臺灣高等法院高雄分院刑事判決

110年度金上訴字第172號

上　訴　人　臺灣屏東地方檢察署檢察官

被　　告　林彥名

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　陳世明律師

　　梁家豪律師

上列上訴人因被告違反期貨交易法等案件，不服臺灣屏東地方法院109年度金訴字第6號，中華民國110年10月8日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署109年度偵字第8號、109年度偵字第9號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

一、經本院審理結果，認第一審以被告林彥名就原判決事實欄第㈠至㈦部分所示，係犯證券投資信託及顧問法第107 條第1款之非法經營全權委託投資業務罪，就事實欄第㈠、㈥至㈦部分所示，係犯期貨交易法第112 條第5 項第5 款之非法經營期貨經理事業罪。並以被告基於單一決意，以一經營行為同時未經許可擅自經營全權委託投資業務及經營期貨經理事業，係為一行為觸犯上述2 罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段規定，從較重之期貨交易法第112條第5項第5款之非法經營期貨經理事業罪處斷，判處有期徒刑6月，緩刑3年，緩刑期間付保護管束，並應向檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供120小時之義務勞務，及接受法治教育4場次，其認事用法及量刑均無不當。並引用第一審判決書記載關於被告部分之事實、證據及理由（如附件）。

二、檢察官上訴意旨略以：㈠茲據告訴人鄭正鈐具狀請求上訴，略以：被告林彥名犯後未向告訴人道歉，亦未真心誠意與告

訴人和解，犯後態度惡劣，乃原審判處被告有期徒刑6月，且無須繳納任何公庫金即給予被告緩刑，告訴人不服等情，請求提起上訴等語前來。㈡行為人同時觸犯2罪，應依重法優於輕法之原則，擇較重之罪論處。但就量刑而言，在重法之法定最輕本刑較輕法之法定最輕本刑為輕時，如仍得在重法之最輕本刑以上、輕法之最輕本刑之下，量定其宣告刑，即有重法輕罰之不合理現象。因此，在別無其他減輕其刑事由時，量刑不宜低於輕法所規定之最低法定刑，以免科刑偏失，始符衡平。此均為最高法院最近之一致見解(最高法院110年9月9日110年台上字第4161號判決案例參照)。原審認被告一行為觸犯2罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段規定，而從較重之非法經營期貨經理事業罪處斷，然就量刑而言，期貨交易法第112條第5項第5款之法定刑度為7年以下有期徒刑，得併科新臺幣300萬元以下罰金，最低法定刑為有期徒刑2月；而證券投資信託及顧問法第107條第1款之法定刑度為5年以下有期徒刑，併科新臺幣100萬元以上5000萬元以下罰金，即最低法定刑為有期徒刑2月，併科新臺幣100萬元。如是，本案被告之宣告刑最低為有期徒刑2月，併科新臺幣100萬元，其中併科新臺幣100萬元部分，如以新臺幣3000元折算一日易服勞役，亦相當於易服勞役11月(尚未逾1年)。乃原審判處被告有期徒刑6月，緩刑3年；緩刑期間付保護管束，並應向檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供120小時之義務勞務，及接受法治教育4場次；量刑似屬過輕，確有再審酌之必要云云。

三、第二審判決書，得引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，對案情重要事項第一審未予論述，或於第二審提出有利於被告之證據或辯解不予採納者，應補充記載其理由，刑事訴訟法第373條定有明文。經查：

