臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度金上訴字第2607號

上　訴　人
即　被　告　許念佛
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人陳秋靜

上列上訴人即被告因違反銀行法案件，不服臺灣臺中地方法院113年度金訴字第2295號中華民國114年7月30日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第25676號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

上訴駁回。

理　　由

一、本院審判範圍之說明：

㈠、按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，修正後刑事訴訟法第348條第3項定有明文。依該條項之立法說明：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍」等語。準此，上訴權人就下級審判決聲明不服提起上訴時，依現行法律規定，得在明示其範圍之前提下，擇定僅就該判決之「刑」、「沒收」、「保安處分」等部分單獨提起上訴，而與修正前認為上開法律效果與犯罪事實處於絕對不可分之過往見解明顯有別。此時上訴審法院之審查範圍，將因上訴權人行使其程序上之處分權而受有限制，除與前揭單獨上訴部分具有互相牽動之不可分關係、為免發生裁判歧異之特殊考量外，原則上其審理

範圍僅限於下級審法院就「刑」、「沒收」、「保安處分」之諭知是否違法不當，而不及於其他。

㈡、查本件僅上訴人即被告許念佛（下稱被告）對原判決提起上訴，檢察官則未於法定期間內上訴；被告於本院審判時已明確表示僅就宣告刑（有期徒刑2年）及緩刑諭知之公庫捐款金額（即新臺幣《下同》200萬元）過高部分上訴等語(見本院卷第94頁)，而未對原判決所認定之犯罪事實、罪名及沒收部分聲明不服，參諸前揭說明，本院僅須就原判決所宣告之「刑」有無違法不當進行審理；至於原判決就科刑以外之其他認定或判斷，既與刑之判斷尚屬可分，且不在被告明示上訴範圍之列，即非本院所得審究；本案據以審查量刑妥適與否之犯罪事實及罪名，均如原判決所載，不再予以記載。

二、被告上訴意旨略以：㈠被告固有經營匯兌業務，惟被告匯兌往來之人，人數非多，實際並無大規模影響、損害金融秩序。又被告就經營匯兌業務之事實均坦承不諱，並依地檢署之指示繳回犯罪所得在案，足認被告犯後態度良好、遵照指示積極配合偵查，原審經依銀行法第125條之4第2項前段予以減刑後，量處有期徒刑2年，仍屬過重。㈡被告僅係與少數人有匯兌之往來，非如銀行機構般與大量不特定第三人進行辦理匯兌業務、並未大規模損害金融秩序，而僅係提供客戶便捷之匯兌管道，亦無涉及不法洗錢或隱匿其他犯罪所得之情況，其情節要與一般蝦皮網站常見提供支付寶、微信代充、代付之商家類似。就協助他人兌換外幣並賺取少量匯差之行為，於一般社會客觀第三人之角度觀之，只要不涉及洗錢或其他犯罪行為，實非罪無可赦之事，縱經銀行法第125條之4第2項規定予以減刑後，仍判處有期徒刑2年，足以引起一般社會大眾之同情而憫恕，原審未依刑法第59條規定予以減刑，於法尚有未合。㈢被告經地檢署所認定犯罪所得為42萬8586元，被告亦依此金額繳回犯罪所得在案，惟原審緩刑之附帶條件仍科以被告須向公庫支付200萬元鉅款之義務，其金額實屬過高，除遠超被告之犯罪所得數額外，更超

乎被告所得負擔之範圍，倘若維持此一條件，無異係科以被告難以達成之緩刑附帶條件，最終仍不免遭撤銷緩刑，實難達到緩刑制度所欲達成之目的，是原審所定之緩刑附帶條件亦有未妥等語。

三、本院之判斷：

㈠、刑之加重減輕事由：

1.被告前因詐欺案件，經臺灣雲林地方法院98年度港簡字第101號簡易判決判處有期徒刑4月確定；又因違反著作權法案件，經智慧財產法院105年度刑智上訴字第16號判決判處有期徒刑3月確定。上開2案經智慧財產法院105年度刑智聲字第26號裁定應執行有期徒刑5月確定，於106年4月18日因易科罰金而執行完畢等情，有被告之刑案資料查註紀錄表、法院前案紀錄表等在卷可憑，其於受徒刑執行完畢後5年內，故意再犯本案有期徒刑以上之罪，固為累犯，然參酌司法院大法官釋字第775號解釋意旨，其本案所犯之罪與上開構成累犯之前案，罪名、法益種類及罪質均不相同，可知被告並非重複同一罪質之犯罪，尚難認被告有特別惡性及刑罰反應力薄弱情形，於考量累犯規定所欲維護法益之重要性及事後矯正行為人之必要性後，爰裁量不依刑法第47條第1項規定加重其刑。

