

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度金上訴字第1071號

上訴人

即被告 林淑惠

選任辯護人 陳銘鋒律師

上列上訴人因違反證券交易法案件，不服臺灣高雄地方法院112年度金訴字第613號，中華民國114年6月27日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵字第10768號、第10769號；移送併辦案號：同署111年度偵字第11158號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於刑部分撤銷。

上開刑撤銷部分，處有期徒刑壹年陸月。

理 由

一、審理範圍

刑事訴訟法第348條第3項規定：上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。查上訴人即被告林淑惠、辯護人於本院審判期日表明僅就原判決之刑部分提起上訴（見本院卷二第24、25頁），是本院審理範圍自僅及於原判決就被告所為量刑部分，其餘部分則不屬本院審判範圍。

二、被告及辯護人所陳上訴意旨略以：關於原審認定被告構成違反證券交易法犯行，被告為認罪答辯，請考量被告係參考專業律師之意見，始以「承諾書」承諾將其原有股票之新股認股權以福利之方式，提供予酵素之經銷商，作為獎勵措施，被告主觀上認為此等行為合法而有正當理由，且無法避免，應有刑法第16條規定之適用。又被告犯行與其他未經許可販賣股票獲取不法利益之人不同，因為被告只是搭配購買酵素的優惠行為，與一般用股票換鈔票藉此牟利不同，且事後積

01 極尋求與被害人達成民事和解，並補償被害人，若用相同的
02 刑度來量刑的話對於被告確實過苛，請依第59條規定酌減其
03 刑後，予以從輕量處得易科罰金之刑等語。

04 三、原判決之認定

05 (一)被告就本件犯行之所為，係違反證券交易法第22條第1項之
06 規定，而犯同法第179條、第174條第2項第3款之法人行為負
07 責人非法募集有價證券罪，及違反證券交易法第44條第1項
08 之規定，而犯第179條、第175條第1項之法人行為負責人犯
09 非證券商經營證券業務罪。

10 (二)被告所犯上開2罪，係基於取得資金之同一目的，向不特定
11 人募集有價證券並經營證券業務，具有行為重疊及合致之情
12 形，核屬以一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，應依刑法第
13 55條之規定，從一重之法人行為負責人非法募集有價證券罪
14 處斷。

15 四、本院之判斷

16 (一)按犯罪能否成立，端視行為人主觀上有無犯罪的故意及客觀
17 上有無犯罪的行為而定，而犯罪行為，既屬行為人受意思決
18 定與意思活動所主宰支配的人類行止，就有可能發生錯誤或
19 失誤的問題，學理上乃有錯誤理論的發展，並對於不同的錯
20 誤態樣，給予不同的評價。就違法性錯誤（禁止錯誤）而
21 言，如果行為人對於自己的不法行為欠缺違法性認識（不法
22 意識），其法律效果如何，因牽涉到故意與違法性認識（不
23 法意識）之間的定位，向有故意理論與責任理論的不同看
24 法，我國學術界通說及實務見解，均採責任理論，亦即，
25 「違法性認識（不法意識）」乃獨立的責任要素，雖與構成
26 要件之故意都是行為人內在主觀的意識作用，但是故意是針
27 對構成要件存在的客觀事實的認知，而違法性認識（不法意
28 識）則是對於法律規範誡命的對抗認知，二者在犯罪判斷的
29 體系架構，有所不同。故意所涉及者，在於事實認知部分；
30 違法性認識（不法意識）所涉及者，則為規範的認知關係，
31 故違法性認識（不法意識）有錯誤或欠缺時，僅影響罪責，

