最高法院刑事判決

111年度台上字第874號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官陳立偉
上　訴　人
即　被　告　楊凱翔
上　訴　人
（被告）　顏年宏
　　邱靖翔
上列三人
選任辯護人　謝志揚律師

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110年10月28日第二審判決（110年度金上訴字第1457號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署108年度偵字第32334號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於楊凱翔遭扣押之現金新臺幣壹拾貳萬壹仟元不予宣告沒收部分撤銷，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（即原判決關於上訴人即被告楊凱翔遭扣押之現金新臺幣　下同﹔121,000元不予宣告沒收）部分

一、按沒收新制已將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，已非刑罰之從刑，訴訟程序上有其自主性與獨立性，其雖以犯罪（違法）行為存在為前提，但二者非不可分離審查。即使對本案上訴，倘原判決沒收部分與犯罪事實之認定及刑之量定，予以分割審查，並不發生裁判歧異之情形者，即無上訴不可分之關係，當原判決採證、認事及刑之量定均無不合，僅沒收部分違法或不當，自可分離將沒收部分撤銷改判或發回，其餘本案部分予以判決駁回，合先敘明。

二、本件原審審理結果，認定楊凱翔有如原判決附表（下稱附表）甲編號1所示之犯行，因而撤銷第一審關於楊凱翔部分之不當判決，改判依想像競合犯，從一重論處其如附表乙編號

1 所示犯三人以上共同詐欺取財（尚犯組織犯罪防制條例第3條第1項後段之參與犯罪組織、洗錢防制法第14條第1項之一般洗錢）罪刑及為相關沒收之宣告。並於理由說明：楊凱翔供稱其於民國108年11月11日在臺中市○○區○○路○○號對面「威倫停車場」遭扣押之現金121,000元係賭博贏來的錢，並無證據證明該現金為本案犯罪所得。檢察官請求宣告沒收，尚屬無據。固非無見。

三、惟查：犯組織犯罪防制條例第3條之罪者，對於參加組織後取得之財產，未能證明合法來源者，除應發還被害人者外，應予沒收。此觀同條例第7條第2項、第1項之規定甚明。依其立法理由載述：參加犯罪組織後所得之財產應以無法證明為合法所得者為限，將參加組織後取得之財產採取舉證責任之轉換，在無法證明財產為合法來源之情況下，予以沒收等語。可知關於行為人參加犯罪組織後取得之財產，係以其無法證明財產為合法來源之情況下，為沒收前提要件，此非由代表國家之檢察官負舉證責任，而係由參與犯罪組織之犯罪行為人負舉證責任，其無法證明為合法所得時，即應承擔財產被沒收之危險。犯罪行為人對於參與犯罪組織後所取得之財產，未能證明財產為合法來源時，即應予沒收。又刑法有關沒收之規定於104年12月30日修正公布，並自105年7月1日施行。而組織犯罪防制條例第7條有關財產沒收之特別規定亦於同年7月20日配合修正（刪除追繳、追徵價額等規定）公布施行，非屬刑法施行法第10條之3第2項所定不再適用之情形，自應優先適用。另刑法第55條想像競合犯之規定，行為人所犯數罪係成立實質競合，自應對行為人所犯各罪，均予評價，始屬適當。換言之，想像競合犯本質上為數罪，各罪所規定之刑罰、沒收及保安處分等相關法律效果，自應一併適用。再者，想像競合犯係一行為觸犯數罪名，為避免對同一行為過度及重複評價，刑法第55條前段規定「從一重處斷」。而刑法僅就刑罰之主刑，定有輕重比較標準，因此上揭「從一重處斷」，僅限於「主刑」，法院應於較

重罪名之法定刑度內，量處適當刑罰。至於輕罪罪名所規定之沒收及保安處分，因非屬「主刑」，故與刑法第55條從一重處斷之規定無關，自得一併宣告。行為人以一行為觸犯參與犯罪組織罪及刑法加重詐欺取財罪，於從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，因所犯輕罪（參與犯罪組織罪）之刑罰以外之法律效果，即組織犯罪防制條例第7條有關財產沒收之特別規定，並未被重罪所吸收，仍應一併適用，尚無法律割裂適用問題，併予敘明。本件楊凱翔在「威倫停車場」遭扣押之現金121,000元，是否係其參加犯罪組織後所取得之財產？若是，楊凱翔對於該現金為合法來源，是否已盡其舉證責任？原審未予調查釐清，並為必要之說明及論斷。遽行認定上開現金非犯罪所得，不予沒收。有判決理由不備及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

四、檢察官上訴指摘及此，為有理由，應認此部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即原判決上開撤銷以外）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。

二、本件原判決撤銷第一審關於上訴人顏年宏、楊凱翔、邱靖翔（下稱顏年宏等3人）部分之不當判決，改判各依想像競合犯，從一重論處顏年宏等3人如附表乙編號1至188所示犯三人以上共同詐欺取財（尚犯一般洗錢罪，編號1部分顏年宏另犯參與犯罪組織、招募他人加入犯罪組織、楊凱翔、邱靖翔另犯參與犯罪組織）各罪刑及為相關沒收之宣告。已詳敘認定犯罪事實所憑證據及理由。並對顏年宏等3人之自白，如何與事實相符，為可採信，依據卷內資料予以說明。

