

# 最高法院刑事判決

113年度台上字第2950號

上訴人 臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官葉麗琦

上訴人

(被告) 汪招明

周麗敏

被告 汪宗佑

上一人

選任辯護人 陳雅娟律師(法扶律師)

上列上訴人等因被告等違反銀行法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國113年4月25日第二審判決(111年度金上重訴字第4號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署107年度偵字第10372、10484、10485、10486、10487、10488、10489號)，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於汪宗佑部分撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回(被告汪宗佑)部分：

一、本件原判決以公訴意旨略稱：被告汪宗佑為屏東縣私立大佳老人長期照顧中心(下稱大佳長照中心)之負責人，實際負責人則為汪招明、周麗敏(另屏東縣私立宗佑老人長期照顧中心〈下稱宗佑長照中心〉、屏東縣私立上佳老人長期照顧中心〈下稱上佳長照中心〉之實際負責人亦為汪招明、周麗

01 敏)。被告明知非銀行不得經營收受存款，亦不得以借款、  
02 收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之  
03 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  
04 利、利息、股息或其他報酬，竟與汪招明、周麗敏、汪亭  
05 佑、蘇順偉（汪亭佑、蘇順偉業經原審判處罪刑確定）共同  
06 基於非法經營收受準存款業務之犯意聯絡，自民國102年起  
07 至107年7月止，由汪招明及周麗敏透過親友介紹，或以蘇順  
08 偉為聯絡人之名義在自由時報刊登徵求長照中心股東等方  
09 式，以高額利率招攬不特定民眾合夥投資前述宗佑、上佳及  
10 大佳等3家長照中心或貸予款項，誘使民眾投資加入。嗣汪  
11 招明及周麗敏即以提供投資者簽訂合夥契約書或借款契約書  
12 2種方式，供有意投資者選擇加入，合夥契約以5年至8年為  
13 期，依不同年度按月領回2%至5%（即年利率24%至60%）之本  
14 利，期滿不返還本金；借款方式則約定月息1.25%至3%（即  
15 年利率15%至36%），期滿返還本金。投資者則以匯款或交付  
16 現金給汪招明、周麗敏及蘇順偉收受之方式提供資金，並視  
17 投資對象為何家長照中心，而分別由周麗敏、汪宗佑及汪亭  
18 佑與投資人簽訂合夥契約書或借款契約書，再以周麗敏、汪  
19 宗佑、汪亭佑及蘇順偉名義簽發本票或支票資為擔保。汪宗  
20 佑等5人即以上開方式，陸續招攬如原判決附表（下稱附  
21 表）一所示之32名投資人，以如附表二所示方式，陸續投資  
22 宗佑、上佳及大佳等3家長照中心，吸收資金達新臺幣（下  
23 同）1億7675萬6500元。因認被告所為係犯銀行法第125條第  
24 1項後段之非法經營銀行業務罪嫌。惟經審理結果，認為被  
25 告欠缺違法性認識，且有正當理由而無法避免，應依刑法第  
26 16條規定阻卻犯罪之成立，因而撤銷第一審科刑之判決，改  
27 判諭知被告無罪，固非無見。

28 二、按證據雖已調查，若尚有其他重要證據未予調查，或疑點未  
29 予釐清，致事實未臻明確者，即與未經調查無異，如遽行判  
30 決，仍難謂無應於審判期日調查證據而未予調查之違法。又  
31 刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因

