最高法院刑事判決

115年度台非字第5號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　徐崧岳

上列上訴人因被告加重詐欺等罪案件，對於臺灣高等法院高雄分院中華民國113年3月13日第二審確定判決（112年度上訴字第937號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵緝字第130號），認為部分違法，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）；又刑法第41條第1項所定得易科罰金之要件，必其所犯為最重本刑為5年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受6月以下有期徒刑或拘役之宣告者，始足當之。二、經查本件受刑人因詐欺案件，經臺灣高等法院高雄分院112年度上訴字第937號判決（下稱原判決）有罪確定，惟原判決附表編號1、2、4等罪，係刑法第339條之4第1項第3款之加重詐欺罪，為法定刑1年以上7年以下有期徒刑之罪，依法不得易科罰金，然原判決於撤銷第一審判決，分別各判處有期徒刑6月後，卻諭知得為易科罰金及折算標準，顯已違反刑法第41條第1項之規定。又原判決附表編號1、2、4號為不得易科罰金之罪刑，而附表編號3所示之罪則係得易科罰金、得易服社會勞動之罪刑，依前揭規定及說明，法院於審判中自不得就受刑人所犯上揭各罪合併處罰並定其應執行刑，原判決逕予酌定其應執行之刑，即有判決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：

㈠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設立之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形以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者，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審法院之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。而所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造功能有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且法律已有明確規定，實務上亦無爭議者，對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要。檢察總長如予提起，本院自可不予准許。又犯最重本刑為5年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受6月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣（下同）1,000元、2,000元或3,000元折算1日，易科罰金，刑法第41條第1項前段定有明文。再案件尚在審理時，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，倘法院於審判中逕將刑法第50條第1項但書各罪合併定其應執行刑，有判決適用法則不當之違法，此經本院111年度台非字第43號判決意旨闡述明確。以上規定及本院最近所持之法律見解於法院適用時已無爭議，無何原則上之重要性或有何統一見解之必要性。

㈡經查，本件被告徐崧岳因加重詐欺等罪案件，經臺灣高等法院高雄分院112年度上訴字第937號判決（下稱原判決）改判各量處如原判決附表編號1、2、4所示之刑（均處有期徒刑6月，如易科罰金，以1,000元折算1日），並維持第一審判決附表編號3所示之刑（處有期徒刑4月，如易科罰金，以1,000元折算1日），另定應執行有期徒刑9月，如易科罰金，以1,000元折算1日。又依第一審判決所載事實及罪名，被告所犯原判決附表編號3部分，係論以刑法第339條第1項之詐欺取財罪，其最重法定本刑為5年以下有期徒刑，而受宣告有期徒刑4月，係屬得易科罰金之案件，其餘所犯如原判決附

表編號1、2、4部分，則均係論以犯刑法第339條之4第1項第3款以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財罪，為最重本刑7年以下有期徒刑之刑之罪，縱受6月以下有期徒刑之宣告，依刑法第41條第1項前段規定，仍不得據以諭知易科罰金及其折算標準，乃原判決不察，仍依刑法第41條第1項前段之規定，就上揭3罪均為易科罰金折算標準之諭知，並逕就被告所犯上開4罪合併定應執行刑為有期徒刑9月，及諭知易科罰金之折算標準，依上開說明，顯有判決適用法則不當之違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵非無見。惟衡酌原判決尚非不利於被告，且前揭法律之適用，為法條所明定，就法律見解而言，實務上已無爭議，而即無再行闡釋之必要，僅係疏誤所致，既欠缺原則上之重要性，又無爭議，自難謂與統一適用法令有關，而無提起非常上訴之必要，依上開說明，應認本件非常上訴為無理由，予以駁回。

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　　1　　月　　28　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　洪兆隆

法　官　宋松璟

法　官　何俏美

法　官　汪梅芬

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　30　　日