

# 兩岸法制下的刑事不利益變更禁止原則 及其法理基礎

潘天蔚

## 壹、意義及歷史沿革

### 貳、存廢爭議

- 一、肯定本原則之存在者，其論點如下
- 二、否定本原則之存在者，其論點則如下

### 參、適用程序

- 一、第二審法院自為第一審判決
- 二、第二審法院發回更審之程序
- 三、對簡易判決上訴之程序
- 四、第三審上訴之程序
- 五、再審程序
- 六、非常上訴程序
- 七、抗告程序

### 肆、上訴主體

- 一、被告上訴
- 二、為被告之利益而上訴
- 三、檢察官或自訴人為被告之不利利益而上訴
- 四、兩造同時或先後上訴
- 五、共同被告上訴
- 六、法院之職權上訴

### 伍、刑罰輕重之比較

- 一、主刑
- 二、從刑
- 三、緩刑
- 四、易刑
- 五、定應執行刑
- 六、保安處分

## 陸、但書規定之適用問題

- 一、刑法總則條文之變更
- 二、刑法分則條文之變更
- 三、重罪法條變更為輕罪法條
- 四、連續行為次數之認定
- 五、認定事實不當
- 六、量定刑罰不當
- 七、誤未減刑不當

## 柒、刑事法理與不利益變更禁止原則

- 一、德國法制與英美法制就「不利益變更禁止原則」而言，有無不同之觀點？
- 二、「不利益變更禁止原則」之但書規定，應否刪除？
- 三、改採「絕對不得加重主義」，會否使科刑決定的重心移至第一審？
- 四、為何刑事訴訟法第四百三十九條及第四百十七條之規定中，並無類似於同法第三百七十條之但書規定，其差別處理之理由何在？
- 五、適用「不利益變更禁止原則」的結果，會否使得宣告刑低於法定刑的最低限度？其與「罪刑相當原則」又有無緊張關係？

## 捌、立法論上的建議





## 壹、意義及歷史沿革

「不利益變更禁止原則」(Verbot der reformatio in peius od. Verschlechterungs-verbot)係指：由被告上訴，或為被告之利益而上訴者，上訴審法院不得諭知較重於原審判決之刑。<sup>1</sup>臺灣刑事訴訟法第三百七十條前段規定：「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。」同法第四百三十九條及第四百四十七條第二項但書，亦分別就再審及非常上訴程序，作出相關的明文規定。由此可見，臺灣法制承認此項刑事訴訟法上的基本原則。

另外，一九七九年和一九九六年的中國大陸《刑事訴訟法》第一百九十條第一款規定：「第二審人民法院審判被告人或者他的法定代理人、辯護人、近親屬上訴的案件，不得加重被告人的刑罰。」同條第二款則規定：「人民檢察院提出抗訴或者自訴人提出上訴的，不受前款規定之限制。」後來，在

二零一二年三月十四日，中國大陸全面修訂通過《刑事訴訟法》，把原第一百九十條改列為第二百二十六條，第一款規定：「第二審人民法院審理被告人或者他的法定代理人、辯護人、近親屬上訴的案件，不得加重被告人的刑罰。第二審人民法院發回原審人民法院重新審判的案件，除有新的犯罪事實，人民檢察院補充起訴的以外，原審人民法院也不得加重被告人的刑罰。」同條第二款保留了原規定：「人民檢察院提出抗訴或者自訴人提出上訴的，不受前款規定之限制。」（按：同法第二百三十三條已明定以第二審為終審。）此乃大陸學界所稱之「上訴不加刑原則」，與臺灣所稱之「不利益變更禁止原則」意義類似。

此項原則之立論基礎，乃源於十八世紀初葉德意志之「確定力理論」(Rechtskraftlehre)，即無罪之判決有確定力，而有罪之判決則在有利於被告的範圍內有確定力，進而被多數國家所採用。<sup>2</sup>及至法國

1. 黃東熊，刑事訴訟法論（再版），三民，1991年8月，頁589；蔡墩銘，刑事訴訟法論（修訂版），五南，1993年12月，頁451；張麗卿，刑事訴訟法——理論與運用（二版），五南，1997年5月，頁408；林山田，刑事程序法（初版），五南，1998年9月，頁465；陳樸生，刑事訴訟法實務（再訂版），1998年9月，頁506；褚劍鴻，刑事訴訟法論（三次修訂本，下冊），臺灣商務，1998年9月，頁657。另外，關於中國大陸法制方面，參閱程榮斌主編，中國刑事訴訟法教程，中國人民大學出版社，1993年8月第1版，頁338-341。而有關於兩岸「不利益變更禁止原則」之比較分析，可參閱林俊益，海峽兩岸不利益變更禁止原則之比較研究，載於：東吳法律學報9卷1期，1996年6月，頁101-149。

此外，「不利益變更禁止原則」也是行政訴訟制度中的重要原則之一，因此行政訴訟法第195條第2項規定：「撤銷訴訟之判決，如係變更原處分或決定者，不得為較原處分或決定不利於原告之判決。」至於在民事訴訟制度中，雖未明文規定此項原則，但已為實務（最高法院53年台上字第3173號判例、85年台上字第462號判決）及學界通說所肯定；參閱陳計男等，民事訴訟法研究會第62次研討紀錄（不利益變更禁止之原則），1996年12月8日，載於：民事訴訟法之研討（七），民事訴訟法研究基金會，頁295-347。

2. 當然，今日德國之「確定力理論」已經與兩百年前大大不同，不但拋棄了無罪判決即生確定力的觀點，而且更有具體細緻的概念分類。單就「實質確定力」(materielle Rechtskraft)的理論發展而言，就先後有「實體法上的確定力理論」(die materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie)、「程序上的形成理論」(die prozessuale Gestaltungslehre)，以及現今通說所支持的「程序法上的確定力理論」(die prozeßrechtliche Rechtskrafttheorie)。Vgl. Claus Roxin, Strafprozeßrecht, 15. Aufl., Prüfe dein Wissen: Rechtsfälle in Frage und Antwort, Verlag C. H. Beck, München 1997, S.440-442。但無論採取哪一種理論，均肯定「確定力」係旨在以源自「形式確定力」的「終結效力」(Beendigungswirkung)以及源於「實質確定力」的「封鎖效力」(Sperrwirkung)來保護被告而設。另外，德國更把「一事不二罰」(ne bis in idem)原則規定在基本法第103條第3項，而使之具有憲法層次的地位；倘把其中精神推而廣之，則已經判決確定無罪的「行為人不再因同一行為為受到第二次之訴追或處罰」(BVerfGE 12, 66)。惟其中所言，雖係專指「一事不二罰」原則，而與「不利益變更禁止原則」並無直接關聯；但兩者的機能卻有若干共通的基礎。

自大革命後，人道主義日漸抬頭，因而肯認凡合法上訴之被告，不應使其居於較未上訴時更不利之地位；但仍未予立法，只以判例的方式而被採用。其後，德國刑事訴訟法則把這項原則明文化，即合法上訴的被告在第一審中所處地位，應為本案所有後續的訴訟程序中最不利之地位。<sup>3</sup>時至今日，大部分文明國家（包括臺灣、德國、法國、俄國、日本等）均把它規定在刑事訴訟法中。<sup>4</sup>然而此項原則，以前亦曾遭受批判，例如：一九三五年納粹德國、日本大正五年公布之刑事訴訟法修正案，曾一度廢除此項原則；惟伴隨著軍國主義步離歷史舞台，德國一九五〇年九月十二日公布之統一法因而復採行之。<sup>5</sup>自是以觀，「不利益變更禁止原則」業已成為刑事訴訟法之基本原理原則之一；而剩下來的爭議就僅存於「應否對此項原則作出若干法定限制」的論辯而已，亦即是所謂「絕對不得加重主義」及「相對不得加重主義」之爭。

大抵而言，「絕對不得加重主義」係指：

苟檢察官或自訴人未為被告之不利益上訴，上訴審法院即不得因任何理由加重被告之刑度。<sup>6</sup>而「相對不得加重主義」係指：被告上訴或為被告之利益而上訴時，原則上不得加重其刑，但於例外情況下則可。<sup>7</sup>臺灣刑事訴訟法，自民國十七年（1928年）公布實施以來，先採「絕對不得加重主義」（規定於第四百五十九條再審編中）；繼自民國二十四年（1935年）一月一日修正迄今，均採「相對不得加重主義」，規定於「原審適用法條不當」而撤銷原判之情形下，得例外加重被告之刑（原條文第三百六十二條）；其間僅於民國三十四年（1945年）十二月二十六日修正條文中，對該條文內容略有變更，於但書中增列「原審判決量刑顯係失出」亦得不受本原則之限制。然而，由於「量刑失出」欠缺客觀判斷標準，致使不利益變更禁止原則之立法精神幾乎被破壞殆盡，故民國五十六年（1967年）修正時即

3. 現今德國刑事訴訟法第 331（二審上訴），358 II（三審上訴），373 II（再審）條，皆有明文規定。其中第 331 I 條則規定：「第二審上訴如僅由被告，或為被告之利益，而由檢察官或被告之法定代理人提起者，不得為被告之不利益而論知較重之犯罪法律效果之種類與刑度而變更判決。」而第 358 II，373 II 條之規定，則與其大致相同。
4. 日本刑事訴訟法第 402 條規定：「關於由被告提起控訴（即二審上訴）或為被告之利益而提起控訴之案件，不得宣告較重於原判決之刑罰。」同法第 452 條亦規定：「再審時不得宣判重於原判決之刑罰。」然而，對於「上告」（即三審上訴）及「非常上告」程序，則無有關「不利益變更禁止原則」之明文規定，但學界通說及實務均肯定此原則於上述程序之適用。
5. 參閱田正恆，刑事不利益變更禁止之原則，載於：法令月刊 38 卷 7 期，1987 年 7 月 1 日，頁 16；陳蒨儀，不利益變更禁止原則之探討，載於：刑事法雜誌 38 卷 3 期，1994 年 6 月，頁 89,90；林俊益，刑事訴訟法概論（下），新學林出版，2005 年 2 月，頁 385-386。
6. 採此立法例者有日本刑事訴訟法第 402,452 條，綜如註 4 所示。奧地利刑事訴訟法第 295(2), 359(4), 477 條亦採此立法例。
7. 採此立法例者有臺灣現行刑事訴訟法第 370 條，其但書以「原審適用法條不當」而撤銷原判為例外的情形。至於德國 1988 年公布之刑事訴訟法第 331, 358 II, 373 II 條，原則上雖禁止不利益變更，但對於送入精神醫療機構或禁戒機構之命令，則不適用本原則。（同法第 331 II 條）由此可見，德國雖採「相對不得加重主義」，但與臺灣規定旨趣並不相同。





予刪除<sup>8</sup>時至今日，現行法第三百七十條、第四百三十九條及第四百四十七條第二項但書，均為本原則之具體表現；而軍事審判法第二百一十一條亦明白揭示本原則。<sup>9</sup> 由此可見，不利益變更禁止原則業已成為臺灣刑事訴訟制度採行之一貫原則。<sup>10</sup>

至於中國大陸刑事訴訟法制，在「上訴不加刑原則」方面，亦採「相對不得加重主義」，規定於前揭中國大陸《刑事訴訟法》第二百二十六條。此外，中國大陸一九九八年《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條更有詳細規定。第一款規定：「第二審人民法院審理被告人或者其法定代理人、辯護人、近親屬提出上訴的案件，不得加重被告人的刑罰，並應當執行下列具體規定：（一）共同犯罪案件，只有部分被告人提出上訴的，既不能加重提出上訴的被告人的刑罰，也不能加重其他同案被告人的刑罰；（二）對原判認定事實清楚、證據充分，只是認定

的罪名不當的，在不加重原判刑罰的情況下，可以改變罪名；（三）對被告人實行數罪併罰的，不得加重決定執行的刑罰，也不能在維持原判決定執行的刑罰不變的情況下，加重數罪中某罪的刑罰；（四）對被告人判處拘役或者有期徒刑宣告緩刑的，不得撤銷原判決宣告的緩刑或者延長緩刑考驗期；（五）對事實清楚、證據充分，但判處的刑罰畸輕，或者應當適用附加刑而沒有適用的案件，不得撤銷第一審判決，直接加重被告人的刑罰或者適用附加刑，也不得以事實不清或者證據不足發回第一審人民法院重新審理。必須依法改判的，應當在第二審判決、裁定生效後，按照審判監督程序重新審判。」第二款規定：「人民檢察院提出抗訴或者自訴人提出上訴的案件，不受前款規定的限制。但是人民檢察院抗訴的案件，經第二審人民法院審理後，改判被告人死刑立即執行的，應當報請最高人民法院核准。」第二百五十八條亦規定：「共同犯罪案件中，

8. 然而，有學者對於民國 56 年（1967 年）1 月 28 日修正刑事訴訟法第 362 條之修正理由提出批評，參閱褚劍鴻，前揭書，頁 659：「…故本條修正時，第二審為重刑之改判，僅限於原判適用法條不當之情形，此就保護被告之利益固無可厚非，惟因此將增加被告俾求減輕處刑之上訴，則無可疑…」惟查不利益變更禁止原則只是設定被告將受不利益程度的上限，而並未必然使俾求減輕處刑之被告如願以償（減免其刑），兩者之差異不可不辨。況且，如果第二審依法減輕其刑度，則尚與罪刑相當原則、不利益變更禁止原則等無違。今徒以防止合法上訴，以求減輕法院工作負擔為由，亦即以但書規定「量刑失出」即可排除不利益變更禁止原則之適用，務能「阻嚇」被告之上訴；則使被告在決定上訴與否之際，對於適用第 370 條本文（不得諭知較重於原審判決之刑）抑或但書（量刑顯係失出排除本文適用）根本無從預測，而且上訴之被告則更有蒙受在法條不變的情況下「突襲性裁判」之危險。由此可見，「量刑顯係失出」一語，應無「復辟」之理。
9. 軍事審判法第 211 條規定：「由被告聲請覆判或為被告利益而聲請覆判者，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或量刑顯係失出而撤銷之者，不在此限。」查本法於民國 56 年（1967 年）12 月 14 日曾作修正，但仍出現「量刑顯係失出」之除外規定，顯與同年 1 月 28 日修正之刑事訴訟法第 362 條規定不相一致。然而，為何現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，或其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，其「不利益變更禁止原則」之適用範圍卻出現「縮水」的現象，甚教人費解。斯類「特別刑法」之規定，誠有通盤檢討的必要。
10. 陳蓓儀，前揭文，頁 90,91；蔡墩銘主編，刑事訴訟法裁判百選，月旦，1992 年 11 月，頁 372；李聖隆，論刑事訴訟法上不利益變更禁止之原則，載於：刑事法雜誌 14 卷 2 期，1970 年 4 月，收錄於：鄭玉波總主編，陳樸生主編，刑事訴訟法論文選輯（初版），五南，1984 年 7 月，頁 327 以下。

