最高法院刑事判決

114年度台非字第78號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　廖鴻恩

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113年5月29日第二審確定判決（112年度上訴字第4666號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第13985、18735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、非常上訴理由稱：「一、按判決不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。有最高法院109年度台非字第162號判決、112年度台非字第3號判決及111年度台非大字第43號裁定之意旨，可資參照。二、經查廖鴻恩犯原判決附表二編號1至5之三人以上共同以網際網路對公眾散布詐欺取財罪，共計5罪，依序分別判處有期徒刑1年

1月（下略有期徒刑，僅稱刑期）、6月、1年4月、1年1月、1年5月，有各該案卷及判決書足稽。按被告所犯前開5罪雖均不得易科罰金，惟其中判處1年1月、1年4月、1年1月、1年5月4罪部分，屬不得易服社會勞動之罪刑，至於判處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，自不得就被告所犯上開各罪併合處罰。原審疏未注意，竟就上開全部5罪合併定應執行刑1年10月，尚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。本件被告廖鴻恩因加重詐欺等罪案件，經原判決論處如其附表二所示三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財既、未遂各罪刑（共5罪），合併定應執行刑為有期徒刑1年10月確定。惟原判決關於被告所犯該附表編號1、3、4、5所示之罪，各處有期徒刑1年1月、1年4月、1年1月、1年5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2所示之罪，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，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　　6　　月　　26　　日

刑事第二庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　江翠萍

法　官　張永宏

法　官　陳德民

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　　6　　月　　30　　日