最高法院刑事判決

110年度台上字第1413號

上　訴　人　陳玟萍

選任辯護人　陳浩華律師

上列上訴人因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109 年6月30日第二審判決（108年度上訴字第2223號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107 年度偵字第15877、26368號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、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。本件原判決認上訴人陳玟萍有其事實欄所載之參與犯罪組織、三人以上共同以電子通訊及網際網路對公眾散布而詐欺取財之犯行明確，因而維持第一審依想像競合犯之規定，從一重論上訴人以刑法第339條之4第1 項第2款、第3款之三人以上共同以電子通訊及網際網路對公眾散布而詐欺取財罪（下稱加重詐欺取財罪），處有期徒刑1 年10月，並諭知相關之沒收及追徵，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、上訴理由略以：　依共犯陳奕銓之證詞，上訴人與A1、A2（姓名年籍資料均詳卷）有嫌隙，又依共犯張志諒之證詞，上訴人並非綽號「小蚊」之人，上訴人亦未加入「海外旅遊」之群組，陳奕銓製作之帳冊並非完全實在，再依共犯蔡文雄之證述，其沒印象在機房有看過上訴人，但在金錢豹酒店有看過上訴人，原判決未就上開有利上訴人之證據說明不可採

之理由，判決理由不備。　證人A1證稱上訴人在高工路機房有做1次，後來沒有進來，而1次究竟是多長時間，始期終期為何，原判決未予說明，逕將民國106年4月28日至同年6月9日之期間認定為1 次，判決理由不備。又該期間上訴人照顧住院母親，不可能犯罪，上訴人不得已提出弟妹詹婷如製作之書面，證明上訴人於該期間根本不可能參與詐騙集團，原判決認事用法有誤；原審未調查上訴人在醫院照顧母親之事證，未盡調查職責。　證人A3（姓名年籍資料詳卷）於 107年6 月15日之訊問筆錄，檢察官有違法誘導之嫌，A3證述是否有證據能力，不無疑問。又A3於原審證詞矛盾，原判決未予說明，判決理由不備。㈡原審對於上訴人為初犯，家有重病老母待照顧，及上訴人請求緩刑諭知，均未說明不允許上訴人緩刑之原因，顯有濫用裁量權而違法。

三、惟查：

證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則、經驗法則或論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。又刑事訴訟法第310條第2款固規定，有罪判決書，對於被告有利之證據不採納者，應記載其理由，然其記載範圍，以該證據具有評價及說理必要之部分，敘明評價之主要根據及其理由即為已足，並不以記載該證據所顯示之全部資料並逐一加以指駁為必要，故縱未於判決理由內就其他事項加以說明，或僅簡要說明，倘於判決本旨及其結果不生影響，無礙於犯罪事實之認定者，即屬證據取捨之當然結果，自與理由不備之情形有別。本件原判決主要依據共犯即證人A1、A2、A3於偵訊、原審一致之指證，佐以卷附之張志諒偵查中之供述筆錄，並其製作之機房績效表、張志諒、陳奕銓持用手機內微信通訊錄翻拍畫面、群組成員翻拍畫面、對話紀錄翻拍畫面、上訴人持用手機翻拍畫面，及上訴人於警詢自承其綽號及暱稱為「蚊子」、「玟子」、「香奈兒」等為據，說明上訴人於 106年4 月28日至同年6月9日參與陳奕銓、張志諒、蔡文雄（下

稱陳奕銓等3 人）所組成之詐騙集團犯罪組織，共同犯上開加重詐欺取財罪，擔任一線機手，又陳奕銓等3 人於第一審雖證稱上訴人非機房績效表內所示「蚊子」之人，然張志諒所證其與上訴人僅聚餐時見過1 次面，與上訴人警詢所述不符，關於聚餐過程及有無參與群組之證述，陳奕銓等3 人所證又不一致，且上訴人於警詢稱其不認識機房內任何人，於第一審卻聲請傳喚證人陳奕銓，欲證明上訴人與劉詩婷等人因聚餐而有恩怨，所供前後差異過大，其後陳奕銓等3 人即於第一審均證稱目擊劉詩婷對上訴人灌酒，王聖惠因而吃醋不悅云云，乃其等自認劉詩婷、王聖惠為本件秘密證人，而明顯欲將秘密證人證詞之證明力，導向「挾怨報復上訴人」，因而指駁陳奕銓等3 人上開證詞均係迴護上訴人之詞，不足為有利上訴人之認定，亦無從反證秘密證人證詞有何不可採之處。經核原判決之採證認事與證據資料相合，其證據之取捨亦無違背經驗法則、論理法則。又原判決既已說明陳奕銓等3 人對上訴人有利證詞不可採信之主要根據及其理由（即上訴人翻異其於警詢所稱不認識機房之任何人，卻於第一審知悉並聲請傳喚陳奕銓等3 人，欲證明上訴人不在機房工作，且證人目擊上訴人與劉詩婷、王聖惠等人因聚餐而有嫌隙之事實），則就陳奕銓等3 人證述並未在機房看過上訴人、上訴人並無參與群組、陳奕銓製作之帳冊並不完全實在等有利上訴人之事項，亦因陳奕銓等3 人於第一審之證詞不甚一致，而同屬其等證詞不可信之評價範圍內事項，無法推翻本件卷內不利上訴人之積極證據，則原判決對此縱未予說明，亦與判決本旨及其認定事實之結果不生影響，並無判決理由不備之違法。上訴理由此部分並未詳視原判決上開不採陳奕銓等3 人證詞之主要理由，復未根據卷內資料而為具體指摘，尚非適法之第三審上訴理由。

