

最高檢察署

107 年度上字第 3584 號

行言詞辯論聲請書

(追加理由書)

檢察官 朱朝亮

法律爭點

爭點一：行為人參與詐欺犯罪組織，並分工詐欺行為，觸犯參與犯罪組織罪與加重詐欺取財罪，上開 2 罪應數罪併罰或以想像競合犯從重論以加重詐欺取財罪？

爭點二：上開情形，倘以想像競合犯從重論以加重詐欺取財罪，應否依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項、第 1 項規定，於刑之執行前，令入勞動場所強制工作？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實	1
貳、本案下級審對上開法律爭點之見解	2
一、臺灣臺中地方法院 107 年度訴字第 310 號判決	2
二、臺灣高等法院臺中分院 107 年度上訴字第 1015 號判決	3
三、小結	5
參、聲請行言詞辯論之理由	5
一、爭點一	5
(一)我國相關法律規定、修法及立法理由	5
1. 組織犯罪防制條例第 2 條、第 3 條	5
2. 刑法第 339 條之 4	6
(二)犯罪競合之學說	7
1. 意思說(犯意標準說)	7
2. 行為說(行為標準說)	7
3. 結果說(法益標準說)	7
4. 構成要件說(構成要件標準說)	8
5. 綜合說	8
6. 認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數	8
7. 由行為單、複數出發處理競合論	9
(三)外國立法例	9
1. 美國組織犯罪之論罪	9
2. 德國組織犯罪之論罪	10
(四)我國實務見解	11
1. 數罪併罰	11
2. 依想像競合犯以加重詐欺罪處斷	13
(五)本署見解	13

1. 加入犯罪組織成為組織之成員，犯罪即屬成立	13
2. 本案被告行為該當參與犯罪組織罪	14
3. 參與犯罪組織及詐欺是不同行為，應數罪併罰	15
二、爭點二	16
(一)我國相關法律規定及修法理由	16
(二)封鎖效果之學說	16
(三)外國立法例	18
1. 德國法規定	18
2. 日本法規定	19
(四)我國實務	19
1. 仍應依組織犯罪防制條例宣告強制工作	20
2. 不應宣告強制工作，避免割裂適用法律	21
(五)本署見解	21
1. 「封鎖效果」包含保安處分較合法理	22
2. 我國實務「封鎖效果」採從寬認定	23
3. 法律適用並非絕對不能分割	24
4. 如貫徹原審見解，可能導致荒謬結果	25
三、言詞辯論之必要性	25
肆、結論	26
伍、附件清冊	27

最高檢察署檢察官行言詞辯論聲請書(追加理由書)

107 年度上字第 3584 號

聲請人 最高檢察署檢察官 朱朝亮

被告 陳○德

上列被告因加重詐欺等案件，於中華民國 107 年 9 月 4 日經臺灣高等法院臺中分院為第二審判決（107 年度上訴字第 1015 號），檢察官已於法定期間內提起上訴，本檢察官認為原判決所持法律見解有原則重要性及統一見解之必要，應行言詞辯論，茲將理由分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

緣余○成於民國 106 年 8 月初某日，與陳○廷(以上 2 人之犯行，由原審法院另行審理)及其他真實姓名年籍不詳之成年男子，共組三人以上以金融卡提領遭詐欺之被害人匯款進入人頭帳戶內財物之詐欺車手集團，並參與具有持續性及牟利性詐欺組織，嗣余○成、陳○廷又於 106 年 8 月中旬，招募被告陳○德加入上開詐欺車手集團及具有持續性及牟利性詐欺組織，擔任持人頭帳戶提款車手，渠等共同基於參與犯罪組織，意圖為自己或第三人不法所有以詐術使人將本人之物交付，及持以不正方法取得他人向金融機構申請開立之帳戶收受帳戶內財物之犯意聯絡，約定以由陳○廷與陳○德一同駕駛陳○廷所有車牌號碼 000-0000 號自小客車，持姓名年籍不詳之成年男子所交付余○成之供聯絡提領詐欺款項使用之行動電話、如 107 年度上訴字第 1015 號判決書附表二編號 4 所示吳○臻所有之人頭帳戶金融卡及密碼，余○成再交付予陳○廷、陳○德等人，用以指示陳○廷、陳○德持該人頭帳戶金融卡及密碼至自動提款機提領被害人遭詐欺款項之方式，於如附表二編號 4 所示之時間、地點，提領如 107 年度上訴字第 1015 號判決書附表一編號 4 所示張陳○珠遭詐欺陷於錯誤匯入之款項得手，嗣為警方經張陳○珠報案後，循線查獲上情。案經臺灣臺

中地方檢察署檢察官認被告陳○德犯參與犯罪組織罪及三人以上共同詐欺取財罪，以 106 年度偵字第 26912 號、第 29619 號、第 30258 號、第 31637 號、第 32154 號、107 年度偵字第 2312 號、第 2474 號提起公訴。

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣臺中地方法院 107 年度訴字第 310 號判決認為：

「三、論罪科刑：(一)……本案被告及同案被告余○成、陳○廷暨所屬詐騙集團，自當屬 3 人以上以實施詐術為手段所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織。……又被告聽從詐欺集團之指示前往提領如附表二編號 4 之款項，而該詐欺集團之內部分工結構、成員組織，均可見該詐欺集團具有一定之時間上持續性及牟利性，足認本案詐騙集團，自屬 3 人以上以實施詐術為手段所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織。是核被告就附表一編號 4、附表二編號 4 所示之行為，各係犯刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪、組織犯罪條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪、洗錢防制法第 15 條第 1 項第 2 款之特殊洗錢罪。(四)……被告就附表二編號 4 所犯之刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同犯詐欺取財罪、洗錢防制法第 15 條第 1 項第 2 款之特殊洗錢罪，均有方法目的之關係，其間有實行行為局部同一之情形，應論以想像競合犯，而從一重之三人以上共同犯詐欺取財處斷。……

(五)……經查，犯罪組織係一抽象結合，其於組成時本不可能有何行為或動作，犯罪宗旨之實施或從事犯罪活動皆係由於成員之參與。而組織犯罪條例所稱之參與犯罪組織，指加入犯罪組織成員組織之成員，而不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立（司法院釋字第 556 號解釋暨理由書參照）；同理，犯罪組織之發起、操縱、指揮或參與，亦不以組織是否已經從事犯罪活動為必要。質言之，犯罪組織

