

最高法院刑事判決

114年度台上字第2404號

上訴人 張家愷（原名張定瑋）

選任辯護人 趙元昊律師

簡靖軒律師

上列上訴人因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國114年2月18日第二審判決（112年度金上重訴字第42號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署108年度偵字第1203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、本件原判決以上訴人張家愷經第一審判決論處其與法人之行為負責人共同犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪刑並諭知相關沒收、追徵後，明示僅就第一審判決量刑及沒收部分不服而提起第二審上訴，經原審審理結果，撤銷第一審關於上訴人之宣告刑及沒收部分之判決，改判量處有期徒刑4年8月，併諭知未扣案之犯罪所得新臺幣（下同）421萬1,268元，除應發回被害人或得請求損害賠償之人外，追徵其價額，已載敘量刑、沒收審酌所憑依據及裁量之理由，有卷存資料可資覆按。

01 三、上訴意旨略以：(一)其自幼在國外求學，無從知悉我國銀行法
02 相關法規，後雖在銀行擔任理財專員、通過台灣金融研訓院
03 「金融市場常識與職業道德」測驗，惟均與銀行法規無涉，
04 且其僅招攬特定親友參與投資，犯罪情節輕微，所生危害非
05 鉅，原判決僅依刑法第31條第1項但書規定減刑，未適用同
06 法第16條但書、第59條等規定遞減輕其刑，有適用法則不當
07 及理由不備之違法。(二)原審審理期間，其已與投資人大碩文
08 化事業股份有限公司、邱昌其、方元宏、羅凱揚、陳馨原
09 (下稱邱昌其等5人)、台灣知識庫股份有限公司達成和
10 (調)解，並履行和(調)解條件，原審未調查其於判決後
11 已實際賠償之數額，逕為沒收宣告，於法有違。(三)其係逐年
12 固定向原判決附表(下稱附表)一所載之人收取款項，與銀
13 行法第5條之1規定「向不特定多數人收受款項」之要件不
14 符，且其就本案投資方案是否保本保息，前後供述矛盾，原
15 判決併採為認定犯罪事實之論據，證據上理由矛盾。

16 四、刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因
17 不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」該
18 條所稱之違法性錯誤情形，採責任理論，依違法性錯誤之情
19 節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，
20 而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成
21 立，僅得按其情節減輕其刑之不同法律效果。然法律頒布，
22 人民即有知法守法義務，是否可以避免，行為人有類如民法
23 上之善良管理人之注意義務，不可擅自判斷，任作主張。
24 原判決已敘明上訴人具有相當之金融專業知識及工作經驗，
25 明知美商柏雲特有限公司台灣分公司並非經我國主管機關核
26 准之銀行，且本案投資方案未經主管機關核准，猶以本案投
27 資方案保本保息而招募多數人投資，收受資金，共同經營銀
28 行存款業務，具有違法性之認識等旨，因而未適用刑法第16
29 條但書規定，予以減輕其刑，於法並無違誤，上訴意旨執此
30 事由再為爭辯，並非適法之上訴第三審理由。

01 五、刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因
02 與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法
03 定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度
04 刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，
05 則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而
06 言。至是否適用上揭規定酌量減輕其刑，係實體法上賦予法
07 院在符合法定要件之情形下，得依職權裁量之事項，故未酌
08 減其刑，既不違背法令，自不得執為提起第三審上訴之理
09 由。

10 原判決審酌上訴人所犯之犯罪手段、所生危害等情狀，經依
11 刑法第31條第1項但書規定減輕其刑後，認無情輕法重、顯
12 可憫恕之情形，已闡述理由明確，未予以酌減其刑，並不違
13 法，且原判決非僅以其所犯已依上揭規定減輕其刑為不予酌
14 減之唯一理由，自不得僅擷取其中片段，執以指摘原判決裁
15 量違法。

