

檔 號：
保存年限：

司法院刑事廳 函

地址：100203臺北市中正區重慶南路1段124
號

承辦人：李欣怡

電話：(02)23618577轉381

電子信箱：tammytw@judicial.gov.tw

受文者：本院大法官書記處

發文日期：中華民國110年10月28日

發文字號：廳刑二字第1100001487號

速別：最速件

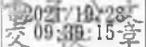
密等及解密條件或保密期限：

附件：如文(3528681_0001487A00_ATTCH1.pdf)

主旨：檢送本廳就本院大法官審理會台字第13375號洪啟倫等聲
請解釋案，關於數罪併罰聲請定有期徒刑應執行刑案件之
研究意見，請查照。

說明：復貴處110年10月5日處大二字第1100001057號函。

正本：本院大法官書記處

副本：

刑事廳就本院大法官審理會台字第 13375 號洪啟倫等聲請解釋案，關於數罪併罰聲請定有期徒刑應執行刑案件之研究意見

就數罪併罰聲請定有期徒刑應執行刑案件：

- 一、除刑法第 51 條第 5 款規定外，未設其他細部規定或其他有效公平量刑機制，是否符合憲法第 8 條保障人身自由權之意旨？是否符合憲法第 7 條對平等權之保障？

(一)定應執行刑之意義

刑法第 50 條第 1 項規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。」數罪併罰合併定應執行刑，旨在綜合斟酌犯罪行為之不法與罪責程度，及對犯罪行為人施以矯正之必要性，而決定所犯數罪最終具體應實現之刑罰，以符罪責相當之要求(司法院釋字第 662 號解釋參照)。故數罪併罰之定應執行刑，其目的在將各罪及其宣告刑合併斟酌，進行充分而不過度之評價，透過重新裁量之刑罰填補受到侵害之社會規範秩序，而非絕對執行累計宣告刑，以免處罰過苛，俾符罪責相當之要求，為一種特別量刑過程¹，即對犯罪行為人或受刑人本身及所犯各罪之總檢視，應考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，並權衡審酌行為人之責任與整體刑法目的及相關刑事政策。

數罪併罰為二個概念之組合，並非單一概念，係指裁判確定前犯數罪，且受獨立評價關係者而言；而併罰則是關於法律效果處理之關係。數罪併罰之情形，因不同之處理關係，會形成二種法律效果處理上之不同概念：一、實質競合，即數罪併罰於同一處理程序所為者，屬於合併審判之刑罰法律效果處理機制；二、事後競合，指數罪併罰具有數個處理程序關係存在，即具有數裁判關係下之定執行刑問題²。事後競合又稱補行數罪併罰，刑法第 52 條規定：「數罪併罰，於裁判

¹ 最高法院 110 年度台抗大字第 489 號裁定參照。

² 柯耀程，「定執行刑界限及已執行刑扣抵」，月旦裁判時報第 3 期，99 年 6 月，第 104 頁。

確定後，發覺未經裁判之餘罪者，就餘罪處斷。」刑法第 53 條規定：「數罪併罰，有二裁判以上者，依第 51 條之規定，定其應執行之刑。」亦即，曾經判決有罪確定之行為人，若因在裁判確定前所違犯之餘罪而被判決有罪者，法院得就該罪量定其宣告刑，再與確定裁判所諭知之各罪宣告刑，依第 51 條規定定其併罰宣告刑³。至於併罰原則，係對於裁判確定前犯數罪，不採取一罪一罰之累罰處理模式，而依刑法第 51 條所定之刑度範圍，作為併罰定應執行刑之基礎。

(二)定應執行刑之界限

定應執行刑之輕重，固屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，然法律上屬於自由裁量之事項，並非概無法律性之拘束，而應遵守其外部性界限及內部性界限⁴。倘法院裁量時，逾越外部性界限或內部性界限，即屬裁量濫用，得以上訴或抗告程序予以救濟。

