

臺灣高等法院刑事判決

111年度金上訴字第26號

上訴人 臺灣臺北地方檢察署檢察官

上訴人

即被告 林攸餘

選任辯護人 馬健縉律師(法扶律師)

被告 陳明志

選任辯護人 余忠益律師

上列上訴人等因被告等銀行法案件，不服臺灣臺北地方法院110年度金訴字第8號，中華民國111年2月25日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署106年度偵字第9049號、107年度偵續字第393號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

戊○○共同法人之行為負責人犯銀行法第一百二十五條第一項前段之非法經營收受存款業務罪，處有期徒刑壹年捌月。緩刑伍年，緩刑期間付保護管束，並應依如附表一所示之條件賠償被害人。未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟壹佰柒拾萬柒仟陸佰柒拾壹元，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，均沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

子○○與法人之行為負責人共同犯銀行法第一百二十五條第一項前段之非法經營收受存款業務罪，處有期徒刑壹年拾月。未扣案之犯罪所得新臺幣貳拾萬元，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，均沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

事 實

一、戊○○為沅暉國際有限公司（址設臺北市○○區○○路000號3樓，下稱沅暉公司）之實際負責人，子○○為沅暉公司主管，職位為「行銷業務副總」。其2人均明知未經主管機關許可不得經營收受存款業務，且不得以借款、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，竟共同基於非法經營收受存款業務之犯意聯絡，於民國104年間，以沅暉公司名義推出「彩鑽代言合約」投資方案（下稱彩鑽方案），該方案內容為沅暉公司先將重量不等之彩鑽，以銷售名義售給投資人，待投資人支付彩鑽價金後，由沅暉公司每月支付該等價金0.88%至1.2%代言費與投資人（換算年息為10.56%至14.4%），1年後投資人即可將前開取得之彩鑽以當初購買之原價再賣回沅暉公司，亦可續約再投資1年繼續支領代言費；同時推出「賭盤預測APP」投資方案，方案內容為投資人投入資金後，每月可獲得投資金額2%（換算年息為24%）之報酬。戊○○、子○○遂以上開投資方案內容，向附表二「投資人」欄所示不特定多數投資人推銷、遊說，致附表二「投資人」欄所示之投資人於附表二「日期」欄所示時間，投資附表二「投資金額」欄所示之金額。戊○○、子○○共同此以向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定到期返還本金及給付與本金顯不相當報酬之方式，向附表二所示投資人吸收共計新臺幣（下同）32,740,271元之投資款，全由戊○○掌控支配，並分配至少20萬元給子○○，子○○因此獲得至少20萬元之犯罪所得，其餘32,720,271元則為戊○○之犯罪所得，嗣戊○○又陸續返還附表二投資人共10,832,600元（不含戊○○嗣後於法院與投資人調解或和解成立所給付之金額），尚保有犯罪所得21,707,671元（32,740,271元-200,000元-10,832,600元=21,707,671元）。嗣因戊○○未依約支付代言費，且附表二「投資人」欄所示之投資人欲退還鑽石，取回投資資金時，戊○○也避不見面，投資人向臺灣臺北地方檢察署

檢察官提出告發，因而知悉上情。

二、案經丑○○、林益家、陳瑞富、辰○○、酉○○、乙○○、
壬○○、林克謙、蔡秀卿、簡慶寧、簡綺、許憲騰、甲○○
○、申○○、巳○○、蘇麗娜、宇○○、寅○○、黃○○、
丁○○、卯○○、宙○、亥○○、玄○○、庚○○、丙○○
告發，及臺北市政府警察局大安分局報告，及法務部調查局
臺北市調查處移送臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、證據能力：

(一)按被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第159條之1第2項定有明文。蓋因檢察官與法官同為司法官署，且檢察官代表國家偵查犯罪，依法有訊問被告、證人及鑑定人之權力，且須對被告有利、不利之情形均應注意，況徵諸實務運作，檢察官實施刑事偵查程式，亦能恪遵法定程式之要求，不致有違法取證情事，且可信度極高，是被告以外之人前於偵查中已具結而為證述，除反對該項供述得具有證據能力之一方，已釋明「顯有不可信之情況」之理由外，不宜遽指該證人於偵查中之陳述不具證據能力，方符前揭法條之立法意旨（最高法院103年度台上字第1366號、101年度台上字第5834號刑事判決意旨參照）。經查，本判決所引用證人午○○之檢察官偵訊筆錄，被告子○○以係審判外陳述為由不同意有證據能力，然午○○之偵訊筆錄係其經檢察官告知具結義務及偽證處罰後命具結所為證述，有訊問筆錄（見偵5卷第189頁）及證人結文（見偵5卷第195頁）附卷可參，形式上觀察其證述內容，並無誇大或顯與常情相違之顯不可信之情況，被告子○○亦未提出該筆錄有何顯不可信之情況，揆諸前揭說明，午○○之偵訊筆錄，經本院合法調查後，自具有證據能力，而得採為本院認定犯罪事實之依據。

(二)按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規

01 定外，不得作為證據；被告以外之人於檢察事務官、司法
02 警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，
03 其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實
04 存否所必要，得為證據，刑事訴訟法第159條第1項、第15
05 9條之2分別定有明文。刑事訴訟法第159條之2規定所謂
06 「調查中所為之陳述與審判中不符」之要件，應就前後階
07 段之陳述進行整體判斷，以決定其間是否具有實質性差
08 異；而所謂「較可信之特別情況」之情形，亦應就前後陳
09 述時之各種外部情況進行比較，以資決定何者外部情況具
10 有可信性，若陳述係在特別可信之情況所為，則虛偽陳述
11 之危險性即不高，雖係審判外陳述，或未經被告反對詰
12 問，仍得承認其有證據能力；所稱「外部情況」之認定，
13 例如，(一)、時間之間隔：陳述人先前陳述是在記憶猶新的
14 情況下直接作成，一般與事實較相近，事後即可能記憶減
15 弱或變化，致有不清晰或陳述不符之現象產生；(二)、有意
16 識的迴避：由於先前陳述時被告未到場，是陳述人直接面
17 對詢問警員所為陳述較為坦然；事後可能因陳述人對被告
18 有所顧忌或同情，因而在被告面前較不願陳述不利被告之
19 事實；(三)、受外力干擾：陳述人單獨面對檢察事務官或司
20 法警察（官）所為之陳述，程度上較少會受到強暴、脅
21 迫、詐欺、利誘或收買等外力之影響，其陳述較趨於真
22 實，若被告在庭或有其他成員參與旁聽時，陳述人可能會
23 本能的作出迴避對被告不利之證述，或因不想生事乃虛構
24 事實而為陳述；(四)、事後串謀：目擊證人對警察描述所目
25 睹情形，因較無時間或動機去編造事實，客觀上亦較難認
26 與被告間有勾串情事，其陳述具有較可信性，但事後因特
27 殊關係，雙方可能因串謀而統一口徑，或事後情況變化，
28 兩者從原先敵對關係變成現在友好關係等情形，其陳述即
29 易偏離事實而較不可信；(五)、警詢或檢察事務官偵查時，
30 有無辯護人、代理人或親友在場：如有上開親誼之人在
31 場，自可期待證人為自由從容之陳述，其證言之可信度自

