

最高法院刑事判決

109年度台上字第5026號

上訴人 陳登廷

選任辯護人 董俞伯律師

陳萬發律師

上訴人 陳逸杰

選任辯護人 蘇隆惠律師

賴安國律師

蕭仰歸律師

上訴人 湯小玲

選任辯護人 蘇隆惠律師

李恬野律師

楊景超律師

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國109年6月17日第二審更審判決（107年度金上更一字第3號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署102年度偵字第22454號、103年度偵字第16782、18997、18998號；追加起訴案號：同署104年度偵字第7355號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於陳逸杰、湯小玲有罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分：

01 一、本件原判決認定上訴人陳逸杰、湯小玲（下稱陳逸杰2人）
02 有其事實欄所載共同犯銀行法第125條第1項前段之非法經
03 營收受存款業務犯行，因而撤銷第一審關於陳逸杰2人此部
04 分諭知無罪之判決，改判論處陳逸杰2人共同犯銀行法第125
05 條第1項前段之非法經營收受存款業務罪刑（均處有期徒刑
06 3年5月），固非無見。

07 二、惟查：

08 （一）審理事實之法院，對於卷內被告有利及不利之直接、間接
09 證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於
10 經驗法則與論理法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證
11 之理由，於判決內詳加說明。

12 銀行法第125條之4第2項前段規定：犯第125條之罪，
13 在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑。
14 惟若無犯罪所得，因其本無所得，祇要在偵查中自白，即
15 應認有此減刑規定之適用。且所謂偵查中自白，係對自己
16 犯罪事實之全部或關乎構成要件之主要部分為肯定供述而
17 言。而同法第125條處罰擬制收受存款（第29條之1）犯
18 罪之構成要件為「以借款、收受投資、使加入為股東或其
19 他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而
20 約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報
21 酬者」，故以借貸或投資為名，向多數人或不特定人收受
22 款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之利息者
23 ，即足當之。

24 （二）原判決理由敘載：陳登廷、陳逸杰2人總計吸金達新臺幣
25 （下同）8,591萬元，期間投資人共贖回796萬元，尚餘
26 7,795萬元以大陸地區管制電子垃圾進入為由，停止發放
27 紅利，故投資人迄未取回之本金為7,795萬元，依趙君怡
28 及陳登廷之陳述，堪認投資人迄未取回之本金7,795萬元
29 ，雖經陳逸杰2人募集，並匯入陳登廷指定之帳戶，惟僅
30 陳登廷對該款項有事實上處分權，應依法對陳登廷宣告沒
31 收（追徵）等旨（見原判決第26頁第23行至第27頁第14行

01) 。

02 1.然稽諸卷內事證，(1)陳逸杰於民國102年7月9日調詢時
03 供承：「(經由你個人部分所經手的投資陳登廷的投資款
04 項是多少錢?)……尹順和大約是1,000萬元左右……呂
05 美玲大約100萬元左右、陶建宇大約1,500萬元左右」(見
06 他字第6022號卷第127頁)；於103年3月7日調詢時
07 供稱：「(問：除你自己參與投資陳登廷的阡富公司，有
08 無招募其他人也來投資陳登廷?)……陶建宇是透過朋友
09 主動來找我問是否可以參與投資的，他投資的金額約1,70
10 0餘萬元，我大學同學尹順和有投資1,250萬元、邱俊榕
11 投資125萬元、呂美玲120萬元」、「(依你前述，其實
12 陳登廷就是接受所有來自你的資金，並把獲利匯款給你，
13 陳登廷並不清楚有那些人來投資，只有你自己清楚有那些
14 投資人、投資的數額、以及應該給予的獲利，甚至是投資人
15 收取獲利的帳戶，也都只有你知道，是否如此?)是的
16 ，陳登廷的對口就只有我，前述投資人也是都是直接對我
17 」（見他字第6022號卷第167頁、第168頁反面）；於103
18 年6月6日偵訊時供稱：「我是根據陳登廷跟我講的多少
19 利潤，我再轉知尹順和，利潤計算方式大約是每35天可獲
20 得百分之2至百分之3之紅利，尹順和每次投資金額是50
21 到100萬元不等，但其中有一筆比較大額是500萬元，累
22 積起來共1,250萬元，每筆投資金額都是剛我所陳述之利
23 潤來計算」、「(就你自己、湯小玲、呂美玲、邱俊榕及
24 趙君怡所投資之款項，如何約定紅利?)同上所述，每隔
25 35天，有百分之2至3的紅利可領取」、「(承上，這個
26 利率計算方式，是何人告知呂美玲、邱俊榕及趙君怡等人
27 ?)是陳登廷告訴我，由我轉告呂美玲、邱俊榕，趙君怡
28 則是透過我太太告知」、「(對涉犯銀行法第29條之1向
29 多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付
30 與本金顯不相當之紅利罪嫌，是否認罪?)我不知道有涉
31 犯這樣的法律，我是以投資的角度找人來參與，我不認為

