最高法院刑事判決

111年度台上字第2476號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官 曾昭愷

上　訴　人

即　被　告　陳燦堂

選任辯護人　陳恒寬律師

鄭惠宜律師

黃品淞律師

上列上訴人等因被告違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國111年2月24日第二審更審判決（110年度重金上更一字第2號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署101年度偵字第12281號、102年度偵字第9585、9586、9587、9588、9589、9590、9591、9592、9593、9594、9595、9596、9597、9598、9599、9600、9601、9602、9603、9604、9605、9606、9607、9608、9609、9610、10116號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

理　由

一、本件原判決認上訴人即被告陳燦堂有如其事實欄（下稱事實欄，包含其附表〈下稱附表〉一、二）所載犯行，因而撤銷第一審關於被告犯證券交易法（下稱證交法）第171條第1項第2款使公司為不利益交易罪部分之科刑判決，改判就中華聯合半導體設備製造股份有限公司（下稱中華聯合公司）、臺南科學工業園區新廠機電及空調新建工程（下稱「機電及空調工程」）、機電及一般空調變更工程（下稱「變更工程」）、機電及空調工程之追加款（下稱「追加款工程」）部分，依牽連犯之例，從一重論處被告連續犯證交法第171條第1項第3款之特別背信罪刑（「追加款工程」所犯修正前刑法第342條第1項背信罪，與「機電及空調工程」及「變更

工程」所犯證交法第171條第1項第3款之特別背信罪，依連續犯論以證交法第171條第1項第3款之特別背信罪，並牽連犯民國95年5月24日修正公布施行前之商業會計法〈下稱修正前商業會計法〉第71條第1款之明知不實事項而填載會計憑證罪、110年12月17日修正公布施行前之稅捐稽徵法〈下稱修正前稅捐稽徵法〉第43條第1項之幫助納稅義務人以不正當方法逃漏稅捐罪）；另就潔淨室（即無塵室）追加工程（下稱「無塵室工程」）所示犯行，論處證交法第171條第1項第3款之特別背信罪刑。並適用中華民國九十六年罪犯減刑條例第2條第1項第3款、第7條規定，將所處有期徒刑11月、10月，減為有期徒刑5月又15日、5月，並定應執行有期徒刑9月。固非無見。

二、惟按：

㈠證交法第1條明白揭示「為發展國民經濟，並保障投資，特制定本法。」為其立法目的，可知「發展國民經濟」及「保障投資」為該法的核心精神。89年7月19日修正公布增訂第171條第1項第2款規定：「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，致公司遭受損害者。」之不合營業常規交易罪，其立法理由說明：「使公司為不合營業常規或不利益交易行為，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。」復於93年4月28日修正時，將「致公司遭受損害」，修正為「致公司遭受重大損害」，並說明：「本條所規定之證券犯罪均屬重大影響金融秩序，且常造成廣大投資人之重大損失，為使法益侵害與刑罰刑度間取得衡平，爰提高刑期三年以上十年以下有期徒刑。」故前揭構成要件中所稱「致公司遭受重大損害」，通常雖指金錢等財物損失，並以損失金額與公司規模等衡量損害是否重大，但法無明文限於金錢等有形之財物損失，如對公司之商業信譽、營運、智慧財產權等造成重大損害者，縱

未能證明其具體金額，仍亦屬之。依此修法歷程，足見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，反而主要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。又證交法於前揭93年修法時，增訂第171條第1項第3款規定：「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。」之特別背信、特別侵占罪。再於101年1月4日修正時，增列「致公司遭受損害達新臺幣五百萬元」之要件；同時增訂第3項規定：「有第一項第三款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣五百萬元者，依刑法第三百三十六條及第三百四十二條規定處罰。」以符合處罰衡平性及侵占、背信罪本質為實害結果之意涵，明揭第171條第1項第3款為刑法侵占、背信罪之特別規定，參酌證交法之立法目的，顯將原僅保護公司財產法益之侵占罪及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，但特別侵占、特別背信罪係以行為人侵占或背信致發行有價證券公司遭受之損害，是否達新臺幣（下同）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。綜合證交法第171條第1項第2款、第3款之立法目的、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，此為本院最近一致之見解。

卷查，起訴書記載被告為百總工程股份有限公司（下稱百總公司）董事兼總經理，明知中華聯合公司總經理蘇兆鳴（業經判處罪刑確定）等人係以虛增、墊高工程款之方式藉此從中牟利，卻仍製作逾實際工程款之不實統一發票作為會計憑

