最高法院刑事判決

114年度台上字第1853號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官陳彥章

上　訴　人

即　被　告　陳志標

上　訴　人

（被　告）　鄭君旭

選任辯護人　張進豐律師

　　魯忠軒律師

　　莊華瑋律師

上　訴　人

（被　告）　洪明秋

選任辯護人　李明諭律師

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5日第二審判決（113年度金上重訴字第20號，起訴及追加起訴案號：臺灣新北地方檢察署107年度偵字第24582、30810、33608、36570、37595號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於陳志標、鄭君旭有罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即陳志標、鄭君旭有罪）部分

一、原判決認定上訴人即被告陳志標、上訴人鄭君旭（下稱陳志標等2人）有其事實欄（下稱事實欄）一㈡、㈣所載之犯行

均明確，因而撤銷第一審諭知陳志標等2人有罪暨其附表二之一編號2至8、10至12不另為無罪諭知部分之判決，改判均依想像競合犯規定，各從一重論處陳志標犯銀行法第125條第3項、第1項後段法人之行為負責人共同非法經營收受存款業務（犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣〔以下未註明幣別者同〕一億元以上）罪刑（尚犯一般洗錢罪），鄭君旭犯刑法第31條第1項前段、銀行法第125條第3項、第1項後段之與法人行為負責人共同非法經營收受存款業務（犯罪獲取之財物或財產上利益達一億元以上）罪刑（尚犯一般洗錢罪），並均為相關沒收之宣告（原判決另敘明陳志標被訴如原判決附表〔下稱附表〕二之一編號1所示違反銀行法及附表三㈠編號7至8「A欄」所示洗錢部分，鄭君旭被訴如附表二之一所示違反銀行法部分，因與原判決認定陳志標等2人有罪部分，有想像競合犯裁判上一罪關係，均不另為無罪之諭知〔其中附表二之一部分經第一、二審均不另為無罪之諭知〕，未據檢察官就此部分提起第三審上訴，該不另為無罪諭知部分，業已確定，非本院審判範圍。至原判決就陳志標被訴如附表二之一編號2所示違反銀行法不另為無罪諭知部分，據檢察官提起上訴，詳如後貳、一所述，併此敘明。）固非無見。

二、惟查：

㈠陳志標部分

1.銀行法第125條之4第2項前段規定：「犯第125條、第125條之2或第125條之3之罪，在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑」。所謂「自白」，係指被告對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意，包括客觀構成要件要素（行為人、行為、行為客體、因果關係等）及主觀構成要件要素（故意、過失、意圖等），如被告僅坦承部分客觀構成要件要素，對於其他客觀構成要件要素仍有爭執，或雖坦承客觀構成要件要素，卻否認具有主觀構成要件要素者，均非自白。