人民檢察院只對部分被告人的判決提出抗訴的，第二審人民法院對其他第一審被告人不得加重刑罰。」

## 貳、存廢爭議

儘管不利益變更禁止原則在各國之刑事訴訟制度中之有年，惟學者對於本原則之存廢仍有爭議。為瞭解本原則於刑事訴訟法上的地位，實有對其存廢理由分別予以檢視的必要，以便究明應否確立本原則之重要性。<sup>11</sup>

### 一、肯定本原則之存在者，其論點如下：<sup>12</sup>

#### (一) 上訴制度之救濟目的

上訴制度既然是法律救濟 (Rechtsmittel) 制度之一，則其目的是為了對提起上訴的人予以救濟而設，故僅由被告上訴，應無不利益變更之餘地。<sup>13</sup>

### (二) 上訴審之審理範圍

上訴審應於當事人聲明不服之範圍內加以審理。換言之，由被告上訴或為被告之利益而上訴時，上訴審僅得於當事人不服之限度內審理案件，故不利益變更之禁止，係為被告利益而上訴之當然結果。<sup>14</sup>

### (三) 相對的確定力理論

裁判因不變期間屆滿而確定，如僅有為被告利益而提起上訴，檢察官及自訴人既未為被告之不利益而提起上訴，而刑事訴訟又不採附帶上訴制度，則原判決於被告有利之限度內，已具有確定力，自不許為不利益之變更。<sup>15</sup>

### (四) 無畏懼行使上訴權之政策性考慮

為避免被告恐受不利益之變更，致躊躇不前或放棄其上訴，亦即為保障被告得以充分自由行使法律救濟權，應承認不利益變更之禁止原則。<sup>16</sup>

11. 田正恆，前揭文，頁 16；陳蓓儀，前揭文，頁 99-101；蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 451,452；張麗卿，前揭書，頁 408,409；褚劍鴻，前揭書，頁 657,658。
12. 臺灣學者陳樸生、蔡墩銘、林山田等，日本學者高田卓爾、團藤重光、橫山晃一郎、田宮裕、熊本典道等，以及德國學者 Claus Roxin 等，均採肯定說。轉引自田正恆，前揭文，頁 18 註 3。
13. 此論點彰顯出上訴制度中一項重要的機能（被告之法律救濟），但是設立刑事上訴制度之目的，卻顯然不限於此，其更有以實體真實之發現，本著罪刑相當原則，達成正確裁判，維護公共利益之社會機能。而這種機能有時候往往與被告追求法律救濟之目的，形成緊張關係。而要如何處理這種緊張關係，此論點並未作更進一步的說明。
14. 睽諸刑事訴訟法第 348、366 條之規定，第二審法院應就原審判決經上訴之部分調查之，固無疑義。惟此論點與得否論知被告更重刑罰，並無關聯。蓋限於在上訴人聲明不服的範圍內加以審理，並不必然有礙於不利益之變更。因此，本論點實嫌牽強，並不可採。
15. 本論點有「循環論證」之邏輯謬誤，有把「不利益變更禁止原則」易以「相對確定力理論」充數，致形成循環立論之弊；至於為何（有何目的或機能）肯定「不利益變更禁止原則」或「相對確定力理論」，則欠缺具體的論據。
16. 大部分學者均肯定這是支持「不利益變更禁止原則」之重要理由。黃東熊教授甚至認為這是諸多論據中「最有力且值以支持者」。黃東熊，前揭書，頁 589,590 註 89。另外，有論者更認為：「…如上訴可能使被告遭受更不利之裁判時，…如此可能使被告之上訴權虛有化，審級制度之目的無由而達，各國刑事訴訟法乃設有「不利益變更禁止原則」之規定，以消除被告上訴可能遭重判之疑慮，俾利被告自由、安心行使上訴權，以確保被告之上訴權益，故「不利益變更禁止原則」實乃保障被告上訴權益之重要表徵，使審級制度得以發揮功能之重要關鍵。」，當屬確論。林俊益，刑事不利益變更禁止原則之研究，載於：刑事訴訟之運作 ---- 黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集（初版），五南，1997 年 11 月，頁 54。





## (五) 正當權利之行使不伴隨不利益結果之原則

此原則乃近代法上確立之重要原則。因此，以尊重個人自由與權利為指導原則的法治國家，更應對本原則加以重視。<sup>17</sup>

## 二、否定本原則之存在者，其論點則如下<sup>18</sup>

### (一) 避免濫行上訴

自法院處理堆積如山的案件之立場以觀，不應鼓勵上訴權之行使，而應該致力於防止濫行上訴；而不利益變更禁止原則卻有鼓勵上訴之作用，甚至有引起被告濫行上訴之虞，以致法院工作量百上加斤。<sup>19</sup>

## (二) 避免妨害實體真實之發現

刑事訴訟制度中上訴程序之目的，首重更正原審判決之錯誤；至於被告之救濟只是刑事訴訟制度之反射性效果而已。故刑事訴訟應以經常確保正確之裁判為其最終目的，而非以給予當事人救濟或保障被告權利為其主要目的。<sup>20</sup>

### (三) 與罪刑相當原則相抵觸

不利益變更禁止原則之適用，往往在實際上導致宣告刑低於上訴審判決罪名法定刑的最低限度，以致抵觸罪刑相當原則<sup>21</sup>。

17. 然而，本論點對於何謂「正當權利」，並未作具體說明。惟俟明確化以後，其旨趣則與上述論點相同。因此，本論點實屬冗贅之詞。
18. 日本學者小野清一郎、平野龍一、田中耕太郎，均採否定說。轉引自田正恆，前揭文，頁18註2。
19. 以1995年為例，台灣各地方法院法官平均每月結案折計件數為48.84件。司法院統計處，中華民國八十四年（1995年）司法統計提要，頁335。由此可見，法院工作壓力可謂相當沉重。然而，執此理由而以可能出現之不利益變更「阻嚇」被告之「濫行」上訴，則論據仍嫌不足。蓋因：
  - (1) 何謂「濫行上訴」欠缺明確標準，且有「倒果為因」及「以偏概全」之誤。
  - (2) 廢除不利益變更禁止原則，未必能使現時繁重的案件量，降低至法院原先預期的水平，而被告仍有可能不惜一切，冒險上訴，以求還我清白。
  - (3) 繁重的案件量誠為現制之重大問題，然而要犧牲一些刑事訴訟制度中的基本原理原則，來解決那些可以透過其他方法（諸如檢察官起訴裁量決定之適切運用、法庭專業化分案制度之建立、法官助理制度之建立、刑事訴訟有償制度、程序適正性之強調以求降低敗訴被告之不服比例等）來舒緩的難題，顯有違於憲法第23條所揭櫫之「比例原則」。
  - (4) 在敗訴被告決定應否上訴之際，往往陷於兩難(dilemma)之困局，而對於上訴審會否賦予他更大的不利益，根本無法預期；而上訴審程序就儼然成為一場完全沒有底線的賭局。
  - (5) 上訴審中的上訴人雖然提出證據，主張事實，以使法官不致形成其有罪之確信，但在上訴審法院不行使闡明(Aufklärung)的情況下，他根本無從知悉法官會否在判決書內，依據刑事訴訟法第300條變更法條，且依法加重其刑罰，致形成所謂的「突襲性裁判」。如果連不利益變更禁止原則這道最後防線都崩潰掉，那麼上訴人對於判決結果更不利益的畏懼或不安，勢必難以排除，極有可能危害當事人對於刑事司法制度的應有信賴。
20. 本論點並不成立，因為不利益變更禁止原則僅在於禁止論知重於原審判決之刑，亦即只是對量刑所加之限制而已，與實體真實之發現、法律解釋之統一並不構成妨礙。蔡墩銘，註1所揭書，頁452。換言之，第二審法院依職權調查證據，俟發現真實後，改判正確且更嚴重的罪名，確立正確的裁判，自屬適法，而同時也可與不利益變更禁止原則並行不悖。
21. 本論點鮮有論者加以強調，但本文認為這是支持否定說的一項重要論據。本論點所提出之現象的確會存在，因而若要提供肯定說證立的基礎，則必須對於「罪刑相當原則」重新審視、瞭解，並在兼顧實體法及程序法的要求下，對此原則加以全程的分析，方有可能使之與「不利益變更禁止原則」並行不悖，相輔相成。有關這方面的論述，容後說明。

#### (四) 合議制足以矯正獨任法官量刑不當之弊

第一審檢察官或自訴人對於原判決之量刑或未有正確認識，而未為上訴，但不能因此即認為此乃被告應受之利益，進而限制上訴審重新審核的權能。況且臺灣第二審採合議制，正足以矯正初審獨任法官量刑不當之弊。<sup>22</sup>

#### (五) 與職權主義相違

本原則係為當事人進行主義而設，在臺灣採職權主義體制為主之刑事訴訟制度中，殊無採行之必要。<sup>23</sup>

衡諸肯定說及否定說所提出的各項論點，<sup>24</sup> 以及世界各國之立法潮流，不利益變更禁止原則之法律規定，得以保障被告無畏懼地行使其上訴權，且與真實發現之旨趣並無抵觸，應值肯定。此外，倘能對於罪刑相當原則，在兼顧實體法及程序法的觀點下，獲得重新的認知，則不利益變更禁止原則的重要性，勢必更見彰顯。在以

下的篇幅中，本文將會首先簡單地勾勒出此原則在臺灣之實踐狀況，兼論中國大陸相關法制內容及其爭議，繼而說明其法理基礎，從中開示立法論的具體建議。

### 參、適用程序

不利益變更禁止原則究係適用於何種訴訟程序，夙有爭議，分述於下：<sup>25</sup>

#### 一、第二審法院自為第一審判決

依據臺灣刑事訴訟法第三百六十九條第一項本文之規定：「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自為判決。」，因此對於第二審法院應自為第一審判決之案件，原審法院（地方法院）判決未諭知管轄錯誤係屬不當，則第二審法院自應依據同條第二項，撤銷原判決，並自為第一審之判決。由於第一審法院（地方法院）未就程序上為管轄錯誤之判決，

22. 本論點中有關於「不能限制上訴審重新審核權能」的論據，實為「循環論證」，並未進一步指出原因何在。況且上訴審法院倘酌量刑事事實（刑法 57 條），在罪名不變的前提下，科處更重的刑罰，雖無悖於罪刑相當原則，但卻有礙於被告無畏懼上訴權之行使，綜如上述，而本論點卻未有具體的駁難。至於第一審法院則未必全為獨任制（法院組織法第 3 條第 1 項）；縱為獨任制而且較諸合議制更難確保裁判之正確性，但是改革的重點應在於如何充實第一審法院的人力資源（諸如：改採合議制、參審制、專業法庭等），提昇其裁判之正確性，而並不是藉著廢除不利益變更禁止原則，使當事人在不服第一審不夠謹慎正確的判決之餘，更付出雙倍的勞力、時間和費用，交給一個較謹慎審理的上訴審法院，來判斷是非曲直，且可能諭知更重之量刑。
23. 本論點顯然不成立。首先，睽諸歐陸法制刑事訴訟制度，早已在一百多年前，建構並採行不利益變更禁止原則，因而此原則並非近代英美法制之附庸品。此外，日本學者平野龍一教授卻有與本論點剛好相反的說明：「本原則乃針對職權主義缺失所設之調和劑，係以恩惠的官僚主義型態為前提；上訴審既為當事人進行主義之型態，則應不適用此一原則。」轉引自陳蒞儀，前揭文，頁 100。姑勿論其用詞及論據正確與否，但不可以謂「英美法制採此原則，歐陸法制不採此原則」，則可成為定論。至於在「上訴審為當事人進行主義之型態」與「歐陸法制採職權主義，英美法制採當事人進行主義」等認知中，則其中用語實有未究明事物本質之嫌，故「職權主義」及「當事人進行主義」這對用語，為本文所不採。因此，上文以「歐陸法制」及「英美法制」稱之，則能避免名不副實之弊。有關於這兩套法制訴訟觀之主要差異，容後說明。
24. 參閱本文註 12-23 之說明，可知「被告無畏懼行使上訴權之利益」與「罪刑相當原則」之緊張關係，才是真正的爭議焦點。
25. 林俊益，註 16 所揭書，頁 57-70。原則之適用。





而逕為實體上之裁判，其訴訟要件自始即屬不備，亦為被告所得以預見；且第二審法院撤銷此項違法判決而自為判決，乃基於其管轄權所為之第一審判決，而非第二審判決，故自無不利益變更禁止原則之適用。<sup>26</sup>

