



論數罪併罰與定應執行刑 — 以多數有期徒刑為中心

■ 第 57 期學習司法官 陳盈睿

■ ■ ■ 目 次 ■ ■ ■

壹、前言

貳、數罪併罰之立法模式

一、三種立法模式

二、我國立法模式

三、限制加重原則之理論基礎

參、數罪併罰之定刑程序

一、同一程序之第一審程序

二、同一程序之上訴審程序

(一) 當事人就全部數罪均提起上訴

(二) 當事人就數罪中之一部提起

上訴

三、不同程序

肆、爭議問題探討

一、刑法第52條及第53條之解釋爭議

(一) 刑法第52條「就餘罪處斷」？

(二) 刑已執行完畢後仍有刑法第53條之適用？

二、前定之應執行刑是否拘束法院之定刑裁量權？

(一) 問題提出

(二) 實務發展軌跡

(三) 分析評論

伍、結論

參考文獻

壹、引言

「○○○犯攜帶兇器竊盜罪，處有期徒刑拾月；又犯詐欺取財罪，處有期徒刑捌月。應執行有期徒刑壹年肆月。」這是實務上相當常見的一種判決

主文範例，其所涉及者為數罪併罰與定應執行刑。數罪併罰與定應執行刑，是一個實務上非常重要的議題，有進一步研究、釐清的必要，是本文以下先介紹數罪併罰的立法模式（下文貳），其次說明數罪併罰與定應執行刑可能出現的

程序型態及處理方式（下文參），再進一步探討數罪併罰與定應執行刑的若干爭議問題（下文肆），最後歸納出本文結論（下文伍）。

貳、數罪併罰之立法模式

一、三種立法模式

刑法上所謂數罪併罰，是指「裁判確定前犯數罪」的處罰方式而言。裁判確定前犯數罪，究竟如何論處，立法例上有三種模式可資選擇¹：1、併科原則（又稱累加原則，Kumulationsprinzip），此指就各罪分別論知宣告刑後，累加執行各該宣告刑。2、吸收原則（Absorptionsprinzip），此指就各罪分別論知宣告刑後，僅執行最重之宣告刑，不執行其他宣告刑。3、限制加重原則（Asperationsprinzip），此指就各罪分別論知宣告刑後，再就最重之宣告刑予以酌量加重，並執行之。

二、我國立法模式

就我國立法例而言，刑法第 51 條各款是採取混合模式，詳言之：1、對多數死刑、多數無期徒刑、多數褫奪公權、死刑與無（有）期徒刑或拘役、無期徒刑與有期徒刑或拘役，採吸收原

則，僅執行最重之宣告刑而不執行他刑。2、對多數有期徒刑、多數拘役、多數罰金，採限制加重原則，以最重之宣告刑為下限、各宣告刑之總和為上限，酌定出應執行刑。3、對死刑與罰金或褫奪公權、無期徒刑與罰金或褫奪公權、有期徒刑與拘役或罰金或褫奪公權、拘役與罰金或褫奪公權、罰金與褫奪公權，採併科原則，累加執行各該宣告刑。

三、限制加重原則之理論基礎

實務上最常見的數罪併罰與定應執行刑，是多數有期徒刑的併罰及定刑，對此刑法第 51 條第 5 款採取限制加重原則，故法院應以最重宣告刑為下限、各該宣告刑之總和為上限，在該範圍內定出應執行刑。裁判確定前犯數罪者，為何不單純採取併科原則，將所犯各罪的宣告刑予以接續執行即可，而要給予行為人定應執行刑的刑罰優待？這是因為，確定裁判具有宣示非難的警示作用，因此在確定裁判宣示非難前，若將行為人所犯各罪的宣告刑予以接續執行，可能超出行為人的罪責程度，故刑法特地給予行為人定刑優待；反之，在確定裁判宣示非難後，若行為人忽視該確定裁判的警示作用而繼續犯罪，刑法即無給予行為人定刑優待的必要，此時

¹ 林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2016 年 9 月，5 版，625 頁。



裁判確定後所犯之罪即與裁判確定前所犯之罪不生數罪併罰關係，各該宣告刑只須接續執行即可²。

參、數罪併罰之定刑程序

如前所述，實務上最常見的數罪併罰與定應執行刑，是多數有期徒刑的併罰及定刑，法院應依刑法第 51 條第 5 款之限制加重原則定應執行刑。數罪併罰與定應執行刑，毋寧是一個實體法、程序法交錯的複雜問題，本文以下說明其可能出現的三種程序型態及對應的處理方式³。

【案例 A】⁴

被告甲犯業務過失傷害罪與肇事逃逸罪，檢察官向臺灣臺南地方法院合併起訴，經該院就業務過失傷害罪判處有期徒刑 7 月，就肇事逃逸罪判處有期徒刑 1 年 2 月，並定應執行有期徒刑 1 年 5 月。試問：臺灣臺南地方法院所定之應執行刑是否合法？

【案例 B】

被告甲犯施用第二級毒品罪及恐嚇取財罪，檢察官分別向臺灣臺南地方

法院及臺灣高雄地方法院起訴，施用第二級毒品罪經臺灣臺南地方法院判處有期徒刑 7 月確定，恐嚇取財罪經臺灣高雄地方法院判處有期徒刑 1 年 2 月確定。嗣案件送執行時，執行檢察官認上開施用第二級毒品罪與恐嚇取財罪符合裁判確定前犯數罪之情況。試問：執行檢察官應如何處理？

