刑事法判解

數罪併罰與不利益變更禁止原則

最高法院104年度台抗字第576號裁定

【實務選擇題】

下列有關不利益變更禁止原則之敘述，依實務見解何者錯誤？

(A)不利益變更禁止原則之適用，係以「由被告上訴或為被告之利益而上訴」為前提。

(B)如檢察官（或自訴人）為被告不利益而上訴部分係不合法或無理由者，仍有不利益變更禁止原則之適用。

(C)原審認第一審有適用法條不當情形，乃以之為由，撤銷第一審之科刑判決，改判量處較第一審所諭知之刑度為重之刑，不違反不利益變更禁止原則。

(D)若一裁判所宣告數罪之刑於定應執行刑後，僅就其中一罪或部分數罪，再與其他裁判宣告之刑定應執行刑時，會發生有無違反不利益變更禁止原則之問題。

答案：D

【裁判要旨】

【104年度台抗字第576號裁定】

裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，分別宣告多數有期徒刑者，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，刑法第五十條第一項前段、第五十一條第五款分別定有明文。又數罪併罰定應執行刑之案件，係屬法院自由裁量之事項，法院所為刑之酌定如未逾越上開規定之外部界限、定應執行刑之恤刑目的及不利益變更禁止原則，即不得指為違法。再刑事訴訟法第三百七十條於民國一〇三年六月四日修正公布施行，增訂第二項及第三項，針對第二審上訴案件之定應執行刑，明定有不利益變更禁止原則之適用。而**分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑曾經定其應執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其應執行刑時，在法理上亦應同受不利益變更禁止原則之拘束，固為本院所持之一致見解**；然此係指一裁判所宣告數罪之刑經定應執行刑後，該數罪之刑全部再與其他裁判宣告之刑更定其應執行

【尚結法律專班】
版權所有，重製必究！

刑之情形而言。若一裁判所宣告數罪之刑於定應執行刑後，僅就其中一罪或部分數罪，再與其他裁判宣告之刑定應執行刑時，尚不發生有無違反不利益變更禁止原則之問題。

【裁判分析】

一、實務見解

㈠ 不利益變更禁止原則之要件

1. 被告上訴或為被告利益上訴（§344V、VI法院職權上訴亦包括在內）。

2. 他造（檢察官或自訴人）未為被告之不利益提起上訴。

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者，不在此限；此即所謂「禁止不利益變更原則」。此原則之適用，係以「由被告上訴或為被告之利益而上訴」為前提；若案件非由被告上訴，而係由檢察官或自訴人為被告之不利益而上訴，或被告雖已上訴，但檢察官亦為被告之不利益而上訴者，第二審法院即不受前揭原則之限制（99年台上字第5042號判決）。

3. 檢察官（或自訴人）為被告不利益而上訴，但上訴不合法或無理由

依刑事訴訟法第370條規定，由被告上訴或為被告利益而上訴者，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。不利益變更禁止原則於檢察官（或自訴人）為被告之不利益而上訴者，固不適用之，但在被告及檢察官（或自訴人）均上訴之場合，如檢察官（或自訴人）為被告不利益而上訴部分係不合法或無理由者，仍有該原則之適用（100年台上字第4874號判決）。

㈡ 不適用不利益變更禁止之情況

1.§370但書

【102年台上字第2657號判決】

刑事訴訟法第370條規定，學理上稱之為上訴禁止不利益變更原則，下級審判決適用法條不當而撤銷之情形，該上級審即得諭知較重之刑。此**所稱法條，包含：刑法總則、分則與相關之特別刑法規定**。是以，原審認第一審有適用法條不當情形，乃以之為由，撤銷第一審之科刑判決，改判量處較第一審所諭知之刑度為重之刑，已詳予敘明，自非適法之第三審上訴理由。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

2. 參與犯罪認定不當

【26年渝上字第48號判例】

原審雖因上訴人提起第二審上訴，撤銷第一審判決，而諭知較重於第一審判決之刑，但原審係因第一審判決未依共同正犯論擬，誤以教唆犯處斷，顯係適用法條不當，將其撤銷改判，自不受刑事訴訟法第362條前段之限制。

3. 競合適用不當

【98,台上,7777】

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，固為刑事訴訟法第370條前段所明定，惟同條但書另規定，因原審判決適用法則不當而撤銷之者，不在此限。又想像競合犯係以一行為同時觸犯數罪名，僅因屬裁判上一罪，而從一重處斷，惟其實質上既係犯數罪，所犯罪名及犯罪情節輕重，自與犯單純一罪者顯有不同。本件第一審認定上訴人係單純犯刑法第330條第1項之攜帶兇器加重強盜罪，原審則認定上訴人係以一行為同時犯上開攜帶兇器加重強盜罪、及槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項、第12條第4項之罪，而依想像競合犯之例，從一重依攜帶兇器加重強盜罪處斷。兩者適用法律及犯罪情節輕重，均有不同，原判決因而撤銷第一審判決，改判諭知較重於第一審判決之刑度，自屬合法。

4. 刑法第59條刑之酌減適用不當

【100年度台上字第1963】

且原判決既以第一審判決適用刑法第59條規定減輕其刑，有適用法則不當之違法，而將第一審該部分判決撤銷，則其就被告販賣第二級毒品罪，計十罪刑部分，量處較第一審判決為重之刑，依刑事訴訟法第370條但書規定，應無違反不利益變更禁止原則。

5. 同一條文前後段之罪名變更

【80年度台上字第4481號判決】

刑事訴訟法第370條由被告上訴或為被告利益上訴者，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，所謂「適用法條不當」，於某一法條有前後段之規定，前後段之罪名及刑度均不相同，下級審法院有誤用情事，上訴審法院予以糾正改判者亦屬「適用法條不當」，即應適用同條但書規定，不受不得諭知較

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

重於原審判決之刑之限制。

6. 連續犯犯行次數認定不同

【82年第7次刑事庭會議】

刑法第56條之連續犯雖以一罪論，但得加重其刑至二分之一，其加重多寡，當與連續犯行次數之多寡有關，故同一連續犯案件，其所認定犯行次數較少者，與所認定犯行次數較多者，兩者適用之連續犯刑罰法條，就形式上觀之，雖無差異，但實質上其法條所含刑罰輕重之程度，顯有不同，故第二審法院所認定連續犯之次數，倘較第一審法院所認定者為多，則第一審判決適用之連續犯刑罰法條，實質上即難謂當，依照刑事訴訟法第370條但書之規定，第二審自得諭知較重於第一審判決之刑。

二、考題分析

針對不利益變更禁止原則之敘述，實務見解認為「而分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑曾經定其應執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其應執行刑時，在法理上亦應同受不利益變更禁止原則之拘束，固為本院所持之一致見解；然此係指一裁判所宣告數罪之刑經定應執行刑後，該數罪之刑全部再與其他裁判宣告之刑更定其應執行刑之情形而言。若一裁判所宣告數罪之刑於定應執行刑後，僅就其中一罪或部分數罪，再與其他裁判宣告之刑定應執行刑時，尚不發生有無違反不利益變更禁止原則之問題。」因此，選項(D)錯誤。

【關鍵字】

不利益變更禁止原則、數罪併罰、定執行刑

【相關法條】

刑法第50條、第51條、刑訴第370條

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！