

試論刑案釋憲溯及效力 —— 從憲訴到非常上訴*

林超駿**

摘要

相對於其他憲法解釋效力有關問題，諸如定期失效，釋憲效力溯及議題於我國法相對上是受到忽略者，令人遺憾地，這樣之情況繼續存在於憲法訴訟法中。就刑事案件釋憲效力溯及之問題言，至少有三項值得提出討論。首先，憲訴法最大特色，是將釋憲效力對所有刑事確定案件全面溯及，然此一看似有利被告之規定，除僅部分歐陸國家所採外，更忽視歐陸各國釋憲溯及效力法制本身之體系建構，且忽略比較法上尚有美國法實體與程序規範區分之折衷模式，故有檢討必要。其次，就未決案件之釋憲溯及問題言，因憲訴法在釋憲一般效力仍採向未來發生為原則，也就是不溯及既往，但卻又規定新釋憲結果僅及於已繫屬法院之案件，造成部分刑事偵查中案件無法受惠，故產生不公平救濟問題，且是越接近新釋憲結果之案發事實，反不能立即受到救濟。最後，於釋憲效力對刑事確定裁判全面溯及之後，固然得減少此類案件不公平救濟問題，但在案件量遽增後，除造成有限司法資源排擠效應外，更進而凸顯於我國

* 非常感謝兩位審查委員對本文之惠賜卓見，使本文增色不少，作者非常感激，當然，文責由作者自負。又本文部分內容，曾於2017年11月13日中央研究院法律學研究所，所舉辦之「第11屆憲法解釋之理論與實務研討會」中宣讀。另本文為科技部專題計畫104-2410-H-305-025-MY3研究成果之一部，後刊登於臺大法學論叢，50卷2期，頁621-701（2021年）。
〔責任校對：盧又瑄〕。

** 國立臺北大學法律學系教授。E-mail: fredcc.lin@msa.hinet.net。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/21611112.pdf>。



現行法下，違憲與違法救濟本質之不同，從而必須從擴張釋憲溯及門檻做起，進而對刑事非常上訴管轄法院及其權限、開啟方式與規範分類等制度設計，予以一併變革，以實踐對於確定裁判之救濟。

關鍵詞：釋憲效力、溯及既往、憲法訴訟法、非常上訴、刑事規範位階。

目次

- | | |
|---------------------------------|------------------------------------|
| 壹、前言 | 三、憲訴法整體溯及法制恐造成新興案件反受到不利待遇 |
| 一、憲訴法下之釋憲溯及法制 | 四、解決方案 |
| 二、問題提出 | 五、小結 |
| 三、本文架構與論點 | 肆、欲落實刑事個案救濟，非常上訴制度須一併變革 |
| 四、研究範圍與用語說明 | 一、於釋憲效力全面溯及後，現行非常上訴法制無法擔當個案救濟大任之理由 |
| 貳、就確定案件言，憲訴法全面溯及規定未必是最佳選擇 | 二、改革起點：釋憲效力溯及之門檻應以有無新規範出現為要件 |
| 一、問題說明：從憲訴法第53條第2項立法理由談起 | 三、改革關鍵：應由非終審法院且具事實認定、自為判決權限之下級法院管轄 |
| 二、似未正視歐陸國家釋憲效力溯及法制體系差異之我國法 | 四、應同時檢討是否仍由檢察總長掌管非常救濟程序之發動權限 |
| 三、美國法所採歐盟法制外之折衷模式，似未為我國法所參酌 | 五、管轄法院宜於實務操作上區分規範類型，俾以輕其所輕，重其所重 |
| 四、比較法經驗歸納 | 六、小結 |
| 五、小結 | 伍、結論 |
| 參、就未決案件言，憲訴法溯及規範反有公平救濟問題 | |
| 一、向來忽視未決案件釋憲溯及問題之我國法 | |
| 二、憲訴法溯及時點有疑，屬學理所稱選擇性不溯及而有公平救濟疑慮 | |

壹、前言

如果說，司法違憲審查制度是當代憲政民主國家保障人權之利器，甚至是主要利器，一個作為司法違憲審查制度保障人權機制適例，便是人民根據新的釋憲結果，對於個案進行之救濟。以我國法為例，雖然迄今在司法院大法官審理案件法規範下，釋憲制度係以學理上所稱之抽象司法違憲審查為主，也就是以客觀規範控制作為主要功能，但也在不同面向下強化人民主觀權利保障，落實個案救濟。舉例言，在人民聲請釋憲之場合，司法院大法官每每基於法規範安定性之考慮¹，常在為法令違憲宣告時，採定期失效模式，從而個案之救濟不免延宕，而在歷經長期努力之後，最終在司法院釋字第725號解釋以及司法院釋字第741號解釋等兩號解釋中，對於原因案件救濟之問題，予以解決²。

相對於定期失效僅是阻礙救濟時程，一個或許更為重要但被忽略之問題，是有關新憲法解釋出現後之效力溯及既往問題，此因，若特定個案無法受惠於新釋憲結果，則亦無討論定期失效問題之可能性與必要性。當任何司法違憲審查制度做出新憲法解釋，特別是做出法令違憲宣告立即失效場合，如該解釋效力不能溯及既往，其最糟結果是，即便費盡千辛萬苦聲請釋憲成功之原因案件當事人，亦不能獲得救濟，是以，從個案救濟之角度看，特別是非原因案件救濟之角度看，有謂釋憲效力之溯及是一門檻問題³，良然！雖然

-
- 1 相關理由可參見翁岳生院長在時任大法官之際，於司法院釋字第455號解釋所撰之協同意見書。
 - 2 不過，部分大法官仍以為有關原因案件救濟部分，尚有所不足，相關意見可參見：司法院釋字第725號解釋李震山大法官部分協同意見書，頁6-8；司法院釋字第725號解釋湯德宗大法官協同意見書，頁7-8；司法院釋字第725號解釋陳春生大法官部分協同部分不同意見書，頁9；司法院釋字第725號解釋陳新民大法官部分協同部分不同意見書，頁10-16。
 - 3 美國最高法院稱溯及效力（retroactivity）為門檻問題（threshold question）之見解，相關論述請參見：Teague v. Lane, 489 U.S. 288, 300-01 (1989)。

如此，從另一角度看，釋憲效力若毫無保留地溯及，又不免對法安定性產生衝擊，同時亦可能對有限訴訟資源分配產生排擠效應，故若相關制度未妥為設計，結果不免不如預期。是故，釋憲效力溯及之問題，不僅有其重要性，更有其困難性，如何在個案救濟以及法安定性二者間維持平衡，是其中之嚴峻挑戰，然可惜的是，有關釋憲效力溯及法制問題，在我國法界除極少數文獻外⁴，似乎未受到應有之重視。

以大法官解釋為例，數號與釋憲溯及效力有關之解釋，基本上似皆未對各解釋中所宣示系爭規範之理論基礎，有太多著墨。如宣告大法官解釋自公布日起發生效力，也就是對釋憲效力採以不溯及既往為原則之司法院釋字第188號解釋，對於釋憲效力為何以不溯及既往為原則，幾未置一詞⁵；類似地，將釋憲效力逐步例外地溯及於聲請人等之司法院釋字第177號解釋、釋字第183號解釋、釋字第193號解釋以及釋字第686號等解釋，於該等解釋中，或是未對釋憲效力為何對聲請人發生效力之理論基礎⁶，或是未對為何當機關等聲請釋憲時無溯及效力適用之理由⁷，以及未對釋憲效力為何僅擴張至同一聲請人其他合法聲請案件⁸，暨其他已合法提出聲請但未併案當事人之理由等⁹，有所交代，甚至是晚近極有創意之司法院釋字第752號解釋，對於擴張溯及範圍之理由似亦未詳細鋪陳¹⁰，遂招致兩位大法官不同意見之檢討¹¹。由此以觀，釋憲效力

4 對於此一議題有較為完整論述之文獻，當屬林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法：權力分立，3版，頁97-104（2016年）。該書對於此一議題有極為細緻之分析，除對數號大法官解釋有完整之分析外，並同時引介相關外國法制及學理。

5 參司法院釋字第188號解釋解釋文。

6 參司法院釋字第177號解釋解釋文。

7 參司法院釋字第183號解釋解釋文。

8 參司法院釋字第193號解釋解釋文。

9 參司法院釋字第686號解釋解釋文。

10 參司法院釋字第752號解釋解釋文第2段。

11 司法院釋字第752號解釋黃璽君大法官部分不同意見書、黃昭元大法官部分協

溯及法制所涉及之複雜問題，大法官解釋皆略而不談。大法官解釋既然如此，相關學術研究文獻不足，或亦屬可以理解之事。比如說，現行無論是有關釋憲溯及效力法制本身之研究，抑或是有關釋憲成果與個案救濟關係之研究，此特別是指民事、行政訴訟再審制度以及刑事非常上訴制度等之研究，恐均有所不足¹²。

基本上，如此對釋憲效力溯及法制相關問題之忽略，在現行法下或因不斷擴張釋憲效力溯及之範圍，已屬一種進步，故相關難題便未受到重視，然問題到底還是存在，一旦制度有所調整之後，難題便不免自然浮現，令人非常遺憾地，這恐是即將於明年（2023年）年初施行之憲法訴訟法（下稱憲訴法）之場景。

一、憲訴法下之釋憲溯及法制

即將於明年（民國111年）施行之憲訴法中，對我國整體釋憲制度做了相當幅度之變革與創新，舉其犖犖大者，在制度變革方面，諸如釋憲決定改採判決模式¹³、裁判書制度採顯名主義¹⁴，在創新方面，則是引進裁判違憲審查制度¹⁵以及法庭之友制度¹⁶等等。相信在此制度巨幅革新之情況下，不僅釋憲功能必將更為茁壯，同時人權保障也必然更為堅實。然可惜的是，作為本次釋憲制度改革一環之釋憲效力溯及法制，若深究之，恐未必如人意。

憲訴法中與釋憲效力溯及法制有關之條文，除將上述司法院釋字第193號解釋以及司法院釋字第686號解釋等解釋內容，轉換為法

同部分不同意見書參看。

12 目前看到討論釋憲溯及效力與個案救濟之文章，似僅有以下鴻文：李姿燕，大法官解釋效力與聲請人原因案件之救濟，法扶報報，2017年7月10日，<https://www.laf.org.tw/index.php?action=LAFBaoBao-detail&tag=265&id=92>（最後瀏覽日：2021年5月1日）。

13 參憲訴法第30條。

14 參憲訴法第33條第2項。

15 參憲訴法第59條第1項。

16 參憲訴法第20條。

律規定之第41條，即將釋憲效力擴張溯及於未併案但已合法聲請案件當事人之規定外，本文所欲討論者，主要是以下三條共七項規定，也就是憲訴法第52條之兩項規定、憲訴法第53條之三項規定以及憲訴法第54條之兩項規定，又此三條雖規定在第三章第一節國家機關、立法委員聲請法規範憲法審查章中，但因第二節法院聲請法規範憲法審查，以及第三節人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查中，均有準用之規定¹⁷，故此三條七項規定有其一定普遍適用性。又在此三條規定中，第52條第1項係有關釋憲效力溯及之原則性宣示（如下述），其餘六項規定中，或許是因我國法界向來對定期失效問題之關注，共三項是用以處理定期失效問題（第52條第1項以及第54條兩項規定）。

是以，真正與溯及效力法制有關之規定，除了原則性宣示之第52條第1項規定外，僅有第53條第1項及第2項規定。雖然僅有三項規定，但無論是合併看，或分開看，皆有相當多且重要之議題值得探討。首先，從釋憲效力溯及與否之一般原則談起，即該法第52條第1項規定：「判決宣告法規範違憲且應失效者，該法規範自判決主文生效日起失效……」，此一規定所稱之生效日，主要係指同法第37條第1項規定，即裁判自宣示或公告之日起發生效力，此基本上與現行法所採者相同，即憲訴法於一般釋憲效力上仍維持以不溯及既往為原則。其次，該法明確規定一項目前大法官未明確表示見解之問題，即於法規範被宣告立即失效之場合，對於未決案件發生何種結果¹⁸？憲訴法第53條第1項規定：「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……」亦有適用，如果是從溯及之角度¹⁹，也就是以已繫屬法院為基準，於新的釋憲

17 參憲訴法第58條、憲訴法第62條第2項、憲訴法第63條及憲訴法第64條第2項。

18 在目前，也就是在司法院大法官審理案件法架構下之法制，就未決案件言，實務操作結果是全面發生溯及效力。

19 之所以說如果，係因本項規定似未從溯及問題意識出發，詳以下第「參、」段分析。

結果出現前已繫屬法院之所有未決案件，有溯及效力適用；最後，則是將釋憲效力（亦限於法規範立即失效之場合）溯及適用至所有刑事確定裁判，即該法第53條第2項規定：……已適用前項法規範（被宣告違憲立即失效）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，也就是賦予所有刑事確定裁判被告，皆受惠於釋憲溯及效力之結果，進而得進行非常上訴之救濟。

如將此三項規定一齊看，憲訴法所架構之釋憲效力溯及法制，約略是以下之一幅圖像：釋憲一般效力仍採以不溯及既往，即向未來發生效力為原則，但在刑事確定案件領域，卻徹底溯及既往，反而是在未決案件領域，僅溯及於已繫屬法院之案件。總的來說，是對整體釋憲效力溯及法制做了明確體系性規定，且在刑事確定裁判領域，更擴大了溯及範圍。然如前述，其中蘊含相當值得探討之問題。

二、問題提出

本文以為，上述憲訴法所架構之釋憲效力溯及法制，至少可分從三層次予以探討，前兩項事關釋憲溯及效力之體系問題，最後一項則是有關效力溯及後個案救濟之配套問題：

首先，讓我們先從我國法向來所注重之確定案件溯及問題，同時也是憲訴法中有關釋憲效力溯及法制最大變革談起，即在憲訴法第53條第2項規定下，對於刑事確定裁判全面溯及既往之規定，如此看似有利人權保障，然一個簡單的問題是，為何比較法上僅部分國家採用此一法制？制度選擇間之主要考慮因素為何？此外，在全面不溯及與全面溯及之間，是否有第三種法制之存在？如有，此第三種對刑事確定案件溯及模式，又提供何種借鏡？而從此些問題以觀，是否意味著我國於法制變革之際，可能輕忽了釋憲溯及法制建構可能牽涉之複雜問題？

其次，讓我們將焦點移轉到未決案件之溯及問題，相異於現行法，憲訴法第53條第1項之規定，明確規範立即失效之結果對於所有已繫屬法院案件發生效力，對此，一個合理且應該回答之問題是，為何未繫屬法院之未決案件，便無本條之適用？特別是在刑事案件之場合，這主要是指偵查階段之案件，為何不能受惠於新釋憲結果？又如此規定是否有何問題？此外，在以繫屬法院作為溯及時點下，將產生不全面溯及之結果，不僅使得憲訴法下未決案件溯及範圍小於現狀，更是否會引發何種新的問題？特別是是否會使得部分刑事未決案件之救濟，反不如已確定之案件？

最後，讓我們再回到確定案件，按釋憲效力之所以溯及，不是為溯及而溯及而已，而是為實踐個案救濟，是故，在憲訴法第53條第2項規定下，釋憲效力對刑事確定裁判改採全面溯及，固然得強化個案救濟，在非常上訴制度未修法之情況下，刑案釋憲效力全面溯及，是否定能落實個案救濟宗旨？先從量的角度看，全面溯及後，必然引發大量非原因案件之救濟，未經修正之非常上訴制度，是否能承擔此一釋憲後個案救濟重責？再從質的層面看，憲法解釋後個案救濟與單純違法救濟之差異，是否將導致承審法院權限與功能應該有所調整？如此，是否意味著，刑事非常上訴制度究竟應有何變革，方能承擔憲訴法釋憲溯及新制下個案救濟之重責？

總之，對於如此法制發展，吾人是一則以喜，一則以憂：喜的是，相關法制變革，特別是釋憲效力對確定案件全面溯及，意味著更多個案能獲得救濟；但憂的是，憲訴法在未決案件領域之規範反不如現狀，同時在刑事非常上訴制度未有相應修法之情況下，憲訴法下之整體釋憲效力溯及法制，未必能實現立法強化個案救濟等之宗旨。

三、本文架構與論點

為處理、回答上述問題，本文之架構與主要論點如下：

第一，本文將於第「貳、」段從本次憲訴法有關釋憲溯及效力最重要之變革，即該法第53條第2項規定出發，先指出該項立法理由稱此項規定係仿效德國法者，因忽視我國法與德國法體系上之差異，故不妥適，並進而藉由引介歐盟國家間複雜法制，以及美國聯邦相關法制演變，立論憲訴法之規定，即將釋憲效力全面溯及於刑事確定裁判者，除非比較法上之當然外，更有其他替代選擇。本段將強調，除基於法安定性、公益性等理由外，即便是從個案救濟角度著眼，釋憲效力對刑事確定裁判全面溯及，亦未必有利於個案救濟；基此，本文將立論，美國法折衷模式，即區別實體與程序規範而異其溯及效力之模式，有其相當參考價值。

第二，本文將於第「參、」段強調，由於憲訴法第53條第1項規定忽視未決案件溯及之斷點問題，即以案件繫屬法院作為溯及時點，不僅使得憲訴法對於未決案件溯及範圍小於現狀，同時因此忽視，更造成刑事偵查程序中案件不能受惠於新釋憲結果，並等同是以偶然因素，決定是否得利於新釋憲規範，從而在憲訴新制下，反產生現行法所無之未決案件不公平救濟問題。此外，在憲訴法三項條文，即憲訴法第52條第1項以及第53條第1、2項等所架構之釋憲溯及法制下，整體而言，不僅與憲訴法第53條第1項立法理由所引用之德國法，有所不同，且更可能使得憲訴法下部分未決案件之救濟，不如已確定案件之情況。

第三，於第「肆、」段則將強調，憲訴法第53條第2項規定，雖得大幅減少不公平救濟之問題，但在全面溯及場合所面臨之挑戰，因案件之質與量問題之故，其挑戰特別嚴峻。此時非常上訴制度之變革，應從溯及門檻、管轄法院以及聲請機制等著手改革，本文將強調，釋憲效力溯及應以新規範（new rules）出現為要件²⁰，而不僅限於所謂法規範違憲失效宣告場合，非常上訴管轄法院應改

20 相關論述分析請詳以下第「肆、二、」段處之分析。

由非終審而具一定事實認定權限之法院管轄，同時應賦予人民於新釋憲規範出現後逕為聲請之權利，最後於實務操作上並應區分刑事規範類型，而予以不同方式處理，唯有如此，方能實踐釋憲效力於刑事確定裁判全面溯及後，落實個案救濟之良法美意。

四、研究範圍與用語說明

對於本文之研究範圍，有必要予以說明一下。如本文標題「試論刑案釋憲溯及效力」所示，本文將研究議題局限於刑事案件之釋憲效力溯及問題，之所以如此，主要係因如上述，憲訴法第53條第2項規定，將釋憲效力對於刑事確定案件全面溯及既往之故，與現行法制僅限聲請釋憲之確定案件當事人等²¹，有相當不同，故除如此政策轉變是否得當值得研究外，所衍生之問題，諸如凸顯刑事未決案件之救濟反而不足，以及非常上訴法制是否需一併變革以為因應等問題，皆有研究價值。當然，本文針對以上三點之討論，部分尚得適用至民事、行政訴訟等案件之釋憲效力溯及議題上。

此外，因本文係以研究刑案釋憲溯及效力法制之體系問題，故憲訴法第41條有關未併案但已合法聲請當事人救濟之規定，本文將暫時割愛不予討論。又因本文研究重點之憲訴法第52條第1項以及第53條第1、2項之規定，適用範圍均僅限於法規違憲立即失效之場合，故相關討論以立即失效情形為前提，至於學理上所稱單純違憲宣告以及定期失效對個案救濟所形成之問題，由於題旨以及篇幅之故，本文暫將割愛而不論，留待日後再為文處理。

至於本文之用語部分。因憲訴法有關確定個案之救濟，基本上均用裁判乙詞，如憲訴法第53條第2項規定即是，但若依刑事訴訟法之用語，非常上訴之對象則僅限判決，然因我國實務上亦准許部

21 參司法院釋字第177號解釋、司法院釋字第193號解釋以及司法院釋字第686號解釋等解釋。

分裁定得聲請非常上訴²²，故本文以確定裁判乙詞指稱尋求救濟之確定個案。

貳、就確定案件言，憲訴法全面溯及規定未必是最佳選擇

如上所言，在憲訴法中有關釋憲溯及效力法制之最大變革，係憲訴法第53條第2項規定，對刑事確定裁判改採釋憲效力全面溯及之作法，雖然一般釋憲效力仍以向未來發生為原則。此種制度設計重要轉變，幾乎是從天而降，除過程未經公開深入討論外，相關說理亦嫌簡單。憲訴法第53條第2項之立法理由，僅提到以德國法為據，但問題是，從比較法上看，相關法制並非僅有德國模式，遠為紛陳且多樣，非三言兩語所可究竟。先以對我國釋憲效力法制影響最為深遠之德、奧兩國法制言，兩國作法即屬南轅北轍，更重要的是，這涉及特定法制釋憲溯及之體系、配套問題；如再輔以美國法制模式的話，則問題更為複雜，此因，美國法除在以溯及為原則與不溯及為原則間轉換外，今日針對刑事確定裁判所採用者為折衷模式，可謂是第三種釋憲溯及方式。由此比較法上複雜性可知，釋憲效力是否對刑事確定裁判全面溯及，不僅涉及整體釋憲溯及法制之配套，同時更非比較法上之必然。以此認識為背景，本段將先從分析憲訴法第53條第2項之立法理由開始，再進而析述歐陸主要國家法制之體系差異，之後再介紹美國法於溯及與不溯及間之演變，最後則嘗試歸納看似歧異之各國法制其實是有共通經驗的，並將闡釋為何相當數目國家不採釋憲效力對刑事確定裁判全面溯及之理由，同時立論為何美國法折衷模式，是值得採取者。

