

臺灣高等法院臺南分院刑事判決

107年度金上訴字第725號

107年度金上訴字第726號

上訴人

即被告 郭素秋

選任辯護人 黃蘭英律師（法扶律師）

上訴人

即被告 吳榮能

選任辯護人 何紫滢律師（法扶律師）

上列上訴人因違反銀行法案件，不服臺灣嘉義地方法院106年度金訴字第6號、107年度金訴字第1號中華民國107年5月18日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署106年度偵字第2050號），及追加起訴（106年度偵字第9005號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

甲○○共同犯銀行法第一百五十五條第一項前段之非法經營銀行業務罪，處有期徒刑壹年拾月，緩刑參年，並應於判決確定後壹年內，支付公庫新臺幣拾萬元，未扣案之犯罪所得新臺幣壹萬伍仟伍佰零肆元沒收之，於全部或一部不能沒收時，追徵其價額。吳榮能共同犯銀行法第一百五十五條第一項前段之非法經營銀行業務罪，處有期徒刑壹年陸月，緩刑參年，並應於判決確定後壹年內，支付公庫新臺幣拾萬元，未扣案之犯罪所得新臺幣壹萬伍仟伍佰零肆元沒收之，於全部或一部不能沒收時，追徵其價額。

事實及理由

一、犯罪事實

甲○○、吳榮能及自稱「蔡志發」之成年人（新加坡籍），基於違反非銀行不得經營辦理國內外匯兌業務之犯意聯絡，自民國101年5月22日起，至同年11月19日止，由「蔡志發」在中國大陸地區，接受客戶委託，以不詳方式收取客戶交付之人民幣後，將人民幣依一定匯率折合後之等值新臺幣，及將客戶所指定之臺灣地區帳戶受款人、銀行、帳號等資料，以通訊軟體「微信」或國際電話通知吳榮能，吳榮能再指

01 示甲○○以其任負責人之○○企業股份有限公司（以下簡稱
02 ○○公司）設於土地銀行民雄分行帳戶（以下簡稱土銀帳戶
03 ），於如附表一所示之日期，將如附表一所示之金額，以匯
04 款方式，匯入如附表一所示之臺灣地區受款帳戶，匯出金額
05 合計新臺幣（下同）000000元。其3人復由「蔡志發」在中
06 國大陸地區，受客戶委託後，指示客戶於如附表二所示日期
07 ，將如附表二所示之金額，匯入○○公司土地銀行帳戶，「
08 蔡志發」再以「微信」或國際電話通知吳榮能，吳榮能即指
09 示甲○○核對確認匯入數額，由「蔡志發」將新臺幣依一定
10 匯率折合等值人民幣，以不詳方式交給大陸地區客戶，匯入
11 金額合計0000000元，總計匯兌總額達0000000元。

12 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由

13 (一)證據能力

14 當事人、辯護人對於本案之傳聞證據，於本院審判程序時，
15 均表示同意作為證據使用，本院審酌該等證據做成時之情況
16 ，認無違法或不當取供之情形，引之為本案證據適當，依刑
17 事訴訟法第159條之5第1項之規定，該等證據均具證據能
18 力。

19 (二)證明力

20 1.上述犯罪事實，有匯兌客戶林憲輝、彭振洧、廖苑君、黃美
21 玲、張夏茂、汪光輝、張黃美蓮、黃智威、王賢文、黃美華
22 、梁金英、鄭正裕、楊清雲等人之供證筆錄可證，並有○○
23 公司基本資料查詢、申登資料、營業項目、股東資料、林憲
24 輝土地銀行取款憑條、匯款申請書、彰化銀行交易明細查詢
25 、廖苑君合作金庫商業銀行匯款申請書、張夏茂、張光輝郵
26 政跨行匯款申請書、土地銀行匯款入戶通知書、黃智威中國
27 信託匯款申明書、王賢文合作金庫銀行取款憑條、匯款申請
28 書、黃美華台北富邦銀行匯款委託書、梁金英新北市鶯歌區
29 農會匯款申請書、取款憑條、○○公司土銀帳戶歷史交易明
30 細查詢、吳榮能入出境資訊連結作業可憑，復有被告甲○○
31 、吳榮能於偵查、原審之供述筆錄可參。被告甲○○、吳榮

