最高法院刑事判決

109年度台上字第731號

上　訴　人　臺灣高等檢察署智慧財產檢察分署檢察官鍾鳳玲
上　訴　人
即　被　告　汪惠南
選任辯護人　周慧芳律師
上　訴　人
即　被　告　周榮華
選任辯護人　孫天麒律師
上　訴　人　黃寶慧
（被告）
　　簡耀進
　　黃金山
　　李錦豐
　　蔡昆達
上　四　人
共　　同
選任辯護人　彭國書律師
　　韓瑋倫律師
參　與　人　恩企實業有限公司
代　表　人　崔明禮

上列上訴人等因被告等詐欺等罪案件，不服智慧財產法院中華民國108年10月2日第二審判決（108年度刑智上訴字第17號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署105年度偵字第22538號、第24012號、106年度偵字第2712號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於汪惠南犯行使變造私文書（共2罪）、商業會計法第71條第1款不實填製罪；周榮華犯其附表編號1至4、6至32、36至39詐欺取財（共35罪）、商業會計法第71條第1款不實填製罪；黃寶慧犯其附表編號7、19、33至35、40、41之詐欺取財（共7罪）、簡耀進犯其附表編號7、19詐欺取財（共2罪）、李錦豐犯其附表編號33詐欺取財（1罪）、蔡昆達犯其附表編號35

詐欺取財（1罪）、黃金山犯其附表編號41詐欺取財（1罪）暨參與人恩企實業有限公司部分均撤銷，發回智慧財產法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回部分：

甲、本案刑事部分：

一、

（一）屬刑事訴訟法第376條第1項但書之案件：

按刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人，得上訴於第三審法院，為該條項但書所明定。

上訴人周榮華犯原判決附表編號1至4、6至32、36至39；上訴人黃寶慧犯同表編號7、19、33至35、40、41；上訴人簡耀進犯同表編號7、19；上訴人李錦豐犯同表編號33；上訴人蔡昆達犯同表編號35；上訴人黃金山犯同表編號41之詐欺取財罪部分，雖屬刑事訴訟法第376條第1項第4款之案件，然原判決關於上開部分，係撤銷第一審無罪之判決而改判有罪，依上開說明，周榮華、黃寶慧、簡耀進、李錦豐、蔡昆達、黃金山就上開部分，自得上訴於第三審法院。

（二）非屬刑事訴訟法第376條第1項之案件：

汪惠南犯行使變造私文書部分（2罪）；汪惠南、周榮華犯商業會計法第71條第1款之不實填製罪部分，非屬刑事訴訟法第376條各款之案件，自得上訴於第三審法院。

二、原判決撤銷第一審判決關於上揭各諭知無罪，改判有罪，及對參與沒收之第三人為相關之沒收；就汪惠南改判仍論處汪惠南行使變造私文書罪；及就汪惠南、周榮華改判仍論商業會計法第71條第1款之不實填製罪。固非無見。

三、惟查：

（一）判決書應分別記載其裁判之主文與理由，為刑事訴訟法第

308 條前段所明定，其中之主文，係法院審查所受理之案件而作成之終結判斷，通常既是當事人及其相關人員（告訴人、被害人或家屬、親友）最為關心者，也是確定後檢察官據以執行之指示。故主文必須明確，不得彼此齟齬。否則即有判決矛盾之情形存在，屬同法第379 條第14款所稱當然違背法令。又刑事訴訟法採行三級三審原則，第二審審查第一審之判決，依該法第369 條第1 項前段規定，第二審法院之判決主文有二種，一為上訴駁回，另為將原審判決撤銷，自為判決。倘竟一方面將原判決（全部）撤銷，另方面諭知「其他上訴駁回」，即有矛盾，足以構成撤銷之原因。

原判決主文第一項諭知「原判決撤銷」（見原判決第3 頁第6 行），自形式上觀察，即係將原判決全部予以撤銷，使之歸於消滅，已無保留部分，卻於主文第十二項諭知「其他上訴駁回」（見原判決第4 頁第20行），顯然前後矛盾。

