

最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

(111 年度台非大字第 43 號)

檢察官 陳維練

蔡秋明

李進榮

林俊言

林麗瑩

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？
- 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？

目 錄

壹、本案基礎事實.....	1
貳、本案法律問題之實務見解.....	2
一、法律問題一：目前實務見解採肯定說.....	2
二、法律問題二.....	2
(一) 甲說：原判決關於定應執行刑部分撤銷.....	2
(二) 乙說：上訴駁回.....	2
參、本署見解.....	3
一、法律問題一：採否定說.....	3
(一) 以解釋論檢證肯定說.....	3
(二) 依照狹義的解釋方法，刑法第 50 條第 2 項被告之請求權 應僅限於判決確定後之執行階段方得行使—否定說為當	4
(三) 刑法第 50 條第 2 項亦無法律漏洞需要填補，規定的不圓滿 係法律有意義的沉默—仍以否定說為當.....	6
(四) 結論.....	14
二、法律問題二：認應撤銷原判決，另行判決，分別就得易服社會 勞動之數罪、不得易科罰金及不得易服社會勞動之數罪，各定 應執行刑.....	15

提出人 最高檢察署檢察官陳維練

被告 白偉廷 年籍詳卷

上列被告因加重詐欺案件，最高法院提案庭(刑事第七庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與最高法院先前裁判之法律見解歧異，已於 111 年 5 月 16 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判(111 年度台非大字第 43 號)，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

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。
- 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

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、本案法律問題之實務見解

一、法律問題一

目前實務見解採肯定說

如最高法院105年度台非字第243號、105年度台上字第637號等判決。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、法律問題二

(一) 甲說：原判決關於定應執行刑部分撤銷

採此說者有最高法院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。

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

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。

參、本署見解

一、法律問題一：採否定說

關於本案法律問題一，本署認為應採否定說，亦即對於刑法第 50 條第 1 項但書所指不得合併處罰者，刑法第 50 條第 2 項既已明定受刑人始能請求檢察官聲請法院定應執行刑，於審判中之被告無從為該請求。

(一) 以解釋論檢證肯定說

肯定說認為不應拘泥於刑法第 50 條第 2 項規定，審判中被告如請求而不予准許，非立法本意等理由，認為被告得於審判中行使此一權利。似乎認為既然為權利的賦予，在時間或程序階段上加以限制，並非必要。惟是否為立法本意、是否應拘泥於條文規定等，均涉及法解釋論的問題。

法院作為法律之適用者，必須盡量符合憲法所賦予的角色去選擇法律適用的方法(Methode der Rechtsanwendung)，亦即妥適解釋法律¹。畢竟解釋論相對於立法論，後者應屬於立法者的職權，基於權力分立、民主原則，法院受法律拘束，必須依法審判，遵守立法者的價值判斷，並有義務以可供使用的方法工具來檢視這些價值標準的存在²。換言之，法律解釋的目的在於實現立法的規範目的(Normzwecke der Gesetzgebung)，這個必須藉由解釋工具，如文義、體系、立法過程來加以探求。這

¹ Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 1999, Rn.821.

² A..a.O., Rn.812.

些手段中的任何一種都不能被法官遺漏或忽視其可能的認知價值³。惟若法律存有漏洞，無法透過文義、體系或歷史解釋等狹義下的解釋工具實現規範目的時，為使個案正確並妥適適用法律，法官有權為法律之續造，但仍應謹守解釋法律的界限。以下就以相關的解釋工具來檢證刑法第 50 條第 2 項規定。

(二) 依照狹義的解釋方法，刑法第 50 條第 2 項被告之請求權應僅限於判決確定後之執行階段方得行使—否定說為當

裁判確定前犯數罪，有刑法第 50 條第 1 項但書規定之情形者，不得併合處罰。此一原則，在同條第 2 項有例外規定，條文規定之文字為：「前項但書之情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第 51 條規定定之。」

