した部分を破棄する。但し、原判決が被告人のため不利益であるときは、これを破棄して、被告事件について更に判決をする。

二 訴訟手続が法令に違反したときは、その違反した手続を破棄する。」

引自電子政府の総合窓口 (e-Gov)，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/Dvz7Z5> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

33 原文是：「第 459 條 非常上告の判決は、前条第一号但書の規定によりされたものを除いては、その効力を被告人に及ぼさない。」

引自電子政府の総合窓口 (e-Gov)，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/Dvz7Z5> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

34 最大判昭 25.11.8，刑集 4 卷 11 号 2221 頁，<https://reurl.cc/62LKAY>(最後瀏覽：2020 年 4 月 13 日)。

最高裁判所第二小法庭昭和 26 年 7 月 6 日<sup>35</sup>駁回原審將非少年誤認為少年，以事實誤認主張訴訟程序違法而聲請之非常上訴，最高裁判所認為「由於非常上訴以抽象之法規適用有誤而予以導正為目的，個別裁判事實認定有誤的改正，不是非常上訴之目的」，其後大法庭也接受這個見解，最高裁判所大法庭昭和 27 年 4 月 9 日<sup>36</sup>、27 年 4 月 23 日<sup>37</sup>駁回原審將未滿 20 歲之人誤認為年滿 20 歲之人，以事實誤認主張訴訟程序違法而聲請之非常上訴判決，最高裁判所認為：「非常上訴係以糾正法令適用之錯誤、統一法令之解釋適用為目的，而非以糾正個別裁判認定事實之錯誤為目的。不論是實體法或程序法，如非其法令之解釋有誤，而純屬因適用法令之前提事實違誤致引起當然違背法令之結果者，因無益於統一法令之解釋適用，故不得提起非常上訴。」

日本學說將此稱為「前提事實誤認理論」<sup>38</sup>，詳言之，因將非常上訴之目的界定於統一法令之解釋適用，因此肇因原審裁判所於事實之誤認導致法令適用違誤，只要將來事實認定正確，即無再發生違背法令之情形，所以此種情形並無予以撤銷以宣示其違背法令之必要<sup>39</sup>。然而在訴訟程序違背法令之情形，非常上訴之判決對於原審(或其他法院)而言，可對未來案件之處理有警戒作用，這也是非常上訴存在之本質<sup>40</sup>。由於上訴第三審最高裁判所之上訴理由限定於牴觸憲法或違反判例，不包括法令違反之審查，如讓最高裁判所為非常上訴之審查擴及於一般違反法令之全面審查，恐不利於最高裁判所從事牴觸憲

---

35 最判昭 26.7.6，刑集 5 卷 8 号 1408 頁，<https://reurl.cc/Qdx2r9>(最後瀏覽：2020 年 6 月 11 日)。

36 最大判昭 27.4.9，裁判集(刑)第 63 号 199 頁，<https://reurl.cc/xZAKnN>(最後瀏覽：2020 年 6 月 11 日)。

37 最大判昭 27.4.23，刑集 6 卷 4 号 685 頁，<https://reurl.cc/5l8z2q>(最後瀏覽：2020 年 6 月 11 日)。

38 川原廣美，前註 28，290 頁。

39 陳運財，從非常上訴之目的論「審判違背法令」，收錄於：最高法院學術研究叢書(17) --『刑事第三審上訴及非常上訴制度之探討』，最高法院，2007 年 12 月，100-101 頁。

40 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，五版，2017 年 9 月，814-815 頁。

法或違反判例之本來任務<sup>41</sup>，也有制度矛盾<sup>42</sup>，故最高裁判所嚴格限制非常上訴審之救濟範圍，不擴及一般違反法令之全面審查。學說上之反對見解，認為應該非常上訴之理由，除牴觸憲法或違反判例並應擴及一般違背法令之審查，以擴及兼救濟被告之目的，但並未撼動最高裁判所<sup>43</sup>。

據上所述，有罪判決確定後，如所憑據之法律已廢止刑罰，原確定判決並無違背法令之處，不得據以提起非常上訴。

### (三)如所憑據之法律已廢止刑罰，視同發現新證據，得主張應為免訴判決而提起再審救濟

因發現新證據足認受有罪宣告之人應為無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決，對有罪宣告之確定判決，得為受宣告人之利益聲請再審(日本刑訴法第 435 條第 6 款<sup>44</sup>)。而依犯罪後之法律，已廢止其刑罰，應諭知免訴判決<sup>45</sup>(日本刑訴法第 337 條第 3 款)。如所憑據之法律已廢止刑罰，視同發現新證據，得主張應為免訴判決而提起再審救濟<sup>46</sup>。

#### 1. 免訴事由「刑罰已廢止」的意義

免訴事由「刑罰已廢止」，除法律明文廢止者外，因為法令之有效期間經過、前法後法效力牴觸致實質上罰則之效力喪失，也包括在

41 松尾浩也，刑事訴訟法 下，弘文堂，1999 年，新版補正第二版，284 頁。

42 水谷規男，收錄於後藤昭、白取祐司(編)新コンメンタール 刑事訴訟法，日本評論社，3 版，2018 年 7 月，1195 頁。

43 陳運財，同註 39，96-97 頁。

44 原文是：「第 435 條 再審の請求は、左の場合において、有罪の言渡をした確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これを行うことができる…

六 有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき。」

引自電子政府の総合窓口 (e-Gov)，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/Dvz7Z5> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

45 原文是：「第 337 條 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。

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。」

引自電子政府の総合窓口 (e-Gov)，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/Dvz7Z5> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

46 横浜地方裁判所平成 15 年 4 月 15 日判決，LEX/DB 28085485。

內<sup>47</sup>。

實例：1945 年日本投降，接受「中美英三國促令日本投降之波茨坦公告」，並為盟軍佔領。盟軍佔領期間，被告持有依昭和 25 年(1950 年)6 月 26 日及 7 月 18 日聯合國最高司令官指令所禁止持有之物，經認定屬於違反占領目的之有害行為，應依昭和 25 年政令第 325 號「占領目的阻害行為處罰令」第 1 條、第 2 條 1 項科處刑罰，一、二審均判決有罪，被告不服上訴第三審，而昭和 27 年(1952 年)4 月 28 日舊金山和約生效，日本之主權恢復，則占領期間遭科處刑罰的行為，於舊金山和約生效已屬不被處以刑罰的行為，法院應如何判決？

最高裁判所昭和 28 年(1953 年)7 月 22 日大法院判決<sup>48</sup>就上問題表示：昭和 25 年政令第 325 號於舊金山和約生效後，該當刑罰已廢止，應為免訴判決。主要的理由是：

昭和 25 年政令 325 號及其前身昭和 21 年(1946 年)勅令 311 號「對聯合國占領軍占領目的有害行為之處罰」，均係基於昭和 20 年(1945 年)勅令第 542 號(接受「中美英三國促令日本投降之波茨坦公告」，其意義為日本投降後，接受聯合國占領軍之占領，因聯合國最高司令官有認定妥當實施降伏條款措置之權限，日本之統治權受制於聯合國最高司令官)所制定者…上揭罰則為聯合國最高司令官為達成占領目的之手段，以占領狀態繼續或仍有聯合國最高司令官為前提，其存在始有價值及意義，其罰則於占領狀態終了及最高司令官不再，效力亦喪失。昭和 27 年(1952 年)4 月 28 日舊金山和約生效，日本與各聯合國成員間的戰爭狀態終了，回復和平狀態，亦撤廢聯合國之占領，舊金山和約生效後，自無所謂「占領」，也無「有害占領目的之行為」，沒有「有害占領目的之行為」存在之餘地，也無「聯合國最高司令官指令」存在發生之餘地，故因違反指令而受刑罰的政令 325

