最高法院刑事判決

114年度台上字第906號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官呂建興
被　　告　蔡彥祥
選任辯護人　林士淳律師
　　林佳真律師

上列上訴人因被告違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國113年12月26日第二審更審判決（112年度金上重更一字第2號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署108年度偵字第11346號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於蔡彥祥犯罪所得新臺幣叁仟柒佰肆拾壹萬柒仟陸佰伍拾捌元不予宣告沒收、追徵部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即未就滙豐商業銀行股份有限公司〈下稱滙豐銀行〉受讓被害人對於被告蔡彥祥之債權並取得對被告之執行名義，尚未自被告受償部分之犯罪所得宣告沒收、追徵）部分：

一、原判決以被告蔡彥祥犯行使偽造私文書罪、洗錢罪取得如其附表(下稱附表)各編號所示存戶款項，其中附表編號1至21、50、63、64、68之款項，除唐傳惠部分有新臺幣（下同）13元由滙豐銀行代償外，餘均已由被告返還相關被害人，而被害人唐傳惠前揭餘款、被害人賴惠莉、陳鴻彥、高淑娜、白雪、葉怡妏、陳仲秀、張資政、李開敏、吳德芳、蔣晉莊、蔣莉莉、蔡惠秋、董小玲等人（下稱唐傳惠等14人）所受損害之金額，則由滙豐銀行與唐傳惠等14人簽立和解協議書後，代為償還被告犯罪所得之款項，唐傳惠等14人並將對被告之債權讓與滙豐銀行，被告復先、後償還滙豐銀行其中之2,995萬1,219元、30萬元，滙豐銀行則就代償總額扣除2,995萬1,219元部分共計3,771萬7,658元部分（計算

式：6,766萬8,877-2,995萬1,219=3,771萬7,658）取得臺灣臺北地方法院確定支付命令。該等未以被告犯罪所得實際發還被害人部分，因滙豐銀行已代被告償還，並取得對被告之確定支付命令，如再對被告宣告沒收追徵，將有使被告財產受重複剝奪之風險，顯然過苛，依刑法第38條之2第2項規定，不予宣告沒收追徵等旨。固非無見。

二、惟刑法利得沒收係藉由沒收、追徵犯罪所得，衡平因犯罪而產生之不合法財產變動，使其回復至犯罪發生前之合法財產秩序狀態，其性質類似準不當得利之衡平措施。為避免犯罪行為人既遭沒收又受求償，致受雙重剝奪，刑法沒收新制乃採被害人優先原則，於第38條之1第5項規定「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵」之「發還條款」，藉以排除原應為沒收、追徵之宣告。所謂實際合法發還，採廣義解釋，包括當事人間之給付、清償、返還或其他各種依法實現與履行請求權之情形，且不僅被害人因犯罪所生之不合法財產變動，已因實際發還而回復至犯罪發生前之合法財產秩序狀態外，尚且須該發還來自於行為人之犯罪所得，即行為人不再享有因犯罪取得之財產利益，兩者兼備，始足以排除沒收、追徵之宣告。倘因其他原因產生被害人已受實際合法發還之結果，但行為人猶保（享）有因犯罪所取得之財產利益者，法院自仍應諭知沒收或追徵，避免產生犯罪行為人繼續保有不法利得之不合理現象，否則即有違利得沒收制度採義務沒收主義，欲澈底剝奪行為人犯罪所得之立法本旨。又犯罪所得倘應宣告沒收、追徵，則應審酌是否確有刑法第38條之2第2項所定過苛條款所列「有過苛之虞、為維持受宣告人生活條件之必要」、「欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微」等要件之情形。由於過苛條款之適用具有排除義務沒收之效果，因此並非自由裁量條款，倘認有前開法定情形，而應適用該條款，應負加重之說理義務，否則即有理由不備之違法。再者，刑法第38條之1第5項規定固已揭示被害人優先原則，惟僅就犯罪所得已實際發還被害人之

