最高法院刑事判決

114年度台上字第4740號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官王清杰

上　訴　人

即　被　告　楊芳瑜

選任辯護人　黃錦郎律師

上列上訴人等因被告違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年6月18日第二審更審判決（113年度重金上更一字第4號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107年度偵字第14638、14639號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原判決以上訴人即被告楊芳瑜經第一審判決依想像競合犯，從一重論處共同犯修正前銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪刑後，檢察官、被告均明示僅就第一審判決之量刑部分提起第二審上訴，經原審審理結果，撤銷第一審判決關於刑之部分，改判量處有期徒刑2年6月。固非無見。

二、惟按：

㈠為尊重訴訟當事人訴訟上之處分權，兼顧其訴訟上之權益，刑事訴訟法第348條第3項明定：上訴得「明示」僅就判決之刑、沒收或保安處分為之。所謂「明示」，係指上訴人以書狀或言詞向法院明確表示其上訴範圍之意思表示，性質上屬程序主體之程序處分權行使，乃以上訴範圍限定於判決一部，等同就未經上訴部分放棄審級救濟利益，事涉訴訟權保障核心，為期程序正義，自應以該意思表示顯示於外，已可明確辨認，無其他解釋可能性為必要。倘上訴權人處分之意思表示未臻明確，或陳述有前後矛盾之情形（例如雖聲明僅

就刑之部分上訴，但仍爭執與犯罪事實或所犯罪名攸關之科刑事項），法院為確認上訴之範圍，自應盡其闡明、照料義務，曉諭上訴人以言詞或書面就其上訴範圍為必要之陳述，以究明上訴人之真意為何，倘法院於前揭情形，並未闡明確認其上訴範圍，自無從逕認有刑事訴訟法第348條第3項規定之適用，仍應認上訴人係對於判決之全部提起上訴，第二審法院即應就第一審判決之全部（但不含已確定部分）加以審理，否則即有已受請求事項未予判決之違法。

㈡銀行法第29條第1項明定除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款業務（包含同法第29條之1以收受存款論之投資，下同）。違反者，綜觀銀行法之規定，視自然人犯之或法人犯之而異其處罰，自然人犯之者，依該法第125條第1項處罰；法人犯之者，則依同條第3項處罰其行為負責人。又上開行為負責人，既於「負責人」之前，另標示「行為」等字，用意在於限制受罰負責人之範圍，足徵本條項並非單純因法人之違法經營收受存款業務行為，基於法人負責人之身分而受罰，而是就法人違法經營收受存款業務，因參與決策、執行，而透過支配能力使法人犯罪，方屬該規定科處刑罰之行為負責人；如不具該法人之行為負責人身分，而與法人行為負責人共同實行犯罪之人，始依刑法第31條第1項規定，論以共同正犯。從而，得依刑法第31條第1項但書規定減輕其刑者，以依該條項前段規定論以銀行法第125條第3項、第1項之罪為其前提要件；倘係論以銀行法第125條第1項之罪，該罪既非因身分或其他特定關係成立之犯罪，自無刑法第31條第1項但書減刑之適用。

三、經查：

㈠依卷內資料，（原）第一審判決依想像競合犯，從一重論處被告共同犯修正前銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪刑後，檢察官及被告均提起第二審上訴。且：1.檢察官於上訴書中明確載稱：「原（第一審）判決既認被告楊芳瑜與馬勝集團（即「馬勝金融集團」，下稱馬勝集團）

之上線即另案被告陳澄玄、陳淑燕、張智淮、張金素等人為共同正犯，而馬勝集團在臺吸金總額高達新臺幣(下同)139億7255萬5000元一情無訛，自應就該共同正犯吸金之總金額論罪。原（第一審）判決卻謂無從認定被告吸收資金達1億元以上，僅論處修正前銀行法第125條前段一般吸金罪嫌。判決理由前後矛盾。按被告既為共同正犯，吸金金額1億以上，理應適用修正前銀行法第125條第1項後段加重吸金罪。原（第一）審就此部分顯有判決不備理由之違背法令。」等語（見上訴審卷㈠第12頁），顯然已就第一審判決之犯罪事實（犯罪規模）及所犯罪名（銀行法第125條第1項前段或後段之罪）均予以爭執，非僅就量刑上訴，檢察官嗣於原審準備程序及審理時，仍稱上訴意旨詳如上訴書，雖另陳述：「（檢察官是否僅就原審判決有罪之量刑部分提起上訴？）是」、「（是否明示僅對原判決之刑一部上訴，對於原判決犯罪事實、罪名、沒收部分，均不在上訴範圍？）是，對於犯罪事實、罪名、沒收都不上訴」，然於量刑辯論時猶稱「請參酌上訴書依法判決」等語（見更一審卷㈠第342頁、卷㈡第78、84頁），則檢察官就上訴書上開所指摘之犯罪事實、罪名是否仍予以爭執，或已捨棄不再主張，似有未明。2.被告及其辯護人於原審固亦陳述僅就第一審判決之量刑部分提起上訴，並表示對量刑以外部分具狀撤回上訴（同上卷㈠第342、345頁、卷㈡第78頁），但其辯護人於辯論時仍援引所提辯護狀主張被告非馬勝集團之負責人，應依刑法第31條第1項但書規定減輕其刑等語（同上卷㈡第6、84、85頁），實質上似已就被告所涉係銀行法第125條第3項、第1項前段之與法人之行為負責人共犯非法收受存款業務罪有所爭執及主張。以上倘均無誤，檢察官、被告於原審以言詞陳述僅就量刑上訴，與其上訴書或辯論時所為主張，不無齟齬，則渠等上訴範圍是否僅限於第一審判決量刑部分，尚非全然無疑，原審於辯論終結前未闡明、釐清一部上訴之意義及法律效果，亦未就依序詢問後留存之歧異而有未臻明確之意思表

