

最高法院刑事判決

110年度台上字第6058號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官劉榮堂

上訴人

即被告 薛桂英

選任辯護人 吳復興律師

上列上訴人等因被告違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國110年9月9日第二審判決（110年度金上訴字第169號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署109年度偵字第5087、6447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、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審採證認事之職權，認定上訴人即被告（下稱被告）薛桂英有如其事實欄（包括其附表[下稱附表]一）所載非銀行業者而辦理國內外匯兌業務之犯行，因而撤銷第一審關於被告部分之科刑判決，改判論處被告共同犯銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務2罪刑，並諭知相關之沒收。原判決就採證、認事、用法及量刑，已詳為敘述其所憑之證據及認定之理由。核原判決所為論敘說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、檢察官上訴意旨略以：被告自民國99年1月間起，即有反覆、延續辦理地下匯兌業務（集合犯），嗣經臺灣高等法院高雄分院於106年9月6日以106年度金上訴字第1號、106年度上

易字第9號判決，論處被告共同犯銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務罪刑確定（下稱前案）。是本件被告自99年4月30日起至103年1月28日期間，所為如原判決事實欄一、（一）所載（包括附表一編號95至570所示，下稱「事實一」）之匯兌行為部分，均係在前案判決宣示前所為具集合犯性質之犯行，為前案既判力效力所及，該部分自應為免訴判決。乃原判決遽認被告「事實一」之匯兌行為，係於前案為警查獲後另行起意所為之另一行為，而予以論罪科刑，有判決適用法則不當之違法。

四、被告上訴意旨略以：（1）原審受命法官於準備程序時，曾曉諭被告是否撤回上訴，侵害其提起上訴循求救濟之權利。又原審審判長於審判程序提示卷附「代寄禮金傳送單」（縮圖）時，僅將該證據清單快速唸過，並未逐一提示。原判決採取未經合法調查之「代寄禮金傳送單」，而為不利於被告之認定，所踐行之證據調查程序違背法令。（2）被告所為如原判決事實欄一、（一）及（二）（包括附表一）所載之匯兌行為，與前案係同一具集合犯性質之犯行，俱為前案既判力效力所及，本件自應為免訴判決。縱認原判決事實欄一、（二）所載（包括附表一編號1至94、587所示，下稱「事實二」）之匯兌行為部分，係被告另行起意所為，惟第一審判決既已認定「事實一」之匯兌行為部分，為前案既判力效力所及，而不另諭知免訴，則原判決於僅被告提起上訴之情形下（檢察官亦未為被告之不利益提起上訴），乃原判決遽認「事實一」及「事實二」所載之匯兌行為，係分別於前案為警查獲後另行起意所為之2次犯行，予以分論併罰，違反刑事訴訟法第370條有關不利益變更禁止之規定，有適用法則不當之違誤。（3）附表一編號438、456、520、543未記載帳號/收款人電話，無從確認被告各該行為是否有完成匯兌。原判決遽行認定被告有完成匯款行為，有理由欠備之違法。（4）附表一編號432、437、439、452雖記載被告各該匯兌金額均為人民幣5,000元，惟依卷附代寄禮金傳送單（即縮圖編號583）之

01 記載，匯兌金額應係人民幣10,000元。原判決遽行依第一審
02 同案被告傅玉燕（業經第一審法院判決確定）製作之代寄禮
03 金傳送單而為上開認定，有採證認事違背證據法則之違誤。
04 (5) 被告於偵查中自白犯行，且已自動繳交全部犯罪所得，
05 應依銀行法第125條之4第2項前段規定，減輕其刑。乃原判
06 決未適用上開減輕其刑之規定，有適用法則不當之違法。
07 (6) 被告年事已高，罹患心臟病、乳癌等疾病，曾獲母教楷
08 模，熱心公益等情，均係量刑輕重應審酌之事項。乃原判決
09 未審酌上情，未宣告給予做公益活動等附條件之緩刑，量刑
10 尚屬過重，不利其改過遷善。

