

最高法院刑事判決

109年度台上字第3918號

上訴人 賴彩美

林鴻銘

共同

選任辯護人 陳雅珍律師

上訴人 林煌欽

選任辯護人 周威良律師

上訴人 張亞淑（原名張阿淑）

選任辯護人 柯士斌律師

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109年5月26日第二審更審判決（107年度金上重更一字第14號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署100年度偵字第5151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。本件原判決認定上訴人賴彩美、林鴻銘、林煌欽、張亞淑與共同正犯林文財（已歿）有其事實欄所載違反銀行法、詐欺取財等犯行，因而撤銷第一審關於上訴人等4人部分之科刑判決，改判仍依想像競合犯規定，從一重論處上訴人等4人共同犯銀行法第125條第1項後段非法經營銀行收受存款業務罪之罪刑（均依刑事妥速審判法第7條規定減刑後，依序各處有期徒刑5年、4年、4年6月、4年8月），並為相關沒收之宣告；另就公訴意旨所認劉錦連同屬本案投資人部分、被害人投資金額逾其認定之實際金

額部分、上訴人等4人參與本案犯罪期間非其認定之實行期間部分，均不另為無罪諭知，及楊政信、江金子未對具有親屬身分之張亞淑提出詐欺告訴，就張亞淑論罪部分，不另為公訴不受理之諭知。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、刑事訴訟法第159條之5所定傳聞之例外，乃藉由當事人「同意」之處分訴訟行為與法院之介入審查其適當性要件，將原不得為證據之傳聞證據，賦予其證據能力。倘當事人已明示同意某傳聞證據作為證據，並經法院審查具備適當性之要件，且經踐行法定調查程序，即無容許當事人撤回同意或再行爭執其證據能力之理，以維訴訟程序之安定性、確實性與迅速性。此一同意之效力，既因當事人積極行使處分權，經法院認為適當且無許其撤回或更行爭執追復之情形，即告確定，縱使上訴至第二審或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力。原判決就證人黃志彬等投資人於檢察事務官詢問之陳述，已敘明：賴彩美、林鴻銘及其等原審辯護人於第一審準備程序中均表示同意作為本案證據（見第一審卷二第124頁背面至125頁；卷三第4頁背面至5頁、第72、172頁背面；卷四第4至5、58、150頁、第222頁；卷五第19頁背面至20頁、第81頁背面至82頁、第137頁背面至138頁、第202頁背面至203頁；卷六第5頁背面至6頁、第65頁背面至66頁、第140頁背面至141頁、第215頁背面至216頁；卷七第3頁背面至4頁、第85頁背面、第156頁背面；卷八第3頁背面、第48頁背面、第85頁背面；卷九第27頁背面至28頁），賴彩美、林鴻銘雖一度於原審準備程序中具狀爭執其證據能力（見原審卷三第44至70頁），嗣於原審民國109年2月25日準備程序中又表明不再爭執（見原審卷三第341頁），於109年3月31日審理期日中亦無不同意見（見原審卷四第78頁背面至99頁），原審審酌前開證據作成之情況，無何違法不當或證明力顯然過低之情形，認以之作為證據應屬適當，復經踐行法定調查證據程序，自均得為本案證據等旨（見原判決第11至

01 12頁)。核其此部分之取證於法無違。賴彩美、林鴻銘上訴
02 意旨對前開證人於審判外陳述之證據能力，重為爭執，執此
03 指摘原審有採證違法云云，自非適法之第三審上訴理由。

04 三、傳聞證人所述聽聞自實際體驗者所為陳述，屬傳聞證據，倘
05 若實際體驗者（即原始陳述者）已死亡、因故長期喪失記憶
06 能力、滯留國外或所在不明等因素，致客觀上不能到庭陳述
07 並接受詰問，而到庭之傳聞證人已依人證程序具結陳述，且
08 具備特別可信性及證明犯罪事實存否所不可或缺之必要性，
09 或經當事人同意，法院復認具備適當性時，基於真實發現以
10 維護司法正義，本諸刑事訴訟法第159條之3、第159條之5之
11 相同法理，例外得作為證據，賦予其證據能力。原判決已敘
12 明其所引用相關證人陳述聽聞林文財所稱：我叫賴彩美打來
13 公司假裝要借錢、公司在何處買了多少土地，何時要開始蓋
14 房子等語，均屬傳聞證言，惟因林文財已死亡，客觀上不能
15 到庭陳述並接受詰問，而到庭之該等傳聞證人均依法具結證
16 述，如何具特別可信性，且具證明犯罪事實存否之必要性，
17 因認此部分傳聞證言，有證據能力等旨（見原判決第13頁）
18 。經核於法並無違誤。賴彩美、林鴻銘上訴意旨指摘原審將
19 上開傳聞證言逕採認為不利其等之證據，有違證據法則云云
20 ，殊非適法之第三審上訴理由。

