

# 最高法院刑事裁定

114年度台抗字第2651號

抗 告 人 陳 崑 德

上列抗告人因違反懲治盜匪條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國114年10月31日駁回其聲明異議之裁定（114年度聲字第931號），提起抗告，本院裁定如下：

## 主 文

原裁定撤銷，應由臺灣高等法院臺南分院更為裁定。

## 理 由

一、原裁定意旨略以：

(一)抗告人陳崑德之聲明異議意旨略謂：抗告人前於民國80年間因違反懲治盜匪條例案件，經原審法院判處無期徒刑並宣告褫奪公權終身，並經本院判決駁回上訴確定(下稱甲案)。抗告人於93年2月27日假釋出監，假釋期間再犯妨害性自主案件，經臺灣臺南地方法院判處有期徒刑3年6月，嗣經原審法院判決駁回上訴，再經本院判決駁回上訴確定(下稱乙案)。臺灣花蓮地方檢察署(下稱花蓮地檢署)檢察官以94年執更甲字第382號執行指揮書(下稱甲案指揮書)，先執行甲案無期徒刑殘餘刑期(下稱殘刑)20年，再以97年執助甲字第21號執行指揮書(下稱乙案執行書)接續執行乙案罪刑。抗告人已依憲法法庭113年憲判字第2號判決(下稱113憲判2判決)意旨，向原審法院聲明異議並經裁定停止審理在案。而檢察官執行甲案殘刑20年之起算日期為96年7月21日，日後假釋殘刑規定修正或逾期未修正，抗告人可能已執行18年8個月以上之殘刑，應執行之殘刑倘經改定為10年，則其人身自由遭受侵害可能達8年8月以上。是刑法第79條之1第5項限制執行殘刑與他案刑期合併計算，應將殘刑執行期滿，才能執行他案刑期，與113憲判2判決意旨不符，應先執行乙案刑

01 期，再接續執行甲案無期徒刑殘刑，較有利於抗告人。花蓮  
02 地檢署以其114年3月20日花檢秀甲114執聲他140字第114900  
03 6499號函（下稱系爭函文），否准抗告人更換執行順序之請  
04 求，對抗告人產生不利影響，系爭函文之執行指揮顯有未  
05 當，爰聲明異議請求撤銷。

06 (二)關於檢察官依據刑法第79條之1第5項規定指揮執行無期徒刑  
07 撤銷假釋後之殘刑，僅有「無期徒刑假釋經撤銷後，一律執  
08 行固定殘刑滿20年或25年」部分，經113憲判2判決宣告違憲  
09 而至遲於2年內即115年3月15日失其效力，抗告人前執該判  
10 決意旨主張檢察官所為甲案指揮書之指揮執行不當，向原審  
11 法院聲明異議，業經原審法院以113年度聲字第321號裁定停  
12 止審理程序。而無期徒刑受刑人於假釋經撤銷者，本即應入  
13 監繼續執行無期徒刑，就殘刑之「執行」本身並無違反憲法  
14 第23條比例原則之違憲疑慮，非指受刑人經撤銷假釋後，毋  
15 庸執行殘刑，即並無「停止執行殘刑」之效力。因此，在11  
16 5年3月15日或新法生效前，檢察官依甲案指揮書指揮執行無  
17 期徒刑殘刑，並無違誤。抗告人徒憑己見，認應先執行乙  
18 案，再執行甲案，指摘檢察官就甲案之系爭函文指揮執行不  
19 當，為無理由，應予駁回等旨。固非無見。

20 二、刑事訴訟法第484條規定：「受刑人或其法定代理人或配偶  
21 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  
22 異議」。所謂諭知該裁判之法院，係指對被告之有罪裁判，  
23 於主文內宣示主刑、從刑或沒收之法院而言，而非僅諭知上  
24 訴或抗告駁回而維持下級審裁判所宣告刑罰或法律效果之法  
25 院。若有法定聲明異議權人向非諭知該罪刑或法律效果裁判  
26 之法院聲明異議，即與上揭條文關於聲明異議管轄法院之規  
27 定不合。本件抗告人就甲案執行指揮書之執行聲明異議一  
28 案，前經原審法院裁定停止審理在案；其續向花蓮地檢署檢  
29 察官聲請就目前先執行甲案無期徒刑殘刑，再執行乙案，請  
30 求換發執行指揮書順序，經花蓮地檢署以系爭函文否准，抗  
31 告人乃向臺灣臺南地方法院聲明異議，經該院認其係就甲案