---

47 河原俊也，收錄於三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一(編)，新基本法コンメンタール 刑事訴訟法，日本評論社，3 版，2018 年 4 月，550 頁。

48 最大判昭 28.7.22，刑集第 7 卷 7 号 1562 頁，<https://reurl.cc/AgQxg3>。判決要旨：<https://reurl.cc/V3rKaZ>。

號，於舊金山和約生效後，其效力即無保持之餘地，當然失效。

昭和 27 年法律 81 號「廢止接受中美英三國促令日本投降之波茨坦公告所涉相關命令之法律」(舊金山和約生效日即昭和 27 年 4 月 28 日施行)，並同廢止昭和 20 年勅令 542 號，然規定有「基於勅令 542 號之命令、如於其他法律並未有廢止或存續相關規定，自法律實施之日起算限時 180 日仍有法律之效力」。昭和 27 年法律 81 號「廢止接受中美英三國促令日本投降之波茨坦公告所涉相關命令之法律」，亦同時廢止政令 325 號，然仍規定有「就本法律施行前罰則之適用，仍有其效力」，惟須不違反憲法始於憲法施行後繼續有效。政令 325 號之罰則，係違反聯合國最高司令官指令之處罰規定，本質上應於舊金山和約生效之同時當然失效。就其規定之內容以觀，現實上已無法實現(有害占領目的之行為)，其結果係屬違憲，故應隨昭和 27 年法律 81 號當然失效…原審適用的罰則政令 325 號、因舊金山和約生效之同時而失其效力，為依犯罪後之法律，已廢止其刑罰者，若不廢棄原判決則顯失正義。

## 2. 如存在免訴事由，法院不可為無罪判決

如存在免訴事由，法院可否為無罪判決？判例否定無罪判決之可能。

實例：被告於昭和 21 年(1946 年)5 月 19 日，因攜帶「標語牌」(プラカード)而違反修正前刑法第 74 條第 1 項對天皇不敬罪，昭和 21 年 6 月 22 日遭起訴，同年 11 月 2 日東京刑事地方裁判所為有罪判決<sup>49</sup>。翌年 11 月 3 日，因昭和 21 年勅令第 511 號大赦令之公布施行，赦免其所犯修正前刑法第 74 條第 1 項之罪，二審改為免訴判決<sup>50</sup>，被告不服認應為無罪判決而上訴第三審。

最高裁判所大法庭昭和 23 年(1948 年)5 月 26 日駁回上訴之判決：法院之所以有就公訴為實體審理，以確認刑罰權之存否及其範圍

49 東京刑事地方裁判所昭和 21 年 11 月 2 日判決，LEX/DB 24000167。

50 東京高等裁判所昭和 22 年 6 月 28 日判決，LEX/DB 24000168。

之權能，乃以有具體之公訴權發生，且繼續存在為要件，故於公訴權已消滅時，法院不能就該案件進行實體審理，以確認檢察官提起公訴是否真實，及如屬真實時，該事實是否構成犯罪，如構成犯罪時，應科加何種刑罰等等，此為採不告不理原則之我國（日本）刑事訴訟法所應導出的結果。於本案，既因大赦而使公訴權歸於消滅，法院乃不得為實體判決，唯有依（舊）刑事訴訟法第 363 條之規定，對被告為免訴之判決。是故，於此情形，被告不得主張有關實體上理由，而請求無罪判決<sup>51</sup>。

### 3. 如存在免訴事由，再審法院不可為無罪判決

如存在免訴事由，再審法院亦不可為無罪判決。

實例（橫濱事件）：被告 5 人於第二次世界大戰期間因言論及出版涉嫌違反治安維持法而遭起訴，橫濱地方裁判所於昭和 20 年（1945 年）8 月 29 日起至同年 9 月 15 日之間，以被告 5 人之自白為證據，認定渠等有違反該法 1 條後段及第 10 條之事實，對被告 5 人，各判處有期徒刑 2 年緩刑 3 年並確定。

被告 5 人死亡後，渠等之妻子或兒子，於平成 10 年（1998 年）8 月 14 日，以原確定判決應受無罪或免訴判決，向橫濱地方裁判所聲請再審。橫濱地方裁判所<sup>52</sup>就此再審請求，於平成 15 年（2003 年）4 月 15 日，依照筆錄鑑定書等證據，認為日本在昭和 20 年 8 月 14 日接受有國內法效力的「中美英三國促令日本投降之波茨坦公告」，原確定判決所適用之治安維持法第 1 條、第 10 條應解為於實質上失其效力<sup>53</sup>，本案符合舊日本刑事訴訟法第 363 條第 2 款「依犯罪後之法律，已廢止其刑罰」，該當同法第 485 條 6 款所稱「因發現新證據足認應為免訴判決」，准許被告 5 人遺族之再審聲請。

51 最大判昭 23.5.26，刑集第 2 卷 6 号 529 頁，<https://reurl.cc/4yKOz3>（最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日）。

52 橫濱地方裁判所平成 15 年 4 月 15 日判決，LEX/DB 28085485。

53 應係遵循上揭大法庭之見解（最大判昭 28.7.22 刑集第 7 卷 7 号 1562 頁）。

檢察官抗告至東京高等裁判所，該裁判所<sup>54</sup>於平成 17 年(2005 年)3 月 10 日判決，認地方裁判所准許再審聲請之決定正確，但係認為作為原確定判決之證據的被告自白，其信用性有顯著可疑之情，應該當同法第 485 條 6 款而應為無罪判決，因此駁回檢察官抗告而案件確定。

再審之第 1 審法院即橫濱地方裁判所平成 18 年(2006 年)2 月 9 日判決<sup>55</sup>，被告 5 人經以該當治安維持法第 1 條後段、第 10 條之行為遭起訴，該法於昭和 20 年 10 月 15 日以昭和 20 年勅令第 575 號廢止之，同月 17 日再以勅令第 579 號大赦關於違反治安維持法之罪的行為人，包括被告 5 人在內，法院得以實體審理為有罪無罪之判斷，在於該案件確有發生具體之公訴權，以公訴權之存續為條件，因免訴事由之存在而公訴權消滅之情形，法院在實體之審理上，是不被允許為有罪無罪之判決，因此，本案被告 5 人有舊刑事訴訟法第 363 條第 2 款(刑之廢止)、第 3 款(大赦)之免訴事由該當，應予免訴判決。

被告 5 人認一審之免訴判決違法不當，請求為無罪判決，上訴東京高等裁判所<sup>56</sup>，二審法院於平成 19 年(2007 年)1 月 19 日依舊刑事訴訟法第 400 條規定，以無上訴利益，上訴不合法駁回其上訴，該判決認為，免訴判決是對於被告之公訴權嗣後消滅而將被告從刑事審判程序中予以解放，被告被處罰之事由不再存在，與再審之通常情形並無不同，誤為主張為免訴判決或無罪判決，並無上訴利益，上訴不合法。

