

# 最高法院刑事判決

112年度台上字第1945號

上訴人 鄭國慶

選任辯護人 王國棟律師

洪永叡律師

廖志堯律師

上列上訴人因違反證券交易法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國112年2月8日第二審判決（111年度金上訴字第1038號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署109年度偵字第5555號），提起上訴，本院判決如下：

## 主 文

上訴駁回。

## 理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審經審理結果，撤銷第一審判決對於上訴人鄭國慶沒收部分之不當判決，改判仍諭知上訴人扣案之犯罪所得新臺幣（下同）36,547,000元，除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，沒收之（按上訴人僅就第一審判決沒收部分提起第二審上訴，其餘關於犯罪事實、證據、所犯罪名之法律適用及量刑部分，不在第二審判決範圍）。已詳敘其憑以沒收之理由。

三、查犯罪所得之沒收，性質類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰，並不適用嚴格證明法則，僅依與證據資料相符之自由證

01 明已足，無須證明至毫無合理懷疑之確信程度。原判決已參  
02 酌證券交易法第171條關於內線交易或不法炒作等不同犯罪  
03 類型犯罪所得之修法理由中所例示之計算方式，並說明被炒  
04 作股票之漲幅與振幅，是否與同類股及大盤之走向相悖離，  
05 固可作為實務認定操縱行為的參考依據之一，但犯罪行為之  
06 成立，尚不以炒作行為導致股價發生急遽變化或偏離大盤為  
07 必要。縱使個案中被炒作股票之漲幅、振幅與大盤相悖離，  
08 亦非謂犯罪所得即只能依同類股指數或大盤指數之比較法加  
09 以計算。且個案間必然存在犯罪手法、股票類型、行為時間  
10 長短、股市行情背景等差異性，欲精確計算此類犯罪所得之  
11 範圍與數額，顯有相當之困難，本案之情形亦然，自得依刑  
12 法第38條之2第1項前段規定，以估算方式認定之。另依本院  
13 大法庭所採之一致見解，關於內線交易犯罪獲取之財物或財  
14 產上利益之計算方法，應視行為人已實現或未實現利得而  
15 定。計算前項利得之範圍，應扣除證券交易稅及證券交易手  
16 續費等稅費成本（參本院108年度台上字第4349號判決意  
17 旨）。而計算不法操縱股價所獲取之財物或財產上利益，既  
18 與內線交易同採應扣除成本之「差額說」，基於相同考量基  
19 礎，自亦應扣除證券交易稅與證券交易手續費。又酌採臺灣  
20 證券交易所及財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心（下稱櫃  
21 買中心）就操縱股價犯罪之不法所得計算方式，即就行為人  
22 實際買入且賣出之情形，以「實際所得法」計算「實際獲利  
23 金額」（或稱「已實現之獲利」）；買超或賣超部分，則以  
24 「擬制性所得法」計算「擬制性獲利金額」（或稱「未實現  
25 之獲利」）。乃以第一審法院囑託櫃買中心依上述方式計算  
26 上訴人實際獲利與擬制性獲利情形、證券交易稅與證券交易  
27 手續費金額等，計算結果詳如原判決附表（下稱附表）六所  
28 示；亦即上訴人使用如附表一所示證券帳戶獲利4,097萬元  
29 （計算式為：實際獲利419萬2千元＋擬制性獲利3,677萬8千  
30 元＝4,097萬元），扣除證券交易稅及證券交易手續費共442  
31 萬3千元（證券交易稅229萬8千元＋證券交易手續費212萬5千

01 元＝442萬3仟元)，計為3,654萬7仟元(4,097萬元－442萬3  
02 仟元＝3,654萬7仟元)，即為上訴人因本案犯行而獲取之犯  
03 罪所得等旨，並就上訴人於原審所主張應以非屬本案查核期  
04 間即民國100年11月24日至102年12月1日之每股買進均價，  
05 作為本案查核期間（分析期間）即102年12月2日至103年4月  
06 15日賣超5,983仟股部分之每股買進均價，據以計算上訴人  
07 於本案查核期間不法炒作立敦科技股份有限公司（下稱立敦  
08 公司）股票之擬制性獲利金額等語，復以本案之犯罪所得，  
09 既為上訴人於102年12月2日至103年4月15日不法炒作立敦公  
10 司股票期間之實際獲利金額及擬制性獲利金額，則就擬制性  
11 獲利金額部分，自應以不法炒作期間之股價差距，即以每股  
12 賣出均價16.5471元減去期初收盤價格10.40元，再乘以賣超  
13 股數5,983仟股，始能忠實反映及呈現上訴人不法炒作期間  
14 就賣超該等股份之獲利情形；至於當初買進後至不法炒作前  
15 之價差虧損情形，本屬上訴人在證券市場投資買賣股票所應  
16 自行承擔之風險及損失，與本案犯罪所得之計算無關詳為指  
17 駁。經核其就上訴人本件之犯罪所得如何計算，已詳為審酌  
18 論斷，且與卷證資料相符，於法並無不合。上訴意旨猶執原  
19 判決未參酌不法炒作罪之立法理由例示說明，並混淆計算及  
20 估算之區別，而有未善盡調查職責之違誤，且誤解上訴人於  
21 原審之主張，以致其計算標準有不適用法則或適用不當，並  
22 理由欠備等違法，指摘原判決關於沒收部分有前揭違法，係  
23 置原判決已詳為之論述於不顧，徒以自己說詞再事爭執，難  
24 認係適法上訴第三審之理由。

25 四、綜上，本件上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

26 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

27 中 華 民 國 112 年 10 月 25 日

28 刑事第九庭審判長法官 謝靜恒

29 法官 周盈文

30 法官 劉方慈

31 法官 王敏慧

01

法 官 莊松泉

02 本件正本證明與原本無異

03

書記官 張齡方

04

中 華 民 國 112 年 10 月 31 日