一、同一程序之第一審程序

裁判確定前犯數罪者，若檢察官將數罪於同一法院依刑事訴訟法第 15 條合併起訴，或依刑事訴訟法第 265 條追加起訴，該法院即應就各罪先分別諭知宣告刑，在排除刑法第 50 條第 1 項各款情事後，再依刑法第 51 條各款規定，依職權就各該宣告刑定出應執行刑，學理上稱此為「實質競合 (Realkonkurrenz)」。舉例言之，在上述【案例 A】中，臺灣臺南地方法院就業務過失傷害罪及肇事逃逸罪分別宣告有期徒刑 7 月及 1 年 2 月後，依刑法第 51 條第 5 款，應於有期徒刑 1 年 2 月以上、1 年 9 月以下之範圍內，定出應執行刑，故該院定應執行有期徒刑 1 年 5 月，乃屬合法。

² 柯耀程，數罪併罰之更定刑期問題，《月旦法學教室》，2007 年 11 月，第 61 期，60—61 頁。

³ 同此分類，參見柯耀程，《刑法釋論 II》，一品，2014 年 8 月，初版，282 頁。

⁴ 本文以下所舉案例，均刻意避開得易科罰金的情況，因為「易科罰金與數罪併罰」是另一個複雜的議題，不在本文討論範圍。

二、同一程序之上訴審程序

裁判確定前犯數罪者，若檢察官將數罪於同一法院合併或追加起訴，經第一審法院分別諭知宣告刑並定應執行刑後，案件可能會上訴至第二審。此時，可進一步區分為兩種情況：

（一）當事人就全部數罪均提起上訴

當事人就全部數罪均提起上訴後，如第二審法院撤銷改判，而撤銷改判後各數罪仍符合數罪併罰之要件，第二審法院仍應就各數罪分別諭知宣告刑後定應執行刑。此時應注意的是，依刑事訴訟法第 370 條第 1、2 項之不利益變更禁止原則，第二審法院所定之應執行刑不得重於第一審法院所定之應執行刑。舉例言之，在上述【案例 A】中，假設被告甲就業務過失傷害罪與肇事逃逸罪全部提起上訴，而臺灣高等法院臺南分院駁回業務過失傷害罪之上訴，但將肇事逃逸罪撤銷改判有期徒刑 1 年，此時依刑法第 51 條第 5 款，原本臺灣高等法院臺南分院定應執行刑之範圍為有期徒刑 1 年以上、1 年 7 月以下，但因原審已定應執行有期徒刑 1 年 5 月，依刑事訴訟法第 370 條第 1、2 項之不利益變更禁止原則，臺灣高等法院臺南分院所定之應執行刑不得超過有期徒刑 1 年 5 月。

（二）當事人就數罪中之一部提起上訴

當事人就數罪中之一部提起上訴，如第二審法院撤銷改判，而第一審確定之罪與第二審法院撤銷改判之罪仍符合數罪併罰之要件，程序上如何處理？學說上雖有認為應由第二審法院依職權就上開二罪定出應執行刑，如此始符合同一程序處理之精神⁵，但實務上的作法是第一審確定之罪先送執行，嗣上訴第二審之罪也確定後，再由檢察官依刑法第 53 條、刑事訴訟法第 477 條第 1 項聲請第二審法院另以裁定定出各數罪之應執行刑，而已執行之刑則可從該應執行刑中扣抵。此時應注意的是，依刑事訴訟法第 370 條第 3 項準用第 1 項之不利益變更禁止原則，第二審法院另裁定之應執行刑不得重於第一審法院所定之應執行刑。舉例言之，在上述【案例 A】中，假設被告甲僅就肇事逃逸罪提起上訴，而臺灣高等法院臺南分院將肇事逃逸罪撤銷改判有期徒刑 1 年，嗣檢察官就業務過失傷害罪與肇事逃逸罪向臺灣高等法院臺南分院聲請另以裁定合併定應執行刑，此時依刑法第 51 條第 5 款，原本臺灣高等法院臺南分院裁定應執行刑之範圍為有期徒刑 1

⁵ 柯耀程，註 2 文，58 頁。



年以上、1 年 7 月以下，但因原審已定應執行有期徒刑 1 年 5 月，依刑事訴訟法第 370 條第 3 項準用第 1 項之不利益變更禁止原則，臺灣高等法院臺南分院所裁定之應執行刑不得超過有期徒刑 1 年 5 月。

三、不同程序

裁判確定前犯數罪者，若檢察官將數罪分別向不同法院起訴，而各數罪先後裁判確定，程序上應如何處理？刑法第 53 條規定：「數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑」，學理上有稱之為「事後競合」⁶、有稱之為「事後併罰」⁷、有稱之為「補行數罪併罰（nachträgliche Gesamtstrafenbildung）」⁸，本文則稱之為「數確定裁判併裁定應執行刑」。

依該條文觀之，數確定裁判併裁定應執行刑之要件有二：1、數罪均為裁判確定前所犯。2、數裁判均已確定。符合上述二要件者，法律效果為準用刑法第 51 條所揭示之定刑準則，程序上則是由檢察官依刑事訴訟法第 477 條第 1 項向最後判決之法院提出聲請，再由該法院裁定應執行刑。在此意

義下，裁判確定前犯數罪者，無論是於同一程序合併審判，抑或不同程序分別審判，最終的結果都是依刑法第 51 條之定刑準則處理，這就是「相同之事應為相同之處理」的具體展現。舉例言之，上述【案例 B】就是數確定裁判併裁定應執行刑的典型情況，在該案中，如執行檢察官認施用第二級毒品罪與恐嚇取財罪符合裁判確定前犯數罪之情況，即應依刑法第 53 條、刑事訴訟法第 477 條第 1 項向臺灣高雄地方法院聲請合併裁定應執行刑，由該院比照刑法第 51 條之定刑準則就上開二罪定出應執行刑。

