最高法院刑事判決

114年度台上字第6061號

上　訴　人　周國興

選任辯護人　黃炫中律師

上列上訴人因違反證券投資信託及顧問法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年8月27日第二審判決（114年度金上重訴字第9號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署108年度偵字第7440號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、原判決關於事實欄（下稱事實）一（即上訴人周國興所犯違反證券投資信託及顧問法〈下稱投顧法〉）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，且必須依據卷內訴訟資料為具體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形式者，始屬相當。本件原審綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人有如原判決事實一所載，非法經營有價證券全權委託投資業務犯行，因而維持第一審就此部分論上訴人以犯投顧法第107條第1款之非法經營全權委託投資業務罪，量處有期徒刑1年，併科罰金新臺幣（下同）300萬元，罰金如易服勞役，以罰金總額與1年之日數比例折算，並為相關沒收、追徵諭知之判決，而駁回上訴人在第二審此部分之上訴，已詳述其憑以認定之證據及理由，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，原判決上開部分尚無足以影響其判決結果之違背法令情形存在。

二、上訴意旨略以：

1. 本案係因楊再興找伊和告訴人陳志鴻合作投資股票，全權由伊決定買賣進出，嗣因虧損，楊再興選擇退出，之後由伊和告訴人繼續以上開方式合夥，2人依照合夥比例（即告訴人80%，伊20%）分配盈餘。伊取得之「證券交易手續費之折讓款項」與告訴人平分，一人約100多萬元，並非買賣股票之報酬。所謂告訴人「委請」伊處理股票投資事宜，實為執行合夥事務。告訴人並不爭執上開3人合夥期間，由伊全權決定股票投資事宜等情，上情亦經楊再興於相關民事事件審理時證述在卷，而告訴人就其與上訴人合作之模式，前後證述不一，所主張2人合夥之時間與「證券交易手續費之折讓款項」之比例，仍與楊再興所證不符，顯見告訴人指訴不實，原判決就上開有利於伊之證據，均未詳加調查釐清，且未說明不予採信之理由，誤認伊受告訴人委託，顯有違法。
2. 原判決將告訴人所證，曾將如其附表（下稱附表）二編號3、4所示之2次4000萬元匯給伊，及伊為免告訴人因與伊合夥資金往來情形遭國稅局追查，回覆國稅局查詢有關告訴人附表二編號1至4所示匯款之函文等，與伊有無全權為告訴人代操股票無涉之事證，作為伊違反投顧法之論據，理由顯有矛盾。
3. 依民法第676條、第677條之規定，合夥之分配利益，非必依各合夥人出資額之比例定之。伊於與楊再興、告訴人合夥期間，即將「證券交易手續費之折讓款項」按照合夥人數分配，嗣因楊再興退出合夥，伊亦循前例將金額之2分之1匯予告訴人，原判決以伊未就上開款項以合夥出資比例分配，而為伊有非法經營全權委託投資業務犯行之論據，顯有誤解等語。

三、惟查：

㈠按（1）投顧法第5條第10款規定，所謂「全權委託投資業務」，係指對客戶委任交付或信託移轉之委託投資資產，就有價證券、證券相關商品或其他經主管機關核准項目之投資或交易為價值分析、投資判斷，並基於該投資判斷，為客戶