01 能於本院對上述犯罪事實均坦白承認，其2人自白與上述證
02 據資料相合，可信可採。

03 2. 本案事證明確，被告2人犯行堪以認定，應依法論科。

04 三、論罪科刑之理由

05 (一) 被告行為後，銀行法第125條第1項於107年1月31日修正
06 公布、同年2月2日施行。原條文「違反第29條第1項規定
07 者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元
08 以上2億元以下罰金。『其犯罪所得』達新臺幣1億元以上
09 者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣2千5百萬元以上
10 5億元以下罰金」，修正為「違反第29條第1項規定者，處
11 3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以上2
12 億元以下罰金。『其因犯罪獲取之財物或財產上利益』達新
13 臺幣1億元以上者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣2
14 千5百萬元以上5億元以下罰金」。依106年12月18日立法
15 院第9屆第4會期財政委員會第22次全體委員會議紀錄，上
16 開修正係將原以「犯罪所得」1億元以上作為加重處罰之構
17 成要件，修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，以資
18 與「不扣除成本」之刑法沒收新制之「犯罪所得」相區別，
19 俾利司法實務向來以扣除成本為主流見解之運作順利（立法
20 院公報第107卷第8期第265、308、309頁）。復參照本
21 條修正理由載明：(1) 104年12月30日修正公布之刑法第38條
22 之1第4項所定沒收之「犯罪所得」範圍，包括違法行為所
23 得、其變得之物或財產上利益及其孳息，與原第1項後段「
24 犯罪所得」，依立法說明之範圍包括因犯罪直接取得之財物
25 或財產上利益、因犯罪取得之報酬、前述變得之物或財產上
26 利益等，有所不同。(2) 查原第1項後段係考量犯罪所得達1
27 億元對金融交易秩序之危害較為嚴重而有加重處罰之必要，
28 惟「犯罪所得金額達1億元」之要件與行為人主觀之惡性無
29 關，故是否具有故意或認識（即預見），並不影響犯罪成立
30 ，是以犯罪行為所發生之客觀結果，即「犯罪所得」達法律
31 擬制之一定金額時，加重處罰，以資懲儆，與前開刑法係因

01 違法行為獲取利得不應由任何人坐享之考量有其本質區別。
02 鑑於該項規定涉及罪刑之認定，為避免混淆，造成未來司法
03 實務上犯罪認定疑義，該「犯罪所得」之範圍宜具體明確。
04 另考量變得之物或財產上利益，摻入行為人交易能力、物價
05 變動、經濟景氣等因素干擾，將此納入犯罪所得計算，恐有
06 失公允，故宜以因犯罪行為時獲致之財物或財產上利益為計
07 ，不應因行為人交易能力、物價變動、經濟景氣等因素，而
08 有所增減，爰修正第1項，以資明確。(3)「因犯罪取得之報
09 酬」本可為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」所包含，併
10 此敘明等語（詳見本條立法說明）。可見銀行法第125條第
11 1項後段文字雖經前述修正，但修正前關於「犯罪所得」之
12 實務見解，與修正後「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，
13 並無不同，核係司法實務見解之明文化，依上揭說明，尚無
14 行為後法律變更之情形。況本案被告非法辦理國內外匯兌業
15 務所獲取之「犯罪所得（修正前）」或「因犯罪獲取之財物
16 或財產上利益（修正後）」，並未達1億元以上，亦無銀行
17 法第125條之4所稱自首、偵查中自白並自動繳交全部所得
18 財物（本次修正為「自動繳交全部犯罪所得」）等情形，刑
19 罰效果並未變更，此部分當無法律變更而應比較適用新舊法
20 之情形，依上揭說明，應適用裁判時法即修正後銀行法第12
21 5條第1項之規定。合先敘明。

