最高法院刑事判決

114年度台上字第6147號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官李美金

上　訴　人

即　被　告　吳品昇（原名吳佳瑋）

原 審辯護 人

兼選任辯護人　陳泰溢律師

上列上訴人等因被告偽造文書案件，不服臺灣高等法院中華民國114年8月12日第二審更審判決（113年度上更一字第64號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署108年度偵字第35145號、109年度偵字第1061、37383號），提起上訴（被告由其原審辯護人代為提起上訴），本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為法定要件，如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。至原判決究竟有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原審以上訴人即被告吳品昇經第一審依想像競合犯規定，從一重論處行使偽造私文書罪刑及諭知沒收後，僅被告明示就量刑及沒收部分提起第二審上訴（另犯行使業務登載

不實文書罪部分已確定，不在本件審理範圍）。經原審審理結果，撤銷第一審關於被告犯行使偽造私文書罪所處之刑及沒收部分判決，改判被告有期徒刑1年4月，並諭知未扣案犯罪所得新臺幣（下同）852萬7,208元沒收，已說明所憑之依據及裁量之理由。

三、按本院撤銷第二審判決並發回更審，僅係否定該第二審判決效力，使第二審法院得於原合法上訴範圍內，回復原第二審判決作成前之審理狀態，並非創設新的第二審程序，亦不因此變更、補充或擴張既已確定之第二審上訴範圍。基於審級制度分工、程序安定與當事人信賴保護，並兼顧不利益變更禁止原則，檢察官倘未提起第二審上訴，即使法院認其第三審上訴有理由而撤銷第二審判決發回更審，亦不生回溯補正其第二審上訴之程序效果，檢察官自不因此取得第二審上訴人地位。是以，本院前次判決發回更審後，原審未將僅提起第三審上訴之檢察官列為第二審上訴人而重新納入審理，並無檢察官上訴所指漏未論列上訴人、命其陳述上訴要旨，或已受請求事項未予判決之違法。

四、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，均屬事實審法院依職權行使之事項，倘其採證認事未違背經驗法則或論理法則，並已於判決中敘明形成心證之理由，即屬事實審法院合法裁量之範圍，不得任意指為違法。又財務人員於經手、保管公司款項之職務過程中，因個人資金需求而挪用公款後，復將部分款項匯回帳戶之行為，往往係基於帳務平衡之壓力、避免帳目明顯異常引發查核，或於短期資金周轉稍獲紓解時，為掩飾帳目差額、延後犯行曝光而為，其動機並非僅止於個人資金需求之滿足，尚兼具規避查核、延續犯行之考量，乃屬不法侵害歷程中之階段性操作，自難認與其盜領犯意或行為動機相互矛盾，而不能排除於一定期間內併有盜領及返還行為之可能。其盜領後匯回之款項，固不影響盜領犯行之成立及犯罪規模之計算，然刑法關於犯罪所得之沒收，係以剝奪行為人實際保有之不法利得為規範目的，是以判斷

沒收範圍之重點在於行為人於裁判時是否仍實際保有該不法利得，而非是否與被害人已成立民事法上之清償合意，或其清償原因、方式是否符合民法規定。倘行為人已將部分犯罪所得實際返還被害人，且該返還款項已不再由行為人支配、保有，即不具不法利得之實質存在，於宣告犯罪所得沒收時，自應予以扣除，以避免發生重複剝奪或逾越實際不法利得之結果。此與民事法上債務清償是否成立、清償是否完全或是否存在清償共識，係屬不同之評價問題，二者之規範目的與法律效果並不相同，不得混為一談。本件原判決依憑被告之供述，證人即被告母親陳月嬌、被告胞弟吳仲遠（原名吳競、吳秉錞）之證言，並佐以玉山商業銀行集中管理部函文暨所附存款憑條、傳票，及存摺影本等證據資料，斟酌取捨後，依第一審判決所認定之事實，即被告擔任告訴人遊戲怪獸股份有限公司及其子公司怪獸風潮股份有限公司（下稱子公司）財務部門主管，負責處理相關財務事宜，竟以盜蓋印章偽造取款憑條並持以行使之方式，盜領款項合計2,665萬5,208元得手為基礎，說明如何扣除被告起訴前透過陳月嬌、吳仲遠等人，以現金或匯款方式存入子公司帳戶，或由中間人轉交或交付支票予告訴人，合計返還1,531萬8,000元，暨於審理期間續行返還281萬，從而認定被告尚餘犯罪所得852萬7,208元。原判決並就告訴人否認被告於遭發現前所匯入之款項係屬返還犯罪所得，及本院前次判決所指部分款項匯入後尚有提款、轉出紀錄等節，於傳喚證人陳月嬌、吳仲遠進行詰問程序後，綜合全卷證據資料，詳敘被告並非以逐筆對應方式返還款項，而係基於返還挪用款項之目的，委託家人代為存入告訴人相關帳戶，自不得僅因存入時間先後或帳戶內另有提款、轉出紀錄，即為不利被告之認定。其中關於民國108年4月12日以告訴人名義匯予子公司之200萬元，亦與卷內存款憑條記載吳仲遠原名「吳秉錞」暨其證述之匯款緣由相互符合。原判決就犯罪所得沒收金額之估算，業已說明其形成心證之理由，所為被告返還款項之認定，亦

有卷內證據資料可憑，並於第一審所認定之犯罪事實基礎上，明確區別犯罪規模之認定與犯罪所得沒收之評價基準，與經驗法則及論理法則均無違背，核無檢察官及被告上訴意旨所指證據調查職責未盡、判決理由不備或理由矛盾等違法。檢察官上訴主張前開起訴前存入子公司帳戶之款項，未經告訴人同意受領而欠缺清償共識，且部分款項以告訴人名義匯入子公司，後續提領、轉匯事由不明，不生清償效力等語，係就事實審採證認事與犯罪所得沒收金額估算之適法職權行使，任意指摘為違法，自非適法之第三審上訴理由。

五、判斷量刑是否適當，應綜合判決整體內容而為考量。倘其量刑合於法律所定範圍，且無顯然失當，亦未違反公平、比例及罪刑相當原則，即不得截取片段事由或僅以單一量刑因素，指為量刑不當而違法。原判決業以被告之責任為基礎，審酌其已與告訴人成立調解並返還部分款項，惟尚未完全填補損害等刑法第57條各款所列情狀而為量刑，核已兼顧有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，且與公平原則無悖，並未違背比例原則及罪刑相當原則，自屬原審刑罰裁量權之適法行使，亦不得指有量刑失當之違法。檢察官主張被告未履行調解約定，且原判決就被告實際返還之金額認定有誤，量刑失當；被告泛謂原審未詳酌其在審判過程中「主動歸還」前開200萬元之情形作為有利評價，量刑違誤等語，均非適法之第三審上訴理由。

六、綜合前旨及檢察官與被告其他上訴意旨，均係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，就相同證據為相異評價，或對於事實審法院採證認事及量刑裁量職權之適法行使，徒以自己之說詞，指為違法，或非依據卷內資料漫為指摘。與法律規定得為上訴第三審理由之違法情形，均不相符。本件關於行使偽造私文書罪名之量刑及沒收上訴，自屬違背法律上之程式，應予駁回。至其想像競合犯詐欺取財罪名之量刑及沒收部分，係屬刑事訴訟法第376條第1項第5款所列不得上訴於第三審法院之案件，且無同條

項但書所定得提起第三審上訴之例外情形，無從適用審判不可分原則一併審理，是此輕罪部分之上訴亦不合法，應從程序上併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　28　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　游士珺

法　官　鄭富城

法　官　劉方慈

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　3　　日