最高法院刑事判決

109年度台非字第41號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　陳錦雄

上列上訴人因被告詐欺案件，對於智慧財產法院中華民國108 年6月6日第二審確定判決（107 年度刑智上易字第75號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署102 年度偵字第22778 號、103 年度偵字第25844 、26783 、29807 號），認為定應執行刑部分違背法令，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；復按刑法第50條規定『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』。二、經查，被告陳錦雄犯刑法第339 條第1 項如原判決附表二所示共 8 罪之詐欺取財罪，各處如原判決附表二所示之刑，其中原判決附表二編號第1 、3 、4 、5 、6 、7 、8 等罪刑，均不得易科罰金及易服社會勞動。原判決附表二編號第2 罪部分處有期徒刑6 月，依刑法第41條第1 、2 項規定，為得易科罰金及易服社會勞動之罪。該得易科罰金及易服社會勞動部分之罪，依刑法第50條第1 項但書、第2 項之規定，於受刑人請求檢察官聲請定應執行刑前，不得與不得易科罰金之罪，或與不得易服社會勞動之罪，逕為定應執行刑。乃原判決竟逕予定應執行刑為有期徒刑3 年3 月，剝奪被告對被處有期徒刑陸月，得選擇易科罰金，或易服社會勞動之權利，揆諸首開說明，自有判決適用法則不當之違背法令。三、案經

確定，且於受刑人不利，爰依刑事訴訟法第441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正。」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。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，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。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。詳言之，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，向無疑義，因疏失致未遵守者，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。又刑法第50條第1 項規定：「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2 項規定：「前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一條規定定之。」而第51條第5 款規定：數罪併罰，宣告多數有期徒刑者，於各刑

中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾30年。是除有刑法第50條第1項但書情形外，法院判決宣告多數有期徒刑者，本應於判決中定應執行刑。而上開但書規定不得併合處罰之數罪，於判決確定後，受刑人依刑法第50條第2項規定，既得請求檢察官聲請法院定應執行刑，可見該項請求為被告之權利。倘被告於法院審理中已為該項請求，如仍拘泥於刑法第50條第2項之規定，不予准許，而必待判決確定，始得請求檢察官聲請法院定應執行刑，徒增勞費，殊非立法本意，故應認該項請求，於法院審理中亦得行使。若未經被告請求，法院逕行定應執行刑確定者，該判決關於定應執行刑部分，固有違法，惟基於訴訟經濟原則，及為避免再次定應執行刑，與原定之應執行刑歧異，徒增紛擾，非不得經由事後補行請求而補正。故於確定被告不補行上開請求之前，難認已侵害被告該項請求之權利，而確於被告不利益。

三、本件被告陳錦雄所犯詐欺取財共8罪，除原判決附表二編號2所示（處有期徒刑6月）外，其餘編號1、3至8所示各罪，分處有期徒刑9月至1年10月不等，均不得易科罰金及易服社會勞動。依上開說明，應經被告於法院審理中請求，原判決始得就上開8罪合併定應執行刑，乃未經請求，竟逕合併定應執行有期徒刑3年3月，固有判決不適用法則之違法，惟此項違法，尚非不得經由事後補行請求而予補正。檢察官未經詢明被告是否補行請求，於確定被告不補行請求前，該項違法，即難認確於被告不利，且刑法第50條第1項但書情形，應經請求始得定應執行刑，係法律之規定，不涉及統一適用法令，依上揭說明，於檢察官詢明前，尚難認有提起非常上訴之必要性。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　109　年　4　月　22　日

最高法院刑事第一庭

審判長法官　陳　世　淙

法官　洪　兆　隆

法官　楊　智　勝

法官　吳　冠　霆

法官　黃　瑞　華

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　24　　日