

臺灣高等法院刑事判決

109年度上易字第1499號

上訴人

即被告 林鑫呈

選任辯護人 蔡爵陽律師

陳明宗律師

上列上訴人因詐欺案件，不服臺灣臺北地方法院107年度易字第428號，中華民國109年5月27日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署106年度偵字第4157號、106年度調偵字第374號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

林鑫呈犯詐欺取財罪，處有期徒刑拾月。又犯詐欺取財罪，處有期徒刑壹年貳月。應執行有期徒刑壹年陸月。

未扣案之犯罪所得新臺幣壹佰參拾玖萬伍仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜沒收拾，追徵其價額。

事 實

一、林鑫呈因見吳美蓉、林樹波各因經營之眾智國際股份有限公司（址設臺北市○○區○○路0段00○0號2樓，下稱眾智公司）、立德旅館事業股份有限公司（址設新北市○○區○○路0段000○0號9樓，下稱立德公司）需要資金週轉，竟基於意圖為自己不法所有之詐欺取財犯意，分別為下列行為：
（一）林鑫呈於民國104年12月間向吳美蓉佯稱：其與銀行人員熟識，可由吳美蓉提供眾智公司支票，由其調借利息便宜之資金，於105年1月底前分次交付吳美蓉新臺幣（下同）130萬元借款等語，致吳美蓉陷於錯誤，依林鑫呈指示以眾智公司名義簽發票面金額共144萬2,000元之如附表一所示支票7

紙，並於該表「被告收受支票日期」欄所示日期交付林鑫呈。林鑫呈詐得支票後，未持以調借現金，反挪為己用以償還自身債務。嗣約定交款日屆至，未見林鑫呈如期交付借款，吳美蓉屢向林鑫呈催討款項及索回支票，林鑫呈僅返還吳美蓉如附表一編號7支票，其餘支票均藉詞拖延。繼而因附表一編號1至6支票遭該表「兌現或退票；提示人」欄之人提示，其中除編號1、6支票因吳美蓉無力兌付而退票外，餘者由吳美蓉存入票款共63萬8000元而兌現，然林鑫呈歸還吳美蓉24萬3,000元後即置不理，吳美蓉始知受騙。

(二)林鑫呈另於105年6月間，向林樹波佯稱：可持票為其調借款項等語，致林樹波陷於錯誤，以立德公司名義簽發票面金額共600萬元之如附表二所示支票3紙，於105年6月6日交付林鑫呈。林鑫呈詐得支票後，未持以調借現金，並將如附表二編號1所示支票持向久松營造股份有限公司（下稱久松公司）負責人林建良借得現金供作己用。嗣林樹波因未見林鑫呈交付借款而向其索回支票，然林鑫呈僅返還如附表二編號2、3支票，誣稱編號1支票已拿給安泰銀行高層，會在105年7月6日支票到期之同年月3日前將支票追回交還或給付100萬元現金，惟屆期如附表二編號1支票仍由前自林建良受讓支票之黃麗雲提示請求付款，林樹波始知受騙。

二、案經吳美蓉、林樹波訴由及臺北市政府警察局大安分局報請臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、程序部分－證據能力

一、被告於審判外之自白或不利於己之陳述

(一)按被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。刑事訴訟法第156條第1項、第3項分別定有明文。此等規定係在保障被告陳述

之「意志決定及意志活動自由」，如被告之陳述非屬自白之性質，而僅係不利，或甚至有利於被告之陳述，如檢察官提出作為證據，基於相同意旨，仍應受前述證據能力之限制。

(二)查被告林鑫呈及其辯護人等，均不爭執檢察官所提出警詢、偵查筆錄之證據能力，本院亦查無有明顯事證足證司法警察、檢察官偵查中製作該等筆錄時，有對被告等施以不正方法訊問製作之情事，是被告等審判外之陳述係出於任意性，具證據能力。至原審程序所為陳述，被告等亦不爭執證據能力，而認有證據能力。

二、被告以外之人於審判外陳述及其他文書之證據能力

(一)按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條（指刑事訴訟法第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。至非屬供述證據之其他文書證據或物證，基於刑事訴訟法第159條係兼採直接審理原則及傳聞法則（立法理由參見），而「同意性法則」亦屬採直接審理原則國家之共通例例外法則，是類推上述同意性法則之意旨，當事人既不爭執，本院又認具證據能力不致侵害當事人權利，而具相當性者，同具證據能力。

