最高法院刑事判決

108年度台上字第1725號

上　訴　人　賴月女
選任辯護人　蔡文斌律師
上　訴　人　章琳琳
　　李秝蓁（原名李靜雪）
　　林琦宓
　　許金葉
共　　同
選任辯護人　楊惠雯律師

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年1月29日第二審更審判決（105年度金上重更㈡字第27號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署95 年度偵字第4689、4996、5326、9513、9934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南分院。

理　由

壹、本件原判決撤銷第一審關於上訴人賴月女、章琳琳、李秝蓁、林琦宓、許金葉（下稱上訴人5 人）部分之科刑判決，改判均論處上訴人5人共同犯銀行法第125條第1 項後段之罪刑。固非無見。

貳、惟查：

甲、關於犯罪所得沒收之法律適用部分

一、本件上訴人5 人因違反銀行法案件，不服原審判決提起第三審上訴，本庭評議後，認為擬採為裁判基礎之法律見解，即民國107年1月31日修正公布施行（同年0月0日生效）之銀行法（下稱修正後銀行法）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。」依前揭規定，犯銀行法之罪的被告，有犯罪所得，該案並有被害人或得請求損害賠償之人（即潛在被害人），是否須先行確定其等之求償數

額，並予扣除後，始就餘額為沒收、追徵之宣告？本院先前相同事實之裁判，已有複數紛爭見解之積極歧異。有採肯定說之見解，認：應於審判中先行調查確定其等求償數額，並予扣除後，始就餘額為沒收、追徵之宣告；有採否定說之見解，認犯銀行法之罪的犯罪行為人，有犯罪所得，並有應發還之被害人或得請求損害賠償之人，此時，法院無須先行確定其等之求償數額，並予扣除後，始為沒收、追徵之宣告。逕行於判決主文諭知：「犯罪所得○○○，除應發還被害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。」之旨即可。本庭經評議後，擬採否定說之見解，因本院先前裁判既有前開積極歧異，乃就上開法律問題應適用之法律見解，於109年6月3日向本院其他刑事庭提出徵詢。徵詢程序業已完成，受徵詢之各刑事庭，均主張採取否定說之見解。是本件採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採上開否定說之見解，已達大法庭統一法律見解之功能，無須提案予刑事大法庭裁判，即應依該見解就本案逕為終局裁判，先予說明。茲敘述理由如下：

（一）修正後銀行法第136條之1，將因刑法施行法第10條之3第2項規定，已不再適用之原規定：「犯本法之罪，因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，屬於犯人者，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。」修正為「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。」上開銀行法沒收之規定，係在104年12月30日修正公布（105年7月1日施行）刑法修正沒收規定生效後始修正施行，依刑法第38條之1第1項但書規定，犯銀行法之罪者，應適用修正後銀行法第136條之1有關沒收之規定。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2項之過苛條款及第38條之1第3項沒收之代替手段規定之適用。

（二）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，係為澈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。

（三）扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；扣押物因所有人、持有人或保管人之請求，得命其負保管之責，暫行發還；扣押物未經諭知沒收者，應即發還，刑事訴訟法第142條第1項前段、第2項、第317條前段雖有明文。惟犯罪所得之財物倘有應發還被害人者，其應發還之對象係指全體被害人而言。再者，得發還之犯罪所得，以經實際依法扣押者為限，未經扣押部分，自無從發還被害人。至於金錢為替代物，重在兌換價值，雖不以原物為限，但因已混同，亦無由依上開規定先行發還各該被害人，必須俟判決確定後再行處理。檢察官依法實施保全扣押被告財產之處分，經執行扣押結果，雖扣得部分財產，但不足以返還所有被害人或得請求損害賠償之人的損害。部分被害人雖於審判中聲請發還扣押物，惟因本案另有其他被害人存在，其他被害人遭違法吸金之款項亦在其中，自無從於裁判確定前，先行就扣押物單獨發還予該聲請之被害人。

（四）本法律爭議，如採肯定說見解，於有應發還被害人或得請求損害賠償之人存在，審判程序中，事實審法院即應先行調查確定其等求償之數額，並予扣除後，始得就餘額為沒收、追徵之宣告。其數額欠明確時，即不宣告沒收、追徵，將會發生被告縱有犯罪所得，且其財產已經扣押，既不予宣告沒收、追徵，又無法依部分被害人之聲請發還扣押物，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。若採否定說見解，被告犯銀行法之罪，如有犯罪所得，並有應發還被害人或得請求損害賠償之人的情形，法院無

