

# 最高檢察署

檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

(110 年度台抗大字第 427 號、第 1493 號)

檢察官 楊治宇

陳瑞仁

林俊言

蔡秋明

李進榮



## 法律爭點

爭點：刑事訴訟法第 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」？

## 目錄

壹、本案法律問題之基礎事實	1
貳、最高法院對本案法律爭點之見解	2
一、否定說	2
二、肯定說	2
參、我國學說對本案法律問題之見解	3
一、刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書案件之屬性	3
二、釋字第 752 號解釋之放射效力	3
三、刑事訴訟法第 434 條第 2 項與同法第 405 條之關係	4
肆、外國立法例與學說	4
一、美國	4
(一)間接上訴	4
(二)聲請重審	5
(三)聲請間接上訴與聲請重新審判的准駁程序	5
(四)美國法的小結	7
二、日本	7
三、德國	9
(一)上訴制度	9
(二)再審制度	11
(三)再審與通常上訴程序之異同	12
伍、本署見解	13
一、論述範圍係被告得否對第二審駁回其再審聲請之裁定提起抗告	13
二、刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書規定並未改變案件本質	14
三、刑事訴訟法第 434 條第 2 項並無排除同法第 405 條規定之效力	14
四、第二審法院縱依刑事訴訟法第 405 條規定駁回同法第 376 條案件之再審聲請，被告仍應有一次抗告第三審法院之機會	15
陸、結論	16

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

110 年度台庭蒞字第 11 號

提出人 最高檢察署檢察官 楊治宇

抗告人 黃仁傑(原名黃鈞廷)

徐奕緯

張鈺秀

上列抗告人黃仁傑因不服臺灣高等法院 [109 年度聲再字第 512 號](#) 以其再審抗告為法律上不應准許而裁定駁回，乃對此駁回抗告之裁定向貴院提起抗告(110 年度台抗字第 427 號)；另抗告人徐奕緯、張鈺秀因不服臺灣高等法院臺中分院 [109 年度聲再更一字第 7 號](#) 以其聲請再審無理由而駁回後，二人對此駁回之更審裁定向貴院提起抗告(110 年度台抗字第 1493 號)，經貴院刑四庭於 110 年 11 月 17 日以 [110 年度台抗大字第 427 號及第 1493 號](#) 裁定將此二案之法律問題提交貴院刑事大法庭裁定，茲將本署言詞辯論意旨分述於後：

**壹、本案法律問題之基礎事實**

一、110 台抗字第 427 號：

抗告人黃仁傑(原名黃鈞廷)前經臺灣臺北地方法院以 [106 年度易字第 1017 號](#) 判決論以刑法第 304 條第 1 項強制罪(被訴涉犯修正前刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪，不另為無罪諭知)，黃仁傑不服提起上訴，經臺灣高等法院以 [108 年度上易字第 1084 號](#) 判決撤銷前開判決，改以一行為觸犯普通傷害罪與強制罪，而從一重修正前普通傷害罪論處，黃仁傑提起第三審上訴，經貴院以上訴不合法律上程式而駁回。黃仁傑對臺灣高等法院前揭確定判決聲請再審，經該院以其聲請為無理由而裁定駁回後，又對該駁回裁定提起抗告，該院以其抗告為法律上不應准許而裁定駁回，黃仁傑再對此駁回抗告之裁定向貴院提起抗告。

二、110 年度台抗字第 1493 號：

抗告人徐奕緯、張鈺秀因詐欺案件，經臺灣高等法院臺中分院 [107 年](#)

[度上易字第 1039 號](#)判決，撤銷臺灣苗栗地方法院 [107 年度易字第 121 號](#)無罪判決，改判論以二人共同犯刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪，二人提起第三審上訴，經貴院 [108 年度台上字第 3896 號](#)以上訴不合法法律上之程式駁回。徐奕緯、張鈺秀對臺灣高等法院臺中分院前揭判決聲請再審，經該院以聲請無理由而裁定駁回，二人再對該駁回裁定提起抗告，經貴院 [109 年度台抗字第 1213 號](#)裁定撤銷發回，經臺灣高等法院臺中分院 [109 年度聲再更一字第 7 號](#)以其聲請再審無理由而駁回後，二人對此駁回之更審裁定向貴院提起抗告。

## 貳、最高法院對本案法律爭點之見解

### 一、否定說

案件如有刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書情形，被告或得為被告利益上訴之人依此規定提起第三審上訴，縱其提起第三審上訴後，經最高法院駁回其上訴確定，仍因其係得上訴於第三審法院之案件，抗告人對原確定判決聲請再審，雖經原審裁定駁回，仍得抗告於最高法院，並無刑事訴訟法第 405 條規定之適用([109 年度台抗字第 1213 號](#)、[110 年度台抗字第 270 號](#)等裁定)。