上述結論是解釋現行法律的必然結果。然而，如果鳥瞰全局，並從制度觀點來看，一旦第二審基於其管轄權所為之第一審判決，如果被判有罪的被告獲得法律救濟的實質機會有所縮減（例如名為第一審判決，實為不得上訴或更難提起上訴的第一審判決，亦即根本不是貨真價實的第一審判決），或者如果司法程序被有關司法當局或幕後權力惡意操控，並由第二審法院以原審判決違法不當或量刑畸輕為理由，撤銷第一審法院的判決，自為第一審判決，從而惡意迴避適用「不利益變更禁止原則」，加重被告刑罰，而後續程序並無如同一般第一審判決後的有效程序救濟與司法獨立保障，則不應放任漠視，更不應縱容准許。前揭中國大陸《刑事訴訟法》第二百二十六條僅針對第二審而作規定，未包括第二審自為第一審判決的情形，《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款自無適用之餘地。立法上應否明確規定第二審自為並非貨真價實的

第一審判決時有必要適用「上訴不加刑原則」，亦即不得加重被告刑罰，是一項相當值得深入探討的議題。

## 二、第二審法院發回更審之程序

依據臺灣刑事訴訟法第三百六十九條第一項但書之規定：「但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院。」

有論者肯定在這種更審程序中，仍有不利益變更禁止原則之適用，以求全程地保障被告得以無所顧忌而行使上訴權。<sup>27</sup>但也有論者持否定之見解，認為案件既經第二審法院發回，回復至第一審程序，法院自得本其職權調查所認定之事實，適用法律；既係第一審程序，自無適用第二審不利益變更禁止原則之理。或有謂由形式上觀之，原判決既經撤銷，應視同自始不存在，而無不利益變更禁止原則之問題。<sup>28</sup>況且，原審法院判決主文係管轄錯誤、免訴、不受理，根本無刑之輕重之比較問題，故此際不生不利益變更禁止原則之問題云云。<sup>29</sup>惟本文持肯定的見解，認為：更審程序實乃為被告利益所為上訴之後續結果，亦即第二審程序之延續，若認為更審不適用不利益變更禁止原則，則等於謂被告上訴時，即須忍受此種因更審而致不利益之危險性，從而未能全程地保障被告

26. 日本刑事訴訟法第 399 條規定：「以違法認定管轄為理由而撤銷原判決時，應以判決將案件移送有管轄權之第一審法院。但控訴法院對該案件有第一審管轄權時，應為第一審進行審判。」其規定與臺灣刑事訴訟法相同，亦無不利益變更禁止原則之適用。

27. 黃東熊，前揭書，頁 551。日本學界通說（鈴木茂嗣、高田卓爾）及實務均採此見解。

28. 蔡墩銘，刑事訴訟法例題演習，國立臺灣大學法學叢書（二十六），1996 年 3 月十版，例題 238，頁 392,393。最高法院 89 年度台上字第 4552 號判決亦有謂：「刑事訴訟法第三百七十條所謂不利益變更之禁止，係指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第一審判決之刑而言。第二審判決經本院依同法第三百九十七條、第四百零一條規定撤銷發回後，在撤銷之範圍內已不復存在，其判決結果對發回後之更審判決，並無任何拘束力，縱原第二審判決曾經宣告緩刑，而發回後之更審判決未為緩刑之宣告，自無違反不利益變更之禁止可言」。

29. 林俊益，註 16 所揭書，頁 60。日本學者青柳文雄亦採此見解。

無畏懼行使上訴權，誠與本原則之基本精神相違。至於所謂「原審法院判決主文係管轄錯誤、免訴、不受理，根本無刑之輕重之比較問題」云云，顯然忽略了第三百七十條「不得諭知較重於原審判決之刑」業已包含了「不得諭知原審判決所無之刑」之意義。<sup>30</sup>此外，實務上曾經發生被告於下級審法院受無期徒刑宣告後，本已捨棄上訴權，然而法院卻依刑事訴訟法第三百四十四條第四項，為被告之利益而提起職權上訴，經上訴審法院撤銷原判發回更審，更審結果卻宣告死刑，致被告遭受不利益之案例。<sup>31</sup>由此可見，倘若在更審程序放棄不利益變更禁止原則，其結果實教人難以接受。因此，不利益變更禁止原則應全面適用於更審程序，以貫徹保障被告無畏懼行使上訴權之宗旨。<sup>32</sup>

前揭中國大陸《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條同樣沒有明確規定更審程序應適用「上訴不加刑原則」，其第一款第五項僅規定：「對事實清楚、證據充分，但判處的刑罰畸輕，或者應當適用附加刑而沒有適用的案件，不得撤銷第一審判決，直

接加重被告人的刑罰或者適用附加刑，也不得以事實不清或者證據不足發回第一審人民法院重新審理」，但卻沒有明確規定第一審法院重新審理（更審）時有無「上訴不加刑原則」之適用，變相縱容了在中國大陸司法實務中「上訴不加刑原則」在實踐上屢屢落空的現象。例如：在「望京黑煤串案」中落馬的北京市朝陽區環保局原副局長賈秀軍，在2007年被一審法院判處三年有期徒刑。不服判決的賈秀軍上訴，北京市二中院認定該判決適用法律有誤，將此案發回朝陽區法院重審，賈秀軍卻竟然在重審中被判五年。（詳見2007年10月16日《京華時報》的報導）類似事件，2003年也在河北省發生過。河北省高陽縣人董亞洲因涉嫌搶劫罪被一審法院判了死緩，其父董克強以兒子被捕時未滿18歲為由提起上訴，二審法院發回重審。然而，2003年3月25日，河北省保定市中级人民法院經過重新開庭審判，竟然判決董亞洲死刑。諸如此類的例子，不勝枚舉。從上文論述來看，如要全面地保障被告得以無所顧忌而行使上訴權，「上訴不加刑原則」必須適用在第二審發回第一審更審的程序，方足以

30. 由於程序法無庸恪遵「罪刑法定原則」，「舉輕明重」原則應仍有法律適用之空間。有關於這方面的進一步論述，參閱蔡墩銘，刑事審判程序，五南，1992年9月初版，頁545。

31. 陳蓓儀，前揭文，頁93。

32. 採同一見解並擬增訂第二項明文規定者，參閱胡毓傑，刑事訴訟法第三百六十二條（現行法第三百七十條）為被告之利益上訴不得加重處刑之探討，法言22期，1954年2月15日，頁4。此外，臺灣近年實務界亦在個案中表現出相類似的意旨。最高法院85年台上字第2075號判決要旨，頗值參考。最高法院85年台上字第2075號判決有謂：「上訴人於原審法院前審即八十三年度交上訴字第四二五八號判處有期徒刑五月。經本院撤銷該判決並諭知發回原審法院更審，原判決撤銷第一審判決，改判論處上訴人有期徒刑八月，雖較第一審宣告之有期徒刑十月為輕，但較原審法院前審宣告之刑為重，其認定上訴人之犯罪事實及情節，與該法院前審判決所認定者並無不同，適用之法則亦同，何以宣告較重之刑？疏未說明其理由，自有理由不備之違法」。又學者黃東雄認為，第三審法院於依刑事訴訟法第400條前段之規定，將案件發交該管第二審法院時，或於同法第401條之規定，將案件發回原第二審法院或發交與其同級之他法院時，該案件則又在第二審法院審理，則其程序仍依第二審程序辦理。既依第二審程序，則自有刑事訴訟法第370條之適用。亦即於此情形，如該案件原來係由被告或為被告之利益而上訴於第三審時，第二次之第二審判決不得諭知較重於第一次之第二審判決之刑。黃東熊，刑事訴訟法論，三民出版，1999年3月，頁716。





貫徹「上訴不加刑原則」的立法目的與保障範圍。

鑒於上述不足，中國大陸新修訂的《刑事訴訟法》第二百二十六條第一款增列以下規定：「第二審人民法院發回原審人民法院重新審判的案件，除有新的犯罪事實，人民檢察院補充起訴的以外，原審人民法院也不得加重被告人的刑罰。」這是值得肯定的法律修訂。換言之，按照新修訂的這項規定，發回更審案件一律不得加重被告人的刑罰，體認了本文所主張的論理和觀點。至於所謂「除有新的犯罪事實，人民檢察院補充起訴的以外」此一但書規定，本屬自明之理，無需多此一筆。如從犯罪行為理論與構成要件理論的觀點來看，新犯罪行為（亦即犯罪事實）應屬原案所無的犯罪行為，本應另行按照構成要件理論依據科學證據嚴格審查，並在確定有罪的前提下另行依法量刑，不論是否併案起訴、補充起訴，抑或另案起訴，亦應如是。當然，補充起訴的新犯罪事實部分，必須接受貨真價實的第一審審理，並且會被提供第一審判決後的有效司法救濟，方稱允當，自不待言。無論如何，目前只有法律的新修訂，尚無新的司法解釋跟進，亦即尚未修訂一九九八年《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第五項的過時規定，確有未當。有關這一方面，亟待在中國大陸的司法解釋方面明確修訂，平息疑慮。

### 三、對簡易判決上訴之程序<sup>33</sup>

依據臺灣刑事訴訟法第四百五十五條之一第一項及第三項之規定，對於簡易判決有不服者，得上訴於管轄之第二審地方法院合議庭，且準用刑事訴訟法第三編第一章及第二章。換言之，第三百七十條不利益變更禁止原則，亦在準用之列。況且簡易判決與舊法時代之處刑命令不同，而性質上與普通判決無異，故自應適用不利益變更禁止原則。<sup>34</sup>

### 四、第三審上訴之程序

關於不利益變更禁止原則，應否適用於臺灣第三審上訴程序，法無明文。臺灣實務界雖已有肯定之共識，但學界見解並不一致。大抵而言，有學者持否定的見解，認為刑事訴訟法第三百八十七條，並無準用第二審不利益變更禁止原則之規定；而且同法第三百九十八條第一款規定：「（原審判決）雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者」，第三審法院應就該案件自為判決，其中已指明原審判決「違背法令」，亦即是不利益變更禁止原則中「適用法條不當而撤銷」之例外情形，從而無該原則之適用云云。<sup>35</sup>但持肯定見解之學者則認為：設立不利益變更禁止原則之立法意旨，既在保障被告無畏懼行使上訴權，則第三審上訴自應有本原則之適用。<sup>36</sup>

本文支持肯定說之見解，蓋因程序法並未禁止有助於貫徹程序法理之「類推適

33. 有關於簡易判決的現行法規定，是否能妥當地貫徹各項程序法理，尚值深入研討。

34. 黃東熊，前揭書，頁 591。惟日本學者通說（高田卓爾等）及實務認為，當被告請求正式裁判時，並無不利益變更禁止原則之適用。轉引自林俊益，註 16 所揭書，頁 62。這種見解應係為了防止大量上訴而設，理據仍嫌不足。

35. 蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 452；林山田，註 1 所揭書，頁 465；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南出版，2004 年 9 月，頁 694。

36. 黃東熊，前揭書，頁 591, 592；胡毓傑，前揭文，頁 4；林鈺雄，刑事訴訟法論下冊，元照出版，2005 年 9 月，頁 288。

用」，<sup>37</sup>故為求貫徹本原則之規範目的，第三審程序自應類推適用第三百七十條，方屬妥當。至於否定見解中所謂「判決違背法令」，就必然是屬於不利益變更禁止原則中「適用法條不當而撤銷」之例外情形的見解，亦屬不當。有關於「適用法條不當」之內涵，實有可能狹於「違背法令」之內涵，容後說明。另外，臺灣實務亦有採肯定說的傾向。最高法院民國二十四年（1935年）七月刑庭會議決議有謂：「第三審以不加重為原則，但第二審量刑確有不當時，不受該條之限制。」語意雖嫌含混，但其已注意到第三審仍應適用本原則，則可予肯定。及至最高法院近年來的判決，更把本原則具體地適用在個案當中，實值高度肯定。<sup>38</sup>再者，民國八十二年（1993年）版刑事訴訟法修正草案，更於現行法第三百九十八條增訂第二項：「第三百七十條之規定，於前項自為判決準用之。」此乃斟酌德國刑事訴訟法第三百五十八條第二項前段之規定而來。司法院民國九十三年（2004年）年一月七日刑事訴訟法修正草案第三百八十七條亦擬修正為：「第三審之審判，除本章有特別規定外，準用第二審審判之規定」，使第三審亦因準用第二審之規定，得以間接準用到第三百七十條之不利益變更禁止原則。本文認為：本條雖未修正通過，但仍可以作為現今實務適用法律之準繩，以期符合刑事程序法理的基本要求。復有論者認為修正草案的規

定用語應更細緻化，並建議增訂為：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第三審法院因原審判決有前項第一款之情形而自為判決時，不得諭知較重於原審判決之刑。」<sup>39</sup>此乃採行「絕對不得加重主義」之主張，不復使用「準用」之用語，從而避免究係準用第三百七十條本文抑或但書之爭議，亦值肯定。<sup>40</sup>

## 五、再審程序

依據臺灣刑事訴訟法第四百三十九條之規定：「為受判決人之利益聲請再審之案件，諭知有罪之判決者，不得重於原判決所諭知之刑。」，已明文承認不利益變更禁止原則之適用，且採「絕對不得加重主義」之立法方式，應無疑義。<sup>41</sup>

在這一方面，中國大陸並無類似規定。

《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第五項更規定：「對事實清楚、證據充分，但判處的刑罰畸輕，或者應當適用附加刑而沒有適用的案件，不得撤銷第一審判決，直接加重被告人的刑罰或者適用附加刑，也不得以事實不清或者證據不足發回第一審人民法院重新審理。必須依法改判的，應當在第二審判決、裁定生效後，按照審判監督程序（按：相當於臺灣的再審或非常上訴程序）重新審判。」換言之，如果按照審判監督程序重新審判，「上訴不加刑原則」

37. 參閱註 30 之說明。

38. 最高法院 75 年台上字第 5498 號判決、78 年台上字第 3176 號判決及 79 年台上字第 1365 號判決，均屬典型的例子。以 79 年台上字第 1365 號判決為例，被告成年人與未滿十八歲之人結夥三人以上竊盜，累犯，第一審法院判決有期徒刑七月，第二審法院於原審法院適用法條並無不當之情形下撤銷原判決，改判八月，終遭最高法院判決撤銷，改判仍處有期徒刑七月。

