

最高法院刑事判決

113年度台上字第3138號

上訴人 何為騰

選任辯護人 蔡岳龍律師

黃立心律師

郭桓甫律師

上列上訴人因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院中華民國113年4月11日第二審判決（112年度上訴字第5798號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署111年度偵字第23198、31074號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決撤銷第一審均依想像競合犯，從一重論處上訴人何為騰犯三人以上共同詐欺取財（下稱加重詐欺）共2罪刑，併諭知附條件緩刑之判決（就其被訴參與犯罪組織部分，不另為不受理諭知），改判均依想像競合犯，從一重論處上訴人犯加重詐欺共2罪刑（就其被訴參與犯罪組織部分，不另為免訴諭知）。已詳敘認定犯罪事實所憑證據及理由。並對上訴人於審判中之自白，如何與事實相符，為可採信。依據卷內資料予以說明。

01 三、緩刑之宣告，除應具備受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之
02 宣告者，前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，或雖
03 因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，然執行完畢或赦免
04 後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告之條
05 件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為
06 之，刑法第74條第1項定有明文。而所謂受有期徒刑以上刑
07 之宣告，祇須受刑之宣告即足，是否執行在所不問，故前受
08 有期徒刑之宣告雖經同時諭知緩刑，如無同法第76條其刑之
09 宣告失其效力之情形（緩刑期滿，緩刑之宣告未經撤銷），
10 仍不得於後案宣告緩刑。原判決已說明上訴人前因故意犯
11 罪，(一)經臺灣新竹地方法院於民國112年11月2日（原判決誤
12 載為12月1日）以111年度金訴字第663號判決判處罪刑，並
13 定其應執行有期徒刑1年4月，緩刑3年確定（下稱甲案）。
14 (二)經臺灣士林地方法院於112年11月2日（原判決誤載為12月
15 1日）以112年度金訴字第4號判決判處罪刑，並定其應執行
16 有期徒刑1年4月，緩刑3年確定（下稱乙案）。上訴人於本
17 案宣判時，不符合刑法第74條所定宣告緩刑之要件，自不得
18 宣告緩刑之旨甚詳，於法尚無不合。上訴意旨以：另案檢察
19 官聲請撤銷甲案之緩刑宣告，業經原審法院以113年度抗字
20 第541號裁定揭示甲案、乙案同時經受罪刑宣告確定，即無
21 前、後案之別，與刑法第75條第1項第2款撤銷緩刑宣告規
22 定之意旨不符，而撤銷該案第一審之裁定，駁回檢察官之聲
23 請。上訴人於本案、甲案及乙案同時受罪刑宣告，自不得撤
24 銷任一案所宣告之緩刑。原判決未駁回檢察官之上訴，卻撤
25 銷第一審判決，就該案自為判決，致其於第一審所受緩刑宣
26 告無法維持，有適用法則不當之違法等語。惟查上訴人於原
27 審所受有期徒刑之宣告，是否符合刑法第74條所定宣告緩刑
28 之要件，係以原審法院而非第一審法院判決時為斷。原審法
29 院判決時，甲案、乙案上訴人所受有期徒刑之宣告，雖經宣
30 告緩刑，然緩刑期間尚未期滿，所受刑之宣告並未失其效
31 力，上訴人本案所受有期徒刑之宣告，依上開說明，自不符

01 合刑法第74條所定宣告緩刑之要件。至檢察官聲請撤銷甲案
02 之緩刑宣告有無理由，與本案能否宣告緩刑，係屬二事。此
03 部分上訴意旨，係對原判決已說明及於判決無影響之事項，
04 依憑己見而為指摘，並非適法上訴第三審之理由。

05 四、按刑事被告之上訴，以受有不利益之裁判，為求自己利益起
06 見請求救濟者，方得為之。又依判決之種類，其對被告最不
07 利至有利之次序為：科刑、免刑、管轄錯誤、不受理、免
08 訴、無罪之判決。若被告提起第三審上訴，並非求為更有利
09 種類之判決，即無上訴利益可言。上訴意旨雖指第一審判決
10 就上訴人被訴參與犯罪組織部分，不另為不受理諭知，並無
11 不合。原判決撤銷此部分，改判不另為免訴諭知，有適用法
12 則不當之違誤。惟上訴人受不另為免訴諭知之判決，較受不
13 另為不受理諭知之判決為有利。上訴人對之提起上訴，與上
14 訴制度係以受不利益之裁判，為求自己利益起見請求救濟而
15 設之本旨不合，顯非合法上訴第三審之理由。

16 五、依上所述，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。又上訴
17 人並無犯刑法第339條之4第1項第1款、第3款、第4款情形之
18 一，或在中華民國領域外以供詐欺犯罪所用之設備，對於中
19 華民國領域內之人犯之之情形。且上訴人未於偵查中自白，
20 並無113年7月31日制定公布、同年8月2日生效之詐欺犯罪危
21 害防制條例相關刑罰規定之適用，不生行為後法律變更之比
22 較適用問題，附此敘明。

23 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

24 中 華 民 國 113 年 10 月 4 日

25 刑事第五庭審判長法官 李英勇

26 法官 鄧振球

27 法官 林庚棟

28 法官 林怡秀

29 法官 楊智勝

30 本件正本證明與原本無異

31 書記官 林修弘

01 中 華 民 國 113 年 10 月 8 日