臺灣高等法院臺中分院刑事判決

108年度上訴字第1547號

上　訴　人
即　被　告　廖訓誼
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　梁宵良律師
參　與　人　碟王科技開發股份有限公司
000000000000000000
代　表　人　陳宏明
000000000000000000
000000000000000000
張小蕙
000000000000000000
000000000000000000
張炳裕
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人因違反商業會計法等案件，不服臺灣臺中地方法院106年度訴字第1619號中華民國108年3月29日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署106年度偵字第6691號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

廖訓誼犯如附表一編號1-6所示之罪，各處如附表一編號1-6所示之刑，應執行有期徒刑貳年。

碟王科技開發股份有限公司因廖訓誼為碟王科技開發股份有限公司實行違法行為，因而取得之犯罪所得新臺幣壹仟壹佰壹拾參萬捌仟肆佰元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

事　實

一、廖訓誼自民國97年4月21日起擔任金棠科技股份有限公司（下稱金棠公司）董事長，並自100年7月間起兼任總經理，其董事長職務於102年11月1日因董事任期屆滿未改選而當然解任後，仍繼續擔任總經理至105年8月16日，係受金棠公司委託處理事務之人，亦為商業會計法所稱之商業負責人；張炳裕則係碟王科技開發股份有限公司（下稱碟王公司）之負責人（所涉違反商業會計法罪嫌，另經原審法院通緝）。

二、廖訓誼於97年9月1日，代表金棠公司與碟王公司負責人張炳裕簽訂房屋租賃契約，由碟王公司向金棠公司承租位在臺中市○○區○○○路00號之辦公室、廠房2間，每月租金各新臺幣（下同）126,000元、63,000元，合計189,000元(未含稅，加計5%之營業稅後為198,450元)（下稱本案房屋租賃契約)，租期自97年9月1日至98年8月31日，而金棠公司於97年間因債信不佳，無法委託銀行開立信用狀，乃委託碟王公司代為向銀行申請開立信用狀，以採購國外設備（下稱委託代採購服務），並約定自同年9月1日起，每月支付5萬元(未含稅)之委託採購手續費，雙方且於97年10月21日 簽訂「委託貨物採購合約書」，是經交互計算，碟王公司尚應每月給付加計5%營業稅之租金145,950元予金棠公司。詎廖訓誼為使碟王公司免於繳付前揭每月租金145,950元，明知金棠公司並無委託碟王公司擔任處理設備機電工程及嵌入式系統技術顧問情事，竟意圖為碟王公司不法利益、損害金棠公司利益，基於背信及填製不實會計憑證、記入帳冊之犯意，以金棠公司名義，與碟王公司負責人張炳裕簽訂不實之「顧問委任契約書」，虛偽記載自97年9月1日起至98年8月31日止，由碟王公司提供金棠公司所承接工程中有關機電工程及嵌入式系統部分技術顧問服務(下稱技術顧問服務)，金棠公司需按月給付139,000元(未含稅，加計5%營業稅後亦為145,950元)之顧問費，經加計上開委託貨物採購手續費5萬元（未含稅），金棠公司亦應按月給付碟王公司合計189,000元(未含稅，加計5%之營業稅後為198,450元)，廖訓誼並指示不知情

之金棠公司出納人員，依上揭不實之「顧問委任契約書」，按月匯款支付上開顧問費145,950元（含稅）予碟王公司，偽作資金流程，及由不知情之金棠公司會計主管○○○、會計人員○○○、○○○等人，於附表二編號1-10所示時間，填製如附表二編號1-10所示不實之顧問費立帳轉帳傳票、沖銷轉帳傳票，並記入金棠公司明細分類帳冊，且於編製金棠公司97、98年度資產負債表等財務報表時，將上揭顧問費款項編列為該年度之應付費用項目。廖訓誼以此方式為違背任務之行為，使金棠公司之會計事項與財務報表發生不實之結果，並致金棠公司受有1,751,400元(計算式如附表四編號1)之損害，碟王公司則受有免於支付上開金額租金之利益。

三、廖訓誼於附表三編號1-4所示98年至101年之租賃契約簽訂日期，與碟王公司負責人張炳裕先後簽訂本案房屋租賃契約（租期如各該編號所示），其為續使碟王公司免於繳付前揭每月租金145,950元，自98年9月起，與張炳裕將前開「委託代採購服務」及「技術顧問服務」納入同一「顧問委任合約書」內，約定每月顧問費用為189,000元（即將上開5萬元委託採購手續費及139,000元顧問費合計，未含稅，加計5%之營業稅後為198,450元）。廖訓誼即意圖為碟王公司不法利益、損害金棠公司利益，基於背信及填製不實會計憑證、記入帳冊之各別犯意，先後於附表三編號1-4所示顧問委任合約書簽訂日期，與張炳裕簽立部分內容不實之「顧問委任合約書」(均採一年一約方式)，致金棠公司於各該簽約之年度，應按月給付碟王公司198,450元(含稅)，廖訓誼並指示不知情之出納人員，依上揭部分不實之「顧問委任合約書」，按月匯款支付顧問費198,450元（含稅）予碟王公司而偽作資金流程（其中僅145,950元係為使碟王公司免於支付租金而匯入，惟自102年5月1日起至102年8月31日止，雙方不再實際匯款支付，改以將房屋租金與顧問費互相沖銷之方式作帳)，並由不知情之○○○、○○○、○○○等人各於附表二編號11-22、23-34、35-46、47-58所示時間，各接

續填製如附表二編號11-22、23-34、35-46、47-58所示部分內容不實之立帳轉帳傳票、沖銷轉帳傳票，並記入金棠公司之明細分類帳冊，且於編製金棠公司98-102年度之資產負債表等財務報表時，各將上揭不實之顧問費款項編列為各該年度之應付費用項目。廖訓誼各以此方式為違背任務之行為，使金棠公司會計事項與財務報表均發生不實之結果，致金棠公司於各該簽約年度，各受有1,751,400元(計算式如附表四編號2-5)之損害，碟王公司則於各該簽約年度，各受有免於支付上開金額租金之利益。

四、廖訓誼於102年7月20日，復與碟王公司負責人張炳裕簽訂本案房屋租賃契約，租賃期間自102年9月1日起至103年8月31日，詎廖訓誼知悉碟王公司因自身債信狀況欠佳，無法向銀行申請信用狀使用，自101年11月14日後，已長期未能代金棠公司向銀行申請開立信用狀以採購國外設備，金棠公司已無委託碟王公司採購貨物情形，惟為使碟王公司免於繳付該簽約年度之本案房屋租賃契約每月租金198,450元（含稅），意圖為碟王公司不法利益、損害金棠公司利益，基於背信及填製不實會計憑證、記入帳冊之犯意，於102年9月1日，仍與張炳裕簽立內容不實之「顧問委任合約書」，委任期間自102年9月1日起至103年8月31日，每月顧問費189,000元（未含稅），致金棠公司於該簽約年度，需按月給付碟王公司198,450元（含稅）顧問費，並指示不知情之○○○，以將房屋租金與不實顧問費互相沖銷之方式作帳，○○○、○○○、○○○等人乃依指示於附表二編號59-70所示時間，接續填製如附表二編號59-70所示不實之立帳轉帳傳票、沖銷轉帳傳票，並記入金棠公司明細分類帳冊，且於編製金棠公司102、103年度之資產負債表等財務報表時，將上揭不實之顧問費款項編列為該年度之應付費用項目，廖訓誼即以此不正當方式違背任務，使金棠公司會計事項與財務報表均發生不實之結果，致金棠公司受有2,381,400元((計算式如附表四編號6)之損害，碟王公司則受有免於支付上開金

額租金之利益。

理　由

一、證據能力

檢察官、上訴人即被告廖訓誼(下稱被告）及其辯護人，對於本案以下所引用具傳聞性質之證據資料，明示同意有證據能力或表示無意見（本院卷第87-91頁、425-431頁），且本案所引用之非供述證據，檢察官、被告及其辯護人均未表示無證據能力，本院審酌該等證據作成及取得之程序均無違法之處，依法均可作為認定犯罪事實之證據。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由

