# 最高法院刑事判決

109年度台上字第828號

上　訴　人　章意清
選任辯護人　莫詒文律師
　　張智婷律師
上　訴　人
即參與人　富林環球資產管理顧問有限公司
代　表　人　陳秀娥

上列上訴人等因被告違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年11月29日第二審更審判決（108年度重金上更一字第2號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署100 年度偵字第3752號、101年度偵字第1539、1540、1541、1542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、本件原判決認定上訴人章意清有其事實欄所示之違反銀行法、期貨交易法、證券投資信託及顧問法暨證券交易法等犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍依想像競合犯之規定，從一重論處章意清共同法人之行為負責人違反銀行法第125 條第1 項前段之非法經營收受存款業務罪刑，並為相關沒收、追徵之宣告；另裁定命上訴人即參與人富林環球資產管理顧問有限公司（原名為富林投資管理顧問有限公司；下稱富林投資管顧公司）參與沒收程序，且對其取得之犯罪所得為沒收、追徵之諭知。固非無見。

二、惟按：

㈠有罪判決書之事實欄，為判斷其適用法令當否之準據，應將法院依職權認定與論罪科刑有關之事實，為詳實之記載，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，並使事實認定與理由說明，互相適合，方為合法。倘若事實認定與理由說明，不相一致，或事實或理由欄內之記載，前後齟齬，按諸刑事訴訟法第379 條第14款後段規定，均屬判決所載理由矛盾之當然違背法令

，足以構成撤銷之原因。經查：

1.原判決就本件違反銀行法第29條之法人，於事實欄認定係亨達商業銀行「庫克群島」有限公司（即 Hantec Commercial Bank（Cook Islands）Limited ，下稱亨達銀行）、亨達投資「紐西蘭」有限公司（即Cosmos Hantec Investment（NZ）Limited，下稱CHI公司）、Hantec Group Asset Management Limited（BVI）（下稱HGI公司），及富林投資管顧公司暨富林環球證券投資顧問股份有限公司（以上2 公司，除分稱富林投資管顧公司、富林環球證券投顧公司外，並合稱富林公司）（見原判決第2 頁之㈠）；惟於理由欄說明時，則就該法人或指為：「富林公司及香港商亨達國際控股有限公司（即Hantec Investment Holdings Limited；下稱亨達國際公司）」（見原判決第16頁之㈦ ），或係為「 Hantec Global公司（即Hantec Global Investments Limited（BVI），下稱 Hantec Global公司）之完全保本且附加返還投資金額2.5% 利息具存款性質之Fix 方案（即「Fix Income Short Term」，短期投資固定收益方案），分別匯外幣至香港地區之CHI公司設立於Asia Commercial Bank Ltd ……帳戶、Hantec Global公司在Chiyu Banking Corporation Ltd之……帳戶或其他不明帳戶」（見原判決第18頁之2.），或謂為「富林公司、CHI公司以及亨達公司」（見原判決第 22頁之㈣）之記載。則理由中所載該法人分別為富林公司、亨達國際公司、Hantec Global公司、CHI公司及亨達公司如為真實，則原判決所認定該法人為亨達銀行、CHI公司、HGI公司及富林公司之事實，即難謂無誤，是原判決此部分之事實認定與理由說明，不相一致，自有判決所載理由矛盾之違法。

2.非經主管機關金融監督管理委員會（下稱金管會）核准，或向其申報生效後，不得在中華民國境內，從事銷售境外基金，證券投資信託及顧問法第16條第1 項定有明文。自然人違反該條規定者，構成同法第107條第2款之非法銷售境外基金

