最高法院刑事判決

114年度台上字第1325號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官呂建興

上　訴　人

即　被　告　魏君婷

選任辯護人　陳彥任律師

　　彭敬庭律師

上列上訴人等因被告違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國114年1月16日第二審判決（112年度金上重訴字第10號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107年度偵字第8722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。至原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、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，認定上訴人即被告魏君婷有如其事實欄(包含其附表〈下稱附表〉二)所載犯行，因而撤銷第一審關於被告部分之科刑判決，改判論處被告幫助法人之行為負責人犯銀行法第125條第3項、第1項後段之非法經營銀行收受存款業務罪刑，以及諭知相關之沒收。已詳為敘述調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之得心證理由。並就被告否認犯罪所

辯各節，如何不可採取，予以指駁。從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。至原判決說明不另為無罪諭知部分，檢察官未就此提起上訴，並非本院審理範圍，附此敘明。

三、上訴意旨略以：

㈠檢察官部分：

第一審就被告實際犯罪所得之估算，已充分評價吳國昌(另案判決確定)於偵查及第一審審理時之證述，據以估算被告之實際犯罪所得為第一審、原審共同被告葉大慧之半數。嗣原審再度傳喚吳國昌到庭釐清「見證」、「鑑證」之意，並無認定被告實際犯罪所得之不同事證。原判決竟估算被告之實際犯罪所得為葉大慧之半數再4分之1，顯有雙重減免，形同免費法律服務，其估算結果顯然悖離事實，且違反經驗法則、論理法則。

㈡被告部分：

1.證人蘇修範、曾廖碧雲、告訴人即被害人王建義等人之證述，僅能證明對中信昌國際企業有限公司(下稱中信昌公司)吸收資金行為產生助力者，並非被告所為之契約「鑑證」，而係中信昌公司業務員之不當說明。縱認蘇修範等人係因被告之契約「鑑證」而決定投資中信昌公司，其等之投資金額合計亦僅新臺幣(下同)75萬元。原判決逕認被告幫助中信昌公司吸收資金超過1億元，於法無據。況原審係於調查證據及辯論完畢後，始命王建義陳述意見，並未命王建義具結，更未就王建義之陳述踐行證據調查程序，其所為陳述，應無證據能力，亦不得作為判斷之依據。原判決將王建義之陳述，採為認定被告犯罪事實之依據，其採證認事違背證據法則，且有理由欠備之違法。

2.被告主觀上認為其所為係依法令之行為，有「容許構成要件錯誤」之情形，縱認其行為時可以預見中信昌公司給付投資人年利率12%或9.6%之報酬，有違反銀行法之可能，但被告主觀上應係「有認識過失」而非具「不確定故意」。原判決

遽認被告有不確定故意，且未說明何以不構成「有認識過失」，其採證認事有違證據法則，且有調查職責未盡，理由欠備之違法。

3.被告所為「鑑證」，無違律師法及律師倫理規範，而屬中性行為。又被告之契約「鑑證」，係於契約雙方簽約後所為，僅為事後幫助，並不構成幫助犯。原判決未予查明上情，逕為被告不利之認定，其採證認事有違經驗法則、論理法則，且有調查職責未盡之違法。

4.原判決援引本院92年度台上字第2433號判決、97年度台上字第5936號判決、101年度台上字第2813號判決之見解，因認被告所辯各節，並不可採。惟上開判決並非卷內資料，原審未於審判期日就此調查，亦未使被告及其原審辯護人有辯論之機會，已剝奪被告之訴訟防禦權，所踐行之訴訟程序違背法令，且影響判決結果。

5.原判決主文記載被告係幫助法人之行為負責人犯銀行法第125條第3項、第1項後段之罪，亦即被告係幫助中信昌公司、固揚綜合開發有限公司(下稱固揚公司)非法收受存款業務。然於事實欄、理由欄均記載：被告係幫助吳國昌違反銀行法等語，其主文與事實、理由記載彼此不符，有理由矛盾之違法。

四、經查：

㈠證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得裁量、判斷之職權，苟其裁量、判斷，並不悖乎經驗法則或論理法則，且已於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即無違法可言。

又刑法第13條第2項所規定「不確定故意」，與同法第14條第2項所規定「有認識過失」之區別，在於犯罪實現「意欲」要素之有無，前者規定為「不違背本意」，後者則規定為「確信不發生」。而「意欲」要素之存否，並非祇係單純心理事實之審認，且行為人對於構成犯罪事實發生之「不違背本意」與「確信不發生」呈現互為消長之反向關聯性，亦

