

## ★概念解析★

◇如從刑增加或加重，但主刑減輕，是否為不利益？

例如：原審諭知為二年有期徒刑，褫奪公權一年；後上訴審諭知為一年六個月有期徒刑，褫奪公權二年。

1. 肯定說：認為由於二者標準不同，難以比較輕重。因而認為，只要其中一項加重，無論他項是否減輕，均應視為不利益。
2. 否定說：實務上29上1396判例認為「雖包括主刑、從刑在內，要以主刑之重輕為先決之標準，故主刑相等而從刑較初判為重者，固應認為處刑重於初判，若主刑輕於初判，則從刑雖比初判為重，仍應認為處刑不重於初判」。亦即，如主刑減輕而從刑加重，仍應非不利益之變更。



## ●例題研究●

檢察官向管轄法院對甲以「甲、乙二人因隙成仇，某日甲埋伏乙回家途中，持棍將乙打死」之犯罪事實提起殺人罪之公訴，第一審法院依法審判結果認為甲成立刑法第二百七十一條殺人罪，對甲處有期徒刑十一年，褫奪公權五年。請詳附理由分別回答下列二子題：

- (一)若檢察官收到判決書後，於上訴期間內以量刑過輕提起上訴，甲並未於上訴期間內依法提起上訴。第二審法院審理結果，雖認為檢察官上訴無理由；惟仍認為甲應成立刑法第二百七十一條殺人罪，並諭知有期徒刑十一年，褫奪公權六年。則第二審法院之判決有無違法？
- (二)若甲收到判決書後不服原審判決，依法提起上訴，檢察官並未於上訴期間內提起上訴。第二審法院審理結果，認為甲僅具重傷之故意，原審認為甲成立殺人罪，於法有違，無可維持而撤銷原審判決，改依刑法第二百七十八條第二項規定，諭知重傷致死罪，仍處甲有期徒刑十一年，褫奪公權五年。則第二審法院之判決有無違法？

[102律]

## ◀ 解題流程·問題意識 ▶

本題是在不利益變更禁止的基本問題上再延伸的思考性問題。

(一)第一個子題，涉及被告方面並未上訴，而係檢察官為被告之不利益而上訴，理論上而言，應無不利益變更禁止之問題。問題在於檢察官之上訴，經法院認為無理由，卻就「從刑部分」為更重之諭知，此時是否有違不利益變更禁止之原則。此時，由於檢察官之上訴被認定為無理由，依據學者及實務之見解，如檢察官之上訴不合法或無理由時，不能因此而排除不利益變更禁止之適用（81台上2896）；雖然甲並未為其利益而提起上訴，但法院職權之行使，亦應受不利益變更禁止原則之拘束，始為妥當，此點由職權上訴權之行使，仍應有不利益變更禁止原則之適用（80台上4070），亦應可以理解。

如可以理解，第一個子題仍應有不利益變更禁止之適用，而主刑雖未增加，從刑卻加重之情形，是否屬於違反不利益變更禁止原則。早期實務（29上1396號判例）雖然認為從刑加重並非不利益之變更，但多數學說已認為從刑與主刑只要其中之一加重，無論他項是否減輕，均應視為不利益之變更（從此而言，亦應理解，如果主刑減輕，從刑加重的情形，答案應該一樣）。

(二)第二個子題變化了以往的「重罪輕判→輕罪重判」的問題類型，而問維持刑度的「重罪同刑→輕罪同刑」，這個與86年台上3736號判決所稱「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，及難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意無悖」有關。雖然我們在引述86台上3736時是用在重罪輕判到輕罪重判的類型，但其用語是在主張即使是維持，和罪刑相當原則及不利益變更禁止原則仍有違悖。此時，應檢視原審判決是否有量刑過輕，否則第二審判決維持原宣告之刑度，卻未加以說明之所以維持宣告刑之理由者，即屬於有違於罪刑相當原則與不利益變更禁止原則。