最高法院刑事判決

115年度台非字第81號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　吳家熏

上列上訴人因被告加重詐欺等罪案件，對於臺灣高等法院中華民國114年10月30日第二審確定判決（114年度上訴字第2619號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第61187號，112年度少連偵字第381號，113年度少連偵字第50號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於定應執行刑部分撤銷。

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。再按判決確定後，發現該案件之審判係違背法令者，最高檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴。第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：…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，須先徵得被告之同意，始得定其應執行之刑，屬賦予被告選擇權之有利規定；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，最高法院109年度台非字第162號、112年度台非字第3號判決及111年度台非大字第43號

裁定意旨可資參照。二、經查，被告吳家熏因犯三人以上共同詐欺取財罪，處如原審判決附表編號1至12所示之刑，並定應執行有期徒刑1年2月。惟其中附表編號9判處有期徒刑6月部分係屬得易服社會勞動之罪刑，其餘編號1至8、10至12之刑度屬不得易服社會勞動之罪刑，依刑法第50條第1項但書第4款及同條第2項規定，應由被告請求檢察官聲請定應執行刑，惟原審判決逕就此符合刑法第50條第1項但書之12罪合併定應執行刑為有期徒刑1年2月，已有判決不適用法則之違法。三、綜上，原判決既經確定且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條規定提起非常上訴，以資匡正，並謀救濟」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，被告吳家熏因加重詐欺等罪案件，經臺灣新北地方法院於民國114年3月3日以113年度金訴字第2535號判決判處罪刑後，被告就科刑部分提起第二審上訴，原審於114年10月

30日以114年度上訴字第2619號判決，將關於被告之科刑及定應執行刑部分撤銷，改判如其附表編號1至12「本院主文欄」所示之刑，並合併定其應執行刑為有期徒刑1年2月確定（下稱原確定判決）。惟原確定判決關於被告所犯附表編號9所示之罪所處有期徒刑6月，係得易服社會勞動之罪，其餘各罪所處之刑，則不得易科罰金且不得易服社會勞動。依前揭說明，法院於審判中，自不得就被告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，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　　6　　月　　4　　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　　6　　月　　8　　日