# 定應執行刑逾二年可否宣告緩刑

文／孫啟強

## 壹 前言（問題之提出）

一、刑法第 50 條於民國 102 年 1 月 23 日修正公布施行後，某甲犯了Ａ、Ｂ、Ｃ、Ｄ四罪，經法院分別判處Ａ罪有期徒刑 10 月、Ｂ罪有期徒刑 1 年、Ｃ罪有期徒刑 5 月、Ｄ罪有期徒刑 4 月，因後二罪係屬得易科罰金之罪，法院乃分別就不得易科罰金之Ａ、Ｂ二罪定執行刑為有期徒刑 1 年 8 月；得易科罰金之Ｃ、Ｄ二罪定執行刑為有期徒刑 7 月，甲無前科紀錄且均與被害人達成和解賠償損失，則法院可否就各該執行刑均宣告緩刑（亦即得易科之罪所定執行刑與不得易科之罪所定執行刑，均未逾有期徒刑 2 年，然形式上加計結果已逾有期徒刑 2 年，可否就各該執行刑均宣告緩刑）？

二、又倘某甲所犯Ａ、Ｂ、Ｃ、Ｄ四罪均經法院判處有期徒刑 8 月，並定執行刑為有期徒刑 2 年 4 月，甲無前科紀錄且均與被害人達成和解賠償損失，則法院可否就該逾有期徒刑 2 年之執行刑宣告緩刑？

上開問題涉及緩刑之要件及目的，另涉及宣告刑與執行刑之異同及其等之法律效應，實務上針對上開問題亦有不同之見解，本文爰依序析述說明之，並提出本文之見解。

## 貳 緩刑之定義、要件及目的

所謂緩刑，即是暫緩刑之宣告或執行之意[1]。詳言之，係指受刑之宣告，因犯罪之情狀，認以暫不執行為適當者，於一定期間內暫緩其宣告刑之執行，若於此期間內表現良好而無法定撤銷緩刑之情事發生，其刑之宣告即為無效之制度也。緩刑制度之設，在救濟短期自由刑易受惡習傳染之流弊。蓋以短期自由刑，類皆施諸初犯及微罪之人，此輩惡性不深，一旦置於罪犯聚集之監所，易因耳濡目染，善性日泯，改過遷善之效未收，傳染犯罪之惡習流弊已生，因之現代國家刑事政策，莫不設立緩刑制度，以謀求補救之道。且查初犯及輕微犯罪者，大多天良未泯，愛惜自己名譽及顏面，如偶因行為失檢而犯過，即置於囹圄，必自認顏面盡失，聲譽掃地，出獄後將為親友所共棄及社會所不恥，遂自暴自棄，自甘墮落，淪為犯罪之淵藪，緩刑制度之設，適可猶豫其刑之宣告或執行，以保全犯人之顏面廉恥，啓其自新，感激之餘，必勇於遷善[2]。

24 年 1 月 1 日制定公布之刑法第 74 條原規定：「受 2 年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告，而有左列情形之一，認為以暫不執行為適當者，得宣告 2 年以上 5 年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算。一、未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5 年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。」嗣於 94 年 2 月 2 日修正為：「受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告 2 年以上 5 年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。」斯時修法之立法理由謂：「現行條文改列第 1 項，其中第 1 款及第 2 款所謂未曾受或前受徒刑以上刑之宣告者，係包括故意或過失犯罪之情形在內。惟過失犯，惡性較之故意犯輕微，且以偶蹈法網者居多，而緩刑制度，既為促使惡性輕微之被告或偶發犯、初犯改過自新而設，自應擴大其適用範圍，使其及於曾因過失犯罪受徒刑以上刑之宣告者。故分別於第 1 款及第 2 款增列『因故意犯罪』字樣，使曾因過失犯罪，受徒刑以上刑之宣告及曾因故意犯罪，受徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5 年以內，再因過失犯罪，受徒刑以上之宣告者，均屬於得適用緩刑規定之範圍[3]。」質言之，修法之目的即在擴大緩刑之適用範圍，使其及於曾因過失犯罪受徒刑以上刑之宣告者。

依上開說明，足見緩刑之要件有三：（1）受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告；（2）未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，或前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告；（3）認為以暫不執行為適當。至於緩刑之目的，一言以蔽之，即在救濟短期自由刑易受惡習傳染之流弊。

