最高法院刑事判決

115年度台上字第1195號

上　訴　人　何東翰

選任辯護人　陳者翰律師

上　訴　人　蘇甫晟

林冠璋

上　一　人

選任辯護人　劉嘉凱律師

上列上訴人等因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國114年10月29日第二審判決（114年度金上訴字第888、889、890、891號，起訴及追加起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署111年度偵字第20828號，112年度偵字第3734、6736、7796、8542號，113年度偵字第5298、5299號，113年度蒞追字第4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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原判決以上訴人何東翰、蘇甫晟、林冠璋經第一審判決依想像競合犯，從一重各論處犯三人以上共同詐欺取財52罪刑、52罪刑、10罪刑，並分別定應執行刑及諭知相關沒收、追徵後，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，撤銷第一審判決附表乙（下稱附表乙）關於何東翰編號2至9、11至54、蘇甫晟編號2至9、11至54、林冠璋編號2、3、7、8、10各罪所處之刑及其等應執行刑，改判各量處何東翰、蘇甫晟、林冠璋如原判決附表（下稱附表）一、二、三所示之刑，並維持附表乙關於林冠璋其他各罪（編號1、4、5、6、9）之宣告刑，駁回林冠璋在第二審關於刑之上訴，已載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何東翰部分：原審未安排調解，又原判決於適用（修正前）詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定減刑後，僅各減輕有期徒刑1月，且量刑理由空泛，於法有違。

㈡蘇甫晟部分：原審未安排調解，判決主文未記載其所犯罪名，復未定其執行刑，均有違誤。

㈢林冠璋部分：原判決量刑時未審酌其究係基於確定或不確定故意而為，理由不備，又其已給付告訴人汪宥湘新臺幣（下同）10萬元，卻未獲減刑，且原判決未依刑法第59條規定酌減，復未宣告緩刑，於法有違。

四、刑事訴訟法第271條之4第1項「法院於言詞辯論終結前，得將案件移付調解；或依被告及被害人之聲請，於聽取檢察官、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，轉介適當機關、機構或團體進行修復」之規定，係刑事程序體現「修復式司法」理念之一環，旨在藉由有建設性之參與及對話，尋求彌補被害人之損害、痛苦及不安，以真正滿足被害人之需要，並修復被告與被害人間因衝突而破裂之社會關係，故明定法

院於聽取檢察官、辯護人等各該相關人之意見後，參酌被告、被害人之意願，於有達成修復式司法之可能性與適當性時，賦予將案件轉介進行修復之程序。可知此項制度並非被告因其身分而享有之固有權限，亦非為促成被告之量刑利益，乃係為保障被害人權益而設，尤其被害人之意願厥係進行修復式司法程序之前提指標。倘法院已斟酌卷內可考之被害人意願，並盱衡達成調解之可能性及適當性等條件後，認無必要而未進行修復者，於法自屬無違。

本件原判決已說明何東翰雖請求給予調解機會，並提出調解計畫，惟經原審詢問相關被害人意見後，認上開計畫之實際履行可能性及事後進行調解情況，調解顯無成立之望，且記明依蘇甫晟所提試行方案，係表示願就所分配金額15萬8,275元之0.5%賠償全部被害人，調解亦顯無成立之望，原審因認無移付調解之必要，而終結本案，並無不合。無2人所指量刑調查職責未盡、理由矛盾之違法。

五、量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，乃事實審法院得依職權自由裁量之事項，故量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，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，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。

原判決就何東翰、林冠璋所犯前開各罪，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，改判量處或維持第一審所示刑之量定，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，就林冠璋於本案之犯罪故意類型，於第一審及原審已與部分被害人達成和解等各情，併列為量刑審酌因素，且詳述林冠璋雖已給付汪宥湘10萬元款項，然何以未獲汪宥湘宥恕諒解，經權衡刑法第57條各款所定量刑因

子，仍無從動搖第一審所為此部分刑之量定，客觀上並未逾越法定刑度，並無量刑畸重等違反罪刑相當與公平正義原則之情形，難認有濫用其裁量權限之違法，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或理由不備。

六、緩刑之諭知，除應具備一定之條件外，並須有可認為以暫不執行為適當之情形，始得為之，與應否依刑法第59條酌量減輕其刑，均屬法院有權斟酌決定，故未酌減其刑或宣告緩刑，既不違背法令，自不得任意執為提起第三審上訴之理由。原判決審酌林冠璋之犯罪情狀，認無可憫恕之事由，且無刑法第74條第1項以暫不執行刑罰為適當之情形，均已記明其理由，且均非以其是否與全部被害人和解為唯一理由，未予酌減其刑或諭知緩刑，並不違法。

七、數罪併罰案件，上訴本院後，其中一部分撤銷改判，一部分因上訴不合法律上之程式而駁回，本院向來不合併定其應執行之刑，而應由該案犯罪事實最後判決之法院所對應之檢察署檢察官，依刑法第53條、刑事訴訟法第477條第1項規定，聲請法院裁定定其應執行之刑。又本院對於同一判決，以其數個罪刑之宣告，而未定其應執行之刑之上訴案件，亦秉持檢察官得依上開規定，聲請該法院裁定定其應執行之刑為由，認不得執此為合法之第三審上訴理由。準此以論，關於數罪併罰之案件，如能俟被告所犯數罪全部確定後，於執行時，始由該案犯罪事實最後判決之法院所對應之檢察署檢察官，聲請該法院裁定之，無庸於每一個案判決時定其應執行刑，則依此所為之定刑，不但能保障被告（受刑人）之聽審權，符合正當法律程序，更可提升刑罰之可預測性，減少不必要之重複裁判，避免違反一事不再理原則情事之發生。原判決本同斯旨，就蘇甫晟所犯各罪未重定應執行刑，於法無違，且法院事後依檢察官聲請就上開各罪定應執行刑時，仍受刑事訴訟法第370條第2項、第3項規定及內、外部性界限等定刑理念之拘束，無所指理由不備、矛盾之違法。

八、依刑事訴訟法第348條第3項規定，容許上訴權人明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部上訴，其未表明上訴之犯罪事實、罪名部分，不在上訴審之審判範圍，無罪刑不可分原則之適用。原判決已記明蘇甫晟明示僅就第一審判決宣告刑部分提起第二審上訴，因此僅就該部分審理等旨，亦即未就其他未表明上訴之犯罪事實、罪名等部分為判決，自無不合，主文因而未載蘇甫晟所犯罪名，並不違法。

九、綜合前旨及何東翰、蘇甫晟、林冠璋其餘上訴意旨，或對於原判決已說明之事項，或係就前述量刑裁量權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，難謂已符合首揭法定上訴要件，應認其等上訴為不合法律上之程式，均予駁回。

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　　7　　月　　29　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　汪梅芬

法　官　宋松璟

法　官　何俏美

法　官　黃紹紘

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　4　　日