

01 最高法院刑事判決

02 114年度台上字第484號

03 上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官蔡麗宜

04 上訴人 謝淑美

05 (被告)

06 張嘉哲

07 被告 郭修誌

08 陳金會

09 上二人共同

10 選任辯護人 王文廷律師

11 許雅芬律師

12 蔡宜君律師

13 上列上訴人等因被告等違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺南
14 分院中華民國113年9月30日第二審更審判決（111年度金上重更
15 一字第53、54號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署107年度偵字
16 第8143、8539、10660、10661、13190、13568、14549、15182、
17 16303號，追加起訴案號：臺灣臺南地方檢察署109年度偵字第10
18 288號），提起上訴，本院判決如下：

19 主 文

20 原判決關於郭修誌、陳金會部分撤銷，發回臺灣高等法院臺南分
21 院。

22 其他上訴駁回。

01 理 由

02 壹、撤銷發回部分（即被告郭修誌、陳金會〈以下合稱郭修誌等
03 2人〉部分）：

04 一、上開部分，原判決撤銷第一審關於論處郭修誌等2人共同犯
05 銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪刑（郭
06 修誌處有期徒刑3年4月，陳金會處有期徒刑3年3月）及諭知
07 沒收（追徵）部分之判決，改判諭知郭修誌等2人無罪。固
08 非無見。

09 二、惟按：

10 (一)審理事實之法院，對於卷內存在有利及不利於被告之證據，
11 應一律注意，詳為調查，並綜合調查所得之證據，本於經驗
12 法則與論理法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理
13 由，於判決內詳加說明，否則即有判決理由不備之違法。又
14 銀行法第29條之1所規範之違法吸金行為，係以返還本金或
15 給付相當或高於本金之原因，招攬引誘多數人或不特定人投
16 資，其相關投資誘因或訊息之發布常處於積極主動，純投資
17 人常係被動接收投資訊息、收受獲利；且個人之投資，與關
18 係密切之親友有訊息之分享固屬難免，然行為人倘基於其他
19 目的，明知其所投資項目係屬訴求高額獲利，猶以保本保
20 息、保證獲利、投資穩賺不賠等話術，積極主動使力招攬、
21 行銷、宣傳，甚而轉手其他投資人投資款項之交付，因而從
22 中獲取投資利得以外之獎金或其他報酬者，即與單純個人參
23 與投資獲利之情形有別。前揭所稱「多數人」，係指具有特
24 定對象之多數人；所稱「不特定之人」係指不特定對象，可
25 得隨時增加者之謂，不應執著於「多數」字義是否指特定數
26 目，而應視行為人是否有以勸誘行為（例如以公開說明會、
27 廣告或勸誘下線再行招募他人加入等）不斷擴張招攬對象，
28 且不特別限定加入對象，而處於隨時可得增加投資者之狀
29 態，此時社會一般公眾資金及金融市場秩序即有因此肇生損
30 害之高度風險，自屬違法吸金罪之處罰範圍。申言之，只要
31 行為人有以上開來者不拒、多多益善之手段招攬他人加入，

01 即屬向「多數人」或「不特定人」為招攬行為，縱行為人自
02 己亦有參與投資，亦無礙於本罪之成立。

03 (二)原判決認郭修誌等2人於本案所為不該當銀行法第125條第1
04 項前段之非法經營收受存款業務罪，雖說明略以：郭修誌等
05 2人所招募之「櫃位券投資案」（即集資購入較低折扣之新
06 光三越百貨股份有限公司禮券〈下稱新光三越禮券〉，再轉
07 售給「雅詩蘭黛」、「SK-II」等專櫃以賺取價差），其對
08 象僅侷限於郭修誌等2人之親朋好友，而非毫無設限地對於
09 多數人或不特定人進行招募；且郭修誌等2人所招募之對象
10 並未再招攬其他人投資，亦與不斷擴張、大規模對外吸收資
11 金之情形有別。有關「新光秘密基地」群組之對話內容及郭
12 修誌等2人與上訴人謝淑美簽訂之「商業合夥契約書」，僅
13 能證明郭修誌等2人因誤信前揭投資案為真而與謝淑美約定
14 投資數額，且郭修誌等2人為達成合夥契約所訂之投資數額
15 而設法籌錢因應，尚難憑此推認郭修誌等2人對外招攬投資
16 之對象係處於隨時可得增加之狀態等旨（見原判決第65至72
17 頁）。惟郭修誌於偵查中自承：「（你們二人除了自己參與
18 謝淑美的新光三越禮券投資案外，是否也有招募其他人來參
19 與這投資案？）是其他投資人知道我們有參與這投資案，主
20 動來向我們表示要參與，我們就幫忙收他們的投資款項轉給
21 謝淑美，謝淑美給我們本金跟紅利時我們再轉給投資人」、
22 「（你們下線的投資人透過你們來投資新光三越禮券投資案
23 時，你們二人有無從中分得紅利？）我們跟進來的投資人約
24 定5-10%紅利不等，我們有從中抽取2-5%的利差」等語；陳
25 金會除表示其所收取之款項均交給郭修誌，自己沒有賺錢以
26 外，其餘意見均與郭修誌相同（見偵字第8143號卷三第255
27 頁）。上情如果無訛，姑且不論郭修誌所稱被動接受投資之
28 說詞是否可信，可見郭修誌等2人對其下線成員之選擇，似
29 未侷限於自身親朋好友等特定少數人，且處於隨時可得增加
30 投資者之狀態，郭修誌等2人並可從中獲取一定比例之差額
31 利潤。此與原判決所稱郭修誌等2人所招募之投資對象具有

