臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第495號

上　訴　人
即　被　告　吳少威
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　江信賢律師
　　鄭安妤律師
　　張中獻律師

上列上訴人因詐欺案件，不服臺灣臺南地方法院114年度訴緝字第91號中華民國114年11月28日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署104年度少連偵字第100號、105年度少連偵字第39號、105年度偵字第4467號、第9888號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於科刑及定應執行刑部分，均撤銷。

上開撤銷部分，各處如附表「本院宣告刑」欄所示之刑，共四十一罪。應執行有期徒刑貳年陸月。

理　由

一、按刑事訴訟法第348條規定：「上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。是本案上訴之效力及其範圍，應依上揭規定判斷，合先敘明。

二、原審於民國114年11月28日以114年度訴緝字第91號判決判處上訴人即被告吳少威（下稱被告）犯如附表所示之罪，共41罪，各處如附表「原判決主文」欄所示之刑，應執行有期徒刑2年10月，扣案如原判決附表三所示之物均沒收。被告不服而以原審量刑（含是否適用修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定減輕其刑、定應執行刑及是否宣告緩刑，下同）不當為由提起上訴，檢察官則未上訴，經本院當庭向被

告及辯護人確認上訴範圍，均稱僅就原判決量刑部分上訴，對於原判決認定之犯罪事實、罪名、罪數、沒收等部分，均表明未在上訴範圍（見本院卷第272頁至第273頁、第296頁至第297頁）。足見被告顯僅就原判決關於量刑部分提起上訴，至於原判決其他部分，均不予爭執，亦未提起上訴，依前開規定，本院爰僅就原判決關於被告之量刑部分加以審理，其他關於被告之犯罪事實、罪名、罪數、沒收等部分，則不在本院審理範圍。

三、經本院審理結果，因被告僅就原判決關於量刑部分提起上訴，業如前述，故有關本案被告之犯罪事實、論罪（所犯罪名、罪數）、沒收，均如第一審判決所記載。

四、被告之上訴意旨略以：有關修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條，依其立法本質就是在鼓勵被告為自白的陳述，因為本件被告並無任何不法所得，故應該適用修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條減刑之規定。本案發生在104年，當時是詐騙集團最早期發生的時候，相關的詐騙手段設備都是透過大陸地區買進來的，事實上也沒有造成任何被害人的損害，請審酌這些情形給被告一次機會。被告事後到菲律賓去，也在菲律賓被關了七、八年，被告的小孩還很小，被告也受到精神、身體的相當懲罰。本件在沒有任何被害人的情況下，被告也沒有任何前科，請審酌是否可以命被告繳納相當的公益金或提供相當時數的義務勞務，給予被告緩刑之諭知等語。

五、刑之加重減輕之說明：

㈠按兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定，成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。又刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。上開規定：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一」，其中成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯

罪或與之共同實施（實行）犯罪之加重，並非對於個別特定之行為而為加重處罰，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質（最高法院99年度台上字第1128號判決可資參照）；又我國刑法原則上採「自己責任主義」，除共犯間存有犯意之聯絡外，行為人僅為其自己之行為負責，乃屬當然，故若行為人確實不知其共同犯罪之人係兒童或少年，則其犯罪惡性究竟尚非等同於明知共同犯罪之人係兒童或少年之人，若此時仍強令行為人負上開法條規定之加重責任，實屬過苛；是以，欲依上開規定加重其刑者，固不以行為人明知共同犯罪之人為兒童及少年為必要，但仍須證明該成年人就該等情事有不確定故意，亦即該成年人須預見共同犯罪人係兒童或少年，且對於與兒童或少年共同犯罪不違背其本意，始足當之（最高法院99年度台上字第2773號、98年度台上字第7295號、95年度台上字第5731號判決意旨可資參照）。查被告於行為時係滿20歲之成年人，共犯少年吳○○係00年00月生、江○○係00年0月生，其等於104年11月17日、18日參與本案詐欺集團時均係12歲以上未滿18歲之少年，均屬兒童及少年福利與權益保障法第2條所稱之12歲以上未滿18歲之少年等情，有被告及少年吳○○、江○○之個人戶籍資料存卷可參。查少年吳○○、江○○係在104年11月17日、18日參與本案，業據其等於警詢、偵訊時供述明確，而被告於吳姓及江姓少年加入本案時，對於吳姓及江姓少年均係未滿18歲之人已有認識。是以被告為成年人，與吳姓及江姓少年共同於104年11月17日、18日涉犯加重詐欺取財犯行部分，均應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之規定，加重其刑。

㈡本件被告已著手於詐欺行為之實行而不遂，為未遂犯，均依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑減輕。