示再為確認，以探究檢察官、被告之真意為何，即予辯論終結（同上卷㈡第77至86頁），並於判決理由遽謂檢察官、被告明示第二審上訴範圍僅限於第一審判決刑之部分，犯罪事實、論斷罪名及沒收均未上訴，因而僅就第一審判決量刑部分為審判，依前開說明，不無已受請求事項未予判決之違法。

㈡原判決理由敘明上訴人明示僅就刑上訴時，第二審法院應以第一審法院所認定之犯罪事實，作為論認第一審宣告刑妥適與否的判斷基礎，且不再贅述犯罪事實、證據取捨、論罪及沒收。並於刑之減輕事由載稱：1.依第一審確定之犯罪事實，被告係加入馬勝集團作為陳澄玄下線成員，而與馬勝集團臺灣地區負責人之法人行為負責人張金素等人，共同犯非法經營收受存款業務罪，被告並非法人之行為負責人，應依刑法第31條第1項之規定，以共同正犯論，且其既非法人行為負責人本人或本案吸金決策主導之人，犯行之可責性較實際主導之行為負責人為輕，依刑法第31條第1項但書規定，減輕其刑。2.被告於偵查中自白，並主動繳回或實際賠償告訴人之金額，已逾依各告訴人投資如第一審判決附表（下稱附表）所示之金額估算被告之犯罪得132萬9,438元，應依銀行法第125條之4第2項前段規定減輕其刑。復以第一審判決未適用上開減刑規定為由撤銷其刑之部分，且於量刑時具體審酌第一審判決認定被告之吸金規模為5,868萬4,911元等旨（見原判決第1頁第25至30行、第2頁第11至23行、第7頁第4行至第9頁第21行、第10頁第11行），足認其所適用減刑規定、撤銷第一審判決理由及科刑審酌事項，俱以第一審判決認定之犯罪事實、罪名為判斷基礎。但：

⑴依第一審判決主文及所犯法條之記載，係認定被告所犯為修正前銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪，顯非依刑法第31條第1項前段規定，認定被告係與「法人之行為負責人」張金素等人共同犯罪，而論以銀行法第125條第3項、第1項前段之「與法人之行為負責人共犯」非法經營

收受存款業務罪。第一審判決所論處之非法經營收受存款業務罪，既非因身分或其他特定關係成立之犯罪，被告縱非馬勝集團之核心成員，仍無刑法第31條第1項但書減刑之適用，原判決逕依該規定減輕其刑，有適用法則不當及理由矛盾之違法。

⑵本件上訴審審理後，認被告被訴附表編號6所示陳雅媚於民國104年1月28日、同年4月17日、同年5月21日分別投資34萬元、102萬元、68萬元（共計204萬元），附表編號9所示林麗珍於103年6月19日投資逾60萬元外（即34萬元）之違反銀行法犯行部分，暨違反多層次傳銷管理法部分，不能證明其犯罪，因而於理由說明不另為無罪之諭知（見上訴審判決第37至43頁），嗣檢察官及被告分別就該判決提起第三審上訴，檢察官明示僅就違反多層次傳銷管理法不另為無罪及有關係之有罪部分提起第三審上訴，經本院審理後，將該判決關於被訴違反銀行法不另為無罪諭知以外之部分撤銷，發回原審法院，有檢察官上訴書及各該判決可憑。是上訴審判決關於違反銀行法不另為無罪諭知部分，依刑事訴訟法第348條第2項但書規定，已因檢察官未提起第三審上訴而確定。故第一審判決所認定違反銀行法之犯罪事實，其中附表編號6陳雅媚投資204萬元及附表編號9林麗珍投資34萬元部分，業經上訴審判決（不另為）無罪確定，自非原判決所得再予審究。乃原判決不察，仍依第一審判決所載，將該已無罪確定之部分，併計入被告犯罪規模及犯罪所得，並執為銀行法第125條之4第2項前段之減刑及量刑審酌之認定依據，所為科刑，難謂允當。

四、上述違背法令，或為檢察官、被告上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認仍有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　7　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　洪兆隆

法　官　汪梅芬

法　官　何俏美

法　官　宋松璟

本件正本證明與原本無異

書記官　胡家寧

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　8　　日