較高；(六)、警詢或檢察事務官所作之偵查筆錄記載是否完整：如上開筆錄對於犯罪之構成要件、犯罪態樣、加重減輕事由或起訴合法要件等事實或情況，均詳實記載完整，自可推定證人之陳述，與事實較為相近，而可信為真實。法院應斟酌上列因素綜合判斷，亦應細究陳述人之問答態度、表情與舉動之變化，此一要件係屬訴訟法事實之證明，以自由證明為已足。是若被告以外之人於審判外之陳述，係在特別可信之情況下所為，則虛偽陳述之危險性即不高，雖係審判外陳述，或未經被告反對詰問，仍得承認具有證據能力。經查，被告子○○以係審判外陳述為由，不同意證人地○○於檢察事務官詢問筆錄有證據能力。觀諸證人地○○於原審中具結證稱：5月6日賞鑽之後，證人午○○沒有買彩鑽，她是投資別的云云（見原審卷第319頁）；而地○○於檢察事務官詢問時卻證稱：午○○聽完彩鑽後決定要投資等語（見偵5卷第303頁），且地○○於原審中證述時，一再提及「忘記了」、「有點忘了」、「我沒辦法詳述，很久了」、「我不清楚...有一段時間了」、「很久了，我有點忘了」、「我記不清楚了」等語（見原審卷第313頁至第321頁），可見地○○於檢察事務官詢問之證述確有與其於法院證述實質不一致之情形。本院審酌地○○於檢察事務官詢問之證述，距案發時刻較近，記憶較清晰，尚無暇深慮利害關係，為不實陳述之蓋然性較低，且其先前證述內容，並無誇張或與常情有違之處，亦無證據顯示其於偵查過程有何遭違法取證之瑕疵存在，其證述出於任意性應堪認定，是其先前所述具有可信之特別情況，另觀本案案發時間為104年至105年間，迄今業已相距逾6年，本院已無從再取得與地○○於偵查中之證述相同之證據，是地○○之檢察事務官詢問筆錄確為證明被告犯罪事實所必要，依前開法條意旨，地○○之檢察事務官詢問筆錄，有證據能力。

(三)其餘各項證據資料，其中屬供述證據者，檢察官、被告2

01 人及辯護人於本院中均同意有證據能力（本院卷一第358
02 至368頁），本院審酌各項證據作成時之情形，認以之作
03 為本案認定事實之基礎核屬適當，依刑事訴訟法第159條
04 之5規定，均有證據能力。其餘非供述證據，與本案均有
05 關聯性，亦非實施刑事訴訟程序之公務員以不法方式取
06 得，亦有證據能力。

07 二、被告答辯要旨：

08 (一)被告戊○○對事實欄所載犯罪事實均不爭執且認罪。

09 (二)被告子○○否認與共同被告戊○○非法經營收受存款業務
10 之犯行，辯稱：其只是戊○○私人助理，並非沅暉公司員
11 工，其只是在賞鑽說明會上擔任主持人的串場角色或協助
12 規劃活動，賞鑽說明會只是講解彩鑽的專業及成分，其並
13 未參與沅暉公司經營，對沅暉公司經營的彩鑽業務也不知
14 悉，更未招攬投資，且本案彩鑽方案並無保本保息約定，
15 只是單純民事糾紛，並非銀行法之收受存款業務。午○○
16 係投資「禪石APP」，與檢察官起訴之「彩鑽方案」無
17 關，「禪石APP」的投資也不在檢察官起訴範圍云云。

18 三、認定被告犯罪事實之理由：

19 (一)被告戊○○部分：

20 被告戊○○於原審及本院審理中對事實欄所載犯罪事實均
21 坦承不諱，並有附表二「證據出處欄」所列載之各項人
22 證、書證在卷可稽，足徵戊○○自白與事實相符，堪以採
23 信。是戊○○有如事實欄所示，以約定返還本金併約定及
24 給付與本金顯不相當報酬之「彩鑽方案」、「賭盤預測AP
25 P投資方案」（關於約定到期還本付息，及給付之報酬係
26 與本金顯不相當等節，詳後述），向不特定投資人收取投
27 資款項，而取得如附表二「投資金額」欄所示之投資款總
28 計32,740,271元，並陸續給付如附表二「已返還本金」欄
29 所示之10,832,600元等情，堪以認定。

30 (二)被告子○○部分：

31 1.被告子○○在沅暉公司為招攬吸金向不特定多數人舉辦

之賞鑽說明會上擔任主持人：

(1)被告子○○於偵查及原審準備程序中供稱：伊會在沅暉公司舉辦活動時串場、主持，跟大家打招呼等語（見他1卷第293頁，偵4卷第44頁，原審卷第123頁）。

(2)證人戌○○於原審審判中證稱：子○○在賞鑽說明會上，是在串場介紹人出來，類似主持人的角色等語（見原審卷第286頁）。

(3)證人宇○○於原審審判中證稱：賞鑽說明會是在講彩鑽的專業及成分，沒有涉及招攬，子○○在賞鑽說明會的角色，是在串場介紹人出來等語（見原審卷第291頁）。

(4)互核被告子○○之供述與證人戌○○、宇○○證述內容一致，足證子○○有在沅暉公司為招攬投資所舉辦之所謂「賞鑽說明會」上擔任主持人之角色。

2.沅暉公司舉辦說明會之目的正係為招攬不特定多數人加入投資：

(1)證人戌○○（時任沅輝公司營運長）於原審審判中證稱：伊在偵查中所述實在，沅暉公司當時常開說明會，沅暉公司有業務會找親友來，當時戌○○有叫大家去找人來參加說明會等語（見原審卷第286頁，他2卷第172頁）。

(2)證人宇○○（時為沅輝公司彩鑽鑑定師）於原審審判中證稱：賞鑽說明會是在講彩鑽的專業及成分，沒有涉及招攬，被告子○○在賞鑽的角色，是在串場介紹人出來，不會介紹經銷代言，業務會找客戶進來，伊等會跟客戶分析鑽石的内容，被告子○○就當串場主持人，說明會最少有2、3個人參加，最多可能有到20幾個，如果有辦活動的話，被告子○○是後期才當的，那時候次數不多，因為沒什麼客人等語（見原審卷第291至294頁）。

01 (3)證人宙○（時為沅輝公司業務專員）於原審審判中證
02 稱：說明會主要是在說明彩鑽的價值，沒有涉及招
03 攬，招攬是業務員招攬，被告子○○的場合伊不見得
04 都一定有參與到，說明會是在講彩鑽的價值沒錯，說
05 明會後面也是做代言，被告子○○也要說明，時間真
06 的太久了，伊沒印象等語（見原審卷第288至289
07 頁）。

08 (4)證人即共同被告戊○○於原審中證稱：伊等有做彩鑽
09 的說明會，幾乎每週五舉辦1次，地點在沅輝公司所
10 在地，沅輝公司底下會有業務去找看看有沒有投資人
11 要來投資，說明會伊有印象的參加的人數都很多，伊
12 印象都是大場的，有5、60個人，有比較重量級的客
13 人來，伊就會出席，重量級的客人比如說當天可能要
14 買5、600萬元鑽石的客人，業務員會跟伊說，可能有
15 大咖的要來，伊要準備好幾億元的鑽石，業務員事先
16 就會知道當天參加說明會的投資人有可能會投資多少
17 款項的鑽石等語（見原審卷第373、380至381頁）。