訊據被告固不否認其自97年4月21日起擔任金棠公司董事長，並自100年7月起兼任總經理，其董事長職務解任後，繼續擔任總經理至105年8月16日，以及其有代表金棠公司，自97年9月1日起至102年9月間，與代表碟王公司之張炳裕簽訂本案房屋租賃契約書、顧問委任契約書、委託貨物採購合約書及顧問委任合約書，並指示會計人員○○○等人製作相關傳票、帳冊及財務報表等資料，惟矢口否認有何上開背信、違反商業會計法等犯行，辯稱：金棠公司所以與碟王公司簽訂技術顧問委任合約，係因金棠公司於高雄拷潭淨水廠案花費約25億元，該案關係金棠公司存廢，於最後驗收過程遭遇許多問題，最終因張炳裕提供很多建議及討論，於97年5月完成驗收，被告因此認為驗收後進入自來水公司委託代操作期間，仍有由碟王公司繼續提出建議及諮詢之必要，且金棠公司希望借重張炳裕在大陸之人脈關係，以拓展進入大陸地區後之業務；依碟王公司總經理○○○於原審提出之陳報資料，可知碟王公司確有為金棠公司招商行為，若能與大陸方面簽訂合約，依系爭顧問委任契約約定，應由碟王公司承攬，是金棠公司確有與碟王公司簽訂技術顧問合約之必要性；另被告與張炳裕自98年9月1日起，將前開委託代採購項目納入技術顧問同一合約內，並將每月顧問費提高為189,000元，然契約內容並未區分機電工程之顧問費139,000元、代

採購商品部分費用5萬元，因此無法區分代採購部分之對價為5萬元，從而金棠公司自101年12月起，雖未繼續委託碟王公司代為採購商品，此僅生金棠公司能否以此為由，請求碟王公司減少顧問費之問題，尚難因被告未請求變更合約，即謂被告有背信罪責，況依當時金棠公司債信情況，仍有委託碟王公司代採購商品之可能及必要，故於102年9月1 日一年一度更換契約時，顧問委託合約書內第2條仍保有「委託貨物代採購之服務項目」，金棠公司依顧問合約書給付顧問費，屬依契約之行為，難認此部分係違背任務之行為；再者，被告為專業經理人，97年4月接任董事長後，始經由黃百祿介紹認識張炳裕，與之並無任何淵源，被告並無虛構顧問合約而圖利碟王公司之動機等語。經查：

㈠被告自97年4月21日起擔任金棠公司董事長，並自100年7月間起兼任總經理，其董事長職務於102年11月1日因董事任期屆滿未改選而當然解任，惟仍繼續擔任金棠公司總經理至105年8月間，張炳裕則係碟王公司負責人；被告於97年9月1日、附表三編號1-4租賃契約簽訂日期及102年7月20日，代表金棠公司與碟王公司負責人張炳裕簽訂本案房屋租賃契約，每月租金126,000元、63,000元，合計189,000元(未含稅，加計5%之營業稅後為198,450元)，租期均為一年，採一年一約方式簽訂；另被告於97年9 月1 日，代表金棠公司與碟王公司負責人張炳裕簽訂「顧問委任契約書」，約定自97年9 月1 日起至98年8月31日，由碟王公司提供金棠公司所承攬工程中有關機電工程及嵌入式系統部分技術顧問服務，按月給付139,000 元（未稅），另因金棠公司曾於97年間支票跳票債信不佳，於97年10月21日與碟王公司簽訂「委託貨物採購合約書」，委由碟王公司代為向銀行開立信用狀，採購國外設備，並約定回溯自97年9 月1 日起至98年8月31日，按月支付碟王公司委託採購貨物手續費5 萬元（未稅），兩者合計款項亦為189,000元(未含稅，加計5%之營業稅後為198,450元)，嗣被告與張炳裕自98年9 月起，將前開

委任代採購與技術顧問服務納入同一合約，各於附表三編號1-4顧問委任合約書簽訂日期及102年9月1日簽訂「顧問委任合約書」，約定每月顧問費為189,000 元（未含稅），亦採一年一約方式簽訂，至103 年8 月31日後始未再簽訂；其間，金棠公司、碟王公司自97年9月1日至102年4月30日止，每月各匯款198,450元(含稅)至對方公司，以作為顧問費、租金之支付，然自102年5月1日至103年8月31日止之租金、顧問費，雙方不再實際支付，被告並指示以租金及顧問費互相沖銷之方式作帳；金棠公司會計主管○○○、會計人員○○○、○○○等人，並依上揭「顧問委任契約書」等內容，於附表二編號1-70所示時間，填製如附表二編號1-70所示顧問費、採購貨物手續費等立帳轉帳傳票、沖銷轉帳傳票，並記入金棠公司之明細分類帳冊，金棠公司於編製97-103年度資產負債表等財務報表時，並將上揭顧問費、採購貨物手續費等款項編列為各該年度之應支出項目等事實，均經被告供承或不爭執在卷，核與證人張炳裕、○○○、○○○、○○○於調查局、偵查及原審此部分證述之情節相符，並有62310-佣金費用會計帳明細（97年9月至98年8月/支付碟王、共60萬元）、委託貨物採購合約書（採購手續費50,000元、970901至980831）、顧問委任契約書（費用139,000元、970901至980831）、顧問委任合約書（費用189,000元、980901至990831、0000000至0000000、0000000至0000000、0000000至0000000）、房屋租賃合約書（辦公室，租金63,000元、970901至980831、980901至990831、990901至0000000、0000000至0000000、0000000至0000000、0000000至0000000）房屋租賃合約書（廠房）（租金126,000元、970901至980831、980901至990831、990901至0000000、0000000至0000000、0000000至0000000、0000000至0000000）、623628-其他費用會計帳明細、金棠公司立帳傳票及碟王公司開具之發票（工程顧問費、97/9至103/8）、沖銷傳票及轉帳明細、臺灣銀行0000000000000號、玉山銀行0000000000000號兆豐銀行00

000000000號帳戶往來明細、金棠公司收入傳票、明細分類帳(106年度偵字第6691號卷㈠〈下稱偵卷㈠〉第14、27-89、103-179、181-199、203-219、223-236、240-249、253-255頁)、臺灣銀行健行分行106年4月21日健行營字第10600015141號函檢送碟王公司000000000000號帳戶開戶資料、放款信用額度及存摺存款歷史交易明細、碟王公司臺灣銀行帳戶000000000000號存摺影本(碟王公司支付租金轉帳紀錄、971201至990802)、碟王公司玉山銀行帳戶0000000000000號存摺影本(碟王公司支付租金轉帳紀錄、990831至0000000)、臺灣銀行無摺存入憑條存根8份、碟王公司臺灣銀行帳戶000000000000號電子轉帳付款明細(980430至990802)、玉山銀行存款憑條9份、碟王公司玉山銀行帳戶0000000000000號轉帳送審清單(991231至0000000)、金棠公司變更登記表(106 年度偵字第6691號卷㈡〈下稱偵卷㈡〉第18-92、97-120、123-168、179-181頁)、97年度進口報單4份、金棠公司付款傳票及匯款紀錄(97年9月1日至102年4月30日給付碟王公司工程顧問費用)、工程顧問費統一發票影本73張(原審卷一第51-54、137-167、168-223、P240-247頁)、金棠公司97年至103年度分類明細帳、營業事業所得稅結算申報書、資產負債表(原審卷二第21-34頁;金棠公司卷㈡)在卷可稽,此部分事實自堪認定。

㈡依上開「委託貨物採購合約書」所載,委託代採購服務之費用為每月5萬元,雖金棠公司與碟王公司自98年9月間起,將前揭委託貨物採購合約書與顧問委任契約書合而為一,簽立「顧問委任合約書」,並約定顧問費為189,000元,然該金額明顯係將原分別訂立之兩個契約所約定之5萬元、139,000元合計,足認金棠公司與碟王公司自98年9月1日以後所簽立之「顧問委任合約書」,所約定之顧問費189,000元中之5萬元,應是屬於委託代採購服務之費用;再者,起訴書雖記載金棠公司按月應給付之顧問費為139,000元、委託採購貨物手續費為5萬元,以及98年9月至103年8月之189,000元,惟

上開合約書均記載約定之金額係「未稅」，且依金棠公司提出之轉帳傳票，其匯款或沖銷之金額均有另加計5%營業稅，故本案金棠公司實際匯入碟王公司或沖銷作帳之金額，均應另加計5%，爰更正如上。

㈢關於犯罪事實□～□技術顧問服務委任合約不實部分

被告雖以前詞主張本案確有訂立技術顧問服務之事實及必要。惟查：

1.依金棠公司與碟王公司於97年9月1日簽訂之「顧問委任契約書」及98年至102年間簽訂之「顧問委任合約書」，就技術顧問服務委任部分，均記載其服務內容為金棠公司將所承接工程有關機電工程及崁入式系統部分，委任碟王公司協助並辦理諮詢業務等事宜，另均於第2條記載其服務項目及內容為：

