不利益變更禁止原則之相關問題—以實務見解為中心 下

文／孫啟強

（文接上期）

六、二審增加宣告保安處分

關於保安處分有無不利益變更禁止原則之適用，實務見解不同，早期見解認為，有關不利益變更禁止原則之規定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之「刑」而言，非屬於刑罰之保安處分，自不在此限。從而，第一審雖未對被告宣告保安處分，然第二審依裁判時之法律對被告宣告保安處分，尚非法所不許，亦與不利益變更禁止原則無違[41]。晚近之見解則認為，保安處分雖為對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。惟保安處分中之強制工作，係以剝奪受處分人之身體自由為內容，其所形成之社會隔離、拘束身體自由之性質，實與刑罰同。從而由被告上訴或為被告之利益而上訴者，關於拘束身體自由之保安處分，仍有本法第 370 條不利益變更禁止原則之適用[42]。

本文認為，保安處分雖非刑罰，然就拘束人身自由之保安處分而言，同樣造成被告實質上之不利益，實與刑罰無異，基於保障被告權益之立場，應認拘束人身自由之保安處分，仍應有不利益變更禁止原則之適用[43]。

惟下列實例與上開情形不同，特予說明，不可混淆。被告為獲取報酬而參與詐騙集團之犯罪組織，並擔任取款車手頭而共同從事詐騙犯行，第一審論以組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪、刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之 3 人以上共同詐欺取財罪，依刑法第 55 條想像競合犯之規定，從一重論以 3 人以上共同詐欺取財罪[44]。被告不服提起上訴，第二審法院審理結果，認被告確有第一審判決所認定之犯行，並依最高法院大法庭 108 年台上大字第 2306 號裁定意旨，審酌被告犯罪之各種情狀後，依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，宣告應於刑之執行前令入勞動場所強制工作 3 年[45]。被告不服再提起上訴，惟遭最高法院認其上訴不合法律上之程式予以駁回確定[46]。此案例係因第二審以第一審適用法條不當而予撤銷，並依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項之規定諭知被告刑前強制工作，自無違反不利益變更禁止原則可言。

七、累犯是否加重其刑，一、二審認定不同

茲舉一實例說明之。一審法院認定被告以一行為同時觸犯刑法第 169 條第 1 項之誣告罪及第 168 條之偽證罪，依刑法第 55 條想像競合犯之規定，從情節較重之誣告罪處斷。並認為被告構成累犯之罪名係詐欺罪，與本案罪質迥異，爰不予加重其刑，而判處被告有期徒刑 2 月[47]。被告不服提起上訴，第二審法院審理結果，認被告確有第一審判決所認定之犯行，並以原判決認被告符合刑法第 47 條第 1 項累犯之規定，卻未依大法官釋字第 775 號解釋意旨審酌累犯加重其刑之核心規範目的，逕以被告所犯本案誣告罪名與執行完畢之詐欺案件之罪質不同，即認無加重其刑之必要，尚有未洽，因而將一審判決撤銷，改判處被告有期徒刑 3 月[48]。被告不服提起上訴，惟遭最高法院認其上訴不合法律上之程式予以駁回確定[49]。

本文肯認上開實務見解，蓋第二審係因第一審判決未依刑法第 47 條第 1 項累犯之規定加重其刑，認其適用法條不當而予以撤銷改判，屬本法第 370 條第 1 項但書所規定之例外情形，自無違反不利益變更禁止原則可言。

八、二審變更罰金易服勞役之折算標準，致加長拘束被告人身自由期間

實務見解認為，易服勞役為救濟不能執行罰金時之換刑處分，其折算方法，由法院審酌被告之生產能力定之，雖因折算標準不同，致被告可被拘束自由之期間有異，但究係執行上之問題，與量刑之輕重無關。從而，倘第二審判決所諭知之罰金數額，與第一審判決相同，並未加重，僅就其所定易服勞役之折算標準，由 2 千元改為 1 千元（可能因而加長拘束被告人身自由期間），並非刑之加重，亦與不利益變更禁止原則無違[50]。

