

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

109年度上易字第84號

上訴人 臺灣高雄地方檢察署檢察官

上訴人

即被告 許沛婕（原名許馨予）

選任辯護人 王智恩律師

上列上訴人等因被告業務侵占案件，不服臺灣高雄地方法院107年度易字第444號，中華民國108年12月30日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署106年度偵字第8377號、107年度偵字第11107號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於沒收部分撤銷。

未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟零肆拾肆萬玖仟柒佰柒拾捌元沒收，於全部或一部不能沒收時，追徵之。

其他上訴駁回。

甲○○緩刑伍年，並應依附件所示調解筆錄內容履行。

事 實

一、甲○○與春菓有限公司（下稱春菓公司）之代表人乙○○係叔姪關係。甲○○自民國100年起至106年3月14日止，擔任春菓公司之出納人員，並保管春菓公司所有之遠東國際商業銀行（下稱遠東銀行）帳號0000000000000000號帳戶（下稱春菓公司帳戶）存摺、定存單及印章等物，並另將其向遠東商業銀行申設之帳號0000000000000000號帳戶（下稱帳號後5碼00000號帳戶）提供與春菓公司供其轉存資金並設定定期存款使用，為從事業務之人。甲○○明知春菓公司未同意其將春菓公司款項挪作私用，竟意圖為自己不法之所有，基於業務侵占之犯意，利用保管春菓公司及其名下帳號後5碼00000號帳戶印章、存摺及定存單之機會，於106年3月14日15時27分至16時01分許，由不知情之陳隆勝（所涉侵占罪嫌，另由臺灣高雄地方檢察署檢察官為不起訴處分確定）駕駛車牌號碼為0000-00號自小客車，搭載甲○○前往址設高雄市○○區○○路○○○號之遠東銀行○○分行，由甲○○先將

其名下提供與春菓公司使用之帳號後5碼00000號帳戶內共計新臺幣（下同）700萬元之定存單解除，隨即將上開款項存入當日甲○○所新開設之帳號0000000000000000號帳戶（下稱甲○○新設後5碼00000號帳戶）而侵吞入己；並於上開時、地接續解除春菓公司帳戶內800萬元之定存單，而將上開金額轉入春菓公司帳戶後，進而提領春菓公司帳戶內之存款共計1,050萬元，得手後將上開款項挪為私用、侵吞入己，總計其侵占業務上所持有春菓公司之款項合計1,750萬元。嗣因春菓公司代表人乙○○於106年3月15日查帳時，發覺有異，經向遠東銀行詢問後，始悉上情。

二、案經春菓公司訴由臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查起訴。
理由

壹、程序部分：

一、上訴人即被告甲○○（下稱被告）於原審108年11月27日之自白，具任意性，有證據能力：

被告及其選任辯護人於本院準備程序及109年8月5日審理時雖均主張被告於原審108年11月27日審理時所為自白，係因原審辯護人要求被告認罪，被告受其誤導，始承認犯罪，並非出於自由意志，故無證據能力云云（見本院卷一第213頁、卷二第349頁），但被告及其辯護人於本院109年9月14日審理時均已不再爭執此部分證據能力，並明確表示上開主張並非實在等語（見本院卷三第170頁），且經本院勘驗原審108年11月27日開庭錄音光碟結果，亦無所謂被告受原審辯護人誘導或誤導之事實存在，此有本院勘驗筆錄在卷可憑（見本院卷一第351頁），是被告於原審所為自白陳述之證據能力，當有證據能力。

二、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項固有明文。惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符同法第159條之1至同條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞或書面陳述作成時之情況，認為適當者

，亦得為證據；又當事人、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，同法第159條之5第1項、第2項亦有明文規定。經查，本判決下列所引用之被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告及辯護人於本院準備程序時，均表示同意有證據能力（見本院卷一第213頁），且迄至言詞辯論終結前亦未聲明異議，本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據，應屬適當。