16 六、犯銀行法之罪者，應適用銀行法第136條之1有關沒收犯罪所
17 得之規定。至其餘關於沒收之範圍、方法及沒收之執行方
18 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
19 規定之適用。為澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因，現行
20 刑法就屬於犯罪行為人之犯罪所得採義務沒收主義，僅於已
21 實際合法發還被害人時，始例外不予宣告沒收或追徵。從
22 而，若被害人因犯罪受害所形成之民事請求權實際上已獲全
23 額滿足，行為人亦不再享有因犯罪取得之財產利益，則犯罪
24 利得沒收之規範目的已經實現，自無庸宣告犯罪利得沒收、
25 追徵；倘被害人就全部受害數額與行為人成立和（調）解，
26 然實際上僅部分受償者，其能否確實履行償付完畢既未確
27 定，縱被害人日後可循民事強制執执行程序保障權益，因刑事
28 訴訟事實審判決前，尚未實際全數受償，該犯罪前之合法財
29 產秩序狀態顯未因和（調）解完全回復，行為人犯罪利得復
30 未全數澈底剝奪，則法院對於扣除已實際給付部分外之其餘

01 犯罪所得，仍應諭知沒收、追徵，由被害人另依刑事訴訟法
02 第473條第1項規定聲請發還，方為衡平。

03 原判決依調查結果，已敘明如何認定上訴人因招攬投資人參
04 與投資，而獲取如附表二所載佣金總計679萬6,268元為其犯
05 罪所得，經扣除其迄原審言詞辯論終結前，與部分投資人
06 （邱昌其等5人）成立和（調）解並履行部分和（調）解條
07 件，而賠償總計258萬5,000元後，尚保有犯罪所得421萬1,2
08 68元，此部分犯罪所得雖未扣案，除應發還被害人或得請求
09 損害賠償之人外，仍應予追徵之理由，核係依卷內相關證據
10 資料為其合理依據，並無不合。又本院為法律審，應以第二
11 審所確認之事實為判決基礎，上訴人縱於原審判決後繼續依
12 約履行前開和（調）解條件，支付邱昌其等5人部分賠償
13 金，因係發生於原審辯論終結後，本非判決時已然明確，未
14 予斟酌，自不能據以指摘有調查未盡之違法。至判決確定
15 後，檢察官指揮執行上開沒收、追徵時，上訴人倘有繼續履
16 行和（調）解條件，於實際清償金額之同一範圍內，既因該
17 財產利益已獲回復，與已經實際發還無異，自無庸再執行該
18 部分犯罪所得之沒收、追徵，乃屬當然，對上訴人之權益並
19 無影響。

20 七、上訴係不服判決請求救濟之方法，未經下級法院判決之案
21 件，不得向上級法院提起上訴，若就未經判決部分，提起上
22 訴，其上訴自難認為合法。是若當事人明示僅針對量刑部分
23 提起上訴，其未表明上訴之犯罪事實部分，既非第二審審判
24 範圍，自不得提起第三審上訴。

25 依原審筆錄所載，上訴人明示僅就第一審判決關於量刑及沒
26 收部分提起第二審上訴（見原審卷一第410至411頁、卷三第
27 168頁），上訴人關於刑、沒收之一部上訴之意思表示並無瑕
28 疵，且有辯護人在場協助維護其權益，原判決因此敘明僅就
29 上開刑及沒收部分審理，亦即未就犯罪事實、罪名部分為判
30 決，並無不合。上訴意旨泛謂其未對外宣稱本案投資方案保
31 本保息，亦非向不特定人招攬投資等詞，就犯罪事實、罪名

01 重為爭辯，並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決就量刑上
02 訴部分有何不適用法則或適用法則不當之情形，自非適法之
03 上訴第三審理由。

04 八、綜合前旨及其餘上訴意旨，無非係對於原判決已說明事項及
05 原審前述量刑裁量權之合法行使，或未經原審判決之部分，
06 徒以自己之說詞，任意指為違法，與法律規定得為第三審上
07 訴理由之違法情形，不相適合，應認其之上訴為不合法律上
08 之程式，予以駁回。又本件既從程序上駁回上訴人之上訴，
09 其於原審判決後向本院提出支付和（調）解金之匯款資料，
10 自無從審酌，附此敘明。

11 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

12 中 華 民 國 114 年 6 月 25 日

13 刑事第六庭審判長法官 段景榕

14 法官 洪兆隆

15 法官 汪梅芬

16 法官 林靜芬

17 法官 何俏美

18 本件正本證明與原本無異

19 書記官 鄭淑丰

20 中 華 民 國 114 年 6 月 26 日