

臺灣高等法院臺南分院刑事判決

106年度上易字第666號

上訴人

即被告 陳炎輝

選任辯護人 何永福律師

上列上訴人因詐欺案件，不服臺灣嘉義地方法院105年度易字第530號，中華民國106年8月30日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署105年度偵續字第16號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事實及理由

一、基本說明：

（一）本案經本院調查、審理之結果，認第一審以上訴人即被告陳炎輝涉犯修正前刑法第339條第1項之詐欺取財共四罪，分別判處有期徒刑七月、九月、十月、八月，並定應執行有期徒刑二年五月暨沒收追徵犯罪所得各情，本院審核原審法院的事實認定、法律適用及對有罪判決的量刑與沒收追徵，均無違法或不當之處，應予以維持。是以，本院依刑事訴訟法第373條規定，引用第一審判決書記載的事實、證據及理由作為附件。

（二）被告上訴意旨略以：其挪用工程款以支付另二件工程之未預期費用，告訴人並未受損，況其中24萬元確用以購買柴油引擎，雖不符規格，亦僅係民事糾紛，並無詐欺意圖云云（本院卷第17頁）。其後具狀陳明：告訴人因前工程積欠被告約260萬元，乃先挪用預付款就前工程瑕疵修復，再行購買鹽管溝工程所需設備，詎料告訴人仍拒付而致被告無力施工，並無詐欺犯意（本院卷第84至85頁）；被告承包告訴人三項工程，總工程款是1600萬元，其向告訴人收取的工程款，當可靈活彈性運用，均係被告履約之給付義務，不該當詐欺犯行云云（本院卷第121頁）。

（三）綜合被告及辯護人上述書狀及歷來審理程序所述，一則指稱

於請款後，確有向國成公司購買柴油引擎，也有向証捷公司訂購東元機組之發電機，而認此部分並無佯以名目遂行詐欺之犯行；二則敘明其會挪用鹽管溝之工程款，有其緣由及必要，並強調其承包告訴人三項工程，可將款項靈活運用，並不構成詐欺取財。茲就被告是否確實依請款事由購買柴油引擎、發電機組，及其抗辯如此運用工程款，不成立詐欺犯行之要件，分別補述說明不可採之理由。

二、上訴說明：

(一)被告辯說康明斯引擎是他先出資19萬元跟國成公司買的，再向告訴人請款云云。惟告訴代理人則謂該引擎是告訴人出資，是被告向告訴人表示需要一顆引擎作樣本而額外購買，並非為本件工程而買，況引擎乃中國製，不合工程規格，目前置於涂宏禕家中等語。雙方各說各話，只好從較客觀之書物證及相關供述藉以查明真偽。

告訴人黃能意於偵查中已明證上開引擎與鹽管溝工程無關，並敘明其出資給被告購買之經過。第一審判決依國成公司經營人蕭清華之證述，及其提出之交易紀錄可知，無論引擎規格有異，時序亦顯然不合，而認被告於102年3月12日向該公司所購引擎，與鹽管溝工程無關（原判決第5頁）。辯護人雖稱KW是被告誤寫，應該是127 KV云云，然此為告訴代理人加以駁斥，指出KW及KV乃功率及電壓之單位，兩者無相互援用之可能，並提供維基百科資料供參（本院卷第178至198頁），難認僅係單純誤載。至於辯護人所稱連審查人員柯茗鉉也不知是大陸製；雙方三項工程會因總工程款而先行採購，並非不合時序云云。然不能以審查人員一時不查，遽謂明明不合契約規格之機具，仍會採購用於本件工程使用。而時序先後，涉及被告請款之名目是否虛假，致告訴人陷於錯誤而付款，不因承包告訴人三項工程即可魚目混珠，張冠李戴。雖告訴人自承無法提供出資購買該康明斯引擎之證據，但依上述證據，亦不能證明被告向告訴人請款所購之該引擎，確與該工程所規範之引擎相關。辯護意旨稱因口頭契約在 101

