最高法院刑事判決

114年度台上字第1321號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官陳彥章

上　訴　人

即　被　告　朱傳慧（原名朱孟妁、朱芷瑜）

廖家楹（原名廖秀娟）

上 列 1 人

選任辯護人　張進豐律師

魯忠軒律師

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（109年度金上訴字第53號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署108年度偵字第1618、12199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。至原判決究竟有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原審審理結果，認定上訴人即被告朱傳慧、廖家楹（以下合稱被告等）有原判決事實欄所載非法吸金之犯行明確，撤銷第一審之不當科刑判決，改判仍論處被告等共同法人之行為負責人犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪刑併諭知相關沒收、追徵，已詳敘其量刑、沒收審酌之依據及裁量之理由，所為論斷，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略稱：

㈠檢察官部分：

□ 1.原判決認定被告等擔任富懿投資有限公司（下稱富懿公司）、富柏財務顧問股份有限公司（下稱富柏公司）、正見實業股份有限公司（下稱正見公司）、菁楹管理顧問有限公司（下稱菁楹公司，下合稱富懿等4公司）之負責人，實際負責分擔理財課程之講授、投資人理財之教練及參與簽約等事項，為核心成員，參與程度甚深，所為犯行造成被害人眾多，且應負責之吸金總金額，分別為新臺幣（下同）1億9,989萬3,634元及1億9,979萬3,634元，金額甚鉅，危害國家金融秩序，並造成投資人損害。然原判決僅以被告等坦承犯行，與部分被害人達成和解，且朱傳慧已繳回部分犯罪所得為由，認符合犯罪情狀可憫恕之特殊事由，但此為法定刑內裁量之審酌事項，原判決未敘明究竟其等有何特殊之原因、環境或背景，在客觀上確實足以引起一般人之同情等情，遽依刑法第59條規定酌量減輕其刑，有理由不備。

2.依原判決事實認定借貸合約投資案為其附表（下稱附表）2編號7ab、11ab、12abc、21a、23abc及47至95部分，正確估算之吸金規模應為5,865萬5,610元，若以該附表編號47至95簽約首付價金收購價金欄，計算加總亦僅為6,101萬5,610元。乃原判決估算借貸合約投資案部分之犯罪所得卻為6,155萬5,610元，估算之金額顯有矛盾。

3.原判決以被告等及另案判刑確定之被告楊大業、林璿霙（原名林濬騰、林亮廷）（下稱楊大業等4人）供稱公司款項遭楊朝富捲款，旋認民國105年8月前借貸合約投資案招攬之總

金額2,466萬元，全數遭楊朝富捲款。然富柏公司於100年起至105年間，在該投資案招攬期間亦有其他投資，乃原審未經調查即認該期間內之犯罪所得均遭楊朝富捲款予以全數扣除，有調查職責未盡之違法。

㈡朱傳慧部分：

□1.原判決雖以楊大業等4人始終未肯透露如何朋分犯罪所得，又無相關帳冊扣案，及無從透過渠等名下或所使用帳戶匯款資料進行完整比對等由，認定其等犯罪所得顯有困難，而依刑法第38條之2第1項規定進行估算。但其於原審已提出自富柏公司支薪轉帳之中國信託商業銀行（下稱中信銀行）帳戶存摺資料，原審未調取該帳戶資料以比對其於本案之犯罪所得，或說明該等證據資料對於計算本案犯罪所得無助益，有調查職責未盡、理由不備之違法。

2.原判決以楊大業等4人於非法吸金期間或自富懿等4公司領取薪資期間計算朱傳慧之犯罪所得數額，如附表2編號47、48、50、54至57部分係從100年間開始計算。但朱傳慧於103年年底始至富懿等4公司任職，原判決何以將其尚未至公司任職期間其他共同被告所吸收之資金，仍課以其共同應負擔犯罪所得之責任併諭知沒收，違反經驗、論理法則，並有理由不備之違誤。

3.原判決既認朱傳慧業已於偵查中自白，則其所繳交之犯罪所得攸關得否依銀行法第125條之4第2項前段減輕其刑之重要事項，其已於111年12月20日主動繳交犯罪所得226萬730元，縱原審於言詞辯論終結前尚無法確認朱傳慧全部犯罪所得之數額，但基於訴訟照料義務，應再開辯論曉諭其繳納。乃原審未予調查釐清，逕予判決，自有應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

㈢廖家楹部分：

□1.臺灣士林地方檢察署（下稱士林地檢署）108年度偵字第1619、12199號併辦意旨書係以楊大業、林璿霖為被告，而非廖家楹，與起訴書所載之犯罪事實並非同一，非起訴效力所

