最高法院刑事判決

115年度台上字第990號

上　訴　人　張倖旗

選任辯護人　黃靖閔律師
　　張雅婷律師
　　劉力綋律師

上列上訴人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年10月22日第二審判決（114年度金上訴字第969號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第37621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。

二、本件第一審適用修正前詐欺犯罪危害防制條例（下稱詐欺條例）第47條前段規定，論處上訴人張倖旗犯3人以上共同詐欺取財罪共9罪刑（如第一審判決附表一編號1至9；均想像競合犯一般洗錢罪；其中編號2部分並想像競合犯參與犯罪組織罪；各處如上開編號1至9所示之有期徒刑，應執行有期徒刑2年8月）。上訴人不服第一審判決之刑，提起上訴；原審審理結果，以上訴人於原審與上開編號3、4、5、7、8、9之被害人成立調解或和解並賠償損害，為第一審判決所未及審酌，因而撤銷第一審判決關於其附表一編號3、4、5、7、

8、9部分之刑之宣告，經適用修正前詐欺條例第47條前段規定減輕其刑後，改判處如原判決附表一編號3、4、5、7、8、9「第二審主文」欄所示之有期徒刑；其餘部分，則認第一審判決之刑之宣告並無不當，予以維持，駁回上訴人關於此部分在第二審之上訴；併就以上撤銷改判及駁回上訴部分定其應執行刑為有期徒刑2年2月。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠原審未調取「陳凱駿貸款達人」、「李朝富經理」等LINE帳號之IP位址、通聯紀錄、身分識別資料或其他客觀事證，以佐證該等帳號確由不同之人操作，復未於判決內敘明未調查之理由及如何認定該等帳號為不同之人而與上訴人成立刑法第339條之4第1項第2款之要件，或具體詳述上訴人參與犯罪組織之主、客觀要件及載明犯罪組織之組成與結構，且關於上訴人犯參與犯罪組織罪之判斷，亦與本院114年度台上字第2396號、113年度台上字第2725、3118號、111年度台上字第2205、4881號判決意旨不符，上訴人與前述帳號之人更非有層級、完善結構、明確角色、具體分工之組織，上訴人僅係可被任意替換、不重要之路人，應屬組織犯罪防制條例第2條第2項所欲排除者。原判決就上訴人犯參與犯罪組織、3人以上共同詐欺取財罪，於理由內漏未詳加說明，已有重要證據應予調查而未詳加調查、判決理由不備、判決違背法令等情形。

㈡上訴人是否屬於組織重要核心角色及其參與程度如何，影響上訴人有無組織犯罪防制條例第3條第1項但書所稱之「參與情節輕微」要件之認定，原判決未詳敘不適用該規定之理由，亦有判決不備理由之違誤。

㈢依卷附內政部警政署反詐騙諮詢專線紀錄表，上訴人於民國113年4月18日即已報案，早於同年6月15日接受警詢之時間，其於犯罪遭發覺前已向警察機關申告犯罪事實，未逃避責任，容有刑法第62條減刑規定適用之可能，原判決就此有

