

臺灣高等法院刑事判決

113年度金上重訴字第27號

上訴人 臺灣臺北地方檢察署檢察官

上訴人

即被告 鄭乾池

選任辯護人 翁栢堃律師

施宣旭律師

上列上訴人等因被告違反證券交易法等案件，不服臺灣臺北地方法院112年度金重訴字第3號，中華民國113年2月21日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署111年度偵字第13776號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於證券交易法第一百七十一條第一項第一款之詐偽罪部分所處之刑撤銷。

前開撤銷部分，處有期徒刑參年貳月。

其他上訴駁回。

事實及理由

壹、本院審理範圍：

本件上訴人即被告鄭乾池（下稱被告）提起第二審上訴，已表明僅就原判決之量刑及沒收部分上訴（見本院卷第389至390頁），而檢察官亦明示係就原審諭知被告無罪部分提起上訴，不另為無罪諭知部分不在上訴範圍（見本院卷第387頁），是依刑事訴訟法第348條第3項之規定，本院審理範圍係原判決有罪部分所處之刑及沒收暨無罪部分，先予陳明。

貳、被告上訴部分：

一、撤銷改判部分（即原判決關於證券詐偽部分所處之刑）：

（一）原審審理後，就被告所犯如原判決事實欄二所載犯行，依想像競合犯關係，論處其犯證券交易法第171條第1項第1款之

01 詐偽(尚犯同法第174條第2項第3款之非法出售有價證券罪)
02 罪刑，並說明相關之科刑理由，固非無見。惟查，於第一審
03 言詞辯論終結後，如有足以影響科刑判斷者，因此情狀係第
04 一審法院判決之際所未及審酌，且足以影響判決結果，第二
05 審法院自得撤銷第一審判決。被告於本院審理時已與被害人
06 李克良、蕭琬樺、林承亮及曾小娟達成和解，並依約賠償其
07 等所受損害，堪認其有悔悟之意，犯後態度良好，為有利被
08 告之量刑事由，然此係第一審言詞辯論終結後所產生之科刑
09 事由，乃原審未及審酌，且足以影響判決結果，故此部分量
10 刑基礎已有不同，原判決關於此部分刑之宣告自屬無可維
11 持。

12 (二)至被告提起上訴雖請求依刑法第59條規定酌減其刑。惟按刑
13 法第59條規定犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過
14 重者，得酌量減輕其刑，此雖為法院依法得行使裁量事項，
15 然非漫無限制，必須犯罪另有特殊原因、環境與情狀，在客
16 觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定低度刑期，
17 猶嫌過重者，始有其適用。是以，為此項裁量減輕其刑時，
18 必須就被告全部犯罪情狀予以審酌，在客觀上是否有足以引
19 起社會上一般人之同情，而可憫恕情形，始謂適法。至行為
20 人犯罪之動機、目的、犯罪之手段、犯罪後所生之損害、犯
21 罪後之態度、犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度等，
22 僅屬得於法定刑內審酌量刑之事項，非酌量減輕之理由。本
23 院審酌被告為諾亞媒體股份有限公司（下稱諾亞公司）之實
24 際負責人，竟與非法盤商勾結，以不實資訊欺騙投資人購入
25 諾亞公司股票，銷售金額高達新臺幣（下同）7,634萬5,000
26 元，導致該等投資人血本無歸，受有嚴重損失，對股票交易
27 市場秩序及投資人對公平交易市場之信心，已生相當嚴重之
28 危害，惡性非輕，縱使被告係為籌措公司經營資金所犯，仍
29 無從據為減刑之事由，衡其犯罪情狀在客觀上並無任何顯然
30 足以引起一般人同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重
31 之情事，參照上開說明，自無適用刑法第59條規定予以酌減

