

## 名師啟試錄 ①

## 加重詐欺與組織犯罪強制工作之競合 —最高法院 108 年度台上大字第 2306 號刑事大法庭裁定

編目：刑法

主筆人：旭台大(黃鼎軒)

司法院為強化終審法院統一法律見解的功能，廢除判例編選制度，進而連帶廢除判例及決議，推動大法庭制度。其中，針對「被告以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，如依想像競合犯從一重之加重詐欺取財罪處斷，應否依較輕之參與犯罪組織罪所適用之組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作？」之爭議，於 2019 年 10 月由最高法院刑二庭提交大法庭審理。

全案經 2020 年 1 月 16 日進行創設大法庭以來的第一次言詞辯論程序，由學者林鈺雄教授、許恆達教授、楊雲驊教授及薛智仁教授等四人提供鑑定意見，過程也全程錄影放到最高法院網站<sup>註 1</sup>。

其後於 2020 年 2 月 13 日由大法庭作出「最高法院 108 年度台上大字第 2306 號刑事大法庭裁定」，並採取限制肯定說認為：「行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，依刑法第 55 條前段規定從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作。」

本則大法庭判決涉及想像競合案件中，被告一行為觸犯數罪名，而從一重罪處斷時，是否應一併宣告輕罪之「保安處分」？此涉及以下幾點爭論：1. 想像競合意義（與法條競合之區別）；2. 「從一重處斷」之射程範圍是否僅及於主刑；3. 行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，從加重詐欺取財罪處斷而一併宣告組織犯罪防制條例之強制工作時，是否有違反罪刑法定主義？

以下先從實務爭議的源頭說起，除分析想像競合意義外，再整理學者見解

<sup>註 1</sup>最高法院法庭直播實況錄影

[https://tps.judicial.gov.tw/faq/index.php?parent\\_id=856](https://tps.judicial.gov.tw/faq/index.php?parent_id=856)，最後瀏覽日：2020/2/21。

並闡述最高法院大法庭裁定內容，最後作成結語。

## 一、緣起：實務爭議

本件最高法院大法庭裁定，是源自於 2019 年 10 月 17 日最高法院刑二庭所作「最高法院 108 年台聲字第 143 號刑事裁定」(下稱「聲請書」)之聲請。

依據上開聲請書之事實：「本案原判決認定被告於民國 106 年 7 月下旬某日，參與由他人所發起、主持具有持續性及牟利性之詐欺集團犯罪組織，在該詐欺集團擔任俗稱『車手』之提領詐騙所得款項之工作，並於同年 8 月 15 日依該詐欺集團其他成員之指示，持提款卡至銀行提款機提領被害人王聰明因遭該詐欺集團其他成員實行詐騙而匯入指定銀行帳戶內款項合計新臺幣 10 萬元之犯行，因而論斷被告所為係一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，而依想像競合犯關係從一重論被告以加重詐欺取財罪。」

不過，針對「被告以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪<sup>註2</sup>，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪<sup>註3</sup>，如依想像競合犯關係從一重論以加重詐欺取財罪，應否依其輕罪即參與犯罪組織罪所適用之組織犯罪防制條例其中第 3 條第 3 項之規定，一併宣告刑前強制工作？」於實務上有不同見解。

### (一)肯定說

採肯定說之實務見解<sup>註4</sup>認為「被告所犯數罪具有想像競合犯關係，依刑法第 55 條前段之規定從一重處斷時，同條但書所規定關於輕罪之

<sup>註2</sup>組織犯罪防制條例第 3 條第 1、2 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，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。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。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。」

<sup>註3</sup>刑法第 339-4 條：「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。前項之未遂犯罰之。」

<sup>註4</sup>108 年度台上字第 47 號、108 年度台上字第 337 號、108 年度台上字第 808 號、108 年度台上字第 1467 號。

封鎖作用，除最低法定本刑外，應及於與輕罪有關之拘束人身自由之強制工作之規定。」而理由則整理如下：

1.從罪刑相當、罰當其罪原則立論：

行為人所犯參與犯罪組織與首次犯加重詐欺罪，有想像競合犯之關係，雖應從一重之加重詐欺罪處斷，惟因輕罪之參與犯罪組織罪，其對社會所造成之危害與威脅甚鉅，較之重罪多出了**強制工作之保安處分，用以補充刑罰之不足**，以收刑事懲處與教化矯治之雙重效果，期以協助習於不勞而獲之行為人再社會化，**實現刑罰保護社會安全之職責**。此項保安處分措施除有後述 3.之情形，法院無裁量之權，自仍應在加重詐欺罪法定刑下一併被評價，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，始符責罰相當，罰當其罪。

