

最高法院刑事判決

113年度台上字第3848號

上訴人 李涓瑜

選任辯護人 鄭瑞崙律師

李幸倫律師

梁家惠律師

上列上訴人因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國113年6月13日第二審判決（111年度金上重訴字第7號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署110年度偵字第22313、25311號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為法定要件，如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決撤銷第一審不當之科刑判決，改判仍依想像競合犯從重論上訴人李涓瑜以銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪，並依刑法第62條前段自首規定減輕其刑後，處有期徒刑4年6月，及諭知相關沒收、追徵。已詳述憑以認定犯罪事實之依據及如何審酌裁量之理由。

三、關於刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量的事項，法院除就具體個案犯罪，斟酌其情狀，有無可堪憫恕之外，並以行為人的責任為基礎，審酌刑法第57條所列各項罪責因素後，予以整體評價，而為科刑輕重標準的衡量，使罰當其罪，以

實現刑罰權應報正義，並兼顧犯罪一般預防與特別預防之目的，倘其未有逾越法律所規定範圍，或明顯濫用其權限情形，即不得單憑主觀，任意指摘為違法，而據為合法上訴第三審的理由。又銀行法第125條之4第2項前段規定：「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」，係指犯銀行法第125條之罪而有所得者，除在偵查中自白外，尚須自動繳交全部犯罪所得，始能依該規定減輕其刑。雖上開規定旨在鼓勵犯罪行為人勇於自新，解釋上不宜過苛，以免失立法良意。故被告在偵查中自白，但無犯罪所得，或雖有犯罪所得，但於最後事實審言詞辯論終結前已自動賠償被害人，而毋庸宣告沒收犯罪所得時，亦應有該規定之適用。惟於有多數被害人之情形，係指被告已針對所有被害人為賠償，若被告並未賠償所有被害人，而僅針對某特定或部分被害人為賠償，即令賠償之金額已超過其犯罪所得，但既有部分被害人並未獲得賠償，未受賠償之被害人的民法上求償權既未獲得彌補，不發生利得封鎖之效果，法院仍應對該部分實際利得諭知沒收、追徵，此種情形，解釋上難認等同已自動繳交全部犯罪所得，自無上開減刑規定之適用。同理，銀行法第125條之4第1項前段規定：「犯第125條、第125條之2或第125條之3之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕或免除其刑」，其所指「自動繳交全部犯罪所得者」，亦應為相同之解釋。原判決已說明上訴人就本件返還予原判決附表一（下稱附表一）所示投資人款項（含期間給付本利及事後調解、和解賠償）之總額為新臺幣（下同）5億6,227萬703元，雖已逾上訴人就本案非法吸收資金之總額5億5,478萬8,277元，然而本案仍有部分投資人未全額受償（如附表一編號2至5、9、12、15、16所示投資人），依照上揭說明，難認等同已自動繳交全部犯罪所得，是上訴人雖自首本案犯罪，並於偵查中即自白犯行，仍無銀行法第125條之4第1項前段、第2項前段減刑規定之適用。原判決所為量刑，並未

01 逾越依刑法第62條前段自首規定減輕其刑後之處斷刑範圍，
02 亦無明顯濫用裁量權，而有違反公平之情形，核屬事實審法
03 院量刑裁量職權之適法行使，自難任意指為違法，上訴意旨
04 指摘原審未調查有無銀行法第125條之4第1項前段、第2項前
05 段減輕或免除其刑規定適用云云，無非對上開規定有所誤
06 解，並非合法上訴第三審之理由。

07 四、按銀行法第136條之1規定：「犯本法之罪，犯罪所得屬犯罪
08 行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第38條
09 之1第2項所列情形取得者，除應發還被害人或得請求損害賠
10 償之人外，沒收之」，係刑法沒收之特別規定，是依刑法第
11 38條之1第1項但書規定，犯銀行法之罪者，自應適用銀行法
12 第136條之1有關沒收之規定。至該法未規定之其餘有關沒收
13 之範圍、方法及執行方式，自仍有刑法第38條之1第5項實際
14 合法發還排除沒收或追徵、第38條之2第2項過苛條款及第38
15 條之1第3項沒收之代替手段規定之適用。為澈底剝奪犯罪所
16 得，以根絕犯罪誘因，現行刑法就屬於犯罪行為人之犯罪所
17 得採義務沒收主義，僅於已實際合法發還被害人時，始例外
18 不予宣告沒收或追徵。而有無此例外情形，屬對犯罪行為人
19 有利之事項，且一般而言犯罪行為人最清楚，是如卷內並無
20 相關事證顯示業已發還，犯罪行為人亦未主張或提出證據釋
21 明，法院自可認該犯罪所得未經實際合法發還被害人，而對
22 之為沒收、追徵之諭知。再基於「任何人不得保有不法行為
23 之獲利」原則，對於因犯罪造成之財產利益不法流動，應藉
24 由「沒收犯罪利得」法制，透過類似不當得利之衡平措施，
25 使之回歸犯罪發生前的合法財產秩序狀態。從而若被害人因
26 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
27 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
28 目的已經實現，自無庸宣告犯罪利得沒收、追徵。惟若被害
29 人就全部受害數額與行為人成立調（和）解，然實際上僅部
30 分受償者，其能否確實履行償付完畢既未確定，縱被害人日
31 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。原判決已說明上訴人因本案非法吸金而實際保有之犯罪所得，應扣除已支付被害人本利部分及嗣後調（和）解賠償部分，故本案就附表一之被害人尚未全額受償部分及附表一編號9、16所示被害人張柏禹、范姜馨茹免除上訴人部分債務之不法利益部分均應依法予以宣告沒收及追徵，並無違誤，另原審未適用刑法第38條之2第2項過苛調節條款，核屬原審職權合法之行使，亦不能遽指為違法，上訴意旨就此指摘，亦非合法上訴第三審之理由。

五、上訴意旨置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或量刑裁量之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。應認其關於上開違反銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務部分之上訴，為不合法上訴，予以駁回。至與上開重罪有想像競合犯裁判上一罪關係而不得上訴第三審之刑法第339條第1項之詐欺取財輕罪部分，因已無從併為實體上審判，亦應併從程序上駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 11 月 13 日

刑事第九庭審判長法官 梁宏哲

法官 楊力進

法官 周盈文

法官 劉方慈

法官 陳德民

本件正本證明與原本無異

書記官 張齡方

中 華 民 國 113 年 11 月 15 日