最高法院刑事判決

109年度台上字第2315號

上　訴　人　曲宏慈
選任辯護人　江雍正律師
　　邱基峻律師
　　杜英達律師
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　黃鈺斑

上列上訴人因違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國109年2月18日第二審判決（108年度金上重訴字第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

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理　由

一、本件原判決認定上訴人曲宏慈有如其事實欄（包括其附表〈下稱附表〉一、二、三）所載非法經營銀行業務及非法公開招募有價證券犯行，因而撤銷第一審關於非法經營銀行業務罪（2 罪）及參與人部分之判決，改判論上訴人以法人行為負責人犯銀行法第125 條第1 項後段之非法經營銀行業務罪，處有期徒刑7 年2 月，並諭知參與人優福國際科技股份有限公司（下稱優福國際公司）、優福流通事業股份有限公司（下稱優福流通公司）相關之沒收（追徵）、不予沒收；又維持第一審關於論處上訴人法人行為負責人非法公開招募有價證券罪刑部分之判決（處有期徒刑1 年），駁回上訴人此部分在第二審之上訴，並就撤銷改判及上訴駁回所處有期徒刑，一併定應執行有期徒刑7 年6 月。固非無見。

二、惟按：

（一）科刑判決書，須將認定之犯罪事實詳記於事實欄，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，使事實與理由兩相一

致，方為適法。審理事實之法院，對於卷內被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於經驗法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由，於判決內詳加說明。故證據雖已調查，而尚有其他影響於判決結果之重要證據或疑點並未調查釐清，仍難遽為被告有利或不利之認定。

原判決認定上訴人係優福國際公司及優福流通公司實際負責人，基於非法經營銀行業務之犯意，自民國101 年5 月、同年9 月間，以優福國際公司或優福流通公司名義，推出附表一、二所示之「事業投資方案」（又稱「e 幣方案」）、「投資暨委託經營」專案（又稱「35方案」），向附表四、五所示投資人吸收資金，共計吸收投資資金達新臺幣（下同）1 億924 萬3 千元等情。關於附表四之「e 幣方案」投資人資料，原判決係援引法務部調查局（下稱調查局）調查官於104 年10月14日在上訴人助理陳蒨誼之電腦主機儲存檔案所列印之資料（警二卷第5 至12頁），佐以證人陳蒨誼、上訴人之部分供述，作為「e 幣方案」之投資人資料，進而認定此部分非法吸金共計57,728,000元；又有關附表五之「投資暨委託經營方案」投資人資料，原判決則援引在上訴人住所查扣之「曲宏慈協助處理優福國際償還本金之投資會員名冊」、「優福國際加盟組　明細表」、「轉入MBI 配套」等資料（偵十四卷第159-163 頁），佐以證人翁琪兒、上訴人之部分供述，據為「投資暨委託經營方案」之投資人資料，而認非法吸金共計51,515,000元，上開附表四、五合計吸收資金1 億924 萬3 千元（見原判決第2 頁第5 行至第3 頁第30行、第14頁第25行至第17頁第11行）。

惟依原判決所援引陳蒨誼、翁琪兒之證言（見原判決第15頁第3 至5 行、第16頁第8 至11行），其等均證稱上開資料並非其等原始繕打製作，上訴人亦未確實具體供認其上記載之投資人及金額均屬正確，甚至於原審抗辯多有虛列