11 五、惟查：

12 (一) 刑事訴訟法第2條第1項規定，實施刑事訴訟程序之公務員，
13 就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。又審
14 判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，同法第47條定有明
15 文。是以，事實審法院於審判期日有無踐行上開訴訟程序，
16 自依審判筆錄之記載為據。另當事人及訴訟關係人對於審判
17 長所為證據提示或告以要旨等調查證據或訴訟指揮不服者，
18 如未依刑事訴訟法第288條之3之規定，聲明異議者，除其瑕
19 疵重大，且嚴重危害訴訟程序之公正，而影響於判決結果者
20 外，亦不得執為合法之第三審上訴理由。至於部分證據調查
21 程序，僅依序標示各別證據之簡稱，或將數個同類證據合併
22 記載，分類提示並告以要旨，以利期日進行之便捷、經濟，
23 並不影響上訴人之訴訟權益，要非法所不許。

24 1. 稽之卷內資料，原審受命法官於準備程序時，就「事實一」
25 「事實二」是否為前案既判力效力所及、該二事實可能構
26 成2罪之不利益於被告事項，以及繳交犯罪所得以符合銀行
27 法第125條之4第2項前段減刑規定之有利於被告科刑事項，
28 均曉諭被告及其辯護人知悉，俾其等能充分為防禦之準備。
29 而辯護人答以：「待與被告及其家人商量後，再陳報法院」
30 等語。可見原審受命法官就被告有利及不利之情形，均予注
31 意，並促請被告及其辯護人就上開各情應均予考量，係照料

義務之踐行，俾免造成突襲性裁判，難謂有被告上訴意旨(1)所指侵害其上訴權利之情形。

2. 卷查，被告於原審之選任辯護人業已閱覽電子卷證而知悉所有證據（包括代寄禮金傳送單）之具體內容及其待證事實。且依原審準備程序及審判筆錄之記載，原審受命法官、審判長分別於準備程序及審判期日，於調查卷附代寄禮金傳送單（縮圖）及扣案代寄禮金傳送單時，俱依卷內證據之性質予以整理、歸納後，提示並告以要旨，並訊問被告及其辯護人是否同意列為證據，以及有無意見，被告及其辯護人對於上開證據調查程序之進行，並未依刑事訴訟法第288條之3規定聲明異議，均答以：「同意」、「沒有意見」等語；原審受命法官於準備程序時，並特別就檢察官起訴書附表所載各非法匯兌犯行（即代寄禮金傳送單所載），是否均承認乙節詢問被告，被告答以：「我都承認」；其辯護人答以：「我們確實都承認，但本件有牽扯到前案既判力的問題，當時一審法官也有詢問這個問題，我們主張如同原審判決就此部分的認定是可採納的，前案判決的既判力有涵蓋到後面的事實，至於客觀的行為，被告確實有為匯兌的事實」各等語，其等於審判期日並據以實質辯論。依上開說明，原審所踐行之證據調查方法，尚無礙於被告訴訟防禦權之行使。

至被告上訴意旨另聲請本院調查原審準備及審判程序之開庭錄音檔案，以釐清上情乙節，因原審並未侵害被告之上訴權利，且無礙於其訴訟防禦權之行使，故所請並無必要，併予敘明。

被告上訴意旨(1)並未指明原審準備及調查程序究竟如何影響其訴訟上之權益，泛指原審有違反無罪推定原則及訴訟程序違背法令之違法，自非合法上訴第三審之理由。

(二)按集合犯固因其行為具有反覆、繼續之特質，而評價為包括之一罪，然並非所有反覆或繼續實行之行為，皆一律可認為包括之一罪，而僅受一次評價，故仍須從行為人主觀上是否自始即具有單一或概括之犯意，以及客觀上行為之時空關係

01 是否密切銜接，並依社會通常健全觀念，認屬包括之一罪為
02 合理適當者，始足以當之，否則仍應依實質競合關係予以併
03 合處罰。尤以行為經警方查獲時，其反社會性及違法性已具
04 體表露，行為人已有受法律非難之認識，其包括一罪之犯行
05 至此終止，如猶再犯罪，則其主觀上顯係另行起意而為，客
06 觀上其受一次評價之事由亦已消滅，自不得均再以集合犯論
07 。

