

臺灣臺中地方法院刑事判決

114年度金簡上字第139號

上訴人

即被告 李英君

選任辯護人 賴思達律師

上列上訴人即被告因違反證券投資信託及顧問法案件，不服本院簡易庭於中華民國114年5月14日所為之113年度中金簡字第233號第一審刑事簡易判決（聲請簡易判決處刑案號：113年度偵字第55502號），提起上訴，本院管轄之第二審合議庭判決如下：

主 文

上訴駁回。

李英君緩刑伍年，緩刑期間付保護管束，並應向公庫支付新臺幣貳拾萬元，及向指定之政府機關、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壹佰伍拾小時之義務勞務。

犯罪事實及理由

一、上訴及本案審理範圍：

按上訴得對於判決之一部為之；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1項、第3項定有明文；又對於簡易判決處刑不服提起上訴者，準用上開規定，同法第455條之1第3項亦規定甚明。查，上訴人即被告李英君（下稱被告）所提之刑事上訴狀，暨被告於本院準備程序、審理時均表示：被告僅就原審判決之量刑及沒收部分提起上訴等語（見金簡上卷第7至11頁、107至108頁、233頁），則依前述說明，本院審理範圍僅限於原審判決科刑及沒收部分，其餘部分，不在上訴及本案審理範圍。

二、本案據以審查原審判決量刑及沒收之宣告妥當與否之犯罪事實、證據及罪名，均引用原審判決之內容（詳如【附件】）。

三、被告上訴要旨略以：我僅對量刑上訴，我覺得刑度六個月太

重，對於併科罰金的部分沒有意見，我希望可以緩刑，如果庭上可以給予附條件緩刑，公益金我的能力可以繳納20萬元，我願意提供120 小時的義務勞務。我目前沒有工作，房貸部分靠儲蓄因應，我沒有工作是因為要照顧失智的母親，對於犯罪所得新臺幣105 萬，我沒有爭執，但是希望可以免除等語。辯護人並為其辯護稱：被告坦承犯行，本件犯罪情節與一般案例有所不同，被告確實有證券投資顧問的專業及相關學經歷，且本件被告所服務的對象，也就只有告訴人一人，在同類型的犯罪內實屬輕微，希望予以從輕量刑，鈞院安排調解，告訴人並未出席，所以無從成立調解，本件既然是侵害社會大眾投資證券的相關公共利益，而非個人盈虧，此部分請鈞院考量是否給予被告緩刑時，應該無須考量告訴人的盈虧或是告訴人的意見，並請審酌被告尚有95歲母親需扶養，宣告被告緩刑，以勵自新，關於沒收部分，因被告離開職場多年，無固定收入，現在跟銀行貸款也還有新臺幣1500多萬元尚未清償，如果再併科沒收或追徵新臺幣100多萬元，將會對被告維持生活必要造成很大的影響，所以請鈞院斟酌沒收及追徵的部分，給予免除或酌減等語。

四、駁回上訴之理由：

(一)量刑部分：

按刑事審判之量刑，在於實現刑罰權之分配的正義，故法院對科刑判決之被告量刑，應符合罪刑相當原則，使罰當其罪，此所以刑法第57條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列各款情形，以為科刑輕重之標準。而量刑之輕重，係實體法上賦予事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟法院於量刑時，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，而未逾越法定範圍，又未濫用其職權，即不得遽指為違法。亦即在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審法院量定之刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重（最高法院96年度台上字第760號、95年度台

上字第6617號判決意旨參照)。查，原審判決關於量刑部分，已審酌被告(1)未經主管機關之許可，竟以上揭方式非法經營證券投資顧問業務以取得報酬，規避主管機關對於證券投資顧問業務之監理，影響證券交易市場秩序，實屬不該，應予非難；(2)犯後坦承犯行之態度；(3)本案犯罪之動機、目的、手段、非法經營期間非短、所獲取之報酬非少；(4)大學畢業之智識程度，經濟狀況小康（見卷附個人戶籍資料、被告警詢筆錄註記）等一切情狀，而量處被告有期徒刑6月，併科罰金新臺幣100萬元，並諭知有期徒刑如易科罰金，以1千元折算1日，罰金如易服勞役，以3千元折算1日。經核原審已依本案卷證資料，詳予斟酌刑法第57條各款所列情狀，且所諭知之刑度未逾越法定刑度，亦無濫用自由裁量權限或量刑輕重失衡之情形，尚稱妥適，故本院對原審判決所為之刑罰裁量，自應予尊重，非可任意指摘與撤銷，被告及其辯護人猶以前揭業經原審判決斟酌考量之情為據，請求另為適當之宣告刑，並不足以動搖原審判決所為量刑判斷，難謂允洽，尚非可採。是就原審判決量刑之上訴部分，為無理由，應予駁回。

