

最高檢察署檢察總長非常上訴書

110 年度非上字第 66 號

被 告 吳建成

上列被告因貪污治罪條例等案件，於 109 年 3 月 24 日經臺灣高等法院 [108 年度重上更\(二\)字第 37 號](#) 為刑事判決（下稱原判決），並於 109 年 7 月 8 日經最高法院 [109 年度台上字第 2788 號](#) 判決上訴駁回確定，本檢察總長認為原判決違背法令，應行提起非常上訴，茲將原判決主文及非常上訴理由分述於後：

原判決主文

上訴駁回。

非常上訴理由

一、本案歷審審判過程

本案被告吳建成經臺灣桃園地方法院檢察署檢察官(101 年 度偵 字第 12307 號、第 15116 號、第 23158 號)，以涉嫌受賄縱放被告劉展驛，犯貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款違背職務之行為期約賄賂罪，提起公訴。一審（臺灣桃園地方法院 [101 年度矚訴 字第 31 號](#)）判決被告所為係犯貪污治罪條例第 7 條、第 4 條第 1 項第 5 款之有調查職務人員對於違背職務之行為期約賄賂罪（下稱甲罪），及刑法第 163 條第 1 項之縱放人犯罪（下稱乙罪），二罪為想像競合依刑法第 55 條前段，從一重論以甲罪，處有期徒刑 11 年，褫奪公權 5 年。案經被告上訴，二審（臺灣高等法院 [104 年度上訴字第 2233 號](#)）判決甲、乙二罪皆無罪。案經檢察官上訴，三審（最高法院 [106 年度台上字第 116 號](#)）撤銷發回。更一審（臺灣高等法院 [106 年度重上更\(一\)字第 10 號](#)）撤銷一審判決，改判乙罪有罪，處有期徒刑 6 月，甲罪不另為無罪之諭

知。嗣僅被告就乙罪提起上訴，甲罪檢察官未上訴。結果三審（最高法院以 [107 年度台上字第 2777 號](#)）撤銷更一審判決，發回更審時併判示：「原判決甲罪部分基於審判不可分原則，應併予發回。」。更二審（臺灣高等法院 [108 年度重上更二字第 37 號](#)）審理後認甲、乙皆有罪後，維持一審判決，駁回被告上訴。被告再上訴，三審（最高法院 [109 年度台上字第 2788 號](#)）再駁回上訴。本案最終以甲、乙二罪皆有罪，處有期徒刑 11 年，褫奪公權 5 年確定。

## 二、本案法律爭點及提起非常上訴之理由

就本案檢察官以裁判上一罪起訴甲、乙二罪，更一審為乙罪有罪，處有期徒刑 6 月，甲罪不另為無罪諭知，僅被告就乙罪有罪部分上訴，經三審撤銷更一審，諭知甲、乙二罪全部發回後，最終以甲、乙二罪皆有罪，處有期徒刑 11 年，褫奪公權 5 年確定之案件。其法律爭點即：裁判上一罪僅被告一部上訴（或檢察官為被告利益一部上訴）時，（一）、法院應「如何審」？（二）、罪刑應「如何判」？前者涉及刑事訴訟法（下稱本法）第 348 條裁判上一罪一部上訴時，上訴審法院（包括受發回更審法院）得調查審理之範圍。後者涉及第 370 條第 1 項依不利益變更禁止原則，法院得宣判罪名及刑度之範圍。此二個問題，基於罪刑之「審」與「判」範圍，本即相互關連，法理相通，前者解釋所採之應然法理，勢必影響後者解釋之當然結論。從而，對此二個法律爭點，應本同一法理為統一解釋，不宜各自分別解釋，否則會造成前後法則適用之矛盾。茲就本案法律爭點，何以必須為前後統一解釋之關聯性，說明本案應提起非常上訴之理由如下：

- （一）、就前者言，即裁判上一罪僅被告（包括檢察官）一部上訴時，上訴審法院（包括受發回更審法院）得調查審理之範圍，有

下列三說：

甲說：不承認裁判上一罪之被告（或檢察官）有一部上訴權。基於審判不可分，縱一部上訴，仍發生全部移審上訴審之效果。採此說者，即最高法院 64 年度第 3 次刑庭庭推總會議之決議。

