

法規範憲法審查 聲請書



案 號：待分案

確定裁判案號：最高法院 95 年度台上字第 4363 號刑事判決

聲 請 人：呂文昇

訴訟代理人：劉繼蔚律師

■聲請線上查詢案件進度：

茲依憲法訴訟法第 59 條暨憲法訴訟法第 92 條第 2 項規定，就刑事訴訟法第 388 條聲請法規範憲法審查：

主要爭點

確定終局判決當然適用之刑事訴訟法第 388 條規定，將被告無程序處分權之「職權上訴」案件，於第三審排除強制辯護規定之適用，而得依該規定於被告無辯護人協助下逕為第三審程序並判決，是否違反憲法上正當法律程序原則？

一、 憲法訴訟法第 59 條第 1 項所稱「所適用之法規範」暨修正前司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所稱「確定終局裁判所適用之法律或命令」，系爭規定為原因案件確定終局裁判中，被告未經指定或選任辯護人而仍得逕為判決之直接規範，縱未於確定終局裁判中具體引用其條號而「直接適用」，或於確定裁判中敘明其法規意旨而「實質援用」，可否認係司法院釋字第 752 號解釋所稱之「當然適用」，而得為法規範憲法審查之標的？

二、 本件原因案件確定終局判決所適用之法規範即刑事訴訟法第 388 條規

1 定，於第三審程序，排除刑事訴訟法第 31 條強制辯護規定之適用，
2 致使被告無程序處分權之「職權上訴」案件，即使結果將嚴重限制被
3 告憲法保障第 8 條人身自由甚或剝奪被告生命，仍得依該規定於無辯
4 護人協助被告之情況下進行第三審程序並判決，與職權上訴制度本旨
5 在保障人權、維護被告權益並彰國家慎刑美意的本旨不相適合，是否
6 違反憲法上正當法律程序原則，應受違憲之宣告？

8 原因案件歷審裁判案號

9 最高法院 95 年度台上字第 4363 號刑事判決（確定終局裁判）

10 臺灣高等法院 95 年度上重更（二）字第 8 號刑事判決

11 最高法院 95 年度台上字第 134 號刑事判決

12 臺灣高等法院 94 年度上重更（一）字第 44 號刑事判決

13 最高法院 94 年度台上字第 4313 號刑事判決

14 臺灣高等法院臺中分院 94 年度上重訴字第 5 號刑事判決

15 臺灣臺中地方法院 93 年度重訴字第 1042 號刑事判決

17 審查客體

18 確定終局裁判所適用之法規範：刑事訴訟法第 388 條。

20 應受判決事項之聲明

21 刑事訴訟法第 388 條規定，就其中職權上訴第三審案件排除適用同法第 31 條
22 強制辯護規定之部分，應受違憲宣告，並自本判決宣示或公告之日起失效。

24 事實上及法律上之陳述

25 壹、聲請解釋憲法之目的：

26 為強盜殺人案件，認最高法院 95 年度台上字第 4363 號刑事判決所當
27 然適用之刑事訴訟法第 388 條規定（下稱系爭規定），對於被告無程
28 序處分權之職權上訴案件，排除刑事訴訟法第 31 條強制辯護規定之

適用，仍得於無辯護人協助的情況下進行第三審程序並判決，有違憲法正當法律程序原則，為此聲請法規範憲法審查，請求就刑事訴訟法第 388 條規定，於職權上訴的案件範圍內，為系爭規定違憲之宣告。

貳、 所經過之訴訟程序及確定終局裁判暨遵守不變期間之說明：

一、 聲請人因犯強盜殺人罪，案經臺中市警察局第五分局報請臺灣臺中地檢署偵查起訴（起訴案號：臺灣臺中地方法院檢察署九十三年度偵字第四〇七四、七二七六號）。

二、 歷審先後經臺灣臺中地方法院 93 年度重訴字第 1042 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 94 年度上重訴字第 5 號刑事判決、最高法院 94 年度台上字第 4313 號刑事判決、臺灣高等法院 94 年度上重更（一）字第 44 號刑事判決、最高法院 95 年度台上字第 134 號刑事判決、臺灣高等法院 95 年度上重更（二）字第 8 號刑事判決，以及最高法院 95 年度台上字第 4363 號刑事判決（確定終局裁判）駁回上訴而確定。（詳【附件一】及【附件二】）。