無關乎故意的形成與判斷。刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」學理上稱為違法性錯誤或禁止錯誤，其情形包括行為人不認識其行為為法律所不許，及誤認其行為為法律所許可。就該規定以觀，可見係依違法性錯誤的情節，區分為有正當理由而無法避免者，阻卻其犯罪的成立，應免除其刑事責任；至於非屬無法避免者，猶然不能阻卻犯罪的成立，僅得視個案的具體犯情，減輕其刑（最高法院106年度台上字第3462號判決意旨參照）。又法律頒布，人民即有知法守法之義務，因此行為人對於行為是否涉及不法有所懷疑時，負有諮詢之義務，不可擅自判斷，任作主張，必要時尚須向能夠提供專業意見之個人（例如律師）或機構（例如法令之主管機關）查詢，而行為人主張依本條之規定據以免除其刑事責任，自應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。至於違法性錯誤尚未達於不可避免之程度者，其可非難性係低於通常，則僅係得減輕其刑，並非必減。是否酌減其刑，端視其行為之惡性程度及依一般社會通念是否皆信為正當者為斷（最高法院112年度台上字第4903號判決意旨參照）。基上，刑法第16條但書規定之適用，係以行為人欠缺違法性認識為前提，若其有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，倘非屬無法避免者，僅得按其情節減輕其刑，若行為人並未欠缺違法性認識，則無上開減免其刑規定之適用。查原判決已敘明：被告於民國96年、103年間曾分別為萬寶祿公司辦理增資，且曾就本案承諾書之撰擬諮詢陳秋萍律師，再佐以證人藍嘉妍、鄭婉伶所證及被告所供之情，據以認定被告對於非公開發行公司發行新股之相關法令規範，自有相當之瞭解，及「如欲向非特定人公開招募萬寶祿公司發行之股票，須先向主管機關申報生效始得為之」乙節，實知之甚稔，被告試圖營造其係向特定人募集股份之樣貌，無非欲藉此規避證券交易法之相關規範之旨（見原判決第22頁第28列至第23

頁第18列），經核原判決此部分所為之認定並無違誤，本案實無任何被告誤認其行為為法律所許可之正當理由而無法避免之情事，自與刑法第16條之要件不符。

(二)按犯罪之情狀顯可憫恕，科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文，此條規定必須有特殊之環境及原因，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重，始足當之，是法院於審酌是否適用刑法第59條規定時，本應衡量被告犯罪之法定最低刑度為何，所為科刑始符罰當其罪之量刑原則。查被告本件犯行致如原判決附件所示投資人將合計3,090萬元匯至被告之台中銀行帳戶，且被告於偵查中、原審僅坦承客觀事實卻矢口否認犯罪，直至本院審判中始坦承全部犯行，實難認被告之犯後態度始終良好，經衡諸被告本件犯行之犯罪情節及犯後態度等情狀，縱考量被告係為銷售酵素始為本件犯行，及其與告訴人等和解並賠償等情，仍難認被告犯罪之情狀顯可憫恕或客觀上足以引起一般同情之可言，況被告所犯之法人行為負責人非法募集有價證券罪之法定刑為「5年以下有期徒刑，得科或併科新臺幣1千5百萬元以下罰金」，本罪處斷刑最低刑度為罰金新臺幣（下同）1,000元，容無科以最低度刑仍嫌過重而應適用刑法第59條規定予以酌減其刑之必要，被告上訴意旨主張本案應適用刑法第59條規定酌減其刑，並不足採。

(三)原審認被告犯罪之事證明確，而據以論罪科刑，固非無見。惟查，原判決以被告犯罪後否認犯行，對於犯案情節避重就輕，未見其對己身犯行有反省或懊悔之意，迄今僅與告訴人葉寶琴、杜銳、楊天濤、洪麗雲、被害人楊笠璿達成調解或和解，取得其等宥恕等情事作為量刑審酌事項，然被告在本院審判中已坦承原判決所認定之犯罪事實，且自行與告訴人林依平、陳長庚和解而願分期給付和解金，復與告訴人蔡錫文經調解成立並已給付賠償金等情，有和解書2份（見本院卷一第187頁，本院卷二第143頁）、本院115年度刑上移調

字第247號調解筆錄（見本院卷一第345、346頁）、被告提供之匯款紀錄（見本院卷二第123至127、131頁）在卷可稽，此為原審未及審酌之犯後態度及犯罪所生損害已然降低情狀，是此本案量刑之基礎已有不同，難認原審就被告所宣告之刑為適當。被告上訴意旨以其認罪且與告訴人林依平、陳長庚和解、與告訴人蔡錫文經調解成立而請求從輕量刑，據以指摘原判決不當，為有理由，自應由本院將原判決所宣告之刑予以撤銷改判。

