最高法院刑事判決

114年度台上字第5號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官邱文中

上　訴　人

即　被　告　盛揚東

林玉琴

上列上訴人等因被告等違反期貨交易法案件，不服臺灣高等法院中華民國113年8月28日第二審判決（113年度金上訴字第19號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署109年度調偵字第1946號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於犯罪所得沒收、追徵部分撤銷，發回臺灣高等法院。其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即原判決對上訴人即被告盛揚東、林玉琴〈下合稱被告2人〉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罪之犯罪所得宣告沒收、追徵）部分：

一、本件原判決維持第一審關於被告2人所共同犯非法經營期貨經理事業罪（均相競合犯普通詐欺取財、行使業務上登載不實準文書罪）之犯罪所得，宣告沒收、追徵部分之判決，駁回檢察官針對第一審判決之沒收部分在第二審之上訴（被告2人對第一審判決並未提起第二審上訴），固非無見。

二、惟查：

㈠我國刑法關於犯罪所得之沒收，固在刑法第38條之1至第40條之2，對於該沒收之對象、範圍、效力及方法予以規定，

然就「犯罪所得」應如何定義，並未透過立法解釋之方式，為明確意義之立法定義，而委由實務之發衍，除參酌學說意見外，並於各種犯罪之個案，視其犯罪類型或性質之差異，逐漸形成「犯罪所得」義涵之穩定見解。以現行刑法為避免行為人因犯罪坐享犯罪所得有失公平正義，及不得保有犯罪所得，以達澈底剝奪行為人不法利得之立法目的及宗旨。刑法上所稱之犯罪所得，應係謂因違法行為所取得而與犯罪構成要件規範有直接關聯性之直接利得，及變得之間接利得，且僅取決於是否對該財產標的有事實上之支配、處分關係為已足，與有無依民法規定取得所有權之判斷無關。因在目前之刑法體系中，對犯罪所得宣告沒收之功能，已非對於行為人再施加刑罰制裁，而係要澈底剝奪其因違法犯行所取得之財產利益，以預防犯罪、杜絕犯罪之經濟誘因，並宣示不得再藉由違犯該構成要件規範而獲取利得。故犯罪所得之判斷標準，已不在是否取得所有權而定，應係對該財產利益之「違法性」及「支配性」併同觀察，於違反犯罪構成要件規範目的而取得之財產利益，對之具有事實上支配管領處分地位者，即應認屬犯罪所得予以宣告沒收。而犯罪所得之直接財產利益，其取得之原因，有來自「因為犯罪」所取得之報酬或對價，與因犯罪行為人實行犯罪構成要件過程中所獲取之「產自犯罪」財產利得，此不同來源之犯罪所得，或可就行為人所犯之罪予以區分而各別認定，然該犯罪所得亦有同時競合「因為犯罪」及「產自犯罪」，或兩者併聯存在之情形，應視其犯罪類型及參與之共犯分擔情節而個別觀察。

㈡期貨交易法係為健全發展期貨市場，維護期貨交易秩序所制定，該法第1條定有明文。又期貨經理事業屬該法所規範期貨服務事業中之一類，該法除於第82條第1項明定經營期貨經理事業，須經主管機關之許可並發給許可證照，始得營業外，並於第六章設有諸多監督與管理期貨業、期貨交易之規定。再依期貨交易法授權訂定之期貨經理事業管理規則第2條第1款、第3條第1項之規定：「期貨經理事業得經營下列

業務：一、接受特定人委任從事全權委託期貨交易業務」；「本規則所稱全權委託期貨交易業務，指期貨經理事業接受特定人委任，對委任人之委託資產，就有關期貨交易、期貨相關現貨商品或其他經主管機關核准項目之交易或投資為分析、判斷，並基於該分析、判斷，為委任人執行交易或投資之業務」，堪認期貨交易法第112條第5項第5款就未經許可，擅自經營期貨經理事業罪者，施以罰則，其目的乃在禁止未經許可者，擅自經營此具高度專業性與技術性，因其係具有極高風險之金融操作業務，為免非法經營期貨經理事業者完全逸脫主管機關之監督、管理，而嚴重危害國內金融秩序及投資大眾之權益。是未受許可，經營期貨經理事業之交易，其交易本身即屬違法，因此違反該規定經營期貨經理事業所取得自投資人交付之投資金額，既與實現犯罪構成要件規範有直接關聯性，且投資人係將投資金額交予期貨經理事業，而全權委託其從事期貨交易業務，則該投資金額客觀上已由經營期貨經理業務者全權管領支配並予處分，僅係盈虧未知。故非法經營期貨經理業務者，對該投資財產利益既具「違法性」及「支配性」，其取得自投資人全權委託操作期貨交易之全部投資款即均屬犯罪所得。至行為人犯非法辦理國內外匯兌業務罪，所收取匯款人交付之匯付款項，乃係匯款人藉由行為人於異地進行付款，行為人經手之款項，僅有短暫他主占有之事實，不論多寡，均經由一收一付而結清，匯款人並無將該匯款交付行為人授權其全權用以從事資本利得，或財務操作以投資獲利之意，故行為人並未取得該匯付款項之事實上支配處分權能，依上所述尚難認屬應沒收之犯罪所得，此與非法經營期貨經理業務者就所收取之投資款，具有事實上之全權處分、支配權之情形，並不相同，自難據此而謂從事非法期貨經理業務之行為人收受之投資款非屬犯罪所得。查本件各投資人匯款交予被告2人之全權委託操作期貨交易之全部投資款，既歸被告2人實際支配掌控，此部分之犯罪所得乃屬「產自犯罪」而由被害人（或投資人）交