三、 按憲法訴訟法第 59 條規定，人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。前項聲請，應於不利確定終局裁判送達後 6 個月之不變期間內為之。又憲法訴訟法第 92 條第 2 項明定：「第五十九條第一項之法規範憲法審查案件或第八十三條第一項之案件，聲請人所受之確定終局裁判於本法修正施行前已送達者，六個月之聲請期間，自本法修正施行日起算；其案件之審理，準用第九十條第一項但書及第九十一條之規定。」，本件刑事確定終局判決最高法院 95 年度台上字第 4363 號刑事判決，於憲法訴訟法施行前送達聲請人，聲請人於憲法訴訟法施行後六個月內提起本件法規範憲法審查之聲請，無違不變期間之規定。

參、 基本權遭受不法侵害之事實，及所涉憲法條文或憲法上之權利：

一、 基本權遭受不法侵害之事實：

（一） 憲法第 8 條明定，人民非經法定程序不得審問、處罰，乃保

障國家對人民行使刑罰權，應遵守憲法上正當法律程序之原則。憲法第 8 條雖係規範人身自由權利，然對於較限制人身自由更為嚴重、剝奪生命之死刑案件，依舉輕以明重之法則，自更應有正當法律程序原則之適用。

(二) 本件聲請人遭國家判處最嚴厲、剝奪生命之死刑；然因刑事訴訟法第 388 條之存在，聲請人第三審雖屬無處分權之職權上訴案件，且結果甚為嚴重將剝奪聲請人之生命，然程序上並未保障聲請人絕對應該要有辯護人之協助，容許毫無法律知識、經驗與專業的聲請人得在無辯護人協助之情況下，自行進行第三審程序並受裁判，有違憲法上正當法律程序原則。

(三) 聲請人以為，職權上訴案件乃國家基於此類案件判決結果限制人民權益過於重大，而有特別保護之必要，乃剝奪當事人之程序處分權，逕由法院依職權而為上訴。因而被告於程序中放棄或不願意委任辯護人，而選擇自行為己辯護之程序處分權，依同一理由，自亦應同受限制，以確保職權上訴制度目的之達成。

然而，因系爭規定之存在，國家一方面強迫當事人進行案件之上訴審，另一方面卻又不保障被告必定受到專業的辯護人協助，容許可以在無專業辯護人協助被告的情況下，由無專業能力的被告獨自面對法院進行極專業的第三審法律審程序，毋寧與職權上訴制度本旨不相適合，程序難謂「實質正當」，因而違反憲法上正當法律程序之原則，於此範圍內，系爭規定應受違憲之宣告。

二、 所涉憲法條文或憲法上權利，為憲法上正當法律程序原則：

(一) 按憲法第 8 條明定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程

1 序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」，其中「...法定程
2 序...」即指明國家限制人身自由乃至審問、處罰人民，需遵循
3 「正當法律程序原則」。此項雖係明示於憲法第8條關於人身自
4 由之規定，然對於較之限制人身自由之自由刑更嚴重、剝奪人
5 民生命之死刑，準舉輕明重之法理，自更應嚴格遵守憲法上正
6 當法律程序原則之要求。

7 (二) 又按司法院釋字第384號解釋闡謂：「...凡限制人民身體自
8 由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據
9 之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第
10 二十三條所定相關之條件...」，理由更指出：「...前述實質正當
11 之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，
12 如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行
13 犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意
14 志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人
15 有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過
16 程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。除依
17 法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要
18 之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即
19 應認為有違憲法上實質正當之法律程序...」，可知憲法上正當法
20 律程序原則，除本於「程序法定」並本於法律保留原則，要求
21 立法者應以適當的法令層級，具體形成法定程序之具體內容以
22 外，更要求程序內容應滿足「實質正當」的制度理性要求，並
23 非可以毫無限制地任由立法者自由形成。苟程序之具體內容，
24 業已動搖了實現程序目的基本原則，則該規定則難謂實質正
25 當，而與憲法第8條關於限制人身自由之程序，應受實質正當
26 法律程序原則之拘束有所不合。