2.從重罪科刑之封鎖作用以觀：

法院於決定想像競合犯之處斷刑時，雖以其中最重罪名之法定刑，作為裁量之準據，惟具體形成宣告刑時，仍應將輕罪之刑罰合併評價在內，否則，在終局評價上，無異使想像競合犯等同於單純一罪。亦即，**此種封鎖作用，在輕罪中有併科主刑、從刑或保安處分者，基於責罰相當原則，亦應不受影響，仍得併科，始符從一重處斷之立法本旨**，否則，無異鼓勵行為人犯重罪以博取輕罰，也不應將具有想像競合犯關係之罪名，因屬不同刑罰法律，即為不同之處斷，始符衡平。

3.從法律能否割裂適用而言：

所謂法律不能割裂適用一詞，係源自本院 27 年上字第 2615 號判例：「犯罪在刑法施行前，比較裁判前之法律孰為有利於行為人時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果，而為整體之適用，不能割裂而分別適用有利益之條文。上訴人於民國 24 年 3 月間，連續結夥三人以上攜帶兇器搶奪，**原判決關於連續部分，適用舊刑法第 75 條，而於其所犯搶奪罪之本刑部分，則適用裁判時之刑法，其適用法則，自屬不當。**」

實則，基於案例拘束原則，此一判例意旨原侷限在法律修正而為罪刑新舊法之比較適用時，**須考量就同一法規整體適用之原則**，不可將同一法規割裂而分別適用有利益之條文，始有其適用。況參之 24 年上字第 4634 號判例意旨，於為新舊法比較時，僅應就罪刑有關之共犯、未遂犯、連續犯、牽連犯、結合犯以及累犯加重、自首減輕、

暨其他法定加減原因、與加減例等一切情形，綜其全部之結果，而為比較（本院 95 年度第 8 次刑事庭會議決議，同此意旨）。至於易刑處分、緩刑、保安處分等，則均採與罪刑為割裂比較而分別適用有利益之條文。

以保安處分為例，本院 96 年度第 3 次刑事庭會議決議（一）即認為：「民國 95 年 7 月 1 日起施行之刑法第 91 條之 1 有關強制治療規定，雖將刑前治療改為刑後治療，但治療期間未予限制，且治療處分之日數，復不能折抵有期徒刑、拘役或同法第 42 條第 6 項裁判所定之罰金額數，較修正前規定不利於被告。」因是，於 95 年 7 月 1 日刑法修正前犯刑法第 222 條之強制性交罪者，於新法施行後裁判時，關於罪刑部分之比較適用，即應適用有利於行為人之新法（法定本刑從舊法之無期徒刑、7 年以上有期徒刑，修正為 7 年以上有期徒刑），但屬於保安處分之強制治療，依上開決議，則修正前舊法之刑前治療為有利於行為人。此即在新舊法比較時，保安處分與罪刑法律割裂適用之案例。

由是觀之，法律適用本來就沒有所謂「一新一切新，從舊全部舊」的不能割裂關係存在。基於罪刑相當原則，想像競合犯從一重處斷之結果，其輕罪相關保安處分之條文自不能置而不論。

## （二）否定說

採否定說實務見解<sup>註 5</sup>認為「被告所犯數罪具有想像競合犯關係而從一重處斷時，依刑法第 55 條但書之規定，雖有宣告最低刑度之限制（即輕罪最低本刑之封鎖作用），惟該封鎖作用不及於刑以外與輕罪有關之拘束人身自由之強制工作之規定。」

### 1. 從憲法保障身體自由以及「罪刑法定主義」暨「刑罰明確性原則」之觀點：

剝奪人民生命或限制人民身體自由之處罰，以及拘束人身自由之保安處分，均須以法律明文規定，不得任意為之。刑法（包括特別刑法）所規定之強制工作處分，其本質雖屬保安處分之一種，但因含有社會隔離及長期拘束人身自由之性質，具有類似徒刑之刑罰效果，其作用與其他非拘束人身自由之保安處分明顯不同，自有「罪