原判決認定上訴人參與本件之時間為106 年4月28日至同年6月9 日一節，已敘明其所憑係A1、A2、A3之證詞及卷附之機房績效表上所記載之日期（見原判決第5 至17頁、第21頁）

，又張志諒於偵訊中證稱機房績效表內有註記「休」的人就是有參與詐騙集團；裡面註記數字代表集團成員可領到的獎金紅利（偵15877卷一第222頁正反面），A1於原審證稱每個禮拜天會看電腦內的業績表來對帳（原審卷一第305頁）。是原判決上開採證認事，核與證據資料所示並無違誤，其判決理由業已齊備。上訴理由指原判決此部分判決理由不備，亦顯係未針對卷內資料而為具體指摘，難認係第三審上訴之合法理由。另原審已依上訴人及其原審辯護人之聲請，傳喚調查上訴人之弟即證人陳明仁，調查後參酌上訴人於偵查中供稱其有時住父母家、有時住自己住處等語，未見上訴人供稱其在醫院看護母親，並依機房績效表所載，上訴人至少有9日沒有績效，亦有可能係在醫院陪伴母親而未至機房從事詐騙行為，因而認陳明仁之證詞有偏頗而迴護上訴人之可能，尚不足為上訴人有利之認定（原判決第20、21頁）。原判決此部分論理與經驗法則一致，亦與上訴人於本件係在桃園機場遭警拘提之事實核無不合。又原審審判長於審判期日訊問「有無證據提出或請求調查？」上訴人及其原審辯護人均回答：「沒有。」（原審卷二第115頁）。原判決因而認上訴人聲請調查之有利上訴人之證據，既無從推翻不利上訴人之積極證據，或有應予再行調查釐清之疑問，則事證已明，原審於當事人、辯護人未再聲請調查證據之情況下，未調查上訴人在醫院照顧其母之事證，即無未盡調查職責之違法。而本院為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，以判斷其適用法律有無違誤，不及被告於事實審所未主張事實及證據等相關事項之調查，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據，據為第三審上訴之理由。上訴人此部分認原審認定事實錯誤，復指原審未盡調查職責，乃僅憑己意，再事爭執其並未參與本件犯罪，自非依據卷內資料而為具體指摘，又上訴理由所檢附詹婷如製作之書面，並未在事實審主張或提出，其上訴提出聲請調查，已逾越本院之職責範圍，均非適法之第三審上訴理由。

又對於證人之訊（詢）問，以其所希望之回答，暗示證人之誘導訊（詢）問方式，如僅止於誘發證人之記憶、聚焦待證事實，進而為事實之陳述，核屬記憶誘導，而非取證規範所禁止之虛偽誘導或錯覺誘導，參酌刑事訴訟法第166條之1第3項第3款、第5款關於證人記憶不清或故為規避之事項，得為誘導詰問之規定及其法理，記憶誘導難認違法。檢察官於107年6月15日訊問證人A3關於「蚊子」暱稱及大頭貼之事，A3均表示沒注意、好像用自己照片當大頭貼等語（已呈現記憶不清之情），則檢察官為誘發A3記憶，使其為正確之辨識，因而提示上訴人照片訊問A3是否見過此人，A3回答有看過，照片可以認得出來是「香奈兒」之人等語（偵15877 卷一第85頁反面、第86頁），當屬合法之誘導訊問無誤。又綜觀A3之證詞，其於偵訊時指認上訴人之照片，於原審再指認上訴人本人，兩度均證稱上訴人於機房內參與一線接電話之工作，此部分基本事實要無矛盾可言，縱其餘枝節事項所證有因記憶不清而容有出入，原審採認其所證一致之證述，未就其所證枝節事項予以鉅細靡遺交代，因無礙於犯罪事實之認定，當無判決理由不備之違法。上訴理由此部分指檢察官違法誘導訊問，或原判決未交代A3證述矛盾之處云云，應非詳究A3筆錄前後文而為具體指摘，並非上訴第三審之合法理由。另緩刑之宣告，除應具備一定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之，屬法院裁判時得依職權裁量之事項，當事人不得以事實審未諭知緩刑即指原判決違背法令。況上訴人及其原審辯護人於原審審判程序均否認犯罪，並未請求給予上訴人緩刑之機會，則原判決未予細究不宣告緩刑之理由，要無裁量權濫用之可言。此部分上訴理由又非憑卷內資料而為具體指摘，不合上訴第三審之法定要件。

四、綜上，本件上訴理由仍就原判決採證認事之適法職權行使，徒憑己見，反覆為事實爭執與指摘，或另行主張、提出不得為上訴第三審理由之新事證，均難謂符合上訴第三審之要件

，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

五、依刑事訴訟法第395條前段，作成本判決。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　28　　日

刑事第四庭審判長法　官　徐　昌　錦

法　官　周　政　達

法　官　林　海　祥

法　官　江　翠　萍

法　官　侯　廷　昌

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　2　　月　　3　　日