

論刑事程序之不利益變更 禁止原則 ——從兩則最高法院判決談起

高泉鼎*

要 目

壹、前 言	二、最高法院110年度台上 字第5984號判決
一、不利益變更禁止原則的 立法沿革	三、兩判決所提及的議題
二、不利益變更禁止原則的 常見爭議	參、不利益變更禁止原則的基 礎概念
三、本文的問題意識	一、存在理由
貳、兩判決的概要與所提及 議題	二、與罪刑相當原則的關係
一、最高法院110年度台上 字第5451號判決	肆、結語——重思不利益變更 禁止原則的立法

DOI : 10.6460/CPCP.202304_(34).01

本篇文章業經雙向匿名審查通過。

* 國立臺中教育大學區域與社會發展學系助理教授，日本北海道大學法學博士。E-mail: kdinctkao@gmail.com。誠摯感謝兩位審稿委員細心斧正本文缺失及不足之處，並給予筆者寫作上珍貴建議，使本文更具可讀性。惟文責當由本人自負。

摘 要

刑事訴訟法第370條為我國不利益變更禁止原則的明文規定，本文從兩則最高法院判決出發，分別就不利益變更禁止原則的存在理由以及但書除外規定與罪刑相當原則的關係，藉以考察不利益變更禁止原則的基礎概念及相關立法。首先，依據我國刑訴法就不利益變更禁止原則的立法沿革、法條文義及相關實務見解，可推知立法者透過本條第1項本文規定表示保護被告上訴權自由行使的決定，而但書除外規定則表示維護裁判正確的決定。亦即不利益變更禁止原則的我國立法是基於一種保護被告上訴權與維護裁判正確的政策理由。其次，最高法院雖表示不利益變更禁止原則與罪刑相當原則分屬量刑外部界限與內部界限的不同概念，卻也認為兩者具有適用上相互關連，導致不當連結彼此的效力，更使不利益變更禁止原則具有減輕第二審法院量刑的額外功能。結論上，由於但書除外規定及實務見解，本條規定在實際的解釋適用上已偏向維護裁判正確一方，並混淆不利益變更禁止原則與罪刑相當原則的效力，本文認為建構得以貫徹保護被告上訴權自由行使的實質且積極根據，並刪除但書除外規定，重新檢視相關立法，方為根本解決之道。

關鍵詞：不利益變更禁止、上訴權保障、政策理由、適用法條不當、罪刑相當原則

A Study of the Prohibition of Reformation in Peius – Reviewing Recent Supreme Court Decisions

Chuan-Ting Kao*

Abstract

The prohibition of reformation in peius is legislated in Article 370 of the Code of Criminal Procedure. This article starts from two the recent Supreme Court Decisions and aims to analyze the basic concept and legislation about this principle with reviewing the interpretation of the Supreme Court and theory. First, according to the legislative development, context, and judicial opinions of this principle, the Author considers the legislative model of Article 370 is a legislator's decision about protecting the defendant's right of appeal and maintaining correct judgement, in other word, that is a legislation basing on policy rationale. Secondly, although Supreme Court indicates the prohibition of reformation in peius and the principle of punishment commensurate with the crime are different concepts about the outer and inner limit of sentencing, it also considers they have the interrelationship in application. This interpretation

* Assistant Professor, Department of Regional and Social Development, National Taichung University of Education; S.J.D., Hokkaido University.

causes their effects to be interconnected improperly and makes the prohibition of reformation in peius have the additional function of commutation of the sentence to the second instance. In conclusion, due to the proviso of Article 370(1) and the Judicial practice, the interpretation and application of Article 370 has tended to maintain correct judgement actually and confused the effects of two principles. Thus, the Author suggests the solution is that establish the essential and positive foundation for protecting the defendant's right of appeal, delete the proviso of Article 370(1), and reconsider the legislative model about relevant legislation.

Keywords: the Prohibition of Reformation in Peius, Right to Appeal, Policy Rationale, Erroneous Application of the Law, the Principle of Punishment Commensurate with the Crime

壹、前言

由被告上訴或為被告利益上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，即為一般所稱的不利益變更禁止原則¹。

一、不利益變更禁止原則的立法沿革

我國刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）於1928年制定當初在第二審程序中未設不利益變更禁止原則的規定²，於1935年修正時始明文規定在第362條：「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。」³於1945年修正時將但書除外規定修正為：「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。」⁴爾後於1967年全文修正時將不利益變更禁

¹ 如林永謀，刑事訴訟法釋論（下），2007年9月，頁35；林鈺雄，刑事訴訟法（下），10版，2020年9月，頁400；王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），5版，2020年11月，頁420；林俊益，刑事訴訟法（下），17版，2021年9月，頁367；黃朝義，刑事訴訟法，6版，2021年8月，頁824。

² 1928年刑訴法僅在第459條規定再審程序的不利益變更禁止原則：「為受刑人利益起見提起再審之案件諭知科刑之判決者，不得重於原審判決所諭知之刑。」

³ 而再審程序的不利益變更禁止原則仍保留在第432條：「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。」

⁴ 該次修法除第二審程序及再審程序，亦增訂非常上訴程序的不利益變更禁止原則在第440條第2項但書：「前項第一款情形，如係誤認為無審判權而不受理，或其他有維持被告審級利益之必要者，得將原判決

止原則改規定在第370條，採與舊法第362條相同的立法文字，並於2014年增訂第2、3項，將擴張理解「原審判決之刑」的實務見解予以明文化⁵，而呈現出目前的立法模式：「（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2項）前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。（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。」

二、不利益變更禁止原則的常見爭議

就現行法的文義而言，第二審判決是否違反不利益變更禁止原則，首先須確定是否屬為被告利益上訴的情形，其次比較第二審判決之刑是否重於原審判決之刑，最後判斷原審判決是否適用法條不當⁶。祇有滿足為被告利益上訴、第二審判決之刑不重於原審判決之刑、未有適用法條不當，三個先後條件時始有不利益變更禁止原則的適用⁷，

撤銷，由原審法院依判決前之程序，更為審判。但不得諭知較重於原確定判決之刑。」

⁵ 薛智仁，補行數罪併罰與不利益變更禁止——評最高法院一〇三年度第十四次刑事庭會議決議，裁判時報，38期，2015年8月，頁23。

⁶ 亦有認不利益變更禁止原則的適用有4個條件：為被告或為被告利益的上訴、行為事實具有同一性、法律適用的同一、雖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。請參照柯耀程，三審判決不利益變更原則的適用——評最高法院107年度台上字第3357號判決，裁判時報，82期，2019年4月，頁48。

⁷ 明確指出不利益變更禁止原則有先後審查順序的見解，如林鈺雄，不

反之則第二審法院的量刑不受原審判決之刑的封鎖，而得諭知較重之刑。是以，常見解釋爭議即圍繞在此三個先後條件的解釋上。

第一，所謂為被告利益上訴。依法條文義，除被告在上訴利益的限制下祇能為自己利益上訴之外，檢察官在為被告利益上訴時亦得適用⁸，反之則否⁹，是以「僅為被告利益上訴」為不利益變更禁止原則的適用前提¹⁰。另最高法院認為檢察官的不利益上訴如不合法¹¹或無理由時仍得適用不利益變更禁止原則¹²。

第二，第二審判決與原審判決的刑之輕重比較。所謂「第二審判決」，不包含依第369條第1項但書將案件發回至第一審法院更審的程序判決，因程序判決無所謂刑之輕重比較問題¹³，然而如簡易判決處刑之上訴（第451條之1、第452條）或第二審法院有第一審管轄權（第369條第2項）的情形，因第二審法院所為非第二審判決，同無不利

利益變更禁止原則之適用前提——最高院103台上3020判決，台灣法學雜誌，278期，2015年8月，頁184-185。

⁸ 同前註，185頁。

⁹ 林鈺雄，同前註1，頁401；王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註1，頁421；黃朝義，同前註1，頁826。

¹⁰ 林鈺雄，同前註1，頁401；王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註1，頁420；林俊益，同前註1，頁370；黃朝義，同前註1，頁826。

¹¹ 請參閱最高法院28年上字第1122號判例。

¹² 請參閱最高法院107年度台非字第143號判決。

¹³ 林鈺雄，同前註1，頁401；林俊益，同前註1，頁369。

益變更禁止原則的適用¹⁴；所謂「原審判決」，為第二審判決的比較對象，當指第一審判決而言，不包括經最高法院發回更審案件之第二審法院前次判決¹⁵；所謂「較重之刑」，依第370條第2項規定，此處的「刑」是指宣告刑及數罪併罰定應執行刑，宣告刑包含包括主刑及從刑¹⁶，而緩刑、易刑及非刑罰性質的保安處分多認為屬不利益變更禁止原則的保護效力範圍內¹⁷。另關於沒收，有認為修法後已脫離從刑的性質，類似不當得利的衡平措施，如第二審法院增諭沒收不違反不利益變更禁止原則¹⁸。惟有見解指出實際上第二審增諭第一審所未宣告的沒收通常會構成但書除外規定，縱立法將沒收納入不利益變更禁止原則的適用範圍內，卻仍是殊途同歸¹⁹。

第三，關於第370條第1項但書的相對不加重之除外規定的適用。因最高法院曾認為凡變更第一審判決所引用的

¹⁴ 林鈺雄，同前註1，頁404；林俊益，同前註1，頁368-369；最高法院104年度台上字第3584號判決。

¹⁵ 林鈺雄，同前註1，頁403；林俊益，同前註1，頁374；最高法院88年度台上字第7216號判決、最高法院89年度台上字第4552號判決、最高法院90年度台上字第5887號判決、最高法院94年度台上字第5614號判決、最高法院95年度台上字第4190號判決、最高法院100年度台上字第2160號判決、最高法院103年度台上字第458號判決。

