

臺灣高等法院刑事判決

110年度上易字第571號

上訴人
即被告 周陳樹英

周自發

上列上訴人因詐欺案件，不服臺灣新北地方法院108年度易字第849號，中華民國109年12月31日所為之第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署108年度調偵字第381號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於周自發之沒收部分撤銷。

其他上訴駁回。

周自發未扣案之犯罪所得新臺幣壹佰陸拾陸萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

周陳樹英、周自發均緩刑伍年，並均應依如附表二所示內容履行對何冠諺之調解條件。

事 實

一、周陳樹英與周自發係配偶關係，一同於新北市○○區○○路00號經營「蜜而可藝術蛋糕有限公司」與「哥德歐式手感烘焙有限公司」。其等均明知已無償債之能力，猶共同基於意圖為自己不法所有之詐欺取財犯意聯絡，於民國107年5月25日某時許，透過案外人袁士興介紹結識何冠諺，推由周陳樹英向何冠諺佯稱：欲向其借款新臺幣（下同）200萬元用以向廠商購買機器，並願將其所有建物門牌號碼為新北市○○區○○路00號1號建物與坐落基地（下稱58巷1號房屋）、新

01 北市○○區○○路00巷0號2樓建物與坐落基地（下稱58巷1
02 號2樓房屋）、新北市○○區○○路00號7樓建物與坐落基地
03 （下稱60號7樓房屋）、新北市○○區○○路00號建物與坐
04 落基地（下稱62號房屋），與周自發所有之建物門牌號碼為
05 新北市○○區○○路00號2樓建物與坐落基地（下稱62號2樓
06 房屋）等不動產提供予何冠諺設定抵押權供作擔保。周陳樹
07 英、周自發復分別簽發如附表一所示之支票予何冠諺用以取
08 信，致何冠諺因而陷於錯誤，於同年月25日下午2時15分
09 許，至合作金庫商業銀行丹鳳分行，臨櫃匯款200萬元至周
10 自發所申設之永豐商業銀行西盛分行帳號0000000000000000
11 帳戶（下稱周自發永豐銀行帳戶）。詎周自發、周陳樹英於
12 詐得款項後，經何冠諺要求周陳樹英依約提供上開不動產所
13 有權狀以設定抵押權，周陳樹英陸續以胞弟出車禍、所有權
14 狀置於友人處等理由百般推拖，拒不依約配合何冠諺辦理抵
15 押權登記，而上開支票經何冠諺屆期提示，均經銀行以存款
16 不足為由退票，何冠諺即調閱上開不動產之建物登記謄本，
17 發現58巷1號房屋、58巷1號2樓房屋、62號2樓房屋，均早於
18 105年7月20日，經臺灣中小企業銀行股份有限公司（下稱中
19 小企銀）於105年7月20日，分別設定1510萬元、1190萬元、
20 790萬元之本金最高限額抵押權；60號7樓房屋，亦於101年5
21 月25日，經第一商業銀行股份有限公司（下稱第一銀行）設
22 定1500萬元之本金最高限額抵押權；62號房屋，除於105年7
23 月20日經中小企銀設定3970萬元之本金最高抵額抵押權外，
24 又於其匯款後三天之107年5月28日，辦理所有權移轉之信託
25 登記予訴外人林瑞銘、鄭志評。何冠諺至此始知受騙。

26 二、案經何冠諺訴由臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

27 理 由

28 壹、程序之證據能力部分

29 一、按刑事訴訟法上「證據排除原則」，係指將具有證據價值，
30 或真實之證據因取得程序之違法，而予以排除之法則。而私
31 人之錄音、錄影之行為所取得之證據，應受刑法第315條之1

