

# 最高法院刑事具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文 目錄

## 裁判要旨

一、107 年度台上字第 3623 號.....	3
二、108 年度台上字第 337 號.....	4
三、108 年度台上字第 416 號.....	10
四、108 年度台上字第 562 號.....	12
五、108 年度台上字第 650 號.....	13
六、108 年度台上字第 673 號.....	14
七、108 年度台上字第 705 號.....	15
八、108 年度台上字第 821 號.....	15
九、108 年度台非字第 20 號.....	16
十、108 年度台非字第 28 號.....	18
十一、107 年度台抗字第 1130 號.....	20

## 裁判全文

107 年度台上字第 3623 號.....	22
108 年度台上字第 337 號.....	26
108 年度台上字第 416 號.....	39
108 年度台上字第 562 號.....	45
108 年度台上字第 650 號.....	52
108 年度台上字第 673 號.....	56
108 年度台上字第 705 號.....	60
108 年度台上字第 821 號.....	64
108 年度台非字第 20 號.....	68
108 年度台非字第 28 號.....	72

107 年度台抗字第 1130 號.....	73
------------------------	----

一、107 年度台上字第 3623 號（裁判書全文）

（一）森林法第 51 條第 1 項規定：「於他人森林或林地內，擅自墾殖或占用者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 60 萬元以下罰金。」，同條第 3 項規定：「第 1 項之罪於保安林犯之者，得加重其刑至二分之一。」，該規定係就犯罪類型變更之個別犯罪行為得裁量予以加重，成為另一獨立之罪名（尚非概括性之規定，即非所有罪名均一體適用），屬於刑法分則加重之性質，惟依上述規定，係稱「得加重……」，而非「加重……」或「應加重……」，則法院對於行為人所犯森林法第 51 條第 3 項、第 1 項於他人保安林內擅自占用罪，是否依同條第 3 項規定加重其刑，既有自由裁量之權，倘未依該項規定加重，其法定最重本刑仍為有期徒刑 5 年，如宣告 6 月以下有期徒刑，自仍符合刑法第 41 條第 1 項前段所規定得易科罰金之要件，即應一併諭知易科罰金之標準，始為適法。

（二）原判決就上訴人所為其事實欄三所載擅自占用其附圖所示 B1 至 B4 部分土地之行為，雖論以森林法第 51 條第 3 項、第 1 項於他人保安林內擅自占用罪，然並未依同條第 3 項規定加重其刑，且已明確說明何以不依上述規定加重其刑之理由，則其所處有期徒刑 6 月，自仍符合得易科罰金之要件。乃原判決未察，遽認上訴人所犯上開罪名之最重本刑已逾有期徒刑 5 年，不得諭知易科罰金之折算標準，因而未就其所宣告之有期徒刑 6 月，依刑法第 41 條第 1 項前段規定諭知易科罰金之折算標準，

依上述說明，即有判決不適用法則之違法。

參考法條：刑法第 41 條。

森林法第 51 條第 1 項、第 3 項。

## 二、108 年度台上字第 337 號（裁判書全文）

參與犯罪組織與加重詐欺行為從一重論處加重詐欺罪名，應依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作，茲分述如下：

### （一）從罪刑相當、罰當其罪原則立論

1. 刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，故科刑應符合罪刑相當原則，使輕重得宜，罰當其罪。我國刑事法採刑罰與保安處分雙軌之立法體制，犯罪之處遇，除處以刑罰外，另針對具有危險性格之行為人，施以各種保安處分，以期改善、矯治行為人之偏差性格，確保社會安全。組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定：「犯第一項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年。」即本於特別預防之目的，針對組成具有持續性、牟利性之有結構組織的成員，施以強制從事勞動，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，期能重返社會自力更生；亦寓有一般預防之刑事政策，明確向社會大眾傳達國家懲治組織犯罪決心的訊息，具有消泯犯罪組織及有效遏阻組織犯罪發展之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要。
2. 在憲法罪刑相當原則之框架下，對於犯罪行為之評價，不論過度或不足，均為所禁，唯有適度評價，始能對法益之侵害為正當之維護。其於想像競合之例，所犯各罪

自仍受評價，而成為科刑一罪；至其所對應之刑罰，則係各該評價一罪之數法定刑，而成為一個處斷刑。是以，行為人所犯參與犯罪組織與首次犯加重詐欺罪，有想像競合犯之關係，雖應從一重之加重詐欺罪處斷，惟因輕罪之參與犯罪組織罪，其對社會所造成之危害與威脅甚鉅，較之重罪多出了強制工作之保安處分，用以補充刑罰之不足，以收刑事懲處與教化矯治之雙重效果，期以協助習於不勞而獲之行為人再社會化，實現刑罰保護社會安全之職責。此項保安處分措施除有後述 3. 之情形，法院無裁量之權，自仍應在加重詐欺罪法定刑下一併被評價，依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定宣付刑前強制工作，始符責罰相當，罰當其罪。否則，勢必將發生同樣涉犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪，不法內涵較輕者（僅犯參與犯罪組織單純一罪），需諭知強制工作，而不法內涵較重者（如本案之裁判上一罪），反而不須諭知強制工作之不公平現象，不惟有評價不足、重罪輕罰之失衡情形，更無異使民國 106 年 4 月 19 日修正公布之組織犯罪防制條例將參與詐欺集團納入犯罪組織之立法不具意義，致使補充刑罰之強制工作規定形同虛設，有違立法本旨。

3. 組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項但書規定：「參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。」第 8 條第 1 項前、中段亦規定：「犯第三條之罪自首，並自動解散或脫離其所屬之犯罪組織者，減輕或免除其刑；因其提供資料，而查獲該犯罪組織者，亦同」，已針對罪責評價上輕微者，及自首或提供司法協助，而有悔悟之具體表現者，賦

與法院免除其刑之裁量權，於此類情形，刑罰既經免除，用以補充刑罰不足之強制工作，自無所依附，無從宣付，故個案在符合上開情形下，即得僅就其所犯與之有裁判上一罪之加重詐欺罪論科，以為調和，俾無違憲法第 8 條人民身體自由之保障及第 23 條比例原則。

## （二）從重罪科刑之封鎖作用以觀

1. 刑法第 55 條關於想像競合犯之規定，係將「論罪」與「科刑」予以分別規範。就「論罪」而言，想像競合犯侵害數法益皆成立犯罪，犯罪宣告時必須同時宣告數罪名，但為防免一行為受二罰之過度評價，本條前段規定為「從一重處斷」，乃選擇法定刑較重之一罪論處，非謂對於其餘各罪名可置而不論。從「科刑」而言，想像競合犯觸犯數罪名，本質上應為雙重或多重之評價，基於罪刑相當原則，95 年 7 月 1 日施行之本條但書遂增列就所一重處斷之重罪，「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，適度調和從一重處斷所生評價不足，此即所謂重罪科刑之封鎖作用，亦即科刑之上限係重罪之最重法定刑，下限則為數罪中最高的最輕本刑，以防免科刑偏失。因此，法院於決定想像競合犯之處斷刑時，雖以其中最重罪名之法定刑，作為裁量之準據，惟具體形成宣告刑時，仍應將輕罪之刑罰合併評價在內，否則，在終局評價上，無異使想像競合犯等同於單純一罪。
2. 實則，重罪科刑封鎖作用早為實務所援用，本院 65 年度第 7 次刑庭庭推總會決議（二）闡釋，未取得合法醫師資格擅自執行醫療業務而致人死亡者，其行為依 56 年公布之醫師法第 28 條第 2 項規定，構成刑法第 276 條第 2

項之業務上過失致人於死罪（最重法定本刑為 5 年以下有期徒刑），惟科刑時，不應低於醫師法第 28 條第 1 項所定之刑（即最輕法定本刑為 1 年有期徒刑）。因是，上開增列但書規定，係將實務操作結果予以明文化，其乃憲法罪刑相當原則之具體展現，本無待法律規定，亦與罪刑法定無涉，自不能因法律規定不完備，祇規定封鎖輕罪中最高的最輕本刑，即據以否定輕罪中併科主刑、從刑或保安處分之論科。

3. 亦即，此種封鎖作用，在輕罪中有併科主刑、從刑或保安處分者，基於責罰相當原則，亦應不受影響，仍得併科，始符從一重處斷之立法本旨，否則，無異鼓勵行為人犯重罪以博取輕罰，也不應將具有想像競合犯關係之罪名，因屬不同刑罰法律，即為不同之處斷，始符衡平。此在刑法第 55 條修正前，本院 79 年台上字第 5137 號判例，即謂上訴人以一行為同時觸犯懲治走私條例第 2 條之 1 第 1 項及臺灣省內菸酒專賣暫行條例第 37 條第 5 款二罪名，應依刑法想像競合犯規定從一重之銷售走私物品罪處斷，其違反臺灣省內菸酒專賣暫行條例規定經查獲之菸酒，應依該條例第 40 條第 1 款之規定宣告沒收。即是輕罪中有刑法沒收新制修正前之沒收從刑，在重罪科刑時應一併被封鎖之適例，更遑論刑法第 55 條修正之後，包括輕罪中有保安處分者，尤應有其適用，庶符法律規定從一重處斷之原旨。

### （三）從法律能否割裂適用而言

1. 所謂法律不能割裂適用一詞，係源自本院 27 年上字第 2615 號判例：「犯罪在刑法施行前，比較裁判前之法律

孰為有利於行為人時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果，而為整個之適用，不能割裂而分別適用有利益之條文。上訴人於民國二十四年三月間，連續結夥三人以上攜帶兇器搶奪，原判決關於連續部分，適用舊刑法第七十五條，而於其所犯搶奪罪之本刑部分，則適用裁判時之刑法，其適用法則，自屬不當。」而來。此一判例意旨中段文字所指「不能割裂而分別適用」等語，經實務擴大適用的結果，除新舊法之比較外，其於科刑時，亦有所謂法律不能割裂適用之說。實則，基於案例拘束原則，此一判例意旨原侷限在法律修正而為罪刑新舊法之比較適用時，須考量就同一法規整體適用之原則，不可將同一法規割裂而分別適用有利益之條文，始有其適用。況參之 24 年上字第 4634 號判例意旨，於為新舊法比較時，僅應就罪刑有關之共犯、未遂犯、連續犯、牽連犯、結合犯以及累犯加重、自首減輕、暨其他法定加減原因、與加減例等一切情形，綜其全部之結果，而為比較（本院 95 年度第 8 次刑事庭會議決議，同此意旨）。至於易刑處分、緩刑、保安處分等，則均採與罪刑為割裂比較而分別適用有利益之條文。

2. 以保安處分為例，本院 96 年度第 3 次刑事庭會議決議（一）即認為：「民國九十五年七月一日起施行之刑法第九十一條之一有關強制治療規定，雖將刑前治療改為刑後治療，但治療期間未予限制，且治療處分之日數，復不能折抵有期徒刑、拘役或同法第四十二條第六項裁判所定之罰金額數，較修正前規定不利於被告。」因是，於 95 年 7 月 1 日刑法修正前犯刑法第 222 條之強制性交



罪者，於新法施行後裁判時，關於罪刑部分之比較適用，即應適用有利於行為人之新法（法定本刑從舊法之無期徒刑、7 年以上有期徒刑，修正為 7 年以上有期徒刑），但屬於保安處分之強制治療，依上開決議，則修正前舊法之刑前治療為有利於行為人。此即在新舊法比較時，保安處分與罪刑法律割裂適用之案例。

3. 由是觀之，法律適用本來就沒有所謂「一新一切新，從舊全部舊」的不能割裂關係存在。27 年判例所指不能割裂而分別適用有利益之條文，在罪刑與保安處分之比較適用上，既已產生破窗，而有例外，則所謂「法院就同一罪刑所適用之法律，無論係對罪或刑（包括主刑、從刑、或刑之加重、減輕與免除等項）或保安處分，除法律別有規定外，均應本統一性或整體性之原則，予以適用」云云，就保安處分而言，即有誤會。基於罪刑相當原則，想像競合犯從一重處斷之結果，其輕罪相關保安處分之條文自不能置而不論。
4. 本院 108 年度台上字第 47 號判決即謂「組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定：犯第 1 項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年。原判決認被告此部分係犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪、刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪。雖依刑法第 55 條想像競合之規定，從一重之三人以上共同犯詐欺取財罪處斷。然既論以組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，即應有該條第 3 項之適用」。況所謂應本於整體性原則，不得任意割裂之源頭，既來自於 27 年之判例

，但該判例所指之罪刑新舊法比較，如保安處分再參與一併為比較時，實務已改採割裂比較，分別適用有利益於行為人之法律，則想像競合犯之科刑，自亦無由再援引上開不能割裂適用之判例意旨，遽謂「苟所宣告之罪名係加重詐欺罪，縱與之有想像競合犯關係之他罪，係屬參與犯罪組織之罪，亦不能割裂適用組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定宣付保安處分之餘地」之可言。本院 97 年度台上字第 4308 號判決，與本件案例事實不同，不能比附援引。

（四）綜上所述，參與犯罪組織與加重詐欺行為從一重論處加重詐欺罪名者，無論從憲法罪刑相當原則、刑法重罪科刑之封鎖作用抑或實務之法律能否割裂適用等面向以觀，均應依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作，方符法之本旨。原判決以王○紳等 5 人此部分所為，因想像競合犯從一重依刑法加重詐欺罪處斷之結果，認無從割裂而適用組織犯罪防制條例之規定諭知強制工作，揆之前開說明，所持法律見解已難謂無誤，造成評價不足、重罪輕罰之不合理現象，其適用法則自屬違背法令。

參考法條：刑法第 55 條、第 339 條之 4。

組織犯罪防制條例第 3 條。

### 三、108 年度台上字第 416 號（裁判書全文）

原判決對於被告所犯如其附表編號 1 所示，即被告想像競合犯參與犯罪組織及加重詐欺取財罪，而從一重論以加重詐欺取財罪部分，何以不依想像競合犯之輕罪即組織犯罪

防制條例第 3 條第 3 項之規定宣告刑前強制工作，已說明犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，其期間為 3 年，同法第 3 條第 3 項定有明文，此項強制工作為義務性規定，法院對此並無裁量之權。又刑法第 55 條之想像競合犯，於民國 94 年 2 月 2 日修正公布、95 年 7 月 1 日施行，上開修法時增設但書規定「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失，此種輕罪最低度法定刑於量刑上所具有之封鎖作用（重罪科刑之封鎖效果），是否擴及包含輕罪之從刑、沒收、附屬效果及保安處分在內，攸關本案依想像競合犯論以加重詐欺之重罪後，是否須依輕罪之組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定宣付刑前強制工作。經查刑法第 55 條但書係規範想像競合數罪中之輕罪最低度法定刑於「量刑」上具有封鎖作用，立法理由亦說明其目的在於避免「科刑」偏失，可見立法者增訂本條但書之預想射程僅限於重罪「科刑」之封鎖效果。而保安處分並非刑罰，無涉「科刑」偏失，在法無明文下，該封鎖作用倘無條件擴及包含輕罪中關於拘束人身自由保安處分（例如：強制工作）在內，而對被告作不利之擴張法律適用，非無違背罪刑法定原則（主義）之疑慮。況法院就同一罪刑所適用之法律，無論係對罪或刑（包括主刑或刑之加重、減輕與免除等項）或保安處分，除法律別有規定外，均應本統一性或整體性之原則，予以適用。而組織犯罪防制條例所規定之強制工作，係刑法有關保安處分規定之特別法，其適用範圍以所宣告之罪名為該條例第 3 條第 1 項之罪名為限。而本案所宣告之罪名係刑法之加重詐欺取財罪，

縱與之具有想像競合犯關係之參與犯罪組織行為，係屬組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之罪，亦無適用該條例第 3 條第 3 項規定宣付刑前強制工作之餘地等情綦詳，核其論斷，在法理上尚非無據，縱學者或實務上因觀察及側重之角度不同，對於上述問題尚有不一致之看法，然原判決上開論斷既屬有據，尚難遽指為違法。

