

01

# 最高法院刑事判決

02

109年度台上字第1503號

03

上訴人 余依珊

04

選任辯護人 陳憶如律師

05

謝憲杰律師

06

上訴人 李卉穎

07

選任辯護人 陳俊翔律師

08

上訴人 黃秀慧

09

選任辯護人 黃仕翰律師

10

呂紹宏律師

11

上訴人 林欣穎

12

選任辯護人 黃昱維律師

13

上訴人 王湘菱

14

劉香伶

15

蔡語恩

16

上列上訴人等因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院中華民國 108  
17 年12月31日第二審判決（106年度上訴字第2880號，起訴案號：  
18 臺灣臺北地方檢察署105年度偵字第10788、10949、10950、1095  
19 1、14037、20107號），提起上訴，本院判決如下：

20

## 主 文

21

原判決關於余依珊、黃秀慧、李卉穎有罪部分均撤銷，發回臺灣  
22 高等法院。

23

其他上訴駁回。

24

## 理 由

25

一、發回（余依珊、黃秀慧、李卉穎）部分

26

本件原判決撤銷第一審關於上訴人余依珊、黃秀慧、李卉穎有罪  
27 部分之判決，改判論處余依珊、黃秀慧、李卉穎以犯如原判決附  
28 表一編號1至17之3人以上共同犯詐欺取財罪刑（各犯17罪），並  
29 對余依珊為沒收之宣告。固非無見。

30

惟查：（一）刑事訴訟法第159條之5有關傳聞例外之規定，係賦  
31 予當事人證據能力處分權，將原不得為證據之傳聞證據，賦予證  
32 據能力。該條第1項所定「同意作為證據」係指經當事人「明示

01 同意」而言，如當事人已明示同意作為證據，其意思表示並無瑕  
02 疵，且踐行法定證據調查程序，認具適當性要件後，基於維護  
03 訴訟程序安定性、確實性之要求，即無許再行撤回同意之理；然  
04 此與同條第2項規定擬制其同意有證據能再行嗣經上訴或發回更  
05 審時，因第二審係採覆審制，為兼顧傳聞供述證據原本不具證  
06 能力之本質及貫徹直接言詞審理之精神暨被告權益之保障，當  
07 人、代理人或辯護人於法院尚未進行該證據調查前，仍得提出異  
08 議，非謂一經「擬制同意」，即不得再行爭執之情形有別。而所  
09 謂「明示同意」，係針對特定證據之提示，為「無意見」、「不  
10 之意思表示，若僅就該證據之提示，為「無意見」、「不爭執」  
11 或「沒有意見」之表示，尚與明示同意不同，不生明示同意之效  
12 力。原判決以余依珊、李卉穎、劉香伶、王湘菱、林欣穎、陳薇  
13 絮、王雅妍、張芮瑜、蔡語恩於警詢及偵查中之供述，性質上均  
14 屬於被告以外之人於審判期外所為之陳述，余依珊、李卉穎、  
15 黃秀慧之辯護人於原審主張上開證人於警詢及偵查中之供述，均  
16 為傳聞證據而無證據能力，然檢察官及其等於第一審之審理程  
17 序時，均表示同意作為證據，有審判筆錄可稽，即不容其於上訴後再  
18 行爭執證據能力云云（原判決第6頁）。然依原判決所憑引第一  
19 審卷二第147至155頁審判筆錄之記載，余依珊、李卉穎、黃秀慧  
20 及辯護人就審判長提示上開余依珊、李卉穎、劉香伶、王湘菱、  
21 林欣穎、陳薇絮、王雅妍、張芮瑜、蔡語恩於警詢及偵查中之供  
22 述，踐行調查證據程序時，均陳稱「無意見」，有審判筆錄在卷  
23 可稽，依上開說明，即難認已就上開傳聞證據明示同意作為證  
24 據。原判決認余依珊、李卉穎、黃秀慧已於第一審審理時，均表  
25 示同意作為證據云云，而採為判決基礎，難謂合於證據法則。  
26 （二）判決雖載理由，但不能憑以斷定其所為論述之根據者，仍  
27 屬理由不備。原判決雖憑引劉香伶、王湘菱、林欣穎於偵查中之  
28 供證及通訊監察譯文，對黃秀慧、李卉穎、劉香伶、林欣穎於原  
29 審審理時之辯解，予以指駁（原判決第10、11頁）。然其所憑引  
30 之審理時之辯解，均與黃秀慧辯稱：其僅領有固定薪擔任「連  
31 應召集團」會計職務，對於詐騙內容並不知情等節，並不具關