¹⁶ 最高法院29年上字第1396號判例。

¹⁷ 林鈺雄，同前註1，頁404；林俊益，同前註1，頁375-379。

¹⁸ 林俊益，同前註1，頁375；最高法院106年度台上字第3231號判決、最高法院107年度台上字第3837號判決。

¹⁹ 林鈺雄，同前註1，頁405。

刑法法條皆屬之，不限於刑法分則之法條²⁰，故有批評指出將導致不利益變更禁止原則的實際適用效果大減²¹，難以保障被告上訴權²²。又現行法在第二審程序之外，僅設有針對特別救濟程序的再審程序（第439條）及非常上訴程序（第447條第2項但書）的不利益變更禁止²³，對於同為通常救濟程序的第三審程序卻未規定，而同有無法保障被告上訴權的批評²⁴。

三、本文的問題意識

以上簡略地說明不利益變更禁止原則的立法沿革及解釋適用的常見爭議，當然相關議題不限於此，亦有許多文獻已針對最高法院判決進行詳盡的整理介紹²⁵。而本文所

²⁰ 最高法院32年上字第969號判例。

²¹ 林鈺雄，同前註1，頁406。

²² 如林永謀，同前註1，頁38；黃朝義，同前註1，頁827。

²³ 有認為現行刑訴法並無非常上訴程序的不利益變更禁止原則的明文規定，解釋上在符合第447條第1項第1款但書規定的情形中應準用之。請參照李春福，論不利益變更禁止原則——兼評非常上訴制度，東吳法律學報，28卷3期，2017年1月，頁189-190。

²⁴ 如林永謀，同前註1，頁39；林鈺雄，同前註1，頁401；王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註1，頁422；林俊益，同前註1，頁369；黃朝義，同前註1，頁828。

²⁵ 如謝志鴻，「不利益變更禁止原則」之研究，輔仁法學，15期，1996年6月，頁121以下；林俊益，刑事不利益變更禁止之研究，收於：刑事訴訟之運作——黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，1997年1月，頁53以下；薛智仁，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，2010年10月，頁106以下；孫啟強，不利益變更禁止原則之相關問題——以實務見解為中心（上），司法周刊，2063期，2021年7月，頁2以下、不利益變更禁

關心的是，既然不利益變更禁止原則在我國刑事訴訟制度中發展已久，則如何透過最高法院刑事庭去年所公布的兩則具有參考價值判決——最高法院110年度台上字第5451號判決及最高法院110年度台上字第5984號判決，所提及不利益變更禁止原則的存在理由以及與罪刑相當原則的關係，重新考察不利益變更禁止原則的基礎概念並審視我國的立法。

貳、兩判決的概要與所提及議題

一、最高法院110年度台上字第5451號判決

本判決認為「不利益變更禁止原則及罪刑相當原則各有其效力」。首先，刑訴法第370條規定之不利益變更禁止原則是「乃在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」，而其效力是「設定量刑的外部界限，將第一審判決之刑視為第二審量刑上限，只要第二審判決諭知之刑重於第一審，即違反不利益變更禁止原則」。其次，罪刑相當原則是「刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，須符合比例關係，尤其法定刑度之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符」、「使罰當其罪」，而其效力是「設定量刑的內在界限，要求法院審酌一般預防及特別預防觀點後，

止原則之相關問題——以實務見解為中心（下），司法周刊，2064期，2021年7月，頁2以下。

所為量刑結果必須罪責相當」。據此，兩者雖存在理由及效力各別，惟既然罪刑相當原則作為量刑結果的內在限制，如符合但書除外規定，第二審法院撤銷改判時，其量刑自不得免於罪刑相當原則的限制，故當第二審法院判斷該事件應適用較輕之罪或認定犯罪情節較輕時，「倘第一審判決量刑失輕，第二審判決仍處以相同之刑，如與罪刑相當原則無違，既未論知較重於第一審判決之刑，自無違反不利益變更禁止原則可言」。

因此，就本件犯罪事實的法律適用上，最高法院認為，被告A涉犯組織犯罪防制條例第3條第1項發起指揮犯罪組織罪及刑法第339條之4加重詐欺罪，第一審法院認為是對被害人B犯加重詐欺既遂罪，依想像競合規定從一重論以發起指揮犯罪組織罪，處有期徒刑3年6月。第二審法院認為是對犯被害人E加重詐欺未遂罪，而撤銷第一審關於此部分判決，改判仍依想像競合規定從一重論以發起、指揮犯罪組織罪，並量處相同之刑。雖第二審法院對於加重詐欺罪部分所認定犯罪情節較輕，惟對於發起指揮犯罪組織罪的部分，考量到該罪的法定刑及第一審判決的低度量刑，與A居於上層核心地位，透過發起指揮犯罪組織進行詐騙之犯罪態樣、行為手法及所生危害，第一審判決的量刑不免失輕，則第二審判決就此部分，以其責任為基礎，依刑法第57條所列各款事項而為量刑，既無顯然失當或違反罪刑相當原則之情形，且未論知較重於第一審判決之刑，並未與不利益變更禁止原則相悖，自難認違法。

二、最高法院110年度台上字第5984號判決

首先，本判決認為刑訴法第370條規定之不利益變更禁止原則「旨在確保被告或為被告之利益而上訴之人，不致因其正當行使上訴權利以循求救濟，反而經上訴審法院諭知較重於原審判決所處之刑，俾落實憲法所揭發訴訟權保障之實質內涵及二重危險禁止之理念」，亦即將不利益變更禁止原則訴諸於憲法訴訟權保障及二重危險禁止之上。其次，關於同條第1項但書「原審判決適用法條不當而經撤銷」的除外規定，意指「原審判決適用較輕罪名之法條，或未適用加重其刑之規定，或適用減輕或免除其刑之規定，經第二審法院認為適用法條不當，撤銷改判適用較重罪名或加重其刑之法條，或不適用減輕或免除其刑之規定等情形而言」，反之「若原審適用較重罪名或加重其刑之法條，或不適用減輕或免除其刑之規定，而經第二審法院認為適用法條不當，撤銷改判適用較輕罪名之法條，或未適用加重其刑之規定，或適用減輕或免除其刑之規定，自非此『原審判決適用法條不當而經撤銷』之情形」，亦即第二審法院認定應適用較輕量刑的法條時，縱因第一審判決適用法條不當而撤銷，仍不成立規定而有不利益變更禁止原則的適用。最後，關於同條第2、3項規定的數罪併罰定應執行之刑與不利益變更禁止原則的適用，則認為「倘原審為數罪併罰之判決，上訴後經第二審法院撤銷改判處以較輕之刑，在其他量刑審酌條件不變之前提下，酌定應執行刑時，因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，故倘僅被告上訴或為被告之利益而上訴之場合，第二審法院所定執行刑之罪責評價應相對降低，始能符合罪刑相當原則」，亦即第二審法院就數罪併罰案件定應執行刑時，因定應執行刑之基礎由重變輕，並非規定的情形而有不利益變更禁止原則的適用，故同受到罪刑相當原則及不利益變更禁止原則的限制，不僅須形式上比較刑之輕重，亦須實質比較定應執行刑之基礎及責任程度的不同，故當「第二審法院撤銷改判既宣告較輕之刑，其就得易刑與不得易刑之情形分別酌定應執行刑後，兩者相加之刑期，若反而超過原審判決所定應執行之刑，顯然係論知『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之規定。」

因此，就本件犯罪事實的法律適用上，最高法院認為，被告C販賣甲基安非他命犯行編號1部分，C於警詢時供出部分之毒品上手D，警方因該供述而查獲D，第一審未就被告此部分犯行依毒品危害防制條例第17條第1項之規定減輕其刑，又C轉讓禁藥犯行編號11、12部分，因A已於偵查及歷次審判中均自白該部分犯行，第一審亦未依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑，均有適用法條不當的情形，第二審法院撤銷該二部分之科刑判決，改判依上開規定減輕其刑後，分別處有期徒刑2年、4月、4月，並就犯行編號1及其他未撤銷改判之犯行編號2至10部分（即不得易科罰金及易服社會勞動，下稱甲部

分），定應執行有期徒刑5年9月，而犯行編號11、12部分（即得易服社會勞動，下稱乙部分），定應執行有期徒刑5月。惟第二審判決既就上開各罪係適用減輕其刑之規定，其所定應執行刑之罪責評價應相對降低，始符罪刑相當原則，而第二審法院撤銷改判犯行編號1、11、12部分均宣告較輕之刑，則就甲、乙部分分別酌定應執行刑後，兩者相加之刑期為有期徒刑6年2月，反而超過第一審所定應執行有期徒刑6年，顯然係論知「較重」於第一審判決所定應執行之刑，自有適用法則不當之違法。

三、兩判決所提及的議題

兩判決（以下分別簡稱第5451號判決及第5984號判決）皆有提及不利益變更禁止原則的存在理由，以及但書除外規定的適用與罪刑相當原則的關係。

關於不利益變更禁止原則的存在理由，第5451號判決認為是「保障被告上訴之決定自由」²⁶，亦即考量到被告上訴或為被告利益上訴之人，其目的是透過上訴取得利益被告的判決，如被告須承擔上訴後重刑變更危險，在受不利判決時自會審慎思量是否上訴甚至放棄上訴，自難以達成上訴作為救濟手段的目的，故透過禁止不利益變更的方式限制上訴審法院的量刑，以達成保障被告上訴權自由行使。而第5984號判決則認為是「落實憲法所揭櫫訴訟權保

