臺灣高等法院刑事判決

114年度上易字第2161號

上　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官蔡宗霖

上　訴　人

即　被　告　羅○○

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　蔡順雄律師

鄭凱威律師

吳承軒律師

上列上訴人等因被告背信案件，不服臺灣新北地方法院114年度易字第375號，中華民國114年8月26日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第75397號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於羅○○之刑及犯罪所得沒收追徵部分，均撤銷。

上開刑之撤銷部分，羅○○處有期徒刑捌月。

羅○○緩刑貳年，並應於緩刑期內，依附表所示之條件支付賠償金。

理　由

一、按上訴得對於判決之一部為之。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。刑事訴訟法第348條第1、3項分別定有明文。查檢察官於本院審理時，明示僅針對第一審判決關於刑及沒收之部分上訴（本院卷第23、24、288頁）；上訴人即被告（下稱被告）羅○○於本院審理時撤回原判決犯罪事實及罪名部分之上訴，且明示僅針對第一審判決關於刑及沒收部分上訴（本院卷第289、301頁），故本院僅就第一審判決關於刑及沒收部分是否合法、妥適予以審理。

二、上訴之判斷

原審審理後，就被告如原判決事實欄（下稱事實欄）所載成年人故意對兒童犯背信犯行，量處有期徒刑1年，並諭知相

關之沒收及追徵，固非無見。惟：

(一)按刑法第57條第9款、第10款所規定之「犯罪所生之危險或損害」、「犯罪後之態度」為法院科刑時應審酌事項之一，其就被告犯罪後悔悟之程度而言，包括被告行為後，有無與被害人和解、賠償損害，此並包括和解之努力在內。從而被告積極填補損害之作為，當然列為有利之科刑因素（最高法院110年度台上字第4956號判決要旨參照）。查被告於原審審理時雖否認犯行，並提起本件上訴，惟被告嗣後於本院審理時已坦承犯行，並撤回原判決犯罪事實、罪名部分之上訴，且明示僅針對第一審判決關於刑及沒收部分上訴，堪認被告已有悔意，並節省訴訟勞費。另被告於本院審理時，已與告訴人甲○○、乙○○、丙○○（下稱告訴人3人，乙○○、丙○○分別為民國000年、000年出生。上3人之真實姓名詳卷）成立調解，承諾賠償乙○○、丙○○新臺幣（下同）625萬1,108元，並於調解成立時給付400萬元予乙○○、丙○○，及115年7月30日給付乙○○、丙○○各18萬元，有本院115年度上移調字第280號調解筆錄、國泰世華銀行本行支票、交易憑證在卷可參（本院卷第273至278、307頁），可認告確有積極填補損害之情。原審未及審酌前開對被告有利之科刑因子，尚有未洽。

(二)按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定；前2項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵；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。刑法第38條之1第1、3、5項、第38條之2第2項分別定有明文。又所謂犯罪所得，可分為行為人為了犯罪（für die Tat）而取得之財產利益，以及產自犯罪（aus die Tat）而取得之財產利益。於前者之情形，只要取得財產利益之行為本身係法律所禁止而屬犯罪者，行為人為了遂行該犯罪而取得之財

產利益，即屬犯罪所得；於後者之情形，則應探究犯罪構成要件之規範保護目的，倘產生犯罪所得之交易自身即為法所禁止之不法行為，所得財產利益均足以反映犯罪之不法內涵，則沾染不法範圍及於全部所得，其沾染不法之成本，非屬中性成本，均不得扣除，反之，若取得利益之交易自身並非法所禁止，則沾染不法之部分僅止於因不法行為而取得之獲利部分，並非全部之所得，於宣告沒收犯罪所得時，即應扣除屬於中性成本之支出或屬於中性利益之所得（最高法院113年度台上字第66號判決意旨參照）。查：❶被告將坐落於新北市○○區○○段之土地（應有部分550/100000）及其上門牌號碼新北市○○區○○○路之房屋（詳細地號及門牌號碼詳卷，下合稱本案房地），以1,150萬元出售，在清償該房地之剩餘房貸、應繳稅費（下稱貸款等費用）後，實際得款408萬4,492元乙情，業據被告於原審審理時供述在卷（原審易字卷第236頁），且為檢察官所不爭執，而檢察官亦未舉證證明被告扣除之貸款等費用有為自己或第三人不法利益之意圖，堪認被告因背信犯行所取得之利益為扣除貸款等費用之實際得款408萬4,492元，屬被告本案之犯罪所得。原判決亦同此認定，已記明理由，核無不合。檢察官上訴指稱被告出售本案房地所獲之對價為1,150萬元，應對被告所獲之總價金1,150萬元全部諭知沒收，而毋庸被告扣除實際支出之成本，指摘原判決僅對被告實際得款之408萬4,492元諭知沒收，有不符刑法第38條之1之立法意旨之違誤等節，並不可採；❷原判決所認被告所有之犯罪所得，即被告將本案房屋出售，在清償該房地之剩餘房貸、應繳稅費後，實際得款408萬4,492元，並未扣案，依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定，諭知沒收及追徵，原非無見，然被告於調解成立時及115年7月30日已分別給付告訴人乙○○、丙○○400萬元、36萬元，則依上開規定，已實際合法發還之款項，不再宣告沒收、追徵；況此部分已達沒收制度剝奪被告犯罪所得之立法目的，若再予沒收，亦屬過苛（詳後述），