（二）判決書係法院審結案件後，將所得心證及判斷情形，形諸文字，對外公示者，乃法院與人民間溝通的重要橋樑，由此接受社會公評。故製作判決書，以易讀、易解為理想，於審判者立場而言，既是職責，也可謂義務；於人民立場言，則屬司法近用權之一環。刑事訴訟法以第308 、309 、310 、310 之1 、310 之2 、310 之3 等諸多條文，規範判決書必須如何製作，即本此意旨。望似皆針對有罪判決而作指導，但從第308 條下段以觀，其反面揭示無罪之判決書，毋庸記載「事實」，因其本無犯罪事實，故僅依同條前段規定，記載主文及理由已足。司法實務上，對於部分有罪，部分無罪之情形，一向分立欄位記載，例如於理由中，特別標示無罪部分欄位、標題，並略載被訴之嫌疑事實，以便一般人民容易閱讀、理解，倘竟將有罪、無罪合併混雜夾敘，難認適法，亦不合宜。

1.原判決一方面於理由欄參記載：「本判決駁回上訴部分，

依刑事訴訟法第373 條規定，均引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，僅對於案情重要事項或第一審未予論述部分，予以補充記載其理由」（見原判決第54頁第1至3 行）；另於理由欄肆、三（檢察官對於周榮華就附表編號1 至32；36至39所示之詐欺取財及虛偽標記商品部分之上訴）、五（檢察官對於黃寶慧犯虛偽標記商品罪及詐欺取財罪部分之上訴）、六（檢察官就被告李明發犯詐欺取財罪部分、被告蔡昆達無罪部分之上訴）、八至十（檢察官就被告簡耀進、李錦豐、黃金山無罪部分之上訴）等項，將上揭被告有罪、無罪判決混淆論斷（見原判決第62頁第22行至第67頁、第68頁第18行至第94頁第2 行），與上揭法律之規定，已有不符。

2.原判決於其理由欄肆、三、（九）敘載：「除原判決附表一編號5 所示工程外，其餘工程均可認定，被告周榮華與被告汪惠南具虛偽標記商品而販賣之犯意聯絡及行為分擔，故檢察官此部分上訴為有理由，至原判決附表一編號5 所示工程部分，則無理由」（見原判決第67頁第8 至11行）；理由欄肆、五、（八）記載：「原審判決被告黃寶慧此部分無罪，容有誤會，故應予撤銷，並應依法論科，其餘部分，檢察官對於被告黃寶慧之上訴，因無證據，故無理由而應予駁回」（見原判決第75頁第14至17行）；理由欄肆、六、（十一）記載：「被告蔡昆達就該工程構成幫助詐欺犯行，原判決就此部分為無罪之諭知，容有誤解，應予撤銷改判，並依法論科。至附表其餘編號所示工程，檢察官仍未提出積極證據證明被告蔡昆達有何詐欺或幫助詐欺犯行，以實其說，故檢察官就此部分之上訴，並無理由」（見原判決第83頁第23至第84頁第2 行）；理由欄肆、九、（五）、十、（五）分別敘載：「應認被告李錦豐、黃金山就附表33、41所示工程，係幫助被告周榮華使用摻混調製防火漆之詐欺犯行，其餘部分則因證據不足，尚難認被告李錦豐、黃金山有何詐欺或幫助詐欺之犯行，而

應駁回檢察官之上訴」（見原判決第92頁第21至25行、第93頁倒數第2 行至第94頁第2 行），將有罪、無罪同時夾敘論斷，自有欠當。

（三）有罪判決書所記載之犯罪事實，為論罪科刑適用法律之基礎，故構成犯罪之事實必須詳加認定，明確記載，然後於理由內說明其認定所憑之證據，始足為適用法律之依據，否則即有判決理由不備或矛盾之違法。

刑事訴訟法第379 條列有判決當然違背法令之情形，其中第14款所謂判決所載理由矛盾者，指所載理由，彼此牴觸；或理由中之說明前後矛盾；或認定事實與卷證資料不符，均屬之。