01 年間即已成立，故被告早就知悉提前準備鹽管溝之引擎，而
02 於3月12日提前訂購云云，實無可採。

03 (二)被告辯說請款後確有向証捷公司購買東元機型之發電機，且
04 一次買二個比一個優惠，所以才訂購二個，有預付款給証捷
05 公司；辯護人並稱被告曾因欠該公司252萬元，已於102年10
06 月間給付300萬元，逾欠款部分就是預付款云云。

07 証捷公司負責人賴韋如證稱：被告向本公司訂購四台引擎，
08 是用在鹿寮抽水站工程上，除此並無其他訂購機具之情，於
09 102年9月跳票，被告乃陸續還款等語（本院卷162至164頁）
10 ，已明示就鹽管溝工程未曾再向該公司訂購任何機具，被告
11 所稱預付款，顯乏其據。再依被告聲請函詢該公司稱：合約
12 及報價均未特別註明工程名稱，被告既未告知用途，每筆交
13 易無法確定與此案抽水站有關等語（本院卷第241頁），更
14 不能釋明被告為鹽管溝工程有向該公司訂購發電機。被告所
15 稱其於8月1日向証捷公司訂購二組發電機，非但品牌數量不
16 合，且在102年9月送審前，更不合理，已據原判決說明甚詳
17 （原判決第6頁），顯非用於鹽管溝工程。至於為何在送審
18 前即可向告訴人請款，亦據告訴代理人說明在卷（本院卷第
19 380至381頁），尚合於情理。

20 被告又具狀稱証捷公司乃東元公司之合作廠商或代理商，並
21 如前稱購買二個較優惠，且會購買另一個引擎，是因桃園機
22 場工程所需云云。但証捷公司回函稱：購買數量一台或二台
23 ，其價格差異性不大（本院卷第311頁）；証捷公司曾於99
24 年2月1日至101年2月1日受其委託代工組裝發電機，但非其
25 經銷商或代理商，亦據東元公司函復明確（本院卷313至319
26 頁）；桃園國際機場股份有限公司亦函稱：無論被告或東懋
27 公司，於102年間並無承攬該公司採購案件（本院卷第323頁
28 ），於104年10月12日決標於泛亞公司，但102年尚未至本機
29 場進行工程施工（本院卷第359頁）。準此，被告所辯價格
30 優惠，無法實其說；向証捷公司購買東元機組，姑不問代工
31 廠顯不同於經銷或代理商，何況證人柯茗鉉於原審所證：東

元品牌之發電機不是看各個零件，而是整個發電組等語。此與本件案發後，告訴人透過証捷公司向東元公司購買東元廠牌機具亦然有別（本院卷第385頁）。況且在102年間，被告或其所稱之泛亞公司並未標得桃園機場之任何工程，自無需另一台發電機之情形，益見被告所辯一次買二台發電機較便宜或另有用途，俱非實在。

(三)被告雖稱告訴人因前工程積欠被告工程款約260萬元，不得已乃先挪用預付款；或被告承包告訴人三項工程，其向告訴人收取的工程款，當可彈性運用云云。

按詐欺取財罪以行為人具有不法意圖，施用詐術，使被害人陷於錯誤，被害人基此錯誤而處分其財產，致受損害，為其要件。所謂施用詐術，包括假藉名目以之請款。所稱錯誤，乃被害人對於是否交付財物之判斷基礎的重要事項有所誤認之意，若被害人知悉真實情形，依社會通念，當不願交付財物之謂。而此一錯誤，係行為人施用詐術所致，乃屬當然。本件告訴人將其所承包鹽管溝工程之部分工項，交由被告所屬之東懋公司承包，依一般工程分包常情，倘若告訴人知悉被告非實際預付該工程承包工項款項，欲挪用現金用以支付雙方存有爭執之工程費用，告訴人不願支付前項工程所生之款項，最後將致被告無資力履行鹽管溝工程所承包工項，衡情告訴人當無一直付款之可能。而被告明知與告訴人前工程糾紛，已無資力妥善解決，卻謊稱上情，讓告訴人誤認為被告係將所得款項用於鹽管溝工程，且被告仍有資力履行所承包工項方才給付，足認被告有施用詐術，致告訴人無法控管風險、陷於錯誤而給付款項。況被告雖向告訴人以購買鹽管溝工程機具請款，卻未用以購買該工程之機具，並於取得財物未久，即因無資力履行鹽管溝工程承包工項而避不見面，所為自該當詐欺取財犯行無訛。準此，被告所辯不得已先挪用或可彈性運用云云，尚非可採。

