最高法院刑事判決

115年度台上字第2203號

上　訴　人　林文軍

選任辯護人　康皓智律師
　　藍玉傑律師
上　訴　人　宋翠蓉

選任辯護人　王仁祺律師
上　訴　人　劉玄富

　　王郡薇

　　郭子綺

上列上訴人等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114年10月16日第二審判決（114年度金上訴字第897號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署110年度偵字第4698、6310號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其附表四編號6、12部分均撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

理　由

甲、撤銷發回（即原判決關於其附表四編號6、12）部分：

一、原判決以第一審判決所認定上訴人林文軍有如其事實欄一其中如其附表一編號7、17所載之犯行，以及所犯罪名。因而維持第一審關於其「主文附表一」欄編號6、16其中林文軍所處之刑(即原判決附表四編號6、12所示)部分之判決，駁回林文軍明示僅就此量刑一部在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：刑事訴訟法第288條第4項所謂被告科刑資料，係指刑法第57條或第58條所規定之內容，亦即係科刑之標準與基礎應如何具體審酌取捨之事項。又刑法第57條第10款規定之「犯罪後之態度」，包含與被害人之和解、賠償損害或和解之努力在內；此等資料之調查，雖以自由之證明為已足，惟事實審法院於本案宣示判決前，舉凡卷內可資查考之對被告有利之科刑因子，均應審酌及之，否則，其刑之量定，即失所依據。

卷查，林文軍主張其已於民國114年9月3日與告訴人即被害人郭建民（即原判決附表四編號12所示被害人）、於同年9月26日與告訴人即被害人詹凱荃（即原判決附表四編號6所示被害人）成立民事上和解，且已依約定給付款項等情，有其於114年9月18日所提出之「刑事陳報狀」及同年10月3日「刑事陳報㈡狀」暨所附「和解協議書」、同年10月8日「刑事陳報㈢狀」所附「交易明細」(見原審卷㈡第275至278頁、第359至369頁)。上情如果無訛，均屬有利於林文軍之科刑輕重之審酌因素，且於原審宣示判決前，已存在卷內而可資查考。乃原判決附表四編號6、12之「調解暨賠償給付情形」欄仍記載：「未與被害人等達成和解或調解」，與卷附上開「和解協議書」所載不符，致此部分於量刑時，未併

予審酌上述成立民事上和解（包含依約定給付款項）情形，有理由矛盾及不備之違誤。

三、林文軍上訴意旨執以指摘，為有理由，且原判決上開違誤，已影響於量刑事實之確定，為維護其審級利益，本院無可據以為裁判，應認原判決關於其附表四編號6、12所示部分，均有撤銷發回更審之原因。又上開部分既經撤銷，則原判決關於林文軍所定應執行刑部分，即失所依據，併予敘明。

乙、上訴駁回（即劉玄富、郭子綺、宋翠蓉、王郡薇及原判決附表四編號1至5、7至11、13、14)部分：

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、原判決以第一審判決所認定上訴人劉玄富、王郡薇各有其事實欄一其中第一審判決附表一編號1至5、7至26；上訴人林文軍有其事實欄一其中第一審判決附表一編號1至5、8、9、13、14、16、20、26；上訴人郭子綺有其事實欄一其中第一審判決附表一編號1至5、7至9、13至17、20、26；上訴人宋翠蓉有其事實欄一其中第一審判決附表一編號9、21至25所載之犯行，以及所犯罪名。因而撤銷第一審判決關於其「主文附表一」欄編號3、4、6、7、12、13、16、17、19、20、24其中王郡薇；其「主文附表一」欄編號2、3、4、12、13、19其中林文軍；其「主文附表一」編號20、24其中宋翠蓉所處之刑(依序即原判決附表三編號3、4、6、7、12、13、16、17、19、20、24、附表四編號2、3、4、9、10、13、附表七編號2、6）部分(以下合稱第一審判決其中甲部分)之判決，改判依序量處王郡薇原判決附表三編號3、4、6、7、12、13、16、17、19、20、24；林文軍原判決附表四

