

裁判選輯及評釋：刑事

楊宜璇*

【裁判字號】最高法院113年度台非字第191號刑事判決

【裁判案由】加重詐欺等罪

【裁判日期】民國113年12月26日

【裁判要旨】

科刑一部上訴之全案確定判決，有審判違背法令情形者，非常上訴之客體，依個案違法情事判斷如下：1、若僅論罪部分之判決違背法令者，因事實認定與罪名論斷之違誤，勢必影響科刑及其他法律效果，自應將第一、二審之判決併為審查，合為非常上訴之對象，否則無法達成特別救濟之糾正目的，二者缺一不可。2、若第一審判決之論罪與科刑均無誤，僅第二審撤銷改判之科刑判決違背法令者，第二審科刑判決之違法，並不影響第一審關於犯罪事實之認定及罪名之論斷，非常上訴只須以第二審科刑判決為客體，即可達其特別救濟之糾正目的；反之，若第二審維持第一審之科刑判決，且第一、二審判決之科刑皆屬違法，自應以第一審之科刑判決及第二審科刑判決併為非常上訴之客體，當屬無疑。3、倘第一審論罪部分之判決及第二審科刑判決均未違法，僅第一審判決之沒收或保安處分違背法令者，因第一審判決關於沒收或保安處分之違背法令，並未致論罪、科刑產生連動，與第一審論罪部分

之判決及第二審科刑判決均無影響，非常上訴單就第一審判決關於保安處分或沒收之違法部分予以糾正，尚不致發生第一、二審判決相互矛盾牴觸之情形，非常上訴自可以此為特別救濟之標的。

【評釋】

一、按：「上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」、「判決不適用法則或適用不當者，為違背法令」、「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴」、「提起非常上訴，應以非常上訴書敘述理由，提出於最高法院為之」、「認為非常上訴有理由者，應分別為左列之判決：一、原判決違背法令者，將其違背之部分撤銷。但原判決不利於被告者，應就該案件另行判決。二、訴訟程序違背法令者，撤銷其程序」，刑事訴訟法第348條、第378條、第441條、第443條及第447條第1項分別定有明文。

二、次按：「外國人受有期徒刑以上刑之宣

* 本文作者係執業律師

告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。」，刑法第95條定有明文。

三、未按：「臺灣地區以外之大陸、香港、澳門等地區人民之相關入出境管理，我國係以臺灣地區與大陸地區人民關係條例及香港澳門關係條例另予規範，而非視之為外國人。又內政部移民署對許可進入臺灣地區之香港居民撤銷或廢止其入境許可，及對之逕行強制出境或限期令強制出境等相關規定」，香港澳門居民進入臺灣地區及居留定居許可辦法第9條、香港澳門關係條例第14條分別設有明文。

四、本案事實略為：本案被告基於參與犯罪組織之犯意，自民國112年5月1日起，經介紹加入真實姓名年籍不詳之3人以上，以實施詐術為手段、具有持續性、牟利性、有結構性之詐欺集團犯罪組織，負責提領被害人遭該詐欺集團詐騙而匯入人頭帳戶款項之工作。被告與該詐欺集團成員共同意圖為自己之不法所有，並基於3人以上共同犯詐欺取財，及掩飾、隱匿詐欺取財犯罪所得去向以洗錢之犯意聯絡，由該詐欺集團成員詐騙被害人等，致渠等陷於錯誤而將款項匯至其他被害人申辦之金融機構存款帳戶，復由被告提領款項，並將領得之款項以不詳方式轉交予詐欺集團上游成員，以此方式製造金流追查斷點，掩飾、隱匿詐欺取財犯罪所得之去向。案經檢察官偵辦將相關事實分別提起公訴後，分為甲、乙二案，甲、乙二案刑事一審法院除認定被告構成刑法三人以上共同詐欺取財