參考法條：刑法第 55 條、第 339 條之 4。

組織犯罪防制條例第 3 條。

#### 四、108 年度台上字第 562 號（裁判書全文）

一旦犯罪利得發還被害人，若其求償權已獲得全額滿足，行為人即不再坐享犯罪利得，業已產生特別預防之效果，且合法財產秩序亦已回復，則利得沒收之目的已臻達成，法院自無再予宣告沒收行為人犯罪利得之必要，因此發還條款實具有「利得沒收封鎖」效果。在此原則下，於數行為人共同犯罪時，因民法第 185 條第 1 項前段規定：數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。且同法第 273 條第 1 項、第 274 條復明定：連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。因連帶債務人中之一人為清償、代物清償、提存、抵銷或混同而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。是倘被害人僅為一人，而於犯罪行為人中之一人或數人對被害人為全部給付時，因犯罪利得已全然回歸被害人，其民法上之求償權已獲得滿足，此時即生「利得沒收封鎖」效果，法院即不應再對任何犯罪行為人宣告利得沒收。相對地，在被害人為多數時，除非彼此間屬連帶

債權，否則被害人民法上之求償權係個別獨立，行為人因負連帶債務而僅對其中部分被害人為給付時，縱給付金額已超過其實際犯罪全部利得，惟就尚未獲得賠償之被害人而言，因其民法上之求償權既未獲得彌補，此時即不發生「利得沒收封鎖」效果，法院仍應對行為人該部分實際利得諭知沒收。

參考法條：刑法第 38 條之 1 第 5 項。

#### 五、108 年度台上字第 650 號（裁判書全文）

被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，刑事訴訟法第 99 條前段定有明文。所謂語言不通者得用通譯，就外國人而言，係為避免其涉訟成為被告，因未諳審判國當地之語言，所造成之語言隔閡，而剝奪其基於國民待遇原則所取得憲法上訴訟權之保障，故賦予詢（訊）問被告之司法人員，得視被告之國籍、教育程度、慣用語言或文字、在審判國居留時間、所處環境等一切客觀條件，確認被告對審判國所使用語言之瞭解程度後，裁量決定是否為其選任通譯。而通譯係譯述言詞文字互通雙方意思之人，其功用係傳譯兩方語言或文字使彼此通曉，則所選任之通譯，當無須以被告國籍所使用之母語或文字為限，應認僅須以被告所能明瞭之語言或文字翻譯轉述雙方之意思，即已完足我國司法機關對外國人涉訟語文方面之照護義務，此不僅可免於我國司法機關陷入難尋被告母語文通譯之困境，亦與我國憲法保障其訴訟權之意旨無違。

參考法條：刑事訴訟法第 99 條。

## 六、108 年度台上字第 673 號（裁判書全文）

- （一）違法性認識（即學說所稱之不法意識）固不要求行為人確切認識處罰規定，僅知其行為乃法所不許即可。然於犯罪競合時，不法意識即具可分性，對於不同構成要件存在的個別不法內涵均需具備，始得非難各該部分罪責。
- （二）法令頒布，國民有知法且負諮詢義務，是否可避免，行為人固有類如民法上善良管理人之注意義務。而違反社會性之自然犯，其違反性普遍皆知，雖非無法避免，惟毒品危害防制條例第 2 條第 3 項所規定「前項毒品之分級及品項，由法務部會同行政院衛生署組成審議委員會，每 3 個月定期檢討，報由行政院公告調整、增減之，並送請立法院查照。」係以法律授權由行政機關以行政規章或命令，變更可罰性範圍，固非屬法律變更。然此類行政規章或命令之公告，究非如法律具備須經立法院通過，總統公布，而除有規定施行日期者外，自公布或發布之日起算至第 3 日起發生效力（參照中央法規標準法第 4、12、13 條）等程序，而得由媒體宣導，使國民得以預見及有相當之準備期間。是填補空白刑法之行政規章或命令，苟無一定之公聽程序或宣導期，尤以變更毒品處罰範圍公告之品項，多係化學類專有名詞，實難期待國民於公告後立即知悉。從而，有關毒品分級及品項之行政規章或命令之公告，既已影響違法性認識範圍，苟行為人於公告後之相當接近時間內違反，即須有相當之理由，始得認具違法性認識。

參考法條：刑法第 16 條。

## 七、108 年度台上字第 705 號（裁判書全文）

（一）刑事訴訟法第 158 條所謂事實於法院已顯著者，係指某事實在社會上為一般所已知而法官現時亦知之者而言。又所謂事實為法院職務上所已知者，指該事實即屬構成法院之法官於職務上所為之行為或係其職務上所觀察之事實，現尚在該法官記憶中，無待閱卷者而言。然苟該事實仍有待專門學問之人診察或鑑定，始足以判斷者，自不包括在內。

（二）依原判決所引據之函文資料，既謂尿液中可待因與嗎啡之比例，與使用頻率、個人體質及代謝情況、採集尿液時間點等因素有關，依個案而異，且依研究服用可待因製劑後，可待因與嗎啡之比值大於 3，而個人代謝速率、代謝途徑、服用之方式及劑型等因素，均會影響比值等語，則該事實既因個案而異，難認係屬原審職務上所觀察或職務上所知，無待閱卷之事實，自非當然即可援引其他案例所函詢之回覆內容據以類推適用，仍有待專門學問之人診察或鑑定後始能判斷。

參考法條：刑事訴訟法第 158 條。

## 八、108 年度台上字第 821 號（裁判書全文）

刑法沒收犯罪所得，本質上是一種準不當得利的衡平措施，藉由沒收犯罪所得以回復犯罪發生前之合法財產秩序狀態。因刑事不法行為而取得被害人財產，該財產一旦回歸被害人，就已充分達到排除不法利得，並重新回復到合法財產秩序的立法目的。共同正犯中一人或數人事後與被害

人達成和解，並全部賠付，而求償或沒收擇一實現，同樣可滿足「排除犯罪不法利得」之規範目的，如已優先保障被害人之求償權且已實際取得，就等同「合法發還被害人」之情形，不應再對未參與和解賠付之其他共同正犯宣告沒收或追徵。否則，一概宣告沒收，日後判決確定後，檢察官為沒收之執行時，因被害人已完全受償，不得再依刑事訴訟法相關規定，請求發還檢察官執行追徵之上開所得，國家反而因行為人不法犯罪，坐享犯罪所得；或共同正犯中已賠償之人基於民事內部關係，向未賠償之人請求，對後者形同雙重剝奪。

參考法條：刑法第 38 條之 1 第 5 項。

#### 九、108 年度台非字第 20 號（裁判書全文）

- （一）實務上定應執行刑之案件，固以數罪中最先確定之案件為基準日，犯罪在此之前者皆符合定應執行刑之要件；犯罪行為在基準日之後者，不與焉（如另符合定應執行刑之要件，則另定其應執行刑，與前所定者合併執行）。惟此原則於特殊個案，顯然不符合罪刑相當之憲法原則時，應有所例外，否則罰過其罪，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔之罪責，其人身自由因此遭受過苛之侵害，對人民受憲法第 8 條所保障之人身自由所為限制，自有違上開罪刑相當原則及比例原則。又刑法第 51 條第 5 款規定，經宣告多數有期徒刑之數罪併罰方法，係以各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，法院即應於俱罰各罪之中，以最重之宣告刑為基礎，參酌他罪之宣告刑，本諸限制加重原則，裁量加重



定之，是該款之目的乃藉此將被告所犯之數罪重新裁量評價，除不得逾越法律所規定範圍之外部性界限外，尤應尊重前述罪刑相當及比例等諸憲法原則，俾與其授與裁量權之目的相契合，足徵該款之立法意旨，並無使被告處於更不利地位之意。故在刑事訴訟法第 370 條第 2、3 項，亦針對第二審上訴案件之定應執行之刑，明定有不利益變更禁止原則之適用，同揭此旨。分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束。亦即，上述另定之執行刑，其裁量所定之刑期，不得較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和。同理，若併罰之數罪先前已有定應執行之刑，卻因被告另犯他罪之確定判決，致須再重定數應執行刑時，亦應有不利益變更禁止原則之適用，本于此，上開實務上之處理原則，於特殊個案，應對憲法原則有所讓步，而屬例外。

- (二) 本件被告蔡○澤所犯如附表所示各罪，其中編號 1、2 所示之罪，先經臺灣臺南地方法院分別判處有期徒刑 9 月、8 月確定；編號 3 至 8 之罪，後經臺灣高等法院臺南分院（下稱臺南高分院）判決應執行刑為有期徒刑 15 年 10 月，並經本院上訴駁回確定。上揭應執行刑及編號 1、2 宣告刑總和為有期徒刑 17 年 3 月，然嗣臺南高分院以 102 年度聲字第 290 號裁定（即原裁定），將附表編號 3、4、6 之罪與編號 1 之罪合併定應執行刑有期徒刑 15 年 6 月，另將編號 5、7、8 之罪與編號 2 之罪合併定應執行刑有期徒刑 15 年 5 月，二者合併執行，

該重定之二應執行刑合計為有期徒刑 30 年 11 月，反較重定前之應執行刑加計編號 1、2 宣告刑之總和為重。揆諸上揭說明，自屬特殊個案，而不應適用一般實務之處理原則。而臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官就附表各罪全部聲請定應執行刑，法院依上開實務向來之處理原則，僅能將附表各罪拆成編號 1、3、4、6 與 2、5、7、8 兩區塊重訂應執行刑，而囿於各區塊中各刑之最長期各為有期徒刑 15 年 2 月，該兩區塊之外部性界限最低刑即分別高達 15 年 2 月以上，縱於此範圍內定以最低度之應執行刑，其總和亦皆高於前定之應執行刑加計他刑之總和，仍有上揭違背法令之事由，檢察官所為定應執行刑之聲請，尚有未合。

參考法條：刑法第 51 條第 5 款。

刑事訴訟法第 370 條第 1 項。

#### 十、108 年度台非字第 28 號（裁判書全文）

毒品危害防制條例第 24 條第 1 項規定：「本法第 20 條第 1 項及第 23 條第 2 項之程序，於檢察官先依刑事訴訟法第 253 條之 1 第 1 項、第 253 條之 2 之規定，為附命完成戒癮治療之緩起訴處分時，或於少年法院（地方法院少年法庭）認以依少年事件處理法程序處理為適當時，不適用之」，並於第 2 項規定「前項緩起訴處分，經撤銷者，檢察官應依法追訴」，而就 18 歲以上之被告「初犯」或「5 年後再犯」前述施用犯行者之毒癮治療，採「觀察、勒戒」與「附命完成戒癮治療之緩起訴」並行之雙軌模式；另對於未滿 18 歲之少年，則採取「觀察、勒戒」與「依少

年事件處理法程序處理」平行之雙軌制。前者就 18 歲以上之行為人增定「附命完成戒癮治療之緩起訴」模式，目的在給予施用毒品者戒毒自新機會，是被告依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 2 項之規定，既瞭解其程序之法律效果，仍同意參加戒癮治療，經檢察官為「附命完成戒癮治療之緩起訴處分」，事實上已接受等同「觀察、勒戒」之處遇，此後若未履行檢察官所附命完成戒癮治療之條件，自應於撤銷緩起訴處分後，依第 24 條第 2 項之特別規定起訴。循此法理，倘被告犯毒品危害防制條例第 10 條之施用罪，經檢察官先為附命完成戒癮治療之緩起訴處分後，5 年內再犯同條之罪者，其事實上既已接受等同「觀察、勒戒」處遇，仍於 5 年內再犯，檢察官應依同條例第 23 條第 2 項或第 24 條第 2 項規定之相同法理，逕行起訴。至後者對於少年施用第一、二級毒品之處遇，雖增定少年法院（地方法院少年法庭）認為適當時，得依少年事件處理法程序處理之規定，而與同條項增定「檢察官附命完成戒癮治療之緩起訴處分」並列，然少年法院（地方法院少年法庭）依少年事件處理法程序所為保護處分，乃保障少年健全之自我成長而採取之保護性處遇，兼具教育及保護性質，側重保護輔導少年之目的，依保護優先及教育優先之精神，連結運用相關資源，採取個別化與多樣化的處遇方式，此與檢察官所為附命完成戒癮治療之緩起訴處分二者目的、方法、處遇程序暨實質內涵均有不同，無從相提並論，不能遽認少年施用第一、二級毒品而依少年事件處理法程序受保護處分者，即已接受等同「觀察、勒戒」之處遇。尤其行為人於未滿 18 歲時因少年施用第一、二級毒

品經少年法院（地方法院少年法庭）依少年事件處理法之保護事件相關程序為保護處分後，倘 5 年內於年滿 18 歲後再犯，毒品危害防制條例並無類如第 23 條第 2 項或第 24 條第 2 項應逕依法追訴之特別規定，且其既未曾經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢，亦未因檢察官為附命完成戒癮治療之緩起訴處分而接受等同「觀察、勒戒」處遇，自應由檢察官依同條例第 20 條第 1 項或第 24 條第 1 項規定，擇採「觀察、勒戒」或「附命完成戒癮治療之緩起訴處分」之程序，聲請法院裁定觀察、勒戒，或為附命完成戒癮治療之緩起訴處分，方為適法。若檢察官逕對前述被告年滿 18 歲後之施用第一、二級毒品犯行提起公訴，其起訴之程序即屬違背規定，應判決公訴不予受理。

參考法條：毒品危害防制條例第 10 條、第 24 條。

少年事件處理法第 42 條。

刑事訴訟法第 303 條第 1 款。

## 十一、107 年度台抗字第 1130 號（裁判書全文）

- （一）鑑於現行數罪併罰規定未設限制，造成併罰範圍於事後不斷擴大，有違法之安定性，為明確數罪併罰適用範圍，並避免不得易科罰金之罪與得易科罰金之罪合併，造成得易科罰金之罪無法單獨易科罰金，罪責失衡，不利於受刑人，於 102 年 1 月 23 日修正公布刑法第 50 條（同年月 25 日施行），增訂第 1 項但書及第 2 項，規定對於確定判決前所犯數罪有該條第 1 項但書各款所列情形，除受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者外，不得併合處罰。是自該條修正施行之日起，關於得易科罰金之

罪與不得易科罰金之罪，繫乎受刑人之請求與否，作為定執行刑之準則。

- (二) 本件聲明異議人所犯甲案 13 罪，業經臺北地院以 105 年度易字第 997 號判決應執行有期徒刑 1 年 10 月，如易科罰金，以 1 千元折算 1 日確定，臺北地檢署檢察官於 106 年度執字第 6373 號執行時，因上開甲案 13 罪與乙案 49 罪同屬裁判確定前所犯數罪，依法於「調查受刑人是否聲請定應執行刑調查表」內填載聲明異議人合於數罪併罰之甲案 13 罪及乙案 49 罪，於 106 年 9 月 6 日送請聲明異議人勾填是否要聲請定應執行刑，此時聲明異議人自得勾選請求甲案與乙案合併聲請定應執行刑，然聲明異議人選擇勾選就上列甲案及乙案共 62 罪案件其不要聲請定刑，故檢察官嗣准予聲明異議人就甲案 13 罪，於 106 年 9 月 18 日繳納 66 萬 8 千元易科罰金執行完畢。詎聲明異議人於甲案易科罰金執行完畢後，復於 106 年 10 月 5 日再變更意向請求檢察官將上開甲案 13 罪與乙案 49 罪共 62 罪，聲請法院合併定應執行刑，此有刑事聲請狀在卷可查。是聲明異議人既已表明不願定刑，而請求就甲案易科罰金獲准並經繳納完畢之後，為維護執行結果之公平性及安定性，並避免受刑人濫用其請求權，自無准許其再改變意向，請求檢察官就甲、乙兩案，向法院聲請定刑之餘地。

參考法條：刑法第 50 條。

裁判字號：最高法院 107 年台上字第 3623 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 03 月 07 日

