臺灣高等法院刑事判決

111年度金上訴字第29號

上　訴　人
即　被　告　陳莉婷
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　范國華律師
　　郭凌豪律師
　　朱俊銘律師
參　與　人　達利國際顧問有限公司
000000000000000000
代　表　人　陳莉婷

上列上訴人即被告因違反期貨交易法等案件，不服臺灣臺北地方法院108年度金訴字第67號，中華民國111年3月30日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署108年度偵字第6393號、第15954號；移送併辦案號：同署109年度偵字第10001號、110年度偵字第18437號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

陳莉婷犯期貨交易法第一百十二條第五項第五款之非法經營期貨顧問事業罪，處有期徒刑壹年。緩刑肆年。並應於本判決確定後貳年內，依附表二所示「應履行給付義務金額」欄履行給付義務，暨向檢察官指定之公庫支付新臺幣壹佰伍拾萬元。

陳莉婷所有未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟伍佰捌拾玖萬伍仟肆佰參拾肆元，沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

參與人達利國際顧問有限公司財產不予沒收。

犯罪事實

一、陳莉婷係達利國際顧問有限公司（址設臺北市○○區○○路0段00號1樓，下稱達利公司）之負責人，明知達利公司未經主管機關許可，不得經營證券投資顧問、期貨顧問事業，且

依技術分析理論設計技術指標，該指標未經使用者參與設計及自行設定條件，即可配合篩選交易資訊，並提供買賣等指標資訊，即具有推薦、分析個股或期貨商品特定時點是否適宜買賣之買賣轉折價位及未來趨勢研判功能，對個股或期貨商品提供價值分析或推介建議，兼具證券投資顧問及期貨顧問事業之業務範圍，竟基於非法經營證券投資顧問業務及期貨顧問事業之集合犯意，於民國105年1月間起，於達利公司內舉辦如附表一「課程名稱」欄所示之課程，吸引如附表一所示學員參加，學員並於如附表一所示之時間、方式，支付如附表一「付款金額」欄所示款項至達利公司申設之中國信託銀行帳號000-000000000000號帳戶（下稱達利公司帳戶）以參加課程，陳莉婷並於前開課程中，指導學員如何使用國外看盤軟體「Pro realtime」（下稱本案投資分析軟體），陳莉婷再以電子郵件方式，寄送具推薦、分析個股或期貨商品特定時點，是否適宜買賣之買賣轉折價位及未來趨勢研判功能之指標予附表一所示學員，使用方式係將被告所寄發指標匯入本案投資分析軟體後，即可提供是否可買賣之信號予附表一所示學員，學員再以陳莉婷提供之明確交易規則，作為計算特定股票或期貨商品之具體買賣價位、停損及停利價格，陳莉婷即以此方式提供個股、期貨商品等買賣轉折價位及未來趨勢研判功能等分析服務，而以達利公司名義經營證券投資顧問及期貨顧問業務以牟利，共計收取如附表一所示學員繳交之新臺幣（下同）2,007萬3,852元之報酬（本案學員名稱、繳納日期、繳納學費金額、繳納方式及參加課程均詳如附表一所示）。

二、案經林君玲、郭嚴歆、林欣妤、吳清源、吳卉馨、林守騰、陳慧娟、方淇鈞、錢昱忻、吳宜臻、王秀珍、徐彩維、王尚飛、林映慈、呂昆霖、王立仁、黃紋瑄、葉謹毓、林政憲及陳筑萱告發暨法務部調查局臺北市調查處移送臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查起訴，暨江其諺、黃奕航、蘇慧芸、任芙鉉、吳元富、陳宣諭、羅珮文、李菀嘉、周自強、蘇祐謙

及范姜玉玲告發臺灣臺北地方檢察署檢察官移送併辦。

理　由

壹、程序事項：

本院認定下述事實所憑下述證據方法，其中屬供述證據者，檢察官、被告陳莉婷（下稱被告）及其辯護人等亦同意有證據能力（本院卷一第215頁、卷二第293至299頁），本院審酌各項證據作成時之情形，認以之作為本案認定事實之基礎核屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，均具有證據能力。其餘非供述證據，與本案均有關聯性，亦非實施刑事訴訟程序之公務員以不法方式取得，有證據能力，均得作為本院認定本案事實之基礎。