罪而應判處有期徒刑外，均諭知被告應於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。嗣經檢察官與被告均就刑事一審判決刑之部分提起上訴，甲、乙二案合併審理，刑事二審法院認定乙案刑事一審判決量刑過輕，未能契合社會之法律感情而加重被告有期徒刑之刑度，其餘部分駁回上訴，至於保安處分部分，刑事第二審法院則認此為刑度以外之其他認定或判斷，與刑之量定尚屬可分，且不在檢察官及被告上訴範圍，故刑事二審法院未就保安處分額外審究。嗣後，被告復以刑事第二審判決未宣告緩刑為由提起上訴，案經最高法院駁回而告確定。

五、其後，最高檢察署檢察總長認本案關於保安處分部分違背法令，向最高法院提起非常上訴，基此，本案之爭點為：科刑一部上訴之全案確定判決，有審判違背法令情形者，非常上訴之客體為何？保安處分得否單獨為非常上訴之客體？法院應如何判決？

六、經查，刑事訴訟法第348條修正增訂第3項賦予當事人得僅就科刑、沒收或保安處分上訴之一部上訴權，動搖我國傳統實務以論罪科刑在審判上具有不可分離之關係，原須整體於同一判決合一確定之罪刑不可分原則，然修法後當事人對科刑等法律效果合法提起一部上訴者，未上訴之認定犯罪事實部分，祇對上級審之審判範圍有內部拘束作用，並非因此即生對外效力，猶須待第二審科刑判決確定後，方全案確定而具實質既判力。是罪與刑縱由第一、二審判決分別

為之，全案仍應俟第二審判決確定後，本案之論罪、科刑始整體合一對外發生法律效力而全案確定。準此，科刑一部上訴之全案確定判決，有審判違背法令情形者，非常上訴之客體，依個案違法情事判斷如下：1、若僅論罪部分之判決違背法令者，因事實認定與罪名論斷之違誤，勢必影響科刑及其他法律效果，自應將第一、二審之判決併為審查，合為非常上訴之對象，否則無法達成特別救濟之糾正目的，二者缺一不可。2、若第一審判決之論罪與科刑均無誤，僅第二審撤銷改判之科刑判決違背法令者，第二審科刑判決之違法，並不影響第一審關於犯罪事實之認定及罪名之論斷，非常上訴只須以第二審科刑判決為客體，即可達其特別救濟之糾正目的；反之，若第二審維持第一審之科刑判決，且第一、二審判決之科刑皆屬違法，自應以第一審之科刑判決及第二審科刑判決併為非常上訴之客體，當屬無疑。3、倘第一審論罪部分之判決及第二審科刑判決均未違法，僅第一審判決之沒收或保安處分違背法令者，因第一審判決關於沒收或保安處分之違背法令，並未致論罪、科刑產生連動，與第一審論罪部分之判決及第二審科刑判決均無影響，非常上訴單就第一審判決關於保安處分或沒收之違法部分予以糾正，尚不致發生第一、二審判決相互矛盾牴觸之情形，非常上訴自可以此為特別救濟之標的。是以，最高檢察總長對本案因科刑一部上訴之全案確定判決，以第一審判

決關於論知驅逐出境部分違背法令為由，得提起非常上訴，法院應就本案刑事第一審判決關於保安處分予以糾正。而本案被告為香港地區居民，非屬外國人，是否對其強制出境，應移由內政部移民署本於權責及相關法律規定處理之，並非刑法第95條規定得逕予驅逐出境之對象，本案刑事第一審判決未察此情，俱依刑法第95條規定均於判決論知被告應於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。依上開說明，此部分有適用法則不當之違背法令，故最高法院將本案刑事第一審判決論知「並於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境」部分均撤銷，以資救濟。

七、本案涉及刑事訴訟法第348條第3項一部上訴與非常上訴之適用問題，最高法院明確區分三種情形下非常上訴客體之認定標準，特別釐清保安處分得單獨作為非常上訴客體，本案具有指標性意義，因法院確立僅有科刑一部上訴之確定判決中，若僅保安處分部分違法，而論罪及科刑部分無誤時，非常上訴可單就保安處分部分提起，無須將論罪及科刑部分併為審查對象，如遇有承辦案件有類似情況時，可資參考。

