最高法院刑事判決

109年度台上字第5037號

上　訴　人　彭省偉
　　蘇盈瑄
　　簡佑旭
上　一　人
選任辯護人　蔡文彬律師
　　林明賢律師
　　李彥鋒律師

上列上訴人等因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年12月20日第二審判決（107年度上訴字第2567號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署105年度偵字第37096號、106年度偵字第9323、9387、9388、14057、14706、18145號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於簡佑旭部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

甲、撤銷（簡佑旭）部分：

一、本件原判決認上訴人簡佑旭有其事實欄三所載之犯行明確，因而維持第一審關於論處簡佑旭共同犯三人以上詐欺取財罪刑（處有期徒刑1年2月）部分之判決，駁回其在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按科刑之判決書，須將認定之犯罪事實詳記於事實欄，然後於理由欄內，逐一說明其所憑之證據及認定之理由，使事實與理由兩相一致，方為合法，若應記載於判決理由之事項不予記載，即為判決理由不備。

㈠、關於緊急避難之論斷：

1.現代刑法以罪責為基礎，無罪責即無刑罰，行為人除了具備構成要件該當之違法行為之外（構成要件該當性及違法性），並須具有個人對該行為之可非難性（有責性），始成立刑法之犯罪，科予刑罰，此即所謂之「罪責原則」。換言之，

行為人不僅是做了違反刑法規範的事情，而且應當為他所做的事情負起責任，始克發生刑罰之效果。此外，在個案中對行為人施加之刑罰必須與行為人的罪責相當，刑罰不得超過其罪責之範圍，此即罪責原則衍生之「罪責相當原則」。

2.依當代刑法思潮，刑法第24條第1項「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑」有關緊急危難之規定，其前段、後段內容在犯罪評價上具有雙重性，前段規定阻卻違法事由之緊急避難，後段則是規定寬恕罪責事由（Entschuldigungsgruende）或減輕罪責事由之過當避難。詳析刑法第24條第1項前段緊急避難之要件：⑴、客觀上須存有緊急之危難情狀，也就是對於行為人或他人生命、身體、自由、財產法益存有緊急性的危難。所謂之「緊急」，除了迫在眼前的危難，還包括持續性的危難（Dauergefahren）之範圍，即該危難雖非迫在眼前，但隨時可能轉化為實際損害（例如結構不安全而隨時有倒塌危險的房子）；⑵、主觀上避難行為須出於救助意思，行為人認知到危難情狀而出於避難之意思；⑶、避難行為具備必要性且符合利益權衡，所謂必要性，必須是為達到避難目的而採取的有效手段，且選擇損害最小的手段；另受到利益權衡之限制，就被救助與被犧牲的法益加以權衡結果，被救助法益具有優越性，並且符合手段與目的相當性。只有在符合上開緊急避難要件時，始克阻卻違法而不罰。至於雖客觀存有緊急之危難情狀，主觀上亦是出於救助意思（符合上開⑴、⑵之要件），但是避難行為超過必要性或不符利益權衡（不符合上開⑶之要件），不得阻卻違法，惟符合刑法第24條第1項後段過當避難之要件，應視可非難性高低而判斷屬寬恕罪責或減輕罪責而異其法律效果。

3.而本件應再探究《強制性的緊急危難》，係指行為人客觀上有緊急之危難情狀，而其同時也是強制罪的受害人，行為人因遭受強暴、脅迫而處於持續性的危難，主觀上為了救助自

己、親屬或密切關係者生命、身體、自由或財產，而被迫作出違法行為（例如黑道老大威脅目睹其重傷他人犯行之證人，敢為不利指證將斷證人手腳，該證人乃作出偽證之違法行為）。於此情形，固然有持續性的緊急危難，且出於救助之避難意思，惟現代社會既有治安機構及司法機關，於個案之權衡，通常難認所施之違法行為符合必要性及手段相當性，而不得主張緊急危難之阻卻違法事由，但於符合過當避難之要件時，應視個案事實之罪責程度而寬恕罪責或減輕罪責。原判決事實欄三認定簡佑旭與同案被告彭省偉、黃勢棠及李志鴻等人基於共同犯三人以上詐欺取財罪之犯意聯絡，簡佑旭依彭省偉之指示，在其工作之加油站抄錄前往加油如附件一所示之人所使用之信用卡卡號，彭省偉等偽裝為該等之持卡人綁定GO MAJI App付款功能，佯持以至全家便利商店實施如附件一所示之消費，因而論處簡佑旭三人以上詐欺取財罪刑，且就簡佑旭辯稱遭彭省偉等暴力討債強迫符合緊急避難乙節，以簡佑旭抄錄信用卡號已經是與彭省偉等人前往新北市觀音山區之隔天，簡佑旭可報警處理，難認其事後抄錄信用卡號為當下唯一且不得已之行為，而認其不得主張緊急避難（見原判決第2、17頁）。惟查，原判決事實欄二記載彭省偉與彭承翔、李志鴻，基於強制罪之犯意，為使簡佑旭清償積欠彭省偉之債款新臺幣6萬元，於民國105年9月10日傍晚，在新北市○○區○○路某處，開車將簡佑旭載至新北市觀音山區，將簡佑旭眼睛矇住，並以雨傘佯裝槍枝抵住簡佑旭，向其恫稱：你現在是沒有被槍打過、不准報警，不然肚子會開花、欠沒多少錢很好商量、要抄信用卡號的話就好好配合等語，以此方式強暴、脅迫簡佑旭行無義務之事等旨（見原判決第2頁），已認定簡佑旭乃彭省偉等人所為強制罪之被害人。倘若無訛，以簡佑旭遭受彭省偉等3人載至偏遠山區、矇住眼睛、主觀認知被槍抵住身體，復被威脅「沒有被槍打過、肚子會開花」危及生命、身體之事，衡諸客觀之經驗法則，雖其抄錄信用卡號時已遭釋放，惟該強暴脅迫