### 二、肯定說

觀諸釋字第 752 號解釋及刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書與第 2 項之立法理由可知，刑事訴訟法第 376 條第 1 項前段所列案件，原則上仍不得上訴第三審法院，僅在該條但書之情形，為更有效保障人民訴訟權，始例外允許得上訴第三審法院，且因同條第 2 項規定，僅有一次救濟機會，在該次救濟後，仍回復其不得上訴第三審法院本質，並非一經取得，即始終取得，無既得權受信賴保護原則之適用。換言之，刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書規定，僅在被告被判有罪確定前之通常程序中，為保障其訴訟權所作之補救措施，並非意在改變其不得上訴第三審法院之案件本質，自屬刑事訴訟法第 405 條所稱「不得上訴於第三審法院之案件」，其第二審法院駁回被告聲請再審之裁定，

自不得抗告於第三審法院(院字第 1871 號解釋、[101 年度台抗字第 928 號](#)裁定，另提案刑四庭擬採本說)

## 參、我國學說對本案法律問題之見解

### 一、刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書案件之屬性

依刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書規定，於第一審無罪(或免訴等)，第二審撤銷原判決改判有罪時，得上訴第三審法院，倘上訴後經第三審法院撤銷第二審判決發回後，復經第二審法院判處有罪，此際因被告已非「初次」受有罪判決，而係「第二次」諭知有罪判決，已不在釋字第 752 號解釋範圍之內，是同條第 2 項規定，不論發回後被告受有罪或無罪判決，案件均不得上訴第三審法院，回歸不得上訴第三審之本質<sup>1</sup>。

### 二、釋字第 752 號解釋之放射效力

釋字第 752 號解釋意旨除針對刑事訴訟法第 376 條所列各款案件之被告第三審上訴之准否外，尚有無放射效力？實務上有則案例頗具啟發性：被告因涉犯詐欺，一二審法院均判處有罪，依刑事訴訟法第 376 條規定固不得上訴，然參與沒收程序之第三人對於第二審法院初次沒收其財產之判決，得否提起第三審上訴；對此，最高法院認為，釋字第 752 號解釋係就刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 2 款案件中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而為解釋，第三人沒收程序中之第三審上訴部分，並未在其解釋範圍內，縱第二審法院判決始宣告沒收第三人財產，第三人仍不得上訴第三審法院<sup>2</sup>。

惟學說上有認為，基於有權利即有救濟之原理，及本於釋字第 752 號解釋相同法理，第三人如非因過失，於第二審始參與沒收程序，並經第二審法院初次判決沒收其財產，即使本案部分已不得上訴第三

---

<sup>1</sup> 李榮耕，簡評釋字第 752 號解釋及刑事訴訟法的相關修正，月旦法學教室第 181 期(2017 年 11 月)，頁 52 以下；林鈺雄，刑事訴訟法下冊，10 版(2020 年 9 月)，頁 450。

<sup>2</sup> 107 年度台非字第 18 號判決

審，亦應容許該第三人對沒收之判決提起第三審上訴，以資救濟<sup>3</sup>。

### 三、刑事訴訟法第 434 條第 2 項與同法第 405 條之關係

刑事訴訟法第 434 條於 109 年 1 月 8 日增訂第 2 項：「聲請人或受裁定人不服駁回聲請之裁定者，得於裁定送達後十日內抗告」，此項再審無理由駁回裁定之抗告，有無排除同法第 405 條之效力？有學者認為，純就學理言，很難導出何者係屬應優先適用之特別規定，僅能取決於立法意旨<sup>4</sup>。

### 肆、外國立法例與學說

#### 一、美國

美國聯邦與州法並無完全與我國相同的再審制度。如果從判決確定後之救濟程序言之，「間接上訴」(collateral appeal) 或可歸類為我國之「再審」，但如果從「依其審級之通常程序更為審判」言之，則係「聲請重審」(motion for a new trial) 比較類似我國之再審，謹簡述二者之程序如下。

#### (一)間接上訴

美國聯邦或州對於終局刑事有罪判決之上訴，對被告而言，基本上區分為「直接上訴」(direct appeal)<sup>5</sup>和「間接上訴」(collateral appeal 或稱「附帶上訴」；post-conviction appeal「判罪後上訴」；其中最重要的是 the habeas corpus writs procedure「人身保護令程序」，限於受拘禁之人 a person in custody 始得提起)<sup>6</sup>。基本上直接上訴（向上級法院提起）至少有一審級是被告之法定權利<sup>7</sup>，目的是在挑戰原判決關

<sup>3</sup> 吳燦，不得上訴第三人案件與第三人沒收之上訴—最高法院 107 年度台非字第 18 號刑事判決評析，月旦裁判時報第 83 期(2019 年 5 月)，頁 18 以下。

<sup>4</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法下冊，10 版(2020 年 9 月)，頁 500。

