

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度金上訴字第932號

上訴人

即被告 陳怡君

選任辯護人 張學維 律師

上列上訴人即被告因證券投資信託及顧問法案件，不服臺灣臺中地方法院113年度金簡上字第152號，中華民國114年3月18日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第14759號、第43858號；併辦案號：113年度偵字第40750號、第56687號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於刑之部分，撤銷。

上開撤銷部分，乙○○處有期徒刑伍月，併科罰金新臺幣玖拾萬元，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，以新臺幣參仟元折算壹日。

事實及理由

一、本院審判範圍：

(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。參諸刑事訴訟法第348條第3項規定立法理由，宣告刑、數罪併罰所定之應執行刑、沒收，倘若符合該條項的規定，已得不隨同其犯罪事實，而單獨成為上訴之標的，且於上訴人明示僅就刑上訴時，第二審法院即不再就原審法院所認定之犯罪事實為審查，而應以原審法院所認定之犯罪事實，作為論認原審宣告刑、執行刑妥適與否的判斷基礎。且本院判決亦毋庸將不在本院審判範圍之罪（犯罪事實、證據取捨及論罪等）及沒收部分贅加記載，或將第一審判決書作為裁判之附件，

始符修法意旨（最高法院112年度台上字第2625號判決意旨參照）。

(二)本件上訴人即被告乙○○（下稱被告）提起上訴已聲明係就原判決量刑部分提起上訴，且於本院準備、審理程序亦均明示僅就原判決「量刑部分」提起上訴，有本院準備、審理程序筆錄在卷可稽，故本件被告上訴範圍只限於原判決量刑部分，其餘部分，則不在上訴範圍，依上揭說明，本院僅就原審判決量刑妥適與否進行審理，至於其他部分，則非本院審查範圍，合先敘明。

二、本院之判斷：

(一)刑之加重或減輕事由：

按法人違反第105條至第110條規定者，處罰其負責人。證券投資信託及顧問法第118條定有明文。又公司為法人，公司負責人為自然人，二者在法律上並非同一人格主體，公司負責人代表公司，其為公司所為行為，除法律有明文規定應由其自負其責者外，應由公司負責。依刑法之一般原理，犯罪主體應與刑罰主體一致，即僅犯罪行為人始負刑事責任，刑罰係因犯罪行為人之犯罪行為而生之法律上效果，基於刑罰個別化之理論，因其行為而生之法律上效果，應歸屬於實行犯罪行為之人，此即為刑事責任個別化、刑止一身之原則；惟行政刑法，為適應社會經濟之需要，擴大企業組織活動之範圍，而制定各種行政法規，且為達成其行政目的，對於違反其命令或禁止之企業組織者設有處罰規定，其處罰之型態略分為三種：其一為兩罰責任：行為人與法人同負其責。其二為自己責任：由實際行為人自負其責。其三為轉嫁責任：轉嫁其責任於他人。依上開說明，證券投資信託及顧問法第118條規定，即為自己責任型態，自應處罰擔任法人之負責人。至知情承辦及參與違反上開規定業務而與法人負責人共同違反上開規定者，則應依刑法第31條第1項規定論以該罪之共同正犯（最高法院108年度台上字第2068號判決意旨參照）。查依原審確定之犯罪事實，被告係受兆富財富管理顧

01 問股份有限公司（下稱兆富公司，負責人為曾奎銘）聘僱之
02 業務員，明知兆富公司係未經核准設立，非屬金管會核准經
03 營證券投資信託事業、證券投資顧問事業、期貨信託事業或
04 期貨顧問事業等情，與曾奎銘共同非法代理銷售境外基金，
05 而共同犯非法銷售境外基金罪。被告並非兆富公司之負責
06 人，只是知情承辦及參與違反上開規定業務，而與法人負責
07 人共同為非法銷售境外基金犯行者，應依刑法第31條第1項
08 之規定，以共同正犯論。被告既非法人負責人本人或本案兆
09 富公司非法銷售境外基金決策主導之人，僅為參與銷售境外
10 基金之業務員，其犯行之可責性較實際主導之行為負責人為
11 輕，爰依刑法第31條第1項但書規定，減輕其刑。

