最高法院刑事判決

110年度台上字第1350號

上　訴　人　林建邦（原名林憲秋）
選任辯護人　王炳梁律師
上　訴　人　張勻通
選任辯護人　許文彬律師
　　曾海光律師
上　訴　人
即參與人　神菇玉生醫開發股份有限公司
代　表　人　林建邦

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109年8月25日第二審判決（108年度金上訴字第25號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署104年度偵字第18225號，106年度偵字第17695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、本件原審審理結果，認定上訴人林建邦、張勻通有如原判決犯罪事實欄（下稱事實欄）所載違反銀行法、證券交易法、行使變造私文書等之犯行明確，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判依想像競合犯之例，從一情節較重或從一重論處林建邦、張勻通共同法人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，及諭知沒收張勻通之犯罪所得，暨上訴人神菇玉生醫開發股份有限公司（下稱神菇玉公司）因林建邦違法行為而取得之犯罪所得，已敘明

其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就林建邦、張勻通否認犯行之辯詞認非可採，亦依調查所得證據予以指駁，所為論列說明，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略稱：

㈠林建邦、神菇玉公司部分：

1.原判決係以如其附表（下稱附表）二之記載為其事實欄之一部，惟竟無附表二之內容，致其事實未臻明確，而有理由不備及調查職責未盡之違誤。

2.林建邦於原審否認犯罪，並堅稱係遭第一審之辯護人誤導，始於警詢、偵訊及第一審中認罪，原審未就其自白之任意性予以調查，逕認係出於自由意志，並採為其有罪之論證，自有判決不適用法則之違法。

3.原判決以林建邦與其原辯護人於民國108 年3 月18日第一審審理中共同具名之刑事呈報狀內載有犯罪所得一覽表，認係在法官面前所為之書面陳述，有證據能力，並予以採認，無異剝奪其緘默權，違反被告不自證己罪之原則，且未調查是否與事實相符，亦有不適用法則及調查未盡之違背法令。

4.林建邦於原審已主張附表一所示「財團法人食品工業發展研究所」（下稱食研所）委託檢驗報告書及「SGS 台灣檢驗科技股份有限公司」（下稱SGS 公司）檢驗報告，均屬於刑法第212 條之特種文書，且非其所為，原判決未說明其證據方法，及未就其否認犯罪所提之有利辯解事項及證據，予以調查，復未敘明不予採納之理由，遽予有罪判決，於法已屬有違。

5.依原審109 年7 月31日審判筆錄之記載，原審係在庭前將審判期日預定提示之「各項證據標目」事先傳送給檢察官及辯護人，審判長並以檢察官與辯護人均已閱卷，詢問是否需要告知證據內容，而因檢察官、被告及辯護人均回答「不用」，已拋棄審判期日訴訟資料之獲知權，故於審判期日僅提示清單名稱，未再告以要旨，致剝奪上訴人之證據獲知權及訴訟防禦權，所踐行之訴訟程序，難謂適法，逕將前開供述證

據與文書證據採為判決基礎，自與直接、言詞審理原則有違，併有判決不適用法則及調查未盡之違法。

6.原判決（原）第56頁固有「附表二、被告林建邦取得投資人款項之金額計算明細及證據」之記載，然因缺附表二之內容，致原審關於犯罪所得數額之估算方式，難以查悉，故原審並未進行合理之推估，且未於理由內就其依據為相當之說明，又就其數額較第一審宣告沒收之犯罪所得擴張，亦未見敘述其理由，而有調查未盡及理由欠備之違誤。再第一審108年3月20日審判程序未為沒收之辯論，而於原審審判期日，審判長固諭知：「檢察官、被告、辯護人、參與人就事實、沒收（包括犯罪所得、沒收範圍）及法律進行辯論」，然檢察官卻未作任何有關沒收之辯論，上訴人、辯護人、參與人就沒收亦未為任何說明，審判長亦未提示可能宣告沒收之數額及計算之方式，令為充足之辯論。是原審實際上未為沒收之辯論，且對於神菇玉公司宣告犯罪所得之數額，不僅將神菇玉公司從中撥給共同被告蔡家豪、劉文勝（均經判處罪刑，並為附條件緩刑確定）、張勻通之展業獎金再予以宣告沒收，亦未扣除公司給付契作股東會員之分紅，致超過其犯罪實際所得，而有重複沒收、沒收過當之違法。