「一 、 機電工程部份：

（一）、規劃設計階段工作範圍

1.電氣工程設計　　系統檢討及圖面預算審查。

2.給排水工程設計　　系統檢討及圖面預算審查。

3.熱水系統設計　　系統檢討及圖面預算審查。

4.空調系統設計　　系統檢討及圖面預算審查。

5.發電機系統設計　　系統檢討及圖面預算審查。

6.污水系統排放設計　　系統檢討及圖面預算審查。

7.協助辦理門禁、監視、電話、電視、資訊、中央監控、會議室設備、視聽設備等系統整合之規劃設計。

8.協助甲方辦理發包、重點監造及變更設計審查。

9.協助甲方辦理驗收、點交；編列操作手冊及教育訓練。

（二）、工程施工階段 ：

1.工程重點督導及提供施工技術指導。

2.協助審查承商繪製之施工圖及施工計畫書。

3.協助審查承商提出之設備材料送審資料。

4.審核承商工作進度。

5.協助業主辦理驗收。

二、嵌入式系統部份

嵌路式系統設計，系統包括嵌入式微處理器(EMPU）、嵌入式微控 制器（MCU）、嵌入式DSP處理器（EDSP)及系統晶片（SoC）、系統檢討及設計預算審查。」等語，有上開契約書、合約書可參，此部分事實可以認定。

2.惟被告於106年2月9日調詢時供稱：97年至103年間，金棠公司與碟王公司簽訂顧問委任契約，以每個月18萬9,000元給付碟王公司顧問費用，主要是要借重碟王公司負責人張炳裕在大陸經商的人脈，希望能透過他至大陸招攬更多淨水工程，另因97年間金棠公司跳票，無法與銀行有票據信用上的往來，故金棠公司自97年起即委託碟王公司代採購國外水處理設備至101年 間（詳細時間記不清楚） ，但101年間碟王公司資金出狀況，即不再委託碟王公司代為採購設備；（提示金棠公司97/9/1至98/8/31顧問委任合約書影本1份）（經檢視後作答）金棠公司並無提供所承包案件之相關圖表及施工圖、設計圖等資料供碟王公司參考使用，所以碟王公司也沒有提供機電工程及嵌入式系統之顧問服務，如我前述，顧問委任合約主要就是希望張炳裕協助開拓大陸市場；（提示：金棠公司98/9/1至99/8/31顧問委任合約書影本1份）（問：碟王公司與金棠公司自98年9月至103年8月每年簽訂顧問委任合約書，每月顧問費用為18萬9,000元 ，服務內容為金棠公司承接工程有關機電工程、嵌入式系統部分及委託貨物代採購，碟王公司有無實際提供機電工程、嵌入式系統部分諮詢服務及貨物代購服務？）（經檢視後作答）碟王公司並沒有提供金棠公司機電工程、嵌入式系統部分諮詢服務，但確實有委託碟王公司自海外進口淨水設備。（問：金棠公司前工程部經理○○○於本處陳述：「因為我是工程部經理，金棠公司承接的純淨水工程都會經過我，況且金棠公司本身就有機電人員，我印象中 ，碟王公司從未就金棠公司承接之純淨水工程內提供技術顧問，我也從未就工程部分跟碟王公司人員有所接觸，另外 ，金棠公司承接的工程，

所有的設計圖都是由金棠公司人員自行繪製，除了業主與金棠公司自行委任的下包廠商之外，金棠公司從未交付設計圖給任何人」，是否屬實？）屬實 ，金棠公司從未交付承包案件之相關圖表及施工圖、設計圖等資料供碟王公司參考使用 ，所以碟王公司也沒有提供機電工程及崁入式系統之顧問服務，金棠公司是希望碟王公司能協助承攬大陸的工程，但張炳裕並無成功介紹大陸業主給金棠公司承攬，碟王公司不管是在台灣或是大陸，均沒有提供機電工程及崁入式系統之顧問服務等語（他字卷第36頁至第38頁反面），再於同年4月13日偵查時亦供稱：（問：碟王公司有無實除提供服務？）顧問合約主要針對大陸淨水廠的介紹，我希望他到大陸幫我拓展業務，若有業務再做相關技術諮詢，若有另外成立案子，要另外簽立合約及給付；（問：既然如此為何不直接簽定相關服務契約即可？）一般我們在商廠上是用顧問合約，但他的確沒有提供機電及崁入性系統業務；（問：簽約後有提供何方面服務？）介紹大陸對淨水廠有興趣的團體，需要機電方式的設備會對我們做咨詢，希望在大陸案子能透過他協助等語(偵卷㈠第262頁反面至第263頁反面)。均供承碟王公司事實上並未對金堂公司提供如上開顧問委任合約書所載之機電工程及崁入式系統之顧問服務，而其所自述簽訂顧問委任契約之緣由係希望張炳裕協助開拓金棠公司大陸市場乙情，亦顯與上開顧問委任契約之內容完全不符，是依被告上開於調查局、偵查所述，金棠公司與碟王公司間，事實上並不存在如上開顧問委任合約書所載之技術顧問服務關係。至被告於本院審理時雖辯稱：調查局那時候問話裡面，問的是你們有沒有留下做顧問諮詢的相關資料，而非有無進行這種諮詢，但筆錄記載成我認為沒有必要，我認為調查局的那段部分記載跟我陳述真正意思是不一樣云云（本院卷第433頁）。姑不論被告前此並未為此抗辯，且其於調查局所述「碟王公司沒有提供機電工程及崁入式系統之顧問服務」等語，並非僅有一處，被告並一再強調是為請張炳裕協助開拓

大陸市場，始簽訂系爭顧問委任合約書，且被告於2個月後之偵查筆錄，亦為相同之陳述，均如前述，顯然並無所謂調查局筆錄之記載與其真意不符之情事，此部分所辯核屬事後卸責之詞，並無可採。

3.且參之證人即金棠公司之工程部經理○○○於偵查中具結證稱：105年9月2日下午3 點，在金棠公司會議室開例行性主管會議時，黃英峰或鉅眾公司總裁拿出一份顧問委託合約書，詢問我是否有請碟王公司擔任機電顧問，我回答我不知道這份合約，在我工程部工作範圍是沒有的；顧問委託合約書內關於機電工程的服務內容，在我們工程部沒有委託碟王公司，因為我們工程部本身就有機電人員，可以自行處理，做不完才會外包，在我當經理時都沒有；我是到開會時才知道有這份委託合約書，我也沒有跟碟王公司的人員就機電工程方面有所接洽等語（他字卷第91-92頁），並有金棠公司105年9月2日之會議紀錄、簽到表（他字卷第21-22頁）在卷可參，足認金棠公司之工程部門經理，係至105年9月2日之會議時，始知悉系爭顧問委託合約書之存在，且不曾與碟王公司之人員就機電工程方面有任何接洽。衡之證人○○○於原審證稱：系爭顧問委託合約書內第2條□㈠規劃設計階段工作範圍部分之第1、2小項以及□㈡5個小項，均係其平常工作範圍，且確實協助公司處理過等語(原審卷三第16頁反面至第17頁)，顯示該技術顧問契約之服務內容，與○○○於公司負責之職務密切相關，金棠公司若確有締結此一技術顧問合約之需求，每月且支付139,000元或189,000元(均未稅)之顧問費用，時間復長達6年之久，衡情金棠公司之工程部門主管豈可能完全不知該契約之存在，足認被告於調查局、偵查所稱：碟王公司不管是在台灣或是大陸，均沒有提供機電工程及崁入式系統之顧問服務等語，係屬事實，更可證明金棠公司事實上並未委託碟王公司擔任處理設備機電工程及嵌入式系統技術顧問，此部分之契約內容，確有不實。