惟本文認為，罰金易服勞役雖係易刑處分，然因其所適用折算標準之不同，導致可能因而加長拘束被告人身自由之期間，造成被告實質上之不利益，為貫徹被告之上訴權，故倘第二審判決所諭知之罰金數額與第一審判決相同，雖未加重，然就其所定易服勞役之折算標準，由 2 千元改為 1 千元，因而加長拘束被告人身自由期間，仍應認與不利益變更禁止原則有所乖違。

九、二審撤銷一審緩刑之宣告或加長一審宣告緩刑之期間

緩刑之宣告，本質上無異恩赦，得消滅刑罰權之效果，故在法律上或社會上之價值判斷，顯對被告有利，若無本法第 370 條第 1 項但書所定例外情形，將第一審諭知之緩刑宣告撤銷，即屬不利益變更（最高法院 25 年 8 月 4 日之民刑庭總會決議（引自最高法院 83 年度台上字第 6887 號判決）謂：第一審徒刑諭知緩刑之案件，第二審撤銷緩刑與刑事訴訟法（舊）第362條之規定並不違背一節，最高法院於 77 年重編民刑庭會議決議暨全文彙編時已將之刪除不再援用）[51]。另實務見解認為，緩刑期間並無不利益變更之限制，是倘第二審判決所諭知之刑期，與第一審判決相同，並未加重，僅就其所宣告之緩刑期間予以加長，尚非法所不許，亦與不利益變更禁止原則無違[52]。

惟本文認為，是否不利益，除應從第一審及第二審判決所宣告主文之刑（刑名及刑度）形式上比較外，尚須總體綜合觀察，將二判決對應比較，凡使被告之自由、財產、名譽等受較大損害者，即有實質上之不利益。參之刑法第 76 條前段規定：「緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。」緩刑期間之長短，關乎被告刑之宣告失其效力之時點，對被告而言，自有實質上之利益。職是，本文認為，倘無本法第 370 條第 1 項但書之事由，二審法院逕予加長一審法院所宣告被告緩刑之期間，即與不利益變更禁止原則有違。

十、一審認定幫助犯，二審認定係共同正犯

共同正犯與幫助犯，僅係犯罪形態與得否減刑有所差異，其適用之基本法條及所犯罪名並無不同，且本法第 370 條第 1 項但書所謂「適用法條不當」，舉凡變更第一審引用之刑法法條者，皆包括在內，並非專指刑法分則之法條，如第一審判決誤共同正犯為幫助犯，亦屬適用法條不當。則第二審以被告所為販賣第二級毒品犯行，第一審論以幫助犯不當，而依共同正犯改判以較重之刑，自無違反不利益變更禁止原則[53]。

十一、一審認定係接續犯一罪，二審認定係數罪

第二審認為第一審判決就數罪併罰之案件，依接續犯論以一罪，適用法規有誤，因而撤銷第一審判決，依數罪併罰，其適用之法規既有變更，於此情形，自得諭知較重於第一審判決之刑，不受不利益變更禁止原則之拘束[54]。

十二、二審認定被告之犯罪事實已較一審判決減縮

量刑輕重，固屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，惟仍應受比例原則及公平原則之限制，始為適法。故由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之案件，若第二審認定被告之犯罪事實已較第一審判決減縮，或其情節顯然較第一審判決認定為輕者，於適用法條並未變更之情形，若第二審仍量處與第一審相同之刑，實際上無異諭知較重於第一審之宣告刑，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則無悖[55]。

十三、一審認定係教唆犯，二審認定係共同正犯

教唆犯雖屬廣義之共犯，然與共同正犯仍屬有別，且前者規定於刑法第 29 條，後者規定於第 28 條。職是，倘一審認定被告係教唆犯，被告不服提起上訴後，二審撤銷一審判決，改認定被告係共同正犯，則二審既係因一審判決適用法條不當而予以撤銷，即屬本法第 370 條第 1 項但書所規定之例外情形，自得諭知較重於第一審判決之刑[56]。

