最高法院刑事判決

110年度台上字第4523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

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國110年4月14日第二審更審判決（109年度重金上更二字第4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

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審審理結果，認定上訴人（被告）章意清有原判決事實欄所載與鄧予立（經第一審通緝在案）共同違反銀行法、期貨交易法、證券投資信託及顧問法等犯行明確，因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍依想像競合犯從一重論處其共同法人之行為負責人犯銀行法第125條第1項前段之非法經營

收受存款業務罪刑併為沒收之諭知，並對上訴人即參與人富林環球資產管理顧問有限公司（已解散，原名富林投資管理顧問有限公司，下稱富林投資管顧公司）諭知沒收犯罪所得，已載敘認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，對於章意清否認犯罪之辯詞，如何不足採信，亦已依據卷內資料詳加指駁，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略以：

㈠章意清部分：

1.原判決未釐清章意清所犯非法經營收受存款業務等罪，究係與何法人共同為之，遽以鄧予立與章意清將富林環球證券投資顧問股份有限公司（下稱富林環球證券投顧公司）及富林投資管顧公司（該2公司，合稱富林公司）等富林公司名義，與鄧予立為實際負責人之「香港亨達集團」所屬之「Hantec Investment Holdings Limited（民國91年6月18日在經濟部完成外國公司之認許，登記名稱為『香港商亨達國際控股公司』）」、「Cosmos Hantec Investment（NZ）Limited即亨達投資『紐西蘭』有限公司」（下稱CHI公司）、「Hantec Global Investments Limited（BVI）」、「亨太管理顧問有限公司」（下稱亨太公司）或「亨達富林證券投資顧問股份有限公司」等「亨」字公司名義，交錯混使用一語帶過。因攸關刑法第28條或第31條身分犯之論處，原審有調查職責未盡及理由不備之違法。

2.原判決未究明如其附表（下稱附表）二編號1所示陳福民投資匯款美金10萬元至CHI公司之用途及有無實際購買外幣定存，且該筆匯款之受款人為亨達銀行（即Hantec Commercial Bank《Cook Islands》Limited，亨達商業銀行「庫克群島」有限公司），非富林公司，章意清亦非該銀行之負責人或從業人員，自無收受存款行為，遽論處章意清非法經營收受存款業務罪刑，有理由不備之違法。

3.系爭Fix Income Shore Term金融商品（短期投資固定收益方案，下稱Fix Income方案）之投資文件，雖載有「百分之

百保本」、「投資金額2.5%保證收益」等文字，原判決並未說明如何符合銀行法第29條之1 所指要件及憑據，有理由欠備之違誤。

4.原判決認其曾請求認罪協商、須扶養無法獨立生活及處理自己事務之家人，另認有刑事妥速審判法第7 條減輕其刑規定之適用，但未敘明原應處之刑及減輕其刑之幅度，有理由不備、矛盾之違法。

5.原判決既認本件係以「富林公司」、「亨太公司」名義交互使用，而章意清就「亨太公司」部分，已經另案判決確定，本件自應為免訴判決，又謂本件與前案並非同一案件，理由顯有矛盾。而原審亦未調查如附表二至四所示之客戶是否由「亨太公司」延續之「富林公司」，而應予免訴，有調查未盡之違法。

6.原判決未審酌證人陳懷真等人證稱「富林公司」是由鄧予立及其配偶直接管理，與章意清無關之證述，亦未調查「富林公司」事務之營運、決策方式等，且未說明陳懷真等人有利章意清之證述如何不足採，有理由不備之違法。

㈡富林投資管顧公司部分：

原判決認章意清自富林公司收取之薪水、董事津貼及顧問費為每月新臺幣23萬元，然該部分應屬富林公司自CHI 公司所取得之顧問費及管銷費之一部分，原判決將章意清及富林公司之不法所得重複認定，卻未說明可重複沒收之理由，判決違法。