㈠按想像競合犯係一行為觸犯數罪名，行為人所犯數罪係成立實質競合，自應對行為人所犯各罪均予評價，始屬適當。因

此，就其所犯各罪所規定之刑罰、沒收及保安處分等相關法律效果，自應一併適用。惟一行為觸犯數罪名而成立想像競合犯關係者，既係以一行為為之，為避免對同一行為有過度、重複評價（所犯數罪應併合處罰），或評價不足（所犯數罪僅處罰其中一重罪）之情形，關於想像競合犯之處斷原則，即刑法第55條前段所規定「從一重處斷」者，應僅限於有輕重比較標準之刑罰部分，至於非屬刑罰之沒收及保安處分等相關附屬法律效果，與刑法第55條前段從一重處斷之規定無關。換言之，數罪成立想像競合犯關係而從其中一重罪之刑處斷時，重罪僅吸收輕罪之刑（但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑），至於輕罪關於沒收、保安處分及其他相關附屬法律效果，並未被重罪之刑所吸收，於處斷時仍應一併適用。然依刑法第35條規定，雖揭示主刑之重輕標準應如何比較，定其次序之原則，惟並未對刑法第55條但書想像競合下「輕罪之封鎖效應」之解釋適用提供明確準則及指引。而徒刑、拘役、罰金均為主刑而非從刑，即依上開說明，應僅有非屬刑罰之沒收及保安處分等相關附屬法律效果與刑法第55條前段從一重處斷之規定無關。則本案所涉2罪之在比較主刑之有期徒刑7年以下及5年以下，即顯然以7年重於5年，雖其中尚有得併科罰金與併科罰金之分別，而以併科罰金較重，既然其中有期徒刑之主刑較重，則除在量處2罪之最低刑之有期徒刑2月時才有明顯比較出有併科之刑為較重，否則實難將2罪之較重之刑7年以下有期徒刑及併科罰金之刑併合成一個重罪之刑視之來科刑。原審既已判處被告有期徒刑6月，已高於輕罪之最低刑有期徒刑2月，縱未為併科罰金之諭知，難謂為違法。檢察官上訴意旨以輕罪最低法定刑為有期徒刑2月，併科新臺幣100萬元，其中併科新臺幣100萬元部分，如以新臺幣3000元折算一日易服勞役，亦相當於易服勞役11月，認原審判處被告有期徒刑6月，量刑似屬過輕云云，逕將財產刑換算自由刑，已有自由刑及財產刑混予比較之不當，即有未洽。原判決雖未就是否予以併科罰

金部分為比較刑罰輕重之說明，惟仍無礙其未為併科罰金之諭知之合法性。檢察官上訴意旨所指即有誤會，上訴意旨就此部分所為指摘，為無理由。

㈡按法院為刑罰裁量時，除應遵守平等原則、保障人權之原則、重複評價禁止原則，以及刑法所規定之責任原則，與各種有關實現刑罰目的與刑事政策之規範外，更須依據犯罪行為人之個別具體犯罪情節、所犯之不法與責任之嚴重程度，以及行為人再社會化之預期情形等因素，在正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求平衡，而為適當之裁量。又關於刑之量定，係實體法賦予法院得依職權裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列事項而未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法或不當。查原審就被告所犯上開之罪詳述已審酌1.被告貪圖私利，未經許可擅自經營期貨經理事業及全權委託投資業務，妨害主管機關對期貨經理事業、全權委託投資業務之管理監督，影響交易市場常規作為，行為實有不當。2.本案之被害人僅7 人，投資金額為10萬元至100 萬元不等，足見被告之經營規模不大，對於交易市場之影響非鉅。3.被告對其犯行坦承不諱，且已與被害人蔡惠如、劉嘉翰、薛文評、趙珮伶、沈宏星、林昭君等人成立和解，並已給付完畢等情，堪認被告之犯後態度尚稱良好。另經審酌被告前無論罪之科刑紀錄、及其自陳之學經歷、家庭生活及經濟狀況等一切情狀，量處有期徒刑 6月，核就科刑部分並無過輕之情形。又原審審酌被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，其一時失慮，致罹刑章，犯後坦承犯行，深表悔意，且已盡力與被害人和解成立或賠償損害，經此偵審程序及刑之宣告後，當知警惕，信無再犯之虞，原審因認前開所宣告之刑，以暫不執行為適當，爰併予宣告緩刑3 年，又斟酌被告之犯罪情節，為使其於本案中深切記取教訓，確實明瞭上開所為造成之危害，並協助培養正確之法治觀念，爰依刑法第74條第2 項第5 款、第8 款規