27 (三) 綜上，國家課以人民刑罰之程序需遵守憲法上正當法律程序
28 之原則，其法規之有關內容更需「實質正當」，始符憲法第8條

1 人身自由與憲法實質正當法律程序原則。

2 肆、確定終局裁判所適用之法規範或該裁判違憲之情形：

3 一、確定終局裁判所適用之法規範（法律或命令）之名稱及內容：

4 刑事訴訟法第 388 條：「第三十一條之規定於第三審之審判不適用
5 之。」（即系爭規定），乃確定終局裁判之第三審法院，於被告未經
6 選任或指定辯護人而仍得判決之直接規範，縱未於確定終局裁判中
7 具體引用其條號而「直接適用」，或於確定裁判中敘明其法規意旨
8 而「實質援用」，仍應屬司法院釋字第 752 號解釋所稱之「當然適
9 用」，而得為法規範憲法審查之標的。

10 （一）按司法院釋字第 752 號理由明揭：「另查確定終局判決雖未
11 明文適用系爭規定之第 1 款，然系爭規定之第 1 款既係直接規
12 範確定終局判決，使聲請人二不得上訴於第三審法院，故應認
13 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
14 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
15 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
16 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
17 審法前揭規定聲請解釋憲法。故聲請人二因系爭規定之第 1 款，
18 使其無法就改判有罪之第二審判決上訴於第三審法院，認該款
19 有牴觸憲法第 16 條之疑義，向本院聲請解釋憲法，核與大審法
20 前揭規定之要件相符，亦應予受理。」，是以憲法訴訟法第 59
21 條第 1 項所稱「所適用之法規範」暨修正前司法院大法官審理
22 案件法第 5 條第 1 項第 2 款所稱「確定終局裁判所適用之法律
23 或命令」，並不局限於確定終局裁判中具體引用其條號而「直接
24 適用」之規定，亦非僅擴及於確定裁判中敘明其法規意旨而「實
25 質援用」之規定，而包括直接規範確定終局裁判本身之「當然
26 適用」之規定。

27 （二）所謂「當然適用」之目的，參以司法院釋字第 752 號解釋羅
28 大法官昌發所提出之協同意見書闡謂：「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。」，並認為「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。」，亦即，所稱「當然適用」係指：此項法規範係直接明文規範該確定終局判決，無待聲請人為形式上符合法律之嚴格文義，刻意提起明知將遭駁回的其他救濟，以獲得另一法院於判決內重申該法律規定，而有限度承認此種情形為確定終局裁判所「當然適用」。

(三) 聲請人以為，此種「當然適用」，解釋上即應包括各項裁判作成或不作成所關聯之程序合法性要件，如本件形式上可明確認定被告並未於第三審判決中指定或選任辯護人，然法院可不待被告選任或指定辯護人，即得逕為判決，即是因系爭規定存在之故。此際，既不可能期待聲請人另行提起訴訟，爭執系爭規定而動搖確定終局裁判，即合乎上開解釋及協同意見所指「當然適用」之情況，而得依相關規定聲請法規範憲法審查，以「避免荒謬」。

(四) 職此之故，系爭規定乃確定終局裁判之第三審法院，於被告未經選任或指定辯護人而仍得判決之直接規範，為確定終局裁

1 判所當然適用。

2 二、 就系爭規定，聲請人前經聲請憲法解釋，先後經 103 年 4 月 18
3 日會台字第 11709 號、105 年 4 月 29 日會台字第 12581 號決議不受
4 理在案；此外，就系爭規定，另有 99 年 3 月 26 日會台字第 9718
5 號、99 年 5 月 28 日會台字第 9741 號、99 年 5 月 28 日會台字第 8409
6 號、101 年 3 月 2 日會台字第 10655 號、101 年 4 月 13 日會台字第
7 10295 號、101 年 5 月 18 日會台字第 10887 號、102 年 11 月 15 日
8 會台字第 11534 號、105 年 9 月 14 日會台字第 11558 號、105 年 9
9 月 14 日會台字第 11409 號等決議不受理在案。