，則上開資料是否與事實相符而可以採取，仍有調查相關證據以資佐證之必要。經查：

依陳蒨誼於原審108 年11月26日審理時證稱：「（請看附表四的內容，投資的項次共有793 項，總投資金額5,772,800 元，就你所知附表四『e 幣方案』投資人有這麼多嗎？）沒有，有些人我都沒有看過。（你如何知道沒有這麼多人？）一開始我沒有接觸這個，只是聽他們在聊，當時他們是在做測試，他們測試蠻長的一段時間，我擔任公司的出納，並沒有收到這些錢，我一直認為他們在做測試」、「（一般優福國際公司錢有進來，你如何判斷錢有無進來？）就刷銀行的本子」等語（見原審卷二第82、83頁）；而證人楊宗儒於偵查中證稱：「（你有無投資e 幣？）沒有。（為何投資人名冊有你的名字？）因為我是公司指派，系統要建立資料，所以我建置第一個投資人，但實際上我沒有投資」等語（見偵十四卷第216 頁）；且附表四編號1 至43部分（即投資時間自「101 年5 月28日」起至「101年6 月29日」止），除編號3 「李培英於101年5 月28日匯款32萬元，至優福流通公司臺灣銀行高榮分行之帳戶（見第一審卷六第158 頁），編號42「張家誌-2」，有證人張家誌之指述（見第一審卷二第143 頁），編號8 至10「賴秀琴」，為上訴人於原審所提附表四修正表承認（見原審卷一第433 頁）之外，其餘所列楊宗儒（附表四誤載為陽宗儒）、Barrie、Chai Soon Kee、洪裕仁、Chew Poh Guat、Jecimon Ng、Frank Ang 、Chai Jin Chern、Xavier Chai、KG Tan 、蔡順至、許展楑、楊逢堯、陳雋軒、洪裕仁、廖敏妃、湯長生、Choong chen ham、Chew Poh Choo、Chew Poh Thin、Jeffery Tay、Tang Poh Ling、Chew Sik Yu、Lee Kok Kuan、Kong chak sing、Ting See Woo 、巫名鈞、李政昆、陳錦彬、張展源、Lee Siew Ming、Leong Kam Chee等人，是否有其他相關證據足資佐證？仍有進一步探求之必要。

第一審共同被告楊粧米於104 年10月29日調詢時供述：「（你是否願意提供「優福加水站投資暨委託經營加盟專案」投資人名單給本處參考？）因曲宏慈於102 年9 月開始，無法支付投資人『優福加水站投資暨委託經營加盟專案』（按即「35專案」）紅利，且避不見面，所以我於隔（103 ）年6 月聯絡許多當初參加該專案的投資人組成自救會，並建立投資人的名單，我願提供該自救會會員名單一份給貴處參考……其中在曲宏慈擔任優福國際公司負責人期間，參加的投資人共有陳艷芬等79人，投資金額為5,987萬3,990元（詳優福款項分配明細總表）」等語（見警二卷第22頁反面），並有其所提「優福款項分配明細表」可稽（見警二卷第24至26頁）；上開楊粧米所提「優福款項分配明細總表」其中列有投資人「邱淑貞」，加入（投資）日期為102 年8 月30日、9 月24、27日、10月25日、103 年1 月20日（見警二卷第25頁），且證人邱淑貞於調詢時證稱：我友人駱光強約於102 年6 月間推薦優福國際公司推出「優福加水站投資暨委託經營加盟專案」，我在102 年8 月25日匯款70萬元，9 月24日、27日分別匯款35萬元、455 萬元，最後一次於10月25日匯款560 萬元，至優福國際公司玉山銀行帳戶等語（見警二卷第75頁反面至76頁），惟原判決附表五所列投資人似無「邱淑貞」上揭日期之投資款項。則原判決附表五認定參與「投資暨委託經營方案」之投資人，與楊粧米所提「優福款項分配明細總表」之投資人，兩者即有不同，原判決僅以在上訴人住處查扣之上揭資料作為附表五投資人之認定，亦有依卷內資料進一步加以調查、釐清之必要。

3.上揭部分攸關上訴人非法經營銀行收受存款業務即吸收資金金額多寡之認定，亦影響上訴人成立之罪名（究為銀行法第125 條第1 項前段，或同條項後段），上訴人於原審已提出抗辯稱附表四及附表五都是由楊粧米製作，並非上訴人製作，內容多有不實，部分投資人、投資金額是虛列

等語（見原審卷一第310、447頁、原審卷二第262、263頁）。乃原審並未就此部分詳細調查釐清明白，遽認上訴人非法吸金之投資人及其金額，致上訴意旨執此指摘，依上開說明，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