01 我有違反法律」（見他字第6985號卷第156至158頁、偵
02 字第8829號卷第22頁）各等語。(2)湯小玲於102年7月9
03 日調詢時供承：「我有找我的姊姊湯春錦、湯春枝、外甥
04 林志成、外甥女林珊瑤、我朋友黃秀卿、游晴京。我有介
05 紹黃秀卿去向蘇麗華買珠寶，蘇麗華有當面向黃秀卿詢問
06 我們是否確實有在投資電子垃圾回收事業，黃秀卿有告知
07 蘇麗華說他親自去大陸看過工廠並且有穩定的獲利」、
08 「蘇麗華我是照他投資的款項給他3%的獲利，他總共是投
09 資新臺幣600萬元。我從100年10月6日開始，以匯款
10 的方式將其投資獲利款項匯給蘇麗華，到101年6月止」、
11 「（經由你個人部分所經手的投資陳登廷的投資款項是多
12 少錢？）……黃秀卿4,972萬元……林志成360萬元……
13 趙君怡890萬元……蘇麗華600萬元、范于飛100萬元、
14 黃玉華670萬元」（見他字第6022號卷第86至88頁）；於
15 103年3月7日調詢時供稱：「（是你告知這些黃秀卿、
16 ……、趙君怡、蘇麗華、范于飛、黃玉華、……等投資人
17 ，有陳登廷的阡富公司可以投資嗎？）我與他們聊天時說
18 的」、「（前述的投資人來參加這個『電子垃圾』投資，
19 款項是否匯到你帳戶？妳是用何帳戶收款？）是的，前述
20 投資人都是將款項匯至我聯邦銀行大業分行帳戶」、「（
21 利息何人支付？如何支付）陳登廷或陳逸杰會將利潤匯到
22 我聯邦銀行大業分行帳戶，趙襄理再依據我的指示，匯至
23 各個投資人的帳戶，我都有把投資人的帳戶給趙襄理。（
24 這些投資人既然是投資陳登廷，應該是陳登廷直接將利息
25 ，匯款給投資人，為何陳登廷不直接將利息匯款給投資人
26 ？）陳登廷不認識投資人，也不知道有誰來投資，這些投
27 資人都是透過我來投資的，但是他們都知道是投資我小叔
28 在大陸的電子垃圾事業。（其實陳登廷就是接受所有來自
29 妳的資金，並把利息匯款給妳，陳登廷並不清楚有哪些人
30 來投資，只有妳自己清楚有哪些投資人、投資的數額，以
31 及應該給予的利息，甚至是投資人收取利息的帳戶，也都