三、本件結論：

(一)第一審判決已詳敘被告該當修正前詐欺取財四罪的理由，並

逐一說明被告辯解不可採，所為認定與論述均已翔實明斷。量刑方面業以被告本件犯罪責任為基礎，對其品行、智識程度、生活狀況、犯罪之動機、目的、手段、所生損害及犯罪後之態度等刑法第57條所定科刑輕重事項加以審酌，且量定之刑罰與所定執行刑，俱已考量被告人格特質及復歸社會之可能性，均核無違法或失當之處。以上所為之證據取捨及得心證理由，俱有上揭各訴訟資料在案可稽，並不違背客觀存在的經驗法則或論理法則。

(二)本院於106年10月24日受理本案，一方面依被告聲請查明事實，一方面也給予被告時間，讓其與告訴人有促成和解之可能，其間若能賠償告訴人部分損失，藉此修復填補，多少可以減輕其刑。但被告於本院107年1月15日開庭時即表示要等3月底才有一筆錢約70至80萬元，屆時會談和解看看。其後於同年5月31日再陳報「被告上次庭期稱會寄匯票給告訴人，以彌補告訴人之損失，然迄今仍未收到」等語（本院卷第211頁）。乃至最後審理時，告訴代理人復稱：從之前庭期開始，告訴人就委任律師跟被告說，如果被告有寄錢來，他會收下，因為起碼填補損失，但迄今都沒有收到任何現金或匯款，告訴人未曾拒收，也未要求一次給付才肯和解（本院卷第389頁）。在長達一年多期間，未絲毫賠償告訴人之損失，本院亦查無再予以減輕其刑之事由，原審所處之刑，即無調整之必要。

(三)被告上訴意旨就其向告訴人請款後，確有訂購康明斯引擎及東元發電機組之抗辯，經本院調查後不能據以實其說，該引擎遭案外人涂宏禕取走，但與本件鹽管溝工程無涉，辯護人另稱被告事後有退還5萬3000元云云，亦經告訴人堅決否認（本院卷第211頁）。被告上訴徒憑己見，自認與告訴人之三項工程款項均可彈性運用，就原判決已說明的事項，再為爭執，其餘上訴意旨另漫指原判決違法，置原判決明確之論斷於不顧，上訴指摘原判決均無理由，應予駁回

據上論結，應依刑事訴訟法第373條、第368條，判決如主文。

01 本案經檢察官江金星提起公訴，檢察官謝錫和到庭執行職務。
02 中 華 民 國 108 年 3 月 14 日
03 刑事第四庭 審判長法官 黃建榮
04 法官 鄭彩鳳
05 法官 林坤志

06 以上正本證明與原本無異。
07 不得上訴。

08 書記官 張宜柔
09 中 華 民 國 108 年 3 月 14 日

10 附錄本判決論罪科刑法條：

11 修正前刑法第339條第1項

12 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
13 物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰
14 金。

15 附件：

16 臺灣嘉義地方法院刑事判決 105年度易字第530號

17 公 訴 人 臺灣嘉義地方法院檢察署檢察官

18 被 告 陳炎輝

19 上列被告因詐欺案件，經檢察官提起公訴（105年度偵續字第
20 16號），本院判決如下：

21 主 文

22 陳炎輝犯修正前之詐欺取財罪，處有期徒刑柒月，未扣案之犯罪
23 所得新臺幣貳拾肆萬參仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜
24 執行沒收時，追徵其價額；又犯修正前之詐欺取財罪，處有期徒
25 刑玖月，未扣案之犯罪所得新臺幣肆拾陸萬元沒收，於全部或一
26 部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；又犯修正前之詐欺
27 取財罪，處有期徒刑拾月，未扣案之犯罪所得新臺幣陸拾萬元沒
28 收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；又
29 犯修正前之詐欺取財罪，處有期徒刑捌月，未扣案之犯罪所得新
30 臺幣參拾捌萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時
31 ，追徵其價額。應執行有期徒刑貳年伍月。沒收部分併執行之。