肆、爭議問題探討

數罪併罰與定應執行刑，在實務上與學說上有若干爭議問題，值得深入探討，以下分別說明之。

一、刑法第 52 條及第 53 條之解釋爭議

【案例 C】

被告甲犯業務過失傷害罪，檢察

⁶ 柯耀程，註 3 書，274 頁。

⁷ 張明偉，數罪併罰修正後與定應執行刑之聲請—台灣台南地方法院 104 年度聲字第 1822 號定應執行刑案件裁定評析，《台灣法學雜誌》，2017 年 11 月，第 331 期，16 頁。

⁸ 薛智仁，補行數罪併罰與不利益變更禁止—評最高法院一〇三年度第十四次刑事庭會議決議，《月旦裁判時報》，2015 年 8 月，第 38 期，23 頁；黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，元照，2012 年 3 月，4 版，956 頁。

官向臺灣臺中地方法院起訴，經該院判處有期徒刑 7 月確定。裁判確定後檢察官發現被告甲於裁判確定前另犯肇事逃逸罪，又向臺灣臺中地方法院起訴，經該院判處有期徒刑 1 年 2 月確定。嗣案件送執行時，執行檢察官認上開業務過失傷害罪與肇事逃逸罪符合裁判確定前犯數罪之情況。試問：執行檢察官應如何處理？如上開業務過失傷害罪之有期徒刑 7 月業已執行完畢，結論有無不同？

（一）刑法第 52 條「就餘罪處斷」？

1. 基本爭議

裁判確定前犯數罪而分別繫屬於兩個不同程序者，如前訴法院已先裁判確定，而後訴法院在檢閱被告前案紀錄表後認為其所受理之罪與前訴法院裁判確定之罪符合數罪併罰之要件，後訴法院應如何處理？刑法第 52 條僅規定：「數罪併罰，於裁判確定後，發覺未經裁判之餘罪者，就餘罪處斷」，似乎不甚明確。這裡涉及的爭議是，裁判確定之罪與裁判確定後發現之餘罪可否定應執行刑？學說上固有採取否定說，認為裁判確定後所發現之餘罪已與裁判確定之罪無數罪併罰關係，故刑法第 52 條所謂就餘罪處斷是指單獨就餘罪處斷並

執行⁹，但實務上則採肯定說，認為既然餘罪也是裁判確定前所犯，假如當初與裁判確定之罪合併審判，本有定應執行刑之適用，則餘罪縱使是在裁判確定後始發現，仍應與裁判確定之罪定應執行刑。舉例言之，在上述【案例 C】中，被告甲所犯之業務過失傷害罪經裁判確定後，始發現其於裁判確定前另犯肇事逃逸罪，若採否定說，臺灣臺中地方法院就肇事逃逸罪判處有期徒刑 1 年 2 月後，不生定應執行刑之問題，故業務過失傷害罪之宣告刑有期徒刑 7 月與肇事逃逸罪之宣告刑有期徒刑 1 年 2 月應接續執行；若採肯定說，臺灣臺中地方法院就肇事逃逸罪判處有期徒刑 1 年 2 月後，業務過失傷害罪與肇事逃逸罪仍有定應執行刑之適用（但程序上如何定刑容有爭議，見下述說明）。

以上兩說，本文認為應以肯定說較為可採，理由有兩點：1、刑法第 52 條所謂「就餘罪處斷」，文義上並沒有排除在餘罪處斷後適用刑法 53 條準用第 51 條合併定應執行之可能。2、採否定說所造成的結果是，同樣都是裁判確定前犯數罪，如在同一程序審判，即可適用定應執行刑的刑罰優待；如其中一罪先經裁判確定，餘罪於裁判確定後始

⁹ 林山田，《刑法通論（下）》，2008 年 1 月，10 版，365 頁；呂建興，數罪併罰—作繭自縛 vs 破繭而出，《法務通訊》，2014 年 3 月，第 2690 期，5 頁。



被發現，即不能適用定應執行刑的刑罰優待，其差別待遇之合理性何在？

2. 次要爭議

在採肯定說的前提下，另一個爭議問題是程序上如何定應執行刑？學說上雖有認為，後訴法院就其所受理之餘罪諭知宣告刑後，若已知悉該餘罪與先前裁判確定之罪符合裁判確定前犯數罪之情況，即應依職權就先前裁判確定之罪與其所受理之餘罪併定出應執行刑¹⁰。不過，這種作法在實務上非常罕見，實務上的作法是後訴法院依刑法第 52 條僅就其所受理之餘罪諭知宣告刑，嗣裁判確定後，再由執行檢察官依刑法第 53 條、刑事訴訟法第 477 條第 1 項聲請後訴法院合併裁定應執行刑。

（二）刑已執行完畢後仍有刑法第 53 條之適用？

1. 基本爭議

裁判確定前犯數罪者，如其中某罪經裁判確定且「執行完畢」後，他罪始被發現並經裁判確定，上開二罪能否適用刑法第 53 條合併裁定應執行定刑？否定說認為，如其中某罪經裁判確定且執行完畢後，他罪始被發現，上開二罪即無定應執行刑之適用¹¹，比較法