## 參 宣告刑與執行刑之異同及其等之法律效應

依刑罰在刑事立法、刑事審判與刑事執行等三個不同階段，復從刑罰法律效果的概念觀察，刑罰對應犯罪行為的規範與體現作用，可以區分為：（1）法定刑；（2）處斷刑；（3）宣告刑；（4）執行刑。所謂法定刑，係指刑法明文規定犯罪行為之法律效果，亦即透過刑法明文加以規定之刑罰種類與範圍，其均伴隨著個別構成要件而存在，以反應個別犯罪構成要件所評價的不法與可罰內涵。所謂處斷刑，係指對於法定刑適用於具體個案時，因被告犯罪之態樣（如未遂犯、幫助犯）或被告本身所具備之事由（如未滿 18 歲之人、滿 80 歲之人、自首、累犯），依法律之規定而為加重或減免者。所謂宣告刑，係指法官對於具體犯罪行為，依據法定刑之規定，於其種類與範圍中，選定刑罰之具體形式與科處程度，對於犯罪行為人所為科處宣告之刑罰。所謂執行刑，係指法院具體宣告，而犯罪行為人必須確實執行之刑罰，具有刑罰具體實現的作用[4]。

宣告刑係法定刑具體實現之刑罰，通常法定刑所規定之刑罰，有種類及範圍之選擇性存在，而宣告刑係將刑罰之種類與處罰程度具體宣示。一般宣告刑的概念，係伴隨著各獨立犯罪行為而存在，倘若行為人僅有一個犯罪行為事實，則該罪之宣告刑，亦等同於執行刑；惟如行為人所犯非僅單一犯罪行為時，則各罪之宣告刑，僅屬於對於該罪所為的法律效果評價而已，其仍非屬具有執行效力的法律效果。是宣告刑所具有的法律效應有二：（1）依罪刑相稱原則，反應各罪具體的可罰性內涵；（2）數罪併罰時，作為形成整體刑的基礎，同時也成為程序上對於各罪科刑救濟的基準[5]。

因執行刑具有具體刑罰實現的作用，故其作為具體的刑罰法律效果，在刑法中具有六種意義與效應：（1）刑罰執行效力的基礎：唯有執行刑的概念，方具有刑罰執行效力之效應；（2）行刑時效規定適用前提：唯有執行刑的概念，才會發生行刑時效的問題；（3）折抵刑期的刑期概念，必須以執行刑為根本；（4）刑的易科前提條件：刑之更易基礎，係以執行刑效應之法律效果，方得以作為易刑處分的基礎概念；（5）緩刑適用的基礎刑度：作為緩刑宣告刑度基準的適用，亦是以執行刑的概念為基準；（6）數罪併罰的執行刑概念：數罪併罰定應執行刑，不論數罪併罰係屬於同一處理程序的併罰，或是分別不同程序判決的併罰，其所得各罪所宣告之刑，乃成為形成整體刑之基礎，最終應執行之刑的確認，必須於整體刑的刑度範圍內，訂定應執行之刑[6]。

## 肆 關於本案例之實務見解及本文見解

### 一、案例一部分：

關於此部分，臺灣高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會刑事類提案第 3 號已有討論，討論意見如下：甲說：（1）否定說：認為本件得易科罰金之罪所定執行刑與不得易科罰金之罪所定執行刑形式上加計已逾 2 年，法院即不應諭知緩刑[7]。（2）修正說：得易科之罪與不得易科之罪，各自所定應執行刑雖均未逾 2 年，但二者各自所定執行刑，形式上加計結果已逾 2 年時，即不可各對二者所定應執行刑均諭知緩刑，但仍得就其中一組所定應執行刑，在符合緩刑要件下，就該組執行刑諭知緩刑[8]。乙說：肯定說：刑法第 50 條規定，就得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，明定不得併合處罰，並賦予受刑人可選擇聲請檢察官仍按刑法第 51 條規定以定執行刑之權利。故數罪併罰案件，