12 (二)撤銷原判決之理由：

13 原審認被告所犯非法銷售境外基金罪之犯罪事證明確，予以
14 論罪科刑，固非無見。惟查被告並非法人之行為負責人，應
15 依刑法第31條第1項之規定，以共同正犯論，且應依同條項
16 但書規定，減輕其刑，已經本院審認如前所述。然原審判決
17 以證券投資信託及顧問法第16條第1項規定之主體為「任何
18 人」，認同法第107條第2款之非法銷售境外基金罪，只要事
19 實上有銷售境外基金之犯意與客觀行為之人，或與之有共同
20 犯意聯絡及行為分擔之人，均應論以該罪，並非因身分或其
21 他特定關係所成立之罪，無刑法第31條規定適用之餘地等語
22 （見原判決第4頁第(三)段）。而未援引刑法第31條第1項之規
23 定論以證券投資信託及顧問法第107條第2款之共同正犯，且
24 未依刑法第31條第1項但書規定，裁量審酌是否減輕其刑，
25 其適用法則，容有未當。被告上訴意旨以其於偵查中即全力
26 配合檢警詢問，並即時具狀認罪，對於本案犯罪事實均如實
27 交待，犯罪後態度良好，且無其他犯罪前科，並有家人需要
28 照顧，請求從輕量刑等語。惟查被告此部分上訴意旨所指情
29 狀，均已經原審於量刑時予以審酌，其上訴固無理由。然原
30 審判決既有前揭適用法則不當之違法，其量刑審酌之結論已
31 難謂允洽，而屬無可維持，應由本院將原判決關於刑之部

01 分，予以撤銷改判。

02 (三)自為判決部分之科刑及審酌之理由：

03 爰以行為人之責任為基礎，審酌被告於本案前並無犯罪之紀
04 錄，有法院前案紀錄表可參，素行尚佳；被告專業為會計，
05 且有任職渣打銀行理專向客戶介紹金融商品之經歷，應具有
06 相當之境外金融商品投資專業，卻不思循正途獲取利益，與
07 兆富公司負責人曾奎銘共同非法銷售境外基金，而從中獲
08 利；使原判決附表一至四所示告訴人丙○○等人因而購買各
09 該境外基金，其非法銷售境外基金之規模，以及其後因基金
10 清算而停止贖回，告訴人丙○○等人因而受有金額非低之損
11 害。對於國家之金融秩序管理及投資人權益，均生危害，所
12 為應予非難；犯後已於偵查、原審及本院審理時均自白犯
13 行，及未能與告訴人丙○○等人達成調解或和解，並賠償其
14 等損失之犯後態度，並衡酌被告犯罪之動機、目的、手段、
15 分工、所生危害、犯罪所得，及告訴人丙○○等人對本案之
16 意見，及斟酌被告於原審及本院審理時自陳之智識程度、職
17 業、家庭生活與經濟狀況等一切情狀，量處如主文第2項所
18 示之刑，並諭知有期徒刑如易科罰金及罰金如易服勞役之折
19 算標準，以資懲儆。

20 (四)另被告及其選任辯護人雖均請求為緩刑之宣告等語。惟緩刑
21 制度的基本理念，係就在一定條件下，認法院所宣告之刑以
22 暫不執行為適當，而以非機構性的考驗觀察，為替代性處
23 分，以符合刑罰再社會化的功能，為法院刑罰權之運用；除
24 應具備刑法第74條第1項所定之條件外，並須有以暫不執行
25 刑罰為適當之情形，始足當之。所謂「以暫不執行為適
26 當」，其具體標準為何？法律並無明文，法院為裁量時，須
27 綜合「刑罰目的」、「一般預防功能」與「再社會化作用」
28 乃至於保安處分功能等因素而為判斷。故緩刑之裁量以被告
29 有無再犯之虞，及能否由於緩刑的宣告而策其自新等一切情
30 形，加以審酌。倘無暫不執行刑罰為適當之情形，即不宜宣
31 告緩刑，否則不僅對被告不足生警惕之效，更無法反映被告

犯行侵害法益之嚴重性，亦難以達到刑法應報、預防、教化之目的。而查被告雖自偵查始即坦承犯行，其犯罪後態度尚稱良好，或其稱有高齡母親、奶奶需協助扶養照顧，及有未成年子女待扶養等情，供量刑審酌即足，與是否宣告緩刑之裁量並無必然關聯；再者，本案被告非法銷售境外基金，依原審確定之犯罪事實，其犯罪之期間將近7年，且非法銷售境外基金之規模甚鉅，被害人數非少及被害金額甚鉅；所為對於國家之金融秩序管理及投資人權益，其犯罪所生危害非輕，所宣告之刑，本院認並無暫不執行被告刑罰為適當之情事，自不宜為緩刑之宣告。原審因而未予緩刑之宣告，並無不當，本院亦同此認定，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官吳淑娟提起公訴，檢察官甲○○到庭執行職務。

中 華 民 國 114 年 8 月 27 日

刑事第五庭 審判長法官 張智雄

法官 游秀雯

法官 林源森

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」。

書記官 江玉萍

中 華 民 國 114 年 8 月 27 日

附錄論罪科刑法條全文：

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：

- 01 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
02 業務、全權委託投資業務或其他應經主管機關核准之業務。
03 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
04 集、銷售境外基金。