理由：雖本法第 348 條明定被告有一部上訴權，但基於裁判上一罪審判不可分及本法第 348 條第 2 項之規定，解釋上僅限數罪併罰案件始有一部上訴權，不及裁判上一罪之案件。故裁判上一罪縱僅被告就乙罪有罪部分為一部上訴時，依基於審判不可分原理，其有關係之甲罪無罪部分，應視為已上訴，併發生移審三審法院（受發回之更審）之效果，第三審法院自得就甲乙二罪之全部事實為審判。如被告為其利益上訴，第三審法院認為上訴有理由者：第三審判決主文應記載「原判決撤銷發回○○高等法院」，於理由載明原判決認為無罪部分，因與發回部分有審判不可分關係，一併發回更審。受發回之第二審法院，依刑事訴訟法第 348 條第 2 項規定，應就全部事實重為審判。

乙說：承認裁判上一罪，被告有一部上訴權。故甲罪不另為無罪之諭知部分，不生移審效果。並於上訴權人之上訴期間最後屆滿時，即告確定。採此說者即最高法院刑事大法庭裁定 [109 年度台上大字第 3426 號](#) 裁定（下稱大法庭裁定）。

理由：

- (1) 除應依職權上訴之案件外，檢察官或自訴人於第二審判決後，不續行追訴，或當事人對第二審判決並無不服，第三審法院即無逕行審判而糾正錯誤可言，以尊重上訴權人一部上訴之權利。且檢察官對不另為無罪諭知部分並未不服，

倘僅因被告提起上訴，其上訴為有理由時，即適用審判及上訴不可分之規定，一概將不另為無罪諭知部分併同發回第二審更為審理，不僅不尊重被告一部上訴之權利，且有礙被告接受公平、迅速審判之訴訟權益。此相較於檢察官違反前述限制上訴之規定，對不另為無罪諭知部分，提起第三審上訴被駁回時，反而使該不另為無罪諭知部分確定之情形，前者無異懲罰僅就有罪部分提起上訴之被告，有違事理之平。

- (2) 基於尊重當事人一部上訴權，以及國家刑罰權之實現植基於追訴權行使之法理，就第一、二審判決理由內，均說明不另為無罪諭知者，於檢察官未就該不另為無罪諭知部分提起第三審上訴之情形，採取體系及目的性限縮解釋，認該不另為無罪諭知部分，已非第三審審理之範圍，並無上開審判及上訴不可分規定之適用，而限縮案件單一性之效力。換言之，於此情形，該不另為無罪諭知部分，因不生移審效果，於上訴權人上訴期間最後屆滿時即告確定，倘三審法院就上訴部分撤銷發回更審時，自無將該不另為無罪諭知部分，一併發回之必要，庶免該部分懸而未決，以貫徹憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。
- (3) 依「無不服，即無審查」之上訴權核心理念。以上訴乃對判決不服而請求救濟之制度，上訴所主張之內容自應有上訴利益，「無利益，即無上訴」可言，而不另為無罪諭知部分之判決，對於提起上訴之被告，顯無上訴利益。從而，於第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者，檢察官對該不另為無罪諭知部分並未聲明不服之情形，當事人既無意就不另為無罪諭知部分聲明第三審上訴，而將之排

除在攻防對象之外，該部分自非上訴理由所指摘之事項，基於法之安定性，及尊重當事人設定攻防之範圍，應認該部分並非第三審審判範圍，如此始無違第三審為法律審之本旨，避免被告受突襲性裁判。

丙說：基於審判不可分，不承認裁判上一罪之被告有一部上訴權。雖一部上訴等同全部移審上訴之效果。但就甲罪不另為無罪諭知部分，三審及更二審皆不得調查審理。採此說者，即日本最高法院實務見解。學者稱此說為「攻防對象論」。

理由：日本刑事訴訟法第 357 條雖與我國 348 條同樣規定：「上訴，得對裁判之一部為之。未聲明為一部上訴者，視為全部上訴。」故當事人當然可以一部上訴。惟所謂一部上訴，限於裁判內容可分者。由於包括一罪及科刑上一罪（即裁判上一罪），因也是一罪，當然為不可分。故當事人即使就其一部上訴，也視為對全部上訴。結果等同我國第 348 條第 2 項「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」。何以日本不採乙說之「僅當事人一部上訴，不生移審效果，於上訴權人之上訴期間最後屆滿時，即告確定。」，其理由乃裁判上一罪，原審法院為部分有罪；部分不另為無罪諭知時，基於無罪與有罪不生審判不可分關係，僅有罪與有罪始有審判不可分之關係。因此，僅被告就有罪之一部上訴，與僅檢察官就無罪之一部上訴，於三審撤銷發回更審時，就會發生二者審判之不可分效力有別之問題。亦即，前者在二審確定之無罪部分，與被告有罪一部上訴經三審撤銷發回部分，此時採乙說認「當事人皆未上訴之無罪部分，不生移審效果，於上訴權人之上訴期間最後屆滿時，即告確定」。受發回法院得就三審撤銷發回部分，單獨審判，因無罪與有罪不生審

