

釋字第 752 號解釋協同意見書

羅昌發大法官提出

本件涉及程序之核心問題為：司法院大法官審理案件法（下稱大審法）所規定人民聲請解釋憲法客體之要件（即「確定終局裁判所適用之法律」），是否必須「形式上」或「實質上」為確定終局裁判所「適用」，始符合之，抑或包括雖未為確定終局裁判所「適用」，但直接限制被告對確定終局裁判上訴者；以及可否將解釋客體擴及於確定終局裁判所未適用，但與其適用之款項密切相關，而須整體評價之同一條文其他款項。多數意見在本件擴大「確定終局裁判所適用之法律」之範圍（如後述），而將刑事訴訟法第 376 條第 1 款納為審查客體，本席對其結論敬表同意。但多數意見未將第 376 條中，與解釋客體（即該條第 1 款與第 2 款）密切相關且須整體評價之它款（即第 3 款至第 7 款）一併納入審查，甚為可惜。

另本件涉及之實體問題為：二審終結之案件，如被告於第一審係受無罪判決，第二審始受有罪判決，於憲法第 16 條訴訟權保障之規定下，是否應給予被告上訴第三審之機會。多數意見認為憲法保障訴訟權之核心內容，應包括使在第二審始受有罪判決之被告，有上訴於第三審之機會，本席敬表同意。但本席認為其理由應可再予補充。

再者，本號解釋於解釋文宣示通案救濟，於解釋理由書末段另宣示個案救濟。本席敬表贊同。部分大法官認為，通案救濟部分，有「溯及適用」的疑義。本席就部分大法官此項

見解有不同意見，有釐清之必要。

爰提出本協同意見書，闡述如下：

壹、程序部分

一、受刑事訴訟法第 376 條規範之第二審確定終局判決，無須「適用」該規定，被告應得對之聲請解釋憲法

(一) 大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」故人民聲請解釋憲法之「客體要件」為「確定終局裁判所適用之法律」。

(二) 本件其中一位聲請人因違反性騷擾防治法案件，於第一審受無罪判決，但第二審法院撤銷原判決，改判其有罪。因有刑事訴訟法第 376 條不得上訴第三審之規定，故該聲請人並未提起上訴，其案件因而確定。由於其並未提起第三審上訴，原第二審法院或第三審法院，自無從「適用」刑事訴訟法第 376 條規定，以裁定或判決駁回其第三審上訴。又原第二審有罪判決之實體與程序內容本身無關上訴第三審，自然也無可能「適用」第 376 條之規定，作為判決基礎。雖然該第二審有罪判決之末註記「不得上訴」等語，然此係書記官依第 376 條規定，在承審法官作成判決後，於製作判決書時依法所為之教示記載。故該教示記載，並非第二審法院有罪判決之實體或程序內容之一部分。亦即，如純粹以「形式上」觀察，刑事訴訟法第 376 條並非該聲請人原因案件確定終局判決（即第二審之

有罪判決)所適用之法律。由「實質上」而言，該條亦未為確定終局判決所「實質援用」。然倘若如此解釋，則等於迫使刑事訴訟法第376條所列案件之被告，必須先提起此種毫無意義、且注定要遭駁回之第三審上訴，以便自己之上訴最後確實被駁回，並因而使駁回之裁判「適用」第376條之規定，進而滿足大審法聲請解釋憲法之「客體要件」，即「確定終局裁判所『適用』之法律」。法律如以此種方式解釋，將導致荒謬之結果。

- (三)多數意見認為：「確定終局判決雖未明文適用系爭規定（按：即刑事訴訟法第376條前二款）之第1款，然系爭規定之第1款既係直接規範確定終局判決，使聲請人二（按：即原因案件為違反性騷擾防治法案件之聲請人）不得上訴於第三審法院，故應認其已為該確定終局判決所當然適用，而屬大審法第5條第1項第2款所規定確定終局裁判所適用之法律。原不待聲請人二單純為滿足該條之要件，提起明知將遭駁回之第三審上訴，促使法院於駁回之裁定中直接適用系爭規定之第1款，以便其依大審法前揭規定聲請解釋憲法。」其解釋大審法規定之結果，符合後述「避免荒謬之原則」，本席敬表贊同。然其所稱「已為該確定終局判決所『當然適用』」，則概念並不精確。蓋由第二審所為有罪判決之內容而言，不論由「形式」或「實質」而言，均無法謂其已經「適用」或「當然適用」刑事訴訟法第376條。

- (四)按法律之解釋應受「避免荒謬之原則」(absurdity principle)之規範。亦即，倘法律條文依通常文義解釋

之結果，將導致荒謬之情形時，法院應避免此種解釋，而應選擇其他適當的解釋，以避免造成荒謬之結論。並且，司法之功能，應不能完全侷限於闡釋及適用法律既有文字。在既有之法條文字下，解釋法律的結果將造成荒謬情形，而如要避免荒謬的結論，又必須適度造法時，司法機關自應行使「有限度」的造法功能，以填補遺漏或漏洞之功能。

