最高法院刑事判決

112年度台上字第4978號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官呂建興

被　　告　陳莉婷

參　與　人　達利國際顧問有限公司

代　表　人　陳莉婷

上列上訴人因被告違反期貨交易法案件，不服臺灣高等法院中華民國112年9月19日第二審判決（111年度金上訴字第29號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署108年度偵字第6393、15954號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件原判決認定被告陳莉婷有其犯罪事實欄所載未經許可擅自經營期貨顧問事業，及經營證券投資顧問業務之犯行，因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍依想像競合犯之規定，從一重論處被告非法經營期貨顧問事業罪刑（處有期徒刑1年），並宣告緩刑暨所附加負擔，另諭知參與人達利國際顧問有限公司（下稱達利公司）之財產不予宣告沒收，固非無見。

二、惟查：

㈠、刑法第55條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，該條但書已明定想像競合犯之輕罪封鎖作用，亦即在想像競合之情形，擴大提供法院於具體科刑時，其科刑下限不受制於重罪之法定最輕本刑，而可將輕罪較重之法定最輕本刑列為形成宣告刑之依據。則遇有重罪之法定最輕本刑無罰金刑，或僅係選

科罰金刑，而輕罪之法定最輕本刑係應併科罰金刑時，依該條但書規定，在具體科刑即形成宣告刑時，輕罪相對較重之法定最輕本刑即應併科之罰金刑，例外被納為形成宣告雙主刑（徒刑及罰金）之依據，以填補如僅適用重罪法定最輕本刑，不足以評價被告全部犯行不法及罪責內涵之缺失，俾符合上開輕罪封鎖作用規範之目的。然刑法第55條但書規定之立法意旨，既在於落實充分但不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則，則法院在適用該但書規定而形成宣告刑時，如科刑選項為「重罪自由刑」結合「輕罪併科罰金」之雙主刑，為免併科輕罪之罰金刑，致生評價過度而有過苛之情形，倘具體所處罰金以外之較重徒刑，經整體評價後，認並未較輕罪之法定最輕徒刑及併科罰金為低時，法院得適度審酌犯罪行為人侵害法益之類型與程度、犯罪行為人之資力、因犯罪所保有之利益，以及對於刑罰儆戒作用等情，在符合比例原則之範圍內，裁量是否再併科輕罪之罰金刑，俾調和罪與刑，使之相稱，且充分而不過度。亦即，法院經整體觀察後，基於充分評價之考量，於具體科刑時，認除處以重罪之自由刑外，亦一併宣告輕罪之併科罰金刑，抑或基於不過度評價之要求，未一併宣告輕罪之併科罰金刑，如未悖離罪刑相當原則，均為法院量刑職權之適法行使。惟法院於科刑時雖未宣告併科輕罪之罰金刑，仍須敘明經整體評價並權衡上情後，不予併科輕罪罰金刑之裁量理由，始為適法。原審認被告係以一行為同時觸犯期貨交易法第112條第5項第5款之非法經營期貨顧問事業罪（法定本刑為7年以下有期徒刑，得併科新臺幣《下同》300萬元以下罰金），及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（法定本刑為5年以下有期徒刑，併科100萬元以上5,000萬元以下罰金），雖依想像競合犯之規定，從一重論以期貨交易法第112條第5項第5款之罪，並對被告量處有期徒刑1年，惟未說明如何經整體評價並權衡上情，而不予併科輕罪罰金刑之裁量理由，難謂適法。

㈡、刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，故法院對於有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜、罰當其罪，此所以刑法第57條明定科刑時，應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意該條所列10款事項，以為科刑輕重之標準。而宣告緩刑與否，固屬實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，惟法院行使此項職權時，除應審查被告是否符合緩刑之法定要件外，仍應就被告是否有以暫不執行刑罰為適當之情形，亦即就犯罪狀況、造成之損害及危險性、被告之動機暨犯後態度、有無再犯之虞等情，加以審酌；法院行使此項裁量職權時，應受一般法律原則之拘束，即必須符合所適用法律授權之目的，並受法律秩序之理念、法律感情及慣例等所規範，若違反比例原則、平等原則時，得認係濫用裁量權而為違法。原審以被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，因一時失慮致罹刑章，且於原審坦承犯行，復與部分學員達成和解，合計賠償417萬8,418元，經此偵、審程序，當能知所警惕，而無再犯之虞，對被告所宣告之刑，以暫不執行為適當為由，憑為宣告緩刑之裁量依據。惟依原判決犯罪事實欄所認定：被告於達利公司內舉辦如其附表一「課程名稱」欄所示之課程，吸引如其附表一所示學員參加，該等學員支付如其附表一「付款金額」欄所示款項至達利公司之帳戶，被告並於課程中以電子郵件寄送具推薦、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該等學員，使用方式係將被告所寄發指標匯入投資分析軟體後，即可提供是否可買賣之信號予該等學員，該等學員再以被告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，被告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，共計收取如其附表一所示學員所繳交2,007萬3,852元之報酬等情（見原判決第2頁）；以及原判決量刑理由所敘：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其附表一所示金額，犯罪所生損害不輕等旨（見原判決第6頁）。如果無訛，本案參加上開課程之學員眾多，且被告向學員收取之報酬已逾2,000萬元，卻僅賠償部分學員合計417萬8,418元，仍未與部分學員（包括告發人林政憲等人）達成和解，加以被告犯案期間長達數年，依其本案犯罪情節，及犯罪所得金額非微，嚴重破壞經濟秩序，前開對被告所為量刑併予宣告緩刑，是否符合事理之平，未違反國民法律感情，自非無疑。則原審對被告前開量刑，是否確實符合罪刑相當原則？以及對被告宣告緩刑，是否足使其心生警惕？有無暫不執行為適當之具體理由？原判決於量刑及裁量被告是否適宜宣告緩刑時，未就前揭情狀究明，就如何符合比例等一般法律原則之判斷，亦未見原審妥慎斟酌，而逕予宣告緩刑，難謂無判決理由不備之違誤。

㈢、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違背法令之情形，影響於本件量刑事實之確定，本院無可據以為裁判，應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。

三、刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。」亦即被告違法行為存在，為沒收參與人財產前提要件之一，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於被告違法行為之判決，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上之矛盾，非但有損裁判公信力，且滋生沒收裁判之執行上困擾，故對本案關於違法行為之裁判上訴者，其效力應及於相關之參與人財產沒收部分。本件上訴人既對於本案即

原判決關於罪刑部分合法上訴，參與人達利公司之相關沒收部分（即原判決諭知達利公司之財產不予宣告沒收部分），雖未經上訴，仍為本案判決上訴效力所及，而其依附之前提即前開本案判決部分既經本院撤銷發回，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於違法行為部分，於發回後經原審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上矛盾，原判決關於參與人達利公司之相關沒收部分應予一併發回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　12　　月　　21　　日

刑事第三庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　林恆吉

法　官　江翠萍

法　官　張永宏

法　官　林海祥

本件正本證明與原本無異

書記官　朱宮瑩

中　　華　　民　　國　　112　　年　　12　　月　　25　　日