定，命其應向執行檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供120 小時之義務勞務，並接受法治教育4 場次，另依刑法第93條第1 項第2 款規定，諭知於緩刑期間付保護管束。原審斟酌上開量刑因子後判處之刑符合法律授與裁量權之目的，與所適用法規目的之界限無違，其量刑核屬適當，諭知緩刑部分亦無違緩刑設立之目的。檢察官應告訴人鄭正鈐所請而上訴認被告未向告訴人道歉，亦未真心誠意與告訴人和解，犯後態度惡劣云云，經查：告訴人鄭正鈐雖否認與被告成立和解，並表示蔡志明無權代理其與被告和解等語（原審卷一第237頁）。惟原審已敘明關於和解過程，證人即被告之父林裕宙於原審審理時證稱：我打了很多次電話給鄭正鈐，他說他有委任他的助理蔡志明，我又和蔡志明聯繫，他說他要跟鄭正鈐確認是多少金額，之後我跟蔡志明就約時間交錢，和解書是我和蔡志明簽立的，和解書上鄭正鈐的簽名及印文均是蔡志明所簽及蓋章的，和解書後附之手寫文字部分，也是蔡志明寫的，但現金20萬元部分是寫錯了，應該是24萬元，當天蔡志明要求給現金50萬元，我只有現金20幾萬元，其他部分我只好開支票，支票也已兌現，他有交還我1張70萬元的本票，後來才發現該本票是彩色複印本等語明確（原審卷三第90-92頁），並有和解書及其附件、上開本票在卷可參（原審卷一第159-161 、235 頁）。又證人林裕宙於和解書簽立日期（109 年12月2 日）前有多次與鄭正鈐、蔡志明電話聯繫等情，亦有證人林裕宙之通話紀錄在卷可考（原審卷一第312-326 頁）。依此，證人林裕宙既為被告出面處理與告訴人鄭正鈐間之和解事宜，則苟非告訴人鄭正鈐透露出其委由蔡志明處理，或可與蔡志明進行商討之訊息，證人林裕宙豈有率爾與蔡志明簽立前揭和解書及交付金錢之理？況且，告訴人鄭正鈐於調查局詢問時亦證稱：被告簽發之70萬元本票，我已經交給一個借錢給我的朋友蔡志明了等語（調查卷第55頁）；其代理人於原審審理時亦供稱：鄭正鈐應該是以

50幾萬元之對價將本票轉讓給蔡志明，蔡志明已經不會對鄭正鈐追償等語（原審卷一第306頁）。是鄭正鈐對蔡志明是否有權代理鄭正鈐與被告和解雖有爭議，然證人林裕宙為被告交付金錢與蔡志明之行為，已使鄭正鈐減少或免除相當之債務，亦足見被告犯後確有積極與被害人達成和解之誠意；所為論述亦核無違誤，檢察官應告訴人鄭正鈐所請上訴所為上開指摘即難為得當。上訴意旨就此指摘原審量刑不當云云，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第373條、第368條，判決如主文。

本案經檢察官雷金書提起公訴，檢察官何克昌到提起上訴，檢察官許怡萍到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　28　　日

刑事第一庭　審判長法　官　蔡國卿

法　官　林家聖

法　官　惠光霞

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　28　　日

書記官　黃月瞳

附件：

臺灣屏東地方法院刑事判決

109年度金訴字第6號

公　訴　人　臺灣屏東地方檢察署檢察官

被　　告　林彥名

選任辯護人　陳世明律師

梁家豪律師

上列被告因違反期貨交易法等案件，經檢察官提起公訴（109 年度偵字第8 、9 號），被告於準備程序期日就被訴事實為有罪之

陳述，本院裁定進行簡式審判程序，判決如下：

主　文

林彥名犯期貨交易法第一百一十二條第五項第五款之非法經營期貨經理事業罪，處有期徒刑陸月。緩刑參年，緩刑期間付保護管束，並應向檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供壹佰貳拾小時之義務勞務，及接受法治教育肆場次。

事　實

一、林彥名明知未經主管機關許可，不得經營期貨經理事業及全權委託證券投資業務，竟基於非法經營期貨經理事業及全權委託證券投資業務之犯意，於民國100 年間某日起自稱「布魯思團隊工作室」，並製作「致富關鍵-Be Rich！您專屬投資經理人」之投資代操企劃書，向蔡惠如、劉嘉翰、鄭正鈐、薛文評、趙珮伶、沈宏星（原名沈長興）、林昭君等7人推介其投資期貨及證券之績效，並表示可代為操作期貨及證券交易，並收取獲利之一定成數作為報酬等內容，使蔡惠如等7 人同意後，分別提供資金予林彥明，為下列經營期貨經理及全權委託證券投資業務之行為以牟利：

㈠蔡惠如部分：林彥名與蔡惠如約定由其代蔡惠如操作期貨及證券交易，並以獲利金額之20％為其報酬，如有虧損則由其負擔一半，如虧損幅度跌逾本金之8 成時，超過部分全由其負擔等內容。林彥名與蔡惠如先於100 年9 月22日簽立「代理委託買賣證券等授權書」，又於100 年10月7 日簽立「寶來曼氏期貨股份有限公司期貨授權書」等文件，授權林彥名全權代理證券及期貨交易等業務。蔡惠如嗣將其所開設寶來證券股份有限公司（現更名為元大證券股份有限公司）臺中文心分公司帳號0000-0000000號證券帳戶、寶來曼氏期貨股份有限公司（現更名為元大寶來期貨股份有限公司）帳號000000 號期貨帳戶，及中國信託商業銀行文心分行帳號000000000000號帳戶、員林分行帳號000000000000號帳戶（虛擬帳戶為000000000000號帳戶）等帳戶資料（含密碼）提供予

