

臺灣臺中地方法院刑事判決

109年度簡上字第9號

上訴人 臺灣臺中地方檢察署檢察官
被告 鄭湘潭

上列上訴人因被告詐欺等案件，不服本院中華民國108年10月31日第一審刑事簡易判決（108年度簡字第1320號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署108年度偵字第1914號），提起上訴，本院管轄之第二審合議庭判決如下：

主 文

原判決撤銷。

鄭湘潭犯詐欺取財罪，累犯，處有期徒刑叁月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

犯罪事實

一、鄭湘潭曾於①民國100年間因詐欺、偽造文書等案件，經本院以100年度訴字第2743號判決各判處有期徒刑1年、7月、7月，應執行有期徒刑1年11月，經上訴由臺灣高等法院臺中分院以101年度上訴字第274號判決駁回上訴，復就偽造私文書部分上訴由最高法院以101年度台上字第3577號判決駁回上訴確定；②於101年間因詐欺、業務侵占等案件，經本院以101年度易字第2936號判決判處有期徒刑8月、部分為無罪，經上訴由臺灣高等法院臺中分院以102年度上易字第223號判決撤銷原審判決無罪部分，改判處有期徒刑4月，其餘部分上訴駁回確定。上揭各罪經聲請臺灣高等法院臺中分院以102年度聲字第911號裁定應執行有期徒刑2年10月確定，經移送執行，於103年7月30日因縮短刑期假釋出監並付保護管束，並於104年3月13日保護管束期滿視為執行完畢。詎其仍不知悔改，明知無律師證書，亦非依法令執行業務者，不得意圖營利而辦理訴訟事件，竟同時基於意圖為自己不法所有之詐欺取財、意圖營利而辦理訴訟事件之犯意，利用其任職址設新北○○○區○○路○段58之3號14樓「微信徵信有限公司（下稱微信公司）」擔任法務人員之機會，藉由何玟駿於106年12月間撥打上開公司法律諮詢電

01 話詢問法律問題之際，先向何玫駿佯稱為律師且接受何玫駿
02 口頭法律諮詢，復將通訊軟體LINE帳號提供予何玫駿。適因
03 何玫駿於107年9月間，疑遭他人恐嚇，為圖保障自身訴訟
04 權益，欲尋求律師協助撰寫刑事告訴狀、民事起訴狀及處理
05 開庭等訴訟事宜，遂以通訊軟體LINE與佯稱律師即鄭湘潭聯
06 絡，何玫駿誤信鄭湘潭係具有法律專業能力之律師等情為真
07 ，致使何玫駿因而陷於錯誤，並接續於107年9月11日、10
08 7年9月18日，持何玫駿之妹即何怡嫻所有台新銀行提款卡
09 ，前往自動櫃員機各匯款新臺幣（下同）3萬元、2萬元至
10 鄭湘潭申設合作金庫銀行南臺中分行帳號：0000000000000
11 號帳戶內；而鄭湘潭始於107年10月間，為何玫駿撰寫刑事
12 告訴狀及刑事附帶民事告訴狀。鄭湘潭以上開方式非法辦理
13 訴訟事件。嗣因何玫駿欲就案件開庭後續事宜再詢問鄭湘潭
14 未果而查覺有異，始發現鄭湘潭未取得律師資格暨其遭鄭湘
15 潭詐騙過程。

16 二、案經何玫駿訴由臺中市政府警察局霧峰分局移送臺灣臺中地
17 方檢察署檢察官偵查起訴。

18 理 由

19 一、證據能力部分：

20 (一)以下本案所引用被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，
21 均經本院於審判時當庭直接提示而為合法調查，上訴人即檢
22 察官、被告鄭湘潭均同意作為證據（參見本院卷宗第61頁至
23 第62頁），本院審酌前開證據作成或取得狀況，均無非法或
24 不當取證之情事，亦無顯不可信情況，故認為適當而均得作
25 為證據。是前開證據，依刑事訴訟法第159條之5規定，均
26 具有證據能力。

27 (二)除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定
28 程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障
29 及公共利益之均衡維護，刑事訴訟法第158條之4定有明文
30 。本案所引用之非供述證據，並無證據證明係實施刑事訴訟
31 程序之公務員違背法定程序所取得，且檢察官、被告均未表

