最高法院刑事判決

110年度台上字第5396號

上　訴　人　劉復忠（原名劉復中）
　　顏登在
上　一　人
選任辯護人　唐治民律師
上　訴　人　鄭有富
選任辯護人　黃俊嘉律師
　　陳秉宏律師
　　吳龍建律師

上列上訴人等因偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國110年2月25日第二審判決（109年度上訴字第149號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署104年度偵字第12903、14297 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第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理由，係屬法定要件。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。本件經原審審理結果，認上訴人劉復忠（原名劉復中）有原判決事實欄（下稱事實欄）一㈡及其附表（下稱附表）一編號4 、顏登在有事實欄一㈡及其附表一編號5 、鄭有富（劉復忠、顏登在、鄭有富下稱上訴人等）有事實欄一㈠、㈡及其附表一編號1至6所載各犯行之事證明確，因而維持第一審就上訴人等均論處刑法第 216 條、第211條之行使變造公文書罪刑（劉復忠部分1罪刑；顏登在部分共3 罪刑；鄭有富部分共11罪刑。均尚想像競合犯民國103年6月18日修正公布、同年月20日生效施行前　下稱

修正前ㄨ之刑法第339條第1項之詐欺取財罪；附表一編號 2至6部分另均尚想像競合犯商業會計法第71條第5款之利用不正當方法致使財務報表發生不實罪），暨就顏登在部分定應執行有期徒刑2年7月、鄭有富部分定應執行有期徒刑4年2月及諭知鄭有富部分相關沒收之判決，駁回上訴人等就該部分在第二審之上訴。就第一審判決關於劉復忠、顏登在諭知沒收部分，則均撤銷改判諭知如原判決附表一編號4 、5⑴、5⑶所示之沒收（追徵）。俱已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

二、上訴人等之上訴意旨略以：

(一)劉復忠部分：

1.原判決理由所執劉復忠於第一審矢口否認犯罪，足見犯後態度欠佳，未思悔改，迨第一審判決有罪科刑，於判決內容詳載犯罪證據後，提起上訴，始於原審審理時承認犯罪，亦見其心存僥倖，浪費司法資源，並非真心悔悟而自始坦承犯罪等旨，顯係以劉復忠於第一審否認犯罪為由，認定犯後態度不佳，而執為量刑之依據，違反刑法第57條第10款規定意旨，有判決適用法則不當之違法。

2.劉復忠與星展商業銀行（下稱星展銀行）方達成和解後，實際還款金額比例高於附表一編號1 所示之同案被告王珍瑜（每月償還新臺幣　下同ㄨ1萬2,000元，且迄至第一審判決時，尚有本金餘額338萬多元未償；劉復忠自109年4月起至110年1 月原審言詞辯論終結前，則已清償共20萬元）甚多，王珍瑜既經第一審判決宣告緩刑確定，原判決竟以劉復忠還款比例過低為由，駁回其從輕量刑及宣告緩刑之請求，顯與卷內證據資料不符，而有理由與卷證矛盾之違法。

3.劉復忠與星展銀行達成協議之還款條件，為收到星展銀行通知後10日內，以每月為1期，分81期，前24期每月還款2萬元，第25期至第80期，每期還款2.5 萬元，第81期再補足差額，共計還款190 萬元後，即結清本案，不再追索，惟若未按

期履約繳款，則視為全部到期，並回復依原契約條件，繼續對借、保戶等訴追。本件原判決駁回劉復忠關於宣告緩刑之請求，將使劉復忠於入監執行期間無法工作賺錢，而陷入無法如期履約繳款之窘境，致劉復忠與星展銀行受有損害，足認原判決不惟違背法令，亦顯失當。

