

最高法院刑事判決

113年度台上字第4443號

上訴人 謝昕儒

張淑勤

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國113年7月23日第二審更審判決（112年度重金上更一字第7、8號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署105年度偵字第12457號；追加起訴案號：同署106年度偵字第19659號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第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理由，係屬法定要件。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。至原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人謝昕儒、張淑勤有如其犯罪事實欄所載犯行，因而撤銷第一審有關謝昕儒、張淑勤部分之科刑判決，並就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引用適用之法條（銀行法第125條第1項前段非法經營銀行業務罪），改判論處謝昕儒、張淑勤與法人之行為負責人，共同犯銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務罪刑，以及諭知相關沒收、追

01 徵。已詳為敘述調查、取捨證據之結果，以及憑以認定犯罪
02 事實之得心證理由。並就謝昕儒、張淑勤否認犯罪所辯各
03 節，如何不可採取，予以論述、指駁。其所為論斷說明，俱
04 有卷內訴訟資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以
05 影響其判決結果之違法情形存在。

06 三、上訴意旨略以：

07 (一)謝昕儒部分

- 08 1.原判決未說明謝昕儒與第一審、上訴審共同被告薛晴襄、
09 陳建中、陳碧珠(以上3人均經判刑確定)等人間，如何有
10 犯意聯絡及行為分擔，逕認謝昕儒應成立共同正犯，有理由
11 欠備之違法。
- 12 2.謝昕儒所辯其無對不特定多數人招攬投資之情事，依與其
13 有關之投資人，均係其三親等內之至親一節，足為佐證。
14 則謝昕儒與家族親友共計投資新臺幣(下同)2,267萬3,350
15 元，占招攬金額65%以上，足認謝昕儒應為不法吸收資金
16 之單純被害人，而非所謂共同正犯。原判決逕認謝昕儒參
17 與向不特定多數人招攬投資犯行，有適用證據法則不當之
18 違法。
- 19 3.謝昕儒已抗辯薛晴襄所提出之巨龍會群組每日戰報內容，
20 並不實在。原審未就此調查，於無薛晴襄逐筆給付、謝昕
21 儒確實領取佣金之證據可佐之情形，逕採謝昕儒於偵查中
22 之供述、所謂上述戰報及獎金試算表，據以估算謝昕儒所
23 取得之佣金。又此就謝昕儒取得佣金之時間而言，並不符
24 合投資人投資之時間。況謝昕儒自己所投資之金額，既無
25 取得佣金之證據可憑，原判決未予以扣除，並非正確。原
26 判決就逕行估算謝昕儒之犯罪所得，宣告沒收，顯然過
27 苛，並有適用法則不當及理由矛盾之違誤。
- 28 4.原判決未審酌謝昕儒招攬之投資人均屬親朋好友，且所受
29 損失最大，符合刑法第59條酌量減輕其刑規定。原判決未
30 酌減其刑，致量刑過重，有適用法則不當之違法。

31 (二)張淑勤部分

01 1.卷附獎金之入帳日，與「Terisa-獎金」單據(下稱獎金簽
02 收單)上張淑勤之簽名及核發日期，均非同一日，可證明
03 獎金簽收單之記載，並不實在；張淑勤未曾在業務承攬合
04 約書及人事資料表上簽名，各該文件亦非實在。況張淑勤
05 在臺灣臺中地方法院105年度重訴字第46號民事事件(下稱
06 民事事件)係證人，該事件之證據資料應經張淑勤確認
07 後，始得採為認定本件犯罪事實之證據。原審引用民事事
08 件之獎金簽收單、業務承攬合約書及人事資料表作為證
09 據，並未踐行調查證據程序，逕行採為不利於張淑勤之認
10 定所憑證據，有採證認事違反證據法則及應於審判期日調
11 查之證據而未予調查之違法。

12 2.張淑勤領取之面額33萬2,500元支票，已退還薛晴襄22萬5
13 00元，僅扣留3%即10萬5,000元手續費作為佣金。原判決
14 既無張淑勤取得佣金之證據可憑，逕為認定張淑勤領取73
15 萬6,250元佣金，有適用證據法則不當之違法。

