最高法院刑事判決

111年度台上字第3837號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官林蓉蓉

上　訴　人

即　被　告　張容蓁（原名張芯慈）

張晉寧

共　　同

選任辯護人　高明哲律師

參　與　人　貫華科技股份有限公司

代　表　人　陽承志

上列上訴人等因被告等違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國111年5月26日第二審判決（110年度金上訴字第719號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107年度偵字第9633、15678號，108年度偵字第5226號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原判決撤銷第一審關於論處上訴人即被告張容蓁（以下仍以原名張芯慈稱之）共同法人之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，及上訴人即被告張晉寧無罪之判決，改判論處張芯慈共同法人之行為負責人犯民國107年1月31日修正公布後銀行法（下稱修正後銀行法）第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪刑；及論處張晉寧幫助法人之行為負責人犯修正後銀行法第125條第1項前段之

非法經營銀行業務罪刑。並對參與人貫華科技股份有限公司（下稱貫華公司）諭知相關之沒收及追徵。固非無見。

二、惟查：

㈠105年7月1日施行生效之修正後刑法第38條之1第1項、第2項規定之犯罪所得義務沒收，區分沒收標的為「屬於犯罪行為人」者，抑「犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因明知他人違法行為而取得；因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得；犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得」者，而異其沒收之項次規定。因應上揭刑法沒收新制之施行，刑事訴訟法亦配合增訂第七編之二「沒收特別程序」之相關規定，賦予於刑事訴訟程序進行中，財產可能被沒收之第三人程序主體之地位，俾其就關於沒收其財產之事項，藉由訴訟程序之參與，享有獲知相關訊息之資訊請求權與表達其意見之意見陳述權，以保障其權益，其裁判諭知沒收第三人財產，始為適法。且如涉及第三人財產之沒收，檢察官未於起訴書記載應沒收第三人財產之意旨，審理中，第三人亦未聲請參與沒收程序，檢察官復未聲請者，法院為維護公平正義及保障第三人之聽審權，基於法治國訴訟照料義務之法理，認為有必要時，應依刑事訴訟法第455條之12第3項前段規定，本於職權，裁定命該第三人參與沒收程序，並依審理結果，而為沒收與否之判決。又公司法人及其負責人，在法律上為不同之權利、義務主體，公司負責人以從事刑事違法行為作為其執行公司業務之內容，若因而獲取不法利得，效果直接歸屬於公司者，該公司即屬刑法第38條之1第2項第3款規定所指之因犯罪行為人實行違法行為，因而取得犯罪所得之他人（即第三人）。除非該犯罪所得更另移轉予其他人，否則，於該負責人之刑事本案訴訟中，關於犯罪所得之沒收，自應以獲取此利得之被告以外第三人即該公司為對象，依沒收特別程序之規定，進行第三人沒收程序後，對該公司諭知沒收其財產之判決。是倘悖於前述各該正當程序，剝奪第三人參與沒收程序之訴訟保障，逕行判決

沒收第三人之財產，即與憲法保障人民財產權、訴訟權之旨未合，欠缺裁判沒收第三人財產之正當性基礎，自屬顯然影響於判決結果之訴訟程序違法。又依刑事訴訟法第455條之24第2項前段規定，參與人經合法傳喚或通知而不到庭者，固得不待其陳述逕行判決，惟係以第三人合法成為參與人且經合法傳喚或通知為前提，否則即無該規定之適用。