(二)顏登在部分：

1.公文書與準公文書之定義有別，犯罪構成要件亦不相同。稽之原判決事實欄認定顏登在與鄭有富共同基於變造準公文書並持以行使之犯意聯絡，而於附表一編號5「犯罪手法」欄所示時間，以該欄所示方式，使金融機關核貸款項予盟登科技企業有限公司（下稱盟登公司），以供顏登在調度使用；其理由內並載敘：顏登在、鄭有富修改附表二（五）所示文件之行為，應成立變造準公文書罪，復持以行使，應論以行使變造準公文書罪。與主文欄記載顏登在犯「行使變造公文書罪」，前後論述不一、相互齟齬，有不適用法則或適用法則不當及理由矛盾之違法。

2.顏登在於第一審否認犯罪，其原因多端，且攻防抗辯本係受憲法保障之訴訟上權利，原判決竟評價為「犯後態度欠佳，未思悔改，亦見心存僥倖，浪費司法資源並非真心悔悟」，顯與法之本旨有違。另顏登在就附表一編號5⑴部分，雖未與渣打國際商業銀行達成書面協議，但於原審言詞辯論終結前，均按月給付3,361元（合計8個月，共2萬6,888元）；就附表一編號5⑵部分，已與華南商業銀行達成調解；就附表一編號5⑶部分，已與獲第一商業銀行授權之第一金融資產管理股份有限公司達成和解協議。原審未審酌及此，遽認顏登在與各該被害銀行協議之還款比例過低，而未諭知緩刑，非但損及被害銀行之債權，且未考慮顏登在並無前科，有以暫不執行刑罰為適當之情形，倘為附條件緩刑之宣告，可兼衡國家刑罰權及被害銀行損害彌補之權益，詎竟捨此不為，復未說明有無再犯之虞及能否因刑罰之宣告而足策其自新等情，有判決不適用法則、理由不備及濫用刑罰裁量權之違法

。

(三)鄭有富部分：

1.證人劉復忠、顏登在、林明勳、蔡耀賢、周銘彥等人（下稱劉復忠等人）於調查局詢問（下稱調詢）、偵查及第一審中均供稱：鄭有富有清楚告知修正後之財務報表等資料不得直接持以向銀行貸款，必須先向國稅局完成補稅作業，但渠等並未依鄭有富之建議先向國稅局完成補稅，直接持修正後之財務報表等資料向銀行貸款，鄭有富並未參與貸款之過程等語，足認鄭有富自始無變造準公文書並持以行使之主觀上犯意。原判決就劉復忠等人有利於鄭有富之前開供述不予採納，並未說明理由，且竟片面引用劉復忠等人之部分偵審中供述，臆測推論鄭有富「明知」劉復忠等人無法順利向金融機構借足所需資金，為使金融機構提高貸款授信額度以取得所需款項，意圖使自己或第三人不法之所有，而提供修改後之財務報表等資料，顯有判決不載理由之違法。況原判決既認定鄭有富未向王珍瑜及劉復忠等人收取報酬，衡情實無為使其等向銀行取得貸款而鋌而走險之理。益證原判決認定鄭有富「明知」而有行使變造準公文書之犯意，其採證認事流於恣意，有適用法則不當之違法。

2.鄭有富於原審開庭時坦承有不確定故意，並依原審建議，協助劉復忠、顏登在與銀行達成和解，堪認鄭有富已有悔意。原判決竟仍維持第一審之宣告刑，不惟違背人民對法院之信賴感情；且其理由說明鄭有富於第一審矢口否認犯罪，足見犯後態度欠佳，未思悔改，迨第一審判決有罪科刑，於判決內容詳載犯罪證據後，提起上訴，始於原審審理時承認犯罪，亦見心存僥倖，浪費司法資源，並非真心悔悟而自始坦承犯罪等旨，顯係以鄭有富於第一審否認犯罪為由，認定犯後態度不佳，而執為量刑之依據，並違反刑法第57條第10款規定，而有適用法則不當之違法。

