最高法院刑事判決

115年度台上字第4448號

上　訴　人　呂銘浩

選任辯護人　陳依伶律師

上列上訴人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國115年4月22日第二審判決（114年度原金上訴字第84號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署112年度偵字第10330、14106、14124、16358、16930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，具體指摘判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘判決違法情事，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。至判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人呂銘浩有如其事實欄（包含其附表〈下稱附表〉所載犯行。因而撤銷第一審之無罪判決，改判就起訴之犯罪事實，均變更檢察官所引應適用之法條（其中刑法第339條第1項），依想像競合犯規定，從一重論處上訴人犯附表「本院主文及宣告刑」欄編號1至4所示三人以上共同詐欺取財合計4罪刑（均想像競合犯一般洗錢罪），並諭知相關沒收（追徵），且合併定應執行刑有期徒刑2年。已詳為敘明其所憑之證據及認定之理由，且其所為論斷及說明，俱有卷

內證據資料可資覆按，自形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

上訴人雖否認犯罪，惟仍有意願與告訴人即被害人江東山、梁麗珠、鄭金鳳（下稱江東山等3人）洽談民事上和解，因告訴人等未到場，而未達成。原審未安排上訴人與江東山等3人進行民事上和解，亦未給予上訴人繳交犯罪所得之機會，不符量刑之正當法律程序。又上訴人於原審審理時，已對在第一審達成民事上和解之告訴人即被害人張雪梅全額賠償完畢，並表明願意主動繳交犯罪所得，可見犯後態度良好。原判決未審酌及此，致量刑過重，復未考量上訴人並無前科，而未併予宣告緩刑，違反罪刑相當原則。

四、惟按：

㈠刑事訴訟法第271條之4第1項關於移付調解或轉介修復等「修復式司法」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，乃為保障被害人權益而設，尤以被害人之意願為重。而是否移付調解，事實審法院得斟酌被告、被害人或其家屬進行調解之意願，並盱衡達成調解之可能性、適當性等因素裁量決定。倘法院已審酌卷內可考之相關因素後，認無必要而未移付調解或進行修復者，於法自屬無違。稽之卷附資料，江東山等3人經原審2次合法傳喚，均未於審判期日到庭（見原審卷第63、71至75、87、153至157、165頁），已難認渠等有進行民事上和解、調解之意願。而上訴人於原審審理時，僅表示因江東山等3人未到庭，故未達成民事上和解，而未聲請移付調解，亦未提出具體和解方案（見原審卷第115、122、185頁）。原審衡酌前情，因認無移付調解之必要，於法並無不合。上訴意旨指摘：原審未安排和解、調解期日違法云云，難認有據。又上訴人於原審審理時雖曾表示願主動繳回犯罪所得之意（原審卷第185頁），然上訴人於原審審理時否認本件犯行，關於上訴人有無犯罪所得、繳回時間、金額及方式，本由上訴人

自行計算決定後，自動向國庫繳交，法院並無命繳交犯罪所得之法定義務。是上訴意旨指摘：原審未予上訴人繳交犯罪所得之機會，不符量刑之正當法律程序云云，顯係誤解法律規定，亦非適法之第三審上訴理由。

㈡量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，苟法院於量刑時，已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，又未顯然濫用其職權，即不得遽指為違法。

原判決已說明：審酌上訴人參與犯罪程度、詐騙所得之金額，以及已與張雪梅達成民事上和解，並已給付賠償全額完畢，惟尚未與江東山等3人成立民事上和解或調解等一切情狀之旨，而為量刑。已以行為人之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列情形，據以量刑，既未逾法定刑度，又無濫用裁量權限，亦未違背罪刑相當原則，即不得任意指為違法。上訴意旨仍執前詞，漫詞指摘：原判決量刑過重，違反罪刑相當原則云云，要非適法上訴第三審之理由。

㈢緩刑為法院刑罰權之運用，旨在獎勵自新，須受2年以下有期徒刑、拘役、罰金之宣告，並具備刑法第74條第1項各款所定之條件，且足認以暫不執行為適當者，始足當之。而是否宣告緩刑，事實審法院本有裁量之職權，倘已審酌一切情狀而未宣告緩刑，既不違背法令，自不得執為上訴第三審之合法理由。

原判決說明：審酌上訴人雖無前科，然無視詐欺集團對民眾及社會所生危害，猶心存僥倖而為本件犯行，審理期間未見反省之意等一切情狀，非藉由刑罰執行，無以收使上訴人確切悔過之效，本件所處之刑無以暫不執行為適當之情形等旨，而不予宣告緩刑。依上開說明，於法並無不合。此部分上訴意旨，漫為指摘：原判決未宣告緩刑違法云云，亦非上訴第三審之合法理由。

五、綜上，上訴意旨係就原審量刑裁量職權之適法行使，以及原判決已明白論斷說明之事項，憑持己見，漫為指摘違法，難

認已符合首揭法定之第三審上訴要件。本件上訴均為違背法律上之程式，應予駁回。

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　　9　　月　　10　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　吳秋宏

法　官　吳麗英

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　14　　日