（文轉三版）

### 註釋

1 林鈺雄，新刑法總則，自版，6 版第 1 刷，2018 年 9 月，第 673 頁

2 柯慶賢，刑法專題研究，自版，增訂再版，1998 年 6 月，第 593 頁；褚劍鴻，刑法總則論（下冊），自版，增訂 11 版，1995 年 12 月，第 449 頁；蔡墩銘，刑法精義，自版，1 版 6 刷，2002 年 2 月，第 440-441 頁；林山田，刑法通論（下冊），自版，增訂 10 版，2008 年 1 月，第 561-562 頁；張麗卿，刑法總則理論與運用，五南出版社，4 版 1 刷，2011 年 9 月，第 533 頁；陳子平，刑法總論（下冊），自版，初版第 1 刷，2006 年 2 月，第 336 頁。

3 立法院公報第 94 卷，第 5 期，院會紀錄，第 310-311 頁。

4 林山田，註 2 書，第 463-465 頁；蔡墩銘，註 2 書，第 422-426 頁；柯慶賢，註 2 書，第 313-316 頁；柯耀程，易科罰金之適用迷思 — 總評大法官釋字第 679 號、662 號、366 號、144 號解釋，軍法專刊，第 56 卷第 6 期，2010 年 12 月，第 82-83 頁。

5 柯耀程，註 4 文，第 83 頁。

6 柯耀程，註 4 文，第 83-84 頁。

7 臺灣高等法院 102 年度上訴字第 155 號、101 年度上易字第 1044 號，臺灣高等法院臺南分院 102 年度上易字第 584 號，臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 94 號判決參照。該等判決各定執行刑均刻意讓加計結果未逾有期徒刑 2 年，似均認如各定執行刑，形式上如加計結果逾有期徒刑 2 年，即不得宣告緩刑。

8 臺灣高等法院高雄分院 102 年度上訴字第 1136 號判決參照，最高法院 103 年度台上字第 1258 號判決上訴駁回維持前開判決。

9 臺灣高等法院 102 年度上訴字第 77 號，臺灣高等法院臺中分院 102 年度侵上訴字第 173 號，臺灣高等法院臺南分院 102 年度軍上訴字第 4 號，臺灣高等法院高雄分院 102 年度侵上訴字第 91 號、102 年度上訴字第 137 號、350 號判決參照。

10 參閱臺灣高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會彙編，臺灣高等法院編印，2015 年 4 月，第 403-410 頁。

11 關於此部分之主文宜如何諭知，實務上有不同作法，請參考臺灣高等法院 102 年度上訴字第 77 號，臺灣高等法院臺中分院 102 年度侵上訴字第 173 號，臺灣高等法院臺南分院 102 年度軍上訴字第 4 號，臺灣高等法院高雄分院 102 年度侵上訴字第 91 號、102 年度上訴字第 137 號、第 350 號判決。至於臺灣高等法院 102 年第 1 次刑事庭庭長、法官會議結論則認為「應於各執行刑項下個別宣告緩刑」。

JUDICIAL 司法 復刊 稱 周 亭 院網站 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。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年
費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

（文接二版）

其得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，各定其執行之刑，其各定執行刑既均未逾有期徒刑 2 年，法院自得依刑法第 74 條第 1 項之要件，分別審酌宣告緩刑[9]。經研討結果，多數意見採取肯定說[10]。本文認為各該定執行刑既均未逾有期徒刑 2 年，依有利於被告之解釋，亦認以肯定說為當，至於主文應如何諭知，則由事實審法院依具體個案予以審酌[11]。

## 二、案例二部分

關於此部分，實務上亦有不同見解。肯定說認為：合於定應執行刑之數罪之宣告刑均未逾有期徒刑 2 年，縱使定應執行刑結果已逾有期徒刑 2 年，仍得宣告緩刑[12]。否定說則認為：刑法第 74 條第 1 項規定緩刑要件中所謂受 2 年以下有期徒刑之宣告，係指宣告其刑之裁判而言，此於數罪併罰案件，各罪之宣告刑均為 2 年以下有期徒刑，而依刑法第 51 條第 5 款規定，定其應執行之刑亦為 2 年以下有期徒刑者，如合於本條項規定之要件，則於定其應執行刑後，一併宣告緩刑，固無不合，惟若所定之應執行之刑已逾有期徒刑 2 年者，即與上開得宣告緩刑之要件不符，自不得宣告緩刑[13]。

