最高法院刑事判決

114年度台非字第190號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　劉晏婷

上列上訴人因被告加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年2月27日第二審確定判決（113年度上訴字第4779號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署111年度偵字第16820、19231、20428、20478號、112年度偵字第409號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於劉晏婷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。復按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；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、經查，受刑人劉晏婷因犯三人以上共同詐欺取財等罪，經臺灣高等法院以

113年度上訴字第4779號判決處如附表甲所示之罪刑。惟其中判處有期徒刑6月屬得易服社會勞動之罪刑，判處有期徒刑1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，惟上開判決法院逕就此符合刑法第50條第1項但書之4罪（非常上訴書誤載為5罪）合併定應執行刑為有期徒刑2年，已有判決不適用法則之違法。三、案經確定，且不利於受刑人，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。本件被告劉晏婷因加重詐欺等罪案件，經原判決論處如其附表甲所示三人以上共同詐欺取財（共4罪）各罪刑，合併定應執行刑為有期徒刑2年，惟原判決關於被告所犯其附表甲編號1至3所示三人以上共同詐欺取財3罪，分別處有期徒1年6月、1年4月、1年4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4所示三人共同詐欺取財罪，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4罪併合處罰。乃原判決逕就被告所犯上開4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。另被告於執行時，仍得決定就上開4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，附此敘明。

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　　11　　月　　20　　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　陳芃宇

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　　11　　月　　24　　日