最高法院刑事判決

115年度台上字第408號

上　訴　人　鐘冠葳

選任辯護人　李妍緹律師

上列上訴人因違反組織犯罪防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年10月2日第二審判決（114年度上訴字第391號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第39105、55956號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原審以上訴人鐘冠葳經第一審判決，㈠論處如其附表一編號1至9所示三人以上共同以電子通訊對公眾散布而犯詐欺取財未遂各罪刑；㈡依想像競合犯，從一重論處如其附表一編號10所示犯發起犯罪組織（尚犯招募他人加入犯罪組織、三人以上共同以電子通訊對公眾散布而犯詐欺取財未遂）罪刑，並定其應執行之刑，及為相關之沒收宣告後，上訴人明示僅就第一審判決之刑部分提起上訴，經原審審理結果，撤銷第一審判決關於所處之刑部分，改判各量處如原判決附表編號1至10「本院宣告刑」欄所示之刑，並定其應執行之刑。固非無見。

二、惟查：

㈠詐欺犯罪危害防制條例（下稱本條例）第44條第1項規定：「犯刑法第339條之4第1項第2款之罪，有下列情形之一者，依該條項規定加重其刑二分之一：一、並犯同條項第1款、第3款或第4款之一。……」該條項第1款之立法理由謂：「對於犯刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共犯詐欺罪，若同時具備該條其他三款犯罪要件之一，其詐欺危害性

較其他詐欺犯罪高，為嚴懲橫行之集團式詐欺犯罪，應加重其刑責以為嚇阻……」此項加重規定，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名，性質上係屬刑法分則加重。又行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限；未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之；刑法第1條前段、第25條第2項分別定有明文。刑法第339條之4第1項第2款至第4款之罪，依同條第2項規定雖均設有未遂（行為人未完全實現構成要件內容，或未取得財物或財產上之利益時，均屬未遂）處罰之規定。惟本條例第44條第1項之罪，並未處罰未遂犯。且其法條文字僅針對犯刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財罪規定加重要件，未明文包括刑法第339條之4第2項、第1項第2款之三人以上共同詐欺取財未遂罪，已難認行為人犯三人以上共同詐欺取財未遂罪，而有刑法第339條之4第1項第1款、第3款或第4款之一之情形，應依本條例第44條第1項加重其刑。另行為人犯刑法第339條之4第1項第2款之罪，同時符合刑法第339條之4第1項第1款、第3款或第4款之一之情形，在本條例於民國113年7月31日公布施行、同年8月2日生效前，因詐欺行為祇有一個，原僅成立一個加重詐欺罪（科刑範圍仍為有期徒刑1年以上7年以下），依加重竊盜、加重強盜、加重搶奪之例，只須將前揭各款加重條件於判決內予以記載說明即可。惟因立法者認行為人犯刑法第339條之4第1項第2款之罪，有刑法第339條之4第1項第1款、第3款或第4款之一之情形時，詐欺危害性較高，為嚇阻此種詐欺犯罪型態，特予加重處罰。基於例外從嚴解釋之法理，所稱「犯刑法第339條之4第1項第2款之罪」，不宜擴張解釋為包括「犯刑法第339條之4第2項、第1項第2款之三人以上共同詐欺取財未遂罪」，以免過苛。再觀之本條例第44條第2項規定：「前項加重其刑，其最高度及最低度同加之。」其立法理由謂：「犯本條之罪，刑責有期徒刑部分應依刑法第339條之4之法定刑1年以上7年以下有期徒刑，加重其刑二分之一……」益

徵本條例第44條第1項之罪所稱「犯刑法第339條之4第1項第2款之罪」，並不包括刑法第339條之4第2項之未遂犯。從而，被告犯三人以上共同詐欺取財未遂罪，雖有刑法第339條之4第1項第1款、第3款或第4款之一之情形，亦無本條例第44條第1項規定之適用。原判決誤認上訴人所犯刑法第339條之4第2項、第1項第2款、第3款之加重詐欺取財未遂罪，該當本條例第44條第1項第1款規定之構成要件，應加重其刑二分之一（見原判決第6、7頁）。有適用法則不當之違法。

㈡行為後法律有變更者，適用行為時之法律，但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項亦有明文。原審判決後，本條例於115年1月21日修正公布施行，於同年月23日生效。上訴人所為本件加重詐欺犯行係屬未遂，並無犯罪所得，與修正前後本條例第43條、第44條第1項之規定均不符。另有關自白減輕其刑之規定，修正後本條例第47條第1項係規定：「在偵查及歷次審判中均自白，並於檢察官偵查中首次自白之日起6個月內，支付與被害人達成調解或和解之全部金額者，得減輕其刑。」經比較適用結果，修正後規定新增「6個月內支付調解或和解之全部金額」要件，改為得減，且若處於詐欺未遂階段，依修法意旨，無須納入本條例第47條之適用範圍，適用修正前本條例第47條前段減刑規定，自較有利於上訴人。而修正前之本條例第47條前段規定：「犯詐欺犯罪，在偵查及歷次審判中均自白，如有犯罪所得，自動繳交其犯罪所得者，減輕其刑」，所指詐欺犯罪，包括刑法第339條之4之加重詐欺罪，且新增原法律所無之減輕刑責規定，自對上訴人有利。且所稱「其犯罪所得」，應係指行為人因犯罪而實際取得之個人所得而言；倘行為人並未實際取得個人所得，則僅須於偵查及歷次審判中均自白，即合於該條前段減輕其刑規定之要件。且依本條例第2條之規定，該條前段所謂之「詐欺犯罪」，亦未明文排除未遂犯，則當然包含既遂與未遂犯在內。此有依本院刑事大法庭裁定見解作成之113年度台上字

第4096號判決可資參照。原判決認上訴人縱得適用修正前本條例第47條前段規定減輕，經新舊法比較結果，仍應整體適用行為時之刑法第339條之4第2項、第1項第2款、第3款規定，而無本條例之適用，自亦無修正前本條例第47條前段減輕其刑規定適用之餘地（見原判決第7、10頁）。亦有未合。至原判決附表編號10部分，雖依想像競合犯，從較重之發起犯罪組織罪處斷，惟具體形成宣告刑時，亦應將輕罪之三人以上共同以電子通訊對公眾散布而犯詐欺取財未遂罪之刑罰合併評價，附此敘明。

三、上訴意旨執此指摘，為有理由。又原判決之前揭違誤，影響法律適用及量刑事實，復影響當事人之科刑辯論，為維護上訴人之審級利益，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　　115　　年　　3　　月　　4　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

法　官　楊智勝

本件正本證明與原本無異

書記官　魏至言

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　10　　日