最高法院刑事判決

115年度台非字第95號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　陳清文

呂晨嘉

上列上訴人因被告等加重詐欺案件，對於臺灣高等法院中華民國114年11月28日第二審確定判決（114年度上訴字第3515號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署113年度偵字第11975號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決及第一審判決關於陳清文、呂晨嘉定應執行刑部分均撤銷。

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，發見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。次按裁判確定前犯數罪者，併合處屬之。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項但書第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；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，被告呂晨嘉、陳清文同因犯三人以上共同詐欺取財罪，經原審判決所處罪刑（呂晨嘉共計5罪，分別判處有期徒刑6月1次、有期徒刑7月2次、有期徒刑8月2次；陳清文共計6罪，分別判處有期徒刑6月1次、有期徒刑7月3次、有期徒刑8月2次），並於115年1月6日確定。而被告2人所犯之罪處有期徒刑6月部分屬得易服社會勞動之罪，至被告2人其餘所犯之罪屬不得易服社會勞動之罪，依刑法第50條第1項但書第4款及同條第2項規定，應由受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，惟原判決法院逕就前述符合刑法第50條第1項但書情形之數罪合併定應執行刑，已有判決不適用法則之違法。三、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，以資糾正。」等語。

二、本院按：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：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(第1項)。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(第2項)，刑法第50條亦有明文。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時始得行使之權利，於審判中尚不得行使，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。依上揭規定，若有得易服社會勞動之罪與不得易科罰金及易服社會勞動之罪，符合數罪併罰之規定時，須於執行時，先徵得受刑人之同意，始得定應執行之刑。查被告陳清文、呂晨嘉因加重詐欺各罪，經臺灣高等法

院114年度上訴字第3515號判決(下稱原判決)維持臺灣士林地方法院113年度訴字第817號判決(下稱第一審判決)分別量處如其附表一編號1至6、2至6「(第一審)主文及宣告刑」欄所示之刑，其中編號5所量處之有期徒刑6月，屬得易服社會勞動之罪刑，其餘為不得易科罰金及易服社會勞動之罪刑。依前揭說明，法院於審判中，不得就被告所犯上開各罪併合處罰，乃第一審判決逕就陳清文、呂晨嘉所犯上開各罪分別合併定應執行刑為有期徒刑1年3月、1年1月，自非適法。原判決未予糾正，仍予維持，均有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且非必有利於被告2人。非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決及第一審判決關於被告2人定應執行刑部分均撤銷，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　　24　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　汪梅芬

法　官　何俏美

法　官　黃紹紘

法　官　宋松璟

本件正本證明與原本無異

書記官　胡家寧

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　26　　日