其刑之餘地。且原判決亦已說明不予被告依刑法第59條規定酌減其刑之理由（見原判決第17頁），核無違誤。

(三)據上，被告以達成部分和解提起此部分上訴，為有理由，自應由本院就原判決關於此部分之科刑部分，予以撤銷改判。

(四)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告身為諾亞公司實際負責人，明知諾亞公司營運狀況不佳，復無相關興櫃或上市櫃計畫，為快速籌得鉅額資金，竟提供內容不實之投資評估報告書等文件及訊息予非法盤商，使廣大投資人誤信諾亞公司營收可期而購買該公司股票，非但使眾多投資人蒙受損失，亦對社會經濟及證券市場交易秩序均造成相當危害，所為實有不該，然衡酌被告坦承犯行，並與被害人李克良、蕭琬樺、林承亮及曾小娟達成和解，且依約給付分期賠償款項，有和解筆錄及本院公務電話查詢紀錄表在卷可考，態度尚可，兼衡其於原審自陳專科畢業、現從事科技工程業、有年邁岳母需扶養等家庭生活及經濟狀況（見原審卷第295頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。至被告雖請求為緩刑之宣告，然因被告經本院宣告刑已逾2年，並不符合緩刑之要件，自無從為緩刑之宣告，併此敘明。

二、駁回上訴部分（即原判決關於使公務員登載不實部分所處之刑、沒收部分）：

(一)按第二審判決書，得引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，對案情重要事項第一審未予論述，或於第二審提出有利於被告之證據或辯解不予採納者，應補充記載其理由，刑事訴訟法第373條定有明文。本院綜合全案證據資料，就第一審判決關於被告如其事實欄一所載犯行，論處其犯刑法第214條之使公務員登載不實罪刑，並就被告所犯證券詐偽犯行宣告沒收、追徵未扣案之犯罪所得3,391萬5千元，被告明示僅對於刑度部分及沒收提起上訴，本院認第一審判決關於使公務員登載不實罪所處之刑度，與罪刑相當原則及比例原則無悖，且就證券詐偽犯罪所得之沒收、追徵亦無違誤，爰就此部分均予維持，依前揭規定，此部分引用第一審判決

書所記載之科刑及沒收、追徵認定之理由（如后）。

(二)科刑：

1.第一審判決科刑理由略以：爰審酌被告身為諾亞公司實際負責人，竟以虛偽股款收足證明之方式，使主管機關核准公司之設立登記，規避公司法關於公司資本充足原則之規範，違背公司法維護公司財務健全及管理之立法本旨，並增加交易相對人之潛在交易風險，然衡酌被告於偵查及原審均坦承犯行，態度尚可，並衡酌被告為專科畢業，現從事科技工程業，有年邁岳母需扶養等家庭生活、經濟狀況等一切情狀，量處有期徒刑4月，併諭知易科罰金之折算標準。另被告此部分之犯罪時間係於96年4月24日前所為，合於中華民國九十六年罪犯減刑條例第2條第1項第3款之規定，復無該條例第3條所列不予減刑之情形，故就此部分宣告刑減為有期徒刑2月，及諭知易科罰金之折算標準等旨。茲予以引用。

2.本院補充科刑理由如下：

(1)刑罰係以行為人之責任為基礎，而刑事責任復具有個別性，因此法律授權事實審法院依犯罪行為人個別具體犯罪情節，審酌其不法內涵與責任嚴重程度，並衡量正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的之實現，而為適當之裁量，此乃審判核心事項。故法院在法定刑度範圍內裁量之宣告刑，倘其量刑已符合刑罰規範體系及目的，並未逾越外部性界限及內部性界限，復未違反比例原則、平等原則、罪刑相當原則及重複評價禁止原則者，其裁量權之行使即屬適法妥當，而不能任意指摘為不當，此即「裁量濫用原則」。故第一審判決之科刑事項，除有具體理由認有認定或裁量之不當，或有於第一審言詞辯論終結後足以影響科刑之情狀未及審酌之情形外，第二審法院宜予以維持。

(2)原判決就被告所犯使公務員登載不實罪之量刑，業予說明理由如前，顯已以行為人之責任為基礎，並就刑法第57條各款所列情狀（被告之犯罪動機、目的、犯罪手段、犯罪所生損害、犯後態度、品行、生活狀況、智識程度等一切情狀），