18 (5)綜合上開證人證詞，可見沅輝公司舉辦所謂「賞鑽說
19 明會」，其主要內容固然是在說明彩鑽之價值，而未
20 直接對投資人進行招攬，但仍是「向投資人介紹彩
21 鑽價值」之手段，藉此吸引投資人投資沅輝公司之彩
22 鑽方案，業務員才會找潛在來參加聽取說明會，再由
23 業務員實際進行投資招攬。亦即，沅輝公司舉辦所謂
24 「說明會」之目的正係要向不特定多數人招攬投資吸
25 金，「說明會」乃沅輝公司向不特定多數人招攬吸金
26 行為所不可或缺之重要環節。

27 3.被告子○○亦有實際招攬投資人加入投資：

28 (1)證人即投資人地○○於檢察事務官詢問時：伊聽子○
29 ○說，彩鑽合約是100%退款，子○○說有一個彩鑽
30 的投資，1年後退回彩鑽可以全部退款，只要扣掉一
31 些耗損，每個月有1%的代言費，如果彩鑽有漲價，

01 可以透過沅暉公司轉賣，轉賣價格的20%是由沅暉公司
02 收取，剩下的部分是給投資人，子○○在沅暉公司
03 任職副理還是副總，說他們公司有投資彩鑽，投報率
04 每個月是投資金額的1%，1年後原價買回，之後午○
05 ○問伊有無投資標的，伊就介紹沅暉公司給午○○，
06 午○○聽完後決定要投資，午○○過幾天要去拿貨
07 時，子○○跟午○○說，有新的博奕APP系統可以去
08 猜輪盤機率，子○○有實際操作給伊等看，子○○操
09 作完說這個投報率2%，午○○看完後決定轉投資AP
10 P，本來午○○彩鑽投資500萬元，但轉投資APP後又
11 加碼300萬元，子○○在沅暉公司內有在推廣投資業
12 務，投資APP的事情也是子○○跟午○○說的等語
13 （見他2卷第8至9頁，偵5卷第303、344頁）；於原審
14 中證稱：伊在找午○○前往沅暉公司之前，子○○應
15 該就有跟伊講相關彩鑽的方案內容，伊才會找午○
16 ○，子○○應該都跟午○○講清楚投資方案了，午○
17 ○才會投資，子○○在講解彩鑽方案時，除了午○○
18 之外，應該是有其他人也同時在場聽子○○講解彩鑽
19 方案，子○○講解的對象除了午○○，還有其他人，
20 他們是來聽的還是公司的人，伊不清楚，因為有其他
21 公司的人會進來，子○○在說明會有介紹投資的東西，
22 鑽石的投資，應該該講的都講了，很久了伊有點
23 忘了，不太清楚子○○總共講了哪些東西，伊現在沒
24 辦法講，記憶不清，珠寶鑑定師也有去說明會，珠寶
25 鑑定師只講彩鑽的價值而已，子○○講其他的投資那
26 些，珠寶鑑定師只會講彩鑽的價值、執照的真偽，子
27 ○○講市場賺錢，投資獲利應該是有講，再來就是參
28 加方法那些，投資獲利的具體內容伊記不清楚了，子
29 ○○有給午○○名片，伊跟午○○對於彩鑽的經營投
30 資，伊不確定是珠寶鑑定師講的還是子○○講的，這
31 部分伊現在記憶不清楚，伊在彩鑽的過程中，有從中

01 取得報酬，報酬是子○○給的，伊都是跟子○○接
02 洽，子○○請伊對外去找人看要不要投資時。有跟伊
03 講到會有佣金分紅那些，伊做仲介就是要賺錢，午○
04 ○投資後，伊有得到佣金，伊拿20萬元，是子○○給
05 伊的，是拿現金，伊除了介紹午○○，還有找2、3個
06 朋友，介紹他們來投資，是因為子○○跟伊說，如果
07 伊介紹人來投資，有投資款項的話，伊可以得到佣
08 金，在午○○去沅暉公司之前，伊自己有聽子○○講
09 過1次，那一次子○○應該也是講鑽石的投資方案等
10 語（見原審卷第313至315、317至326頁）。

11 (2)證人午○○於偵查中具結證稱：地○○、未○○約子
12 ○○與伊見面，伊等就到沅暉公司，伊記得有5、6個
13 人到沅暉公司會議室聽彩鑽未來性說明，子○○有放
14 投影片、文宣，告訴伊等彩鑽未來有多好，伊等買了
15 彩鑽後，只會增值，不會跌，伊當天決定加入，投資
16 500萬元，刷了10萬元訂金，於5月18日補匯390萬
17 元，後來伊要去拿彩鑽時，子○○說妳都來了，要不
18 要聽別的部門說明會，伊說好，第二次說明會是賭盤
19 預測APP，子○○表示，每月有2%紅利，伊出來後，
20 問地○○、未○○伊能不能換方案，因為伊不是要彩
21 鑽，而是要每個月的獎金，子○○說他要去問戊○
22 ○，子○○面有難色去找約十步距離遠的戊○○，伊
23 還說伊願意加碼300萬元，將全部800萬元都投資賭盤
24 預測APP，子○○很快回來說可以，之後拿出投資契
25 約書給伊簽，之後伊就離開了等語（見偵5卷第189至
26 192頁）；於原審中證稱：伊認識地○○跟未○○，
27 他們說有一個鑽石代言投資方案，約伊一起去聽，伊
28 等到了位於敦化北路的沅暉公司，就由子○○跟伊介
29 紹，承諾選購鑽石1年之後就可以由沅暉公司以原價
30 買回，1年當中有保證的獎金，每個月是1%，伊投資
31 500萬元，伊當天刷卡10萬元，之後再補匯490萬元，

01 是由子○○跟伊接洽的，子○○有遞給伊公司的名
02 片，伊對於彩鑽的經營投資，完全是子○○給伊這個
03 概念，還有講述整個投資過程跟代言方案，時間應該
04 是105年5月6日，子○○在講台上用白板、PowerPoin
05 t講述鑽石的前景，說沅暉公司獲利很好，所以願意
06 每個月分紅1%給參加的客戶，並且說這個投資是很
07 穩健的，因為1年之後，公司會以原價買回，5月6日
08 聽子○○上課，說投資方案跟保本、每月分紅這部
09 分，5月19日伊去拿鑽石，那時候子○○說剛好公司
10 又有另外一個部門的賭盤預測APP，既然來了要不要
11 順便聽，所以伊又聽子○○上課了，內容也一樣是保
12 本，但是利息每個月1%變成2%，在聽子○○介紹鑽
13 石時，旁邊有地○○和未○○，還有3個不認識的
14 人，應該是他們其他同事約過去的客戶，這3個人在
15 聽子○○講話，子○○在介紹投資方案等語（見原審
16 卷第301至302、305至307、309頁）。

17 (3)審酌證人地○○、午○○與被告子○○並無恩怨情
18 仇，應無甘冒偽證罪重罰之風險，刻意虛構情節以誣
19 陷被告子○○之動機與必要。且地○○、午○○就上
20 開事實反覆接受不同司法人員訊問，猶能對上開事情
21 經過，證述內容大致相符，並無矛盾。參以地○○、
22 午○○係於原審同日、隔離作證（原審卷第285
23 頁），其二人證述內容仍相符一致，並無齟齬，堪認
24 其二人證詞可信度甚高。至於地○○於原審作證時對
25 於子○○向午○○招攬投資及當時闡述投資獲利之具
26 體詳細內容等細節事項固已不復記憶，但其對於確係
27 由子○○向午○○招攬投資之主要事實，與其偵查中
28 證詞一致，可見地○○無非因於原審作證時距離案發
29 時間已久，對細節記憶不清而無法明確回憶，有以致
30 之，不能以此即認其證稱「係由子○○招攬午○○投
31 資」之主要證詞不可信。至於卷內固僅有午○○與子

