臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度上訴字第1051號

上　訴　人
即　被　告　劉祿安
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　李倬銘律師（法扶律師）

上列上訴人因詐欺等案件，不服臺灣高雄地方法院114年度訴字第101號，中華民國115年1月26日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度少連偵字第369號），關於科刑部分，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於Ａ０１宣告刑之部分，撤銷。

上開撤銷部分，Ａ０１處有期徒刑壹年貳月。

理　由

一、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Ａ０１（下稱被告Ａ０１）辯護人為其所提出之刑事上訴理由狀，對原判決所認定之犯罪事實、所論處罪名暨沒收本均未予爭執，而係指摘原判決因「法律適用錯誤」致認定之本案處斷刑下限高達有期徒刑1年等部分有誤，並因而使量刑失諸過重（本院卷第13至16頁）；嗣因前述事項本純屬刑之爭議而已，明示僅就原判決之刑之部分提起上訴（本院卷第97、105頁）。職是，本院僅針對原判決關於被告Ａ０１宣告刑部分之妥適與否，進行審理，合先指明。

二、被告Ａ０１上訴意旨略以：本案適法之處斷刑區間應為有期徒刑2年7.5個月至4.5個月之間，且以本案加重詐欺取財部分既係未遂之犯情，若予量處既遂犯之有期徒刑1年以上之刑，自顯失公平，詎原判決竟誤認本案處斷刑下限高達有期徒刑1年，並因而據此判處被告Ａ０１有期徒刑1年2月之

刑，量刑即顯具過重之違誤（本院卷第60頁），另並請給予緩刑之宣告（本院卷第97頁）。

三、刑之加重、減輕事由

㈠應先予說明之部分：

行為人加入犯罪組織，於參與該組織之行為繼續中，本於便利該組織運作之同一目的，而招募他人加入該組織，亦即一行為觸犯上開2罪名，應依想像競合犯論處，非屬法規競合之擇一適用（最高法院110年度台上字第6176號判決意旨參照）。又成年人與少年共犯三人以上共同詐欺取財犯行，應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定，加重其刑…法定本刑並未改變，即為「1年以上7年以下（得併科罰金）」…成年人招募未滿18歲之少年，而犯組織犯罪防制條例第4條第3項、第1項之成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織罪，此部分為另一獨立罪名，其法定本刑依同條第1項予以加重而為…7年6月以下（得併科罰金）…一行為觸犯數罪名之裁判上一罪關係，故依刑法第55條之規定應從一重處斷，則此從一重處斷之刑，依刑法第35條第1項所定：「主刑之重輕，依第33條規定之次序定之。同種之刑，以最高度之較長或較多者為重…」之標準，自應從一重論以組織犯罪防制條例第4條第3項、第1項之成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織之罪（最高法院114年度台上字第5362號判決意旨參照）。準此，原判決因認「被告Ａ０１以一行為觸犯參與犯罪組織、成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織、三人以上共同詐欺取財未遂、行使偽造私文書及行使偽造特種文書等數罪名，為想像競合犯，應從一重以成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織罪論處」，核無違誤。

㈡被告Ａ０１於本件行為時為成年人並知悉少年A則為未滿18歲之人，是以：

1.被告Ａ０１所犯係成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織，應依組織犯罪防制條例第4條第3項規定加重其刑。

2.依原判決之認定，被告Ａ０１另所犯三人以上共同詐欺取財

未遂罪及行使偽造私文書、特種文書等罪，既俱與少年A存有犯意聯絡，即均符合兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重其刑之規定。至前述之成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織罪部分，因行為人所招募對象原難認係該罪之被害人，且該罪復核屬就行為人、行為對象分設有以年齡為加重要件之規定，自無從依同法第112條第1項前段加重其刑，或應依同法第112條第1項但書規定排除同條項前段加重其刑之適用，始屬的論。

㈢減輕事由：

1.被告Ａ０１於偵查及歷審審理中，均自白成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織犯行，所犯該罪應依組織犯罪防制條例第8條第2項後段規定，減輕其刑。

