臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上易字第60號

上　訴　人
即　被　告　紀秉慶
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人即被告因詐欺等案件，不服臺灣臺中地方法院114年度易字第1692號中華民國114年11月7日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵續一字第10號），針對其刑及部分沒收一部提起上訴，本院判決如下：

主　文

□原判決關於其附表一編號1至7所示之刑、沒收，及所定應執行刑部分，均撤銷。

□紀秉慶經原判決認定如其附表一編號1至7所示各罪，各處如本判決附表編號1至7所示之刑。

□其餘上訴駁回。

□紀秉慶上開第二項經撤銷改判與第三項上訴駁回所處之刑，應執行有期徒刑玖月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

理　由

一、按刑事訴訟法第348條第3項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。查上訴人即被告紀秉慶（下稱被告）對於原判決不服聲明上訴之範圍，已據被告於本院準備程序及審理時均明示針對原判決附表一編號1至8之刑及所定應執行刑，與原判決如其附表一編號1至7之沒收一部提起上訴，且於本院準備程序時填具「部分撤回上訴聲請書」，撤回除其前開明示以外其餘部分之上訴（見本院卷第68、105至106頁）。依照前揭規定，本院自應僅就原判決關於其附表一編號1至8之刑及所定應執行刑，與原判決如其附表一編號1至7之沒收部分予以審理，及審查有無違法或未當之處，先予敘明。

二、被告之上訴意旨略以：伊所為固有不該，惟已坦承犯行、深

刻反省自身行為，對於犯下之錯誤深感悔意，請審酌其坦承犯行，且曾嘗試並願意在能力範圍內盡力賠償告訴人永悅醫療儀器有限公司（下稱永悅公司）之損失，及誠摯表達歉意，請求准予移付調解，並考量其犯後積極面對及盡力彌補損害，犯後態度良好，就其經原判決認定所犯各罪，均依刑法第59條之規定酌減其刑，及依同法第57條之規定再予從輕量刑。又伊就原判決附表編號1至7部分，並未取得犯罪所得，原審推估其此部分各取得一半之佣金，因而據以沒收及追徵其價額，純屬臆測，別無其他證據支撐，是原判決此部分之沒收有所未當等語。

三、本院之判斷：

(一)被告所為如原判決附表一編號1至8所示各罪之刑，均無刑法第59條規定適用之說明：

雖被告上訴意旨以伊所述其犯後已坦承犯行、深刻反省自身行為，對於犯下之錯誤深感悔意，請審酌其坦承犯行，且曾嘗試並願意在能力範圍內盡力賠償告訴人永悅公司之損失，及誠摯表達歉意，請求本院准予移付調解，並考量其積極面對及盡力彌補損害，犯後態度良好，就其經原判決認定所犯各罪，均依刑法第59條之規定酌減其刑等語。惟按「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑」，刑法第59條固定有明文；然刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，必其犯罪情狀顯可憫恕，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用，其審酌事項固不排除刑法第57條所列舉10款事由，但仍以犯罪時有其特殊之原因與環境為必要，而是否援引刑法第59條酌減其刑，屬事實審法院得依職權裁量之事項，若其裁量權之行使未有濫用之情形，非許當事人逕憑己意，指稱法院不予酌減，即有判決不適用法則之違法（最高法院112年度台上字第1364號判決意旨參照）；又刑法第59條酌量減輕其刑之規定，係推翻立法者之立法形成，就法定最低度刑再予減輕，為司法之特權，適用上自應謹慎，未可

為常態，其所具特殊事由，應使一般人一望即知有可憫恕之處，非可恣意為之（最高法院111年度台上字第2154號判決意旨參照）。本院酌以被告經原判決認定如其附表一編號1至7所示共同詐欺取財7罪及背信1罪(共計8罪）之犯罪情狀，其於案發期間擔任永悅公司之業務人員，未思為告訴人永悅公司謀取利益，反而為前開8次之犯行，使告訴人永悅公司受有損害，依社會通常一般人之認知，實俱難認其犯罪時有何特殊之原因與環境而具有情堪憫恕之情，自均無刑法第59條規定之適用。被告此部分之上訴理由，非可憑採。

