

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

113年度上訴字第400號

上訴人

即被告 羅家生

上列上訴人即被告因詐欺等案件，不服臺灣屏東地方法院112年度原金訴字第88號，中華民國113年2月20日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署112年度偵字第12370號；移送併辦案號：同署112年度軍偵字第197號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於羅家生之宣告刑部分撤銷。

前項撤銷部分，處有期徒刑捌月。

事實及理由

一、程序部分

（一）按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第3項定有明文。查上訴人即被告羅家生（下稱被告）因犯刑法第339條之4第2項、第1項第2款之三人以上共同詐欺取財未遂罪，經原審判處罪刑及沒收後提起上訴。本院審查被告上訴理由狀內容，未就所犯之犯罪事實、論罪及沒收表示不服，僅就刑法第59條、第57條適用當否部分提起上訴（見本院卷第13至27頁）。是被告係依刑事訴訟法第348條第3項規定，明示就原判決有罪部分關於刑之部分提起一部上訴，而為本院審判範圍；原判決就被告所犯三人以上共同詐欺取財未遂罪之犯罪事實、論罪及沒收部分，則產生程序內部之一部拘束力，不在本院審判範圍，是本院不就不在本院審判範圍部分予以調查，應予敘明。

（二）被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決，刑事訴訟法第371條定有明文。查被告於本院審理期日經合法傳喚，無正當理由不到庭，有本院審理傳票送

達證書、刑事報到單在卷可稽（見本院卷第101、119頁），
依法爰不待其陳述，逕行判決。

二、被告上訴意旨略以：本案係加重詐欺未遂，未造成被害人實際財物損失，被告於偵審中均坦承犯行，犯後態度良好，應予最大幅度之刑度減輕，原審量刑顯有罪責不相當而有過重，請求依刑法第59條酌減云云。

三、本院就上訴範圍之判斷

（一）原審認被告所為，係犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，刑法第339條之4第2項、第1項第2款之三人以上共同詐欺取財未遂罪，刑法第216條、第210條之行使偽造私文書罪，刑法第216條、第212條之行使偽造特種文書罪，依刑法第55條想像競合規定，從一重論以三人以上共同詐欺取財未遂罪，並依刑法第25條第2項未遂規定減輕其刑，上開犯罪事實、論罪及沒收部分，詳見第一審判決書記載之事實、證據及理由。

（二）新舊法比較說明

被告上訴後，詐欺犯罪危害防制條例（下稱詐欺條例）已於民國113年7月31日頒布並於同年8月2日施行：

1. 詐欺條例第43條規定：犯刑法第339條之4之罪，詐欺獲取之財物或財產上利益達新臺幣（下同）500萬元者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣3000萬元以下罰金。因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣1億元者，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣3億元以下罰金。而刑法第339條之4第1項之法定刑為1年以上7年以下有期徒刑，得併科100萬元以下罰金。新法對特定要件（詐欺所獲取利益達500萬元）已提高法定刑，而刑法第339條之4第1項之規定並未刪除，故詐欺條例第43條應屬刑法第339條之4第1項之加重事由，係成立另一獨立之罪名，無庸比較新舊法之適用。本件被告三人以上共同詐欺取財未遂，仍應適用刑法第339條之4第1項第2款之規定。

2. 詐欺條例第47條規定：「犯詐欺犯罪，在偵查及歷次審判中

均自白，如有犯罪所得，自動繳交其犯罪所得者，減輕其刑；並因而使司法警察機關或檢察官得以扣押全部犯罪所得，或查獲發起、主持、操縱或指揮詐欺犯罪組織之人者，減輕或免除其刑。」本件被告既在偵查及歷次審判中均自白加重詐欺取財未遂犯行，且無證據證明被告因本件犯罪已取得犯罪所得，故依裁判時法，自得依詐欺條例第47條前段規定減輕其刑。

(三)本件無刑法第59條規定之適用

1. 被告上訴雖請求依刑法第59條規定酌減其刑云云。惟刑法第59條減輕其刑之規定，必須犯罪另有其特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重者，始有其適用。至犯罪情節輕重、是否坦承犯行、和解賠償之犯後態度等相關事由，僅屬刑法第57條所規定量刑輕重之參考事項，尚不能據為刑法第59條所規定酌減之適法原因。另此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑。

