

司法院大法官110年度學術研討會

刑事審判(實體法部分)與裁判憲法 審查-事實審部分與談報告

與談人:洪于智

110.12.04

壹 前言

貳 事實審法院可能受憲法審查之判決

參 以攜帶兇器竊盜罪為例說明法律明確性之審查

肆 以司法院釋字為例，表達事實審法院關於憲法法庭就制裁規範之違憲宣告，可能遭遇之問題

伍 總結

壹、前言

- 憲法訴訟法新增裁判憲法審查制度，憲法法庭得審查法院裁判之合憲性。就事實審法官而言，除原本得上訴第三審之案件，可能受到最高法院之第三審上訴程序審查外，人民對於已用盡審級救濟程序，所受不利確定終局判決，有另一特殊法律救濟程序。此一基本權保障實踐制度，使事實審法官除傳統刑法(實體法)釋譯外，必須留意基本權價值，尤其刑事審判，更應在個案中，尋求合憲方法來解釋並適用法律。
- 報告人薛教授說明刑法適用憲法解釋之憲法界限三大原則：罪刑法定原則、罪責原則與比例原則，並輔以各類案例之說明，給予事實審法官一個方向，就我個人而言，獲益甚多。惟因篇幅及時間限制，無法逐一回應，僅提出三點，表達個人意見。
 - 事實審法院可能受憲法審查之判決。
 - 以攜帶兇器竊盜罪為例，說明法律明確性之審查。
 - 以司法院釋字脈絡觀察，就憲法法庭關於制裁規範違憲宣告，事實審法院可能遭遇之問題。

貳、事實審法院可能受憲法 審查之判決

憲法訴訟法§59 I

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

- 一、不得上訴第三審之有罪判決(刑訴376 I)
- 二、上訴第三審後，經最高法院以上訴不合法駁回上訴之第二審有罪判決(?)

108台上673

法令頒布，國民有知法且負諮詢義務，是否可避免，行為人固有類如民法上善良管理人之注意義務。而違反社會性之自然犯，其違反性普遍皆知，雖非無法避免，惟毒品危害防制條例第2條第3項所規定「前項毒品之分級及品項，由法務部會同行政院衛生署組成審議委員會，每3個月定期檢討，報由行政院公告調整、增減之，並送請立法院查照。」係以法律授權由行政機關以行政規章或命令，變更可罰性範圍，固非屬法律變更。然此類行政規章或命令之公告，究非如法律具備須經立法院通過，總統公布，而除有規定施行日期者外，自公布或發布之日起算至第3日起發生效力（參照中央法規標準法第4、12、13條）等程序，而得由媒體宣導，使國民得以預見及有相當之準備期間。是填補空白刑法之行政規章或命令，苟無一定之公聽程序或宣導期，尤以變更毒品處罰範圍公告之品項，多係化學類專有名詞，實難期待國民於公告後立即知悉。從而，有關毒品分級及品項之行政規章或命令之公告，既已影響違法性認識範圍，苟行為人於公告後之相當接近時間內違反，即須有相當之理由，始得認具違法性認識。

