最高法院刑事判決

114年度台上字第6054號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官康惠龍
上　訴　人
（被　告）　徐正倫

選任辯護人　余德正律師
上　訴　人
即　被　告　沈蔓均

選任辯護人　蘇振文律師
　　陳昭龍律師
上　訴　人
即　被　告　蔡崇文

選任辯護人　林志忠律師
　　高奕驤律師
　　陳立涵律師
上　訴　人
（被　告）　潘昇達

選任辯護人　黃莉晴律師
　　楊榮宗律師
上　訴　人

（被　告）　黃煇庭

　　吳崇雄

　　李瑞貞

上二人共同
選任辯護人　李嘉泰律師
上　訴　人
即　被　告　李慰慈

選任辯護人　歐宇倫律師
　　李榮林律師

上列上訴人等因被告等違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年7月16日第二審判決（111年度金上重訴字第10號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署105年度偵字第17372、17507、17508、23385、28237號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於徐正倫之沒收，及沈蔓均、蔡崇文、李慰慈部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即徐正倫之沒收，及沈蔓均、蔡崇文、李慰慈）部分：

一、刑法有關沒收規定於民國104年12月30日、105年6月22日迭經修正公布，並自105年7月1日施行，參照此次修正刑法第2條、第40條及刪除第34條、第39條之立法說明，沒收之性質已修正為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，並非從刑，不必然附隨於主刑宣告。因之，沒收雖以違法行為存在為前提，但非不可與其前提事實分離審查。本件原判決關於上訴人徐正倫沒收部分，固有違誤，惟與犯罪事實之認定及刑之量定，予以分割審查，並不發生裁判歧異之情形，則基於前述沒收之獨立性，本院自得於徐正倫關於其罪刑之上訴不合法而予以駁回時（詳如後述），將上開沒收部分分離，予以撤銷發回，合先敘明。

二、本件原判決認定上訴人即被告李慰慈有其事實欄一至二所載幫助徐正倫招攬如其附表一至二所示之被害人投資紅利貴賓會方案，向不特定之人收受款項，約定、給付與本金顯不相當之紅利，而經營業務之犯行；上訴人即被告沈蔓均有其事實欄二所載幫助徐正倫招攬如其附表二所示之被害人投資紅利貴賓會方案，向不特定之人收受款項，約定、給付與本金顯不相當之紅利，而經營業務之犯行；暨上訴人即被告蔡崇文有其事實欄四所載與徐正倫共同以借款名義，向其附表四所示被害人收受款項，約定、給付與本金顯不相當之利息，而經營業務之犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，比較行為時及裁判時法律，適用最有利之規定，改判依刑法第30條第1項、107年1月31日修正後銀行法第125條第1項前段規定，分別論處李慰慈、沈蔓均幫助非法經營銀行業務各罪刑；暨依修正後銀行法第125條第1項前段規定，論處蔡崇文共同非法經營銀行業務罪刑，並諭知除應發還被害人或得請求損害賠償之人外之相關沒收、追徵。另撤銷第一審判決關於徐正倫之沒收部分，改判對其諭知如原判決附表十編號1所示沒收及追徵，固非無見。