上開刑法第 50 條第 2 項就原不得合併處罰者，賦予受刑人請求權，可請求檢察官向法院聲請合併定應執行刑。肯定說所引最高法院兩則判決見解均認為，受刑人之請求，係選擇權之賦予，此一結論可資認同⁴，質言之，受刑人就法律規定原則不得合併處罰之情況，仍有權選擇合併定應執行刑。惟依照法條文義，此一選擇權有兩項要件：即行使之主體為「受刑人」，行使方式為「請求檢察官(向法院)聲請」兩要件，足證此一選擇權之行使係於判決確定後之執行階段。蓋條文規定請求之主體，為受刑人而非被告，受刑人之身分，顯然屬於判決確定後執行階段之身分；且規定並非直接向法院聲請，而係請求檢察官向法院聲請，此亦顯然指執行階段由檢察官作為執行主體的情形。因此刑法第 50 條第 2 項之選擇權，依照文義應限於執行階段，且須透過檢察官為聲請人向法院聲請。

³ A.a.O., Rn.821.

⁴ 肯定說所引最高法院最高法院 105 年度台非字第 243 號刑事判決、105 年度台上字第 637 號刑事判決理由均提及：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。

因此如依肯定說，認為原不得合併處罰者，在審判階段，被告即可向法院聲請合併定應執行刑，顯然已超越表面文義，擴大法律適用範圍。

當然，在文義解釋可能的範圍內，也可考慮基於體系一致性及立法目的，將文義做超越一般人通常理解的範圍而予以擴張解釋⁵。事實上，肯定說即認為擴大適用於審理中應該不違反立法者的本意。而探求刑法第 50 條第 2 項立法本意，應係在數罪原不得合併處罰的情形，賦予受刑人仍可決定讓法院合併定應執行刑的權利，此部分應該沒有疑義，但立法者在規範上使用「受刑人」、須由「檢察官聲請」等要件，可見有意將此權利之行使限於執行階段⁶。特別是，審判程序為檢察官與被告立於對立當事人地位的所謂對審程序，雙方如有程序上之主張，均係直接向法院為之，上開「請求檢察官向法院聲請」此一要件，顯與審判屬於對審程序有所矛盾，依照體系解釋方法，立法者本可將審判中請求法院合併定應執行刑納入規範，卻正面的僅就執行階段賦予選擇權，從體系解釋、歷史解釋(立法意旨)來看，應是有意排除審判中的選擇權。

退一步言，體系解釋通常是在文義仍有不明的情況，或者有多種解釋可能的情形時，透過將個別法條與其他法條間整體觀察，而優先採用有助於維持該規定與其他規定間事理上的一致性之解釋⁷。就刑法第 50 條第 2 項之規定文字，依照上開說

⁵ 學者認為擴張解釋屬於體系解釋之一，而關於體系解釋，國內有學者將其分類為當然解釋、反面解釋、擴張解釋及限縮解釋等類型，而後兩種均藉由立法目的之解釋，參見楊仁壽，法學方法論，第 2 版 2010，第 198 頁以下；李惠宗，法學方法論，第 3 版，新學林出版股份有限公司，2018，頁 288；惟有德派學者認為，當然解釋、反面解釋，已超出可能的文義範圍，應屬法律續造之論證方式，且方法上屬於推論，用詞應改為當然推論、反面推論，參見吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，東吳法律學報第 18 卷第 2 期，第 103 頁以下(頁 120-121)；本意見書後述法律漏洞部分，參用吳從周意見，並引用得學者 Rüthers 反面推論之見解，依 Rüthers 就反面推論之看法，亦認為須藉用歷史解釋、體系解釋，Rüthers, a.a.O., Rn.900

⁶ 關於現行刑法第 50 條修法過程，也就是歷史解釋的詳細說明，放在本文之後關於確認有無法律漏洞的立法計畫之說明部分。

⁷ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. neue bearb. Aufl., 1991, S.325. 本書學生版(無全文版之前四章)已由陳愛娥教授翻譯出版，本文參考中文版(法學方法論，初

明的兩個要件，實在難以論斷其可包含到審判中請求合併定刑的另種解釋可能性。且就「請求檢察官聲請」而言，去除而不顧此一要件有違文義，但如要滿足此一要件，又與審判程序的對審制顯然有體系上的矛盾，論證至此，透過相關狹義的解釋方法，並無法得出刑法第 50 條第 2 項可擴大解釋為被告於審判階段即得向法院聲請合併定應執行刑。

