臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度金上更一字第11號

上　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　余凌霄

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　林永頌律師

　　陳怡君律師

上列上訴人等因被告違反證券投資信託及顧問法等案件，不服臺灣臺中地方法院111年度金訴字第955號，中華民國112年9月28日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第11861號），提起上訴，本院判決後，由最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

犯罪事實

一、余凌霄為00000000000000 0.0.0.（公元0000年0月00日在○國○○○○註冊登記，公元0000年0月0日變更登記，中文譯名：民國00年間之前為「○○○○○○管理顧問公司」，00年間起為「○○○○○○管理有限公司」，下稱○○○○○○公司）、00000000 0000000 0.0.0.（公元0000年0月00日在○國○○○○註冊登記，中文譯名：○○○○○○管理有限公司，下稱○○○○○○公司）之負責人，○○○○○○公司於民國00年0月0日在臺灣設置辦事處（原位於○○市○○路0段0號00樓之0，嗣00年0月00日變更登記遷至○○市○○區○○○路0段0號0樓0），惟上開0間公司均未在我國辦理分公司登記，亦均非經主管機關即金融監督管理委員會（下稱金管會）許可，以經營證券投資信託為業之機構（即

證券投資信託事業）或以經營證券投資顧問為業之機構（即證券投資顧問事業）。緣○○○於00年間透過朋友介紹認識余凌霄，得知余凌霄於外國有價證券投資方面具有相當專業，即欲委由余凌霄進行投資。余凌霄明知外國公司非經辦理分公司登記，不得以外國公司名義在中華民國境內經營業務，亦明知對客戶委任交付之委託投資資產，就有價證券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，係屬全權委託投資業務，且經營全權委託投資業務，依法須由具備特定條件之證券投資信託事業或證券投資顧問事業向金管會申請核准，經金管會許可後始得營業。詎其於○○○○○○公司、○○○○○○公司未具備上開特定條件及經金管會核准之情形下，基於法人負責人未經許可經營全權委託投資業務、未經辦理分公司登記以外國公司名義經營業務之犯意，自91年6月間某日起至109年11月15日止，每年於○○○○○○、○○○○○○站或○○○位於○○○住家內，由余凌霄先後代表○○○○○○公司、○○○○○○公司，與○○○〔以○○○個人或境外公司00000000 0000000000000 CORP.（下稱00000000公司；該公司登記負責人原為○○○之○○○○○，於000年0月00日改為○○○）名義〕簽立契約，約定由○○○或由00000000公司於○國開立證券帳戶，並由○○○負責將投資款項存入帳戶內（依卷存有限資料推論，契約記載當事人、時間、帳戶應如附表一所示），由余凌霄在我國境內或其他不詳地點，以網際網路操作或其他方式，利用前述所交付證券帳戶內資金，以其自己之價值分析、投資判斷，決定○國股票買賣標的、時間、數量及價格，反覆為○○○執行○國股票投資、交易，且每年以上開證券帳戶之帳戶期末價值（下稱A）有無超出該帳戶年度投入淨額乘以雙方約定之年化成長率之金額（下稱B）衡量○○○○○○公司、○○○○○○公司之操作績效。若A大於B，代表上開公司操作績效有獲利，○○○、00000000公司應給付A扣除B餘額之20%作為報

酬。余凌霄以上開方式，非法經營有價證券全權委託投資業務，並收取報酬共計美金1,899,574元。

二、案經00000000公司與○○○告發由臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

壹、程序事項：

一、被告余凌霄之辯護人雖於原審為被告辯稱：被告所為行為係在○○○○證券交易平台下單，該交易平台伺服器設置在○國，且交易均係透過○國之證券交易所為之。至於被告與○○○在臺灣簽約部分，僅約定被告應為○○○服務之範圍及相關費用計算方式，並非授權被告為○○○下單買賣○國股票。故被告之行為均係在境外為之，我國法院並無審判權。惟按本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論；犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪，刑法第3條、第4條分別定有明文。查被告與○○○於○○○○○○、○○○○○○站或○○○位於○○○住家內簽立契約等情，業經證人○○○、○○○於原審審理時具結證述明確（見原審卷二第267頁、卷三第51頁），核與被告於檢察事務官詢問、原審審理時供稱：其於○○○○○○、○○與證人○○○簽立合作契約等語大致相符（見交查卷第14頁、原審卷二第97頁），足見被告係於我國領域內簽立本案全權委託投資契約。又參以○○○○○○○○公司之執行長（CEO）即證人○○○於原審審理時具結證稱：00000000公司部分，被告有一個網路下單系統供其下單交易等語（見原審卷二第291、292頁）；證人○○○於原審審理時具結證述：被告比較不會在辦公室內為客戶進行股票下單，通常是在被告位於○○之家中，因為○國股市開市時間是臺灣的晚上等語（見原審卷三第62頁）。足見被告於臺灣境內，有以網際網路連結至○○○○○○○○公司之○國股票交易系統後，進行○國股票投資、交易。基

上，堪認被告為本案之犯罪行為地係在我國領域內，故我國具有審判權。

二、被告之辯護人雖曾為被告辯以：被告違反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部分，已罹於追訴權時效。然按追訴權，因下列期間內未起訴而消滅：一、犯最重本刑為死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑之罪者，30年。但發生死亡結果者，不在此限。二、犯最重本刑為3年以上10年未滿有期徒刑之罪者，20年。三、犯最重本刑為1年以上3年未滿有期徒刑之罪者，10年。四、犯最重本刑為1年未滿有期徒刑、拘役或罰金之罪者，5年（第1項）。前項期間自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有繼續之狀態者，自行為終了之日起算（第2項），刑法第80條定有明文。次按犯罪之行為，有一經著手，即已完成者，如學理上所稱之即成犯；亦有著手之後，尚待發生結果，為不同之評價者，例如加重結果犯、結果犯；而犯罪之實行，學理上有接續犯、繼續犯、集合犯、吸收犯、結合犯、連續犯、牽連犯、想像競合犯等分類，前五種為實質上一罪，後三者屬裁判上一罪，因實質上一罪僅給予一行為一罪之刑罰評價，故其行為之時間認定，當自著手之初，持續至行為終了，並延伸至結果發生為止。基此，「集合犯」為實質上之一罪，在法律上為不可分割之一個犯罪行為，其犯罪時間之認定，即係自著手之初持續至行為終了時止，其追訴權時效自應自行為終了之日起算。經查，被告本案違反證券投資信託及顧問法犯行，性質上屬集合犯（詳後述），其行為之追訴權時效，應自被告行為終了之日即109年11月15日起，開始起算。被告違反證券投資信託及顧問法第118條、第107條第1款之罪部分，為最重本刑5年以下有期徒刑之罪，揆諸上開說明，其追訴權時效為20年，且自行為終了日即109年11月15日起算。查本案經檢察官提起公訴且於111年5月27日繫屬原審法院，有臺灣臺中地方檢察署111年5月27日中檢永年111偵11861字第1119057537號函上之原審法院收件戳章可憑

（見原審卷一第7頁），顯尚未罹於追訴權時效。

三、證據能力：

㈠本件判決以下所引用被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，均經原審法院於審判時當庭直接提示而為合法調查，檢察官、被告及其選任辯護人均同意作為證據（見原審卷四第71頁），本院審酌前開證據作成或取得狀況，均無非法或不當取證之情事，亦無顯不可信情況，故認為適當而均得作為證據。是前開證據，依刑事訴訟法第159條之5規定，均具有證據能力。

㈡除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，刑事訴訟法第158條之4定有明文。本案所引用之非供述證據，並無證據證明係實施刑事訴訟程序之公務員違背法定程序所取得，且檢察官、被告及其選任辯護人均未表示無證據能力，自應認均具有證據能力。