(二)被告就原判決附表一編號1至7所示各罪，並無證據足認其有實際分得犯罪所得之說明：

原判決於其理由欄三、(一)中敘及：雖被告否認其參與共同詐欺犯罪部分曾獲得任何利益，但觀諸被告與祥安醫療器材有限公司（下稱祥安公司）人員胡政賢的犯罪模式，乃是由被告覓得購買製氧機的客戶之後，透過祥安公司向告訴人永悅公司提出購買需求，藉此申請佣金，以此互動模式而論，兩人對於所獲利益均有相當貢獻，衡情被告應該會從中分得利益，考量被告與共犯胡政賢間之分工方式，於犯罪中居於同等重要的地位，推估被告取得一半之佣金利益，應屬適當，爰認定犯罪所得為佣金之半數，應就其犯罪所得於各次犯行的主文欄予以宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額等情，固非無見。然查，刑法第38條之2第1項規定「犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之」，其所謂之估算仍須具有合理之基礎，法院須先就估算基礎之連結事實加以調查審認，倘未有足以認定行為人已實際取得犯罪所得之前提存在，自無可遽以推估方式，認定其犯罪所得。而被告於本院堅決否認伊有因犯如原判決附表一編號1至7所示共同詐欺取財各罪，實際取得犯罪所得等語，且有關被告有無因犯如原判決附表一編號1至7所示各次共同詐欺取財罪，因而分得犯罪所得，本非不得透過調查證人即原判決認定之共犯胡政賢予以釐清。

而證人胡政賢於偵訊時堅稱其所取得之告訴人永悅公司給付之佣金，並未分予被告等語（見他卷第184頁），且於本院審理時經具結後亦同為上揭證述內容，並稱此部分告訴人永悅公司給付之佣金均係由其自己個人取得等語（見本院卷第113至116頁），衡以倘非確有其事，證人胡政賢自無故為不利於己之證述，足認證人胡政賢前揭證詞，可為採信；被告堅稱伊個人就如原判決附表一編號1至7所示共同詐欺取財各罪，並未取得任何犯罪所得等語，可為憑採。至告訴人永悅公司代表人劉牧君所提其與胡政賢間於案發後之對話錄音譯文，胡政賢初始於劉牧君提及「小紀當初也有跟聖義講他...您會退傭10000塊給他」後，固曾簡單回以「嘿」（見他卷第115頁），然胡政賢上開「嘿」之表示，究是否係積極肯認劉牧君之意，尚非無疑而難認明確；況胡政賢在該次對話中，其後已明白否認伊有將佣金中之新臺幣（下同）1萬元給被告，並稱「這我沒講喔，這是你自己說的」（見他卷第124頁），自無可以前開錄音譯文，作為被告就上開共同詐欺取財7次部分，有取得犯罪所得之不利事證。至告訴人永悅公司代表人劉牧君於本院準備程序時曾稱：上開錄音譯文中，伊向胡政賢表示「小紀當初也有跟聖義講他...您會退傭10000塊給他」，小紀就是指被告，聖義是臺中業務員陳聖義，這是伊有當面向陳聖義求證，陳聖義有聽聞被告承認此情等語（見本院卷第70頁）部分，經核該部分縱然屬實，至多亦僅屬陳聖義轉述自被告之說法，於被告在本院否認此情、且無其他具關聯性之可信補強佐證下，本於刑事訴訟之證據採證原則，尚無可逕以被告前後不一之供述，即認定被告個人就前開各次共同詐欺取財犯行，業已實際取得犯罪所得，故本院認為並無依職權傳訊調查證人陳聖義之實益及必要。準此，本案依本院調查證人胡政賢之結果，既足認被告就其所為如原判決附表一編號1至7所示共同詐欺取財罪，均未實際取得犯罪所得，於法自無可以推估之方式，推定被告之犯罪所得數額；原審遽以推估之方式，認定被告有