3.鄭有富所犯各罪之宣告刑，分別為1年5月至2 年不等，均無不得宣告緩刑之情形。原判決祇憑「不符合緩刑之要件」一

語，即未宣告緩刑，同有不載理由及不適用法則之違法。

三、惟查：

(一)證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，都屬事實審法院得自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即無違法可言，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定自明，故既已於理由內，詳述其取捨證據之理由，自不得任憑己意，指摘為違法，而執為適法之上訴第三審理由。又同一證人前後供述彼此不能相容，事實審法院就調查所得之證據資料，本於自由心證認為證言一部為真實者，採取或捨棄其一部，以為裁判之根據，並非法所不許，且法院採信其部分之陳述時，當然排除其他不相容部分之證詞，此為法院取捨證據法理上當然之結果，縱未於判決理由內說明捨棄他部分供述之理由，而僅說明採用某部分供詞之理由，於判決本旨不生影響，此與判決不備理由之情形尚屬有間。本件原判決認定鄭有富確有其事實欄及附表一編號1至6所載各犯行，主要係依憑：鄭有富之自白、證人即潘信丞（案發時受僱於鄭有富，業經第一審判處罪刑，並宣告附條件緩刑確定）之調詢及第一審供述、劉復忠（三澤企業有限公司　下稱三澤公司Ⅴ負責人）、顏登在（盟登公司負責人）、王珍瑜（意識新象有限公司負責人，業經第一審判處罪刑，並宣告附條件緩刑確定）、林明勳（映懋科技股份有限公司負責人，業經第一審判處罪刑，並宣告附條件緩刑確定）、蔡耀賢（鼎豐盛洗衣有限公司負責人，業經第一審判處罪刑，並宣告附條件緩刑確定）、周銘彥（茗星有限公司負責人，業經第一審判處罪刑，並宣告附條件緩刑確定）之調詢、偵查及第一審供述、證人董子申之調詢供述、證人陳惠美（臺灣中小企業銀行○○分行授信員工）、邱明順（臺灣中小企業銀行○○分行徵信員工）、鄭子健（鄭有富之友人）之第一審證述、相關授信申請書、授信審核書、如附表二㈠至㈥所示之各該營利事業所得稅結算申報書及資產負債表、營業人銷售額與稅額申報書（即401表）、財政部高雄

國稅局函、財政部北區國稅局中和稽徵所函（含附件）、財政部南區國稅局新化稽徵所函（含附件）、財政部高雄國稅局三民分局函（含附件）等證據資料相互勾稽，因認鄭有富自白與事實相符，資為認定。其理由並載敘：鄭有富於調詢自承有以檢視、修改401 報表、資產負債表等方式協助如附表二㈠至㈥所示公司向銀行申請融資貸款；依證人即共犯劉復忠等人之調詢供述，亦足見鄭有富為劉復忠等人變造前開文件，係供持向銀行申請貸款使用。鄭有富既與王珍瑜、劉復忠等人共同謀議，並參與變造詐貸款項所需之報稅資料，則其雖未親自辦理貸款事務，甚至未取得立即且實質上之報酬或其他財物，仍應負共同正犯之罪責等旨（見原判決第14至20頁）。所為論斷說明，俱不違背證據法則及論理法則，亦無調查未盡、判決理由不備及不適用法則之違誤可指。凡此概屬原審採證認事、判斷證據證明力職權之適法行使，自不能任意指摘為違法。按自白係屬對於被告不利之事項，鄭有富於第一審否認犯罪，經第一審判處罪刑後，於原審（109年2月27日、110年2月4日）所為之自白（見原審卷一第281頁、原審卷二第267 頁），均有律師在場為其辯護，其原審辯護人並具狀為認罪之意思表示，請求改依簡式審判程序審理，以節省訴訟進行時程（見原審卷一第299至300、305 頁），足認其自白應係經充分審酌卷內有利、不利證據、訴訟進行程度等因素後，所為出於任意性之陳述。原判決因認鄭有富之自白有前揭證據資料可佐，而論處相關罪刑，經核於法尚無不合。至理由內未更予說明證人劉復忠等人之部分供述，何以不足為有利於鄭有富之認定，毋寧乃勾稽包含鄭有富自白及劉復忠等人供述在內全部證據資料所為取捨評價之當然結果，自與理由不備之情形有別。鄭有富上訴意旨（三）1.猶執陳詞，稱其未收受報酬，並無為劉復忠等人詐貸款項之理，並指摘原審片面援引劉復忠等人之部分供述，推論鄭有富「明知」而有行使變造準公文書之犯意，且未說明不採劉復忠等人有利供述之理由，而有適用法則不當及理由不