2.按犯第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。本條之規定旨在鼓勵被告於犯上開罪之後能勇於自新而設，被告於偵查中自白，復就全部所得財物於偵、審中自動繳交者，因已足認確有悛悔向善之意，即應准予寬典。又銀行法第125條之4第2項前段規定之減刑要件，係指犯同法第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所得財物之要件，始能依該條項規定減輕其刑。至於無犯罪所得者，因其本無所得，即無應否具備該要件之問題，此時祇要在偵

查中自白，即應認有前揭減刑規定之適用（最高法院105年度台上字第1590號判決、106年度台上字第3350號判決意旨參照）。按所謂自白，係指承認犯罪事實之全部或主要部分，並為應負刑事責任之陳述。其中犯罪事實之全部固無論矣，至何謂犯罪事實之「主要部分」，仍以供述包含主觀及客觀之構成要件該當事實為基本前提，且須視被告或犯罪嫌疑人未交代犯罪事實部分係歪曲事實、避重就輕而意圖減輕罪責，或係出於記憶之偏差，或因不諳法律而異其效果。倘被告或犯罪嫌疑人未交代之犯罪事實，顯然係為遮掩犯罪真象，圖謀獲判其他較輕罪名甚或希冀無罪，自難謂已為自白；惟若僅係記憶錯誤、模糊而非故意遺漏犯罪事實之主要部分，或只係對於自己犯罪行為之法律評價有所誤解。均經偵、審機關根據已查覺之犯罪證據、資料提示或闡明後，於明瞭後而對犯罪事實之全部或主要部分為認罪之表示，自不影響自白之效力(最高法院111年度台上字第3053號判決意旨參照)。經查，被告於警詢中已自白其與他人有換錢的關係，有時候是從人民幣換成新臺幣，有時候是由新臺幣換成人民幣，是共犯鄒浪收取人民幣，其再依照共犯鄒浪指示匯款至臺灣的指定銀行帳戶等節（見他卷二第11頁），復於原審審理期間自動繳交全部犯罪所得42萬8586元，依前揭立法意旨及說明，應依銀行法第125條之4第2項前段規定減輕其刑。

3.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低刑度仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。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，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等資為判斷（最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照）。又所謂「顯可憫恕」，係指被告之犯行有情輕法重之

情，客觀上足以引起一般人同情，處以法定最低刑度仍失之過苛，尚堪憫恕之情形而言。查被告於本案之犯罪情狀，難認有何在客觀上足以引起一般同情而可憫恕之情，況其有前開減輕其刑事由，是尚無科以最低度刑仍有情輕法重之情形，礙難再依刑法第59條酌減其刑。原判決以「刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，必以犯罪之情狀可憫恕，認為宣告法定最低度之刑猶嫌過重者，始有其適用；如別有法定減輕之事由，應先依法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，始得為之；若有2種以上法定減輕事由，仍應先依法定減輕事由遞減其刑後，猶嫌過重時，始得再依刑法第59條規定酌減其刑（最高法院105年度台上字第952號、102年度台上字第3444號判決意旨參照）。經查，被告經依上開規定減輕其刑後，所得量處之最輕本刑已大幅降低，再考量被告本案從事地下匯兌之時間超過3年、金額甚鉅，其犯罪情狀難認有何足以引起一般同情而堪憫恕，當無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。」為由，認被告並無刑法第59條酌減其刑之適用，尚無違誤，被告及其辯護人上訴請求再依刑法第59條規定酌減其刑，實難准許。

㈡、按刑罰之量定，屬法院自由裁量之職權行使，應審酌刑法第57條所列各款事由及一切情狀，為酌量輕重之標準，並非漫無限制；量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為違法；且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審量定之刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重（最高法院72年度台上字第6696號、75年度台上字第7033號判決意旨參照）。查原判決以行為人之責任為基礎，審酌被告為貪圖賺取不法利益，與鄒浪共同非法從事地下匯兌業務，犯罪時間超過3年，且地下匯兌總金額高達6千多萬元，對我國金融秩序及資金管制有相當之影響，實值非難；惟念及被告犯後於警詢及審判中坦承犯行，並已自動繳交全

部犯罪所得，態度尚可；兼衡被告所陳之學、經歷及家庭經濟狀況與所附相關證明（見原審卷第204、153、155頁）等一切情狀，量處有期徒刑2年。原判決就被告所犯銀行法第125條第1項前段之非法辦理國內外匯兌業務罪，已參酌上開理由，並具體斟酌刑法第57條各款所列情形，量刑並未逾法定刑之範圍，復未濫用自由裁量之權限，亦與罪刑相當原則、比例原則無違，要無輕重失衡或偏執一端之情形，量刑尚屬妥適，縱仍與被告主觀上之期待有所落差，仍難指原審量刑有何不當或違誤。被告上訴指摘原判決量刑過重，請求再從輕量刑等語，尚屬無據。

