

3. 類型3：訴訟經濟及訓示規定

最後一種，則是從訴訟行為接續進行較為便利的訴訟經濟觀點，可以認為此種瑕疵因為訴訟續行而治癒，毋庸為任何指摘。例如，自訴狀未由本人簽章，但自訴代理人均有為訴訟行為，上訴第三審時視為治癒（花滿堂2018：199）。

（四）不利益變更禁止原則

法理 1 —— 罪刑相當原則、上訴權、實體真實

刑訴法第370條第1、2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，目的在於保障被告上訴之決定自由，禁止第二審法院加重處罰，確保被告不因恐懼而放棄上訴（110台上5451（參考））。

薛智仁（2012.10：108-109）認為，當檢察官認為判決已充分實現刑罰權而未上訴，除非有非常救濟之事由，否則國家將喪失對被告加重原判決所宣告處罰之機會，此等國家失權之觀點，方可適足解釋檢察官未被告上訴，亦有刑訴法第370條適用之正當性，應予補充。

惟刑事上訴制度保護之人權，尚包含被害人之人權，及整體國家社會法益在內，是上級審如發現原審判決適用法條不當，即不受原審判決量刑之限制，以保障真實之發現，並維護法官確保法律的正確適用、糾正違法失當判決之憲法義務（110台上142（參考））。故刑訴法第370條第1項但書設有例外：「因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限」。

【參考文獻】

- 薛智仁（2012.10）刑事程序之不利益變更禁止原則——以最高法院判決之變遷為中心，月旦法學雜誌，209期，頁106-136

實務 2 ● 不利益變更禁止原則的原則與例外

🔗 概念辨析

1. 適用範圍

若兩造均上訴，檢察官（或自訴人）為被告不利益上訴不合法時（28上1122（原判例）），或合法但無理由時，均仍有不利益變更禁止適用（81台上2896、103台上2527）。另外，此原則在第三審上訴程序，亦有適用（107台上631、林俊益下3.2.3.3）。

2. 比較對象為「下級審判決」

更二審判決是否違反不利益變更禁止，應比較第一審判決，而非更一審判決（88台上7216、100台上2160）。

3. 適用的檢討標的是「宣告刑」與「執行刑」

刑訴法第370條第2項：「前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。」實務上認為另也包含從刑加重（97台非293、76台上873）。

4. 「適用法條不當」之範疇

「屬」不利益變更禁止原則的範疇		
項目	理由或事例	依據
刑法57條量刑失當	如許上級審法院對下級審法院就量刑之當與不當，自為主觀認定，而未加尊重，將使不利益變更禁止原則之精神減損無遺	93台上2578
罪數、犯罪次數較少	原則上應論得較原審輕	103台上2250
重罪變輕罪	第二審所適用法條之法定刑度較第一審適用者為輕，若第二審之宣告刑猶重於第一審，實際上無異論知較重於第一審之宣告刑，即難調與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則無悖。	100台上7009
數罪變一罪，其執行刑		105台上308
一罪變數罪，數罪中之各別罪宣告刑		105台上308

8-22 捌、救濟程序

「屬」不利益變更禁止原則的範疇		
項目	理由或事例	依據
數罪中有未適用減輕其刑變有適用	原審判決所定應執行刑之基礎已有改變，該罪責程度與原審判決所定應執行刑相較，亦已變輕，第二審法院所定執行刑之罪責評價應相對降低，若反而超過原審判決所定應執行之刑，顯然係諭知「較重」於原審判決所定應執行之刑，自有悖於罪刑相當原則及不利益變更禁止	110台上5984 (參考)
「不屬」不利益變更禁止原則的範疇 (刑訴法第370條第1項但書「適用法條不當」)		
項目	理由或事例	依據
刑法分則依據不同	(例如：刑法284條2項前段改為同項後段；刑法328條改為330條)	80台上4481 (參考) 80台上4059 (參考)
參與犯罪之形態認定不當	(例如：未依共同正犯論擬，誤以教唆犯處斷)	26渝上48 (原判例)
刑法59條酌減刑度適用不當		29上5380 (無全文) 112台上3851
認定犯罪次數較多	例如均認定為連續犯，但次數不同	82年第7次決議、109台上3412(參考)
諭知沒收或變更沒收數額		106台上3231 107台上3837
主刑變輕但從刑加重		29上1396 (原判例)