裁判案由：違反森林法等罪

最高法院刑事判決

107年度台上字第3623號

上訴人 薛朝富

選任辯護人 程立全律師

陳愷閔律師

上列上訴人因違反森林法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國 107 年1 月11日第二審判決（106 年度上訴字第1578號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署104 年度偵字第729 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人薛朝富有其事實欄二所載在行政院農業委員會林務局（下稱林務局）及財政部國有財產署（下稱國有財產署）所管理基隆市○○區○○段000-00、000-00、000-00、000-000 地號之公有山坡地，未經同意而擅自占用合計面積為184.35平方公尺之土地（占用位置如原判決附圖所示A1、A2、A3、A5、C1部分），尚未致生水土流失結果之犯行；及其事實欄三所載於林務局、國有財產署所管理上開○○段000-00地號之國有保安林，暨上開○○段000-0、000-00、000-000 地號之公有山坡地，未經同意而擅自占用合計面積為174.24平方公尺之土地（占用位置如原判決附圖所示B1、B2、B3、B4部分），因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍論上訴人以水土保持法第32條第4 項、第1 項之非法占用公有山坡地致水土流失未遂罪，及森林法第51條第3 項、第1 項之於保安林地內擅自占用罪，其中就非法占用公有山坡地致水土流失未遂罪部分，於依刑法第25條第2 項規定減輕其刑後，處有期徒刑6 月，並諭知如易科罰金，以新臺幣（下同）2 千元折算1 日；另就於保安林地內擅自占用罪部分處有期徒刑6 月，並均諭知相關之沒收、追徵，固非無見。

二、惟查：

- (一)、森林法第51條第1項規定：「於他人森林或林地內，擅自墾殖或占用者，處6 月以上5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣60萬元以下罰金。」，同條第3 項規定：「第1 項之罪於保安林犯之者，得加重其刑至二分之一。」，該規定係就犯罪類型變更之個別犯罪行為得裁量予以加重，成為另一獨立之罪名（尚非概括性之規定，即非所有罪名均一體適用），屬於刑法分則加重之性質，惟依上述規定，係稱「得加重……」，而非「加重……」或「應加重……」，則法院對於行為人所犯森林法第51條第3 項、第1 項於他人保安林內擅自占用罪，是否依同條第3 項規定加重其刑，既有自由裁量之權，倘未依該項規定加重，其法定最重本刑仍為有期徒刑5 年，如宣告6 月以下有期徒刑，自仍符合刑法第41條第1 項前段所規定得易科罰金之要件，即應一併諭知易科罰金之標準，始為適法。原判決就上訴人所為其事實欄三所載擅自占用其附圖所示B1至B4部分土地之行為，雖論以森林法第51條第3 項、第1 項於他人保安林內擅自占用罪，然並未依同條第3 項規定加重其刑，且已明確說明何以不依上述規定加重其刑之理由（見原判決第24頁第2 至5 行），則其所處有期徒刑6 月，自仍符合得易科罰金之要件。乃原判決未察，遽認上訴人所犯上開罪名之最重本刑已逾有期徒刑5 年，不得諭知易科罰金之折算標準，因而未就其所宣告之有期徒刑6 月，依刑法第41條第1 項前段規定諭知易科罰金之折算標準，依上述說明，即有判決不適用法則之違法。
- (二)、有罪判決書應分別記載犯罪事實及理由，而事實欄為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與論罪科刑有關之事實，翔實記載，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，並使事實認定與理由說明，互相適合，方為合法。倘若事實之認定與理由之論敘，及其理由之論敘本身相互間，前後不相一致，或彼此互有齟齬者，即有判決理由矛盾之違法。原判決事實欄三記載上訴人於林務局、國有財產署所管理上開○○段000-00地號之國有保安林，暨上開○○段000-0、000-00、000-000 地號之公有山坡地，未經同意而擅自占用合計面積為174.24平方公尺之土地（占用位置如原判決附圖所示B1、B2、B3、B4部分）等情，並於理由肆、三、（四）1.之(2)說明就上訴人占用該附圖所示B1、B2、B3、B4之犯

罪所得部分，因上訴人係於民國103 年9 、10月間，占有該附圖所示B1至B4部分之土地，迄於原審審理時之106 年9 月15日將水泥移除，乃採最有利上訴人之認定，即以103 年11月1 日起至106 年9 月15日為其占有期間，估算其占有該附圖所示B1至B4部分之土地，所獲取相當於租金不當得利之犯罪所得為32,017元云云（見原判決第29頁倒數第7 行至第30頁第9行）。然於理由肆、三、（四）1.之(3)(4)卻謂上訴人就原判決附圖A5、B4部分所占用上開000-000 地號土地，已繳納自99年7 月20日至106 年6 月30日期間之使用補償金，並以原判決附圖A5、B4所占用面積合計34.68 平方公尺為計算基礎，亦採最有利上訴人之認定方式，估算上訴人自99年9 月28日起至106 年6 月30日期間占用上開000-000 地號土地，所繳交相當於租金不當得利之使用補償金為13,083元，屬實際發還被害人之犯罪所得，依刑法第38條之1 第5 項規定不予宣告沒收云云（見原判決第30頁第10行至第31頁第2行），其中就上訴人所占用如原判決附圖B4所示部分，係以99年9 月28日起至106 年6 月30日為占用期間，估算實際發還被害人之犯罪所得，此與上開原判決事實欄三所認定及其理由肆、三、（四）1.之(2)所論敘上訴人係於103年9 、10月間始占有該附圖所示B1至B4部分之土地等情，互生齟齬，依上述說明，自有判決理由矛盾之違法。

- (三)、本件原判決理由於論罪說明：上訴人本件所為其事實欄三於保安林地內擅自占用犯行，係鋪設水泥地、放置油桶等物，並未大肆開挖整地造成水土流失，且已回復原狀，惡性非重，爰不依森林法第51條第3 項規定加重其刑等旨（見原判決第24頁第2 至5 行），惟其論斷上訴人所為其事實欄三之行為，卻以森林法第51條第3 項、第1 項之罪，於加重後即重於水土保持法第32條第4 項、第1 項之罪，因而適用較重之森林法第51條第3 項、第1 項規定論處（見原判決第23頁第1 至4 行），並未以森林法第51條第3 項規定特別賦予法院裁量加重之權，較能充分評價整個犯罪行為之不法內涵等論據，擇用其中最適切之法條所規範之犯罪構成要件予以論罪科刑，且此部分論敘，與前開說明上訴人本件於保安林地內擅自占用犯行，不依森林法第51條第3 項規定加重其刑之旨歧異，則原判決理由之論敘本身互有齟齬，依上述說明，同



有判決理由矛盾之違法。

(四)、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於本件事實之認定及法律之適用，本院無從據以自行判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 3 月 7 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 李 錦 樑

法官 林 靜 芬

法官 林 海 祥

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 3 月 11 日  
書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 337 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 03 月 20 日

裁判案由：加重詐欺

最高法院刑事判決

108年度台上字第337號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官郭景東

上訴人

即被告 潘虹錡

選任辯護人 蔡其展律師

江政峰律師

被告 王駿紳

何禮威

上二人共同

選任辯護人 蔡志忠律師

被告 羅廣鉉

蕭羽軒

上二人共同

選任辯護人 涂國慶律師

上列上訴人等因被告等加重詐欺案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年11月28日第二審判決（107年度上訴字第1347號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107年度偵字第4374、8090 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於如其附表一編號1 所示加重詐欺部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理 由

甲、撤銷發回（即原判決附表《下稱附表》一編號1）部分

壹、本件原判決撤銷第一審關於上訴人即被告丙○○及被告甲○○、戊○○、乙○○、丁○○（下稱甲○○等5 人）上開部分之科刑判決，改判依想像競合犯從一重論處甲○○等5 人犯如附表一編號1 所示三人以上共同以電子通訊對公眾散布而詐欺取財罪刑（戊○○為累犯），及諭知相關沒收之宣告。固非無見。

貳、惟查：

- 一、認定犯罪事實之證據，必須是有證據能力之證據，且經合法調查者，始足語焉，缺一不可。又有罪之判決，其所認定之事實與所記載之證據及理由，必須互相適合，否則即屬證據上理由之矛盾。原判決理由欄壹之一業已說明，依組織犯罪防制條例第12條第1項中段規定，證人於警詢時之陳述，於違反組織犯罪防制條例案件，絕對不具有證據能力，不得採為判決基礎之理由。惟原判決理由欄貳之一仍引用大陸地區被害人楊清珍等人經員警以公務電話訪談之陳述，一併作為認定甲○○、戊○○、乙○○、丁○○等人參與犯罪組織犯行之依據，未為必要區辨及說明，致其理由之論敘，前後不相一致，難謂無判決理由矛盾之違誤，並有採證違背證據法則之違法。
- 二、參與犯罪組織與加重詐欺行為從一重論處加重詐欺罪名，應依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，一併宣告刑前強制工作，茲分述如下：
  - (一)從罪刑相當、罰當其罪原則立論
    1. 刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，故科刑應符合罪刑相當原則，使輕重得宜，罰當其罪。我國刑事法採刑罰與保安處分雙軌之立法體制，犯罪之處遇，除處以刑罰外，另針對具有危險性格之行為人，施以各種保安處分，以期改善、矯治行為人之偏差性格，確保社會安全。組織犯罪防制條例第3條第3項規定：「犯第一項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年。」即本於特別預防之目的，針對組成具有持續性、牟利性之有結構組織的成員，施以強制從事勞動，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，期能重返社會自力更生；亦寓有一般預防之刑事政策，明確向社會大眾傳達國家懲治組織犯罪決心的訊息，具有消泯犯罪組織及有效遏阻組織犯罪發展之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要。
    2. 在憲法罪刑相當原則之框架下，對於犯罪行為之評價，不論過度或不足，均為所禁，唯有適度評價，始能對法益之侵害為正當之維護。其於想像競合之例，所犯各罪自仍受評價，而成為科刑一罪；至其所對應之刑罰，則係各該評價一罪之數法定刑，而成為一個處斷刑。是以，行為人所犯參與犯罪組織與首次犯加重詐欺罪，有想像競合犯之關係，雖應從一

重之加重詐欺罪處斷，惟因輕罪之參與犯罪組織罪，其對社會所造成之危害與威脅甚鉅，較之重罪多出了強制工作之保安處分，用以補充刑罰之不足，以收刑事懲處與教化矯治之雙重效果，期以協助習於不勞而獲之行為人再社會化，實現刑罰保護社會安全之職責。此項保安處分措施除有後述3.之情形，法院無裁量之權，自仍應在加重詐欺罪法定刑下一併被評價，依組織犯罪防制條例第3條第3項規定宣付刑前強制工作，始符責罰相當，罰當其罪。否則，勢必將發生同樣涉犯組織犯罪防制條例第3條第1項之參與犯罪組織罪，不法內涵較輕者（僅犯參與犯罪組織單純一罪），需諭知強制工作，而不法內涵較重者（如本案之裁判上一罪），反而不須諭知強制工作之不公平現象，不惟有評價不足、重罪輕罰之失衡情形，更無異使民國106年4月19日修正公布之組織犯罪防制條例將參與詐欺集團納入犯罪組織之立法不具意義，致使補充刑罰之強制工作規定形同虛設，有違立法本旨。

3. 組織犯罪防制條例第3條第1項但書規定：「參與情節輕節輕微者，得減輕或免除其刑。」第8條第1項前、中段亦規定：「犯第三條之罪自首，並自動解散或脫離其所屬之犯罪組織者，減輕或免除其刑；因其提供資料，而查獲該犯罪組織者，亦同」，已針對罪責評價上輕微者，及自首或提供司法協助，而有悔悟之具體表現者，賦與法院免除其刑之裁量權，於此類情形，刑罰既經免除，用以補充刑罰不足之強制工作，自無所依附，無從宣付，故個案在符合上開情形下，即得僅就其所犯與之有裁判上一罪之加重詐欺罪論科，以為調和，俾無違憲法第8條人民身體自由之保障及第23 條比例原則。

## (二)從重罪科刑之封鎖作用以觀

1. 刑法第55條關於想像競合犯之規定，係將「論罪」與「科刑」予以分別規範。就「論罪」而言，想像競合犯侵害數法益皆成立犯罪，犯罪宣告時必須同時宣告數罪名，但為防免一行為受二罰之過度評價，本條前段規定為「從一重處斷」，乃選擇法定刑較重之一罪論處，非謂對於其餘各罪名可置而不論。從「科刑」而言，想像競合犯觸犯數罪名，本質上應為雙重或多重之評價，基於罪刑相當原則，95年7月1日施行之本條但書遂增列就所一重處斷之重罪，「不得科以較輕罪

名所定最輕本刑以下之刑」，適度調和從一重處斷所生評價不足，此即所謂重罪科刑之封鎖作用，亦即科刑之上限係重罪之最重法定刑，下限則為數罪中最高的最輕本刑，以防止科刑偏失。因此，法院於決定想像競合犯之處斷刑時，雖以其中最重罪名之法定刑，作為裁量之準據，惟具體形成宣告刑時，仍應將輕罪之刑罰合併評價在內，否則，在終局評價上，無異使想像競合犯等同於單純一罪。

2. 實則，重罪科刑封鎖作用早為實務所援用，本院65年度第 7 次刑庭庭推總會決議（二）闡釋，未取得合法醫師資格擅自執行醫療業務而致人死亡者，其行為依56年公布之醫師法第28條第2項規定，構成刑法第276條第2 項之業務上過失致人於死罪（最重法定本刑為5 年以下有期徒刑），惟科刑時，不應低於醫師法第28條第1項所定之刑（即最輕法定本刑為1 年有期徒刑）。因是，上開增列但書規定，係將實務操作結果予以明文化，其乃憲法罪刑相當原則之具體展現，本無待法律規定，亦與罪刑法定無涉，自不能因法律規定不完備，祇規定封鎖輕罪中最高的最輕本刑，即據以否定輕罪中併科主刑、從刑或保安處分之論科。
3. 亦即，此種封鎖作用，在輕罪中有併科主刑、從刑或保安處分者，基於責罰相當原則，亦應不受影響，仍得併科，始符從一重處斷之立法本旨，否則，無異鼓勵行為人犯重罪以博取輕罰，也不應將具有想像競合犯關係之罪名，因屬不同刑罰法律，即為不同之處斷，始符衡平。此在刑法第55條修正前，本院79年台上字第5137號判例，即謂上訴人以一行為同時觸犯懲治走私條例第2條之1第1 項及臺灣省內菸酒專賣暫行條例第37條第5 款二罪名，應依刑法想像競合犯規定從一重之銷售走私物品罪處斷，其違反臺灣省內菸酒專賣暫行條例規定經查獲之菸酒，應依該條例第40條第1 款之規定宣告沒收。即是輕罪中有刑法沒收新制修正前之沒收從刑，在重罪科刑時應一併被封鎖之適例，更遑論刑法第55條修正之後，包括輕罪中有保安處分者，尤應有其適用，庶符法律規定從一重處斷之原旨。

### （三）從法律能否割裂適用而言

1. 所謂法律不能割裂適用一詞，係源自本院27年上字第2615號判例：「犯罪在刑法施行前，比較裁判前之法律孰為有利於

行為人時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果，而為整個之適用，不能割裂而分別適用有利益之條文。上訴人於民國二十四年三月間，連續結夥三人以上攜帶兇器搶奪，原判決關於連續部分，適用舊刑法第七十五條，而於其所犯搶奪罪之本刑部分，則適用裁判時之刑法，其適用法則，自屬不當。」而來。此一判例意旨中段文字所指「不能割裂而分別適用」等語，經實務擴大適用的結果，除新舊法之比較外，其於科刑時，亦有所謂法律不能割裂適用之說。實則，基於案例拘束原則，此一判例意旨原侷限在法律修正而為罪刑新舊法之比較適用時，須考量就同一法規整體適用之原則，不可將同一法規割裂而分別適用有利益之條文，始有其適用。況參之24年上字第4634號判例意旨，於為新舊法比較時，僅應就罪刑有關之共犯、未遂犯、連續犯、牽連犯、結合犯以及累犯加重、自首減輕、暨其他法定加減原因、與加減例等一切情形，綜其全部之結果，而為比較（本院95年度第8次刑事庭會議決議，同此意旨）。至於易刑處分、緩刑、保安處分等，則均採與罪刑為割裂比較而分別適用有利益之條文。

