

## 釋字第 752 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

本解釋宣告：刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款所定案件中，初次受有罪判決之人，應至少享有一次上訴救濟機會。抑有進者，本解釋同時宣告：前述案件中初次受有罪判決之被告，於本解釋公布之日（106 年 7 月 28 日），如尚未逾上訴期間，即得據本解釋提起第三審上訴；原判決之第二審法院，並應以裁定送達被告且於裁定中曉示其得上訴於第三審。

本解釋前述意旨，充分落實人民訴訟權之保障，當然值得贊同。惟本席尚有若干補充看法，爰提出本協同意見書。

### 壹、刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款部分，亦應納入本解釋範疇

#### 一、刑事訴訟法第 376 條所定案件之分類

刑事訴訟法第 376 條所限制不得上訴第三審之案件，計有 7 款<sup>1</sup>：(1) 最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪；(2) 刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪；(3) 刑法第 335 條、第 336 條第 2 項之侵占罪；(4) 刑法第 339 條、第 341 條之詐欺罪；(5) 刑法第 342 條之背信罪；(6) 刑法第 346 條之恐嚇罪；(7) 刑法第 349 條第 1 項之贓物

<sup>1</sup> 本條於 84 年 10 月 20 日修正公布前之規定內容為：「刑法第 61 條所列各罪之案件經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。」而當時之刑法第 61 條所列之各罪，分別為：(1) 犯最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。但第 132 條第 1 項、第 143 條、第 145 條、第 186 條、第 272 條第 3 項及第 276 條第 1 項之罪，不在此限。(2) 犯第 320 條之竊盜罪。(3) 犯第 335 條之侵占罪。(4) 犯第 339 條之詐欺罪。(5) 犯第 349 條第 2 項之贓物罪。

罪。至於每個具體刑事個案，如何認定是否屬於本條所定各款之案件，學說上有「起訴法條標準說」、「判決標準說」、「爭議標準說」<sup>2</sup>。惟參照本院釋字第 60 號解釋意旨，案件是否屬於刑事訴訟法第 376 條所列各罪之範圍，尚有爭執者，應視當事人在第二審言詞辯論終結前是否業已提出，如當事人本已主張非本條所列各罪，第二審仍為認係該條各罪之判決者，始得上訴於第三審法院。

上開 7 款案件，其中第 1 款係以法定刑度為準，凡最重法定本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，均有該款之適用，如經第二審判決，即不得上訴於第三審法院。關於本條款所稱之「最重本刑」，依最高法院判例，應包含「依刑法分則規定加重後」之最重本刑，但不含「依刑法總則規定加重後」之最重本刑。詳言之：

- (一) 犯罪如因「刑法分則」規定之加重事由，致其最重本刑超過 3 年有期徒刑者，該犯罪即非屬刑事訴訟法第 376 條第 1 款所稱之罪。例如：刑法第 277 條第 1 項之普通傷害罪、第 304 條第 1 項之強制罪及第 315 條之 1 之妨害秘密罪，其法定最重本刑均為 3 年以下有期徒刑，故皆為刑事訴訟法第 376 條第 1 款所定之罪。惟如公務員假借職務上之權力、機會或方法，故意犯各該罪者，依刑法第 134 條本文規定，加重其刑至二分之一，則其法定刑度已伸長為 4 年 6 個月有期徒刑，即無刑事訴訟法第 376 條第 1 款之適用，故得於經第二審判決後，上

---

<sup>2</sup> 林俊益，刑事訴訟法概論，2011 年 2 月，10 版，412-415 頁；林鈺雄，刑事訴訟法（下），2013 年 9 月，7 版，367-368 頁；黃朝義，刑事訴訟法，2007 年 8 月，增補 1 版，652-654 頁。

訴於第三審法院<sup>3</sup>。公務員包庇他人犯刑法第 268 條之意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪(法定刑為 3 年以下有期徒刑，得併科 3000 元以下罰金)者，依刑法第 270 條規定，加重其刑至二分之一，亦無刑事訴訟法第 376 條第 1 款適用餘地。