01 侷限性及特定性，而非向多數人或不特定人招攬「櫃位券投
02 資案」（見原判決第65頁第15至18行），已有未合。其次，
03 依卷附「商業合夥契約書」所載，郭修誌等2人與謝淑美間
04 非僅約定合夥經營「櫃位券投資案」之投資數額而已，有關
05 交券數量之控制、盈利所得如何按出資比例計算等亦均定有
06 明文；觀之陳金會之出資額為新臺幣（下同）4752萬680
07 元、1億7975萬5000元，郭修誌為1200萬元、3000萬元（見
08 他字第2209號卷第23至28頁），更可見郭修誌等2人與謝淑
09 美就該投資案已有合夥經營並共享利潤之意思合致，而有別
10 於單純參與投資之一般民眾。其次，郭修誌等2人就「櫃位
11 券投資案」之合計投資總額達2億6927萬5680元，扣除原判
12 決附表一（以下僅記載其編號序）編號60至66所列郭修誌等
13 2人向自身親友招攬投資總額5373萬4000元，以及編號80所
14 列郭修誌以自己名義參與投資之3000萬元（見原判決第65至
15 66、106至109、113頁），尚有1億8554萬1680元之差額。倘
16 若屬實，上開高達億元之鉅額投資款來源究竟為何？能否仍
17 謂郭修誌等2人未向多數人或不特定人招攬投資？亦待釐
18 清。再觀諸「新光秘密基地」群組之對話紀錄，郭修誌（即
19 群組內之「Brother」）曾留言：「朋友金主也近傾巢而出
20 了，也難有新活水注入」等語（見偵字第8143號卷三第159
21 頁）；原判決認郭修誌所稱「金主」係指原本已參與「櫃位
22 券投資案」之特定對象（見原判決第69頁第16至18行），則
23 「新活水」一詞又何所指？是否意味郭修誌原欲設法擴增親
24 友以外之新進成員參與投資卻未能如願，故而表示「難有新
25 活水注入」？若郭修誌等2人曾向親友以外之人招攬投資未
26 果，是否仍不足以認定其等涉有本案犯行？此外，郭修誌又
27 稱：「關於出示證明這部份，因要取信與人可否提新光三越
28 禮卷買賣這些」；「詩儀」（即謝淑美虛構之人）回稱：
29 「如果是可信之人口風緊我想我相信修誌」（見偵字第8143
30 號卷三第105、107頁）。倘郭修誌等2人係單純受謝淑美所
31 騙，以致誤信其等所參與之投資方案為真而未涉及不法，郭

01 修誌何須提及需要出示證明取信於人？何以就能否對外提及
02 「新光三越禮券買賣」一事謹慎至此，甚且須向「詩儀」請
03 示後始可為之？謝淑美又何須以「可信之人」、「口風緊」
04 作為對外透露新光三越禮券買賣事宜之前提要件？以上各
05 節，攸關郭修誌等2人是否對於多數人或不特定人招攬投
06 資，以及有無單獨或與謝淑美共同從事非法經營銀行業務犯
07 行之認定，自有究明之必要。原審對此未加說明釐清，即遽
08 予判決郭修誌等2人無罪，難謂其調查職責已盡，併有判決
09 理由不備之違法。