<sup>5</sup> 直接上訴之聯邦法請參 18 U.S.C. § 3732（即 Rule 3, Federal Rules of Appellate Procedure）與 18 U.S.C. §3742（量刑部分）。

<sup>6</sup> 此部分之聯邦法請參 28 U.S. Code § 2254（州法院判決下的被拘禁者）與 28 U.S. Code § 2255（聯邦法院判決下的被拘禁者）。

<sup>7</sup> 美國聯邦法院之上訴二審是權利 as of right，上訴三審是許可制 discretionary。而州法院各有不

於罪責的正確性(所以主要爭點在於罪刑之理由 merit),間接上訴(大多向一審法院提起,但亦可向二三審法院提起<sup>8</sup>)則全部是裁量許可制,目的是在挑戰原判決之合法性(所以主要爭點在於程序 procedure,而會擴及到案情以外之陪審團不當行為、無效辯護等事由)。而所謂之有罪判決已確定(becomes final),是指走完直接上訴程序仍維持有罪者。通常直接上訴不成功後,拘禁中被告才會再提起間接上訴<sup>9</sup>。

## (二)聲請重審

與上訴程序平行的另一個對有罪判決的不服程序就是「聲請重審」,即向原來的一審承審法官(而不是上級法院)聲請撤銷原來的有罪判決,並重組一個新的陪審團將案件全部重新審理一次(如果是職業法官之審判即 bench trial 時,則是由法官重新開庭調查證據)。此部分之聯邦法請參 Rule 33, Federal Rules of Criminal Procedure,其聲請之理由有二:(一)新發現證據(Newly Discovered Evidence),須在判決後三年內提出。(二)其他原因(any reason other than newly discovered evidence),須在判決後十四天內提出。<sup>10</sup>

如果被告同時向一審法院聲請重審和向二審法院提起上訴,則須在上訴案件被發回時,法院才可以准予重審<sup>11</sup>。

從上可知,上訴審法院並不對有罪無罪下判決(只是撤銷有罪判決,必要時發回),重審則是由一審法院對有罪無罪重新再判一次。

## (三)聲請間接上訴與聲請重新審判的准駁程序

接下來的是聲請間接上訴與聲請重新審判的准駁程序為何?此

---

同之組合,但不論如何一定至少會有上訴二審或三審中之一次是權利。請參美國司法部 Bureau of Justice Statistics, Criminal Appeals in State Courts 頁 3, available at: <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/casc.pdf>

<sup>8</sup> 聯邦之間接上訴如果是直接向二審或三審法院提起,該等法院可以自己審理,也可以移給聯邦地方法院處理,參 28 U.S. Code § 2241(a)(b)。

<sup>9</sup> 在一九五〇年代後,美國各州即積極立法建立起州系統本身的間接上訴程序,故大部分州法院之被告現在可以利用之救濟程序計有州的直接上訴、州的間接上訴與聯邦的間接上訴等多重保障。

<sup>10</sup> 州法對於聲請重審的理由有較詳細的規定,例如加州 Penal Code Section 1181;德州 Rule 21.3, TEXAS RULES OF APPELLATE PROCEDURE。

<sup>11</sup> Rule 33(b)(1), Federal Rules of Criminal Procedure, "If an appeal is pending, the court may not grant a motion for a new trial until the appellate court remands the case."

部分即與本案爭點直接有關。

間接上訴最常見的是由受拘禁人向法院聲請核發人身保護令 (an application for a writ of habeas corpus)，採許可制，例如從州法院判決上訴之 28 U.S. Code § 2254 人身保護令程序，法院駁回之理由可分為程序與實體，程序理由是被告尚未窮盡州法院所能提供之所有救濟途徑，或未能釋明該等途徑之無效性<sup>12</sup>。實體的理由是原判決並未違背業經聯邦最高法院確定之聯邦法，或原判決對於事實的認定並未與經法院調查之證據不符<sup>13</sup>。對此駁回 (denial) 可以上訴 (抗告)<sup>14</sup> 至聯邦上訴法院<sup>15</sup>，但條件很嚴格，必須取得聯邦一審或二審法院一位法官核發的「上訴適格證明書」(a certificate of appealability)<sup>16</sup>。

至於駁回之後能否再次提出聲請人身保護令？聯邦法基本上採否定態度，在從州法院判決提起部分，28 U.S. Code § 2244(b)對於重複聲請 (a second or successive habeas corpus application under section 2254) 的規定概要言之：如是同一事由，一定駁回。如是不同事由，則必須在下列二種情況之一才可能獲准，即 (一) 再次聲請是建立在一項聯邦最高法院判決的新準則，且該準則有溯及效力。或者 (二) (1)發現先前善盡調查之能事下仍無法查得之事實，且(2)基於該等新發現的事實再綜合其他證據，足以明白可信地證明若無該項憲法上之錯誤，沒有一個合理的事實裁判者會認為被告有罪。<sup>17</sup>在從聯邦法院

---

<sup>12</sup> 28 U.S. Code § 2254(b)(1)(2)

<sup>13</sup> 28 U.S. Code § 2254(d)

<sup>14</sup> 美國法不論是抗告或上訴都是使用 appeal 這個字詞。

<sup>15</sup> Rule 22, Federal Rules of Appellate Procedure

<sup>16</sup> 28 U.S. Code § 2253(c)

<sup>17</sup> 28 U.S. Code § 2244 (b)

(1) A claim presented in a second or successive habeas corpus application under section 2254 that was presented in a prior application shall be dismissed.