情形，發生排除原應宣告沒收、追徵之效果，倘判決已宣告沒收、追徵，於判決確定後，則應另依刑事訴訟法第473條第1項規定暨同條第4項規定授權訂定之「檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法」請求發還。刑事訴訟法第473條第1項所得主張優先受償發還之標的，揆之利得沒收所具類似準不當得利衡平措施之本質，應限於犯罪行為人因犯罪無法律上原因所受之利益，即產自犯罪之不當利得之利益回復，例如因竊盜、詐欺犯罪之犯罪行為人因該財產犯罪，從被害人處直接取得之財物，被害人因此直接所受之財產損失。至其請求主體，前揭條文並未限定因犯罪而直接受有損害之原始直接被害人，而係規定「權利人」、「因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者」，則除因犯罪而直接受有損害之原始直接被害人外，亦指涉被害人之權利繼受人在內，且不問繼承、法定或意定之債權讓與，均非所問。若非如此解釋，終因沒收或追徵裁判之執行，與民事強制執行競合時，將無可避免相互排擠，而導致受沒收裁判之被告難免遭沒收、追徵之刑事執行外，復受被害人或其權利繼受人之民事執行，一方面不免影響國家沒收或債權人之債權實現，另一方面也導致被告受雙重剝奪之不合理結果，此一結果不僅與刑法利得沒收之性質類似準不當得利之衡平措施之本質有悖，亦無從貫徹被害人優先原則之立法意旨。卷查，本件被告犯罪之所得，其中部分判決前已由被告實際償還被害人，部分由滙豐銀行代被告償還唐傳惠等14人，並就該部分依與唐傳惠等14人簽立之和解協議書，受讓渠等對於被告之債權，計3,771萬7,658元（計算式：6,766萬8,877-2,995萬1,219=3,771萬7,658），並取得對被告之確定支付命令執行名義。被告於原審已另再清償滙豐銀行30萬元，則被告就滙豐銀行受讓被害人對於被告之債權並取得對被告之執行名義，且尚未自被告受償部分，尚餘3,741萬7,658元仍未償還，此部分之犯罪所得並仍未受剝奪。從而，唐傳惠等14人因犯罪所受之損害固已獲填補，然係透過第三人即滙豐

銀行清償之方式實現，並非以被告犯罪所得發還。被告此部分之犯罪所得既仍未受剝奪，即無從適用刑法第38條之1第5項規定，達到排除沒收或利得沒收封鎖之效果，是就此部分被告犯罪所得，自應宣告沒收、追徵，始為適法。又滙豐銀行既自唐傳惠等14人意定讓與渠等對於被告之債權，且已取得民事執行名義，則滙豐銀行縱非原判決認定之犯罪直接被害人，然仍屬權利繼受人且已取得執行名義，依前揭說明，屬刑事訴訟法第473條第1項所定之請求權主體，於法院宣告沒收或追徵之判決確定後，得請求檢察官發還尚未獲償數額，以貫徹被害人優先原則。從而就法律面以言，並無原判決所指因不能發還致被告受雙重剝奪之風險。又就事實面以言，本件被害人權利繼受人僅滙豐銀行，單一且已知並特定，亦係本案告訴人，滙豐銀行當不致因不知或逾法定期限而未為發還之請求，致被告之責任財產一方面經沒收、追徵而歸入司法國庫，另再遭滙豐銀行執支付命令之民事執行名義執行而受重複剝奪。綜上，自法律、事實面而言，原判決以再對被告就此部分宣告沒收、追徵，將有使被告財產受重複剝奪之風險並不存在，並單以此為由，適用過苛條款不予宣告沒收、追徵，其加重說理義務尚有未盡，尚不足以排除此部分犯罪所得沒收、追徵之宣告。此外，原審亦未調查、衡酌本件是否另確有「過苛之虞」或「為維持受宣告人生活條件之必要」等過苛條款之要件事實存在，自有理由不備及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

三、以上或係檢察官上訴意旨指摘所及，或為本院得依職權調查之事項，原判決上開違背法令，對於被告為取得前揭犯罪所得致所犯行使偽造私文書等罪之罪刑固不生影響，惟影響因產自犯罪之犯罪所得沒收、追徵有關事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決未予宣告沒收、追徵關於滙豐銀行受讓唐傳惠等14人對於被告之債權並取得執行名義，惟尚未自被告受償部分之犯罪所得部分，有撤銷發回更審之原因。又被告所犯行使偽造私文書等罪之犯罪所得如前揭未予宣告

沒收之部分既有撤銷發回更審之原因，原判決另認被告所犯普通詐欺取財之沒收部分，雖係不得上訴第三審之案件，因認係與上開發回部分，有想像競合犯之裁判上一罪關係，基於審判不可分原則，應一併發回。