只有妳知道，是否如此？）是的，直到101年6月間，因為電子垃圾卡關，陳登廷與我等投資人召開協調會，陳登廷在該次會中才知道有哪些人投資。（妳是否有紀錄投資人投資金額，以備按時匯出利息的帳？）有的。（〈提示：103年3月7日扣押物編號1-1，札記1冊〉所示資料是否即妳前述記帳資料？）〈經檢視後作答〉是的」（見他字第6022號卷第157至158頁）。(3)於102年9月11日偵查中，陳逸杰2人均供承：「我們的聯邦銀行大業分行帳戶是借給被告（按指陳登廷）使用。將帳戶給他使用，方便他投資，所以呂美玲與趙君怡、邱俊榕的投資款都是匯到我們的聯邦帳戶，但是是由被告在使用」（見他字第4491號卷第18頁）；於103年5月26日偵查中經詢問：「（其他投資人的投資款，是否都是透過你們匯給陳登廷？）陳逸杰答：是。湯小玲答：我是把錢匯給陳逸杰，由他去處理」（見偵字第22454號卷一第16頁）各等語。則陳逸杰2人所為上開供述，是否合乎自白之要件？仍有疑問。此攸關陳逸杰2人如無犯罪所得，其等如在偵查中自白，是否有銀行法第125條之4第2項前段減輕其刑規定之適用，自應詳予調查釐清。乃原審未予調查、審酌，亦未為必要之論述說明，遽行判決，有調查職責未盡、理由欠備之違法。

2. 陳登廷於103年5月21日偵查中供稱：利率是我決定的，我只有跟陳逸杰講，其他人都是陳逸杰去講的（見偵字第8829號卷第17頁）；陳逸杰於103年3月7日調詢時供承：陳登廷的對口只有我，投資人也都是直接對我（見他字第6022號卷第168頁反面）；湯小玲於103年3月7日調詢時供陳：陳登廷會透過陳逸杰轉述每批貨的利潤若干，我都是轉述陳逸杰告訴我的利潤趴數給投資人（見他字第6022號卷第158頁）各等語。又許婉琪於103年3月11日調詢時證稱：陳逸杰沒有跟我說最低的投資金額，但是他有跟我強調，陳登廷每35天左右會給他10%利息，他再將

01 其中的5%利息給我（見他字第6022號卷第230頁反面）；
02 於103年11月6日偵查中證稱：「（200萬元投資之後，
03 陳逸杰有無保證可獲得多少利息？）30至45天可以獲得5%
04 ，他說他弟弟陳登廷給他10%，他分我一半」等語（見偵
05 字第22454號卷二第11頁反面）。再范于飛於102年10月
06 25日調詢時證稱：101年4月間，湯小玲到我的國術館，要
07 我幫忙招募投資人，她說我找來的投資人一期給他們2.5%
08 的利息，1%的利息就給我，我就覺得怪怪的，沒有答應她
09 等語（見他字第6022號卷第184頁）。上開陳述是否可採
10 ？陳逸杰2人有無在發放利息時從中獲取差額？尚有疑義
11 。此攸關陳逸杰2人有無犯罪所得而應予沒收（追徵），
12 自有調查審究之必要。原判決未為調查明白，遽認陳逸杰
13 2人並無犯罪所為，不無可議。

14 （三）以上，或為陳逸杰2人上訴意旨所指摘，或為本院得依職
15 權調查之事項。而第三審法院應以第二審判決所確認之事
16 實為判決基礎，原判決之前述違背法令情形，已影響於事
17 實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於陳逸杰
18 2人有罪部分，均有撤銷發回更審之原因。

19 貳、上訴駁回部分：

20 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決
21 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
22 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未
23 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
24 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
25 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違
26 背法律上之程式，予以駁回。又上訴第三審法院之案件，是
27 否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀
28 加以審查。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由
29 ，係屬二事。

30 二、本件原判決認定上訴人陳登廷有如其事實欄（包括其附表一
31 編號1至16）所載非法經營收受存款業務犯行，因而撤銷第

一審諭知陳登廷此部分無罪之判決，改判諭以陳登廷共同犯銀行法第125條第1項前段之非法經營收受存款業務罪刑，並諭知犯罪所得之沒收（追徵）。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，從形式上觀察，原判決關於此部分，尚無影響其判決結果之違法情形存在。