(二)沒收部分：

1. 有關本案沒收部分，原審判決已敘明：「被告於警詢供稱第一次收取傭金新臺幣45萬元，後來又收取港幣15.6萬元（折合新臺幣60萬5280元）等語（見他卷第94頁），核與告訴人113年8月30日刑事告訴補充理由(二)狀所指相符（見他卷第197頁）。爰以此為計算基礎，被告獲利共新臺幣105萬5280元（計算式：450000+605280），為犯罪所得，依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定諭知沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」經核已參諸卷內相關資料而為論述，難認於法有違。
2. 被告及其辯護人對於犯罪所得部分，主張被告目前無業，經濟困頓，應考量被告經濟能力及維持生活之所需，沒收新臺幣105萬有過苛情形，希望免除等語。惟查：

01 (1)按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定
02 者，依其規定。上開犯罪所得，包括違法行為所得、其變得
03 之物或財產上利益及其孳息，刑法第38條之1第1項、第4項
04 分別定有明文。其立法理由敘明：「為避免被告因犯罪而坐
05 享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪，現行法第38
06 條第1項第3款及第3項對屬於犯罪行為人之犯罪所得僅規定
07 得沒收，難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪，亦與任何人
08 都不得保有犯罪所得之原則有悖，爰參考前揭反貪腐公約及
09 德國刑法第73條規定，將屬於犯罪行為人所有之犯罪所得，
10 修正為應沒收之。」、「又依實務多數見解，基於澈底剝奪
11 犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應
12 沒收。」。換言之，為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，無
13 法預防犯罪，且與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，
14 基於犯罪所得之沒收並非刑罰，性質上屬類似不當得利之衡
15 平措施，採總額原則，不僅使宣告利得沒收於估算數額上成
16 為可行，更可使行為人在犯罪前必須思考承受可罰行為之風
17 險，藉此強調投入非法事業的一切投資皆會血本無歸，與剝
18 奪所得主要是為預防犯罪之目的相契合，且按犯罪所得之沒
19 收，並不適用嚴格證明法則，無須證明至毫無合理懷疑之確
20 信程度，事實審法院就有無犯罪所得、所得數額等沒收相關
21 事項為認定時，如已綜合卷證資料，依自由證明程序釋明其
22 合理之依據，即難恣意指摘為違法。

23 (2)被告因自109年間起至113年3月間止，基於非法從事證券投
24 資顧問業務之犯意，以代告訴人李育仁操作股票等金融商品
25 之開方式非法經營證券投資顧問業務，獲取新臺幣45萬元及
26 港幣15萬6,000元，總計約新臺幣105萬之不法報酬，業經原
27 審認定明確，且為被告所不爭執（見金簡上卷第108頁）。

28 (3)至被告及其辯護人雖提出被告113年度綜合所得稅申報資
29 料、被告永豐銀行存摺影本、戶籍謄本等資料主張被告並無
30 收入，每月須償還貸款，本案犯罪所得應依過苛求條款免
31 除，然經本院職權函調被告提供予告訴人李育仁匯款之兆豐

01 銀行帳戶自109年3月1日至110年5月5日交易明細，被告於涉
02 犯本案行為期間，除告訴人110年3月4日匯入之45萬餘元佣
03 金外，仍有數筆數額高達百萬之金流進出，顯見被告之經濟
04 能力並未存在難以維持而不得不為本案犯行之情況，縱被告
05 目前有貸款仍須償還，尚需扶養母親，然此與社會上多數人
06 之經濟負擔並未存有明顯差異，且被告現年55歲、大學畢
07 業、具有投資專業且本身有投資股票證券（見金簡上卷第24
08 2至243頁），依其年齡體力及智識程度，應尚具謀生能力足
09 以擔負家庭生活費用支出，故原審判決就其所獲取之全部報
10 酬均認定為犯罪所得而未予酌減，難認有何過苛之虞。被告
11 及其辯護人上訴意旨猶執前詞請求免除犯罪所得之數額，為
12 無理由，應予駁回。

