最高法院刑事裁定

115年度台抗字第1836號

抗　告　人　蔡家誠

上列抗告人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國115年7月20日定應執行刑之裁定（115年度聲字第651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、本件原裁定以抗告人蔡家誠因違反毒品危害防制條例等罪案件，經臺灣高等法院臺南分院(下稱原審法院)等分別判處如原裁定附表（下稱附表）一、附表二所示各罪刑，均經分別確定在案，因認檢察官依抗告人之請求而聲請定其應執行之刑為正當，乃分別合併定其應執行之刑為有期徒刑9年、1年5月。固非無見。

二、惟查：

(一)量刑及數罪併罰定應執行刑之輕重，固屬事實審法院得依職權裁量之事項。然法律上屬於裁量之事項，並非概無法律性之拘束。而裁量係於法律一定之外部性界限內具體選擇以為適當之處理，因此在裁量時，必須符合所適用之法規目的。更進一步言，須受法律秩序之理念所指導，此亦即所謂裁量之內部性界限。關於定應執行之刑，既屬裁量之範圍，其應受此項內部性界限之拘束，要屬當然。倘違反外部性界限，固屬違法，違反內部性界限，亦係不當。又刑事訴訟法第370條規定：「(第1項)由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。(第2項)前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。(第3項)第一項規

定，於第一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，準用之。」對第二審上訴案件之定應執行刑，明定有不利益變更禁止原則之適用，並於一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行刑之情形準用之。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（下稱原定執行刑），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。亦即基於有利被告之不利益變更禁止原則，分屬不同案件之數罪併罰定執行刑，原定執行刑有拘束新定執行刑上限之效果，法院裁量所定之刑期上限，自不得較重於「原定執行刑加計新宣告刑之總和」。

(二)查抗告人因犯附表一編號7至10、附表二編號6所示各罪(共15罪)，前經臺灣臺南地方法院(下稱臺南地院)112年度訴字第775號判決(下稱臺南地院甲判決)，就其中附表一編號9、10所示得易科罰金之罪所處之刑(共8罪)，合併定應執行有期徒刑10月，以及附表一編號7、8、附表二編號6所示不得易科罰金之罪所處之刑(共7罪)，合併定應執行有期徒刑1年4月。抗告人不服，明示僅就臺南地院甲判決之量刑一部上訴，經原審法院113年度上訴字第390號判決（下稱原審法院乙判決）撤銷臺南地院甲判決就附表一編號7所示3罪(原各處有期徒刑1年)及附表一編號10所示之罪(原處有期徒刑3月)所處之刑，分別改判處有期徒刑10月(共3罪，共減輕6月)、2月(1罪，減輕1月)，以及駁回其他部分之上訴(惟並未合併定其應執行刑)，並經本院113年度台上字第3938號判決駁回上訴確定，有卷附各該判決及抗告人之「法院前案紀錄表」等可稽。

(三)原裁定就抗告人所犯附表一編號1至10、附表二編號1至6所示各罪所處之刑，分別合併定其應執行刑為有期徒刑9年、1年5月，從形式上觀察，雖未踰越刑法第51條第5款所定法律之外部性界限，惟稽之臺南地院甲判決就抗告人所犯附表一編號9、10所示之罪所處之刑，以及附表一編號7、8、附表

二編號6所示之罪所處之刑，分別合併定應執行刑為有期徒刑10月、1年4月(其合併刑期總和為有期徒刑2年2月)，則原裁定將附表一編號7至10，與附表一編號1至6所示之罪所處之刑(曾合併定應執行有期徒刑7年)合併所定之應執行刑，以及將附表二編號6與附表二編號1至5所示之罪所處之刑(曾合併定應執行有期徒刑10月)合併所定之應執行刑，其合併之刑期總和，自應受臺南地院甲判決原定執行刑之拘束，始符合不利益變更禁止原則。況稽之臺南地院甲判決就附表一編號7所示3罪所處之刑，經原審法院乙判決各減輕有期徒刑2月確定，且臺南地院甲判決就附表一編號10所示之罪所處之刑，亦經原審法院乙判決減輕有期徒刑1月確定，合計共減輕有期徒刑7月，原審法院乙判決雖未合併定其應執行刑，然其判決結果顯較有利於抗告人。則原裁定將附表一、二所示之罪所處之刑，分別合併定應執行刑時，不僅應分別受附表一編號1至6、附表二編號1至5所處之刑曾定之應執行刑(即有期徒刑7年、10月)之拘束，且附表一、二所示之罪所處之刑所定應執行刑之合併刑期總和，至少亦應受臺南地院甲判決所定應執行刑之合併刑期總和之拘束，始與不利益變更禁止原則之規範意旨無違。遑論原審法院乙判決就撤銷臺南地院甲判決部分，共計減輕有期徒刑7月，其結果更有利於抗告人。

(四)原裁定未審酌上情，就附表一(編號1至10)、附表二(編號1至6)所處之刑，分別定應執行刑為有期徒刑9年、1年5月，致其所定應執行刑之合併刑期，合計為有期徒刑10年5月，較重於附表一編號1至6所示之罪所處之刑曾定之應執行刑(有期徒刑7年)、附表二編號1至5所示之罪所處之刑曾定之應執行刑(有期徒刑10月)，加計臺南地院甲判決就附表一編號7至10、附表二編號6所示之罪所處之刑曾定之應執行刑(有期徒刑10月、1年4月)之合併刑期之總和(即有期徒刑10年)。揆諸上揭說明，其所為刑罰裁量職權之行使，顯有有利於抗告人之定應執行刑事項審酌未盡，以及適用法則不當

之違誤。抗告意旨執此指摘原裁定所定之應執行刑，違反不利益變更禁止原則，為有理由，本院應將原裁定撤銷，由原審法院更為妥適之裁定，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條前段，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　吳麗英

法　官　吳秋宏

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　21　　日