與通訊保障及監察法之規範，私人違反此規範所取得之證據，固應予排除。惟依通訊保障及監察法第29條第3款之規定「監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，不罰」，通訊之一方非出於不法目的之錄音，所取得之證據，即無證據排除原則之適用。次按告訴人就被告及其公開間之對話，暗中錄音、錄影，此與擅自盜錄他人間非公開之談話錄音、錄影涉有刑法第315條之1之妨害秘密罪，尚屬有間，上開錄音、錄影既非違法取得，復與事實相符，自有證據能力（最高法院102年台上字第2525號、101年台上字第723號、92年度台上字第2677號、91年度台上字第3713號判決同此意旨）。經查，告訴人何冠諺所提出其與上訴人即被告周自發及證人袁士興等人間對話之影音檔，何冠諺為對話之一方，其私自以錄音設備錄製其與周自發之談話內容，屬私人經錄音而取得之證據，且本次錄音係在事發後約一個月，何冠諺錄音之目的係因發現周陳樹英借款後拒不依約設定抵押，欲確認雙方間之借貸關係及還款條件等（見偵字卷第137頁，原審卷二第16至第22頁，本院卷第89頁、第150頁），可知其錄音之目的尚非不法，且無證據認其係出於陷害教唆等不法目的，而於事前精心籌劃所為，又無刑法第315條之1各款所列舉或有通訊保障及監察法第29條第3款規定「出於不法目的」之情事，復經原審踐行勘驗程序（見原審卷二第16頁至第22頁），揆諸前揭說明，認何冠諺所提出其與周自發談話之現場錄音檔案，應有證據能力。被告周自發、周陳樹英二人於本院準備程序時供稱：前揭錄音事後對方錄音的，我們只是在談如何還款，該錄音不得作為證據云云（見本院卷第89頁），不足憑採。

二、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。又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159條之1至第159條之4之規定，但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；當事人、代理人或

辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。刑事訴訟法第159條第1項及第159條之5分別定有明文。本件檢察官、被告二人，於言詞辯論終結前，除上開何冠諺所提出其與周自發談話之現場錄音、錄音檔案外，就本件卷內被告以外之人於審判外之陳述，於本院準備程序時均表示不爭執（見本院卷第89頁），經本院審酌該等證據之作成情況，核無違法取證或其他瑕疵，認均適為本案認定事實之依據，依刑事訴訟法第159條之5規定，均有證據能力。

三、又本件認定事實引用之卷內其餘非供述證據（詳後述），並無證據證明係公務員違背法定程序取得，依同法第158條之4規定反面解釋，均有證據能力。

貳、實體部分

一、認定事實所憑之證據及理由：

訊據周陳樹英固坦承有持如附表一所示支票作為擔保向何冠諺商借200萬元，又於107年5月28日，將62號房屋所有權移轉信託登記予林瑞銘、鄭志評，惟其與周自發均矢口否認有何詐欺取財之犯行，周陳樹英辯稱：我沒有以要向廠商購買機器為由向何冠諺借錢，也沒有承諾要以房屋及基地設定抵押權來擔保借款，我會借錢的原因是為清償我兒子作生意失敗的債務，本件僅為單純民事糾紛，我沒有詐欺他云云；周自發則辯稱：我根本不認識袁士興及何冠諺，借款當時我並不在場，我是事後才知道周陳樹英向何冠諺借款，才會和何冠諺商談如何還款，我們曾想清償部分借款給何冠諺，但他拒收，我沒有詐欺行為云云。惟：

（一）經查，周陳樹英以如附表一所示之三張支票作為擔保向何冠諺商借200萬元，何冠諺因此臨櫃匯款200萬元至周自發永豐銀行帳戶，嗣被告二人未依約還款，且如附表一所示之支票均遭退票等情，業經何冠諺、袁士興分別於偵訊及原審證述在卷（見偵字卷第65頁至第68頁、第125頁至第126頁、第132頁至第133頁、第161頁，原審卷一第320頁至

第323頁、第370頁至第371頁），並有如附表一編號1至3所示支票影本、台灣票據交換所（總所）退票理由單影本、合作金庫商業銀行匯款申請書代收收據(二)等在卷可稽（見偵字卷第45頁至第57頁），且為被告二人自始所不否認（見偵字卷第77頁至第79頁，原審卷一第116頁至第117頁、第132頁至第133頁、第206頁至第207頁，本院卷第153頁），此部分之事實，首堪認定。

(二) 又如事實欄所載之58巷1號房屋、58巷1號2樓房屋、62號2樓房屋，經中小企銀於105年7月20日，分別設定1510萬元、1190萬元、790萬元之本金最高限額抵押權；60號7樓房屋，於101年5月25日，經第一銀行設定1500萬元之本金最高限額抵押權；62號房屋，於105年7月20日經中小企銀設定3970萬元之本金最高抵額抵押權，於107年5月28日辦理所有權移轉之信託登記予訴外人林瑞銘、鄭志評等事實，亦為被告二人所不否認，並有建物登記第一類、第二類、土地第一類登記謄本、土地登記申請書、土地、建築改良物信託契約書等附卷可考（見偵字卷第15頁至第37頁），此部分之事實，亦可認定。