13 (三)另被告雖聲請本院函調告訴人之台新銀行帳戶交易明細，欲
14 證明本案告訴人並未受有損害云云，然查本案被告因前揭違
15 反證券投資信託及顧問法犯行獲有105萬元犯罪所得，事證
16 明確，已如前述，且依該法第1條，該法立法目的係為健全
17 證券投資信託及顧問業務之經營與發展，增進資產管理服務
18 市場之整合管理，並保障投資，應屬國家、社會性質之法
19 益，且原審亦並未就告訴人所受損失多寡列為審酌刑度之因
20 素，故被告聲請調查告訴人帳戶交易明細，與本案並無必然
21 之關聯性，核無調查必要，併此敘明。

22 (四)綜上所述，被告及其辯護人以上開情詞，就量刑及沒收部分
23 提起上訴，為無理由，均應予駁回。

24 五、緩刑宣告之說明：

25 (一)按凡有審理事實職權之法院，均得依其職權諭知緩刑，第二
26 審以判決駁回上訴時，仍得諭知緩刑之宣告。次按行為經法
27 院評價為不法之犯罪行為，且為刑罰科處之宣告後，究應否
28 加以執行，乃刑罰如何實現之問題。依現代刑法之觀念，在
29 刑罰制裁之實現上，宜採取多元而有彈性之因應方式，除經
30 斟酌再三，認確無教化之可能，應予隔離之外，對於有教
31 化、改善可能者，其刑罰執行與否，則應視刑罰對於行為人

之作用而定。倘認有以監禁或治療謀求改善之必要，固須依其應受威嚇與矯治之程度，而分別施以不同之改善措施（入監服刑或在矯治機關接受治療）；反之，如認行為人對於社會規範之認知並無重大偏離，行為控制能力亦無異常，僅因偶發、初犯或過失犯罪，刑罰對其效用不大，祇須為刑罰宣示之警示作用，即為已足，此時即非不得緩其刑之執行，並藉違反緩刑規定將入監執行之心理強制作用，謀求行為人自發性之改善更新。而行為人是否有改善之可能性或執行之必要性，固係由法院為綜合之審酌考量，並就審酌考量所得而為預測性之判斷，但當有客觀情狀顯示預測有誤時，亦非全無補救之道，法院仍得在一定之條件下，撤銷緩刑（參刑法第75條、第75條之1），使行為人執行其應執行之刑，以符正義。由是觀之，法院是否宣告緩刑，有其自由裁量之職權，而基於尊重法院裁量之專屬性，對其裁量宜採取較低之審查密度，祇須行為人符合刑法第74條第1項所定之條件，法院即得宣告緩刑，與行為人犯罪情節是否重大，是否坦認犯行並賠償損失，並無絕對必然之關聯性（最高法院102年度台上字第4161號判決意旨參照）。又宣告緩刑，其旨在藉由刑之執行猶豫，給予被告自新之機會，以避免短期自由刑之流弊；是應就被告有無再犯之虞，及能否由於刑罰之宣告而策其自新等，加以審酌（最高法院49年台上字第281號、94年台非字第35號、96年台上字第5616號裁判意旨參照）。是依前所述，刑法本於刑事政策之要求，設有緩刑制度，其消極方面在避免短期自由刑之弊害，使犯人不至於在監獄內感染或加深犯罪之惡習與技術，甚至因此失去名譽、職業、家庭而自暴自棄，滋生社會問題，積極方面則可保全偶發犯罪、輕微犯罪者之廉恥，期使渠等自新悔悟，且因緩刑附有緩刑期間，受緩刑宣告者如在緩刑期間內再犯罪，執行檢察官仍得聲請法院撤銷緩刑，而有藉此督促受緩刑宣告者自我檢束身心之功效，刑罰之威嚇功用，殆不至因緩刑而減弱，亦無損於刑罰目的之實現。