予以詳加審酌及綜合評價，核未逾越法律規定之外部性及內部性界限，亦無違反比例原則、平等原則、罪刑相當原則及重複評價禁止原則，此部分量刑基礎並無變動，且原審並無誤認、遺漏、錯誤評價重要量刑事實或科刑顯失公平之情，難認有濫用裁量權之情形，自難指為違法或不當。此外，此部分於第一審言詞辯論終結後，並未產生其他足以影響科刑情狀之事由，原判決所依憑之量刑基礎並未變更，此部分所量處之宣告刑應予維持。被告上訴意旨指摘原判決此部分量刑過重，要非可採。

(三)沒收：

1.第一審判決關於沒收、追徵之認定理由略以：被告於偵查及原審均自承係以每股8.5元之價格將諾亞公司股票出售予「陳董」，並有金隆公司明細分類帳可參（見偵卷第133頁），而檢察官雖認被告係以每股12至14元之價格販售諾亞公司股票，然因此部分主張除財政部財政資訊中心所彙整代徵稅額繳款書資料外，別無其他事證足佐，而代徵稅額繳款書上載金額不必然即為實際成交價格，是基於罪疑唯利被告原則，因認被告係以每股8.5元之售價販賣諾亞公司股票予陳董。又觀諸原判決附表（下稱附表）二之二至二之五所示，被告係分別以佳沛霖公司、林昱、黃春美、陳政顯名義移轉141萬股、70萬股、70萬股及118萬股予「陳董」使用之金雅軍等16名人頭（詳附表二之二至二之五），以此為基準並依被告所自承之每股8.5元售價計算，被告販售諾亞公司股票之實際所得即應為3,391萬5,000元（計算式： $8.5 \times \{1,410,000 + 700,000 + 700,000 + 1,180,000\} = 33,915,000$ ），上開所得雖未扣案，仍應於主文項下宣告除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額等旨。經核與法並無不合，茲予以引用。

2.被告上訴雖稱係分別以佳沛霖公司、林昱、黃春美、陳政顯之名義販售40萬股、70萬股、70萬股、120萬股諾亞公司股

票予「陳董」，因此得款共計2,550萬元等語。惟按刑法基於準不當得利或類似不當得利之衡平原理，所創設之不法利得沒收規定，性質上為獨立之法律效果，而非從刑或保安處分，旨在匡正財產之不法流動，剝奪不法所得之物或利益，徹底追討犯罪所得，以貫徹「任何人不得保有犯罪所得」之普世基本原則並兼顧被害人權益之保護，維護合法財產秩序之歸屬狀態，俾符合公平正義之衡平理念。查被告上訴所稱轉讓股數已與卷附財政部財政資訊中心所彙整代徵稅額繳款書資料所示不符，且被告所提出金隆公司帳戶明細表及明細分類帳等證據，至多僅得證明其販售諾亞公司股票所得有存入金隆公司帳戶之情，尚無從推論存入該帳戶之款項即係被告本案販售諾亞公司股票之全部所得，是被告上訴意旨指摘原判決犯罪所得數額之認定為不當，依上述說明，亦無足取。

(四)綜上，被告此部分上訴意旨重複為科刑、沒收之爭執，指摘原判決科刑、沒收違法、不當等語，均無理由，應予駁回。

參、檢察官上訴部分（即被告其餘被訴證券詐偽經原審諭知無罪部分）：

一、本件原判決以公訴意旨略謂：被告於民國100年12月間，明知諾亞公司營運及財務狀況不佳，且有資本不實之情，惟仍將公司財務業務及資本不實狀況予以隱匿，並於100年12月間以每股16元溢價辦理現金增資發行新股，且製作並寄發載有諾亞公司「100年1~10月份較去年同期營收成長297%」此等不實內容之100年現金增資繳款通知書予諾亞公司原有股東。復於101年11月間，又隱匿諾亞公司實際營運、財務及資本不實情況，以每股10元辦理現金增資發行新股，製作並寄發載有諾亞公司「101年1~10月份營業收益約8千多萬元」此等不實內容之101年現金增資特定對象繳款通知書予諾亞公司原有股東。致使該些投資人誤信諾亞公司資本健全且營運狀況穩定而分別陷於錯誤，於100年12月19日至24日以每股16元及於101年12月3日至7日以每股10元，認購諾亞公司

