最高法院刑事判決

115年度台上字第141號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官蔣志祥
上　訴　人
即　被　告　張祐誠

選任辯護人　何金陞律師
上　訴　人
即　被　告　湯堰淋

選任辯護人　林士煉律師
　　鍾承哲律師
上　訴　人
（ 被告 ）　李孟庭

　　邱振發

　　呂聖德

上列上訴人等因被告等違反組織犯罪防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年11月11日第二審判決（114年度金上訴字第1157、1158號，起訴及追加起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第27338、42425、61444號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於一、張祐誠、李孟庭就如其附表二所示不詳被害人犯三人以上共同詐欺取財罪刑；二、湯堰淋有罪；三、張祐誠未扣案之犯罪所得沒收、追徵及如其附表四編號18至20所示之扣案物品、附表五編號1、2、6、8至10、13至17、20所示之扣押標的不予宣告沒收部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理　由

甲、撤銷發回（即原判決關於一、上訴人即被告張祐誠、上訴人李孟庭就如其附表二所示不詳被害人犯三人以上共同詐欺取財〔下稱加重詐欺〕罪刑；二、上訴人即被告湯堰淋有罪；三、張祐誠未扣案之犯罪所得沒收、追徵及如其附表四編號18至20所示之扣案物品、附表五編號1、2、6、8至10、13至17、20所示之扣押標的不予宣告沒收）部分

壹、按沒收新制已將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，已非刑罰之從刑，訴訟程序上有其自主性與獨立性，其雖以犯罪（違法）行為存在為前提，但二者非不可分離審查。即使對本案上訴，倘原判決沒收部分與犯罪事實之認定及刑之量定，予以分割審查，並不發生裁判歧異之情形者，即無上訴不可分之關係，當原判決採證、認事及刑之量定均無不合，僅沒收部分違法或不當，自可分離將沒收部分撤銷改判或發回，其餘本案部分予以判決駁回，合先敘明。

貳、本件原審審理結果，認定張祐誠、湯堰淋、李孟庭有如原判決犯罪事實欄（下或稱事實欄）所載之犯行，因而撤銷第一審判決關於張祐誠有罪部分之科刑判決，改判各依想像競合犯，從一重論處張祐誠如其附表一、二「本院主文」欄所示之罪刑，及為相關沒收之宣告。另維持第一審關於各依想像競合犯，從一重論處㈠、湯堰淋如其附表一、二「罪名及宣告刑」欄所示罪刑（附表二部分係第一審裁定更正後之罪刑，詳如後述）；㈡李孟庭如其附表一、二「罪名及宣告刑」欄所示之罪刑（附表二部分係第一審裁定更正後之罪

刑，詳如後述），及為相關沒收宣告部分之判決，駁回其等及檢察官此部分在第二審之上訴（原審維持第一審關於諭知張祐誠、湯堰淋、李孟庭無罪部分，及原判決說明不能證明湯堰淋有被訴涉犯組織犯罪防制條例第3條第1項前段之罪部分，均未據檢察官上訴，不在本院審判範圍）。其中關於㈠張祐誠、李孟庭就如其附表二所示不詳被害人犯加重詐欺罪刑；㈡湯堰淋有罪；㈢張祐誠未扣案之犯罪所得沒收、追徵及如其附表四編號18至20所示之扣案物品、附表五編號1、2、6、8至10、13至17、20所示之扣押標的不予宣告沒收部分。固非無見。

