

# 「110年度台抗大字第427、1493號裁定」意見書

李榮耕

台北大學法律學院

## 一、爭議

刑事訴訟法（下稱刑訴法）第376條第1項但書案件是否屬於同法第405條所稱「不得上訴於第三審法院之案件」？

## 二、意見書的立場

細究持肯否不同的看法的判決及其說理與相關文獻後，在這一份意見書中，我認為刑訴法第376條第1項但書的案件本質上屬於同法第405條所稱「不得上訴於第三審法院之案件」。亦即，在刑訴法第376條第1項但書的案件中，被告對於二審法院所為的裁定，應有同法第405條的適用，不得抗告於三審法院。

## 三、理由

針對這一個爭議，這一份意見書採肯定說。其中的理由有數端，分別敘述如下。

### （一）刑訴法第376條第1項但書案件的性質

刑訴法第376條第1項但書規定，依本文不得上訴第三審的案件，一審法院諭知無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴。這一個條項如此規定，是因為釋字第752號解釋宣告修正前刑訴法第376條的規定違憲<sup>1</sup>。

大法官在這一個解釋中判定，憲法第16條保障人民訴訟權，其核心內容之一是「有權利即有救濟」。「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」<sup>2</sup>。依據這樣的意旨，修正前刑訴法第376條所定的罪名案件，「……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」，所以違憲<sup>3</sup>。

簡要地來說，這一號解釋認為，在權利受有侵害時，人民享有救濟的機會。權利的侵害，也可能來自於法院的有罪判決，所以大法官指出，人們在受到初次有罪判決後，應有至少一次上訴救濟的機會，以避免冤抑及法院的錯誤判決<sup>4</sup>。至於在一審法院諭知有罪判決，

1 關於這一個號解釋的評釋，可以參照楊雲驊，刑事上訴第三審採「嚴格法律審兼上訴許可制」的疑慮——以司法院草案為中心，月旦法學雜誌，282期，2018年11月，頁14-17；林鈺雄，刑事訴訟法的發展趨勢——從公平審判原則出發，月旦法學雜誌，300期，2020年5月，頁184。

2 釋字第752號解釋理由書，段5。

3 釋字第752號解釋理由書，段7。

4 薛智仁，2017年刑事程序法回顧，臺大法學論叢，47卷特刊期，2018年11月，頁；蘇凱平，居於

二審法院駁回或是撤銷原判決並自為有罪判決的情形，由於被告就一審法院判決已經有過一次上訴救濟的機會，禁止該類案件提上訴第三審，並不違憲<sup>5</sup>。在這樣的架構或是框架之下，「訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件」，可以由立法機關「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）。」<sup>6</sup>

在大法官做成釋字第七五二號解釋後，立法者修正了刑訴法第 376 條，明定原不得上訴第三審的案件，在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，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴（同條第 1 項但書）。但是，依刑訴法第 376 條第 1 項但書提起上訴者，經三審法院撤銷原判決發回原審法院者，就不能再向三審法院提起上訴（同條第 2 項）。

從釋字第七五二號解釋及修正後刑訴法第 376 條的規定可以知道，因刑訴法第 376 條第 1 項但書而得提起第三審上訴的案件，其本質上還是不得上訴三審的案件，只是因為其二審法院撤銷原無罪判決，改諭知有罪判決，為了保障其憲法上得以上訴救濟的權利，例外地容許被告提起三審上訴。其中的原因在於，釋字第七五二號解釋肯認了立法者對於上訴救濟制度有其形成自由（裁量），所以原則上，刑訴法可以規定特定案件為二級二審，以高等法院的二審判決為終審判決。只是在這一類的案件中，若二審撤銷原審無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，改諭知有罪判決，被告有權，向三審法院提起至少一次的上訴。亦即，依憲法第 16 條及釋字第七五二號解釋，人民並沒有就任何案件或是在任何的情形下，向三審法院提起上訴的權利。也因此，刑訴法第 376 條第 1 項各款罪名，並不會因為合於同條項但書的要件，而成為得上訴第三審的案件。

另一個原因是，刑訴第 376 條的結構是，第 1 項本文規定了特定案件不得上訴於三審法院，但書則規定了在合於什麼要件的情形下，被告就本文所規定的案件可以向三審法院提起上訴。第 2 項接著明文，依第 1 項但書上訴後，案件經三審法院撤銷發回後，不得再上訴。亦即，第 2 項是針對第 1 項但書所為的規定。據此，第 376 條第 1 項但書案件只能上訴三審法院一次。在被告或得為被告利益之人向三審法院提起上訴後，案件就回復其不得上訴第三審的本質，不再能就二審法院判決上訴於第三審。