01 不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」依  
02 該條之立法說明，刑法第16條於94年2月2日修正後，已明確  
03 採取「責任說」，而將行為人對於其行為適法性之評價，亦  
04 即違法性認識（不法認識），與構成要件之主觀要素（故  
05 意、過失）區別處理，而為獨立之罪責要素。所謂「違法性  
06 認識」，並不以行為人必須具體認識到特定刑罰條文之構成  
07 要件或其處罰效果為必要，亦不以行為人確知其行為違法為  
08 限，僅需行為人認識到其行為可能違法，即為已足；申言之  
09 之，縱令行為人認為其行為可能違法、也可能合法時，亦即  
10 陷於所謂不法懷疑（Unrechtszweifel）者，仍應認其具有  
11 違法性認識；且行為人如具構成要件故意時，通常即可推定  
12 其具有違法性認識。至行為人因不知法令之存在，或雖知法  
13 令存在、但對於法令之解釋涵攝有誤，以致誤認其行為確屬  
14 合法（包括消極之不認識自己行為為法律所不許，以及積極  
15 之誤認自己行為為法律所許），所生之違法性錯誤（禁止錯  
16 誤），應如何評價其責任，則應區別情形而為不同之處理：  
17 （一）倘違法性錯誤係有正當理由而無法避免者，行為人對於違  
18 法性之存在既欠缺認識可能性者，即欠缺依循法令而為適法  
19 性為之之期待可能性，係屬「不可避免之禁止錯誤」，雖不  
20 影響構成要件該當性，但應阻卻其責任，以符合責任主義之  
21 精神；（二）至若行為人雖有違法性錯誤，但並非無法避免，亦  
22 即行為人對於違法性之存在具有認識可能性者，則屬「可以  
23 避免之禁止錯誤」，僅得依其情節，減輕其責任，但並不影  
24 響罪責之成立。又行為人倘有違法性錯誤，是否對其行為之  
25 違法性存有認識可能性？則應依：（一）行為人行為時之智識程  
26 度如何？（二）法令規範是否符合明確性原則？（三）行為人是否有  
27 機會正確理解法令規範？（四）行為人是否於行為前對其行為之  
28 適法性為必要之調查、諮詢、照會，而獲得其行為係屬適法  
29 之回覆（如該法令之主管機關明確表示其行為係屬適法）？  
30 等事實，為綜合之判斷，以確認行為人之違法性錯誤是否應  
31 阻卻其責任，或僅止於裁量減輕其刑之程度。

01 三、本件依原判決之認定，被告多次於汪招明、周麗敏與投資者  
02 洽談或簽約時在場，知悉汪招明與周麗敏約定給予之利息或  
03 紅利，且對於汪招明、周麗敏邀約他人以投資或借貸方式提  
04 供資金予3家長照中心之行為有所理解；被告並與投資人接  
05 洽、向投資人介紹投資方式、收受投資人交付之資款，及於  
06 大佳長照中心與投資者簽訂之（隱名）合夥契約書、與借款  
07 者簽訂之借款契約書（借據）上以大佳長照中心負責人名義  
08 簽名，並簽發本票、支票資為擔保等行為。原判決並說明被  
09 告雖罹有輕度智能障礙，但綜合被告之學經歷、生活狀況、  
10 在宗佑、上佳及大佳等3家長照中心之工作內容、於調查員  
11 詢問及檢察官訊問時之陳述能力等事實，認定被告於本案行  
12 為期間之行為辨識能力及行為控制能力並無欠缺或顯屬降低  
13 之情，而具銀行法第29條第1項、第29條之1、第125條第1項  
14 之構成要件故意。如果無訛，則依前開說明，通常即可推定  
15 被告亦具有違法性認識。又查，被告客觀行為所違反之銀行  
16 法第29條第1項、第29條之1、第125條第1項，尚無規範內容  
17 不明確，而可使被告因而確信其行為合法之情；且依原判決  
18 之認定，共同正犯汪招明、周麗敏於本案行為時，對於其等  
19 行為均具違法性認識，汪招明、周麗敏與被告係屬親子，具  
20 同居共財之親屬關係，且被告等人之共同非法經營銀行業務  
21 行為係自102年1月起至107年9月止，期間長達5年多，如果  
22 無訛，則被告於行為時是否全然未認識到其行為可能違法，  
23 而無任何不法懷疑，致有違法性錯誤之情？倘被告確有違法  
24 性錯誤，是否毫無機會正確理解法令規範？被告或其他共同  
25 正犯是否對其行為之適法性有為必要之調查、諮詢、照會，  
26 而獲得其行為係屬適法之回覆？被告是否對於違法性之存在  
27 欠缺認識之可能性？以上疑點，與被告是否具有違法性錯  
28 誤？是否屬不可避免之禁止錯誤？而有刑法第16條之適用攸  
29 關，自有詳加釐清之必要。原審對上述疑點未加以調查釐  
30 清，致事實未臻明瞭，亦未說明何以毋庸調查之理由，僅以  
31 銀行法第29條之1、第125條第1項非屬自然犯，其違法性並

