

最高法院刑事判決

113年度台上字第4297號

01

02

03 上 訴 人 臺灣高等檢察署檢察官白忠志

04 上 訴 人

05 即 被 告 蘇張淑惠

06 選任辯護人 涂 欣 成律師

07 洪 梅 芬律師

08 李 政 儒律師

09 上 訴 人 蘇 后 汶

10

蘇 怡 芬

11 共 同

12 選任辯護人 涂 欣 成律師

13 洪 梅 芬律師

14 李 政 儒律師

15 上 訴 人 胡 淑 茹

16

胡 雅 芳

17

黃 素 真

02 共 同

03 選任辯護人 陳水聰律師

04 被 告 李玉龍

05 選任辯護人 官振忠律師

06 被 告 楊淑貞

07 選任辯護人 葉志飛律師

08 上列上訴人等因被告等違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華
09 民國113年6月18日第二審判決（111年度原金上重訴字第2號，起
10 訴案號：臺灣臺北地方檢察署110年度偵字第5424、5425、768
11 5、7785、13044、14707號），提起上訴，本院判決如下：

12 主 文

13 原判決關於李玉龍、楊淑貞部分均撤銷，發回臺灣高等法院。
14 其他上訴駁回。

15 理 由

16 壹、撤銷發回（即李玉龍、楊淑貞）部分：

17 一、本件原判決認定被告李玉龍、楊淑貞擔任日訊集團之區域代
18 理，有其犯罪事實欄所載共同以非法多層次傳銷之方式招攬
19 不特定人參與投資，向不特定人收受款項，約定、給付與本
20 金顯不相當之報酬，而經營業務等犯行。因而撤銷第一審關
21 於此部分之科刑判決，改判依想像競合犯關係，從一重依銀
22 行法第125條第1項後段規定，分別論處李玉龍、楊淑貞與法
23 人之行為負責人共同非法經營銀行業務各罪刑，暨諭知犯罪
24 所得除應發還被害人或得請求損害賠償之人外之相關沒收、

01 追徵，並宣告緩刑暨所附加負擔，以及緩刑期間付保護管
02 束，固非無見。

03 二、惟查：

04 (一)、立法機關基於刑事政策及預防犯罪之考量，雖得以刑法對特
05 定犯罪設定較高法定刑，但其對構成要件該當者，若不論行
06 為人犯罪情節之輕重，均以所定重度自由刑相繩，致對違法
07 情節輕微之個案，可能構成顯然過苛處罰之情形。於此情
08 形，審理具體個案之法院，考量行為人違法行為之危害程度
09 及其所應負責任之輕重，倘認宣告最低法定刑度，尚嫌情輕
10 法重，自應適用刑法第59條規定酌減其刑，俾符罪刑相當原
11 則，並兼顧實質正義，以濟立法之窮。惟基於權力分立原
12 則，避免侵害立法裁量權，自應審慎適用該條酌減其刑規
13 定，並非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客
14 觀上足以引起一般人之同情，認為即使予以宣告法定最低度
15 刑，猶嫌過重者，始有其適用。又宣告緩刑與否，固屬實體
16 法上賦予法院得為自由裁量之事項，惟法院行使此項職權
17 時，除應審查被告是否符合緩刑之法定要件外，仍應就被告
18 有以暫不執行刑罰為適當之情形，亦即就犯罪狀況、造成之
19 損害及危險性、被告之動機暨犯後態度、有無再犯之虞等
20 情，加以審酌；法院行使此項裁量職權時，應受一般法律原
21 則之拘束，即必須符合所適用法律授權之目的，並受法律秩
22 序之理念、法律感情及慣例等所規範，若違反比例原則、平
23 等原則時，得認係濫用裁量權而為違法。

24 (二)、原判決以李玉龍、楊淑貞犯罪參與程度，並未及於日訊集團
25 非法吸金及非法多層次傳銷犯行之關鍵及核心事項，且其等
26 業已坦承犯行，復分別與部分下線投資人達成和解，並繳回
27 部分犯罪所得，縱依刑法第31條第1項規定減輕其刑，猶嫌
28 過重，在客觀上足以引起一般之同情，有可憫恕之情狀，因
29 而依刑法第59條規定減輕其刑（見原判決第39、40頁）。並
30 以其等2人前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，因
31 一時失慮致罹刑章，且犯後均坦承犯行，深具悔意，復分別