貳、實體事項：

一、認定犯罪事實所憑證據及理由：

訊據被告固坦承其於上開時、地，以○○○○○○公司、○○○○○○公司名義，與○○○以個人或00000000公司名義簽立書面契約，約定由證人○○○或00000000公司開立帳戶，其則負責下單買賣○國股票，且成果分享（按：報酬）之計算方式如上所示，其因而有獲得報酬。○○○○○○公司、○○○○○○公司未於臺灣辦理分公司登記，亦非經行政院金融監督管理委員會（以下簡稱金管會）許可，以經營證券投資信託、經營證券投資顧問為業之機構等事實，然矢口否認有何法人負責人未經許可經營全權委託投資業務、未經辦理分公司登記以外國公司名義經營業務等犯行，辯稱：1.其僅獲得○○○之有限授權，而只能進行下單買賣而已，其無法掌控帳戶內款項匯出、匯入，亦不會接觸到款券交割，其所為並非全權委託投資。2.○○○○○○公司、○○○○○○公司均無於臺灣經營業務。被告之辯護人則為被告

辯護略以：1.證券投資信託及顧問法於00年00月0日生效施行，是於該法施行前之行為應屬不罰行為。2.被告所下單買賣之○國股票，並非證券投資信託及顧問法第5條第8款之有價證券，因被告係於○國證券商之網路平台下單買賣○國股票，並非於臺灣從事外國股票投資服務。被告所為實係於國外進行投資服務，與我國金融秩序無涉，並非證券投資信託及顧問法應規制之範疇。3.被告僅獲得「有限交易授權」，只能代為下單買賣○國股票，對於○○○或00000000公司申設帳戶內款項或股票並無指示或運用之權限。亦即，被告無法處理交割、帳戶內款項之匯出、匯入行為。○○○才是實質掌控上開帳戶內款項進出、對資產運用有指示權利者。4.被告僅係提供建議予○○○，然於下單買賣○國股票前，無論係投資標的或金額，均須得到○○○逐一、具體同意，方能投資，是被告並無投資交易決策權。且○○○自己亦可使用帳戶內款項買賣股票。5.被告僅係以○○○○○○公司、○○○○○○公司名義與○○○簽約，實際上仍係由被告個人與○○○從事投資行為。又相關契約執行、交易、獲利來源均發生在○國，○○○○○○公司、○○○○○○公司並未於臺灣營業獲利，對於臺灣市場並無影響云云。經查：

㈠被告為○○○○○○公司、○○○○○○公司之負責人，○○○○○○公司僅於上開時、地設置辦事處。惟上開公司均未在我國辦理分公司登記，亦均非經金管會許可，以經營證券投資信託、顧問為業之機構。被告於上開時、地，由被告先後以○○○○○○公司、○○○○○○公司名義，與○○○〔以個人或00000000公司名義〕簽立契約，約定由○○○或由00000000公司於○國開立證券帳戶（契約記載當事人、時間、帳戶詳如附表一所示），由被告於上開地點、方式，下單買賣○國股票。○○○○○○公司、○○○○○○公司之績效以前述方式計算，被告因此有獲得報酬等情，為被告所不否認，核與證人○○○、○○○、○○○於原審審理時具結證述情節相符（見原審卷二第237至306頁、卷三第39至

78頁），且有○○○○○○管理有限公司之商業司網站資料、商業司網站查詢資料-查無○○○○、證券投資信託暨顧問商業同業公會網頁查詢資料-查無○○○○○○公司或○○○○公司、資本帳戶委託管理契約書各1份、應收費用申請書暨收據4份、○○○匯款給○○○○公司、○○○○公司之國內、外匯款單計8張、資本事業合作契約書8份、應收申請書暨收據5份、00000000公司之公司登記資料及其認證文件1份、被告提出之雙方歷年（102年至108年）資本事業合作契約各1份、應收申請書暨收據5份暨相關證券商對帳資料、○○○○○○管理顧問公司與○○○91年投資帳戶委託管理契約、○○○○○○公司與○○○93年投資帳戶委託管理契約書、○○○94年於○國○○○○公司開戶申請書、00000000公司102年於○○○○證券公司開戶申請書、○○○94年予被告之授權書、00000000公司102年予被告之交易授權及免責同意書、○○○○○○公司註冊登記資料、○○○○○○公司辦事處登記資料、○○○○○○公司註冊登記資料、證券期貨特許事業、兼營投顧事業公司查詢結果各1份在卷可稽（見他卷第21、23、25、27至29、31至38、39至45、49至51、53至57、59至73、75至89頁、交查卷第37至57、147至161、163至234頁、原審卷一第169至210、223至229、303至311頁、卷二第219至229頁），此部分事實，堪以認定。又依○○○○○○公司、○○○○○○公司之註冊登記資料（見原審卷一第303至305、309至311頁），該2間公司係先後在○國註冊設立，登記營業所在地各異，應為不同之法人格，被告於原審審理時供稱：○○○○○○公司、○○○○○○公司為同一間公司云云（見原審卷二第131頁），應僅係指該二公司均為其實質掌控之事實。

㈡按93年11月1日施行之證券投資信託及顧問法第121條規定：「證券交易法第18條及第18條之1所定證券投資信託事業及證券投資顧問事業之規定，及第18條之2與第18條之3規定，不再適用」。為此，證券交易法第18條於95年1月11日修正

公布，原條文：「經營證券投資信託事業、證券金融事業、證券投資顧問事業、證券集中保管事業或其他證券服務事業，應經主管機關之核准」，修正為：「經營證券金融事業、證券集中保管事業或其他證券服務事業，應經主管機關之核准」；同法第18條之3於95年1月11日刪除，原條文為「證券投資顧問事業或證券投資信託事業接受客戶全權委託投資之資金，與證券投資顧問事業或證券投資信託事業及保管機構之自有財產，應分別獨立。證券投資顧問事業或證券投資信託事業及保管機構對其自有財產所負債務，其債權人不得對客戶委託之資金及以該資金購入之資產，為任何之請求或行使其他權利（第1項）。證券投資顧問事業或證券投資信託事業經營接受客戶全權委託投資業務之管理辦法及其營業保證金，由財政部定之（第2項）」。該次修法理由即謂：「證券投資信託及顧問法業於93年11月1日施行，依該法第121條規定，證券交易法所定證券投資信託事業及證券投資顧問事業等相關規定不再適用，爰刪除現行條文第18條之2及第18條之3，並修正相關規定。（修正條文第18條及第172條）」。由此觀之，關於證券投資信託事業及證券投資顧問事業原係由證券交易法加以規範，然於93年11月1日證券投資信託及顧問法施行之日起，即不再適用。而行為人若違反修正前證券交易法第18條第1項規定，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，修正前該法第175條定有明文。此外，法人違反證券交易法之規定者，依本章各條之規定處罰其為行為之負責人，修正前證券交易法第179條亦有明文。又證券交易法第179條於101年1月4日雖配合該法新增第5章之1外國公司章，新增第2項規定，定明外國公司違反本法之規定者，依該章各條之規定處罰其為行為之負責人，然於101年1月4日修正前，若外國公司違反證券交易法規定，縱認不符合修正前證券交易法第179條所定「法人」之要件，就外國公司為行為之負責人應仍得依修正前第175條論處，否則無異形成處罰漏洞，有礙上開規定