㈡原判決認定張芯慈及其配偶陽承志（經檢察官發布通緝）係貫華公司前、後任之登記負責人，其等以貫華公司名義對外招攬投資，本案投資人投入之款項亦依張芯慈或陽承志指示匯入如原判決附表（下稱附表）一、二所示帳戶，即張芯慈、陽承志係貫華公司負責人，為貫華公司為違法行為，貫華公司因而取得犯罪所得財物，其中張芯慈部分扣除換約及附表二編號42至46由陽承志單獨招攬廖俊岳投資部分，金額共計新臺幣（以下如未註明幣別，均同）1億1,963萬9,880元，並以貫華公司現已停業，停業時之負責人為陽承志，經通知其參與訴訟，並未到庭，亦未具狀表示意見，貫華公司實際取得之犯罪所得為1億1,963萬9,880元，扣除已合法返還投資人陳冠瑋、楊世郁、蔡婕繻部分之金額1,484萬7,818元，尚未合法發還投資人之金額為1億479萬2,062元，因而適用修正後銀行法第136條之1規定，沒收貫華公司未扣案之犯罪所得1億479萬2,062元。惟卷查，本件檢察官未於起訴書記載應沒收第三人即貫華公司財產之意旨，於原審審理中，貫華公司及檢察官亦未向法院聲請參與沒收程序。原審既認貫華公司係因張芯慈、陽承志實行違法行為而取得犯罪所得之第三人，即應先依刑事訴訟法第455條之12第3項之規定，依職權裁定命貫華公司參與沒收程序，並依同法第455條之20規定送達關於沒收其財產事項之文書，保障貫華公司知悉財產可能遭沒收並陳述意見之權益。然原審卻未依職權為裁定，僅通知貫華公司於審判期日到庭（見原審卷二第125頁、第309至311頁），且依卷附貫華公司基本資料列印表（見原審卷二第127至128頁），其上載明該公司已於106年1

0月12日停業。原審通知貫華公司應於審判期日到庭之傳票，經郵務機構對貫華公司（代表人陽承志）位於○○市○區○○路000號00樓之1的登記地址送達，亦因「查無此人」而遭退回，亦有原審法院遭退回之郵件資料可憑（見原審卷二第155頁）。是原審未依沒收特別程序之相關規定，先裁定命財產可能被沒收之第三人貫華公司參與沒收程序，於通知貫華公司應於審判期日到庭之傳票經退回後，復未以其他方式合法送達，即以該公司未依通知到庭參與訴訟，亦未具狀表示意見為由，逕行判決，於其判決主文欄之張芯慈罪刑項下，緊接諭知對貫華公司未扣案之犯罪所得1億479萬2,062元沒收、追徵，已剝奪貫華公司參與訴訟與尋求救濟之程序保障權益，所踐行之訴訟程序即難謂適法。嗣原審於111年5月26日判決後，又於111年7月20日以裁定將原判決原本及正本當事人欄原未記載部分「更正增列」貫華公司為參與人（見原審卷三第167頁），惟原審此部分之訴訟程序並不因此即成為合法，自不待言。

㈢有罪判決書之事實欄（包括其引為事實一部之附表欄），均為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與論罪科刑有關之事實，翔實記載，然後於理由內說明其憑以認定之證據，並使事實與事實，事實與理由，以及理由與理由之間彼此互相適合，方為合法，若事實之認定前後不相一致，或事實認定與理由說明彼此互相牴觸，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。又修正後銀行法第125條第1項係就違反專業經營特許業務之犯罪加以處罰，其後段以「其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣1億元以上」（修正前規定為「其犯罪所得達新臺幣1億元以上」），資為加重處罰條件；至修正後銀行法第136條之1規定：「犯本法之罪，犯罪所得屬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，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之。」則為不法利得之沒收範圍。然無論修正前、後銀行法第125條第1項後段規定之立法

