

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。

01 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
02 見解，且涉及法律問題二之理由構成，具原則重要性。爰依
03 法院組織法第51條之3規定，提案予刑事大法庭裁判。

04 參、就法律問題二之法律見解

05 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
06 行刑部分撤銷」者，亦有認為應「上訴駁回」者。已產生複
07 數分歧見解之積極歧異，說明如下：

08 (一) 甲說：原判決關於定應執行刑部分撤銷

09 1、採此說者，如本院110年度台非字第83號、109年度台非字第
10 20、194號、108年度台非字第7、18、110號、106 年度台非
11 字第153號等判決。

12 2、理由則以：非經被告請求，不得就「得易服社會勞動之罪」
13 與「不得易科罰金及易服社會勞動之罪」併合處罰，乃原判
14 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
15 刑，有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利
16 ，非常上訴意旨執以指摘定應執行刑部分違法，洵有理由，
17 應由本院將原判決關於定應執行刑部分撤銷，以資救濟。

18 (二) 乙說：上訴駁回。

19 1、採此說者，為本院109年度台非字第41號判決。

20 2、理由則以：若未經被告請求，法院逕行定應執行刑確定者，
21 該判決關於定應執行刑部分，固有違法，惟基於訴訟經濟原
22 則，及為避免再次定應執行刑，與原定之應執行刑歧異，徒
23 增紛擾，非不得經由事後補行請求而補正。故於確定被告不
24 補行上開請求之前，難認已侵害被告該項請求之權利，而確
25 於被告不利益。於檢察官詢明前，尚難認有提起非常上訴之
26 必要性。應認非常上訴為無理由，予以駁回。

27 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
28 定應執行刑部分撤銷說。除援引甲說之理由外，另補充如下
29 :

01 (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
02 神所在。該條主要立法目的，是為解決修正前該條僅規定：
03 「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。」導致因為執行先後
04 的不同，產生可以易刑或不可易刑的不同結果，而與憲法上
05 平等原則有違背之虞。從而，為使被告經深思熟慮後，選擇
06 自認最適合的處遇，賦予被告選擇權，方為此等規定。

07 (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
08 要精神所在，則解釋上，應待其主動表示願意就「得易服社
09 會勞動之罪」與「不得易科罰金及易服社會勞動之罪」聲請
10 定應執行刑後，方可啟動定應執行刑之程序。若未經被告發
11 動，逕予就該數罪定應執行刑時，當屬違法且係對被告不利
12 益之處分。

13 (三) 選擇權的剝奪，本於下列理由，無從補正：

14 1、就「得易服社會勞動之罪」與「不得易科罰金及易服社會勞
15 動之罪」得否定應執行刑的案件中，立法者原意是希望被告
16 經深思熟慮後，再選擇自認最適合的處遇。可見該請求定應
17 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
18 條件。被告若未行使該訴訟行為，訴訟上無人可代為發動；
19 既無可發動，自無事後可以補正之理。

20 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
21 送達，即已對外發生效力。若認在被告補正特定訴訟行為前
22 ，該裁判效力未定，被告為請求之補正行為，即可使該效力
23 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
24 對外發生效力之意旨，亦有所違。

25 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
26 意見之機會。若法院未賦予被告充分的程序保障，而認為可
27 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
28 的程序保障，似有所違。

29 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

01 ，若為求所謂訴訟經濟原則而認被告得補正其程序，反可能
02 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
03 正其請求，此等行為尚難以訴訟經濟原則予以正當化。況若
04 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
05 （如定應執行有期徒刑1年），而請求檢察官聲請法院裁定
06 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
07 應執行刑（如請求重新定應執行有期徒刑10月以下）時，
08 訴訟上該如何處理？恐更增困擾，而不利於訴訟經濟原則。

09 三、就法律問題二，經徵詢其他各庭後，刑事第三庭、第四庭因
10 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
11 解（含本庭之補充理由及補充說明）；其餘各庭均同意本庭
12 見解。未能獲得一致之見解。

13 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
14 既存有歧異，爰依法院組織法第51條之2規定，提案予刑事
15 大法庭裁判。

16 肆、本庭指定庭員吳冠霆法官為刑事大法庭成員。

17 中 華 民 國 111 年 5 月 16 日

18 刑事第六庭審判長法官 李 英 勇

19 法官 洪 兆 隆

20 法官 楊 智 勝

21 法官 邱 忠 義

22 法官 吳 冠 霆

23 本件正本證明與原本無異

24 書記官

25 中 華 民 國 111 年 5 月 16 日

