數罪併罰定執行刑之實務相關問題*（上）

文／孫啟強

壹 前言

刑法乃規定犯罪行為的法律要件及其法律效果的法律[1]。而稱刑罰者，則係指國家依據刑法法規，基於犯罪行為，用以制裁行為人之公法上制裁手段之謂[2]。理論上一個行為人犯一罪，即應科予一次刑罰，不論該刑罰用以對等回應犯罪損害法益，或是標誌出違法行為及刑罰之不利益，讓未來社會大眾不致重蹈覆轍，甚至是透過刑罰修整行為人的生活態度與守法意識。一行為人實施一行為，應論以一罪而科予一次刑罰制裁，始終是刑法學的基本原則[3]。然當一行為人實施數個相互無關之行為，而構成數罪時，自應予以併合處罰，我國現行刑法第50條至第54條之規定，即是在規範如何將一行為人之數罪予以併合處罰之操作方法，關於是項規範，實務上多稱之為「數罪併罰」[4]，本文從之，學理上則多稱之為「實質競合」[5]、「實在競合」[6]、「純正競合」[7]或「真正競合」[8]。

在實務運作上，受刑人數罪併罰定其應執行刑之刑度長短，對其權益有重大的影響，固屬當然，然對於裁判者即法官而言，每年因非常上訴遭最高法院撤銷之原因當中，因「定應執行刑違誤」所佔之比例亦不在少數[9]。足見數罪併罰定其應執行刑是否正確，不管是對受刑人抑或是刑罰裁判者，均屬事關重大，洵屬相當重要之課題。

本文擬先說明數罪併罰之立法沿革，次說明數罪併罰之要件及方法（處斷方式），再從實務之觀點，探討數罪併罰定執行刑之相關問題，並提出本文之見解，資以瞭解數罪併罰定執行刑在我國實務上之運用情形。

貳 數罪併罰之立法沿革

現行刑法總則編第七章章名為「數罪併罰」，「數罪併罰」在暫行新刑律原規定於第五章，章名為「俱發罪」，然核諸其內容，非僅限於數罪俱發，即數罪各別發覺者，亦有其適用，舊刑法為矯其失，而改為第九章「併合論罪」，然所謂併合論罪，並非將數罪併合為一罪，其各罪仍獨立存在，不過予以併合處罰執行而已，故現行刑法乃將之規定於第七章名為「數罪併罰」[10]。

我國關於數罪併罰之要件規定於刑法第50條，第50條原規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。」嗣於102年1月23日修正為「（第1項）裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。」「（第2項）前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第51條規定定之。」修正之立法理由謂：「一、現行數罪併罰規定未設限制，造成併罰範圍於事後不斷擴大有違法安定性，為明確數罪併罰適用範圍，爰增訂但書規定。二、因不得易科罰金之罪與得易科罰金之罪合併，造成得易科罰金之罪無法單獨易科罰金，故宜將兩者分開條列。故於第1項將易科罰金與易服社會勞動之罪，分別列舉得易科、不得易科、得易服與不得易服等不同情形之合併，以作為數罪併合處罰之依據。三、增列第2項，規範第1項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第51條有關數罪併罰之方法所規定之情形，以作為定執行刑之準則[11]」。

依現行刑法第50條第1項前段規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。」不僅是第51條至第54條所規定的數罪併罰，應在一個併合刑的範圍內併合處罰，即便是第55條所規定的想像競合犯裁判上一罪（事實上也包括刪除前第55條牽連犯及第56條連續犯裁判上一罪），也應在一個最重的法定刑內併合處罰之。所以，刑法第七章的「數罪併罰」，可以說是「廣義的數罪併罰」，而刑法第51條至第54條所規定的數罪併罰，則為「狹義的數罪併罰」[12]。本文所討論的「數罪併罰」，僅限於「狹義的數罪併罰」，而不包括「廣義的數罪併罰」。

參 數罪併罰之要件及方法

依刑法第50條第1項前段規定觀之，「數罪併罰」之意義乃謂同一行為人於裁判確定前所犯之數罪，分別宣告其罪之刑，合併定其應執行刑之謂。則「數罪併罰」之要件有二[13]：

