

最高法院刑事判決

108年度台上字第2896號

上訴人 李銘芳
林江龍
黃建富

上二人共同

選任辯護人 詹漢山律師

上訴人 李輝琪
李英泉（原名李英森）
林進安

以上一人之

選任辯護人 蘇慶良律師

上列上訴人等因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年10月31日第二審判決（107年度上訴字第818號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署104年度偵字第3058、3343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。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人李銘芳、林江龍、李輝琪、李英泉（原名李英森）、林進安及黃建富均有如其事實欄所載共同以特製隱形眼鏡透視特製麻將，以及使用含金屬物質之骰子控制骰子擲出點數之方式，向被害人彭孟聰詐取財物之犯行，因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍論上訴人等均犯三人以上共同詐欺取財罪（其中李英泉及林進安部分均

係累犯），分別處如原判決主文欄第2項至第7項所示之刑，並分別諭知相關之沒收及追徵，已詳述其所憑證據及認定之理由，對於上訴人等所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按；從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴人等上訴要旨：

(一)、李銘芳上訴意旨略以：(1)、原判決附表三所示通訊監察錄音譯文，係警方以伊等涉嫌違反組織犯罪防制條例案件向法院聲請核發通訊監察書，而於通訊監察過程中發現伊等另涉犯賭博及詐欺取財等罪嫌，應屬另案監聽範圍；警方就上開另案監聽所取得之通訊內容譯文雖已依通訊保障及監察法第18條之1第1項但書規定，向法院為陳報並獲核可，惟伊所涉犯本件加重詐欺取財罪嫌，並無危害國家安全、經濟秩序或社會秩序情節重大，亦無不能或難以其他方法蒐集或調查證據之情形，上開另案監聽所取得之通訊監察錄音譯文，應不得作為認定伊有本件犯罪之依據，原判決遽採上述通訊監察錄音譯文作為伊本件被訴加重詐欺取財犯罪之證據，顯有不當。(2)、依證人即本件被害人彭孟聰於第一審審理時證稱：案發當天賭博過程中，李銘芳只是賭客，沒有做莊等語，及同案被告李輝琪、李英泉及黃建富均證稱：李銘芳係李輝琪找來充當賭客等語，以及卷附伊與李輝琪之電話通訊監察錄音譯文內容所提及「莎酷辣（指電動遊藝場所為營造人氣熱絡所聘請之人員）」一詞，可見伊僅單純在場充當賭客，以增加被害人彭孟聰之博奕興致，並未向彭孟聰施以任何詐術；況且，伊事前並未參與黃建富等人關於本件犯罪之謀議，事後亦未分得任何利益，足見伊對於本件案發當天賭博過程中有無何人詐賭一事，並不知情。原判決未審酌上情，僅憑案發當天伊有在現場賭博之事實，以及卷附通訊監察錄音譯文暨警方在伊住處查扣之隱形眼鏡2副，遽認伊有參與本件詐欺取財之犯行，亦有未洽云云。

01 (二)、林江龍、黃建富上訴意旨均略以：「筒仔麻將」之博奕方式
02 必需使用3顆骰子，並以3顆骰子擲出之點數作為博奕取牌
03 之順序。本件扣案含有金屬反應之骰子僅有2顆，伊等無法
04 僅以2顆骰子操縱取牌之順序，進而控制賭博之輸贏。原判
05 決認定本件案發當天被害人彭孟聰賭博「筒仔麻將」時，伊
06 等係使用2顆含有金屬反應之骰子作為向被害人詐賭之工具
07 ，顯有不當。又依被害人彭孟聰於第一審審理時證稱：伊可
08 能是被詐賭，但案發當天伊在現場賭博時，並未發現骰子及
09 麻將牌有問題等語，可見彭孟聰所為其遭詐賭之陳述，乃其
10 個人主觀臆測之詞，原判決採為伊有罪之證據，亦有未洽。
11 再者，本件扣案問題麻將1副，經南投縣政府警察局鑑識科
12 鑑定結果，必須搭配一定之光源始有可能顯現其隱藏之符號
13 ，惟本件並未查獲類似濾鏡或多波域光源器具，亦無人提及
14 案發當天賭博過程中現場有異常光源之情形，尚難僅憑警方
15 在共同被告李英泉、李銘芳及林進安住處查獲特製隱形眼鏡
16 3副及麻將1副，遽認伊等有本件詐賭之犯行云云。