付之利得；另被告2人以其等因操作期貨交易如有獲利而收取之「資訊傳輸服務費」（另含詐取之2/3部分）經理費報酬，係因犯罪行為而由被害人（或投資人）再額外交付之對價，與前述投資款全部，該兩者概屬「犯罪所得」，均應予宣告沒收。原判決以被告2人經營期貨經理事業本身，並非法所不許之行為，僅係依期貨交易法第82條第1項規定，須經主管機關之許可並發給許可證照，始得營業，如同國內外匯兌業務本身並非法律所禁止，只是依法須銀行或其他法律所規定之情形方能辦理一般，就非法辦理國內外匯兌業務之犯罪所得，係匯兌業者實際收取之匯率差額、管理費、手續費或其他名目之報酬等不法利得，亦即沾染不法之部分應僅止於因不法行為取得之獲利部分，並非全部之所得，因認本件應僅就相關之「資訊傳輸服務費」部分宣告沒收，乃駁回檢察官此部分之上訴，其所持見解，非無適用法則不當之違法。

三、檢察官及被告2人上訴意旨指摘原判決此部分違法，為有理由，且該違法情形影響於被告2人犯罪所得沒收、追徵範圍事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於此部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即被告2人之量刑）部分：

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件經原審審理結果，以第一審未能詳予審酌被告2人收受之資訊傳輸服務費金額不菲，且犯罪情節、所生損害不輕等情，認其就被告2人共犯首揭之罪僅量處盛揚東有期徒刑1年4月、林玉琴有期徒刑6月，顯然偏輕，因認檢察官針對第一審判決關於被告2人刑之部

分上訴為有理由，而撤銷第一審判決關於刑之部分，改判盛揚東有期徒刑4年、林玉琴有期徒刑3年6月（被告2人並未對第一審判決提起第二審上訴）。已詳述其憑以認定量刑之依據及理由，核其所為之論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決此部分尚無足以影響其判決結果之違背法令情形存在。

二、被告2人上訴意旨略以：被告2人近期仲介之貿易案已近交易階段，該所得可用以償還受害人虧損金額及利息，作為補償。且若能持續有大宗貿易業務之交易，賺到更多高額分佣後，即可支付大額欠債，故請給被告2人更多時間以能償還債務。而盛揚東現罹重疾，年事已高，身體每況愈下，均需林玉琴在旁照料，請給予被告2人另處罰鍰或民眾服務之替代勞役等語。

三、惟查：量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項；如法院於量刑時，已綜合考量刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，亦未濫用其職權，即不得遽指為違法。原判決審酌被告2人未經許可擅自經營期貨經理事業，不僅破壞國家金融交易秩序，損及期貨交易業務之專業性，並造成各投資人相當金額之財產損害，情節不輕，犯後雖坦承犯行，但迄未能實際填補被害人所受財產損害之態度，兼衡盛揚東本案犯行係由其所主導、林玉琴居於較次要之分工地位，及其等犯罪動機、目的、品行、智識程度與家庭生活狀況，暨告訴人、被害人所表示之意見等一切情狀，分別量處前揭之刑，核其對被告2人所分處之刑，既未逾越法定刑度，又未濫用自由裁量之權限，並已審酌相關各情，自無違誤。

四、被告2人及檢察官之上訴意旨並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決之量刑有何違背法令之情形，其中被告2人徒憑其個人主觀意見，就原審適法量刑之職權行使，任為爭執，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。綜上，被告2人及檢察官對被告2人所犯得上訴第三審之非法經

營期貨經理事業罪名部分之上訴，為違背法律上之程式，應俱予駁回。又被告2人所犯非法經營期貨經理事業罪名部分，被告2人及檢察官之上訴既不合法，而從程序上駁回，則與該罪有想像競合犯關係而經第一審及原審均認為有罪之普通詐欺取財、行使業務上登載不實準文書罪名部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第5款、第1款不得上訴於第三審之案件，且無同條項但書例外得上訴第三審之情形，本院即無從併予審判，亦應駁回。另本院係法律審，且本件係程序判決，被告2人所請另處罰鍰或服務民眾以替代勞役部分，無從審酌，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　　114　　年　　8　　月　　12　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　王敏慧

法　官　李麗珠

法　官　陳如玲

法　官　莊松泉

本件正本證明與原本無異

書記官　李淳智

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　14　　日