1.原判決撤銷第一審關於李錦豐之無罪判決，改判李錦豐犯附表編號33部分犯行有罪，然而於事實欄六部分，僅記載簡耀進（犯附表編號7 、19）、蔡昆達（犯附表編號35）、黃金山（犯附表編號41）之犯罪事實（見原判決第13頁第21行至第14頁第10行），並未記載「李錦豐」之犯罪事實，致此部分判決僅有理由，而無事實，已有重大違誤。

2.原判決認簡耀進犯附表編號7 、19部分犯行，於判決理由肆、八、（一）至（三）以簡耀進之部分供述，及廖學源、周榮華之部分證述為憑（見原判決第90頁第20至26行、第91頁第1 至9 行），然就簡耀進何以成立幫助犯，並未於理由內敘論，猶嫌理由欠備。

（四）刑法上之故意，依第13條第1 項、第2 項之規定，分為直接故意（又稱積極故意或確定故意）與間接故意（又稱消極故意或不確定故意）二種。前者指行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使該事實發生之決意，進而實行該犯罪決意之行為；後者指行為人對於構成犯罪之事實，預見其有發生之可能，惟該犯罪事實若發生並不違背其本意，乃予以容認而任其發生者而言，二者故意之態樣不同，其惡性之評價亦有輕重之別。

1.原判決撤銷第一審無罪判決，改判黃寶慧附表編號7 、19

、33至35、40、41部分有罪，於其理由肆、五、（三）4、5、㈣、㈤、㈥項下，陸續載敘：「黃寶慧至少客觀上即得因此預見周榮華摻混調製防火漆以詐欺業主或廠商，而其發生不違背本意，仍予以訂製並寄送標籤貼紙、鐵桶之幫助，至少具幫助詐欺之『間接故意』」（見原判決第72頁第11至14行）、「黃寶慧對於被告周榮華就附表編號7、19、33至35、40、41所示工程摻混調製詐欺取財，至少客觀上得以預見其發生，且其發生並不違背其本意，至少具有『間接故意』」（見原判決第73頁第4至7行）、「黃寶慧對於周榮華之摻混調製防火漆詐欺犯行，已屬『直接故意』」（見原判決第74頁第3、4行）、「更足證黃寶慧尚非僅止於間接故意，更明確直接知悉周榮華並非僅單純將生鏽之舊桶換新桶，而係一桶換兩桶之摻混調製防火漆」（見原判決第74頁第10至12行）、「足證黃寶慧亦經手購買被告周榮華用以摻混調製防火漆之『色母』，難認其無幫助被告周榮華摻混調製詐欺之『直接故意』」（見原判決第75頁第1至3行）。

2.原判決撤銷第一審無罪判決，改判蔡昆達附表編號35部分有罪，於其理由肆、六、（二）（三）、（五）至（八），陸續敘載略以：「蔡昆達對於防火漆歷時1月加水、瀝料，尚難諉為不知周榮華於該工程使用摻混調製之防火漆，至少客觀上得以預見，而其發生不違背本意，而均具『間接故意』」（見原判決第76頁第19至22行）、「蔡昆達於發現周榮華所提供之防火漆，打開會有霧化太濃稠情況，加水後仍有一顆顆泡泡，噴嘴容易阻塞、有粉粒，已足以合理懷疑並客觀預見周榮華提供之防火漆係屬摻混調製者，如確為摻混調製者，亦不違背本意，而仍繼續使用該防火漆於「臺中烏日」之附表編號35所示工程，已具幫助詐欺之間接故意，之後蔡昆達又故意加入消泡劑，則就附表編號35所示工程，更進一步具幫助詐欺之直接故意」（見原判決第77頁第17至25行）、「足證加入消泡劑並非正