最高裁判所第二小法廷平成 20 年(2008 年)3 月 14 日駁回上訴之判決<sup>57</sup>：再審制度是所謂非常救濟制度，即便與通常刑事事件審判程序有諸多面向之差異，於認定具備再審事由，應另為審判，其審判

---

54 東京高等裁判所平成 17 年 3 月 10 日決定，LEX/DB 28105240。

55 橫濱地方裁判所平成 18 年 2 月 9 日，LEX/DB 28145415。

56 東京高等裁判所平成 19 年 1 月 19 日判決，LEX/DB 28135298。

57 最判平 20.3.14 刑集第 62 卷 3 号 185 頁，<https://reurl.cc/zb3kLe> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

亦不受再審開始理由之拘束，原則上應適用通常審判程序，本件適用舊刑訴法等諸規定，在再審之審判程序，存在有免訴事由之情形，不得解為排除關於免訴之規定而應為實體判決。因此，本案於原確定判決後，刑罰廢止且又有大赦，不得不適用舊刑訴法第 363 條第 2 款、第 3 款。職故，將被告 5 人為免訴之第一審判決係屬正當。在通常程序中，被告對免訴判決主張無罪而上訴是不被允許，於再審之上訴亦同，故二審判斷甚為妥當。

如將本案提案之法律問題，套到日本法，由於日本之通姦罪(刑法第 183 條)早於昭和 22 年(1947 年)即刪除<sup>58</sup>，無實例可直接援用參考之。若設為其他刑罰法律，被告上訴至最高裁判所，該案所適用之法律經最高裁判所認定違憲而拒絕適用，被告可能在個案中被判決無罪，惟該法律仍未立即無效或向後失效，須待國會修法廢止其刑罰規定，該法律始無效或向後失效，此時，其他案件亦無提起非常上訴之可能，蓋原確定判決所適用之法律，並無違背法令之情。若被告原經判決有罪確定，嗣後刑罰經國會修法廢止，被告得以刑罰已廢止公訴權消滅，應撤銷原確定判決另為免訴判決為由，聲請再審，再審法院應為免訴判決，然不得主張應受無罪判決而聲請再審。

### 三、德國法

本案法律問題之被告即釋憲聲請人周方慰係依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者」聲請解釋憲法，釋憲標的為「法律或命令」而非「確定終局裁判」，在我國現行法之脈絡下為抽象審查<sup>59</sup>，釋字第 791 號解釋文為宣告系爭法律或命令是否合

58 昭和 22 年 10 月 26 日号法律第 124 号〔第三次改正〕，引自官報(1947 年 10 月 26 日)，<https://reurl.cc/AgGGZd> (最後瀏覽：2021 年 5 月 10 日)。

59 參照司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款「中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，或適用法

憲、失效，並無廢棄釋憲聲請人據以聲請釋憲之確定終局裁判、發回管轄法院的可能性，而與民國 111 年 1 月 4 日將施行之憲法訴訟法第 62 條第 1 項：「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。」所規定之「人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查」不同。

德國聯邦憲法法院處理之程序類型繁多，包括機關爭議、聯邦與各邦爭議、規範審查程序(包含抽象規範審查及具體規範審查等)、憲法訴願、憲法保護程序(包含聯邦總統彈劾、法官彈劾、政黨禁止、選舉審查)等<sup>60</sup>。因為本案法律問題之釋憲背景，可能涉及德國聯邦憲法法院所規定之「抽象規範審查」與「憲法訴願」<sup>61</sup>，以下僅介紹這二種程序類型中，聯邦憲法法院宣告法律違反基本法或無效、裁判憲法訴願或法規憲法訴願有理由時，關於確定刑事判決之處理。

### (一)抽象規範審查：就確定刑事判決得提起再審

德國並無如同我國之非常上訴制度，先予敘明。聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項規定：「**確定之刑事判決所依據之法規業經宣告為違反基本法，或依本法第 78 條之規定宣告無效者，或確定之刑事判決以聯邦憲法法院宣告為違反基本法之法規解釋為依據者，均得依刑事訴訟法之規定對之提起再審。**」<sup>62</sup>」本條係規定於第 10 節「第 13 條第 6

---

律與命令發生有牴觸憲法之疑義者」及第 3 款「依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義者」所列事由，再比對 111 年 1 月 4 日將施行之憲法訴訟法第 47 條第 1 項及第 2 項：「(第 1 項)國家最高機關，因本身或下級機關行使職權，就所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。(第 2 項)下級機關，因行使職權，就所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得報請上級機關為前項之聲請。」、第 49 條：「立法委員現有總額四分之一以上，就其行使職權，認法律位階法規範牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」即將施行之憲法訴訟法所使用的用語為「法規範憲法審查」。

<sup>60</sup> 規定於德國聯邦憲法法院法第 13 條。參照「聯邦憲法法院：地位、程序、裁判，Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著，吳信華譯，元照，2017 年 11 月，初版」一書之目錄。

<sup>61</sup> 可對照我國於 111 年 1 月 4 日將施行之憲法訴訟法第三章第一節「國家機關、立法委員聲請法規範憲法審查」及第三章第三節「人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查」。

<sup>62</sup> 德國聯邦憲法法院法之翻譯，均係參照陳愛娥翻譯，德國聯邦憲法法院法。

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG)

§ 79

款與第 6a 款案件的程序」，即「抽象規範審查 (Abstrakte Normenkontrolle)」的程序。

聯邦憲法法院法第 79 條規範實質(個案)正義與法安定性、法和平性之間的衝突，只有在違反正義的極端情形，也就是有效刑事判決是基於違反基本法所發布的法規或違反基本法所解釋的法規之情形，關於法安定性的考量要退讓，依聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項之規定，允許這樣的情形提起再審。其理由在於：該連結刑罰的不當判決，觸及受涉及者源自人性尊嚴之價值及尊重的請求權。依法治國原則，也要求有修正對於應受無罪判決之人的刑事判決的可能性<sup>63</sup>。聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項之規定為不可撤銷之高權行為的現狀保護 (Bestandsschutz) 之例外。然而，刑事判決的法律效力並非直接被撤銷，而是可撤銷。體系上，聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項就彷彿是德國刑事訴訟法第 359 條<sup>64</sup> 的第 7 款再審事由<sup>65</sup>。聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項規定以「法律效果之準用 (Rechtsfolgenverweisung)」的方式，規定三種可依刑事訴訟法之規定提起再審的情形。第一種情形是德國聯邦憲法法院宣告刑事法規定無效，而有效的刑事判決是植基於無效的刑事法規定；第二種情形是德國聯邦憲法法院宣告刑事法規定違反基本法，而有效的刑事判決是植基於違反基本法的刑事法規定。第三種情形是連結一個有效的刑事判決，該判決所根據的刑法解釋經德國

---

(1) Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig.

