最高法院刑事判決

115年度台上字第426號

上　訴　人　林妮樂

上列上訴人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年11月11日第二審判決（114年度上訴字第2389號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署113年度偵字第28130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非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。本件第一審判決認定上訴人林妮樂有如其所引用附件起訴書犯罪事實欄所載之犯行，依想像競合犯關係從一重論處三人以上共同詐欺取財共2罪刑（兼論共同一般洗錢未遂罪），並諭知相關之沒收。上訴人明示僅就上開判決之量刑部分提起第二審上訴，原審乃以第一審判決所認定之犯罪事實及論罪作為審查之基礎，認為其量刑尚有不當，因而撤銷第一審關於上揭科刑之判決，改判分別量處有期徒刑11月、9月，已詳敘其理由。

二、上訴人上訴意旨：刑法第74條第1項第1、2款將故意初犯有期徒刑以上刑之宣告者；前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，雖非初犯，然於執行完畢或赦免後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，分別作為諭知緩刑之消極要件，非無違反憲法平等原則等疑慮，有憲法法庭111

年憲裁字第218號裁定不同意見書可參。原審以其判決時，係在伊先前因故意犯罪經法院判處之有期徒刑執行完畢後5年內為由，認不符合上開得斟酌諭知緩刑之規定，因而未為緩刑宣告，其適用法則洵屬不當云云。

三、惟刑法第74條第1項關於以「（第1款）未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者」、「（第2款）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者」作為緩刑宣告之消極要件之規定，既未經立法修正或廢止，亦未遭憲法法庭判決宣告違憲且失效，自為現行合憲有效之法規範，各級法院除合理確信上開法律規定牴觸憲法，對於審理個案之裁判結果有直接影響，而聲請憲法法庭為法規範憲法審查，並裁定停止程序外，不得拒絕適用。原判決就上訴人所受宣告之刑何以未諭知緩刑，已敘明其理由略以：上訴人前因故意犯罪經法院判處有期徒刑確定，入監服刑後假釋出獄，於民國112年5月27日（應為同年月13日之誤）縮刑假釋期滿，假釋未經撤銷，視為執行完畢後，於本案判決宣示時未滿5年，則上訴人所受前揭宣告之刑，顯不符合刑法第74條第1項所規定得斟酌宣告緩刑之前提要件，自無從諭知緩刑等旨（見原判決第6至7頁）。核原判決之論斷，難謂於法不合。上訴人上訴意旨無視原判決明確之論斷說明，徒執憲法法庭111年憲裁字第218號裁定不同意見書之意旨，認為刑法第74條第1項之規定有牴觸憲法平等原則等疑慮，任意指摘原判決適用法則不當，尚屬誤解，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆諸首揭規定及說明，本件上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

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　　3　　月　　26　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　林柏泓

法　官　陳松檀

法　官　蔡憲德

本件正本證明與原本無異

書記官　石于倩

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　30　　日