意旨，既在處罰行為人違法吸金之規模，則其所稱「犯罪所得」或「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，在解釋上自應包括行為人對外所吸收之全部資金、因犯罪取得之報酬及變得之物或財產上之利益為其範圍，不應僅以事後損益計算之。而違法經營銀行業務所吸收之資金或存款，依法律及契約約定均須返還予被害人，甚至尚應支付相當高額之利息（或所謂紅利）。若於計算違法吸金「因犯罪獲取之財物或財產上利益」時，將本金、利息或紅利等予以扣除，顯然無法反映其違法對外吸金之真正規模，自與上揭立法意旨有悖。至於被害人依其與犯罪行為人間之約定，於舊投資方案之投資期間屆至後，不論有無實際領回本金，倘再以該本金投入另一新的投資方案而為投資（即「換約」），或以該本金投入原有投資方案繼續投資（即「續約」），既與其他新投資人以其資金投入之情形無異，該等投入之本金金額，自均應計入吸金範圍，仍無所謂重複計算或應予扣除之問題，始足以反映非法經營銀行業務之真正吸金規模總額，此為本院一致之法律見解。此與修正後同法第136條之1所規定行為人「犯罪所得」之不法利得沒收範圍，係為貫徹個人責任原則及罪責相當原則，著眼於剝奪行為人自己因實行犯罪之實際犯罪所得，使其不能坐享，而應以行為人實際取得或可支配者為準，分屬二事。從而，犯修正後銀行法第125條第1項之罪，其「因犯罪獲取之財物或財產上利益」為何、行為人或第三人有無犯罪所得及其數額若干，既攸關行為人所應成立之罪名與沒收之範圍，自應詳為調查、審認，並敘明所憑依據，始為適法。

㈣本件原判決於其犯罪事實欄（下稱事實欄）一記載：張芯慈與陽承志均明知貫華公司未經主管機關許可經營存款業務，且非銀行不得經營收受存款業務，亦不得以借款、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，竟共同基於違反銀行法之犯意聯絡，

自103年2月起至106年8月間，利用貫華公司從事博奕遊戲、軟體設計，並因而接觸澳門、菲律賓賭場事業，張芯慈亦因陽承志係臺中市大屯扶輪社社員，而結識其他扶輪社社員及其友人之機會，對外招攬不特定多數人投資「貫華公司在美上市之特別股」、「澳門、菲律賓賭場及其他」等投資方案，與陽承志共同招攬如附表一、二所示之人參與投資如其附表各編號所示之金額（附表二部分不含編號42至46由陽承志單獨招攬之廖俊岳；廖俊岳部分係張晉寧幫助陽承志所招攬），以此等方式非法吸收資金，金額共達1億1,963萬9,880元；復於事實欄二認定：張晉寧係張芯慈胞弟，亦在貫華公司擔任遊戲軟體企劃人員，明知陽承志及張芯慈上開非法對外招攬投資計劃，仍基於幫助之犯意，於103年至106年間將其所申辦之如附表三編號4至8所示之5個銀行帳戶交予陽承志及張芯慈，作為從事上開違法吸金或轉帳使用，且亦居中協助陽承志、張芯慈與洪御博、楊世郁、廖俊岳完成投資契約之簽訂及款項之交付，而幫助張芯慈、陽承志違法吸金等情，並於理由內說明：「至於起訴書雖認被告張芯慈非法吸金之金額為1億2,523萬3,000元，然經本院計算結果（扣除投資後換約續投不予重覆計算及廖俊岳部分），被告張芯慈親自或與陽承志共同部分招攬之投資額應為1億1,963萬9,880元……」、「……張芯慈、陽承志係貫華公司負責人，為貫華公司為違法行為，貫華公司因而取得犯罪所得財物，其中被告張芯慈部分扣除換約及附表二編號42-46廖俊岳部分，金額共計1億1,963萬9,880元」等語（見原判決第3、33、49頁），參以原判決附表一編號3、7及附表二編號1、13、16、18、20、22至28、34、40、41所示各投資人投資之「方式」或「備註」欄位均記載「換約」（有別於其他編號之該欄位載為「匯款」、「現金」）。足認原判決於計算張芯慈與陽承志共同吸收之資金金額時，係將被害人投資後換約續投部分之本金（即附表一、二「方式」欄位所載之「換約」），認不應重複計算而予扣除。顯與前開所述，被害人