²⁶ 同見解，如最高法院110年度台上字第5445號判決、最高法院110年度台上字第5450號判決。

障之實質內涵及二重危險禁止之理念」，亦即第二審判決得為不利益變更是有害於作為尋求救濟手段的上訴權正當行使，也加諸重刑變更的危險在上訴權之上而有違憲法保障。換言之，兩判決皆從保障被告上訴權的立場闡述不利益變更禁止原則的存在理由，而在觀察角度上，前者著重於是否影響被告上訴意願，後者則著重於是否影響被告上訴獲得救濟。然而，但書除外規定的存在，使第二審法院認有原審判決適用法條不當時得以合法地不利益變更，卻也使被告承擔此一危險，那麼有無不利益變更禁止，似僅存保護被告上訴權的政策宣示意義而已。故依現行刑訴法的立法模式與實務見解的闡釋，不無再次考察其存在理由的實益。

關於但書除外規定的適用與罪刑相當原則的關係，第5451號判決指出罪刑相當原則及不利益變更禁止原則分別作為量刑的內在界限及外在界限，縱屬但書除外規定的情形，第二審法院量刑仍受到罪刑相當原則的限制，故如第一審判決所劃定的量刑外部界限過輕，第二審法院依循罪刑相當原則而論相同之刑，並未違反不利益變更禁止原則。亦即似認為當第一審判決適用法條不當而撤銷時即屬但書除外規定的情形，且無論如何皆有罪刑相當原則的適用。相對地，第5984號判決指出但書除外規定僅在該不當適用之量刑法條是較第一審重的情形時始得適用，反之則否，故認為定應執行刑之基礎由重變輕時，即須同受到罪刑相當原則及不利益變更禁止原則的限制。亦即似認為透

過限縮但書除外規定的適用範圍，得使第二審法院原已依罪刑相當原則降低的量刑，再依不利益變更禁止原則，使其不重於第一審判決之刑。因此，最高法院似將罪刑相當原則導入不利益變更禁止的判斷之中，雖不能否認罪刑相當原則在刑事程序中作為刑法制裁的基礎與刑罰裁量的標準²⁷，惟如最高法院所云，既然兩者效力各別，自應明確區辨各自的性質、概念及適用。

據此，本文將以上述兩議題為中心，並參酌日本法的見解，據此分析討論不利益變更禁止原則的基礎概念，最後嘗試提出自身看法。

參、不利益變更禁止原則的基礎概念

一、存在理由

(一)兩判決與我國學說見解

1. 第5451號判決與被告上訴決定自由

如前述，關於不利益變更禁止原則的存在理由，第5451號判決認為不利益變更禁止原則乃在於保障被告上訴權決定自由。亦即考量到被告上訴或為被告利益上訴之人，其目的是透過上訴取得利益被告的判決，如被告須承擔上訴後重刑變更危險，在受不利判決時自會審慎思量是否上訴，自難以達成上訴作為救濟手段的目的，故透過不利益變更禁止對於上訴審法院的限制，以達成保障被告上

²⁷ 林山田，刑法通論（下），10版，2008年1月，頁523。

訴權自由行使。我國實務與學說亦多作同解²⁸，並指出此屬一種政策性考量²⁹。

不過，學說亦指出側重於確保被告上訴權自由行使的政策理由之觀點稍嫌空泛，須透過其他理論予以重構其論理基礎。例如，有從覆審制及重複追訴風險禁止的角度，認為在覆審制下的第二審法院並不受第一審法院所認定的事實與法律見解拘束，勢必導致被告承受重複追訴審判的風險，在此不利益變更禁止應理解為對被告重複追訴的風險禁止，且考量到被告對於第一審法院認定的事實與刑度有所信賴，故所謂不利益變更禁止是指禁止第二審法院重新為相反的事實認定，更依此判處更重之刑³⁰。惟亦如所

²⁸ 最近的實務見解如最高法院110年度台上字第5445號判決、最高法院110年度台上字第5450號判決。學說見解如林永謀，同前註1，頁36；林鈺雄，同前註1，頁400；王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註1，頁420；黃朝義，同前註1，頁824；林俊益，同前註25，頁54；李聖隆，論刑事訴訟法上不利益變更禁止之原則，刑事法雜誌，14卷2期，1970年4月，頁115；陳禡儀，不利益變更禁止原則之探討，刑事法雜誌，38卷3期，1994年6月，頁90；謝志鴻，同前註25，頁129、142；孫啟強，不利益變更禁止原則之相關問題——以實務見解為中心（上），同前註25，頁2。另蔡墩銘，刑事訴訟之主要原則，刑事法雜誌，12卷4期，1968年8月，頁162則強調上訴權構成被告防禦權的重要部分，故不利益變更禁止在於保護防禦權的自由行使。

²⁹ 林永謀，同前註1，頁36；黃朝義，同前註1，頁825；李聖隆，同前註，頁57。

³⁰ 黃朝義，同前註1，頁825-826。此外，該見解亦指出現行刑訴法第370條並不禁止罪名變更，縱第二審法院就同一事實認定為B罪而非第一審法院所認定的A罪，且B罪之最低法定刑高於第一審判決之刑，祇要第二審法院所論知之刑維持第一審判決之刑，並在判決書終引用不利益變更禁止的規定，亦無不可。惟有疑問的是，既然第二審

述，現行第二審程序既已採覆審制的立法，第二審法院有義務重新判斷事實與適用法律，則可否禁止相反的事實認定，似涉及到第二審構造的立法論課題，尚有討論空間。

另有從憲法第16條訴訟權保障的角度³¹，認為在憲法保障人民訴訟權的規範下，凡是有害於被告上訴權行使、加重量刑不符合正當法律程序原則的情形，皆為憲法所禁止，當被告因畏懼受更不利上訴審判決而放棄上訴權行使，自違反此一憲法要求³²。惟此見解同樣無法完整說明不影響被告上訴權自由行使的情形，且似乎祇要允許上訴審法院踐行正當法律程序而非恣意加重量刑，無論如何對於被告皆會產生是否承擔上訴後重刑變更危險的兩難，最終仍是回歸被告上訴權自由行使的保障之上。

此外，尚有認為保障被告上訴決定自由的觀點正確，但因無法完全說明不利益變更禁止的適用範圍，而採取與前述學說不同的解釋途徑，以德國學說的國家失權觀點補足不利益變更禁止的論理基礎。亦即，被告在受不利判決時，得因不利益變更禁止的保護，無需畏懼第二審法院的重刑變更而勇敢上訴；相較之下，僅檢察官為被告利益上訴時，並不生被告因重刑變更而是否上訴的顧忌。在國家失權觀點下，由於國家刑罰權存否是由法院與檢察官共同

法院變更法條，亦已滿足原審判決適用法條不當的情形，此時第二審法院論知不符實體法規定之刑，似有違但書除外規定之旨。

³¹ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註1，頁422；蔡羽玄，論不利益變更禁止原則，法學新論，15期，2009年10月，頁113-114。

³² 蔡羽玄，同前註，頁114。

調查確定，當檢察官認為原審判決已超出國家刑罰權應有範圍而為被告利益上訴時，若上訴審法院仍得以加重處罰，將產生價值判斷上的自我矛盾，故此時應有如捨棄上訴般，使國家喪失加重處罰的權利³³。換言之，一方面得以保障被告上訴決定自由，他方面則可避免作為國家追訴機關的審檢雙方發生價值判斷的矛盾，兩者同時構成不利益變更禁止的論理基礎。此見解確有見地，惟但書除外規定的存在，似乎表現出當遇有到原審判決適用法條不當而須維護裁判正確時，優先尊重第二審法院之價值判斷的立法者意旨。

2. 第5984號判決與憲法訴訟權保障及二重危險禁止

另一方面，第5984號判決則訴諸於憲法訴訟權保障及二重危險禁止之上，近來的實務見解亦有採此觀點³⁴。此處，先耙梳大法官如何透過多號解釋的積累，建構憲法訴訟權保障的內涵。例如，釋字第418號解釋指出「憲法第16條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言」，且「形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護」；釋字第396、574號解釋則強調法院須以正當法律程序進行訴訟救濟；而基於有權利即有救濟的法理，以及遵行正當法律程序的要

³³ 薛智仁，同前註25，頁108-109。

³⁴ 同見解，如最高法院110年度台上字第3872號判決、最高法院110年度台上字第3732號判決。

求，釋字第653號解釋即指出「人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容。」基此，人民向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，使其權利能獲得及時且確實有效的救濟，即為憲法訴訟權保障的實質內涵。而刑罰既然作為最嚴厲的制裁手段，具有最後手段性的要求，法院自須相應地慎重、小心、正當且公平地進行刑事審判，以確認國家對於被告的刑罰權有無，並使被告獲得及時且確實有效的權利救濟，在任何審級均應遵守。那麼，第5984號判決的思考或許是，如允許第二審法院為重刑變更，便不一定能確保被告獲得確實有效的權利救濟，勢必加諸重刑變更的危險在被告上訴權正當行使之上，故有違憲法訴訟權保障之旨。

