最高法院刑事判決

108年度台上字第1723號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官王捷拓
上　訴　人
即　被　告　廖展賢
　　施昆威
　　鄭嘉富
　　鄭陳源
　　徐誌隆
　　鄭力華
　　聶懋瑋
　　羅予妡
　　江念祖
　　朱韻儒
　　蔡澄賢
　　鄭玉珍
　　黃柏源
　　葉繼聖
　　陳定樟
上　一　人
選任辯護人　張啓富律師
上　訴　人
即　被　告　楊宥暄
　　羅靖琮
被　　告　張家源
　　廖士欣
　　游曉莉
　　張文議
　　施易昇
　　黑裕龍
　　盧俊宇
上七人共同

選任辯護人　江燕鴻律師
　　王韋翔律師
被　　告　蔡文國
選任辯護人　江燕鴻律師
被　　告　徐丞佑
　　林逸群
　　陳彥樺
　　許家穎
　　余姿慧
　　陳勇志
　　陳柄宏
　　潘仲禹
　　陳冠龍
　　古傑安
　　鍾嘉文
　　馮崴駿
上　一　人
選任辯護人　林更祐律師
被　　告　洪世杰
　　張庭軒
　　鍾　震
　　陳靜茹

上列上訴人等因被告等加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年3月27日第二審判決（107年度原上訴字第72號、107年度上訴字第2268號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署107年度偵字第2371、2401號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於有罪部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原判決認定被告張家源、廖士欣、徐丞佑、廖展賢、鄭嘉富、潘仲禹、鄭陳源、施昆威、陳冠龍、徐誌隆、鄭力華

、聶懋瑋、羅予妡、江念祖、古傑安、鍾嘉文、馮崴駿、洪世杰、張庭軒、鍾震、陳靜茹、朱韻儒、蔡澄賢、游曉莉、張文議、施易昇、蔡文國、林逸群、陳彥樺、許家穎、余姿慧、陳勇志、黑裕龍、楊宥暄、羅靖琮、鄭玉珍、黃柏源、葉繼聖、陳柄宏、盧俊宇、陳定樟（下合稱被告等41人）有參與具有持續性、牟利性、結構性之詐欺集團犯罪組織，及如其附表（下稱附表）一、附表一之一所示共同加重詐欺取財犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處被告等41人如附表一、附表一之一所示之3人以上共同犯詐欺取財（未遂）各罪刑，其中首次之共同加重詐欺取財與其等所犯參與犯罪組織部分，並依想像競合犯關係，從一重論處3人以上共同犯詐欺取財（未遂）罪刑暨定應執行刑。固非無見。

二、惟查：

㈠被告以外之人於我國司法警察官或司法警察調查時所為之陳述經載明於筆錄，係司法警察機關針對具體個案之調查作為，不具例行性之要件，固非屬刑事訴訟法第159條之4所定之特信性文書，但其證據能力之有無，仍應依刑事訴訟法第159條之2、第159條之3所定傳聞法則例外之要件而為判斷。而刑事訴訟法第159條之3，係為補救採納傳聞法則，即被告以外之人於審判中，有本條所列各款不能供述之情形，例外承認該等審判外警詢陳述為有證據能力。但此等例外，既在犧牲被告之反對詰問權，則實務運用上，除應審究該審判外之陳述是否具有「絕對可信性」及「必要性」二要件外，關於不能供述之原因，猶應以非可歸責於國家機關之事由所造成者為限，始有其適用，藉以確保被告之訴訟防禦權。至於被告以外之人在域外所為之警詢陳述，性質上與我國警詢筆錄雷同，同屬傳聞證據，但其證據能力之有無，我國刑事訴訟法並無明文規定，惟考量法秩序上同一之規範，應為相同處理之法理，就此法律未設規範者，自應援引類似規定，加以適用，始能適合社會通念，並應實務需要。故在被告反對詰問權已受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳

