最高法院刑事判決

115年度台上字第1157號

上　訴　人　莊中生

選任辯護人　謝博戎律師

上列上訴人因違反醫師法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年11月5日第二審判決（114年度醫上訴字第3號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署113年度偵字第1759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、本件原審以上訴人莊中生經第一審論處犯醫師法第28條前段之非法執行醫療業務罪刑，並宣告附條件緩刑，及諭知相關沒收宣告之判決後，檢察官明示僅就第一審判決之刑（含附條件之緩刑宣告）提起上訴，經原審審理結果，撤銷第一審關於附條件緩刑宣告部分，另維持第一審對上訴人所處之宣告刑，駁回檢察官該部分在第二審之上訴。已詳敘審酌所憑之依據及裁量之理由。

三、刑事訴訟法第273條第1項規定，法院得於第一次審判期日前，行準備程序，處理有關該條項各款所定事宜。考其立法意旨在於審判前所為之準備，可節省勞費，使審判程序得以順暢進行，避免耗費不必要之審判程序。但法院對於是否行

準備程序，自有斟酌之權。蓋以準備程序之功能既係在使審判程序能密集、順暢地進行，則有無行準備程序之必要，乃法院依具體個案情節得依職權裁量決定之事項。本件原審未行準備程序，即進行審判，自不能指為違法。上訴意旨執此指摘，並非上訴第三審之合法理由。

四、審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第47條定有明文。卷查，檢察官係就第一審之量刑部分提起第二審上訴，原審審判程序中，經審判長詢以：「依照檢察官的上訴理由及方才的陳述，本件是否僅就刑的部分（包括諭知緩刑）提起上訴？」檢察官答：「是」。審判長依此諭知本件上訴及審理範圍，上訴人及其原審辯護人均稱：「沒有意見」；嗣於科刑範圍辯論時，經審判長諭知：「本案開始就科刑範圍辯論（包含科刑資料、範圍、刑的加重，減輕事由及倘如構成累犯是否加重其刑，緩刑與否）」，上訴人稱：「請辯護人代為陳述」，其原審辯護人則稱：「經此偵審程序的教訓，相信對被告未來也會是相當大的警惕跟處罰，原審對被告雖然給予緩刑，但是還有30萬之公益捐，對被告其實是相當大的負擔，被告已知所警惕，無再犯可能，請維持原審判決」等語，有審判筆錄可稽。足見原審之審理範圍本即包含第一審判決宣告緩刑之適法性及妥當性，且上訴人及其原審辯護人已就緩刑宣告與否為科刑範圍辯論。上訴意旨以：本案始終以是否量刑過輕及諭知緩刑能否收教化之功為辯護重點，並進行辯論，從未就「一審判決對於緩刑未記載理由及法條依據」及「被告是否符合緩刑要件」進行辯論，有違當事人對於法院訴訟指揮之信賴，使上訴人未能實質進行辯論，剝奪其依正當法律程序應受保障之程序上權利，並顯然影響於判決結果，原審所踐行之訴訟程序，難謂適法等語。顯未依據卷內訴訟資料而為指摘，殊非上訴第三審之合法理由。

五、刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最

低度刑仍嫌過重者，始有其適用。適用上開規定酌減其刑與否，法院本屬有權斟酌決定，法律並未明定有罪之判決書，應於理由內記載不適用該條規定之理由。原審未認上訴人於本件犯行有前揭規定之適用，縱未於理由內特別說明審酌之情形，不生違法問題。上訴意旨執此指摘原判決違背法令，尚非適法之第三審上訴理由。

