

刑訴判解

檢方上訴無理由與不利益變更禁止

最高法院99年度台上字第4127號判決

【實務選擇題】

甲犯殺人罪被一審法院判處無期徒刑，檢方隨即上訴，然未敘明上訴理由；被告之律師則以量刑過重，亦提出上訴，後經第二審法院考量甲毫無悔意，且在審理時當庭揚言：「要給法官全家死得很難看」，故第二審判處甲死刑，問下列敘述何者錯誤？

- (A) 刑事訴訟法第370條之不利益變更禁止，只有在存有為被告利益合法上訴時方有適用。
- (B) 第一審法院依刑事訴訟法第344條5項職權上訴，係為甲之利益而上訴，自有不利益變更禁止之適用。
- (C) 只要檢方為甲之不利益提起上訴為合法，則法院和甲之律師即使提起上訴，亦無不利益變更禁止之適用。
- (D) 第二審上訴、再審及非常上訴，皆可能有不利益變更禁止之適用。

答案：C

【裁判要旨】

刑事訴訟法第370條前段「不利益變更之禁止」規定，對於檢察官為被告之不利益上訴，原則上雖無適用，然須以其上訴有理由為前提，倘其上訴並無理由，仍有該原則之適用。而緩刑之宣告，本質上無異恩赦，得消滅刑罰之效果，顯對被告有利，如無因原審判決適用法則不當之情形而將下級審緩刑之宣告撤銷，亦有違前揭不利益變更之禁止原則。

【裁判分析】

一、我國刑事訴訟法規定之不利益禁止原則，目前採取相對不得加重原則，即一方面保障被告知上訴權，另一方面基於發現真實之需求，也有例外規定（刑訴370條但書）。惟依司法院刑訴法研修會的最新草案，業已改採絕對不加重原則，刪除第370條但書規定，使被告可以安心上訴。

二、適用對象

(一) 第二審法院自為第二審判決

1. 如為第二審法院依法自為第一審判決，如本法第369條2項之情形，因係第一審程序，自不可能有不利益變更禁止適用。
2. 又最高法院95年度台上字第4190號判決認為『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。」其所謂原審判決係指第一審判決而言，並不包括經最高法院發回更審案件之第二審法院前次判決在內。』故可知經最高法院發回更審案件，並不受前次第二審判決的拘束，而可為更不利益之判決。

(二) 對簡易判決之上訴程序（本法第455-1條第1項及第3項準用本法第370條，90年度台非字第384號判決同此見解。）

(三) 第三審之上訴程序？

1. 就此學說仍有爭議。有以條文未有準用明文，不應適用而否定之；亦有以不利益變更禁止之目的在於保障被告上訴權為由，故亦有適用而肯定之。
2. 司法院刑事訴訟法修正草案第398條擬增訂2項規定：「第371條之規定，於前項自為判決準用之。」係採取肯定說的立場。

(四) 再審程序（刑訴439條）

(五) 非常上訴程序（刑訴447條2項但書）

(六) 抗告審程序

依刑事訴訟法第419條規定，似未準用到刑事訴訟法370條，然而實務似採肯定說（最高法院民國67年1月10日決議參照），認為第二審所定之執行刑或另以裁定所定之執行刑，以不較重於第一審所定之執行刑為宜。

三、控方及院方的上訴

- (一) 檢方若為被告利益上訴，自有不利益變更禁止之適用；然其若為被告不利益，則其上訴若為不合法或無理由，依最高法院28年度上字第1122號判例「原審判決對於被告所以諭知較重於第一審判決之刑，係因被告提起第二審上訴後，檢察官亦為該被告之不利益而提起上訴，並非因第一審適用法律之不當，唯查得因當事人之上訴而改判，必須以其上訴合法為前提，否則假使原判決量刑確係不當，斷無改判之餘地。本件原檢察官在第二審之上訴業已逾期，原審不將其上訴駁回，反因其上訴對於被告諭知較重於第一審判決之刑，顯係違誤。」亦無不利益變更禁止之適用。
- (二) 第一審法院依刑事訴訟法第344條5項，對於被宣告無期徒刑之罪，應職權上訴。依最高法院80年度台上字第4070判決，職權上訴係為被告之利益而上

訴，自有不利益變更禁止之適用。

四、美國法借鏡

另有學說認為只要被告上訴後會再受到量刑程序，則就需受不利變更禁止保護，以免其憲法上之訴訟權及正當法律程序之保障被不當剝奪。又為了平衡被告權利保障及罪刑相當原則，應以客觀資訊作為不利益變更禁止之例外，亦即該資訊是客觀上可證明之事實所構成，當法院利用此資訊作為對被告更不利益的基礎時，應就可取得正當基礎而不違憲。

【關鍵字】

不利益變更、上訴第二審、再審、非常上訴。

【相關法條】

刑事訴訟法第369條、370條。

【參考文獻】

1. 林俊益，〈《刑事訴訟法概論（下）》〉，2011年，頁397-401。
2. 蔡羽玄，〈論不利益變更禁止原則〉，《法學新論》，第15期，頁101-123。