四、法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，事實審法院本於合適的推理作用而為判斷，自為法之所許。而我國刑事訴訟法對於補強證據的種類，並無設限制，故不問其為直接證據、間接證據，或係間接事實的本身即情況證據，均得為補強證據的資料。又銀行法關於非銀行不得經營收受存款業務之處罰規定，旨在禁止個人或公司藉巧立各種名目之便，大量違法吸收社會資金，祇須行為人收受存款而合於法定要件且繼續反覆為之者，

即足當之。

原判決關於章意清共同犯非法經營期貨經理、期貨顧問及其他期貨服務事業，及法人之行為負責人犯非法經營收受存款業務、非法銷售境外基金罪部分，係依憑章意清於警詢及偵訊中不利於己之供述（富林投資管顧公司是富林環球證券投顧公司的前身，其是實際負責人，因怕公司業務員做不好或出事，其必須負責，所以登記負責人先後是章幹、王昌玲，後來變更為陳麗足，嗣因陳麗足不要當董事長，才商請陳秀娥擔任董事長等），證人章文清、賴思菁、邱敏華、陳懷真、陳麗足、陳福民、張惠英等人之證述，佐以扣案之亨達國際公司收購富林公司資料等證據，綜合判斷，認定章意清為富林公司之行為負責人，併依調查所得，逐一載敘：㈠本件與原審法院100 年度金上重更一字第12號確定判決之經營時地、公司名稱、負責人均不相同，係另經起意再犯，應與前案之犯行另行評價，與前案確定判決非屬同一案件。㈡依證人即受害投資人陳福民等人之證述及其等所提之業務員名片等證據，足認章意清並非單純以富林公司名義，而係與鄧予立共同以富林公司及香港亨達集團所屬公司名義，併同混雜使用，而在我國向不特定多數人招攬投資如附表二、四所示之外幣定存等金融商品。又「亨達銀行」僅章意清及陳麗足向陳福民招攬外幣定存投資時使用之銀行名義，且只是利用CHI 公司設於Asia Commercial Bank帳戶作為收款帳戶，無論陳福民此筆款項最終有無確實交付亨達銀行或CHI 公司、款項是否由亨達銀行或CHI 公司操作、陳福民有無自行在亨達銀行開設帳戶，均不影響陳福民確有匯款投資章意清及陳麗足以富林公司及香港亨達集團所屬公司名義所招攬「澳幣及人民幣三個月定存投資」之認定。㈢參以扣案之富林公司產品介紹「綜合外幣存款服務文宣」載明：「將活存、定存及短期融資合而為一，並可靈活投資運用」、「定期可約定到期可自動轉期，並得以質借相同幣別的外幣，期間利息不中斷，同時擁有多種幣別選擇，亦可相互轉換分散風險」、

「避免貨幣貶值時所造成之資產縮水」等語，足認章意清及其業務員向附表二所示之被害人招攬投資之外幣定存及 Fix Income方案，均屬銀行法第5條之1所指「收受存款」。而其等招攬外幣定存使用之富林公司或香港亨達集團等公司，均非依我國銀行法組織登記而得經營銀行業務之公司，則章意清以富林公司或香港亨達國際公司等香港亨達集團等公司名義，對外招攬存款業務且經由CHI 公司收受不特定多數人存款，屬非銀行經營收受存款業務，而違反銀行法第29 條第1項規定等旨其審酌之依據及判斷之理由綦詳，對於章意清否認犯罪之辯詞，如何不足採信，亦於理由內論述明白。凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使，核其各論斷說明，並無違背經驗及論理等證據法則，亦非僅以各告訴人及被害人之證述為認定本件犯行之證據，而有缺漏其他補強證據，或有何與卷內書證不符之情。又原判決既已說明如其附表二所示之Fix Income方案，核屬銀行法第5條之1所指「收受存款」，而違反銀行法第29條第1 項規定之理由，自無說明該方案如何符合銀行法第29條之1 所指「約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」要件之必要。章意清上訴意旨指摘原判決欠缺補強證據，或以推測之方法認定犯罪事實，有悖於相關採證法則，或理由不備、調查未盡之違法云云，均非合法上訴第三審之理由。

