



法庭之友意見書

案號：112年度憲民字第384號

法庭之友 姓名或名稱：林佳和

（人民、機關或團體） 身分證明文件字號：

住(居)所、所在地、事務所或營業所：

電話： 傳真：

電子郵件位址：

送達代收人：

送達處所：

聲請人 甲

1 為（憲法訴訟類型）提出法庭之友意見事：

2 應揭露事項

3 法庭之友意見書由聲請人林佳和（國立政治大學法學院副教授）撰寫
4 並提出，與案件當事人、關係人或其代理人並無任何分工或合作關
5 係，亦無任何金錢報酬或資助關係，就法庭之友身分與案件之關係而
6 言，亦無具法律上利害關係、感情上關聯性，併予說明。

7

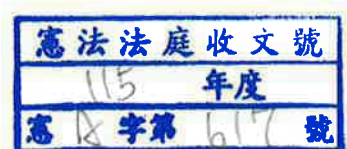
8 支持一方當事人之立場

9 聲請人甲提起之系爭裁定與系爭規定三的裁判暨法規範憲法審查為有
10 理由

11

12 主張

13 臺灣士林地方法院111年度聲判字第37號刑事裁定違憲，刑法施行法第



1 8條之1前段（系爭規定三）違憲

2

3

理由之摘要

- 4 1. 罪刑法定原則，針對犯行的追訴，規範性拘束上只說「何時開始」，
5 並未提及「可以多久」，是以，不論是延長或甚至刪除追訴權時效，
6 進而適用於修法前已開始進行起算之犯行，都沒有抵觸罪刑法定與
7 禁止溯及既往原則。追訴權時效，首先作為程序之法，即便是帶有
8 實體法影響與效果之程序法制度，然犯罪行為之構成要件該當、不
9 法性與罪責，一樣繼續存在，不受影響，追訴權時效本身，不構成
10 立法者以適當方式進一步形成，卻構成進行追訴犯罪本身之障礙。
- 11 2. 本於憲法法治國原則的要求，追訴權時效作為一程序法上的制度，
12 雖然帶有實體法之性質或影響，但在兼顧法的安定性、信賴保護、
13 個案正義，以及比例原則等之拘束下，得透過立法者進一步利益衡
14 量加以形成，憲法並未要求只能獨厚於犯罪行為人。
- 15 3. 在法治國罪刑法定原則誡命下，關鍵在於「必須有行為時之法律明
16 確規定其可罰性」，亦即有關犯罪行為的實體法內涵，這個憲法原
17 則並未真的觸及程序法面向，不能理解為同樣拘束程序法內容的變
18 更形成。刑事法所謂從新從輕原則，在追訴權時效的問題上，無法
19 理解為只能從實體之舊法，沒有從程序之新法的餘地。
- 20 4. 借鏡轉型正義之法的經驗，特別是由法院發展出所謂「有利於人權
21 的解釋方法」，追訴權時效，至少對國際刑事法院眼中之「核心犯
22 行」，並不適用。而針對其他犯行，如德國立法者之例，亦常見再
23 修法延長或甚至廢除追訴權時效作法，並未有如系爭規定三之內容。
- 24 5. 不論轉型正義之法，於民主化後試圖追究威權統治時期之加害人，
25 抑或類似本案之被害人成年後，意圖追究幼年時遭受性侵害之犯行，
26 都可能受阻於追訴權時效業已完成，使「有效追訴」淪為空談，來
27 自於特定而呈現結構性之主客觀原因－前者在於不可期待威權國家

- 1 追究自己的體系性犯行，後者在於不可期待被害人於幼年後即滿足
2 得以揭露追訴之條件，兩者極具可類比性。
- 3 6. 針對特殊且重大犯行，不論是威權統治時期國家體系性不法，乃至
4 於攸關本案之兒少犯行，國際經驗（如智利）顯示，應禁止「被視
5 為嚴重違法之罪行，得以免除刑事責任」，不論是藉由赦免手段或
6 法定追訴權時效完成等其他障礙。國家應「對於本身犯有或令人犯
7 有嚴重破壞人權公約行為之人，處以有效之刑事制裁」，解釋上，
8 應得類比並適用於特定的兒少犯行，「有效制裁」作為對國家刑罰
9 權之必要誡命，不應以追訴權時效作為障礙。
- 10 7. 修正後《刑法》第 80 條是否違憲，核心關鍵應在於：「得否進行有
11 效之刑事追訴？」。特別針對如被害人為兒少之特殊且重大犯行，
12 在追訴權時效制度的看待與適用上，由憲法角度出發，「必須得以
13 有效進行訴追」方屬關鍵，未必在於「應區別被害人之年齡，而應
14 與如成年人做不同之追訴權時效設計」。
- 15 8. 面對修正後《刑法》第 80 條，無法得出一必然的結論，說只要沒
16 有本於被害人之差異而區別不同時效期間，就違反平等原則。在基
17 本權的適用上，平等原則的檢驗順序必須在後，應先審視主基本權、
18 首要的憲法拘束與誡命，而非不顧或忽視後者，直接斷以「因不等
19 者卻等之而涉及違憲」。本案關鍵，從憲法角度言之，在於必須確
20 保有效追訴之可能性，並非須以被害人之年齡而做區別。
- 21 9. 系爭規定三《刑法施行法》第 8 條之 1 前段，錯認追訴權時效性質
22 上作為作為程序法制度，即便帶有實體法影響，但不應適用「實體
23 從舊、從對行為人最有利」原則，而是程序重新，應適用修法後之
24 新時效，無涉罪刑法定原則與禁止溯及既往，對立法者所為相當利
25 益衡量之《刑法》第 80 條規定，已作成違憲之詮釋，將之限縮為
26 「僅得對行為人有利」之唯一結果，非母法所繫之追訴權時效制度
27 的正確理解，應屬違憲，法院不受其拘束。