三、至本判決下列所引用之其餘非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，亦無顯有不可信之情況，且經本院於審理期日踐行合法調查程序，該等證據自得作為本案裁判之資料。

貳、實體部分

一、上揭事實，業據被告於原審審理及本院109年9月14日審理時坦承不諱（見原審卷第175頁，本院卷三第145、172頁），核與證人即春菓公司之代表人乙○○、證人即春菓公司會計黃如慧、證人陳隆勝分別於警詢、偵訊時所證述之情節大致相符（乙○○見高市警鹽分偵字第10670436500號卷宗【下稱警卷】第12至20頁，雄檢106年度偵字第8377號卷宗【下稱偵二卷】第19至20頁，雄檢106年度他字第3957號卷宗【下稱影一卷】第22至23、93至95頁，雄檢106年度偵字第8377號卷宗【下稱偵三卷】第190至192頁，原審107年度審易字第1259號卷宗【下稱原審審易卷】第44頁，原審易卷第56至57、140至141頁；黃如慧見警卷第21至25頁，影一卷第84至85頁；陳隆勝見警卷第7至11頁、偵二卷第44頁）；並有遠東銀行106年3月14日取款條、春菓公司帳戶106年3月14日往來明細查詢單、被告遠東銀行帳號0000000000000000帳戶106年3月14日往來明細查詢單、開戶總約定書、興蘭106年1月帳款支付明細表、票據紀錄查詢明細表、臺灣高雄地方法院106年聲調字第000171號通信調取票暨陳

01 隆勝、乙○○雙向通聯紀錄、車牌000-0000車輛詳細資料報
02 表、遠東銀行五福分行106年3月14日監視器翻拍照片13張
03 、遠東銀行中正分行106年3月15日監視器及路口監視器翻
04 拍照片7張、春菓公司高雄市政府營利事業登記證、春菓公
05 司帳戶與公司流水帳之對照表、被告勞健保投保資料、春菓
06 公司帳戶存摺往來明細查詢單、乙○○提供之高雄高爾夫俱
07 樂部收費卡、代收桿弟費證明單、春菓公司帳戶往來明細分
08 戶帳、春菓公司105年3月8日至106年3月14日日記簿、
09 被告帳號後5碼00000帳戶存單開銷戶明細查詢單、遠東銀
10 行106年9月28日(106)遠銀詢字第0001663號函暨春菓
11 公司帳戶活期存款往來明細查詢、遠東銀行106年11月6日
12 (106)遠銀詢字第0001861號函暨春菓公司104年6月1
13 日至106年9月5日取款條、高雄市政府警察局鹽埕分局10
14 6年6月6日高市警鹽分偵字第000000000000號函、法務部
15 調查局106年6月9日調錢參字第000000000000號函暨一定
16 金額以上通貨交易資料、春菓公司帳戶與公司流水帳之對照
17 表、乙○○遠東銀行帳號0000000000000000帳戶89年11月14日
18 交易往來明細、春菓公司籌備處遠東銀行0000000000000000存
19 摺、春菓公司103年至105年3月8日日記簿、乙○○銀行
20 帳號0000000000000000帳戶106年1至3月存摺往來明細分戶
21 帳及遠東銀行107年6月4日(107)遠銀詢字第00000000
22 號函暨被告帳戶交易明細等件在卷可稽(見警卷第30至33、
23 40至41、49至86、93頁,雄檢106年度他字第3546號卷宗【
24 下稱偵一卷】第1至38、59至87、90至127頁、偵二卷第29
25 至32,偵三卷202至238、246至247、268、273至298
26 頁),足認被告上開任意性自白與事實相符。從而,本案事
27 證明確,被告如事實欄所載之犯行洵堪認定,應依法論科。

28 二、起訴書記載被告自98年間起即擔任春菓公司之出納人員,惟
29 此據被告陳稱:伊只是勞保在98年間掛在春菓公司名下,實
30 際任職係自100年起等語(見原審易卷第174頁反面),就
31 被告任職春菓公司出納人員之期間爰更正如上。另起訴書記

