最高法院刑事判決

114年度台上字第479號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官白忠志
上　訴　人
即　被　告　陳澄玄

選任辯護人　張進豐律師
　　林正疆律師
上　訴　人
即　被　告　吳雯婷

選任辯護人　盧永和律師
被　　告　林洛安

選任辯護人　呂榮海律師

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10月29日第二審更審判決（110年度金上重更一字第6號，追加起訴案號：臺灣新北地方檢察署104年度偵字第20719、23620、25191、28840號，105年度偵字第414、905、907、908、909、3813、18918、33436、35366號，105年度偵緝字第3150、3151、3152、3153、3154、3155號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於陳澄玄部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（檢察官上訴〈陳澄玄〉、陳澄玄上訴）部分

一、本件原審審理結果，認定上訴人即被告陳澄玄有所載違反銀行法、多層次傳銷管理法各犯行明確，因而撤銷第一審關於陳澄玄之科刑判決，部分變更檢察官起訴法條，改判依想像競合犯，從一重論處陳澄玄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（犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣〈下同〉一億元以上）罪刑及相關沒收宣告。固非無見。

二、惟按：有罪判決應記載事實，其記載之方法，以文字敘述，或列表方式記載，或文字、列表併用，均無不可。但附表之記載，為事實之一部，不得與文字敘述相矛盾，並應於判決理由內敘述其憑以認定之依據，方屬適法。又證據雖已調查，若該項證據內容尚有重要疑點未予釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

㈠原判決理由固說明因陳澄玄之辯護人主張「吳雯婷製作的投資金額一覽表」無證據能力，因此未採用該等書面陳述作為認定陳澄玄有罪之證據等旨（見原判決第9頁第1至5行），惟仍以上開證據資料，據為認定陳澄玄有其附表（下稱附表）1編號57至181所示招攬吳雯婷加入投資及收取之各次投資金額（同判決第12頁第3行、第40至42頁），所為採證已難認適法，並有理由矛盾之違誤。

㈡原判決認定陳澄玄加入馬勝金融集團（下稱馬勝集團）後，有犯罪事實欄所載共同招攬投資馬勝基金投資方案、AGL股票投資方案，非法經營收受存款業務、經營非法多層次傳銷犯行，理由固說明馬勝集團為吸引投資人加入，各投資方案均設有獎金制度，投資人因推薦2名新進會員（第一層下線）加入投資，可獲得投資金額6％至10％不等之「推薦獎金」，該新進會員（第一層下線）如再成功推薦2名會員（第2層下線）加入投資者，原介紹第1層下線入會之投資人，另可獲取第2層下線投資金額較少者之5％至10％不等之「組織獎金」，若第2層下線再成功引介第3層下線投入資

金，原始上線與第1層下線，再獲得「組織獎金」等情（見原判決第4頁第27行至第6頁第23行、第14頁第18至29行），惟附表1-3陳澄玄犯罪所得有關獎金欄位，則各記載「推薦獎金（A×10％）」、「組織獎金（A/2×5％）」、「組織獎金（B＝A×25％）」3種不同計算方式（同判決第61頁），似與上載理由說明並不一致，其中「B＝A×25％」之組織獎金，何以依投資金額（A）×25％為計算基礎？其計算公式之依據為何？與上載成功引介第3層下線投資可再獲取之「組織獎金」有無關連？原判決未說明據此認定之理由，已嫌理由欠備，又依該附表所載計算陳澄玄應沒收金額（推薦獎金＋組織獎金）為1,624萬2,231元（同判決第70頁），似僅計算「推薦獎金（A×10％）」及「組織獎金（A/2×5％）」部分，卻未將總計261萬3,944元之「B＝A×25％」組織獎金計入，前後齟齬，又未說明何以未予計入之理由，致此部分之事實尚欠明瞭，自有理由不備及矛盾之違誤。

㈢依附表1-3陳澄玄犯罪所得中〈附表1〉編號56投資人黃桂英投資金額記載為「0」，證據資料欄則為「空白」，此部分有否誤載、缺漏？（見原判決第61頁）；又同附表〈附表1〉編號307、308投資人曾劉阿霞「推薦人」欄位均記載「未說明推薦人係何人」（同判決第46、69頁），如果無訛，似認定無法證明係經由陳澄玄推薦加入投資，惟同附表編號「推薦獎金」欄卻明載陳澄玄各取得8,500元、4,500元之獎金，並計入其犯罪所得計算（同判決第69頁），原判決對此並未說明認定之理由，理由不備；另原判決固於事實欄記載陳澄玄非法吸金總額達4億382萬8,506元，惟細譯附表1吸金規模各編號所載，以該附表編號1至359所示投資金額加總附表2併辦部分之投資金額2,175萬5,832元後，係認定合計為4億454萬5,506元（同判決第7頁第26至27行、第47頁），原判決就陳澄玄非法吸金規模之認定，亦有金額不一致之矛盾，此與陳澄玄非法吸收資金之數額、犯罪所得之認定及科刑時應考量之事項，至有關係，自有詳加調查釐清之