01 ○○沅暉公司所簽訂之「賭盤投資APP」契約（即告
02 證8），而未見「彩鑽投資」契約，然據午○○所
03 言，此無非因伊先注資投資彩鑽後不久，即因子○○
04 接續招攬而轉換投資標的為賭盤APP，有以致之，且
05 與事理亦無違和，自難僅以卷內並無午○○之「彩鑽
06 投資」契約，即論午○○或地○○上揭證詞不可信。
07 綜上各情，堪認地○○、午○○二人偵審中證詞可信
08 性極高，可相互補強而屬事實。亦即，子○○不但在
09 沅暉公司為招攬吸金而向不特定多數人舉辦之說明會
10 上擔任主持人，更有實際進行招攬之具體行為。

11 4.被告子○○係擔任沅暉公司之主管，職稱為「行銷業務
12 副總」：

13 (1)證人宇○○於原審審判中證稱：子○○算是主管，他
14 那時候職務還蠻大的，後來好像是顧問經理之類的等
15 語（見原審卷第296頁）。

16 (2)證人地○○於原審審判中證稱：子○○在沅暉公司之
17 職務為副理還是副總等語（見原審卷第322頁）。

18 (3)證人午○○於原審審判中證稱：子○○是沅暉公司之
19 副總，子○○當時有遞給伊公司的名片等語（見原審
20 卷第301頁）。

21 (4)證人己○○於偵查中證稱：副總即被告子○○請伊向
22 午○○轉達投資APP的事情，有關投資輪盤APP是由子
23 ○○跟證人午○○談的，伊只知道是子○○談的，內
24 容伊不清楚，子○○有開課當講師對來的客戶推廣等
25 語（見偵5卷第302頁）。

26 (5)參以卷附被告子○○之沅暉公司名片（他3卷第37
27 頁），其上明確記載子○○係「沅暉公司行銷業務副
28 總」，核與宇○○證稱：子○○是沅暉公司主管等
29 語，及地○○、午○○、己○○證稱：子○○是沅暉
30 公司副總等情相符，足證子○○確係沅暉公司之主
31 管，且確有負責上揭彩鑽投資方案及賭盤APP投資方

案之招攬業務。至於子○○及辯護人雖提出子○○之「勞工保險投保記錄」，其上記載「投保單位」係「全球社會創新股份有限公司」，縱然為真，然目前社會上勞保投保單位與實際工作機關不相同者，在所多有，自不能以此反證子○○並未任職於沅暉公司。綜此，被告子○○及辯護人辯稱：子○○僅係共同被告戊○○之助理，並非沅暉公司員工，對沅暉公司上揭投資方案均毫無所悉云云，無非避重就輕之卸責託詞，不足採信。

5. 被告子○○與戊○○就本案犯行有犯意聯絡及行為分擔：

(1) 按共同正犯，係共同實施犯罪之行為者，在共同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，其成立不以行為人全體均行參與實施犯罪構成要件之行為為必要；參與犯罪構成要件之行為者，固為共同正犯；以自己共同犯罪之意思，參與犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行為者，亦均應認為共同正犯，使之對於全部行為所發生之結果，負其責任（司法院釋字第109號解釋理由書參見）。故而共同正犯之成立，祇須具有犯意之聯絡，行為之分擔，既不問犯罪動機起於何人，亦不必每一階段犯行，均經參與，祇須在共同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對全部所發生之結果共同負責。換言之，共同正犯所稱「共同實施犯罪行為」者，不應僅自形式上觀察，是否實施屬構成要件之行為，而更應自「功能性犯罪支配理論」觀之，亦即雖行為人形式上並未實行本罪構成要件該當之行為，惟其於犯罪行為中有實行目的之角色分配，所為有助益於本罪之完成，並有將其他行為人之犯行當作

自己之行為看待並支配，而共同分擔罪責，即屬共同行為實施之範圍，均屬共同正犯（最高法院110年度台上字第5323號刑事判決意旨參照）。

(2)綜合前開證據，足見被告子○○雖非沅暉公司之負責人，但在沅暉公司仍擔任行銷業務副總之主管職位，職位非低，知悉沅暉公司投資方案之內容，且知沅暉公司舉辦說明會之目的在於向社會上不特定多數人招攬投資彩鑽，該說明會亦係沅暉公司得向不特定多數人招攬投資吸金之重要行為，猶在說明會上擔任主持人，對被告戊○○非法招攬投資吸金犯行之完成提供不可或缺之助益，實際上更有招攬午○○投資、指示地○○向外招攬投資，或指示己○○向午○○轉達投資賭盤APP之事，子○○並從中獲取報酬，可見子○○確有將共同正犯戊○○之行為當作自己行為看待且支配之意，並有實際招攬投資而實施構成要件行為，基於如上功能性犯罪支配理論之說明，子○○與戊○○就本案犯行係非法經營收受存款業務罪之共同正犯甚明。是子○○及辯護人辯稱其並未參與本案犯行，與戊○○無犯意聯絡或行為分擔云云，實無足採。

(三)被告所為係違反銀行法所禁止之經營收受存款業務行為：

1.按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（銀行法第29條參照）。所稱「收受存款」，係指向不特定之多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金之行為（銀行法第5條之1參照）。此外，如以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，則以收受存款論（銀行法第29條之1參照）。依此，銀行法所規範者有「收受存款」及「以收受存款論」之「準收受存款」：(1)所謂「收受存款」（銀行法第5條

之1)，係指行為人向不特定多數人承諾到期返還與本金相當或高於本金而吸收款項之行為，例如吸金者向不特定多數人吸收資金之同時，除承諾給予一定利息等報酬外，更保證到期必定返還投資本金者是。此時與其他應自負血本無歸風險之常規投資相較，吸金者之「保本或兼保息」承諾，更易使不特定社會大眾輕信、低估投資風險，而輕率投入資金甚至蔚為風潮，進而對社會金融秩序穩定性造成潛在難測之高度負面風險，固有規範之必要。(2)又所謂「以收受存款論」之「準收受存款」（銀行法第29條之1），則指其行為態樣與收受存款之典型事實固非完全相同，但仍以該構成要件論擬。而「準收受存款」中所謂「約定與本金顯不相當之報酬」之解釋，經查本條立法原意係鑒於未經政府特許之違法吸金犯行所以能蔓延滋長，泰半係因吸金者以高額獲利為引誘，一般人難以分辨其是否係違法吸金，僅因利潤甚高，故願意棄銀行存款利率而加入吸金者之投資計畫，進而對社會金融秩序穩定性造成潛在難測之高度負面風險，故應與未經許可非法經營銀行存款業務罪等同視之。以此立場，所謂「約定與本金顯不相當之報酬」，係指行為人所許諾之高額報酬，與當時當地經主管機關許可經營存款業務之合法金融機構利率相較，已達到足使社會大眾難以抗拒而輕忽低估風險之程度。是關於是否「與本金顯不相當之報酬」，自應以當時當地合法經營存款業務金融機構之存款利率作為基礎，視是否顯有特殊超額為斷。

