

臺灣高等法院刑事判決

113年度金上訴字第40號

上訴人 臺灣臺北地方檢察署檢察官
上訴人
即被告 陳炳旭

選任辯護人 李國煒律師(法扶律師)

上列上訴人因被告違反銀行法案件，不服臺灣臺北地方法院111年度金訴字第22號，中華民國113年3月29日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署110年度偵字第12829號；移送併辦案號：臺灣臺北地方檢察署111年度偵字第23426號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於陳炳旭之刑及沒收部分，均撤銷。
陳炳旭處有期徒刑壹年。緩刑肆年，並應於判決確定後貳年內，向公庫支付新臺幣50萬元。未扣案犯罪所得新臺幣54萬8,882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。

理 由

一、本院審理範圍

依刑事訴訟法第348條第3項規定，上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。本案上訴人即檢察官、被告陳炳旭及其辯護人均明示僅就原判決之量刑及沒收部分提起上訴（本院卷第130至131、291頁），是本院審理範圍僅限於刑及沒收部分，並以原判決認定之犯罪事實、所犯法條為審酌依據。

二、茲就與量刑有關之減刑事由論述如下：

按刑法第59條規定犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，此雖為法院依法得行使裁量事

01 項，然非漫無限制，必須犯罪另有特殊原因、環境與情狀，
02 在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定低度刑
03 期，猶嫌過重者，始有其適用。是以，為此項裁量減輕其刑
04 時，必須就被告全部犯罪情狀予以審酌，在客觀上是否有足
05 以引起社會上一般人之同情，而可憫恕情形，始謂適法（最
06 高法院88年度台上字第6683號判決意旨可參）。被告於本案
07 行為時，為身心健全之成年人，智識程度及社會經驗均無明
08 顯匱乏之虞，當可期其等守法自重，又審酌其於本案之犯罪
09 情狀，無不得已而為之理由，難認有何在客觀上足以引起一
10 般同情而可憫恕之情，自無再適用刑法第59條遞減其刑之餘
11 地。則被告及其辯護人主張適用刑法第59條，容有未當。

12 三、撤銷原判決（即原判決關於被告之刑及沒收部分）之理由：

13 （一）原審審理後，就被告所犯共同經營期貨經理事業及其他期貨
14 服務事業罪，量處有期徒刑1年2月，並諭知相關沒收、追
15 徵，固非無見。惟查：(1)被告業與本案投資人羅允薇（附表
16 四編號4所示）達成和解，並已實際給付新臺幣（下同）5萬
17 元（本院卷第309至313頁），原審未及審酌上開情事，致所
18 為量刑及沒收諭知，均有未合。(2)犯罪所得部分：原判決就
19 各投資人之投資期間，疏未考量各投資款之「入金期間」不
20 盡相同，而一律以「2年」計算被告之利潤分配期間（詳後
21 述），顯有不當。綜上，檢察官上訴主張量刑過輕及被告上
22 訴主張適用刑法第59條減刑規定，固為無理由（如上所
23 述）；然被告上訴指摘原判決量刑及沒收不當，非無理由，
24 自應由本院將原判決關於被告之刑及沒收部分撤銷改判。

25 （二）爰以行為人之責任為基礎，審酌被告未經主管機關金管會許
26 可，不得經營期貨經理事業及其他期貨服務事業，仍為本案
27 犯行，危害期貨交易市場秩序，並妨害主管機關金融監理政
28 策之執行，所為有不該。惟考量被告前無任何經法院論罪科
29 刑之前科紀錄，有本院被告前案紀錄表可參，素行尚佳；兼
30 衡被告犯後坦承犯行，且與部分投資人達成和解及賠償（本
31 院卷第309至313頁），復審酌被告於本案犯行之分工角色、

01 期間、招攬客戶數量與所獲取之犯罪所得（尚未繳回全部犯
02 罪所得，詳後述）、犯罪動機、目的、手段，暨被告所自承
03 五專畢業、離婚、目前無業、無須扶養親屬等一切情狀（本
04 院卷第301頁），量處如主文第2項所示之刑。