<sup>註 5</sup>108 年度台上字第 1908 號、108 年度台上字第 416 號、108 年度台上字第 1763 號、108 年度台上字第 592 號、108 年度台上字第 567 號、108 年度台上字第 1199 號、108 年度台上字第 1913 號、108 年度台上字第 4 號等判決。

刑法定主義」及「刑罰明確性原則」之適用。故在法律尚無明文規定之情形下，自不得逕由法院以法理擴張解釋之方式，任意對被告施以拘束其人身自由之強制工作處分。

## 2.從憲法比例原則之角度觀之：

**拘束人身自由之保安處分**，係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體自由等強制處置，以達教化與矯正之目的，為刑罰之補充制度，且**具有類似刑罰之效果**。本諸憲法及法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，**應受比例原則（或必要性原則）之規範**，俾使拘束人身自由保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。

組織犯罪防制條例第3條第1項中段以下規定：參與犯罪組織者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。但參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。

而同條第3項卻規定：犯第1項之罪者，應於刑之執行前，令人勞動場所，強制工作，其期間為3年。則參與犯罪組織情節輕微者，依上述但書之規定既得減輕，甚至免除其刑，然依其第3項規定，卻應一律宣告強制工作，其前後規定旨趣似有牴觸，且上開宣告強制工作之規定，不問被告犯罪之原因及其情節輕重，亦不論被告之品格、惡性、有無犯罪之習性，以及是否已具有工作技能暨有無對其施以強制工作之必要，祇要犯上述罪名，一律均須宣告刑前強制工作3年，縱刑法第90條第2項及第98條有關於保安處分執行一部後得予以免除之規定，但其不問情節一律宣告刑前強制工作之規定，顯然有違反比例原則（或必要性原則）而侵害憲法所保障人民身體自由之疑慮。

## 3.從刑法55條修法旨意以觀：

刑法第55條於92年2月2日修法當時，德國刑法第52條(4)已明文規定想像競合犯其他各罪如有從刑、從效果與措施(指矯治、保安處分及沒收)等規定者，亦應一併適用。然而我國立法機關在修法增訂刑法第55條但書當時，既已參考德國刑法上述規定，而知悉該國刑法第52條(4)已明文規定想像競合犯之其他各罪如有從刑、從效果與措施(指矯治、保安處分及沒收)等規定者，亦應一併適用。

但其修正範圍卻僅於刑法第55條但書增訂輕罪最低本刑之封鎖作

用，並說明其增訂但書之目的僅係為「避免科刑偏失」，可見立法者於修法時應係有意排除德國刑法第 52 條(4)關於「輕罪最低本刑」以外之其他相關規定及效果。換言之，修正後刑法第 55 條但書規定所生科刑之封鎖作用，依上開修法旨趣，應僅止於宣告刑部分，並不及於輕罪所規定之沒收、保安處分或其他處置。法院自不宜違反上開修法旨趣，任意加以擴張適用，認為刑法第 55 條但書所規定量刑之封鎖作用，應擴及於該條但書所未規定之保安處分。

#### 4.從法律應整體適用，不得任意割裂適用之基本原則而言：

法院就同一罪刑所適用之法律，無論係對罪名之宣告或所科之刑罰或施以保安處分，除法律有明文特別規定應就其中一部分準用或適用其他法律之規定，或應受其他法律規定之限制（例如：刑法第 55 條但書等）外，原則上應本於統一性及整體性之方式予以適用，不宜在同一罪名下，未經法律授權而任意割裂而適用不同之法律加以科刑或處罰，致造成法律適用體系之紊亂。

## 二、想像競合之意義

所謂想像競合犯，則指一行為侵害數法益，符合相同或不同之數法條所定犯罪構成要件，應為雙重或多重之評價，併論以相同或不同之數罪名，但立法上基於刑罰衡平原理，規定為僅應從其中一重罪處斷，其本質為數罪之競合，與法條競合之情形不同（104 台上 311 決）。

### (一)封鎖作用

刑法第 55 條關於想像競合犯之規定，係將「論罪」與「科刑」予以分別規範。就「論罪」而言，想像競合犯侵害數法益皆成立犯罪，犯罪宣告時必須同時宣告數罪名，但為避免一行為受二罰之過度評價，本條前段規定為「從一重處斷」，乃選擇法定刑較重之一罪論處，非謂對於其餘各罪名可置而不論。

