

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

110年度上易字第382號

上訴人 臺灣屏東地方檢察署檢察官
被告 潘敏祥

上列上訴人因被告業務侵占案件，不服臺灣屏東地方法院110年度易字第274號，中華民國110年5月14日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署109年度調偵字第877號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於沒收、緩刑及其負擔部分均撤銷。
未扣案之犯罪所得新臺幣參拾萬參仟玖佰貳拾元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
其他上訴駁回。

事 實

一、潘敏祥前自民國108年8月22日起至109年5月11日止，受僱於泉聯企業有限公司（址設屏東縣○○鎮○○里○○路○○號，下稱泉聯公司）擔任業務員一職，負責業務推展、客戶接洽及送貨收款等工作，為從事業務之人，其竟意圖為自己不法之所有，分別基於業務侵占之接續犯意，利用其向客戶收取貨款及向泉聯公司領取貨品之機會，於如附表一、二所示時間，將如附表一所示客戶交付之貨款予以侵占入己，及將如附表二所示泉聯公司交付之貨品變賣所得款項，予以侵占入己，共計侵占新臺幣（下同）33萬3,920元。嗣經泉聯公司察覺有異，而於109年5月20日盤點潘敏祥歷次領貨數量及收款情形，始查悉上情；又潘敏祥就所侵占33萬3,920元款項，於110年4月27日與泉聯公司全數達成和解，惟迄本院110年8月11日言詞辯論終結前，僅還款3萬元，尚有30萬3,920元並未實際返還泉聯公司。

二、案經泉聯公司委由蘇志弘律師訴由臺灣屏東地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、程序部分

01 一、被告潘敏祥（下稱被告）經本院合法傳喚，無正當理由不到
02 庭，依刑事訴訟法第371條之規定，不待其陳述，由檢察官
03 一造辯論而為判決。

04 二、按當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有被告以
05 外之人於審判外之言詞或書面陳述，不得為證據之情形，而
06 未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有刑事訴訟法第159
07 條之5第1項之同意，同條第2項定有明文。第二審係採覆
08 審制，固應於上訴範圍內，重新調查證據，踐行辯論程序，
09 而為事實上之審認，並適用法律以為判決。然為維護訴訟程
10 序安定性，避免程序勞費，或防止被告藉故拖延訴訟，就程
11 序事項諸如證據能力部分非無例外，例如當事人業於第一審
12 同意某傳聞證據有證據能力，自無許其再行撤回同意之理，
13 且此項同意於行使後即告確定，即令上訴至第二審或判決經
14 上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力。本於同一法理，
15 被告於原審行準備及審判程序，並未爭執本案供述證據之證
16 據能力，亦未於言詞辯論終結前聲明異議，如被告於第二審
17 程序經合法傳喚，無正當理由不到庭，亦應作相同解釋。經
18 查，被告業於原審審理程序到場，並未爭執本案供述證據之
19 證據能力，亦未於言詞辯論終結前聲明異議（見原審卷第47
20 至55頁），而本院審酌上開證據作成時之情況，尚無不當取
21 供或違反自由意志而陳述等情形，並均與本案待證事實具有
22 重要關聯性，認為以之作為本案之證據洵屬適當，自均具有
23 證據能力，而得採為認定被告犯罪事實之證據。

24 貳、實體部分

25 一、上開犯罪事實，業據被告於偵查及原審自白承認（見調偵卷
26 第31頁、原審卷第40、53至54頁），核與告訴人泉聯公司之
27 代表人賴文華之指訴相符（見他卷第95至105、145至147
28 頁），並有切結書、送貨單據、客戶帳袋、告訴人於110年
29 1月21日具狀提供之「被告潘敏祥涉嫌業務侵占犯行一覽表
30 」及被告簽立之侵占款項、貨品明細表在卷可稽（見他卷第
31 13、15至53頁、調偵卷第33、49至53頁），足認被告任意性