63 Mauz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 79 Rn. 2-3.

64 德國刑事訴訟法之中譯，均係參照連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月。德國刑事訴訟法第 359 條規定：「下列情形，為受有罪判決人之利益，得對經由確定判決所終結之程序聲請再審：1. 審判期日中，為受有罪判決人之不利益，當作真實所提出之證書，係偽造或變造；2. 證人或鑑定人在提供對受有罪判決人不利益之證言或鑑定意見時，故意或過失違反宣誓義務，或故意作出虛偽而未經宣誓之陳述；3. 參預判決之法官或參審員，違犯與案件有關之違反職務義務之可罰行為，但以此違反行為非由受有罪判決人所引起者為限；4. 作為刑事判決基礎之民事法院判決，已被另一確定判決所撤銷；5. 提出之新事實或新證據方法，單獨或與先前提出之證據相結合，構成理由宣告被告無罪、對其適用較輕刑法而判處較輕刑罰或宣告完全不同之保安處分；6. 歐洲人權法院確認有違反《歐洲人權及基本自由保護公約》或其議定書之情形，且判決以此違反情形為依據時。」

65 Mauz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 79 Rn. 25.

聯邦憲法法院宣告違反基本法<sup>66</sup>。

是以，針對植基於被宣告無效或違反基本法的法律之確定的刑事判決，可提起再審。因為沒有人應被強迫背負植基於違反基本法的刑法的刑罰非難<sup>67</sup>。聯邦憲法法院宣告法規無效或違憲、或法規解釋違反基本法的情形，可對植基於上開法規、法規解釋的刑事判決提起再審。由於抽象規範審查之聲請人限於聯邦政府、邦政府或聯邦議會四分之一以上之議員提出聲請，並無人民提出聲請之可能性，從而也沒有所謂的「原因案件」。

## (二)憲法訴願：就確定刑事判決得提起再審或聯邦憲法法院廢棄該判決發回管轄法院

聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項及第 3 項規定：「(第 2 項)對於裁判提起之憲法訴願有理由時，聯邦憲法法院廢棄該裁判，於第 90 條第 2 項第 1 句<sup>68</sup>之情形，聯邦憲法法院將案件發回管轄法院。(第 3 項)對於法律提起之憲法訴願有理由時，應宣告該法律無效。依第 2 項提

66 Mauz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 79 Rn. 24.

67 除此之外，不得再行爭執的裁判(確定裁判)，以及也沒有對之提起憲法訴願的裁判，不受影響(德國聯邦憲法法院法第 79 條第 2 項第 1 句)。不過，只要裁判尚未執行，就不允許執行(德國聯邦憲法法院法第 79 條第 2 項第 2 句)。判決的執行得依德國民事訴訟法第 767 條規定提出異議，以排除執行。不當得利請求權，也包括公法上的補償請求權，均排除(德國聯邦憲法法院法第 79 條第 2 項第 4 句)。德國聯邦憲法法院由這些規定以及德國聯邦憲法法院法第 79 條第 2 項第 4 句導出一般的法律思維是，一方面不溯及撤銷基於違憲規定而形成之不可撤銷(具有確定力)的公權力行為，以及不排除在過去由之產生的不利效果，但另一方面，應當防止經由強制方式執行違憲裁判所可能產生的對將來的效果。又違憲規定之無效宣告的邏輯上結果應該是「自始(ex tunc)」無效，即所有在此期間基於該規定所作成的行為都可能被排除。考量到以抽象規範審查、具體規範審查及間接針對法律之憲法訴願程序等途徑所為之無效宣告並沒有設定期限，實際上是排除上述的結果。依德國聯邦憲法法院法第 79 條所規定之無效宣告或違憲宣告的法律效果，關於對在此期間所作成行為的存續是自始無效的釋義學說法已所剩無幾，自始無效的立論在實際上的結果已非常地接近「得撤銷理論(Vernichtbarkeitslehre)」。Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著，吳信華譯，聯邦憲法法院：地位、程序、裁判，臺北市：圓照，2017 年 11 月，初版第 1 刷，第 377 頁至第 379 頁。並參照 Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Auflage 2018, Rn. 390-393。

68 聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 1 句規定：「對於上述侵害如有其他法律救濟途徑時，僅於窮盡其他法律救濟途徑時，始得提起憲法訴願。」

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG)  
§ 90 Abs. 2 Satz 1

(2) Ist gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden.

起之憲法訴願有理由時，如被廢棄之裁判係依據違憲之法律時，亦同。第 79 條規定準用之。<sup>69</sup>」本條係規定於第 15 節「第 13 條第 8a 款案件的程序」，即「憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)」的程序。

任何人均得提起憲法訴願，標的為國家高權行為，包括法院裁判、行政行為及法律。本條第 2 項及第 3 項所規定之憲法訴願有(1)直接針對裁判之「裁判憲法訴願」；(2)直接指摘法律違憲之憲法訴願，即「直接法規憲法訴願」；以及(3)直接針對法院裁判提起之憲法訴願，而在所附具的理由指摘法律違憲，在此等情形，法律即遭間接指責，即「間接法規憲法訴願」。上述憲法訴願有理由時，聯邦憲法法院除了依聯邦憲法法院法第 95 條第 1 項之規定應在裁判中確認，由於何種作為或不作為違背基本法之何種規定外<sup>70</sup>，為如下宣告：

1. 裁判憲法訴願：聯邦憲法法院廢棄該裁判，於已窮盡其他法律救濟途徑時，將案件發回管轄法院。
2. 直接法規憲法訴願：應宣告該法律無效。
3. 間接法規憲法訴願：聯邦憲法法院應宣告該法律無效，廢棄該裁判，於已窮盡其他法律救濟途徑時，將案件發回管轄法院<sup>71</sup>。

聯邦憲法法院法第 95 條第 3 項準用同法第 79 條規定，該第 79 條之指示參照，不但適用於第 3 項第 1 句之直接針對法律提起的憲法訴願，也適用於第 3 項第 2 句之間接法規憲法訴願<sup>72</sup>。亦即，在直接

---

69 Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG) § 95

(2) Wird der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung stattgegeben, so hebt das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung auf, in den Fällen des § 90 Abs. 2 Satz 1 verweist es die Sache an ein zuständiges Gericht zurück.

(3) Wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, so ist das Gesetz für nichtig zu erklären. Das gleiche gilt, wenn der Verfassungsbeschwerde gemäß Absatz 2 stattgegeben wird, weil die aufgehobene Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht. Die Vorschrift des § 79 gilt entsprechend.

70 聯邦憲法法院法第 95 條第 1 項規定：「憲法訴願有理由時，應在裁判中確認，由於何種作為或不作為違背基本法之何種規定。聯邦憲法法院得同時諭知，任何重複被指責之措施為違背基本法。」

71 Lenz / Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar, 3. Auflage, 2020, § 95 Rn. 2, 22, 40, 42, 77.

72 Lenz / Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar, 3. Auflage, 2020, § 95 Rn. 83.

法規憲法訴願有理由的情形，聯邦憲法法院宣告法律無效時，可對於依據該無效之法律所作出的刑事判決提起再審。間接法規憲法訴願有理由的情形，關於依據該無效之法律所作出的刑事判決，原因案件的部分，參照聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項及第 3 項之規定，聯邦憲法法院應宣告該法律無效，廢棄該裁判，發回管轄法院，而非原因案件的部分，因為法律被宣告無效，可提起再審<sup>73</sup>。在裁判憲法訴願有理由的情形，聯邦憲法法院廢棄該裁判，發回管轄法院，並無準用第 79 條第 1 項再審之規定。

### (三)聯邦憲法法院關於法律規定合憲性之判決的效力

聯邦憲法法院關於法律規定合憲性的判決，依聯邦憲法法院法第 31 條第 2 項，具有法律效力，並應公布在聯邦法律公報<sup>74</sup>。對於違憲的法律，聯邦憲法法院通常會宣告無效，無效宣告具有溯及效力，由法律面來看，就彷彿從未發布該法律。然而，在某些案例，聯邦憲法法院僅宣告法律規定違反基本法，並定期不得再適用該法律規定。特別是立法者有許多排除違憲的可能性，或是法律規定立即失效的不利

---

73 法規憲法訴願有理由時，其法律效果與抽象規範審查程序產生之相應法律效果（第 78 條第 1 句）以及具體規範審查程序產生之相應法律效果（第 82 條第 1 項結合第 78 條第 1 句）相同。Lenz / Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar, 3. Auflage. 2020, § 95 Rn. 43.