必要，原審就此未予究明，逕為不利於陳澄玄之認定，非無調查未盡及理由欠備之違失。

三、實質上或裁判上一罪，因其刑罰權單一，在審判上為不可分割之單一訴訟客體，除經檢察官依法以書面撤回起訴，或有其他法定消滅訴訟繫屬之原因者外，法院自應就全部犯罪事實加以審判，以一判決終結之，如僅就一部分加以審認，而置其他部分於不論，即有已受請求之事項而未予以判決之當然違背法令。陳澄玄被訴非法吸金總額29億6,575萬2,000元，部分以紅利或獎金點數轉換為投資金額非法吸金金額亦達5億6,057萬3,000元（見其追加起訴書第4、5頁），惟原判決則認定其吸金之金額合計4億382萬8,506元（見原判決第61至70頁之附表1-3）。而原審就起訴書所載超過其認定之金額部分，未於判決內說明論斷，揆之上開說明，自有已受請求之事項未予判決之違法。本院前次發回意旨，已指明及此，原判決未予究明，致該瑕疵仍然存在。

四、以上或為陳澄玄上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，檢察官就陳澄玄部分亦提起上訴，而原判決上開違背法令之情形，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認本部分有撤銷發回更審之原因。又依原判決之記載及認定，僅陳澄玄主張「吳雯婷之投資金額表格整理」並無證據能力，及吳雯婷、林洛安為陳澄玄第一、二層下線，附表1-3所示投資人吳雯婷、黃桂英、曾劉阿霞之投資金額為陳澄玄直接招攬收受，未計入附表1-1（吳雯婷）、1-5（林洛安）作為計算其2人收受之投資金額，是上揭撤銷發回陳澄玄部分之更審利益，於吳雯婷、林洛安之判決結果並無影響，無刑事訴訟法第402條之適用，併此敘明。又陳澄玄被訴本部分事實於民國105年12月26日追加起訴繫屬第一審法院之日起，迄原判決宣示之日止，雖尚未滿8年，然於繫屬本院之時已逾8年，倘發回後，如仍為有罪之判決，是否符合刑事妥速審判法第7條減輕其刑之規定，案經發回，併應注意及之，附為指明。

貳、上訴駁回（檢察官上訴〈吳雯婷、林洛安〉、吳雯婷上訴）部分

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，認定上訴人即被告吳雯婷、被告林洛安（下或合稱被告等）有所載違反銀行法、多層次傳銷管理法各犯行明確，因而撤銷第一審關於其2人之科刑判決，部分變更檢察官起訴法條，改判仍依想像競合犯，從一重論處吳雯婷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（犯罪獲取之財物或財產上利益達一億元以上）罪刑，論處林洛安與法人之行為負責人共同犯銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務罪刑及為附條件之緩刑宣告（另付保護管束），並諭知相關沒收、追徵宣告，已載敘其調查證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略以：

㈠檢察官部分：1.告訴人賴惠華、劉明姿、李淑芬係受被告等之下線即另案被告符仕育、柯智偉招攬投資本案馬勝基金AGL，告訴人賴世傳於103年9月25日投資馬勝基金119萬元，係受另案被告張功奇、邱子晏所招攬，被告等與張功奇、邱子晏間具上下線關係，告訴人陳燕慧、蘇世明、蔡淑苓、廖祚祺投資馬勝基金，係受另案被告洪可潔招攬，洪可潔與被告等具上下線關係，被告等上揭犯行，與原審判決有罪部分，具有集合犯之實質上一罪關係，應併予審理，原判決未審酌調查，即退併由檢察官處理，判決違法；如將前述各投資金

額計入，林洛安之犯罪規模達1億元以上，原判決論以銀行法第125條第1項前段罪責，適用法律違誤；2.被告等犯行惡性、犯罪情節與危害社會秩序程度均重大，原判決量刑有裁量權濫用以致輕重失衡，與罪責不相當，復未審酌其2人涉案程度與行為動機目的，僅以其等有刑事妥速審判法之適用、坦承犯行及達成和解，實際上未予告訴人和解，所科處之刑度，與罪刑相當性難謂相符。

㈡吳雯婷部分：1.依原判決所載林洛安之投資人明細，僅有一筆投資人「張慶麟」記載推薦人為林洛安，其餘推薦人均非記載林洛安，何以認定其上線即屬林洛安，並計入其組織總額，有違證據法則；2.附表4之組織圖，為片面製作，真實性可疑，未曾讓其有確認之機會；原審未將投資人分類，將與林洛安有關之投資人均認定上線為林洛安，再認定為其組織下線，違反嚴格證明法則；3.原審未聲請傳喚林洛安作證釐清相關投資人之組織，是否與其有關，即為不利認定，有調查未盡之違法。