22 限「與科刑判決具有等同效力之實體上裁定」，請參見：最高檢察署網站，<https://www.tps.moj.gov.tw/16314/16370/16372/224302/post>（最後瀏覽日：2021年5月1日）。

一、問題說明：從憲訴法第53條第2項立法理由談起

綜觀本次憲訴法之立法，若從制度變革之角度看，本法第53條第2項之規定，也就是釋憲效力對所有刑事確定裁判溯及之規定，的確是與現行法制有別，令人眼睛為之一亮，從人權保障角度，對之寄予厚望。但問題是，刑案釋憲效力一旦對確定裁判全面溯及後，從個案救濟角度看，果真是最好的選擇？其理論依據為何？有任何實務運作支持？很遺憾地，於此次修法過程中，對此，幾乎未予以深入討論，而一個得作為此項缺憾之表徵者，或許就是在本項規定之立法理由。

憲訴法第53條第2項立法理由稱：「刑事確定裁判重在實質正義……沒有人可被加諸……違憲……之刑罰非難」²³，復稱此有德國聯邦憲法法院法第79條第1項規定為據²⁴，然這樣的理由可能稍微簡單，至少有以下三層次問題，值得探討。第一，德國法固然是對刑事確定裁判採取釋憲效力全面溯及之立場，但問題是，德國法一般釋憲效力本就是全面溯及²⁵，此與憲訴法中一般釋憲效力依然係採以不溯及為原則²⁶者迥異，如此逕引德國法之事例作為立法理由，是否有引喻失義之慮？第二，再者，退一步言，即使對確定刑事案件賦予釋憲全面溯及效力係屬合理，為何在比較法上並非普遍現象？當部分先進國家對於刑案釋憲效力不採全面溯及既往，則是否意味著釋憲效力之全面溯及有其問題或難題？第三，此外，有關刑事確定裁判之釋憲溯及效力問題，難道就如此之非楊即墨，無第三種之可能選擇模式？由此簡單分析可知，相關問題之複雜性，可見一斑。

23 參憲訴法第53條立法理由第4點。

24 同前註。

25 參德國聯邦憲法法院法第78條。

26 以下第「參、三、」段會做進一步比較分析。

總之，憲訴法將我國刑事確定案件之釋憲效力，從以不溯及為原則但例外溯及之情況，改為全面溯及，一來一往之間，並非單純規範之變動而已，實質上已蘊含或引發著諸多複雜之問題。為闡釋此一複雜之現象，以下便分別從歐盟各國以及美國法制之引介談起。

二、似未正視歐陸國家釋憲效力溯及法制體系差異之我國法

憲訴法第53條第2項規定之基本問題，如從其立法理由看，似在於忽視各國釋憲溯及法制之體系性建構。但這不是我國法之首次，早在司法院釋字第419號解釋中即曾言：「本院歷來解釋憲法……係建立類似德、奧之多樣化模式」²⁷，似乎意味著，我國現行釋憲效力法制係遵循德、奧模式，也就是兼容並蓄。但一個未清楚說明之問題是，當下德、奧兩國在釋憲效力是否溯及乙事上，恰恰是大相逕庭者，各自為歐陸兩種模式之典型，即德國法所代表者係釋憲一般效力以溯及為原則之法制，而奧國法則是表徵著釋憲效力以向未來發生，即不溯及之模式。至若將問題集中於刑事確定裁判，與德國同採以溯及為原則之國家，基本上皆全面溯及，但與奧國同採以不溯及為原則之國度，是有溯及者，但溯及範圍不完全相同。此處所凸顯之問題是，各國釋憲效力溯及法制不僅有所歧異，更有各自體系，而當立法理由引用與我國法體系相異之法制規範，不僅可能造成誤導，更可能衍生新興問題。

（一）基調：多樣之歐陸一般釋憲效力溯及法制

雖然，自著名的比較憲法學大師Mauro Cappelletti開始，稱二戰歐陸以德國法為首，所建構有別美國法分散、具體式之司法違憲審查之制度，為集中、抽象司法違憲審查制度²⁸，即強調此等制度

²⁷ 參司法院釋字第419號解釋理由書第13段。

²⁸ MAURO CAPPELLETTI, JUDICIAL REVIEW IN THE CONTEMPORARY WORLD 46-47 (1971).

特色在於規範之控制而非個案救濟，此與美國具體分散式制度，將司法違憲審查權限附隨於個案審理時而行使者有別²⁹。然值得注意的是，歐陸各國司法違憲審查制度法制設計，亦非完全相同，其中最大歧異處之一，或許是在本文所處理之釋憲溯及效力乙事上。按歐盟主要國家在抽象審查制度下，因屬不依附個案事實之審查制度，故釋憲結果基本上發生普遍適用（*erga omnes*）之效力³⁰，即司法院釋字第185號解釋中所稱，大法官解釋效力拘束任何機關及人民³¹，但問題是，此一普遍適用效力究竟是溯及或不溯及發生？各國法制卻有迥然不同作法，尤有甚者，在採相同模式之國家，復又在細部問題上採取相異作為³²。

在釋憲一般效力是否以溯及為原則討論上，也就是歐陸學者所稱憲法解釋時的效力限制問題（*temporal limitation*），依據一般之分析³³，可將憲法解釋效力之時點區分為三種：一是稱*Effect ex tunc*，即憲法裁判之效力回溯至最初立法之時發生，被宣告違憲之規範自始無效³⁴；二是稱*Effect ex nunc*，即憲法裁判之效力自宣告當天時起發生效力，即被宣告違憲之規範自解釋當日起失效³⁵；三是稱*Effect pro futuro*，則是憲法裁判之效力延後至未來特定時點方發生³⁶，即我國法一般所稱定期失效之情形。在此三種類型中，因

29 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（註4），頁35-36。

30 MAARTJE DE VISSER, *CONSTITUTIONAL REVIEW IN EUROPE: A COMPARATIVE ANALYSIS* 312-13 (2014).

31 司法院釋字第185號解釋解釋文參看。

32 相關法制整理可參見：Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts' Interference with the Legislator on Existing Legislation*, in *Constitutional Courts as Positive Legislators* 73, 94-115 (Allan R. Brewer-Carias ed., 2011).

33 Patricia Popelier et al., *The Effect of Judicial Decisions in Time: Comparative Notes*, in *THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME* 1, 8 (Patricia Popelier et al. eds., 2014).

34 *Id.* at 8-9.

35 *Id.* at 9-10.

36 *Id.* at 10-11.

一方面並無歐陸國家將此第三模式作為原則³⁷，加以各國憲法法院需要某程度之定期失效宣告以利司法造法³⁸，故真正之差異，在於前兩者，即Effect *ex tunc*以及Effect *ex nunc*二者，而學理上之歸納分析，也就是在此種二分模式法制。

在釋憲效力以溯及為原則模式之國家中，一般公認以德國法為首，此因德國法於該國憲法法院法立法伊始，即於該法第78條規定，當憲法法院發現聯邦或各邦之法規範與憲法（基本法）牴觸時（該條另含邦法牴觸聯邦法情形之規定），宣告該法規範無效³⁹，雖然憲法法院有時對違憲規範僅做單純違憲宣告⁴⁰。這樣釋憲效力以溯及既往為原則之規定，依據德國政府早先之統計，歐盟會員國中僅有另五個國家仿效，即西班牙、葡萄牙、比利時、愛爾蘭以及愛沙尼亞等國⁴¹。至於第二種模式，即釋憲效力以不溯及既往為原則者，法制代表為奧地利。依據奧國憲法第140條第5項規定，即憲法裁判效力係自公布日起，以向未來發生效力為原則⁴²，但有例外，奧國憲法法院得做其他選擇⁴³，目前歐盟之絕大多數會員國所採取者，即此一模式，且甚至有學者強調，1990年代後加入歐盟之會員國中，僅有上述愛沙尼亞未採此一模式，其餘國家皆採以釋憲效力以不溯及為原則法制⁴⁴。另值得注意的是，晚近（自2010年起）方

37 Sarah Verstraelen, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, 14 GERMAN L.J. 1687, 1690 (2013).

38 *Id.* at 1690-91. 不過，吳信華教授強調德國並無定期失效制度，請參見：吳信華，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析III，台灣法學雜誌，229期，頁49（2013年）。

39 參德國聯邦憲法法院法第78條。

40 Verstraelen, *supra* note 37, at 1696.

41 FRIEDHELM HUFEN, *THE RESTRICTION OF THE EFFECTS OF JUDGMENTS IN CASES OF ASCERTAINMENT OF THEIR UNCONSTITUTIONALITY* 8 (2008).

42 參奧國憲法第140條第5項。

43 Konrad Lachmayer, *Austria*, in *CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY* 251, 257 (Allan R. Brewer-Carias ed., 2011).

44 HUFEN, *supra* note 41, at 7.

從純事前審法制改採事後審法制之法國⁴⁵，亦採以不溯及既往為原則法制⁴⁶。

(二) 釋憲效力是否全面溯及刑事確定裁判，不同法制下有不同作法

如上所述，目前歐盟會員國中，僅有六個會員國採釋憲效力原則上溯及既往者。不過，各國法制之差異尚未結束，此因，於本段所欲探討刑事確定裁判是否受惠於新釋憲結果乙事上，各國亦有不同作法。

1. 在 Effect *ex tunc* 法制下，對刑事確定裁判基本上溯及

在上述採Effect *ex tunc*法制下，即釋憲效力以溯及既往為原則之國家，值得注意之處是，部分國家法制反而規定，確定裁判除非法律例外規定，否則不受釋憲效力溯及之影響⁴⁷。舉例言，如上述德國聯邦憲法法院法雖一方面規定釋憲效力係溯及既往，即違憲無效係屬自始無效⁴⁸，但卻又同時規定，此一效力僅在刑事確定案件之場合，得作為重啟確定裁判審理之基礎。也就是於德國法下，雖然不論民事、刑事與行政法等之違憲失效宣告，皆以溯及為原則，然唯獨在刑事規範宣告場合，相關宣告得作為開啟德國刑事訴訟之再審程序事由⁴⁹，但在民事、行政等其他案件類型則不然⁵⁰。

45 Sophie Boyron, *France*, in HOW CONSTITUTIONS CHANGE: A COMPARATIVE STUDY 115, 133 (Dawn Oliver & Carlo Fusaro eds., 2011).

46 François-Xavier Millet., *Temporal Effects of Judicial Decisions in France*, in THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME 111, 111 (Patricia Popelier et al. eds., 2014).

47 以此而言，在此等法制下，釋憲效力真正溯及者，限於未決案件以及特別規定得例外溯及之確定裁判類型。

48 參德國聯邦憲法法院法第78條。

49 參德國聯邦憲法法院法第79條第1項。

50 參德國聯邦憲法法院法第79條第2項前段。

又在上述同採以釋憲效力溯及為原則之國家中，對於此一例外對確定裁判重啟審理之規定，其中範圍最大者，當為比利時法，該國法是真正全面溯及，無論民事、刑事以及行政何種性質之確定案件，溯及之釋憲效力皆可作為重啟審理程序之基礎⁵¹。至於西班牙以及葡萄牙兩國，其對確定裁判救濟之範圍雖不似比利時如此大，但仍比德國法為寬，比如說，如西班牙法規定，只要是懲罰性（刑罰或行政罰）確定判決，或是其他與責任有關之確定判決，因新的釋憲結果可以獲得救濟者，皆可重啟程序⁵²；或是如葡萄牙法規定，則是刑事、懲戒以及行政罰等確定案件，如因釋憲效力溯及而能獲得救濟者，憲法法院得宣告給予重啟救濟機會⁵³。

2. 在 Effect *ex munc* 法制下，僅部分國家對於刑事確定裁判溯及

在以不溯及為原則之國家，因擔心如徹底之不溯及，不僅對聲請人不公，同時亦可能造成無人有動機聲請之窘境等問題⁵⁴，故亦須有一定之溯及範圍。然主要國家法制之溯及範圍，亦有所不同。類似上述以溯及為原則各國法制間之差異，作為以不溯及為原則之代表之國家即奧國，其溯及範圍較窄，在奧國法下有兩種情況得溯及既往：一是僅限釋憲聲請人以及於解釋作成前合法聲請之特定個案（*Anlassfall, case in point*）人士時，二是奧國憲法法院依據該國憲法第140(7)條規定做諭知時，於此兩種情形下，釋憲效力例外地溯及既往⁵⁵。但相對於奧國法，匈牙利與捷克之例外溯及範圍，則

51 Sarah Verstraelen, *The Interplay of Temporal Effects of Judicial Decisions Within the Belgian Legal Order*, in THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME 37, 38-39 (Patricia Popelier et al. eds., 2014).

52 Verstraelen, *supra* note 37, at 1694.

53 *Id.*

54 很多文獻皆有所論述，近作可參見：Eva Steiner, *Judicial Rulings with Prospective Effect—from Comparison to Systematisation*, in COMPARING THE PROSPECTIVE EFFECT OF JUDICIAL RULINGS ACROSS JURISDICTIONS 1, 7 (Eva Steiner ed., 2015).

55 Manfred Stelzer, *Pro Futuro and Retroactive Effects of Rescissory Judgments in Austria*, in THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME 63, 69-71 (Patricia Popelier et al. eds., 2014).

較為廣。舉例言，在匈牙利，如宣告特定法律違憲無效，將導致刑事或其他違法等責任免除或縮減時，即發生溯及效力⁵⁶。至於捷克法，則是採取上述德國法之作法，凡刑事案件之釋憲效力皆可溯及以重開救濟程序⁵⁷。以此規定而言，匈、捷兩國雖於釋憲一般效力採以不溯及為原則，但卻對刑事確定裁判係採取以溯及為原則之作法。

（三）從體系角度看，憲訴法第53條第2項立法理由有疑

綜上所述，歐陸主要國家之釋憲效力溯及法制所顯示者，除一方面並非所有國家皆賦予刑事確定裁判釋憲溯及效力外，更重要的或許是，另一方面各國制度有其體系配套，似不宜僅拾其隻字片語而為立論，而須綜觀法制全貌。是故，憲訴法第53條第2項之立法理由稱，該項規定有德國聯邦憲法法院法第79條第1項規定為遵循，但因我國憲訴法第52條第1項釋憲一般效力係採向未來發生為原則者，與德國聯邦憲法法院法第78條之規定，也就是釋憲效力以溯及為原則之規定，有所不同。是以，憲訴法第53條第2項之立法體例，其實與德國法有所距離，從而該項規定如欲找尋適切之立法例作為依據，應是在與我國法同採以不溯及為原則之法制中尋覓，而由於此一原則之代表國家奧國法制並非如此，匈牙利以及捷克法制則與憲訴法之情況類似，故若真要找尋適當之外國立法例作立法理由，此兩國法制反較為適宜。然憲訴法有關刑事確定裁判釋憲溯及效力規定之問題，尚不僅止於此，除衍生出以下第「參、」段所欲討論之公平救濟問題外，就本段之宗旨言，同時是忽略比較法上尚有第三種模式之象徵，也就是忽略當今美國法之情形，對此，請詳見以下一段之分析。

⁵⁶ Tímea Drinóczi, *Temporal Effects of Decisions of the Hungarian Constitutional Court*, in THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME 87, 95 (Patricia Popelier et al. eds., 2014).

⁵⁷ DE VISSER, *supra* note 30, at 318.

三、美國法所採歐盟法制外之折衷模式，似未為我國法所參酌

相對於上述歐陸國家於釋憲效力溯及法制上之多樣，提醒吾人釋憲效力溯及法制本身有其體系性，反觀美國法，此處雖僅就美國聯邦法制言，其給予吾人之借鏡，不僅不遑多讓，更有過之而無不及。為何於單一法域下所呈現問題之重要性並不遜於歐陸諸國？此係因美國法自1960年代初期以迄1980年代末期，刑案釋憲溯及效力法制歷經起伏，先是從普通法溯及既往傳統改為以不溯及為原則，在歷經二十多年之實務操作後，最後在未決案件領域改採全面溯及既往，但在確定裁判領域上採取折衷模式，也就是在傳統溯及與不溯及之選擇外，找尋出第三條出路，即區分實體或程序規範，而異其溯及模式（詳下述），並在1990年代中期制定法律以取代部分原屬判例法之溯及效力規定⁵⁸。以此而言，美國法雖僅是一國法制，但因歷經兩種主要不同模式之洗禮，且最後在刑事確定案件領域發展出他國所無之折衷法制，反有其特殊之處，甚至是非常值得借鏡。以下便對美國刑案釋憲溯及效力法制，分從歷史與規範角度，予以析述。

（一）美國以釋憲效力溯及為原則之法制，於1960年代初期面臨挑戰之背景

從釋憲效力之角度看，美國法與上述歐洲諸國法制最大歧異處之一，是在於普通法之傳統下，美國最高法院之裁判本具一定之拘束力，新的釋憲結果等同是推翻（*overrule*）先例見解⁵⁹，因而本文所討論之釋憲效力或是釋憲溯及效力問題，於普通法之架構下，必須先放在判決拘束力框架下看。對此，依據普通法向來之傳統，諸

58 這主要是指28 U.S.C. § 2254(d)(1) 之規定，請參見：BRANDON L. GARRETT & LEE KOVARSKY, *FEDERAL HABEAS CORPUS: EXECUTIVE DETENTION AND POST-CONVICTION LITIGATION* 303 (2013).

59 這應該說是因判決先例拘束原則之故，有關此一問題之較為全面分析可參見：BRYAN A. GARNER ET AL., *THE LAW OF JUDICIAL PRECEDENT* 308 (2016).

如William Blackstone等人之見解，如法律審法院在新裁判中作出過往所無之見解，此時並非所謂之創造新規範，而只是法官發現過往未及注意之規範，因而此一新出現規範必適用至當下案件⁶⁰，也就是普通法向來之傳統是，法院見解變更係以溯及適用為原則⁶¹。

然這樣的見解，也就是新裁判所塑造新規範必溯及適用之見解，在傳統一般民、商事案件，或許對於法安定性之影響不大，為何？關鍵在於案件量，傳統一般民、商事案件牽涉之法律問題有其個案性，故即便新規範回溯適用至所有先前類似個案，其所引發法秩序、法安定性之衝擊有限，但刑事規範之違憲宣告有其普遍適用性，故一旦新釋憲規範出現，大量案件不免蜂擁而至，而這正是美國法於1960年代初期面臨之場景，故學者以規範性質（regulatory quality）乙詞稱刑事規範宣告違憲場合者⁶²。而從法制史角度看，美國法有關釋憲效力溯及與否轉折之關鍵，在於*Mapp v. Ohio*乙案⁶³，本案開啟長達近三十年有關刑案釋憲效力是否以溯及為原則之辯論。至於為何本案成為美國法制發展上具里程碑意義重要案件，讓我們先簡單回顧一下美國相關法制史。

按由於聯邦主義之故，美國法賦予各州處理刑事案件相當權限，從而各州在處理各類刑事問題立場或態度上，除有所歧異外，亦未必與聯邦政府所採者同，最高法院對此也予以尊重，1937年著名的Benjamin Cardozo大法官於*Palko v. Connecticut*乙案中即強調，各州法制只有在違反「有秩序的自由（ordered liberty）」時，聯邦政府方須介入⁶⁴。在此一脈絡下，最高法院於1949年*Wolf v.*

60 相關說明可參見：Paul J. Mishkin, *Foreword: The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law*, 79 HARV. L. REV. 56, 58-60 (1965).

61 GARNER ET AL., *supra* note 59, at 308-10.

62 Richard H. Fallon, Jr. & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731, 1739 (1991).

63 See *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

64 *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937).

Colorado 乙案中⁶⁵，遂以為各州不採取聯邦司法系統在 *Weeks v. United States* 乙案⁶⁶已建立之證據排除法則，係屬合憲者。不過，僅在十多年後，即於1961年採取相異見解之 *Mapp v. Ohio* 乙案出現，除此個案本身之重要性外，該案更具有以下兩項重要整體法制之意義：一是宣告自美國憲法第4增修條文所衍生之證據排除法則亦適用至各州，也就是刑事訴訟之變革，亦同時為美國法長期有關權利清單適用至各州（Incorporation of the Bill of Rights）之主張，邁開了第一步⁶⁷；二是與本文寫作宗旨有關者，由於本案推翻先前見解，屬於學理上所稱變更判例之情形⁶⁸，也就是新規範出現，從而於本案出現前所有涉及證據排除法則之案件，無論是否已然確定，或是尚在繫屬中之案件，甚至已發生而尚未繫屬之案件，有無證據排除法則之溯及適用，便成為必須解決之難題。

總之，挑戰是在於，由於 *Mapp v. Ohio* 乙案確立各州亦須採取證據排除法則，從而此一法則是否如前述普通法傳統，一律溯及至所有先前依據不合法證據而為事實認定之判決，便屬亟待解決之難題。

（二）改採以不溯及為原則之過程與所面臨之難題

面對上述難題，美國最高法院最終在1965年 *Linkletter v. Walker* 案作了如下回應，在 Thomas Campbell 大法官所執筆之多數意見中，先是強調美國憲法對於釋憲效力是否溯及既往並未表示意見⁶⁹，同時並表示過往該院之判決並非皆奉行判決效力溯及既往原則⁷⁰，同

65 See *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

66 See *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

67 *Mapp* 案與權利清單適用至各州辯論之關係，可參見：LUCAS A. POWE, JR., *THE WARREN COURT AND AMERICAN POLITICS* 412-15 (2001).