01 與部分下線投資人達成和解，並繳回部分犯罪所得，顯見其
02 等確有悔改或反省之意，經此偵、審程序與科刑之教訓，當
03 能知所警惕，而無再犯之虞，對其等2人所宣告之刑，以暫
04 不執行為適當為由，憑為宣告緩刑之裁量依據（見原判決第
05 45至46頁）。惟依原判決附表六所載，李玉龍、楊淑貞轄下
06 投資人數各為118人、138人，且其等轄下因犯罪獲取之財物
07 或財產上利益，分別高達新臺幣（下同）2億1,012萬1,000
08 元、3億7,872萬5,000元等情（見原判決第96頁），以及原
09 判決量刑理由所敘：本件受害之投資人數眾多，吸收之資金
10 至鉅，對於國家之金融交易秩序管理及經濟安定，危害甚
11 深，並致投資人受有財產嚴重損失等旨（見原判決第45
12 頁），如果均屬無訛，能否謂李玉龍、楊淑貞犯罪情狀客觀
13 上足以引起一般人之同情而可憫恕？又依原判決附表八所載
14 （見原判決第218頁），李玉龍已返還投資人款項及給付之
15 和解金為0元，而經扣除已返還投資人款項及給付之和解金
16 額，暨自動繳交犯罪所得金額後，對李玉龍、楊淑貞應沒收
17 之未扣案犯罪所得，仍分別高達829萬1,713元、1,071萬3,4
18 66元，則其等是否已有悔意，確實賠償投資人之損害？即非
19 無疑。就李玉龍、楊淑貞犯罪情節、犯後態度等情狀全盤觀
20 察，客觀上是否確有法重情輕、犯情可憫之處，而符合刑法
21 第59條酌減其刑規定？即有再加研酌之必要。原審對於上述
22 疑點並未調查釐清，復未敘明其等2人究竟有何特殊之犯罪
23 原因與環境，在客觀上足以引起一般人同情，而有可憫恕之
24 情狀，即認情輕法重，逕適用刑法第59條規定酌減其刑，尚
25 嫌速斷，自有調查未盡及理由欠備之違法。又李玉龍、楊淑
26 貞僅與部分下線投資人和解，仍未與部分投資人（包括告訴
27 人勤耕園國際有限公司《下稱勤耕園公司》等人）達成和
28 解，勤耕園公司因而以其等未與該公司達成和解為由，具狀
29 請求檢察官提起上訴（見本院卷第365至371頁），則依上述
30 李玉龍、楊淑貞犯罪情節及犯後態度，前開對李玉龍、楊淑
31 貞所為量刑併予宣告緩刑，是否符合事理之平，未違反國民

01 法律感情，亦非無疑。原審對其等2人均宣告緩刑，是否足
02 使被告心生警惕？有無暫不執行為適當之具體理由？原判決
03 於裁量李玉龍、楊淑貞是否適宜宣告緩刑時，未就前揭情狀
04 究明，就如何符合比例等一般法律原則之判斷，亦未見原審
05 妥慎斟酌，而逕予宣告緩刑，同有判決理由不備之違誤。

06 (三)、檢察官上訴意旨執以指摘原判決此部分不當，尚非全無理
07 由。而原判決上開違誤影響於本件量刑事實之認定及法律之
08 適用，本院無從據以自行判決，應認原判決關於李玉龍、楊
09 淑貞部分有撤銷發回更審之原因。

10 貳、上訴駁回（即蘇張淑惠、蘇后汶、蘇怡芬、胡淑茹、胡雅
11 芳、黃素真、陳曉萍）部分：

12 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決
13 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
14 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非
15 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
16 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
17 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
18 法律上之程式，予以駁回。至原判決究有無違法，與上訴是
19 否以違法為理由，係屬二事。