4.證人張炳裕於調查局雖證稱：碟王公司確實有提供金棠公司

所承接工程有關機電工程及嵌入式系統之顧問服務，且金棠公司均有提供所承包案件之相關圖表及施工圖、設計圖等資料供碟王公司參考使用；（問：你是否能詳述碟王公司為金棠公司提供顧問服務之實際項目為何？）金棠公司於91年間承攬自來水公司高雄市大寮區拷潭淨水廠工程，該工程僅通過試運轉，工程總驗收未能通過，金棠公司前負責人葉信村表示還須花費3 、4億元改善缺失以通過驗收，……。97年間金棠公司黃百祿、廖訓誼及郭文村即找我協商是否能支援該公司通過工程驗收，……我等評估後認為可以解決，只需再花費1億元內，所以應允支援協助，雙方才會簽訂該顧問委任契約書，由我提供技術服務，讓該項工程通過驗收等語（他字卷第48頁），意指系爭顧問委任契約是為上開拷潭淨水廠工程之驗收而簽訂。姑不論張炳裕上開所述碟王公司確有提供金棠公承接工程有關機電工程及嵌入式系統部分時提供顧問服務，且金棠公司有提供所承包案件之相關圖表及施工圖、設計圖予碟王公司參考等情，與被告上開調查局、偵查之供述已完全不符。且高雄拷潭及翁公園淨水場增設高級淨水處理設備工程（下稱拷潭淨水場工程）係金棠公司向台灣自來水公司承攬，91年4月3日開工後，至96年9月17日完工，開始驗收日期為97年1月20日，驗收完畢即驗收合格日期為97年5月16日乙情，有台灣自來水公司106年8月25日覆函及檢送之相關工程結算驗收證明書、驗收紀錄在卷可稽（原審卷一第252頁至第276頁），是拷潭淨水場工程於97年5月16日即本案97年9月1日第一份顧問委任契約書簽立之前，即已驗收完畢，則證人張炳裕證稱係為完成拷潭淨水場工程之驗收，始簽立系爭顧問合約云云，顯與事實不符，自不足為有利被告之認定。

5.證人即碟王公司總經理○○○於原審107年12月7日審理時雖證稱：知道碟王公司與金棠公司有簽訂顧問契約，擬這份合約書之前有先問我的意見，我是技術方的代表；承接的工程是他們的投幣式水販賣機及水處理工程；碟王公司專業能力

在於機電及嵌入式系統方面，當時接受委任主要目的是要協助金棠公司讓水販賣機可以量產、商品化，尤其在機電方面，如何幫他們降低成本，這是我所知道的範圍，水工程方面，就是協助他們做中央監控、能耗管理；（問：碟王公司在顧問期間有無實際對金棠公司提出任何建議事項或諮詢業務？）有，他們在做水販賣機規劃時，廖訓誼董事長都會跟我協調；（問：碟王公司對於拷潭淨水廠有無提供任何諮詢或協助？）在機電規劃上，在圖面繪製時我們有參與給予建議，在能耗上面如何降低成本；（被告問：97年7 月、11月間政府調高電價，當時基於電價高漲，我有邀請你到高雄拷潭淨水廠，向你諮詢哪些工程技術問題？）主要在於我們水廠有很多馬達，有抽水馬達、加壓馬達，我們去探討用什麼控制方式可以降低能源消耗等語（原審卷三第44頁至第45頁正面、第46頁反面、第48頁正面）。惟證人○○○所述碟王公司實際上有對金棠公司提供機電及嵌入式系統等技術服務之說詞，與被告上開於調查局、偵查之供述明顯不符，亦與證人張炳裕於偵查中所述：（問：你有實際提供機電工程、崁入性系統服務，有無資料？）一開始是源於高雄的自來水拷潭淨水廠驗收，我有協助驗收，是在97年5月驗收 ，因為7 月有含括之前的工程，後面有針對他們原先要招標，廖進豐副總有拿幾個標案跟我們總經理進行，因為葉信村跳票後無法招標就不了了之，資料都是金棠公司拿過來的，我們做完分析後資料沒有留下來等語（偵卷㈠第264頁)不符。又證人○○○於原審審判長請其說明97年至103 年間碟王公司就上開契約細項，對金棠公司提供哪些服務時，雖答稱：以拷潭淨水廠，範圍包含第一項電器工程設計、第二項給排水工程設計、第四項空調系統設計、第五項發電機系統設計、第六項污水系統排放設計、第七項協助辦理門禁、監視、電話、電視、資訊、中央監控、會議式設備等系統整合之規劃設計、第八項協助辦理發包、重點監造及變更設計審查等項目等語(原審卷三第48頁反面），惟其於原審已承認並不知

道拷潭淨水廠在上開提示合約簽訂前已經驗收完畢，另再經原審審判長詢以：「拷潭淨水廠已經完成驗收，碟王公司去現場還能提供什麼服務？」等語，則答稱：「我去的時候拷潭淨水廠已經蓋好在運作了，他們最大成本是電費，我去看如何協助降低電費」等語（原審卷三第49頁）。惟被告、張炳裕於調查局、偵查時，均未曾提及碟王公司有協助拷潭淨水廠代操作或協助降低電費之情事，且依○○○於原審自述其僅去過拷潭淨水廠2至3次，第一次去了解他們整個廠的狀況，還有一次是中國官員來，一起參與去拜訪他們的廠等語（原審卷三第46頁反面），系爭技術顧問委任若確如被告所辯，係與拷潭淨水廠驗收後經自來水公司委託之代操作相關，則自稱為碟王公司技術方代表之○○○於受委任之6年期間，豈可能僅至該處2-3次？此再參諸被告、證人張炳裕、○○○自本案105年啟動偵查至今，均未能提出任何碟王公司因提供金棠公司技術顧問服務所為之往來書面資料，殊難想像以金棠、碟王兩家甚具規模之公司，對於長達6年之技術顧問委任契約之履行，竟無法具體提出任何書面證據以實其說，實與一般經驗法則有違，更可證明上開顧問委任契約係屬虛偽訂立，是證人○○○於原審證稱確有提供技術顧問云云，實難憑採。

6.被告雖辯稱金棠公司希望借重張炳裕在大陸之人脈關係，以拓展進入大陸地區後之業務，始訂立系爭技術顧問約等語，惟其所謂之服務內容顯然與上開顧問任契約內容不符，業如前述，被告對於其何以不依實情簽立名實相符之服務契約，亦僅能以：我是便宜行事，我在意的是張炳裕能協助公司開拓大陸市場，所以沒有去修改契約等語（他字卷第39頁）帶過。況依被告於調查局所述：張炳裕每年都有介紹約3 、4個大陸參訪團至金棠公司瞭解公司營運狀況及施作能力，但沒有任何一家大陸公家或民間企業與金棠公司簽約，因公司仍需要商業機會，有大陸廠商來參訪就有承攬生意機會，所以我一直願意每月支付189,000元顧問費用予張炳裕等語

（他字卷第37頁），可知金棠公司未曾因張炳裕之介紹而獲得任何與大陸公家或民間締約進而獲利之機會，且技術顧問與締約機會之仲介，兩者專業度、性質截然不同，被告在未有任何實績之情況下，卻執意長達6年與碟王公司簽訂名實不符之技術顧問委任契約，作為每月支付139,000元或189,000元(均未含稅)顧問費予碟王公司之依據，以其為專業經理人之身分，實有違事理常情，且本案自105年偵查至今，被告並無法指出任何由張炳裕介紹，經洽談而未成功締約之商業對象，或提出張炳裕協助其拓展大陸地區業務之相關資料以實其說，所辯係為拓展大陸業務而簽訂技術顧問契約，亦難憑採。至證人○○○於原審雖提出包括2009年5月山東省領導赴台經貿考察、2009年9月山東省威海市政協經濟文化考察團、2009年10月山東生產力促進中心、2010年3月山東乳山姜林凱書記參訪、2010年5月榮成市經貿交流考察團之資料，以證明碟王公司有引薦大陸團體參訪金棠公司（原審卷三第55-86頁）。惟上開資料係98、99年兩年之間，5個大陸地區團體到臺灣參訪之行程表及碟王公司之郵件資料，該等活動是否確由碟王公司主辦，已非明確，且各該參訪活動參與之公司、人員甚多，亦非均有參訪金棠公司，被告、廖進豐於部分活動僅有參加餐會，本難認係碟王公司專為金棠公司之締約機會所舉辦，且對照金棠公司與碟王公司自97年至103年簽立長達6年之技術顧問合約，每年合約金額高達1,751,400元或2,381,400元，確實不成比例。況被告與碟王公司之顧問委任合約期間係每年9月1日至翌年8月31日，一年一簽，自97年簽約起，依上開資料，亦僅見98、99年有零星之大陸地區團體來參訪，且無任何成果，卻每年與碟王公司簽訂名實不符之顧問委任合約，每月支付145,950元或198,450元之顧問費，與一般仲介業務係於締結契約後，始就成交標的支付一定比例酬金之商業習慣不符，所辯係為拓展大陸業務而簽訂名實不符之顧問委任合約云云，難以憑採。