▲
最高法院自己表示之見解，
可受憲法審查

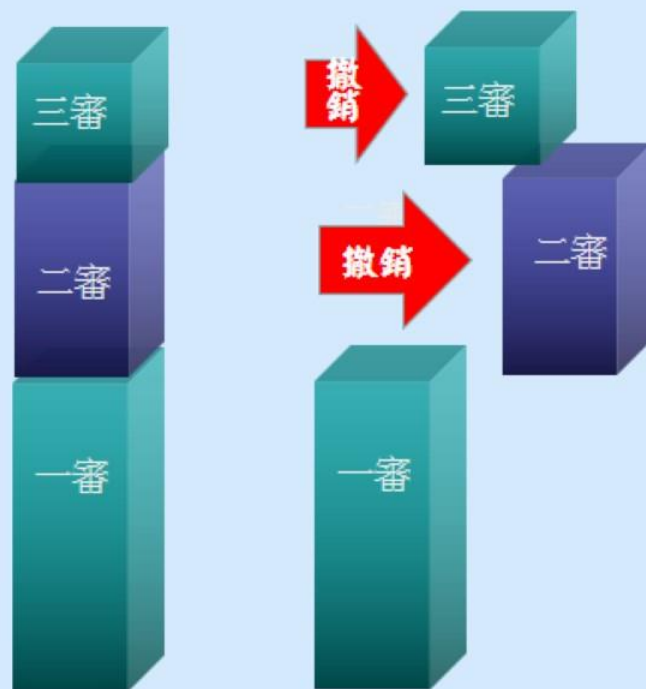
109台上5099

有關上訴人係基於侮辱中華民國而焚燒中華民國國旗，所為如何不受憲法言論自由保障，原判決係以上訴人公開宣示要推倒中華民國體制，建立臺灣國，雖非法所禁止，然並非必須以焚燒國旗之方式始能宣示其政治理念；上訴人在公共場合且有群眾聚集情形下，不顧在場員警警告，強行焚燒國旗，於警員試圖滅火並搶救燃燒中之國旗時又強力阻擋，所實施之強暴手段，超越和平表達訴求之界線而不具必要性與合理性等語...已敘明上訴人所為如何合於刑法第160條所定之要件，並已逾越憲法保障之言論自由之程度。

▲
引述原審判決見解，若僅止於此，
並認上訴不合法，應係第二審
判決之法律解釋及適用受憲法審
查

以刑訴395駁回上訴之判決，實務上稱為程序判決，就第三審判決未示法律意見所引述第二審判決所解釋及適用之實體法有牴觸憲法者，應受憲法法庭審查之判決，似應屬第二審判決所為之解釋。(但究不得以經§395駁回上訴案件，均係以第二審判決為憲法法庭審查對象)。

倘實質上受審查者，為第二審判決對法規範所為解釋，因憲法訴訟法並無如刑訴426Ⅲ所規定在第三審確定之案件，再審管轄法院為第二審法院，且依憲法訴訟法59之規定，形式上應以第三審判決為對象提起憲法審查，所以憲法法庭在刑事訴訟法審級架構上，係將第三、二審判一併撤銷(直接發回第二審?)，或係撤銷第三審判決後由第三審自為判決或撤銷第二審判決，以回復第二審程序，即待賴日後憲法法庭裁判結果來觀察。



事實審法院除就法規範為合憲初步檢驗外，更應以憲法價值解釋適用

法院適用合憲之法規範作裁判，應留意憲法價值及基本權之意義，以薛教授報告內容所舉之例，倘就洗錢罪對於洗錢防制法第2條所定特定之罪、酒醉駕駛公共危險罪對於於酒測值超標、金融刑法加重處罰條件之一億元，均應有所預見，而屬主觀不法構成要件要素，然法院解釋為客觀處罰條件，即屬欠缺主觀構成要件要素之非犯罪行為，若仍處以刑罰時，即屬違反了憲法原則之罪責原則，而有違憲之虞。蓋裁判憲法審查制度，旨在審查裁判在解釋法律或適用法律時，是否忽略基本權利之重要意義，或誤認或違反通常情況下所理解之憲法價值，故而判決所適用之法規範不違憲，判決仍有可能因上開情事之誤認而違憲。

第59條第1項有關「依法定程序用盡審級救濟」能否限縮解釋？

- 一、審級救濟之上訴能否成立，須符合形式要件後，上訴審始能審理實體內容。
- 二、則依法定程序用盡審級救濟程序之條件，能否限縮解釋，亦即要求不只是形式上完成審級上訴程序，更須就該實體法規範之解釋及適用有違憲之虞作為爭點抗辯，為上訴審法院所不採，始符合上開提起憲法審查要件。如此，即可避開終審判決內容無實體法可審之窘境。
- 三、否則，即有可能在被告未敘明上訴理由，或未具體指摘原判決有何違背法令之處，使第三審無從審查第二審判決實體內容，而從程序上駁回上訴時，憲法法庭需以非終審判決之裁判內容為審查對象。