罪；法人違反者，依同法第118 條，應依第107條第2款規定，處罰其行為負責人。因此，違反前開第16條第1 項規定，在我國境內，從事銷售境外基金之主體，究為何人，攸關法律之適用，自應詳加審認，明白記載。原判決以章意清招攬不特定多數人購買亨達優利人民幣貨幣基金、HGI 雙元保本基金等境外基金，使如原判決附表（下稱附表）四所示之投資人分別購買上開境外基金，並認章意清此部分所為，應論以證券投資信託及顧問法第118 條之法人負責人非法銷售境外基金罪（見原判決第3、5、26頁）。惟其事實欄並未明確認定非法銷售境外基金之法人究係何公司，雖其附表四載有Hantec Global 等公司，然依其記載，該等公司僅係收受投資人匯款之受款人，似乎尚難認係本件非法銷售境外基金之法人。原判決未明白認定此部分之事實，致無法判斷本件銷售境外基金之法人有無經主管機關核准，或是否已申報生效，亦無法判斷原判決適用法則是否妥適，其判決當然違背法令。

㈡銀行法所稱之銀行，指依該法組織登記，經營銀行業務之機構；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，銀行法第2 條、第29條第1 項分別定有明文。而依同法第53條之規定，設立銀行，應報請中央主管機關許可。另自然人違反上開第29條第 1 項規定者，成立同法第125條第1項之非銀行經營罪；法人違反者，處罰其行為負責人，則為同條第3 項所明定。因此，於法院認定法人違反銀行法第29條第1 項之規定，而處罰其行為負責人時，其判決書除須於犯罪事實欄明白認定未經中央主管機關許可經營銀行業務之法人外，並應於理由欄載明所憑之證據及其認定之理由，否則即有理由不備之違法。原判決於事實欄認定亨達銀行、CHI公司、HGI公司及富林公司均非依銀行法組織登記之銀行，依法均不得經營收受存款業務（見原判決第 2 頁），惟理由欄僅載敘富林公司及亨達國際公司，非我國許可設立之本國或外國銀行，就亨達銀行、CHI公司、HGI公司是否

為經我國中央主管機關許可設立之銀行，則未為說明，自有理由不備之違法（見原判決第16頁）。又原判決理由欄，說明上開公司並非經我國許可設立之銀行，是以金管會證券期貨局（下稱證期會）民國96年12月25日與97年1 月24日函、金管會銀行局97年3月7日函，及金管會97年4 月25日函為據。惟上開函文，或載敘富林投資管顧公司及亨達國際公司，均非經我國主管機關核准經營證券業務之證券商，亦未經許可經營期貨業暨證券投資信託事業或證券投資顧問事業，或說明「亨達優利人民幣貨幣基金」、「雙元保本基金」未曾經金管會核准，或經申報生效得在我國內公開募集或銷售，或函復CHI公司、HGI公司、Hantec Global 公司，均非經許可在我國設立之外國銀行等旨，並無一語提及富林公司及亨達國際公司是否為經我國主管機關許可設立之銀行。其此部分之說明，與所引之卷證資料不符，亦有證據上理由矛盾之違誤。

㈢自然人違反銀行法第29條第1項之規定者，係犯同法第125條第1項之罪；法人違反上開規定者，依同條第3項規定，處罰其行為負責人。是以，應依銀行法第125條第3項規定處罰者，乃違反同法第29條第1 項規定，經營前述收受存款等業務法人之行為負責人。如不具該法人之行為負責人身分，而與法人行為負責人共同實行犯罪之人，則應依刑法第31條第1 項規定，論以共同正犯。卷查，證人陳福民（即附表二編號1、3之投資人）證稱：我因自稱在香港Hantec（亨達）公司擔任財務管理之陳麗足多次造訪，且盛讚亨達公司創辦人鄧予立精明幹練，因而於93年5 月，匯10萬美金至亨達公司指定之 Asia Commercial Bank帳戶，給CHI公司，以購買人民幣及美金；陳麗足於94年4、5月間，再遊說我買3個月的定存，月利息2.5％（即Fix方案），所以我又買10萬美金；陳麗足都是以亨達公司名義遊說我投資等語（見偵字第18920號卷一第238至239頁、他字第10936號卷第41至42頁反面）；證人唐逸祥（即附表二編號2 之投資人）陳稱：93年間，自稱在亨太資產管理顧問公司任職之劉明哲向我推薦金融商品；他表示該公司是香港上市公司亨達公司

