最高法院刑事判決

111年度台上字第5037號

上　訴　人　詹亮宏

選任辯護人　李永然律師
　　劉懿德律師
上　訴　人　戴子平

選任辯護人　黃國益律師
　　陳宏銘律師
上　訴　人
即 參與 人　群益金鼎證券股份有限公司

代　表　人　王濬智
代　理　人　魏以恩律師

上列上訴人等因違反證券交易法及參與人犯罪所得沒收等案件，不服臺灣高等法院中華民國111年7月26日第二審判決（107年度金上重訴字第35號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署99年度偵字第19504號，100年度偵字第19057號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於詹亮宏及戴子平不另為無罪諭知以外之部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、關於詹亮宏及戴子平部分：

一、本件原判決認定上訴人詹亮宏係英屬維京群島商宜恩財富管理股份有限公司（ERM RESOURCE LTD）所指派在我國境內之代表人，而上訴人戴子平則係上開公司所設臺北辦事處之客

戶關係部資深副總經理，上訴人2人有如其事實欄四所載，違反證券交易法第15條第3款及第44條第1項後段關於非證券商不得經營有價證券買賣之居間業務等規定，於民國95至97年間，向如其附表三編號3至9（按該附表編號1、2所示部分，並不在起訴範圍內（見起訴書第7頁第17至18行））所示之公司及銀行，提供由美國保盛豐集團（PRIVATE EQUITY MANAGEMENT（PEM）GROUP）旗下GVEC RESOURCE INC.等外國公司（下稱GVECR系列公司）所發行具有投資性質金融商品之資訊，而居間以使上開公司及銀行購買如上開附表暨編號「商品名稱」欄所示有價證券之犯行，因而撤銷第一審就詹亮宏及戴子平上揭被訴部分均諭知無罪之判決，改判論處詹亮宏及戴子平共同非法經營證券業務罪刑，並諭知相關之沒收暨追徵，固非無見。

二、惟事實審法院所為有罪之判決，就與被告犯罪成立具有重要關係之構成要件事實，應憑確切之證據詳加認定，並於判決內具體認定記載明白，且說明其取捨證據及得心證之理由，始足憑以論罪科刑，否則其事實及法律評價即失其依據。又證據雖已調查，苟對於有利於被告之重要證據未一併詳為釐清及說明其取捨之理由，以致事實未臻明瞭，或尚有重要疑點並未究明者，即與未經調查無異，而無從為事實之正確認定，如遽行判決，自難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查，以及判決理由不備之違法。又證券交易法第175條第1項之非證券商非法經營有價證券買賣之居間業務罪，以行為人居間買賣「有價證券」為構成要件，而該法所稱之有價證券，依其第6條第1項規定所採「法定列舉」及「主管機關核定」之模式，前者係指政府債券、公司股票及公司債券（按同條第2項另有視為有價證券之擬制規定），後者則係指「經主管機關核定之其他有價證券」。再證券交易法之主管機關，先前為財政部證券暨期貨管理委員會，嗣為行政院金融監督管理委員會（現更名為金融監督管理委員會，下稱金管會），上開主管機關在其職掌權限範圍內對於該法所為之

抽象函令與解釋，或就涉及該法之個案所表示之具體意見，於司法案件審判時，或可資為裁判之依據，或足憑為認定事實之基礎。法官就案件爭點認有為正確闡釋之必要時，固不受主管機關函釋見解之拘束，而得依憲法第80條關於法官依據法律獨立審判之規定，本於公正誠實暨對法律釋義之篤信，表示合法適當之見解，然對於主管機關何以持相反或未盡一致見解或意見之理據與緣由，允宜釐析究明後始行排斥不用並詳敘其理由，始足以昭折服。