犯 罪 事 實

一、陳炎輝原為「東懋電機有限公司」（已解散，下稱「東懋公司」）負責人。址設嘉義市之嘉能營造有限公司（下稱「嘉能公司」）於民國101年間承攬經濟部水利署第五河川局（下稱「第五河川局」）之「鹿寮抽水站」、「五間厝抽水站」、「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」等三項工程，並將前二項工程之部分工項，及於102年3月間將「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」中之監控監視器設備、直角齒輪減速機及傳動組件、柴油引擎機組等工項，分包予東懋公司施作，然陳炎輝於前二項工程履約後，因該二項工程產生未預期之費用，與嘉能公司發生應由何公司支付該費用之爭執，陳炎輝竟於該費用支付爭執未確定前，乃思以「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」承包工程費支付上開未預期之費用，並知如此將無資力履行「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」所承包之前開工項，仍意圖為自己不法之所有，基於詐欺取財之各別犯意，隱瞞欲挪用「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」承包工程費，及無資力履行「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」承包工項之事實，虛構「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」承包工項須給付工程預付款，於下述日期向嘉能公司負責人黃能意請款，致黃能意陷於錯誤，而於陳炎輝請款當日給付下述財物：

(一)於102年3月5日，在嘉能公司內，以引擎1個預付款及運費為由，請款面額新臺幣（下同）24萬元支票1紙、現金3000元。

(二)於同年4月22日，在嘉能公司內，以柴油引擎2個預付款為由，請款面額46萬元支票1紙。

(三)於同年5月5日，在嘉能公司內，以監控監視器設備之儀控設備訂金為由，請款面額60萬元支票1紙。

(四)於同年8月22日，在嘉能公司內，以發電機預付款為由，請款面額38萬元支票1紙。

二、嗣於同年9月間，陳炎輝果真因無資力履行「鹽管溝抽水站

、閘門、穿越箱涵工程」承包工項而避不見面，黃能意始知受騙。

三、案經嘉能公司訴由臺灣嘉義地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合刑事訴訟法第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，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條之5第1項、第2項分別定有明文。查本判決後述論罪所引用之傳聞證據，當事人皆知有第159條第1項不得為證據之情形，然於審判期日均表示無意見而不予爭執（本院卷二第22頁），且迄至言詞辯論終結前均未聲明異議，本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，爰依刑事訴訟法第159條之5第2項規定，肯認均有證據能力。

二、訊據被告陳炎輝固坦承自告訴人嘉能公司（下仍稱「嘉能公司」）承包「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」前開工項，亦曾於上開時地，以給付承包工項預付款為由，向黃能意請款取得上開財物，但事後卻將取得、兌現之大部分現金，挪用支付上開前二項工程所生未預期之費用，且之後無資力履行「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」所承包工項等事實，惟否認有何詐欺取財之犯行，辯稱：『我確實有下訂「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」承包工項的機具，只是在給付機具預付款前，挪用預付款支付上開前二項工程所生未預期的費用而已，我沒有詐欺取財。』云云。查：

（一）嘉能公司於101年間承攬第五河川局之「鹿寮抽水站」、「五間厝抽水站」、「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程