㈢、按行為經法院評價為不法之犯罪行為，且為刑罰科處之宣告後，究應否加以執行，乃刑罰如何實現之問題。依現代刑法之觀念，在刑罰制裁之實現上，宜採取多元而有彈性之因應方式，除經斟酌再三，認確無教化之可能，應予隔離之外，對於有教化、改善可能者，其刑罰執行與否，則應視刑罰對於行為人之作用而定。倘認有以監禁或治療謀求改善之必要，固須依其應受威嚇與矯治之程度，而分別施以不同之改善措施（入監服刑或在矯治機關接受治療）；反之，如認行為人對於社會規範之認知並無重大偏離，行為控制能力亦無異常，僅因偶發、初犯或過失犯罪，刑罰對其效用不大，只須為刑罰宣示之警示作用，即為已足，此時即非不得緩其刑之執行，並藉違反緩刑規定將入監執行之心理強制作用，謀求行為人自發性之改善更新；與行為人犯罪情節是否重大，是否坦認犯行並賠償損失，並無絕對必然之關聯性（最高法院102年度台上字第4161號判決意旨參照）。且刑罰之目的，除著重於行為人所犯過錯之應報外，亦應考量行為人教化及回歸社會之可能。又行為經法院評價為不法之犯罪行為，且為刑罰科處之宣告後，究應否加以執行，乃刑罰如何實現之問題。依現代刑法之觀念，在刑罰制裁之實現上，宜採取多元而有彈性之因應方式，且應視刑罰對於行為人之作用而定。而行為人是否有改善之可能性或執行之必要性，固

係由法院為綜合之審酌考量，並就審酌考量所得而為預測性之判斷，但當有客觀情狀顯示預測有誤時，亦非全無補救之道，法院仍得在一定之條件下，撤銷緩刑，使行為人執行其應執行之刑，以符正義。復按緩刑之宣告，亦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，尚難認為違法；而量刑輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法定刑度，且無濫用裁量，致有失出失入之情形，亦難認為違法、不當。查被告前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，於106年4月18日易科罰金執行完畢後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有其法院前案紀錄表在卷可稽，其因一時失慮，致罹刑典，且已坦承全部犯行，並繳交犯罪所得，原判決認其經此偵、審程序及罪刑之宣告後，當能知所警惕，信無再犯之虞，認對其宣告之刑，以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定，宣告緩刑5年，以勵自新。又斟酌被告係因法治觀念有所不足而犯本案，為使其確實記取教訓，並重建其正確法治觀念，預防其再度犯罪，考量本案匯兌金額及被告資力，併依刑法第74條第2項第4款規定，命被告應向公庫支付200萬元，以及依同條項第5款規定，諭知被告應於緩刑期間內向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供120小時之義務勞務，暨依同條項第8款規定，命被告於緩刑期間內應接受受理執行之地方檢察署所舉辦之法治教育3場次，並依刑法第93條第1項第2款規定，諭知緩刑期間付保護管束。原判決就公庫捐款金額之認定，業已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍或有濫用其職權之處，經核尚無違法或顯然不當之情形。被告上訴雖認原判決所為緩刑宣告附條件公庫捐款200萬元之金額過高等語，而非法辦理匯兌業務，雖違反政府匯兌管制禁令，且對他人財產並未造成直接影響，於本案，被告所非法辦理之匯兌經由一收一付，實際獲利經計算為42萬

8586元【計算式：（00000000+00000000）/4.37x0.03=428586】，且迄今尚無任何被害人或得請求損害賠償之人主張受有損害，被告始終坦認犯行，復已自動繳交全部犯罪所得，於偵審中亦深表悔意，然本院審酌緩刑所附捐款公庫之金額，本即考量個案情節、被告資力等條件，本件被告以經營地下匯兌業務為業，核屬國家社會法益侵害之金融犯罪，其對於刑罰之反應力宜再加強，藉由諭知向公庫支付一定金額之方式，緩其刑之執行，既可促其自發性之改善更新、強化其法治觀念，並可避免自由刑之執行對其社會復歸產生弊害，且繳納期間長達5年，已具有權衡體恤之用意存在，故本院認原審前開對被告所宣告緩刑條件即命繳納公庫之金額，尚稱允當；被告猶指摘原判決附條件宣告緩刑所課之公庫捐款金額過高等語，為無理由。

㈣、綜上所述，本案經核原判決之量刑及緩刑所課之公庫捐款金額均堪稱妥適，應予維持。被告上訴仍執前詞，指摘原判決量刑不當及附條件宣告緩刑所課之公庫捐款金額過高等語，為無理由，均應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官王亮欽提起公訴，檢察官黃政揚到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　10　　日

刑事第二庭　審判長法　官　陳慧珊

法　官　葉明松

法　官　許月馨

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，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（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　林冠妤

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　10　　日