之規範意旨。

㈢行政院於72年10月6日依修正前證券交易法第18條規定，制定證券投資顧問事業管理規則（於98年9月25日廢止）。又財政部依修正前證券交易法第18條之3第2項規定，制定證券投資顧問事業證券投資信託事業經營全權委託投資業務管理辦法，並於89年10月9日發布且自發布日起施行（該辦法亦於98年9月25日廢止）。1.舊證券投資顧問事業管理規則於89年10月9日修正發布並自發布日施行，該規則第2條第1款規定：「本規則所稱證券投資顧問事業，指為獲取報酬，經營或提供有價證券價值分析、投資判斷建議，或基於該投資判斷，為委任人執行有價證券投資之業務者」（該管理規則雖於93年10月20日再度修正，惟僅將「委任人」用語改為「客戶」）、第5條規定：「證券投資顧問事業得經營下列業務，其種類範圍以經證期會核准者為限：一　接受委任，對證券投資有關事項提供研究分析意見或推介建議。二　接受客戶全權委託投資業務。三　發行有關證券投資之出版品。四　舉辦有關證券投資之講習。五　其他經證期會核准之有關業務（第1項）。證券投資顧問事業經營前項第二款業務，應依證券投資顧問事業證券投資信託事業經營全權委託投資業務管理辦法（以下簡稱全權委託管理辦法） 辦理（第2款）。」（該管理規則於93年10月20日再度修正，惟僅將「證期會」〈即財政部證券暨期貨管理委員會 ，以下簡稱「證期會」〉用語改為「本會」〈即「金管會」〉）。2.證券投資顧問事業證券投資信託事業經營全權委託投資業務管理辦法於92年4月9日修正發布，該業務管理辦法第2條第1項規定：「本辦法所稱全權委託投資業務，指證券投資顧問事業或證券投資信託事業對客戶『交付』之委託投資資產，就有價證券、證券相關商品或其他經財政部證券暨期貨管理委員會 核准項目之投資為價值分析、投資判斷，並基於該投資判斷，為客戶執行投資或交易。」第3條規定「證券投資顧問事業或證券投資信託事業經營全權委託投資業務

應向證期會申請核准（第1項）。任何人非經前項核准，不得經營有價證券全權委託投資業務（第2項）。」自上開規定可知，為獲取報酬，經營或提供有價證券價值分析、投資判斷建議，或基於該投資判斷，為委任人執行有價證券投資之業務者，自屬證券投資顧問事業，且證券投資顧問事業得經營之業務包含接受客戶全權委託投資業務。於證券投資信託及顧問法施行前，倘若行為人未經主管機關核准經營證券投資顧問事業，卻接受客戶全權委託投資業務，即有違反修正前證券交易法第18條第1項規定，應按情況依該法第175條、第179條論處。又於證券投資信託及顧問法施行前，縱係以外國公司名義非法經營全權委託投資業務行為，揆諸上開說明，就外國公司為行為之負責人仍有證券交易法第175條處罰規定適用。查被告本案非法經營全權委託投資業務行為（詳下述），本身既含有不斷反覆實施之特性，而屬於集合犯（詳如下述），其未經許可經營全權委託投資業務犯行既延續至證券投資信託及顧問法生效施行之後，其間規範上開行為之法律業已更迭，自應適用已生效之證券投資信託及顧問法之規定。是辯護人辯以被告於93年11月1日前之行為應屬不罰行為等語，並無可採。

㈣1.按「本法其他用詞定義如下：八、有價證券：指依證券交易法第6條規定之有價證券」，證券投資信託及顧問法第5條第8款定有明文。次按「本法所稱有價證券，指政府債券、公司股票、公司債券及經主管機關核定之其他有價證券」，證券交易法第6條亦有明文。依金管會108年7月3日金管證發字第10803211643號函所載：「依證券交易法第6條第1項規定以公告或令核定之其他有價證券，包含如下：㈠在我國境內募集、發行、買賣或從事投資服務之外國股票、公司債、政府債券、受益憑證及其他具有投資性質之外國有價證券（財政部76年9月12日（76）（二）字第00900號公告）」，有上開函文附卷可參（見原審卷二第233頁），足見在我國境內從事外國之股票之投資服務，該外國之股票仍屬證券交

易法第6條所定之有價證券。2.依證券投資顧問事業證券投資信託事業經營全權委託投資業務管理辦法⑴第14條第1項第5款原規定：「證券投資顧問事業或證券投資信託事業經營全權委託投資業務，其投資範圍以下列為限，且不得從事證券信用交易：……五　其他經證期會核准者。」⑵於92年4月8日修正後，第14條第1項第6款規定：「證券投資顧問事業或證券投資信託事業經營全權委託投資業務，除證期會另有規定外，其投資範圍以下列為限，且不得從事證券信用交易：……六　其他經證期會核准者。」。而依據證期會91年12月4日台財證四字第0910153449號、92年10月27日台財證四字第0920139080號、93年3月9日台財證四字第0930102463號令（按上開令分別於92年10月27日、93年3月9日、112年5月11日起廢止），○國上市上櫃公司之股票均為證券投資顧問或信託事業經營全權委託投資業務時得投資之外國有價證券，此為本院職務上已知之事實。3.另金管會依據證券投資信託及顧問法之授權，制定證券投資信託事業證券投資顧問事業經營全權委託投資業務管理辦法（該法於93年10月30日發布並自發布日施行），該業務管理辦法第14條⑴原規定：「證券投資信託事業或證券投資顧問事業經營全權委託投資業務，除本會另有規定外，其投資範圍以下列為限，且不得從事證券信用交易：……九、外國有價證券。」⑵於95年1月20日修正後規定「證券投資信託事業或證券投資顧問事業經營全權委託投資業務，除本會另有規定外，應遵守下列規定：一、不得投資於證券交易法第6條規定以外之有價證券。……八、投資外國有價證券，不得有下列情事之一：㈠大陸地區之有價證券。㈡香港或澳門地區證券交易市場由大陸地區政府、公司所發行之有價證券。㈢恒生香港中資企業指數（Hang Seng China-Affiliated Corporations Index）成分股公司所發行之有價證券。㈣香港或澳門地區證券交易市場由大陸地區、公司直接或間接持有股權達百分之30以上之公司所發行之有價證券。」⑶於96年2月5日修正後規定

「證券投資信託事業或證券投資顧問事業經營全權委託投資業務，除本會另有規定外，應遵守下列規定：一、不得投資於證券交易法第6條規定以外之有價證券。……八、投資外國有價證券，不得違反本會規定之種類及範圍。」⑷依金管會96年2月13日金管證四字第0960005118號、96年11月19日金管證四字第09600607521號、97年7月14日金管證四字第09700350641號、100年3月1日金管證投字第10000061812號、101年9月28日金管證投字第10100446621號、102年4月3日金管證投字第10200008141號令（按除102年4月3日令，其餘令均已廢止），○國上市上櫃公司之股票原則上係證券投資顧問或信託事業經營全權委託投資業務時得投資之外國有價證券，此亦為本院職務上已知之事實。依此等法令觀之，益徵不違反金管會所定要件之外國股票，可以為全權委託投資業務之投資或交易標的。是以，被告於我國境內，以全權委託投資方式（詳下述），從事○國股票投資服務，揆諸上開說明，被告所下單買賣之○國股票，自屬證券交易法第6條規定之有價證券或其他經主管機關核准項目。

㈤1.證人○○○於原審審理時具結證述：我自91年間起至109年間為止，以個人名義或00000000公司名義，與○○○○○○公司、○○○○○○公司簽立相關委託管理契約或事業合作契約，原則上每年會重新簽署一份合約，將近20年來之法律關係都差不多。00000000公司之代表人有段時間是我○○即案外人○○○，但後來又變成我擔任，但實際負責人一直都是我。我透過朋友介紹認識被告，因而得知被告在從事全球的有價證券投資方面表現不錯。被告向我表示：我申辦好帳戶並將資金匯入後，就交由被告負責所有投資標的之選擇及買賣即可，我只要每年對帳就好等語，我認為若能找到專業人士幫我代為操作投資相當不錯，就全權委託被告進行有關○國上市、上櫃股票買賣。亦即，我只要負責將款項匯入我在國外開設之帳戶內後，就由被告負責使用該帳戶內資金選購○國股票，且均係由被告自行決定投資標的、金額，我