74 聯邦憲法法院法第三十一條（裁判的拘束力）規定：「（第 1 項）聯邦憲法法院之裁判，拘束聯邦及各邦之憲法機關及所有法院與官署。（第 2 項）聯邦憲法法院就第十三條第六款、第六之一款、第十一款、第十二款及第十四款案件所為裁判，具有法律效力。聯邦憲法法院就第十三條第八之一款案件，宣告法律不違反基本法、違反基本法或無效時，亦同。法律經宣告不違反、違反基本法或其他聯邦法或無效時，其裁判主文應由聯邦司法與消費者保護部部長於聯邦法律公報公布之。就第十三條第十二款及第十四款之案件所為之裁判主文，亦同。」

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG)

§ 31

(1) Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.

(2) In den Fällen des § 13 Nr. 6, 6a, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des § 13 Nr. 8a, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entsprechendes gilt für die Entscheidungsformel in den Fällen des § 13 Nr. 12 und 14.

會大於過渡時期仍適用該法律規定的不利之情形時，聯邦憲法法院會選擇宣告定期不得再適用該法律規定的模式，這常見於稅法的案例<sup>75</sup>。

#### (四)再審後之判決

德國刑事訴訟法並無類似我國刑事訴訟法第 302 條免訴判決或第 303 條不受理判決之規定，若有訴訟障礙事由，如時效已完成、告訴乃論之罪未經告訴，是以法律上或事實上事由而中止訴訟，為訴訟中止判決(Einstellungsurteil)<sup>76</sup>。

若確定之刑事判決所依據之法規業經宣告為違反基本法，或宣告無效者，依德國刑事訴訟法之規定對之提起再審後，因為欠缺可罰性，法院應依聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項連結德國刑事訴訟法第 371 條第 2 項及第 3 項<sup>77</sup>、第 373 條第 1 項<sup>78</sup>，撤銷原判決，另為無罪判決，而非以訴訟障礙事由中止訴訟。

綜上，德國法的部分，對於確定之刑事判決，抽象規範審查的情

75

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Wirkung-der-Entscheidung/wirkung-der-entscheidung\\_node.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Wirkung-der-Entscheidung/wirkung-der-entscheidung_node.html).

76 MüKoStPO/Maier, 1. Aufl. 2016, StPO §260 Rn. 170-174.

77 德國刑事訴訟法第 371 條第 2 項及第 3 項規定：「(第 2 項)其他情形，若對此已存在足夠證據，法院亦得立即宣告受有罪判決人無罪，但在公訴情況下應得檢察官同意。(第 3 項)宣告無罪時，應同時撤銷原判決。若原判決僅諭知保安處分時，以撤銷原判決代替宣告無罪。」

Strafprozeßordnung (StPO)

§ 371 Freisprechung ohne erneute Hauptverhandlung

(2) Auch in anderen Fällen kann das Gericht, bei öffentlichen Klagen jedoch nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, den Verurteilten sofort freisprechen, wenn dazu genügende Beweise bereits vorliegen.

(3) Mit der Freisprechung ist die Aufhebung des früheren Urteils zu verbinden. War lediglich auf eine Maßregel der Besserung und Sicherung erkannt, so tritt an die Stelle der Freisprechung die Aufhebung des früheren Urteils.

78 德國刑事訴訟法第 373 條第 1 項規定：「在重新進行之審判期日中，應決定或者維持原判決，或者撤銷原判決對該案件另為判決。」

Strafprozeßordnung (StPO)

§ 373 Urteil nach erneuter Hauptverhandlung; Verbot der Schlechterstellung

(1) In der erneuten Hauptverhandlung ist entweder das frühere Urteil aufrechtzuerhalten oder unter seiner Aufhebung anderweit in der Sache zu erkennen.

形，法規若業經宣告為違反基本法，或宣告無效，得提起再審，因為抽象規範審查之聲請人並非人民，所以沒有是否為原因案件之區隔。憲法訴願的情形，(1)裁判憲法訴願有理由時，聯邦憲法法院廢棄該裁判，發回管轄法院，沒有準用再審的規定，是以僅限於原因案件，惟此種情形是針對裁判，並非針對法律提起憲法訴願。(2)直接法規憲法訴願有理由時，聯邦憲法法院應宣告法律無效，有準用再審的規定，且因為人民係直接針對法律提起憲法訴願，標的為「法律」，並無是否為原因案件之區隔。(3)間接法規憲法訴願有理由時，原因案件的部分，聯邦憲法法院應宣告該法律無效，廢棄該裁判，發回管轄法院，非原因案件的部分，得提起再審。

本案提案之法律問題，釋憲聲請人如依德國法之規定，當循間接法規憲法訴願之程序，即憲法訴願係針對法院裁判以及間接針對法院裁判時所適用之法律而提起，由於聯邦憲法法院判斷該法律違憲，聯邦憲法法院會宣告法律無效，廢棄該裁判，發回管轄法院，而管轄法院必須遵守聯邦憲法法院宣告法規範違憲之意旨為無罪判決。惟參酌本案聲請人聲請釋憲時之背景，係依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款而為聲請，在我國法之脈絡下為抽象審查，釋字第 791 號解釋文亦係宣告刑法第 239 條與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力，如對應於德國聯邦憲法法院法之抽象規範審查，法規若業經宣告為違反基本法，或宣告無效，則得提起再審，由再審之審理法院撤銷原判決，另為無罪判決。

#### 四、小結

綜上，刑案所適用之實體法有是否合憲之疑慮，經終審法院釋憲結果認為違憲時，各國處理方式並不相同。就本案提案之法律問題，美國有罪判決若因實體法被聯邦最高法院宣告違憲，聯邦最高法院應撤銷原判決(reverse)，而非逕為無罪判決。若聯邦最高法院認為該案

有發回(remand)必要，應為「原判決撤銷並發回」之判決，檢察官得於案件發回至第一審法院後，依聯邦刑事訴訟規則第 48 條(a)項規定程序撤回起訴。

如依日本法規定，被告上訴至最高裁判所，該案所適用之法律經最高裁判所認定違憲而拒絕適用，被告可能在個案中被判決無罪，惟該法律仍未立即無效或向後失效，須待國會修法廢止其刑罰規定，該法律始無效或向後失效。若被告原經判決有罪確定，嗣後刑罰經國會修法廢止，被告得以刑罰已廢止公訴權消滅，應撤銷原確定判決另為免訴判決為由，聲請再審，再審法院應為免訴判決。

