最高法院刑事判決

112年度台上字第1949號

上　訴　人　臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官許怡萍

上　訴　人

即　被　告　曲宏慈

選任辯護人　杜英達律師

　　謝啟明律師

參　與　人　優福國際科技股份有限公司

代　表　人　曲宏慈

參　與　人　優福流通事業股份有限公司

代　表　人　王寵惠

上列上訴人等因被告違反銀行法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國112年2月14日第二審更審判決（110年度金上重更一字第2號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署104年度偵字第24974、29516號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、曲宏慈部分

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。至原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人即被告曲宏慈有如其事實及理由欄壹（含其附表〈下稱附表〉十編號1-1、2-1）所載之犯行，因而撤銷第一審關於曲宏慈有罪（不含不另為無罪諭知部分）及參與人優福國際科技股份有限公司（下稱優福國際公司）部分之判決，改判仍論處曲宏慈犯銀行法第125條第3項、第1項前段法人行為負責人共同非法經營銀行業務（下稱非法經營銀行業務）罪刑，以及諭知優福國際公司相關之沒收（追徵）；維持第一審諭知參與人優福流通事業股份有限公司（下稱優福流通公司）不予沒收部分之判決，駁回曲宏慈就此部分在第二審之上訴，已詳敘其認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由。對於曲宏慈於原審審理時所辯各節，何以均不足以採信，亦於理由內詳加指駁及說明。另曲宏慈被訴附表十編號1-2、2-2所示涉嫌非法經營銀行業務犯行，經審理結果，認不能證明曲宏慈有公訴意旨所指犯行，惟此部分若成立犯罪，與上開有罪部分有實質上一罪關係，而說明不另為無罪之諭知，亦詳敘其取捨證據及得心證之理由。原判決所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，尚無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠檢察官上訴部分

1.以證人陳蒨誼係優福國際公司出納兼曲宏慈之助理，經法務部調查局人員前往優福國際公司搜索查扣陳蒨誼所使用之電腦、列印之事業投資方案（下稱e幣方案）投資資料，應係能真實完整反應e幣方案吸收資金情形之證據。原判決以上開資料之格式欠缺邏輯，以及曲宏慈、楊宗儒（即附表四編號1所示之投資人）、李政昆（即附表四編號38所示之投資人）陳述：其等並無投資，是因優福國際公司當初在測試系

統時，有使用內部相關人員進行測試，才有這些資料，其非真正投資人等語，而未為必要之調查、釐清，率認無法證明曲宏慈有附表十編號1-2所示之非法經營銀行業務犯行，有採證認事違反證據法則之違誤。

2.本件起訴書一之㈣記載「曲宏慈於102年6、7月間指示財務長劉奕辰以優福國際公司名義推出『加盟商保證金兌換股票方案』，原優福國際公司之投資人可以每股10元至11.6元不等之價格認購優福國際公司股票.....向不特定多數人吸收資金。」等語，已敘明曲宏慈以優福國際公司推出之「加盟商保證金兌換股票方案」為募集有價證券之行為。起訴書雖漏未記載「未經主管機關申報生效」此一重要構成要件，惟原審得於行準備程序時，予以確認，且經檢察官以補充理由書補充說明符合上開構成要件之理由，則證券交易法第174條第2項違反同法第22條規定未經主管機關申報生效募集及發行有價證券之犯罪事實，自屬已經起訴。原判決就上開部分未併予審判，有已受請求之事項未併予判決之違法。

㈡曲宏慈部分

1.起訴書記載優福國際公司推出e幣方案、投資暨委託經營方案（下稱35方案）非法經營銀行業務時間，係分別自民國101年10月起、102年8月起。原判決認定e幣方案、35方案對外招攬投資人之時間，則為101年5月28日起至102年7月10日、101年9月3日至102年11月4日止。亦即將e幣方案犯罪時間由101年10月起，擴張為自101年5月28日起；35方案犯罪時間由102年8月起，擴張為自101年9月3日起。原判決僅於事實欄記載係起訴書誤載而逕行予以更正，復未說明所憑理由，有未受請求事項予以判決及理由未備之違法。

2.劉奕辰、楊粧米、陳自赳及駱光強於調詢之陳述、扣案之陳蒨誼電腦檔案列印之e幣方案投資資料、優福國際加盟組㈠、㈡明細表、轉入MBI配套資料及楊粧米提供之優福款項分配明細表，均屬被告以外之人在審判外之陳述。原判決未究明曲宏慈及其辯護人是否同意此等證據具有證據能力，以