16 3.紀雅婷、江淑霞係陳建中所招攬之投資人，又徐淑珍為謝
17 昕儒所招攬、吳垂芬是自行投資，與張淑勤無關。原判決
18 認定張淑勤招攬紀雅婷、江淑霞、徐淑珍及吳垂芬投資，
19 並因此獲取佣金，有適用證據法則不當之違法。

20 四、經查：

21 (一)卷查，原審審判長於民國113年6月25日審判期日，已向檢察
22 官、謝昕儒、張淑勤及其等辯護人逐一提示、調查證據，並
23 由彼等表示意見，此證據清單中包含民事事件卷內之供述證
24 據及非供述證據(見原審重金上更一第7號卷一第314、315、
25 328至330頁)。況張淑勤否認真正之獎金簽收單、業務承攬
26 合約書及人事資料表，其辯護人於辯護時亦就此表示意見及
27 辯論(見同卷第362、363頁)，張淑勤之辯護權已獲實質保
28 障。此部分張淑勤上訴意旨，未具體指出原審未提示、調查
29 何項已引用並足以影響判決結果之證據，泛言指摘：原審未
30 調查民事事件卷內之證據違法云云，難認係合法上訴第三審
31 之理由。

01 (二)證據的取捨、證據證明力的判斷及事實的認定，都屬事實審
02 法院的自由裁量、判斷職權；此項裁量、判斷，倘不違反客
03 觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指。

04 按共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍內，各自分擔犯
05 罪行為之一部，彼此相互利用他人之行為，並以其行為互為
06 補充，以完成共同之犯罪目的，非僅就自己實行之行為負
07 責，對於其他共同正犯所實行之行為，亦應共同負責。且共
08 同正犯之成立，祇須具有犯意聯絡，行為分擔，既不問犯罪
09 動機起於何人，亦不必每一階段犯行，均經參與。此犯意聯
10 絡，不僅限於明示，縱屬默示，亦無不可，且無論事前或事
11 中皆同，均應對於出於共同犯罪意思範圍內，各自分擔犯罪
12 行為之一部所生之全部結果共同負責。又共同正犯之意思聯
13 絡，原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦
14 包括在內，亦無礙於其為共同正犯之成立。

15 違反銀行法之犯罪行為人與投資者並非兩立，資金投入者固
16 具被害人之地位，然被害人若兼具招攬他人投資以非法吸收
17 資金之身分，而與其他吸收資金者，有犯意聯絡及行為分擔
18 者，應論以共同正犯。

19 銀行法所稱收受存款，謂向不特定多數人收受款項或吸收資
20 金，並約定返還本金或給付相當或高於本金之行為，銀行法
21 第5條之1定有明文。又非銀行不得收受存款業務；以借款、
22 收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之
23 人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅
24 利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論，銀行法第29
25 條第1項、第29條之1亦分別定有明文，違反前揭規定者，應
26 依同法第125條第1項處罰。上開所稱不特定多數人或不特定
27 人，乃特定多數人之對稱，係指不具有特定對象，可得隨時
28 增加者之謂。故銀行法第125條關於處罰非銀行不得經營收
29 受存款業務之規定，祇須行為人係向不特定多數人收受款項
30 或資金而合於上開要件且繼續反覆為之者，即足當之。

01 原判決依憑謝昕儒、張淑勤不利於己部分之供述，佐以證人
02 薛晴襄、吳家豪、陳碧珠、張雲珍、張國榮、陳明琴、石孫
03 玉琴、許町子、張汶珊、廖美華、唐曉雯、游慧君、葛婉
04 真、陳鳳珠、紀雅婷、江淑霞、吳垂芬、徐淑珍等人之證
05 詞，並參酌原判決理由欄（包括其附表〈下稱附表〉）所載
06 之證據資料，而為謝昕儒、張淑勤前揭犯罪事實之認定。