本案提案之法律問題，釋憲聲請人如依德國法之規定，當循間接法規憲法訴願之程序，即憲法訴願係針對法院裁判以及間接針對法院裁判時所適用之法律而提起，由於聯邦憲法法院判斷該法律違憲，聯邦憲法法院會宣告法律無效，廢棄該裁判，發回管轄法院，而管轄法院必須遵守聯邦憲法法院宣告法規範違憲之意旨為無罪判決。

#### 肆、我國最高法院先前裁判所持之見解

我國經大法官違憲審查宣告法規範立即失效者，對「原因案件」有溯及效力，固無疑義；然而，此時應認為「原因案件」係「犯罪後之法律已廢止其刑罰」或「行為不罰」，最高法院則存在下列歧異見解。

##### 一、應諭知免訴說（犯罪後之法律已廢止其刑罰）：

###### （一）最高法院 [109 年度台非字第 191 號](#) 判決

「判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；又犯罪後之法律已廢止其刑罰者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第 378 條、第 302 條第 4 款分別定有明文。……被告 2 人經判決確定後，以原確定判決所適用之系爭規定有牴觸憲法疑義，於 109 年 5 月 11 日向司法院聲請

解釋憲法，有其釋憲聲請書在卷可稽。嗣經司法院大法官於 109 年 5 月 29 日作成第 791 號解釋，認「刑法第 239 條規定：『有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。』對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更。」換言之，刑法第 239 條規定之刑罰，自上揭解釋公布日起已經廢止，則犯刑法第 239 條之通姦、相姦罪，即應為免訴之諭知。原確定判決就被告 2 人所犯妨害家庭罪予以論罪科刑，雖係依判決當時有效之法律，然被告 2 人以原確定判決適用之刑法第 239 條有違憲疑義而聲請釋憲，大法官認為確與憲法意旨不符，而為上開解釋。且確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經司法院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，則該解釋對於被告 2 人據以聲請解釋之上開案件亦有效力，自得據為提起非常上訴之理由。原確定判決及第一審判決未及審酌司法院釋字第 791 號解釋意旨，而分別論被告 2 人上開罪刑，均有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告 2 人不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，自應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，改諭知免訴，以資糾正。」

## (二)[110 年度台非字第 3 號判決](#)

「犯罪後之法律已廢止其刑罰者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第 302 條第 4 款定有明文。又司法院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力；又確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經司法院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。分別經司法院釋字第 177、185 號解釋在案。……被告以原確定判決所適用之刑法第 239 條規定，

有違憲疑義，聲請司法院解釋；司法院於 109 年 5 月 29 日作成釋字第 791 號解釋揭示：刑法第 239 條規定，對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更等旨。原確定判決認定被告於前開時地涉犯刑法第 239 條之規定，既經司法院依被告聲請解釋，認定與憲法意旨不符，並自 109 年 5 月 29 日失其效力，等同被告犯罪後，已經由司法院解釋而廢止其刑罰。而該解釋對於被告據以聲請解釋之本件亦有效力。從而，原確定判決未及審酌，而從實體上諭知被告罪刑，難謂適法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘原確定判決上開部分違背法令，洵有理由，應將原判決關於被告罪刑部分撤銷，另為免訴之諭知，以資糾正。」

## 二、應諭知無罪說（行為不罰）：

### （一）[110 年度台非字第 2 號](#)判決

「二、按司法院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力；又確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經司法院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。分別經司法院釋字第 177 號、第 185 號解釋在案。又不能證明被告犯罪或行為不罰者應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第 301 條第 1 項定有明文。

三、……被告則以原確定判決所適用之刑法第 239 條通姦、相姦罪，係對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，而與憲法第 23 條比例原則有牴觸之疑義，聲請司法院解釋。經司法院於 109 年 5 月 29 日就被告行為時法即刑法第 239 條規定，有牴觸憲法第 22 條、第 23 條規定之疑義，作成司法院釋字第 791 號解釋，其解釋文謂：「刑法第 239 條規定：『有配偶而與人通姦者，處 1 年以下

有期徒刑。其相姦者亦同。』對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更。」原判決認定被告有相姦行為，論處被告罪刑，其所適用之刑法第 239 條後段規定既經司法院解釋認為與憲法意旨不符，應自公布日即 109 年 5 月 29 日起失其效力，自非可據以處罰，又依該解釋理由書及解釋憲法聲請書（聲請人林志宏），被告係該解釋之「聲請人五」，該解釋對本件原因案件，亦有效力，自得據為提起非常上訴之理由。原判決所認定被告相姦行為應屬不罰，第一審判決據以論處被告罪刑，原判決予以維持，自非適法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，洵有理由。但此項違誤不影響事實之確定，本院可據以為裁判，應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，另為被告無罪之諭知，以資糾正。」

## (二) [110 年度台非字第 16 號](#) 判決

「(一) 司法院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力；又確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經司法院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。業經司法院釋字第 177、185、188 等各號解釋在案。

(二) 被告前因妨害婚姻案件，經原判決維持第一審依想像競合犯關係，從一重論處其犯通姦罪（尚犯相姦罪）刑，駁回其在第二審之上訴而確定。然被告因認刑法第 239 條有關通姦罪及相姦罪之規定有違憲之虞，聲請司法院解釋。經司法院釋字第 791 號解釋認「刑法第 239 條規定：『有配偶而與人通姦者，處 1 年

以下有期徒刑。其相姦者亦同。』對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更。」則原判決認定被告係犯通姦罪，既經司法院依被告聲請解釋，認為與憲法意旨不符而失其效力，自非可據以處罰。原判決所為之處罰，即屬違背法令。而該解釋對於被告據以聲請解釋之本件亦有效力，自得據為提起非常上訴之理由。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，即有理由。應由本院將原判決及第一審判決關於被告部分均撤銷，另為被告無罪之諭知，以資救濟。」

### (三) [90 年度台非字第 158 號](#) 判決

「本院按司法院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力；又確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經司法院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。分別經司法院大法官會議以釋字第一七七、一八五號解釋在案。……被告以原確定判決所適用其行為時之證券交易法第一百七十七條第三款規定，有違憲疑義，聲請司法院大法官會議解釋，經司法院大法官於九十年三月九日會議依被告之聲請，就被告行為時法即七十七年一月二十九日修正公布之證券交易法第一百七十七條第三款規定，有牴觸憲法第八條第一項、第二十二條、第二十三條規定之疑義，聲請解釋案，作成釋字第五二二號解釋，其解釋文謂：「對證券負責人及業務人員違反其業務上禁止、停止或限制命令之行為科處刑罰，涉及人民權利之限制，其刑罰之構成要件，應由法律定之；若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，其授權之目的、內容及範圍應具體明確，而自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，