按宣告刑並無刑罰實現的作用，只有執行刑才有具體刑罰實現的作用，故舉凡涉及必須以刑罰實現為基礎條件的規定，即使法律規定係以「為（受）…… 刑之宣告」，其仍不可逕為宣告刑概念的解讀，應予具體觀察究為宣告刑或為執行刑。而刑法第 74 條第 1 項規定緩刑要件中所謂「受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告」，於數罪併罰案件中，並非係指各別罪刑之宣告刑，而係指宣告其刑之裁判而言。質言之，於數罪併罰案件中，雖係以各該罪之宣告刑為基礎，然尚須經由併罰程序，以定出最終應執行之刑，故執行刑可謂係最終宣告刑，且因只有執行刑才有具體刑罰實現的作用，是刑法第 74 條第 1 項規定「受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告」之緩刑要件，並非宣告刑之概念，而是指應執行之刑的宣告，屬於執行刑的概念。蓋緩刑係屬於刑罰執行規範之範圍，所以執不執行刑罰之考量，其基礎條件自然必須是以得以作為執行名義的執行刑而言[14]。從而，在現行法律規制下，本文贊同否定說之見解，認為數罪併罰案件，各罪之宣告刑固均為 2 年以下有期徒刑，然若所定之應執行之刑已逾有期徒刑 2 年者，即與上開得宣告緩刑之要件不符，自不得宣告緩刑。

## 伍 結論

「愛之，適足以害之」，雖是人與人相處的社會生活中之話語，然而，將這句話應用在「定應執行刑」此項法律議題上，卻絲毫無違和感。析言之，一直以來，立法者及司法機關總將「定應執行刑」視為「絕對有利」於受刑人之法律規定，更有甚者，復認為這是對受刑人之一種恩賜，故心態上認為只要受刑人所犯之數罪符合「定應執行刑」之要件，即應由該管檢察官依職權向法院聲請裁定，受刑人並無置喙之餘地，此由 24 年 1 月 1 日修正公布之刑事訴訟法第 481 條（現行刑事訴訟法第 477 條）規定：「依刑法第 48 條應更定其刑者，或依刑法第 53 條及第 54 條應依刑法第 51 條第 5 款至第 7 款之規定，定其應執行之刑者，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。」即可得知。嗣因偶有檢察官疏未向法院聲請定應執行刑，致影響受刑人之權益，為求周延，乃於 56 年 1 月 28 日增訂刑事訴訟法第 477 條第 2 項「前項定其應執行之刑者，受刑人或其法定代理人、配偶，亦得請求前項檢察官聲請之。」立法理由謂：「現行法定應執行刑之聲請以檢察官為限，其實受刑人於裁判確定前，既有上訴權，確定後並得聲請再審，而執行刑之裁定，又係有利於受刑人，何獨不得聲請。爰增訂第 2 項，使受刑人或其法定代理人、配偶，亦得請求檢察官聲請之[15]。」將原本僅得由檢察官向法院聲請定應執行刑，放寬為受刑人或其法定代理人、配偶亦得「請求」檢察官向法院「聲請」定應執行刑。

再者，正是因為立法者及司法機關總將「定應執行刑」視為「絕對有利」於受刑人之法律規定，受刑人並無「拒絕」定應執行刑之權利，實務上復認為「數罪併罰中之一罪，依刑法規定得易科罰金，若因與不得易科之他罪併合處罰結果而不得易科罰金時，原可易科部分所處之刑，自亦無庸為易科折算標準之記載[16]」，導致受刑人若有得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪符合定應執行刑之要件時，其不僅無權拒絕該管檢察官向法院聲請定應執行刑，更被剝奪其中得易科罰金之權利，對於受刑人而言，究竟是「利」或「不利」，只有受刑人能體會及決定，法律及立法者實無權為受刑人決定。

職是，刑法第 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：「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。」「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。」斯時修法之立法理由謂：「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[17]。」按併合處罰之數罪本屬各自獨立之罪，其罪責分別存在，僅係處罰上發生合併之關係，倘併罰數罪之宣告刑，其中得易刑處分者與不得易刑處分者併合處罰結果，而不得易刑處分，造成受刑人之不利益，有違限制刑罰加重之恤刑目的。故於新法修正後，受刑人於裁判確定前犯數罪，而有刑法第 50 條第 1 項但書之情形，除受刑人於判決確定後請求檢察官聲請定應執行刑者外，不適用併合處罰之規定，賦予受刑人選擇權，以符合其實際受刑利益。