- (五) 本席認為，刑事訴訟法第 376 條既然直接規範並限制受第二審判決之被告上訴於第三審法院，基於法律之解釋應避免荒謬之結果，自不應要求或期待被告提起無謂、必遭駁回之第三審上訴；且基於司法機關應有之「有限度造法功能」，以填補遺漏，並避免荒謬結論之意旨，本院自應以解釋方式，直接就此種情形，填補法律之明顯遺漏，許被告依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法。

二、多數意見未將刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款納為解釋客體，有斟酌之餘地

- (一) 刑事訴訟法第 376 條之完整規定為：「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪。三、刑法第 335 條、第 336 條第 2 項之侵占罪。四、刑法第 339 條、第 342 條之詐欺罪。五、刑法第 342 條之背信罪。六、刑法第 346 條之恐嚇罪。七、刑法第 349 條第 1 項之贓物罪。」多數意見基於二原因案件之最終確定終局裁判係分別適用或「當然適用」該條第 1

款與第 2 款，故僅針對該二款為解釋，而未將該條第 3 款至第 7 款納為解釋客體。本席認此見解有斟酌餘地。

(二) 本院以往曾釋示：人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容，而不全以聲請意旨所述或確定終局裁判所適用者為限（本院釋字第 445 號解釋參照）。如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體（本院釋字第 737 號及第 747 號解釋參照）。

(三) 刑事訴訟法第 376 條規定若干案件不得上訴於第三審法院，其目的在「減輕法官負擔，使其得以集中精力處理較為重大繁雜之案件，以期發揮司法功能」（見本號解釋理由書第 6 段）。立法者為此項立法裁量時，其所採之方式，部分係以刑度作為標準（即第 376 條第 1 款規定之情形），部分係選擇較為常見、且相對而言較為輕微之若干財產犯罪（包括竊盜、侵占、詐欺、背信、贓物、恐嚇取財等罪），而以具體之刑法條文予以列舉（即第 376 條第 2 款至第 7 款規定之情形）。本件情形，如本院解釋僅侷限於刑事訴訟法第 376 條第 1 款與第 2 款規定而為解釋，而未涵蓋第 3 款至第 7 款規定，並無法整體觀察及完整評價立法者行使立法裁量時所為之整體考量（亦即立法者部分選擇以刑度為標準、部分選擇以較輕微之財產犯罪之特定罪名為標準之考量）是否有其正當性。多數意見在

審酌第 376 條之立法意旨（即「減輕法官負擔，使其得以集中精力處理較為重大繁雜之案件，以期發揮司法功能」，見本號解釋理由書第 6 段）時，實質上亦係在衡酌該條整體規範的立法意旨，並且已經對之為整體評價，而非僅侷限在衡酌及評價該條第 1 款與第 2 款之立法意旨。故本席認為，本件實難單以第 1 款與第 2 款作為審查客體而對之為單獨之評價；而應認第 376 條第 3 款至第 7 款之規定與該條第 1 款及第 2 款之間，為相關聯且必要，將該第 3 款至第 7 款規定納為解釋客體，以便整體評價。

（四）再由實際結果而言，本件情形，如不將刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款納為解釋客體，將使各該款所列案件之被告，於本解釋公布後，且在立法機關尚未依本解釋意旨修改第 376 條規定前，仍不得就第二審法院由第一審無罪判決改判有罪者，上訴於第三審法院。其結果，本解釋反而造成第 376 條所列案件中，同因第二審法院由無罪改判有罪者，第 1 款與第 2 款所列案件之被告得上訴於第三審法院，第 3 款至第 7 款所列案件之被告則不得上訴於第三審法院之差別待遇。如此之解釋，不但無法真正闡明本院對刑事訴訟法第 376 條整體之憲法評價，以維護憲政秩序目的，反而因本院解釋造成明顯差別待遇之荒謬結果。本席認為，依前揭「法律解釋應避免荒謬結果」之相同意旨，自應將該條第 3 款至第 7 款納入解釋，一併處理，始為適當。

（五）另就本件已經納為解釋客體之第 376 條第 1 款及第 2 款而言，如嚴守「確定終局裁判所適用之法條始納為

解釋客體之原則」，則就第 1 款部分，應僅解釋「第 1 款適用於性騷擾防治法第 25 條第 1 項之部分」(而非「整個第 1 款」；因為該款適用範圍不僅及於性騷擾防治法第 25 條第 1 項，而係及於所有最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪之案件)；就第 2 款部分，亦應僅解釋「第 2 款中之刑法第 321 條部分」(而非整個第 2 款；因為第 2 款中之刑法第 320 條之部分，並未為原因案件所適用)。多數意見並未以此方式限定解釋範圍，而係將第 1 款及第 2 款完整的納為審查客體，足見多數意見實際上亦同意，將解釋客體的範圍適度擴充，有其必要。多數意見既可將解釋客體擴大到第 1 款及第 2 款之全部，卻不願將解釋客體擴大到第 3 款至第 7 款，邏輯上並不一致。

