最高法院刑事判決

114年度台非字第47號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　張淳紳

上列上訴人因被告數罪併罰定執行刑案件，對於本院中華民國113年10月30日判決（113年度台非字第178號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、非常上訴理由稱：「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2項、第3項，已針對第二審上訴案件之定應執行刑，明定不利益變更禁止原則，而分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束。易言之，為免更定應執行刑反而對受刑人不利，應限制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不得剝奪，故另定之執行刑，其裁量所定之刑期，倘較重於前定執行刑加計其他裁判宣告刑之總和，即屬違背法令（最高法院112年度台非字第85號刑事判決參照）。經查，本件原判決附表編號1、6所示案件得數罪併罰，前經檢察官聲請臺灣高等法院臺南分院將之與原判決附表編號2至5之罪（業經法院合併定應執行刑4年2月確定）合併定其應執行刑，該院以111年度聲字第382號裁定應執行有期徒刑4年10月。現原判決認該合併定應執行刑裁定違

法，予以撤銷，將原判決附表編號1、6所示罪定應執行刑4年2月（更正為10月），總計其刑期為5年（10月+4年2月），已逾上述111年度聲字第382號裁定此6罪合併定應執行刑之4年10月總和，揆諸前揭說明，原判決所判顯與不利益變更禁止原則相悖，而有適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

二、本院按：

㈠被告張淳紳因違反兒童及少年性剝削防制條例等7罪（見本院113年度台非字第178號判決〈下稱本院非常上訴判決〉附表編號〈下稱編號〉1至6所示，其中編號1、6為得易科罰金之罪，編號2至5為不得易科罰金之罪；編號2至5曾定執行刑有期徒刑4年2月，編號6曾定執行刑有期徒刑8月）。被告於民國111年5月2日請求檢察官就編號1至6所示7罪向法院聲請定其應執行刑，經臺灣高等法院臺南分院於111年5月11日以111年度聲字第382號裁定定應執行刑有期徒刑4年10月確定（下稱臺南高分院裁定）。檢察總長以被告於111年5月3日已向臺灣臺南地方檢察署檢察官提出聲請狀，撤回先前合併定執行刑之請求，臺南高分院裁定與刑法第50條第1項但書規定有違，對臺南高分院裁定提起非常上訴，本院非常上訴判決認有理由，乃將臺南高分院裁定撤銷，僅就編號1、6部分定應執行刑有期徒刑10月，駁回檢察官其他部分聲請。以上各情，有上開案卷及判決書可稽。

㈡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，應依第51條之規定，定其應執行之刑，刑法第50條、第53條分別定有明文，目的乃在將併合處罰之各罪合併斟酌，進行充分而不過度評價，透過重新裁量之刑罰，填補受到侵害的社會規範秩序，免因接續執行致處罰過苛，俾符罪責相當之要求，為一種特別的量刑過程，係對犯罪行為人本身及所犯各罪之總檢視，除考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，並權衡行為人之責任與整體刑法目的及相關刑事政策，

具體審酌整體犯罪過程之各罪彼此間關聯性（例如犯罪時、空之密接程度、所侵害法益之專屬性或同一性，暨數罪對法益侵害之加重效應等），以及罪數所反應行為人人格、犯罪傾向及施以矯正之必要性等情狀，綜合判斷後，就其最終具體應實現之刑罰，為妥適、合目的性之裁量。臺南高分院裁定就編號1至6所示7罪酌定執行刑，本院非常上訴判決則就其中編號1、6所示3罪酌定執行刑，兩者定執行刑之範圍不同，審酌事項自屬有異，不能相提並論。雖刑事訴訟法第370條第2項、第3項，已針對第二審上訴案件之定應執行之刑，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有應更定執行刑之情形，倘數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束，即另定之執行刑，其裁量所定之刑期，不得較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和。惟臺南高分院裁定因違背刑法第50條第1項但書規定，且所定執行刑不利於被告，經檢察總長提起非常上訴；而非常上訴以原確定判決（或裁定）已存在之事實為基礎，審酌案件之審判是否違背法令，自以原確定判決（或裁定）作成之時為糾正錯誤之基準時點，非常上訴經認為有理由，依法應撤銷原確定判決（或裁定）另行改判時，本係代替原審就其裁判時應適用之法律而為裁判。本院非常上訴判決認上訴有理由，而撤銷臺南高分院裁定並改判如前所述，此項非常上訴判決之效力及於被告，臺南高分院裁定前定之執行刑經本院非常上訴判決撤銷而不存在，當無曾定執行刑給予刑罰折扣利益可言。此與併合處罰之數罪曾經定執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，或僅被告上訴，或為被告之利益而上訴，第二審法院定其執行刑時，除有刑事訴訟法第370條第1項但書情形外，應受前定之執行刑拘束者，迥不相同。編號1、6所示之罪未曾定執行刑，本院非常上訴判決就編號1、6所示之罪酌定執行刑有期徒刑10月，既在編號6曾定執行刑有期徒刑8月，加計編號1有期徒刑4月，合計總和有期徒刑1

2月範圍內，縱所定之刑接續執行編號2至5曾定之執行刑有期徒刑4年2月，較重於臺南高分院裁定前定之執行刑有期徒刑4年10月，亦係被告之選擇，難謂有不利益變更禁止原則適用。本件非常上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　24　　日

刑事第一庭審判長法　官　林勤純

法　官　劉興浪

法　官　蔡廣昇

法　官　洪兆隆

法　官　黃斯偉

本件正本證明與原本無異

書記官　鄭淑丰

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　28　　日