法院定應執行刑時，依刑法第 51 條第 5 款規定，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，但不得逾 30 年，採限制加重原則，而不採併科原則或吸收原則，乃為避免採併科原則，可能導致刑罰偏重而過苛，不符現代刑法之社會功能；採吸收原則，可能導致評價不足，而有鼓勵犯罪之嫌⁵。蓋有期徒刑之執行對受刑人產生之惡害會累進遞增，若單純累加執行各罪所宣告之有期徒刑，其刑罰惡害將會逾越行為人之罪責程度，故採限制加重原則以確保罪責原則之實現⁶，此即定應執行刑之外部性界限。然該條於 24 年刑法施行時，立法理由僅提及併科、吸收及限制加重原則，至於採取限制加重原則後，應如何定應執行刑，立法理由並未多加著墨，94 年刑法修正時，立法理由中僅說明為何擴張併科原則及修正上限之規定，仍未提

³ 薛智仁，「補行數罪併罰與不利益變更禁止」，月旦裁判時報第 38 期，104 年 8 月，第 27 頁。

⁴ 最高法院 94 年度台非字第 21 號判決參照。

⁵ 最高法院 109 年度台非字第 22 號判決參照。

⁶ 薛智仁，前揭註 3，第 26 頁。

到定應執行刑之標準⁷。

關於定應執行刑之內部性界限，我國法律並無明文規定。而大陸法系與英美法系對於定應執行刑之設計不同，茲以德國法作為大陸法系之代表，美國法作為英美法系之代表，簡述二者關於定應執行刑之規範如下：

1. 德國法

德國刑法第 54 條第 1 項規定：「個別宣告刑之一有無期徒刑者，併合刑為無期徒刑。其他所有情形，併合刑之制定係由提高所宣告之最重刑，於不同種之刑罰係由提高最重刑罰種類為之。此處，應整體評估行為人之人格與個別犯罪之關係。」依照德國多數見解，定執行刑首先應考慮數罪間之關係，若數罪之時間、空間及侵害法益均有明顯差異，表示數罪間無關聯性，應提高執行刑，甚至可考慮論以執行刑之最高上限；若行為人之先、後犯罪有明顯因果關係時，應減輕執行刑；但若行為人之一系列犯罪係出於單一侵害意思，如連續搶銀行，仍應提高執行刑；惟若行為人所犯數罪係出於無從控制之心理或生理障礙時，應減輕執行刑；當行為人愈後之犯行愈顯露其對法律之敵對心態時，應提高執行刑。其次應考慮行為人之性格特性，如行為人係少年、初犯，即使宣告刑已考量過此要素，原則上仍應減輕執行刑；此外，行為人犯後若有明顯後悔並為補償措施時，應減輕執行刑⁸。

又德國實務及通說認為，定新執行刑時，既有執行刑已失效，新執行刑之量定基礎為所有併罰宣告刑，不受既有執行刑量定理由之約束，然既有執行刑仍可對新執行刑產生拘束效果，該拘束效果即新執行刑之上限及下限，上限為「既有執行刑加上新宣告刑」，下限為「既有執行刑」，其主要理由在於，只要涉及同一行為人之刑責，法院即應尊重已存在既判力之執行刑量定結果，雖然前判決所量定執行刑之既判力，因事後併罰再加入新宣告刑而被廢棄，但並不代表既有執行

⁷ 許恆達，「定執行刑之刑罰裁量」，法官協會雜誌第 15 期，102 年 12 月，第 139 頁。

⁸ 同前註，第 140 頁。

刑所具有之既判力無須受到尊重，已經納入執行刑部分之宣告刑，至多僅能論以同額執行刑，不可逾越其與新宣告刑加總之上限，新宣告刑亦不能低於既有執行刑，新執行刑只能從「既有執行刑加上新宣告刑」與「既有執行刑」之範圍內予以量定，此即先前確定裁判之併罰宣告刑具有封鎖作用，更定應執行刑一方面不得低於先前併罰之宣告刑，另一方面不得高於先前併罰宣告刑與餘罪宣告刑之總和⁹。

2. 美國法

美國聯邦量刑準則第 2 章規定，數罪應為「合併犯罪級數之調整」，亦即密切關聯之數罪應合併於同一分組，而在同一犯罪分組中，應以其中最嚴重犯罪的犯罪級數為起算基礎，並以其他犯罪作為該分組應增加犯罪級數之依據。故多數犯罪之量刑，係於一罪量刑之基礎上，透過犯罪分組之方式，以類似一罪量刑調整之概念，對數罪進行刑罰合併與調整之程序。於數罪分組量刑之情形中，因合併規則旨在於對重要的額外犯罪行為加重處罰，故法院在決定如何執行時，應依聯邦法典第 18 篇第 3553 條第 a 項規定，整體決定充分而未逾越必要程度之量刑。蓋於數罪造成多項法益侵害時，縱數罪本皆可罰，如基於應報理論或是犯罪控制目的皆無重複處罰必要，即有賴量刑分組規則以避免對密切相關之數罪累計處罰¹⁰。

