最高法院刑事判決

115年度台上字第2733號

上　訴　人　林世鈞

上列上訴人因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院中華民國114年12月24日第二審判決（114年度上訴字第4802號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第62464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、本件原審以上訴人林世鈞經第一審依想像競合規定，從一重論處三人以上共同詐欺取財未遂罪刑（尚犯參與犯罪組織、行使偽造私文書、行使偽造特種文書及一般洗錢未遂罪），並諭知附條件緩刑後，明示僅就其刑之部分提起第二審上訴，因而撤銷第一審所處有期徒刑10月及緩刑部分之判決，改判量處有期徒刑4月。已說明撤銷改判及審酌量刑之理由。

三、上訴意旨略以：原判決撤銷第一審所為緩刑宣告，有違刑事訴訟法第370條第1項不利益變更禁止原則；又原判決既判處

有期徒刑4月，卻未諭知得易科罰金或易服社會勞動，有違比例原則，量刑失當等語。

四、原判決已說明本件依刑法第25條第2項及修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條規定遞予減輕其刑後，如何以上訴人之責任為基礎，審酌其自白參與犯罪組織及一般洗錢未遂等有利情狀，並斟酌刑法第57條所列各款事由，而量處較第一審為輕之刑。核其量刑所憑基礎均有卷內事證可憑，所量之刑既未逾越處斷刑範圍，亦無違反比例原則或罪刑相當原則，自屬原審刑罰裁量權之適法行使。又本件於第三審審理期間，上訴人前經原判決作為不予宣告緩刑裁量基礎之部分另案（臺灣高等法院臺南分院114年度金上訴字第1619號）業已判決確定，依刑法第74條第1項規定，上訴人已不具宣告緩刑之法定要件。是縱認原判決撤銷第一審緩刑宣告部分非無可議，惟本件如予撤銷發回，更審法院仍應依裁判時存在之法律及事實狀態為裁判，無再為緩刑宣告之餘地，且原緩刑利益縱曾確定，亦屬依法應予撤銷之情狀，倘予撤銷發回，仍無從回復上訴人原得享有之緩刑利益。則原判決前開可議之處，已不足影響本案最終裁判結果，依刑事訴訟法第380條所揭示避免無益撤銷發回之法理，自無再為撤銷發回之必要。再者，本件上訴人所犯係最重本刑7年以下有期徒刑之罪，不符刑法第41條第1項得易科罰金之要件；至易服社會勞動係刑法第41條第2項、第5項所定之執行替代措施，是否准予易服社會勞動，應由執行檢察官依法審酌受刑人是否符合法定要件後決定，並非法院判決主文應宣告之事項。原判決未於主文諭知得易科罰金或易服社會勞動，於法亦無違誤。上訴意旨執此指摘原判決違法，自非適法之第三審上訴理由。

五、本件關於三人以上共同詐欺取財未遂罪、參與犯罪組織罪、行使偽造私文書罪及一般洗錢未遂罪之量刑上訴，均非合法之第三審上訴理由，應予駁回。至想像競合所犯行使偽造特種文書罪之量刑部分，既屬刑事訴訟法第376條第1項第1款

所列不得上訴於第三審法院之案件，復無同條項但書所定例外情形，該部分上訴自非合法，亦無審判不可分原則之適用，應併從程序上駁回。

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　　8　　月　　5　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　游士珺

法　官　鄭富城

法　官　劉方慈

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　11　　日