載被告係於106年3月14日16時許先解除春菓公司定存單予以提領，再解除春菓公司使用被告之帳號後5碼00000號帳戶所為定存之定存單。然經比對遠東銀行提供之交易資料及監視器錄影畫面，可知被告係於106年3月14日15時27分抵達遠東銀行○○分行，先於同日15時44分至48分解除春菓公司使用被告帳號後5碼20000號帳戶所為定存之定存單，並存入被告新開設遠東銀行帳號0000000000000000號帳戶後，嗣於同日15時50至57分始解除春菓公司帳戶之定存單，且將之提領殆盡，此有遠東銀行106年3月14日取款條、遠東銀行春菓公司帳戶106年3月14日往來明細查詢單、被告遠東銀行帳號0000000000000000號帳戶106年3月14日往來明細查詢單、開戶總約定書、遠東銀行○○分行106年3月14日監視器翻拍照片13張及遠東銀行107年6月4日（107）遠銀詢字第0000000號函暨帳號後5碼00000號帳戶存單開銷戶明細查詢單等件可詳（見警卷30至33、79至82頁、偵三卷第273至282頁），亦由本院逕予更正如上，附此敘明。

三、綜上，本案事證明確，被告上開業務侵占犯行洵堪認定，應依法論科。

四、論罪

本件被告行為後，刑法第336條第2項雖於108年12月25日經修正公布，並於108年12月27日施行，惟審酌該條之構成要件及刑度均無變動，修正內容僅針對罰金文字上有所修正，且罰金之金額實質上亦未變動，而係將罰金數額調整換算後予以明定，是本件並無法律變更而需新舊法比較問題，應逕行適用裁判時之現行法。是核被告所為，係犯刑法第336條第2項之業務侵占罪。本件被告於106年3月14日一日內所為解除春菓公司定存單、春菓公司借用被告帳號後5碼00000號帳戶定存之定存單，並將該等解除之定存分別轉入春菓公司帳戶及甲○○新開設之帳號0000000000000000號帳戶，再將春菓公司帳戶現金提領殆盡，係利用同一擔任春菓公司出納職務之便，而為多次、反覆實施上開業務侵占犯行，係

於密切接近之時地實施，侵害同一之法益，其獨立性均極為薄弱，依一般社會觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，故應論以一業務侵占罪。

五、上訴駁回部分（本案部分）：

原審認被告罪證明確，並審酌被告為從事業務之人，不思忠實履行職務，竟貪圖不法利益，利用業務上所持有告訴人公司印章、存摺、定存單等機會，逕予解除定存單並予以提領或轉匯入個人帳戶而侵占入己，所為實屬不該；兼衡被告自陳智識程度為大學畢業、已婚育有3名未成年子女、身體狀況正常無重大疾病，且迄今仍未能與告訴人公司達成和解或賠償分文，業已影響告訴人公司之資金調度，以及被告於本案犯罪之目的、手段暨侵占之金額等一切情狀，量處有期徒刑2年。本院經核原審已敘述其認定被告犯罪事實所憑之證據、理由，且原審之量刑已審酌前開等情及刑法第57條所列各款一切情狀，為其量刑責任之基礎，其認事用法皆無違誤，量刑亦稱妥適，並無任何偏重不當或違法之處。被告上訴意旨本否認犯行，嗣坦承犯行，指摘原判決量刑不當，其上訴為無理由，應予駁回。另檢察官上訴意旨略以：被告犯後始終以其為告訴人公司股東自居，並以其所為係為保全公司資產為由，而否認犯行，其犯後態度顯然可議；加以被告侵占之款項高達1050萬元，金額非小，且迄未返還分文予告訴人公司，造成告訴人公司營運上之困難，所生危害亦不可謂非巨，原審未審酌及此，僅量處被告有期徒刑2年，尚屬過輕云云。惟按刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列各款事項，而未逾越法定刑度，即難謂違法（最高法院100年度台上字第5301號刑事判決意旨參照）。本件原審審酌被告利用業務上所持有告訴人公司印章、存摺、定存單等機會，而解除定存單侵占款項入己，所為不該，且迄未與告訴人公司達成和解或賠償分文，影響告訴人之資金調度，兼衡