述，應類推適用刑事訴訟法第159條之2、第159條之3之規定，據以定其證據能力之有無，已為本院近來統一見解。原判決就被告徐誌隆、鄭力華、聶懋瑋、羅予妡、江念祖共同選任辯護人陳以敦律師主張證人即大陸地區被害人之筆錄均屬審判外陳述無證據能力乙節，固敘明審酌各該大陸地區被害人現均身在大陸地區，難以傳喚到庭，而渠等於大陸地區公安局之陳述，如何具有較可信之特別情況，且為證明本件犯罪事實存否所必要，認應具有證據能力等語（見原判決第16頁）。然查，法院必須竭盡一切所能，仍無法使境外證人到庭接受詰問，始符合刑事訴訟法第159條之3第3 款傳喚不能之要件，原判決所謂「難以傳喚」，究非屬該款所定不能供述之原因，是原審未透過相關單位之司法互助，協助或安排大陸地區被害人到庭接受詰問，或透過遠距視訊調查證據等方式命其作證，是否非可歸責於國家機關之事由，即有疑義。原判決徒謂有難以傳喚之情形，將上開證人於大陸公安詢問時之指述逕採為認定被告徐誌隆、鄭力華、聶懋瑋、羅予妡、江念祖犯罪之依據，其此部分採證殊難謂與證據法則無違。

㈡原判決認定被告等41人先後參與具有持續性、牟利性、結構性之詐欺集團犯罪組織，並有如附表一、附表一之一所示共同加重詐欺取財犯行，於論罪部分固以被告等41人應就其等各自共同參與犯罪組織與「首次」之3 人以上共同詐欺取財（未遂）罪，依想像競合犯規定，分別從一較重之3 人以上共同詐欺取財（未遂）罪處斷（見原判決第42頁）。惟原判決並未具體審認被告等41人之何次加重詐欺行為係屬首次犯行，而依觀諸附表一、附表一之一與附表二、三所示之犯罪時序，⑴被告游曉莉、廖士欣、張家源、陳靜茹、鄭嘉富、羅予妡、黑裕龍、鄭陳源、陳冠龍、蔡文國、聶懋瑋、陳彥樺、施昆威、鄭力華、徐誌隆、江念祖、林逸群、陳柄宏、陳定樟、廖展賢、張文議、施易昇、古傑安、鍾嘉文、洪世杰、張庭軒、馮崴駿、鍾震所為犯行，就附表二編號1 被害

人苗琦匯款時間為民國106年12月7日起至同年月10日止、附表二編號2被害人邵丹匯款時間為106年11月28日起至106 年12月15日止，均屬其等犯行中時序較早之犯罪時間，然此 2部分因被害人之匯款時間互有重疊，則究應以被害人第一次匯款時間為犯罪開始實行時（即邵丹），抑或被害人最後一次匯款時間為犯罪完成時（即苗琦），據為認定被告游曉莉等28人之首次犯行？㈡被告陳勇志、蔡澄賢、潘仲禹、余姿慧、朱韻儒、徐丞佑、許家穎、盧俊宇所為犯行，就附表三編號1至6被害人付艷慧、高萍、呂萍、苗保珍、趙寶玉、宋麗艷部分（被害人況均尚未匯款，且至遲於106 年12月29日仍有與話務手接觸），係屬被告陳勇志等人犯行中時序較早之犯罪時間，原判決既認定此部分被害人遭詐欺時間可能為106年12月29日同一日，則何次係屬被告陳勇志等8人之首次犯行？㈢被告鄭玉珍、楊宥暄、羅靖琮、黃柏源、葉繼聖所為犯行，就附表二編號12被害人王煥英匯款時間為107年1月15日、附表三編號10被害人盧敏、編號11被害人孫美娜（盧敏、孫美娜均尚未匯款，至遲於107年1月15日仍有與話務手接觸）部分，係屬被告鄭玉珍等5 人犯行中時序較早之犯罪時間，原判決認定此部分被害人遭詐欺時間可能為107年1月15 日同一日，則何次為被告鄭玉珍5人之首次犯行？以上均有未明。惟衡諸上開被害人公安筆錄所述遭詐騙之時間、經過，及卷附上開被害人之轉單內容，載有行騙對話內容、日期及接單時間（見第749 號偵卷㈣第191至192、167至172、145 至151頁；第2371 號卷㈤第41、323、357、359至361、363、367至369、371至373、469頁），當可綜合參酌判斷上揭被告等人犯行之先後順序，以作為首次犯行認定之憑據。此攸關首次犯行之整體法律適用、刑罰之評價，自有調查釐清之必要。原審未查明審究，詳為認定，僅空泛指稱首次犯行逕以論罪科刑，則其該次罪刑之整體法律適用是否正確、刑罰之評價有無適當，即無憑判斷，尚難謂適法。