1 10.如認《刑法施行法》第8條之1前段並不違憲，則系爭裁定亦已對
2 被害人之基本權，以極為特殊之方式構成違憲的侵害，亦即，法院
3 對於法律之解釋及在個案上之適用，因錯誤地理解追訴權時效制度，
4 而造成以特殊方式侵害被害人基本權，同時產生有礙國家刑罰權正
5 當行使之違憲結果。

6

7 理由

8 查鈞庭提出之爭點題綱如下：

9 （一）刑事追訴權時效制度規範目的為何？督促國家機關及時追訴犯
10 罪，是否亦為規範目的之一？

11 （二）系爭規定一、二關於性侵害、性剝削犯罪之訴追，未考量被害
12 人為未成年人與成年人申訴犯罪能力的差異，均設定相同之追
13 訴權時效期間，是否對未成年被害人請求司法機關追訴加害人
14 之憲法上權利造成限制？如果造成限制，是否違憲？

15 （三）承上，若屬違憲，則立法者為除去違憲狀態所為之修法，是否
16 應受法律不溯及既往原則之限制

17

18 本意見書以為，系爭規定三，《刑法施行法》第8條之1前段：「於
19 中華民國九十四年一月七日刑法修正施行前，其追訴權或行刑權時效
20 已進行而未完成者，比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之規
21 定」，係聲請人甲所據聲請之原因案件上，確定終局裁定是否涉及違
22 憲的關鍵，蓋該原因案件之行為時點為94年1月7日前，依系爭規定一
23 （24年1月1日公布之《刑法》第80條），於聲請人甲提起告訴、自訴時，
24 均已逾20年而致追訴權時效完成，但如得適用系爭規定二（94年1月7
25 日《刑法》修正施行後之第80條），則提起告訴、自訴之時點尚未逾
26 30年，則就聲請人甲而言，必然有截然不同的結果。然系爭規定三，
27 直接明定「在修正後《刑法》第80條之不同追訴權時效下（聲請案件

1 無涉行刑權時效)，對於時效已進行而未完成者，逕使之適用最有利
2 於行為人，換言之，適用修正前舊法較短時效之規定。系爭規定三之
3 規範內容，清楚指明下列兩點：

4 - 首先，追訴權時效已進行而未完成者，仍令之排除新法新的、較長
5 之時效規定。性質上，無非將追訴權時效視為實體法規範，而適用
6 有利於行為人之「從舊從輕原則」，不視之為應適用新法之程序法
7 性質，所謂程序從新原則。

8 - 再次，本於系爭規定三，追訴權時效已進行而未完成者，既令之適
9 用舊法，最有利於行為人之規定，舉輕明重之當然解釋下，則已完
10 成追訴權時效者，則當無任何「重啟」空間，不可能有適用新法的
11 餘地，否則將可能構成違憲之溯及既往－想像中廣義的立法者應作
12 如是觀。

13

14 系爭規定三指涉之前述兩點，應是本案憲法審查之關鍵所在，不
15 論是法規範，抑或裁判之違憲審查。在鈞庭提出之爭點題綱中：

16 - 題綱（一）雖重要，但與聲請案件較有距離，毋寧適合回答類似
17 「追訴權時效是否應全然刪除？」，偏向包括訴訟經濟、督促偵查
18 義務之履行、有利於舉證與有效追訴等重要價值的選擇，這些當為
19 追訴權時效制度之功能期待；

20 - 題綱（二）當值得討論，但一方面偏向法政策的思考與選擇，「是
21 否應視被害人特殊情狀或犯罪行為之不同實施，而在同一罪名下區
22 別不同之追訴權時效？」，再方面，由系爭規定三的角度看來，其
23 規範內容就足以決定聲請案件之結果，而未必需要以題綱（二）為
24 前提，也較難想像因為法政策之選擇不同，亦即可以理解之「因未
25 區分被害人是否為兒童或未成年人，而設計有不同之追訴權時效，
26 是以違憲」主張，但邏輯上並非必然，至少非如系爭規定三之直接
27 影響。同時，如關鍵應在於「有效追訴之進行」，則區別被害人年

1 齡作「必須」為達成此目標之唯一選擇，否則將違憲？本意見書有
2 較為不同的看法；
3 - 題綱（三）有正確的指涉：溯及既往原則的拘束與否，攸關本案憲
4 法審查，但所言「立法者為除去違憲狀態所為之修法」，只是一種
5 未來法（*de lege ferenda*）之預設，如果著眼於法規範的憲法審查，
6 則焦點仍然在系爭規定三，不論就聲請人甲之原因案件，或就其他
7 聲請人而言，均為如此。

8
9 是以，本意見書將不依序按爭點題綱逐一回答，而是以系爭規定
10 三為焦點，主要仍以聲請人甲之原因案件為直接的指涉範圍，間接地
11 回答相關爭點題綱，當然特別是（三），尚祈理解與見諒。

12
13 一、追訴權時效之性質與形成限制

14
15 如果修法將追訴權時效延長，是否適用於例如修法生效時已開始
16 進行或甚至已完成追訴權時效之犯罪行為？系爭規定三的回答顯然是
17 否定的，由鈞庭提出之爭點題綱間接推測，理由應該是抵觸禁止溯及
18 既往，一個看似不容挑戰與跨越的憲法障礙。

19
20 就此問題，傳統的德國刑法學多數說確實認為：追訴權時效如已
21 屆至，國家的追訴權便「終局性地消滅」，如後之修法能夠適用至此
22 等犯行，形同「直接溯及既往地重新建立其可罰性」，應屬違反德國
23 《基本法》第103條第1項的禁止規定¹。在均衡法的安定性、信賴保護、
24 個案正義，乃至於比例原則之要求下，這項見解向來被普遍支持，其

¹ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5 Aufl., 1996, § 86 I 1; LK/Jähnke, 12 Aufl., 2006, Vor § 78 Rn. 11(11 Aufl.).