須於審判程序先行確定其等求償之數額，除扣除已實際合法發還者外，僅於主文中諭知：「犯罪所得○○○，除應發還被害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。」之旨即可。俟判決確定後，於執行程序中，由執行檢察官依「檢察機關辦理沒收物及追徵財產之發還或給付執行辦法」（刑事訴訟法第473條第4項授權行政院訂定）之規定，辦理沒收物及追徵財產之發還或給付，對被害人或得請求損害賠償之人的保障，將更為周全。

二、本件依原判決事實認定：章琳琳原係華氏鼎證券投資顧問股份有限公司幹部，於94年11月間陳佩綺出境潛逃後，擔任陳育珅之特別助理，負責聯繫及整合「陳系」旗下各投顧公司之業務及處理投資人退款要求；李秝蓁係崇光證券投資顧問股份有限公司實際負責人；賴月女為德聯證券投資顧問股份有限公司實際負責人；林琦宓係尚益證券投資顧問股份有限公司實際負責人；許金葉係豐朝證券投資顧問股份有限公司臺東總公司實際負責人；均為該集團主要成員，負責執行吸收資金業務及管理所屬投顧公司，向不特定之社會大眾招攬收受投資，及非法從事全權委託代操業務。……上訴人5人加入該集團後，已知悉該集團吸金運作之模式，仍為獲得不法報酬，先後與陳育珅、張臆泳、李誌丞、陳佩綺、沈愛金、吳梅邑、陳筠臻、邵雪珠、盧明娟、王國庭、陳淑麗、吳乃一、張永祥、高東花、沈子渝、黃恩盛、郭慧君、俞秋霞、黃名世、林芝及謝顯璋（下稱陳育珅等人）基於……犯意聯絡……，而依序……參與該集團……對外吸收資金之運作（見原判決第3、4、6頁），及原判決所引李秝蓁供稱：其與業務人員抽佣的方式，是以獲利的百分比來計算，客戶拿獲利的六成，公司拿三成，業務人員拿一成等語（見原判決第21頁）；賴月女供述：……保證獲利有6%至7%，其中2.8%給投資人，其餘給公司，我個人只能拿到0.2%等詞（見原判決第32、33頁）。以上如果均無訛。上訴人5人均係該集團

之成員，是否獲有報酬，而有犯罪所得，原審就此未予調查、釐清，已有未合。其逕以上訴人5 人參與本案違反銀行法之非法吸金犯行，共犯吸金規模均已逾數億元（如原判決附表二之一至五所示），而依卷內相關資料觀之，除部分被害投資人經退還部分投資款項外，仍有絕大多數被害投資人之投資款項未獲返還或賠償，顯然本案多數被害人所受損失仍未全部受償。從而，就上訴人5 人共犯非法吸金之金額，雖屬其等於共犯期間該集團之犯罪所得，其個人縱有獲得分配部分報酬（上訴人5 人均否認有獲分配報酬），惟既仍應發還被害人或得請求損害賠償之人，依修正後銀行法第136 條之1 之特別規定，而不予諭知沒收或追徵等語（見原判決第74頁）。不但調查未盡，並有適用法則不當之違誤。

乙、關於共同違反銀行法之認定部分

一、銀行法第125條第1項規定：「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上利益達新臺幣1 億元以上者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣2千5 百萬元以上5 億元以下罰金」。本項之非法吸金罪係以違反同法第29條、第29條之1為其犯罪構成要件，其中同法第29條第1項規定：「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。」第29條之1 規定：「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、股息或其他報酬者，以收受存款論。」就此等構成要件文義以觀，祇見客觀行為之禁制規範，而無特別限定應具備如何之主觀犯意，雖不必如同刑法之詐欺取財罪，須有為自己或第三人不法所有之主觀意圖，然而仍應合於刑法第12條第1 項所揭示故意犯處罰原則。即行為人認識其所為，將該當於前揭非法吸金罪所定之客觀構成要件，猶決意實行，始足當之。