68 *Mapp* 案因推翻、變更判例所引發有關溯及問題之分析，可參見：Paul Bender, *The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision: Mapp v. Ohio*, 110 U. PA. L. REV. 650 (1962).

69 *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 622, 629 (1965).

70 *Id.* at 625.

時更強調美國法自1930年代以降即已出現數起判例，強調判決效力得僅向未來發生者⁷¹，基於這些理由，最高法院揭櫫刑事案件之不溯及既往（non-retroactivity）原則。雖然如此，本號判決仍同時宣示以不溯及既往為原則下之溯及例外準據⁷²，由於此一準據為兩年後之*Stovall v. Denno*乙案所修正，雖然日後亦被推翻（詳下述），此處便僅介紹*Stovall*案所建構之例外原則。依據該案William J. Brennan, Jr.大法官所撰寫之多數意見，新宣示之刑事規範是否溯及適用，須以下列三要件為判斷準據：一是新規範之性質，二是當事人之預期，以及三是對法安定性之影響⁷³。

此種以不溯及為原則但例外溯及法制，看似得避免前述全面溯及案件量過多之問題，但卻引發新興之難題，主要批評有以下三點：第一，此一以不溯及為原則之法制，違反權力分立體系中法院所應扮演之角色⁷⁴。第二，此法制並未區別一元法院體系下，案件於一般上訴程序（direct review）與確定裁判救濟程序（collateral review）性質不同，故有問題⁷⁵。第三，或許最重要的，是公平問題，特別是此一例外溯及規範，等同是以結案速度決定誰可能獲得救濟，是屬偶然受益者（chance beneficiary）⁷⁶。於此必須補充的是，此種由於以不溯及為原則下例外溯及所引發之公平問題，我國法其實亦有，只是過往被忽略，將於以下第「參、」段再做深入討論。

71 *Id.* 此一理論係源起於以下案件：Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co., 287 U.S. 358 (1932).

72 *Linkletter*, 381 U.S. at 629.

73 *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293, 297 (1967). 中文介紹可參見：林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（註4），頁104。

74 Francis X. Beytagh, *Ten Years of Non-Retroactivity: A Critique and a Proposal*, 61 VA. L. REV. 1557, 1590-1600 (1975).

75 *Id.* at 1600.

76 *Id.* at 1602-04.

（三）美國法最終所建構之折衷溯及模式

由於上述美國法於1960年代中期以後，所改採之以不溯及為原則但例外溯及之法制，有其問題，因而不乏學界及實務界撰文討論者⁷⁷，其中影響最為深遠者，分別是Paul J. Mishkin教授於哈佛法學評論所發表大作，強調應區分上訴程序與確定裁判救濟程序（即定罪後人身保護令程序）性質之不同，而在上訴程序之未決案件應受惠於釋憲溯及效力⁷⁸；以及John Marshall Harlan大法官分別於*Desist v. United States*⁷⁹以及*Mackey v. United States*⁸⁰等案中所撰寫之不同意見，除亦強調應區別一般上訴程序與確定裁判救濟程序之不同，即於前者新規範必須一律溯及適用，更強調在後者則是須區別新規範之性質，也就是區分被宣告違憲之規範究竟是實體抑或是程序規範，而決定是否溯及適用⁸¹。而如此建議，歷經20多年之努力後，美國最高法院於1980年代中期之開始，分別於兩個案件中，基本上接受兩位所提出之建議，依據該兩案之見解，目前美國法有關刑案釋憲溯及效力之規範如下：

1. 所有未決案件，皆有新釋憲結果溯及適用

先是於*Griffith v. Kentucky*乙案中，以為新規範除適用至原因案件外，同時及於所有未繫屬或已繫屬之未決案件⁸²，是推翻上述*Stovall v. Denno*乙案所建構之判準。

77 比如說參見：Mishkin, *supra* note 60; Herman Schwartz, *Retroactivity, Reliability, and Due Process: A Reply to Professor Mishkin*, 33 U. CHI. L. REV. 719 (1966).

78 Mishkin, *supra* note 60, at 102.

79 See *Desist v. United States*, 394 U.S. 244 (1969).

80 See *Mackey v. United States*, 401 U.S. 667 (1971).

81 *Id.* at 692-93.

82 See *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987).

2. 對於刑事確定裁判，則區分實體或程序規範決定是否溯及

之後在 *Teague v. Lane* 乙案中，則是強調以新規範出現為前提⁸³，於分析過往溯及準據之缺點後⁸⁴，以為對於刑事確定裁判，須區分規範性質而決定其溯及既往效力，即如個案所宣告者是刑事實體法規範違憲失效等情形，則毫無例外地溯及既往至所有先前案件⁸⁵，但如果所牽涉者是刑事程序之新規範，則以該新規範是否具有指標性之分水嶺規則（watershed rules），而決定是否溯及適用⁸⁶。亦即，實體法規範因對個案具有決定性影響，新規範當然溯及既往適用；反之，程序規範因非當然左右判決結果，所以須視所涉程序規範重要性，而決定是否溯及既往。

此種接受Mishikin教授以及Harlan大法官之建議，透過區別程序暨規範方式而決定溯及範圍所建構之美國釋憲溯及效力法制，相當程度為上述兩種歐洲模式外之第三種理論，除印證於相當數目主要國家之法制，釋憲效力並不對刑事確定案件全面溯及外，更提供相關法制設計之可能選擇，有其重要價值。

四、比較法經驗歸納

從以上歐陸各國刑案釋憲溯及效力法制多樣性，以及美國刑案釋憲效力法制幾近30年演變之介紹可知，有關刑案釋憲效力是否應全面溯及刑事確定裁判，甚至是一般釋憲效力究竟應以溯及或不溯及為原則者，並非先驗問題，而是政策權衡之結果，因而前引憲訴法第53條第2項立法理由所稱，毋寧稍嫌簡單，從而該項規定並非毫無疑義。是以，我國法若欲建構更為健全之釋憲效力法制，無論是否以溯及為原則，關鍵應還在於理解各項原則之利弊，進而思考

83 *Teague*, 489 U.S. at 301.

84 *Id.* at 302-05.

85 *Id.* at 311.

86 *Id.*

可能實務操作上之配套，並做抉擇。對此，以下僅作兩項重點歸納：

(一) 對刑事確定裁判，不採取全面溯及之可能理由

雖然憲訴法第53條第2項立法理由強調，基於個案正義，釋憲效力必須對刑事確定裁判全面溯及既往，但從以上外國經驗以觀，未必如此。是以，此處首要必須探討之問題是，究竟是基於哪些理由，相當數目國家法制之釋憲效力，並不對刑事確定裁判全面溯及？這至少有以下三項理由。

其一，特定法域之所以不欲釋憲效力對確定裁判全面溯及既往，最明顯且常見之理由，是基於法律安定性考慮，即全面溯及既往恐造成法體系之動盪⁸⁷。按當特定規範聲請釋憲而做成解釋（案件）時，特別是在被宣告違憲失效之場合，如果是如一般民事法律行為無效情形，即係以自始、當然、絕對無效，則法安定性自大受影響，從而既有之法秩序不免動盪，上述美國最高法院在1960年代所建立之*Stovall*準則⁸⁸，即是基此考慮所發展出。所以，當法安定性之衝擊大於個案救濟之實益時，便不免限縮釋憲效力之溯及範圍。

其二，釋憲效力不全面溯及既往之理由，還可能是在於社會公益，諸如政府之財政負擔等因素，這樣之考慮，主要是在於行政爭訟案件，特別是在與稅務有關之法規範被宣告違憲場合⁸⁹，即如以溯及為原則恐因案件量造成政府財政重大承擔，從而連鎖影響其他重大施政進行，為照顧全民之福祉與利益，故釋憲效力以不溯及為原則。

⁸⁷ Steiner, *supra* note 54, at 10.

⁸⁸ *Stovall*, 388 U.S. at 297.

⁸⁹ 這是歐陸學者比較強調之理由，可參見：Popelier et al., *supra* note 33, at 4; Verstraelen, *supra* note 37, at 1708.

最後，最為弔詭的是，正如同本文前言處提及者，釋憲效力即便全面溯及，亦未必利於個案救濟，即因案件量增加之故，恐壓縮到有限司法資源之運用⁹⁰，進而本欲實踐之個案救濟理想，卻未必能落實。而此種案件量之問題，也是學者強調刑訴違憲宣告之性質不同於一般民事、行政訴訟案件之所在⁹¹。此外，依據新釋憲結果重啟確定裁判救濟之更嚴峻挑戰是，當特定案件已結案經年⁹²，則恐因該案所據以審理之物證早已滅失，或人證早已逝去，此時即便程序再開，除非法制上做特殊之規定，亦可能無從獲致有利之結果。所以，從整體看，釋憲效力全面溯及未必有利個案當事人，至少不是利於所有個案當事人。

總之，釋憲效力之溯及或不溯及，各有其利弊，甚至是各有其局限，如前已強調者，關鍵恐不在於是否應以溯及或不溯及為原則，甚至是全面溯及，而應是了解各自法制優劣，從而對症下藥，為理想制度設計。而於刑事確定案件領域採折衷模式之美國法制，或許是可以參考之選項。

（二）美國刑案溯及效力之折衷法制，有其值得參考之處

雖然，如上之分析，釋憲效力對於刑事確定裁判全面溯及可能有其弊病，但不容否認地，溯及範圍越大，受益之當事人自然越多，故相關法制如能綜合利弊得失，截長補短，取其極大值，或能建構出最佳制度。以此角度而言，上述折衷後之美國法，也就是區分被宣告違憲之規範係實體法抑或是程序法，或許是最佳之選擇，也就是能在案件量與個案救濟間，維持平衡之一種制度，似至少可以避免本文以下第「肆、」段所指陳，因釋憲效力對刑事確定裁判

90 Kermit Roosevelt III, *A Little Theory is a Dangerous Thing: The Myth of Adjudicative Retroactivity*, 31 CONN. L. REV. 1075, 1091 (1999). 並請參看以下第「肆、」段分析。

91 See Fallon, Jr. & Meltzer, *supra* note 62.

92 See Roosevelt, *supra* note 90.

全面溯及後，因案件量大增，對非常上訴制度所可能產生之衝擊。

如前「貳、三、(三)、2.」段之分析，美國法於 *Teague v. Lane* 案中，將刑事規範區分為兩層次，即一是實體法與程序法之區別，二是程序法本身再做區別，異其釋憲溯及效力，將有限司法資源用以處理重要案件。此因特定訴訟程序之被宣告違憲無效，至多只是導致訴訟程序之重開，而且重開程序之後，未必會出現無罪或是其它有利被告之結果，除非是屬極其重要具分水嶺意義之程序規範；反之，如果是實體規範被宣告違憲，因涉及作為處罰基礎規定之被否定，則可能一翻兩瞪眼，被告較易獲得救濟⁹³！是故，如從確定裁判結果能否變更角度看，必須區別刑事規範之類型，以決定是否賦予其溯及效力。當然，此處尚有一難題，即如何區別哪些刑事程序規範較為重要？哪些程序規範具分水嶺地位？各方可能有不同看法⁹⁴？以美國法為例，在 *Gideon* 案中所確立之被告受律師辯護權利，為程序保障重中之重，故美國最高法院以為是項規範有溯及效力適用⁹⁵，不過，美國最高法院同時也賦予各州終審法院自行決定特定程序規範是否屬分水嶺規則的權力⁹⁶。

雖然，於此一 *Teague* 案所建構釋憲效力溯及法制於出現之時，即不乏批判之聲⁹⁷，且迄今仍有學者從不同角度檢討⁹⁸。其中，主

93 美國法便曾出現數個成功案例，Steven W. Allen, *Toward a Unified Theory of Retroactivity*, 54 N.Y. L. SCH. L. REV. 105, 124-27 (2009).

94 比如說，美國最高法院並不以為交互詰問全屬分水嶺規則，請參見：Whorton v. Bockting, 549 U.S. 406 (2007).

95 *Linkletter* 乙案中即已提及，請參見：*Linkletter*, 381 U.S. at 628 (n. 13).

96 *Danforth v. Minnesota*, 552 U.S. 264, 280-81 (2008). 並可參見：Christopher N. Lasch, *The Future of Teague Retroactivity, or "Redressability," after Danforth v. Minnesota: Why Lower Courts Should Give Retroactive Effect to New Constitutional Rules of Criminal Procedure in Postconviction Proceedings*, 46 AM. CRIM. L. REV. 1 (2009).

97 Brennan 大法官曾說：“It is intolerable that the difference between life and death should turn on such a fortuity of timing...” *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 341 (1989).

要批判之一，是該案有關實體與程序所規範之區分，有時兩者之界限難以區別，如在近例*Montgomery v. Louisiana*⁹⁹案中，最高法院將系爭問題定性為屬實體者，便受批評¹⁰⁰；另外，有學者強調自*Teague*案作成以來，雖有最高法院曾對諸多程序為違憲宣告，但因該等案件不被認為係屬分水嶺規則，故尚未出現任何案件係依據該案之程序溯及規範，而獲得救濟者¹⁰¹。

雖然如此，本文以為*Teague*案，所建構之規範區別模式，應仍有其相當價值，並將以此為基礎，於以下第「肆、五、(三)」段中進一步申論如何解決我國法所面臨之難題。

五、小結

純從個案救濟之角度看，憲訴法第53條第2項將釋憲效力全面溯及於刑事確定裁判之規定，是有其相當貢獻，惟如此亦不免有其缺憾，除在比較法上類似法制非屬定制外，亦忽略釋憲溯及效力體系設計之問題。本文以為，美國法區別實體與程序規範而異其溯及效力之作法，有其可取之處，或許未來如有再度修法之機會時，可為參酌。不過，憲訴法中有關釋憲效力法制值得檢討者，不是僅有此點而已，以下有關未決案件之溯及問題，係另一值得檢討之處。

98 比如說，Erica J. Hashimoto, *Reclaiming the Equitable Heritage of Habeas*, 108 NW. U. L. REV. 139 (2013).

99 See *Montgomery v. Louisiana*, 136 S. Ct. 718 (2016).

100 William W. Berry III, *Normative Retroactivity*, 19 U. PA. J. CONST. L. 485, 502-06 (2016).

101 Dov Fox & Alex Stein, *Constitutional Retroactivity in Criminal Procedure*, 91 WASH. L. REV. 463, 480-83 (2016).

參、就未決案件言，憲訴法溯及規範反有公平救濟問題

上述憲訴法第53條第2項規定，也就是使所有刑事確定裁判受惠於釋憲效力溯及之規定，是屬憲訴法有關我國釋憲溯及效力法制最顯著之變革，雖有前段分析不足之處，但畢竟是有別於過往之作法，且確可治癒當前確定裁判溯及範圍過於狹隘之問題。相對於此，憲訴法相關規定中值得探討之另一問題，則是有關釋憲效力於未決案件之溯及適用問題。此一問題之所以值得討論，且必須討論，係因我國法向來採釋憲效力以不溯及既往為原則，故相關討論重點在已確定案件，但問題是未決案件一樣有釋憲效力之溯及問題，但卻被忽略，憲訴法或因此之故，相關規定遂因欠缺溯及意識，造成該法下之未決案件溯及範圍，反而小於現行法制。具體而言，憲訴法下之問題，主要在於以下兩者：一是由於向來對未決案件釋憲效力溯及問題之輕忽，憲訴法第53條第1項以案件繫屬法院作為溯及時點之規定有疑，不但造成刑事偵查階段中之案件無法受惠於新釋憲結果，似更產生不公平救濟之疑慮；二是該項規定，如連同前已提及憲訴法第52條第1項以及第53條第2項等規定一起看，更意味著，無法受到救濟之案件恐是距新釋憲結果越近之案件。以下，便先從我國法向來忽略之未決案件釋憲效力溯及現象談起。

一、向來忽視未決案件釋憲溯及問題之我國法

如從學理看，我國釋憲效力溯及法制之真正問題，其實不在前「貳、」段所討論之確定裁判，而是在於未決案件。之所以如是說，主要是因我國法向來忽視溯及意義，進而不免忽視未決案件所蘊含遠較確定案件複雜之溯及問題。本段將先從我國法向來欠缺有關未決案件之溯及意識談起，而其表徵便是在以下二者：一是在現行法下，忽視釋憲效力溯及範圍遠大於司法院釋字第177號解釋等三號解釋所建構者之範圍；二是在憲訴法第53條第1項規定之立法

理由，完全未提及溯及既往等事上見之。

(一) 溯及範圍超出吾人想像之現行法制：從溯及意義談起

揆諸一般文獻，在討論我國法釋憲效力溯及之問題時，基本上是以確定案件為中心，即討論重點在於前述與釋憲溯及問題有關之三號解釋，即司法院釋字第177號解釋、司法院釋字第193號解釋以及司法院釋字第686號解釋等三號解釋。當然，或可謂此與釋憲制度之設計有關，因我國現行法要求人民必須用盡一般救濟途徑後方得聲請釋憲，故有關釋憲溯及問題之討論，不得不限於確定裁判場合。但這樣之論述，可謂是只見秋毫，而未見輿薪。問題在於，我國現行法因司法院釋字第188號解釋揭示大法官解釋自公布日期發生效力之故，只要是在特定解釋公布日前發生之事實或已繫屬案件，如依據該新解釋從事對該等事實、案件之救濟，皆屬溯及既往，亦即，只要是對所有已繫屬或已發生但尚未繫屬之未決案件，適用新釋憲規範，當然是溯及既往。

為闡釋此一概念，讓我們先回到一基本問題，到底什麼是溯及既往？如借用刑法第1條罪刑法定之規定為例，即「行為之處罰，以行為時有法律明文規定者為限……」，則顯然地，特定規範溯及既往適用與否之關鍵，在於該規範是否適用至該規範出現前已發生之事實、行為等標的。基此，若將釋憲新規範適用至當下聲請之案件（於我國法即作為聲請之原因案件），以及其他已合法提出聲請釋憲之案件，固屬溯及既往，然更重要的是，對於所有已發生但尚在繫屬中或未繫屬之種種未決案件，如皆適用該等新規範的話，亦屬溯及既往¹⁰²。問題關鍵在於個案事實發生之時點，只要事實發生

¹⁰² 這也正是1960年代初期，美國法有關刑案釋憲溯及效力問題辯論時，Mishkin教授即已指出難以有真正的“purely prospective effect”（純粹向未來發生效力）者，請參見：Mishkin, *supra* note 60, at 72. 另可參見：Notes and Comments, *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts*, 71 YALE L.J. 907, 912-15 (1962).

於新規範出現前但卻適用該新規範者，即當然是溯及既往，是以，所有新的大法官解釋做成時已繫屬法院之個案，甚至是相類似或相同但尚未繫屬於法院之案件，因案發時間必早於新宣示之規範，如仍適用該新規範，這是毫無疑問地溯及既往，所以，美國最高法院在1960年代時即曾表示，有關溯及既往與否原則之討論，是毋需區別已確定案件抑或是未決案件者¹⁰³。

基本上，在討論溯及既往問題之際，真正重要兩個時點，分別是新裁判（規範）之宣告時點，以及適用新規範該個案事實發生時點¹⁰⁴，故如前所述，只要個案事實發生時點早於新規範作成前，但卻依然適用新規範，此即屬溯及既往；反之，只要是新釋憲結果出現後方發生之新事實，便當然受惠於新釋憲結果，此時無所謂溯及適用之問題。

在現行實務操作上，以司法院釋字第188號解釋所建構之以不溯及既往為原則，並未禁止新規範適用至未決、未繫屬案件，故是相當程度溯及既往，且是全面未決案件溯及既往。此外，此一解釋如再輔以宣示大法官解釋拘束全國所有人民及機關之司法院釋字第183號解釋，則一個合理解釋是，下級各法院既屬全國各機關之一，則對於現已繫屬中或未來繫屬之案件適用新解釋做成之規範，似屬合理之結果。此外，此一問題尚可從現行釋憲實務所允許之操作方式看，即於現行釋憲制度下，部分管道之釋憲，其前提便是容許新的釋憲結論溯及適用至未決案件，而其中最明顯的表徵，便是法官聲請釋憲制度，於此制度下，普通法院法官將大法官新做成釋憲規範適用至審理中之原因案件，不僅被視為理所當然，且屬必然

103 *Stovall*, 388 U.S. at 300. 此與 *Linkletter* 案僅限於確定裁判不受釋憲效力溯及者不同，請參見：Richard Kay, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, 62 AM. J. COMP. L. 37, 56 (2014).

104 *Popelier et al.*, *supra* note 33, at 8.