（一）須一人犯數罪：即須一人犯獨立之數罪，然此所謂獨立之數罪，並不以數個單純一罪為限，凡包括的一罪（如結合犯、接續犯等）亦包括在內，至於裁判上一罪，則應就其想像競合犯（或刑法修正刪除前之牽連犯、連續犯）所宣告之罪作為獨立一罪，而與其他之罪併合處罰之。又所犯數罪，並不以普通刑法上之罪名，及均為司法機關所判決者為限，倘其中有依特別刑法判決者，或係由軍法機關判決者，亦包括在內[14]。

（二）數罪須為裁判確定前所犯[15]：所謂「裁判確定」，應指首先確定之科刑判決，亦即以該首先判刑確定之日為基準，凡在該日期之前所犯各罪，應依刑法第51條規定定其執行刑，如在該日期之後所犯，即無與之前所犯者合併定執行刑之餘地[16]。

另刑法第50條於102年1月23日修正，增訂第1項但書及第2項，已如前述，依修正後之規定，合於第1項但書之情形者，由受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，賦予受刑人選擇權，以符合其實際受刑利益，已不適用第1項前段併合處罰之規定[17]。稽其立法意旨，無非為明確數罪併罰適用範圍，避免不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪與得易科罰金或得易服社會勞動之罪合併，造成得易科罰金或得易服社會勞動之罪，無法單獨易科罰金或易服社會勞動，罪責失衡，不利於受刑人。是關於得易科罰金或得易服社會勞動之罪，與不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪，得否併合處罰，全繫乎受刑人之請求與否[18]，檢察官及法官均不得越俎代庖而代為決定。

關於數罪併罰定執行刑之方法（處斷方式），各國立法例上大致可分為三種原則，即併科原則[19]、吸收原則及限制加重原則[20]。所謂併科原則係指直接將所有宣告刑累計後處罰行為人，行為人的執行刑即等於所有宣告刑的總和；吸收原則係指從各罪的宣告刑中，選擇最重的宣告刑作為執行刑，其他較輕的宣告刑即不再予以執行；限制加重原則係以最重的宣告刑為底限，委由法官依據個案再重定執行刑，但執行刑的刑度不得低於該最重之宣告刑，亦不得高於所有宣告刑累計的刑度[21]。上開諸種原則在我國刑

（文轉三版）

註釋

* 本文之完成，感謝臺灣高等法院高雄分院蕭庭長權閔提供資料供參。

1. 林鈺雄，新刑法總則，初版1刷，2006年9月，第612頁。
2. 柯耀程，刑法總論釋議－修正法篇（下），初版2刷，2006年3月，第289頁。
3. 黃榮堅，基礎刑法學（下），4版，2012年3月，第866頁。
4. 然有學者質疑「數罪併罰」此一用語，見柯耀程，刑法競合論，初版，2000年12月，第277-279頁。
5. 見蔡墩銘，刑法精義，1版6刷，2002年2月，第380頁；林山田，刑法通論（下冊），增訂10版，2008年1月，第357頁；黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證，增訂2版，2009年1月，第313頁；張麗卿，刑法總則理論與運用，4版1刷，2011年9月，第474-475頁；柯耀程，刑法競合論，初版，2000年12月，第277頁；鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型，增修2版，2003年9月，第420頁；林鈺雄，行為數與競合論，收錄於新修正刑法論文集，司法院編印，2006年12月，第237頁；靳宗立，數罪併罰，收錄於2005年刑法總則修正之介紹與評析，台灣刑事法學會，初版1刷，2005年4月，第237、245頁；許澤天，刑法要論，2版1刷，2009年2月，第345-346頁；黃翰義，案例刑法講義，1版1刷，2012年9月，第487頁。
6. 高仰止，刑法總則之理論與實用，5版，1996年2月，第333頁。
7. 黃常仁，註5書，第313頁。
8. 邱忠義，刑法通則新論，初版1刷，2007年9月，第319頁。
9. 依據司法院之統計資料顯示，100年度非常上訴撤銷總件數計有293件，其中撤銷原因為「定應執行刑違誤」者計有14件，比重佔4.8%，參見司法院101年6月6日院台廳刑一字第1010016036號函。101年度非常上訴撤銷總件數計有365件，其中撤銷原因為「定應執行刑違誤」者計有18件，比重佔4.9%，參見司法院102年1月30日院台廳刑一字第1020003416號函。102年度非常上訴撤銷總件數計有427件，其中撤銷原因為「定應執行刑違誤」者計有7件，比重佔1.6%，參見司法院103年12月16日院台廳刑一字第1030034908號函。103年度非常上訴撤銷總件數計有384件，其中撤銷原因為「定應執行刑違誤」者計有10件，比重佔2.6%，參見司法院104年5月8日院台廳刑一字第1040012700號函。104年1月至11月非常上訴撤銷總件數計有180件，其中撤銷原因為「定應執行刑違誤」者計有12件，比重佔6.6%，參見司法院104年12月29日院台廳刑一字第1040035808號函。
10. 褚劍鴻，刑法總則論，增訂11版，1995年12月，第322頁；王振興，刑法總則實用（中冊），增訂再版，1991年12月，第405頁。
11. 立法院公報，第102卷第4期，2013年1月23日，院會紀錄，第231-232頁。
12. 甘添貴、謝庭晃合著，捷徑刑法總論，初版，2004年4月，第306頁。
13. 褚劍鴻，註10書，第323-324頁。
14. 最高法院41年台抗字第10號判例謂：「裁判確定前犯數罪，而有二裁判以上時，應由犯罪事實最後判決之機關，以裁定定其應執行之刑，不因其前判決係由軍法機關抑係普通法院審判而有差異。」同此見解。

