最高法院刑事判決

109年度台上字第1491號

上　訴　人　黃飛鴻

選任辯護人　蕭仰歸律師

上　訴　人　蕭國幹

選任辯護人　王韻茹律師

上列上訴人等因違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年5月9日第二審判決（107年度金上訴字第27號，追加起訴案號：臺灣新北地方檢察署104年度偵字第18096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。

理　由

一、本件原審審理結果，認定上訴人黃飛鴻、蕭國幹有其事實欄所載違反銀行法犯行明確，因而撤銷第一審關於上訴人蕭國幹部分之科刑判決，改判仍依想像競合犯，從一重論處蕭國幹共同犯銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務（累犯）罪刑及為相關沒收之諭知；另維持第一審論處上訴人黃飛鴻共同犯銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務（累犯）罪刑部分之判決，駁回檢察官對此部分及黃飛鴻在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

㈠、銀行法第125條之4第2項前段規定，犯同法第125條之罪，在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑。其立法意旨，係為鼓勵犯罪行為人勇於自白並自動繳出其因參與相關犯罪之所得而設。惟若無犯罪所得，自無所謂自動繳交全部犯罪所得之問題，解釋上此時祇要在偵查中自白，即應認有上開減刑規定之適用。又所謂在偵查中「自白」，係指被告對於自己犯罪事實之全部或攸關犯罪構成要件之主要部分，在偵查中向有偵（調）查犯罪職權之公務員為坦白供述而言，亦即以所承認之全部或主要犯罪事實，在實體法上已合於犯罪構成要件之形式為已足，不以自承所犯罪名為必要

。原判決認定黃飛鴻有加入英國必贏博彩娛樂集團（下稱必贏集團）推出之投資方案，招攬蕭國幹、胡睿傑為其下線，透過參加說明會或以個別遊說之方式，陸續鼓吹不特定之投資人加入必贏集團投資，約定必贏集團每日給付投資金額0.83％利潤，滿30日可領取投資金額25％利潤，最高可領取到投資金額200％利潤之靜態收入，介紹投資人加入會員，可取得推薦獎金、雙軌對碰獎金、領導對等獎金、見點獎金、對沖獎金等動態收入，使其附表（下稱附表）一至四所示之人投資成為會員，向不特定投資人收受投資款項之犯行。而稽之黃飛鴻於偵查中對其向蕭國幹、胡睿傑、張崑宗等人介紹必贏集團之投資方案，其等投資後復陸續招攬不特定多數人投資，並提供匯款帳戶或經手部分投資款項之事實，供承不諱（見臺灣新北地方檢察署104年度偵字第660號卷第48至49頁），原判決亦認上開事實業據黃飛鴻於偵查時供述在卷，及黃飛鴻無因本案投資獲有實際利益等情（見原判決第11頁第17行、第34頁倒數第6行以下），如若所認無訛，則其於偵查中所供承之內容，是否已符合前揭自白減刑規定之要件？原判決並未敘明其理由，已有未合。又參酌原判決事實記載：必贏集團之投資方案係約定，投資期間為8個月，4個月可回本，8個月可賺取1倍投資利潤，若有招募新會員入會時，亦可領取相關獎金，於每月1日、11日、21日可領取獲利等情（見原判決第4頁第15行以下），及黃飛鴻於警詢、偵查、第一審時供稱：（是否因介紹下線加入賺取動態獎金？）或多或少是有…，後來的點數累積起來換算新臺幣應該有數百萬元；一開始投資新臺幣（下同）15萬元，後來有賺錢就投資50萬元，我的部分本金都有拿回來；拿到組織獎金後，又拿25至30萬元投資，原位子又升等到50萬（裡面有一半是用獎金支付的）等語（見臺灣新北地方檢察署104年度偵字第660號卷第49頁、臺灣高雄地方檢察署104年度偵字第9845號卷第16頁反面、第一審卷二第50頁），以上所供若屬非虛，則黃飛鴻長達數月所為本件非法吸金行為，是否確

無實際取得犯罪所得而毋庸宣告沒收或追徵？似非無疑，究黃飛鴻有無因本件犯罪而有所得？除與黃飛鴻本件犯罪所得有無及其金額認定有關外，亦攸關其是否得依前開自白規定減輕其刑，原判決未詳查究明，即認黃飛鴻並無因本案獲取利益，非無應於審判期日調查之證據而未予調查及理由欠備之違法。

㈡、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齟齬，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。又科刑判決所認定之事實，與所採之證據不相適合，即屬證據上理由矛盾，其判決當然違背法令。

1.原判決事實欄二、三及附表一編號1、附表四編號1認定黃飛鴻受劉鎮宇招攬以15萬元加入必贏集團投資方案，嗣陸續追加投資金額合計40萬元，及蕭國幹受黃飛鴻招攬以15萬元加入必贏集團之投資方案，嗣後追加投資至115 萬元等情（見原判決第3頁倒數第8 行以下、第6頁倒數第11行以下、第42、49頁），惟參黃飛鴻於偵查、第一審時供稱：我是投資15萬元的單位，共投資60萬元；拿到組織獎金後，又拿25至30萬元投資，升等到50萬等語（見104年度他字第660號卷第48頁反面、第一審卷二第50頁）；及蕭國幹於第一審供稱：我約投資200多萬元，一開始投資15萬元，隔了2個月投了4 個50萬元，這200萬中的100萬元是組織制度獲得的獎金等語（見第一審卷二第47頁），原判決上開認定，似與卷證資料不相適合，已有證據上理由矛盾之違誤。

