最高法院刑事判決

115年度台非字第17號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　張育獎

上列上訴人因被告竊盜等罪定應執行刑案件，對於臺灣新北地方法院中華民國114年9月3日定應執行刑之確定裁定（114年度聲字第2621號，聲請案號：臺灣新北地方檢察署114年度執聲字第1797號），認為違法，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：「一、按判決不適用法則者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。而提起非常上訴，固應對於違法之確定判決為之，但定應執行刑之裁定，具有實體判決同一之效力，於裁定確定後，認為違法，仍得提起非常上訴，最高法院98年度台非字第162號判決意旨可資參照。又按數罪併罰，有二裁判以上者，依第51條之規定，定其應執行之刑。宣告多數拘役者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾120日。刑法第53條、第51條第6款分別定有明文。次按犯最重本刑為5年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受6月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣1千元、2千元或3千元折算1日，易科罰金。刑法第41條第1項前段規定甚明。於被告一再犯罪，經受諸多科刑判決確定之情形，上開所謂裁判確定，乃指首先確定之科刑判決而言，亦即以該首先判刑確定之日作為基準，凡在該日期之前所犯之各罪，應依刑法第51條各款規定，定其應執行之刑；在該日期之後所犯者，則無與之前所犯者合併定執行刑之餘地；惟在該日期之後之數罪，其另符

合數罪併罰者，仍依前述法則處理；然無論如何，既有上揭基準可循，自無許任憑已意，擇其中最有利或不利於被告之數罪，合併定其應執行之刑（最高法院98年度台非字第37號裁定意旨參照）。二、經查，新北地院114年度聲字第1959號裁定（下稱A裁定）應執行刑拘役120日，A裁定中首先判決確定之日係113年8月27日，而原裁定首先判決確定之日係編號1之114年1月23日，故A裁定首先判決確定之日早於原裁定首先判決確定之日。而原裁定附表編號2之犯罪日期為113年7月2日，該罪本應與A裁定中所列數罪合併定應執行刑，因A裁定應執行拘役120日已達最高上限，縱原裁定附表編號2之罪與A裁定中所列數罪合併定應執行刑，亦僅能定拘役120日，原裁定將附表編號2之罪與A裁定中首先判決確定之日後所犯之原裁定附表編號1之罪（犯罪日期113年11月5日）合併定應執行刑拘役80日，顯然不利於受刑人，揆諸前開最高法院判決意旨，原裁定自有適用法則不當之違法。案經確定，且對受刑人不利，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數罪併罰定應執行刑之實體裁定，具有與科刑判決同一之效力，於裁定確定後，如發現有違背法令之情形，而於被告不利，固得對之提起非常上訴。然非常上訴制度，係為糾正確定裁判之審判違背法令所設之特別救濟方法，旨在統一各級法院對於法令之適用。所謂審判違背法令，係指審判程序或其裁判之援用法令與當時適用之法令有所違背而言。依刑事訴訟法第477條第1項規定，數罪併罰於裁判確定後之聲請法院定其應執行之刑，專屬檢察官之職權，法院應依檢察官所聲請定其應執行刑之內容，作為審查及定執行刑之範圍，未據檢察官聲請定執行刑之案件，法院基於不告不理原則，自不得任意擴張並予審理。至於檢察官就數罪中之何部分如何為定應執行刑之聲請，屬其職權之行使，除其聲請有不合法或違反一事不再理等情形，而應予全部或一部駁回者外，法

院即應依其聲請而為定應執行刑之裁定，尚無審酌檢察官應為如何之聲請，對受刑人較為有利之餘地。又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，依第51條之規定，定其應執行之刑，刑法第50條第1項前段、第53條分別定有明文。被告所犯數罪有二裁判以上時，其所犯各罪是否合於數罪併罰規定，應以各裁判中最初判決確定者為基準，凡在該裁判確定前所犯之各罪，均應依刑法第50條、第51條規定，定其應執行之刑。數罪併罰案件之實體裁判確定後，即生實質之確定力，除因增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪，或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因非常上訴、再審程序而經撤銷改判，或有赦免、減刑等情形，致原裁判定刑之基礎已經變動，或其他客觀上有責罰顯不相當之特殊情形，為維護極重要之公共利益，而有另定應執行刑之必要者外，法院應受原確定裁定實質確定力之拘束。此為本院最近之統一見解。從而，如有上開例外情形，法院就已經定執行刑各罪之全部或部分，合併其他犯罪，再定應執行之刑，即無違反一事不再理之原則可言。故檢察官聲請定應執行刑之案件，法院就檢察官所聲請定應執行刑之各罪審核結果，認為合於定應執行刑之要件而為裁定，於法即無不合。縱檢察官嗣後發現被告因犯他罪，曾經法院裁定應執行刑。而原聲請定應執行刑之各罪，有部分犯罪日期在被告另犯他罪首先判決確定日之前，原可與他罪合併定應執行刑。亦僅屬被告倘因此接續執行較長刑期，是否客觀上責罰顯不相當，而有一事不再理原則之特殊例外情形，得拆分原聲請定應執行各罪，更定其應執行刑之問題，與判斷原定應執行刑之裁定是否違背法令無關，尚難執此謂原確定裁定違背法令。

㈡本件被告張育獎因犯竊盜2罪，經判處如原裁定附表編號1、2所示之刑確定，其中編號2所示之罪之犯罪日期係在編號1所示之罪判決確定日前，合於定應執行刑之規定。臺灣新北地方法院（下稱新北地院）依檢察官聲請，定其應執行拘役

80日，既在各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，並未逾法律規定之界限，於法尚無不合。雖被告因犯竊盜8罪，前經新北地院114年度聲字第1959號裁定（下稱前案裁定）其應執行拘役120日確定。前案裁定所定應執行刑拘役120日與原裁定所定應執行刑拘役80日接續執行，被告須執行拘役200日。而原裁定附表編號2所示之罪之犯罪日期，亦在前案裁定附表編號1所示之罪判決確定日前，原可與前案裁定附表所示之罪合併定應執行刑，且依刑法第51條第6款規定，所定應執行刑不得逾拘役120日，與原裁定附表編號1所示之罪所處拘役40日接續執行，被告至多僅須執行拘役160日。揆諸前揭說明，亦僅屬被告接續執行較長刑期，是否客觀上責罰顯不相當，而有一事不再理原則之特殊例外情形，得拆分原裁定附表編號2所示之罪與前案裁定附表所示之罪重新組合，另定應執行刑之問題，尚難執此謂原裁定違背法令。至本院98年度台非字第37號裁定係檢察官同時就數罪聲請分別定刑，法院未以首先判決確定之日作為基準定刑，與本件案情不同，自不得比附援引作為本件非常上訴之理由。非常上訴意旨以原裁定就其附表編號1、2所示之罪，合併定應執行刑拘役80日，顯然不利於被告，指摘原裁定有適用法則不當之違法，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　　115　　年　　1　　月　　27　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

法　官　楊智勝

本件正本證明與原本無異

書記官　魏至言

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　2　　日