最高法院刑事判決

114年度台非字第144號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　吳政儀

上列上訴人因被告加重詐欺等罪案件，不服臺灣臺北地方法院中華民國113年5月16日第一審判決（113年度審原訴字第35號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署112年度偵字第15780、23454、26553、29664、30042號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於吳政儀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、本件被告吳政儀因犯幫助三人以上共同詐欺取財罪及三人以上共同詐欺取財罪，共5罪，經臺灣臺北地方法院113年度審原訴字第35號判決（下稱原判決）判處如該判決附表一所示之罪刑。惟其中判處有期徒刑6月部分（共3罪）屬得易服社會勞動之罪刑，判處有期徒刑2年4月、有期徒刑1年6月部分屬不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應執行刑，惟原判決逕就此符合刑法第50條第1項但書之5罪合併定應執行刑為有期徒刑3年4月，此部分即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441條、第443條提起非常上訴，以資糾正及救濟。」等語。

二、本院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者，除受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者外，不得併合處罰，此觀刑法第50條第1項但書第3款、第4款、第2項規定即明。而案件尚在審理時，無從認被告已獲取充分資訊，得有效行使刑法第50條第2項之選擇權。是以刑法第50條第2項僅規定受刑人得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，自不得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。此一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，此為本院統一之法律見解。本件被告吳政儀因加重詐欺等罪案件，經原判決論處如其附表一編號一所示幫助三人以上共同詐欺取財（3罪）及三人以上共同詐欺取財（2罪）各罪刑，合併定應執行刑為有期徒刑3年4月，嗣檢察官提起第二審上訴，第二審法院即臺灣高等法院以其依刑事訴訟法第348條第3項規

定，明示僅就原判決關於起訴書犯罪事實二㈡對告訴人鄭博貴犯加重詐欺罪所處之宣告刑部分提起上訴，經審理結果，認原判決此部分之量刑妥適，以113年度上訴字第5217號判決駁回上訴確定。惟原判決關於被告所犯其附表一編號一所示三人以上共同詐欺取財2罪，分別處有期徒刑2年4月、1年6月，屬不得易科罰金且不得易服社會勞動之罪；關於其所犯該附表編號一所示幫助三人共同詐欺取財3罪，均處有期徒刑6月，雖不得易科罰金（刑法第339條之4第1項所規定法定刑為1年以上7年以下有期徒刑），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5罪併合處罰。原判決逕就被告所犯上開5罪合併定應執行刑，即有適用法則不當之違法。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被告定應執行刑部分撤銷，以資救濟。

三、關於科刑一部上訴之全案確定判決，有審判違背法令情形者，非常上訴之客體，應依個案違法情事判斷。本件第一審判決即原判決論罪、宣告刑部分，及第二審科刑判決，均未違法，僅原判決關於被告定應執行刑部分違背法令，因該違背法令部分，對原判決論罪、宣告刑部分及第二審科刑判決均無影響，非常上訴之判決單就原判決關於被告定應執行刑之違法部分予以糾正，尚不致發生相互矛盾之情形，自可以此部分為非常上訴之客體。另被告於執行時，仍得決定就上開5罪是否請求檢察官聲請法院裁定定應執行刑，為兼顧被告權益及避免勞費，認無就上開不得易科罰金且不得易服社會勞動之罪部分，定其應執行刑之必要，併此敘明。

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　　28　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　江翠萍

法　官　張永宏

法　官　楊智勝

法　官　林海祥

本件正本證明與原本無異

書記官　邱鈺婷

中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　1　　日