方符刑罰明確性原則。中華民國七十七年一月二十九日修正公布之證券交易法第一百七十七條第三款規定：違反主管機關其他依本法所為禁止、停止或限制命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。衡諸前開說明，其所為授權有科罰行為內容不能預見，須從行政機關所訂定之行政命令中，始能確知之情形，與上述憲法保障人民權利之意旨不符，自本解釋公布日起，應停止適用……」該解釋已敘明七十七年一月二十九日修正公布之證券交易法第一百七十七條第三款規定：違反主管機關其他依本法所為禁止、停止或限制命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。將科罰行為之內容委由行政機關以命令定之，有授權不明確而必須從行政機關所定之行政命令中，始能確知可罰行為內容之情形者，與憲法保障人民權利之意旨不符，自該解釋公布日起，應停止適用。原判決認定被告於前開時地有違反證券商負責人與營業人員管理規則第四條第二項、第三項、第十六條第二項第八款、第九款、第十七款規定之行為，而適用當時（七十七年一月二十九日修正公布）之證券交易法第一百七十七條第三款規定論處其罪刑，其所適用之七十七年一月二十九日修正公布之證券交易法第一百七十七條第三款規定（該款規定已於八十九年七月十九日經修正公布刪除）既經司法院大法官會議依被告聲請解釋，認為與憲法意旨不符，自非可據以處罰。原判決依之處罰，即難謂非違法。而該解釋對於被告據以聲請解釋之本件亦有效力，自得據為提起非常上訴之理由。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘原判決關於被告部分違背法令，洵有理由，應將原判決關於被告罪刑部分撤銷，另為被告無罪之諭知，以資糾正。」

## 伍、本署見解

### 一、經終審法院釋憲認為原因案件所適用之實體法違憲時，各國處理方式並不相同

刑案所適用之實體法有是否合憲之疑慮，經終審法院釋憲結果認為違憲時，各國處理方式並不相同。美國有罪判決若因實體法被聯邦最高法院宣告違憲，聯邦最高法院應撤銷原判決(reverse)，而非逕為無罪判決。若聯邦最高法院認為該案有發回(remand)必要，應為「原判決撤銷並發回」之判決，檢察官得於案件發回至第一審法院後，依聯邦刑事訴訟規則第48條(a)項規定程序撤回起訴。如依日本法規定，若法律經最高裁判所宣告違憲，應待國會修法廢止該違憲法律，非原因案件之被告才可主張刑罰已廢止，故公訴權消滅，聲請再審，再審法院重新審理後，應撤銷原確定判決，另為免訴判決。如依德國法之規定，應聲請再審，法院於重新審理後撤銷原判決，另為無罪判決。

「應諭知無罪說」之主要理由係認為：司法院大法官解釋之效力，原則上係向後產生，然對聲請人據以聲請解釋之原因案件，例外具有溯及之效力。釋字第791號解釋既宣告刑法第239條關於通(相)姦罪刑之規定，應自該解釋公布之日起失其效力，上開通(相)姦罪刑之規定，對於該解釋聲請人之原因案件而言，即例外溯及於制定公布時自始無效，或至遲於其行為時失效，則該解釋聲請人(即被告)之通(相)姦行為自屬不罰。案經檢察總長提起非常上訴，最高法院除應將原判決(及第一審判決均)撤銷外，另以該聲請人(即被告)之通(相)姦行為不罰為由，依刑事訴訟法第301條第1項規定諭知無罪之判決。此見解之說理邏輯固屬正確，並與德國立法例相似；但並非先進國家一致作法，且非我國採取之法制，並與我國相關法條文義明顯不符。

### 二、依我國法律，「行為不罰」、「犯罪後之法律已廢止其刑罰」兩者

## 有別

本件提案庭提案裁定之說理條理分明，本署極為贊同，應無狗尾續貂之必要，茲引述本件提案裁定之說明：「而行為人被訴之行為之所以不受刑事處罰，有係因行為時本無刑事處罰之法律明文，依刑法第 1 條前段「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」之規定，由於其行為時之法律既無處罰明文，即非犯罪，故而自始不予處罰，此乃罪刑法定主義（無法律即無犯罪，無法律即無刑罰）之規制使然；亦有係因行為雖屬犯罪，然由於犯罪後之法律已廢止其刑罰，故而事後不予處罰。兩者從是否科予刑罰之結果而言，固無區別，然其原因事例、判決本旨及理由依據殊異。案經起（自）訴由法院審判之結果，雖認定被告有被訴之行為，然倘其行為時之法律並無處罰明文，即非犯罪，亦即確認國家對被告之刑罰權自始不存在者，法院應以「行為不罰」為由，依刑事訴訟法第 301 條第 1 項規定諭知被告無罪之判決；然倘被告行為時之法律原有處罰明文，但因「犯罪後之法律已廢止其刑罰」者，由於國家刑罰權於其犯罪後既已不再存在，則經由刑事訴訟確定並實現國家刑罰權之程序即無進行之必要，起（自）訴權因此失所依附而歸於消滅，法院自不得為實體之審判，而應依同法第 302 條第 4 款規定為免訴之判決。是以，因「行為不罰」而諭知無罪判決者，係由於國家刑罰權自始即不存在之故；因「犯罪後之法律已廢止其刑罰」而諭知免訴判決者，則係國家刑罰權於發生後，嗣因上開事由方歸於消滅之故，兩者之原因事例有別。」

### 三、經大法官解釋宣告違憲而失其效力之刑事實體法，屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」

釋字第 791 號解釋既宣告刑法第 239 條關於通（相）姦罪刑之規定違憲，應自解釋公布之日（即 109 年 5 月 29 日）起失其效力，則上開通（相）姦罪刑之規定，即因此而自該解釋公布之日起發生廢止

之效果。如提案庭本件提案裁定所述：「依人民聲請所為法律或命令違憲審查之司法院大法官解釋，原則上應自解釋公布當日起，向將來發生效力，經解釋宣告與憲法意旨不符之法律或命令，基於法治國家法安定性之考量，原則上自解釋生效日起失其效力，此為司法院大法官解釋之一般效力；惟為賦予聲請人救濟之途徑，該解釋對聲請人據以聲請之原因案件亦有效力，聲請人受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，則為司法院大法官解釋之特別效力（司法院釋字第 177 號、第 185 號、第 188 號及第 592 號解釋意旨參照）。具體而言，司法院大法官解釋憲法而宣告刑事確定判決所依據之刑事實體法相關規定違憲，對於聲請人聲請解釋之原因案件，例外具有溯及之效力，其得據為非常救濟之法制理由，根源於國家權力（司法權）之作用——廢止相關刑罰法律，其對聲請人原屬犯罪之行為，得產生不予論罪科刑效果之事由及理論依據，係「（犯罪後之）法律已廢止其刑罰」，使刑罰業經廢止而僅向後發生之效力，溯及作用於聲請人聲請解釋之原因案件，至於對聲請人不予論罪科刑而有類同「行為不罰」之結果，僅係刑罰法律經廢止後之狀態而已。」

#### **四、釋字第 791 號解釋係基於性自主權利與婚姻價值觀念之改變，採「行為不罰」見解違反規範體系之合理性**

如本件提案裁定之說明：「釋字第 791 號解釋宣告刑法第 239 條關於通（相）姦罪刑之規定，對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自該解釋公布之日起失其效力，並於上開範圍內，變更司法院釋字第 554 號解釋意旨，乃係於刑罰法律制定公布並施行相當期間後，權衡生活價值觀念變遷之時代性所為之協調整合。此觀釋字第 791 號解釋之理由書略以「隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定

