

最高法院刑事判決

113年度台上字第1074號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官章京文
上訴人
即被告 楊清男

上列上訴人等因被告違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國112年12月6日第二審判決（111年度金上重訴字第1440號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署108年度調偵續字第7號、109年度偵字第7592號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於犯罪所得沒收部分撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即原判決關於犯罪所得沒收）部分：

一、刑法有關沒收規定於民國104年12月30日、105年6月22日迭經修正公布，並自105年7月1日施行，參照此次修正刑法第2條、第40條及刪除第34條、第39條之立法說明，沒收之性質已修正為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，並非從刑，不必然附隨於主刑宣告。因之，沒收雖以違法行為存在為前提，但非不可與其前提事實分離審查。本件原判決關於犯罪所得沒收部分，固有違誤，惟與犯罪事實之認定及刑之量定，予以分割審查，並不發生裁判歧異之情形，則基於前述沒收之獨立性，本院自得於本案罪刑之上訴不合法而予以駁回時（詳如後述），將上開沒收部分分離，予以撤銷發回，合先敘明。

二、本件原判決撤銷第一審關於上訴人即被告楊清男部分（含沒收）之科刑判決，改判仍依銀行法第125條第1項後段規定，

01 論處被告共同非法經營銀行業務罪刑，並諭知未扣案之犯罪
02 所得新臺幣（下同）639萬7,605元，除應發還被害人或得請
03 求損害賠償之人外，沒收、追徵之，固非無見。

04 三、惟查：

05 (一)、為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法
06 預防犯罪，且為遏阻犯罪誘因，並落實「任何人都不得保有
07 犯罪所得」之普世基本法律原則，刑法第38條之1明文規範
08 犯罪利得之沒收，期澈底剝奪不法利得，以杜絕犯罪誘因。
09 惟由於國家剝奪犯罪所得之結果，可能影響被害人權益，基
10 於利得沒收本質為準不當得利之衡平措施，應將犯罪所得返
11 還被害人，為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，並避免
12 國家與民爭利，刑法第38條之1第5項規定：「犯罪所得已實
13 際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵」，以不法利得
14 實際合法發還被害人，作為封鎖沒收或追徵之條件，此亦能
15 避免被告一方面遭國家剝奪不法利得，另一方面須償還被害
16 人而受雙重負擔之不利結果。反之，倘利得未實際合法發還
17 被害人，縱被害人放棄求償，法院仍應為沒收之宣告，藉以
18 避免修法前不法利得既不發還被害人，亦未經法院宣告沒
19 收，而使犯罪行為人繼續保有不法利得之不合理現象。故倘
20 若犯罪行為人雖與被害人達成民事賠償和解，惟實際上並未
21 將民事賠償和解金額給付被害人，或犯罪所得高於民事賠償
22 和解金額者，法院對於未給付之和解金額或犯罪所得扣除和
23 解金額之差額部分等未實際賠償之犯罪所得，自仍應諭知沒
24 收或追徵，始符合澈底剝奪不法利得之立法本旨。

25 (二)、至於刑法第38條之2第2項過苛調節條款，明定宣告沒收或追
26 徵有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，
27 或為維持受宣告人生活條件必要之情形，得不宣告或酌減，
28 以調節沒收之嚴苛性，並兼顧訴訟經濟，節省法院不必要之
29 勞費。其中過苛之虞、為維持受宣告人生活條件必要及犯罪
30 所得價值低微之情形，屬實體過苛事由，乃禁止過度原則之
31 具體展現；而欠缺刑法上重要性之情形，則為訴訟經濟事

01 由，係指從法秩序保護觀點，其他法律效果（例如宣告刑
02 罰）即為已足，或者案件調查所耗費之司法資源，與沒收之
03 宣告顯不相當，即毋庸再宣告沒收。至於上述犯罪所得價值
04 低微之情形，不僅指實體上宣告沒收，難以達成澈底剝奪不
05 法利得所欲達成之預防效果，且考量程序上過度耗費顯不相
06 當之司法資源，兼有訴訟經濟事由之性質。然過苛調節條款
07 固為比例原則之體現，惟其為義務沒收之法定例外，為避免
08 不當適用而悖離澈底剝奪不法利得之立法本旨，法院適用該
09 條款不宣告沒收或酌減時，自應說明其何以符合該條款所定
10 上述情形之具體理由，否則即有理由不備之違法。