2.原判決依陳志標於法務部調查局臺北市調處詢問（下稱調詢）及偵查中之供述，認其在偵查中自白，且於原審同意以其扣案如附表九編號1「E欄」⑴至⑸所示現金及虛擬貨幣繳交全部犯罪所得，而依上開規定減輕其刑（見原判決第27、28頁）。然依卷內資料，陳志標於⑴調詢供稱：①其於民國106年5至7月間，經馬來西亞友人安德魯介紹，前往新加坡雅格瑞科技公司（下稱雅格瑞公司），聽取該公司顧問Jacky說明投資案，該公司一開始給其1個試用帳號，1個月後，其先投資1萬美元，後來陸續加碼至20至30萬美元，款項是由邱惠芝（同案被告）於大陸工商銀行帳戶將人民幣匯入雅格瑞公司帳戶，其有下載雅格瑞科技集團投資宣傳說明文件，但沒有轉寄及列印，因為雅格瑞公司有顧問說明，不需要其去推廣，雅格瑞公司在臺灣沒有舉辦說明會及推廣活動，其也沒有參加或上臺，其有個別介紹親朋好友，但有表示投資有風險，要不要投資自己決定，介紹人進來可以賺一次性介紹獎金，之後下面的人再介紹別人，其也不會分到獎金，其下面的會員應該有數百人，但不是都是其介紹的。其參加完全是為了賺取靜態收益，靜態收益就是每個月7％到10％的收益，這個收益是要下單投資賽事，而且要搶到額度才有收益，不然也沒有，其在雅格瑞公司沒有擔任職務，其不知帳號密碼，帳號亦非由其管理，若其下線要買分，其會透過臉書聯絡安德魯找人來收錢，其並未從中獲得任何好處等語（見臺灣新北地方檢察署〔下稱新北地檢署〕107年度偵字第24582號〔下稱A2〕㈡卷第13至26頁）。②其都沒有在臺灣推展任何雅格瑞博弈事業的業務，並未參與雅格瑞公司的經營和推廣，只有介紹幾個自己的親朋好友來加入雅格瑞公司等語（見新北地檢署107年度偵字第36570號卷一第134頁）。③其都是被動的配合雅格瑞公司及安德魯的指示，將其親朋好友的投資款（現金）交付給安德魯及雅格瑞公司指定派來的車手，其不認識這些車手，亦不知車手真實姓名，其並無洗錢及吸金之犯意等語（見A2㈦卷第223頁）。⑵偵

查供述：①其經由安德魯聯繫Jacky，Jacky向其介紹雅格瑞公司投資方案，當場開了1個試用帳號，其以手機登入註冊試用帳號，帳戶內就有200美元送其，雅格瑞公司是做體育賽事對沖軟件，會去從全球的投注站找出利差，並對沖獲利。賽事結束後幾天內會將利潤跟投注金額撥回自己帳戶，不過雅格瑞公司會抽取利潤的20%。不跟單的話，還是會有利潤，但很少，每天有0.1%。介紹獎金是一次性的，對碰獎金就是平衡獎金，但其沒介紹人過，也不知道所謂平衡獎金。其有公共危險前科，銀行法案件還在進行中，所以其這次堅持只投資，不介紹人等語（見A2㈡卷第217至233頁）。②其並未招攬下線，只有向朋友推薦，且有說投資風險自負，絕對沒有保證獲利，其亦未主導雅格瑞公司在台運作，投資人要買任何包套都是透過雅格瑞公司網站完成，不需要透過其等語（見A2㈥卷第235、236頁）。③其不承認有違反銀行法、洗錢防制法等犯行，其都是向親友介紹，只有推薦鄭君旭、三井姊姊及何冠誼加入雅格瑞公司，沒有對不特定人士違法吸金。106年5月到7月有想發展雅格瑞公司，可是沒有發展，106年7月開始就沒有經營雅格瑞公司，雅格瑞公司提供人工智慧的對沖服務，體育套利在歐美已經2、30年，其等一手交錢一手交幣，檢調認為的車手是安德魯派來向其等收買幣的錢，買幣的錢都是其跟親朋好友血汗錢，並非犯罪所得等語（見A2㈨卷第84頁）。④其是投資人，沒有在雅格瑞公司工作，所有人的投資都是自己在網路上買幣、投資，雅格瑞公司的運動博彩對沖套利方案，投資期間沒有固定，投進去的錢沒辦法領出來，需要每天參與運動賽事，做點擊動作後才有獲利，並沒有保證獲利及還本機制等語（見臺灣高雄地方檢察署108年度他字第4950號卷第341、342頁）。㈢偵查中羈押及延押訊問時，均明確供述否認犯罪等語（見A2㈡卷第650、651頁，107年度偵聲字第254號卷第60頁）。依陳志標於調詢、偵查及羈押訊問之供述，其所邀集之投資人僅3人，且均係與其有個人關係之人，似未及於

