

最高法院刑事判決

112年度台上字第668號

上訴人 楊弼勝

選任辯護人 葛光輝律師

上列上訴人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國111年11月10日第二審判決（111年度金上訴字第160、161號，起訴及追加起訴案號：臺灣高雄地方檢察署109年度少連偵字第307號、109年度偵字第22745號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人楊弼勝有如其事實欄（下稱事實欄）所載犯行，因而維持第一審就原判決事實欄一之（一）至（七）所示犯行，依想像競合犯之例，從一重分別論處上訴人犯三人以上共同冒用公務員名義詐欺取財合計7罪刑（事實欄一之（一）至（六）所示犯行，均想像競合犯洗錢防制法第14條第1項之一般洗錢罪，以及事實欄一之（七）所示犯行，想像競合犯洗錢防制法第14條第2項之一般洗錢未遂罪；事實欄一之（一）、（二）所示犯行，並想像競合犯刑法第339條之2第1項之非法由自動付款設備取財罪；事實欄一之（一）所示犯行，

01 並想像競合犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪
02 組織罪），並定應執行有期徒刑4年4月，暨諭知相關沒收
03 （追徵）之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳述其所
04 憑之證據及得心證之理由。並就上訴人於原審審理時所辯各
05 節，如何不可採信，於理由中詳為論駁。核其所為論斷說
06 明，俱有卷內證據資料可資覆按，自形式上觀察，原判決並
07 無足以影響其判決結果之違法情形存在。

08 三、上訴意旨略以：

09 （一）原判決採取第一審共同被告楊凱歲於警詢、偵訊時所為不利
10 於上訴人之證詞，認定上訴人犯罪事實。惟上訴人於民國10
11 8年10月16日，從金門出境至大陸地區，並於同年10月24
12 日，再自大陸地區入境金門，而於10月27日返臺等情，有上
13 訴人之出入境資料及在金門住宿資料為證。可見事實欄一之
14 （二）至（五）所示犯行之犯罪時間，上訴人均未在臺灣，不可
15 能參與此部分犯行。又楊凱歲於111年11月27日親自書寫信
16 函，陳稱：其僅於上訴人在臺灣時，始將詐欺所得贓款交付
17 上訴人。上訴人不在臺灣時，楊凱歲係自行與所屬詐欺集團
18 其他成員聯絡，並交付詐欺所得贓款以賺取報酬。上訴人對
19 此部分（即事實欄一之（二）至（五））所示犯行，並不知情等
20 語。原判決採信楊凱歲虛偽不實之證述，遽為不利於上訴人
21 之認定，有理由欠備之違法。

22 （二）上訴人成立累犯之前案係過失傷害案件，本案所犯之加重詐
23 欺取財罪，與前案罪質不同，且犯罪時間有相當差距；上訴
24 人已與告訴人即被害人張華卿、吳文興、朱麗玉及陳茵楨等
25 人達成民事上調解，並取得各該被害人之諒解。原判決逕依
26 刑法第47條第1項累犯之規定，予以加重其刑，並於量刑時
27 漏未審酌上情，致所為量刑及定應執行刑過重，有適用法則
28 不當之違誤。

29 四、惟按：

30 （一）刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或
31 自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各

01 別被告及犯罪事實仍獨立存在。共同被告對於其他共同被告
02 之案件事實而言，為被告以外之第三人，基於嚴格證明法
03 則，依據法定證據方法，本質上屬於「證人」。刑事被告享
04 有與證人對質詰問之權利，屬憲法第16條所定訴訟基本權，
05 亦為其訴訟上之防禦權，且屬憲法第8條第1項所定正當法律
06 程序所保障之權利。是為確保被告對證人之詰問權，證人於
07 審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰
08 問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。至於被
09 告以外之人，不論係證人或共同被告等，於審判外之陳述，
10 依法律特別規定得作為證據者，「除客觀上不能受詰問者
11 外」，於審判中，仍應依法踐行詰問程序（司法院釋字第58
12 2號解釋意旨參見）。據此，刑事訴訟法關於傳聞法則之例
13 外規定，應結合司法院釋字第582號解釋所揭槩憲法對質詰
14 問權保障的觀點。亦即符合傳聞法則例外，經立法者認為具
15 證據能力之審判外陳述，如未能使被告於偵查或審判程序
16 中有與證人對質詰問之機會，則必須符合對質詰問權之例外事
17 由，始無侵害被告憲法上對質詰問權。

18 (二)對質詰問權既係保障刑事被告防禦權受公平審判之核心內
19 涵，應以對被告防禦權的補償，作為對質詰問容許例外的必
20 要條件，至少應包括以下主要原則：

- 21 1. 義務法則：國家機關應先履行自身的促成傳喚義務（包括拘
22 提），始能容許對質詰問權的例外。據此，法院如引用證人
23 不利於被告的審判外筆錄，作為裁判之基礎，在職權主義原
24 則下，必須法院已克盡傳拘該證人之訴訟照料義務；在當事
25 人進行原則下，必須該證人仍無法親自到庭之情形。
- 26 2. 歸責法則：不利於被告之證人所以不能到庭，非肇因於可歸
27 責於國家之事由所致，倘係可歸責於國家之事由，則不能援
28 引未經對質詰問之審判外陳述。
- 29 3. 防禦法則：法院採信不利證人先前未經對質詰問或其他書面
30 陳述，應先予被告有以其他方式質疑該審判外陳述或證言之
31 機會，例如傳訊其他證人檢驗、彈劾該審判外陳述之可信