11 (三)、本件原判決認定被告所為非法經營銀行業務之犯行，投資人
12 未領之本金為1億8,528萬1,500元，並依據被告所提出其與
13 如原判決附表二所示投資人所簽立之協議書，說明：依該協
14 議書內容，被告事後與如該附表所示67名投資者達成和解，
15 和解總金額為811萬3,840元，依刑法第38條之2第2項規定，
16 若予以沒收，有過苛之虞，而不予沒收。因而依銀行法第13
17 6條之1及刑法第38條之1第3項規定，就被告之犯罪所得639
18 萬7,605元（計算式為：1億8,528萬1,500元《未領本金總
19 額》-1億7,077萬55元《已領紅利總額》-811萬3,840元《和
20 解給付金額》=639萬7,605元），諭知沒收及追徵等旨。惟
21 依卷內協議書內容，被告除與簽立該協議書之投資人約定和
22 解金額外，雙方並約定由被告按月以不低於400元之金額轉
23 帳至該投資人之銀行帳戶，遲誤者，按月加計違約金100
24 元，至全部清償止等旨（原審卷三第221至287頁），且被告
25 亦於原審供稱：其係分期償還和解金額予投資人等語，經原
26 審審判長質以被告幾乎無法清償全部和解金額時，其亦答
27 稱：我能力比較好的時候會多給他們等語（原審卷三第31
28 4、315頁），倘若均屬無誤，則被告實際上未將民事賠償和
29 解金額給付投資人完畢，法院自應對於未給付之和解金額沒
30 收，乃原判決僅泛謂若予以沒收，有過苛之虞云云，並未說

01 明其認定宣告沒收如何符合過苛之虞之具體理由，即逕適用
02 過苛調節條款，難謂無適用法則不當及理由不備之違法。

03 (四)、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之
04 事項，上開違背法令影響於沒收部分之確定，本院無可據以
05 為裁判，應認原判決關於被告犯罪所得沒收部分有撤銷發回
06 更審之原因。

07 貳、上訴駁回（即原判決關於罪刑）部分：

08 一、按刑事訴訟法第377條規定：上訴於第三審法院，非以判決
09 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
10 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非
11 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
12 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
13 三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為不合
14 法律上之程式，予以駁回。

15 二、本件原判決綜合全案證據資料，認定被告有其事實欄所載與
16 李俊毅、劉大川、張純禎、劉美芳、李家妮、陳衍宏及江俊
17 禹（以上7人均經原審判刑確定）共同以如其附表一所示虛
18 擬貨幣投資方案，向不特定之人吸收資金，約定、給付與本
19 金顯不相當之紅利、利息，而經營業務之犯行，因而撤銷第
20 一審關於此部分之科刑判決，改判仍依銀行法第125條第1項
21 後段規定，論處被告共同非法經營銀行業務罪刑，已詳敘其
22 認定犯罪事實所憑證據及認定之理由。

23 三、證據之取捨、事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採
24 證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為上訴
25 第三審法院之適法理由。本件原判決係綜合被告之供詞，及
26 證人李允誠、李幸珊、李紫菱、呂宥蓁、林峻富、吳淑慧、
27 林家吉、歐雅菁、蔡芷瑠、莊明芳、林明濚、莊秀子、盧君
28 宇、陳采彤、蔡金英、林秋芬、李貞誼、簡嘉賢、王佳華、
29 陳麗敏、楊采嫻、江麗君等人證述內容，復參酌卷內五大銀
30 行定存利率資料表、臺灣雲林地方檢察署函暨所附投資人資
31 料一覽表、投資人（即被害人）投資情形附表資料、中國信