（三）刑法第 50 條第 2 項亦無法律漏洞需要填補，規定的不圓滿係法律有意義的沉默—仍以否定說為當

狹義的解釋方法無法獲致肯定說的結論，尚不能即認肯定說見解不符合解釋論。刑法第 50 條第 2 項在文義可能範圍，縱無法包括審判中被告有選擇權，此如可認為是解釋論上所謂的法律漏洞，法官仍可透過法律續造的權責，將刑法第 50 條第 2 項選擇權擴及審判中之被告。不過前提是必須認定法律有漏洞。

1. 法官進行法律續造的前提—法律有漏洞

在方法論上要超越文義解釋的前提，必須先有所謂的「法律漏洞」(Gesetzeslücken)存在⁸，而由適用法律者(法官)以解釋方法加以填補，此已超越狹義的法律解釋。法官對法律漏洞的填補為法官進行法律續造(Rechtsfortbildung)⁹；法律有漏洞，法官才有續造法的權限，這雖然已經超越文義可能範圍，但仍在立法者原本的計畫、目的範圍內，尚屬於法律解釋的範疇，為法律內的法的續造¹⁰，蓋法律漏洞的發現與填補，仍必須

版五刷，五南圖書出版股份有限公司，2004)。

⁸ Larenz, a.a.O., S.366.

⁹ A.a.O., S.370.; Larenz 稱法律續造是一種創造性的認識的成果，a.a.O., S.402.

¹⁰ A.a.O., S.366. 照 Larenz 的分類，法的續造，除法律內的法的續造外，尚有超越法律的法的續造，認為法律解釋與法官的法的續造，並非本質截然不同之事，僅屬於不同層次的思考方式，但仍有必要區分三者。法官不能以法律沒有規定拒絕裁判，因此有解釋法律的義務，如法律有漏洞，即有填補的義務，此外，只有在重大事由的情況下，法官才可從事超越法律的法的續造。Rüthers 則認為法律適用(狹義法律解釋)、法律續造、法律修正(即 Larenz 超越法律的法的續造)三者必須嚴格區分，而在法律續造階段，法官已經相當於規範的制定者，Rüthers, a.a.O., Rn.831。但學者一致認為超越法律的法的續造是極例外的情况。

靠歷史解釋、體系或目的性的解釋(詳下述說明)，進行具有補充意義的造法。如果在上述方法下，並無法認定法律存有漏洞(詳下述)，則法官並無造法權限。法律續造仍必須與法官修法、變法相區別，後者有取代立法職權，只有在極例外的情況才允許¹¹。

對於原屬不得合併定應執行刑之數罪，第 50 條第 2 項規定無從包括審判中之被告得請求合併定刑，是否為所謂的需納入規整，卻漏未規定的法律漏洞呢？

2. 法律漏洞是否存在—從歷史解釋與目的論檢視立法計畫是否不圓滿

通說認為法律漏洞是一種法律違反計畫的不圓滿性(planwidrige Unvollständigkeit)¹²，通常情況是發現有屬於法律規整(Regelung)範圍內，且認為需要規整者，法律卻未規定，簡言之，法律對此保持「沉默」。但須注意的是，法律保持沉默並非必然為法律漏洞，如果法律的沉默是依照計畫、所謂有意義的沉默(beredtes Schweigen)¹³，則非法律漏洞。至於何謂立法計畫？何以認定違反計畫，須以法律本身的觀點、法律根本規整的意向、藉此追求的目的以及立法者的計畫為準。因此必須回到以歷史解釋及目的論的方式予以探求¹⁴。也就是在探求立法計畫，考慮的不僅是立法者的意向，而必須將顯現在法律中的客觀法目的、一般的法律原則亦加以考量¹⁵。

而同類事物應同等處理(Gleichbehandlung des Gleichartigen)此一般性原則，在漏洞的發現，具有關鍵的、內存於

¹¹ Vgl. Rüthers, a.a.O., Rn.826ff; 935; 即 Larenz 所謂超越法律的法的續造 vgl. Larenz, a.a.O., S.370, 413ff; 此部分非本意見書重點，不再詳述。

¹² Larenz, a.a.O., S.373; Rüthers, Rn.832

¹³ A.a.O., S.370; Rüthers, a.a.O., Rn.838.