01 執行指揮聲明異議，以該院非屬管轄法院為由裁定駁回，抗  
02 告人不服提起抗告，經原審法院裁定駁回抗告等情，有相關  
03 裁定及系爭函文可稽（見原審卷第45至58頁、本院卷第43  
04 頁）。倘認抗告人本件同係針對甲案執行指揮聲明異議，是  
05 否在前案裁定停止審理之範圍？前案聲明異議如僅針對執行  
06 無期徒刑撤銷假釋執行固定殘刑一事，本件針對甲案之執行  
07 順序聲明異議，是否屬同一事由？抑或屬不同之執行指揮？  
08 抗告人之本意如係針對乙案未能優先執行聲明異議，原審法  
09 院是否仍為本件聲明異議案件之管轄法院？凡此未見原裁定  
10 先予釐清，已屬理由欠備。

11 三、法律之解釋與適用，包括事實之認定與構成要件之涵攝。法  
12 院對於作為裁判基礎之法律之解釋與適用，如係基於對基本  
13 權意義及保護範圍錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個  
14 案之裁判；或於解釋與適用法律於具體個案時，尤其涉及概  
15 括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，  
16 或未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權  
17 衡，或其權衡有明顯錯誤之情形，即可認定構成違憲（憲法  
18 法庭113年憲判字第3號判決理由第74段參照）。從而法院於  
19 解釋與適用特定法律條文時，即使該條文（全部或一部）未  
20 被宣告違憲，仍應注意適用在某些類型或個案情節下，是否  
21 可能牴觸憲法，造成「適用上違憲」之情形。經查：

22 (一)憲法法庭於113年3月15日作成之113憲判2判決主文略以：86  
23 年11月26日修正公布，及94年2月2日修正公布並自95年7月1  
24 日施行之刑法第79條之1第5項（即該判決所稱之系爭規定  
25 一、三，下沿用之），規定無期徒刑假釋經撤銷者，一律執  
26 行固定殘刑滿20年或25年，而不分撤銷假釋之原因係另犯罪  
27 或違反保安處分執行法之規定，復未區別另犯罪之情節暨所  
28 犯之罪應執行之刑之輕重，以及假釋期間更生計畫執行之成  
29 效等因素，以分定不同之殘刑，於此範圍內，不符比例原  
30 則，違反憲法第8條保障人身自由之意旨，至遲於本判決宣  
31 示之日起屆滿2年時，失其效力（第1項）。若逾期未完成修

01 法，相關機關就無期徒刑撤銷假釋執行殘刑之個案，應依本  
02 判決之意旨，另為符合比例原則之適當處置，非必須執行固  
03 定殘刑滿20年或25年（第2項）。本件聲請人以外依系爭規  
04 定一或三執行無期徒刑殘刑之受刑人，於本判決宣示後對檢  
05 察官之執行指揮聲明異議者，法院於主文第1項修法期限屆  
06 滿前，應裁定停止審理程序，迄新法生效後依新法裁判；逾  
07 期未完成修法，應依主文第2項意旨裁判。受刑人如已聲明  
08 異議尚在法院審理中者，亦同（第5項）。執行無期徒刑殘  
09 刑之受刑人，其依主文第3項至第5項改定之殘刑，短於實際  
10 已執行殘刑者，均以實際執行殘刑之末日，視為殘刑執行完  
11 畢之，如有他刑，即接續執行他刑。相關之受刑人不得據本  
12 判決，就已受執行之殘刑，聲請刑事補償、國家賠償或折抵  
13 他刑（第6項）等旨。基此，依系爭規定一或三執行無期徒  
14 刑殘刑之該判決聲請人以外之其他受刑人，如於該判決宣示  
15 後對檢察官之執行指揮聲明異議者，法院於主文第1項修法  
16 期限屆滿前，應裁定停止審理程序，迄新法生效後依新法裁  
17 判；逾期未完成修法，應依主文第2項意旨裁判。日後依主  
18 文第5項意旨改定新殘刑者，相關機關依據檢察官所為新執  
19 行指揮書執行前，其已執行之殘刑仍屬合法有效，不因嗣後  
20 改定殘刑而違法（113憲判2判決理由第61段參照）。