三、陳登廷上訴意旨略以：

（一）原判決已認定陳登廷假借以投資回收事業計畫之名義，向多數人或不特定人收受款項等情，卻又說明陳登廷確實有於大陸地區經營電子零件回收買賣，則就陳登廷有無於大陸地區經營電子零件回收買賣事業乙節，其事實認定與理由說明齟齬不合，有理由矛盾之違法。又原判決對於附表一編號11至13所示許婉琪、呂美玲、邱俊榕等人吸收資金部分，並無說明所憑之依據及認定之理由，率認許婉琪等人為吸收資金之對象，有理由不備之違法。

（二）銀行法第5條之1所謂收受存款限於向「不特定多數人」收受款項，同法第29條之1則規定向「多數人或不特定之人」為之，二者構成要件不同，依罪刑法定主義，不得類推適用，故銀行法第125條所定，不包括第29條之1。又所稱「向不特定多數人」或「向多數人或不特定之人」，應限縮在「行為人藉由主動、積極且針對不特定公眾之廣泛、大規模招攬投資行為者始稱之」，方屬合憲性解釋。然原判決認定陳登廷有違反銀行法第29條之1規定之行為，而犯銀行法第125條第1項前段之罪，有適用法則不當之違誤。

（三）依證人陶建宇、范于飛、尹順和、吳建華、張駿綸、楊雅婷、林志成、趙君怡等人所證，其等均不認識陳登廷，所為投資亦非陳登廷招攬或收受款項，則其等之投資不在陳登廷意思範圍，無由令陳登廷就陳逸杰2人所為之違法經營銀行業務犯行負責。原判決認定陳登廷與陳逸杰2人有共同犯罪之合意，與陶建宇等人所證上情不合，有理由矛盾之違誤。且陳登廷之犯罪所得，應扣除陶建宇等人投資

01 陳逸杰 2 人之金額，原判決未為扣除即據以諭知沒收（追
02 徵），於法有違。

03 （四）依陶建宇提供之「投資契約」，契約之一方為阡富電子有
04 限公司（下稱阡富公司），簽約人為陳登廷，並有陳登廷
05 任職阡富公司、阡翊科技有限公司（下稱阡翊公司）之名
06 片乙紙，契約下方蓋用阡翊公司鋼印一枚，則關於陶建宇
07 所示之投資契約部分，究竟係自然人抑或法人所為非法吸
08 金？倘為法人從事非法吸金，陳登廷有無法人行為負責人之
09 身分？陳登廷有無刑法第 31 條第 1 項但書之適用？均有
10 疑義。原判決未詳予調查、審認，遽為陳登廷不利之認定
11 ，有調查職責未盡、理由不備之違誤。

12 （五）原判決僅以銀行定存利率為唯一標準，並未函詢在地銀錢
13 業者當時、當地之一般民間無擔保借款利息水準究竟若干
14 ？遽認陳登廷所給付之紅利與本金顯不相當，有調查職責
15 未盡之違法。

16 （六）原判決既認定陳登廷之犯罪所得為 7,795 萬元，係確實用
17 於經營電子零件回收買賣事業，並於大陸地區卡關時遭受
18 損失，卻就此犯罪所得諭知沒收（追徵），有理由矛盾之
19 違法云云。

20 四、惟查：

21 （一）證據的取捨、證據證明力的判斷及事實的認定，都屬事實
22 審法院的自由裁量、判斷職權；如其此項裁量、判斷，倘
23 不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指，
24 觀諸刑事訴訟法第 155 條第 1 項規定甚明。且既已於判決
25 內論敘其何以作此判斷的心證理由者，即不得單憑主觀，
26 任意指摘其為違誤，而據為其提起第三審上訴的合法理由
27 。又法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各
28 項調查所得的直接、間接證據，本於合理的推論而為判斷
29 ，要非法所不許。