及所為同意是否無瑕疵可指，逕採為認定曲宏慈犯罪事實之事證，有調查職責未盡、理由未備及採證認事不符證據法則之違法。

3.原判決認定曲宏慈等人以優福國際公司推出e幣方案及35方案分別吸收附表十編號1-1、2-1所示之資金，惟就認定各該投資人、投資時間、投資金額等事項，均未說明所依憑之證據及得心證之理由。又附表四編號3、附表五編號1（詳見附表十編號1-1、2-1）「備註欄」僅記載「被告於前審或本院（即上訴審或原審）中具狀承認」，復未敘明有何其他確實補強證據可資佐證，遽認曲宏慈有附表十編號1-1、2-1所示之非法經營銀行業務犯行，有採證認事違反證據法則之違法。

4.原判決理由說明：卷附之e幣方案投資資料、優福國際加盟組㈠、㈡明細表、轉入MBI配套資料及楊粧米提供之優福款項分配明細表等證據，於作成時之情況正常，而所取得的過程，亦無瑕疵，且與待證事實具有關聯性，基於證據資料越豐富越有助於真實發現的理念等語，因認作為證據應屬適當，均應具有證據能力。又依憑e幣投資資料及張展源之證據，據以認定優福國際公司有吸收附表四編號40所示投資人之投資款之非法經營銀行業務犯行。惟又說明：楊粧米就其提供之優福款項分配明細表的來源、做成的依據之供述前後不一致，且優福款項分配明細表部分欠缺時間、投資金額，尚難持以認定e幣方案、35方案吸收資金之範圍。e幣方案投資資料記載內容毫無邏輯性，且部分內容係為測試系統而建置，非實際招攬投資而吸收之資金，而MBI配套資料則係根據e幣方案投資資料所製作，均非全然可信，尚難僅以前開資料，據以認定曲宏慈推介e幣方案吸收資金範圍等語。上開理由之說明彼此不合，有採證認事違反證據法則及理由矛盾之違法。

5.優福國際公司營運加水站之獲利可達30%以上，縱e幣方案、35方案之報酬率達11.43%至19.17%，仍屬其獲利範圍內之合

理利率。又投資人吳美禹證稱：她是因為加水站之營運而投資，並非為了利潤等語。則對投資人而言，優福國際公司當時獲利為何？投資人是否瞭解優福國際公司之營運獲利？投入資金時是否也有考量加水站多寡等公司成效表徵？均有不明。而此均攸關投資人是否有原判決所指「爭相投入資金」以及金額若干之認定，有調查、釐清之必要。原判決未予究明，僅以e幣方案、35方案之報酬利率比存款利率高為由，遽認曲宏慈有非法經營銀行業務犯行，有調查職責未盡及適用法則不當之違誤。

四、惟查：

㈠檢察官就被告犯罪事實之一部起訴者，依刑事訴訟法第267條之規定，其效力及於全部，法院自應就有實質上或裁判上一罪關係之全部犯罪事實予以合一審判。

本件檢察官起訴書記載優福國際公司推出e幣方案、35方案對外開始吸收資金之時間分別為「自101年10月起」、「自102年8月起」，而原判決認定以e幣方案吸收資金之非法經營銀行業務行為自101年5月28日起至102年7月10日止，以35方案吸收資金之非法經營銀行業務行為自101年9月3日起至102年11月4日止，雖犯罪事實有所擴張，惟原判決就前揭曲宏慈以優福國際公司推出前述2方案吸收資金之非法經營銀行業務行為，於刑法評價上，應認為係集合多數犯罪行為而成立獨立犯罪型態之「集合犯」，應僅成立一罪，依審判不可分原則，自得併予審理。原判決雖未說明對起訴書所指犯罪時間外之犯行得併予審判之依據，理由稍欠完備，然於判決本旨不生影響，不得指為違法，而據為第三審上訴之適法理由。

㈡被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4關於傳聞法則之例外規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。刑事訴訟法第159條之5第1項定有明文。