及。乃原審竟將該併辦書視為與起訴效力所及之同一案件，剝奪廖家楹之審級利益，有未受請求事項予以判決之違法。

2.原判決僅認定其擔任富柏公司、正見公司及菁楹公司之負責人。但卷內並無證據證明其對於富懿公司、鼎笙國際股份有限公司（下稱鼎笙公司）及富英投資有限公司（下稱富英公司）之決策、業務、財務及人事等方面，具有控制支配力，故其與楊大業等人就富懿公司、鼎笙公司及富英公司名義對外招攬資金部分，依刑法第31條第1項規定擬制為銀行法第125條第3項之共同正犯，原判決未依刑法第31條第1項規定減輕其刑，適用法則不當。

3.其於富柏公司僅負責第一線業務之基礎工作，與楊大業、林璿霙等人擔任富柏公司之執行長、營運長，且管理富柏公司行政帳目、對外投資等核心事項迥然不同，又其未參與富懿公司、鼎笙公司及富英公司之事務，原判決就上開公司所涉之犯罪所得，未詳加究明釐清，遽依「平均負擔原則」認定，已超過其實際應負擔之犯罪所得，並影響其應成立之罪名，以及犯罪情節輕重等科刑事項之判斷，有理由矛盾及調查職責未盡之違法。

四、刑事訴訟之審判，係採彈劾主義，亦即不告不理原則，法院對於被告之行為，應受審判之範圍，乃指起訴書（或自訴狀）所記載之被告「犯罪事實」而言。而起訴係一種訴訟上之請求，犯罪已經起訴，產生訴訟繫屬及訴訟關係，法院即有審判之權利及義務。是以起訴書犯罪事實欄內所記載之犯罪事實，皆為法院應予審判之對象。又法律上一罪之案件，無論其為實質上一罪（接續犯、繼續犯、集合犯、結合犯、吸收犯、加重結果犯）或裁判上一罪（想像競合犯及刑法修正前之牽連犯、連續犯），均具單一性，在訴訟法上作為一個訴訟客體，無從分割，縱檢察官僅就其中一部事實起訴者，經法院審理結果，如認為與未經起訴之其他事實均成立犯罪時，依刑事訴訟法第267條規定，其效力及於全部，法院即應就全部犯罪事實為審判，此為起訴效力之擴張；於法

院審判後，除其一部不另為無罪、免訴或不受理之諭知，僅被告就有罪部分提起第二審上訴，該不另為無罪、免訴或不受理諭知部分已確定，並非第二審審判範圍外，即使當事人僅就單一犯罪事實之部分事實提起上訴，有關係之其他部分事實應視為亦已上訴，上訴審法院不得僅就提起上訴部分之事實加以審判，而置有關係之其他部分於不論，刑事訴訟法第348條第2項定有明文，此即上訴不可分原則及例外。

觀之士林地檢署檢察官108年度偵字第1618、12199號併辦意旨書所載被告係楊大業、林璿霙，而該併辦意旨書所載之犯罪事實，與本案起訴書完全相同，該部分亦經第一審對被告等予以審理、判決，而原判決認定附表1（20年電廠專案）、附表2（附買回契約、借貸契約投資案）係楊大業等4人於事實欄所載期間，與施慶鴻等人共同招攬之投資人，而被告等所參與附表1、2所示非法吸金犯行，為集合犯之實質上一罪，並敘明附表1、2所示經檢察官移送第一審或原審併辦暨另案起訴、追加起訴或移送併辦部分，與本案起訴書所載投資人及投資內容或屬相同等旨，為起訴效力所及，乃併予審理，自無廖家楹上訴意旨所指之剝奪其審級利益，及有未受請求事項予以判決之違法。又原判決既認廖家楹為富柏公司、正見公司之董事，亦為菁楹公司負責人，應依銀行法第125條第3項、第1項後段論處罪刑，而其本案非法吸金各犯行具實質上一罪之集合犯關係，雖未細分廖家楹於各吸金行為所犯罪名或刑罰減輕事由，於判決結果不生影響，尚難執為適法上訴第三審之理由。

五、量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，乃事實審法院得依職權自由裁量之事項，故量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在處斷刑範圍內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指為違法或不當，以為第三審上訴之理由。又刑法第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。

原判決就係撤銷第一審被告等不當之科刑判決，重為量刑之審酌判斷，就被告等上揭所犯，已以行為人責任為基礎，綜合審酌其等參與本案非法吸金之期間、分工情形，非法吸收之資金金額甚鉅，危害國家金融秩序，並造成投資人損害，惟就電廠投資案（即附表1）部分，亦係遭施慶鴻詐騙，該等投資案大部分款項流入施慶鴻人頭帳戶，兼衡其等偵審均坦承犯行，與多數被害人和解並實際賠償損害之金額，朱傳慧主動繳回部分犯罪所得之犯後態度等一切情狀，復載敘本案吸金金額固逾億元，但與吸金數十億元、被害人成千上萬之大規模吸金案件，究難相提並論，且倘被告等執行過長自由刑，無益其等日後復歸社會，恐影響和（調）解之後續清償，未必為投資人所樂見，此觀多數告訴人以言詞、書狀陳明或於調解筆錄上記載同意從輕量刑，衡酌全案犯罪情節，認被告等已盡真摯之努力與被害人和解賠償，客觀上有情堪憫恕之情形，乃依刑法第59條規定均酌減其刑之理由，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，分別科處如所示之刑，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越處斷刑範圍，難認有裁量權濫用之違法情形，自不得任意指摘或擷取其中片段執為第三審之上訴理由。