10
11 惟相關不受理決議均未指摘相關聲請案，於形式上有確定終局判決
12 並未引用系爭規定之欠缺；反之，相關決議均係實質上援用公設辯
13 護人條例、法律扶助法及刑事訴訟法第 346 條等規定，指明聲請人
14 即未經於第三審選任或指定辯護人而受判決之被告，依相關規定尚
15 非全無獲得辯護人有效協助之機會，聲請人並未客觀具體指明在我
16 國辯護制度下，系爭規定究竟如何侵害聲請人憲法所保障之權利，
17 因以不受理。

18
19 諸多案例在前，堪信系爭規定確屬確定終局裁判被告未經選任或指
20 定辯護人時，縱未於確定終局裁判中具體引用其條號而「直接適
21 用」，或於確定裁判中敘明其法規意旨而「實質援用」，仍應認係司
22 法院釋字第 752 號解釋所稱之「當然適用」，尚非形式上不能據為
23 以聲請法規範憲法審查之標的。

24 伍、 聲請人對本件所主張之立場及見解：

25 一、 本件聲請與諸多前案或另案所採路徑之差異：職權上訴案件其
26 第三審程序規定是否實質正當，應一併考慮職權上訴制度的目的，
27 於此職權上訴規定的適用案件範圍與立法目的，影響憲法上正當法
28 律程序之審查，與不加限定的系爭規定，於審查路徑上有顯著差異。

1 (一) 裁判時刑事訴訟法第 344 條第 4 項及第 5 項規定明定：「宣
2 告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送該
3 管上級法院審判，並通知當事人。」(現行法刪除「或無期徒
4 刑」)、「前項情形，視為被告已提起上訴。」，參照立法文件所
5 示立法理由：「本兩項之增列係採取特種刑事條例第九條但書目
6 的在尊重人權保護被告利益。(參閱總說明修正要旨二)」、「行
7 政院修正案旨二：...特種刑事案件第九條但書規定宣告死刑或
8 無期徒刑之判決，應不待聲請依職權逕送最高法院覆判，不失
9 為慎刑之美法，...」，參以現行法之修正理由：「死刑係生命刑，
11 於執行後如發現為冤獄，將無法補救。為保障人權，宣告死刑
12 之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送該管上級法院審判。
13 至於無期徒刑因屬自由刑，當事人本得自行決定是否提起上
14 訴，此與宣告死刑之情形有別。被告受無期徒刑之判決後折服，
15 願及早入監執行者，自應尊重其意願，原條文第五項原定：宣
16 告無期徒刑之案件應不待上訴依職權逕送該管上級法院之規
17 定，無異剝奪被告期能及早確定而不上訴之權益，爰將『或無
18 期徒刑』等文字予以刪除。」，是此**職權上訴制度，其效果在於
限制被告之程序處分權，無論被告有無上訴之意願，縱使被告
捨棄上訴或撤回上訴，法院仍應依職權上訴，就判決重為審酌，
以尊重人權、保護被告利益，實現「慎刑」之目的。**

21 (二) 因此聲請人以為，與諸多前案考慮一般性的排除強制辯護、
22 或於死刑案件排除強制辯護等路徑並不相同，聲請人主張於職
23 權上訴的案件類型，考慮是否應適用強制辯護規定時，應一併
24 考慮職權上訴制度之目的。由於各項憲法審查的操作均需考慮
25 法令的適用射程，並對其法規所欲實現的目的斟酌考慮，因此
26 職權上訴制度所適用的案件類型，以及加入此項職權上訴制度
27 之目的所為的審查評價，當然就會與完全不加限縮的系爭規定
28 進行憲法審查，顯然有所不同。

1 (三) 尤其應特別指出者，向來聲請案件的不受理決議，所持理由
2 均特別著重於被告有請求指定辯護、申請法律扶助之權利與機
3 會，因之不能逕認系爭規定剝奪或限制被告獲得律師有效協助
4 之權利；然而此項論理在職權上訴案件類型有根本性的動搖。