三、所謂接續犯，係指多次之數行為，合於同一構成要件，但因係於同一時、地或甚為密接時、地之作為，而持續侵害同一法益，依社會通念，咸認其各舉動之獨立性極為薄弱，將之視為一個行為較合理，使各舉動構成單一之犯罪行為，給予一個法律上之評價而言。關於顏年宏等3人如附表乙所示各次加重詐欺取財犯行，是否為接續犯。原判決綜合判斷顏年宏等3人之供述及卷附扣案筆記型電腦內上傳Google雲端之對帳表等證據，因而認定附表甲所示各匯款金額係由不同被害人匯款。並敘明：顏年宏等3人於詐欺轉帳機房內採上下班制，工作每日可分。當日若有電信機房通知被害人將匯款至大陸地區人頭帳戶，須留下待命至被害人所匯款項均處理轉帳完畢為止。且轉帳機房之運作，需每日將電信詐欺機房所轉入人頭帳戶之金額全數轉帳完畢，並每日製作營收明細表。足認同一天內至少有一大陸地區不詳被害人遭詐欺取財集團成員詐騙而轉帳或匯款。顏年宏等3人如附表乙所示各次加重詐欺取財犯行，可依不同工作日明顯區隔。不同日所為，各具獨立性，難認係出於單一行為決意之數次舉動。顏年宏等3人如附表乙所示各犯行，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰等旨甚詳。所為論列說明，與卷證資料悉相符合，亦不違反經驗、論理法則，於法無違。顏年宏等3人上訴意旨主張被害人未必於同日匯款，亦可能多次受詐欺，本案尚乏證據足證附表甲所示各匯款金額係由不同被害人匯款，依罪疑惟輕原則，附表乙所示各犯行，應依接續犯論以包括之一罪，原判決誤予分論併罰。核係對原審採證、認事之職權行使及原判決已說明之事項，依憑己意而為指摘，俱非適法上訴第三審之理由。

四、刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此屬事實審法院得依職權裁量之事項。原判決已敘明顏年宏等3人之犯罪情狀，如何不符上述酌減其刑之要件。屬其裁量職權之適法行使，尚難指為違法。顏年宏

等3人上訴意旨以其等無前科，均坦承犯行，犯罪情節、惡性難謂重大等情，指摘原判決未依上開規定酌減其刑有所違誤，係就原審得為裁量之職權行使及原判決已說明之事項，依憑己意而為指摘，同非上訴第三審之適法理由。

五、刑及執行刑之量定，均屬為裁判之法院裁量之職權。原判決已敘明就顏年宏等3人所犯如附表乙所示加重詐欺取財罪，以其等之責任為基礎，分別具體斟酌刑法第57條所列各款事項（包括顏年宏等3人之犯罪動機、目的、手段、於詐騙集團中之分工地位、參與之程度，其等均坦承犯行，楊凱翔繳回犯罪所得40萬元之犯後態度，顏年宏自陳家裡經濟皆由其扶持，楊凱翔自陳國中畢業，目前從事電機維修，與祖母同住，父母離婚，父親自住等情狀）而為量刑，及審酌其等犯罪時間密接，犯罪手段與態樣相同，均為侵害財產法益等情狀，依同法第51條第5款規定，定其應執行之刑。既未逾越法定刑度，亦無違背公平正義之情形，均屬量刑裁量職權之適法行使，尚難指為違法。顏年宏上訴意旨以其無前科，囿於經濟壓力擔任水房成員，犯後坦承犯行，已知悔悟。原審量刑及定刑過重，有違罪責相當、平等原則。楊凱翔上訴意旨以其無前科，僅國中畢業，自幼父母離異，與祖母相依為命，父親離家於外地工作。其為貼補家用，一時失慮誤罹刑典，目前從事電機維修，並照顧祖母，已知悔悟。且其加入詐欺機房的時間晚於共同正犯吳禾宥（經第一審判處罪刑確定），惟其量刑（應執行有期徒刑3年6月）卻重於吳禾宥（處有期徒刑2年6月），有違平等、比例原則。邱靖翔上訴意旨以其與楊凱翔同時加入詐欺機房，均較吳禾宥晚，且其等從事相同工作。惟其量刑（應執行有期徒刑4年）卻重於楊凱翔、吳禾宥，實屬過重，有違平等、比例原則。惟查原判決係具體斟酌刑法第57條所列各款事項，合法行使其量刑裁量權限，並非單以加入詐欺機房之時間長短，作為量刑輕重之唯一標準。且吳禾宥經第一審判決論以一罪，與楊凱翔、邱靖翔係數罪之情形不同，縱第一審對吳禾宥之量刑較

輕，亦不得執此指摘原判決就楊凱翔、邱靖翔之量刑不當。至原判決未特別說明顏年宏等3人無前科等情，於量刑結果尚不生影響。顏年宏等3人上訴意旨指摘原判決量刑違法，皆係對原審量刑裁量之職權行使、原判決已斟酌說明及於量刑結果無影響之事項，依憑己意而為指摘，殊非適法上訴第三審之理由。

六、緩刑之宣告，除應具備刑法第74條所定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之。是否宣告緩刑，係屬法院得依職權裁量之事項。顏年宏上訴意旨謂原審未對其宣告緩刑，有所不當，係對原審得為裁量之職權行使，依憑己意而為指摘，仍非上訴第三審之適法理由。

七、依上所述，本件此部分上訴均違背法律上之程式，皆應予駁回。

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

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　2　　日

刑事第八庭審判長法　官　李　英　勇

法　官　洪　兆　隆

法　官　吳　冠　霆

法　官　邱　忠　義

法　官　楊　智　勝

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　7　　日