05 (三) 緩刑之宣告

06 被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有本院被
07 告前案紀錄表附卷可參，其因一時失慮，致罹刑章，且犯後
08 坦承犯行，並與部分投資人達成和解，堪認被告經此偵審程
09 序及刑之宣告，應知所警惕而無再犯之虞，且考量被告前述
10 生活狀況，是倘令入監服刑，恐未收教化之效，先受與社會
11 隔絕之害，基此本院認被告經此偵、審程序及科刑宣告之教
12 訓後，當能知所警惕，其宣告之刑以暫不執行為適當，爰依
13 刑法第74條第1項第1款規定諭知緩刑4年。另為促使被告日
14 後更加重視法規秩序、強化法治觀念，敦促其確實惕勵改
15 過，認應課予一定條件之緩刑負擔，令其能從中深切記取教
16 訓，並督促時時警惕，爰併依刑法第74條第2項第4款之規
17 定，命於本判決確定後2年內，向國庫支付如主文所示之金
18 額，以期符合本件緩刑目的。

19 (四) 沒收之說明：

20 1、按犯罪所得之沒收，倘與犯罪構成要件事實之認定無涉，即
21 不適用嚴格證明法則；且於該所得及追徵之範圍與價額，認
22 定顯有困難時，依刑法第38條之2第1項前段規定，得以估算
23 認定之。而估算程序既以自由證明為已足，且估算認定之範
24 圍與價額，僅需達到大致相信之過半心證即可，非如犯罪事
25 實，需達到無合理懷疑之確信心證。是以，法院依據卷內資
26 料，認定估算基礎之連結事實，並採用合適之估算方法，進
27 行合理之推估，及於理由記明所憑，即不能遽指為違法（最
28 高法院113年度台上字第1128號判決意旨參照）。

29 2、本案係透過馬來西亞籍男子TANKANGSHEN（中文譯名：陳康
30 嶠，經檢察官通緝中）來臺推薦未經我國主管機關許可之
31 「米得（MIDASAMA，網址為：www.midasama.com）」之外匯

01 保證金網路交易平台（下稱「米得平台」），招攬不特定人
02 加入該平台成為會員後，從事期貨交易投資，並要求投資人
03 將投資款項匯至指定之境外金融帳戶。惟本案僅有共同被告
04 及證人之供（證）述、對話紀錄翻拍照片、被告及共同被告
05 國內相關帳戶、部分水單等證據，尚無相關帳冊扣案，復無
06 從透過上開國內帳戶匯款資料進行完整比對，其認定顯有困
07 難，自應由本院進行估算如下：

- 08 (1)證人即共同正犯柯修維供稱：米得平台制度內有獲利分紅，
09 投資人分70%，平台及操盤手分30%，後者30%中，其中一
10 半歸屬平台及操盤手，另一半作為市場獎金，只要有介紹投
11 資人，有下線就會有，「鑽石」以上的會員才有適用市場獎
12 金獲利分紅的制度，成為鑽石會員之前，我介紹下線只有獲
13 得交易的手續費退佣，就是我自己的跟單交易要給DAWEDA的
14 手續費，會有一定比例退佣給我，即每次我的帳戶操作時，
15 所產生的手續費都會退一定比例給我；後來我成為鑽石會員
16 後，有獲利分紅的制度，就是下線每個月獲利多少，我可以
17 從中獲取一定比例的分潤，成為鑽石的隔月開始，就可以獲
18 得分潤，分潤的比例是平台有規則等語（A3卷第293至297
19 頁；C1卷第75至81頁、第107至108頁）。
- 20 (2)依柯修維110年11月26日陳報狀記載：「米得平台聲稱之分
21 潤比例悉述如下：（一）倘投資有獲利者，投資人可自獲利
22 分配百分之七十，剩餘百分之三十再由米得平台與該平台之
23 操盤手分得其中之百分之五十，該部分其餘之百分之五十方
24 則作為市場獎金」、「…米得平台之投資獲利平均每月約為
25 5%…」等節，此有陳報狀1份在卷可佐（C1卷第144頁）。
- 26 (3)參以被告就每月獲利率為5%、米得平台分潤率為30%、市
27 場（即）所有上線分潤率為50%、擁有4層下線之鑽石會員
28 分潤率為50%一節均不爭執，經被告及同案被告陳昭良於原
29 審準備程序供述在卷（甲1卷第100頁、第148至149頁）。
- 30 (4)依柯修維上開陳報狀記載：「米得平台聲稱之分潤比例悉述
31 如下：（二）市場獎金之分潤須視鑽石之層級數量決定可獲