39. 林俊益，註 16 所揭書，頁 67。

40. 有關於「絕對不得加重主義」之立法論建議，以及其優於現行制度之處，容後說明。

41. 日本刑事訴訟法第 452 條及德國刑事訴訟法第 373 條第 2 項之規定，均有明文指出不利益變更禁止原則應適用於再審程序。





未必當然適用，而且中國大陸司法實務亦不在審判監督程序中適用「上訴不加刑原則」，因為中國大陸《刑事訴訟法》第二百二十六條的規定僅適用於「第二審人民法院審判被告人或者他的法定代理人、辯護人、近親屬上訴的案件」之情形，而不當然及於審判監督程序。然而，本文認為：參照上述關於程序法並未禁止有助於貫徹程序法理之「類推適用」的觀點，為求貫徹本原則之規範目的，審判監督程序自應類推適用中國大陸《刑事訴訟法》第二百二十六條，方屬妥當。不過，釜底抽薪之道，在於在立法或司法解釋層面明確規定，妥善解決。

## 六、非常上訴程序

依據臺灣刑事訴訟法第四百四十七條第二項但書之規定，原審法院依判決前之程序更為審判時，不得諭知較重於原確定判決之刑。既有明文承認不利益變更禁止原則之適用，且已採取「絕對不得加重主義」之立法方式，故在法律適用上應無疑義。<sup>42</sup> 臺灣實務亦有肯定這項原則者。<sup>43</sup> 至於中國大陸審判監督程序方面，已如上述，在此不贅。

## 七、抗告程序

依據臺灣刑事訴訟法第四百十九條之規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第

三編第一章關於上訴之規定。」，但未準用第二章之規定。因此，有論者認為抗告裁判應無不利益變更禁止原則之適用。<sup>44</sup> 惟實務上最高法院六十七年一月十日刑事庭總會決議，關於定應執行刑裁定之抗告時，則謂：「第二審所定執行刑時，以不較重於第一審所定之執行刑為宜。」由此可見，臺灣實務仍重視此原則於抗告程序之重要性。本文認為：由於依同法第四百十五條第一項第四款之規定，被告對於抗告法院依第四百七十七條定刑之裁定抗告後所為之裁定再抗告者，仍有可能遭受不利益變更之虞，故為求貫徹保障被告無畏懼抗告權（法律救濟權）之行使，抗告程序自有在現行制度下，類推適用不利益變更禁止原則之必要。<sup>45</sup>

## 肆、上訴主體

不利益變更禁止原則究係在何上訴主體上訴時方有適用，實在涉及到刑事程序之基本法理，學界對此亦有爭議，茲析述如下：<sup>46</sup>

### 一、被告上訴

依據臺灣刑事訴訟法第三百四十四條第一項之規定，被告對於下級法院之判決有不服者，得上訴於上級法院。依同法第三百七十條本文之規定，由被告上訴者，

42. 林國賢、李春福，刑事訴訟法論下冊，三民總經銷，2006年初版，頁483, 493。反觀日本刑事訴訟法第458條，對於「非常上告」並無準用不利益變更禁止原則之明文。至於德國刑事訴訟法制則只有「再審」制度，而無類似臺灣的「非常上訴」制度，自不生上述問題。
43. 最高法院70年台非字第141號判決，則是一個典型的例子。案中被告共同傷害罪，第一審法院判處有期徒刑八月，第二審法院於原審法院適用法條並無不當之情形下撤銷原判決，改判十月，終遭非常上訴之最高法院判決撤銷，改判仍諭知有期徒刑八月。
44. 林俊益，註16所揭書，頁70。
45. 日本學說（高田卓爾、松本時夫、土本武司等）及實務均認為應準用不利益變更禁止原則。至於德國學者對於緩刑裁定（德國刑法第56a條、刑事訴訟法第268a條），得否類推適用不利益變更禁止原則，極具爭議。多數說認為基於法治國家之理由，原則上應予肯定。（Hamburg, Koblenz, Loos）但對於依德國刑法第56b條有合法的事後負擔及指示時，則無適用。（BGH JZ 82,514）轉引自Claus Roxin著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法（24版，1995年），三民，1998年11月，頁568,569。
46. 林俊益，註16所揭書，頁70-79。

第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑（中國大陸刑事訴訟法第二百二十六條第一款亦有相當規定）。此際適用不利益變更禁止原則，自無疑義。惟應注意的是，被告之上訴須為合法，且非為自己之不利益而上訴時，方有本原則之適用，否則將因欠缺上訴利益，應依同法第三百六十二條、第三百六十七條、第三百八十四條、第三百九十五條、第四百十一條、第四百三十三條等規定，以裁定或判決駁回之。<sup>47</sup>此外，如果被告自動放棄不利益變更禁止原則之保護而提起上訴，則鑑於本原則係以保障被告無畏懼行使上訴權為其宗旨，故為被告可以處分的利益，此際自應排除不利益變更禁止原則之適用。<sup>48</sup>

## 二、為被告之利益而上訴

在臺灣，為被告之利益而提起上訴之情形有三：

1. 檢察官為被告之利益而上訴（刑事訴訟法第三百四十四條第三項），而檢察官對於自訴案件之判決，亦得獨立上訴（同法第三百四十七條）。
2. 被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴（同法第三百四十五條）。
3. 原審之代理人或辯護人，得為被告之利益上訴（同法第三百四十六條）。

至於中國大陸刑事訴訟法第二百二十六條第一款規定：「第二審人民法院審判被告人或者他的法定代理人、辯護人、近親屬上訴的案件，不得加重被告人的刑罰。」與上述臺灣刑事訴訟法規定的範圍和旨趣基本相同。

臺灣刑事訴訟法第三百七十條本文既明定，為被告之利益而上訴者，亦適用不利益變更禁止原則，則應無疑義。惟有論者認為檢察官為被告利益所為之上訴，並無本原則之適用。蓋因檢察官為被告之利益而上訴者，係基於公益之考慮，非純為被告個人之利益，且與不使被告畏懼上訴之政策性考慮無涉云云。<sup>49</sup>然而本文認為：依據刑事訴訟法第二條第一項之規定：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」由此可見，臺灣法制實與英美法制之「訴訟競技觀」有著顯著的差異，檢察官的角色亦非可以單純定位為「公訴人」或「攻擊者」即可；倘其更須注意對被告有利之事項，把被告的正當利益也看作是其保護的對象，則當其為被告利益而上訴時，被告與檢察官之立場可謂相即不離，應同受無畏懼行使上訴權保障之必要，以免檢察官在決定上訴與否時躊躇不前，或遭受裁判者對被告不利益之變更，以致其保護對象蒙受程序上的不利益，而後者終究係為被告利益而上訴的檢察官所不願的。此外，敗訴被告在上訴期間正欲上訴之際，「欣聞」檢察官為其利益而提起上訴；惟依照否定說之見解，此竟係噩耗，斷非佳音，豈不怪哉？<sup>50</sup>

至於中國大陸刑事訴訟法第二百二十六條第二款僅規定：「人民檢察院提出抗訴或者自訴人提出上訴的，不受前款規定之限制。」亦即沒有「上訴不加刑原則」之適用。綜上所述，上述規定沒有區分檢察院為被告人之利益提出抗訴，以及為被告人之不利益

47. 田正恆，前揭文，頁 16；黃東熊，前揭書，頁 589 註 87。

48. BGHSt 5, 316 及德國學者 Seibert 均採此見解，轉引自：註 45 所揭書，頁 567。

49. 黃東熊，前揭書，頁 589。

50. 同此見解者有：蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 451,453；林山田，註 1 所揭書，頁 465。最高法院 79 年台非字第 173 號判決亦同此見解。



提出抗訴這兩種情形，籠統地排除適用「上訴不加刑原則」，實有不足，宜修改法律，分辨兩種情形，參照上述，分別規定。

### 三、檢察官或自訴人為被告之不利益而上訴

由於不利益變更禁止原則之產生，乃基於不使被告及為被告利益而上訴者畏懼上訴，致妨害其行使上訴權之政策性考慮，因此當檢察官或自訴人為被告之不利益而上訴的時候，應無不利益變更禁止原則之適用，否則上訴制度對於不服量刑的自訴人及為被告不利益上訴之檢察官幾近形同虛設，罪刑相當原則也將會過度地被犧牲，殊非制度之本旨。此際，仍必須以自訴人及檢察官合法上訴為前提，而且上訴審法院亦得為被告有利之變更。換言之，「利益變更之禁止」(Verbesserungsverbot) 並無適用之餘地。<sup>51</sup>

### 四、兩造同時或先後上訴

如遇為被告不利益上訴的檢察官或自訴人及被告兩造同時或先後上訴之情形，原則上應無不利益變更禁止原則之適用，<sup>52</sup> 否則無異承認一旦有被告提起合法上訴，即不論其上訴有無理由，均足以得到不利益變更禁止原則之庇護，殊非制度之本旨。詳言之，如被告上訴或為被告之利益而上訴之部分係「不合法」或「無理由」，檢察官或自訴人

為被告之不利益而上訴之部分係「有理由」者，並無不利益變更禁止原則之適用。然而，如被告上訴或為被告之利益而上訴之部分係「有理由」，檢察官或自訴人為被告之不利益而上訴之部分為「不合法」或「無理由」者，則仍有不利益變更禁止原則之適用，方可與本原則之立法精神相繩，且可免致鼓勵檢察官或自訴人為阻止此原則之適用而濫行上訴。<sup>53</sup>

### 五、共同被告上訴

第三審上訴之案件，依據臺灣刑事訴訟法第四百零二條規定：「為被告之利益而撤銷原審判決時，如於共同被告為共同之撤銷理由者，其利益並及於共同被告。」<sup>54</sup> 茲所稱「共同被告」，係有合法上訴之共同被告而言。如未經上訴或上訴不合法之被告，該部分之判決即屬確定，既無共同撤銷判決之理由，即無該條之適用，自不生不利益變更禁止原則之適用問題。<sup>55</sup>

此外，中國大陸《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第一項規定：「共同犯罪案件，只有部分被告人提出上訴的，既不能加重提出上訴的被告人的刑罰，也不能加重其他同案被告人的刑罰。」第

51. 註 45 所揭書，頁 567。

52. 此為通說之見解。蔡墩銘、朱石炎，刑事訴訟法（初版），五南，1981年9月，頁 295；蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 453。德國及日本學界及實務原則上採此見解。

53. 林俊益，註 16 所揭書，頁 73；陳樸生，前揭書，頁 506；田正恆，前揭文，頁 16；黃東熊，前揭書，頁 589（僅論及「無理由」的部分）；林山田，前揭書，頁 465,466（僅論及「不合法」的部分）。實務界亦對這種處理方式，有所肯定：最高法院 28 年上字第 1122 號判例、76 年台非字第 124 號判決及 81 年台上字第 2896 號判決，均先後把此原則適用於具體個案中。至於日本學者平場安治、高田卓爾等，亦採此見解；惟平野龍一則提出反對說。

54. 雖舊刑事訴訟法第四百十條第二項明定，撤銷原審判決之利益可及於未經上訴之共同被告；但此項規定，已為現行刑事訴訟法所不採，自難據以擴充解釋。（最高法院 32 年非字第 5 號判例）惟中國大陸現行刑事訴訟法第一百八十六條第二項則規定：「共同犯罪的案件只有部分被告人上訴的，應當對全案進行審查，一併處理。」，實與臺灣法制大異其趣。

55. 林俊益，註 4 所揭文，頁 123；陳樸生，前揭書，頁 65。

二百五十八條亦規定：「共同犯罪案件中，人民檢察院只對部分被告人的判決提出抗訴的，第二審人民法院對其他第一審被告人不得加重刑罰。」這些規定都是值得肯定的，也是從犯罪構成要件理論所推導出來的當然之理。

## 六、法院之職權上訴

依據民國五十七年（1968年）十二月五日修訂後之臺灣刑事訴訟法第三百四十四條第四項及第五項規定：「宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送該管上級法院審判，並通知當事人。前項情形，視為被告已提起上訴。」增訂之原因乃恐對於被告科處死刑或無期徒刑之下級審法院判決，如有錯誤，而被告不上訴，亦無其他人為被告之利益上訴，則此一極刑或重刑之錯誤判決未經上級審救濟而將告確定，致嚴重侵害被告人權，故有本規定之增訂。<sup>56</sup>此際，上級法院得否諭知較重於原審判決之刑，不無疑義。查職權上訴之目的既係基於維護被告之利益而設，且條文中已有「視為被告已提起上訴」等語，故職權上訴仍有不利益變更禁止原則之適用，應可肯定。<sup>57</sup>有疑問的是，第三百七十條但書之規定，是否仍應適用於職權上訴的情況，臺灣實務見解

則未見一致。有認為倘於職權上訴適用但書規定，「似有違該項為保護被告利益而設之立法本旨」；<sup>58</sup>亦有謂應仍依第三百七十條但書之規定處理。<sup>59</sup>本文認為：衡諸刑事訴訟法第三百四十四條第四項及第五項規定之立法目的，係基於保護被告之利益而設，而非以重開新程序以求「罰當其罪」為宗旨，且「相對不得加重主義」仍有其本質上的缺陷；故以「絕對不得加重」的原則適用於職權上訴程序中，方能充分保障被告無畏懼上訴審法院賦予其更重大的不利益，而立法者也不致蒙受「幫倒忙」之譏。

## 伍、刑罰輕重之比較

不利益變更禁止原則之核心，係在於上訴審法院「不得諭知更重於原審判決之刑」。由此可見，不利益變更之禁止只是就刑罰而言，非就罪責判斷而言，否則即與發現真實原則有所牴觸。<sup>60</sup>茲就下列情況，分析有關於刑罰輕重比較之問題：<sup>61</sup>

### 一、主刑

依據臺灣刑法第三十三條及第三十五條第一項之規定，主刑 (Hauptstrafen) 之重輕依下列次序定之：死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金。而依同法第三十五條第二項及

