

109 年度憲二字第 297 號聲請案不受理決議不同意見書

黃虹霞大法官
黃瑞明大法官
詹森林大法官
謝銘洋大法官
共同提出

本件聲請案係針對刑事訴訟法第 238 條第 1 項規定：「告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴。」（下稱系爭規定）而為。多數意見認不合受理要件，本件聲請應不受理。本席等則認為系爭規定為聲請人所指摘二確定終局裁判所適用，且系爭規定可能涉及聲請人消極不受刑事訴追之訴訟權，暨不受刑事處罰之人身自由等基本權，而且又有眾多不同立法例，¹學者間主張及學說、實務關於系爭規定之立論基礎亦不盡同，²因此，本件非顯無憲法價值，³宜予受理。謹將主要考量略述如下：

一、系爭二確定終局裁判均已適用系爭規定，本件聲請合於所指法令為確定終局裁判所適用之要件

聲請人所指摘之臺灣高等法院臺中分院 109 年度聲再字第 86 號刑事裁定確已適用系爭規定，為多數意見所肯認；至於同院 108 年度交上訴字第 1947 號刑事判決固未直接積極適用系爭規定，但因所謂適用，本應包括積極適用及消極不予適

¹ 例如：日本刑事訴訟法第 237 條第 1 項規定，告訴於提起公訴前，得撤回之；韓國刑事訴訟法第 232 條第 1 項規定，告訴於第一審判決宣告前，得撤回之；德國刑法第 77d 條第 1 項則規定，直至刑事程序完全確定終結前，告訴人均得撤回告訴。

² 例如：張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，2018 年 9 月，14 版，頁 472-473；王兆鵬等，刑事訴訟法（上），2018 年 9 月，頁 667；林俊益，刑事訴訟法概論（下），2019 年 2 月，15 版，頁 49-49；林鈺雄，刑事訴訟法（下），2013 年 9 月 7 版，頁 58。

³ 退而言之，縱經詳細討論後，認係屬立法裁量範圍，但仍非全無促請主管機關檢討改進之空間。

用二種情形，該判決應屬消極認無系爭規定適用之情形，⁴應仍屬已適用系爭規定。

二、本件涉及聲請人受憲法保障之訴訟權及人身自由權

依聲請人之主張：其於原因案件所涉者為傷害罪，其被處2月有期徒刑，而傷害罪係告訴乃論之罪；且其已與原因案件告訴人於系爭確定終局判決前以簽訂調解筆錄方式和解，告訴人同意不追究其含傷害罪部分之刑事責任。是若非因系爭規定限制撤回告訴之時限（第一審辯論終結前），則聲請人在程序上，於和解後，可免於被公訴人繼續追訴，及被法院繼續審判，故已涉及聲請人受憲法第16條保障之訴訟權；另在實體上，也可免於被判處有期徒刑，故亦已涉及聲請人受憲法第8條保障之人身自由權。

三、由尊重人民自主及終結訴訟角度言，本件有受理價值，且至少有促請相關機關檢討之空間，非無憲法價值

（一）針對系爭規定限制告訴人得撤回告訴之時點為第一審辯論終結前，其理由為：在第一審辯論終結後，審理業已成熟，適於判決，自不更許撤回告訴。⁵唉！超過90年，快要100年前，距離封建帝制不遠，憲法還未頒布施行，以19年當時之法治氛圍，司法為民觀念尚未萌芽，此種只由統治權角度出發之思維，應該顯然不再適合於現代民主社會了吧！

（二）應不應該有告訴乃論之罪之設？就告訴乃論之罪，是否因為告訴之提出與否係訴追條件有無欠缺之問題，係起訴前之問題，故告訴之撤回應限於檢察官提起公訴前？此等主張者固均非無見，但與本件爭議沒有直接關聯。

⁴ 依判決意旨及所採證據即調解筆錄，在判決前聲請人即已與告訴人和解，告訴人明示不追究聲請人之刑事責任。此種情形如發生於第一審，則法院須依系爭規定對聲請人為不受理判決，不得繼續訴追處罰聲請人。但因係發生於第二審，法院逕對聲請人論罪科刑，其原因正係出於其認無系爭規定之適用。

⁵ 最高法院19年上字第1362號刑事判例參照。

因為本件關鍵在於：在有告訴乃論之罪制度下，立法又容許提起公訴後撤回告訴，系爭規定將撤回告訴時限，定在第一審辯論終結前，而非整個刑事訴訟程序終結前，確已生限制人民受憲法保障之基本權之效果，系爭規定自應符合憲法第 23 條規定。如就比例原則言：其為限制之目的必須正當，其所採手段與目的之達成間需具一定關聯性。⁶是本件有受理討論價值。

(三) 賦予告訴撤回權是否可能被濫用為恫嚇被告之工具，確實值得注意。⁷但是此一問題與限制撤回告訴權之時點規定無關，因為不論撤回告訴之時點定在提起公訴前、第一審辯論終結前或整個刑事訴訟程序終結前，均可能有此一問題。且就此一問題言，被濫用相對較高、恫嚇效果相對較大之時點，係在提起公訴前而非提起公訴後；以第一審辯論終結作劃分，也是在第一審辯論終結前，濫用、恫嚇之可能較大。因為提起公訴及第一審判決均係專業司法人員依法所為專業判斷，已不再只是告訴人一己之「空嘴薄舌」指訴，被告及其辯護人自可依循相關證據自行審酌決定是否和解。單就此點而言，如不設限而以整個刑事訴訟程序終結前作為得撤回告訴之時點，最為合理。

(四) 本司法為民之旨，應該不設撤回告訴之時限，只要在整個刑事訴訟程序終結前，均得撤回告訴

1、因為告訴乃論之罪之設原即為賦予保護為被害人之告訴權人，故其訴追包括偵查之啟動、審判之進行，尊重告訴人自主權，至為合理。又告訴乃論之罪多涉及告訴人之私益，與公益尤其重大公益較無關聯；另就告訴人之私益言，常與財產權直接相關或得以金錢填補其損害。

⁶ 關於憲法第 23 條比例原則，本院已作成眾多解釋，近一年者如本院釋字第 788、791、793、796、799 號等解釋。

⁷ 如林鈺雄，刑事訴訟法（下），2013 年 9 月 7 版，頁 58 參照。

是告訴人損害之實際被填補可能，此一法益應列為本件爭議之關鍵審酌因素，而如系爭規定以第一審辯論終結前為得撤回告訴之時點，相對比較無助於告訴人所受損害之實際被填補。是為維護告訴人之權益，宜改以整個刑事訴訟程序終結前，作為得撤回告訴之時點。

- 2、因為告訴乃論之罪多屬輕罪，對公益之危害小，若被告願與告訴人和解，使告訴人之損害獲實質填補，對被告言，已因民事賠償而受不利益，當可生警惕。是亦宜予雙方當事人於第二審以後和解並息紛止爭之機會。
- 3、科處被告刑罰不是刑事訴訟程序之目的，充其量只是維護社會秩序之可能甚或必要手段而已。息紛止爭從來都應被列入為重要考量，晚近大力推動之訴訟外解決紛爭機制(ADR)及修復式司法，均同此思維。如果變更系爭規定，不正符合此一新思潮嗎？大法官又失去一次站上新思潮浪頭之機會，可惜啊！