二、卷查：

（一）本件檢察官起訴上訴人5 人與陳育珅等人除涉有行為時刑法第339條第1項之詐欺罪、證券投資信託及顧問法（下稱證券投顧法）第107條第1款未經主管機關許可經營證券投資顧問及全權委託投資業務罪、同法第105條第2項經營證券投資顧問業務而對大眾為詐偽罪外，並說明上訴人5 人與陳育珅等人均有銀行法第29條之1 所定「以收受存款論」之行為，而認其等均涉犯同法第125條第1項（後段）之罪嫌（見起訴書第29、30頁）。

（二）第一審法院、第一次發回更審前原審及第二次發回更審前原審判決，均以：銀行法第125條第1項之罪，以非銀行而經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產，或辦理國內外匯兌業務為要件。所謂收受存款，依同法第5條之1規定，係指向不特定多數人收受款項、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而言。換言之，必其之取得款項、吸收資金，係出於「合法方法」，但因經營收受存款、吸收資金業務未經依法核准、許可為非法者，始足成立違反非銀行不得經營收受存款業務罪，如果行為人之取得款項，係基於「不法原因」如「詐欺」行為，因其並無「返還本金或給付相當或高於本金」之意思，縱有給付利息之約定，亦僅為詐取財物之方法而已，即非所謂之「收受存款」，應逕依詐欺罪論處，無成立銀行法第125條第1項之罪之餘地。認陳育珅等人係以「詐欺」之方式吸收資金，原即無返還本金或給付相當或高於本金之意思，揆之上開說明，陳育珅等人之行為，核與非銀行「合法」收受存款之要件尚有不合，縱有給付本金及高額投資報酬利潤之約定，亦僅為詐取財物之手段，並無返還收受資金之真意，難謂與銀行法第29條之1、第125條第1 項規定之構成要件相當，尚難遽以此罪相繩。因認違反銀行法之罪與詐欺取財罪（含加重詐欺罪及其他特別法規定之詐偽罪）之間具有不能併存之關係（即構成詐欺或詐偽罪即不構成非法吸金罪），不能證明上訴人5 人有如檢察官起

訴意旨所指違反銀行法之非法吸金罪部分之犯罪，而就此部分說明「不另為無罪之諭知」。惟檢察官就此均提起上訴。

（三）因違反銀行法之罪與詐欺取財罪（含加重詐欺罪及其他特別法規定之詐偽罪）之間是否具有不能併存之關係，存有爭議，經本院以105年刑議字第1號：違反銀行法第29條之1 規定，非法吸金，若其非法方式存有欺罔不實情形，行為人並有不法所有的主觀犯意，是否僅成立刑法第339 條第1項之詐欺罪，而無依銀行法第125條之非法吸金罪名處斷餘地？易言之，上揭二罪，是否絕對不能併存？有甲、乙兩說，甲說認為如行為人自始具有不法所有之主觀意圖，而以與投資人所為約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬，作為其詐取資金之引人入彀之方法，即與銀行法所謂之「收受存款」並不相當，而屬於刑法詐欺取財罪之範疇，兩罪無論就立法解釋或文義解釋分析，在性質上互不相容，要無同時成立犯罪之餘地。乙說則以：行為人所為既同時符合非法吸金罪構成要件與詐欺罪構成要件，自應認屬一行為觸犯數罪名的想像競合犯，從一較重的違反銀行法非法吸金罪處斷，否則即有評價不足情形存在。嗣於105年8 月16日105年度第13次刑事庭會議作成決議，採乙說見解。本院105 年度台上字第2687號判決，本此一致之見解，撤銷原採甲說之原審102 年度金上重更（一）字第32號判決，發回更審。

（四）上訴人5 人於原審均否認有共同違反銀行法之犯行，原判決事實之認定，雖以：陳育珅明知非銀行不得以收受投資之名義向多數人或不特定之人吸收資金，且知未經設立公司登記，不得以公司名義經營業務，另非經主管機關金融監督管理委員會證券期貨局（下稱證期局）核准，不得經營證券投資顧問業務、全權委託投資業務，及經營證券投資顧問業務、全權委託投資業務不得有虛偽、詐欺及其他足致他人誤信之行為，竟與陳育珅等人共同基於意圖為自