原判決說明：本於程序之明確性，當事人已於準備程序或審判期日明示同意作為證據之傳聞證據，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，即無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求；此一同意之效力，既因當事人之積極行使處分權，並經法院認為適當且無從許其撤回，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，仍不失其效力等旨。則劉奕辰、楊粧米、陳自赳及駱光強於調詢時之陳述、扣案之陳蒨誼電腦檔案列印之e幣方案投資資料、優福國際加盟組㈠、㈡明細表、轉入MBI配套資料、楊粧米提供之優福款項分配明細表，均屬被告以外之人在審判外之陳述，曲宏慈及其辯護人於上訴審行準備程序時，表示「同意有證據能力」，且於審判期日經審判長踐行法定調查證據程序，並經檢察官、曲宏慈及其辯護人辯論其證明力（見上訴審卷一第451至475頁、上訴審卷二第168至234頁），原判決採為認定犯罪事實之證據，並無不合。此部分上訴意旨，徒憑己意，任意指摘：原判決採取上述證據認定犯罪事實，有採證認事違反證據法則及理由不備之違法云云，尚非合法之上訴第三審理由。

㈢證據的取捨、證據的證明力及事實的認定，都屬事實審法院裁量、判斷之職權；如其此項裁量、判斷，並不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明。且既已於判決內論敘其何以作此判斷的心證理由者，即不得單憑主觀，任意指摘其為違誤，而據為提起第三審上訴的合法理由。

原判決主要依憑曲宏慈所為不利於己部分之供述及證人楊粧米、楊宗儒、陳蒨誼等人之證述，佐以卷附優福國際公司與投資人所簽立之投資暨委託經營合約書及發給投資人之股份憑證、陳蒨誼電腦檔案列印之e幣方案投資資料、優福國際加盟組㈠、㈡明細表、轉入MBI配套資料、搜索扣押筆錄及扣押物品目錄表等證據資料，經相互勾稽、比對，而為前揭

犯罪事實之認定。並進一步說明：一般正常投資行為，必然是可能獲利、可能虧損，再由投資人依據所估算報酬率的高低、所需承受的風險程度，決定是否參與投資及要投資多少款項。而e幣方案、35方案，雖具有投資的外觀，然前開2方案之約定內容，均向投資人保證獲利，投資人於投資期滿後，必然可取回高於投資本金之款項；e幣方案、35方案對於投資人所允諾給付的紅利總和，其年報酬可達11.43%至19.17%，較我國金融機構近年來，一般均不到2%的存款利率，顯然高出許多，實屬穩賺不賠，並有高額獲利可期，自會誘使一般人爭相投資資金參與投資；e幣方案、35方案非只向少數親友或具有一定信賴關係之特定人招攬投資，而是有不斷擴張招攬對象的情形，已與銀行法第5條之1所規定「向不特定多數人吸收資金，並約定返還高於本金之行為」，並無實質上差異，而屬非法經營收受存款業務即銀行業務的行為。再者，優福國際公司、優福流通公司均非依我國銀行法登記成立之金融機構，已違反銀行法第29條第1項「非銀行不得經營收受存款業務行為」。是以，曲宏慈為優福國際公司實際負責人，主導e幣方案、35方案之推展執行，以優福國際公司名義，向不特定之人吸收資金，約定給付與本金顯不相當之報酬，並約定到期返還本金，已違反銀行法第29條之1非銀行不得經營準收受存款業務之規定，應依同法第125條第3項、第1項前段規定論罪等旨。

至曲宏慈上訴意旨所指，e幣方案、35方案約定給付之紅利未超過110年1月20日修正公布、同年月22日生效施行前民法第205條所規定之年利率20%；且優福國際公司經營加水站之獲利可達30%以上，則參與e幣方案、35方案約定給付11.43%至19.17%紅利，未達顯不相當之程度等情。惟民法第205條意在藉由對私人契約行為的限制，保護依約需支付利息（或紅利）之人；銀行法第29條第1項、第29條之1，則是藉由對收受存款業務的經營限制，避免社會大眾財產遭受損害，進而影響整體金融秩序，其保護之對象乃可收取利息（或紅

利）之人，二者規範目的不同，自無從比附援引，執為有利於曲宏慈之認定。又銀行法第29條之1所指「顯不相當」，係指約定或給付之紅利等與投資本金是否「顯不相當」而言。而此應參酌事發時、地之經濟及社會狀況判定，若約定或給付之孳息或報酬，明顯超乎銀行定期存款等保守性或低風險投資理財獲利之水準，而足以誘使不特定多數人輕忽風險交付款項或投入資金者，即符合上揭以收受存款論規定之要件。有關曲宏慈上訴意旨所指優福國際公司經營加水站之獲利可達30%，而將其中11.43%至19.17%，分配與參與e幣方案、35方案之投資人，尚非顯不相當各節，顯然誤解銀行法第29條之1規定，自難執為合法上訴第三審理由。