有何為雅格瑞公司推銷、收取或交付其他投資人之投資款或高額報酬，並一再否認其在雅格瑞公司擔任職務，舉辦說明會遊說、鼓吹投資方案，對該公司在臺業務具有控制支配力等情節，則其是否就向多數人或不特定多數人吸金而約定或給付與本金顯不相當報酬之非法吸金之事實全部，或關乎非法吸金構成要件主要部分之客觀事實及主觀犯意等情已為肯定之供述，尚非無疑。原判決未就陳志標於調詢或偵查中所為供述如何已就非法吸金之客觀事實及主觀犯意為肯定供述詳加分析與說明，僅以其於偵查中已就涉犯銀行法之收受存款構成要件供述明確，逕認於偵查中自白，並依銀行法第125條之4第2項前段規定減輕其刑，自有理由不備之違誤。

㈡鄭君旭部分

1.刑事訴訟法第95條第1項第1款規定，訊問被告應告知犯罪嫌疑及所犯罪名，認所涉罪名應變更者，應再告知。而犯罪嫌疑之告知，除起訴書所記載之犯罪事實外，尚包含起訴效力所及而擴張，或無礙起訴犯罪事實之同一性而經更正（或變更）。法院若認為有此等擴張或更正（變更）起訴之犯罪事實情形者，至遲應於審判期日踐行上開告知程序，使被告及其辯護人得適時知悉而充分行使防禦權及辯護權。法院對前揭變更內容未踐行告知，逕行就起訴效力所及之犯罪事實而為判決，則就認定被告有此等犯罪事實及所犯罪名而言，無異剝奪其辯明及辯論等程序上權利，顯然影響於判決結果，所踐行之訴訟程序，難謂適法。

2.事實欄一㈣認定鄭君旭有於107年5月11日與陳志標共同掩飾或隱匿如附表三㈡編號5「B欄」所示非法吸金犯罪所得財物756萬元之犯罪事實，於理由欄並說明公訴意旨雖認鄭君旭未經手上開洗錢金額，惟依陳志標通訊監察譯文及鄭君旭偵查中之供述，認鄭君旭有上開洗錢犯行，且與追加起訴部分有接續犯一罪關係，而為起訴效力所及，爰併予審究之旨（見原判決第21、22頁）。惟查，追加起訴書犯罪事實欄六及第一審判決事實欄貳、肆、伍部分所載之犯罪事實，均未

記載鄭君旭有上述於107年5月11日與陳志標共同洗錢之犯行。此部分起訴法條雖未變更，但原審審理時僅就追加起訴書及第一審判決認定之犯罪事實訊問鄭君旭，並未告知尚包含上述其於107年5月11日與陳志標共同洗錢之事實（見原審卷六第445至452頁），致鄭君旭及其原審辯護人就原判決擴張此部分之犯罪事實，喪失辯明及辯護之機會，原審所踐行之訴訟程序，自有礙鄭君旭訴訟防禦權之行使，難謂適法。

㈢以上為檢察官或鄭君旭上訴意旨所指摘，陳志標亦提起上訴，上開違背法令之情形，影響於事實之認定及科刑之法律適用，且為維護陳志標等2人之審級利益，本院無從據以為判決，爰將原判決關於陳志標等2人有罪部分均撤銷，發回原審法院更為審理。

貳、上訴駁回（即陳志標被訴如附表二之一編號2所示違反銀行法不另為無罪諭知部分及洪明秋）部分

一、陳志標被訴如附表二之一編號2所示違反銀行法不另為無罪諭知部分

㈠按刑事妥速審判法（下稱速審法）第9條第1項規定，除同法第8條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、判決違背司法院解釋或違背判例者為限。所稱「維持第一審所為無罪判決」，並不以在主文內諭知者為限，即第二審撤銷第一審所為無罪之判決，改判論被告一部分有罪，一部分因不能證明犯罪，而於理由內說明「不另為無罪諭知」，或第二審係維持第一審「不另為無罪諭知」部分之判決亦屬之，始合於立法旨趣。是檢察官對於上開類型案件提起第三審上訴，自應在上訴理由內具體敘明原判決究竟如何具備速審法第9條第1項各款所列事項，係屬法定要件。如其上訴理由書狀並未具體敘明該等事項，或形式上雖係以判決所適用之法令牴觸憲法，或判決違背司法院解釋、本院判例為由，實際上所指摘之情事，顯然與該法第9條第1項所列之上訴理由不相適合者，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。至於法