貳、實體事項：

一、上揭犯罪事實，業據被告陳莉婷於本院審理時坦承不諱（本院卷二第343頁），核與證人即達利公司員工葉穎蓁、黎千睿（法務部調查局北防字第10843507380號移送卷〈下稱調卷〉第69至77頁、第129至138頁）、學員陳雅萍（調卷第191至195頁、108年度偵字第6393號卷〈下稱偵卷一〉第23至27頁）、張庭榕（調卷第211至216頁、偵卷一第23至27頁）、孫得皓（調卷第223至228頁、偵卷一第23至27頁）、林君玲（調卷第441至445頁、107年度他字第12827號卷二〈下稱他卷二〉第33至38頁、原審卷五第319至351頁）、郭嚴歆（調卷第433至437頁、他卷二第39至42頁）、林欣妤（調卷第419至424頁、他卷二第39至42頁）、吳清源（他卷二第55至59頁、調卷第343至347頁、原審卷五第20至95頁）、吳卉馨（調卷第385至390頁、他卷二第39至42頁、原審卷五第238至251頁）、林守騰（他卷二第33至38頁）、陳慧娟（他卷二第33至38頁、原審卷五第41至95頁）、方淇鈞（他卷二第71至74頁）、錢昱忻（他卷二第39至42頁）、吳宜臻（他卷二第71至74頁、原審卷五第75至95頁）、王秀珍（他卷二第71至74頁）、徐彩維（他卷二第61至65頁）、王尚飛（調卷第361至365頁、他卷二第61至65頁）、林映慈

（他卷二第61至65頁）、呂昆霖（他卷二第55至59頁）、王立仁（他卷二第61至65頁）、黃紋瑄（他卷二第33至38頁）、葉謹毓（他卷二第55至59頁）、林政憲（他卷二第39至42頁、原審卷五第251至263頁）、陳筑萱（調卷第399至404頁、他卷二第55至59頁、原審卷五第217至238頁）、劉沛雯（調卷第255至259頁）、謝宥晟（調卷第293至297頁）、林彥宏（調卷第303至308頁）、蔡孟芸（調卷第323至328頁）、林瑋然（調卷第373至378頁）、李權宸（調卷第455至459頁）、蘇慧芸、任芙鉉、吳元富、陳宣諭、羅珮文、周自強、范姜玉玲（110年度他字第1749號卷第359至361頁）、方芯彤（原審卷五第53至95頁）之證述大致相符，並有附表一證據欄所示證據、達利公司之中國信託銀行帳號000-000000000000號帳戶交易明細（調卷第27至55頁）、行政院金融監督管理委員會證券期貨局107年10月25日證期（期）字第1070337552號函文（調卷第67至68頁）、被告提供之指標匯入看盤軟體Prorealtime實際操作影片光碟（他卷二第79頁）、Great Trading Studio官網及臉書粉絲專頁截圖：陳莉婷簡介、投資理財講座「全球化時代迅速累積財富秘訣解碼」、「複酬者的致富之道」、「新手外匯入門計畫」、「專業交易員家教班」、「online外匯交易新手課程」、課程影片及學員心得（調卷第17至25頁）、107年12月13日法務部調查局扣押物編號A-10-2：教學資料（二）（調卷第635至645頁）、編號C-9：學員簽到表（調卷第57至59頁）、編號C-10：學員名單-1（調卷第61至64頁）、編號C-10：學員名單-2（調卷第651至663頁）、編號C-11：公司帳（調卷第187至189頁）、Great Trading Studio教學課程、投資教學說明會及解析講座宣傳廣告等（109年度他字第3594號卷〈下稱他卷三〉第51至63頁）及被告提供學員指標後於投資分析軟體操作截圖數張（他卷三第117至121頁）等件在卷可考，堪信被告上開任意性自白與事實相符，本件事證已臻明確，被告犯行堪以認定，應予依法論科。

二、論罪：

㈠期貨交易法第112 條於105 年11月9 日修正公布、同年月11日施行，本件行為終了時係107年8月17日，應逕行適用修正後之期貨交易法第112 條規定。

㈡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款之非法經營證券投資顧問業務罪、期貨交易法第112條第5項第5款之非法經營期貨顧問事業罪。起訴書認被告係犯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，容有未洽，惟前開犯行之社會基本事實同一，應予變更法條。

㈢被告非法經營期貨顧問事業罪及非法經營證券投資顧問業務罪，其構成要件性質上即包含繼續、多次經營之行為，均具有集合犯之「營業犯」類型，自應各依集合犯論以包括之一罪。且被告以一行為同時犯上開二罪，為想像競合犯，依刑法第55條之規定，從一重論以非法經營期貨顧問事業罪。