(二)查被告及其辯護人等，對於檢察官所提出之證人即告訴人吳美蓉、林樹波、證人陳怡萍、周秀冠、林建良、黃麗雲等人於審判外之陳述筆錄，及其他文書證據均不爭執證據能力，本院亦查無證據證明該等證據有不法取得之情事，致影響真實性，是該等審判外筆錄及文書具相當之可信性，依據及類推適用前述「同意性」之傳聞法則例外規定，被告以外之人於審判外之陳述，及其他文書均具證據能力。

貳、實體部分一證明力

一、訊據被告林鑫呈於本院準備程序中否認犯行，且於原審及本

01 院審理期日也同樣否認犯行，援引上訴意旨辯稱（略以）：
02 被告確實有藉由中間人為告訴人吳美蓉尋覓金主，有調現不
03 成後，獲吳美蓉同意借用該等支票，並約定被告嗣後應償還
04 相關費用，然被告償還部分款項後即因生病頻繁進出醫院而
05 無力償還，是本件應屬民事上債務不履行之紛爭，吳美蓉如
06 未同意被告借用該等支票，應於部分支票屆期遭兌付時，即
07 向銀行撤銷付款委託；甚或依票據法向法院聲請假處分，然
08 告訴人仍積極存入票款供支票兌現，又遲至被告償還部分款
09 項，因為未再償還後始主張受騙；告訴人林樹波部分，被告
10 確有為其尋覓可支票調現的金主，惟未成功尋得，被告借款
11 不成後確有於105年6月6日的2至3天後將如附表二編號2、3
12 所示支票返還告訴人林樹波，另於同年月8日亦將林樹波另
13 交付小額支票返還，而持如附表二編號1之支票向林建良借
14 款，其主觀上認為該支票係林樹波委託其辦理立德公司在梅
15 花湖興建飯店建案銀行融資之前置作業費，後因被告自身資
16 金需求，持該支票向林建良借款，主觀上即係持「自己持
17 有」之支票向第三人借款，並無不法取得他人所有財產之意
18 圖等語。

19 二、事實欄一之(一)部分：

20 (一)經查告訴人吳美蓉為眾智公司負責人，於104年12月間因需
21 資金週轉，被告告稱可為其持票調現，告訴人吳美蓉遂依被
22 告指示以眾智公司名義簽發面額共144萬2,000元之附表一支
23 票，於該表「被告收受支票日期」欄所示日期交付被告，被
24 告並承諾於105年1月底前分次交付調得之借款共130萬元。
25 嗣被告將附表一支票供作己用，以清償對吳玳瑞、王自強
26 (即附表一編號3、4支票之提示人)等人之債務或費用，於約
27 定交款日屆至，未能交付告訴人吳美蓉借款。告訴人吳美蓉
28 屢向被告催討款項或索回支票，被告僅將附表一編號7支票
29 交還。繼而編號1至6所示支票到期遭該表「兌現或退票；提
30 示人」欄所列之人提示，除編號1、6支票因告訴人吳美蓉無
31 力兌付而退票外，其餘支票由告訴人吳美蓉存入票款共63萬

8000元而兌現等情，業經告訴人吳美蓉指述在卷（參見他字卷第36至37、69至70、80頁、原審卷一第491至493、495至496、頁），且為被告所不否認，亦核與證人吳玳瑞、王自強證述內容相符（參見原審卷一第525至526、528至532頁）。復有附表一各編號所示支票、告訴人吳美蓉與被告間簡訊（參見他字卷第9至15頁，調偵卷第55至65頁，偵卷第167至185頁）、提示人基本資料及兌付交易明細（即附表一「兌現或退票；提示人」所示卷頁）可查，足認被告向告訴人吳美蓉宣稱可為其持票調現而取得附表一支票後，未交付告訴人吳美蓉借款，並持該等支票自行使用。

(二)被告固以證人林宏禮於原審證述內容，辯稱其有為告訴人吳美蓉尋覓金主，惟並未成功尋得願意借款之金主等語。惟查：

1. 被告對於其持用眾智公司支票為告訴人吳美蓉調借現金之對象，先於警詢時辯稱是將附表一支票拿去找「朋友」借錢（參見他字卷第31頁）。嗣於原審準備程序時改稱找「金主」調現（參見原審卷一第162頁）。後於原審審理之初又稱沒有直接接觸金主，是找代表金主的中間人，有2、3位或3、4位（參見原審卷一第320、489頁），再改稱是交給客戶的公司向銀行作客票融資（參見原審卷一第498至499頁）。然其歷次就調現對象卻前後說法不一，且就接洽調現事宜的「朋友」、「金主」、「中間人」、「客戶及客戶的公司」，均無法具體說明。
2. 被告於偵查時先供稱（略以）：因為眾智公司有退票記錄（參見他卷第80頁）；嗣改稱（略以）：告訴人吳美蓉有退票紀錄（參見偵查卷第152頁）。繼於原審審理時又陳稱（略以）：中間人說眾智公司在外流通支票很廣，附表一支票是零星件，所以金主不願借等語（參見原審卷一第489頁），其歷次就調借現金不成之原因，所述互有出入，已有可疑。被告嗣於原審準備程序時另供稱（略以）：其先介紹中租迪和股份有限公司（下稱中租迪和公司）借款給告訴人

