最高法院刑事判決

115年度台非字第18號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長

被　　告　陳冠閔

　　陳裕元

　　蔡嘉澤

　　王薪凱

上列上訴人因被告等加重詐欺等罪案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國114年10月16日第一審確定判決（114年度原訴字第47號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署114年度偵字第5823、11350、14890、16639號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於陳冠閔、陳裕元、蔡嘉澤、王薪凱之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法則不當者，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。第按最高法院111年度台非大字第43號裁定，宣示主文：『數罪併罰之各罪，有刑法第50條第1項但書之情形者，被告於審判中不可請求法院定應執行刑。如法院於審判中合併定應執行刑者，判決確定後，檢察總長對之提起非常上訴，本院應將原判決關於定應執行刑部分撤銷。』係以案件尚在審理時，無從認被告已獲取充分資訊，而得有效行使刑法第50條第2項之選擇權。從而，該條項僅規定受刑人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，無從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。前開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（最高法院111年度台非字第43號判決參照）。二、經查，被告陳冠閔、陳裕元、蔡嘉澤、王薪凱等4人因詐欺等罪，經原判決判處罪刑，並於114年11月25日確定，被告陳冠閔犯三人以上共同詐欺取財罪及三人以上共同詐欺取財未遂罪，共11罪，各判處有期徒刑1年6月、1年5月、1年4月（3次）、1年2月（3次）、6月（3次），11罪均屬不得易科罰金之罪，惟其中判處有期徒刑1年6月、1年5月、1年4月（3次）、1年2月（3次）部分屬不得易服社會勞動之罪刑，至其餘6月（3次）部分則屬依刑法第41條第3項得易服社會勞動之罪刑；被告陳裕元犯三人以上共同詐欺取財罪及三人以上共同詐欺取財未遂罪，共10罪，各判處有期徒刑1年7月、1年5月（3次）、1年3月（4次）、6月（2

次），10罪均屬不得易科罰金之罪，惟其中判處有期徒刑1年7月、1年5月（3次）、1年3月（4次）部分屬不得易服社會勞動之罪刑，至其餘6月（2次）部分則屬得易服社會勞動之罪刑；被告蔡嘉澤犯三人以上共同詐欺取財罪及三人以上共同詐欺取財未遂罪，共7罪，各判處有期徒刑1年5月、1年3月（4次）、6月（2次），7罪均屬不得易科罰金之罪，惟其中判處有期徒刑1年5月、1年3月（4次）部分屬不得易服社會勞動之罪刑，至其餘6月（3次）部分則屬得易服社會勞動之罪刑；被告王薪凱犯三人以上共同詐欺取財罪及三人以上共同詐欺取財未遂罪，共4罪，各判處有期徒刑1年3月（2次）、1年4月、6月，4罪均屬不得易科罰金之罪，惟其中判處有期徒刑1年3月（2次）、1年2月部分屬不得易服社會勞動之罪刑，至其餘6月部分則屬得易服社會勞動之罪刑。上述被告4人各所犯之數罪依刑法第50條第1項但書第4款及同條第2項規定，應由被告請求檢察官聲請定應執行刑，惟原判決逕就此符合刑法第50條第1項但書之罪合併定應執行刑，被告陳冠閔應執行有期徒刑3年，被告陳裕元應執行有期徒刑3年，被告蔡嘉澤應執行有期徒刑2年及被告王薪凱應執行有期徒刑1年6月，已有判決不適用法則之違法。三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」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、查被告陳冠閔、陳裕元、蔡嘉澤、王薪凱經原確定判決論處刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財既、未遂罪，陳冠閔犯11罪、陳裕元犯10罪、蔡嘉澤犯7罪、王薪凱犯4罪，原確定判決就陳冠閔所犯其附表一（下略）編號4、6、11，陳裕元、蔡嘉澤所犯編號6、11，王薪凱所犯編號4部分各判處有期徒刑6月，屬得易服社會勞動之罪，另就被告等所犯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得易服社會勞動之罪與不得易科罰金及易服社會勞動之罪併合處罰，乃原確定判決逕就被告等所犯上開2部分之罪合併定應執行刑，顯有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘原判決違法，洵有理由，應由本院將原判決關於被告等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　　115　　年　　1　　月　　29　　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　　115　　年　　2　　月　　3　　日