㈢檢察官就被告之全部犯罪事實以實質上或裁判上一罪起訴者

，因其刑罰權單一，在審判上為一不可分割之單一訴訟客體，法院自應就全部犯罪事實予以合一審判，以一判決終結之，如僅就其中一部分加以審認，而置其他部分於不論，即屬刑事訴訟法第379條第12 款所稱已受請求之事項未予判決之違法。洗錢防制法業於105年12月28日修正公布，並於106年6月28日施行，不惟就洗錢行為之定義（第2條）、前置犯罪之門檻（第3條）、特定犯罪所得之定義（第4條），皆有修正，抑且因應洗錢行為定義之修正，將修正前同法第11條第1項、第2項區分為自己或為他人洗錢罪，而有不同法定刑度，合併移列至第14條第1項，亦不再區分為不同罪責，同處7年以下有期徒刑，併科新臺幣（下同）500 萬元以下罰金，以求與國際規範接軌，澈底打擊洗錢犯罪。而洗錢行為之防制，旨在打擊犯罪，促進金流之透明，防止洗錢者利用洗錢活動掩飾或隱匿特定犯罪所得財物或利益，妨礙犯罪之追查及打擊。是修正後洗錢防制法第14條第1 項之一般洗錢罪，依同法第2 條之規定，應以行為人有為逃避或妨礙所犯特定犯罪之追查或處罰之犯意及行為為其成立要件。因之，是否為洗錢行為，自應就犯罪全部過程加以觀察，不僅須行為人客觀上有掩飾或隱匿特定犯罪所得之財物或財產上利益之具體作為，主觀上更須具有掩飾或隱匿其犯罪所得或變得之財產或財產上利益與犯罪之關聯性，使其來源形式上合法化，以逃避國家追訴、處罰之犯罪意思，始克相當。

本件原判決事實欄記載：三線話務手佯裝檢察官，向被害者謊稱其帳戶涉及犯罪，需要提供密碼、U 盾（晶片取款密碼）或匯款至「指定帳戶」內保管，使被害人信以為真而匯款，同時，該詐欺集團其他不詳成員即以網路電話方式聯繫車手至「指定帳戶」領取詐得款項；其理由並敘明，跨國電話詐騙此一新興社會犯罪型態，係集合詐騙電信、詐騙資金、甚至詐欺網路及串聯其間之匯款車手集團，以介接詐騙專屬網路撥打電話實施詐騙，指定被害人匯款至「人頭帳戶」，車手自「人頭帳戶」提領款項取贓，車手及地下匯兌跨兩岸

及國境分贓等階段（見原判決第14、33頁）。而依證人即如附表二所示被害人苗琦等18人所述，可知其等或提供個人帳戶卡號、密碼，再由詐欺集團人員操作匯款至「第三人帳戶」，或由被害人依詐欺集團人員指示匯款至「第三人帳戶」（見第749 號偵卷㈤第180至183、184至186、187至190、191 至192、196至199、200至204、205至209、210至213、214至217、218至222、223至228、229至234、131至134、155至160、161至166、167至172、173至177、145至15 1頁）。倘若無訛，被告等41人暨其所屬詐欺集團成員以系爭帳戶作為取款帳戶使用，並因而取得詐騙之款項，則系爭帳戶究屬何人所有？是否即係人頭帳戶？被告與詐欺集團成員是否以系爭帳戶作為隱匿其犯罪所得去向之用？尚屬未明，此攸關被告等41人此部分犯行是否構成一般洗錢罪，而與加重詐欺部分，成立想像競合之裁判上一罪關係。倘認被告等41人另外構成一般洗錢罪，則檢察官雖未就該罪部分起訴，惟因與已起訴之加重詐欺行為具裁判上一罪關係，當為起訴效力所及，法院自應併予審理。原判決未查，遽行判決，依上開說明，難認無調查職責未盡之違誤。

三、以上或為被告、檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而第三審法院應以第二審判決所確認的事實作為判決基礎，原判決上述違法情形，已然影響於事實確定，本院無可據以為裁判，自應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。至原判決另敘明不能證明被告楊宥暄、羅靖琮、鄭玉珍、黃柏源、葉繼聖就被害人蘇鳳琴附表二編號14①②③、被害人何玉潔附表二編號18①②③④之匯款；陳勇志、蔡澄賢、潘仲禹、余姿慧、朱韻儒、徐丞佑、許家穎、盧俊宇就被害人劉占峰附表二編號8① 、被害人段永軍附表二編號10①②③④⑤、被害人蘇鳳琴附表二編號14①之匯款，有公訴意旨所指之加重詐欺取財犯行，而不另為無罪之諭知部分，基於審判不可分原則，應併予發回。

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　　6　　月　　27　　日

最高法院刑事第七庭

審判長法官　徐　昌　錦

法官　蔡　國　在

法官　段　景　榕

法官　張　智　雄

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　　7　　月　　2　　日