上，德國刑法第 55 條即為此見解之明文化；肯定說則認為，如其中某罪經裁判確定且執行完畢後，他罪始被發現，上開二罪仍有定應執行刑之適用，只是已執行完畢之刑應從最終合併裁定之應執行刑中扣抵而已¹²，實務上，最高法院 47 年台抗字第 2 號判例即採此見解：「裁判確定前犯數罪而併合處罰之案件，有二以上之裁判，應依刑法第五十一條第五款至第七款定應執行之刑時，最後事實審法院即應據該院檢察官之聲請，以裁定定其應執行之刑，殊不能因數罪中之一部分犯罪之刑業經執行完畢，而認檢察官之聲請為不合法，予以駁回」。舉例言之，在上述【案例 C】中，若被告甲所犯之肇事逃逸罪是在業務過失傷害罪之宣告刑有期徒刑 7 月執行完畢後始被發現，依否定說，該肇事逃逸罪即與業務過失傷害罪不生定應執行刑之問題，二罪之宣告刑應接續執行；依肯定說，該肇事逃逸罪與業務過失傷害罪仍有定應執行刑之適用，只是已執行完畢之有期徒刑 7 月應從最終合併裁定之應執行刑中扣抵而已。

2. 上開爭議與累犯判斷之連動關係

這個爭議問題，甚至會影響到刑

¹⁰ 薛智仁，註 8 文，29 頁。

¹¹ 林山田，註 9 書，366 頁；林鈺雄，註 1 書，629 頁。

¹² 薛智仁，註 8 文，27—28 頁；柯耀程，註 3 書，294 頁。

法第 47 條第 1 項累犯之判斷。詳言之，構成刑法第 47 條第 1 項累犯者，其中一個要件是「有期徒刑執行完畢」，而在上述爭議中，若採否定說，已執行完畢之前罪即與裁判確定後發現之他罪不生定應執行刑之關係，故前罪宣告刑執行完畢後 5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，當然符合累犯「有期徒刑執行完畢」之要件而構成累犯無誤；但若採肯定說，因已執行完畢之前罪仍應與裁判確定後發現之他罪合併裁定應執行刑，則前罪宣告刑執行完畢後 5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，因整體之應執行刑仍未執行完畢，此時是否符合累犯「有期徒刑執行完畢」之要件？即有疑問。依最高法院過往之多數見解，數罪併罰之「有期徒刑執行完畢」，是指合併裁定之整體應執行刑執行完畢而言，故裁判確定前犯數罪中某罪之宣告刑先執行完畢，嗣後再與他罪合併裁定應執行刑時，前已執行之刑僅生從整體應執行刑中扣抵之問題，不能認為是「有期徒刑執行完畢」（最高法院 103 年度台非字第 447 號判決意旨參照）。但如此一來，將使累犯與否之判斷繫諸於已執行完畢之前罪是否嗣後與他罪合併裁定應執行刑，致累犯與否之判斷變得浮動不定。最終的

結果是，當被告於前罪之宣告刑執行完畢後 5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，而法院依刑法第 47 條第 1 項累犯之規定加重其刑者，如該前罪嗣後又與他罪合併裁定應執行刑，上開依累犯規定加重其刑之確定判決就變成判決違背法令，而須透過非常上訴之途徑予以撤銷¹³。舉例言之，在上述【案例 C】中，假如業務過失傷害罪之宣告刑有期徒刑 7 月執行完畢後，被告甲出獄隔天即另犯強盜罪，原本該強盜罪應可符合「有期徒刑執行完畢」之要件而構成累犯，法院依刑法第 47 條第 1 項加重其刑完全合法。嗣後發現被告甲於裁判確定前另犯肇事逃逸罪時，依肯定說之見解，肇事逃逸罪與業務過失傷害罪仍應合併裁定應執行刑，此時因整體之應執行刑尚未執行完畢，上開強盜罪將變成非累犯，而依法加重其刑之確定判決即須透過非常上訴之途徑予以撤銷。

3. 本文見解

本文認為，縱使採取肯定說可能使累犯與否之判斷變得浮動不定，結論上仍應以肯定說較為可採，理由有三點：1、我國刑法並無類似德國刑法第 55 條之規定，依刑法第 53 條之文義，只要裁判確定前犯數罪而先後經裁判確定者，即有合併裁定應執行刑之適用，

¹³ 呂建興，註 9 文，4-5 頁。



該條文並未排除前罪業經執行完畢的情況。2、同樣都是裁判確定前犯數罪，即均應適用定應執行刑之刑罰優待，不能因為其中一罪業經執行完畢，即有差別待遇。3、關於上述累犯之判斷難題，最高法院已作成 104 年度第 6 次刑事庭會議決議，明確變更立場，認為數罪併罰之案件本質上具有數宣告刑、數刑罰權，嗣後合併裁定應執行刑並不能推翻其本質，因此裁判確定前犯數罪而其中某罪之宣告刑執行完畢後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，即符合「有期徒刑執行完畢」之要件而構成累犯，殊不因該罪嗣後與他罪合併裁定應執行刑而有所影響¹⁴。在此最新見解下，累犯與否之判斷已不會受到嗣後合併裁定應執行刑所影響，故上述累犯之判斷難題已不復存在。

二、前定之應執行刑是否拘束法院之定刑裁量權？

【案例 D】

被告甲犯傷害罪、恐嚇罪，檢察官向臺灣臺北地方法院合併起訴，經同院分別判處有期徒刑 6 月、5 月，並定應執行有期徒刑 8 月確定。其後檢察官發現甲於裁判確定前另犯竊盜罪，又向臺灣臺北地方法院提起公訴，經同院判處有期徒刑 4 月確定。嗣案件送執行

時，執行檢察官認上開傷害罪、恐嚇罪、竊盜罪符合裁判確定前犯數罪之情況，乃向臺灣臺北地方法院聲請合併裁定應執行刑，經同院裁定上開三罪應執行有期徒刑 1 年 1 月。試問：臺灣臺北地方法院之前述定刑裁定是否合法？