股票，被告因而為諾亞公司詐得總計6,446萬元（100年12月間該次發行新股，諾亞公司收得之股款為3,856萬元；101年11月間該次發行新股，諾亞公司收得之股款為2,590萬元）等語。因認被告涉犯證券交易法第171條第1項第1款之證券詐欺罪嫌。經審理結果，認為不能證明被告有前揭公訴意旨所指之犯罪，因而諭知被告無罪。已依據卷內資料詳予說明其證據取捨及判斷之理由。本院認原判決所持理由並無違法或不當之情形，爰予維持，依首揭規定，除引用第一審判決書所記載之證據及理由（如附件）外，並補充記載理由如后。

二、檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，為刑事訴訟法第161條第1項所明定。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負實質之舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告各罪均為有罪之積極證明，或其闡明之證明方法，無從說服法院形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪之諭知。而認定犯罪事實所憑之證據，無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，若其裁量、判斷，並不悖乎經驗法則或論理法則，即不得任意指為違法。

(一)公訴意旨認被告涉犯上開犯行，無非以被告之供述、證人許淑惠、郭佳靜、朱天雲、洪慧真、曾小娟、李克良及林承亮之證述、諾亞公司登記卷及所附增資資料、諾亞公司100年現金增資繳款通知書及101年現金增資特定對象繳款通知書等證據資料為其論據。然而：(一)本案諾亞公司為非公開發行公司，而公訴意旨所指諾亞公司上開二次增資發行之新股係全數由公司原有股東認購（詳附表五、六），雖依原判決有罪部分認定之事實，被告前為出售所持有諾亞公司股票而有

公開招募之情形，依證券交易法第22條第3項準用同條第1項規定，非向主管機關申報生效後，不得為之，然公司股東對非特定人公開招募以出售公司股票，並不會使公司因此成為依證券交易法發行股票之公司，又證券交易法既分別規定「募集」與「私募」之定義，二者在邏輯概念上尚非原則與例外規定，自不能謂招募股份未符合「私募」規定，即應落入「募集」範疇，進而推論證券交易法第7條第1項所稱「非特定人」，係指同條第2項所稱「特定人」以外之人，而將公司原有股東及員工亦包含在內。換言之，增資發行新股如係由公司原有股東或特定人認購，因非屬對「非特定人」公開招募，不該當證券交易法第7條所稱之有價證券「募集」定義，亦非屬證券交易法第20條第1項所規範之「發行」及與原始股東進行轉讓之「買賣」情形，自難認屬違反證券交易法第20條第1項之情形。(二)再依諾亞公司之營業人銷售額與稅額申請書記載，諾亞公司99年度1月至10月之銷售額共計4,342萬1,961元，100年1月至10月之銷售額共計8,446萬3,940元，有諾亞公司營業人銷售額與稅額申請書等件在卷可參（見偵卷第235至253頁），則諾亞公司各該年度之現金增資繳款通知書上載內容，亦非全然無據。況本案證人馬亞玲、朱天雲、洪慧真、李克良、蕭琬樺、林承亮及曾小娟亦未明確證述其等購入現金增資發行新股乙事與現金增資繳款通知書之記載內容有何具體關聯存在。(三)綜上，難認本案被告就諾亞公司現金增資發行新股部分有何證券詐欺或詐欺犯行。檢察官所舉證據資料，顯尚無法達到「通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實」之程度，亦即仍有合理之懷疑存在，自不得遽為不利於被告之認定。本件檢察官不能證明被告有此部分被訴之犯罪，本院自應為無罪之諭知。

