最高法院刑事判決

115年度台上字第412號

上　訴　人　張少軒

上列上訴人因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年10月16日第二審判決（114年度金上訴字第1462號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第58608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、本件第一審認定上訴人張少軒之犯行明確，因而依刑法想像競合犯規定，從一重論處上訴人犯三人以上共同詐欺取財罪刑（處有期徒刑1年6月），並為沒收（追徵）之諭知。上訴人僅就第一審判決之刑提起第二審上訴；原審審理後，以第一審未及審酌上訴人於原審已與告訴人調解成立並履行部分賠償條件為不當，而就第一審判決關於上訴人部分之刑予以撤銷，改判量處上訴人有期徒刑1年5月，已詳述其憑以認定之量刑依據及理由；核其論斷，俱有卷存證據資料可以佐證，從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略稱：原判決未斟酌上訴人是否符合緩刑要件，亦未說明不予緩刑之理由，有判決理由不備及調查職責未盡之

違法。縱認本件上訴無理由，仍得諭知緩刑，以利上訴人自新等語。

四、惟按，是否宣告緩刑，依刑法第74條第1項之規定，除所受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告及符合同條項第1、2款所定要件外，尚須法院認以「暫不執行為適當」，且屬原審法院得依職權自由裁量之事項。犯罪行為人有無以暫不執行刑罰為適當之情形，事實審法院本有權依個案具體情節斟酌決定；縱未諭知緩刑，亦不得指為違法。本件原判決並未認定上訴人有何以暫不執行刑罰為適當之情形，其未依前揭規定宣告緩刑，或說明何以不予上訴人緩刑之理由，核屬事實審法院量刑職權之適法行使，自難指為違法。上訴意旨泛謂原判決未斟酌上訴人是否符合緩刑要件，有判決理由不備及調查職責未盡之違法等語；係就原審上述職權之行使，徒憑己意，任意指摘，並非合法之第三審上訴理由。

五、依上說明，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。又本院為法律審，本件既從程序上駁回上訴人之上訴，其請求本院宣告緩刑，自無從審酌。以上得上訴第三審之三人以上共同詐欺取財、一般洗錢、行使偽造私文書、參與犯罪組織、招募他人加入犯罪組織部分之上訴，既因不合法而從程序上予以駁回，則與之有想像競合裁判上一罪關係之刑法第216條、第212條行使偽造特種文書部分，因屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴第三審法院之罪，且無同條項但書所定例外得上訴第三審之情形，自無從為實體上審判，應併從程序上駁回。此外，詐欺犯罪危害防制條例修正條文雖於民國115年1月21日經總統公布施行，同年月23日生效，但比較新舊法結果，修正後之規定並非有利於上訴人，依刑法第2條第1項前段，自應適用修正前之規定，原判決就此部分雖未及為新舊法之比較適用，於判決結果並無影響，均併敘明。

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　　11　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　吳冠霆

法　官　陳芃宇

法　官　高文崇

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　17　　日