20 二、本件原判決綜合全案證據資料，認定上訴人即被告蘇張淑
21 惠，及上訴人胡淑茹、胡雅芳、黃素真、陳曉萍擔任日訊集
22 團之區域代理，上訴人蘇后汶、蘇怡芬則擔任該集團之經
23 理，有其犯罪事實欄所載共同以非法多層次傳銷之方式招攬
24 不特定人參與投資，向不特定人收受款項，約定、給付與本
25 金顯不相當之報酬，而經營業務等犯行。因而撤銷第一審關
26 於此部分之科刑判決，改判依想像競合犯關係，從一重依銀
27 行法第125條第1項後段規定，分別論處蘇張淑惠、蘇后汶、
28 蘇怡芬、胡淑茹、胡雅芳、黃素真、陳曉萍（下稱蘇張淑惠
29 等7人）與法人之行為負責人共同非法經營銀行業務各罪
30 刑，暨諭知犯罪所得除應發還被害人或得請求損害賠償之人
31 外之相關沒收、追徵，其中胡淑茹、胡雅芳、黃素真、陳曉

01 萍部分並宣告緩刑暨所附加負擔，以及緩刑期間付保護管
02 束，已詳述其認定事實所憑證據及認定之理由。

03 三、銀行法第125條第1項後段規定關於非法經營銀行業務犯罪所
04 得達1億元者加重其刑之規定，揆其立法意旨，既在處罰行
05 為人（包括單獨正犯及共同正犯）違法吸金之規模，則其所
06 稱「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，在解釋上自應以行
07 為人對外所吸收之全部資金為其範圍。而違法經營銀行業務
08 所吸收之資金或存款，依法律及契約約定均須返還被害人，
09 甚至尚應支付高額利息。若計算犯罪獲取之財物或財產上利
10 益時，將已返還被害人之本金予以扣除，則其餘額即非原先
11 違法吸金之全部金額，顯然無法反映其違法對外吸金之真正
12 規模。況已返還被害人之本金若予扣除，而將來應返還被害
13 人之本金則不予扣除，理論上亦有矛盾。且若將已返還或將
14 來應返還被害人之本金均予以扣除，有可能發生無犯罪所得
15 財物或財產上利益之情形，自與立法意旨有悖。從而被害人
16 所投資之本金，不論事後已返還或將來應返還，既均屬行為
17 人違法對外吸收之資金，於計算犯罪所得財物或財產上利益
18 時，自應計入，而無扣除餘地。另共同正犯被吸收之資金亦
19 應列入犯罪所得財物或財產上利益，不應扣除。是以本罪處
20 罰之行為態樣係以行為人對外吸金達一定規模者，不應僅以
21 事後損益利得計算之，若有返還本金、支付佣金、甚至用以
22 清償債務等，均無礙於已成立之違法行為。原判決認定蘇張
23 淑惠、蘇后汶及蘇怡芬本件所為符合銀行法第125條第1項後
24 段加重條件之要件，係本諸上開意旨，勾稽卷內資料，據以
25 說明其等如原判決附表六所示吸金規模，已超過法定1億元
26 之加重條件，均係犯銀行法第125條第1項後段之罪，於法尚
27 屬無違。至蘇后汶上訴意旨雖執其僅須就自己吸金之金額即
28 后恩企業有限公司（下稱后恩公司）轄下規模13億2,144萬
29 8,000元負責，計算犯罪獲取之財物或財產上利益時，不應
30 納入蘇怡芬即怡恩企業有限公司（下稱怡恩公司）轄下規模
31 云云，惟原判決附表六之9關於蘇后汶因犯罪獲取之財物統