與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化」等旨，闡釋風移俗易，法與時轉，社會變遷導致規範調整更易之必要性即明。司法院大法官解釋宣告特定刑事實體法違憲失效，例外對聲請人據以聲請解釋之原因案件賦予溯及之效力，目的無非係使其個案可利用現有之訴訟程序以為特別之非常救濟，寓有獎勵之意味，以肯定其對維護憲法之貢獻（司法院釋字第 725 號、第 741 號及第 757 號解釋意旨參照）。故被宣告違憲失效之刑事實體法，其規範喪失效力之回溯射程，以能達到個案救濟之目的為已足，亦即於非常救濟程序裁判時，以「犯罪後之法律已廢止其刑罰」為由，使個案聲請人不受刑罰足矣，並兼顧法之安定性與公平性。倘認被宣告違憲刑事實體法之失效，應回溯至個案聲請人原因案件之行為時，甚至追溯至法律制定公布時自始無效，而以「行為不罰」為由，以使個案聲請人不受刑罰，則此不僅與 91 年 12 月 27 日公布而於個案聲請人原因案件行為時仍屬有效之司法院釋字第 554 號解釋意旨（即刑法第 239 條關於通（相）姦罪刑之規定不違憲）互相牴觸，且與釋字第 791 號解釋係基於時代演進，性自主權利與婚姻價值觀念逐漸改變所為調節規範之旨趣不符。況且鑑於僅釋字第 791 號解釋之聲請人始得依該解釋意旨，就其據以聲請之原因案件為非常之救濟；至其他適用相同違憲刑事實體法之確定終局裁判案件，其當事人於該違憲解釋公布前，未以同一法律發生有牴觸憲法疑義而合法聲請解釋憲法者，並不與焉（司法院釋字第 686 號解釋意旨參照，即禁搭便車）之救濟差別，若謂個案聲請人之通（相）姦行為不罰，於茲對照其他在釋字第 791 號解釋公布前，有通（相）姦行為且受有罪判決確定，然並未對於刑法第 239 號之通（相）姦罪刑規定合法聲請違憲解釋之人而言【通例】，釋憲個案聲請人豈非形同法外之徒，據此可窺悉採「行為不罰」見解之論點，尚不具有規範體系之合理性。」

## 五、聲請人若獲無罪判決，將與審理中未聲請之人獲免訴判決發生不一致之情形

況依我國實務見解<sup>79</sup>，釋字第 791 號解釋公布日之前，有該當刑法第 239 條通(相)姦罪構成要件者，經合法起訴而繫屬於法院審理中尚未確定之案件，未聲請釋憲，因刑法第 239 條之刑罰自第 791 號解釋公布日起已經廢止。被告涉犯刑法第 239 條之通(相)姦罪，應為免訴之諭知。

聲請人同樣係於釋字第 791 號解釋公布日之前，有該當刑法第 239 條通(相)姦罪構成要件之行為，若法院以被宣告違憲之刑事實體法對原因案件之失效應回溯自始無效，以「行為不罰」為由而諭知無罪判決，將導致相同法條對同一時期之類似案件，因法理不一致，產生裁判結果歧異之情形。

## 六、最高法院認非常上訴有理由，撤銷原判決，應代替原審法院依其判決時應適用之法律而為免訴判決

依我國實務向來見解(例如最高法院 29 年度總會決議<sup>80</sup>、最高法院 [54 年台抗字第 263 號](#)判決前例<sup>81</sup>)，刑事確定判決經檢察總長提起

79 例如最高法院 109 年度台上字第 2903 號判決：「惟按犯罪後之法律已廢止其刑罰者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第 302 條第 4 款定有明文。本件上訴人行為後，司法院於民國 109 年 5 月 29 日公布釋字第 791 號解釋謂：「刑法第 239 條規定：『有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。』對憲法第 22 條所保障自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更。刑事訴訟法第 239 條但書規定：『但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。』與憲法第 7 條保障平等權之意旨有違，且因刑法第 239 條規定業經本解釋宣告違憲失效而失所依附，故亦應自本解釋公布之日起失其效力。」等旨。亦即刑法第 239 條之刑罰自該第 791 號解釋公布日起已經廢止。則上訴人犯刑法第 239 條後段之相姦罪，即應為免訴之諭知。本件原審法院於 108 年 11 月 27 日判決時，因上開司法院釋字第 791 號解釋尚未公布，刑法第 239 條之刑罰尚未廢止，致未及適用，而依上開刑法規定對上訴人論罪科刑，於法即有未洽。」

80 最高法院 29 年度總會決議：「十、非常上訴程序除明文準用刑事訴訟法第三百八十六條(舊法)之規定外，其他之一、二、三審程序之條文雖無準用之規定，但非常上訴經認為有理由，依法應撤銷原判決另行改判時，本係代替原審就其裁判時應適用之法律而為裁判。則原審所應援用之刑事訴訟法條文，非常上訴之判決內仍應予以援用，以為裁判之根據(例如原審應諭知不受理時，即援用舊刑事訴訟法第二百九十五條或第三百二十六條而為不受理之判決。原審應駁回不合法之上訴時，即援用舊刑事訴訟法第三百五十九條或第三百八十七條而為駁回其在第二審上訴或第三審上訴之判決等)。」

81 最高法院 54 年台抗字第 263 號判例：「非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，並不涉及事

非常上訴，最高法院認該判決違背法令，非常上訴為有理由，原判決依法應予以撤銷，且該確定判決不利於被告而應另行改判時，應代替原審法院根據原所認定之事實，依其判決時應適用之法律而為判決。本案倘最高法院以非常上訴為有理由而撤銷原判決(及第一審判決)，依原審所認定之事實：被告有通姦之行為，且被告行為時，其行為係符合通姦罪構成要件之有責行為而屬犯罪，並非行為不罰。由於刑法第 239 條之通(相)姦罪刑規定，嗣經釋字第 791 號解釋宣告違憲，應自該解釋公布之日起失其效力，亦即廢止刑法關於通(相)姦之罪刑，而刑罰業經廢止原則向後發生之效力，溯及作用於被告聲請解釋之原因案件，依刑事訴訟法第 302 條第 4 款之規定，本案有「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之情形，因此應諭知免訴判決。

## 陸、結論

綜上，本署認為：「應諭知無罪說」之說理邏輯固屬正確；但「應諭知免訴說」之說理邏輯不但同樣正確，並較符合刑事訴訟法第 302 條第 4 款文義解釋及體系解釋。因此，依人民聲請所為法律違憲審查之大法官解釋，例外對聲請人據以聲請解釋之原因案件具有溯及之效力，聲請人受不利確定終局判決者，得依解釋意旨為非常之救濟，經檢察總長提起非常上訴時，最高法院應以「犯罪後之法律已廢止其刑罰」為由，將有罪之原判決及第一審判決撤銷，另依刑事訴訟法第 302 條第 4 款之規定，諭知免訴之判決。

---

實問題，其經非常上訴審認為有理由，依法應撤銷原確定判決另行改判，僅係代替原審，依據原所認定之事實，就其裁判時應適用之法律而為裁判，使違法者成為合法，核與再審係對確定判決之事實錯誤而為之救濟方法，迥不相侔，因之對於非常上訴判決殊無聲請再審之餘地。」

此致

最高法院

中 華 民 國 110 年 5 月 27 日

檢察官 吳慎志  
陳瑞仁  
蔡秋明  
吳巡龍  
林俊言  
黃則儒