¹⁴ 同註 12。

¹⁵ Larenz, a.a.O., S.374f.

所有法律中的原則。假使法律已以特定方式規範案件事實 A，對於評價上應屬同類的 B 事實則未有規範，此等規定欠缺即屬法律漏洞¹⁶—如本法律問題：刑法第 50 條第 2 項規範受刑人對於原本不得合併處罰者，於執行時可以選擇請求定應執行刑，那麼可否評價審判中的被告應有同樣地位，而當然應賦予其選擇權，權利之保障方顯充足？答案即從是否法律有違反計畫的不圓滿性著手探求之。

(1) 歷史解釋(立法過程)僅得知立法者欲賦予受刑人定應執行刑之選擇權

如從立法過程探求，數罪併罰定應執行刑制度，並非我國所獨有，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¹⁷，且數罪宣告刑直接累計執行造成刑罰過度，此不論從犯罪預防或是應報衡平，均屬不必要¹⁸。而數罪併罰定應執行刑的原則下，如何適用易刑規定則為實務及學說上經常性之爭議問題¹⁹，本件法律問題亦源於此。

目前刑法第 50 條之條文，係民國 101 年立委提案修正，草案原本係於同法第 41 條增列第 8 項，擬將得易科罰金或易服社會勞動之罪與不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪合併定刑後，原得易科罰金或易服社會勞動之罪，規定為仍得易科罰金

¹⁶ 同上。就法律漏洞分類上而言，此應屬明顯的法律漏洞，其填補方式有賴類似推論(類推適用)之方法，以當然推論(der “Erst recht”- Schluß)或目的性擴張(Teleologische Extension)，將漏未規定部分比附援引現有規定；與此相對的類型為隱藏的法律漏洞，其填補方式為目的性限縮，此部分與本法律問題無關，不再詳述。Vgl. Larenz, a.a.O., S.375-397; 填補方式之詳細說明，亦可參閱 Rütters, a.a.O., Rn.888-905.

¹⁷ 司法院釋字第 679 號解釋理由書第 1 段參照。

¹⁸ 參見黃榮堅，犯罪的結合與競合，收於刑法問題與利益思考，月旦出版社 1995，頁 461。

¹⁹ 相關司法院釋字就有好幾號解釋，其中關於數宣告刑均得易科罰金，定應執行刑逾六個月者易科罰金部分，就有釋字第 366、662 號兩號解釋，其他尚有釋字第 144、679 號與本件有關，釋字第 679 號認為得易科罰金與不得易科罰之罪，合併定刑後，是否仍得易科罰金，原則屬於立法權，立法者自得於符合憲法意旨之範圍內裁量決定之。學說部分例舉如：林山田，論併合處罰之易科罰金－兼評釋字第 366 號解釋，收於刑事法論叢(二)，1997；薛智仁，易科罰金與數罪必罰的交錯難題，成大法學 第 18 期，2009 年 12 月；張明偉，數罪併罰之易科罰金，五南圖書出版股份有限公司，2011。

或易服社會勞動。惟此修法草案經法務部從刑事政策、執行層面困難加以說明，並經立委質詢、大體討論及逐條審查後，第41條第8項之上開修法終究未被採納，而維持現行條文；惟立法者認為：得易刑之罪與不得易刑之罪合併定應執行刑，將造成得易刑之罪亦無法易刑，宜將兩者分開條列，故仍認為有修法之必要，而改弦易轍轉為修正刑法第50條如現行條文²⁰。上開修法過程，我們僅能探知立法者認為裁判確定所犯數罪中，得易科罰金與不得易科罰金之罪、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪，如合併定刑後，原本得易科罰金或得易服社會勞動的部分，變成不得易科罰金或不得易服社會勞動，係對受判決人或受刑人造成不必要之限制²¹，因此必須分開定應執行刑。惟在得易刑與不得易刑之罪不合併處罰之原則下，第50條第2項仍賦予受刑人選擇權，使其在如請求定應執行刑時，可期待減縮刑度的利益，與不合併時得易科罰金或得易服社會勞動的利益間，自主選擇。