(三) 按刑法第339條第1項詐欺罪之成立，須行為人主觀上出自為自己或第三人不法所有之意圖，及客觀上施用詐術使人將本人或第三人之物交付為其構成要件。被告二人雖以前詞否認涉有詐欺取財犯行云云，惟本院所應審究者為：(1)周陳樹英是否以向廠商購買機器為由，向何冠諺商借金錢；(2)被告二人取得何冠諺所匯之金錢後，是否拒不還款及設定不動產擔保；(3)周自發是否知悉周陳樹英詐欺犯罪計畫。茲分述如下：

1．周陳樹英以向廠商購買機器為由，向何冠諺借款部分：

(1)何冠諺於偵訊證稱：被告二人說有資金需求，透過袁士興介紹欲向我借款，並表示他們願意提供房地抵押，他們原本表示想借100萬元，後來到他們家談時，周陳樹英說她可提供自己的四間房子及周自發的房子作抵押，想改借20

0萬元，因當時已經下午2時許，周陳樹英表示當天須支付廠商購買機器款項、很緊急，一時恐怕來不及準備權狀設定抵押權，我就要求周陳樹英先簽發二張金額共170萬元之支票，因不足200萬元，周陳樹英再去找周自發簽發一張50萬元的支票交給我，我便在當天匯款200萬元借她等語（見偵字卷第65頁至第67頁）；其復於原審證稱：我是透過石宗堔及袁士興介紹，知道被告二人係從事麵包店工作，一開始在新店的麥當勞洽談借款，當場有周陳樹英、石宗堔、袁士興及其他兩人，周陳樹英表示欲借款來購買機器，要借款100萬元，隔日我與袁士興至被告二人新莊建福路住處，周陳樹英表示欲購買機器之資金不足，且情況緊急，她願意提供新莊建福路之五間房子權狀給我作抵押，及開立如附表一所示之三張支票擔保，向我借款200萬元，因陳樹英一直催促我緊快匯款，我就立即去匯款200萬元到她指定的帳戶等語（見原審卷一第320頁至第321頁），並有如附表一所示票面金額分別為140萬元、30萬元、50萬元之支票（影本）各一張在卷可參（見偵字卷第45頁、第49頁、第53頁），何冠諺所證周陳樹英向其表示因欲購買機器設備，願提供支票及房地作抵押設定為擔保，向其借款200萬元等情，已詳細敘述相關洽談及匯款經過，所述主要事實前後一致。

(2)本件借款之仲介袁士興於偵訊及原審均證稱：我係民間借貸之仲介，當時我透過石宗堔介紹知悉被告二人欲購買機器而有資金需求，我便介紹被告二人給何冠諺，且約定月息二分，我可以拿一分報酬，我當時有在現場，被告二人表示會提供房子設定抵押及開立票據作擔保，雖何冠諺與我有要求提供不動產權狀，但周陳樹英表示因情況緊急，須趕快支付廠商機器貨款，要先將錢匯入，等她付完廠商款項，就會提供房地權狀給我們，何冠諺便去匯款200萬元至周自發帳戶等語（見偵字卷第67頁至第68頁，原審卷一第369頁至第377頁）。而石宗堔於偵訊及原審亦證稱：

01 廖元吉曾至周陳樹英家擔任過員工，周陳樹英主動透過廖
02 元吉跟我說，她說店裡的設備老舊，機器、機械都要換
03 新，需要這筆錢，第一次至周陳樹英家附近之便利商店，
04 我有帶同金主過去，但該次沒有談成，之後因被告二人曾
05 向袁士興借款，事後亦歸還債務，我們曾相約在新店中正
06 路的麥當勞，當時何冠諺、袁士興、周陳樹英均在場，周
07 陳樹英提出一張200萬元之支票表示欲借款，但袁士興等
08 人表示公司規定須提出報表、票頭等資料供審核，故當天
09 借款未談成，後來周陳樹英表示願提供房子作設定，事後
10 我聽聞何冠諺有匯款等語（見偵字卷第132頁，原審卷一
11 第333頁至第336頁）。是袁士興、石宗堉均一致證稱周陳
12 樹英係以更新機器為由，向何冠諺借款，何冠諺並因而匯
13 款200萬元等主要事實經過，與何冠諺上開證述大致相
14 合，堪認何冠諺之前揭證詞確屬可信。

