臺灣高等法院刑事判決

107年度金上重更一字第20號

上　訴　人　臺灣臺北地方檢察署檢察官
上　訴　人
即　被　告　吳萬發
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　林文凱律師(法律扶助律師)
上　訴　人
即　被　告　杜成功
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　袁啟恩律師
　　馬在勤律師

上列上訴人等因被告等違反證券交易法等案件，不服臺灣臺北地方法院103年度金重訴字第9號，中華民國104年5月28日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署102年度偵字第2417號、第4904號、102年度偵緝字第1593號、103年度偵字第637號、第638號、第639號、第651號、第4714號、第4715號、第4902號、第4903號）提起上訴暨移送併辦審理（臺灣新北地方檢察署104年度偵字第27325號），本院判決後經最高法院第一次發回更審，及臺灣臺北地方檢察署106年度偵字第31431號移送併案審理，本院更為判決如下：

主　文

原判決關於杜成功部分，及吳萬發違反證券交易法部分，均撤銷。

吳萬發共同犯證券交易法第一百七十一條第一項第三款之董事特別背信罪，處有期徒刑二年。

杜成功共同犯證券交易法第一百七十一條第一項第二款之不合營業常規交易罪，處有期徒刑二年，緩刑五年，並應於本判決確定

後六個月內，向公庫支付新臺幣八十萬元。

犯罪事實

一、漢康科技股份有限公司（下稱漢康公司）為公開發行股票之上櫃公司，張嘉元（於民國104年2月24日死亡，業經原審判決公訴不受理確定）於100年1月13日至102年6月26日期間擔任漢康公司董事（其中100年6月28日至101年5月24日期間擔任漢康公司副董事長、100年8月1日至100年10月29日期間則擔任副董事長兼總經理），為公司負責人。吳萬發係合豐節能科技股份有限公司（下稱合豐公司）負責人，亦為虹光聯合光電科技股份有限公司（登記負責人洪天良，下稱虹光公司）管理事物並綜攬該公司業務，在其執行職務範圍內係虹光公司負責人。張有田（違反商業會計法部分，業經判處罪刑確定）為科丞科技有限公司（負責人邱惟寧，下稱科丞公司）經理，其於執行職務範圍內，亦為科丞公司負責人。黃聖勻（違反商業會計法部分，業經判處罪刑確定）則為均寶科技有限公司（下稱均寶公司）負責人張進昌授權、同意對外以均寶公司名義從事業務交易行為之經理人，在執行職務範圍內，亦為均寶公司負責人。杜成功係柏格總業國際股份有限公司（下稱柏格公司）負責人，亦為楚觀企業有限公司（登記負責人陳孟如，下稱楚觀公司）管理事物並綜攬該公司業務，在其執行職務範圍內係楚觀公司負責人。

二、吳萬發明知張嘉元係漢康公司董事，受漢康公司及全體股東委任處理事務，負有忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，竟仍與張嘉元共同意圖為自己不法之利益，基於填製不實會計憑證、不合營業常規交易、董事特別背信罪之犯意聯絡，而為下列分工行為：

(一)合豐公司→漢康公司→科丞公司→合豐公司或虹光公司之交易模式：

1. 吳萬發商請合豐公司下包廠商科丞公司經理張有田配合進行虛偽循環交易，張有田明知商業負責人應據實填製會計憑證，惟礙於科丞公司與吳萬發經營之合豐公司有業務往來，

復經吳萬發允諾負責全部資金，竟於未瞭解交易原由下，即答應加入吳萬發、張嘉元共同明知為不實事項而填製會計憑證之犯意聯絡，配合吳萬發進行虛偽交易事宜。

2.隨後張嘉元指示不知情之漢康公司員工製作不實之進、出貨相關會計憑證；吳萬發則指示不知情之合豐公司、虹光公司員工開立進、出貨相關會計憑證；張有田亦依吳萬發指示開立科丞公司之相關進、出貨會計憑證（前開合豐公司→漢康公司→科丞公司→合豐公司或虹光公司之虛偽循環交易進銷貨時間、品名、數量、金額、付款條件等事項及相關會計憑證、表單，均詳如附表一所示），以無實際貨物進出之方式，使漢康公司先後於100年6月24日、7月27日將新臺幣（下同）607萬6940元（第1筆交易應付貨款含稅原應為590萬6250元，多出之部分應為第2筆交易之預付貨款17萬0625元、匯款手續費65元）、975萬1875元（第2筆交易應付貨款含稅原應為992萬2500元，但應扣除100年6月24日已先行給付之預付貨款17萬0625元）匯入合豐公司日盛商業銀行敦化分行第0000000000000號帳戶內（起訴書第14頁「匯款至合豐公司臺灣土地銀行內湖分行第000000000000號帳戶」應予更正，下同），吳萬發隨即依違背漢康公司董事職務之張嘉元指示，提領該帳戶內前開自漢康公司取得之全數款項，並交付予不知情之王旭東，由其轉交張嘉元供其個人週轉使用。

3.漢康公司銷貨至科丞公司部分，應收帳款為1628萬6025元（607萬6875元+1020萬9150元，均含稅），經科丞公司分別於100年8月2日、同年月16日給付607萬6875元、350萬，漢康公司僅收回貨款957萬6875元，但漢康公司給付合豐公司共1582萬8815元（607萬6940元+975萬1875元），故漢康公司因上開虛偽循環交易受有損害625萬1940元（1582萬8815元-957萬6875元）。惟吳萬發嗣以科丞公司名義，於101年3月23日、同年4月30日分別清償18萬元，以稍彌補漢康公司因上開交易所受之損害。

(二)合豐公司→漢康公司→虹光公司之交易模式：

1.嗣因張有田拒絕再配合進行前述交易模式，吳萬發乃於100年9月初某日，改以自己得管理事物並綜攬公司業務之虹光公司，作為漢康公司虛偽銷貨之公司，承前揭與張嘉元共同意圖為自己不法之利益，填製不實會計憑證、不合營業常規交易及董事特別背信之犯意聯絡，由張嘉元指示不知情之漢康公司員工製作不實之進、出貨相關會計憑證；吳萬發則指示不知情之合豐公司員工、虹光公司登記負責人洪天良開立進、出貨相關會計憑證（前開合豐公司→漢康公司→虹光公司之虛偽循環交易進銷貨時間、品名、數量、金額、付款條件等事項及相關會計憑證、表單，均詳如附表二所示），以無實際貨物進出之方式，使漢康公司於100年9月16日將貨款850萬5000元（含稅）以開立彰化銀行國內不可撤銷信用狀方式給付，嗣經撥款至合豐公司日盛商業銀行敦化分行第00000000000000號帳戶。吳萬發旋即依違背漢康公司董事職務之張嘉元指示，提領該帳戶內前開自漢康公司取得之全數款項，並交付予不知情之王旭東轉交張嘉元供其個人週轉使用。

2.漢康公司銷貨至虹光公司部分，應收帳款為892萬0800元（含稅），但未獲付款，且其給付合豐公司共850萬5000元，故漢康公司因上開虛偽循環交易即受有850萬5000元之損害。惟吳萬發嗣以虹光公司名義，於101年3月23日、同年4月30日分別清償20萬元，以稍彌補漢康公司因上開交易所受之損害。

(三)均寶公司→合豐公司→漢康公司→均寶公司之交易模式：

1.吳萬發於100年10月上旬之某日，商請均寶公司經理黃聖勻配合進行虛偽循環交易，黃聖勻明知商業負責人應據實填製會計憑證，惟念及吳萬發曾借貸資金供黃聖勻週轉，竟於未瞭解交易原由及相關細節下，即答應加入吳萬發、張嘉元共同基於明知為不實事項而填製會計憑證之犯意聯絡，配合吳萬發進行虛偽交易事宜。

2. 吳萬發、張嘉元承前揭共同意圖為自己不法之利益，填製不實會計憑證、不合營業常規交易及董事特別背信之犯意聯絡，由張嘉元指示不知情漢康公司員工製作不實之進、出貨相關會計憑證；吳萬發則指示不知情合豐公司員工填製不實之進、出貨相關會計憑證；黃聖勻亦依吳萬發指示填製不實採購單等會計憑證（前開均寶公司→合豐公司→漢康公司→均寶公司之虛偽循環交易進銷貨時間、品名、數量、金額、付款條件等事項及相關表單，均詳如附表三所示），以無實際貨物進出之方式，使漢康公司於100年10月19日將前開貨款477萬5400元（含稅）以開立彰化銀行國內不可撤銷信用狀方式給付，嗣經撥款至合豐公司日盛商業銀行敦化分行第0000000000000號帳戶。吳萬發在取得前開漢康公司支付之貨款後，即依違背漢康公司董事職務之張嘉元指示，將款項全數以提領現金方式交付不知情之王旭東轉交張嘉元，供作其個人資金週轉使用。

3. 漢康公司銷貨至均寶公司部分，應收帳款為492萬3343元（417萬6478元+74萬5856元，均含稅），但未獲付款，且其給付合豐公司共477萬5400元（405萬0900元+72萬4500元），故漢康公司因上開虛偽循環交易即受有477萬5400元之損害。惟吳萬發嗣以虹光公司名義，於101年3月23日、同年4月30日分別清償12萬元，以稍彌補漢康公司因上開交易所受之損害。

（四）「嘉義縣政府LED電子看板安裝採購計畫」（下稱嘉義縣政府採購計畫）：

1. 因張嘉元仍需錢孔急，吳萬發於知悉嘉義縣政府即將採購並安裝大量LED電子看板後，乃於100年8月間與張嘉元謀議利用嘉義縣政府採購計畫之名義，於該計畫招標公告前，先由漢康公司虛偽向合豐公司採購LED電子看板等材料，並宣稱待日後漢康公司得標後，即會將此工程轉包予合豐公司，藉此交易使漢康公司預付加計營業稅後總價955萬0800元之一半貨款（即477萬5400元）予合豐公司，使張嘉元取得供個

人支用之資金。

2. 吳萬發、張嘉元旋承前共同意圖為自己不法之利益，填製不實會計憑證、不合營業常規交易及董事特別背信之犯意聯絡，由張嘉元交辦予不知情漢康公司員工填製相關進貨之不實會計憑證；吳萬發亦指示不知情合豐公司員工填製相關出貨之不實會計憑證（前開漢康公司虛偽進貨、合豐公司虛偽銷貨時間、品名、數量、金額、付款條件等事項及相關表單，均詳如附表四所示），漢康公司並於100年8月10日，將前述477萬5400元預付貨款匯至合豐公司臺灣土地銀行內湖分行第000000000000號帳戶內。吳萬發在取得前開漢康公司支付之貨款後，即依違背漢康公司董事職務之張嘉元指示，自前述合豐公司帳戶內提領710萬元（含上開漢康公司預付貨款477萬5400元），交由不知情之王旭東轉交張嘉元供其個人週轉使用。

3. 嘉義縣政府於100年9月30日就上開採購計畫公開招標，同年10月14日上午10時進行開標，並於100年11月15日公告決標情形，然漢康公司在前階段資格程序審格時即遭排除而未得標，合豐公司則未依約交付漢康公司採購之「戶外型LED全採顯示屏」、「LED廣告看板」，亦未施作鋼結構及管線配置工程施工，且未返還漢康公司前述預付貨款，漢康公司因上開虛偽交易受有損害477萬5400元。

(五)國家射擊訓練基地公西靶場工程（下稱公西靶場工程）：

1. 合豐公司原欲向名冠科技工程股份有限公司（下稱名冠公司）承攬交通部臺灣區國道新建工程局委託興建之公西靶場工程，惟因資金不足，吳萬發乃商請張嘉元先以漢康公司名義，向名冠公司承攬公西靶場工程之水電、空調工程部分，再轉包予合豐公司承作。張嘉元同意上開提議，並於100年8月18日代表漢康公司與名冠公司簽訂承攬契約，約定漢康公司以2億3000萬元（起訴書誤載為2300萬元，應予更正）向名冠公司承包公西靶場工程之水電、空調工程部分，並提供履約保證金2300萬元（其中1500萬元為銀行本票或電匯現

金，另開立面額200萬元支票共4張）。張嘉元嗣與吳萬發簽訂承攬契約，以2億1160萬元將上開工程轉包予合豐公司，並約定漢康公司需預付合豐公司工程款3000萬元（第1階段於簽約時預付工程款1500萬元，第2階段於100年9月30日前預付工程款1500萬元）。