（文轉三版）

註釋

41 最高法院 87 年度台上字第 3261 號判決意旨參照。
42 最高法院 94 年度台上字第 1834 號判決意旨參照。
43 相同見解，見黃東熊，註 21 書，第 593 頁；林永謀，註 1 書，第 37 頁；林俊益，保安處分與不利益變更禁止原則，月旦法學雜誌，第 45 期，1999 年 2 月，第 15 頁；謝志鴻，「不利益變更禁止原則」之研究，輔仁法學，第 15 期，1996 年 6 月，第 141 頁；李榮耕，犯罪情節與不利益變更禁止原則／最高院 102 台非 422 判決，台灣法學雜誌，第 253 期，2014 年 8 月，第 195 頁；蔡羽玄，註 15 文，第 117 頁。
44 臺灣屏東地方法院 107 年度訴字第 598 號、第 1004 號判決。
45 臺灣高等法院高雄分院 108 年度上訴字第 1010 號、第 1011 號判決。。
46 最高法院 109 年度台上字第 2674 號判決。
47 臺灣宜蘭地方法院 107 年度訴字第 541 號判決。
48 臺灣高等法院 108 年度上訴字第 3619 號判決。
49 最高法院 109 年度台上字第 3193 號判決。
50 最高法院 26 年渝上字第 988 號判例意旨參照。
51 最高法院 83 年度台上字第 6887 號、92 年度台上字第 5576 號、99 年度台上字第 4127 號判決意旨參照。
52 最高法院 28 年上字第 331 號判例意旨參照。
53 最高法院 109 年度台上字第 2143 號判決意旨參照。
54 最高法院 106 年度台上字第 3352 號判決意旨參照。
55 最高法院 107 年度台上字第 1837 號判決意旨參照。
56 最高法院 26 年渝上字第 48 號判例意旨參照。
57 最高法院 83 年度台上字第 3898 號判決意旨參照。

植根法律書
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 900 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL
司法
五四 三
、、
稿文院
件稿網
一一站
經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
一律不退件，請自留底稿。
本原投稿

（文接二版）

十四、一審認定係未遂犯，二審認定係既遂犯

刑事犯罪行為之既遂與未遂，係以該不法行為之完成與否為判斷基準，而財產犯罪既遂與未遂之區別，係以所竊盜（搶奪、強盜、侵占、詐欺）之物已否移入自己實力支配之下為標準。既遂與未遂係兩種不同之事實結果，所規定之刑法（刑事特別法）條項亦不相同。職是，倘一審認定被告係未遂犯，被告不服提起上訴後，二審撤銷一審判決，改認定被告係既遂犯，則二審既係因一審判決適用法條不當而予以撤銷，即屬本法第 370 條第 1 項但書所規定之例外情形，自得論知較重於第一審判決之刑[57]。

十五、二審認檢察官所起訴裁判上一罪之輕罪部分不成立犯罪

第一審判決認定有牽連犯或想像競合犯之裁判上一罪關係之輕重二罪俱能證明，而從一重罪論處，被告上訴於第二審法院，第二審認定輕罪部分不成立犯罪，雖因第一審判決適用法條不當而將之撤銷改判，但此時所認定之犯罪情節已屬較輕，除非第一審量刑失輕，第二審判決如仍維持原宣告刑而未說明理由，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意無悖[58]。

十六、一審未併科罰金有所不當

槍砲彈藥刀械管制條例第 12 條第 4 項非法持有子彈罪之法定刑為 5 年以下有期徒刑，併科 3 百萬元以下罰金，既係應併科而非得併科罰金，倘第一審判決僅處以有期徒刑，未依法為併科罰金之諭知，第二審判決因此予以撤銷改判者，即屬本法第 370 條第 1 項但書之事由，自無不利益變更禁止原則之適用[59]。