21 (二)113憲判2判決主文第1項宣告違憲定期失效之期限為判決宣  
22 示之日即113年3月15日起屆滿2年之時。關於逾期未完成修  
23 法，應依主文第2項意旨裁判一節，該判決理由載明：「逾  
24 期未完成修法，相關機關就無期徒刑撤銷假釋執行殘餘刑期  
25 之個案，應依本判決之意旨，另為符合比例原則之適當處  
26 置，非必須執行固定殘餘刑期20年或25年。例如，除有特殊  
27 情形外，得依本判決主文第1項之意旨，參考下列方式執行  
28 殘餘刑期：(一)依刑法第78條第1項、第2項規定撤銷假釋者，  
29 其殘餘刑期依假釋期間所犯之罪應執行之刑定之：(1)未滿5  
30 年者，執行殘餘刑期10年。(2)5年以上未滿10年者，執行殘  
31 餘刑期15年。(3)10年以上者，適用系爭規定一時，執行殘餘

01 刑期20年；適用系爭規定三時，執行殘餘刑期25年。(二)依保  
02 安處分執行法第74條之2及第74條之3規定撤銷假釋者，執行  
03 殘餘刑期5年。但其假釋期間所犯之罪經判處罪刑確定者，  
04 應依(一)所定方式，以其所犯之罪應執行之刑改定其應執行殘  
05 餘刑期之期間」等旨（見113憲判2判決理由第49至51段）。  
06 另依行政院會議於114年10月30日通過之中華民國刑法部分  
07 條文修正草案（現由立法院審議中，下稱刑法修正草案，見  
08 本院卷第49至66頁）之立法說明，為符合113憲判2判決意  
09 旨，增訂無期徒刑受刑人，於經依刑法第78條或其他法律規  
10 定撤銷假釋後，其執行殘餘刑期長短之認定、最低應執行期  
11 間之計算、接續執行他刑之方法及合併計算最低應執行期間  
12 等規定。本次刑法修正草案增訂第78條之1規定：「無期徒  
13 刑受刑人經撤銷假釋者，應執行原無期徒刑。如假釋期間有  
14 更犯之罪，併執行之。」（第1項）、「前項應執行之原無  
15 期徒刑，除假釋期間更犯之罪經宣告無期徒刑確定者外，其  
16 有悛悔實據者，於執行滿下列期間後，由監獄報請法務部，  
17 得再許假釋出獄：一、依其他法律規定撤銷假釋，或因假釋  
18 期間故意更犯罪而受未滿5年有期徒刑之宣告確定者，10  
19 年。二、假釋期間故意更犯罪，受5年以上未滿10年有期徒  
20 刑之宣告確定者，15年。三、假釋期間故意更犯罪，受10年  
21 以上有期徒刑之宣告確定者，20年。」（第2項）。該條立  
22 法理由四明載：「至於經撤銷假釋後，原無期徒刑（即殘  
23 刑）與更犯之罪（即他刑）間之執行順序，因考量此時殘刑  
24 乃不定期限自由刑，除依法得經許假釋出獄者外，本質上並  
25 無執行終結日，倘先執行原無期徒刑再接續執行他刑，將無  
26 從決定他刑之執行起始日。故於此情形，宜先執行他刑（包  
27 括徒刑、拘役等自由刑），再接續執行原無期徒刑。」等  
28 旨，並配合上開修正增訂有關撤銷假釋後之刑期執行規定，  
29 刪除現行第79條之1第5項規定（刑法修正草案第79條之1立  
30 法理由三參照），即不再採目前先執行無期徒刑撤銷假釋之  
31 固定期間殘刑，再接續執行他刑之執行方式。

