# 最高法院刑事判決

110年度台上字第2914號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官曾鳳鈴
上　訴　人
即　被　告　何祥銨
選任辯護人　劉政杰律師
　　陳志峯律師
　　王紹安律師

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109年12月15日第二審判決（109年度上訴字第514 號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署106年度偵字第17525、20052、28329號、106年度少連偵字第157、324 號，追加起訴案號：臺灣桃園地方檢察署107年度偵字第9630、14939、25526 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。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由為兩事。如上訴理由書狀非以判決違法為上訴理由，其上訴第三審之程式即有欠缺，應認上訴為不合法，依刑事訴訟法第395 條前段予以駁回。本件經原審審理結果，認被告何祥銨有原判決事實欄及其附表（下稱附表）一編號1 至12所載各該犯行之事證明確，因而維持第一審均論處被告犯刑法第339條之4第1項第1款、第2 款之三人以上共同冒用公務員名

義詐欺取財罪刑（附表一編號11部分，尚想像競合犯民國106年4月21日修正施行之組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織罪；附表一編號1、2、6、7、9、12部分，均尚想像競合犯刑法第216條、第211條之行使偽造公文書罪），並諭知應於刑之執行前令入勞動場所強制工作（下稱強制工作）3年及相關之沒收（追徵）。俱已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

二、上訴人等上訴意旨：

(一)檢察官上訴意旨略以：本案經檢察官扣得如起訴書附表二編號7之車號00000000號自用小客車、編號8之車號00000000號自用小客車及編號10之車號00000000號重型機車，雖係以何祥瑋之名義登記，然實際上為被告所有，且係被告「用其部分犯罪所得購買」之物。則上開車輛均為被告本案犯罪所得變得之物，既已扣案，自應依刑法第38條之1規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。原判決就上開扣案車輛，竟未宣告沒收，亦未說明不應沒收之理由，有判決不適用法則及理由不備之違背法令。

(二)被告上訴意旨略以：

1.被告所犯附表一所示之12次加重詐欺犯行，其犯罪類型相同，且行為態樣、手段、動機均相似，其「責任非難重複評價」之程度極高，考量人之生命有限，刑罰對被告造成之痛苦程度，係以刑度增加而生加乘效果，若以實質累加方式執行，刑責恐將偏重過苛，不符現代刑事政策及刑罰之社會功能。原判決未審酌上情，且未考量被告素行並非不佳，自始坦白犯行，主動提供犯罪所得供檢方查扣及有意願與被害人和解等犯後態度，竟對被告量處重刑，顯違反罪刑相當原則及實質平等原則。

2.被告係因一時思慮欠周，受金錢誘惑始鋌而走險，於偵審中坦承犯罪事實，犯後態度良好，且被告所參與犯罪程度輕微，並非舉足輕重角色，亦未因本案獲取暴利，足認被告犯罪

情狀堪可憫恕。原審判決未依刑法第59條規定酌減其刑，難認適法。

3.被告素行良好，本案所分得報酬微薄，難認已達嚴重危害社會之程度，僅憑本案加重詐欺犯行，亦難認有犯罪習慣。被告開設羊肉爐店與撞球場，並非以詐欺為業，改正被告犯行之有效方法，係提供適當之更生教育及保護、就業機會及社會扶助等，並非祇有強制工作一途。衡酌被告行為之嚴重性、表現之危險性、對於未來行為之期待性、所採措施與預防矯治目的所需程度，暨原審已定應執行有期徒刑4 年，難認有再宣告強制工作以預防矯治其社會危險性之必要。原判決對於被告諭知刑前強制工作，卻認定有詐欺前科且本案地位不亞於被告之洪宇盛毋庸強制工作，同有違反比例及公平原則。

三、惟按：

(一)犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。刑法第38條之1第1項前段、第3項、第4項分別定有明文。共同正犯犯罪所得之沒收、追徵，應就各人所分得之數為之。所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。因此，若共同正犯各成員內部間，對於犯罪所得分配明確時，應依各人實際所得宣告沒收；若共同正犯對犯罪所得無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收。從而，對於共同正犯犯罪所得之沒收、追徵，限於其因犯罪所分得之原物（例如現金）、其變得之物或財產上利益及其孳息。又依刑事訴訟法第141條第1項規定，變價所得之價金，係由得沒收之扣押物變換而來，兩者不失其同一性，如該扣押物依法應予沒收，因原物已變價而不存，自非不得沒收其保管之價金；反之，若非依上開規定變價所得之價金，而與原物欠缺同一性，當不生以該價金代替原物沒收之問題。查扣案如起訴書附表二編號7 所示之車

