

最高法院刑事判決

112年度台上字第5354號

上訴人 涂明朗

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國112年10月18日第二審判決（112年度侵上訴字第45號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署111年度偵緝字第1194號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於定應執行刑部分撤銷。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷（即定應執行刑）部分

一、本件原審經審理結果，認定上訴人涂明朗有如原判決事實欄所載，於民國89年8月至94年7月間，各對A、C、E、G、H女犯刑法第222條第1項第7款、第8款之攜帶兇器侵入住宅強制性交罪；對B、D女犯同條項第7款之侵入住宅強制性交罪；對F女（以上女子，其人別資料均詳卷）犯同條第2項、第1項第2款、第7款之侵入住宅對未滿14歲女子強制性交未遂罪之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判論處如原判決附表（下稱附表）所示共8罪刑，及定其應執行之刑，並諭知於刑之執行前，令入相當處所施以強制治療，其期間至治癒為止，但最長不得逾3年。關於定應執行刑部分，固非無見。

二、惟查：

（一）上訴人行為後，94年2月2日修正公布之刑法已於95年7月1日施行（下稱新法）。關於修正前刑法（下稱舊法）與新法應如何比較適用，原判決以本件應依刑法第2條第1項規定，就

01 罪刑有關之新舊法一切規定，綜其全部罪刑之結果而為比
02 較，並敘明：1.舊法第56條連續犯之規定業於修正時刪除，
03 雖非犯罪構成要件之變更，但已影響行為人刑罰之法律效
04 果，自屬法律有變更。倘依新法，上訴人所犯多次加重強制
05 性交罪，各罪均應合併處罰，較諸適用舊法連續犯之規定，
06 論以一罪，並加重其刑至二分之一，顯然不利。以適用舊法
07 論以連續犯對其較為有利。2.刑法第222條第1項之法定刑原
08 規定為「無期徒刑或7年以上有期徒刑。」同次修正時修正
09 為「7年以上有期徒刑」，已刪除無期徒刑，自以修正後之
10 法定刑規定對上訴人較為有利。3.刑法第51條第5款多數有
11 期徒刑定應執行刑之上限規定，由不得逾20年（舊法）提高
12 為不得逾30年（新法），相當於科刑規範之變更，比較後新
13 法之規定並未有利於上訴人。4.上訴人所犯刑法第222條第1
14 項之加重強制性交罪，依舊法連續犯規定，可論以一罪，但
15 其最高刑度得論處至無期徒刑；依新法規定，雖應論以數罪
16 併予處罰，但所犯各罪之應執行刑，最高僅得定至有期徒刑
17 30年。綜合以上新舊法之比較結果，仍以新法較有利於上訴
18 人，自應整體適用新法相關規定。審酌上訴人之一切情狀，
19 就其所犯各罪，各處如附表所示之刑，應執行有期徒刑25年
20 等旨。

21 (二)上訴人不服原判決，提起第三審上訴。其上訴意旨略以：原
22 判決就其所犯各罪所定應執行刑，超過有期徒刑20年之上
23 限，與刑法第2條第1項從其有利法律適用之原則有違，已屬
24 違背法令等語。

25 (三)本庭評議後，認為關於本件定應執行刑，擬採為裁判基礎之
26 法律見解，即：數罪併罰案件，於為新舊法比較適用時，定
27 應執行刑（以下或稱定刑）部分，究應納入法律變更之綜合
28 比較適用之列？或單獨為新舊法比較，擇有利於行為人之規
29 定而適用之？本院先前相同事實之裁判，已有複數紛爭見解
30 之積極歧異。有採綜合比較說（甲說）之見解，認：法律變
31 更之比較，應就罪刑有關之法定加減原因與加減例等一切情

01 形，包括刑法第51條第5款新舊法有上限差異之定刑規定部
02 分，綜其全部罪刑之結果而為比較；有採單獨比較說（乙
03 說）之見解，認依刑法第2條第1項為新舊法比較結果，除數
04 罪之定執行刑外，以新法有利於行為人，故數罪之定執行刑
05 部分應依舊法，其他依新法論處。就此法律問題，擬採乙說
06 之見解，惟因本院先前裁判有前開積極歧異，乃就前述之法
07 律爭議，於114年1月3日向本院其他刑事庭提出徵詢。徵詢
08 程序業已完成，受徵詢之各刑事庭，均同意本庭所採取之見
09 解。是本件採為裁判基礎之法律見解，已達大法庭統一法律
10 見解之功能，無須提案予刑事大法庭裁判，即應依該見解就
11 本案逕為終局裁判。茲敘述理由如下：

- 12 1. 刑法於94年2月2日修正公布，95年7月1日施行後，有關法律
13 變更之比較適用原則，本院95年度第8次刑事庭會議決議
14 認：比較時應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽
15 連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法
16 定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，綜其全部
17 罪刑之結果而為比較。另就數罪併罰之定應執行刑部分，說
18 明：刑法第51條第5款提高多數有期徒刑合併應執行之刑不
19 得逾30年，新法施行後，應依新法第2條第1項之規定，適用
20 最有利於行為人之法律。裁判確定前犯數罪，其中一罪在新
21 法施行前者，亦同。該次決議未明示於新舊法比較適用時，
22 定應執行刑部分是否應納入法律變更綜合比較之列。
- 23 2. 上開決議認比較時應就罪刑有關之一切情形，綜其全部罪刑
24 之結果而為比較，係為避免於同一案件中部分適用新法、部
25 分適用舊法，任意「割裂適用」，恐致生紊亂。參酌刑法第
26 51條第5款之數罪併罰規定，目的在於將各罪及其宣告刑合
27 併斟酌，予以適度評價，而決定所犯數罪最終具體實現之刑
28 罰，以符罪責相當之要求。原無使受刑之宣告者，處於更不
29 利地位之意。倘係對已定罪之行為，更為不利之評價，即難
30 謂無逾越數罪併罰制度之本意（司法院釋字第366號、第662
31 號解釋意旨參照）。如涉裁量權行使者，參諸易科罰金、易