10 三、以上或為檢察官上訴意旨指摘所及，或為本院得依職權調查
11 之事項；且原判決上述違背法令情形，已影響於事實之確
12 定，本院無從據以為裁判，應認原判決關於郭修誌等2人部
13 分有撤銷發回更審之原因。

14 貳、上訴駁回部分（即謝淑美、上訴人張嘉哲〈以下合稱謝淑美
15 等2人〉部分）：

16 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決
17 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
18 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未
19 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
20 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
21 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違
22 背法律上之程式，予以駁回。

23 二、關於謝淑美等2人，原審審理結果，認為其等之犯行明確，
24 因而撤銷第一審關於謝淑美等2人之有罪判決，(一)改判依刑
25 法想像競合犯規定，從一重論處謝淑美共同犯銀行法第125
26 條第1項後段之非法經營收受存款業務罪刑（處有期徒刑8年
27 6月），並為沒收（追徵）之諭知；(二)改判適用刑法第59條
28 之規定，論處張嘉哲共同犯銀行法第125條第1項後段之非法
29 經營收受存款業務罪刑（處有期徒刑4年。被訴涉犯行使偽
30 造私文書、詐欺取財罪嫌部分，經原審前審審理結果，認不
31 能證明張嘉哲有此部分之犯行，因而維持第一審不另為無罪

01 之諭知；此部分未據檢察官上訴，已告確定），並為沒收之
02 諭知。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

03 三、謝淑美等2人上訴意旨略以：

04 (一)謝淑美部分：

05 1.郭修誌等2人於民國107年4月19日向檢察機關提出告訴，指
06 稱謝淑美未忠實處理新光三越禮券之投資事宜，涉有詐欺、
07 背信等罪嫌；惟謝淑美於同年月23日前往警局製作筆錄時已
08 坦承全部犯罪事實，並交出其使用之帳冊及存摺，且全盤托
09 出郭修誌等2人以外之其他被害人。足見謝淑美於警調人員
10 尚不知悉其涉有違反銀行法罪嫌且未掌握案情時，主動提出
11 被害人之資料及明細，應認謝淑美有自首並接受裁判之意
12 思。原判決竟謂謝淑美無自首減刑規定之適用，有判決不適
13 用法律之違法。

14 2.謝淑美於接受調查前之107年4月16日，即曾以LINE向被害人
15 坦承其無法低價購得新光三越禮券，「櫃位券投資案」亦係
16 出於欺瞞，而主動向被害人說明本案情節。謝淑美並將其手
17 邊之財產交予被害人作為抵償，復積極處理後續還款事宜。
18 原判決漏未審酌上情，量刑有所違誤，請從輕量刑。

19 (二)張嘉哲部分：

20 原審於審判期日就被訴事實訊問張嘉哲前，先調查與本案事
21 實無關、屬於品格證據之單純科刑情狀事實，與刑事訴訟法
22 第288條第4項有關論罪事實與科刑之調查程序應予分離之立
23 法意旨有所扞格，足以影響法官之心證及法院之刑罰裁量，
24 已違反正當程序保障及程序正義，有判決不適用法則之違
25 法。

26 四、惟按：

27 (一)刑法上之自首，乃犯人在犯罪未發覺前，向該管公務員自行
28 申告犯罪事實而受裁判之謂。所謂「發覺」，固非以具有偵
29 (調)查犯罪權限之公務員確知其人犯罪無誤為必要，然如
30 有確切之根據得以合理之可疑，而非單純主觀懷疑者，即屬
31 已「發覺」；具有偵(調)查犯罪權限之公務員如非單純主

01 觀上之懷疑或推測，而係已取得具體明確之證據資料，足以
02 對行為人涉犯單純一罪或實質上一罪之部分犯罪事實存有合
03 理之可疑，應認已發覺。此時，縱行為人主動供出其他部分
04 事實，因係在具有偵（調）查犯罪權限之公務員已「發覺」
05 犯罪行為人及犯罪事實之後，仍難認有自首減輕其刑規定之
06 適用，不得據以減輕其刑。本件原判決認定謝淑美對於編號
07 1至84之投資人所為非法經營收受存款業務之行為，應評價
08 為集合犯之實質上一罪（見原判決第46頁）；其中編號84之
09 王寶琴於107年4月23日16時4分許向調查人員檢舉謝淑美以
10 購買新光三越禮券可賺取差價為名對外招攬投資，已涉嫌違
11 反銀行法等語（見第一審金重訴字第3號卷二第75至78
12 頁），已難謂具有偵（調）查犯罪權限之公務員尚未發覺謝
13 淑美此部分之違法吸金犯行；即令謝淑美於同日22時58分許
14 警詢時坦承其有以購買新光三越禮券之名義詐騙得手2至3億
15 元（見嘉民警偵字第0000000000號卷第2至7頁），亦已在司
16 法警察發覺謝淑美涉有前述實質上一罪之部分犯行後，依上
17 開說明，即與刑法第62條前段之自首要件有間。原判決未依
18 上開規定予以減刑，於法並無不合。謝淑美上訴意旨猶執前
19 詞，率謂其應有刑法第62條前段自首減刑規定之適用，顯與
20 法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