01 自白核與事實相符，並有補強證據可佐，堪以採信。綜上，
02 本案事證明確，被告犯行已可認定，應依法論罪科刑。

03 二、論罪

04 (一)刑法第336條第2項規定，雖於108年12月27日起生效施行
05 ，惟僅係將罰金刑以銀元為貨幣單位並折算成新臺幣部分，
06 修正為以新臺幣為貨幣單位，但換算後仍與修正前之數額相
07 同，因修正前後之條文內容實質上並無不同，依法自無庸為
08 新舊法之比較適用，而應依一般法律適用原則，依現行刑法
09 第336條第2項之規定處斷。

10 (二)核被告如附表一及如附表二所為，均係犯刑法第336條第2
11 項之業務侵占罪。

12 (三)按數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法
13 益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時
14 間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動
15 之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，並屬
16 接續犯，而為包括之一罪。查被告於附表一所示時間，多次
17 侵占其所代收保管之泉聯公司銷貨款項之犯行，及於附表二
18 所示時間，多次侵占其所代領保管之泉聯公司貨品，分別係
19 利用同一職務機會，在密切接近之時、地實施，並侵害同一
20 法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全概念，在
21 時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉
22 動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，應
23 分別論以接續犯之一罪。至其於附表一所為侵占其所代收保
24 管之泉聯公司銷貨款項之犯行，與其於附表二所為侵占其所
25 代領保管之泉聯公司貨品之犯行，一為公司銷貨代收款項（
26 從客戶端收取後予以侵占），一為公司待銷貨品（從公司端
27 收取後予以侵占），標的不同，且附表二之貨品經被告侵占
28 後尚待被告變賣轉換成現金一情，業據被告供承不諱（見原
29 審卷第53頁），足見附表一與附表二之侵占行為態樣有異，
30 應係分別基於不同之接續犯意為之，故被告所為之如附表一
31 與附表二所示之二次業務侵占罪間，犯意各別，行為互殊，

應予分論併罰。

三、撤銷改判部分：

(一)檢察官上訴意旨以：告訴人泉聯公司具狀陳稱，被告雖應履行如原審判決附表三所示緩刑負擔，然迄至告訴人請求提起本件上訴為止並未如期履行，且被告於偵查中即已一再佯稱願意與告訴人試行和解，竟欺瞞法院，一再食言，顯然毫無悔意，有違反刑法第74條第2項第3款所定負擔而情節重大情事，惟原判決卻就被告罪刑併予諭知緩刑，顯不足收警惕之效等情。請將原判決撤銷，更為適當合法之判決（見本院卷第11至12頁）。經查：

(二)緩刑及其負擔撤銷部分：

1. 按受緩刑之宣告，而違反刑法第74條第2項第1款至第8款所定負擔情節重大者，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其緩刑之宣告，刑法第75條之1第1項第4款定有明文。該條立法意旨認為，本條採用裁量撤銷主義，賦與法院撤銷與否之權限，特於第1項規定實質要件為「足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要」，供作審認之標準。而刑法第74條第2項規定法院於緩刑期間內，得命犯罪行為人於緩刑期內應遵守之事項（例如向被害人支付相當數額、向公庫支付一定之金額、接受精神、心理輔導、提供義務勞務或其他為預防再犯之事項），明定違反該條所定事項情節重大者，得撤銷其緩刑宣告，以期週延。至於所謂「情節重大」，例如受判決人顯有履行負擔之可能，而隱匿或處分其財產、故意不履行、無正當事由拒絕履行或顯有逃匿之虞等情事而言。另按緩刑宣告為將來預測性之現在裁判，以被告未來能保持良好行止為假設礎石，此種假設本即有不確定性，倘被告經原審宣告緩刑並命負擔，如於上訴審期間即有前述違反緩刑負擔情事，且情節重大，認有難收其預期效果，而有執行刑罰之必要，法院自得裁量後撤銷緩刑。