(2) A claim presented in a second or successive habeas corpus application under section 2254 that was not presented in a prior application shall be dismissed unless—

(A) the applicant shows that the claim relies on a new rule of constitutional law, made retroactive to cases on collateral review by the Supreme Court, that was previously unavailable; or

(B)(i) the factual predicate for the claim could not have been discovered previously through the exercise of due diligence; and(ii) the facts underlying the claim, if proven and viewed in light of the evidence as a whole, would be sufficient to establish by clear and convincing evidence that, but for constitutional error, no reasonable factfinder would have found the applicant guilty of the underlying offense.

判決提起部分，28 U.S. Code § 2255 (h)亦有相似規定。

其次，「聲請重審」方面，被告於有罪判決後向一審法官「聲請重審」被駁回時，可以針對該駁回裁決依一般程序上訴（抗告）到二審法院。反之，被告「聲請重審」經一審法院准許時，則檢察官可以上訴（抗告）<sup>18</sup>。不論何方上訴（抗告），上級法院通常會尊重一審法院（事實審）對於是否准予重審的決定，亦即，依「裁量裁有無被濫用（abuse of discretion）」之審查標準<sup>19</sup>。而由於聲請重審有時間限制，已如前述，被告自無機會一再聲請。

必須強調者，美國並無類似我國刑事訴訟法第 376 條之輕罪不得上訴至第三審之規定。且因為美國一審法院判無罪後，檢察官並不能上訴，所以也不會有一審判無罪二審改判有罪之情形發生。

#### （四）美國法之小結

綜上所述，美國法制類似我國再審者有「間接上訴」與「重審」，而對於聲請「間接上訴」或聲請「重審」之駁回，都有給予被告上訴（抗告）的機會，但並未容許當事人一再上訴（抗告）或一再重複聲請。

## 二、日本

日本刑事訴訟法(以下簡稱日本刑訴法)之抗告共有三種：通常抗告、即時抗告、特別抗告。通常抗告、即時抗告二者合稱一般抗告，係指對於法院裁定(日文：「決定」)所為之上訴，法官所為之決定(日文：「命令」)不包括在內，而特別抗告係指對於法院裁定(即「決定」)及法官決定(即「命令」)的上訴，由最高裁判所針對「決定」、「命令」作違憲審查。「決定」為法院所為判決以外之裁判，「命令」為法官所為之裁判，因此一般抗告無法針對「命令」為之，但法院所為判決以外之裁判，名稱為「命令」者，作為法院之實質決定，仍為抗告之對

---

<sup>18</sup> 此部分之聯邦法請參 18 U.S. Code § 3731 第一段：In a criminal case an appeal by the United States shall lie to a court of appeals from a decision, judgment, or order of a district court dismissing an indictment or information or granting a new trial after verdict or judgment...

<sup>19</sup> 參 Evers v. Equifax, Inc., 650 F.2d 793, 796 (5th Cir. Unit B July 1981)。

象，因此，日本刑訴法第 429 條針對由法官決定(即「命令」)的上訴，特別以準抗告稱呼之<sup>20</sup>。

就一般抗告，日本刑訴法第 419 條規定：「抗告除有得為即時抗告之規定者外，得對法院所為之裁定提起之。但本法有特別規定者，不在此限。」而對於抗告法院之裁定，不得抗告(第 427 條)。此再抗告之禁止，乃因抗告之對象為一般程序上之附隨事項，無再次給予表示不服機會的必要性，裁判所法上之所有抗告法院均為高等裁判所<sup>21</sup>，以防止最高裁判所負擔過重<sup>22</sup>。至於特別抗告，依日本刑訴法第 433 條第 1 項：「對於依本法不得聲明不服之裁定或命令，以第 405 條規定之事項為理由者為限，得向最高裁判所提起抗告。」又最高裁判所也擴張允許以第 411 條重大事實之誤認為由，依第 433 條提起特別抗告<sup>23</sup>。

再審為特別救濟程序，故對於再審聲請之裁定不服，依屬特別規定之即時抗告為之。日本刑訴法第 450 條規定：「對於第 446 條、447 條第 1 項、448 條第 1 項及前條第 1 項之裁定，得即時抗告。」其各