原審未及斟酌而就被告得款408萬4,492元諭知沒收及追徵，容有欠洽。

(三)從而，檢察官循告訴人請求提起上訴意旨指摘被告於案發後仍飾詞狡辯，亦未與告訴人和解致歉，原審僅對被告諭知有期徒刑1年，尚有量刑過輕之違誤，且原審僅對被告實際得款之408萬4,492元諭知沒收，似有不符前揭刑法第38條之1之立法意旨之違誤各情，均無理由。然被告上訴主張其坦承犯行，並與告訴人成立調解，已賠償乙○○、丙○○上開款項，請求從輕量刑，並不予沒收犯罪所得等語，則屬有理由，自應由本院就原判決之刑及犯罪所得沒收追徵部分，均予以撤銷改判。

三、改判部分

(一)科刑

1.刑之加重事由

被告故意對兒童即告訴人乙○○及丙○○犯背信罪，應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑。

2.爰以行為人之責任為基礎，審酌被告身為告訴人乙○○及丙○○之母親，而受任借名登記為本案房地之登記名義人，當應忠實執行其任務，竟圖謀不法利益，逕自以實際權利人自居，將本案房地出賣予他人獲利，致告訴人乙○○及丙○○受有損害，惟於本院審理時坦承犯行，並與告訴人3人成立調解，已賠償告訴人乙○○、丙○○共計436萬元；兼衡被告本案犯罪之動機、目的、手段、所獲利益，及其於原審及本院自陳之智識程度與家庭生活狀況等一切情狀，改量處如主文第2項所示之刑。

(二)犯罪所得沒收之說明

1.按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定；前2項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵；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。刑法第38條之1第1、3、5項、第38條之2第2項分別定有明文。

2.被告因背信犯行所取得之利益，為扣除貸款等費用之實際得款408萬4,492元，並未扣案，原應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定諭知沒收及追徵，然被告於本院審理時，與告訴人3人成立調解，並已給付乙○○、丙○○予共計436萬元，已如前述，則依前揭規定，此已合法發還部分應不予宣告沒收。況既達沒收制度剝奪被告犯罪所得之立法目的，若再宣告沒收及追徵其犯罪所得，亦有過苛之虞，爰依前揭規定，就被告實際得款408萬4,492元不予宣告沒收及追徵。

四、緩刑之宣告：

被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有法院前案紀錄表在卷可稽，其為本案背信犯行，致乙○○、丙○○受有損害，固有未該，且於本院審理時始坦承犯行，惟經本院衡酌被告因一時失慮，致罹刑典，前開犯罪情節、智識程度、生活狀況，及於本院審理期間與告訴人3人達成和解，並已依約賠償大部分款項，獲得告訴人3人之諒解及同意宣告緩刑等各情，有本院審判筆錄及本院115年度上移調字第280號調解筆錄可參，本院認被告歷經本次偵審過程，並受前開刑之宣告後，應已知所警惕，刑罰目的已達，且考量被告前無背信犯罪紀錄，以刑事法律制裁本即屬最後手段性，刑罰對於被告之效用有限，作為宣示之警示作用即為已足，藉由較諸刑期更為長期之緩刑期間形成心理強制作用，更可達使被告自發性改善更新、戒慎自律之刑罰效果，因認上開刑之宣告以暫不執行為適當，爰諭知緩刑如主文第3項所示。並為督促被告履行上揭和解條件，參酌被告與告訴人成立調解之履行期間，爰依刑法第74條第2項第3款規定，命被告應於緩刑期間履行如附表所示之條件。被告於緩刑期內如違反上開緩刑所附條件，且情節重大者，檢察官依法得向法院聲請撤銷緩刑宣告，併此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官林亭妤提起公訴，檢察官許鈺茹、曾文鐘到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　6　　日

刑事第十二庭　審判長法　官　楊志雄

法　官　鍾雅蘭

法　官　施育傑

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　鄭巧青

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　10　　日

【附表】：

（被告之緩刑附記事項：依本院115年度上移調字第280號調解筆錄記載）

編號	給付內容	給付金額及方式
1	被告願給付乙○○及丙○○新臺幣陸佰貳拾伍萬壹仟壹佰零捌元。	1.被告已於本調解筆錄簽立時交付票面金額新臺幣（下同）貳佰萬元之支票各乙紙【共2紙】交付乙○○、丙○○收訖。 2.另貳佰貳拾萬元部分，共分6期給付，被告自民國115年7月30日起至115年11月30日止，按月於每月30日前（如遇假日則順延至次個工作日）以匯款方式給付乙○○、丙○○各拾捌萬元；於115年12月30日給付乙○○、丙○○各貳拾萬元，如一期未給付，視為全部到期。 3.被告於115年12月30日給付乙○○、丙○○各貳萬伍仟伍佰伍拾肆元。

		4.上開款項匯至乙○○、丙○○之銀行帳戶（銀行名稱、戶名、帳號均詳卷）

附錄本案論罪科刑法條全文：

兒童及少年福利與權益保障法第112條

成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。

對於兒童及少年犯罪者，主管機關得獨立告訴。

刑法第342條

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。

前項之未遂犯罰之。