# 臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度金上訴字第750號

上　訴　人
即　被　告　林作毅
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　黃俊嘉律師
　　吳龍建律師

上列上訴人即被告因違反銀行法案件，不服臺灣高雄地方法院114年度金訴字第4號中華民國114年4月30日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第38045號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於刑部分撤銷。

上開撤銷部分，處有期徒刑壹年捌月。

理　由

一、按上訴得對於判決之一部為之；對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限；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條定有明文。本件上訴人即被告林作毅於本院明確表示僅就原判決之刑部分提起上訴（本院卷第198頁），並撤回對於量刑以外之上訴，此有撤回上訴聲請書在卷可憑（本院卷第213頁），因此本院僅就被告上訴之刑部分加以審理，其餘原判決所認定被告之犯罪事實、所犯罪名、沒收部分，均不在審理範圍，此部分詳如原判決所載。

二、上訴人即被告林作毅（下稱被告）上訴意旨略以：被告主觀上認為只要沒有賺取匯差或手續費，即不違反銀行法之規定，被告有違法性認知之錯誤，且被告協助匯兌之對象均為被告之友人，亦係因被告先前於大陸地區經商時，尚有現金

被困在大陸地區，故透過協助友人匯兌之方式各取所需，金額亦不高，請求依刑法第16條但書及刑法第59條之規定減輕其刑，並從輕量刑。

三、原判決係認定：被告所為，係違反銀行法第29條第1項非銀行不得辦理國內外匯兌業務規定，因其犯罪獲取之財物未達新臺幣（下同）1億元以上，而犯同法第125條第1項前段之非法經營銀行業務罪。被告就前開犯行，與不詳之大陸地區人士間有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。又被告非法辦理兩岸地下匯兌業務之行為態樣，原即具有預定數個同種類行為反覆實行之性質，乃出於同一犯罪決意，其先後多次非法經營銀行辦理國內外匯兌業務之行為，依社會客觀通念，符合一個反覆、延續性之行為觀念，屬集合犯，應論以一罪。

四、刑之加減

㈠、銀行法第125條之4部分

1.犯第125條、第125條之2或第125條之3之罪，在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至二分之一，銀行法第125條之4第2項定有明文。上開減輕其刑規定，意指犯該法第125條、第125條之2或第125條之3之罪而有所得者，除在偵查中自白外，尚須具備自動繳交全部犯罪所得財物之要件，始能依該項規定減輕其刑；至若無犯罪所得者，因其本無所得，自無應否具備該要件之問題，此時只要在偵查中自白，即應認有上開規定之適用（最高法院104年度台上字第2363號判決意旨參照）。又於偵查機關無正當事由而未傳喚（通知）被告，檢察官即行結案、起訴，致使被告未能接受訊（詢）問之情形，無異剝奪被告之訴訟防禦權，使其無從於警詢或偵訊時辯明犯罪嫌疑，以充足上揭規定「偵查中自白」之要件，當影響是類重罪案件被告可能得受減刑寬典處遇之機會與權益，自難由被告逕受「未自白」之不利益。從而，於此特別之情狀，縱被告祇於審判中自白，應仍有上揭減刑寬典

之適用，俾符合該條項規定之規範目的（最高法院110年度台非字第78號刑事判決意旨參照）。

2.經查被告於法務部調查局高雄市調查處接受詢問時，即坦認替朱婭微、蔡坤展、張慧珍及陳瑜明匯換之事實，此有被告民國113年11月13日調查筆錄可參（偵卷第11至16頁），而已自白犯銀行法第125條之罪。雖檢察官並未傳喚（通知）被告即行結案、起訴，致被告未能於接受訊（詢）問時自白，惟被告於本院審理中亦自白犯行（本院卷第207頁），且依原判決之認定，被告並無犯罪所得，是揆諸前開判決意旨，應認被告符合銀行法第125條之4第2項之規定，爰依該規定減輕其刑。

㈡、刑法第16條

按犯罪能否成立，端視行為人主觀上有無犯罪的故意及客觀上有無犯罪的行為而定，而犯罪行為，既屬行為人受意思決定與意思活動所主宰支配的人類行止，就有可能發生錯誤或失誤的問題，學理上乃有錯誤理論的發展，並對於不同的錯誤態樣，給予不同的評價。就違法性錯誤（禁止錯誤）而言，如果行為人對於自己的不法行為欠缺違法性認識（不法意識），其法律效果如何，因牽涉到故意與違法性認識（不法意識）之間的定位，向有故意理論與責任理論的不同看法，我國學術界通說及實務見解，均採責任理論，亦即，「違法性認識（不法意識）」乃獨立的責任要素，雖與構成要件的故意都是行為人內在主觀的意識作用，但是故意是針對構成要件存在的客觀事實的認知，而違法性認識（不法意識）則是對於法律規範誡命的對抗認知，二者在犯罪判斷的體系架構，有所不同。故意所涉及者，在於事實認知部分；違法性認識（不法意識）所涉及者，則為規範的認知關係，故違法性認識（不法意識）有錯誤或欠缺時，僅影響罪責，無關乎故意的形成與判斷。刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」學理上稱為違法性錯誤或禁止錯