（二）按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。又刑事訴訟法第267條所謂檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，係指已起訴之部分及未經起訴之部分均構成犯罪，且具實質上或裁判上一罪關係者而言，若起訴部分與未起訴部分無實質上或裁判上一罪關係，或起訴之事實不構成犯罪，縱未起訴部分應構成犯罪，仍無一部起訴效力及於全部之可言。

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。

原判決事實欄三（即起訴書犯罪事實一㈠）所載關於上訴人違反證券交易法犯行部分，起訴書係記載：「上訴人、劉奕辰、楊粧米及陳自赳等4人，為達優福國際公司延後發放紅利之目的，共同基於非法吸收資金及之犯意聯絡，由上訴人於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之方案』，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，而優福國際公司保證於103 年底以每股13元之價格買回股票，換算返利年息利率分別為8.05％至20％（計算式：返利金額÷本金金額÷總月數（以102 年7 月1 日至103 年12月31日計，共計18個月）x 12〈整年〉x 100 ％），向不特定多數人收受款項吸收資金，而約定給付與本金顯不相當之紅利，上訴人並指示優福流通公司總經理楊粧米負責執行招攬業務，而楊粧米接獲曲宏慈指示後，除與陳自赳共同向投資人講解投資方案外，渠等亦管理督導其他優福流通公司員工執行招攬業務，向投資人收取之資金則全數交由上訴人運用。渠等以上開分工方式，向附表七所示之屈如梅等投資人吸收資金共計4,020 萬2,698 元（各該投資人姓名、投資金額及投資日期，詳如附表七所載）」等語（見起訴書第5 頁第1 至17行），並認係犯修正前公平交易法第23條、第35條第2 項之非法多層次傳銷、銀行法第29條、第29條之1 、第125 條第1 項前段之非法經營銀行業務罪嫌（見起訴書第16頁第1 至4 行），是原起訴書有無列載上訴人違反證券交易法部分之犯行？仍有疑義。而於第一審審理中，檢察官係提出「補充理由書」補充更正敘載：「上訴人、劉奕辰、楊粧米及陳自赳等4 人，為達優福國際公司延後發放紅利之目的，明知有價證券之募集及發行，除政府債券或經主管機關核定之其他有價證券外，非向主管機關申報生效後，不得為之，竟未向主管機關申報募集及發行有價證券並待生效，即共同基於非法吸收資金及之犯意聯絡，……」（見第一審卷二第156 頁第10至14行），以及犯銀行法第29條、第29條之1 、第125 條第1 項前段之非法經營銀行業務罪嫌與證券交易法第174 條第2 項之未向主管機關申報生效募集及發行有價證券罪嫌。上開二罪，屬想像競合犯，請依刑法第55條之規定，從一重之非法經營銀行業務罪處斷等旨（見第一審卷二第156 頁反面第3 至8 行）

，既非追加起訴，自不能以之作為起訴之事實。則關於證券交易法部分之犯行，是否已經起訴？尚有疑問。

原判決於理由欄貳、二之　簡略載論：「起訴書（含公訴補充意旨），就事實欄三所示犯行，認上訴人係犯證券交易法第174 條第2 項之罪，並未論及證券交易法第179 條第1 項之罪名，容有未洽，惟其起訴之社會基本事實同一，自得變更起訴法條併予審理」（見原判決第24頁第1 至6 行），以及於理由欄「肆」就此違反銀行法部分，說明不另為無罪之諭知（見原判決第34頁第26行至第37頁第8 行）。惟就檢察官補充理由書所載違反證券交易法犯行部分，並未敘明此部分之事實是否已經檢察官起訴？若認為已經起訴，其理由為何？若認為未經起訴，則原起訴書所載起訴之違反銀行法部分，業經不另為無罪之諭知，檢察官以補充理由書所載違反證券交易法部分，可否為實體審理？均有疑義。原判決遽行判決，又未就此為必要之說明，非無理由不備之可議。