三、惟查：

㈠、銀行法第125條第1項係就違反專業經營特許業務之犯罪加以處罰，該條項於93年2月4日修正公布，增訂後段規定「其犯罪所得達新臺幣1億元以上者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣2,500萬元以上5億元以下罰金」，乃以「犯罪所得達新臺幣1億元以上者」，資為加重處罰條件，法定刑由該條項前段所定3年以上10年以下有期徒刑，加重為7年以上有期徒刑，主要基於違法辦理收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務，所收受之款項或吸收之資金，其規模愈大，對社會金融秩序之危害影響愈重大，特為立法評價。嗣該條第1項後段規定再於107年1月31日修正公布，將原條文中之「犯罪所得」修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」， 稽諸其修正理由所載敘：「查原第1項後段係考量犯罪所得達新臺幣1億元對金融交易秩序之危害較為嚴重而有加重處罰之必要，惟『犯罪所得金額達新臺幣1億元』之要件與行為人主觀之惡性無關，故是否具有故意或認識（即預見），並不影響犯罪成立，是以犯罪行為所發生之客觀結果，即『犯罪所得』達法律擬制之一定金額時，加重處罰，以資懲儆，與刑法係因違法行為獲取利得不應由任何人坐享之考量有其本質區別。鑑於該項規定涉及罪刑之認定，為避免混淆，造成未來司法實務上犯罪認定疑義，該『犯罪所得』之範圍宜具體明確。……爰修正第1項，以資明確」等旨，可見銀行法第125條第1項後段加重處罰規定，乃非關構成要件之量刑規定，是以，無論修正前、後銀行法第125條第1項後段所稱「犯罪所得」或「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，行為人就其數額達新臺幣（下同）1億元以上，無須加以認識，其認識錯誤亦不影響犯罪之成立。本件原判決於其事實欄一認定李慰慈幫助徐正倫招攬如其附表一所示之被害人投資紅利貴賓會方案，收受之投資金額合計逾1億元；暨其事實欄二認定李慰慈、沈蔓均幫助徐正倫招攬如其附表二所示之被害人投資紅利貴賓會方案，收受之投資金額合計逾1億元，以及其事實欄四認定蔡崇文與徐正倫

共同以借款名義，向其附表四所示被害人收受款項，約定、給付與本金顯不相當之利息，共計吸收資金3億5,296萬3,000元等情（見原判決第4至7頁），惟原判決理由卻以銀行法第125條第1項後段加重處罰規定，應屬加重構成要件規定，須行為人主觀上對吸金規模達1億元以上之情事有所認識，尚難認李慰慈、沈蔓均及蔡崇文均對非法吸金之金額已達1億元之情事有所認識，因而均論李慰慈、沈蔓均以刑法第30條第1項、修正後銀行法第125條第1項前段之幫助非法經營銀行業務罪，以及論蔡崇文以修正後銀行法第125條第1項前段非法經營銀行業務罪（見原判決第76至79頁），依上開說明，難謂適法。

㈡、有罪判決書之事實欄（包括其引為事實一部之附表欄），均為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與論罪科刑有關之事實，翔實記載，然後於理由內說明其憑以認定之證據，並使事實與事實，事實與理由，以及理由與理由之間彼此互相適合，方為合法；若事實之認定前後不相一致，或事實認定與理由說明彼此互相齟齬者，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。本件原判決於其事實欄四認定：蔡崇文與徐正倫共同以借款名義，向其附表四所示被害人收受款項，約定、給付與本金顯不相當之利息，而經營業務等情（見原判決第6至7頁），並於理由敘明：蔡崇文本件行為，並非僅為單純介紹徐正倫予其附表四所示各該被害人認識，尚包括告知貸與款項與徐正倫可以獲得高額利息之資訊，及代替徐正倫告知部分被害人關於徐正倫後續借款需求以及借款數額，顯屬銀行法第29條之1所定非法經營銀行收受存款行為之要件，自應論以共同正犯，非僅幫助犯等旨（見原判決第75頁第8至15行），亦即以蔡崇文有代替徐正倫告知部分被害人關於徐正倫後續借款需求以及借款數額之行為，作為蔡崇文與徐正倫論以共同正犯之依據。惟原判決理由採用其附表四所示被害人之證詞，卻又說明：蔡崇文在部分被害人與徐正倫尚未完全熟識時，代替部分被害人向徐正倫確認款項

