最高法院刑事判決

114年度台非字第141號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長

被　　告　陳宇軒

上列上訴人因被告加重詐欺等罪案件，對於臺灣士林地方法院中華民國113年11月14日第一審確定判決（113年度審訴字第1572號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署113年度偵字第16840號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於定應執行刑部分撤銷。

理　由

一、本件非常上訴理由稱：「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。次按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪情形者，不在此限。但受刑人得請求檢察官定應執行刑。刑法第50條第1項第4款、第2項亦定有明文。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。二、查本案被告犯本案判決附表編號1至3之三人以上共同詐欺取財罪，共計3罪，經法院分別判處有期徒刑7月、6月、6月（均不得易科罰金）之刑，其中判決附表編號1號判處有期徒刑7月部分，屬不得易服社會勞動之罪刑，編號2、3號各判處有期徒刑6月部分，則屬得易服社會勞動之罪刑，依前揭說明，法院於審判中，尚不得就被告所犯上開各罪併合處罰。原審疏未注意，就上開全部3罪合併定應執行刑為有期徒刑9月，顯有判決不適用法則之違法。三、案經確定且對

被告不利，爰依刑事訴訟法第442條之規定，聲請提起非常上訴，以資糾正」等語。

二、本院按依刑法第50條第1項但書第3款、第4款及第2項規定，裁判確定前犯併合處罰數罪，其分別屬於得易服社會勞動之罪，與不得易科罰金亦不得易服社會勞動之罪，僅受刑人於判決確定後，得請求檢察官向管轄法院聲請定其應執行刑，此乃法律所賦予專屬於受刑人在執行時始得行使之選擇權，並不及於審判中之被告，以維其合法之受刑利益，蓋被告於審判中所獲取之受刑資訊本未若判決確定後充分，倘逕請求法院判決酌定其應執行刑，恐有妨害其易刑選擇權有效行使之可能。從而，若法院於審判中逕將被告所犯屬於刑法第50條第1項但書各款所列之罪所處有期徒刑合併定其應執行刑者，即有判決適用法則不當之違法，且不利於被告，此為本院統一之見解。查被告陳宇軒因加重詐欺等罪案件，經臺灣士林地方法院於民國113年11月14日以113年度審訴字第1572號判決論以三人以上共同詐欺取財共3罪，分別處有期徒刑7月、6月、6月，且定應執行有期徒刑9月，並諭知相關之沒收，嗣於同年12月10日確定。然原判決所量處之上開有期徒刑7月部分，係不得易科罰金亦不得易服社會勞動之罪刑，而其餘有期徒刑6月、6月部分，則係不得易科罰金但得適用刑法第41條第3項規定聲請易服社會勞動之罪刑，依前揭規定及說明，法院於審判中自不得就被告所犯上揭各罪所處之刑即行合併定其應執行刑，乃原判決逕予酌定其應執行之刑，顯有不適用法則之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決關於定應執行刑（不含沒收）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　　8　　月　　27　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　吳冠霆

法　官　許辰舟

法　官　蔡憲德

本件正本證明與原本無異

書記官　石于倩

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　29　　日