貳、上訴駁回（即原判決關於罪刑）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。又第三審法院之調查，除法律另有規定外，以上訴理由所指摘之事項為限，故原判決究竟有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。本件原審審理結果，認定被告有原判決事實欄所載之行使偽造私文書、洗錢等犯行明確，因而撤銷第一審判決有罪部分(不含違反銀行法及其附表編號16至21、55至64、70、71、74、75、77以外之違反洗錢防制法而經更審前原審判決不另為無罪諭知部分)，依想像競合犯關係，從一重論處被告犯行使偽造私文書罪共62罪刑、修正前洗錢防制法第14條第1項之洗錢罪共21罪刑。已載敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、檢察官上訴意旨略以：㈠檢察官以被告任職滙豐銀行天母分行理財經理，係銀行法第125條之2第1項之銀行職員，負有忠實處理該行客戶委託管理之理財業務，卻利用職務之高度信賴關係，起訴被告犯銀行法特別背信及洗錢罪，犯罪所得達1億409萬9,502元。惟原審前審判決（即臺灣高等法院111年度金上重訴字第22號判決）撤銷第一審判決（臺灣士林地方法院109年度金重訴字第2號判決），其審理結果所認定之事實與起訴之基本社會事實同一，變更檢察官起訴法條，將被告所涉銀行法特別背信罪改判普通詐欺及偽造文書罪，應

係同一事實之法條變更，而非屬不另為無罪諭知之範圍。被告上訴本院後，經本院（112年度台上字第1960號判決）撤銷前審判決，發回原審更為審理，原審即應就被告被訴事實為審理，如認有變更起訴法條之必要，則應於判決理由中加以說明，詎原審忽略同一事實不得兩判之法則，認前審已就被告違反銀行法部分不另無罪諭知，且未經檢察官上訴而確定，錯誤適用刑事訴訟法第348條第2項但書規定，有判決不適用法則之違誤。㈡原審所認罪數與前審完全相同，卻遽減應執行刑為有期徒刑4年10月。然被告於前審審理後僅再清償滙豐銀行30萬元，餘均未償，並無得特別從輕量刑之情狀，原審亦認被告係滙豐銀行經理，卻未謹守誠信義務及行為規範，行為期間長達6年，且造成被害人鉅額損害等量刑基礎事實，卻寬減所定應執行刑，違反比例及公平原則等語。

三、按檢察官起訴之犯罪事實屬單純一罪及實質上一罪者，法院審理結果認定之事實，於不妨害事實同一之範圍內，得自由認定事實，適用法律，此屬刑事訴訟法第300條變更起訴法條之範疇，無須就起訴之罪名不另為無罪之諭知。設若起訴之事實為裁判上一罪者，基於刑事訴訟法第267條審判不可分之原則，及與此原則同一訴訟理論，則有所謂犯罪事實之一部擴張或犯罪事實之一部減縮，而應於理由內敘明就未起訴部分一併審判，或就起訴之一部不另為無罪、免訴或不受理判決。申言之，倘檢察官起訴之犯罪事實屬單純一罪及實質上一罪者，法院審理結果所認定之事實，與起訴之基本社會事實同一，僅係與檢察官論罪法條有異，自得逕行變更起訴法條，無須就起訴之罪名不另為無罪之諭知；倘法院審理結果，就具有裁判上一罪關係之部分起訴事實，認定不構成犯罪，則該部分與認定有罪部分既具裁判上一罪關係，則應於理由中不另為無罪之諭知。卷查：本件檢察官起訴書所載之犯罪事實載敘略以：被告前係滙豐銀行天母分行理財經理，負責協助客戶投資及理財之工作，為從事業務之人。其