參、惟查：

一、第一審判決漏判部分

㈠裁判如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤或其正本與原本不符，而於全案情節與裁判本旨無影響者，法院得依聲請或依職權以裁定更正；對於更正或駁回更正聲請之裁定，得為抗告。但裁判於合法上訴或抗告中，或另有特別規定者，不在此限。民國112年6月21日修正公布之刑事訴訟法第227條之1第1項、第3項分別定有明文。是非屬前述所稱誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤，或其錯誤已影響於全案情節與判決本旨者，法院自不得以裁定更正。又判決之主文，係取捨證據、認定事實、適用法律之結果，以確認國家對被告犯罪事實之刑罰權存在與否及所論處之罪名、應科之刑罰等具體刑罰權之內容，是判決之實體確定力，僅發生於主文。如主文未記載，縱使於判決之事實或理由內已敘及，仍不生實質確定力，即不得認已判決，而屬漏未判決。參諸前揭規定之立法理由已載明「裁判違誤或不符，如已影響於全案情節與裁判本旨者（例如主文有期徒刑之刑期錯誤、易服勞役之折算標準錯誤等情形），即非得依本條以裁定更正」、「對於更正或駁回更正聲請之裁定，均得提起抗告，以資救濟。惟如本案裁判於合法上訴或抗告中，即不得再以抗告程序聲明不服，而應一併由本案之上訴審或抗告法院處理」。判決主

文所漏未記載之罪刑，自不得以裁定更正方式補充之。如予更正，顯然足以影響判決之本旨，要屬違法。如本案裁判於合法上訴中，併受本案之上訴審法院審查。另業經起訴之犯罪事實，法院僅就其中一部分判決，若未經判決事項，與已判決部分並無審判不可分關係，本應分別裁判，則法院疏未併同裁判，純屬得依法請求漏判之法院為補充判決問題，與已受請求之事項未予判決之違法情形不相適合。且該漏判部分既未經法院實體審判，訴訟關係尚未消滅，上訴之客體既不存在，要不得對之提起上訴。如經當事人提起上訴，自應以其上訴為不合法，予以駁回。

㈡第一審判決就張祐誠、湯堰淋、李孟庭加重詐欺如原判決附表二所示不詳被害人部分，其主文第1、3、5項依序諭知「張祐誠犯如……附表二『罪名及宣告刑』欄所示之罪，各處如……附表二『罪名及宣告刑』欄所示之刑。」、「湯堰淋犯如……附表二『罪名及宣告刑』欄所示之罪，各處如……附表二『罪名及宣告刑』欄所示之刑。」、「李孟庭犯如……附表二『罪名及宣告刑』欄所示之罪，各處如……附表二『罪名及宣告刑』欄所示之刑」。（見第一審判決第2頁）。雖其理由欄甲、貳、二、㈦之2及㈨分別說明其等各應依想像競合犯，均從一重論以加重詐欺罪，分別量處「如附表……二所示之刑」（見第一審判決第33、37頁）。惟其附表二「罪名及宣告刑」欄內則無任何記載（見第一審判決第83頁），自屬漏未判決。第一審113年度金重訴字第1392號、114年度金重訴字第115號裁定，以第一審判決漏載而有正本與原本不符之情形，將第一審判決附表二「罪名及宣告刑」欄之「漏載」，裁定更正為「張祐誠犯三人以上共同詐欺取財罪，處有期徒刑參年捌月。」、「湯堰淋犯三人以上共同詐欺取財罪，處有期徒刑參年柒月。」、「李孟庭犯三人以上共同詐欺取財罪，處有期徒刑參年陸月。」顯然足以影響判決之本旨，依前揭說明，自屬違法。檢察官、張祐誠、湯堰淋及李孟庭分別對於第一審漏判部分提起上訴，原

審未就違法之更正裁定加以審查，並以其等此部分之上訴為不合法，予以駁回，逕對第一審漏判部分為實體判決，俱非適法。

二、湯堰淋有罪（如原判決附表一所載）部分

㈠按審理事實之法院，對於案內一切證據，除認為不必要者外，均應詳為調查，然後基於調查所得之心證，以為判斷事實之基礎，如有應行調查之證據未經依法調查，或證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，即有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又共同實行犯罪行為之人，在共同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，彼此協力、相互補充以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。而共同正犯分擔之行為，並不以參與實行構成要件行為為限，即使是參與實行構成要件以外之行為，祇須該行為對於犯罪目的之實現具有貢獻，亦屬之。又共同正犯之成立，除同謀共同正犯外，以有犯意之聯絡與行為之分擔為要件，而此項要件，除應於事實欄內詳加記載外，並應於理由內逐一說明其認定此項事實所憑之證據，方足資為論罪科刑之根據。至以自己共同犯罪之意思，事前同謀，推由其中部分之人實行犯罪，並未分擔犯罪行為實行之同謀共同正犯，與其他正犯間如何事前同謀、所參與謀議之內容為何，攸關是否成立同謀共同正犯，亦應於事實欄明白記載，並於理由內說明所憑之證據及認定之理由，始稱適法。