（三）按有價證券之募集及發行，除政府債券或經主管機關核定之其他有價證券外，非向主管機關申報生效後，不得為之；已依本法發行股票之公司，於依公司法之規定發行新股時，除依第43條之6 第1 項及第2 項規定辦理者外，仍應依前項規定辦理；出售所持有第6 條第1 項規定之有價證券或其價款繳納憑證、表明其權利之證書或新股認購權利證書、新股權利證書，而公開招募者，準用第1 項規定，證券交易法第22條第1 至3 項，分別定有明文。故第2 項規範者，乃「已依本法發行股票之公司，於依公司法之規定發行新股時」，第3 項則規範「出售所持有第6 條第1 項規定之有價證券或其價款繳納憑證、表明其權利之證書或新股認購權利證書、新股權利證書」者。而證券交易法第22條第4 項授權訂定之「發行人募集與發行有價證券處理準則」第61條規定：「有價證券持有人依本法第二十二條第三項規定對非特定人公開招募者，應檢具有價證券公

開招募申報書，載明其應記載事項，連同應檢附書件，向本會申報生效後，始得為之。未依本法規定辦理公開發行之有價證券，其持有人擬申報對非特定人公開招募時，應先洽由發行人向本會申報補辦公開發行審核程序，在未經申報生效前，不得為之。」有關證券交易法第22條第3項規定之適用，係由「有價證券之持有人」向主關機關申報生效後，始得為公開召募。

又同法第22條第2項規定，「已依本法發行股票之公司」，於依公司法之規定發行新股時，除依同法第43條之6第1項及第2項規定辦理私募之情形外，仍應依同法第22條第1項規定辦理。則「已依本法發行股票之公司」，於發行新股時，除合於私募之規定外，雖係向「特定人」招募股份，仍應向主管機關申報生效。倘發行人非「已依本法發行股票之公司」，於發行新股時，係向「特定人」招募股份，因與證券交易法規範之「募集」要件不合，依罪刑法定原則，縱未向主管機關申報生效，亦不能依證券交易法第174條第2項第3款規定處罰。至證券交易法第22條第3項所定出售所持有公司股票，而公開招募之情形，依其立法理由說明，雖非募集或發行，但因係向非特定人公開招募，影響層面甚廣，為維護公益及保障投資人利益計，乃準用同條第1項規定，非向主管機關申報生效後，不得為之。

再者，同法第179條所定：法人及外國公司違反證券交易法之規定者，依同法第7章各條之規定處罰其為行為之負責人，既規定處罰「為行為」之負責人，是因其負責人有此行為乃予處罰，倘法人違反上開規定，其負責人有參與決策、執行者，即為「法人之行為負責人」，應該當同法第179條之法人之行為負責人違反上開規定之罪。亦即自然人違反證券交易法之規定者，係犯同法所定之罪，而法人違反上開規定者，則依同法第179條規定，處罰其行為負責人。