林彥名，並匯入款項，供林彥名以上開帳戶代蔡惠如買賣證券、期貨使用。林彥名即自100 年10月6 日起至102 年11月21日止，以上市、櫃公司股票及期貨等為投資標的，全權代蔡惠如為股票交易及期貨經理等投資行為。嗣於102 年12月間，因虧損過多，經蔡惠如及其配偶劉嘉翰同意後，由林彥名將蔡惠如之本金餘額一同併入劉嘉翰之證券帳戶內（詳後述）。

㈡劉嘉翰部分：劉嘉翰為蔡惠如之配偶，林彥名與劉嘉翰約定由其代劉嘉翰操作證券交易，如有獲利則給付一定之報酬，如虧損幅度跌逾本金之8 成時，即終止委託等內容。劉嘉翰則於100 年2月22日在大眾綜合證券股份有限公司南台中分公司（現更名為台新綜合證券股份有限公司台中分公司，下稱大眾證券）開設帳號7503-4號之證券帳戶，並與林彥名簽立「委任授權/ 受任承諾代理買賣證券等授權書」，由林彥名擔任受任人，全權代理劉嘉翰買賣證券，劉嘉翰再將上開證券帳戶及其向大眾商業銀行股份有限公司（現更名為元大商業銀行股份有限公司，下稱大眾銀行）申辦之00000000000號帳戶等帳戶資料（含密碼）提供予林彥名，並匯入款項，供林彥名以上開帳戶代劉嘉翰買賣證券使用。林彥名即自101 年1 月10日起至102 年11月21日止，以上市、櫃公司股票為投資標的，全權代劉嘉翰為股票交易之投資行為。嗣於102 年12月間，林彥名經劉嘉翰、蔡惠如同意後，將蔡惠如前開本金餘額併入劉嘉翰上開帳戶內，劉嘉翰、蔡惠如投入之本金共約新臺幣（下同）60萬元，虧損約30萬元。

㈢鄭正鈐部分：林彥名經由蔡惠如之介紹結識鄭正鈐，其與鄭正鈐約定由其代鄭正鈐操作證券交易，並以獲利金額之20%，或獲利超過本金時，以超過部分之一半為報酬，如有虧損則由其吸收等內容。鄭正鈐遂經由不知情之大眾證券營業員蔡長津，於100 年9 月8 日開立帳號8120-6號證券帳戶，並以其在大眾銀行開設之帳號000000000000號帳戶，作為證券款交易帳戶，另於同日與林彥名簽立「委任授權/ 受

任承諾代理買賣證券等授權書」，復將上開帳戶資料（含密碼）提供予林彥名，並匯入款項，供林彥名以上開帳戶代鄭正鈐買賣證券使用。林彥名即自101 年1 月10日起至103 年12月27日止，以上市、櫃公司股票為投資標的，全權代鄭正鈐為股票交易之投資行為，惟林彥名將鄭正鈐投入之70萬元全數虧損殆盡。

㈣薛文評部分：林彥名經由劉嘉翰之介紹結識薛文評，其與薛文評約定由其代薛文評操作證券交易，並以獲利金額之20%為報酬，如虧損逾本金之15%時，即應向薛文評請示是否繼續代操等內容。薛文評遂經由不知情之大眾證券營業員蔡長津，於100 年10月13日開立帳號8164-6號證券帳戶，並以其在大眾銀行南屯分行開設帳號000000000000號帳戶，作為證券款交易帳戶，另於同日與林彥名簽立「委任授權/ 受任承諾買賣證券等授權書」，復將上開帳戶資料（含密碼）提供予林彥名，並於100 年10月24日匯款100 萬元至上開帳戶內，供林彥名以上開帳戶代薛文評買賣證券使用。林彥名即自100 年10月27日至102 年11月25日止，以上市、櫃股票為投資標的，全權代薛文評為股票交易之投資行為。嗣於102年11月間，薛文評發現上開帳戶已虧損逾本金15%，雙方遂於103 年1 月3日簽立「投資代操契約」，約定自103 年1 月1 日起，林彥名每月應匯10萬元至薛文評上開帳戶內，直至補回本金100萬元止，並繼續全權代為操作證券交易之投資行為，林彥名另簽發發票日為102 年12月25日、金額為100 萬元之本票交予薛文評作為擔保。然迄至103 年1 月21日止，上開證券款交易帳戶之餘額僅345,581 元，合計虧損654,419 元。

