



## 數罪併罰定執行刑之基準日

■吳燦 前最高法院院長、東吳大學講座教授

### 案例問題

A於2020年7月6日至同月7日間，犯持有第二級毒品罪，經臺北地院於2020年9月30日判處有期徒刑6月（未上訴），於2020年11月30日判決確定（編號1.）；又於2020年6月9日、6月24日，分別犯竊盜罪共2罪，經臺北地院於2020年10月29日各判處有期徒刑7月（未上訴），於2020年12月1日判決確定（編號2.）；再於〈2020年11月30日（16時許前某時<sup>1</sup>）〉犯竊盜罪，經士林地院判處有期徒刑5月，A上訴後，經高等法院於2022年1月13日判決上訴駁回確定（編號3.）。高檢署檢察官經A之請求，以A所犯上開各罪，合於刑法第50條、第51條第5款數罪併罰之要件，聲請高等法院裁定定其應執行之刑<sup>2</sup>。就其中編號3.之犯罪日與編號1.之判決確定日，均為「2020年11月30日」同一日，法院應如何處理？

### 爭點

數罪併罰以「裁判確定前」所犯之罪為限，其定執行刑之基準日如何決定？於兩造均未上訴之判決，其上訴期間屆滿之日，與判決確定之日，是否同一日？前科表記載之判決確定日，究何所指？

### 解析

一人犯數罪，屬於裁判確定前所犯者，依刑法第50條第1項本文規定，併合處罰之，此即所謂「數罪併罰」。數罪併罰旨在綜合評價該數罪後，就數宣告刑以單一之刑加以處斷，其處斷之方法，依刑法第51條各款規定，定其應執行之刑。其中第5款至第7款之定刑，由法院為之裁量。

數罪併罰案件之裁判，有一次同時併合裁判者，有分次為異時裁判者。在同時併合裁判，除有刑法第50條第1項但書所列情形外<sup>3</sup>，於法院在同一判決宣

DOI：10.53106/207798362023120138001

關鍵詞：數罪併罰、裁判確定前、定執行刑、上訴期間屆滿、判決確定日

<sup>1</sup> 引自臺灣高等法院110年度上易字第1894號刑事判決犯罪事實二之記載。

<sup>2</sup> 本則案例係參考最高法院112年度台抗字第522號、臺灣高等法院112年度聲字第645號刑事裁定之附表改寫。

<sup>3</sup> 最高法院刑事大法庭111年度台非大字第43號裁定：「數罪併罰之各罪，有刑法第50條第1項但書之情形者，被告於審判中不可請求法院定應執行刑。如法院於審判中合併定應執行刑者，判決確定後，檢察總長對之提起非常上訴，本院應將原判決關於定應執行刑部分撤銷。」

告數罪之刑之同時，定其應執行之刑，是為「同時併罰」；其於分次異時裁判，即指有刑法第52條至第54條情形之一者，則將此二以上裁判所宣告之刑，經檢察官依刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）第477條第1項之規定，聲請由法院裁定併合定其應執行之刑，稱之為「事後併罰」。但於有刑法第50條第1項但書所列情形，依刑訴法第477條第2項規定，由受刑人依其意願決定是否向檢察官請求定應執行刑。

司法院釋字第98號解釋理由書謂：「數罪併罰依刑法第五十條之規定，應以裁判確定前犯數罪者為限，倘為裁判確定後所犯，則與數罪併罰規定無涉，其所科之刑僅得與前科合併執行。」則數罪所科之刑，究應依數罪併罰之例定應執行刑，抑或應併執行之，雖以各該犯罪係在「裁判確定」〈前〉或〈後〉所犯為分界，但如本則案例所示，對於在前科表所載之「判決確定日」同一日所犯之罪，究應如何處理，最高法院裁判似乎兩歧。由於此一日之差，影響聲請定執行刑之能否合併，攸關受刑人權益甚大，自有加以釐清之必要。

## 壹、定執行刑之基準／判決確定日之判準

數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第51條之規定，定其應執行之刑，此為同法第53條之明文。而刑法第51條之數罪併罰，應以合於同法第50條之規定

為前提，此第50條之併合處罰，則以「裁判確定前」犯數罪為條件。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，在該日期之前所犯各罪，始得依刑法第51條第5款至第7款規定，定其應執行之刑。若其中某罪之犯罪時間在首先確定之科刑判決確定之後，因其非屬於首先確定之科刑判決確定前所犯之罪，不合數罪併罰之規定，自無從合併定其應執行之刑，而應併予執行。