㈡原判決認定湯堰淋確有基於與張祐誠等人共同參與本案電信機房之犯意聯絡，而共犯本件如其附表一所示犯行。其事實欄載敘：湯堰淋（通訊軟體Telegram暱稱「HL」）為張祐誠之配偶，基於參與代號「福由道德自修來」之本案電信機房之犯意，自111年12月14日起，加入本案電信機房，負責協助張祐誠處理本案電信機房成員廖修賢等人為警查獲後，因遭檢警偵查、起訴之訴訟事宜、給付金錢之事（見原判決第3頁）。理由欄乙、貳、三、㈥之1至3及四之㈤並說明：暱

稱「HL」之手機確為湯堰淋所使用。湯堰淋確有協助處理電信手廖修賢等人因本案電信機房遭檢警查獲後，包含協助與律師聯繫、交保等訴訟事宜。且依湯堰淋與廖修賢辯護人之對話譯文內容，湯堰淋清楚廖修賢等人涉案情節，甚至特意向辯護人確認是否涉及參與犯罪組織問題，表示會負責後續相關交保費用，及給予廖修賢叔叔相關費用，並於對話中屢次告以「我」、「我們這邊」，全然不是代人轉達。對辯護人提問關於錢之集團核心之事，均態度堅定而無猶豫地回應，對於實際上已給付廖修賢叔叔款項、協助處理廖修賢在外事物等情知之甚稔。其除負責與辯護人聯繫外，更實際親自到法院旁聽，追蹤案件進度後向張祐誠報告，顯非對於本案電信機房毫不知情。另由張祐誠與暱稱「HL」（即湯堰淋）之Telegram對話紀錄，張祐誠曾將其因不滿本案電信機房成員「海軍」而將之開除之訊息告知湯堰淋，可見張祐誠與湯堰淋間平時即有就本案電信機房經營狀況及內部組成成員有所討論、瞭解。再者，觀之張祐誠於113年4月23日在本案電信機房內部成員用於記錄機房支出所用之群組「終極密碼」內標示老婆，並指示暱稱「HL」之湯堰淋協助轉知廖修賢等人具保後之後續狀況，湯堰淋即於群組內詢問機房成員關於期間共給付廖修賢叔叔多少錢等事項，以及群組內成員對於張祐誠指示暱稱「HL」之湯堰淋，湯堰淋於群組內提問等過程並未提出疑惑，旋即回覆等情，可知暱稱「HL」之湯堰淋本即在本案電信機房所用之內部群組內，且群組內成員亦均知悉湯堰淋為本案電信機房成員之一。足證湯堰淋非僅對於張祐誠經營本案電信機房有所認識，更確實參與其中，與張祐誠、李孟庭等人間共犯本案。再者，觀諸本案詐欺集團之犯罪型態，係由多人分工方能完成，倘其中某一環節脫落，將無法順利達成詐欺結果，該犯罪集團成員雖因各自分工不同而未自始至終參與其中，惟其等所參與之部分行為，仍係相互利用該犯罪集團其他成員之行為，以遂行犯罪目的。湯堰淋雖未參與本案電信機房所有分工內容，甚而未有

實際擔任電信機手或收取詐欺贓款之詐騙行為，然其明知本案電信機房為一犯罪組織，基於參與犯罪組織之犯意，而為前揭行為分工，自應與原判決附表一編號1至132所示參與詐騙之行為人，各依刑法第28條論以共同正犯（見原判決第34至40、47頁）。