不必過問。被告一開始是每年做一次財報，之後改成按月製作財務報告予我或00000000公司收受。我個人申設之○○○○公司帳號000-000000號帳戶、00000000公司申辦之○○○○○○帳號000-000000號帳戶，均係供被告為全權委託投資業務使用。被告使用上開帳戶內資金選購投資標的時，並不需要事先經過我同意。我有獲得00000000公司之全權授權，亦即我擁有等同於00000000公司之權利，而可以使用00000000公司上開帳戶進行款項匯出、匯入。被告僅有向我表示若要自00000000公司申設帳戶匯款出去時，券商會打電話過來確認，且此部分必須由我自行書寫轉帳通知書。至於股票買賣之交割款，就沒有人打電話過來向我確認。被告只有說被告無法將我個人或00000000公司申設之上開帳戶內款項進行匯入、匯出。我曾於104年時，自00000000公司申設帳戶匯出美金401萬元用於在上海購屋。若每年結算時有達到約定績效標準而呈現獲利狀態，被告或○○○○○○公司、○○○○○○公司就可以獲得報酬。被告在每年簽約時，會稍微簡介下一年度投資方針，主要是介紹過去一年購買之投資標的情況，但我不清楚下一年度要投資之標的是什麼。被告可能會表示：這個股票還不錯，我們就繼續持有等語。我在109年4月中旬時，因為發現被告代操之帳戶發生鉅額虧損，所以我於109年4月某日就終止被告繼續代操，並請證人○○○將帳戶下單之帳號及密碼歸還予我等語（見原審卷二第243至278頁）。2.證人○○○於原審審理時具結證述：我曾於○國○○○○公司任職，目前為○○○○○○公司之執行長（CEO）。我大約於20幾年前認識被告，在我任職於○國○○○○公司或○○○○○○公司時，被告都是我客戶。證人○○○則是在我於○國○○○○公司任職時，透過被告介紹而成為我客戶。客戶於○國證券公司開立之證券帳戶，金錢、證券都是放在同一個帳戶內。關於帳戶之全權或有限交易授權乙節，只有帳戶申辦人之○○或直系血親才能取得全權交易授權，公司不會准許不相干之人取得全權交易授權。

如取得全權授權，該人除能使用該帳戶買賣股票、債權、共同基金外，還可以自該帳戶匯款出去；取得有限授權者，雖然可使用該帳戶進行上述交易，然不能自該帳戶匯錢出去。被告就證人○○○之○○○○公司帳號000-000000號帳戶、00000000公司之○○○○○○帳號000-000000號帳戶僅取得有限交易授權，故被告不能就前述帳戶進行贖回或提取帳戶內資金，但被告可以動用上開帳戶內資金為證人○○○買賣○國股票、債券、共同基金等等，而且購買完股票後會『自動交割』，因為客戶開戶時，都有簽過自動扣款之約定。原審卷一第182、198頁最上方所示「Provisions in the Event of Failure to Pay or Deliver」以下整段之約定（如附表二所示），就是有認同股票下單後自動交割之意（按證人○○○此部分所述容有誤會，詳如附表二「備註」欄所示）。○○○○○○公司有提供下單買賣系統予被告使用。證人○○○就00000000公司之○○○○○○帳號000-000000號帳戶，係取得全權交易授權，但是證人○○○係一直到與被告發生糾紛，證人○○○取消被告之權限後，才有下單買賣股票。我印象中證人○○○除自00000000公司之上開帳戶匯出美金400萬元用於購屋外，尚有其他匯出款項行為。只有帳戶持有人或全權授權人才能從事此種匯款行為，而且必須要填寫匯出款表單，公司也會以電話向帳戶持有人或全權授權人確認有無此筆交易、款項要匯到何處等語（見原審卷二第282至304頁）。3.證人○○○於原審審理時具結證述：我於○○○○股份有限公司任職，該公司原本名為○○○○股份有限公司，後更名為○○○○，現在則改為○○○○。○○○○股份有限公司是臺灣的公司。被告在○國也有成立○○○○○○公司、○○○○○○公司，被告為該等○○公司之負責人。我應徵時，求職網頁上有○○及臺灣的公司，招聘人員當時也是說有○○及臺灣的公司。我於00年間應徵進入公司後，就一直在臺北市○○區○○○路0段0號0樓工作。該工作地點對外所揭示之名稱包括○○○○、○○○○

股份有限公司，我只能確定臺灣的公司在該處經營，不確定○○公司註冊辦公室在何處。但○○公司並無員工，臺灣公司才有員工，臺灣公司之員工也會從事○○公司之工作，臺灣公司及○○公司之工作其實沒有明確之區分。該辦公場所包含我在內有6、7人。其他人之分工分別是○○○、客戶服務人員、總務人員、資訊人員等。證人○○○主要聯繫之○○○○為案外人○○○。我係擔任○○○，工作內容包括研究○國上市櫃公司之營運策略、事業分布、營收、盈餘狀況、歷史，並提供資料給被告、整理過去一年內○國股票交易紀錄，以及陪同被告拜訪客戶。自我任職以來，○○○○○○公司、○○○○○○公司都有替類似證人○○○這樣的客戶進行○國股票投資服務，大約有10幾名客戶，該等客戶也是與○○○○公司簽立類似本案投資契約，投資標的均為○國股票，負責下單買賣○國股票之人為被告。關於被告之公司與證人○○○簽約部分，每年如果達到換約之條件即有成果分享的話，就會再次簽約，並同時向證人○○○請款。被告之公司係為證人○○○或00000000公司提供美股交易之服務。我曾陪同被告拜訪證人○○○進行契約更新約5次以上，在此過程中，我向證人○○○解說過去一年投資情況、明年預計繼續投資之標的，主要係就公司營運狀況進行說明。若有預計投資之新企業，也會趁此時介紹。但投資標的大多數是延續過去一年之標的，只有少部分可能會變動。關於明年投資標的部分，會有簡單之書面介紹，但只是稍微介紹一下，並不會逐一請證人○○○確認個股購買金額、數量及停損益點。我們在換約時，會向客戶確認未來一年總共多少金額，且原則上係將客戶投資金額平均分配，假設客戶投資美金1萬元，我們製作之報告內提及5家公司，1家就是分配到美金2,000元。但是在下單購買股票時，關於購買該5間公司股票之數量、時間點、金額分配，不需要逐一向客戶確認；賣出股票時，就我所知也不需要向客戶具體回報。原則上，○○○○公司之客戶係委託○○○○公司，針對○○○

○公司分析建議之○國公司之股票進行下單，至於下單之特定時間、價格、數量，不會去限制，但有些客戶（非證人○○○）若對某間投資之公司有意見、希望可以不投資該公司，我們會遵照客戶之意願。證人○○○對於介紹之未來一年投資標的通常沒有意見。投資金額部分，若市場狀態較佳，證人○○○會建議增加一些金額，反之則減少一點。被告比較不會在辦公室內為客戶進行股票下單，通常是在被告位於臺灣之家中，因為○國股市開市時間是臺灣的晚上。依照公司教育訓練之內容，被告不能將證人○○○或00000000公司帳戶內之資產匯出或贖回等語（見原審卷三第44至77頁）。

㈥經核證人○○○、○○○上開證述，關於被告操作證人○○○申設之○○○○公司帳號000-000000號帳戶、00000000公司申辦之○○○○○○帳號000-000000號帳戶情形大致相符，並有資本帳戶委託管理契約書1份、資本事業合作契約書8份、雙方歷年（102年至108年）資本事業合作契約、○○○○○○管理顧問公司與證人○○○91年投資帳戶委託管理契約、○○○○○○公司與證人○○○93年投資帳戶委託管理契約書、證人○○○94年於○國○○○○公司開戶申請書、00000000公司102年於○○○○證券公司開戶申請書、證人○○○94年予被告之授權書、00000000公司102年予被告、證人○○○之交易授權及免責同意書各1份在卷可佐（見他卷第27至29、59至73頁、交查卷第147至161頁、原審卷一第169至210、223至234頁），足認證人○○○、○○○所述具相當可信性，而可採信，堪認本案係由證人○○○負責將款項匯入上開在○國開設之證券帳戶，並由被告以該帳戶內款項（資產）下單買賣○國股票，且於下單撮合後即進行「自動交割」而完成交易。亦即，被告在未經證人○○○終止授權之前，事實上可由其本人透過各該帳戶買賣○國股票之方式，而支配各該證券帳戶內之股票、存款等等投資資產甚明。按證券投資信託及顧問法之所以規定全權委託投資