原判決認定曲宏慈以優福國際公司推出e幣方案、35方案對外招攬，而向附表十編號1-1、2-1所示投資人吸收資金等犯罪事實，已詳敘所依憑之證據及論斷之理由（詳見原判決第5至7頁）。而附表十編號1-2、2-2所對應之附表四、五備註欄有記載「上訴人於前審或本院審理中具狀承認」等語，係強調此部分招攬投資吸收資金行為，除前述之證據外，並經上訴人承認在卷。曲宏慈此部分上訴意旨所稱，原判決對於附表十編號1-1、2-1所示吸收資金之各該投資人、投資時間、投資金額等內容，均未說明所依憑之證據及論斷之理由，以及認定犯罪事實僅有上訴人之自白為據等節，顯與原判決所為說明不符。另原判決理由參之一，係說明e幣方案資料、優福國際加盟組㈠、㈡明細表、轉入MBI配套資料、楊粧米提供之優福款項分配明細表，具有證據能力。而理由肆之三㈠1.、㈡及伍之三㈡，則係說明e幣方案資料、優福國際加盟組㈠、㈡明細表、轉入MBI配套資料、楊粧米提供之優福款項分配明細表之證明力較低，尚難僅憑前開事證認定曲宏慈有附表十編號1-2、2-2所示之吸收資金行為，而必須其他補強證據可資佐證，並無理由矛盾可言。至附表十編號1-1所對應附表四編號40所示之吸收資金犯行，除e幣方案投資資料外，並有證人即投資人張展源之證詞，足以佐證e

幣方案投資資料此部分之記載為真實可信，原判決亦無採證認事違反證據法則可言。

原判決所為論斷說明，與經驗法則及論理法則不悖，且此項有關事實之認定，係屬原審採證認事職權行使之事項，自不得任意指為違法。曲宏慈此部分上訴意旨，猶任意指摘：原判決認定曲宏慈有非法經營銀行業務犯行，有調查職責未盡、採證認事違反證據法則及理由不備、矛盾之違法云云，洵非合法之上訴第三審理由。

又原判決就上述不另為無罪諭知部分，已敘明檢察官起訴意旨略以：曲宏慈基於非法吸收資金的犯罪故意，以優福國際公司名義推出e幣方案，另向附表十編號1-2所對應之附表四各該編號所載投資人招募投資，而吸收各該編號所示投資金額之資金。因認曲宏慈此部分所為，亦涉犯銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務罪嫌。雖檢察官以曲宏慈涉犯前揭罪嫌所依憑之e幣方案投資資料及事業投資方案投資人轉MBI明細表，其內載有相關之投資情形為依據。惟e幣方案投資資料所記載內容夾雜系統測試建置之資料，未能盡信，而事業投資方案投資人轉MBI明細表，則係根據e幣方案投資資料所製作，自然延續前揭情形，此外，復無其他確實證據足以佐證前揭資料之記載內容真實可信，曲宏慈被訴此部分非法經營銀行業務犯行無法證明，原應為無罪之諭知，惟此部分如成立犯罪，與前揭經論罪之部分，有集合犯之實質上一罪關係，爰不另為無罪之諭知等旨。已詳述其調查、取捨證據之結果及形成心證之理由，且其所為論斷說明，衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，於法並無不合。是檢察官關於此不另為無罪諭知部分之上訴意旨，無非係就原判決已說明事項，並未依據卷內訴訟資料具體指摘，重為有無犯罪事實之爭執，漫指原判決違法，同非適法之第三審上訴理由。

㈣法院不得就未經起訴之犯罪審判，刑事訴訟法第268條定有明文，是法院審判係以檢察官擇為起訴之客體即起訴書所記

載之犯罪事實，作為範圍。犯罪有無被提起公訴，亦即法院審判之範圍，應以起訴書犯罪事實欄記載之犯罪時間、地點、行為人、被害人及犯罪行為等事項為依據。

又刑事訴訟法並無如民事訴訟法得「擴張或減縮應受判決事項之聲明」之規定。如須追加起訴或撤回起訴，自應分別依刑事訴訟法第265條或第269條之規定為之；是就與已經起訴之案件無單一性不可分關係之相牽連犯罪（指刑事訴訟法第7條所列案件），應依起訴之程序以言詞或書面加提獨立之新訴，不得於準備程序或審判期日，逕以擴張起訴犯罪事實之請求代替訴之追加；另亦不得於準備程序或審判期日以言詞為減縮起訴犯罪事實之請求代替撤回起訴。

