

最高法院刑事判決

110年度台上字第117號

上訴人 王昇雄

上列上訴人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109年4月8日第二審判決（108年度上訴字第1134號；起訴案號：臺灣臺中地方檢察署105年度偵字第233、7601、7607、15645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。至於原判決是否違法，與上訴以違法為理由，分屬二事。

二、上訴人王昇雄上訴意旨略以：

（一）上訴人係遭陳震歐（檢察官另案偵辦）利用，代找人頭帳戶，並依其指示提款、轉匯或交付款項，不過是詐欺取財之工具。且上訴人犯後坦承犯行，並與被害人帝潮實業有限公司（下稱帝潮公司）以新臺幣（下同）100萬元和解，原判決逕量處有期徒刑1年8月，實屬過重，有違比例原則。

（二）原判決雖認定上訴人之犯罪所得為154萬5,865元，然被害人於和解時已拋棄超過100萬元部分之請求權，如就兩者差額545,865元諭知沒收、追徵，顯有過苛之虞。原判決未適用刑法第38條之2第2項規定，而就上開差額，仍予宣告沒收、追徵，有適用法則不當之違誤。

三、惟查：

（一）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，認定上訴人有如其事實欄所載共同三人以上共同詐欺取財

、行使偽造準私文書犯行，因而撤銷第一審關於上訴人有罪部分之科刑判決，改判仍論處上訴人共同三人以上詐欺取財罪刑（想像競合犯行使偽造準私文書罪，處有期徒刑1年8月），以及諭知相關沒收、追徵。原判決就採證、認事及量刑，已詳為敘述其所憑之證據及論斷之理由。核其所為論敘說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

(二)關於刑之量定與定應執行刑，都是實體法賦予法院得依職權裁量之事項，如已以行為人之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列事項而未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。

原判決以上訴人之責任為基礎，審酌上訴人正值青壯，不循正道取財，擔任詐騙國外廠商詐欺集團之「車手」，損害我國國際形象，兼衡其犯罪動機、手段、參與程度、所得利益，以及在原審坦承犯行，並與帝潮公司以100萬元和解，尚見悔意，以及上訴人自陳之家庭生活、經濟狀況等一切情況而量處較輕於第一審之刑，既未逾越法定刑範圍，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，屬裁量權之適法行使，自難遽指為違法。上訴人上訴意旨(一)徒憑己見，任意指摘原判決量刑不當，並非適法之上訴第三審理由。

(三)刑法沒收新制目的在於澈底剝奪犯罪行為人之犯罪所得，使其不能坐享犯罪成果，以杜絕犯罪誘因。惟國家剝奪犯罪所得之結果，可能影響被害人權益，基於利得沒收本質上屬準不當得利之衡平措施，應將犯罪所得返還被害人，為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，並避免國家與民爭利，修正後刑法第38條之1第5項規定：「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵」，以不法利得實際合法發還被害人，作為不予沒收或追徵之條件，俾免被告一方面遭國家剝奪不法利得，另一方面須償還被害人，而受雙重負擔之不利結果。反之，倘利得未實際合法發還被害人，縱被害人放棄求償，法院仍應為沒收之宣告，以避免修法前不法利

得既不發還被害人，亦未經法院宣告沒收，而使犯罪行為人繼續保有不法利得之不合理現象。又刑法第38條之2第2項所規定：宣告沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之，係為符合比例原則並兼顧訴訟經濟所訂定。關於沒收有無刑法第38條之2第2項過苛調節（即不宣告沒收或予以酌減）規定之適用，其所應審酌者，係考量該犯罪所得本身，是否具有法文所載不應沒收，或應予酌減，或以不宣告沒收為適當之特別情形。除犯罪行為人已將該犯罪所得實際發還或賠償被害人等情形，得不宣告沒收或酌減之外，其餘情形，皆應宣告沒收。

原判決已說明：上訴人犯罪所得與和解之差額545,865元，並未實際合法發還被害人，自應依刑法第38條之1第1項前段、第3項之規定諭知沒收及追徵等旨，依上述說明，並無過苛可言。上訴意旨(二)指摘原判決就上開差額未適用過苛條款，仍諭知沒收及追徵違法云云，係誤解法律規定，自非合法之第三審上訴理由。

四、綜上，上訴意旨係徒憑己見，或置原判決明確之論斷說明於不顧，或就原審量刑裁量職權之適法行使，再事爭論，核非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決究竟有何違背法令之情形，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。揆之首揭說明，應認本件上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

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	110	年	1	月	21	日
			刑	事	第	九	庭	審	判
					長	法	官	李	錦
							法	官	蔡
								法	官
									吳
									邱
									林
									孟
									宜

本件正本證明與原本無異

01 書記官

02 中 華 民 國 110 年 2 月 1 日