2. 查被告就所侵占33萬3,920元犯罪所得，固於110年4月27

01 日與泉聯公司全數達成和解，並應於110年5月15日先給付
02 10萬元，110年6月起至112年4月止於每月15日前給付1
03 萬元，所餘尾款於112年5月15日給付完畢，有臺灣屏東地
04 方法院110年度附民字第147號和解筆錄一份可查（見原審
05 卷第61至62頁），原審並以上開和解筆錄作為被告緩刑4年
06 之負擔內容（見原審判決第9至10頁）。然告訴人代理人賴
07 文華於本院審理時陳稱：被告於和解後均未履行緩刑負擔，
08 直至上訴本院後之110年7月5日、18日始匯款2萬元、1
09 萬元等語（見本院卷第55頁），佐以被告雖於本院審理時未
10 到庭，亦來電為相同陳述，有本院電話紀錄查詢單一份可查
11 （見本院卷第59頁），可認被告迄本院110年8月11日言詞
12 辯論終結時，除未如期返還，於檢察官上訴請求撤銷其緩刑
13 後，仍僅還款3萬元，此外被告亦未提供證明或釋明有何正
14 當事由得拒絕履行情事，可認被告客觀上並未遵期履行而違
15 反緩刑負擔情節重大，難以擔保原審就被告緩刑及其負擔之
16 宣告得以適正履行，原審就此雖無從審酌，然檢察官就此部
17 分提起上訴，為有理由，應將原判決關於緩刑及其負擔部分
18 撤銷。

19 (三) 犯罪所得沒收部分：

- 20 1. 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
21 ，刑法第38條之1第5項定有明文。上開條文已明定「已實
22 際合法發還」作為不予沒收或追徵要件，如被告未將犯罪所
23 得已實際合法發還被害人，而欲以刑法第38條之2過苛條款
24 裁量不予宣告沒收或追徵，此雖屬事實審法院之裁量權限，
25 但仍需備具妥適具體之理由，始為適法。
- 26 2. 經查：原判決係以被告於本案之全部犯罪所得，已與泉聯公
27 司於法院達成訴訟上和解，乃將上開和解內容作為緩刑負擔
28 ，以督促被告履行，並於理由另載明「如被告能確實履行其
29 與告訴人和解之上開金額，已足以剝奪其犯罪利得，若被告
30 未能履行，告訴人亦得持該和解筆錄為民事強制執行名義，
31 對被告之財產聲請強制執行，已達沒收制度剝奪被告犯罪利

得之立法目的」（見原審判決第5至6頁），原審因而依刑法第38條之2第2項（原審誤載為第3項）裁量不予宣告沒收。然被告未能如期履行和解內容即緩刑負擔，致本件緩刑負擔所擔負之犯罪所得發還被害人功能已有變更，業如前述，原判決有關沒收部分之有關係部分已受實質影響；而以國家公權力剝奪被告犯罪所得再發還被害人，究與被害人以民事救濟私力為之有所不同；且本案犯罪所得除前述3萬元以外，確有30萬3,920元尚未實際返還泉聯公司。依據上述說明，原審依刑法第38條之2第2項裁量不予宣告沒收或追徵之理由，已事後變更而不存在，自應回歸刑法第38條之1第5項規定之本旨，仍應宣告沒收被告保有之犯罪所得，檢察官上訴雖未指摘及此，然原審就此項有關係部分既未及審酌，仍應由本院就沒收部分撤銷改判。

3. 審酌被告所犯業務侵占二罪之犯罪所得，共計33萬3,920元，於本院言詞辯論終結前僅實際返還泉聯公司3萬元，足認被告尚保有30萬3,920元犯罪所得，另因雙方和解筆錄約定內容，並未就本案數罪併罰二罪犯罪所得之清償範圍及次序予以指明，自難認被告所實際返還3萬元係特予針對附表一或附表二之何項犯行，另斟酌刑法第40條第1項規定沒收於裁判時併予宣告之旨，且合併宣告本案犯罪所得沒收，亦不妨礙沒收之執行，茲依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定，宣告未扣案之犯罪所得30萬3,920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。

