最高法院刑事判決

114年度台非字第113號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　黃柏翰

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，對於臺灣臺南地方法院中華民國113年12月24日第一審確定判決（113年度訴字第342號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署112年度偵字第20657、25788、25894、26452號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於黃柏翰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：…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條第1項第3、4款、第2項亦有明文規定。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。最高法院

110年度台非字第83號、111年度台非字第43號著有判決，可資參照。二、查被告因違反毒品危害防制條例等案件，經臺灣臺南地方法院於113年12月24日以113年度訴字第342號判決（下稱原判決）有罪，原判決主文就被告所犯附表一編號4、5及附表二編號1所示共3罪，合併定應執行有期徒刑5年6月，並於114年2月4日確定。然原判決就附表一編號4、5所示共同販賣第二級毒品罪部分，分別處有期徒刑5年2月及5年3月，均屬不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪；而附表二編號1之轉讓禁藥罪，宣告刑為有期徒刑4月，雖因該罪最重本刑為7年以下有期徒刑，非屬刑法第41條第1項前段所定得易科罰金之罪，但因宣告刑在6月以下，依同條第3項規定，仍得聲請易服社會勞動。依前揭規定及說明，法院於審判中，自不得就被告所犯上開各罪所處有期徒刑部分逕予合併定其應執行刑，然原判決逕就被告所犯上開三罪合併定應執行刑為有期徒刑5年6月，即有適用法則不當之違法。三、案經確定，且不利於被告，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。又數罪併罰之各罪，有刑法第50條第1項但書所列各款之情形者，被告如依同條第2項規定請求檢察官就其所犯得易科罰金或得易服社會勞動之罪，與不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪合併聲請定其應執行刑，將喪失其原得易刑處分之利益，造成原得易刑處分之罪，無法單獨易科罰金或易服社會勞動，對其憲法上所保障之人身自由影響甚鉅，故該選擇權乃專屬被告於執行時始得向檢察官行使之權利，以確保被告能獲取相關資訊，並在資訊充分之情形下，依其自由意志決定是否為該選擇權之行使。從而，案件尚在法院審理時，被告對於被訴之數個犯罪事實是否成立犯罪，及如若有罪，各罪之宣告刑如何，皆無從知悉，尚難認其已獲取充分資訊，而得以有效行使刑法第50條第2項之選

擇權。倘法院於審判中逕將被告所犯刑法第50條第1項但書各款所列各罪所處有期徒刑合併定其應執行刑，自屬判決適用法則不當之違法，此為本院最近統一之見解。

㈡經查，被告黃柏翰因違反毒品危害防制條例等罪案件，經原判決於主文第2項諭知被告「黃柏翰所犯附表一編號4至5、附表二編號1部分，應執行有期徒刑伍年陸月，沒收部分，併執行之。」確定。然被告所犯原判決附表一編號4、5所示共同販賣第二級毒品罪，分別宣處有期徒刑5年2月及5年3月，均屬不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪，而原判決附表二編號1所示之轉讓禁藥罪，其宣告刑為有期徒刑4月，雖因所適用之藥事法第83條第1項之最重本刑為有期徒刑7年，非屬刑法第41條第1項前段所定得易科罰金之罪，但因宣告刑在6月以下，依同條第3項規定，係屬得易服社會勞動之罪。依前揭說明，法院於審判中，不得就被告所犯上開3罪合併定應執行之有期徒刑。原判決逕就被告所犯上開3罪之宣告刑合併定應執行刑，即有適用法則不當之違法。案經確定，且非有利於被告。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，以資糾正及救濟。

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　　24　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　洪于智

法　官　林婷立

法　官　林英志

法　官　蘇素娥

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　28　　日