5
6 蓋職權上訴無需尊重被告本人的（不）上訴意願，縱使被告捨
7 棄上訴或撤回上訴，仍會繼續上訴至第三審。此種職權上訴案
8 件類型中，抽象層次必然存在的「被告不願意上訴」而「被上
9 訴」的案件類型，不可能期待被告會「積極主動」使用上開不
10 受理決議所指出、被告於法律上各種受律師協助的機會：不能
11 期待被告請求法院指定公設辯護人，不能期待被告申請法律扶
12 助，並且依照刑事訴訟法第 346 條但書，原審辯護人不得與被
13 告明示的意思相反，而為被告上訴或補充理由。換言之，立法
14 者事前已經可以預見，必然有未受律師有效協助的「被上訴」
15 被告存在。

16
17 倘若對此種特殊類型的「無心」上訴的被告，對此種被告欠缺
18 專業辯護人協助，而純粹由法院加以審查的第三審程序，如認
19 對被告保護有所不足而難以容忍，並應該自制度上予以保障確
20 保其能實質有效的獲得律師協助，進行有意義的第三審程序；
21 則基於平等原則，對其他雖然願意上訴，但實際上欠缺能力的、
22 「有心而無力」的被告，自亦沒有任何理由，可以容忍被告於
23 於第三審程序，沒有獲得律師實質有效的完整協助，哪怕是制
24 度上有此機會而被告並未使用。

25 (四) 職此之故，職權上訴案件其第三審程序規定是否實質正當，
26 應一併考慮職權上訴制度的目的，於此職權上訴規定的適用案
27 件範圍與立法目的，影響憲法上正當法律程序之審查，與不加
28 限定的系爭規定，於審查路徑上有顯著差異，此不得不在所有

1 論述的最初加以特別指明。

2 二、 本件審查應採取最嚴格審查標準：

3 職權上訴案件類型，涉及經判決宣告無期徒刑或死刑之案件，修正
4 之現行規定甚至以宣告死刑案件為限，為國家剝奪限制人民生命、
5 身體自由最嚴重之案件類型。向來解釋認為，舉凡國家涉及人身自
6 由之限制，無論是否具有刑罰之性質，最低程度均應適用嚴格之審
7 查基準（司法院釋字第 690 號解釋及第 799 號解釋參照），然系爭
8 規定之刑罰為死刑（剝奪生命權、進而完全剝奪人身自由）、與無
9 期徒刑（終身限制人身自由）相較於「一時限制」人身自由之自由
刑，乃賦予國家得以「完全剝奪」人身自由、甚至連生命都剝奪之
11 程度，基本權干預達到完全剝奪之程度，影響至基本權核心中之核
12 心，人權、乃至人格業已完全從社會上或物理上完全消滅之程度，
13 自應以最嚴格之審查標準檢視之。

14
15 關於正當法律程序之審查，準司法院釋字第 739 號解釋意旨，既涉
16 及刑罰此一國家最強烈的公權力行使，且刑罰種類涉及為最為嚴酷
17 的死刑（剝奪自然生命）與無期徒刑（剝奪社會生命），則其正當
18 法律程序之要求，亦應以最嚴格之標準加以檢視，自不待言。

20 應值補充者，許玉秀大法官於釋字第 594 號解釋之部分協同意見書
21 所提「然而對刑法的制裁規範，顯然無法採取嚴格的審查標準，因
22 為舉凡剝奪人身自由及生命權的刑罰規定，皆將無法通過最小侵害
23 的審查，而無合憲餘地。…但對剝奪生命權、終身剝奪人生自由以
24 及長期或短期剝奪人身自由的刑罰規範，不可能容許以低密度標
25 準、甚至中密度審查標準進行合憲審查。…」所提出的「二階層」
26 （應罰性與需罰性）、「二階段」（行為規範與制裁規範）及「法
27 益雙重審查」（行為規範獨立為目的審查、制裁規範為目的與手段
28 審查）標準，足為審查之參考。

1 三、 本件原因案件確定終局判決所適用之法規範即刑事訴訟法第
2 388 條規定，於第三審程序，排除刑事訴訟法第 31 條強制辯護規定
3 之適用，致使被告無程序處分權之「職權上訴」案件，即使結果將
4 嚴重限制被告憲法保障第 8 條人身自由甚或剝奪被告生命，仍得依
5 該規定於無辯護人協助被告之情況下進行第三審程序並判決，與職
6 權上訴制度本旨在保障人權、維護被告權益並彰國家慎刑美意的本
7 旨不相適合，違反憲法上正當法律程序原則，應受違憲之宣告。