準此，法院受理檢察官依刑訴法第477條第1項規定，以受刑人具有刑法第53條規定情形，聲請定其應執行刑之案件，應比較各案之確定日期，並以其中首先確定者作為基準，於此日之前，所犯之各罪，如認為合於定應執行刑之要件，自應合併定其應執行之刑；如不符合應併合處罰之要件者，即應駁回該部分聲請。又檢察官聲請定應執行之刑，法院僅能於聲請範圍內依法裁定，不得任意擴張請求範圍，否則即有未受請求之事項予以裁判之違背法令。事後併罰之定執行刑，既係以聲請案件中首先判刑確定之日作為基準，則案件之判決何時確定，即至關重要。

### 一、判決何時確定

刑事判決一經確定，即發生應有之效力。判決何時確定，刑訴法雖無如民事訴訟法第398條<sup>4</sup>明定判決確定之時期的類似規定，但依訴訟制度之理由，為

<sup>4</sup> 民事訴訟法第398條規定：「判決，於上訴期間屆滿時確定。但於上訴期間內有合法之上訴者，阻其確定（第1項）。不得上訴之判決，於宣示時確定；不宣示者，於公告時確定（第2項）。」

使判決臻於正確，乃允許當事人或其他訴訟關係人聲明不服，請求上級審判機關救濟。因此，判決在可能聲明上訴不服之情形下，尚處於未確定之狀態。所謂判決確定，係指當事人對該判決在法律上已無聲明不服之方法時之情形而言<sup>5</sup>。故判決，於依法已無聲明不服時，始告確定。其情形有屬於判決本身不許對之再聲明不服者；有屬於判決雖本得聲明不服，但因撤回上訴、捨棄上訴、上訴逾期，或於法定期限未聲明上訴等原因，而不得聲明不服者<sup>6</sup>。

#### (一)判決本不得聲明不服者，一經判決即告確定

1.第三審法院為終審法院，案經終審法院判決即告確定，無得為上訴之餘地<sup>7</sup>。惟第三審以不合法律上之程式駁回上訴者，其判決確定之日，究係指第三審判決之日，或應溯及於原第二審判決上訴期間屆滿之日，則有爭議（詳後述二、之說明）。

2.刑訴法第376條第1項本文規定不得上訴於第三審法院案件之第二審判決（即一、二審均為有罪判決），及第2項規定經第三審法院撤銷並發回原審法院所為之更審判決，不得上訴於第三審法院。即以第二審為終審法院，一經第二審判決，即告確定。因此，(1)即使當

事人對此已告確定之案件，提起第三審之上訴，並經第三審法院以判決駁回上訴，仍不影響於其第二審判決已確定之效力。(2)第三審法院對此已確定之案件，倘竟誤為撤銷發回更審，原第二審法院亦復遵照更為判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決確定之效力<sup>8</sup>。因是，其第二審判決之日，即屬判決確定之日。

3.第一審依協商程序所為之科刑判決，於宣示判決時確定<sup>9</sup>。故協商判決宣示之日，即屬判決確定之日。

4.簡易程序案件，依刑訴法第451條之1之請求所為之科刑判決，不得上訴<sup>10</sup>。則依本條所為之第一審簡易判決處刑，於宣示（或公告）之日，即為簡易判決確定之日。

5.為受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人已死亡或於再審判決前死亡者，其所為之再審判決，不得上訴<sup>11</sup>。因此，再審判決之日即為判決確定之日。

#### (二)判決雖得聲明不服，但因下列原因而確定者

##### 1.撤回上訴

案經合法提起上訴，復據該上訴人於上訴審法院判決前撤回上訴，除有不許撤回（刑訴法第344條第5項）或未得

<sup>5</sup> 最高法院52年台非字第40號刑事判例。

<sup>6</sup> 陳樸生，刑事訴訟法實務（重訂版），1991年8月，266-268頁。

<sup>7</sup> 最高法院49年台抗字第54號刑事判例。

<sup>8</sup> 最高法院55年台非字第205號刑事判例。

<sup>9</sup> 最高法院刑事大法庭111年度台非大字第15號裁定。

<sup>10</sup> 刑訴法第455條之1第2項。

<sup>11</sup> 刑訴法第437條第3項。

同意（刑訴法第355、356條）之情形外，即生撤回上訴之效力。倘未經其他上訴權人提起上訴，則原判決於撤回上訴時即告確定，故應以撤回上訴日為判決確定之日<sup>12</sup>。但不合法之上訴本無阻斷確定之效果，即令撤回上訴，原判決仍應於上訴期間屆滿之日確定。