2. 以保安處分為例，本院96年度第3次刑事庭會議決議（一）即認為：「民國九十五年七月一日起施行之刑法第九十一條之一有關強制治療規定，雖將刑前治療改為刑後治療，但治療期間未予限制，且治療處分之日數，復不能折抵有期徒刑、拘役或同法第四十二條第六項裁判所定之罰金額數，較修正前規定不利於被告。」因是，於95年7月1日刑法修正前犯刑法第222條之強制性交罪者，於新法施行後裁判時，關於罪刑部分之比較適用，即應適用有利於行為人之新法（法定本刑從舊法之無期徒刑、7年以上有期徒刑，修正為7年以上有期徒刑），但屬於保安處分之強制治療，依上開決議，則修正前舊法之刑前治療為有利於行為人。此即在新舊法比較時，保安處分與罪刑法律割裂適用之案例。
3. 由是觀之，法律適用本來就沒有所謂「一新一切新，從舊全部舊」的不能割裂關係存在。27年判例所指不能割裂而分別適用有利益之條文，在罪刑與保安處分之比較適用上，既已產生破窗，而有例外，則所謂「法院就同一罪刑所適用之法律，無論係對罪或刑（包括主刑、從刑、或刑之加重、減輕

與免除等項）或保安處分，除法律別有規定外，均應本統一性或整體性之原則，予以適用」云云，就保安處分而言，即有誤會。基於罪刑相當原則，想像競合犯從一重處斷之結果，其輕罪相關保安處分之條文自不能置而不論。

4. 本院108年度台上字第47號判決即謂「組織犯罪防制條例第3條第3項規定：犯第1項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為3年。原判決認被告此部分係犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪、刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺取財罪。雖依刑法第55條想像競合之規定，從一重之三人以上共同犯詐欺取財罪處斷。然既論以組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪，即應有該條第3項之適用」。況所謂應本於整體性原則，不得任意割裂之源頭，既來自於27年之判例，但該判例所指之罪刑新舊法比較，如保安處分再參與一併為比較時，實務已改採割裂比較，分別適用有利益於行為人之法律，則想像競合犯之科刑，自亦無由再援引上開不能割裂適用之判例意旨，遽謂「苟所宣告之罪名係加重詐欺罪，縱與之有想像競合犯關係之他罪，係屬參與犯罪組織之罪，亦不能割裂適用組織犯罪防制條例第3條第3項規定宣付保安處分之餘地」之可言。本院97年度台上字第4308號判決，與本件案例事實不同，不能比附援引。

(四)綜上所述，參與犯罪組織與加重詐欺行為從一重論處加重詐欺罪名者，無論從憲法罪刑相當原則、刑法重罪科刑之封鎖作用抑或實務之法律能否割裂適用等面向以觀，均應依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，一併宣告刑前強制工作，方符法之本旨。原判決以甲○○等5人此部分所為，因想像競合犯從一重依刑法加重詐欺罪處斷之結果，認無從割裂而適用組織犯罪防制條例之規定諭知強制工作，揆之前開說明，所持法律見解已難謂無誤，造成評價不足、重罪輕罰之不合理現象，其適用法則自屬違背法令。

- 三、以上或為本院得依職權調查之事項，或為檢察官上訴意旨所指摘，而原判決上開違誤影響事實之確定或法律之適用，本院無可據以為裁判，應將原判決關於此部分撤銷，發回原審法院更為判決，期臻適法。

乙、上訴駁回（附表一編號2至7所示加重詐欺）部分

- 壹、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。
- 貳、本件原審審理結果，認為甲○○等5人有如附表一編號2至 7 所載加重詐欺各犯行明確，因而撤銷第一審關於甲○○等 5 人此部分科刑之判決，改判仍論處甲○○等5 人如其附表一編號2、3所載犯三人以上共同以電子通訊對公眾散布而詐欺取財共2罪刑（戊○○為累犯），及如其附表一編號4至7 所載犯三人以上共同以電子通訊對公眾散布而詐欺取財未遂共4 罪刑（戊○○為累犯），已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由。並就丙○○否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。又本於證據取捨職權之行使，對於(1)戊○○、乙○○翻異前供，陳稱代號「P05 」之人不是丙○○，不清楚丙○○在機房內做什麼；(2)甲○○證稱丙○○是隨其入住○○路住處，丙○○不是很清楚其是從事詐騙工作，並未參與分工，丙○○在該處經營網拍；(3)丁○○證述丙○○沒有參與詐騙行為各等語，如何不足為有利於丙○○認定之理由，業已論述明白。
- 參、按被告或共犯之自白固不得作為認定犯罪之唯一證據，而須以補強證據證明其確與事實相符，然茲所謂之補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證自白之犯罪非屬虛構，能予保障所自白事實之真實性，即已充分。又得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之實行犯罪，但以此項證據與被告或共犯之自白為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非屬補強證據。原判決係以附表一編號2至7所載各犯罪事實，業據甲○○、乙○○、戊○○、丁○○坦承不諱，並有扣案如附表二編號2、4、6、8、 9 所示之物可佐，復有卷附106 年12月21日業績表、列載大陸地區被害人之資料、手機通話紀錄、金融帳戶交易往來明細、扣案黑色筆記簿內頁記載每日生活開銷紀錄之翻拍照片、臺中市政府警察局數位證物蒐證報告、○○路房屋電梯監視



器影像畫面、通訊監察譯文，及卷內其他證據資料可稽。且據甲○○、戊○○、乙○○、丁○○等人供述可知，該「金箔」詐欺機房內之所有成員於加入後，均有配置各自之「代號」及「綽號」，徵諸自戊○○所持用之扣案編號A2-2工作機內列印出之業績表，係記載106年12月21日當日在「金箔」電信機房詐騙大陸地區被害人之業績紀錄，顯見該機房成員確實有各自之代號及綽號，以利計算業績報酬。又依戊○○、乙○○於偵查中一致證稱丙○○即係代號「P05」、綽號「莎莎」之人，丙○○與在場被查獲其餘4人都是擔任第一線機手，及倘非在該詐騙機房工作之人，即無法進入該○○路房屋內居住等情，參以丙○○隨同甲○○入住○○路房屋長達二個半月之期間，均與其餘4人共同享用該機房所提供之免費食宿，並審酌丙○○持用手機之通訊監察譯文，可知其有替屋內所有成員訂購餐點，復有匯款支付戊○○因詐騙而抽成之金額等情，因而認定丙○○成立共同正犯所為論斷，並非僅以戊○○、乙○○之證詞為論罪唯一依據。所為論列說明，與卷證資料悉無不合，並不違背經驗法則與論理法則。丙○○上訴意旨，仍執陳詞，指摘原判決有任意推定犯罪事實、違背證據法則、判決理由不備之違誤，並非適法之第三審上訴理由。

肆、刑事訴訟法第163條已揭櫫調查證據係由當事人主導為原則，法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明瞭仍有待釐清時，始得斟酌具體個案之情形，予以裁量是否補充介入調查。戊○○、乙○○並未爭執其等於檢察官偵訊中之陳述非出於任意性，或偵訊筆錄有何記載不實之處，且丙○○及其辯護人於原審亦未聲請勘驗戊○○、乙○○於檢察官偵訊時之錄音（影）光碟，則原審綜合全案證據資料，依其所採取之證據及得心證理由之說明，已足以認定丙○○之犯行明確，而未再為其他無益之調查，亦無丙○○上訴意旨所指調查未盡之違法情形可言。

伍、刑罰責任之評價與法益之維護息息相關，對同一法益侵害為雙重評價，為過度評價；對法益之侵害未予評價，則評價不足，均為所禁。刑罰要求適度之評價，俾對法益之侵害為正當之維護。加重詐欺罪係侵害個人財產法益之犯罪，其罪數計算，以被害人數、被害次數之多寡，決定其犯罪之罪數；

核與參與犯罪組織罪之侵害社會法益，因應以行為人所侵害之社會全體利益為準據，認定係成立一個犯罪行為，有所不同。按：

#### 一、參與犯罪組織係繼續犯，非狀態犯

(一)行為人著手於犯罪之實行，發生構成要件之結果後，倘行為人仍以其意志控制犯罪行為之繼續進行，直至行為終止，犯罪始行終結者，謂之繼續犯，此與構成要件結果發生，犯罪即為既遂且亦同時終結，僅法益侵害狀態仍然持續之狀態犯有別。

(二)司法院釋字第556號解釋闡明：組織犯罪防制條例所稱之參與犯罪組織，指加入犯罪組織成為組織之成員，而不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立，至其行為是否仍在繼續中，則以其有無持續參加組織活動或保持聯絡為斷。若組織成員在參與行為未發覺前自首，或長期未與組織保持聯絡亦未參加活動等事實，足以證明其確已脫離犯罪組織者，即不能認其尚在繼續參與。依上開解釋，舉凡參與犯罪組織者，其一經參加，犯罪固屬成立，惟在未經自首或有其他事實證明其確已脫離該犯罪組織以前，其違法行為仍繼續進行，非僅係結果狀態之存在，在性質上屬行為繼續之繼續犯，而非狀態犯。

#### 二、參與詐欺犯罪組織期間，進而實行多次加重詐欺犯罪之論罪關係

(一)行為人著手於繼續犯性質之犯罪，並持續至行為終了前之繼續情況中，另有實行其他犯罪構成要件者，他行為與繼續行為有部分重合或全部重合之情形時，得否認為一行為，應就客觀之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、行為間之關聯性等要素，依社會觀念，視個案情節加以判斷。倘行為人係於繼續行為著手之後，始犯他罪，該後續所犯之他罪，與實現或維持繼續犯行為目的無關，且彼此間不具有必要之關聯性時，應認係行為人另一個前後不同之意思活動，而依數罪併罰處斷；如其他犯罪之實行，在於確保或維護繼續犯之狀態，其二行為間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符，而適用想像競合犯之規定，以避免對於同一不法要素予以過度評價。

(二)犯罪組織係一抽象組合，其本身不可能有任何行為或動作，犯罪宗旨之實行或從事犯罪活動皆係由於成員之參與，但犯罪組織存在，法律所保護之法益，即有受侵害之危險，自有預先排除及防制犯罪活動之必要，是以參與犯罪組織者，其一經參加，犯罪即屬成立，不以有進一步參與不法活動為必要，此觀組織犯罪防制條例第3條第1項規定自明。因是，參與犯罪組織，類型上屬於繼續犯，本質上屬於抽象危險犯，立法者並以前置性之刑事制裁方式為之規範，為具預備犯性質之犯罪，則行為人參與犯罪組織之先行為，與其同時或嗣後著手實行其目的犯罪之行為，二者即具階段性之必要關聯。

(三)組織犯罪防制條例於106年4月19日修正公布，擴大犯罪組織之定義，將具有持續性及牟利性之詐欺集團亦納為犯罪組織之犯罪類型，從而，行為人參與以詐術為目的之犯罪組織，即尚有待其他加重詐欺犯罪，以確保或維護此一繼續犯之狀態。基此，行為人參與詐欺犯罪組織之先行為，與其嗣後著手實行加重詐欺行為間，雖在時間及場所未能完全重合，在自然意義上非完全一致，然二者具有階段性之緊密關聯性，並有部分合致，復為確保及維護犯罪組織之宗旨或目的所必要，自得評價為單一行為，而有想像競合犯之適用，如予數罪併罰，反有過度評價之疑，實與人民法律感情不相契合。

(四)惟倘行為人於參與詐欺犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人之財物，因該一貫穿全部犯罪歷程之參與犯罪組織的不法內涵，較之陸續實行之加重詐欺犯行為輕，自不能「以小包大、全部同一」，應僅就參與犯罪組織及首次加重詐欺二罪，依想像競合犯從一重之加重詐欺罪處斷。而此一參與犯罪組織之繼續行為，已為首次加重詐欺行為所包攝，自不得另割裂與其他加重詐欺行為，各再論以想像競合犯，以免重複評價。是以，第二次（含）以後之加重詐欺犯行，應單純依數罪併罰之例處理，當無從將一參與犯罪組織行為割裂再另論一參與犯罪組織罪，而與第二次（含）以後所犯加重詐欺罪從一重論處之餘地。

三、本件原判決認定甲○○等5人參與犯罪組織之詐欺集團，先後陸續實行如附表一編號1至7所示之加重詐欺等情。揆諸前揭說明，參與犯罪組織行為乃其繼續行為，既已經與首次實

行加重詐欺部分依想像競合犯從一重之加重詐欺罪處斷（即前述撤銷發回附表一編號1 部分），基於前述刑罰禁止雙重評價原則，甲○○等5 人就第二次（含）以後之加重詐欺犯行（即附表一編號2至7所示犯行），應僅分別論以加重詐欺既、未遂罪即已足，依數罪併罰之例處理。原判決就此部分未另論以參與犯罪組織罪，亦未科以刑前強制工作之保安處分並無違誤，要無檢察官上訴意旨指摘違背法令之情形可言。

陸、其他上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，就原判決已說明事項，徒憑己意而為相異評價，重為爭執，或對於事實審法院取舍證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件此部分之上訴違背法律上之程式，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 108 年 3 月 20 日  
最高法院刑事第七庭  
審判長法官 吳 燦  
法官 李 英 勇  
法官 朱 瑞 娟  
法官 蘇 振 堂  
法官 何 信 慶

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 108 年 3 月 22 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 337 號刑事裁定

裁判日期：民國 108 年 04 月 17 日

裁判案由：

一、台 潘虹錡等加重詐欺檢察官等上訴案件，本院中華民國108年3月20日108年度台上字第337號刑事判決原本及正本，裁定更正案。

最高法院刑事裁定

108年度台上字第337號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官郭景東

上訴人

即被告 潘虹錡

選任辯護人 蔡其展律師

江政峰律師

被告 王駿紳

何禮威

上二人共同

選任辯護人 蔡志忠律師

被告 羅廣鉉

蕭羽軒

上二人共同

選任辯護人 涂國慶律師

上列上訴人等因被告等加重詐欺案件，本院中華民國108年3月20日108年度台上字第337號刑事判決原本及正本，應裁定更正如下：

#### 主 文

本件判決理由欄甲、貳、二、(一)之3.第一、二列所載「參與情節輕節輕微者」，應更正為「參與情節輕微者」。

#### 理 由

按判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，法院得以裁定更正之，民事訴訟法第232條第1項定有明文。上開規定，依司法院釋字第43號解釋，於刑事判決，如不影響於全案情節與判決之本旨者準用之。經查本院前揭刑事判決原本及其正本理由欄甲、貳、二、(一)之3.部分，因有前述顯然之誤寫，而不影響全案情節及判決本旨，應予更正，爰裁定如主文。

中 華 民 國 108 年 4 月 17 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 朱 瑞 娟

法官 蘇 振 堂

法官 何 信 慶

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 4 月 19 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 416 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 03 月 21 日

裁判案由：加重詐欺等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第416號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官翁珮嫻

上訴人

即被告 葉子聖

上列上訴人等因被告加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年12月4日第二審判決（107年度上訴字第1311號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107年度偵字第4265號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人即被告葉子聖（以下稱被告）有其事實欄所載加入詐欺集團犯罪組織，擔任提領詐騙所得款項「車手」之工作，被告並參與如原判決附表編號1至10所示三人以上共同詐欺取財（以下稱加重詐欺）之犯行共10次，因而撤銷第一審科刑之判決，就被告所犯參與犯罪組織及如原判決附表編號1所載加重詐欺部分，依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺罪，另就被告所犯如原判決附表編號2至10所示部分，論以犯三人以上共同詐欺取財罪共9罪，分別量處如原判決附表編號1至10「主文」欄所示之刑，及宣告相關之沒收或追徵，暨就被告所犯上開共10罪所處之有期徒刑，合併定其應執行之刑為有期徒刑3年6月，已詳敘其所憑證據及認定之理由（被告於原審審理中自白前揭加重詐欺部分之犯行）；對於被告辯稱未參與詐欺集團犯罪組織等語，何以不足以採信，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。