---

<sup>20</sup> 古田佑紀、河村博，收於河上和雄、古田佑紀、原田國男、河村博、中山善房(編著)大コンメンタール刑事訴訟法〈第 9 卷〉第 351 條~第 434 條，青林書院，2011 年 4 月第二版，657 頁。

<sup>21</sup> 裁判所法第 16 條：「高等裁判所は、左の事項について裁判権を有する。一 地方裁判所の第一審判決、家庭裁判所の判決及び簡易裁判所の刑事に関する判決に対する控訴。二 第七條第二號の抗告を除いて、地方裁判所及び家庭裁判所の決定及び命令並びに簡易裁判所の刑事に関する決定及び命令に対する抗告。三 刑事に関するものを除いて、地方裁判所の第二審判決及び簡易裁判所の判決に対する上告。四 刑法第七十七條乃至第七十九條の罪に係る訴訟の第一審。」引自 e-Gov 法令檢索，裁判所法，<https://reurl.cc/veDOPa>(最後瀏覽：2022 年 1 月 4 日)。

<sup>22</sup> 古田佑紀、河村博，收於河上和雄、古田佑紀、原田國男、河村博、中山善房(編著)大コンメンタール刑事訴訟法〈第 9 卷〉第 351 條~第 434 條，青林書院，2011 年 4 月第二版，726 頁。

<sup>23</sup> 最大決昭 37・2・14 刑集第 16 卷 2 号 85 頁，<https://reurl.cc/n58ZZD>(最後瀏覽：2021 年 12 月 7 日)。日本刑訴法所規定之上訴第三審事由，其一為高等裁判所之判決違反憲法、判例，依日本刑訴法第 405 條規定：「對於高等裁判所所為第一審或第二審判決，得以左列事項上訴第三審：(第 1 款)有違憲法或解釋憲法有誤。(第 2 款)作出違反最高裁判所判例之判斷。(第 3 款)於無最高裁判所判例之情形，作出違反大審院 或該當第三審法院之高等裁判所判例或本法施行後相當於二審法院之高等裁判所判例的判斷。」藉以達成由最高裁判所統一憲法之判斷及判例之目的。另外，同法第 411 條規定：「第三審法院對於無第 405 條各款規定之事由，但認為有左列事由，如不撤銷原判決顯然違背正義時，得以判決撤銷原判決。一、違反法令足以影響判決者。二、量刑顯為不當者。三、重大事實誤認則以影響判決者。四、有得為再審聲請之事由者。五、判決後刑罰已廢止、變更或大赦者。」故以違反法令、事實誤認、量刑不當等為上訴理由，最高裁判所亦得依職權撤銷之，以為具體個案之救濟。

該條之內容，分別為「再審聲請違反法令上程式，或於聲請權消滅後提起，經法院所為駁回聲請之裁定。」(第 446 條)、「再審聲請無理由者，應以裁定駁回之。」(第 447 條第 1 項)、「再審聲請有理由者，應開為開始再審之裁定。」(第 448 條第 1 項)、「對於駁回上訴二審之確定判決及因該判決而確定之第一審判決提起再審之聲請者，第一審已為再審判決時，二審應已裁定駁回再審之聲請。」(第 449 條第 1 項)。

由於再審聲請係向原判決法院為之(第 438 條)，如屬上述第一審法院所為之裁定，仍得依第 450 條提起即時抗告，但對於駁回本條之即時抗告的第二審裁定，依上揭日本刑訴法第 427 條規定，不得再為抗告<sup>24</sup>。故對於駁回本條之即時抗告的第二審裁定或向第二審法院所為之再審聲請經駁回<sup>25</sup>，僅得提特別抗告。

### 三、德國

#### (一)上訴制度

德國法院組織由下而上，可分為地區法院(Amtsgericht)、邦地方法院(Landgericht)、邦高等法院(Oberlandesgericht)及聯邦法院(Bundesgerichtshof)，情形有似我國地方法院簡易庭、地方法院、高等法院及最高法院。該國上訴制度即依前述組織架構而定，卻遠比我國複雜，大別如下：

- 1.凡屬地區法院之輕微案件，可上訴至邦地方法院(第二審、事實審)及邦高等法院(第三審、法律審)。如地區法院當事人對判決之事實認定無意見，僅爭執法律問題，依刑事訴訟法第 335 條規定，可直

---

<sup>24</sup> 如為地方法院之再審聲請有理由之裁定，仍得即時抗告，但高等裁判所(抗告法院)之裁定，依此條即不得再為抗告，如財田川事件之高松地方裁判所於 1979 年(昭和 54 年)6 月 7 日為准許再審之裁定，檢察官抗告，經高松高等裁判所駁回即時抗告，因而不得再為即時抗告而開始再審。參照高松高等裁判所昭和 56 年 3 月 14 日決定，高裁判例集第 34 卷 1 号 1 頁，<https://reurl.cc/q1Ez2E>(最後瀏覽：2021 年 12 月 9 日)。