8 (一) 國家決定對人民施以刑罰之程序，應符合憲法正當法律程序
9 之要求，應由立法者依法制訂之程序為之，內容更需實質正當，
10 符合憲法第 23 條比例原則之規定，始與憲法第 8 條實質正當法
11 律程序要求無違，此部分相關判旨前已有所述及，不再贅引。

12
13 依相關解釋可知，憲法上正當法律程序原則，除本於「程序法
14 定」並法律保留原則，要求立法者應以適當的法令層級，具體
15 形成法定程序之具體內容以外，更要求程序內容應滿足「實質
16 正當」的制度理性要求，並非可以毫無限制地任由立法者自由
17 形成。苟程序之具體內容，業已動搖了實現程序目的相關基本
18 原則，則該規定則難謂實質正當，而與自憲法第 8 條可引申得
19 出，關於決定國家對人民施以刑罰之程序，應受實質正當法律
20 程序原則之拘束有所不合。

21
22 應值補充者，聲請人以為所謂「實質正當」，其具體意涵在於「程
23 序理性」。亦即對照比例原則以觀，任何一項程序設計本身應具
24 有正當之實體或程序目的（目的正當性），並且有助於程序進行
25 所欲獲致之目的（手段適合性），且相應之程序成本與負擔應與
26 所欲達成之實體及程序利益相當且衡平（手段必要性），並應盡
27 可能降低程序之成本與負擔（最小侵害性）。

28 (二) 基於職權上訴之特殊立法目的，排除強制辯護規定，而容許

1 被告得在無專業辯護人協助下進行第三審程序，相當於容許被
2 告在第三審放棄防禦，而造成程序規定上的內在矛盾：國家一
3 方面限制被告的程序處分權，強迫當事人進行案件之上訴審，
4 另一方面卻又不保障被告必定受到專業的辯護人協助，容許被
5 告可以基於程序處分權，選擇是否自行答辯而不倚賴專業之辯
6 護人，坐視無專業能力的被告獨自面對法院進行極專業的第三
7 審法律審程序成為可能，甚至被告在第三審程序中完全放棄防
8 禦任憑法院處置，亦均無不可。

9
10 此毋寧與職權上訴制度本旨不相適合，而存在制度設計之內在
11 矛盾：既言保障人權、維護被告利益，並彰慎刑之良法美意，
12 並且無論被告是否自願甘服，均強迫進入第三審程序，自應一
13 併為（「倘若」）不願意上訴之被告，強制安排專業辯護人之協
14 助，以確保被告在第三審具有充實而完整的防禦能力，始與職
15 權上訴制度，不生扞格。

16 （三）聲請人不敢妄自揣度系爭規定排除第三審強制辯護之目的
17 何在，然而放在職權上訴的案件類型脈絡中，如上所述相信 憲
18 法法庭亦可以發現，系爭規定排除強制辯護的規定，其效果即
19 容許被告可以在無專業律師充任辯護人的情況下進行第三審程
20 序，毋寧是削弱了被告在訴訟上攻防的能力，顯與職權上訴制
21 度保障人權、維護被告利益，並彰慎刑之良法美意背道而馳。

22
23 換言之，既然職權上訴之目的，在於保障被告在被國家判處重
24 刑前，能實質有效地窮盡審級救濟，以保障被告的權益，則制
25 度設計上，即應就其應訴防禦的能力，盡可能加以強化，始與
26 制度目的相符。然而，排除強制辯護之結果，被告必須另外提
27 出積極主動之請求，始能由法院或其他單位被動地再行斟酌是
28 否予以協助，明顯是弱化了被告的程序地位。更遑論當被告是

1 沒有上訴意願，而全憑國家審判的情形，如此際國家不以強制
2 辯護制度，予以被告特別的保護與照顧，毋寧放任被告丟盔棄
3 甲、自甘魚肉，顯非職權上訴制度藉以保障被告業已用盡審級
4 救濟、國家業已窮盡一切協助之本旨；「『求』其生而不可得」，
5 始成信讞。