## （二）採否定說可能會有的齟齬不合

針對此一爭議，有肯否兩種不同的看法。否定說似乎是認為，刑訴法第 376 條第 1 項各款的案件，會因為同條項但書的緣故，成為得上訴第三審的案件，所以當事人不受刑訴法第 405 條的限制，可以針對第二審法院的裁定，向最高法院提起抗告。以本件所涉及的 110 年度台抗字第 270 號裁定為例：「抗告人並依（釋字第 752 號）解釋意旨，向本院提起上訴，惟仍經本院以 106 年度台上字第 3387 號判決駁回上訴確定。則抗告人所犯本罪，係得上訴於第三審法院之案件，抗告人對原確定判決聲請本件再審，雖經原審裁定駁回，仍得抗告於本院，並無刑事訴訟法第 405 條規定之適用，合先敘明。」（括號內文字為作者所加上）

但是，如果認為原不得上訴第三審的案件可以（會）因為刑訴法第 376 條第 1 項但書的

憲法訴訟權核心的冤罪防抑：評釋字第 752 號解釋，月旦裁判時報，60 期，2017 年 6 月，頁 90、93-95。有學者將解釋的此一意旨，稱之為「一次性救濟原則」，如柯耀程，法人刑事案件上訴三審問題解析，台灣法學雜誌，412 期，2021 年 3 月，頁 37。關於修正後刑訴法第 376 條的討論，可以參照李榮耕，簡評 2017 年修正的刑事訴訟法第 376 條，月旦法學教室，184 期，2018 年 1 月，頁 41-49。

5 釋字第七五二號解釋理由書，段 6。

6 釋字第七五二號解釋理由書，段 5。

緣故，不再只是「例外地」可以向三審法院提起一次上訴的案件，而是會成為「本質上」  
「得上訴於第三審之案件」，不只是享有（至少）一次聲明不服的機會，其將與其他條文的  
規範相衝突。詳細地來說，如果認為合於刑訴法第 376 條第 1 項但書者屬於得上訴第三審的  
案件，其應不只是不受刑訴法第 405 條的限制，可以針對二審法院裁定提起抗告，而應該也  
可以在三審法院撤銷原審判決發回，二審法院更審後，就二審法院再向三審法院提起上訴。  
但是，這樣的結果很明顯地與刑訴法第 376 條的修正及其理由不合。立法者於 2017 年修正  
刑訴法時已經表示道：「第一項但書規定已賦予被告或得為被告利益上訴之人就初次有罪判  
決上訴救濟之機會，已足以有效保障人民訴訟權，為兼顧第三審法院合理之案件負荷，以發  
揮原有法律審之功能，依第一項但書規定上訴，經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，  
不得就第二審法院所為更審判決，上訴於第三審法院，爰增訂第二項規定。」<sup>7</sup>從修正理由  
及刑訴法第 376 條第 2 項的規定可以知道，刑訴法第 376 條第 1 項各款罪名，即使因為同條  
項但書的規定可以上訴於第三審法院<sup>8</sup>，也不會改變其原為不得上訴第三審案件的本質<sup>9</sup>。否  
定說的立場與修正後刑訴法第 376 條的規定並不相合。

### （三）與平等原則間的相衝突

除了前述的疑慮之外，否定說可能還會有違反平等原則的問題。詳言之，在這一個爭議  
上，若是採否定說，其結果會是，刑訴法第 376 條第一項所列各款案件，會因為一及二審判  
決的不同，而有得否向第三審（反覆）提起抗告的區別。舉例來說：

案例一：一審法院諭知被告甲傷害罪有罪，上訴後，二審法院維持有罪判決。

案例二：一審法院對於乙的傷害案件諭知無罪判決，上訴後，二審法院撤銷該無罪判  
決，改諭知有罪判決。

在案例一，因為傷害罪是不得提起第三審上訴的罪名，一及二審法院判決的情形又不屬  
於刑訴法第 376 條第 1 項但書的情形，所以依同法第 405 條，甲不得抗告二審法院所為的裁  
定。但相對地，在案例二當中，若採否定說，乙的案件雖然屬於刑訴法第 376 條第 1 項各款  
之罪名，但會因為合於同條項但書（但是在一審諭知無罪判決，二審改判無罪），而能夠反  
覆對於二審法院的裁定提起抗告。若是依照否定說，甲及乙所犯的都是普通傷害罪，卻會僅  
因為一及二審的判決不同，而有得否對二審法院裁定（反覆）提起抗告的區別。這樣的差別  
待遇，不無違反平等原則的疑慮。

### （四）採否定說對於再審聲請的影響有限

這次提案大法庭的兩個案件，所涉及的都是再審。亦即，因刑訴法第 376 條第 1 項但書  
規定上訴三審法院而被駁回後，對於高等法院所為駁回再審聲請裁定，得否抗告。乍看之  
下，若是採肯定說，依刑訴法第 405 條，受判決人（被告）無法就高等法院再審聲請的駁回  
裁定，提起抗告，有對其救濟權利保護不周的疑慮。然而，刑訴法第 434 條第 3 項雖然規  
定，再審聲請經法院以無理由裁定駁回後，「不得更以同一原因聲請再審」，但實務上向來  
認為，該「同一原因」指的是同一原因事實。就此，最高法院解釋道，是否為同一個再審原  
因，取決於再審聲請是否為同一個原因事實及證據方法。只要原因事實或證據方法其中有一