15 (3)周自發於原審亦自承：我們因經營蛋糕店不善，向別人借
16 很多錢，並向何冠諺借款用以過票，之後向林瑞銘借款也
17 是為了要過票，但因林瑞銘並未真的借出款項，我們才會
18 跳票，當時因為已經向銀行借很多錢，銀行不願意再借
19 錢，我們才會向何冠諺借錢等語（見原審卷一第206頁、
20 第522頁、第526頁）；周陳樹英亦於偵訊及原審供稱：因
21 我兒子在外面做生意失敗，我們要幫忙還債，我將這200
22 萬元拿去償還之前的債務，我自己在外面亦欠債好幾千
23 萬，借錢的目的是借東家還西家來償還債務，當時向何冠
24 諺借錢而未跟銀行借款是因銀行已不願意再借錢等語（見
25 偵字卷第78頁、原審卷一第207頁、第522頁、第526
26 頁）。又依財團法人金融聯合徵信中心資料，被告二人自
27 105年1月起向玉山商業銀行、第一銀行、中小企銀、臺灣
28 新光銀行、板橋商業銀行等金融機構申請數十筆貸款，或
29 向凱基商業銀行申請現金卡借款，有財團法人金融聯合徵
30 信中心109年4月15日金徵（業）字第1090003298號函檢附
31 該中心被告二人會員報送授信資料明細資料在卷可考（見

01 原審卷一第259頁至第313頁），足徵周陳樹英持如附表一
02 所示之三張支票向何冠諺借款時，確實已陷於經濟困窘而
03 無力償還債務之景況。從而，被告二人於107年5月25日交
04 付支票予何冠諺並借款200萬元時，已明知其等的經濟狀
05 況不佳，卻仍向何冠諺佯稱要購買機器，並表示願提供如
06 附表一所示三張支票及上開實際上已設定高額抵押之五間
07 房子作抵押設定之還款擔保，藉以取信何冠諺，使其誤信
08 被告二人仍有還款能力，因而同意借款200萬元，堪認被
09 告二人確有施行詐術之主觀不法所有犯意與客觀行為甚
10 明。

11 (4)綜上，周陳樹英明知其無更新機器需求，卻向何冠諺謊稱
12 欲購買新設備，致何冠諺誤信為真陷於錯誤，同意貸與金
13 錢。周陳樹英嗣後辯稱其係為清償其子之借款而向何冠諺
14 商借金錢，與購買新機器無關云云，自不可採。

15 2．被告二人取得何冠諺所借予之金錢後，支票未依約兌現，
16 亦未將五間房地設定抵押權予何冠諺：

17 (1)何冠諺於偵訊證稱：我先匯款200萬元至周陳樹英指定之
18 周自發永豐銀行帳戶後，我去找周陳樹英拿取權狀欲辦理
19 抵押時，周陳樹英就以她胞弟出車禍需趕至醫院、房地權
20 狀置於友人處為由等詞推托，我一再催促周陳樹英，她不
21 接電話也不予理會，事後被告二人所簽發的支票均遭退
22 票，我詢問周自發，周自發表示並沒有購買機器的事，且
23 周陳樹英的胞弟早已過世，沒有最近住院乙事，我才知受
24 騙，事後被告二人迄今均未還錢等語（見偵字卷第66頁至
25 第67頁）；其復於原審證稱：我匯款200萬元後，撥打電
26 話予周陳樹英，周陳樹英表示要去拿權狀，後來再打電話
27 聯絡時，電話不通，我趕緊跑至周陳樹英麵包店樓下，剛
28 好碰到周陳樹英，周陳樹英表示她弟弟突然出車禍人在加
29 護病房，要求我隔日再來拿取權狀，之後就一直推托等語
30 （見原審卷一第321頁）。何冠諺證稱其借款予周陳樹英
31 後，周陳樹英遲不返還金錢等情，所述之主要事實前後一

01 致。

02 (2)袁士興於偵訊及原審證稱：後來我與何冠諺有一同去找周
03 陳樹英，但周陳樹英一直推托，事後支票亦退票等語（見
04 偵字卷第67頁，原審卷一第378頁）；石宗堉亦於偵訊及
05 原審證稱：事後我聽聞何冠諺有匯款，我打電話問周陳樹
06 英有借到錢嗎，她還跟我說沒有，我說他們錢都匯了都沒
07 講，我沒有拿到佣金等語（見偵字卷第132頁，原審卷一
08 第333頁至第335頁），袁士興、石宗堉所稱周陳樹英有借
09 到金錢卻未依約定還款乙節，亦與何冠諺上開證述大致相
10 符。