### 2. 捨棄上訴

所謂捨棄上訴權，指當事人於原審判決宣示或送達後，在得行使上訴權之法定期間內，明示不為上訴之謂<sup>13</sup>。除有不許捨棄者（刑訴法第344條第5項）外，即發生上訴權喪失之效果，倘未經其他上訴權人提起上訴，原判決應於上訴期間屆滿之日確定。此乃因捨棄上訴，其上訴權係於行使前喪失，且必須在上訴期間屆滿前始得為之。但其他上訴權人亦捨棄上訴者，則於最後捨棄上訴之日確定。

### 3. 上訴逾期

上訴人提起上訴，因逾法定期間經駁回者，如未有其他上訴權人提起上訴，原判決應於上訴期間屆滿之日確定。

### 4. 未上訴之判決

當事人對於下級審法院之判決，雖得上訴於上級法院請求救濟；但案件之應否經上級法院之審判，始告確定，仍以當事人之意思為準。依法得上訴之判決，兩造上訴權人均未於法定不變期間內提起上訴者，於最後收受判決正本之當事人一造其上訴期間屆滿之日確定。

## 二、第三審以上訴不合法上之程式

### 判決駁回者

在前述(一)之1.之終審法院所為實體確定判決，其判決之日即屬確定判決之日，固無問題，但案件經第三審法院以其上訴未依卷內資料具體指摘原判決究有何違背法令，認其上訴不合法上之程式，依刑訴法第395條規定判決駁回者，則該判決究於何時確定，攸關數量眾多之定執行刑案件，其准駁範圍之認定。

最高法院在一則定應執行刑裁定之抗告案件，即91年度台抗字第237號刑事裁定表示：不合法之上訴，與未經上訴無異。提起第三審上訴，經本院依刑訴法第395條規定，認其上訴不合法上之程式，予以駁回者，其判決之確定時日，自非本院判決之日，而應溯及於原第二審判決上訴期間屆滿之日。本件抗告人所犯無故持有手槍罪，原審於1998年6月26日判決，經提起第三審上訴，由本院於2000年8月10日以其上訴不合法而駁回，則該罪確定日期並非2000年8月10日，而應溯及該案二審判決上訴期間屆滿之日。茲其另犯強制罪之時間為1998年11月17日，則此罪究係所犯無故持有手槍罪判決確定前或後所犯？即非無疑，原裁定未深予查明，遽予裁定，自有未合。針對第三審程序駁回之案件，其判決之確定日，係採取最後事實審法院判決上訴期間屆滿之日，而不採第三審法院判決駁回之日。

衡以目前第三審法院之判決，除駁

<sup>12</sup> 最高法院84年度第9次刑事庭會議決議。

<sup>13</sup> 最高法院31年抗字第58號刑事判例。

回第二審宣告死刑之實體判決外，其他上訴駁回案件，類皆援引刑訴法第395條規定，以上訴不合法上之程式，駁回第三審之上訴。刑訴法第395條規定上訴不合法之判決，除類如上訴逾期，因其原無阻斷判決確定之效果，即令經第三審以程序判決駁回，仍應於最後事實審法院判決上訴期間屆滿之日確定外，上訴人既已於法定期間內提起上訴並敘述理由，即具有阻斷第二審判決確定之效力，其上訴是否合法或有無理由，均尚賴第三審判決之認定，縱使第三審法院認其上訴未依卷內資料具體指摘原判決究有何違背法令，以其上訴不合法上之程式予以判決駁回，因已具有形式確定力，即應受拘束，自應以第三審判決駁回之日為判決確定日。最高法院上開裁定所持見解，與目前定執行刑案件之實務作法迥異，應循大法庭機制，予以變更為宜。

### 三、第二審以上訴未敘述具體理由，判決駁回確定者

最高法院100年度台抗字第672號刑事裁定謂：當事人不服第一審判決提起上訴，其上訴書狀未敘述理由，或有不合法、上訴權已喪失等情形，第二審法院應就程序是否合法先予以審查，如認上訴不合法，即毋庸就實體部分踐行傳喚、調查、辯論，應以上訴人未經合法上訴為由而判決駁回其上訴，於此上訴駁回之判決確定後，第一審之判決，應回溯自上訴期間屆滿時確定。本件原裁定以受刑人所犯附表一所示詐欺案件，第一審判決後，經原審法院以其上訴未敘述具體理由，不合法上之程式，程序

