

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

112年度金上訴字第322號

上訴人

即被告 詹鎧亦

選任辯護人 劉仁閔律師

趙翊婷律師

上列上訴人即被告因違反證券投資信託及顧問法案件，不服臺灣橋頭地方法院110年度金訴字第104號，中華民國112年5月30日第一審判決（起訴案號：臺灣地方檢察署109年度偵字第881號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於沒收、追徵未扣案犯罪所得新臺幣參佰萬元之部分撤銷。

扣案之犯罪所得新臺幣參佰萬元沒收。

其他上訴駁回（即刑之上訴，以及沒收、追徵未扣案犯罪所得新臺幣貳佰萬肆仟陸佰玖拾捌元之部分）。

甲○○緩刑參年，並應向指定之政府機關、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一百二十小時之義務勞務，及接受法治教育二場次，緩刑期間付保護管束。

事實及理由

一、本案審理範圍：

按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。刑事訴訟法第348條第3項定有明文。本件上訴人即被告甲○○（下稱被告）及其辯護人於本院審理時，已明示只對原審判決之量刑、沒收提起上訴，至於原審所為之事實，則不在上訴範圍（參本院卷第240、241頁），依前開說明，本院僅就原審判決量刑、沒收之妥適與否，進行審理。

二、被告上訴意旨略以：被告已坦承犯行，並繳回部分犯罪所得

予鈞院，已有悔改之心；請考量被告本意原本只是教學，部分內容亦未涉及到個股分析，另有一收養的未成年子女需被告照顧，請從輕量刑，並給予緩刑之宣告。另被告之教學內容並非全屬非法提供投資顧問之對價，不應全然沒收，請參考所提供之實務見解予以酌減等語。

三、撤銷改判部分：

按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。刑法第38條之1第1項、第3項分別定有明文。本件被告於本院審理時已自動繳交部分犯罪所得新臺幣（下同）300萬元而扣案一節，有本院民國112年12月27日之收據在卷可按（參本院卷第183頁），是被告上開之一部犯罪所得既已扣案，即無不能沒收而應追徵其價額之情形，原審未及審酌於此，即有未恰，自應由本院將原判決關於宣告沒收、追徵此未扣案犯罪所得300萬元之部分撤銷，並依刑法第38條之1第1項之規定，就已扣案之犯罪所得300萬元部分宣告沒收。

四、上訴駁回部分：

（一）按刑之量定，係實體法上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，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。原審認被告罪證明確，並審酌被告未經考核領有許可執照，為賺取訂閱費用牟利，竟在網路平臺經營本件當沖專案，違法經營證券投資顧問業務，侵害主管機關對證券投資顧問業務之監督管理，影響證券市場秩序及投資人權益之保障，且行為時間長達半年餘，訂閱人數相當眾多，不法獲利高達500萬4,698元，對法益之侵害性非微，而應給予相當之責難；兼衡被告前未有任何犯罪科刑紀錄，素行良好，且尚無證據可認有投資者因被告本件犯行實際受有損害，另被告係以前揭盤前、盤後各一篇文章之模式經營本件當沖專案，相較於盤中亦提供訊息或另成立群組帶進、帶出之行為人而言，其犯罪手段亦較輕微；併

01 考量被告所陳之智識程度，家庭生活狀況等一切情狀，量處
02 有期徒刑10月，併科罰金106萬元，並諭知罰金如易服勞役
03 之折算標準。經核原審判決所量定之刑罰，已兼顧被告相關
04 有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，又非濫
05 用其裁量權限，核屬事實審法院量刑職權之適法行使，並不
06 違背比例原則、公平原則及罪刑相當原則。在同一犯罪事實
07 與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審法院量定之
08 刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法
09 院之職權行使，原則上應予尊重。至被告雖於本院審理時坦
10 承犯行，並繳回部分犯罪所得，均如前述，然上開情事，係
11 於原審判決後所生事由，本院審酌後自得於下述緩刑諭知部
12 分予以考量，原審就此部分未及審酌並無違誤，故被告上訴
13 請求從輕量刑云云，即無理由，此刑之上訴部分，應予駁
14 回。