編號2、3、4、9、10、13；宋翠蓉原判決附表七編號2、6之「本院判決主文」欄所示之刑。並維持第一審判決關於其「主文附表一」欄編號1至25其中劉玄富；其「主文附表一」編號1、2、5、8至11、14、15、18、21至23、25其中王郡薇；其「主文附表一」欄編號1、5、7、8、15、25其中林文軍；其「主文附表一」欄編號1至8、12至16、19、25其中郭子綺；其「主文附表一」欄編號8、21至23其中宋翠蓉所處之刑（依序即原判決附表二編號1至25；原判決附表三編號1、2、5、8至11、14、15、18、21至23、25；原判決附表四編號1、5、7、8、11、14；原判決附表六編號1至15；原判決附表七編號1、3至5)部分(以下合稱第一審判決其中乙部分）之判決，駁回劉玄富、王郡薇、林文軍、郭子綺、宋翠蓉明示僅就此量刑之一部在第二審之上訴。暨就劉玄富、郭子綺上開上訴駁回所處之有期徒刑，以及王郡薇、宋翠蓉上開撤銷改判與上訴駁回所處之有期徒刑，依序分別合併定其應執行有期徒刑4年8月、2年10月、5年、2年10月。已說明第一審判決其中甲部分關於王郡薇、林文軍、宋翠蓉所為之量刑不當，應予撤銷改判及其量刑之理由；第一審判決其中乙部分關於劉玄富、王郡薇、林文軍、郭子綺、宋翠蓉所為之量刑，並無違誤，應予維持之理由。

三、上訴意旨各略以：

㈠郭子綺部分：

郭子綺主觀上至多僅具不確定故意，而非原判決認定之直接故意，其可見原判決之採證認事違法。又原判決理由欄記載：郭子綺所處刑度「僅介於1年1月至1年8月間」等語（見原判決第13頁），與原判決附表六所載郭子綺之宣告刑係介於1年1月至1年10月間各節，明顯前後齟齬，有理由矛盾之違法。

㈡王郡薇、宋翠蓉一致部分：

王郡薇於偵查及第一審行準備程序中均坦承犯行，而於第一審審理中僅否認其有主觀犯意，此係屬訴訟防禦權之行使，

依本院102年度台上字第4999號、103年度台上字第127號、第774號判決及刑事大法庭113年度台上大字第4096號裁定意旨，仍不失為自白犯行，且其已自動繳回犯罪所得；宋翠蓉於偵查及第一審審理中，係因不諳法律，致其陳述遭誤解為否認犯行，應認王郡薇及宋翠蓉均符合115年1月21日修正公布、同年月23日生效施行前（下稱修正前）詐欺犯罪危害防制條例第47條前段自白減輕其刑之規定。原判決未適用上開規定減輕其刑，有適用法則不當之違法。

㈢林文軍部分：

原判決雖就林文軍所犯加重詐欺取財各罪，依修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定減輕其刑，惟依林文軍並非詐欺集團之核心角色，且已主動脫離所屬詐欺集團，足認其參與犯罪之程度輕微等情，若科以所犯刑法第339條之4第1項第2款三人以上共同詐欺取財罪，經依法減輕其刑後之最低法定刑，猶嫌過重，客觀上足以引起一般人之同情，其犯罪情狀顯可憫恕，符合刑法第59條酌量減輕其刑之規定。又林文軍於犯後坦承犯行，並已與部分被害人達成民事上和解或調解，且為部分賠償，可見犯後態度良好等情。原判決未據以酌減其刑，亦未詳加審酌上情，以及刑法第57條各款所列科刑輕重應審酌之事項，致所為量刑(包含定應執行刑)過重，違反比例原則、罪刑相當原則，有適用法則不當及理由欠備之違法。

㈣劉玄富、王郡薇、郭子綺、宋翠蓉關於量刑之上訴意旨部分：

1.劉玄富坦承犯行、非居主導地位，所獲報酬甚微，且所犯各罪類型、手段相同；2.王郡薇犯後坦承犯行，已與部分被害人達成民事上和解或調解，並為部分賠償，其中原判決之量刑未審酌王郡薇與原判決附表三編號2所示告訴人即被害人蔡鎮弘、原判決附表三編號16所示之被害人郭建民成立民事上和解，且就其餘尚未達成和解之被害人部分，均有為民事上和解或調解之意願、並已主動繳回犯罪所得新臺幣（下

同）5萬3,000元，各該被害人得依刑事訴訟法第473條規定聲請發還或給付而實質受償；3.郭子綺犯後坦承犯行，僅係受其配偶劉玄貴所託，才提供帳戶、協助提領部分款項，並未接觸各該被害人，亦未參與所屬詐欺集團之管理，且無犯罪所得，復僅有惡性較輕之不確定故意；4.宋翠蓉於犯後坦承犯行，已與部分被害人達成民事上和解或調解，並為部分賠償，且就其餘尚未達成和解之被害人部分，有為民事上和解或調解之意願，可見犯後態度良好各情。原判決未詳加審酌上開各情，以及刑法第57條各款所列科刑輕重應審酌之事項，致對劉玄富、王郡薇、郭子綺、宋翠蓉所為量刑(包含定應執行刑)過重，違反比例原則、罪刑相當原則及重複評價禁止原則，有適用法則不當及理由欠備之違法。