01 計部分，係將后恩公司轄下規模13億2,144萬8,000元，與怡
02 恩公司轄下規模4億965萬3,000元合併計算，然該附表附註1
03 已載明：怡恩公司為后恩公司推薦，且未獨立為另一群組，
04 其轄下投資排除同一人多個帳號部分，含后恩公司及怡恩公
05 司轄下投資人，共計712名投資人等旨（見原判決第197
06 頁），亦已詳細說明上開合併計算之理由，與論理法則並無
07 不合，自難遽指其為違法。蘇后汶上訴意旨執此指摘原判決
08 此部分計算為不當，以及蘇張淑惠、蘇后汶、蘇怡芬上訴意
09 旨謂原判決計算犯罪所得財物或財產上利益時，未剔除自己
10 投資金額部分云云，據以指摘原判決違法，均非適法之第三
11 審上訴理由。

12 四、刑法第31條第1項規定「因身分或其他特定關係成立之罪，
13 其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共
14 犯論。但得減輕其刑。」既規定為得減輕其刑，而非必減，
15 則是否減輕其刑，事實審法院自有裁量之權限。原判決已說
16 明依卷內共同被告徐明賢、安土美津子之供證，蘇張淑惠係
17 於民國109年8月始晉升成會員總長，且充其量僅因其係最大
18 代理商，而有向徐明賢、安土美津子建議、表示意見之情，
19 再參諸共同被告李玉龍、康淑玲、楊淑貞、周姁瑱、許行
20 廣、胡淑茹、胡雅芳、黃素真等人供證：徐明賢、安土美津
21 子為日訊集團之名義及實際負責人，除主導日訊集團投資方
22 案之推廣及會員招攬外，復有決定何人能升任最高業務位階
23 （即代理）之權限，平時更定期召開會議向經理級以上會員
24 佈達日訊集團之公司政策等情，顯見最終決策之人仍為徐明
25 賢、安土美津子，尚難認蘇張淑惠確有實際參與公司就特定
26 違法行為之決策或執行，透過其支配能力而使日訊集團為吸
27 金犯罪，因而依刑法第31條第1項但書規定減輕其刑等旨，
28 是原判決已依卷內資料，詳述適用上述減刑規定之裁量理
29 由，於法無違。檢察官上訴意旨謂蘇張淑惠吸金金額為日訊
30 集團吸收資金一半以上，且對於日訊集團具有決策云云，係

01 對原審減刑刑裁量權之適法行使，任意指摘，尚非合法之第
02 三審上訴理由。

03 五、刑法第62條所謂自首，祇以犯人在其犯罪未發覺前，自行向
04 該管公務員申告其犯罪事實，而接受裁判為已足。且該條既
05 規定為得減輕其刑，則是否減輕其刑，事實審法院自有裁量
06 之權限。原判決已說明蘇張淑惠於109年11月3日至法務部調
07 查局高雄市調查處（下稱高雄市調處）接受詢問時自承犯罪
08 事實，其已合於自首要件，且衡諸其於第一、二審均坦認犯
09 行，當認已有悛悔之意，且節省司法資源，因而依刑法第62
10 條前段之規定減輕其刑等旨。是原判決就蘇張淑惠如何符合
11 自首之要件，及何以減輕其刑之理由，已敘述甚詳，原審刑
12 罰裁量職權之行使，既未逾越法律所規定之範圍，亦無濫用
13 權限之情形，自不得遽指其為違法。至依卷內勤耕園公司所
14 提刑事告訴狀之內容（見他字第4946號卷第3至7頁），僅指
15 訴徐明賢、安土美津子及李玉龍共同非法經營銀行業務犯
16 行，且依該刑事告訴狀上臺灣臺北地方檢察署收文章戳日
17 期，顯示上述告訴人係於110年3月30日向該檢察署提出告
18 訴，係在上述蘇張淑惠至高雄市調處自承犯罪事實之後，尚
19 不影響其自首之認定及本件判決結果。檢察官上訴意旨執此
20 無關其判決結果之事由，且謂蘇張淑惠見其犯行難以隱匿，
21 始投案說明，且尚未與被害人完成和解，並非真誠悔悟云
22 云，據以指摘原判決適用上開減刑規定為不當，亦非適法之
23 第三審上訴理由。

