臺灣高等法院刑事判決

113年度上訴字第6270號

上　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　林湘華

000000000000000000

000000000000000000

指定辯護人　陳秀美律師(義辯)

上列上訴人等因被告詐欺等案件，不服臺灣新北地方法院110年度訴字第1322號，中華民國113年5月29日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署109年度偵字第36344號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於林湘華部分撤銷。

前開撤銷部分，林湘華無罪。

理　由

一、公訴意旨略以：被告林湘華（下稱被告）與同案被告劉振祥（所犯詐欺未遂犯行本院另行判決）意圖為自己不法所有之利益，共同基於詐欺取財之犯意聯絡，於民國109年9月14日日3時許，在同案被告許文樟（所犯聚眾賭博犯行業經原審判決確定）所經營、位於新北市○○區○○路00號3樓之倉庫（下稱本案賭場），與許文樟、潘明強賭博時，以遙控器在賭桌上互相施打暗號、換牌之方式詐賭，致許文樟陷於錯誤，仍同意劉振祥、林湘華在上開長榮路麻將場賭博，然因許文樟察覺劉振祥、林湘華以手勢作為暗號，及在劉振祥之口袋內發現施打暗號用遙控器，故而不願給付尚未結算之賭金而未遂。因認被告涉嫌共同犯刑法第339條第3項、第1項之詐欺取財未遂罪等語。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，刑事訴訟法第154條第2項定有明文。刑事訴訟上證明之資料，無論其為直接或間接證據，均須達於通常一般之人均不致有

所懷疑，而得確信其為真實之程度，始得據為有罪之認定，若關於被告是否犯罪之證明未能達此程度，而有合理懷疑之存在，致使無從形成有罪之確信，根據「罪證有疑，利於被告」之證據法則，即不得遽為不利被告之認定。又按刑事訴訟法第161條第1項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。

三、公訴意旨認被告涉犯共同詐欺取財未遂罪嫌，主要係以被告供述、同案被告劉振祥之供述、證人許文樟、潘明強、蔡秉叡、張哲瑋、黃武昌、丁椿宬等證述、現場照片、扣案麻將、劉振祥手寫筆記照片、手機勘驗報告等為依據。

四、訊據被告固坦承有於109年9月14日在本案賭場與許文樟、潘明強、同案被告劉振祥打麻將，惟否認有何詐欺取財之犯行，辯稱略以：劉振祥有找我一起詐賭，但我不接受；我沒有答應劉振祥；劉振祥所做是他個人行為，與我無關等語。辯護意旨略以：當日被告係拒絕劉振祥比手勢詐賭；證人黃武昌僅看過之前賭場錄影，依其個人臆測認定9月14日被告應有詐賭之行為；警局回文表示員警調閱監視錄影時已經被刪除，並未有監視器畫面為證；劉振祥身上是否有遙控器，與被告無關，更無法以此推定被告有參與詐賭；被告從未向許文樟等坦承詐賭，亦無詐欺未遂行為等語。經查：

㈠經查，被告於109年9月14日在本案賭場與證人即告訴人許文樟、潘明強、同案被告劉振祥打麻將，且與同案被告劉振祥同遭證人許文樟、潘明強指控詐賭等情，為被告所不爭執，且有證人即同案被告劉振祥、證人許文樟、潘明強於原審供述（見原審訴字卷一第505至534、417至456頁）可稽，此部分事實首堪認定。