11 (3)再經原審當庭勘驗何冠諺所提之前揭錄音檔案，勘驗結果
12 略為：

13 ①檔案名稱：「000000000.861785」：

14 周自發：現在，那個我不會講啦。

15 何冠諺：沒有啦，我跟你講啦，現在我跟你講，第一我們
16 先講你啦，我們先說你。

17 周自發：好啦好啦！

18 何冠諺：……我跟你講，那天你老婆說這條錢，意思說這
19 條錢兩百，本來說要一百多，結果一直用一直用
20 ……，用到後面變兩百，……兩百匯給你，……
21 當初還沒匯給你的時候，她就說五間房子要給我們
22 設定……那我們兩百匯給你了，你們卻不讓我們
23 設定……不讓我們設定，再來的時候……匯完
24 了嘛……回來你們店下面，你老婆跟我說他弟弟
25 在馬偕出車禍，講撞一下很嚴重，那你這樣看，
26 你從頭到尾你們都這樣亂說亂編，那天你也自己
27 跟我講。

28 周自發：好啦，沒關係，現在看要怎麼處理事情，這樣說
29 就好了，過去的事情不要再講了。

30 （略）

31 何冠諺：那你老婆，結果匯完，跟你老婆說，你為什麼要

01 這樣騙我們，你老婆還跟我說，沒這樣的話你們
02 會借我嗎？你看會不會氣，你自己也知道。

03 周自發：對不起啦，不要生氣啦，事情走到這樣，我跟你
04 講看要怎麼處理。

05 袁士興：最後呢，還讓人信託。

06 何冠諺：你沒有給我們設定，你還拿給別人設定，你們根
07 本就是故意、惡意的嘛……那你為什麼要讓別人
08 信託？還讓別人設定？……你正常你是要給我們
09 設定的，你為什麼要給別人設定？你答應我們五
10 間給我們設定的，那我們錢給你們了，你老婆還
11 會……還說在神明面前，我絕對不會亂來，那我
12 們都做到總統府去了，在這邊做四十幾年了，我
13 們這條錢我先匯給他，我也想說你們做四十幾年
14 了趕快先，趕快先給你們「匯款買機器」，趕快
15 先給你們，讓你們不要覺得說信用的問題。

16 周自發：……我們也是在籌錢處理，有在籌。

17 何冠諺：那我們這兩百，第一件完全兩百去，你們也是要
18 看要怎麼樣怎樣，對不對。

19 周自發：有在籌現金給你們。

20 （略）

21 何冠諺：你老婆電話都關機，你跟你老婆兩個的事情，兩
22 個出來借，兩個人的事情，不就要你們兩個一起
23 來，那現在你老婆跳票了，我們是當天給你們，
24 你們是當天就跳票了，當天給你們當天就跳票了
25 ，你們這樣怎麼對？

26 周自發：對，都不對。現在是一直在想辦法看要怎麼樣，
27 也不是沒在想辦法，那譬如說分期給你。

28 （略）

29 （見原審卷二第16頁至第18頁）

30 ②檔案名稱：「000000000.653447」：

31 何冠諺：那你們從頭到尾，你老婆跟你，從頭到尾這樣隨

01 便騙隨便騙……我們這兩百先給你，先給你去解
02 決，那你的機器，機器的匯款…匯款你先過，你
03 先快過票，那你，事後你這五間房子再給我們設
04 定……那現在你們都沒有，你們沒有不要緊，你
05 也不要給別人設定嘛，你還讓你認識的去設定…
06 …。

07 (略)

08 何冠諺：那不然你最先的時候就不要答應我們要給我們設
09 定嘛。

10 周自發：好啦好啦，不要一直講過去的事情，現在就是說
11 現在看怎麼解決，我也已經跟你們道歉了，現在
12 就是說看要怎麼處理方式，大家比較圓滿。

13 (略)

14 何冠諺：……不然你從頭到尾你們夫妻倆都這樣隨便講隨
15 便騙…你們是這樣騙這樣騙，不然我這筆錢會交
16 給你們？……最先你如果沒有說那五間房子要給
17 我們設定……我這兩百萬也不會借你……又在那
18 邊講說，我們在這邊四十幾年了，做也做到總統
19 府去了，我們不會亂來，我們這五間房子一定會
20 給你設定。

21 周自發：小聲一點啦，很難看。

22 (略)

23 (見原審卷二第19頁至第20頁)