㈤趙珮伶部分：林彥名經由蔡惠如之介紹結識趙珮伶，其與趙佩伶約定由其代趙佩伶操作證券交易，如有獲利則給付一定之報酬等內容。林彥名與趙珮伶並於100 年9 月22日簽立「代理委託買賣證券等授權書」，趙珮伶則將其所開設寶來證券股份有限公司帳號0000-0000000號證券帳戶之資料（含

密碼）提供予林彥名，並提供10萬元，供林彥名以上開帳戶代趙珮伶買賣證券使用。林彥名即自100 年10月19日起至102 年11月29日止，以上市、櫃股票為投資標的，全權代趙珮伶為股票交易之投資行為。嗣經趙珮伶發現虧損，遂向林彥名表示不再委託其代操投資股票，並收受林彥名所退還之部分金額，總計虧損約3 、4 萬元。

㈥沈宏星部分：林彥名與沈宏星為大學同學，其與沈宏星約定由其代沈宏星操作期貨及證券交易，如有獲利則給付一定之報酬等內容。林彥名與沈宏星先於100 年9 月22日簽立「代理委託買賣證券等授權書」，又於100 年10月5 日簽立「寶來曼氏期貨股份有限公司期貨授權書」等文件，授權林彥名全權代理證券及期貨交易等業務。沈宏星又將其所開設寶來證券股份有限公司帳號0000-0000000號證券帳戶，及寶來曼氏期貨股份有限公司帳號0000000 號期貨帳戶之帳戶資料（含密碼），均交予林彥名，並提供2 、30萬元，供林彥名以上開帳戶代沈宏星買賣證券、期貨使用。林彥名即自100年10月14日起至101 年間止，以上市、櫃公司股票及期貨等為投資標的，全權代沈宏星為股票交易及期貨經理等投資行為。嗣經沈宏星發現虧損，遂向林彥名表示不再委託其代操投資股票及期貨，總計虧損約10幾萬元。

㈦林昭君部分：林彥名經由沈宏星之介紹結識林昭君，其與林昭君約定由其代林昭君操作期貨及證券交易，如有獲利則給付一定之報酬等內容。林彥名與林昭君先於100 年9 月28日簽立「代理委託買賣證券等授權書」，又於100 年10月5 日簽立「寶來曼氏期貨股份有限公司期貨授權書」等文件，授權林彥名全權代理證券及期貨交易等業務。林昭君又將其所開設寶來證券股份有限公司帳號0000-0000000號證券帳戶，及寶來曼氏期貨股份有限公司帳號0000000 號期貨帳戶之帳戶資料（含密碼）均交予林彥名，並提供50萬元，供林彥名以上開帳戶代林昭君買賣證券、期貨使用。林彥名即自100年10月6 日起至102 年11月14日止，以上市、櫃公司股票及

期貨等為投資標的，全權代林昭君為股票交易及期貨經理等投資行為。嗣經林昭君發現虧損，遂向林彥名表示不再委託其代操投資股票及期貨，總計虧損25萬元。

二、案經鄭正鈐、薛文評告發後由臺灣屏東地方檢察署檢察官自動檢舉偵查起訴。

理　由

一、本案被告林彥名所犯係死刑、無期徒刑、最輕本刑為3 年以上有期徒刑以外之罪，其於準備程序中就被訴事實為有罪之陳述，經法官告知簡式審判程序之旨，並聽取當事人之意見後，本院認為適宜進行簡式審判程序審理，合先敘明。

二、上揭犯罪事實，業據被告林彥名於本院審理時均坦承不諱（見本院卷一第86、136 、226 、305 頁及本院卷三第89頁），核與被害人鄭正鈐、薛文評於調查站詢問時之證述【見調屏法字第10870503650 號卷（下稱：調查卷）第21至23、53至56頁】，被害人蔡惠如及證人蔡長津於調查站詢問及檢察事務官詢問時之證述【見調查卷第33至36、45至48頁；107年度他字第1877號卷（下稱：他卷）第205 至211 、223 至227 頁】，被害人劉嘉翰於檢察事務官詢問時之證述（見他卷第223 至227 ，被害人沈宏星於偵訊時之證述【見108 年度偵字第8 號卷（下稱：偵卷）第33至37頁】，互核均大致相符。另就被害人薛文評部分，則有投資代操契約、大眾綜合證券股份有限公司開戶契約書、委任授權/ 受任承諾代理買賣證券等授權書、分戶帳歷史查詢報表、大眾銀行南屯分行帳號000-0000000-00號存摺封面及內頁影本、本票影本；就被害人鄭正鈐部分，則有大眾綜合證券股份有限公司開戶契約書影本、委任授權/ 受任承諾代理買賣證券等授權書、分戶帳歷史查詢報表；就被害人蔡惠如部分，則有中國信託商業銀行帳號000000000000、000000000000號帳戶存款交易明細影本、寶來證券股份有限公司委託人基本資料表、代理委託買賣證券等授權書、客戶歷史交易明細表、寶來曼氏期貨股份有限公司期貨交易輔助人專用開戶文件、