六、銀行法第136條之1規定所指沒收「犯罪所得」之規定，係在澈底剝奪犯罪行為人或其以外之第3人（自然人、法人或非法人團體）因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪，性質上屬類似不當得利之衡平措施。至其餘關於沒收之範圍、方法及沒收之執行方式，仍有刑法第38條之1第5項實際合法發

還排除沒收或追徵、第38條之2第1項之估算、第2項之過苛條款等規定之適用。又依刑法第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。且法院須先就估算基礎之連結事實加以調查審認，再選擇合適之推估方式，在估算過程中，如有基礎事實之調查仍有不明而未能確定者，乃有「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、論理法則而為犯罪所得範圍與價額之合理估算認定，並非恣意而為，即屬合於義務之裁量，難率指為違法。

原判決認楊大業等4人始終未肯透露本案非法吸金之資金流向，又無相關帳冊扣案，復無從透過其等名下或所使用帳戶匯款資料進行完整比對，認定顯有困難，乃依刑法第38條之2第1項規定進行估算，且依原判決事實二所示「借貸投資合約」部分之所得經估算為附表2編號7ab、11ab、12abc、21a、23abc、47至95「匯款金額」欄之總和「6,155萬5,610元」（見原判決第3頁第31列至第4頁第1列、第16至18、20至25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「6,155萬5,610元」，是原判決關於附表2、6之上開記載互核相符，尚無檢察官上訴意旨所指理由矛盾之情形。又原判決既係以「估算」之方式，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。另依附表2編號47、48、50、54至57部分所載，被害人林梅靜等人與富柏等公司簽約之合約存續期間，均逾朱傳慧所稱之任職始日（即103年年底），林梅靜等人既未取回其等投資之金額，亦未經楊大業等4人予以賠償，楊大業等4人自仍保有該部分之犯罪所得，則原判決以楊大業等4人於本案位居核心領導階層，扣除分配員工之薪資或佣金，餘款由渠等朋分，乃依「平均負擔原則」就此部分對朱傳慧諭知沒收、追徵，尚無不合。

七、刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關連性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若僅枝節性問題，或所證明之事項已臻明確，或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺其調查之必要性，未為無益之調查，無違法可言。

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2,466萬元予以扣除，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，況依原審審判筆錄之記載，檢察官對原審審判長提示並告以要旨之楊大業、林璿霙及朱傳慧於警詢或檢察事務官詢問時之陳述，表示沒有意見，審判長於詢問「尚有何證據請求調查？」時，檢察官亦稱「沒有」（見原審卷五第82、84、88、91、110、111、226、227頁）。檢察官於上訴本院時，始主張原審未調查富柏公司於100年起至105年間於投資案招攬期間有無其他投資收入部分，有調查未盡之違法，自非依據卷內資料而為指摘。又朱傳慧固於原審提出其自富柏公司支薪轉帳之中信銀行帳戶存摺資料，然觀之該存摺紀錄，僅有朱傳慧之薪資入帳及日常收支情形，而無從查知富柏公司收受各別投資人款項之犯罪所得或被告等就該所得彼此間之朋分情形，原審

因認欠缺關連性，乃未再為其他無益之調查，尚無違法可指。縱未敘明何以不予調查之理由，亦與判決理由欠備之違法情形有間，朱傳慧上訴意旨執以指摘，要非適法之第三審上訴理由。

八、銀行法第125條之4第2項前段規定：犯第125條之罪，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。

依附表5之2和解金額、和解已實際賠償金額欄所示，朱傳慧與被害人等和解之金額為568萬2,400元，迄至原審言詞辯論終結前，朱傳慧和解實際賠償之金額為僅203萬5,125元，尚未繳交金額仍高達1,044萬5,358元，且其既未於原審言詞辯論終結前，依其與被害人等和解之金額完成賠償，客觀上實已無從期待其能自動繳交全部犯罪所得，則原審雖未再開辯論諭知朱傳慧犯罪所得之數額，亦不能謂有違反訴訟照料義務之違法。

九、綜上，檢察官及被告等之上訴意旨均係置原判決之明白論敘於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞及枝節之事項，漫事爭辯，或對於事實審法院量刑及沒收裁量權之合法行使，徒以自己之說詞，泛指其違法，難認已符首揭法定之第三審上訴要件。應認其等上訴為違背法律上之程式，均予以駁回。

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　　7　　月　　30　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　周盈文

法　官　劉方慈

法　官　陳德民

法　官　楊力進

本件正本證明與原本無異

書記官　張齡方

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　4　　日