誤，其情形包括行為人不認識其行為為法律所不許，及誤認其行為為法律所許可。就該規定以觀，可見係依違法性錯誤的情節，區分為有正當理由而無法避免者，阻卻其犯罪的成立，應免除其刑事責任；至於非屬無法避免者，猶然不能阻卻犯罪的成立，僅得視個案的具體犯情，減輕其刑，此有最高法院106年度台上字第3462號刑事判決可資參照。而法律頒布，人民即有知法守法之義務，因此行為人對於行為是否涉及不法有所懷疑時，負有諮詢之義務，不可擅自判斷，任作主張，必要時尚須向能夠提供專業意見之個人（例如律師）或機構（例如法令之主管機關）查詢，而行為人主張依本條之規定據以免除其刑事責任，自應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。至於違法性錯誤尚未達於不可避免之程度者，其可非難性係低於通常，則僅係得減輕其刑，並非必減。是否酌減其刑，端視其行為之惡性程度及依一般社會通念是否皆信為正當者為斷，此亦有最高法院112年度台上字第4903號判決意旨可參。查我國坊間對於非銀行業者私下所為法幣之匯兌，習以「地下匯兌」稱之，是一般民眾皆知悉非銀行業者擅自從事匯兌業務係屬非法，而被告前因非法辦理國內外匯兌業務，而經判處有期徒刑1年10月、緩刑5年確定，此有原審109年度金訴字第87號（下稱前案）刑事判決（偵卷第123至162頁）及法院前案紀錄表（本院卷第191、192頁）可參，被告經前案之偵查、審判程序，更已明知非銀行業者不得經營屬於銀行業務國內外匯兌，倘非銀行業者從事國內外匯兌即屬「地下匯兌」，而係法律禁止且嚴加取締、處罰之犯罪。又以銀行法第29條之條文「除法律另有規定者外，非銀行不得辦理國內外匯兌業務」，亦明文只要非銀行而辦理國內外匯兌業務即屬法律所禁止，並未就是否獲有犯罪所得而有所區別，被告辯稱誤以為沒有賺取獲利即不犯法云云，顯然全無所本，被告自無何誤認其行為為法律所許可之理，即與刑法第16條之要件不符，無從依刑法第16條但書減輕其刑。

㈢、刑法第59條

刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑，此有最高法院100年度台上字第744號判決意旨可資參照。查被告前已有違反銀行法經判刑確定之情形，此經認定如前，其又再為本件犯行，顯見被告行為之不當，且本件經適用銀行法第125條之4第2項減輕其刑後，法定最低度刑已降至1年6月，更無何對被告宣告最輕度刑猶可引起一般同情之特殊情狀，檢察官亦認本件並無刑法第59條之適用（本院卷第210頁），自不應依刑法第59條減輕其刑。

四、上訴論斷

㈠、原審據以論處被告罪刑，固非無見。惟按刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，故法院對於有罪被告之科刑，依刑法第57條明定科刑時，應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，以為科刑輕重之標準，其中是否認罪，即為認定被告犯後態度之重要量刑因子。查被告於原審否認犯行，惟於本院審理中已坦承犯行（本院卷第207頁），犯後態度已有改善。原審未及審酌及此，尚有未洽。是被告上訴意旨主張應依刑法第16條但書及第59條減刑，固屬無據，惟被告上訴指摘原判決量刑過重，為有理由，自應由本院將原判決關於刑之部分撤銷改判。

㈡、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告前因經營臺灣地區與大陸地區之新臺幣與人民幣匯兌業務而違反銀行法案件，經臺灣高雄地方法院以109年度金訴字第87號判決判處有期徒刑1年10月，緩刑5年確定（原緩刑期滿日為115年6月29日），

惟被告竟未珍惜緩刑之機會，無視政府對於匯兌管制之禁令，於緩刑期間再以相似之方式從事地下匯兌業務，影響國家經濟、金融秩序及政府對於資金流向之管制，於原審審理時更否認犯行，足認仍存僥倖之心，實有不當。惟念被告私自辦理匯兌業務之對象係被告之4名友人，所為對於一般社會大眾之財產尚未直接造成影響，非法匯兌之金額非多，款項之性質尚屬單純，其規模不大且無獲利，於上訴後已坦承犯行，惡性尚非重大，復參酌其審理時自述之智識程度、家庭生活、經濟及健康情形等一切情狀（原審卷第203至209頁、本院卷第207頁），量處如主文第2項所示之刑。

據上論結，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。

本案經檢察官楊翰濤提起公訴，檢察官李靜文到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　31　　日

刑事第九庭　審判長法　官　唐照明

法　官　林家聖

法　官　蔡書瑜

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（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　　115　　年　　3　　月　　31　　日

書記官　秦富潔

附錄本判決論罪科刑法條：

銀行法第125條第1項

違反第29條第1項規定者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1000萬元以上2億元以下罰金。其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣1億元以上者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣2500萬元以上5億元以下罰金。

銀行法第29條第1項

除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託

資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務。