判不可分之關係，故理論上固無問題。但後者，當僅檢察官就不另為無罪諭知部分上訴時，則在二審確定之有罪部分，與檢察官無罪一部上訴經三審撤銷發回部分，基於有罪與有罪有審判不可分關係，此時採乙說之「當事人皆未上訴部分，不生移審效果，於上訴權人之上訴期間最後屆滿時，即告確定」。即會發生受發回之二審法院，當不另為無罪之甲罪部分，被三審撤銷發回，更二審改認甲罪有罪時，如何將甲罪與乙罪皆有罪之審理結果，併案判決之問題。故日本不採乙說。而採只要是對科刑上一罪為一部上訴，觀念上案件即全部移審繫屬於上訴審。但為尊重當事人未就無罪部分以上訴聲明不服之意思，故成為上級審審判對象者，只限有罪上訴部分，不及無罪移審部分。故上訴審所為之職權調查，即不得及於無罪部分而變更之。此可參之日本大法庭判例(最大昭和 46. 3. 24 刑集 25. 2. 293 所謂新島飛彈試射場案件)認為：「對於以牽連犯或包括一罪起訴的事實，認定其一部有罪，而對其餘事實在理由中說明無罪的一審判決，當中僅被告聲請上訴時，包括無罪部分在內，雖均移審繫屬於上訴審。不過，基於當事人主義的原則及上訴審之權利救濟性質，既然上述無罪部分不存在被告聲明不服之利益，且檢察官沒有上訴，則該無罪部分即應置於當事人攻擊防禦對象外，從而法院職權調查範圍即應以有罪部分為限。不及於被告上訴未涉及的無罪部分。」。亦即實質上承認：科刑上一罪僅被告就一部上訴時，對法院往被告不利方向之職權調查設下限制。學說稱此理論為「攻防對象論」(參見日本刑事程序法入門，三井誠著，陳運財譯，頁 294-295)。雖此法理，仍有人批判：一方面既承認包括無罪部分，全部公訴事實皆移審繫屬上訴

審，同時卻又認對該部分不能為審判，這是自相矛盾。但學者認「既構成概括一罪或裁判上一罪之各部分，在實體法上都各自能具備一個犯罪構成要件，在訴訟法上也應可以作為各別訴因（審判對象）而獨立。況檢察官知第一審已將包括一罪及裁判上一罪之一部為無罪判決，當其決定不對該無罪部分繼續追訴處罰而未提起上訴時，等同起訴時將包括一罪及裁判上一罪之一部訴因（即審判對象）從中排除一樣，可以認為檢察官已放棄該部分追訴處罰之意思。因此應認法院不許對該部分進行職權調查。（日本刑事訴訟法要義，土本武司著，董璠興、宋光輝譯，五南圖書，85年初版，頁409）。最近之日本判例仍重申攻防對象論之法理，表示「第一審判決因無法認定被告成立本位訴因之營利開設賭場共同正犯，惟已認定其成立預備訴因之營利開設賭場幫助犯，對此判決，僅被告提起第二審上訴，檢察官並未聲明上訴時，如第二審依職權就本位訴因加以調查，而自為有罪判決者，因已踰越發動職權所容許之範圍，即屬違法（最決平成 25.3.5 刑集 67 卷 3 號 267 頁）。換言之，若更二審以不可分為由，開啟職權調查，合併為有罪之認定，則該更二審判決即違法（宇藤崇、松田岳士、堀江慎司，第二版，有斐閣，2018 年 2 月，515 頁。525 頁）

綜上分析，可知就裁判上一罪僅被告（包括檢察官）一部上訴時，上訴審法院（包括受發回更審法院）得調查審理範圍之問題，昔日實務採甲說之見解者，業經最高法院大法庭裁定變更見解改採乙說，則基於大法庭裁定上述採乙說之法理，可知裁判上一罪，當僅被告就更二審有罪之乙罪一部上訴，檢察官就不另為無罪諭知之甲罪未上訴時，甲罪於二