參、以攜帶兇器竊盜罪為例說 明法律明確性之審查

一、明確性原則之審查

帶有強烈干預基本權之刑法，因具一般預防作用，在罪刑法定原則之下，即須符合明確性原則之要求。而法條文義是否符合明確性，釋432號解釋確認了「意義非難以理解」、「為受規範者所得預見」、「可經由司法審查加以確認」三要件，雖可成為事實審法官審查刑事實體法是否符合明確性之要件，但是涵義為何，尚有一些操作空間。

從大法官解釋脈絡觀察，如何解釋 法律規定之意義非難以理解

- ❖ 依下列標準歸納，事審法官似應以一般人(受規範者)可以理解、預見標準來判斷法律是否符合明確性



522
680

594
799

777

792

799:自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見

解釋理由書係依此指出駕駛人故意、過失肇事部分無不明確

以下嘗試從刑法文義、最高法院之見解外，如何以明確性原則審查攜帶兇器之要件

(此案例思考尚未成熟，亦未考量是否符合§61 I 所規定之具有憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要之要件，先予澄清)

- 攜帶兇器犯竊盜罪(刑321 I)
- 假設案例：
 - 持取卡針偷手機內sim卡VS. 偷手機
- 取卡針可持之以刺人造成傷害，所以只偷**sim**卡，手機留在原處，可能成立攜帶兇器竊盜？
- 徒手偷手機，回家後再以取卡針取出**sim**卡使用，手機則丟棄不用，成立普通竊盜。

1、「攜帶」、「兇器」，是否符合罪刑法
定(明確性)原則：

「攜帶」：行為前隨身帶取 VS 行為時隨手拾得

「兇器」：可作為攻擊或防衛造成人身危險之器物

實務通說：種類並無限制，客觀上足對人之生命、
身體、安全構成威脅，具有危險性之兇
器均屬之(70台上1616判例之單面尖形
短刀、79台上5253之螺絲起子、74年第
三次刑事庭會議決議之起子、鉗子)

2、以下法規範之解釋及適用，是否合憲？

◆ 兇器範圍

甲、木棒VS.殘枝木條(是否限於器械)

92台非38判決：「木棒」既可砸毀車窗，依一般社會觀念即屬足以對人之生命、身體、安全構成威脅，而具有危險性之器械...所稱之兇器，乃依一般社會觀念足以對人之生命、身體、安全構成威脅，而具有危險性之「器械」而言.....而磚塊、石頭乃自然界之物質，尚難謂為通常之「器械」，從而持磚塊、石頭砸毀他人車窗竊盜部分，尚難論以攜帶兇器竊盜罪。

乙、安全帽、腰帶

3、解釋方法：

客觀說：上述實務界通說。

主觀說：以行為人是否持之作為攻擊、防衛，或有傷害人之生命、健康及安全之意思，來作為判斷依據。

混合說：攜帶之器械，除客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器，尚須行為人主觀上有使用之意思。