美國聯邦量刑準則第 5 章 G 部分第 1.2 條第 a 項規定：「在數罪合併量刑過程中，原則上法官應於法律明文特定犯罪之有期徒刑宣告應與其他犯罪接續執行時，依法宣告數罪接續執行。」例如，聯邦法典第 18 篇第 924 條第 c 項第 D 款規定禁止該罪與其他犯罪同時執行。又聯邦法典第 18 篇第 1028A 條第 b 項第 2 款雖有類似規定，惟基於聯邦法典第 18 篇第 1028A 條第 b 項第 4 款之特別規定，法院仍得在數相同犯罪同時量刑時，參酌犯罪本質、侵害嚴重性、合併分組規則

⁹ 薛智仁，前揭註 3，第 30 頁；許恆達，前揭註 7，第 151 頁。

¹⁰ 張明偉，「美國聯邦量刑指南適用之研究及其對臺灣的啟示」，*興大法學*第 28 期，109 年 11 月，第 333、340 頁。

及處罰目的等因素後，裁量決定是否全部或部分同時執行。而在一案數訴或數案同時量刑之情形中，於法未明文應與其他犯罪接續執行時，原則上法院應決定個別犯罪分組合併處罰後之整體量刑，倘認宣告某罪法定最高本刑已足以達成整體處罰目的，即應宣告各罪同時執行；然若宣告某罪法定最高本刑仍不足以達成整體處罰之目的，在決定整體刑時，即應在決定分組犯罪等級與再犯分類後，參考量刑表建議與法定刑限制，於達成整體處罰目的之必要範圍內，宣告各罪之全部或一部接續執行。關於「數罪應同時執行，除非法律明文應接續執行、或是各罪法定最高法定本刑低於量刑準則之最高度量刑建議」之規定，具有避免法院濫用接續執行裁量權以保障被告之功能¹¹。

3. 我國法

我國係屬大陸法系，刑法體例與德國較為接近，參考德國上開刑法規定及多數見解，我國司法實務逐漸發展出定應執行刑之內部性界限¹²，包括以下面向：

- (1) 法院為自由裁量時，應考量法律之規範目的，受法律秩序之理念所指導¹³。例如，審酌毒品危害防制條例對於施用毒品者之思維，已擺脫以往側重於犯人身分之處罰，而著重其為病患之特質¹⁴；少年事件處理法對少年被告之處遇，以保障少年健全之自我成長、

¹¹ 同前註，第 343 至 344 頁。

¹² 司法院釋字第 662 號解釋陳新明大法官不同意見書揭示：法官最終決定應執行刑時，要斟酌個案刑期及次數多寡，包括其中罪責較重、或較輕之案件有多少，以決定評判行為人之惡性大小及予以優惠刑期之多寡，法官為此判斷時，數罪併罰中之各個案件刑期長短，自然成為其評判之標準，故難謂法官在此時，不再對受刑人之刑責為重新價值評判，當然法官必須跳脫在個案刑期宣判時只對個案「惡性」（可非難性）之考量，而整體判斷有多少「惡性累積」，來作「整體評判」。

¹³ 最高法院 101 年度台非字第 35 號判決參照。

¹⁴ 87 年 5 月 20 日修正公布之毒品危害防制條例第 20 條立法理由第 2 項揭示：施用毒品有癮者，依原條文第 4 條及第 9 條第 3 項、第 7 項之規定，均有「勒戒」、「斷癮」之明文；惟徵之世界先進國家之醫療經驗及醫學界之共識，吸毒成癮者，欲求其「斷癮」「戒絕」，非原條文所定之「勒戒」所能達成，吸毒成癮者，除需在「勒戒處所」治療其身癮發作時之戒斷症狀，即所謂「生理治療」外，尚需在解除其身癮後，戒除其對於毒品的心理依賴，即所謂「心理治療」，此項「心理治療」，必需在原有監所措施外，另設治療、復健、宗教心理諮詢、勞作等設施相輔相成，始能克竟全功，其設施、功能與主其事者，與「勒戒處所」旨在治療其生理病症有異，需另有其他保安處分處所，故分為兩階段進行。

