臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度金上訴字第1359號

上　訴　人　臺灣高雄地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　張維智

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　陳柏宇律師（法扶律師）

上列上訴人因被告違反銀行法等案件，不服臺灣高雄地方法院113年度金訴緝字第45號中華民國114年8月18日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署102年度偵字第2459號、102年度偵字第7412號、103年度偵字第19684號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按上訴得對於判決之一部為之；對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限；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條定有明文。本件檢察官及被告於本院均明確表示僅就原判決之刑部分提起上訴（本院卷第342、343頁），因此本院僅就檢察官及被告上訴之刑部分加以審理，其餘原判決所認定被告之犯罪事實、所犯罪名、沒收部分，均不在審理範圍，此部分詳如原判決所載。

二、檢察官上訴意旨略以：被告張維智犯後迄未賠償告訴人蔡冰柔等人所受之損害，告訴人蔡冰柔遭被告吸收而加入Aipost集團成為會員，投資金額高達新臺幣（下列無註明幣值之金

額，均同為新臺幣）622萬元，告訴人蔡耀賢遭吸收之資金亦有300餘萬元，損害非小，原審所判之刑度似嫌輕縱，爰請求撤銷原判決之刑，更為適當合法之判決；上訴人即被告張維智（下稱被告）上訴意旨略以：被告參與本案之時間非常短暫，與被告較有關連之投資僅有由告訴人蔡冰柔於民國110年1月27日匯款至香港匯豐銀行之資金11萬美元，被告參與情節輕微，且無任何犯罪所得，被告亦坦承犯行，請求適用刑法第59條減輕其刑並從輕量刑。

三、原判決係認定：被告所為，該當違反證券交易法第44條第1項之非證券商不得經營證券業務及同法第22條第3項非法公開招募出售外國公司股票之規定，而犯同法第175條第1項之非法經營證券業務罪、101年1月4日修正前同法第175條之非法公開招募罪，及證券投資信託及顧問法第107條第1款之非法經營證券投資顧問業務罪。起訴書雖認被告所為另違反銀行法第29條、第29條之1規定，應依銀行法第125條第1項規定論處，惟本件起訴書已載明：被告等人係以高額獲利勸誘投資，並非約定任何紅利、利息、股息或其他報酬，自與銀行法第125條第1項之罪要件有間，公訴檢察官亦於原審更正起訴法條為證券交易法第175條非法經營證券業務罪、證券投資信託及顧問法第107條第1款非法經營證券投資顧問業務罪，自無庸變更起訴法條。被告上開犯行，其構成要件性質上均包含繼續、多次經營業務之行為，各屬集合犯中「營業犯」之類型，自應論以包括一罪。被告推由同案被告劉俊英、陳慧敏、吳玉霞、葉結宏等人為上開非法經營證券業務、向投資人為推介建議、公開招募，進而中介出售外國公司未上市等值股票或自行買賣可兌換該外國未上市公司股票點數之行為，自外觀上雖可分割為不同舉動，然其主觀係出於招募投資之單一意思決定，且均屬同一因果歷程中未中斷之行為，彼此間具有高度之時空密接性，且有行為局部重疊之情，乃屬法律上之一行為，同時觸犯上開數罪名，為想像競合犯，依刑法第55條規定，應從一重論以證券投資信託及

顧問法第107條第1款之非法經營證券投資顧問業務罪處斷。被告與葉結宏、劉俊英、陳慧敏、吳玉霞、首席投資顧問英籍Patrick G.Harvey、首席執行人員馬來西亞籍Alvin Low Wei Yan，及其他負責發展組織之上線會員等人間，係以直接或間接（即利用下線會員）介紹投資購買等值之未上市股票，日後上市閉鎖期過後即可獲取可觀利潤為其主要之招募會員方式，並取得一定比例報酬，相互利用彼此行為進行Aipost會員招募，有犯意之聯絡及行為之分擔，應論以共同正犯。