之發起、操縱、指揮或參與，之於組織之犯罪活動，乃別為二事（臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1461 號判決、107 年度上訴字第 91 號判決意旨參照）。足見參與犯罪組織之「參與」行為，於加入犯罪組織時，犯罪即屬成立；而與其等加入犯罪組織後之犯罪活動，係屬不同之行為，此亦由組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之修正理由：「因加入犯罪組織成為組織之成員，不問有無參加組織活動，犯罪即屬成立，避免情輕法重，增訂第 1 項但書，以求罪刑均衡」等語可知一般。而被告於加入本案詐欺集團時，尚未實施任何詐欺取財之構成要件行為，且對於其所將要實施之詐欺取財行為，僅有一抽象之預見，對於具體詐欺時間、詐欺何被害人、詐術內容、提款時間、提款地點、提款方式，尚無所知悉，是其參與犯罪組織之行為，與其加入詐欺集團犯罪組織後，具體詐欺各別被害人之詐欺取財行為，並非同一；且所謂「參與犯罪組織」中「參與」之著手行為，態樣眾多，與「詐欺取財」中著手需以「以行為人實行以詐財為目的之詐術行為」之行為亦非同一，揆諸前揭之說明，被告所犯之組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪，以及附表二編號 4 所示之刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同詐欺取財罪，犯意各別，行為不同，應分論併罰。……(六)……並依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，諭知被告於刑之執行前，令入勞動場所強制工作 3 年。」

二、臺灣高等法院臺中分院 107 年度上訴字第 1015 號判決認為：

「參、論罪科刑：六、按組織犯罪防制條例係藉由防制組織型態之犯罪活動為手段，以達成維護社會秩序、保障人民權益之目的，乃於該條例第 3 條第 1 項前段與後段，分別對於「發起、主持、操縱、指揮」及「參與」犯罪組織者，依其情節不同而為處遇，行為人雖有其中一行為（如參與），不問其有否實施各該手段（如詐欺）之罪，均成立本罪。然在未經自首或有其他積極事實，足以證明其確已脫離

或解散該組織之前，其違法行為，仍繼續存在，即為行為之繼續，而屬單純一罪，至行為終了時，仍論為一罪。又刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯存在之目的，在於避免對於同一不法要素予以過度評價。自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關連性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。刑法刪除牽連犯之規定後，原認屬方法目的或原因結果，得評價為牽連犯之二犯罪行為間，如具有局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相伴，依想像競合犯論擬。倘其實行之二行為，無局部之重疊，行為著手實行階段亦有明顯區隔，依社會通念難認屬同一行為者，應予分論併罰。因而，行為人以一參與詐欺犯罪組織，並分工加重詐欺行為，同時觸犯參與犯罪組織罪及加重詐欺取財罪，雖其參與犯罪組織之時、地與加重詐欺取財之時、地，在自然意義上非完全一致，然二者仍有部分合致，且犯罪目的單一，依一般社會通念，認應評價為一罪方符合刑罰公平原則，應屬想像競合犯，如予數罪併罰，反有過度評價之疑，實與人民法律感情不相契合。又刑罰要求適度之評價，俾對法益之侵害為正當之維護。因此，加重詐欺罪係侵害個人財產法益之犯罪，其罪數計算，以被害人數、被害次數之多寡，決定其犯罪之罪數；核與參與犯罪組織罪之侵害社會法益，因應以行為人所侵害之社會全體利益為準據，認定係成立一個犯罪行為，有所不同。是以倘若行為人於參與犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人財物，因行為人僅為一參與組織行為，侵害一社會法益，應僅就首次犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯，而其後之犯行，乃為其參與組織之繼續行為，為避免重複評價，當無從將一參與犯罪組織行為割裂再另論一參與犯罪組織罪，而與其後所犯加重詐欺罪從一重論處之餘地（最高法院 107 年度台上字第 1066 號判決要旨參照）。被告就所犯上開參與犯罪組織、三人以上

共同犯詐欺取財、特殊洗錢各罪間互有方法目的之關係，其間有實行行為局部同一之情形，為想像競合犯，應依刑法第 55 條規定從一重之三人以上共同犯詐欺取財罪處斷。並因從重論以刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款三人以上共同犯詐欺取財罪處斷，自無再依修正前組織犯罪條例第 3 條第 3 項規定宣告強制工作，且被告雖於偵查及審判中均自白其犯行，亦無再適用組織犯罪防制條第 8 條第 1 項後段、洗錢防制法第 16 條第 2 項之減刑規定，均附此敘明。」

三、小結

綜上，本案臺灣臺中地方法院 107 年度訴字第 310 號判決認為：被告參與詐欺犯罪組織，並分工詐欺行為，觸犯參與犯罪組織罪與加重詐欺取財罪，上開 2 罪應數罪併罰。臺灣高等法院臺中分院 107 年度上訴字第 1015 號判決則認為：被告參與犯罪組織與加重詐欺取財，係一行為觸犯數罪名之想像競合犯，應從一重之加重詐欺取財罪處斷，不得依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，諭知於刑之執行前，令入勞動場所強制工作。

參、聲請行言詞辯論之理由

一、爭點一

(一)我國相關法律規定、修法及立法理由

1. 組織犯罪防制條例第 2 條、第 3 條

組織犯罪防制條例於 106 年 3 月 31 日修正，106 年 4 月 19 日公布，並自同年 4 月 21 日起生效施行，該條例第 2 條第 1 項修正為「本條例所稱犯罪組織，指 3 人以上，以實施強暴、脅迫、詐欺、恐嚇為手段或最重本刑逾 5 年有期徒刑之刑之罪，所組成具有持續性及

牟利性之有結構性組織。」106年12月15日修正，107年1月3日公布之組織犯罪防制條例再將該條項最後一句修正為「具有持續性『或』牟利性之有結構性組織」。107年1月3日公布之組織犯罪防制條例第2條並無較有利於被告，是經新舊法比較結果，被告所犯本案有關組織犯罪防制條例之罪，仍應適用行為時即106年3月31日修正，106年4月19日公布之組織犯罪防制條例之規定，先予敘明。

組織犯罪防制條例第3條第1項至第3項規定：「(第1項)發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金；參與者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。但參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。(第2項)具公務員或經選舉產生之公職人員之身分，犯前項之罪者，加重其刑至二分之一。(第3項)犯第一項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年。」修正理由第四點為「四、原第三項採刑後強制工作，惟受刑人如經假釋出監，須於假釋期滿再進入勞動處所執行強制工作，執行上易生困擾且不利受刑人更生，爰修正為刑前強制工作。……」

2. 刑法第339條之4

103年5月30日修正，同年6月18日公布刑法第339條之4規定：「(第1項)犯第三百三十九條詐欺罪而有下列情形之一者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科一百萬元以下罰金：一、冒用政府機關或公務員名義犯之。二、三人以上共同犯之。三、以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他媒體等傳播工具，對公眾散布而犯之。(第2項)前項之未遂犯罰之」。立法理由為：「一、本條新增。二、近年來詐欺案件頻傳，且趨於集團化、組織化，甚至結合網路、電信、通訊科技，每每造成廣大民眾受騙，此與傳統犯罪型態有別，若僅論以第三百三十九條詐欺罪責，實無法充分評價行為人之惡性。參酌德國、義大利、奧地利、挪威、荷蘭、瑞典、丹麥等外國立法例，均對於特

