

刑罰判解

不利益變更禁止原則與更審第二審間之關係

最高法院100年度台上字第2160號判決

【關鍵字】

不利益變更禁止原則、第二審、更審。

【事實摘要】

被告因犯強盜案件，經地方法院判處九年有期徒刑，被告提起第二審上訴，高等法院判處七年九月有期徒刑，被告不服判決再提起第三審上訴，最高法院撤銷並發回第二審高等法院，高等法院於更一審判處七年十月有期徒刑，被告認為高等法院之更一審判決重於前次七年九月有期徒刑之第二審判決，有違刑事訴訟法第370條不利益變更禁止原則之要求，因而提起第三審上訴。

【判決要旨】

刑事訴訟法第370條前段規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。」所謂原審判決，係指第一審判決而言，並不包括經本院發回更審案件之第二審法院前次判決在內。查謝騰賦不服上訴審之判決，提起第三審上訴，經本院撤銷其上訴審部分之判決，發回原審法院更審，是該更審前該部分之第二審判決，既經本院撤銷，已失其效力，原審更審後之判決自不受其拘束，無其所謂不利益變更禁止之適用。

【學理法覽】

刑事訴訟法第370條規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」此即不利益變更禁止原則之要求，其目的係在防止被告因為畏懼受更不利之上訴審判決，因而放棄上訴權之行使。此原則在適用上，須注意以下三項限制：

一、由被告上訴或為被告之利益而上訴：

- (一) 僅被告上訴或為被告之利益而合法上訴（含職權上訴），且檢察官或自訴人未為被告之不利益而提起合法上訴之情形，方可適用本項原則。
- (二) 僅檢察官或自訴人為被告之不利益提起合法上訴，且被告或其他人並未為被告之利益提起合法上訴者，不適用本項原則。
- (三) 檢察官或自訴人為被告之不利益提起合法上訴，且被告或其他人亦為被告之利

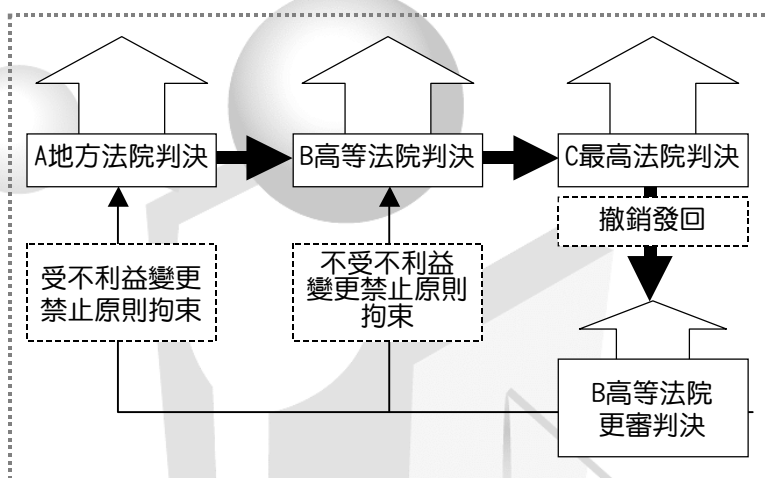
【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

益提起合法上訴者（含職權上訴），亦不適用本項原則。

二、僅適用於第二審法院之判決：

- (一) 第三審既無準用之規定，其本身亦未有不利益變更禁止原則之條文規定，故此項原則並不適用於第三審程序。
- (二) 若第三審法院撤銷第二審法院判決而發回第二審更審時，實務認為此時第二審法院仍須受到刑事訴訟法第370條不利益變更禁止原則之拘束，惟並非受到更審案件之第二審法院前次判決之拘束，而是受第一審判決之拘束，即：



三、若原審判決適用法條不當而撤銷，即不適用本項原則：

此係刑事訴訟法第370條但書之要求，實務認為凡變更第一審判決所引用之刑法法條皆屬之，並不限於刑法分則之法條，刑法總則之法條亦包括在內。

【考題分析】

被告因犯強盜殺人罪，遭檢察官起訴，第一、二審法院均認定被告所犯之犯罪成立，判處被告無期徒刑，案經依法職權上訴第三審法院。經第三審法院審理，認原審證據調查尚有未臻完備之處，乃為撤銷原判發回更審之判決。由於本案各審級之上訴關係，均非由當事雙方所為之，而是法院依職權之上訴。案經發回第二審法院更審，審理之後，仍認被告強盜殺人事實成立，改處死刑。第二審法院之更審判決是否違誤？理由何在？
 (94律師②)

◎答題關鍵

- 一、不利益變更禁止原則須由被告上訴或為被告利益而上訴，且檢察官或自訴人未為被告之不利益而提起合法上訴之情形，方得適用此項原則，本題上訴係由法院依第344條第4項職權上訴，而職權上訴依第344條第5項之規定，視為

被告已上訴，即被告已為其利益而上訴，而檢察官又未為被告之不利益而提起上訴，故有不利益變更禁止原則適用之空間。

二、本題第三審法院撤銷第二審法院判決而發回第二審更審，依實務見解亦有不利益變更禁止原則之適用，且第二審更審所受拘束者乃第一審無期徒刑之判決，而非更審前第二審無期徒刑之判決，是以第二審法院更審判決不得重於第一審法院之無期徒刑判決。

三、惟本題第二審法院更審判決竟判處死刑，已重於第一審法院之無期徒刑判決，故第二審法院更審判決違反不利益變更禁止原則。

【相關法條】

刑事訴訟法第344、370條。

【參考文獻】

1. 史奎謙，高點圖說系列——《刑事訴訟法（II）》，2006年5月，頁5-65～5-80。
2. 林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，2005年9月，頁287-289。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！