【案例 E】

被告甲犯傷害罪、恐嚇罪、竊盜罪，檢察官向臺灣臺北地方法院合併起訴，經同院分別判處有期徒刑 6 月、5 月、4 月，並定應執行有期徒刑 1 年。甲不服，就竊盜罪提起上訴，經臺灣高等法院撤銷改判有期徒刑 3 月確定。嗣案件送執行時，執行檢察官認上開傷害罪、恐嚇罪、竊盜罪符合裁判確定前犯數罪之情況，乃向臺灣高等法院聲請合併裁定應執行刑，經同院裁定上開三罪應執行有期徒刑 1 年 1 月。試問：臺灣高等法院之前述定刑裁定是否合法？

（一）問題提出

被告犯數罪，而各該數罪分別繫屬於兩個不同程序並先後裁判確定，嗣執行檢察官認上開二個確定裁判符合裁判確定前犯數罪之情況，而合併聲請法院裁定應執行刑時，若其中一個確定裁判已就部分數罪定出應執行刑，法院於合併裁定應執行刑時，前確定裁判所定之應執行刑對其有無拘束力？詳言之，

¹⁴ 同此見解，參見張明偉，數罪併罰之累犯判斷，《月旦法學雜誌》，2012年9月，第28期，256頁。

法院究竟應以各罪之宣告刑為定刑基礎，不受前定之應執行刑所拘束（下稱拘束力否定說），抑或應受前定之應執行刑所拘束，而以前確定裁判所定之應執行刑與他罪之宣告刑為定刑基礎（下稱拘束力肯定說）？這個問題在實務上迭經見解變更，在學理上也容有爭議，本文以下先介紹最高法院見解的發展軌跡，再從學理觀點提出本文的分析評論。

（二）實務發展軌跡

1. 早期判例

早期最高法院 59 年台抗字第 367 號判例認為：「數罪併罰，應依分別宣告其罪之刑為基礎，定其應執行刑，此觀刑法第五十一條規定自明，故一裁判宣告數罪之刑，雖曾經定其執行刑，但如再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，前定之執行刑當然失效，仍應以其各罪宣告之刑為基礎，定其執行刑，不得以前之執行刑為基礎，以與後裁判宣告之刑，定其執行刑。」

由此觀之，上揭判例顯然是採取拘束力否定說，認為法院就數確定裁判合併裁定應執行刑時，應以各罪之宣告刑為定刑基礎，不受前確定裁判所定之應執行刑拘束。舉例言之，在上述【**案例 D**】中，若採拘束力否定說，臺灣臺北地方法院於合併裁定應執行刑時，即應以傷害罪、恐嚇罪、竊盜罪各自之宣告刑即有期徒刑 6 月、5 月、4 月為定

刑基礎，而非以前確定裁判就傷害罪、恐嚇罪所定之應執行有期徒刑 8 月與竊盜罪之宣告刑有期徒刑 4 月為定刑基礎，在此意義下，法院之定刑範圍為有期徒刑 6 月以上、1 年 3 月以下，故其裁定應執行有期徒刑 1 年 1 月，並無違法。

2. 後期最高法院見解

到了後期，最高法院開始改變立場，例如最高法院 99 年度台非字第 296 號判決謂：「次按法律上屬於自由裁量事項，尚非概無法律性之拘束，在法律上有其外部界限及內部界限；前者乃法律之具體規定，使法院得以具體選擇而為適當裁判；後者即法院為自由裁量時，應考量法律之目的及法律秩序之理念所在；二者均不得有所踰越。在數罪併罰而有二裁判以上，應定其執行刑之案件，法院所為刑之酌定，固屬自由裁量事項，然對於法律之內、外部界限，仍均應受其拘束。…原裁定就被告所犯上開二十九罪定應執行有期徒刑八年，從形式上觀察，雖未逾越刑法第五十一條第五款所定法律之外部性界限。然已較被告所受上開五確定裁判分別論知定應執行刑或所處之刑即有期徒刑一年四月、五月、一年、四月十五日及三年之加計總刑期有期徒刑六年一月十五日為重，難謂與法律秩序之理念及法律目的之內部性界限無違」（同院 101 年度台非字第 35 號判決同此意旨）。



由此觀之，最高法院後期改採拘束力肯定說，認為基於「自由裁量之內部界限」，法院就數確定裁判合併裁定應執行刑時，應受前確定裁判所定之應執行刑拘束，而以前確定裁判所定應執行刑與他罪之宣告刑為定刑基礎。舉例言之，在上述【案例 D】中，若採拘束力肯定說，臺灣臺北地方法院於合併裁定應執行刑時，即應以前確定裁判就傷害罪、恐嚇罪所定之應執行有期徒刑 8 月與竊盜罪之宣告有期徒刑 4 月為定刑基礎，在此意義下，法院之定刑範圍為有期徒刑 8 月以上、1 年以下，故其裁定應執行有期徒刑 1 年 1 月，即已違反定刑裁量權之內部界限而屬違法。

3. 最高法院決議見解

最後最高法院為求見解統一，於民國 103 年間作成 103 年度第 14 次刑事庭會議決議，明確採取拘束力肯定說：「刑事訴訟法第三百七十條第二項、第三項，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，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，本則判例不合時宜，不再援用。此為本院所持法令上之見解變更，故對於本則判例公告不再援用前所為之確定裁判，自不得據以提起非常上訴，而使前

之裁判受影響。」

基本上，上揭決議的結論是採取拘束力肯定說固無疑問，不過有趣的是，其理由不再訴諸「自由裁量事項之內部界限」，而是比附援引刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項不利益變更禁止原則之法理。