4、依一般人得以理解之方式解釋

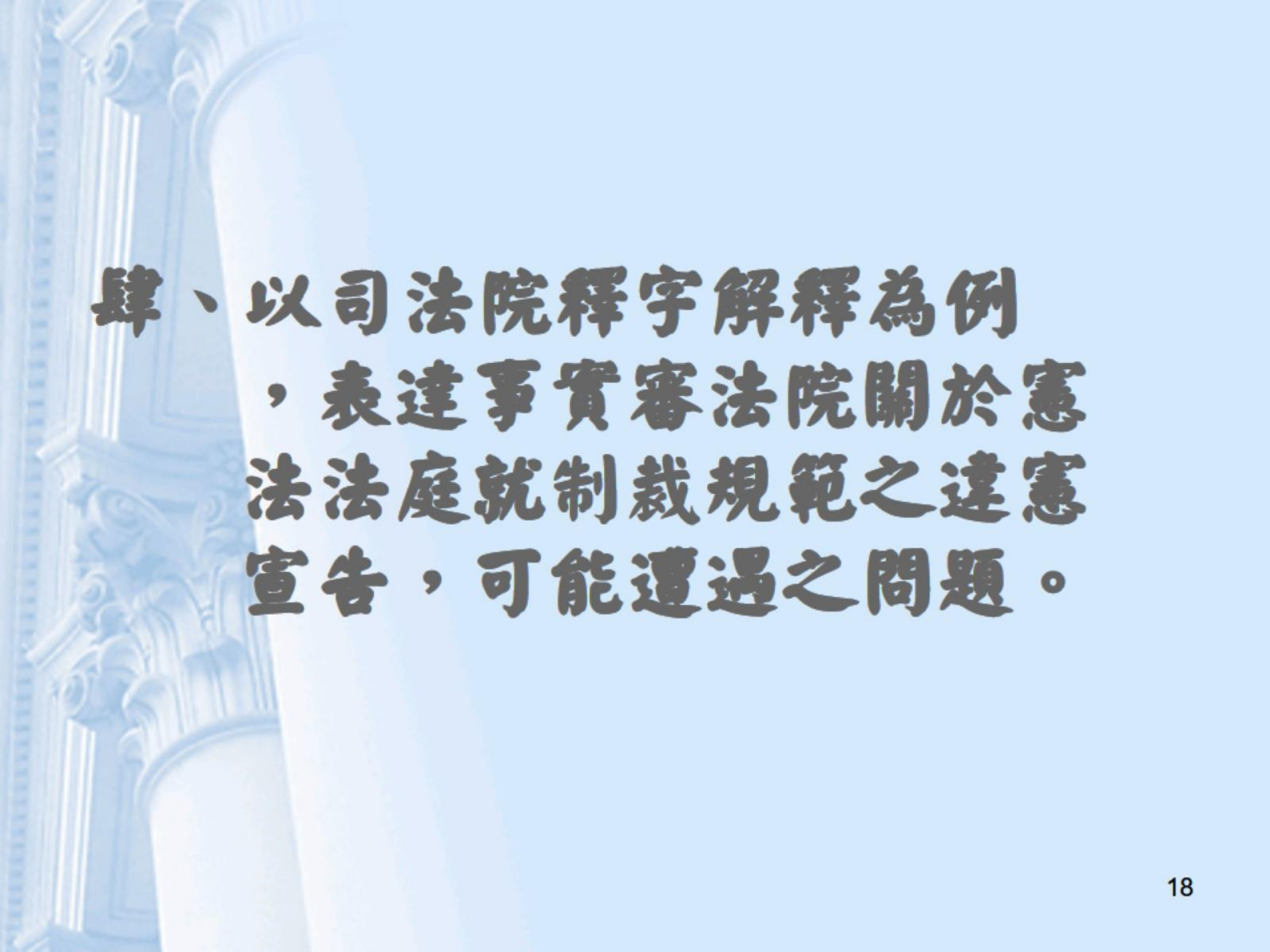
- 1、主觀說易逾越文義解釋範圍，產生人民對於何種物品係受規範物品無法預見之危險，亦即依一般社會經驗，無法評價為兇器之工具，應先排除，例如前舉之安全帽，雖有可能持為攻擊或抵抗之器具，亦不應論以兇器。縱行為人主觀上有認識到攜帶者為危險物品並欲加以使用，亦不應論以攜帶兇器。
- 2、客觀說忽略了個案事實差異，且排除刑罰加重條件的主觀認識，有擴大刑罰範圍之危險，例如執行巡邏職務的員警（隨身攜帶配置之警槍），因口渴進入便利商店買水，見櫃上奶茶，臨時起意順手了一罐，結果這個依職務規定須攜帶槍枝的規定，形成了無使用槍枝意思之該警員從普通竊盜轉換成加重竊盜。另外，小到轉眼鏡螺絲的螺絲起子、6或7公分的圓形無銳角板手、或本件所舉之取卡針，在採客觀說時，都有可能評價為兇器。
- 3、採混合說，在個案上留有法官個別判斷的餘地及權限，（或者是採用釋字777、799號解釋之標準，依其文義及刑法體系整體關聯性，加入刑法第13條主觀意識，限縮該加重條件成立之範圍）