調整其成長環境並矯治其性格為目的¹⁵。

(2) 法院應詳為審酌各罪間之關係，例如：考量數罪侵害法益之異同、對侵害法益之加重效應及時間、空間之密接程度等以為總體評價¹⁶。亦即，於數罪侵害之法益各不相同、各犯罪行為對侵害法益之效應亦相互獨立，及犯罪之時間、空間亦非密接之情形，可認各罪間之關係並非密切，各罪之獨立性較高，宜酌定較高之應執行刑。反之，如數罪侵害之法益均屬相同、對侵害法益之效應有限，及犯罪之時間、空間亦甚為密接之情形，則可認各罪間之關係獨立性偏低，宜酌定較低之應執行刑。例如，被告犯多次施用毒品罪者，考量其所犯係屬戕害被告個人身心健康之病患型犯罪，

¹⁵ 兒童權利公約第 3 條規定：(第 1 項)所有關係兒童之事務，無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關作為，均應以兒童最佳利益為優先考量。(第 2 項)締約國承諾為確保兒童福祉所必要之保護與照顧，應考量其父母、法定監護人或其他對其負有法律責任者之權利及義務，並採取一切適當之立法及行政措施達成之。(第 3 項)締約國應確保負責照顧與保護兒童之機構、服務與設施符合主管機關所訂之標準，特別在安全、保健、工作人員數量與資格及有效監督等方面。

兒童權利公約第 40 條規定：(第 1 項)締約國對被指稱、指控或認為涉嫌觸犯刑事法律之兒童，應確認該等兒童有權獲得符合以下情況之待遇：依兒童之年齡與對其重返社會，並在社會承擔建設性角色之期待下，促進兒童之尊嚴及價值感，以增強其對他人之人權及基本自由之尊重。(第 2 項)為達此目的，並鑒於國際文件之相關規定，締約國尤應確保：(a) 任何兒童，當其作為或不作為未經本國或國際法所禁止時，不得被指稱、指控或認為涉嫌觸犯刑事法律。(b) 針對被指稱或指控觸犯刑事法律之兒童，至少應獲得下列保證：(i) 在依法判定有罪前，應推定為無罪；(ii) 對其被控訴之罪名能夠迅速且直接地被告知，適當情況下經由父母或法定監護人告知本人，於準備與提出答辯時並獲得法律或其他適當之協助；(iii) 要求有權、獨立且公正之機關或司法機構迅速依法公正審理，兒童並應獲得法律或其他適當之協助，且其父母或法定監護人亦應在場，惟經特別考量兒童之年齡或狀況認為其父母或法定監護人在場不符合兒童最佳利益者除外；(iv) 不得被迫作證或認罪；可詰問或間接詰問對自身不利之證人，並且在平等之條件下，要求對自己有利的證人出庭並接受詰問；(v) 若經認定觸犯刑事法律，對該認定及因此所衍生之處置，有權要求較高層級之權責、獨立、公正機關或司法機關依法再為審查；(vi) 若使用兒童不瞭解或不會說之語言，應提供免費之通譯；(vii) 在前開程序之所有過程中，應充分尊重兒童之隱私。(第 3 項)締約國對於被指稱、指控或確認為觸犯刑事法律之兒童，應特別設置適用之法律、程序、機關與機構，尤應：(a) 規定無觸犯刑事能力之最低年齡；(b) 於適當與必要時，制定不對此等兒童訴諸司法程序之措施，惟須充分尊重人權及法律保障。(第 4 項)為確保兒童福祉，並合乎其自身狀況與違法情事，應採行多樣化之處置，例如照顧、輔導或監督裁定、諮商輔導、觀護、寄養照顧、教育或職業培訓方案及其他替代機構照顧之方式。

少年事件處理法第 1 條規定：為保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格，特制定本法。

¹⁶ 最高法院 110 年度台上字第 3833 號、108 年度台上字第 4405、4408 號判決參照。

且其多次施用行為對於危害社會法益之加重效應非重，宜酌定較低之應執行刑。再者，於綜合考量數罪時，宜併予注意輕重罪間刑罰體系之平衡，避免多數輕罪刑罰併計之結果重於一次重罪所執行之刑罰¹⁷。