01 服勞役、緩刑、保安處分之宣告等，因須於裁量行使時，方
02 有比較適用問題，故前述所謂綜合一般罪刑之結果而為比
03 較，以決定罪刑之適用時，即不先就易科罰金等納入法律變
04 更之新舊法律綜合比較之列，迨至已決定為易科罰金、易服
05 勞役、緩刑、保安處分之宣告時，始就各該易科罰金等部
06 分，依刑法第2條第1項之規定，適用最有利於行為人之法
07 律。基於相同法理，尚難謂定刑部分僅能納入法律變更綜合
08 比較之列，不能單獨為新舊法之比較。

09 3. 數罪併罰案件之定刑，非僅攸關國家刑罰權之行使，於行為
10 人（受刑人）之權益更有實際重大影響。如能俟行為人所犯
11 數罪全部確定後，始由該案犯罪事實最後判決法院所對應之
12 檢察署檢察官，依刑事訴訟法第477條第1項規定聲請該法院
13 裁定之，透過於裁定前給予受刑人以言詞或書面陳述意見之
14 機會（同條第3項參照），保障其聽審權利，非僅符合正當
15 法律程序，更可減少一再重新（複）定刑之程序勞費，故於
16 個案判決時自得不定其應執行刑（本院刑事大法庭110年度
17 台抗大字第489號裁定理由參照）。採綜合比較說見解，若
18 法院判決時未予定刑，係俟判決確定後由檢察官聲請法院以
19 裁定定刑；或如行為人就所犯加重強制性交數罪提起上訴，
20 經本院判決將部分上訴駁回（判決確定），部分撤銷發回，
21 於全部確定後，另依聲請定刑；或如行為人於新法施行前犯
22 加重強制性交各罪，原已適用新法定其執行刑，因另犯合於
23 數罪併罰定應執行刑要件之他罪，於各罪均判決確定後，法
24 院就其所犯全部之罪合併定刑時，受刑人所應執行之刑均不
25 得逾有期徒刑20年。亦即，將定刑規定先納入新舊法綜合比
26 較結果，恐因法院就各罪判決確定時間先後不同、是否於審
27 判中即予定刑或於判決確定後再依聲請定刑，抑或行為人是
28 否尚犯他罪等各種不確定因素，造成相同或不同個案彼此間
29 實際定刑結果歧異，形成明顯不合理或不公平之現象（於判
30 決時定刑可能會定超過20年，判決確定後才定刑或犯較多罪
31 之人，反可獲得不逾20年之定刑結果）。而採單獨比較說見

01 解，既無窒礙難行之處，亦不致造成適用上之混亂，且符合
02 定應執行刑制度之恤刑目的。

03 4.綜上所述，數罪併罰案件，於審理判決時，本可不予定刑。
04 定刑部分，於為新舊法之比較時，既無必須納入其他與罪刑
05 相關事項併予比較而不可分之理；且一體適用新法對行為人
06 並非有利，更有裁判結果歧異之可能，自應不予納入整體綜
07 合比較範圍，而另擇有利於行為人之規定適用之。

08 (四)本件原判決以依新舊法比較結果，以新法較有利於上訴人，
09 整體適用新法相關規定，就上訴人所犯各罪酌定應執行有期
10 徒刑25年。惟依上述說明，定刑部分，無須納入法律變更之
11 綜合比較適用之列，應單獨為新舊法之比較，適用有利於行
12 為人之規定。是原判決關於定刑新舊法比較適用部分所持之
13 法律見解，及所定之應執行刑，尚有未合，自有判決適用法
14 則不當之違法。上訴意旨執以指摘原判決上開部分違背法
15 令，為有理由，應由本院將原判決關於定應執行刑部分予以
16 撤銷。至數罪併罰案件，本得不於判決時定刑，而俟判決確
17 定後，由檢察官於執行時，依法聲請法院定刑，是爰不就上
18 訴人經原判決宣告如附表所示之刑另定其應執行之刑，附此
19 敘明。

20 貳、上訴駁回（即除定應執行刑以外）部分

21 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決
22 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
23 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未
24 依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何
25 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
26 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違
27 背法律上之程式，予以駁回。

28 二、本件原審經審理結果，認定上訴人有本件各加重強制性交犯
29 行，比較新舊法後，整體適用修正後刑法第222條第1項等規
30 定，改判論處其如附表所示罪刑及施以刑前強制治療，已詳
31 敘所憑證據及審酌判斷之理由。上訴意旨就定應執行刑以外

01 部分，僅泛稱原判決有不適用法則或適用不當之違法，此部
02 分上訴違背法律上之程式，應予駁回。

03 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第395條前段，判決如主
04 文。

05 中 華 民 國 114 年 2 月 12 日

06 刑事第五庭審判長法官 李英勇

07 法官 楊智勝

08 法官 林怡秀

09 法官 劉興浪

10 法官 林庚棟

11 本件正本證明與原本無異

12 書記官 林怡靚

13 中 華 民 國 114 年 2 月 14 日