之舉，而這正是不折不扣的溯及既往¹⁰⁵。

然如此重要之問題，大法官似乎從未表示過意見！所以，以此而言，一方面由於我國現行法並未明文排斥，另一方面由於大法官解釋本身亦未禁止，故我國現行法之釋憲溯及之範圍，不是僅限於上述三號解釋所指之釋憲聲請人等等而已，還包括受惠於新解釋之種種未決案件當事人，其範圍之大，遠超乎一般人之想像，與下述他國法正視此一問題之場景，如美國法，可謂是迥不相同¹⁰⁶，且該國法晚近仍在討論¹⁰⁷；相對於此，不免令人遺憾地，我國法則幾乎未有所討論，因而欠缺未決案件之溯及意識，而這正可能是憲訴法第53條第1項規定問題之所在。

（二）無溯及意識之憲訴法第53條第1項規定：從立法理由談起

現行法如此對未決案件溯及問題忽略之情況，很遺憾地，繼續存在即將施行之憲訴法中。如前已提及者，依據憲訴法第52條第1項規定，法規範被宣告立即失效者自判決生效日起發生效力之規定，顯然憲訴法繼續採釋憲效力以不溯及既往為原則，在此釋憲一般效力之前提下，憲訴法對於未決案件，並無類似該法處理有關確定案件釋憲效力溯及之第53條第2項規定，唯一有關者，係前已介紹之憲訴法第53條第1項規定。

憲訴法第53條第1項規定，即「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」者，從立法意旨看，本項規定應非用以解決未決案件之溯及既往問題，一個很簡單之原因是，該項規定之立法理由完全未提

105 從原因案件有效獲得救濟之角度看，此點或許是法官聲請釋憲較人民聲請者，更容易獲得救濟理由之一。

106 美國最高法院有關釋憲效力對未決案件適用問題之討論，可參見：*Griffith*, 479 U.S.

107 See Samuel Beswick, *Retroactive Adjudication*, 130 YALE L.J. 276 (2020).

到溯及既往之問題。憲訴法第53條第1項規定之立法理由稱：「……審酌本法第38條規定憲法法庭之判決發生全面拘束力，則應使在各法院中繫屬之所有案件，不再適用違憲之法規範……」¹⁰⁸，顯見本條之立法目的，並非為新釋憲結果適用至未決案件給予正當性基礎，亦異於同條第2項係為解決刑事確定案件之問題而發¹⁰⁹，而是為處理憲法法庭判決普遍拘束力問題。然無論此一立法理由是真的以為本項規定與釋憲效力溯及問題無關，抑或只是單純之立法疏忽所以未提及，從結果論，本項規定是一項不折不扣有關未決案件之釋憲溯及效力規定，之所以如是說，至少有以下兩項理由：

一是如果憲訴法第53條第1項規定，僅是有關釋憲拘束力之問題，則不僅與同法第37條第1項規定重疊，且理論上應適用至憲法法院判決各類不同主文場合，比如說，為法規定期失效之情形，一樣有所謂拘束力之問題，否則，有關定期失效之宣告為何各個法院必須遵守？是故，為說明新憲法法院判決結果得適用至已繫屬法院之案件，並非僅舉憲法法院判決拘束力所能解決者，而更須強調這是一種釋憲效力例外溯及既往之問題，因此類已繫屬法院之案件，係出現在新憲法法院判決之前，故若適用新釋憲結果，即屬溯及既往。

二是本項規定其實在比較法上有前例，即與我國法同採釋憲效力以不溯及既往為原則之奧國法，為避免預期新釋憲結果之可能出現，原本不尋求救濟之案件當事人，特別是稅法案件當事人，恐因此反而提起訴訟，故於實務上發展出各類操作模式以避免大量案件（mass complaints）到庭¹¹⁰，諸如宣示將釋憲溯及效力僅適用至於憲法法院判決前，已開啟行政爭訟程序（administrative proceedings）

108 參憲訴法第53條立法理由第3點。

109 憲訴法第53條第2項之部分，即如前述第「貳、」段之分析。

110 Verstraelen, *supra* note 37, at 1709.

之案件¹¹¹。如果，憲訴法第53條第1項規定實際上是受此奧國法之影響，則更無疑地，這是釋憲效力溯及既往之規定。

總之，無論是從憲訴法第53條第1項處理問題之實質，抑或是從比較法之角度看，本項規定毫無疑問地，是處理釋憲效力對未決案件之溯及既往問題。然可惜的是，由於欠缺溯及意識之結果，本項以案件繫屬法院作為溯及時點之規定，是有疑義的，對此，便以下列三段做進一步申論。

二、憲訴法溯及時點有疑，屬學理所稱選擇性不溯及而有公平救濟疑慮

由以上簡單分析可知，我國法向來欠缺對未決案件溯及意識之認識，然如這僅是一種認識上的疏忽也就罷了，問題之難者在於，由於這樣認識上不足，恐造成憲訴法下有關未決案件溯及設計之兩項問題：第一，在憲訴法第53條第1項規定下，即「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」者，等同是以案件繫屬法院時點作為學理上所稱之溯及斷點（trigger point¹¹²或cut-off point¹¹³），除使得憲訴法下溯及範圍小於現制外，更在學理上有疑；第二，由於憲訴法第53條第1項規定之故，即以案件繫屬法院時點作為溯及時點，新釋憲效力未全部溯及於所有刑事未決案件，此時遂出現學理上所批判之選擇性不溯及（selective prospectivity）情況¹¹⁴，進而不免發生現行法所無之未決案件公平救濟問題。

111 Stelzer, *supra* note 55, at 71. 另可參考歐洲學者有關溯及例外之分類，請參見：BEN JURATOWITCH, *RETROACTIVITY AND THE COMMON LAW* (2008).

112 請參見：Toby J. Heytens, *Managing Transitional Moments in Criminal Cases*, 115 *YALE L.J.* 922, 987 (2006).

113 Beytagh, *supra* note 74, at 1604.

114 Steiner, *supra* note 54, at 7.

(一) 以繫屬法院作為溯及時點之規定，係屬有疑

憲訴法第53條第1項規定之首要問題，可能是在於以案件繫屬法院作為溯及時點之規定有疑，對此，可藉由亦採釋憲一般效力以不溯及為原則之外國法制，以為說明。

從比較法角度看，釋憲效力只要是以不溯及既往為原則者，在未決案件領域，基本上會面對一項重要難題：除非是採（例外）溯及全部未決案件情形，如我國現行法制一般，即便是採僅釋憲聲請人受惠於新釋憲結果之情形，皆會面臨究竟以何一時點作為溯及斷點之問題¹¹⁵。之所以如此，主要係因新案件、新事實係不斷發生，新釋憲結果既然僅向未來發生效力，必須有一明確之斷點，以決定何者是「未來」之時點？反過來說，所謂不受惠於新釋憲結果之未決案件究竟為何？亦需時點以決定其範圍。職是之故，在採釋憲效力以不溯及既往為原則之法制下，只要不是溯及全部未決案件情形，需要一明確之斷點，以決定哪些在新釋憲結果出現前已出現之案件、已發生之事實，不受惠於新釋憲結果？對於此一問題，可藉由1960年代之美國法，做進一步說明。

於1960年代至1980年代末期，美國法之釋憲效力係採以不溯及為原則，自*Stovall*乙案後雖原因案件當事人必能獲得救濟¹¹⁶，但在其他之未決案件，必須符合如前「貳、三、(二)」段所提該案所建構之三項準則¹¹⁷，方能獲得救濟。諒係符合此三要件而發生溯及效力之場合不多，為妥適處理新案件受惠於新釋憲結果之問題，該國法界花費甚多精力在探討溯及斷點問題。從美國法當年相關辯論內容看，美國最高法院主要是以個案系爭規範之性質，決定溯及之合理時點。就具體個案言，美國最高法院至少曾指出以下三種不同斷

115 Heytens, *supra* note 112, at 987-88.

116 請參見：*Stovall*, 388 U.S. at 301.

117 *Id.* at 297.

點：一是在成列指認之新規範時，美國最高法院以為新規範不適用至所有已確定以及已從事指認未決案件¹¹⁸；二是著名的米蘭達警告（*Miranda Warning*）案件中，美國最高法院以為新興之米蘭達警告，僅適用至該判決出現後方繫屬法院之案件¹¹⁹；三是在有關新創立之電子搜索規範，最高法院則以為僅適用至該判決後方出現之強制處分行為¹²⁰。據此，美國法是告訴吾人，釋憲效力若要溯及未決案件，最重要時點，可能不是案件繫屬時點，而是系爭新規範所針對行為之發生時點，如上述之指認、搜索時點即是。此因，系爭如以指認、搜索之時作為溯及開始時點，除一方面不致影響法安定性，同時亦能確實地落實釋憲新規範之救濟意旨，即使新規範確能發揮保障人民之功能。

美國法當年在釋憲效力以不溯及為原則下，視個案系爭規範性質，以決定溯及斷點之作法，相對於憲訴法第53條第1項並不區別案件類型，完全以案件是否已繫屬法院作為溯及準據之規定，其差異處可謂是明顯，司法院大法官釋字第737號解釋，便是適例。如所周知，該號解釋宣告犯罪嫌疑人及其辯護人於羈押審查程序中，未享有閱卷權之規定違憲¹²¹，假設本號解釋係一違憲立即失效解釋，在憲訴法第53條第1項規定下，將僅對已無需本號解釋庇蔭之審理中案件溯及適用，但是真正需要協助之偵查中案件，特別是本號解釋做成時已完成，甚至是正在進行羈押審查程序之案件，其未曾閱卷之犯罪嫌疑人及其辯護人，反不能溯及受惠，此種令人遺憾之情況，正是不折不扣憲訴法第53條第1項規定所可能發生之場景。

然在此有疑的溯及斷點下所衍生之問題，尚不僅止於此，由於以案件繫屬法院作為溯及時點，除意味著刑事偵查階段案件並無適

118 *Id.* at 296.

119 *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719, 721 (1966).

120 *Desist v. United States*, 394 U.S. 244, 254 (1969).

121 參司法院釋字第737號解釋解釋文。

用（這同時意味著其溯及範圍小於現行制度）外，更在實務操作上不免發生類似學理上所稱選擇性不溯及之情況，進而發生不公平救濟之結果。

（二）未決案件未全部溯及之結果，等同選擇性不溯及故有公平救濟問題

具體而言，憲訴法第53條第1項規定之問題，恐不僅是溯及時點不能完全受到理論上支撐而已，更因對未決案件未全部溯及，特別是偵查階段案件未能溯及，而有公平救濟之問題。按如果刑案釋憲效力溯及制度係採用上述德國等國所施行之徹底溯及既往原則，即對未決案件以及確定裁判，均受惠於新釋憲結果者，基本上無公平救濟之問題。類似地，在採以不溯及既往為原則之法制，果真徹底地任何案件皆不溯及既往，當然亦無公平救濟問題。然問題難者在於，在絕大部分釋憲效力採以不溯及既往為原則之法制，基於以下所要分析之理由，不免一定程度地例外溯及既往，特別是幾乎必例外溯及至原因案件當事人。

之所以在釋憲效力以不溯及既往為原則之法制下，仍不免有一定溯及例外¹²²，特別是至少應將釋憲效力溯及於原因案件當事人之共通理由¹²³，除去各國法制，如奧¹²⁴、美¹²⁵以及英國等普通法國家¹²⁶法制之個別問題外，應是如國內先前文獻已指出者¹²⁷，主要

122 比如說對1960年代自上述Linkletter乙案後之美國法，學者有稱之為“less than full retrospective effect”者，請參見：Heytens, *supra* note 112, at 973.

123 Mishkin, *supra* note 60, at 61; Steiner, *supra* note 54, at 7.

124 如奧國法有抽象違憲審查制度之考慮，請參見：Stelzer, *supra* note 55, at 65.

125 在美國法則有重建刑訴理論之考慮，請參見：Fallon, Jr. & Meltzer, *supra* note 62, at 1738.

126 英國法則是制定Human Rights Act 1997，將歐洲人權公約第7條規定內國法化有關，請參見：JURATOWITCH, *supra* note 111, at 2.

127 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（註4），頁103。

是為給與人民聲請釋憲之誘因¹²⁸，也就是如特定案件宣示之規範為純粹地向未來發生效力，僅從解釋作成日發生效力，一方面不僅減損甚至打消人民聲請釋憲之動機、意願¹²⁹，另一方面亦不免阻礙憲法之發展與進步¹³⁰，是以，釋憲效力即便在以不溯及為原則法制下，仍須至少溯及於原因案件之當事人。另外，擴張釋憲溯及效力之理由，除當事人本身之利益外，更涉及於權力分立制度下司法權本質實踐，這特別是普通法國家所一再討論與堅持者¹³¹，這項理論主要是從區別司法溯及與立法溯及之異同出發，而為立論；以及裁判者因無需顧慮當下案件之結果，進而也毋庸擔心法安定性問題，甚至是司法資源合理分配之難題，如此一來，將不免發生司法激進（judicial activism）之結果¹³²，也就是釋憲者便可能趨於激進，這也是Antonin Scalia大法官稱不溯及既往原則為司法激進主義的女僕（the handmaid of judicial activism）之故¹³³。不過，仍有學者以為，效力不溯及之法律違憲宣告，仍有其價值¹³⁴。

在溯及理論之支撐下，依據歐洲學者之觀察，在以不溯及為原則之前提下，例外溯及之範圍約略可區分為以下四種次類型，從溯及範圍小到大，約略如下：一是完全不溯及既往之類型，也就是新釋憲結果僅向宣示後方出現之案件發生效力者；二是僅限於聲請案件之當事人等，或其他特定當事人，即此處所謂選擇性不溯及之情形；三是擴張於所有已發生之個案事實且已起訴之案件，亦有溯及既往效力之適用；四則是宣告新規範不生溯及效力且以定期失效宣

128 Steiner, *supra* note 54, at 7.

129 *Id.*

130 *Id.* Mishkin, *supra* note 60, at 61.

131 有關普通法傳統於裁判效力溯及問題之分析討論，請參見：JURATOWITCH, *supra* note 111, at 35-42. 另可參見：GARNER ET AL., *supra* note 59, at 308-10.

132 Heytens, *supra* note 112, at 985-86.

133 Harper v. Virginia Dep't of Taxation, 509 U.S. 86, 105 (1993).

134 See William Michael Treanor & Gene B. Sperling, *Prospective Overruling and the Revival of "Unconstitutional" Statute*, 93 COLUM. L. REV. 1902 (1993).

告方式為之者¹³⁵。此外，另有學者做類似分類者¹³⁶。

然釋憲效力例外溯及，好則好矣，因非全面溯及，雖然至少有利於原因案件當事人，且利於憲法學之促進，但本質上不免有主觀以及運氣成分，也就是一種選擇性不溯及。所謂釋憲效力選擇性不溯及，主要係指特定案件是否受惠於新的釋憲結果，繫於偶然因素，因而對於特定案件之當事人間未必公平之意。具體而言，這主要是指對類似案件當事人無法公平（*inequity*）處理之問題¹³⁷，即美國法所強調此時等同類似案件未相同處理者¹³⁸，而非僅是如個案有共同被告時，僅部分被告聲請釋憲而獲得救濟，所引發之不公平問題而已¹³⁹；再者，在非刑事案件之場合亦然¹⁴⁰，我國現行法制亦有類似問題¹⁴¹。是以，如此在以不溯及原則下之例外溯及，因不

135 Ben Juratowitch, *The Temporal Effect of Judgments in the United Kingdom*, in THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME 159, 167 (Patricia Popelier et al. eds., 2014). 不過，必須強調的是，在採釋憲一般效力以溯及為原則之法制，如德國法及當今之美國法，係將新規範擴張溯及於所有先前已發生之事實，以此而言，其範圍大於此處以不溯及為原則下例外溯及之各種類型。

136 Zdeněk Kühn, *Towards a Sophisticated Theory of Precedent? Prospective and Retrospective Overruling in the Czech Legal System*, in COMPARING THE PROSPECTIVE EFFECT OF JUDICIAL RULINGS ACROSS JURISDICTIONS 143, 152-53 (Eva Steiner ed., 2015).

137 德國學者很早即指出此一問題，Wilhelm Karl Geck, *Judicial Review of Statutes: A Comparative Survey of Present Institutions and Practices*, 51 CORNELL L. REV. 250, 283 (1966).

138 *Griffith*, 479 U.S. at 327-28.

139 此一問題之分析可參見：林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（註4），頁103。

140 非刑事之代表案件可參見：*Harper v. Va. Dep't of Taxation*, 509 U.S. 86, 97 (1993).

141 就我國現制言，其實亦有公平問題：一是依據我國現行大法官受理案件模式，係由三位大法官組成審查小組對聲請案件先初步過濾，最後提出審查報告至全體大法官決定是否受理，有運氣成分。二是即便受理，但因現行我國憲法解釋就法律是否違憲，須以三分之二多數大法官同意方能作出解釋，故未必能作出憲法解釋。三是如有當事人對相同法條先前已提出釋憲聲請，但未被受理，依據現行法，即便日後其他相似個案聲請而作出解釋，仍無法受惠新規範之溯及效力。最後，在大法官公開舉行言詞辯論或是審查庭場合，等同暗示其他類似案件當事人，如適時提出釋憲聲請，可以受惠解釋作成後之利益。

免有運氣之成分，方能受惠於新釋憲結果，故學界稱之為選擇性不溯及，借用美國法之用語，因案件是否受理繫於法官之青睞，此等釋憲聲請人不過是前述之偶然受惠者¹⁴²，反過來說，對於其他絕大多數類似案件言（視各國法制情況不同，可能是未決案件，也可能是確定案件），是無法獲得救濟之偶然受害者¹⁴³。而憲訴法第53條第1項的情形雖然與此一美國法情形不完全相同，即關鍵非在於法院選擇案件與否之因素，但因特定案件是否偵查終結而起訴繫屬法院，同樣是受國家機關之檢察官所控制，非當事人所能置喙，其中同樣有運氣成分，以此而言，是類同僅原因案件受惠於釋憲效力溯及之情況，故本質上屬選擇性不溯及，而有公平救濟問題。

（三）憲訴法下刑事未決案件之公平性救濟問題分析

按我國刑事訴訟採國家訴追主義¹⁴⁴，絕大多數案件係由代表國家之檢察官、司法警察（官）先行偵查再為訴追，而非逕行繫屬於法院，是以，釋憲效力之溯及時點如以案件繫屬法院作為準據，不同案件當事人因偶然因素，案件終結時點可能後發先至，自可能有公平問題。進一步言，在憲訴法第53條第1項規定下，刑事案件之所以會出現類同學理上所稱選擇性不溯及問題，係因刑事案件與一般民事、行政訴訟不同，刑事程序早於偵查階段即有國家機關之介入，且此一階段為刑事訴訟法之一部，以此而言，如此偵查階段案件無釋憲效力溯及之適用，便不僅只是溯及範圍之差異而已，更有可能因國家偶然之因素，決定特定案件是否繫屬法院，進而受惠於釋憲效力之溯及。

142 這是 *Stovall* 乙案中撰寫多數意見 Brennan 大法官之用語，請參見：*Stovall*, 388 U.S. at 301.

143 亦即，只要不是釋憲效力全面溯及既往，不免有不公平問題，請參見：*Beytagh*, *supra* note 74, at 1601.

144 即指絕大部分刑事案件係由代表國家之檢察官偵查後提起公訴。

是故，當個案是否受到釋憲效力溯及之恩賜，有相當運氣成分，受偶然因素影響，自是一種實質上之選擇性不溯及，雖然尚不至於到類似美國最高法院Harlan大法官所言「釣案」(fishing one case)¹⁴⁵情形，但上述偶然受惠者之說法，仍用得上。具體而言，可從下列兩點予以進一步申論：第一，在刑事程序之偵查階段，案件係由數目甚多之檢察官、司法警察所偵辦，各個檢警之素質、能力以及專長當然有別，此時當然可能因偵辦速度不同，同一時點發生之案件，卻先後繫屬於法院之情形，甚至在有些情況下，恐發生後發先至之情形，如此，當然對部分案件之當事人不公，此因，個案完結之速度，當事人是無法操縱者。第二，除承辦檢警之素質等因素影響案件繫屬法院之快慢外，其他偶然因素，比如說當事人住居所與管轄法院距離之遠近，所委任律師（辯護人）素質之良窳等事由，皆可能影響個案之繫屬法院速度，亦可能出現事實後發生之案件卻先繫屬之情形。

舉例言，假使有分別發生於某年3月1日以及3月11日之兩案，兩案又分別於4月1日及4月11日進行相同之強制處分取證行為，假設後發生之乙案偵查程序較為迅速，該案於6月1日起訴並於同日繫屬於法院，6月11日司法院大法官宣告兩案皆採用之強制處分取證行為違憲立即失效，此時在憲訴法第53條第1項規定下，後發生但已繫屬法院之乙案，得受惠於該新解釋，反而是先出現但尚在偵查階段之甲案，無法得利於新釋憲結果效力之溯及，檢方仍得適用因先前違憲行為所取得之證據。以此而言，當然有類似外國法所批判之不公平問題，而這正是在憲訴法第53條第1項規定下，釋憲效力未全面溯及於未決案件之結果。

145 *Mackey*, 401 U.S. at 679.