本文所引用之裁判（判例）均為最高法院刑事裁判（判例），以下省略「最高法院」字樣。

惟學者張麗卿教授有不同見解，張教授認此所犯之數罪須均為司法機關所判決者為限，不包括軍法機關依特別法所為之判決，見張麗卿，註5書，第474頁，然此為本文所不採。
15. 蔡墩銘，刑法總則爭議問題研究，初版6刷，1997年6月，第328頁。
16. 參最高法院101年度台非字第239號判決。
17. 104年度台非字第207號判決。
18. 104年度台抗字第237號裁定。
19. 亦有稱之為「累積原則」者，見黃榮堅，犯罪的結合與競合，收錄於氏著，刑法問題與利益思考，元照初版第3刷，2003年10月，第460頁。
20. 參閱蘇俊雄，刑法總論III，2000年4月，第105頁；甘添貴，狹義數罪併罰與執行刑之吸收，月旦法學雜誌，第64期，2000年9月，第16-17頁；謝瑞智，刑法總論，臺初版，1999年11月，第357-358頁。張淳淙，從刑法修正論行為之罪數－牽連犯、連續犯及常業犯廢除後之實務因應，收錄於新修正刑法論文集，司法院編印，2006年12月，第339-340頁。
21. 許恒達，定執行刑之刑罰裁量，法官協會雜誌，第15卷，2013年12月，第138頁。
22. 刑法第51條業於104年12月17日修正，於同年月30日經總統公布，依104年12月30日增訂之刑法施行法第10條之3第1項規定：「中華民國104年12月17日修正之刑

JUDICIAL 司法 復刊 稽 思 亭
四、文稿一律不退件，請自留底稿。
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
院網站。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每
全年
費用新
如蒙
請郵
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

法第51條[22]中均有適用，質言之，我國可謂係採折衷原則，其中第1款、第2款前段、第3款、第4款前段、第8款及第9款但書係採吸收原則，第5款至第7款係採限制加重原則，第2款但書、第4款但書及第9款前段則是採併科原則[23]。

肆 定執行刑之相關問題

關於數罪併罰定應執行刑之規定，除上開所述數罪併罰之立法沿革、要件及方法外，下列相關問題在實務上之運用亦頗為重要，茲析述如次：

一、定應執行刑之裁定，由犯罪事實最後判決之法院管轄：

依刑法第53條所定數罪併罰有二裁判以上，應依同法第51條第5款至第7款定其應執行之刑者，應由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官聲請該法院裁定之，刑事訴訟法第477條第1項定有明文。是數罪併罰之裁定，以該案之犯罪事實最後判決法院為管轄法院，倘檢察官誤向非管轄法院聲請定應執行刑，法院即應為駁回之裁定[24]。而所謂該案犯罪事實最後判決之法院，係指最後審理事實論知判決之法院而言[25]。且此所謂最後判決之法院，係以判決時為準，不問其判決確定之先後[26]。

二、刑法第47條所規定累犯之加重，以受徒刑之執行完畢後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為其要件，而數罪併罰案件之執行完畢，究係應以「宣告刑」或「應執行刑」執行完畢為判斷標準？