2. 依證人地○○於偵查中證稱：伊聽被告子○○說，彩鑽合約是100%退款，被告子○○說有一個彩鑽的投資，1年後退回彩鑽可以全部退款，只要扣掉一些耗損，每個月有1%的代言費等語（見他2卷第8頁）。證人午○○於原審中亦證稱：子○○跟伊介紹，承諾選購鑽石1年之後，就可以公司原價買回，1年當中有保證的獎金，

01 每個月是1%等語（見原審卷第301頁）。證人玄○○、
02 宙○、黃○○於偵查中亦證稱：沅暉公司請伊等招攬客
03 戶向公司購買彩鑽，客戶購買之後，每個月可以向公司
04 領1%的回饋，滿1年後客戶可以選擇將彩鑽退回公司，
05 公司全額退還購買金額等語（見他2卷第214至215
06 頁）。綜上證人證述內容一致，足堪採信，可知沅暉公
07 司之彩鑽方案投資，確有承諾投資人保本、保息，而屬
08 銀行法第5條之1所規範之經營收受存款業務行為。被告
09 子○○辯稱：沅暉公司之彩鑽方案沒有保本、保息，非
10 屬銀行法所規範之收受存款業務云云，不足為採。

11 3.查國內合法金融機構於本案案發時即104年至105年間，
12 公告之1年期定存利率僅約為1%至1.5%，此為公眾周
13 知之事實，而沅暉公司承諾給予投資人之報酬詳如附表
14 2所示，經換算後之最低年報酬率亦有10.56%，已明顯
15 高過國內合法金融機構104年至105年間公告之1年期定
16 存利率近十倍之多，顯已達足使社會大眾難以抗拒而輕
17 忽低估風險之程度，而屬銀行法第29條之1之「與本金
18 顯不相當之報酬」之「準收受存款」甚明。更遑論依前
19 述，沅暉公司推出之彩鑽方案尚承諾投資人在投資期滿
20 時將投資本金返還（即承諾以原價向投資人購回彩
21 鑽），而有保本約定，此即銀行法第5條之1所稱之「收
22 受存款」無訛。綜上，被告戊○○、子○○共同以本案
23 投資方案對外招攬投資，與投資人約定如附表2所示之
24 條件以吸收資金，確屬銀行法所禁止非銀行不得經營之
25 收受存款行為無訛。

26 (四)綜上各節，被告戊○○、子○○共同違反銀行法所規範非
27 銀行不得經營收受存款業務之規定，其二人犯行事證明
28 確，洵堪認定，被告子○○前揭辯解均不足採，其二人均
29 應依法論科。

30 四、論罪：

31 (一)被告二人行為後，銀行法第125條於107年1月31日修正公

01 布，並自同年2月2日施行，修正後銀行法第125條第1項規
02 定「違反第29條第1項規定者，處3年以上10年以下有期徒
03 刑，得併科1,000萬元以上2億元以下罰金。其因犯罪獲取
04 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
05 期徒刑，得併科2,500萬元以上5億元以下罰金。」，與修
06 正前銀行法第125條規定相較，僅就第1項原規定「其犯罪
07 所得達1億元以上者」部分，修正為「其因犯罪獲取之財
08 物或財產上利益達1億元以上者」，其餘內容均未修正。
09 稽諸上揭修正僅為避免與104年12月30日修正公布之刑法
10 第38條之1第4項所定沒收之「犯罪所得」範圍混淆，而為
11 純文字修正，且被告二人本案犯罪所得並未達1億元以
12 上，其法律效果無關有利或不利於行為人，自不生新舊法
13 比較問題，而應依一般法律適用原則，適用裁判時法即修
14 正後銀行法第125條規定論處。至銀行法第125條雖又於10
15 8年4月17日修正公布、同年月19日施行，但本次修正僅係
16 將同條第2項「經營『銀行』間資金移轉帳務清算之金融
17 資訊服務事業，未經主管機關許可，而擅自營業者，依前
18 項規定處罰」，修正為「經營『金融機構』間資金移轉帳
19 務清算之金融資訊服務事業，未經主管機關許可，而擅自
20 營業者，依前項規定處罰」，與本案涉及之罪名及適用法
21 條無關，銀行法第125條第1項之規定並未修正，亦不生新
22 舊法比較適用問題，附此敘明。

23 (二)按自然人違反銀行法第29條第1項非銀行不得經營收受存
24 款業務之規定者，係犯銀行法第125條第1項之罪。法人違
25 反上開規定者，處罰其行為負責人，銀行法第125條第3項
26 定有明文。所謂「處罰其行為負責人」，並非因法人犯罪
27 而轉嫁代罰其負責人，係因其負責人有此行為而予處罰。
28 倘法人違反銀行法第29條第1項非銀行不得經營收受存款
29 業務之規定，而其負責人有參與決策、執行者，即為「法
30 人之行為負責人」，應該當銀行法第125條第3項「法人之
31 行為負責人，違反非銀行不得經營收受存款業務之規定」

之罪，而不應論以同條第1項「違反非銀行不得經營收受存款業務之規定」之罪。又如不具法人之行為負責人身分，而與法人行為負責人共同實行犯罪之人，則應依刑法第31條第1項規定，論以共同正犯，並得減輕其刑（最高法院103年度台上字第2507號判決意旨參照）。

(三)被告二人成立罪名：

1.查沅暉公司非銀行，亦未經主管機關許可經營銀行業務，不得以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之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，並承諾返還本金。惟被告戊○○、子○○以沅暉公司名義與投資人簽訂彩鑽方案契約和賭盤預測APP投資，而收受投資人之投資款，是以法人為非法經營收受存款業務之犯罪主體，依銀行法第125條第3項之規定，應處罰其行為負責人。

2.被告戊○○為沅暉公司之實際負責人，業據其坦認不諱，其在沅暉公司內居於主導之地位，對法人運作具有之控制支配能力，足認確為沅暉公司非法經營收受存款業務犯行之行為負責人。故核戊○○所為，係犯銀行法第125條第1項前段、第3項之法人行為負責人非法經營收受存款業務罪。

3.被告子○○在沅暉公司擔任業務行銷副總，雖非沅暉公司之負責人，但其與共同被告戊○○就本案非法經營收受存款業務犯行有犯意聯絡及行為分擔，應依刑法第31條第1項前段之規定，論以銀行法第125條第3項、第1項前段之與法人行為負責人犯非法經營收受存款業務罪之共同正犯。

(四)集合犯：

1.按刑法學理上所稱之「集合犯」，係指立法者所制定之犯罪構成要件中，本質上即預定有數個同種類行為而反覆實行之犯罪者而言。申言之，「集合犯」係一種犯罪

構成要件類型，立法者針對特定刑罰規範之構成要件，已預設該項犯罪本身係持續實行之數次行為，具備反覆、延續之行為特徵，而其個別行為具有獨立性而能單獨成罪，乃將之總括或擬制成一個犯罪構成要件之「集合犯」行為；此種犯罪以反覆實行為典型、常態之行為方式，具侵害法益之同一性（即侵害單一之法益），在刑法評價上為單數之構成要件行為，且行為人主觀上係出於單一或概括之犯意，因而僅包括的成立一罪（有學者諭為「法定的接續犯」）。其與一般所謂「接續犯」之區別，在於接續犯所適用之構成要件行為，並不具反覆實行之特質，非屬立法規範所定之構成要件類型，但因個案情節具有時間及空間之緊密關聯特性，故亦包括的論以一罪（學者諭為「自然的接續犯」）。故是否為集合犯之判斷，在主觀上應視其反覆實行之行為是否出於行為人之一個單一或概括之決意而為，在客觀上則應斟酌法律規範之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪必然反覆實行之常態等事項，並秉持刑罰公平原則，加以判斷，俾與立法意旨相契合。