如原判決附表一編號1至7所示犯罪所得，並予以宣告沒收及追徵其價額，容有未合。被告此部分上訴內容，可為採信。

(三)本院駁回上訴部分（即維持原判決如其附表一編號8所示科刑部分）之說明：

1、原審認被告如其附表一編號8所為應成立背信罪，乃在科刑方面，以行為人即被告之責任為基礎，審酌被告私自承接維修、保養製氣機的工作，損及告訴人永悅公司之營收，考量此等手段之可非難性、對告訴人永悅公司所造成之損害，及被告於原審雖坦承犯行，但在偵查中矢口否認，且經告訴人永悅公司長時間搜證並提出予檢察機關，始見被告獲司法追訴，告訴人永悅公司代表人劉牧君於原審審理時表示被告未能即時悔過表達歉意，直至遭起訴才認罪，因而不願原諒被告等情（參見原審卷第87頁），再斟酌被告無前科，案發後亦從事推銷製氣機（在商業上與告訴人永悅公司處於競爭關係），被告自述之智識程度、家庭、需扶養之對象及經濟狀況等一切情狀，處以被告「有期徒刑伍月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日」，經核原判決此部分之量刑，並未有違法或裁量恣意之未當，並無不合。

2、被告就原判決如其附表一編號8所示之刑一部提起上訴，其中請求依刑法第59條之規定酌減其刑部分，依本判決上揭「事實及理由」欄三、(一)所示之說明，為無理由。又被告上訴意旨另以同上希予適用刑法第59條規定之其所述犯後態度，請求在刑法第57條規定之範圍內，再予從輕量刑之部分；本院衡酌量刑係法院就繫屬個案犯罪所為之整體評價，屬事實審法院得依職權裁量之事項，而量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，不可擷取其中片段，遽以評斷，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內酌量科刑，無偏執一端，或濫用其裁量權限，致明顯失出失入情形，自不得任意指為不當或違法，且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審量定之刑，亦無過重或失輕之不當

情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重。而原審就被告如其附表一編號8所為之量刑，並無違法或未當之處，業如前述；又被告上訴固表示其有意與告訴人永悅公司進行調解，惟因告訴人永悅公司並無調解之意願（此據告訴人永悅公司代表人於本院陳明，並有本院公務電話查詢紀錄表在卷可明，見本院卷第71、91頁），本院無從基於被告與告訴人永悅公司之合意而移送調解，被告終未能成立調（和）解並為賠償，被告上訴主張請求考量其犯後盡力彌補告訴人永悅公司損害之犯後態度，作為其有利之量刑斟酌事項，尚屬無稽；再被告另泛以其犯後已坦承犯行、深刻反省及有悔意等情，請求就原判決附表一編號8之背信罪，再予從輕量刑，並作為上訴之理由部分，因被告此部分所述，或已為原判決科刑時所斟酌、或不足以影響於原判決之量刑，被告該部分上訴俱未依法指摘或表明第一審判決有何在刑之方面足以動搖於其本旨之不當或違法，亦難認有理由，應予駁回。

(四)本院將原判決關於其附表一編號1至7所示之刑、沒收，及所定應執行刑部分均予撤銷，及就此部分各罪之刑及所定應執行刑予以改判之說明：

1、原審認被告如原判決附表一編號1至7所為，各係犯共同詐欺取財罪，乃分別予以量刑及就其推估之犯罪所得各予宣告沒收、追徵其價額，且就所處各罪均得易科罰金之刑，定其應執行刑，固非無見。惟查，被告個人並未因犯如原判決附表一編號1至7所示共同詐欺取財7次之犯行，而實際取得犯罪所得，業據本判決於前開理由欄三、(二)中論明，原審就被告所為如原判決附表一編號1至7所示各次共同詐欺取財罪，以推估方式認定被告已取得犯罪所得，應足以影響於其科刑之基礎，原判決就被告該部分各罪之量刑，難認適當，且原判決就其推估之被告如其附表一編號1至7取得之犯罪所得，各予宣告沒收及追徵其價額，亦有未合。被告就原判決附表一編號1至7所示之刑及沒收一部提起上訴，其中請求均予適