【裁判字號】最高法院113年度台上字第1074號刑事判決

【裁判案由】違反銀行法

【裁判日期】民國113年12月19日

【裁判要旨】

刑法第38條之2第2項過苛調節條款，明定宣告沒收或追徵有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件必要之情形，得不宣告或酌減，以調節沒收之嚴苛性，並兼顧訴訟經濟，節省法院不必要之勞費。然過苛調節條款固為比例原則之體現，惟其為義務沒收之法定例外，為避免不當適用而悖離澈底剝奪不法利得之立法本旨，法院適用該條款不宣告沒收或酌減時，自應聚焦並詳細說明其何以符合該條款所定上述情形之具體理由，否則即有理由不備之違法，至於行為人之惡性或犯罪行為危險性等量刑因子則非考量之列。又，即便行為人與被害人達成和解，若未實際給付和解金，仍應就未給付部分諭知沒收或追徵，以澈底剝奪不法利得，落實犯罪所得沒收制度之立法本旨。

【評釋】

一、按：「犯本法之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第三十八條之一第二項所列情形取得者，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之。」，銀行法第136-1條。

二、次按：「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取

得。前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。第一項及第二項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵」、「宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之。」，刑法第38-1條及第38-2條第2項分別定有明文。

三、本案判決事實及關於沒收爭點部分略為：被告楊男於民國105年初在社群網站Facebook成立「宋銀子一直都在如期兌換」及「宋財神給銀子」社團（下合稱宋銀子社團），詎被告楊男與其他7名被告，均明知非依銀行法組織登記之銀行，不得經營收受存款業務，亦不得以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬，而宋銀子社團並非銀行，未經我國主管機關許可經營銀行業務，竟仍共同基於違反上開非法吸收資金之單一集合犯意聯絡，由被告楊男於105年4月間起至106年10月止在宋銀子社團上陸續張貼虛擬貨幣投資方案，向宋銀子社團內之社員表示願販售虛擬貨幣，於一定期間後，投資人將取得虛擬貨幣之利息，保證以原價或加價買回全部虛擬貨幣等內容吸引投資；而其他7名被告則為宋銀子社團之管理者。嗣投資人見上開被告楊

男張貼於宋銀子社團之投資文宣貼文後，在該貼文下方留言參加，並於指定之時間內，匯款至被告楊男指定之帳戶內，被告楊男再於約定之日期，將本金及保證之利息匯至投資人指定之帳戶。被告楊男及其他7名被告以此方式非法經營收受存款業務，取得新臺幣（下同）6億1,690萬2,500元。嗣因被告楊男於106年10月底無法依約履行投資之內容，且使投資人無法聯繫，造成投資人求償無門而報警處理。案經檢察官提起公訴，刑事第一審法院認定被告楊男所為係犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪，處有期徒刑10年6月，並宣告未扣案之犯罪所得2,014萬7,080元，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，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。嗣經被告楊男不服提起上訴，刑事第二審法院因被告楊男與部分投資人達成和解而酌減刑度為有期徒刑8年，並認此情適用刑法第38條之2第2項規定，將沒收部分調整未領本金之差額後，再扣除被告楊男與投資人和解之總金額（按：實際已給付之和解金僅有一部分），宣告沒收未扣案之犯罪所得639萬7,605元。復經檢察官及被告楊男提起上訴，刑事第二審判決關於犯罪所得沒收部分經撤銷發回，是以，本案犯罪所得沒收部分之爭點為：若僅泛稱若予以沒收，有過苛之虞而未說明如何符合過苛條款之具體理由，有無適用法則不當及理由不備之違法？雖與被害人達成和解，然未實際

