

釋字第 752 號解釋部分協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本解釋係【第二審初次受有罪判決者得上訴第三審案】¹。

本席秉持著每件大法官解釋應比以往的解釋更為進步的信念，協力完成本解釋，從我國諸多有關訴訟保障意旨之解釋先例中，進一步創新憲法保障訴訟權的核心內容，確立【被告初次受有罪判決至少應有一次上訴救濟機會】的憲法原則，與公民權利與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第 14 條第 5 項²之規範意旨相符，再度邁向憲法人權保障的新里程，殊值贊嘆與肯定！分析本件解釋，至少有下列三項特色：

- 一、重申訴訟權保障之核心內容：基於有權利即有救濟之憲法原則（本院釋字第 736 號解釋參照），人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲得及時「有效救濟」之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（本院釋字第 396 號、第 574 號及第 653 號解釋參照）。
- 二、創新訴訟權保障之核心內容：本解釋援引本院諸多訴訟權保障之解釋中所謂「獲得有效救濟之機會」，作為立論基礎，創新訴訟權保障之核心內容，認為被告初次受有罪判決時，其人身、財產等權利亦可能因所遭受不利益。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬於訴訟權保障之核心內容，殊值肯定。

¹ 此一標題，僅敘明第二審初次受有罪判決者，如第一審判決為有罪判決時，即無法完全反映本件解釋創新訴訟權保障核心內涵的精義，實應改為：【初次受有罪判決者至少應有一次上訴救濟機會案】，始足以彰顯本件解釋的確實內涵！

² 條文內容：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」

三、准許若干通案得以溯及救濟：原則上，解釋自公布之日起向將來發生效力，但本解釋釋示，若干通案得溯及生效。於本解釋公布之日(7月28日)，尚未逾上訴期間者，在此前提下，被告及得為被告利益上訴之人：(1)如未上訴者，得依法上訴；(2)如已上訴而尚未裁判者，法院不得依刑事訴訟法第376條第1款及第2款規定駁回上訴。

關於本件解釋多數形成之結論，本席敬表贊同，審議過程中並協力形成可決之多數。茲就若干爭議部分(例如，1.刑事訴訟法第376條第3款至第7款是否合併審查？2.初次受有罪判決是否包括第二審更審有罪判決？3.是否准許若干通案溯及生效等等)，補充說明，爰提出本部分協同意見書。

貳、創新訴訟權保障之核心內容

本院諸多解釋(釋字第396號、第442號、第512號、第574號、第639號及第665號解釋參照)，向來均認為，有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定。至於第一審判決無罪，第二審改判有罪之情形，如不給予上訴救濟之機會，是否屬於訴訟救濟應循之審級及相關要件之問題？

本件解釋突破往昔傳統保守的思維，創新訴訟權保障之核心內容，本解釋特別澄清，人民初次受有罪判決，其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益，為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容。是以刑事訴訟法第376條第1款及第2款(下稱系爭規定)所列案件，第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，人民初

次受有罪判決，至少應予一次上訴救濟之機會，系爭規定竟規定被告不得上訴於第三審法院，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與上開訴訟權保障核心內容之「初次受有罪判決，至少有一次上訴救濟之機會」有違，故本件解釋宣告，就此部分（第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，被告不得上訴於第三審法院部分）違憲，自本解釋公告之日（7月28日）起失其效力，回復得上訴於第三審法院之情形，由第三審法院適用刑事訴訟法第三審之規定審理本案。

於此值得深論者，如何界定「初次受有罪判決」之內涵？例如，檢察官起訴被告涉犯傷害罪嫌，第一審判決無罪，第二審改判有罪（過失傷害罪），依本解釋意旨允許其上訴於第三審法院，第三審撤銷原審判決發回更審，第二審更審仍判決有罪（傷害罪），此際是否仍屬於「初次受有罪判決」？否定說著眼於「初次係指第一次」，肯定說則著眼於前次有罪判決已被撤銷而不存在，故更審有罪判決仍屬於「初次」，爭論不下，從落實被告訴訟權保障之核心內容在給予有效救濟之觀點而論，本席採取肯定說之見解，為杜爭議，修正刑事訴訟法時，應對此爭議問題詳加規定為是。

由於本件聲請人二人所涉原因案件，僅涉及系爭規定，而不及於終局裁定裁判所未適用之刑事訴訟法第376條第3款至第7款，基於司法不告不理被動原則，本解釋多數意見爰僅就系爭規定部分宣告違憲，而不及其他第3款至第7款之規定。雖或得以重要關聯且必要之理論（釋字第445號、第737號及第747號解釋參照），將之併入審查，然因無法形成多數的可決而無法將刑事訴訟法第376條第3款至第7款合併審查，功虧一簣，至為可惜！