被告之智識程度、家庭狀況等一切情狀，量處有期徒刑2年，原審量刑尚稱妥適；復被告業於本院審理期間，與告訴人公司達成調解，先由被告當場給付20萬元，餘款由被告於每月5日前清償至少2萬元予告訴人公司，並案外人即被告之胞弟許祖誠同意交付高雄市○○區○○段○○○ ○○○○ 號土地予告訴人公司使用、收益10年，此有高雄市烏松區調解委員會109年9月8日調解筆錄在卷可參（見本院卷三第69至71頁、121至122頁）；且被告嗣於本院109年9月14日審理時終能坦承犯行，如上所述，自難以被告分文未返還告訴人公司及被告否認犯行，態度可議，逕認原審量刑過輕或不當。綜上各節，俱徵原審量刑並無失出或失入之情形，亦未違反罪刑相當原則，檢察官以上訴意旨所指各節，指摘原判決量刑過輕，並無理由，應予駁回。

六、撤銷改判部分（即被告之犯罪所得沒收部分）：

原判決關於沒收被告未扣案犯罪所得1750萬元部分，固非無見，惟：

（一）被告行為後，刑法第2條、第38條等規定業經修正，並於105年7月1日施行。依修正後之刑法第2條第2項規定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律」，是關於沒收之事項，即可無庸為新舊法比較，而逕適用裁判時之相關規定，合先敘明。

（二）按刑法第38條之1第1項前段、第3項、第4項規定，犯罪所得，屬於犯罪行為人者，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；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；又宣告沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之，刑法第38條之2第2項亦定有明文。是刑法對於犯罪所得之沒收，固採義務沒收原則，然對於宣告犯罪所得沒收或追徵其價額於個案運用有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微或為維持受宣告人生活條件之必要等情形，得不予

宣告沒收或追徵其價額，以節省法院不必要之勞費，並調節沒收之嚴苛性。再者，基於「任何人不得保有不法行為之獲利」原則，對於因犯罪造成之財產利益不法流動，應藉由「沒收犯罪利得」法制，透過類似不當得利之衡平措施，使之回歸犯罪發生前的合法財產秩序狀態。若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項定有明文；從而若被害人因犯罪受害所形成之民事請求權實際上已獲全額滿足，行為人亦不再享有因犯罪取得之財產利益，則犯罪利得沒收之規範目的已經實現，自無庸宣告犯罪利得沒收、追徵。惟若被害人就全部受害數額與行為人成立調（和）解，然實際上僅部分受償者，其能否確實履行償付完畢既未確定，縱被害人日後可循民事強制執行程序保障權益，因刑事訴訟事實審判決前，尚未實際全數受償，該犯罪前之合法財產秩序狀態顯未因調（和）解完全回復，行為人犯罪利得復未全數澈底剝奪，則法院對於扣除已實際給付部分外之其餘犯罪所得，仍應諭知沒收、追徵，由被害人另依刑事訴訟法第473條第1項規定聲請發還，方為衡平。

