

最高法院刑事判決

115年度台非字第103號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被告 賴俊融

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12月31日第二審確定判決（114年度上訴字第1127號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署113年度偵字第25787號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於賴俊融定應執行刑部分撤銷。

理 由

一、本件非常上訴理由稱：「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。再按判決確定後，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441條定有明文。次按『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。』，為刑法第50條第1項第4款、第2項所明定。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。前開選擇權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。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，被告賴俊融因犯三人以上共同詐欺取財未遂罪（即原判

01 決附表編號1)，經原判決判處有期徒刑5月；另犯三人以上
02 共同詐欺取財罪（即原判決附表編號2、3、4），經原判決
03 分別判處有期徒刑11月、10月、1年，並將附表編號1、2、
04 3、4等4罪合併，定應執行有期徒刑1年5月，於115年4月21
05 日確定。惟其中附表編號1所處之罪刑（有期徒刑5月）屬得
06 易服社會勞動之罪刑；附表編號2、3、4所處之罪刑，則均
07 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
08 款、同條第2項規定及前揭最高法院刑事大法庭裁定意旨，
09 法院於審判中因未經被告同意選擇合併，自不得就被告所犯
10 4罪所處之刑逕行合併定其應執行刑。詎原判決不察，誤將
11 上開4罪合併定應執行刑為有期徒刑1年5月，顯有適用法則
12 不當之違法。三、綜上，原判決既經確定，且不利於被告，
13 爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾
14 正」等語。

15 二、本院按：

16 (一)裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。又數罪併罰，有2裁判
17 以上者，依刑法第51條之規定，定其應執行之刑，刑法第50
18 條第1項前段、第53條定有明文。惟鑑於數罪併罰規定未設
19 限制，導致併罰範圍於事後不斷擴大有違法之安定性，為明
20 確數罪併罰適用範圍，並避免不得易科罰金、不得易服社會
21 勞動之罪與得易科罰金、易服社會勞動之罪合併，造成得易
22 科罰金、易服社會勞動之罪無法單獨易科罰金、易服社會勞
23 動，乃於刑法第50條第1項但書及第2項明定，對於判決確定
24 前所犯數罪有同條第1項但書各款所列情形者，除受刑人請
25 求檢察官聲請法院合併定執行刑外，不得併合處罰。倘法院
26 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，
27 自屬判決適用法則不當之違法。

28 (二)查被告賴俊融因加重詐欺等罪案件，經臺灣高等法院於民國
29 114年12月31日以114年度上訴字第1127號判決就其附表（以
30 下僅列載其編號序）編號1至4部分，撤銷第一審判決所諭知
31 如編號1至4「原判決主文欄」之宣告刑，改判量處如編號1

至4「本院主文欄」所載之有期徒刑，合併定應執行刑為有期徒刑1年5月確定（下稱原判決；該案僅被告就第一審判決之量刑提起第二審上訴）。惟原判決關於被告犯編號1之三人以上共同詐欺取財未遂罪，處有期徒刑5月，係得易服社會勞動；關於其編號2、3、4之三人以上共同詐欺取財罪，各處有期徒刑11月、10月、1年，則不得易科罰金且不得易服社會勞動。依前揭說明，法院於審判中，自不得就被告犯上開各罪併合處罰。原判決逕就被告犯前述罪刑合併定應執行刑，即有適用法則不當之違法。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。本件第一審判決之論罪、科刑及原判決所諭知之宣告刑，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，對第一審判決之論罪、科刑及原判決所諭知之宣告刑均無影響，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，併予敘明。

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 115 年 7 月 29 日

刑事第七庭審判長法官 林瑞斌

法官 洪兆隆

法官 吳冠霆

法官 陳芃宇

法官 高文崇

本件正本證明與原本無異

書記官 王怡屏

中華民國 115 年 8 月 4 日