即「有認識過失」之否定，可為「不確定故意」之情況表徵。行為人對於犯罪事實於客觀上無防免之作為，主觀上欠缺合理基礎之不切實設想，或心存僥倖地相信犯罪事實不會發生，皆不足憑以認為係屬犯罪事實不發生之確信。是除行為人就構成犯罪事實不至於發生之確信，顯有所本且非覬倖於偶然，而屬「有認識過失」之情形外，行為人聲稱其相信構成犯罪之事實不會發生，或其不願想或不樂見犯罪事實之發生者，亦不問其動機為何，並不妨礙「不確定故意」之成立。

原判決主要依憑被告不利於己部分之供述，以及吳國昌、蘇修範、曾廖碧雲、李英瑜等人之證詞，再佐以附表二所示相關契約書等卷證資料，相互勾稽、印證，而為前揭事實之認定。

原判決並說明：被告為具有律師執照之專業人士，有相當智識程度及工作經驗，依吳國昌之證詞及被告於第一審行準備程序時供承：被告在受吳國昌委託執行關於「露營車售後租回」、「嘉義、金門旅館預定地售後租回」專案之相關契約書「鑑證」業務前，曾查詢銀行法第29條之1所謂「與本金顯不相當」之紅利、利息、股息或其他報酬規定之實務見解，知悉當時最具代表性的實務見解為臺灣高等法院99年法律座談會決議所認定之標準。又當時歐洲、日本已步入負利率之狀態，被告並告知吳國昌前揭專案1年給付客戶9.6%至12%之租金收入，有違反銀行法的風險等語。足見被告自始即知悉形式上名為「買賣契約書」及「租賃契約書」等契約，實際上是以給付高報酬，且期滿買回之條件吸引多數或不特定投資人投資，而有前開專案極可能係涉及違反銀行法有關違法吸收資金規定之認識。又被告為執業律師，自知露營車係動產，依法並無切割為數個持分進而加以處分之可能，而中信昌公司所謂「出售嘉義、金門土地」，並未辦理移轉登記。觀諸本件相關契約使用之文字內容，中信昌公司及固揚公司係以「買賣土地後回租」、「露營車售後租回」方式，

包裝上開公司收受投資人交付之款項後，以「保證買回」條件，使投資人得以完整取回本金，並收取年息9.6%、12%之投資報酬，投資人可以「保本保息」。而被告「鑑證」前揭契約期間，臺灣銀行2年期存款利率為週年利率1.395%至1.425%間，中信昌公司以上開專案吸收存款所給付之報酬利率較銀行同期之2年期存款利率高逾數倍，相較於一般市場上合法投資理財商品之年化報酬率，有顯著之超額。是被告以律師身分，審視前開契約後進行「鑑證」，當可推知前開契約內容形同中信昌公司收受存款，並約定給付與本金顯不相當之報酬等旨。

原判決又載敘：被告受理契約鑑證之期間近3年，經手契約份數多達852份（詳如附表二），足見其「鑑證」契約之數量甚多，並非偶然為之。對不特定之投資人或潛在投資人而言，基於律師法律專業及中立客觀形象，心理上產生信賴感，而減低履約之法律風險評估，被告所為之契約「鑑證」，對投資人的投資意願及行為自發生實質上影響力。則被告於「鑑證」時，主觀上對於前開專案，對外吸引不特定投資人投資之方式，可能涉犯銀行法之違法吸收資金犯罪，以及吳國昌請其「鑑證」之實質目的，係為藉此提高投資信心及意願，使投資人安心出資，知之甚稔。而吳國昌請被告「鑑證」之契約，收受投資人之金額高達4億989萬2,500元(附表二統計所示)，如此龐大之「人數」及「金額」，已發生「大量吸收社會資金」、「危害金融經濟秩序」之結果。堪認被告具有幫助中信昌公司實現非法收受存款罪之不確定故意等旨。

原判決復敘明：銀行法第125條第1項後段規定，旨在處罰違法吸金規模較高、危害金融秩序影響較大之情形，因此「其因犯罪獲取之財物或財產上利益」之計算，以行為人對外經辦收受款項、吸收資金或收受存款業務，所收取之全部款項金額或財產上利益為其範圍。本件吳國昌為中信昌公司前揭專案之規劃及決策執行者，其與共犯張欽堯所招攬投資人之