三、查原判決依憑金管會100年3月18日金管證券字第0000000000號函文敘明：如原判決附表三編號3、9所示聯發科技股份有限公司及華南永昌證券投資信託股份有限公司，所購買如上開附表暨編號「商品名稱」欄所示之各該金融商品，均係外國有價證券等旨，復參循財政部76年9月12日臺財證㈡字第900號及同年月18日臺財證㈡字第6805號函釋「依證券交易法第6條第1項規定核定：外國之股票、公司債、政府債券、受益憑證及其他具有投資性質之有價證券，凡在我國境內募集、發行、買賣或從事上開有價證券之投資服務，均應受我國證券管理法令之規範」等旨（下稱「財政部臺財證㈡字第900號等函釋」），以及金管會108年7月3日金管證發字第0000000000號令略以：依據證券交易法第6條第1項規定，核定運用密碼學及分散式帳本技術或其他類似技術，表彰得以數位方式儲存、交換或移轉之價值，且具有流通性與投資證券屬性（即內含出資人出資、出資於一共同事業或計畫、出資人有獲取利潤之期待，暨利潤主要取決於發行人或第三人之努力等4項要素）之虛擬通貨，為證券交易法所稱之有價證券等旨，說明金管會上開核定虛擬通貨為證券交易法所稱有價證券之行政命令，係肯認並採用美國聯邦最高法院於西元1946年在SEC v. W.J. Howey案中所發展出之Howey Test標準（即上述4項投資屬性要素），作為前揭「財政部臺財證㈡字第900號等函釋」中關於「其他具有投資性質之有價證券」要件之判斷依據，乃逕依上揭Howey Test標準，審認詹

亮宏及戴子平居間如原判決附表三編號3至9所示之公司及銀行，所購買如上開附表編號3至9「商品名稱」欄所示之各該金融商品，均係具有投資性質而為證券交易法所稱之有價證券，以此為前提進而認定詹亮宏及戴子平確有本件被訴非法經營證券業務之犯行（見原判決第69頁第5行至第84頁第12行）。然而，揆諸卷附金管會99年8月23日金管證券字第0000000000號函略以：如原判決附表三編號4至8所示新竹國際商業銀行（按現為渣打國際商業銀行）等5家銀行，所購買如上開附表編號4至8「商品名稱」欄所示之各該金融商品，係透過辦理特定金錢信託業務受託投資國外連動債（下稱系爭連動債金融商品），而國外連動債尚非屬證券交易法所規定之有價證券等旨（下稱「金管會就系爭連動債金融商品屬性之覆函」，見99年度偵字第19504號卷(1)第322至324頁）。再所謂之「連動債（券）」，依金管會於98年7月23日訂定發布《境外結構型商品管理規則》第2條規定之定義，係指「於中華民國境外發行，以固定收益商品結合連結股權、利率、匯率、指數、商品、信用事件或其他利益等衍生性金融商品之複合式商品，且以債券方式發行者」而言。參以立法院第7屆第4會期財政委員會，於98年12月2日召開第18次全體委員會議，審查行政院函請審議證券交易法及證券投資信託法相關條文修正草案，經時任金管會主任委員陳沖列席報告並應答詢時陳稱略以：在臺灣發行之連動債或結構債，其屬性於學理上係有價證券，但並非證券交易法上之有價證券等語，亦有立法院公報第98卷第74期委員會紀錄在卷可考（見第一審卷□第137頁）。以上事證資料如果無訛，財政部及金管會身為證券交易法之前、後期主管機關，具有依證券交易法第6條第1項授權核定政府債券、公司股票及公司債券以外「其他有價證券」之職責與權限，並經發布「財政部臺財證㈡字第900號等函釋」，何以前述「金管會就系爭連動債金融商品屬性之覆函」，猶認為系爭連動債金融商品並非證券交易法所稱之有價證券？其原因何在？茲原