01 吳美蓉，但該公司評估後沒有要借，告訴人吳美蓉才要其找
02 金主調現（參見原審卷一第162頁）。惟告訴人吳美蓉有原
03 審審理時證稱被告未曾介紹其向中租迪和公司借款（參見原
04 審卷一第498頁），另依中租迪和公司109年3月5日具狀所
05 載，該公司與眾智公司間有於101年8月30日及103年7月24日
06 簽訂分期買賣契約，但係由該公司業務人員推廣，並非被告
07 居間介紹（參見原審卷一第557、559至565頁），應認所言
08 並非事實。

09 3. 證人林宏禮於原審審理時證稱其參加獅子會、經商會、扶輪
10 社而認識一些老闆，有人需要資金就會幫忙問，調現成功會
11 拿到佣金（參見原審卷二第124至125頁），可見其曾居間轉
12 介借款而賺得佣金，自應知悉金主身分。然其證述對於代被
13 告諮詢過之金主名單，僅記得一個是獅子會前輩，但已死
14 亡，其餘問過的金主都不記得，且其未看過卷附眾智國際股
15 份有限公司開立的支票（即附表一所示7張支票）；其對於
16 眾智公司有印象是因為被告問了好幾次，有可能被告只是打
17 電話聯繫，詢問眾智、立德公司的票是否能調現，其並未拿
18 到票等語（參見原審卷二第125至126頁）。再以，證人復於
19 同次審理期日證稱經其詢問結果，沒有金主願意承作眾智公
20 司的票，還有金主說要證人跟被告背書才肯借，但其不願意
21 背書，最後就是沒有借成（參見原審卷二第123、125頁），
22 足認證人林宏禮調現不成是因其與被告未依金主要求背書，
23 與被告所述無法持票借得款項之原因亦無相符。是被告此部
24 分所辯，屬臨訟飾責之詞，難以採信。

25 (三)被告另以告訴人吳美蓉同意被告於調現不成後可借用該等支
26 票，並約定被告嗣後應償還相關費用等語置辯。惟查被告就
27 此均稱係其與告訴人吳美蓉以電話聯繫時提及，並未提出其
28 他事證以實其說。反之告訴人吳美蓉於偵查及原審審理中均
29 一致證稱被告從未跟我說過要跟我借票等語（參見他字卷第
30 80頁，第4157號偵查卷第154頁，原審卷一第493頁），告訴
31 人吳美蓉尚於105年1月30日前以簡訊告知被告稱「還有3張

01 支票未到期，請務必還我」等情，有告訴人吳美蓉陳報之手
02 機簡訊內容可證（參見第4157號偵查卷第175頁），亦徵告
03 訴人吳美蓉並無同意將支票借給被告使用之意。佐以告訴人
04 吳美蓉係因眾智公司週轉不靈，始交付被告支票調現，且被
05 告提及可替其調現前，只見過被告一次等情，亦經告訴人吳
06 美蓉證述在卷（參見他字卷第36頁、原審卷一第491頁）；
07 被告亦自承是在告訴人吳美蓉要調現前才認識告訴人吳美蓉
08 （參見第4157號偵查卷第153頁），是以告訴人吳美蓉將附
09 表一支票交付被告之際，雙方僅是初識，吳美蓉在資金不
10 足，已需開票調借之情況下，應無可能冒被告未存入票款時
11 無法臨時調度資金而跳票，甚至遭通報拒絕往來之風險，輕
12 易將多達144萬2000元面額之7張支票借由並不相熟之被告任
13 意使用。是被告所辯亦不足採。

