最高法院刑事判決

115年度台非字第38號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長

被　　告　陳振傑

上列上訴人因被告加重詐欺等罪案件，對於臺灣士林地方法院中華民國114年6月25日第一審確定判決（114年度審訴字第788、988號，起訴及追加起訴案號：臺灣士林地方檢察署114年度偵字第2122號、113年度偵字第16949號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

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、經查被告陳振傑犯如原判決附表編號（下僅稱編號）1至3之三人以上共同詐欺取財罪，共計3罪。編號1部分判處有期徒刑1年2月，編號2部分判處有期徒刑1年，編號3部分判處有期徒刑6

月，有各該案卷及判決書足稽。按編號3部分屬得易服社會勞動之罪刑，編號1、2部分則屬不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3罪所處之刑併合處罰。原審疏未注意，竟就上開3罪之刑合併定應執行刑為有期徒刑1年4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：

㈠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，故該選擇權乃專屬被告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，而得以有效行使刑法第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，此為本院最近統一之見解。

又非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決，或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第441條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決

違法之情形及訴訟制度之功能等因素而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關，或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令，即無提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第441條係採便宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許。

㈡經查，被告陳振傑因加重詐欺等罪案件，經原判決論以被告犯如其附表(下稱附表)各編號所示之罪，各處如附表各編號宣告之罪刑，並合併定應執行有期徒刑1年4月。緩刑3年。已繳交之犯罪所得新臺幣2萬4,518元沒收確定。惟被告所犯附表編號3之三人以上共同詐欺取財罪，所處有期徒刑6月，雖屬不得易科罰金，惟依刑法第41條第3項規定，係得易服社會勞動之罪；附表編號1至2所示三人以上共同詐欺取財罪，分別處有期徒刑1年2月、1年，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，不得就被告所犯上開3罪所處之有期徒刑，合併定應執行刑。原判決逕就被告所犯上開3罪所處有期徒刑合併定應執行有期徒刑1年4月，即有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，固非無據。但衡酌原確定判決就被告所犯如附表所示各編號所示之罪，於合併定應執行有期徒刑1年4月，同時諭知緩刑3年，尚非不利於被告。且有關法院不得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有期徒刑合併定其應執行刑，為本院統一之見解，實務上並無疑義，亦與統一適用法令無涉。故本件非常上訴意旨所指原判決違背法令之情形，顯然欠缺法律上之爭議及原則上之重要性，在客觀上尚難認有提起非常上訴加以糾正或救濟之必要。至被告所受緩刑宣告倘經依法撤銷，而有執行前述所定應執行刑之情形，如認對被告不利，檢察總長可以另行依法提起非常上訴，附此敘明。依首揭說明，本件非常上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　12　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　洪于智

法　官　吳秋宏

法　官　蘇素娥

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　16　　日