判決以「金管會就系爭連動債金融商品屬性之覆函」謂外國連動債並非我國證券交易法所稱之有價證券一節，並未說明其理由，亦未提供外國公司發行之連動債金融商品得以豁免於我國證券交易管制之理論基礎為由，因而不予採納（見原判決第81頁第16至18行），似認為「金管會就系爭連動債金融商品屬性之覆函」徒具結論，惟理由闕漏，而不明其所以然。果爾，原審既認為金管會上開覆函就本案重要爭點事項之說明未盡，則為本案待證事實之釐清與確認，允非無更向金管會查證其上揭覆函結論所憑緣由之必要。再者，金管會本於證券交易法主管機關之角色立場，是否肯認原判決所指之Howey Test標準亦能套用於系爭連動債金融商品屬性之判斷？若能資為判斷之準據，則金管會據以判斷系爭連動債金融商品是否屬於證券交易法所稱有價證券之結論，與上揭「金管會就系爭連動債金融商品屬性之覆函」有無差異？其理由為何？上揭疑點與詹亮宏及戴子平本件被訴之行為，是否該當非法經營證券業務罪之客觀構成要件要素即「有價證券」攸關，復涉及證券交易主管機關本其權限依法規範就特定事項所為之判斷，尚非僅係單純之事實認定問題，且影響本件詹亮宏及戴子平刑責有無之認定，猶有詳加調查釐清並析論說明之必要。原審對於上開足以影響詹亮宏及戴子平被訴罪名成立與否，且於客觀上有調查必要性之重要證據，未詳加調查究明，並於判決內詳予說明其證據評價取捨之理由，僅憑其他證據資料審斷，遽為不利於詹亮宏及戴子平之論罪科刑判決，尚嫌速斷，實難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查，以及判決理由不備之違法。

四、以上或為詹亮宏及戴子平上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，其2人之上訴為有理由，而原判決前揭違誤影響於詹亮宏及戴子平被訴犯罪事實之認定，本院無從據以自行判決，應認原判決關於詹亮宏及戴子平被訴犯行經不另為無罪諭知以外之論罪科刑及諭知相關沒收暨追徵部分，均有撤銷發回更審之原因。

貳、關於群益金鼎證券股份有限公司（下稱群益金鼎證券公司）部分：

刑事訴訟法第455條之28規定，參與沒收程序之上訴，除本編（即第七編之二沒收特別程序編）有特別規定外，準用第三編（即上訴編，包括第375條及第376條）之規定。對參與人諭知沒收其財產之判決，縱令係第一次經高等法院所為之第二審判決諭知沒收參與人財產，參與人得否向本院提起第三審上訴，端視刑事被告之本案是否為得上訴於第三審法院之案件而定。又同法第376條第1項各款所列之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，而諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，均不得上訴於第三審法院，法有明文。本件依原判決事實欄三之記載，上訴人群益金鼎證券公司所取得未扣案之美金36萬9,331.65元，係原審同案被告陳淑珠、張平沼、房冠寶、陳大中及嚴世光（下稱陳淑珠等5人）共同實行非法募集外國公司有價證券行為，群益金鼎證券公司因而取得之犯罪所得。而原審對於陳淑珠等5人被訴上開犯行之本案，係撤銷第一審就陳淑珠等5人科刑之判決，改判仍論處陳淑珠等5人以101年1月4日修正前證券交易法第175條共同非法募集有價證券罪刑，揆以上開罪名之法定最重本刑為2年以下有期徒刑，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所規定之案件，且無同條項但書所定得上訴於第三審法院之例外情形，既經第二審判決，陳淑珠等5人自不得上訴於第三審法院，因此群益金鼎證券公司就原判決關於對其諭知如前揭犯罪所得沒收暨追徵部分之判決，依上揭規定及說明，亦不得上訴於第三審法院，群益金鼎證券公司仍向本院提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。至原判決正本關於救濟教示之記載，就群益金鼎證券公司部分誤植為得上訴一節，要不能改變上揭沒收特別程序參與人不得上訴於第三審法院之法律規定，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　12　　日

刑事第一庭審判長法　官　郭毓洲

法　官　林英志

法　官　林靜芬

法　官　何俏美

法　官　蔡憲德

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　13　　日