14 三、事實欄一之(二)部分：

15 (一)經查證人即告訴人林樹波業於偵查中，及原審審理時證稱
16 （略以）：附表二支票在105年6月6日同時交給被告，都是
17 要被告調現的，且因當時被告不確定何時可以借到錢，所以
18 都沒有寫發票日等語（參見第4157號偵查卷第43頁、原審卷
19 一第576、584頁、原審卷二第47頁）。經核與證人周秀冠、
20 陳怡萍分別於偵查中及原審審理時證述（略以）：告訴人林
21 樹波說附表二支票要拿去調度資金，開票當時發票日均空白
22 等語相符（參見上同偵卷第224頁、原審卷二第112、114至1
23 15、118頁）。證人周秀冠、陳怡萍復於原審審理時證稱
24 （略以）：附表二編號1支票開立時並未填寫發票日，事後
25 我們得知該支票被填上「105年7月6日」之發票日後，才在
26 當時簽收用來留底之支票影本上填上去（參見原審卷二第11
27 2、118頁），經對照證人陳怡萍提出之被告簽收附表二支票
28 時立德公司留存影本（參見原審卷二第141頁），與付款之
29 華南銀行106年7月12日函檢送之附表二編號1支票影本（參
30 見第4157號偵查卷第111頁），其上所載發票日「105年7月6
31 日」字跡確實有別，足認證人林樹波、周秀冠及陳怡萍所證

01 附表二編號1支票交付被告簽收時並未記載發票日等情，應
02 為可採。亦徵附表二編號1所示支票係告訴人林樹波委託被
03 告以支票調現，解決公司資金問題之用。

04 (二)證人即告訴人林樹波另於原審審理期日時明確證述，其開立
05 附表二所示之支票係立德公司本身有資金需求，與另外要投
06 資梅花湖的案子一點關係都沒有，其有持續電聯被告，告知
07 若被告沒有調到錢，把支票歸還等語（參見原審卷一第580
08 至581、583頁）。證人陳怡萍亦於偵查及原審審理中先後證
09 稱（略以）：我知道附表二編號1支票支票後來被填上「105
10 年7月6日」的發票日後，就開始追票。我記得被告於105年7
11 月3日前某日到立德公司來討論這張支票怎樣處理，我問被
12 告支票在哪裡？被告說已拿給安泰銀行高層，會在105年7月
13 6日支票到期之同年月3日前將支票追回交還，或給付100萬
14 元現金，所以我就在被告給的名片上記明上情，當時被告並
15 沒有說100萬元是他該拿的錢，所以不用還等語（參見第415
16 7號偵查卷第225至227頁，原審卷二第116至117頁），並有
17 證人陳怡萍註記「100萬 7/6→已押給安泰銀行BK（私
18 人）」、「7/3拿cash回來」等文字之被告名片可證（參見
19 上同偵查卷第59頁、原審卷二第145頁）。另衡以安泰商業
20 銀行法金區域中心資深經理「喬旭光」一員，曾於105至106
21 年間，曾與立德飯店董事長即告訴人林樹波至宜蘭梅花湖預
22 計興建飯店現場勘查，然並未經辦由被告接洽立德公司貸款
23 融資案等情，有安泰銀行108年12月11日(108)安作服字第10
24 87000210號函文在卷可查（參見原審卷一第343頁）。足證
25 被告將告訴人林樹波調現需求，與立德公司辦理銀行融資混
26 為一談，並將附表二編號1支票充做其辦理貸款可得費用，
27 是被告辯解尚不可採。

28 (三)另據證人林建良於原審及本院審理中均證稱其於本案之前並
29 不認識被告林鑫呈，係透過朋友王貴勳介紹才認識，被告當
30 時持立德飯店開立，面額100萬元的支票跟我調現，被告並
31 無告知該支票是他或立德公司要調現；附表二編號1支票經

其照會結果是正常，再調查立德公司的票信，也很好，所以才願意調現等語（參見原審卷二第51至54頁、本院卷第106至108頁）。又證人林宏禮雖於原審審理時證稱被告曾要其問金主，立德公司支票能否調現？因為立德公司已有貸款，還款條件也有問題，沒有金主願意借等語（參見原審卷二第123頁）。惟依被告辯稱其代林樹波調現對象就是證人林建良，而立德公司信用紀錄經證人林建良查詢並無問題，業如前述，則證人林宏禮證述內容自難信與事實相符，無從採為有利被告之認定。而被告欲兩方取信，亦即一方面告知林建良，有立德公司的飯店工程獲利頗豐，取信林建良後，向林建良調現；並利用林建良的挖土機等工程機械到梅花湖現場，再引薦安泰銀行人員至梅花湖現場勘查，可見到有工程機械車，始會相信有立德公司的飯店工程在進行，進而願核撥貸款。從而，被告傳訊林建良不僅難以證明其有為立德公司調現之舉，反令人懷疑被告利用此機會，以林樹波身為立德公司負責人的信用所開具的支票，向林建良調現100萬元挪為私用意圖明顯，如順便可因而騙得安泰銀行撥款，更是「一舉數得」也不辱林樹波所託。是所辯該100萬元是為林樹波調現的前置作業費等語，實無可採。