然而，大法官亦在前述所舉釋字第396、574、653號解釋中表示，有關訴訟救濟程序的審級、程序及相關要件，應委由立法者衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，在符合法律保留原則及比例原則下，以法律為合理規定。那麼，縱認不利益變更禁止原則屬憲法訴訟權保障之一環，仍不否認基於訴訟政策目的等進行合理調整其適用範圍。是以，但書除外規定的存在，似代表著被告上訴權保障如面對到維護裁判適法正確時仍須適當地退讓。所謂憲法的訴訟權保障雖能理解不利益變更禁止的理念，似無法完整說明我國不利益變更禁止原則的立法。

又，關於二重危險禁止，釋字第775號解釋指出「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守……。刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴（本院釋字第271號解釋參照），是判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。此即一事不再理原則。其已成為現代法治國普世公認之原則……。」雖第二審判決得為不利益變更確實會使被告承擔重刑變更的危險，惟如大法官所述禁止二重危險是為避免「判決確定後」人民因同一行為遭受重複審問處罰³⁵，且判決在形式確定前，同一事件自刑事程序開始至終結前應為一個繼續狀態，不論是第一審或第二審甚或是第三審均為一個繼續危險的各個部分而已，並不生二重危險的問題³⁶。是以，不利益變更禁止所著重的重刑變更危險與二重危險禁止所著重的重複追訴危險，實非同一層次

³⁵ 本號解釋強調防止國家重複追訴導致人民的苦痛等，而分別從禁止雙重危險及確保判決終局性兩方面理解一事不再理的內涵，可推知大法官有意區別禁止雙重危險與一事不再理的概念，並著重人權保障的政策機能之上。相關學說整理，請參照李春福，一事不再理之探討，高大法學論叢，15卷1期，2019年9月，頁162-169。

³⁶ 請參閱平野竜一，刑事訴訟法，1958年12月，頁299；最判昭和25年9月27日刑集4卷9号1805頁。

的問題，自難透過二重危險禁止說明不利益變更禁止原則的存在理由。

3. 其他見解

另有見解參酌德國18世紀的相對確定力觀點，以及考量到我國刑訴法採取改良式當事人進行主義的修正模式，跳脫前述憲法訴訟權保障及被告上訴權自由行使保障的思考。其認為在檢察官或自訴人未上訴時，原判決在有利被告範圍內有確定力；且上訴作為當事人救濟制度，既然檢察官或自訴人未上訴，上訴審法院自不得為不利被告的變更；況在當事人進行主義之下，被告既然僅得為自己利益上訴，則上訴審亦僅得在被告為自己利益聲明不服範圍內加以審理，自不得為不利被告的變更³⁷。

惟亦如所示，德國採納相對確定力觀點的背景是因糾問主義盛行而欲謀求被告在上訴救濟的地位安定³⁸，實與我國刑訴法所採的彈劾主義似有未合；又上訴雖作為被告救濟制度，但同時亦有確保裁判正確的目的存在³⁹，此從刑訴法第370條第1項規定亦能得知；且在我國第二審程序採覆審制的立法下，第二審法院的審理範圍雖受到被告上訴聲明不服範圍的限制，仍可在此範圍內無視第一審的審判結果進行全新審判，基於自為事實認定及量刑目的下進

³⁷ 李春福，同前註23，頁174。

³⁸ 李春福，同前註23，頁171。

³⁹ 黃朝義，同前註1，頁789。

行證據調查⁴⁰；另依刑訴法第370條第1項的文義，僅禁止刑的不利益變更，而非事實認定或理由說明抑或罪名的不利益變更⁴¹，則非必定導向利益被告的結果；況因該規定的存在，更是表現出我國現況是第二審法院不斷地監視與監督第一審法院的審判活動，在職權進行模式下展開整體刑事程序⁴²。故此見解並非無疑。

(二)日本學說見解的比較考察

1. 純法律論與政策理由說

日本學說曾分別從純法律論及政策理由的角度說明不利益變更禁止原則的存在理由。其中，純法律論方面，大致有以下三種觀點：

其一，就上訴制度的性質而言，上訴本以救濟上訴人為目的，自不允許不利益變更⁴³。惟上訴制度除用以救濟被告，同等有確保裁判正確的目的存在⁴⁴，自無法從上訴制度本身推導出不利益變更禁止的結論。

其二，上訴審應以當事人聲明不服範圍內進行審查，

⁴⁰ 黃朝義，同前註1，頁790、795。

⁴¹ 田正恒，刑事不利益變更禁止之原則，法令月刊，38卷7期，1987年7月，頁17；黃朝義，同前註1，2021年8月，頁825。

⁴² 黃朝義，同前註1，頁793。

⁴³ 小野清一郎，審級制度と上訴の限界，收於：法学評論（上），1938年7月，頁320。

⁴⁴ 同前註，頁320；高田卓爾，不利益變更禁止の研究，刑法雜誌，3卷1号，1952年5月，頁55-56；竹內正，不利益變更禁止の原則，收於：刑事訴訟法講座第3卷，1964年8月，頁118。

僅被告聲明不服的情形下自無允許不利益變更的餘地⁴⁵。惟此種當事人主義的觀點，依日本刑訴法第402條規定：「被告控訴或為被告控訴之事件，不得諭知較原判決更重之刑。」⁴⁶祇要第二審法院未諭知更重之刑，不論上訴人聲明不服範圍為何，第二審法院皆須進行全新審判⁴⁷。又，上訴審雖不被職權主義所支配，例如上訴的提起與撤回受到當事人的左右，但刑事訴訟並不完全與實體真實發現主義別離，尤其第二審法院得職權調查上訴理由書以外事項（日本刑訴法第392條第2項）及第三審法院得基於上訴三審以外事由職權廢棄原判決（日本刑訴法第411條），亦非僅以利益被告方向進行；縱認上訴審法院僅得審查當事人所聲明不服之點，此也祇是上訴審法院不得審理他點，就該聲明不服之點而言並無法推導出禁止不利益變更，故此仍是在上訴是以救濟上訴人為目的下的思考⁴⁸。再者，如從上訴制度性質或上訴審構造而言，不利益變更是當然不被允許的話，在刑訴法中自無明文規定不利益變更禁止原則的必要，正因為無法以所謂上訴制度作為救濟被告之性質或僅得就上訴聲明不服範圍內審查之處

⁴⁵ 小野清一郎，同前註43，頁320。

⁴⁶ 依日本刑訴法第414條規定，第402條規定亦準用於上告審程序（第三審）。

⁴⁷ 小野清一郎，同前註43，頁320。應注意的是，小野博士是以1922年舊刑訴法（大正刑訴法）為論理基礎，當時第二審（控訴）程序採覆審制，亦請參閱同書，頁311。

⁴⁸ 高田卓爾，同前註44，頁57。

分主義的論理建構其存在理由，才須明文規定之，是以不利益變更禁止原則實未與上訴制度相矛盾⁴⁹。

其三，如檢察官未上訴，原判決在利益被告的限度內具有確定力，故不允許不利益變更，即所謂相對確定力理論的觀點⁵⁰。惟如此觀點是立腳在18世紀歐陸國家採取糾問制度訴訟程序的確定力理論之上⁵¹，無法直接套用到採取當事人主義的現行刑事訴訟構造之中；且其僅是以理論說明禁止的效果，並非說明不利益變更禁止原則的存在理由⁵²。

然而，由於純法律論的角度無法合理說明不利益變更禁止原則的存在理由，日本通說認為禁止不利益變更是為防止被告懼怕發生不利益結果而放棄上訴權，藉以保障被告上訴權的自由行使，此即為政策理由說⁵³。日本最高法院亦認為「此不利益變更禁止原則是……考慮到不讓被告側的上訴權行使有所躊躇之虞而被採用」⁵⁴，強調不利益變更禁止原則是保障被告上訴權行使的政策根據。

當然，以所謂政策理由作為存在理由，不免會受到過

⁴⁹ 小野慶二，不利益變更の禁止，法律時報，27卷6号，1955年6月，頁63。

⁵⁰ 高田卓爾，同前註44，頁58。

⁵¹ 高田昭正，刑事訴訟の構造と救済，1994年5月，頁131。

⁵² 高田卓爾，同前註44，頁58；小野慶二，同前註49，頁63。

⁵³ 請參照小野清一郎，同前註43，頁320；高田卓爾，同前註44，頁58；竹內正，同前註44，頁119；小野慶二，同前註49，頁63。

⁵⁴ 最判昭和27年12月24日刑集6卷11号1363頁。

於空洞的質疑。尤其是現行刑訴法的規定是實體真實發現主義大幅退後、強調當事人主義取代職權主義、上訴審是祇針對上訴理由的事後審，僅從保障上訴權行使的角度理解不利益變更禁止並不充足⁵⁵。況且，既然以政策理由為名，則立法者亦可因政策需要自由廢止不利益變更禁止原則，故學說便認為此處的政策並非單純的獎勵上訴，而是具有獨自法律根據的政策⁵⁶。例如基於近代法中已確立的重要原則「正當權利行使不伴隨不利益」，在以尊重個人權利及自由之民主國家的法秩序中須特別受到重視，上訴既然作為盡可能減少誤判的有益制度，要達成此一使命自須保障被告的上訴權行使，且基於日本憲法第39條的請求，不應在法律上不當地將被告或曾為被告之人置於不安定立場之中，亦即防止已提起上訴的被告被置於不當的危險狀態之中⁵⁷。而憲法強烈要求對於刑事被告的權利保障，刑訴法亦是以被告的正當防禦權保障為理念所構成，上訴權既占有被告防禦權的重要部分，則在正當權利行使不伴隨不利益的命題下，被告上訴權自由行使的保障即非空有政策理由之名，而是具有獨自的法律根據存在⁵⁸。

