最高法院刑事判決

108年度台上字第3580號

上　訴　人　高　新

選任辯護人　劉嘉宏律師

上　訴　人　楊明達

選任辯護人　郭鐙之律師

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國108年8月21日第二審判決（107年度金上訴字第7號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署103 年度偵字第21503號，104年度偵字第8288號，105年度偵緝字第2839號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、原判決撤銷第一審關於上訴人高新、楊明達部分之科刑判決，變更檢察官所引應適用之銀行法第125條第1項前段非法經營銀行業務罪法條，改判均論處高新、楊明達共同法人之行為負責人犯銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務罪刑。

二、上訴意旨：

㈠高新上訴意旨略以：

1.原審未傳喚證人陳英姿、黃月美、蘇彩珠、張碧霞、葉詠如、汪何碧宜、賴芷馨、楊秀卿、廖玉蘭、謝溱庭到庭作證，使其得以對之行對質、詰問，逕以陳英姿等人於偵查中之證詞，資為認定犯罪之證據，於法未合。況陳英姿等人所述內容，多係聽從高新以外之人所述而來，其等所述是否屬實，又係何人向其等招攬投資，亦有再予調查之必要。

2.原審變更檢察官起訴法條，論處銀行法第125 條第3項、第1項前段非法經營銀行業務罪刑，並未依法踐行罪名變更告知，使其得以事先知悉而有充分行使防禦權之機會，其變更起訴法條之程序，與法未合。

3.原判決並未論述高新有無刑法第16條但書「可避免之違法性錯誤」情形，逕以其教育及職業，推論其應知悉銀行法相關

規定，而無刑法第16條規定之適用，自有理由未備之違法云云。

㈡楊明達上訴意旨略以：楊明達僅為馥貴生技美食有限公司（下稱馥貴公司）員工，每月僅領取月薪新臺幣（下同）2、3萬元，受高新指示處理送貨、會場布置等雜事，並非公司決策者，亦未與高新有何共同違反銀行法犯行。原審未向勞工保險局或國稅局函詢楊明達之投保薪資情形，已嫌調查職責未盡。況共同被告葉水通、侯月女、高新等人於偵查中均陳稱本件加盟人必須先向公司購買商品點數，並推廣商品銷售，始能獲取每月1 萬元之利潤。公司給付予會員之獎金，實為加盟人自行銷貨或公司代銷所得，並非存款之紅利或報酬。而證人徐冬冬於民國102年4月25日始返回馥貴公司任職，對於本件「榮華馥貴『創富專案』」（下稱創富專案）不甚瞭解，且未曾見高新或楊明達如何對外宣傳，亦未參與創富專案之招攬會員活動，原審以其對事實不甚明瞭之推論或猜測之詞，據以認定犯行，而對上揭有利之證詞未予採信，復未說明不予採信之理由，自屬可議云云。

三、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。

四、被告以外之人於偵查中經依法具結後所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，依刑事訴訟法第159 條之1第2項規定，得為證據，且須於法院審判中經踐行含詰問程序在內之合法調查程序，始得作為判斷之依據。然基於當事人進行主義之處分主義，被告之對質詰問權並非不可出於任意性之拋棄，在客觀上有不能受詰問之事實不能情形，或待證事實已臻明瞭無再調查之必要者，亦均得視個別案情而有可容許雖未經被

告之對質詰問仍無損其訴訟防禦權之例外。而此未經對質詰問之先前證詞，如已賦予被告以其他適當方式彈劾之機會，即使該證人未經被告之對質詰問，仍與不當剝奪其對質詰問權之核心價值之違法情形有別。原判決採用證人陳敏、陳英姿、陳玲玲、黃月美、蘇彩珠、張碧霞、葉詠如、徐金珍、汪何碧宜、賴芷馨、楊秀卿、廖玉蘭、謝溱庭、徐冬冬等人於偵查中經具結後之陳述，作為本件認定犯罪事實之依據，業已詳細說明陳敏等人於偵查中經具結後之陳述，並無顯不可信之情況，均具有證據能力且堪以採信之旨，核屬事實審採證、認事之合法職權行使。原判決復敘明高新及其辯護人於第一審僅聲請傳喚陳敏、陳玲玲、徐金珍、徐冬冬等人到場作證並已進行交互詰問程序，至於陳英姿、黃月美、蘇彩珠、張碧霞、葉詠如、汪何碧宜、賴芷馨、楊秀卿、廖玉蘭、謝溱庭等人，其並未聲請傳喚到庭作證，且原審詢問尚有何證據提出或聲請調查時，高新及其辯護人皆稱「沒有」，有審判筆錄在卷可稽，自無調查未盡或違背證據法則之情形可指。