是否已造成簡佑旭生命、身體安全處於持續性的危難狀態？而屬緊急之危難？又簡佑旭為避免「被槍打、肚子開花」因而屈從抄錄信用卡號，雖其同時經彭省偉告知得以償還欠款，但簡佑旭主觀上是否仍係出於救助其生命、身體之避難意思？進而言之，縱簡佑旭於彭省偉等人將其釋放後得以報警尋求保護，其抄錄信用卡號以提供予彭省偉等人，並非客觀上必要且不符合利益權衡，而與刑法第24條第 1項前段規定之緊急避難要件不合，然客觀上已有緊急危難、主觀上又出於避難意思，而具備上開⑴、⑵之要件，則是否與該項後段之過當避難規定相符，而有寬恕罪責或減輕罪責規定之適用？事涉簡佑旭就該其違法行為有無可非難性，以及罪責程度高低之判斷。原判決自應明白審認，並於理由內詳加說明，始為適法。原審未遑詳察，遽為判決論罪，即嫌速斷，自難昭折服，有調查未盡及理由不備之違失。

㈡、關於共同正犯之論斷：

刑法關於正犯、從犯之區別，係以主觀犯意及客觀犯罪行為為其判斷標準，凡以自己犯罪意思而參與犯罪，無論所參與者是否係犯罪構成要件之行為，皆為正犯；至以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，則為從犯。

原判決事實欄三認定簡佑旭所參與之行為，乃「在其工作之加油站抄錄前往加油如附件一所示之人之信用卡號」，並於理由內說明其將抄錄之信用卡號交付予依彭省偉指示前來之黃勢棠及李志鴻（見原判決第17至18頁），倘若無訛，則其實施之提供信用卡資訊行為，尚非詐欺取財罪之犯罪構成要件之行為，然簡佑旭對於彭省偉等人所為以該等信用卡綁定GO MAJI App 付款功能後持以至全家便利商店訛詐消費之詐欺行為，是否有「認知」以及「意欲」？依憑卷內訴訟資料如何認定之？原判決俱未於理由內為必要之說明。況原判決既已認定簡佑旭遭受「欠沒多少錢很好商量、要抄信用卡號的話就好好配合」否則「肚子會開花」之威脅，則能否謂簡

佑旭有為清償自己之欠債而參與本件詐欺之正犯故意？原判決逕以「簡佑旭為清償自己之欠債而參與，此舉業已參與詐欺犯行甚明，故其與彭省偉等人有犯意聯絡及行為分擔」，而遽認簡佑旭成立此部分之共同正犯（見原判決第18頁），同嫌速斷，自有判決理由不備之違失。

三、以上或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。原判決上述違背法令，影響於事實之確定，本院依法無可據以為裁判，應認原判決關於簡佑旭部分有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回（彭省偉、蘇盈瑄）部分：

壹、原判決關於事實欄三、四所示彭省偉、蘇盈瑄共同犯三人以上詐欺取財罪、事實欄五所示彭省偉犯非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝罪部分：

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、本件經原審審理結果，認為上訴人彭省偉、蘇盈瑄有原判決事實欄三至四、彭省偉另有事實欄五所載之犯行明確，因而維持第一審論處彭省偉、蘇盈瑄共同犯三人以上詐欺取財二罪及彭省偉非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝罪刑（並為沒收之宣告）部分之判決，駁回其等該部分之上訴。已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

三、按我國制定槍砲彈藥刀械管制條例以刑罰嚴格管制槍砲、彈藥（下稱槍、彈），主要目的乃為防止槍、彈流入市面，造成槍、彈泛濫，進而危害到民眾生命、身體、財產安全，故採「抽象危險犯」之立法保護方式，將特定之槍、彈判定對