56. 蔡墩銘，註 10 所揭書，頁 375,376。

57. 林俊益，註 16 所揭書，頁 76,79。至於檢察官為被告利益所為之上訴與職權上訴，應同樣適用不利益變更禁止原則，方符理論之一致性，兩者實可對照參考。

58. 最高法院 80 年台上字第 4070 號判決要旨。臺灣學者黃東熊、林俊益亦同此見解。黃東熊，前揭書，頁 589；林俊益，註 16 所揭書，頁 79。

59. 民國 82 年（1993 年）8 月 25 日法務部檢察司 82 檢二字第 1121 號函復台灣高等法院檢察署，所同意的台灣高等法院檢察署暨所屬各級法院檢察署 80 年度法律座談會之甲說（多數說），採此見解，以求使國家刑罰權之行使能夠「罪得其罰」、「罰當其罪」，貫徹上訴制度糾正違法失當判決之本旨。

60. 註 45 所揭書，頁 567,568；德國學者通說採此見解；不同意見者，Vgl. Wittschier, Das Verbot der reformatio in peius und der Schuldspruch, StrV 86 (1986), 173。至於日本刑事訴訟法制下的不利益變更禁止原則，亦有不利益與否之比較問題。

61. 林俊益，註 16 所揭書，頁 94-109。





第三項之規定：「同種之刑，以最高度之較長或較多者為重。最高度相等者，以最低度之較長或較多者為重。除前二項規定外，刑之重輕參酌前二項標準定之。不能依前二項標準定之者，依犯罪情節定之。」由此可見，臺灣法制對於主刑輕重之比較標準，已有明文規定，應無疑義。<sup>62</sup>

## 二、從刑

依據臺灣刑法第三十四條之規定，從刑(Nebenstrafen)之種類包括「沒收」及「褫奪公權」兩種。從刑係得附隨主刑而科處之刑罰手段，但於例外情形亦有單獨宣告之沒收，例如專科沒收(刑法第三十九條)及違禁物之沒收(刑法第四十條但書)。<sup>63</sup>有關於不利益變更禁止原則應如何適用，分述於下：

- (一) 第一審只宣告主刑，未宣告從刑，第二審所宣告之主刑與第一審相同，但另宣告從刑，則已構成不利益之變更。<sup>64</sup>
- (二) 第二審判決所諭知之罰金金額或褫奪公權期間，高於或長於第一審判決所諭知者，亦構成不利益之變更。<sup>65</sup>
- (三) 第二審判決所諭知之主刑雖變輕，但卻附加或加重從刑時，仍屬不利益之變更。相反之情形，亦同。蓋主刑與從刑之性質既有不同，則關於孰輕孰重，殊

難以非受判決人之心理所能比較，故其中之一加重，則應構成不利益之變更，方屬妥適。<sup>66</sup>

## 三、緩刑

「緩刑」(Strafaussetzung, probation)乃「非機構性處遇」(non-institutional treatment)之一種，係為救濟自由刑缺失而設之制度，更在刑罰及保安處分兩者以外，被譽為「刑法中的第三軌」(drittes Spur im Strafrecht)或是「一個獨立的刑法上反應手段」(ein selbständiges strafrechtliches Reaktionsmittel)；<sup>67</sup>倘能運用得當，且有完善之處遇與輔導制度配合，則可望改善臺灣目前緩刑使用率偏低的情況。臺灣緩刑制度，係對於初犯輕微犯罪行為者，猶豫或暫緩宣告刑之執行，故可謂為宣告刑的一種特別執行方式。<sup>68</sup>現行臺灣刑法第七十四條至第七十六條，已分別明文規定緩刑之宣告要件、撤銷要件及其效力，可供參考。惟不利益變更禁止原則，是否適用於「撤銷緩刑」或「增長緩刑期間」的情況，則有極大的爭議。

對於這項問題，臺灣學者見解並不一致。有認為緩刑為刑之執行，並非刑之宣告，從而亦非獨立的刑罰種類，故第二審撤銷或增長第一審所已諭知之緩刑宣告，並無刑之輕重比較問題，自亦無不利益變更禁止原則

62. 臺灣實務亦遵守此項原則。典型的例子包括：最高法院 69 年台上字第 4136 號判決、70 年台非字第 141 號判決、72 年台上字第 6721 號判決、79 年台上字第 1365 號判決、82 年台非字第 364 號判決等。其中皆涉及有期徒刑不利益變更之禁止。

63. 林山田，刑法通論(下冊)(增訂六版)，1998 年 2 月，頁 697。

64. 蔡敬銘，註 1 所揭書，頁 453,454。最高法院 77 年台上字第 1416 號判決，亦同此旨。

65. 同上註，頁 454。最高法院 76 年台上字第 873 號判決，亦同此旨。

66. 黃東熊，前揭書，頁 592。惟亦有反對說，認為「如第二審所諭知之主刑，較重或較輕於第一審判決時，褫奪公權及沒收，固不影響於刑之輕重…」云云。田正恆，前揭文，頁 17。惟「從刑」究係刑罰之一種，一旦從刑加重，應構成不利益變更，方屬妥當，誠如上述。

67. 林山田，刑罰學(修訂本)，臺灣商務，1992 年 2 月，頁 207 以下。

68. 林山田，註 63 所揭書，頁 775。

之適用。<sup>69</sup>有認為第二審判決撤銷或增長第一審判決所諭知的緩刑，日本判例認其違反不利益變更禁止原則，頗值注意。<sup>70</sup>甚至有論者更指出：1. 主刑雖變重，但附加緩刑；2. 主刑雖變輕，但取消緩刑；3. 主刑雖不變，但緩刑期間變長；均屬不利益之變更。<sup>71</sup>

至於臺灣實務見解則出現前後不同的認定。早期實務見解認為撤銷緩刑並非不利益之變更。最高法院民國二十五年（1936年）八月四日民刑庭總會決議（後刪除），以及最高法院七十七年台上字第五八二一號判決要旨，皆認為宣告緩刑與否，係法院得依職權自由裁量之事項，難謂為違法；而最高法院二十八年上字第三三一號判例更認為：僅就緩刑期間由二年改為三年，尚非法所不許，自不受不利益變更禁止原則之拘束云云。然而，近年來，最高法院見解於具體個案中，則出現突破性的轉變，傾向認為有不利益變更禁止原則之適用。最高法院八十三年台上字第六八八七號判決、同院八十五年台上字第六〇九〇號判決，以及同院九十二年台上字第五五七六號判決，皆認為不利益變更禁止原則中所謂的「不利益」，除應從第一審及第二審判決所宣告之刑（刑名及刑度）作形式上的比較外，尚須總體的綜合觀察，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，即屬實質上之不利益。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，故撤銷或增長<sup>72</sup>之，即屬不利益之變更。

本文認為：不利益變更禁止原則，仍應適用於撤銷緩刑及增長緩刑期間的情形。首先，刑事訴訟法第三百七十條之「刑」字，應係泛指「科刑」及與「刑之執行有關」之事項而言，緩刑自應包括在內，而唯有如此從寬解釋，方足以保障被告無畏懼地行使上訴權。<sup>73</sup>況且觀乎現今「刑事執行法」（Strafvollzugsrecht）的發展，「非機構性處遇」日漸普遍，「刑罰」之意義亦有多樣化的趨勢，故在解釋「刑罰」之文義時，實不宜故步自封，囿於法條編制，而忽視刑事處遇對於被告利益的實質影響。此外，第二審法院亦不可因其對於臺灣刑法第七十四條「法院認為以不執行為適當」此一要件之認定，與原審法院之認定不同為由，藉口謂原審係適用法條不當，進而排除不利益變更禁止原則之適用，否則勢必使上述見解被架空。<sup>74</sup>最後須附帶說明的是，檢驗是否成立不利益變更之禁止時，有時更應把重點放在「是否有

69. 陳樸生，前揭書，頁 506,507；林山田，註 1 所揭書，頁 466；褚劍鴻，前揭書，頁 658；梁恆昌，新刑事訴訟法，自版，1988 年 4 月十版，頁 205。

70. 蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 457 註 9。日本實務係採「具體的綜合說」，除須就刑的種類、刑期作形式上的比較外，尚須就緩刑、未決羈押日數之算入等事項全體綜合觀察，以判斷實質上對被告是否有不利益，故緩刑之撤銷及期間之延長均屬不利益之變更。（最大判昭和 26 年 8 月 1 日最刑集 5 卷 9 期 1715 頁、最決昭和 55 年 12 月 4 日最刑集 34 卷 7 號 499 頁）轉引自林俊益，註 16 所揭書，頁 103。

71. 黃東熊，前揭書，頁 592；林俊益，註 16 所揭書，頁 101,102。日本學界通說亦同。

72. 倘依近年實務界的新見解，增長緩刑期間適用不利益變更禁止原則與否，是否改依最高法院 83 年台上字第 6887 號等判決關於撤銷緩刑之標準判斷，雖尚有疑問，但基於兩者性質相同，自應採用相同的處理方式。

73. 林俊益，註 16 所揭書，頁 102。

74. 林俊益，註 16 所揭書，頁 102,103。另外，最高法院 84 年台上字第 553 號判決中，曾指出當第一審有引用刑法第 74 條不當之情形，而第二審撤銷其緩刑宣告時，則仍屬合法。且於該項判決理由中更指出：第二審「認其迄未與被害人趙 X X 達成和解，不宜宣告緩刑，已說明理由」云云，實有把不利益變更禁止原則架空之嫌，應予避免。



撤銷緩刑之可能」；<sup>75</sup> 假設一旦撤銷緩刑，即生不利益之變更者，亦應在禁止之列。<sup>76</sup>

至於中國大陸《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第四項已經明文規定：「對被告人判處拘役或者有期徒刑宣告緩刑的，不得撤銷原判決宣告的緩刑或者延長緩刑考驗期。」這條規定言簡意賅，符合上述法理論述，值得肯定。

#### 四、易刑

易刑主要包括「易科罰金」及「易服勞役」等換刑處分而言，刑法第四十一條及第四十二條已有明文規定。臺灣學者通說認為：<sup>77</sup>「易科罰金」係救濟不能執行拘役、有期徒刑時之換刑處分，其折算方法由法院審酌犯人之經濟能力定之，雖因折算標準不同，諸如第二審所定易科罰金之標準為三百元折算一日，較之第一審以一百元折算一日不利益，但不能視為刑之加重。至於「易服勞役」則係救濟不能執行罰金時之換刑處分，其折算方法由法院審酌犯人之生產能力定之，雖因折算標準不同，致犯人可被拘束自由之期間有異，但究係執行上之問題，諸如第二審所定易服勞役之標準為一百元折算一日，較之第一審以三百元折算一

日不利益，但仍不能視為刑之加重。<sup>78</sup> 然而，亦有學者持反對之見解，有部分認為「為貫徹本法第三百七十條前段保護被告之立法意旨，第二審所定之執行刑，或另以裁定所定之執行刑，亦以不較重於原第一審裁判所定之執行刑為宜」。<sup>79</sup> 有部分則更進一步指出：為貫徹保障被告無畏懼上訴權之行使，則不應受限於「刑」之文義，既然對被告之自由或財產有不利益，則仍應適用不利益變更禁止原則。<sup>80</sup> 本文同意最後一說之見解，循此方可與本原則之規範意旨相接無罅。<sup>81</sup>

#### 五、定應執行刑

對於數罪併罰之案件，第二審判決所定之執行刑較之第一審判決所定之執行刑為重，是否已經違背不利益變更禁止原則？實務界一致認為：刑事訴訟法第三百七十條本文所謂「原審判決之刑」，當指宣告刑而言。倘若宣告刑並未加重，而只有執行刑被加重，苟與刑法第五十一條之規定無違，即不得指為違法。但為貫徹不利益變更禁止原則保護被告之立法意旨，第二審定執行刑時或另以裁定定執行刑時，以不較重於第一審所定之執行刑為宜。<sup>82</sup> 惟本文認為：刑法第五十一條僅係規定在數罪併罰多數宣告刑

75. 註 45 所揭書，頁 568。

76. 剛才黃東熊教授所舉的第 (1) 個例子，實在是此處的最佳印證。

77. 蔡墩銘，註 1 所揭書，頁 454；林山田，註 1 所揭書，頁 466；田正恆，前揭文，頁 17；陳樸生，前揭書，頁 507；褚劍鴻，前揭書，頁 658。

78. 在臺灣實務上，最高法院 26 年渝上字第 988 號判例，亦採同一見解。

79. 陳樸生，前揭書，頁 508；黃東熊，前揭書，頁 593。

80. 林俊益，註 16 所揭書，頁 105,106。日本學界及實務亦同此見解。

81. 德國學者 C. Roxin (1995), D. Meyer (1979) 等，均認為第二審倘將原審所處罰之「日率」(Tagessätze) 提高，即屬不合法。但學者 Schröter (1978) 則有不同意見。此外，德國實務界則認為：倘把罰金刑改判自由刑時，此即屬刑罰之加重；此情形在合併刑中同時含罰金刑及自由刑時，應無其適用。(BGHSt 35, 208) 至於當合併刑中之一個別刑罰因其在後來對合併刑的變更中，再次顯現其重要性時，則不得加重之；(BGHSt 1, 252) 然而即使除去一實質競合的犯罪行為，在第二審中仍被判以相同的合併刑時，則此並不成立不利益變更禁止的情形。(BGHSt 7, 86) 註 45 所揭書，頁 568。

82. 民國 63 年 (1974 年) 臺灣高等法院暨所屬各級法院法律問題座談會、最高法院 67 年 1 月 10 日刑事庭總會決議、最高法院 74 年台上字第 5559 號判決，以及最高法院 83 年台上字第 5231 號判決，均採此見解。註 79 所揭二書之見解，亦同。

