

最高法院刑事判決

109年度台上字第2594號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官陳惠珠

上訴人

即被告 吳宗祐

選任辯護人 江錫麒律師

王炳人律師

上列上訴人等因被告加重詐欺等案件，不服臺灣高等法院臺中分

院中華民國108年7月30日第二審判決（108年度上訴字第1270

號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署106年度偵字第4035號），

提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於吳宗祐以一行為犯參與犯罪組織及對洪耀鴻犯三人以

上共同詐欺取財部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分：

一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人即被告吳宗祐以一行為犯

參與犯罪組織及對洪耀鴻犯三人以上共同詐欺取財（下簡稱

加重詐欺）部分之不當科刑判決，改判仍依想像競合之規定

，論以一較重之加重詐欺取財罪刑（即原判決附表一編號1

所載部分）。固非無見。

二、組織犯罪防制條例第12條第1項中段規定：「訊問證人之筆

錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定

訊問證人之程序者為限，始得採為證據。」以立法明文排除

被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中

所為之陳述，得適用刑事訴訟法第159條之2、第159條之83

及第159條之5等規定。此為刑事訴訟關於證據能力之特別規

定，較諸刑事訴訟法證據章有關傳聞法則之規定嚴謹，且組

織犯罪防制條例迭經修正，均未修正上開規定，自應優先適

用。是在違反組織犯罪防制條例案件，證人於警詢時之陳述

，即絕對不具證據能力，無刑事訴訟法第159條之2、第159

01 條之3及第159條之5等規定適用之餘地，自不得採為判決基
02 礎。原判決引用證人即告訴人洪耀鴻於警詢中之證述，資為
03 認定上訴人即被告吳宗祐有前開犯行之依憑，揆諸前揭規定
04 及說明，原判決就參與犯罪組織部分之採證難謂適法。

05 三、刑法第55條前段規定：一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷
06 。其規範意旨固為避免對同一行為過度及重複評價，惟想像
07 競合犯本質上實為侵害數法益之數罪，自應對行為人所犯各
08 罪，均予評價，始屬適當。此與法規競合僅選擇其中最適宜
09 之罪名予以適用，為實質上一罪，明顯有別。因此想像競合
10 各罪所規定之刑罰、沒收及保安處分等相關法律效果，本應
11 一併適用。又刑法第33條及第35條僅就刑罰之主刑，定有輕
12 重比較標準，因此上揭「從一重處斷」，僅限於「主刑」，
13 法院應於較重罪名之法定刑度內，量處適當刑罰。至於輕罪
14 罪名所規定之沒收及保安處分，因非屬「主刑」，故與刑法
15 第55條從一重處斷之規定無關，自得一併宣告。本件原判決
16 認定上訴人即被告吳宗祐有上開犯行，應依想像競合犯規定
17 ，從一重之加重詐欺取財罪處斷等情。倘若無訛，則於從一
18 重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，因所犯輕罪之刑罰以
19 外之法律效果，即其中之組織犯罪防制條例第3條第3項強
20 制工作之規定，並未被重罪所吸收，仍應一併適用；詎原審
21 祇憑上訴人即被告吳宗祐上開犯行既從一重論以加重詐欺取
22 財罪，則組織犯罪防制條例關於保安處分即刑前強制工作之
23 規定即無割裂適用之餘地，而不依該條例第3條第3項規定
24 對被告諭知強制工作，自難謂無判決不適用法則之違法。

25 四、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之
26 事項，而第三審法院應以第二審判決所確認之事實作為判決
27 基礎，原判決上述違法情形，影響於事實確定及法律之適用
28 ，本院無可據以為裁判，自應將原判決關於上訴人即被告吳
29 宗祐以一行為犯參與犯罪組織及對洪耀鴻犯三人以上共同詐
30 欺取財部分（即原判決附表一編號1所示者）撤銷，發回原
31 審法院更為審判。又修正前組織犯罪防制條例，對發起、主

01 持、操縱、指揮或參與集團性、常習性及脅迫性或暴力性犯
02 罪組織者，應於刑後強制工作之規定，經司法院釋字第 528
03 號解釋尚不違憲；嗣該條例第 2 條第 1 項所稱之犯罪組織，
04 經二次修正，已排除原有之「常習性」要件，另將實施詐欺
05 手段之具有持續性或牟利性之有結構性組織，納入本條例適
06 用範圍，並對參與犯罪組織之行為人，於第 3 條第 1 項後段
07 但書規定「參與情節輕微者，得減輕或免除其刑」。惟同條
08 第 3 項仍規定「應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作
09 ，其期間為三年」，而未依個案情節，區分行為人是否具有
10 反社會之危險性及受教化矯治之必要性，一律宣付刑前強制
11 工作 3 年。然衡諸該條例所規定之強制工作，性質上原係對
12 於有犯罪習慣，或因遊蕩、懶惰成習而犯罪者，所為之處置
13 ，修正後該條例既已排除常習性要件，則對犯該條例第 3 條
14 第 1 項之參與犯罪組織罪者，是否依該條例第 3 條第 3 項規
15 定，一併宣告刑前強制工作，須視其行為之嚴重性、表現之
16 危險性、對於未來行為之期待性，以及所採措施與預防矯治
17 目的所需程度，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合
18 比例原則之範圍內為之。案經發回，併請注意及之。