性，亦即至少應予被告有選擇行使次佳防禦權的機會，此亦可稱之為「次佳防禦法則」，而次佳防禦法則可謂同時具有對證據能力與證明力的雙重限制。憲法法庭112年憲判字第12號判決亦宣示：就被告因此無從對該等證人行使對質、詰問權所生防禦權損失，即應審認被告是否已於整體訴訟程序上享有相當之防禦權補償，而使其未能對未到庭證人行使對質、詰問權所生之不利益，獲得適當之衡平調整。例如，於未到庭證人之警詢陳述證據能力有無之調查程序中，被告即得對警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人行使詰問權，並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明未到庭證人之警詢陳述是否存在特別可信之情況，而得為證據。

4. 佐證法則：該不利陳述（傳聞）仍不得作為有罪裁判的主要或唯一證據，仍應輔以其他證據，以驗證該不利陳述的真實性。憲法法庭112年憲判字第12號判決亦宣示：另法院於後續審判期日調查證據程序中，亦應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失；包括在調查證據程序上，強化被告對到庭證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以未到庭證人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，而應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。

（三）原判決說明：楊凱歲通緝中，並經傳拘無著，足認其所在不明而傳喚不到。楊凱歲於警詢陳述時，距離事發時點較近，記憶較為深刻，且無來自上訴人帶來之壓力，自警詢陳述時之原因、過程、內容及功能等外在環境觀察，應係出於其真意所為之陳述，且無其他證據顯示其於警詢之陳述有受污染而不適作為證據之瑕疵，應具有特別可信性，且上訴人及其辯護人並未釋明楊凱歲之警詢陳述有何不可信之情況；又楊凱歲於警詢時所為之陳述，為證明上訴人犯罪事實之存否所必要，而具證據能力。又事實欄一之（二）所示詐騙被害人吳文興；一之（三）所示詐騙被害人朱麗玉，楊凱歲於警詢時，均係

01 證述：我收款之後回我堂哥家，我堂哥楊弼勝打電話給我，
02 表示會有人來家裡收詐騙所得，後來就有一名陌生男子到家
03 裡，問我是否楊弼勝的弟弟，我就將詐騙所得交給他等語。
04 另於109年4月9日、4月17日偵訊時，分別具結證稱：「我在
05 集團負責收錢，將錢交給楊弼勝或楊弼勝找來的人」、「楊
06 弼勝是我們這個集團負責跟大陸聯絡的人」、「我收的贓款
07 都是交給楊弼勝或是交給楊弼勝派來的人，我不會越過楊弼
08 勝去交給上面的人，因為我沒有上面的人的聯絡方式，模式
09 都是我去跟下面的人收錢，再交給楊弼勝或楊弼勝派來的
10 人，楊弼勝再匯過去大陸」等語。可知楊凱歲所收取之詐欺
11 贓款，均是交給上訴人或上訴人指派前來收款之人。且上訴
12 人於第一審審理時，對於包括事實欄一之(二)至(五)，以及
13 事實欄一之(一)、(六)、(七)所示犯行，均始終坦承有收到
14 楊凱歲交付之贓款。足認上訴人就事實欄一之(二)至(五)所
15 示犯罪時間，雖均未在臺灣，但仍得指派他人向楊凱歲收取
16 詐欺所得贓款等旨。原判決認定上訴人有事實欄一之(二)至
17 (五)所示犯行，並非僅以楊凱歲於警詢之陳述，尚有偵訊時
18 相符之陳述，以及上訴人於第一審審理時所為不利於己之供
19 述。又原審審理時，使上訴人有對楊凱歲警詢所述，有所舉
20 證及聲請調查證據之機會。原判決就證據能力之認定，符合
21 且未違前述義務及歸責法則；證明力之判斷前提，亦符前述
22 防禦及佐證法則之要求，於法尚無不合。此部分上訴意旨泛
23 指：原判決採信楊凱歲於審判外之證述，為不利於上訴人之
24 認定，有理由欠備之違法等語，自非合法之上訴第三審理
25 由。至上訴意旨另提出自稱「楊凱歲」者，於111年11月27
26 日即原判決宣示後，所書立之信函，用以推翻楊凱歲於警
27 詢、偵訊中所言。惟本院為法律審，依刑事訴訟法第394條
28 規定意旨，第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決
29 基礎，故於第二審判決後，原則上本已不得再為主張新事實
30 或提出新證據，而資為第三審上訴之理由，附此敘明。