是否收受，甚至幫部分被害人轉交貸與徐正倫之款項及確認款項是否入帳之行為等旨（見原判決第75頁第5至7、13至14行），似認為蔡崇文基於與被害人同一立場，代替或幫部分被害人與徐正倫接洽。則原判決上開事實欄之認定與此部分理由矛盾，且前後理由說明彼此互相齟齬，依上述說明，難謂無判決理由矛盾之違誤。又原判決理由所敘：其附表四各該被害人之貸與款項均直接匯入徐正倫指定之李慰慈銀行帳戶，蔡崇文並未實際經手，亦無證據顯示該附表四各該被害人有向蔡崇文告知關於貸與款項與徐正倫之具體數額，或徐正倫有告知蔡崇文關於向上開被害人實際借款之數額，或蔡崇文有因介紹上開被害人貸與款項與徐正倫而從中獲取佣金等情（見原判決第78至79頁），如果無誤，則蔡崇文既未實際經手被害人等之貸與款項，且不知具體金額，亦未因介紹被害人而從中獲利，是否仍不足以證明蔡崇文主觀上僅止於幫助徐正倫非法經營銀行業務之故意？自有詳加調查釐清之必要。原審未詳加調查審究明白，而於其事實欄與理由欄為前述矛盾之認定與說明，自有調查職責未盡及判決理由矛盾之違法。

㈢、為確保沒收或追徵宣告之終局裁判得以執行，實現實體法上剝奪犯罪物或不法利得之宗旨，對應刑法上不同之沒收客體，刑事訴訟法第133條第1項、第2項分別規定沒收扣押及追徵扣押之保全措施。就不法利得沒收而言，依刑法第38條之1第4項規定，犯罪所得乃包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息，其原客體皆屬沒收範圍。復依同條第3項規定，原客體因事實上或法律上原因（如滅失或第三人善意取得）不存在，或雖尚存在，惟不宜沒收時，則轉換為追徵相當於原客體價值之替代價額。而刑事訴訟法第133條第1項所規定之沒收扣押，乃在保全沒收原利得客體之將來執行；同條第2項所規定之追徵扣押，則在保全追徵原客體價值的替代價額之將來執行。兩者皆屬暫時性處分，在刑事執行程序，沒收扣押之標的所有權或其他權利，依刑法第

38條之3第1項規定，於沒收裁判確定時移轉為國家所有；而追徵扣押之標的，則於沒收裁判確定後，應啟動刑事執行之變價等程序，俾實現全部追徵價額，若有餘額則歸還被告或第三人。因此，追徵扣押之標的，並非當然屬犯罪所得，法院裁判時倘就此標的諭知沒收，仍應詳為調查、審認其是否為犯罪所得，並敘明所憑依據，始為適法。本件原判決就徐正倫之沒收部分，以其附表八之三所示扣案債權金額總計2億3,815萬3,535元，屬徐正倫所有可供追徵之財產，仍應依法就此部分諭知除應發還被害人或得請求損害賠償之人外沒收之，以利檢察官日後據以執行。但因此部分僅屬對自然人之債權，是否能足額受償不無疑問，為達澈底剝奪犯罪所得之目的，即不宜直接自徐正倫應沒收之犯罪所得中予以扣除，因而諭知如原判決附表十編號1所示此部分債權所示之犯罪所得，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外予以沒收（見原判決第104、228頁）。惟依本件卷內資料，上述扣案債權固經臺灣新北地方法院105年度聲扣字第8號裁定，依刑事訴訟法第133條第5項規定扣押在案（見警扣字第6號卷第259頁），然上開原判決理由所敘此等扣案債權屬徐正倫所有可供追徵之財產等情，倘若無訛，則該扣案債權屬追徵扣押之標的，於沒收裁判確定後，自應啟動執行程序，實現全部追徵價額，若有餘額則須歸還徐正倫，並非當然為徐正倫之犯罪所得。乃原審並未調查及說明上述扣案債權是否屬徐正倫之犯罪所得，亦未敘明所憑之依據，逕就上開扣案債權全部諭知沒收，致本院無從為其此部分適用法則是否允當之審斷，自有調查未盡及理由欠備之違誤。

㈣、有罪之判決書，對被告有利之證據不採納者，應說明其理由，為刑事訴訟法第310條第2款所明定。故有罪判決書對於被告有利之證據或辯解，如不加採納，必須說明其不予採納之理由，否則即難謂無判決不備理由之違誤。原判決採用證人許芸萍於檢察官訊問時之證詞，作為沈蔓均犯罪之證據（見原判決第54至55、72頁）。惟卷查沈蔓均於原審辯稱：