吸收資金規模，應一併計算。然被告僅參與「鑑證」契約，未出席說明會或招攬投資人，對於非其自身參與「鑑證」之契約實難以預見或得悉，因此僅就其本身「鑑證」之契約金額計算其幫助吸收資金之規模。被告「鑑證」之契約份數為852份，所吸收資金之金額為4億989萬2,500元，其幫助違法吸收資金「因犯罪而獲取之財物或財產上利益」達1億元以上等旨。

原判決所為論斷說明，尚與經驗法則、論理法則無違，係原判決採證認事職權行使之事項，不得任意指為違法。以被告對於中信昌公司非法經營收受存款業務之犯罪事實，於客觀上無防免作為，主觀上亦欠缺合理基礎足以認為對於前揭犯罪事實有不發生之確信，其單純指稱：其確信前揭構成犯罪事實不會發生云云，並不妨礙其有不確定故意之認定。況行為人主觀上具不確定故意與有認識過失，具反向關聯，無從併存。原判決既認定被告具有不確定故意，即無成立有認識過失之可能，此乃當然之理，縱就此未詳細予以闡述，對於判決本旨並無影響，並無被告上訴意旨所指調查職責未盡及理由欠備之違法。而刑法第21條第1項規定：依法令之行為，不罰。本條項所謂「法令」，兼指法律及命令。原判決就此已說明：所謂「鑑證」一詞，查無法令明文有此用詞可循之意涵，律師對於契約進行「鑑證」，亦無法可循。臺北律師公會則訂定「見證規則」而無「鑑證規則」，被告所為鑑證，尚難認係依法令之行為，亦無學說上所謂「容許構成要件錯誤」之適用。又原判決引用「蘇修範於偵查中結證」、「曾廖碧雲於偵查中結證」、「李英瑜於偵查中結證」及「吳國昌於原審證述」之證詞，以資證明中信昌公司合約「鑑證」的目的，是在對外宣示，契約係經客觀中立法律專業律師鑑證，適法性無虞，以取得投資人信任，對於正犯吸收資金行為產生助力，助其吸收不特定資金結果發生等語。至原判決所引用「告訴人王建義於原審法院表示」之意見，已指明係「告訴人意見」而非「證人王建義之證述」，可見

究其本意應係在以其所表示之意見作為彈劾證據，加強前揭證人證述之憑信性，而非以「證人王建義之證述」作為本件認定被告犯罪事實之證據(見原判決第17至18頁)。原判決於理由中已將告訴人表示意見及證人經具結後之證詞予以區分陳述，所為論述固未臻詳盡，容有微疵，然對於判決之結果及本旨不生影響。再原判決已說明：附表二之相關契約書上，已列明被告所屬律師事務所名稱、地址之文字，投資人於簽約時已預期會有律師於契約進行「鑑證」，投資人係簽完契約後，相關業務人員再將契約交給律師蓋章，是被告蓋章「鑑證」契約之環節為簽約行為之一部，自難認屬犯罪行為完成後之「事後幫助」等旨(見原判決第19頁)。另說明：被告於「鑑證」前開契約時，客觀上顯示可得而知正犯係要從事犯罪行為，與學理上無關犯罪之「中性行為」有間等旨(見原判決第24頁)。此外，原判決引用本院相關判決係闡述關於銀行法第29條之1所謂「與本金顯不相當」規定之法律見解，尚非以之為獨立之證據方法。關於中信昌公司前開專案，使投資人收取年息9.6%、12%之投資報酬，是否「與本金顯不相當」一節，檢察官、被告及其原審辯護人於原審審判程序期日，均有陳述意見及辯論之機會，原審充分聆聽兩造意見而為判斷，認應參酌一般金融機構關於存款之利率水準而為認定，所引本院前揭判決意旨，係供輔助說明之用，縱有贅引或說明未臻清晰之處，亦與原判決之本旨無違，難謂原審所踐行之訴訟程序違法。況於原審審判期日，審判長訊以：「尚有何證據請求調查？」，檢察官、被告及其原審辯護人均答稱：「沒有」等語（見原審卷五第29頁）。此部分上訴理由，泛詞指摘：原判決有調查職責未盡、採證認事違背經驗法則、論理法則，且有理由欠備之違法云云，係徒憑己意，任意指摘，自非適法之上訴第三審理由。

㈡自然人違反銀行法第29條第1項、第29條之1非法收受存款業務規定者，係犯同法第125條第1項之罪。法人違反上開規定而犯罪者，處罰其行為負責人，同法第125條第3項定有明

文。所規定「處罰其行為負責人」，並非因法人犯罪而轉嫁代罰其負責人，係因其負責人有此行為而予以處罰。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業務之規定，而其負責人有參與決策、執行者，即為法人之「行為負責人」，而該當於同法第125條第3項之情形。