01 非普遍皆知，必須為法律專業人士或與金融產業有相關接觸  
02 者，較有可能確知此項禁止規範，被告為輕度智能障礙（全  
03 量表智商為63），並無證據可認有接觸金融業務之相關經  
04 歷，而認被告確有不知上開禁止規範而誤信其行為合法之可  
05 能性存在，遽認被告欠缺違法性認識；復以被告為輕度智能  
06 障礙，自小依附父母生活乃至成年工作，即認被告欠缺違法  
07 性認識係屬有正當理由而無法避免，逕依刑法第16條規定，  
08 判決被告無罪，自難謂無調查未盡及理由欠備之違法。

09 四、檢察官上訴意旨執此指摘原判決違法，尚非全無理由。而原  
10 判決上開違誤影響關於被告之事實認定及法律適用，本院無  
11 從據以自行判決，應認原判決關於此部分有撤銷發回更審之  
12 原因。

13 貳、上訴駁回（上訴人汪招明、周麗敏）部分：

14 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決  
15 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判  
16 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未  
17 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  
18 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第  
19 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違  
20 背法律上之程式，予以駁回。至原判決有無違法，與上訴是  
21 否以違法為理由，係屬二事。本件原審經審理結果，認為上  
22 訴人汪招明、周麗敏犯行明確，因而撤銷第一審關於汪招  
23 明、周麗敏部分之判決，改判論處汪招明、周麗敏共同犯銀  
24 行法第125條第1項後段非法經營銀行業務罪刑，及諭知相關  
25 之沒收及追徵。已詳敘其認定犯罪事實所憑證據及認定之理  
26 由。

27 二、上訴意旨略稱：汪招明、周麗敏因長照業無法向銀行貸款，  
28 始向特定人借貸以興建長照中心，其中高榮福、謝瑩新、游  
29 國忠、汪明益均為汪招明舊識，高榮福、林獻章更為長照中  
30 心協力廠商，馬其宏、何舒怡、林素貞、江婕慧則因游國忠  
31 鼓勵而願意提供資金協助長照中心興建，林素貞之母更為長

01 照中心之住民；汪招明、周麗敏確實將借得款項完成長照中  
02 心興建，其等努力深造加強專業訓練，長照中心亦獲頒綠能  
03 建築楷模，汪招明更加入獅子會、領有良民證，並獲邀前往  
04 輔英科技大學演講，及當選屏東縣長期照護發展協會理事  
05 長，除用心照顧長照中心長者外，更樂善好施捐款回饋社  
06 會，其等甚至為貢獻長照而賠上健康，反觀債權人接收長照  
07 中心後，因營運不佳遭屏東縣政府社會處發函要求改善，足  
08 見汪招明、周麗敏係用心經營之業者，非以吸金為目的；且  
09 其等確有依約清償借貸本金及利息，甚至有借貸者取回金額  
10 高於借貸金額者，於事發後其等亦召開債權人會議積極清  
11 償，核與吸金行為係以收取他人款項償付他人應得紅利，不  
12 可能將款項全數給付者不同，其等自無銀行法吸金之犯意。  
13 至汪招明、周麗敏雖有刊登報紙廣告，然係欲招募人才，廣  
14 告內並無保證獲利或徵求資金，自無從作為不利認定之依  
15 據。