殊型態之詐欺犯罪定有獨立處罰規定，爰增訂本條加重詐欺罪，並考量此等特殊詐欺型態行為之惡性、對於社會影響及刑法各罪衡平，將本罪法定刑定為一年以上七年以下有期徒刑，得併科一百萬元以下罰金，且處罰未遂犯。三、第一項各款加重事由分述即下：……(二)多人共同行使詐術手段，易使被害人陷於錯誤，其主觀惡性較單一個人行使詐術為重，有加重處罰之必要，爰仿照本法第二百二十二條第一項第一款之立法例，將「三人以上共同犯之」列為第二款之加重處罰事由。又本款所謂「三人以上共同犯之」，不限於實施共同正犯，尚包含同謀共同正犯。……」

(二)犯罪競合之學說

競合論之目的在於對行為人的所有犯行、對犯罪不法內涵，進行充分而不過度、不重複的評價，也就是罪刑相當、禁止過度評價及禁止不足評價，以合乎一行為(一罪)不兩罰原則、一事不再理原則的法治國基本要求，主要有下列學說：

1. 意思說(犯意標準說)：

以行為人主觀上犯罪意思的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人以單一的故意或過失實現犯罪，僅成立一罪；若行為人以複數的犯意實現犯罪，則成立數罪。

2. 行為說(行為標準說)：

以行為人客觀上犯罪行為的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人以單一的行為實現犯罪，僅成立一罪；若行為人以複數的行為實現犯罪，則成立數罪。

3. 結果說(法益標準說)：

以行為人所侵害法益的個數，所發生結果的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人的行為侵害一個法益(一個結果)，僅成立一罪；

若行為人的行為侵害數個法益(數個結果)，則成立數罪。此說是從犯罪之本質，即可罰性在於法益之侵害的觀點。

4. 構成要件說(構成要件標準說)：

以行為人的行為該當構成要件的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人的行為該當一個構成要件，僅成立一罪；若行為人的行為該當複數構成要件，則成立數罪。而構成要件包含行為、行為客體、行為情狀、行為結果、犯意等要素，以構成要件為標準判斷罪數時，皆須考慮上開要素。學者余振華認為因為犯罪的成立以構成要件該當為要件，判斷犯罪的個數依據構成要件為標準，並採刑法學解釋論對構成要件該當次數為評價，是具有適正性的理論基礎，為妥當見解¹。

5. 綜合說：

綜合考量意思、行為、結果等以決定罪數，必須建立在實質的犯罪觀念上，而非形式的構成要件論上，應以結果(法益)為中心，同時綜合審酌意思、行為等要素。學者陳子平認為應以「該當構成要件所預定之被害法益之單一性為中心，綜合考量對於該法益侵害之犯意單一性或連續性、實行行為之單一性或連續性、被害法益之同一性等等，而判斷該當構成要件之次數，以決定罪數」²。

6. 認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數：

認識上之罪數係以立法者所制定之各種犯罪類型所從事之事實及類型之判斷，如具有某一罪之構成要件該當性，即成立一罪，如具有某數罪之構成要件該當性，即成立數罪。而如認識上之罪數僅為一罪，則評價上之罪數亦為一罪。如認識上之罪數為數罪，始有評價上之罪數為一罪或數罪之問題。評價上之罪數，係依禁止重複評價原則，求合於比例原則及平等原則之要求所進行判斷，並以法益侵害性作為評價之基礎。科刑上之罪數係就評價上之罪數決定如何科刑，評價上之罪數為一罪時，科刑上之罪數亦為一罪，評價上之罪數為數罪時，

¹ 余振華，刑法總論，三民，修訂三版第1刷，2017年9月，462-464頁。

² 陳子平，刑法總論，元照，四版第1刷，2017年9月，694-696頁。

即有科刑上之罪數應依一罪或數罪處罰之問題，或為數罪併合論罪、或為數罪中從一重罪處斷，或為數罪以一罪論。此涉及刑罰之目的，亦即如何處罰始能符合刑罰目的³。

7. 由行為單、複數出發處理競合論：

犯罪競合之判斷，應先判斷係行為單數或行為複數，當不屬於任何一種行為單數類型時，即為行為複數。行為單數的類型包含自然意義的一行為、構成要件的行為單數以及自然的行為單數。行為個數是單數或複數的判斷，為刑法競合論的起始點。判定為行為單數，競合的結果就只可能是法條競合(屬於不真正競合)或想像競合(屬於真正競合)兩種。判定為行為複數，競合的結果就只可能是與罰前後行為(屬於不真正競合)或實質競合(屬於真正競合)兩種。需先有區分行為單數、行為複數的第一層，再來是區分不真正競合/法條競合的第二層，也就是排除不真正競合的情形後，最後才到成立真正競合，歸納犯罪單數(想像競合)或犯罪複數(實質競合)的第三層層次⁴。

(三)外國立法例

1. 美國組織犯罪之論罪

美國聯邦於1970年制定組織犯罪控制法(Organized Crime Control Act)，其中一章為Racketeer Influenced and Corrupt organization Act，(以下簡稱RICO，18 U.S.C. §§1961-1968)，RICO組織犯罪構成要件有三：(一)、10年內從事18 USC §1961列舉之基礎犯罪行為2次以上(稱為基礎犯罪模式)⁵，或收取非法債權例如賭債或高利貸⁶；(二)、其犯罪有組織型態；三、從事下列4種違法行為之一⁷：(1)將基礎犯罪行為獲取之財物使用或投資於該犯罪組織；(2)分得犯罪組織利益或控制組織之犯罪活動；(3)受僱於犯罪組織或

³ 甘添貴，罪數理論之研究，元照，初版第1刷，2006年4月，12-17頁。

⁴ 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第1刷，2018年9月，578-579頁。

⁵ 18 USC §1961(5)。

⁶ 18 USC §1961(6)。

⁷ 王兆鵬著，美國刑事訴訟法，元照，二版，2007年9月，804-805頁。

與犯罪組織合作，直接或間接實行或參與該組織基礎犯罪模式或收取非法債權；(4)共謀犯前3項行為任何一項。⁸違反者處20年以下有期徒刑。⁹

其中第一個要件「10年內從事18 USC §1961列舉基礎犯罪行為2次以上」，必須二次行為間有一定的關聯性，始足以該當組織犯罪¹⁰。但行為人只要與上開詐財等基礎犯罪行為有密切關聯即可構成該組織犯罪，不必親自為該等犯罪行為。¹¹

因美國聯邦或州法律原來已對郵件詐欺、詐欺集團銷售無價值物品等詐財及其他基礎犯罪有處罰規定，RICO所禁止者並非詐財等非法犯行，而是禁止其(1)將基礎犯罪行為獲取之財物投資於犯罪組織；(2)取得犯罪組織利益或控制組織犯罪活動；(3)實行或參與組織犯罪活動；(4)共謀犯前3項行為任何一項。故此參與組織犯罪行為與基礎犯罪行為係不同的犯罪行為，應數罪併罰¹²。

因為組織犯罪被害人較多、金額較大，檢察官以組織犯罪起訴，有比較大的嚇阻作用。組織犯罪控制法不僅大幅加重有罪被告之刑責，且美國聯邦組織犯罪控制法可對不配合之證人拘留、可民事求償3倍之損害賠償、訴訟費用、律師費等機制，對付組織犯罪漫延成效显著，因而聯邦組織犯罪之基礎罪名一再擴張，並有33州跟進製定類似法律。

2. 德國組織犯罪之論罪

德國刑法第129條第1項規定，建立或參與組織，該組織之目的或活動指向以犯最重本刑二年以上有期徒刑之罪者，處五年以下有期徒刑或罰金。支持該組織或為該組織招募成員或支持成員者，處三年

⁸ 18 USC §1962.

