最高法院刑事判決

115年度台上字第3406號

上　訴　人　黃依穎

選任辯護人　張進豐律師
　　黃勝韋律師

上列上訴人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國115年3月31日第二審判決（115年度上訴字第521號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署111年度偵字第9240、11542、14230、15813、18761、18860、18876、19690、20892、21791、21834、22168、22169、26064、26117、27307、27356、27357、27748、27755、27942、29261、29309、30690、31722、32973、34224、35343、42829、44026、44745、46691、51192、51678、51811號，追加起訴案號：臺灣桃園地方檢察署111年度偵字第32907號、112年度偵字第9233、18967、19854、25288、25289、26612、28008、28009、28707、28882、35295、34379、39572號，113年度偵字第2188號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其附表一編號2至5、8至23、25至30、32至65、67至69、71至74、76至87部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回部分（即原判決關於其附表一〈下稱附表一〉編號2至5、8至23、25至30、32至65、67至69、71至74、76至87部分）：

一、上開部分，本件第一審判決認定上訴人黃依穎之犯行明確，因而依刑法想像競合犯規定，從一重論處上訴人犯三人以上共同以網際網路對公眾詐欺取財罪共79罪刑（各處如附表一「原審判決主文」欄編號2至5、8至23、25至30、32至65、6

7至69、71至74、76至87所載之有期徒刑），並為沒收之諭知。上訴人不服第一審判決此部分之刑提起第二審上訴；原審審理結果，㈠以第一審未及審酌上訴人於原審已與部分告訴人和解或成立調解為不當，因而就第一審判決關於附表一編號2、10、15、22、41、55、56、76、77、81部分之量刑予以撤銷，改判量處上訴人如附表一前述編號「本院判決主文」欄所載之有期徒刑。㈡維持第一審關於附表一編號3至5、8至9、11至14、16至21、23、25至30、32至40、42至54、57至65、67至69、71至74、78至80、82至87部分之量刑，駁回上訴人就此部分在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：

㈠民國113年7月31日公布施行、同年8月2日生效之詐欺犯罪危害防制條例（下稱詐欺條例）所稱詐欺犯罪，依同條例第2條第1款第1目之規定，包含犯刑法第339條之4之罪；而修正前同條例第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」。此所稱「其犯罪所得」，係指行為人因犯罪而實際取得之個人所得（包含因詐欺犯罪而取得之被害人財物，及為了犯罪而取得之報酬在內）而言；倘行為人並未實際取得個人所得，僅須於偵查及歷次審判中均自白，即合於該條前段減輕其刑規定之要件。此為本院一致之見解。

㈡原判決就上開部分何以無從適用修正前詐欺條例第47條前段減輕其刑，雖說明略以：上訴人於偵查、第一審及原審均自白加重詐欺犯行，惟未繳回附表一編號2至5、8至23、25至30、32至65、67至69、71至74、76至87所載被害人「受詐金額之全部」，不符上開減刑規定等旨（見原判決第7至8頁）。然修正前詐欺條例第47條前段所稱「其犯罪所得」，係指行為人因犯罪而實際取得之個人所得，已如前述；此與被害人遭詐騙所交付之受詐騙金額尚屬有別，不容混淆。原判決遽謂上訴人未繳交此部分被害人之全部受騙金額而認無前揭減刑規定之適用，於法已有未合。其次，上訴人於第一

審陳稱：「（妳幫忙提領、轉帳，可以拿到多少報酬？）如果是我自己去提領現金，可以拿到百分之0.2，總共大概2、3萬左右。如果是轉帳的話，就沒有報酬」等語；待第一審詢問其是否願意繳回犯罪所得時，上訴人表明其願於1周內繳交，第一審並當庭交付上訴人繳款通知；嗣上訴人已於113年12月17日向國庫繳交2萬227元，有第一審準備程序、簡式審判筆錄及自行收納款項收據在卷可佐（見第一審金訴字第450號卷四第259、264至265、474-1頁）。上情如果無訛，則上訴人所繳交之該筆款項，是否係第一審依上訴人所述之報酬分配比例計算出上訴人因本案犯罪所實際獲取之全部犯罪所得？倘上訴人就此部分加重詐欺犯行所分受之犯罪所得已悉數繳交，且於偵查及歷次審判均自白，是否仍無從依修正前詐欺條例第47條前段之規定減輕其刑？即有再酌餘地。以上，攸關上訴人此部分刑罰之量定，自有究明之必要。原審未加釐清即遽予判決，自難昭折服，併有判決適用法則不當及理由不備之違法。