貳、實體部分

一、憲法第 16 條規定，人民有訴訟權。本院以往針對訴訟上之相關權利，區分為兩類。其一為「訴訟權之核心內容」，此種內容之訴訟權，不得以法律限制。此「核心內容」，即本號解釋理由書第 5 段所引本院以往諸多解釋之意旨：「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，以獲及時有效救濟之機會」。其二為「非訴訟權之核心內容」，亦即有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件等事項；此部分並非不得以法律為限制；然立法者在行使立法裁量時，應「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」(見本號解釋理由書第 5 段)。

二、本號解釋擴大「訴訟權之核心內容」，使其包括「受刑事有罪判決之被告，應有至少一次之上訴救濟機會」。本席敬表同意。在概念上，受刑事有罪判決是否應有至少一次上訴機會，本來屬於「審級」制度設計之問題。然如多數意見所稱，賦予此種最低限度之救濟機會，使此種救濟屬於憲法保障人民訴訟權之核心內容，係「為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑」（見本號解釋理由書第5段）。故將此種情形，由一般「審級」制度的立法裁量範圍劃出，使其歸於「訴訟權核心內容」，有高度正當性。

三、公民權利與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights；ICCPR）第14條第5項規定與：「凡被判定有罪者，應有權由一個較高級法庭對其定罪及刑罰依法進行審查。」（Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.）其第32號一般性意見（General Comment No. 32）第47段進一步表示：「違反第14條第5項的情況，不僅包括第一審法院判決屬確定終局判決的情形，並且包括在下級法院宣判無罪後，由上訴法院或終審法院認定有罪，而依其國內法，無法由較高級之法院審查之情形。……」（Article 14, paragraph 5 is violated not only if the decision by the court of first instance is final, but also where a conviction imposed by an appeal court or a court of final instance, following acquittal by a lower court, according to domestic law, cannot be reviewed by a higher court....）本院雖無法直接「適用」國際人權公約之規定作為憲法解釋之依據，然本院在解釋憲法時，實應參照公約內容，經由解釋之過程將公約

之精神融入憲法條文，以適當賦予憲法第 16 條與時俱進且符合國際標準之內涵。參照前揭公約規定「由一個較高級法庭進行審查」之結果，自亦應作成如本號解釋之內容。多數意見未同意納入公約之此項規定，以強化本解釋之意旨，甚為可惜。

四、另本解釋稱「提供至少一次上訴救濟之機會」，依公約文義及本解釋論述，應指應對在第二審始受有罪裁判者，設上訴救濟之機會。故其重點並不在「一次」的機會，而係在「另有一審」的機會。是就刑事訴訟法第 376 條所列之案件，如被告在第一審獲無罪判決，第二審始受有罪判決，經上訴後，第三審撤銷第二審有罪判決並發回原第二審法院更審，而第二審法院於更審時，又判決被告有罪，此種情形，仍應在本解釋所稱應「提供上訴救濟機會」之範圍，而應使被告得就更審之有罪判決，上訴至第三審法院。

參、救濟部分

一、本號解釋宣示通案救濟（即解釋文第 2 段及解釋理由書第 8 段所載：刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 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，被告及得為被告利益上訴之人得依法上訴」）及個案救濟（即解釋理由書末段所賦予尚未提出上訴之聲請人得上訴於第三審法院、已經提出上訴而遭裁定駁回之聲請人得受第三審法院審判）。本席認為，此通案與個案救濟，對人民權利之保障，有其重要意義，殊值贊同。

二、部分大法官認為，通案救濟部分，不但「溯及適用」於

已經確定之案件，使其復活，並且將此種溯及效力適用於非聲請人。故其對通案救濟之宣示，有不同意見。

三、然本席認為，「倘無」本號解釋將第 376 條第 1 款及第 2 款宣告違憲，則該二款所列之二審終結案件，於第二審法院判決合法送達時，自然已經終局的確定，毫無問題。然本件情形顯有不同。本號解釋既然宣示該二款規定違憲，自應以本解釋公布日為基準，檢視該二款規定應屬違憲而立即失其效力的前提下，其所列案件之其他被告，是否已經逾上訴第三審期限。在第二審判決送達前，雖然尚未有本號解釋，故「表面上」，該判決於送達後似乎應即確定，然由於本解釋宣告該二款失效之故，使原來因送達而確定之基礎動搖。故本解釋有關通案救濟之宣示部分，並非使本解釋第 1 段內容，溯及於以往已經終局確定之第二審有罪判決，而僅係使本來即應未逾上訴第三審期限的案件，回復到應然之狀態，使被告得以有依本解釋意旨救濟之機會。是通案救濟之宣示，應無真正溯及適用於已經確定案件之問題，且因其宣示屬本解釋第 1 段應有效力之當然闡釋，故亦無不當適用於非聲請人之疑義。