最高法院刑事判決

114年度台上字第4542號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官王啟旭

被　　告　陳志隆

上列上訴人因被告加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年1月23日第二審判決（113年度上訴字第6286號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第40970號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於定應執行刑部分撤銷。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷（即定應執行刑）部分：

一、按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。又數罪併罰，有2裁判以上者，依刑法第51條之規定，定其應執行之刑，刑法第50條第1項前段、第53條定有明文。惟鑑於數罪併罰規定未設限制，導致併罰範圍於事後不斷擴大有違法之安定性，為明確數罪併罰適用範圍，並避免不得易科罰金、不得易服社會勞動之罪與得易科罰金、易服社會勞動之罪合併，造成得易科罰金、易服社會勞動之罪無法單獨易科罰金、易服社會勞動，乃於刑法第50條第1項但書及第2項明定，對於判決確定前所犯數罪有同條第1項但書各款所列情形者，除受刑人請求檢察官聲請法院合併定執行刑外，不得併合處罰。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。

二、經查，原判決就被告陳志隆（下稱被告）所犯三人以上共同詐欺取財罪部分，係量處有期徒刑1年，屬不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪；就被告所犯三人以上共同詐欺取財

未遂罪部分，則量處有期徒刑6月，依刑法第41條第3項規定，則得易服社會勞動。依前揭說明，法院於審判中，自不得就被告犯上開各罪併合處罰。原審不察，誤將被告所犯上開2罪定應執行刑為有期徒刑1年2月，自有判決適用法則不當之違法。檢察官上訴意旨指摘原判決所定應執行刑違背法令，為有理由，雖其所執論據與本院前揭認定有異（詳如後述），仍應由本院將原判決關於定應執行刑部分撤銷，以符法制。

貳、上訴駁回（即各罪之宣告刑）部分：

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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。

二、本件第一審認定被告之犯行明確，因而依刑法想像競合犯規定，從一重論處被告犯三人以上共同詐欺取財罪刑（處有期徒刑1年2月，併科罰金新臺幣〈下同〉3萬元，並諭知罰金如易服勞役之折算標準）；及適用詐欺犯罪危害防制條例（下稱詐欺條例）第47條前段、刑法第25條第2項，從一重論處被告犯三人以上共同詐欺取財未遂罪刑（處有期徒刑8月，併科罰金1萬元，並諭知罰金如易服勞役之折算標準），及為沒收（追徵）之諭知。被告僅就第一審判決之刑提起第二審上訴；原審審理後，以第一審未及審酌被告就被害人江典蓉部分已於原審繳交犯罪所得，致未依詐欺條例第47條前段減輕其刑，及第一審關於洗錢防制法部分之新舊法比較適用有誤，而就第一審判決關於被告之量刑部分予以撤銷，改判量處被告有期徒刑1年、6月，已詳述其憑以認定之量刑依據及理由；核其論斷，俱有卷存證據資料可以佐證，從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、檢察官上訴意旨指摘原判決就被告所犯2罪，各處有期徒刑1年6月，竟諭知應執行有期徒刑1年2月，已違背法令等語。惟依原判決主文欄記載：「原判決（指第一審判決）關於刑之部分（含定應執行刑）均撤銷」（第1項）、「陳志隆各處有期徒刑壹年『暨』陸月，應執行有期徒刑壹年貳月」（第2項）；對照原判決附表所列之第一審判決主文，及被告已明示僅就第一審判決之刑提起第二審上訴（見原審卷第124頁），可知原判決係撤銷第一審判決之量刑，並就被告所犯三人以上共同詐欺取財罪部分（即原判決附表編號1），改判量處有期徒刑1年；所犯三人以上共同詐欺取財未遂罪部分（即原判決附表編號2），則改判量處有期徒刑6月。檢察官上訴意旨就原判決關於各罪宣告刑記載之指摘，非無誤會，自非適法之上訴第三審理由。此部分之上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　22　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　朱瑞娟

法　官　吳冠霆

法　官　陳芃宇

法　官　高文崇

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　28　　日