

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

109年度上易字第480號

上訴人

即被告 陳開營（原名陳開力）

上列上訴人因背信案件，不服臺灣高雄地方法院108年度審易字第1446號，中華民國109年6月30日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署107年度偵緝字第831號），提起上訴，本院判決如下：

主文

上訴駁回。

事實及理由

一、經本院審理結果，認原審以上訴人即被告陳開營（下稱被告）犯如附件原審判決所示之背信罪，判處有期徒刑1年6月並諭知沒收、追徵犯罪所得新臺幣262萬元，其認事、用法及量刑與沒收均無不當，應予維持，除增列被告於本院準備程序之自白（見本院卷第50頁）為證據外，餘引用原審判決書記載之事實、證據及理由（如附件）。

二、被告於本院審判程序時固翻異前詞，辯稱：我不是高邑事業有限公司（下稱高邑公司）實際負責人，沒有挪用吳晨鐘匯至高邑公司的新臺幣（下同）100萬元，退股的177萬元，也是匯到高邑公司，與我無關等語。惟查：被告確係高邑公司實際負責人，負責高邑公司資金相關業務之情，業經證人陳開源、華語湘分別於偵查中證述明確（各見107年度偵緝字第830號卷下稱偵緝一卷V第111頁、第71頁），核之其等所述互可勾稽，且為被告於原審所不否認，有如前開一所述；又告訴人吳晨鐘匯至高邑公司之100萬元，係經被告自行挪用，而自湟泰建設股份有限公司（下稱湟泰公司）退股之177萬元，於匯入高邑公司帳戶後，則經被告將之供予高邑公司使用，未返還予告訴人等情，除經被告自承如上揭一所示外，並據被告於偵查中供述無訛（見107年度偵緝字第831號卷下稱偵緝二卷V第102頁），復經證人即告訴人吳晨鐘證陳在卷（見偵緝二卷第76頁），是此等部分之事

實，均堪認定。職是，被告上揭所辯，核非事實，無可憑採。

三、被告上訴雖又以其無前科，且願儘快變賣資產或將資產抵押予告訴人，並以日後工作所得按期賠償不足之部分，再告訴人投資之款項，皆經高邑公司作為清償債務使用，其並未獲有任何利益等情，指摘原審判決量刑過重而有不當。惟按，關於刑之量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法（最高法院75年度台上字第7033號判例參照）。原審就被告上揭所犯，審酌被告受任為告訴人代為處理與湟泰公司之投資案，卻不思忠實履行職務，擅自將投資款用於自身經營之高邑公司週轉，辜負吳晨鐘之付託，且金額高達277萬元，又事後雖與告訴人達成還款協議，然僅給付第1期款項15萬元（亦即尚有262萬元未賠償告訴人）後，即未依協議內容履行，所為實屬不該，惟念其犯後於原審坦承犯行，態度尚可，兼衡其並無任何前案記錄之素行、本件犯罪之手段、情節、所生損害，及於原審自陳之智識程度及生活狀況（見原審卷第243頁）等一切情狀，量處有期徒刑1年6月，經核原判決就刑法第57條所揭示之各種量刑條件業已妥為斟酌，其量刑復稱允當，並無失輕、過重或違反比例原則、平等原則或公平正義之情形。

四、綜上，被告上訴否認犯罪，且指摘原判決量刑過重而有不當，並無可採，其上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官游淑玫提起公訴，檢察官鍾忠孝到庭執行職務。

中華民國109年11月11日

刑事第八庭 審判長法官 邱明弘

法官 謝宏宗

法官 徐美麗

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

中華民國 109 年 11 月 11 日
書記官 吳宗霖

附錄本判決論罪科刑法條：

《修正前中華民國刑法第 342 條第 1 項》

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 1 千元以下罰金。

【附件】

臺灣高雄地方法院刑事判決 108 年度審易字第 1446 號

公訴人 臺灣高雄地方檢察署檢察官

被告 陳開營（原名陳開力）

男 58 歲（民國 00 年 0 月 00 日生）

身分證統一編號：Z000000000 號

住高雄市○○鎮區○○○路○○○巷○弄○號 3 樓
之 3

居高雄市○○區○○○路○○號 3 樓

選任辯護人 柯尊仁律師

上列被告因背信案件，經檢察官提起公訴（107 年度偵緝字第 83 1 號），被告於準備程序中就被訴事實為有罪陳述，本院合議庭裁定由受命法官獨任進行簡式審判程序，判決如下：