證，藉以幫助納稅義務人中華聯合公司逃漏營業稅，因認被告此部分所為，係犯修正前商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪、稅捐稽徵法第43條第1項之幫助納稅義務人以不正當方法逃漏稅捐罪及證交法第171條第1項第3款之特別背信罪。嗣到庭執行職務檢察官於第一審審理期日，就被告前揭犯行，更正起訴法條為犯證交法第171條第1項第2款之使公司為不利益交易罪（見第一審卷㈤第175頁反面）。原審審理後，就此部分再變更檢察官之起訴法條，就「機電及空調工程」、「變更工程」、「無塵室工程」部分適用證交法第171條第1項第3款之特別背信罪；另就「追加款工程」部分，認係犯證交法第171條第3項之特別背信罪，應依修正前刑法第342條第1項背信罪處罰（「追加款工程」所犯修正前刑法第342條第1項背信罪，與「機電及空調工程」及「變更工程」所犯證交法第171條第1項第3款之特別背信罪，依連續犯論以證交法第171條第1項第3款之特別背信罪）。

原判決並說明：中華聯合公司為證交法第171條第1項第2款所定之已依該法發行有價證券之公司，中華聯合公司與百總公司之「機電及空調工程」、「變更工程」、「無塵室工程」、「追加款工程」，皆浮報工程款，中華聯合公司方面經董事長張錫強（另案通緝）授權，由蘇兆鳴執行並收取回扣，其中「機電及空調工程」收取2,400萬元（現金）、「變更工程」收取200萬元（現金）、「無塵室工程」收取276萬元（匯款）、「追加款工程」收取100萬元（現金）、70萬元（匯款）、30萬元（匯款），（合計200萬元）。另藉由百總公司退回828萬元沖銷假交易未能回收之應收帳款，且「變更工程」回扣500萬元中之300萬元係由游裕發（已歿）取得，其等上開所為，係使中華聯合公司為不利益之交易，且不合營業常規之行為，亦屬意圖為自己之利益，而為違背其職務之行為，惟因中華聯合公司所受損害之金額，占中華聯合公司之年營業額、公司資產及實收資本均未達5%，

難認已達重大損害之程度，並引用審計準則公報第51號「查核規劃及執行之重大性」第15條及第19條規定，作為判斷被告前揭行為是否符合證交法第171條第1項第2款之使公司為不利益交易罪有關「重大損害」之量性指標（見原判決第25至34頁）。

然「審計準則公報第51號」第19條之規定，係現今一般會計師事務所執行查核工作，實務上常用於行為人違反證交法第20條第2項規定，判斷行為人登載不實或隱匿之資訊是否具有重大性，是否足使一般理性之報表使用者產生錯誤判斷及決策之危險，而構成證交法第171條第1項第1款申報公告不實罪之量性指標之一。原判決引用前揭「審計準則公報第51號」第19條原做為判斷行為人登載不實或隱匿之資訊，是否具有證交法第171條第1項第1款申報公告不實重大性之「稅前淨利之5%」之量性指標，做為判斷被告所為是否符合證交法第171條第1項第2款使中華聯合公司為不利益交易且不合營業常規，「致中華聯合公司遭受重大損害」之量性指標，並未說明所憑前揭「稅前淨利之『5%』」之量性指標以衡量中華聯合公司有無遭受重大損害之依據及理由。又依前揭說明，證交法第171條第1項第2款、第3款所保護之法益可能重疊，但不具同一性，被告前揭行為，是否僅侵害中華聯合公司之財產法益，有無影響整體證券市場交易及不特定投資人之利益？仍值研求。此攸關被告前揭行為所犯罪名之認定，自有詳加研求之必要。原判決未予究明，並說明其憑以認定之依據及理由，遽為認定，有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由欠備之違法。

㈡有罪判決書所記載之犯罪事實，為論罪科刑適用法律之基礎，故凡於構成要件有關之重要事項，必須詳加認定，明確記載，並敘明所憑之證據及認定之理由，且其事實認定與理由說明，應互相適合，方為合法。倘事實認定與理由說明，不相一致，或事實與理由欄內之記載，前後不一致，依刑事訴訟法第379條第14款規定，均屬判決理由矛盾。