用刑法第59條規定減輕其刑，及表示伊犯後已坦承犯行，深刻反省並有悔意，且有意與告訴人永悅公司進行調解，主張請求考量其犯後盡力彌補告訴人永悅公司損害等犯後態度，作為其有利之量刑斟酌事項等情，請求在刑法第57條規定之範圍內，再予從輕量刑部分，因被告此部分所述，或已為原判決科刑時所斟酌、或不足以影響於原判決之量刑，固均難認為有理由；惟被告對原判決附表一編號1至7所示之刑及沒收一部提起上訴，另以本段首揭內容，請求就此部分各罪再予從輕量刑及撤銷原判決之沒收、追徵其價額部分，則非無理由，自應由本院將原判決附表一編號1至7所示之刑及沒收均予撤銷，且就其中之刑予以改判（至前開沒收部分則僅予撤銷），而原判決所定之應執行刑，因已失所依附，亦應併予撤銷之。

2、爰審酌被告於本案行為前未曾有前案紀錄(有法院前案紀錄表可參）之素行，依其行為時之年紀及在告訴人永悅公司擔任業務員所顯現之智識程度，其於原審及本院所述之工作、家庭、生活及曾從事公益捐款等狀況，被告之犯罪動機、目的係為圖謀不法利益，其所為如原判決附表一編號1至7所示共同詐欺取財之犯罪手段、情節、參與程度，對告訴人永悅公司所生之損害，及被告犯後已坦承犯行，且於上訴意旨表示反省、悔意，其個人並未取得犯罪所得，雖有意向告訴人永悅公司表示歉意，及與之調解而賠償，然未為告訴人永悅公司所接受，終未能與告訴人永悅公司就民事部分調（和）解成立及為賠償等犯罪後態度，兼衡告訴人永悅公司對本案量刑之意見等一切情狀，就其經原判決認定所為如其附表一編號1至7所示共同詐欺取財7罪，分別量處如本判決附表編號1至7所示之刑，並各諭知易科罰金之折算標準。另就被告上開經本院撤銷改判之各刑，與經本院駁回上訴之原判決如其附表一編號8所處之刑，整體考量各罪間之行為態樣、罪名、罪質、侵害法益等之異同，時間、空間之關聯性與其非難可責重複程度，及被告復歸社會之可能性等情而予以評

價，定其應執行之刑如主文第四項所示，並諭知易科罰金之折算標準，以示懲儆。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段(依判決格式簡化原則，僅引用程序法條文)，判決如主文。

本案經檢察官張容姍提起公訴，檢察官陳佳琳到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　2　　日

刑事第十二庭　審判長法　官　簡源希

法　官　劉麗瑛

法　官　李雅俐

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　陳宜廷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　2　　日

附錄科刑法條：

刑法第339條第1項：

意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科50萬元以下罰金。

刑法第342條第1項：

為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科50萬元以下罰金。

附表：

編號	原判決認定之犯罪事實(已確定)	原判決認定之罪名(已確定)	本院撤銷改判之刑（指附表編號1至7)或維持原判決之刑(指附表編號8)
1	原判決犯罪事實一、(一)之附表二編號1	共同詐欺取財罪	本院撤銷改判： 紀秉慶處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。
2	原判決犯罪事實一、	共同詐欺取財罪	本院撤銷改判：

	(一)之附表二編號2		紀秉慶處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。
3	原判決犯罪事實一、(一)之附表二編號3	共同詐欺取財罪	本院撤銷改判： 紀秉慶處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。
4	原判決犯罪事實一、(一)之附表二編號4	共同詐欺取財罪	本院撤銷改判： 紀秉慶處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。
5	原判決犯罪事實一、(一)之附表二編號5	共同詐欺取財罪	本院撤銷改判： 紀秉慶處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。
6	原判決犯罪事實一、(一)之附表一編號6	共同詐欺取財罪	本院撤銷改判： 紀秉慶處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。
7	原判決犯罪事實一、(一)之附表二編號7	共同詐欺取財罪	本院撤銷改判： 紀秉慶處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。
8	原判決犯罪事實一、(二)	背信罪	本院：上訴駁回(指維持原判決之刑部分)。 原判決之宣告刑(原審沒收不在上訴範圍，不於此節錄)： 紀秉慶處有期徒刑伍月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。