01 (二)本件上訴雖無理由，然查被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑
02 之宣告，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可按，其因一
03 時失慮致罹刑章，然犯後已坦承犯行，堪認其已理解自身非
04 法經營證券投資顧問業務行為之不當，且具悔意，認其經此
05 偵、審程序與科刑之宣告，當知所警惕而無再犯之虞。復參
06 以被告目前退休無業，需照顧年邁母親等情形（見金簡上卷
07 第243頁），及被告本案犯罪之情節及惡性尚非重大，僅因
08 與告訴人認知之投資損賠金額認知差距甚大而無法達成調
09 解，若因不慎觸法即置諸刑獄，要非刑罰之目的。是本院認
10 所宣告之刑以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款
11 規定，宣告緩刑5年，以勵自新。又為使被告於緩刑期間
12 內，能知所戒惕，並導正其等行為，爰均依刑法第74條第2
13 項第5款規定，命被告向指定之政府機關、政府機構、行政
14 法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體各提供150小
15 時之義務勞務，另審酌被告之資力與犯罪情節，併依刑法第
16 74條第2項第4款規定，命被告向公庫支付20萬元，及依刑法
17 第93條第1項第2款之規定，諭知於緩刑期間付保護管束，俾
18 使被告培養正確法治觀念。

19 據上論斷，依刑事訴訟法第455條之1第1項、第3項、第368條、
20 第373條，判決如主文。

21 本案經檢察官翁嘉隆聲請簡易判決處刑，檢察官黃楷中到庭執行
22 職務。

23 中 華 民 國 115 年 2 月 13 日
24 刑事第八庭 審判長法官 吳孟潔
25 法官 黃淑美
26 法官 劉佳紋

27 以上正本證明與原本無異。

28 不得上訴。

29 書記官 陳麗靜

30 中 華 民 國 115 年 2 月 13 日

31 附錄論罪科刑法條

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。

【附件：】

臺灣臺中地方法院刑事簡易判決

113年度中金簡字第233號

聲 請 人 臺灣臺中地方檢察署檢察官

被 告 李英君 男（民國00年0月00日生）

身分證統一編號：Z000000000號

住○○市○○區○○街000號13樓之5

上列被告因違反證券投資信託及顧問法案件，經檢察官聲請以簡易判決處刑（113年度偵字第55502號），本院判決如下：

主 文

李英君犯證券投資信託及顧問法第一百零七條第一款之非法經營證券投資顧問業務罪，處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣壹佰萬元，有期徒刑如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日，罰金如易服勞役，以新臺幣叁仟元折算壹日。

未扣案犯罪所得新臺幣壹佰零伍萬伍仟貳佰捌拾元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

犯罪事實及理由

一、本案犯罪事實及證據，均引用檢察官聲請簡易判決處刑書（如附件）之記載。

二、論罪科刑之理由：

（一）按證券投資信託及顧問法所稱證券投資顧問，指直接或間接自委任人或第三人取得報酬，對有價證券、證券相關商品或其他經主管機關核准項目之投資或交易有關事項，提供分析意見或推介建議；所稱證券投資顧問事業，指經主管機關許

01 可，以經營證券投資顧問為業之機構；所指有價證券，係指
02 證券交易法第6條規定之有價證券，證券投資信託及顧問法
03 第4條第1項、第2項、第5條第8款分別定有明文。而上開法
04 條所稱「經營」者，應指實際參與經營之人而言，且刑法上
05 所謂「業務」，係以事實上執行業務者為標準，指以反覆同
06 種類之行為為目的之社會活動而言，不論該事業是否「專
07 營」或是否達一定之規模，均無礙其成立（最高法院103年
08 度台上字第1070號判決意旨參照）。

09 (二)核被告李英君所為，係犯證券投資信託及顧問法第107條第1
10 款之非法經營證券投資顧問業務罪。

11 (三)被告自民國109年底起至113年3月間止，非法經營證券投資
12 顧問業務犯行，原本即具有反覆實行同種類經營行為之性
13 質，係基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地實施，在
14 行為概念上，屬法律上之集合犯，應評價為包括一罪。

15 (四)爰審酌被告：(1)未經主管機關之許可，竟以上揭方式非法經
16 營證券投資顧問業務以取得報酬，規避主管機關對於證券投
17 資顧問業務之監理，影響證券交易市場秩序，實屬不該，應
18 予非難；(2)犯後坦承犯行之態度；(3)本案犯罪之動機、目
19 的、手段、非法經營期間非短、所獲取之報酬非少；(4)大學
20 畢業之智識程度，經濟狀況小康（見卷附個人戶籍資料、被
21 告警詢筆錄註記）等一切情狀，量處如主文所示之刑，並分
22 別諭知有期徒刑如易科罰金、罰金如易服勞役之折算標準。