01 性，原判決資以認黃秀慧辯稱其僅係領固定薪水之會計云云，係  
02 臨訟卸責、避重就輕之詞，難以採信（原判決第11頁倒數第9、1  
03 0行），而為不利於黃秀慧之論斷，已屬無據。且依卷內資料，  
04 黃秀慧於偵查中供稱：「（問：所以知道他們是詐騙集團嗎？）  
05 答：我不知道，他們說是酒店經紀公司，也有可以帶去飯店開房  
06 間，以前我們在酒店也是會去飯店。…我是有小孩的人我不可能  
07 去犯險，他說傳播公司跟酒店一樣，而且我不過問事情，我每天  
08 帶小孩，還要弄家中的事，我沒時間去管他們的事，我不知道他  
09 們是詐騙集團。」（問：這個集團裡面就是余依珊及李卉穎這  
10 2人在指示這個事情？）答：我只知道李卉穎拿錢給我拿給他，  
11 余依珊叫我算錢請我做會計，及給我傳播公司的名片。（問：對  
12 於他們2人是詐騙集團的人有何意見？）答：我不知道。我根本  
13 不知道是詐騙，我只知道是傳播公司，我要照顧小孩根本不會做  
14 這件事，今天講的是實在的，之後到法官那邊也不會講不一樣。  
15 」（105年度偵字第10951號卷第44頁背面，第45頁正、背面）似  
16 於偵查中即否認有共同詐欺取財之犯行。原判決事實認定黃秀慧  
17 係詐騙集團之會計，負責帳及分發款項事宜，判決理由雖先謂黃  
18 秀慧已坦承不諱（原判決第7頁第18、19行），後又稱黃秀慧辯  
19 稱：其僅領有固定薪擔任「應召集團」會計職務，對於詐騙內容  
20 並不知情云云。則其上開供述，是否可採？實情如何？原判決未  
21 予論敘說明，遽為黃秀慧不利之認定，即有判決不備理由之違背  
22 法令。

23 （三）有罪判決所憑之證據及其理由之說明，須與卷內證據資料  
24 相適合，否則即屬證據上之理由矛盾。依原審卷內資料，余依珊  
25 已於民國108年5月29日準備狀，李卉穎於106年9月29日上訴理由  
26 狀，黃秀慧於106年12月12日準備狀爭執本件監聽譯文內容，並  
27 聲請勘驗監聽錄音（原審卷一第136至138、420、430、431頁，  
28 卷三第227頁以下）。上開3人之辯護人於原審108年12月11日審  
29 判期日經審判長提示監聽譯文踐行調查程序等，均稱：引用歷次  
30 陳述及書狀等語（原審卷五第72、73頁）。從而原判決理由以：  
31 原審已於108年12月11日審判期日向當事人、辯護人提示卷附司

01 法警察依合法監聽電話錄製之聽譯所得，並告以要旨，有卷附審  
02 判筆錄可稽；余依珊、李卉穎、黃秀慧及其等辯護人對於譯文之  
03 真實性並未加以爭執或有所懷疑，上開通訊監察譯文自具有證據  
04 能力云云（原判決第7頁），即與卷內證據資料不相適合，而有  
05 證據上理由矛盾之違背法令。

06 余依珊、李卉穎、黃秀慧上訴意旨執以指摘，即非全無理由，且  
07 原判決之上述違誤，影響於事實之確定，本院無從自為判決，應  
08 認原判決關於余依珊、李卉穎、黃秀慧有罪部分有撤銷發回更審  
09 之原因。又基於審判不可分原則，原判決關於對上開3人不另為  
10 無罪諭知部分，併予發回。

11 二、駁回（劉香伶、王湘菱、林欣穎、蔡語恩）部分

12 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  
13 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  
14 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  
15 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  
16 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  
17 適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

18 原判決撤銷第一審關於上訴人劉香伶、王湘菱、林欣穎、蔡語恩  
19 有罪部分之判決，改判論上開4人以犯3人以上共同詐欺取財罪，  
20 劉香伶2罪，各處有期徒刑1年，應執行有期徒刑1年4月；王湘菱  
21 3罪，分別處有期徒刑1年1月、1年1月、1年，應執行有期徒刑1  
22 年6月（以上2人並為沒收之宣告）；林欣穎10罪，其中9罪各處  
23 有期徒刑1年，另1罪處有期徒刑1年2月，應執行有期徒刑2年；  
24 蔡語恩1罪，處有期徒刑1年。