業務，須經主管機關同意，其立法目的乃為保障投資。是以，受託人必須具有投資之專業，經主管機關許可後，始能「對於客戶委任交付或信託移轉之委託投資資產，基於專業判斷，為客戶執行有價證券投資或證券相關商品交易等行為之業務」（此即同法第5條第10款就「全權委託投資業務」之定義）。按之「全權委託投資業務」之定義，客戶委託投資之資產（依交易實務必須存入證券帳戶之款項），包含「委任交付」或「信託移轉」予受託人執行有價證券投資或證券相關商品交易等，並非必須完全移轉予受託人。而所謂「對客戶委任交付委託投資資產」，參之民法第761條規定，非以現實交付為限，尚包含指示交付（同條第3項規定）。委託人雖未實際交付財物（現金款項）予受託人，惟因委託人既已於開設證券（合併存款）專戶時，指示設立帳戶之金融（證券）機構，授權受託人得任意運用其帳戶內之資產（存款），以進行有價證券之買賣、交易，受託人即已受委託人委任交付該投資資產，自已該當於「全權委託投資業務」之「委任交付」要件。準此，被告於為證人○○○買賣○國股票之範圍內，可自由運用證人○○○或00000000公司之證券帳戶內資產進行○國股票交易，堪認確已受證人○○○委任交付委託投資資產，為該客戶執行有價證券投資或證券相關商品交易等行為之業務無疑。

㈦被告及其選任辯護人雖辯以：被告僅獲得證人○○○或00000000公司之證券帳戶有限交易授權，不能處理款券交割、帳戶內款項之匯出、匯入行為。且證人○○○對00000000公司可自該帳戶匯出款項，可見證人○○○才是受到全權委託授權、對資產有指示運用權利者，被告所為並不符合經營全權委託投資業務云云。惟按1.中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投資顧問事業證券投資信託事業經營全權委託投資業務操作辦法（依證券投資信託及顧問法第121條規定，於93年11月1日起不再適用）⑴第22條第2項、第3項規定：「受任人不得以任何理由保管委任人之資金及以該資金

購入之資產（第2項）。委任人應於簽約時將委託投資時之資金（產）一次全額交由保管機構保管，增加委託投資資金時，亦同。委託投資之資產或以委託投資資金所購入之資產如為有價證券者，除其他法令另有規定外，應由保管機構委託證券集中保管事業保管（第3項）。」；⑵同辦法第23條第3項規定：「第一項投資買賣帳戶，應以委任人名義為之，帳戶應載明委任人及受任人名稱，編定戶名及識別碼，並約定以保管機構為款券交割代理人，於辦理有價證券之集中交割時，以委任人之投資買賣帳戶名義，經由保管機構開設之有價證券集中保管帳戶及存款帳戶為之。保管機構完成開戶手續後，應將開戶事宜通知委任人。」；2.中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投資信託事業證券投資顧問事業經營全權委託投資業務操作辦法⑴第23條第3項規定：「除客戶為自行保管委託投資資產及符合全權委託管理辦法第11條第6項所定條件者外，客戶應將委託投資資產存入全權委託保管機構保管或信託移轉予保管機構，增加委託投資資產時，亦同。全權委託投資契約存續期間得增加或提取委託投資資產，惟資產價值低於新臺幣5百萬元者，不得提取（第3項）。」（按此係101年1月2日修正後之規定）；⑵第25條第2項規定：「除委託國內證券商買賣外國有價證券並由證券商辦理交割者外，前項委任或信託契約均應約定由全權委託保管機構辦理款券交割，並約定以保管機構為保證金與權利金收付、結算買賣交割之代理人。於辦理有價證券之集中交割時，以客戶或全權委託保管機構之投資買賣帳戶名義，經由全權委託保管機構開設之有價證券集中保管帳戶及存款帳戶為之。於辦理證券相關商品交易之保證金與權利金收付及結算交割時，以客戶或全權委託保管機構之期貨交易帳戶名義，經由保管機構開設之投資保管帳戶為之。全權委託保管機構完成開戶手續後，應將開戶事宜通知客戶。投資範圍包含外國有價證券者，得依資產所在地法令或全權委託保管機構與國外受託保管機構間之契約約定辦理。」

（按此係106年3月13日修正後之規定，然該次修正僅係增加「除委託國內證券商買賣外國有價證券並由證券商辦理交割者外」，其餘文字並無不同）。並參以3.全權委託投資契約範本所示「依本約及甲方與保管機構簽署之委任契約，甲方同意將全權委託投資資產，委由保管機構辦理證券投資或證券相關商品交易之開戶、款券保管、保證金與權利金之繳交、買賣交割、帳務處理及其他相關事宜。」，有上開契約範本1份附卷可稽（見原審卷一第213頁、卷二第31頁）。基上，足見股票買賣交割相關事宜本係由保管機構負責處理，而非由全權委託投資業務之受任人進行，縱係○國股票之投資買賣，證人○○○亦明確證述，下單買賣經交易所撮合成交後係「自動交割」。以本案而言即係由提供證人○○○或00000000公司申設證券帳戶服務之證券公司處理股票買賣交割，被告身為全權委託投資業務之受任人，本即不負責交割事務。又自上開㈦2.⑴所示規範意旨觀之，可知客戶即證人○○○身為帳戶所有人（或獲得全權交易授權），於全權授權委託投資之架構下，於符合一定要件下，本即得提領或動用委託投資資產；此外，被告既僅受證人○○○全權委託投資○國股票，則被告對於證人○○○或00000000公司之證券帳戶內款項，本即不能作投資目的外之使用，自無法擅自由證人○○○或00000000公司之帳戶匯出款項。至辯護人所稱帳戶之「有限交易授權」或「全權交易授權」，參酌證人○○○上開關於此2種交易授權之證述，暨卷附交易授權及免責同意書之中文說明「本帳戶持有人授權以下被授權人（見以下資料）為以本人名義或帳號在貴公司開設帳戶的法定代表，按照已訂立的交易及開戶合約條款，與/或有關融資合約，代行買、賣（包括賣空）、交易股票、債權、選擇權合約及其他證券或金融商品。」、「本全權交易授權書，被授權人有權代帳戶持有人就指定帳戶進行買賣、要求支付款項及查詢有關帳戶資料，例如帳戶餘額查詢。有限交易授權書，被授權人除不可以要求支付款項之外，其餘上述各項均

可執行」、「有限交易授權……本人完全同意並允許貴公司接受被授權人就有關本人帳戶的買、賣或其他交易所做的各種指示，並允許被授權人如同本人親自決定一般代行處理本帳戶的買、賣及交易事宜，但部分交易授權不許可被授權人作贖回或提取帳戶內資金或資產之指示。」、「全權交易授權……本人完全同意並允許貴公司接受被授權人就有關本人帳戶的買、賣或其他交易所做的各種指示，以及在無限制下按照被授權人指示、交付或移交和結算證券或資金予任一或多人（包括被授權人本身）之帳戶。授權人可全權執行相等於本人對帳戶可作的所有的處理方式和指令。被授權人必須根據簽署的指示行使這項權力，或以其合理的認為為帳戶持有人之最佳利益為目的。」，有交易授權及免責同意書2份在卷可參（見原審卷一第227至234頁），足見所謂有限交易授權或全權交易授權，實係帶有風險控管之性質，即獲得全權授權者原則上獲得與帳戶申辦者相同之權限，故僅有與帳戶申辦者具有親近關係即○○、直系血親，才能獲得全權授權；至取得有限授權者，則僅能使用該帳戶進行股票、債券等交易，而無法任意挪用資金。是以，尚難以被告僅獲得帳戶之有限交易授權即認被告非受全權授權委託投資。是被告及其選任辯護人上開所辯，無非曲解「全權委託投資業務」之內涵，且將之與證人○○○及00000000公司對其等在○國開設帳戶存款之授權範圍概念混淆置換，故指「限制授權」即非「全權委託投資業務」，要無可採。