檢察官上訴意旨略以：(一)、行為人參與犯罪組織後並非當然會另犯加重詐欺罪，故犯加重詐欺罪並非犯參與犯罪組織罪之當然結果，能否逕謂「兩罪之犯罪目的單一，依一般社會通念應評價為一罪始符合刑罰公平原則，應屬想像競合犯」？非無研求餘地。而本件被告參與犯罪組織及其所為各該次加重詐欺犯行，其犯意各別，犯罪時間、行為態樣及所保護之法益亦不相同，是被告所犯上開數罪均應予分論併罰。乃原判決竟僅認被告所犯之參與犯罪組織與其首次所犯如原判決附表編號1 所示之加重詐欺罪，應依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺罪，殊有可議。又原判決既認被告參與犯罪組織之犯行係屬繼續犯，且在繼續犯參與犯罪組織之行為中再犯如原判決附表編號1 至10所示加重詐欺共10罪，如果無訛，則其所犯上開加重詐欺10罪，每罪均應與被告所犯之前揭參與犯罪組織罪，依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺共10罪，始為適法。乃原判決竟認被告所犯之參與犯罪組織罪僅與其參與犯罪組織後首次所犯如其附表編號1 所示之加重詐欺罪，具有想像競合犯裁判上一罪之關係，其餘9 次所犯加重詐欺罪則與其所犯參與犯罪組織罪無想像競合犯關係，亦有未洽。(二)、參照最高法院相關判決意旨，本件被告所犯參與犯罪組織罪及如原判決附表編號1 之加重詐欺罪，於依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺罪後，是否不得割裂適用其中輕罪即組織犯罪防制條例第3 條第3 項應諭知刑前強制工作之規定，尚非全無疑義。且本件被告若於參與犯罪組織後並未為加重詐欺之犯行，仍應依組織犯罪防制條例之上開規定宣告刑前強制工作，但本件被告於參與犯罪組織後並進而為加重詐欺之犯行，原判決於依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺罪後，認不得割裂法律適用而依輕罪即組織犯罪防制條例之前揭規定諭知刑前強制工作，此項見解無異鼓勵犯罪人於加入犯罪組織後，應及早實施犯罪，始可不依前揭輕罪之規定諭知強制工作，否則如於加入犯罪組織後未實行任何犯罪行為，則僅應依前揭輕罪之規定處斷並諭知強制工作，容有鼓勵犯罪之嫌，且亦造成罪刑不相當之不公平結果，足見原判決認被告本件所犯不得依想像競合犯之輕罪即組織犯罪防制條例第3 條第3 項之規定宣告刑前強制工作，確屬不當，恐有判決違背法令之虞云云。



被告上訴意旨略以：(一)、原判決就伊本件所犯各罪所處之有期徒刑，合併定其應執行刑為有期徒刑3年6月實屬過重。(二)、檢察官移送原審併辦伊另犯之加重詐欺部分，與本案所犯加重詐欺部分，在時空上均具有密切之關係，應依接續犯關係論以包括之一罪，是原審就該移送併辦部分應合併本案審理，不得將之退回檢察官另行處理。乃原判決竟認檢察官移送原審併辦部分，其中除如原判決附表編號1 所示被害人陳宜萍部分外，其餘犯嫌均與本件起訴部分並無任何質實上或裁判上一罪之關係，無從併予審究，而應退由檢察官另行依法處理，殊有可議云云。

惟查：(一)、罪責之評價與法益之維護息息相關，對同一法益侵害為雙重評價，為過度評價；對法益之侵害未予評價，則屬評價不足，均為法所禁，故刑罰要求適度之評價，俾對法益之侵害為正當之維護。而加重詐欺罪係侵害個人財產法益之犯罪，以被害人數及被害次數之多寡，決定其犯罪之罪數；核與參與犯罪組織罪之侵害社會法益，因應以行為人所侵害之社會全體利益為準據，認定係成立一個犯罪行為，有所不同。是以倘若行為人於參與犯罪組織行為繼續中，先後加重詐欺數人財物，因行為人僅為一參與犯罪組織行為而侵害一社會法益，應僅就首次犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯（應從一重處斷），而其後之犯行，乃為其參與犯罪組織之繼續行為，為避免重複評價，當無從將一參與犯罪組織行為割裂再另論一參與犯罪組織罪，而與其後所犯加重詐欺罪從一重論處之餘地。原判決依據上述意旨，已說明被告參與之詐騙集團犯罪組織係一個以詐術為手段，具有持續性及牟利性之有結構性組織，而構成組織犯罪防制條例第3 條第1 項後段之參與犯罪組織罪，而其所犯上開之罪與其參與犯罪組織後首次所犯加重詐欺取財犯行（即原判決附表編號1 所示部分）之間具有局部同一性，而有想像競合犯關係，應從一重論以三人以上共同詐欺取財罪。又被告所為如原判決附表編號1 至10所示各次三人以上加重詐欺取財犯行均係侵害個人財產法益之犯罪，依一般社會健全觀念，其各次犯罪行為時間可以區隔，且所侵害之法益不同，而各具獨立性，因認其等所為之各次犯行，其犯意各別，行為互殊，應予分論併罰等情綦詳（見原判決第11 頁第1 行至第14 頁第3 行），核其上開論斷，於法尚無不合。檢察官上訴意旨徒憑己見，謂原判決對於被告參與犯罪組織及所為如原判決附表編號1 至10所示加重詐欺共10次之犯行，未全部依

想像競合犯關係從一重論以加重詐欺10罪為不當云云，依上述說明，要屬誤解，自非合法之第三審上訴理由。(二)、原判決對於被告所犯如其附表編號1所示，即被告想像競合犯參與犯罪組織及加重詐欺取財罪，而從一重論以加重詐欺取財罪部分，何以不依想像競合犯之輕罪即組織犯罪防制條例第3條第3項之規定宣告刑前強制工作，已說明犯組織犯罪防制條例第3條第1項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，其期間為3年，同法第3條第3項定有明文，此項強制工作為義務性規定，法院對此並無裁量之權。又刑法第55條之想像競合犯，於民國94年2月2日修正公布、95年7月1日施行，上開修法時增設但書規定「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失，此種輕罪最低度法定刑於量刑上所具有之封鎖作用（重罪科刑之封鎖效果），是否擴及包含輕罪之從刑、沒收、附屬效果及保安處分在內，攸關本案依想像競合犯論以加重詐欺之重罪後，是否須依輕罪之組織犯罪防制條例第3條第3項規定宣付刑前強制工作。經查刑法第55條但書係規範想像競合數罪中之輕罪最低度法定刑於「量刑」上具有封鎖作用，立法理由亦說明其目的在於避免「科刑」偏失，可見立法者增訂本條但書之預想射程僅限於重罪「科刑」之封鎖效果。而保安處分並非刑罰，無涉「科刑」偏失，在法無明文下，該封鎖作用倘無條件擴及包含輕罪中關於拘束人身自由保安處分（例如：強制工作）在內，而對被告作不利之擴張法律適用，非無違背罪刑法定原則（主義）之疑慮。況法院就同一罪刑所適用之法律，無論係對罪或刑（包括主刑或刑之加重、減輕與免除等項）或保安處分，除法律別有規定外，均應本統一性或整體性之原則，予以適用。而組織犯罪防制條例所規定之強制工作，係刑法有關保安處分規定之特別法，其適用範圍以所宣告之罪名為該條例第3條第1項之罪名為限。而本案所宣告之罪名係刑法之加重詐欺取財罪，縱與之具有想像競合犯關係之參與犯罪組織行為，係屬組織犯罪防制條例第3條第1項之罪，亦無適用該條例第3條第3項規定宣付刑前強制工作之餘地等情綦詳（見原判決第16頁倒數第12行至第17頁第17行），核其論斷，在法理上尚非無據，縱學者或實務上因觀察及側重之角度不同，對於上述問題尚有不一致之看法，然原判決上開論斷既屬有據，尚難遽指為違法。檢察官上訴意旨徒憑己見，謂原判決就被告所犯上開之罪，未併宣告付強制工作為不當云云，依上述說明

，尚非確論，難謂係適法之第三審上訴理由。(三)、裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；又數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第51條之規定，定其應執行之刑；另數罪併罰，宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，但不得逾30年，刑法第50條第1項前段、第51條第5款、第53條分別定有明文。原判決就被告所犯如其附表編號1至10所示之共10罪，於各刑中之最長期以上（即有期徒刑1年5月以上），各刑合併之刑期以下（即有期徒刑11年3月以下），合併定其應執行刑為有期徒刑3年6月，經核既未逾越刑法第51條第5款及刑事訴訟法第370條（禁止不利益變更原則）所定之法律外部性界限，亦無明顯濫用裁量權而有違反法律內部性界限之情形，自不得任意指為違法或不當。被告上訴意旨，徒憑己意，漫謂原判決對其所定之應執行刑過重云云，依上述說明，仍非適法之第三審上訴理由。(四)、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，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決認定被告有其事實欄所載加重詐欺10次之犯行，已說明其所憑之證據及理由綦詳。對於檢察官移送併辦部分，亦已說明除如原判決附表編號1所示被害人陳宜萍被詐騙財物部分為本件起訴效力所及，應於本案合併審理外，至檢察官其餘移送併辦部分，因與本案之被害人不同，犯罪時間亦有明顯差異，難認有何實質上或裁判上一罪之關係，並非本件起訴效力所及，無從併予審究，應退由檢察官另行依法處理等情綦詳（見原判決第20頁第3至20行）；核其論斷於法尚屬無違。被告上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，徒憑己見，漫謂檢察官移送併辦其另犯之加重詐欺部分，俱與本案有接續犯之包括一罪關係，原審未併予審究，而將之退回檢察官另行處理為不當云云，依上述說明，亦屬誤解，同非合法之第三審上訴理由。綜上，本件檢察官及被告上訴意旨並非依據卷內資料具體指摘原判決究有如何違背法令之情形，徒就原判決已明確論斷說明之事項，以及原審採證認事職權之適法行使，暨量刑裁量權之適法行使，徒憑己見，漫為爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首開說明，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 3 月 21 日

最高法院刑事第五庭

審判長	法官	郭	毓	洲
	法官	李	錦	樑
	法官	林	靜	芬
	法官	林	海	祥
	法官	張	祺	祥

本件正本證明與原本無異

						書	記	官		
中	華	民	國	108	年	3	月	26	日	

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 562 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 03 月 21 日

裁判案由：加重詐欺

最高法院刑事判決

108年度台上字第562號

上訴人 孫平晴

吳紫涵

共 同

選任辯護人 蘇文斌律師

鄭方穎律師

上訴人 梁宏俊

林詠倫

廖明祥

王世宏

上列上訴人等因加重詐欺罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年11月20日第二審判決（107年度上訴字第1025、1026、1027號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署106年度偵字第7741、7742、10792、12077號；追加起訴案號：同署106年度偵字第13908、13521號、107年度偵字第998號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、關於上訴人孫平晴、梁宏俊、林詠倫、廖明祥、吳紫涵部分：

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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定孫平晴、梁宏俊、林詠倫、廖明祥、吳紫涵有其事實欄所載之加重詐欺犯行，因而維持第一審關於(一)、論孫平晴依刑法上想像競合規定從一重犯（以下各上訴人均同）如原判決附表（下稱附表）一編號8、9、附表二編號2、4、7至9

、11至13加重詐欺10罪（詳細罪名、刑期、相關沒收均如各附表「主文」欄所示，以下各上訴人均同），並定應執行有期徒刑3年；(二)、論梁宏俊犯如附表二編號1、3、14加重詐欺3罪，並定應執行有期徒刑2年；(三)、論林詠倫犯如附表一編號1至6、9至11、13加重詐欺10罪，並定應執行有期徒刑2年9月；(四)、論廖明祥犯如附表二編號1、4、6至8、10至13加重詐欺9罪，並定應執行有期徒刑2年6月；(五)、論吳紫涵犯如附表二附編號1至10、13至15加重詐欺13罪，並定應執行有期徒刑3年3月之部分判決。駁回其等及檢察官在第二審之上訴。係以：孫平晴、梁宏俊、林詠倫、廖明祥、吳紫涵之自白，如前述附表一、二各編號「證據出處」所示之各證人即被害人暨各同案被告之證詞，卷附之扣案物品、員工績效表及上開「證據出處」欄所示之LINE對話紀錄、偽造勞工保險投保資料及所得明細、通訊監察譯文、通聯紀錄等證據資料，為綜合之判斷。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。(一)、孫平晴上訴意旨略以：原審未審酌孫平晴於審理期間主動聯繫各被害人，並給予補償、生活費等舉動，且與林詠倫、廖明祥等人相較，其情節較輕，乃原審竟仍維持第一審關於其部分較林詠倫等人為重之刑期及應執行刑，復未說明其判決理由，自有判決理由不備及量刑失當之違誤等語。(二)、梁宏俊上訴理由略以：原審維持第一審量處梁宏俊應執行有期徒刑2年之刑期，惟未考量其與各被害人均已達成和解，並已賠償全部損害金額，暨其母罹患重症，須靠其支付醫藥費等情，竟未諭知緩刑，自有判決不適用法規之違法等語。(三)、林詠倫上訴意旨略以：①、原審雖維持第一審量處林詠倫部分之刑期及定應執行刑，惟與同案被告薛冠弦相較，其並無犯罪前科紀錄、且賠償被害人之金額亦較薛冠弦為多，竟獲致較薛冠弦為重之刑期，自有違平等、比例原則。②、依原判決認定之事實，林詠倫所犯前揭加重詐欺10罪，以每次犯罪所得平均新臺幣（下同）2,000元計算，總共僅獲利2萬元，惟林詠倫與除附表一編號6、10以外之被害人均調解成立，所返還之金額共計11萬5,500元（見附表五），已高於其犯罪所得5倍以上，是林詠倫已無保有任何犯罪所得，乃原審竟就附表一編號6、10仍宣告沒收此部分之犯罪所得各1,000元、3,000元，亦有判決適用法規不當之違誤。(四)、廖明祥上訴

意旨略以：①、廖明祥所犯前述加重詐欺犯行，雖為數個詐欺行為，惟其性質仍屬法律上一罪，原審予以分論併罰，自有判決適用法規不當之違法。②、縱認廖明祥所犯上開犯行，非屬法律上一罪，惟刑法第339條之4第1項第3款所定之加重詐欺罪，係針對網路等傳播工具，同時或長期對社會不特定多數之公眾發送訊息施以詐術，立法者已就此種不特定、多數性之犯罪類型加以評價，原判決竟以其於本案中之犯罪次數甚多，逕作為量刑之評價，且不給予緩刑宣告，除量刑過重，不符比例原則外，亦有違禁止重複評價原則等語。(五)、吳紫涵上訴意旨略以：①、吳紫涵因與被害人等達成和（調）解，並於原審時陸續支付被害人款項，原審未斟酌此等支付之新證據，仍維持第一審之刑期及定應執行刑，自有判決未審酌證據之違法。②、原審認定吳紫涵與張博純成立共同正犯所引用同案被告孫平晴之證詞，乃孫平晴聽聞張博純所言，屬傳聞證據，本不具證據能力，乃原審竟資為裁判之基礎，自有違證據法則等語。惟查：(一)、修正後刑法利得沒收除具有排除犯罪誘因以預防犯罪之目的外，同時得以導正受損之合法財產恢復秩序，並兼顧被害人受損權益。依刑法第38條之3第1項規定，犯罪所得之所有權或其他權利，於沒收裁判確定時移轉為國家所有。從而，當國家剝奪行為人的犯罪利得時，必然衝擊被害人向行為人透過民法上損害賠償請求權彌補其所受損害之利益。故刑法參考其他國家立法例，設計發還被害人條款，特於本法第38條之1第5項規定：「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」立法理由則謂：「為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，參考德國刑法第73條第1項，增訂第5項，限於個案已實際合法發還時，始毋庸沒收，至是否有潛在被害人則非所問。若判決確定後有被害人主張發還時，則可依刑事訴訟法相關規定請求之。」亦即被害人民法上求償權優先於國庫利得沒收權，已揭櫫刑法上利得沒收係採「被害人優先原則」。此優先發還被害人制度具有雙重目的，一為國家不應與民爭利，既然利得來自被害人，發還被害人合乎情理。二為行為人不必為其行為造成之財產變動承擔兩次支付義務，即可避免行為人陷入可能一方面須面臨被害人求償，另一方面恐遭法院沒收犯罪利得之雙重剝奪困境。故一旦犯罪利得發還被害人，若其求償權已獲得全額滿足，行為人即不再坐享犯罪利得，業已產生特別預防之效果，且合法財產秩序亦已回復，則利得沒收之目的已臻達成，法

