

釋字第 752 號解釋協同意見書

黃虹霞大法官提出

在全體大法官共同努力下，在收案不到半年內能作出本件解釋，主要有三個因素：本件爭點較單純、立法委員已有修法提案暨本院刑事廳也有類似修法擬議，及大法官間就解釋文第 1 段之共識高。本席贊同本件解釋之結論（解釋文）及理由，原無意提出意見書，但再思量後，認本件解釋就人權保障又向前跨出兩步，有兩大新亮點，值得一提；且應仍有補充一些理由書中所未呈現的說理之必要。此外，對本件解釋未能本於平等原則進一步擴大救濟範圍（刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款所列各罪之案件），更體現司法為民之旨，為德不卒，頗感遺憾。爰為本協同意見書，以盡言責：

壹、人權保障再向前一步

確立「人民初次受有罪判決者，應有至少一次上訴救濟之機會」為憲法原則，並與聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 5 項規定相呼應。

一、本件解釋文第 1 段內容所示之解釋意旨與立法委員已有之關於刑事訴訟法第 376 條規定之修法提案意旨同，¹本院刑

¹ 立法委員周春米、蔡易餘、尤美女等 25 人提案之刑事訴訟法第 376 條修正草案為：「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審判決無罪，第二審改判有罪者，被告得提起上訴：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 341 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。」（底線部分為修正草案增加之處。）請參見，106 年 5 月 3 日立法院議案關係文書，院總第 246 號，委員提案第 20657 號。

事廳之擬議修法方向亦同，²但刑事廳之修法涵蓋範圍較廣。其與本件解釋之差異在於：本院解釋之解釋範圍原則上受原因案件之限制，而原因案件未涉及一審程序駁回檢察官起訴如不受理判決等之情形，故本院只能就一審實體有罪、無罪判決部分為解釋；但本院刑事廳之修法擬議應求取法體系之周延，其就是否應許第三審上訴之考量範圍自應更廣泛，即不應僅限一審無罪之實體判決之情形，而應將一審程序判決而二審撤銷一審判決並自為有罪判決之情形，一併納入考量。本院刑事廳為所當為，謹先予肯定。³

二、又不論立法院之修法提案或本院刑事廳本其為刑事訴訟法主管機關之權責提案修法，均屬立法形成範疇，並無須以法律違憲為前提，但本院憲法解釋則以法律（令）違憲為條件，斯有不同。本件解釋文第 1 段前段及後段之作成，均係基於：人民初次受法院有罪之判決者，因其人身、財產等權利可能因而遭受不利益，故為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予至少一次上訴救濟之機會，此屬訴訟權保障之核心內容（請見解釋理由書第 5 段）。即本件解釋在本院釋字第 396 號解釋等認向法院提起訴訟以獲及時有效救濟機會

² 本院刑事廳所擬議之刑事訴訟法第 376 條修正草案為：「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 341 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（第 1 項）。前項規定，於第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，不適用之（第 2 項）。」（底線部分為修正草案增加之處。）

³ 刑事訴訟法第 369 條第 1 項固於第二審撤銷原審判決並自為判決之原則之外，以但書規定：「但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院。」惟該但書並未否定第二審法院就但書情形，有不發回而自為有罪判決之權，故本院刑事廳修法擬議將此種情形一併納入考量，應為確當。

乃訴訟權保障之核心內容之後，進一步確立「人民初次受法院有罪之判決者，應予至少一次上訴救濟機會」之原則，並本此原則，而就第一、二審均有罪，因已有一次上訴機會而肯認刑事訴訟法第 376 條限制其上訴第三審權利之規定為合憲（即解釋文第 1 段前段及解釋理由書第 6 段）；另就第一審無罪但第二審改判有罪部分，因被告係初次被判有罪，為避免裁判錯誤或冤抑，被告應有至少一次上訴機會，故認刑事訴訟法第 376 條限制其上訴第三審之權利為違憲（即解釋文第 1 段後段及解釋理由書第 7 段）。本件解釋自己就人權保障再向前進一步。

三、聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 5 項規定：「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。」本件解釋雖因未達共識而未能直接引之為解釋依據或參考，但本件解釋意旨已與之相呼應，亦可認為係釋憲上之進步。

貳、人權保障又再向前一步

諭知原初次有罪判決之法院應以裁定書曉示被告（就刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 2 款案件，並以本件解釋公布之日尚未逾上訴期間者為限）得於該裁定送達之翌日起 10 日內，就原第二審判決上訴之旨。