五、刑事訴訟法第95條第1項第1款規定訊問被告，應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。其立法目的，係在使被告得以充分行使其防禦權，避免突襲裁判，以維護程序之公正，俾保障被告之權益。經查，本件起訴書犯罪事實欄記載，略以：高新係馥貴公司負責人，楊明達係該公司執行長，均明知馥貴公司係非依銀行法組織登記之銀行，不得經營收受存款業務，且不得以收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬，竟基於違反銀行法之犯意聯絡．．．等詞，顯係起訴高新、楊明達共同違反銀行法第125條第3項、第1 項前段法人行為負責人非法經營收受存款業務犯行。法院於基本社會事實相同之範圍內，自得依法變更，本不受起訴書起訴法條誤載為銀行法第125條第1項前段之拘束。況依

原審準備程序及審理程序筆錄之記載，本件原審法院除告知所犯如起訴書所載犯罪事實以外，並告知上訴人涉犯銀行法第125 條第3項、第1項前段法人行為負責人非法經營收受存款業務罪名（見原審卷第一宗第419、420頁；原審卷第二宗第17、73、74頁），顯見原審已就變更罪名之犯罪事實予以調查，上訴人等均已經答辯並行使訴訟防禦權。高新上訴意旨顯非依據卷內訴訟資料指摘，自非合法之第三審上訴理由。

六、犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院自由判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。原判決綜合全辯論意旨及調查證據所得，依法認定：高新係馥貴公司負責人，楊明達則係該公司執行長，均明知馥貴公司係非依銀行法組織登記之銀行，不得經營收受存款業務，且不得以收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬，竟基於違反銀行法之犯意聯絡，於101 年12月推出「創富專案」，以該公司開設之養生餐廳需要資金為由，遊說投資人加入，每投資1 單位10萬元，自次月起每月即可領取含投資本金及利息在內之1 萬元報酬，可連續領取12個月，共12萬元，扣除本金10萬元後，獲利2 萬元，年利率高達20％。1 年期滿再依投資金額比例，按月領取該公司之營業利潤，共可領12個月，另承諾介紹投資人每投資1單位，可領取投資金額10％（即1萬元）之「介紹獎金」，而以提供遠高於銀行定存利率之高額報酬，招募如原判決附表所示投資人加入，取得資金共1,540 萬元等情。已說明本於調查所得心證，分別定其取捨而為事實判斷之理由。對高新、楊明達否認犯罪之所辯，認不足採信，於理由內予以指駁、說明甚詳。並就確認之事實，說明投資人按月領取1萬元報酬，並不以自行銷售或公司代銷商品為條件始得領取。且楊明達與高新如何有非法吸收資金之共同犯意聯絡，楊

明達並與高新共同討論「創富專案」內容，負責於說明會上解說、介紹，及約定日後朋分獲利，自應就全部行為同負其責，為共同正犯。另高新擔任馥貴公司負責人，以投資名義而約定給付與本金顯不相當之報酬，招攬不特定大眾投資，客觀上與銀行經營存款業務無異，自無不知之理等旨。所為論斷，核無違背客觀存在之經驗法則與論理法則，自屬原審採證、認事、量刑之適法職權行使，不容任意指摘為違法。

七、上訴人等其餘上訴意旨，亦係就屬原審採證、認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，或仍為單純事實之爭執，均非適法之第三審上訴理由。應認上訴人等之上訴皆違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　20　　日

最高法院刑事第八庭

審判長法官　呂　丹　玉

法官　何　菁　莪

法官　梁　宏　哲

法官　蔡　廣　昇

法官　林　英　志

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　2　　日