㈧經核證人○○○、○○○上開證述關於每年換約過程、向證人○○○介紹投資標的等情，大致相符，且有「○○○○管理集團專-○○專戶報告」美股報告資料、被告108年與○○○續約之美股報告資料各1份在卷可稽（見原審卷一第263至301頁），再參以被告於檢察事務官詢問時、原審審理時陳稱：我具有多年的全球投資經驗。我負責的就是○國股票之投資交易建議及下單。我與證人○○○一開始就會討論可否長期投資之標的，有共識後我才會下單等語（見交查卷第1

3、14頁，原審卷二第98頁），足見被告於每年與證人○○○簽約時，雖會向證人○○○介紹過去一年投資情況及未來值得繼續持有之標的等，然而並不會請證人○○○逐一確認各檔○國股票購買數量、價格、停損益點，且於以證人○○○或00000000公司之帳戶資產實際下單買賣○國股票時，就進場時間點、數量、金額分配等，亦不會逐一、具體向證人○○○確認，而係由被告逕依其專業判斷進行下單操作。再參以證人○○○於原審審理時具結證述：被告向我表示：我申辦好帳戶並將資金匯入後，就交由被告負責所有投資標的之選擇及買賣。每年再針對帳戶裡面的最終價值與起初價值做比對，若有獲利，被告即可抽成，反之被告就沒有報酬等語。由於我不擅長投資理財，我認為若能找到專業人士幫我代為操作投資相當不錯，就全權委託被告進行投資等語（見原審卷二第269頁）。佐以被告於原審審理時供稱：證人○○○及其○○透過朋友找到我合作，我才知道證人○○○及其○○為王品集團負責人，證人○○○及其○○在海外獲利部分需要全權交由證人○○○投資，但證人○○○對於○國股票並無所知，才會找我合作等語（見原審卷四第93頁）。足徵證人○○○係因對於投資○國股票一無所悉，故希望能藉重專業人士即被告之專業眼光及投資長才，來進行○國股票投資、交易；且若證人○○○本身即具有○國股票之投資專業，又何須給付前述高額之報酬委由被告買賣○國股票。基上，本案係由被告就○國股票為價值分析、投資判斷，且由被告基於該投資判斷，為證人○○○執行○國股票之投資或交易，至堪認定。是被告及其辯護人辯稱：被告須得到證人○○○逐一、具體同意，方能投資等語，與上開事證不符，尚難採信。另被告與證人○○○於每年換約時，由被告或不知情之證人○○○向證人○○○報告未來可繼續持有或新增之標的等節，應僅係為於簽約前，瞭解證人○○○對於投資或交易之基本方針，與投資或交易範圍等大方向而已，與個別、具體之交易指示仍屬二事，尚難以此為被告有利之

認定。綜上所述，○○○○○○公司、○○○○○○公司均非經主管機關許可，以經營證券投資信託或顧問為業之機構，亦未經金管會許可經營全權委託投資業務，被告基於法人負責人未經許可經營全權委託投資業務犯意，以上開方式非法經營全權委託投資業務等事實，亦堪予認定。

㈨按外國公司非經辦理分公司登記，不得以外國公司名義在中華民國境內經營業務。違反前項規定者，行為人處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科15萬元以下罰金，並自負民事責任；行為人有2人以上者，連帶負民事責任，並由主管機關禁止其使用外國公司名稱，公司法第371條定有明文。而所謂經營業務，應從該商業行為整體觀之，舉凡在我國之業務接洽、討論、聯繫、議價、簽約、價金支付、匯款、售後服務等均應一體視之。審酌證人○○○上開關於其工作地點之分工及內部情況之證述，具體詳盡且無違背事理常情之處，並參酌證人○○○與案外人○○○通訊軟體對話內容，可見案外人○○○確係擔任○○○○，另佐以被告於原審審理時供稱：其依臺灣之公司法在臺成立之○○○○股份有限公司，證人○○○為臺灣之○○○○股份有限公司之員工等語（見原審卷四第81頁），則證人○○○暨為被告所屬公司聘僱之員工，對於其工作地點內部情況自具相當程度瞭解，證人○○○所述應可採信，足徵確有員工在臺灣境內為○○○○○○公司、○○○○○○公司工作無訛。據此，○○○○○○公司、○○○○○○公司確有○○○、客戶服務人員、總務人員等在臺灣進行○國上市櫃公司研究、為客戶進行諮詢服務、財務等工作。又觀諸本案情節，被告係以○○○○○○公司、○○○○○○公司名義簽立本案全權委託投資契約，並定期就投資現狀彙總報告證人○○○，且於達成一定績效時，向證人○○○請求報酬；又除證人○○○外，依證人○○○之證述，○○○○○○公司、○○○○○○公司自證人○○○任職以來，尚有為其他客戶進行○國股票投資服務（見原審卷三第74頁），足認被告經營之○○○○○○公

司、○○○○○○公司，確係於上述期間，在臺灣以提供全權委託投資業務（證人○○○及00000000公司部分）或其他○國股票投資服務為主要業務，並以該等公司名義對外從事上開經常性、反覆性之商業服務，且從中獲取利益。是被告上開所為，自屬為經常性、反覆性之商業活動而營業，而該當公司法第371條未經辦理分公司登記，以外國公司名義經營業務罪。被告及其選任辯護人所辯被告之○○○○○○公司、○○○○○○公司僅係在臺灣與證人○○○為簽約之法律行為，並無從事業務行為，且僅單一客戶，不符為不特人從事業務行為之構成要件，不僅與事實相左，更與被告特意以○○公司在臺灣提供服務追求營利之目的相違，亦難憑採。

㈩被告之辯護人固聲請本院囑託法律學者提供「全權委託投資業務」定義，及其內涵等專業意見；惟本案事證已臻明確，且法令就「全權委託投資業務」之定義，並無文義不明、涵攝不清等疑慮，被告之辯護人上揭聲請調查證據無調查必要，應予駁回。

□綜上所述，被告及其選任辯護人所辯，與客觀事證不符，並不可採。本案事證明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪科刑部分：

㈠適用法律之說明：

1.就○○○○○○公司、○○○○○○公司部分，被告行為後，公司法第371條業於107年8月1日修正公布，並經行政院發布自同年11月1日起施行。⑴修正前公司法第371條原規定：「外國公司非在其本國設立登記營業者，不得申請認許（第1項）。非經認許，並辦理分公司登記者，不得在中華民國境內營業（第2項）。」、第377條原規定：「第9條、第10條、第12條至第25條，於外國公司準用之。」、第19條規定「未經設立登記，不得以公司名義經營業務或為其他法律行為（第1項）。違反前項規定者，行為人處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣15萬