受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始構成累犯，此觀刑法第47條第1項之規定甚明。又數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第51條之規定，定其應執行之刑；數罪併罰，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，定其刑期，同法第53條、第51條第5款亦分別定有明文。故刑法第47條第1項所謂「受徒刑之執行完畢」，就數罪併罰案件，究係應以「宣告刑」或「應執行刑」執行完畢為判斷標準，傳統實務見解可大別為二，其中以「宣告刑」執行完畢為判斷標準[27]者，係屬少數說；以「應執行刑」執行完畢為判斷標準[28]者，則為多數說[29]。惟有學者認為，採取上開傳統實務見解多數說（即以「應執行刑」執行完畢為判斷標準），除將造成一再提起非常上訴之訟累外，更忽略事後併罰之特徵，其正當性不無可議，故而反對此說，並認為：「只要該次執行所依據的執行指揮書，在執行期滿前，未因事後併罰之形成而被註銷，一旦出現執行指揮書已執行期滿之事實狀態，即應評價為執行完畢；如果在執行期滿前，執行指揮書已因事後併罰形成而被註銷，並依檢察官簽發之新執行指揮書，則依併罰範圍已擴張的應執行刑而另予執行時，先前已進行的執行程序，尚不能評價為執行完畢[30]。」嗣最高法院於104年4月7日以104年度第6次刑事庭會議作成決議，採取上開傳統實務見解少數說之見解，認為應以「宣告刑」是否執行完畢作為判斷是否構成累犯之標準。本文認為累犯加重其刑之規定，在於行為人受「有期徒刑之執行完畢」後，猶無法達到刑罰矯正之效果，故予以加重其刑，洵與數罪併罰定執行刑是否執行完畢無關，最高法院之決議對上開問題予以釐清肯認，實值贊同。

三、前案縱已執行完畢，若與他案符合定執行刑之要件，仍得聲請定執行刑：

裁判確定前犯數罪併合處罰之案件，有二以上裁判，應依刑法第51條第5款至第7款定應執行之刑，苟經檢察官聲請時，最後事實審法院即應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，即謂與刑法第50條規定「裁判確定前犯數罪者，併合處罰」之要件不符。因此如受刑人於刑之執行中，發現尚有部分之罪刑，雖已執行完畢，但與執行中之諸多罪刑，合於定應執行刑之規定，而請求檢察官聲請法院重新定其應執行之刑，檢察官未依法處理或處置失當，致受刑人蒙受重大不利益時，因其請求係在刑之執行中，自應認係檢察官執行之指揮為不當，而准受刑人聲明異議，以資救濟[31]。

學理上亦認為，當數罪併罰有刑之執行完畢情形，並非屬於「不得併入定執行刑範圍」之問題，而是屬於「合於作為定執行刑之基礎，僅是於最終所定之應執行刑，視為已經執行之刑期折抵扣除」之問題[32]。

須特別強調說明的是，此處所謂「前案縱已執行完畢，若與他案符合定執行刑之要件，仍得聲請定執行刑」（下稱前者），與上開二.所指「數罪併罰案件之執行完畢，應以宣告刑之執行完畢作為判斷是否累犯之標準」（下稱後者）之情形有別。蓋前者情形，前案縱已經執行完畢，然因與他案符合定執行刑之要件，此時仍得請求檢察官向法院聲請定執行刑，定執行刑後之刑期，扣除已執行之刑期，則受刑人僅須再執行其餘之刑期，此對受刑人而言仍屬有利，故此種情形，受刑人自得請求檢察官向法院聲請定執行刑。而後者情形，係指刑法第47條所規定累犯之加重，以前受徒刑之執行完畢後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為其要件，就前所犯之數罪併罰案件而言，其所謂之「刑之執行完畢」，係以「宣告刑」而非「應執行刑」之執行完畢，作為判斷後案是否構成累犯之標準，二者有別，不可混淆。

四、不相同之主刑不能合併定其應執行刑：

數罪併罰，分別宣告其罪之刑，有多數相同之主刑者，分別依刑法第51條第1款、第3款、第5款、第6款及第7款之規定定其應執行之刑，不相同之主刑，不能合併定其應執行刑[33]。

五、前定執行刑後，再與他罪定執行者，前定之執行刑失效，應以各罪之宣告刑為定刑之基礎：

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51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，以與裁判宣告之刑，定其執行刑[34]。

六、數罪併罰定應執行刑，應受法律內、外部界限之拘束：

法律上屬於自由裁量之事項，有其外部性界限及內部性界限，並非概無拘束。依據法律之具體規定，法院應在其範圍選擇為適當之裁判者，為外部性界限；而法院為裁判時，應考量法律之目的及法律秩序之理念所在者，為內部性界限。法院為裁判時，二者均不得有所踰越。在數罪併罰，有二裁判以上，定其應執行之刑之案件，法院所為刑之酌定，固屬自由裁量之事項，然仍應受上揭外部性界限及內部性界限之拘束[35]。