17 (三)、李輝琪、李英泉上訴意旨均略以：原判決雖依憑證人即被害
18 人彭孟聰所為不利於伊等之證詞，及扣案之問題麻將暨隱形
19 眼鏡等物，以及卷附通訊監察錄音譯文，認定伊等有本件詐
20 賭犯行。然彭孟聰對於本件案發當天有無遭伊等以詐賭之方
21 式騙取財物，其所述前後不一，顯有瑕疵，自不得採為伊等
22 犯罪之證據。而卷附通訊監察錄音譯文中，並無關於伊等以
23 詐賭方式騙取被害人財物之談話內容，且扣案之問題麻將係
24 綠色麻將，與案發當天賭博時所使用之藍色麻將不同，又不
25 能證明伊等於案發當天賭博時有使用上開扣案之麻將或隱形
26 眼鏡之情事，亦不得作為伊等有本件被訴加重詐欺取財犯行
27 之補強證據。則本件既無相關補強證據足以證明彭孟聰所為
28 不利於伊等之陳述與事實相符，原審復未調查有無其他相關
29 補強佐證，僅憑彭孟聰所為不利於伊等之指證，遽認伊等有
30 本件被訴詐賭之犯行，其採證認事顯有不當云云。

31 (四)、林進安上訴意旨略以：(1)、證人即同案被告黃建富及李輝琪

於原審審理時均明確證稱：林進安事前並未與其等謀議以詐賭方式向彭孟聰騙取財物，以及事成之後如何分贓等語，顯見伊對黃建富等人本件詐賭行為，既不知情，亦未參與。原審未審酌及說明上述證人所為有利於伊之證詞，何以不能採信之理由，僅憑黃建富及李輝琪於警詢時所為無證據能力之不利於伊之陳述，遽認伊有本件被訴加重詐欺取財之犯行，而論以共同正犯，顯有不當。(2)、被害人彭孟聰除與本件其他共同正犯達成民事賠償和解，並收受和解金新臺幣（下同）100萬元外，並於原審審理時當庭表示不再對上訴人等請求損害賠償，法院自不得再對伊等本件犯罪所得宣告沒收。原判決竟仍就伊本件犯罪所得現金20萬元部分諭知沒收及追徵，亦有未洽。(3)、原判決於量刑時並未考量伊參與本件犯行之情節，顯較其他共同正犯輕微，而從輕量刑，竟量處較重於其他共同正犯所處之刑度，同有違誤云云。

三、惟證據之取捨、事實之認定及刑罰之裁量，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，並已詳述其取捨證據及得心證之理由，所量之刑復未逾越法定刑範圍，亦無違反罪刑相當、比例及公平原則者，自不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。

(一)、按通訊保障及監察法第18條之1第1項規定，依同法第5條、第6條或第7條規定執行通訊監察，取得其他案件之內容者，不得作為證據。但於發現後7日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第5條第1項所列各款之罪者，不在此限。李銘芳於原審雖爭執卷附通訊監察錄音譯文之證據能力，但原判決已說明：卷附通訊監察錄音譯文（見第一審卷四全卷），雖係警方以上訴人等涉嫌違反組織犯罪防制條例等案件為由，經臺灣南投地方檢察署檢察官向臺灣南投地方法院聲請核發通訊監察書，於合法通訊監察過程中發現上訴人等另涉犯本件詐欺取財罪嫌，而另案監聽取得。惟該署檢察官就上開另案監聽取得之通訊監察錄音譯文內容，發現上訴人等涉嫌向多數人詐

欺取財，而危害社會秩序，已依法向臺灣南投地方法院補行陳報，經該法院審查後認檢察官之陳報為正當而予以認可在案，有臺灣南投地方檢察署函附該署檢察官補行陳報書、南投縣政府警察局刑警大隊偵查報告書及通訊監察錄音譯文，以及臺灣南投地方法院認可陳報通訊監察取得其他案件之內容等函文在卷可稽，因認上開卷附通訊監察錄音譯文均具有證據能力，經於審理時依法踐行調查證據程序，而採為上訴人等犯罪之證據等旨綦詳（見原判決第4頁第13行至第5頁第5行），核其此部分所為之論斷，於法並無違誤。李銘芳上訴意旨置原判決上開明白論斷於不顧，徒憑己見，泛謂卷附通訊監察錄音譯文為另案監聽所取得之內容，均無證據能力云云，而據以指摘原判決採證不當，依上述說明，應屬誤會，要非適法之第三審上訴理由。