原判決已說明：起訴書犯罪事實欄一之㈣所述犯罪事實的記載內容，不但沒有提及曲宏慈有違反證券交易法之主觀犯意，且就關於違反證券交易法第22條各項規定中，有關「未向主管機關申報生效」之犯罪客觀構成要件，也全然未為記載。另起訴書所犯法條欄亦未載明有關違反證券交易法的法條規定，而起訴書所列證據清單，亦未就曲宏慈違反證券交易法的犯罪事實為舉證。此外，本件於偵查過程中，檢察官曾聲請羈押，而羈押聲請書上所載之曲宏慈涉犯罪名，除銀行法第125條第1項外，另有證券交易法第22條第3項、第174條第2項第3款（見聲羈卷第1、3頁），然提起公訴時，卻於起訴書中未予記載違反證券交易法的罪名，足見檢察官於起訴時應是特意將關於證券交易法部分予以排除。綜上所述，檢察官起訴書犯罪事實欄一之㈣所述犯罪事實，並未起訴曲宏慈有涉嫌違反證券交易法之犯行。則在曲宏慈此部分之違反銀行法犯行，已經由第一審及上訴審認為不能證明曲宏慈有公訴意旨所指非法經營銀行業務犯行，因此部分若成立犯罪，與上開有罪部分有實質上一罪關係，而說明不另為無罪之諭知，雖檢察官於第一審審理時提出補充理由書（見第一審卷二第156頁），亦因不符追加起訴之法定程式而無從視為追加起訴，曲宏慈違反證券交易法犯行，既未經檢察官起

訴，也非起訴效力所及，法院自無從予以判決等旨。依上開說明，於法並無不合。檢察官此部分上訴意旨，猶任意指摘：原判決就業經起訴之未經主管機關申報生效募集及發行有價證券犯罪事實，未併予審判，有已受請求之事項未予判決之違法云云，並非合法之上訴第三審理由。

五、綜上，本件上訴意旨，或係置原判決所為明白論斷說明於不顧，就前開判決已詳細說明事項，徒憑己意而為相異評價，重為犯罪事實有無之爭執，或對於事實審法院採證、認事之適法行使，任意指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。依照首揭說明，應認本件曲宏慈及檢察官對曲宏慈部分之上訴，均為不合法律上之程式，應予駁回。

貳、優福國際公司、優福流通公司部分

一、第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院；未補提者，毋庸命其補提。其已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之。參與沒收程序之上訴準用之。刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段、第455條之28規定甚明。

二、本件檢察官所提出之上訴書，只針對附表十編號1-2所示非法經營銀行業務（即不另為無罪諭知部分）及違反證券交易法部分，陳述上訴之理由，關於參與人優福國際公司、優福流通公司部分則未具理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出此部分之上訴理由。依上開說明，檢察官關於此部分上訴，均非合法，應予駁回。

參、臺灣高雄地方檢察署於112年7月12日以雄檢信龍112偵12578字第0000000000號函檢送案卷原卷20宗、影卷17宗、偵訊光碟6片、資料光碟1片，函請本院併案審理該署112年度偵字第12578、12579、12580、12581、12582、12583號曲宏慈違反證券交易法等案件（有關併予審理之犯罪事實詳如前揭案號之檢察官移送併辦意旨書之犯罪事實欄所載）；於112年7

月21日以雄檢信麟112偵12576字第0000000000號函檢送案卷原卷6宗、影卷3宗、偵訊光碟1片，函請本院併案審理該署112年度偵字第12576、12577號曲宏慈違反證券交易法等案件（有關併予審理之犯罪事實詳如前揭案號之檢察官移送併辦意旨書之犯罪事實欄所載）。本件既從程序上為駁回上訴之判決，本院自無從就前揭各併案部分併為審理，均應退回檢察官另行依法處理，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　10　　月　　30　　日

刑事第四庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　洪于智

法　官　林婷立

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　113　　年　　11　　月　　5　　日