至於選擇權的行使時點，從文義最大的解釋範圍來看，立法者僅規定受刑人得於執行中請求檢察官向法院聲請，卻未規定審判中被告即得行使選擇權，這個現象原因應有兩種可能：一是漏未規定，一是立法有意的略去審判中的選擇權。如果判斷是前者，係認為審判中被告與受刑人在決定是否合併定刑的權利上，具有應相同對待之地位，應同予納入賦予請求權之規整中，卻漏了規定，這即屬於違反計畫的不圓滿性，可認為存在法律漏洞需要填補；後者則屬於法律刻意的沉默，亦即立法者認為不宜作相同處理，形式上看起來漏未規定，卻是立法者

²⁰ 相關立法過程，參見立法院公報第101卷第82期，第360-364頁；第102卷第4期，第224-234頁。

²¹ 參見原提案草案第41條第8項修法理由，見立法院公報第102卷第4期第231頁。

有計畫的不完整性(als geplante Unvollständigkeit)，司法並不能進行所謂的填補，否則會構成違法²²。

但我們從立法過程中並未看到立法者對於審判中被告得否聲請合併定應執行刑的討論，難以探求立法當時是否有意排除審判中被告的選擇權。不過，如果我們採取客觀目的論的標準(Objektiv-teleologische Kriterien)，亦即客觀的規範目的解釋方法，特別是訴諸具憲法層次的法律原則觀點，應該就會有清楚的答案。

(2) 目的論—刑法第 50 條第 2 項規範目的的探求

i 刑法第 50 條第 2 項選擇權之賦予，必須以獲充分資訊為基礎

刑法第 50 條第 2 項既然是選擇權的賦予，其規範目的即應考量保障選擇權的有效行使。而選擇權有效並真實符合本人意願的行使，必須建立在選擇者具有充分的資訊基礎上，在資訊不完整或缺資訊的前提下，所謂的選擇權是被架空的。合併定應執行刑，一方面有縮減刑度的優惠，一方面卻有原得易科罰金或易服社會勞動之有期徒刑，均不得易刑而必須入監之不利利益。此外，尚有其他當事人考量的個別因素，其中合併定應執行刑後雖不得易刑，但可能有假釋之適用或其他適用縮刑規定之優惠，而另一方面，易服社會勞動期間則有天花板的限制(刑法第 41 條第 5 項、第 9 項)等，這些相對的優惠都與個別罪的宣告刑長短有正相關。因此，我們應可推論，原不得合併處罰之數罪，如要賦予當事人可選擇合併定應執行刑，其前提應該是當事人已獲知其所犯數罪的具體量刑(宣告刑)狀況後，在充分的衡量可易科罰金、可易服社會勞動的具體刑度、本身財力、時間、法律對於易服社會勞動的最高期間限制、合併定刑可預期縮減之刑度、將來可假釋之期待利益等優缺事項，綜

²² Rütters, a.a.O., Rn.835ff.

合考量後，方可言其選擇是符合其真實意願的。而審判中，法院對於數罪不僅有罪、無罪尚屬未定，即便認定有罪，各罪具體量刑為何，均未可知，被告於審判中可考量的資訊基礎顯然太過薄弱，恐陷被告進行猜測、賭注式的決定困境。

- ii 司法院釋字第 731 號解釋確保選擇權行使時享有充分資訊，方符合正當法律程序要求

行使選擇權應基於獲取充分資訊的基礎，此關乎憲法所保障的正當法律程序。司法院於釋字第 731 號解釋即指出了選擇權與資訊的重要關係，多位大法官也利用協同意見書再加詳細闡明。

該號解釋係關於區段徵收補償，土地所有權人申請抵價地抵付之期間規定是否違憲之問題。蓋土地徵收條例之區段徵收補償，依條例第 39 條第 1 項規定，有現金補償及抵價地補償二種方式。如原土地所有權人不願領取現金補償，依該條例第 40 條第 1 項規定，應於徵收公告期間內申請發給抵價地。該號解釋宣告上開規定不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法第十五條保障人民財產權之意旨。解釋理由書並說明：「申請發給抵價地之申請期限，涉及人民財產權之限制，自應踐行正當之行政程序，包括應確保利害關係人及時獲知相關資訊，俾得適時向主管機關主張或維護其權」，理由書進一步說明，要求原土地所有權人在徵收公告期間內為申請，將無法確保原土地所有權人適時取得選擇補償方法所需之資訊，不符憲法要求之正當行政程序²³，並指示：「為確保原土地所有權人取得充分資訊以決定是否申請抵價地，主管機關宜於徵收公告及書面通知時，一併告知預估之抵價地單位地價」等。本號解釋揭示主管機關對於人民之選擇權，必須確保其選擇時享有充分資訊，特別是在