號00000000號自用小客車、編號8所示之車號00000000號自用小客車及編號10所示之車號00000000號重型機車，前於偵查中經臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）依刑事訴訟法第133條之1第1項規定裁定准予扣押，嗣經臺灣桃園地方檢察署（下稱桃園地檢署）檢察官依刑事訴訟法第141條規定為變價之拍賣命令，並於鑑價後分別以新臺幣（下同）301萬元、188萬元、102萬元拍定而保管其價金等情，有桃園地院106年度聲扣字第10號裁定、桃園地檢署檢察官106年度變價字第7號命令、桃園地檢署拍賣筆錄可稽（見桃園地檢署106年度變價字第7號卷〈下稱變價卷〉第2至3、86、246、253、290頁）。另上開車輛雖係以何祥瑋之名義登記，然實際上為被告所有，且據被告於偵查中供稱：「（問：該3部汽機車，你都有拿部分犯罪所得購買？）是」等語乙節，固有被告及何祥瑋於偵查中之詢問筆錄足憑（見變價卷第71至73、76至77、79至81頁）；然卷查，上開車輛領取車牌時間，分別為105年4月25日（車號00000000號自用小客車）、105年4月29日（車號000-0 000號自用小客車）、104年12月31日（車號00000000號重型機車），有行車執照影本可參（見變價卷第102、116、151頁）。稽之原判決附表一編號1至12「交付時間」欄所載被害人受騙後交付財物或匯款之時間，係106年2月16日起至同年5月22日止（見原判決第58至71頁），足認被告購買上開車輛之初，不問有無辦理貸款，其價金來源均與本案被告分得之犯罪所得無關。被告所稱上開車輛均係以部分犯罪所得購買乙節，縱認與事實相符，至多亦祇得評價為清償貸款之所為，與購買車輛價金之支付，要屬二事。則上開扣案車輛，即難認係本案被告犯罪所得之變得之物。原判決因認本案附表一各該編號之犯罪所得均未扣案，而諭知未扣案之犯罪所得沒收、追徵，於法自無不合，縱未說明不沒收上開車輛之理由，亦與理由不備之情形有別。至扣案車輛及其變價所得價金部分，乃屬檢察官於本案確定後如何執行追徵抵償之問題，與本案被告犯罪所得之諭知沒

收、追徵，並非一事，不可不辨。檢察官依循告訴人甲○○○具狀請求，上訴指摘前揭扣案車輛，均為被告犯罪所得之變得之物，原判決未宣告沒收，有不適用法則及理由不備之違法云云，尚非可採，難認是合法之上訴第三審理由。

(二)我國法制採刑罰與保安處分雙軌制，既仍維持行為責任之刑罰原則，並期協助行為人再社會化功能，改善行為人潛在危險性格，俾達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。保安處分係針對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化、治療之目的，為刑罰之補充制度。其中之強制工作，旨在對嚴重職業性犯罪及欠缺正確工作觀念或無正常工作而犯罪之人，強制其從事勞動，學習一技之長與正確謀生觀念，使其日後順利重返社會，適應社會生活。顯見刑罰與保安處分各有其目的與功能，二者相輔相成，並行不悖。又刑罰之量定及保安處分之宣告，均屬事實審法院之職權，倘符合法律規定之要件與範圍，且於裁量權之行使無所逾越或濫用，而無明顯違背公平、比例及罪刑相當原則者，自不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。

1.查原判決就被告所犯如附表一各該編號所示之罪，係以其行為之責任為基礎，其理由內並說明第一審已依刑法第57條各款規定，審酌其犯罪之動機、目的、手段，及其智識程度、家庭生活狀況、犯後態度等一切情狀，而分別量處如附表一各該編號「主文」欄所示之刑，並定其應執行刑，所為量刑並未逾法定刑度，亦無濫用裁量或違反比例原則及罪刑相當原則，而予維持等旨（見原判決第52至53頁）。原審就被告所犯各罪之宣告刑及應執行刑之量定，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有濫用裁量權限之違法情形，於法核無違誤。另就被告參與犯罪組織犯行部分，其理由已載敘：係斟酌被告所參與者係跨境之詐騙犯罪集團，且其擔任詐欺集團在臺灣地區之控臺及「收水」工作，負責與大陸地區機房人員聯繫、委請車手頭指派之車手至現場行騙取財，並負責向車手

頭取回詐得財物後繳回該集團、轉發帳戶資料予大陸機房及引介轉發車手供大陸機房調度，足認被告係該集團在臺灣地區之主要成員，涉案情節非輕，惡性重大等旨（見原判決第55頁），因認第一審考量被告行為之嚴重性、危險性，依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，諭知刑前強制工作3年，尚與比例原則無違，而駁回被告之上訴。其理由業就被告行為之嚴重性、表現之危險性、對於未來行為之期待性，以及所採措施與預防矯治目的所需程度等情，及何以認為有預防矯治其社會危險性之必要，詳為說明。既無違反比例原則，於法自無不合。另就共犯洪宇盛何以不諭知強制工作乙節，理由內復已載敘：審酌洪宇盛參與情節非重、參與時間非久，其所顯現之行為嚴重性及表現危險性均屬非重，且犯後已有悔意，難認其有犯罪習慣，因認尚無施以強制工作之必要等旨（見原判決第50頁），亦無理由欠備或違反平等原則之情形。被告猶執其上訴第二審之陳詞，上訴指摘原判決量刑及宣告刑前強制工作，違反比例、平等及罪刑相當等原則，洵有違誤云云，核係就原審量刑及宣告保安處分裁量職權之適法行使，暨原審已明白論述之事項不顧，憑持己見，任意指摘為違法，均非適法之第三審上訴理由。

2.應否依刑法第59條酌量減輕其刑，法院本屬有權斟酌決定，故未酌減其刑，既不違背法令，自不得執為提起第三審上訴之合法理由。原審經衡酌被告之犯罪情狀認無可憫恕之事由，而未依上揭規定酌減其刑，縱未說明其理由，並不違法，自無被告上訴意旨所指違法之可言。

四、以上及其餘上訴意旨，核係對原判決理由已經說明之事項，任憑己見而為事實及法律上之爭執，或係對原審關於量刑及保安處分裁量職權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件，俱非適法之第三審上訴理由，應認檢察官及被告之上訴均違背法律上之程式，予以駁回。

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　　110　　年　　4　　月　　29　　日

刑事第二庭審判長法　官　林　勤　純

法　官　王　梅　英

法　官　楊　力　進

法　官　莊　松　泉

法　官　吳　秋　宏

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　5　　月　　5　　日