執行投資或交易之業務。執行投資或交易之業務者，與委任者間或具委任關係，或係合資、合夥，將自己資金與受委任者之資金合併執行投資或交易業務，雙方權利義務依民事法律關係定之，固不待言。惟因證券投資信託及顧問業務之經營具有高度專業性與風險性，關係投資人權益與整體經濟發展至鉅，故制定投顧法，以健全資產管理服務市場之整合與發展，並保障投資安全（見投顧法第1條之立法理由）。基於投顧法之立法目的，投顧法第107條第1款規定，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者，應負刑事責任。所以縱係民事之契約行為，非必於刑事法規上無庸負刑事責任。（2）投顧法第107條第1款所稱「經營」者，應指實際參與經營之人而言，不以經營營運而享有決策權力之負責人為限，亦不以所經營之事業體係屬法人之組織為必要。且刑法上所謂「業務」，係以事實上執行業務者為標準，指以反覆同種類之行為為目的之社會活動而言；執行此項業務，縱令欠缺形式上之條件，仍無礙於業務之性質。因此不論該事業是否「專營」，亦不問經營是否需達「一定之規模」，均無礙其成立，否則，如以兼營或分時、分地接受特定人委託之方式經營，將出現管理及規範上之漏洞，反而無法有效達成立法管理之目的。而所謂委託，並不以接受多數人或不特定人委託為必要，即僅受一人之全權委託而為之執行投資或交易，仍足以成立本罪。

㈡原判決依憑上訴人部分供述、告訴人證述、相關匯款、股票交易等非供述證據（詳附表一所示證據欄）等證據資料綜合判斷後，認定上訴人有事實一所載，自民國97年9月起至106年9月止，受告訴人之授權委託，由上訴人以告訴人匯至上訴人名下帳戶內之附表一所示款項，反覆為告訴人執行股票投資、交易，並以每月證券交易手續費之折讓款項2分之1作為報酬，而非法經營有價證券全權委託投資業務之違反投顧法犯行。已說明：上訴人所供由其全權決定款項投資股票之

標的以及買賣價格、時點等語，不符一般合夥投資之常態、所稱證券交易手續費折讓款項係2人各取得半數等語，亦與上訴人所稱合夥分潤比例（20%及80%）不同，上開分潤款項應係其為告訴人非法經營全權委託投資業務之報酬，可認上訴人與告訴人間並無合夥投資之事。至楊再興於相關民事事件固證稱：上訴人與告訴人曾有合夥投資乙情，然其退出投資後，不知該2人合夥至何時等語，自難認楊再興確知上訴人與告訴人間曾有何種約定，上開證述仍無從為上訴人有利之認定。又告訴人係於107年間提告，於112年11月3日、113年1月3日始就其97年間委託上訴人代操、代買股票之事（按代買股票係指事實二所載，因上訴人代操股票頻生虧損，即改由上訴人須依告訴人指示，以告訴人所匯附表二所示款項買賣股票之事，此部分上訴人違背告訴人之委託，另犯背信及行使業務登載不實文書犯行，此部分不得上訴第三審，詳後述）為證述，期間相隔已數年，無法就委託細節逐一詳實記憶證述，尚屬合於情理之事，而其所證確有匯款予上訴人代操、代買股票之事，亦為上訴人供承在卷，自難以告訴人證述情節略有不一，逕認其所為證述即不可採信，而為上訴人有利之認定。

㈢原判決已就上訴人所辯係合夥等語何以均不足採信，依據卷內資料詳加指駁，論述其取捨之理由綦詳，核其所為論斷，尚與經驗法則及論理法則無違。況依前揭說明，上訴人已供承由其全權決定股票投資之買賣進出，則其縱係因執行合夥事務，所為執行全權委託投資業務之行為，亦已成立投顧法第107條第1款之罪。上訴意旨徒就原審採證認事職權之適法行使，再為單純事實之爭執，且就法律規定有所誤解，顯不足據以辨認原判決此部分已具備違背法令之形式。揆之首揭說明，其此部分上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

貳、原判決關於事實二（即上訴人所犯背信及行使業務登載不實文書罪）部分：

原判決關於事實二，即上訴人所犯刑法第342條第1項背信罪及同法第216條、第215條行使業務登載不實文書罪，分屬刑事訴訟法第376條第1項第6款、第1款所列不得上訴第三審之案件，且無同條第1項但書之情形，上訴人併就該部分提起第三審上訴，非法律上所許可，其對於上開部分之上訴為不合法，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　30　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　莊松泉

法　官　陳如玲

法　官　鄭富城

法　官　王敏慧

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　5　　日