7 關於刑訴法第 376 條第 1 項但書及第 2 項間的適用，可以參照林鈺雄，2020 年刑事程序法裁判回顧，  
臺大法學論叢，50 卷特刊，2021 年 11 月，頁 1559-61。

8 依刑訴法第 376 條第 2 項的規定可以知道，刑訴法第 376 條第 1 項但書所採的是一次上訴救濟的原  
則。這部份可以參照吳燦，不得上訴第三審案件與第三人沒收之上訴，月旦裁判時報，83 期，2019  
年 5 月，頁 15。

9 這部份的說明及討論，可以參照李榮耕，簡評釋字第 752 號解釋及刑事訴訟法的相關修正，月旦法學  
教室，181 期，2017 年 11 月，頁 52-53。

不同，就不是同一個再審原因，可以據以聲請再審。最高法院 106 年度台抗字第 327 號刑事裁定便判定：「……共同組合而為再審原因之原因事實與證據方法，若有一不同，所共同組成之再審原因即非同一，執以重新聲請再審，既未違反一事不再理，自無禁止之必要。故是否屬『同一原因』之判斷，應併就據以聲請再審之原因所包含具體事由與所憑之證據方法，加以觀察。如在後之再審聲請與先前之再審聲請所憑之原因事實或證據方法，有一不同，即非屬以『同一原因』聲請再審之情形。」<sup>10</sup>除此之外，以最常見再審的事由，刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款，來說，新事實或新證據與先前的證據綜合判斷，「足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者」，得為其利益聲請再審。亦即，據以聲請再審的新事實或新證據，不需要單憑其本身，就足以動搖原確定判決對於原確定判決。因此，依刑訴法第 376 條第 1 項但書上訴，為最高法院駁回後，向高等法院聲請再審被駁回者，採肯定說，雖然不得對再審聲請的駁回裁定提起抗告，但仍然可以再取得其他新事實或新證據後，併同前一次聲請再審所使用的新事證，向高等法院再次聲請再審。亦即，受判決人仍然享有就確定判決聲請再審的權利，並不會有過大限制的疑慮。

#### 四、聲請定應執行刑之抗告

刑訴法第 477 條第 1 項規定，依刑法定應執行刑的案件，由最後事實審法院相對應檢察署檢察官聲請法院裁定之。當事人對於定執行刑的裁定不服者，是否得依刑訴法第 404 條提起抗告，需要參照釋字第七五二號解釋及現行刑訴法第 376 條的規範目的。

同前所述，案件合於刑訴法第 376 條第 1 項但書的要件時，雖然得提起一次的第三審上訴，但其本質仍然是不得上訴第三審的案件，所以應有刑訴法第 405 條的適用，當事人對於二審法院的裁定，不得提起抗告。然而，釋字第七五二號解釋已經明確指出，對於人民權利的侵害，不只會來自於行政機關，也可能來自於法院。初次受有罪判決者，其人身自由或財產等權益可能遭受不利益，所以依憲法第十六條，享有至少一次上訴救濟的機會，以避免錯誤或冤抑。以人民權益可能受有的侵害的角度來說，不只會來自於（初次）有罪判決，也可能來自於執行刑的裁定。法院依刑訴法第 477 條做成定於執行刑的裁定時，如果有依據了不應考量的因素、未審查應評估的因素或是違反比例原則等情形，會是錯誤的裁判，對受判決人來說，亦屬冤抑，依釋字第七五二號解釋的精神及憲法保障人民訴訟權的意旨，受判決人也應該有至少一次聲請不服，以為救濟的機會。是故，法院就刑訴法第 376 條第 1 項各款罪名的案件，以裁定合併定執行刑時，受判決人也應得類推刑訴法第 376 條第 1 項但書及第 2 項，享有一次得提起抗告的權利。最高法院已經在具體個案中，採取這樣的看法。最高法院 108 年度台抗字第 1143 號裁定便認為：「……有二裁判以上合併定應執行刑之數罪中，倘其中有屬前述第 376 條第 1 項但書之情形，再與其他不得上訴第三審法院之案件，經第二審法院定其應執行之刑時，本於同一法理，亦應同受至少 1 次抗告第三審之訴訟救濟保障，而為刑事訴訟法第 405 條規定不得抗告第三審之例外容許。」

10 相同意旨的裁定，如 110 年度台抗字第 1089 號裁定及 100 年度台抗字第 108 號裁定。另外可參考 98 年度台抗字第 12 號裁定。