21 (二)刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，
22 已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列各款事
23 項，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比
24 例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，
25 自不得指為違法。又量刑判斷當否之準據，應就判決之整體
26 觀察為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷。本件原判
27 決對於謝淑美之量刑，已以行為人之責任為基礎，具體審酌
28 謝淑美之犯罪情節、所生損害、已坦承犯行且與部分被害人
29 和解之犯後態度、智識程度、生活狀況及其他刑法第57條所
30 定之一切情狀（見原判決第75至76頁），經核係在罪責原則
31 下適正行使其量刑之裁量權，客觀上並未逾越法定刑度，亦

與罪刑相當原則無悖，難認原判決有濫用其裁量權限或漏未審酌之違法情形；縱未說明謝淑美係於何時向被害人坦承詐騙，或詳述謝淑美如何計劃處理後續賠償事宜，對於上開量刑結果仍不生影響，此與判決不備理由之違法情形尚屬有別。謝淑美上訴意旨執以指摘，係就原判決已明白論斷之事項，任意爭辯，並非第三審上訴之合法理由。

(三)審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第47條定有明文。是以，事實審法院於審判期日有無踐行調查之訴訟程序，自依審判筆錄之記載為據。又刑事訴訟法第288條第4項規定：「審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之」，此「科刑資料」係指刑法第57條或第58條規定刑之量定有關之事實而言，其中如已屬於犯罪構成要件之要素者（例如犯罪動機、目的、所生危害、違反義務程度等），固應予嚴格證明，於論罪證據之階段依各項證據方法之法定調查程序進行調查；倘為單純科刑情狀之事實（諸如犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度、犯罪後之態度等），則以自由證明為已足，惟仍應與卷存證據相符。又此等單純作為科刑應審酌情狀之事實應如何調查，法固無明文，惟倘屬不利於被告之科刑資料，仍應在科刑資料之調查階段使被告及其辯護人有陳述意見或為防禦之機會。依原審審判筆錄，原審審判長係於訊問張嘉哲被訴事實後，始訊問檢察官、張嘉哲及其原審辯護人對科刑資料（含張嘉哲之前案紀錄表、學經歷、工作情形及家庭生活經濟狀況）之意見，張嘉哲對其前案紀錄表陳稱沒有意見，且詳述其學歷、婚姻、收入、工作情形及家庭生活狀況。審判長復命檢察官、張嘉哲及其原審辯護人依同一次序就事實、法律及科刑範圍分別為辯論，張嘉哲及其原審辯護人對原審審判長之訴訟指揮並未聲明異議（見原審金上重更一字第53號卷四第68至85頁）。張嘉哲上訴意旨未具體指出原審於訊問其被訴事實前，先予調查之品格證據或單純科刑情狀事實究竟為何，

核係未依卷內訴訟資料所為之指摘，顯非上訴第三審之適法理由。

五、綜合前旨及謝淑美等2人其他上訴意旨，仍置原判決之明白論斷於不顧，對於原審上述職權之適法行使，任意爭辯，並非合法之第三審上訴理由。應認本件關於謝淑美等2人之上訴違背法律上之程式，予以駁回。又本院為法律審，本件既從程序上駁回謝淑美之上訴，其請求本院從輕量刑，自無從審酌。以上謝淑美得上訴第三審之非法經營收受存款業務及行使偽造私文書部分之上訴，既因不合法而從程序上予以駁回，則與之有想像競合裁判上一罪關係之刑法第339條第1項詐欺取財部分，因屬刑事訴訟法第376條第1項第5款所列不得上訴第三審法院之罪，且無同條項但書所定例外得上訴第三審之情形，自無從為實體上審判，應併從程序上駁回。

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 115 年 8 月 5 日

刑事第七庭審判長法官 林瑞斌
法官 洪兆隆
法官 吳冠霆
法官 陳芃宇
法官 高文崇

本件正本證明與原本無異

書記官 王怡屏

中 華 民 國 115 年 8 月 11 日