所投入之本金，不論事後已返還或將來應返還，均屬行為人違法對外所吸收之資金，應計入修正後銀行法第125條第1項後段違法吸金規模之旨有違。又原判決認定張晉寧有幫助陽承志招攬廖俊岳參與附表二編號42至46之投資（見原判決第3、36、39頁），惟其中編號44至46廖俊岳之投資亦均記載「換約」，乃原判決並未就此部分認定說明應否扣除不予計入吸金數額，其認定前後不相一致，自有判決理由矛盾之違法。另原判決關於張芯慈與陽承志共同非法吸收之資金總額，時而記載係「1億1,963萬9,880元」（見原判決第3、33、49頁），然又不乏載為「1億2,113萬9,880元」者（見原判決第42、44頁），其認定前後迥異，且未說明理由，亦有判決理由矛盾之違法。究竟張芯慈與陽承志共同非法吸收之資金數額為何？貫華公司因而取得之犯罪所得究有若干？涉及張芯慈共同違法吸金數額之認定，攸關其所應成立之罪名，以及犯罪情節輕重等科刑事項之判斷，與相關犯罪所得沒收範圍之論斷，自有詳予調查釐清之必要。原審未詳加究明釐清，並說明其依據，致有上述矛盾不合之情形，遽行判決，亦嫌調查未盡。

㈤實質上或裁判上一罪案件，法院如就其中一部分認為可以證明犯罪，而為有罪之判決，就其餘不能證明被告犯罪或其行為不罰部分，應以該部分因與有罪部分有實質上或裁判上一罪之關係，而不另為無罪之諭知。又對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。刑事訴訟法第348條第2項定有明文。實質上或裁判上之一罪，如檢察官未就不另為無罪諭知部分提起上訴，僅被告為其利益上訴，上級審法院之審理範圍，自僅及於原審有罪之部分，不另為無罪諭知部分，則不在審判範圍。法院就實質上或裁判上之一罪案件認不構成犯罪部分，自應於判決理由載明不另為無罪之諭知，始為適法。本件檢察官起訴張芯慈與陽承志共同非法吸收資金1億6,470萬880元（依起訴書之附表一、二所載，包括

「換約」，但不包含附表二當中由陽承志、張晉寧招攬之廖俊岳、洪御博、楊世郁投資共計620萬元部分。起訴書第33頁關於聲請沒收張芯慈犯罪所得部分之金額固誤載為「1億2,523萬3,000元」，然檢察官已於第一審審理時提出補充理由書更正為「1億6,470萬880元」〔見第一審卷一第271頁〕），並認其等對多數人吸收存款之行為屬集合犯之實質上一罪關係。惟原審認檢察官主張張芯慈共同非法吸收資金之金額係「1億2,523萬3,000元」，此與卷內資料已有未合。又其審理結果，既認投資後換約續投部分須予扣除不重複計算，張芯慈共同吸收資金之金額為1億1,963萬9,880元，且所為係屬集合犯之實質上一罪，卻未就判決有罪以外其餘不能證明犯罪部分，不另為無罪之諭知，僅以附此敘明方式說明（見原判決第33頁），亦有違誤。

㈥各投資人投入之本金，嗣已實際取回，因已非行為人所取得或因行為人之違法行為而由第三人取得之犯罪所得，自無對之剝奪宣告沒收可言。本件依附表二「備註」欄所載，核諸相關被害人之陳述及其等於偵查中簽認之合約明細表，似不無被害人已取回本金之情，如：附表二編號1何明哲投資750萬元部分，備註欄記載「600萬元本金因投資期滿換約……150萬元本金已償還」；編號29、30蔡緁繻各投資港幣250萬元部分，備註欄均記載「本金取回」。編號47洪御博於104年3月18日投資之80萬元部分雖未於備註欄註明已取回，然依原判決所引用洪御博於第一審之證詞，即洪御博證稱：其於104年3月18日有匯款80萬元到貫華公司國泰世華銀行帳戶，是投資檯底公司，透過張晉寧與陽承志接觸，其後來跟張芯慈在春水堂聊到特別股的部分，其之前投資的80萬元因為提前解約本金有拿回來，所以沒有提告，特別股的錢裡面有其的80萬元，再加上楊世郁的錢，用楊世郁的名義去簽約（按即附表一編號3之投資）等語（見原判決第11至12頁），則洪御博之該80萬元是否亦已取回或返還，或係投入另一新的投資方案，亦非無疑。上開本金究否均已取回？如