常施工方法，足以引起客觀合理懷疑，並預見該防火漆係經摻混調製以實施詐欺者，而其發生並不違背蔡昆達之本意，竟仍違反施工常規，益徵蔡昆達，就附表編號35之工程，至少具幫助詐欺之間接故意」（見原判決第79頁第4至9行）、「足證蔡昆達明知該防火漆有塞槍需要過濾之不正常現象，客觀上得以懷疑並預見被告周榮華摻混調製防火漆，該摻混調製亦不違背被告蔡昆達之本意，其仍繼續將該防火漆使用於附表編號35所示工程，至少已具幫助詐欺之『間接故意』」（見原判決第80頁第4至8行）、「蔡昆達就附表編號35所示工程，已非僅止於幫助詐欺之間接故意，而已至直接故意之程度」（見原判決第80頁第12至13行）、「蔡昆達『故意』使用廖學源摻混調製之防火漆，並於防火漆內加入色母調製後使用，益徵其就附表編號35所示工程，已具幫助詐欺之『直接故意』」（見原判決第80頁第23至25行）。

3.原判決於其判決理由肆、九、㈠、㈡、㈣敘載：「李錦豐於其中編號33所示工程現場擔任監工，難謂諉為不知」（見原判決第91頁12至14行）、「足認李錦豐早已知悉周榮華使用摻混調製之防火漆」（見原判決第91頁第20至21行），復又依憑被告李錦豐之部分供述，認「李錦豐就自己使用之防火漆，自承使用摻混調製之防火漆，並至少有間接故意」（原判決第92頁第15至17行）。

4.原判決於其理由肆、十、㈠、㈡、㈣敘載：「黃金山於其中編號41所示工程現場擔任監工，難謂諉為不知」（見原判決第93頁2至4行）、「足認黃金山早已知悉周榮華使用摻混調製之防火漆」（見原判決第93頁第10至11行）、復又論載：「足認黃金山客觀上得合理懷疑，並預見周榮華於附表編號41所示工程，使用摻混調製之防火漆，而其發生不違背其本意」（原判決第93頁第21至23行）。

5.綜上，原審認定黃寶慧、蔡昆達、黃金山、李錦豐之幫助詐欺犯行，究竟係間接故意或直接故意，理由之論載前後

不一，均有可議。

（五）被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據；被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。分別為刑事訴訟法第156 條第1 項、第2 項所明定。

又應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第379 條第10款定有明文。若有應行調查之證據未經依法調查，或證據雖已調查而其內容尚未完全明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據未予調查。

汪惠南行使變造私文書部分犯行，雖於第一審及原審為認罪自白之表示，惟在原審已具狀辯稱係在本案工程接洽階段變造報單（見原審卷一第245 、391 頁）。原判決僅於判決理由貳、三（一）敘載：汪惠南於原審自承就起訴之系爭工程，在請款時間點之前任何時間點，全部都不需要進口資料等語（見原判決第121 頁第23至25行），因而維持第一審關於此部分之變造報單時間點之認定。但如此，除汪惠南之自白外，有如何之補強證據可資佐證，原判決並未詳予調查、說明，致汪惠南上訴第三審得據以指摘，應認原審關於此部分有查證未盡之違失。

（六）按數罪併罰於同一判決分別宣告各罪之刑，並定其應執行刑後，當事人表示僅就定應執行刑上訴者，因定應執行刑，係依據各罪之宣告刑而來，又必須審酌全判決各宣告罪刑後，始可決定，自不能與所依據之各罪刑分離而單獨存在，且與各罪刑間，在審判上具有無從分割之關係，故不受當事人僅對定應執行刑部分上訴之主張所拘束。換言之，基於上訴不可分之原則，雖僅對定應執行刑乙情聲明上訴，則依刑事訴訟法第348 條第2 項規定，有關係之各罪部分，亦應視為均已全部上訴，而予一併審理，惟應於判決內敘明撤銷改判或維持原審判決之理由，否則難謂無理

由不備。

本件第一審判決後，檢察官提起第二審上訴，其上訴書所載之上訴範圍固如原判決理由欄貳、一所載（見原判決第52頁第22行至第53頁第12行），然細繹上開檢察官108年度上字第50號上訴書貳、（二）記載：「本案被告汪惠南、周榮華2人（下稱汪惠南2人）主導之犯行，……是認原審判決各罪量刑暨『定應執行刑部分』過輕，亦有未當」等語（見上揭上訴書第12頁第4至6行），可認檢察官上訴書雖未敘及汪惠南2人所犯商業會計法第71條第1款之不實填製罪，但既已敘及對汪惠南2人定應執行刑部分提出上訴，則依上開說明，汪惠南2人所犯商業會計法第71條第1款之不實填製罪，原審應予一併審理；惟原審撤銷第一審判決後，就此部分，於主文改判仍論處相同罪名、相同刑度，卻未於理由內說明其何以一併審理及因何要撤銷改判之理由，難謂無理由不備。

