臺灣高等法院臺中分院刑事裁定

112年度抗字第318號

抗 告人 即
聲明異議人　呂文忠
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

上列抗告人即聲明異議人因違反家庭暴力防治法案件（臺灣彰化地方法院111年度簡字第1060號），對臺灣彰化地方檢察署檢察官之執行指揮（111年執字第4843號），聲明異議，不服臺灣彰化地方法院中華民國112年2月7日刑事裁定（111年度聲字第1360號），提起抗告，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

理　由

一、本件抗告人即聲明異議人呂文忠抗告意旨略以：

㈠本件原裁定駁回聲明異議之事由，乃將數罪併罰之事分開解釋，而為駁回異議之理由。然數罪併罰定應執行之刑期定義，應為案件確定判決前再犯案件，方符合數罪併罰之定義。惟本件抗告人前犯竊盜罪2次，而經本院於民國111年1月20日以110年度上易字第906號判決以抗告人犯竊盜罪（2罪），各處有期徒刑5月，定應執行有期徒刑8月確定在案；抗告人再聲請數罪併罰，定應執行之刑期，業經本院以111年度聲字第1305號裁定應執行有期徒刑10年6月確定在案。又本件違反家庭暴力防治法所犯罪之日期為110年9月24日上午7時許，嗣本件違反家庭暴力防治法案件業經臺灣彰化地方法院111年度簡字第1060號判決判處拘役15日確定在案。

㈡上開有期徒刑10年6月之最後判決日111年1月20日為裁判之時；而違反家庭暴力防治法案件之犯罪日期為110年9月24日7時許所犯。則上開應為符合數罪併罰之定義，方為合適。

故原裁定駁回異議恐有不適，今抗告人為己身權益，提起抗告，認本件上開定應執行之有期徒刑10年6月，應可與本件拘役15日定應執行之刑方為妥適；又因刑法所定數罪併罰應執行之刑期，如應執行3年以上有期徒刑，而有數罪併罰定應執行之刑，且有拘役併罰之，則其拘役日期應不必執行之。是懇請重新審查抗告人所陳，惠依職權詳查，賜予抗告人公平裁定，毋任感禱。

二、按受刑人或其法定代理人或配偶，以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議，刑事訴訟法第484條定有明文。此所稱「檢察官執行之指揮不當」者，係指執行之指揮違法及執行方法不當等情形而言。次按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第51條規定，定其應執行之刑；依刑法第51條第5款至第8款所定之刑，併執行之，但應執行者為3年以上有期徒刑與拘役時，不執行拘役，刑法第50條第1項前段、第53條、第51條第9款分別定有明文。數罪併罰應執行者為有期徒刑與拘役時，因屬不同之刑罰種類，原則上採併科主義，應併執行，但有期徒刑與拘役在上位概念同屬自由刑之一種，而拘役刑期甚短，如與3年以上有期徒刑併予執行，實無意義可言，於此情形，刑法第51條第9款但書採吸收主義，明定不執行拘役，以為調和。惟其吸收拘役之前提係指合於數罪併罰規定之數罪而言，此觀刑法第51條本文首先揭示「數罪併罰，分別宣告其罪之刑」之旨自明。如不合數罪併罰要件，單純數罪或經分別合併定其應執行之刑，縱合併計算之有期徒刑逾3年，且有拘役，仍無適用刑法第51條第9款但書之餘地。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之，刑法第50條第1項定有明文。所稱併合處罰，係以裁判確定前犯數罪為條件，倘被告一再犯罪，經受諸多科刑判決確定之情形，上開所謂裁判確定，乃指「首先確定」之科刑判決而言。亦即以該首先判刑確定之日作為基準，在該日期之前所犯各罪，應依刑法第51條各款規定，定其應執行之刑；在該日期之後所

犯者，則無與之合併定執行刑之餘地（最高法院32年非字第63號、110年度台抗字第1110號裁判意旨參照）。準此，刑法第51條第9款「依第5款至前款所定之刑，併執行之。但應執行者為3年以上有期徒刑與拘役時，不執行拘役」所定，係指受刑人於裁判確定前犯數罪，經分別宣告有期徒刑及拘役時，而合於同法第50條併合處罰之規定，且所定之執行刑有3年以上有期徒刑及拘役時，始不執行拘役。換言之，如該宣告拘役之罪，與所定應執行3年以上有期徒刑之罪間，並不存在裁判確定前犯數罪之關係，自無該款但書規定不執行拘役之適用。

三、經查：

㈠本件抗告人前因如原裁定附表所示案件，先後經法院判處如該附表所示罪刑，均經確定在案，嗣本院以111年度聲字第1305號裁定定應執行有期徒刑10年6月確定(下稱甲案)，並由臺灣臺中地方檢察署檢察官以111年執更字第2254號執行指揮書指揮執行；抗告人另於110年9月24日上午7時許，因犯違反保護令罪，經臺灣彰化地方法院以111年度簡字第1060號判決判處拘役15日，於111年9月14日確定（下稱乙案），並由臺灣彰化地方檢察署檢察官以111年執字第4843號執行指揮書指揮執行，上開甲案、乙案因不合於數罪併罰之要件，予以接續執行在案，此有上揭判決、裁定及臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽，並經原審調閱乙案之執行卷宗核閱屬實。

㈡聲明異議意旨雖主張甲案執行刑已逾有期徒刑3年，不應再執行乙案之拘役刑云云。惟抗告人所犯甲案各罪中，作為合於定執行刑要件之基準日係97年9月22日（即原審裁定附表編號1所示之罪判決確定日），其各罪皆須在該日前所犯；而抗告人所犯乙案之犯罪日期則為110年9月24日，依前開說明，前揭甲案、乙案間並不符合刑法第50條併合處罰之要件，即不得依刑法第51條規定定其應執行刑，自無刑法第51條第9款但書規定不執行拘役之適用餘地。

四、綜上所述，臺灣臺中地方檢察署檢察官以111年執字第4843號執行指揮書執行前開拘役15日，於法即無不合，抗告人就此聲明異議指謫檢察官之執行指揮違法云云，並無理由，原審裁定駁回其聲明異議，尚無違誤。抗告人再以前詞指謫原裁定不當，容有誤解刑法第51條第9款但書規定之適用要件，難認有理由，本件抗告應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第412 條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　30　　日

刑事第五庭　審判長法　官　張　智　雄

法　官　游　秀　雯

法　官　陳　鈴　香

以上正本證明與原本無異。

不得再抗告。

書記官　邱　曉　薇

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　30　　日