審 檢察官上訴期滿日，即已確定。如最高法院發回更審時為：「原判決不另為無罪諭知部分之甲罪，基於審判不可分原則，應併予發回。」之諭知，應認其諭知違法而無效。不生發回移審更二審之效果。此時，更二審僅應就乙罪，依其審理結果分別逕為有罪或無罪之宣告。不必就甲罪以其已確定為由，再為免訴判決。否則本案之甲罪，會同時存在有罪及免訴二個衝突之判決。從而，本件原判決在更二審時，仍將甲罪納入審判範圍，並認被告甲乙二罪犯行明確，因而駁回上訴，維持一審有罪之判決，即與上開大法庭裁定之法則相背。固然大法庭裁定揭示之新法則，是在原判決之後始公布，不能指原判決違反大法庭裁定法則，即屬違法。惟因大法庭裁定之新法則，目前僅解決第三審及更二審審判範圍之問題（如何審？），未及後續之更二審判決面對不利益變更禁止法則應如何適用之問題（如何判？）。為全面解決二個問題，本諸法律解釋之法理一貫性，自應本諸上述大法庭裁定之相同法理，檢討迄今有關不利益變更禁止法則之審判實務舊見解，並提出變更後之新見解如下：

（二）、就僅由被告提起或為被告利益上訴之案件，就後續更二審判決面對不利益變更禁止法則應如何適用，尚有二個問題待解決，即（1）更二審能否宣告為較重之罪名及刑度？（2）判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，是以前審刑度或一審之刑訴相比？就此問題，法制設計有二類，茲分析如下：

甲類：（1）不但得宣告更重之罪名，亦得宣告更重之刑度。且（2）判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，是以現在之更審與一審之刑度相比，不是與被聲請不服之前審（更一審）之刑度相比。採此法制者即我國現行法制。理由：



- (1) 就是否得宣告更重之罪名及刑度，因本法第 370 條第 1 項但書設有「因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限」之不利益變更禁止例外規定。結果，係指舉凡變更原審判決所引用之刑罰法條（無論刑法總則、分則或特別刑法，均包括在內），皆不受上訴不利益變更禁止原則之限制，俾合理、充分評價行為人的犯行，以實現實體的正義（[106 年度台上字第 2263 號](#) 刑事裁判）。故只要更二審認定原無罪之甲罪應成立重罪，或原有罪之乙罪應論以更重情節之罪名時（如未遂變既遂，幫助變正犯，單獨犯變結夥）時，則更二審不但得論以更重之罪名，並得處以更重之刑度。
- (2) 就判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，因本法第 370 條第 1 項之法條用語是：「第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑」，且迄今我國實務見解皆認：「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，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之『刑』而言，至於上訴人對該部分之第二審判決不服，提起第三審上訴，經本院將該部分之第二審判決撤銷發回原審法院更審，是原審法院更審前之第二審判決，既經本院撤銷，已失其效力，原審更審後之判決自不受其拘束，與被撤銷之更審前判決更無所謂不利益變更禁止之問題。」（[90 年度台上字第 639 號](#)、[89 年度台上字第 2102 號](#)。）結果，判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，是以現在之更審與一審之刑度相比，不是與被聲請不服之前審（更一審）之刑度相比。

乙類：(1) 僅得宣告更重之罪名，不得宣告更重之刑度，且 (2)

判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，是以現在之更二審與被聲請不服之前審(更一審)之刑度相比，不是與一審之刑度相比。採此制者即德日法制。詳述如下：