- (3) 行為人因有期徒刑之執行，其所感受之痛苦往往日趨增加，然有期徒刑之刑期越長，刑罰所具有矯治行為人之效果愈低，且復歸社會之阻礙益增。此外，於執行數罪中部分之刑罰時，往往足已發揮刑罰嚇阻犯罪之功能，且使社會對於法規範之信賴回復至相當程度，即刑罰之必要性隨刑罰之執行而漸趨減輕，刑罰功能之邊際效應往往隨刑期之執行而遞減。國家實施刑罰權既不應脫離刑罰之目的，定應執行刑時，自允宜注意隨刑期之執行，所生刑罰邊際效應遞減及行為人痛苦程度遞增之情形¹⁸。又關於多數有期徒刑及拘役之定應執行刑，並注意行為人之年紀與生活狀況等情形，避免刑之執行造成行為人復歸社會之阻礙¹⁹。
- (4) 刑事訴訟法第 370 條第 2 項、第 3 項明定，對第二審上訴案件之定應執行刑，有「不利益變更禁止原則」之適用。故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（下稱原定執行刑），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，亦即，基於有利被告之不利益變更禁止原則，分屬不同案件之數罪併罰定執行刑，原定執行刑有拘束新定執行刑上限之效果，法院裁量所定之刑期上限，自不得較重於「原定執行刑加計新宣告刑之總和」²⁰。而從信賴保護之觀點而言，被告已在先前判決中知悉部分罪名之執行刑，並信賴該應執

¹⁷ 目前規範在刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 23 點、第 24 點，並明定於刑事案件妥適量刑法草案第 34 條。

¹⁸ 最高法院 110 年度台上字第 3567 號判決參照。

¹⁹ 目前規範在刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 22 點，並明定於刑事案件妥適量刑法草案第 35 條。

²⁰ 最高法院 108 年度台抗字第 436 號裁定參照。

行刑，預期可得易刑處分或於特定年限後假釋，若因事後併罰之新執行刑，使被告負擔比原有程序更多不利益，並非法律目的所在，為保證被告可信賴過去判決之特定法律效果，應尊重已產生既判力之既有執行刑，不應於事後因不可歸責於被告之事後併罰理由，任意改變既有執行刑之特定刑罰效果²¹。

(三)現行定應執行刑之規範並未違反憲法第 8 條對於人身自由權之保障

人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。憲法第 8 條第 1 項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」所稱「依法定程序」，不僅須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關之條件，此乃屬人身自由之制度性保障（司法院釋字第 384 號解釋參照）。所謂憲法第 23 條所定相關之條件，有 4 個面向：立法目的是否在保護具有憲法位階之特定重要法益（目的正當性）、施以刑罰是否有助目的達成（適合性）、是否別無其他相同有效達成目的而侵害較小的手段可資運用（必要性），以及刑罰對人民基本權之限制與所欲維護之法益間是否符合比例關係（狹義比例原則）（司法院釋字第 669 號、第 646 號、第 551 號、第 544 號解釋理由參照）。故倘立法目的不具正當性，或手段不具適合性、必要性，或手段造成的侵害與目的所欲維護之公益間不合乎狹義比例原則，即違反憲法第 23 條之比例原則。