(三) 分析評論

關於數確定裁判合併裁定應執行刑時，前確定裁判所定之應執行刑是否拘束法院之定刑裁量權，既然目前最高法院已作成決議明確採取拘束力肯定說，本文以下便試圖為拘束力肯定說尋找可能的理論基礎，並分別予以分析評論。

1. 數罪併罰之恤刑思想？

在最高法院 103 年度第 14 次刑事庭會議決議中，其審查意見第二點有一段敘述頗值注意：「…鑒於數罪併罰之定應執行之刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，本含有恤刑之性質，故於分屬不同案件之數罪併罰有應更定執行刑者，本於同為定刑裁定應為相同處理之原則，法院於裁定定應執行之刑時，自仍應有『不利益變更禁止原則』法理之考量；亦即，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。」由此觀之，上揭決議的審查意見似乎認為法院合併裁定之應執行刑，不得重於前確定

裁判所定之應執行刑與他罪宣告刑之總和，乃是出於「數罪併罰之恤刑思想」。學說上也有提出類似觀點，認為數確定裁判合併裁定應執行刑前，各該確定裁判接續執行之總刑期僅為前定之應執行刑與他罪宣告刑之總和，倘若合併裁定之應執行刑超過該總和，將違反「併罰刑期應小於或等於累罰刑期」之比例邏輯關係¹⁵。

本文認為，上述見解在法理上容有商榷餘地。申言之，所謂數罪併罰之恤刑思想，是指對於裁判確定前犯數罪而均宣告有期徒刑者，以限制加重原則取代併科原則，以避免因各該宣告刑接續執行而造成刑罰過苛的後果。據此，裁判確定前犯數罪而均宣告有期徒刑者，只要法院有遵照刑法第 51 條第 5 款規定，意即其所定之應執行刑未超過各該宣告刑之總和，即已符合限制加重原則的精神，而與數罪併罰之恤刑思想無違，至於是否超過前確定裁判所定之應執行刑與他罪宣告刑之總和，則非所問。拘束力肯定說無法合理解釋的問題是：在法院於同一程序對被告所犯之數罪分別論知宣告刑並定應執行刑時，法院之定刑基礎是各罪之宣告刑，故其定刑裁量權的上限是各該宣告刑之總和，但為何法院於不同程序對被告所犯之數

罪先後論知宣告刑並分別裁判確定，嗣檢察官聲請法院合併裁定應執行刑時，法院之定刑裁量權會有所變更，而須受到前確定裁判所定應執行刑之拘束？換言之，為何法院的定刑裁量權上限會因為審判程序的合併或分離，而有所不同？以上述【案例 D】為例，假設當初檢察官已知被告甲犯傷害罪、恐嚇罪、竊盜罪，而將上開三罪合併起訴，臺灣臺北地方法院的定刑裁量權上限是各該宣告刑有期徒刑 6 月、5 月、4 月的總和 1 年 3 月，只要所定之應執行刑未超過有期徒刑 1 年 3 月，即已符合限制加重原則及數罪併罰之恤刑思想，但今天只因為一個偶然因素—竊盜罪較晚被發現，使傷害罪、恐嚇罪與竊盜罪的審判程序分離，導致最後檢察官聲請法院合併定應執行刑時，法院對上開三罪的定刑裁量權須受前確定裁判就傷害罪、恐嚇罪所定之應執行刑有期徒刑 8 月拘束，意即其定刑裁量權的上限變成該傷害罪、恐嚇罪應執行刑有期徒刑 8 月與竊盜罪宣告刑有期徒刑 4 月之總和 1 年。如此的差異，正當性何在？這恐非數罪併罰之恤刑思想所能合理解釋。

2. 尊重前確定裁判之既判力？

德國學說上有認為，數確定裁判合併裁定應執行刑時，法院須受前確定

¹⁵ 柯耀程，註 2 文，61 頁。



裁判所定應執行刑拘束之理由，是為尊重前確定裁判之既判力（die materielle Rechtskraft）¹⁶。詳言之，裁判確定前犯數罪者，倘其中部分數罪業經法院定過應執行刑，該已定之應執行刑就有既判力，故嗣後檢察官就該確定裁判與他罪之確定裁判合併聲請法院裁定應執行刑時，法院即不得更動前確定裁判所定之應執行刑，而須以之為定刑基礎。

本文認為，尊重確定裁判之既判力固屬程序法上之重要原則，但既判力並非在任何情況下均不能破棄，此時毋寧涉及「維護法安定性」與「追尋實體正義」的利益權衡¹⁷。尤其在原確定裁判所依據的事實基礎有所變更的情況下，程序法上仍在一定的限度內允許確定裁判既判力的破棄，而就結果而言，可能是有利於人民，例如刑事訴訟法第 420 條為受判決人利益之再審，也可能是不利於人民，例如刑事訴訟法第 422 條為受判決人不利益之再審。就數確定裁判合併裁定應執行刑而言，數裁判均確定後始發現其符合數罪併罰之要

件，而合併聲請法院裁定應執行刑，本質上正是一種既判力的部分破棄。這是因為，合併定刑前所應執行者為各該確定裁判所諭知之宣告刑或應執行刑，但合併定刑時，縱然法院沒有明確諭知撤銷各該宣告刑或應執行刑，各該宣告刑或應執行刑也當然失其效力，其充其量只是用來決定最終應執行刑上、下限的定刑基礎而已，而合併定刑後所應執行者，僅為最終合併裁定之應執行刑。由此觀之，既然前確定裁判所諭知之各該宣告刑或應執行刑已被最終合併裁定之應執行刑所取代，就表示前確定裁判之既判力已被部分破棄，自不得以前確定裁判之既判力作為支持拘束力肯定說之理由。