<sup>25</sup> 最決昭 29•6•15 集刑第 96 号 237 頁，<https://reurl.cc/OkY4W9>(最後瀏覽：2021 年 12 月 7 日)。

接上訴至第三審邦高等法院，跳過第二審邦地方法院，稱為飛躍上訴(Sprungrevision)<sup>26</sup>。

- 2.邦地方法院具有第一審管轄之案件，可上訴至聯邦法院(第二審、法律審)，但以邦地方法院判決違反邦法，而非聯邦法律為由提起上訴，則僅得向邦高等法院為之(法院組織法第 121 條第 1 項第 1 款 c)。
- 3.邦高等法院具有第一審管轄之案件，可上訴至聯邦法院(第二審、法律審)。

由前述可知，屬於法律審(Revision)之法院有邦高等法院及聯邦法院，前者處理不服邦地方法院之第二審判決、地區法院第一審判決之飛躍上訴以及邦地方法院具有管轄權之第一審判決(但僅限違反邦法案件)；後者則是不服邦地方法院或邦高等法院之第一審判決。另外，邦高等法院處理案件時，欲作出與同院其他庭，或聯邦法院歷來觀點不同之判決時，亦得提案至聯邦法院裁決(法院組織法第 121 條第 2 項)。以我國情形解釋，即大法庭制度於高等法院各庭間及高等法院與最高法院間，亦有適用。

提起法律審，依該國刑事訴訟法第 337 條第 1 項規定，僅得以判決違背法律為由，而此係指法律規範未被適用或適用不當。具體而言，法律審係審查遭指摘判決是否合乎程序法之規定完成，以及是否正確適用實體法<sup>27</sup>。法律審之設旨在維持法一致性及實現個案之公平正義<sup>28</sup>。至於事實之認定則非法律審之職權，被告上訴如仍爭執伊未犯罪，係屬無辜，原判決僅採對其不利之證詞，顯有不當，難認係屬上訴審合法理由。證據評價(Beweiswürdigung)，除評價有違反論理法則及經驗法則，或陷於循環論證外，原則上係事實審職權<sup>29</sup>，是上訴人主張出現新的證據方法，原判決未及審酌，即或屬實，法律審亦不能以此

---

<sup>26</sup> 我國民事訴訟法第 466 條之 4 亦有飛躍上訴制度：「當事人對於第一審法院依通常訴訟程序所為之終局判決，就其確定之事實認為無誤者，得合意逕向第三審法院上訴」。

<sup>27</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl. Rn.559.

<sup>28</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl. Rn.559.

<sup>29</sup> BGH NJW2016, 262; Erb, GA 2012,79.

為由，廢棄原判決，此稱為「證據調查重建之禁止」(Verbot der Rekonstruktion der Beweisaufnahme)。德國刑事訴訟法並無與我國刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書及第 2 項相類之規定。

## (二)再審制度

依德國刑事訴訟法規定，聲請再審係針對確定判決之特別救濟程序，為免任意爭執確定判決之既判力，破壞法之安定性，必須具備法定原因，即再審理由，而整個再審程序可依序分為三個階段<sup>30</sup>：

- 1.合法要件之審查(Aditionsverfahren):如法院管轄權(第 367 條)、聲請權人(第 361 條)、應提出再審之法定理由及證據方法(第 366 條)等。合法要件如有欠缺，應以聲請不合法駁回之(第 368 條第 1 項)，否則應將再審聲請送達他造當事人，並指定答辯時間(第 368 條第 2 項)。
- 2.有無理由之審查(Probationsverfahren):再審聲請如認合法後，應進而審查有無理由，此依受判決人之利益(第 359 條)或不利益(第 362 條)而有不同。法院為確認再審理由之存否，得依職權調查證據(第 369 條)，調查結果如認為聲請人主張不實或無法證明，或不致動搖原確定判決時，應以無理由駁回(第 370 條第 1 項)，否則應命再審，且重新進行審判程序(第 370 條第 2 項)。
- 3.重新之審理(erneute Hauptverhandlung):法院命再審裁定確定後，案件回復原審級通常程序，與一般審判程序相同，但如受判決人死亡時，則毋庸進行審判程序，在調查證據後，即應宣告無罪或駁回聲請(第 371 條第 1 項)。

總體而言，德國再審規定與我國相似，但仍有下列不同之處：

- 1.德國並無非常上訴制度，是判決確定始發現有違背法令之處，應如何救濟，不無疑義，此際得依聯邦憲法法院法(Gesetz über das Bundesverfassungsgericht)第 79 條第 1 項規定聲請再審。惟該條僅

---

<sup>30</sup> Karl Heinz Gössel, in: Löwe-Rosenberg stop, 26 Aufl. Vor §359, Rn.104ff.