七、定執行刑有不利益變更禁止原則之適用：

刑事訴訟法第370條第2項、第3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。故另定之執行刑，其裁量所定之刑期，倘較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和，即屬違背法令[36]。

八、數罪併罰易服勞役之折算標準不同者，從勞役期限較長者定之：

數罪併罰之裁判，應依分別宣告其罪之刑為基礎，本於法定標準定其應執行之刑，並非重新判決，縱部分裁判之易刑處分折算標準或有不同，亦應依原確定裁判所論知之標準折算為基礎。而刑法第42條第4項規定「依第51條第7款所定之金額，其易服勞役之折算標準不同者，從勞役期限較長者定之」，乃關於罰金易服勞役折算標準之比較適用，雖其立法理由僅說明該項增訂意旨係為解決行為人犯金融七法與他罪有數罪併罰之情形，於定應執行刑之罰金部分，因刑法與上開金融七法規定不一，而有數個易服勞役之折算標準，為杜法律適用之爭議，爰增訂以從勞役期限較長者定折算標準。然此易刑處分標準適用之法律疑義，不惟發生在因被告所犯普通刑法與上揭特別刑法之數罪間，其亦存在於被告所犯普通刑法或（及）其他特別刑法之數罪間，本乎法律適用上之平等原則，即本質相同之事件應為相同處理之法理，則行為人所犯金融七法以外之特別刑法及（或）普通刑法之數罪間，其罰金部分之易服勞役折算標準若有不同者，自亦應有本條項之適用。至此之勞役期限較長者，係指依數罪之裁判所分別論知之罰金數額與易服勞役之折算標準，換算其勞役期限，而從期限較長者原所論知之標準為定罰金執行刑之折算基礎[37]。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院高雄分院法官）

註釋

法，自105年7月1日施行。」本文所引用之刑法第51條，係指修正後之刑法第51條。

23. 褚劍鴻，註10書，第326-329頁；蔡墩銘，註5書，第383-384頁；甘添貴，罪數理論之研究，初版1刷，2006年4月，第283-284頁；黃榮堅，犯罪的結合與競合，收錄於氏著，刑法問題與利益思考，元照初版第3刷，2003年10月，第460頁；邱忠義，註8書，第319-320頁。
24. 99年度台非字第126號判決。
25. 101年度台非字第280號判決。
26. 85年度台抗字第289號裁定。
27. 82年度台上字第4932號、86年度台非字第78號判決。
28. 76年度台非字第128號、93年度台非字第298號、94年度台非字第249號、99年度台非字第185號、100年度台非字第22號判決。
29. 張明偉，數罪併罰之累犯判斷，月旦法學雜誌，第208期，2012年9月，第245-247頁。
30. 張明偉，同前註，第252、255、256頁。
31. 100年度台抗字第968號裁定。
32. 柯耀程，定執行刑界限及已執行刑扣抵－評最高法院98年台非字第338號刑事判決，月旦裁判時報，第3期，2010年6月，第106頁。轉引自黃翰義，刑法總則新論，初版1刷，2010年10月，第507頁。
33. 102年度台非字第459號判決。
34. 59年台抗字第367號裁定、101年度台非字第275號、第299號、第351號判決參照。另蔡墩銘教授亦同此見解，見氏著刑法總則爭議問題研究，初版6刷，1997年6月，第325-326頁。在此須特別說明的是，59年台抗字第367號原係判例，嗣經最高法院於103年9月2日以103年度第14次刑事庭會議決議不再援用，不再援用之理由謂：「刑事訴訟法第370條第2項、第3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。」惟本文認為，依刑法第51條之規定，數罪併罰，本即應依數罪之「宣告刑」為基礎，而定其應執行之刑，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，定其應執行之刑，不得以前之「執行刑」為基礎，以與裁判宣告之刑，定其執行刑，乃當然之法理。此與刑事訴訟法第370條於103年6月4日修正增訂第2項「前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑」及第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」，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

WEEKLY 周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。二、本刊並歡迎司法人、文後請加註說明，以利參考。三、本刊對來稿有權潤飾刪改者，及不願接受刪改者，請加註說明。 WEEKLY 周刊 每週出刊 歡迎訂閱 定價400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