7.再者，碟王公司係自97年9月1日起承租金棠公司之辦公室、

廠房，因之應月給租金合計189,000元(未含稅），被告則於同一時間，與碟王公司簽訂「顧問委任契約書」，約定之顧問費為139,000元，加計金棠公司應另給付予碟王公司之5萬元代採購費用，恰好與碟王公司應支付之上開租金額相同，已認定如前，是綜觀被告與張炳裕刻意談定以139,000元作為技術顧問費用，以及本院上開關於技術顧問委任係屬虛偽之論述，被告係為免除碟王公司免於繳付前揭租金之目的，而與張炳裕簽立系爭顧問委任契約書、顧問委任合約書，更顯明確，被告空言並無圖利碟王公司利益之動機，亦無可採。

㈣關於犯罪事實□委託貨物採購合約不實部分

1.金棠公司於97年間因債信不佳，無法委託銀行開立信用狀，自97年9月1日起至102年8月31日委託碟王公司代為向銀行開立信用狀，採購國外設備，於97年9月1日至98年8月31日之合約約定應按月支付碟王公司委託採購貨物手續費5 萬元（未稅）等情，業經認定如前。惟碟王公司於101年間因自身債信狀況欠佳，無法向銀行申請信用狀使用，自101年11月14日後，即未代金棠公司向銀行申請開立信用狀以採購國外設備等情，亦經被告於調查局供承：金棠公司自97年起委託碟王公司代為採購國外水處理設備至101年間，101年間碟王公司資金出狀況，即不再委託碟王公司代為採購設備等語（他字卷第36頁反面），並經證人○○○於調查局證稱：金棠公司確有委託碟王公司代為開狀向國外廠商進行採購，節省部分採購成本，但碟王公司自101年起，因信用遭到緊縮也無法開立信用狀，因此金棠公司不再透過碟王公司代採購，只能自行進口國外商品，並委託報關行報關，至於款項的支付，則是自行籌措資金，先行匯款至國外廠商指定帳戶，才會排定船期交貨等語（他字卷第69-71頁），再於原審證稱：（問：〈提示碟王公司陳報資料卷第20～21頁，告以要旨並交閱〉是否101 年11月14日之後，就沒有請碟王公司代開信用狀？）是的，應該就是請碟王公司代開這些信用

狀等語（原審卷二第253頁），並有碟王公司提出之信用狀明細可參(碟王公司陳報卷第20-21頁)在卷可參，足認碟王公司於101年間因自身信用狀況不佳，乃未能繼續代金棠公司申請開立信用狀，最後開立之日期為101年11月14日。被告既知悉金棠公司已無委託碟王公司代開信用狀之情事，卻仍於102年9月1日，與張炳裕簽立顧問委任合約書，將上開「委託代採購服務」列入委任項目內，訂立全部內容不實之顧問委任合約書，致金堂公司自102年9月1日至103年8月31日，因之需每月支付198,450元(含稅)顧問費予碟王公司，其並指示○○○以該顧問費與碟王公司每月應支付之租金沖銷作帳，使碟王公司免於支付同額租金，此部分背信之事實，亦屬明確。

2.被告就此雖辯稱：依金棠公司債信情況，仍有委託碟王公司代採購商品之可能及必要，故於102年9月1 日一年一度更換契約時，顧問委託合約書內第2條仍保有「委託貨物代採購之服務項目」，難認此部分係違背任務之行為等語。惟碟王公司係因自身債信不佳而無法代開信用狀，且金棠公司已自行進口國外商品，並委託報關行報關等情，業經○○○證述明確，被告身為金棠公司總經理，豈可能不知，則何來金棠公司仍有委託碟王公司代採購商品之可能及必要之說詞，所辯亦無可採。

㈤本法所定商業負責人之範圍，依公司法、商業登記法及其他法律有關之規定，商業會計法第4條定有明文。又公司法所稱公司負責人，在股份有限公司為董事。公司之經理人或清算人，股份有限公司之發起人、監察人、檢查人、重整人或重整監督人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人，公司法第8 條第1 項、第2 項亦有明文。被告為上開行為時，為金棠公司董事長或總經理，業經認定如上，自屬受金棠公司委託處理事務之人，依上開規定，亦為商業會計法所稱之商業負責人。再商業會計法第71條第1 款「以明知為不實之事項，而填製會計憑證或記入帳冊」罪，所謂不實之事項，係

指其登載之內容事項失真非實而言，上開表徵經濟交易活動之憑證、帳冊是否虛偽造假，自應審究其實質內涵及原因如何而為判斷；因虛偽不實交易，而製作虛偽不實會計憑證、帳冊、財務報告等文件，即符合上開構成要件（最高法院106 年台上字第 1502 號、103年度台上字第4441號刑事判決意旨參照）。被告代表金棠公司與碟王公司簽立之顧問委任契約書、顧問委任合約，既有上開虛偽不實情況，其進而指示金棠公司出納人員依上開虛偽不實合約書匯款予碟王公司，及由○○○等會計人員依上開不實事項製作公司轉帳傳票、記入帳冊及製作財務報表等資料，即構成商業會計法第71條第1 款之填製不實會計憑證、記入帳冊罪，並不因其間有偽作資金流程，或者逕以沖銷方式作帳而不同。是被告辯稱金棠公司97年9月1日至102年4月30日均有實際匯款予碟王公司，金棠公司會計人員依此所製作之傳票即無不實，另102年5月1日至103年8月31日顧問費與租金雖未實際交付，然依一般會計原則，仍應製作傳票及開立發票，難謂是以明知不實之事項，而填製會計憑證或記入帳冊等語，應有誤會。

㈥綜上所述，被告上開所辯均為卸責之詞，無可採取。本件事證已經明確，被告上開背信、填製不實會計憑證、記入帳冊犯行均堪以認定，應依法論科。

三、論罪之理由

㈠被告為犯罪事實□□所示行為後，刑法第342條第1項背信罪，業於103年6月18日修正公布施行，於同年6月20日生效，修正前刑法第342條第1項規定：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」修正後刑法第342條第1項則規定：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。」經比

較新、舊法律，修正後刑法第342條第1項，並無較有利於被告之情形，依刑法第2條第1項前段規定，被告如犯罪事實□□所示背信犯行，應適用其行為時即103年6月18日修正前刑法第342條第1項規定，合先敘明。

㈡商業會計法所稱之商業會計憑證，分為原始憑證及記帳憑證，所謂原始憑證，係指證明事項之經過，而為造具記帳憑證所根據之憑證，計有外來憑證、對外憑證、內部憑證三類。其中記帳憑證則係指證明處理會計事項人員之責任而為記帳所根據之憑證而言，有收入傳票、支出傳票及轉帳傳票三類，此觀諸商業會計法第15、16、17條之規定自明。又商業會計法第71條第1 款之明知為不實之事項而記入帳冊罪，所稱帳冊係指商業會計法第20條至第23條所定之帳簿而言（最高法院102 年度台上字第2599號判決參照）。另商業會計法對於會計帳簿、財務報表之定義及種類，均有明文規定。所謂「會計帳簿」，指序時帳簿及分類帳簿，序時帳簿以會計事項發生之時序為主而為記錄之帳簿，分為普通序時帳簿（如日記簿、分錄簿等）、特種序時帳簿（如現金簿、銷貨簿、進貨簿等），分類帳簿以會計事項歸屬之會計科目為主而記錄之帳簿，有總分類帳簿、明細分類帳簿，商業會計法第20至22條分別定有明文。再商業會計法第71條第5 款「其他利用不正當方法，致使會計事項或財務報表發生不實之結果」，是同法第71條第1 款至第4 款列舉行為以外之概括規定，於該條前4 款均不適用之情況下，始有此概括條款之適用，為前4 款之補充規定，故除非犯罪同時有該條第4 款、第5 款情形，否則犯罪若符合第4 款，即無適用第5 款可言（最高法院108年度台上字第781號刑事判決意旨參照）。此外，商業會計法第71條第1款之罪，乃刑法第215條業務上登載不實文書罪之特別規定，應優先適用（最高法院92年台上字第3677號刑事判決意旨參照）。本案被告與碟王公司簽訂不實之顧問委任合約，偽作金流或以沖銷方式作帳，使碟王公司免於支付租金而獲有利益，致金棠公司受有損害，並利