1 規範基礎來自於法治國原則的要求²。然而，這項見解遭到越來越多的
2 質疑。

3 - 首先，傳統多數說經常援引的《德國刑法施行法》(EGStGB)第
4 315a 條第 2、3 項，在之前的同條第 1 項，卻同時有例外規定：「在
5 加入聯邦生效前，如根據德意志民主共和國法律對犯罪行為追訴或
6 行刑的時效尚未屆滿，則該時效仍然有效。同樣，如加入聯邦生效
7 前德意志聯邦共和國的刑法也適用於該犯罪行為，則該時效仍然有
8 效。追訴權時效自加入聯邦生效之日起中斷；《刑法》第 78c 條第 3
9 款的規定不受影響」³。透過第 3 句的追訴權時效中斷，便可能出
10 現前述多數說所言之「違憲的溯及既往情形」，然而，不論學說或
11 實務，幾無人質疑或討論這項針對兩德統一前、東德時代實施之犯
12 罪行為的追訴權時效，認有可能觸及違憲之問題。

13 - 更重要的是：就其性質，追訴權時效應為一訴訟上之制度，程序法
14 性質，作為訴訟程序障礙，從德國《基本法》第 103 條第 2 項的文
15 義看來（「行為之處罰，以行為前之法律規定處罰者為限」），換言
16 之，重點在系爭犯行之「可罰性」，而這早在行為時即已確定，其
17 不法與罪責內涵，亦即犯行的實質可罰性，根本不受追訴權時效的
18 影響，本即繼續存在無疑。追訴權時效已完成，並未動搖、改變與
19 消滅犯行的可罰性⁴。當然，可以進行追訴，並不代表行為人之信

² BVerfGE 25, 269 (290, 292); BVerfG NJW 1995, 1145 = BVerfG NStZ 1994, 480.

³ Soweit die Verjährung der Verfolgung oder der Vollstreckung nach dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik bis zum Wirksamwerden des Beitritts nicht eingetreten war, bleibt es dabei. Dies gilt auch, soweit für die Tat vor dem Wirksamwerden des Beitritts auch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland gegolten hat. Die Verfolgungsverjährung gilt als am Tag des Wirksamwerdens des Beitritts unterbrochen; § 78c Abs. 3 des Strafgesetzbuches bleibt unberührt.

⁴ 德國聯邦最高法院、聯邦憲法法院，都有類似的見解：BGH NJW 1952, 271;

1 賴保護完全不存在：根據此一見解，在訴訟中，法院應停止訴訟程
2 序，援引憲法法治國原則而排除對於行為人之公平處罰。

3

4 另一爭論不休的問題是：對一尚未完成追訴權時效的犯行，得否
5 藉由修法，嗣後的延長該追訴期間？亦即本案系爭規定三的直接規範
6 內容之「相反版本」，則是否同樣有違憲法禁止溯及既往原則？從德
7 國《基本法》第103條第2項規定出發，亦即罪刑法定原則，其實帶有
8 兩個關鍵內涵⁵：

- 9 - 首先是國會保留：必須確保，行為的可罰性交給立法者。是以，以
10 類推適用、習慣法上的，或是溯及適用之刑罰權，都應予禁止。
11 - 其次則是明確性要求：任何人必須能預見，何等行為在刑法上是禁
12 止的，以及在違反該禁令之情形下，可能有何等之刑罰加以威嚇。

13

14 如細究德國《基本法》第103條第2項，可以發現：標示著罪刑法
15 定原則，針對犯行的追訴，事實上只說「何時開始」(*von wann an*)，
16 卻沒有提到「可以多久」(*wie lange*)，是以，不論是延長或刪除追訴
17 權時效，並進而適用修法前已開始進行起算之犯行 – 即系爭規定三之
18 相反版本，都沒有抵觸此罪刑法定與禁止溯及原則⁶。追訴權時效，首
19 先作為程序之法 (*primär prozessuales Recht*) ⁷，即便是帶有實體法影

BVerfGE 1, 418 (423)。學說見解：Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben. StGB, 29 Aufl., 2014, Vor § 78 Rn. 3; MünchKommStGB/Mitsch, 2011, § 78 Rn. 1; LK/Jähnke, Vor § 78 Rn. 9。

⁵ SK-StGB/Wolter, 9 Aufl., Band II, 2016, Vor § 78 Rn. 4.

⁶ 相同見解：BVerfGE 25, 269 (286f.); BGHSt 2, 306f.; BGHSt 4, 385; SK-StGB/Wolter, Vor § 78 Rn. 4.

⁷ BVerfGE 25, 286f.