判決駁回上訴而確定，該判決應以第一審判決上訴期間屆滿之日（即2009年2月2日）為確定日期，而附表二所示詐欺案件之犯罪時間為2009年8月13日起至同年月19日止，並非在2009年2月2日之前所犯，因認原裁定附表二部分不得與其餘二罪合併定其應執行刑。經核並無不合。就第二審以上訴未敘述具體理由，予以判決駁回確定者，其判決確定之日採與91年度台抗字第237號刑事裁定相同見解，即應回溯以第一審判決上訴期間屆滿之日確定。

刑訴法第361條第2項規定，第二審上訴書狀應敘述具體理由。上訴書狀所敘述之理由是否符合具體之要件，由第二審法院審查。上訴人於上訴期間內提起第二審之上訴，嗣因所敘述上訴理由不符具體之要件，而經第二審依刑訴法第367條，以上訴不合法上之程式判決駁回其上訴確定者，此與上訴人未於上訴期間提起上訴，於上訴期間屆滿時，該判決即告確定之情形不同。蓋上訴期間為法定不變期間，期間經過即應生喪失上訴權之法定效果，自不應因上訴人仍於上訴期間屆滿後提起上訴，而影響判決確定之時點。然上訴人就得上訴之判決，既已於上訴期間提起上訴，該判決之形式確定力即未發生，至其上訴第二審之理由是否具體，猶待該上訴繫屬之法院審酌判斷之，與該判決自始未經上訴、或上訴已逾上訴期間之情形，自屬有間。因此第二審以上訴未敘述具體理由，予以判決駁回確定者，其屬不得上訴第三審法院之案件，應以第二審判決之日，為該判決確定之時點；其為得上訴於第三審法院之案件而未上

訴者，於最後收受判決正本之當事人其上訴期間屆滿之日確定。

#### 四、所謂上訴期間屆滿之日確定，其判決確定日，究係指上訴期間之末日或末日之翌日

刑訴法第349條本文規定：「上訴期間為二十日，自送達判決後起算。」當事人如欲對判決上訴，自應遵守上訴期間，若當事人未於法定上訴期間內上訴，判決於上訴期間屆滿之日即為確定。例如，當事人（被告<sup>14</sup>、檢察官或自訴人）在2023年3月1日收受刑事判決正本，其上訴期間應自收受送達翌日（即2023.3.2）起算至第二十天，即2023年3月21日其上訴期間已屆滿。此一「屆滿」之時點，就其判決確定日言，係指上訴期間之末日（即2023.3.21）抑或上訴期間末日之翌日（即2023.3.22）？有不同見解<sup>15</sup>。

甲說：上訴期間之末日為判決確定之日。此說認為上訴期間末日（送達翌日起算至第二十天）未上訴者，該日為上訴期間屆滿之日（末日），即為判決確定之日。就上開舉例，上訴期間屆滿之日為2023年3月21日，該日即為其判決確定之日。

乙說：上訴期間末日之翌日為判決確定之日。此說認為期間之計算，依民法第121條「以日、星期……定期間者，以期間之末日終止為期間之終止」規定，上訴期間為送達翌日起算至第二

十天（末日）24時為期間之終止。就上開舉例，上訴期間屆滿日雖為2023年3月21日，但於當日24時前，既仍得提起上訴，即不能認21日為判決確定之日，而於翌日（22日）起方不得提起上訴，始為判決確定之日。

最高法院100年度台非字第295號刑事判決<sup>16</sup>（下稱「100台非295判決」），認為：本件被告○○○先後犯附表所示違反毒品危害防制條例案件二罪，均經判決確定，其中編號1.之案件，判決確定日即上訴期間屆滿時為2010年12月16日「二十四時」，編號2.案件之犯罪時間為同日「二十二時」……。是附表編號2.案件仍屬於編號1.案件「裁判確定前」所犯。檢察官以被告所犯上揭二罪，向原法院聲請定其應執行之刑，並無不合。原裁定以編號2.案件之犯罪日期非屬編號1.案件「裁判確定前」所犯，而駁回檢察官定應執行刑之聲請，自有適用法則不當之違法。

最高法院112年度台抗字第522號刑事裁定（下稱「112台抗522裁定」），則以：關於判決確定日之計算，係以送達開始起算上訴期間，並從判決送達之翌日起算進行，計算20日。其上訴期間之終止日，即上訴期間之「屆滿日」（即送達翌日起算至第二十天〈末日〉24時整），於「屆滿日」之後判決已經不能聲明不服，即告確定，而為裁判之「確定日」。從而，上訴期間「屆滿