乙、沒收部分：

一、檢察官上訴部分：

（一）刑事訴訟法第349條關於上訴期間之規定，於民國109年1月15日經修正公布，修正後規定將上訴期間由10日放寬為20日。而上訴期間於前開修正規定施行時，依修正前之規定尚未屆滿者，適用修正後第349條之規定，刑事訴訟施行法第7條之12第3項亦有明文。是在刑事訴訟法第349條修正施行前，上訴人提起上訴時，若未逾修正前所規定之10日法定不變期間，其上訴本屬合法。又期間之計算，依民法之規定，為刑事訴訟法第65條所明定，而依民法第122條規定，於一定期間內，應為意思表示者，其期間之末日為星期日、紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之，是休息日在期間之末日者，以休息日之次日代之。另關於不變期間之計算，應加計在途期間。

查本件臺灣高等檢察署智慧財產檢察分署（機關地址：臺北市○○路○○○號0樓）檢察官收受原判決時間為108年

10月21日（見原審卷五第214-1頁），檢察官於同年11月4日向智慧財產法院（機關地址：新北市○○區○○○道○段○號0樓）提起上訴，依智慧財產法院在途期間標準第2條，居住所在臺北市者，加計2日在途期間，其末日為同年11月2日（星期六，為休息日，其次日亦為休息日），上訴期間至11月4日始屆滿，是本件檢察官之上訴，尚未逾期。汪惠南2人答辯狀意旨就此有所爭執（見本院卷第359頁），核屬誤會，合先敘明。

（二）刑事訴訟法第455條之27規定，對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決。但當事人得否僅對於參與人財產沒收事項部分之判決上訴，法無明文，基於檢察官係公益之代表，有其客觀性義務，自應採肯定見解。

又同法第455條之28規定，參與沒收程序之審判、上訴及抗告，除第七編之二沒收特別程序有特別規定外，準用第二編第一章第三節、第三編及第四編之規定。而同法第376條第1項所列各罪之案件，經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴，或撤銷並自為有罪判決者，不得上訴於第三審法院，見諸該法條規定甚明，是關於參與沒收程序之審判，依同法第455條之28規定，自在準用之列。至於案件是否屬於該條項所列各罪之範圍，並不僅以起訴書所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用之法條，為唯一標準，而應以起訴書狀所記載之事實為準，且視當事人在第二審言詞辯論終結前，對於罪名有無提出爭執，以為審斷。從而，若檢察官以不屬於上揭所列之罪名提起公訴，經法院變更起訴法條，改以上揭所列之輕罪判決者，檢察官於第二審辯論終結前，既已爭執應為較重之罪，則檢察官應得就沒收部分提起第三審上訴。

本件檢察官就刑事本案被告關於起訴書附表一編號12、16至40部分，認係涉犯刑法第339條之4第1項第2款之加重詐欺既遂罪嫌；同表編號41部分，認係涉犯同條項款、

第2項之加重詐欺未遂罪嫌。雖第一審及原審，均論刑事本案被告以刑法第339條第1項、第2項之普通詐欺既遂、未遂（想像競合犯刑法第255條第2項、第1項之販賣虛偽標記商品罪）罪責，惟於第二審辯論終結前，檢察官仍指訴其餘被告與汪惠南2人有共犯關係（見原審卷四第449、451頁），自應認檢察官就本案刑事被告，已有爭執係犯較重之加重詐欺取財之罪名，故檢察官就參與人恩企實業有限公司（下稱恩企公司），關於附表編號12、16至41沒收部分，得單獨提起第三審上訴。

（三）「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。」（第一項）「犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。」（第二項）「前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」（第三項）「第一項及第二項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。」（第四項）「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」（第五項）刑法第38條之1定有明文。