㈤林文軍、宋翠蓉一致部分：

林文軍、宋翠蓉經此偵查、審理程序及科刑之宣告，已知所警惕而無再犯之虞，足認所宣告之刑以暫不執行為適當，均符合刑法第74條第1項宣告緩刑之要件。原判決未詳加審酌上情，而未宣告緩刑，有適用法則不當及理由欠備之違法。

四、經查：

㈠刑事訴訟法第348條第3項規定，容許上訴權人僅針對判決之刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之犯罪事實認定、論罪部分，原則上不在上訴審之審查範圍。因此，若以就第二審設定上訴攻防範圍以外之部分，據為提起第三審上訴之理由，即與當事人自行設定攻防範圍之旨有違，且架空第二審之審查機制，亦與審級制度之目的不合，自非適法之第三審上訴理由。

原判決說明：郭子綺明示僅就第一審判決關於量刑部分提起上訴，而不包括第一審判決所認定郭子綺之犯罪事實，以及所犯罪名，依刑事訴訟法第348條第3項規定，應僅就第一審判決之量刑部分進行審理，其他部分則非審理範圍之旨。依上開說明，於法並無不合。郭子綺此部分上訴意旨，以其主觀上至多僅具不確定故意，並非直接故意云云，猶就犯罪事

實之主觀犯意為爭執，並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決僅就郭子綺之量刑部分為審理，有何違背法令之情形，顯與法律規定得為第三審上訴理由之情形，不相適合。

㈡修正前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；並因而使司法警察機關或檢察官得以扣押全部犯罪所得，或查獲發起、主持、操縱或指揮詐欺犯罪組織之人者，減輕或免除其刑」。此所指「自白」，係對於自己之全部犯罪事實或主要部分，為肯定之供述，包含主觀及客觀之不法構成要件均自白而言，且如有犯罪所得，須繳交其犯罪所得。

原判決說明：王郡薇雖於原審審理時坦承犯行，並繳交犯罪所得，惟王郡薇於第一審審理中明確表示否認被訴犯行，即與「在偵查及歷次審判中均自白」之要件不合，不論其是否繳回犯罪所得，均無上開減刑規定之適用；宋翠蓉於偵查中否認犯行，亦與上開減刑規定之要件不合等旨，因認其等均無修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段減輕其刑規定之適用。依上開說明，於法並無不合。至上訴意旨所引本院102年度台上字第4999號、103年度台上字第127號判決意旨，係闡釋被告已就犯罪事實為自白後，縱對其法律上之評價或所犯罪名有所主張、辯解，仍不失為自白犯行之旨，俱以被告已自白犯罪事實為前提，與本件王郡薇於第一審審理中、宋翠蓉於偵查中均否認犯行之情形有別。又本院103年度台上字第774號判決意旨，係以被告於偵查中否認被訴之販賣毒品犯行、僅承認情節較輕之轉讓行為，認其偵查中並未自白犯行，與「偵查及歷次審判中均自白」之要件不符，與本件王郡薇、宋翠蓉否認犯行，不符自白犯行要件之情形相同，王郡薇、宋翠蓉援引該判決資為有利於己之論據，即有誤會；另本院刑事大法庭113年度台上大字第4096號裁定，係就「自動繳交犯罪所得」要件所為之闡釋，與本件「自白」犯行要件是否具備之爭點有別，均不得比附援引，而為

王郡薇、宋翠蓉有利認定之依據。王郡薇、宋翠蓉此部分上訴意旨，猶任意指摘：原判決未適用修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段減輕其刑違法云云，並非合法上訴第三審之理由。

㈢刑法第59條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」乃實體法上賦予事實審法院得為裁量之事項，且以於犯罪之情狀顯可憫恕，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。因此，應於所犯之罪依法減輕其刑後，審酌是否符合上開酌量減輕其刑之規定。

原判決說明：林文軍所犯三人以上共同詐欺取財既遂罪合計12罪（即其附表四編號1至5、7至11、13、14），均依修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定減輕其刑。參以其所屬詐欺集團組織分工縝密，被害人數眾多，詐騙金額非微，所生危害非輕等犯罪情狀，並無特殊之原因與環境，倘科以刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財罪，經依法(遞)減輕其刑後之最低法定刑，並無情輕法重、情堪憫恕之特殊狀況，於客觀上不足以引起一般人之同情，不符刑法第59條酌量減輕其刑規定之旨。依上開說明，於法並無不合。林文軍此部分上訴意旨，猶任意指稱：原判決未適用刑法第59條規定酌減其刑違法云云，洵非合法之第三審上訴理由。