在臺之子公司，在臺販賣母公司香港亨達集團之海外金融商品，且常常提及鄧予立，經我上網查詢香港確有他所稱之亨達集團；我便陸續向他購買定存、海外基金、外匯保證金等商品；在我投資過程中沒有聽過富林投資管顧公司等語（見偵字第2158號卷第107至110頁、偵字第22891號卷第347至351 頁）；證人陳麗足（富林投資管顧公司資深經理）證稱：93年5 月間，我介紹陳福民購買富林投資管顧公司所推銷之亨達集團發行之貨幣基金，陳福民一開始投資美金10萬元，分別購買人民幣及澳幣基金，之後再以美金10萬元，購買該集團發行之短期收益商品等語（見他字第10936號卷第104至106、125、128 頁反面）；章意清亦供稱：香港亨達集團將香港股票、外匯（所有貨幣）、黃金等金融商品資訊，提供予富林投資管顧公司，透過富林投資管顧公司舉辦理財講座，告知客戶找亨達集團為海外投資等語（見他字第10936號卷第235至236 頁）；而陳福民購買如附表二編號1 所示之澳幣、人民幣定存，其匯款之受款人為CHI公司；陳福民、唐逸祥、陳衍希所購買之Fix方案，憑證上之銷售主體乃記載Hantec Global 公司，此有上開匯款單及Fix方案在卷可參（見偵字第18920號卷第252 頁、偵字第2158號卷第33頁、蒞字卷第179頁、他字第6546號卷第319頁）。如果無訛，陳福民等投資人認知收受其等存款者，乃香港之公司，業務陳麗足亦認富林投資管顧公司係代為銷售香港亨達集團之金融商品，本身並未經營收受存款業務，且陳福民等投資人匯款之對象或取得憑證之銷售主體為CHI公司或Hantec Global公司，則經營收受存款業務之法人究為CHI公司、Hantec Global公司，抑或富林公司，即有探究之必要。倘富林公司僅係代CHI公司或Hantec Global公司為宣傳，招攬投資人，本身確非違法經營收受存款業務屬實，章意清與該二公司之行為負責人鄧予立共犯此部分犯行，即應依刑法第31條第1 項之規定，論以銀行法第125條第3項、第1 項犯行之共同正犯。究竟實情如何，事關章意清是否為非法經營收受存款業務公司行為負責人，自應調查明白，並依調查結果敘明認定之理由，乃原判決未

敘明理由，逕認章意清與鄧予立就上開犯行，應依刑法第28條規定，論以共同正犯，自有調查職責未盡及判決理由不備之違法。

㈣107年1月31日修正、同年2月2日施行（下稱現行）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，旨在落實任何人都不得保有犯罪所得之普世基本法律原則，期澈底剝奪不法利得，以杜絕犯罪之誘因。上開修正（修正前之規定為：「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」），依其立法理由所載：原規定沒收前應發還之對象有被害人及得請求損害賠償之人，較刑法第38條之1第5項之範圍廣，如刪除回歸適用刑法，原規定之「得請求損害賠償之人」恐僅能依刑事訴訟法第473條規定，於沒收之裁判確定後1年內提出聲請發還或給付，保障較為不利，爰仍予維持明定等旨，可見其在使違反銀行法之犯罪所得優先發還被害人或得請求損害賠償之人，不受刑事訴訟法第473條所定須於沒收裁判確定後1年內提出執行名義要件之限制，且未排除刑法第38條之1第5項以犯罪所得實際合法發還被害人，作為封鎖沒收、追徵條件之適用。至刑法該條項所稱「實際合法發還」，乃指被害人之請求權已依法實現、履行，業已回復犯罪發生前之合法財產秩序狀態而言，倘犯罪行為人形式上將犯罪所得發還被害人，實則巧立名目，另挪他用，自難認犯罪所得已實際合法發還被害人，而排除沒收、追徵之適用。卷查，依證人陳福民證稱：94年5 月陳麗足又叫我買3 個月10萬美金定存，…，95年底人民幣大升時，陳麗足告訴我公司不作人民幣，強迫我換成美金，並在未經說明下，於前述基金、定存在到期後，即拿去作選擇權，之後改操作Currency 等語（見他字第10936號卷第42頁），如果無訛，陳福民所交付如附表二所示之存款，似經其他共同正犯挪以