2.原判決事實欄三認定蕭國幹於「民國103年5月」間受黃飛鴻招攬以15萬元加入必贏集團之投資方案，成為黃飛鴻下線成員（見原判決第6頁第21 行以下），理由欄說明依憑蕭國幹於偵審中供述：黃飛鴻於103年5月10日說必贏集團投資方案

，當時伊沒有錢，黃飛鴻借15萬元讓伊加入；伊103年5月初投資的，…一開始投資15萬等語（見原判決第16頁第5行以下），惟附表四編號1⑴卻記載蕭國幹首次投資時間為「103年6月13日」（見原判決第49頁），並於理由欄三、㈥說明「蕭國幹於103年6月至7月間以115萬元加入必贏集團投資方案（詳附表…四編號1）」等情（見原判決第33頁第15至17行），其事實之認定顯與附表記載、理由說明前後不相一致，有理由矛盾之違法；又附表四編號1所認蕭國幹於「103年6月13日」始投資15萬元加入必贏集團乙情，倘若無訛，則附表四編號3⑴所示葉幼於「103年6月10日」經蕭國幹招攬投資加入必贏集團等情，是否屬實？蕭國幹如何能於其加入該集團前即招攬葉幼成為其下線成員？黃飛鴻就蕭國幹此部分犯行何以能謂有犯意聯絡及行為分擔，成立共同正犯關係？均非無疑。原審未詳予究明，遽為黃飛鴻、蕭國幹不利之認定，難謂無調查未盡及理由欠備之違誤。

㈢、犯罪事實應依證據認定，有罪之判決書，應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，否則即有理由不備之違法。又於起訴意旨認為具有實質上或裁判上一罪關係之案件，法院審理結果認為其中一部分有罪，另一部分不成立犯罪或行為不罰者，自應於判決內說明該部分何以應不另為無罪諭知之理由，不能自行臆測起訴書所載之犯罪事實出於「誤載」，而逕予減縮後加以判決。

1.本件追加起訴書犯罪事實欄二及其附表一編號1、2、4記載黃飛鴻招攬投資人「張崑宗」、「陳文穎」、「郭永渝」加入必贏集團投資入會之時間、金額，分別為：「103年5月間、230萬元」、「103年6月至同年8月、30萬元」、「103年5月間、50萬元」（見追加起訴書第2、8至9頁），然原判決附表一編號2、3、5則記載「張崑宗」、「陳文穎」、「郭永渝」投資時間則分別為「103年5月2日至同年7月6日」、「103年8月22日至同年9月間」、「103年8月20日至同年9月9日」，除與起訴書所載之犯罪時間並不一致，且其中陳文

穎、郭永渝之投資金額「110萬元」、「302萬5000元」（見原判決第42、43頁），似已超出起訴書所載之投資金額，且參證人郭永渝於偵查時證稱：我總共投資50萬元，另有幫郭金樹、林桂霞匯款，郭金樹投資15萬元，林桂霞投資15萬元等語（見臺灣新北地方檢察署104 年度偵字第660 號卷第14頁），倘屬無訛，郭永渝似僅投資50萬元，如加計郭金樹、林桂霞投資金額，至多僅為80萬元，究張崑宗、陳文穎、郭永渝各係何時投資、金額若干？郭金樹、林桂霞之投資金額是否已一併計入？此攸關黃飛鴻、蕭國幹參與吸收資金數額之計算，亦為原判決據為量刑標準之一，原判決未詳予說明，逕計入本件非法吸金之總金額，稍嫌速斷，併有調查未盡及理由欠備之違誤。

2.又追加起訴書犯罪事實欄三及其附表二編號3 所載「涂林德媛」加入必贏集團會員，投資金額為「115 萬元」（見追加起訴書第2至3頁、第9 頁），然原判決事實欄三及其附表四編號4則認定「涂林德媛之投資金額為65 萬元」等情（見原判決第6至7頁、第50頁），乃原判決對於超過其認定投資金額部分（即115萬－65萬），是否成立犯罪及其依據為何？未於判決內說明論斷，即謂「追加起訴書誤載為115萬元」云云，依上說明，亦有理由欠備之違誤。

㈣、按現行（107年1月31日修正公布施行，同年0月0日生效）銀行法第136條之1規定，係刑法沒收規定之特別規定，依該條規定，有關犯罪所得沒收、追徵範圍，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，尚有「應發還被害人或得請求損害賠償之人」的部分。基此事實審法院雖已查明犯罪行為人之犯罪所得部分，倘仍有應發還被害人或得請求損害賠償之人之情形，為貫徹修法之目的，就犯罪所得（如有實際發還者，列入扣除而不予沒收），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。

原判決雖說明本案宣告沒收犯罪所得之範圍，適用銀行法第136條之1、刑法第38條之1第3項規定，而諭知沒收、追徵蕭國幹之犯罪所得30萬元，復說明該款項包括靜態收入及動態收入等情（見原判決第36、37頁），惟被害人賴世傳、黃碧娥均主張彼等尚未取回各投資之款項，有卷附其所提刑事陳述意見狀可參（見原審卷一第503 頁），則蕭國幹之犯罪所得有無「應發還被害人或得請求損害賠償之人」之情形？原判決未說明釐清，即宣告應予沒收、追徵，同有調查未盡及理由欠備之違法。

三、以上，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，上述違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

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　　110　　年　　1　　月　　20　　日

刑事第五庭審判長法　官　陳　世　雄

法　官　段　景　榕

法　官　鄧　振　球

法　官　宋　松　璟

法　官　汪　梅　芬

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　21　　日