三、憲訴法整體溯及法制恐造成新興案件反受到不利待遇

然憲訴法之問題尚不僅止於公平救濟問題而已，就刑事案件言，在於連同該法第52條第1項以及第53條第2項規定下，不僅創造出比較法上少見之整體溯及法制，不同於第53條第2項立法理由所提及之德國法，更不同於美國法，更因已確定刑事案件全面溯及（第53條第2項），偵查中之案件反未受惠於新釋憲結果，故造成以下所言恐令人難以理解之弔詭，即對案發事實越近新釋憲結果案件之保障，反不如已確定案件，從而深化上述不公平救濟問題，而此將是憲訴法對未決案件保障之最嚴重問題。

（一）問題再認識：比較法上少見之整體憲訴法釋憲溯及制度

精確言之，憲訴法之所以造成部分未決案件之救濟，反不如確定案件之情形，係因第53條第1項連同第52條第1項以及第53條第2項規定之體系，似為比較法上釋憲溯及法制所少見。

雖然，憲訴法第53條第2項立法理由強調，該項規定係源自於德國聯邦憲法法院法第79第1項之規定，這樣之論述，如前段已提及者，就本項規定言雖屬正確，但連同其他規定一起看，則不然。按德國法與我國釋憲溯及法制之最大差異，其實是在我國法之第52條第1項規定，因該項規定係規範立即失效之場合於判決日起失效，也就是釋憲效力以向未來發生效力為原則，但問題是，德國聯邦憲法法院法第78條規定，德國聯邦憲法法院之判決係以溯及生效為原則¹⁴⁶，也因此一規定，從整體看，德國法與我國法有兩項重要不同：一是該國法無類似第53條第1項規定，二是該國法無前段所討論溯及斷點之問題。申言之，德國法因釋憲效力以溯及既往為原則，所以，全部未決案件當然為新釋憲結果所及，從而毋需有類似我國法第53條第1項規定，同時亦因溯及所有未決案件，亦無斷點

¹⁴⁶ 參德國聯邦憲法法院法第78條。

問題，因而在德國法上不可能有刑事未決案件之公平救濟問題。

反觀我國法，雖憲訴法第53條第2項規定釋憲效力對刑事確定裁判全面溯及既往，但因第52條第1項釋憲效力以向未來發生為原則，復加上第53條第1項規定未決案件僅以已繫屬於法院者，方受惠於釋憲溯及效力，整體而言，我國法其實與德國法頗有差異，除未決案件因以是否已繫屬法院為判準，未全面受惠新釋憲結果外，此與德國法未決案件全面溯及情形迥異；再者，更因此三條規定體系之故，特別是第53條第2項刑事已確定案件全面溯及之規定下，憲訴法下部分未決案件之救濟，也就是新釋憲結果出現前已發生但尚未繫屬法院之案件，無法獲得溯及救濟，從而反造成案發越近之新事實，不能受惠於新釋憲結果。比如說，以前段所舉之案例言，司法院大法官於6月11日宣告該強制處分取證行為違憲失效後，屬已確定之丙案件當事人，即可依據憲訴法第53條第2項提起救濟，但尚在偵查階段之甲案件當事人，在憲訴法第53條第1項規定下，反只能（至少是暫時）望解釋興嘆。

總之，釋憲效力果欲溯及於未決案件，應是距新規範出現時點越接近之事實、案件，越應受惠於新的釋憲結果，反之，相關事實、行為等發生越早者，卻未必受惠於新釋憲結果；反觀憲訴法在第53條第1項等3項規定下，竟將新釋憲結果僅適用至已繫屬法院案件，對於尚未繫屬法院之未決案件，反無溯及效力適用，不啻是反其道而行。是故，令人非常遺憾的是，憲訴法之制定，本是從強化人民釋憲程序權利著手，以保障人民各類憲法上之實體或程序權利，則理想上憲訴法之相關規定，不應劣於現行法之情形，然可惜的是，有關未決案件溯及之問題，似乎卻是如此，不僅有公平救濟問題，更使得部分未決案件處遇不如已確定之案件。

（二）問題關鍵：還是在於欠缺溯及既往之意識

對於上述之論點，論者可能以為本文是杞人憂天，可想像得到

至少有三種駁斥之論點：其一，論者可能謂在舉輕明重之原則下，審理階段既然有新釋憲規範之適用，則偵查階段亦當然；對此，本文以為，此可套用另一法諺，明示其一排除其他，既然法條只列舉已繫屬法院案件，便不當然得適用至其他未決案件，何況如先前以及如下有關奧國法之分析，在其他訴訟類型場合，也就是民事訴訟以及行政訴訟情形，憲訴法第53條第1項是有其相當正面功能。其二，論者或可能謂對於絕大部分之案件言，起訴後自有釋憲新規範之適用，故結果並無二致；對此，除這樣之看法需待大法官解釋補充外，本文以為，既然偵查中之當事人比已確定案件或已繫屬法院案件之當事人，因案發時間越近於新釋憲規範出現之時點，更應受惠於釋憲新規範，故應於偵查階段即為釋憲效力溯及所及，無理由延宕至審理階段方有新規範之適用。其三，論者可能謂憲訴法第53條第1項規定只是訓示規定而已，目的在提醒法官有釋憲新規範之適用；對此，本文以為，果真僅是訓示規定，還不如毋須有任何規定以避免誤解，甚至是逕自規定為所有新規範出現前已發生案件皆有適用，結果當屬更佳！

再者，論者或謂，當下法制（即司法院大法官審理案件法）對於未決案件（非前述所討論之確定案件）受惠與否，亦有偶然因素成分，故憲訴法之規定即便有其問題，應屬不大。按在當前以不溯及為原則法制下，因徹底地「例外」溯及至所有未決案件，所以只要是尚未確定案件，皆有可能因新解釋之出現而獲利。以此而言，問題之關鍵便在於結案與否，此時是有可能出現或是同時點發生之案件因結案速度不同，而出現差別之待遇，即先確定者反無釋憲溯及效力適用；或者是更有可能出現案發時點出現較晚之案件，卻因結案速度較快，反而失去新規範溯及效力適用之可能性。對此，可以套用美國學者對該國於1960年代*Linkletter*乙案見解之批判，即該

案見解等都是以結案速度決定是否當然有溯及效力適用¹⁴⁷。然問題是，此一現行法制因結案速度快之偶然因素，與憲訴法下結案速度之偶然因素，二者也有本質上之差異，此因在現行法下係案發事實越早、越久之案件，可能無法受惠；但在憲訴法下則剛好相反，係案發越晚、越近之事實，無法受惠，二者之相似只是表面而已，差異則是本質上之不同，而以憲訴法之規定，更為失之不公平！

最後，必須強調的是，本文此處之分析，並非雞蛋裡挑骨頭，上述1960至1980年代美國法之所以變動，未決案件不公平救濟係其主因¹⁴⁸。是以，憲訴法之規定並非特例，但問題是，美國法係四、五十年前之事，該國法已有所調整，即對於未決案件全面溯及既往，我國法反而反其道而行。對此，除了本文所強調之欠缺溯及意識外，或無其它更為合理之解釋了！

四、解決方案

為避免憲訴法釋憲溯及新制之良法美意，因上述對於刑事未決案件溯及範圍不足，且因此進一步所引發公平救濟問題，憲訴法或是應透過解釋、或是透過修法予以彌補，具體建議如下。

（一）須認識到有關未決案件溯及問題之最重要斷點，是案發時

首先，如上之分析，由於憲訴法第53條第1項之規定，係向來忽視釋憲效力對未決案件溯及問題之表徵，故無論是透過解釋或修法以解決上述問題，皆須從認清溯及既往之意義開始，其中最重要的是斷點問題。如同學者已強調者¹⁴⁹，在溯及既往相關問題之處理上，案發時間之重要性，永遠超過諸如案件繫屬等其他斷點，此因如前述，只要案發事實係早於新規範出現者，即有溯及既往問題。

147 Fallon, Jr. & Meltzer, *supra* note 62, at 1741.

148 Griffith, 479 U.S. at 327-28.

149 Popelier et al., *supra* note 33, at 8.

（二）改進方向

為解決憲訴法下忽視未決案件之釋憲效力溯及問題，且在維持憲訴法第53條第2項規定之前提下，或可從兩方面著手：

1. 維持憲訴法第53條第1項規定，但不適用至刑事案件

憲訴法第53條第1項規定之真正立法理由，應是在於避免上述同樣採以不溯及既往為原則之奧國法制中，曾出現大量聲請案件之情形，特別是在稅法案件中所出現之場景¹⁵⁰，即為避免部分當事人因獲悉他人之釋憲可能成功，順勢而投機聲請釋憲（慷他人之慨？），故有此限制規定，但問題是刑事案件由於性質之故，難以發生此種情形。此因，刑事訴訟除絕大部分案件係由代表國家之檢察官所提起外，很難想像檢察官會有如此投機之動機，更何況如果原本檢察官所欲引用之法條被宣告違憲，反而阻礙檢察官起訴之作為，從而不可能有其他民事、行政類型案件，突然間大量案件繫屬法院之場景；第二，然或許更重要的是，於刑事案件，如代表國家進行偵查與訴追機器（檢察官與司法警察等）已然發動，即便案件未繫屬法院，從人權保障角度看，當然亦不能適用已被宣告違憲失效法規範，否則當然有不公之問題，且在罪責越重之案件，其不公問題將更嚴重。是以，將刑事案件排除憲訴法第53條第1項之適用，或有其合理性與必要性。

不過，如將刑事案件排除憲訴法第53條第1項規定之適用，則至少可能面臨兩項抉擇：一是徹底實踐釋憲效力以不溯及為原則，此時須踵前述美國法於1960年代中期以後之作法，視個案系爭規範之性質，而決定未決案件之溯及時點；二則是雖維持釋憲效力以不溯及為原則，但對於所有各類未決案件一律溯及既往，不過此處之問題是，一旦如此，輔以憲訴法第53條第2項之規定，即刑事確定

¹⁵⁰ Stelzer, *supra* note 55, at 70-71.

裁判全面受惠於新釋憲效力溯及之規定，豈非等同我國刑案釋憲效力係全面之溯及既往？如此是否與憲訴法第52條第1項規定意旨有所衝突？

2. 修改憲訴法第52條第1項規定，釋憲效力改採以溯及既往為原則

為避免上述第二種情形之體系上可能衝突，特別是在維持憲訴法第53條第2項對刑事確定裁判全面溯及宗旨下，或許只能仿效當前之美¹⁵¹、英¹⁵²等國現行實務見解，或前述德國聯邦憲法法院法第78條規定，將釋憲效力改採以溯及為原則，從而便毋需制定憲訴法第53條第1項規定，所有未決案件自然受惠於新釋憲結果，且各規定體系間方有一致性。至於確定案件之釋憲溯及效力適用問題，則可以維持憲訴法之規定，即僅對刑事確定裁判溯及既往，或是採用前述美國法區別實體暨程序規範而異其釋憲溯及效力之模式。

五、小結

在憲訴法規定下，釋憲效力雖對確定裁判採全面溯及既往，相對於現行法制，是屬突破之作法，但可惜的是，反在未決案件之釋憲溯及範圍上，憲訴法第53條第1項等條規定下，不若現行法制。且更令人遺憾的是，整體釋憲溯及法制設計，使得未決案件不僅發生不公平救濟之問題，且更產生未決案件救濟不若確定案件之結果。不過，這還不是憲訴法釋憲溯及新制所面臨之最嚴峻挑戰，最困難之問題，可能是在於釋憲效力對刑事確定裁判全面溯及之後，既有之刑事非常上訴制度能否適切運作之問題。對此，詳如下述。

151 *Griffith*, 479 U.S. at 328.

152 可參見：Stephen J. Hammer, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, 41 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 409, 433-41 (2018).

肆、欲落實刑事個案救濟，非常上訴制度須一併變革

最後，既然在憲訴法之規定下，釋憲效力對刑事確定裁判全面溯及既往，則有必要討論在如此情況下，究竟會遇到何種挑戰？按釋憲效力對刑事確定裁判全面溯及，固然得避免以不溯及既往為原則下之部分難題，即溯及例外時所引發之不公平問題，然亦不免引發新的問題，此已如前述。重點在於，釋憲效力之所以溯及，非為溯及而溯及而已，最終係為實踐個案救濟¹⁵³，故如從實踐個案救濟之角度看，僅是釋憲時之效力改採以溯及為原則，仍有未足，此因釋憲效力溯及僅是開啟救濟可能而已，個案救濟落實與否，則繫於刑事非常救濟制度具體設計，制度設計上如何輕所當輕，重所當重，是為關鍵。就我國現行法言，即是指刑事訴訟法中有關非常上訴制度設計問題。姑不論當前我國法界對之已有深切檢討之情況下¹⁵⁴，如一旦刑案釋憲效力全面溯及，特別是因全面溯及下因案件量增加時，更令人不禁擔心現行法制是否足以承擔此一大任？一個基本挑戰是，釋憲效力雖對刑事確定裁判全面溯及，但最後卻因刑事訴訟制度本身設計問題，而造成救濟無法實現，此當非制度設計本意，故從釋憲效力溯及之角度看，我國現行刑事非常上訴制度，甚至是再審制度，有妥為思考改善必要性。

為配合憲訴法釋憲效力對刑事確定裁判全面溯及，落實對非原因案件之救濟，本文以為，有關我國現行刑事非常上訴制度，甚至是包含再審制度在內整體刑事非常救濟制度，或應從以下四層次、方向予以檢討：其一，這是涉及個案，特別是聲請釋憲原因案件以

¹⁵³ 所以Fallon與Meltzer兩位教授強調新規範與救濟間關係之重要性，請參見：Fallon, Jr. & Meltzer, *supra* note 62, at 1764-67.

¹⁵⁴ 比如說：林鈺雄，我國刑事非常救濟制度之漏洞與填補：兼評鄭性澤聲請再審案，台灣法學雜誌，223期，頁98-115（2013年）。

外案件¹⁵⁵，在釋憲效力溯及之後，聲請救濟之門檻問題，即在何種要件下方得開啟有關釋憲效力溯及討論¹⁵⁶；其二，於通過門檻要件之後，涉及應由哪一法院管轄？以及此一法院應擁有何種權限？特別是判決基礎（事由）與救濟效果，是否應重新予以建構之問題？其三，如果非常上訴法院不再由終審之最高法院負責，是採目前由檢察總長負責開啟程序較為妥適？或採類似再審程序由當事人逕向法院聲請模式？還是有其他可能性？其四，因釋憲效力全面溯及後案件量不免大增，故在具體實務操作上，是否須區別刑事規範類型，而為不同處理？而在討論與闡釋此四方向改革之前，以下將先分析，為何現行非常上訴制度於釋憲效力全面溯及後，並不足以承擔確定個案救濟大任。

一、於釋憲效力全面溯及後，現行非常上訴法制無法擔當個案救濟大任之理由

綜觀憲訴法中之規定與用語，以及刑事訴訟法未變之相關規定，似以為在憲訴法對刑事確定案件之釋憲效力改採全面溯及後，對非原因案件言，仍是以當下刑訴非常上訴程序作為救濟管道。然吾人不得不強調，刑案釋憲效力改採以溯及既往為原則後，固然能雨露均霑，因而得避免以不溯及既往為原則下，僅局部地例外溯及所產生不公，然問題是，若作為釋憲效力溯及後確定個案救濟之機制，也就是當下刑訴非常上訴制度，如不予修正的話，落實確定個案救濟之理想，依然無法達成。原因主要在於，因現行非常上訴制度無法承擔於釋憲效力全面溯及後個案救濟之重任，故相關制度必須有所變革，至於理由，主要有三：第一，目前非常上訴制度整體

155 此因，依據憲訴法規定，釋憲如成功，原因案件必廢棄發回而獲得救濟，故無問題，如真有問題，係在下述之管轄法院問題，以及其他非原因案件之救濟上。

156 此為美國法辯論重點之一，文獻甚夥，可參見：Linda M. Meyer, "Nothing We Say Matters": *Teague and New Rules*, 61 U. CHI. L. REV. 423 (1994).

設計之原意，係以統一法令為原則，個案救濟為例外；第二，當下非常上訴制度部分程序設計，已與當代法制發展有所距離，不利於釋憲效力全面溯及後之個案救濟；第三，於釋憲效力全面溯及後，凸顯了以新憲法規範作為救濟基礎之情形，與單純判決違背法令救濟情形之本質有所不同，故非常上訴制度必須有所變革，方能落實個案救濟。以下，便對此三點作進一步申論。

（一）現行非常上訴制度之宗旨非在實現個案救濟

現行非常上訴制度之所以於刑案釋憲效力全面溯及後，恐無法承擔個案救濟之大任，其首要原因，係在於釋憲效力溯及後之目的，主要係為從事個案救濟，而非規範維繫，然現行非常上訴制度設計之原意，在統一法令適用而非個案救濟。之所以如是說，主要是基於以下幾項理由：第一，從歷史角度看，我國現行非常上訴制度之設計，係從法國法而來，其原意係為統一各級法院有關法律見解適用，本就不以個案救濟為目的¹⁵⁷。第二，與其他國家刑事確定裁判救濟機制相較，我國非常上訴法制有一重要特色，即由三審之最高法院作為唯一管轄法院，此當然是與統一法令宗旨而結合之制度設計，然從比較法上看，似屬罕見。第三，也因為由終審之最高法院作為非常上訴管轄法院，所以於非常上訴程序中，法院僅有非常有限之事實調查權限¹⁵⁸，因而得否進行新釋憲規範出現後之個案救濟，恐有疑問。第四，就本文之寫作宗旨看，或許是最有關係之點是，現行非常上訴法制並未與釋憲制度結合，更未考慮法規範違憲失效全面溯及後之可能場景，從而不利於釋憲效力全面溯及後之個案救濟，而這樣之可能缺憾，可進一步藉由以下兩點予以闡釋。

157 林永謀，刑事訴訟法釋論（下冊），頁235（2007年）。

158 即原則上以原審所認定之事實為判決，請參見：林俊益，刑事訴訟法概論（下冊），14版，頁451（2018年）。

（二）現行非常上訴部分制度設計無法與當代法制發展契合

當下非常上訴制度，之所以無法因應釋憲效力全面溯及後個案救濟之大任，還在於此一制度對於訴訟程序違背法令之救濟置於較劣之地位，也就是現行非常上訴法制對區別判決違背法令與訴訟程序違背法令而異其效果，訴訟程序違背法令之部分，除非符合大法官解釋以及最高法院決議所闡釋「質變」為判決違背法令之情況¹⁵⁹，否則原則上僅能就違法部分撤銷，而不能逕為判決救濟，此舉除與當代憲法學重視程序保障思維有所不同外¹⁶⁰，更重要的是，並不利於個案救濟¹⁶¹。這樣之制度設計，其預設之主要前提是訴訟程序違誤效果，相對於實體法違反等問題言，係屬較不重要之違誤，但從學理，特別是憲法學理上正當法律程序概念出現，並蔚為風潮後，這樣之制度設計，恐有再為斟酌之必要。再者，如將問題回到在本文重點之釋憲效力溯及後非原因案件救濟場合，現行非常上訴制度之不足，恐更為顯然。原因在於，當特定訴訟程序被宣告違憲失效時，該程序即已溯及不復存在，無從依據刑事訴訟法撤銷該程序以為救濟，而上述質變為判決違背法令之救濟管道，又在訴訟程序違憲場合恐難以適用¹⁶²。是以，在非常上訴制度未有所變革情形下，從訴訟程序違憲救濟之觀點，憲訴法放寬釋憲效力溯及範圍之良法美意，未必能予以實踐。

159 參司法院釋字第181號解釋以及司法院釋字第238號解釋，以及最高法院91年度第7次刑事庭會議以及最高法院91年度第8次刑事庭會議等決議參看。

160 這是說當代法制對於程序違憲（法）之保障，超乎過往，前述Mapp等案，即為此現象之表徵。

161 相關檢討可參見：楊雲驊，非常上訴的目的與功能：以最高法院97年度第四次刑事庭決議為中心，台灣法學雜誌，229期，頁126-133（2013年）。

162 請詳見以下第「肆、三、（三）」段分析。

(三) 釋憲效力全面溯及後之情況，凸顯憲法新規範之救濟與違法救濟之性質不同，必須有新制度因應

或許作為釋憲效力全面溯及後，刑訴非常上訴制度必須變革之另一重要理由，是在於我國現行法下，違憲等憲法解釋之宣告與違法本質上並不相同。按我國法向來或許是以釋憲後之個案救濟，如特定判決所適用之法令被大法官宣告違憲無效後，與一般判決違背法令之情形類似，即皆因個案判決涉及特定法規範而出現違誤，故皆以非常上訴制度作為救濟管道，然在釋憲效力全面溯及後，或許凸顯了以非常上訴制度作為釋憲後個案救濟之局限，雖然非常上訴制度仍得用以救濟違法，但在釋憲結果後所為之救濟，可能就有所不足。總的來說，二者差異除形式上者，即違憲係由負責確定個案救濟機制以外之法院，即司法院大法官所為，與違法之宣告至少在部分案件係由與負責個案救濟同一法院職司，即由最高法院所從事者，有所不同，其他重要差異至少有以下幾項：一是釋憲後之救濟，不免係以下述所謂新規範出現為常態，特別是在法規範違憲立即失效宣告之場合，原規範已然不存在，此為我國現行一般刑事法規範違誤之救濟，所未見者；二是新規範之出現既是釋憲效力溯及適用之重點，則有類似新事實、新證據出現場合即再審情況，不免涉及事實重新認定，所以救濟法院須具備一定事實認定權限；三是如果釋憲後新規範之出現是個案救濟之關鍵，則一新規範出現復又全面溯及既往，則一夕間得聲請救濟之案件量，當為巨大可觀，除在違法救濟場合較難見之外，也顯現違憲與違法之差異所在。

綜上所述，釋憲效力溯及後之情況，與單純違法救濟情形有異，以下便申論以強化個案救濟為前提，本文所以為相關非常救濟制度應有之變革方向。

二、改革起點：釋憲效力溯及之門檻應以有無新規範出現為要件

從確定個案救濟角度看，首先應討論之問題是有關溯及門檻問題，之所以如此，除係因只有當已發生釋憲效力溯及情況時，方有討論以下救濟之問題外，有關釋憲效力溯及門檻之討論，更是與下述確定案件救濟範圍與方式兩事，有著密切關係。然可惜的是，此一問題似乎在我國法相關討論中被忽略，之所以如是說，係因未來在憲訴法下刑案釋憲效力對確定裁判全面溯及之狀態下，係以法規範違憲失效作為討論起點，此可見諸於憲訴法第52條第1項以及憲訴法第53條第1項等規定上見之。然釋憲結果作為個案救濟前提，並不限於違憲宣告情形，而及於其他諸如合憲性解釋等場合，問題關鍵應如前述美國法所強調者，係以出現新規範為關鍵¹⁶³，即釋憲效力溯及與否之門檻，應不僅限於當大法官宣告法規範違憲且失效情景¹⁶⁴，而應及於其他情形，諸如一般法律解釋、合憲性解釋等情形¹⁶⁵。

（一）問題說明：我國即將施行之憲訴法規定分析

釋憲效力溯及門檻之所以有其討論之必要性與價值，可從現行法制與未來憲訴法規定之差異上見之。如前已提及者，我國現行釋憲法制之所出現不溯及既往之規範，係因司法院釋字第177號解釋宣示「……本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案

163 不過，必須強調的是，新規範概念非自 *Teague* 案中出現，而是自前述之 *Stovall* 案，請參見：*Stovall*, 388 U.S. at 297.