㈡張勻通部分：

1.其雖於偵審中曾為認罪之陳述，然實因確信「契作股東會員合約」並無不法，故其行為於主觀上確無「非法受存款業務」之犯意，依法不成立犯罪，原審就證據證明力之判斷顯違經驗及論理法則。況或認有何主觀犯意，惟仍具刑法第16條所定「無法避免不知法律」之正當理由，而得免除刑事責任，又縱屬可避免之違法性認識錯誤，亦得依同條但書規定，減輕其刑。原判決未審酌及此，自有不適用法則及不載理由之違誤。

2.神菇玉公司對外僅係推銷巴西蘑菇或加入契作股東，並非針對多數人或不特定人之公眾為之，且依神菇玉公司所給付相當於年利率9%至12% 左右之報酬或等值報酬產品回饋，亦相

當於民間借貸之利息，並非給付與本金顯不相當之報酬，核與銀行法第29條及第29條之1 要件不符，原判決論以同法第125 條第3 項、第1 項前段之罪，有法則適用不當之違法。

3.其係104 年4 月17日匯款予神菇玉公司，並簽訂代理銷售契約書後，始得就協助銷售契作股東會員之銷售額享有20% 之佣金報酬，惟附表三所列其犯罪所得之客戶均早於上開期日前，即已與神菇玉公司簽立契作股東會員合約，則其就渠等所能取得佣金報酬之計算，自不能依代理銷售契約書之規定，二者方式迥不相同，原審未察，仍依上開代理銷售契約書之記載，作為計算其可取得之佣金報酬之基礎，自屬調查職責未盡之違法。又附表三所列客戶何俊德並非其介紹而成為會員，其更未因此自神菇玉公司領有佣金報酬，原審逕為不利於其之認定，亦有不適用法則及適用不當之違誤。至於同案被告蔡家豪於原審證稱有關給付張勻通獎金之比例，與其所述大致相符，原判決卻逕予否定，自有不載理由或理由矛盾之違法。

4.原審以其曾於105 年間因非法經營證券商業務罪，經法院判處罪刑確定並執行完畢，乃未給予緩刑，惟該案與本案之犯罪事實並不相同，尤以本案其係誤信神菇玉公司之不實投資評估報告及相關廣告文宣之資訊而觸法，實無再犯之虞，原判決上揭所認亦有不適用法則及適用不當之違法各等語。

四、惟查：

㈠按刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，不得以裁定更正，如係正本之記載（包括主文、事實及理由）與原本所載不符，而足以影響全案情節及判決之本旨者，亦不得以裁定更正，應重行繕印送達，並另行起算其上訴期間。

原審於109 年8 月25日製作之判決正本，因缺漏附表二之內容，致與原本不符，且足以影響全案情節，乃於同年10月28日重新製作正本，並載明上訴期間自該判決送達後重行起算，因未影響上訴人等之上訴權益，尚無不合。林建邦、神菇玉公司上訴執以指摘，自非適法之第三審上訴理由。

㈡被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據；被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查，刑事訴訟法第156 條第1 項、第3 項前段固定有明文。惟非謂被告可以無所顧忌、任意爭辯。易言之，祇要訊問者於訊問之際，能恪遵法律規定，嚴守程序正義，客觀上無任何逼迫或其他不正方法，即難指為違法。至於被告係基於某種因素或訴訟策略考量而坦承犯行，因其內在想法難顯露於外而為旁人所知悉，要不能因此即認被告自白欠缺任意性。被告之自白苟係出於任意性，並與事實相符者，即得為證據。