六、緩刑為法院刑罰權之運用，旨在獎勵自新，祇須合於刑法第74條第1項所定之條件，法院本有裁量之職權。法院於裁判宣告緩刑前，乃以被告是否符合該條項所定「未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」（第1款），或「前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」（第2款）情形之一，作為認定之基準。倘後案「宣示判決時」，被告已經前案判決並宣告有期徒刑在案，且無逾執行完畢或赦免後5年以上，或所受緩刑宣告期滿之情形者，均難謂符合上開規定之緩刑要件，依法自不得宣告緩刑。原判決已說明：上訴人因不能安全駕駛之公共危險罪，經判處有期徒刑3月，並諭知如易科罰金之折算標準確定，於民國112年4月11日易科罰金執行完畢等情，核與刑法第74條第1項之緩刑要件不符，第一審判決未具理由及法條依據而諭知緩刑，顯有違誤等旨。經核於法並無不合。又有罪之判決書，應於理由分別情形記載下列事項：五、易以訓誡或緩刑者，其理由，刑事訴訟法第310條第5款定有明文。而判決不載理由、不適用法則或適用不當者，屬違背法令。原審就其審理範圍所及之第一審判決所為緩刑宣告部分，是否有理由不備及適用法則不當之違法，不待當事人主張，本屬其依法得依職權調查審認之事項。上訴意旨以：上訴人並非在公共危險前案判決後，又犯本案，本件違反醫師法之犯行時間既在前案犯行時間之前，於法律上是否能作為排除緩刑資格之依據，容有爭執，更與緩刑5年內不得再犯之目的及立法理由背道而馳，原判決未詳加審酌，逕認不符合緩刑要件，未盡實質辯論及調查

義務；且原判決以檢察官於上訴理由書及原審審判程序均未主張之「一審判決漏未記載緩刑之理由及依據」及「被告未符刑法第74條規定之緩刑要件」為由，認定檢察官上訴指摘原判決諭知緩刑不當為有理由，有判決理由矛盾之違法等語。核係以自己之主觀說詞，指摘違法，並非適法之第三審上訴理由。

七、為尊重當事人設定攻防之範圍，減輕上訴審審理之負擔，依110年6月16日修正公布之刑事訴訟法第348條第3項規定，容許上訴權人僅針對判決之刑、沒收或保安處分一部提起上訴。緩刑制度係刑法上為實現刑之個別化與人性化而設，其目的在於透過暫緩執行刑罰，觀察受刑人於社會中之行為，促使其自我反省、復歸正途，兼顧矯正與社會防衛平衡，須符合前述刑法第74條第1項各款所定要件之一始得宣告。其與針對犯罪行為相關之具體情況，本諸責任刑罰之原則，審酌刑法第57條各款所列情狀而為量定之刑罰裁量，或與就被告本身及其所犯各罪之總檢視，權衡參佐被告之責任、整體刑法目的暨相關刑事政策等，依刑法第51條之規定予以酌定之定應執行刑，各有不同之規範目的，所應審酌之事項與適用之法律亦為相異。縱有緩刑判斷錯誤亦僅影響刑之執行方式，而不涉及量刑本身之妥適性，尚難謂緩刑與量刑或定應執行刑不得予以分離審判。是以，下級審判決就宣告刑之量定倘無違背法令、顯失公平之情形，僅於依法不得宣告緩刑而誤為宣告，或緩刑理由、適用標準有所錯誤時，即無撤銷整體宣告刑之必要，上訴審自得僅撤銷緩刑部分，仍維持原定之宣告刑。上訴意旨引用刑事訴訟法第348條規定修正前之本院他案判決，主張緩刑與宣告刑有不可分割之依附關係，原判決僅撤銷緩刑之宣告，未一併撤銷主刑，有適用法則不當之違誤等語。核係依憑己見，對於事實審法院裁量職權之適法行使，指為違法，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

八、本院為法律審，應以第二審所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後，不得主張新事實或提出、聲請調查新證據而資為第三審上訴之理由。上訴人於法律審之本院，提出其門診病歷、電腦斷層報告、診斷書等證據資料，主張其難以負荷原判決所處刑度。此部分亦非適法之第三審上訴理由。

九、依上所述，本件上訴違背法律上程式，應予駁回。本件既從程序上駁回，上訴人請求減輕刑度，本院無從審酌，附此敘明。

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　　3　　月　　25　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　楊智勝

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　31　　日