檢察官以證人身分訊問許芸萍，卻未令其朗讀結文，且於訊問時對許芸萍詐欺、脅迫，其於偵查中之證詞並無證據能力等語（見原審卷二第266頁、卷三第464至466頁、被告書狀卷一第201至204頁），原審對沈蔓均前開有利之辯解，未予採納，惟並未說明何以不予採納之理由，原判決僅於理由內泛謂：上開證人於偵查中向檢察官所為之證述，已依法具結，且於原審以證人身分到庭供沈蔓均及其辯護人實施交互詰問而為合法之調查，即已完足為經合法調查之證據，應有證據能力云云（見原判決第12頁），未就沈蔓均前開辯解指駁，亦未詳加剖析敘明許芸萍上開偵查中證詞何以具有證據能力，遽採上開陳述為沈蔓均犯罪之證據，依上述說明，難謂無判決理由不備之違法。

㈤、以上或為檢察官、蔡崇文、沈蔓均及徐正倫上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。而原判決上開違誤影響於此部分事實之認定、法律之適用及量刑，本院無從據以自行判決，應認原判決關於徐正倫之沒收，及沈蔓均、蔡崇文、李慰慈部分，均有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即徐正倫之罪刑，及潘昇達、黃煇庭、吳崇雄、李瑞貞）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非依據卷內訴訟資料，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、本件原判決綜合全案證據資料，認定徐正倫有其事實欄一至二所載藉由招攬如其附表一至二所示之被害人投資紅利貴賓會方案，向不特定之人收受款項，約定、給付與本金顯不相當之紅利，而經營業務，收受款項合計達1億元以上（其中其事實欄二部分與鄭翔鴻、許芸萍、莊順興、陳修安、陳安

石、朱惟中、簡麗妍《均經另案判刑確定》等人共同為之），以及其事實欄三至四所載以借款名義，向如其附表三、四所示被害人收受款項，約定、給付與本金顯不相當之利息，而經營業務，收受款項合計達1億元以上（其中其事實欄四部分與蔡崇文共同為之）。上訴人潘昇達有其事實欄五所載以借款名義，向其附表五所示被害人收受款項，約定、給付與本金顯不相當之利息，而經營業務；上訴人黃煇庭有其事實欄五所載以借款名義，向其附表七所示被害人收受款項，約定、給付與本金顯不相當之利息，而經營業務；上訴人吳崇雄、李瑞貞有其事實欄五所載共同以借款名義，向其附表六所示被害人收受款項，約定、給付與本金顯不相當之利息，而經營業務等犯行。因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，比較行為時及裁判時法律，適用最有利之規定，改判依107年1月31日修正後銀行法第125條第1項後段規定，論處徐正倫共同非法經營銀行業務各罪刑（共2罪，均累犯）；暨依修正後銀行法第125條第1項前段規定，分別論處潘昇達、黃煇庭、吳崇雄、李瑞貞共同非法經營銀行業務各罪刑，並諭知除應發還被害人或得請求損害賠償之人外之相關沒收、追徵，已詳述其認定事實所憑證據及認定之理由。

三、證據之取捨、事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為上訴第三審法院之適法理由。查：

㈠、本件原判決係綜合徐正倫之供詞，及證人即原判決附表一至四所示被害人王月聰等人之證詞，復參酌卷內行政院大陸委員會澳門事務處函暨所附資料、紅利貴賓會年度會員協議書影本、李慰慈之新光商業銀行、國泰世華商業銀行帳戶交易明細，以及其他證據（詳如原判決理由所載），詳加研判，並依憑卷內資料，說明如何認徐正倫有招攬其附表一各該被害人投資紅利貴賓會，並向其等被害人保證獲取如其附表一編號1至4所示之高額紅利；鄭翔鴻等人有以保證每月給付與