⁹ 18 USC §1963.

¹⁰ *Sedima, S.P.R.L. v. Imrex Co.*, 473 U.S. 479 (1985).

¹¹ *Casperone v. Landmark Oil & Gas Corp.*, 819 F.2d 112, 115 (5th Cir 1987).

¹² *Gerard E. Lynch, RICO: The Crime of Being a Criminal, Parts III & IV.*, 87 Colum. L. Rev. 920, 940 (1987). *United States v. Peacock*, 654 F. 2d 339 (5th Cir. 1981); *United States v. Boylan*, 620 F.2d 359 (2d Cir.); *United States v. Solano*, 605 F. 2d 1141 (9th Cir. 1979).

以下有期徒刑或罰金。同條第 5 項規定，第 1 項第 1 句之特別嚴重情形，處六月以上五年以下有期徒刑。當行為人屬於組織的首腦或幕後操縱者，原則是特別嚴重情形。組織之目的或活動若指向犯德國刑事訴訟法特定款項所指犯罪，第 1 項第 1 句之情形處六月以上十年以下有期徒刑。是以，德國刑法第 129 條第 1 項的組織犯罪有「建立」、「成員參與」、「支持」或「招募」等行為態樣。依同條第 5 項規定，組織首腦、幕後操縱者，或組織目的或活動係為犯特定犯罪者，均屬加重事由。參與犯罪組織與其他犯罪之論罪，德國聯邦最高法院刑事第三庭之見解為，德國刑法第 129 條之參與犯罪組織與其他個別單一犯罪行為成立想像競合，論以一罪。但有多數其他個別犯罪行為時，儘管有「參與犯罪組織」這個組織犯罪行為的連結，仍成立實質競合，論以數罪¹³。於組織成員的個別犯罪行為經裁判後，仍能對其餘之後發現的犯罪行為起訴¹⁴。

(四)我國實務見解

目前實務對參與犯罪組織罪與刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之三人以上共同詐欺取財罪之罪數競合關係，主要有下列二種見解，亟待貴院統一見解。

1. 數罪併罰

例如臺灣高等法院臺中分院 107 年度上訴字第 91 號判決認為：「(一)……從而，新法施行後，祇有原經評價為牽連犯之案件，如其二行為間具有行為全部或局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，始得認與一行為觸犯數罪名之要件相符，而改評價為想像競合犯。刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯存在之目的，既在於避免對於同一不法要素予以過度評價，則其所謂「同一行為」，

¹³ BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - 3 StR 537/14. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2018, §129 Rn. 13.

¹⁴ Miebach, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2017, §129 Rn. 140. 另可參考陳柏良，防制組織性犯罪立法模式之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，2009 年 8 月，70 頁、88 頁、91-93 頁。

應兼指所實行者為完全或局部同一之行為而言。因此刑法修正刪除牽連犯之規定後，於修正前原認屬於方法目的或原因結果之不同犯罪，其間果有實行之行為完全或局部同一之情形，始得依想像競合犯論擬；如不具有上開同一行為之關係者，即應予分論併罰（最高法院 [106 年度台上字第 3954 號](#)、[106 年度台上字第 20 1 號](#)、[105 年度台上字第 174 號](#)、[104 年度台上字第 535 號](#) 判決意旨參照）。（二）次按犯罪組織係一抽象結合，其於組成時本不可能有何行為或動作，犯罪宗旨之實施或從事犯罪活動皆係由於成員之參與。而組織犯罪條例所稱之參與犯罪組織，指加入犯罪組織成員（為）組織之成員，而不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立（司法院釋字第 556 號解釋暨理由書參照）；同理，犯罪組織之發起、操縱、指揮或參與，亦不以組織是否已經從事犯罪活動為必要。質言之，犯罪組織之發起、操縱、指揮或參與，之於組織之犯罪活動，乃別為二事，本院 101 年度上訴字第 1461 號判決（業經最高法院 [102 年度台上字第 2197 號](#) 判決上訴駁回而確定）、臺灣高等法院 104 年度重上更（一）字第 6 號判決、104 年度上訴字第 1062 號判決、臺灣高等法院臺南分院 102 年度上訴字第 543 號判決亦同此見解。足見參與犯罪組織之「參與」行為，於加入犯罪組織時，犯罪即屬成立；而與其等加入犯罪組織後之犯罪活動，係屬不同之行為，此亦由組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之修正理由：「因加入犯罪組織成為組織之成員，不問有無參加組織活動，犯罪即屬成立，避免情輕法重，增訂第 1 項但書，以求罪刑均衡」等語可知一般。（三）而被告陳○銓、林○浩均自承其於 106 年 4 月 28 日，即取得「王輝」所交付供詐欺集團成員聯繫使用之工作手機，而加入本案詐欺集團，揆諸前揭（二）說明，其「參與犯罪組織」之犯行即屬成立。且被告陳○銓、林○浩於加入本案詐欺集團時，尚未實施任何詐欺取財之構成要件行為，且對於其所將要實施之詐欺取財行為，僅有一抽象之預見，對於具體詐欺時間、詐欺何被害人、詐術內容、提款時間、提款

地點、提款方式，尚無所知悉，是其參與犯罪組織之行為，與其加入詐欺集團犯罪組織後，具體詐欺各別被害人之詐欺取財行為，並非同一；且所謂「參與犯罪組織」中「參與」之著手行為，態樣眾多，與「詐欺取財」中著手需以「以行為人實行以詐財為目的之詐術行為」之行為亦非同一，揆諸前揭（一）之說明，自應與以分論併罰。」

臺灣高等法院 107 年度上訴字第 22 號判決，亦同此見解。

2. 依想像競合犯以加重詐欺罪處斷

例如最高法院 107 年度台上字第 1066 號判決表示：「倘若行為人於參與犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人財物，因行為人僅為一參與組織行為，侵害一社會法益，應僅就首次犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯，而其後之犯行，乃為其參與組織之繼續行為，為避免重複評價，當無從將一參與犯罪組織行為割裂再另論一參與犯罪組織罪，而與其後所犯加重詐欺罪從一重論處之餘地。」亦即，該判決認為行為人於參與犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人財物之場合，僅就首次犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯，而與其後之加重詐欺犯行數罪併罰。