示無證據能力，自應認均具有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑證據及理由：

(一)前開犯罪事實，業據被告於原審訊問中，坦承不諱（參見原審卷宗第105頁），核與證人即被害人何玟駿於偵訊中具結證述內容相符（參見臺灣臺中地方檢察署108年度偵字第1914號偵查卷宗第95頁至第96頁、第194頁至第196頁），並有帳號：00000000000000之帳戶個資檢視資料1份、通訊軟體LINE對話紀錄截圖8張、合作金庫商業銀行南臺中分行107年11月28日合金南臺中字第1070004143號函檢附帳號00000000000000號帳戶基本資料及交易明細、108年1月18日合金南臺中字第1080000215號函檢附前開帳戶開戶資料、刑事告訴狀、刑事附帶民事告訴狀影本、經濟部商工登記公示資料、有限公司變更登記表影本各1份（參見臺灣臺中地方檢察署108年度偵字第1914號偵查卷宗第25頁、第47頁至第49頁、第67頁至第71頁、第85頁至第87頁、第99頁至第113頁、第183頁至第187頁）附卷可參，核屬相符。

(二)（修正前）律師法第48條第1項之罪，須行為人客觀上未取得律師資格，而辦理訴訟事件，主觀上有營利意圖為構成要件。其立法意旨明示「無律師資格而執行律師業務者，嚴重破壞司法威信且損害司法人員形象，自有加以規範防制之必要…增列非律師不得執行業務之範圍及罰則規定，期使非律師非法執業現象，得以澈底消除，以維司法威信，保障人民權益，所謂訴訟事件，係指民事、刑事及行政訴訟事件」，依前述立法意旨觀之，其立法目的在於防止非律師不法執行律師職務牟利，破壞司法威信。而律師為訴訟人撰作書狀，即為律師職務之執行（司法院30年6月19日院字第2204號解釋文參照）。故所謂「訴訟事件」應非單指具體刑事案件繫屬法院後之各審刑事審判事件，尚包括起訴前告訴、偵查階段之撰寫書狀及其他與訴訟案件有關行為，不限代當事人出庭一種，否則將無法達立法規範目的。又按律師受任處理法院審理中訴訟案件時所應執行業務，包括撰狀、到庭辯論，

01 及與其他與訴訟案件有關行為，核屬一般民眾對律師業務認
02 知範圍，而訴訟行為係當事人在訴訟中所為法律行為，該等
03 訴訟中所為攻擊防禦行為，攸關當事人個人權益至鉅，代理
04 當事人為該項訴訟行為，應具有相當法律專業知識，故由國
05 家透過考試制度，審核應考人之法律專業能力。經查，被告
06 未具律師資格等情，業經被告分別於偵訊、原審訊問及本院
07 審判中陳述明確（參見臺灣臺中地方檢察署108年度偵字第
08 1914號偵查卷宗第150頁；原審卷宗第105頁；本院卷宗第
09 66頁），被告竟向被害人何玫駿佯稱係擔任微信公司之法務
10 律師，復於被害人何玫駿稱呼被告為律師之際，猶未主動表
11 明其未具律師資格，進而為被害人何玫駿撰寫相關訴訟之告
12 訴狀或刑事附帶民事訴訟狀，並為法律主張，再向被害人何
13 玫駿收取法律諮詢及撰寫書狀費用共計5萬元等情，已如前
14 述，是被告為被害人何玫駿撰擬訴訟書狀行為，核屬律師法
15 第127條（理由詳後述）規定之無律師證書，意圖營利而辦
16 理訴訟事件，應可認定。

17 (二)從而，被告上揭自白內容，核與前開事證相符，足可採信。

18 本案事證明確，被告前述犯行，應堪認定。

19 三、論罪部分：

20 (一)行為後法律有變更者，始有刑法第2條第1項之從舊從輕主
21 義規定之適用，而所謂行為後法律有變更者，係包括構成要
22 件之變更而有擴張或限縮，或法定刑度之變更。行為後法律
23 有無變更，端視所適用處罰之成罪或科刑條件之實質內容，
24 修正前後法律所定要件有無不同而斷。若新、舊法之條文內
25 容雖有所修正，然其修正係無關乎要件內容之不同或處罰之
26 輕重，而僅為文字、文義之修正或原有實務見解、法理之明
27 文化，或僅條次之移列等無關有利或不利於行為人，則非屬
28 該條所指之法律有變更，自不生新舊法比較之問題，而應依
29 一般法律適用原則，適用裁判時法（最高法院100年度台上
30 字第1616號判決要旨參照）。經查，被告行為後，律師法全
31 文業經修正，並於109年1月15日經總統華總一義字第0000