#### 1. 德國法制：

- (1) 是否得宣告更重之罪名及刑度，依德國刑事訴訟法第 331 條就「事實審」之上訴，明定：「事實審之上訴，若僅由被告提起或為被告利益而由檢察官或被告之法定代理人提起時，不得對原判決在犯罪法律效果之種類及刑度上，為不利被告之變更。」，同法第 358 條第 2 項復就「法律審」之上訴，明定：「僅由被告提起或為其利益由檢察官或其法定代理人提起法律審上訴者，不得對於被聲請不服之判決，在犯罪法律效果之種類及刑度上，為不利被告之變更。」。其稱「犯罪之法律效果」者，指德國刑法第三章(第 38 條以下)所規定，因違法犯罪行為而要施加之法律效果，包括刑罰(徒刑、罰金、禁止駕駛、褫奪公權)、保安處分、沒收(MüKoStPO/uentin, . Aufl. 2016, StPO§331Rn. 10.)。稱「犯罪法律效果之種類」不得加重者，例如不得以徒刑取代罰金刑，就算有宣告緩刑亦然；但可以罰金刑取代徒刑(注意換算標準)，就算徒刑有宣告緩刑；也可以罰金刑加上禁止駕駛取代徒刑。(Meyer-Großner/Schmitt, Beck' KurzkommentareStrafprozessordnung61. Aufl., 2018, §331Rn. 13.)。稱「犯罪法律效果之刑度」不得加重者，於罰金刑的情形，日額罰金的金額及總額都不得增加；徒刑的情形，不得提高，就算去掉一併宣告的罰金刑，也不得提高；個別宣告刑(Einzelstrafe)及應執行刑(Gesamtstrafe)均有不利益變更禁止之適用。保安處分

原則上也適用第 331 條第 1 項之規定，僅同條第 2 項所稱之安置精神病醫院或戒癮處所之命令，可以僅基於被告之上訴而命令之。(MüKoStPO/uentin, 1. Aufl. 2016, StPO§331Rn. 16, 17, 18, 22)，只要被告不是僅將其上訴限縮在法律效果的部分，被告就必須承受罪責可能會變更。例如：就算一審認定是秩序違反行為而僅判處罰鍰，上訴後也可在維持罰鍰的處罰之下，認定為是刑事犯罪行為；上訴審法院也可認定為一個行為，而非數行為，就算區法院曾部分宣告無罪(Meyer-Großner/chmitt, Beck' cheKurzkomm entare trafprozessordnung61. ufl., 018, §331Rn. 8.)。德國之不利益變更禁止原則，不適用於罪責的宣告，上訴審因此得為不利被告而為變更罪責的宣告，例如較重之罪、既遂而非未遂、共犯而非幫助犯，或是不利的情狀，例如常業、完全責任能力而非限制責任能力(MüKoStPO/Quentin, 1. Aufl. 2016, StPO§331Rn. 17.)。總之，因不利益變更之禁止，只是就刑罰而言，非就罪責而言，例如，僅被告就其一審被判竊盜有罪處 60 日率，每日率折算 50 馬克之罰金案件上訴時，縱二審認定被告應構成強盜罪，雖得改論被告以強盜罪名，但刑度亦僅能處罰同樣的罰金刑度。如二審將處罰之日率數提高即不合法。(參見德國刑事訴訟法 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，三民書局 87 年初版，頁 567-568) 可知在德國法制，僅由被告提起或由檢察官為被告利益而上訴之案件，雖得較前審論以更重之罪名，但不得量處更重之刑度。

- (2) 就判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，依德國刑事訴訟法第 331 條及第 358 條第 2 項之法條用語是：不得對

「原判決」…，為不利被告之變更及不得對於「被聲請不服之判決」，為不利被告之變更。結果判斷刑度是否違反不利益禁止時，亦是以現在之更審與被聲請不服之前審刑度相比，不是現在之更審與一審之刑度相比。

## 2. 日本法制：

- (1) 是否得宣告更重之罪名及刑度，日本法制之不利益變更禁止原則，最早基於刑事政策，認上訴本為提供當事人誤判之救濟制度，以改判重刑絕非被告上訴之本意，為讓被告安心上訴，不致對上訴權之行使（二審、三審）感到猶豫之考量。故刑事訴訟法第 402 條、414 條乃規定：「被告提起二審上訴或為被告利益提起上訴之案件，不得宣告較重於原判決之刑。」（最大判昭 27. 12. 2412 刑集 3 卷 11 號 1363 頁）。但近日多數學者改從上訴審之當事人主義構造，及上訴本為上訴人尋求利益之救濟制度性格，認不利益變更禁止原則，乃作為法律救濟手段之上訴審，為保障同為訴訟主體之被告權益，用以限制法院量刑權限及檢察官追訴行動之原則。（高田昭正，刑事訴訟の構造と救濟，成文堂，1994 年，頁 223，田宮 469 頁，福井，382 頁，鈴木，頁 255）本此原則，即使檢察官、被告皆上訴，但檢察官之上訴遭無理由駁回時，亦應有不利益變更禁止原則之適用。（白取佑司，刑事訴訟法第 4 版，日本評論社，2007，頁 432）。可知，雖日本法制無如我國第 370 條第 1 項但書「因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限」之不利益變更禁止例外規定。但日本實務皆認，依不利益變更禁止原則，僅重在更審後之「刑度」，不是「罪名」，故僅被告上訴或為被告利益上訴之案件，雖不妨上級審論