用○○○等會計人員將應支付顧問費之不實事項記載於轉帳傳票，記入金棠公司明細分類帳簿，及於編製金棠公司各97-103年度資產負債表等財務報表時，將上揭顧問費款項編列為各該年度之應付費用項目，使金棠公司會計事項與財務報表發生不實之結果。是核被告犯罪事實□□即附表一編號1-5所為，均係犯修正前刑法第342條第1項之背信罪、商業會計法第71條第1款商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪；犯罪事實□即附表一編號6所為，係犯刑法第342條第1項之背信罪、商業會計法第71條第1款商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪。

㈢被告利用不知情而無犯意聯絡之出納人員匯款及利用證人○○○、○○○、○○○等會計人員為填製不實之會計憑證、記入帳冊等行為，均為間接正犯。

㈣被告係依每一租賃年度，以一年一約方式，與張炳裕代表之碟王公司簽立虛偽不實之顧問委任合約，可認被告於各個簽約年度，均係犯意另起，是被告所犯如附表一編號1-6所示，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。被告於附表一編號1-6所示各簽約年度，均係基於同一背信、填製不實會計憑證、記入帳冊犯意，於每個月匯款、製作不實會計憑證、記入帳冊，均係於密接時、地實施，侵害同一法益，各行為獨立性極為薄弱，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，屬接續犯，均應論以包括之一罪。

㈤被告如附表一編號1-5所示犯行，均係以一行為同時觸犯商業會計法第71條第1款之商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪及修正前刑法第342條第1項之背信罪，如附表一編號6所示犯行，係以一行為同時觸犯商業會計法第71條第1款之商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪及刑法第342條第1項之背信，均為想像競合犯，均應依刑法第55條之規定，從一重論以商業會計法第71條第1款之商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪，起訴意旨認應數罪併罰，尚有

未洽。又公訴意旨雖未就被告上開明知不實記入帳冊犯行起訴，惟此部分與本案起訴部分具實質一罪關係，為起訴效力所及，且經本院告知被告此部分罪名、事實（本院卷第425、436-437頁），依刑事訴訟法第267 條規定，自應就上開部分併予審理。

四、不另為無罪諭知部分

㈠公訴意旨雖另略以：被告意圖為張炳裕之利益而損害金棠公司利益之背信及違反商業會計法犯意，以金棠公司曾於97年間因支票跳票債信不佳為由，於97年10月21日與碟王公司簽訂「委託貨物採購合約書」，委由碟王公司代為向銀行開立信用狀，採購國外設備，並回溯自97年9月1日起至98年8月31 日按月支付碟王公司委託採購貨物手續費5萬元，與上開虛偽之顧問委任契約應支付之139,000元合計為189,000元，以抵銷碟王公司應付之同額租金，復承前犯意與張炳裕以一年一約方式簽訂「顧問委託合約書」，將前開代採購項目納入同一合約內，將每月顧問費提高為189,000元，續使金棠公司每月損失不應支付之技術顧問費189,000元，直至102年8月31日，致金棠公司受有300萬元損失，碟王公司受有300萬元之利益，並指示金棠公司不知情會計人員依上揭「委託貨物採購合約書」、「顧問委託合約書」，製作不實之傳票，在編製金棠公司97年度至102度年財務報表時，將上揭支出編列入該年度之應支出項目，以此不正當之方式違背任務，使會計事項與財務報表均致生不實之結果，並致金棠公司維持財務報表正確性之利益受損。因認被告此部分所為，亦涉犯刑法第342條第1項之背信罪、商業會計法第71條第1款前段明知不實填製會計憑證、記入帳冊罪嫌等語。

㈡惟查，金棠公司於97年間因債信不佳，無法委託銀行開立信用狀，確有自97年9月1日起至102年8月31日，委託碟王公司代為向銀行開立信用狀，採購國外設備，而分別簽立上開「委託貨物採購合約書」、「顧問委託合約書」，並約定此部分應給付之手續費為5萬元，業經本院認定如上，此部分

並無不實可言。另金棠公司最後委託碟王公司代為開立信用狀之時間雖為101年11月14日，然審之被告於101年9月1日與碟王公司簽立該契約年度之「顧問委託合約書」時，碟王公司尚有代為開立信用狀之能力、事實，自無從以其事後信用狀況改變，推認被告於簽約時主觀上認知該契約內容不實而有背信、違反商業會計法犯意存在，且該委任契約係屬繼續性關係，金棠公司於該契約年度中，在未能完全確定碟王公司已全然無法開狀之情況下，繼續給付此部分之服務費用，亦難因之認被告有背信、違反商業會計法犯意存在。是檢察官此部分所指被告涉嫌背信、違反商業會計法行為，犯罪嫌疑不足，原應為無罪之諭知，惟檢察官認此部分與前開經本院論罪部分，有實質一罪之關係，爰不另為無罪之諭知。

五、撤銷原判決及自為判決之理由

㈠原審審理結果，認被告背信、違反商業會計法犯行罪證明確，分別予以論罪科刑，固非無見。惟查：

1.依卷附金棠公司提出之轉帳傳票記載，金棠公司實際匯入碟王公司之金額或沖銷作帳之金額，均另加計5%之營業稅，已如前述，原審於計算金棠公司所受損害及碟王公司所受利益時，均未加計此部分數額，認定事實即有錯誤。

2.被告代表金棠公司與碟王公司簽立之顧問委任契約書、顧問委任合約，既為虛偽不實，其指示○○○等會計人員依不實事項製作公司傳票、記入帳冊及財物報表等資料，即構成商業會計法第71條第1 款之填製不實會計憑證、記入帳冊罪，並不因有偽作資金流程而不同，亦如前述。是原審就附表一編號1-5犯行，認金棠公司97年9月1日至102年4月30日有實際匯款部分，因有實際金流，並無不實，不構成商業會計法第71條第1 款之填製不實會計憑證罪，均漏論上開商業責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪，且因之另就被告於102年5月1日至102年8月31日指示會計部門製作不實傳票部分，認係犯意另起而另論以一罪（即原判決附表編號6部分），適用法則均有錯誤；另就附表一編號6之犯行，則漏未認定被告

有明知不實而記入帳冊之行為，適用法則亦有違誤。

3.法院審理結果若認檢察官起訴被告之單一犯罪事實，其中一部分有罪，其餘部分不能證明犯罪時，應於主文諭知有罪部分之判決，另於理由說明其餘部分不另為無罪諭知，方為適法。公訴意旨認被告代表金棠公司與碟王公司簽訂之97年9月1日至101年11月30日之委託代採購服務約，亦屬不實，原審既認此部分之犯罪事實無法證明，即應為不另為無罪之諭知，原審就此漏未裁判，有已受請求之事項而未予判決之當然違背法令。又此部分與原判決上述認定有罪部分，有實質一罪關係，依上訴不可分原則，本院應一併審理，附此說明。

4.被告行為後，刑法關於沒收之規定已修正，並自105年7月1日起施行，依修正後刑法第2條第2項之規定，沒收逕適用裁判時即修正後之規定。又犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因「明知他人違法行為而取得」、「因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得」、「犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得」犯罪所得者，沒收之，修正後刑法第38條之1第2項亦規定甚明。檢察官對特定被告及犯罪事實起訴之效力，涵括對被告及第三人沒收之法律效果，法院審理結果，如認定被告犯罪或有違法行為，且符合依法沒收犯罪所得之要件者，即有諭知沒收之義務，尚無待檢察官之聲請。故倘檢察官未於起訴書記載應沒收第三人財產之意旨，且檢察官及第三人於法院審理時亦未為第三人參與沒收程序之聲請者，法院為維護公平正義及保障第三人之聽審權，基於法治國訴訟照料義務之法理，認為有必要時，應依刑事訴訟法第455條之12第3項前段規定，本於職權裁定命該第三人參與沒收程序，並依審理結果，而為諭知沒收與否之判決，不以經檢察官聲請為必要。被告為碟王公司利益而為上開背信、違反商業會計法行為，致碟王公司獲得免於支付如附表四所示租金之利益，既經認定如上，則碟王公司係因被告為其實行違法行為而取得利益，原判決未適用修

正後之沒收準據規定，依職權開啟第三人沒收程序，裁定命取得犯罪所得之第三人碟王公司參與沒收程序，就被告為碟王公司實行違法行為，碟王公司因而取得之犯罪所得，宣告沒收或追徵其價額，依上揭說明，於法即有未合。

㈡被告上訴猶執前詞否認犯行，並不可採，已論述如前，被告上訴為無理由，然原判決既有上開可議之處，自應由本院將原判決撤銷改判，且定應執行刑與其所憑定應執行刑之各宣告刑間，有不可分之關係，應由本院將原判決關於定應執行刑部分一併撤銷。。