備等違法云云，或係棄置原審已明白論述之事項不顧，或係就同一證據，任憑己見而持與原審相異之評價，泛指為違法，並再為事實上之爭執，均難認是合法之上訴第三審理由。

(二)刑法第220條並非罪刑之規定，僅係闡述在紙上或物品上之文字、符號，如依習慣或特約，足以為表示其用意之證明者，關於觸犯刑法分則偽造文書、印文罪章之罪，應以文書論，即學理上所謂之準文書。惟偽造或變造準文書時，仍依其文書之性質準用各該有罪刑規定之法條論罪科刑。本件原判決事實欄記載上訴人等基於「變造準公文書」之犯意聯絡，分別於附表一編號1至6「犯罪手法」欄所示時間、方式，使各該金融機構核貸款項（見原判決第2至3頁）；其理由說明：稅捐稽徵機關於營利事業所得稅結算申報書及資產負債表、營業人銷售額與稅額申報書上蓋用上開收件章戳記，無論是否臨櫃申報或透過網路申報，均係表示稅捐稽徵機關已核閱並收受如各該申報書所示內容之稅捐申報資料用意之證明，依刑法第220條第1項規定，屬於刑法上之準公文書。上訴人等變造上開文書之內容後，持以申請貸款而為行使，均係犯刑法第216條、第220條、第211條之「行使變造準公文書罪」（見原判決第11至12、22頁）。旨在說明上訴人等利用網路申報取得之上開文件，係屬以公文書論之準公文書，變造其內容後復持以行使，係犯「行使變造準公文書罪」。上開事實及理由欄所載「行使變造準公文書罪」，其中「準」字乃屬餘贅，惟與附表一各該編號「罪刑及沒收」欄之「行使變造公文書罪」，其旨並無不同，既無礙與其他罪名相區別，亦與所適用法律之構成要件意旨不相違背，自不得任意指為違法。顏登在上訴意旨（二）1.指摘原判決事實及理由欄記載「變造準公文書」，與其主文欄記載「變造公文書」，前後齟齬，而有理由矛盾等違法云云，係依憑己見任作主張，並漫指原判決違法，難認是合法之上訴第三審理由。

(三)量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，為事實審法院得依職權自由裁量之事項。量刑判斷當否之準據，應就判決之整

體觀察為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷。刑法第57條第10款所稱犯罪後之態度，包括行為人犯罪後，有無悔悟等情形；犯後態度如何，尤足以測知其人刑罰適應性之強弱。基於防禦權而自由陳述（消極不陳述與積極陳述）或其辯明權、辯解權之行使，如祇因被告保持緘默或否認犯罪，作為被告犯罪後毫無悔意、態度不良之評價，並資為量刑畸重標準之一，致明顯有裁量權濫用之情形者，固為法所不許。但就個案量刑審酌之情狀為整體綜合之觀察，苟係以行為人之責任為基礎，並已斟酌刑法第57條各款所列情狀，基於刑罰目的性之考量、刑事政策之取向，以及行為人刑罰感應力之衡量等因素而為觀察，倘其刑之量定並未逾越公平正義之精神，客觀上亦不生量刑畸重之裁量權濫用，自不得僅因判決書記載「事後否認犯行，毫無悔意」等相類用語，遽謂剝奪被告之緘默權，將被告合法行使抗辯權作為量刑標準之審酌。又被告坦承犯行，固可予以科刑上減輕之審酌，惟究竟在何一訴訟階段認罪，攸關訴訟經濟及是否出於真誠之悔意或僅心存企求較輕刑期之僥倖，法院於科刑時，自得列為是否予以刑度減讓之考量因子，縱審酌後未執為刑度減讓之事由，亦無違反罪責相當原則之可言。