㈣檢察官移送併辦意旨認被告就附表一所示蘇慧芸、任芙鉉、吳元富、陳宣諭、羅珮文、李苑嘉、周自強、蘇祐謙、范姜玉玲、江其諺、黃奕航、古韻美等學員，以提供個股、期貨商品等買賣轉折價位及未來趨勢研判功能等分析服務，經營證券投資顧問、期貨顧問業務（臺灣臺北地方檢察署109年度偵字第10001號、110年度偵字第18437號）及附表一編號185至186所示學員李致遠部分，與本案業經起訴部分有實質上一罪關係，是一部起訴效力及於全部，該等犯罪事實既為起訴效力所及，本院自應併予審究。

㈤至被告固提出之常和法律事務所法律意見書1份（原審卷四第237至242頁），業已載明依據技術分析理論所為之一般性資料整理與非法經營證券投資顧問業務及期貨顧問事業區別，自難認被告有何因不知法律而得減輕其刑之適用，附此敘明。

三、撤銷改判之理由：

原判決認被告犯行事證明確，據以論罪科刑，固非無見。然

查，被告於本院審理時除爭執應沒收追徵之犯罪所得金額外，已坦承犯行並認罪，且與部分學員達成和解、賠償，量刑基礎與沒收（詳下述）已有變更，原判決未及審酌。原判決既有上開瑕疵可指，即屬無可維持，應由本院撤銷改判。

四、量刑：

㈠爰審酌證券、期貨業務與國家金融、經濟秩序之關係重大，又金融交易具有高度之專業性與技術性，市場瞬息萬變，為免投資人藉由非正式管道取得交易決策，因不諳金融商品之交易性質，而處於不利之地位，乃規範各類金融服務事業之設立與經營，及從業人員之資格。被告明知未經主管機關許可，以開課、提供分析軟體等方式經營證券投資顧問業務及期貨顧問事業，學員人數眾多並收取如附表一所示金額，犯罪所生損害不輕，於本院審理時坦承犯行，且與部分學員達成和解之犯後態度，以及其所陳大學畢業需撫養母親，從事行銷、設計方面工作之智識程度、學經歷、家庭經濟狀況及所生危害等一切情狀（本院卷二第346頁），量處如主文第二項所示之刑。

㈡被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有本院被告前案紀錄表在卷可按，此次因一時失慮，未取得主管機關許可而犯罪，且被告於原審準備程序、本院審理時坦承犯行，復於原審及本院部分學員達成和解，合計賠償417萬8,418元，經此偵審程序後，當知所警惕，本院因認本件所宣告之刑，以暫不執行為適當，依刑法第74條第1項第1款規定，予以宣告緩刑4年。為確保被告能深切記取教訓，建立正確法治觀念並理解尊重金融市場監管功能，以及被告前與附表二所示調解成立，但尚未完全履行之情形，有命其為一定負擔之必要，爰依刑法第74條第2項第3款規定，命被告應於判決確定後之2年內，依附表二所示「應履行給付義務內容」欄所載內容履行給付，以及依同條第2 項第4 款規定，命向公庫支付150萬元。倘被告未依期履行前揭緩刑宣告所定之負擔情節重大者，依刑法第75條之1第1項第4款規定，緩刑之

宣告仍得由檢察官向法院聲請撤銷緩刑之宣告，附此敘明。

五、沒收：

㈠刑法、刑法施行法之沒收相關條文（下稱刑法沒收新制）已於104年12月30日、105年6月22日修正公布，並於105年7月1日施行。依修正後刑法第2條第2項：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律」、刑法施行法第10條之3第2項：「105年7月1日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用」等規定，沒收應直接適用裁判時之法律，且特別法關於沒收及其替代手段等規定，於刑法沒收新制生效即105年7月1日後，即不再適用。又犯罪所得屬於犯罪行為人者，沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，修正後刑法第38條之1第1項前段、第3項定有明文。惟如犯罪所得已實際合法發還被害人，或被害人已因犯罪行為人賠償而完全填補其損害者，自不得再對犯罪行為人之犯罪所得宣告沒收，以免犯罪行為人遭受雙重剝奪。所謂實際合法發還，是指因犯罪而生民事或公法請求權已經被實現、履行之情形而言，不以發還扣押物予原權利人為限，其他如財產犯罪，行為人已依和解條件履行賠償損害之情形，亦屬之（最高法院106年度台上字第791號判決意旨參照）。

㈡公訴意旨雖認被告以達利公司帳戶收取如起訴書附表五、附表五之一所示之學員繳交之共計2,949萬3,617元之不法所得。然查，附表五編號1至14之款項，係於104年5月8日至同年12月5日轉入，屬被告105年1月犯行開始前之銀行往來款項，非本件犯罪所得；另有就同一學員繳納費用重複計算，或分屬學員受讓課程、或為支付學費向銀行申請分期付款所生之手續費（詳附表三所示），而有重複計算或非屬給付課程費用金額等情，是被告以達利公司帳戶收取之犯罪所得，應更正如附表一「付款金額」欄所示之2,007萬3,852元。