元以下罰金，並自負民事責任；行為人有二人以上者，連帶負民事責任，並由主管機關禁止其使用公司名稱（第2項）。」。⑵而修正後公司法第371條則規定：「外國公司非經辦理分公司登記，不得以外國公司名義在中華民國境內經營業務（第1項）。違反前項規定者，行為人處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣15萬元以下罰金，並自負民事責任；行為人有2人以上者，連帶負民事責任，並由主管機關禁止其使用外國公司名稱（第2項）。」其修正理由以：「一、配合廢除外國公司認許制度，爰刪除原第1項。二、原第2項修正移列第1項。依原第377條規定，外國公司準用第19條規定，為利適用，將原準用第19條第1項之情形納入本項規範，另配合廢除外國公司認許制度，刪除『認許』之文字，並酌作文字修正。三、增訂第2項。基於處罰明確性原則，法制體例上，罰責規定不宜以『準用』之立法方式為之。依原第377條規定，外國公司準用第19條規定，爰將準用第19條第2項之法律效果，明定於第2項。」是現行公司法已廢除外國公司認許制度，並將外國公司未經辦理分公司登記，而以外國公司名義在中華民國境內經營業務者，其行為人原依公司法第377條規定準用同法第19條第2項處罰之規定，不再予以準用，而將其完全相同之文字，明文增列於第2項。是為符合此次修正廢除外國公司認許制度之現狀，且公司法第371條修正後增列第2項之規定，並無有利不利之情形，不生新舊法比較問題，應適用現行有效之裁判時法即修正後公司法第371條第2項規定。

2.按犯罪之行為，有一經著手，即已完成者，如學理上所稱之即成犯；亦有著手之後，尚待發生結果，為不同之評價者，例如加重結果犯、結果犯；而犯罪之實行，學理上有接續犯、繼續犯、集合犯、吸收犯、結合犯、連續犯、牽連犯、想像競合犯等分類，前五種為實質上一罪，後三者屬裁判上一罪，因實質上一罪僅給予一行為一罪之刑罰評

價，故其行為之時間認定，當自著手之初，持續至行為終了，並延伸至結果發生為止，倘上揭犯罪時間適逢法律修正，跨越新、舊法，而其中部分行為，或結果發生，已在新法施行之後，應即適用新規定，不生依刑法第2條比較新、舊法而為有利適用之問題（最高法院102年度台上字第3910號判決意旨參照）。就○○○○○○公司、○○○○○○公司部分，被告犯外國公司非法經營業務罪，屬實質上一罪之集合犯，行為自96年7月2日起至109年11月15日止，則行為終了日為109年11月15日，已屬新法實施期間，揆諸上開說明，尚無新舊法比較適用，應逕適用新法。又被告所為法人負責人未經許可經營全權委託投資業務行為，應適用證券投資信託及顧問法之規定，已如貳□㈢所述。

㈡被告以其擔任負責人之○○○○○○公司、○○○○○○公司名義，非法經營全權委託投資業務，業經認定如前。是核被告所為，係犯證券投資信託及顧問法第118條、第107條第1款之法人負責人未經許可經營全權委託投資業務罪、公司法第371條第2項之外國公司非法經營業務罪。

㈢按刑事訴訟法第95條第1款規定訊問被告，經告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名後，認為罪名應變更者，應再告知。此規定固為被告在刑事訴訟程序上受告知之權利，旨在使被告能充分行使防禦權。然被告如已知所防禦或已提出防禦或事實審法院於審判過程中已就被告所犯罪名、應變更罪名之構成要件為實質之調查者，縱疏未告知罪名，對被告防禦權之行使既無所妨礙，其訴訟程序雖有瑕疵，但顯然於判決無影響者，依刑事訴訟法第380條規定，仍不得據為提起第三審上訴之適法理由（最高法院101年度台上字第3031號判決要旨參照）。公訴意旨認被告犯證券投資信託及顧問法第107條第1款之未經許可經營全權委託投資業務罪，雖尚有未洽，然起訴之基本社會事實相同，本院自得依刑事訴訟法第300條之規定變更起訴法條為證券投資信託及顧問法第118條、

第107條第1款之法人負責人未經許可經營全權委託投資業務罪；又被告就上開部分，已知所防禦，且經本院於審判過程中，已就被告所犯前揭罪名之構成要件為實質調查，並告知變更罪名，對被告防禦權行使無所妨礙，附此敘明。

㈣按刑事法若干犯罪行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時既予特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素，則行為人基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念者，於刑法評價上，即應僅成立一罪。學理上所稱「集合犯」之職業性、營業性或收集性等具有重複特質之犯罪均屬之，例如經營、從事業務、收集、販賣、製造、散布等行為概念者是（最高法院95年度台上字第1079號判決要旨參照）。次按證券投資信託及顧問法第107條第1款規定：未經主管機關許可，經營全權委託投資業務者，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。其立法目的在於健全證券投資信託及顧問業務之經營與發展，增進資產管理服務市場之整合管理，並保障投資，對於未經主管機關許可，非法經營該法所定全權委託投資業務者，其擾亂證券市場秩序及危害投資人權益之行為應予處罰。上開未經許可經營全權委託投資業務罪，屬集合犯之性質，即凡於一定期間內接受客戶全權委託為客戶執行投資或交易，縱受數人全權委託或為客戶為數次執行投資或交易，仍僅成立一罪（最高法院102年度台上字第3935號判決意旨參照）。被告所為法人負責人未經許可經營全權委託投資業務、未經辦理分公司登記而以外國公司名義經營業務犯行，其犯罪構成要件之本質上均包含持續實行之複次經營行為，其行為性質具有營業性及反覆性。是被告於上開期間反覆所為法人負責人未經許可經營全權委託投資業務、外國公司非法經營業務犯行，應各係基於一個經營業務目的為之，均為集合犯，僅應各論以包括一罪。

㈤被告所為上開2罪，係以一行為而同時觸犯數罪名，為想像

競合犯，應依刑法第55條規定，從一重之法人負責人未經許可經營全權委託投資業務罪處斷。最高法院於本件發回意旨指示應調查、釐清被告所為違反證券投資信託及顧問法第6條第1項規定部分，是否該當於經營證券投資顧問業務，而應論以同法第107條第1款之非法經營證券投資顧問業務罪。檢察官因而於本院行準備程序時，補充起訴事實內容，稱被告並於本案期間「提供客戶美股投資諮詢，美股研究及處理庶務等服務」，而「非法經營證券投資顧問業務」（見本院金上更一卷一第309、335、336頁）。惟查本件檢察官於起訴書「犯罪事實」欄，已明確敘述被告係「非法經營證券投資信託事業中之全權委託投資業務」（見原審卷一第10頁第6、7行），並提出證據指稱「被告之行為乃以外國公司名義在中華民國境內經營全權委託投資業務之行為」（見原審卷一第12頁第26、27行）；僅因證券投資信託及顧問法第6條第1項之規定，係合併將不同類型犯罪構成要件要素，即經營「證券投資信託」、「證券投資顧問」及「全權委託投資」業務，納入同一法律條文，而引生起訴範圍之疑問。但觀諸起訴書「所犯法條」欄之記載，明確認定被告所為，係「違反公司法第371條第2項外國公司非經辦理分公司登記，不得以外國公司名義在中華民國境內經營業務罪嫌」；及「違反證券投資信託及顧問法第6條第1項之規定，而犯同法第107條第1款未經主管機關許可經營『全權委託投資業務』等罪嫌」，堪認起訴之犯罪事實，係確定僅限在「違反公司法第371條第2項外國公司非經辦理分公司登記，而以外國公司名義在中華民國境內經營業務，及違反證券投資信託及顧問法第6條第1項之規定，未經主管機關許可經營全權委託投資業務」，毫無指述被告非法「經營證券投資信託」或「經營投資顧問」之犯罪事實，亦未提出關於此部分之證據。況依卷附證據即被告供述、證人○○○、○○○、○○○等證述，佐以被告及證人○○○所各提出之書證資料，均僅足以證明被告違反公司法第371條第2項外國公司非經辦理分公司