01 (四)司法院釋字第775號解釋所揭示：「於不符合刑法第59條所
02 定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪
03 責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受
04 憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原
05 則，牴觸憲法第23條比例原則」之意旨，係例示如何於個案
06 中調節罪刑不相當之情，並無排除法官於認定符合累犯後，
07 仍得就個案行使裁量權，檢視是否加重其刑之理。從而，對
08 於成立累犯之行為人，固非一律必須加重其刑，事實審法院
09 檢視行為人前、後案情節，其與後案的罪質等相關情狀，以
10 個案認定行為人是否具特別惡性及對刑罰反應力薄弱等情，
11 作為加重其刑之事由，自難指為違法，亦無違司法院釋字第
12 775號解釋意旨。

13 原判決說明：上訴人前因過失傷害案件，經法院判處有期徒刑
14 2月確定，於107年9月12日易科罰金執行完畢，其於有期
15 徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本件有期徒刑以上之各
16 罪，均成立累犯。依上訴人前案及本案犯罪情節，並無應量
17 處最低法定刑、又無法適用刑法第59條酌量減輕其刑等規定
18 之情事，而依累犯規定加重其刑等語。原判決已審酌上訴人
19 前案及本案犯行情節，自包括距前案執行完畢僅1年有餘，
20 即再犯本案，且所為並非僅係車手之犯罪情節，以及足認有
21 對刑罰反應力薄弱情事，並無加重最低本刑不符罪責相當原
22 則之情事。依上述說明，尚無不合。此部分上訴意旨泛指：
23 原判決依累犯規定加重其刑違法等語，難認係適法之上訴第
24 三審理由。

25 (五)關於刑之量定及執行刑之酌定，屬事實審法院得依職權裁量
26 的事項，法院就具體個案犯罪，以行為人的責任為基礎，審
27 酌刑法第57條所列各項罪責因素後，予以整體評價，而為科
28 刑輕重標準的衡量，使罰當其罪，以實現刑罰權應報正義，
29 並兼顧犯罪一般預防與特別預防之目的，倘其未有逾越法律
30 所規定範圍，或明顯濫用其權限情形，即不得單憑主觀，任
31 意指摘為違法，而據為合法上訴第三審的理由。

01 原判決係以第一審審酌上訴人雖與事實欄一之(一)、(二)、
02 (三)、(五)之告訴人即張華卿、吳文興、朱麗玉、陳茵楨等
03 人分別以新臺幣10萬元、30萬元、28萬元、22萬元之賠償款
04 項，達成民事上調解，惟就吳文興部分完全未履行賠償，就
05 張華卿、朱麗玉、陳茵楨部分，則僅各給付第一期款後，未
06 再履行後續賠償等情，可認上訴人未有確實履行賠償之誠
07 意；兼衡參與詐欺集團之規模、犯罪情節輕重、角色分工地
08 位、所得報酬高低等一切情狀，而為量刑。併綜衡上訴人各
09 次犯行均出於同一犯罪動機、各次犯行之間隔短暫、所犯各
10 罪之罪質相同等整體犯罪情狀，參酌刑法第51條第5款所採
11 限制加重原則，定其應執行有期徒刑4年4月。經核量刑及定
12 應執行刑均無違法、不當，因而予以維持。原判決所為量刑
13 及定應執行刑，並未逾越法定刑，亦無明顯濫用裁量權而有
14 違反公平之情形，核屬事實審法院量刑裁量職權之適法行
15 使，自難任意指為違法。

16 五、綜上所述，上訴意旨係就原判決已明確論斷說明，以及採證
17 認事、量刑裁量職權之適法行使，再事爭執，顯與法律規定
18 得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。應認本件關於
19 加重詐欺取財、一般洗錢及參與犯罪組織部分之上訴，均為
20 違背法律上之程式，予以駁回。又刑事訴訟法第376條第1項
21 各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷
22 第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，而
23 諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴
24 外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。另實
25 質上或裁判上一罪關係之一部不得上訴於第三審法院，而他
26 部得提起上訴時，依審判不可分之原則，第三審法院應就全
27 部併予審判，係指得上訴部分經提起合法上訴者，始有其適
28 用。如得提起上訴部分之上訴為不合法，法院既應從程序上
29 駁回該部分之上訴，而無從為實體上判決，則不得上訴部
30 分，無從適用審判不可分原則，併為實體上審判。本件既以
31 上訴不合法法律上之程式，駁回上訴人得提起上訴之加重詐欺

01 取財、一般洗錢及參與犯罪組織部分之上訴，則上訴人事實
02 欄一之(一)、(二)所示犯行想像競合所犯具有裁判上一罪關
03 係之刑法第339條之2第1項非法由自動付款設備取財罪，核
04 屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定經第二審判決者，不
05 得上訴於第三審法院之罪之案件。上訴人關於非法由自動付
06 款設備取財部分之上訴，已無從併為實體上審判，應毋庸審
07 酌有關此部分之上訴理由，併予駁回。

08 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

09 中 華 民 國 112 年 10 月 26 日

10 刑事第五庭審判長法官 李錦樑

11 法官 周政達

12 法官 蘇素娥

13 法官 林婷立

14 法官 錢建榮

15 本件正本證明與原本無異

16 書記官 杜佳樺

17 中 華 民 國 112 年 10 月 30 日