1 響與效果之程序法制度，犯罪行為之構成要件該當、不法性與罪責，
2 一樣繼續存在，本不受影響，追訴權時效本身，不構成立法者持續或
3 嗣後以適當方式形成，反造成進行追訴犯罪之障礙。典型例子如德國
4 《刑法》第140條以下、第257條、第259條以下、第261條、第357條規
5 定，追訴權時效已經完成者，仍不排除其可罰性，即為適例⁸。

6
7 本於憲法法治國原則的要求，追訴權時效作為一程序法上的制度，
8 雖然帶有實體法之性質或至少影響，但在兼顧法的安定性、信賴保護、
9 個案正義，以及比例原則等之拘束下，透過立法者進一步的利益衡量，
10 憲法並未要求只能獨厚於犯罪行為人，易言之，將之理解為只能有利
11 於行為人而適用舊法（如新法是延長追訴權時效），本身就與憲法不
12 合：是以，如下的幾種情形，基本上就合憲，並非違憲：

- 13 - 將尚未完成的追訴權時效，再予延長；
- 14 - 告訴權因被害人死亡而移轉予親屬者，告訴期間至早於被害人死亡
15 後 3 個月，至遲 6 個月完成（德國《刑法》第 78b 條第 4 項）；
- 16 - 依德國《刑法》第 78b 條第 5 項，居留於外國之行為人，因該管刑
17 事追訴機關已向該國提出引渡請求者，追訴權時效自送達時起停止
18 進行，以及同條第 6 項，行為人移轉至國際刑事法院或刑事執行之
19 第三國，至移轉回德國機關或經國際刑事法院或執行之第三國釋放
20 者，追訴權時效均於該等期間內停止進行。
- 21 - 德國《刑法》第 78c 條所規範之所謂追訴權時效中斷
22 （*Unterbrechung*），即針對行為人就「可追訴之期間計算」的利益
23 已經不值得保護之時，規定有得予中斷之情事⁹。

24

⁸ MünchKommStGB/Mitsch, § 78 Rn. 10.

⁹ Roxin, Strafrecht, AT I, 4 Aufl., 2006, § 21 Rn. 7.

1 追訴權時效，與告訴、競合等制度類似，不在於決定特定行為是
2 否具可罰性或其刑度為何，而是針對一已經確認可罰之犯罪行為，在
3 一定的情狀下，例如此處之時效完成，仍能賦予法律效果，重點不在
4 於是否仍存在刑罰制裁之威嚇（這個毋寧是肯定的），而在於是否要
5 進行刑事追訴¹⁰。換言之，雖然無法否認追訴權時效具有實體法之痕
6 跡與影響－學說與本意見書並非主張應根本廢除此制度，但本於其關
7 鍵之程序法性質，理論上不應有、也不會有是否違反罪刑法定原則、
8 涉及違憲之禁止溯及既往的問題，例如藉由立法者的清楚形成¹¹。

9
10 從憲法角度言之，在法治國原則之罪刑法定原則的誠命下，關鍵
11 在於「必須有行為時之法律明確規定其可罰性」，亦即有關犯罪行為
12 的實體法內涵，這個憲法原則並未真的觸及程序法面向，不能理解為
13 同樣拘束程序法內容的變更形成。刑事法所謂從新從輕原則，在追訴
14 權時效的問題上，無法理解為只能從實體之舊法，沒有從程序之新法
15 的餘地。誠然，同樣本於法治國原則，即便人民的信賴不是普遍且絕
16 對，但也確實不能流於恣意與輕忽，任意地棄人民之信賴於不顧－這
17 在系爭規定三之折射反映下將尤其明顯，而是必須與法的安定性、比
18 例原則等為適當的衡量，換言之，在前述的看法下，並非意味著只要
19 涉及程序法，當事人就沒有任何的保護可言，常見的禁止類推適用，
20 就是典型的例子¹²。因此，不少學說已明確通往此結論：

21 - 不論是廢除追訴權時效、擴張其效力，或延長追訴權時效而適用於
22 新法施行前已為之犯罪行為者，都沒有違反罪刑法定原則，也無涉
23 憲法要求之禁止溯及既往的問題，沒有如此之違憲疑慮¹³。

¹⁰ BVerfGE 25, 269 (286f.); SK-StGB/Wolter, Vor § 78 Rn. 6.

¹¹ BGH NStZ-RR 2015, 39; BGH NStZ 2014, 395.

¹² SK-StGB/Wolter, Vor § 78 Rn. 8.

¹³ MünchKommStGB/Mitsch, § 78 Rn. 11; Jescheck/Weigend § 86 I Rn. 1.

1

2 二、溯及既往與罪刑法定：轉型正義之法（*lex transitus*）的借鏡

3

4 在此，本意見書將試圖從轉型正義之法，即威權統治時期國家不
5 法行為於民主化後之處理，特別是其中「加害人之追究」的部分，對
6 比本案，提出有關「廢除或延長刑事追訴期限」之看法。類比之基礎
7 在於：透過經驗研究，吾人可以清楚地發現，兒童或未成年人之遭受
8 妨害性自主的侵害－事實上，成年受害者亦非得完全杜絕於下列問題，
9 基於受害者之特殊處境，其事實上難以發現或認知犯行而無法對加害
10 者進行有效追訴之困境，如來自所謂兒少性暴力之高度隱蔽性、延遲
11 揭露之結構性特質，以及創傷對被害人認知與行動能力之深遠影響等
12 ¹⁴，與威權統治時期內針對國家體系性不法犯行，有著事實上無法進
13 行追訴的相似性。是以，如走到可以期待、事實上可以進行追訴之時
14 點，卻隨著時間之推移，犯行之訴追便可能遭逢時效完成而無以為繼，
15 徒呼負負。換言之，不論轉型正義之法，於民主化後試圖追究威權統
16 治時期之加害人，抑或類似本案之被害人成年後，意圖追究幼年時遭
17 受性侵害之犯行，都可能受阻於追訴權時效業已完成，使「有效追訴」
18 淪為空談，來自於特定而呈現結構性之主客觀原因－前者在於不可期
19 待威權國家追究自己的體系性犯行，後者在於不可期待被害人於幼年
20 後即滿足得以揭露追訴之條件，兩者極具可類比性。以下謹以轉型正
21 義之法的論述分析，提供本案可資參考的規範性角度，乃至於司法實
22 務面對處理之經驗。