(二) 反之，犯罪之最重法定刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金，而因「刑法總則」規定之加重事由，致其最重本刑超過 3 年以上有期徒刑者，該犯罪仍為刑事訴訟法第 376 條第 1 款所稱之罪。例如，被告犯刑法第 277 條第 1 項之傷害罪，且被告為累犯，依刑法第 47 條第 1 項規定，加重本刑至二分之一，但此乃宣告刑之加重，而非法定本刑之延伸，仍屬刑事訴訟法第 376 條第 1 款所定之案件，故經第二審判決者，不論判決有罪或無罪，判決有罪者，不論宣告刑是否超過 3 年，均不得上訴於第三審法院<sup>4</sup>。

前開最高法院判例見解，為多數學者所贊同<sup>5</sup>。

---

<sup>3</sup> 參見最高法院 46 年台上字第 451 號判例：「刑法第 277 條第 1 項之傷害罪，雖屬同法第 61 條第 1 款之案件，經第二審判決後不得上訴於第三審法院。惟公務員假借職務上權力而犯同法第 277 條第 1 項之罪，依同法第 134 條即應加重其刑，即不受刑事訴訟法第 368 條之限制。」本判例所稱之刑事訴訟法第 368 條，相當於現行刑事訴訟法第 376 條。

<sup>4</sup> 參見最高法院 43 年台上字第 163 號判例：「刑法第 277 條第 1 項之犯罪，如依刑法分則加重結果，其最重本刑超過 3 年以上有期徒刑時，即非同法第 61 條第 1 款前段之案件，不受刑事訴訟法第 368 條不得上訴第三審之限制。經原審認為上訴人具備累犯條件，應依刑法總則第 47 條加重其刑二分之一，既非依刑法分則加重，縱使加重結果最重本刑超過 3 年以上有期徒刑，仍不失為同法第 61 條第 1 款前段之案件，經第二審判決後不得上訴第三審法院。」

<sup>5</sup> 褚劍鴻，刑事訴訟法論，2002 年 9 月，5 次修訂本，下冊，667 頁；朱石炎，刑事訴訟法論，2010 年 1 月，修訂 2 版，448 頁；林俊益，刑事訴訟法概論，2011 年 2 月，10 版，408-410 頁；林鈺雄，刑事訴訟法(下)，2013 年 9 月，7 版，365-366 頁；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，2007 年，10 版，684 頁。不同意見，請看：黃朝義，刑事訴訟法，2007 年 8 月，增補 1 版，651-652 頁：「刑事訴訟法第 376 條所稱之『最重本刑』，在文義上並不排斥刑法總則之加重，上開(實務)見解之結論不知從何而來。另一方面，由於刑度之限制產生限制人民訴訟權之效果，基於人權保障之立場，本應作最有利於人民之解釋。因此，所謂之『最重本刑』應包含刑法總則與分則之加重。」

刑事訴訟法第 376 條第 2 款至第 7 款之案件，則以罪名為準，至於各該款所指犯罪之法定刑度，則如下列圖表所示：

刑法第 320 條 普通竊盜罪	5 年以下有期徒刑、拘役或 500 元以下罰金
刑法第 321 條 加重竊盜罪	6 月以上、5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 10 萬元以下罰金
刑法第 335 條 普通侵占罪	5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 1000 元以下罰金
刑法第 336 條第 2 項 業務侵占罪	6 月以上、5 年以下有期徒刑，得併科 3000 元以下罰金
刑法第 339 條 普通詐欺罪	5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 50 萬元以下罰金。
刑法第 341 條 準詐欺罪	5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 50 萬元以下罰金
刑法第 342 條 背信罪	5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 50 萬元以下罰金。
刑法第 346 條 恐嚇取財罪	6 月以上、5 年以下有期徒刑，得併科 1000 元以下罰金
刑法第 349 條第 1 項 普通贓物罪	5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 50 萬元以下罰金

## 二、本解釋未一併審查第 376 條第 3 款至第 7 款規定之商權

### (一) 本解釋自行放棄一併審查第 376 條第 3 款至第 7

## 款規定

就刑事訴訟法第 376 條所定合計 7 款案件，本解釋僅選擇其中之第 1 款（最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪）及第 2 款（刑法第 320 條及第 321 條之竊盜罪）案件，關於第二審法院撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪者，亦不得上訴第三審之情形，宣告本條第 1 款及第 2 款規定，在此範圍內為違憲。