21 四、審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第47
22 條定有明文。又當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判
23 長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有
24 特別規定外，得向法院聲明異議，同法第288條之3第1項定
25 有明文。該聲明異議之規定具有時效性，如未適時行使異議
26 權，致該處分所為之訴訟行為已終了者，除該項瑕疵係屬重
27 大，有害於訴訟程序之公正，而影響於判決之結果者外，依
28 刑事訴訟法第380條規定，尚不得執為上訴第三審之適法理
29 由。依原審109年3月31日審判程序筆錄記載，原審審判長於
30 調查證據程序時，分別就賴彩美、林鴻銘、張亞淑於第一審
31 、原審之陳述（及記載其卷證頁數出處），訊問林煌欽及其

01 原審辯護人對上開供述證據之證據能力及證明力有何意見，
02 雖未記載是否經提示並告以要旨，然縱或屬實，原審該次審
03 判期日未予提示上開證據並告以要旨而為調查之情形，林煌
04 欽及其原審辯護人，對審判長此項證據調查程序，並未當場
05 聲明異議，已失其異議權，況林煌欽於歷審審理均選任辯護
06 人，已得以知悉證據內容，復就此部分證據之證據能力或證
07 明力表示意見，顯然無礙其辯護權及防禦權之行使（見原審
08 卷四第102至107頁），是以，此項訴訟程序之瑕疵，對於判
09 決結果顯不生影響。林煌欽上訴指摘原審所踐行之訴訟程序
10 不當云云，尚難認為適法之第三審上訴理由。

11 五、採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判
12 斷，如未違背經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以判斷之
13 心證理由，即不能任意指為違法。又共同正犯之成立，祇須
14 具有犯意之聯絡，行為之分擔，既不問犯罪動機起於何人，
15 亦不必每一階段犯行，均經參與。且共同正犯之意思聯絡，
16 原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦包括
17 在內。原判決依憑賴彩美自承依林文財之指示，於每日上午
18 刻意撥打電話至公司，並於電話接通後即掛斷；張亞淑自承
19 曾向投資人表示其不害怕投資金額甚高，因其與林文財配合
20 10幾年，不曾跳票、去林文財那邊投資不錯，每月有2分利
21 息可拿；林鴻銘自承依林文財吩咐至銀行存、提款之供述，
22 並參諸證人即如原判決理由欄乙、貳、三(一)附表所示許金禾
23 等投資人、三(二)附表所示黃美麗等投資人、三(三)附表所示許
24 金禾等投資人、三(四)附表所示張亞淑及邱英俊等投資人之證
25 詞，佐以卷附相關證據資料，綜合判斷認定賴彩美有向投資
26 人說明投資方式、條件，鼓吹、招攬他人投資，收受投資人
27 交付之投資款，及鼎盛興開發建設有限公司成立後，依林文
28 財指示，於每日上午撥打電話至公司，待林文財接通後即掛
29 斷，營造多人欲借款現象之行為；張亞淑有鼓吹、招攬他人
30 投資，清點、轉交投資人交付之投資款予林文財，及計算、
31 給付要給投資人利息之行為；林煌欽、林鴻銘均有依林文財

