臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第1929號

上　訴　人　臺灣雲林地方檢察署檢察官

被　　告　吳啓承

上列上訴人因被告偽造文書等案件，不服臺灣雲林地方法院114年度訴字第300號中華民國115年5月27日第一審判決（起訴案號：臺灣雲林地方檢察署113年度偵字第7379號、114年度偵字第3871號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於有罪部分撤銷。

上開撤銷部分，吳啓承犯行使偽造私文書罪，處有期徒刑伍月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑伍年，並應於緩刑期間履行如附件所示之負擔。

未扣案之犯罪所得新臺幣貳拾玖萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

其他上訴駁回。

事　實

一、吳啓承明知其非○○旅行社有限公司（下稱○○旅行社）之業務人員，亦未獲得○○旅行社之授權，並無履行合約內容之真意或能力，竟意圖為自己不法之所有，基於詐欺取財及行使偽造私文書之犯意，於民國112年9月25日14時許，在雲林縣○○鄉○○路00巷000號之許○蓁居處，假冒○○旅行社業務人員身分，與許○蓁商訂由吳啓承為許○蓁規劃安排16人份馬來西亞5日遊之套裝旅遊行程，而行使其前以不詳方式取得、偽蓋有○○旅行社團體部簽約章1枚之國外團體旅遊契約書1份，供許○蓁簽署後收執，致許○蓁陷於錯誤，而給付旅遊價金新臺幣（下同）39萬8000元，吳啓承再承前犯意，行使其前以不詳方式取得、偽蓋有○○旅行社收款章1枚之收款憑證1紙，供許○蓁收執。嗣因許○蓁請求增加2名旅遊人數，吳啓承復承前犯意，於112年10月2日11時許，在同一地點，仍假冒○○旅行社業務人員身分，與許○

蓁商訂由吳啓承為許○蓁規劃安排2人份馬來西亞5日遊之套裝旅遊行程，而行使其前以不詳方式取得、偽蓋有○○旅行社團體部簽約章1枚之偽造國外團體旅遊契約書1份，供許○蓁簽署後收執，致許○蓁陷於錯誤，另給付旅遊價金5萬元，吳啓承再承前犯意，行使其前以不詳方式取得、偽蓋有○○旅行社收款章1枚之偽造收款憑證1紙，供許○蓁收執，均足生損害於許○蓁及○○旅行社。嗣因吳啓承無法履行上開旅遊契約約定內容，始查悉上情。

二、案經許○蓁及○○旅行社有限公司告訴暨雲林縣警察局臺西分局報告臺灣雲林地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

甲、有罪部分：

壹、證據能力部分：

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，屬傳聞證據，原則上不得作為證據；惟按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項分別定有明文。查本判決所引用屬於傳聞證據之部分，均已依法踐行調查證據程序，均經檢察官及被告於本院審判期日，明示同意有證據能力（見本院卷第57頁），本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，且無顯不可信之情形，以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

二、本件所引用卷內非供述證據性質之證據資料，均無違反法定程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4規定之反面解釋，亦應有證據能力。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

被告吳啓承坦承有原判決認定被告有罪部分即行使偽造私文書之犯行，然否認有何詐欺取財犯行，辯稱：其並無詐欺取

財云云（本院卷第61、62頁）。經查：

㈠前揭被告所坦承之犯罪事實，業據證人即告訴人許○蓁（下稱告訴人許○蓁）於警詢；證人即○○旅行社員工鄭○瑋、廖○惟、前員工林○雯、○○旅行社負責人葉○儀等人於偵訊時證述明確。並有國外（團體）旅遊契約書、收款憑證各2份；告訴人許○蓁與通訊軟體LINE暱稱「小吳」之對話紀錄擷圖11張；○○旅行社之旅行業執照影本；被告與通訊軟體LINE暱稱「劉秀秀-旅遊規劃師」之對話紀錄擷圖9張；○○旅行社簽約章印文、名片影本、○○旅行社使用之印章圖樣影本、與國外廠商合約書影本等證據可為補強，足以擔保被告之任意性自白與事實相符，其此部分犯行堪以認定。