0000000 號令公布施行，而於000年0月00日生效。修正前律師法第48條原規定：「未取得律師資格，意圖營利而辦理訴訟事件者，除依法令執行業務者外，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣3萬元以上15萬元以下罰金。外國律師違反第47條之2，外國法事務律師違反第47條之7第1項規定者，亦同。」。修正後律師法第127條則規定：「無律師證書，意圖營利而辦理訴訟事件者，除依法令執行業務者外，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣3萬元以上15萬元以下罰金。外國律師違反第115條，外國法事務律師違反第120條第1項規定者，亦同。」。是新舊法條文內容雖有修正，然僅為文字修正、條次移列，且被告所為，於法律修正前後均構成本罪，另處罰規定亦未修正，自無新舊法比較適用問題，而應依一般法律適用原則，逕行適用裁判時法即現行律師法第127條規定。

(二)核被告所為，係犯律師法第127條第1項無律師證書，意圖營利而辦理訴訟事件罪、刑法第339條第1項詐欺取財既遂罪。

(三)按刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯，其存在之目的，在於避免對於同一不法要素予以過度評價，則自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關連性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。如具有行為局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相侔，而依想像競合犯論擬（最高法院101年度台上字第2449號判決要旨參照）。經查，被告所犯未取得律師資格，意圖營利而辦理訴訟事件罪、詐欺取財罪之犯行，在自然意義上雖非完全一致，惟其間仍有部分合致，且其犯罪目的單一，依一般社會通念，應評價為1罪方符合刑罰公平原則，故被告所犯前開2罪，為想像競合犯，應依刑法第55條規定從一重之詐欺取財罪處斷。

01 (三)按刑法第47條第1項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之
02 執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為
03 累犯，加重本刑至二分之一。」有關累犯加重本刑部分，不
04 生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於
05 累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律
06 加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致
07 生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自
08 由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人
09 身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第23條
10 比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2
11 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪
12 刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否
13 加重最低本刑（司法院大法官會議釋字第775號解釋文參照
14 ）。至司法院釋字第775號解釋，依解釋文及理由之意旨，
15 係指構成累犯者，不分情節，一律加重最低本刑，於不符合
16 刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過
17 其所應負擔罪責之個案，不符罪刑相當原則、比例原則。於
18 此範圍內，在修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，
19 法院就該個案應裁量是否加重最低本刑；依此，本解釋係指
20 個案應量處最低法定刑、又無法適用刑法第59條在內之減輕
21 規定情形時，法院應依本解釋意旨裁量不予加重最低本刑（
22 最高法院108年度台上字第976號判決要旨參照）。經查，
23 被告曾①於100年間因詐欺、偽造文書等案件，經本院以10
24 0年度訴字第2743號判決各判處有期徒刑1年、7月、7月
25 ，應執行有期徒刑1年11月，經上訴由臺灣高等法院臺中分
26 院以101年度上訴字第274號判決駁回上訴，復就偽造私文
27 書部分上訴由最高法院以101年度台上字第3577號判決駁回
28 上訴確定；②於101年間因詐欺、業務侵占等案件，經本院
29 以101年度易字第2936號判決判處有期徒刑8月、部分為無
30 罪，經上訴由臺灣高等法院臺中分院以102年度上易字第22
31 3號判決撤銷原審判決無罪部分，改判處有期徒刑4月，其

01 餘部分上訴駁回確定。上揭各罪經聲請臺灣高等法院臺中分
02 院以102年度聲字第911號裁定應執行有期徒刑2年10月確
03 定，經移送執行，於103年7月30日因縮短刑期假釋出監並
04 付保護管束，並於104年3月13日保護管束期滿視為執行完
05 畢等情，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表、臺灣臺中地方
06 檢察署刑案資料查註紀錄表各1份附卷可參，其受徒刑之執
07 行完畢後，於5年內故意再犯本案有期徒刑以上之各罪，均
08 應依刑法第47條第1項規定，論以累犯；復參酌其所犯上開
09 罪名，依其犯罪情節，核無應量處最低法定刑，否則有違罪
10 刑相當原則，暨有因無法適用刑法第59條酌量減輕其刑規定
11 ，致其人身自由遭受過苛侵害情形，自無司法院大法官會議
12 釋字第775號解釋適用，爰依刑法第47條第1項規定及司法
13 院大法官會議釋字第775號解釋文，依法加重其刑。