（四）綜上，告訴人林樹波開立如附表二所示3張支票，本意為請被告尋覓支票調現之金主，以解當時立德公司資金困境，被告託詞為告訴人林樹波所支出的金錢用途，均難證明為真。

四、綜上所述，被告自始即無意為告訴人吳美蓉、林樹波以支票調現，卻分別向告訴人吳美蓉、林樹波佯稱前述各情，自係對告訴人吳美蓉、林樹波分別施用詐術，使告訴人2人陷於錯誤，而分別交付如事實欄一之（一）、（二）所示之各該支票，其後被告並未如期交付借款，再編造各式藉口搪塞告訴人吳美蓉、林樹波，反將其自告訴人2人處取得的支票挪為己用，足見被告自始即分別具不法所有之意圖及詐欺取財之故意甚明。被告前述各式辯詞，核與卷內事證及常情均有不符，不足採信。本案事證明確，被告犯行均堪認定，應依法

論科。

參、論罪部分

核被告如事實欄一之(一)、(二)所為，均係犯行法第339條第1項之詐欺取財罪，被告所為上述兩次犯行，犯意各別，行為互異，應予分論併罰。

肆、原判決撤銷改判暨定應執行刑之說明

一、按法官於有罪判決中，究應如何量處罪刑，抑或是否宣告緩刑等，均為實體法賦予審理法官裁量之刑罰權事項，法官行使此項裁量權，自得依據個案情節，參諸刑法第57條所定各款犯罪情狀之規定，於該法定刑度範圍內，基於合義務性之裁量，量處被告罪刑；至是否為緩刑之宣告，亦應形式上審究是否符合刑法第74條所定前提要件，並實質上判斷被告所受之刑，是否有以暫不執行為適當之情形等要件。質言之，法官為此量刑或緩刑宣告之裁量權時，除不得逾越法定刑或法定要件外，尚應符合法規範之體系及目的，遵守一般有效之經驗及論理法則等法原則，亦即應兼顧裁量之外部及內部性，如非顯然有裁量逾越或裁量濫用之違法情事，自不得任意指摘為違法，此亦為最高法院歷年多起判例所宣示之原則（參見最高法院80年台非字第473號判決、75年台上字第7033號判決、72年台上字第6696號判決、72年台上字第3647號判決等，上述四則判決原均係判例，但依據108年7月4日施行之法院組織法第57條之1第2項，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同）。本院以為，量刑或緩刑宣告與否之裁量權，乃憲法所保障法官獨立審判之核心，法院行使此項裁量權，亦非得以任意或自由為之，仍應受一般法律原理原則之拘束，即仍須符合法律授權之目的、法律秩序之理念、國民法律感情及一般合法有效之慣例等規範，尤其應遵守比例原則及平等原則之意旨，否則即可能構成裁量濫用之違法（另參見最高法院86年度台上字第7655號判決）。亦即如非有裁量逾越或裁量濫用之明顯違法情事，自不得擅加指摘其違法或不當，即使上級法院對下級法院裁量權之審查，亦應

同此標準，此不僅在保障法官不受任何制度外之不當干涉，更保障法官不受制度內的異質干涉，此方符憲法第80條所宣示獨立審判之真義。

二、查原審認被告罪刑明確，予以論罪科刑，固非無見。惟按刑事訴訟法為保障被告之防禦權，尊重其陳述之自由，包括消極不陳述與積極陳述之自由，前者賦予保持緘默之權，後者則享有無須違背自己之意思而為陳述之權。此外，被告尚得行使辯明權，以辯明犯罪嫌疑，並就辯明事項之始末連續陳述；於審判期日調查證據完畢後，更得就事實及法律辯論之。此等基於保障被告防禦權而設之陳述自由、辯明及辯解（辯護）權，既係被告依法所享有基本訴訟權利之一，法院復有闡明告知之義務。則科刑判決時，對刑之量定，固應以被告之責任為基礎，本於比例、平等及罪刑相當等原則，並審酌刑法第57條所列各款情狀為輕重之標準，然其中「同條第10款所稱犯罪後之態度，係指被告犯罪後，因悔悟而力謀恢復原狀，或與被害人和解，賠償損害等情形而言，應不包括被告基於防禦權之行使而自由陳述、辯明或辯解（辯護）時之態度」。是自不得因被告否認或抗辯之內容與法院依職權認定之事實有所歧異或相反，即予負面評價，逕認其犯罪後之態度不佳，而採為量刑畸重標準之一（最高法院97年度台上字第6725號判決同此意旨）。固然最高法院亦曾有判決意旨認（略以）：若被告已有說謊而積極為不實陳述或其他作為之情形，自難解為被告說謊係其本於訴訟上緘默權之行使權利行為，必不得執以對其為較重非難之評價，並於不違反量刑內部性界限之前提下據為從重量刑因素之一等語（最高法院101年台上字第4980號判決意旨）。而被告辯解犯行，天經地義，此乃人性使然，自不能予以苛求，反之，坦承犯行才是違反人性而難能可貴之表現，從而對於否認犯行，甚且積極說謊試圖干擾證據調查或事實釐清者，之所以量處較重之刑罰，毋寧是相對於自白犯行，積極悔誤，犯後態度良好者，應從輕量刑的結果。簡言之，並非對於否認犯