㈡至被告雖否認有何詐欺取財犯行，然按刑法詐欺取財罪，其犯罪之成立以行為人使用詐術，致被害人陷於錯誤，被害人（陷於錯誤）因而為財產上之處分，並因該處分受有財產上之損害，為其構成要件。又交易之相對人對於契約成立之重要條件以及履約能力之相關事實，為客觀不實之陳述，致相對人對於契約履約條件陷於錯誤，因而締結契約並交付財物者，自屬施用詐術而使人陷於錯誤交付財物，該當於詐欺取財罪。又所謂「陷於錯誤」，乃被害人主觀上想法與真實情形產生不一致，也就是說被害人對行為人所虛構之情節須認為真實，信以為真，並在此基礎上處分財物。至被害人之所以陷於錯誤，除行為人施用詐術之外，縱同時因為被害人未確實查證、高估對行為人之信任，致未能自我保護以避免損害發生時，要無礙於行為人詐欺取財罪之成立。再按所謂詐術行為，不以積極之語言、文字、肢體、舉動或兼有之綜合表態等為限，其因消極之隱瞞行為，致使被害人陷於錯誤，亦包括在內。申言之，詐術行為乃係指傳遞與事實不符之資訊，及對事實之欺瞞，包括虛構事實、扭曲或隱瞞事實真相均屬之。被告明知其並非○○旅行社之業務人員，亦未獲得○○旅行社之授權，並無以○○旅行社履行合約內容之真意或能力，竟假冒○○旅行社業務人員身分與告訴人許○蓁簽

立馬來西亞5日遊之套裝旅遊行程，並出具偽造之○○旅行社國外團體旅遊契約書及收款憑證，以取信告訴人，致告訴人許○蓁陷於錯誤而付款，有前揭㈠之證據在卷可憑，此等事項既與告訴人許○蓁決定參加套裝旅遊行程之評估息息相關，足以動搖交付旅遊款項之意願，其隱匿此等資訊或有所欺罔，使告訴人許○蓁欠缺研判之重要依據，致陷於錯誤交付上開款項，揆諸前揭說明，自與詐欺取財罪之客觀要件相合；又被告於與告訴人許○蓁商談旅遊內容時虛偽隱瞞此等事項，以求順利獲取旅遊款，主觀上即具為自己不法所有之詐欺取財犯意亦明。至告訴人許○蓁是否有疏於查證、過分信任被告之過失，參諸上開說明，仍無礙於被告構成詐欺取財罪之認定，揆諸前揭說明，應認被告構成刑法第339條第1項之詐欺取財罪。

㈢綜上所述，本案事證明確，被告行使偽造私文書、詐欺取財等犯行洵堪認定，應依法論科。

二、論罪部分

㈠核被告所為，係犯刑法第216條、第210條之行使偽造私文書罪及同法第339條第1項之詐欺取財罪。被告所為之行使偽造私文書罪及詐欺取財罪間，有同一目的且行為局部同一之情形，應認被告均係以一行為同時觸犯上開數罪名，為想像競合犯，皆應依刑法第55條規定，各從一重論以行使偽造私文書罪處斷。被告先後2次犯行，主觀上係出於單一之犯罪計畫，且於密切接近之時間及相同地點實施，各行為之獨立性極為薄弱，應將此數行為視為接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，而僅論以接續犯之一罪。

㈡起訴書就被告所犯法條漏未論及刑法第339條第1項之詐欺取財罪，但此部分的犯罪事實已經記載於起訴書犯罪事實欄之中（被告並非○○旅行社業務人員，卻意圖為自己不法所有，向告訴人許○蓁行使偽造之○○旅行社國外團體旅遊契約書，自居為業務人員並自稱可代辦團體旅遊，使告訴人許○蓁與之簽立合約並交付款項，其再交付偽造之○○旅行社

收款憑證予告訴人許○蓁以資取信），且與起訴之行使偽造私文書犯行具有裁判上一罪關係，為起訴效力所及，本院已於審判期日當庭對被告告知上開罪名，並請被告一併答辯（見本院卷第62頁），而無礙被告之防禦權，本院自應併予審理。

三、撤銷改判原判決之理由及量刑：

㈠原審認被告行使偽造私文書犯行事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查，被告本案犯行，尚涉犯刑法第339條第1項之詐欺取財罪部分，原審就此部分未及併論，尚有未恰。檢察官於本院雖改以原審量刑過輕提起上訴（見本院卷第57頁），其上訴理由雖非可採（詳下述），然原判決仍有前揭論罪未洽之違誤，所諭知沒收的前提事實亦有違誤，仍屬無可維持，應由本院將原判決關於有罪部分予以撤銷改判。

