最高法院刑事裁定

108年度台抗字第1505號

抗　告　人　徐立威（原名徐偉鎮）

上列抗告人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國108 年7 月31日定應執行刑之裁定（108 年度聲字第1016號），提起抗告，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

理　由

一、原審於民國108 年8 月30日、同年10月2 日所為之駁回裁定，或誤抗告人所提合法抗告為不合法，或依法不得裁定而為裁定，此2 程序上裁定，僅能視為意見書，不生實質上之確定力：

（一）按「當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。」為刑事訴訟法第403 條第1 項所明定，而「提起抗告，應以抗告書狀，敘述抗告之理由，提出於原審法院為之。」同法第407 條亦定有明文。再者，「原審法院認為抗告不合法律上之程式或法律上不應准許，或其抗告權已經喪失者，應以裁定駁回之。但其不合法律上之程式可補正者，應定期間先命補正。」「原審法院認為抗告有理由者，應更正其裁定；認為全部或一部無理由者，應於接受抗告書狀後三日內，送交抗告法院，並得　具意見書。」觀諸同法第408 條第1 項、第2 項規定甚明。

至於抗告法院認為抗告有第408 條第1 項前段之情形者，應以裁定駁回之。但其情形可以補正而未經原審法院命其補正者，審判長應定期間先命補正。抗告法院認為抗告無理由者，應以裁定駁回之。抗告法院認為抗告有理由者，應以裁定將原裁定撤銷；於有必要時，並自為裁定。同法第411 條至第413 條分別定有明文。

是抗告，係不服下級法院之裁定，而請求上級法院撤銷或變更之方法，故受理抗告書狀之法院，應分別其性質屬原

審法院或抗告法院，而援引適當之法條，俾為適法之處置。具體以言，為本案裁定之法院，即為原審法院；對該本案裁定不服而提起抗告者，其上級法院即為抗告法院。依刑事訴訟法第408 條第第1 項規定，雖許原審法院對於不合法之抗告，以裁定駁回，但此駁回，仍屬原審法院之裁定。故抗告權人不服原審法院依刑事訴訟法第408 條第1 項所為駁回抗告之裁定，仍得提起抗告，但其性質，則非屬再抗告，此時，抗告法院僅得就原審法院所為駁回抗告之裁定有無違誤，加以審查。如認原審法院駁回該抗告，並無違誤，固應認該抗告為無理由，以裁定駁回其抗告；若認原審法院駁回此抗告為不當，此時，當認無所謂刑事訴訟法第408 條第1 項所定不合法的情形存在，從而，該原審法院的駁回裁定，僅能視為意見書，由抗告法院就其抗告加以裁定。

司法實務運作上，就所受理當事人或其相關人員的請求、聲明、聲請、上訴或抗告案，概不受其所用詞文拘束，亦即應尋繹其意涵，探求真意，而後依法律規定適切處理。

（二）經查：

抗告人徐立威因違反毒品危害防制條例等罪，由檢察官聲請定應執行刑，經原審法院於108 年7 月31日，以108 年度聲字第1016號裁定（下稱本案裁定），定其應執行刑後，抗告人不服，於同年8 月13日向原審法院提起抗告（下稱第1 次抗告狀；原審於同年8 月14日收狀）。故依審級而言，原審即屬為裁定之原審法院，而上級法院則係本院；原審法院對於該抗告，應依刑事訴訟法第408 條規定，先審查該抗告是否合法。詎原審法院於同年8 月30日，以同上案號裁定，一方面認為抗告已經逾期（按其實誤合法抗告為不合法，詳後述），另方面引用同法第412 條抗告無理由之法條，而裁定駁回，即有違誤。

抗告人對上揭8 月30日裁定不服，於同年9 月17日再提出抗告狀（第2 次抗告狀；原審於同年9 月19日收狀），原

審本應依前揭第408 條第2 項規定，將卷證送交本院，卻又不察，於同年10月2 日，仍以同上案號，認為此第2 次之抗告亦已逾期，依同上法條第1 項前段，以抗告不合法律上之程式，且無從補正為由，裁定駁回。經核，此部分依法不得裁定而為裁定，於法同有未合。

上揭原審2 次駁回裁定（即108 年8 月30日、同年10月2 日裁定），於法均有違誤，僅能視為原審法院之意見書，且係程序上裁定，不生實質確定力，因係由抗告人為自己利益提起抗告，與司法院釋字第271 號解釋所闡釋者，尚有不同，毋庸就原審法院此2 次違法裁定，予以撤銷（本院80年度第5 次刑事庭會議參照）。至抗告人上開第1 、2 次抗告狀及其後書狀，則應視為抗告人補充理由書，合先敘明。