㈡證人許文樟於原審審理時證稱：在109年9月14日前一週左

右，黃武昌有去我的賭場看監視錄影，黃武昌跟我說劉振祥、林湘華用手勢在作弊，後來我有問黃武昌他們是怎麼作弊的方法並錄影起來；後來在109年9月14日那天，劉蓮珠約我、被告、潘明強去賭，劉蓮珠打了1、2將就叫他弟弟劉振祥來，當天我有看到劉振祥那個手勢要什麼牌，我跟劉振祥、被告說你們詐賭，他們後來也有點緊張，被告要去廁所，被黃武昌帶去的人看到被告要刪掉手機裡劉振祥傳的訊息；我當天看到的是手勢，其他方式我也不知道；劉振祥從口袋掉出類似BBCALL的東西，黃武昌說那是作弊用的感應器，按幾下另一個人就會知道；方才說的感應器共發現1個等語（見原審訴字卷一第421至422、427頁）；又證人潘明強於原審審理時證稱：109年9月14日那天本來是劉蓮珠、許文樟、被告先跟我打麻將，打到一半的時候，劉蓮珠就叫劉振祥進來換手，就開始有詐賭的手勢出來，劉振祥跟被告比手勢；從劉振祥的口袋掉出來類似遙控器的東西；我有跟被告在外面聊，他說以後如果不太認識的人，叫我不要跟他們賭；（問：林湘華有無承認她有詐賭？）她有跟我說她今天沒有，但她手機裡有紀錄，還有劉振祥幾乎每一次，不是只有被告，因為他們有好幾個人都騙了我的錢；被告9月14日當天有無詐賭我不知道，但她有承認說她有詐賭，叫我這個地方以後不要再來，叫我不要跟不認識的人賭博，說我會輸死等語（見原審訴字卷一第450至455頁）。佐以劉振祥之手機裡確有學習報牌暗號之筆記，有劉振祥手機翻拍畫面1張在卷（見偵卷一第93頁），該手機內有以手勢報牌之教學影片，經原審勘驗屬實並有影片畫面擷圖附卷可參（見原審訴字卷一第282至283、293至294頁），綜上堪認同案被告劉振祥於109年9月14日有向被告打手勢要牌以詐賭。然依證人許文樟、潘明強所述，其等當日未有目擊到被告有比詐賭手勢、或回應劉振祥詐賭要牌手勢之舉措，當日亦未發現被告有攜帶感應器或接收器等情。

㈢證人黃武昌於原審審理時證稱：許文樟之前說他的賭場疑似

有人詐賭，在109年8月17日左右找我去看他賭場的錄影帶，錄影中我看到劉振祥、被告詐賭，錄影內容就是他們在用手勢要牌，左手舉起來就是中、花、白，左手放到桌下就是東、南、西、北，同時右手會比出明確的手勢；我看到的畫面中被告有比手勢；我沒有看到遙控器從劉振祥口袋掉出來，因為我沒有進去；年輕人他們有拿遙控器給我看，說有掉一個這個，我說這個就是像打電報這樣的遙控器；9月14日當天我沒有在場看被告打麻將等語（見原審訴字卷一第431至438頁）。是依證人黃武昌所述，其觀看之前監視器錄影，雖曾發現被告與劉振祥此前有以手勢共同詐賭之情，然其並未證述案發109年9月14日當日被告亦有相同犯行。

㈣證人丁椿宬於原審審理時證稱：109年9月14日當天我本來在廟那邊拜拜，後來證人黃武昌說要找我去看許文樟他們打麻將，我才前往本案賭場；我到本案賭場的時候，許文樟及潘明強和劉振祥、被告、劉蓮珠在爭執，許文樟說他們3人詐賭，但主要在桌上的人是劉振祥、被告，劉振祥、被告打死不承認，後來他們把手機拿出來放桌上，被告的手機裡就有劉振祥傳給她的訊息，對話中劉振祥問說「今天要不要做」，就是要不要詐賭，傳訊息的時間人還在麻將桌上，他們也無法狡辯；我看到的手機聯絡內容，劉振祥問「今天要開始嗎」類似這樣的句子，被告好像回說「今天我不想」；他們有輪流去廁所，去做什麼不知道，遙控器就不小心從劉振祥的口袋溜出來，長得像車鑰匙，我們就質疑他們，當天現場我們找到是只有1個感應器，他們進廁所不知道在幹嘛，會覺得是不是把它沖掉，我只是懷疑；我只有看監視器看一下下，劉振祥手會摸口袋，但我只看一段時間而已所以沒注意到比手勢，剛剛問我怎麼知道他們比什麼手勢，我當然不知道，他們怎麼配合的我怎麼會知道等語（見原審訴字卷一第441至447頁）。是案發109年9月14日當日證人丁椿宬並未到場觀看被告打麻將之情狀，當日其亦未發現被告有比手勢、攜帶感應器等情。