利於上訴人之證據，未予調查、審酌，亦未載明不採納之理由，容有重要證據應予調查而未詳加調查及判決不備理由之違誤。

㈣原判決附表一編號1至9之宣告刑均為2年以下有期徒刑，符合刑法第74條第1項規定。原判決認本案定刑已逾2年，無從為緩刑宣告，顯屬誤解，而有判決違背法令之情形。

四、惟按：

㈠上訴得明示僅就判決之刑一部為之，刑事訴訟法第348條第3項定有明文；第二審法院應就原審判決經上訴之部分調查之，同法第366條亦有明文。可見第二審法院之審判範圍僅限於「原審（第一審）判決經上訴之部分」，不及其他，否則即有未受請求之事項予以判決之違法。查上訴人於第一審坦承其被訴之參與犯罪組織、3人以上共同詐欺取財、洗錢等犯罪事實（見第一審卷第56、73、74頁）。上訴人之第二審上訴理由狀雖記載否認犯罪等主張（見原審卷第13至22頁）；然上訴人於其後之審判程序經法院訊以「上訴之要旨」時，改稱：「判太重，我沒有否認犯罪，請律師幫我補充。」等語，其原審選任辯護人（同為第三審選任辯護人；下稱辯護人）則稱：上訴人願坦承面對錯誤，請求適用偵審自白減刑規定及刑法第59條等語，上訴人及辯護人復均表明僅對量刑部分上訴（見原審卷第258、259頁），上訴人並具狀撤回就上開刑以外部分之上訴（見原審卷第261頁）；上訴人於其後之審判程序，就上訴之範圍仍均明示限於第一審判決之刑，不及其他（見原審卷第336、374頁）。原審亦於此範圍內審理、判決。則第一審判決認定上訴人犯參與犯罪組織、3人以上共同詐欺取財、洗錢罪之事實及所犯之罪名，因不在第二審上訴範圍，原判決未予審酌、說明，自無上訴意旨㈠所指之違法。

㈡參與犯罪組織而其參與之情節輕微者，得減輕或免除其刑，組織犯罪防制條例第3條第1項但書定有明文。至於應否依該規定減免其刑，法院有權斟酌決定，若法院未認定有該得減

免其刑事由，而未減輕其刑，既不違背法令，自不得執為提起第三審上訴之理由。查原審認上訴人所犯之參與犯罪組織罪，係想像競合所犯之輕罪，但參與情節並非輕微，已敘明其理由略以：上訴人參與本案詐欺集團犯罪組織，由集團其他成員詐欺如原判決附表一所示之人，使陷於錯誤而依指示匯款，上訴人擔任提供帳戶及提領款項之角色，難認參與犯罪組織之情節輕微等語（見原判決第4頁）。核其認定，有相關卷內證據可以佐證，所為論斷、說明，於法並無不合，亦無上訴意旨㈡所指之理由不備情形。

㈢上訴人於事實審均未主張其有符合刑法第62條自首減輕其刑之情形，於上訴本院後，始以上訴意旨㈢為此部分之爭執，係在法律審之本院主張新事實，並非適法之上訴第三審理由。

㈣緩刑之宣告，應合於刑法第74條第1項第1、2款所定條件，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之，且屬法院裁判時得依職權裁量之事項，當事人不得以原審未諭知緩刑指為違背法令。又避免短期自由刑之流弊係緩刑目的之一；我國刑法第74條第1項規定，係以受2年以下有期徒刑、拘役、罰金之宣告，為緩刑之主要條件，而非以犯罪之類型或犯罪之法定刑輕重為其基礎；且因我國緩刑規定，係由法院宣示其所宣告刑，於一定期間內暫緩其執行，而非「暫緩其刑之宣告」。則所謂受刑之宣告，應指最終應執行之刑而言。依此，於同一審判程序受審判之被告，不論所犯係一罪而經法院諭知單一之宣告刑，或係得併合處罰之數罪並經法院諭知複數之宣告刑，當宣告刑為有期徒刑時，各宣告刑或所定之執行刑，均應在2年以下，否則即與法定緩刑之要件不合，亦有違前述緩刑之目的。查原審以其所定執行刑，不符緩刑要件，且上訴人未與損害金額較大之被害人和解，而未宣告緩刑（見原判決第7頁），已敘明其不宣告緩刑之理由，依前述說明，並無不合。

五、依上說明，上訴意旨指陳各節，或與法律規定得上訴第三審之違法情形不相適合，或係就原判決論斷說明之事項，依憑己見，重為指摘，均非適法之上訴第三審理由，應認本件上訴違背法律上之程式，予以駁回。又上訴人之上訴既應從程序上駁回，則其請求宣告緩刑，本院無從審酌，附此敘明。

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　　3　　月　　18　　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　高文崇

法　官　陳芃宇

本件正本證明與原本無異

書記官　林明智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　20　　日