關於案例一部分，本文同意臺灣高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會刑事類提案第 3 號所採肯定說之研討意見，認為各定執行刑既均未逾有期徒刑 2 年，法院自得依刑法第 74 條第 1 項之要件，分別審酌宣告緩刑。

至於案例二部分，在現行法律條文之規範架構下，本文亦同意最高法院 107 年度台上字第 1960 號、第 959 號、第 797 號，103 年度台上字第 1258 號，102 年度台上字第 1834 號判決之意見，認為所定之應執行之刑已逾有期徒刑 2 年者，即與緩刑之要件不符，自不得宣告緩刑。

惟本文另認為，「凡有權利必有救濟，凡有權利自得放棄」，而數罪併罰係以禁止不利於被告（或受刑人，下同）之恤刑為其立法目的[18]，是數罪併罰除刑罰經濟與責罰相當之考量外，側重受刑人之利益，係有利於受刑人之裁定[19]，不得為更不利於受刑人之恤刑。而數罪併罰形式上觀之雖對受刑人有利，然因數罪併罰有可能會影響甚至破壞受刑人之信賴利益及期待利益[20]；且因一裁判所宣告數罪之刑經定應執行刑後，該數罪之刑之其中一罪或部分數罪或全部之罪，若與他罪符合定應執行刑之要件時，得再與其他裁判宣告之刑更定其應執行刑，造成日後是否會再更定應執行刑，屬於不確定之狀態，致影響受刑人之權益[21]。更有甚者，如本文案例二之情形，數罪併罰案件，各罪之宣告刑均為 2 年以下有期徒刑，被告無前科紀錄且均與被害人達成和解賠償損失，依一般實務作法，被告極有可能獲得法院宣告緩刑，然一旦定應執行刑結果逾有期徒刑 2 年，依目前實務多數說見解，即不符緩刑之要件，而不得宣告緩刑。凡此種種，數罪併罰定應執行刑是否對被告絕對有利，尚難遽斷。

綜上所述，本文認為，不僅限於刑法第 50 條第 1 項但書之情形，而是所有定應執行刑，均須依受刑人之請求，檢察官始得向法院聲請，如此，始能一勞永逸，徹底解決定應執行刑之結果是否反而造成受刑人不利益之情形。而在上開法律修正前，依現行法律規定，倘被告所犯數罪有刑法第 50 條第 1 項但書之情形時，實務上認為被告於法院審理中，得依刑法第 50 條第 2 項規定之意旨，請求法院逕依刑法第 51 條之規定定其應執行之刑[22]。是法官於審判中，應依刑事訴訟法第 2 條規定，就是否定應執行刑之有利或不利情狀告知被告，俾使被告於決定是否聲請定應執行刑時，能得有更充足之資訊得以審酌參考。

（作者為臺灣高等法院高雄分院法官）

## 註釋

12 臺灣高等法院高雄分院 100 年度上易字第 158 號、第 159 號，臺灣高雄地方法院 104 年度易字第 787 號、105 年度易字第 252 號、106 年度易字第 489 號判決參照。

13 最高法院 107 年度台上字第 1960 號、第 959 號、第 797 號，103 年度台上字第 1258 號，102 年度台上字第 1834 號判決意旨參照。

14 柯耀程，註 4 文，第 83-84 頁。

15 立法院公報第 38 會期，第 13 期，第 301-302 頁。

16 司法院大法官釋字第 144 號解釋參照。

17 立法院公報第 102 卷，第 4 期，院會紀錄，第 231-232 頁。

18 最高法院 104 年度台抗字第 554 號判決意旨參照。

19 參閱 56 年 1 月 28 日增訂刑事訴訟法第 477 條第 2 項之立法理由，見立法院公報第 38 會期，第 13 期，第 301-302 頁。

20 例如刑法第 50 條於 102 年 1 月 23 日修法前，受刑人若有得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪符合定應執行刑之要件時，其不僅無權拒絕該管檢察官向法院定應執行刑之聲請，更被剝奪其中得易科罰金之罪原本得為易科罰金之權利。

21 舉例言之，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」執行完畢作為判斷之標準？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者，係屬少數說（82 年度台上字第 4932 號、86 年度台非字第 78 號判決參照）；以「應執行刑」執行完畢為判斷標準者，則為多數說（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）。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。最高法院上開決議固值肯定，惟日後是否會再變更見解，不得而知。

22 最高法院 105 年度台上字第 637 號判決意旨參照。