01 託商業銀行重陽分行帳戶明細影本、中國信託商業銀行股份
02 有限公司函，及其他證據資料（詳如原判決理由載），詳加
03 研判，並依憑卷內資料，說明如何認被告確有從事向不特定
04 多數人吸收資金之行為；暨被告以如原判決附表一所示之投
05 資方案名義，與投資人所約定給付之紅利等報酬，係以投資
06 名義，向不特定多數之投資人吸收資金，並約定給付與本金
07 顯不相當之利潤等情，而據以認定被告有本件共同非法經營
08 銀行業務犯行，已詳敘其採證認事之理由。而被告於原審執
09 李俊毅、江俊禹、李家妮、劉美芳、劉大川、陳衍宏、張純
10 禎、莊明芳、李允誠及林家吉等人（下稱李俊毅等10人）之
11 證詞，及被告於「宋銀子社團」之貼文內容，所辯：其為虛
12 擬貨幣買賣，非屬銀行法所管制或處罰之對象及範圍，且其
13 以社群網路作為交易虛擬貨幣之平台，發布交易規則，投資
14 人既是虛擬貨幣買賣之人，無特別保護之必要，投資人中亦
15 有人獲利，非全是被害人，參與活動之人並非屆期即自動獲
16 利，欠缺獲利之固定性。而買回金額雖在20%至200%之間，
17 但此僅係約定買回之金額，並非報酬之約定云云，何以不足
18 採信，已斟酌卷內江麗君等人證詞及被告之供詞等資料，詳
19 加指駁及說明。其論斷說明俱有前揭證據資料可稽，且不違
20 背證據法則及論理法則，即屬事實審法院採證認事、判斷證
21 據證明力職權之適法行使，自不能任意指摘為違法。被告上
22 訴意旨置原判決明確之論斷說明於不顧，爭執李俊毅、李家
23 妮、李允誠及林家吉證詞等相關證據之證明力，猶以李俊毅
24 等10人之證詞及上開貼文內容，執持上開辯解，就其有無本
25 件犯行之單純事實，再事爭辯，而據以指摘原判決違法，自
26 非適法之第三審上訴理由。

27 四、刑罰之量定為事實審法院之職權，倘其量刑合於法律所規定
28 之範圍，並無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則
29 者，自不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。又
30 刑法第59條之酌量減輕其刑，必其犯罪情狀確可憫恕，在客
31 觀上足以引起一般人之同情，認為即予以宣告法定最低度

01 刑，猶嫌過重者，始有其適用。本件被告所為非法經營銀行
02 業務犯行，取得金額高達6億1,690萬2,500元，妨害社會金
03 融秩序非微，在客觀上並無情輕法重而足以引起一般人同情
04 之情形，尚難認有刑法第59條酌減其刑規定之適用。且原判
05 決關於量刑部分，已敘明如何以被告之責任為基礎，依刑法
06 第57條所列各款事項而為量刑，並以第一審未及審酌被告嗣
07 後與原判決附表二所示投資人達成和解，認第一審判決量處
08 被告較重之刑，容有未洽，因而撤銷第一審判決，量處較第
09 一審判決為輕之刑，經核既未逾越法定刑範圍，亦無顯然失
10 當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，核屬裁量權之
11 適法行使，自難遽指為違法。被告上訴意旨徒憑己見，謂其
12 不法所得甚微，有情輕法重之情形，應適用刑法第59條規定
13 減輕其刑，且其犯後與多位投資人達成和解，原審量刑過重
14 云云，以及檢察官上訴意旨謂被告全盤否認犯罪事實，且日
15 後無履行和解協議之可能性，原審量刑有違罪刑相當原則云
16 云，同非合法之第三審上訴理由。

17 五、被告及檢察官其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指
18 摘原判決有不適用何種法則或如何適用不當之情形，徒就原
19 判決已明確論斷說明之事項，暨不影響於判決結果之枝節問
20 題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情
21 形不相適合。揆之首揭說明，應認被告及檢察官此部分上
22 訴，均為違背法律上之程式，予以駁回。

23 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，
24 判決如主文。

25 中 華 民 國 113 年 12 月 19 日

26 刑事第二庭審判長法官 徐昌錦

27 法官 何信慶

28 法官 江翠萍

29 法官 張永宏

30 法官 林海祥

31 本件正本證明與原本無異

01

書記官 丁淑蘭

02

中 華 民 國 113 年 12 月 23 日