01 得之分潤比例，若有一層可分得百分之五，兩層可分得百分
02 之十五，三層可分得百分之三十，四層可分得百分之五十」
03 等節（C1卷第144頁）。是依上開標準，估算被告與參與本
04 案犯行期間之分潤率為25%（計算方式為： $\langle 5\%+15\%+3$
05 $0\%+50\% \rangle /4=25\%$ ）。

06 (5)綜上各情，可認被告本案所取得之犯罪所得，係以其下線投
07 資人之總投資金額之5%，估算「每月」獲利金額，再就獲
08 利金額之3.75%（即 $30\% \times 50\% \times 25\% = 3.75\%$ ），估算被告
09 每月分潤金額，再以上開金額與其下線投資人投資期間（即
10 利潤分配期間，詳附表五「F欄」所示）相乘，即可就此估
11 算被告於本案犯行期間之犯罪所得（詳附表五「G欄」所示
12 ）。

13 2、被告犯罪所得計算如下：

14 (1)被告之下線投資人於107年1月至108年12月間，共計投資金
15 額為2,687萬7,215元（即附表二、三、四總計金額）一節，
16 此有附表二、三、四「證據欄」所示之供述證據及非供述
17 證據在卷可佐。又各投資款之「入金期間」不盡相同，理應
18 依各入金期間計算被告之利潤分配期間（詳附表五「F欄」
19 所示），是依上開計算方式，估算被告於本案犯行期間之犯
20 罪所得為54萬8,882元（詳如附表五「F欄」所示）。

21 (2)按犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追
22 徵，刑法第38條之1第5項定有明文。被告於本院審理期間提
23 出其與附表四編號4之投資人羅允薇，業以5萬元達成和解，
24 並給付完畢，有轉帳及LINE紀錄在卷可佐（本院卷第309至3
25 13頁），爰依上開規定，被告已給付被害人之5萬元不予沒
26 收或追徵，則被告應沒收犯罪所得為49萬8,882元（詳如附
27 表五「F欄」所示），爰依刑法第38條之1第1項前段、第3項
28 規定，諭知沒收之，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒
29 收時，追徵其價額。

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

01 本案經檢察官陳彥章到庭執行職務。
02 中 華 民 國 114 年 2 月 27 日
03 刑事第二十四庭 審判長法官 宋松璟
04 法官 鄭昱仁
05 法官 姜麗君

06 以上正本證明與原本無異。
07 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
08 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
09 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。
10 書記官 巫佳蒨

11 中 華 民 國 114 年 2 月 27 日

12 附錄本案論罪科刑法條全文：

13 期貨交易法第112條

14 違反第106條、第107條，或第108條第1項之規定者，處3年以上1
15 0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。

16 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
17 或免除其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。

18 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
19 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。

20 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
21 時，得於所得利益之範圍內加重罰金。

22 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
23 以下罰金：

24 一、未經許可，擅自經營期貨交易所或期貨交易所業務。

25 二、未經許可，擅自經營期貨結算機構。

26 三、違反第56條第1項之規定。

27 四、未經許可，擅自經營槓桿交易商。

28 五、未經許可，擅自經營期貨信託事業、期貨經理事業、期貨顧
29 問事業或其他期貨服務事業。

30 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。

01 附件：原判決（卷宗代碼對照表）：

02

代號	案號
A卷（起訴及併案偵查卷）	
A1	109年度他字第848號
A2	109年度偵字第14986號
A3	109年度偵續字第483號
A4	110年度偵字第12829號
A5	111年度偵字第23426號
B卷（強制處分卷）	
B1	111年度查扣字第2516號
C卷（調閱卷）	
C1	110年度金訴字第21號
C2	110年度金訴字第21號（證人卷）
C3	111年度上字第79號
C4	111年度金上訴字第18號
甲卷（本院卷）	
甲1	111年度金訴字第22號
乙卷（併辦卷）	
乙1	併案111年度金訴字第22號

03 附表目錄：

04 附表一（原判決附表一、起訴書附表二）：

05 附表二：陳炳旭中信銀行000000000000帳戶收取米得平台投資
06 人資金明細表（原判決附表三、起訴書附表四）

- 01 附表三：陳炳旭王道銀行0000000000000000帳戶收取米得平台投
02 資人資金明細表(原判決附表四、起訴書附表五)
- 03 附表四：併辦部分(原判決附表六、併辦意書附表編號2至編號1
04 1)
- 05 附表五：犯罪所得計算說明