最高法院刑事判決

115年度台上字第1079號

上　訴　人　顧宏濬

余宸亦

上列上訴人等因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年11月26日第二審判決（114年度金上訴字第2158、2162號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署114年度偵字第7408號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、顧宏濬部分

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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決以上訴人顧宏濬經第一審判決依想像競合犯，從一重論處犯三人以上共同詐欺取財罪刑並諭知沒收後，明示僅就第一審判決量刑部分不服而提起第二審上訴，經原審審理結果，撤銷第一審判決之宣告刑，改判量處有期徒刑9月，已載敘審酌裁量之依據及理由，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略以：㈠其一時失慮觸法，非擔任核心角色，與被害人達成和解及持續給付中，犯後態度良好，犯罪情狀顯可

憫恕，原審未適用刑法第59條規定酌減其刑，並非適法；㈡其另案雖經判處有期徒刑，然經宣告緩刑確定，本案如未宣告緩刑，與另案審酌「以暫不為執行」之目的相違，原審未予緩刑宣告，同非適法。

四、刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。至應否依刑法第59條規定酌減其刑，法院本屬有權斟酌決定，故未酌減其刑，既不違背法令，自不得執為提起第三審上訴之理由。原審審酌顧宏濬之犯罪情狀及主觀惡性，認無可憫恕之事由，已闡述理由明確，未依該條規定酌減其刑，並不違法。

五、刑法第74條第1項所定「受有期徒刑以上刑之宣告」，係指判決前已經受有期徒刑以上刑之宣告確定，至於前之宣告刑已否執行，則非所問，故前受有期徒刑之宣告雖經同時諭知緩刑，苟無同法第76條其刑之宣告失其效力之情形，仍不得於後案諭知緩刑。原判決已依卷證，敘明顧宏濬於原審判決前已經另案受有期徒刑以上刑之宣告確定（有期徒刑8月，附條件之緩刑2年），本不符合緩刑要件等情，未為緩刑之宣告，並不違法。

六、綜合前旨及其他上訴意旨，無非單純就原審前述裁量權之適法行使，任意指為違法，難謂已符合首揭法定上訴要件，應認顧宏濬之上訴為不合法律上之程式，予以駁回。

貳、余宸亦部分

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指摘原判決有何違法，自應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、原判決以上訴人余宸亦經第一審判決依想像競合犯，從一重論處犯三人以上共同詐欺取財罪刑並諭知沒收後，明示僅就第一審判決量刑部分不服而提起第二審上訴，經原審審理結

果，撤銷第一審判決之宣告刑，改判量處有期徒刑9月，已載敘審酌裁量之依據及理由，有卷存資料可資覆按。余宸亦上訴意旨僅泛謂其前無犯罪紀錄，因相信朋友而涉案，現已悔過、努力彌補過失，其為單親家庭，期望能陪伴孩子成長等語，為唯一理由，對於原判決量刑究竟如何違背法令，並無一語涉及，依首揭說明，其上訴自屬違背法律上之程式，應予駁回。

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　　4　　月　　22　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　宋松璟

法　官　何俏美

法　官　黃紹紘

法　官　汪梅芬

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　24　　日