最高法院刑事判決

114年度台上字第1311號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官吳維仁

上　訴　人

即　被　告　曾奎銘

選任辯護人　謝心味律師

上　訴　人

即　被　告　張智瑋

上列上訴人等因被告等違反證券投資信託及顧問法案件，不服臺灣高等法院中華民國113年11月5日第二審判決（112年度金上訴字第47號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署108年度偵字第27036號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於曾奎銘、張智瑋部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

□本件原判決認定上訴人曾奎銘有如其理由欄乙「壹、事實部分」所示之違反證券投資及顧問法犯行，因而撤銷第一審關於曾奎銘之科刑判決，改判仍論處曾奎銘法人之行為負責人共同非法銷售境外基金罪刑，並為相關追徵之諭知。並以上訴人張智瑋、檢察官就第一審判決關於張智瑋所犯法人之行為負責人共同非法銷售境外基金罪部分，張智瑋明示僅就第一審判決之量刑及沒收部分，檢察官則明示僅就量刑部分提起第二審上訴，而依刑事訴訟法第348條第3項之規定，僅以第一審判決關於張智瑋之量刑暨沒收妥適與否為審理範圍。經審理結果，撤銷第一審就張智瑋上開犯行所處之宣告刑，改判如其主文欄第3項所示之刑，另維持第一審關於張智瑋相關沒收、追徵部分之判決，駁回張智瑋此部分在第二審之上訴。固非無見。

□上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第3項定有明文。所謂「明示」，係指上訴人以書狀或言詞向法院明確表示其上訴範圍之意思表示，性質上係屬程序主體之程序處分權行使，且依上開規定，僅限於上訴人之明示，非可以推論、默示代之，亦與其上訴理由之內容無必然關聯。是第二審上訴攻防範圍究係及於第一審判決之全部，或僅限於刑、沒收或保安處分之一部，自應由上訴人於上訴書狀中予以明示，至遲應於審判期日明示主張之。從而上訴人於書狀或言詞陳述中，縱僅針對第一審判決關於刑、沒收或保安處分之部分有所爭執，而未就第一審判決之犯罪事實認定指摘其違法或不當，亦與前述「明示」之情形有間，為確認上訴之範圍，宜由審判長行使闡明權，曉諭上訴人以言詞或書面就其上訴範圍為必要之陳述，以究明上訴人之真意為何；倘法院於前揭情形，並未闡明確認其上訴範圍，自無從逕認有刑事訴訟法第348條第3項規定之適用，仍應認上訴人係對於判決之全部提起上訴，第二審法院即應就第一審判決之全部加以審理，否則即有已受請求事項未予判決之違法。稽之卷內資料，檢察官於民國112年6月7日以上訴書提起本件第二審上訴，有關張智瑋部分之上訴理由雖僅記載：張智瑋為兆富財富管理顧問股份有限公司（下稱兆富公司）副總經理，與曾奎銘共同以兆富公司名義招攬國人投資境外基金等商品，期間長達4年半、金額高達美金3,764萬1,760元，對社會造成之影響甚鉅，嚴重破壞國家金融交易秩序，損及證券投資顧問之專業性，迄今未坦承犯行，第一審判決對張智瑋量處之刑度，顯屬輕縱，應予撤銷等旨（見原審卷㈠第79至80頁），惟並未亦同張智瑋，明示僅針對第一審關於張智瑋量刑及沒收部分提起第二審上訴。而依原審準備程序及歷次審判程序筆錄所載，原審受命法官或審判長訊問上訴意旨時，檢察官均陳述上訴要旨詳如上訴書所載等語，亦未表明就張智瑋部分僅對第一審之量刑暨沒收提起上訴等情，有各該筆錄在卷可參（見原審卷㈠第196頁、原審卷㈡第216頁、原審卷㈢第297頁、原審卷㈣第299頁）。乃原審未

行使闡明權，以釐清檢察官就張智瑋部分是否僅以第一審判決之量刑、沒收為上訴範圍，即遽僅以第一審判決關於張智瑋之量刑及沒收妥適與否為審理範圍及判決，自有已受請求之事項未予判決之違法。

□刑事訴訟法規定訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名，旨在使被告能充分行使防禦權，以維審判程序之公平。而所應告知之犯罪嫌疑，除起訴書所記載之犯罪事實及所犯法條外，自包含依刑事訴訟法第267條規定起訴效力所及，而擴張之犯罪事實及罪名。倘法院未告知被告起訴效力擴張之犯罪事實，即逕行擴張起訴書之犯罪事實而為判決，其所踐行之訴訟程序自於法有違。如該違法，實質上無礙於被告防禦權之行使，固不得為上訴第三審之理由；反之，若有礙於被告防禦權之行使，且非顯然於判決無影響者，則得執為上訴第三審之適法理由。原判決認曾奎銘為兆富公司董事長兼總經理；曾奎銘以兆富公司名義，非法銷售境外基金予如其附表（下稱附表）二之2編號1至11所示之投資人沈秀娟（編號1、3）、歐怡珍（編號2、9）、葉蘭嬌（編號4）、劉書岐（編號5、6、8）、謝宛真（編號7、10、11）等人（下稱沈秀娟等5人）部分，同屬曾奎銘非法銷售境外基金犯行之一部分，且與起訴之犯罪事實（即附表二之1編號1至286部分）具有集合犯實質上一罪關係，而擴張該部分犯罪事實，併予審理（見原判決第26頁）。該擴張之犯罪事實，為起訴書及第一審判決所無，惟原審於歷次準備程序及審判期日皆未曾告知曾奎銘該擴張部分之犯罪事實，且於113年9月24日審判期日，原審審判長依刑事訴訟法第288條第3項規定，就被訴事實訊問曾奎銘，亦係以起訴書與第一審判決認定之犯罪事實為據（見原審卷㈣第361頁），依前說明，自屬違反告知義務。原判決固以該擴張事實所依憑之如附表二之2「證據」欄所載證據資料，業於審理時提示予檢察官、曾奎銘及其原審辯護人表示意見及辯論，因認無礙於曾奎銘之防禦，而併予審理（見原判決第26頁）。然沈秀娟等5人雖於原審提供上開證據欄所載之匯款單據，但除葉蘭嬌與劉書