意圖為自己不法之所有，及掩飾或隱匿不法所得來源及去向，先向不知情之帳戶所有人洽借受款帳戶（下稱受款人帳號）後，再將受款人帳號繕打於國內匯款申請書受款人欄位，利用客戶之信任，於客戶親臨滙豐銀行天母分行辦理換匯、保險、基金投資等正常交易而需同時簽署多張書面資料之機會，持已繕打受款人帳號之匯款單或空白匯款單，夾帶於需客戶簽名之相關文件中，或藉客戶簽名時未核對內容、或偽稱先前簽署之提、匯款單填寫錯誤等，致客戶再於被告提供之匯款單上簽名，交由不知情之滙豐銀行櫃檯人員完成匯款，將被害金額匯至受款帳戶後，再要求前揭帳戶所有人轉匯至其指定帳戶或以現金交付之方式供其花用，共計詐取達1億元以上之款項得手等旨；關於應適用之法條，則引用：㈠銀行法第125條之2第1項後段之損害銀行利益而違背其職務行為且犯罪所得達一億元以上罪及其未遂罪（同條第3項）、㈡同法第125條之3第1項之詐欺銀行罪及其未遂罪（同條第3項）、㈢洗錢防制法之洗錢罪及其未遂罪、㈣刑法第339條第1項之詐欺取財罪及其未遂罪（同條第3項）等，並以被告就起訴書附表各編號均係以一行為觸犯上開數罪名為想像競合犯，請從一重之銀行法第125條之2第1項後段處斷等語。綜觀起訴書所載犯罪事實暨所引應適用之法條，已記載前揭㈠、㈡、㈢、㈣罪名之具體構成要件事實（未記載行使偽造私文書罪之具體構成要件事實暨法條，嗣經法院以此部分與其他有罪部分屬裁判上一罪關係，亦為起訴效力所及而予審理），且前揭各罪固得以一行為犯之，惟其之被害人與保護法益各不相同，起訴書雖未詳予分析，然已敘明前開各罪名之關係並非單純一罪、實質上一罪，而係想像競合之裁判上一罪關係。原判決準於前述，載敘說明被告被訴之㈠、㈡之罪部分均與其他經論罪科刑之罪名具想像競合之裁判上一罪關係，其中㈡部分先經第一審判決於理由內不另為無罪諭知，僅被告不服提起上訴；原審前審（111年度金上重訴字第22號）審理後，則再就被告被訴㈠之罪部

分及原判決附表編號16至21、55至64、70、71、74、75、77以外之其他被訴洗錢罪部分，均不另為無罪諭知，亦僅被告不服提起上訴，檢察官並未上訴。而110年6月16日修正公布，同年月18日施行之刑事訴訟法第348條第2項規定：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。」所指無罪亦包含不另為無罪之諭知在內。本案於前揭條文施行前，已繫屬於第一審法院，於施行後始因被告上訴繫屬第二審法院（原審前審），即應適用該規定以定其上訴、審理範圍。上開分別經第一審以及原審前審判決不另為無罪諭知部分，即因檢察官未提起上訴而確定。原審就前開已確定部分未予審理，即屬適法，核無檢察官上訴意旨所指已受請求之事項未予判決之不適用法則之違誤。檢察官上訴意旨以原審未一併審理上開已確定部分，據以指摘原判決違法，並非合法之第三審上訴理由。

四、量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，乃事實審法院得依職權自由裁量之事項，故量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，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，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，且其執行刑之量定，未違反刑法第51條各款所定之方法或範圍，又無明顯悖於前述量刑原則或整體法律秩序之理念，即不得任意指為違法或不當，以為第三審上訴之理由。原判決就被告所犯前揭各罪，已綜合審酌刑法第57條所定科刑等一切情狀，就附表編號16至21、55至64、70、71、74及75、77部分，適用修正前洗錢防制法第16條第2項規定減輕其刑；就附表編號7、13、14、37、43、66、68除外之77次犯行，依或遞依刑法自首規定減輕其刑，並敘明被告前揭犯行固有相當程度之行為不法及結果不法，然審酌其審理中均坦承犯行暨陸續返還部分被害人犯罪所得，且已償還部分滙豐銀行賠償予被害人金額達3,025萬1,2

19元等情，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，量處各罪所示之刑及所定執行刑，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，關於其於原審未再清償滙豐銀行款項等情亦已審酌在內，所定之執行刑非以累加方式，係參酌各情而為整體非難評價，給予適當之恤刑，客觀上並未逾越法定刑度或範圍，亦與罪刑相當原則無悖，難認有濫用其裁量權限之違法情形。檢察官上訴意旨指摘原判決所定應執行刑違反罪刑相當原則而量刑過輕，同非適法上訴第三審之理由。

五、綜合前旨，檢察官此部分上訴意旨無非徒就原判決已明確論斷說明之事項，及就原審量刑裁量權之適法行使，任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆之首揭說明，應認本件檢察官關於洗錢防制法、行使偽造私文書罪刑部分之上訴，為違背法律上之程式，予以駁回。又檢察官對於一般洗錢罪、行使偽造私文書罪部分之上訴，既不合法律上之程式而應從程序上駁回，則與各該罪具有想像競合犯關係之普通詐欺取財(既、未遂)輕罪部分，本屬刑事訴訟法第376條第1項第5款（修正前第4款）所列不得上訴於第三審法院之案件（第一、二審均為有罪之論斷），自無從適用審判不可分原則一併加以審理，亦應併予駁回。

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　　114　　年　　9　　月　　25　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　蔡憲德

法　官　林柏泓

法　官　許辰舟

本件正本證明與原本無異

書記官　石于倩

中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　30　　日