2. 吳萬發與張嘉元均明知漢康公司給付合豐公司之預付工程款，應用於承包公西靶場工程之水電、空調工程施作相關用途上，若予挪用，相關工程勢必無法完成，漢康公司將因違約遭受處罰，然因張嘉元需錢孔急，遂與吳萬發意圖為自己不法利益，基於違背張嘉元身為漢康公司董事職務之行為，致漢康公司遭受500萬元以上損害之故意，由張嘉元指示不知情之漢康公司人員，先後於100年8月19日、23日、31日匯款1500萬元、1000萬元、500萬元至合豐公司臺灣土地銀行內湖分行第000000000000號帳戶。吳萬發則依張嘉元指示，於100年8月19日、22日、23日、9月5日接續從上開合豐公司帳戶內提領500萬元、200萬元、300萬元、55萬元、500萬元、100萬元現金交由不知情之王旭東轉交張嘉元供其個人週轉使用，並另於100年8月24日匯款100萬元至張嘉元指定之中國信託商業銀行帳戶（帳號：000000000000號），及陸續將預付工程款交付張嘉元花用。合豐公司因款項遭挪用導致營運資金不足，工程進度遲延而無法履約。縱漢康公司於101年4月30日、5月31日、6月14日、7月24日再另給付追加工程款298萬7853元、14萬9391元、170萬元、10萬5000元予合豐公司（如附表五所示）亦無法改善。嗣名冠公司、漢康公司與合豐公司於同年7月2日開會協議，由漢康公司於同年11月30日簽訂工程拋棄協議書，並因此遭名冠公司沒收履約保證金1500萬元。

3. 漢康公司因公西靶場工程，陸續支付預付工程款、追加工程款予合豐公司共計3494萬2244元，並遭名冠公司沒收履約保證金1500萬元，扣除漢康公司已自名冠公司收取之工程款561萬0738元（名冠公司並未給付第5期工程款，起訴書誤載為

584萬9457元，應予更正），漢康公司因上開張嘉元違背職務之行為，受有損害4433萬1506元（3494萬2244元+1500萬元-561萬0738元）。

三、杜成功於100年1月間以柏格公司名義，向法商LAMPE BERGER公司購買價值約6700萬元之精油，於100年7月間結識張嘉元後，明知張嘉元係漢康公司董事，受漢康公司及全體股東委任處理事務，負有忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，竟仍與張嘉元共同基於填製不實會計憑證、不合營業常規交易及董事特別背信之犯意聯絡，利用買賣精油之名義進行柏格公司→漢康公司→楚觀公司模式之虛偽交易，分述如下：

(一)第1次交易

100年7月底，張嘉元指示不知情之漢康公司員工製作不實之進、出貨相關會計憑證；杜成功則指示不知情之柏格公司員工、楚觀公司登記負責人陳孟如開立進、出貨相關會計憑證（進銷貨時間、品名、數量、金額、付款條件等事項及相關表單，均詳如附表六編號6-1、6-2所示），由柏格公司以指示交付之方式，於同一倉庫內將精油移轉至楚觀公司之倉位，惟仍係於杜成功持有支配之下。漢康公司則於100年8月1日將前開貨款943萬4880元（含稅）匯至柏格公司合作金庫銀行民權分行第0000000000000號帳戶內，杜成功再於同日自該帳戶提取現金943萬元交付王旭東，再由王旭東依張嘉元指示，將其中343萬元現金交予張嘉元、剩餘600萬元存入張嘉元設於中國信託銀行營業部第0000000000000帳戶內（起訴書所載「00000000000帳戶」，應予更正），供作其個人資金週轉使用。而漢康公司將該批精油銷售楚觀公司部分，應收帳款為982萬8000元，然遲至100年9月1日進行下述第2次交易時，楚觀公司始將該筆款項交付漢康公司（如後述）。

(二)第2次交易

同年8月25日杜成功依張嘉元指示，以柏格公司名義至彰化

銀行木柵分行申設帳戶（帳號00000000000000號）以供存提漢康公司所給付之預付貨款之用；同年8月底，兩人再承前開犯意，由張嘉元指示不知情之漢康公司員工製作不實之進、出貨相關會計憑證；杜成功則指示不知情之柏格公司員工、楚觀公司登記負責人陳孟如開立進、出貨相關會計憑證（進銷貨時間、品名、數量、金額、付款條件等事項及相關表單，均詳如附表六編號6-3、6-4所示），以無實際貨物進出之方式，使漢康公司於100年8月29日開立彰化銀行國內不可撤銷信用狀方式給付柏格公司預付貨款1466萬3250元（含稅），再撥款至柏格公司彰化銀行木柵分行第00000000000000號帳戶內。杜成功隨即於同日（起訴書誤載為「100年8月31日」，應予更正）指示不知情之柏格公司員工金煌，自該帳戶提領現金500萬元交予不知情之王旭東轉交張嘉元；餘945萬元則轉存至楚觀公司設於華泰銀行東湖分行支票帳戶（帳號：0000000000000號），再由楚觀公司開立面額982萬8000元（起訴書誤載為「982萬元」，應予更正）之支票予漢康公司，作為楚觀公司支付漢康公司如附表六編號6-2所示之第1次精油交易貨款。而漢康公司就第2次交易購入精油轉銷售楚觀公司部分，應收帳款為1543萬5000元，楚觀公司並未給付漢康公司。

(三)第3、4次交易

同年10月初及10月中旬，兩人又分別承前開犯意，以相同模式指示不知情之漢康公司員工、柏格公司員工、楚觀公司登記負責人陳孟如開立進、出貨相關會計憑證（進銷貨時間、品名、數量、金額、付款條件等事項及相關表單，均詳如附表六編號6-5、6-6、6-7、6-8所示）。漢康公司則先後於100年10月13日、17日以開立彰化銀行國內不可撤銷信用狀方式，給付柏格公司前開第3、4筆交易之預付貨款201萬9938元（含稅）、1002萬4875元（含稅），並於撥款至上開柏格公司設於彰化銀行木柵分行帳戶後，杜成功即指示不知情之柏格公司員工金煌自該帳戶提領200萬元、300萬元、100萬

元現金交予不知情之王旭東轉交張嘉元。而漢康公司就第3、4次交易購入精油轉銷售楚觀公司部分，應收帳款分別為212萬6250元、1055萬2500元，楚觀公司並未給付漢康公司。

(四)漢康公司因上開4次虛偽交易，對楚觀公司有應收帳款2811萬3750元（1543萬5000元+212萬6250元+1055萬2500元）未依約收回。但漢康公司給付柏格公司共3614萬2943元（943萬4880元+1466萬3250元+201萬9938元+1002萬4875元），扣除楚觀公司清償第1次交易之貨款982萬8000元計，漢康公司因前揭虛偽交易受有損害2631萬4943元（3614萬2943元-982萬8000元），致漢康公司遭受重大財產損害。惟杜成功嗣於101年3月間代表楚觀公司與漢康公司達成協議，由楚觀公司辦理進貨退回，並將第2至4次交易中取得之精油存貨共計1萬7850箱全部移轉由漢康公司取得，以彌補漢康公司因上開交易所受之損害。

理　由

壹、證據能力部分：

一、被告吳萬發及其辯護人雖爭執本案證人於調查官詢問時所為證述之證據能力（見本院更一審卷一第110、300頁），然查：

(一)證人張嘉元部分：

查證人即同案被告張嘉元業已於104年2月24日死亡，有佛教慈濟醫療財團法人大林慈濟醫院診斷證明書、死亡證明書在卷可稽（見原審卷五第113-114頁）。觀之張嘉元調查官詢問筆錄，係經由調查官以一問一答方式製作，且均能為連續陳述，足認其於詢問時之精神狀態良好，顯係出於自由意思，尚非調查官以不正方法取得，自具有可信之特別情況。併參酌張嘉元於調詢時之陳述，攸關被告吳萬發、杜成功所涉虛偽循環交易之具體過程，亦具有證明犯罪事實存否之必要性，是張嘉元之調詢陳述，依刑事訴訟法第159條之3第1款規定，自有證據能力。

(二)證人尹德憲、郭恬安、戴嘉伶、王旭東、江惠美、彭一修、張仙樺、邱惟寧、吳志偉、羅宇舟、洪賢明、黃聖勻、賴萬益、張有田部分：

被告吳萬發及其辯護人於本院審判程序時稱：....證人陳俞伶、洪天良於調查官詢問時之證述無證據能力，其餘部分（證人尹德憲、郭恬安、戴嘉伶、王旭東、江惠美、彭一修、張仙樺、邱惟寧、吳志偉、羅宇舟、洪賢明、黃聖勻、賴萬益、張有田於調查官詢問時之證述）之證據能力均無意見等語（見本院更一審卷二第75頁），本院復查無不當之情形，依刑事訴訟法第159條之5規定，認均有證據能力。

二、其他本件據以認定犯罪事實之所有證據，檢察官、被告二人及其等之辯護人未爭執證據能力（見本院更一審卷一第110、300、314、323-325頁、卷二第75、79、81、83-88、91-96頁），復經本院審酌並無不適當之情形，依刑事訴訟法第159條之5規定，均有證據能力。

貳、實體部分

一、漢康公司為公開發行股票之上櫃公司，張嘉元於100年1月13日至102年6月26日期間擔任漢康公司董事（其中100年6月28日至101年5月24日期間擔任漢康公司副董事長、100年8月1日至100年10月29日期間則擔任副董事長兼總經理），依公司法第8條第1項之規定，為漢康公司之公司負責人，且為從事業務之人等情，業據證人即同案被告張嘉元證述在卷(偵緝字第1593號其他資料卷一第104-105頁)，並有卷附漢康公司經濟部商業司登記資料查詢表在卷可稽（見偵字第2417號卷二第103之1頁、偵緝字第1593號其他資料卷四第107-108頁），堪認屬實。又被告吳萬發係合豐公司負責人，亦係為虹光公司管理事物並綜攬該公司業務之實際負責人；同案被告張有田為科丞公司總經理；同案被告黃聖勻為均寶公司經理人；被告杜成功係柏格公司負責人，亦係為楚觀企業有限公司管理事物並綜攬該公司業務之實際負責人等情，分別為被告吳萬發、杜成功所不爭執（見本院更一審卷一第272、3

25頁），復經證人即共同被告張有田、黃聖勻、證人邱惟寧、洪天良於檢察官偵訊時證述屬實（見偵緝字第1593號筆錄卷二第3、5、20頁、偵字第2417號卷四號第318-319、325頁），亦均可認定。是被告吳萬發、杜成功除分別係合豐公司、柏格公司負責人外，其等二人及同案被告張有田、黃聖勻於其執行業務範圍內，亦分係虹光公司、楚觀公司、科丞公司、均寶公司之負責人，均屬商業會計法第4條所定之商業負責人。

二、被告吳萬發被訴填製不實會計憑證、不合營業常規交易、特別背信罪部分：

(一)客觀交易事實之認定

1. 前揭犯罪事實欄二（一）至（五）所示之客觀交易事實（含時間、品項、數量、金額、各項會計憑證與其他表單、付款條件等項），業據被告吳萬發坦認在卷（見本院更一審卷一第325-329頁），核與證人即同案被告張有田、黃聖勻、賴萬益、證人邱惟寧、尹德憲、陳俞伶、郭恬安於偵查、原審之證述相符（見偵字第2417號卷四第303-304、320-321頁、偵緝字第1593號筆錄卷一第5-6、60、68、72-74頁、卷二第3-6、65-66、145-146頁、原審卷五第64-69、73-77、129-133頁）。

2. 另被告吳萬發於附表一至四所示時間，分別填製合豐公司、虹光公司各附表內「相關表單出處」欄所示會計憑證，亦經其於偵查時坦承不諱（見偵緝字第1593號其他資料卷一第60-61頁、筆錄卷一第14-15頁、警聲搜字第1627號卷第70頁、他字第11524號卷第34頁），證人即虹光公司負責人洪天良亦於偵查時證稱：虹光公司有無向漢康公司購買LED球泡燈我不清楚，是被告吳萬發處理的，吳萬發有請我在採購單上簽名，因為當時我是負責人，吳萬發叫我簽名我就簽了....虹光公司與漢康公司間LED交易，是被告吳萬發和漢康公司接洽的，他說合豐公司要跟漢康公司買LED燈，如果經過虹光公司的話，可以讓虹光公司有業績，所以我同意在報價單

上蓋章，訂購單是合豐公司陳小姐email給我的，請我在上面蓋章....不過我從頭到尾沒有看到貨，也沒有金流....虹光公司開給合豐公司的發票是被告吳萬發叫我寫的，我們公司只有我一個人，所有交易都要我蓋章....被告吳萬發叫我怎麼開發票，我就照他的意思，我也搞不清楚，但實際上虹光公司沒有實際出貨等語（見偵緝字第1593號筆錄卷二第20頁反面、偵字第2417號卷四第325-326頁、原審卷五第86-88頁）。

3.此外，復有漢康公司PURCHASE ORDER、確認單、傳票、請款單、合豐公司統一發票、報價單、漢康公司臺幣活期性存款明細、漢康公司營業人變更登記查簽表、登記人設立（變更）登記申請書、漢康公司變更登記表、徐景星等人在漢康公司任職期間及職務表、科丞公司與漢康、合豐、虹光公司交易往來資料、漢康公司供應商維護表-合豐公司、漢康公司客戶維護檔案-科丞公司、虹光公司資料、科丞公司與漢康公司之買賣契約書、漢康公司臺幣活期性存款明細、嘉義縣政府公開招標公告、決標公告、名冠公司與漢康公司之公西靶場水電、空調工程契約、漢康公司與合豐公司之公西靶場水電、空調工程契約、公西靶場工程投資須知、名冠公司之經濟部商業司公司資料查詢表、財團法人金融聯合徵信中心公司登記資料、名冠公司基本資料查詢、漢康公司中國信託銀行桃園分行第000000000000號帳戶存摺影本、請款單（工程預付款1500萬元）、漢康公司合作金庫銀行第0000000000000號帳戶存摺影本、交易明細、請款單（有關工程預付款1,000萬元部分、漢康公司中國信託銀行桃園分行第000000000000號帳戶存摺影本、請款單（工程預付款500萬元部分）、合豐公司土地銀行內湖分行第000000000000號帳戶存摺影本及交易明細表（即扣押物編號1-1）、101年4月間合豐公司追加工程款298萬7828元之請款申請書及漢康公司簽呈（即扣押物品編號4-3-4）、名冠公司101年6月29日郵局存證信函、101年11月30日漢康公司簽署之工程拋棄協議

