

# 刑事言詞辯論狀

案號：111 年度台非大字第 43 號

股別：鈞股

|           |                         |       |
|-----------|-------------------------|-------|
| 被 告       | 白偉廷                     | 地址詳卷  |
| 選 任 辯 護 人 | 蔡維哲律師<br>張靖珮律師<br>李艾倫律師 | 地址均詳卷 |

為被告加重詐欺等罪非常上訴刑事大法庭案件，提呈言詞辯論狀事：

甲、就提案裁定法律問題，懇請鈞院裁定如下：

- 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，被告得請求法院定應執行刑。
- 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，鈞院應將「原判決關於定應執行刑部分撤銷」。

乙、理由

壹、人民之訴訟權、程序主體地位與正當程序保障，向來為我國憲法所保障之基本權：

- 一、按大法官解釋闡述憲法保障之訴訟權在於有受法院公平審判之權利，且如立法者衡酌訴訟類型而為正當合理之規定，該規定即與憲法保障訴訟權意旨無違，則刑法第 50 條賦予被告具

有選擇是否定應執行之選擇權，應可認其背後價值是彰顯被告基於程序主體地位所享有的處分權及選擇權：

(一) 按釋字第 591 號解釋文闡述憲法保障之訴訟權在於有受法院公平審判之權利，且如立法者衡酌訴訟類型而為正當合理之規定，該規定即與憲法保障訴訟權意旨無違：

1. 按釋字第 591 號解釋闡述：「憲法第十六條所保障之訴訟權，旨在確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟，並受法院公平審判之權利。惟訴訟應循之程序及相關要件，立法機關得衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟制度之功能及訴訟外解決紛爭之法定途徑等因素，為正當合理之規定；倘其規範內容合乎上開意旨，且有其必要性者，即與憲法保障訴訟權之意旨無違。民事紛爭事件之類型，因社會經濟活動之變遷趨於多樣化，為期定分止爭，國家除設立訴訟制度外，尚有仲裁及其他非訴訟之機制。基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有程序處分權及程序選擇權，於無礙公益之一定範圍內，得以合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議。仲裁係人民依法律之規定，本於契約自由原則，以當事人合意選擇依訴訟外之途徑處理爭議之制度，兼有程序法與實體法之雙重效力，具私法紛爭自主解決之特性，為憲法之所許」。

2. 而釋字第 591 號解釋雖是針對民事訴訟所為之闡述，然本於同為訴訟法之法理及被告同樣於訴訟上處於主體之地位，被告自亦應享有程序處分權及程序選擇權。

(二) 刑法第 50 條賦予被告具有選擇是否定應執行之選擇權，其背後價值乃彰顯被告基於程序主體地位所享有程序選擇權：

1. 刑法第 50 條規定：「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，依第五十一條規定定之。」
2. 依刑法第 50 條之規定可見被告於裁判前如犯刑法第 50 條第 1 項所列之數罪時，被告可選擇不合併定執行刑，而使易刑處分與自由刑不合併執行、被告亦得選擇合併定執行刑，而使易刑處分與自由刑合併執行。
3. 從而，上開被告之選擇權即與前開司法院大法官第 591 號解釋所闡述之程序主體所應享有的選擇權概念相符，刑法第 50 條之選擇權，應可認為符合憲法保障訴訟權之意旨。則就此選擇權，自屬被告所應享有之權利，被告就此部分之選擇權利自應獲得保障，倘若法院逕行定應執行刑，無異於法院剝奪被告受憲法保障訴訟權所蘊含之刑法第 50 條規定之選擇權，則法院逕行定應執行之行為，自屬違法（參後述法律問題二部分）。
4. 相對而言，訴訟權之保障核心既是賦予被告立於程序主體地位之選擇權，則被告於獲悉渠得享有刑法第 50 條之權利時，被告即得行使此等選擇權。從而，無須將此等權利限縮於判決確定後始得依刑法第 50 條第 2 項行使，在考慮訴訟經濟的優點、並確保被告的程序權已藉由法官的曉諭而獲得保障之後，應可容許被告於於法院審理期間行使刑法第 50 條之權利（參後述法律問題一）。

二、按大法官解釋闡述刑事被告享有正當法律程序之保護，則被告自應得享有刑法第 50 條之權利：

1. 按釋字第 384 號解釋闡述：「憲法第八條第一項規定：『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。』其所稱『依法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」。