30 銀行法第 125 條第 1 項前段之罪，係以違反同法第 29 條、
31 第 29 條之 1 作為構成要件，其中第 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」。倘行為人認識其所作所為，將符合於上揭非法吸金罪所定的客觀要件情形，竟猶然決意實行，就應負此罪責。而在非法吸金罪的構成要件中，並不排除行為人在行為之初，或進行至一定程度時，利用詐術方法吸金，誑使特定的多數人或不特定人交付款項（無論以存款或投資等名義），故非法吸金罪和詐欺罪二者間，即可能具有某些交集情形存在，縱有部分相同或重疊，但猶有部分相異，允宜全部給予適當的評價，當依想像競合犯之例處斷。

原判決係綜合陳登廷不利於己部分之供述，以及證人陶建宇、黃玉華、范于飛、尹順和、吳建華、張駿綸、楊雅婷、林志成、趙君怡、黃秀卿、饒俊芳、黃玉枝、黃玉琴、邱家妍、黃素麗、楊聲威、許婉琪、邱俊榕等人之證詞，佐以如其理由欄甲、貳、(乙)、(一)之9.所載證據資料，因而認定陳登廷共同犯非法經營收受存款業務犯行。並說明：依陶建宇等人之證述，有約定支付利息，而所約定利息支付期間介於30至45天，依臺灣銀行、臺灣土地銀行、合作金庫銀行、第一商業銀行、華南商業銀行「存款利率歷史月資料」，利息支付期間介於30至45天之存款利率以「定存利率」三個月之期間最為可相比較之對象。本件以相同金額、於相同期間支付利息，為同樣條件下五大銀行之支付利息之23倍至42倍之間。相較於一般市場上合法投資理財商品之年化或期待報酬率，已有顯著之超額，能使多數人或不特定之人受此優厚利息所吸引，而交付款項或資金予非銀行之陳登廷等人，已該當「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」之情形。再者，投資金額或投

資人數之增加，所需給付之投資報酬金額亦相對增加，陶建宇、黃玉華另行與親友集資而增加投資金額，林志成另邀集同事投資，仍均得以參與投資，顯見招攬投資之對象，及投資金額上限實無限制，任由各自人脈逐級拓展，最後匯集於陳登廷一人，且交付投資款項之人多達10餘人，顯有對不特定多數人招募投資款項情形等旨。復就陳登廷所辯：其不知陳逸杰2人有招攬其他人參與投資云云，說明不予採信之理由。

原判決就附表一編號11至13所示許婉琪、呂美玲、邱俊榕等人吸收資金部分，係依據陳登廷對於附表一編號1至15（含11至13）有匯款如附表一之金額不爭執（見原判決第6頁第19至22行），併引用許婉琪、呂美玲、邱俊榕之言詞或書面指證（見原判決第12頁），以及許婉琪於永豐銀行匯款委託書、聯邦銀行匯款通知單、呂美玲於匯豐銀行新臺幣國內跨行電匯申請書、大台北銀行匯款申請書、呂美玲聯邦銀行綜合存款存摺、邱俊榕之銀行存摺等證據（見原判決第11頁第16至19行），作為認定此部分犯行之證據資料。

原判決綜合卷內各項事證，相互勾稽，所為論斷俱有卷內證據資料可資覆按，概屬原審採證認事職權之適法行使，且與經驗法則及論理法則俱屬無違，難認有上訴意旨所指理由矛盾、不備之違誤。

（二）銀行法第29條第1項規定，非銀行不得經營收受存款業務，並於同法第29條之1對收受存款之定義為補充規定。苟以收受投資資金等名義，而實際違法經營收受存款業務，即違反銀行法第29條第1項規定而成立同法第125條第1項之罪。

原判決敘明：陳登廷等人以投資為名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，並約定或給付前述與本金顯不相當之利息；陳登廷縱有經營回收事業，惟依陳登廷於偵查中所述其回收事業之經營方式係購入電子事業廢棄物