㈢被告行為後，113年7月31日公布施行（同年0月0日生效）之詐欺犯罪危害防制條例第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。本條例所稱詐欺犯罪，依第2條第1款第1目之規定，包含犯刑法第339條之4之罪。又具有內國法效力之公民與政治權利國際公約第15條第1項後段規定：犯罪後之法律規定減科刑罰者，從有利於行為人之法律。則行為人行為後法律因增定刑罰減輕規定者，因有利於行為人，自應適用。而其他刑罰法令（即特別刑法）關於刑罰減輕（免）事由之規定，性質上係廣義刑法之分則性規定，倘刑法本身並無此減免規定，法院於不相牴觸之範圍內，自應予適用，以維法律之公平與正義。又上開「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；倘行為人並未實際取得個人所得，僅須於偵查及歷次審判中均自白，即合於該條前段減輕其刑規定之要件（最高法院114年度台上字第5819號刑事判決意旨參照；至詐欺犯罪危害防制條例第47條固又於115年1月21日經修正公布，於000年0月00日生效施行，惟修正後之規定並未較有利於被告，故本案仍應適用修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定，附予敘明。）。經查，本件被告所為均係犯刑法第339條之4第2項、第1項第2、3款之三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，而其在偵查及歷次審判中均自白本案犯行（見原審聲羈卷第13頁至第14頁，原審訴緝卷第166頁，本院卷第272頁、第296頁），而本案均屬未遂，並未詐得款項，且被告堅稱尚未獲有報酬即遭查獲（見原審訴緝卷第185頁），卷內亦無積極證據可資佐證被告實際所得為何，故無證據認被告在本案中獲有犯罪所得，是被告於本案並無犯罪所得，均應依113年7月31日公布，同年0月0日生效之修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定減輕其刑，並就被告所犯於104年11月17日、18日之詐欺犯行部分依法先加重後遞減輕之，其餘犯行部分則遞減輕之。

六、撤銷改判之理由：

㈠原判決就被告所犯之各罪予以科刑，雖非無見。然本件被告所犯各罪，均合於113年7月31日公布，同年0月0日生效之修

正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段減輕其刑規定，原判決均未依此規定減輕其刑，尚有未洽。是被告上訴請求宣告緩刑，雖無理由（詳下述），惟被告請求依113年7月31日公布，同年0月0日生效之修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定減輕其刑，則有理由，自應由本院將原判決關於被告之科刑部分撤銷改判。又原判決就被告所定應執行刑部分，亦失所附麗，應一併撤銷之。

㈡爰審酌被告正值盛年，本應依靠自己的努力，獲取正當財富，竟冀望不勞而獲詐取他人財物，不惜參與本案，聯合臺灣及大陸地區人員，詐騙大陸地區民眾財物，傷害我國國際形象至鉅，此一犯罪動機實屬可議；惟念及被告於犯罪後坦承全部犯行，本案因尚未詐騙成功，對於法益威脅、侵害程度尚屬有限，就本案之犯罪參與程度而言，被告係擔任主導之地位，擔任第二線、第三線電話手，施用詐術之對象人數非少之犯罪情節、參與期間；兼衡被告並無犯罪所得暨其自述之智識程度及家庭經濟生活狀況等一切情狀，分別量處如附表「本院宣告刑」欄所示之刑。另衡以被告上開所為，犯罪方式與態樣相同，各次犯行之時間，相距甚近，為免其因重複同種類犯罪，以實質累加之方式定應執行刑，致使刑度超過其行為之不法內涵，而違反罪責原則，爰就其所犯各罪，定其應執行之刑如主文第2項所示，以資懲儆。

㈢至被告雖請求為緩刑宣告云云，然按受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而未曾因故意犯罪受有期徒刑以上之宣告，或前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或受赦免後5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，刑法第74條第1項第1款、第2款分別定有明文。而被告本案所犯詐欺次數非少，對社會治安影響非微，且本院就其所犯各罪，定其應執行有期徒刑2年6月，已逾有期徒刑2年，自不得為緩刑之諭知，附予敘明。

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（僅引用程序法），判決如主文。
本案經檢察官周欣潔提起公訴，檢察官吳維仁到庭執行職務。
中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　30　　日
刑事第四庭　審判長法　官　何秀燕
法　官　洪榮家
法　官　吳育霖
以上正本證明與原本無異。
如不服本判決應於收受送達後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（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。
書記官　黃玉秀
中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　30　　日
附錄本案論罪科刑法條：
刑法第339 條之4：
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：
一、冒用政府機關或公務員名義犯之。
二、三人以上共同犯之。
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。
前項之未遂犯罰之。

附表：

日期	原判決主文	本院宣告刑
104年9月26日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年9月27日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年9月28日	吳少威犯三人以上共同以網際	吳少威處有期

	網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	徒刑柒月。
104年10月12日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月13日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月14日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月15日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月16日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月17日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月18日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月19日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月20日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。

104年10月21日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月22日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月23日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月24日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月25日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月26日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月27日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月28日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月29日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年10月30日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財	吳少威處有期徒刑柒月。

	未遂罪，處有期徒刑捌月。	
104年10月31日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月1日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月2日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月3日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月4日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月5日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月6日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月7日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月8日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月9日	吳少威犯三人以上共同以網際	吳少威處有期

	網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	徒刑柒月。
104年11月10日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月11日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月12日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月13日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月14日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月15日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月16日	吳少威犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑捌月。	吳少威處有期徒刑柒月。
104年11月17日	吳少威成年人與少年共同犯三人以上共同以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑玖月。	吳少威處有期徒刑捌月。
104年11月18日	吳少威成年人與少年共同犯三人以上共同以網際網路對公眾	吳少威處有期徒刑捌月。

	散布而犯詐欺取財未遂罪，處有期徒刑玖月。	