(二)、原判決係依憑李銘芳、李輝琪、李英泉及黃建富（下或稱李銘芳等4人）於偵查中所為之自白，及渠等所為不利於林進安及林江龍之證詞，暨證人彭孟聰於偵查中及第一審審理時所為不利於上訴人等之陳述，佐以卷附通訊監察錄音譯文、南投縣政府警察局函附該局鑑識科鑑定扣案問題麻將、隱形眼鏡及骰子之採驗報告等相關證據資料，認定李銘芳等4人之自白與事實相符，堪予採信。再參酌林進安於原審審理時坦承本件案發當天其在賭場內聽到有人說「賭假的」等語，後來彭孟聰就進來了，彭孟聰所帶的現金輸完後，就多次向李輝琪或李英泉等人借錢，待彭孟聰離開後，因為沒有人要作莊，賭局就散了等語，及扣案之特製隱形眼鏡及骰子均在林進安住處查獲等情，以及原判決附表三編號3、5、7、8、33至35所示通訊監察錄音譯文內容（林江龍於民國104年5月10日19時24分許以電話與李英泉相約於翌（11）日傍晚18時至19時許碰面，於同年月11日18時6分許，林江龍接獲李英泉來電詢問「你現在在哪？」等語時，回以「我在霧峰等你啊！」。於同年月12日20時56分、21時40分許則接獲李英泉來電告知「今天開支連你的總共12萬」、「我跟你講喔，那

個抽佣30喔」等語。又於同年月13日17時12分許，李英泉以電話向林江龍表示「阿富跟跟火雞（指李輝琪）就直接給他40…我們2個每人54」等語時，回稱「好啊」、「下去再說啦…那阿謀也要一些給他啊」等語），可見林江龍除在本件案發前一日與李英泉碰面，在案發當天彭孟聰離開賭場後，亦有與李英泉針對當天賭博開支金額、佣金及獲利分配進行討論。且李英泉於104年7月23日警詢及偵訊時均供稱案發當天係使用扣案之特製麻將當賭具，並戴上特製隱形眼鏡可以看清麻將底牌等情不諱，警方復於翌日以一般光源及多波域光源搭配專用橘色濾光片檢視扣案如原判決附表一編號1所示麻將，有南投縣政府警察局刑案證物協助採驗報告附卷可參，堪認李英泉上開自白與事實相符，可見本件係因其主動供出其等係以特製麻將實行詐賭，警方始能得知扣案之麻將有異狀，進而持以檢驗而查獲本案。原審依據上開證據資料，經相互勾稽印證，綜合判斷，認定上訴人等確有本件被訴以特製隱形眼鏡、麻將及骰子，共同實行詐賭而對彭孟聰詐欺取財之犯行，已詳述其憑據及理由。對於李銘芳等4人所為不利於林進安、林江龍之證詞何以均堪予採信，而上訴人等所持否認犯罪之辯解，以及李銘芳等4人及證人彭孟聰事後翻異前詞而改為有利於上訴人等之陳述，何以分別係卸責及迴護之詞，而均不足以採信，亦依據卷內資料加以指駁說明綦詳（見原判決第11頁倒數第6行至第17頁第9行、第19頁第16行至第40頁第14行），核其所為之論斷，與經驗法則及論理法則尚屬無違。又扣案如原判決附表一編號1、2及2-1所示物品，經第一審法院囑託南投縣政府警察局鑑識科鑑定結果，同附表編號1所示之麻將在白色日光燈源照射下，如搭配橘色濾鏡，或配戴同附表編號2及2-1所示之隱形眼鏡，均可看見麻將表面顯示之符號，有南投縣政府警察局函附採驗報告在卷可稽，並無如林江龍及黃建富上訴意旨所指扣案之特製麻將必須搭配一定之光源始有可能顯現符號之情形。再者，博奕「筒仔麻將」時使用骰子之目的，係為了決

