最高法院刑事判決

115年度台上字第828號

上　訴　人　周鎮宇

選任辯護人　童立律師

上列上訴人因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國114年8月27日第二審判決（112年度原金上訴字第1728號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署108年度偵字第17091號、109年度偵字第3879、5756、11308、12534號、110年度偵字第23268號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

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。

二、原判決以第一審判決所認定上訴人周鎮宇有如第一審判決事實欄(包含其附表〈下稱附表〉一)所載之犯行，以及所犯罪名，因而撤銷第一審關於上訴人之科刑及沒收部分之判決，改判論處上訴人有期徒刑4年2月，並諭知犯罪所得新臺幣(下同)3,184,852元，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，予以沒收、追徵。已詳述調查、取捨證據之結果，以及認定沒收所憑之依據，以及第一審關於量刑及沒收不當，應予撤銷改判及量刑、沒收之理由。

三、上訴意旨略以：

㈠上訴人之帳戶固有被害人胡登善等人匯入之款項，惟上訴人對各該款項並無事實上處分權。此由上訴人於民國107年4月23日，依原審共同被告楊宜蒼之指示，將帳戶內之564萬元匯給楊宜蒼作為其之營業收入(按即被害人被騙之款項)分紅一情，可以證明。至楊宜蒼所出具關於用以支付相關款項之「收據」(即卷附「收款證明」〈見第一審卷三第151至159頁〉)，並未載明具體用途，不足採信，不能將上開款項算入上訴人之犯罪所得之一。又楊宜蒼已逃逸，致上訴人及其辯護人未能對楊宜蒼行使對質詰問權，原判決就此未說明對上訴人之犯罪所得認定及量刑輕重酌定之影響之理由，所進行之訴訟程序違法。原判決逕採上開「收據」(係指卷附「收款證明」)，而為不利於上訴人犯罪所得認定之依據，其採證認事違反證據法則，並有調查職責未盡及理由不備之違法。

㈡依上訴人與被害人胡登善等17人達成民事上和解，且和解金額約達40餘萬元，可見犯罪後態度良好等情，若科以所犯銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪之最低法定刑，猶嫌過重，客觀上足以引起一般人之同情，其犯罪情狀顯可憫恕，符合刑法第59條酌量減輕其刑之規定。原判決未據以酌減其刑，且未詳酌上情及刑法第57條各款所列量刑輕重應審酌之事項，致量刑過重，並有理由欠備之違誤。

四、經查：

㈠刑法第59條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑」。乃實體法上賦予法院得為裁量之事項，且以於犯罪之情狀顯可憫恕，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。

原判決說明：依上訴人非法收受資金之金額、所生損害，以及與被害人之和解金額，不足其犯罪所得1/5等犯罪情狀，若科以所犯銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪之最低法定刑，客觀上不足以引起一般人之同情，

難認有何情堪憫恕之情狀，不符刑法第59條酌減其刑規定之旨。依上開說明，於法並無不合。此部分上訴意旨，猶任意指稱：原判決未酌減其刑違法云云，洵非合法之第三審上訴理由。

㈡量刑輕重之酌定，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘未逾越法律所規定之範圍，又未違背罪刑相當原則，即不得任意指摘為違法。

原判決說明：審酌上訴人非法收受資金款項之金額、所生危害，以及與部分被害人達成民事上和解暨犯後坦承犯行之犯罪後態度等一切情狀，而為量刑之旨。已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情形，而為量刑，既未逾法定刑度，又未濫用裁量之權限，亦不違罪刑相當原則，不得任意指為違法。此部分上訴意旨，泛言指摘：原判決量刑過重違法云云，並非適法之第三審上訴理由。

㈢關於構成沒收原因事實之採證及認定，係事實審法院之職權，倘未違背證據法則，並於判決內敘明其適法斟酌取捨證據之理由者，不得任意指摘為違法，而執為第三審上訴之合法理由。

又銀行法第125條第1項前、後段關於非銀行違法吸收資金之「犯罪所得」，係以達1億元以上為加重其刑之構成要件，其立法意旨，係在處罰行為人全體（包括共同正犯）違法吸金之規模，因此，所稱「犯罪所得」，在解釋上自應以行為人全體對外所吸收之全部資金（包括共同正犯被吸收之資金）、因犯罪取得之報酬及變得之物或財產上之利益為其範圍，且於計算「犯罪所得」，無所謂應扣除已返還或將來應返還予被害人之本金或成本之問題。又本條項後段之規定，係鑒於行為人違法吸金之規模及影響社會金融秩序重大，而認有加重刑罰之必要。是以，在計算「犯罪所得」時，仍應依共同正犯責任共同之原則，合併計算之。且犯罪行為人對外違法吸收資金後，該犯罪行為即屬既遂，不論犯罪行為人事後有無依約或因和解等原因而返還投資人所投資之本金，

