臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度金上訴字第1539號

上　訴　人
即　被　告　呂秉勳
選任辯護人　林詠嵐律師
　　黃重鋼律師
　　魏士軒律師

上列上訴人即被告因詐欺等案件，不服臺灣高雄地方法院114年度訴字第70號中華民國114年8月11日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第26906、23715號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於宣告刑部分撤銷。

上開撤銷部分，呂秉勳處有期徒刑壹年肆月。緩刑叁年，並應履行附表所示負擔，及於緩刑期間接受法治教育肆場次。緩刑期間付保護管束。

理　由

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。是當事人明示僅就第一審判決關於量刑部分提起第二審上訴，而對於其餘犯罪事實認定、論罪及沒收等部分未有不服者，則上訴審法院原則上僅應就當事人前開明示上訴之範圍加以審理，對於當事人未請求上訴審審查之部分，尚無須贅為審查。查上訴人即被告呂秉勳（下稱被告）於本院已陳明僅針對原審判決量刑部分上訴（金上訴卷第319、331頁），則本院自僅就原審判決量刑部分妥適與否進行審理，至於原判決犯罪事實、罪名及沒收部分，則均非本院審理範圍，先予指明。

二、被告上訴意旨略以：被告上訴後願坦承原審判決所認定全部犯罪事實及罪名，並已與告訴人陳金德達成和解，均有依期履行和解條件，則被告之量刑基礎已與原審有所不同，請考量上情且參酌被告並無前科、現身體狀況不佳，倘仍處以最

輕刑度恐有情輕法重之虞，依刑法第59條酌減其刑，又被告歷經偵審教訓日後必定不敢再犯，請對被告諭知附條件緩刑等語。

三、刑之加重、減輕事由

㈠累犯

被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎（最高法院110年度台上字第5660號判決意旨參照）。查被告前因不能安全駕駛案件，經法院判處有期徒刑3月，併科罰金新臺幣（下同）2萬元確定，有期徒刑部分於民國106年11月23日易科罰金執行完畢一節，固有被告之法院前案紀錄表在卷可憑（金上訴卷第340頁），然公訴意旨對於被告是否構成累犯之事實，暨是否依累犯規定加重其刑之事項，既未主張或具體指出證明方法，依前揭說明，本院即毋庸加以調查審認。

㈡詐欺犯罪危害防制條例及洗錢防制法部分

1.被告實行本案行為後，113年7月31日制定公布詐欺犯罪危害防制條例新設第47條前段規定：「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」，而依具有內國法效力之公民與政治權利國際公約第15條第1項後段「犯罪後之法律規定減科刑罰者，從有利於行為人之法律」之規定，上開減刑規定應予溯及適用（最高法院113年度台上字第3141號判決可資參照）。又該條例嗣於115年1月21日修正公布，並自同年月00日生效，此次修正將原第47條前段減刑規定列為第1項，除偵查及歷次審判中均自白外，尚修正限縮為「於檢察官偵查中首次自白之日起6個月內，支付與被害人達成調解或和解之全部金額者，『得』減輕其刑」，顯未較有利於被告，仍應適用113年7月31日修正公布之詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定。

2.查被告本案所犯為詐欺犯罪危害防制條例所定之詐欺犯罪，

其於本院審判中雖坦承犯行，然因被告於偵查及原審均否認犯罪，且截至本院言詞辯論終結時止，尚未將原判決認定之犯罪所得全數賠付告訴人完畢或自動繳回，即與113年7月31日修正公布之詐欺犯罪危害防制條例第47條前段減刑要件不符。另被告涉犯修正後洗錢防制法第19條第1項後段一般洗錢罪部分，同樣因被告未於偵查及歷次審判中均自白犯罪，且迄未自動繳交全部所得財物，亦無由於量刑時併予審酌修正後洗錢防制法23條第3項前段之想像競合輕罪減刑事由。

