最高法院刑事判決

115年度台上字第2725號

上　訴　人　洪震原

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115年2月10日第二審判決（114年度上訴字第748號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第22697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非依據卷內訴訟資料，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。

二、本件原判決綜合全案證據資料，認定上訴人洪震原有其事實欄所載與暱稱「大黑」及「金剛狼」等詐欺集團成年成員，共同對告訴人黃琬眞、陳文婷為三人以上共同詐欺取財之犯行，因而撤銷第一審關於沒收部分之判決，改判諭知扣案犯罪所得新臺幣（下同）28元，及原判決附表所示之物均沒收；暨未扣案之犯罪所得1,972元之沒收及追徵。另維持第一審論處上訴人三人以上共同詐欺取財各罪刑（共2罪）之判決，而駁回上訴人此部分在第二審之上訴，已詳敘其認定犯罪事實所憑證據及認定之理由。

三、證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為上訴

第三審法院之適法理由。又刑法第339條之4第2款所定三人以上共同詐欺罪，其所謂「三人以上共同犯之」，依其立法理由，不限於實行共同正犯，尚包含同謀共同正犯。而共同正犯之成立，有其主觀與客觀要素，並具有相互為用之共同性。就主觀要素而言，必須數人間有犯意之聯絡（共同之犯罪決意），在共同知與欲相互作用範圍內為犯罪貢獻，所有共同正犯皆負全部責任。而在客觀要素方面，係在共同犯罪決意之基礎及範圍內，各個行為人承擔實現犯罪計畫必要之犯罪貢獻，彼此間具有功能支配之分工合作關係，而有共同行為之分擔，此行為分擔不以參與構成要件行為為限，亦不以始終參與為必要，端視其行為與犯罪構成要件之實現是否有密不可分的功能支配關係為斷，倘該行為對於犯罪之實現具有功能上不可或缺之重要性，應認具有犯罪支配程度之行為分擔。於此主、客觀要素兼備，即成立共同正犯，應對於全部發生之結果共同負責。本件原判決依憑上訴人之供詞，及告訴人等之證詞，復參酌卷內告訴人等匯款資料、出金明細、告訴人等提出之通訊軟體對話紀錄，暨上訴人前往匯款之監視器畫面，及其與暱稱「金鋼狼」、「飛俠 小」、群組「合問題討論區合」之通訊軟體Telegram對話紀錄，以及其他證據，詳加研判，而據以認定上訴人有本件三人以上共同詐欺取財等犯行，已詳敘其採證認事之理由。並對上訴人所辯：其對告訴人等為出金行為後，告訴人等尚未再有匯入受騙款項，於其出金行為前即已遭詐騙之款項部分，因其與共犯間並無犯意聯絡及行為分擔，其所為僅止於未遂云云，何以不足以採信，已斟酌卷內資料詳加指駁及說明。其論斷說明俱有前揭證據資料可稽，且不違背證據法則及論理法則。且關於上訴人犯意之認定，係原審採證認事之職權，其此項職權之行使，既無違背證據法則之情形，自不得任意指摘為違法。而原判決亦已依卷內資料，對於上訴人主觀上如何與本案詐欺集團成員具有犯意聯絡，並基於功能性犯罪支配觀點，在客觀上如何與該等成員共同為詐欺告訴人等之行

為分擔等情，闡述甚詳，因認上訴人既自民國113年6月2日起於本案詐欺集團內負責出金工作，縱其實際向告訴人等出金後，告訴人等未再匯付款項，上訴人仍應就本案詐欺集團於113年6月3日以後，對告訴人等所為之詐欺取財既遂犯行，負共同正犯之責，核原判決之論斷，於法並無不合。又上訴人於原審未曾聲請傳訊證人黃琬眞，以證明黃琬眞與詐欺集團成員確切之聯繫時間等事項，且原審審判期日經審判長詢以「尚有何證據請求調查或證人要詰問？」時，上訴人及原審辯護人均答稱「沒有」，並未聲請如何調查該等事項，有卷內原審審判筆錄可查。而原審斟酌前揭相關事證，認此部分事證已臻明確，且因欠缺調查之必要性，未就該部分再行調查，亦無調查職責未盡之違法可言。上訴意旨置原判決前揭明確之論斷說明於不顧，猶執持前述辯解，就上訴人有無本件犯行之事實，再事爭辯，並以原審未傳訊黃琬眞，而據以指摘原判決違法，自非適法之第三審上訴理由。