抑或用以支付業務人員佣金、公司管銷費用等，均無礙其先前已成立違法吸收資金之行為。故於計算上揭犯罪所得時，自無予以扣除之必要，原吸收資金之數額俱屬犯罪所得，不以事後損益利得計算。方足以反映非法經營銀行業務之真正規模，並達該法加重處罰重大犯罪規模之立法目的。此與行為人「犯罪所得之沒收」，係為貫徹個人責任原則及罪責相當原則，而以各該共同正犯實際取得或可支配者為準，分屬二事。又銀行法第136條之1沒收「犯罪所得」之規定，係在澈底剝奪犯罪行為人或其以外之第三人（自然人、法人或非法人團體）因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪，性質上屬類似不當得利之衡平措施，係刑法沒收規定之特別法，故應優先適用。而其餘關於沒收之範圍、沒收之執行方式，仍有刑法第38條之1第3項追徵、第4項犯罪所得之範圍、第5項(實際合法發還排除沒收或追徵)、第38條之2第1項之估算等規定之適用。參以刑法第38條之1立法說明五之㈢：基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收之意旨。亦即關於犯罪所得之計算，係採「有無利得」及「利得範圍」之兩階段計算法（或稱相對總額原則）。於前階段「有無利得」審查時，祇要與被告犯罪有因果關聯性者，不論是為了犯罪或產自犯罪之所得，皆為此階段所稱之直接利得；嗣於後階段「利得範圍」之審查時，依絕對總額原則不扣除犯罪支出之成本。而被告所為支出，應否列入犯罪所得予以沒收，則以有無沾染不法為判斷標準。倘產生利得之交易自身即為法規所禁止之不法行為，則沾染不法範圍及於全部所得，無所謂中性成本或管銷費用得以扣除。

又沒收新制犯罪所得之估算，不適用嚴格證明法則，僅以自由證明為已足。

原判決係依上訴人所為不利於己部分之供述，佐以第一審共同被告林韋甫、鄧建杉、吳恩慶、葉祐愷、賴佳芳、原審共同被告宋旺達、陳修民、楊宜蒼、林采齊、第一審附表一所示被害人等之證詞，以及卷附相關交易資料等證據資料，據以認定：上訴人共同犯銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪，有犯罪所得3,184,852元等情。並對上訴人所辯其犯罪所得僅3百餘萬元，且已返還被害人等各節，如何不能採信，詳予指駁。且一併引用第一審判決理由，據以說明：楊宜蒼於原審審理時供稱：我可取得一半營業額；黃康迪、宋旺達、陳修民於原審審理時一致證稱：上訴人交代宋旺達透過EXCEL表給大家看，每週獲利金額一半給楊宜蒼，剩下款項由4位「股東」依照40％（周鎮宇）、30％（黃康迪）、15％（宋旺達）、15％（陳修民）持股比例分紅各等語，以及附表一所示被害人胡登善等48名合計被騙18,620,376元(包含附表一編號48所示被害人戴佳培之309,000元，上訴人自承係由其單獨取得)，係本件非法吸收資金之全部犯罪所得，暨非「股東」林韋甫、鄧建杉、吳恩慶、葉祐愷、賴佳芳已合計分得之110萬元、林采齊分得之60萬元等情。據此，依比例估算各「股東」之犯罪所得應扣除非「股東」所取得之款項，其計算式為：18,620,376元-110萬元（非股東取得之款項）-60萬元（非股東取得之款項）-309,000元（即附表一編號48所示款項，上訴人單獨之犯罪所得，於比例分配之估算時予扣除，於加總上訴人之全部犯罪所得時再計入）＝16,611,376元。楊宜蒼分得之犯罪所得計算式：16,611,376元×1/2＝8,305,688元；上訴人依比例分得之犯罪所得計算式為：8,305,688元×40％＝3,322,275元，上訴人應沒收之犯罪所得為：3,322,275元＋309,000元（即附表一編號48所示）-446,423元（即上訴人與胡登善等人達成民事上和〈調〉解合計給付之金額）＝3,184,852元，應依銀行法第136條之1及刑法第38條之1第3項之規定，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，均沒收之，於全

部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額之旨。依原判決之認定，乃上訴人實際受分配之犯罪所得，原判決認定就該金額有處分權，自有所本。至上訴意旨所指，上訴人匯款564萬元給楊宜蒼一節，既係本件全部犯罪所得之一部分，不能於計算本件全部犯罪所得時，先予以扣除。此部分上訴意旨所指：計算上訴人應沒收之犯罪所得，應扣除上開匯款云云，即屬誤解法律規定。原判決所為論斷說明，尚與經驗法則、論理法則不悖，揆之上開說明，不能任意指為違法。此部分上訴意旨，泛詞指摘：原判決認定上訴人犯罪所得之沒收(追徵)之金額有誤而違法云云，並非適法之第三審上訴理由。而楊宜蒼於第一審審理及原審進行準備程序時均到庭，而未於原審最後審理時到庭，且上訴人於第一審及原審審理時，均未聲請與楊宜蒼進行對質詰問。又卷查，原審審判長於審判期日，已依法提示楊宜蒼於警詢、偵查及第一審審理時之證詞，並告以要旨，使上訴人就此有表達意見及辯論之機會等情，可見原審已依法踐行調查證據程序，所進行之訴訟程序，並無違法可言。且依楊宜蒼所提出之「收款證明」所載，係開發本件「YTC」詐騙系統之相關費用(見第一審卷三第151至159頁)，乃屬供犯罪所用之成本支出及管銷費用，又本件係違法吸收資金，所取得之利得全部沾染不法，原判決計算銀行法第136條之1之應沒收犯罪所得時，未予以扣除，依上開說明，於法並無不合。況上開「收款證明」與上訴人之犯罪所得之計算，並無直接關聯性，原判決未採為計算上訴人犯罪所得之依據，尚無不合。此部分上訴意旨，漫詞指摘：原審於上訴人未對楊宜蒼進行對質詰問之情形下，逕行採取楊宜蒼之「收據」(即卷附「收款證明」)，認定其犯罪所得違法云云，同非合法之第三審上訴理由。

五、綜上，上訴意旨或係就原審量刑及沒收裁量職權之適法行使，或原判決已明白論斷說明之事項，仍持己見，漫為指摘

違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。本件上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　26　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　蘇素娥

法　官　洪于智

法　官　吳秋宏

法　官　周政達

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　30　　日