刑法沒收新制自105年7月1日施行後，「沒收主體」可區別為「犯罪行為人」及「犯罪行為人以外之第三人（含自然人、法人或非法人團體）」，刑事訴訟法第七編之二增訂「沒收特別程序」，賦予犯罪行為人以外之第三人在刑事本案參與沒收之權利。依刑事訴訟法第455條之12第1項、第3項前段規定，財產可能被沒收之第三人得於本案最後事實審言詞辯論終結前，向該管法院聲請參與沒收程序；第三人如未聲請，而法院認有必要，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序。立法理由說明此項規定係為賦予因刑事訴訟程序進行結果，財產可能被沒收之第三人程序主體之地位，俾其有參與程序之權利與尋求救濟之機會

，以保障其權益。

原判決於其理由伍、四、（二）固敘載：「因汪惠南、周榮華前述詐欺犯行而得利者，乃附表所示工程之工程款，故利得之人應為恩企公司，而非汪惠南、周榮華個人」（見原判決第124頁第3至5行）。惟檢察官上訴意旨略以：恩企公司雖然登記為崔明禮之一人公司，但實際上是汪惠南、周榮華所利用之空殼公司，崔明禮只是人頭而已，渠等犯罪不法所得匯入恩企公司，僅留存小部分用以維持恩企公司之基本運作，其餘大部分的不法所得是由渠等挪走，存入人頭帳戶、再以人頭名義置產，登記名義人包括：崔明禮、汪錫南、晉逸雯、李明發，偵查中檢察官聲請臺灣臺北地方法院以105年度聲扣字第27號裁定、106年度聲扣字第23號裁定，扣押相關資產，以供沒收或追徵，亦即上開扣押物，除恩企公司名下的一筆不動產及帳戶外，其餘部分實為汪惠南、周榮華2人所取得之犯罪所得所變得之物等語（見上訴書第3頁第14至28行）。經核，上開105年度聲扣字第27號裁定，有對第三人崔明禮、李明發、汪錫南所有不動產或銀行帳戶准予扣押；106年度聲扣字第23號裁定，有對汪錫南名下之不動產予以扣押，則原判決對上開扣押之財產，是否為犯罪所得變得之物？如何適用刑法沒收之相關規定？均並未調查、說明，致檢察官上訴得以指摘，亦有調查未盡及理由欠備之違法。

二、又刑事訴訟法第455條之27第1項規定：對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。上訴人周榮華既對於本案判決關於附表編號1至4、6至32、36至39部分「合法」提起上訴，依上揭規定，其效力應及於此部分犯行相關之沒收判決。是以原判決對參與人恩企公司關於此部分諭知沒收部分，基於周榮華合法上訴之效力所及，均應併予發回。

三、綜合上揭一、二部分，對參與人恩企公司部分，應全部發回。

丙、綜上所述，以上或為檢察官、周榮華、黃寶慧、簡耀進、李錦豐、蔡昆達、黃金山、汪惠南上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，原判決上開部分，顯有違誤，應由本院將上開部分予以撤銷，發回原審更為審理。至原判決理由欄貳、四敘載「就關於附件即原判決附表五所示之物沒收部分，均未提出上訴」（見原判決第53頁第25、26行），依刑事訴訟法第348 條第2 項規定，似有誤解，案經發回應併注意適法處理。

參、上訴駁回部分：

一、汪惠南犯附表編號1 至4 、6 至41部分；周榮華犯附表編號33至35、40、41部分：

（一）按刑事訴訟法第376 條第1 項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。又案件是否屬於刑事訴訟法第376 條第1 項所列各罪之範圍，並不以第二審判決時所適用之法條為唯一標準，而應以起訴書狀所記載之事實為準，並視當事人在第二審言詞辯論終結前對於罪名有無提出爭執，以為審斷。檢察官分別以屬於或不屬於第376 條第1 項所列之罪提起公訴，其中不屬於第376 條第1 項所列之罪，經法院變更起訴法條，改以第376 條第1 項所列之輕罪判決者，若「被告」上訴所執理由，未就起訴法條有所爭執，且係以第二審所確認、屬不得上訴第三審之罪為前提，據以指摘原判決有違法或不當者，其第三審之上訴，難認合法，除非合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，否則「被告」仍不得上訴於第三審法院。

