

## 釋字第 752 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

關於憲法第 16 條保障之訴訟權，過去司法院大法官曾作過多號解釋，對訴訟權之意義與性質、訴訟權之限制、審級制度、公平審判、法定法官原則、訴訟程序及其他訴訟制度之事項有所釋示。本號解釋亦直接涉及訴訟權之保障問題，爭點在於刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款所列案件：1、經第一審判決被告有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪判決，不得上訴於第三審法院，是否違憲？2、經第一審判決被告無罪，但第二審撤銷原審判決而自為有罪判決者，不得上訴於第三審法院，是否違憲？

刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款為本案之解釋客體，規定：「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。」（下稱系爭規定）本號解釋之內容，大體以既有解釋之立場為基礎，但就「第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分」，認定系爭規定違憲，並就通案救濟明示積極有效之方式，顯然超越既有解釋之範疇，展現新觀點，值得關注。本席認為不僅於此，藉新觀點之闡釋，反思既有見解之妥適性，亦屬必要，爰提出協同意見書。

### 一、訴訟權之意義與性質

我國實務及學界通說皆認為，訴訟權乃人民司法上之受益權。司法院大法官最初於釋字第 153 號解釋將訴訟權定性

為司法上之受益權，緊接著於釋字第 154 號解釋進一步表示：「憲法第 16 條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。」此後，無論稱：「憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第 243 號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。」（釋字第 396 號解釋）、「憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。」（釋字第 418 號解釋）、「所稱訴訟權，乃人民在司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時得提起訴訟請求權利保護，尤應保障人民於訴訟上有受公正、迅速審判，獲得救濟之權利，俾使人民不受法律以外之成文或不成文例規之不當限制，以確保其訴訟主體地位。」（釋字第 446 號解釋）、「所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。」（釋字第 482 號解釋）、「憲法第 16 條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。」（釋字第 574 號解釋）

或「憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利……。基於有權利即有救濟之原則，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，此乃訴訟權保障之核心內容……，不得因身分之不同而予以剝奪……。」(釋字第 653 號解釋)，基本立場均維持不變。

綜合上開解釋，所謂訴訟權，係指人民於其權利受侵害時，有向法院提起訴訟，請求法院依正當法律程序，為公平之審判，以獲得及時有效救濟之權利。然嚴格言之，訴訟權包含積極內容與消極內容。在民事及行政事件方面，人民於其權利或利益受不法侵害時，得向法院請求為損害之救濟，法院不許「拒絕裁判」，是為訴訟權之積極內容。在刑事案件方面，訴訟權本係「非依法院之裁判，不受科處刑罰之權利」，或者「被告受公正裁判之權利」<sup>1</sup>，明顯側重消極內容。亦即，訴訟權於民事及行政事件上，屬於受益權或國務請求權之一種，而於刑事案件上，則具有自由權之性質<sup>2</sup>。世界人權宣言揭示：「人人於其憲法或法律所賦予之基本權利被侵害時，有權享受國家管轄法庭之有效救濟。」(第 8 條)、「人人於其權利與義務受判定時及被刑事控告時，有權享受獨立無私法庭之絕對平等不偏且公開之聽審。」(第 10 條)，公民與政治權利國際公約明定：「人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。……」(第 14 條第 1

---

<sup>1</sup> 野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利著，憲法 [新版]，有斐閣，1997 年，頁 489 (野中俊彥執筆部分)。

<sup>2</sup> 蘆部信喜著，裁判を受ける權利，收於氏編「憲法Ⅲ人權(2)」，有斐閣，1981 年，頁 284、299；蘆部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2005 年第 3 版第 7 刷，頁 236。

項)，可資參照。

## 二、訴訟權之積極內容

本號解釋於理由書中指出：「憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（本院釋字第 418 號解釋參照）。基於有權利即有救濟之憲法原則，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，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）。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，依前開本院解釋意旨，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。」其著眼於訴訟權之積極內容，似與刑事案件原本側重訴訟權之消極內容不符。按法院及訴訟制度之建立，目的係為藉由法之正確適用，以定分止爭，保障權利，維護公平正義。惟實際上，法院之裁判可能發生錯誤，當人民因法院之錯誤而受有罪判決時，其權利即遭到侵害（解釋理由書諱言「侵害」，而代之以「不利益」，實屬過慮），而有給予救濟機會之必要。此際，承認其上訴之權利，乃體現訴訟權之積極內容。要之，在刑事案件方面，訴訟權實兼具受益權及自由權雙重性格。

補充言之，近代權力分立機構齊備以前，司法權屬於君權之一部分，在支配與被支配之權力關係上最為突出。一切政治權力，最後無不以司法權力顯現。司法操生殺予奪之權，嚴重威脅人民之權利自由<sup>3</sup>。如今，在立憲民主主義下，司法

---

<sup>3</sup> 許志雄著，憲法之基礎理論，稻禾，1993 年初版 2 刷，頁 182。

作為社會正義之最後一道防線，任務及角色已幡然改觀。惟司法具有權力性，人民之權利可能因法院錯誤裁判而受侵害，仍不容否認。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。」本號解釋基於訴訟權之積極內容，認為人民初次受有罪判決者，至少應予一次上訴救濟之機會，旨趣相同，本席深表認同。

