

最高法院刑事提案裁定

111年度台非大字第43號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被 告 白偉廷

下列法律問題，本庭（徵詢時為刑事第七庭）經評議後，認擬採為裁判基礎之法律問題，或先前裁判之法律見解有積極歧異，或具原則重要性，爰提案予刑事大法庭裁判：

本案提案之法律問題

- 一、被告所犯數罪併罰之各罪，符合「得易服社會勞動之罪」與「不得易科罰金及易服社會勞動之罪」，於審判中得否請求法院定應執行刑（下稱法律問題一）？
- 二、就上開案件，審判中未經被告請求，法院即逕予合併定應執行刑。判決確定，檢察總長對之提起非常上訴，本院應如何判決（下稱法律問題二）？

理 由

壹、本案基礎事實

- 一、被告白偉廷明知其無遊戲主機等物品可供販賣。竟基於為自己所有之不法意圖，於網際網路登入網站詐騙他人既遂。經臺灣新北地方法院以110年度審訴緝字第18、19、20號、110年度審訴字第1156號判決，論處以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財罪刑（共21罪），並定應執行有期徒刑1年8月確定（下稱系爭判決）。
- 二、檢察總長對系爭判決提起非常上訴，理由略以：系爭判決中有部分犯罪屬不得易科罰金及易服社會勞動之罪；部分犯罪宣告有期徒刑6月以下，得聲請易服社會勞動。而依刑法第50條：「（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。」之規定，非經被告請求，不得就不得易科罰金及易服社會勞動之罪併合處罰。系爭判決未正確適用刑法第50條第2項規定，逕予合併定應執行有期徒刑1年8月，自有判決不適用法則之違法。案經確定，且不利於被告，爰提起非常上訴，以資糾正與救濟等旨。

貳、就法律問題一之法律見解

一、本院就此之見解，係採肯定說（105年度台非字第243號、105年度台上字第637號判決）。理由則以：「得易服社會勞動之罪」與「不得易科罰金及易服社會勞動之罪」，於判決確定後，受刑人既得依刑法第50條第2項規定，請求檢察官聲請法院定應執行刑，可見該項請求為被告之權利。倘被告於審判中已為該項請求，如仍拘泥於刑法第50條第2項規定，不予准許，而必待判決確定，始得請求檢察官聲請法院定應執行之刑，徒增勞費，亦非立法本意，故應認該項請求，於審判中亦得行使。

二、就此問題，本庭認並無變更肯定說之法律見解之必要，然此屬「法律問題二」之前提問題，且經徵詢結果，刑事第三庭、第四庭均持否定見解，認為刑法第50條第2項已明定受刑人始能請求檢察官聲請法院定應執行刑，自屬判決確定後方能為之，於審判中之被告無從為該請求。否則，法院依被告審判中之請求，於判決定其應執行刑，倘判決確定後，定刑之結果不符合被告期望，其能否再請求檢察官聲請定應執行刑，迭生困擾，而影響國家刑罰權之實現與法安定性之維護，並不妥適。

三、本庭經評議後，認就法律問題一部分，本院現未能達成一致見解，且涉及法律問題二之理由構成，具原則重要性。爰依法院組織法第51條之3規定，提案予刑事大法庭裁判。

參、就法律問題二之法律見解

一、關於上開法律問題，本院有認為應判決「原判決關於定應執行刑部分撤銷」者，亦有認為應「上訴駁回」者。已產生複

數分歧見解之積極歧異，說明如下：

(一) 甲說：原判決關於定應執行刑部分撤銷

1、採此說者，如本院110年度台非字第83號、109年度台非字第20、194號、108年度台非字第7、18、110號、106年度台非字第153號等判決。

2、理由則以：非經被告請求，不得就「得易服社會勞動之罪」與「不得易科罰金及易服社會勞動之罪」併合處罰，乃原判決未經被告之請求，逕就所犯各罪所處之徒刑合併定應執行刑，有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘定應執行刑部分違法，洵有理由，應由本院將原判決關於定應執行刑部分撤銷，以資救濟。