(四)科刑

1.法院於量刑時，除依循比例合理、責罰相當等內部界限原則之支配外，尚應權衡各別刑罰規範目的、被告之人格特質、整體犯罪非難之評價等評比項目之拘束。再依被告之個別具體犯罪情節、所犯之不法與責任之嚴重程度，以及被告再社會化之預期情形等因素，在正義報應、預防犯罪與協助被告復歸社會等多元刑罰目的間尋求衡平，而為適當之裁量。就被告所為之可責性而言，被告身為公司負責人，為籌集資金，竟罔顧證券交易法之相關規範，為本案非法募集有價證券及經營證券業務之犯行，其犯罪持續期間非短，且使如原判決附件之眾多投資人蒙受財產損失，本案不法獲利高達3千餘萬元，對於證券市場之健全發展及金融交易秩序之安定，危害非輕。又萬寶祿公司於104年最終並未辦理現金增資及發行新股，且被告於106年間轉讓予如原判決附件所示認股人之其個人原持有之萬寶祿公司103年增資股股票，因被告實際並未繳納股款致該次於103年不實增資之1,988萬股股份嗣後經臺北市政府依法撤銷等情，業據被告供承在卷（見原審院一卷第189頁，本院卷二第94頁），並有萬寶祿公司商工登記公示資料查詢結果（見原審院一卷第293、294頁，顯示該公司之實收資本額於104年間並無變動）、臺北市政府113年12月31府授產業商字第11350794810號函（見原審院三卷第241至243頁），可認被告本件犯行造成如原判決附件所示認股人受有嚴重損失，為反映被告犯行之嚴重性，科

刑實不宜輕縱。

2.就被告犯後態度而言，被告於犯案後即矢口否認犯罪，直至上訴本院後始知坦承犯行，且被告在原審審判中與告訴人葉寶琴、杜銳、楊天濤、洪麗雲、被害人楊笠璿達成調（和）解，取得其等宥恕，並已依調（和）解內容給付告訴人杜銳、葉寶琴、楊天濤、洪麗雲、被害人楊笠璿，有原審法院調解筆錄3份（見原審院四卷第381、382、405、406、445至447頁）、被告與洪麗雲、杜銳、葉寶琴之協議書（見原審院四卷第455至463頁）、告訴人洪麗雲、杜銳之刑事撤回告訴狀（見原審院四卷第449、465頁）、告訴人葉寶琴之刑事陳述狀（見原審院四卷第387頁）、原審辦理刑事案件電話紀錄查詢表（見原審院四卷第451頁）在卷可參；被告復在本院審判中與告訴人蔡錫文、林依平、陳長庚調（和）而分期給付和解金，業如上述。然被告迄今未將本案不法獲利返還予多數認股人，其犯後態度難稱良好。

3.刑法第57條揭櫫行為人責任為量刑之基礎，並審酌與犯罪、被告有關之一切情狀，作為科刑輕重之依據。被告之犯罪動機、手段及情節可責性甚高，且被告僅與部分告訴人調（和），而未將本案不法獲利返還予多數認股人。本院綜合上述考量，並審酌被告於原審、本院所自陳之智識程度、家庭生活及經濟狀況（見原審院四卷第205頁，本院卷二第143頁），為符罪行與刑罰均等原則，認以量處有期徒刑1年6月為適當，被告及辯護人請求量處得易科罰金之刑，殊無足採。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條，判決如主文。

本案經楊景婷提起公訴，檢察官陳麗琇移送併辦，檢察官許月雲到庭執行職務。

中 華 民 國 115 年 7 月 29 日
刑事第九庭 審判長法官 唐照明
法官 葉文博

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中 華 民 國 115 年 7 月 29 日

書記官 周青玉

附錄本判決論罪科刑法條全文：

證券交易法第22條第1項

有價證券之募集及發行，除政府債券或經主管機關核定之其他有價證券外，非向主管機關申報生效後，不得為之。

證券交易法第44條第1項

證券商須經主管機關之許可及發給許可證照，方得營業；非證券商不得經營證券業務。

證券交易法第174條第2項

有下列情事之一者，處5年以下有期徒刑，得科或併科新臺幣1千5百萬元以下罰金：

一、律師對公司、外國公司有關證券募集、發行或買賣之契約、報告書或文件，出具虛偽或不實意見書。

二、會計師對公司、外國公司申報或公告之財務報告、文件或資料有重大虛偽不實或錯誤情事，未善盡查核責任而出具虛偽不實報告或意見；或會計師對於內容存有重大虛偽不實或錯誤情事之公司、外國公司之財務報告，未依有關法規規定、一般公認審計準則查核，致未予敘明。

三、違反第22條第1項至第3項規定。

證券交易法第175條第1項

違反第18條第1項、第28條之2第1項、第43條第1項、第43條之1第3項、第43條之5第2項、第3項、第43條之6第1項、第44條第1

01 項至第3項、第60條第1項、第62條第1項、第93條、第96條至第9
02 8條、第116條、第120條或第160條之規定者，處2年以下有期徒
03 刑、拘役或科或併科新臺幣180萬元以下罰金。

04 證券交易法第179條

05 法人及外國公司違反本法之規定者，除第177條之1及前條規定
06 外，依本章各條之規定處罰其為行為之負責人。