原判決認定：上訴人與楊粧米（業經第一審判決確定）、劉奕辰（通緝中，尚未審結）共同基於非法公開招募有價證券之犯意聯絡，於102年7月下旬，以優福國際公司名義推出「加盟商保證金兌換股票之方案」，原優福國際公司之投資人可以每股10元至11.5元不等之價格（部分含5%手續費），認購優福國際公司股票，致附表七所示之人承購優福國際公司之股票等情（見原判決第4頁第1至11行）；於理由援引優福事業集團102年7月25日函、優福國際公司加盟商保證金兌換股票之方案、e幣&加盟分紅與股票兌換同意書、受讓人資訊、股東名冊、證人朱嘉民、方國賢、張家誌、林豪緯（林秧全）、吳翹玠、賴妙惠所提出之股票轉讓過戶申請書、岠通股、增資股之股票影本、股票買賣契約等證據資料為憑（見原判決第19頁第28行至第20頁第4行），則原判決認定未依法向主管機關申報生效，即擅自向非特定之人公開招募出售優福國際公司股票之主體，似為優福國際公司。惟依上揭股票轉讓過戶申請書、股票轉讓登記表、買賣契約書所載之「出讓人」分別為：陳世容、上訴人、曲郭素英、邱壬乙等人（見警二卷第50頁反面至第59頁反面、第94頁，偵三卷第23至25頁、第84至87頁、第105至107頁、第120至122頁，偵六卷第5至6頁，偵八卷第5至9頁）；又依卷附優福國際公司102年5月2日董事會議事錄記載：「本公司擬發行新股新台幣肆仟伍佰萬元整，分為肆佰伍拾萬股，每股新台幣壹拾元整，發行之新股除保留百分之十由員工承購外，其餘由原股東按照原持有股份比例認股，均限於102年5月9日前認股，逾期未認股者，視為棄權，由董事會洽由特定人認購。股款限於102年5月10日前繳足，並定102年5月10日為基準日，可否提請公決案。決議：全體出席董事同意通過」（第一審卷三第16頁），並於第一審提出優福國際公司與上海商業儲蓄銀行於102年3月20日、同年8月15日簽立之「證券委託簽證契約」暨「證券簽

證（註銷）申請書副本」等件（見第一審卷六第81-1至84頁），則優福國際公司，於102 年間似有發行新股，而依卷附轉讓之股票，似包括102 年增資股股票（見警二卷第53、54頁、第56頁、第58、59頁）。究竟附表七所示轉讓之股票之原持有人為何人？係由原持有人或優福國際公司出售股票？係出售已發行之股票或發行之新股？有無「已依本法發行股票之公司，於依公司法之規定發行新股時」之情形？尚屬不明。此攸關如何適用證券交易法第22條第2 項、第3 項、第179 條法人之行為負責人犯非法公開招募有價證券罪之認定。原審未予究明、釐清，逕認係優福國際公司違反同法第22條第3 項，上訴人係法人之負責人而犯同法第179 條第1項之罪，亦非允當。

三、以上或係上訴意旨指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決之上開違誤，影響於本件事實之確定，本院無從據以自行判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

另關於參與人優福國際公司、優福流通公司沒收部分，雖曾經第一審以此部分已判決確定，移送執行（見第一審卷七第第246 頁、第二審卷二第575 頁、本院卷第121 頁、第125頁）。惟刑事訴訟法第455 條之27第1 項前段規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。」亦即被告違法行為存在，為沒收參與人財產前提要件之一，故對本案關於違法行為之裁判上訴者，其效力應及於相關之參與人財產沒收部分。本件上訴人既對於原判決關於有罪罪刑部分合法上訴，參與人優福國際公司、優福流通公司經原判決分別諭知犯罪所得沒收或不予宣告沒收部分，雖未經上訴，仍為本案判決上訴效力所及，而其依附之前提即本案有罪判決部分既經本院撤銷發回，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於違法行為部分，於發回後經原審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上矛盾，原判決關於參與人優福國際公司、優福流通公司之相關沒收部分應予一併發回。

又檢察官以裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分已確定，並非第三審審判範圍，此為本院最近之見解。故原判決理由欄參：非法多層式傳銷、理由肆：非法經營銀行業務（加盟商保證金兌換股票方案）部分，原判決分別認上訴人此部分，或與多層次傳銷之要件不合，或難認上訴人有附表七部分非法經營銀行業務之犯意（見原判決第31頁第19行至第37頁第8 行），而說明不另為無罪之諭知，第一審判決就此部分，亦均不另為無罪諭知（見第一審判決第34 頁第11行至第37頁第23行、第42頁第12行至第45頁第1 行），檢察官並未就此提起上訴，依上開說明此部分並非第三審審判範圍，附此敘明。

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　　4　　月　　22　　日

刑事第七庭審判長法　官　李　錦　樑

法　官　蔡　彩　貞

法　官　林　孟　宜

法　官　邱　忠　義

法　官　吳　淑　惠

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　4　　月　　30　　日