24 上開勘驗筆錄，核與何冠諺、袁士興及石宗堉前揭證述之
25 經過情節大致相符，周陳樹英確實以買機器為由向何冠諺
26 借款，卻遲遲不返還金錢，當何冠諺一再對周自發指責
27 「你們是這樣騙這樣騙，不然我這筆錢會交給你們？」、
28 「結果匯完，跟你老婆說，你為什麼要這樣騙我們，你老
29 婆還跟我說，沒這樣的話你們會借我嗎？」、「你老婆跟
30 我說他弟弟在馬偕出車禍，講撞一下很嚴重，那你這樣
31 看，你從頭到尾你們都這樣亂說亂編」、「你沒有給我們

01 設定，你還拿給別人設定，你們根本就是故意、惡意的
02 嘛」、「最先你如果沒有說那五間房子要給我們設定……
03 我這兩百萬也不會借你」等詞，周自發全無辯駁，僅一再
04 表示「不要一直講過去的事情，現在就是說現在看怎麼解
05 決，我也已經跟你們道歉了」，甚至稱「小聲一點啦，很
06 難看」，滿心愧疚，益見何冠諺所證係因周陳樹英佯稱欲
07 借款購買新機器並願提供支票及名下房地供作抵押擔保，
08 始借款與周陳樹英等情，應屬真實可採。

09 (4)周陳樹英向何冠諺借款時，約定願將自己與配偶名下之五
10 筆房地供作借款擔保，然周陳樹英除未告知該五筆房地早
11 已向銀行設定抵押，嗣亦未將上開房地為何冠諺設定抵
12 押，又依62號房地建物登記第二類謄本，該筆房地另於10
13 7年5月28日辦理所有權移轉之信託登記予訴外人林瑞銘、
14 鄭志評（見偵字卷第29頁），對此，周自發於原審供稱：
15 之前有跟林瑞銘借過320萬元，給他60萬元，剩下260萬元
16 等語（見原審卷一第522頁至第523頁），周陳樹英亦表
17 示：將房地產過給林瑞銘是因為我們有跟林瑞銘借過一條
18 等語（見原審卷一第523頁），被告二人未依約定在何冠
19 諺借款時將土地設定登記與何冠諺，反於三日後將其中62
20 號房地信託登記他人，被告二人主觀上顯有意圖脫產逃避
21 追索之情。

22 3．周自發確實知悉周陳樹英整個犯罪計畫部分：

23 按刑法之共同正犯，包括共謀共同正犯及實行共同正犯二
24 者在內；祇須行為人有以共同犯罪之意思，參與共同犯罪
25 計畫之擬定，互為利用他人實行犯罪構成要件之行為，完
26 成其等犯罪計畫，即克當之，不以每一行為人均實際參與
27 部分構成要件行為或分取犯罪利得為必要（最高法院96年
28 度台上字第1882號判決要旨參照）。而共同正犯間，非僅
29 就其自己實行之行為負其責任，並在犯意聯絡之範圍內，
30 對於他共同正犯所實行之行為，亦應共同負責；且其犯意
31 聯絡之表示，無論為明示之通謀或相互間有默示之合致，

均不在此限（最高法院98年度台上字第2655號判決要旨參照）。相關借款經過，何冠諺於原審證稱：我雖然是與周陳樹英洽談借款，但周自發亦知悉此事，因周陳樹英當時一直來來回回，表示欲下樓與周自發商談或拿取支票，且提供之一張支票亦係由周自發簽發，當時我談完下樓時，也有看到周自發，之後我便去匯款200萬元等語（見原審卷一第321頁），核與袁士興於原審證稱：當天在現場是周陳樹英與何冠諺洽談，但周自發也有在場並進進出出，周自發在現場聆聽一下即離開，我們商談完後，周自發有再上樓確定問題後，何冠諺始去匯款等語（見原審卷一第374頁），足見借款過程周自發均有在場參與、瞭解，更遑論如附表一編號3所示之支票係由周自發所簽發，且何冠諺係將款項匯入周自發所申設之周自發永豐銀行帳戶，況如前揭錄音檔案所示，周自發事後更有親自出面與何冠諺、袁士興商談如何處理本件借款糾紛，佐以被告二人為夫妻，二人同居共財，周自發知道其等並無購買機器需求，卻以此為由向何冠諺借款，嗣任由支票屆期遭存款不足退票，且未依約定將房屋抵押與何冠諺擔保，足徵周自發縱未全程參與各次借款過程，仍係與周陳樹英在合同意思範圍內，遂行犯罪之目的，依上開說明，周自發自應就其所參與犯行所生之全部犯罪結果共同負責。是周自發與周陳樹英就本件詐欺犯行具有犯意聯絡及行為分擔，均應論以共同正犯。