至於本條第 3 款至第 7 款所定案件，如亦有第二審法院撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪者，亦不得上訴第三審之情形，該第 3 款至第 7 款規定，在此範圍內，是否亦屬違憲，本解釋並無交代。

本院在討論本案過程中，曾有大法官提議，本院釋字第 445 號解釋業已揭示：「人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理」、「大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限」（參見該解釋理由書第 7 段），而刑事訴訟法第 376 條第 2 款以下規定，均係以較輕微之財產犯罪類型之特定罪名，列為不得上訴於第三審法院，故第 2 款與其後各款間，有其共通性，須整體評價，以確認立法者於行使立法裁量時所衡量之各項因素，有無正當性，是應將刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款規定，一併納為審查客體。

然而，此項提議，因多數意見認為本解釋聲請案之全部原因案件，並無任何一件屬於刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款所稱之案件，故無必要一併審查。

## (二) 限縮本解釋效力範圍

本解釋基於「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」，乃強調「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，……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。」

(本解釋理由書第 5 段參照)、「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。」(本解釋理由書第 7 段參照)。本於前開意旨，本解釋宣告刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定，就第二審撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪之情形，亦禁止上訴於第三審法院，係屬違憲<sup>6</sup>。

由此可見，本解釋明顯認為，釋憲者於審查侵害人民基本權利核心內容之法令時，應扮演主動性的消極立法者角色，盡可能將違背憲法價值之法令，宣告違憲，以保障人民基本權利。

按刑事訴訟法第 376 條所列各罪之案件，有以較低刑度為標準者(即本條第 1 款規定之情形)，亦有著眼於較輕微之財產犯罪者(包括竊盜、侵占、詐欺、背信、恐嚇取財、贓物等罪，即本條第 2 款至第 7 款規定之情形)。立法者將

---

<sup>6</sup> 我國已故刑法及刑事訴訟法學者林山田教授曾明確指出，刑事訴訟法第 376 條規定剝奪特定被告之第三審上訴權，侵害平等權及訴訟權，實屬違憲。參見，林山田，刑事程序法，2004 年 11 月，增訂 5 版，702-703 頁。

此等犯罪之案件，一律規定不得上訴於第三審法院，實際上已將本條所列各款事由一併考量。從而，本條第 3 款至第 7 款規定，在第二審撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪之情形，亦禁止上訴於第三審法院，仍屬人民初次受有罪判決，而未給予一次上訴救濟機會。就此而言，本條第 3 款至第 7 款規定亦為侵害訴訟權保障之核心內容；惟本解釋卻未一併宣告該第 3 款至第 7 款規定在此範圍內違憲，導致限縮本解釋之效力範圍，殊屬遺憾。

### （三）不符體系正義、製造人民負擔

本席另以為，本解釋有意不將刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款規定納入審查範圍，乃不符體系正義且製造人民負擔。理由如下：

1. 理論上，誠如本院釋字第 445 號解釋前揭意旨所示，人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的。因此，人民據以聲請解釋憲法之確定終局裁判所適用之法律或命令，如有同一法條含多款規定，且各款規定具有相同立法目的之情形，則雖僅其中部分規定，為人民據以聲請憲法解釋之確定終局裁判所適用，從大法官釋憲角度而言，仍應盡量將立法目的相同之其餘規定，一併予以審查，俾貫徹闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的。
2. 按本條於 84 年 1 月 18 日修正時，將該條所列合計 7 款案件，明定經第二審判決者，一律不得上訴於第三審法院，其立法理由為<sup>7</sup>：「依原刑事訴訟法第 376 條規定，除

<sup>7</sup> 參見立法院 83 年 6 月 22 日議案關係文書院總第 161 號，案由：司法院、行政院函請審議「刑事訴訟法部分條文修正草案」及「刑事訴訟法施行法第 1 條及第 5 條條文修正草案」案，說明