岐於所提之刑事附帶民事賠償起訴狀及事由狀，陳稱其等提供之單據係經由兆富公司購買境外基金之匯款資料外（見原審卷㈢第463頁、原審卷㈣第83至87頁），其餘沈秀娟、歐怡珍、謝宛真則未有相關之陳述，且其等3人於本案偵審中，亦未曾以證人身分到庭說明投資本案境外基金之情形，即沈秀娟於原審受命法官以被害人身分訊問：依第一審判決附表，沈秀娟係106年4月6日投資美金20,100元之境外基金時，亦陳稱無誤等語（見原審卷㈢第311、312頁），僅表示其有投資如附表二之1編號145所示之境外基金，並未述明其尚經由兆富公司購買如附表二之2編號1、3所示之境外基金（見原審卷㈢第311、312頁）。又附表二之2「證據」欄所示匯款單據中，僅編號1至5記載之國外受款人、受款銀行暨帳戶與附表二之1所示者相符，其餘編號與附表二之1所示投資人匯款之國外受款人、受款銀行帳號則無一相符（見附表二之1及附表二之2）。再參以前開審理期日，原審審判長諭知本案證據調查完畢，請檢察官、曾奎銘及其原審辯護人就事實及法律辯論時，其等僅針對第一審判決認定之犯罪事實為論告、答辯或辯護，並未述及附表二之2部分之犯罪事實，此有原審113年9月24日審判程序筆錄可徵（見原審卷㈣第366至370頁）。如此，能否謂曾奎銘僅憑原審審判長提示前述證據資料，即可知悉上開擴張之犯罪事實，而認原審之違反告知義務，並無妨礙曾奎銘防禦權之行使，自非無研酌之餘地。且原判決認第一審漏載計算之金額達美金74萬3,983元（以1美元換算新臺幣30元之匯率計算，總計達新臺幣2,231萬9,490元），進而基於該擴張部分之犯罪事實，撤銷第一審關於曾奎銘部分之判決，改判量處較重之刑度（第一審判處曾奎銘有期徒刑2年3月，併科罰金新臺幣500萬元；原判決則處有期徒刑2年6月，併科罰金新臺幣600萬元），更徵原審上開訴訟程序之違法，非顯然於判決結果無影響，原審認此部分無礙於曾奎銘之防禦，而逕行判決，自屬可議。

□稽之卷內資料，歐怡珍、沈秀娟、謝宛真於原審非僅陳報如附表二之2「證據」欄所載之匯款單據（見原審卷㈢第221、223、225頁、原審卷㈣第5、9、255、257頁），投資人高啟嘉、林學征於原審亦提出其等除如附表二之1所示投資以外之投資匯款單據（見原審卷㈡第57、59頁、原審卷㈢第399、405、407、419至431、435至439頁）。而沈秀娟、林學征、高啟嘉所提上開匯款單據，其上所載之國外受款人、國外受款銀行暨帳號，似有與原判決依起訴效力所及而併予審理之附表二之2編號8、9、10有完全相同者，亦有國外受款人與附表二之2編號10所示一致者（見原審卷㈢第429、431、435、439頁、原審卷㈣第5、9頁、附表二之2）。果爾，其等前述投資境外基金部分，何以與附表二之2編號8、9、10部分為相異之處理？如何認非亦為起訴效力所及，而併予審理？未見原判決為必要之說明，尚難謂無理由不備之違法。

□以上或為檢察官、曾奎銘上訴意旨所指摘或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決關於曾奎銘、張智瑋部分，有撤銷發回更審之原因。又曾奎銘管理監督之兆富公司似非僅設置銷售境外基金之業務部門，且亦提供銷售境外基金以外之服務（見偵字第27036號卷㈠第269、364至365、547至549、599至600、601至622頁、原審卷㈣第313至316、323頁），則其於本案犯行期間，自兆富公司取得之薪資收入，何以均屬為了犯罪之利得，而得宣告沒收、追徵，允宜詳敘理由，案經發回更審，應注意及之，附此敘明。

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　　115　　年　　1　　月　　29　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　林海祥

法　官　陳芃宇

法　官　林怡秀

法　官　江翠萍

本件正本證明與原本無異

書記官　李淳智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　3　　日