已經被害人取回，能否仍謂屬於本件犯罪之犯罪所得而予以宣告沒收？攸關犯罪所得沒收範圍之論斷，自有詳予調查明白之必要。原審未詳加究明，逕依張芯慈、陽承志所共同吸收如附表一、二所示之資金數額（張芯慈部分扣除換約及附表二編號42至46廖俊岳部分，金額共計1億1,963萬9,880元），據以認定全數屬於貫華公司因上開自然人犯罪而取得之犯罪所得，於扣除已實際合法發還被害人（張芯慈事後與陳冠瑋、楊世郁、蔡緁繻達成和解及清償）之部分後，依修正後銀行法第136條之1規定對貫華公司諭知沒收、追徵，即有未合。

㈦科刑（含沒收）判決所認定之事實，必須與其所採用之證據內容相適合，否則即屬證據上之理由矛盾，其判決為當然違背法令。證據雖已調查，若尚有其他足以影響判決結果之重要證據或疑點並未調查釐清，即與未經調查無異，如遽行判決，即難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決依憑蔡緁繻於原審之陳述，張芯慈之辯護人所提出之臺灣臺中地方法院（下稱臺中地院）106司執34216號債權憑證、108司執26299號債權憑證等證據，並以蔡緁繻之配偶黃定毅已就其對張芯慈之1,233萬6,000元本票（原判決誤載為支票）債權，以「債務人業經清償完畢兩造業經和解，無須執行」為由，撤回臺中地院108年度司執字第20143號（似應為臺灣臺北地方法院〔下稱臺北地院〕108年度司執字第32690號之誤）案件強制執行之聲請等情，認定蔡緁繻已自張芯慈處獲償1,233萬6,000元、113萬2,178元，並認此部分與其他投資人楊世郁、陳冠瑋自張芯慈處合法取回之款項共計1,484萬7,818元，其金額已逾張芯慈任職於貫華公司而領取之本案薪資犯罪所得210萬元，乃不對張芯慈諭知沒收（見原判決第49至50頁）。惟查，依卷內106司執34216號債權憑證所載，本票金額1,233萬6,000元之債權經執行結果僅受償28萬1,500元（見原審卷一第566至567頁），且核諸卷證，黃定毅於108年間再度聲請強制執行時，係因誤認「芯誠所製

股份有限公司」為張芯慈所有之公司，而以該公司之股票為標的聲請執行，嗣經與本案被告張芯慈同姓名之該公司負責人「張芯慈」向法院聲明異議，黃定毅獲悉後即具狀向臺北地院聲請撤回強制執行，似僅未刪除民事聲請撤回強制執行狀例稿上原已印製之「債務人業經清償完畢/兩造業經和解，無須執行」字句而已（見原審卷一第562至563頁，本院卷第103至128頁）。則此部分強制執行受償之金額究為若干？蔡緁繻有無自張芯慈處獲償1,233萬6,000元？攸關張芯慈犯罪情節輕重等科刑事項之判斷，以及張芯慈與貫華公司犯罪所得沒收範圍之論斷。原審雖有調查蔡緁繻受償金額之證據，惟此部分所認定之事實與其所採用之證據內容不相適合，且就前述疑點未詳加調查釐清，遽行認定張芯慈業就該1,233萬6,000元全數對蔡緁繻清償，其犯罪所得不予沒收，非僅有證據上之理由矛盾，併有調查未盡之違法。