㈢至於被告及其辯護人辯稱財富藍圖課程費用、美股選擇權專班課程費用、達利公司所繳交之稅費等非屬犯罪所得，並應

扣除分配予陳薩沙之金額云云，並非可採，理由如下：

1.所謂相對總額原則，係以直接性原則審查，檢視利得與犯罪之間是否具有直接關聯性為利得存否之認定，並就犯罪成本是否扣除，依據不法原因之給付不得請求返還之法理，檢視行為人所為支出或投資部分，是否與實施不法行為直接相關，而決定該成本是否扣除。若以行為人整體不法行為觀察，其實施不法行為之支出或投資係出於不法原因或遂行不法行為有關，既因沾染不法而與法律所禁止之行為具有因果關聯，自不得以主張為合法支出（如支付餐費費用、稅金或營業成本），屬中性成本而予以扣除，此與取得合約過程不法時，沾染不法之成本為取得合約之支出，然於履行合約本身仍得主張扣除工資支出、稅費等中性成本截然有別，應予辨明。

2.被告以達利公司名義，非法經營證券投資顧問業務及期貨顧問事業，就經營行為整體既屬不法，則就被告既以達利公司名義繳納稅費，及於促銷相關課程時，以將會於不同課程中提供相關具體指標，且可就個股或期貨商品買賣互為流用，作為吸引學員報名課程之方式等推廣招攬證券投資顧問事業或期貨顧問事業之整體舉措（原審卷五第397頁），自無合法中性成本予以扣除問題；再依卷內LINE對話紀錄、照片、文宣及達利公司交易明細（本院卷二第107至129、205頁），陳薩沙固自達利公司取得部分款項，然陳薩沙縱使因擔任講師工作，而取得部分款項，應認與被告遂行不法行為有關，核屬被告實施不法行為取得款項所支付之關聯性成本，故被告及其辯護人主張於計算犯罪所得應予扣除云云，自無可取。此外，亦無從證明陳薩沙係以無償或以顯不相當之對價取得，或係因明知被告違法行為而取得上開金額，亦無對陳薩沙沒收之必要。

㈣綜上，被告以達利公司帳戶收取之犯罪所得，扣除於審理期間與本案部分學員達成和解且已履行部分實際發還給被害人之款項（共計417萬8,418元，詳如附表一「和解情形」欄所

示）後，應就1,589萬5,434元（計算式：2,007萬3,852元-417萬8,418元＝1,589萬5,434元），依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定諭知沒收，並於全部或一部不能沒收時，追徵其價額。

六、關於參與人達利公司部分

本案會員固有將相關課程費用匯入達利公司帳戶（如附表一所示），惟該帳戶經多次不斷提領、轉匯他處，迄108年1月6日止已無餘額，且達利公司業於111年3月2日停業，有經濟部商工登記公示資料查詢服務資料、中國信託銀行存款交易明細在卷可憑（本院卷一第395頁、卷二第137至161頁），又達利公司帳戶既由擔任公司負責人之被告所支配，且目前已無餘額，可認本件犯罪所得已由被告實際取得，無從對達利公司為沒收宣告，爰依刑事訴訟法第455條之26第1項後段規定，諭知如主文第四項所示。

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、第300條、第455條之26第1項後段，判決如主文。

本案經檢察官黃嘉妮提起公訴，檢察官呂建興到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　9　　月　　19　　日

刑事第五庭　審判長法　官　林孟宜

法　官　張紹省

法　官　呂煜仁

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，其未敘述上訴之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　林穎慧

中　　華　　民　　國　　112　　年　　9　　月　　19　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

證券投資信託及顧問法第118條

法人違反第一百零五條至第一百十條規定者，處罰其負責人。

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。
期貨交易法第112條
違反第106條、第107條，或第108條第1項之規定者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以上2億元以下罰金。
犯前項之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕或免除其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。
犯第1項之罪，在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至二分之一。
犯第1項之罪，其因犯罪獲致財物或財產上利益超過罰金最高額時，得於所得利益之範圍內加重罰金。
有下列情事之一者，處7年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金：
一、未經許可，擅自經營期貨交易所或期貨交易所業務。
二、未經許可，擅自經營期貨結算機構。
三、違反第56條第1項之規定。
四、未經許可，擅自經營槓桿交易商。
五、未經許可，擅自經營期貨信託事業、期貨經理事業、期貨顧問事業或其他期貨服務事業。
六、期貨信託事業違反第84條第1項規定募集期貨信託基金。