25 劉香伶上訴意旨略謂：（一）劉香伶本不識其他共同被告，無從  
26 查悉他人是否向被害人呂有彰收取若干費用，卷內亦無其他證據  
27 足資證明劉香伶與其他共同被告有犯意聯絡及行為分擔，原審以  
28 劉香伶詐取呂有彰新臺幣（下同）2萬元，處有期徒刑1年，與罪  
29 責法則及自己責任原則有違，更悖於罪刑相當原則。（二）被害  
30 人陳俊仁部分，劉香伶經幹部告知已約定性交易服務，並約定報  
31 酬，即依客人要求前往提供性交易服務，顯見該筆3萬元款項非

01 被害人因劉香伶行使詐術而交付，確係提供性服務之費用。原審  
02 論劉香伶以詐欺取財罪，處有期徒刑1年，有判決不依證據並悖  
03 於罪刑相當原則之違法。而此部分警員既無可能適於麗敦旅社內  
04 發現本案所稱之犯罪行為，並同時備妥搜索票，隨即對劉香伶逮  
05 捕，實施搜索，足見劉香伶提供性交易服務，收取遭沒收之3萬  
06 元之行為，係受司法警察陷害教唆，或以設計引誘之方式，與劉  
07 香伶所屬幹部為對合行為，使劉香伶前往履約時，予以逮捕、偵  
08 辦，若屬前者，自不成立犯罪，若係後者，應以未遂論處。  
09 王湘菱上訴意旨略謂：（一）王湘菱與同案被告林欣穎素不相識  
10 ，主觀上無從認識林欣穎有無對他人實行詐術，使人陷於錯誤詐  
11 取財物，應不成立犯罪。（二）原審未依刑法第59條減輕其刑，  
12 並審酌王湘菱犯罪之一切情狀，妥適科刑，自屬違法。請並為緩  
13 刑之宣告。

14 林欣穎上訴意旨略以：本件是由大陸CALL客秘書負責聯繫被害人  
15 ，對被害人施以詐術，再由取款小姐負責將詐得款項取回，取款  
16 小姐為最底層人員，實無法得知其他成員所為何事，難有犯意聯  
17 絡及行為分擔。林欣穎所取得款項，為詐騙集團獲利之冰山一角  
18 ，且無參與行騙過程，反以出賣身體之方式獲取微薄利益，應為  
19 幫助犯。原判決未予審酌，率爾認定為共同正犯，有判決不備理  
20 由之違誤。

21 蔡語恩上訴意旨略稱：（一）蔡語恩有悔悟之心，符合刑法第74  
22 條緩刑之要件，且目前繫屬之其他案件確實有可能獲得無罪判決  
23 。原審不察，不願給予蔡語恩自新之機會，實有違背司法裁量、  
24 比例原則之違誤。（二）蔡語恩所涉情節，無論參與之時間、次  
25 數、受害人數、利益及業與被害人達成和解等情，相較於比本案  
26 情節更嚴重之其他案例，卻獲刑法第59條減刑之優遇，實有判決  
27 違背平等原則之違法。原審未適用刑法第59條減輕其刑，亦未審  
28 酌其他一切情狀，量刑有違罪責原則等語。

29 惟查：（一）採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力  
30 所為之判斷，如未違背經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以判  
31 斷之心證理由，即不能任意指為違法。