中，如何定其應執行之方法，諸如同條第五款中有謂：「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。但不得逾二十年。」；初既未肯定或否定上訴審於此範圍內得加重執行刑之權能，且如果與刑事訴訟法第三百七十條合併觀察，則上訴審加重原審所定之執行刑，顯即加重被告實質上的不利益，因而違背不利益變更禁止原則之規範意旨。<sup>83</sup> 況且實務界所謂「原審判決之刑」，當係指「宣告刑」云云，實已作出法條文義所無之限縮解釋，從而無法充分保障被告無畏懼上訴權之行使。職是之故，倘能以「應執行之刑」，亦即最後實際出現的法律效果，作為「原審判決之刑」之解釋，方能避免不利益變更禁止原則被架空，不致斷喪其應有之機能。

至於中國大陸《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第三項規定：「對被告人實行數罪併罰的，不得加重決定執行的刑罰，也不能在維持原判決定執行的刑罰不變的情況下，加重數罪中某罪的刑罰。」同樣地，這條規定言簡意賅，符合上述論述，值得肯定。

## 六、保安處分

「保安處分」(Sicherungsmaßnahme)係近代歐陸刑法法律效果「雙軌性」(Zweispurigkeit)制度下的產兒。由於刑罰重在罪責之應報，不可光以保障社會安全為由而被發動，故為了達成預防危險之目的，故有保安處分之設；同時由於替代交換制度(System der Vikarierens)的建立，保安處分有時亦得折抵刑罰之執行。<sup>84</sup> 依臺灣現制，保安處分的種類包括：感化教育、監護、禁戒、強制工作、強制治療、保護管束，以及驅逐出境。<sup>85</sup> 惟保安處分是否屬於刑事訴訟法第三百七十條所謂「刑」的一種，則成為不利益變更禁止原則於增論或延長保安處分之期間的時候，仍得適用與否之爭論焦點。

關於保安處分是否「刑」之一種，學界見解不一。肯定說認為保安處分在性質上固與古典之刑罰不同，但對被告而言，仍屬一種拘束人身自由的處罰，至少也是一種不利益的處分，故增論或延長保安處分之期間，均屬不利益之變更，從而亦不應對「刑」作狹窄或機械性的解釋。<sup>86</sup> 否定說則認為保安處分性質上並非刑罰，故不適用不利益變更禁止原則。<sup>87</sup> 另外，對此問題，臺灣實務界

83. 同此見解者，林俊益，註16所揭書，頁107。

84. 臺灣刑法第86條第4項，即屬適例。

85. 林山田，註63所揭書，頁785以下。

86. 黃東熊，前揭書，頁593。林俊益，註16所揭書，頁108。

87. 蔡墩銘，註1所揭書，頁454；朱石炎、蔡墩銘，註52所揭書，頁269；田正恆，前揭文，頁17。另外，最高法院87年度台上字第3261號判決載稱：「刑事訴訟法第370條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，第二審法院不得論知較重於第一審判決之『刑』而言，從而非屬於刑罰之保安處分，自不在此限。當刑罰及保安處分之法律，於被告行為後有所變更時，依刑法第2條第1項及第2項之規定，本即有應比較適用有利於被告之法律與一律從新適用之兩種不同原則，其中之保安處分採用絕對從新主義，考其立法意旨，在於保安處分並非刑罰，而係基於防衛社會為目的而設之矯治、教化功能，故不論被告於行為時有無保安處分之法律，均應一律適用裁判時之保安處分規定予以感化或矯正。原判決有關單純保安處分宣告之部分，要與不利益變更禁止原則之規定無違，不容任意指為違法」，即認為刑事訴訟法第370條有關不利益變更禁止原則之規定，係指第二審法院不得論知較重於第一審判決之「刑」而言，從而非屬於刑罰之保安處分，自不在此限。





的看法與前述並不相同。有雖認為保安處分係「刑」之一種，亦即肯定有保安處分比無保安處分更不利益，但卻認為原審未予諭知保安處分實係適用法條不當，故可以依但書之規定，撤銷改判併諭知保安處分。<sup>88</sup>而最近實務界，更把前述「撤銷緩刑宣告」是否適用不利益變更禁止原則之「具體綜合」判斷標準，適用到「保安處分」的情況中，並謂「保安處分雖與刑罰性質有別，但實際上仍屬拘束人身之自由，應認係一種不利益之處分，故諭知保安處分或延長保安處分之期間，均有不利益變更禁止原則之適用」。<sup>89</sup>

本文認為：保安處分仍有不利益變更禁止原則之適用，理由大抵如同最近實務見解所言。換言之，刑事訴訟法第三百七十條「刑」之文義，不應作與本原則規範意旨相違之限縮解釋，致妨礙被告無畏懼上訴權之行使。此外，尚有以下數點值得注意：

(一) 關於保安處分中的「強制工作處分」，民國八十一年（1992年）七月二十九日修正公布之竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項規定：十八歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣或以之為常業者，得於刑之執行前，令人勞動場所強制工作。而臺灣刑法第九十條亦有「得於刑之執行完畢或赦免後，令人勞動場所，強制工作」之類似規定。此外，民國八十六年（1997年）十一月

二十四日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例第十九條，則更規定「應於刑之執行完畢或赦免後，令人勞動場所，強制工作」。在此應特別注意的是，前二者為「得諭知」，後者為「應諭知」。因此，只有在後者的情形，方得按具體情形，依現制刑事訴訟法第三百七十條但書之規定，增諭或延長保安處分之期間，排除不利益變更禁止原則之適用；而前二者之情形，則仍應適用不利益變更禁止原則。惟由於上開有關「應諭知」保安處分之規定，與刑事執行法理及憲法法理有所齟齬，故已自司法院大法官會議釋字第四百七十一號解釋公布後不予適用，實值肯定。循此以觀，上述有關保安處分之規定，自有全盤適用不利益變更禁止原則之必要。<sup>90</sup>

(二) 刑事訴訟法修正草案第三百七十條新增第二項：「前項規定於強制工作、感化教育準用之。」司法院刑事訴訟法研修會九十三年一月七日的修正草案亦延續此建議，均認為強制工作、感化教育雖均屬於保安處分，與刑罰性質有別，但該二種保安處分，為兼顧被告之不利益變更禁止之規定，故應增訂上述條款，以解決上開部分爭議。其修正理由與前述實務界最近之新見解相同，固值肯定。惟即使本修正草案至今尚未修正

88. 司法院 69.10.28 (69) 廳刑一字 046 號函復台灣高等法院，則持此見解。

89. 最高法院 87 年台上字第 1463 號判決，所涉及的強盜檳榔攤案件，則持此見解。

90. 根據民國 87 年（1998 年）12 月 18 日公布之司法院大法官會議釋字第 471 號解釋文之內容，其認為：「此項規定不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則。犯上開條例第十九條所定之罪，不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年之部分，與本解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起不予適用。」有關於其與全盤適用不利益變更禁止原則規定之關係，而與本文持相同見解者，可參閱林俊益，保安處分與不利益變更禁止原則，載於：月旦法學雜誌第 45 期，1999 年 2 月號，1999 年 1 月 15 日，頁 14-15。至於有關保安處分與刑事執行法理之相關論述：Vgl. Alexander Böhm, Strafvollzug, 2. Aufl. 1986, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, S.188ff.

通過，但吾人仍應貫徹本原則之規範意旨，依第三百七十條本文加以適用，方屬妥適，誠如上述。<sup>91</sup>

- (三) 德國刑事訴訟法第三百三十一條第一項規定不利益變更禁止原則的同時，復於第二項規定：「前項規定對於送入精神醫療機構或禁戒機構之命令，不適用之。」此係在前述「強制工作」及「感化教育」以外之保安處分，故表面上並未與臺灣修正草案之精神背道而馳。依德國立法者之見解，其認為只會對被告有益無害。然而，德國部分學者及司法實務卻認為：這種法律目的 (ratio legis) 與保護管束 (Sicherungsverwahrung) 本身無涉，故保護管束因已拘束到個人的人身自由，故仍應屬不利益變更禁止原則之規範內涵；實值贊同。<sup>92</sup>

## 陸、但書規定之適用問題

依據臺灣現行刑事訴訟法第三百七十條本文之規定，第二審上訴程序雖不得諭知較重於原審判決之刑，但依同條但書之規定，「但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，

不在此限」。至於中國大陸《最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》第二百五十七條第一款第二項亦規定：「對原判認定事實清楚、證據充分，只是認定的罪名不當的，在不加重原判刑罰的情況下，可以改變罪名。」在以下的篇幅中，本文只擬就現今實務對於臺灣刑事訴訟法第三百七十條但書規定之處理方式，尤其是何謂「適用法條不當」的問題，作出簡要的說明，同時亦不忘把論述重點放在對於此一但書規定合理性的法理檢討。

### 一、刑法總則條文之變更

首先，所謂「適用法條不當」，實務界認為並非專指刑法分則之法條而言，刑法總則之法條變更自亦包括在內。<sup>93</sup>此外，第二審判決理由未以原審適用刑法第十八條第二項，為限制責任能力人酌減其刑為不當，而撤銷之者，則仍受不利益變更禁止原則之拘束，否則有判決不適用法則及判決不載理由之違法。<sup>94</sup>如認第一審判決不當適用或不適用刑法第五十九條，而竟予以酌減，得否撤銷原判決，諭知較重於原審判決之刑？實務界採肯定的見解，但亦不無商榷之餘地。<sup>95</sup>至

91. 林俊益，註 16 所揭書，頁 109；陳蒨儀，前揭文，頁 98。

92. 德國學者 Claus Roxin 及 BGHSt 25, 38，皆持此見解。註 45 所揭書，頁 568。

93. 最高法院 32 年上字第 969 號判例採此見解。

94. 最高法院 80 年台非字第 367 號判決。轉引自蔡墩銘，註 10 所揭書，頁 363-367；褚劍鴻，前揭書，頁 660。

95. 最高法院 25.08.04. 民刑庭總會決議、同院 29 年上字第 5380 號判例，以及同院 44 年台上字第 320 號判例，均採肯定說。另外，應特別注意的是，刑法第 59 條規定：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑。」倘與刑法第 57 條合併觀察，則知前者係限於「以宣告法定最低度之刑猶嫌過苛者，始有此適用」。同院 38 年台上字第 16 號判例、45 年台上字第 1165 號判例、51 年台上字第 899 號判例、61 年台上字第 1781 號判例、69 年台上字第 4050 號判例，均採此解釋。本文認為：諸如 45 年台上字第 1165 號判例中所謂第 59 條規定之適用，「必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情」等語，目前尚缺乏一個可供被告得以期待的客觀標準。苟被告上訴，原上訴審竟因所謂「適用法條不當」而加重其刑，實對其已構成「突擊性裁判」，使其原先無畏懼地行使上訴權的期待落空，誠有違於不利益變更禁止原則之立法意旨。因此，上述實務見解應予重新檢討。類似此見解者，黃東熊，前揭書，頁 594：「蓋如因有關非法律上加重事由之量刑事實之認定變更，亦得排除此原則之適用，則此原則將完全崩潰。」另外，有關於「量刑失出」的問題，亦可參閱本文註 8 的說明。





於應依刑法第五十五條從一重處斷之案件，第一審僅論重罪，對於輕罪或其刑責未予論及，縱係由被告上訴或為被告之利益提起上訴，實務界亦認為第二審得論知較重於第一審判決之刑。<sup>96</sup>倘若第一審判決對於應依共同正犯論擬，誤以教唆犯處斷，則因適用法條不當而不受不利益變更禁止原則之拘束。<sup>97</sup>而在第一審判決對於應依兩個殺人未遂罪數罪併罰論擬，誤以連續殺人未遂罪處斷的情形，亦同。<sup>98</sup>至於因第一審法院誤認被告有

自首，上級審自得因其適用法則不當而撤銷改判，並加重其刑。<sup>99</sup>另有案例如下：甲傷害乙，第一審判決甲普通傷害罪，罰金五百元；及至甲在上訴第二審期間，乙傷重致死，致甲之罪名有所變更，第二審判決甲傷害致死罪，有期徒刑七年。對於這種事後出現加重結果而加重其刑的情形，最高法院仍認為合法，但亦不無啟人疑竇。<sup>100</sup>

## 二、刑法分則法條之變更

這部分是「適用法條不當」情形之大宗，

96. 最高法院 28.08.15. 民刑庭總會決議，以及同院 86 年台上字第 4270 號判決（有關於牽連犯），均持此見解。雖然，最高法院 26.03.09. 民刑庭總會決議則認為：第一審判決僅漏引刑法第 55 條，則不得以此為由而加重其刑。本文認為：前者見解仍有商榷之必要，惟必須對於諸如「案件同一性」及「裁判上一罪」的概念，予以重新批判檢討，故擬日後再行深論。簡單來說，刑法第 55 條前段所指的是一行為的「想像競合」，後段所指的是數行為的所謂「牽連犯」；倘兩者皆依照「不告不理原則」被起訴而成為訴訟客體，而第一審僅論重罪，對於輕罪或其刑責未予論及，則前者仍應適用不利益變更禁止原則，而後者對於那些未論及有無任何罪責的行為，則因漏未裁判，而未為判決效力所及，故不利益變更禁止原則自無適用之餘地。
97. 最高法院 26 年渝上字第 48 號判例採此見解。這是一個典型的但書適用情形。其妥當性為何，容後論述。
98. 最高法院 71 年台上字第 6083 號判例採此見解。這也是一個典型的但書適用情形。其妥當性為何，容後論述。
99. 最高法院 84 年台上字第 3131 號判決採此見解。這也是一個典型的但書適用情形。其妥當性為何，容後論述。
100. 最高法院 26 年渝上字第 1007 號判決採此見解。轉引自蔡墩銘，註 28 所揭書，頁 393-395。蔡墩銘教授更認為，此係「情勢變遷之關係」，原審雖無適用法條不當（因而不屬於但書規定的情形），但因事實已與原審者不同，所以也不適用不利益變更禁止之規定。惟本文認為：刑事訴訟法第三百七十條本文既僅單純規定：「第二審法院不得論知較重於原審判決之刑」，且加重結果仍係屬於第一審訴訟客體的範圍，則是否可以因所謂「情勢變遷之關係」，對此規定作限縮解釋，不無疑義。就不利益變更禁止原則之規範機能以觀，被告無畏懼地行使上訴權均應予以充分的保障。不論是上級審法院法律觀點及事實認定觀點的負面改變，抑或是外在事實在上訴後的負面情勢變遷，均非被告所能充分掌握，雖知其有可能發生，但究非願其發生。換言之，倘其真的發生，則可肯定被告將不會在事前作出上訴的決定。況且被告上訴，乃旨在儘快獲得法律救濟，今救濟之本意反而構成對自己之不利益，誠為不利益變更禁止原則之規範機能所欲避免者。因此，基於與不利益變更禁止原則之規範機能無涉之真實發現需求，上級審法院自得更定甲之罪名，判處傷害致死罪；惟不得加重原審判決之刑，以求保障被告對於合法上訴的無畏懼期待，也就是說，可望於第一審判決宣示後，即可使被告得以預期其科刑上限，不致折損其對於後續程序的期待。