01 等三項工程，並將前二項工程之部分工項，及於102年
02 3月間將「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」中之監控
03 監視器設備、直角齒輪減速機及傳動組件、柴油引擎機組等
04 工項，分包予被告經營之東懋公司施作；被告以「鹽管溝抽
05 水站、閘門、穿越箱涵工程」承包工項須給付工程預付款為
06 由，於上述各日期向嘉能公司之法定代理人黃能意請款，黃
07 能意因而於請款當日在嘉能公司內，分別給付上開財物與被
08 告；被告於同年9月間，因無資力履行「鹽管溝抽水站、閘
09 門、穿越箱涵工程」承包工項而避不見面等事實，業據告訴
10 人及被告一致供陳在卷（他字卷第1頁正反面、本院卷二第
11 29頁至第30頁），本已可相互補強，況且還有卷附被告
12 以「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」名義請領預付款
13 之請款單在卷可考（他字卷第13頁至第16頁），及證人
14 即「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」審查人員柯茗鉉
15 （原名「柯瑞嘉」）於審理時供證：『東懋公司為「鹽管溝
16 抽水站、閘門、穿越箱涵工程」部分工項的協力廠商，但東
17 懋公司於102年7月間送審書面資料審查後，據嘉能公司
18 人員稱，已找不到東懋公司履約，後來嘉能公司才另尋証捷
19 公司於102年12月擔任上開工項的協力廠商，並重新送
20 審書面資料審查。』等語（本院卷二第17頁），及有卷內
21 東懋公司於102年7月送審書面資料審查、証捷公司於1
22 02年12月送審書面資料審查之紀錄可稽（本院卷一第2
23 47頁、交查卷第94頁），足可信實。

24 (二)被告自黃能意取得、兌現之現金，挪用支付上開前二項工程
25 所生未預期之費用乙節，已據被告於審理時自承明確（本院
26 卷二第30頁），且被告雖以「鹽管溝抽水站、閘門、穿越
27 箱涵工程」承包工項須給付工程預付款為由，使黃能意給付
28 上開財物，但並未真實下訂該承包工項之機具，有下列積極
29 證據可證：

30 1、被告於102年3月5日所稱須訂購引擎1個及支付運費云
31 云，查對卷證，被告於102年8月15日向証捷公司訂購

發電機用引擎4台，固有買賣合約書、出貨簽收單存卷可查（本院卷一第177頁、第179頁、第181頁），但該4台引擎係被告訂購用於「鹿寮抽水站」工程，則有卷附証捷公司聲明函可參（本院卷一第185頁），足徵被告於102年3月5日向黃能意所稱須訂購引擎1個及支付運費云云為不實。

2、被告於102年4月22日，所稱須訂購柴油引擎2個云云，依證人即國成公司經營人蕭清華於審理時固證陳：「被告於102年3月12日曾向我購買大陸地區生產的康明斯柴油引擎1台，價金19萬元。」等語（本院卷一第224頁、第230頁），並有證人蕭清華提出之交易紀錄在卷可佐（本院卷一第237頁），但證人蕭清華復於審理時證謂：「被告該次購買的引擎為輸出功率100KW。」等語（本院卷一第230頁），而稽之東懋公司送審之「柴油引擎」規格，卻是輸出功率127KW，有卷附「柴油引擎」送審資料可循（本院卷一第247頁、第270頁），從而被告向證人蕭清華購入之柴油引擎規格，顯與被告送審之「柴油引擎」規格有異。且被告係於102年3月12日向證人蕭清華購買柴油引擎1個並付款，但於102年4月22日才向黃能意稱須「預付」柴油引擎2個款項，其時序顯然錯誤，柴油引擎數量亦不同，足徵被告於102年4月22日向黃能意所稱須訂購柴油引擎2個云云為不實。

3、被告於102年5月5日，所稱須給付監控監視器設備之儀控設備訂金云云，參之卷內監視設備及圖控監視設備之送審資料可知，該工項之協力廠商（即承包廠商）為群展電機有限公司（下稱「群展電機」），復依被告於審理時自陳：「東懋電機與群展電機為合作關係，卷內監視設備及圖控監視設備之送審資料，係東懋電機委託群展電機送審。」等語（本院卷二第33頁），可知該送審資料內之機具規格，為群展電機代被告提出。惟證人即群展電機負責人吳進益於偵查中證稱：「上開監視設備及圖控監視設備，被告有向我詢價

