最高法院刑事判決

114年度台非字第145號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　莊凱奕

上列上訴人因被告加重詐欺等罪案件，對於臺灣高等法院中華民國114年4月30日第二審確定判決（114年度上訴字第535號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第26386號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於莊凱奕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：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。最高法院109年度台非字第162號判決意旨可資參照。二、查受刑人莊凱奕因犯詐欺等案件，經判處有期徒刑8月、6月、11月、10月等四罪刑，除有期徒刑6月外，其餘三罪刑均屬不得易服社會勞動之刑度，依刑法第50條第1項但書第4款及第2項之規定，需經受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，法院方得依刑法第51條定其應執行刑。今原法院未經聲請就該等有期徒刑部分定應執行之刑，自有裁判不適用法則之違背法令。三、綜

上，上開判決既經確定，且不利被告，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，此為本院最近之一致見解。

㈡經查，被告莊凱奕因加重詐欺等罪案件，經原審審理結果，撤銷被告針對第一審判決關於其量定之刑部分之上訴，改判處如原確定判決附表「本院（即原審）宣告刑」欄編號㈠至㈣依序所示之有期徒刑8月、6月、11月及10月，並定應執行有期徒刑1年2月確定。惟其中編號㈡既判處有期徒刑6月，雖屬不得易科罰金之罪，但得易服社會勞動；其餘則均屬不得易科罰金亦不得易服社會勞動之罪。則依前揭說明，法院於審判中，自不得就被告所犯上開4罪依刑法第50條規定併合處罰之。原判決逕就被告所處該4罪之宣告刑合併定其應執行刑，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，以資糾正並予救濟。

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　　26　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　王敏慧

法　官　李麗珠

法　官　陳如玲

法　官　莊松泉

本件正本證明與原本無異

書記官　李淳智

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　29　　日