

最高法院刑事判決

112年度台非字第85號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被告 董志銘

上列上訴人因被告竊盜等罪定應執行刑案件，對於臺灣彰化地方法院中華民國112年6月26日確定裁定（112年度聲字第440號；聲請案號：臺灣彰化地方檢察署112年度執聲字第261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。

董志銘所犯如附表所示之罪所處之刑，應執行有期徒刑壹年拾月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一、按『判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。』、『數罪併罰，分別宣告其罪之刑，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾30年。』刑事訴訟法第378條、刑法第51條第5款分別定有明文。次按『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。在數罪併罰而有二裁判以上，應定其應執行刑之案件，法院所為刑之酌定，固屬自由裁量事項，然對於法律之內、外部界限，仍均應受其拘束。』、『定執行刑之確定裁定與科刑之確定判決有同一效力，如有違法，自得提起非常上訴。』最高法院94年度台非字第21號、99年度台非字第142號分別著有判決可資參照。二、經

01 查，被告董志銘因竊盜等案件，先後犯附表編號1至5所示之
02 罪，其中附表編號1至4所示之9次竊盜等罪，經臺灣彰化地
03 方法院於111年11月1日，以111年度聲字第1016號裁定定應
04 執行有期徒刑為1年6月確定；嗣被告又犯附表編號5所示之1
05 次竊盜罪，經臺灣彰化地方法院於112年3月11日，以111年
06 度簡字第2050號判決處有期徒刑5月確定在案。故上開裁定
07 及判決於未定應執行刑之前，其加計之刑期為1年11月（1年
08 6月加計5月），法院應於有期徒刑1年6月以上、1年11月以
09 下定其應執行刑之刑期，惟原審法院依臺灣彰化地方檢察署
10 檢察官聲請定被告應執行之刑時，竟裁定應執行刑2年，雖
11 未逾越刑法第51條第5款之外部界限，但本件聲請定應執行
12 刑後，其刑期反較未定刑前之刑期多出1月，顯然不利於被
13 告，不僅有違信賴原則，亦與上開法律秩序與法律目的之內
14 部界限有悖，該裁定顯係違背法令，自難謂為適法。三、案
15 經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條
16 之規定提起非常上訴，以資糾正」等語。

17 二、本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事
18 訴訟法第378條定有明文。而定應執行刑之確定裁定，與科
19 刑之確定判決具有同等效力，如有違背法令且不利於被告
20 者，應許提起非常上訴，以資糾正及救濟。又刑事訴訟法第
21 370條第2項、第3項，已針對第二審上訴案件之定應執行
22 刑，明定不利益變更禁止原則，而分屬不同案件之數罪併罰
23 ，倘一裁判宣告數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判
24 宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束。
25 易言之，為免更定應執行刑反而對受刑人不利，應限制各該
26 併合處罰數罪先前裁判酌定其應執行刑時所給予適度刑罰折
27 扣之既得利益不得剝奪，故另定之執行刑，其裁量所定之刑
28 期，倘較重於前定執行刑加計其他裁判宣告刑之總和，即屬
29 違背法令。

30 三、被告董志銘因犯如附表所示案件，先後經臺灣彰化地方法院
31 （下稱彰化地院）判處如附表所示之刑確定；其中附表編號

01 1至4所示之罪，前經彰化地院以111年度聲字第1016號裁定
02 定應執行有期徒刑1年6月確定，有臺灣高等法院被告前案紀
03 錄表、各該判決及裁定書附卷可憑。嗣檢察官依職權就被告
04 所犯附表編號1至5所示10罪合併聲請定應執行刑，則所定之
05 應執行刑，不得較重於前揭附表編號1至4所定執行刑，加計
06 編號5所示宣告刑（有期徒刑5月）之總和，即不得重於有期
07 徒刑1年11月。惟原審法院不察，就附表所示各罪定應執行
08 有期徒刑2年，已逾前定執行刑加計後宣告刑之總和，揆諸
09 前揭說明，顯與不利益變更禁止原則相悖，而有適用法則不
10 當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執
11 以指摘，為有理由，應由本院將原裁定撤銷，改判如主文第
12 2項所示，並諭知易科罰金之折算標準，以資救濟。

13 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、
14 第51條第5款、第41條第1項前段、第8項，判決如主文。

15 中 華 民 國 112 年 9 月 13 日

16 刑事第八庭審判長法官 何菁莪

17 法官 何信慶

18 法官 朱瑞娟

19 法官 黃潔茹

20 法官 何俏美

21 本件正本證明與原本無異

22 書記官 邱鈺婷

23 中 華 民 國 112 年 9 月 18 日