22 (二)核被告2人所為，係違反銀行法第29條第1項非銀行不得辦
23 理國內外匯兌業務之規定，其「因犯罪獲取之財物或財產上
24 利益」未達1億元，應依同法第125條第1項前段論處。又
25 刑事法關於職業性、營業性或收集性等具有重複特質之犯罪
26 行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時既
27 予特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素，則行為人基於
28 反覆實施之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次
29 行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、延續性
30 之行為觀念者，於刑法評價上，即應僅成立一罪。銀行法第
31 29條第1項係以經營辦理國內外匯兌業務為要件，自屬營業

犯性質，以同種類之行為為目的之集合體或個人，具有多次性、持續性與集合性之內涵，核其性質應屬於集合犯中之營業犯類型，為實質上一罪，故被告2人雖有多次辦理國內外匯兌業務之行為，應論以集合犯之包括一罪。被告2人與「蔡志發」之成年人就上開犯行，有犯意聯絡，行為分擔，為共同正犯。

(三)刑法第59條規定，犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，同法第57條規定，科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項（共10款）為科刑重輕之標準，兩條適用上固有區別，惟所謂「犯罪之情狀」與「一切情形」云云，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即判例所稱有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重），以為判斷。故適用第59條酌量減輕其刑時，並不排除第57條所列舉10款事由之審酌，惟其程度應達於確可憫恕，始可予以酌減（最高法院70年度第6次刑事庭會議決議參照）。又刑法第59條於94年2月2日修正為「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。」其修法理由謂：「按科刑時，原即應依第57條規定審酌一切情狀，尤應注意該條各款所列事項，以為量刑標準。本條所謂『犯罪之情狀可憫恕』，自係指裁判者審酌第57條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言。惟其審認究係出於審判者主觀之判斷，為使其主觀判斷具有客觀妥當性，宜以『可憫恕之情狀較為明顯』為條件，故特加一『顯』字，用期公允。」本院審酌下列情狀，認本案有刑法第59條規定之適用：

1. 被告2人於本案雖一度否認犯罪，然其等於本院已坦白認錯，甲○○於調查官詢問時，已自白犯罪，○○公司也已於107年7月23日停業，不再經營任何業務，其2人犯後態度，難認不佳。再參被告2人僅係在臺灣負責後勤匯收款項，其餘

接洽客戶、紀錄匯款資訊等業務重要事項，均由人在中國大陸之「蔡志發」負責，信被告2人係如其等所述，因○○公司經營不善，且家無恆產，別無收入，被告2人原為夫妻，共同生育之小孩吳○○患有罕見疾病酪胺酸羥化酶缺乏症、輕度智能不足等身心障礙，需錢就醫，此有戶口名簿影本、綜合所得稅各類所得資料清單、診斷證明書、身心障礙證明可稽，被告2人迫於家境及小孩醫療之需，因而出此下策，與「蔡志發」合作，提供公司帳戶從事不法地下匯兌，賺取些微匯率差額及手續費用，匯進匯出之總額合計九百多萬，為數非鉅，其犯罪動機及目的值得同情，犯罪情節及犯罪所生危害甚輕，罪責之可非難性自低。

2.另參被告2人獲取之犯罪實際所得，僅總所得之三分之一，也就是各得15504元，而立法委員制訂的銀行法為了保護大財團銀行等法益，卻訂定非銀行者經營辦理地下匯兌，最輕本刑為3年以上有期徒刑，其法定最低刑度與被告上述犯罪動機、目的、手段、情節、危害、犯後態度、犯罪實際所得等情相較，實在太重，倘不予酌減，將使被告2人之小孩頓失照顧，徒增社會成本，毫無實益可言，當認被告2人犯罪之情狀，有情輕法重之處，科以法定最低刑度，仍嫌過重，其犯罪情狀顯堪憫恕，爰依刑法第59條之規定，皆酌減其刑，資以衡平刑罰之過苛。

(四)銀行法第125條之4第2項規定，犯第125條、第125條之2或第125條之3之罪，於犯罪後自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至二分之一。查本案被告甲○○雖於調查官訊問時自白犯罪，但其有如上之犯罪所得，並未自動繳交，當無適用上述規定予以減刑之餘地，併予敘明。