數罪併罰分為實質競合及事後競合二種態樣，關於實質競合，係在同一訴訟程序中對數罪之宣告刑合併處罰，法院依刑事訴訟法第

²¹ 許恆達，前揭註 7，第 152 頁。

288 條第 4 項、第 289 條第 2 項規定調查科刑證據及進行科刑辯論後，於判決中諭知定應執行刑，已符合法定程序之保障。關於事後競合，係就不同訴訟程序中對數罪之宣告刑合併處罰，法院在各該訴訟程序中，依刑事訴訟法第 288 條第 4 項、第 289 條第 2 項規定調查科刑證據及進行科刑辯論後，於判決中諭知各罪之宣告刑，考量行為人違犯之數罪在不同程序審判，法院無法考量全部犯罪情狀決定併罰宣告刑，只能各自就部分犯罪量刑，檢察官則執行各罪宣告刑之總和，導致行為人所犯數罪，在同一訴訟程序審判時，可獲得法院在判決中一併宣告定應執行刑，採用限制加重原則之利益，但在不同訴訟程序審判時，只能執行各宣告刑累加總和之不利益，為避免行為人之刑罰受到偶然程序因素影響，必須在併罰各罪原本分離審判之情形，賦予法院補行數罪併罰之權限，使行為人所受刑罰與各罪於同一程序審判時相同，不會受到更不利益之結果²²。又刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定：「依刑法第 53 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。」亦即，事後競合之數罪併罰，由檢察官向法院聲請裁定定應執行刑，已符合法定程序之保障，且定應執行刑之目的係在於讓行為人享受較各罪宣告刑之總和較有利之執行刑(目的正當性)，以定執行刑之方式有助於上開目的之達成(適合性)，且此一手段並未額外對行為人造成侵害(必要性)，其結果復對行為人而言較為有利(狹義比例原則)，故現行定應執行刑之規範，已符合憲法第 23 條之比例原則，並未違反憲法第 8 條對於人身自由權之保障。

(四)現行定應執行刑之規範並未違反憲法第 7 條之平等原則

憲法第 7 條之平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之

²² 薛智仁，前揭註 3，第 26 至 27 頁。

處理，基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別對待，不得恣意為無正當理由之差別待遇(司法院釋字第 485 號、第 596 號、第 666 號解釋參照)。於定應執行刑之審酌，應依各罪本質及各罪間關係(即侵害法益之異同、侵害法益之程度、時間、空間之密接程度、各罪之獨立性)為實質判斷，若條件有別，適度裁處不同之刑罰，而為合理之差別待遇，無悖於平等原則；若各罪本質及各罪間關係相當近似，所裁處之刑度卻差距甚大，則屬無正當理由之差別待遇，有違平等原則。

法院量刑時，應兼顧量刑公平性與個案妥適性，在量刑規則與量刑裁量間取得平衡，讓法院在有一致性之量刑規則下，仍保有一定程度之彈性裁量。定應執行刑涉及數罪合併處罰，其審酌因素遠較量刑更為複雜，個案差異性亦較量刑為高，故定應執行刑之規範，應較量刑規範更有彈性，俾利法院依照具體個案之特殊情狀，為妥適之裁量。參考德國法及美國法關於定應執行刑之規範，雖設有一定程度之限制，惟仍讓法院保有相當程度之裁量權，如德國法院於評估行為人之品格與個別犯罪之關係後，裁量決定併合處罰之刑度，美國法院則參酌犯罪本質、侵害嚴重性、合併分組規則及處罰目的等因素後，裁量決定是否全部或部分同時執行。而刑法第 51 條第 5 款雖僅設有外部性界限之限制，惟目前司法實務見解已發展出內部性界限，法院定應執行刑之範圍已受內部性界限之規範，並非毫無限制，自應保有相當程度之裁量空間，避免法院定應執行刑之操作過分僵化。故為兼顧定應執行刑之公平性與妥適性，讓法院在規範與裁量間取得平衡，縱刑法除第 51 條第 5 款外，未設其他關於定應執行刑之細部規定，僅可認為係為保留一定程度之裁量空間讓法院定應執行刑時較有彈性，關於定應執行刑之規範密度及具體限制，在不違反憲法正當法律程序原則之前提下，宜由立法機關裁量決定，此屬立法形成之範疇，應予適度之尊重，無從認定現行法制設計無法達到定應執行刑之公平性，而違反

憲法第 7 條之平等原則。

二、裁定前未經言詞辯論程序，未予當事人陳述意見機會，是否符合憲法正當法律程序原則？

(一) 法院定應執行刑應予如何程序保障，應視定應執行刑之定性而定，未可一概而論

在罪責相當的原則下，法院於判決中，應就被告的犯罪，給予相對應的刑罰。被告犯數罪的情形，情形並無不同，也就是說，法院應該就被告的每一個犯罪給予相對應的刑罰。每一個犯罪所對應的刑罰，既經審判程序所確認，理應符合罪責相當原則，完全依判決意旨執行刑罰，嚴格說來，才是符合罪責相當原則的做法；未完全依照判決意旨執行，只執行一部分，反而會悖離罪責相當原則，有評價不足的問題。不過，由於刑罰的目的之一，在於社會復歸，完全依照判決意旨執行，無視被告社會復歸的可能性及其變化，可能不利復歸，反而使刑罰所追求的目的無法達成。在前述的考量之下，定應執行刑制度因之而生，一方面實現判決意旨，確保罪刑相當，他方面避免刑罰過苛，促進社會復歸。