08 又由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭
09 知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第370條第1項前段定有
10 明文，此即學理上所稱之「不利益變更禁止原則」，旨在確
11 保被告或為被告之利益而上訴之人，不致因其正當行使上訴
12 權利以循求救濟，反而經上訴審法院諭知較重於原審判決所
13 處之刑，俾落實憲法所揭發訴訟權保障之實質內涵及二重危
14 險禁止之理念。惟在被告上訴或為被告之利益而上訴之場合
15 ，倘因原審判決適用法條不當而經撤銷者，即無上開原則之
16 適用，此為同法第370條第1項但書之例外規定。

- 17 1. 原判決載敘：(1)被告自99年1月間起，即有辦理地下匯兌業
18 務，嗣為警於「99年4月29日」查獲，並經法院判決確定之
19 前案。而「事實一」係被告於上開為警查獲日後，其反社會
20 性已具體表露，且已有受非難之認識，其包括一罪之犯行至
21 此終止，猶再犯罪，則主觀上顯係另行起意，客觀上其受一
22 次評價之事由亦已消滅，自不得再以集合犯論。且被告於原
23 審審理時已自承：於前案遭查獲後，因有客戶拜託我，剛好
24 有一個人要賣，有一個人要買，我才繼續做等語。顯見被告
25 主觀上係另行起意，客觀上其受一次評價之事由亦已消滅，
26 自不得與前案再以集合犯論。再衡以被告於前案之99年4月
27 29日警詢時，員警詢問之問題及被告答覆之內容，均為兩岸
28 間新臺幣與人民幣匯兌業務之事，且當時被告亦有律師陪同
29 在場，足見被告於99年4月29日為警查獲時，當已知悉其係
30 涉有非法經營銀行業務（地下匯兌）之犯行甚明。準此，被
31 告所為「事實一」之匯兌行為，係於其前案被查獲後，另行

起意所為另一犯行，與前案並非同一案件，不在前案既判力效力所及範圍，應予論罪科刑。(2) 又被告所為「事實二」之匯兌行為（自107年3月19日起），與「事實一」（最後一次匯兌行為係於103年1月28日）相距已逾4年。又被告於原審審理時供稱：前案警察查獲之後，從103年1月28日到107年3月19日，因人家不需要，有需要我才會介紹給他們做，且因我也有旅行社的業務，那時候剛探親旅行，生意比較忙，所以沒有繼續做地下匯兌。從107年3月19日開始，因有人介紹楊泗輝，告訴我當場可以轉帳過去很方便，才又開始做地下匯兌等語，是被告顯係基於不同之犯意，而另為「事實二」之匯兌犯行。從而，被告所為「事實一」、「事實二」之匯兌行為，皆係分別起意，應予分論併罰等旨。依上開說明，並無不合。

2. 原判決並敘明：被告所為上開數行為，應予分論併罰（共計2罪），且向被告及其辯護人曉諭可能改判數罪，俾被告及其辯護人知所防禦及答辯之旨，業如前述，因認第一審就被告所為「事實一」之匯兌行為部分，說明不另為免訴之諭知即有違誤，爰予撤銷改判，論處上開非法經營銀行業務2罪刑。可見係第一審判決適用法條不當而經原判決撤銷改判，雖僅被告提起第二審上訴，仍無不利益變更禁止原則之適用。

檢察官及被告上訴意旨(2)泛指原判決量處重於第一審判決所處之刑，違反不利益變更禁止規定及有適用法則不當之違法，容有誤解，均非合法上訴第三審之理由。

- (三) 證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，並已於理由內詳述其取捨證據之理由，自不得任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。

1. 原判決主要依憑：被告於警詢、檢察官訊問及歷審審理時之自白、第一審同案被告楊泗輝、傅玉燕、劉秦女、董嘉妮、證人孔祥青等人分別於警詢、檢察官訊問及第一審審理時之

證詞、卷附代寄禮金傳送單、通訊監察錄音譯文、手機通訊軟體「LINE」對話紀錄，以及扣案各證物等證據資料，而為前揭事實認定。原判決基於上開各證據資料彼此印證、互為補強，經綜合判斷、取捨所為採證認事，與經驗法則及論理法則，尚無不合。