01 定取牌順序，使用方法則係依骰子擲出所得點數，自莊家開
02 始以逆時針方向起算，決定何人先取牌，因此擲骰子點數以
03 決定取牌順序時，本不以使用3顆骰子為必要。證人彭孟聰
04 證稱本件案發當天賭博「筒仔麻將」擲骰子決定取牌順序時
05 使用2顆骰子等語，與扣案含金屬物質成分骰子共2顆之事
06 實相符，自堪予採信，並無如林江龍、黃建富上訴意旨所指
07 「筒仔麻將」之賭博方式必需使用3顆骰子以決定取牌順序
08 之情形。上訴人等上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，對
09 原審採證職權之適法行使，任意指為違法，復謂原判決未調
10 查其他補強證據，僅憑李銘芳等4人之自白或上訴人等所為
11 不利於其他共同被告之指證，遽認上訴人等有本件加重詐欺
12 取財罪之犯行云云，而據以指摘原判決採證不當，依上述說
13 明，自非依據卷內資料執為指摘之合法第三審上訴理由。至
14 於彭孟聰於本件案發當天雖遭上訴人等以特製隱形眼鏡、麻
15 將及骰子等詐賭工具詐取財物，然對於案發當時現場所使用
16 之骰子及麻將，彭孟聰並未檢視而親眼目睹該骰子內所含之
17 金屬成分，以及麻將上所塗之特製藥物等情形，故其在第一
18 審審理時所為關於案發當時伊並未發現骰子及麻將有問題，
19 但當時現場所使用之骰子可以控制，牌子有做記號，伊認為
20 可能被詐賭之證述，此部分應屬彭孟聰個人之意見而無證據
21 能力，原判決採用證人彭孟聰上開陳述，作為不利於上訴人
22 等之證據，其採證固非無瑕。惟本件縱除去證人彭孟聰上開
23 個人意見之證詞，原判決依憑證人彭孟聰其他親自見聞之指
24 證，以及上訴人等所為之相關供證（包括不利於其他共同被
25 告之證詞）暨卷附其他相關證據資料，亦足資認定上訴人等
26 本件犯罪事實，故原判決上述採證上之瑕疵，尚不影響本件
27 判決結果，自不得以此作為適法之第三審上訴理由。林江龍
28 及黃建富上訴意旨執此指摘原判決不當，依上述說明，亦非
29 適法之第三審上訴理由。

30 (二)、原判決就林進安所犯本件法定本刑為1年以上7年以下有期
31 徒刑之加重詐欺取財罪，先依刑法第47條第1項累犯之規定

01 加重其刑，再依刑法第57條規定，審酌林進安犯罪之動機、
02 目的、手段、所生危害、家庭生活及經濟狀況、智識程度，
03 兼衡林進安與其他共同被告彼此間參與犯罪之程度、獲取不
04 法所得金額之多寡暨事後有無與被害人達成民事賠償和解等
05 一切情狀，處有期徒刑1年9月，既未逾越法律規定刑度範
06 圍，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形
07 。又刑法沒收新制目的在於澈底剝奪犯罪行為人之犯罪所得
08 ，使其不能坐享犯罪成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似
09 不當得利之衡平措施。而考量避免雙重剝奪，犯罪所得如已
10 實際發還或賠償被害人者，始不予宣告沒收或追徵。故倘若
11 犯罪行為人雖與被害人達成民事賠償和解，惟實際上並未將
12 和解賠償之金額給付被害人，或實際犯罪所得高於民事賠償
13 和解金額者，法院對於未給付之和解金額或犯罪所得扣除和
14 解金額之差額部分等未實際賠償之犯罪所得，自仍應諭知沒
15 收或追徵，始符合沒收新制之立法本旨。原判決已說明：上
16 訴人等就本件共同加重詐欺取財之犯罪所得實際分得情形，
17 黃建富分得60萬元、林江龍及李英泉各分得50萬元、李輝琪
18 及林進安各分得20萬元部分，均未經查扣。惟原審審理時李
19 輝琪、李英泉及黃建富均與被害人彭孟聰達成民事賠償和解
20 ，李輝琪及黃建富各賠償30萬元，李英泉則賠償40萬元，均
21 如數清償完畢，因此，關於林江龍分得之50萬元、林進安分
22 得之20萬元部分，以及李英泉及黃建富扣除各自賠償後仍分
23 得之餘款，李英泉為10萬元、黃建富則為30萬元等部分，均
24 與刑法第38條之1第5項所規定犯罪所得已實際合法發還被
25 害人而不予宣告沒收或追徵之要件不符，自應依同法第38條
26 之1第1項前段及同條第3項之規定，就林江龍、林進安、
27 李英泉及黃建富上開犯罪所得餘款部分宣告沒收及追徵等旨
28 綦詳（見原判決第42頁倒數第4行至第44頁第4行）。核其
29 此部分之論斷，於法尚無違誤。林進安上訴意旨，徒憑己見
30 ，泛謂本件被害人彭孟聰已表示不向上訴人等請求給付民事
31 和解以外之賠償金額云云，而指摘原判決對於其所分得且尚

未返還之20萬元部分仍諭知沒收及追徵為不當，依上述說明，殊有誤會，同非合法之第三審上訴理由。至上訴人等其餘上訴意旨，均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，無非仍就原審採證認事職權之適法行使，暨原判決已明確論斷說明之事項，漫為爭執，並就其等有無本件被訴共同向彭孟聰詐賭之單純事實，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；揆之首揭說明，其等上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

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 108 年 10 月 31 日

最高法院刑事第二庭

審判長	法官	郭	毓	洲
	法官	張	祺	祥
	法官	沈	揚	仁
	法官	蔡	憲	德
	法官	林	靜	芬

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 108 年 11 月 5 日