

最高法院刑事判決

115年度台非字第62號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被告 郭芯汝

上列上訴人因被告加重詐欺案件，對於臺灣屏東地方法院中華民國111年11月24日第一審確定判決（110年度金訴字第2號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署108年度偵字第7942號、109年度偵字第640、987號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於郭芯汝定應執行刑部分撤銷。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決適用法則不當者，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：（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，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，係屬賦予受刑人選擇權之有利規定。又按審判中之案件，被告尚未獲取關於判決結果之充分訊息，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。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110年度台非字第83號判決要旨、最高

01 法院刑事大法庭111年度台非大字第43號裁定要旨參照)。
02 二、經查，被告郭芯汝因犯三人以上共同以網際網路對公眾
03 散布詐欺取財罪等案件，經臺灣屏東地方法院判處如原判決
04 附表所示共10罪之刑：有期徒刑1年2月、1年2月、1年1月、1
05 年、1年3月、1年6月、1年、6月、1年1月、1年1月等刑。惟
06 上開有期徒刑6月之宣告刑係不得易科罰金、但得聲請易服
07 社會勞動之刑，其餘均係不得易科罰金及不得易服社會勞動
08 之刑。依前揭裁判要旨，法院於審判中不得就受刑人所犯各
09 罪所處之有期徒刑逕行合併而定應執行刑；原審法院於主文
10 逕定應執行刑3年6月，顯屬違法不當。三、上開原審法院判
11 決既有違背法令之處，且對受刑人不利，爰依刑事訴訟法第
12 441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

13 二、本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事
14 訴訟法第378條定有明文。又裁判確定前犯數罪者，併合處
15 罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之
16 罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社
17 會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之
18 罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪（第
19 1項）。前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑
20 者，依第51條規定定之（第2項），刑法第50條亦有明文。
21 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
22 時始得行使之權利，於審判中尚不得行使，倘法院於審判中
23 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
24 適用法則不當之違法。依上揭規定，若有得易服社會勞動之
25 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
26 定時，須於執行時，先徵得受刑人之同意，始得定應執行之
27 刑。查被告郭芯汝因加重詐欺案件，經臺灣屏東地方法院以
28 110年度金訴字第2號判決（下稱原判決）判處如其附表一編
29 號1至10「罪名及宣告刑」欄所示之加重詐欺取財各罪刑
30 （原宣告附條件緩刑部分，業經原審法院撤銷），其中編號
31 8（經判處有期徒刑6月）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，自不得就上開各罪併合處罰，乃原判決逕就被告所犯上開10罪合併定應執行刑為有期徒刑2年（非常上訴理由誤植為3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 5 月 20 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 5 月 25 日