十七、一審未諭知犯罪所得沒收有所不當

刑法沒收新制修正施行後，沒收已非刑罰，而定性為獨立之法律效果，惟仍以犯罪（違法）行為存在為前提，且為避免沒收與其前提犯罪行為之罪刑部分，發生裁判矛盾之歧異情形存在，對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。又刑法修訂沒收新制之目的在於澈底剝奪犯罪行為人之犯罪所得，使其不能坐享犯罪成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似不當得利之衡平措施。且本法第 370 條第 1 項有關不利益變更禁止原則之規定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之「刑」而言，從而非屬於刑罰之沒收，自不在此限。是被告對於第一審判決提起上訴後，其上訴效力自及於沒收部分。且第二審認被告尚有犯罪所得未經扣案，乃依法諭知沒收及追徵，並無未受請求事項予以判決之違法，亦無悖於不利益變更禁止原則[60]。

十八、被告於一審認罪，惟上訴二審後翻異前詞否認犯行（檢察官未上訴，僅被告上訴，亦無上述不利益變更禁止原則之除外事由）

被告在偵查及一審審理時均認罪，法官依刑法第 57 條規定，以被告（行為人）之責任為基礎，審酌被告犯罪之動機、目的…… 及「坦承犯行之犯後態度」等一切情狀，因而量處極輕度之刑，惟被告仍覺量刑過重而提起上訴，甚至在二審審理時翻異前詞否認犯行，在檢察官未上訴僅被告上訴之情形下，二審法院得否因被告「一審認罪，二審翻異前詞否認犯行」之犯後態度改變，而量處較一審為重之刑？

關於此問題，論者認為，多數實務見解將刑法第 57 條量刑事由包含於適用法條不當，使得不利益變更禁止原則適用範圍變得更狹隘，對此，學理多批評認為，量刑多為主觀認定，不應輕易認為刑法第 57 條量刑問題也是適用法條不當，並進而減損不利益變更禁止原則之立法目的[61]。

關於實務見解，茲以販賣第一級毒品之實際案件為例說明如下：（一）被告被訴販賣第一級毒品海洛因，其於警詢（偵查）及第一審均自白認罪，第一審乃依毒品危害防制條例第 4 條第 1 項論以販賣第一級毒品罪，並依刑法第 47 條第 1 項累犯之規定，加重其罰金部分之法定刑，再依（修正前）毒品危害防制條例第 17 條第 2 項偵審自白及刑法第 59 條之規定遞減其刑後，判處有期徒刑 12 年[62]；（二）被告不服一審判決提起上訴（檢察官未上訴），並於二審審理中翻異前詞否認犯行，二審乃以被告於第一審自白販賣第一級毒品獲得減刑後，於二審翻異自白，飾詞卸責，毫無悔意，態度不佳，因而將原判決撤銷，改判有期徒刑 14 年[63]；（三）被告不服二審判決提起上訴，最高法院以犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟其取捨判斷不違背經驗法則與論理法則，即不能指為違法，因認被告之上訴不合法律上之程式而予以駁回[64]；（四）嗣最高檢察署檢察總長以本件僅被告提起第二審上訴，二審法院並非因一審判決適用法條不當而撤銷，而係以被告在警詢及一審自白販賣第一級毒品，卻於獲得減刑後於二審翻異前供，毫無悔意，態度不佳等由，就此撤銷一審有期徒刑 12 年之判決，改判有期徒刑 14 年，顯有違反禁止不利益變更原則而有判決不適用法則之違背法令，因而提起非常上訴。（五）最高法院認為，二審就被告販賣第一級毒品部分予以論罪科刑，既與第一審判決適用之法條並無不同，自應有本法第 370 條第 1 項前段不利益變更禁止原則之適用，乃二審改判有期徒刑 14 年，顯較第一審判處 12 年為重，自有違反不利益變更禁止原則之違背法令，因而將二審判決撤銷，改判有期徒刑 12 年[65]。