²³ 參照釋字第 731 號理由書第 3 段。

有關基本權干預之情況(如該案涉及之財產權)，方符合正當法律程序的要求。回到本案之觀察，本案之受刑人於得易刑與不得易刑之數罪，原則不得合併定應執行刑，但經請求檢察官聲請，亦得選擇合併定刑，此選擇權行使方式亦類似於上開區段徵收之補償方式(原則為現金補償，但土地所有權人得申請改以抵價地補償)。基於相同的正當法律程序要求，亦當保障請求合併定應執行刑前，享有充分之資訊以確保其選擇權的有效行使。黃茂榮大法官在上開解釋的協同意見中，並深入闡明資訊在行使選擇權的重要性：要消除徵收機關與原土地所有權人間之資訊不對稱，以使其在受有相關必要資訊之情形下，自由選擇，俾符合正當行政程序原則之要求。為使原土地所有權人「知悉相關資訊之可能性」，除應使當事人或利害關係人「及時」獲悉與其利害相關之訊息外，該資訊內容亦須足資作為當事人或利害關係人為有利之決定的參考基礎。否則，如僅空有「及時獲悉之訊息」，但訊息內容空泛、非必要或不確定，當事人或利害關係人之「受告知權(right to be informed)」還是未受到完善之保障。

iii 被告請求合併定應執行刑，如係於審判階段並無充分資訊基礎，有違公平審判原則、正當法律程序

此外，在刑事訴訟程序中，被告之資訊權亦屬其不可或缺之程序權利。上開釋字第 731 號所揭示之正當法律程序要求，大法官在多號涉及刑事訴訟的司法院解釋中也都有所強調，其內容即相當於公民政治與權利公約第 14 條、歐洲人權公約第 6 條上保障被告受公平審判權利²⁴，公約例示(而非列舉)被告在刑

²⁴ 參見釋字第 384、582、737、762 號等解釋，均在闡明刑事訴訟被告所享有正當法律程序之保障，內容相當程度即是公民與政治權利公約、歐洲人權公約所規定刑事訴訟上的公平審判原則，此可參見釋字第 384 號解釋理由書提到「實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問

事訴訟上基本權利，並發展出被告基於訴訟主體地位的多項重要訴訟權，其中資訊獲知權(Informationsrecht)即屬貫穿整個訴訟程序之重要權利。被控罪名及權利告知權僅是最低限度之保障²⁵，被告訴訟上有效的防禦，是以能及時且充分獲知所有訴訟上重要事實、表示及過程等資訊為前提²⁶，尤其被告本身獨立之閱卷權也已受到肯定。而刑度與執行方式對被告而言屬有罪無罪外，最重要的程序結果，刑法既然賦予其對於不得易刑與得易刑之數罪合併定刑的選擇權，即應該使其選擇權之行使確實受到保障，而非空有選擇的形式。法律要求人民做出影響其權利之決定，不應期待其在訊息不明之下，以猜測或賭注之方式為之；而必須確保人民獲有必要明確程度之資訊。例如受逮捕者放棄「尋求律師協助之權」，必須在受充分告知其有權選擇及委任律師協助或可接受法律扶助，並了解自己所處情形後，所為之決定，始符合「受通知後決定」之意旨²⁷。因此，如使被告在審判中即行使其聲請合併定應執行刑之選擇權，無疑在有罪、無罪不明、宣告刑不明的情況下，任被告以猜測或賭注方式而為決定，揆諸前開說明，此種選擇權行使顯有瑕疵，違背正當法律程序之要求，亦即被告受公平審判之權利保障不足。

3.原不得合併處罰之數罪，法律未規定審判中被告得請求定應執行刑，係法律有意義的沉默，而非法律漏洞

綜合以上說明，對於刑法第 50 條第 1 項但書原不得合併定應執行刑者，就規範目的而言，選擇權的賦予應避免提早至審判階段，而應在有罪、無罪、各罪宣告刑均已確定的階段，再給予是否合併定刑的選擇權，方符合賦予選擇權的實質意義。是以

證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。」

²⁵ Meyer-Goßner/Schmitt, 58. Aufl. Art. 6 MRK Rn. 16.