㈤又依證人黃武昌與被告間於109年8月17日通訊軟體對話紀錄，被告與證人黃武昌當日通話50秒後，被告以Line傳送「場子是碰到的，不是你的場子，我是拿阿祥薪水的，你要的去找阿祥商量，不關我事」予證人黃武昌，有對話紀錄1份存卷可參（見偵卷一第112頁），與證人黃武昌上開證稱於109年8月17日看證人許文樟提供之錄影帶而有發現劉振祥、被告以手勢詐賭等情相符，堪認被告可能於109年8月17日即透過黃武昌知悉其等已被懷疑，則其之後是否有配合劉振祥詐賭之意願，要非無疑。

㈥同案被告劉振祥109年9月14日4時29分、30分許，有以通訊軟體Line傳「也不報牌」、「用手」之訊息予被告，有對話紀錄擷圖1份存卷足憑（見偵卷一第111頁），足見此前打麻將過程中，被告並未有配合報牌予劉振祥之行為，劉振祥始傳送「也不報牌」、「用手」之訊息，要求被告以手勢報牌以詐賭，然被告並未以通訊軟體回應上開訊息；佐以證人即同案被告劉振祥於偵查中證稱：我跟被告要手勢，她一直搖頭跟我說不要（見偵卷二第29頁）；於原審審理時證稱：我有傳該簡訊，但被告沒有讀，也沒有答應我；她不願意等語（見原審訴字卷一第509頁）、證人許文樟、潘明強均證稱有目擊劉振祥當日有向被告打手勢要牌以詐賭，然未證稱有目擊到被告當日比詐賭手勢或回應劉振祥詐賭要牌手勢之舉措、當日未發現被告有攜帶感應器、暨前開證人黃武昌與被告間於109年8月17日通訊軟體對話紀錄，則被告當日是否有與同案被告劉振祥共同詐賭之犯意聯絡及行為分擔，非無合理懷疑。

㈦證人蔡秉叡證稱：許文樟有詐賭的證據，我不清楚詳情（見偵卷二第46頁）、張哲瑋證稱：我有看到劉振祥所傳要牌的訊息，劉振祥手一直在比，跟另一人使眼色（見偵卷二第43至44頁），均尚不足以證明被告當日有與同案被告劉振祥有犯意聯絡及行為分擔；另檢察官所舉檢察事務官手機勘驗報告，主張依同案被告劉振祥與真實姓名年籍不詳之「麻友阿

芬」之通訊軟體對話，足證同案被告劉振祥有找同桌打麻將之人配合詐賭之習慣與配合方法（參起訴書證據清單欄編號14)，然此通話難認與被告有涉，不足引為不利被告之認定。

㈧至證人黃武昌、許文樟、潘明強固均曾證稱被告有在外面承認詐賭。然衡以證人黃武昌於原審審理時證稱：我叫被告出來外面講話，講說應該承認的事情就應該承認，大家比較不會有什麼事情，被告就推來推去，就說好好好，然後講一些沒有用的話，閃躲、沒有正面回答的意思；我跟被告說有詐賭應該要承認，若承認就叫我們主委許文樟大家小事化無就算了，若不承認的話那我就不知道了；被告有承認，她說好我盡量跟你們配合，大家化為沒事就可以走了，最早走就是她，被告有說是劉振祥找來幫忙詐賭等語（見原審訴字卷一第432至433、435、438頁），佐以證人潘明強證稱：（問：林湘華有無承認她有詐賭？）她有跟我說她「今天」沒有；被告9月14日當天有無詐賭我不知道等語(見原審訴字卷一第450至451、453頁)，非無可能被告值此遭懷疑當日詐賭之情境下，為求盡快脫身而坦承，此部分憑信性偏低，不足引為不利被告之認定。

㈨綜上，依檢察官所舉證據方法，就公訴意旨所指被告犯行，在訴訟上之證明，尚未達於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，即屬不能證明被告犯罪，揆諸首開說明，應為無罪之諭知。原審法院遽為被告有罪之判決，尚有未合。檢察官上訴，指摘原審關於被告之量刑不當，為無理由，被告上訴否認犯罪，為有理由，應由本院將原判決關於被告部分撤銷，改諭知被告無罪。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第301條第1項，判決如主文。

本案經檢察官王宗雄提起公訴，檢察官林涵慧提起上訴，檢察官陳明進到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　7　　日

刑事第四庭　　審判長法　官　林柏泓

法　官　錢衍蓁

法　官　葉乃瑋

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　程欣怡

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　7　　日