院組織法於108年1月4日經修正公布，並於同年7月4日施行，為因應大法庭制度之施行，刪除原第57條規定之判例選編及變更制度，另增訂第57條之1，其第1項、第2項明文規定若該判例已無裁判全文可資查考者，應停止適用；其餘未經停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之本院裁判相同。亦即未經停止適用之判例，雖回歸裁判之本質，但其表示之法律見解，於本院未認有變更之必要而循大法庭相關程序變更前，其性質上仍為本院一致之見解。而速審法第9條第1項第3款所列「判決違背判例」之上訴理由限制規定，雖未因應修正，惟依照該條立法理由載稱：「判例係就具體個案之判決中因有關法令之重要事項有統一見解之必要而作成，故判決違背判例者，自屬最高法院得以審查之事項」等旨，於上開法院組織法修正後，速審法第9條第1項第3款所稱之「判決違背判例」，應解釋為「判決違背原法定判例之法律見解」，俾符前開立法意旨。

㈡依原判決之記載，公訴意旨係以附表二之一編號2所示投資人之投資金額仍為陳志標本案非法吸金金額，因認陳志標此部分涉犯非法經營收受存款業務罪嫌。惟經原審審理結果，仍以不能證明陳志標此部分之犯罪，而與第一審此部分為相同之認定，就該部分不另為無罪諭知之判決，已敘明其論斷之理由。檢察官提起第三審上訴，並表明其上訴範圍及於此部分，依前開說明，即應對此部分之上訴具體敘明原判決究竟如何具備速審法第9條第1項所列事項。茲檢察官上訴追加理由書雖主張原判決此部分無罪之認定係違背法令，然未指出原判決就此部分有何具備速審法第9條第1項各款所列事項，依首揭說明，難謂符合上開得為第三審上訴之法定要件。其此部分上訴不合法律上之程式，應予駁回。

二、洪明秋部分

㈠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。

㈡本件原審審理結果，認定上訴人洪明秋有如事實欄一㈡、㈣所載犯行明確，因而撤銷第一審關於洪明秋有罪暨其附表二之一編號2至8、10至12不另為無罪諭知部分之判決，改判依想像競合犯規定，從一重論處洪明秋犯刑法第31條第1項前段、銀行法第125條第3項、第1項後段之與法人行為負責人共同非法經營收受存款業務（犯罪獲取之財物或財產上利益達一億元以上）罪刑（尚犯一般洗錢罪），並為相關沒收之宣告（至洪明秋被訴如原判決附表二之一、附表三㈢編號11「A欄」所示違反銀行法及洗錢部分，經原判決不另為無罪諭知，未據檢察官提起上訴，不在本院審理範圍）。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之理由。

㈢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，不能任意指為違法。又銀行法第125條第1項後段規定，旨在處罰違法吸金規模較高、危害金融秩序影響較大之情形，因此「其因犯罪獲取之財物或財產上利益」之計算，自以行為人對外經辦收受款項、吸收資金或收受存款業務所收取之全部款項金額或財產上利益為其範圍，方足以反映非法經營銀行業務之真正規模。是被害人投資之本金，不論事後已返還或將來應返還，於計算共同犯罪所獲取財物規模時，均應計入，且不應扣除已經返還被害人之本金、共同正犯投資之金額或犯罪之成本。