從「科刑」而言，想像競合犯觸犯數罪名，本質上應為雙重或多重之評價，基於罪刑相當原則，95 年 7 月 1 日施行之本條但書遂增列就所一重處斷之重罪，「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，適度調和從一重處斷所生評價不足，此即所謂重罪科刑之封鎖作用，亦即科刑之上限係重罪之最重法定刑，下限則為數罪中最高的最輕本刑，以防免科刑偏失。因此，法院於決定想像競合犯之處斷刑時，雖以其中最重罪名之法定刑，作為裁量之準據，惟具體形成宣告刑時，仍應

將輕罪之刑罰合併評價在內，否則，在終局評價上，無異使想像競合犯等同於單純一罪（108 台上 337 決一值得參考價值裁判）。

亦即，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。

## （二）夾結效果

想像競合之成立，必須出於一行為為必要。我國實務見解對一行為採取寬鬆解釋，認為只要行為人出於一個意思決定，且其數個行為之間具有方法目的關係，只要其間具有**實行之行為完全或局部同一**，皆得評價是一行為的想像競合。因此，修法刪除的連續犯、牽連犯的案例，將會因實務見解的擴張解釋，部份轉變成為想像競合犯。

有了這樣的概念後，問題就出現在，行為人違犯兩個本來屬於數罪併罰關係的數罪，因其與第三個犯罪行為部份實行行為有重疊，透過前述「實行之行為完全或局部同一」的說法，可將原本違犯屬於數罪併罰的兩罪夾結起來，解釋成為一行為，將數個犯罪全部論以想像競合，此謂想像競合的夾結效果。

所謂「夾結理論」（掛勾理論、涵攝理論），係指犯某罪著手後，行為尚未終了前（如：繼續犯），另因故意或過失犯他數罪，而該貫穿行為**非全部犯罪中最輕之罪**，如與他數罪間有構成要件行為重合之情形，他數罪得分別與該貫穿行為全部夾結成一行為。其理論目的在於，透過想像競合的夾結效果，避免違反雙重評價禁止或一行為不二罰原則。

然而，夾結作用並未毫無限制，通說認為僅「**重罪可以夾結輕罪**」，而輕罪不能夾結重罪。也就是說，如果不法內涵較輕的輕罪，可以將不法內涵較重的二重罪夾結，二重罪原本應論以數罪併罰，將因行為人多犯一條輕罪而得以夾結二重罪，論以想像競合，如此將違反公平原則<sup>註6</sup>（白話點說，多犯一條輕罪就可以享受夾結的效果，真是太划算了！）。

例如：甲為殺乙、丙二人購得手槍，先持槍將乙殺害，一週後又再持該槍擊斃丙。此時，甲分別殺乙、丙二人共犯兩個故意殺人既遂罪，

<sup>註6</sup>蔡聖偉，〈血上加雙—所謂「夾結效果」及其限制〉，《月旦法學教室》，2010年10月，頁99。

原先應論以數罪併罰，若認為甲持有手槍所犯加重危險物品罪（刑法第 187 條），因與二殺人罪間，具有實行行為的局部同一，得以夾結二殺人罪，論以想像競合，則有違公平原則。

因此，在輕罪無法夾結重罪的情況下，行為人所犯的三罪應如何競合？應回歸原本競合概念處理，也就是甲所違犯的兩個殺人罪先數罪併罰後，再與加重危險物品罪想像競合。

### 三、大法庭見解

最高法院 108 年台上大字第 2306 號刑事裁定，採修正的肯定說，就組織犯罪防制條例之規定為目的性限縮。理由可分為以下數點：

#### (一)想像競合與法條競合之區別

大法庭見解認為：刑法第 55 條想像競合犯之規定，既列在刑法總則編第七章「數罪併罰」內，且法文稱「一行為而觸犯數罪名」，則依體系及文義解釋，可知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。此與法規競合僅選擇其中最適宜之罪名，為實質上一罪，明顯有別。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**，否則將導致成立數罪之想像競合與成立一罪之法規競合，二者法律效果無分軒輊之失衡情形，尚非立法者於制定刑法第 55 條時，所作之價值判斷及所欲實現之目的。