164 德國聯邦憲法法院法第79條第1項規定之適用範圍，亦比我國憲訴法第53條第2項之規定為寬，除法規範違憲失效外，尚包括單純違憲宣告以及解釋違憲等情形。

165 如以美國法為例，關鍵在只要是新判決之見解得與既有判例作區別者，即屬新規範。相關分析可參見：*Meyer, supra note 156, at 455-57.*

件，亦有效力。¹⁶⁶」也就是人民聲請釋憲之結果得作為原因案件之救濟基礎。此一規定看似平凡無奇，但若將之與憲訴法第52條第1項規定比較，則就不然了。憲訴法第52條第1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。」亦即，本條規定係強調僅當特定法規範被宣告違憲失效時，方討論釋憲效力溯及之問題。但問題是，司法院釋字第177號解釋並未明文指出該釋憲效力溯及之適用範圍，然如以該號解釋本身係統一解釋之情況來看，顯然地，發生釋憲效力溯及之場合，在該號解釋意旨下，絕不限於法規範違憲失效之情形。

是故，二者間存在一重要差異，即司法院釋字第177號解釋之適用對象，包括所有各類釋憲效力之情形；但在憲訴法第52條第1項之規定，則僅指法規範違憲失效場合。而這樣之差異，若再輔以與溯及既往例外有關之憲訴法第53條第1及第2項之規定，將非常明顯。此因，為呼應憲訴法第52條第1項規定，第53條第1及第2項之溯及情況，均僅限於法規範宣告違憲失效場合，且僅限於法規範立即失效。亦即，相較現行法制並未將釋憲溯及效力僅限於特定釋憲宣告類型，憲訴法因僅以法規範違憲立即失效，作為溯及效力開啟之門檻，恐已相當程度限縮釋憲溯及開啟之範圍，實不利於個案救濟實現。

（二）問題關鍵：有利於個案救濟之場合，並不限於違憲失效之情況

問題之關鍵，係在於當大法官宣告特定法規範違憲失效時，固然可能有利於個案救濟，但問題是，這絕不是僅有之情形，亦即從個案救濟角度看，即便是在其他場合，只要解釋效力能溯及，亦可

166 參司法院釋字第177號解釋解釋文，另可參見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（註4），頁99-100。

能有利於釋憲聲請人以及其他相同或類似案件當事人。是故，大法官解釋溯及效力之發生與否，絕不能僅局限於宣告特定法規範違憲失效場合。而綜觀向來我國大法官解釋，有利於人民權利保障釋憲結果，本就不限於大法官宣告特定法規範違憲失效情形，精確言之，以下五種情形，皆有可能出現有利於人民之釋憲結果：

其一，最明顯的是在統一解釋場合，如上述，此即為司法院釋字第177號解釋的情形¹⁶⁷。其二，大法官有時對條文做合憲性之詮釋，即可能發生有利人民效果，如司法院釋字第509號解釋有關刑法誹謗罪構成要件之詮釋即是¹⁶⁸。其三，回到典型憲法解釋情形看，有時即便大法官未為違憲宣告，僅是對憲法條文從事解釋，亦可能產生有利於當事人結果，如司法院釋字第627號解釋有關總統行政特權之解釋即是¹⁶⁹。其四，大法官有時僅是變更先前對普通法律之解釋，亦能發生有利於人民結果，比如說司法院釋字第556號解釋對於組織犯罪防制條例中，有關犯罪成員認定要件之變更詮釋即是¹⁷⁰。其五，大法官有時甚至僅是從憲法角度對法律漏洞做補充，亦得作為個案救濟之基礎，比如說，司法院釋字第691號解釋以為對假釋撤銷之救濟，在法律未修正前，由行政法院管轄¹⁷¹。總之，有關釋憲溯及效力是否開啟之判斷時點，應不僅限於當大法官為法規範違憲失效宣告情形。

事實上，司法院釋字第177號解釋理由書中第五段即已指出，只要特定釋憲結果「於聲請人有利益者」¹⁷²，即可依法定程序尋求救濟。總之，在上述五種情形，由於相關解釋皆改變了原有規範，同時因溯及既往之故，使得原判決有違誤，是以，非常上訴門檻，

167 參司法院釋字第177號解釋解釋文。

168 參司法院釋字第509號解釋解釋文。

169 參司法院釋字第627號解釋解釋文。

170 參司法院釋字第556號解釋解釋文。

171 參司法院釋字第691號解釋解釋文。

172 參司法院釋字第177號解釋理由書第5段。

不應限於法規範違憲失效宣告情形，而應凡是有新規範出現，且該新規範溯及造成原因案件有利時，即應准許非常上訴。

（三）應以新規範作為標準，擴大對確定裁判救濟之範圍

為解決上述我國法下面臨之挑戰，基本上，本文認為美國以釋憲結果是否出現新規範，作為判斷是否屬得溯及適用之規範，有其參考價值。

具體來說，就美國法言，當特定解釋出現一規範後，之後在定罪後人身保護令程序之其他當事人，如欲引用該規範以挑戰渠所獲確定判決，關鍵在於該規範是否屬新¹⁷³，如果是新的規範，便須符合*Teague*案之兩種例外情形，方能適用；反之，如果該規範之非屬新規範，則可逕為適用¹⁷⁴。既然是否屬新規範對於當事人得否尋求定罪後救濟有重大影響，則如何判定特定規範為新規範？便成為另一重要問題。依據美國最高法院在*Teague*案表示之見解，當特定判決所提出之見解，係「奠下新基礎或課予政府新義務」或是「該新規範並非確定判決做成時相關判例所可導出」時¹⁷⁵，此一規範即屬新規範。只要是屬新規範，立刻進入溯及既往之判斷，而不限於須在法規範被宣告違憲失效場合。

雖然，以釋憲結果係新規範作為討論溯及與否之門檻，美國學界不乏批評聲音¹⁷⁶，向來批判之主要理由在於美國最高法院有關此一新規範之定義頗寬¹⁷⁷，從實務操作看，似乎只要釋憲結果有所爭執，當各方有不同意見時，該規範便歸類為新規範¹⁷⁸，從而受到

173 *Teague*, 489 U.S. at 301.

174 ERWIN CHEMERINSKY, *FEDERAL JURISDICTION* 969 (6th ed. 2012).

175 *Teague*, 489 U.S. at 301.

176 如近例言參見，Peter Bozzo, *What We Talk about When We Talk about Retroactivity*, 46 AM. J. CRIM. L. 13 (2019).

177 See CHEMERINSKY, *supra* note 174.

178 Hashimoto, *supra* note 98, at 166.

*Teague*案溯及之限制；或只要是此一釋憲結果，並非對所有法律人皆屬顯然者，便屬新規範¹⁷⁹，從而亦有*Teague*案溯及規範之限制。然即便有此等爭議，但因在新規範理論下，如與憲訴法第53條第1項及第2項限於立即失效方有溯及效力之規定相比，其給予保障機會遠超過僅是宣告法規違憲失效之場合，是以新規範作為判斷是否溯及準據，是對一般人民有利；亦即，因其開啟救濟之案件範圍遠大於一般法規違憲失效宣告之場合，故有利於個案救濟宗旨。

三、改革關鍵：應由非終審法院且具事實認定、自為判決權限之下級法院管轄

當釋憲溯及效力之門檻越過後，接下之問題是，究應由何一法院作為此一非常救濟程序之管轄法院？以及此一法院究竟應有何權限？如前述，我國法應係以釋憲效力溯及後之個案救濟，與一般法律違誤之救濟相當，故係透過刑訴非常上訴程序以為救濟，此不僅為現行法之情形，更具體化規定於即將施行之憲訴法中¹⁸⁰。然以釋憲後之個案救濟與一般違法救濟做類比，在當下情況，也就是僅非常有限之案件受惠於釋憲溯及效力之情況，或許問題不大，甚至沒有問題，但在憲訴法將刑案釋憲效力全面溯及於確定裁判之後，恐非當然如此。問題之關鍵在於以下兩點：一是刑案釋憲效力全面溯及之後，欲藉非常上訴以為救濟之案件量必大增，此與現狀相較可謂是迥不相同；二是聲請案件大增後，必凸顯釋憲後個案救濟與一般違法救濟之本質差異，即前者不免須重新認定確定裁判之事實。也就是由於新規範之出現並全面溯及，恐會在聲請救濟之案件量以及在重開救濟之程序等事上，產生劇變，即不免或可能是影響原罪責之認定（實體法場合），或可能是影響原事實之認定（程序法場合）。基此，本文以下主張，未來在釋憲效力全面溯及之後，應改

179 *Id.*

180 憲訴法第53條第2項明文提及非常上訴。

由非終審法院，且具一定事實認定能力與自為判決權限之下級法院，作為救濟法院，並將舉現行德國以及美國法制為佐證。

(一) 刑案釋憲效力全面溯及後案件量必大增，不宜由終審法院管轄

當釋憲效力全面溯及之後，為落實個案救濟，現行非常上訴制度首要必須改革部分，應是管轄法院，即不應再由最高法院作為釋憲效力溯及後個案救濟管轄法院，其原因主要在於案件量¹⁸¹。即刑案釋憲效力若全面溯及既往，因受惠之案件增加，不啻意味著所有先前曾援用該系爭法律之確定案件，皆可以再開重啟，於此情況下，大量案件必蜂擁而至，而此非人力、物力配置有一定限制之終審法院，所能承擔者。

此一問題，或許還可再藉由違憲與違法之不同予以闡釋。如前已提及者，當下法制之所以由作為終審之最高法院，擔當非常上訴程序之救濟重責，主因係在於現行非常上訴設計原意，係以統一法令見解為主，從而必須以終審法院作為救濟法院，此外，尚有一可能之關聯理由，即當個案當事人主張確定裁判違法，其所依據之準據如係既有規範，聲請救濟案件數目不可能在一夕間爆量；再者，或許更重要的是，即便是在我國最高法院新創規範（即所謂法續造）場合，因實務界向來以為不得以見解變更作為非常上訴依據¹⁸²，亦不可能突然引發大量救濟案件。是故，在一般違法救濟場

181 由於目前最高檢察署之統計資料中，並未有依據大法官解釋提起非常上訴之統計數據，所以如何預估於刑事確定案件釋憲效力全面溯及後，未來可能增加之案件量，是有一定難處。不過，可以想像得到的是，部分案件類型必有相當之數量，比如說，賦予偵查中羈押審查程序被告閱卷權之司法院釋字第737號解釋，如釋憲效力全面溯及既往，本號解釋所影響被告數量之多，是可以概見的。有關現行非常上訴統計數據，請參見：法務部法務統計資訊網，https://www.rjtd.moj.gov.tw/rjtdweb/common/WebList3_Report.aspx?list_id=1135（最後瀏覽日：2020年5月1日）。

182 林永謀（註157），頁244-246，另請參見最高法院96年度第10次刑事庭會議。

合，最高法院作為非常上訴之管轄法院，挑戰不大。但若是違憲宣告等憲法新規範出現場合，因一方面溯及效力之故有如新立法之出現，另一方面因有溯及效力之故，則凡先前曾適用此一規範為基礎之確定裁判，恐大受影響，故當事人起而尋求救濟情形則屬當然，此時案件量必不小，甚至可能是大量，面對此一大量案件群起而至之場景，作為終審之最高法院能否承擔？可能是個問號！再者，因釋憲效力而重開審理程序之案件，其所影響者已不僅是重啟訴訟程序案件間競爭問題而已，更是與所有現正繫屬或即將上訴一般案件競爭之問題，此時便不免將最高法院合理人力、物力以及經費配置問題，推向最嚴峻境地¹⁸³。

相對於我國法將有關釋憲效力溯及後個案救濟，委由終審法院處理，其他主要國家法制便非如此，此可舉影響我國法制最深之德、美兩國法制為例。先就德國法言，德國法是以再審程序作為釋憲效力全面溯及後，個案救濟之典型。如上述，依據德國聯邦憲法法院法第79條第1項規定，當聯邦憲法法院對刑事確定裁判所據以之法規範做出違憲、違憲失效等宣告或是法規範解釋違憲宣告時，受判決人得據以作為重啟確定判決審理程序者，是循一般再審程序之聲請¹⁸⁴，即當憲法法院對於刑事確定裁判所適用之法規範，或該刑事確定裁判對法規範所為之解釋等宣告違憲時，係屬德國刑事訴訟法以新事實、新證據作為開啟再審原則例外¹⁸⁵。類似之情形，尚可從德國法晚近增加歐洲人權法院裁判作為再審事由之事上見之¹⁸⁶。此

183 美國法尚有關於釋憲效力全面溯及後，美國法之非常上訴，即定罪後人身保護令法制，是否屬相關人民憲法權利之討論，相關文獻可參見：Carlos M. Vázquez & Stephen I. Valdeck, *The Constitutional Right to Collateral Post-Conviction Review*, 103 VA. L. REV. 905 (2017).

184 吳俊毅，德國因新事實或新證據的再審：兼論鑑定人與再審的關係，收於：羅秉成、李榮耕編，*刑事再審與救濟無辜*，頁119-120（2016年）。

185 吳俊毅（註184），頁139。

186 德國相關法制演變，可參見：ANDREA VON STADEN, *STRATEGIES OF COMPLIANCE WITH THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: RATIONAL CHOICE WITHIN NORMATIVE CONSTRAINTS* 168-69 (2018).

處之重點是，在德國法下釋憲效力溯及後之個案救濟，既是循再審程序為之，則其管轄法院誰屬？是依據德國法院組織法第140a條之規定，選擇適當之法院以為管轄¹⁸⁷；而依據該條有關再審法院管轄規定，與我國法情形類似¹⁸⁸，原則上係由各個法律審法院以下之事實審法院管轄¹⁸⁹。是以，德國最高法院原則上只有在當事人對再審判決不服並聲請上訴時，才有可能成為受理法院，然更重要的是，由於德國輕罪案件之終審（法律審）法院為高等法院，故德國最高法院即便是再審之上訴法院，其案件量非常有限。是以，在德國法當下，於釋憲效力溯及後負責救濟之管轄法院，基本上非最高法院。

再就美國法言，美國聯邦法制雖然具體制度設計與德國法不同，但在肩負釋憲後個案救濟法院制度之設計乙事上，其意旨則與德國法類似。按在美國法制下，當事人如欲依據新的釋憲規範以從事個案救濟，與其他一般主張判決違背法令救濟情形同，即循美國法所稱定罪後人身保護令程序以為救濟，而在此程序下，救濟之初審管轄法院原則上為聯邦地方法院¹⁹⁰。當然，此時作為刑事非常救濟之聯邦地方法院，與作為一般刑事事實審法院時所具有之權限有別，重點是釋憲效力溯及後個案救濟，並非由終審最高法院管轄。對此，一適例是，數年前，美國最高法院在*Miller v. Alabama*案¹⁹¹中，宣告未成年人終身監禁法制違憲，之後在*Montgomery v. Louisiana*案¹⁹²中宣示此一新釋憲規範符合上述*Teague*案實體法之溯及例外¹⁹³，即能全面溯及之意，霎時間，相當數量案件尋求救

187 MICHAEL BOHLANDER, PRINCIPLES OF GERMAN CRIMINAL PROCEDURE 280 (2012).

188 我國法有關再審管轄法院之規定情形可參見：林俊益（註158），頁440。

189 參德國刑事訴訟法第367條及德國法院組織法第140a條第1項後段。

190 28 U.S.C §2241(a)及(b)規定參看，有關美國聯邦定罪後人身保護令法制管轄之問題分析，請參見：RANDY HERTZ & JAMES S. LIEBMAN, FEDERAL HABEAS CORPUS PRACTICE AND PROCEDURE VOL. 1, at 551-72 (6th ed. 2011).

191 See *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012).

192 See *Montgomery v. Louisiana*, 577 U.S. 190 (2016).

193 相關分析可參見：*Eighth Amendment – Retroactivity of New Constitutional Rules –*

濟¹⁹⁴。試想，如管轄法院是美國最高法院，該院豈能在不影響既有上訴功能下，從事該等確定個案救濟¹⁹⁵？

最後，有不可已於言者為，在釋憲效力全面溯及後因案件量增加，還會影響終審之最高法院於金字塔型訴訟建構下之定位，特別是在2017年所提出之兩小金字塔型訴訟建構方案¹⁹⁶，即一旦釋憲效力全面溯及後案件量大增，最高法院若繼續作為非常上訴之管轄法院，是否會阻礙此金字塔型訴訟建構之實現，有必要予以慎重思考¹⁹⁷。

（二）且此下級法院應具備一定事實認定能力權限

於刑案釋憲效力全面溯及後，管轄法院除應自終審法院移出外，此一下級審法院，更應具備一定之事實認定能力。如前之分析，一旦釋憲效力全面溯及後，案件量必定大增，然最高法院之所以不宜作為職司釋憲效力溯及後之個案救濟法院，原因不僅在於案件量，還在於質，即由於如前述無論是違憲失效宣告、合憲性宣告等新規範出現場合，不免影響事實認定，因而於相當程度上必須重新為之，而重為事實認定需要一定程序設計之配合，而這樣之制度

Juvenile Sentencing – Montgomery v. Louisiana, 130 HARV. L. REV. 377 (2016).

194 學者曾舉僅3個州便有1,000多個案件尋求救濟，Fox & Stein, *supra* note 101, at 465; 另 *Miller v. Alabama* 乙案所引發其他救濟相關問題，可參見：Jason M. Zarrow & William H. Milliken, *The Retroactivity of Substantive Rules to Cases on Collateral Review and the AEDPA, with a Special Focus on Miller v. Alabama*, 48 IND. L. REV. 931 (2015).

195 美國學者甚至表示州法院系統應配合最高法院新判決，有積極作為者，相關討論請參見：Eric Freedman, *The Substance of Montgomery Retroactivity: The Definition of States' Supremacy Clause Obligation to Enforce Newly-Recognized Federal Rights in Their Post-conviction Proceedings and Why It Matters*, 18 OHIO ST. J. CRIM. LAW 101 (2021).

196 請參見：金字塔型訴訟制度改革建構完成，司法院網站，<https://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=345749>（最後瀏覽日：2021年5月1日）。

197 林超駿，終審法院定位與金字塔型訴訟建構，台灣法學雜誌，369期，頁85-112（2019年）。

設計，是難以求備於目前作為終審之最高法院。在目前刑事訴訟法規定下，最高法院在非常上訴審場合，僅具有非常有限認定事實權限¹⁹⁸，幾無法重新認定實體事實。然而在以釋憲新規範作為挑戰確定裁判場合，相關管轄法院不免需要較大事實認定權限，方能從事個案救濟。

舉例言，在刑事實體規範被宣告違憲場合，如最近剛宣告刑法通姦罪違憲之情形¹⁹⁹，此時非常上訴程序如有類似現行刑事訴訟法第447條第1項之規定，當可逕為改判，毋需花費相當之人力、物力與經費。但問題是如以下第五段之分析，在大法官各類有關刑事規範之憲法解釋中，於解釋效力溯及後，毋須重新調查事實即可改判者，畢竟為少數，在多數釋憲新規範出現場合，諸如在對刑事實體規範做不同詮釋，如有關犯罪組織成員定義解釋等²⁰⁰，或是在刑事程序解釋場合，諸如有關交互詰問等之解釋出現後²⁰¹，系爭確定案件是否定能翻盤？便非當然之事，此時之關鍵在於，負責個案救濟之法院，或是因需要重新適用新創之實體規範以為事實認定，或是必須依據新創之訴訟程序規範重新為事實認定，二者皆因需一定程序機制以從事此一工作，即便最終結果未必不同，但需要一定之人力、物力與經費，則屬當然，而這樣之情況，皆非目前甚至是未來作為終審法院之最高法院所能勝任，事實上，應同時也非學理上之純事後審之上訴審法院所能勝任²⁰²。再者，或可能謂此時得適用（類推適用？）刑事訴訟法第447條第2項之規定，也就是得撤銷原

198 林永謀（註157），頁251-252。

199 參司法院釋字第791號解釋。

200 參司法院釋字第556號解釋。

201 參司法院釋字第572號解釋。

202 這是指幾無事實認定權限而言，如在續審或覆審情況下，因有一定調查事實權限，結果則有不同。必須強調的是，歐陸部分國家甚至連終審之最高法院皆賦予一定之事實調查權限，從而其定位與權力也與我國最高法院不同，故在調查事實問題時，被告有參與言詞辯論之權利。相關事例可參見：BEN EMMERSON Q.C. ET AL., HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL JUSTICE 895-96 (3d ed. 2012).