社會具有高度威脅性之風險，應予管制，並以刑罰手段達到犯罪預防之目的。且槍、彈原得自由拆卸或組裝，完整之適合零件組裝後仍為完整槍枝，故持有（或寄藏、意圖販賣而陳列，以下簡稱持有）完整槍、彈或其（經拆卸）全部之適合零件，不過是組合與否之不同。故凡被告未經許可持有可發射子彈具有殺傷力之槍，無論所持有者係已組裝完成之槍枝，或係持有包含主要組成零件之適合零件，倘能經由組合成為完整並具有殺傷力之槍、彈，並未改變其為槍彈之性質，同具有造成危害社會治安之威脅，自應分別依同條例之未經許可，持有槍枝等相關規定處罰，不因查獲非法持有槍枝時係呈拆解或組合狀態而異其結論，以避免被告藉此化整為零，認僅成立同條例第13條第4項未經許可，持有槍、彈主要組成零件罪，甚或以並無組裝槍、彈能力用以脫罪。

原判決依憑彭省偉於第一審之自白；扣案如附表六編號1、2所示之仿半自動手槍、仿GLOCK廠半自動手槍製造之改造手槍各1支、編號3至6所示槍砲主要組成零件；顯示查扣經過之卷附搜索、扣押筆錄（含扣押物品目錄表）及搜索扣押物品照片；經鑑定結果，附表六編號1、2所示槍枝，均認擊發功能正常，可供擊發適用子彈使用，具殺傷力之改造手槍，編號3至6均屬內政部公告之槍砲主要組成零件之內政部警政署刑事警察局鑑定書、內政部函等證據資料，綜合全辯論意旨及調查證據所得，認定彭省偉有非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝、非法寄藏槍砲之主要零件犯行，並依想像競合關係從重論以槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝罪。洵無違誤可指。又承前說明，本件無論於查獲時是否組裝完成，或是否由彭省偉組裝完成，均無礙於前揭未經許可持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪之成立。原判決未再贅論，且未再依職權傳喚偵查佐洪名章（原審之辯護人於108年10月4日準備程序捨棄傳喚洪名章作證，見原審卷二第226頁）為無益之調查，同無判決理由不備、調查未盡之違法可言。

上訴意旨謂：本件查獲者僅槍枝主要零件，係嗣後偵查佐始將之組裝成槍枝，彭省偉並無組裝能力，此涉彭省偉是否成立持有槍彈或持有槍彈之主要組成零件之罪名，原審未依聲請傳喚洪名章且未說明，有調查未盡以及判決理由不備之違誤云云。仍係未依卷內資料，徒憑己見，而為指摘，自非適法第三審上訴理由。

四、犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。又證人之陳述有部分前後不符，或證人相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院仍應本其自由心證，依據經驗法則及論理法則，參酌其他證據予以綜合判斷，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。原判決依蘇盈瑄於偵查中之部分供述、證人李志鴻、黃勢棠、陳家偉之供證，佐以行動電話0000000000號門號（下稱本案門號）申登人資料、通聯調閱查詢單、夠麻吉股份有限公司函暨附件、香港商雅虎資訊股份有限公司台灣分公司（下稱雅虎公司）函及訂購商品資料及中國信託等商業銀行之信用卡交易明細等證據資料，逐一剖析，相互印證，且敘明證人黃勢棠、李志鴻、陳家偉等人就事實欄三部分蘇盈瑄曾一同前往實行詐術之全家便利商店，且其等偽為持卡人消費所得之遊戲點數券，由蘇盈瑄之供述，以及黃勢棠、李志鴻明就蘇盈瑄參與事實欄四部分，黃勢棠供稱蘇盈瑄與彭省偉為指揮者、李志鴻所述詐欺所得物品交予蘇盈瑄與彭省偉之證言，如何具有憑信性之理由，且載明證人黃勢棠、李志鴻、陳家偉之供述並有補強證據可佐，復就蘇盈瑄否認犯行，所為各項之辯解、如何不足以採信，已斟酌卷內資料詳加指駁、論斷。因而認定蘇盈瑄有事實欄三、四所載之三人以上詐欺取財犯行。所為論斷說明，俱不違背經驗法則及論理法則，亦非以共同被告證詞作為唯一證據。又關於其等對於蘇盈瑄是否前去行詐之全家便利商店之供述，黃勢棠陳稱「有時候會跟伊等一起坐車去全家，但不是每次都會