己不法所有之常業詐欺、以未經設立登記之公司名義經營業務及非法經營證券投資顧問業務、全權委託投資業務，而對不特定之投資人為虛偽、詐欺行為以達非法吸收資金目的之犯意聯絡，以類似老鼠會傳銷之組織架構，大量吸收業務員並四處招攬投資人，以分層負責方式進行吸金。陳育珅等人為招攬投資人大量吸收資金，詎稱於每檔股票到期結算獲利後，除將獲利之一成作為中央管理處之行政管理費用，三成作為各級幹部之獎金外，其餘六成均歸投資人所有，並保證每檔股票均能以低於市場甚低之價格買進，且每檔股票均能獲利等虛偽不實方法，為其宣傳手法，並由邵雪珠、盧明娟、陳淑麗、吳乃一、張永祥、高東花、沈子渝、黃恩盛、郭慧君、俞秋霞、黃名世等人各自向下線糾集幹部，並指示投資人以現金交付或匯款至相關投顧實際負責人指定之帳戶，再由相關投顧實際負責人將資金上繳陳育珅。上訴人5 人加入該集團後，已知悉該集團吸金運作之模式，仍為獲得不法報酬，先後與陳育珅等人基於上開相同之犯意聯絡，而依序自93年2月、93年4月、93年7月、94年1月、94年4 月起，參與該集團以上開方式對外吸收資金之運作（李秝蓁、林琦宓、許金葉部分，於93年10月31日之前〈含當日〉之行為，尚不構成證券投顧法部分之犯行，自93年11月1 日起，始該當證券投顧法部分之犯行）（見原判決第5、6頁）。並於理由欄說明：上訴人5 人或為投顧公司之實際負責人，或為投顧公司之幹部，在該集團內均具有一定之地位，復分擔各項行為，難謂毫無犯意之聯絡及行為之分擔。堪認上訴人5 人於其各人參與該集團犯罪之期間內，其彼此間及與陳育珅等人間，就本案相關犯行而言，應有犯意之聯絡及行為之分擔，應論以共同正犯（見原判決第51頁）。……上訴人5 人所屬「聖堡威廉」集團係以如事實欄所示之保證獲利情形，共同向社會上不特定大眾吸收資金……之事實，業經……認定如前，且李秝蓁、林琦宓、賴月女、章琳琳對此客

觀事實亦不爭執（見原審更二卷四第199至201頁）。……上訴人5 人與陳育珅等人共同以投資股票為訛，向不特定多數人吸收資金，而約定給付與本金顯不相當之紅利或報酬，其因犯罪獲取之財物或財產上利益又已達1 億元以上，除構成修正前刑法第340 條之常業詐欺罪或證券投顧法第105條第2項之詐偽罪外，亦已符合銀行法第29條之1 所規定「以收受存款論」之情形，而構成同法第125條第1項後段規定之加重非法吸金罪（見原判決第53、54頁）。

（五）前述陳育珅等人部分，雖均經第一審法院或原審法院判處罪刑確定，有第一審法院95年度重訴字第16號、原審法院102 年度金上重更（一）字第32號判決在卷可憑。惟各該判決均未認定陳育珅等人有共同違反銀行法之犯意，亦未論以共同非法吸金罪名。原判決事實欄載稱：陳育珅明知非銀行不得以收受投資之名義向多數人或不特定之人吸收資金……與張臆泳……共同基於意圖為自己不法所有之常業詐欺、以未經設立登記之公司名義經營業務及非法經營證券投資顧問業務、全權委託投資業務，而對不特定之投資人為虛偽、詐欺行為以達非法吸收資金目的之犯意聯絡……上訴人5 人加入該集團後，已知悉該集團吸金運作之模式，仍為獲得不法報酬，先後與陳育珅等人基於上開相同之犯意聯絡等情（見原判決第5、6頁）。其理由欄僅以本件客觀事實符合銀行法第29條之1 所規定之情形（見原判決第53、54頁），對於如何認定上訴人5 人有違反銀行法第125條第1項後段之主觀犯意，及如何與陳育珅等人有共同犯意之聯絡，並未記載憑以認定之證據及其理由，有判決不備理由之違法。

參、以上或為上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項，原判決前揭違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認有撤銷發回更審之原因。關於本件已保全扣押之財產，如係第三人（包括本案被告以外之共同正犯等）所有而屬可能被沒收之財產，有無應適用刑事訴訟法第455 條之12

第3項前段規定，裁定命該第三人參與沒收程序，並依審理結果，諭知沒收之判決的情形。案經發回，宜併注意及之。

據上論結，依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　8　　日

最高法院刑事第四庭

審判長法官　吳　　燦

法官　何　信　慶

法官　朱　瑞　娟

法官　高　玉　舜

法官　李　英　勇

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　8　　日