書、101年7月2日公西靶場會議紀錄等存卷可佐（見偵字第2417號卷三第31-33、149-152頁、卷四第27、83-85、92、229頁、卷六第1-13-1、16-26、114、282、274-279、281-282、287-290、293-295、300-304、307、309、313-316頁、警聲搜字第1627號卷第181-184頁、偵緝字第1593號其他資料卷二第192-194頁、卷三第20-33、58、141-146頁、卷四第107-108頁、偵緝字第1593號筆錄卷二第8-17、175、184頁、偵緝字第1593號銀行資料卷第64-67、124-137頁、他字第1149號卷第10-20、26、29、32、37、50-55、76頁、原審卷二第64-71頁），及如附表一至四「相關交易表單出處」欄、附表五「出處」欄所載相關書證附卷可稽，是上開交易過程之客觀事實，均堪認定。

(二)被告吳萬發將合豐公司收取之款項交付張嘉元

被告吳萬發於合豐公司取得漢康公司支付之款項後，均依同案被告張嘉元之指示，先後交予張嘉元之事實，亦據被告吳萬發坦承在卷（見原審卷七第123、126-127頁、本院更一審卷第325-329頁），核與證人王旭東、證人即同案被告洪賢明分別於調詢、偵訊、原審審理時所為證述內容相符（見偵字第2417號卷四第3-5頁、卷五第91-92頁、偵緝字第1593號筆錄卷一第95頁、卷二第51-53頁、原審卷五第82-85頁），並有通訊監察譯文、臺灣土地銀行內湖分行103年1月14日內密字第10300000004號函及所附合豐公司帳戶存款交易明細等在卷可稽（見偵字第2417號卷三第31-32、149-152頁、卷四第7-8、83-85頁、偵緝字第1593號銀行資料卷第124-137頁），是此部分事實亦堪認定。

(三)犯罪事實二、（一）至（四）部分

1.虛偽交易：

(1)前開犯罪事實二、（一）至（四）所載合豐公司、漢康公司、科丞公司、均寶公司、虹光公司間之交易，均係虛偽交易等情，業據被告吳萬發於偵查時坦認無誤，並明確供稱：在紙上作業期間，也就是100年6月29日、9月29日及10月28

日，漢康公司、合豐公司及科丞、虹光、均寶等公司之間的發票，都已經開立，原本金流也都要處理，但在漢康公司將貨款付給合豐公司，並由王旭東將該等貨款領走之後，張嘉元就滯留大陸了，後續金流就因為資金已被張嘉元拿走，而且合豐公司本身也沒有足夠的資金，所以金流並沒有做完，實際上科丞、虹光、均寶公司並沒有付款給漢康公司，而合豐公司實際上也沒有付款給科丞、虹光、均寶公司....這種付款方式的確不利於漢康公司，但這就是張嘉元決定的....當時講好漢康公司標到這個電子看板的採購計畫，會下包給我們合豐公司來施作....錢一進來張嘉元就拿走，本來也沒有要實際交易，轉一手而已...我印象中是配合張嘉元做的，是張嘉元提出的，應該是他缺錢等語明確（見偵緝字第1593號其他資料卷一第60-61頁、筆錄卷一第14-15頁、卷二第56頁、他字第11524號卷第34頁、偵字第2417號卷四第79-81、299-300頁），核與證人即同案被告張嘉元、張有田、洪天良、黃聖勻、洪賢明、陳俞伶、郭恬安於偵查、原審所為之證述相符（見偵緝字第1593號其他資料卷一第105頁、筆錄卷一第68-69、73-74頁、筆錄卷二第52、145-146頁、偵字第2417號卷四第303-304、325-326頁、原審卷一第95頁、卷五第64-67、73-74、85、87-88頁），復有前述所載相關書證在卷可佐。

(2)其中關於嘉義縣政府採購計畫部分，由前述政府招標文件觀之，嘉義縣政府採購計畫係於100年9月30日始公告招標事宜，漢康公司與合豐公司竟於嘉義縣政府採購計畫公告招標前近2個月時，即先由漢康公司向合豐公司採購LED電子看板等材料，使漢康公司預付加計營業稅後總價955萬0800元之50%貨款（即477萬5400元）予合豐公司，其於未確定得標之際即訂約並撥出大量款項購買非本業之品項，已然不符商業運作之常情；且漢康公司嗣未得標之原因竟為「未檢附資格或不符規定」，意即在前階段資格程序審格時即遭排除，此有前揭嘉義縣政府公開招標公告、決標公告附卷可稽，更顯

見張嘉元自始並無使漢康公司取得上開標案之打算。再參以被告吳萬發前開自白，可徵同案被告張嘉元使漢康公司與合豐公司簽約並預付貨款，無非係為藉嘉義縣政府採購計畫名義，經由被告吳萬發之配合而取得漢康公司撥付之款項。是漢康公司向合豐公司採購LED電子看板等材料之交易，應係虛偽不實交易，該筆交易相關會計憑證亦均屬不實。

(3)綜上所述，足徵犯罪事實二、（一）至（四）所示之交易均屬虛偽，其相關之會計憑證之內容亦均屬不實，堪以認定。

2.不合營業常規交易、背信行為之認定

(1)證券交易法第171條第1項第2款構成要件所稱之「不合營業常規」，為不確定法律概念，因利益輸送或掏空公司資產之手段不斷翻新，所謂「營業常規」之意涵，自應本於立法初衷，參酌時空環境變遷及社會發展情況而定，不能拘泥於立法前社會上已知之犯罪模式，或常見之利益輸送、掏空公司資產等行為態樣。該規範之目的既在保障已依法發行有價證券公司股東、債權人及社會金融秩序，則除有法令依據外，舉凡公司交易之目的、價格、條件，或交易之發生，交易之實質或形式，交易之處理程序等一切與交易有關之事項，從客觀上觀察，倘與一般正常交易顯不相當、顯欠合理、顯不符商業判斷者，即係不合營業常規，如因而致公司發生損害或致生不利益，自與本罪之構成要件該當。又證券交易法規範之目的在保障已依法發行有價證券公司股東、債權人及社會金融秩序，故公開發行股票公司需有較嚴格之內部稽核及財務揭露制度，若欲以交易外觀隱藏其他目的行為，將致公司內部會計、稽核流程及揭露制度全然失效，即為法所不許，無論其係形式上真實或虛偽交易，抑或二者兼而有之，虛實混雜，即係不合營業常規。另本罪所稱之「公司重大損害」，在金錢等財物損失方面，應以損失金額與公司規模等衡量損失是否重大。

(2)依前論述認定之事實，被告吳萬發明知同案被告張嘉元為漢康公司負責人，仍與其基於犯意聯絡，由被告吳萬發尋找交

易項目及進行虛偽循環交易之配合廠商，使漢康公司預付款項予合豐公司；並使漢康公司向合豐公司採購LED電子看板等材料而為虛偽交易，由漢康公司預付貨款予合豐公司。嗣被告吳萬發將該等款項提領交付張嘉元，讓需錢孔急之張嘉元取得資金以供支用。過程中並由被告吳萬發、同案被告張嘉元、張有田、黃聖勻等人，直接填製或間接要求所屬公司員工填製相關不實會計憑證，而營造確有交易之表象。是該等交易雖形式上具有交易外觀，但實質上買賣雙方均無交易之真意，更無貨物交付之事實，貨款方面亦僅有漢康公司以預付方式支付價金及稅費，對漢康公司而言至為不利益，顯然不符風險控管原理，欠缺正當性、合理性，明顯脫逸一般以營利為目的之公司於正當交易狀態下被期待應有或容許之作為，並確造成該公司財產上之損害。而該等貨款於進入合豐公司銀行帳戶後，全數由被告吳萬發依張嘉元之指示提領並交付，使需錢孔急之張嘉元個人取得短期資金以供支用，顯然係為圖張嘉元個人不法之利益，而共同為違背張嘉元身為漢康公司董事之職務行為。是此等交易，當均屬使漢康公司為不利益之交易，且不合營業常規，並違背張嘉元對漢康公司職務之行為自明。

(3)參以漢康公司因該等虛偽交易所付出之貨款為2430萬7740元（625萬1940元+850萬5000元+477萬5400元+477萬5400元），以漢康公司於100年間實收資本總額為2億4748萬元，現金及約當現金於99年12月31日有1億8477萬3000元，但100年12月31日僅有4517萬1000元等情，有漢康公司變更登記表、財務報表暨會計師查核報告（100年及99年度）附卷可查（見偵字第4904號卷第51-52頁、偵緝字第1593號卷其他資料卷五第58-97頁），顯已使漢康公司遭受重大財產損害。是被告吳萬發前開不合營業常規及董事特別背信犯行，堪以認定。

(四)犯罪事實二、（五）部分

1.關於公西靶場工程部分，名冠公司、合豐公司均有派員到場

施作，漢康公司亦有派人至現場監工，而預付工程款之約定亦非不符工程承攬慣例，故難認此部分交易係虛偽（詳後述不另為無罪諭知部分）。

2.又被告吳萬發明知同案被告張嘉元係漢康公司之董事，卻意圖為張嘉元不法之利益，將漢康公司撥付合豐公司之工程預付款，依張嘉元指示從合豐公司帳戶內提領之，並交由王旭東轉交張嘉元及匯款至張嘉元指定銀行帳戶，交由張嘉元花用等事實，業經被告吳萬發坦承：因為工程的預付款大部分都已經借給張嘉元，合豐公司沒有資金可以付給廠商，甚至還到處借錢....合豐公司沒有將款項還給漢康公司，錢都已經被張嘉元拿走了，我也沒辦法還....漢康公司所支付給合豐公司的3000萬元，全部都交給張嘉元了等語（見偵字第2417號卷三第24頁、偵緝字第1593號筆錄卷二第56頁、原審卷五第108頁反面）。且合豐公司原係資本額較小之公司，甚至無法提供名冠公司履約保證金，此亦為合豐公司不符公西靶場工程承包商資格之要求，必須由漢康公司出面承包該工程之原因等情，業經被告吳萬發供述屬實（見偵字第2417號卷三第24頁反面、偵緝字第1593號筆錄卷一第15頁），因此漢康公司給付合豐公司之預付工程款一旦遭挪用，必然將使合豐公司資金不足無法履約，以致工程進度遲延，勢將造成漢康公司違約而受有財產損害。被告吳萬發明知於此，仍與具有漢康公司董事身分之張嘉元共同意圖為自己之不法利益，基於違背職務行為之犯意聯絡而為上開違背張嘉元職務之行為，使合豐公司無完成原定工程進度之能力，更導致漢康公司拋棄該工程，遭名冠公司沒收履約保證金1500萬元，漢康公司因此受有損害4433萬1506元。是被告吳萬發與同案被告張嘉元共同為董事特別背信罪之犯行，亦堪認定。

(五)綜上所述，被告吳萬發與同案被告張嘉元、張有田、黃聖勻共同填製不實會計憑證，暨與張嘉元共同不合營業常規交易及董事特別背信，致漢康公司遭受重大財產損害之事實，均堪認定，均應依法論罪科刑。至被告吳萬發雖分別於101年

3、4月間以科丞公司、虹光公司及均寶公司名義，匯款每筆12萬元至20萬元不等之貨款予漢康公司（如附表一編號1-4、附表二編號2-2、附表三編號3-3所示），然其填製不實會計憑證、不合營業常規交易及董事特別背信罪犯行既均已成立，科丞公司、虹光公司及均寶公司未依原約定付款條件給付，已然造成漢康公司之重大損害，此尚不因事後以小額給付方式，稍微填補漢康公司損害而有異，併予敘明。

