最高法院刑事判決

114年度台上字第2406號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官陳彥章

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期貨交易法案件，不服臺灣高等法院中華民國114年2月27日第二審判決（113年度金上訴字第40號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署110年度偵字第12829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、本件第一審認定被告陳炳旭（下稱被告）之犯行明確，因而論處被告共同犯期貨交易法第112條第5項第5款之非法經營期貨經理事業及其他期貨服務事業罪刑（處有期徒刑1年2月；被訴非法經營收受存款業務及非法經營期貨交易業務等罪嫌部分，第一審認不能證明被告有此部分犯罪，惟因檢察官認與前述有罪部分有想像競合犯之一罪關係，而不另為無罪之諭知；檢察官並未就此部分提起第二審上訴），並為沒收（追徵）之諭知。檢察官及被告僅就第一審判決關於被告之刑及沒收提起第二審上訴；原審審理後，以第一審未及審酌被告與部分投資人和解並給付賠償金額，及第一審認定之犯罪所得數額有誤，而就第一審判決關於被告之量刑及沒收部分予以撤銷，改判量處被告有期徒刑1年，並為附條件緩刑之宣告，及諭知沒收（追徵）。固非無見。

二、惟按：

㈠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。原判決對被告之量刑，雖說明略以：被告本案犯行危害期貨交易市場秩序，並妨害主管機關金融監理政策之執行，雖有不該；惟考量被告之前科紀錄、犯後坦承犯行、已與部分投資人和解並賠償、犯罪動機、目的、手段，及被告自述五專畢業、離婚、目前無業、無須扶養親屬等一切情狀，量處有期徒刑1年。有關緩刑之理由亦說明稱：被告因一時失慮，致罹刑章，且犯後坦承犯行，並與部分投資人達成和解，堪認被告經此偵審程序及刑之宣告，應知所警惕而無再犯之虞，且考量被告前述生活狀況，倘令入監服刑，恐未收教化之效，先受與社會隔絕之害，認被告所受刑之宣告以暫不執行為適當，爰諭知緩刑4年，並命被告於判決確定後2年內，向國庫支付新臺幣（下同）50萬元等旨（見原判決第2至3頁）。惟原判決認定被告收取下線投資人交付之金額高達2687萬7215元，期間係自民國107年1月至108年12月間為止，估算被告之犯罪所得為54萬8882元（見原判決第5頁）；足見被告從事非法經營期貨經理及其他期貨服務事業之期間非短，直接或間接收取之投資款項甚鉅，危害期貨交易市場及金融秩序之程度難認輕微。且依被告於原審提出之調解筆錄、轉帳證明及LINE對話紀錄，可知被告

僅與其中1名投資人羅允薇調解成立，實際給付之賠償金為5萬元（見原審卷第235、311、313頁）；而被害人陳駿宏已於原審表達希望被告能與其和解之意，被告僅委由辯護人表示其並未直接向陳駿宏收款，並一再陳稱被告自己也是被害人等語（見原審卷第302至303頁），亦未見被告嗣後有與陳駿宏調解成立或達成和解。上情如果無訛，依被告調解成立並實際賠償之投資人人數及金額，與原判決所認定被告因非法經營期貨經理及其他期貨服務事業而收取投資款之規模相較，被告在量刑上獲得之寬減程度是否與比例原則無違？能否據此認定被告已積極尋求與被害人和解之機會，而謂被告知所警惕且無再犯之虞？又依被告自述之離婚、無業、無須扶養親屬等家庭經濟狀況，與一般犯罪行為人之個人情狀似無重大差異，原審係以如何之「生活狀況」，認定被告一旦入監執行「恐未收教化之效，先受與社會隔絕之害」，並以此作為暫不執行刑罰之理由？均有再酌餘地。原判決於量刑及裁量被告是否適宜宣告緩刑時，未就前揭各情詳予剖析說明，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，即逕予量處較輕於第一審判決之刑及諭知附條件緩刑，難謂無判決理由不備之違誤。

㈡科刑之判決書其宣示之主文與所載之理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾。本件原判決於理由欄說明：依各投資款之入金期間，估算被告本案犯行之犯罪所得為54萬8882元，惟被告於原審已與投資人羅允薇以5萬元和解並給付完畢，依刑法第38條之1第5項之規定，被告前揭已給付之5萬元不予沒收或追徵。則被告應沒收犯罪所得為49萬8882元，爰依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定，諭知沒收之，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額等旨（見原判決第5至6頁）。然原判決主文欄關於沒收（追徵）被告犯罪所得部分，竟諭知「未扣案犯罪所得新臺幣54萬8882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」（見原判決第1頁），致原判決主文與理由之記載明顯矛盾，而當然違背法令。

三、以上或為檢察官上訴意旨指摘所及，或為本院得依職權調查之事項；而原判決上述違背法令情形，攸關原審科刑結果及沒收範圍是否妥適，猶有詳加調查審究之必要，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

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　　114　　年　　7　　月　　2　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　林英志

法　官　朱瑞娟

法　官　黃潔茹

法　官　高文崇

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　8　　日