※資料來源：林俊益下3.2.3.3、筆者整理

實例演練

一檢察官以被告甲與在逃之友人乙共謀，在甲所有的工廠倉庫開設賭場，聚集丙等多數人賭博財物，並抽頭圖利，認被告甲涉犯刑法第268條意圖營

利開設賭場罪之共同正犯提起公訴。第一審法院審理結果認定係由乙主導聚集多數人，開設賭場圖利，而被告甲係知悉上情而容許乙使用其工廠倉庫，協助乙之犯行易於實現，故被告甲僅成立開設職業賭場之幫助犯，並判處其有期徒刑6月，如易科罰金，以新臺幣1仟元折算1日。對此第一審判決，僅被告甲不服量刑結果提起第二審上訴，檢察官則接受判決結果，並未上訴。惟經第二審法院依職權調查結果，認原審法院有影響判決結果之事實誤認及適用法令之違誤，遂撤銷原判決，改諭知上訴人甲成立意圖營利開設賭場之共同正犯，並判處其有期徒刑8月，緩刑2年。試論本設例第二審法院判決之適法性如何。 【104司法官Q3】

二、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271條殺人罪，對甲處有期徒刑11年，褫奪公權5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271條殺人罪，並諭知有期徒刑11年，褫奪公權6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278條第2項規定，諭知重傷致死罪，仍處甲有期徒刑11年，褫奪公權5年。則第二審法院之判決有無違法？ 【102律師Q4-1、4-2】

三、甲涉嫌詐欺，經檢察官偵結，以甲一次詐欺行為涉犯詐欺罪提起公訴，由法院審理中。審理時，檢察官以甲另犯背信罪而函請法院併予審理。審理終結，法院以甲並無背信行為，而係觸犯兩個詐欺行為，但屬於接續犯，僅成立一個詐欺罪而判處甲有期徒刑一年。甲主張其中一次詐欺行為，不成立詐欺罪而提起上訴。第二審法院審理後，仍認甲所犯為兩個詐欺行為，但屬數罪併罰，因而撤銷原審判決，判處甲兩個詐欺罪，各自宣告有期徒刑一年及八月，並定執行刑有期徒刑一年四月。全案因不得上訴第三

審而確定。檢察總長以原確定判決疏未認定甲為累犯並加重其刑而提起非常上訴。最高法院認為事實審法院於審理時，並無任何足以發覺甲為累犯之證據或訴訟資料，因而原確定判決並無違法之處，而以無理由駁回非常上訴。試問本件第一審判決、第二審判決及最高法院判決之合法性。

【107高考三級法制Q3】

四偵查後，檢察官認張三基於分別犯意，在三個不同時日出售毒品與不知名之人，於是就張三的三个販賣毒品罪提起公訴。一審法院審理後認為張三確實有售出毒品的行為，但僅是接續犯，所以論以一個販賣毒品，課處有期徒刑二年。被告不服，提起上訴。二審法院審理後認為，三次的販賣間出於不同的犯意，客觀上逐次實施，各個行為皆可獨立成罪，於是撤銷原判決，分別論處併罰有期徒刑二年六個月。張三不服，提起上訴，主張二審法院未就三次的販賣毒品行為踐行告知程序，以及論處較一審判決為重的刑度違法。檢察官則主張，其當初即是以三個販賣毒品罪起訴，且被告行為構成一個或三個販賣毒品行為，係變更所引用的刑法總則條文，不受不能課處更重刑度的禁止。請問，原被告的主張及理由，何者較為正確？

【112臺北大學刑事法組Q3】

學理 3

●一部上訴範圍、不利益變更禁止與既判力
(348、370、112台上大991)

Q：問題意識

近期大法庭（112台上大991（統一見解））針對刑訴法第348條第3項的討論，涉及一部上訴的範圍問題，允許一部上訴也就意味著未上訴的部分判決確定，同時上訴的部分如果會對被告更不利，在只有被告上訴的情況下又會碰到不利益變更禁止的問題，這幾個層次的問題環環相扣，彼此形成一套完整的系統。為了更清楚的梳理論理脈絡，在此處綜整回顧一次。