購買選擇權等，原判決認上開存款業已實際發還，而認應排除此部分之沒收，非無研酌之餘地。

㈤刑法第38條之1第2項規定，犯罪行為人以外之第三人，因下列情形之一取得犯罪所得者，沒收之：明知他人違法行為而取得（第1款）、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得（第2款）、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得（第3款）。第三人明知是他人違法行為之利得而仍收受，即屬第1款所稱之情形，不問其有無給付對價；第2款之情形，則指第三人雖不知他人違法行為，卻仍以無償或顯不相當之對價取得而言。卷查，章意清供稱：富林公司和香港亨達集團有業務往來關係，由他們將香港股票、外匯（所有貨幣）、黃金等金融商品資訊，及所募集之基金，以及期貨、黃金市場等各種交易資訊、研究報告，提供予富林公司，透過富林公司廣告及舉辦理財講座，告知客戶找亨達集團為海外投資；富林公司提供紐西蘭亨達公司基金、外匯交易平台。紐西蘭亨達公司每個月會提供美金7萬元之顧問費給富林公司；剛開始1個月是美金3萬元，後來有到美金6、7萬元，是紐西蘭亨達公司給的管銷費用等語（見他字第10936號卷第235至236頁、偵字第18920號卷一第150頁、偵字第18920號卷二第218頁），且依原判決認定：章意清任實際負責人之富林公司，乃鄧予立授意章意清成立，以負責香港亨達集團如附表二至五所示金融商品在臺灣地區之營運管理事宜，而與CHI公司、亨達國際公司等共同非法經營銷售本案之金融商品等情，如果無訛，富林公司似乎並非以無償或顯不相當之對價取得犯罪所得，則原判決認富林投資管顧公司取得之顧問費，屬刑法第38條之1第2項第2款之情形，自非無再研議之餘地。又原判決以富林投資管顧公司及富林環球證券投顧公司，自93年3、4月間起至97年1月8日止，因章意清之違法行為，每月取得顧問費3萬美金，共計44個月，合計取得132萬美金，屬該二公司共同取得之犯罪所得，應就上開金額對該二公司諭知沒收，惟富林環球證券投顧公司已解散並已清算完結，是僅就上開金額之半數對富林投資管顧公司諭

知沒收、追徵等旨。惟依原判決之認定，富林環球證券投顧公司於95年8月2日始設立登記，並於95年11月22日解散登記（見原判決附表一之5.），而該公司於95年10月19日經證期會核發證券投資顧問營業執照，惟旋即申請解散，並經證期會於95年11月8 日准予解散等情，亦有證期會96年12月25日函在卷可徵（見偵字第16993號卷三第12至14頁）。如果無訛，於93年3、4 月至95年8月1日期間，富林環球證券投顧公司尚未設立，而95年11月22日至97年1月8日間，該公司已解散。則原判決認富林環球證券投顧公司於上開二段期間，亦可取得因章意清違法行為所得之半數顧問費，而就該部分數額，不對富林投資管顧公司諭知沒收、追徵，似非無再研酌之餘地。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。又本件自101年2月29日繫屬於第一審法院時起，迄今已逾8 年，是否符合刑事妥速審判法第7條有關減刑規定，案經發回，併請注意及之。

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　　109　　年　　5　　月　　21　　日

最高法院刑事第六庭

審判長法官　徐　昌　錦

法官　蔡　國　在

法官　林　恆　吉

法官　林　海　祥

法官　江　翠　萍

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　25　　日