刑法第 61 條所列各罪之案件外，其經第二審判決者，均得上訴於第三審法院。因上訴第三審之刑事案件日增，法官不勝負荷，乃參照外國之立法例<sup>8</sup>，對於上訴第三審案件之範圍，再酌加限制，增列第 321 條之加重竊盜罪、第 336 條第 2 項之業務侵占罪、第 341 條之準詐欺罪、第 342 條之背信罪及第 346 條之恐嚇取財罪等案件，均不得上訴第三審法院。……以減輕第三審法院之負擔，使其集中精力處理較為重大繁雜之案件。」由是可知，本條 7 款規定，均基於相同之立法緣由（上訴第三審之刑事案件日增，法官不勝負荷），並追求相同之立法目的（減輕第三審法院之負擔，使其集中精力處理較為重大繁雜之案件），且均屬限制人民訴訟權之核心內容；其中第 2 款至第 7 款所定之犯罪，更是性質相同（皆為侵害財產法益）、刑度接近（最重本刑均為 5 年有期徒刑）。因此，在體系正義要求下<sup>9</sup>，本條全部 7 款規定，均應等同處理；第 2 款至第 7 款規定，更不得不同看待。

3. 準此，本解釋既然宣告本條第 2 款規定，在第二審撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪之情形，係屬違憲，則一併宣告其餘第 3 款至第 7 款規定，在有相同情形範圍內，亦屬違憲，方法上，極為自然，結果上，亦甚妥適。

4. 詎料，本解釋僅宣告本條第 1 款及第 2 款規定，在第二

---

一、貳、限制上訴第三審案件之範圍。

<sup>8</sup> 前開司法院及行政院函請審議案之說明中，並未指明所謂「外國之立法例」，究為何者。

<sup>9</sup> 關於體系正義，在我國釋憲史上，最經典之論述，首見於翁岳生大法官在本院釋字第 455 條解釋提出之協同意見書：「按立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則。」



審法院撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪之情形，係屬違憲，卻就與第 2 款性質相同之第 3 款至第 7 款規定，如有相同情形時之違憲疑義，置若罔聞。此種釋憲方式，保守有餘，創新不足。

5. 更有甚者，由於本解釋在此部分之沈默，可預料者為，本解釋公布後，就第 3 款至第 7 款規定，勢必再度發生是否違憲之爭議，導致立法者原本相同評價之本條全部 7 款規定，實務上，第 1、2 款規定與第 3 至 7 款規定，卻有完全不同之評價。而且，保守或固執之法官，就第 3 款至第 7 款規定之情形，必然依舊拒絕被告之第三審上訴，遭拒絕之被告僅得再次聲請本院解釋。本席大膽預言，就此類之解釋憲法聲請，本院應不至於作成有異於本解釋意旨之不同解釋。因此，除非立法者本於本解釋意旨，儘速修正本條規定，並修改為本條全部 7 款規定之案件，於第一審判決無罪，而第二審改判有罪時，為被告之利益，一律得上訴於第三審法院；否則，人民仍須一再奔波於出庭應訴、聲請解釋、提起再審，不僅製造人民無謂負擔，且與刑事訴訟法第 376 條所欲達成之「減輕法官負擔」背道而馳。孰令致之，孰使為之？

## 貳、第一審判有罪、第二審亦判有罪且加重其刑之情形

如前所述，依本解釋，刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定，在該 2 款所定之案件，經第二審撤銷第一審所為無罪判決而自為改判有罪之情形，係屬違憲。

然而，如前述案件，第一審判決有罪，而第二審不僅維

持有罪，且加重其刑<sup>10</sup>時，應如何處理？

按本解釋揭示，基於受憲法絕對保障之訴訟權核心內容，初次受有罪判決之人，應至少有一次上訴救濟機會。此之所指「救濟」，從訴訟權核心內容受憲法絕對保障而言，應不限於原本無罪而被初次改判有罪，而亦應包含原本輕刑而被初次改判重刑。蓋此兩種情形之被告，均為初次受更不利之裁判，自均應同等給予至少一次上訴救濟機會，始屬符合憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。

---

<sup>10</sup> 例如：第一審法院認定被告有起訴書所指觸犯刑法第 320 條普通竊盜罪之事實，遂判決被告有罪。被告及檢察官均提起第二審上訴，第二審法院不僅依舊認定被告確有前開觸犯刑法第 320 條普通竊盜罪之事實，並認定被告為累犯，乃依刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書規定，撤銷第一審判決，並自為有罪判決，且依刑法第 47 條規定，加重其刑。