參、通案救濟之適用範圍

關於本件解釋之效力，本院釋字第 592 號解釋固謂：「本院釋字第 582 號解釋，並未於解釋文內另定應溯及生效或經該解釋宣告違憲之判例應定期失效之明文，故除聲請人據以聲請之案件外，其時間效力，應依一般效力範圍定之，即自公布當日起，各級法院審理有關案件應依解釋意旨為之。」³惟上開解釋，並不禁止對人民有利之溯及生效，故本解釋乃有若干小範圍的溯及生效。為便利說明本解釋之適用情形，先舉例說明如下。第二審於 106 年 7 月 3 日宣示判決，本解釋於 106 年 7 月 28 日公布，通案救濟射程一覽表如下：

案例	送達日期	上訴期間末日	上訴否	通案救濟方式
案例一	7.18	7.28	未上訴	本件解釋文第二段前段所示，本件被告可上訴救濟，第二審法院送達裁定曉示得上訴，期間自裁定書送達翌日起算 10 日。
案例二	7.18	7.28	7.27 上訴但未判決	本件解釋文第二段後段所示，受訴法院不得依刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定為理由而駁回上訴。
案例三	7.6	7.16	7.15 上訴但未判決	本件解釋不適用之。
案例四	7.6	7.16	7.15 上訴且已判決	本件解釋不適用之。

一、案例一之情形：屬於上開二款所列案件，經第二審撤銷

³ 其他相同意旨之相關解釋，例如釋字第 177 號、第 185 號、第 188 號、第 193 號、第 686 號解釋參照。

原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日 7 月 28 日，尚未逾上訴期間者，被告及得為被告利益上訴之人未上訴時，得依法上訴。原第二審法院，應裁定曉示被告得於該裁定送達之翌日起 10 日內，向該法院提出第三審上訴之意旨。

- 二、 案例二之情形，屬於上開二款所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間者，但被告於本解釋公布前，已於前揭上訴期間內上訴而尚未裁判者，法院不得依系爭規定駁回上訴。所謂「前揭上訴期間」，係指解釋文第二段所稱「於本解釋公布之日（7 月 28 日），尚未逾上訴期間者」之情形而言。
- 三、 案例三之情形，其上訴期間早在 7 月 16 日即已屆滿，不符本解釋文第二段所稱「於本解釋公布之日（7 月 28 日），尚未逾上訴期間者」之要件，故無本解釋之適用。本席認為，此種情形，於本解釋公布前，被告已於上訴期間內上訴者，其上訴權之行使，與本解釋意旨相同，衡酌法安定性之維持與被告基本權利之保障（本院釋字 592 號解釋參照），應認上開情形，法院亦應依本解釋意旨審判之，不得以刑事訴訟法第 376 條規定為理由而駁回上訴，始符合憲法保障人權之本旨。本席此一看法，惜未能獲得多數意見之支持，至感憾事！
- 四、 案例四之情形，如同案例三，茲不贅述。

肆、個案救濟之補充說明

關於本件聲請人一之個案救濟，值得補充說明如下。現今刑

事訴訟實務見解⁴認為，程序上駁回上訴之裁判，不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法之上訴，進行審判。本件聲請人一就本解釋之原因案件，曾於上訴期間內提起上訴，經第二審法院以確定終局裁定駁回，該裁定所適用之訴訟法第 376 條第 2 款規定，既經本解釋宣告違憲，失其效力，就聲請人一之原因案件而言，該誤合法上訴為不合法之程序裁定，不生實質上之確定力。是以本件解釋理由乃謂：「該程序裁定，不生實質確定力。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。」併此敘明。

⁴ 最高法院 25 年上字第 3231 判例要旨謂：「被告因傷害致人於死，經地方法院判決後，原辦檢察官於 2 月 13 日接收判決書，同月 15 日已具聲明上訴片到達該院，其上訴本未逾越法定期間，第二審法院審理時，因第一審漏將該片附卷呈送，致檢察官之合法上訴無從發見，並以其所補具上訴理由書係在同年 3 月 4 日，遂認為上訴逾期，判決駁回，此種程序上之判決，本不發生實質的確定力，原檢察官之上訴，並不因而失效，既據第一審法院首席檢察官，於判決後發見聲明上訴片係呈送卷宗時漏未附卷，將原片檢出呈報，則第二審法院自應仍就第一審檢察官之合法上訴，進而為實體上之裁判。」最高法院 80 年 11 月 5 日第五次刑事庭會議決議謂：「(3) 利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法而從程序上為駁回上訴之判決確定者，當不屬於釋字第 271 號解釋之範圍，仍應援用本院 25 年上字第 3231 號判例，亦即此種程序上判決，不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法之上訴，進行審判，徵諸釋字第 271 號解釋文末僅謂：『最高法院 25 年上字第 3231 號判例於上開解釋範圍內，應不再援用』，益覺明顯。」