24 六、有期徒刑減輕者，減輕其刑至二分之一，但同時有免除其刑
25 之規定者，其減輕得減至三分之二，刑法第66條定有明文。
26 所謂「減輕其刑至二分之一」，乃指減輕之最大限度，裁判
27 時可在此限度內酌量，並非必須減輕二分之一，法院於限度
28 範圍內，如何減輕，本有裁量之權，如減輕之刑度係在此範
29 圍內，即非違法。而刑法第31條第1項但書、第62條前段既
30 均規定得減輕其刑，法院各於二分之一以下範圍內，如何減
31 輕，自有裁量之權。本件原判決說明蘇張淑惠本件前開犯

01 行，符合刑法第31條第1項但書、第62條前段之減輕其刑事
02 由，依該等規定減輕其刑，並依法遞減輕之。就其所犯銀行
03 法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪（法定本刑為7
04 年以上有期徒刑），所量處有期徒刑5年6月，未逾越法定刑
05 度，難謂違法。蘇張淑惠上訴意旨謂原判決未依刑法第31條
06 第1項但書、第62條前段規定均減輕其刑二分之一，量處有
07 期徒刑1年9月以上3年9月以下之刑度云云，而據以指摘原判
08 決違法，同非合法之第三審上訴理由。

09 七、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
10 之範圍，並無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則
11 者，自不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原
12 判決關於蘇張淑惠、蘇后汶及蘇怡芬之量刑，已於理由內敘
13 明如何以其等之責任為基礎，依刑法第57條所列各款事項而
14 為量刑，經核既未逾越法定刑範圍，亦無顯然失當或違反公
15 平、比例及罪刑相當原則之情形，且已審酌蘇張淑惠、蘇后
16 汶及蘇怡芬與被害人和解之情形，及其等家庭生活等情狀，
17 自屬裁量權之適法行使，即無違法可言。再共同正犯之間，
18 其犯罪情節各有差異，量刑之結果即難免有所不同，原判決
19 就蘇怡芬與其他同案被告康淑玲等人間之量刑部分，亦已斟
20 酌其等於本件所擔任角色分工等犯罪情節而酌為量刑，且原
21 判決以康淑玲所為犯行，認宣告最低法定刑度，尚嫌情輕法
22 重，乃依刑法第59條規定酌減其刑，因而撤銷第一審此部分
23 判決，改判較第一審為輕之刑；而蘇怡芬不符合上開減輕其
24 刑規定之要件，其等符合法定減刑之事由既有不同，原審對
25 蘇怡芬量處較重之刑，自難遽指為違法。檢察官上訴意旨謂
26 蘇張淑惠犯後未與被害人完全和解，原判決對其量刑過輕云
27 云，以及蘇怡芬上訴意旨謂其參與程度、違反義務程度及所
28 生損害等犯罪情節較康淑玲為輕，原判決對其量處較重之
29 刑，顯然輕重失衡云云，而據以指摘原判決量刑不當，亦非
30 適法之第三審上訴理由。

01 八、聯合國西元1989年兒童權利公約（下稱童權公約）所揭示保
02 障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。而
03 適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國
04 兒童權利委員會對公約之解釋，童權公約施行法第2條及第3
05 條定有明文。童權公約第3條規定：所有關係兒童之事務，
06 無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關作
07 為，均應以兒童最佳利益為優先考量。又第9條第1項明定
08 「兒童不應與父母分離」原則，但主管機關依據所適用之法
09 律及程序，經司法審查後，判定兒童與其父母分離係屬維護
10 兒童最佳利益所必要者，不在此限；第18條、第20條亦規定
11 家長責任、兒童喪失家庭環境與替代照料等攸關兒童最佳利
12 益事項。參照聯合國兒童權利委員會第14號一般性意見第
13 14、28、36、69點之解釋，童權公約第3條「兒童最佳利益
14 原則」之適用，固非僅限於兒童本身為主體或兒童成為被害
15 客體之刑事案件，尚包括因家長觸犯法律而受影響之兒童。
16 依原判決事實之認定及理由之說明，原審經由刑事司法審判
17 程序，論處蘇后汶與法人之行為負責人共同非法經營銀行業
18 務罪刑，已考量蘇后汶於原審所陳其須扶養3名未成年子女
19 等情狀（見原審卷八第177頁），並審酌其此等家庭生活狀
20 況而為量刑，並無違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，
21 再衡諸蘇后汶所犯之罪，危害社會金融交易秩序，其身為人
22 母，自身行為已有嚴重偏差，令其入監服刑，使其與子女隔
23 離，不致妨害子女之身心健全發展，並未影響兒童之最佳利
24 益，亦無違反前述公約之情形。又蘇后汶於原審雖曾聲請委
25 請社工訪視其3名未成年子女，以證明法院依童權公約，於
26 量刑時應考量父母服刑對兒童照顧之影響等事項（原審卷七
27 第111、457頁），然原審最後審判期日經審判長詢以「尚有
28 何證據請求調查？」時，蘇后汶之原審辯護人為其答稱
29 「無」，有卷內審判筆錄可查（原審卷八第157、158頁）。
30 而原審斟酌前揭相關事證，認此部分事證已臻明確，且因欠
31 缺調查之必要性，未就該部分再行調查，亦無調查職責未盡