23

24 刑事正義論，說來正當，但事實上困難重重，首先遭逢的難題，
25 無疑是刑事訴追的範圍：理論上，針對國家體系性的暴行，「所有行

¹⁴ 請參見社團法人台灣光寰協會1150206法庭之友意見書，提出類似觀察者亦請見
社團法人暖暖 Sunshine 協會1150130法庭之友意見書。

1 為人」都應受追訴，無所謂自行限縮的問題，1994年盧安達種族屠殺
2 之追究，可能是少數基於此目標而盡其全力的特例，國際法院、內國
3 法院、甚至傳統的「草地法院」 - *Gacaca Court*，全部派上用場¹⁵。實
4 踐上，「一定程度的限縮追訴範圍」，才是真正的普遍現象，以兩德統
5 一為例，聯邦德國的刑事訴追就自限於重大的人權侵害、東西德邊界
6 之暴行、凌虐受刑人等，別無其他，除非在統一前即由舊東德司法機
7 關開始訴追之諸如選舉舞弊、濫用職權、貪汙等，方由統一後國家機
8 關續行之¹⁶。談到刑事追訴，一個法體系上的重大障礙，無疑所謂禁
9 止溯及既往（*Rückwirkungsverbot*），特別是在國家體系性罪行的追訴
10 上，涉及的往往是真正溯及問題。所謂真正溯及（*echte Rückwirkung*），
11 學理上亦稱為「法律效果之回溯發生」（*Rückbewirkung von*
12 *Rechtsfolgen*），係指對於一個已經結束而完成的事實，立法者透過法
13 律而加以干預，亦即將法律效果直接適用於法律施行前已經結束的構
14 成要件，等於讓法律效果回溯至一過去不但發生、而且已然結束之事
15 實。站在法治國原則的立場，本於人民的信賴保護與法的安定性，法
16 律的真正溯及原則上應為憲法所不許，然而，禁止溯及係法律適用原
17 則，並非立法原則，是以，如本於特殊而重大之公共利益或其他憲法
18 法益之維護與實踐，立法者仍得制定真正溯及的法律，例如以下常見
19 之事例：

¹⁵ Longman, 2006, Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda, in: Roht-Arriaza/Mariezcurrena, (ed.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, p. 206.

¹⁶ Marxen/Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz*, 1999, S. 239f., 242; zitiert nach Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*.

Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 2018, S. 54.

- 1 - 對於法律制定前之過去事實，客觀上即存在對於新法律內容之一定
2 理解與接受，例如將過去已廣為流傳的司法實務見解制定法化，使
3 之變為法律之內容¹⁷。
- 4 - 至今為止的法律規範內容不清，時常引起適用上的混淆¹⁸，或是司
5 法實務突然改變向來之見解，進而透過法律之修正加以釐清及扭正。
- 6 - 既有之法律規定被普遍認為無效，因此加以修正，甚至是對於相對
7 人而言更加不利之修正¹⁹。
- 8 - 最重要的：基於強大的公益考量，或不再存在值得保護的相對人信
9 賴²⁰，例如克服過去國家不法行為之轉型正義。

10

11 「禁止溯及既往」，即便從學理角度出發，都未必是轉型正義脈絡
12 下針對昔日國家犯行進行刑事追訴的障礙，換言之，轉型正義下的追
13 究過去國家犯行，並無成立違法之溯及既往，即使是真正的溯及，所
14 謂已經完成追訴權時效的犯行，遑論非真正溯及，如時效還在進行中。
15 對此，歐洲人權法院亦肯定德國聯邦憲法法院、聯邦最高法院的這項
16 看法，認並未違反《歐洲人權公約》第7條第1項²¹，同時強調：

- 17 - 「轉型後之國家，對於過去之法律，必須本於法治國之意義而加以
18 變更解釋。對於轉型後國家，將過去國家行為時之有效法律，以此
19 原則加以適用與解釋之作法，無可譴責；對於昔日壓迫的國家所創
20 造之法治國的虛假外觀，加以嚴肅以對，以內國之法律重新加以解

¹⁷ BVerfG 25.05.1993 - 1 BvR 1509/91 - BVerfGE 88, 384 [404].

¹⁸ BVerfGE 45, 142 [173].

¹⁹ BVerfGE 75, 262 [267].

²⁰ BVerfG 14.05.1986 - 2 BvL 2/83, BVerfG 31.05.1960 - 2 BvL 4/59.

²¹ BVerfG 95, 96, 131ff.; dazu Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 54 (2001), S. 3001, 3006.

1 釋，應屬正當」²²。

2

3 即便刑法學界對此不無保留與意見，進而主張「不能任以轉型正
4 義為名而大量地放寬禁止溯及既往之拘束」，但並未根本否認此可能
5 性，而毋寧是傾向僅侷限於「重大的不法」(*gravierendes Unrecht*)，
6 《歐洲人權公約》第7條第2項之「依行為時一般文明人類所肯認之一
7 般法律原則，認行為應為刑事可罰者，不必受罪刑法定原則之限制」，
8 其實，彰顯相同意旨²³。面對過去之「惡法」，「惡法亦法」，1946年著
9 名的拉德布魯赫公式 (*Radbruchsche Formel*) 已告訴我們，如果實定
10 法明顯違背正義、已達不可容忍之程度時，必須加以揚棄²⁴，這個方
11 法直到數十年後的90年代，仍然歷久不衰，德國聯邦最高法院繼續據
12 以堅持「在國家所為之殺害行為上，必須否認其作為阻卻違法事由之
13 效力，因為它是違反人權的」²⁵；類似之嘗試如處理東西德邊界射殺
14 案時，由法院所發展之所謂「有利於人權的解釋方法」
15 (*menschenrechtsfreundliche Auslegung*)，以亦簽署《政治與公民權
16 利公約》之東德轄下之邊界法的執行與解釋為例，著眼於轉型正義，

²² EGMR, Urt. v. 22.3.2001 – 34044/96, 35532/97, 44801/98: *Streletz, Kessler und Krenz VS Deutschland* = NJW 54 (2001), 3035ff; Werle, ebenda.