01 (三)刑之執行，本質上屬司法行政之一環，原則上應由檢察官指  
02 揮之，此觀刑事訴訟法第457條第1項前段規定甚明。同法第  
03 484條規定所稱得據以聲明異議之「檢察官執行之指揮為不  
04 當」，係指就檢察官對裁判之執行所為之相關處分違背法  
05 令，或雖非違法而因處置明顯失當者而言。又數罪併罰，宣  
06 告之最重刑為無期徒刑者，不執行他刑。但罰金及從刑不在  
07 此限。刑法第51條第4款定有明文。而有關於刑之執行順序，  
08 依刑事訴訟法第459條規定：「二以上主刑之執行，除罰金  
09 外，應先執行其重者。但有必要時，檢察官得命先執行他  
10 刑。」係將罰金之執行除外，明定數主刑併執行時之執行順  
11 序與方式，並明文授權檢察官於「有必要時」仍得裁量調  
12 整。舉例而言，被告經宣告無期徒刑確定後，始另犯他罪，  
13 經判處有期徒刑確定，因不合數罪併罰要件，並無刑法第51  
14 條第4款前段規定之適用，應予分別執行，如先執行無期徒  
15 刑，有期徒刑之執行無從開始，此種情形，應由檢察官依刑  
16 事訴訟法第459條但書規定決定有無先執行有期徒刑之必要  
17 (前司法行政部65年11月4日台65函刑字第09670號函意旨參  
18 照)。檢察官依此於個案中指揮執行之裁量權行使，雖係基  
19 於法律之明示授權，仍須本於授權目的，斟酌正確適當之執  
20 行方式，而為合義務性之裁量，不得摻雜與授權意旨不相關  
21 因素之考量，或有逾越法定裁量範圍、裁量怠惰等情形；如  
22 有違反誠信原則、平等原則、比例原則及信賴保護等一般法  
23 律原則，係屬裁量濫用權力，構成裁量瑕疵，並應同受司法  
24 審查。

25 (四)刑法第79條之1第5項係針對撤銷假釋執行殘刑與假釋期間再  
26 犯他罪徒刑執行之順序與方式特別加以規定，亦即撤銷假釋  
27 後，殘刑之執行應先於他刑之執行。至於本條項後段部分僅  
28 係說明在執行殘刑時，並不適用第1項「合併計算最低應執  
29 行期間」之規定。是在假釋期間另犯他罪之情況，自應優先  
30 執行撤銷假釋後之殘刑，再執行他罪之徒刑（法務部93年12  
31 月3日法檢字第0930804493號函意旨參照）。現行有關無期

01 徒刑受刑人經撤銷假釋執行殘刑之系爭一、三規定，明文先  
02 執行該固定期間殘刑後，始得接續執行他刑，除固定期間殘  
03 刑外，此一執行之順序與方式未經113憲判2判決宣告違憲失  
04 效，並肯認係為達成矯治教化受刑人、防止再犯罪並防衛社  
05 會安全之重要公益目的，尚屬正當（見113憲判2判決理由第  
06 38段）。檢察官據此規定先執行無期徒刑受刑人撤銷假釋之  
07 殘刑，始接續執行他刑，固非無據。但依前述113憲判2判決  
08 理由揭示逾期未完成修法之參考執行方式，或依該判決意旨  
09 提出之刑法修正草案內容，無期徒刑受刑人日後如因假釋期  
10 間故意更犯罪而受法院宣告罪刑確定，撤銷假釋所應執行  
11 者，前者（113憲判2判決意旨）係依更犯之罪所處宣告刑長  
12 短，改定無期徒刑之殘刑期間，並非一律執行20年或25年；  
13 後者（刑法修正草案）係執行「原無期徒刑」（不定期限之  
14 殘刑），而非固定殘刑，並依更犯之罪所處宣告刑長短，決  
15 定其得報請假釋之「原無期徒刑」最低應執行期間，且不同  
16 於目前刑法第79條之1第5項之執行方式，而係先執行他刑，  
17 再接續執行原無期徒刑。從而無期徒刑受刑人因假釋期間故  
18 意更犯罪而經撤銷假釋者，目前所執行之固定殘刑，依其更  
19 犯罪所處宣告刑之刑期，倘以113憲判2判決宣告違憲定期失  
20 效之修法期限即115年3月15日為基準，合理預期顯逾前述日  
21 後執行方式可預期之改定殘刑期間或報請假釋之最低應執行  
22 期間，因相關機關依據檢察官所為新執行指揮書執行前，其  
23 已執行之殘刑仍屬合法有效，受刑人不得就已受執行之殘  
24 刑，聲請刑事補償、國家賠償或折抵他刑，對其權益難謂無  
25 影響。法院於此類特殊情形個案中解釋與適用刑法第79條之  
26 1第5項之優先執行殘刑規定時，允宜正確考量憲法保障人民  
27 身體自由之規範目的，參酌前述刑法修正草案刪除第79條之  
28 1第5項之意旨，審視得否例外限縮該條項之適用，並參照刑  
29 事訴訟法第459條但書規定之法理，裁量調整執行順序（非  
30 不執行殘刑或變動已執行殘刑之效力），即由檢察官行合義  
31 務性之裁量，審視受刑人在監執行處遇地位、再社會化與復