6 (四) 綜上，觀照現行我國法「改良式當事人進行主義」之程序設
7 計，系爭規定排除強制辯護之效果與職權上訴之制度目的不相
8 適合，程序顯然對被告保護不足，無論以中度、嚴格乃至最嚴
9 格審查基準，均可認違反適合性原則而有違憲法第 23 條比例原
10 則，殊難謂「實質正當」。

11 (五) 應更加予以補充者，經以施行法嫁接而具有內國法效力、並
12 成為我國整體憲政法治秩序一環的、聯合國公民與政治權利國
13 際公約，第 14 條明第 3 項第 4 款明訂：「審判被控刑事罪時，
14 被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：... (四) 到庭受
15 審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，
16 應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設
17 辯護人，如被告無資力酬償，得免付之；...」，既言「最低限度
18 之保障」，應認此最低限度之保障為刑事審判程序「實質正當」
19 的最低限度要求，而本款所稱「有此必要時」，參照公約第 32
20 號一般性意見第 38 段的說明：「第三，第十四條第三項第四款
21 保障被告於法院認為審判有必要時為其指定辯護人辯護的權
22 利，如被告無資力酬償，得免付之。在決定是否『有必要』應
23 指定辯護人時，罪行的嚴重程度很重要。這與在上訴階段具有
24 勝訴的某些客觀機會一樣。在涉及死刑的案件中，被告必定都
25 須在訴訟所有階段得到辯護人的有效協助。政府機關根據這一
26 規定提供的辯護人必須能夠有效地代理被告。...」。

27
28 其中，「有必要」固然可能被認為係容忍由法院有權依個案裁

1 量，國家無庸以強制辯護保障一律提供辯護人予被告，即類如
2 諸多前案不受理決議所指出之見解，形式上似難認有何違憲之
3 處。然特應指出者，現行職權上訴案件，乃係宣告死刑（現行
4 法）或至少無期徒刑（確定終局裁判時法）的極嚴重案件。依
5 前開一般性意見見解，此際國家機關是「無裁量地」必須保障
6 被告「實際上」受辯護人實質有效協助的「結果」，而非僅於法
7 令上有提供被告「可以」受協助的「機會」，始符公約所定最低
8 限度程序保障，而與正當法律程序原則無違。

9
10 在職權上訴案件類型範圍內，特別是死刑案件的情況，公約第
11 36 號一般性意見第 17 段並指出：「經由違反《公約》第六條以
12 外的其他條款的作為或不作為剝奪個人生命，通常具有無理性
13 質。例如，這種情況包括使用武力導致行使集會自由權的示威
14 者死亡，以及在不符合《公約》第十四條正當程序要求的審判
15 後判處死刑。」，公約第 14 條所定最低權利保障實質上也是正
16 當法律程序的最基本要求，是保有死刑國家能合公約地判處死
17 刑的前提。

18
19 因此，在職權上訴所定罪行特別嚴重之案件，尤其是其中如本
20 案一樣宣告死刑之案件，國家乃至法院，係無裁量地必須保障
21 被告在訴訟各個階段，包括第三審上訴，被告都受到專業辯護
22 人實質有效的協助。

23
24 此對照職權上訴「限制被告程序處分權」的手段，更覺理所當
25 然：因為被告處分掉程序，放棄在訴訟上努力，在死刑案件毋
26 寧等同於處分掉自己的生命，此為民主憲政法律秩序所不許，
27 亦為國際人權公約所揭示的普世人權價值所不許。

28 四、職此之故，本件原因案件確定終局判決所適用之法規範即刑事

1 訴訟法第 388 條規定，於第三審程序，排除刑事訴訟法第 31 條強
2 制辯護規定之適用，致使被告無程序處分權之「職權上訴」案件，
3 即使結果將嚴重限制被告憲法保障第 8 條人身自由甚或剝奪被告生
4 命，仍得依該規定於無辯護人協助被告之情況下進行第三審程序並
5 判決，與職權上訴制度本旨在保障人權、維護被告權益並彰國家慎
6 刑美意的本旨不相適合，違反憲法上正當法律程序原則，應受違憲
7 之宣告。