斷更重之罪名，但仍限制上級審不得論處更重之刑度，結果縱量刑結果，可能論處之刑度低於論斷重罪之法定刑度，但也不得不如此。（日本刑事訴訟法要義，土本武司著，董璠輿、宋光輝譯，五南圖書，85年初版，頁420）。俾使不利益變更禁止之運作，兼顧發現真實之公益（罪名可以加重）及被告一部之上訴利益（但刑度不可加重）。

(2) 其次就判斷刑度是否違反不利益變更禁止之標準，依日本刑事訴訟法第402條、414條則規定：「被告提起二審上訴或為被告利益提起上訴之案件，不得宣告較重於原判決之刑。」，從其法條用語是：不得宣告較重於「原判決」之刑，不是一審之刑。可知，判斷刑度是否違反不利益變更禁止，是以現在之更二審與被聲請不服之前審（更一審）刑度相比，不是更二審與一審之刑度相比。

3. 綜上德日法制分析，核皆與我國現行法制及實務運作法則不同。從而可發現本法第370條第1項之規定，目前有下列三個問題之實務見解，應予立即變更者如下：

(1) 第一個問題即：即本法第370條第1項後段但書「但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」。此「不利益變更禁止例外」之但書規定，若依上述大法庭裁定採乙說之相同法理，應認已違憲，理應聲請釋憲停止適用？或再以大法庭裁定為排除適用之限縮解釋？

蓋因迄今實務依本法第370條第1項：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得論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」之規定。故最高法院一向皆認：「上開但書規定，係指舉凡變更原審判決所引用之刑罰法條（無論刑法總則、

分則或特別刑法，均包括在內)，皆不受上訴不利益變更禁止原則之限制，俾合理、充分評價行為人的犯行，以實現實體的正義（[106 年度台上字第 2263 號](#)刑事裁判)」。結果，當僅被告上訴或檢察官為被告利益上訴之案件，縱更一審時本已受較輕罪刑判決之被告，只要因第一審判決適用法條不當而撤銷者，即可能因其一部上訴反而改判更重之罪名及刑度。故本法第 370 條但書之規定，對已預知其一部上訴可能更被重判之被告言，或因而不敢為其訴訟利益而為一部有罪上訴，實無異剝奪其行使一部上訴之訴訟受益權。對無預知其上訴可能更被重判之被告言，基於對原審僅宣告輕罪輕刑之信賴，其本為自己利益而為一部上訴之結果，事後竟被重判，實無異法院予突襲性重懲。尤其考量，被告蒙受更重罪名及刑度之不利益改判，竟係應歸責於原(或前)審法院適用法條不當之司法誤判，而非應歸責於被告之事由，如此豈符事理之平。故依大法庭裁定之相同法理，可知我國本法第 370 條但書之規定，縱昔日刑事訴訟構造，因刑事訴訟之本質，重在發見真實以實現正義，故在法院職權調查主義下，才会有如此嚴苛之但書規定。但在今日刑事訴訟已改採當事人進行主義及彈劾主義為基礎構造下，基於刑事被告基本人權之保障，理應更重於實體正義之實現，上訴程序本應更重視程序進行之正義。故不但憲法第 8 條強調人身自由之剝奪，應循正當法律程序，第 16 條更強調刑事被告之上訴權本質乃司法受益權，在當事人皆無爭議而未以上訴請求救濟或改判之情況下，法院之審判權即應予充分尊重並限縮。以僅被告上訴，或檢察官為被告利益而上訴之案件，既檢察官對被

告為其利益之上訴，都無異議，則任令更審法院得依職權突襲性判處更重之罪名及刑度，不但已然侵害憲法第 16 條保障之刑事被告一部上訴權益，併違反憲法第 8 條之正當法律程序，自屬違憲。此可佐之日本及德國就不利益變更禁止之法制及實務，皆未設有如我國第 370 條但書之例外規定，不採對被告一部上訴權如此不利之嚴苛法制設計。益見本條但書規定不但違憲，且違反保障刑事被告基本人權之普世價值。

