

刑罰判解

不利益變更禁止

最高法院98年度台上字第5297號判決

【關鍵字】

不利益變更禁止原則。

【事實摘要】

被告因涉嫌販賣毒品，經檢察官起訴後，第一審法院就被告販賣第一級毒品三罪部分，各處有期徒刑15年6月，共同販賣第一級毒品部分，處有期徒刑16年，共同販賣第二級毒品未遂部分，處有期徒刑5年，並定其應執行之有期徒刑為18年。被告不服，提起第二審上訴，惟檢察官並未為被告之不利益上訴。

經第二審法院審理後，撤銷第一審判決後自為判決。第二審法院就罪數、罪名、累犯加重及依刑法第59條酌量減輕其刑部分所為認定及各罪所宣告之刑，與第一審之認定均無不同，惟第二審法院卻以第一審定應執行刑之裁量不當為理由，更定應執行刑為有期徒刑21年。被告認為第二審法院所更定之執行刑，重於第一審所定之執行刑，已違反不利益變更禁止原則，主張適用法則不當，故提起第三審上訴。

【裁判要旨】

由被告上訴或為被告利益上訴者，除第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第370條定有明文。此項不利益變更禁止原則，性質上係立法權附加於司法審判權之限制，法律對於由被告上訴或為被告之利益上訴第二審之案件，除下級審判決有適用刑罰法條不當而撤銷之情形外，限制第二審法院宣告刑裁量權之行使，即不得諭知較重於第一審判決之刑。數罪併罰宣告多數有期徒刑者，法條明定須於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，但不得逾三十年。就執行刑而言，各刑合併之刑期與有期徒刑三十年無異係執行刑刑期之上限，法條明定各刑中之最長期則執行刑刑期之下限，此與單獨一罪之法定本刑，並無不同。本諸相同法理，於數罪併罰定應執行刑時，自仍應受該原則之規範。蓋第一審所定應執行刑倘有失出，檢察官本得為被告之不利益提起上訴。如檢察官不提上訴，而於被告為其利益提起上訴時，乃指原判定應執行刑之裁量不當，而為被告不利之判決，理有未合。為保護被告利益，使其得以安心行使上訴之權利，如無適用法條不當之情形，第二審於定執行刑時，自不得僅以原判決裁量失當為理由，諭知較重於第一審所定之執行刑。

【學界速覽】

一、不利益變更禁止原則之概念

在控訴原則之支配與訴訟權之保障下，被告對於判決本享有救濟之權利，此亦為審級制度之原理所在。因此，為防止被告因為畏懼上訴後受到更不利於原審判決之上訴審判決，因而放棄上訴，故刑訴法第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。」⁵⁵。類似規定亦設於再審（第439條）及非常上訴（第447條第2項但書）之判決救濟程序。

二、不利益變更禁止原則之適用範圍

(一) 適用之要件及其爭議

如以第370條為基礎，上訴審法院適用不利益變更禁止原則者，通常認為必須符合以下三個要件，亦即：

1. 須被告上訴或為被告之利益上訴：指「為被告利益」而提起之上訴。在解釋上亦包括檢察官依照第344條第4項為被告利益所提起之上訴⁵⁶。
2. 須控方未為上訴：所謂控方，包括「檢察官」與「自訴人」。當控方為被告之不利益而提起之上訴，此原則即告破裂，不再適用。
3. 須非因原審判決因適用法條不當而撤銷：蓋現行第二審為覆審（事實審），得自行認定事實、適用法律，不受原審判決之拘束。因此，若第二審認為第一審適用法條不當而撤銷原判決，第二審法院之「罪」及「刑」得自行認定之。因此，適用不利益變更禁止原則之前提，在於第一審判決適用法條並無不當。

如具備以上三項要件，上訴審法院所為之判決，即「不得諭知較重於原審判決之刑」⁵⁷。

(二) 適用之審級

⁵⁵ 參見林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），元照，2010年9月出版，頁322；黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2009年9月二版，頁671、672。

⁵⁶ 林鈺雄，前揭書，頁323。然學說有相反見解，認為不包括檢察官為被告利益之上訴。蓋檢察官為被告利益上訴，不僅與不利益變更禁止原則之立法目的不合，且具有公益性考量，非純為被告個人利益。參黃東熊，刑事訴訟法論，三民，1999年3月，頁657。

⁵⁷ 條文僅稱不得諭知較重於原審判決之「刑」，至於「罪名」是否屬不利益變更禁止之涵射範圍內，有所爭論。例如原審判決被告搶奪未遂，被告提起上訴，但二審法院在科刑相同之情形下，變更起訴法條為強制性交未遂罪，對被告屬利或不利，實無法據下定論，惟此屬於立法論上之課題。參黃朝義，前揭書，頁672。