主 文

陳開營犯背信罪，處有期徒刑壹年陸月。

未扣案犯罪所得新臺幣貳佰陸拾貳萬元，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。

事 實

一、陳開營前係高邑事業有限公司（下稱高邑公司）實際負責人，於民國 97 年 7 月間因與湟泰建設股份有限公司（下稱湟泰公司）有業務往來而知悉該公司於高雄市○○段○○段○○○
○○○○○○○○○○○○○○號土地上有規劃興建店鋪及住宅大樓專案（下稱本件投資案），其有意投資入股，然因個人資金不足

，乃邀集吳晨鐘出資入股，吳晨鐘同意投資新臺幣（下同）277萬元，然因吳晨鐘與湟泰公司負責人並不熟識，因此約定委由陳開營代為處理本件投資案之相關事務，並約定吳晨鐘投資應取得之股份，暫先記在陳開營名下，待吳晨鐘與湟泰公司負責人熟識後，再由陳開營將吳晨鐘應取得之股份，自陳開營名下變更至吳晨鐘名下。陳開營先於97年8月14日匯款150萬元至湟泰公司負責人蘇宏圃之女蘇姿菁申辦之陽信銀行立文分行帳戶（下稱陽信銀行帳戶），再於97年9月4日以個人名義與湟泰公司簽立本件投資案之「入股合約書」，約定第一期投資554萬元後，指示吳晨鐘先於97年9月8日匯款177萬元至蘇姿菁之陽信銀行帳戶，再於97年10月6日及11月17日各匯款70萬元、30萬元至高邑公司之華南銀行博愛分行帳戶（下稱華南銀行帳戶）。陳開營明知吳晨鐘匯款至高邑公司之100萬元，係為作為本件投資案之投資款，且2人已投入本件投資案之327萬元應分得之股份中，其中177萬元出資部分之股份，僅係借名登記在陳開營名下，實則為吳晨鐘所有，且係受任為吳晨鐘處理相關投資事務之人，竟意圖為自己不法之所有，基於背信之接續犯意，先將吳晨鐘匯款至高邑公司華南銀行帳戶內之100萬元予以挪用作為高邑公司之週轉金，未將之用於投資本件投資案，復未徵得吳晨鐘之同意，於98年7月21日至98年8月31日之期間，擅自將吳晨鐘投資之部分向湟泰公司辦理退股，並於98年9月1日將湟泰公司應退還吳晨鐘之投資款177萬元領走作為高邑公司週轉金，而為違背任務之行為，致生損害於吳晨鐘。嗣陳開營避不見面，吳晨鐘向蘇宏圃詢問，蘇宏圃告知陳開營已辦理退股，始悉上情。

二、案經吳晨鐘訴由臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查起訴。

理由

一、本件被告陳開營所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為3年以上有期徒刑以外之罪，其於準備程序中就被訴事實為有罪之陳述，經法官告知簡式審判程序之旨，並聽取檢察官、被告

01 及辯護人之意見後，本院依刑事訴訟法第273條之1第1項
02 之規定，裁定進行簡式審判程序。又本件之證據調查，依刑
03 事訴訟法第273條之2規定，不受同法第159條第1項、第
04 161條之2、第161條之3、第163條之1及第164條至第
05 170條規定之限制，均合先敘明。

06 二、上開犯罪事實，業據被告於本院審理時坦承不諱（見本院卷
07 第89、165、193、219、237、243頁），核與告訴人吳
08 晨鐘、證人蘇宏圖、證人即高邑公司會計華語湘（原名華雅
09 萍）於偵查中之證述相符，並有入股合約書、退股確認書、
10 大眾銀行國內匯款申請書暨取款憑條、陽信商業銀行東苓分
11 行107年10月30日陽信立文字第1070041號函及所附蘇姿菁
12 之陽信銀行帳戶自97年1月起至99年5月止之客戶對帳單在
13 卷可佐，足認被告自白與事實相符，並有證據補強，洵堪採
14 為論罪科刑之依據。從而，本案事證明確，被告犯行堪以認
15 定，應依法論科。

16 三、論罪科刑

17 （一）新舊法比較：按行為後法律有變更者，適用行為時之法律
18 。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人
19 之法律，刑法第2條第1項定有明文。本件被告行為後，
20 刑法第342條業經立法院修正，並由總統於103年6月18
21 日公布施行、同年0月00日生效，修正前刑法第342條第
22 1項原法定刑係「5年以下有期徒刑、拘役或科或併科（
23 銀元）1千元以下罰金」；修正後之法定刑則為「5年以
24 下有期徒刑、拘役或科或併科（新臺幣）50萬元以下罰金
25 」，其中修正前罰金之部分，依刑法施行法第1條之1第
26 1項、第2項前段規定，可科或併科3萬元以下罰金，修
27 正後則可科或併科50萬元以下罰金，已提高罰金刑部分之
28 最高刑度。比較新舊法之結果，修正後之刑法第342條顯
29 然未較有利於被告，自應適用被告行為時即修正前之刑法
30 第342條第1項予以論處。