本案臺灣高等法院臺中分院第二審判決同此見解，前已詳述。

(五)本署見解

本署認為被告參與犯罪組織，應與加重詐欺行為分論併罰，除引用上開臺灣高等法院臺中分院 107 年度上訴字第 91 號判決理由外，補充如下：

1. 加入犯罪組織成為組織之成員，犯罪即屬成立

大法官釋字 556 號解釋認為：「……組織犯罪防制條例乃以防制組織型態之犯罪活動為手段，達成維護社會秩序及保障個人法益之目的。該條例第三條第一項及第二項所稱之參與犯罪組織，指加入犯罪組織成為組織之成員，而不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立，」。其理由書並表示：「以犯罪為宗旨或以其成員從事犯罪活動具有集團

性、常習性及脅迫性或暴力性之組織，其從事之組織犯罪，與通常之犯罪行為迥異，對社會秩序、人民權益侵害之危險性，尤非其他犯罪行為可比，自有排除及預防之必要，此為中華民國八十五年十二月十一日公布組織犯罪防制條例之所由設。但組織係一抽象組合，其本不可能有任何行為或動作，犯罪宗旨之實施或從事犯罪活動皆係由於成員之參與。該條例所稱參與犯罪組織，指加入犯罪組織成為組織之成員，而不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立，」。組織犯罪防制條例第3條之修法理由亦表示：「(一)因加入犯罪組織成為組織之成員，不問有無參加組織活動，犯罪即屬成立，避免情輕法重，增訂第一項但書，以求罪刑均衡。」

2. 本案被告行為該當參與犯罪組織罪

組織犯罪防制條例業於106年4月19日修正公布，而於同年4月21日生效施行，此次修正組織犯罪防制條例第2條至第4條、第8條、刪除第5條、第17至18條、增訂第7條之1。修正前之第2條條文：「本條例所稱犯罪組織，係指三人以上，有內部管理結構，以犯罪為宗旨或以其成員從事犯罪活動，具有集團性、常習性及脅迫性或暴力性之組織。」修正為：「(第1項)本條例所稱犯罪組織，指三人以上，以實施強暴、脅迫、詐術、恐嚇為手段或最重本刑逾五年有期徒刑之刑之罪，所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織。(第2項)前項有結構性組織，指非為立即實施犯罪而隨意組成，不以具有名稱、規約、儀式、固定處所、成員持續參與或分工明確為必要。」

第2條修法之理由說明：「二、修正第一項犯罪組織之定義如下：(一)……再者，目前犯罪組織所從事犯罪活動，已不限於脅迫性或暴力性之犯罪活動，犯罪手法趨於多元，並與上開公約以實施嚴重犯罪之規定及犯罪組織而直接或間接獲得金錢或其他物質利益而犯罪之牟利性要求不符，爰參酌公約之規定，修正犯罪組織之定義。...(三)參照公約有關犯罪集團之定義，以構成最重本刑四年以上有期徒刑以

上之刑之犯罪行為為要件，並不以脅迫性、暴力性之犯罪行為為要件，且參酌我國現行法制並無最重本刑四年以上有期徒刑以上之刑之規定，並避免本條例之適用範圍過廣，爰定明限於最重本刑逾5年有期徒刑（即不包括最重本刑為5年有期徒刑）之刑之罪，始為犯罪組織之犯罪類型。」

修正後組織犯罪防制條例第2條第1項依照聯合國打擊跨國組織犯罪公約第2條而擴張「犯罪組織」之犯罪手段態樣，另增加「詐術」或「最重本刑逾五年有期徒刑之刑之罪」，以及增加「牟利性」之要件，足見修正後之犯罪組織之手段態樣已有擴張，非以實施「強暴」、「脅迫」、「恐嚇」為手段之「暴力性」為必要。本案被告陳○德係自106年8月中旬開始參與詐欺集團犯罪組織，於106年8月28日參與詐欺行為，如臺灣高等法院臺中分院107年度上訴字第1015號判決書及附表所認定，自應適用修正後之組織犯罪防制條例。

3. 參與犯罪組織及詐欺是不同行為，應數罪併罰

犯罪競合諸學說中，「意思說」僅以行為人主觀上犯罪意思的個數為標準，失之過寬，顯不可採。「綜合說」及「認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數」因考慮因素多元，無法提供實務明確判斷標準，常常導致模稜兩可。「由行為單、複數出發處理競合論」因對於「參與犯罪組織」此一行為之界定有不同標準，是以與詐欺係行為單數或行為複數，應想像競合或數罪併罰，容有爭議。我國刑法刪除牽連犯之規定後，原認屬方法目的或原因結果，得評價為牽連犯之二犯罪行為間，如具有局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相伴，依想像競合犯論擬。倘其實行之二行為，無局部之重疊，行為著手實行階段亦有明顯區隔，依社會通念難認屬同一行為者，應予分論併罰，似接近上開「綜合說」及「認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數」兩說。因本件被告參與詐欺犯罪組織，與分工加重詐欺行為，其參與犯罪組織之行為

態樣、時間、地點、被害法益，與分工加重詐欺取財之行為、時、地、被害法益，均顯有區隔，並非相同，無論依「行為說」、「結果說」、「構成要件說」或美國立法例，均應予數罪併罰，故本署主張參與犯罪組織及加重詐欺應數罪併罰。

二、爭點二

(一)我國相關法律規定及修法理由

刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」該條修正理由表示：「想像上競合與牽連犯，依原法規定，應從一重處斷，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑。此種情形，殊與法律規定從一重處斷之原旨相違背，爰增設但書規定，以免科刑偏失。又依增設本但書規定之精神，如所犯罪名在三個以上時，量定宣告刑，不得低於該重罪以外各罪法定最輕本刑中之最高者，此乃當然之解釋。」是以，我國刑法第 55 條但書明文規定，不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。僅就「刑」明文規定封鎖效果。

(二)封鎖效果之學說

行為單數之犯罪競合情形，排除不真正競合(法條競合)後，就是真正競合(想像競合、犯罪單數)。行為人以單數行為觸犯數次相同或數個不同的刑法構成要件，所犯的各罪都成立，所以是真正競合，本質上為數罪，但因為行為單數，為避免對同一行為進行重複評價，因此法律在效果上擬制為犯罪單數，僅從一重處斷¹⁵。想像競合所稱一行為，如數罪的實行行為完全重疊的情形，較無爭議，但數罪的實行行為僅有部分重疊的情形，一般仍將想像競合擴張適用。想像競合在避免對於同一不法要素進行重複或過度之評價，因此實行行為全部同

¹⁵ 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，610 頁。

一或局部同一的情形，給予從一重處斷的效果，以避免重疊部分的行為過度評價，然而，未重疊部分的行為，可能有未被充分評價之疑慮¹⁶。我國刑法第 55 條規定，「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」想像競合犯之數罪名皆成立犯罪，法律效果為從一重處斷，而但書為輕罪的封鎖效果(Einsperrwirkung)。是以科刑上限為重罪的最重法定刑，下限為數罪中最高的最輕本刑。

