最高法院刑事判決

114年度台上字第1305號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官陳彥章

上　訴　人

即　被　告　楊大業（原名楊三業）

選任辯護人　包盛顥律師

被　　告　林璿霙（原名林濬騰、林亮廷）

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民國113年12月26日第二審判決（108年度金上訴字第29號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署106年度偵字第37250號、107年度偵字第6100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。

二、本件原判決撤銷第一審關於論處上訴人即被告楊大業（原名楊三業）、被告林璿霙（原名林濬騰、林亮廷，下與楊大業

合稱被告等）共同法人之行為負責人犯非銀行不得經營收受存款業務罪之有罪判決，均變更起訴法條，改論處被告等共同法人之行為負責人犯非銀行不得經營收受存款業務，犯罪所獲取之財物或財產上之利益達新臺幣（下同）1億元以上之罪刑（分別處楊大業有期徒刑4年、林璿霙有期徒刑4年2月），並各為如原判決附表（下稱附表）A編號1、2所示之沒收（追徵），已詳敘其調查證據之結果及證據取捨並認定犯罪事實及為沒收（追徵）之理由；所為論斷，均有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決關於被告等部分尚無足以影響判決結果之違背法令之情事。

三、楊大業及檢察官之上訴意旨，分述如下：

（一）楊大業部分：投資人從本案借貸合約投資案、太陽能光電廠收購契約中所取得之報酬不盡相同，有低至年利率5%情形，原判決理由欄略謂該等報酬均高於定存，顯未調查究明當時之經濟及社會狀況，審酌所支付之紅利在客觀上是否較一般債務之利息顯有特殊之超額。另未說明其何以認定伊因遭人檢舉而羈押時，伊招攬投資之行為即行終止，有調查職責未盡及理由不備之違誤。

（二）檢察官部分：

1.原審認為被告等應負責之非法經營收受存款業務（下稱吸金）之總額各為1億4131萬8738元、1億4361萬8738元（見附表6），且均實際掌控運用吸金之金額，其等參與程度甚深，危害金融秩序嚴重，但卻僅以其等坦承犯行並與部分被害人達成和解為由，即認其等均有刑法第59條酌減其刑規定之適用，未進一步詳加闡述客觀上其等行為究有何特殊之原因、環境或背景，如科以法定最低度刑，有何足以引起一般人同情之情形，判決理由未備。

2.關於借貸合約投資案部分，依附表2編號7ab、11ab、12abc、21a、23abc、47至95之記載，其吸金規模應為5865萬5610元（即附表6編號81至129合計總額，其中編號81、92、93部分依起訴書之記載應各為500萬、50萬及30萬

元），即便以合約記載之首付價金計算，亦僅為6101萬5610元，但原判決估算為該部分之所獲取財物計6155萬5610元，並據此計算本案應沒收（追徵）之財物，有判決理由前後矛盾之違誤。再原審僅因被告等之供述即認定被告等與楊朝富共同在民國105年8月前非法吸金所獲取之財物2466萬元，因楊朝富捲款潛逃而全部未由被告等實際取得，然100年間起被告等與楊朝富共同經營之富柏財務顧問股份有限公司（下稱富柏公司）另有其他投資收入，原審並未說明並調查渠等此期間所共同吸金之所得財物是否全數由楊朝富取走，即扣除此時期之吸金所得，除理由矛盾之外，亦有調查職責未盡之違誤。

四、惟：

（一）證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。原審已依調查證據之結果，依經驗法則、論理法則定其證據取捨，並說明其認定被告等均為原判決事實欄（下稱事實）一所示之富柏公司、富懿投資有限公司（下稱富懿公司）、正見實業股份有限公司等法人之行為負責人，並有事實二所載，與朱孟妁、廖家楹（上2人於原審合併判決後，檢察官亦不服該2人之判決，提起上訴，現由本院114年度台上字第1321號審理中）、楊朝富（楊朝富僅參與105年8月前之吸金部分，與被告等停止羈押後另行起意之吸金犯行部分，均經原審法院合併以113年度金上重訴字第9號判處其等罪刑，經本院〈案號：114年度台上字第1275號〉以上訴不合法律上之程式，駁回上訴，業已確定，下稱另案）基於違反非銀行法不得經營收受存款業務之犯意聯絡，以上開公司等名義推出「借貸契約書」、「委任契約書」、「不動產共同買賣契約」、「特定融資租賃合作契約」、「外匯操作合作契約書」等投資方案（下合稱借貸契約投資案），對外招攬附表2「投資人」欄編號7ab、11a、12ab、21a、23ab

c、47至91、93、95（本院按：附表2編號95「押前（本案一）」欄漏載「※」字；編號92則為贅載）所示之人簽定投資契約而共同非法吸收資金，並有事實三所載，以同一犯意聯絡，先由富懿公司與就此部分有犯意聯絡之施慶鴻（與被告等停止羈押後另行起意之犯行部分，業經另案判處罪刑確定）所負責之鼎笙國際股份有限公司（下稱鼎笙公司）簽訂太陽能光電廠承攬契約書，再對外以富柏公司名義向附表1「投資人」欄編號6、7、9至12、14至18、19a、20、21a、22、23、26所示之人，宣稱如繳交合約中之首付金額即可獲取如附表3之報酬而共同非法吸收資金，並由鼎笙公司給付佣金，另有事實四所載，共同向附表2「投資人」欄編號1至3、4a、5cde、6、7cd、8所示之人鼓吹太陽能光電廠附買回投資方案，共同非法吸收資金之得心證理由，經核原判決之採證認事，與經驗法則、論理法則無悖，亦無理由矛盾或理由矛盾違誤情形。再：