㈢刑法第59條部分

刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。查被告所涉刑法第339條之4第1項第3款以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財罪，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，本即難謂有何因立法至嚴而過苛情事。再對照被告本案犯行所詐得財產價額為102萬元，犯罪所生損害非微，被告復係本案加重詐欺取財行為之唯一正犯，獲有全額之犯罪所得，尚無何宣告法定最低度刑猶嫌過重之情；加以被告具相當智識程度，復無任何無法憑藉己力賺取收入之特殊身體狀況，難認其所為有何特殊原因或環境，在客觀上足以引起一般同情，自無刑法第59條規定適用之餘地。

四、上訴理由之論斷

原審審酌刑法第57條所列諸般事由，對被告量處有期徒刑2年，固非無見。惟按刑法第57條第10款規定「犯罪後之態度」為科刑輕重應審酌事項之一，應考量犯罪行為人（即被告）是否悔悟、悔悟之程度及有無盡力賠償被害人之損害，而就被告犯罪後悔悟之程度而言，包括⑴被告行為後，有無返還（提出）全部犯罪所得、說明犯罪所得之去向及與被害人和解、賠償損害，此並包括和解之努力在內；以及⑵被告在刑事訴訟程序中，於緘默權保障下所為之任意供述，是否坦承犯行或為認罪之陳述。前者，基於「修復式司法」理

念，國家有責權衡被告接受國家刑罰權執行之法益與確保被害人損害彌補之法益，使二者在法理上力求衡平，從而被告積極填補損害之作為當然得列為有利之科刑因素（最高法院113年度台上字第989號判決意旨參照）。查被告於原審判決後，已與告訴人以85萬元達成和解，並已開始履行和解條件，告訴人並依和解筆錄內容具狀請求法院從輕量刑或宣告附條件緩刑（金上訴卷第227至231、239、271至273、333頁告訴人115年2月6日刑事陳報狀暨所附和解筆錄、被告陳報之匯款單據參照），故被告上訴請求適用刑法第59條減刑一節雖無理由，然原審未及審酌上開新增之有利科刑事由，量刑自有過重之失，則此部分被告上訴為有理由，應由本院將原判決宣告刑部分撤銷。

五、刑之裁量

㈠犯情事由（刑法第57條第1至3、7至9款）

被告不思以正當方式進行買賣交易以謀取收入，竟遂行本案犯行，所為洵無足取，而針對其之犯罪動機、目的與同案由之其他案件相較並無特殊之處，爰未就此量刑因子作加重刑度之考量。次就犯罪手段、犯罪所生損害等節以觀，被告本案施用詐術之模式係訛稱商品之品種及特徵，且實際交付之商品尚具相當價值，較諸自始無出貨真意且全未交付商品之案型而言惡性較低，且其中原判決附表編號3、4作品依卷附事證以觀，尚無從率認被告所訛稱木頭特徵與實際商品本體有高度價值落差，然告訴人因遭詐欺而交付之財產數額為102萬元，誠非小額。

㈡一般情狀之行為人屬性事由（刑法第57條第4、5、6、10款）

被告前有麻醉藥品管理條例、肅清煙毒條例及不能安全駕駛案件經法院判刑確定及執行完畢之前案紀錄，最後一筆執行完畢日為106年11月23日，有其之法院前案紀錄表存卷為憑（金上訴卷第335至340頁），相較於無前科者而言素行難謂良好，然尚無財產犯罪經判刑之前科資料。次者，被告犯後

於偵查及原審審理時雖否認犯行，然於本院言詞辯論終結前終能坦認犯行，並於本院審理期間與告訴人達成和解，允為賠付85萬元，迄今均遵期履行和解條件，告訴人並具狀請求法院從輕量刑或宣告附條件緩刑等節，均如前載，尚見被告犯後確有悔意，並以具體行動盡力彌補犯罪所生損害。另參酌被告於原審及本院審判程序時自陳學歷為國中肄業，目前無業仰賴友人接濟，離婚育有二名子女，須扶養其中一名未成年子女，此外無父母長輩須扶養，經濟狀況勉持，身體狀況不佳等語（訴字卷第128頁、金上訴卷第327至328頁），而關於上述身體狀況，並據被告於原審時提出其之診斷證明書為佐（詳訴字卷第135頁）。