㈡爰以行為人之責任為基礎，審酌被告以行使偽造私文書之方式對告訴人許○蓁詐取財物，及其行使之偽造私文書種類、數量，對告訴人許○蓁及○○旅行社所造成之損害程度等全案犯罪情節；及其有賭博、詐欺等前科之素行；犯後於原審及本院審理均坦承行使偽造私文書犯行，但於本院審理中否認詐欺取財犯行，並已先行賠償告訴人許○蓁15萬8000元，嗣於原審審理時，復就另外之29萬元與告訴人許○蓁達成和解，約定將來以分期付款方式給付告訴人許○蓁，有告訴人許○蓁所提出之被告匯款之行動網路銀行轉帳交易擷圖9張、自動櫃員機交易明細表翻拍照片6張，及附件所示之原審法院和解筆錄1份在卷可稽；暨其自陳之智識程度、生活狀況（見本院卷第63頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。又原審雖未將被告所犯詐欺取財罪併予論處，然就被告假冒旅行社人員招攬旅遊、詐得旅遊款項之犯罪情節、所得利益及造成告訴人損害等量刑因素，均已予以審酌，故本院認原審量刑基礎並無顯著不足，尚無因補充論及詐欺取財罪而再予加重其刑度之必要，附此敘明。

㈢緩刑宣告：

被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有被告之法院前案紀錄表在卷可考，符合緩刑之前提要件。茲以本案犯罪情節非鉅，且被告犯後終能坦承行使偽造私文書犯行，並已先行賠償告訴人許○蓁15萬8000元，嗣復就另外之29萬元與告訴人許○蓁達成和解，約定將來以分期付款方式給付告訴人許○蓁，已如前述。至被告雖尚未與告訴人○○旅行社達成和解，惟告訴人○○旅行社之代表人葉○儀經原審二度傳喚均未到庭，亦未具狀陳述意見，尚難遽此逕認被告欠缺彌補告訴人○○旅行社損害之誠意。是經綜合上情，本院認為被告所受刑之宣告仍以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款之規定，併宣告緩刑如主文所示，以啟自新。另為確保被告能依約履行和解筆錄內容，以維告訴人許○蓁權益，爰依刑法第74條第2項第3款規定，宣告被告應於緩刑期間內履行如附件所示與告訴人許○蓁達成之和解筆錄內容。如被告未遵循上開緩刑所定負擔而情節重大者，檢察官得依刑事訴訟法第476條及刑法第75條之1第1項第4款之規定，聲請撤銷本件緩刑之宣告，而告訴人許○蓁亦得依刑法第74條第4項規定，執上開緩刑所定負擔作為民事強制執行名義，附此敘明。

㈣沒收部分：

1.未扣案之國外（團體）旅遊契約書、收款憑證各2份，固屬供被告犯罪所用之物，然業經被告於案發時交付告訴人許○蓁收執，已非屬被告所有，依法自不能宣告沒收。而上開國外（團體）旅遊契約書、收款憑證各2份上所偽蓋之○○旅行社團體部簽約章、○○旅行社收款章各2枚，依刑法第219條之規定，不問屬於被告與否，固均應宣告沒收，惟考量上開國外（團體）旅遊契約書及收款憑證各2份均未扣案，復無證據證明現仍存在，且其上之上開印文於客觀上並無任何價值，亦顯無再供其他犯罪使用之可能，欠缺刑法上沒收之

重要性，為免日後執行勞費，爰依刑法第38條之2第2項規定，不予宣告沒收。

2.按刑法第38條之1第5項明定：犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。所謂實際合法發還，是指因犯罪而生民事或公法請求權已經被實現、履行之情形而言，不以發還扣押物予原權利人為限，其他如財產犯罪，行為人已依和解條件履行賠償損害之情形，亦屬之。申言之，犯罪所得一旦已實際發還或賠償被害人者，法院自無再予宣告沒收或追徵之必要；倘若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（最高法院109年度台上字第531號刑事判決意旨參照）。查被告向告訴人許○蓁所收取之旅遊價金共計44萬8000元，屬被告因本案犯行所獲之犯罪所得，並未扣案，原應依刑法第38條之1第1項、第3項等規定，全數宣告沒收，然如前所述，被告已實際賠償告訴人許○蓁15萬8000元，另就剩餘之29萬元部分則約定將來以分期付款方式給付告訴人許○蓁，是依上開說明，本案之沒收範圍自應扣除上開15萬8000元，僅就被告尚未實際給付告訴人許○蓁之29萬元部分宣告沒收。惟被告日後倘有再對告訴人許○蓁為全部或一部賠償之情形，檢察官於指揮執行本判決所諭知沒收部分時，自應計算後扣除之，不能重複執行，附此敘明。

乙、無罪部分：

壹、公訴意旨略以：本案被告向告訴人許○蓁收取44萬8000元後，竟另意圖為自己不法所有，基於侵占犯意，將之易持有為所有而挪用侵占並花用殆盡等語。因認被告涉有刑法第336條第1項之業務侵占罪嫌。嗣原審公訴檢察官復當庭主張被告尚涉犯刑法第335條第1項之侵占罪嫌。