01 原判決認定劉香伶、王湘菱、林欣穎、蔡語恩有其事實所載3人  
02 以上共同詐欺取財之犯行等情，已詳載所憑之證據及認定之理由  
03 。並就劉香伶辯稱：其僅係公關小姐提供性服務，與詐騙集團並  
04 無謀議或分工之約定；林欣穎辯以：其對於「CALL客秘書」與客  
05 戶間之約定無從知悉，只是被動前往收錢，並無詐欺故意云云，  
06 認均不足採，予以指駁說明。復敘明：共同正犯間，非僅就其自  
07 己實行之行為負其責任，並在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正  
08 犯所實行之行為，亦應共同負責；且其犯意聯絡之表示，無論為  
09 明示之通謀或相互間有默示之合致，均屬之。本件擔任取款小姐  
10 之人係依「CALL客秘書」所教授之內容佯裝「CALL客秘書」與被  
11 害人在電話中以虛構之角色，藉以取信被害人進而令其交付財物  
12 ，而性行為僅是取信被害人手段，並非主要目的，與應召站係  
13 以性交易為主要目的者不同，參酌卷附帳冊明細表所載，被害人  
14 所交付者動輒3萬元、5萬元、10萬元之鉅額數字，實與性交易之  
15 代價顯不相當。劉香伶、王湘菱、林欣穎、蔡語恩負責出面向受  
16 騙男子接洽取款，並未負責集團內之其他工作，且係以各次收取  
17 款項中領取約10%至12%之金錢，作為該次出面取款之報酬，足認  
18 劉香伶、王湘菱、林欣穎、蔡語恩之角色分工可由其所面對之被  
19 害人予以區別確認，即應就其參與詐騙被害人之該次行為負共同  
20 正犯責任等旨。從形式上觀察，原判決關於劉香伶、王湘菱、林  
21 欣穎、蔡語恩有罪部分，並無足生影響判決結果之違法情形存在  
22 。劉香伶、王湘菱、林欣穎上訴意旨謂其等不應成立詐欺罪之共  
23 同正犯云云，係就事實審法院採證認事職權之適法行使，任意指  
24 摘，自非上訴第三審之合法理由。又關於原判決附表一編號8被  
25 害人陳俊仁部分，劉香伶與陳俊仁於旅社發生性關係，陳俊仁交  
26 付3萬元與劉香伶，劉香伶於離開旅社後，即為警查獲等情，已  
27 據陳俊仁證述明確，並為劉香伶供承在卷，有劉香伶簽署之自願  
28 受搜索同意書及搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表在卷可稽（10  
29 5年度偵字第10788號卷一第66至69頁）。劉香伶妄言警察陷害教  
30 唆，其不構成犯罪，或僅為未遂犯云云，並非依卷內訴訟資料而  
31 為具體指摘，亦非上訴第三審之適法理由。

01 (二) 量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，  
02 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  
03 定範圍，又未濫用其職權，即不得遽指為違法。而刑法第59條之  
04 酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，  
05 認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。原判  
06 決以行為人之責任為基礎，審酌劉香伶、王湘菱、林欣穎、蔡語  
07 恩分別擔任取款小姐，雖非犯罪主導者，但其等共同遂行詐騙他  
08 人財物之犯行，自非可取，惟念犯後始終坦承犯行，及其他犯罪  
09 之一切情狀，分別就所犯各罪量處如前揭之刑，並定其應執行刑  
10 ，其刑之量定，既未逾越法定刑度，又未濫用自由裁量之權限，  
11 即無違法可言，且依劉香伶、王湘菱、林欣穎、蔡語恩等犯罪之  
12 情狀，亦難認有何可以憫恕之情形，原審未適用刑法第59條酌減  
13 其刑，經核並無判決不適用法則之違法情形。劉香伶、王湘菱、  
14 林欣穎、蔡語恩等4人上訴意旨就原審量刑裁量權之適法行使，  
15 任意指摘，自非第三審上訴之合法理由。又緩刑之宣告，屬實體  
16 法上賦予法院得自由裁量之事項，自不能以未予宣告緩刑而指摘  
17 不當，蔡語恩上訴意旨執此指摘，並非合法之第三審上訴理由。  
18 而本件為程序判決，自無從對上訴人得否宣告緩刑予以審酌，王  
19 湘菱上訴意旨併請為緩刑之宣告，即無從准許。

20 (三) 至上開4人之其他上訴意旨，核屬對於事實審法院取捨證  
21 據與自由判斷證據證明力之職權行使，及不影響判決本旨之枝節  
22 事項，徒以自己之說詞，泛指其為違法，再為單純之事實上爭執  
23 ，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。應認其4人之上訴俱  
24 屬違背法律上之程式，均予駁回。

25 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，  
26 判決如主文。

27 中 華 民 國 109 年 6 月 4 日

28 最高法院刑事第六庭  
29 審判長法官 徐 昌 錦  
30 法官 林 恆 吉  
31 法官 林 海 祥

01

法官 江 翠 萍

02

法官 蔡 國 在

03

本件正本證明與原本無異

04

書 記 官

05

中 華 民 國 109 年 6 月 10 日