惟本文認為，刑事訴訟係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，須歷經追訴、審判乃至執行，始能克竟其功。且本法所稱之當事人，固指檢察官、自訴人及被告[66]，不及於被害人，然被害人既係因被告之違法行為而肇生，在刑事訴訟法院、檢察官（自訴人）及被告之三面關係下，自應予以相當程度地保障其訴訟主體地位，藉由訴訟參與程序，瞭解訴訟之經過情形，俾以維護其人性尊嚴及保障其訴訟權益，此由本法於 109 年 1 月 8 日增訂第七編之三「被害人訴訟參與」專編可以得見。且「誠信」本即人與人之間相處之基本原則，更是行使權利、履行義務所應遵循之法則，是故民法第 148 條規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」即權利之行使，倘與權利人先前行為相矛盾，破壞相對人之正當信賴者，有違誠實信用原則，不生行使權利之效力，此即所謂「禁反言」之適用原則。而本法固無「禁反言」之明文規定，然本法第 455 條之 1 第 2 項規定「依第 451 條之 1 之請求所為之科刑判決，不得上訴」，及本法第 455 條之 10 第 1 項前段規定「依本編（即第七編之一協商程序）所為之科刑判決，不得上訴」，均係「禁反言」原則之具體體現。

再者，刑事訴訟因事關公益，發現真實、實現公平正義，仍為重要目標之一，故而，原則上雖無英美民事法律「禁反言」之適用，但非謂各相關諸人，可以隨心所欲、盡情翻供。具體以言，先前之陳述或意見表達，雖然不是絕對不可翻異，但必須基於適切、正當、合情合理的理由，尤其於事實審中，既已就事實問題表述清楚，卻於法律審時，空言或泛詞為相反主張，顯非適宜，亦難以憑為適法的第三審上訴理由[67]。又依本法第 370 條第 1 項前段規定「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」，反面言之，倘由檢察官為被告之不利益而上訴者，第二審法院即得諭知較重於原審判決之刑。然在被告偵查及一審認罪，一審法院審酌刑法第 57 條各款規定，尤其審酌第 10 款被告認罪之犯後態度，因而予以從輕量刑時，一般而言，檢察官慮及被告既已認罪，犯後態度良好，一審法院予以從輕量刑，甚至宣告緩刑，乃屬當然，並認為被告既已認罪，又獲法院從輕量刑，因認被告應不致於會提起上訴之情形下，因而亦不提起上訴，詎被告不珍惜一審法院予以輕判或緩刑之寬典，仍在上訴之最後期限內提起上訴，致檢察官不及亦提起上訴予以反制，在此情形下，倘被告翻異一審認罪之前詞，而改為否認犯罪之辯解，並聲請二審法院調查相關之證據，詰問相關證人，不僅嚴重浪費司法資源（因為被告在偵查及一審法院均已自白犯行，一般而言，檢察官及一審法院倘認除被告之自白外，尚有其他證據足以補強被告之自白，而達到足以論罪科刑之程度，被告及檢察官即不會再聲請調查其他證據，一審法院亦不會再依職權調查其他證據，嗣被告於二審法院否認犯行，並聲請調查相關證據，故謂此種情形嚴重浪費司法資源，實不為過），亦無法使被告涉案之刑事訴訟程序儘早確定，更無法開啟被告認罪自新之路，對檢察官及被害人而言，亦是一種違背誠信原則之突襲性舉措，更使法院依刑法第 57 條各款規定審酌之量刑因子（尤其是第 10 款「被告犯罪後之態度」）發生變更。在此情形下，是否可以認為被告翻異一審認罪之前詞，使二審法院依刑法第 57 條各款規定審酌之量刑因子（尤其是第 10 款「被告犯罪後之態度」）發生變更，符合本法第 370 條第 1 項但書「但因原審判決『適用法條』不當而撤銷之者，不在此限」之要件，而量處被告較重於原審判決之刑，實值得深思及討論。