²³ Neumann, Die Rolle von Recht, Gesellschaft und Politik bei der Verarbeitung von „Unrechtssystemen“, in: Neumann/Prittwitz/Abrão/Swensson Jr./Torelly (Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, 2013, S. 51f.

²⁴ Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, S. 105, 107.

²⁵ BGH, Urt. v. 3.11.1992 = BGHSt 39, 1, 14ff; BGH, Urt. v. 25.3.1993 = BGHSt 39, 168, 183f.; BGH, Urt. v. 20.3.1995 = BGHSt 41, 101, 105.

1 不論對於統一前該法之解釋、乃至於統一後法院審判時之法律適用，
2 強調都應以有利於人權保障作為標準²⁶。與此息息相關的，「追訴權時
3 效」，至少在國際刑事法院上之「核心犯行」而言，並不適用（《常
4 設國際刑事法院章程》第29條），德國《刑法》第5條第5項亦同之，
5 針對其他之犯行，亦常見再修法延長或甚至廢除追訴時效 - 例如德國
6 1965年針對納粹暴行之追訴、延長時效至30年，1979年乾脆直接廢止
7 （德國《刑法》第211條），爾後針對東德之犯行追訴，亦在多個別法
8 上，直接明定無追訴時效問題²⁷，再者，國際刑法上所強調的「被害
9 人之權利」，特別是參與審判暨獲得賠償之保障，諸如前述《常設國
10 際刑事法院章程》第68、75條，也對於內國實體法、程序法之制定與
11 實踐，產生一定的影響²⁸。

12
13 由以上轉型正義之法的角度言之，不論是藉由延長追訴權時效或
14 乾脆廢除，甚至行為時雖不違反當時之法律，但依當時人類文明規則
15 仍屬重大犯行時 - 即《歐洲人權公約》第7條第2項「依行為時一般文
16 明人類所肯認之一般法律原則，認行為應為刑事可罰者，不必受罪刑
17 法定原則之限制」之意，不但沒有違憲、違反國際人權公約問題，連
18 罪刑法定原則都應有必須的修正。類比本案，透過修法而延長已開始、
19 但尚未完成之特定犯行的追訴權時效，更無問題，應並不涉及與成立

²⁶ BGH, Urt. v. 3.11.1992 = BGHSt 39, 1, 23ff; BGH, Urt. v. 26.7.1994 = BGHSt 40, 241, 249f; BGH, Urt. v. 20.3.1995 = BGHSt 41, 101, 106.

²⁷ Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz, 1999, S. 248.

²⁸ Benito, The International Criminal Court: possible contributions of the Rome Statute to judicial processes in transitional societies, in: Almqvist/Espósito, The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain, Routledge (2012), pp. 288-289.

1 真正溯及既往，亦如前述，並無違反罪刑法定原則。

2

3 從民主化之後的智利，如何以司法處理昔日國家體系性不法的經
4 驗，特別聚焦於攸關本案之追訴權時效類似問題，亦可觀察相同思路。
5 至今，智利第一審法院、上訴法院及最高法院，面對追究威權統治時
6 期加害人，皆承認人權團體自 1973 年 9 月 11 日以來所主張之下列原則
7 ²⁹：

- 8 - 有權就侵犯人權案件審理裁判的是普通法院，將此類違法行為視作
9 軍事行動的一部分是不合理的。
- 10 - 消失的被拘留者曾經存在：那並非是由極端主義者所發明用以毀譽
11 「軍政府」而做的一些姓名組合；他們沒有在戰爭中死亡，他們沒
12 有逃亡，他們也沒有自殺。
- 13 - 相反地，所有消失的人都曾經存活而被拘留，人權團體在數以千計
14 的辯護案件及控訴中，痛訴法院置之不理。
- 15 - 拘禁幾乎均是不合法，這些都是刑事犯罪行為。
- 16 - 赦免並非客觀，因此直到正犯、共犯及庇護者被識別之後才得以被
17 適用。這項見解在 Rio Negro 案當中於 2004 年 5 月 3 日的第一審裁
18 判中作成，而後為最高法院所確認，並且在幾近所有的判刑中被重
19 申。
- 20 - 在涉及非法拘捕案件中，赦免及法定追訴時效皆不適用，因為這是
21 持續性的犯罪行為。只要被拘捕之人沒有被證明獲釋或死亡，則必
22 然會推定拘捕仍然持續，則犯罪者即無法受益於法律赦免。這是當
23 前被許多裁判所維持的見解，其中，一致的最高法院裁判於 2004
24 年 11 月 17 日作成，駁回了因 Miguel Ángel Sandoval Rodríguez 的失

²⁹ Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, in: Almqvist, J./Espósito, C., The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain, Routledge, 2012, p. 94-95.