㈣量刑之輕重及應執行刑之酌定，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘未逾越法律所規定之範圍，又未違背罪刑相當原則，即不得任意指摘為違法。另於酌定應執行刑時，衡酌罪責相當及特別預防之刑罰目的，具體審酌整體犯罪過程之各罪關係（例如各行為彼此間之關聯性〈數罪間時間、空間、法益之密接程度及異同性〉、所侵害法益之專屬性或同

一性、數罪對法益侵害之加重效應等）及罪數所反映行為人人格及犯罪傾向、施以矯正之必要性等情狀綜合判斷，倘未違背刑法第51條各款所定之方法或範圍（即法律之外部性界限），亦無明顯違背公平、比例原則或整體法律秩序之理念（即法律之內部性界限），或明顯濫用其權限情形，即不得單憑主觀，任意指摘為違法，而執為合法上訴第三審之理由。

又有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二。刑法第66條定有明文。而所謂減輕其刑至二分之一或三分之二，於本刑二分之一或三分之二以下範圍內，減輕至若干，法院本有斟酌裁量之權，亦非必減輕二分之一或三分之二。

本院為法律審，應以第二審所確認之事實為判決基礎，於第二審判決後，原則上不得主張新事實或提出新證據，資為合法之第三審上訴理由。

原判決說明：劉玄富、王郡薇、林文軍、郭子綺、宋翠蓉所犯其附表二編號1至25、其附表三編號1、2、5、8至11、14、15、18、21至23、25、其附表四編號1、5、7、8、11、14、其附表六編號1至15、其附表七編號1、3至5所示之三人以上共同詐欺取財(未遂)罪，第一審判決其中乙部分，依法加重、減輕其刑(見原判決第8至9頁)。第一審審酌劉玄富、王郡薇、林文軍、郭子綺、宋翠蓉此部分參與犯罪程度、詐欺所得多寡，以及坦承犯行、未與此部分被害人達成民事上和解之犯後態度等一切情狀，而分別量刑，尚稱妥適之旨，而予維持。並說明：關於其附表三編號3、4、6、7、12、13、16、17、19、20、24所示王郡薇；其附表四編號2、3、4、9、10、13所示林文軍；其附表七編號2、6所示宋翠蓉犯行部分，審酌王郡薇、林文軍、宋翠蓉等於原審審理中，與此部分被害人達成民事上和解，並賠償之犯後態度等一切情狀，而分別量刑。又就劉玄富、王郡薇、郭子綺、宋翠蓉所犯各罪（依序為原判決附表二編號1至25、原判決附表三編

號1至25、原判決附表六編號1至15、原判決附表七編號1至6），斟酌所犯各罪之犯罪類型、侵害之法益種類，以及其各次犯行時間、空間之密接程度，暨責任非難重複程度等情狀，而為整體評價，在各宣告刑之最長期以上，各刑合併之刑期以下，分別定其應執行有期徒刑4年8月、5年、2年10月、2年10月之旨。已以行為人之責任為基礎，並詳酌刑法第57條所列各款事項，而為量刑，既未逾越法定刑範圍，亦未逾刑法第51條規定之法律外部性界限，且未違反公平、比例及罪刑相當原則，此屬裁量權之適法行使，即無違法可言，亦無理由不備之情形。

至王郡薇上訴意旨所指：原判決未審酌其主動繳回犯罪所得，且各被害人得依法請發還或給付而受償，以及其已與原判決附表三編號2所示蔡鎮弘、編號16所示郭建民成立民事上和解，致量刑過重違法各節。惟查，原判決於量刑時，已審酌王郡薇繳回犯罪所得之犯後態度(見原判決第10頁)，至各被害人得否依刑事訴訟法第473條規定受償，乃裁判確定後執行程序之問題，與原判決量刑當否無涉，不能執為指摘原判決之量刑違法之論據。又關於王郡薇於114年7月24日與蔡鎮弘成立民事上和解一情，依王郡薇所提出之「和解協議書」所載：蔡鎮弘拋棄對王郡薇之民事、刑事請求權，而不放棄對其他債務人(即共犯)之請求權(見原審卷㈡第307頁)，可見王郡薇並未實際賠償蔡鎮弘之損害，此一和解情形，尚難動搖原判決之量刑；另王郡薇於114年年9月3日給付郭建民2,500元，成立民事上和解，有「和解協議書」在卷可參（見原審卷㈡第327至328頁），原判決並據以說明，第一審未及審酌此一和解及賠償之量刑事由不當，而撤銷第一審判決關於此量刑部分(見原判決第10、81頁)，且量處較第一審判決所處有期徒刑11月為輕之有期徒刑10月，可見原判決量刑時已審酌此民事上和解及賠償之情形。至附表三編號16之「調解暨給付賠償情形」欄記載「卷內無和(調)解書，114年8月28日轉帳給付貳仟伍佰元」，關於有無和解書