限於確定判決據以適用之法令違憲，或經憲法法院宣告無效，或對該法令之解釋被宣告違憲者，始得聲請再審，並非任何違背法令均可提出。

2. 再審管轄法院可依聲請為無辯護人之受判決人就再審程序指定辯護人(第 364 條 a)，此際受判決人已聲請再審；至尚未聲請再審之受判決人，如無辯護人，亦得聲請未來之管轄法院指定辯護人，幫其準備再審之聲請(第 364 條 b)，如訊問證人或蒐集相關文件等。我國刑事訴訟法第 429 條之 1 雖規定，同法第 28 條、第 32 條及第 33 條於聲請再審準用之，但並不準用第 31 條或 31 條之 1 指定辯護人規定。
3. 再審聲請，如目的在求得較輕或較重刑罰(例如主張法院決定量刑之文件係屬偽造)，或主張受判決人因精神耗弱而得減輕刑罰，均不合法(第 363 條第 1 項及第 2 項)。
4. 對第一審法院就再審聲請所為裁判，得以「即時抗告」(sofortige Beschwerde)聲明不服(第 372 條第 1 項)；但對於法院命再審及重新進行審判程序之裁定，檢察官不得聲明不服。

### (三)再審與通常上訴程序之異同

德國再審與通常上訴程序之目的皆係除去錯誤裁判，且兩者在程序合法要件上諸多相同(如特定人始得提出、限於書面、應敘述理由等)，是學說將二者統稱為「救濟途徑」(Rechtsbehelf)<sup>31</sup>。惟二者在德國法制上亦有相異之處<sup>32</sup>：

1. 聲請再審不似通常上訴程序，並無移審(Devolutiveffekt)及阻斷(Suspensiveffekt)效力，前者係指案件應交由上級審處理，後者則係阻斷判決確定及因而所生之刑罰執行力。
2. 再審程序之審核客體係刑事訴訟法第 359 條與第 362 條及聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項所定事由，此與第三審上訴係針對原審判決

<sup>31</sup> Karl Heinz Gössel, in: Löwe-Rosenberg stop, 26 Aufl. Vor §359, Rn.27.

<sup>32</sup> Karl Heinz Gössel, in: Löwe-Rosenberg stop, 26 Aufl. Vor §359, Rn.28ff.

違背法令，及第二審不受第一審判決之拘束，就上訴案件可為重覆之審理(覆審制)等，均有所不同。

- 3.聲請再審係針對確定判決，而聲請上訴目的係為阻斷判決確定，聲請上訴時，判決尚未確定，兩者明顯不同。
- 4.如前所述，事實認定非第三審法院之職權，上訴人主張出現新證據，原判決未及審酌，即或屬實，亦不能以此為由廢棄原判決(即證據調查重建之禁止)；反之，聲請人在再審程序須提出新事實或新證據(nova)作為再審理由(第 359 條第 5 款)，此項嶄新性(Neuheit)只要原事實審於判決時不知而未予審酌即屬之，不論係判決前已存在或判決後始出現，均在所不問<sup>33</sup>。

## 伍、本署見解

### 一、本件論述集中於被告得否對第二審法院駁回其再審聲請之裁定提起抗告

本件提案之法律問題係：「刑事訴訟法第 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？」問題既限定「第 376 條第 1 項但書案件」，則應指第一審法院判處無罪(或免訴等)，而第二審法院撤銷並改判有罪之情形，此際被告或得為被告利益上訴之人既得提起上訴，案件應非屬第 405 條所稱「不得上訴於第三審法院」，第二審法院於被告尚未上訴前所為之裁定，依第 405 條反面解釋，被告自得提起抗告。

反之，被告提起上訴後，經第三審法院撤銷並發回第二審法院後，依同法第 376 條第 2 項規定，不論第二審法院判決結果，案件均不能再上訴第三審法院，此際第二審法院於更審程序所為之裁定，依同法第 405 條規定，均不得抗告，固無疑義。

茲有疑義者乃被告提起上訴，經第三審法院駁回上訴，案件已告確定，嗣後被告對第二審法院判決聲請再審，第二審法院准駁之裁定，

---

<sup>33</sup> Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt Strafprozessordnung, 64 Aufl. §359 Rn.28ff.