㈢然查，原判決認定警方係於112年10月17日查獲張祐誠所管領之二線電信機手廖修賢等人，且湯堰淋加入本案電信機房後，僅負責協助張祐誠處理本案電信機房成員廖修賢等人為警查獲後，因遭檢警偵查、起訴之訴訟事宜、給付金錢之事（見原判決第3、4頁）。如果無誤，湯堰淋似未參與實行加重詐欺、洗錢犯罪構成要件行為，且於負責協助張祐誠處理本案電信機房成員之訴訟及後續費用給付事宜前，就本案電信機房成員所實行加重詐欺、洗錢行為，亦無任何行為之分擔。則湯堰淋是否係以自己共同犯罪之意思，協助張祐誠處理本案電信機房成員廖修賢等人因遭檢警偵查、起訴之訴訟事宜、給付金錢之事？湯堰淋自何時起與本案電信機房成員形成共同犯罪之意思？如何事前同謀、所參與謀議之內容為何？均欠明瞭。此等事項攸關湯堰淋是否、何時成立共同正犯之認定。原審均未予調查釐清，復未於事實欄明白認定，並於理由內說明所憑依據。僅因湯堰淋知悉其夫張祐誠經營本案電信機房，及張祐誠曾於某年（湯堰淋上訴意旨指稱係113年）3月20日（見113年度偵字第27338號卷第8、529頁），將開除本案電信機房某成員之訊息告知湯堰淋，以及張祐誠於113年4月23日在群組「終極密碼」內標示「老婆」，並指示暱稱「HL」之湯堰淋協助轉知廖修賢等人具保後之後續狀況，湯堰淋即於群組內詢問機房成員有關給付廖修賢叔叔之金額等事項，而群組內成員對湯堰淋之提問未表疑惑等情，即認湯堰淋自111年12月14日起加入本案電信機房，而基於參與犯罪組織之犯意，分擔實行協助張祐誠處理本案電信機房成員廖修賢等人因遭檢警偵查、起訴之訴訟事

宜、給付金錢之事，應論以共同正犯。自嫌速斷，有判決理由不備及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

三、張祐誠未扣案之犯罪所得沒收、追徵及原判決附表四編號18至20所示之扣案物品、附表五編號1、2、6、8至10、13至17、20所示之扣押標的不予宣告沒收部分

㈠為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪，且為遏阻犯罪誘因，並落實「任何人都不得保有犯罪所得」之普世基本法律原則，刑法第38條之1已明文規範犯罪利得之沒收，期澈底剝奪不法利得，以杜絕犯罪誘因。關於犯罪所得之範圍，依該條第4項規定，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。所稱「其變得之物」，係指犯罪與利得之間，因介入其他法律或事實行為而欠缺直接關聯性之「間接利得」，包括因運用而得之財產及以利得換得之替代物。又組織犯罪防制條例第7條規定：犯第3條之罪者，其參加之組織所有之財產，除應發還被害人者外，應予沒收（第1項）。對於參加組織後取得之財產，未能證明合法來源者，亦同（第2項）。就犯同條例第3條之罪之行為人，其所參加之犯罪組織所有之財產，及其於參加犯罪組織後所取得之財產，為不同沒收條件之規定。前者係剝奪行為人所得支配之源自其本案犯罪行為而取得之財產，乃本案一般利得沒收之規定；後者則針對非本案犯罪行為而取得之來源不明財產，特設補充性沒收之規定。後者旨在考量組織犯罪猖獗，具有集團性及持續性，不法行為獲利甚豐，司法實務常因窮盡司法資源仍未能調查得悉行為人所得支配財產之可能來源，如不能宣告沒收，即無法貫徹任何人皆不得保有刑事不法利得之普世基本法律原則，更難以消弭組織犯罪之誘因，將使組織犯罪防制成效難盡其功，乃將參加組織後取得之財產合法歸屬證明責任，採取舉證責任移轉之立法制度。是以，祇要有一定事證足認系爭不明財產，係行為人犯同條例第3條之罪後所取得之財產，但非源自於本案犯罪行為，即採取舉證責任移轉，非由代表國家之檢察