三、被告杜成功被訴填製不實會計憑證、不合營業常規交易及董事特別背信罪部分：

(一)客觀交易事實及款項交付

前揭犯罪事實欄三所示之各次客觀交易事實（含時間、品項、數量、金額、各項會計憑證與其他表單、付款條件等項），業據被告杜成功坦認在卷（見本院更一審卷一第272-274頁），核與同案被告張嘉元於偵查時所為供述內容相符（見偵緝字第1593號其他資料卷一第13-14、23-24頁），並經證人陳俞伶、郭恬安、尹德憲分別於檢察官偵訊時證述甚詳（見偵緝字第1593號筆錄卷一第59-60、67-68、74頁），且經證人金煌、陳炯棋、陳孟如、張秀珍、王旭東、曹立國等人分別於偵查及原審時證述明確（見偵字第2417號卷四第109-115、313-315、卷五第52-53、93頁、卷六第138-140、145-147頁、偵緝字第1593號筆錄卷一第85-87、90-91頁、原審卷六第22-23頁）。此外，復有漢康公司營業人變更登記查簽表、登記人設立（變更）登記申請書、漢康公司變更登記表、柏格、楚觀公司登記及帳戶相關資料、營利事業暨扣繳單位稅籍線上查詢結果、法眼系統查詢楚觀公司、柏格公司董監事資料、漢康公司與柏格公司之買賣契約書、漢康公司與楚觀公司之買賣契約書、金煌之手機簡訊翻拍照片及所製作之楚觀公司、柏格公司存貨進出庫存表暨往來電子郵件等在卷可佐（見偵字第4904號卷第47-49、51-54頁、偵字第2417號卷二第17、19-26、32-37、39-41、121-122、126頁、卷三第258-261、172頁、卷四第116-131、228頁）以及

如附表六「相關交易表單出處」欄所示之證據附卷足查。是此部分事實均堪認定。

(二)第1次交易(附表六編號6-1、6-2)部分

1.被告杜成功自承：法商LAMPE BERGER進口精油的亞洲代理權，原先是我與黃樹雄成立的亮碧思公司取得，一直到99年5月才終止；100年1月間，柏格公司成立之初取得法商LAMPE BERGER公司進口精油的亞洲代理權後，就向LAMPE BERGER公司訂購將近7000萬元精油，但因為亮碧思公司結束營業後，我與黃樹雄仍有商業糾紛，所以就暫緩銷售那批精油，直到100年7月間，張嘉元表示他對精油生意很有興趣，所以答應與張嘉元合作，先以漢康公司向柏格公司下單買精油，取得代理權，再由我找楚觀公司向漢康公司下單買精油，順勢就將柏格公司結束營業，以後漢康公司會變成拿代理的公司，楚觀公司是做通路，我等於把生意轉給他，我只要負責把通路整合出來，幫漢康公司取得臺灣及中國的代理權，於是我與張嘉元就在100年7月間進行第1筆交易，會做這個交易，就是因為漢康公司願意去拿法國的代理，我才有辦法去整合通路，我也可以把我的庫存問題解決掉等語（見偵字第2417號卷六第151頁、偵緝字第1593號筆錄卷一第18-19頁、卷二第136頁），證人即同案被告張嘉元亦證稱：因為柏格公司的精油在臺灣銷售不錯，杜成功有他的業務體系，但杜成功本身缺少資金，漢康公司缺乏業績，所以想藉此合作模式，讓漢康公司有獲利、業績等語（見偵緝字第1593號其他資料卷一第13、23頁），顯然其二人進行上述精油交易，除製造柏格公司→漢康公司、漢康公司→楚觀公司銷售精油之外觀外，尚別有其他目的。是被告杜成功、同案被告張嘉元間，就柏格公司、漢康公司及楚觀公司之上開交易，是否確有買賣精油之真意？抑或僅是藉帳務處理打消庫存、虛增銷售業績，進而以不合營業常規交易方式掏空漢康公司之資產？仍應檢視其貨物交付狀況及金流紀錄而定。

2.經查：

(1)被告杜成功坦承：第1次交易金額為900餘萬元，而精油則是從柏格公司林口倉庫，搬到楚觀公司林口倉庫，我在做這筆交易時，有特別把第1次訂單上的貨6240箱精油移到對面的倉儲，等於是交付給漢康公司等語（見偵字第2417號卷六第151頁、偵緝字第1593號筆錄卷二第136頁），核與證人金煌證稱：柏格公司、楚觀公司的精油產品，全部都是放在吉麗倉儲公司，漢康公司將精油產品出貨給楚觀公司一樣是在吉麗倉儲公司進行的，由我直接交代吉麗倉儲公司將漢康公司銷貨的貨品，直接移到楚觀公司承租的儲位去等語（見偵字第2417號卷四第112-113、313頁），復有楚觀公司、柏格公司存貨進出庫存表暨往來電子郵件（見偵字第2417號卷四第119-131頁）可為佐證。再參以證人即柏格公司員工金煌證述：100年2月左右，被告杜成功因為跟法國原廠公司沒有談成代理權，就直接向法國原廠買貨，並將公司名稱改為柏格公司，負責人就是杜成功，因為柏格公司沒有辦法取得發票，所以我銷貨需要發票時，就會改賣楚觀公司的薰香精油等語（見偵字第2417號卷四第109-110、313頁），顯見柏格公司、楚觀公司均為被告杜成功所實質控制，其與同案被告張嘉元於柏格公司、漢康公司第1次交易時，已議定漢康公司雖向柏格公司購入精油，然仍係由被告杜成功繼續以楚觀公司名義占有並銷售精油。是該次交易之目的，無非係經由被告杜成功改以楚觀公司名義，繼續銷售精油，使漢康公司表面上取得販售精油之業績，一方面製造該公司取得銷售精油營收之假象，另一方面藉此等交易將柏格公司之精油賣給漢康公司，形式上解決柏格公司之庫存問題，然該批精油仍由被告杜成功占有中。

(2)被告杜成功之所以進行該次交易，係因其缺少資金等情，業經證人即共同被告張嘉元證述如前(見偵緝字第1593號其他資料卷一第23頁）。然被告杜成功於漢康公司將本次交易之貨款943萬4880元匯入柏格公司銀行帳戶當天，即依張嘉元之指示，委由陳炯棋由該帳戶領出943萬元，並隨即交付張

嘉元之司機王旭東等情，業經其自承在卷（偵字第2417號卷六第153頁），核與證人即同案被告張嘉元證述：我為了護盤資金不夠，就向杜成功表示，可否由漢康公司與柏格公司進行1次交易，先將漢康公司付給柏格公司的貨款借給我用，否則我跳票了對漢康公司的聲譽，及我們即將進行的事業有影響，杜成功後來有答應我，做了交易，該筆交易就是漢康公司押匯付款的那次等語（見偵緝字第1593號其他資料卷一第13頁），並有合作金庫銀行民權分行102年12月11日合金民權存字第0000000000號函及所附柏格公司帳戶存款交易明細、中國信託商業銀行股份有限公司102年12月25日中信銀字第00000000000000號函所附之張嘉元0000000000000號帳戶交易明細在卷可稽（見偵緝字第1593號銀行資料卷第60-61、87-90頁）。由此可知，漢康公司該次交易給付予柏格公司之款項於匯入柏格公司帳戶當天，即遭被告杜成功委由陳炯棋提領絕大部分匯入款項，並交由張嘉元做為私人用途。

(3)上開精油交易(柏格公司→漢康公司、漢康公司→楚觀公司)之付款條件，漢康公司於100年8月1日即已將全數貨款943萬4880元（含稅），以T/T IN ADVANCE方式匯至柏格公司合作金庫銀行民權分行第000000000000號帳戶內；而漢康公司銷售楚觀公司部分，應收帳款原應為982萬8000元，卻係以月結30天支票之條件，給予楚觀公司充裕交付貨款時間。但縱係如此，楚觀公司仍遲未給付，直至100年9月1日進行下述第2次交易時，楚觀公司始開立支票將該筆款項交付漢康公司等情，有附表六編號6-1、6-2「相關交易表單出處」欄所示證據可佐。漢康公司從未實際占有該批精油，即迅速將貨款給付柏格公司；相對而言，漢康公司已將所買進之精油全數以指示交付方式，由柏格公司移轉至楚觀公司，在無合理原因之下，卻未急於要求楚觀公司給付貨款，而約定寬鬆之付款條件。依被告杜成功與同案被告張嘉元如此安排，顯見該次交易之重點在於將漢康公司之資金移出，再參以前述漢

康公司撥付資金後，隨即輾轉流入張嘉元私人取得之事實，益證其等並無交易真意。

3. 柏格公司原即因缺乏資金，並無支借公司資金予他人之餘裕，尤其該批精油價值不斐，既經賣出，豈有不急於取得貨款之理？且漢康公司對被告杜成功而言僅是初次合作之生意往來對象，與張嘉元之交往亦非久遠，縱張嘉元個人發生跳票情事，又或漢康公司聲譽縱遭張嘉元波及，亦均與被告杜成功或其柏格公司關係不大，與精油交易原預計可獲得之943萬餘元款項相較，衡情應無為顧及張嘉元或漢康公司之信用，而出借柏格公司甫取得之貨款之可能。然被告杜成功竟於漢康公司給付貨款同日隨即將大部分款項領出交給張嘉元，且該次交易之精油仍由被告杜成功以楚觀公司名義繼續占有。綜上所述，顯然其等二人於交易之前即已謀議，使張嘉元以此方式取得漢康公司資金，前述精油交易無非僅係形式，並未實質進行買賣。從而，以被告杜成功與張嘉元所為前述合作協議及以三方交易方式履行該協議之內容，已明顯脫逸一般以營利為目的之公司於正當交易狀態下，被期待應有或容許作為之情形，此等交易欠缺正當性、合理性，而顯與一般營業常規、商業判斷不符，堪認均屬使漢康公司為不利益之交易，且不合營業常規。而該等貨款於進入柏格公司銀行帳戶後，即由被告杜成功依張嘉元之指示領出絕大部分款項並交付張嘉元，使需錢孔急之張嘉元個人取得短期資金以供支用，顯然係為圖張嘉元個人之不法利益，而共同為違背張嘉元身為漢康公司董事之職務行為。自係對漢康公司背信自明。至被告杜成功聲請傳訊之證人林東龍，雖於本院證稱其確有與被告杜成功合作投資精油生意等語（見本院更一審卷二第69頁），然亦證稱：嗣後因為我的公司財務狀況吃緊，因此決定除了本業以外的業外投資均停止，我不知道後來杜成功再找何人合作，也不知道楚觀公司的事。我是在合約簽署完沒多久就停止投資，那時我公司跟兩大財團發生嚴重業務衝突，所以我的心思都在公司治理，因為很多年了，

實際的狀況我不是很清楚等語（見本院更一審卷二第70-71頁），顯然證人林東龍對於被告杜成功嗣後如何進行精油買賣一無所知，自無從憑以作為對於被告杜成功有利認定之依據。

(三)第2-4次交易部分

1.被告杜成功與同案被告張嘉元為彌補漢康公司帳面上對於楚觀公司之應收帳款，竟再共同以虛偽交易之方式，使漢康公司預付貨款予柏格公司，被告杜成功再將部分款項用以支付楚觀公司第1次交易之應付貨款，部分款項則提供張嘉元支用應急，並推由被告杜成功於100年8月25日另行申設柏格公司彰化銀行木柵分行第00000000000000號帳戶，以供存提漢康公司所給付之預付貨款之用，進行如附表六編號6-3、6-4、6-5、6-6、6-7、6-8所示之虛偽交易等事實，業據被告杜成功供承在卷（見偵字第2417號卷六第152-154頁、偵緝字第1593號筆錄卷一第19頁反面、原審卷二第77頁反面），核與證人即同案被告張嘉元就附表六編號6-3、6-4、6-5、6-6、6-7、6-8所示之交易部分之證述（見偵緝字第1593號其他資料卷一第13-14頁、偵緝字第1593號其他資料卷一第23、105-106頁）相符，並有彰化商業銀行股份有限公司102年12月10日彰柵字第0000000000號函及所附柏格公司帳戶存款交易明細（見偵緝字第1593號銀行資料卷第54-57頁），及附表六編號6-3、6-4、6-5、6-6、6-7、6-8「相關交易表單出處」欄所示證據在卷可佐，堪認前述柏格公司、漢康公司、楚觀公司第2-4次精油交易雖形式上具有交易外觀，但實質上該等交易之目的及發生，顯係被告杜成功與張嘉元意圖為自己不法之利益，共同謀議藉此等虛偽交易，使漢康公司預付貨款予柏格公司，以供被告杜成功支付楚觀公司先前交易之應付貨款及張嘉元私人用途，三方就該3次精油交易，亦不具有交易之真意，自均屬虛偽交易無疑。

2.被告杜成功明知張嘉元為漢康公司董事之身分，卻在張嘉元提議下進行虛偽交易，以取得漢康公司預付貨款，部分款項

得用以支付楚觀公司前開交易應付貨款，部分款項則提供張嘉元支用應急。該3次精油交易雖形式上具有交易外觀，但實質上顯係被告杜成功與張嘉元意圖為自己之不法利益，藉此等虛偽交易以取得漢康公司資金，不具有交易之真意。且貨款方面亦僅有漢康公司以預付方式支付價金及稅費，對漢康公司而言至為不利益，顯然不符風險控管原理，是此等交易欠缺正當性、合理性，明顯脫逸一般以營利為目的之公司於正當交易狀態下被期待應有或容許之作為，交易之目的均在使漢康公司預付貨款以供被告杜成功、張嘉元使用。而該等貨款於進入柏格公司銀行帳戶後，即由被告杜成功依張嘉元之指示領出大部分款項並交付張嘉元，使需錢孔急之張嘉元個人取得短期資金以供支用，顯然係為圖張嘉元個人之不法利益，而共同為違背張嘉元身為漢康公司董事之職務行為。是此等交易，當均屬使漢康公司為不利益之交易，且不合營業常規，並對於漢康公司背信自明。