²⁶ LR-StPO/Esser, Band 8, 25. neubarb. Aufl., MRK Art.6/Art.14 IPBPR, Rn.69b.

²⁷ 參見釋字第 731 號羅昌發大法官協同意見書。

應可認為立法者就審判中未明文規定被告可請求法院合併定刑，是有意不為規定，是一種所謂有計畫的不圓滿性(geplante Unvollständigkeit)，而非違反計畫的不圓滿性。相對於前者(有法律漏洞的情況)法院以類推適用方法，使用當然推論或目的性擴張填補漏洞，本件則應進行反面推論(Umkehrschluß)²⁸，得出被告審判中不宜有請求權之結論。換言之，基於確保選擇權(請求權)得符合其實質意願，應認在受判決人已明確獲知其各罪之宣告刑後，方足以妥適行使其選擇權，決定是否要聲請合併定應執行刑。在審判階段，被告對於數個被控犯罪之行為，究有罪、無罪，有罪後，刑度多少？可否易科罰金或易服社會勞動，均尚未知，實難期待被告可充分衡量輕重、利害關係而為符合真實意願之決定。此外，被告在資訊不完全的情況下做決定，將如同本件提案裁定中反對意見之警告，法院如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，則被告能否再請求檢察官聲請定應執行刑？此等問題勢將迭生困擾，從而影響國家刑罰權之實現與法安定性之維護。

(四) 結論

第 50 條第 2 項經由文義、歷史及體系等狹義解釋方法，無法得出對於不得合併定應執行刑之數罪，得擴大解釋為被告於審判中得請求法院合併定應執行刑。當然接下來可以探究此是否有法律漏洞，需要法院透過法的續造填補，以補足規範目的的完整性。但探究規範目的後，審判中未規定被告得請求合併定應執行刑，應該是屬於法律有意義的沉默。亦即從落實被告請求權的有效行使而言，審判中讓被告就不得合併處罰之數

²⁸ Rüthers, a.a.O., Rn.899f.; 依照 Rüthers 的說明，反面推論是類似推論的相對方法，亦即此處沒有相同事物相同處理之適用，而是依照立法意旨或規範目的法律刻意的不納入規定，法官在此不得為法律續造。

罪，得請求法院定應執行刑，是有瑕疵的權利行使，依照反面推論的方法，應該認為此處並無法律漏洞需要填補。本署就法律問題一認為應採否定說。

二、法律問題二：認應撤銷原判決，另行判決，分別就得易服社會勞動之數罪、不得易科罰金及不得易服社會勞動之數罪，各定應執行刑

法律問題二係以法律問題一為前提。本署對於法律問題一已採否定見解，認為被告於審判中無從請求法院就原屬不得合併處罰之數罪，定應執行刑，則法律問題二原提案裁定之甲說、乙說已無所附麗，依循法律問題一之結論，貴院應以違背法令為由撤銷原判決關於定應執行刑部分，且認原判決定應執行刑部分係不利於被告，應依刑事訴訟法第 447 條第 1 項第 1 款但書之規定另行判決，對於被告得易服社會勞動部分之數罪、不得易科罰金及不得易服社會勞動部分之數罪，依刑法第 50 條第 1 項前段、第 51 條第 5 款分別定其應執行刑。其後，被告自得依判決結果，選擇是否請求檢察官向法院聲請合併定應執行刑，此時被告尚享有合併定應執行刑不利益變更禁止之優惠，亦即合併定應執行刑之最高度，不得逾越原判決得易服社會勞動部分之應執行刑與不得易刑部分應執行刑之總和²⁹。

此致

最高法院

中 華 民 國 111 年 7 月 25 日

²⁹ 最高法院 105 年度台非字第 44 號刑事判決參照。

檢察官 陳維練

蔡秋明

李進榮

林俊言

林麗瑩