2. 經查，刑法第 50 條屬於憲法第 8 條暨正當法律程序所稱之「法定之審問程序」，法院不得任意剝奪：

(1) 查刑法第 50 條之規定暨賦予被告得選擇是否合併定執行刑，而刑法第 50 條又是立法院所通過之法律，則此部分即屬憲法第 8 條所定之法定程序。

(2) 從而被告就刑法第 50 條之選擇權利自應獲得保障，倘若被告遭法院逕行定應執行刑，無異於法院剝奪被告受憲法第 8 條保障之「正當法定審問程序」所蘊含之刑法第 51 條規定之選擇權，則法院逕行定應執行之刑之行為，自屬違法。(詳參後述法律問題二)

三、按大法官解釋闡述定執行刑之制度在於不得使被告立於更不利之地位，而就是否立於更不利之地位，自應尊重被告之意見，則是否定執行刑，自應尊重被告之選擇權：

(一) 按釋字第 662 號解釋文按釋字第 662 號解釋理由書闡述：「按

人民身體之自由應予保障，為憲法第八條所明定，以徒刑拘束人民身體之自由，乃遏止不法行為之不得已手段，對於不法行為之遏止，如以較輕之處罰手段即可達成效果，則國家即無須動用較為嚴厲之處罰手段，此為憲法第二十三條規定之本旨。易科罰金制度將原屬自由刑之刑期，在符合法定要件下，更易為罰金刑之執行，旨在防止短期自由刑之流弊，並藉以緩和自由刑之嚴厲性。刑法第五十一條第五款數罪併罰之規定，目的在於將各罪及其宣告刑合併斟酌，予以適度評價，而決定所犯數罪最終具體實現之刑罰，以符罪責相當之要求。依該款規定，分別宣告之各刑均為有期徒刑時，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意。惟對各得易科罰金之數罪，由於併合處罰定其應執行刑之結果逾六個月，而不得易科罰金時，將使原有得易科罰金之機會喪失，非受自由刑之執行不可，無異係對已定罪之行為，更為不利之評價，已逾越數罪併罰制度之本意，業經本院釋字第三六六號解釋予以闡明。」，故基於憲法保障訴訟權之意旨，定執行刑之立法目的在於不得使被告立於更不利之地位。

（二）然對於是否使易刑處分與自由刑合併執行，基於前開訴訟權保障的選擇權的憲法要求，則對於定執行刑，是否有使被告立於更不利之地位，則自應由被告自行判斷，俾能尊重被告之程序主體性與其選擇權。

貳、法律問題一應採肯定說，即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」，於審判中得請求法院定應執行刑：

一、 鈞院過去實務裁判，就符合「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」，被告在審判中是否有請求法院定應執行刑之權利，係採取肯定見解：

按刑法第五十條第一項規定：「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。」第二項規定：「前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一條規定定之。」而第五十一條第五款規定：「數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依下列各款定其應執行者：……五、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。但不得逾三十年。」是除有上開但書情形，法院判處有期徒刑數罪併罰案件，本應於判決中定應執行之刑。而上開但書規定不得併合處罰之數罪，於判決確定後，受刑人既得依刑法第五十條第二項規定，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。倘被告於法院審理中已為該項請求，如仍拘泥於刑法第五十條第二項規定，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，於法院審理中亦得行使。基此，裁判確定前犯數罪，而有刑法第五十條第一項但書之情形，除被告於法院審理中請求法院，或於判決確定後受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者外，不適用併合處罰之規定，賦予其選擇權，以符合其實際受刑利益（鈞院 105 年台上字第 637 號刑事判決、105 年台非字第 243 號刑事判決等參照）。

二、觀諸刑法第 50 條之修法理由，亦無從推敲該條第 2 項係有意限制被告不得在審判程序請求定應執行刑之權利：

(一)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 日修正為現今條文，其修正理由謂：「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。故於第一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、增列第二項，規範第一項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一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。」<sup>1</sup>。

(二)觀諸刑法第 50 條之修法理由，係為解決因不得易科罰金或易服社會勞動之罪與得易科罰金或易服社會勞動之罪合併後，造成得易科罰金或易服社會勞動之罪無法易科罰金或易服社會勞動之問題，乃將刑法第 50 條有關數罪併罰之適用範圍加以限制，將一部分為得易科罰金或易服社會勞動之罪，一部分為不得易科罰金或易服社會勞動之罪之情形，排除在數罪併罰的適用範圍之外，則該次修法之目的，係為保障被告享有併罰之權益，並無法推導出立法者係有意將聲請人身分限縮於受刑人而已。