1.原判決綜合洪明秋於原審之自白、陳志標等2人之供述、證人旦增沙令、明瑪、烏金旦曾（均為同案被告）、才人拉莫、陳柏翰（分別為旦增沙令之妹、妻弟）之證言，卷附如附表二、七所示證據及案內其餘相關證據資料，相互勾稽結果，憑為認定洪明秋明知雅格瑞公司非經主管機關核准得經營吸收存款業務之銀行，仍與陳志標等2人（陳志標負責雅

格瑞公司在臺業務之推展）、邱惠芝、鄭洪美珠、蔡秋月、周宛瑢、林宥彤（下稱陳志標等7人）共同基於非法經營收受存款業務之集合犯意聯絡，分別於附表二所示時間、方式，招攬附表二所示投資人加入雅格瑞投資方案，並約定給付與本金顯不相當之報酬，共同以此方式違法經營收受存款業務而吸收資金達1億元以上，並與陳志標等2人共同基於洗錢之接續犯意聯絡，分別將應繳回雅格瑞公司之投資款項，交予依「高德夫」及雅格瑞公司不詳成員所指定之人，以此方法掩飾、隱匿該等款項之犯罪事實，已依序記明認定之理由及證據。並就洪明秋與陳志標等7人、安德魯、李耀文及雅格瑞顧問等人間就事實欄一㈡部分，洪明秋與陳志標等2人、「高德夫」、雅格瑞公司不詳成員等人，另與旦增沙令、明瑪、烏金旦曾間就事實欄一㈣部分，如何互有犯意聯絡、行為分擔，而分別為共同正犯之理由，亦闡述甚詳。所為論斷說明，俱有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得之各直接、間接證據，本於事實審採證認事之職權行使及推理作用，予以判斷而為認定，尚非僅憑附表二所示投資人之供述為論罪依據，並無違背經驗法則及論理法則。且原判決依法踐行調查證據程序後，以附表二投資金額欄所示金額總和達1億元以上，計算洪明秋與陳志標等7人共同非法吸收資金規模之論據，據以論處洪明秋與法人之行為負責人共同非法經營銀行業務（犯罪獲取之財物或財產上利益達一億元以上）罪刑，其適用法則亦無違誤。

2.洪明秋上訴意旨以：原判決僅憑附表二所示投資人供述，並無其他證據相佐，誣指其收取投資款項，亦未舉證證明其行為與投資人之損害有何因果關係；又其並非雅格瑞公司在臺業務之發起及主要業務推展之人，以其於雅格瑞公司之角色、地位及控制力，無從預見該公司整體吸金規模，原判決未於理由欄說明吸金總額之計算方式，逕將附表二所示投資金額加總為其吸金總額，指摘原判決有理由不備及適用法則不當之違法等語。核係就原判決已論敘說明之事項及屬原審

採證認事職權之適法行使，以自己之說詞而為不同之評價，或重為事實上之爭執，顯非適法之第三審上訴理由。

㈣現行刑事訴訟法採改良式當事人進行主義，關於證據之調查，以當事人主導為原則，必於當事人主導之調查證據完畢後，認為事實猶未臻明瞭，為發現真實，法院始有對與待證事實有重要關聯，且客觀上有調查之必要性及可能性之證據，依職權介入，為補充調查之必要。此調查職權發動與否，事實審法院自有依個案具體情況，斟酌裁量之權。如待證事實已臻明瞭，無再調查之必要者，法院未為無益之調查，即不能指為有應調查之證據而不予調查之違法。原判決綜合案內證據資料，已詳述洪明秋確有所載違反銀行法及洗錢等犯行之論證。且於原審審判期日，審判長於調查證據完畢時，詢以：「尚有何證據請求調查？」洪明秋及其辯護人均答：「無」等語，有審判程序筆錄可稽。原審以本件事證已明，欠缺調查之必要性，未為其他無益之調查，無違法可言。洪明秋上訴意旨以：原審未調查其本件吸金規模是否達1億元以上，且對於其住處扣得現金之實際掌控者為何人，公司贈與之車輛與其本件犯行是否具有直接關連性，其所有位於臺北市士林區葫東街之房地（下稱葫東街房地）及其住處內之現金3,000多萬元是否供本件犯罪所用之物或其犯罪所得，亦未調查，逕於判決內宣告沒收，指摘原判決有適用法則不當、調查未盡及理由欠備之違法等語。此一指摘，亦非適法之第三審上訴理由。