官負舉證責任，而係由行為人負舉證責任，在行為人未能反證證明系爭不明財產為合法來源之情況下，即應予沒收。

㈡原判決認定如其附表一編號1、4至9、105、108、113、116、121、122、130至132所示被害人及如其附表二所示不詳被害人遭詐欺所匯入之款項扣除水房抽成後，即為張祐誠未扣案之犯罪所得，應予宣告沒收、追徵。理由欄乙、貳、五、㈢之2及附表四備註欄分別說明：扣案如原判決附表五所示之物，依檢察官提出之事證，尚難係本案犯罪所得與而具有同一性，自無從宣告沒收（見原判決第52頁）；附表四編號18至20所示之扣案物品，無證據證明與本案有關（見原判決第241頁）。惟查，如原判決附表四編號18至20所示之扣案物品及附表五編號1、2、6、8至10、13至17、20所示之扣押標的，是否係張祐誠犯罪所得變得之物或張祐誠所得支配之源自其本案犯罪行為而取得之財產？如係張祐誠參加本案詐欺集團犯罪組織後所取得非源自於本案犯罪行為之財產，張祐誠對其為合法來源，是否已盡舉證責任？此攸關該等扣案（押）物應否宣告沒收及張祐誠之犯罪所得應如何宣告沒收（追徵）之認定。原審未予調查釐清，並為必要之說明及論斷。泛以檢察官提出之事證，尚難認該等扣押物係本案犯罪所得而具有同一性，遽行認定張祐誠應沒收追徵之未扣案之犯罪所得如原判決主文第2項所示，如原判決附表四編號18至20所示之扣案物品及附表五編號1、2、6、8至10、13至17、20所示之扣押標的，皆不予宣告沒收。有適用法則不當、判決理由不備及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

肆、以上或係檢察官、湯堰淋上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於前述部分，有撤銷發回更審之原因。又案經發回，檢察官上訴意旨主張如原判決附表五編號4、5所示之扣押標的及購屋現金，係湯堰淋參與本案犯罪組織後所取得。如原判決附表四編號26至28、32所示之扣案物品及附表五編號7、11、12、18至20所示之扣押標的，

扣除湯堰淋案發前金融帳戶之存款後，為其參與本案犯罪組織後所取得之財產，應依組織犯罪防制條例第7條規定宣告沒收部分，允宜注意斟酌。

乙、上訴駁回（即原判決關於一、張祐誠如其附表一所示「本院主文」欄所示之罪刑及宣告張祐誠扣案如其附表四編號1至9、11至17所示之物均沒收；二、李孟庭如其附表一所示「本院主文」欄所示之罪刑及相關沒收宣告；三、上訴人邱振發、呂聖德）部分

壹、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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

貳、本件原審以張祐誠、李孟庭、邱振發、呂聖德（下稱張祐誠等4人）經第一審判決，各依想像競合犯，從一重論處㈠張祐誠如其附表一「罪名及宣告刑」欄所示之罪刑，及宣告沒收扣案如其附表四編號1至9、11至17所示之物；㈡李孟庭如其附表一「罪名及宣告刑」欄所示之罪刑，及為相關沒收之宣告；㈢邱振發如其附表一編號5、6、8至10、37、58、105、108、113「罪名及宣告刑」欄所示之罪刑，及為相關沒收之宣告；㈣呂聖德如其附表一編號3「罪名及宣告刑」欄所示之罪刑後，張祐誠全部提起上訴，李孟庭、邱振發、呂聖德（下稱李孟庭等3人）明示僅就第一審判決之刑部分提起上訴，檢察官則就張祐誠、李孟庭全部提起上訴，經原審審理結果，撤銷第一審判決關於㈠張祐誠如其附表一所示有罪；㈡邱振發之刑部分。改判㈠依想像競合犯，從一重論處張祐誠如其附表一「本院主文」欄所示之罪刑，及宣告沒收扣案如其附表四編號1至9、11至17所示之物；㈡量處邱振發

如其附表一編號5、6、8至10、37、58、105、108、113「原審罪名及宣告刑」欄所示之刑。另維持第一審關於㈠李孟庭如其附表一「罪名及宣告刑」欄所示之罪刑，及為相關沒收宣告；㈡呂聖德所處之刑部分之判決，駁回檢察官及李孟庭、呂聖德此部分在第二審之上訴。原判決㈠就張祐誠、李孟庭部分，已詳敘認定犯罪事實所憑證據及理由。㈡就邱振發、呂聖德部分，亦已詳敘審酌所憑之依據及判斷之理由。

