最高法院刑事判決

114年度台非字第111號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　林義盛

上列上訴人因被告竊盜等罪定應執行刑案件，對於臺灣桃園地方法院中華民國114年3月18日確定裁定（114年度聲字第393號，聲請案號：臺灣桃園地方檢察署114年度執聲字第120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。

林義盛犯如附表所示各罪所處之拘役，應執行拘役肆拾捌日，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；又定應執行刑之裁定，具有與科刑判決同一之效力，倘有違背法令，而於被告不利，應許提起非常上訴，以資救濟。又刑事訴訟法第370條第2項、第3項，已針對第二審上訴案件數罪之定應執行刑，明定有不利益變更禁止原則之適用；而分屬不同案件之數罪併罰，倘裁判宣告數罪之刑，部分曾經定應執行刑，再與其他宣告刑合併定其應執行之刑時，亦應同受此原則之拘束。故定應執行之刑，其裁量所定之刑期，倘較重於前開各罪曾定之應執行刑與後裁判宣告刑之總和，即違反上開原則而有判決不適用法則之違背法令。二、經查，原審裁定附表編號1、2之罪，曾經臺灣桃園地方法院以113年度聲字第3532號裁定，定應執行拘役45日確定，雖於本案經再與其他裁判宣告之刑定應執行刑，使上開更定之應執行刑失其效力，但仍不應比先前更定之應執行刑加計其他裁判所宣告之刑期後為重。附表編號3之罪，為

拘役5日，是本案定應行刑之最長總和，應為拘役50日，該定刑之總和上限不得逾越，以免違反定應執行刑內部界限之要求。然原審裁定誤認附表編號1、2之罪，前所定之刑為拘役50日，而裁定附表編號1、2、3之罪，應執行拘役52日，顯然已逾越上開總合上限，該裁定自有違誤。三、揆諸首開說明，原審裁定顯有裁定適用法則不當之違法，且對被告不利，既已確定，依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

二、本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。而定應執行刑之確定裁定，與科刑之確定判決具有同等效力，如有違背法令且不利於被告者，應許提起非常上訴，以資糾正及救濟。又刑事訴訟法第370條第1項及第2項規定，除因原審判決適用法條不當而撤銷改判外，倘由被告上訴或為被告利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之宣告刑或數罪併罰所定應執行之刑；再上開規定於第一審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，準用之，同條第3項亦規定甚明。上述合併或追加起訴之併罰數罪經第一審判決，因一部上訴而在不同審級判決確定，事後經檢察官聲請合併定其應執行刑時，禁止為不利益變更之規定，於併罰數罪經分別起訴由不同法院審理，其中部分犯罪由不同判決宣告刑期甚且曾經裁判定應執行刑確定，於由檢察官合併他部分罪刑聲請管轄法院定其應執行刑時，法理上仍受上揭規定之限制。簡言之，為免更定應執行刑反使受刑人受有不利益，各該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扣之既得利益，於更定應執行刑時不得恣意剝奪，而為內部性界限。經查，本件被告林義盛犯如附表所示竊盜共3罪，均經法院判處罪刑確定在案，其中編號1、2所示2罪，分別經法院判處拘役30日、20日確定後，先經臺灣桃園地方法院以113年度聲字第3532號裁定定其應執行刑為拘役45日確定，有各該裁判書及執行案卷可稽。嗣臺灣桃園地方檢察

署檢察官再就被告所犯上揭3罪宣告刑聲請定其應執行刑，乃原確定裁定定其應執行刑為拘役52日，從形式上觀察，雖未違反刑法第51條第5款之規定，惟卻重於如上述編號1、2所示刑期曾經酌定應執行之拘役45日，加計編號3所示之罪所處拘役5日之總和刑期（即拘役50日），顯已踰越前揭內部性界限而不利於被告，有違刑事訴訟法第370條第2項及第3項規定所揭示之不利益變更禁止原則，揆諸前揭規定及說明，原裁定關於上開酌定有期徒刑應執行刑部分，自有不適用法則之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原裁定撤銷，另於被告所犯如附表所示各罪中所處有期徒刑中之最長期（即編號1所示之拘役30日）以上，各刑合併之刑期以下（即拘役55日），參酌其中編號1、2所示2罪，曾經裁定定其應執行刑拘役45日確定，加計編號3所示宣告拘役5日之總和刑期為拘役50日，並審酌被告所犯犯罪類型相同、侵犯者為財產法益、行為態樣、手段相似，其責任非難重複之程度，從中反映之被告人格形成一貫性，依循刑事訴訟法第370條所揭示禁止不利益變更原則，酌定其應執行刑為拘役48日，並從各該原確定判決所宣告之易刑折算標準，諭知如易科罰金，以新臺幣1,000元折算1日，以資糾正及救濟。

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、第51條第6款、第41條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　17　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　江翠萍

法　官　林庚棟

法　官　林怡秀

法　官　張永宏

本件正本證明與原本無異

書記官　邱鈺婷

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　21　　日