原判決認定：被告就「機電及空調工程」、「變更工程」及「追加款工程」部分，與蘇兆鳴、張錫強、游裕發共同基於意圖為自己之利益，而為違背其職務行為之概括犯意聯絡，及幫助他人逃漏營業稅捐及填製不實會計憑證之概括犯意。另就「無塵室工程」部分，與蘇兆鳴、張錫強、游裕發共同基於意圖為自己之利益，而為違背其職務行為之犯意聯絡，有事實欄所載犯行（見原判決第2、3頁，事實欄二）。原判決卻又認定：中華聯合公司與百總公司訂定「變更工程」及「無塵室工程」合約。被告與蘇兆鳴約定，就「變更工程」合約金額2,500萬元中，應退回500萬元；就「無塵室工程」合約金額3,000萬元中，應退回1,200萬元，並拆成900萬元與300萬元退回。以上開方式，「陸續掏空中華聯合公司資產」。其中「變更工程」部分，致中華聯合公司遭受500萬元之損害，「無塵室工程」部分，致中華聯合公司遭受1,200萬元之損害（見原判決第4、5頁，事實欄二之㈢）。則前揭「無塵室工程」與「變更工程」及前揭其他工程，是否各具獨立性，被告係犯意另起，而應依數罪併罰之例予以分論併罰，或係前揭各工程「陸續掏空中華聯合公司資產」獨立性薄弱，合為包括一罪，而論以接續犯？仍有不明。原判決此部分之事實認定未臻明確，且前後有不一致之處。再者，原判決認定被告與蘇兆鳴，就「變更工程」及「無塵室工程」有前揭退回工程款之約定，且由被告於附表一編號2、3、4所示之時間，指示不知情之百總公司會計人員，開立附表一編號2、3、4所示金額之不實統一發票，向中華聯合公司請款，幫助中華聯合公司逃漏附表一編號2、3、4所示之營業稅，足以生損害於稅捐稽徵機關對於稅捐稽徵及核課管理之正確性等情（見原判決第4頁）。然於理由欄僅說明：關於「無塵室工程」部分，以現金、轉帳交付回扣之時間（即附表二編號3、8）橫跨刑法95年7月1日修正施行前後，屬單純一罪，應依修正後刑法之規定，論以一證交法第171條第1項第3款之特別背信罪，並與「機電及空調工程」、

「變更工程」及「追加款工程」部分依連續犯規定論以一罪之證交法第171條第1項第3款之特別背信罪。但就有關附表一編號3、4所示，被告於「無塵室工程」幫助中華聯合公司逃漏稅部分，與被告所犯證交法第171條第1項第3款之特別背信罪部分，具何種法律上關係，應如何論罪，未予說明。原判決前揭事實之認定與理由之說明，顯不相適合，自有理由矛盾及欠備之違誤。

㈢按94年2月2日修正公布之刑法，於95年7月1日施行。依刑法第2條第1項則規定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」該條項係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於新法施行後，自應適用新法第2條第1項之規定，為「從舊從輕」之比較；又比較新舊法時，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較後，再適用有利於行為人之法律處斷，而不得一部割裂分別適用不同之新舊法。

原判決說明：被告行為後，修正刑法於95年7月1日施行，乃就刑法第28條、第56條、第55條、第33條第5款等規定，綜合比較結果，依刑法第2條第1項前段之「從舊從輕」原則，適用修正前之相關刑罰法律，對被告較為有利，是被告於95年7月1日刑法修正公布施行前之行為，應適用修正前刑法規定處斷等旨。

原判決復說明：被告與游裕發、蘇兆鳴、張錫強間，就上開證交法第171條第1項第3款及同條第3項之特別背信罪之犯行間，有犯意聯絡及行為分擔，被告雖非中華聯合公司之董事、監察人、經理人或受僱人，然與中華聯合公司負責人蘇兆鳴、張錫強共同虛增工程款，實際參與掏空中華聯合公司資產，應依刑法第31條第1項之規定論以共同正犯等語。（見原判決第41頁）。

刑法第31條第1項於94年間修正前係規定：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆、幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」嗣修正為「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。但得減輕其刑。」比較修正前後之刑法第31條第1項規定，以修正後之規定較有利於被告。原判決於前揭94年刑法修正之新舊法比較時，僅比較就刑法第28條、第56條、第55條、第33條第5款等規定，漏未將刑法第31條第1項規定納入綜合比較，適用有利於被告之法律處斷，逕認應適用修正前刑法規定，已有違誤，嗣於考量被告有無身分減輕事由時，未經新舊法比較，逕自適用修正後刑法第31條第1項但書規定予以減輕其刑，就被告前揭犯行所犯之罪，予以割裂分別適用不同之新舊法，有適用法則不當之違法。

三、以上，或係檢察官及被告上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，原判決前揭違背法令，已影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。至被告另涉犯修正前商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪、修正前稅捐稽徵法第43條第1項之幫助納稅義務人以不正當方法逃漏稅捐罪部分，因原判決認與前開經發回部分有裁判上一罪關係，基於審判不可分原則，應併予發回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　7　　月　　18　　日

刑事第四庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　錢建榮

法　官　林婷立

法　官　蘇素娥

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　113　　年　　7　　月　　23　　日