📁 概念辨析

1. 實務見解在不同層次的判斷與選擇

按照訴訟流程來排序，首先，一定要先確認案件（或訴訟標的）的「全部」是什麼（層次1），接下來才能談論當事人就「一部」上訴效力範圍到何處（層次2），未上訴的部分效力如何（層次3），法院可以對上訴部分調查、裁判的範圍到哪裡（層次4），最後則是「既判力」到什麼地方（層次5）。

112台上大991（統一見解）在【層次2】的選擇是，雖然當事人僅針對「刑」上訴，但是為了避免判決錯誤或歧異，「有關係之部分」的數個犯罪事實（檢察官後來函請併辦的部分，構成裁判上一罪），也一併在上訴範圍內。這背後的前提是，這些罪本質上是單一案件（【層次1】），這意味著如果在本案不管，函請併辦的部分也都有既判力，檢察官對該部分再行起訴就都會被認為對同一案件起訴而不受理（【層次4】）。後續實務見解就是在接受這樣的前提下，於【層次3】進行調整，認為在被告單方開啟並設定攻防範圍的情形下，不得擴張認定犯罪事實（但沒有引用刑訴法第370條第1項的不利益變更禁止原則）。

總整一下，實務的脈絡是：【層次1】訴訟標的為單一案件（裁判上一罪）、【層次2】對「刑」上訴也會擴及「有關係之」犯罪事實（112台上大991（統一見解））；【層次3】單一案件中不上訴的有罪部分均告確定，有既判力；【層次4】僅被告上訴時例外不擴及（後續實務見解，未引用刑訴法第370條第1項）；【層次5】對於單一案件中不上訴的有罪部分，再行起訴，法院應不受理。

筆者個人認為，從這裡可以看出實務見解在【層次2】選擇的理由：大法院所謂「維護國家正確行使刑罰權」，背後的想法可能是，如果這種裁判上一罪真的不包進來，那麼就會受到既判力效力所及（【層次3、5】），使得這個部分就永遠沒法定罪，這可能也是考量的砝碼之一¹²。此外，

¹² 關於這點，陳運財在112台上大991（統一見解）的法律意見書有提及（頁13-14），除此之外，犯罪事實先行確定的弊端還有使再審法院管轄不同，而可能導致認定事實矛盾、無

在【層次4】可能是受限於刑訴法第370條第1項往昔實務穩定見解認為，這種罪數變更的裁判上一罪，構成刑訴法第370條第1項但書的例外，沒有不利益變更禁止原則的適用，所以才會選擇只從刑訴法第348條第3項配合法理說明，不從不利益變更禁止原則出發。

2. 薛智仁在不同層次的判斷與選擇

相對於實務見解，薛智仁（2024.07）在【層次2】以「可分性準則」（不可能會有矛盾才可分）劃定當事人一部上訴時的上訴範圍，若未上訴部分有「重大瑕疵」則亦應視為已上訴，如果法院在上訴部分的證據調查範圍內，意外發現未上訴部分有「法律或事實認定錯誤」，且必須變更未上訴部分的判決主文，則該部分亦視為已上訴。此外，若沒有到變更判決主文的程度，上級審也不會受下級審錯誤的法律或事實認定錯誤拘束，可以直接用新的事實，在法定刑內做出妥適科刑判決。這可以說是在【層次3】做出了調整。

純就上級審可以裁判的範圍而言，薛智仁（2024.07）的操作結果會非常趨近於以「避免矛盾」為標準的上訴不可分效力（跟可分性準則、112台上大991（統一見解）的結論類似），差別只在於一開始必須要遵守「證據調查範圍要在上訴部分內」的限制。至於【層次4】薛智仁（2024.07）則是認為要直接調整刑訴法第370條第1項不利益變更禁止原則的見解，然後就直接適用調整後的不利益變更禁止原則即可。

