最高法院刑事判決

114年度台上字第5238號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官柯學航

被　　告　余凌霄

選任辯護人　林永頌律師

　　陳怡君律師

上列上訴人因被告違反證券投資信託及顧問法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年5月13日第二審判決（112年度金上訴字第3109號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第11861號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原判決撤銷第一審關於變更起訴法條，依想像競合犯從一重論處被告余凌霄法人之負責人犯證券投資信託及顧問法（下稱投信投顧法）第107條第1款之非法經營全權委託投資業務罪（尚犯公司法第371條第2項之外國公司非法經營業務罪）刑，及為相關沒收宣告部分（按：第一審判決諭知參與人等不予宣告沒收部分已確定）之判決，改判諭知無罪。固非無見。

二、惟查：

㈠認定事實、適用法律為法院之職權，法院在不妨害起訴同一事實之範圍內，得自由認定事實、適用法律，並不受檢察官起訴書所載法條或法律見解之拘束。又審理事實之法院，對於案內一切證據，除認為不必要者外，均應詳為調查，然後基於調查所得之心證，以為判斷事實之基礎，如有應行調查之證據未經依法調查，或證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，即有應於審判期日調

查之證據而未予調查之違法。且審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律加以注意，並綜合全部證據資料，本於經驗及論理法則定其取捨而為判斷，倘為無罪之判決，亦應詳述其全部證據取捨判斷之理由，始為適法。

㈡原判決係以：告發人英美惠未委任交付或信託移轉資產予被告，且告發人對資產有全部的指示運用權，亦未完全授權被告自行判斷投資，與投信投顧法第107條第1款所稱「全權委託投資」之成立要件不合。又被告因受告發人委託從事投資美國股票之行為，以個人於美國所設立之美商嘉鼎資產管理有限公司（MAGNIFNANCE L.L.C.）、美商嘉鼎資本管理有限公司（MAGNIFIC CAPITAL L.L.C.，以上2公司下稱本案美國公司）名義，與告發人（及IMMORTAL INTERNATIONAL CORP.〔下稱IMMORTAL公司〕）簽約，本案美國公司僅係從事「業務上之法律行為」，並未在中華民國境內「經營業務」。至於證人王依凡於第一審證稱其有協助研究美國上市公司之營運狀況、整理告發人之投資盈虧，並陪同被告與告發人換約、向告發人說明契約內容及美國股市投資狀況等部分，性質上則屬被告與告發人間就本件個案簽約後，依據契約內容履行義務之過程，並非另外就不特定人為經常性、反覆性之其他個案商業行為，而依檢察官所提出之證據，亦不足以確切證明本案美國公司在我國境內除有受告發人委託投資美國股票行為以外，另有為其他不特定多數人提供投資服務，而從事經常性、反覆性之商業行為，核與公司法第371條第1項所規定「經營業務」之構成要件不合。本案依檢察官提出之證據，無從對被告論以投信投顧法第107條第1款之非法經營全權委託投資業務罪及公司法第371條第2項之外國公司非法經營業務罪責，自應為無罪之諭知（見原判決第6至8、10至12頁）。

㈢被告被訴非法經營全權委託投資業務部分

按「本法所稱證券投資顧問，指直接或間接自委任人或第三人取得報酬，對有價證券、證券相關商品或其他經主管機關

核准項目之投資或交易有關事項，提供分析意見或推介建議。」、「非依本法不得經營證券投資信託、證券投資顧問及全權委託投資業務。」、「有下列情事之一者，處5年以下有期徒刑，併科新臺幣1百萬元以上5千萬元以下罰金：一、未經主管機關許可，經營證券投資信託業務、證券投資顧問業務、全權委託投資業務或其他應經主管機關核准之業務。」投信投顧法第4條第1項、第6條第1項、第107條第1款分別定有明文。被告及本案美國公司均未經金融監督管理委員會（下稱金管會）許可得經營證券投資顧問業務，有該會民國112年6月17日函在卷可憑（見第一審卷三第183頁）。而本件起訴書已敘及被告未經金管會許可並發給證照，以本案美國公司名義，與告發人、IMMORTAL公司簽立契約，實際為告發人、IMMORTAL公司操作投資買賣美國上市櫃交易市場有價證券，並以年度投資帳戶之期末價值認定報酬有無及多寡，以此方式非法經營證券投資信託事業，違反投信投顧法第6條第1項之規定（見起訴書第1至5頁）。且卷附金管會113年9月16日函載敘：「另按證券投資信託及顧問法第4條第1項規定，證券投資顧問係直接或間接自委任人或第三人取得報酬，對有價證券、證券相關商品或其他經主管機關核准項目之投資或交易有關事項，提供分析意見或推介建議。本案受託人（按：指被告）如有提供委託人有證價券分析意見或推介建議並收取報酬，則涉有非法經營證券投資顧問業務。」（見原審卷二第20頁）。另卷附刑事告訴狀理由補充狀記載：「……上開證據可證明被告有代操美股收受報酬之事實，依金管會113年9月函釋說明項下第5點之意見，被告涉有非法經營證券投資顧問業務，炯然至明。」（見原審卷二第66頁）。被告就此亦具狀答辯所為不屬投信投顧法第4條第1項規定之經營證券投資顧問業務（見原審卷三第3、163頁）。則被告縱因告發人未委任交付或信託移轉資產、對資產仍有指示運用權及未完全授權其判斷投資，而不符經營全權委託投資業務之要件，然關於起訴書所載，被告以本案