01 罪者加重其刑，而係對於坦承犯罪者應從輕量刑，使得否認
02 犯行所謂積極說謊者的量刑自顯得較重。再查原審另衡酌被
03 告前有詐欺、違反公司法、違反商業會計法及公共危險等前
04 科案件經判刑確定之前科紀錄，且指摘被告犯後始終否認犯
05 行，且僅歸還告訴人吳美蓉票款24萬3,000元，又未能與兩
06 位告訴人達成和解等情，以為加重量刑之因素。惟被告違反
07 公司法與商業會計法的前案紀錄，分別在23年前與13年前而
08 被告等過去犯行及所受刑罰執行，正係其為過去犯行付出慘
09 重代價及獲致教訓之結果，自「行為刑法」之觀點，行為人
10 過去行為既受法律制裁，其現在犯行應如何量處，應僅審酌
11 其本案行為之情狀，依刑法第57條所明示之標準為量刑基
12 礎，如參以過去已付出刑罰執行教訓之紀錄，為加重其刑之
13 事由，除有罪刑不相當之虞，並且容有與案情無關之「不當
14 聯結禁止」之違誤，以及違反「不相同事件，應依其特性為
15 不相同之合理差別待遇」之實質平等原則的內涵。

16 三、被告上訴意旨仍執陳詞，主張其於主觀上對於告訴人吳美蓉
17 有同意借用復取用該等支票；就告訴人林樹波部分，被告係
18 嗣後有資金需求，因而持「自己持有」之支票向告訴人林樹
19 波借款，其並無不法所有意圖及詐欺故意，應不成立詐欺取
20 財罪等語，雖無理由，並經本院逐一指駁如前，然而原審量
21 刑有如上未及審酌之因素及其他容有違比例原則及平等原則
22 之違誤，自應由本院撤銷改判。

23 四、爰審酌被告不思以正當途徑獲取金錢，因知悉告訴人吳美
24 蓉、林樹波急需週轉資金，假借協助其等持票調取現金之機
25 會，先後侵害告訴人2人之財產法益，雖被告事後各歸還部
26 分支票，然告訴人吳美蓉、林樹波除未能如期調得款項週轉
27 以解公司資金短缺困境，並因被告將調現支票供作己用，尚
28 各支付票款63萬8,000元、100萬元，受有損害非輕，顯有不
29 該。而被告犯後始終否認犯行，至今又僅歸還告訴人吳美蓉
30 票款24萬3000元，且未能與2告訴人達成和解，兼衡被告罹
31 患癌症，有被告所提出馬偕紀念醫院診斷證明書（參見原審

卷第121頁），需長期接受診療，家中尚有年屆82歲高齡的母親賴其扶養等一切情狀，各量處如主文所示之刑，以資懲儆。

五、定應執行刑之說明

（一）按刑法第51條第5款數罪併罰之規定，目的在於將各罪及其宣告刑合併斟酌，予以適度評價，而決定所犯數罪最終具體實現之刑罰，以符罪責相當之要求。依該款規定，分別宣告之各刑均為有期徒刑時，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意（司法院大法官釋字第662號解釋理由書參見）。許玉秀大法官於釋字第662號解釋協同意見書亦指出：「當犯數罪而各有宣告刑時，究竟應該如何處罰被告，刑法第50條數罪併罰之例，的確是授權法官權衡個案，綜合考量各罪不法程度與行為人的罪責，所定的執行刑既不應該評價不足，也不可以過度評價。經過充分評價所宣告的執行刑，必須符合罪責相當原則，這也是比例原則的要求。如果刑法第50條數罪併罰所規定的定執行刑模式，是保證充分評價與不過度評價的方法，那麼一律以數宣告刑總和定執行刑是否即可顯現充分評價？從第50條各款的現制觀之，可以知道，無期徒刑不能變成死刑、有期徒刑不能形同無期徒刑，以有期徒刑為例，如果有期徒刑的執行過長，即與無期徒刑無異，會變成過度評價。再者，國家使用刑罰懲罰或矯治犯罪，必須考慮手段的效益，使用過度的刑罰，會使邊際效用遞減，未必能達到目的，卻造成犯罪管理的過度花費，這也就是所謂刑罰經濟的思考。在上述雙重意義之下，數罪合併定執行刑的制度，不是技術問題，內部功能是依據罪責相當原則，進行充分而不過度的評價，外部功能則是實現刑罰經濟的功能」等語。罪責相當原則涉及對於人格、性格的評價，我們不能否認，越高的犯罪頻率越代表犯罪行為人穩定的人格傾向。因為不管是否另外承認心靈意義的人格概念，關於人格的確認，我們很難說出現實中比犯罪數本身更具有