本金顯不相當紅利之方式，招攬投資人投資紅利貴賓會方案，且徐正倫有與鄭翔鴻等人共同為之；暨徐正倫招攬如原判決附表三、四各該被害人貸與款項與自己，而與該等被害人所約定及給付之報酬與本金顯不相當等情，而據以認定徐正倫有原判決事實欄一至四所載共同非法經營銀行業務等犯行，已詳敘其採證認事之理由。並對於徐正倫否認犯罪之辯解，何以均不足採信，皆已斟酌卷內資料詳加指駁及說明。而原判決就如何認其附表三、四所示被害人係基於高額利息報酬之條件，因而貸與款項與徐正倫，徐正倫所為符合向多數人或不特定人以借款名義許以與本金顯不相當報酬之「準收受存款」要件，而成立非法經營銀行收受存款業務罪等情，闡述甚詳，因認徐正倫所辯該等被害人係基於朋友間信賴關係始貸與款項，且其所為與銀行法第29條之1所稱「多數人或不特定之人」要件不符云云為不可採（見原判決第66至68頁）；並就徐正倫對於原判決事實欄一部分所辯稱：會員繳納會費後，會員可到帳房櫃檯以簽立借據方式借款兌換籌碼，若超過一定期間未償還借款本息，紅利貴賓會即會從會員繳交之會費中扣抵，因賭博無法穩贏不賠，自無法保證所繳交之會費能全額返還，並無所謂保本情形云云，於理由內敘明：上述投資款項可兌換籌碼及扣抵欠款本息等情縱或屬實，乃會員實際到澳門賭博時，有另可選擇之方案而已，除原判決附表一所示被害人所證外，紅利貴賓會協議書中既明確載明為「固定收益」，且合約到期當日應將乙方之投資金額退還乙方等語，則若投資人未到澳門賭博，或未積欠帳房借款，徐正倫所代表之甲方均須償還本金並給付相當於年息18至60%不等之高額保證紅利，自仍屬「與本金顯不相當之報酬」之「準收受存款」，此不因投資人另有其他選擇方案而異，因認徐正倫此部分所辯為不可採等旨（見原判決第33至34頁）；併就原判決事實欄二部分，對於證人鄭翔鴻於第一審之證詞如何不可採，亦說明：倘鄭翔鴻等人透過紅利貴賓會賺錢之方式，係介紹會員至澳門賭博以賺取洗碼產生

之佣金，理論上鄭翔鴻等人在介紹紅利貴賓會投資案時，應會大力推薦會員至紅利貴賓會博弈，以達到其與紅利貴賓會約定之最低洗碼金額來賺取高比例的佣金。然依如原判決附表二所示部分被害人安靜瑀等人之證述內容（詳如原判決第41至48頁）可知，僅有少部分被害人曾聽聞投資紅利貴賓會可以到澳門賭博，且亦僅有極少部分被害人曾經至澳門賭博，更遑論有被害人每月皆至澳門賭博之情形。亦即鄭翔鴻等人在介紹紅利貴賓會投資案時，並非以「會員可以至澳門賭博」之條件作為招攬投資人之主要手段，甚至亦未積極向招攬對象推銷至澳門賭博之好處或福利，可見鄭翔鴻證稱以介紹被害人至紅利貴賓會博弈來賺取佣金等節，顯與事實相違，因認其證詞尚難採信等旨（見原判決第50至51頁）。其論斷說明俱有前揭證據資料可稽，核與卷內資料並無不合，且不違背證據法則及論理法則，即屬事實審法院採證認事、判斷證據證明力職權之適法行使，自不得任意指摘為違法。而原判決理由所敘紅利貴賓會協議書明確載明為「固定收益」，且合約到期當日應將乙方之投資金額退還乙方等語一節，與卷內紅利貴賓會合作協議書內容（見偵字第17372號卷五第136頁），核無不合。至於卷內另有紅利貴賓會年度會員協議書（見前開偵卷第118、138頁），依證人即被害人王月聰、林穎彤所證述該年度會員協議書乃其等與徐正倫續約時所簽等情（見前開偵卷第127、143頁），尚不影響上述紅利貴賓會合作協議書內容之真實性，自不能以被害人等嗣與徐正倫簽立下紅利貴賓會年度會員協議書，遽指原判決有認定事實與卷證不符之違法。又徐正倫於原審未曾聲請調查原判決事實欄一、二部分之吸金主體是否為紅利貴賓會、澳門氹仔銀河娛樂場股份有限公司、銳聚企業有限公司或徐正倫個人等事項，何況原審審判期日經審判長詢以「尚有無證據請求調查？」時，徐正倫及其原審辯護人均答稱「無」，並未聲請如何調查該等事項，有卷內審判筆錄可查（見原審卷三第533頁）。且因欠缺調查之必要性，原審未就該部分