其次要探討的是，縱然前定之應執行刑已無既判力，法院在合併裁定應執行刑時，其定刑基礎是否應受前定之應執行刑所影響。學說上認為，法院行使數罪併罰之定刑裁量權時，必須綜合審酌「行為人本身的人格」及「各數罪間的整體關係」¹⁸。在裁判確定前犯

¹⁶ 德國學說介紹，參見許恆達，〈定執行刑之刑罰裁量〉，《法官協會雜誌》，2013 年 12 月，第 15 卷，151 頁；薛智仁，註 8 文，31-32 頁。

¹⁷ 關於程序法上法安定性與實體正義的利益權衡，參見林鈺雄《刑事訴訟法（上冊）》，新學林，2013 年 9 月，7 版，12-14 頁。

¹⁸ 許恆達，註 16 文，140 頁。這兩項定應執行刑的量刑基準為德國刑法第 54 條第 1 項第 3 句所明文規定；相較之下，我國刑法上僅在第 57 條揭示宣告刑的量刑基準，沒有明文規定定應執行刑的量刑基準。

數罪而部分數罪先被法院發現並定出應執行刑時，法院行使定刑裁量權的評價基礎僅為該先被發現之「部分」數罪，但在他罪嗣後被發現，並經檢察官合併聲請法院裁定應執行刑時，法院定刑裁量權的評價基礎則為「全部」數罪。此時，既然法院定刑裁量權的評價基礎已經有所變更，法律上就應允許法院就「全部」數罪的整體關係予以重新、充分評價，並回歸數罪併罰的基本定刑準則，以各該數罪之宣告刑為定刑基礎來定出最終之應執行刑，而不受前確定裁判就部分數罪所定之應執行刑拘束。在此意義下，既然法院定刑裁量權的評價基礎已經有所變更，前確定裁判就部分數罪所定之應執行刑就不能對法院之定刑裁量權產生拘束力。

3. 不利益變更禁止原則？

觀諸最高法院 103 年度第 14 次刑事庭會議決議的敘述，其認為刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項已明文規定第一審法院所定之應執行刑對第二審法院有拘束力，第二審法院不得諭知較重於第一審法院所定之應執行刑，則本於此不利益變更禁止之同一法理，在裁判確定前犯數罪而部分數罪曾經法院定過執行刑，嗣後再與他罪之宣告刑合併裁定應

執行刑的情況中，法院定刑時應受前定之應執行刑所拘束，故法院所定之應執行刑不得重於前定之應執行刑與他罪宣告刑之總和。

本文認為，上揭決議見解在法理上似有謬誤，因為刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項與數確定裁判合併裁定應執行刑，有以下兩點不同之處，無法類比：1、情況不同。刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項所指涉的情況是，第一審法院已就裁判確定前所犯之數罪「全部」予以評價後，定出應執行刑時，第二審法院就該「全部」數罪不得定出較重於第一審法院所定之應執行刑¹⁹，但數確定裁判合併裁定應執行刑所指涉的情況是，裁判確定前所犯數罪中「部分」數罪曾經法院定應執行刑，嗣後再與他罪之宣告刑合併裁定應執行刑時，法院就「全部」數罪所定之應執行刑能否超過前定之應執行刑與他罪宣告刑之總和。由此觀之，在刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項指涉的情況中，第一審法院與第二審法院的評價範圍完全相同，均是「全部」數罪，但在數確定裁判合併裁定應執行刑指涉的情況中，先前曾就部分數罪定應執行刑之法院與嗣後合併裁定應執行刑之法院的評價

¹⁹ 薛智仁，註 8 文，34-35 頁。



範圍有所不同—前者是「部分」數罪、後者是「全部」數罪。舉例言之，上述【案例 E】就是適用刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項的典型情況，在該案中，臺灣臺北地方法院的評價範圍與臺灣高等法院完全相同，均是傷害罪、恐嚇罪、竊盜罪三罪全部；上述【案例 D】則是數確定裁判合併裁定應執行刑的典型情況，在該案中，前法院的評價範圍僅為傷害罪、恐嚇罪二罪，但後法院的評價範圍則為傷害罪、恐嚇罪、竊盜罪三罪，因此【案例 E】與【案例 D】顯然是不同的情況，無法類比。是以，刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項的法理實無法比附援引到數確定裁判合併裁定應執行刑的情況。

2、目的不同。刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項揭示不利益變更禁止原則，其主要目的在避免被告畏懼上訴，意即避免被告因擔心上訴後獲得更為不利的判決結果而捨棄上訴²⁰。但在數確定裁判合併裁定應執行刑的情況，並無被告上訴與否的問題存在，自無援用不利益變更禁止法理的必要。舉例言之，在上述【案例 E】中，臺灣高等法院就傷害罪、恐嚇罪、竊盜罪三罪所裁定之應執行刑之所以不能超過臺灣臺北地方法院所定之應執行有期徒刑

1 年，是因為如此的可能性會使被告甲畏懼上訴，但在上述【案例 D】中，被告甲根本沒有上訴，自無防止畏懼上訴的問題，何來不利益變更禁止原則之援用？

4. 信賴保護原則？

學說上有認為，數確定裁判合併裁定應執行刑時，法院須受前確定裁判所定應執行刑拘束之理由，應是基於信賴保護原則，也就是保護受刑人對前確定裁判所定應執行刑的信賴。申言之，受刑人已在前確定裁判中知悉部分數罪之應執行刑，並預期這些數罪只構成特定的應執行年限，甚至受刑人信賴該應執行刑，而預期可適用易刑處分或於特定年限後獲得假釋，若因前定之應執行刑嗣後與他罪之宣告刑合併裁定應執行刑，而使受刑人負擔更多不利益，顯有違背法律目的，因此為了忠實保證受刑人可信賴前確定裁判所定之應執行刑，法院必須尊重前確定裁判所定之應執行刑，不應於事後因不可歸責於受刑人的理由，而任意予以變更²¹。