寶來曼氏期貨股份有限公司授權書、寶來曼氏期貨股份有限公司營業場所外辦理開戶前置作業見簽單、申請書、寶來曼氏期貨股份有限公司委任期貨交易輔助人開戶契約補充條款（辦理營業場所外代理開戶前置作業用）、中華郵政掛號郵件收件回執、回函、存摺封面影本、寶來曼氏期貨股份有限公司印鑑卡；就被害人劉嘉翰部分，則有大眾銀行存摺封面影本、大眾綜合證券股份有限公司開戶契約書影本、交易所客戶徵信資料、第一類票據信用資料查覆單、大眾綜合證券股份有限公司徵信與額度審核表、聲明書、委任授權/ 受任承諾代理買賣證券等授權書、劉嘉翰及林彥名證件影本、大眾商業銀行證券款項劃撥委託書、分戶帳歷史查詢報表、客戶交易清單；就被害人趙珮伶部分，則有寶來證券股份有限公司委託人基本資料表、代理委託買賣證券等授權書、客戶歷史交易明細表影本；就被害人沈宏星部分，則有寶來證券股份有限公司委託人基本資料表、代理委託買賣證券等授權書、客戶歷史交易明細表、寶來曼氏期貨股份有限公司期貨交易輔助人專用開戶文件影本、寶來曼氏期貨股份有限公司授權書、寶來曼氏期貨股份有限公司營業場所外辦理開戶前置作業見簽單、申請書、寶來曼氏期貨股份有限公司委任期貨交易輔助人開戶契約補充條款（辦理營業場所外代理開戶前置作業用）、中華郵政掛號郵件收件回執、回函；就被害人林昭君部分，則有寶來證券股份有限公司委託人基本資料表、代理委託買賣證券等授權書、客戶歷史交易明細表、寶來曼氏期貨股份有限公司期貨交易輔助人專用開戶文件影本、寶來曼氏期貨股份有限公司授權書影本、寶來曼氏期貨股份有限公司營業場所外辦理開戶前置作業申請書、見簽單、寶來曼氏期貨股份有限公司委任期貨交易輔助人開戶契約補充條款（辦理營業場所外代理開戶前置作業用）、中華郵政掛號郵件收件回執、回函。此外，復有元大證券股份有限公司108 年11月7 日元證字第1080010964號函暨所附資料、元大期貨股份有限公司108 年11月7 日元期字第108000

2310號函、臺灣屏東地方檢察署辦案公務電話紀錄表、「致富關鍵-Be Rich !您專屬投資經理人」投資代操企劃書影本等件在卷可參（見調查卷第13至19、49、51、73至115 頁；他卷第67、113 至133 、135 至169 、171 至185 、231 至249 、251 至265、285 至351 、355 至377 、383 至399、427 、429 、435 至441 頁）。基上，足認被告前揭任意性自白均核與客觀事實相符，可以採信。是本案事證明確，被告前揭犯行，皆應依法論科。至於起訴書雖記載被害人蔡惠如部分共計虧損1 、20萬元，被害人劉嘉翰部分則虧損70萬元等語，惟被害人蔡惠如、劉嘉翰具狀表示其2 人共計投入約60萬元，虧損30萬元等語（見本院卷一第71至73頁），公訴檢察官亦當庭表示就被害人蔡惠如、劉嘉翰部分之本金及虧損情形，以其2 人前揭書狀之內容為準，茲更正此部分如前揭事實欄所示，附此敘明。

三、論罪科刑

㈠被告行為後，期貨交易法第112 條於105 年11月9 日修正公布，並自同年月11日生效，該條修正後增訂第1 項至第4 項規定，並將原規定移列至現行規定第5 項併刪除同項第7款，其僅有條項之移列調整，構成要件及刑度均未變更，應依一般法律適用原則，逕行適用裁判時即現行期貨交易法第112 條第5 項之規定。