實證意義的觀察工具。結論是，犯罪行為本身代表行為人的人格，那麼站在尊重行為人人格的絕對前提上，多數犯罪行為的意義自然是責任遞減。

(二)簡言之，基於罪刑相當原則，在多數犯罪定其應執行刑之情形，應有責任遞減原則之適用，而此處的責任遞減，絕對不是如司法實務過往理解的操作方式，例如加一罪執行刑象徵性減1月，加二罪執行刑減2月，加三罪則執行刑減3月等模式，而是重在對犯罪人本身及所犯各罪的情狀綜合審酌，換言之，法院應考量行為人從其犯數罪間所反映的人格特性，並實現刑罰經濟的功能，尤其刑罰的兩大目的：應報與預防間的調和。從應報主義的角度，行為人所受的刑罰應該與犯罪行為成等比，單純的算數相加是最簡單的反應，事實上，應報主義下的刑度確認，可能還不僅等加的一加一等於二，而是在應報情緒的作用下導致更為極端的結果，變成一加一還大於二。足見所謂的應報雖然滿足了人們報復的心理，但是就人們所希冀建立的一個和平的社會生活而言，極可能是一個負數。因此學理大致上還是把刑罰的目的定位在預防的作用，至於所謂應報思想，頂多是用來說明罪罰相當的觀念。不過事實上，罪罰相當的觀念是比例原則下必然的結果，所以把罪罰相當的概念放在刑罰目的觀的層次上，顯然沒有意義，也沒有說出其真正的刑罰目的觀是什麼。就預防作用而言，刑罰的機制是透過刑罰向社會宣示規範的威信。其中刑法對於越嚴重的利益侵害，基本上會對應以越嚴苛的刑罰，因為如此，社會人才會感受到特定行為的嚴重性，例如強盜比竊盜嚴重、重傷害比普通傷害嚴重、傷害兩個人比傷害一個人嚴重等等（參見黃榮堅，數罪併罰量刑模式構想，月旦法學雜誌，第123期，2005年8月，第56頁）。問題就在，用來表達其嚴重性的工具，亦即刑度，要如何形成？絕對不會是應報主義下的方式，因為那對行為人而言是違反比例原則的，對外部社會而言，另有違刑罰經濟的功能。

(三)被告所為2次犯行，均係侵害不同人別之財產法益，其犯罪

動機相同，告訴人吳美蓉因此交付附表一支票面額共144萬2000元；告訴人林樹波因而交付附表二支票面額共600萬元，雖被告事後各歸還部分支票，然被告將調現支票供作己用，致告訴人吳美蓉、林樹波尚各支付票款63萬8000元、100萬元，業如前述。爰據以就被告所犯2罪，定其應執行刑如主文第二項所示，並使被告未來尚有足以自新於社會，及填補告訴人等於財產上損失的機會。

伍、關於沒收之說明

一、查刑法關於沒收之規定業於104年12月30日修正公布，並自105年7月1日起施行。又修正刑法第2條第2項將「沒收」與非拘束人身自由之保安處分併列為均適用裁判時之法律，是關於沒收之法律適用，於新法施行後，一律適用新法之相關規定，而無第2條第1項新舊法比較之問題。次按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，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；宣告前2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38條之1第1項前段、第3項、第38條之2第2項分別定有明文。其立法目的，係因過往犯罪行為人之犯罪所得，不予宣告沒收，以供被害人求償，但因實際上被害人因現實或各種因素，卻未另行求償，反致行為人因之保有犯罪所得。是修正後刑法之沒收、追徵不法利得條文，係以杜絕避免行為人保有犯罪所得為預防目的，並達成調整回復財產秩序之作用，故以「實際合法發還」作為封鎖沒收或追徵之條件。然因個案中，被告仍可能與被害人達成和解、調解或其他民事上之解決，而以之賠償、彌補被害人之損失，此種將來或已經實現給付之情狀，雖未「實際合法發還」，仍無礙比例原則之考量及前揭「過苛條款」之適用，是應考量個案中將來給付及分配之可能性，並衡量前述「過苛條款」之立法意旨，仍得以之調節而不沒收或追徵。