07 並進一步說明：謝昕儒供承：其與巨龍資產管理有限公司
08 （下稱巨龍公司）簽署業務承攬契約，實際上曾收取介紹投
09 資之佣金等情，陳碧珠、張雲珍、張國榮、陳明琴、石孫玉
10 琴、許町子、張汶珊、廖美華、唐曉雯、游慧君、葛婉真、
11 陳鳳珠等人證述，其係謝昕儒介紹投資、收取或提供彼等投
12 資金額匯款之帳戶，並強調固定獲利，以及謝昕儒招攬附表
13 二編號3、5至15、27至30所示之投資人投資，並取得佣金；
14 本件附表二所示投資人已達30人，且薛晴襄在網站上設置廣
15 告文宣、海內外說明會推銷投資方案，投資者間相互介紹，
16 可見係招募不特定人參與投資。謝昕儒、張淑勤既知悉上
17 情，猶各自直接、間接招攬投資，雖未參與每一階段犯行，
18 仍應負全部共同正犯責任。又紀雅婷、江淑霞、吳垂芬、徐
19 淑珍證述，其係經由張淑勤招攬投資等情；薛晴襄交付張淑
20 勤兌領之面額33萬2,500元支票，與依承攬合約書之約定，
21 即江淑霞投資350萬元，應給付張淑勤之佣金相符；張淑勤
22 曾逐一於獎金簽收單各該領取人欄位簽名及記載核發日期，
23 可以證明張淑勤確有領取介紹徐淑珍、吳垂芬、江淑霞投資
24 之佣金等旨。其所為論斷說明，尚與經驗法則、論理法則不
25 悖，揆之上開說明，不能任意指為違法。

26 原判決復說明：本件附表二所示投資人(即被害人)有30人，
27 分別由薛晴襄、謝昕儒、張淑勤、陳建中等人所招募，招募
28 之方法及對象均係屬不特定多數人，謝昕儒應就共同正犯之
29 一部行為，負全部責任之旨。況謝昕儒所招攬之陳碧珠，亦
30 有再招攬其他投資者情事(見附表二編號23至26所示投資情
31 形欄)，顯見因謝昕儒招攬投資之犯罪行為，存在間接之被

01 害人，使本件投資之對象存在隨時可增加之狀態，已該當於
02 「不特定多數人」之要件。

03 原判決雖漏未說明謝昕儒兼具投資人身分，如何不影響其為
04 共同正犯，以及某真實姓名年籍不詳男子如何與薛晴襄及謝
05 昕儒、陳建中、張淑勤成立共同正犯之理由。然原判決已認
06 定及說明：薛晴襄為巨龍公司之實質負責人，與不具公司負
07 責人身分之謝昕儒、張淑勤、陳建中等人，依刑法第31條第
08 1項前段規定，論以謝昕儒等人與公司之行為負責人共同犯
09 非法經營銀行業務罪之旨。因此，縱除去該不詳姓名之人，
10 謝昕儒亦應依刑法第31條前段規定，與薛晴襄成立共同正
11 犯。原判決上開微疵，仍不影響判決結果，不得據為合法上
12 訴第三審之理由。

13 卷查，原審於112年6月21日準備程序期日，受命法官調查巨
14 龍會群組每日戰報之證據能力，以及同年6月25日審判期
15 日，審判長提示上述證據後，謝昕儒及其選任辯護人均表示
16 「沒有意見」等語(見重金上更一第7號卷一第174、175、33
17 2、333頁)，迄言詞辯論終結前，均未就該證據表示意見。
18 又原審審判長於上述審判期日，詢問就犯罪事實，尚有何證
19 據請求調查時，謝昕儒及其辯護人均表示「沒有」等語(見
20 原審卷(一)第335頁)。則原判決引用巨龍會群組每日戰報，作
21 為認定謝昕儒犯罪事實所憑證據之一，於法尚屬無違。謝昕
22 儒上訴意旨任意指摘：原審未調查巨龍會群組每日戰報，有
23 應於審判期日調查之證據而未予調查之違法云云，同非適法
24 之第三審上訴理由。