- (2) 第二個問題，苟本法第 370 條第 1 項但書之不利益變更禁止原則例外規定，經排除適用後，本法第 370 條第 1 項前段之不利益變更禁止原則性規定，仍有適用，則如本案經更二審審認後，認乙罪仍為有罪時，則所謂不利益變更禁止，究指不論罪名或刑度皆不得加重？或者只要刑度不加重，仍可以加重罪名？

就此法律問題，基於不利益變更重在禁止刑度之加重，不重在禁止罪名之加重之法則，為使不利益變更禁止之運作，兼顧發現真實之公益（罪名可以加重）及被告一部之上訴利益（但刑度不加重），本法第 370 條第 1 項前段之不利益變更禁止原則，應採德日法制之解釋。即亦即上級審雖不妨論斷比原判決更重之罪名，但仍不得宣告比原判決更重之刑度。縱此時，量刑結果可能宣告之刑度低於宣告重罪之法定刑度，但為兼顧發現真實之公益及刑事被告一部上訴權益，實不得不如此。

- (3) 第三個問題，即判斷刑度是否違反不利益變更禁止時，究應以更二審之刑度與被聲請不服之前審（更一審）刑度相比，或應與一審刑度相比？

就此問題，雖迄今實務見解如前述皆認：「原審法院更審前之第二審判決，既經本院撤銷，已失其效力，原審更審後之判決自不受其拘束，與被撤銷之更審前判決更無所謂不利益變更禁止之問題。」（[90年度台上字第639號](#)、[89年度台上字第2102號](#)。）從而判斷刑度是否違反不利益變更禁止時，是以現在之更審與一審之刑度相比，不是與被聲請不服之前審（更一審）之刑度相比。但基於苟被告不上訴，本來所受最重罪刑，亦不過如更一審判決之罪刑。當其為自己利益行使一部上訴權，俾獲取更輕罪刑之救濟時，竟因不可歸責於己之原審判決適用法則不當之司法誤判事由，遭致比前審更重之罪刑改判。此絕非憲法保障被告一部上訴權益，及被告以上訴循求更輕罪刑救濟之本意。為保障在刑事訴訟全程中已獲得輕罪輕刑利益之刑事被告，仍可放心就現有之輕罪輕刑判決，繼續行使一部上訴之訴訟權益，實現憲法第16條保障刑事被告刑事上訴受益權之本旨，現行法院實務就不利益變更禁止之標準，所採應與一審刑度相比，而非與被聲請不服之前審判決刑度相比之見解，自應予變更。此佐之日德法制，皆採現在之更審與被聲請不服之前審刑度相比，不是現在之更審與一審之刑度相比。益證我國現行法制及實務運作之法則，應予變更。

綜上，本諸刑事被告一部上訴，乃憲法保障訴訟受益權之本質；無爭議即無審理之上訴核心理念；當事人主義之上訴審基本構造；及不利益變更禁止原則本為提供當事人誤判之救濟制度，改判重刑絕非被告上訴之本意，為讓被告安心上訴，不致對上訴權之行使（二審、三審）感到



猶豫之立法政策考量，以本件被告在更一審改判被告乙罪有罪，僅處有期徒刑 6 月；甲罪不另為無罪之諭知後，連檢察官就被告為其利益之一部上訴，皆無異議情況下，僅因其就乙罪為一部上訴，結果更二審審理範圍便可依職權納入甲罪及乙罪，並認原一審結果所認被告有如原判決事實欄所載甲罪及乙罪等犯行明確，因而維持第一審依想像競合犯從一重論處被告共犯甲罪及乙罪，論處被告有期徒刑 11 年之罪刑。核原判決所持迄今最高法院上述 [106 年度台上字第 2263 號](#)、[90 年度台上字第 639 號](#)、[89 年度台上字第 2102 號](#) 等刑事判決意旨之舊見解，駁回被告上訴後，突襲性的重判被告 11 年徒刑，懲罰為自己利益一部上訴之被告，縱非無據。但既最高法院迄今舊實務見解所採之法理，核皆與大法庭裁定之法理相背，且明顯侵害憲法保障被告一部上訴權及違背不利益變更禁止之法則，即有適用法則不當之違法，為維持法則解釋適用法理之一貫性，自應以非常上訴糾正救濟之。復因本案涉及不利益變更禁止原則見解之重大變更，事關法律重要性原則，故建請或停止審判聲請釋憲，或召開大法庭進行辯論，俾更新並統一上開法律重要性原則之適用。

三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正救濟。

此致

最高法院

中 華 民 國 110 年 4 月 13 日

檢察總長 江惠民