2. 透過當事人主義觀點的重新理解

雖採政策理由說的論者對於純法律論的當事人主義觀

⁵⁵ 橫山晃一郎，不利益變更の禁止，收於：公判法大系IV上訴，1975年8月，頁90。

⁵⁶ 小野慶二，同前註49，頁63。

⁵⁷ 小野慶二，同前註49，頁63。

⁵⁸ 竹內正，同前註44，頁119-120。

點提出多點反論，採當事人主義觀點的論者則回應，由於在上訴後，上訴審法院具有對於判決內容的全部是否合於實體真實進行裁判的權限，無須過問上訴人的不服內容為何，就此而言政策理由說的背後仍是基於職權主義思想⁵⁹，與作為權力抑制型的當事人主義訴訟制度的基本原理不一貫⁶⁰。而有鑑於現行法已採納當事人主義訴訟結構的立法，自無法擺脫本於當事人主義訴訟結構的思考。是以，近期學說再次從當事人主義與上訴制度作為被告救濟的性質，重新理解今日意義下的不利益變更禁止原則⁶¹。

如前述，學說認為在採行當事人主義訴訟構造之現行法中，僅憑保障上訴權行使的思考建構不利益變更禁止原則並不充分。如從不利益變更禁止規定以及上訴費用補償規定的存在可知，上訴並非雙方當事人平等的不服聲明制度，而是原則上作為救濟被告的制度，且在當事人主義的上訴審制度下，上訴審法院的審理自應被限制在聲明不服的範圍內⁶²。是以，縱認所謂的政策考量得作為直接理由，但其實仍是在應在聲明不符範圍之限度內裁判的當事人主義原理，與現行法將重點置於被告救濟理念之背景下

⁵⁹ 福井厚，刑事訴訟法，7版，2012年10月，頁395。又，從前述政策理由說所提出的反論中，亦可窺見採當事人主義觀點論者提出如此回應的思考，例如第二審法院不論上訴人聲明不服範圍皆須進行全新審判，以及強調法院職權調查及職權廢棄原判決等實體真實主義的達成，不無職權主義的影子存在。

⁶⁰ 鈴木茂嗣，刑事訴訟法，改訂版，1990年3月，頁255。

⁶¹ 白取祐司，刑事訴訟法，10版，2021年3月，頁503。

⁶² 橫山晃一郎，同前註55，頁90。

的思考⁶³。亦即，要能使被告得以安心上訴，最終仍是在於被告能透過上訴對於其不服部分獲得確實有效的救濟。

又，在當事人主義的上訴審構造中，如從上訴是透過正確程序進行正確裁判以救濟被告權利的觀點，以及當事人對等原則的考量而言，作為國家機關的法院與檢察官具有積極擁護正確裁判與被告人權保障的義務，尤其是檢察官與被告在犯罪追訴程序中呈現出權力不對等，更應期待檢察官應擔當被告的輔助人而進行犯罪追訴活動，而法律則是此種基於思考，以不利益變更禁止原則的規定承認其作為檢察官與被告之間的片面處置⁶⁴。亦即，從上訴制度目的及當事人對等原則的角度觀之，在上訴程序中，對於檢察官與被告的處置須有所差異，特別是呈現在上訴理由、相關程序及裁判等有關法令解釋適用的事項上，例如第392條職權調查及第393條事實調查的運用基準，具體上須主要保障從被告利益的側面為運用，而不利益變更禁止在此意義下，即是從當事人對等原則及保障從被告利益的思考所生的原理⁶⁵。在此思考下，雖得認政策理由說所謂確保被告上訴權自由行使，但在理論構成上更重視的是不

⁶³ 田宮裕，刑事訴訟法，新版，1996年3月，頁469。田宮博士進一步認為，日本刑訴法第402條規定禁止重刑變更，此種當事人主義原理及被告救濟理念即顯現於可明瞭判斷數量的「刑」之上。雖未說明理由，或因認為被告多所著重的是刑度高低，往往亦多就刑度部分聲明不服，判決是否更不利，從刑度便可一見即知。

⁶⁴ 井戶田侃，刑事上訴の構造論，平場安治博士還曆祝賀：現代の刑事法学（下），1982年7月，頁250。

⁶⁵ 同前註，頁253。

利益變更禁止是作為上訴制度中救濟被告權利之法處置的內涵。

相較於上述對於政策理由說採取不否認的態度，另有見解指出不利益變更禁止原則並非獎勵上訴或防止濫行上訴的單純政策選擇問題，而是在對於不當裁判救濟的層級上要如何擁護、保障被告之主體的防禦活動⁶⁶。亦即，在當事人主義訴訟構造中，被告不僅是被當作訴訟主體對待，更是承認其訴訟中的主導地位，方能充分確保憲法所保障的被告權利⁶⁷。而上訴程序作為被告救濟制度，如承認上訴審法院得行使職權調查，將使被告有如受到偷襲般無法進行主體的防禦活動，亦否定上訴制度的本質；又如承認檢察官得進行積極訴追活動，將使被告再次承受追訴的疲弊，亦使上訴審中被告的主動權受到制約⁶⁸。故不利益變更禁止是為了保障主體的接近使用上訴審程序之被告權利，以限制上訴審法院職權調查及檢察官訴追活動之內容與機能，並強調救濟程序中如何保障「作為法主體的被告權利」⁶⁹。在此思考下，被告作為上訴程序中的法主體，法院與檢察官祇得在被告聲明不服的範圍內進行審判及訴追，自不得為不利益變更。

⁶⁶ 高田昭正，同前註51，頁134。

⁶⁷ 井戶田侃，同前註64，頁246。

⁶⁸ 高田昭正，同前註51，頁186-187。

⁶⁹ 高田昭正，同前註51，頁189、223-224。此外，高田博士指更指出，在該思考下，也許不利益變更禁止已無須掌握為一個單一、集合的訴訟原則。

3. 其他可能的解釋途徑

如前述，日本通說的政策理由說，以及近期有力見解的當事人主義觀點，前者以刑訴法具體規範的形式指摘後者的缺失，而後者則貫徹現行法的刑事訴訟結構予以反駁。惟就前者而言，正如後者所云，既然現行刑訴法已採當事人主義，在解釋上即難以捨棄不用，相對地就後者而言，達成實體真實主義，以及立法者如何透過法規範表達救濟被告的方式與上訴制度的目的，亦多涉及立法政策的問題。兩者皆有其見地，亦有其不足之處，這或許是兩者各有其支持者的原因。

然而，令人玩味的是，採取政策理由說的學者，除有認為政策理由的背後須具有獨自法律根據之外，亦有考量到現行刑訴法是採納當事人主義訴訟構造的立法，指出不利益變更禁止原則的存在理由或應一併考慮當事人主義進行論理、檢討⁷⁰。同樣地，當事人主義觀點的論者亦有不否認保障被告被告上訴權使其安心上訴之政策理由的存在。據此，所謂政策理由並非不能透過其他理論予以補足其基礎，亦即確保被告上訴不會因此受到重刑變更危險的政策思考，其實質根據或許是憲法訴訟保障，抑或是在當事人主義下被告法主體權利的確保等，而祇要能使被告安心上訴以保護其上訴權行即可。此種解釋途徑在政策理由

⁷⁰ 高田卓爾，不利益變更禁止の原則，收於：綜合判例研究叢書刑事訴訟法(17)，1965年9月，頁215；竹內正，同前註44，頁119。惟兩人並未詳細說明如何在政策理由說中採納當事人主義的論理。

說及當事人主義觀點皆能窺見一二。

(三)本文見解

回到我國法的不利益變更禁止原則。刑訴法於1928年立法當時已在再審程序中設有不利益變更禁止原則的明文規定，卻直至1935年修正始明文規定在第二審程序之中。其理由為何，或可往前回溯早期法制進行考察。

詳言之，由於民國初期因法制未完備，審判制度基本上援用清末時期由沈家本等人所主導編纂的相關法規，既有法律除與民國國體相牴觸者之外皆暫行援用⁷¹。在刑事程序部分，除暫行援用「各級審判廳試辦章程」及「法院編制法」之外，沈家本等人在日籍修律顧問岡田朝太郎的協助下完成，內容主要參酌日本1890年「刑事訴訟法」（即明治刑事訴訟法）的1911年「大清刑事訴訟律」草案⁷²。因非正式頒行，除經司法部呈准援用的部分之外並非當然援用，惟該草案多參酌各先進國當時的立法例，大理院在判決中多以「訴訟法理」方式酌予採用⁷³。

就立法沿革而言，大清刑事訴訟律草案第456條規定：「為受刑人利益所行之再審者，其判決之刑不得較原判決加重。」而作為主要參考立法例的明治刑訴法第265條則規定：「（第1項）僅被告、辯護人或法律上代理人

⁷¹ 黃源盛，近代刑事訴訟理念與體制的形塑——民初大理院刑事程序判決再探，法制史研究，18期，2010年12月，頁188。

⁷² 同前註，頁186。

⁷³ 同前註，頁191。

控訴時不允許變更原判決致被告之不利益。(第2項)為被告之利益檢察官控訴時亦同。」第291條：「第265條之規定亦適用於上告。」兩者雖同設有不利益變更禁止原則的規定，前者規定在特別救濟程序的再審中，而後者則規定在通常救濟程序的控訴及上告中。該草案如此規定，或因考量到裁判確定後為受刑人利益所行之再審，若其結果反不利於受刑人，將有違為受刑人利益請求再審的立法目的⁷⁴，且審判官既認提起再審有理由，自不應作出矛盾評價；反之裁判確定前，審判官首要的是依職權盡可能調查以發現真實並確保裁判正確⁷⁵，被告救濟則為其次。基此，似可推知當時修法主導者有意未採明治刑訴法同樣立法模式⁷⁶。此後1921年時廣東軍政府頒布的「刑事訴訟律」及北京政府頒布的「刑事訴訟條例」⁷⁷，以及1928年刑訴法皆採相同立法模式，至1935年刑訴法修正後方另明文規定在第二審程序的第362條之中，其理由為「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院可否加重原判