㈢爰以行為人之責任為基礎，審酌被告前並無科刑之前案紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可參，素行尚可，其身為金棠公司董事長、總經理，理應謀取公司最大利益，合法妥慎運用公司資金，卻違背職務主導本案犯行，致金棠公司受有如上之損害，暨其犯罪之方法、手段，各該行為之時間、犯罪所生危害，犯後復未能坦然面對己過，迄今未與金棠公司和解之態度，以及被告自陳大學畢業之智識程度，目前自己做生意，家中裡有太太及三個小孩，經濟狀況穩定之家庭狀況（原審卷三第104頁反面；本院卷第438、439頁）等一切情狀，分別量處如附表一編號1-6所示之刑。並審酌被告本案所犯各罪，行為之時間均為1年，犯罪手段與態樣相同，擔任之角色相同，均係侵害財產法益、社會法益，並非侵害不可代替或不可回復性之個人法益，並參諸刑法第51條第5 款係採限制加重原則，而非累加原則之意旨，以及金棠公司所受財產損失等情況，定其應執行刑如主文第二項所示。又被告本案犯行既有上述適用法則不當情形而經撤銷改判，附表一編號1-4之不法內容並有擴張，檢察官雖未提起上訴，第二審法院仍無刑事訴訟法第370 條所規定不得諭知較重於原審判決之刑之禁止不利益變更原則之限制，附此說明。

六、參與沒收部分

㈠參與人經合法傳喚或通知而不到庭者，得不待其陳述逕行判

決，刑事訴訟法第455 條之24第2 項前段定有明文。參與人碟王公司代表人陳宏明、張小蕙、張炳裕於審理期日經合法傳喚未到庭，有送達證書、公示送達公告、臺灣高等法院前案案件異動查證作業、個人戶籍資料查詢結果在卷可稽(本院卷第383、397、399、401、403頁)，本院爰不待其等陳述逕行判決。

㈡按刑法第38條之1第2項增訂沒收第三人犯罪所得之立法理由，係慮及修正前犯罪所得之沒收，以屬於犯罪行為人者為限，則犯罪行為人將其犯罪所得轉予第三人情形，犯罪行為人或第三人因而坐享犯罪所得，而顯失公平正義，故擴大沒收之主體範圍，除沒收犯罪行為人取得之犯罪所得外，第三人若有修正後刑法第38條之1第2項各款所定情形時，均應沒收之，避免該第三人因此而獲利益，且考以現今社會交易型態多樣，第三人應包括自然人、法人、非法人團體，法人包括本國及外國法人，以澈底追討犯罪所得，而符合公平正義等情，為達於該條立法理由所揭櫫徹底剝奪犯罪所得以遏止犯罪誘因之目的，是除符合刑法第38條之1第5項之規定，已由行為人或上開第三人將犯罪所得已實際合法發還被害人者，始得不予宣告沒收或追徵外，均應依法宣告沒收之。本案被告係為參與人碟王公司（業經本院於第二審程序依法裁定參與本案沒收程序）實行犯罪，參與人碟王公司並因被告實行本案違法行為而獲得免於支付如附表四所示租金之利益，本院審酌認予以宣告沒收或追徵其價額，並無刑法第38條第2項所定之過苛情事，且為達該條徹底剝奪犯罪所得之立法意旨，應依刑法第38條之1第2項第3款、第3項之規定予以宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364 條、第455 條之24第2 項前段、第299 條第1 項前段，判決如主文。

本案經檢察官何宗霖提起公訴，檢察官王清杰到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　7　　月　　27　　日

刑事第十庭　　審判長法　官　陳　宏　卿
法　官　簡　芳　潔
法　官　林　美　玲

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後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（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　張　惠　彥

中　　華　　民　　國　　110　　年　　7　　月　　27　　日

①商業會計法第71條

商業負責人、主辦及經辦會計人員或依法受託代他人處理會計事務之人員有下列情事之一者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣60萬元以下罰金：

一、以明知為不實之事項，而填製會計憑證或記入帳冊。

二、故意使應保存之會計憑證、會計帳簿報表滅失毀損。

三、偽造或變造會計憑證、會計帳簿報表內容或毀損其頁數。

四、故意遺漏會計事項不為記錄，致使財務報表發生不實之結果。

五、其他利用不正當方法，致使會計事項或財務報表發生不實之結果。

②中華民國刑法第342條（背信罪）

為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科50萬元以下罰金。

前項之未遂犯罰之。

③修正前中華民國刑法第342條（背信罪）

為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人

之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科1千元以下罰金。前項之未遂犯罰之。

附表一：

編號	犯罪事實	主　　文
1	犯罪事實□即97年9月1日簽訂不實顧問委任契約書部分	廖訓誼犯商業會計法第七十一條第一款之商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪，處有期徒刑捌月。
2	犯罪事實□即98年8月10日簽訂部分不實顧問委任合約書部分	廖訓誼犯商業會計法第七十一條第一款之商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪，處有期徒刑捌月。
3	犯罪事實□即99年9月10日簽訂部分不實顧問委任合約書部分	廖訓誼犯商業會計法第七十一條第一款之商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪，處有期徒刑捌月。
4	犯罪事實□即100年9月1日簽訂部分不實顧問委任合約書部分	廖訓誼犯商業會計法第七十一條第一款之商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪，處有期徒刑捌月。
5	犯罪事實□即101年9月1日簽訂部分不實顧問委任合約書部分	廖訓誼犯商業會計法第七十一條第一款之商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪，處有期徒刑捌月。
6	犯罪事實□即102年9月1日簽訂不實顧問委任合約書部分	廖訓誼犯商業會計法第七十一條第一款之商業負責人填製不實會計憑證、記入帳冊罪，處有期徒刑玖月。

附表二：

碟王公司工程顧問費及委託採購貨物手續費							
編號	年份月份	立帳轉帳傳票			沖銷轉帳傳票		
		傳票日期/傳票編號	金額/新台幣（含稅）	卷頁	傳票日期/傳票編號	金額/新台幣（含稅）	卷頁
1	97/	97/11/25	437,850 元	偵 6691	97/12/01	595,350 元	金堂公

	09至97/11	00000000000	（顧問費）	卷㈠第106頁	00000000000	（即顧問費437,850元及採購貨物手續費157,500元，合計595,350元）	司卷㈠第183頁
		97/11/25 00000000000	157,500元（採購貨物手續費）	原審卷㈡第153頁			
2	97/12	97/12/30 00000000000	145,950元（顧問費）	偵6691卷㈠第107頁	97/12/31 00000000000	1,138,555元（內含顧問費145,950元及採購貨物手續費52,500元，合計198,450元）	金堂公司卷㈠第185頁
		97/12/30 00000000000	52,500元（採購貨物手續費）	原審卷㈡第152頁			
3	98/01	98/01/23 00000000000	145,950元（顧問費）	偵6691卷㈠第108頁	98/02/04 00000000000	202,462元（內含顧問費145,950元及採購貨物手續費52,500元，合計198,450元）	金堂公司卷㈠第188頁
		98/01/23 00000000000	52,500元（採購貨物手續費）	原審卷㈡第151頁背面			
4	98/02	98/02/25 00000000000	145,950元（顧問費）	偵6691卷㈠第108頁背面	98/03/03 00000000000	702,450元（內含顧問費145,950元及採購貨物手續費52,500元，合計198,450元）	金堂公司卷㈠第191頁
		98/02/25 00000000000	52,500元（採購貨物手續費）	原審卷㈡第151頁			
5	98/03	98/03/31 00000000000	145,950元（顧問費）	偵6691卷㈠第109頁	98/04/01 00000000000	4,527,705元（內含顧問費145,95	金堂公司卷㈠