依卷證記載，林建邦確於第一審為坦承犯行之供述，為其及辯護人在原審所不爭，亦未提出該等不利於己之陳述，係遭承審法官以不正方法取供而得（見原審卷三第193、194頁），該項自白既非出於訊問者非法取供，即無礙於任意性判斷，原審乃認其自白（含於第一審呈報之犯罪所得一覽表）具任意性，並與事實相符，而據為林建邦有所載違反銀行法等犯行之證據，並無不合，要無違反證據法則可言。林建邦上訴意旨以其自白犯罪係遭第一審辯護人之誤導，而不具任意性，據以指摘原判決此部分違法，顯非依卷內資料指摘，要非適法上訴第三審之理由。

㈢犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，苟其判斷不違背經驗法則與論理法則，即不能指為違法。又按刑法第212 條所定變造特種文書罪，係指變造操行證書、工作證書、畢業證書、成績單、服務證、差假證或介紹工作之書函等而言，此與私人檢驗機關就其受託檢驗後所出具之報告，因其內容已載明檢驗之結果，乃係表彰檢驗機關對受檢物品之成分為一定之意思表示，而為私文書性質，自屬不同。再銀行法關於非銀行不得經營收受存款業務之處罰規定，旨在禁止個人或公司藉巧立各種名目之便，大量違法吸收社會資金，祇須行為人收受存款而合於前載要

件且繼續反覆為之者，即足當之。而銀行法第29條之1 所稱「與本金顯不相當」，則應參酌當時當地之經濟及社會狀況，如行為人向不特定人收受資金，且約定或給付顯然超額一般銀行定期存款之利率，即能使不特定人受該行為人提供之優厚利率所吸引，而容易交付資金予該行為人，即與該條所定要件相符。此與重利罪係處罰放款之人，且為保護個人財產法益，並不相同，亦與民間借貸係著重於借貸雙方之信任關係，本質上亦有差異。非謂應以民法對於最高利率之限制，或以刑法上重利之觀念，作為認定銀行法上與本金顯不相當之標準，否則銀行法上開相關規範，勢必形同具文。

原判決依憑林建邦、張勻通所為不利於己之陳述及調查證據之結果，並綜合卷內相關證據資料，認定林建邦有事實欄二所載共同行使變造私文書、違反有價證券之募集、發行不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為及違反非銀行不得經營收受存款業務，暨張勻通有事實欄三所載共同違反非銀行不得經營收受存款業務等情。已詳載所憑之證據及認定之理由，並以如附表一所示之檢驗報告書各原係英橋生物科技股份有限公司、新豐能源科技股份有限公司委託食研所或SGS 公司檢驗，林建邦均將上開檢驗報告變造委託人為神菇玉公司，並刊登於神菇玉公司相關文宣而予以行使，足以生損害於受託檢驗之食研所、SGS 公司出具檢驗報告書之公正及正確性，乃論以行使變造私文書罪刑，核其論斷於法並無不合；又載述神菇玉公司並非銀行，不得經營收受存款業務，林建邦、張勻通招攬不特定人加入神菇玉公司「契作股東會員」投資案，係藉由賦予投資人投資到期時「要求神菇玉公司以投資成本買回」之權利，承諾期滿必定返還投資本金，且與「契作股東會員」投資人約定（投資本金新臺幣〈下同〉36萬元、100萬元）年利率 9%至12％不等之報酬，與案發（103年至104 年）臺灣銀行公告1年期定存利率（一般、固定利率）約為1.38％相較，亦達6.52倍至8.69倍之多，自應認係具有得領取高額收益之「存款」性質，而約定或給付與

本金顯不相當之報酬，核與銀行法第29條之1 規定之要件相符等情，已本於調查所得，記明其比較認定之理由，核與事理無違，依原判決所確認之事實，本件違反非法經營收受存款業務之犯罪主體為神菇玉公司，林建邦則為神菇玉公司之實際負責人，主導經營神菇玉公司業務，就該公司違反銀行法收受存款業務之行為，應負法人行為人之責任，論以前揭法人行為負責人犯非法經營銀行業務罪刑，張匀通雖非神菇玉公司之行為負責人，然與具該身分之林建邦共同非法經營收受存款業務，乃依刑法第31條第1 項前段論以上揭罪刑之共同正犯，適用法律並無不合。又附表二所示之投資人係經由張匀通及同案被告蔡家豪、劉文勝等人對外招攬鼓吹而參加，另外神菇玉公司亦以「契作股東會員」方式對外吸收更多投資人，顯見神菇玉公司有意吸收不特定人加入投資，投資人數係處於可隨時增加之狀態，則招攬吸收資金之對象顯不特定，而可得隨時增加，符合銀行法第5條之1、第29條之1 所稱之不特定多數人之要件。張匀通上訴意旨徒憑己意，指摘本件招攬對象為「契作股東會員」，非不特定多數人，不該當同法第29條之1構成要件，漫指原判決認事用法錯誤，殊非適法之第三審上訴理由。