四、撤銷改判之理由

(一)原審認被告2人犯罪事證明確，因予論罪科刑，其關於認定犯罪事實之採證及認事的論究，固屬翔實，然查：1.本案並無銀行法第125條修正前後新舊法法律變更之適用，故應適

01 用裁判時之規定，敘明如前，原審予以比較後，認應適用修
02 正行為時之規定，尚有違誤。2.被告甲○○於本案並未繳交
03 全部犯罪所得，原審一方面認甲○○無犯罪所得，因而予以
04 適用銀行法第125條之4第2項之規定，減輕甲○○之刑度
05 ，然另方面於理由欄論述甲○○犯罪所得為附表一、二之經
06 營數額總和0000000元，並於主文欄諭知沒收該部分犯罪所
07 得及追徵，前後矛盾，又與銀行法第125條之4第2項規定不
08 符。3.本案被告甲○○、吳榮能已坦白認錯，且均有值得同
09 情之事由，前已敘明，原審未及審酌於此，漏未依刑法第59
10 條規定酌減被告2人刑度，亦有失當。

11 (二)被告2人上訴指原審判決不當，為有理由，本院應予撤銷改
12 判。

13 五、量刑、附條件緩刑及沒收

14 (一)本院審酌前述酌減所列事由，並審酌被告甲○○與吳榮能兩
15 人已離婚，但仍同住照養4個未成年子女及父母親，兩人目
16 前均從事水電工兼打雜，甲○○高職畢業，吳榮能高中畢業
17 等家庭生活狀況、經濟條件及智識程度，另參被告甲○○乃
18 ○○公司負責人，相關公司帳戶均由其保管使用，處理公司
19 帳務，犯罪情節自較被告吳榮能為重，刑度應有差異，及其
20 他一切情狀，各量處如主文所示之刑。

21 (二)被告2人前無犯罪紀錄或未曾受有期徒刑以上刑之宣告，有
22 臺灣高等法院被告前案紀錄表可參，其2人犯罪情狀尚屬情
23 有可原，且犯後已知悔悟，家中尚有小孩待照養，目前均有
24 正當工作與收入，本院認其2人經本案教訓後，當知所警惕
25 ，日後應無再犯之虞，爰各宣告緩刑3年，且為加深其2人
26 惕勵之心，並諭知其2人均應於本判決確定後1年內，各支
27 付公庫10萬元，以啟自新。

28 (三)至被告2人犯罪所得部分，雖最高法院106年10月17日106
29 年度第15次刑事庭會議決議，多數採肯定說，認銀行法第12
30 5條第1項後段規定之「因犯罪獲取之財物或財產上利益」
31 ，為「行為人所收受包括須匯付受款人之款項總額，均屬其

犯罪所得」，惟其理由乃指被告經營數額之總額越大，規模越鉅，妨害金融秩序越重，故此部分犯罪所得達該條項後段規定1億元以上之規模者，應加重其刑，當認上述決議係針對加重其刑要件「因犯罪獲取之財務或財產上利益」而發，與刑法第38條之1第4項之犯罪所得之內涵仍有差異，亦與銀行法第136條之1之規定明顯不同，尚難認銀行法第136條之1之犯罪所得，與前述犯罪規模兩者概念同一。況刑法第38條之1、之2、之3等沒收犯罪所得之規定，既在剝奪被告違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息等財物或利益（刑法第38條之1第4項規定參照），避免被告坐享其成（修法理由參照），當以被告得以坐享其成之所得為限，又修正後銀行法第136條之1既將原規定之「因犯罪所得財物或財產上利益」修正為「犯罪所得」，且修法理由認為刑法第38條之1第4項之規定較為完整，當以刑法第38條之1第4項之概念，來理解認定銀行法第136條之1之「犯罪所得」意涵。是被告甲○○、吳榮能均於本院供稱其等與「蔡志發」經營辦理地下匯兌之所得乃附表一、二金額總和之0.5，即其等與「蔡志發」共取得匯兌報酬46512元（上下各一碼，即0000000*0.5，小數點無刑法上的重要性不予計入），3人平分，每人均分各得15504元之犯罪所得無誤，是被告甲○○、吳榮能不能坐享犯罪所得者，各乃上述之15504元，並非附表一、二合計總額0000000元。又退萬步言，倘認其3人之犯罪所得即其犯罪規模0000000元，則與其3人前述所得各15504元差異太大，顯然失衡，倘沒收追徵數額達0000000元，顯然過苛，應有刑法第38條之2第2項過苛之虞規定之適用，本院認為超過其個人所得15504元部分，應不予宣告沒收追徵。又本案查無被害人或得請求損害賠償之人，自無發還犯罪所得可言，故本院僅宣告被告2人各沒收追徵15504元即可。至○○公司土銀帳戶存摺、印章等物，當認乃○○公司所有，非被告2人所有，爰不予宣告沒收追徵，併予指明。