14 四、撤銷改判理由：

15 (一)原審審理結果，以被告犯罪事證明確予以被告論罪科刑，固
16 非無見。惟查：

17 1.按一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕
18 罪名所定最輕本刑以下之刑，刑法第55條定有明文。又刑
19 法第339條第1項、律師法第127條第1項法定刑度各為
20 「5年以下有期徒刑、拘役或科或併科50萬元以下罰金。
21 」、「1年以下有期徒刑，得併科新臺幣3萬元以上15萬
22 元以下罰金。」。原審就被告所犯無律師證書，意圖營利
23 而辦理訴訟事件罪、詐欺取財罪，為想像競合犯，雖適用
24 刑法第55條規定從一重之詐欺取財罪處斷，然就宣告刑部
25 分，未依刑法第55條但書規定科刑，竟判處拘役40日，顯
26 有違誤。

27 2.至原審判決未及適用現行律師法第127條規定，對判決結
28 果不生影響，尚非構成撤銷理由，附此敘明。

29 3.從而，檢察官上訴意旨指摘原審判決未依刑法第55條但書
30 規定，竟科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑，為有理由
31 ，自應由本院予以撤銷改判。

01 (二)爰審酌被告犯後雖坦承犯行，然其明知無律師證書，亦未具
02 有律師資格及法律專業知識，竟對外佯稱為律師，致使被害
03 人何玫駿陷於錯誤，信任被告而造成財產損害或影響訴訟權
04 益，嚴重破壞國家賦予法律專業能力證照之公信力及司法威
05 信，所為實不足取；又其業與被害人何玫駿達成調解且履行
06 調解條件，賠償損失之犯後態度，此有本院108年度中司附
07 民移調字第144號調解程序筆錄1份（參見原審卷宗第19頁
08 ）附卷可參，並斟酌其學經歷、家庭生活經濟狀況（詳見本
09 院卷宗第67頁所示）等一切情狀，量處如主文第二項所示之
10 刑，且諭知易科罰金之折算標準。

11 (三)按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者
12 ，依其規定。前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜
13 執行沒收時，追徵其價額。第一項及第二項之犯罪所得，包
14 括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。犯罪
15 所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵；宣告
16 前2條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、
17 犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，
18 得不宣告或酌減之，刑法第38條之1第1、3、4、5項、
19 第38條之2第2項分別定有明文。經查，被害人何玫駿交予
20 被告收受現金5萬元，核屬被告為本案犯行之犯罪所得，業
21 據被告於本院審判中陳述明確，然被告於原審審判中已與被
22 害人何玫駿達成調解，並陸續分期賠償被害人何玫駿中等情
23 ，已如前述，足徵被害人何玫駿求償權既已獲滿足，若就被
24 告此部分犯罪所得再予宣告沒收，實有過苛之虞，爰依刑法
25 第38條之2第2項規定不予宣告沒收，併此敘明。

26 據上論斷，應依刑事訴訟法第455條之1第1、3項、第369條
27 第1項前段、第364條、第299條第1項前段，律師法第127條
28 第1項，刑法第11條前段、第339條第1項、第55條、第47條第
29 1項、第41條第1項前段，刑法施行法第1條之1第1項，判決
30 如主文。

31 本案經檢察官張桂芳提起公訴，檢察官洪明賢提起上訴，檢察官

01 陳永豐到庭執行職務。

02 中 華 民 國 109 年 3 月 17 日

03 刑事第六庭 審判長法官 唐中興

04 法 官 黃佳琪

05 法 官 李怡真

06 以上正本證明與原本無異。

07 不得上訴。

08 書 記 官 莊玉惠

09 中 華 民 國 109 年 3 月 17 日

10 附錄：本案判決論罪科刑法條全文

11 中華民國刑法第339條

12 意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之
13 物交付者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科50萬元以下罰
14 金。

15 以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。

16 前二項之未遂犯罰之。

17 律師法第127條（修正後）

18 無律師證書，意圖營利而辦理訴訟事件者，除依法令執行業務者
19 外，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣3萬元以上15萬元以下
20 罰金。外國律師違反第115條，外國法事務律師違反第120條第
21 1項規定者，亦同。

22 律師法第48條（修正前）

23 未取得律師資格，意圖營利而辦理訴訟事件者，除依法令執行業
24 務者外，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣3萬元以上15萬元
25 以下罰金。

26 外國律師違反第47條之2，外國法事務律師違反第47條之7第1
27 項規定者，亦同。