5、小結

- 憲法上法律明確性要求，在禁止刑法上不利之類推適用，立法者為保護某特定法益時，決定以何種文義來描述行為規範，法院對此應無置喙餘地，縱使看似應加以懲罰之行為，倘須以逾越刑法規範可理解文義解釋，才能加以論罪，法院仍應克制自以為是的正義感，而為無罪判決，亦即，法院應嚴守與立法權的界限。
- 立法者在擇定攜兇器竊盜這個構成要件時，就被害人人身安全法益之保護，應無意將身懷物品(器械)之行為人都納入此範圍，否則許多生活必要，但無持為攻擊或防衛意思之行為人，都可能受此加重條款的威脅。而以§321 I 既係§320 I II 普通竊盜、竊佔之加重條件，當對於行為之評價不該當於加重條件時，即應回歸普通竊盜。

個人觀察大法官進行刑事法規範違憲審查時，曾以形式上合憲審查(明確性原則、法律保留原則)、基本權種類、正當性(目的)、必要性(手段)、妥當性(限制)等方向為之。倘符合罪刑法定原則時，似可通過形式上合憲性審查。

以罪刑法定原則標準，攜帶及兇器之文字，為一般人所可預見，並達預防功能。以上個人推論所採取的混合說，在明確性原則下，對於構成要件採目的性解釋，限縮構成要件的適用範圍，解釋上雖然沒有加入憲法價值，如同薛教授文中所述，法官運用刑法上釋義學概念限縮犯罪成立，並非憲法上自始不被許可，亦可達到合憲性解釋的目的。



**肆、以司法院釋字解釋為例
，表達事實審法院關於憲
法法庭就制裁規範之違憲
宣告，可能遭遇之問題。**

一、判決宣告確定終局判決適用之法規範違憲失效之情形

判決宣告確定終局判決適用之法規範違憲失效之情形

- 1、立即失效(§52)
- 2、溯及失效(§52但書)
- 3、定期失效(§52但書)

法規範違憲失效與法院審理案件應適用之法規

- 1、立即失效: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(§53 I)
- 2、溯及失效:類推適用§53 I
- 3、定期失效
 - A. 除主文另有諭知外，於期限屆至前，各法院審理案件，仍應適用該法規範(§54 I 本文)
 - B. 期限屆至前，審理原因案件之法院應依判決宣告法規範違憲之意旨為裁判(§64 I 本文)

三、應立即依裁判意旨為判決，不得適用經宣告違憲法規範之法院

- 1、法規範立即失效時，所有法院。
- 2、法規範定期失效時，經發回之審理原因案件法院。

四、違憲之法規範係行為規範

- 無論是法規範立即失效後之各法院，或法規範定期失效宣告後之審理原因案件法院，均可依判決意旨宣告法規範違憲範圍，拒絕或限縮適用該法規範。
- Ex. 以釋字630解釋為例，假設釋字630解釋為憲法裁判，第二審法院判決認刑法329準強盜罪條文之文字，並無如同法328將強暴脅迫程度達於不能抗拒作為構成要件要素之一，而解釋成犯竊盜罪後之施強暴行為，無須達於不能抗拒，即該當準強盜罪，該判決上訴第三審，經最高法院駁回上訴。嗣經憲法法庭宣告該確定終局裁判違憲，廢棄並發回管轄法院，雖未就刑法329違憲宣告，然以合憲性解釋原則，將該罪限縮在強暴脅迫行為須達於使人難以抗拒程度。此時管轄法院得以依裁判意旨為裁判。