㈢是本院綜參前述刑法第57條所示行為人責任基礎之一切情狀，對被告量處如主文第二項所示之刑，以示懲儆。

六、緩刑宣告部分

㈠查被告前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢後五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，已如前述；又被告雖另因商業會計法等案件經提起公訴，現為法院審理中（詳金上訴卷第341頁），然該案尚未宣判，故此節尚不影響上述緩刑要件之認定結論。次者，被告於本院審理時終能坦承犯行，且上訴後與告訴人達成和解並陸續給付賠償，經告訴人具狀請求法院宣告附條件緩刑等節，均如前載，足見被告彌補犯罪所生損害之誠意，則諒被告歷此次偵、審程序及刑之宣告，應能知所警惕而無再犯之虞。再衡量現代刑法觀念，在刑罰制裁之實現上本宜採取多元而有彈性之因應方式，倘刑罰之宣示對於行為人之矯正、教化，已足產生警示作用，自非不得緩其刑之執行，並藉違反緩刑規定將入監執行之心理強制作用，謀求行為人自發性之改善更新，進而避免短期自由刑造成之社會、家庭隔閡，以及不易復歸社會之流弊。本院因認被告本案所宣告之刑以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第2款規定，參酌被告之犯罪情節、所犯法條之法定刑及本院所諭知宣告刑之刑度，宣告

緩刑如主文第二項所示，以啟自新。

㈡惟為免被告存有僥倖心理，並使其對自身行為有所警惕，方不失緩刑之美意，爰參酌被告與告訴人達成之和解條件，依刑法第74條第2項第3款規定，命被告應履行附表所示負擔，以維法治。再佐以被告因法治觀念淡薄致罹刑章，為使其於緩刑期間保持良好品行以避免再犯，爰參酌其之犯罪情節、宣告刑度等情，依刑法第74條第2項第8款規定，命被告接受主文第二項所示法治教育場次。另因本院諭知被告緩刑期間應接受法治教育之負擔，爰依刑法第93條第1項第2款規定，併予宣告於緩刑期間付保護管束，以維法治。

㈢依刑法第75條之1第1項第4款規定，倘若被告違反上開緩刑負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷緩刑之宣告。

七、末本案因被告明示僅針對量刑部分上訴，故本院審判範圍僅為原判決量刑部分，並不及於沒收部分，然被告已於本院審理期間與告訴人達成和解，並陸續依和解條件支付賠償，而因刑法第38條之1第5項所謂實際合法發還，應採廣義解釋，包括被害人因犯罪行為人之給付、清償、返還或其他各種依法實現與履行，使其因犯罪所受損害實際上已獲填補，犯罪利得沒收之規範目的已獲實現之情形。故原判決關於沒收所諭知「未扣案犯罪所得新臺幣壹佰零貳萬元沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額」部分，日後自應由檢察官審視被告於執行時已透過賠償給付而彌補告訴人所受損害之情形，以審認最終應執行沒收及追徵之數額，末此說明。

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

本案經檢察官李汶哲提起公訴，檢察官吳茂松到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　7　　日

刑事第五庭　審判長法　官　簡志瑩

法　官　李政庭

法　官　陳薏仪

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　　115　　年　　5　　月　　7　　日

書記官　駱青樺

附錄本案所犯法條

中華民國刑法第339條之4第1項第3款

犯第339條詐欺罪而有下列情形之一者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科100萬元以下罰金：

三、以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他媒體等傳播工具，對公眾散布而犯之。

修正後洗錢防制法第19條第1項後段

有第二條各款所列洗錢行為者，處3年以上10年以下有期徒刑，併科新臺幣1億元以下罰金。其洗錢之財物或財產上利益未達新臺幣1億元者，處6月以上5年以下有期徒刑，併科新臺幣5千萬元以下罰金。

附表

依刑法第74條第2項第3款命被告履行之事項
【參考民國115年1月30日臺灣高雄地方法院114年度訴字第1541號和解筆錄內容】 被告願給付告訴人85萬元，給付方式：由被告於115年2月13日前給付30萬元，剩餘55萬元以每月為一期，一期為25,000元，共分22期，自115年3月起，於每月15日前匯入告訴人指定帳戶（詳細資訊詳卷），如一期不履行視為全部到期。