⁷⁴ 關於該條立法目的的考察，請參照吳宏耀、種松志編，中國刑事訴訟法典百年（上），2012年10月，頁209。

⁷⁵ 該草案採取彈劾主義及職權主義的立法，請參照同前註，頁108-109。

⁷⁶ 此外，作為清末修法時期「法院編制法」的應急配套措施，該草案前身的1910年「民事刑事訴訟暫行章程」草案第298條第4項同樣僅規定再審程序的不利益變更禁止。請參照同前註，頁38-41。

⁷⁷ 請參照陳光宇編，清末民初中國法制現代化之研究第一輯刑事訴訟法篇，行政院國家科學委員會及中華文化復興委員會補助專題研究報告，1973年7月，頁5之11-5之13、5之18-55之23、7之2-7之6。

決之刑，舊刑訴法無明文規定。本法明文除變更所適用之法條外，不得改判重刑。」⁷⁸亦可推知立法者在通常救濟程序或特別救濟程序中設不利益變更禁止的規定，應是基於政策理由下立法裁量。

另就實務見解而言，大理院3年上字第160號判例曾指出「現行法並無禁止刑事被告人上訴不得為不利益判決之明文原判若係引律錯誤上訴衙門對於上訴之部分不問係由檢察官上訴抑係由被告人上訴皆應以職權糾正之至因糾正違法判決而所科之刑較重於原判之刑亦無不可」⁷⁹。大理院以法未明文為由不採認不利益變更禁止在上訴審的適用，亦不受參考立法例的影響，未另行創設上訴審之不利益變更禁止的訴訟法理，而著重於確保裁判正確的目的之上。據此可推知，起初立法者與司法實務雖非未意識到上訴審之不利益變更禁止的存在，惟基於立法政策上的考量，立法者僅先保障判決確定後的再審程序中受判決人利益，之後才分別在1935年及1945年時，基於保障被告上訴權行使及判決確定後附隨的被告具體救濟，修正時增訂第二審程序及非常上訴程序的不利益變更禁止原則⁸⁰，而大

⁷⁸ 謝振民編著，張知本校閱，中華民國立法史，滬1版，1948年1月，頁1267。

⁷⁹ 大理院編輯處編，大理院解釋例要旨匯覽第二卷，1919年，頁258。

⁸⁰ 非常上訴的本質仍在圖謀法令的統一解釋與適用，不利益變更禁止的效果至多為附隨的被告救濟，而與再審以保護個人利益不同。請參閱黃朝義，同前註1，頁871-872。另最高法院97年度第3、4次刑事庭決議亦再次強調非常上訴的統一適用法令目的。

理院則尊重立法者意思未另行創設相關訴訟法理。

再者，從刑訴法第370條第1項規定的變遷而言，1945年刑訴法第362條但書曾規定為「因原審判決適用法條不當，或量刑顯係失出，而撤銷之者」，至1967年刑訴法第370條但書又改回與1935年刑訴法第362條但書規定相同法條文字「因原審判決適用法條不當而撤銷之者」。其中關於「量刑顯係失出」的刪除理由，當時立法者指出量刑輕重無客觀絕對標準，在原審判決適用法條無不當的情形，是否量刑顯係失出難以確定，如委由第二審法院主觀認定將導致第二審法院幾乎可任意為不利益被告之判決，足使舊法第362條保護被告之立法精神減損無遺；又如有量刑顯係失出的情形，檢察官應自行為不利被告之上訴，如此規定實理殊難通⁸¹。基此，不利益變更禁止原則的規定，雖目的在於保護第二審程序中的被告利益，惟規定亦表示立法者欲確保裁判正確的思考，而「量刑顯係失出」的曾經存在則顯示出第二審法院面對到被告責當其罰與被告利益保護的問題時，過去的立法者欲使後者應退讓予前者，而得以達成裁判適當的要求。

從而，本文認為就我國不利益變更禁止原則的立法而

⁸¹ 立法院公報處，立法院公報，56卷38期第13冊，1966年5月，頁19-20。另孫啟強，不利益變更禁止原則之相關問題——以實務見解為中心（上），同前註25，頁2便指出犯罪情節輕重懸殊、量刑為法官審判核心事項而無一定量化及客觀標準過去尚無量刑資訊系統及量刑趨勢建議可資參酌，如此規定立意固然良好，實際上可能流於法官恣意而顯不可行。

言，不利益變更禁止原則的存在理由在於保護被告上訴權與維護裁判正確之間的立法者選擇與取捨。亦即在刑事程序之中是否採納、要在多大範圍內採納不利益變更禁止原則，本質上即屬一個法律政策決定⁸²。

雖我國學說有從相對確定力、當事人進行主義及審級救濟的觀點，亦即如日本學說所示的純法律論說明存在理由，惟我國現行刑訴法所建構的第二審程序的覆審制構造以及第370條的規定，純法律論的觀點尚有可議之處。此外，有日本學說認為，不利益變更禁止原則是一種對於職權主義訴訟制度的煞車，以恩惠的官僚主義之意識型態為前提的概念，與當事人主義訴訟制度不相容⁸³，亦不合於採取覆審制的第二審程序⁸⁴，且承認不利益變更禁止是僅顧慮到上訴人利益，有違追求正義的刑事訴訟之本質，導致開啟濫行上訴的大道⁸⁵，明顯有礙於以迅速且適正裁判為目的之的刑事訴訟程序⁸⁶，故認為不利益變更禁止原則不應存在。此種觀點對於採納改良式當事人進行主義訴訟制度及覆審制第二審程序的我國刑訴法而言自非無見。惟如學說所述，正因為無法單純從性質面或構造面等說明其

⁸² 薛智仁，同前註25，頁109。

⁸³ 平野竜一，同前註36，頁323。

⁸⁴ 小野清一郎，中華民國の刑事訴訟法，收於：法學評論（上），1938年7月，頁388。

⁸⁵ 田中耕太郎，上訴權の濫用とその対策，法費時報，6卷1号，1954年1月，頁40。

⁸⁶ 小野清一郎，同前註43，頁321。

存在理由，立法者自須透過立法的方式，明示如何採擇保護被告上訴權自由行使的政策考量，刑訴法第370條第1項規定即為此一政策決定的具體表現。

二、與罪刑相當原則的關係

(一)劃定量刑的外在與內在界限

最高法院曾指出「法律上屬於自由裁量事項，尚非概無法律性之拘束，在法律上有其外部界限及內部界限，前者法律之具體規定，使法院得以具體選擇為適當裁判，此為自由裁量之外部界限。後者法院為自由裁量時，應考量法律之目的，法律秩序之理念所在，此為自由裁量之內部界限。法院為裁判時，二者均不得有所踰越。」⁸⁷據此便可理解第5451號判決區分不利益變更禁止原則與罪刑相當原則的思考。亦即，前者屬第二審法院量刑的外部界限，禁止第二審量刑重於第一審判決之刑，而後者屬量刑的內在界限，第二審法院所為量刑結果必須罪責相當，縱有但書除外規定情形亦同。

如在採認刑訴法第370條第1項本文作為保障被告上訴權自由行使的政策決定之基礎上，所謂「第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑」的意義，應在於避免被告懼怕第二審判決的重刑變更危險而顧慮是否上訴，那麼祇要第二審法院諭知之刑不重於第一審判決之刑即可消除被告的

⁸⁷ 同見解，如最高法院91年度台非字第32號判決、最高法院92年度台非字第187號判決、最高法院92年度台非字第319號判決。

顧慮，而非積極要求第二審法院須輕刑變更以鼓勵被告上訴⁸⁸。亦即，不利益變更禁止原則的效力僅在於禁止第二審法院的量刑超出第一審判決所劃定的量刑範圍，是一種訴訟法上之量刑外在界限。

另一方面，責任作為刑罰制裁的基礎，亦為刑罰裁量的標準，法院在為刑罰裁量時，應依罪刑相當原則，依行為人的責任程度決定刑罰種類及輕重，並在一般預防及特別預防的目的性考量下進行調整⁸⁹。又罪刑相當原則作為憲法比例原則的延伸⁹⁰，第二審法院自當同受此依憲法原則的約束，而應在責任所相應的刑之範圍內考慮責罰相當及預防必要進行量刑，不論有無同條項但書除外規定的情形皆同。此即為第二審法院本身必須依循的實體法上之量刑內在界限。

區分二者的實益在於，第三審法院審查是否判決違背法令時，對於前者僅須確認第二審法院的量刑有無重於第一審判決之刑，對於後者則須確認第二審法院的量刑有無

⁸⁸ 薛智仁，同前註25，頁120。

⁸⁹ 林山田，同前註27，頁523。

⁹⁰ 如司法院釋字第804號解釋理由書指出：「人民身體之自由應予保障，憲法第8條定有明文。對於犯罪行為施以剝奪人身自由之刑罰制裁，除限制人民身體之自由外，更將同時影響人民其他基本權利之實現，是其法定自由刑之刑度高低，應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第23條比例原則無違（本院釋字第544號、第551號、第646號、第669號及第790號解釋參照）。」雖大法官將罪刑相當原則冠上憲法原則之名，惟仍是在憲法比例原則下的論述。另請參照謝煜偉，罪刑相當原則與情節輕微條款，月旦法學教室，209期，2020年3月，頁26-27。