參、證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。

一、原判決綜合判斷卷內證據資料，認定張祐誠確有本件如其附表一所示犯行。並敘明：本案電信機房係由張祐誠發起、操縱、指揮，電子錢包0000000000000000000000000000000000（下稱A電子錢包）、0000000000000000000000000000000000（下稱B電子錢包）確係張祐誠持有，用以接收水房將詐欺贓款轉成之泰達幣。又加密貨幣電子錢包有熱錢包和冷錢包，熱錢包只要輸入帳號、密碼，冷錢包只要持有公鑰、私鑰，均可交易，並無非綁定手機不能使用之問題。況本案為集團犯罪，張祐誠雖經拘提、羈押，非無其他未到案之集團共犯可操作A、B電子錢包。張祐誠經拘提初始，或供稱其忘記冷錢包密碼，或否認A、B電子錢包為其錢包地址，或稱無法提供A、B電子錢包公鑰、私鑰，致A、B電子錢包內之加密貨幣於其遭拘提、羈押後仍遭轉出。張祐誠所為：其非本案電信機房之出資人或發起人，僅受雇管理「北屯機房」，並非老闆。A、B電子錢包亦非其持有之辯解，及其辯護人所為：部分詐欺集團成員非由張祐誠介紹而加入，張祐誠並非發起人。又張祐誠於113年5月14日11時遭拘提、羈押，其所有之8支手機亦經查扣。惟A電子錢包於同日12時30分、14時6分、19時34分、20時38分及B電子錢包於113年6月18日，仍轉出泰達幣，顯係真正的水房或金主脫產所為。可見張祐誠之手機並未綁定A、B電子錢包地址，並非A、B電子錢包持有

者之辯護意旨，如何不足採納等由甚詳。所為論列說明，與卷證資料悉相符合，亦不違反經驗、論理法則。

二、張祐誠上訴意旨仍執前詞，另稱：使用數位錢包，通常需要透過手機綁定身分，確保交易安全。其遭拘提、查扣手機後，A、B電子錢包仍有泰達幣轉出，可見A、B電子錢包並未綁定其手機，其非A、B電子錢包持有者。原判決卻未採納有利於其之證據資料。又其於原審之辯護人已為其辯護稱：張祐誠係依詐欺集團發起人之指示進行對帳等語，且第一審判決亦認定A、B電子錢包並無詐欺贓款以外之款項匯入。原判決卻以辯護人一度辯護稱：A、B電子錢包尚有其他來源款項轉入等詞，逕為不利於其之認定。不但違反罪疑唯輕、證據法則，並有不適用法則或適用不當及理由矛盾、不備之違法等語。核係就原審採證、認事之職權行使、原判決已說明及於判決無影響之事項，以自己之說詞或持不同之評價，為事實上之爭辯，並非上訴第三審之適法理由。

肆、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仍嫌過重者，始有其適用。此屬事實審法院得依職權裁量之事項。所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑，惟遇有其他法定減輕事由者，則係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑。又刑之量定，屬為裁判之法院裁量之職權，如其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，而無違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯輕重失衡情形，自不得指為違法。原判決已敘明李孟庭等3人所為本件犯行之犯罪情狀，如何不符上述酌減其刑之要件。屬其裁量職權之適法行使，尚難指為違法。關於量刑，亦已敘明㈠第一審判決就1.李孟庭所為本件如其附表一所示犯行，未遂部分依刑法