1.銀行法第29條之1規定「以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之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利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論。」所稱「與本金顯不相當」，應參酌當時當地之經濟及社會狀況，如約定或給付顯然超出一般銀行定期存款之利率，即能使多數或不特定人受該行為人提供之優厚利息所吸引，容易交付資金予該行為人，致影響社會經濟秩序，而足認與該條所定要件相符。原判決認定楊大業有向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金而約定或給付與本金顯不相當之利息，係依憑被告等及原審併案審理之同案被告朱孟妁、廖家楹之自白，以及附表1、2「承攬契約書、投資匯款單據」欄、附表3「資料出處」及「備註」欄、附表4「資料出處」欄、附表5「計算說明」欄所示之非供述證據及附表1、2「筆錄」欄所示之供述證據等證據之調查結果而為論斷，其所認定「借貸契約投資案」保證獲取年利率5%至12%，20年

電廠報酬如附表3，附買回投資案6%至19%，均遠高於國內合法金融機構105年至107年間公告之1年期定存利率，已達足使社會大眾難以抗拒而輕忽低估風險之程度，自屬銀行法第29條之1之「與本金顯不相當之報酬」之「準收受存款」，此部分屬原審採證認事職權之合法行使，核其論斷說明，係綜合調查所得之各直接、間接證據而為論斷，要無楊大業上訴意旨所指調查職責未盡及理由欠備等違法可言。

2.按銀行法第29條之1、第29條之條文構成要件內涵，本質上具有反覆、延續性之行為特質，屬具有預定多數同種類行為將反覆實行之集合犯罪，而將數同種類行為評價為包括一罪，故行為人基於單一或概括犯意而反覆實行前述構成要件行為，固應論以包括一罪，但如果行為人於反覆實行前述犯行後，因故停止其反覆實行之行為，復於其後再起意而反覆實行同種類之行為，既屬另行起意而為，即無從以其前後之行為種類相同即謂其前後行為應為一罪之評價。原判決認定被告等於106年12月14日因違反銀行法案件被查獲而於106年12月14日至107年2月7日遭羈押，於107年2月7日羈押出所後再另行起意吸金（被告等羈押出所後之吸金犯行，下稱「後行為」），已詳載被告等因本案吸金犯行遭查獲並羈押約2個多月，其於解除羈押出所後再度實行之非法吸金，係另行起意所為等旨（見原判決第5頁），依通常一般人之通念，該等前後行為之時間空間上已非密接，且其前行為反覆實行之停止係因遭查獲不法並受羈押之處分，於停止羈押後再為吸金行為即與前行為之犯意顯非基於單一或概括犯意而為，原判決因認楊大業之後行為屬另行起意之行為，經核與經驗法則、論理法則無違。又楊大業羈押前吸金犯行與羈押後之吸金犯行既分別在不同時間向不同法院提起公訴，即表示檢察官亦認定前後2案並無實質上一罪關係，原審未於理由內論述其前後行為應分論併罰之旨，乃屬當然，況原審審判長於113

年11月29日踐行調查程序後，詢以「尚有何證據請求調查？」時，檢察官、楊大業及其原審辯護人均答稱：「沒有」等語（見原審卷七第377頁），尚不得以被告等前後行為分別起訴、分別判決即任意指摘原判決理由不備或調查職責未盡。

3.依刑法第38條之2立法說明：「…財產上利益及其孳息，考量其範圍及價額並不具有特定性，爰參考德國刑法第七十三b條之規定，明定在認定顯有困難時，得估算之，以符實務需求。另因犯罪所得之沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰，自不適用嚴格證明法則，僅需自由證明為已足，以表明合理之證明負擔。」等旨，犯罪所得之估算不適用嚴格證明法則，僅自由證明為已足。上開規定所指之「估算」與「計算」不同，前者僅貼近於真實數字而不必等同真實數據。又前述估算過程中如有事實不明而未能確定者，仍有「有疑則利於被告」原則之適用，倘法院對犯罪所得之估算，係本於調查所得事實之連結，基於經驗法則、論理法則而為合理之估算，並非恣意而為，即屬合於義務之裁量，難率指為違法。依卷附資料，上開公司等法人行為負責人原判決事實二所示「借貸投資合約」部分之所得（含本案被告等羈押前及羈押中之吸金金額）經估算為附表2編號7ab、11ab、12abc、21a、23abc、47至95「匯款金額」欄之總和「6155萬5610元」（見原判決第3頁第31列至第4頁第1列；其中編號11b、12c、92、94為被告2人羈押中或吸金款未匯款至公司而僅與朱孟妁、廖家楹相關，此部分不在本案被告等之犯罪所得範圍內，故應予扣除，該扣除之計算方式見原判決第16頁），而附表2編號部分與附表6相應之編號為：編號41ab、45ab、46abc、55a、57abc、81至129，經計算附表6上開編號之「匯款金額」總和亦為「6155萬5610元」，是原判決關於附表2、6之上開記載互核相符，尚無理由矛盾之可言。比對檢察官計算所得之「5865萬5610元」或「6101萬5610