實務見解亦豐，因較無特殊性，茲此不贅。<sup>101</sup>

### 三、重罪法條變更為輕罪法條

如第一審判決引用重罪法條，第二審判決變更為輕罪法條，例如刑法第二百七十一條第一項之殺人罪變更為第二百七十七條第二項之傷害致死罪；第二百七十六條第二項之業務過失致人於死罪變更為第二百七十六條第一項之普通過失致人於死罪；第二審法院可否論知較重於原審判決之刑？實務上之見解，並不一致。<sup>102</sup> 本文採否定的見解，蓋第二審法院因第一審判決適用重罪法條不當而將之撤銷改判輕罪法條，則此時所認定之犯罪情節已屬較輕，故已無具體理由說明為何仍得加重其刑。至於上引其中一則最高法院判決有謂：除非第一審量刑顯有失輕，並於判決理由中加以說明，否則第二審判決即

不得加重原審宣告之刑，以求與罪刑相當原則相符云云；倘究其實，此等例外的情形仍應以適用不利益變更禁止原則為妥，也唯有如此，方可避免因有關非法律上加重事由之量刑事實之認定變更，亦得排除此原則之適用，致使本原則面臨完全崩潰的命運。<sup>103</sup>

### 四、連續行為次數之認定

如第二審法院因第一審判決「認定事實不當」而將之撤銷改判，但其認定事實不當，形式上尚不致於變更應適用之法條，而第二審法院並未以其適用法條不當為改判理由時，是否仍有不利益變更禁止原則之適用？在臺灣司法實務上，第二審法院關於連續行為次數的認定，與第一審判決所認定者有異，是否為「適用法條不當」之問題，則曾由昔日的否定說轉變為現今之肯定說。<sup>104</sup>

101. 最高法院 80 年台上字第 4059 號判決、同院 83 年台上字第 3898 號判決、同院 84 年台上字第 1796 號判決、同院 80 年台上字第 4008 號判決、同院 79 年台上字第 2972 號判決、同院 79 年台上字第 1922 號判決，以及同院 80 年台上字第 4481 號判決，均屬典型的「適用法條不當」之例子。上述最後一項判決，涉及「同一法條（即刑法第 284 條第 2 項）前後段規定罪名之變更」的情形，亦即由前段之「致普通傷害」變更為後段之「致重傷」，進而加重其刑，仍屬合法。轉引自蔡墩銘，註 10 所揭書，頁 369-373。
102. 持肯定見解者：臺灣高等法院檢察處暨各級法院檢察處 74 年度法律問題座談會第 36 案之審查意見、座談會研究結論、法務部檢察司研究意見，以及司法院 81.10.14.(81)廳刑一字第 15698 號函復臺灣高等法院，均採此見解。同此見解者，蔡墩銘，註 28 所揭書，頁 386,387。持反對見解者：最高法院 73 年台上字第 5153 號判決，以及同院 86 年台上字第 3763 號判決，均採此見解。其中最高法院 86 年台上字第 3763 號判決，甚為突出，其判決要旨謂：「刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當原則，使罰當其罪，…此原則於刑事訴訟法第三百七十條所定不利益變更禁止原則之例外情形亦有其適用；故第一審判決認定有牽連關係之輕重二罪俱能證明而從一重罪論科，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。」可供參考。同此結論者，林俊益，註 16 所揭書，頁 86,87。
103. 本文註 95 之說明，可供參考。
104. 最高法院 61 年台非字第 12 號判例，以及最高法院 81 年台上字第 1114 號判決，採否定之見解。朱石炎教授於註 52 所揭書，頁 299，亦同此見解。及至最高法院 82 年 7 月 27 日第 7 次刑事庭會議決議，以及往後最高法院 82 年台非字第 260 號判決、最高法院 83 年台上字第 2330 號判決、最高法院 83 年台非字第 85 號判決，以及最高法院 84 年台上字第 516 號判決（有關於常業犯連續行為次數之認定），均改採肯定之見解。其中最高法院 82 年 7 月 27 日第 7 次刑事庭會議決議中有謂：「…其所認定犯行次數較少者，與所認定之犯行次數較多者，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，…依照刑事訴訟法第 370 條但書之規定，第二審自得論知較重於第一審判決之刑。」洵屬新論。





本文認為：此項問題之立論基礎本身即存有極大的問題。蓋本文主張應揚棄現時「裁判上一罪」之實務觀念，改以原則上「一行為一訴訟客體」之方式訂定訴訟客體的基本內涵，避免只求程序之迅速經濟，卻罔顧被告可能因為對訴訟客體有所謂「不正確」的預期，而無從為所謂「正確」的事實及法律辯論，致有遭受突擊性裁判之危險。<sup>105</sup> 循此則不難發現上述所謂的連續行為，實為數個行為，同時亦為數個訴訟客體。<sup>106</sup> 倘第一審只就兩個連續行為加以起訴及審理，而第二審竟又擴張至五個連續行為加以審理及裁判，則依據「不告不理原則」，<sup>107</sup> 第二審就所添加的三個連續行為，亦即三個未經第一審審理的訴訟客體，加以判決，業已剝奪被告一個審級的審級利益，實屬違法。由此看來，

這根本不是「適用法條不當」與否之問題，亦非「不利益變更禁止原則」之適用領域，而是刑事訴訟法第三百七十九條第十二款後段「未受請求之事項予以判決」之「判決當然違背法令」的問題，不可不察。<sup>108</sup>

## 五、認定事實不當

如第一審判決認定事實不當或錯誤，<sup>109</sup> 或未記載累犯加重其刑之比數，<sup>110</sup> 或單純的法律名稱變更，<sup>111</sup> 但尚不致於適用法條不當時，第二審法院自不得諭知較重於原審判決之刑。臺灣實務亦採此見解，可茲贊同。<sup>112</sup>

## 六、量定刑罰不當

關於非法律上加重事由之量刑事實認定變更，是否應受不利益變更禁止原則之拘束，本文採肯定的見解，否則本原則勢必完全崩潰，綜如前述。<sup>113</sup>

105. 其實，這項見解亦非本文之創見。德國法制則係以「一行為 (Tat) 即一訴訟客體 (Prozeß-gegenstand)」之方式訂定訴訟客體的基本內涵，其雖亦言「人之同一性」及「行為之同一性」(Identität der Tat) 諸名詞，但其既不完全依賴於實體法上的概念，亦未如臺灣實務般作出過度的擴張。大抵而言，「行為同一性」係指在起訴書上向法院所陳述案件的「歷史性經過」(geschichtlicher Vorgang)，而具有一體性者；儘管其仍有學說爭議，但已有一項結合了實際性及標準化的法律見解，而為新判例所偏好。(BGHSt 32, 215) 在實質競合之行為複數場合中，通常亦成立訴訟法上的多數行為，(BGH 35, 14) 但仍容有例外；惟可以肯定的是，(1) 對於持續犯罪的既判力，只及於起訴書中所提及者（學者 Erb 於 1994 年之建議）；(2) 結合犯之各個單元，並不因其營業性、習慣性或常業性，而成為實體法或程序法的單一行為。註 45 所揭書，頁 203 以下。

106. 臺灣刑法第 56 條規定：「連續數行為而犯同一罪名者，…」，可供參照。

107. 臺灣刑事訴訟法第 268 條規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」，可供參照。

108. 臺灣實務界人士亦有識者對「裁判上一罪」的概念，提出精闢的三項批判：(1) 隱藏性的事實導致被告辯論底限不明，(2) 審理範圍無從預測，(3) 各級法院見解前後游移，間接導致非常上訴增加，可謂一針見血。參閱法務部編印，檢察官之偵查與檢察制度，1998 年 3 月初版，頁 1084，V19，花蓮地方法院帥嘉寶庭長之發言。

109. 最高法院 72 年台上字第 6721 號判決，以及同院 70 年台非字第 141 號判決，均屬適例。

110. 最高法院 72 年台非字第 49 號判決，即屬適例。

111. 最高法院 82 年台非字第 364 號判決，即屬適例。

112. 不利益變更禁止原則並不妨礙更不利益於被告之事實認定。臺灣、德國、日本之通說及實務均採此見解，亦值贊同，從而亦不致與發現真實之刑事訴訟制度根本原則相左。

113. 本文註 95 已有說明其理由。

大致上來說，實務界大多採肯定的立場，<sup>114</sup>但偶有認為只要說明「下級審量刑自由裁量權之行使，如何不當地過重或失輕，致失合理性或妥當性之理由」，則可加重對被告的刑罰云云，<sup>115</sup>究實而言，洵與不利益變更禁止原則之精神不合；且其合理性或妥當性之標準未見具體，對於本原則之破壞並未止息，故對於此等見解，實有重新檢討之必要。

## 七、誤未減刑不當

第一審判決依法應予減刑而未減刑，第二審法院依被告之上訴而撤銷原判決，嗣後雖依法減輕法定刑度，惟仍宣告重於原判決之刑，是否有違不利益變更禁止原則？實務界大抵持肯定之見解，認為「依減得後之法定刑範圍所宣告之刑，倘未較第一審宣告刑為重，自不得指為違法」。<sup>116</sup>除有關「宣告刑」這項標準的妥當性尚值商榷以外，<sup>117</sup>此項見解可茲贊同。至於這種量刑是否有違「罪刑相當原則」，則又涉及有關刑罰論中有名的「判斷空間理論」(Spielraumtheorie)及「特定點理論」(Punktstrafetheorie)之爭議，<sup>118</sup>但終究與「不利益變更禁止原則」無涉，<sup>119</sup>從而亦非本文所擬探討的課題。

## 柒、刑事程序法理與不利益變更禁止原則

本章擬使用簡要的方式，輔以問答的架

構，以檢討現制的「相對不得加重主義」為核心，分析刑事程序法理與不利益變更禁止原則的關係，從而開示出本文對立法論的具體建議。

### 一、德國法制與英美法制就「不利益變更禁止原則」而言，有無不同的觀點？

有關於德國法制下的「不利益變更禁止原則」，係源於十九世紀初的「確定力理論」，以保障被告無畏懼地行使上訴權為本旨，以求建立一個人性、公平的刑事訴訟制度。近數十年的德國刑事訴訟法學界，雖然經常強調「發現真實」及「罪刑均衡」等刑事法學的基本需求，但對於國家實現正義的「公共利益」與個人權利保障的「私人利益」兩者間的緊張關係，亦從未忽略。而「不利益變更禁止原則」也正好成為兩者角力的場域，足堪成為「國家憲法的測震儀」(das Strafverfahrensrecht als Seismograph der Staatsverfassung)之一。<sup>120</sup>應注意的是：(一)在德國法制下，不論原審判決結果如何，其並未禁止檢察官及受無罪以外判決的被告上訴。由此可見，在上訴的情況下，兩造可能需要耗費相當的勞力、時間、費用以及拘束人身自由的風險應訴，但也可以提供上訴人法律救濟的契機，以及糾正法院錯誤判決的機會。(二)若就德國刑事訴訟法第

114. 最高法院 42 年台非字第 26 號判決、同院 78 年台上字第 1768 號判決，以及同院 79 年台上字第 2542 號判決，均採肯定的見解。

115. 最高法院 85 年台上字第 2446 號判決，則有類似的認知。

116. 最高法院 85 年台非字第 128 號判決採此見解。

117. 參閱上一章「5. 定應執行刑」之說明。

118. 有關於量刑問題的臺灣文獻研究，可參閱吳景芳，「量刑基準之研究」，臺大法研所碩士論文，1982 年 6 月，頁 81-104。

119. 刑事訴訟法第 370 條本文所規定之「不利益變更禁止原則」，僅禁止「加刑」，並不禁止「減刑」或「同刑」，故第二審對上開案件（最高法院 85 年台非字第 128 號判決）諭知與原判決相同之刑，自非不可。然而，有論者認為「就不利益變更禁止原則之精神觀之，此判決之見解有違國民一般法律價值判斷，仍有未洽」云云，實有對上述觀點有所誤解之嫌。林俊益，註 16 所揭書，頁 94。

120. 語出德國學者 Claus Roxin。





三百三十一條第二項的情形略而不談，則德國法制基本上係採絕對禁止上級審加重刑罰的立法例，不可不辨。

至於在英美法制下的刑事訴訟制度，則有所不同。先就英國方面而言，單以不服「正式判決」的情形來看，對於皇室法院 (the Crown Court) 的初審判決，不論是對於有罪認定抑或科刑判決，被告均得上訴於上訴法院刑事分院 (the Court of Appeal, Criminal Division)，但對於無罪判決，訴追人不得上訴。刑罰以法律固定者，對於科刑判決亦不得上訴。另外，上訴法院對於整個案件而言，亦不得諭知重於原審之刑。<sup>121</sup> 至於不服上訴法院刑事分院之任何判決，兩造皆可向貴族院 (the House of Lords) 提起上訴，但須先取得上訴許可 (certificate)。而對於有罪認定之上訴，貴族院則不得涉及量刑的問題。

在另一方面而言，有關於不服「簡易判決」之上訴，則有所不同。舉例而言，其中不服治安法院 (the Magistrates' Court) 法官之有罪及科刑判決，得上訴至皇室法院 (the Crown Court)。<sup>122</sup> 但訴追人除制定法有明文規定外，無上訴之權。然而，皇室法院則得諭知更重於原審之刑，以求阻嚇濫訴 (deterrent to frivolous appeals)。<sup>123</sup> 由此可見，在英國的制度有兩度門檻交錯運用：一為禁止上訴，二為禁止加刑，以求有效地保障被告享有「正當法律程序」(due process of law)，避免遭受「二重危險」(double jeopardy)。<sup>124</sup>

至於美國法有關於「正當法律程序」(due process of law) 以及對於「二重危險」(double jeopardy) 之規範，則與其憲法第五修正案息息相關。<sup>125</sup> 然而，美國法制對於「二重危險」法理的形成，係有待日後聯邦最高法院 (the

121. s. 11(3) of the Criminal Appeal Act 1968. 然而，在少數失輕的 (unduly lenient) 情形下，卻可依 s. 36 of the Criminal Justice Act 1988 加重其刑。Craig Osborne, *Criminal Litigation*, Blackstone, 5th edition 1997, 196.

