最高法院刑事判決

115年度台上字第1274號

上　訴　人　張雅淳

上列上訴人因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國114年10月23日第二審判決（114年度上訴字第512號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署113年度偵字第13580、14893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雅淳有第一審判決事實欄所載，基於三人以上共同詐欺取財之犯意，共同詐欺告訴人丁大淯新臺幣（下同）20萬元，因告訴人發覺有異而未遂之犯行，因認上訴人係犯三人以上共同詐欺取財未遂罪，處有期徒刑8月，併科罰金5萬元，罰金如易服勞役，以1千元折算1日，並為沒收之宣告。上訴人僅就第一審判決關於其量刑部分提起第二審之上訴，原審審理後，維持第一審量刑之結果，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其量刑所依憑之證據及理由，均有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決關於上訴人部分，尚無足以影響判決結果之違背法令之情事。

三、上訴人之上訴意旨略以：原判決一方面認定本案上訴人之犯罪未遂，一方面稱「兼衡告訴人可能損失之金額為20萬元」

云云，將毫不相關之背景事實列入量刑因素，判決理由前後矛盾且量刑失當。伊已經與告訴人和解，在告訴人並無損失之情形下仍願支付4萬5千元給告訴人，犯後態度良好。原判決以伊尚有其他案件在偵審中而不諭知伊緩刑，然伊此部分行為均是同一時期、同一行為，僅因目前實務上就罪數之認定係以被害人之人數來認定，且被害人未在同一偵查機關之管轄範圍，始會變相造成有數個案件繫屬不同法院。伊並不是詐欺集團之核心成員，於本案是基於不確定故意，其他案件既尚在審理中，即不宜在未經判決前即逕行認定伊有罪，並以此為不諭知緩刑之理由。原判決量刑所憑之事實錯誤，且未及審酌伊與告訴人已經和解之情，應撤銷原判決並依法改判較輕之刑。

四、惟：

㈠按刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列各款事項，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，自不得指為違法。原判決已詳細說明，第一審經具體斟酌關於刑法第57條科刑應審酌之一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，所為量刑並無不當，因而維持第一審對上訴人量定刑罰之結果及其論據，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認原判決有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。至詐欺他人交付一定之財物與詐欺因故未遂而未取得該一定之財物，2者間沒有矛盾可言。原判決於量刑時審酌「可能損失之金額為20萬元」，攸關上訴人之犯罪動機、目的、手段，並非毫無相關之背景事實，難率指原判決前開量刑斟酌考量之事項係不相干之量刑事項或量刑裁量所憑之事項前後矛盾。

㈡法院對於具備緩刑要件之犯罪行為人，認為以暫不執行刑罰為適當者，得宣告緩刑，固為刑法第74條第1項所明定；然暫不執行刑罰之是否適當，應由法院就犯罪行為人之性格、犯罪狀

況、有無再犯之虞及能否由刑罰之宣告而策其自新等一切情形，予以審酌裁量，此係法院得依職權自由裁量之事項。上訴人有其他案件在偵查、審理中，與其再犯可能性之判斷有關，尚不得以法院就上訴人不予緩刑宣告，併考量其尚有其他案件偵查、審理中等情狀即率指為違法。

五、上訴人之前揭上訴意旨顯係就原判決已明白論斷之事項及量刑職權之適法行使，徒憑己見，任意指摘，自非合法之第三審上訴理由。其他上訴意旨亦未依據卷內資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首揭說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。又本院為法律審，而本件為程序判決，上訴人上訴後提出和解書，表示其與告訴人已經達成和解並履行和解條件，請求併予諭知緩刑，本院無從審酌，附此敘明。

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　　12　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　王敏慧

法　官　莊松泉

法　官　鄭富城

法　官　陳如玲

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　16　　日