登記，而以外國公司名義在中華民國境內經營業務，及違反證券投資信託及顧問法第6條第1項之規定，未經主管機關許可經營「全權委託投資業務」之犯罪事實。至證人○○○於原審證稱被告之系爭○○公司有替類似證人○○○這樣的客戶進行○國股票投資服務，大約有10幾名客戶，也是簽立類似本案投資契約等語，充其量僅足以證明被告所為乃未經主管機許可經營全權委託投資業務，而無任何書證等積極證據足證被告有非法經營「投資顧問」之犯行。檢察官於本院補充論告「違反證券投資信託及顧問法第6條第1項之規定，而犯同法第107條第1款未經主管機關許可經營投資顧問業務」部分，尚屬不能證明，但因檢察官認此部分，與前揭論罪科刑部分（未經主管機許可經營全權委託投資業務）之犯行，有想像競合犯之裁判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知。又檢察官於本院審理時提出補充理由書，認被告所為法人負責人未經許可經營全權委託投資業務、外國公司非法經營業務犯行，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰（見本院金上更一卷一第336頁），尚無足採，均併予敘明。

㈥原審法院因認被告罪證明確，適用前揭論罪科刑法律規定，以行為人之責任為基礎，審酌被告規避主管機關之管理，違法經營全權委託投資業務，並違反我國就外國公司之管理規範，所為有害國家正常金融交易秩序，並妨害主管機關對全權委託投資業務之管理監督，對社會所生危害匪淺，應予非難；復考量本案非法經營全權委託業務、外國公司非法經營業務期間及投資規模之犯罪情節，及被告否認犯行之犯後態度，衡以其如臺灣高等法院被告前案紀錄表所示無前科紀錄之素行、犯罪動機、目的、智識程度及生活狀況（見原審卷四第96頁）等一切情狀，量處有期徒刑1年，併科罰金新臺幣120萬元，並就併科罰金部分諭知易服勞役之折算標準。經核原審法院認事用法均無違誤，量刑亦已充分參考刑法第57條各款規定之事項，並無倚輕倚重之情形，而符合罪刑相當原則，應予維持。檢察官上訴意旨認原審法院量刑過輕，

被告上訴意旨否認犯行，仍執前揭辯詞，並請求於認定有罪時從輕量刑，給予緩刑之宣告，而各執以指摘原判決不當，均無理由，應予駁回。

三、沒收部分：

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項前段、第3項分別定有明文。有關犯罪所得之沒收，依刑法第38條之1之立法理由，係採總額原則，不扣除成本。查被告於原審審理時陳稱：若操作獲利良好且超過約定標準，其可獲得百分之20的成果分享。證人○○○都是將成果分享匯款到其在○國申設之個人帳戶，金額不一定，且其中5、6年因未達績效故沒有收到成果分享，最保守估計，自91年起至109年間，證人○○○及00000000公司支付之成果分享金額約美金100多萬元，但這是扣除成本後之金額等語（見原審卷四第94、95頁）。惟依卷內現存資料，被告於93至94、95至96、96至100、102至103、103至104、104至106、106至107、107至108年間之報酬共計美金1,899,574元（計算式：22,132元＋200,587元＋36,885元＋230,471元＋157,774元＋470,509元＋718,158元＋63,058元＝1,899,574元），且均已收訖等情，有應收申請書暨收據8份在卷可稽（見他卷第31、35、37至38頁、交查卷第163、169、181至183、211、213至215頁），審酌上開應收申請書暨收據為年度請款資料，並經證人○○○與○○○○○○○公司或○○○○○○公司簽名，其上所載「績效費用」或「成果分享」應較為精準。被告上開供述之美金100萬元實係扣除成本後之費用，然揆諸上開說明，犯罪所得之沒收係採總額原則，不扣除犯罪成本，故不能以此認定被告之犯罪所得。基上，被告就本案所獲得犯罪所得為美金1,899,574元，且未扣案，應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。被告上訴雖否認犯行，並於本院由辯護人辯護稱上開報

酬係○○○○○○公司或○○○○○○○公司所收取；被告於原審誤稱匯入其個人帳戶，與卷附應收費用申請書暨收據、匯款單均載明收款人係○○○○○○公司或○○○○○○公司不符，因此不應對被告宣告沒收、追徵該犯罪所得云云。然查本件○○○○○○公司或○○○○○○公司，實際上係由被告掌控，此為被告於本案偵審中所不爭執，則本件證人○○○所匯出之報酬，雖由○○○○○○公司或○○○○○○公司之銀行帳戶直接收受，而最終之受益者及實際可處分利用之人，仍為被告。故被告於原審之供述，僅屬直接受款人或輾轉受款人之差異，並不影響該犯罪所得之實際支配者乃被告之事實。原審法院因而對被告宣告沒收、追徵，於法並無不合，應予維持。被告上訴意旨仍執前詞指摘原判決此部分不當，並無理由，亦應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官楊順淑提起公訴，檢察官陳敬暐提起上訴，檢察官許景森到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　26　　日

刑事第三庭　審判長法　官　楊　真　明

法　官　陳　淑　芳

法　官　邱　顯　祥

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後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（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　秋　靜

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　26　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：

公司法第371條

外國公司非經辦理分公司登記，不得以外國公司名義在中華民國

境內經營業務。
違反前項規定者，行為人處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣15萬元以下罰金，並自負民事責任；行為人有二人以上者，連帶負民事責任，並由主管機關禁止其使用外國公司名稱。

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。

證券投資信託及顧問法第118條
法人違反第105條至第110條規定者，處罰其負責人。
附表一：（時間：民國）

編號	契約記載之當事人		時間	帳戶	卷頁出處
	甲方	乙方			
1	○○○	○○○○○○管理顧問公司（000000000000000 0.0.0.）	91年6月某日起至93年8月4日止	○○○○證券公司之不詳帳戶	原審卷一第169、170頁
2		○○○○○○公司（00000000000000 0.0.0.）	93年8月5日起至96年7月1日止	0000000-○○證券帳號000000000號帳戶	原審卷一第171至173、175至186頁
3				○○○○公司帳號000-000000號帳戶（94年7月26日後某日起）	
4		○○○○○○公司（00000000 0000000 0.0.0.）	96年7月2日起至102年10月31日止	○○○○公司帳號000-000000號帳戶	他卷第27至29頁、原審卷一第175至189頁
5	00000000公司		102年11月1日起至109年11月15日止	○○○○○○帳號000-000000號帳戶	他卷第59至73頁、交查卷第147至161頁、

					原審卷一第191至202頁

附表二：

編號	開戶申請書約款	卷頁出處	備註
1	【Provisions in the Event of Failure to Pay or Deliver】 Whenever the undersigned does not, on or before the settlement date, pay in full for any security purchased for the account of the undersigned, ...liver（按影印不清） any security sold for such account, you are authorized (subject to the provisions of any applicable statute, rule, or regulation): ..Until payment or delivery is made in full, to pledge, repledge, hypothecate or rehypothecate, without notice, any or all secirities which you or your clearing agent may hold for the undersigned (either individually or jonitly with others), seperately or in common with other securities or commodities or any other property, for the sum then due or for a greater or lesser sum and without retaining in your possession and control for delivery a like amount of similar securities. (B)To sell any or all securities which you or your clearing agent may hold for the undersigned(either individually or jonitly with others), to buy in any or all securities required to make delivery for the account of the undersigned, or to cancel any or all outstanding orders or commitments for account of the undersigned.	原審卷一第182頁	左列條款規定應係關於客戶未能付款或交付時之約定。
2	【Provisions in the Event of Failure to Pay or Deliver】 Whenever I (we) do not, on or before the settlement date, pay in full for any security purchased for my (our) account, or delivery any security sold for such account, you are authorized (s	原審卷一第198頁	

	ubject to the provisions of any applicable statute, rule, or regulation): (A)Until payment or delivery is made in full, to pledge, repledge, hypothecate or rehypothecate, without notice, any or all secirities which you or your clearing agent may hold for me(either individually or jonitly with others), seperately or in common with other securities or commodities or any other property, for the sum then due or for a greater or lesser sum and without retaining in your possession and control for delivery a like amount of similar securities. (B)To sell any or all securities which you or your clearing agent may hold for me(either individually or jonitly with others), to buy in any or all securities required to make delivery for my (our) account, or to cancel any or all outstanding orders or commitments for my (our) account.		