料、零件後，再行加工而變賣，其獲利與否及利潤高低，與進料成本費用、成品品質、市場價格波動狀況、銷貨能力等諸多因素相關，縱可事先預期獲利高低，惟並非當然即有獲利保證、無風險，陳登廷等人以事先允諾、且顯不相當之紅利報酬吸引不特定多數人投資，即與銀行法第29條之1「以收受投資，而約定或給付與本金顯不相當之紅利」之構成要件相符，已違反銀行法第29條第1項、第29條之1非銀行不得經營收受存款業務之規定等旨。尚無不合。陳登廷此部分上訴意旨漫事指摘原判決有適用法則不當之違法云云，自非適法之第三審上訴理由。

(三) 原判決敘明：按共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責，不問犯罪動機起於何人，亦不必每一階段犯行，均經參與。以分工合作之方式，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達犯罪之目的，即應負共同正犯責任。依陳逸杰於第一審審理時證稱：只要是陳登廷告訴我金額、期間、利潤，我都會轉述給湯小玲，並詢問其有無興趣投資。湯小玲如要投資，我會知道湯小玲要投資的金額，有多少成數回來。湯小玲下面投資人的投資款，一樣由我轉述陳登廷意思，匯入陳登廷指定的帳戶，投資的本金及利潤回來後，我會告知湯小玲，湯小玲下面的投資人是由湯小玲去處理匯款事宜等語，足認陳逸杰2人雖各自招攬他人投資，惟均知悉彼此有招攬他人投資陳登廷的回收事業，先由陳登廷決定每次投資之金額、期間、利潤情形及匯款帳戶，再由陳逸杰轉述湯小玲，而由陳逸杰2人分別進行招攬投資，其等3人以此分工方式，各自分擔行為之一部，相互利用他人之行為，以達向他人吸收資金之目的，應負共同正犯責任等旨。陳登廷上訴意旨指摘不得令其就陳逸杰2人所為之違法經營銀行業務犯行負責云云，係就原審已為說明之事項，任

意指為違法，難認係上訴第三審之合法理由。

(四) 刑法第31條第1項之規定，係以犯因身分或其他特定關係成立之罪為前提，始得對論以正犯或共犯之無身分或特定關係之人，援為減輕其刑之依據。又違反銀行法第29條第1項所定經營收受存款業務之禁止規定之刑事處罰，視該業務主體係自然人犯之或法人犯之，而異其處罰。自然人犯之者，因其為違法業務活動之行為人，依同法第125條第1項處罰，其行為人不以具有特定身分或其他特定關係者為限，凡知情而參與共同實行之人，依刑法第28條成立共同正犯；法人犯之者，依銀行法第125條第3項處罰其行為負責人。至於其他知情而參與之法人其他從業人員，則依刑法第31條第1項規定，論以共同正犯。依原判決認定之事實，陳登廷係與陳逸杰2人共犯銀行法第125條第1項前段之罪，而非以法人之行為負責人名義為之。又依陳登廷所提陶建宇提供之「投資契約」，其上雖有記載阡富公司為甲方，契約下方蓋用阡翊公司鋼印一枚，但於簽約人欄，僅由陳登廷簽名（見本院卷第159頁），阡富公司、阡翊公司並非簽約之人，即難認有銀行法第125條第3項規定之適用，原判決未依刑法第31條第1項但書規定減輕其刑，於法尚無不合。陳登廷此部分上訴意旨，並非依據卷內事證確實指摘，亦非適法之第三審上訴理由。

(五) 刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性及可能性之證據而言，其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若僅枝節性問題，或所證明之事項已臻明確，自均欠缺其調查之必要性。銀行法第29條、第29條之1所稱「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，具體個案判斷報酬是否與本金顯不相當，並不以民法對於最高利率之限