16 三、採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判  
17 斷，如未違背經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以認定之  
18 心證理由，即不能任意指為違法。又銀行法第125條第1項後  
19 段之非法經營銀行業務罪，係以違反同法第29條第1項規  
20 定，且因犯罪獲取之財物或財產上利益達1億元以上，作為  
21 構成要件；而同法第29條第1項業規定：「除法律另有規定  
22 者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾  
23 財產或辦理國內外匯兌業務。」又同法第29條之1則規定：  
24 「以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人  
25 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  
26 不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論。  
27 」是銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務罪，並非  
28 目的犯，倘行為人客觀上有為收受存款之行為，所收受之存  
29 款數額達1億元以上，主觀上亦對上開客觀事實有所認識，  
30 仍決意為之，則該罪之構成要件即已該當，至行為人主觀上  
31 之動機、目的、意圖為何，即非所論，並不以行為人以收受

01 存款為幌行詐欺取財之實，或建立多層級組織，或以另一存  
02 款人之存款抵付特定存款人之本金利息，為其構成要件。本  
03 件原判決主要係依憑汪招明、周麗敏所為不利於己之供述，  
04 佐以共同被告汪宗佑、汪亭佑、蘇順偉之供述，再參酌上  
05 佳、大佳、宗佑老人長期照顧中心基本資料、許可書、申請  
06 書、自由時報分類廣告委刊證明單、銀行帳戶資料，及附表  
07 二所示證據等證據資料，本於事實審之推理作用，認定汪招  
08 明、周麗敏確有原判決事實欄所載之本案犯行，並說明汪招  
09 明、周麗敏所辯：(一)本案邀約投資或借款之對象均為特定  
10 人，(二)所約定或給付之紅利、利息，與本金並非顯不相當，  
11 (三)周麗敏並無向附表二所示之人邀約投資、借款而收受資  
12 金，亦無犯意聯絡，(四)吸金金額未達1億元云云，如何不可  
13 採信等旨，係合乎推理之邏輯規則，尚非原審主觀之臆測，  
14 核與證據法則不相違背，難認有何採證及理由不備之違法情  
15 事。且觀諸卷附自由時報分類廣告委刊證明單（見他卷二第  
16 27至28頁），汪招明、周麗敏先後於106年12月22至24日、2  
17 6至28日、29至31日、107年1月1日至3日，於該報之高雄  
18 版，及於106年12月22至23日、26至29日、31日、107年1月1  
19 至2日，於該報之臺南版，刊登內容包括「老人長照中心徵  
20 求股東」、「誠摯歡迎有意願從事老人長照事業的伙伴」、  
21 「徵求合作伙伴共創雙贏（退休教師或醫師尤佳）」等文字  
22 之分類廣告；而依證人即附表二編號4投資人黃筠倫之證  
23 述，其即係依該分類廣告投資610萬元，是原判決綜合其他  
24 證據，認定汪招明、周麗敏確有對外向不特定人吸收資金之  
25 犯行，自無違法可指。汪招明、周麗敏上訴意旨空言指稱上  
26 開分類廣告僅係招募人才之徵才廣告，並非用以招募股東，  
27 所為並非向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金云云，  
28 自非適法之第三審上訴理由；汪招明、周麗敏另以其等非以  
29 吸金為目的、確有將取得資金用以興建長照中心、依約清償  
30 借貸本金及利息、未以收取之款項償付其他投資人應得紅利  
31 云云，指摘原判決違法，依前開說明，核係以非法經營銀行

01 業務罪所無須具備之要件，對原判決採證認事職權之合法行  
02 使，徒憑己見，任意指摘，亦非適法之第三審上訴理由。

03 四、其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適  
04 用何種法則或如何適用不當，徒就原判決已明確論斷說明之  
05 事項，暨不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，顯與法  
06 律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆之首揭  
07 說明，應認其等之上訴為違背法律上程式，皆予以駁回。

08 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，  
09 判決如主文。

10 中 華 民 國 114 年 2 月 20 日

11 刑事第二庭審判長法官 徐昌錦

12 法官 林海祥

13 法官 江翠萍

14 法官 楊力進

15 法官 張永宏

16 本件正本證明與原本無異

17 書記官 邱鈺婷

18 中 華 民 國 114 年 2 月 24 日