六、應適用之法律

依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，銀行法第29條第1項、第125條第1項前段、第136條之1，刑法第11條、第28條、第59條、第74條第1項第1款、第2項第4款、第38條之1第3項、第38條之2第2項，作成本判決。

七、本案經檢察官吳咨泓提起公訴及追加起訴，檢察官李志明於原審實行公訴，檢察官陳建弘於本院實行公訴。

中 華 民 國 108 年 3 月 21 日
刑 事 第 二 庭 審 判 長 法 官 陳 顯 榮
法 官 陳 連 發
法 官 侯 廷 昌

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官 蘭鈺婷

中 華 民 國 108 年 3 月 21 日

本案附錄法條：

銀行法第29條

（禁止非銀行收受存款及違反之處罰）

除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務。

違反前項規定者，由主管機關或目的事業主管機關會同司法警察機關取締，並移送法辦；如屬法人組織，其負責人對有關債務，應負連帶清償責任。

執行前項任務時，得依法搜索扣押被取締者之會計帳簿及文件，並得拆除其標誌等設施或為其他必要之處置。

銀行法第125條第1項

違反第29條第1項規定者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以上2億元以下罰金。其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣1億元以上者，處7年以上有期

徒刑，得併科新臺幣 2 千 5 百萬元以上 5 億元以下罰金。
經營銀行間資金移轉帳務清算之金融資訊服務事業，未經主管機關許可，而擅自營業者，依前項規定處罰。
法人犯前二項之罪者，處罰其行為負責人。

附表一：人民幣兌換新臺幣（匯出部分）

編號	日期	受款人	受款帳號	用途
	金額	受款銀行		
1	101年7月13日	林憲輝	000000000000	原先欲於大陸地區置產之資金，後因故生變，欲將此筆資金匯回臺灣
	822640	彰化銀行土城分行		
匯出金額合計：822640元				

附表二：新臺幣兌換人民幣（匯入部分）

編號	日期	匯款人	用途
	金額	匯款銀行	
1	101年10月25日	廖苑君	借款予在大陸地區經商友人之款項
	630000	合作金庫信義分行	
2	101年11月19日	隆珣國際貿易有限公司	支付大陸地區廠商訂購陶瓷原料之貨款
	468400	彰化銀行	
3	101年10月25日	張夏茂	支付大陸地區廠商訂購3c產品之貨款
	400000	士林郵局	
4	101年10月25日	汪光輝	借貸予大陸地區福建省親人之款項
	93760	竹北嘉豐郵局	

(續上頁)

5	101年10月25日	張黃美蓮	支付大陸地區廠商代銷魚貨之貨款
	390000	新北市萬里區漁會	
6	101年11月19日	黃智威	支付大陸地區廠商貨款
	0000000	中國信託重陽分行	
7	101年5月22日	王賢文	支付大陸地區廠商採購普洱茶之貨款
	0000000	合作金庫民族分行	
8	101年11月19日	黃美華	償還向大陸地區人民借貸之款項
	0000000	富邦商業銀行保生分行	
9	101年10月25日	梁金英	支付證人鄭正裕向大陸地區廠商採購家具之貨款
	150000	鶯歌農會	
10	101年10月25日	一路發國際事業股份有限公司	支付大陸地區廠商貨款
	0000000	不詳	
匯入金額合計：0000000元			