# 最高法院刑事判決

115年度台非字第27號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　陳志忠

上列上訴人因被告加重詐欺案件，對於臺灣橋頭地方法院中華民國114年8月18日第一審確定判決（113年度審金訴字第255號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署113年度偵字第7696、8533、9647、14752號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於陳志忠定應執行刑部分撤銷。

理　由

一、非常上訴理由稱：「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。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：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。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條亦有明文。依上揭規定，合於第1項但書之情形者，由受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，亦即賦予受刑人選擇權，以符合其實際受刑利益，自屬利益於受刑人之規定（最高法院108年度台非字第110號、110年度台非字第83號刑事判決參照）；又『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。』『前開（刑法第50條

第2項）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年度台非大字第43號裁定主文及111年度台非字第43號判決意旨參照）。二、查本件被告陳志忠因詐欺等案件，經臺灣橋頭地方法院於114年8月18日以113年度審金訴字第255號判決（下稱原判決）犯三人以上共同詐欺取財罪及未遂罪，原判決主文就其附表（下稱附表）編號1至11所示共11罪，合併定應執行有期徒刑1年6月，並於114年9月26日確定。然附表編號1、2所示部分，各均處有期徒刑6月，均屬不得易科罰金，惟得易服社會勞動之罪，而附表編號3至11之罪，宣告刑為有期徒刑7月（編號3及8至11）、10月（編號4）、8月（編號5至7），均屬不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪。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，然原判決逕就被告所犯上開編號1至11之罪合併定應執行刑，即有適用法則不當之違法。三、案經確定，且非必有利於被告，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正與救濟。」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1項）。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（第2項），刑法第50條亦有明文。前開是否請求檢察官聲請定刑之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。依上揭規定，若有得易服社會勞動之

罪與不得易科罰金及易服社會勞動之罪，符合數罪併罰之規定時，須於執行時，先徵得受刑人之同意，始得定應執行之刑。查被告陳志忠因加重詐欺案件，經臺灣橋頭地方法院以113年度審金訴字第255號判決（下稱原判決）判處如其附表三編號1至11「主文」欄所示之加重詐欺取財既、未遂各罪刑，其中編號1、2屬得易服社會勞動之罪，其餘為不得易科罰金及易服社會勞動之罪。依前揭說明，法院於審判中，不論是否經被告請求，均不得就被告所犯上開各罪併合處罰，乃原判決逕就被告所犯上開11罪合併定應執行刑為有期徒刑1年6月，即有不適用法則之違法。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。

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　　3　　月　　4　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　汪梅芬

法　官　宋松璟

法　官　何俏美

法　官　黃紹紘

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　6　　日