上開規定所稱「第一審法院所為無罪之判決」者，係指第一審法院就檢察官所起訴之同一社會事實，經審理結果，認為不能證明其犯罪或其行為不罰，而諭知無罪者（固包括於判決理由內說明不另為無罪諭知之情形在內，然若下

級審說明錯誤，即不與焉，詳後述）而言。反之，若第一審法院就檢察官所起訴之同一社會事實，經審理結果，認為全部均成立犯罪，純因檢察官所起訴之法條、罪名不當，而變更其起訴法條，改依其他法條或罪名判決者，既非屬經第一審為無罪判決之情形，且第一審及第二審就起訴之同一社會事實，均為有罪之論斷，即不生僅受「一次」有罪判決，卻無上訴救濟機會之問題，依照前述例外規定反面意旨，當回歸原則，亦即不能上訴於第三審法院。

再者，上揭法院就檢察官所起訴被告涉嫌犯罪之同一社會事實，審理結果，若認為成立犯罪，無論係依檢察官起訴之罪名論擬，或以檢察官起訴時所引用之法條或罪名不當，因而變更起訴法條，改依其他法條及罪名為科刑判決者，因法院既已就被告被起訴之同一社會事實為有罪之評價，並予以論罪科刑，可見法院就該被訴之犯罪事實，為確認國家對其刑罰權存在之判決，自不得再以不能證明被告有該被起訴之犯罪嫌疑事實而另予諭知無罪，或於理由內說明不另為無罪之諭知，否則無異就被告被起訴之同一社會事實，一方面既為有罪之論斷，另方面又為無罪之諭知，而有判決評價及理由矛盾之違誤。

本件關於汪惠南犯附表編號1至4、6至41部分；周榮華犯附表編號33至35、40、41部分，起訴書就附表一編號1至4、13至15部分，認係屬刑法第339條普通詐欺犯行（按行為時在刑法第339條之4〈103年6月18日〉修正增訂前）；就其餘部分認係屬刑法第339條之4第1項、第2項加重詐取財既遂、未遂犯嫌，第一審及原審就汪惠南犯附表編號1至4、6至41部分；周榮華犯附表編號33至35、40、41部分，則均依普通詐欺論處罪刑（想像競合犯刑法第255條第2項、第1項之販賣虛偽標記商品罪）。第一審及原審分別於其理由欄捌、二；理由欄肆、二、四論載：就汪惠南所犯附表編號1至4、6至32、36至39所示工程被訴「摻混調製」之詐欺部分；及周榮華就附表編

號33至35、40、41所示之工程被訴「隱匿貨品來源」之詐欺部分，均「不另為無罪之諭知」，或就詐欺手法加列「未經檢驗合格」、「使用過期防火漆」。惟此情所關者，乃「摻混調製」、「隱匿貨品來源」、「未經檢驗合格」、「使用過期防火漆」等節，性質上，純係詐欺犯罪手段（方法或方式）之擴張或減縮，並無另涉其他罪名，依第一審及原審判決上述理由說明，可見其認定汪惠南2 人此部分確有如本件起訴書所載之同一社會事實，且該部分被起訴之同一社會事實應成立犯罪，其中附表編號12、16至40部分則變更檢察官所引用部分犯行之法條，均改依刑法第339 條第1 項、第3 項之（普通）詐欺取財罪既遂、未遂論斷（亦即國家對此之刑罰權仍然存在）。則第一審法院既已就汪惠南2 人本件被起訴之前述此部分同一社會事實均為有罪之論斷，並予以科刑，依上述說明，自不得再以不能證明汪惠南2 人有此部分被訴之犯罪事實為由，在其理由內說明不另為無罪之諭知；換言之，依第一審判決書之論斷，本件並非檢察官所起訴之基本社會事實不能證明犯罪，而僅係其中詐欺行為的手段擴張或減縮而已，乃第一審判決卻於其理由內，以不能證明汪惠南2 人有如檢察官起訴書關於此部分之同一社會事實行為，而說明該等部分均應不另為無罪之諭知云云（見第一審判決第90頁第14行至第93頁第4 行），其所為上開不另為無罪諭知之說明，顯然有誤，第二審復重複論述（原判決第58頁倒數第1 行至第62頁第21行、第67頁第12行以下至第68頁第17行），亦非適當，自不得以第一審及原審判決此項錯誤之說明，作為本件得否適用刑事訴訟法第376 條第1 項但書關於例外得上訴於第三審法院之適法依據。從而，關於汪惠南犯附表編號1 至4 、6 至41部分；周榮華犯附表編號33至35、40、41部分，第一審及原審均依刑法第339 條第1 項、第3 項（想像競合犯刑法第255 條第2 項、第1 項）為有罪判決，而檢察官亦未就此部分提起第三審上訴，則