(二)原判決就檢察官所提出及卷內所存證據等訴訟資料，逐一剖析，相互審酌，仍無從獲得被告有前揭公訴意旨所指犯行之事實，因而諭知被告無罪，於法尚無不合。

(三)檢察官上訴意旨仍為事實及法律之爭執，主張：證券交易法

第7條第1項所稱之「非特定人」，依體系解釋，自係指同法第43條之6第1項所定私募對象以外之人即屬之；依投資人李克良、蕭琬樺、林承亮及曾小娟之證述，其等顯然對於諾亞公司資本額是否充實一無所知，方才同意參與公司增資，被告於辦理增資時，以消極不作為之欺罔行為，利用投資人誤信諾亞公司資本健全陷於錯誤，而取得投資人交付之增資款項，應屬於詐欺取財之行為等語。然證券交易法所規定「募集」與「私募」並非原則與例外規定，尚難以招募股份未符合「私募」規定，即認應屬「募集」範疇；又投資股票乃屬經濟行為，而經濟行為本身有不同程度之不確定性或交易風險，且因國內經濟景氣、政策及國際經濟局勢變化等因素而受影響，交易雙方本應自行估量其主、客觀情事及蒐集相關資訊，以作為其判斷之參考，本案投資人等於進行投資前，應仍可自行判斷、評估後續風險，再自行決定是否購買未上市股票。即使事後該等股票未能上市(櫃)交易致無法如預期獲益、或取回成本、或出賣股票，係屬市場經濟自由所造成，且未上市(櫃)股票相較上市股票較無市場價值可資衡量判斷，投資時本應有所心理準備，本案被告辦理上開諾亞公司現金增資發行新股時，諾亞公司既有實際營收而非空殼公司，已如前述，則被告縱未予揭露公司實收資本額，仍難認被告有何欺罔行為或詐欺取財不法所有之主觀意圖，自與詐欺取財罪之構成要件不符。是核檢察官之上訴意旨，或係再為事實及法律之爭執，或就原審採證、認事裁量職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，採不同之評價而為指摘，顯不足以動搖原判決之結果。

三、從而，檢察官上訴意旨仍執前詞，指摘原判決違誤，並無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第373條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段、第368條，判決如主文。

本案經檢察官黃聖提起公訴，檢察官黃思源提起上訴，檢察官戴東麗到庭執行職務。

中華民國 113 年 11 月 26 日

刑事第二十六庭審判長法官 邱忠義

法官 陳勇松

法官 葉韋廷

以上正本證明與原本無異。

使公務員登載不實部分，不得上訴。

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」。

檢察官就無罪部分上訴，須受刑事妥速審判法第9條限制。

刑事妥速審判法第9條：

除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：

一、判決所適用之法令牴觸憲法。

二、判決違背司法院解釋。

三、判決違背判例。

刑事訴訟法第 377 條至第 379 條、第 393 條第 1 款之規定，於前項案件之審理，不適用之。

書記官 陳靜雅

中華民國 113 年 11 月 26 日

附件（僅附所引用之原判決無罪部分，其餘部分未引用略）：

乙、無罪部分：

一、公訴意旨略以：被告於100年12月間，明知諾亞公司營運及財務狀況不佳，且存有如犯罪事實一所示資本不實情形等情，惟仍將公司財務業務及資本不實狀況予以隱匿，並於100年12月間以每股16元溢價辦理現金增資發行新股，且製作並寄發載有諾亞公司「100年1~10月份較去年同期營收成長297%」此等不實內容之100年現金增資繳款通知書予諾亞公司原有股東。復於101年11月間，又隱匿諾亞公司實際營運、財務及資本不實情況，以每股10元辦理現金增資發行新股，製作並寄發載有諾亞公司「101年1~10月份營業收益約8千多