學者林鈺雄認為，有併科原則的適用，若輕罪有併科主刑、從刑或保安處分，不受影響，仍得科刑¹⁷。學者黃榮堅表示，輕罪的最低法定刑具有「封鎖作用」，且輕罪的從刑規定，也並未被重罪規定所排斥。換言之，在宣告重罪的罪名，仍可依輕罪之沒收規定宣告沒收，或依輕罪之性質宣告褫奪公權，我國刑法條文縱使未有規定，理論上亦應如此解釋¹⁸。最高法院庭長吳燦亦認為，參與犯罪組織之行為為繼續犯，係前置性之刑事制裁條文，本質上為抽象危險犯，係具有預備犯性質之犯罪。行為人參與詐欺犯罪組織之先行為，與之後著手實行加重詐欺犯罪之行為間，具有階段性之緊密關聯，且為確保及維護此一繼續犯之狀態所必要，得評價為單一行為，而有想像競合犯之適用。至於行為人於參與犯罪組織之行為繼續中，先後多次加重詐欺數人財物，為了避免重複評價，應僅就第一次犯行論以參與犯罪組織與加重詐欺之想像競合犯，從一重之加重詐欺罪處斷，且就所處斷之加重詐欺重罪之科刑，其輕罪(參與犯罪組織)中之保安處分，仍應一併被封鎖，依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定宣付刑前強制工作。第二次以後的加重詐欺犯行，應單純依數罪併罰處理，不再與參與犯罪組織各論以想像競合犯¹⁹。

另學者孫德耕認為，想像競合之從一種處斷，以其性質本非一罪，

¹⁶ 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，619 頁。

¹⁷ 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，612-613 頁。

¹⁸ 黃榮堅，犯罪的結合與競合，收錄於刑法問題與利益思考，月旦，初版，1995 年 6 月，459 頁。

¹⁹ 吳燦，加重詐欺及參與犯罪組織之法律適用，月旦裁判時報，75 期，2018 年 9 月，60 頁。

而法律規定從數罪中之一重罪處斷，是以如有兩個以上之沒收時，仍得予以併科，即重罪無可沒收之物，而輕罪有可沒收之物，仍應予以沒收。雖從一重處斷，非置輕罪於不論，故輕罪重罪之條文，均應引用²⁰。學者梁恒昌表示，一行為觸犯數罪名，和單純一罪的情況不同，想像競合犯的從一重處斷，因為是以所犯各罪的全部作為衡量處罰的對象，所以重罪部分雖無沒收從刑，如果輕罪部分有沒收之物時，還是可裁判沒收，想像競合犯在此範圍內，是併科的²¹。學者刁榮華認為，刑法第 55 條所謂從一重處斷，即依所觸犯數罪中，擇其本刑最重之一罪而論處，但其所犯之輕罪仍屬存在，故遇犯輕罪之物須沒收時，亦應宣告沒收²²。學者王振興表示，從一重處斷者，乃其性質本非一罪，法律規定從其數罪中之一重罪，是以如有兩個以上沒收時，仍得予以併科，如重罪無可沒收之物，而輕罪有可沒收之物者，仍應予以沒收²³。

綜上，上開學者均認為封鎖效果之範圍應從寬認定，非僅限於主刑；部分學者並明確認為封鎖效果之範圍應及於保安處分。

(三)外國立法例

1. 德國法規定

德國刑法第 52 條規定：「(第 1 項)同一行為觸犯多數刑法規定或同一刑法規定多次者，僅宣告一個刑罰。(第 2 項)觸犯多數刑法規定者，依最重法定刑之規定宣告其刑。宣告之刑不得低於其他可適用之規定所容許者。(第 3 項)法院在第 41 條之前提下，得另在徒刑外宣告罰金。(第 4 項)於所適用規定之一規定或允許從刑、從效果與措施(第 11 條第 1 項第 8 款)者，必須或得宣告之。」而德國刑法第 11 條第 1 項第 8 款規定，「稱處分者，謂任何一種矯治與保安處分、沒收

²⁰ 孫德耕，刑法實用總則篇，自版，初版，1962 年 3 月，228-229 頁。

²¹ 梁恒昌，刑法總論，自版，十六版，1991 年 7 月，173 頁。

²² 刁榮華，刑法總則釋論與實例，自版，初版，1977 年 3 月，238 頁。

²³ 王振興，刑法總則實用，自版，再版，1991 年 12 月，486 頁。

及制作文書設備之禁用處分」²⁴。是以，德國刑法第 52 條第 4 項明文，於所適用的規定中，其中之一有規定或允許保安處分的情形，必須或得宣告之。也就是封鎖效果除了「刑」之外，也及於「矯治與保安處分、沒收集製作文書設備之禁用處分」。

2. 日本法規定

日本刑法第 54 條規定一個行為觸犯二個以上罪名時等之處理，第 1 項規定：「一個行為觸犯二個以上之罪名，或者犯罪之手段或結果行為觸犯他罪名時，從最重之刑處斷。」第 2 項規定：「第四十九條第二項之規定，於前項情形適用之。」而日本刑法第 49 條規定沒收之附加，第 1 項規定：「雖併合罪中之重罪未科以沒收，然就其他之罪有沒收之事由時，得附加科以沒收。」第 2 項規定：「二個以上之沒收，併科之²⁵。」是以，日本刑法第 49 條明文規定，雖併合罪中之重罪未科以沒收，然就其他之罪有沒收之事由時，得附加科以沒收，且二個以上之沒收，併科之。也就是雖未明文封鎖效果及於「刑」，但有明文規定封鎖效果及於「沒收」。

(四)我國實務

目前實務對參與犯罪組織從事加重詐欺取財者，倘以想像競合犯從重論以加重詐欺取財罪時，應否依組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項、第 3 項規定，於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，有下列二種見解，亟待貴院一槌定音，避免不平。

²⁴ 參照法務部審訂，何賴傑、林鈺雄審議，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，初版第 1 刷，2017 年 6 月，14、39 頁。德國刑法第 52 條第 4 項於 2017 年 4 月 13 日修正(BGBI. I S. 872)，2017 年 7 月 1 日生效，上開德國刑法典所翻譯之德國刑法第 52 條第 4 項為 2017 年 4 月 13 日修正前之內容，本文已參照上開德國刑法典之翻譯及德國刑法 2017 年 4 月 13 日修正後之條文內容。

²⁵ 參照法務部審訂，陳子平編譯，陳子平、謝煜偉、黃士軒譯，日本刑法典，元照，初版第 1 刷，2016 年 9 月，47、50 頁。資料來源：
<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&Re=02&dn=1&yo=%E5%88%91%E6%B3%95&ia=03&ph=&x=45&y=10&ky=&page=1>。(最後到訪日期：2018 年 11 月 14 日)。