部分之記載，雖有疏誤，係顯然之誤寫，且不影響判決之結果，此可由原審依法裁定更正，均不能執為合法上訴第三審之理由。

另林文軍上訴意旨所指：原判決就其附表四編號7（被害人莊崇鉅）、編號11（被害人李奇璋）所示犯行部分，於量刑時漏未審酌其與各該被害人達成民事上和解違法一節。惟查，林文軍於原審審理時，尚未與上開被害人達成民事上和解。而係原審於114年10月16日上午9時30分宣示判決(見原審卷二第383頁)後，方於同日上午11時、下午2時32分，分別與上開被害人成立民事上和解，並給付和解金等情（見本院卷第143至147頁），林文軍於上訴第三審後，始為主張有此民事上和解之事實，並提出各該和解筆錄影本為證，原審無從審酌、調查，且係在第三審主張新事實、提出新證據，依上開說明，亦非合法之第三審上訴理由。

又郭子綺上訴意旨所指：原判決說明第一審判決所處郭子綺之刑度「僅介於1年1月至1年8月間」一節，與原判決附表六所載第一審判決就此之宣告刑係：「1年1月至1年10月間」不符等情。惟查，郭子綺所犯合計15罪之宣告刑，業經原判決附表六逐一載明（即第一審判決各量處有期徒刑1年1月至1年10月不等），依其所犯刑法第339條之4第1項第2款之法定刑為：1年以上7年以下有期徒刑(得併科罰金)，原判決之本意係據以說明第一審關於郭子綺所犯各罪之量刑，均屬「低度刑」，而無過重情形，尚屬有據。至原判決理由所載係量處「1年1月至1年8月間」，顯係行文用語之疏誤，而於判決之結果不生影響，亦可由原審裁定更正，不得逕指為違法。

劉玄富、王郡薇、林文軍、郭子綺、宋翠蓉此部分上訴意旨，猶任意指摘：原判決所為量刑（包含定應執行刑）過重，違反比例原則、罪刑相當原則云云，同非合法之上訴第三審理由。

㈤依刑法第74條第1項規定受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，為宣告緩刑之要件之一。而緩刑為法院刑罰權之運用，旨在獎勵自新，除須具備刑法第74條第1項各款所定之條件外，並須有可認以暫不執行為適當之情形，始足當之。而是否宣告緩刑，事實審法院本有裁量之職權，倘已審酌一切情狀而未宣告緩刑，既不違背法令，自不得執為第三審上訴之合法理由。

原判決就林文軍、宋翠蓉所犯各罪所處之宣告刑，固均未逾有期徒刑2年，惟其合併所定之應執行刑已逾有期徒刑2年；況依其2人參與本件詐欺取財犯行，係以犯罪組織之方式為之，被害人不少，所生危害甚鉅等犯罪情狀，難認有以暫不執行刑罰為適當之情形，原判決綜合卷證資料，而未予宣告緩刑，難認於法不合。至原判決就宋翠蓉、林文軍於原審審理時請求宣告緩刑一情，未再予說明，固有微疵，然與判決結果不生影響，不能逕指為違法。宋翠蓉、林文軍此部分上訴意旨，泛詞指摘：原判決未宣告緩刑，且未說明理由違法云云，並非適法之第三審上訴理由。

五、綜上，劉玄富、郭子綺、宋翠蓉、王郡薇及林文軍關於原判決附表四編號1至5、7至11、13、14部分之上訴意旨，係就原審量刑(緩刑)裁量職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，再事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。應認劉玄富、郭子綺、宋翠蓉、王郡薇部分，以及林文軍就原判決附表四編號1至5、7至11、13、14所示之三人以上共同詐欺取財等罪部分之上訴，均為違背法律上之程式，予以駁回。

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

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　27　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　蘇素娥

法　官　吳秋宏

法　官　吳麗英

法　官　周政達

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　31　　日