㈡按證券投資信託及顧問法第5 條第10款規定：「全權委託投資業務：指對客戶委任交付或信託移轉之委託投資資產，就有價證券、證券相關商品或其他經主管機關核准項目之投資或交易為價值分析、投資判斷，並基於該投資判斷，為客戶執行投資或交易之業務」。又按所謂期貨經理事業，指經營接受特定人委任，對委任人之委託資產，就有關期貨交易、期貨相關現貨商品或其他經主管機關核准項目之交易或投資為分析、判斷，並基於該分析、判斷，為委任人執行交易或投資之業務者；而「接受特定人委任從事全權委託期貨交易業務」即為經營期貨經理事業，期貨經理事業設置標準第2

條、期貨經理事業管理規則第2 條亦分別有明文。查被告以個人名義受前揭被害人委託執行股票、期貨交易之投資業務，雖非以法人組織為之，惟被告所執行者，乃係基於自己對股票、期貨之價值分析、判斷，而為前揭被害人進行股票、期貨交易之業務。是核被告就事實欄第㈠至㈦部分所示，係犯證券投資信託及顧問法第107 條第1 款之非法經營全權委託投資業務罪，就事實欄第㈠、㈥至㈦部分所示，係犯期貨交易法第112 條第5 項第5 款之非法經營期貨經理事業罪。

㈢按學理上所稱之集合犯，係一種構成要件類型，亦即立法者針對特定刑罰規範之構成要件，已預設其本身係持續實行之複次行為，具備反覆、延續之行為特徵，或具有重複特質之職業性、營業性或收集性犯罪，將之總括或擬制成一個構成要件之「集合犯」行為，例如經營、從事業務、收集、販賣、製造、散布等行為概念者均屬之；此種犯罪，以反覆實行為典型、常態之行為方式，具侵害法益之同一性，因刑法評價上為構成要件之行為單數，僅成立一罪（最高法院95年度台上字第1079號、96年度台上字第3064號判決意旨參照）。而期貨交易法第112 條第5 項第5 款之非法經營期貨經理事業，及證券投資信託及顧問法第107 條第1 款之非法經營全權委託投資業務等犯行，其本質均有反覆繼續為之的性質，是被告係基於概括之犯意，在密切接近之一定時間及空間內反覆實施非法經營期貨經理事業及非法經營全權委託投資業務之行為，均為集合犯，均應包括以一罪論。又一行為觸犯數罪名之想像競合犯，係指行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數個罪名之謂。其存在之目的，在於避免對於同一或局部重疊行為之不法要素予以過度評價。是所謂「同一行為」，係指所實行者為完全或局部同一之行為而言（最高法院107 年度台上字第65號判決意旨參照）。查被告基於單一決意，以一經營行為同時未經許可擅自經營全權委

託投資業務及經營期貨經理事業，係為一行為觸犯上述2 罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段規定，從較重之非法經營期貨經理事業罪處斷。公訴意旨認應分論併罰，尚屬誤會。

㈣爰以行為人之責任為基礎，審酌：1.被告貪圖私利，未經許可擅自經營期貨經理事業及全權委託投資業務，妨害主管機關對期貨經理事業、全權委託投資業務之管理監督，影響交易市場常規作為，行為實有不當。2.本案之被害人僅7 人，投資金額為10萬元至100 萬元不等，足見被告之經營規模不大，對於交易市場之影響非鉅。3.被告對其犯行坦承不諱，且已與被害人蔡惠如、劉嘉翰、薛文評、趙珮伶、沈宏星、林昭君等人成立和解，並已給付完畢等情，有和解書及本院公務電話紀錄在卷可考（見本院卷一第157 、163 至169 、173 至175 頁）。至於被害人鄭正鈐雖否認與被告成立和解，並表示蔡志明無權代理其與被告和解等語（見本院卷一第237 頁）。惟關於和解過程，證人即被告之父林裕宙於本院審理時證稱：我打了很多次電話給鄭正鈐，他說他有委任他的助理蔡志明，我又和蔡志明聯繫，他說他要跟鄭正鈐確認是多少金額，之後我跟蔡志明就約時間交錢，本院卷一第159 頁之和解書是我和蔡志明簽立的，和解書上鄭正鈐的簽名及印文均是蔡志明所簽及蓋章的，和解書後附之手寫文字部分，也是蔡志明寫的，但現金20萬元部分是寫錯了，應該是24萬元，當天蔡志明要求給現金50萬元，我只有現金20幾萬元，其他部分我只好開支票，支票也已兌現，他有交還我1張70萬元的本票，後來才發現該本票是彩色複印本等語明確（見本院卷三第90至92頁），並有和解書及其附件、上開本票在卷可參（見本院卷一第159 至161 、235 頁）。又證人林裕宙於和解書簽立日期（109 年12月2 日）前有多次與鄭正鈐、蔡志明電話聯繫等情，亦有證人林裕宙之通話紀錄在卷可考（見本院卷一第312 至326 頁）。依此，證人林裕宙既為被告出面處理與被害人鄭正鈐間之和解事宜，則苟非