四、新舊法比較及刑之加減

㈠、被告行為後，證券交易法業於101年1月4日修正，並於同年月0日生效施行，已將同法第175條規定之違反同法第22條第1項至第3項未向主管機關申報生效而為有價證券募集、發行或公開招募之處罰，自2年以下有期徒刑提高為5年以下有期徒刑，罰金部分自180萬元以下提高為1500萬元以下，並移列至第174條第2項第3款規定，經新舊法比較結果，依刑法第2條第1項從舊從輕原則，應適用修正前之規定論處。又同法第175條規定雖於101年1月4日修正增訂同條第2、3項，然該條第1項有關違反同法第44條第1項非法經營證券業務之法定刑則未有修正，並無新舊法比較適用可言。

㈡、本件無刑事妥速審判法第7條之適用

自第一審繫屬日起已逾8年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，法院依職權或被告之聲請，審酌下列事項，認侵害被告受迅速審判之權利，且情節重大，有予適當救濟之必要者，應減輕其刑：一、訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由。二、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係。三、其他與迅速審判有關之事項，刑事妥速審判法第7條定有明文。查本件係於103年9月16日繫屬於第一審法院，此有臺灣高雄地方法院檢察署103年9月15日雄檢瑞龍102偵7412字第13326號函上臺灣高雄地方法院刑事科收案戳章可參（原審103年度金訴字第13號卷一第2頁），迄今

已逾8年未能判決確定，惟本院審酌被告於第一審繫屬中，竟擅自於104年4月23日出境，104年6月15日之審判庭期即未遵期到庭，此有原審104年6月15日審判程序刑事報到單及被告入出境資料可證（原審103年度金訴字第13號卷三第95、144頁），後被告因在大陸地區犯罪，經判處有期徒刑4年確定，執行完畢日期為108年6月10日，此有法務部107年7月27日法外決字第10706521690號書函暨所附回復書、調查資料可證（原審103年度金訴字第13號卷四第197至201頁），被告於108年6月10日後仍滯外不歸，經原審於108年10月25日發佈通緝，113年10月18日方經緝獲到案，此亦有原審108年10月25日通緝稿（原審103年度金訴字第13號卷四第222至224頁）、原審通緝被告歸案證明書（原審卷第245頁）可參，佐以同案被告劉俊英、陳慧敏被訴部分均經最高法院於111年6月15日判決確定（原審卷第91頁），足認被告被訴部分之延滯係因被告逃匿所致，被告亦表示：不主張得依刑事妥速審判法減刑（本院卷第307頁），是認被告部分並無刑事妥速審判法第7條減刑規定之適用。

㈢、本件無刑法第59條之適用

刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期猶嫌過重者，始有其適用。查被告所犯證券投資信託及顧問法第107條之罪，係法定本刑5年以下有期徒刑，併科1百萬元以上5千萬元以下罰金之罪，是有期徒刑部分之法定最輕本刑僅有期徒刑2月（刑法第33條第3款參照）。而被告係馬來西亞籍之葉結宏欲將Aipost集團投資計畫推廣至我國時最先接觸之人，亦係實際將該集團投資計畫透過吳玉霞、劉俊英等人引進我國之人，於本件犯行中有重要之地位，犯罪情節難謂輕微，更無宣告法定最低度刑猶嫌過重之情形，自無何刑法第59條之適用。

五、上訴論斷

㈠、刑之量定，係事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟其量

刑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，且無明顯違背公平、比例原則，即不得任意指為違法或不當。