23 (五)被告於警詢供稱第一次收取傭金新臺幣（下同）45萬元，後
24 來又收取港幣15.6萬元（折合新臺幣60萬5280元）等語（見
25 他卷第94頁），核與告訴人113年8月30日刑事告訴補充理由
26 (二)狀所指相符（見他卷第197頁）。爰以此為計算基礎，
27 被告獲利共105萬5280元（計算式：450000+605280），為犯
28 罪所得，依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定諭知沒
29 收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價
30 額。

31 三、適用之法律：

- 01 (一)刑事訴訟法第449條第1項、第450條第1項、第454條第2項。
02 (二)證券投資信託及顧問法第107條第1款，刑法第11條前段、第
03 41條第1項前段、第42條第3項前段、第38條之1第1項前段、
04 第3項

05 四、如不服本判決，得於收受判決書送達後20日內，以書狀敘述
06 理由（須附繕本），經本庭向本院管轄第二審之合議庭提起
07 上訴。告訴人或被害人如不服判決，應備理由具狀向檢察官
08 請求上訴，上訴期間之計算，以檢察官收受判決正本之日起
09 算。

10 中 華 民 國 114 年 5 月 14 日
11 臺中簡易庭 法 官 林德鑫

12 上正本證明與原本無異。

13 書記官 鄭詠騰

14 中 華 民 國 114 年 5 月 14 日

15 附錄本案論罪科刑法條全文：

16 證券投資信託及顧問法第107條

17 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
18 上5千萬元以下罰金：

- 19 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
20 業務、全權委託投資業務或其他應經主管機關核准之業務。
21 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、
22 銷售境外基金。

23 附件

24 臺灣臺中地方檢察署檢察官聲請簡易判決處刑書

25 113年度偵字第55502號

26 被 告 李英君

27 0000000000000000

28 0000000000000000

29 選任辯護人 李育錚律師

30 上列被告因違反證券投資信託及顧問法案件，業經偵查終結，認
31 為宜以簡易判決處刑，茲將犯罪事實及證據並所犯法條分敘如

下：

犯罪事實

一、李英君與李育仁為朋友關係，明知未經主管機關行政院金融監督管理委員會（下稱金管會）核准經營證券投資顧問業務，不得經營證券投資顧問業務，直接或間接自委任人或第三人取得報酬，對有價證券、證券相關商品提供分析意見或推介建議，竟基於非法從事證券投資顧問業務之犯意，自民國109年底起，向李育仁表示其曾於美林證券股份有限公司擔任證券營業員，可代為操作股票等金融商品，並保證數年後可獲利翻倍等語，李育仁因而於109年間起，將其向元大證券股份有限公司申辦帳號00000000000000號之證券交割帳戶（下稱元大證券帳戶）、香港寶盛銀行(Bank Julius Baer & Co Ltd, Hong Kong)申辦帳號HK00000000-00號帳戶（下稱香港JB帳戶）等資料交予李英君以代操股票，並允諾給付獲利額度中之15%傭金。李英君自109年間起至113年3月間止，藉上開方式非法經營證券投資顧問業務，累計獲取新臺幣(下同)45萬元及港幣15萬6,000元(折合新臺幣約60萬5,280元)之不法報酬。

二、案經李育仁委託伍經翰律師、游弘誠律師、黃仕翰律師訴由本署偵辦。

證據並所犯法條

一、上揭犯罪事實，業據被告李英君於偵查中坦承不諱，核與證人即告訴人李育仁於警詢及偵訊時陳述情節大致相符，且有告訴人提出之對話紀錄擷圖、錄音檔案譯文、元大銀行國內匯款申請書、匯款15.6萬元港幣之交易編號等資料在卷可稽，足認被告罪嫌堪以認定。

二、核被告所為，係犯證券投資信託及顧問法第107條第1款之未經主管機關許可，經營證券投資顧問業務罪嫌。其犯罪所得約105萬5,280元(計算式：45萬元+60萬5,280元【港幣15萬6,000元】=105萬5,280元)，請依刑法第38條之1第1項前段

規定宣告沒收，並依刑法第38條之1第3項規定，諭知於全部
或一部不能沒收時，追徵其價額。

三、依刑事訴訟法第451條第1項聲請逕以簡易判決處刑。

此 致

臺灣臺中地方法院

中 華 民 國 113 年 11 月 12 日

檢 察 官 翁 嘉 隆

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 113 年 11 月 25 日

書 記 官 許 雅 欣

附錄本案所犯法條全文

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。