二、經查被告向告訴人吳美蓉詐得之附表一編號2至5所示支票；

01 向告訴人林樹波詐得之附表二編號1所示支票，均已提示用
02 以清償被告債務或供其支用，業如前述。是該等支票之原物
03 雖不存在，但因行使票據權利而使被告獲得債務清償及票款
04 使用之金額63萬8,000元、100萬元（被告遭證人林建良收取
05 之利息費用3萬元，屬被告犯罪之成本，不予扣除），則屬
06 被告處分而得之財產上利益，仍屬犯罪所得，除其中被告歸
07 還告訴人吳美蓉之24萬3,000元依法不再予宣告沒收或追
08 徵，以免過苛外，所餘之139萬5,000元，應依法宣告沒收，
09 並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

10 三、至被告向告訴人吳美蓉詐得之附表一編號1、6、7所示支
11 票，及其向告訴人林樹波詐得之附表二編號2、3所示支票，
12 雖亦屬本案犯罪所得，然附表一編號1、6支票經提示後因退
13 票而無法兌領，並留存在付款銀行，其餘支票則分別經被告
14 返還告訴人吳美蓉、林樹波，衡情他人自無從再持有該等支
15 票以行使票據面額表彰之權利，而票據本身客觀價值低微，
16 且欠缺刑法上之重要性，為避免開啟助益甚微之沒收或追徵
17 程序，過度耗費訴訟資源而無助於目的達成，爰不予宣告沒
18 收或追徵，附此敘明。

19 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
20 條第1項前段，刑法第339條第1項、第51條第5款、第38條之1第1
21 項前段、第3項，刑法施行法第1條之1第1項，判決如主文。

22 本案經檢察官羅韋淵提起公訴，檢察官周慶華到庭執行職務。

23 中 華 民 國 109 年 12 月 3 日

24 刑事第二庭 審判長法官 周盈文

25 法官 謝梨敏

26 法官 錢建榮

27 以上正本證明與原本無異。

28 不得上訴。

29 書記官 許俊鴻

30 中 華 民 國 109 年 12 月 3 日

31 附錄：本案論罪科刑法條全文

- 01 中華民國刑法第339條
- 02 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
- 03 物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下
- 04 罰金。
- 05 以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。
- 06 前二項之未遂犯罰之。

07 附表一：告訴人吳美蓉交付被告支票

08

編號	付款人	支票號碼 (卷頁)	發票日	票面金額 (新臺幣)	被告收受支票日期 (卷頁)	兌現或退票； 提示人(卷頁)
1	彰化商業銀行土城分行	000000000 (調偵卷第63頁)	105年2月26日	28萬9,000元	104年12月15日 (他字卷第13頁)	退票(調偵卷第27頁)；林萬億(原審卷一第273、290頁)
2	彰化商業銀行土城分行	000000000 (調偵卷第61頁)	105年2月18日	29萬5,000元	104年12月15日 (他字卷第9頁)	兌現；林桂玉(原審卷一第265、267頁)
3	彰化商業銀行土城分行	000000000 (調偵卷第59頁)	105年1月29日	12萬8,000元	104年12月15日 (他字卷第9頁)	兌現；吳玳瑞(原名吳雅惠)(原審卷一第225、228頁)
4	彰化商業銀行土城分行	000000000 (調偵卷第57頁)	105年1月18日	6萬5,000元	104年12月15日 (他字卷第9頁)	兌現；王自強(原審卷一第211、215頁)
5	華南商業銀行復興分行	000000000 (調偵卷第43頁)	105年1月28日	15萬元	105年1月4日 (他字卷第11頁)	兌現；張瓊如(原審卷一第201頁)
6	彰化商業銀行土城分行	000000000 (調偵卷第65頁)	105年2月23日	21萬元	104年12月28日 (他字卷第15頁)	退票(調偵卷第27頁)；鄭榮欽(原審卷一第233、252頁)
7	彰化商業銀行土城分行	000000000 (他字卷第15頁)	105年3月10日	30萬5,000元	104年12月28日(他字卷第15頁)	
				小計： 144萬2000元		

09 附表二：告訴人林樹波交付被告支票

10

編號	付款人	支票號碼(卷頁)	票面金額 (新臺幣)
1	臺灣銀行和平分行	000000000(偵卷99頁正反面)	100萬元

(續上頁)

01

2	臺灣銀行和平分行	000000000 (偵卷59頁)	200萬元
3	臺灣銀行和平分行	000000000 (偵卷59頁)	300萬元