二、抗告人於108 年8 月13日，對原審同年7 月31日定應執行刑之裁定提出之抗告，係屬合法：

（一）按抗告期間，除有特別規定外，為5 日，自送達裁定後起算；抗告，除抗告編有特別規定外，準用關於上訴之規定，刑事訴訟法第406 條前段、第419 條定有明文。而應於法定期間內為訴訟行為之人，其住所、居所或事務所不在法院所在地者，為使應為訴訟行為之人之機會對等，依同法第66條第1 項規定，計算該期間時，應扣除其在途期間。又在監獄或看守所之被告，如向監所長官提出上訴狀，固無在途期間，然參酌同法第351 條第4 項規定，既可不經監所長官提出，而該監所不在法院所在地者，自仍應依同法第66條第1 項規定，扣除其在途期間，並應以訴狀實際到達法院之日，為提出於法院之日。前述關於上訴之規定，亦為抗告所準用。

（二）經查，抗告人係於法務部矯正署高雄監獄（下稱高雄監獄，址設高雄市○○區○○○村0 號）執行，其第1 次抗告狀，內頁固然蓋有該監所於收受訴狀之戳章（見原審卷第81頁），但所提狀紙，同時記載「附原信封」（見原審卷

第79頁），信封正面貼有郵票及郵寄戳且蓋「限時專送」，信封背面記載「本信件依規定僅檢查有無違禁物品，並未閱讀內容」（見原審卷第82頁後附信封），是抗告人所提第1 次抗告狀，係經監所長官依監獄行刑法第66條檢查後，由抗告人郵寄至原審法院。抗告人所在地之高雄監獄（大寮區），依「法院訴訟當事人在途期間標準」第2 條之規定，給予在途期間4 日。從而，依此計算，當自抗告人於同年8 月7 日收受原審本案裁定之翌日起算，計至同年月16日（星期五），其抗告期間始屆滿。抗告人於同年月14日提出第1 次抗告狀於原審法院，應認抗告人對於本案裁定之抗告，尚未逾法定不變期間。抗告人對於本案裁定所提抗告既為合法，即生移審之效力，本院爰進一步審查抗告實體上有無理由。

三、抗告有無理由之審查：

（一）按數罪併罰，有二裁判以上宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其應執行之刑期，但刑期不得逾30年，刑法第51條第5 款、第53條分別定有明文。再者，執行刑之量定，係事實審法院自由裁量之職權，倘其所酌定之執行刑，並未違背刑法第51條各款，或刑事訴訟法第370 條第3 項等所定之方法或範圍（即法律之外部性界限），亦無明顯違背公平、比例原則或整體法律秩序之理念（即法律之內部性界限），即不得任意指為違法或不當。

又被告犯應併合處罰之數罪，嗣後與他罪合併定應執行刑，已執行部分，不能重複執行，應由檢察官於指揮執行時扣除之，此與定應執行刑之裁定無涉。

（二）本件原裁定略以：

抗告人所犯如原裁定附表（下稱附表）所示違反毒品危害防制條例等數罪，先後經臺灣高雄地方法院、原審法院判處如附表所示之刑，均經確定在案。檢察官依抗告人之請求，就得易科罰金之罪（附表編號1 ）與不得易科罰金之

罪（附表編號2至4），聲請合併定其應執行刑，核屬正當。原審乃於如該附表所示各罪所處罪刑中之最長期（即有期徒刑3月8月）以上，各刑合併之刑期（11年2月，即外部性界限）以下，參酌如附表編號2至4之罪，曾定應執行刑為有期徒刑4年6月，加計附表編號1為有期徒刑4年8月（即內部性界限），並審酌抗告人犯罪行為之不法與罪責程度、數罪所反應受刑人人格特性與傾向等一切情狀，定其應執行刑為有期徒刑4年7月。

至於附表編號1之罪，雖於107年8月29日易科罰金執行完畢，惟該罪與附表編號2至4之罪，合於定應執行刑，仍應裁定，僅係檢察官執行時，應予扣除等語。

經核於法並無不合。

（三）抗告意旨略以：抗告人所犯犯罪類型單一，犯罪時間相近，行為態樣、手段幾乎相同，責任重複性甚高，所侵害之法益亦無不可替代性之個人法益，原裁定未予充分考量上情；抗告人已深感悔悟，原裁定未審酌刑法第57條第8款、第10款之規定，所定應執行有期徒刑4年7月，實屬過重，希望撤銷原裁定，再予酌減，以啟自新；另附表編號1所示易科罰金已執行完畢，因合併定應執行刑，是否應退還已繳納過之金額云云。

（四）惟查，原裁定所定應執行刑，既未逾越刑法第51條第5款及刑事訴訟法第370條第3項所定之外部性界限，亦無明顯濫用裁量權，而有違反法律內部性界限的情形，核屬原審定應執行刑裁量職權之適法行使，並無違反公平原則及比例原則，自無違法或不當可言。至抗告人附表編號1已執行部分，不能重複執行，應由檢察官於換發指揮書執行時扣除之，不影響原裁定之適法性。

抗告意旨所陳，係就原裁定已為說明之事項，重為爭執，難認有理由，自應駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第412條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　16　　日

最高法院刑事第三庭

審判長法官　洪　昌　宏

法官　李　錦　樑

法官　蔡　彩　貞

法官　林　孟　宜

法官　吳　淑　惠

本件正本證明與原本無異

書記官

中　華　民　國　109　年　4　月　24　日