三、另依 鈞院近期之 110 年度台抗大字第 489 號刑事大法庭裁定，亦可知被告在審判中應享有請求法院定應執行刑之權利：

(一) 鈞院刑事大法庭 110 年度台抗大字第 489 號裁定：

「數罪併罰之案件，於審判中，現雖有科刑辯論之機制，惟

<sup>1</sup> 102 年 1 月 23 日修正之刑法第 50 條立法理由參照。

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。行為人所犯數罪，或因犯罪時間之先後或因偵查、審判程序進行速度之不同，或部分犯罪經上訴而於不同審級確定，致有二裁判以上，分別確定，合於數罪併罰之要件，依刑法第 53 條、第 54 條應依同法第 51 條第 5 款至第 7 款之規定，定其應執行之刑者，刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定由檢察官聲請該法院裁定之（有刑法第 50 條第 1 項但書之情形，執行中應由受刑人請求檢察官為聲請）。依上開規定雖僅檢察官得向法院聲請（刑事訴訟法第 477 條第 2 項另規定，受刑人或其法定代理人、配偶，亦得請求前項檢察官聲請之），惟定應執行刑，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。」

- (二) 細究上述 鈞院裁定之意旨，可知關於定應執行刑之事項規定由受刑人請求檢察官為之，應有考量定應執行刑對於受刑人之權益具重大影響，而受刑人在審判程序時，也就是受刑人為「被告」身分時，對於犯罪事實可能為無罪答辯，自不會就定應執行刑為請求或表示意見；再者縱使被告認罪，然在法院宣判之前，被告及辯護人亦無從知悉法院會為如何之刑度，亦難以期待於審理程序時，被告及辯護人可以就「定應執行刑之事項」為請求或陳述意見。是以，刑法第 50 條第 2 項規定受刑人請求檢察官定應執行刑，係基於讓被告併罰利益受到更周全保障之目的，而非限制被告在審判程序時不得對於「定應執行刑之事項」為請求或陳述意見，畢竟刑

法第 50 條第 2 項規定是賦予被告選擇之權利，而非選擇之義務。

四、從保障被告選擇權、訴訟經濟、維持法安定性及避免裁判矛盾等角度觀之，亦無必要限制被告不得在法院審理時依刑法第 50 條第 2 項請求定應執行刑：

(一)刑法第 50 條第 2 項既是賦予被告選擇權，使被告能就刑法第 50 條第 2 項之情形有充分選擇是否定應執行刑之自由，則由保障被告選擇權及訴訟經濟之角度考量，自無必要將該權利限制於受刑人方能行使。

(二)或有論者認為，若肯認被告在審判中可要求定應執行刑，而法院於判決中應被告要求而定應執行刑，然被告不滿意判決所定之執行刑，嗣於判決確定後，再次要求檢察官聲請定執行刑，此時恐生裁判矛盾及法安定性之疑慮，惟依 鈞院刑事大法庭 110 年度台抗大字第 489 號裁定內容，已列舉定應執行刑確定之各罪是否有必要另定執行刑之情形，應可作為被告依刑法第 50 條第 2 項再度聲請定應執行刑有無理由之依據：

1. 鈞院刑事大法庭 110 年度台抗大字第 489 號裁定：

「數罪併罰案件之實體裁判確定後，即生實質之確定力，除因增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪，或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因非常上訴、再審程序而經撤銷改判，或有赦免、減刑等情形，致原裁判定刑之基礎已經變動，或其他客觀上有責罰顯不相當之特殊情形，為維護極重要之公共利益，而有另定應執行刑之必要者外，法院應受原確定裁定實質確定力之拘束。已經定應執行刑確定之各罪，除上開例外情形外，法院再就該各罪之全部或部分重複定其應執行刑，前、後