能否抗告?另由本件二基礎事實觀之，亦均係被告對第二審法院有罪之確定判決聲請再審遭駁回，衍生能否抗告第三審法院問題。為集中爭點，本署以下僅就第二審法院駁回被告等聲請再審裁定，被告得否提起抗告，即有無刑事訴訟法第 405 條規定之適用論述。

## **二、刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書規定並未改變案件本質**

刑事訴訟法第 376 條第 1 項原僅規定，本條所列各罪，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，嗣因釋字第 752 號解釋認為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，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，因此於 2017 年 11 月 16 日增列該條第 1 項但書賦予被告或其他有權之人，於第一審無罪、第二審有罪時得提起上訴之權，惟如係第一審及第二審均有罪或無罪，以及第一審有罪、第二審無罪之情況，則均不得提起第三審上訴；另參諸同條第 2 項規定，上訴經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，則不得再行上訴，是刑事訴訟法第 376 條所列各罪僅於出現法定情況，始例外得上訴一次，如此例外不應改變案件本質，本案鑑定人李榮耕教授之意見書同此結論，可資贊同。

## **三、刑事訴訟法第 434 條第 2 項並無排除同法第 405 條規定之效力**

刑事訴訟法第 434 條第 1 項規定，法院認為無再審理由者，應以裁定駁回之；第 2 項規定，聲請人或受裁定人不服駁回聲請之裁定者，得於裁定送達後十日內抗告。如前所述，有學者質疑該條第 2 項規定應否優先適用於同法第 405 條，並稱應取決於立法意旨；對此，刑事訴訟法第 434 條第 2 項之立法理由(一)稱：「考量再審聲請駁回影響聲請人或受裁定人權益甚鉅，為能有更加充分時間準備抗告，爰參考刑事案件確定後去氧核糖核酸鑑定條例第 7 條第 3 項之規定，增訂第 2 項十日之特別抗告期間。又該十日期間固為第 406 條前段關於抗告期間之特別規定，惟其抗告及對於抗告法院所為裁定之再抗告，仍有第

405 條、第 415 條等其他特別規定之適用，附此敘明」。刑事訴訟法第 434 條第 2 項甫於 109 年 1 月 8 日增訂，距今未久，前揭立法理由自係探究立法意旨之憑據，是刑事訴訟法第 434 條第 2 項固對駁回聲請再審之裁定，另訂較長之抗告期間，惟能否提起抗告，仍應適用同法第 405 條。

#### 四、第二審法院縱依刑事訴訟法第 405 條規定駁回同法第 376 條案件之再審聲請，被告仍應有一次抗告第三審法院之機會。

釋字第 752 號解釋雖係就刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 2 款案件中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而為解釋，至於前揭案件確定後，聲請再審遭第二審法院駁回後能否抗告乙節，並未在其解釋範圍內。然該條第 1 項但書情形被告係一審無罪、二審有罪，與同條第 1 項前段一審及二審均有罪(或均無罪)，及同條第 2 項經發回後，二審判有罪或無罪(最後結果二次無罪或有罪)相較，被告僅曾受一次有罪判決，是其嗣後聲請再審遭第二審法院駁回，給予一次抗告機會，似較衡平其在通常程序所受處遇。另再審係對確定判決聲明不服之方法，本質上為原訴訟程序之再開或續行，並非另一新訴訟關係，應以原確定判決於確定前在通常訴訟程序進行中是否係得上訴於第三審法院之案件，為審斷其是否得抗告之基礎(最高法院 [101 年度台抗字第 928 號](#) 裁定)，準此，刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書既給予被告一次上訴機會，則其於判決確定後聲請再審遭第二審法院駁回時，亦應給予一次抗告機會。

又在刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款案件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，最高法院認為「本於同一法理，亦應同受至少一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」([108 年度台抗字第 1143 號](#) 裁定)，因再審聲請駁回影響聲請人權益甚鉅(刑事訴訟法第 434 條第 2 項立法理由參照)，則在其初次遭駁回之情形，亦應比

照辦理。鑑定人李榮耕教授意見書最後引用前揭最高法院裁定，似暗喻應給予本案被告等一次抗告機會。準此，基礎事實二情形，因抗告人徐奕緯、張鈺秀先前已曾抗告，則臺灣高等法院臺中分院駁回再審聲請之更審裁定，應不得抗告。

## 陸、結論

刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書規定僅係讓原不得上訴第三審案件，例外容許上訴，案件本質並未因此規定而改變，仍屬同法第 405 條所稱「不得上訴第三審法院之案件」。另刑事訴訟法第 434 條第 2 項固對駁回聲請再審之裁定，另訂較長之抗告期間，惟能否提起抗告，依該條立法理由，仍有同法第 405 條之適用。又再審係對確定判決聲明不服之方法，本質上為原訴訟程序之再開或續行，並非另一新訴訟關係，應以原確定判決於確定前在通常訴訟程序進行中是否係得上訴於第三審法院之案件，為審斷其是否得抗告之基礎，刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書既給予被告一次上訴機會，則其於判決確定後聲請再審遭第二審法院駁回時，亦應給予一次抗告機會。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中 華 民 國 111 年 1 月 26 日

檢察官 楊治宇

陳瑞仁

蔡秋明

林俊言

李進榮