去」，與陳家偉供述「去全家使用手機消費時，蘇盈瑄幾乎都會去」，對於肯認蘇盈瑄前往之事實核屬一致，至於頻率雖非全然相同，但基本事實並無重大歧異，至李志鴻所稱「彭省偉與蘇盈瑄都會去是因為彭省偉他們害怕伊等私吞點數」係在談論蘇盈瑄前往的原因，亦非宣稱蘇盈瑄「每次必去」，而有何齟齬，原判決採納其等證言，洵未有何採證違法之違誤。蘇盈瑄上訴謂：共同被告李志鴻、黃勢棠、陳家偉等關於蘇盈瑄有無前往犯罪地點、擔任角色、有無收受盜刷商品之證述彼此矛盾，無法互核補強，原判決以其等證詞做為認定犯罪事實之唯一證據，有違背證據法則等語。無非就原審採證認事職權之適法行使，及原判決明白論斷之事項，徒憑己見，任意指為違法，或單純為事實枝節之爭辯，執為指摘，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

五、審判期日應調查之證據，係指與待證事實具有重要關係，在客觀上有調查必要性及可能性之證據而言；若法院認為所欲證明之事項已臻明瞭，別無調查其他證據之必要，因而未為無益之調查，尚無違法之可言。又現代通訊軟體發達，人與人之通訊，除了傳統之電話、行動電話之外，以各種Line、FaceTime、Messenger 等通訊軟體至為平常，是以於經驗法則上，尚不得單憑未有行動電話紀錄逕認未有通訊事實。原判決以蘇盈瑄以事實業臻明確，未依職權調取蘇盈瑄於犯罪期間之行動電話通話紀錄、發話受話基地台以查其行動軌跡而為無益之調查，自未何違誤可言。蘇盈瑄上訴意旨執以指摘原審有應於審判期日調查之證據未予調查，同非適法之第三審上訴理由。

六、刑之量定，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第 57 條各款所列情狀而未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，並無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，即不得任意指為違法。原審就彭省偉、蘇盈瑄本件犯行，以其等責任為基礎，具

體審酌刑法第57條所定各情，予以綜合考量，而維持第一審法院所為各罪刑之量定，既未逾越法定刑範圍，復無違反罪責原則、公平原則之情事，自無違法可言。彭省偉、蘇盈瑄上訴意旨，以原判決未嚴格審視其等誤觸法網、受他人利用等刑法第57條量刑因子而為之量刑，自有裁量瑕疵及理由不備之違法等語。係就原審量刑裁量權之適法行使，任意指摘，依上述說明，同非合法之第三審上訴理由。

七、刑法第59條所規定酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀顯可憫恕，認科以法定最低度刑仍嫌過重者，始有其適用。而是否適用上揭規定酌量減輕其刑，係刑法賦予法院得依職權裁量之事項，未依該規定減輕其刑，既不違背法令，自不得執為提起第三審上訴之理由。原審審酌彭省偉、蘇盈瑄所犯各罪之犯罪情狀，認無可憫恕之事由，未依該條規定酌減其刑，雖未於原判決理由內逐一說明，然屬法院得依職權裁量之事項，洵無違法、失當可言。彭省偉、蘇盈瑄上訴意旨謂：彭省偉於查獲之初即坦承犯行、蘇盈瑄則於原審坦承，且係因未參與犯行而未於初始即坦承，態度均良好，且犯後全額賠償完畢，顯有可憫恕之處，原審漏未審酌而有違誤等語。核非合法之第三審上訴理由。

八、以上及其餘上訴意旨，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。依上說明，應認彭省偉、蘇盈瑄此部分上訴為違背法律上之程式，均予以駁回。另槍砲彈藥刀械管制條例第7條、第8條雖於109年6月10日修正公布，於同年月12日施行，但比較新舊法結果，修正後之規定並未較有利，應適用行為時法。原判決關於彭省偉違反槍砲彈藥刀械管制條例部分，雖未及為新舊法比較適用，於判決結果無影響，併此敘明。

貳、原判決關於事實欄一、二所示彭省偉、蘇盈瑄強制罪部分：

一、上訴人彭省偉、蘇盈瑄對原判決不服，提起上訴，未聲明為一部上訴，應視為全部上訴。

二、修正後刑事訴訟法第376 條第1 項各款所列之案件，經第二

審判決者，除有同項但書之情形外，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。關於事實欄一所示彭省偉、蘇盈瑄、事實欄二所載彭省偉共同犯強制罪部分，原判決既維持第一審所論處該罪刑之判決，且屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件。依首開說明，既經第二審判決，仍不得上訴於第三審法院，彭省偉、蘇盈瑄就此部分猶提起上訴，顯為法所不許，均應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　6　　月　　10　　日

刑事第二庭審判長法　官　林　勤　純

法　官　蔡　新　毅

法　官　莊　松　泉

法　官　吳　秋　宏

法　官　王　梅　英

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　6　　月　　15　　日