8 陸、本案的憲法上重要性：

9 聲請人以為，系爭規定制定於民國 23 年、職權主義的刑事訴訟制度
10 時期，迄今已近九十年。當時還是以法院、以法官為中心的職權主義
11 刑事訴訟，對於應以事實審認定之事實為基礎、並據此審認適用法律
12 正確性的最高法院而言，聖明無過於最高法院。參以當年法治不彰、
13 律師不普及，訟棍無數等時空背景，苟有一份姑妄言之、尚稱工整的
14 上訴理由，在當時時空環境下，或可堪信已足供法院查漏補缺。

15
16 然至數十年後的今日，刑事訴訟法經歷數次大修，業已修正為改良式
17 當事人進行主義，並朝向金字塔型刑事訴訟演進；法院亦從傳統的包
18 青天式糾問法庭，轉型為立於檢辯兩造間、中立客觀的聽審者。客觀
19 條件上，根據考選部公告近年律師考試及格榜單，歷年及格人數 104
20 年 822 人、105 年 860 人、106 年 924 人、107 年 759 人、108 年 549
21 人、109 年 650 人、110 年 940 人，取得律師資格人數業已漸漸能追
22 上訴訟法律服務市場之需求。整體社經文化的長足提升，亦促使人民
23 對訴訟法關於訴訟制度的修正趨勢，朝向擴大強制律師代理與強制辯
24 護，並充實法律扶助機能等，倚賴律師提供專業服務的分工社會。

25
26 代理人初遇死刑案件時，為考慮辯護方向，曾在判決書系統檢索我國
27 死刑判決閱覽，屢見判決將科刑理由，寫成堆砌大量形容詞的抒情
28 文，悲憤過後隨即突兀地結論稱：「求其生而不可得。」，因而判處被

告死刑，以使被告與社會永久隔離。不由對著此等蒼白空洞的科刑理由深自疑惑：法院究竟「求」了甚麼呢？

如今行文至此，亦同感疑惑，究我國憲法，與職司我國憲法審查的憲法法庭與大法官，面對死刑判決，面對待決的死囚，如果連在刑事訴訟制度上保證一個辯護人為被告「求」生，也同樣不可得；那我國憲法、我國憲法法庭，與我國職司憲法審查的大法官，又在制度上，為這幾十條待決的人命，「求」了甚麼呢？

準此，聲請人以為，系爭規定應是我國刑事訴訟法、刑事訴訟制度的進化路上，已屬落後的舊日風景，終將成為過往的塵埃，消散於法制史的記憶中。本案在憲法上最重要的意義，毋寧就是過去在系爭規定下，受死刑判決確定的、這幾十條還值得被「『求』一『求』」的人命。究竟我國憲法法庭如何看待？如何處理？有沒有勇氣，向仍然迷信死刑萬能的社會大眾，宣示我國即便仍保有死刑，至少在執行前，應該給這些生命，符合憲法上正當法律程序原則的公平審判。

柒、綜上所述，為確定終局判決所涉強盜殺人案件，認最高法院 95 年度台上字第 4363 號刑事判決當然適用之刑事訴訟法第 388 條，於第三審程序，排除刑事訴訟法第 31 條強制辯護規定之適用，致使被告無程序處分權之「職權上訴」案件，即使結果將嚴重限制被告憲法保障第 8 條人身自由甚或剝奪被告生命，仍得依該規定於無辯護人協助被告之情況下進行第三審程序並判決，與職權上訴制度本旨在保障人權、維護被告權益並彰國家慎刑美意的本旨不相適合，違反憲法上正當法律程序原則，應受違憲之宣告。

捌、狀請憲法法庭鑒核，維護憲法之秩序。

謹 呈

憲法法庭

公鑒

【證據及附件】

附件一：聲請人原因案件之歷審裁判清單

附件二：最高法院 95 年度台上字第 4363 號刑事判決
以上均為影本。

具狀人 呂文昇

撰狀人 劉繼蔚律師

中 華 民 國 1 1 1 年 0 6 月 3 0 日