2. 查被告戊○○、子○○共同基於非法經營收受存款業務之犯意，向多數投資人吸收款項，藉以牟利，均係於密集之時間、地點，持續侵害同一法益，且依社會通念，此種犯罪形態及銀行法第29條之1、第29條之條文構成要件內涵，在本質上即具有反覆、延續性行為之特質，揆諸前開說明，屬具有預定多數同種類行為將反覆實行特質之集合犯，在刑法評價上應為集合犯之包括一罪，均應以一罪論處。

(五)起訴效力所及本院併審部分：

1. 起訴書雖未論及本判決附表2編號2、6、9-1、16-1、18、19（即原判決2-1、6-1、9-2、16-2、18-1、19-1）所示之吸收資金犯罪行為，惟此等部分與檢察官所起訴

01 並經本院認定有罪部分具有集合犯之實質上一罪關係，
02 故認屬起訴效力所及，本院自應併予審究。

03 2.被告子○○及辯護人雖辯稱：本案證人午○○並非投資
04 彩鑽方案，不在本案之起訴範圍內云云。然依前揭午○○
05 及地○○之證詞，足見午○○一開始就是投資彩鑽方
06 案500萬元，此部分本來即在檢察官起訴範圍內。至於
07 午○○嗣後將原本投資之500萬元彩鑽方案轉為投資賭
08 盤預測APP，並加碼頭資300萬元，亦不會改變午○○前
09 已投資500萬元彩鑽方案之事實，亦足見沅暉公司在密
10 接時間內，以不同投資方案吸收資金，應係基於非法經
11 營收受存款業務之單一行為決意為之，且依非法經營收
12 受存款業務罪之本質及社會通念，符合反覆、延續性之
13 行為特徵，應屬集合犯之一罪，故「賭盤預測APP」投
14 資方案部分亦屬起訴效力所及，本院自應併予審究。被
15 告子○○上揭辯解自不足採。

16 (六)被告子○○依刑法第31條規定減刑：

17 審酌被告子○○雖與共同被告戊○○依刑法第31條第1項
18 前段成立與法人行為負責人共同犯非法經營收受存款業務
19 罪，但其與具有決策權限、位居本件犯罪核心人物之被告
20 戊○○相較，其分工角色及對於犯罪之貢獻程度較低，惡
21 性與造成之法益侵害亦較輕微，爰依刑法第31條第1項但
22 書規定減輕其刑。

23 (七)被告戊○○依刑法第59條規定減刑：

24 1.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，
25 得酌量減輕其刑，刑法第59條固有明文。然該條之酌量
26 減輕其刑，必於犯罪之情狀，或犯罪另有特殊之原因與
27 環境等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法
28 定最低度刑期尤嫌過重者，始有其適用（最高法院28年
29 度上字第1064號、45年度台上字第1165號、46年度台上
30 字第935號、51年度台上字第899號判決要旨可供參
31 照）。

2.按銀行法第125條第1項前段、第3項之法人行為負責人非法經營收受存款業務罪，乃最輕本刑3年以上有期徒刑之罪，審酌被告戊○○犯後猶知坦認犯行，於原審積極與被害人午○○、辰○○、丑○○、乙○○達成調解，並已依約賠償被害人乙○○，於本院又與被害人酉○○、丁○○、丙○○、李謹如達成調解，堪認犯後態度良好。綜合此情，如量處戊○○前揭最低刑度即三年以上有期徒刑，尚嫌過重，難謂符合罪刑相當性及比例原則，故認其犯罪之情狀尚可憫恕，應依刑法第59條之規定，減輕其刑。

五、對原判決之審查：

原審認被告二人犯行事證明確，因予論罪科刑，固非無見。惟查：

(一)依附表二「證據出處」欄之證據資料，關於投資人癸○○、酉○○、乙○○、丁○○、辰○○、寅○○、辛○○、卯○○、天○等人之投資報酬均如附表二「約定報酬」欄所示，原判決對此認定有誤。

(二)針對被告戊○○：

1.原判決認定其應沒收之犯罪所得，為其非法經營收受存款業務所實際獲得之金額32,740,271元，扣除其已實際返還給被害人之金額，及分配給共同被告子○○之7萬元。然依後「沒收」部分所述，戊○○分配給子○○之報酬應為20萬元，並非7萬元，此部分應對子○○宣告沒收追徵，原審此部分事實認定有誤。

2.戊○○於原審與投資人午○○、辰○○、丑○○、乙○○等人達成調解外，於本院又與投資人酉○○、丁○○、丙○○達成調解，與李謹如成立和解，原審就此未及審酌，且戊○○之量刑基礎已有變更，亦有違誤。

(三)針對被告子○○部分：

1.子○○並非沅暉公司負責人，而係與身為沅暉公司負責人之共同被告戊○○共犯本案，是主文應記載「子○○

與法人之行為負責人共同犯銀行法第一百二十五條第一
項前段之非法經營收受存款業務罪」，方能明確揭示其
與法人行為負責人共犯本案之旨，然原判決主文記載
「子○○共同法人之行為負責人」，是有違誤。

2. 依後「沒收」部分所述，子○○因犯本案自共同被告戊
○○取得之犯罪所得至少有20萬元，應予沒收追徵。然
原判決僅憑其111年1月17日原審供述即認其犯罪所得僅
為7萬元，亦有違誤。

(四)檢察官對被告戊○○部分提起上訴，主張戊○○未與投資
人李謹如等人和解，原判決對其量刑過輕又給予緩刑恩
典，尚有違誤云云，然戊○○於本院中已再與投資人酉○
○、丁○○、丙○○達成調解，與李謹如達成和解，是檢
察官上訴並無理由。被告子○○提起上訴猶執陳詞主張無
罪，然其罪證明確及辯解不可採之理由，均經本院論述指
駁如前，其上訴亦無理由。惟原判決有前揭違誤之處，仍
應由本院撤銷改判。

六、量刑：

(一)爰以行為人之責任為基礎，審酌下列情事，就被告戊○○
量處如主文之刑：

1. 被告之智識程度、經歷、家庭及經濟狀況：戊○○自承
為文化大學土地資源系畢業，之前擔任過博新科技執行
長，現職為中華民國鑽石協會理事長，月收入5萬元，
已離婚，沒有小孩，母親需要伊撫養，經濟狀況小康等
語。

2. 品行素行：戊○○前於96年間，因偽造文書等案件，經
原審法院於96年12月3日以96年度重訴字第49號判決處
有期徒刑8月，減為有期徒刑4月確定，並於97年3月28
日易科罰金執行完畢（於本件不構成累犯），其後未有
其他犯罪科刑紀錄等情，有卷附戊○○之前案紀錄表在
卷可考，堪認其素行尚非惡劣。

3. 被告犯罪所生危害及犯罪手段：審酌戊○○不思憑己力

賺取所需財物，罔顧本案投資人之信賴，以約定返還本金及與本金顯不相當之高額報酬為餌，招攬他人，誘使不特定投資人投資，導致眾多投資人以積蓄投入，不但造成彼等投資人財產上之重大損失，亦助長投機風氣，擾亂社會經濟秩序，對國家金融秩序之管理造成危害，顯然欠缺法治及尊重他人財產權之觀念，行為實有不當，不應薄懲。再考量戊○○與共同被告子○○本案共犯吸收之資金高達3,2740,271元，犯罪所生危害非微，在量刑上亦應量處較重之刑。