本文認為，信賴保護原則（Grundsatz des Vertrauensschutzes）可否作為支持拘束力肯定說的理由，乃是取決於信賴保護原則的具體內涵為何。我們

²⁰ 林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，新學林，2013 年 9 月，7 版，321 頁。

²¹ 許恆達，註 16 文，152 頁。

必須先確立信賴保護原則的具體內涵，始能進而探討信賴保護原則可否導出拘束力肯定說。公法學理上向來認為，人民對國家主張適用信賴保護原則時，必須符合三項要件²²：1、信賴基礎，此指存在一個人民據以產生信賴的國家行為，例如行政行為、法院裁判甚或法令規定。2、信賴表現，此指人民因信賴該國家行為，而做出一定的生活安排或財產處置。3、信賴值得保護，此指該國家行為之違法性並非可歸責於人民，且人民對該國家行為之違法性也無明知或可得而知。在確立了信賴保護原則的具體審查標準後，我們便可據此探討，在數確定裁判合併裁定應執行刑的情況中，受刑人可否對前確定裁判就部分數罪所定之應執行刑主張適用信賴保護原則。本文認為，前確定裁判所定之應執行刑固然是一種國家司法行為，可以作為受刑人據以產生信賴的信賴基礎，但真正的問題在於，受刑人是否因信賴前確定裁判所定之應執行刑而有進一步的具體信賴表現？若受刑人雖然主觀上有信賴前確定裁判所定之應執行刑，但客觀上並無任何具體的信賴表現，其主

觀信賴充其量只能算是一種「事實上的期望」，並不是「法律上應受保護的信賴」。學說上也有持相同見解者，認為受刑人對前確定裁判所定應執行刑的信賴，只是一種錯誤的期待，不是一個能向國家主張的主觀權利²³。是以，本文認為信賴保護原則無法作為支持拘束力肯定說的充分理由。

伍、結論

數罪併罰與定應執行刑向來是一個實務上的重要問題，其中尤以多數有期徒刑的定刑最為重要。裁判確定前犯數罪者，在同一程序審判時，法院須就各罪諭知宣告刑後，依刑法第 51 條各款定應執行刑，但在上訴審程序中會額外受到刑事訴訟法第 370 條不利益變更禁止原則之限制；在不同程序審判時，如各罪先後經裁判確定，即須由檢察官依刑法第 53 條、刑事訴訟法第 477 條第 1 項聲請法院比照刑法第 51 條之定刑準則，合併裁定應執行刑。本文認為，刑法第 53 條之立法目的在避免裁判確定前犯數罪因審判程序之合併或分

²² 吳庚，《行政法之理論與實用》，三民，2016 年 9 月，14 版，66 頁；林錫堯，《行政法要義》，元照，2016 年 8 月，4 版，70 頁；陳愛娥，信賴保護原則的具體化—兼評司法院大法官相關解釋，《台灣本土法學雜誌》，2007 年 9 月，第 98 期，180-183 頁。

²³ 薛智仁，註 8 文，32 頁。



離而有差別對待，故其適用範圍應從寬認定。據此，數罪中之某罪先經裁判確定者，餘罪處斷後仍應依刑法第 53 條與前罪合併裁定應執行刑；甚且，縱使數罪中之某罪業已執行完畢，也不妨礙刑法第 53 條之適用。另外，數確定裁判合併裁定應執行刑時，若前確定裁

判已就部分數罪定過應執行刑，前定之應執行刑是否拘束法院之定刑裁量權？目前最高法院已作成決議採取拘束力肯定說，理由是援用不利益變更禁止之法理，但依本文分析，本文採取拘束力否定說，認為法院仍應以各罪之宣告刑為定刑基礎，不受前定之應執行刑所拘束。

參考文獻

一、教科書

吳 庚，《行政法之理論與實用》，三民，2016 年 9 月，14 版

林山田，《刑法通論（下）》，2008 年 1 月，10 版

林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2016 年 9 月，5 版

林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，新學林，2013 年 9 月，7 版

林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，新學林，2013 年 9 月，7 版

林錫堯，《行政法要義》，元照，2016 年 8 月，4 版

柯耀程，《刑法釋論 II》，一品，2014 年 8 月，初版

黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，元照，2012 年 3 月，4 版

二、期刊文章

呂建興，數罪併罰一作繭自縛 vs 破繭而出，《法務通訊》，2014 年 3 月，第 2690 期

柯耀程，數罪併罰之更定刑期問題，《月旦法學教室》，2007 年 11 月，第 61 期

張明偉，數罪併罰之累犯判斷，《月旦法學雜誌》，2012 年 9 月，第 28 期

張明偉，數罪併罰修正後與定應執行刑之聲請—台灣台南地方法院 104 年度聲字第 1822 號定應執行刑案件裁定評析，《台灣法學雜誌》，2017 年 11 月，第 331 期

許恆達，定執行刑之刑罰裁量，《法官協會雜誌》，2013 年 12 月，第 15 卷

陳愛娥，信賴保護原則的具體化—兼評司法院大法官相關解釋，《台灣本土法學雜誌》，2007 年 9 月，第 98 期

薛智仁，補行數罪併罰與不利益變更禁止—評最高法院一〇三年度第十四次刑事庭會議決議，《月旦裁判時報》，2015 年 8 月，第 38 期