15 (二)被告又主張：其提供之教學內容並非全屬非法提供投資顧問
16 之對價，不應全然沒收，請就犯罪所得部分予以酌減云云。
17 惟犯罪所得之沒收，性質類似不當得利之衡平措施，非屬刑
18 罰，並不適用嚴格證明法則，無須證明至毫無合理懷疑之確
19 信程度。事實審法院就有無犯罪所得、所得數額等沒收相關
20 事項為認定時，如已綜合卷證資料，依自由證明程序釋明其
21 合理之依據，即難恣意指摘為違法。有關被告犯罪所得部
22 分，原判決已敘明：「被告於本件專案期間，雖有零星幾篇
23 傳送與訂閱戶而未涉及個股推介分析之單純教學文章，然被
24 告成立本件當沖專案，既係以將於每次交易日盤前及盤後各
25 發送一篇文章與訂閱戶之固定模式作為賣點，招攬不特定人
26 訂閱其文章而藉此牟利，且其於本件當沖專案成立前3日
27 （即107年7月23日至同年月25日）之盤前、盤後文章均是在
28 PRESSPLAY網路平臺免費分享，自107年7月26日起至108年1
29 月30日止之盤前、盤後文章，則皆載明為專案訂閱文，僅有
30 繳費訂閱者始能取得觀看，可知訂閱戶為取得被告於本案行
31 為期間即107年7月26日至108年1月30日所發送、業經本院認

01 定為屬於就個股進行價值分析與推介建議之盤前及盤後文章
02 而給付之對價，該等盤前及盤後文章均係各訂閱戶繳納訂閱
03 費用所能預期獲得之對待給付且無從切割評價，自不因期間
04 被告曾發表零星幾篇單純教學文章或與本件當沖專案無關之
05 文章而影響該等對價報酬之計算範圍，亦難以如辯護人所辯
06 將盤後文章切割扣除」等語（參原審判決書第18至19頁），
07 經核已參諸卷內相關資料而為論述，並詳細敘明何以認定該
08 犯罪所得屬對價給付且無從切割之理由，依上說明，自難謂
09 原審上開認定於法有違，至被告及其辯護人雖引用其他實務
10 見解主張其犯罪所得應依比例酌減，然本院審酌被告及其辯
11 護人所舉之案例與本案並非完全相同，本難比附緣引，且亦
12 非統一見解而有拘束本院之效力，本於「任何人都不得保有
13 犯罪所得」之立法本旨，且本案被告之犯罪動機、家庭及生
14 活狀況，亦無難以維持而不得不為本案犯行之情況，故原審
15 就其所獲取之全部報酬均認定為犯罪所得而未予酌減，亦難
16 認有何過苛之虞；被告上訴意旨猶執前詞請求酌減犯罪所得
17 之數額，為無理由，除前揭撤銷改判之部分外，其餘應予駁
18 回。

19 五、緩刑宣告：

20 查被告未曾受有期徒刑以上刑之宣告等情，有臺灣高等法院
21 被告前案紀錄表在卷可稽（見本院卷第89頁），茲念被告因
22 一時失慮，致罹刑章，且於本院審理時坦承犯行，並主動繳
23 回300萬元之部分犯罪所得，亦如上述，可認被告有以實際
24 行動表達其願改過之意，信無再犯之虞，本院因認被告前開
25 所宣告之刑應以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1
26 款之規定宣告被告緩刑3年，以啟自新。惟審酌被告因守法
27 觀念薄弱而觸法，且所犯之罪責非輕，實不宜無條件給予緩
28 刑宣告，為警惕被告日後應審慎行事，避免再犯，及使被告
29 培養正確法律觀念，爰依刑法第74條第2項第5款、第8款之
30 規定，命被告應向指定之政府機關、政府機構、行政法人、
31 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，以及接受法治教育2場次，並依刑法第93條第1項第2款等規定，併予宣告於緩刑期間付保護管束。又緩刑之效力不及於從刑、保安處分及沒收之宣告，併此指明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第368條、第364條，判決如主文。

本案經檢察官林濬程提起公訴，檢察官張金塗到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 2 月 29 日

刑事第五庭 審判長法官 簡志瑩

法官 唐照明

法官 王俊彥

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 113 年 2 月 29 日

書記官 郭蘭蕙

附錄本判決論罪科刑法條：

證券投資信託及顧問法第107條

有下列情事之一者，處五年以下有期徒刑，併科新臺幣一百萬元以上五千萬元以下罰金：

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。

二、違反第十六條第一項規定，在中華民國境內從事或代理募集、銷售境外基金。