貳、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154

條第2項、第301條第1項定有明文。又所謂認定犯罪事實之證據，係指足以認定被告確有犯罪行為之積極證據而言，苟未能發現相當證據，或證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據，亦不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎。次按刑法上之侵占罪係以意圖為自己或第三人不法之所有，擅自處分自己持有他人所有之物，或變易持有之意思為所有之意思而逕為所有人行為，為其成立要件，故行為人侵占之物，必先有法律或契約上之原因在其合法持有中者為限，否則，如其持有該物，係因詐欺、竊盜或其他非法原因而持有，縱其加以處分，亦不能論以該罪（最高法院92年度台上字第1821號刑事判決意旨參照）。

參、經查，被告並非告訴人○○旅行社之業務人員，其案發時僅係假冒告訴人○○旅行社業務人員之身分，與告訴人許○蓁簽訂旅遊契約2份而收取旅遊價金共44萬8000元，並未獲得告訴人○○旅行社之授權，已如前述，且依民法第170條第1項之規定，該旅遊契約非經告訴人○○旅行社追認，對告訴人○○旅行社不生效力，而本案並無證據證明告訴人○○旅行社事後有追認該旅遊契約，足認上開旅遊價金自始未曾歸屬告訴人○○旅行社所有，自不能謂被告對○○旅行社構成業務侵占罪。又觀諸本案國外（團體）旅遊契約書2份之記載可知，告訴人許○蓁給付被告之上開旅遊價金，性質上係旅客為獲得旅行社所規劃、組合之套裝行程服務（包含交通運輸、住宿餐飲、遊覽景點、人力服務及行政規費），而支付之單一、整筆對價，一般而言，該款項自交付時起，即移轉為旅行社所有，供旅行社自由調度運用（而非專款專用），並自負成本波動風險，若成本上升（如油價上漲致機票變貴），不能再要求旅客補價，反之成本下降（如取得更便宜之住宿房價）而省下之差價，亦不需退還旅客，是上開旅遊價金自告訴人許○蓁交付被告時起，已非屬於告訴人許○蓁所有之物，核與侵占「他人所有物」之要件不符。何況

被告係假冒告訴人○○旅行社名義與告訴人許○蓁締約，屬以行使偽造私文書、詐欺取財之非法手段取得上開旅遊價金，揆諸前揭說明，亦與侵占之物必須以「合法持有中」者為限之要件未合，故其後縱挪作己用，仍不得論以侵占罪。

肆、綜上所述，本案依檢察官所提之證據，經調查結果，尚不足使本院確信被告之行為該當業務侵占罪或侵占罪之構成要件，揆諸前開法條規定及說明，自應為無罪之諭知。

伍、駁回上訴之理由（原判決無罪部分）：

一、原審以檢察官所舉證據不足認定被告另有業務侵占或侵占罪嫌，而為被告無罪之諭知，核無違誤，應予維持。

二、檢察官上訴主張告訴人許○蓁先後給付款項給被告，係告訴人許○蓁等人要前往國外旅遊所交付給被告之款項，而為被告持有中，又因被告交付給告訴人之上開契約，係被告偽造並行使，上開偽造契約依民法第71條規定，為無效之法律行為，且自始無效，是上開款項自無法依上開契約而認定已為旅行社所有，上開款項仍屬告訴人許○蓁所有，而為被告所持有。被告確實有要為告訴人許○蓁辦理相關旅遊事宜，因此取得上開款項而持有中，其後因要還債，而將上開款項易持有為所有，予以侵占供己使用，自與刑法侵占之構成要件相符，原審認被告取得上間款項係非「合法持有中」尚有未洽等語。

三、然本件業據認定被告係假冒告訴人○○旅行社名義與告訴人許○蓁締約，屬以行使偽造私文書、詐欺取財之非法手段取得上開旅遊價金，揆諸前揭說明，與侵占之物必須以「合法持有中」者為限之要件未合，不論被告嗣後有無用之於履行本案旅遊契約服務，均不得遽以侵占罪相繩。檢察官之上訴核無理由，應予駁回。

據上論斷，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，判決如主文。

本案經臺灣雲林地方檢察署檢察官黃煥軒提起公訴、檢察官尤開民提起上訴，臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官葉耿旭到庭執

行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

刑事第四庭　審判長法　官　蔡川富

法　官　林臻嫻

法　官　曾子珍

以上正本證明與原本無異。

無罪部分不得上訴。

有罪部分如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　蔡双財

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

附錄論罪法條：

中華民國刑法第210條：

偽造、變造私文書，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。

中華民國刑法第216條

行使第二百一十條至第二百一十五條之文書者，依偽造、變造文書或登載不實事項或使登載不實事項之規定處斷。

中華民國刑法第339條

（普通詐欺罪）

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。

以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。

前二項之未遂犯罰之。