萬元」此等不實內容之101年現金增資特定對象繳款通知書予諾亞公司原有股東。致使該些投資人誤信諾亞公司資本健全且營運狀況穩定而分別陷於錯誤，於100年12月19日至24日以每股16元及於101年12月3日至7日以每股10元，認購諾亞公司股票，並將股款均匯至諾亞公司設於臺灣土地銀行股份有限公司（下稱土地銀行）帳號000000000000號帳戶（下稱諾亞公司土地銀行帳戶）。鄭乾池因而為諾亞公司詐得總計6,446萬元（100年12月間該次發行新股，諾亞公司收得之股款為3,856萬元；101年11月間該次發行新股，諾亞公司收得之股款為2,590萬元），因認被告上開行為，均涉犯同法第171條第1項第1款之證券詐欺罪嫌等語。

二、按犯罪事實之認定，係據以確定具體的刑罰權之基礎，自須經嚴格之證明，故其所憑之證據不僅應具有證據能力，且須經合法之調查程序，否則即不得作為有罪認定之依據。倘法院審理之結果，認為不能證明被告犯罪，而為無罪之諭知，即無前揭第154條第2項所謂「應依證據認定」之犯罪事實之存在；因此，同法第308條前段規定，無罪之判決書只須記載主文及理由，而其理由之論敘，僅須與卷存證據資料相符，且與經驗法則、論理法則無違即可，所使用之證據亦不以具有證據能力者為限，即使不具證據能力之傳聞證據，亦非不得資為彈劾證據使用。故無罪之判決書，就傳聞證據是否例外具有證據能力，本無須於理由內論敘說明（最高法院100年度台上字第2980號判決意旨參照）。本案被告被訴之上開罪嫌，經本院認定犯罪不能證明而為無罪諭知，詳如後述，故毋庸論述所援引有關證據之證據能力，先予敘明。

三、按犯罪事實應依證據認定，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。又事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，為裁判基礎；且認定不利於被告之事實須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定

時，即應為有利於被告之認定；另認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在，無從使事實審法院得為有罪之確信時，即應由法院為諭知被告無罪之判決（最高法院40年台上字第86號、30年上字第816號、76年台上字第4986判決意旨參照）。

四、公訴意旨認被告涉犯上開罪嫌，無非以被告之供述、證人許淑惠、郭佳靜、朱天雲、洪慧真、曾小娟、李克良、林承亮之證述、諾亞公司登記卷及所附增資資料、投資人提供之100年現金增資繳款通知書及101年現金增資特定對象繳款通知書等件為其論據。

五、訊據被告就諾亞公司曾於100年、101年間辦理現金增資等情均坦承不諱，然堅決否認有前揭犯行，辯稱：現金增資對象為諾亞公司原有股東，並非證券交易法第7條第1項所稱之「非特定人」，不得以證券交易法相繩，且諾亞公司所寄發之繳款通知書並無內容不實，是其亦無詐欺投資人之情事等語。

六、經查：

(一)、按證券交易法所稱有價證券，指政府債券、公司股票、公司債券及經主管機關核定之其他有價證券；募集，謂發起人於公司成立前或發行公司於發行前，對「非特定人」公開招募有價證券之行為；發行，謂發行人於募集後製作並交付，或以帳簿劃撥方式交付有價證券之行為，證券交易法第6條第1項、第7條第1項、第8條第1項分別定有明文。同法第22條第2項復規定，「已依本法發行股票之公司」，於依公司法之規定發行新股時，除依同法第43條之6第1項及第2項規定辦理私募之情形外，仍應依同法第22條第1項規定辦理。則「已依本法發行股票之公司」，於發行新股時，除合於私募之規定外，雖係向「特定人」招募股份，仍應向主管機關申

報生效。倘發行人非「已依本法發行股票之公司」，於發行新股時，係向「特定人」招募股份，因與證券交易法規範之「募集」要件不合，依罪刑法定原則，縱未向主管機關申報生效、有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為，亦不能依證券交易法第171條第1項第1款、第2項及第174條第2項第3款規定處罰。又所謂「已依本法發行股票之公司」，係指公司以募集、私募方式發行股票，或股票補辦公開發行（證券交易法第42條第1項）而言。至證券交易法第22條第3項所定出售所持有公司股票，而公開招募之情形，依其立法理由說明，雖非募集或發行，但因係向非特定人公開招募，影響層面甚廣，為維護公益及保障投資人利益計，乃準用同條第1項規定，非向主管機關申報生效後，不得為之，然公司股東對非特定人公開招募以出售公司股票，並不會使公司因此成為「已依本法發行股票之公司」。