1. 仍應依組織犯罪防制條例宣告強制工作

臺灣高等法院臺中分院 107 年上訴字第 108 號判決認為：「四、按犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年，組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項定有明文。被告周○慶發起犯罪組織，被告黃○昌、游○賢、蕭○瑋參與犯罪組織，均觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之罪，而符合組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項所規定之要件，依法即應諭知強制工作。被告黃○昌、游○賢、蕭○瑋等人雖因以一行為，同時觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之罪及刑法第 339 條之 4 第 2 項、第 1 項第 2 款、第 3 款之加重詐欺取財未遂罪，依想像競合犯之規定，從較重之加重詐欺取財未遂罪論處，然倘若行為人僅單純涉犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之罪，法院並無任何裁量權，必須依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項之規定諭知強制工作，則舉輕以明重，行為人涉犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之罪的同時，另觸犯刑責更重之刑罰法律，除依想像競合犯之規定以較重之罪處斷外，為能有效嚇阻犯罪，更應依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項之規定諭知強制工作。否則，將發生同樣涉犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之罪，不法內涵較輕者（單純一罪），需諭知強制工作，而不法內涵較重者（裁判上一罪），反而不須諭知強制工作之不公平現象。本院因認被告黃○昌、游○賢、蕭○瑋等人所犯參與犯罪組織罪部分，與被告周○慶所犯發起犯罪組織罪部分，均應宣告於刑之執行前，令入勞動場所強制工作 3 年。」

本案經被告上訴最高法院後，最高法院以 107 年度台上字第 2237 號裁定：「本院依合理之確信，認為組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項關於參與犯罪組織者，不分情節輕重，一律應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作 3 年之規定，已違反憲法第 8 條正當法律程序及第 23 條比例原則，且此為本案適用法律之先決問題，將另提出釋憲聲

請書，聲請司法院大法官解釋，爰於司法院大法官為解釋前，裁定停止本件訴訟程序。」將參與組織犯罪之被告黃○昌、游○賢、蕭○瑋3人停止審理。

2. 不應宣告強制工作，避免割裂適用法律

臺灣高等法院臺中分院 107 年度上訴字第 784 號判決認為：「被告自 106 年 7 月 2 日起，加入該詐欺犯罪組織，成為該組織之成員，參酌組織犯罪條例第 3 條立法理由，不問有無參加組織活動，犯罪即屬成立，迄於 106 年 7 月 3 日至同年 5 日，始與同案被告周○慶、黃○昌、游○賢、蕭○瑋共同對被害人施以詐術，而參加組織活動，是被告所犯參與犯罪組織，與前揭 106 年 7 月 3 日之加重詐欺取財未遂犯行，具有局部之同一性，得認與一行為觸犯數罪名之要件相符，依想像競合犯從一重之加重詐欺取財未遂罪處斷。又此部分既以加重詐欺取財未遂罪處斷，而加重詐欺罪並無宣告強制工作之保安處分，即不再宣告強制工作。……三、原審認被告罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查(一)被告所犯前開參與犯罪組織罪及 106 年 7 月 3 日所犯加重詐欺未遂罪，係想像競合犯關係，原審判決認係數罪併罰，並就參與犯罪組織部分宣告強制工作，尚有未洽。」

臺灣高等法院臺南分院 106 年度上訴字第 1093 號判決，亦同此見解。最高法院 107 年度台上字第 1066 號判決認為行為人於參與犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人財物之場合，僅就首次犯行論以參與犯罪組織罪及加重詐欺罪之想像競合犯，而與其後之加重詐欺犯行數罪併罰，但該判決對應否宣告強制工作，未表示意見。

(五)本署見解

本署認為被告參與犯罪組織，縱與第一次加重詐欺行為依想像競合犯以加重詐欺罪處斷，仍應依組織犯罪防制條例宣告強制工作，理由如下：

1. 「封鎖效果」包含保安處分較合法理

行為人著手於犯罪之實行，發生構成要件之結果後，倘行為人仍以其意志控制犯罪行為之繼續進行，直至行為終止，犯罪始行終結者，謂之「繼續犯」，此與構成要件結果發生，犯罪即為既遂且亦同時終結，僅法益侵害狀態仍然持續之「狀態犯」有別。而繼續犯之行為人在犯罪行為繼續進行中，倘又實行其他犯罪行為，致數行為之部分行為兩相重疊時，該數行為在法律上究應如何評價，學說上見解紛歧。有主張數罪併罰，惟有重覆評價之譏；有謂祇須數行為之主要部分重疊，即應視為單一行為，而論以想像競合犯，惟有評價不足之憾。

最高法院 102 年度台上第 310 號判決對此認為：「單純藉由部分行為之重疊，尚不足以評價為單一行為，必也繼續犯之行為自始即以之為實行其他犯罪行為之手段或前提；或其他犯罪之實行，在於確保或維護繼續犯之狀態，始得評價為單一行為，而有想像競合犯之適用。倘非如此，或其他犯罪之實行係另起犯意，利用原繼續犯之狀態而為，均難評價為單一行為；應認係不同之數行為，而以數罪論處。」

因而，行為人參與詐欺犯罪組織，並分工加重詐欺行為，應觸犯參與犯罪組織罪及加重詐欺取財罪，如認為予數罪併罰有過度評價之疑，以利歸被告原則思考，認為應屬想像競合犯，雖對被告之二行為以一行為評價，有評價不足之憾，尚有部分學說及德國立法例可支持。惟想像競合犯原係兩個以上獨立可罰之罪，本可分別論處其罪刑，縱法院以利歸被告思想，僅從其中最重之罪處斷，亦僅在處罰上視為一罪評價而已，其所不處罰之其他較輕之罪，在法理上依然存在，仍應於判決中引用，並生「封鎖效果」。縱認參與犯罪組織及加重詐欺是部分重疊之二行為，視為一行為已經評價不足，不應再去除輕罪保安處分之「封鎖效果」。

2. 我國實務「封鎖效果」採從寬認定

我國刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」學理稱此為想像競合犯的輕罪封鎖作用。從比較法觀點，德國刑法第 52 條第 4 項後段規定，輕罪的封鎖作用，包含：從刑、從效果與措施。但我國法律只明示刑罰的封鎖，是否可以推演出輕罪的封鎖作用包含從刑、沒收、保安處分，確有疑義。

對此，最高法院 104 年度台上字第 380 號判決表示：「法規範上之想像競合應從一重處斷與法理上之法規競合應擇一適用，本質上均在防免評價過剩；但就量刑而言，在重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，如仍得在重罪之最輕本刑以上、輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑，即有評價不足，造成重罪輕罰之不合理現象。因此，基於衡平原則，此一輕罪之最低法定刑，在就重罪而為量刑時，即具有「封鎖作用」；亦即重罪之宣告刑，不得低於輕罪所規定之最低法定刑。德國刑法第五十二條第二項關於想像競合犯即設有此一限制規定，而在法規競合之場合，德國刑法雖未明文規定，但該國學說及實務均予以承認此一「封鎖作用」，在法規競合亦有其適用，以求衡平。而且此種「封鎖作用」還包含輕罪之從刑、附屬效果及保安處分在內。（參見：黃榮堅，刑法問題與利益思考，第 376 頁；蘇俊雄，刑法總論 III，第 123-124 頁；陳志輝，刑法上的法條競合，第 28 頁）。我國刑法第五十五條之想像競合犯，於九十四年二月二日修正公布時，既亦仿採德國刑法第五十二條第二項之規定，就所從一重處斷之重罪，增設但書規定「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失，則此種輕罪最低度法定刑於量刑上所具有之封鎖作用，在法規競合對於被排斥適用之部分遇有此種情形者，在法理上亦應同其適用，否則無異鼓勵行為人犯重罪以博取輕罰。……而於