1 蹤而被定罪者的訴請上訴。

2 - 在智利，若戰爭狀態被正式宣佈，則必須受到規範非國際性武裝衝
3 突的法律所規範，禁止「被視為嚴重違法之罪行，得以免除刑事責
4 任（*which prohibit the reliance upon extinction of criminal responsi-*
5 *bility*）- 如藉由赦免手段及法定追訴權時效的完成或其他障礙。根
6 據 1949 年四個日內瓦公約，這個立場在聖地牙哥上訴法院針對一
7 系列審酌 Miguel Ángel Sandoval 的失蹤、Rio Negro 案及 Diana Frida
8 Arón 案之決定中被維持。

9 - 《公民與政治權利公約》及《美洲人權公約》的準則可適用於違反
10 生命權的案件，這是法官及法院自從最高法院就 Rio Negro 及 Mi-
11 guel Ángel Sandoval 作成裁判時起所維持的。這是被持續採納於絕
12 大多數司法裁判中的標準，儘管時常是建立在三比二的基礎上作成
13 決定。

14
15 智利經驗另一足以參考之點：針對特殊且重大之犯行，「有效訴
16 追」作為核心目標，不應任意受阻於追訴權時效或其他障礙。針對違
17 反國際法原則，戰爭罪或危害人類罪必須依據犯罪的嚴重性而為適當
18 且成比例的制裁。例如，《禁奴公約》第6條（嚴重處罰）、《聯合國禁
19 止酷刑公約》第4條（考慮到嚴重性的適當處罰）、《防止及懲治滅絕
20 種族罪公約》第5條（有效的處罰）、有效防止暨調查法外、恣意及即
21 行處決原則（*Principles on the Effective Prevention and Investigation of*
22 *Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions*）中的第一項原則（考慮
23 到此類犯行之嚴重性適當處罰）、《消除對婦女一切形式歧視公約》第
24 6條（適當措施以打擊所有形式的婦女人口販運以及性剝削，必然包
25 含了適當處罰）、《美洲強迫失蹤人口公約》（*Inter-American*
26 *Convention on Forced Disappearance of Persons*）（相稱於其嚴重性的適
27 當處罰）、《保護所有強迫失蹤人口宣言》（*Declaration on the*

1 *Protection of all Persons from Enforced Disappearance*) 第4條，以及
2 《保護所有人免遭強迫失蹤國際公約》第7條第1項（應將其嚴重性納
3 入考慮的適當處罰）等。在國際人道法亦得找到類似的規範，如四個
4 日內瓦公約均包含了一項共通條款，即要求國家必須實施「對於本身
5 犯有或令人犯有下條所列之嚴重破壞本公約行為之人，處以有效之刑
6 事制裁³⁰」。

7
8 智利最高法院在量刑時，適用了一套廣為周知「不符合國際法規
9 範及原則」的標準。為此，智利最高法院經常借助於兩項託詞。第一，
10 對於涉犯數十項罪行之罪犯前無可非難的行為，最高法院法官適用了
11 在刑法中所考量的抗辯事由。例如，在Carlos Prats將軍以及那些被判
12 處數百年徒刑之被告的案件中，法官認為：「即便被告之辯護人，並
13 未要求在定罪的案件中應適用所提及的情堪憫恕之情形，但仍得以從
14 他們的犯罪紀錄中加以推斷³¹」，換言之，最高法院仍援引「情堪憫恕」
15 而加以判決。第二，藉以減低刑度的託詞來自於刑法第103條，所謂
16 「部分時效限制」(*media prescripción*) 之抗辯事由，此類情形使那些
17 因犯下侵害人權罪行者，得以基於自犯罪行為以降的時間經過而取得
18 減刑。根據最高法院多數意見，豁免刑事責任的法律追訴時效，明顯
19 可與第103條所規範的合法抗辯事由區分開來。事實上，犯罪後的時
20 間間隔，也就是追訴權時效，經常被理解為一種合法的抗辯事由，授
21 權法官在很大程度上給予那些犯下侵害人權罪行者減低刑度的空間³²。

³⁰ Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 98-99.

³¹ ...given that there is no registration in these instruments of previous convictions for the preparation of the crimes under consideration in these cases and, hence, one takes as agreed the modifying circumstance in question.

³² Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*,

1 換言之，智利的經驗一樣告訴面臨本案的吾人，追訴權時效，經常被
2 行為人引為免受訴追的抗辯與障礙，在轉型正義的脈絡下，作為阻礙
3 正義實現之用，而在有關兒少的性暴力犯行上，也同樣得以引之為據，
4 兩者都忽略了系爭特殊犯罪行為的特性，實無法以一般刑事追訴制裁、
5 乃至於追訴權時效制度之正常運行，加以期待。

6

7 針對特殊且重大犯行，不論是威權統治時期國家體系性不法，乃
8 至於攸關本案之兒少犯行，國際經驗（如智利）顯示，應禁止「被視
9 為嚴重違法之罪行，得以免除刑事責任」，如藉由赦免手段及法定追
10 訴權時效的完成或其他障礙。國家應「對於本身犯有或令人犯有嚴重
11 破壞人權公約行為之人，處以有效之刑事制裁」，解釋上，應得類比
12 並適用於特定的兒少犯行，「有效制裁」作為對國家刑罰權之必要誠
13 命，不應以追訴權時效作為障礙。

14

15 三、追訴權時效制度的理解與適用

16

17 回到本案所涉規定：本意見書以為，《刑法》第80條關於延長追
18 訴權時效的修法，本身並未違憲，不論從何一角度，在立法者之事實
19 評估權限、刑事法政策等基礎上，行使其形成自由，目前並無明顯違
20 憲之處。由憲法出發，並未有不得延長或必須廢除追訴權時效之誠命，
21 亦未涉及諸如罪責原則、比例原則等之拘束，也沒有涉及罪刑法定原
22 則。至是否在具體適用於性侵害、性剝削犯罪之訴追，未考量被害人
23 為未成年人與成年人申訴犯罪能力的差異，均設定相同之追訴權時效
24 期間，是否對未成年被害人請求司法機關追訴加害人之憲法上權利造
25 成限制（如爭點題綱二所載），如果造成限制而是否違憲之問題，必
26 須承認，其正面指涉雖不無道理，但本意見書至今並無違憲確信。依