㈡、原審就被告上開犯行，係以行為人之責任為基礎，審酌被告不循正途賺取財物，明知其個人及Aipost集團在臺並無證券商及證券投資顧問事業之資格，且該集團所稱之Aipost、ABRG或ABIL之未上市外國公司股票風險甚大，竟為取得有價證券之推介報酬，決意與同案被告葉結宏、劉俊英、吳玉霞、陳慧敏等人大力推介鼓吹他人投資Aipost方案，致投資大眾未能正確判斷而加入會員投資購買該等未上市之外國公司（電子）股票，而共同非法經營證券業務、非法公開招募及非法經營證券投資顧問業務，規避主管機關對於證券業務、證券投資顧問業務之監理，破壞金融交易秩序，不顧該等投資民眾之權益而致其受有損害，對社會大眾危害匪淺，誠值非難；惟念被告經通緝到案後已改口坦承犯行，犯後態度尚非惡劣，雖被告與葉結宏同為在臺發展投資組織之最上線，但被告參與期間僅至100年1月27日止，其行為所生危害未若同案被告葉結宏、劉俊英、吳玉霞、陳慧敏等人嚴重；兼衡被告之前科素行及其自陳大學畢業，曾任教師，後來經商，已婚，與配偶育有2名已成年子女之智識程度及家庭生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑1年2月，併科102萬元（檢察官上訴書誤載為107萬元），並諭知罰金如易服勞役，以3000元折算1日之標準。經核原判決認事用法，核無不合，量刑亦已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，亦未濫用其職權，應屬適當。

㈢、檢察官、被告雖各以前詞指摘原判決量刑不當，惟依原判決認定之事實，被告參與本案之時間僅至100年1月27日止，自100年1月28日起退出本案之Aipost業務，被告參與時間確實相對短暫，被告應負共同正犯責任之投資亦僅有原判決附表一編號1⑴、2、3、4、5①、6、8至11等部分；惟被告介紹吳玉霞、劉俊英及將劉俊英安排為吳玉霞上線，並引進Aipo

st集團投資方案，除使Aipost投資人之網絡得以對外、對下展開外，渠等以召開說明會之方式招攬投資人購買外國未上市股票之方式，亦使一般民眾因寄望豐厚之股票買賣獲利或希望獲取獎金而加入投資，破壞金融管理之秩序，於本件亦使投資人實際受有損失，被告行為造成之損害難謂輕微，而原審所量處之罰金刑僅較最低度刑（100萬元）略增2萬元，更難謂有何過重之情形。是原審量處上開刑度，實已就有利及不利被告之各個因子，充分考量刑法第57條各款相關之情狀，並無何輕縱或過重之不當，亦無違背公平原則或比例原則，自屬允當。從而，檢察官及被告上訴，均無理由，應予駁回。

六、同案被告劉俊英、吳月霞、陳慧敏被訴部分，前經判決確定；同案被告葉結宏部分，由原審另行審結；被告被訴如原判決附表一編號1⑵、⑶、⑷；⑸、5②、7、12、13及詐欺取財及非法多層次傳銷部分，經原判決不另為無罪之諭知，未據上訴，均不另論列。

據上論結，應依刑事訴訟法第368 條，判決如主文。

本案經檢察官洪瑞芬提起公訴，檢察官林敏惠提起上訴，檢察官李靜文到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　8　　日

刑事第九庭　審判長法　官　唐照明

法　官　林家聖

法　官　蔡書瑜

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　　115　　年　　5　　月　　8　　日

書記官　秦富潔

附錄本判決論罪科刑法條：

《證券交易法第175條第1項》

違反第18條第1項、第28條之2第1項、第43條第1項、第43條之1第3項、第43條之5第2項、第3項、第43條之6第1項、第44條第1項至第3項、第60條第1項、第62條第1項、第93條、第96條至第98條、第116條、第120條或第160條之規定者，處2年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣180萬元以下罰金。

《101年1月4日修正前證券交易法第175條》

違反第18條第1項、第22條、第28條之2第1項、第43條第1項、第43條之1第2項、第3項、第43條之5第2項、第3項、第43條之6第1項、第44條第1項至第3項、第60條第1項、第62條第1項、第93條、第96條至第98條、第116條、第120條或第160條之規定者，處2年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣180萬元以下罰金。

《證券投資信託及顧問法第107條》

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。

二、違反第16條第1項規定，在中華民國境內從事或代理募集、銷售境外基金。