（文轉四版）

註釋

58 最高法院 86 年度台上字第 3763 號判決意旨參照。
59 最高法院 90 年度台上字第 1007 號判決意旨參照。
60 最高法院 108 年度台上字第 3568 號判決意旨參照。
61 王子鳴；公斤誤公克，刑度大不同；月旦法學教室；第 197 期；2019 年 3 月；第 153 頁。
62 臺灣花蓮地方法院 99 年度訴字第 66 號判決。
63 臺灣高等法院花蓮分院 100 年度上訴字第 9 號、第 16 號判決。
64 最高法院 100 年度台上字第 4760 號判決。
65 最高法院 107 年度台非字第 23 號判決。
66 刑事訴訟法第 3 條規定：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」
67 最高法院 108 年度台上字第 622 號刑事判決參照。

法律網 的最佳平台
法學方法與現代民法（增訂七版）
1000元者 贈 65 元
書城熱賣中
WEEKLY 周刊
徵 高 格 事
本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。文後請加註以利參考。
本刊並歡迎司法人，文後請加註以利參考。
來稿有關法律科、事的故事，及不頗院的故事。
稿酬接受刪改者，請加注說明；刊出文章並將置司法

協力健全少年成長

第一審少年法庭庭長聯繫會議 討論疫期遠距訊問措施等

【本刊臺北訊】司法院日前以視訊連線方式，召開「110年度一審法院少年法庭庭長聯繫會議」，由少年及家事廳謝靜慧廳長主持。與會庭長分別就疫情三級警戒期間運用遠距設備，進行調查、審理及執行保護處分之經驗與困難；與地方政府間建置處理少年事件連繫平台機制之進度；以及少年法庭法官指揮督導執行保護處分時應注意事項等議題，踴躍分享經驗及提出具體可行建議。兼任少年法庭庭長之連江地院王邁揚院長亦全程與會，提供許多寶貴意見。

就法院處理少年事件時得使用遠距訊問或線上報到之情形，各庭長除說明實務運作狀況及困難外，亦就如何處理數位落差等問題交換意見或提供採行之措施供參。關於依少年事件處理法第 42 條第 5 項、少年法院與相關機關處理少年事件聯繫辦法第 7、8 條規定，建立法院與地方政府間聯繫機制部分，目前新竹、苗栗、彰化、雲林、臺南等地院，已主動召開聯繫會議。各法院討論事項包括依兒童及少年福利與權益保障法第 68 條對於受安置輔導或感化教育少年進行之後續追蹤輔導措施、偏差少年之預防輔導、戒癮醫療資源、社工陪同出庭、社政機關協助責付不能少年之處理模式、移送前核發同行書、少輔會承接曝險少年量能不足、社政安置之自動退場等重要議題。另有庭長建議於司法院內網建置各級聯繫會議資訊平台，以利資訊共享。

有關少年法庭法官執行保護處分時，如該管法院與安置機構或少年矯正機關所在地位於不同縣市，少年於機關（構）內如發生需法院處理或協助之特殊事件，而該管法院無法及時前往時，該機關（構）所在地少年法院得提供之協助（例如訪視及處理流程），以及社政端福利服務或資源之提供與權責劃分等事項，是否訂定相關參考手冊或執行指引俾利依循，庭長們亦有熱烈討論。

謝廳長最後亦請與會人員蒐集可能須與中央主管機關協調之事項，供司法院研提與行政院召開之少年事件政策研商平台或相關會議提案參考；並感謝所有同仁於疫情期間仍能衡酌個案狀況，妥適運用遠距設備，讓少年業務持續進行。