四、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即難任憑己意，指摘為違法，而據為第三審上訴之適法理由。原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，已詳敘憑為判斷吳雯婷知悉馬勝集團非經主管機關核准經營收受存款業務，受陳澄玄招攬加入「馬勝集團」擔任其下線成員，梁仕欣、林洛安、鄧明璇均為其下線，協助陳澄玄開設說明會對外以Maxim Capital Ltd公司名義向不特定之投資人推銷「馬勝基金」、「AGL股票」等投資方案，直接或間接招攬如附表1-1之投資人參與投資，並約定給付與本金顯不相當之紅利、獎金，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、經營多層次傳銷業務，所為該當銀行法第125條第3項、第1項後段非法經營收受存款業務罪之構成要件，並違反多層次傳銷管理法第18條規定，應依同法第29條第1項規定論處等情

之理由甚詳，並敘明在共同非法吸金之案件中，除直接招攬所收受、吸收之金額外，另應斟酌該行為人所屬之體系、層級能否窺見集團整體吸金規模、其有無就其他行為人吸金之金額取得業績獎金等事項，以判斷各該行為人之吸金規模，林洛安、鄧明璇及梁仕欣均為吳雯婷之下線，吳雯婷可就下線吸金之金額取得組織獎金，吳雯婷本諸自己犯罪之意思，參與非法吸金之構成要件行為，縱僅參與其中部分投資行為，亦屬與林洛安、鄧明璇及梁仕欣間分工行為，無礙仍須就全部犯罪事實共同負責，應合併計算其吸金金額如附表1-1所示，亦於理由內說明所憑及理由，凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使，所為論斷說明，並不悖乎經驗法則與論理法則，亦無吳雯婷所指未憑證據認定事實、理由欠備等違法可言。

五、法院不得就未經起訴之犯罪審判，刑事訴訟法第268條定有明定。原判決依調查所得，附帶就第一審退併辦部分，記明檢察官移送併辦如第一審判決附表二編號1至148所示投資人投資馬勝基金投資方案部分，經第一審判決敘明尚無證據足證被告等有前開犯行，難認與其等本案犯行有接續犯或集合犯之實質上一罪關係，無從併予審理，且第一審退併辦後，檢察官亦未再就前揭部分移送原審併案審理，或者有所主張、舉證或聲請調查，自無從併予審究等旨，所為論斷說明核無不合，是依上開說明，原判決就該部分未予審判，無檢察官上訴意旨所指之違法可言。

六、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，故其範圍並非漫無限制。若係不能調查，或所欲證明之事項已臻明瞭，自均欠缺其調查之必要性。原判決綜合案內證據資料，已詳述吳雯婷確有所載違反銀行法、多層次傳銷管理法各犯行之論證，且稽之原審筆錄記載，吳雯婷及其辯護人於辯論終結前，並無主張聲請傳喚林洛安作證，審判長於調查證據完畢時，詢問「尚有何證據請求調查？」時，亦均稱

「無」（見更一審卷一第231頁、卷六第210頁以下審判程序筆錄），以事證明確，未為其他無益之調查，無所指調查職責未盡之違法。吳雯婷於上訴本院時，始主張原審有此部分證據調查未盡之違法，顯非依據卷內資料而為指摘。

七、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，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，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。原判決就所犯吳雯婷、林洛安上揭各罪，已記明如何以行為人之責任為基礎，綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，並載敘被告等悉適用刑法第31條第1項但書、刑事妥速審判法第7條，林洛安再依銀行法第125條之4第2項前段等規定減輕或遞減其刑後，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，分別科處所示之刑，經核量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，就其2人所為所生危害非輕、參與之犯罪分工、角色、擔任之組織層級、招攬吸金之規模等各情，併列為量刑之綜合審酌因素，尤非專以其2人犯罪後坦承犯行、與部分被害人和解、繳回犯罪所得作為減輕刑罰之唯一因子，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有檢察官所指濫用其裁量權限之違法情形，自不得僅摭拾量刑未詳予記敘或擷取其中片段，執以指摘原判決量刑違法。

八、綜合前旨及檢察官本部分、吳雯婷其他上訴意旨，均係置原判決所為明白論斷於不顧，對原審取捨證據與判斷證據證明力之職權行使，或量刑及其他裁量權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，且重為事實之爭執，難認已符合首揭法定之上訴要件，應認其等之上訴為不合法律上之程式，均予駁回。又檢察官上訴書所檢附本部分刑事請求檢察官上訴狀，因非屬檢察官上訴書狀本身所述之理由，而刑事訴訟法復無第三審上訴理由得引用或檢附其他文件代替之規定，本院自無從審酌。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　30　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　洪兆隆

法　官　何俏美

法　官　吳秋宏

法　官　汪梅芬

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　31　　日