二裁定對於同一宣告刑重複定刑，行為人顯有因同一行為遭受雙重處罰之危險，自均屬違反一事不再理原則，不以定刑之各罪範圍全部相同者為限。」

2. 是以，依 鈞院刑事大法庭 110 年度台抗大字第 489 號裁定意旨，被告倘若於法院審理時，已依刑法第 50 條第 2 項請求定應執行刑，而法院於判決中基於被告請求而定應執行刑，嗣該裁判確定後，即生實質確定力，倘被告於執行階段以受刑人之身分再為聲請定應執行刑，應考量是否有另定執行刑之必要，而區分為以下處理：(1) 就相同之數罪再聲請定應執行刑：應認無另定執行刑之必要，而不予准許。(2) 有上開裁定揭示之情形，即增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪，或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因非常上訴、再審程序而經撤銷改判，或有赦免、減刑等刑之基礎有變動之情形，或其他客觀上有責罰顯不相當之特殊情形，為維護極重要之公共利益：被告於執行階段，應得以受刑人身分再聲請另定應執行刑。如此一方面可保障被告之選擇權，另一方面亦不生違反法安定性及裁判矛盾之結果。

五、合併定應執行刑之制度，乃為貫徹憲法罪責相當原則、比例原則，以達到充分評價、實現刑罰經濟等功能，倘若被告於法院審理時依刑法第 50 條第 2 項請求定應執行刑時，審判長應曉諭並充分告知被告享有之選擇權及可能遭受之不利益：

- (一) 觀諸刑法第 50 條、第 51 條條文，行為人於裁判確定前，以數行為觸犯數罪名，應併合處罰。併合處罰之方式，並非單純將數罪之法定刑予以累加，而是綜合吸收原則、限制加重原則及併罰原則，以避免累加法定刑造成處罰過重，產生罪責失衡情形。數罪併罰之目的在於將各罪及其宣告刑合併斟

酌，予以適度評價，而決定所犯數罪最終具體實現之刑罰，以符罪責相當原則之要求。

- (二) 是以，就一部分為得易科罰金或易服社會勞動之罪，一部分為不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪，於合併處罰後，將造成不得易科罰金或不得易服社會勞動之結果，如此被告將陷於更不利之地位。因此，基於法院應對於當事人有利及不利情形一律注意（刑事訴訟法第 2 條）之客觀性義務，倘若被告於案件審理時，依刑法第 50 條第 2 項請求法院定應執行刑，審判長應曉諭並充分告知被告享有之選擇權（即可以選擇不合併處罰），以及定執行刑後之不利影響（即部分原得易科罰金或易服勞動之罪將變為不得易科罰金或易服勞動之結果，限制被告之自由）；而於被告請求前，審判長亦得主動告知，方能落實刑法第 50 條、第 51 條數罪併罰規定之立法精神，以及刑法第 50 條第 2 項欲保障被告選擇權之初衷。

參、法律問題二應採甲說，即應撤銷原判決關於定應執行刑部分：

- 一、就得易刑之罪與不得易刑之罪，「審判中未經被告請求，法院即逕予合併定執行刑」，侵害被告之程序選擇權與聽審權，屬判決不適用法則之違法：

- (一) 承前所述，刑法第 50 條之選擇權，為符合憲法保障訴訟權之意旨。「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」是否合併定執行刑，既為被告之程序選擇權，則應由被告選擇是否發動。倘法院未經被告請求而逕予判決定應執行刑，即剝奪被告受憲法第 16 條保障訴訟權所

蘊含之程序選擇權與憲法正當法律程序原則，其判決應屬違法。

(二) 再按聽審權為憲法第 16 條訴訟權與憲法正當法律程序原則的內涵之一（釋字第 482 號、釋字第 737 號解釋參照）；又為使法院科刑判決符合憲法罪刑相當原則，應保障被告就量刑之事實與法律表示意見並充分辯論之機會，俾利法院依法審酌並於判決中具體說明量刑之理由（釋字第 775 號解釋理由書參照）。得易刑之罪與不得易刑之罪，倘法院未經被告請求而逕予合併定應執行刑，等同剝奪被告於程序中表示意見之機會，從而侵害其聽審權而違背正當法律程序，其判決應屬違法。

(三) 上開法院逕行定應執行刑之判決，倘已告確定而不得再以上訴聲明不服者，檢察總長應得提起非常上訴，由最高法院撤銷原定應執行刑部分。

二、「審判中未經被告請求，法院即逕予合併定執行刑」，係不利被告之判決違法，經檢察總長提起非常上訴，應由鈞院將違法部分撤銷：

(一) 按易服社會勞動為易刑處分，相對於徒刑，對於人身自由的限制程度較低，亦可維持受刑人之家庭支持與就業，參酌短期自由刑之弊，乃對受刑人較有利之處遇，故刑法第 41 條第 2 項規定「依前項規定得易科罰金而未聲請易科罰金者，得以提供社會勞動六小時折算一日，易服社會勞動。」。若使行為人易服社會勞動，即可達到處罰效果，國家無需動用較為嚴厲、限制人身自由之處罰手段。故就易刑處分之本質