被害人鄭正鈐透露出其委由蔡志明處理，或可與蔡志明進行商討之訊息，證人林裕宙豈有率爾與蔡志明簽立前揭和解書及交付金錢之理？況且，被害人鄭正鈐於調查局詢問時亦證稱：被告簽發之70萬元本票，我已經交給一個借錢給我的朋友蔡志明了等語（見調查卷第55頁）；其代理人於本院審理時亦供稱：鄭正鈐應該是以50幾萬元之對價將本票轉讓給蔡志明，蔡志明已經不會對鄭正鈐追償等語（見本院卷一第306頁）。是縱使蔡志明是否有權代理鄭正鈐與被告和解容有爭議，然證人林裕宙為被告交付金錢與蔡志明之行為，已使鄭正鈐減少或免除相當之債務，亦足見被告犯後確有積極與被害人達成和解之誠意。基上，堪認被告之犯後態度尚稱良好。4.被告前無論罪科刑紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可按，素行尚可。5.被告自陳為碩士畢業之智識程度，家中從事家電業，現在家幫忙，並無收入，未婚無子女之家庭生活經濟狀況等一切情狀。就其所犯量處如主文所示之刑，以資懲儆。

㈤被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，已如前述，其一時失慮，致罹刑章，犯後坦承犯行，深表悔意，且已盡力與被害人和解成立或賠償損害，經此偵審程序及刑之宣告後，當知警惕，信無再犯之虞，本院因認前開所宣告之刑，以暫不執行為適當，爰併予宣告緩刑3 年，以啟自新。又斟酌被告之犯罪情節，為使其於本案中深切記取教訓，確實明瞭上開所為造成之危害，並協助培養正確之法治觀念，爰依刑法第74條第2 項第5 款、第8 款規定，命其應向執行檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供120 小時之義務勞務，並接受法治教育4 場次，另依刑法第93條第1 項第2 款規定，諭知於緩刑期間付保護管束。上開緩刑宣告所附帶之條件，依刑法第75條之1 第1 項第4 款規定，若被告違反上開之負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，檢察官得聲請法院撤銷其緩刑之宣告，附此

敘明。

㈥查被告係向前揭被害人等約定待其投資獲利後，以該獲利之一定成數作為其報酬，惟被告就本案所為之投資行為，均係以虧損作收，其應無取得任何報酬；又被告係以上開被害人等提供之帳戶資料為股票及期貨交易之投資行為，則上開被害人等所提供匯入帳戶內用以交易之資金，實際上仍屬上開被害人等所有，亦非被告之犯罪所得。此外，卷內亦無其他積極證據可認被告獲有任何報酬或佣金，是被告本案犯行尚難認為有犯罪所得，自無庸宣告沒收或追徵，併此說明。

據上論斷，應依刑事訴訟法刑事訴訟法第273 條之1 第1 項、第299 條第1 項前段，期貨交易法第112 條第5 項第5 款，證券投資信託及顧問法第107 條第1 款，刑法第11條前段、第55條前段、第74條第1 項第1 款、第2 項第5 款、第8 款、第93條第1 項第2 款，判決如主文。

本案經檢察官雷金書提起公訴，經檢察官施柏均、何克昌到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　10　　月　　8　　日

刑事第六庭　　法　官　程士傑

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受判決後20日內向本院提出上訴書狀，並應敘述具體理由；其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　10　　月　　12　　日

書記官　魏慧夷

附錄本案論罪科刑法條：

期貨交易法第112條第5項第5款：

有下列情事之一者，處7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣3 百萬元以下罰金：

五、未經許可，擅自經營期貨信託事業、期貨經理事業、期貨顧問事業或其他期貨服務事業。

證券投資信託及顧問法第107條第1款：

有下列情事之一者，處5 年以下有期徒刑，併科新臺幣1 百萬元以上5 千萬元以下罰金：

一、未經主管機關許可，經營證券投資信託業務、證券投資顧問業務、全權委託投資業務或其他應經主管機關核准之業務。