第25條第2項規定減輕其刑；2.呂聖德所犯加重詐欺未遂罪，依修正前詐欺犯罪防制條例（下稱本條例）第47條前段、刑法第25條第2項規定遞減輕其刑後，已以李孟庭、呂聖德之責任為基礎，分別具體斟酌刑法第57條所列各款事項（包括其等犯罪動機、分擔之工作、角色、犯罪所生損害、坦承犯行之犯後態度，其等之智識程度、工作及扶養未成年子女之家庭經濟狀況等情狀），而為量刑。核屬妥適，予以維持。既未逾越法定刑度，亦無違背公平正義、比例原則之情形。㈡就1.張祐誠所為本件如其附表一所示犯行，未遂部分依刑法第25條第2項規定減輕其刑；2.就邱振發所為本件犯行，依本條例第47條前段規定減輕其刑，未遂部分另依刑法第25條第2項規定遞減輕其刑後，以其等之責任為基礎，分別具體斟酌刑法第57條所列各款事項（包括詐欺犯罪猖獗，其等正值青壯，不思循正當途徑獲取財物，為圖私利，張祐誠發起、操縱、指揮犯罪組織，邱振發擔任機手工作，犯罪手法惡劣，所為嚴重破壞社會秩序及人際間之信賴。邱振發犯罪動機、目的、參與犯罪之程度、犯後坦承犯行，自陳為國中學歷，與母親同住，從事鋁門窗工作之家庭生活經濟狀況等情狀），為刑之量定。所為刑之量定，既未逾越法定刑度之範圍，又無濫用刑罰裁量權、違反比例原則之情形。於法均無違誤。檢察官上訴意旨以：張祐誠係本案犯罪組織之首腦，量刑應與其他參與犯罪組織之成員有顯著差別。原審就張祐誠之量刑，有不適用法則之違法等語。李孟庭上訴意旨以：其於詐欺集團擔任會計，惡性非深，與幹部有別。又其無詐欺犯罪前科，自始坦承犯行，已知悔悟，犯後態度良好。且其國中畢業，有正當工作，須扶養1名未成年子女。依其犯罪情狀，科以減輕後之最低度刑，仍嫌過重。原審未依刑法第59條規定酌減其刑，量刑過苛，有違平等、比例原則等詞。邱振發上訴意旨以：其因一時失慮，聽從詐欺集團指令為本件犯行，主觀惡性及造成之損害均非重大，犯罪情節輕微。又其坦承犯行，協助調查，已知悔悟，

犯後態度良好。且其無前科，亦無犯罪所得，現有正當工作，無再犯之虞。其犯罪情狀顯可憫恕，認科以減輕後之最低度刑，仍嫌過重。原審未依刑法第59條規定減輕其刑，且過度強調報應主義及行為人刑法，量刑各僅較第一審判決減少有期徒刑1月，有違比例、罪刑相當原則及本條例第47條之立法目的等語。呂聖德上訴意旨則以：其因債務壓力，一時失慮，擔任詐欺集團二線機手，聽從張祐誠等人之指揮行事。本案被害人僅1人，且其無犯罪所得，犯後坦承犯行，態度良好。其犯罪情節、主觀惡性均非重大。情輕法重，可資憫恕。另其為高職畢業，有正當工作，須扶養1名未成年子女，無再犯之虞。原審未依刑法第59條規定酌減其刑，量刑過苛，有違平等、比例原則等詞。核係就原審得為裁量之職權行使、原判決已斟酌說明及於判決無影響之事項，依憑己意所為之指摘，俱非適法上訴第三審之理由。

伍、刑法第38條之2第2項增訂過苛條款，係為符合比例原則，兼顧訴訟經濟，於宣告沒收或追徵於個案有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要之情形，得不宣告或酌減之，以節省法院不必要之勞費，並調節沒收之嚴苛性。是否運用過苛條款，允由法院依個案情形決定。原審未適用上開條款，不予宣告沒收、追徵李孟庭未扣案之犯罪所得或酌減之，核屬事實審法院裁量、判斷職權之適法行使，不得任指為違法。李孟庭提起第三審上訴，指摘原審未詳酌其家庭、生活及經濟狀況，依過苛條款予以適度酌減，有違平等原則等語，亦非上訴第三審之適法理由。

陸、依上所述，本件檢察官、張祐誠等4人此部分之上訴，均違背法律上之程式，皆應駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　10　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

法　官　楊智勝

本件正本證明與原本無異

書記官　魏至言

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　13　　日