美國公司名義，與告發人、IMMORTAL公司簽立契約，實際為其等操作投資買賣美國上市櫃交易市場有價證券，並以年度投資帳戶之期末價值認定報酬有無及多寡，違反投信投顧法第6條第1項規定部分，是否合於經營證券投資顧問業務，應論被告以投信投顧法第107條第1款之非法經營證券投資顧問業務罪？原審未予調查、釐清，並為必要之說明及論斷，即以本件不能證明被告有非法經營全權委託投資業務，逕行判決被告無罪，有判決不備理由及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

㈣被告被訴未經辦理分公司登記而以外國公司名義經營業務部分

證人王依凡於第一審證稱：「（其他的5、6個人大致上在從事什麼樣的業務工作內容？）其他的話，因為我進去的時候也有別的研究員，跟我一樣做研究的工作，其他有客戶服務、總務，還有資訊人員負責系統內部的開發……」、「（依妳剛剛所述，……類似這樣的美商嘉鼎資本公司跟相關客戶所簽訂的契約，除了英美惠之外，是否還有其他大約19名客戶也是類似這樣的內容？）是。」、「（像余凌霄所經營的美商嘉鼎資產管理公司跟美商嘉鼎資本管理公司跟相關客戶所簽訂類似本案英美惠這樣子的契約書的內容跟過程，其他的服務內容還有跟客戶講解的內容是否也都跟剛剛妳所講的差不多？）差不多。」、「（美商嘉鼎資產管理公司跟美商嘉鼎資本管理公司這兩間公司都是由余凌霄負責擔任代表人，由你們這些在臺灣，受僱於臺商的公司協助處理這兩家美商公司的客戶的相關細節，是否如此？）對。」、「（所以在妳自95年任職……開始一直到目前為止，美商嘉鼎資產公司跟美商嘉鼎資本管理公司在這段期間，……都有替像類似英美惠這樣的客戶進行有關於美股股票投資的業務服務，是否如此？）對。」（見第一審卷三第61、71、73、74頁）。被告復具狀表示本案美國公司確有委託嘉鼎智能股份有限公司（下稱嘉鼎智能公司）提供顧問服務，由嘉鼎智

能公司員工為本案美國公司提供客戶諮詢、美股研究及處理庶務等服務（見原審卷一第205頁）。如果無誤，能否謂本案美國公司除受告發人委託投資美國股票行為以外，並無為其他不特定多數人提供投資服務，而從事經常性、反覆性之商業行為？自有疑問。原審未予調查、釐清，並為必要之說明及論斷，即認本案美國公司在我國境內未曾為告發人以外之不特定多數人提供投資服務，遽行判決被告無罪，亦有判決不備理由及應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

三、檢察官上訴意旨指摘及此，為有理由，前揭違誤，影響於事實之確定，本院無從據以裁判，應認原判決關於被告被訴非法經營全權委託投資業務無罪部分，有撤銷發回更審之原因。至原判決關於被告被訴未經辦理分公司登記而以外國公司名義經營業務無罪部分，公司法第371條第2項前段之罪雖屬不得上訴於第三審法院之案件，惟檢察官上訴意旨認與上開得上訴第三審部分，有想像競合犯之裁判上一罪關係，基於審判不可分原則，應併予發回，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　　4　　月　　8　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

法　官　楊智勝

本件正本證明與原本無異

書記官　魏至言

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　14　　日