再行調查，亦無調查職責未盡之違法可言。徐正倫上訴意旨置原判決明確之論斷說明於不顧，未綜觀全案證據，僅擷取楊善普、安靜瑀、曾耀暐、李國寧、詹謹仰、郭明達、陳品興、謝家成、莊順興、李振漢、彭金偉、褚月秀、張雯雯、何匡亞、蘇秀英、吳權家、謝乙辰、陳榮泰、蔡崇琛及魏旭初等人所陳述之片斷內容，作為對其有利之解釋，猶執鄭翔鴻證詞及上述紅利貴賓會年度會員協議書內容，並以原審未調查上開事項，就其有無本件犯行之事實，再事爭辯，而謂紅利貴賓會之會費性質上非屬收受存款，並無所謂保本之情，且其與鄭翔鴻並無犯意聯絡及行為分擔，而原判決附表三、四所示被害人均為徐正倫或蔡崇文之熟識親友，與銀行法第29條之1所稱「多數人或不特定之人」要件不符，原判決之認定顯有違誤云云，據以指摘原判決違法，自非適法之第三審上訴理由。

㈡、原判決依憑潘昇達、吳崇雄、李瑞貞於第一、二審之自白，佐以證人陳麗萍（即被害人王志烽之配偶），及其附表五、六、七所示被害人童偉程、吳美玲、陳寶林等人之證詞，並參酌卷內中國信託商業銀行股份有限公司函附童怡璇帳戶、第一商業銀行萬華分行函附李瑞貞帳戶交易明細等證據資料，認潘昇達、吳崇雄及李瑞貞之自白與事實相符，而據以認定其等有原判決事實欄五所示共同非法經營銀行業務之犯行，已詳敘其採證認事之理由，核其論斷與證據法則無違。又原判決就潘昇達、吳崇雄、李瑞貞本件犯行，係以陳麗萍、童偉程、吳美玲、陳寶林等人之證詞及上述證據資料，作為潘昇達、吳崇雄、李瑞貞上揭自白之補強證據，並以該補強證據與其等之自白相互利用，使犯罪事實獲得確信。而原判決業已參酌潘昇達於原審所提還款情形整理表，所載關於向被害人王志烽（該表載為陳麗萍）、潘喜達借款之尚欠餘額分別為171萬5,000元、650萬元等內容（見原審被告書狀卷二第191頁），於其附表五之一編號1、7關於對王志烽、潘喜達之「尚欠金額」，認定分別為171萬5,000元、49

萬元，亦與罪疑唯輕原則無違。尤以潘昇達、吳崇雄、李瑞貞於原審未提出否認犯罪之辯解（見原審卷三第538、560至561頁，原審被告書狀卷二第183至189頁），卻於法律審之本院爭執證人陳麗萍、陳寶林證詞之證明力，吳崇雄、李瑞貞改稱吳崇雄僅單純向陳寶林借款，並未違反銀行法云云，潘昇達則爭執原判決附表五編號1關於向王志烽借款之金額，及其附表五之一編號1、7關於對王志烽、潘喜達之「尚欠金額」，而據以指摘原判決違法，同非合法之第三審上訴理由。

四、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」，係為鼓勵被告於犯罪之後能勇於自新而設，若被告於偵查中自白，復就全部犯罪所得，於偵、審中自動繳交者，已足認確有悛悔向善之意，因而給予寬典。惟倘未繳交全部犯罪所得，自無適用該規定減輕其刑之餘地。本件原判決已依卷內資料，敘明潘昇達未扣案尚保有犯罪所得如其附表五之一所示為1,299萬5,000元等情，因而依銀行法第136條之1、刑法第38之1第3項規定，就潘昇達此部分犯罪所得諭知除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，應予沒收及追徵，則縱認潘昇達於偵查中自白前開非法經營銀行業務之犯行，然其既未於偵、審中自動繳交上述犯罪所得，依上揭說明，即無銀行法第125條之4第2項前段減輕其刑規定之適用。潘昇達上訴意旨指摘原判決未適用上述減輕其刑規定為違法，同非合法之第三審上訴理由。