綠畫眉（白腹鳳鶥）

攝影／張夜明（臺東地院退休同仁）

（文接三版）

十九、定執行刑

本法第 370 條原規定：「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。」嗣於 103 年 6 月 4 日修正為：「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（第 1 項）。」「前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑（第 2 項）。」「第一項規定，於第 一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，準用之（第 3 項）。」已如上述。職是，本法第 370 條第 2 項、第 3 項，已針對第二審上訴案件之定應執行之刑，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，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束。故另定之執行刑，其裁量所定之刑期，倘較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和，即屬違背法令[68]。

舉例而言，被告所犯 4 罪分別被判處有期徒刑 5 月、4 月、3 月、2 月確定，其中前 3 罪曾定應執行有期徒刑 9 月確定，上開 4 罪因符合數罪併罰規定，經檢察官聲請定其應執行之刑，此時，倘法官裁定應執行有期徒刑 1 年，形式上雖未逾刑法第 51 條第 5 款所定法律之外部界限（計算式 5 月＋ 4 月＋ 3 月＋ 2 月＝ 14 月即 1 年 2 月），惟已重於法院前就被告所犯前 3 罪部分所定應執行刑（有期徒刑 9 月），加計第 4 罪（有期徒刑 2 月）之總和（計算式 9 月＋ 2 月＝ 11 月），依上揭說明，顯違不利益變更禁止原則，而屬違背法令，得經由非常上訴程序予以救濟。

再舉一例，倘被告所犯編號 1 至 4 之罪曾經二審判決定其應執行刑為有期徒刑 17 年（其中編號 4 殺人部分之宣告刑為有期徒刑 14 年 6 月），被告不服提起第三審上訴，經最高法院將其中編號 4 殺人部分之判決撤銷發回，其他（編號 1 至 3）部分，則因其上訴不合法予以駁回確定，嗣該殺人部分，經二審法院更審判決仍量處有期徒刑 14 年 6 月，被告不服復提起第三審上訴，經最高法院以上訴不合法而駁回其上訴確定，上開 4 罪經檢察官聲請定其應執行之刑。其中殺人部分雖經更審之判決，惟其定讞之刑度，與原二審判決均同為有期徒刑 14 年 6 月，是上開 4 罪既曾經原二審判決定其應執行刑為有期徒刑 17 年，自屬其內部性界限。乃原裁定將上開 4 罪定其應執行刑為有期徒刑 20 年，從形式上觀察，雖未逾越刑法第 51 條第 5 款所定法律上外部性界限，然已逾其內部性界限，顯不利於被告，則原裁定所為刑罰裁量職權之行使，即非妥適[69]。

再者，數罪併罰，應依分別宣告其罪之刑為基礎，定其應執行刑，此觀刑法第 51 條規定自明。故一裁判宣告數罪之刑，雖曾經定其執行刑，但如再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，前定之執行刑當然失效，仍應以其各罪宣告之刑為基礎，定其執行刑，不得以前之執行刑為基礎，以與裁判宣告之刑，定其執行刑[70]。在此須特別說明的是，59 年度台抗字第 367 號原係判例，嗣經最高法院於 103 年 9 月 2 日以 103 年度第 14 次刑事庭會議決議不再援用，不再援用之理由謂：「本法第 370 條第 2 項、第 3 項，已針對第二審上訴案件之定應執行之刑，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，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束，本則判例不合時宜，不再援用。」惟本文認為，依刑法第 51 條之規定，數罪併罰，本即應依數罪之「宣告刑」為基礎，而定其應執行之刑，故一裁判「宣告數罪之刑」，雖曾經「定其執行刑」，但如再與其他裁判「宣告之刑」「定其執行刑」時，前定之執行刑當然失效，仍應以其各罪「宣告之刑」為基礎，定其應執行之刑，不得以前之「執行刑」為基礎，以與裁判宣告之刑，定其執行刑，乃當然之法理。此與本法第 370 條於 103 年 6 月 4 日修正增訂第 2 項「前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑」及第 3 項「第一項規定，於第一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，準用之」，針對第二審上訴案件之定應執行之刑，明定有不利益變更禁止原則之適用，似無干係，兩者亦不相扞格。最高法院以該則判例不合時宜，因而決議不再援用，所持上開理由令人費解。