而言，易服社會勞動，於人身自由之限制上，相較於徒刑，自屬對被告有利之規定。

(二) 再按併合處罰之數罪本屬各自獨立之罪，罪責分別存在，僅處罰上合併為之。併罰數罪定應執行刑，倘其中得易刑處分者與不得易刑處分者併合處罰，產生不得易刑之結果，將造成受刑人之不利益，有違限制刑罰加重之恤刑目的。故 102 年 1 月 23 日修正公布之刑法第 50 條，增列第一項但書之規定，參酌立法理由乃「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。故於第一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。」，故裁判確定前犯數罪，而有刑法第 50 條第 1 項但書之情形，原則上不適用併合處罰之規定，例外於被告或受刑人請求時，始得併合處罰，以符合其實際受刑利益。從而刑法第 50 條第 1 項但書，為有利於受刑人之規定，判決違反該項但書規定，自屬不利被告之違法。

(三) 本件提案問題「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」，合併定執行刑，將使得原「得易服社會勞動之罪」得「單獨易服社會勞動服務」之有利地位喪失，產生不得易刑之結果，無論從易刑處分之本質而言，或刑法第 50 條第 1 項但書規定之立法理由而言，均屬對被告不利，既經檢察總長以原判決違法而提起非常上訴，即應由鈞院將違法部分撤銷，以資救濟。

三、「審判中未經被告請求，法院即逕予合併定執行刑」之確定判決具有判決之實質確定力，除以非常救濟程序撤銷原判決外，判決確定前之程序瑕疵已無從補正：

- (一) 按刑事訴訟在於確定國家對於被告犯罪事實的具體刑罰權是否存在、範圍，審理乃確定之程序，判決乃確定之結果，對被告刑罰權存在與否及其範圍，因判決而告終局確定，基於法安定性的考量，不得再行爭執。只有在裁判嚴重違背真實發現或法治程序之例外狀況，始得透過非常救濟程序，以排除裁判之確定力<sup>2</sup>。
- (二) 再按數罪併罰案件之實體裁判確定後，即生實質之確定力，除因增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪，或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因非常上訴、再審程序而經撤銷改判，或有赦免、減刑等情形，致原裁判定刑之基礎已經變動，或其他客觀上有責罰顯不相當之特殊情形，為維護極重要之公共利益，而有另定應執行刑之必要者外，法院應受原確定裁定實質確定力之拘束（最高法院 110 年度台抗大字第 489 號裁定參照）。
- (三) 本件法律問題二，「審判中未經被告請求，法院即逕予合併定應執行刑」，承前揭法律問題一，應屬適用法則不當之違法。惟若判決已確定，則國家對被告刑罰權之範圍，亦告確定，法院即應受原確定判決實質確定力之拘束，縱認該確定判決有違法之情形，且對於被告執行刑之長短、得易服社會勞動之罪無法單獨易服勞動等影響，亦應透過非常上訴程序，撤銷原判決違法部分，始得排除原確定判決之效力。

<sup>2</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法 上冊 總論編，2010 年版，頁 642 至 653。黃朝義，刑事訴訟法，三版，2013 年 4 月，頁 591 至 596。

四、上訴駁回說（乙說）以「訴訟經濟原則」、「再次定執行刑，與原執行刑歧異，徒增困擾」，而認為應由檢察官詢明被告補行請求法院定應執行刑，始有提起非常上訴之必要性。惟查：

（一）確定判決尚未被撤銷，倘採乙說，使被告可對「已確定之判決」再補行請求，有違判決實質確定力，將造成法安定性的疑義。且判決既已告確定，程序上被告應「如何補行請求」？請求人之地位究係「受刑人」或「被告」？向何法院補行請求？請求之形式為何？法院應行之程序為何？現行法均無規定。可預料若被告確依乙說補行請求，恐將因法無明文，而遭法院駁回。