(二)、立法者雖未就證券交易法第7條第1項所稱「非特定人」之具體內涵為說明，惟觀諸公司法第267條第3項規定：「得公開發行或洽由特定人認購」、同法第268條第1項規定：「除由原有股東及員工全部認足或由特定人協議認購而不公開發行者外，應申請證券主管機關核准，公開發行」及同法第272條規定：「由原有股東認購或由特定人協議認購，而不公開發行者」，是基於法秩序之一致性，證券交易法第7條第1項所稱「非特定人」，當係指「公司原有股東、員工及協議認購股份之特定人以外之人」。而91年2月6日增列之證券交易法第7條第2項規定：「本法所稱私募，謂已依本法發行股票之公司依第43條之6第1項及第2項規定，對特定人招募有價證券之行為」，該項所稱「特定人」，依同法第43條之6第1項規定，係指「一、銀行業、票券業、信託業、保險業、證券業或其他經主管機關核准之法人或機構。二、符合主管機關所定條件之自然人、法人或基金。三、該公司或其關係企業之董事、監察人及經理人」，並不包括公司原有股東及員工。然證券交易法既分別規定「募集」與「私募」之定義，

二者在邏輯概念上尚非原則與例外規定，自不能謂招募股份未符合「私募」規定，即應落入「募集」範疇，進而推論證券交易法第7條第1項所稱「非特定人」，係指同條第2項所稱「特定人」以外之人，而將公司原有股東及員工亦包含其在內（最高法院108年度台上字第4055號、109年度台上字第1483號判決意旨參照）。換言之，增資發行新股如係由公司原有股東或特定人認購，因非屬對「非特定人」公開招募，不該當證券交易法第7條所稱之有價證券「募集」定義，即無違反同法第20條第1項規定可言。

(三)、經查：

1、諾亞公司於100年12月15日召開董事會，決議發行新股241萬股，每股10元，以每股16元溢價發行，又其中保留10%新股由員工承購，其餘由原股東按原持有股份比例增認，原股東及員工放棄認購部分，授權董事會洽特定人承購，股款繳納期限為101年1月13日，並以同日為發行新股基準日。而後附表五所示諾亞公司原有股東即自100年12月19日起至101年1月13日止，陸續將其等認購之增資股款匯入指定之諾亞公司土地銀行帳戶，合計共募得3,856萬元之事實，有臺北市政府101年2月2日府產業商字第10180618300號函、100年12月15日諾亞公司董事會議事錄、101年1月13日諾亞公司發行新股登記資本額查核報告書、資產負債表、諾亞公司土地銀行帳戶存摺明細、諾亞公司股東繳納股款明細表、會計科目處理說明及試算表等件在卷可稽（見證據卷第631至682頁）。嗣諾亞公司於101年11月16日召開董事會，決議發行新股259萬股，每股10元，又其中保留10%新股由員工承購，其餘由原股東按原持有股份比例增認，原股東及員工放棄認購部分，授權董事會洽特定人承購，股款繳納期限為102年1月4日，並以同日為發行新股基準日。其後附表六所示諾亞公司原有股東即自101年12月3日起至102年1月4日止，陸續將其等認購之增資股款匯入指定之諾亞公司土地銀行帳戶，合計共募得2,590萬元等情，有臺北市政府102年1月16日府產業

商字第10280515900號函、101年11月16日諾亞公司董事會議事錄及簽到簿、102年1月7日諾亞公司發行新股登記資本額查核報告書、資產負債表、諾亞公司土地銀行帳戶存摺明細、諾亞公司股東繳納股款明細表、會計科目處理說明及試算表等件在卷可稽（見證據卷第683至721頁）。