也總整一下，薛智仁在【層次1】與實務見解相同，接受以單一案件為標準；在【層次2】用三個標準來決定上訴的範圍：分離有矛盾（可分性準則）、重大瑕疵、法律或事實錯誤致主文需修改；至於未上訴的部分，上級審也不受其理由的限制；【層次3】則認為上級審可以不用下級審未上訴部分的理由受拘束；【層次4】認同實務結論，但認為遇到被告上訴的情形就應該引用調整過後的刑訴法第370條第1項；【層次5】則未特別論及。

法處理其他重大違誤等。

【參考文獻】

- 薛智仁（2024.07）科刑一部上訴之「有關係之部分」－最高法院112年度台上大字第991號刑事裁定，台灣法律人，37期，頁173-193

爭議 4

• 上級審認定的犯罪事實縮減而較輕微，可否仍諭知與下級審相同之刑？

議題摘要

刑訴法第370條第1項規定之目的，在於避免被告因恐遭受更不利之判決而畏懼上訴，原則上僅於被告上訴時，且上級審之判決應自主、從刑之整體效果綜合比較屬於不利益變更，方有適用。但若原審有符合同項但書「適用法條不當」之與論罪科刑有關之瑕疵，則不在此限。惟上級審認定的犯罪事實縮減而較輕微，可否仍諭知與下級審相同之刑？仍有爭議。

有認為，罪刑相當原則屬內部界限，與不利益變更禁止原則並不相同，應採肯定說：雖然依照罪刑相當原則（罪責原則，98#669、112#13）的要求，原則上第二審認定犯罪情節較輕微，量刑也應隨之減輕，然而此僅是實體法之內部界限要求，與屬於外部原則的不利益變更禁止原則並不相同，後者僅於事實審量刑嚴重脫離尺度方有適用，且並非強制減輕，故應採取肯定說（薛智仁2012.09、107台上2545（參考）、110台上5451（參考））

另有實務認為不利益變更禁止原則本即包含罪刑相當原則，應採取否定說：不利益禁止變更原則其功能在為第二審法院劃定量刑之外部界限。又量刑之輕重，固屬事實審法院得依職權裁量之事項，惟仍應受罪刑相當、比例原則及公平原則之限制，始為適法。倘若第二審認定被告之犯罪情節較第一審為輕微時，基於「罪刑相當原則」的要求，第二審量刑亦應隨之減輕。是「不利益禁止變更原則」及「罪刑相當原則」雖分別出於保障程序上被告之上訴決定權或正確適用實體法的要求，兩者概念應有區別，惟在適用上彼此相互關連（108台上2274（參考））。

【參考文獻】

- ・薛智仁（2012.10）刑事程序之不利益變更禁止原則——以最高法院判決之變遷為中心，月旦法學雜誌，209期，頁106-136

二、其他救濟程序

（一）再審

法理 1 ➤ 匡正已確定判決之事實誤認瑕疵

議題摘要

「再審係為匡正已確定判決所發生之事實誤認瑕疵而設計，屬非常救濟手段，為保障人權以實現正義，與確保法的安定性以維繫人民對裁判之信賴二者間，求其兩全」（109台抗812（參考））。薛智仁（2024.06：148）強調，法安定性背後的基礎是一事不再理原則：「禁止國家對於同一案件重複追訴、審判與處罰，以防止人民遭受重複審問處罰的危險，並且確保判決的終局性」；另一方面，透過匡正確定判決事實誤認維繫人民信賴，涉及實體正義，薛智仁（2024.06：148）指出，此背後是「有權利有救濟」的訴訟權保障，賦予人民請求排除法院誤判的機會。

對此相衝突之價值，實務指出「不能排除某些人可能出於惡意或其他目的，利用此方式延宕、纏訟，有害判決之安定性，故立有嚴格之條件限制」（104台抗125（參考））。薛智仁（2024.06：149）則以108#775的「極端重要之公共利益」為標準，指出符合此標準而影響事實基礎的新事證，才能衡平兩全。

可以與再審比較的是，同樣糾正事實違誤的通常上訴程序，是「為發揮審級制度之功能，上級審法院對下級審法院判決進行審查時，不受原判決證據評價拘束之情形」與再審迥不相侔；至於「同屬非常救濟手段之非常上訴制度，旨在針對原確定判決違背法令之法律上瑕疵予以糾正」，而非針對事實，自然也是大異其趣（109台抗812（參考））。