最高法院刑事判決

114年度台上字第6835號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官林綉惠

被　　告　葉昱伶

上列上訴人因被告加重詐欺案件，不服臺灣高等法院中華民國114年10月14日第二審判決（114年度上訴字第5041號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署114年度偵字第17929號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、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、本件原判決以被告葉昱伶經第一審依想像競合犯從重論處其犯三人以上共同詐欺取財（下稱加重詐欺）未遂罪刑後，被告明示僅就第一審判決關於量刑、沒收部分提起第二審上訴，經原審審理結果，撤銷第一審判決關於刑及沒收部分，改判處被告有期徒刑4月，並諭知僅沒收扣案如原判決附表（下稱附表）編號1至2、4至6所示之物之判決。已詳述其量刑審酌與不予沒收犯罪所得暨如附表編號3之筆記本1本之依據及理由。

三、證據之取捨與事實之認定，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法；又證據之證明力如何，由事實審法院本於確信自由判斷之，此項自由判

斷之職權行使，苟係基於吾人日常生活之經驗，而未違背客觀上應認為確實之定則，且已敘述其何以為此判斷之理由者，亦不容漫指為違法，而據為適法之第三審上訴理由。原判決已說明扣案被告所有之筆記本所載內容乃被告於其他日期擔任面交車手之車馬費領取紀錄，與本次犯行無關，爰不為沒收宣告，且無從作為被告本次犯行獲有犯罪所得之依據，依現存卷證難認被告本次犯行已獲有犯罪所得，自無從宣告沒收、追徵未扣案犯罪所得新臺幣23,000元，因而撤銷第一審關於沒收部分，僅諭知扣案如附表編號1至2、4至6所示之物沒收等旨。所為論斷均有卷存事證足憑，並與經驗法則、論理法則無違，核無上訴意旨所指適用經驗、論理等證據法則不當等違誤，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。

四、詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定：「犯詐欺犯罪，在偵查及歷次審判中均自白，如有犯罪所得，自動繳交其犯罪所得者，減輕其刑」。所稱「其犯罪所得」，係指行為人因犯罪而實際取得之個人所得而言；倘行為人並未實際取得個人所得，僅須於偵查及歷次審判中均自白，即合於該條前段減輕其刑規定之要件，此為本院已一致之見解。原判決已敘明被告於偵查及歷次審判中均自白加重詐欺未遂罪，且無證據證明被告獲有犯罪所得，應依詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定減輕其刑等旨，於法自無不合。檢察官上訴意旨認被告有犯罪所得，且未自動繳交犯罪所得，不符合詐欺犯罪危害防制條例第47條前段之減輕其刑要件等語，無非係置原判決之明白論斷於不顧，對於被告有無犯罪所得之認定，徒憑自己之說詞及持相異評價，任意指為違法，顯非法律規定得為第三審上訴理由之違法情形。

五、綜上，檢察官上訴意旨並非依據卷內資料具體指摘原判決究有如何違背法令之情形，無非徒執陳詞，就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決已明白論斷說明之事項，任意指摘為違法，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不

相適合。揆之上揭規定及說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。又檢察官對於上開加重詐欺未遂重罪部分之上訴，既不合法律上之程式而應從程序上駁回，則與該罪具有想像競合犯關係之行使偽造特種文書輕罪部分，本屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件，且無同條項但書所定例外得提起第三審上訴之情形，自無從一併加以審理，亦應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　14　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　劉方慈

法　官　游士珺

法　官　鄭富城

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　19　　日