四、其他駁回上訴之理由

除本院就原判決關於沒收、緩刑及其負擔部分撤銷外，其餘部分原審以被告犯行明確，予以論罪科刑，於刑罰裁量部分審酌：被告不知謹守分際，盡忠職守，竟利用職務之便，侵占如附表一與附表二所示之業務上持有他人之財物，使告訴人公司受有損害，所為誠屬不該，惟念其犯後已坦認犯行，並於原審審理時與告訴人公司達成和解，可認其犯後已有悔意並盡力彌補其犯行所生之損害；並考量其所侵占之金額共

計33萬3,920元，及其犯行時間長達半年，兼衡其犯罪之動機、手段、於原審審理時自述高職畢業之智識程度，目前受僱從事連續壁之工作、未婚無子女之家庭經濟狀況等一切情狀，分別量處有期徒刑6月、6月，應執行有期徒刑10月，並諭知如易科罰金，以1千元折算1日。經核原判決認事用法，核無不合，量刑亦屬允當，應予駁回。

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

本案經檢察官林吉泉提起公訴，檢察官吳政洋提起上訴，檢察官許月雲到庭執行職務。

中華民國 110 年 9 月 1 日
刑事第七庭 審判長法官 李璧君
法官 石家禎
法官 李東柏

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

中華民國 110 年 9 月 1 日
書記官 王紀芸

附錄本判決論罪科刑法條：

刑法第336條第2項

對於業務上所持有之物，犯前條第1項之罪者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科9萬元以下罰金。

附表一：

編號	侵占時間	往來客戶名稱	客戶地點	貨款金額
1	108年10月4日	有緣檳榔站	屏東市○○路 2段252號	450元
2	108年10	519號檳榔站	屏東市○○路	450元

(續 上 頁)

	月 4 日		1 段 519 號	
3	108 年 10 月 23 日	達昇商店	屏東市○○路 49號	450元
4	108 年 10 月 23 日	大發日用品商行	屏東市○○路 127號	430元
5	108 年 10 月 23 日	正記牛肉店	屏東市○○路 280號	450元
6	108 年 12 月 25 日	來來檳榔總店	屏東市○○路 274號	430元
7	108 年 12 月 25 日	三裕香揚商店	屏東市○○路 35號	430元
8	108 年 12 月 31 日	雙木林檳榔攤	屏東市○○路 117號	400元
9	109 年 1 月 1 日	青茂商店	屏東市龍華西 路 192 號	400元
10	109 年 2 月 18 日	日檳榔站	屏東市○○路 2段 201-2號	430元
11	109 年 2 月 18 日	日檳榔站	同上	400元

(續 上 頁)

12	109 年 3 月 13 日	輝盛商店	屏東市○○路 82-1號	172,680 元
13	109 年 4 月 8 日 及 109 年 4 月 10 日	825商店	屏東市○○路 158號	9,800元
14	109 年 4 月 23 日	壹八檳榔本部	屏東市○○路 81號	19,985元
合計				207,185 元

附表二：

編號	侵占時間	侵占貨品	貨物價值
1	109年3月9日	菸酒一批	35,129元
2	109年4月15日	菸酒一批	30,891元
3	109年4月21日	菸酒一批	11,240元
4	109年4月27日	菸酒一批	20,080元
5	109年4月27日	菸酒一批	8,855元

(續 上 頁)

6	109年4月28日	菸酒一批	20,540元
合 計			126,735元

附表三：

項 目	和 解 筆 錄 內 容
	被告應給付告訴人泉聯公司33萬3,920元。 給付方法如下：
一	第一期於110年5月15日前匯款10萬元至 告訴人指定之台灣土地銀行潮州分行（戶 名：泉聯企業有限公司、帳號：00000000 9702）帳戶內。
二	第二期至第二十四期自110年6月起至11 2年4月止，按月於每月15日前匯款1萬 元至告訴人指定之上開帳戶內。
三	第二十五期3,920元於112年5月15日前 匯款至告訴人指定之上開帳戶內。
四	如有一期未履行視為全部到期。