01 吩咐，將投資人所給付之投資款持往銀行存入，或前往銀行
02 提領要給付投資人之利息，鼓吹、招攬他人投資之行為；林
03 煌欽另有收受投資人交付投資款之行為，因認上訴人等4人
04 均知悉林文財長期從事違法吸金業務，並與林文財間互有非
05 法經營銀行收受存款業務之違法吸金犯意聯絡及行為分擔，
06 確有共同非法經營銀行收受存款業務之犯行。並敘明：賴彩
07 美、林煌欽、林鴻銘辯稱不知林文財在從事違法吸金業務云
08 云、張亞淑辯稱其僅為單純投資人，亦為被害人，因無知而
09 遭林文財利用，應論以幫助犯云云，如何皆與事證不符，而
10 無足憑採；本案投資人所提出支票之發票日，雖均為本案犯
11 罪發生日後之日期，惟此實係發票日屆至後林文財換票或更
12 改發票日期所致，乃吸收存款資金犯罪性質使然，並無違常
13 ；本案投資人就上訴人等4人與林文財如何實行違法吸金之
14 主從角色、犯罪手法、分工方式等構成要件行為之證述內容
15 整體並無重大歧異或矛盾，且有相關支票、存款單等文書
16 證據可佐其等證言之真實性，雖部分投資人彼此證述內容歧
17 異或前後不一，乃因距案發時日久矣而記憶模糊或錯置所致
18 ，並不影響上訴人等4人前開犯行之認定；張亞淑身兼本件
19 違法吸金共同正犯及投資人之身分，雖無證據足認張亞淑於
20 本案有實際分受犯罪所得，然其個人所投資之資金部分，享
21 有與其他投資存款人相同之權利與義務，仍保有原有投資本
22 金及期待利益，尚難以其無分受本案犯罪所得而為其有利之
23 認定等旨，均已依據卷內資料詳予指駁及說明。原審既係綜
24 合調查所得之直接、間接證據而為合理論斷，並未違背論理
25 及經驗法則，即屬事實審法院採證認事職權之適法行使，難
26 謂有何採證違法、判決理由不備、矛盾之違法。上訴人等4
27 人上訴意旨置原判決之論敘於不顧，猶執前詞，或謂其等非
28 違法吸金之共犯；或投資人之證詞均誇大不實且前後矛盾，
29 不可採信；或部分投資人所稱投資時間與所持支票發票日顯
30 然不符云云，對於原判決已明白論斷之事項，或其他不影響
31 於判決結果之枝節問題，漫事爭論，或屬原審採證認事職權

之適法行使，持憑己見而為不同評價，再為事實上之爭執，俱難認係適法之第三審上訴理由。至於原判決於理由內認定林秋郁為本案最早投資者之投資期間及金額，與其附表二編號6所記載之內容，並無矛盾。又關於賴彩美證述聽聞林文財稱沒有張亞淑無法做放款工作等語，屬傳聞證據，原判決對此部分證據之證據能力漏未說明，據以資為不利張亞淑之認定，固有微疵，但除去此部分，尚有上揭證據資料可佐，於判決結果仍不生影響。另張亞淑主張眾多投資人中僅林秋郁、張君穗、陳志忠、游正德指述其清點轉交投資款給林文財，可見其係偶然受託代勞而已，原判決未審酌說明此有利被告之事項云云，惟除前開林秋郁4人外，原判決理由欄乙、貳、三(二)附表所示編號4、11、15、17、19、20、24、25、27、28、29、35、39之證人亦均證稱張亞淑有清點轉交投資款予林文財，張亞淑此部分顯非依據卷內資料而為指摘，且該附表部分證人證述張亞淑如何鼓吹、招攬其等以積蓄、辦理勞保退休或銀行貸款方式向林文財投資，互核相符，張亞淑主張其僅單純投資事實轉告，無主動招攬吸金之行為，顯與卷內資料不符。賴彩美、林鴻銘上訴意旨徒以原判決附表二編號6所載內容，核與其理由欄認定林秋郁之投資期間不符，指摘原判決有事實與理由不一之違誤；張亞淑上訴意旨則以賴彩美聽聞林文財所述，係傳聞證據，無證據能力、本案僅有林秋郁等4人指述其清點轉交投資款予林文財，足見其係偶然代勞，原判決對此有利事項未予說明，而指摘原判決有違證據法則及理由不備之違法，亦非上訴第三審之合法理由。

六、按刑法第59條所規定之酌減其刑，必其犯罪有特殊之原因、環境或背景，在客觀上足以引起一般人之同情，認即使予以宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。而是否適用上揭規定酌量減輕其刑，係實體法上賦予法院得依職權裁量之事項。原審就張亞淑本件犯行，是否依刑法第59條規定酌減其刑，本有斟酌決定之權，原審未酌減其刑，並非違法事由

，不能執為合法之第三審上訴理由。

七、綜上，上訴人等4人違反銀行法部分之上訴，違背法律上之程式，均應予駁回。本件上訴人等4人前揭得上訴第三審部分之上訴，既因不合法而從程序上予以駁回，則分別與之有裁判上一罪關係之修正前刑法第339條第1項詐欺取財罪部分，經第一、二審均諭知有罪而屬刑事訴訟法第376條第1項第4款所列不得上訴第三審之案件，自亦無從為實體上審判，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 109 年 10 月 8 日

刑事第五庭審判長法官 徐 昌 錦

法官 周 政 達

法官 林 海 祥

法官 江 翠 萍

法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 109 年 10 月 13 日