01 制，或以刑法上重利之觀念，作為認定標準。參酌當時、
02 當地之經濟及社會狀況，如行為人向多數人或不特定人收
03 受款項或吸收資金，並約定交付款項或資金之人能取回本
04 金，且約定或給付之紅利、利息、股息或其他報酬，高於
05 一般銀行定期存款之利率，即能使多數人或不特定人受該
06 行為人提供之優厚報酬所吸引，因而交付款項或資金，即
07 係顯不相當。

08 原判決敘明依上揭五大銀行「存款利率歷史月資料」，利
09 息支付期間介於30至45天之存款利率以「定存利率」三個
10 月之期間為參酌標準，認定本件該當「與本金顯不相當之
11 紅利、利息、股息或其他報酬」之情形，已如前述。又依
12 原審107年11月6日準備程序筆錄記載，原審受命法官詢
13 問：調查證據的部分，有無證據需要調查？陳登廷及其原
14 審辯護人均答：「無」等語（見原審更一卷一第192頁）
15 ；109年4月15日審理期日筆錄記載，原審認陳登廷經合
16 法傳喚無正當理由未到庭，經審判長詢問陳登廷之原審辯
17 護人：尚有何證據請求調查？答稱：「無」等語（見原審
18 更一卷六第44頁）。原審因認事證已明，而未依職權贅為
19 其他無益之調查，自無調查職責未盡之違法可言。
20 陳登廷上訴意旨指摘原審未函詢在地銀錢業者之一般民間
21 無擔保借款利息水準若干云云，亦非上訴第三審之適法理
22 由。

23 （六）刑法有關沒收之規定於104年12月30日、105年6月22日
24 迭經修正公布，並自105年7月1日施行。修正後沒收對
25 犯罪所得採義務沒收主義，並擴及對第三人犯罪所得之沒
26 收，且因犯罪所得之沒收，本質上係準不當得利之衡平措
27 施，為免國家與民爭利，及對同一犯罪行為人雙重追討，
28 復以犯罪所得實際合法發還被害人，作為封鎖沒收、追徵
29 之條件。於107年1月31日修正銀行法時，將第136條之
30 1規定修正為「犯本法之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其
31 以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第38條之1第2

01 項所列情形取得者，除應發還被害人或得請求損害賠償之
02 人外，沒收之。」並自同年2月2日施行。而依刑法第38
03 條之1第1項但書規定，犯銀行法之罪者，自應適用修正
04 後銀行法第136條之1有關沒收之規定。至該法未規定之
05 其餘有關沒收之範圍、方法及執行方式，自仍有刑法第38
06 條之1第5項實際合法發還排除沒收或追徵、第38條之2
07 第2項過苛條款及第38條之1第3項沒收之代替手段規定
08 之適用。而為貫徹修正後銀行法第136條之1之立法目的
09 ，除確無應發還被害人或得請求損害賠償之人外，於扣除
10 已實際發還不予沒收之部分後，就其餘額，應依上開條文
11 所定「除應發還被害人或得請求損害賠償之人外」之附加
12 條件方式諭知沒收、追徵，俾該等被害人或得請求損害賠
13 償之人，於案件判決確定後，得向執行檢察官聲請發還或
14 給付。

15 原判決敘載：共同正犯間關於犯罪所得應如何沒收，須本
16 於罪刑法定主義及罪責之原則，各按其實際利得數額負責
17 ，並非須負連帶責任。行為人取得犯罪所得後，倘將該犯
18 罪所得移轉給其他共同正犯或共犯受領，則該犯罪所得之
19 事實上支配、處分權既已移轉給該共同正犯或共犯，自應
20 就該共同正犯或共犯宣告沒收該犯罪所得。本件認定陳登
21 廷等3人總計吸金達8,591萬元，期間投資人共贖回796
22 萬元，投資人迄未取回之本金為7,795萬元；依目前卷內
23 事證，並無被害人或得請求損害賠償之人已請求並且經法
24 院確認其發還數額，甚或已得實際發還等情形，尚無由產
25 生修正後銀行法第136條之1封鎖刑法沒收或追徵之效力。
26 依趙君怡及陳登廷之陳述，投資人迄未取回之本金7,795
27 萬元，經陳逸杰2人募集而匯入陳登廷指定之帳戶後，僅
28 陳登廷對該款項有事實上處分權，應對陳登廷宣告沒收，
29 爰依修正後銀行法第136條之1之規定於陳登廷主文項諭
30 知未扣案犯罪所得7,795萬元，除應發還被害人或得請求
31 損害賠償之人外，沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜

01 執行沒收時，追徵其價額等旨。於法尚無不合。又原判決
02 已於主文內宣告該犯罪所得數額，除應發還被害人或得請
03 求損害賠償之人外，予以沒收之旨，則嗣後縱認有實際返
04 還被害人，依原判決上開主文之宣告內容，於檢察官指揮
05 執行時，自當扣除而無庸執行沒收或追徵，不影響於判決
06 結果。

07 陳登廷此部分上訴意旨指摘：其所收受款項，係用於經營
08 電子零件回收買賣事業，並於大陸卡關時遭受損失，原判
09 決予以沒收，有理由矛盾之違誤云云，亦非適法之第三審
10 上訴理由。

11 五、綜上，陳登廷之上訴意旨，或就原審採證認事職權之適法行
12 使，或就原判決已說明之事項，或非依據卷內訴訟資料確實
13 指摘，仍就其有無被訴共同非法吸金犯行之事實，漫事爭論
14 ，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。
15 依首揭說明，應認陳登廷之上訴為違背法律上之程式，予以
16 駁回。

17 六、另按刑事訴訟之上訴制度，其允許受不利益判決之被告得為
18 上訴，乃在許其為自己之利益，請求上級法院救濟而設，故
19 被告不得為自己之不利益而提起上訴。原判決就陳登廷等3
20 人被訴對許婉菁、簡明長違反銀行法、詐欺取財犯行，認檢
21 察官提起第二審上訴，事證不足，因而維持第一審就此部分
22 諭知無罪之判決；另追加起訴部分，檢察官係以陳登廷與林
23 偉立對蕭人維、陳績元有違反銀行法罪嫌追加起訴，陳逸杰
24 2人並非追加起訴之當事人。陳逸杰2人上訴理由狀雖敘及
25 原判決此部分有已受請求或未受請求事項，未予判決或予以
26 判決之違法云云（見本院卷第193至201頁），顯與上訴制
27 度係以受不利益之裁判，為求自己利益起見請求救濟而設之
28 本旨不合，且就非該部分判決之當事人，對原判決予以指摘
29 ，本非合法，惟陳逸杰2人上訴意旨並未明白聲明就原判決
30 上開無罪部分提起上訴，且此部分業經原審移送執行（見原
31 審更一卷六第156至158頁），並非本院審判範圍，附此敘

明。

七、檢察官以裁判上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，於被告僅就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，而檢察官並未對該部分聲明不服時，該不另為無罪諭知部分不生移審效果，此為本院最近之見解。從而，本件原判決關於陳登廷等3人被訴涉犯刑法第339條第1項詐欺取財罪嫌、被訴對黃秀卿吸金4,717萬元逾2,330萬元、被訴對楊雅婷於100年8月31日吸金50萬元、被訴對邱俊榕於101年8月14日吸金30萬元，而不另為無罪諭知部分（見原判決第29頁第25行至第41頁第22行），因與原判決認定陳登廷等3人有罪之違反銀行法犯行部分，有想像競合犯裁判上一罪關係，且第一審就此部分為無罪之判決，陳登廷等3人就其有罪部分提起第三審上訴，依上述說明，該不另為無罪諭知部分，亦不在本院之審判範圍。

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

中華民國 111 年 1 月 6 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	錢建榮
	法官	吳淑惠

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 111 年 1 月 13 日