1.原判決關於量刑所審酌之一切情狀，載敘：審酌上訴人等於第一審均矢口否認，顏登在更於第一審配合鄭有富之辯解，提出與所辯內容不符之資料，圖混淆案情，足見上訴人等犯後態度不佳，未思悔改，迨經第一審判決有罪，始於原審坦承犯罪，亦見心存僥倖，而非真心悔悟自始坦承犯罪等旨（見原判決第29頁），因而未列為刑度減讓之量刑因子，核與以上訴人等否認犯罪而執作加重刑罰因子之情形有別，尚無裁量權濫用，客觀上亦無量刑畸重等違反罪刑相當與公平正義之情形。劉復忠上訴意旨（一）1.、鄭有富上訴意旨（三）2.指摘原判決以上訴人等於第一審否認犯罪、上訴原審始坦承犯罪為由，認定犯後態度不佳，而執為量刑之依據，有適用法則不當云云，係擷取原審量刑理由之片段，就原審量

刑職權之適法行使，任作主張而為不同之評價，自非合法之第三審上訴理由。

2.原審就劉復忠犯行部分，業於審判期日就科刑相關審酌事項依法提示調查，並依序由檢察官、劉復忠及其原審辯護人就科刑範圍為辯論（見原審卷二第387至389頁），其理由復載敘：⑴第一審審酌：①劉復忠經營公司而有資金週轉需求，為向金融機構借款，而由鄭有富變造如附表二㈣所示文件供持申請貸款，營造公司經營狀況良好、具高額獲利及清償能力之假象，使金融機構陷於錯誤而予核貸，所為破壞金融機構徵信機制及紊亂金融秩序，及稅捐稽徵機關所製文書之憑信性與公信力；②劉復忠全盤否認犯行，一再飾詞狡辯，毫無悔過反省之心，並考量其犯罪角色、詐得之款項及清償之金額；③兼衡劉復忠自陳○○畢業之教育程度、先前經營三澤公司，現從事買賣業務，暨所述之家庭生活狀況等一切情狀；⑵第一審判決已審酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾法定範圍，亦未濫用其職權，量刑應屬適當；⑶劉復忠於第一審判處罪刑後，於原審審理期間與被害銀行達成分期償還協議，本係應負之民事損害賠償責任，何況係詐欺行為多年後，因遭判刑始與被害人協商，且協商後每月應返還之款項，占債務金額之比例甚低，故與被害銀行達成還款協議，不足為減輕其刑之依據等旨（見原判決第25至30頁）。因而駁回劉復忠上訴指摘第一審量刑過重，請求從輕量刑之主張。已就刑法第57條各款情狀斟酌記述，兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上未逾越法定刑度及處斷刑之外部性界限，亦未與罪刑相當原則扞格，難認有何濫用刑罰其裁量權限或違反內部性界限之違法。核此乃原審關於量刑裁量職權之適法行使，自不容任意指為違法。劉復忠上訴意旨（一）2.稱其還款金額高於王珍瑜，指摘原判決違法駁回其從輕量刑之上訴請求云云，係就原審量刑職權之合法行使及原判決已明白說明事項，徒憑己見任意指摘，不能認係適法之第三審上訴理由。