122. s. 142 of the Magistrates' Courts Act 1980, s. 26 of the Criminal Appeal Act 1995. Ibid, 191.

123. s. 48 of the Supreme Court Act 1981. Ibid, 192. 有關於可否為不利益變更之英國法制發展史，可參閱 Rosemary Pattenden, *English Criminal Appeals 1844-1944: Appeals against Conviction and Sentence in England and Wales*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 295ff: "The Criminal Appeal Act 1907 allowed the Court of Criminal Appeal to raise as well as lower the sentence passed on an accused who appealed against his sentence...as a means of increasing sentencing uniformity as well as putting off unworthy appellants... (However) Its application resulted 'in general from the prisoner having the bad luck to have a counsel who did not sense and warn him of the danger.' The power to increase sentences was abolished in 1966. Few MPs spoke in support of its retention. The Government feared that defendants with a real grievance were being deterred from appealing, and it was thought unfair that a defendant who genuinely, but mistakenly, believed that his sentence was too severe should suffer a sentence increase for daring to appeal. For those whose sentence was raised the right of appeal was no better than a trap."

124. 臺灣文獻的簡要說明，參閱黃東熊，英國刑事訴訟制度（下），載於：刑事法雜誌 23 卷 6 期，1979 年 12 月，頁 25 以下。

125. The Fifth Amendment of the U.S. Constitution: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation." (1791)

Supreme Court) 的判決逐步點滴而成。<sup>126</sup> 其一方面認為被告對於陪審團無罪判決享有不受重覆追訴之憲法上權利，而這也正是「二重危險」法理<sup>127</sup>之基本原則，但近年最高法院已形成若干例外情形，例如允許訴追機關對於無罪判決的審判前命令 (pre-trial orders) 及判決後規制 (post-verdict rulings) 提起上訴。<sup>128</sup> 而在另一方面，倘由控訴部門就科刑部分提起上訴，原則上上訴審法院仍應受理，並無「二重危險」法理之適用。<sup>129</sup> 至於如果上訴審法院因此加重被告之刑罰，原則上仍屬法之所許；<sup>130</sup> 而如由被告本人提起上訴，則上訴審法院亦得加重其刑度。<sup>131</sup> 這一項設計，實與臺灣、德國及日本法制有所不同。

由上面的論述可知，各國法律制度對於「二重危險法理」或者「不利益變更禁止原則」之重視程度及其規範態樣，並不一致。與其說這是由於歐陸法系重視實體正義及真實發現，以及英美法系重視形式正義及程序保障，兩者基本刑事制度機能的差異所導致的；不如謂係對於「公正裁判」(fair trial) 的內涵，各國皆有其本身的歷史背景及司法實踐經驗，因而引導出不同的制度設計，較來得具體踏實，免致遭受「亂貼標籤」之譏。

簡單來說，各國在某程度上，皆體認到「沒有不付出代價之法治國原則」的道理；換言之，被告程序權能的保障不應永遠劣後於真實發現的追求。而「不利益變更禁止原則」之規範精神，也與「正當法律程序」(due process of law) 的內涵緊密相連。綜上所述，德國法制就「不利益變更禁止原則」規範對象之廣泛度，實較英國及美國制度所規範者來得廣大，在被告無畏懼行使上訴權之保障上，亦較周延。日後如何傳承突破，仍有待研究者的努力。

## 二、「不利益變更禁止原則」之但書規定，應否刪除？

本文主張刪除但書規定。理由在於：

- (一) 臺灣但書之規定誠為舉世罕有之立法例，宜深入探討其司法實踐情況。依上一章的說明可知，臺灣實務界過度地擴張了「適用法條不當」的內涵，甚至刑罰裁量法條之適用標準前後審不一致時亦應包括在內，以致使得不利益變更禁止原則之意義大被殺滅。<sup>132</sup>
- (二) 或有論者認為只要把「適用法條不當」的內涵予以限縮，即可維持現行但書的

126. 早期著名的判決包括：Bartkus v. Illinois (1959), Benton v. Maryland (1969)，而使得各州及聯邦皆須遵守憲法第五修正案，極具歷史意義。Joseph Senna and Larry Siegel, Introduction to Criminal Justice, West Publishing Co., 7th edition, 1996, 161ff.

127. United States v. Martin Linen Supply Co. (1977), Burks v. United States (1978).

128. supra note 123, 289.

129. supra note 123, 305: "Double-jeopardy considerations are far weaker when it comes to an appeal against sentence than against acquittal. In a sentencing context it can only mean reviving the defendant's concerns about the extent of his punishment... In the United States the Supreme Court has held that the rule against double jeopardy is not breached by a prosecution appeal against sentence." United States v. Di Francesco (1980).

130. United States v. Ball (1896), United States v. Taeto (1964). 轉引自何尚先，美國二重危險法理對量刑上訴權之關係，載於：刑事法雜誌 28 卷 4 期，1984 年 8 月，頁 12 以下。

131. North Carolina v. Pearce (1969). 轉引自前註所揭書，頁 1 註 4。

132. 黃東熊，註 1 所揭書，頁 594, 595；陳樸生，前揭書，頁 508。另外，有論者認為例外規定之有無「可謂各有利弊，不能一概而言。…（假如）不承認有任何之例外，自屬單純，較無問題發生，假如承認其有例外，…則何謂適用法條不當，在解釋上仍不免產生若干問題。」蔡墩銘，註 10 所揭書，頁 372。





規定而予以適用。<sup>133</sup>然而，在這種情形下，根本與保障被告無畏懼地行使上訴權之本旨相違，致頓失不利益變更禁止原則之規範機能。再者，發現真實的需求，並未曾與不利益變更禁止原則之精神相牴觸。後者僅在修正「罪刑相當原則」之內涵，從未限制上級審法院變更原審事實認定及法律適用之權能。故倘謂但書規定係旨在平衡兼顧「發現真實」之目的，則顯有誤解；倘謂其在於追求減輕法院案件量，避免面對大量上訴，則不免拒亟需法律救濟之被告於法律之門外，使其對於上訴與否猶豫而未能決，而且更有違反比例原則之嫌。<sup>134</sup>因此，刑事訴訟法第三百七十條但書之規定，應予刪除，自屬妥適。

### 三、改採「絕對不得加重主義」，會否使科刑決定的重心下移至第一審？

答案是肯定的。從此以觀，第一審所科處的刑度，也就成為了在以後可能漸次出現的訴訟程序及判決中，所科處的最高限度；從而使得由目前以第二審為中心的覆審制度，單就科刑的問題，蛻變為以第一審為論斷刑責的重心；進而激勵院、檢、辯三方在第一審程序即須「進入狀況」，認真展開事實及法律辯論，避免現制中經常出現在第二審「突襲性翻案」的情形，致折損各程序主體之勞力、時間及費用。當然，司法人員法律素養及新近知識的增廣拓深，誠為一項重要的周邊配置，亟待加強。此外，或有論者認為量刑顯係失出或適用法條不當之第一審科刑，即會因此而喪失更正的機會。本文

對此並不否認；但本文更要指出的是：倘依現制，設若第一審量刑並無違誤，而第二審或第三審量刑顯係失出或適用法條不當時，又該如何？因此，重點並不在於無限制地增加審級判斷量刑正確與否的機會，蓋因在各審級中，法院皆有可能判斷錯誤；故如何在有限而周延的程序中，務求適切地本諸實體及程序法理來調查證據、認事用法及科處刑罰，方為適當的程序制度設計。

### 四、為何在刑事訴訟法第四百三十九條及第四百四十七條之規定中，並無類似於同法第三百七十條之但書規定，其差別處理之理由安在？

本文也設想不到其道理何在。就解釋論而言，再審及非常上訴係採「絕對不得加重主義」，第二審卻係採「相對不得加重主義」，而此結論實在教人費解。緣與上述一貫之主張，本文認為在立法論上，各個上級審程序，均應採取不利益變更禁止原則中之「絕對不得加重主義」，方屬妥當。

### 五、適用「不利益變更禁止原則」的結果，會否使得宣告刑低於法定刑的最低限度？其與「罪刑相當原則」又有無緊張關係？

適用「不利益變更禁止原則」中「絕對不得加重主義」的結果，可能因上級審變更原審所引用的法條或其他原因，將會導致上級審之宣告刑低於法定刑的最低限度。但德國及日本實務皆在認為「不得不然」的同時，亦能「處之泰然」。<sup>135</sup>其實，倘若吾人能夠確立下面這一項觀點，則以上的疑問皆可望逐步化解：「罪刑相當原則」的內涵，<sup>136</sup>

133. 本文認為無論如何限縮「適用法條不當」的內涵，本文註 97-99 所揭之判決及判例，仍然會成為但書規定所指涉的典型例子。

134. 參照本文註 19 之說明。

135. 土本武司著，董璠興、宋英輝譯，日本刑事訴訟法要義，五南，1997年5月初版，頁420。

136. 有關於 Claus Roxin 所提出的「單面責任主義」(Einseitigkeit des Schuldprinzips) 對於「罪刑相當原則」的衝擊，本文不擬分析及評論。詳情可參閱吳景芳，前揭文，頁91以下。

必須兼顧實體法及程序法的全程認知，方可以充分地被掌握。換言之，在對於「定罪」後的「科刑」判斷上，除必須要考慮該犯罪行為的不法內含、責任內含，以及刑法第五十七條以下的規定等實體法事項以外，尚須兼就羈押期日之折抵刑期標準、不利益變更禁止原則等程序法事項，併為考察，方能訂定在具體個案中適當的量刑。論者或有認為立法者在刑典中，既已明文規定法定刑之上下限，故司法者自不得踰矩。惟本文認為：立法者亦有制定刑事訴訟法第三百七十條之規定，司法者亦不得非法審判。苟宣告刑低於法定刑之下限，亦係在「體系解釋」刑法分則各條文後所允許，自無違法之理。由此看來，「不利益變更禁止原則」與「罪刑相當原則」的緊張關係，就可以在對於「罪刑相當原則」全程觀點的認知下，重新審視，使兩者皆在同一刑事法體系內並行不悖。

## 捌、立法論上的建議

總結全文所述，臺灣刑事訴訟法雖已有關於「不利益變更禁止原則」的成文規定，但鑒於條文本質上的若干缺陷，致其保障被告無畏懼行使上訴權之規範意旨，無法在實務中充分被落實，故特擬修正條文如下，以補現制之闕漏：

- 一、現行刑事訴訟法第三百七十條本文及但書之規定，均予刪除。
- 二、增訂刑事訴訟法第三百六十條之一第一項規定（改列於上訴「通則」，而非現時的「第二審」）：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，上訴審法院不得諭知實質上較重於原審判決之刑事處遇。但有為被告之不利益而上訴者，不在此限。」
- 三、增訂刑事訴訟法第三百六十條之一第二項規定：「前項情形，於依本法第三百六十九條第一項但書規定發回原審後之更審程序，準用之。」

至於中國大陸刑事訴訟法及其司法解釋中針對「上訴不加刑原則」的規定，綜上所述，也宜作下列修訂：

- 一、第二審自為遜於原審判決後實質救濟機會的第一審判決時，應適用「上訴不加刑原則」。
- 二、「上訴不加刑原則」應適用在第二審發回第一審重新審理的程序。應參照中國大陸新修訂的《刑事訴訟法》第二百二十六條第一款所新增的規定，通過最高法院作成新的司法解釋，明確規定：「第二審人民法院發回原審人民法院重新審判的案件，原審人民法院不得加重被告人的刑罰。」從而有效避免中國大陸第二審的司法實務普遍誤用「發回更審」以繞開適用「上訴不加刑原則」的錯誤觀點，糾正「重實體輕程序」的錯誤傾向。
- 三、「上訴不加刑原則」應適用在審判監督程序，以及第二審判決之後的任何上訴、抗訴程序或延押程序。
- 四、中國大陸刑事訴訟法第二百二十六條第二款目前規定：「人民檢察院提出抗訴或者自訴人提出上訴的，不受前款規定之限制。」在檢察院提出抗訴方面，應限縮在「為被告人的不利益而提出抗訴」的情形，方可排除適用「上訴不加刑原則」。
- 五、全面規定與貫徹「上訴不加刑原則」到各類刑罰方式，包括主刑（管制、拘役、有期徒刑、無期徒刑、死刑）、附加刑（罰金、剝奪政治權利、沒收財產）、驅逐出境、非刑罰性處置措施（責令具結悔過、賠禮道歉、賠償損失、行政處罰、行政處分），以及其他各式各樣在刑法規定以外實際執行的限制自由的措施，例如勞動教養等，以及類似保安處分的其他措施。

（作者為臺灣與美國紐約州律師）