(四)上述第2-4次交易，楚觀公司均未依約給付漢康公司貨款，經漢康公司催討仍無力償還，為圖彌補，乃與漢康公司進行和解，協議以進貨退回方式交付漢康公司等情，業據被告杜成功坦承在卷（見偵字第2417號卷六第154-155頁），核與證人曹立國、張仙樺、陳俞伶、江惠美、陳孟如、金煌之證述相符（見原審卷六第23-24頁、偵緝字第1593號筆錄卷三第4頁、卷一第67頁反面、偵字第2417號卷五第58頁、卷六第147頁反面、卷四第113頁），並有卷附101年3月楚觀公司與漢康公司間簽立之分期還款暨貨物寄銷協議書記載：「（楚觀公司）經營周轉資金問題，向甲方（即漢康公司）申請分期支付貨款，雙方已於民國101年2月3日簽訂協議書乙份，並約定內容辦理。今甲方為維護應收帳款安全入帳事宜，雙方特簽訂本協議書，以便共同遵守並據此執行。第一條：協議標的甲方前於100年8月30日、100年10月14日及100年10月20日，分別交付乙方其所訂購之貨物，然乙方尚有未清償之貨款，共計新臺幣（下同）貳仟捌佰壹拾壹萬參仟柒

佰伍拾（28,113,750）元整（含稅）。甲、乙雙方擬就系爭款項協議分期還款及系爭貨物寄銷方式。第二條：分期還款及寄銷方式1.乙方須於101年3月16日前，將系爭貨物以進貨退回方式轉回甲方名下，且自貨物所有權移轉日起，無條件為甲方代為銷售該批貨物」（見原審卷六第17-19頁、卷七第270-272頁），及漢康公司委任宏邦資產顧問股份有限公司（宏邦資產顧問公司）針對前揭精油進行鑑定，經宏邦資產顧問公司於101年3月17日出具之鑑定報告書（見原審卷七第251-264頁）、漢康公司103年7月22日（103）漢字第000707號函及所附附件說明「二、本公司收到楚觀公司退回之精油，其名稱、數量及價值明細詳如『客戶-楚觀退貨明細』（附件一101年3月楚觀退回存貨明細，帳列金額合計25,436,250元）；至於收受退回精油之後續處理，或將之銷售給其他客戶，或作為樣品贈送給現有或潛在客戶，詳如『精油銷售明細』（附件二，總計43,243,507元未稅）」（見原審卷三第7-11頁）、吉麗倉儲股份有限公司（下稱吉麗倉儲公司）103年12月5日回覆及所附吉順興業101年3月17日出倉單（其上記載收貨人：漢康、客戶名稱：楚觀，送貨地址：轉帳，進倉量總計17,850箱）、101年3月16日漢康公司與吉麗倉儲公司簽訂之倉儲合約書、吉麗倉儲公司101年3月17日進倉單（見原審卷四第90-92頁、卷七第265-269頁）等在卷為憑。是漢康公司因上開虛偽交易所受之損害，業因楚觀公司進貨退回而幾可彌補。然被告杜成功之填製不實會計憑證、不合營業常規交易及董事特別背信罪犯行既均已成立，楚觀公司未依原約定付款條件給付貨款，已然造成漢康公司之重大損害，此尚不因事後（隔年3月間）將貨物退回，填補漢康公司損害而有異，併予敘明。

(五)漢康公司給付柏格公司共3614萬2943元（943萬4880元+1466萬3250元+201萬9938元+1002萬4875元），扣除楚觀公司於4次交易期間所給付之第1次交易貨款982萬8000元，漢康公司因上開虛偽交易受損害之金額為2631萬4943元（3614萬2943

元-982萬8000元）。參以漢康公司於100年間實收資本總額為2億4748萬元，現金及約當現金於99年12月31日為1億8477萬3000元，但100年12月31日僅為4517萬1000元(見前述漢康公司變更登記表、財務報表暨會計師查核報告）相比較，顯已使漢康公司遭受重大財產損害。綜上所述，被告杜成功前揭如附表六各編號所示之柏格公司、漢康公司、楚觀公司交易均係虛偽，其等二人共同填製不實會計憑證，並以前開不合營業常規且對漢康公司不利益之虛偽交易方式，違背張嘉元身為漢康公司董事之職務，取得漢康公司所支付之款項，致漢康公司遭受重大財產損害之事實，堪予認定，應依法論罪科刑。

四、對被告辯解及辯護人辯護意旨不採之理由：

(一)被告吳萬發暨其辯護人辯（護）稱：

1. 前揭關於合豐公司之所有交易均係真實交易，其中嘉義縣政府採購計畫之交易，是同案被告張嘉元告知被告吳萬發，該工程最後一定由漢康公司得標，被告吳萬發亦因此採購，貨品目前還寄放在臺中友人處，顯然並無犯罪故意；
2. 被告吳萬發是被同案被告張嘉元利用，對於不合營業常規交易行為並無認知，張嘉元僅告知需要錢協助漢康公司之經營，之後再以被告吳萬發違反商業會計法之行為，威脅吳萬發繼續配合，被告吳萬發並未獲得任何好處；
3. 公西靶場工程部分，被告吳萬發確已進場規劃並小部分施作工程，最後因資金問題不得已放棄，純粹是資金調度問題，與背信行為無關。

(二)被告杜成功暨其辯護人辯（護）稱：前揭與漢康公司之精油買賣都是真實交易，柏格公司確有出貨給楚觀公司，第1筆貨款也有給漢康公司，第2、3、4次也有把貨退給漢康公司，被告杜成功當初把錢借給共同被告張嘉元時，他說會負責把楚觀公司的貨款付給漢康公司，所以楚觀公司的票才沒有存入漢康公司，被告杜成功沒有受到任何利益，反而受到很多損失云云。

(三)然查：

1. 上開犯罪事實二、(一)至(五)所述之各次交易，均無買賣貨物或承攬工程真意，而屬虛偽交易等情，業經本院論述如前。另依被告吳萬發提出購買LED 電子看板原料之進口報單、照片（見原審卷五第101頁、原審卷八第34-37頁，本院前審卷四第100-101頁），其進口報單所載進口年度為98年，與本件嘉義縣政府採購案之發生時間（100年8、9月間）時間差距甚久。況被告吳萬發自承：LED原料在當年算是主流，就算這個案子沒有得標，我在其他通路也可以賣掉這些材料，因為我本身就是在做節能LED登的工程等語（見本院更一審卷二第127頁），是合豐公司採購LED 電子看板原料原係經常性之業務所為，該98年間採購之原料與嘉義縣政府採購案間，即難認有何相關。被告吳萬發就此所辯，亦難認可採。

2. 又若同案被告張嘉元需要錢協助漢康公司之經營，本可逕以漢康公司名義向銀行借款或以其他方式籌資，合豐公司資本額原已不高，甚至在公西靶場工程案時，尚須漢康公司出面承作提供履約保證，始能締約參與施工，豈有多餘資金協助資本額較大之漢康公司經營？況縱欲幫助漢康公司經營，衡情亦應直接將款項挹注漢康公司，然被告吳萬發於上開各次交易，無一不是將合豐公司取得之資金流向張嘉元個人，是所謂協助漢康公司經營，無非僅係幫助同案被告張嘉元掏空漢康公司資產之藉口。被告吳萬發已經營合豐公司多年，對於生意往來生態並非陌生，對於前揭交易方式已非合於正常商業模式，當無不知之理，是其辯稱並無犯罪故意云云，無足採信。

3. 至於公西靶場工程部分，被告吳萬發雖辯稱係因資金問題不得已放棄云云，然該工程案合豐公司並非未取得足夠之預付工程款供施作，該公司之所以嗣後資金不足無以為繼，全係因被告吳萬發依同案被告張嘉元之指示，挪用合豐公司所取得資金之背信行為所導致。被告吳萬發前開辯解，無非因果

錯置，並無可採。

4. 又前述漢康公司與柏格公司、楚觀公司之交易亦係虛偽等情，已由本院論證如前。被告杜成功雖以前詞置辯，然柏格公司所謂出貨給楚觀公司，無非係於同一倉庫內移轉儲存之倉位，然仍係於被告杜成功實際控制之楚觀公司占有下，被告杜成功亦自承：柏格公司的貨交給楚觀公司，就是要由楚觀公司銷售等語（見本院更一審卷二第130頁），是漢康公司與柏格公司之交易，僅係帳面上之往來，作為漢康公司撥付貨款之依據，但漢康公司未曾實際取得精油，亦無得到楚觀公司之後續貨款（第2-4次交易），則該等交易均係虛偽，甚為顯然。至楚觀公司所給付之第1筆貨款，均源於第2次虛偽交易時，漢康公司所撥付之貨款；楚觀公司將第2-4次交易之精油退給漢康公司，亦係因被告杜成功將漢康公司給付之貨款予以挪用，使楚觀公司無法依約履行，故僅能於事後將精油退回漢康公司以彌補其損失所致。是自難以楚觀公司事後給付第1筆交易之貨款，並於與漢康公司做債務協商後，以進貨退回之方式抵債等情，遽認上述精油交易均為真實。故被告杜成功之所辯，亦非可採。

五、論罪之理由

(一)新舊法之比較適用：

被告吳萬發、杜成功行為後，證券交易法第171條已於101年1月4日修正，其中同條第1項第2款「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害者」之構成要件或法定刑，於修正前後並無不同，故適用裁判時法之證券交易法第171條第1項第2款之規定，對被告並無不利；至修正前證券交易法第171條第1項第3款原規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產。」依上開規定，已依該法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，凡有違背職務或侵占公司資產

的行為，不論背信、侵占之情節如何輕微，一律以第1項之重刑相繩，尚有未妥。故立法者參考德、日等外國立法例，學者意見，及參酌洗錢防制法第3條第2項關於重大犯罪之相關規定，於101年1月4日修正證券交易法時，在該條第1項第3款增訂「致公司遭受損害達新臺幣500萬元」之要件，以符合處罰衡平性及背信罪本質為實害結果之意涵（參見該條修正時，立法理由一、二之說明），經比較前開修正前後之證券交易法第171條第1項第3款規定，自以前揭修正後之規定對被告較為有利，故應適用裁判時法之證券交易法第171條第1項第2款、第3款規定。

(二)93年4月28日修正前證券交易法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪，其立法目的，係以已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不利益交易行為且不合營業常規，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處，以發揮嚇阻犯罪之效果。因此，在適用上自應參酌其立法目的，以求得法規範之真義。所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，祇要形式上具有交易行為之外觀，實質上對公司不利益，而與一般常規交易顯不相當，其犯罪即屬成立。以交易行為為手段之利益輸送、掏空公司資產等行為，固屬之，在以行詐欺及背信為目的，徒具交易形式，實質並無交易之虛假行為，因其惡性尤甚於有實際交易而不合營業常規之犯罪，自亦屬不合營業常規交易之範疇。不因93年修法時，為期法律適用之明確，另增訂第3款之公司董事、監察人及經理人背信、侵占罪，即認虛假交易行為不構成前揭不合營業常規交易罪。

(三)被告吳萬發部分：

1.被告吳萬發係合豐公司負責人，亦為虹光公司管理事物並綜攬該公司業務，在其執行職務範圍內係虹光公司負責人，自均屬商業會計法第4條所定之商業負責人，其明知事實欄二

（一）至（四）所載進銷貨均屬虛偽不實交易，仍將此等不實事項填載在相關會計憑證上。是核被告吳萬發就此部分所為，係犯商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪，證券交易法第171條第1項第2款、第3款之不合營業常規交易罪、董事特別背信罪；被告吳萬發就事實欄三（五）將漢康公司工程預付款交付張嘉元之所為，係犯證券交易法第171條第1項第3款之董事特別背信罪。起訴書所犯法條欄雖漏未援引證券交易法第171條第1項第3款條文，惟此部分犯罪事實業於起訴書中詳予記載，且經原審、本院審理時均當庭告知此部分所犯法條及罪名，由檢察官、被告吳萬發及其辯護人進行辯論，對其等訴訟上之攻擊防禦無影響，本院自得併予審理。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罪，為刑法第215條業務登載不實罪之特別規定，依特別法優於普通法之原則，自應優先適用，而無論以業務登載不實罪之餘地。

2. 被告吳萬發與同案被告張有田、黃聖勻、張嘉元就前開違反商業會計法部分犯行，具有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。被告吳萬發除合豐公司、虹光公司外，對於其他公司所開立之相關會計憑證，係無身分之人與商業負責人身分之人共同實施犯罪，依刑法第31條第1項前段之規定，仍應以共同正犯論。被告吳萬發與同案被告張嘉元就前開不合營業常規交易、董事特別背信等犯行，具有犯意聯絡及行為分擔，雖被告吳萬發不具證券交易法第171條第1項第2款、第3款所載身分，惟與具有漢康公司董事身分之張嘉元共犯因身分關係而成立之上開2罪，依刑法第31條第1項前段之規定，仍應以共同正犯論。參酌被告吳萬發就本案參與程度、造成損害均屬非輕，且事後卸責之態度等情狀，故其雖無漢康公司負責人之身分，仍不宜依刑法第31條第1項但書規定減輕其此部分之刑，併予敘明。被告吳萬發利用不知情之合豐公司員工、虹光公司登記負責人洪天良遂行其填製不實會計憑證、不合營業常規交易、董事特別背信等犯行，為間接正