㈣刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」依其情形包括行為人不認識其行為為法律所不許，及誤認其行為為法律所許可。

原判決已說明其判斷林建邦、張匀通等人未經主管機關金管會許可前，以招攬加入「神菇玉公司契作股東會員」投資案之名義，向不特定多數人招攬投資，並約定投資期滿返還本金，併承諾給付與本金顯不相當之高額報酬，而非法經營銀行法之經營收受存款業務之心證理由，此項判斷，並不悖乎一般人日常生活經驗定則，自不得任意指摘其為違法。而原判決既已說明林建邦、張匀通均有違法性之認識，因而未適用刑法第16條但書規定，予以減輕其刑，尚無不合，並無張

勻通上訴意旨所指判決不適用法則或理由欠備之情形。

㈤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。同法第164至165條之1所規定提示證據之方法，均旨在賦予當事人適當之辯論機會，用以擔保證據資料之正確性。又同法第288條之2規定法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會，旨在使當事人及上開各訴訟關係人，得就各項證據資料之憑信性及其與待證事項間之關聯性表示意見，或請求調查反證或以其他適當方法爭執證據之證明力，以落實當事人訴訟上之攻擊、防禦權利，俾法院據以形成正確之心證。是其所指適當機會，應由法院依訴訟程序進行之情形及程度而為判斷，祇要以充分保障當事人訴訟上之攻擊、防禦權利為已足，於每一證據調查完畢立即行之，固無不可，但法院（審判長）本其訴訟指揮權，苟認數證據彼此間互相關聯，不宜強行割裂，而合併命辯論其證明力，亦無違法可言。

依卷載，本件證據資料繁多，且均經辯護人於審判期日前加以閱覽，原審於109年7月31日審判期日調查證據時，審判長乃諭知本次庭前已將預定提示之各項證據標目請書記官傳送給檢察官及辯護人、代理人，並詢問「是否均有收到？今日是否還需要逐一告知各項證據方法之內容？」檢察官、上訴人等及其等選任辯護人、代理人均答稱：「是；不用。」審判長因而就相關證人及林建邦、張勻通等人自警詢以迄原審審理時歷次之陳述等各項證據，均對上訴人等逐一提示並詢問有何意見後，繼對辯護人、代理人及檢察官亦逐一提示及詢問有何意見，並於調查證據程序完畢後，諭知檢察官、被告、辯護人、參與人就事實、沒收（包括犯罪所得、沒收範圍）及法律進行辯論，有上開審判期日筆錄可按（見原審卷三第479至540頁），顯已依刑事訴訟法第164條第1項、第165條第1項踐行調查程序，並依同法第288條之1第1項、第288條之2，分別予當事人、辯護人陳述意見或辯論證據證明力之適當機會。雖非緊接於當事人就特定證據表示意見之

後，逐項為之，然上訴人等或其等辯護人並無因此不能為適當之辯解情形，自難指為違法。林建邦上訴意旨指摘原審係以證據標目方法提示，且非就各項證據告以要旨，致剝奪其證據獲知權及訴訟防禦權，所踐行之訴訟程序並非適法云云，係未依卷證而專憑己見，任意指摘，客觀上顯不足據以辨認原判決具備違背法令之形式要件。

又卷查，原審先裁定命財產可能被沒收之第三人即神菇玉公司參與沒收程序（見原審卷二第27至29頁），已踐行相關之開啟第三人參與沒收程序，並於上揭審判期日傳喚其到庭，逐一提示各項證據及詢問意見後，復由檢察官、被告、辯護人、參與人或代理人依次序進行辯論，自已充分保障神菇玉公司程序上之訴訟防禦權，要難僅因原審未就當事人及參與人分別進行辯論，即遽予指為違法。神菇玉公司上訴指摘檢察官及上訴人等均未就沒收部分為實質辯論，自非適法之第三審上訴理由。