四、刑法第62條關於自首規定之所謂「發覺」，並非以有偵查犯罪職權之公務員確知其人犯罪無誤為必要，僅須知其有犯罪嫌疑時，即得謂為已發覺。此項對犯人之嫌疑，倘有確切之根據得為合理之可疑者，即足當之。如案已發覺，則被告縱有陳述自己犯罪之事實，亦祇可謂為自白，不能認為自首。原判決以上訴人就其事實欄一之㈡部分，係其臨櫃填寫匯款申請書完畢，欲出金予陳文婷時，經行員發現有異，並通知警員到場處理而查獲。亦即此部分之犯罪事實已經警員當場發覺，並不因陳文婷係事後提告及製作筆錄而有異，因認上訴人所為不符自首之要件，核其論斷於法尚無違誤。上訴意旨猶主張上訴人所為已符合自首之要件，而據以指摘原判決違法，亦非合法之第三審上訴理由。

五、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」，而所謂「自白」，乃指被告（或犯罪嫌疑人）承認自己全部或主要犯罪事實之意，雖非

以構成要件之事實全部為必要，仍以主要部分之承認，始足當之。稽諸本件上訴人警詢及檢察官訊問筆錄，上訴人均否認本件三人以上共同詐欺取財之犯罪事實，即與上開規定「偵查及歷次審判中均自白」之要件不符，自不能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。至原審既未論上訴人以洗錢防制法相關罪名，即無現行該法第23條第3項前段減刑規定適用之餘地。上訴意旨主張原審未適用上開減刑規定為不當，而據以指摘原判決違法，同非適法之第三審上訴理由。

六、量刑輕重及是否宣告緩刑，均屬事實審法院得依職權裁量之事項，苟於量刑時，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，而未逾越法定刑範圍，又未濫用其職權，縱未宣告緩刑，均不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。而刑法第59條之酌量減輕其刑，必其犯罪情狀確可憫恕，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。原判決已說明上訴人本件犯罪，依其犯罪情節，如何在客觀上不足引起一般人同情，並無情輕法重之情形，因而未適用刑法第59條規定酌減其刑等情甚詳，核其此部分論斷，於法尚無違誤。且原判決關於量刑部分，已敘明如何以上訴人責任為基礎，依刑法第57條所列各款事項而為量刑，經核既未逾越法定刑範圍，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，且未宣告緩刑，亦無濫用自由裁量之權限。上訴意旨徒憑己見，漫指原判決未依刑法第59條規定酌減其刑，亦未對其為緩刑諭知，顯有違誤云云，而據以指摘原判決違法，亦非適法之第三審上訴理由。

七、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及追徵，期澈底剝奪不法利得，以杜絕犯罪誘因。本件原判決依據上訴人警詢時之供詞，以上訴人本

案犯罪所得應係分別於113年6月24日、26日受指示臨櫃匯款，每日報酬1,000元，共計2,000元，且上訴人已於第一審繳回犯罪所得28元，因而依刑法第38條之1第1項前段規定，就扣案犯罪所得28元諭知沒收；暨就未扣案之犯罪所得1,972元諭知沒收及追徵，核其論斷，於法尚屬無違，亦與卷內資料並無不合。又上訴人於原審未曾聲請傳訊證人吳品濬，以證明上訴人於本件犯罪所獲得之確切報酬等事項，且依原審審判筆錄所載，上訴人並未聲請如何調查該等事項。而原審斟酌前揭相關事證，認此部分事證已臻明確，且因欠缺調查之必要性，未就該部分再行調查，亦無調查職責未盡之違法可言。上訴意旨任憑己意，謂其報酬係按出金總額之0.35%計算云云，並以原審未傳訊吳品濬，而據以指摘原判決就上開報酬諭知沒收及追徵為不當，尚非合法之第三審上訴理由。

八、其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、認事職權之適法行使，及原判決已明確論斷說明之事項，任意指摘為違法，或單純為事實上之爭執，暨就不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件，依首揭說明，應認本件上訴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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　6　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　江翠萍

法　官　張永宏

法　官　黃紹紘

法　官　林海祥

本件正本證明與原本無異

書記官　邱鈺婷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　10　　日