

最高法院刑事判決

113年度台非字第172號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被告 林建毅（原名林文強）

上列上訴人因被告殺人未遂等罪定其應執行刑案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國106年8月29日確定裁定（106年度聲字第680號，聲請案號：臺灣高等法院臺南分院檢察署〈更名為臺灣高等檢察署臺南檢察分署〉106年度執聲字第315號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

林建毅犯如附表所示各罪所處之刑，應執行有期徒刑拾柒年肆月。

理 由

壹、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又刑事訴訟法第370條前段『不利益變更禁止』規定，對於檢察官為被告之不利益上訴，原則上雖無適用，然須以其上訴有理由為前提，倘其上訴並無理由，仍有該原則之適用（最高法院101年度台上字第272號、104年度台上字第2762號刑事判決參照）。二、又刑事訴訟法第370條於103年6月4日修正公布，原條文未修正，改為第1項，增訂第2、3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者，不在此限(第1項)。前項所稱之刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑(第2項)。第1項規定，於第一審或第二審數罪併罰

01 之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，
02 準用之（第3項）。』即於第一審或第二審數罪併罰之判決
03 於另以裁定定其應執行刑時，亦有本條不利益變更禁止原則
04 之適用。三、本件被告前因犯強盜（罪一）、結夥攜帶凶器
05 強盜（罪二）、殺人未遂（罪三）及結夥攜帶凶器強盜罪
06 （罪四），經臺灣臺南地方法院（下稱臺南地院）以臺南地
07 院103年度重訴字第15號刑事判決分別判9年、10年、6年及9
08 年，合併定應執行刑18年，本件被告對原審判決之全部提起
09 上訴後，於臺南高分院準備程序時撤回對罪一、罪二之上
10 訴，而檢察官則僅對被告與同案被告何孟諺被訴殺人未遂罪
11 嫌部分（即罪三）以原審判決以一行為觸犯數罪名之想像競
12 合犯有違誤，應分論併罰為由提起上訴，然經二審駁回。是
13 依前開判決及刑事訴訟法修法意旨，本件核有刑事訴訟法第
14 370條不利益變更禁止原則之適用。四、又查，本件罪一、
15 罪二因被告撤回上訴即告確定。罪三之部分，雖臺南高分院
16 依職權撤銷原判決，改判共同犯殺人未遂罪維持原審判決所
17 定之刑度（即6年）。罪四之部分，因被告已賠償被害人損
18 失，為原審判決所未論及，經臺南高分院撤銷原審判決所定
19 之刑度，並改判8年（較原審判決9年輕1年）原裁定卻定被
20 告之執行刑為有期徒刑22年，而高於原審判決所定之執行刑
21 有期徒刑18年，顯不利於被告，而違反刑事訴訟法第370條
22 所規定之不利益變更禁止原則。五、原裁定就定執行刑之酌
23 定，顯有適用法則不當之違背法令情事，案經確定，且不利
24 於被告，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，
25 以資糾正。」等語。

26 貳、本院按：

27 一、判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第
28 378條定有明文。而定應執行刑之確定裁定，與科刑之確定
29 判決具有同等效力，如有違背法令且不利於被告者，應許提
30 起非常上訴，以資糾正及救濟。又刑事訴訟法第370條於民
31 國103年6月4日修正公布，增訂第2項「前項所稱刑，指宣告

01 刑及數罪併罰所定應執行之刑」、第3項「第一項規定，於
02 第一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以
03 裁定定其應執行之刑時，準用之」等規定。可見關於不利益
04 變更禁止原則，已擴及於數罪併罰所定應執行之刑，法院在
05 裁量定其應執行之刑時，自應受該原則之拘束。因此，分屬
06 不同案件之數罪併罰，倘其中一裁判宣告數罪之刑曾經定其
07 應執行刑，再與其他裁判宣告之刑（包含同一裁判所宣告數
08 罪之刑，同時定其應執行之刑），重定其應執行刑時，即有
09 不利益變更禁止原則之適用；且重定之應執行刑，不得較重
10 於前定之執行刑加計後裁判所宣告之刑或所定應執行刑之總
11 和，否則即屬違背法令。

12 二、經查，被告林建毅（原名林文強）所犯附表編號1、2之罪，
13 前經臺南地院以106年度聲字第885號裁定應執行有期徒刑12
14 年確定；所犯編號3、4之罪，前經臺南高分院以104年度上
15 訴字第910號、105年度上訴字第734號撤銷第一審判決，各
16 改判有期徒刑6年及8年，應執行有期徒刑12年，經本院以10
17 6年度台上字第2092號駁回上訴確定，有相關之判決可查。
18 原裁定（即臺南高分院106年度聲字第680號裁定）依檢察官
19 之聲請就編號1至4之罪重定執行刑為有期徒刑22年，於刑法
20 第51條第5款之規定，雖屬無違；然編號1至4各罪曾經臺南
21 地院以103年度重訴字第15號判決分別判處有期徒刑9年、10
22 年、6年及9年，定應執行刑有期徒刑18年，其中編號4部
23 分，並經第二審撤銷第一審諭知之有期徒刑9年，改判處有
24 期徒刑8年確定。依前述說明，原裁定於裁量時自應受不利
25 益變更禁止原則之拘束。原裁定之上開定刑，自屬違背法
26 令。案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨執此指摘，為
27 有理由。應由本院將原裁定撤銷，並審酌被告所犯附表各罪
28 係結夥侵入住宅強盜、結夥攜帶兇器強盜（2罪）、共同殺
29 人未遂，時間相接，情節、手段及對社會之危害嚴重等情，
30 另行判決如主文第2項所示，以資救濟。

01 據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，刑法第53條、
02 第51條第5款，判決如主文。

03 中 華 民 國 113 年 10 月 9 日

04 刑事第八庭審判長法官 林瑞斌

05 法官 林英志

06 法官 朱瑞娟

07 法官 高文崇

08 法官 黃潔茹

09 本件正本證明與原本無異

10 書記官 王怡屏

11 中 華 民 國 113 年 10 月 15 日

12 附表：（即原裁定附表）