2、而因諾亞公司上開二次增資發行之新股係全數由諾亞公司原有股東認購（詳附表五、六），揆諸上開說明，即非屬證券交易法第20條第1項所規範之「募集」、「發行」，亦非與原始股東進行轉讓之「買賣」情形，已難認屬違反證券交易法第20條第1項之情形，即應具體認定被告辦理之上開增資行為是否另有詐欺情事，而該當刑法第339條詐欺罪之規定。

(四)、觀諸諾亞公司寄發予股東之100年現金增資繳款通知書上固記載諾亞公司「100年1~10月份較去年同期營收成長297%，全年度應有100%成長幅度」、101年現金增資特定對象繳款通知上亦記載「101年1-10月份營業收益約8,000多萬元」等情，此有上開通知書等件在卷為憑（見證據卷第393至394頁）。然查：

1、依諾亞公司之營業人銷售額與稅額申請書記載，諾亞公司99年度1月至10月之銷售額共計4,342萬1,961元，100年1月至10月之銷售額共計8,446萬3,940元（詳下表），有諾亞公司營業人銷售額與稅額申請書等件在卷可參（見偵卷第235至253頁），是該年度之現金增資繳款通知書上載內容，確非全然無據。

	99年	100年
1至2月	306萬3,888元	763萬8,081元
3至4月	371萬5,875元	1,057萬9,034元
5至6月	448萬8,223元	1,907萬743元
7至8月	1,734萬8,980元	2,176萬4,217元
9至10月	1,480萬4,995元	2,541萬1,865元

合計	4,342萬1,961元	8,446萬3,940元
----	--------------	--------------

- 2、至諾亞公司雖有於101年7至10月間虛開發票予金隆公司等公司，金額共計1,002萬8,569元（詳附表七），此經本院調閱臺灣高等法院109年度金上重訴字第26號案卷查核無訛。然參諸諾亞公司101年申報營業收入為1億1,547萬3,557元（見偵卷第255頁），於扣除上開虛偽交易後，以月份比例計算（計算式： $\{1\text{億}1,547\text{萬}3,557\text{元}-1,002\text{萬}8,569\text{元}\} \div 12 \times 10 = 8,787\text{萬}823\text{元}$ ，元以下四捨五入），101年現金增資特定對象繳款通知上載營業收益約8,000萬元等情，亦非全屬不實。
- 3、此外，觀諸證人即附表五編號297所示馬亞玲、附表五及六編號41所示朱天雲、附表五及六編號775所示陳健仁配偶洪慧真、附表五及六編號426所示李克良、附表五及六編號274所示蕭琬樺、附表五及六編號255所示林承亮、附表五編號438所示曾小娟於調查局及偵查中之證述（見證據卷第206頁、第258頁、第281頁、第290頁、第304頁、第390頁、第402頁、偵卷第208頁），亦未明確證述就其等購入現金增資發行新股乙事與上開通知書上記載內容有何具體關聯存在。
- 4、刑法上詐欺罪之成立，要以加害者有不法得財或得利之意思而實施詐欺行為，被害者因此行為，致表意有所錯誤而為財產上處分，受有損害，且加害者所用行為，堪認為詐術者，始足當之。若行為人非自始基於不法得財或得利之意圖，客觀上無施用詐術之行為，或並無損害發生，或者所受損害，非由欺罔行為陷於錯誤所致，均不得遽以詐欺罪相繩。而因被告上開寄發通知書之行為是否已達施用詐術之程度，且投資者是否因通知書所載內容乃認購現金增資發行之新股，均屬有疑，自難僅以此而為被告不利之認定。
- 5、綜上所述，本案被告就諾亞公司現金增資發行新股部分，被訴證券詐欺部分之犯行，依檢察官所舉證據，尚未達於

01 通常一般人均不致有所懷疑，而得確信被告有上開犯行之
02 程度，揆諸上開說明，本於罪證有疑，利益歸於被告之原
03 則，自應為有利被告之認定，爰為被告無罪之諭知。