就實現判決意旨及避免刑罰過苛之間，應該如何決定，特別是程序中應提供如何的程序保障，涉及到定應執行刑的定位問題。定應執行刑，如果採取限制加重原則的話，帶有免除部分刑罰的效果。而免除部分刑罰，會使已確定的刑罰無法完全實現，一般被認為是國家恩准²³，立法者具有形成的自由。假釋即為其例，立法者有權依據社會復歸及獄政管理的觀點，承認假釋制度；也有權依據社會控制的觀點，限縮或甚至廢除假釋制度²⁴。比較法上亦有廢除不定期刑及假釋，改採完全執行宣告刑，僅殘留累進處遇減刑的制度。美國聯邦於 1984

²³ 周暉念，〈假釋決定之要件、程序與救濟制度之探討〉，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009 年，第 54 頁。

²⁴ 美國法上的傳統見解認為，假釋決定係屬受刑人的期待或希望，而非權利，惟如立法院已創設權利之情形下，則受有正當法律程序之保障。請參考：周暉念，前揭論文，第 57-64 頁。

年廢除假釋制度，改採獄後監督制度，即為適例²⁵。

因此，如果將定應執行刑，定位為國家的恩准，原則上各罪所對應的刑罰，均應執行完畢，例外情形始能減少刑期，則被告對於執行刑之形成，並無權利可言，做成決定毋庸給予程序上保障，頂多提供事後救濟的途徑即可。惟若定位為被告的權利，原則上應減少刑期，例外始全部執行完畢，基於賦予權利即有助其實現的原則，國家自應設計程序，例如陳述意見等，以做出實現被告權利的決定。

至於我國的定應執行刑係屬恩准性質，或權利性質，依我國刑法第 51 條第 5 款的規定，但書「不得逾 30 年」部分，既定有明確上限，超過即屬違法，此部分固可認為係權利性質。本文之「各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定期刑期」，定應執行刑的範圍，可及於全部刑罰，立法者無特別指示，況且，我國刑法基於促進受刑人早日復歸社會的觀點，承認假釋制度，倘被告一方面可因社會復歸因素而減少執行刑，他方面又可因社會復歸因素而假釋出監，甚有可能造成評價不足的現象，違背罪刑相當原則。因此，定應執行刑是否能夠定位為被告的權利，自難遽下定論。

(二)現行刑事訴訟法及其實務關於定應執行刑的程序

定應執行刑，依宣告的時點，可分為「判決時併宣告應執行刑」及「判決後裁定應執行刑」二個類型。前者為判決時，除了各罪的宣告刑外，一併宣告應執行刑；後者係判決之後，始以裁定就各罪之宣告刑，定其應執行之刑。

就「判決時併宣告應執行刑」的類型，由於定應執行刑，係以各罪宣告刑作為前提，綜合審酌受刑人全體犯罪，包括整體罪質及復歸可能性，於判決時與各罪宣告刑併同宣告，理論上屬於量刑的一部分。因此，與定應執行刑有關之資料，法院應依《刑事訴訟法》第 288 條

²⁵ 蔡宜家，〈析論美國聯邦獄後監督制度之現況與發展歷程：以廢除假釋改用獄後監督制度為核心〉，《刑事政策與犯罪防治研究專刊》，第 13 期，2017 年 7 月，第 23 頁。

第 4 項規定進行調查；就定應執行刑之事項，法院應依第 289 條命當事人及辯護人進行辯論。而定應執行刑既以各罪宣告刑作為基礎而進行整體觀察，與各罪量刑之調查及辯論，具有密不可分的關係，而得相互利用，故實務上多未就定應執行刑部分進行重複之調查及辯論²⁶。

至於「判決後裁定應執行刑」的類型，其程序規定為《刑事訴訟法》第 477 條第 1 項「··依刑法第五十一條第五款至第七款之規定，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」、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」。條文僅規定是類案件之管轄法院及聲請權人，並未明定法院應賦予受刑人陳述意見之機會。向來實務之操作，幾乎為書面審理性質；法院鮮少主動給予受刑人陳述意見機會，受刑人亦鮮少要求陳述意見；案件量大、結案迅速、折服率高²⁷、維持率高²⁸。