4. 犯罪參與及分工：戊○○在本案是屬於核心要角之地位，犯罪參與程度最高，共同被告子○○則係依戊○○之指示經營收受存款業務，犯罪行為之貢獻及所生危害程度較戊○○輕微，自應依戊○○、子○○之犯罪分工及參與程度為不同之區分。

5. 其他事項：戊○○於審判中猶知坦承犯行，於原審積極與被害人午○○、辰○○、丑○○、乙○○達成調解，並已依約賠償被害人乙○○，於本院又與被害人酉○○、丁○○、丙○○等3人達成調解，與李謹如達成和解，調解及和解內容均如附表1所示，堪認犯後態度良好，在量刑上得予以從輕量刑。

6. 綜合上開量刑因子，及戊○○犯罪之動機、目的、手段，與被害人表示之意見等一切情狀，就戊○○本案犯行量處如主文第二項所示之刑。

(二)爰以行為人之責任為基礎，審酌下列情事，就被告子○○量處如主文之刑：

1. 被告之智識程度、經歷、家庭及經濟狀況：子○○自承輔仁大學生活應用科學系畢業，之前從事過教育培訓、全腦開發，也自己開過補教機構，後來因為有出書、上媒體，所以到處巡迴演講，之後去師大社團演講，認識了許多社長、會長，就擔任起企業顧問，到目前都是企業顧問，沒有固定幾家企業，前年本來要飛北京，因為

01 受到疫情影響，留在臺灣，現在大環境也不好，薪水不
02 是很穩定，多的時候1個月約5至10萬元，如果沒有的時
03 候就全部沒有，所以伊目前還在舉債度日，跟親友借
04 錢，已婚，有2個小孩，1個高中，1個國三，伊目前負
05 債大概有幾十萬元，伊也有跟銀行借錢等語。

06 2.品行素行：被告子○○前無犯罪科刑紀錄，有子○○之
07 前案紀錄表在卷可參，堪認其並非素行不良之人。

08 3.被告犯罪所生危害及犯罪手段：審酌子○○不思憑己力
09 賺取所需財物，罔顧本案投資人之信賴，以約定返還本
10 金及與本金顯不相當之高額報酬為餌，招攬他人，誘使
11 不特定投資人投資，導致眾多投資人以積蓄投入，不但
12 造成彼等投資人財產上之重大損失，亦助長投機風氣，
13 擾亂社會經濟秩序，對國家金融秩序之管理造成危害，
14 顯然欠缺法治及尊重他人財產權之觀念，行為實有不
15 當，不應薄懲。再考量子○○與共同被告戊○○本案共
16 犯吸收之資金高達3,2740,271元，犯罪所生危害非微，
17 在量刑上亦應量處較重之刑。

18 4.犯罪參與及分工：子○○於本案係依共同被告戊○○之
19 指示經營收受存款業務，犯罪行為之貢獻及所生危害程
20 度較戊○○輕微，自應依照子○○、戊○○之犯罪分工
21 及參與程度為不同之區分。

22 5.其他事項：子○○犯後未能坦承犯行，並未有悔改之具
23 體表現，且未與投資人達成和解，賠償投資人之損失，
24 徵得投資人之諒解，尚且推諉卸責，試圖掩飾犯行，模
25 糊焦點，犯後態度難謂良好。

26 6.綜合上開量刑因子，及子○○犯罪之動機、目的、手
27 段，與被害人表示之意見等一切情狀，就子○○本案犯
28 行量處如主文第三項所示之刑。

29 七、附條件緩刑：

30 被告戊○○前因偽造文書案件，經臺灣臺北地方法院於96年
31 10月31日以96年度重訴字第49號判處有期徒刑8月減為有期

01 徒刑4月，於96年12月3日確定，97年3月28日執行完畢，五
02 年內再未因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有本院被告
03 前案紀錄表可按，其於審理中坦認犯行，於原審積極與被害
04 人午○○、辰○○、丑○○、乙○○達成調解，並已依約賠
05 償被害人乙○○，於本院又與被害人酉○○、丁○○、丙○
06 ○等3人達成調解，與壬○○達成和解，尚見悔意，考其因
07 貪利一時失慮致罹刑章，經此偵審程序，應知所警惕，信無
08 再犯之虞，因認對其所科之刑，以暫不執行為適當，爰併諭
09 知緩刑五年，以期自新。另斟酌其犯罪情節、罪質及告訴人
10 意見，認有對其緩刑附加以履行調解或和解協議內容為條件
11 之必要，爰依刑法第74條第2項第3款規定，併命戊○○應於
12 緩刑期間內，依附表一所示方式履行賠償被害人。復依刑法
13 第93條第1項第2款之規定，宣告戊○○於緩刑期間付保護管
14 束，俾由觀護人予以適當督促，以觀後效。如戊○○違反上
15 開負擔且情節重大者，依刑法第75條之1第1項第4款之規
16 定，仍得撤銷其緩刑之宣告。至於被告子○○並未坦認犯
17 行，且未賠償任何告訴人或被害人或與之和解，足見並無悔
18 意，自不宜宣告緩刑，併此敘明。

19 八、沒收：

20 (一)被告行為後，銀行法第136條之1關於沒收之規定，業於10
21 7年1月31日修正公布，並於同年2月2日施行，該條修正後
22 規定：「犯本法之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之
23 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
24 形取得者，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒
25 收之」，此項修正既係在刑法沒收新制生效之後始修正施
26 行，依刑法第2條第2項、第38條之1第1項但書規定及「特
27 別法優於普通法」原則，被告違反銀行法之犯罪所得沒
28 收，自應優先適用修正後銀行法第136條之1規定，於該新
29 修正規定未予規範之沒收部分（例如：犯罪所得估算、追
30 徵、過苛調節、供犯罪所用或犯罪所生之物之沒收等），
31 則仍回歸適用刑法沒收之相關規定。

(二)按關於違反銀行法案件之犯罪所得，其沒收或追徵範圍，依修正後銀行法第136條之1規定，除刑法沒收以「實際合法發還」作為排除沒收或追徵之條件外，另有「應發還被害人或得請求損害賠償之人」的部分。依刑法沒收之立法目的，原為從刑，犯罪所得經執行沒收後，即歸屬國庫，未另行提供被害人求償之管道，導致實際上被害人因現實或各種因素，未另行求償。且沒收之標的又以屬犯罪行為人「所有」為必要，此之「所有」的概念，幾近為有所有權。以致犯罪行為人雖持（占）有犯罪所得，卻無法將之宣告沒收，而仍由其保有犯罪所得之不合理現象。刑法沒收新制相關規定修正施行後，沒收已非從刑，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。關於犯罪所得沒收、追徵之規定，採義務沒收主義，係為徹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，並以「實際合法發還」作為排除沒收或追徵之條件。基此，前揭銀行法所設「應發還被害人或得請求損害賠償之人」之例外規定，自應從嚴為法律體系之目的性限縮解釋，以免適用之結果，有悖於沒收規定修正之前揭立法目的。從而，事實審法院既已查明犯罪行為人之犯罪所得及已實際合法發還等應扣除之部分，不得僅因仍有應發還被害人或得請求損害賠償之人，或其被害人、賠償數額尚屬欠明，即認無需為犯罪所得沒收、追徵之宣告，俾與刑法第38條之1所揭示之立法意旨相契合。又為貫徹修正後銀行法第136條之1之立法目的，除確無應發還被害人或得請求損害賠償之人外，於扣除已實際發還不予沒收之部分後，就其餘額，應依上開條文所定「除應發還被害人或得請求損害賠償之人外」的附加條件方式諭知沒收、追徵，俾該等被害人或得請求損害賠償之人，於案件判決確定後，得向執行檢察官聲請發還或給付。否則將會發生被告