院自無再予宣告沒收行為人犯罪利得之必要，因此發還條款實具有「利得沒收封鎖」效果。在此原則下，於數行為人共同犯罪時，因民法第185條第1項前段規定：數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。且同法第273 條第1 項、第274 條復明定：連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。因連帶債務人中之一人為清償、代物清償、提存、抵銷或混同而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。是倘被害人僅為一人，而於犯罪行為人中之一人或數人對被害人為全部給付時，因犯罪利得已全然回歸被害人，其民法上之求償權已獲得滿足，此時即生「利得沒收封鎖」效果，法院即不應再對任何犯罪行為人宣告利得沒收。相對地，在被害人為多數時，除非彼此間屬連帶債權，否則被害人民法上之求償權係個別獨立，行為人因負連帶債務而僅對其中部分被害人為給付時，縱給付金額已超過其實際犯罪全部利得，惟就尚未獲得賠償之被害人而言，因其民法上之求償權既未獲得彌補，此時即不發生「利得沒收封鎖」效果，法院仍應對行為人該部分實際利得諭知沒收。此由前述刑法第38條之1 第5 項立法理由載有：「限於『個案』已實際合法發還時，始毋庸沒收」等語亦可印證。至法院得否適用刑法第38條之2 第2 項過苛條款豁免對行為人利得沒收，或行為人就給付超過其實際犯罪利得部分，能否依民法第281 條規定向其他共同犯罪人主張權利，則屬另一範疇。本件林詠倫所犯前揭加重詐欺10罪，均為數人（3 人以上）共同犯罪，縱其獲利僅2 萬元，而依附表五之「本案調解、和解、賠償情形一覽表」所載，其分別與附表一編號1 至5 、9 、11及13之被害人達成調解，賠償總計11萬5,500 元，已高於其實際犯罪所得，惟因林詠倫或其他共犯，就附表一編號6 、10之被害人並未成立和（調）解或清償，故此部分犯罪利得並未合法發還被害人，則被害人損害既未獲得彌補，原審因而維持第一審沒收林詠倫此部分犯罪利得1,000 元及3,000 元，應無違誤。林詠倫上訴意旨②指摘原判決有判決適用法規不當之違法，自非合法上訴第三審之理由。（二）、刑罰之量定，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷，倘以被告之責任為基礎，說明審酌刑法第57條所列事項而為刑之量定，若未逾越法定刑度，亦未濫用其權限，即無違法。本件原判決審酌孫平晴、梁宏俊分別應



徵擔任貸款客服人員，吳紫涵職司偽造公文書，而分別加入王世宏或張博淳之詐欺集團，雖其等之行為屬直接施行詐術者，然考量其等係受王世宏或張博淳指示行事，尚非屬本案主要掌控者，所得亦屬有限，其等參與犯罪情節應較王世宏、張博淳為輕微；另林詠倫、廖明祥等人則僅擔任收送資料或取款車手，於詐欺集團中屬外圍而非核心之角色，且隨時可取代，惡性又更輕。念其等犯後均尚知坦認全部犯行之態度，復有如附表五所示之調解或和解情形，堪認如附表五所示之告訴人或被害人之損失已稍獲彌補，其等具有悔意而填補損害之犯後態度。而就附表一編號6、10所示被害人所受損失部分，因被害人未能到庭調解迄至原審審理終結前未達成和解。另酌以孫平晴、梁宏俊、林詠倫、廖明祥、吳紫涵等人犯罪之動機、手段、目的、所得利益，兼衡其等之智識程度、家庭經濟狀況、前科素行等一切情狀，分別維持第一審量處如附表一、二各該編號之主文欄所示之刑。又斟酌上開和解之情事，及參酌其等各該犯罪時間尚屬接近，犯罪手法亦屬類同，而各該犯罪所得主要由王世宏或張博淳獲得，其餘上訴人等所獲報酬有限，就孫平晴、梁宏俊、林詠倫、廖明祥、吳紫涵等人所犯各罪，依其犯罪次數、在集團內之角色分工等情，考量因生命有限，刑罰對其等造成之痛苦程度，係隨刑度增加而生加乘效果，而非以等比方式增加，是以隨罪數增加遞減其刑罰之方式，當足以評價其等行為之不法性之法理（即多數犯罪責任遞減原則），分別維持第一審所定如前之應執行刑。既非僅就賠償金額多寡或有無犯罪前科等單一情狀作為量刑審酌之基礎，且未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，縱未對於符合緩刑要件者為緩刑之宣告，亦均屬原審量刑職權之合法行使。孫平晴、梁宏俊、林詠倫、廖明祥、吳紫涵上訴意旨以此指摘原判決量刑失當，均非上訴第三審之適法理由。(三)、刑法第339 條之4 第1項第3款規定犯刑法第339 條詐欺罪而有以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他媒體等傳播工具，對公眾散布而犯之者，處1 年以上7 年以下有期徒刑，得併科100 萬元以下罰金。依其立法理由係考量現今以電信、網路等傳播方式，同時或長期對社會不特定多數之公眾發送訊息施以詐術，往往造成廣大的民眾受騙，此一不特定、多數性詐欺之行為類型，其侵害社會程度及影響層面均較普通詐欺行為嚴重，有加重處罰之必要，乃訂定該款加重處罰事由。是關於本罪罪數之計算，在立法上並無將之設定為如集合犯

、接續犯或想像競合犯之實質或裁判上一罪關係。廖明祥上訴意旨①認本罪性質上屬法律上一罪，原審予以分論併罰，有判決適用法規不當之違法云云，同非上訴第三審之合法理由。(四)、本件原審認定吳紫涵與張博純成立共同正犯，主要係依據其於第一審之自白與同案被告張博純於第一審時之證詞相符（見原判決第15頁倒數第4行至第16頁第23行），縱有同時引用證人孫平晴於原審時證述：「（妳於106年5月8日警詢所言：張博淳曾經跟妳說過吳紫涵有偽造的勞保及薪資資料，再賣給張博淳由他去詐騙所用，是否屬實？）對」、「（妳在107年3月30日具結證述：張博淳有告訴妳吳紫涵有在配合做假資料，妳也看過假資料，是否如此？）對」等確屬傳聞證據之證詞資為成立犯罪之佐證，惟除去此部分證言，依據前開證據資料，仍應為相同認定，吳紫涵上訴意旨②亦非合法上訴第三審之理由。(五)、至於廖明祥其他上訴意旨所指其於收受起訴書後始知交付被害人之資料為偽造云云，係就原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見，就相同證據資料而為不同之評價，且重為事實之爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其等上訴均不合法律上之程式，應予駁回。

二、關於上訴人王世宏部分：

查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後10日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段規定甚明。本件王世宏因加重詐欺案件，不服原審判決，於民國107年12月5日提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其上訴自非合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 3 月 21 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官	王	居	財
法官	蘇	振	堂
法官	鄭	水	銓
法官	楊	真	明
法官	謝	靜	恒

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 3 月 25 日  
書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 650 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 03 月 14 日

裁判案由：妨害性自主

最高法院刑事判決

108年度台上字第650號

上訴人 SALEEM UDDIN SIDDIQUI (中文姓名林阿里)

選任辯護人 薛煒育律師

輔佐人 (上訴人之配偶)

林俞彤

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院中華民國107年5月10日第二審判決（105 年度侵上訴字第127號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署103 年度偵字第10538、10824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。本件原判決認定上訴人甲○○○○○ 有其事實欄所載對 A 女（姓名年籍詳卷）為強制性交犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判論上訴人以強制性交罪，處有期徒刑3年8月，及為相關之沒收。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，刑事訴訟法第99條前段定有明文。所謂語言不通者得用通譯，就外國人而言，係為避免其涉訟成為被告，因未諳審判國當地之語言，所造成之語言隔閡，而剝奪其基於國民待遇原則所取得憲法上訴訟權之保障，故賦予詢（訊）問被告之司法人員，得視被告之國籍、教育程度、慣用語言或文字、在審判國居留時間、所處環境等一切客觀條件，確認被告對審判國所使用語言之

瞭解程度後，裁量決定是否為其選任通譯。而通譯係譯述言詞文字互通雙方意思之人，其功用係傳譯兩方語言或文字使彼此通曉，則所選任之通譯，當無須以被告國籍所使用之母語或文字為限，應認僅須以被告所能明瞭之語言或文字翻譯轉述雙方之意思，即已完足我國司法機關對外國人涉訟語文方面之照護義務，此不僅可免於我國司法機關陷入難尋被告母語文通譯之困境，亦與我國憲法保障其訴訟權之意旨無違。查上訴人於民國103 年10月16日偵訊時固未選任其母語文通譯，惟上訴人自承具中文聽、說能力（見第一審卷一第138頁反面），並觀諸其與A女間之LINE 對話紀錄翻拍照片所示（見偵卷第41至46頁），其亦具英文日常對話能力，且細繹偵訊筆錄內容及辯護人於本院所呈附件一該份筆錄之譯文，上訴人均能針對問題回答，對犯案細節描述明確，顯非不知檢察官訊問之問題為何，就部分情節尚有對自身有利之辯解，顯然訊問者、受訊問者透過在場之英文通譯轉譯之溝通無礙。況當日偵訊時，其辯護人殷節、鄭懷君兩位律師均在場，其與辯護人皆未曾表示不理解檢察官訊問之內容，亦均於閱覽筆錄後簽名，上訴人及其辯護人甚且於第一審法院同意該訊問筆錄有證據能力（見第一審卷一第41頁反面），依此客觀情狀，該偵訊筆錄內容之真實性，已然明確，縱未特別選任上訴人之母語文通譯，尚不影響其供述之真意，自毋庸再勘驗該偵訊錄影光碟或傳喚當時在場之人為無益調查之必要。原判決援引該份筆錄為本案證據，尚無違誤。上訴意旨以原審未命檢察官提出該次錄影光碟，抑或傳喚在場之辯護人、通譯以查明上訴人究有無自白云云，指摘原判決有調查未盡、理由不備之違法，洵非上訴第三審之適法理由。

三、證據之取捨及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗或論理法則，即難任憑己意，指摘為違法，而據為第三審上訴之適法理由。而所謂補強證據，其所補強者，不以事實之全部為必要，祇須因補強證據與其他證據相互印證結果，依社會通念，足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。原判決依憑上訴人於偵訊所為手指曾伸進A女陰道之自白，佐以證人A女就主要事實及基本情節悉相符合之指訴；證人即A女友人徐○婷、社工陳靜惠均證述A女於案發後呈現之情緒反應（並非聽

聞A女被害經過之累積證據），實與一般受性侵害者於陳述身體遭侵犯過程時情緒上抗拒、低落等反應相當，再酌以A女係經徐○婷勸說後，始報案提告，足見A女並無攀誣上訴人羅織入罪之動機，及卷附臺北市立聯合醫院忠孝院區（下稱忠孝醫院）出具之受理疑似性侵害事件驗傷診斷書，堪認上訴人確有親吻A女臉部，核與上訴人此部分自白相符，並參酌A女僅係偶然至上訴人所營商店購物，殊無率爾同意與素不相識且毫無感情基礎之上訴人發生身體親密關係之可能等證據資料，綜合判斷，本於事實審推理之作用，認定上訴人確有原判決事實欄一所載之本案犯行。並就A女未為激烈之反抗、上訴人未致A女處女膜成傷、店內吊衣桿非A女主動移動、案發時鐵捲門均拉下、A女未離去、未向外呼救、A女將上訴人加入LINE，與上訴人互傳訊息等，如何均無足為上訴人有利之認定，及說明上訴人所辯其未違反A女意願云云，如何係屬卸責之詞，不足採取；A女之證述縱細節略有差異，然如何具高度可信度等旨，均已依據卷內資料於理由內詳為論述、指駁，所為論斷乃原審本諸職權之行使，對調查所得之證據而為價值上之判斷，據以認定上訴人犯罪事實，並未違背客觀上之經驗法則與論理法則，亦無採證違法、適用證據法則不當或判決理由不備之違誤。至於原判決就上訴人本件犯行，係以A女之證述及上揭證據資料，作為上訴人部分自白之補強證據，並以該補強證據與上訴人之部分自白相互利用，使犯罪事實獲得確信，要非僅憑A女之單一指訴或上訴人之部分自白，即為上訴人不利之認定，其採證認事即無違反無罪推定及證據原則之違誤可言。另上訴人於原審聲請函調A女與徐○婷間之LINE通訊紀錄，及聲請傳喚鑑定證人即忠孝醫院出具驗傷診斷書之歐名哲，欲證明A女案發後之反應及驗傷時之陳述，然此部分事實已臻明瞭，原審未就該部分為無益之調查，並無違背調查證據之必要性，縱未說明其毋庸調查之理由，既不影響於判決，自與得執為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。上訴意旨猶執此主張原判決有調查未盡、驗傷診斷書不足為補強證據、未審酌上訴人與A女的LINE訊息對話、徐○婷所述係聽聞A女陳述被害經過之累積證據、A女所述未盡一致無足採信云云，係憑持己見，再為事實上之爭辯，對原審採證認事職權之適法

行使，任意爭執，或就不影響判決之枝節事項，執為指摘，均非適法之上訴第三審理由。

四、依上說明，應認上訴人之上訴，係違背法律上之程式，應予駁回。

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 3 月 14 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 李 英 勇

法官 梁 宏 哲

法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 3 月 18 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 673 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 03 月 27 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

108年度台上字第673號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官鍾和憲

被告 周杭震

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國107年6月14日第二審判決（106 年度上訴字第36號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署104年度偵字第18557號，105年度偵字第603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、本件上訴人檢察官上訴意旨略稱：

(一)尚在證據上，依一般常人之認定，已堪認定行為人在主觀上可能有違法認識，則在私運輸入毒品或管制物品之案件，即可認定有不確定之犯罪故意，無須要求行為人必須確知所私運輸入之物品確屬何種毒品或管制之禁藥。

(二)被告周杭震對輸入禁藥罪部分坦承有不確定故意，雖否認有毒品認識。然被告知悉在通訊軟體認識不詳姓名之「ET」為大陸地區上海市人，其餘均無所悉，則未曾見過對方提出任何證明文件，如何擔保該不詳之人所寄送之物品非管制物品而不違法。

(三)「ET」所寄送物若係合法，何需以鋁箔包裝袋加以包裹，並偽以「Commodity商品」、「Toy accessories玩具飾品」名義寄送，並分寄3處以分攤風險？顯見有逃避查緝之嫌。

(四)被告於偵查、審理之歷次訊問均陳稱：知悉該物係類似搖頭



丸之藥物等語，即屬第二級毒品。既知悉搖頭丸，而該物「類似」搖頭丸，即具一定藥效，極可能為管制物品，故依其年約三十歲、自陳學歷為國中畢業、在工地工作及夜市擺攤，當無全然不知之理。則主觀上可預見收取之藥物，極可能係毒品。而被告仍提供收受地點，依一般經驗論理法則，應屬縱該物為毒品或管制物品，亦不違背本意之不確定故意。

(五)原判決排除被告對輸入毒品認識可能性，顯悖離常情。且既認有輸入管制禁藥之認識，顯然被告應有毒品違法認識之可能。則原判決於相同事實與證據下，僅以Ethylone係民國104年10月29日始經公告列為第三級毒品，即予以切割犯意，顯有違法。

三、惟查原判決撤銷第一審之科刑判決，改判論處被告共同犯輸入禁藥罪刑暨沒收，並就檢察官起訴其運輸第三級毒品、私運管制物品進口2罪部分不另為無罪諭知。已敘述認定犯罪事實所憑證據及認定理由，及不另為無罪諭知之理由。並對如何認定：Ethylone即「3,4-亞甲基雙氧-N-乙基卡西酮」，於104年10月29日經公告增列為毒品危害防制條例第2條第2項第3款之第三級毒品，自該日起亦屬管制進出口之物品；Ethylone之藥物公告列為第三級毒品，衡情一般民眾無從於短時間內即知悉；與搖頭丸具有類似藥效之藥物，不見得均屬公告之毒品；已依卷內資料予以說明。