01 之違法可言。蘇后汶上訴意旨猶執童權公約之規定，且以原
02 審未調查上開事項，而謂原審未查明對其予以緩刑，是否較
03 符合兒童之最佳利益，顯有違誤云云，據以指摘原判決違
04 法，尚非合法之第三審上訴理由。

05 九、第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎
06 ，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據而資為第
07 三審上訴之適法理由。胡淑茹、胡雅芳、黃素真、陳曉萍於
08 原審未主張其等對於如原判決附表七所示獲取之獎金之犯罪
09 所得，皆無事實上處分權等情，乃其等於上訴本院後，始為
10 上開主張，顯係在第三審主張新事實，依上述說明，同非適
11 法之第三審上訴理由。

12 十、檢察官及蘇張淑惠等7人其餘上訴意旨，均非依據卷內訴訟
13 資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒
14 就原判決已明確論斷說明之事項，暨不影響於判決結果之枝
15 節問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違
16 法情形不相適合。揆之首揭說明，應認檢察官及蘇張淑惠等
17 7人對於原判決此部分之上訴，均為違背法律上之程式，予
18 以駁回。

19 十一、蘇張淑惠、蘇后汶及蘇怡芬另聲請提案大法庭，聲請意旨
20 略以：1.關於法院於量刑時，是否應委請專家協助被告之未
21 成年子女向法院陳述意見，及是否應審酌兒童最佳利益等法
22 律爭議，本院111年度台上字第700號判決均採肯定說，惟本
23 院109年度台上字第3696號、109年度台上字第1310號、110
24 年度台上字第6288號、112年度台上字第4843號等判決均採
25 否認說，前揭本院裁判見解之歧異，應以均採肯定說較妥，
26 且該法律爭議具有原則重要性，影響本件裁判結果。2.關於
27 共同正犯被吸收之資金，是否列入銀行法第125條第1項後段
28 「因犯罪獲取之財物或財產上利益」之法律爭議，本院102
29 年度第13次刑事庭會議決議，認為共同正犯被吸收之資金應
30 列入，不應扣除。該決議係套用沒收犯罪所得之概念，惟銀
31 行法第125條第1項已於107年1月31日修正，將用語「犯罪所

01 得」修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，自不應繼
02 續沿用源自上述概念之決議內容。再者，於共同正犯亦為投
03 資人之情形，其投資人之身分亦為銀行法所要保護之對象，
04 如依該決議見解，將發生投資越多，受害越重，產生以重罰
05 作為保護手段之不合理現象，故應認共同正犯被吸收之資
06 金，不應列入「因犯罪獲取之財物或財產上利益」。為此爰
07 依法院組織法第51條之4規定提出聲請提案大法庭等語。惟
08 查：