元」既僅指附表6編號81至129「匯款金額」欄所載數字總和或附表2編號47至95「簽約首付價金收購價金」欄所載數字總和，而不包含前述編號中之7ab、11a、12ab、21a、23abc部分，當然會少於原判決所估算之「6155萬5610元」，又檢察官所指附表2「簽約首付價金收購金額」欄前開編號部分之總和固然與該等編號「匯款金額」欄合計之總和不符，且逐一比對各編號之結果，亦有簽約金額與匯款金額不符之情形，或僅合約中有首付款，但並無匯款單據之情形（此即檢察官上訴意旨所指附表2編號47、58、59部分，該等投資方案之首付金合計為580萬元，但同編號之「匯款金額」欄均顯示為空白，又依附表5-1、5-2和解金履行部分，匯款金額欄空白之編號58、59部分，被告等有給付和解金，原審並將此部分和解金扣除），是以從單一投資人之投資金額來看，或有不能前後完整比對之情形，惟原判決既已說明本案因無相關帳冊扣案，致無從完整比對本案犯罪所得，而有犯罪所得認定困難情形，故其以「估算」之方式為之（見原判決第12頁），則其本於上旨依調查所得之「匯款金額」總和估算其犯罪所得大概之數據，是在貼近實際吸金規模中，依調查結果之連結，擇有利於被告等之方式所為之估算，尚不得以逐筆割裂比對並分別計算之結果有不能合致之情形，即指原判決就犯罪所得之估算理由前後矛盾。至原審依被告等之供述，認定富柏公司主管財務及帳戶管領者楊朝富將105年8月之前吸金取得之款項全數捲款潛逃，因而將附表2各編號中屬於105年8月前匯入富柏公司之投資款2466萬元予以扣除，係依據銀行帳戶之管領者為實際取得帳戶內款項者之通常一般人之經驗所為之論斷，況楊朝富究竟捲款金額如何，依卷內資料無法確認，而檢察官於原審審判長詢明：「有無證據請求調查？」時，復表示「沒有」等語，已如前述，原審在檢察官未就被告等105年8月前之吸金行為實際上已分別取得如何數額之所得，提出證明之方法之情形

下，依有疑利於被告之原則，就此部分予以全數扣除而計算被告等之犯罪所得，尚無調查職責未盡之可言。

（二）刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。刑法第59條所謂「犯罪情狀」與刑法第57條所謂「一切情狀」，並非截然不同之領域，於裁判上審酌是否酌減其刑時，固應就犯罪一切情狀（包含刑法第57條列舉之事項），予以全盤考量，惟犯罪情狀是否顯可憫恕而酌量減輕其刑之認定，係法院得依職權裁量之事項，倘法院沿用此職權情事，自難認違法。原判決適用刑法第59條規定，酌減被告等之刑，已說明被告等就事實三之太陽能電廠專案部分係受詐欺、慫恿而投資並進而對外亦參與招攬，其等吸金規模固逾億元，但與吸金數十億元、被害人成千上萬者相較，難以相提並論，被告等已經坦承犯行，案發後迄今復陸續與多數被害人達成和（調）解，金額詳如附表5-1、5-2，如執行過長自由刑，無益於復歸社會並影響後續和（調）解金額之清償，衡酌全案犯罪情節，若處被告等法定最低度刑責，仍嫌過重，客觀上足以引起一般同情之處等旨（見原判決第9至10頁），尚無檢察官所指理由未備之可言。

五、上訴人楊大業以及檢察官之前揭上訴意旨均係徒憑己見，或係就原審之認事用法之適法職權行使，以及原判決已明白說明之事項任意指摘，或係依憑己見，就原審量刑職權之適法行使任意指摘，俱非適法之上訴第三審之理由。其他上訴意旨亦未依據卷內資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首揭說明，楊大業之上訴及檢察官之上訴俱違背法律上之程式，均應予駁回。

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　　114　　年　　6　　月　　19　　日

刑事第三庭審判長法　官　林立華

法　官　王敏慧

法　官　莊松泉

法　官　李麗珠

法　官　陳如玲

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　20　　日