（二）訴訟經濟之考量，係賦予立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，將伴隨訴訟經濟之附帶效益，然訴訟經濟本身並非憲法保障核心範圍，倘為追求訴訟經濟，而造成人民權利之排擠、侵害，豈非本末倒置，無法確實保障人民憲法所賦予之權利。任何針對確定裁判之非常救濟程序，無論制度如何設計、實際程序如何進行，均需再花費相當之勞費，此乃追求真實發現與法律適用正確性所不得不然，若過於強調訴訟經濟，將使受判決人之程序保障要求被掏空。

（三）又，定應執行刑亦為量刑程序之一環，法院未經被告請求而逕予合併定應執行刑，不但侵害被告之程序選擇權，亦剝奪被告對量刑表示意見之機會，已如前述。倘採乙說，僅由檢察官單方面詢問受刑人是否補行聲請，並無法彌補其無法表示意見、聽審權遭侵害之程序瑕疵。

(四) 再按基於憲法第 7 條規定之平等原則，立法者對相同事物，應為相同對待，不同事物則為不同對待；如對相同事物，為無正當理由之差別待遇，或對不同事物為相同之待遇，皆與憲法第 7 條之平等原則有違。法規範是否符合平等原則之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯而定（釋字第 666 號、第 687 號、第 793 號、第 801 號解釋參照）。再按非常上訴之制度目的，理論上有「統一解釋說」、「保護被告說」，我國刑事訴訟法採折衷說，非常上訴以統一解釋、適用法令為主旨，但判決違背法令且不利被告者，非常上訴之判決效力及於被告，因此，相對於再審，非常上訴作為救濟確定判決法律適用錯誤之非常救濟程序<sup>3</sup>。本件法律問題二倘採乙說，其他判決違法、不利被告之事項，檢察總長提起非常上訴有理由，最高法院即得撤銷原判決以資救濟，惟對於本件提案問題之情況，卻設下應先行確定是否補正之程序門檻，使得同樣具有判決違法之情形，其他違法樣態即得由檢察總長直接提起非常上訴，「未經被告請求，法院即逕予合併定執行刑」之違法判決，卻要先確定受判決人是否補行聲請合併定執行刑之程序，始得提起非常上訴，將對被告構成無正當理由之差別待遇，有違平等原則。

(五) 此外，補行聲請之前提，必須使受刑人充分知悉行使其程序選擇權可能產生之不利益，惟各受刑人之智識水準、資訊獲得與理解能力等相差甚大，其近用司法權深受監獄環境之影響，故受刑人是否知悉請求補正或不請求補正之意義、可能產生之利益或不利益，恐有疑問。另一方面，檢察官要如何

<sup>3</sup> 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），2012 年版，頁 519 至 521 頁。

向被告詢明？以何種形式始可保障受刑人上開知悉相關資訊之權利？實務上亦難以操作，恐將因個別檢察官不同作法，而有巨大差異。是以，倘採乙說，將使同樣為「審判中未經被告請求，法院即逕予合併定執行刑」之受刑人，因「是否知悉請求補正之意義」或「檢察官是否與如何詢問」等偶然狀況，而有執行上「得易服勞動服務之罪可單獨易服」與「得易服勞動扶助之罪無法單獨易服，而與不得易科罰金及易服勞動服務之罪合併定執行刑」之差別，就此而言，難謂對受判決人無構成無正當理由之差別待遇，有違平等原則。

(六) 又乙說主張「再次定執行刑，與原執行刑歧異，徒增困擾」，而認應先確定被告不補行請求始可提起非常上訴，惟上開再次定執行刑可能產生歧異的情形，無論法律問題二採甲說或乙說均可能發生。因縱使採乙說，倘已確定被告無意補行請求，後續仍需藉由非常上訴程序撤銷原判決，此時由法院再次定執行刑，仍有與原判決歧異之可能性。

(七) 末查，就問題二如採乙說之見解，恐鼓勵被告就非易科罰金部分上訴，而使易科罰金部分先行確定，藉此規避法院定執行刑之結果，恐產生無實益之訴訟程序，對於整體司法環境，亦非妥適。

肆、綜上，祈請 鈞院鑒核，實感德便。

謹 狀

最高法院刑事大法庭 公鑒

中 華 民 國 1 1 1 年 7 月 26 日

具狀人 白偉廷

撰狀人 蔡維哲律師



李艾倫律師



張靖珮律師

