臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度上易字第535號

上　訴　人
即　被　告　阮渥實
選任辯護人　顏家鴻律師

上列上訴人即被告因侵占案件，不服臺灣澎湖地方法院114年度易字第25號中華民國114年9月30日第一審判決（起訴案號：臺灣澎湖地方檢察署114年度偵字第120號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於刑及沒收部分均撤銷。

上開撤銷部分，阮渥實所犯貳罪各處有期徒刑陸月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。應執行有期徒刑玖月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。未扣案之犯罪所得新臺幣陸拾叁萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

理　由

一、按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3項定有明文。是當事人明示僅就第一審判決關於量刑及沒收部分提起第二審上訴，而對於其餘犯罪事實認定及論罪等部分未有不服者，則上訴審法院原則上僅應就當事人前開明示上訴之範圍加以審理，對於當事人未請求上訴審審查之部分，尚無須贅為審查。查上訴人即被告阮渥實（下稱被告）已陳明僅針對原判決刑及沒收部分上訴（上易卷第17、65、140至141頁），則本院自僅就原審判決量刑及沒收部分妥適與否進行審理，至於原判決犯罪事實及罪名部分，則均非本院審理範圍，先予指明。

二、被告上訴意旨略以：被告於原審判決後有積極與告訴人Ａ０２聯繫，並表達願歸還所侵占犯罪所得及和解之意願，亦有獲得告訴人初步首肯，雙方原於準備程序庭後以新臺幣（下同）55萬元達成口頭協議，被告並確實陸續再返還15萬元予

告訴人，惜因告訴人堅持上開協議之餘款40萬元須一次給付完畢方願和解，遂拒絕被告提出之分期建議，然案發迄今被告就犯罪所得部分業已返還告訴人35萬元；請審酌被告因一時失慮致罹刑章，犯後尚知坦認犯行而深具悔意，綜據前載洽談和解過程之情事及被告目前經濟有困難之處，依刑法第59條規定酌減其刑及撤銷沒收之宣告，並對被告為緩刑諭知。

三、本案無刑法第59條減刑事由之說明

刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷（最高法院112年度台上字第1838號判決意旨參照）。查被告經原審判決所審認之刑法第335條第1項侵占罪，其法定刑為5年以下有期徒刑、拘役或科或併科3萬元以下罰金，亦即最低已可量處罰金刑，顯無因立法至嚴致量處最低法定刑度有情輕法重的情形。加以原審判決認定被告二次侵占不法舉措取得之財產價值各為49萬元，數額均高，並無縱處以最低度刑客觀上足以一般人同情之處，自難認符合刑法第59條酌減其刑之要件。

四、上訴有無理由之論斷

原審審酌刑法第57條所列諸般事由，對被告所犯二罪各量處有期徒刑7月，合併應執行有期徒刑1年，並就未扣案之犯罪所得93萬元諭知沒收及追徵，固非無見。惟按刑法第57條第10款規定「犯罪後之態度」為科刑輕重應審酌事項之一，應考量犯罪行為人（即被告）是否悔悟、悔悟之程度及有無盡力賠償被害人之損害，而就被告犯罪後悔悟之程度而言，包括⑴被告行為後，有無返還（提出）全部犯罪所得、說明犯罪所得之去向及與被害人和解、賠償損害，此並包括和解之

努力在內；以及⑵被告在刑事訴訟程序中，於緘默權保障下所為之任意供述，是否坦承犯行或為認罪之陳述。前者，基於「修復式司法」理念，國家有責權衡被告接受國家刑罰權執行之法益與確保被害人損害彌補之法益，使二者在法理上力求衡平，從而被告積極填補損害之作為當然得列為有利之科刑因素（最高法院113年度台上字第989號判決意旨參照）。查被告提起第二審上訴後，已陸續再償還告訴人30萬元，亦即迄於本院言詞辯論終結時止，被告共計返還告訴人35萬元，此節業經被告及告訴人、告訴代理人當庭陳述在案（上易卷第65、144頁），並據被告提出與告訴人之對話截圖、匯款證明為憑（同卷第9、151至157頁），則原審未及審酌上開新增之填補損害之有利科刑事由，量刑即有過重之失，故被告憑此上訴指摘原判決量刑存有過重之違誤，求予從輕量處，暨主張犯罪所得沒收數額應再扣減陸續返還部分，即屬有理由，自應由本院將原判決關於宣告刑及沒收部分予以撤銷。至於上訴意旨指摘原判決未適用刑法第59條一節不足憑採之理由，業經本院析述如前，自無足作為撤銷理由，附此敘明。

五、刑之裁量

㈠犯情事由（刑法第57條第1至3、7至9款）

被告正值青年，不思酌量自身經濟能力，竟率爾遂行本案侵占犯行，所為洵無足取，且本案與常見行為人因自身經濟困窘難以維生、遂鋌而走險之情況相較，被告所陳係為取得款項貸借友人之動機、目的更屬可議，無從在此量刑因子作從輕處刑之考量。次就犯罪手段、犯罪所生損害等節，則參酌被告以會首身分侵占會款之行為手段，與同類型之其他案件相較並無特殊之處，然其二次犯行侵害之財產數額各為49萬元，實非小額，量刑時自應充分反映此舉對法益侵害之嚴重性。