01 歸社會之利益、執行結果對其可能產生之有利及不利情形、  
02 行刑權消滅與否等個案具體情況暨參酌受刑人之意見，考量  
03 平等原則、比例原則等一般法律原則及刑罰執行公平性，審  
04 酌有無調整殘刑與他刑執行順序之必要，擇定正確適當之執  
05 行方式，以符合刑罰執行之目的，庶免人身自由遭受過度剝  
06 奪；並應於否准聲請時，敘明其裁量後認無調整指揮執行順  
07 序必要性之理由，以供日後法院審查其適法性及妥當性。

08 (五)本件抗告人為113憲判2判決之聲請人以外、依系爭規定一執  
09 行無期徒刑固定殘刑20年之受刑人，其於該判決宣示後，向  
10 原審法院聲明異議並經裁定停止審理在案；抗告人執行甲案  
11 無期徒刑殘刑之起算日為96年7月21日，須執行期滿20年，  
12 即至116年7月21日始接續執行乙案所處有期徒刑3年6月，有  
13 甲案指揮書、乙案指揮書及法院前案紀錄表在卷可稽（見本  
14 院卷第31至41頁）。迄該判決宣告違憲定期失效之修法期限  
15 即115年3月15日止，抗告人執行甲案無期徒刑殘刑將逾18年  
16 7月，形式上固屬合法之刑之執行；但依前述可合理預期之  
17 日後執行方式，抗告人更犯之罪所處宣告刑為未滿5年之有  
18 期徒刑3年6月，日後執行無期徒刑殘刑或「原無期徒刑」之  
19 最低應執行期間，依113憲判2判決意旨及刑法修正草案係10  
20 年。抗告人以其現已執行甲案無期徒刑殘刑逾18年，顯逾日  
21 後可合理預期之改定殘刑（或最低應執行期間），請求檢察  
22 官先執行乙案徒刑，再執行甲案。依上述說明，檢察官就此  
23 特殊情形個案自應綜合各情審酌而為合義務性之裁量，如認  
24 無調整執行順序之必要性，亦應於否准時敘明其裁量所憑依  
25 據及理由。乃系爭函文僅復以：「查本件係依刑法第79條之  
26 1規定先後執行撤銷假釋執行無期徒刑後，再接續執行他  
27 刑，是台端所請尚難准許。」（見本院卷第43頁），難謂已  
28 依前述說明行合義務之裁量，並具體說明其裁量否准之所憑  
29 理由。另抗告人指稱目前已有經檢察官准許先執行他刑後接  
30 續執行無期徒刑殘刑之個案，如果屬實，檢察官於本件否准  
31 抗告人聲請之具體理由為何？攸關其執行指揮是否適法妥

01 當。原審未詳予調查斟酌，遽行認定檢察官以系爭函文函復  
02 抗告人否准上開請求換發執行指揮書順序之執行指揮並無不  
03 當，而駁回抗告人之聲明異議，亦有未合。

04 四、以上或係抗告意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，  
05 為維護抗告人審級利益，應將原裁定撤銷，由原審法院更為  
06 適法之裁定。

07 據上論結，應依刑事訴訟法第413條前段，裁定如主文。

08 中 華 民 國 115 年 1 月 8 日

09 刑事第四庭審判長法官 李英勇

10 法官 楊智勝

11 法官 高玉舜

12 法官 林怡秀

13 法官 楊皓清

14 本件正本證明與原本無異

15 書記官 林怡靚

16 中 華 民 國 115 年 1 月 9 日