2. 查被告所犯之罪最輕本刑固為有期徒刑1年，但被告已得依刑法第25條第2項未遂規定、詐欺條例第47條前段規定遞減輕其刑，與其行為對告訴人財產及國家追訴、金流透明等金融秩序穩定法益所帶來之危害相較，減輕後之法定最低度刑已難認有情輕法重，足以引起一般同情之可堪憫恕情形，難認即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重，當無該條文之適用。

四、撤銷改判之理由

(一)原審就被告犯三人以上共同詐欺取財未遂罪，予以科刑，固非無見。惟查：

1. 被告所犯三人以上共同詐欺取財未遂犯行，除於偵查中自白

01 外，復於原審及本院審理中均自白犯行，又本件無證據證明
02 被告有犯罪所得，業如前述，依裁判時法，自應適用詐欺條
03 例第47條前段規定減輕其刑，原審就此部分未及適用上開減
04 刑規定，容有未洽。

05 2. 被告上訴主張原判決未適用刑法第59條規定而量刑不當，雖
06 無理由，惟原判決既有上開瑕疵，自應由本院將原判決關於
07 宣告刑予以撤銷改判。

08 (二)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告正值青壯，未循正途獲
09 取財物，於現今詐欺集團犯案猖獗，對他人之財產法益、社
10 會治安危害甚鉅，竟仍為一己私利參與詐欺集團擔任三線人
11 員，經同案被告李天琦駕車搭載被告、同案被告張學倫（由
12 原審另行審結）一同前往案發地點附近，推由同案被告張學
13 倫行使偽造特種文書、私文書，欲向告訴人邱富雄收取50萬
14 元款項，所為實值非難。惟念本案詐欺犯行未得逞，且被告
15 於犯後坦承犯罪，犯後態度尚可；兼衡被告本件動機、手
16 段、犯行分擔、所生損害，暨如臺灣高等法院被告前案紀錄
17 表所示被告有違反洗錢防制法等前科素行（見本院卷第67至
18 68頁），及被告於原審審理時自述之智識程度、家庭生活狀
19 況（見原審卷二第86頁）等一切情狀，量處如主文第2項所
20 示之刑。

21 五、至同案被告李天琦、林懷恩經原審判決後，未據上訴，非本
22 院審理範圍，附此敘明。

23 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第371條、第364
24 條、第299條第1項前段，判決如主文。

25 本案經檢察官鍾佩宇提起公訴，檢察官高大方、許月雲到庭執行
26 職務。

27 中 華 民 國 113 年 11 月 19 日
28 刑事第七庭 審判長法官 李璧君
29 法官 李東柏
30 法官 鍾佩真

31 以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中華民國 113 年 11 月 19 日

書記官 蕭家玲

附錄本判決論罪科刑法條：

組織犯罪防制條例第3條

發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1億元以下罰金；參與者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。但參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。

以言語、舉動、文字或其他方法，明示或暗示其為犯罪組織之成員，或與犯罪組織或其成員有關聯，而要求他人為下列行為之一者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金：

一、出售財產、商業組織之出資或股份或放棄經營權。

二、配合辦理都市更新重建之處理程序。

三、購買商品或支付勞務報酬。

四、履行債務或接受債務協商之內容。

前項犯罪組織，不以現存者為必要。

以第2項之行為，為下列行為之一者，亦同：

一、使人行無義務之事或妨害其行使權利。

二、在公共場所或公眾得出入之場所聚集三人以上，已受該管公務員解散命令三次以上而不解散。

第2項、前項第1款之未遂犯罰之。

中華民國刑法第210條

（偽造變造私文書罪）

偽造、變造私文書，足以生損害於公眾或他人者，處5年以下有期徒刑。

中華民國刑法第212條

偽造、變造護照、旅券、免許證、特許證及關於品行、能力、服務或其他相類之證書、介紹書，足以生損害於公眾或他人者，處

01 1年以下有期徒刑、拘役或9千元以下罰金。
02 中華民國刑法第216條
03 （行使偽造變造或登載不實之文書罪）
04 行使第210條至第215條之文書者，依偽造、變造文書或登載不實
05 事項或使登載不實事項之規定處斷。
06 中華民國刑法第339條之4
07 犯第339條詐欺罪而有下列情形之一者，處1年以上7年以下有期
08 徒刑，得併科1百萬元以下罰金：
09 一、冒用政府機關或公務員名義犯之。
10 二、三人以上共同犯之。
11 三、以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他媒體等傳播工具，
12 對公眾散布而犯之。
13 四、以電腦合成或其他科技方法製作關於他人不實影像、聲音或
14 電磁紀錄之方法犯之。
15 前項之未遂犯罰之。