#### (二)「從一重處斷」之射程範圍是否僅及於主刑

##### 1.學者見解：

針對想像競合，薛智仁教授認為，由於行為人一行為所犯不同罪名，其侵害法益不同，有其不同的不法與罪責，無法被彼此取代，因此為了貫徹「充分評價原則」，想像競合所稱的「從一重處斷」，是指法院必須同時宣告行為人「**所有罪名**」，只是在**量刑時受到較重罪名之法定刑的框架限制**，否則將有漏未評價較輕罪名法益侵害，違反「充分評價原則」，此即學說所稱想像競合的「釐清作用」<sup>註7</sup>。

##### (1)「從一重處斷」射程及於保安處分

薛教授進一步認為，立法者增訂刑法第 55 條但書時，僅注意輕罪法定刑下限應有封鎖效果，卻疏未注意輕罪的從刑、沒收或保安

<sup>註7</sup>薛智仁，〈想像競合之輕罪封鎖作用—評最高法院 108 年度台上字第 337 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 86 期，2019 年 8 月，頁 55。



處分是否有封鎖作用。因此，基於「**罪刑法定原則**」，既然法律未明訂輕罪保安處分有封鎖作用，不得一併諭知輕罪的保安處分<sup>註8</sup>。

(2) 「從一重處斷」射程僅及於主刑

對此，最高法院吳燦法官認為基於「罪刑相當，罰當其罪」，應認為（首次）參與犯罪組織與加重詐欺罪，適用想像競合之結果，從一重加重詐欺罪處斷，又因輕罪參與組織犯罪多出補充刑罰之保安處分，仍必須宣告刑前強制工作<sup>註9</sup>。

此外，林鈺雄教授認為，基於「文義解釋」，想像競合所稱「從一重處斷」，必須是得以比較輕重之「主刑」方有適用，至於無法比較輕重之保安處分，例如：毒品禁戒與性侵害犯之強制治療，因無法比較輕重，而不在「從一重處斷」的射程範圍。因此，將保安處分納入輕重比較，認為從較重的加重詐欺罪處斷，是違反文義解釋<sup>註10</sup>。

揆諸下述大法庭見解，係採取林鈺雄教授之見解，認為依刑法第33條及第35條僅就刑罰之主刑，定有輕重比較標準，至於保安處分因非主刑且無從比較，因此「從一重處斷」射程僅及於主刑。

2.大法庭見解：

大法庭見解認為，刑罰評價對象，乃行為本身；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」。又刑法第33條及第35條僅就刑罰之主刑，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。

揆諸上開大法庭見解，係採取林鈺雄教授之見解，認為依刑法第33條及第35條僅就刑罰之主刑，定有輕重比較標準，至於保安處分因非主刑且無從比較，因此「從一重處斷」射程僅及於主刑。

【高點法律專班】

<sup>註8</sup> 薛智仁，〈想像競合之輕罪封鎖作用—評最高法院108年度台上字第337號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第86期，2019年8月，頁56。

<sup>註9</sup> 吳燦，〈加重詐欺及參與犯罪組織之法律適用—最高法院107年度台上字第1066號刑事判決評析〉，《月旦裁判時報》，第75期，2018年9月，頁60。

<sup>註10</sup> 林鈺雄，〈想像競合犯可否宣告輕罪保安處分？—最高法院108年度台上大字第2306號案鑑定意見書〉，《月旦法學雜誌》，第299期，2020年4月，頁77。

### (三)罪刑法定原則或罪刑明確性原則

#### 1.學者見解：

林鈺雄教授認為，刑法第 55 條之規定，係立法者就可比較輕重之「法定刑」間，擇一最重本刑處斷，以達不過度、不重複評價之原則，至於無從比較輕重之保安處分，立法者本即無將其吸收於刑罰的想法。因此，既然保安處分非刑罰，本質上僅應受法律保留原則、比例原則之拘束，因此依保安處分之法律規定，宣告輕罪之保安處分，不違反法律保留原則，又因保安處分目的與刑罰不同，宣告輕罪保安處分正式落實「充分評價原則」，也合乎比例原則<sup>註11</sup>。

