最高法院刑事判決

115年度台上字第441號

上　訴　人　劉曉玲

選任辯護人　王仕為律師

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114年8月19日第二審判決（114年度上訴字第3343號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署112年度偵字第61088號；追加起訴案號：同署113年度偵字第24462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。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。至判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原審審理結果，認定上訴人劉曉玲有如其事實欄(包含附表〈下稱附表〉一編號1至3)所載犯行之事證明確，因而撤銷第一審之無罪判決，改判依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財罪刑(想像競合犯修正後之洗錢防制法第19條第1項後段之一般洗錢罪)。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。並就上訴人於原審審理時所辯各節，何以不足採信，於理由內詳加指駁。其所為論斷說明，俱有

卷內證據資料可資覆按，自形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠上訴人僅將其申辦之「中信銀行帳戶」之帳號提供予暱稱「曾繁豪19811117AB」(下稱「曾繁豪」)，並未交付提款卡及密碼，為社會交際往來常態，難認主觀上有帳戶遭利用作為詐欺、洗錢人頭帳戶之預見。又依上訴人與「曾繁豪」之對話紀錄，可知上訴人係陷入感情糾葛，處於感情弱勢，而未能理性思考，且其曾多次詢問「曾繁豪」匯入「中信銀行帳戶」之款項來源，且因係初次使用「MAX」虛擬貨幣平台，乃向「曾繁豪」請求指導，配合「曾繁豪」對「MAX」虛擬貨幣平台之客服，為不實陳述，此與常情無違。再者，上訴人僅與「曾繁豪」聯繫，並無證據證明上訴人有施用詐術，亦無法排除「曾繁豪」有一人分飾多角可能，尚難認共同正犯有三人以上。原判決未予查明，逕認上訴人具三人以上共同詐欺取財及洗錢之不確定故意，其採證認事違背證據法則，且有調查職責未盡及理由欠備之違法。

㈡上訴人係幫忙「曾繁豪」做「代理商」，並未因此獲利，甚至補貼「曾繁豪」新臺幣5萬元，難認有何不法所有之意圖。又依上訴人與「曾繁豪」之對話紀錄，可知上訴人就「曾繁豪」經營代理商之過程，常與其兄劉楚華商量甚至借款，劉楚華對於上訴人有無詐欺、洗錢之犯意及犯行，可謂知之甚詳。原審未依職權傳喚劉楚華出庭作證，查明上情，遽行判決，有調查職責未盡之違法。

㈢上訴人所為犯行，情節極為輕微，有可憫恕之情。原判決未依刑法第59條規定予以酌量減輕其刑，致量刑過重。又原判決未審酌上訴人已與附表一編號3之告訴人即被害人蔡亞芳達成民事上調解並履行完畢等節，竟同於未與告訴人即被害人羅家慶達成民事上調解之附表一編號2犯行，量處有期徒刑1年2月，於法有違。再者，未斟酌上訴人犯後態度良好等

節，就上訴人所犯3罪，合併定應執行有期徒刑1年6月，實屬過苛，且未給予緩刑，有違罪刑相當原則及比例原則。

四、惟按：

㈠證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，係屬事實審法院得自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，亦無明顯濫用裁量權之情事，即無違法可言。

又刑法上之故意，可分為同法第13條第1項之確定故意(直接故意)與同條第2項之不確定故意(間接故意或未必故意)。所謂確定故意，係指行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者而言。行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意，卻消極的放任或容任犯罪事實發生者，則為不確定故意。行為人對於構成犯罪之事實(包含行為與結果，即被害之人、物和發生之事)，雖非明知，但具有「蓋然性之認識(預見)」及「容任發生之意欲」，即足評價為不確定故意。此與行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其發生而確信其不發生之「有認識過失」(同法第14條第2項參照)，不容混淆。所謂構成犯罪之事實，係指行為具有違法性而存在可非難性之事實，行為人所為究係出於確定故意、不確定故意，抑或有認識過失，應根據卷內相關證據資料，就行為人對於構成犯罪之事實，是否存在前開「認識」與「意欲」及其程度，而異其評價。從而，行為人倘明知而仍參與，應評價為確定故意；雖非明知，但對於其行為具有違法之蓋然性認識(預見)，仍執意參與者，除有正當理由足認其確信構成犯罪之事實不會發生外，即足該當於不確定故意。

原判決主要依憑上訴人所為不利於己之部分供述、告訴人即被害人鄭維沖等人之指訴，以及相關金融帳戶交易明細及上訴人與「曾繁豪」及「海外購在線專屬客服04」之對話紀錄等證據資料，相互勾稽，而為前揭加重詐欺等犯罪事實之認定。