㈥107年1月31日修正公布之銀行法第136條之1關於「犯罪所得」沒收之規定，其立法意旨在於剝奪犯罪行為人，或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第38條之1第2項所列情形取得者之犯罪獲利，以降低從事金融犯罪之誘因，故對於「犯罪所得」，扣除應發還被害人或得請求損害賠償之人者外，予以宣告沒收。至其餘關於沒收之範圍、方法及沒收之執行方式，仍有刑法第38條之1等相關沒收規定之適用。又刑法沒收相關規定，其目的在於澈底剝奪犯罪行為人之犯罪所得，使其不能坐享犯罪成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似不當得利之衡平措施。而關於犯罪所得沒收、追徵之規定，乃採義務沒收主義，係為澈底剝奪行為人之犯罪所得，並讓權利人得就沒收、追徵之財產聲請發還或給付，以回復犯罪前之財產秩序，故基於不正利益不應歸於犯罪行為人所有之原則，在確定利得直接來自不法行為，除不法行為的利得因發還被害人而不予沒收外，不論成本、利潤均應沒收。法院計算犯罪所得，如有卷存事證資料可憑，並於理由

內就其依據為相當之論述說明時，即不能遽指為違法。至於在銀行法非法經營收受存款（非法吸金）案件中，因投資人給付之投資本金，通常直接匯入吸金集團所指定之帳戶內，而歸由集團首腦實際支配掌控，此部分之犯罪所得乃產自於犯罪被害人〈或投資人〉，與下層業務人員或提供協力之行政人員係以其等因招攬投資獲取之佣金獎金，或因提供協力所獲取之薪資報酬，為其等犯罪所得（即因犯罪行為而由被害人〈或投資人）以外之人取得之對價）不同，自無就同一犯罪所得，僅就共犯各自分得部分諭知沒收之問題。

本件原判決依卷內證據資料，認定張勻通之犯罪所得為61萬6千元，及神菇玉公司因林建邦犯本件非法經營銀行業務收受存款罪，而違法取得之犯罪所得為1569萬2千元，且為張勻通所不爭執（見原審卷三第527頁），因而於主文關於張勻通部分諭知沒收上揭犯罪所得，及關於神菇玉公司部分諭知前開犯罪所得「除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收（追徵）之」，已分別論述其憑據及理由甚詳，核其此部分論斷，於法尚無違背。又神菇玉公司之前揭犯罪所得，乃因其實際負責人林建邦違法產自犯罪被害人而取得，與張勻通或同案被告蔡家豪等人獲取之獎金既非同一犯罪所得，自毋庸再予扣除。張勻通、神菇玉公司上訴意旨執此任意指摘原判決不適用法則、理由不備或重複沒收，要非合法之第三審上訴理由。

㈦緩刑之宣告，除應具備一定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之，屬法院裁判時得依職權裁量之事項，當事人不得以未諭知緩刑指為判決違背法令。原審就張勻通請求宣告緩刑一情，已經調查、審酌，並於判決內敘明不予宣告緩刑之理由，亦無違法可指。

五、綜上，上訴意旨，對於原判決究竟如何違背法令，非依據卷內資料為具體之指摘，徒執陳詞，而為否認犯罪之事實爭辯，並對原審採證認事之職權行使，任意爭執，難謂已符合首揭法定上訴要件，應認張勻通該部分及林建邦、神菇玉公司

之上訴不合法律上之程式，均予以駁回。又張匀通上開得上訴第三審部分，既從程序上駁回，則有想像競合犯關係之非法經營證券商業務罪部分，第一審及原審均為有罪之判決，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件，自亦無為實體上之審判，應併從程序上駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　11　　日

刑事第九庭審判長法　官　段　景　榕

法　官　鄧　振　球

法　官　汪　梅　芬

法　官　宋　松　璟

法　官　楊　力　進

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　12　　日