1 據修正後《刑法》第80條，連結至系爭犯罪行為之30年追訴權時效，
2 較之原20年規定延長了10年，如考量受害兒少之可能受害、成年後之
3 時序與期間長短，似未必然形成「無法期待之事實上主客觀訴追不能」
4 之重大困難，當然，這需要法事實研究、犯罪學、心理學等更多的佐
5 證與依據，或難一概而論。類似問題，本意見書以為，核心關鍵應在
6 於：

7 - 「得否進行有效之刑事追訴？」：特別針對如被害人為兒少之特殊
8 且重大犯行，在追訴權時效制度的看待與適用上，此方屬關鍵，而
9 未必在於「應區別被害人之年齡，而應與如成年人做不同之追訴權
10 時效設計」。

11

12 誠然，如能針對兒童、未成年人之受害，考量其申訴可能，與成
13 年人區別不同的追訴權時效，將明顯有利於「針對特殊且重大犯行之
14 有效訴追」這個目標的達成，但不反之亦然：我們無法得出一必然的
15 結論，說只要沒有區別不同時效期間，就違反平等原則。在基本權的
16 適用上，平等原則的檢驗順序必須在後，應先審視主基本權、首要的
17 憲法拘束與誡命，而非不顧或忽視後者，直接斷以「因不等者卻等之
18 而涉及違憲」。本案之關鍵，從憲法角度言之，在於必須確保有效追
19 訴之可能性，並非必須以被害人之年齡而做區別。當然，針對攸關本
20 案對兒童所為之犯行，是否30年追訴權時效仍屬不足？是否事實上仍
21 構成有效訴追的障礙？立法者是否因法事實研究所致，尚須履行其事
22 後改正義務（*Nachbesserungspflicht*）而應再延長追訴權時效或甚至廢
23 除之？則屬未來有待觀察之問題。

24

25 至《刑法施行法》第8條之1前段中，所謂「其追訴權或行刑權時
26 效已進行而未完成者，比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之
27 規定」，屬法規命令性質之廣義法律，錯認前述追訴權時效作為程序

1 法制度，即便帶有實體法影響，但不應適用「實體從舊、從對行為人
2 最有利」原則，而是程序重新，應適用修法後之新時效，且無涉罪刑
3 法定原則與禁止溯及既往，此透過行政權對法律之進一步形成，對於
4 立法者已為相當利益衡量之《刑法》第80條規定，已作成違憲之詮釋，
5 將之限縮為「僅得對行為人有利」之唯一結果，非母法所繫之追訴權
6 時效制度的正確理解，應屬違憲，法院不受其拘束。

7
8 最後，既然法院不應受《刑法施行法》第8條之1前段的拘束，不
9 應作出唯一有利於行為人的適用結果，則在裁判的憲法審查上，系爭
10 臺灣士林地方法院111年度聲判字第37號刑事裁定，自亦違憲無疑。退
11 萬步言，如認《刑法施行法》第8條之1前段並不違憲，則系爭裁定仍
12 有違憲之可能，已對被害人之基本權，以極為特殊之方式構成違憲的
13 侵害。至於論證，如由德國學理暨裁判實務角度觀之³³：

- 14 - 法院對於法律之解釋及在個案上之適用，已涉及以特殊方式違憲，
15 亦即錯誤地理解追訴權時效制度（*Hecksche Formel*：赫克公式，
16 *BVerfG 10.6.1964 Patent-Beschluß*）；
17 - 如將法院對於系爭法律所為之解釋與法律見解，想像為法律，則該
18 法院將違反憲法者，則屬違憲（*Schumannsche Formel*，舒曼公式
19 或重大解釋錯誤公式，*Prof. Ekkehard Schumann, Regensburg 1963* –
20 類似看法亦見 *Starcksche Formel*，史塔克公式下之第二公式，*Prof.*
21 *Christian Starck, Göttingen 1996*）³⁴；
22 - 違憲之法規範遭適用（*Sternsche Formel*，史坦恩公式，*Prof. Klaus*
23 *Stern, Köln*）。

³³ Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgesetz. Handkommentar, 3 Aufl., § 90 Rn.
255ff.

³⁴ 當然，必須承認，這兩個公式在本案有難以用武之地：如已經主張《刑法施行
法》第8條之1前段違憲，則根本不會有「如果將解釋想像為法律」的可能性。

1

2 由於本意見書已主張系爭規定三，《刑法施行法》第8條之1前段
3 違憲，則本於此違憲法規範所為之裁判，邏輯上就必然違憲，在此將
4 不再針對裁判的違憲部分多做著墨，僅以前段敘述為據為限，簡言之，
5 法院對於法律之解釋及在個案上之適用，因錯誤地理解追訴權時效制
6 度，而造成以特殊方式侵害被害人基本權，同時產生有礙國家刑罰權
7 正當行使之違憲結果。最後，關於爭點題綱三之「若屬違憲，則立法
8 者為除去違憲狀態所為之修法，是否應受法律不溯及既往原則之限制」
9 乙題，本意見書已在前述溯及既往的論述中，間接回應了此題：不，
10 不會受法律不溯及既往原則之限制，至臻明確，在此不再贅述。

11

12

13

14

15 **附屬文件之名稱及其件數**

文件編號	文件名稱或內容	備註

16

17 **此致**

18 **憲法法庭 公鑒**

19

20 中華民國 115 年 04 月 04 日

21

具狀人暨撰狀人

林佳和