2.被告Ａ０１於偵查及歷審審理中，均自白參與犯罪組織犯行，所犯該罪，即符合組織犯罪防制條例第8條第1項後段之減刑事由。

3.被告所犯三人以上共同詐欺取財未遂罪部分，並未實際造成告訴人之財產損失，情節尚較既遂犯輕微，應認符合刑法第25條第2項之減刑事由。

4.修正前詐欺犯罪危害防制條例…第47條前段「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」之規定，所稱「其犯罪所得」，係指行為人因犯罪而實際取得之個人所得而言…乃本院近期依刑事大法庭裁定據以113年台上字第4093號判決所為之統一法律見解（最高法院113年度台上字第3141號判決意旨參照）。而前述既係最高法院針對修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條應如何適用所為，自應為適用該修正前規定之本案所參照。而以Ａ０１於偵查及歷審均自白詐欺犯罪，且於原審已繳回其個人實際犯罪所得（原審卷第268、268之1頁參照），是所犯詐欺犯罪，應尚符合修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段之減刑事由。

㈣結論：

被告Ａ０１本案所犯係成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織，既兼具應依組織犯罪防制條例第4條第3項、第8條第2項規定加重、減輕之事由，即應依法先加後減。至其所犯其他想像競合輕罪分別符合之前述各項加重、減輕事由，為求評價充足，爰於量刑時予以審酌（最高法院108年度台上字第4405、4408號判決意旨採此見解）。

四、上訴有無理由之論斷

㈠原審對被告Ａ０１之宣告刑，固非無見。惟想像競合犯侵害數法益者皆成立犯罪，論罪時必須輕、重罪併舉論述，同時宣告所犯各罪名，包括各罪有無加重、減免其刑之情形，亦應說明論列…非謂對於其餘各罪可置而不論。因此，法院決定處斷刑時，雖以其中最重罪名之法定刑，做為裁量之準據，惟於裁量其輕重時，仍應將輕罪合併評價在內（最高法院108年度台上字第4405、4408號判決意旨參照）。職是，原判決就行使偽造私文書、特種文書罪部分，漏未說明符合兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重其刑規定之旨，而僅就三人以上共同犯詐欺取財未遂罪符合該加重其刑部分予以說明該旨，自有未合。

㈡想像競合犯之處罰，仍悉以所從處斷之重罪法定刑主刑種類及其輕重為據，所犯輕罪之法定刑，僅最輕本刑部分為限制其量刑下限之門檻，即所謂輕罪封鎖作用，此外，並不影響重罪法定本刑內容；至於輕罪是否有總則上加重、減輕其刑之法定原因，尤屬另事，無關乎所從處斷罪名之判斷及處罰之裁量（最高法院111年度台上字第4753號判決意旨參照，）。…所犯加重詐欺未遂罪，原得依刑法第25條第2項、修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段之規定減輕其刑，惟…因依想像競合規定從一重論以指揮犯罪組織罪後，已無從再適用上開減刑規定，而應作為量刑有利因素審酌（最高法院115年度台上字第2330號判決意旨參照，註：本案雖係論以成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織、而非指揮犯罪組織罪，但已無從再適用刑法第25條第2項、修正前