縱有犯罪所得，且其財產已經扣押，不予宣告沒收、追徵，導致被告仍能保有其犯罪所得，已保全扣押之財產最後仍須發還給被告，此種結果，顯與修法之規範目的有違（最高法院108年度台上字第1725號刑事判決意旨參照）。

(三)按刑法第38條之2第1項前段規定，犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難者，得以估算認定之，該項「估算」依立法說明，雖僅需自由證明為已足，然不得恣意為之，仍需符合經驗法則與論理法則之要求。法院須查明作為估算基礎的連結事實，盡可能選擇合適的估算方法，力求估算結果與實際犯罪所得相當，以符公平正義（最高法院107年度台上字第3791號刑事判決意旨參照）。

(四)被告子○○部分：

1.關於被告子○○因與戊○○共犯本案所取得之報酬，子○○於原審審理時固供稱：其擔任沅輝公司顧問三、四個月，每月車馬費1、2萬元或2、3萬元云云（原審卷一第417頁）。然據證人即共同被告戊○○於本院中證稱：沅輝公司業務員招攬鑽石投資，依照業務員不同等級會有5%至10%不等的佣金，但子○○沒有招攬鑽石投資，子○○是介紹午○○借800萬元給我，午○○本來要買鑽石，但後來沒有買，就變成「借貸」，午○○是把錢匯到沅輝公司，我再把錢領出來，因為子○○介紹午○○借錢給我，我有包大約20萬至30萬元的紅包給子○○，詳細金額我不記得了，這不是佣金，這是子○○介紹他人借錢給我，我給子○○的「紅包」等語（本院卷二第129至133頁）。戊○○雖稱子○○係介紹午○○「借款」800萬元，而非招攬午○○投資云云，然依前述證人午○○始終均稱伊從未借錢給戊○○，該800萬元係伊經子○○招攬而先後投資「彩鑽方案」及「賭盤APP方案」之投資款，以此可見戊○○上揭所謂午○○係「借款」、其係給子○○介紹午○○借款之「紅

包」云云，均無非避重就輕之詞，實則子○○向戊○○所收取之所謂「紅包」，正係子○○招攬午○○投資本案之佣獎報酬，係子○○之犯罪所得，依「罪疑唯有利於被告解釋」之原則，應認定為20萬元，且依前揭說明，應依銀行法第136條之1及刑法第38條之1第2、3項規定，對子○○諭知除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

2.按刑事訴訟法第370條第1、2項有關不利益變更禁止原則之規定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑而言。所稱「刑」，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑，包括主刑及從刑。修正後刑法沒收已非從刑，係獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，其性質類似不當得利之衡平措施；又宣告多數沒收之情形，並非數罪併罰，故已刪除現行法第51條第9款規定宣告多數沒收併執行之條文。是修正後刑法沒收已不具刑罰本質。又現行刑法第38條之1第1項關於犯罪所得之沒收，乃合併修正前刑法第38條第1項第3款後段及第3項對犯罪行為人犯罪所得之沒收規定，基於任何人都不得保有犯罪所得之原則，以避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪。倘於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，而下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算，經上級審更正計算後若不得諭知較原審為重之所得數額沒收，即無法達到徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之目的。故修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第370條第1、2項關於不利益變更禁止原則之適用（最高法院107年度台上字第3559號刑事判決意旨參照）。本案被告子○○部分雖僅子○○提起上訴，檢察官並未上訴，然原審就子○○之犯罪所得既有所短計，依前揭意旨，自無刑

01 事訴訟法第370條第1、2項不利益變更禁止原則之適
02 用，本院自應重行認定如前並宣告沒收追徵，以達徹底
03 剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之目的，附此敘明。

04 (五)被告戊○○部分：

05 1.查被告戊○○因本案非法經營收受存款業務而實際獲得
06 犯罪所得32,740,271元，扣除戊○○實際返還給附表二
07 人之款項10,832,600元後，及分配給共同被告子○○之
08 20萬元後，被告戊○○仍保有犯罪所得21,707,671元
09 (32,740,271元-200,000元-10,832,600元=21,707,671
10 元)，應依銀行法第136條之1及刑法第38條之1第2、3
11 項規定，對戊○○諭知除應發還被害人、第三人或得請
12 求損害賠償之人外，沒收之，於全部或一部不能沒收或
13 不宜執行沒收時，追徵其價額。

14 2.被告戊○○於原審及本院審理中，固與部分投資人成立
15 調解、和解，惟基於「任何人不得保有不法行為之獲
16 利」原則，對於因犯罪造成之財產利益不法流動，應藉
17 由「沒收犯罪利得」法制，透過類似不當得利之衡平措
18 施，使之回歸犯罪發生前的合法財產秩序狀態。從而若
19 被害人因犯罪受害所形成之民事請求權實際上已獲全額
20 滿足，行為人亦不再享有因犯罪取得之財產利益，則犯
21 罪利得沒收之規範目的已經實現，自無庸宣告犯罪利得
22 沒收、追徵。惟若被害人就全部受害數額與行為人成立
23 調（和）解，然實際上僅部分受償者，其能否確實履行
24 償付完畢既未確定，縱被害人日後可循民事強制執行程
25 序保障權益，因刑事訴訟事實審判決前，尚未實際全數
26 受償，該犯罪前之合法財產秩序狀態顯未因調（和）解
27 完全回復，行為人犯罪利得復未全數澈底剝奪，則法院
28 對於扣除已實際給付部分外之其餘犯罪所得，仍應諭知
29 沒收、追徵（最高法院107年度台上字第4651號判決意
30 旨參照）。故縱使戊○○於原審及本院中陸續與部分投
31 資人達成和解或調解成立，並給付部分和解或調解金

額，該等金額仍不自戊○○應沒收追徵之犯罪所得中扣除，仍應先對戊○○諭知沒收及追徵，倘戊○○日後履行和解或調解條件，應由檢察官執行時決定是否扣抵犯罪所得，而無礙本院所為沒收犯罪所得之宣告，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經臺灣臺北地方檢察署檢察官王如玉提起公訴，臺灣高等檢察署檢察官滕治平到庭執行職務。

中 華 民 國 111 年 11 月 30 日

刑事第二十四庭審判長法官 陳德民

法官 葉力旗

法官 紀凱峰

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20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 嚴昌榮

中 華 民 國 111 年 11 月 30 日

附錄：本案論罪科刑法條全文

銀行法第29條

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

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

- 01 上利益達新臺幣一億元以上者，處7年以上有期徒刑，得併科新
02 臺幣2千5百萬元以上5億元以下罰金。
- 03 經營金融機構間資金移轉帳務清算之金融資訊服務事業，未經主
04 管機關許可，而擅自營業者，依前項規定處罰。
- 05 法人犯前二項之罪者，處罰其行為負責人。