四、次查：

(一)刑法第16條規定「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」所謂不知法律，係指對於刑罰法律有所不知而言。該條所規定之違法性錯誤，依94年2月2日修正時之立法理由，係採責任理論。即依其情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻其犯罪之成立，至非屬無法避免者，僅得按其情節減輕其刑之不同法律效果。是原判決理由記載被告不知「ET」所寄送之物品已公告為第三級毒品，而認其無運輸第三級毒品、私運管制物品進口之犯罪故意或不確定故意（見原判決第9至11頁），係認被告之行為不該當該2罪之主觀構成要件，尚有違誤，應先敘明。

(二)違法性認識（即學說所稱之不法意識）固不要求行為人確切認識處罰規定，僅知其行為乃法所不許即可。然於犯罪競合

時，不法意識即具可分性，對於不同構成要件存在的個別不法內涵均需具備，始得非難各該部分罪責。本案檢察官起訴被告以一行為觸犯輸入禁藥、運輸第三級毒品及私運管制進口3罪，即應分別認定被告對該3罪之違法性認識。原判決理由記載「被告已供稱：『ET』之人說該物品是一種有類似搖頭丸藥效之藥物，伊當時知道搖頭丸是違法物品等語，既知悉搖頭丸為何物，該物係『類似』搖頭丸，表示具有一定之藥效」、「所謂與搖頭丸具有類似藥效之藥物，雖可能屬於管制禁藥之一種，但不見得均屬公告之毒品，此觀衛生福利部食品藥物管理署106年6月9日FDA管字第0000000000號函所提供具有中樞神經興奮效果之精神治療藥物中，亦有部分藥品之成分非屬列管之毒品一情可知」等情（見原判決第4、10頁）。如果無訛，此對被告認識收受之寄送物為禁藥固可確認，惟難以推定其同時具有第三級毒品及管制進口物品之認識。上訴意旨謂被告有類似搖頭丸藥物之認識，即就該物為毒品或管制物品，有不違背本意之不確定故意認識等語，尚有可議。

(三)法令頒布，國民有知法且負諮詢義務，是否可避免，行為人固有類如民法上善良管理人之注意義務。而違反社會性之自然犯，其違反性普遍皆知，雖非無法避免，惟毒品危害防制條例第2條第3項所規定「前項毒品之分級及品項，由法務部會同行政院衛生署組成審議委員會，每3個月定期檢討，報由行政院公告調整、增減之，並送請立法院查照。」係以法律授權由行政機關以行政規章或命令，變更可罰性範圍，固非屬法律變更。然此類行政規章或命令之公告，究非如法律具備須經立法院通過，總統公布，而除有規定施行日期者外，自公布或發布之日起算至第3日起發生效力（參照中央法規標準法第4、12、13條）等程序，而得由媒體宣導，使國民得以預見及有相當之準備期間。是填補空白刑法之行政規章或命令，苟無一定之公聽程序或宣導期，尤以變更毒品處罰範圍公告之品項，多係化學類專有名詞，實難期待國民於公告後立即知悉。從而，有關毒品分級及品項之行政規章或命令之公告，既已影響違法性認識範圍，苟行為人於公告後之相當接近時間內違反，即須有相當之理由，始得認具違法性認識。

(四)Ethylone即「3,4-亞甲基雙氧-N-乙基卡西酮」係104年10月29日經行政院以院臺法字第1040054557號公告增列為毒品危害防制條例第2條第2項第3款之第三級毒品（第43項），並自該日生效，有行政院公報資訊網及毒品危害防制條例第2條第2項第3款附表三修正總說明在卷可證（見偵卷(一)第38至40頁）。而原判決理由已說明被告係於104年11月初某日（即「ET」第1次於104年11月6日寄送包裹之前）始與「ET」之人謀議，計劃犯罪時間距公告列為毒品之時間，相距僅約一週等情（見原判決第10頁）。就此期間，是否仍能期待學歷為國中畢業，在早餐店及工地打工之被告，須先上網查知「3,4-亞甲基雙氧-N-乙基卡西酮」已經公告為第三級毒品？即非無疑。況檢察官亦未舉證上開公告前，有經宣導及準備期，使國民有此認識之可能，自應認被告就此期間內，有正當理由而無法避免，應免除此部分之刑事責任。

(五)綜上說明，原判決以被告不具主觀構成要件，認不構成犯罪，而不另為無罪諭知，固有瑕疵。然本件應免除被告關於運輸第三級毒品、私運管制物品進口2罪之刑事責任，而阻卻其犯罪之成立，結論並無不同，即該瑕疵不影響判決之結果，自不得執為適法上訴第三審之理由。

五、檢察官上訴意旨置原判決的論述於不顧，只憑己見，就不影響判決之事項，任意指摘，不能認為已經符合首述法定上訴要件，其上訴違背法律上的程式，應予駁回。

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 3 月 27 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 黃 瑞 華

法官 陳 朱 貴

法官 楊 智 勝

法官 洪 于 智

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 3 月 29 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 705 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 03 月 21 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第705號

上訴人 周柏宇

選任辯護人 趙元昊律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國107年6月26日第二審判決（106年度上訴字第2502號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署106年度偵字第6600、9863號，106年度毒偵字第935、1547、1560號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於施用第一級毒品及如附表一所示販賣第二級毒品部分撤銷，發回臺灣高等法院。

### 理 由

一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人周柏宇施用第一級毒品及如原判決附表（下稱附表）一所示販賣第二級毒品罪部分之科刑判決，改判仍論處上訴人施用第一級毒品及販賣第二級毒品罪刑暨定其應執行刑與沒收、追徵，固非無見。

二、惟查：

（一）刑事訴訟法第158條所謂事實於法院已顯著者，係指某事實實在社會上為一般所已知而法官現時亦知之者而言。又所謂事實為法院職務上所已知者，指該事實即屬構成法院之法官於職務上所為之行為或係其職務上所觀察之事實，現尚在該法官記憶中，無待閱卷者而言。然苟該事實仍有待專門學問之人診察或鑑定，始足以判斷者，自不包括在內。原判決以「有關服用含可待因成分藥劑之相關事項，依據Clarke's Isolation and Identification of Drugs第二版記載，口服可待因製劑後，約有86%於24小時內由尿液排出，其中40至70%為可待因原態或其共軛物，5至15%為代謝物嗎啡或其共軛物。而尿液中可待因與嗎啡之比例，則與使用頻率、個人體質及代謝情況、採集尿液時間點等因素有關，依個案而異。依據R .H .Liu 等人所著Handbo ok of Work place Drug Testing一書中引述Yong及

Lik 之研究，服用可待因製劑後，可待因與嗎啡之比值大於3，而個人代謝速率、代謝途徑、服用之方式及劑型等因素，均會影響比值，亦有行政院衛生署管制藥品管理局民國90年2月1日管檢字第90834號函可資參照，此上均為本院辦理同類案件於職務上所知之事實。」資以認定上訴人於106年2月23日凌晨2時15分許經警採尿回溯26小時內之某時許，在不詳處所，施用第一級毒品海洛因之事實（見原判決第4、5頁），但依原判決所引據之函文資料，既謂尿液中可待因與嗎啡之比例，與使用頻率、個人體質及代謝情況、採集尿液時間點等因素有關，依個案而異，且依研究服用可待因製劑後，可待因與嗎啡之比值大於3，而個人代謝速率、代謝途徑、服用之方式及劑型等因素，均會影響比值等語，則該事實既因個案而異，難認係屬原審職務上所觀察或職務上所知，無待閱卷之事實，自非當然即可援引其他案例所函詢之回覆內容據以類推適用，仍有待專門學問之人診察或鑑定後始能判斷。而上訴人於原審已提出日本エスエス製藥株式會社所製造「EVE QUICK 頭痛藥DX」藥物是否可能導致尿液檢驗出可待因、嗎啡陽性成分，其服用劑量與驗出數值間之關聯性為何等之證據調查聲請（見原審卷第238頁），原審固函詢台灣檢驗科技股份有限公司經函覆謂應逕洽衛生福利部食品藥物管理署統一釋疑等語（見原審卷第274頁），是依該函覆，上訴人若服用該等藥物，則其尿液檢驗之結果如何，仍有待具專門學問之主管機關釋疑或鑑定之。原審未依所詢函覆之結果，再向主管機關函查，即於判決理由逕謂此為其職務上所知悉之事實，而據為不利上訴人之憑採。揆之上開說明，容有誤解刑事訴訟法第158條之本旨，自有適用法則不當之違法。

- （二）認定事實應憑證據，旨在於避免誤認事實，並使當事人知悉其認定事實之憑據；基於無罪推定原則，待證事實之認定，自應歸由控訴之一方負舉證責任，惟依刑事訴訟法第157條及第158條規定，公眾週知之事實，及事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，則毋庸舉證，產生免除舉證義務之法效，法院得予主動適用。但何種事實為無庸舉證之事實，如任由法院逕行認定，判決結果極易引起當事

人爭議，故同法第158 條之1 規定，法院應予當事人就該等事實有陳述意見之機會，以昭公信。上開毋庸舉證之事實，苟審判長在審判期日未予當事人就此而為陳述意見，因當事人對於審判長此種消極性之有關調查證據之處分，無由依刑事訴訟法第288 條之3 之規定，得以適時向法院聲明異議，則其處分之瑕疵自難謂已因當事人之不責問而被治癒，倘併採為判斷之論據，究仍難謂其判決無法律上之瑕疵。原判決所斟酌之原行政院衛生署管制藥品管理局（現改制為衛生福利部食品藥物管理署）之90年5 月4 日管檢字第93902 號、92年2 月13日管檢字第0920000964號、92年6 月20日管檢字第0920004713號、90年2 月1 日管檢字第90834 號等函，似均係於其他個案所為函覆之函釋，並非因本案待證事實所查得之資料，原判決就此未予敘明，且案內除上揭90年2 月1 日管檢字第90834 號函附於原審卷審判筆錄後外（見原審卷第404 至406 頁），其餘函文卷內並無資料可資查考，原審雖認該各函文所示均為其辦理同類案件於職務上所知之事實，然仍應依上開規定給予當事人就此事實有陳述意見之機會。卷查，原審於審判期日並未依此規定踐行該法定程序（見原審卷第354 至365 頁審判筆錄），即遽採為上訴人施用第一級毒品之不利論證，難謂無不適用法則之違法。

- （三）為發見真實，防範取得毒品者因不具切身利害關係，所為陳述可能有欠嚴謹，或任意誇大其詞，甚至有其他考量，例如獲致毒品危害防制條例第17條第1 項所定減刑寬典、掩飾與自己有特殊情誼之販賣、提供毒品者，而為未盡或不實之陳述，關於取得毒品者有關毒品來源之供述，應再調查其他與毒品交易有相當程度關聯性之補強證據以為認定。本件原判決認定上訴人有原判決事實欄一(二)即附表一所示共4 次販賣第二級毒品甲基安非他命予許凱評之犯行，既以許凱評於檢察官偵訊時之證述及相關之通訊監察譯文，為其主要論據（見原判決第6 至9 頁）。惟上訴人於原審否認有上述販賣甲基安非他命犯行，迭稱該通訊監察譯文內容並非在討論毒品交易之事，並辯以：「我真的沒有販毒給許凱評，譯文部分，是在講他跟我借錢的事情，因有時候我們賭博，賭輸他沒有錢跟我借錢，我們是賭債

糾紛，譯文真的是在講他跟我借錢的事情，他有在我跟我爸爸那邊的工地工作。」等語（見原審卷第68、362 頁）。

。原判決採納許凱評於偵訊中不利上訴人之證述，並概括謂與卷附之通訊監察譯文內容相符（見偵字6600號卷一第58至61頁），認定上訴人應有與許凱評於附表一所示之地點見面並交付毒品之事實。對於究以何段譯文內容足資據以認定上訴人各次犯行，未就原判決所認定上訴人所犯之4次犯行，逐一依有關之各該通訊監察譯文詳予勾稽核對並為論述，即有理由不備之違法。又上訴人已於原審準備程序爭執許凱評於偵訊部分之證據能力（見原審卷第136頁），然原判決仍於理由欄甲有罪部分之壹、證據能力部分載述：「本件檢察官、被告及辯護人就本判決下列所引被告以外之人於審判外陳述之證據能力均不予爭執，迄至言詞辯論終結，亦未對該等證據之證據能力聲明異議」等語，其理由亦有與卷證資料不符之矛盾。

三、上訴意旨執以指摘原判決關於上訴人施用第一級毒品及如附表一所示販賣第二級毒品部分違法，尚非全無理由，應認仍有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 3 月 21 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官	林	勤	純
法官	林	立	華
法官	鄧	振	球
法官	黃	斯	偉
法官	莊	松	泉

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 3 月 29 日

書記官

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 821 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 03 月 28 日

裁判案由：加重詐欺等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第821號

上訴人 傅佳維

上列上訴人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年7月10日第二審判決（107年度上訴字第621號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署105年度少連偵字第69 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決附表一編號2關於沒收部分撤銷。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷（即原判決附表一編號2關於沒收）部分：

- 一、本件原判決認定上訴人甲○○有其事實欄一所載如其附表（下稱附表）二編號2所示成年人與未滿18 歲少年陳○成、李○成三人以上共同以網際網路，對公眾散布而犯詐欺取財之犯行，因而維持第一審如附表一編號2 所示「未扣案之現金新臺幣4 萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額」之判決，駁回其此部分在第二審之上訴，固非無見。
- 二、刑法沒收新制刪除第34條沒收為從刑之規定，將沒收重新定性為「刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）」。又修正後刑法基於沒收具備獨立性，亦規定得由檢察官另聲請法院為單獨沒收之宣告（刑法第40條第3項、刑事訴訟法第259條之1、第455條之34至37參照）。因而在訴訟程序，沒收得與罪刑區分，非從屬於主刑，本於沒收之獨立性，本院自得於本案罪刑上訴不合法駁回時，單獨撤銷沒收部分，並自為判決，合先敘明。
- 三、按犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第38條之1第5項定有明文。參酌其立法說明：為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，參考德國刑法第73條第 1 項，增訂第5 項，限於個案已實際發還時，始無庸沒收，至是否有潛在被害人則非所問；若判決確定後有被害人主張發



還時，則可依刑事訴訟法相關規定請求之等語，即宣示「被害人保護」優先於「澈底剝奪犯罪不法所得」。刑法沒收犯罪所得，本質上是一種準不當得利的衡平措施，藉由沒收犯罪所得以回復犯罪發生前之合法財產秩序狀態。因刑事不法行為而取得被害人財產，該財產一旦回歸被害人，就已充分達到排除不法利得，並重新回復到合法財產秩序的立法目的。共同正犯中一人或數人事後與被害人達成和解，並全部賠付，而求償或沒收擇一實現，同樣可滿足「排除犯罪不法利得」之規範目的，如已優先保障被害人求償權且已實際取得，就等同「合法發還被害人」之情形，不應再對未參與和解賠付之其他共同正犯宣告沒收或追徵。否則，一概宣告沒收，日後判決確定後，檢察官為沒收之執行時，因被害人已完全受償，不得再依刑事訴訟法相關規定，請求發還檢察官執行追徵之上開所得，國家反而因行為人不法犯罪，坐享犯罪所得；或共同正犯中已賠償之人基於民事內部關係，向未賠償之人請求，對後者形同雙重剝奪。本件事實欄所載如附表二編號2 所示部分，上訴人係與少年陳○成、李○成共同犯之，陳○成之法定代理人業於審理期間與被害人乙○○達成和解，願賠償全部犯罪損失新臺幣（下同）4 萬元，並已給付完畢等情，據乙○○陳述明確（見原審卷第38頁背面）。揆諸上開說明，共同正犯既已將全部犯罪所得返還乙○○，依刑法第38條之1第5項規定，自無庸再對上訴人諭知沒收。以上違誤，或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。自應將原判決及第一審判決關於此部分之沒收撤銷，以資糾正。

## 貳、上訴駁回部分：

### 一、關於附表一編號1、3、4所示之沒收部分：

（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。本件原判決綜合全案卷證資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人有如事實欄一所