此外，補行數罪併罰之制度意義，在於解除先前確定裁判之併罰宣告刑的實質確定力，使行為人得以不受偶然之程序因素影響而適用數罪併罰規定，而不是在改善或惡化行為人的法律地位。依此，補行數罪併罰只要符合刑法第 51 條的量刑界限，即符合數罪併罰之恤刑思想；雖然可能使被告獲致更重的刑事制裁，但是在原審尚未對全部犯罪數罪併罰時，原審判決之既判力並不保護被告免於此一不利後果，故上訴審法院判決或檢察官聲請法院裁定補行數罪併罰，就算超出原確定裁判之執行刑總和，亦不牴觸不利益變更禁止原則。總之，本法第 370 條第 3 項無法類推適用於原審未曾就全部犯罪數罪併罰的案件，最高法院 103 年度第 14 次刑事庭會議決議之論證及結論均有待商榷[71]。

伍 結語

本法第 370 條第 1 項不利益變更禁止原則適用之前提條件有 4：（一）由被告上訴或為被告之利益而上訴；（二）行為事實具有同一性，亦即審級間認定的事實均為一致；（三）法律適用的同一，亦即行為觸犯的罪名認定均一致，並無需為變更條文適用的情況存在；（四）雖有條文變更適用的關係，但屬於同質性的罪名，且法律適用係由重變輕的情況，上訴審科刑時，仍不得逾越原審所科處較重罪質之罪之刑。在此 4 條件的前提下，上訴審法院於科刑判決時，不得科處較原審判決更重之刑。惟若上訴未受此 4 條件之拘束者，並無該原則適用之餘地[72]。

關於不利益變更禁止原則之適用範圍，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴時，第二審法院之量刑不得諭知較重於第一審判決之刑，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。惟有論者認為，不利益變更禁止原則之適用不應只限於第二審，凡是被告上訴後之再次量刑（如更審），皆應有不利益變更禁止原則之適用。再者，依現行本法，第三審雖無準用不利益變更禁止原則之規定，惟本文認為，既然不利益變更禁止原則之規範目的，係為防止被告因為畏懼受更不利益之上訴審判決，因而放棄上訴權之行使，則在第三審自為判決之情形下，應有不利益變更禁止原則之適用為宜。此外，三審法院若以二審科刑所適用的法律規定有所違背，屬於判決違背法令，固可將原審判決撤銷發回，然對於原審法院適用較輕規範的判決，除非有具體而顯著的違誤，否則對此種適用有利行為人規範的判決予以指摘發回，或有面臨不利益變更禁止原則衝突的疑慮，必須特別審慎[73]。

（作者為臺灣高等法院高雄分院庭長）

註釋

68 最高法院 104 年度台非字第 38 號、第 127 號判決意旨參照。

69 最高法院 109 年度台抗字第 1141 號裁定意旨參照。

70 最高法院 59 年度台抗字第 367 號裁定、101 年度台非字第 275 號、第 299 號、第 351 號判決意旨參照。另蔡墩銘教授亦同此見解，見氏著刑法總則爭議問題研究，初版 6 刷，1997 年 6 月，第 325-326 頁。

71 薛智仁，補行數罪併罰與不利益變更禁止—評最高法院 103 年度第 14 次刑事庭會議決議，月旦裁判時報，第 38 期，2015 年 8 月，第 35 頁。

72 柯耀程，三審判決不利益變更禁止原則的適用，月旦裁判時報，第 82 期，2019 年 4 月，第 48-49 頁。

73 柯耀程，同前註，第 50 頁。

廣告
保障私權沒煩惱
公證服
1 買賣、
2 遺囑、
定監護
3 學歷、
文件認
4 出生、
認證。
民間公
乾淨、
司
http://
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院