01 我報價200餘萬元後，被告就不了了之，不但沒有下訂
02 給付我任何款項，而且還說要買發電機，向我借了150
03 萬元卻不還。」等語（偵續卷第92頁），足徵被告於10
04 2年5月5日向黃能意所稱須給付監控監視器設備之儀控設
05 備訂金云云為不實。

06 4、被告於102年8月22日，所稱發電機需預付款云云，觀
07 之東懋公司於102年9月送審之「發電機設備」資料，其
08 柴油引擎發電機組為東元電機公司（下稱「東元電機」）廠
09 牌乙情（交查卷第69頁、第72頁）（參證人柯茗鉉於審
10 理時之證述：「此機具是以柴油引擎為動力的「發電機」，
11 並非「柴油引擎」。本院卷二第19頁），而東元電機出廠
12 之柴油引擎發電機組，係依據個別客戶業主規格而設計（按
13 ：即非「代客組裝」，而係「整組出售」），有東元電機函
14 文在卷可憑（本院卷第359頁），再依證人柯茗鉉於審理
15 時供證：『「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」資料送
16 審時，係書面資料送審，不需實體機具送審。」等語（本院
17 卷二第16頁），足證被告於102年9月送審「發電機設
18 備」資料時，實無承擔送審資料日後如未通過，卻已先向東
19 元電機訂購「客製化」實品機具之風險。且被告於審理時所
20 坦言：「我在資料送審通過確認符合規定後，我才會去訂貨
21 。」之情詞（本院卷二第34頁），核與證人黃能意於偵查
22 中具證：『「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」是書面
23 送審，不是材料送審，由第五河川局審核書面同意後，被告
24 再備料、施工。」等語相符。顯然被告於102年9月送審
25 「發電機設備」資料時，尚未向東元電機下訂柴油引擎發電
26 機組，足徵被告於102年8月22日向黃能意所稱發電機
27 需預付款云云為不實。

28 (三)被告於前二項工程所生未預期之費用，需誰由何公司支付爭
29 執未確定前（既未確定，故非嘉能公司之「債務」），竟謊
30 稱「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」承包工項需預付
31 款，實際上卻將請款取得、兌現之現金，挪來支付上開未預

期之費用，最終導致無資力履行「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」所承包之前開工項。被告對於上情隱瞞未告知證人黃能意，使證人黃能意無法控制風險，決定是否付款（且衡情應不會付款），誤認為被告係將所得財物用於「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」承包工項，且被告仍有資力履行所承包工項才給付財物，足認被告有施用詐術之故意及行為。

（四）被告雖曾聲請傳喚證人賴岱洲，惟事後已捨棄傳喚，附此說明（本院卷一第83頁、本院卷二第22頁）。

（五）綜上，被告辯稱其無詐欺取財云云，為臨訟卸責之詞，無足採信。被告犯行事證明確，應依法論科。

三、被告行為後，刑法第339條於103年6月18日修正公布施行，並於同年月20日生效，修正前刑法第339條第1項規定「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、拘役或科或併科一千元以下罰金」而修正後刑法第339第1項規定「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」依刑法第2條第1項前段規定比較上開修正前後規定，自應適用有利被告之行為時法規定論處。

四、刑法第339條之詐欺罪，其成立固均以行為人有施用詐術之行為為必要，然所謂詐術行為，不以積極之語言、文字、肢體、舉動或兼有之綜合表態等為限，其因消極之隱瞞行為，致使被害人陷於錯誤，亦包括在內。又是否為詐術行為，是否已着手於詐術行為，應從相關行為整體觀察，至有無實際獲取財物或不正利益，係既、未遂問題，與是否成立詐欺罪或利用職務上之機會詐取財物罪無涉，若行為人有不法所有之意圖，而故意隱瞞部分事實，致使被害人誤信第三人為財物或不正利益之受益人，行為人則於相關行為過程中伺機或其後截取該財物或不正利益，該消極的隱瞞行為，自屬詐術行為之一種（參最高法院24年上字第4515號判例、