載如附表二編號1、3所示成年人與未滿18歲少年陳○成、李○成三人以上共同以網際網路，對公眾散布而犯詐欺取財之犯行；有如事實欄二所載如附表二編號4 所示以網際網路，對公眾散布而犯詐欺取財之犯行（其中附表二編號1、4之部分款項係匯入不知情之證人侯于嬋帳戶內），因而維持第一審各諭知沒收、追徵部分之判決，駁回其此部分在第二審之上訴。已詳述其調查、取捨證據之結果，及憑以認定犯罪事實之心證理由。所為之論斷，俱與卷存證據資料相符，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)上訴人上訴意旨略以：在另案民事訴訟上訴人與侯于嬋有達成和解，願意賠償之4 萬元，原審有疏漏未予調查，當然違背法令云云。

(三)惟查，應於審判期日調查之證據，係指該證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，倘予採納或經調查所能證明者，得以推翻原審判決所確認之事實，而得據以為不同之認定而言。如非事理所必然，或係無從調查之證據方法，或僅係枝節性問題，或所證明之事項已臻明瞭，當事人聲請調查之證據，僅在延滯訴訟，甚或就同一證據再度聲請調查，即欠缺其調查之必要性，縱未調查，或未於理由加以說明，均與所謂違背法令之情形不相適合。上訴人於原審準備程序，並未聲請調查證據，況於原審審判期日，審判長問：「尚有何證據請求調查？」上訴人稱：「沒有」等語（見原審卷第40、70頁），原審因而未為無益之調查，並無調查責任未盡之違法。又原審已敘明：附表二編號1、3、4 所示各罪之被害人係古璟婷、丙○○、方政裕，而犯罪所得均由上訴人獨自取得，據陳○成及上訴人供述明確（見警卷第22頁、原審卷第38頁）。侯于嬋僅係為上訴人利用之不知情第三人，上訴人縱與之成立調解給付4 萬元，難認其犯罪所得已實際合法發還上開各該被害人，原審未予傳喚作證為無益調查，查無違法。上訴人相關上訴意旨認原審有調查證據未盡之指摘，尚有誤會。此部分上訴意旨對原判決理由已經說明之事項，徒以自己之說詞，再為事實上之爭辯，泛指為違法，非適法之第三審上訴理由。此部分上訴違背法律上之程式，應予駁回。

二、關於附表一編號1至4之罪刑部分：

按上訴書狀應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後10日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段規定甚明。上訴人不服原判決事實欄一所載如附表一編號1至4所示維持第一審論處上訴人罪刑部分之判決，駁回上訴人關於此部分在第二審之上訴，於民國107年7月27日具狀提起上訴，未敘及原判決對此部分犯罪事實（沒收部分除外）之認定及量刑或適用法律有何違背法令之上訴理由，迄今逾期已久，於本院判決前仍未提出，自非合法，應一併駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條、第397條、刑法第38條之1第5項，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 3 月 28 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 謝 靜 恒

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 3 月 28 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台非字第 20 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 03 月 06 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑

最高法院刑事判決

108年度台非字第20號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 蔡宗澤

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國102 年4 月29日確定裁定（102 年度聲字第290 號，聲請裁定案號：臺灣高等檢察署臺南檢察分署102 年度執聲字第155 號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378 條定有明文。次按定執行刑之裁定，與科刑之判決有同等效力，其確定裁定違背法令，自得提起非常上訴。又按刑法第51條第5 款規定數罪併罰，宣告多數有期徒刑者，應於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其應執行之刑期，此為有期徒刑數罪併罰之外部性界限；該規定就數罪併罰，非採併科主義，而係採限制加重主義，由法院就俱發數罪中，以最重之宣告刑為基礎，參酌他罪之宣告刑，裁量加重定之，目的乃藉此將被告所犯數罪合併之刑，重新裁量，用資防止刑罰過苛，致罪責失衡，以保障人權，足徵其立法本旨，非但無使被告更受不利益之意，甚且原則上法院得裁量以減輕刑度，使更有利於被告。此係屬刑法賦予法院自由裁量之事項，其應受內部性界限之拘束，要屬當然。是應併罰之數罪經依法定其應執行刑後，因被告另犯應與該數罪併合處罰之他罪，或該數罪全部或一部合於相關減刑條例等規定而經法院諭知減刑，或因他故，致重定應執行刑者，前定之執行刑固當然失效，然法院重定執行刑時，行使上開裁量權之結果，關於是否減輕刑期及減輕幅度大小之決定，不應比前定之執行刑更不利於

被告（最高法院99年度台非字第233 號判決意旨參照）。再按刑事訴訟法第370 條第2 項、第3 項，已針對第二審上訴案件之定應執行之刑，明定有不利利益變更禁止原則之適用；而分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束，亦即，另定之執行刑，其裁量所定之刑期，不得較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和（最高法院107 年度台抗字第1196號判決意旨參照）。二、經查：本件被告蔡宗澤犯如附表編號1 、2 所示之罪，先經臺灣臺南地方法院判決判處有期徒刑9 月、8 月確定，附表編號3 至8 所示各罪，後經臺灣高等法院臺南分院（下稱臺南高分院）判決應執行刑為有期徒刑15年10月確定。嗣臺南高分院以102 年度聲字第290 號裁定，將附表編號3 、4 、6 之罪與編號1 之罪合併定應執行刑有期徒刑15年6 月；另將編號5 、7 、8 之罪與編號2 之罪合併定應執行刑15年5 月，固非無據。然法院裁定應執行刑前，附表所示各罪合計應執行有期徒刑17年3 月，裁定應執行刑後，附表所示各罪合計應執行有期徒刑30年11月，則定刑後被告應執行之有期徒刑，反較定刑前重，揆諸上開說明，自有違刑法第51條防止刑罰過苛、罪責失衡、保障人權及不使被告更受不利益之立法意旨，而有違背法令之情形。三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資救濟。」等語。

- 二、本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378 條定有明文。定應執行刑之裁定，與科刑判決具有同一效力，倘有違背法令，而於被告不利，應許提起非常上訴，以資救濟。而基於無責任即無刑罰之憲法原則，刑罰須以罪責為基礎，俾與罪責相對應。亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，使罰當其罪，刑罰不得超過罪責，乃憲法上之罪刑相當原則（司法院釋字第755 號解釋理由書參照）。此於數罪併罰應定其執行刑同有適用，依刑法第51條第5 、6 、7 各款所定之應執行刑，採限制加重主義，其旨亦在此。實務上定應執行刑之案件，固以數罪中最先確定之案件為基準日，犯罪在此之前者皆符合定應執行刑之要件；犯罪行為在基準日之後者，不與焉（如另符合定應執行

刑之要件，則另定其應執行刑，與前所定者合併執行）。惟此原則於特殊個案，顯然不符合罪刑相當之憲法原則時，應有所例外，否則罰過其罪，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔之罪責，其人身自由因此遭受過苛之侵害，對人民受憲法第8 條所保障之人身自由所為限制，自有違上開罪刑相當原則及比例原則（同上解釋理由書參照）。又刑法第51條第5 款規定，經宣告多數有期徒刑之數罪併罰方法，係以各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，法院即應於俱罰各罪之中，以最重之宣告刑為基礎，參酌他罪之宣告刑，本諸限制加重原則，裁量加重定之，是該款之目的乃藉此將被告所犯之數罪重新裁量評價，除不得逾越法律所規定範圍之外部性界限外，尤應尊重前述罪刑相當及比例等諸憲法原則，俾與其授與裁量權之目的相契合，足徵該款之立法意旨，並無使被告處於更不利地位之意。故在刑事訴訟法第370 條第2 、3 項，亦針對第二審上訴案件之定應執行之刑，明定有不利益變更禁止原則之適用，同揭此旨。分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束。亦即，上述另定之執行刑，其裁量所定之刑期，不得較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和。同理，若併罰之數罪先前已有定應執行之刑，卻因被告另犯他罪之確定判決，致須再重定數應執行刑時，亦應有不利益變更禁止原則之適用，本于此，上開實務上之處理原則，於特殊個案，應對憲法原則有所讓步，而屬例外。

- 三、本件被告蔡宗澤所犯如附表所示各罪，其中編號1、2所示之罪，先經臺灣臺南地方法院分別判處有期徒刑9月、8月確定；編號3至8之罪，後經臺灣高等法院臺南分院（下稱臺南高分院）判決應執行刑為有期徒刑15年10月，並經本院上訴駁回確定，有相關判決及臺灣高等法院被告前案紀錄表可稽。上揭應執行刑及編號1、2宣告刑總和為有期徒刑17 年3月，然嗣臺南高分院以102年度聲字第290號裁定（即原裁定），將附表編號3、4、6之罪與編號1之罪合併定應執行刑有期徒刑15年6月，另將編號5、7、8之罪與編號2 之罪合併定應執行刑有期徒刑15年5 月，二者合併執行，該重定之二應執行刑合計為有期徒刑30年11月，反較重定前之應執行刑加計編

號1、2宣告刑之總和為重。揆諸上揭說明，自屬特殊個案，而不應適用一般實務之處理原則，原裁定有適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。而臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官就附表各罪全部聲請定應執行刑，法院依上開實務向來之處理原則，僅能將附表各罪拆成編號1、3、4、6與2、5、7、8兩區塊重訂應執行刑，而囿於各區塊中各刑之最長期各為有期徒刑15年2月，該兩區塊之外部性界限最低刑即分別高達15年2月以上，縱於此範圍內定以最低度之應執行刑，其總和亦皆高於前定之應執行刑加計他刑之總和，仍有上揭違背法令之事由，檢察官所為定應執行刑之聲請，尚有未合，是應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 3 月 6 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂

法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 段 景 榕

法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 3 月 8 日

108 年度台非字第 28 號判決 依法屬不得公開案件



裁判字號：最高法院 107 年台抗字第 1130 號刑事裁定

裁判日期：民國 108 年 03 月 27 日

裁判案由：違反證券交易法等罪執行指揮聲明異議

最高法院刑事裁定

107年度台抗字第1130號

再 抗告 人 臺灣高等檢察署檢察官蔡顯鑫

聲明異議人

即 受刑 人 王令一

選任辯護人 洪銘徽律師

上列再抗告人因聲明異議人違反證券交易法等罪對檢察官之執行指揮聲明異議案件，不服臺灣高等法院中華民國107年9月25日駁回抗告之裁定（107 年度抗字第1232號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定及第一審裁定均撤銷。

王令一異議之聲明駁回。

理 由

- 一、本件聲明異議人即受刑人王令一向第一審即臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）聲明異議意旨略以：聲明異議人前經臺北地院105年度易字第997號判決應執行有期徒刑1 年10月，如易科罰金，以新臺幣（下同）1千元折算1日確定之偽造文書13罪（即臺灣臺北地方檢察署〈下稱臺北地檢署〉106 年執哲字第6373 號檢察官執行指揮書（甲）之罪名及刑期，下稱甲案），與原審105年度抗字第37號裁定附表編號1至49所示49罪（即臺北地檢署105 年執更性字第1494號檢察官執行指揮書（甲）之罪名及刑期，下稱乙案），均為裁判確定前所犯，自應依刑法第50條第1 項前段之原則規定，併合處罰。聲明異議人就上開甲案及乙案共62罪向臺北地檢署聲請合併定應執行刑，惟遭臺北地檢署民國106年10月13日北檢泰哲106執聲他2017字第0000000000號函之執行處分（下稱本件執行處分），以上開甲案13罪業經該署准予易科罰金執行完畢，不得再變更選擇聲請定執行刑為由予以否准。此項執行指揮自屬不當，爰依刑事訴訟法第484條規定聲明異議等語。
- 二、原裁定意旨略以：聲明異議人所犯上開得易科罰金之甲案13罪，雖已易科罰金執行完畢，僅屬檢察官日後指揮執行時應

予扣除或處理之問題，不影響檢察官得就上開甲案及乙案共62罪聲請合併定其應執行刑，亦不能因此即認無聲請定應執行刑之必要。第一審裁定撤銷本件執行處分，核無不合。檢察官抗告意旨仍執前詞指摘第一審裁定撤銷本件執行處分不當，為無理由，應予駁回等語。

三、再抗告意旨略以：聲明異議人業於臺北地檢署106年9月6日在「臺灣臺北地方法院檢察署依102年1月23日修正之刑法第50條調查受刑人是否聲請定應執行刑調查表」（下稱「調查受刑人是否聲請定應執行刑調查表」）上勾選不聲請定執行刑，復經其親自簽名，並經臺北地檢署檢察官准予易科罰金，而於106年9月18日易科罰金執行完畢，詎聲明異議人於106年10月5日又變更意願，表明請求檢察官聲請法院定應執行刑，聲明異議人本不願定刑，而於聲請易科罰金獲准後，再改變意向請求檢察官向法院聲請定刑，若經法院定刑減刑後，則聲明異議人得易科罰金之罪部分，即已獲准易科罰金，另又獲得法院定刑減少刑期，此將造成雙重獲利，而造成執行結果不公平之情形，應非刑法第50條第2項之立法目的所欲，且影響個案執行之具體妥當性，亦有違執行結果之公平性及安定性。從而，本件執行處分駁回聲明異議人就上開甲案及乙案共62罪之聲請定應執行刑請求，其執行指揮尚無違誤，爰依法提起再抗告請求撤銷原裁定，更為適當合法之裁定等語。

四、惟按數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第51條之規定，定其應執行之刑，同法第53條規定甚明。鑑於現行數罪併罰規定未設限制，造成併罰範圍於事後不斷擴大，有違法之安定性，為明確數罪併罰適用範圍，並避免不得易科罰金之罪與得易科罰金之罪合併，造成得易科罰金之罪無法單獨易科罰金，罪責失衡，不利於受刑人，於102年1月23日修正公布刑法第50條（同年月25日施行），增訂第1項但書及第2項，規定對於確定判決前所犯數罪有該條第1項但書各款所列情形，除受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者外，不得併合處罰。是自該條修正施行之日起，關於得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，繫乎受刑人之請求與否，作為定執行刑之準則。本件聲明異議人所犯甲案13罪，業經臺北地院以105年度易字第997號判決應執行有期徒刑1年10月，如易科罰金，以

1千元折算1日確定，臺北地檢署檢察官於106年度執字第6373號執行時，因上開甲案13罪與乙案49罪同屬裁判確定前所犯數罪，依法於「調查受刑人是否聲請定應執行刑調查表」（見臺北地檢署106年度執字第6373號執行卷第28頁）內填載聲明異議人合於數罪併罰之甲案13罪及乙案49罪，於106年9月6日送請聲明異議人勾填是否要聲請定應執行刑，此時聲明異議人自得勾選請求甲案與乙案合併聲請定應執行刑，然聲明異議人選擇勾選就上列甲案及乙案共62罪案件其不要聲請定刑，故檢察官嗣准予聲明異議人就甲案13罪，於106年9月18日繳納66萬8千元易科罰金執行完畢，此有臺北地檢署106年度執字第6373號執行卷宗及臺北地院106年度聲字第2356號卷宗足憑。詎聲明異議人於甲案易科罰金執行完畢後，復於106年10月5日再變更意向請求檢察官將上開甲案13罪與乙案49罪共62罪，聲請法院合併定應執行刑，此有刑事聲請狀在卷可查。是聲明異議人既已表明不願定刑，而請求就甲案易科罰金獲准並經繳納完畢之後，為維護執行結果之公平性及安定性，並避免受刑人濫用其請求權，自無准許其再改變意向，請求檢察官就甲、乙兩案，向法院聲請定刑之餘地。從而，臺北地檢署檢察官以本件執行處分，駁回聲明異議人所為聲請定應執行刑之請求，其執行指揮尚無違誤。聲明異議人聲明異議為無理由，應予駁回。第一審裁定撤銷本件執行處分，即有違誤，原裁定予以維持，駁回檢察官之抗告，同非適法。再抗告意旨指摘原裁定及第一審裁定不當，為有理由，應由本院將之撤銷，自為裁定如主文第二項所示。至其餘再抗告、答辯意旨或原裁定無涉前述論旨之主張及理由，已無逐一審酌之必要，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第413條、第486條，裁定如主文。

中 華 民 國 108 年 3 月 27 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 3 月 29 日  
書 記 官