

最高法院刑事判決

112年度台非字第97號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被告 林孟宇

上列上訴人因被告犯加重詐欺案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國112年2月14日第二審確定判決（111年度金上訴字第928號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署110年度偵字第23419號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於林孟宇定應執行刑部分撤銷。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又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51條規定定之，刑法第50條亦有明文。依上揭規定，若有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，符合數罪併罰之規定時，須先徵得受刑人之同意，始能定應執行刑。而案件尚在審理時，無從認被告已獲取充分資訊，而得有效行使刑法第50條第2項之選擇權。從而，該條項僅規定受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，未規定審判中之被告得行使該選擇權，乃立法者有意省略，並非法律漏洞。故被告於審判中不可請求法院定應執行刑。前開選擇權既係專屬受刑人於執行時始得行使之權利，於審判中尚不得行使。則倘法院於審判中逕將刑法第50條第1項但書各罪合併定應執行刑，自屬判決適用法則不當之違法。判決確定

01 後，檢察總長對之提起非常上訴，應將原判決關於定應執行
02 刑部分撤銷。最高法院110年度台非字第83號、111年度台非
03 字第43號著有判決，可資參照。二、經查被告林孟宇因詐欺
04 等案件，經臺灣臺南地方法院於111年5月25日，以111年度
05 金訴字第167號，判決被告犯三人以上共同詐欺取財罪，共5
06 罪，各處有期徒刑1年1月。應執行有期徒刑1年6月。被告提
07 起上訴，經臺灣高等法院臺南分院於112年2月14日，以原判
08 決撤銷一審判決關於原判決附表編號（下僅稱附表編號）
09 1、4、5號部分所處之刑，附表編號1改處有期徒刑8月，附
10 表編號4、5均改處有期徒刑6月，並駁回一審判決關於附表
11 編號6、7部分之上訴，就前開撤銷改判及駁回上訴所處之刑
12 （即附表編號1、4、5、6、7）；合併定應執行有期徒刑1年
13 3月。嗣被告再上訴，經最高法院於112年6月14日，以112年
14 度台上字第2326號判決，認被告之上訴違背法律程式，從程
15 序上駁回其上訴而告確定。有各該案卷可稽。又查附表編號
16 4、5所示2罪，各處有期徒刑6月，此2罪雖不得易科罰金，
17 惟被告仍得依刑法第41條第3項之規定，聲請易服社會勞
18 動。而附表編號1、6、7所示之罪，各處有期徒刑8月、1年1
19 月、1年1月，均屬不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪。
20 依上開說明，是否請求檢察官聲請定應執行刑之選擇權專屬
21 於被告，且必須於執行時始得行使，審判中則不得行使。法
22 院自不得就附表編號4、5得易服社會勞動之罪，與附表編號
23 1、6、7不得易科罰金及易服社會勞動之罪併合處罰，原審
24 竟逕予合併定應執行刑為有期徒刑1年3月，自屬判決適用法
25 則不當之違法。三、案經確定，且非必有利於被告，爰依刑
26 事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正及救
27 濟。」等語。

28 二、本院按：

29 (一)刑法第50條規定：「（第1項）裁判確定前犯數罪者，併合
30 處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金
31 之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服

01 社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之
02 罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。

03 （第2項）前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行
04 刑者，依第51條規定定之。」該條主要立法目的，是為明確
05 數罪併罰適用範圍，避免不得易科罰金或不得易服社會勞動
06 之罪與得易科罰金或得易服社會勞動之罪合併，造成得易科
07 罰金或得易服社會勞動之罪，無法單獨易科罰金或易服社會
08 勞動，罪責失衡，不利於受刑人。為使受刑人經深思熟慮
09 後，選擇自認最適合之處遇，賦予其選擇權，以符合其實際
10 受刑利益。受刑人如依刑法第50條第2項，行使選擇權而請
11 求檢察官聲請定應執行刑時，將喪失原得易刑處分之利益，
12 對其憲法上所保障之人身自由影響甚鉅。從而，於刑事訴訟
13 上，本於聽審權保障之要求，應確保受刑人能獲取相關資
14 訊，並在資訊充分之情形下，依其自由意志決定是否為該選
15 擇權之行使。而於刑事審判過程中，法院依無罪推定原則，
16 不得預斷被告有罪，必須本直接審理原則，透過證據調查、
17 辯論等法定程序，以形成被告是否有罪之心證。就科刑事
18 項，則應依刑事訴訟法第289條第2項規定，聽取告訴人等表
19 示意見，並經檢察官、被告及辯護人辯論後，方得予以決
20 定。從而，在法院審理過程中，被告對於被訴數罪之事實是
21 否全部成立犯罪，有無一部無罪之情形？如果有罪，所主張
22 各項減刑事由是否為法院採納？法院經由科刑辯論並審酌刑
23 法第57條各款量刑因子後，各罪之宣告刑如何？皆無從知
24 悉。被告既未能充分獲取前開各資訊，縱於審判中表示欲依
25 刑法第50條第2項規定，請求法院定應執行刑，當認保障不
26 足，有害其選擇權之行使。被告若於第一審為有罪判決後，
27 依刑事訴訟法第348條第3項規定，明示僅就第一審判決之刑
28 提起上訴。因第二審尚未判斷上訴是否有理由，且就科刑所
29 審酌之事項與第一審未必全然相同。於此情形下，仍難認被
30 告已獲取充分資訊，而得有效行使刑法第50條第2項之選擇
31 權，自屬當然。基此，案件尚在審理時，無從認被告已獲取

充分資訊，而得有效行使刑法第50條第2項之選擇權。從而，該條項僅規定受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，未規定審判中之被告得行使該選擇權，乃立法者有意省略，並非法律漏洞，無從以填補法律漏洞為由，擴張解釋使被告於審判中，亦得依該規定請求法院定應執行刑。前開選擇權既係專屬受刑人於執行時始得行使之權利，於審判中尚不得行使。則倘法院於審判中逕將刑法第50條第1項但書各罪合併定應執行刑，自屬判決適用法則不當之違法。

(二)查被告林孟宇因加重詐欺案件，經臺灣高等法院臺南分院於民國112年2月14日以111年度金上訴字第928號判決，撤銷第一審關於被告如其附表編號（下稱編號）1、4、5所示部分之科刑判決，改判論以三人以上共同犯詐欺取財3罪刑，維持第一審關於被告如編號6、7所示部分之科刑判決，駁回被告就該部分在第二審之上訴，並就上開三人以上共同犯詐欺取財共5罪刑，合併定其應執行刑為有期徒刑1年3月確定。然核編號1、6、7部分之罪，宣告刑分別為有期徒刑8月、1年1月、1年1月，均屬不得易科罰金及易服社會勞動之罪；而編號4、5所示部分，各處有期徒刑6月，雖不得易科罰金，惟被告仍得依刑法第41條第3項之規定，聲請易服社會勞動。依前揭說明，法院於審判中，自不得就被告所犯上開各罪併合處罰。原判決逕就被告所犯上開之罪合併定應執行刑，即有適用法則不當之違法。案經確定，且非必有利於被告。非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決關於被告定應執行刑部分撤銷，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款前段，判決如主文。

中	華	民	國	113	年	2	月	27	日							
				刑	事	第	五	庭	審	判	長	法	官	李	英	勇
												法	官	鄧	振	球
												法	官	楊	智	勝
												法	官	林	庚	棟

01

法 官 林怡秀

02

本件正本證明與原本無異

03

書記官 林怡靚

04

中 華 民 國 113 年 3 月 1 日