犯。

3. 被告吳萬發就前開多次填製不實會計憑證、不合營業常規交易及背信犯行，其目的均係為使同案被告張嘉元取得資金，侵害之法益亦屬同一，又係於密切接近之時、地實施，各行為之獨立性極微薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，均屬接續犯，均應僅論以一填製不實會計憑證罪、不合營業常規交易及董事特別背信罪。

4. 被告吳萬發所犯上述填製不實會計憑證罪、不合營業常規交易罪、董事特別背信罪之行為，均為達使需錢孔急之同案被告張嘉元獲得資金，以供私人用途之目的，其犯行時間亦多所重疊交錯，且犯罪目的單一，依一般社會通念，認應評價為一行為方符合刑罰公平原則，如予數罪併罰，反有過度處罰之疑，與人民法律感情亦未契合，故應認上開犯罪事實二（一）至（五）犯行，應屬單一行為。又證券交易法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪所保護之法益，並非僅止於發行有價證券公司之財產法益，更著重在整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，屬重層性法益犯罪；至於同條項第3款之董事特別背信罪，為刑法背信罪之特別規定，將原僅保護公司財產法益之背信罪轉為重層性法益之罪，而使該罪亦兼及保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益；以上二罪雖均屬重層性法益之罪，保護之法益不免互有重疊，但董事特別背信罪係以行為人背信致發行有價證券公司遭受之損害，是否達500萬元的量性指標，作為適用證交法或刑法之依據，足見係側重於保護個別公司之整體財產法益，此與不合營業常規交易罪主要在於保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，明顯有別；綜合二罪之立法目的、構成要件之涵攝範圍及規範保護目的，不合營業常規交易罪與董事特別背信罪雖規定在同一條項，但二者主要保護法益並不具同一性，非屬法條競合，而為想像競合關係。

是被告吳萬發以一行為，同時觸犯填製不實會計憑證罪、不合營業常規交易罪、董事特別背信罪，為想像競合犯。其中刑度較重之不合營業常規交易罪、董事特別背信罪同為法定本刑3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1000萬元以上2億元以下罰金之罪，然依本案之犯罪情節，被告吳萬發就上開犯罪事實二（五）之犯行，造成漢康公司之損失高達4433萬1506元，犯罪情節顯然較重，是應從一情節較重之董事特別背信罪處斷。公訴意旨認被告吳萬發此部分所為應予分論併罰，難認可採。

5.起訴書雖漏未記載如事實欄二（一）所示科丞公司→合豐公司或虹光公司，如事實欄二（三）所示均寶公司→合豐公司之虛偽循環交易；另起訴書就合豐公司虛偽循環交易部分，亦未記載被告吳萬發將自漢康公司處取得之預付貨款，已全數交付同案被告張嘉元花用之事實，然上開事實均與前揭已起訴並經本院論罪部分具有接續犯之實質上一罪關係及想像競合犯之裁判上一罪關係，為起訴效力所及，並經原審、本院告知此部分所涉犯之法條及罪名，本院自得併予審理。另臺灣新北地方法院檢察署104年度偵字第27325號移送併案意旨關於被告吳萬發違反商業會計法之填製不實會計憑證予漢康公司部分（發票號碼UC00000000、UC00000000、UC00000000、WL00000000、WL00000000），因與前揭起訴並經論罪科刑部分之事實同一，本院應併予審理，附此敘明。

6.證券交易法第171條第5項之自白，係指犯罪嫌疑人或被告所為承認或肯定犯罪事實之陳述，其動機如何、被動抑自動、簡單或詳盡、一次或數次、自白後有無翻異，並非所問；且所謂自白，應不包括該事實之法律評價，與協商程序中一併為法律評價之認罪，並不相同，被告或犯罪嫌疑人在偵查中，若可認為已對自己被疑為犯罪之事實是認，縱對於該行為在刑法上之評價尚有主張，仍無礙於此項法定減刑事由之成立。查被告吳萬發於101年12月10日調查官詢問時供承：公西靶場工程案，漢康公司確實有將款項以預付貨款方式支

付給合豐公司，但錢進來的當天，張嘉元就來借錢，再派王旭東直接到合豐公司樓下的土地銀行拿現金等語（見偵字第2417號卷三第24-25頁），101年10月2日調查官詢問、檢察官偵訊時均供承：當初張嘉元提議由漢康公司向合豐公司買貨（LED燈泡球、全彩模組等）再銷貨給伊安排的科丞公司、虹光公司、均寶公司，但貨品都在合豐公司，根本沒出貨，伊另外安排由合豐公司向科丞公司、虹光公司、均寶公司買回；漢康公司都以現金付款，但當天張嘉元就派王旭東到合豐公司把錢全部拿走，科丞公司、虹光公司及均寶公司則是開期票付款，因為錢都被張嘉元拿走，合豐公司也沒有足夠資金，所以科丞公司、虹光公司及均寶公司都沒有付款給漢康公司；伊想法是如果與上市櫃公司（漢康公司）往來，對合豐公司等公司業績有幫助等語（見偵字2417號卷四第79-80、299-300頁），102年11月22日檢察官偵訊時供承：張嘉元要做買賣，但不是真的交易，當時合豐公司正在起步，需要做一些生意、增加業績，可以跟銀行融資；因為張嘉元缺錢，錢一進來，張嘉元就派王旭東來公司樓下土地銀行拿走；公西靶場工程案，漢康公司確實有給付3000萬元履約保證金，因為張嘉元說急需用錢，就叫王旭東來拿；嘉義縣政府採購案部分，也是錢一進來就被張嘉元拿走，本來也沒有要實際交易，轉一手而已等語（見偵緝字第1593號筆錄卷一第14-15頁）。足認被告吳萬發於偵查中已詳述虛偽交易之緣由、方式及金錢流向，應認其已就事實欄二所示該當犯罪構成要件之事實均供認不諱，已屬自白犯行，至於原審、本院審理時改辯稱係真實交易云云，核屬其辯護權之行使，自不影響其自白之效力。又被告吳萬發配合同案被告張嘉元從事虛偽循環交易，所取得之貨款全交由同案被告張嘉元等節，業如前述，復無證據足認被告吳萬發另因本件犯行獲有利益，可認被告吳萬發並無實際所得，仍依證券交易法第171條第5項減輕其刑。

(四)被告杜成功部分：

1.被告杜成功係柏格公司負責人，為楚觀公司管理事物並綜攬該公司業務，在其執行職務範圍內係楚觀公司負責人，自均屬商業會計法第4條所定之商業負責人。其明知事實欄三所載如附表六各編號所示柏格公司、漢康公司及楚觀公司之精油進、銷貨均屬虛偽不實交易，仍將此等不實事項填載在相關會計憑證上。故核被告杜成功所為，係犯商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪，證券交易法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪及同條項第3款之董事特別背信罪。起訴書所犯法條欄雖漏未援引證券交易法第171條第1項第2款條文，惟此部分犯罪事實業於起訴書中詳予記載，且經原審、本院審理時告知此部分所犯法條及罪名，由檢察官、被告杜成功及其辯護人進行辯論，對其等訴訟上之攻擊防禦無影響，本院自得併予審理。另起訴書所引用之證券交易法第171條第1項第3款罪名，雖記載為董事侵占罪（見起訴書第85頁），然被告杜成功之行為尚不構成侵占犯行（詳如後述），起訴書既已引用該款法條，亦經原審、本院告知董事特別背信之罪名，對於被告訴訟上之權利亦無影響，附此敘明。又商業會計法第71條第1款之商業負責人填製不實會計憑證罪，為刑法第215條業務登載不實罪之特別規定，依特別法優於普通法之原則，自應優先適用，而無論以業務登載不實罪之餘地。

2.被告杜成功與同案被告張嘉元就前開違反商業會計法、不合營業常規交易及董事特別背信犯行，具有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。被告杜成功除對於漢康公司所開立之相關會計憑證，係無身分之人與商業負責人身分之人共同實施犯罪，依刑法第31條第1項前段之規定，仍應以共同正犯論。被告杜成功雖不具證券交易法第171條第1項第2款、第3款所載之董事、監察人、經理人等身分，惟與具有漢康公司董事身分之張嘉元共同犯因身分關係而成立之不合營業常規交易及董事特別背信罪，依刑法第31條第1項前段之規定，仍應以共同正犯論，且依前述被告杜成功之犯罪動機、情節等情

狀，尚與張嘉元有別，爰依上開但書規定減輕其刑。被告杜成功利用不知情之柏格公司員工、楚觀公司登記負責人陳孟如遂行其填製不實會計憑證、不合營業常規交易之犯行，均為間接正犯。

3. 被告杜成功就前開多次填製不實會計憑證、不合營業常規交易及背信之行為，均係於密切接近之時、地實施，且各係侵害同一之法益，各行為之獨立性極微薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，均屬接續犯，均應各僅論以一填製不實會計憑證罪、不合營業常規交易罪及董事特別背信罪。

4. 被告杜成功所犯上述填製不實會計憑證罪、不合營業常規交易罪及董事特別背信罪之行為，均為達使需錢孔急之同案被告張嘉元獲得資金，以供私人用途之目的，犯罪目的單一，且其犯行時間密接，依一般社會通念，認應評價為一行為方符合刑罰公平原則，如予數罪併罰，反有過度處罰之疑，與人民法律感情亦未契合，故應認上開犯罪事實三之各次交易犯行，應屬單一行為，被告杜成功以一行為，同時觸犯填製不實會計憑證罪、不合營業常規交易罪及董事特別背信罪，為想像競合犯(後二罪名之法律關係詳如前述)，應從具體行為較為複雜(須多次締結契約)，情節較重之不合營業常規交易罪論處。

5. 被告杜成功雖於101年11月19日、102年11月22日、103年1月15日及同年月28日於調查官詢問、檢察官訊問時，均供承第2、3、4次是假交易等語（見偵字第2417號卷六第153-154頁、偵緝字第1593號筆錄卷一第19、234頁、卷二第135頁），然始終辯稱第1次進行之交易（附表六編號6-1、6-2）係真實交易，否認有何填製不實會計憑證、不合營業常規交易及背信行為，顯難認其於偵查中已自白全部犯行，自無依證券交易法第171條第5項規定減輕其刑之餘地。

6. 事實欄三所載如附表六各編號所示柏格公司、漢康公司及楚

觀公司4次精油交易，被告杜成功係為使張嘉元獲得資金以供支用，而與其共同為此本件行為，藉以使漢康公司資金移轉至柏格公司帳戶內，再提領現金交付張嘉元花用，致漢康公司受有損害，並非張嘉元將漢康公司在其持有下之金錢直接匯出而擅自處分、易持有為所有予以侵占，此與刑法上侵占罪要件顯有未合。是公訴意旨認被告杜成功係涉犯證券交易法第171條第1項第3款之董事特別侵占罪，容有誤解。

六、撤銷之理由：

(一)原審就被告吳萬發、杜成功關於上開部分犯行論罪科刑，固非無見，惟查：

1.被告吳萬發就本件犯行，於偵查中自白有配合同案被告張嘉元進行虛偽循環交易，並將漢康公司支付之預付貨款提領交付予張嘉元使用等情，已如前述，且無證據證明被告吳萬發個人實際上取得任何利益，或與同案被告張嘉元就犯罪所得有共同處分之權限，難認被告吳萬發於本案實際獲有犯罪所得，應認符合證券交易法第171條第5項規定減輕其刑。原審漏未審酌及此，尚有未洽。

2.附表六編號6-1、6-2之漢康公司與柏格公司、楚觀公司之交易應屬虛偽，被告杜成功與同案被告張嘉元就此部分，亦構成共同填製不實會計憑證、不合營業常規交易及董事特別背信等罪。原審遽認此部分交易為真實，而不另為無罪諭知，亦有違誤。

(二)檢察官、被告吳萬發、杜成功均不服原審判決，提起上訴意旨略以：

1.檢察官上訴意旨略以：

(1)原審認定被告吳萬發、杜成功均係與漢康公司為虛偽循環之假交易而犯商業會計法填製不實會計憑證罪，以其等均具商場多年之交易經驗，當知漢康公司屬公開發行之上櫃公司，負有誠實出具財務報告、財務業務文件之義務，對於不實虛增之營業額交易事項將計入漢康公司之帳冊，使漢康公司之財務報告發生不實之結果，自應有所知悉，則依刑法第31條

第1項規定，仍應與漢康公司張嘉元論以共同正犯，原審徒以其等未在漢康公司上班、未詢問交易細節，逕認其等不知以不實憑證所為之虛偽交易將記載入漢康公司財務報告一節，其認事用法顯然違背經驗、論理法則，於法有違。