### 三、訴訟權核心內容之侵害

本號解釋維持歷來解釋之一貫立場，認為除訴訟權之核心內容外，凡「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（本院釋字第 396 號、第 442 號、第 512 號、第 574 號、第 639 號及第 665 號解釋參照）。」廣泛承認立法形成空間。所謂訴訟權之核心內容，亦即本質性內容，如前引相關解釋所示，包括請求法院救濟之權利、正當法律程序、公平及時之審判，以及具實效性之權利救濟等。

本號解釋表示：「系爭規定就經第二審撤銷原審無罪判決並改判有罪所應賦予之適當上訴機會，既屬訴訟權保障之核心內容，故非立法機關得以衡量各項因素，以裁量是否予以限制之審級設計問題。系爭規定所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，初次受有罪判決之被告不得上訴於第三審法院之部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之

意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」按第二審撤銷原審無罪判決並改判有罪之情形，構成被告權利之侵害，應予其藉上訴以求救濟之機會。系爭規定不許被告上訴，係剝奪被告請求法院救濟之權利，侵害訴訟權之核心內容，自屬違憲，故無再依憲法第 23 條規定審查有無違反比例原則之餘地。

蓋國家對憲法上權利之限制，須遵守絕對界限（絕對禁止）及相對界限（相對禁止）。所謂絕對禁止，係指國家無論具有任何公益上之理由，皆禁止介入。例如，思想良心自由及信仰自由屬於內在精神活動之自由，受憲法之絕對保障，國家必須嚴守絕對禁止之要求。人性尊嚴及各基本權之本質性內容或核心內容，亦然。至於相對禁止，則允許國家基於正當理由，為必要合理之限制，而是否合理，有無逾越界限，如何判斷合憲或違憲，則涉及違憲審查基準問題<sup>4</sup>。本案系爭規定關於侵害訴訟權之核心內容部分，既違背絕對禁止之要求，當然違憲。此與其他立法形成或立法裁量範圍之事項不同，無庸再依憲法第 23 條規定，以比例原則論究其違憲性。

另刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款規定：下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：「……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。」其雖非本案之解釋客體，但與系爭規定具有共通性，理應適用同一解釋原則，認屬違憲。

---

<sup>4</sup> 小山剛著，「憲法上の權利」の作法，尚學社，2009 年初版第 2 刷，頁 69、70。

附帶一言，關於公務員懲戒制度之合憲性問題，釋字第396號解釋表示：「保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。公務員因公法上職務關係而有違法失職之行為，應受懲戒處分者，憲法明定為司法權之範圍；公務員懲戒委員會對懲戒案件之議決，公務員懲戒法雖規定為終局之決定，然尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第16條有所違背。」本席認為，懲戒案件之性質固與刑事案件有別，但懲戒與定罪科刑同係處罰，皆涉及權利之侵害問題，參照本解釋之法理，亦應予受懲戒處分之判決者上訴救濟機會。現行公務員懲戒法採一級一審制度，有待商榷。法官法有關法官之懲戒規定，亦同。

#### 四、實效性之權利救濟

有權利即有救濟，且救濟須具實效性，乃立憲主義及法治原則之基本要求。憲法保障之權利受侵害時，若欠缺實效性之救濟方法，則其意義勢必減損，極端情形，甚至淪為畫餅充飢<sup>5</sup>。毫無疑問，司法救濟堪稱最重要之權利救濟方法，而憲法保障人民之訴訟權，亦係為了確保權利救濟之實效性。違憲審查制度建立後，實效性之權利救濟更加強化，不俟贅言。德國基本法第19條第4項規定：「任何人，於其權利受公權力侵害時，皆得提起訴訟。……」即具有確保實效性權利救濟之意涵<sup>6</sup>，可資參考。本號解釋沿襲一貫見解，認實效性之權利救濟為訴訟權之核心內容，洵屬允當。

本號解釋指出：「系爭規定就所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，亦規定不得上訴於第三審法

<sup>5</sup> 佐藤幸治著，現代國家と司法權，有斐閣，1988年，頁257。

<sup>6</sup> 笹田榮司著，實效的基本權保障論，信山社，1993年，頁235以下。

院，使被告於初次受有罪判決後即告確定，無法以通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會。被告就此情形雖仍可向法院聲請再審或向檢察總長聲請提起非常上訴，以尋求救濟，然刑事訴訟法第 420 條以下所規定再審以及第 441 條以下所規定非常上訴等程序之要件甚為嚴格，且實務踐行之門檻亦高。此等特別程序對經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決之被告，所可提供之救濟，均不足以替代以上訴之方式所為之通常救濟程序。」換言之，對於確定判決，刑事訴訟法雖設有再審及非常上訴等特別救濟程序，但就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決情形而言，從實效性之權利救濟角度考量，顯有不足。整體觀之，現行法制尚未能確保實效性之權利救濟，而其癥結在於系爭規定對上訴第三審之限制，故有關部分侵害訴訟權之核心內容，應屬違憲。

又關於系爭規定所列案件之通案救濟方面，本號解釋表示：「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（包括在途期間）者，被告及得為被告利益上訴之人（刑事訴訟法第 344 條第 4 項、第 345 條及第 346 條參照）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。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。」由此亦可看出，大法官為確保實效性之權利救濟，極其用心。