五、違憲之法規範係制裁規範

1、定期失效之宣告，審理原因案件法院，應依裁判主文之諭知，或裁判理由之說明為裁判

A、法院科處刑罰之制裁規範，乃法院裁量「刑」之法規範，一旦有違比例原則經宣告違憲，於法規範修正前，即失其裁量依據。

B、制裁規範經宣告定期失效，審理原因案件之法院，不待修法，即不得適用經宣告違憲之規定，有別於其他各法院仍應適用該經違憲宣告之法規範，目的在保障聲請人之權益，以及獎勵其在憲法上之貢獻。

C、科處刑罰之依據已失所附麗情形下，憲法法庭倘已依§64 I 但書，在主文另為諭知替代處分(或於判決理由說明替代方法)，即係法院判決裁量之依據。如主文或理由均無替代處分之諭知或說明，即有可能產生爭議，個人認為宜類推適用刑法§66前段一般性的減刑規定，也就是「有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一」。(有不同意見)。

D、此例外規定，使同為裁判前已繫屬法院之各別案件，於裁判後，產生適用法規差異，形成另種違反平等原則現象，故§54 I 但書設有平衡規定，使審理原因案件法院以外其他法院，審酌人權保障及公共利益均衡維護，必要時依職權或依聲請裁定停止訴訟程序。

E、惟依釋字777號解釋之經驗：本解釋關於刑法第185條之4肇事逃逸罪之制裁規範部分，理由書有說明「相關機關基於本解釋意旨修正102年系爭規定前，各級法院對駕駛人於事故之發生有故意或過失而逃逸，且無情節輕微個案顯然過苛之情形者，仍應依法審判」，足見大法官有要求個案情節輕微顯然過苛情形，應待法律修正後再適用新法裁判。然實務上，從108年5月31日解釋公布日起，至110年5月28日新法公布止，裁定停止訴訟者僅有少數個案，於憲法訴訟法施行後，能否一夕改變法院審理案件之模式，立即審酌人權保障及公共利益均衡維護而停止訴訟之裁定，有待實務驗證。惟既有個案上不及予被告適用新法審判之可能，倘憲法法庭得以§54 I 所定之模式，於主文另為諭知處分方式，使法院有原則性之遵循標準，更易使各案之審理，立於相同天平上。

2、立即失效宣告者，各法院可依憲法
法庭裁判理由內之說明內容為判決。

A、§53 I 宣告法規範立即失效之規定，並無類似
§54 I 「另有諭知」之規定，應適用裁判意旨之
各法院，個人認為宜類推適用刑法§66前段一般
性的減刑規定(同前，有不同意見)

B、建議憲法法庭關於制裁規範之違憲宣告，能於
理由說明替代裁量之方法，否則各法院各本其確
信之法律見解為裁判，恐將形成個案間之差異，
形成另類違反平等原則之判決。

總結

模仿前案判決、查閱最高法院終審之見解，為部分事實審法官之作法。晚近因法律頻繁的修正，及司法院大法官關於刑事法之解釋，為公平審判，使事實審法官直接適用大法官解釋為判決依據，無形中已使事實審法官注意實體法與憲法間的問題。在憲法訴訟法施行後，事實審法官除留意最高法院大法庭的統一見解外，更應保有憲法意識，對於裁判所適用之法規範，以憲法價值為最高審查標準，並立於基本權利之重要意義來解釋及適用法律。

--- Thank You! ---
敬請指教