逸脫罪刑相當原則所設定的範圍⁹¹。二者或許在實際適用上偶有產生相同量刑結果，惟概念及效力仍有差異，自應明確區辨。

(二)兩者區別且非適用上相互關連

最高法院亦曾指出不利益禁止變更原則「並非禁止第二審做出任何不利於被告之變更，而是僅止於禁止『原審判決之刑』之不利變更。依此，不利益禁止變更原則其功能僅在為第二審法院劃定量刑之外部界限，只要量刑結果未超出第一審判決之刑，即無不利益變更的問題」。而依罪刑相當原則，「縱使不論不利益變更禁止原則與否，在第二審法院量刑時本必須遵守實體法的規定，尤其宣告刑不得超出法定量刑空間，在此範圍內『科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條一切情狀』。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」，故「『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。是若由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之案件，第二審所認定之犯罪情節，明顯輕於第一審者，若第二審之宣告刑猶等同於第一審，實際上無異論知較重於第一審之宣告刑，即難謂與『不利益禁止變更原則』或『罪刑相當原則』無

⁹¹ 薛智仁，同前註25，頁122。

悖」⁹²。

有疑問的是，該判決在結論上將罪刑相當原則導入不利益變更禁止原則的判斷中，指出兩者是具有適用上相互關連的不同概念，故第二審認定犯罪情節較輕但宣告刑猶等同於第一審之刑，即實際上無異論知較重於第一審之宣告刑，有悖不利益禁止變更原則或罪刑相當原則。惟既然第二審判決未論知重於第一審判決之刑，本無違反不利益禁止變更原則，僅生是否違反罪刑相當原則的問題。第二審法院認定犯罪情節明顯較輕，本須依循罪刑相當原則進行較輕量刑，並非基於不利益變更禁止原則的效力⁹³，如此論述與結論實已自相矛盾。

上述最高法院的理解或有影響到第5451號判決及第5984號判決的論述。換言之，第5451號判決針對不利益變更禁止原則的存在理由以及兩原則概念區分的一部分與前開判決相通，故在兩原則概念及效力有所差異的基礎下，論述第二審判決的量刑是否違反兩原則。惟依其論述，強調第一審判決適用法條不當而撤銷時即屬但書除外規定的情形，亦有罪刑相當原則的適用。那麼同依刑訴法第370條第1項文義，在符合但書除外規定的情形下是得允許合於罪刑相當原則的不利益變更，則既然已突破不利益變更禁止的外部界限，卻再以第二審判決處以相同之刑未違反不

⁹² 最高法院108年度台上字第2274號判決。

⁹³ 薛智仁，同前註25，頁120-121。並強調不利益變更禁止原則的效力是禁止加重，而非強制減輕。

利益變更禁止原則作為結論，實不無論理瑕疵之嫌。此外，如依學說所採認三個先後審查順序的判準，既然第二審判決的量刑不重於第一審判決之刑，即無所謂違反不利益變更禁止原則的問題，更無須再審查是否適用法條不當。

另一方面，第5984號判決透過限縮但書除外規定的適用範圍，使第二審法院的量刑不重於第一審判決之刑的部分，似認為兩原則是具有適用上相互關連的不同概念，而與前開判決相通。惟依但書除外規定的文義，並未限制該不當適用之量刑法條是較第一審重的情形時始得適用，亦未在理由中詳述是否基於不利益變更禁止原則存在理由進行限縮解釋，而其論述上卻表現出最高法院欲透過不利益變更禁止原則迫使第二審法院的量刑再次減輕。此種思考或有如學說所云，是不當賦予不利益變更禁止原則強制有利被告的內涵，並強化控制第二審法院的量刑⁹⁴。

從而，不利益變更禁止原則與罪刑相當原則在概念上及效力上有所差異，不應混淆兩者的內涵。第5451號判決及第5984號判決的論理瑕疵，或許是源自於「兩者概念應有區別，惟在適用上彼此相互關連」的思考而來。

⁹⁴ 薛智仁，同前註25，頁122。

肆、結語——重思不利益變更禁止原則的立法

綜上述，本文認為我國不利益變更禁止原則的立法涉及保護被告上訴權與維護裁判正確之間的立法者選擇與取捨，亦即以政策理由作為存在理由。若依此觀點重思我國刑訴法的現行規定，在通常救濟程序中，第二審程序的不利益變更禁止是原則上確保被告上訴權自由行使以救濟其利益的考量；而在特別救濟程序中，再審程序的不利益變更禁止是法安定性與明顯事實誤認之衝突下的受判決人利益保護的考量，非常上訴程序的不利益變更禁止則是統一法令解釋適用所生附隨被告利益具體救濟的考量。

另一方面，作為通常救濟程序的第三審程序，多數見解指出既然不利益變更禁止在於確保被告上訴權自由行使以救濟其利益，自不應排除於保護範圍內，故認為亦有適用⁹⁵或可得類推適用⁹⁶刑訴法第370條規定。然而，考量到形式上獨漏第三審程序的立法模式，以及同條第1項但書除外規定的存在與第三審程序須以判決違背法令為上訴理

⁹⁵ 如林永謀，同前註1，頁39；林俊益，同前註1，頁369；黃朝義，同前註1，頁827；李聖隆，同前註28，頁114；田正恒，同前註41，頁17；陳蓓儀，同前註28，頁93；謝志鴻，同前註25，頁135；蔡羽玄，同前註31，頁115；孫啟強，不利益變更禁止原則之相關問題——以實務見解為中心（上），同前註25，頁3。另王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註1，頁421則指出第三審法院不適用不利益變更禁止原則並不正確，似認為亦得適用。

⁹⁶ 林鈺雄，同前註1，頁401。

由的限制（第377條），學說便指出立法者既然規定原審判決有適用法條不當時排除不利益變更禁止原則的適用，則以判決違背法令為前提的第三審程序本無適用的餘地，故未為規定應屬合乎立法者規範計畫的法律漏洞⁹⁷。事實上，縱肯認第三審程序得適用或類推適用第370條規定，當第三審法院認上訴有理由而自為判決時，因已就原審判決判斷確有適用法條不當的情形，終究仍是無不利益變更禁止原則的適用⁹⁸。換言之，不論是解釋為有意忽略，或可得適用或類推適用，皆因但書除外規定的存在，使第三審程序呈現出相較於保護被告上訴權，更是著重於維護裁判正確的狀態。

如要貫徹確保被告上訴權自由行使的思考，一種可能的解釋途徑是，將但書除外規定排除於第三審程序之適用或類推適用的範圍內。惟要如何在體系上整合第二、三審程序的不利益變更禁止，不無疑問。亦即第二審法院如認為原審適用法條不當，得「為維護裁判正確而行不利益變更」；相對地，作為法律審之的第三審法院，負有救濟不當裁判及謀求法令正確解釋適用的任務⁹⁹，如僅排除適用或類推適用但書除外規定的部分，將會形成「為維護裁判正確但禁止不利益變更」的狀況。據此，在原審適用法條

⁹⁷ 薛智仁，同前註25，頁111。

⁹⁸ 如最高法院107年度台上字第631號判決即認為：「又本件雖係由B、D提起上訴，但本院係因原判決適用法則不當予以撤銷改判，自無禁止不利益變更原則之適用。」（B、D為筆者自行改稱）。

⁹⁹ 黃朝義，同前註1，頁800。

不當的情形下，第二審程序縱不適用不利益變更禁止原則，上訴第三審後反倒能使被告受到不利益變更禁止的保護，變相地產生鼓勵被告上訴的效果。然而，如此解釋對於刑訴法第376條規定之不得上訴第三審的案件，除有但書規定之得上訴第三審的情形以外，仍無法免於上訴第二審後可能發生的重刑變更危險，難謂有助於特定類型案件之被告的上訴權自由行使。也造成此種已少一次救濟機會的特定類型案件之被告，陷入更不公平的處境中。

據此，若將第三審程序解釋為得適用或類推適用第370條規定的全部或一部，立意雖良善，但實際上僅能產生保護被告上訴權的宣示效果，抑或是加深不得上訴第三審之案件被告的不利待遇。是以，或應解釋為未在三審程序中規定不利益變更禁止是立法者的有意忽略，其旨在表達維護裁判正確更重於保護被告上訴權，在法未明文的情形下，似不宜適用或類推適用同條規定，以符合立法者對於刑訴法體系編排與條文內容的設定。當然，如要確實解決爭議，可行方向應為刪除但書除外規定並立法增訂準用規定，或直接增訂第三審程序之不利益變更禁止原則的規定。

此外，近來的最高法院判決另有認為但書除外規定是為確保法律的正確適用以兼顧實體真實發現而設，惟基於上訴制度所具有的保護被告人權、被害人人權及整體國家之社會法益的內涵，在實際適用上恐祇會更偏重於後

者¹⁰⁰。對此，或應進一步考慮的是，該如何建構不利益變更禁止原則作為政策決定的實質基礎，而不會因同樣基於政策理由而遭恣意更動或廢除。

如前述，日本實務與通說雖採政策理由說，但學說亦有認為須有其他法理根據充足其內容，就此點而言所謂的純法律論抑或上訴審程序性質或構造的觀點並非與其完全互斥，仍得適當採納、補足為構成政策理由的基礎。因此，本文認為被告要能透過上訴制度尋求救濟，得以避免原審法院的錯誤導致冤抑，並發揮對於國家訴追所生危險的防禦功能，其前提即為被告上訴權的自由行使，國家須盡可能使被告無懼提起上訴尋求救濟，以維護其所受憲法保障的訴訟權。亦即應積極評價不利益變更禁止原則所彰顯的政策意義，具有作為憲法訴訟權保障的實質內涵。立法者僅得在保護被告上訴權與維護裁判正確的政策性衡量下，適當且合理限制不利益變更禁止原則的適用範圍，反

