最高法院刑事判決

114年度台非字第186號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　黃乘軒

上列上訴人因被告加重詐欺等罪案件，對於臺灣高等法院高雄分院中華民國113年10月16日第二審確定判決（113年度金上訴字第257號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署110年度偵字第12876號、111年度偵字第15914號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決及第一審判決關於定應執行刑部分撤銷。

理　由

壹、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；又判決確定後，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、441條分別定有明文。次按刑法第50條第1項規定：『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。』，第2項則規定：『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。』。是受刑人所犯數罪，若符合數罪併罰之規定時，倘有得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪，須先徵得受刑人之同意，始得定其應執行之刑，此屬賦予受刑人選擇權之有利規定。又按審判中之案件，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。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號判決、最高法院刑事大法庭111年度台非大字第43號裁定意旨參照）。二、經查，本件被告黃乘軒涉犯多件詐欺罪，經臺灣高雄地方法院112年度金訴字第113號判決判處罪刑如附表一編號1至26主文欄所示之刑，被告不服提起上訴，嗣經臺灣高等法院高雄分院以113年度金上訴字第257號判決『上訴駁回』，被告復提起上訴，經最高法院以上訴不合法律程式為由駁回上訴，於民國114年4月23日確定。惟被告所犯附表一編號15、19所示之三人以上共同詐欺取財罪，各處有期徒刑6月、6月，係屬得易服社會勞動之罪；另附表一其餘各罪，所處有期徒刑7月至1年4月不等刑期，均係不得易服社會勞動之罪，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有期徒刑，逕行合併定其應執行之刑。詎原判決逕予酌定其應執行有期徒刑2年6月，顯有適用法則不當之違法。三、案經確定且不利被告（剝奪其部分得選擇易服社會勞動之權利），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。

貳、本院按：

一、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。

二、查被告黃乘軒犯如第一審判決附表一（下略）編號1至26所示之刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財26罪，其中編號15、19所示2罪各經判處有期徒刑6月，屬得易服社會勞動之罪，其餘各罪均判處有期徒刑7月以上，俱不得易科罰金及易服社會勞動。則依前開說明，法院於審判中不得就上開2部分之罪併合處罰，乃第一審判決逕就被告所犯上開26罪所宣告之有期徒刑合併定應執行有期徒刑2年6月，被告提起上訴，原判決不察遽予維持第一審判決，駁回被告之第二審上訴，原判決及第一審判決均有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘原判決違法，洵有理由，應由本院將原判決及第一審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　　10　　月　　30　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　莊松泉

法　官　陳如玲

法　官　游士珺

法　官　王敏慧

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　4　　日