最高法院刑事判決

115年度台非字第31號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　吳俊宏

蔡俊葦

上列上訴人因被告等加重詐欺等罪案件，對於臺灣高等法院中華民國114年6月18日第二審確定判決（合併審理案號：114年度上訴字第1179、1318號；起訴案號：臺灣士林地方檢察署113年度偵字第7868號，臺灣臺北地方檢察署113年度偵字第1313號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於吳俊宏、蔡俊葦定應執行刑部分撤銷。

理　由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決確定後，發見審判係違背法令者，最高檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴；次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：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，最高法院109年度台非字第162號判決意旨可資參照。二、經查，受刑人蔡俊葦、吳俊宏同因犯甲、乙判

決中刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財罪，經判處如附表甲編號1、2、3『本院宣告刑』欄所示之刑。而受刑人2人所犯甲判決1罪，均判處有期徒刑1年，屬不得易服社會勞動之罪刑；受刑人2人所犯乙判決1罪，判處有期徒刑5月，屬得易服社會勞動之罪，則依刑法第50條第1項但書第4款及第2項規定，應由受刑人請求檢察官聲請合併定應執行刑時，法院始得更定其刑。惟原判決就上開判處5月有期徒刑之罪，未經受刑人請求檢察官聲請合併定應執行刑，逕就上開附表甲編號1、2、3『本院宣告刑』欄所示之刑合併定應執行刑為有期徒刑1年2月，即有判決不適用法則之違法。三、案經確定，且對受刑人不利，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。

二、本院按：

㈠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。又數罪併罰之各罪，有刑法第50條第1項但書所列各款之情形者，被告如依同條第2項規定請求檢察官就其所犯得易科罰金或得易服社會勞動之罪，與不得易科罰金或不得易服社會勞動之罪合併聲請定其應執行刑，將喪失其原得易刑處分之利益，造成原得易刑處分之罪，無法單獨易科罰金或易服社會勞動，對其憲法上所保障之人身自由影響甚鉅，故該選擇權專屬被告，且於執行時始得向檢察官行使之權利，以確保被告能獲取相關資訊，並在資訊充分之情形下，依其自由意志決定是否為該選擇權之行使。從而，案件尚在法院審理時，被告對於被訴之數個犯罪事實是否成立犯罪，及如若有罪，各罪之宣告刑如何，皆無從知悉，尚難認其已獲取充分資訊，而得有效行使刑法第50條第2項之選擇權。倘法院於審判中逕將被告所犯刑法第50條第1項但書各款所列各罪所處之有期徒刑合併定其應執行刑，自屬判決適用法則不當之違法。

㈡經查，被告吳俊宏、蔡俊葦因加重詐欺等罪案件，分經臺灣士林地方法院於民國113年12月17日以113年度審訴字第1672

號判決（下稱甲判決）、臺灣臺北地方法院於同年月30日以113年度審訴字第1259號判決（下稱乙判決）判處罪刑後，吳俊宏、蔡俊葦就科刑部分提起第二審上訴。原審就甲、乙判決合併審理，於114年6月18日以114年度上訴字第1179、1318號判決，將甲判決關於吳俊宏之科刑及乙判決關於蔡俊葦、吳俊宏之科刑（含緩刑及附加負擔）撤銷，依序改判吳俊宏如其附表甲（下稱附表甲）編號1至2，蔡俊葦如其附表甲編號3「本院宣告刑」欄所示之刑，並維持甲判決關於蔡俊葦科刑部分之判決，駁回其此部分在第二審之上訴，並就吳俊宏上開科刑撤銷改判所處之刑，蔡俊葦上開科刑撤銷改判及上訴駁回所處之刑，合併定其等應執行刑均為有期徒刑1年2月確定（下稱原確定判決）。惟原確定判決就吳俊宏所犯附表甲編號1之罪所處有期徒刑1年，係不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪；附表甲編號2之罪所處有期徒刑5月，係得易服社會勞動之罪；蔡俊葦上訴駁回所處有期徒刑1年，係不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪，原確定判決附表甲編號3之罪所處有期徒刑5月，係得易服社會勞動之罪。依前揭說明，法院於審判中，自不得就吳俊宏、蔡俊葦所犯上開各罪所處之有期徒刑部分，合併定其應執行刑。原確定判決逕予酌定，即有適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告等2人，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原確定判決關於吳俊宏、蔡俊葦有期徒刑定應執行刑部分撤銷，以資救濟。非常上訴意旨既僅指摘原確定判決關於定應執行刑部分違法，是其他部分之論斷當否，自不在本院審判範圍，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　　115　　年　　3　　月　　5　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　劉興浪

法　官　蔡廣昇

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

本件正本證明與原本無異

書記官　鄭淑丰

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　9　　日