一、本院解釋向自解釋公布之日發生效力，例外為聲請解釋人得以有利解釋為據尋求再審等救濟。

二、本件解釋文第 2 段許非釋憲聲請人之「於本解釋公布之日尚未逾上訴期間」之經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決之刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 2 款案件被告（不以原因案件所指刑法第 321 條竊盜罪及違反性騷擾防治法第

25 條第 1 項案件為限)，得提起上訴，係因刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 2 款限制該等被告上訴第三審之規定，既已經本件解釋認定為違憲而於公布之日失效，則就上述尚未逾上訴期間之第二審初次有罪判決案件言，**因原不得上訴第三審之限制已失效，故應當然回復得上訴第三審之原則狀態，從而得為上訴。**此方符本院解釋自公布之日起失效及人權保障之旨，且因未含於本解釋公布之日已逾上訴期間之案件被告，故不生本解釋效力溯及既往問題。又因已限定範圍，故符合得上訴三審條件之案件量應有限，當不致太增加第三審法院之負擔。

三、本院鑑於人民未必均當然知悉本院解釋之公布及公布日期，而刑事判決上訴期間僅 10 日，極短暫；且限制上訴係例外，就刑事訴訟法第 376 條規定之案件之第二審判決，在本解釋公布前，依例判決書會曉示「不得上訴」字樣，而該記載既因原規定被宣告違憲失效而得上訴，此種情形，自應由原第二審法院以裁定更正補充之，並因該裁定應認為係原第二審判決之一部分，且對被告權益有重大關聯，故應自該裁定送達之翌日起算其上訴期間，始符保障人權之旨。就此而言，本件解釋之解釋文第 2 段係屬創舉，很高興人權保障又再向前一步。

四、因為被上級審撤銷之下級審判決已因被撤銷而失其效力，故論理上言：被告若依本件解釋上訴，而案經最高法院撤銷原第二審有罪判決發回更審，則於更審後，只要第二審變更原一審無罪判決而自為有罪判決者，該有罪判決仍為初次有罪判決，均應得上訴第三審。

參、本解釋未將刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款併納入

解釋範圍，未充分考量法體系完整並與平等原則不符，為德不卒

一、刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款固非確定終局裁判所指刑法第 321 條之竊盜罪、違反性騷擾防治法第 25 條第 1 項案件，但系爭原刑事訴訟法第 376 條限制上訴第三審規定之文義為該條本文之規定，非其第 1 款、第 2 款之特有內容，故若謂解釋範圍應侷限於原因案件所涉及之犯罪案件，則刑法第 320 條竊盜罪，及違反性騷擾防治法第 25 條第 1 項以外之其他最重本刑為三年以下有期徒刑等罪之案件，也不應納入本解釋範圍，才合於邏輯。因此，不應以款次作為判斷應否納入解釋範圍之標準。

二、如前所述，限制第三審上訴是刑事訴訟法第 376 條本文之規定，而依本解釋所新確立之訴訟權核心內容（請見前壹），則刑事訴訟法第 376 條各款案件應均同適用，始合於法體系之完整性；而且因本解釋未將第 3 款至第 7 款一併納入，已致生在立法院完成該刑事訴訟法第 376 條修正前，第 1 款、第 2 款案件（在本件解釋之解釋文第 1 段後段範圍內者）可上訴第三審，而第 3 款至第 7 款案件則否之不合理差別，自亦與平等原則有違。

三、本解釋固未能將刑事訴訟法第 376 條各款案件均納入解釋範圍，但並非因各款案件有差別處理之必要，自應無礙立法、修法之各款併同處理。

肆、本解釋採應許上訴第三審救濟之方式，符合現有法架構

一、關於本件情形，其救濟方式在法例及學說上大致有兩種作法。本解釋採上訴第三審救濟方式。另一說則認為應由第二審法院不自為有罪判決而發回第一審，其理由主要為第三

審係法律審，上訴獲改判之機會低。

二、誠然，第三審上訴獲改判之比率低。但本解釋之意旨只在、也應在於拿掉第三審上訴「限制」，即回復受限制前之原狀而已（即在現有法架構下，因本解釋而可以不受限制地上訴第三審），不應使此種情形之被告較其他被告（原得上訴第三審案件之被告）獲得更多救濟利益，否則反生破壞法架構及對其他被告差別處理之結果，應非妥當。本解釋爰不採發回說，併此敘明。

三、本解釋只是認原不許上訴第三審部分（其他程序部分不在解釋範圍）之程序限制尚非合理而已，且未對實體有任何評價，該實體評價核屬受上訴之第三審法院之職權，亦併此敘明。