- 4．被告兩人雖又辯稱：何冠諺為金主之人頭，從事地下錢莊業務，有豐富放款經驗，被告二人向何冠諺借款200萬元，需支付48萬元利息，顯屬重利云云。然何冠諺於偵查及原審均一致陳稱：匯款當日，我並未自周陳樹英處收到48萬元等語（見偵字卷第125頁，原審卷一第510頁），核與袁士興於偵訊及原審證稱：當日與周陳樹英一同前往銀行係為確認何冠諺是否將款項匯入周自發永豐銀行帳戶，周陳樹英當時並未給付48萬元等語（見偵字卷第132頁，

01 原審卷一第378頁），原審就此勘驗永豐銀行西盛分行前
02 監視錄影畫面，亦未見周陳樹英有交付48萬元現金乙情
03 （見原審卷一第507頁至第508頁）。是以，並無證據證明
04 周陳樹英於周自發之帳戶入款200萬元前，有先交付48萬
05 元與何冠諺，且若周陳樹英已有48萬元現金，扣除此部分
06 再借餘額即可，況被告二人既有詐騙何冠諺之故意，自不
07 因過程中是否另有交付48萬元或雙方商談之利息過高而得
08 以免除被告二人詐欺罪責。

09 （四）綜上所述，被告二人謊稱欲購買機器設備，願提供支票及
10 五間房地擔保向何冠諺借款，致何冠諺陷於錯誤而匯款20
11 0萬元至周自發永豐銀行帳戶，被告二人主觀有不法所有
12 意圖及詐欺取財之犯意甚明。本件事證已臻明確，被告二
13 人詐欺取財之犯行洵堪認定，應以依法論科。

14 二、論罪：

15 （一）核被告二人所為，係犯刑法第339條第1項之詐欺取財罪。

16 （二）被告二人就上開犯行間，有犯意聯絡及行為分擔，應論以
17 共同正犯。

18 三、駁回上訴部分（沒收部分除外）

19 原審以被告二人共同犯刑法第339條第1項詐欺取財罪，且以
20 行為人之責任為基礎，審酌周陳樹英因需錢周轉，竟不思以
21 正當方式獲取財物，反編織不實謊言，致何冠諺誤信其欲購
22 買機器及願提供房地作抵押設定而借款，而與周自發共同向
23 何冠諺詐取財物，其等犯罪之動機、目的、手段實不該，侵
24 害告訴人財產法益甚鉅，且被告二人犯後自始飾詞否認犯
25 行，未見悔意，兼衡周陳樹英係小學肄業之智識程度、已
26 婚、無須扶養任何人，周自發為國中畢業之智識程度、已
27 婚、無須扶養任何人，及被告二人之犯罪動機、目的、手段
28 等一切情狀，就周陳樹英部分，量處有期徒刑一年，就周自
29 發部分，量處有期徒刑十一月，核其認事用法，並無違誤，
30 量刑亦稱妥適。被告二人上訴否認犯罪，均無理由，應予駁
31 回。

01 四、撤銷關於周自發之沒收部分：

02 （一）關於刑法沒收部分於104年12月30日修正公布，並自105年
03 7月1日起施行，修正後切合沒收之法律本質，明確定義沒
04 收為「刑罰及保安處分以外之法律效果」，具有獨立性，
05 而非刑罰（從刑）（刑法第2條立法說明一、參照），是
06 若原判決僅就沒收部分有所違誤，而於本案部分認事用法
07 正確時，本院自得僅就原判決關於周自發沒收部分撤銷，
08 先予敘明。