五、量刑輕重及是否宣告緩刑，均屬事實審法院得依職權裁量之事項，苟於量刑時，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，而未逾越法定刑範圍，又未濫用其職權，縱未宣告緩刑，均不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。而刑法第59條之酌量減輕其刑，必其犯罪情狀確可憫恕，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。原判決已說明

黃煇庭、吳崇雄及李瑞貞所為本件犯行，依其等犯罪情節，如何在客觀上不足以引起一般人同情，並無情輕法重之情形，因而未適用刑法第59條規定酌減其刑等情甚詳，核其此部分論斷，於法並無不合。而原判決就徐正倫、黃煇庭、吳崇雄及李瑞貞本件犯行，均已依刑事妥速審判法第7條規定酌減其刑，並就其等量刑部分，以其等之責任為基礎，依刑法第57條所列各款事項而為量刑，已審酌黃煇庭、吳崇雄及李瑞貞坦承不諱，且相當程度盡力與被害人等和解、賠償損失之犯後態度，以及徐正倫未能與各該被害人達成一定程度和解之犯後態度，暨黃煇庭、吳崇雄及李瑞貞須扶養子女及母親或罹病兄長之生活狀況等情狀，並就徐正倫部分，以檢察官移送併辦部分併予審理結果，較第一審判決認定之事實增加原判決附表一編號5、6，及附表二編號283、284等多名被害人，第一審未及審酌此部分之事實，尚有未洽，因而撤銷第一審判決，改判處較第一審判決為重之刑。經核既未逾越法定刑範圍，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，自屬裁量權之適法行使，即無違法可言，且與原判決附表三之一、四之一對被害人等返還情形之記載，並無矛盾之情形。而黃煇庭本件犯行既經量處有期徒刑2年2月，核與刑法第74條第1項所規定必須「受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告」者，始得諭知緩刑之要件不合，是原判決未對黃煇庭宣告緩刑，並無濫用自由裁量權限之情形。又原判決已敘明吳崇雄、李瑞貞所招攬如原判決附表六所示之被害人達10人之多，吸金之款項亦逾1,500萬元，對於金融秩序造成影響非淺，且迄今仍未賠償所有被害人損失，對其所宣告之刑，如何無暫不執行為適當之情形，因而未為緩刑之諭知等旨，難認有濫用自由裁量之權限，自不能遽指為違法。徐正倫上訴意旨謂原判決依刑事妥速審判法第7條規定酌減其刑後，在其他量刑審酌未變動情形下，對其量處較第一審判決為重之刑，違反比例及罪刑相當原則，且其量刑理由與其附表三之一、四之一之記載矛盾云云，以及

黃煇庭、吳崇雄暨李瑞貞上訴意旨謂其等犯後均坦承不諱，已有悔意，並賠償被害人等損失，且有子女及母親或兄長須照顧，原判決未依刑法第59條規定對其等酌減其刑，且未宣告緩刑，顯有違誤云云，而據以指摘原判決違法，皆非適法之第三審上訴理由。

六、徐正倫、潘昇達、黃煇庭、吳崇雄及李瑞貞其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證認事、量刑職權之適法行使，及原判決已明確論斷說明之事項，任意指摘為違法，或單純為事實上之爭執，暨就不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件，依上說明，應認徐正倫關於其罪刑部分之上訴，以及潘昇達、黃煇庭、吳崇雄、李瑞貞之上訴，均為違背法律上之程式，予以駁回。

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　　4　　月　　23　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　江翠萍

法　官　張永宏

法　官　黃紹紘

法　官　林海祥

本件正本證明與原本無異

書記官　邱鈺婷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　27　　日