五、關於證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院本得依其自由心證予以斟酌，若其基本事實之陳述與真實性無礙時，仍非不得予以採信。且採證認事原屬事實審法院之職權，原審法院採取某證人、或其某部分證詞，為認定上訴人犯罪之論證時，當然排除該證人於其他部分及其餘證人所為之證詞，原審縱未對該證人或其他證人部分併予說明何以不可採之理由，若尚不足以動搖原判決認定犯罪事實之基礎，自屬事實審法院對於證據取捨之職權行使，於判決自不生影響。

原判決已敘明依憑上揭含陳懷真等人證述之證據足以認定章

意清為富林公司之實際負責人，縱未同時說明陳懷真等人嗣於法院審理中所為富林公司是由鄧予立及其配偶直接管理之證述，何以不足為章意清有利認定之理由，乃事實審法院本於判斷之職權，而為證據取捨之當然結果，無礙於其犯罪事實之認定，究與判決不備理由之違法情形有間，章意清該部分之指摘非適法之第三審上訴理由。

六、107年1月31日修正公布之銀行法第136條之1關於「犯罪所得」沒收之規定，其立法意旨在於剝奪犯罪行為人，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項所列情形取得者之犯罪獲利，以降低從事金融犯罪之誘因，故對於「犯罪所得」，扣除應發還被害人或得請求損害賠償之人者外，予以宣告沒收。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等相關沒收規定之適用。又刑法沒收相關規定，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。而關於犯罪所得沒收、追徵之規定，乃採義務沒收主義，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，故基於不正利益不應歸於犯罪行為人所有之原則，在確定利得直接來自不法行為，除不法行為的利得因發還被害人而不予沒收外，不論成本、利潤均應沒收。法院計算犯罪所得，如有卷存事證資料可憑，並於理由內就其依據為相當之論述說明時，即不能遽指為違法。

原判決已依卷證，說明富林投資管顧公司自CHI公司獲取「顧問費」、「管銷費」等收入，係富林公司為與香港亨達集團所屬公司共同非法銷售本案金融商品，而舉辦投資講座、廣告、指派業務員招攬客戶所獲取之對價。與章意清執行本件違法業務，自富林公司取得之薪水、董事津貼及董事顧問費等薪資，二者來源並不相同等旨綦詳，乃就章意清及富林投資管顧公司分別諭知沒收犯罪所得，於法並無違誤，亦無富林投資管顧公司上訴意旨所指重複沒收之違法，所為此部

分之指摘，自非適法之第三審上訴理由。

七、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。原判決就章意清上揭所犯之罪，已綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，並依刑事妥速審判法第7 條規定，減輕其刑後，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，科處有期徒刑 3 年，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，與罪刑相當原則無悖，難認有濫用其裁量權限之違法情形，亦不得以原判決未敘明減輕之幅度，指為違法。

八、綜上，章意清上訴意旨係置原判決之明白論敘於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞及枝節之事項，漫事爭辯，或對於事實審法院取捨證據與判斷證據證明力等職權行使，徒以自己之說詞，泛指其違法，難認已符首揭法定之第三審上訴要件。其關於非法經營期貨經理、期貨顧問及其他期貨服務事業，及法人負責人犯非法經營收受存款業務、非法銷售境外基金罪部分及富林投資管顧公司之上訴均違背法律上之程式，應予駁回。又章意清上開得上訴第三審之部分，既從程序上駁回，則對於第一審及原審均判決有罪之想像競合犯證券交易法第175條第1項、第179 條法人行為負責人非法經營證券業務部分之上訴，核屬刑事訴訟法第376 條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件，自亦無從為實體上審判，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　6　　月　　22　　日

刑事第七庭審判長法　官　段　景　榕

法　官　沈　揚　仁

法　官　汪　梅　芬

法　官　宋　松　璟

法　官　楊　力　進

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　6　　月　　23　　日