- 09 (一) 法院組織法於108年1月4日修正公布，增訂最高法院應設大
10 法庭，裁判法律爭議，同年7月4日施行。本次修法，明定向
11 大法庭提案機制為最高法院各庭「自行提案」及「當事人聲
12 請提案」二種。「自行提案」又因提案事由不同，分為「歧
13 異提案」與「原則重要性提案」，前者係「義務提案」，後
14 者為「裁量提案」。「當事人聲請提案」則係為周全當事人
15 程序參與權之保障，賦予其在先前裁判已產生歧異或具有法
16 律原則重要性之爭議時，得促請受理案件之各庭向大法庭行
17 使提案之職權。惟不論何種提案，必以受理之案件有採該法
18 律見解為裁判基礎者，始有提案之必要；而在歧異提案，除
19 就應遵守有關訴訟程序之法令，作出不同判斷外，必須受理
20 之案件與先前數裁判，就相同性質之事實，其法律問題所持
21 之見解歧異，始有提案之義務。本件關於蘇張淑惠、蘇后汶
22 及蘇怡芬前開聲請意旨¹所指關於法院於量刑時，是否應委
23 請專家協助被告之未成年子女向法院陳述意見之法律爭議部
24 分，細譯其所指本院相關判決內容，本院111年度台上字第
25 700號判決敘明：法院量刑審酌兒童最佳利益時，倘當事
26 人、辯護人、告訴代理人對於其評判已見爭執，而有予以調
27 查釐清之必要，允宜視個案需求，委由與兒童心理、發展等
28 相關領域之專業人員或機關、團體實施鑑定，以取得與兒童
29 最佳利益要素有關的事實（包括兒童之意見與溝通）、資訊
30 與鑑定意見，而得資為量刑之重要參考依據等旨，而本院10
31 9年度台上字第3696號判決則敘明：依據聯合國兒童權利委

01 員會第12號一般性意見第32、33、34點，以涉及兒童本身為
02 主體之司法及行政程序，賦予兒童發表意見權等旨。前者乃
03 闡述法院量刑審酌兒童最佳利益時，於必要時實施鑑定以獲
04 取包括兒童之意見與溝通等該利益有關之事實，作為量刑之
05 重要參考依據等情；後者指出以涉及兒童本身為主體之司法
06 程序，應使兒童陳述意見之意旨。則前後二則判決，並無歧
07 異。至於本院109年度台上字第1310號、110年度台上字第62
08 88號、112年度台上字第4843號等判決，就司法程序賦予兒
09 童陳述意見權之事項，並未表明與該二則判決歧異之見解，
10 即無聲請意旨所指本院先前裁判就該法律爭議已有複數紛歧
11 見解之情形。另上開聲請意旨1.關於法院於量刑時，是否應
12 審酌兒童最佳利益之法律爭議，因原判決已審酌蘇后汶須扶
13 養3名未成年子女之家庭生活狀況而為量刑，並未影響兒童
14 之最佳利益，而無違反童權公約所揭示「兒童最佳利益原
15 則」之情形，業如前述，是本件上訴適法與否之判斷，並未
16 以該法律爭議之見解為裁判基礎，尚難認有向大法庭提案之
17 必要。依上開說明，前開聲請意旨1.部分之聲請，核與法院
18 組織法第51條之4第1項歧異提案之要件不合。

19 (二)法院組織法第51條之4第1項所謂法律見解具有原則重要性，
20 係指法律見解有促使法律續造之價值，或因屬新興、重大且
21 普遍性之法律問題，乃有即時、預為統一見解之必要性而
22 言。而原則重要性提案係採「裁量提案」，亦即其提出與
23 否，由審判庭行合義務性裁量。關於童權公約有關兒童陳述
24 意見之事項，本院相關見解尚無歧異，已如前述，本院復審
25 酌前開聲請意旨1.所持法律見解，並無促進法律續造及預為
26 統一見解之必要性，即無提出原則重要性提案之必要。

27 (三)本院刑事大法庭設置目的之一為統一本院刑事庭各庭間歧異
28 之法律見解，在大法庭設置前，本院係以選編判例及召開民
29 事庭會議、刑事庭會議或民刑事庭總會議作成決議之方式統
30 一見解。準此，倘若就某法律爭議，本院先前裁判雖出現歧
31 異看法，但已透過選編判例或作成刑事庭會議、民刑事庭總