25 原判決不採信謝昕儒、張淑勤之辯解，已詳為敘述其所憑之
26 證據，並綜合卷內各項對謝昕儒、張淑勤有利、不利之訴訟
27 資料，詳為說明其得心證之理由。此屬原審採證認事職權行
28 使之事項，且與經驗法則、論理法則無違，不得任意指為違
29 法。謝昕儒、張淑勤上訴意旨仍執陳詞指摘，或不影響判決
30 之結果，或泛言：原判決有調查職責未盡、理由欠備，或應

01 於審判期日調查之證據未予調查之違法云云，自非合法之上
02 訴第三審理由。

03 (三)刑法第59條酌量減輕其刑，乃實體法上賦予法院得為裁量之
04 事項，且以於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般人之同
05 情，認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適
06 用。其審酌事項固不排除刑法第57條所列舉之事由，但仍以
07 犯罪有其特殊之原因與環境為必要。

08 謝昕儒上訴意旨所指犯罪情狀，包括其犯後身心狀態，僅係
09 刑法第57條所定科刑輕重應審酌之事項，並非即為客觀上有
10 特殊原因足以引起一般同情而顯可憫恕之情形。且依原判決
11 量刑審酌事項之說明，亦無量處以所犯之罪最低度刑，而仍
12 嫌過重之情。是謝昕儒既未於原審審判期日言詞辯論時，請
13 求適用刑法第59條酌量減輕其刑規定(見重金上更一第7號卷
14 一第364頁)。則原判決未依刑法第59條規定酌量減輕其刑，
15 亦未就此說明，於法尚無不合。此部分謝昕儒上訴意旨，泛
16 詞指摘：原判決未予以酌減其刑，有適用法則不當之違法云
17 云，並非適法之第三審上訴理由。

18 (四)量刑之輕重，係屬法院得依職權裁量之事項，苟法院於量刑
19 時，已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，
20 又未顯然濫用其職權，即不得遽指為違法。共同正犯或同案
21 被告之量刑，因各自參與犯罪程度不同而異其刑度，以符合
22 罪責相當原則，尚難單純以共同正犯之量刑不同，任意指摘
23 判決違法。

24 原判決說明：審酌謝昕儒為獲得佣金，招攬被害人投資，而
25 受有損失之程度等一切情狀之旨，而為量刑。既未逾法定刑
26 度，亦無明顯濫用裁量權，而有違反比例原則或公平正義之
27 情形，核屬原審量刑裁量職權之適法行使，尚難指為違法。
28 至共同正犯之量刑應審酌之事項未盡相同，致量刑結果有
29 異，並無不可，不能單純以此逕認原判決之量刑違法。謝昕
30 儒此部分上訴意旨，猶任意指摘：原判決所為量刑過重違法
31 云云，自非適法之第三審上訴理由。

01 (五)原判決已說明：沒收謝昕儒犯罪所得之對象，係以附表二編
02 號3、5至15、27至30所示之投資人(被害人)投資總額8%，估
03 算佣金，且無過苛之虞等旨(見原判決第40、41頁)。並未包
04 含謝昕儒自己投資之金額，亦無衡量被害人之損害與沒收金
05 額比較，已有失衡，或沒收金額鉅大，而有過苛之情形。此
06 部分謝昕儒上訴意旨指摘：原判決未扣除其投資部分之佣金
07 違法、沒收有過苛之虞云云，同非合法上訴第三審之理由。

08 五、綜上，謝昕儒、張淑勤上訴意旨係就原審採證、認事及量刑
09 裁量職權之適法行使，或原判決已明白論斷說明之事項，仍
10 持己見，漫為指摘違法，或單純就犯罪事實有無，再為爭
11 執，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。至於謝昕儒、
12 張淑勤其餘上訴意旨，均非確實依據卷內訴訟資料，具體指
13 摘原判決有如何違背法令情形。本件謝昕儒、張淑勤之上
14 訴，均為違背法律上之程式，應予駁回。

15 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

16 中 華 民 國 113 年 12 月 5 日

17 刑事第四庭審判長法官 李錦樑

18 法官 周政達

19 法官 蘇素娥

20 法官 林婷立

21 法官 洪于智

22 本件正本證明與原本無異

23 書記官 杜佳樺

24 中 華 民 國 113 年 12 月 9 日