09 （二）按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之，於全部或一部
10 不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；犯罪所得已實
11 際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第38條
12 之1第1項前段、第3項、第5項定有明文。又刑法沒收新制
13 目的在於澈底剝奪犯罪行為人之犯罪所得，使其不能坐享
14 犯罪成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似不當得利之衡
15 平措施。而考量避免雙重剝奪，犯罪所得如已實際發還或
16 賠償被害人者，始不予宣告沒收或追徵。故倘若犯罪行為
17 人雖與被害人達成民事賠償和解，惟實際上並未將和解賠
18 償之金額給付被害人，或實際犯罪所得高於民事賠償和解
19 金額者，法院對於未給付之和解金額或犯罪所得扣除和解
20 金額之差額部分等未實際賠償之犯罪所得，自仍應諭知沒
21 收或追徵，始符合沒收新制之立法本旨（最高法院108年
22 度台上字第2896號判決參看）。經查，被告二人就本件詐
23 欺之犯罪所得共計200萬元雖未據扣案，惟被告二人已與
24 告訴人於110年12月6日成立調解，雙方約定以如附表二所
25 示方式給付，周自發復先於110年12月7日匯款30萬元，另
26 於111年1月24日、同年2月22日分別匯款2萬元，此部分犯
27 罪所得已實際合法發還何冠諺，有中國信託銀行新臺幣存
28 提土兩交易憑證三紙在卷可稽（見本院卷第157頁），爰
29 依刑法第38條之1第5項規定，就已清償部分不予宣告沒
30 收；其餘部分，被告二人就本案仍有犯罪所得166萬元
31 （計算式：200萬元－30萬元－2萬元－2萬元＝166萬

元），應依上開規定沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。至被告二人雖於本院審理期間與何冠諺達成調解，現仍在分期履行中，因尚有166萬元尚未實際給付，為貫徹刑法沒收新制目的在於澈底剝奪犯罪行為人之犯罪所得，故仍應就剩餘166萬元部分諭知沒收及追徵。原審未及審酌於此，仍就全部犯罪所得200萬元為沒收、追徵之諭知，尚有未恰。被告二人上訴意旨雖未指摘及此，然原判決關於沒收部分既有上開可議之處，仍屬無可維持，自應由本院將原判決關於沒收部分予以撤銷。至於被告二人若均有依約清償，未來檢察官於執行判決時，可主張抵銷此部分之金額，附此敘明。

五、緩刑之宣告：

查被告二人前均未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有本院被告前案紀錄表在卷可佐（見本院卷第39頁至第42頁），其等因短於思慮致罹刑典，固非可取，惟於本院審理期間已與何冠諺成立調解，何冠諺復於本院供稱：希望判被告緩刑，但附條件緩刑五年，對我才有保障等語（見本院卷第154頁），本院審酌上情，認被告二人經此偵審程序之教訓，當足生警惕，對被告二人所宣告之刑，以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定均諭知緩刑五年，以啟自新。另參酌被告二人與何冠諺成立調解筆錄之內容，依刑法第74條第2項第3款規定，併命被告應依如附表二所載條件履行其等之調解內容。又此部分乃緩刑宣告附帶之條件，依刑法第74條第4項規定，上開緩刑條件得為民事強制執行名義，且被告二人於本案緩刑期間，倘違反上開緩刑負擔，情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要，依刑法第75條之1第1項第4款規定，得撤銷其等緩刑之宣告，併此敘明。

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，刑法第74條第1項第1款、第2項第3款，判決如主文。

本案經檢察官周慶華到庭執行職務。

中華民國 111 年 4 月 12 日
刑事第二庭 審判長法官 遲中慧
法官 李世華
法官 邱筱涵

以上正本證明與原本無異。
不得上訴。

書記官 張玉如

中華民國 111 年 4 月 13 日

附錄本案論罪科刑法條全文：

中華民國刑法第339條

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，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。

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。

附表一：

編號	付款銀行	發票人	發票日期	支票號碼	支票金額 (新臺幣)
1	大眾商業銀行 新莊分行	周陳樹英	107.05.28	AG0000000	140萬元
2	大眾商業銀行 新莊分行	周陳樹英	107.05.29	AG0000000	30萬元
3	永豐銀行西盛 分行	周自發	107.05.28	AL0000000	50萬元

附表二（緩刑所附之條件）：

被告二人應遵守履行之內容〈依本院110年度刑上移調字106號調解筆錄〉：

調解委員試行調解成立，其內容如下：

- 一、被告周自發、周陳樹英（下稱被告二人）願連帶給付原告何冠諺新臺幣（下同）貳佰伍拾萬元，但被告二人如依第二條所示方法給付貳佰萬元，原告願免除被告二人其餘債務。
- 二、被告二人願於110年12月7日前給付原告叁拾萬元，並自111年1月25日起，於每月25日前給付原告貳萬元，迄清償貳佰萬元為止（匯入帳戶：戶名何冠諺、設於中國信託銀行金城分行000000000000號），如有一期不按時履行，視為全部到期。
- 三、原告其餘請求拋棄。
- 四、訴訟費用各自負擔。
- 五、原告願意向刑事庭法院陳明給予被告附條件緩刑。