㈡一般情狀之行為人屬性事由（刑法第57條第4、5、6、10款）

被告於本件案發前，僅曾因賭博案件遭判處罰金刑，至於前案資料中所列載之違反洗錢防制法犯行，則係本件犯罪行為後始經訴追判刑，有其之法院前案紀錄表附卷可憑（上易卷第33至34頁），尚無從據此作為其素行之負面評價。次者，被告於原審及本院審判程序時自陳學歷為高中肄業，從事美甲業，月收入約3、4萬元，離婚育有成年及未成年子女各一名，未成年子女現與前夫共同扶養，來台已近二十年，尚須寄錢回越南給母親，目前自己住，經濟狀況不佳，身體狀況方面四肢會疼痛等語（易字卷第52頁、上易卷第145頁）。再者，被告於偵查及歷次審判中均坦承犯行，於法院審理期間有陸續償還部分侵占款項予告訴人，堪認被告有勉力彌補犯罪所生損害之具體作為，犯後態度尚值肯定，可作為從輕酌處之事由；然同時並應考量被告彌補損害之時點（犯罪行為時係113年6、7月間，而被告係至原審判決後之114年10月起，始有較積極之還款作為），及目前已償還告訴人款項所占侵占金額之比例（約35.7%），認從輕酌處之幅度尚屬有限。

㈢是本院綜參前述刑法第57條所示行為人責任基礎之一切情狀，對被告所犯二罪分別量處如主文所示之刑，並均諭知易科罰金折算標準，以示懲儆。

六、定應執行刑部分

按數罪併罰之定應執行之刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，並非予以犯罪行為人或受刑人不當之利益，為一種特別的量刑過程，相較於刑法第57條所定科刑時應審酌之事項係對一般犯罪行為之裁量，為定應執行刑之宣告，乃對犯罪行為人本身及所犯各罪之總檢視，除應考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，並應權衡審酌行為人之責任與整體刑法目的及相關刑事政策，在量刑權之法律拘束性原則下，依刑法第51條第5款之規定，採限制加重原則，以宣告各刑中之最長期為下限，各刑合併之刑期為上限，但最長不得逾30年，資為量刑自由裁量權之外部界限，並應受法秩序理念規

範之比例原則、平等原則、責罰相當原則、重複評價禁止原則等自由裁量權之內部抽象價值要求界限之支配，以使輕重得宜，罰當其責，俾符合法律授與裁量權之目的，以區別數罪併罰與單純數罪之不同，兼顧刑罰衡平原則。是本院考量被告所犯二罪之罪質及犯罪手段相同，且被害人同一，責任非難重複程度高，犯罪時間則係接續二個會期，而僅相隔約一個月，應可給予較大幅度之折讓。再佐以數罪對法益侵害之加重效應較低，若定以過重之應執行刑，其效用可能隨著長期刑之執行等比例地大幅下跌，對被告教化效果不佳，亦有害回歸社會，爰定其應執行刑如主文第二項所示，並諭知易科罰金折算標準。

七、本案不予宣告緩刑之理由

被告雖上訴請求本案諭知緩刑，然查被告於本案判決前，業已另因違反洗錢防制法等案件，經法院判處有期徒刑6月，併科罰金3萬元，並於114年10月9日判決確定，有其之法院前案紀錄表存卷為憑（上易卷第33頁），則本案核與刑法第74條第1項所示緩刑要件不符，自無從為緩刑之宣告。

八、沒收

為澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因，現行刑法就屬於犯罪行為人之犯罪所得採義務沒收主義；且為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，避免國家與民爭利，刑法第38條之1第5項明定：「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵」，以發還條款作為利得沒收封鎖效果。而所謂實際合法發還，應採廣義解釋，包括被害人因犯罪行為人之給付、清償、返還或其他各種依法實現與履行，使其因犯罪所受損害實際上已獲填補，犯罪利得沒收之規範目的已獲實現之情形。查被告本案所侵占會款合計98萬元，核屬其之犯罪所得，原應諭知沒收、追徵；然被告迄至本院言詞辯論終結時止，業已陸續償還告訴人35萬元一節，業經審認如前，可認被告犯罪所得中之35萬元已實際合法發還告訴人，此部分依刑法第38條之1第5項規定，即不予宣告沒收或追

徵；然餘款63萬元部分為免被告因犯罪而保有犯罪所得，應依刑法第38條之1第1項、第3項規定宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

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。

本案經檢察官黃政德提起公訴，檢察官吳茂松、呂幸玲到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　31　　日

刑事第五庭　審判長法　官　簡志瑩

法　官　李政庭

法　官　陳薏仪

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　31　　日

書記官　駱青樺

附錄本案所犯法條

中華民國刑法第335條第1項

意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科3萬元以下罰金。