(三)經查：被告於本案之犯罪所得共計1750萬元，然經告訴人公司對甲○○新設後5碼00000號帳戶內之700萬元聲請臺灣高雄地方法院強制執行結果，告訴人公司於108年1月29日獲分配699萬222元（其中14萬元為執行費用，實際受償之金額685萬222元），業據告訴代理人於本院陳明在卷（見本院卷一第191頁），復有臺灣高雄地方法院民事執行處強制執行金額分配表（見本院卷一第234、235頁）在卷可參；另依上開調解筆錄記載「甲○○應給付對造人（指告訴人公司）之新臺幣（下同）壹仟零伍拾萬元整部分」、「兩造同意由聲請人1甲○○於調解現場給付新臺幣（下同）貳拾萬元予對造人」等語，可知被告於109年9月8日調解時，已當場給付20萬元予告訴人公司，是就被告犯罪所得中尚未發還告訴人公司之1044萬9778元（1750萬元－685萬222元－20萬元＝1044萬9778元），應依刑法第38條之1第1項前

段及第3項規定，宣告沒收，於全部或一部不能沒收時，追徵之。而上開已實際發還告訴人公司之705萬222元（685萬222元+20萬元=705萬222元），依刑法第38條之1第5項規定，爰不予宣告沒收或追徵。

(四)是原審法院未審酌告訴人公司於108年1月29日經法院強制執行後，已自甲○○新設後5碼00000號帳戶內700萬元存款，分配獲償685萬222元，及未及審酌被告已於109年9月8日給付20萬元予告訴人公司部分，而於主文諭知「未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟柒佰伍拾萬元沒收」，依上所述，顯有未當，原判決此部分既有可議之處，即屬無可維持。又刑法修正後，關於沒收，獨立於主刑之外，並非附屬於主刑之從刑。故如原審判決就被告犯罪事實之認定、主刑之量處，並無錯誤之情形，僅係單純就沒收部分有錯誤，且不影響及全案事實認定或量刑時，只須將沒收部分予以撤銷改判即可，殊無將原審判決全部，或連同主刑部分之罪刑併予撤銷改判之必要，故本院僅就原判決沒收部分予以撤銷改判，諭知如主文第2項所示之沒收。

七、末查，被告未曾受有期徒刑以上刑之宣告，此有臺灣高等法院被告全國前案紀錄表1份（見本院卷一第103至104頁）附卷可稽。本院審酌被告一時失慮，致觸犯本件犯行，嗣已於本院審理期間與告訴人公司達成調解，給付告訴人公司20萬元，餘款由被告於每月5日前清償至少2萬元予告訴人公司，並案外人即被告之胞弟許祖誠同意交付高雄市○○區○○段○○○ ○○○○號土地予告訴人公司使用、收益10年，且告訴人公司請求給予被告緩刑機會，有上開調解筆錄在卷可憑，另告訴代理人於本院審理時亦請求宣告被告緩刑等語（見本院卷三第174頁），因認被告經此偵、審教訓，自當知所警惕，信無再犯之虞，因認所宣告之刑以暫不執行為適當，爰併宣告緩刑5年，以觀後效，用啟自新。另為督促被告遵守調解筆錄條件，併依刑法第74條第2項第3款規定，命被告應依其與告訴人公司如附件所示調解筆錄內容向告訴人賠

01 償並履行調解筆錄內容，併倘被告於本案緩刑期間，違反上
02 開所定負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，
03 而有執行刑罰之必要，依刑法第75條之1第1項第4款規定
04 ，得撤銷其緩刑之宣告，併此敘明。

05 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第
06 364條、第299條第1項前段，判決如主文。

07 本案經檢察官鄧友婷提起公訴，檢察官李汶哲提起上訴，檢察官
08 張益昌、高碧霞、許月雲到庭執行職務。

09 中 華 民 國 109 年 10 月 12 日
10 刑 事 第 七 庭 審 判 長 法 官 李 璧 君
11 法 官 李 東 柏
12 法 官 葉 文 博

13 以上正本證明與原本無異。
14 不得上訴。

15 中 華 民 國 109 年 10 月 12 日
16 書 記 官 陳 美 虹

17 附錄本判決論罪科刑法條：

18 《刑法第336條第2項》

19 對於業務上所持有之物，犯前條第一項之罪者，處六月以上五年
20 以下有期徒刑，得併科九萬元以下罰金。