原判決並載敘：上訴人行為時已47歲、專科畢業、擔任百貨公司櫃姐，具有相當之智識程度及社會閱歷，於第一審審理時自承知道帳戶不可隨便交給他人使用。又上訴人對「曾繁豪」及「海外購在線專屬客服04」之真實姓名年籍資料、背景並無所悉，「曾繁豪」並拒絕與上訴人見面，衡諸常情，本不應貿然提供其「中信銀行帳戶」帳號及聽從「曾繁豪」及「海外購在線專屬客服04」指示為相關匯款行為。再者，上訴人曾察覺異狀而起疑詢問「曾繁豪」，為何不能直接現金轉帳，需以虛擬貨幣為之？況「MAX」虛擬貨幣平台之客服亦曾向其表示：現在釣魚網址詐騙越來越嚴重，必須提供電商平台網址，始能匯款等語，上訴人於不知悉匯入其「中信銀行帳戶」款項之真實資金來源為何之情況下，卻配合「曾繁豪」指示，對「MAX」虛擬貨幣平台客服為「我都把貨幣存在平台的錢包地址，待貨幣漲價後再賣出，最近朋友還我錢，有閒錢我就會先買起來存在錢包」之不實陳述。上訴人實有多次再予查證後拒絕配合「曾繁豪」及「海外購在線專屬客服04」之機會，然輕率為之。再佐以，上訴人於第一審審理時自陳：沒有見過「曾繁豪」本人，也擔心被騙，但想說其「中信銀行帳戶」沒有在用，才會提供帳號給「曾繁豪」等語，益徵其主觀上認縱令其「中信銀行帳戶」遭利用作為詐欺取財之人頭帳戶，且依「曾繁豪」、「海外購在線專屬客服04」指示匯款，將造成掩飾、隱匿詐欺犯罪所得之所在及去向之效果，而不違背其本意，確具三人以上共同詐欺取財及洗錢之不確定故意。又詐欺集團成員若未與上訴人存在一定程度信任基礎，焉有貿然將詐欺所得款項匯款至上訴人持有之「中信銀行帳戶」之理，堪認上訴人確有與「曾繁豪」、「海外購在線專屬客服04」及詐欺集團其他成員，共犯三人以上共同犯詐欺取財及洗錢之犯意聯絡等旨。

原判決所為論斷說明，尚不違背證據法則及論理法則，且此屬原審採證認事、判斷證據證明力職權行使之事項，不能任

意指摘為違法。至於「曾繁豪」自述其離婚從事電商之經過及目的等說詞，是否出於欺罔之意思，以及上訴人是否因此受騙等節，均不影響原判決之論敘說明。上訴人此部分上訴意旨，泛言指摘：原判決之採證認事違反證據法則，且有調查職責未盡及理由欠備之違法云云，係置原判決已明白論斷說明之事項於不顧，徒憑己意，指為違法，並單純重為有無不確定故意之爭執，難認是適法之第三審上訴理由。

㈡刑事訴訟法第379條第10款所定依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定者，始足當之。

上訴意旨指摘：原審未依職權傳喚上訴人之兄劉楚華到庭證明「曾繁豪」請上訴人擔任「代理商」之過程，以明上訴人並無三人以上共同詐欺取財、洗錢犯行違法云云。惟縱使劉楚華到庭作證上情，其證詞亦無從據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定。況原審審理時審判長訊以：「尚有何證據請求調查？」，上訴人答稱：「無」（見原審卷第89頁），是原審未依職權傳喚劉楚華到庭作證，而為此無益之調查，難認有此部分上訴意旨所指調查職責未盡之違法。

㈢刑法第59條酌量減輕其刑，乃實體法上賦予法院得為裁量之事項，且以於犯罪之情狀，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。其審酌事項固不排除刑法第57條所列舉之事由，但仍以犯罪有其特殊之原因與環境為必要。

又量刑之輕重，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。

上訴人前揭三人以上共同詐欺取財、洗錢犯行，其犯罪情狀並無何特殊之原因與環境，足以引起一般人同情，而認予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重之情狀。原判決未適用刑法第

59條酌量減輕其刑規定，於法尚無不合。又原判決說明：審酌上訴人之參與犯罪程度、所生危害，以及已與蔡亞芳達成民事上調解並履行完畢之犯後態度等一切情狀之旨，而分別量刑。並斟酌上訴人所犯3罪之時間相近、手法相似，責任非難重複程度較高等一切情形，合併定應執行有期徒刑1年6月。已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情形而為量刑，既未逾法定刑度，又未濫用裁量之權限，亦無違背罪刑相當原則、比例原則，即不得指為違法。至於附表一編號2、3所示犯行，因所犯情節(詐騙金額不同)或量刑輕重審酌之事項有別，原判決為綜合整體評價而為相同量刑，自難指為違法。此部分上訴意旨，泛言指摘：原判決未適用刑法第59條酌量減輕其刑規定，致量刑過重違法云云，與法律所規定得合法上訴第三審之理由，不相適合。

㈣緩刑之諭知，除應具備一定之條件外，並須有可認為以暫不執行為適當之情形，始得為之，屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，當事人自不得以未宣告緩刑，執為第三審上訴之理由。

上訴人於原審審理時並未請求宣告緩刑，原判決審酌全案情節，認無以暫不執行為適當之情形，而未予宣告緩刑，為裁量權行使之事項，於法尚無不合。此部分上訴意旨，泛言指摘：原判決未宣告緩刑違法云云，同非適法之第三審上訴理由。

五、以上及其餘上訴意旨，均未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，或係就原判決採證認事及量刑(包含緩刑)職權之合法行使，或係置原判決已明白論斷說明之事項，徒以自己說詞，任意指為違法，俱難認已符合首揭法定之上訴要件。應認本件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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　2　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　洪于智

法　官　吳秋宏

法　官　蘇素娥

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　8　　日