19 貳、上訴駁回部分：

20 一、按刑事訴訟法第 377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決
21 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
22 決違背法令為理由，係屬法定要件，且必須依據卷內訴訟資
23 料為具體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形
24 式者，始屬相當。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違
25 背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。
26 倘上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不
27 適用何種法則或如何適用不當，或所為指摘顯不足據以辨認
28 原判決已具備違背法令之形式，均應認其上訴為違背法律上
29 之程式，予以駁回。

30 二、本件原審審理結果，認定上訴人吳宗祐有如原判決附表一編
31 號 2、3 所載之犯行明確，因而撤銷第一審不當之科刑判決

01 ，改判仍依刑法第339條之4第1項第2款論處上訴人加重
02 詐欺取財罪刑（2罪）。已敘述其調查證據之結果及憑以認
03 定犯罪事實之心證理由。

04 三、吳宗祐上訴意旨略以：（一）依吳宗祐參與犯行之情節，所為除
05 該當刑法第339條之4第1項第2款之加重詐欺取財罪外，
06 尚有以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他媒體等傳播工
07 具，對公眾散佈而犯之之情形，原判決未一併依刑法第339
08 條之4第1項第3款論處，有適用法則不當之違法。（二）吳宗
09 祐透過父親向南投縣政府警察局中興分局光明派出所所長自
10 首無訛，原審認定不構成自首，應有違誤。（三）吳宗祐於第一
11 審判決獲附條件緩刑之諭知，完全符合公平原則，並且確實
12 考量到吳宗祐之犯罪情節及犯後態度，且被害人所受損害已
13 經全部獲得填補賠償，並無違誤。原審卻於無何新事證之情
14 況下，基於無稽之推論，自撰不准緩刑之理由，撤銷原判決
15 ，不給吳宗祐緩刑，濫用裁量，違反公平原則，顯屬違誤云
16 云。

17 四、經查：（一）被告之上訴，以受有不利益之判決，為求自己利益
18 起見請求救濟者，始得為之，無許其為自己不利益上訴之理
19 。吳宗祐上訴意旨（一）主張原審未詳予認定其犯罪事實，致漏
20 未併依刑法第339條之4第1項第3款論處，有判決適用法
21 則不當之違法云云，係求為對自己更不利益之判決，與上訴
22 制度之本旨有違，要非合法之第三審上訴理由。（二）刑法所定
23 自首減刑，係以對於未發覺之犯罪，在有偵查犯罪職權之公
24 務員知悉犯罪事實及犯人之前，向職司犯罪偵查之公務員坦
25 承犯行，並接受法院之裁判而言。又依刑法第62條前段規定
26 ，自首僅係得減輕其刑，並非必減，屬法院依職權裁量之事
27 項。原判決依相關事證整體判斷上訴人吳宗祐所為上開犯行
28 查獲經過情形後，既未依上開規定減輕其刑，則關於是否為
29 自首之論敘於判決即難謂有影響。吳宗祐上訴意旨（二）泛言指
30 摘原判決未適用自首規定減刑，顯就同一事項持不同見解，
31 任意爭執，並非第三審上訴之適法理由。（三）緩刑之宣告，除

01 應具備刑法第74條第1項所定條件外，並須有可認為以暫不得
02 執行刑罰為適當之情形，始得為之，且此係屬法院裁判時不得
03 依職權自由裁量之事項。又我國現行之刑事訴訟第二審係覆
04 審制，就上訴案件為完全重覆之審理，關於調查、取捨證據
05 、認定事實、適用法律及量刑等事項，與第一審有相同職權
06 ，不受第一審判決之拘束。當事人有請求第二審撤銷、變更
07 第一審不當、違法判決之權利。本件第一審判決後，檢察官
08 提起上訴，指摘第一審緩刑宣告不當。原審審理結果，同認
09 第一審緩刑之諭知不當，予以撤銷，已依據卷內證據資料說
10 明：上訴人吳宗祐係因車禍而為警查獲本案，並扣押部分被
11 害人受騙之現金，且被害人取回受騙支出之款項，非因吳宗
12 祐悔悟或受其協助，而是向金融機構及檢察官聲（申）請之
13 結果，無從以之為宣告緩刑與否之考量；另吳宗祐尚在研究
14 所就學，惟此與刑罰是否有暫不執行為適當之情無必然關聯
15 。第一審以詐欺贓款均已發還被害人，且吳宗祐現就讀碩士
16 班1年級等情由，諭知緩刑5年及提供200小時義務勞務欠妥
17 。檢察官上訴意旨指稱原判決對吳宗祐宣告緩刑為不當，非
18 無理由等旨。未濫用自由裁量權限，於法亦無不合，不容任
19 意指摘為違法。

20 五、綜上，吳宗祐此部分上訴意旨，無非就原審職權之適當行使
21 ，徒以自己之說詞漫為指摘，顯不足據以辨認原判決已具備
22 違背法令之形式，難認已符首揭法定之第三審上訴要件。其
23 上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

24 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段
25 ，判決如主文。

26 中 華 民 國 109 年 6 月 4 日

27 最高法院刑事第五庭

28 審判長法官林勤純

29 法官許錦印

30 法官王梅英

31 法官莊松泉

01 法官 蔡 新 毅
02 本件正本證明與原本無異
03 書記官
04 中 華 民 國 109 年 6 月 12 日