#### 2.大法庭見解：

行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，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 3 條第 3 項強制工作之規定，並未被重罪所吸收，仍應一併適用。因此，上開對刑法第 55 條前段規定，在文義射程範圍內，依體系及目的性解釋方法所為之闡釋，屬法律解釋範疇，並非對同條但書所為擴張解釋或類推適用，亦與不利類推禁止之罪刑法定原則或罪刑明確性原則無違。

### (四)結論

#### 1.學者見解：

林鈺雄教授認為，若對多次參與詐欺犯罪組織之先行為，與其嗣後著手實行加重詐欺行為之行為人，否定輕罪保安處分之適用，則將導致：(1)甲違犯組織犯罪條例第 3 條第 3 項輕罪：法院須宣告強制工作 3 年；(2)乙除違犯組織犯罪條例第 3 條第 3 項輕罪外，另犯加重詐欺罪：此情形則因乙多犯一重罪而無庸宣告強制工作，是否昭告人民，害怕被強制工作，一定要多犯重罪，且犯越重越保險<sup>註12</sup>？因此，林教授認為，應同時宣告強制工作。

#### 2.大法庭見解：符合一定要件下一併宣告刑前強制工作

版權所有，重製必究！

<sup>註11</sup>林鈺雄，〈想像競合犯可否宣告輕罪保安處分？—最高法院 108 年度台上大字第 2306 號案鑑定意見書〉，《月旦法學雜誌》，第 299 期，2020 年 4 月，頁 81。

<sup>註12</sup>林鈺雄，〈想像競合犯可否宣告輕罪保安處分？—最高法院 108 年度台上大字第 2306 號案鑑定意見書〉，《月旦法學雜誌》，第 299 期，2020 年 4 月，頁 90。

修正前組織犯罪防制條例，對發起、主持、操縱、指揮或參與集團性、常習性及脅迫性或暴力性犯罪組織者，應於刑後強制工作之規定，經司法院釋字第 528 號解釋尚不違憲；嗣該條例第 2 條第 1 項所稱之犯罪組織，經二次修正，已排除原有之「常習性」要件，另將實施詐欺手段之具有持續性或牟利性之有結構性組織，納入本條例適用範圍，並對參與犯罪組織之行為人，於第 3 條第 1 項後段但書規定「參與情節輕微者，得減輕或免除其刑」。惟同條第 3 項仍規定「應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年」，而未依個案情節，區分行為人是否具有反社會的危險性及受教化矯治的必要性，一律宣付刑前強制工作 3 年。

然則，衡諸該條例所規定之強制工作，性質上原係對於有犯罪習慣，或因遊蕩、懶惰成習而犯罪者，所為之處置，修正後該條例既已排除常習性要件，從而，**本於法律合憲性解釋原則**，依司法院釋字第 471 號關於行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，及比例原則等與解釋意旨不相衝突之解釋方法，為目的性限縮，對犯該條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪者，**視其行為之嚴重性、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，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內**，由法院依該條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作。

#### 四、大法庭未處理之爭點：行為數判定

針對行為人多次參與詐欺犯罪組織之先行為，與其嗣後著手實行加重詐欺行為間，其行為數應如何計算？倘認定屬於一行為，則所違犯組織犯罪防制條例與加重詐欺間，是否具有「夾結效果」？

##### (一)實務見解

108 台上 337 決認為：「組織犯罪防制條例於 106 年 4 月 19 日修正公布，擴大犯罪組織之定義，將具有持續性及牟利性之詐欺集團亦納為犯罪組織之犯罪類型，從而，行為人參與以詐術為目的之犯罪組織，即尚有待其他加重詐欺犯罪，以確保或維護此一**繼續犯**之狀態。基此，行為人參與詐欺犯罪組織之先行為，與其嗣後著手實行加重詐欺行為間，**雖在時間及場所未能完全重合，在自然意義上非完全一致，然二者具有階段性之緊密關聯性，並有部分合致**，復為確保及維護犯罪組織之宗旨或目的所必要，自得評價為單一行為，而有想像競合犯