判決由原審法院審理，但問題是，一旦大量案件循此管道救濟，與其由最高法院轉手，還不如逕由其他具事實認定權限之下級審法院管轄更佳？

讓我們再用德、美兩國法以為印證。先就德國法言，德國法既是用再審法院作為釋憲新規範溯及後救濟法院，因再審模式既是審理程序重開，其管轄法院雖視案件性質之不同而由不同法院管轄²⁰³，因基本上是事實審法院從事再審，當然有事實認定權限²⁰⁴。至於美國法情形，雖然在1996年修法之後²⁰⁵，美國聯邦定罪後人身保護令程序之事實調查權限有所限縮²⁰⁶，但在釋憲新規範出現後情形，是法律規定上僅有之兩種必開證據調查程序（*evidentiary hearing*）之情形²⁰⁷，而在此調查證據程序中，法院得調查超出卷證資料以外之證據²⁰⁸。以此而言，美國法下負責非常救濟之聯邦地方法院，雖與一般之事實審法院情形不同，即主要係由法官而非陪審團負責事實認定²⁰⁹，但仍具一定事實調查權限則無疑²¹⁰。

總之，在釋憲新規範出現後，在絕大多數之情形，管轄法院不可能僅憑既有卷證資料即能變更原有判決，此時須具備一定事實認定權限，而為避免案件審理延宕，應由具備一定認定事實權限法院管轄此類案件。

203 參德國法院組織法第140a條第1項等規定。

204 德國學者有強調再審對於真實發現之功能者，請參見：Ralph Grunewald, *Comparing Injustices: Truth, Justice and the System*, 77 ALB. L. REV. 1139, 1196 (2014).

205 相關法制演變，可參見：Larry W. Yackle, *Federal Evidentiary Hearings Under the New Habeas Corpus Statute*, 6 B.U. PUB. INT. L.J. 135 (1996).

206 GARRETT & KOVARSKY, *supra* note 58, at 382.

207 參28 U.S.C § 2254(e)(2)(A)(i)規定。

208 英文用語係*extrinsic review*，請參見：GARRETT & KOVARSKY, *supra* note 58, at 385.

209 相關調查程序說明，可參見：HERTZ & LIEBMAN, *supra* note 190, at 1141-61.

210 Leah M. Litman, *Legal Innocence and Federal Habeas*, 104 VA. L. REV. 417, 480-81 (2018).

（三）此一法院亦須具備一定之自為判決權限

最後，為解決此一刑案釋憲效力全面溯及後確定個案救濟之難題，作為救濟之法院，除應由終審最高法院以外之下級審為之，該下級審法院須具備一定事實認定能力外，更同時須具備自為判決權限。對於此一問題，從比較法上看，由於凡擁有一定事實認定權限之法院，當有自為判決之權限，所以理論上只要妥適處理前項事實認定之問題後，即可迎刃而解，此觀諸前述德國²¹¹及美國²¹²兩國法制，皆然。問題重點在於，作為釋憲新規範出現後救濟確定判決之法院，既可能因規範變動而須重新認定事實，則無論是從有利當事人（被告、受判決人）之角度，抑或是從節省訴訟資源之角度，應賦予管轄法院一定自為判決權力，方屬制度設計上一貫。是故，在憲訴法新制下，無論是作為第三審（對原因案件言）之最高法院²¹³，抑或是作為非常救濟審（對非原因案件言）之最高法院²¹⁴，皆因僅具有限事實調查權限，故亦僅具有限之自為判決權限，當然在釋憲溯及效力範圍擴大後，不宜再作為相關之管轄法院。

在憲訴法將釋憲效力全面溯及於刑事確定裁判後，就非常上訴審自為判決權限之問題，尚有一項議題值得討論，即無論是依據司法院大法官抑或是最高法院之見解²¹⁵，屬傳統學理上所稱訴訟程序違背法令之部分類型，已質變為判決違背法令，而在此一過程中，

211 德國最高法院強調，再審情況應針對案件實體（Sachurteil）下判決，請參見：BOHLANDER, *supra* note 187, at 280.

212 於美國定罪後人身保護令狀程序，聲請有理由而法院得給予聲請人救濟之類型，可參見RANDY HERTZ & JAMES S. LIEBMAN, FEDERAL HABEAS CORPUS PRACTICE AND PROCEDURE VOL. 2, at 1899-1932 (6th ed. 2011).

213 林永謀（註157），頁151-153。

214 這是指刑事訴訟法第447條第1項第1款情形，同林永謀（註157），頁255-257。

215 即司法院釋字第181號解釋以及司法院釋字第238號解釋，以及最高法院91年度第7次刑事庭會議以及最高法院91年度第8次刑事庭會議等實務見解。實務有關訴訟程序違背法令得解為屬刑事訴訟法第447條第1項判決違背法令之見解整理，請參見：林俊益（註158），頁472-477。

實際上係在不變動非常上訴審之法定事實認定權限下，逐漸擴大非常上訴審自為判決之作為，也就是放寬刑事訴訟法第447條第1項第1款規定（法條用語係「另行判決」）之適用範圍。基此，論者或可能謂，即使憲訴法擴大釋憲效力溯及範圍，循上述實務見解擴大非常上訴審自行判決之作法，應可解決未來可能發生之難題，而毋需對刑事非常上訴制度做變革。對此，可分三層次予以回應。

首先，上述實務界見解，也就是將對個案影響比較重要之訴訟程序違背法令，附加一定要件後評價為判決違背法令，進而得依據刑事訴訟法第447條第1項第1款規定，逕做出有利被告判決之見解，如核其區別訴訟程序類型之作法，是類同前述美國法分水嶺規則之意旨，雖二者目的有別²¹⁶，但應肯定實務界向來之努力，則毫無意義。其次，回到憲訴法溯及新制施行後之可能情況，此時必須討論之問題是，對於司法院大法官所為之訴訟程序違憲宣告，如師法現行實務之故智，即從實務操作上先區分訴訟程序違憲類型，俾以限縮釋憲效力溯及後之案源，如此之建議，其基本問題是，作為非常上訴審之最高法院，是否得對司法院大法官所為之各類違憲宣告，不僅得做類型區分並進而做不同處理？還是因此屬憲法議題領域，故僅能由司法院大法官為區別？如果是後者，不啻再次減損最高法院於釋憲效力溯及後，作為非常上訴管轄法院之可能。最後，即便有關訴訟程序違憲之規範得由最高法院區分，此時，除非出現類似美國法迄今無分水嶺規則之情況，否則只要肯定任何訴訟程序違憲並溯及既往，在此情形下非原因案件量不可能太小，在案件量可能大增情況下，姑且不論有無前段所言，因新規範出現所以有重新認定事實之必要性，對於原僅用以處理有限數量個案救濟（如現行釋憲制度下之原因案件）之刑事訴訟法第447條第1項第1款規

216 即美國法之分水嶺規則概念，係用以限縮程序規範之釋憲效力溯及範圍；反之，歷年來我國實務之作為，則是為擴大訴訟程序違背法令於個案救濟之適用。

定，加上有限最高法院之人力、物力配置，是否能順利擔當釋憲溯及效力擴大後個案救濟之大任？恐又是另項疑問。

四、應同時檢討是否仍由檢察總長掌管非常救濟程序之發動權限

一旦釋憲效力溯及後之個案救濟，如非由最高法院作為管轄法院，接下來問題便是，有關檢察總長作為非常上訴之聲請、發動機制之事，是否應有所檢討？問題之關鍵是，如最高法院已非非常上訴管轄法院外，或精確地說，或至少不是非常上訴初審法院後，是否仍須由該院對應之檢察總長負責聲請機制？然更嚴肅之問題在於以下兩者：一是就案件數量言，如上所言，一旦釋憲新規範出現溯及效力，案件量多，此時由檢察總長先負責審視，是否可能耗費不必要之人力、物力？特別是當管轄法院已不是單一時？二是比較重要者，管轄法院既然改為下級審且具事實認定權限之法院，則具體個案是否有釋憲新規範適用，是否應透過上訴模式，即由上級法院決定？而非由他機關先進行篩選？再者，如果要維持他機關篩選模式，是否應以獨立公正機關作為聲請非常上訴機關？

（一）當前釋憲後刑事個案救濟之挑戰：從司法院釋字第752號解釋之思考

如前述，在我國現行制度下，因釋憲權專屬大法官，復又課一般人民於用盡訴訟救濟途徑後方能聲請釋憲，此時違憲失效宣告溯及效力，固是確保人民得以對普通法院確定終局裁判挑戰之關鍵，但若最終因其他制度設計，造成相關釋憲聲請人前功盡棄，則又是另一番場景了。而就當前制度言，一項可能造成釋憲聲請人沮喪甚至是無解之制度設計，應是當事人即便在釋憲聲請成功後，仍須通過檢察總長一關，雖然在憲訴法下原因案件之救濟不再經由檢察總

長²¹⁷，但對於大量之非原因案件仍有此一問題，也就是唯有獲得檢察總長之青睞為其聲請非常上訴，否則當事人只能徒呼負負！就現狀言，此種情況雖不能說屢見不鮮，但確實存在。

舉一近例言，司法院在釋字第775號解釋宣告刑法累犯相關規定部分違憲後，該案釋憲聲請人曾據該號解釋請求檢察總長提起非常上訴，但檢察總長最初以不合現行非常上訴要件，故拒絕，最後經監察院促請法務部研議後，檢察總長方提起非常上訴²¹⁸。由此可知，釋憲效力溯及門檻再如何放寬，若特定個案之救濟，還是繫於其他制度之設計，則相關之救濟，仍不免功虧一簣。相對於此，或許是深知當事人於釋憲成功後可能面臨關卡，所以在前已介紹之司法院釋字第752號解釋中，有一罕見作為，即該號解釋對兩位聲請釋憲當事人，逕為諭知（賦予）其救濟管道，而非循一般之非常救濟程序。於該號解釋之理由書最後一段表示：「聲請人一就本解釋之原因案件……該法院應依本解釋意旨，就該第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決部分之上訴，逕送第三審法院妥適審判。聲請人二就本解釋之原因案件，得於本解釋送達之日起10日內……上訴於第三審法院。²¹⁹」

據此，司法院大法官此舉顯然是幫助當事人規避刑事訴訟法之規定，也就是毋需透過檢察總長，即可提起非常上訴，是協助本號解釋之當事人卸下一份可能之障礙。不過，如此見解同時也意味著，並非所有非原因案件當事人依據釋憲結果，當然能獲得救濟，甚至是並非當然能獲得檢察總長青睞提起非常上訴之救濟。

217 必須強調的是，在憲訴法第62條第1項之規定下，原因案件若釋憲成功，將被廢棄發回管轄法院，因而毋需經過檢察總長，故無此問題。

218 相關訊息請參見：監察院網站，https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=531&s=14963（最後瀏覽日：2021年5月1日）。

219 參司法院釋字第752號解釋理由書第9段。

（二）管轄法院變革後，個案救濟不宜再由任何機制進行篩選

具體而言，大法官是否會於個案中做出類似司法院釋字第752號解釋作為，對於釋憲聲請人而言，是無法強求者，因而為使釋憲效力溯及能落實之關鍵，還在於刑事訴訟法之非常上訴程序設計本身，當釋憲制度展開新頁的時候，作為落實釋憲結果之非常上訴機制，究竟應如何改進方能與時俱進？是屬當下重要課題，而從落實釋憲溯及效力之角度看，目前如同一般違法情形，由檢察總長職司釋憲後救濟之制度設計，可能有檢討廢止必要。

1. 從管轄法院之角度看

首先，於釋憲效力全面溯及後，一個不宜再由檢察總長擔任聲請非常上訴角色簡單理由，係在於如前述因案件量之故，即大量非原因案件湧入，應由下級法院而非最高法院擔任管轄法院的話，則即使仍由檢方代表國家篩選案件，負責之機關也似應改由各個下級檢察署，而非最高檢察署檢察總長。

2. 從案件性質之角度看

其次，從制度設計之初的情形看，我國目前刑事非常救濟制度，無論是非常上訴或再審，在設計之初，釋憲制度尚未出現，更遑論有任何釋憲制度蓬勃發展想像，因而於釋憲功能發揮後，刑事非常救濟制度自然有配合調整必要性。從理論上看，特定規範違憲與違法間，既有本質上有異，特別是於我國目前法制下違憲是由司法院大法官所為之決定，且因釋憲效力溯及所為之救濟，有一定通案性，並非如違法情形是當事人為個案救濟不得不然舉措，即除不必然有新的法律見解（解釋、判決）出現為救濟之基礎外，同時每每係因再審程序無新事實、新證據，而不得不然之舉²²⁰。因而就有

²²⁰ 當然，對於再審與非常上訴關係也可能是互推皮球的情況，相關問題分析可參見：林鈺雄（註154），頁98-106。

關刑事非常上訴程序設計之問題，在釋憲後救濟之場合，應有不同思維。

3. 從確立釋憲門檻規範之角度看

最後，從實務運作之角度，特別是從人民訴訟權保障之角度觀之，檢察總長作為非常上訴開啟門檻機制之所以必須檢討之另一項理由，是在於現行制度下，到底非常上訴門檻、要件為何？不能獲得有效釐清。如同前段分析，非常上訴之門檻為何？對於當事人是否獲得救濟，有密切關係，但問題是，即便非常上訴門檻非常狹隘，如現行法之情況，只要當事人能掌握其中之內涵，一旦未獲救濟，倒也能心服口服，但當下之問題是，由於對檢察總長拒絕提起非常上訴之決定，因人民無從進行挑戰、聲請救濟，不免產生疑慮，甚至必須多次嘗試，以掌握最高檢察署之底線。是故，到底什麼是提起非常上訴要件，如審判違背法令之意義，當人民與最高檢察署有不同見解時，應有救濟管道，特別是應讓最高法院對於非常上訴開啟門檻有置喙之權。

舉例言，現行刑事訴訟再審與非常上訴制度最大差異，除一是針對法律違誤之救濟，一是針對事實違誤之救濟外，另一最主要差異是再審不若非常上訴須以檢察總長提出為前提，如此制度設計上之不同，其實導致救濟實效上一項重要歧異，即若再審不被受理，當事人仍有上訴救濟之機會，且最後得由最高法院受理表示意見（刑事訴訟法第415條第1項第3款），而此為現行非常上訴制度所無。是將非常上訴改為受判決人等得逕向法院提起，除如學者言有直接利益外²²¹，同時亦是透過法院體系，對於聲請規範進行監督與統合。

221 王兆鵬，重新思考非常上訴制度，月旦法學雜誌，170期，頁107-114（2009年）。

(三) 如仍欲維持一定篩選機制，應由獨立公正機關從事且對不利決定應有救濟機制

最後，即便是欲保留刑事非常救濟審核門檻機制，從比較法上看，其權力也未必應賦予檢察總長，如有些國家之法制，便是建立嶄新的中立機制，如英國法刑案審查委員會²²²，由一獨立機制負責對刑事確定裁判提起救濟，且人民得對此機制之不提起決定得進行爭訟，如此，以利人民訴訟權保障。

五、管轄法院宜於實務操作上區分規範類型，俾以輕其所輕，重其所重

綜上，雖然如上之建議，刑案釋憲效力全面回溯之後應由非終審之下級法院管轄，而無論採取德國再審模式，抑或是美國定罪後人身保護令救濟模式，看似法院數目相當，然不免亦有其問題，問題關鍵仍在於案件量。按此些下級審法院雖相對於最高法院有較多之人力、物力配置，故似乎可以解決刑案釋憲效力全面溯及後之案件量挑戰，但問題是，除此些法院仍須審理一般救濟程序之案件外，另因釋憲新規範出現後，一定數量非常上訴案件必須重新為事實認定，因而負擔仍重。此時為將有限之司法資源予以合理分配，俾以能輕其所輕，重其所重，此時實務上應如何處理較為妥適？本文以為，由於並非所有法規範違憲失效等之宣告，當然會影響事實認定，所以一個合理做法，或許是從個案所涉刑事相關規範再細分著手。

(一) 為何須再為分類

之所以非常上訴管轄法院改由下級審法院之後，相關釋憲規範仍應分類，並進而異其處理方式，這可再藉由與偵查中羈押審查程

²²² 林超駿，從發動機制著手之非常救濟變革：英國刑案審查委員會之例，臺大法學論叢，44卷1期，頁263-354（2015年）。

序閱卷權建構，有直接密切關係之司法院釋字第737號解釋為例，以為說明：第一，在釋憲效力全面溯及既往後，有些情形之案件量可能真的相當巨大，比如說司法院釋字第737號所處理之偵查中羈押審查程序閱卷權問題，在該號宣告刑事訴訟法原羈押審查程序相關規定違憲後，先前所有被檢察官聲請羈押案件皆受益，故得聲請救濟，如一旦聲請，真的有可能對有限司法資源形成排擠效應；第二，然司法院釋字第737號解釋所宣告羈押審查程序規範違憲即便溯及，因與判決或審理程序無直接關係，故可能對於實體判決結果毫無影響，此時即便爭執對象是羈押裁定，因釋憲時間甚長，即使本案審理程序尚在進行，或本案判決尚未確定，但可能對被告之實益亦屬有限，更遑論其他羈押裁定已確定之當事人²²³；第三，即便是在非上述司法院釋字第737號解釋之場合，其他規範之溯及固可能改變判決結果，但在部分年代久遠案件，特別是人證已不存在，或是物證已然湮滅之情況，可能須視規範性質作不同處理。總之，藉由對刑事規範之類型化，賦予不同規範違憲宣告時相異之溯及效力，進而在個案救濟之事務上，避免葷素不拘，重其所重輕其所輕，將有限之司法資源發揮到最大之效益。

（二）以大法官解釋為例，可能之七種分類

綜上分析，依據憲訴法之規定，雖然所有刑事確定裁判得依據新的釋憲結果開啟救濟程序，但並非意味著所有案件皆必能獲得不同甚至是較佳結果，這主要係因個案不同性質之規範，對確定裁判可能產生不同影響。以下便參酌我國現行刑事訴訟法，上訴三審及非常上訴有關判決違背法令與訴訟程序違背法令之區分，美國於1960年代有關訴訟程序規範之分類²²⁴，以及前述美國最高法院

223 這是指當解釋做成時，釋憲聲請人（被告）或其他案件當事人，可能已不在受羈押狀態。

224 這主要是指以特定訴訟程序規範屬審理程序之規範而言，請參見：*Linkletter*, 381 U.S. at 622, 628.

