最高法院刑事判決

115年度台上字第1773號

上　訴　人　張貴銓

羅郁茗

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20日第二審判決（114年度金上訴字第2030、2034、2035、2036號，起訴及追加起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第56119、58596號，113年度偵字第749、11929、17853、24394、24495號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於羅郁茗定應執行刑部分撤銷。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷（羅郁茗定應執行刑）部分：

一、上訴人羅郁茗經第一審判決依想像競合犯，從一重論處犯如其附表一編號1至6所示三人以上共同詐欺取財共6罪刑後，明示僅就第一審判決量刑不服提起第二審上訴，經原審審理結果，撤銷第一審判決其附表一編號4、6所示之宣告刑及執行刑，改判量處如原判決附表（下稱附表）編號4、6所示之宣告刑，另維持同附表編號1至3、5所示之科刑判決，駁回羅郁茗此部分在第二審關於刑之上訴，另定應執行有期徒刑1年3月，固非無見。

二、惟查：

㈠依刑法第50條第1項但書第3款、第4款及第2項規定，裁判確定前犯併合處罰數罪，其分別屬於得易服社會勞動之罪，與

不得易科罰金亦不得易服社會勞動之罪，僅受刑人於判決確定後，得請求檢察官向管轄法院聲請定其應執行刑，此乃法律所賦予專屬於受刑人在執行時始得行使之選擇權，並不及於審判中之被告，以維其合法之受刑利益，蓋被告於審判中所獲取之受刑資訊本未若判決確定後充分，倘逕請求法院判決酌定其應執行刑，恐有妨害其易刑選擇權有效行使之可能。倘法院於審判中逕將被告所犯屬於刑法第50條第1項但書各款所列之罪所處有期徒刑合併定其應執行刑者，即有判決適用法則不當之違法。

㈡經查，羅郁茗所犯刑法第339條之4第1項第2款之加重詐欺取財共6罪，經原判決改判或維持第一審所示各罪之宣告刑如附表一編號1至6所示，其中編號4、6所示之罪，均量處有期徒刑6月，雖不得易科罰金，然均係得易服社會勞動之刑，其餘4罪依序量處有期徒刑9月、8月、8月、8月，則均為不得易科罰金及易服社會勞動之刑，有刑法第50條第1項但書之情形，依前開說明，法院於審判中自不得逕就上開各罪合併定其應執行刑，乃原判決誤將羅郁茗所犯上開6罪合併定應執行刑有期徒刑1年3月，即有判決適用法則不當之違法。羅郁茗上訴意旨雖未指摘及此，然此為本院得依職權調查之事項，應由本院將原判決關於羅郁茗定應執行刑部分撤銷，以符法制。

貳、上訴駁回（張貴銓、羅郁茗刑）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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、上訴人張貴銓、羅郁茗（下或合稱張貴銓2人）經第一審判決依想像競合犯，從一重各論處張貴銓犯如其附表一編號1

至9所示三人以上共同詐欺取財共9罪刑、羅郁茗犯同附表編號1至6所示三人以上共同詐欺取財共6罪刑，並諭知相關沒收（追徵）後，張貴銓2人均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，撤銷第一審判決關於張貴銓之宣告刑及執行刑、羅郁茗上揭編號4、6之宣告刑，改判各量處張貴銓如附表一編號1至9所示及羅郁茗同附表編號4、6所示之宣告刑，並維持羅郁茗同附表編號1至3、5所示之科刑判決，駁回羅郁茗此部分在第二審關於刑之上訴，另定張貴銓應執行有期徒刑1年7月，已詳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張貴銓部分：其始終坦承犯行態度良好，因獨自肩負家庭經濟重擔，遭詐欺集團利用，誤觸法網，原審未審酌上情，量刑過重，並以其適用（修正前）詐欺犯罪危害防制條例第47條前段減刑規定為由，認無刑法第59條酌減其刑適用，判決違法，且未考量其各次犯行，時間、空間之密接程度甚高，侵害法益同一，各罪獨立程度較低，所定執行刑過苛。

㈡羅郁茗部分：其無前科素行良好，到案後即坦認犯行深具悔意，盡力繳回犯罪所得，彌補所生損害，犯後態度尤佳，所為分工行為，非核心角色，主觀上僅具不確定故意，原審未審酌上情從輕量刑，違反罪刑相當原則。

四、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，且其執行刑之量定，未違反刑法第51條各款所定之方法或範圍，又無明顯悖於前述量刑原則或整體法律秩序之理念，即不得任意指為違法或不當，以為第三審上訴之理由。

原判決就張貴銓2人所犯前揭各罪，已記明如何以行為人之責任為基礎，綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，悉依（修正前）詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定減輕其刑

後，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，而分別科處或維持第一審所示各罪，刑之量定，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，就張貴銓2人坦承犯行（合於洗錢防制法第23條第3項、組織犯罪防制條例第8條第1項後段自白減刑要件），與部分被害人調解成立依約履行之犯罪後態度、角色分工、犯罪動機、智識程度、自陳之家庭生活狀況等各情，已併列為量刑之綜合審酌因素，所改定張貴銓之執行刑，亦說明係考量其所犯各罪時間、空間之密接程度、法益侵害之效果、人格特質等各情為整體評價而裁處，非以累加方式，並給予相當之恤刑，客觀上並未逾越法定刑度及範圍，亦與罪刑相當原則無悖，核屬事實審法院量刑職權之適法行使，難認有濫用其裁量權限之違法情形，自不得僅摭拾量刑未詳予記敘或擷取其中片段，執以指摘原判決量刑違法。

五、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，並不違背法令，自不得執為第三審上訴之理由。原判決已具體審酌張貴銓坦承犯行、與部分被害人成立調解按期賠償之犯罪後態度等事由，依法減輕其刑後，改判量處較輕刑度，復說明經審酌張貴銓之犯罪情狀、手段、所生危害等，認無情輕法重、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。

六、綜合前旨及張貴銓2人其餘上訴意旨，無非係對原審前述量刑裁量權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，難認已符合首揭法定之上訴要件，應認其2人本部分之上訴為不合法律上之程式，均予駁回。又本件既從程序上駁回張貴銓之上訴，其請求本院從輕量刑及酌減其刑，自無從審酌，附此敘明。

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　　115　　年　　4　　月　　29　　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　　5　　月　　5　　日