原判決已說明：吳國昌自民國94年間起，擔任中信昌公司之實際負責人兼總經理（自101年4月間起變更登記為登記負責人），綜理中信昌公司之業務、財務，為法人之行為負責人，並為固揚公司之實際負責人。本件前揭以「露營車售後租回」、「嘉義、金門旅館預定地售後租回」方式收受款項之行為，為吳國昌以公司名義與附表二各編號所示投資人所訂立之契約，前開公司非依銀行法第2條所設立之機構，自屬於銀行法第29條第1項所稱之「非銀行」。中信昌公司非法經營吸收資金業務，吳國昌為法人之行為負責人，就中信昌公司違反銀行法第125條第1項後段之行為，應依同條第3項規定處罰等旨。原判決於事實欄及理由欄記載：吳國昌以公司名義推出前揭專案違法吸收資金等語，係針對法人之行為負責人參與決策、執行事實之敘述，縱或行文有較為簡略之處，然亦不影響原判決之本旨。此部分上訴意旨指摘：原判決有理由矛盾之違法云云，應有誤解，尚非上訴第三審之適法理由。

㈢銀行法第136條之1規定所指沒收「犯罪所得」之規定，係在澈底剝奪犯罪行為人或其以外之第三人（自然人、法人或非法人團體）因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪，性質上屬類似不當得利之衡平措施。至其餘關於沒收之範圍、方法及沒收之執行方式，仍有刑法第38條之1第5項實際合法發還排除沒收或追徵、第38條之2第1項之估算、第2項之過苛條款等規定之適用。又依刑法第38條之2立法說明：「……財產上利益及其孳息，考量其範圍及價額並不具有特定性，

爰參考德國刑法第73b條之規定，明定在認定顯有困難時，得估算之，以符實務需求。另因犯罪所得之沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰，自不適用嚴格證明法則，僅需自由證明為已足，以表明合理之證明負擔」等旨，故犯罪所得之估算不適用嚴格證明法則，僅自由證明為已足。且法院須先就估算基礎事實加以調查審認，再選擇合適之推估方式，在估算過程中，如有基礎事實之調查仍有不明而未能確定者，乃有「有疑則利於被告」原則之適用。倘法院對犯罪所得之估算，係本於調查所得事實之連結，基於經驗法則、論理法則而為犯罪所得範圍與價額之合理估算認定，並非恣意而為，即屬合於義務之裁量，尚難率指為違法。

原判決說明：本件並無被告收取投資人交付投資款項之證據，依吳國昌之證述，被告與吳國昌初期約定之價格為1份合約收取報酬1,000元不等，配合時日較久後，採不定期粗估報酬之方式收取，因被告先前曾受託處理另案事務，故僅收友情價，每次收取金額較葉大慧少，約略為葉大慧收取金額之1/4至1/3，依「有疑則利於被告」原則，應以每份1,000元作為計算基準，並估算「實際」所得為鑑證份數之1/8計算，合計所得應為10萬7,000元（計算式：1,000*852*1/8=106,500，因本件契約每份收取以1,000元計算，故四捨五入至千位為10萬7,000元）等旨。原判決係依吳國昌之證述，認被告所收金額較葉大慧少，以本件契約每份收取1,000元之1/2估算，再依吳國昌所述，因曾委託被告處理另案事務，被告僅收取「友情價」，而再以較有利於被告之1/4估算，亦即係依吳國昌之證詞，以調查所得「估算」被告犯罪所得大概之數據，在吳國昌所述「收取金額比葉大慧少」、「比較像友情贊助」、「沒有固定在請款」等基礎事實之調查仍有不明而未能確定時，擇有利於被告之方式所為之估算，尚屬有據，亦無檢察官上訴意旨所指無理雙重減免情事。檢察官上訴意旨指摘：原判決估算被告實際犯罪所得，

違背經驗法則、論理法則等語，尚難認係合法之第三審上訴理由。

五、綜上，檢察官及被告之上訴意旨，均係置原判決之明白論敘於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞及枝節之事項，漫事爭辯，或對於事實審法院採證認事及沒收職權之合法行使，徒以自己之說詞，泛指其違法。至其餘上訴意旨，亦未依據卷內訴訟資料，具體指明原判決所為論斷說明有何違背法令之情形，難認已符首揭法定之第三審上訴要件。應認檢察官及被告之上訴，均為違背法律上之程式，而予以駁回。

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　　114　　年　　10　　月　　16　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　吳秋宏

法　官　林靜芬

法　官　蘇素娥

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　20　　日