㈤按共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，係基於個人責任原則及罪責相當原則，應以各該共同被告實際取得者為之，倘若共同正犯內部間，對於不法利得分配明確時，依各人分配所得為宣告沒收追徵。共同正犯各人有無犯罪所得，或其犯罪所得若干，應由事實審法院綜合卷證資料及調查所得認定之。又犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之，刑法第38條之2第1項前段定有明文。「估算」並不適用嚴格證明法則，僅需自由證明為已足，自無補強法則

之適用。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，固有「事證有疑利於被告」原則之適用，惟倘法院對犯罪所得之估算，已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，尚難率指為違法。原判決依調查結果，已敘明如何認定洪明秋因本件招攬所示之投資人參與投資，而獲取獎金總計2,781萬2,800元，又其向其他投資人收取投資款尚未繳回雅格瑞公司之金額，依「事證有疑利於被告」原則，以2,000萬元計算之，及其因招攬投資人業績達標而獲雅格瑞公司贈與車牌號碼AXA-8627號之瑪莎拉蒂廠牌汽車（下稱A車）及車牌號碼AXJ-3993號賓士廠牌汽車（下稱B車）各1台，洪明秋取得A車、B車之不法所得分別為370萬元（以雅格瑞公司出資計算之）、263萬9,250元（以B車於洪明秋107年取得時之市價，扣除洪明秋自行出資給付之定金及尾款估算之），經估算洪明秋本件犯罪所得為5,216萬3,664元，且經洪明秋同意以扣案款項繳回犯罪所得，依銀行法第136條之1規定，扣除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，予以宣告沒收之理由，於法無違。洪明秋上訴意旨以：原判決未詳予探究其住處內扣得之2,000萬元現金之實際掌控者為何人，遽認為其犯罪所得，而雅格瑞公司贈與之A車及B車與其招攬投資人行為並無直接關連性，並非供犯罪所用之物或犯罪所得，原判決未於理由內說明其沒收依據，逕予沒收，指摘原判決有理由欠備及適用法則不當之違法等語。係就原判決已明白論斷說明之事項，再為爭執，並非適法之第三審上訴理由。洪明秋上訴意旨另以：葫東街房地非本案供犯罪所用之物，亦非犯罪所得之物，原判決未於理由內說明其沒收依據，即將該房地進行拍賣，並將拍賣所得認定犯罪所得逕予沒收，指摘原判決有調查未盡、理由欠備及適用法則不當之違法。惟原判決認定洪明秋本案犯罪所得之依據及理由已如前述，其中並無關於葫東街房地為其犯罪所得而予以拍賣及沒收之記載。洪明秋

此部分上訴意旨，顯非依據卷內資料而為指摘，亦非適法之第三審上訴理由。

㈥緩刑之宣告，應具備刑法第74條所定條件。原判決對洪明秋量處如主文第三之㈢項所示之有期徒刑4年2月，併科罰金800萬元，及罰金如易服勞役之折算標準。所宣告之刑已逾有期徒刑2年，顯與刑法第74條第1項之緩刑要件不合，因而未為緩刑之宣告，縱未說明理由，於法並無違誤。洪明秋上訴意旨指摘原審未宣告其緩刑，有適用法則不當及判決理由不備之違法等語。同非適法之第三審上訴理由。

㈦綜合前旨及其他上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，徒憑己意而為相異評價，或就原審刑罰裁量職權之適法行使，以自己說詞而指為違法，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。洪明秋之上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　25　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　楊智勝

法　官　高玉舜

法　官　楊皓清

法　官　林怡秀

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　2　　日