之適用，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。

惟倘行為人於參與詐欺犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人之財物，因該一貫穿全部犯罪歷程之參與犯罪組織的不法內涵，較之陸續實行之加重詐欺犯行為輕，自不能「以小包大、全部同一」，應僅就參與犯罪組織及首次加重詐欺二罪，依想像競合犯從一重之加重詐欺罪處斷。而此一參與犯罪組織之繼續行為，已為首次加重詐欺行為所包攝，自不得另割裂與其他加重詐欺行為，各再論以想像競合犯，以免重複評價。是以，第二次(含)以後之加重詐欺犯行，應單純依數罪併罰之例處理，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，而與第二次(含)以後所犯加重詐欺罪從一重論處之餘地。」亦即，上開判決認為組織犯罪防制條例雖其性質為繼續犯，然法定刑比加重詐欺更輕，依上開說明，無法成立夾結效果。不過，判決又例外地讓行為人犯組織犯罪防制條例行為與第一次加重詐欺成立想像競合，再就餘罪(加重詐欺)數罪併罰。

## (二)學說見解

對此，蔡聖偉教授肯認實務採取想像競合的認定，蔡教授認為：參與組織犯罪應如繼續犯，透過「加入組織」的積極作為，與「不退出」的後續不作為，結合為一個行為單位，應合一整體評價為「構成要件之行為單數」。因此，行為人在參與組織犯罪的過程中，依循組織目的所違犯的其他犯罪，形成實行行為部分同一關係(行為單數)，應適用想像競合<sup>註13</sup>。

惟行為人於參與詐欺犯罪組織之繼續中，先後加重詐欺數人之財物數次之行為，縱使有承認夾結效果，蔡聖偉教授認為，也會因為加重詐欺罪法定刑高於組織犯罪防制條例第3條第1項本文前段，而產生「去夾結化」<sup>註14</sup>。

針對實務見解「例外地讓行為人犯組織犯罪防制條例行為與第一次加重詐欺成立想像競合，再就餘罪(加重詐欺)數罪併罰」之見解，蔡聖偉教授認為，該判決「忽略餘罪與參與犯罪組織罪實行行為有所重

版權所有，重製必究！

<sup>註13</sup> 蔡聖偉，〈參與犯罪組織罪與加重詐欺罪的競合一評最高法院107年度台上字第1066號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，第292期，2019年9月，頁186-187。

<sup>註14</sup> 蔡聖偉，〈參與犯罪組織罪與加重詐欺罪的競合一評最高法院107年度台上字第1066號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，第292期，2019年9月，頁189。

合的事實<sup>註15</sup>。」

基此，蔡教授認為，應先就行為人**違犯多次加重詐欺罪**，依刑法第51條第5款定執行刑範圍後，再與**參與組織犯罪成立想像競合關係**，將「併罰之加重詐欺罪的執行刑裁處範圍」與「參與犯罪組織罪的法定刑度」互相比較輕重（所謂「從一重處斷」<sup>註16</sup>）。

採此去夾結化之理由在於，既**不會有重複評價問題**（參與組織犯罪只被評價一次），也將**加重詐欺與參與犯罪組織罪的行為重合納入考量**（行為單數），並兼顧個別加重詐欺罪相互間無實行行為重合（行為複數）<sup>註17</sup>。

## 五、結語

最高法院為統一法律見解，創設大法庭制度，其所作出「最高法院 108 年度台上大字第 2306 號刑事大法庭裁定」，運用合憲性解釋，並緊扣保安處分之宣告必須符合比例原則之概念，視其行為之嚴重性、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，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依該條例第3條第3項規定，一併宣告刑前強制工作。這是值得被讚賞的大法庭裁定。

不過，強制工作本質上具有違憲性的疑慮，亦即是否能透過一律宣告強制工作而培養被保安處分人之勤勉習慣，是否能夠達成強制工作之目的，本即不是大法庭應為裁定範圍，期待未來大法官能對其作出解釋。

<sup>註15</sup>蔡聖偉，〈參與犯罪組織罪與加重詐欺罪的競合一評最高法院 107 年度台上字第 1066 號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，第 292 期，2019 年 9 月，頁 191。

<sup>註16</sup>蔡聖偉，〈參與犯罪組織罪與加重詐欺罪的競合一評最高法院 107 年度台上字第 1066 號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，第 292 期，2019 年 9 月，頁 191。

<sup>註17</sup>蔡聖偉，〈參與犯罪組織罪與加重詐欺罪的競合一評最高法院 107 年度台上字第 1066 號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，第 292 期，2019 年 9 月，頁 191。