(三)最高法院刑事大法庭 108 年度台抗大字第 489 號刑事裁定及刑事訴訟法關於第 477 條第 1 項之修正草案

關於法院依《刑事訴訟法》第 477 條第 1 項裁定應執行刑，是否應予當事人陳述意見機會，最高法院刑事大法庭 108 年度台抗大字第 489 號裁定認為：「定應執行刑，不僅攸關國家刑罰權之行使，於受刑人之權益亦有重大影響，除顯無必要或有急迫情形外，法院於裁定前，允宜予受刑人以言詞、書面或其他適當方式陳述意見之機會，程序保障更加周全」。

另《刑事訴訟法》關於第 477 條第 1 項之修正草案，業經司法院

²⁶ 最高法院刑事大法庭 108 年度台抗大字第 489 號刑事裁定認為：「數罪併罰之案件，於審判中，現雖有科刑辯論之機制，惟尚未判決被告有罪，亦未宣告其刑度前，關於定應執行刑之事項，欲要求檢察官、被告或其辯護人為充分辯論，盡攻防之能事，事實上有其困難」。

²⁷ 依據司法院內部統計資料，105 年至 109 年 7 間，地方法院每年約終結 23,000 至 26,000 件的裁定應執行刑案件，平均結案日數為 12.61 日，平均折服率為 95.7%；高等法院每年約終結 3,500 至 4,600 件的裁定應執行刑案件，平均結案日數為 7.14 日，平均折服率為 86.7%。

²⁸ 依據司法院內部統計資料，105 年至 109 年 7 間，最高法院撤銷下級審定應執行裁定的比例約在 3%至 6%之間。

第 184 次院會通過，於行政院會銜後，現在立法院審議之中。草案第 477 條第 3 項規定：「法院對於第一項聲請，除顯無必要或有急迫情形者外，於裁定前應予受刑人以言詞或書面陳述意見之機會」，立法說明指出：「第一項定其應執行之刑之聲請，不僅攸關國家刑罰權之實行，於受刑人亦影響甚鉅，為保障其權益，並提昇法院定刑之妥適性，除聲請有程序上不合法或無理由而應逕予駁回、依現有卷證或經調取前案卷證已可得知受刑人對定刑之意見、定刑之可能刑度顯屬輕微（例如非鉅額之罰金、得易科罰金之拘役，依受刑人之經濟狀況負擔無虞者）等顯無必要之情形，或受刑人原執行指揮書所載刑期即將屆滿，如待其陳述意見，將致原刑期與定刑後之餘刑無法合併計算而影響累進處遇，對受刑人反生不利等急迫之情形外，法院於裁定前應予受刑人以言詞或書面陳述意見之機會，俾為審慎之決定，爰增訂第三項。至法院究以開庭聽取受刑人意見、發函定期命表示意見或其他適當方式，給予受刑人陳述意見之機會，自得依個案情形裁量為之；且受刑人如經法院給予陳述意見之機會，而仍未陳述意見者，法院自得逕為裁定」。

前開大法庭裁定及草案條文，均基於定應執行刑攸關國家刑罰權之實行，且影響受刑人權益重大之理由，而給予受刑人陳述意見機會。值得注意，二者皆未要求法院進行言詞辯論之對審程序，亦未要求法院必須開庭聽取意見，且陳述意見者亦僅限於受刑人一方。之所以未賦予高密度的程序保障，主要理由應在於事務本質之特性：一、定應執行刑之基礎，即各罪之量刑因素，於判決時已經確定，受有嚴謹程序保障，且為免重複評價，定應執行刑時不得再納入考量；二、定應執行階段，應就各罪作整體性觀察（principle of totality），所得審酌之事項，僅為整體罪質及復歸可能性，此部分皆有客觀之本案判決及卷證資料可供參考，況且受刑人在監執行期間，其復歸可能性難有明顯變化；三、受刑人如有多案，各案先後偵審進度常有不一，一

再定應執行刑之情形，甚為常見，而整體罪質及復歸可能性既經先前裁定所審酌，到庭陳述意見之實益，較為有限。