詐欺犯罪危害防制條例第47條前段之規定減刑部分則相同），即所稱作為量刑有利因素審酌，並非指想像競合之輕罪符合減刑規定，於處斷刑時得獨立為減刑之依據（最高法院113年度台上字第4304號判決意旨參照），毋寧尚無從執以減輕或免除所從一重論斷之重罪法定本刑（最高法院114年度台上字第5616號判決意旨參照）。從而被告Ａ０１本案所犯成年人招募未滿18歲之人加入犯罪組織，經依組織犯罪防制條例第4條第3項、第8條第2項規定先加後減後，處斷刑區間原固為有期徒刑3.5月以上、7年5月以下（註：刑法第66條規定…所稱減輕其刑至二分之一…係規範其減輕之最大幅度，並非必須減至二分之一…最高法院113年度台上字第4304號判決意旨參照），但關於適法量刑區間下限部分，另因輕罪之封鎖作用，乃應以所犯輕罪之「法定本刑」下限最長者，為限制本案量刑下限之門檻，於本案即為「三人以上共同犯詐欺取財罪」之有期徒刑1年，且不因該罪如前所述尚符合2減刑規定，而予更動依刑法第55條但書「不得科以較輕罪名所定最輕『本刑』以下之刑」所明定之本案適法量刑區間下限，蓋此不僅係體現國民公共意志之立法抉擇，復為有效避免評價不足此一公益目的達成之適切規定，依法審判之法院即應予恪守，自不容行為人恣為「過苛」抑或「顯失公平」之指摘而不予遵循。

㈢承前述㈡之說明，可知本案適法之量刑區間乃為有期徒刑1年以上、7年5月以下，且就該下限即有期徒刑1年部分，乃立法者為免（犯行）評價不足而特於刑法第55條但書予以明定「不得科以較輕罪名所定最輕『本刑』以下之刑」等語，所據以得出者，故被告Ａ０１首揭上訴意旨之種種指摘，核均顯屬無理由，惟原判決既有前述㈠之可議，猶無可維持，自應由本院將原判決關於被告Ａ０１宣告刑之部分，予以撤銷（即主文第1項）。

五、本院之量刑審酌

審酌被告Ａ０１招募少年加入自己所參與之詐欺集團擔任車

手，除紊亂少年之價值觀外，亦使所屬之詐欺犯罪組織得以利用所招募之成員遂行犯罪，而有侵害告訴人財產法益之危險，被告Ａ０１所為行為自有不當；而本案雖未實際造成告訴人之財產損害，即被告Ａ０１所為加重詐欺取財罪止於未遂，然此係因告訴人已察覺有異並報警所致。惟念被告Ａ０１犯後尚知坦承犯行，並斟以其所犯想像競合輕罪之三人以上共同詐欺取財未遂罪、參與犯罪組織、行使偽造私文書、行使偽造特文書罪，各有前述刑之加、減事由，暨被告Ａ０１於本院審理過程中所自陳之智識程度、家庭經濟狀況（本院卷第100頁）等一切情狀，並考量原判決漏未審究符合加重事由部分，本係想像競合數輕罪中之最輕2罪，且檢察官未曾有原判決宣告刑過輕之指摘各節，猶量處同於原判決之刑而如主文第2項所示。

六、被告Ａ０１前因毀損他人物品罪經法院判處有期徒刑3月後，已於民國115年1月30日確定，並甫於115年7月1日易科罰金執行完畢（本院卷第42、91頁所附法院前案紀錄表、法院前案異動表參照），是顯不符合宣告緩刑之要件，本院自無由為緩刑之宣告。

七、經原審合併審判之被告黃偉誠經原審判決無罪後，未據上訴，已告確定。

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。

本案經檢察官胡詩英提起公訴，檢察官蔡宗聖、李靜文到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　日

刑事第七庭　審判長法　官　李璧君

法　官　程士傑

法　官　莊珮吟

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　　9　　月　　17　　日
書記官　方柔尹
◎附錄本案所犯法條：
《組織犯罪防制條例第3條第1項》
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1000萬元以下罰金。但參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。
《組織犯罪防制條例第4條第1、3項》
招募他人加入犯罪組織者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣1000萬元以下罰金。
成年人招募未滿十八歲之人加入犯罪組織，而犯前二項之罪者，加重其刑至二分之一。
《刑法第210條》
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。
《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1年以下有期徒刑、拘役或9000元以下罰金。
《刑法第216條》
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事項或使登載不實事項之規定處斷。
《刑法第339條之4第1項第2款、第2項》
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：
　二、三人以上共同犯之。
前項之未遂犯罰之。