¹⁰⁰ 例如最高法院110年度台非字第142號判決指出，不利益變更禁止原則「雖為保障被告上訴權而設，但發現真實為刑事訴訟的基本原則，正確地適用法律，亦為法官憲法上之義務」，而上訴制度「在維護被告之審級救濟權利，藉以保護人權，但所謂人權非僅專指被告之人權，尚包含被害人之人權，及整體國家社會法益在內」，因此「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。換言之，我國刑事訴訟制度一方面為了保障被告之上訴權，設有不利益變更禁止原則規定，另一方面又為兼顧實體真實之發現，設有例外規定以確保法律的正確適用。刑事訴訟法第370條第1項本文及但書之規定，本質上既為保障被告之上訴權，又為兼顧實體真實之發現，因此於適用時，自不得偏廢任一方。」另最高法院109年度台上字第3898號判決為同旨。

之則不得過度限制或廢除。如要維護裁判正確，在現行法下應由檢察官為被告不利益上訴，遂行其犯罪訴追的任務，而非為被告利益上訴後，第二審法院再以適用法條不當，使被告承擔不利變更的危險。從而，現行法刑訴法第370條第1項但書除外規定的存在與運用，實已造成被告懼怕上訴，而造成上訴權的過度限制，亦使第二審程序更偏向職權主義，與改良式當事人進行主義的制度方向未合。是以釜底抽薪之計仍在於刪除但書除外規定，改採絕對不加重原則的立法。

最後，在現行法下，依前述對於不利益變更禁止原則與罪刑相當原則的理解，刑訴法第370條不利益變更禁止原則是拘束第二審法院的訴訟法上之量刑外在界限，透過禁止第二審法院加重第一審判決所劃定的刑度，使被告無須顧忌重刑變更，得以安心上訴，進而保障其訴訟權；而罪刑相當原則是拘束第二審法院的實體法上之量刑內在界限，使第二審法院應在責任所相應的刑之範圍內考慮責罰相當及預防必要進行量刑，避免被告遭受不當刑罰，進而保障其自由權、生存權。亦即，二者對於第二審法院的量刑限制，前者是保障被告的程序參與，後者則是避免國家刑罰權的行使失當，各自的保護領域並非相同。而但書除外規定的存在，強調法院應正確適用法律，雖使第二審法院得以重刑變更，惟不論但書除外規定是否存在，抑或是否發生規定的情形，第二審法院皆應符合罪刑相當進行量刑，祇是當第一審判決適用法條不當時，第二審法院得論

知更重之刑而已。換言之，兩原則對於第二審法院的量刑實屬不同側面下的交互運作結果，在無第一審判決適用法條不當的情形下，此種訴訟法上之量刑外在界限得以拘束第二審法院合乎罪刑相當的量刑，而發生訴訟法上效果限制實體法上要求；反之，縱突破訴訟法上之量刑外在界限，第二審法院仍受到罪刑相當原則之實體法上量刑內在界限的拘束。

據此，本文認為第5451號判決雖有論理瑕疵，惟對於不利益變更禁止原則的理解，採認「保障被告上訴之決定自由」的政策理由說為存在理由，以及明確區辨其與罪刑相當原則的關係，劃分量刑外部界限與內部界限，應可贊同。又，第5984號判決將兩原則作為適用上相互關連的區別概念亦有論理瑕疵，惟將不利益變更禁止原則的存在理由訴諸於「落實憲法所揭發訴訟權保障之實質內涵」，雖僅能部分說明我國相關立法內容，卻也不失為提供未來修法後作為建構政策理由的實質且積極根據。

參考文獻

一、中文文獻

- 大理院編輯處編（1919）。*大理院解釋例要旨匯覽第二卷*。大理院收發所。
- 王兆鵬、張明偉、李榮耕（2020）。*刑事訴訟法（下）*（五版）。自版。
- 田正恒（1987）。刑事不利益變更禁止之原則。*法令月刊*，38（7），16-18。[http://doi.org/10.6509/TLM.198707_38\(7\).0003](http://doi.org/10.6509/TLM.198707_38(7).0003)
- 吳宏耀、種松志編（2012）。*中國刑事訴訟法典百年（上）*。中國政法大學出版社。
- 李春福（2017）。論不利益變更禁止原則——兼評非常上訴制度。*東吳法律學報*，28（3），167-200。
- 李春福（2019）。一事不再理之探討。*高大法學論叢*，15（1），155-191。
- 李聖隆（1970）。論刑事訴訟法上不利益變更禁止之原則。*刑事法雜誌*，14（2），113-127。[http://doi.org/10.6509/TLM.198707_38\(7\).0003](http://doi.org/10.6509/TLM.198707_38(7).0003)
- 林山田（2008）。*刑法通論（下）*（十版）。自版。
- 林永謀（2007）。*刑事訴訟法釋論（下）*。自版。
- 林俊益（1997）。刑事不利益變更禁止之研究。載於朱朝亮等合著，*刑事訴訟之運作——黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集*（頁53-111）。五南。
- 林俊益（2021）。*刑事訴訟法（下）*（十七版）。新學林。
- 林鈺雄（2015）。不利益變更禁止原則之適用前提——最高院103台上3020判決，*台灣法學雜誌*，278，183-190。
- 林鈺雄（2020）。*刑事訴訟法（下）*（十版）。元照。

- 柯耀程（2019）。三審判決不利益變更原則的適用——評最高法院107年度台上字第3357號刑事判決。《裁判時報》，82，44-50。
<http://doi.org/10.3966/207798362019040082005>
- 孫啟強（2021）。不利益變更禁止原則之相關問題——以實務見解為中心（上）。《司法周刊》，2063，2-4。
- 孫啟強（2021）。不利益變更禁止原則之相關問題——以實務見解為中心（下）。《司法周刊》，2064，2-4。
- 陳光宇編（1973）。清末民初中國法制現代化之研究第一輯刑事訴訟法篇（行政院國家科學委員會及中華文化復興委員會補助專題研究報告）。自版。
- 陳蒨儀（1994）。不利益變更禁止原則之探討。《刑事法雜誌》，38（3），89-103。
- 黃朝義（2021）。《刑事訴訟法》（六版）。新學林。
- 黃源盛（2010）。近代刑事訴訟理念與體制的形塑——民初大理院刑事程序判決再探。《法制史研究》，18，171-238。
- 蔡羽玄（2009）。論不利益變更禁止原則。《法學新論》，15，101-123。
- 蔡墩銘（1968）。刑事訴訟之主要原則。《刑事法雜誌》，12（4），157-163。
- 薛智仁（2010）。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》，209，106-136。
- 薛智仁（2015）。補行數罪併罰與不利益變更禁止——評最高法院一〇三年度第十四次刑事庭會議決議。《裁判時報》，38，23-35。
<http://doi.org/10.3966/207798362019040082005>
- 謝志鴻（1996）。「不利益變更禁止原則」之研究。《輔仁法學》，15，121-142。
- 謝振民編著，張知本校閱（1948）。《中華民國立法史》（滬1版）。正中書局。

- 謝煜偉（2020）。罪刑相當原則與情節輕微條款。《*月旦法學教室*》，209，26-31。http://doi.org/10.3966/168473932020030209007

二、日文文獻

- 小野清一郎（1938）。中華民國の刑事訴訟法。載於小野清一郎著，*法学評論（上）*（頁379-389）。弘文堂。
- 小野清一郎（1938）。審級制度と上訴の限界。載於小野清一郎著，*法学評論（上）*（頁304-332）。弘文堂。
- 小野慶二（1955）。不利益変更の禁止。《*法律時報*》，27（6），62-66。
- 井戸田侃（1982）。刑事上訴の構造論。載於鈴木茂嗣ほか編，*平場安治博士還曆祝賀：現代の刑事法学（下）*（頁236-257）。有斐閣。
- 平野竜一（1958）。*刑事訴訟法*。有斐閣。
- 田中耕太郎（1954）。上訴権の濫用とその対策。《*法曹時報*》，6（1），1-43。
- 田宮裕（1996）。*刑事訴訟法（新版）*。有斐閣。
- 白取祐司（2021）。*刑事訴訟法（十版）*。日本評論社。
- 竹内正（1964）。不利益変更禁止の原則。載於日本刑法学会編，*刑事訴訟法講座第3卷*（頁117-140）。有斐閣。
- 高田卓爾（1952）。不利益変更禁止の研究。《*刑法雜誌*》，3（1），46-61。
- 高田卓爾（1965）。不利益変更禁止の原則。載於佐伯千仞、団藤重光編，*総合判例研究叢書刑事訴訟法(17)*（頁211-331）。有斐閣。
- 高田昭正（1994）。*刑事訴訟の構造と救済*。成文堂。
- 鈴木茂嗣（1990）。*刑事訴訟法（改訂版）*。青林書院。
- 福井厚（2012）。*刑事訴訟法（七版）*。有斐閣。

- ▶横山晃一郎（1975）。不利益変更の禁止。載於熊谷弘、佐佐木史朗、松尾浩也、田宮裕編，*公判法大系IV上訴*（頁87-96）。日本評論社。