*Teague v. Lane*乙案中有關刑事規範之區別，從特定刑事規範之變更對於確定裁判影響之角度，區分為七種類型：

1. 裁判所適用實體法變動，且必從有罪改為無罪：司法院釋字第791號解釋

最近司法院大法官宣告刑法通姦罪規定違憲，便屬適例，此時相關確定案件，毋需重新為事實認定，依據卷內事證，即可改判。

2. 裁判所適用實體法變動，且必減輕罪責：司法院釋字第775號等解釋

司法院大法官宣告確定裁判所適用實體規範違憲無效之解釋，可謂是所在多有，諸如司法院釋字第775號解釋等。由於是確定裁判所適用實體規範被宣告違憲無效，此時不涉原事實認定有無違誤，故依據相關卷證，即可改判。

3. 裁判所適用實體法變動，是否有利當事人須重為事實認定：司法院釋字第556號解釋

司法院釋字第556號解釋中有關犯罪組織成員構成要件變更之解釋即是，此時因構成要件變更，特定犯行是否該當新構成要件，似很難想像不重開審理程序，即可逕為認定。

4. 裁判所適用程序法變動，因而尚未確定而有待審理者：司法院釋字第752號等解釋

至於司法院大法官宣告確定裁判所適用程序規範違憲無效之解釋，雖然數量上相對較少，但亦有之，著例便是本文前已提及者，即司法院釋字第752號解釋，該號解釋所宣告原刑事訴訟法第376條限制上訴三審規定部分違憲，是屬確定判決中所適用之程序法。此時，因原限制上訴三審規範違憲失效，對受惠於該號釋憲效力溯及之案件，仍有受三審法院審理之機會，雖然，最終結果未必不同。

5. 裁判前訴訟程序規範變動，是否有利當事人須重為事實認定：司法院釋字第582號解釋

與前述有關審理法院組成之可能違憲宣告相較，有關訴訟程序違憲宣告較為常見者，應是與審理程序有關諸多規定，其中，司法院釋字第582號解釋所處理之交互詰問權、釋字第762號解釋被告審理程序閱卷權以及近例釋字第789號解釋有關性侵害被告在審理中特殊地位等，皆屬之。此時與前者同，即亦屬訴訟程序違憲，但因係審理程序規範被宣告違憲失效，自須依據釋憲後之新程序規範重新為事實認定²²⁵。當然，因僅是訴訟程序規範變動，即便重新審理，結果亦未必如聲請人意。

6. 偵查程序規範變動，是否有利當事人須重為事實認定：司法院釋字第654號解釋

再者，可能重為事實認定之程序規範變動，亦有可能發生在偵查階段。比如說，司法院釋字第654號解釋中，宣告因監聽、錄音辯護人接見羈押被告時交談所獲得之資訊，不得作偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據者，即是。而此等因監聽、錄音所得之證據一旦排除，須重為事實認定，當然，結果未必有所不同。

7. 偵查程序規範變動，但幾無法改變確定實體判決者：司法院釋字第737號解釋

最後，尚有一類型，即審理前程序之相關違憲宣告，如司法院釋字第737號解釋所處理之偵查中羈押審查程序閱卷權問題。此一

225 這種情形，或許是違憲與違法之最大差異所在。如前述，在我國現行實務見解下，除屬於司法院大法官及最高法院所認質變為判決違背法令之少數訴訟程序違背法令情形，一般之訴訟程序違背法令，僅能獲得撤銷訴訟程序之救濟。然在違憲宣告場合即不然了，特別是在違憲立即失效場合，原程序規範已然不在，此時已無撤銷與否之問題，而是應給當事人得依新程序規範而重為審理之機會。

程序因與審理程序有別，特別是本程序之良善與否，與最後判決本身之距離更遠，即便有違憲宣告作為聲請非常上訴之基礎，且甚至得進而更審，但很難想像當然會導致確定判決變動。總之，如從被告在偵查中羈押審查程序之訴訟權保障看，羈押審查程序之閱卷權，當然有其相當重要性，然問題是，如此一違憲宣告於現行法下，得否作為挑戰原確定判決基礎？恐有相當討論空間。

（三）處理方式建議

在上述七種分類中，第一與第二類型是屬受裁判當事人必可受到有利判決情形，故未來新法或應維持類似現今刑事訴訟法第447條第1項規定，賦予法院逕為判決之權力。至於第三至第六種類型，雖牽涉之規範類型不同，但皆有待重新開啟程序審理並再為事實認定後方能確認，情形則相同，也就是需要較為複雜且完整之程序，以為救濟，比如說循一般再審程序予以解決。至於最後一種類型情形，則對裁定或判決皆無法撼動，即無法改變任何結果，此時究應如何為適當之救濟？可能須從立法方式予以解決，比如說參酌英國法之經驗，以程序違法對判決可能產生歐洲人權公約第6條程序保障之違反時，即可撤銷原判決²²⁶；或是當發生該國法所稱程序異常或程序濫用（*procedural irregularity*或*abuse of process*）之情況，而可能使原判決不受信賴（*unsafe*）時，即可撤銷原判決²²⁷。當然，此一問題涉及到更大難題，即是否應提升一般訴訟程序違背法令之地位，不使其遜於判決違背法令？在這議題下，相關問題討論自亦包括上述第五類型審理程序規範變動場合，以問題牽涉較廣，於此便暫且割愛而不論。

226 EMMERSON ET AL., *supra* note 202, at 903-13.

227 PAUL TAYLOR ED., *TAYLOR ON CRIMINAL APPEALS* 108-10 (2d ed. 2012).

總之，改革方向或許是以翻盤可能性，及能否更進一步以改變原判決為判斷要件，從而建構非常上訴程序之通常程序與簡易程序。

六、小結

憲訴法中，將有關刑案釋憲效力及於確定裁判場合，改採以全面溯及為原則，但對於刑訴非常上訴制度並未有所改革，以上嘗試從刑案釋憲效力全面溯及之後，於案件量及質的變動所生之影響，立論非常上訴制度變革之重要性，否則釋憲效力對刑事確定裁判擴張溯及適用之良法美意，恐將難以實現。希望能拋磚引玉，激起各界對此一問題之重視。

伍、結論

如同本文開頭所言，相對於其他與司法違憲審查制度有關之重要議題，釋憲溯及效力問題，相對是受到忽略者，如與外國法相較，無論是與精彩多樣之歐陸法系比較，抑或是與波瀾壯闊美國法相較，當下我國有關釋憲溯及效力相關討論，似有未足。然以溯及效力在司法違憲審查制度與個案救濟間，居於關鍵之橋樑地位，也就是如無釋憲溯及效力，個案救濟不僅枉然，更是空談，而這樣之情況，在特為重視正義實現之刑事案件，更是如此。所以，有關司法違憲審查制度之研究，必須正視釋憲溯及效力之問題。

我國法之釋憲效力法制，在司法院大法官釋字第188號解釋宣示下，基本上自解釋公布之日起發生效力，也就是以向未來發生效力為原則，但在另一方面，大法官同樣自1980年代以來，在數號解釋中，不斷擴充釋憲效力例外溯及範圍，從僅限於人民釋憲聲請人受惠於溯及效力，之後擴張及於解釋作成前所有已合法聲請解釋之

案件當事人。此外，更重要的是，將於2022年1月4日施行之憲訴法中，更對釋憲效力溯及法制做了徹底變革。在釋憲維持以向未來發生效力為原則下，刑事確定案件部分，釋憲溯及效力改採全面溯及，刑事未決案件部分，則以繫屬法院時點而為區分。此種制度上之變革，誠屬令人振奮之事。不過，為使釋憲效力溯及之良法美意得予實踐，特別是能落實於個案救濟，本文以為，有以下幾項問題值得探究。

首先，我國刑案釋憲效力溯及法制可能之問題是，在確定案件部分，從以不溯及既往為原則，到以溯及為原則之法制，除過程未見足夠之討論甚至是辯論外，似乎以為溯及範圍越大者，便屬對人權保障較佳之法制，然如從比較法上看，其實不然。就我國法所取經之歐陸法制看，主要國家中，在採釋憲效力以溯及為原則之法制中，釋憲效力固對刑事確定案件全面溯及既往，但在我國法所採以不溯及為原則之國家中，釋憲效力卻未必對刑事確定裁判全面溯及，足見法制上之多元與歧異；此外，歐陸各國釋憲溯及效力法制更有其體系性，繼受時不宜失之片面，否則便不免衍生新的問題。然或許更重要之借鏡是，從美國法之經驗看，該國法有關刑事確定案件之釋憲效力溯及問題，先是在1960年代初期從以溯及為原則改為以不溯及為原則，而在歷經近三十年演變後，最後採取以程序暨規範區別之折衷溯及模式。美國法此種在溯及與不溯及為原則間擺盪，最終在兩種經驗中，做出折衷協調，有其相當參考價值。是從比較法經驗看，釋憲效力對刑事確定案件是否以溯及為原則，法制上如美國法所提供之第三種模式，值得吾人正視。

其次，憲訴新制雖對刑事確定案件之救濟，有迥異於過往作法，但對未決案件言，卻造成不如現行法之情況，且有不公平救濟之疑慮。按在絕大多數採取以不溯及既往為原則之法制下，皆不免例外溯及，如我國法當下之情形，但問題是，只要有例外溯及，不論大小，就不免有不公平之問題，然令人遺憾的是，這樣不公平救

濟之問題在憲訴法規定下，依然存在。問題關鍵在於憲訴法第53條第1項規定，由於該項規定僅賦予已繫屬法院案件有釋憲新規範之適用，對於其他刑事未決案件，特別是在偵查階段之案件，可能產生不公。本文以為，這基本上恐係因我國法向來忽略釋憲效力對未決案件溯及問題之故，且忽略以不溯及為原則下溯及斷點重要性，從而遂有如此立法，加以同法第52條第1項以及第53條第2項之規定，不僅有不公平救濟之問題，更使得與案發時點與新釋憲結果越近之案件，反無釋憲溯及效力之適用。對此，本文提出兩項解決方案：一是憲訴法第53條第1項規定並不適用至刑事案件，二是學習美、英及德國法，釋憲一般效力改採以溯及既往為原則，當然一旦如此，我國刑事案件釋憲效力等同是全面溯及既往。

最後，就未來將施行之憲訴法下刑事確定案件全面溯及既往法制言，則因忽略刑事非常上訴制度設計，亦可能無法落實個案救濟理想。按當釋憲效力全面溯及時，一方面因案件量蜂擁而至，不得不壓縮有限之司法資源，另一方面亦因案件量大增，凸顯釋憲後個案之救濟，與單純違法救濟之本質不同。是以，為因應新的形勢，我國刑事非常上訴制度應朝以下四方面進行變革。其一，我國目前非常上訴開啟門檻過於狹隘，然可能造成釋憲後確定裁判救濟之情形，並不止於違憲失效宣告，還包括合憲性解釋、規範補充以及變更見解等情形，因而非常上訴門檻，應是以有無新規範出現為據；其二，由於釋憲效力全面溯及之後，不僅案件量增加，同時更凸顯新規範出現後，重新認定事實之可能性與必要性，從而作為非常上訴之管轄法院不應再由終審之最高法院為之，而應由具一定事實認定權限之下級非終審法院為之；其三，當下非常上訴制度之問題，還在於釋憲之篩選、發動機制，除因管轄法院如從最高法院改為下級法院之理由外，更從案件量以及釐清上訴門檻等角度看，不宜再由檢察總長作為聲請機關，而應讓人民直接為之；最後，當下非常上訴制度還須從區分刑事規範之輕重，而重新為架構設計，其中之

重點，是在於救濟之過程能輕其所輕，重其所重，以落實對個案救濟之宗旨！

參考文獻

1. 中文部分

- 王兆鵬（2009），重新思考非常上訴制度，*月旦法學雜誌*，170期，頁98-121。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（2016），*憲法：權力分立*，3版，臺北：新學林。
- 林永謀（2007），*刑事訴訟法釋論*（下冊），臺北：三民。
- 林俊益（2018），*刑事訴訟法概論*（下冊），14版，臺北：新學林。
- 林鈺雄（2013），我國刑事非常救濟制度之漏洞與填補：兼評鄭性澤聲請再審案，*台灣法學雜誌*，223期，頁98-115。
- 林超駿（2015），從發動機制著手之非常救濟變革：英國刑案審查委員會之例，*臺大法學論叢*，44卷1期，頁263-354。
- （2019），終審法院定位與金字塔型訴訟建構，*台灣法學雜誌*，369期，頁85-112。
- 吳信華（2013），二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析III，*台灣法學雜誌*，229期，頁33-56。
- 吳俊毅（2016），德國因新事實或新證據的再審：兼論鑑定人與再審的關係，收於：羅秉成、李榮耕編，*刑事再審與救濟無辜*，頁113-140，臺北：元照。
- 楊雲驊（2013），非常上訴的目的與功能：以最高法院97年度第四次刑事庭決議為中心，*台灣法學雜誌*，229期，頁118-135。

2. 外文部分

- . 1962. Notes and Comments. Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts. *The Yale Law Journal* 71:907-951.

- . 2016. Eighth Amendment – Retroactivity of New Constitutional Rules – Juvenile Sentencing – *Montgomery v. Louisiana*. *Harvard Law Review* 130:377-386.
- Allen, Steven W. 2009. Toward a Unified Theory of Retroactivity. *New York Law School Law Review* 54:105-144.
- Bender, Paul. 1962. The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision: *Mapp v. Ohio*. *University of Pennsylvania Law Review* 110:650-683.
- Berry, William W. III. 2016. Normative Retroactivity. *University Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 19:485-519.
- Beswick, Samuel. 2020. Retroactive Adjudication. *Yale Law Journal* 130:276-365.
- Beytagh, Francis X. 1975. Ten Years of Non-Retroactivity: A Critique and a Proposal. *Virginia Law Review* 61:1557-1625.
- Bohlander, Michael. 2012. *Principles of German Criminal Procedure*. Oxford: Hart.
- Boyron, Sophie. 2011. France. Pp. 115-42 in *How Constitutions Change: A Comparative Study*, edited by Dawn Oliver and Carlo Fusaro. Oxford: Hart.
- Bozzo, Peter. 2019. What We Talk about When We Talk about Retroactivity. *American Journal of Criminal Law* 46:13-75.
- Brewer-Carías, Allan R. 2011. Constitutional Courts' Interference with the Legislator on Existing Legislation. Pp. 73-124 in *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cappelletti, Mauro. 1971. *Judicial Review in the Contemporary World*. Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill.
- Chemerinsky, Erwin. 2012. *Federal Jurisdiction*. 6th ed. New York, NY: Wolters Kluwer.

- De Visser, Maartje. 2014. *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*. Oxford: Hart.
- Drinóczi, Tímea. 2014. Temporal Effects of Decisions of the Hungarian Constitutional Court. Pp. 77-106 in *The Effects of Judicial Decisions in Time*, edited by Patricia Popelier, Sarah Vestraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. Cambridge: Intersentia.
- Emmerson Q.C., Ben, Andrew Ashworth Q.C., and Alison Macdonald. 2012. *Human Rights and Criminal Justice*. 3d ed. London: Sweet & Maxwell.
- Fallon, Richard H. Jr., and Daniel J. Meltzer. 1991. New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies. *Harvard Law Review* 104:1731-1833.
- Fox, Dov, and Alex Stein. 2016. Constitutional Retroactivity in Criminal Procedure. *Washington Law Review* 91:463-514.
- Freedman, Eric. 2021. The Substance of Montgomery Retroactivity: The Definition of States' Supremacy Clause Obligation to Enforce Newly-Recognized Federal Rights in Their Post-conviction Proceedings and Why It Matters. *Ohio State Journal of Criminal Law* 18:101-144.
- Garner, Bryan A., Carlos Bea, Rebecca White Berch, Neil M. Gorsuch, Harris L. Hartz, Nathan L. Hecht, Brett M. Kavanaugh, Alex Kozinski, Sandra L. Lynch, William H. Pryor Jr., Thomas M. Reavley, Jeffrey S. Sutton, and Diane P. Wood. 2016. *The Law of Judicial Precedent*. Eagan, MN: Thomson West.
- Garrett, Brandon L., and Lee Kovarsky. 2013. *Federal Habeas Corpus: Executive Detention and Post-conviction Litigation*. St. Paul, MN: West Academic.
- Geck, Wilhelm Karl. 1966. Judicial Review of Statutes: A Comparative Survey of Present Institutions and Practices. *Cornell Law Review*

51:250-304.

Grunewald, Ralph. 2014. Comparing Injustices: Truth, Justice and the System. *Albany Law Review* 77:1139-1200.

Hammer, Stephen J. 2018. Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 41:409-442.

Hashimoto, Erica J. 2013. Reclaiming the Equitable Heritage of Habeas. *Northwestern University Law Review* 108:139-186.

Hertz, Randy, and James S. Liebman. 2011. *Federal Habeas Corpus Practice and Procedure* Vol. 1. 6th ed. New York, NY: Matthew Bender & Company.

———. 2011. *Federal Habeas Corpus Practice and Procedure* Vol. 2. 6th ed. New York, NY: Matthew Bender & Company.

Heytens, Toby J. 2006. Managing Transitional Moments in Criminal Cases. *The Yale Law Journal* 115:922-994.

Hufen, Friedhelm (2008), The Restriction of the Effects of Judgments in Cases of Ascertainment of Their Unconstitutionality. Bundesministerium der Finanzen.

Juratowitch, Ben. 2008. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford: Hart.

———. 2014. The Temporal Effect of Judgments in the United Kingdom. Pp. 159-179 in *The Effects of Judicial Decisions in Time*, edited by Patricia Popelier, Sarah Vestraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. Cambridge: Intersentia.

Kay, Richard. 2014. Retroactivity and Prospectivity of Judgements in American Law. *The American Journal of Comparative Law* 62:37-67.

Kühn, Zdeněk. 2015. Towards a Sophisticated Theory of Precedent? Prospective and Retrospective Overruling in the Czech Legal

- System. Pp. 143-161 in *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, edited by Eva Steiner. Heidelberg: Springer.
- Lachmayer, Konrad. 2011. Austria. Pp. 251-263 in *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, edited by Allan R. Brewer-Carías. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lasch, Christopher N. 2009. The Future of Teague Retroactivity, or “Redressability,” after *Danforth v. Minnesota*: Why Lower Courts Should Give Retroactive Effect to New Constitutional Rules of Criminal Procedure in Postconviction Proceedings. *American Criminal Law Review* 46:1-72.
- Litman, Leah M. 2018. Legal Innocence and Federal Habeas. *Virginia Law Review* 104:417-495.
- Meyer, Linda M. 1994. “Nothing We Say Matters”: Teague and New Rules. *The University of Chicago Law Review* 61:423-492.
- Miller, François-Xavier. 2014. Temporal Effects of Judicial Decisions in France. Pp. 111-121 in *The Effects of Judicial Decisions in Time*, edited by Patricia Popelier, Sarah Vestraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. Cambridge: Intersentia.
- Mishkin, Paul J. 1965. Foreword: The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law. *Harvard Law Review* 79:56-102.
- Popelier, Patricia, Sarah Vestraelen, Dirk Vanheule, and Beatrix Vanlerberghe. 2014. The Effect of Judicial Decisions in Time: Comparative Notes. Pp. 1-13 in *The Effects of Judicial Decisions in Time*, edited by Patricia Popelier, Sarah Vestraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. Cambridge: Intersentia.
- Powe, Lucas A. Jr. 2001. *The Warren Court and American Politics*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Roosevelt, Kermit III. 1999. A Little Theory is a Dangerous Thing: The

- Myth of Adjudicative Retroactivity. *Connecticut Law Review* 31:1075-1137.
- Schwartz, Herman. 1966. Retroactivity, Reliability, and Due Process: A Reply to Professor Mishkin. *The University of Chicago Law Review* 33:719-768.
- von Staden, Andrea. 2018. *Strategies of Compliance with the European Court of Human Rights: Rational Choice Within Normative Constraints*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press.
- Steiner, Eva. 2015. Judicial Rulings with Prospective Effect—from Comparison to Systematisation. Pp. 1-23 in *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, edited by Eva Steiner. Heidelberg: Springer.
- Stelzer, Manfred. 2014. Pro Futuro and Retroactive Effects of Rescissory Judgments in Austria. Pp. 63-75 in *The Effects of Judicial Decisions in Time*, edited by Patricia Popelier, Sarah Vestraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. Cambridge: Intersentia.
- Taylor, Paul, ed. 2012. *Taylor on Criminal Appeals*. 2d ed. Oxford: Oxford University Press.
- Treanor, William Michael, and Gene B. Sperling. 1993. Prospective Overruling and the Revival of “Unconstitutional” Statute. *Columbia Law Review* 93:1902-1955.
- Vázquez, Carlos M., and Stephen I. Valdeck. 2017. The Constitutional Right to Collateral Post-Conviction Review. *Virginia Law Review* 103:905-962.
- Verstraelen, Sarah. 2013. The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity. *German Law Journal* 14:1687-1730.
- . 2014. The Interplay of Temporal Effects of Judicial Decisions within the Belgian Legal Order. Pp. 37-54 in *The Effects of Judicial*

Decisions in Time, edited by Patricia Popelier, Sarah Vestraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. Cambridge: Intersentia.

Yackle, Larry W. 1996. Federal Evidentiary Hearings Under the New Habeas Corpus Statute. *Boston University Public Interest Law Journal* 6:135-151.

Zarrow, Jason M., and William H. Milliken. 2015. The Retroactivity of Substantive Rules to Cases on Collateral Review and the AEDPA, with a Special Focus on *Miller v. Alabama*. *Indiana Law Review* 48:931-994.

Retroactive Effects of Constitutional Interpretation in Criminal Cases

*Frederick Chao-Chun Lin**

Abstract

The challenging issues of temporal effects of constitutional interpretation in Taiwan have been neglected ever since it was appeared in the caseload of the Grand Justices in the early 1980s. Very regrettably, this situation will continue to exist in the newly enacted Constitutional Court Procedure Act. There are at least three problems with the system of the temporal effects brought out by this Act. Firstly, the Article 53 II, which makes a 180-degree turn and entitles any defendant with the right to reopen a final criminal judgment according to a new constitutional interpretation, ignoring the reality that there is no consensus regarding the issues of retroactivity of laws. In particular, it fails to understand that any approach of the temporal effects has its own merits and demerits. Furthermore, this regulation also fails to understand that there is a third choice of the system of temporal effects of constitutional interpretation, i.e.: the US system of retroactivity of laws. Secondly, through Article 53 I, which maintains the principle of non-retroactivity, with Article 52 I and Article 53 II, the newly enacted Constitutional Procedure Act establishes a unique but bizarre system in terms of comparative law. This system not only produces the outcome of inequity among pending cases but also makes the situation of some pending cases, those in the investigation phase, worse than the final judgements. What's worse, this situation will continue to exist after the enactment of the new law. Thirdly, most importantly, besides expanding the scope of retroactivity,

* Professor, Department of Law, National Taipei University.
E-mail: fredcc.lin@msa.hinet.net.

to consolidate the fruits of expanding retroactive application of new rules, we are required to modify the current post-conviction procedure in Taiwan. This is simply because the new Article 53 II of the Constitutional Court Procedure Act would not only increase the caseload for seeking the post-conviction reliefs but add huge burdens to the system of the post-conviction review. Therefore, we will need a new system of post-conviction procedure in Taiwan.

KEYWORDS: temporal effects of constitutional interpretation, retroactivity, post-conviction procedure, reliefs for criminal final judgments, the hierarchy of criminal norms.