(二) 乙說：上訴駁回。

1、採此說者，為本院109年度台非字第41號判決。

2、理由則以：若未經被告請求，法院逕行定應執行刑確定者，該判決關於定應執行刑部分，固有違法，惟基於訴訟經濟原則，及為避免再次定應執行刑，與原定之應執行刑歧異，徒增紛擾，非不得經由事後補行請求而補正。故於確定被告不補行上開請求之前，難認已侵害被告該項請求之權利，而確於被告不利益。於檢察官詢明前，尚難認有提起非常上訴之必要性。應認非常上訴為無理由，予以駁回。

二、本庭就所徵詢之法律問題二部分，擬採甲說，即原判決關於定應執行刑部分撤銷說。除援引甲說之理由外，另補充如下：

(一) 賦予被告選擇權乃刑法第50條第1項但書及第2項的主要精神所在。該條主要立法目的，是為解決修正前該條僅規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。」導致因為執行先後的不同，產生可以易刑或不可易刑的不同結果，而與憲法上平等原則有違背之虞。從而，為使被告經深思熟慮後，選擇自認最適合的處遇，賦予被告選擇權，方為此等規定。

(二) 賦予被告選擇權，既係刑法第50條第1項但書及第2項的主要精神所在，則解釋上，應待其主動表示願意就「得易服社

會勞動之罪」與「不得易科罰金及易服社會勞動之罪」聲請
定應執行刑後，方可啟動定應執行刑之程序。若未經被告發
動，逕予就該數罪定應執行刑時，當屬違法且係對被告不利
益之處分。

(三) 選擇權的剝奪，本於下列理由，無從補正：

- 1、就「得易服社會勞動之罪」與「不得易科罰金及易服社會勞
動之罪」得否定應執行刑的案件中，立法者原意是希望被告
經深思熟慮後，再選擇自認最適合的處遇。可見該請求定應
執行刑的訴訟行為，是法院就此等案件得定應執行刑的發動
條件。被告若未行使該訴訟行為，訴訟上無人可代為發動；
既無可發動，自無事後可以補正之理。
 - 2、法院之裁判以宣示或送達為對外發生效力的方法，倘宣示或
送達，即已對外發生效力。若認在被告補正特定訴訟行為前
，該裁判效力未定，被告為請求之補正行為，即可使該效力
未定的裁判發生效力等。與前述法院之裁判以宣示或送達為
對外發生效力之意旨，亦有所違。
 - 3、定應執行刑應給予被告有以言詞、書面或其他適當方式陳述
意見之機會。若法院未賦予被告充分的程序保障，而認為可
以先行裁判再經由事後補行請求的方式補正，與定應執行刑
的程序保障，似有所違。
 - 4、定應執行刑並非只是單純技術事項，而涉及被告的程序保障
，若為求所謂訴訟經濟原則而認被告得補正其程序，反可能
使被告先看法院的定應執行刑結果是否有利，再決定是否補
正其請求，此等行為尚難以訴訟經濟原則予以正當化。況若
被告表示法院在未經其請求時所定應執行刑的結果並非有利
(如定應執行有期徒刑1年)，而請求檢察官聲請法院裁定
定應執行刑，且此屬首次請求而不欲補正法院原先違法的定
應執行刑(如請求重新定應執行有期徒刑10月以下)時，
訴訟上該如何處理？恐更增困擾，而不利於訴訟經濟原則。
- 三、就法律問題二，經徵詢其他各庭後，刑事第三庭、第四庭因
不認被告於審判中得請求法院定應執行刑，而不同意本庭見

解（含本庭之補充理由及補充說明）；其餘各庭均同意本庭見解。未能獲得一致之見解。

四、本庭經評議後，認就法律問題二部分，本院先前裁判之見解既存有歧異，爰依法院組織法第51條之2規定，提案予刑事大法庭裁判。

肆、本庭指定庭員吳冠霆法官為刑事大法庭成員。

中華民國 111 年 5 月 16 日

刑事第六庭審判長法官李英勇

法官洪兆隆

法官楊智勝

法官邱忠義

法官吳冠霆

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 111 年 5 月 16 日