最高法院刑事判決

114年度台非字第107號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　温良謙

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，對於臺灣桃園地方法院中華民國113年10月21日第一審確定判決（113年度審訴字第506號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度毒偵字第882、2095號，113年度偵字第9193、19290、22311號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於温良謙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；判決確定後，發現該案件之審判係違背法令者，最高檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴，刑事訴訟法第378條、第441條分別定有明文。又按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：…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條第1項第4款、第2項亦有明文規定。是若有得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪，符合數罪併罰之規定時，須先徵得受刑人之同意，始得定其應執行之刑，屬賦予受刑人選擇權之有利規定；審判中之案件，被告尚未獲取關於判決結果之充分資訊，就符合刑法第50條第1項但書情形之數罪，並不得依刑法第50條第2項規定，請求法院定應執行刑，而須待判決確定後，方得以受刑人身分，行使其選擇權，請求檢察官向法院聲請之，最高法院109年度台非字第162號、112年度台非字第3號判決及111年度台非

大字第43號裁定意旨可資參照。二、被告溫良謙因違反轉讓禁藥罪，經原審判決有期徒刑2月（2次）；又犯持有第一級毒品純質淨重10公克以上罪，經原審判決有期徒刑1年，於113年11月27日確定。惟其中判處有期徒刑2月（2次）屬得易服社會勞動之罪刑，依刑法第50條第1項但書第4款及同條第2項規定，應由受刑人請求檢察官聲請定執行刑，惟原判決逕就此符合刑法第50條第1項但書之3罪合併定應執行有期徒刑1年2月，已有判決不適用法則之違法。原判決既經確定且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

二、本院按：

㈠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。又現行刑法第50條規定之立法目的，是為了明確數罪併罰適用範圍，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勞動，罪責失衡，不利於受刑人。從而，為使受刑人經深思熟慮後，選擇自認最適合的處遇，賦予其選擇權，以符合其實際受刑利益。倘案件尚在審理時，因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，法院如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。

㈡經查：被告溫良謙因違反毒品危害防制條例等罪案件，經臺灣桃園地方法院於民國113年10月21日以113年度審訴字第506號判決（下稱原判決）有罪，原判決主文第1項諭知被告「犯藥事法第八十三條第一項之轉讓禁藥罪，共貳罪，各處有期徒刑貳月、參月；又持有第一級毒品純質淨重十公克以上，處有期徒刑壹年。應執行有期徒刑壹年貳月」。然核被告所犯轉讓禁藥罪，共2罪，宣告刑各為有期徒刑2月、3月部分，雖均不得易科罰金，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；而所犯持有第一級毒品純質淨

重十公克以上罪部分，處有期徒刑1年，則屬不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪。依前揭說明，法院於審判中，自不得就被告所犯上開3罪併合處罰。原判決逕就被告所犯上開3罪之宣告刑合併定應執行刑，即有不適用法則之違法。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　　114　　年　　7　　月　　9　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　周盈文

法　官　劉方慈

法　官　劉興浪

法　官　楊力進

本件正本證明與原本無異

書記官　張齡方

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　15　　日