(2)被告吳萬發所犯各次填製不實會計憑證、不合營業常規交易、董事背信等犯行，時間相距約前後達4、5月之久，各次行為依一般社會健全觀念，在時間差距上可分，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，應按照其行為之次數，一罪一罰，無由各自成立接續犯。原審逕認被告吳萬發上開犯行構成接續犯，論以包括一罪，難謂適法。

(3)又漢康公司承包名冠公司所得標之工程，再由漢康公司轉包合豐公司，名冠公司不僅未預付工程款供漢康公司施作，卻預收履約保證金2300萬元，以商業習慣上多係互衡雙方交易對象之財力、規模以訂立交易條件而言，已難謂與常情無違，此舉更使漢康公司所支付之現金1500萬元履約保證金遭名冠公司沒收；另漢康公司竟預付工程款3000萬元予合豐公司，所向合豐公司收取之履約保證金則係以支票收取，交易條件亦明顯不利於漢康公司，倘與一般正常交易相較，均足認顯不相當、顯欠合理、不符商業習慣。原審僅以契約自由、工程業界常規為由駁斥此交易之不合理性，然則所有不合交易常規仍屬契約自由之範疇，如以此論點則所有不合常規交易均因契約自由原則而無規範之可能，原審認事用法，尚有違誤。再查，公西靶場工程係發生在吳萬發與漢康公司循環假交易、嘉義縣政府採購計畫交易之後，且模式與上開兩案之模式相同，均於漢康公司交付合豐公司款項之當日或翌日，吳萬發即將款項全數提出交付張嘉元花用，吳萬發亦坦承在此交易交付款項之時，張嘉元尚未償還前所積欠之款項，則雙方於100年8月18日約定漢康公司須支付預付款3000萬元之金額予合豐公司後，張嘉元即於100年8月19日由漢康公司匯款1500萬元予合豐公司，吳萬發竟於同日旋將款項領現透過王旭東交付張嘉元，嗣漢康公司復於100年8月23日匯

款1000萬元予合豐公司時，吳萬發亦旋於同日領現透過王旭東交付張嘉元，此時間點上之密接，顯見吳萬發對於工程款項無法領回、工程勢必有所延誤有所認識，原審卻認吳萬發自始即有施作工程之意，而認本件交易係屬真實交易，難令人以信服。

2.然查：

(1)公司交易作假之原因多端，如掏空公司資產、董監事背信等謀取私利之不法目的，或為虛增公司營收以美化財務報表，本件被告吳萬發、杜成功固分別與張嘉元為如前述虛偽交易，然被告吳萬發、杜成功均係為維持與同案被告張嘉元友好關係而各有所圖，其等未詳問相關交易細節即同意與張嘉元進行如上述之虛偽循環交易等事實，已認定如前，而被告吳萬發、杜成功均未曾任職漢康公司，亦非漢康公司董事、監察人或經理人，自難遽認被告吳萬發、杜成功之主觀認知，包含此等虛偽交易之內容必然記載於漢康公司相關帳冊或年度財務報告，是檢察官起訴及上訴意旨認被告吳萬發、杜成功與同案被告張嘉元等人共同涉犯證券交易法第20條第2項、第171條第1項第1款等罪嫌云云，尚無足採。

(2)按數行為於同時同地或密切接近之時、地實行，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理者，屬實質上一罪之接續犯。又刑法於94年2月2日修正公布（95年7月1日施行）刪除連續犯規定之同時，對於合乎接續犯或包括的一罪之情形，為避免刑罰之過度評價，亦於立法理由說明委由實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，以限縮數罪併罰之範圍，亦即接續犯並非上揭刑法修正後始產生之概念，倘數行為於修法前即已該當於接續犯之構成要件，自不因嗣後連續犯規定之刪除，而異其法律之適用，甚至以新法施行日為準，割裂其法律之適用。本件被告吳萬發係在同一犯罪計畫下，與張嘉元共同為前述填製不實會計憑證、

不合營業常規、董事特別背信行為，其犯罪之動機、目的同一，又其時間密接、手法雷同，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，而屬接續犯。檢察官上訴意旨認應與分論併罰，難認有據。

(3)另公西靶場工程部分，被告吳萬發自始即有施作工程之意，故漢康公司與合豐公司之承攬契約難認係不合營業常規之虛偽交易（詳如後述八、不另為無罪諭知部分），檢察官仍執此上訴，非有理由。

3.另被告吳萬發、杜成功雖否認犯罪而執前詞提起上訴，指摘原判決不當，惟本院就如何認定被告吳萬發、杜成功涉犯本件犯行，及其等所辯如何不可採之理由，已列舉證據並說明如前，被告吳萬發、杜成功否認犯罪，均無可採，其等二人上訴意旨指摘各情，無非持憑己見而為不同之評價，且重為事實之爭執，尚無理由。

4.綜上所述，檢察官以被告二人均應構成編製不實財務報告罪，且被告吳萬發應有數次行為，所犯之罪應予併罰，另公西靶場工程案亦有構成不合營業常規交易罪等，不服原判決提起上訴，均無理由；另被告吳萬發、杜成功上訴否認犯罪，亦屬無理由。至檢察官另以被告杜成功量刑過輕，有所不當部分，因科刑條件變更，其此部分上訴為有理由。而原判決關於此等部分有前述未恰之處，即屬無可維持，自應由本院將原判決關於此等部分撤銷改判。所定執行刑，亦當然失效，附此敘明。

七、改判之理由

(一)量刑部分：

1.被告吳萬發部分：爰審酌被告吳萬發身為商業負責人，竟僅因冀與同案被告張嘉元建立良好關係，以增加合豐公司業績，俾利合豐公司向銀行貸款及將來上市（櫃）等，即與張嘉元共同意圖為自己不法之利益，進行如事實欄二（一）至（四）所示虛偽交易，指示他人填製不實會計憑證，並藉此

將漢康公司資金移轉至合豐公司帳戶內，再提領現金交付張嘉元花用，及將如事實欄二（五）所示漢康公司給付合豐公司施作公西靶場工程之工程預付款交張嘉元花用，以致漢康公司遭受重大財產損害；惟念及被告吳萬發自承將前開漢康公司所給付之款項全數交付張嘉元，又曾為完成上開虛偽循環交易金流及清償科丞、虹光、均寶公司依約應給付漢康公司之貨款，而於行為後之101年3、4月間分別以科丞、虹光、均寶公司名義付款予漢康公司（如附表一編號1-4、附表二編號2-2、附表三編號3-3所示），依卷內證據，尚難認被告吳萬發因本案犯行取得犯罪所得，暨衡諸被告吳萬發之犯罪情節、素行、生活狀況、智識程度及其他一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

2. 被告杜成功部分：爰審酌被告杜成功身為商業負責人，竟接受同案被告張嘉元提議進行虛偽交易，使張嘉元取得漢康公司撥付之貨款，以致漢康公司遭受重大財產損害，過程中並指示他人填製不實會計憑證，所犯本應予以嚴懲，惟嗣後被告杜成功就楚觀公司積欠之貨款，已與漢康公司簽立分期還款暨貨物寄銷協議書，將該3次交易之精油以進貨退回方式交付漢康公司，並經漢康公司將所收受退回之精油，或銷售其他客戶，或作為樣品贈送現有或潛在客戶等方式處理，總計銷售金額為4324萬3507元（未稅），以彌補漢康公司因此部分交易之損失，且參以被告杜成功於偵查、原審準備程序時均坦認部分犯行，尚有悔意，暨衡諸被告杜成功之犯罪情節、無前科紀錄之素行、生活狀況、智識程度及其他一切情狀，量處如主文第3項所示之刑，以資懲儆。另查，被告杜成功前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有本院被告前案紀錄表附卷足憑，其因一時失慮，致罹刑章，且犯後已知所悔悟，本院參酌前述各情，認被告杜成功經此偵審程序及刑罰宣告之教訓後，當已知所警惕，信無再犯之虞，本院斟酌上情，認所宣告之刑，以暫不執行為當，爰併予宣告緩刑5年；又審酌被告杜成功雖非本案主導之人，然其所為

除損及漢康公司及其全體股東之權益外，亦對投資市場之正常運作造成相當之危害，為使被告杜成功能於本案從中深切記取教訓，避免其再度犯罪，並確實督促被告保持善良品行及強化其法治之觀念，且對公益有所彌補，自以命履行一定負擔為宜，爰併依刑法第74條第2項第4款規定，命被告杜成功應於判決確定後6個月內向公庫支付80萬元，以資懲儆。

(二)沒收部分：

1. 被告吳萬發、杜成功行為後，刑法及刑法施行法沒收相關條文，業於105年7月1日修正施行，依修正後刑法第2條第2項：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律」、刑法施行法第10條之3第2項：「105年7月1日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用」等規定，沒收應直接適用裁判時之法律，且刑事特別法關於沒收及其替代手段等規定，均不再適用，惟刑法沒收新制生效後，倘其他法律針對沒收另有特別規定，依刑法第11條「特別法優於普通法」之原則，仍應優先適用該特別法之規定。嗣證券交易法第171條第7項於107年1月31日修正公布，並自同年2月2日起施行，修正後規定為：「犯第1項至第3項之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第38條之1第2項所列情形取得者，除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，沒收之。」此規定既在刑法沒收新制生效後始修正施行，依上開說明，違反證券交易法第171條第1項至第3項案件之犯罪所得沒收，即應優先適用修正後證券交易法第171條第7項規定處理，至新法未予規範之沒收部分（例如：犯罪所得之追徵、排除、過苛條款等項），仍回歸適用刑法沒收新制相關規定處理。

2. 另按二人以上共同犯罪，關於犯罪所得之沒收、追繳或追徵，應就各人所分得者為之。又所謂各人「所分得」，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言，其各成員有無犯罪所得、所得數額，係關於沒收、追繳或追徵標的犯罪

所得範圍之認定，非屬犯罪事實有無之認定，不適用「嚴格證明法則」，無須證明至毫無合理懷疑之確信程度，惟事實審法院仍應視具體個案之實際情形，於各共同正犯有無犯罪所得，或犯罪所得多寡，綜合卷證資料及調查結果，依自由證明程序釋明其合理之依據而為認定，倘若共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人實際分配所得宣告沒收；若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收；然若共同正犯各成員對於不法利得享有共同處分權限時，則仍應負共同沒收之責（最高法院107年台上字第393號判決參照）。

3. 被告吳萬發、杜成功等人雖與同案被告張嘉元就前述犯罪事實欄二、三所示犯行，分別具有犯意聯絡及行為分擔，然因犯罪所取得之款項均遭同案被告張嘉元挪供己用，或供作完成虛偽循環交易而應支付漢康公司之貨款使用，業如前述，復無證據證明其等實際取得任何犯罪所得或對上開犯罪所得享有共同處分權限，揆諸前揭說明，自無從對被告吳萬發、杜成功諭知沒收或追徵，以符個人責任原則與罪責相當原則。

4. 又刑法第38條第1項第2款規定「供犯罪所用或供犯罪預備之物」，必於犯罪有直接關係者，始屬相當（最高法院51年台非字第13號判例參照），如於犯罪無直接關係，僅間接使用者，即不含在內。本案所扣案之物經核與被告吳萬發、杜成功上開犯行均不具有直接關連性，復非屬違禁物，故除業經判決宣告沒收確定者外，爰均不予宣告沒收，應由檢察官另為適當之處理。

八、不另為無罪諭知部分：

(一)公訴意旨另以：

1. 被告吳萬發就公西靶場工程部分，亦屬虛偽不實交易，相關會計憑證填製不實，亦涉犯商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪、證券交易法第171條第1項第2款之不合營

業常規交易罪；且因漢康公司將上述不實交易之營業額，及合豐公司虛偽循環交易、嘉義縣政府採購計畫中虛偽交易之營業額，均列入100年度半年度、第3季及全年度財務報告，因認被告吳萬發均另涉犯證券交易法第171條第1項第1款編製不實財務報告罪嫌；

2.被告吳萬發於嘉義縣政府採購計畫、公西靶場工程中，均與同案被告張嘉元有侵占漢康公司款項，故亦涉犯刑法第336條2項之業務侵占罪嫌；

3.被告杜成功就事實欄三所載漢康公司與柏格公司、楚觀公司間之虛偽不實交易，經漢康公司將該等交易之營業額列入100年度第3季及全年度財務報告，因認被告杜成功另涉犯證券交易法第171條第1項第1款編製不實財務報告罪、證券交易法第171條第1項第3款之董事侵占罪云云。

(二)按被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪；犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條、第301條第1項分別定有明文。

(三)經查：

1.編製不實財務報告罪部分：

(1)公訴意旨前揭認被告吳萬發、杜成功另涉犯證券交易法第171條第1項第1款編製不實財務報告罪，無非係以渠等所為虛偽交易之營業額，經漢康公司列入100年度半年度、第3季及全年度財務報告，並以漢康公司100年度財務報告作為論據。