31 （二）罪名及罪數：

核被告所為，係犯修正前刑法第342條第1項之背信罪。被告為吳晨鐘處理投資事務期間，因其所經營之高邑公司需錢周轉，2次逕將委託資金用於高邑公司周轉，其陸續為背信犯行，均係侵害相同被害人之法益，各行為獨立性極為薄弱，在刑法評價上，以視為數個舉動接續施行，合為包括一行為予以評價較為合理，屬接續犯，應論以包括一罪。

(三) 刑罰裁量：

爰以行為人之責任為基礎，並審酌被告受任為吳晨鐘代為處理與湟泰公司之投資案，卻不思忠實履行職務，擅自將投資款用於自身經營之高邑公司週轉，辜負吳晨鐘之付託，且金額高達277萬元，又事後雖與告訴人達成還款協議，然僅給付第1期款項15萬元後，即未依協議內容履行（見本院卷第129頁協議書），所為實屬不該，惟念其犯後坦承犯行，態度尚可，兼衡並無任何前案記錄之素行、本件犯罪之手段、情節、所生損害、自陳大學畢業，目前無業無收入，離婚有小孩，小孩已成年之智識程度及生活狀況等一切具體情狀，量處如主文所示之刑。被告及辯護人雖請求處以得易科罰金之刑度等語，然被告本件不法所得於本件辯論終結時，尚有262萬元未返還（計算式：277萬－15萬＝262萬），且告訴人當庭表示從重量刑，不同意給予被告易科罰金刑度之機會等語（見本院卷第245頁），被告及辯護人之請求難認有理由，附此敘明。

四、沒收與不予沒收之說明：

(一) 按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；全部或一部不能或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第38條之1第1項前段、第3項定有明文。沒收乃對於犯罪行為人不法所得之剝奪，於刑事案件上屬於獨立之法律效果，如犯罪所得之物，因事實上或法律上原因（如滅失或第三人善意取得）不存在時，應追徵其替代價額，不受犯罪被害人是否另行提起（附帶）民事訴訟或是否因此獲得民事賠償之影

響；為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，限於個案已實際合法發還被害人時，始無庸沒收。故如犯罪所得已實際合法發還被害人，或被害人已因犯罪行為人和解賠償而完全填補其損害者，自不得再對犯罪行為人之犯罪所得宣告沒收，以免犯罪行為人遭受雙重剝奪。反之，若犯罪行為人雖已與被害人達成和解而賠償其部分損害，但若其犯罪直接、間接所得或所變得之物或所生之利益，尚超過其賠償被害人之金額者，法院為貫徹前揭新修正刑法之理念（即任何人都不能坐享或保有犯罪所得或所生利益），仍非不得就其犯罪所得或所生利益超過其已實際賠償被害人部分予以宣告沒收（最高法院107年度台上字第1446號、106年度台上字第788號判決意旨參照）。

（二）次按犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第38條之1第5項亦定有明文。被告本案不法所得雖未扣案，然既屬其犯罪所得之物，揆諸前開規定及意旨，扣除業已返還部分，尚有262萬元未實際返還予告訴人，仍應宣告沒收、追徵之，惟執行之際，應注意扣除被告至該時業已支付予告訴人之款項，避免致被告受雙重剝奪。至被告於本院準備程序中與告訴人協議賠償，並先賠償15萬元，業如前述，揆諸上開法律規定，該部分犯罪所得等同發還被害人，爰不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第273條之1第1項、第299條第1項前段，刑法第2條第1項前段、第342條第1項（修正前）、第38條之1第1項前段、第3項，刑法施行法第1條之1，判決如主文。

本案經檢察官游淑玫提起公訴，檢察官范文欽到庭執行公訴。

中華民國109年6月30日
刑事第五庭法官黃政忠

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，並應敘述具體理由；如未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日

內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中華民國 109 年 7 月 1 日
書記官 洪光耀

附錄本判決所引法條

修正前中華民國刑法第 342 條（背信罪）

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 1 千元以下罰金。

前項之未遂犯罰之。