㈧刑事訴訟法基於證據裁判主義及嚴格證明法則，明定得以作為認定犯罪事實存否之依據者，以有證據能力之證據，並經合法調查為限。刑事訴訟法第159條第1項規定：被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，「除法律有規定者外」，不得作為證據。而同法第159條之1至第159條之5均屬上開「除法律有規定者外」之例外規定。亦即，同法第159條第1項規定之傳聞證據，除符合法律所另行明定傳聞例外規定之要件，否則原則上不得作為證據。是關於被告以外之人於審判外之陳述，法院自應詳予說明判斷其證據能力有無之理由，始為適法。原判決引用陽承志於其被訴偽造有價證券另案（臺中地院105年度訴字第44號）105年2月22日準備程序中之供述，及「合約明細表-孫玉龍」，作為認定張芯慈本案犯罪之證據（見原判決第19、22、27頁）。惟稽之卷內筆錄，張芯慈及其原審辯護人已於原審行準備程序時，主張上開陽承志之陳述及合約明細表均屬於張芯慈以外之人於審判外之陳述，或未經對質詰問，或非屬刑事訴訟法第159條之4所規定之特信性文書，而否認具有證據能力（見原審卷一第

365、367、375、385頁）。乃原審竟以：張芯慈及其辯護人對於原判決所引用之供述證據，均未於言詞辯論終結前聲明異議，視為同意作為證據使用，經審酌後認合於刑事訴訟法第159條之5規定之要件，而具有證據能力；其等就原判決所引用之非供述證據部分亦不爭執其證據能力，且查無偽造、變造或公務員違法取證之情，該等非供述證據同有證據能力等由，即採為認定張芯慈犯行之基礎（見原判決第5頁）。原判決所為論斷，非僅與卷證資料不合，違反證據法則，並有判決理由不備之違法。

㈨有罪判決所認定之事實及說明之理由暨其引為事實或理由一部之附表內容，均須與卷內之證據資料相適合，否則即有證據上理由矛盾之違法。被害人之陳述，固亦得採為認定犯罪事實之證據資料，然應有其他補強之證據，始得據以認定被告犯罪。原判決係依憑孫玉龍之陳述、「合約明細表-孫玉龍」等證據，執為認定張芯慈招攬孫玉龍投資部分（附表二編號35至41）之論據。惟其中附表二編號37、39（孫玉龍各以匯款方式投資320萬元、500萬元），其「證據」欄之證據均僅列載「1.EXCEL合約明細表-孫玉龍2.孫玉龍筆錄」，原判決並未說明張芯慈始終否認之合約明細表具有證據能力之理由，復未論斷如何僅憑該合約明細表，即足與孫玉龍之指述互為補強。又附表二編號40、41所示孫玉龍「換約」部分，「證據」欄僅記載「孫玉龍筆錄」，未見其他證據，然觀諸卷內相關筆錄，孫玉龍於陳述時似未提及有換約或續約乙節。另原判決認定張晉寧招攬廖俊岳投資部分，其中附表二編號44該筆之「證據」欄亦僅列載「廖俊岳筆錄」，而無其他證據。原判決上開認定之事實及引用之附表，部分與其所採用之證據內容不相適合，而有理由之矛盾，或似僅憑被害人之陳述，即予認定犯行，亦難謂無悖於證據法則。

三、以上或為檢察官、張芯慈及張晉寧上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違背法令情形，已影響於事實之確定，本院無可據以自為裁判，應認原判決有撤

銷發回更審之原因。又刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定：對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。亦即被告違法行為存在，為沒收參與人財產前提要件之一，故對本案關於違法行為之裁判上訴者，其效力應及於相關之參與人財產沒收部分。本件檢察官對原判決關於張芯慈相關犯罪所得不予沒收部分合法上訴，張芯慈、張晉寧對於原判決之上訴亦均屬合法，參與人貫華公司經原判決諭知犯罪所得沒收（追徵）部分，雖未經上訴，仍為本案判決上訴效力所及，應予一併發回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　11　　日

刑事第五庭審判長法　官　李英勇

法　官　鄧振球

法　官　楊智勝

法　官　林怡秀

法　官　林庚棟

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　16　　日