至於附表一編號438、456、520、543雖未記載帳號/收款人電話，惟此項細節之記載與否，與犯罪構成要件無重要關係，尚不影響於原判決已依卷存事證認定被告各該行為已完成匯兌之事實，尚難執為上訴第三審之合法理由。

2. 原判決另敘明：被告所為如起訴書附表編號（即卷附代寄禮金傳送單縮圖編號）571至586、588、589部分，係於前案為警查獲（99年4月29日）前所為，與前案經判決確定之犯行係屬集合犯應論以一罪，而為前案判決效力所及。此部分原應為免訴之諭知，惟檢察官認此等部分與上開經起訴論罪部分之犯行間，有集合犯之實質上一罪關係，爰不另為免訴之諭知等旨。已敘明包括卷附代寄禮金傳送單縮圖編號583所印證之被告犯行（匯兌時間為99年3月6日），係於被告前案為警查獲前所為，不另為免訴之諭知之理由。此與附表一編號432、437、439、452所示被告各該匯兌行為（匯兌金額均為人民幣5,000元，均與卷附代寄禮金傳送單縮圖編號432、437、439、452所載相符）部分，並非同一事實，被告上訴意旨(4)所為指摘，核與卷證不符。

被告上訴意旨(3)及(4)泛指原判決有採證認事違背證據法則及理由欠備之違法，均難認係合法上訴第三審之理由。

(四) 按銀行法第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，如有犯罪所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑。

原判決敘明：被告於偵查中自白本件犯行，並已自動繳交全部犯罪所得，故就其所犯上開2罪，均應依銀行法第125條之4第2項前段規定，減輕其刑等旨。原判決就被告所犯上開2罪，皆已適用上開減輕其刑之規定。被告上訴意旨(5)指原

判決未適用上開規定減輕其刑，有適用法則不當之違法，係未依卷內訴訟資料所為之指摘，尚難認係上訴第三審之適法理由。

(五)關於刑之量定，事實審法院本有依個案具體情節裁量之權限，倘科刑時係以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條各款所列情狀，而其所量之刑及酌定之應執行刑，既未逾越法律所規定之範圍（即裁量權行使之外部性界限），亦無違反比例、公平及罪刑相當原則者（即裁量權行使之內部性界限），即不得任意指為違法，資為第三審上訴之適法理由。原判決就被告所犯非法經營銀行業務2罪，均適用銀行法第125條之4第2項前段規定減輕其刑後，分別判處有期徒刑2年6月、2年4月，均已以被告之責任為基礎，並審酌刑法第57條各款所列情狀（包括被告坦承犯行、經營地下匯兌之時間、經手交易匯款金額、獲利、素行等犯罪情狀）。復就上開所處之有期徒刑，依各罪之不法內涵與罪責程度，酌定其應執行有期徒刑3年6月。並敘明被告雖自陳係被動應客戶之要求，已高齡74歲，且曾罹患眼疾、乳癌、糖尿病、心律不整等疾病，身體狀況不佳，長年來熱心公益，如使被告入監服刑，年幼的孫子將無人照料，請求給予附條件緩刑機會。惟本件既分別判處被告有期徒刑2年6月、2年4月，應執行有期徒刑3年6月，已不符合刑法第74條第1項所定「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告」之要件等旨。既均未逸脫其所犯之罪經依前揭規定減輕其刑後可科處之處斷刑範圍，亦無明顯濫用裁量權而有違反公平、比例及罪刑相當原則，皆尚難任意指為違法。被告上訴意旨（6）依憑己意指摘原判決量刑過重，仍非合法之上訴第三審理由。

(六)被告其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、認事及量刑裁量職權之適法行使，以及原判決已說明事項，任意指摘為違法，或為事實上之爭執，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。

六、依上所述，本件檢察官及被告之上訴，均為違背法律上之程

01 式，皆予駁回。
02 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。
03 中 華 民 國 110 年 12 月 22 日
04 刑 事 第 八 庭 審 判 長 法 官 李 英 勇
05 法 官 洪 兆 隆
06 法 官 楊 智 勝
07 法 官 吳 冠 霆
08 法 官 邱 忠 義
09 本 件 正 本 證 明 與 原 本 無 異
10 書 記 官
11 中 華 民 國 110 年 12 月 23 日