(四)法院對於具備緩刑要件之刑事被告，認為以暫不執行刑罰為適當者，得宣告緩刑，固為刑法第74條第1 項所明定；然暫不執行刑罰之是否適當，應由法院就被告之性格、犯罪狀況、有無再犯之虞及能否由於刑罰之宣告而策其自新等一切情形，予以審酌裁量。此係法院得依職權自由裁量之事項，非可據以任意指為原判決違背法令之原因。而刑法第74條第 1 項規定緩刑要件中所謂受2 年以下有期徒刑之宣告，係指宣告其刑之裁判而言，此於數罪併罰案件，各罪之宣告刑均為2年以下有期徒刑，而依刑法第51條第5款規定，定其應執行之刑亦為2 年以下有期徒刑者，如合於本條項規定之要件，則於定其應執行刑後，一併宣告緩刑，固無不合。惟若所定之應執行之刑已逾有期徒刑2 年者，即與上開得宣告緩刑之要件不符，自不得宣告緩刑。

1.原判決就劉復忠請求原審宣告緩刑乙節如何不可採，業於理由內詳為指駁說明：⑴劉復忠犯罪時間為101 年間，檢察官於105 年間提起公訴，迄第一審判決，時間經過非短，劉復忠於第一審與星展銀行達成還款協議，卻僅履行4次，還款2萬元。嗣於原審審理期間再與星展銀行協商達成還款協議，而合計清償10期共20萬元，足見其非無返還債務能力之人，且協商後每月應返還之款項，占債務金額之比例甚低，其與被害銀行達成還款協議，不足為宣告緩刑之依據；⑵劉復忠於前案（違反商業會計法案件）執行完畢後未滿5 年，再犯本罪，足見未從前案取得教訓，且第一審判處有期徒刑1年4月，已屬低度刑等情。因認劉復忠雖於原審坦承犯行，並再與星展銀行達成還款協議，仍不足作為宣告緩刑之依據等旨（見原判決第29至31頁）。此核乃事實審法院得依職權自由裁量之事項，自不能任意指摘為違法。劉復忠上訴意旨（一）2.猶執陳詞，主張其還款金額比例高於王珍瑜，並指摘原判決未對其宣告緩刑，將使其無法如期履約繳款，而有違法云云，係就原審量刑之職權行使，依憑己意摭取非原審審判對象之王珍瑜還款比例，而為爭執，亦難認是合法之上訴第

三審理由。

2.本件顏登在所犯如附表一編號5所示各罪，經第一審量處之宣告刑，介於有期徒刑1年4月至1年9月之間；鄭有富所犯如附表一編號1至6所示各罪，經第一審量處之宣告刑，介於有期徒刑1年5月至2年之間。固均不逾有期徒刑2年，惟第一審就顏登在、鄭有富部分既分別定其應執行有期徒刑2年7月、4年2月，依上開說明，均已不符宣告緩刑之要件。則原判決理由說明其等均不符合緩刑之要件，於法自無不合。顏登在上訴意旨（二）2.、鄭有富上訴意旨（三）3.指摘原判決違法未宣告緩刑，且未說明理由云云，核俱係對於緩刑要件之誤會，同難認是合法之上訴第三審理由。

四、上訴人等以上及其餘上訴意旨，核或係對原審取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使及原判決理由已經說明之事項，任憑己見而為事實上之爭執，或係對原審量刑裁量之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，均難認已符合首揭法定之第三審上訴要件，俱非適法之第三審上訴理由，應認本件關於行使變造公文書及違反商業會計法之使財務報表發生不實等罪部分之上訴均違背法律上之程式，予以駁回。上開行使變造公文書及違反商業會計法之使財務報表發生不實等罪部分之上訴，既不合法律上之程式而應從程序上駁回，而無從為實體之判決，其想像競合犯不得上訴第三審之修正前刑法第339條第1項之詐欺取財罪部分（第一、二審均為有罪之論斷），即無從適用審判不可分之原則，併為實體上裁判，亦應從程序上予以駁回。

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　　110　　年　　11　　月　　3　　日

刑事第二庭審判長法　官　林　勤　純

法　官　王　梅　英

法　官　莊　松　泉

法　官　李　釱　任

法　官　吳　秋　宏

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　11　　月　　11　　日