三、以上為上訴意旨指摘所及，應認上訴人此部分之上訴為有理由；且原判決上開違背法令之情形，已影響於上訴人此部分之科刑結果；又因刑罰之輕重應由原審依法踐行科刑範圍辯論程序後加以裁量，本院無可據以為裁判，為維護上訴人之審級利益，應認原判決關於附表一編號2至5、8至23、25至30、32至65、67至69、71至74、76至87部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回部分（即原判決關於附表一編號1、6、7、24、31、66、70、75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、上開部分，第一審判決認定上訴人之犯行明確，因而依刑法想像競合犯規定，從一重論處上訴人犯三人以上共同以網際網路對公眾詐欺取財罪共8罪刑（各處如附表一「原審判決主文」欄編號1、6、7、24、31、66、70、75所載之有期徒刑），並為沒收之諭知。上訴人不服第一審判決此部分之刑提起第二審上訴；原審審理結果，㈠以第一審未及審酌上訴人於原審已與附表一編號1之被害人成立調解並賠償全部受騙金額為不當，因而就第一審判決關於附表一編號1部分之量刑予以撤銷，改判量處上訴人如附表一編號1「本院判決主文」欄所載之有期徒刑。㈡維持第一審關於附表一編號6、7、24、31、66、70、75部分之量刑，駁回上訴人就此部分在第二審之上訴。已詳述其憑以認定之量刑依據及理由；核其論斷，俱有卷存證據資料可以佐證，從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略稱：附表一編號1部分，原判決認為應依修正前詐欺條例第47條前段減輕其刑，且與被害人成立調解而從輕量刑；卻與原判決其他不適用前揭減刑規定之撤銷改判部分（即附表一編號2、10、15、22、41、55、56、76、77、81）均量處有期徒刑1年3月，又未說明何以為相同量刑之理由，有判決不備理由之違法等語。

四、惟按，刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列各款事項，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。原判決對於上訴人此部分之量刑，已詳細說明其如何具體斟酌刑法第57條所定之一切情狀（見原判決第9至11頁），經核於法並無不合，且無濫用裁量職權之違誤。有關附表一編號1部分，原判決認上訴人於原審已與被害人成立調解並全數賠償受騙金額，合於修正前詐欺

條例第47條前段之減輕其刑事由，據此撤銷第一審判決關於此部分之量刑，改判量處較輕於第一審所諭知之刑。核屬事實審法院得依職權裁量之事項，自無違法可指。原判決關於其他撤銷改判部分，則係考量第一審未及審酌上訴人於原審已與該部分被害人和解或成立調解，此部分雖無前揭減刑規定之適用，仍於量刑時併予審酌上訴人此一犯後態度，適度調降第一審判決所處刑期，而為有利於上訴人之判斷，非可執此指摘原判決就附表一編號1之量刑有違比例、平等原則。原判決縱未詳予說明，對於判決本旨仍不生影響，此與判決不備理由之違法情形尚屬有間。上訴意旨猶執前詞，泛謂原判決關於附表一編號1之量刑有判決不備理由之違法等語；無非係就原審刑罰裁量職權之適法行使，持憑己見，任意爭執，並非適法之第三審上訴理由。

五、綜上所述，本件關於此部分之上訴違背法律上之程式，應予駁回。

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　　7　　月　　22　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　吳冠霆

法　官　陳芃宇

法　官　高文崇

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　28　　日