汪惠南2 人就此部分，依刑事訴訟法第376 條第1 項第1款、第4 款規定，即均不得上訴於第三審。依照上開說明，汪惠南2人此部分上訴，為不合法，應予駁回。

汪惠南上訴意旨主張原審認定汪惠南以「未經檢驗測試」及「使用過期」之防火漆為詐欺手法之犯罪事實，係檢察官所未起訴，且未經第一審法院審理判決之詐欺行為，經第二審以裁判上一罪並為有罪判決，此部分為初次受有罪判決；原審就附表編號7 、19所示工程之摻混調製之詐欺行為，係未經第一審法院判決，亦得提起第三審上訴云云。周榮華上訴意旨所謂：編號33至35、40、41部分，與上開得上訴部分，應構成接續犯；且關於「隱匿貨品來源」部分，經第一審判決不另為無罪之諭知，但原判決改判有罪；關於「使用過期防火漆」之行為，為初次受有罪判決，故均得上訴第三審云云。經核均無可採，允宜指明。

（二）刑事訴訟法第402 條所謂「利益及於共同被告」，係指「合法」上訴之共同被告未就該利益部分據為上訴理由，但因上訴中之另一被告指摘該事項，經認有共同之撤銷理由，乃對於該共同被告為利益之裁判者而言；惟如共同被告未經上訴或上訴不合法，則該共同被告部分之判決已經確定，即無適用該條之餘地（本院33年非字第5 號判例參照）。故本件撤銷發回原審之利益，並不及於汪惠南2 人上訴不合法部分，附此敘明。

二、汪惠南犯附表編號5 部分：

上訴人汪惠南第三審上訴狀聲明就原判決附表編號1 至41部分上訴（見本院卷第267 頁），包含同表編號5 部分提起上訴，惟同表編號5 部分，第一審及原審均為無罪判決，汪惠南此部分上訴，核與上訴係為求自己更有利益制度設計之立法意旨不符，自亦不合法，應予駁回。

三、另檢察官對於本案刑事被告，起訴書附表一編號1 至11、13至15部分，所引起訴法條，認係犯（按係修正前）刑法第339 條第1 項之詐欺取財罪嫌，依刑事訴訟法第455 條之27規

定，對於沒收部分之上訴，不及於刑事本案部分，而依刑事訴訟法第455之28準用同法第376條第1項前段規定，檢察官就關於編號1至11、13至15沒收部分，自不得上訴第三審。從而，本件檢察官此部分上訴，為不合法，應予駁回。

肆、本件原審共同被告廖學源、李明發經原審判決後，當事人均未上訴，已由原審移送執行（見原審卷五第307、311頁）。又黃寶慧第三審上訴狀僅聲明就「幫助詐欺取財罪」聲明上訴（見本院卷第271、273頁），則所犯商業會計法第71條第1款不實填製罪部分，核未提起第三審上訴，業均先告確定，附此敘明。

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　　109　　年　　10　　月　　22　　日

刑事第三庭審判長法　官　洪　昌　宏

法　官　蔡　彩　貞

法　官　林　孟　宜

法　官　邱　忠　義

法　官　吳　淑　惠

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　30　　日