給付之和解金是否仍應予宣告沒收？

四、經查，為澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因，現行刑法就屬於犯罪行為人之犯罪所得採義務沒收主義，僅於已實際合法發還被害人時，始例外不予宣告沒收或追徵，倘若犯罪行為人雖與被害人達成民事賠償和解，惟實際上並未將民事賠償和解金額給付被害人，或犯罪所得高於民事賠償和解金額者，法院對於未給付之和解金額或犯罪所得扣除和解金額之差額部分等未實際賠償之犯罪所得，自仍應諭知沒收或追徵，始符合澈底剝奪不法利得之立法本旨。又倘沒收全部犯罪所得，有過苛等之特別情況，得依刑法第38條之2第2項以為調節，亦即適用上述過苛調節條款規定，必須「有過苛之虞」、「欠缺刑法上之重要性」、「犯罪所得價值低微」，或「為維持受宣告人生活條件之必要」之情形，始得為之，而沒收有無刑法第38條之2第2項規定之適用，其所應審酌者係該犯罪所得本身，是否具有不應沒收或應予酌減或以不宣告沒收為適當之特別情形。換言之，過苛調節條款固為比例原則之體現，惟其為義務沒收之法定例外，為避免不當適用而悖離澈底剝奪不法利得之立法本旨，法院適用該條款不宣告沒收或酌減時，自應說明其何以符合該條款所定上述情形之具體理由。而本案被告楊男雖與67名投資人達成和解，和解總金額雖達811萬3,840元，然僅給付9,160元，本案經最高法院撤銷沒收部分發回高等法院更審後，認被告楊男並無

刑法第38條之2第2項過苛調節之情事或理由，諭知未給付之和解金額，或犯罪所得扣除和解金額之差額部分等未實際賠償之犯罪所得，仍應沒收及追徵。

五、綜上所述，法院審理是類案件，關於沒收有無刑法第38條之2第2項規定之適用，其應敘明理由具體審酌者為該犯罪所得本身，是否具有不應沒收或應予酌

減或以不宣告沒收為適當之特別情形，行為人之惡性或犯罪行為之危險性等與審酌量刑輕重有關之事項則非考量之列，且雖已達成和解之部分，如未為給付，亦應諭知沒收或追徵。近年吸金、詐欺等刑事案件繁多，如承辦相關案件遇有類似情形，本案判決得作為處理之參考。

稿 約

- 一、每期截稿日為每月月底五天前。
- 二、手寫稿之字跡務必工整；為求校稿之便利，請作者提供磁片或電子檔案。
- 三、本刊各專欄均歡迎投稿及提供資料，學者專家來稿請附學、經歷及現職基本資料及聯絡地址電話。
- 四、請作者切勿一稿兩投。但如為研（座）討會內之特定人士閱覽之文章不在此限。
- 五、文稿如有引用其他著作者，請註明其出處，並提供註釋。
- 六、本刊為公會刊物，常態性設有全國律師聯合會會務屬性之專欄，關於該專欄之文件或文章，由秘書長會知會訊委員會主任委員刊登，不計稿酬。
- 七、所有稿件均應依審稿辦法處理。
- 八、本刊審稿委員得提供修稿建議，如作者拒絕者，應特別註明。
- 九、為感謝作者熱心支持本刊，除第六條規定外，凡經審稿通過之文稿，當酌致稿酬如下：
 - (一) 本刊稿酬每一字新台幣壹元，外文稿酬另議。
 - (二) 凡超過壹萬貳仟字之稿件，壹萬貳仟字以上部份，每字新台幣0.5元。
 - (三) 每篇稿件給付稿酬上限為新台幣壹萬伍千元。
 - (四) 翻譯之文稿，每字新台幣0.5元。
 - (五) 未具原創性，而係引用其他學術文獻及法案等之附件者，除有例外，否則不列入稿酬之計算。
- 十、投稿者欲撤回投稿時，若已完成編排作業，須賠償本會審稿之審查費用新台幣貳千元，並經編輯委員會同意後始得撤回。
- 十一、本稿約經會訊委員會修正通過後自2008年1月10日施行。