(2)然按公司為虛偽交易之原因多端，如掏空公司資產、董監事背信等謀取私利之不法目的，或為虛增公司營收以美化財務報表等。惟若行為人作成虛偽交易，該公司事後透過財務工具之調整、取消不實交易所構成之營收，或逕列載真實財務狀況等方式，編製公司之財務報告，即非必然構成證券交易法第171條第1項第1款之罪。本案被告吳萬發、杜成功雖與同案被告張嘉元共同為填製不實會計憑證、不合營業常規交

易、董事特別背信等犯行，然被告吳萬發、杜成功既非漢康公司董事、監察人或經理人，亦未曾任職於漢康公司，更無與張嘉元就漢康公司如何編製財務報告有何犯意聯絡及行為分擔，且遍觀本案卷證，又無證據足資證明其二人在犯行謀議及實行過程中，知悉渠等各自所為之虛偽交易內容，嗣後必將記載於漢康公司100年財務報告內，是公訴意旨逕以漢康公司100年度財務報告，關於「重大投資及期後事項」記載與楚觀公司交易及後續處理，及於100年12月31日「應收票據明細表」、「應收帳款」中記載有關楚觀公司、科丞公司、虹光公司、均寶公司之應收票據或帳款之事，遽認被告吳萬發、杜成功另涉犯證券交易法第171條第1項第1款編製不實財務報告罪云云，均非足採。是此部分起訴事實難認有據，本應分別對被告吳萬發、杜成功關於此部分為無罪判決之諭知，惟公訴意旨認其所涉此部分罪嫌，各與經本院認定有罪部分具有想像競合之裁判上一罪關係，爰均不另為無罪諭知。

2. 業務侵占罪部分：

刑法上之侵占罪，係以意圖為自己或第三人不法之所有，擅自處分自己持有他人所有之物，或變易持有之意思為所有之意思而逕為所有人行為，為其成立要件，故行為人侵占之物，必先有法律或契約上之原因在其合法持有中者為限，否則，如其持有該物，係因詐欺、竊盜或其他非法原因而持有，縱其加以處分，仍不能論以該罪。經查，犯罪事實欄二（四）（五）及犯罪事實欄三，關於被告吳萬發、杜成功為使同案被告張嘉元獲得資金以供支用，而與其共同為各該犯罪事實欄所示行為，藉以使漢康公司資金移轉至合豐公司、柏格公司帳戶內，再提領現金交付張嘉元花用，致漢康公司受有損害。然上開漢康公司資金並非張嘉元將漢康公司在其持有下之金錢直接匯出而擅自處分、易持有為所有予以侵占，此與刑法上侵占罪要件顯有未合。是公訴意旨認被告吳萬發就嘉義縣政府採購計畫、公西靶場工程部分，尚另涉犯

刑法第336條第2項業務侵占罪，並認被告杜成功被訴之事實另涉犯證券交易法第171條第1項第3款之董事特別侵占罪云云，容有誤解，是此部分起訴事實難認有據，本應分別對被告吳萬發、杜成功關於此部分為無罪判決之諭知，惟公訴意旨認其等所涉此部分罪嫌，各與經本院認定有罪部分具有想像競合之裁判上一罪關係，爰均不另為無罪諭知。。

3.不合營業常規交易部分（公西靶場工程）

(1)公訴意旨認被告吳萬發就公西靶場工程部分，亦屬虛偽不實交易，相關會計憑證填製不實，亦涉犯商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪、證券交易法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪云云。

(2)惟查，漢康公司將公西靶場水電、空調工程轉包予合豐公司時，有向合豐公司收取2116萬元之履約保證金支票，合豐公司並配合名冠公司進行工程送審作業及派工至現場施作，漢康公司亦有派員到場監工，嗣係因被告吳萬發將漢康公司給付之預付工程款交付張嘉元花用，以致合豐公司資金不足無法履約，工程進度遲延，縱漢康公司於101年4月30日再給付追加工程款298萬7828元，及於同年5月31日給付14萬9391元予合豐公司，仍無法改善，名冠公司與漢康公司、合豐公司於同年7月2日開會協議後，漢康公司於101年11月30日簽訂工程拋棄協議書，並遭名冠公司沒收履約保證金1500萬元等事實，業據被告吳萬發供認不諱（見偵字第2417號卷三第24-26頁、警聲搜字第1627號卷第70頁、偵緝字第1593號筆錄卷一第15頁、卷二第55-56、140頁），核與證人即共同被告洪賢明、賴萬益、張嘉元、證人吳志偉、羅宇舟、彭一修、戴嘉伶等人證述相符（見偵緝字第1593號筆錄卷二第51、53、65-66、161-162、168、196頁、卷三第25頁、卷一第80頁、其他資料卷一第11、161-162頁、原審卷五第119-122、129-133頁）。

(3)此外，並有卷附合豐公司100年10月13日豐字第1001013號函、合約書國家射擊訓練基地-公西靶場工程第36次品質進

度會議國亨營造股份有限公司提報資料、101年4月間合豐公司追加工程款298萬7828元之請款申請書及統一發票、漢康公司簽呈及傳票（即扣押物品編號4-3-4）、101年5月間合豐公司電線電纜預收款14萬9,391元請款之統一發票、漢康公司請款單及傳票、101年6月間合豐公司申請工程款170萬元之統一發票及工程估驗單、漢康公司請款單、傳票及帳戶明細、101年6月21日漢康公司公西靶場會議議程、名冠公司101年6月29日郵局存證信函、（101年）7月2日公西靶場會議紀錄、101年7月間合豐公司申請臨時工資11萬0250元之漢康公司請款單及合豐公司切結書、101年11月28日漢康公司簽呈、101年11月30日漢康公司簽署之工程拋棄協議書、漢康公司所製作收取名冠公司支付工程款之傳票、統一發票及材料驗收明細、101年12月12日漢康公司第11屆第22次董事會議事錄、102年1月31日漢康公司開立予名冠公司之折讓單等存卷可稽（見偵緝字第1593號卷其他資料卷三第52、69-71、74、83-93、111-114、117-119、125-129、131-133頁、他字第3034號卷四第151-156頁、102年度他字第1149號卷第37、50-53、55、76頁、偵字第2417號卷六第272-273、283、286-290、310-313頁、偵緝字第1593號筆錄卷二第175、183-184頁）。另名冠公司於101年6月11日、10月12日、11月3日、102年1月3日、1月11日分別支付200萬元、68萬元、150萬元、45萬元、98萬0738元工程款（含稅）予漢康公司乙節，亦有漢康公司傳票、開立發票通知單、統一發票、請款單、材料驗收明細表、中國信託銀行帳戶明細、合作金庫銀行存款交易明細查詢在卷可稽（見偵緝字第1593號其他資料卷三第99-130頁）；就名冠公司依實際完成施工進度而支付工程款之事實，並有第一商業銀行鶯歌分行104年12月28日一鶯歌字第00105號函暨所檢附名冠公司帳戶（帳號：00000000000、00000000000）交易明細資料、元大商業銀行股份有限公司作業服務部105年2月4日元作服字第1050001424號函暨所檢附名冠公司帳戶（帳號：000000000000000000

0）交易往來資料在卷可證（見本院前審卷三第87-95、114-117頁）。

(4)且在工程之承攬契約中，工程業界並無定作人必須預付承攬人工程款之慣例，關於是否約定支付工程預付款，在私法領域內，基於契約自由原則，當事人本得依其意思形成雙方之權利義務關係，此觀之臺北市政府工務局新建工程處100年11月30日公開招標公告、臺北自來水事業處工程總隊103年5月12日公開招標更正公告、臺北市松山區公所102年3月14日公開招標公告、國立陽明大學101年12月19日公開招標公告、臺北市政府工務局衛生下水道工程處101年12月4日公開招標公告等例（見原審卷二第47-63頁），即可知悉。是名冠公司與漢康公司未約定工程預付款、漢康公司與合豐公司間約定預付工程款，並非不符常規，亦無不合情理之處。此外，卷附交通部臺灣區國道新建工程局公告之公西靶場工程投標須知（見原審卷二第64-71頁）其中「14. 押標金及各項保證金14.2（3 ）預付款及還款保證」，亦有關於預付款之約定，是公訴意旨以名冠公司與漢康公司、漢康公司與合豐公司間，就承攬公西靶場水電及空調工程契約所約定之付款條件不同，即遽謂前開契約係不合營業常規且不利漢康公司之虛偽不實交易，難認有據。

(5)綜上事證，尚難認定漢康公司與名冠公司、合豐公司間之上開交易有何虛偽不實之情事。公訴意旨以漢康公司並未實際施作公西靶場工程，亦無施工人力及設備，遽認名冠公司、漢康公司與合豐公司間，就公西靶場工程係不合營業常規之不實交易，相關會計憑證亦屬不實云云，忽略漢康公司已將工程轉包予合豐公司，並由合豐公司派員進場施工之事實，是此部分起訴事實難認有據，揆諸首揭規定及說明，本應對被告吳萬發此部分被訴事實為無罪判決之諭知，惟其所涉此部分罪嫌，既與已起訴並經本院認定有罪部分具有想像競合之裁判上一罪關係，爰不另為無罪諭知。

參、退併案部分：

一、按檢察官就未據起訴之部分，認與本案有裁判上一罪關係函請法院併辦，此項公函非屬訴訟上之請求，其目的僅在促使法院之注意，法院如併同審理，固係審判上不可分法則之適用所使然，如認不成立犯罪或無裁判上一罪關係，自不能併予裁判，而僅須說明其理由及無從併辦之意旨即可。

二、臺灣新北地方法院檢察署106年度偵字第31431號移送併辦意旨略以：被告吳萬發係合豐公司負責人，為商業會計法第71條之商業負責人，亦為從事業務之人。明知合豐公司並無銷貨予移送併辦意旨附表所示普格科技股份有限公司（下稱普格公司）、漢康公司、虹光公司之事實，基於填製不實會計憑證、行使業務登載不實文書之犯意，指示合豐公司不知情之員工開立虛偽不實之統一發票共15張，銷售金額合計9042萬4516元，交付予上開公司充作進貨憑證使用，足生損害於合豐公司。因認被告吳萬發係犯商業會計法第71條第1款明知不實事項而填載會計憑證罪，且與業經提起公訴部分，具有事實上一罪關係，請求併予審理等語。

三、檢察官認被告吳萬發此部分涉犯商業負責人以明知為不實之事項而填製會計憑證罪嫌，無非係以被告吳萬發於本案及他案偵查中之供述、同案被告洪天良於偵查中之供述及營業稅稅籍資料查詢作業列印單、營業人設立變更登記申請書、股份有限公司變更登記表、財政部臺灣省北區國稅局領用統一發票購票證申請書、訪查營業報表、合豐公司專案申請調檔統一發票查核名冊（銷項）、專案申請調檔查核清單（銷項）、本案起訴書及原審判決書等件資為主要論據。

四、訊據被告吳萬發堅詞否認涉有此部分犯行，辯稱：合豐公司確實有銷貨給該等公司等語。經查，檢察官所提出同案被告洪天良之供述、營業稅稅籍資料查詢作業列印單、營業人設立變更登記申請書、股份有限公司變更登記表、財政部臺灣省北區國稅局領用統一發票購票證申請書、訪查營業報表、合豐公司專案申請調檔統一發票查核名冊（銷項）、專案申請調檔查核清單（銷項）等稅捐資料，僅能認定被告吳萬發

係合豐公司負責人、虹光公司之實際負責人，且合豐公司有開立如移送併辦意旨書附表所載之統一發票。然針對合豐公司與移送併辦意旨書附表所列各公司間是否確無實際交易行為，檢察官所舉事證尚無足使本院排除合理性之懷疑，形成被告吳萬發有如移送併辦意旨所指違反商業會計法之確切心證，依罪疑為有利於被告原則，即應對被告吳萬發為有利之認定，此部分犯行尚屬不能證明，本院無從併予審理，自應退回由檢察官另行依法處理。

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

本案經檢察官李進榮到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　24　　日

刑事第五庭　審判長　法　官　王屏夏

法　官　戴嘉清

法　官　林柏泓

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，其未敘述上訴之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　武孟佳

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　30　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：

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。

證券交易法第171條

有下列情事之一者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以上2億元以下罰金：

一、違反第20條第1項、第2項、第155條第1項、第2項、第157條之1第1項或第2項規定。

二、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害。

三、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受損害達新臺幣5百萬元。

犯前項之罪，其犯罪所得金額達新臺幣1億元以上者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣2千5百萬元以上5億元以下罰金。

有第1項第3款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣5百萬元者，依刑法第336條及第342條規定處罰。

犯前三項之罪，於犯罪後自首，如有犯罪所得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。

犯第1項至第3項之罪，在偵查中自白，如有犯罪所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至二分之一。

犯第1項或第2項之罪，其犯罪所得利益超過罰金最高額時，得於所得利益之範圍內加重罰金；如損及證券市場穩定者，加重其刑至二分之一。

犯第1項至第3項之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人、第三人或應負損害賠償金額者外，以屬於犯人者為限，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。

違反第165條之1或第165條之2準用第20條第1項、第2項、第155條第1項、第2項、第157條之1第1項或第2項規定者，依第1項第1款及第2項至前項規定處罰。

第1項第2款、第3款及第2項至第7項規定，於外國公司之董事、監察人、經理人或受僱人適用之。