01 會議決議之方式統一見解，事後即不再有裁判歧異之問題，
02 在大法庭設置後，當無就同一法律爭議在判例選編或決議作
03 成前之見解歧異裁判，以歧異提案開啟大法庭程序之必要，
04 此觀法院組織法第51條之2之立法理由亦明。本件關於聲請
05 意旨2所述之法律爭議，本院已於102年9月3日102年度第13
06 次刑事庭會議，對於銀行法第125條第1項後段之規定吸收之
07 資金，其「犯罪所得」（嗣經修正為「因犯罪獲取之財物或
08 財產上利益」）達1億元以上者，加重其刑責，其犯罪所得
09 計算之相關問題，其中就共同正犯被吸收之資金是否列入其
10 犯罪所得之法律爭議，已作成決議表明「銀行法第125條第1
11 項後段所處罰非法經營銀行業務之行為，共同正犯被吸收之
12 資金，自應列入其犯罪所得，不應扣除」等旨，嗣銀行法第
13 125條第1項後段所規定「犯罪所得」，雖於107年1月31日修
14 正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，惟此決議意旨仍
15 為本院現今統一之見解，不生裁判歧異之問題。而聲請意旨
16 復未能說明在上開決議作成後，就同一法律爭議，有何裁判
17 採取異於上述決議之見解，是前開聲請意旨2，與法院組織
18 法第51條之4第1項歧異提案之要件不合。至銀行法第125條
19 雖迭於107年1月31日、108年4月17日經修正公布，然依107
20 年1月31日修正之立法說明載敘：「原第1項後段係考量犯罪
21 所得達新臺幣1億元對金融交易秩序之危害較為嚴重而有加
22 重處罰之必要，惟『犯罪所得金額達新臺幣1億元』之要件
23 與行為人主觀之惡性無關，故是否具有故意或認識（即預
24 見），並不影響犯罪成立，是以犯罪行為所發生之客觀結
25 果，即『犯罪所得』達法律擬制之一定金額時，加重處罰，
26 以資懲儆，與前開刑法係因違法行為獲取利得不應由任何人
27 坐享之考量有其本質區別。鑑於該項規定涉及罪刑之認定，
28 為避免混淆，造成未來司法實務上犯罪認定疑義，該『犯罪
29 所得』之範圍宜具體明確。另考量變得之物或財產上利益，
30 摻入行為人交易能力、物價變動、經濟景氣等因素干擾，將
31 此納入犯罪所得計算，恐有失公允，故宜以因犯罪行為時獲

01 致之財物或財產上利益為計，不應因行為人交易能力、物價
02 變動、經濟景氣等因素，而有所增減，爰修正第1項，以資
03 明確」等旨，以及108年4月17日修正之立法說明載稱：「1
04 億條款的立法本旨，在於吸金規模越大，影響社會金融秩序
05 就越重大，更何況違法吸金本來就是空頭生意，所有資金都
06 來自於被害人，若要全部扣除就根本沒有吸金所得，遑論還
07 要達到1億元，顯然違反立法本旨」等旨，可見本院上開刑
08 事庭會議決議所採之法律見解，與銀行法上述歷次修正之立
09 法意旨並無不合，即無因法律修正引發新法律問題之情形，
10 而本院審酌前揭法律爭議既經本院統一見解，適用上已無疑
11 義，亦無以該法律爭議具有原則重要性而予提案之必要。

12 (四)綜上，蘇張淑惠、蘇后汶及蘇怡芬前開聲請提案予本院刑事
13 大法庭，均為法律上不應准許，本院自無向大法庭提案之必
14 要，併此敘明。

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

17 中 華 民 國 114 年 1 月 9 日

18 刑事第二庭審判長法官 徐昌錦

19 法官 何信慶

20 法官 江翠萍

21 法官 張永宏

22 法官 林海祥

23 本件正本證明與原本無異

24 書記官 邱鈺婷

25 中 華 民 國 114 年 1 月 13 日