		98/03/31 00000000000	52,500 元（採購貨物手續費）	原審卷㈡第150頁背面		0元及採購貨物手續費52,500元，合計198,450元）	第193頁
6	98/04	98/04/27 00000000000	145,950 元（顧問費）	偵6691卷㈠第109頁背面	98/05/05 00000000000	198,450 元（內含顧問費145,950元及採購貨物手續費52,500 元，合計198,450元）	金堂公司卷㈠第196頁
		98/04/27 00000000000	52,500 元（採購貨物手續費）	原審卷㈡第150頁			
7	98/05	98/05/27 00000000000	145,950 元（顧問費）	偵6691卷㈠第110頁	98/06/03 00000000000	198,450 元（內含顧問費145,950元及採購貨物手續費52,500 元，合計198,450元）	金堂公司卷㈠第198頁
		98/05/27 00000000000	52,500 元（採購貨物手續費）	原審卷㈡第149頁背面			
8	98/06	98/06/29 00000000000	145,950 元（顧問費）	偵6691卷㈠第110頁背面	98/07/02 00000000000	198,450 元（內含顧問費145,950元及採購貨物手續費52,500 元，合計198,450元）	金堂公司卷㈠第200頁
		98/06/29 00000000000	52,500 元（採購貨物手續費）	原審卷㈡第149頁			
9	98/07	98/07/22 00000000000	145,950 元（顧問費）	偵6691卷㈠第111頁	98/08/03 00000000000	248,450 元（內含顧問費145,950元及採購貨物手續費52,500 元，	金堂公司卷㈠第202頁
		98/07/22 00000000000	52,500 元（採購貨物	原審卷㈡第14			

			手續費）	8頁背面		合計198,450元）	
10	98/08	98/08/31 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第111頁背面	98/09/04 00000000000	198,450元（內含顧問費145,950元及採購貨物手續費52,500元，合計198,450元）	金堂公司卷㈠第204頁
11	98/09	98/09/23 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第112頁	98/10/01 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第206頁
12	98/10	98/10/28 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第112頁背面	98/11/03 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第208頁
13	98/11	98/11/16 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第113頁	98/12/01 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第211頁
		98/12/31 00000000000	① 198,450元（顧問費） ② 198,450元（顧問費沖11/16#7）	偵6691卷㈠第113頁背面			
14	98/12	98/12/31 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第114頁	98/12/31 00000000000	9,399,798元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第213頁
15	99/01	99/01/29 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第115頁	99/02/05 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠

							第 216 頁
16	99/02	99/02/26 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 115 頁背面	99/03/08 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第 218 頁
17	99/03	99/03/09 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 116頁	99/03/31 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第 220 頁
18	99/04	99/04/30 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 116 頁背面	99/05/04 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第 222 頁
19	99/05	99/05/31 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 117頁	99/06/08 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第 224 頁
20	99/06	99/06/22 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 117 頁背面	99/07/01 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第 226 頁
21	99/07	99/07/07 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 118頁	99/08/03 00000000000	228,931 元（內含顧問費 198,450元）	金堂公司卷㈠第 228 頁
22	99/08	99/08/20 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 118 頁背面	99/09/02 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第 230 頁
23	99/09	99/09/17 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 119頁	99/10/06 00000000000	1,307,084 元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第 232 頁

24	99/10	99/10/06 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第119頁背面	99/11/04 00000000000	215,947元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第235頁
25	99/11	99/11/24 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第120頁	99/12/09 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第237頁
26	99/12	99/12/13 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第120頁背面	100/01/03 00000000000	243,450元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第239頁
27	100/01	100/01/31 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第121頁	100/02/10 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第241頁
28	100/02	100/02/17 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第121頁背面	100/03/11 00000000000	201,443元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第243頁
29	100/03	100/03/28 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第122頁	100/05/31 00000000000	2,478,899元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第245頁
30	100/04	100/04/21 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第122頁背面	100/04/01 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第248頁
31	100/05	100/05/31 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第123頁	100/05/04 00000000000	230,626元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第250頁
32	100/06	100/06/10 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第	100/06/30 00000000000	3,141,737元（內含顧	金堂公司卷㈠

				123 頁背面		問費198,450元）	第 252 頁
33	100/07	100/07/22 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 124頁	100/08/02 00000000000	2,859,853 元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第 255 頁
34	100/08	100/08/24 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 124 頁背面	100/09/07 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第 258 頁
35	100/09	100/09/22 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 125頁	100/09/30 00000000000	5,262,815 元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第 260 頁
36	100/10	100/10/07 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 125 頁背面	100/11/01 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第 263 頁
37	100/11	100/11/08 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 126頁	100/12/01 00000000000	198,450元	金堂公司卷㈠第 265 頁
38	100/12	100/12/06 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 126 頁背面	101/01/02 00000000000	9,647,807 元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第 267 頁
39	101/01	101/01/10 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 127頁	101/01/31 00000000000	4,703,821 元（內含顧問費198,450元）	金堂公司卷㈠第 269 頁
40	101/02	101/02/07 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 127 頁背面	101/04/10 00000000000	1,198,893 元（內含顧問費396,900 元）	金堂公司卷㈠第 273 頁

41	101/03	101/03/06 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 128頁		【註：198,450×2 ＝ 369,900】	
42	101/04	101/04/12 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 128 頁背面	101/10/09 00000000000	1,549,396 元（內含顧問費1,190,700 元 ）【註：198,450×6＝1,190,700】	金堂公司卷㈠第 280 頁
43	101/05	101/05/09 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 129頁			
44	101/06	101/06/08 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 129 頁背面			
45	101/07	101/07/11 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 130頁			
46	101/08	101/08/09 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 130 頁背面			
47	101/09	101/09/25 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 131頁			
48	101/10	101/10/08 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 131 頁背面	101/12/20 00000000000	879,789 元（內含顧問費 595,350 元）【註：198,450×3 ＝ 595,350】	金堂公司卷㈠第 285 頁
49	101/11	101/11/15 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 132頁			
50	101/12	101/12/12 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第			

				132 頁背面			
51	102/01	102/01/14 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 133頁	102/05/10 00000000000	2,392,167元（內含顧問費793,800元）【註：198,450×4 ＝ 793,800】	金堂公司卷㈠第 290 頁
52	102/02	102/02/06 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 133 頁背面			
53	102/03	102/03/20 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 134頁			
54	102/04	102/04/17 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 134 頁背面			
55	102/05	102/05/03 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 135頁	102/12/27 00000000000	1,587,600元（應付及其他應收款對沖）	偵6691卷㈠第172 頁背面
56	102/06	102/06/05 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 135 頁背面			
57	102/07	102/07/03 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 136頁			
58	102/08	102/08/12 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 136 頁背面			
59	102/09	102/09/30 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第 137頁			
	102/	102/10/04	198,450元	偵 6691			

60	10	00000000000		卷㈠第137 頁背面			
61	102/11	102/11/18 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第138頁			
62	102/12	102/12/09 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第138 頁背面			
63	103/01	103/01/10 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第139頁	103/08/26 00000000000	1,587,600元（應付及其他應收款對沖）	偵6691卷㈠第173頁
64	103/02	103/02/20 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第139 頁背面			
65	103/03	103/03/25 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第140頁			
66	103/04	103/04/25 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第140 頁背面			
67	103/05	103/05/19 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第141頁			
68	103/06	103/06/17 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第141 頁背面			
69	103/07	103/07/16 00000000000	198,450元	偵 6691 卷㈠第142頁			

70	103/08	103/08/21 00000000000	198,450元	偵6691卷㈠第142頁背面			

附表三

編號	年度	房屋租賃契約簽訂日期/卷頁		顧問委任合約書簽訂日期/卷頁	
1	98	98年8月27日（租期：98年9月1日至99年8月31日）	偵6691卷一第50頁背面、55頁背面	98年8月10日	偵6691卷一第33頁背面
2	99	99年10月6日（租期：99年9月1日至100年8月31日）	同上卷第60頁背面、66頁	99年9月10日	原審卷㈠第42頁
3	100	100年8月15日（租期：100年9月1日至101年8月31日）	同上卷第68頁背面、71頁背面	100年9月1日	偵6691卷一第35頁背面
4	101	101年8月15日（租期：101年9月1日至102年8月31日）	同上卷第77頁背面、74頁背面	101年9月1日	同上卷第37頁背面

附表四(碟王公司所受利益之計算)

編號	犯罪期間	金額
1	97年9月1日簽訂一年顧問委任契約部分	(每月顧問費139,000元×1.05)×12個月，共1,751,400元
2	98年8月10日簽訂一年顧問委任合約部分	(每月顧問費139,000元×1.05)×12個月，共1,751,400元

（續上頁）

3	99年9月10日簽訂一年顧問委任合約部分	(每月顧問費139,000元x1.05)x12個月，共1,751,400元
4	100年9月1日簽訂一年顧問委任合約部分	(每月顧問費139,000元x1.05)x12個月，共1,751,400元
5	101年9月1日簽訂一年顧問委任合約部分	(每月顧問費139,000元x1.05)x12個月，共1,751,400元
6	102年9月1日簽訂一年顧問委任合約部分	(每月顧問費189,000元x1.05)x12個月，共2,381,400元
		合計11,138,400元