<sup>14</sup> 無在途期間扣除問題。

<sup>15</sup> 法務部法檢字第0990801634號函（座談日期：2000年3月22日。座談機關：臺灣高雄地方法院檢察署）。

<sup>16</sup> 最高法院109年度台抗字第166號刑事裁定，亦同此見解。

日」與「確定日」概念並不相同。故所謂「裁判確定前犯數罪」，應指被告最先確定之科刑裁判上訴期間「屆滿日『以前』」犯數罪者，作為定應執行刑之範圍之認定基準時點，不包含「確定日」。是若數罪併罰之他案犯罪日期與最初判決確定日期為同一日時，即不符合裁判確定「前」犯數罪之要件，自不得聲請合併定應執行刑。本件檢察官向原裁定法院聲請定應執行刑共有四罪，……。惟附表編號3.之犯罪日期則與最初判決確定日相同，均為2020年11月30日，……，編號3.之罪，係在最初判決確定同日所犯之罪，並非最初判決確定「前」所犯之罪，不合上開數罪併罰之要件。原審未審酌上情，竟依檢察官之聲請，將編號3.所示之罪納入聲請向原裁定法院定其應執行刑，於法自有未合。

最高法院100台非295判決，認為當事人在上訴期間未經上訴者，應以上訴期間屆滿之日為判決確定之日，而所謂「屆滿」係指上訴期間之末日24時，因此在該末日24時「前」所犯之罪，亦符合數罪併罰之要件。準此，其判決確定之日當係指末日之翌日之零時。112台抗522裁定則將之區分為上訴期間屆滿日與判決確定日，並以兩者概念不同，因認定執行刑之基準日為上訴期間屆滿日「以前」犯數罪者，不包含「確定日」。惟此之所謂上訴期間屆滿日「以前」，實即與上訴期間末日（屆滿日）24時「前」無殊。最高法院前者裁准、

後者否准，裁判結果南轅北轍，實係出自於前科表記載之判決確定日，究係解讀為採上訴期間之末日（100台非295判決採之，並以該末日24時前為屆滿），或末日之翌日（112台抗522裁定採之，即末日24時之後）之不同，有以致之。

## 貳、所謂裁判確定「前」，不含判決確定日之犯罪

刑法第10條1項規定「稱以上、以下、以內者，俱連本數或本刑計算」。至於稱「以外」，則不連本數計算，而稱「以前（或稱前）」，例如刑訴法第272條規定「第一次審判期日之傳票，至遲應於七日前送達」，依文義解釋，自不包括該第七日之本數在內<sup>17</sup>。實例亦有以：檢察官起訴書記載上訴人自2006年間某日起至2011年9月14日「前」之某日，以每週至少二次之頻率，對被害人為強制性交，乃認其起訴事實並未包括2011年9月14日之犯行在內者<sup>18</sup>。刑法第50條第1項本文規定裁判確定「前」犯數罪者，併合處罰之，則關於數罪併罰定應執行刑之範圍，依文義解釋，自不含該判決確定當日之犯罪。

## 結語

依法不得上訴之判決，於其判決之日，即為各該判決確定日，在該日另犯之他罪，自不符合數罪併罰之要件。至於依法得上訴之判決，於有前述原因，而在上訴期間屆滿之日確定者，應視其

<sup>17</sup> 最高法院78年台非字第181號刑事判例參照。

<sup>18</sup> 最高法院103年度台上字第561號刑事判決。

前科表所載之判決確定日，究係指上訴期限之末日，或上訴期限末日之翌日而有異。其屬前者之情形，則在同一日即該末日24時前另犯之他罪，仍符合數罪併罰之要件；其屬後者情形，則在判決確定日之同一日另犯之罪，即不符合定執行刑之要件，而應併執行之。

本則案例問題，其最先判決確定之編號1.案件因未上訴，而於第一審判決上訴期間屆滿之日確定，依前科表記載之確定日為「2020年11月30日」，而編號3.之犯罪日係「2020年11月30日（16時許前某時）」，則編號3.得否與編號1.、2.定執行刑，依前述說明，可能因

前科表所載判決確定日之基準不同，而有一日之差，自不能一概而論。最高法院就同一法律爭議，各自解讀，造成裁判結果互異，允宜儘速釐清、統一見解後，並由高等法院責令一、二審法院齊一前科表所謂「判決確定日」之記載，俾免同法異判。在此之前，本文建議，於遇有上揭情形，應先調卷判斷其作為定執行刑基準日之「判決確定日」究何所指，不能望文生義，俾保障受刑人定執行刑之權益。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)；更多裁判分析 [月旦法律分析庫lawwise.com.tw](http://www.lawwise.com.tw)）