80年度台非字第301號、90年度台上字第7781號判決意旨)。本案嘉能公司分包「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」部分工項由東懋公司承包，依一般工程分包常情，倘若證人黃能意知悉被告非實際預付「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」承包工項款項，欲挪用取得、兌現之現金，用以支付雙方公司存有爭執，嘉能公司始終不願支付之前二項工程所生之未預期費用，最後並將致被告無資力履行「鹽管溝抽水站、閘門、穿越箱涵工程」所承包工項，衡情證人黃能意當無一直給付財物之可能，而被告卻隱瞞上情，致黃能意陷於誤錯而一直給付財物，則被告之行為，為修正前刑法第339條第1項規定之詐術取財行為無虞。故核被告所為，均係犯修正前刑法第339條第1項詐欺取財罪。被告詐欺取財之行為，雖係出於同一計畫，但依一般社會概念，犯罪時間獨立可分，上開4罪，應論以數罪，而分論併罰。爰以行為人之責任為基礎，依被告之陳述、前案資料等（本院卷二第7頁、第35頁），審酌被告前無犯罪紀錄之品行；高中畢業、已婚、生有一子、目前無業之智識、生活、從業情形；嘉能公司所受損害；被告犯後至今未與嘉能公司達成和解並賠償損害之態度；兼衡被告犯罪動機、手段、目的等一切情狀，認檢察官具體求刑有期徒刑2年6月，稍有過重，按被告之犯罪日期，依序量處被告如主文所示之刑，並定其應執行刑如主文。

五、被告行為後，刑法關於沒收之規定，於104年12月30日修正公布施行，並自105年7月1日起生效，依同時修正之刑法第2條第2項規定：「沒收應適用裁判時之法律」，故關於沒收之法律適用，尚無新舊法比較之問題，應逕適用現行刑法沒收之規定。查被告詐得之上開面額支票4紙，皆已兌現為現金，有卷附兌現資料可證（交查卷第29頁至第32頁），各筆兌現之現金，依修正後刑法第38條之1第4項「第一項及第二項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息」規定，屬於犯罪所得即

支票變得之物，應以兌現之各筆現金計算犯罪所得。且刑法諭知沒收之標的，不論係犯罪所用、犯罪所生、犯罪預備之物或犯罪所得，於其客體之原物、原形仍存在時，自是直接沒收該「原客體」。惟於「原客體」不存在時，將發生全部或一部不能沒收之情形，此時即有施以替代手段，對被沒收人之其他財產，執行沒收其替代價額，以實現沒收目的之必要。不因沒收標的之「原客體」為現行貨幣，或現行貨幣以外之其他財物或財產上利益而有不同。又刑法沒收規定修正前，關於沒收之替代手段，其執行方式除「追徵」外，尚有「追繳」及「抵償」。鑑於「追繳」及其財產「抵償」等實際執行方式，均屬「追徵其價額」的方式之一，修法後已統一沒收替代手段名稱為「追徵其價額」（見刑法第38條第4項及第38條之1第3項）。』意旨）（參最高法院106年度台上字第2274號判決意旨），所以被告之未扣案犯罪所得固屬現行貨幣，仍均應依刑法第38條之1第1項前段、第3項「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之」、「前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額」規定諭知沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。上開犯罪之沒收，應依刑法第40條之2第1項「宣告多數沒收者，併執行之」規定，諭知併執行之。再依修正後施行之刑事訴訟法第473條第1項規定：「沒收物、追徵財產，於裁判確定後一年內，由權利人聲請發還者…檢察官應發還或給付之…」可知檢察官執行追徵結果之犯罪所得應優先發還嘉能公司，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，刑法第2條第1項前段、第2項、修正前刑法第339條第1項、第38條之1第1項前段、第3項、第51條第5款、第40條之2第1項，刑法施行法第1條之1第1項、第2項前段，判決如主文。本案經檢察官李志明到庭執行職務。

中 華 民 國 106 年 8 月 30 日

01	刑 事 第 四 庭	審 判 長	法 官	陳 仁 智
02		法 官	法 官	林 正 雄
03		法 官	法 官	康 敏 郎