想像競合之輕罪沒收從刑如有特別規定者，亦應優先適用，則早經本院著有判例（七十九年台上字第五一三七號）。」

因此，最高法院上開判決承認此種輕罪「封鎖作用」包含刑法第55條未明示之沒收。同理，「封鎖作用」亦應包含輕罪之保安處分。

3. 法律適用並非絕對不能分割

法律適用並非絕對不能分割，對此，最高法院79年台上字第5137號判例即表示：「關於沒收規定，其他法律或刑法分則有特別規定者，應優先於刑法總則第三十八條沒收規定之適用。上訴人以一行為同時觸犯懲治走私條例第二條之一第一項及台灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款二罪名，應依刑法第五十五條前段想像競合規定從一重之銷售走私物品罪處斷，因違反台灣省內菸酒專賣暫行條例規定經查獲之菸酒，應予沒收，該條例第四十條第一款定有明文，係採義務沒收主義，自應優先於採職權沒收主義之刑法第三十八條第一項第二款而適用。」亦即，主刑雖因從一重處斷論以銷售走私物品罪，仍應依台灣省內菸酒專賣暫行條例宣告沒收。

最高法院99年度台上字第421號判決亦表示：「原判決認定上訴人牽連犯貪污治罪條例第五條第一項第二款之利用職務上之機會詐取財物罪及槍砲彈藥刀械管制條例第七條第一項之運輸、販賣衝鋒槍罪，從一重之販賣衝鋒槍罪處斷。就原判決附表一、二所載之槍、彈均屬違禁物，依刑法第三十八條第一項第一款之規定，固應宣告沒收。然貪污治罪條例第十條第一項規定「犯第四條至第六條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節，分別沒收或發還被害人。」係採義務沒收（追繳）主義。而牽連犯原係兩個以上獨立可罰之罪，本可分別論處其罪刑，但因法律明定，僅從其中最重之罪處斷，亦即僅在處罰上，視為一罪之價值而已，其所不處罰之其他較輕之罪，在法理上依然存在，於判決中仍應引用。原判決既認上訴人雖非公務員，但與具有公務員身分之趙○良、廖○堅共同利用職務上之機會詐取財物，

依貪污治罪條例第三條之規定，亦應依同條例第五條第一項第二款處斷，則其等因貪污所得財物，即詐領所得之檢舉獎金，依法即應追繳沒收，不以所犯牽連之數罪從一重處斷之結果，是否依該罪名論處而有不同（本院七十九年台上字第五一三七號判例意旨參照）。原判決徒以本件既僅從一重論以槍砲彈藥刀械管制條例第七條第一項之販賣衝鋒槍罪處斷，即認上訴人因貪污所得之財物，不得割裂適用法律而宣告追繳沒收云云，自屬違誤。」

被告參與犯罪組織與加重詐欺行為，本可分別論處其罪刑，倘依想像競合犯僅從其中最重之加重詐欺罪處斷，只是在處罰上視為一罪評價而已，其所不處罰之其他較輕之罪，在法理上依然存在，法院依組織犯罪防制條例宣告強制工作，應為法之所許，並無不得割裂適用法律之疑慮。

4. 如貫徹原審見解，可能導致荒謬結果

如貫徹原審法院論罪科刑方式，實務上常見之參與詐欺集團組織而尚未著手加重詐欺者，犯參與犯罪組織罪，判決同時應宣告強制工作3年；而參與組織犯罪而且著手分工加重詐欺者，反而不必強制工作，將導致輕重倒置之荒謬結果。

三、言詞辯論之必要性

本件爭點係屬原則上重要性之重大爭議，並非細節問題；且實務經常發生，至今尚未統一見解；本件法律爭點雖可以書狀交換方式釐清，但經由言詞辯論及法官提問，應可幫助貴院確實瞭解雙方論點，做出較妥適之決定。

肆、結論

綜上，本署認為被告所犯上開參與犯罪組織罪及三人以上共同犯詐欺取財罪間，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。就其所犯參與犯罪組織部分，應依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，諭知於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年。本案所涉法律爭點因下級審見解分歧，且具原則重要性，宜由最高法院行言詞辯論，並一槌定音，爰依刑事訴訟法第386條第1項提出聲請。

此致

最高法院

中 華 民 國 107 年 11 月 20 日

檢察官

伍、附件清冊

附件 編號	附件名稱	頁碼
1	臺灣高等法院臺中分院 107 年度 上訴字第 1015 號判決書	1-20 頁
2	余振華，刑法總論，三民，修訂 三版第 1 刷，2017 年 9 月。	462-464 頁
3	陳子平，刑法總論，元照，四版 第 1 刷，2017 年 9 月。	694-696 頁
4	甘添貴，罪數理論之研究，元照， 初版第 1 刷，2006 年 4 月。	12-17 頁
5	林鈺雄，新刑法總則，元照，六 版第 1 刷，2018 年 9 月。	572-573 頁；578-581 頁；602-603 頁； 608-613 頁；618-619 頁
6	18 USC §§1961-63	
7	Gerard E. Lynch, RICO: The Crime of Being a Criminal, Parts III & IV., 87 Colum. L. Rev. (1987).	920、940 頁
8	王兆鵬著，美國刑事訴訟法，元 照，二版，2007 年 9 月。	804-805 頁
9	BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - 3 StR 537/14.	
10	Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar,	

	29. Aufl., 2018, §129 Rn. 13.	
11	陳柏良，防制組織性犯罪立法模式之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，2009年8月。	70頁、88頁、91-93頁
12	黃榮堅，犯罪的結合與競合，收錄於刑法問題與利益思考，月旦，初版，1995年6月。	459頁
13	吳燦，加重詐欺及參與犯罪組織之法律適用，月旦裁判時報，75期，2018年9月。	50-60頁
14	孫德耕，刑法實用總則篇，自版，初版，1962年3月，。	228-229頁
15	梁恒昌，刑法總論，自版，十六版，1991年7月。	173頁
16	刁榮華，刑法總則釋論與實例，自版，初版，1977年3月。	238頁
17	王振興，刑法總則實用，自版，再版，1991年12月。	486頁
18	何賴傑、林鈺雄審議，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，初版第1刷，2017年6月。	14、39頁
19	陳子平編譯，陳子平、謝煜偉、黃士軒譯，日本刑法典，元照，初版第1刷，2016年9月。	47、50頁