就我國刑訴法而言，不利益變更禁止原則之明文，分別設於第370條、第439條、第447條第2項，包括第二審程序、再審程序及非常上訴程序⁵⁸，然第三審程序並未明文，因而出現爭議。早期學說及目前之實務均認為，法既無明文，本原則當不適用於第三審；但晚近有力見解則著眼於規範目的，認為應修法使第三審也在適用之列，而在法未明文前，宜類推適用第370條⁵⁹。

(三) 第370條但書之爭議與存廢

第370條之但書規定「但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限」一語，嚴格限縮了不利益變更禁止原則之適用範圍，導致立法目的無法貫徹，而且所謂「適用『法條』不當」，究何所指，見解亦難以一致化，故向來備受批評。蓋過去學說及實務多數認為包括所有實體法之法條在內，亦即不論是適用刑法總則或分則之條文，一旦適用有所不當，上訴審法院便不受不利益變更禁止原則之拘束，得諭知較原審更重之刑罰。換言之，但書適用之範圍相當廣泛，幾無法確保不利益變更禁止原則之合理⁶⁰。

但上述見解，近年來實務見解似有變更之趨勢，例如：原審適用刑法第57條不當，應非此但書所指⁶¹。或例如「非法律上加重事由」之量刑事實之認定變更者，亦非此但書所指⁶²。甚至著眼於規範目的，認為「第一審所定應執行刑倘有失出，檢察官本得為被告之不利益提起上訴。如檢察官不提上訴，而於被告為其利益提起上訴時，乃指原判決定應執行刑之裁量不當，而為被告不利之判決，理有未合。為保護被告利益，使其得以安心行使上訴之權利，如無適用法條不當之情形，第二審於定執行刑時，自不得僅以原判決裁量失當為理由，諭知較重於第一審所定之執行刑。」⁶³對於不利益變更禁止原則之例外，一再加以限縮，有別於以往之保守，實為值得稱許之改變。

事實上，不僅上述實務見解發生變化，在修正草案上也參照日本刑事訴訟法，將上開但書刪除，以貫徹不利益變更禁止原則之立法目的⁶⁴。

⁵⁸ 按同法第455條之1第3項準用規定，簡易判決之第二審程序亦有適用。

⁵⁹ 林鈺雄，前揭書，頁322。黃朝義教授亦主張第三審應有適用，參其所著前揭書，頁674。

⁶⁰ 黃朝義，前揭書，頁674。

⁶¹ 參93台上2578號判決。

⁶² 參95台上929號判決。

⁶³ 參98台上5297號判決。

⁶⁴ 參立法院93.1.7刑事訴訟法修正草案。且該草案第2項將傳統上認為非屬刑罰之「拘束人身自由之保安處分」納入準用不利益變更禁止原則之範圍內，擴大保護被告上訴之利益。

【考題分析】

被告甲成年人犯刑法第201條第1項之偽造有價證券罪（盜用保管印章、支票，簽發支票一張，領取新台幣十萬元花用），被檢察官起訴。嗣於一審審理中與告訴人達成和解。第一審乃認被告犯後態度良好，適用刑法第59條規定酌減其刑，處有期徒刑二年，緩刑三年，嗣被告未依約履行，檢察官應告訴人之聲請，以被告未依約給付而上訴，並以原判決適用刑法第59條不當，請求從重量刑，並撤銷緩刑而上訴。問：

- (一) 第二審法院可否應檢察官之上訴而為上開判決？
 (二) 如檢察官未上訴，僅被告上訴並主張係告訴人授權簽發支票並借用，並無偽造有價證券，法院查明並非事實而係濫行上訴，而係濫行上訴，法院可否加重其刑並撤銷緩刑？
 (三) 如檢察官及被告均上訴時，有無不同？

(96司法官④)

◎ 答題關鍵

本題雖分為三個小題，但解題之核心概念，就是不利益變更禁止原則，因此，在分別回答個別小題之前，宜先敘明不利益變更禁止原則之目的及要件，作為解題之前提、基礎。

關於(一)的部分，其所涉及之爭點在於第370條但書之「適用法條不當」是否包括刑法第59條所謂「裁量性法條」，傳統見解認為包括所有刑總、刑分法條在內故得應檢察官之上訴加重之。但晚近實務見解及學說已有改變⁶⁵，認為第二審法院不得應檢察官之上訴而判決。至於(二)部分答題關鍵在於從立法目的切入，認為緩刑之撤銷亦屬不利於被告，若許第二審法院撤銷，同樣違反不利益變更禁止原則。最後，在(三)的部分，由於控方（檢察官）上訴，不利益變更禁止原則宣告破裂，已無適用餘地，結果便有所不同。

【相關法條】

刑事訴訟法第370條、第439條、第447條第2項。

【參考文獻】

1. 林鈺雄，刑事訴訟法（下），元照，2010年9月六版。
2. 林俊益，不利益變更禁止原則之例外，月旦法學雜誌第31期，1997年12月。
3. 黃東熊，刑事訴訟法論，三民，1999年3月。
4. 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2009年9月二版。

⁶⁵ 參考註7之判決。