

最高法院刑事判決

112年度台上字第511號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官郭靜文
被告 黃嘉敏

上列上訴人因被告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111年12月21日第二審判決（111年度金上訴字第10
15號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署109年度偵字第9441
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。又上訴第三審法院之案件，是
否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀
加以審查。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由
為兩事。如上訴理由書狀非以判決違法為上訴理由，其上訴
第三審之程式即有欠缺，應認上訴為不合法，依刑事訴訟法
第395條前段予以駁回。

二、本件原審審理結果，認被告黃嘉敏(下稱被告)有原判決犯罪
事實欄所載犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，變更起
訴法條(商業會計法第71條第1款)，改判仍論處被告犯證券
交易法第171條第1項第3款之背信罪刑(想像競合犯證券交易
法第179條、第174條第1項第5款之法人行為負責人於傳票之
內容為不實登載罪)。已詳敘所憑之證據及論罪之理由，核

其所為論斷，俱有卷內證據資料可資覆按，自形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、檢察官上訴意旨略以：

(一)原判決認被告犯證券交易法第171條第1項第3款之背信罪，撤銷第一審判決，適用刑法第59條規定，判處被告有期徒刑2年。惟被告並非初犯，其前因違反證券交易法案件，經原審法院另案97年度金上訴字第1659號判處有期徒刑2年，緩刑4年確定，足認其素行不佳。雖該案因緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷，其刑之宣告已失其效力，然仍屬被告之前科紀錄，自得作為刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」之量刑參考，原判決以被告前受緩刑宣告之前案，其刑之宣告已失其效力，即不得以該案科刑紀錄，作為被告品行不佳之量刑因子，容有誤會。

(二)被告為掩飾前因挪用堃昶股份有限公司(下稱堃昶公司)新臺幣(下同)5200萬元犯行(被告此部分違反證券交易法案件，經臺灣高等法院104年度金上訴字第38號判處有期徒刑4年6月，被告提起第三審上訴，經本院107年度台上字第2062號判決，以其上訴不合法，從程序上駁回上訴在案，下稱前案)，再度利用其實際上綜理堃昶公司財務運作、資金調度之機會，挪用堃昶公司款項，損害堃昶公司利益，與同類型案件比較，其客觀之犯行及主觀之惡性，實無何可憫恕之情。被告前案以虛偽不實之古董買賣交易挪用堃昶公司資金5200萬元，本應由被告、鄒勝(經臺灣臺北地方法院另案通緝)共負侵權行為損害賠償責任，被告為此再度挪用堃昶公司資金4100萬元，並於民國97年4月8日向辰青精密工業股份有限公司(下稱辰青公司)負責人簡美秀借款1000萬元，後因無法依約於借款後2日將1000萬元還給簡美秀，竟又製作不實之合作備忘錄、下單預估表等代表堃昶公司與辰青公司為零件買賣交易之文件，並於97年4月10日指示堃昶公司不知情之會計人員以「預付貨款」名義匯付1100萬元予辰青公司，作為被告向簡美秀借款之擔保，亦為前案判決所認定，

01 且有本案卷內相關證據足憑。被告挪用堃昶公司之資金1100
02 萬元作為其私人借款之擔保，之後縱因被告還款而由簡美秀
03 於97年9月26日將系爭1100萬元退回給堃昶公司，然被告之
04 背信行為業已完成，且堃昶公司至少受有相當於上開期間可
05 將該筆資金運用於公司營運或投資之損失，被告之行為充分
06 彰顯其無視堃昶公司依公開發行公司內部控制處理準則訂定
07 之內控機制，一再運用不實會計憑證以掩飾其任意挪用公司
08 款項作為私用之行為，其主觀之惡性重大，且被告將公庫充
09 作私人金庫之行為，客觀上亦已嚴重影響堃昶公司股東之權
10 益及公司財務健全，其犯罪情狀難認客觀上足以引起一般人
11 同情。

12 (三)被告於原審為求得輕判，提出111年11月22日與堃昶公司負
13 責人張政文簽訂之和解書，原判決對於上開和解書認為內容
14 並非真實，且足使堃昶公司因其代表人與被告簽訂和解書之
15 行為而無法再向被告、鄒勝求償，則被告犯本案後為求得寬
16 典，又利用其與張政文曾有婚姻關係，取得內容嚴重損害堃
17 昶公司權益之和解書，玩弄法律於股掌之心態昭然若揭，被
18 告犯後態度惡劣，原應從重量刑，原判決一方面認為被告有
19 此行為，卻於量刑時未從重考量，反依刑法第59條規定減輕
20 其刑，容有違誤。本案應不符合刑法第59條要件，被告犯本
21 案之動機，僅可為法定刑內科刑審酌之依據，不得據為酌量
22 減輕其刑之理由，原判決認有刑法第59條適用，有適用法則
23 不當之違背法令等語。

24 四、經查：

25 (一)刑法第47條第1項累犯加重其刑之規定，屬總則性質之「刑
26 罰之加重」，同法第57條各款所列之科刑事項，則屬立法者
27 對於司法者量刑裁量內涵之控制與指示，其中第5款「犯罪
28 行為人之品行」即意寓反映行為人之主觀惡性或反社會危險
29 性格，為量刑之因素，兩者均基於特別預防目的之考量，作
30 用上具有相當程度之同質性，非截然可分，因而有就同一前
31 科資料，應避免雙重評價之議，發展出對於已在累犯處斷刑

01 被評價過之前科資料，其於刑法第57條刑罰範圍內量刑時，
02 即予排除，不再執為裁量刑罰輕重之標準。除此情形，該前
03 科紀錄，本為刑法第57條第5款所定「犯罪行為人之品行」
04 之一種，係行為人之人格表徵，自可作為刑罰裁量事實之依
05 據。又刑法第76條前段規定：「緩刑期滿，而緩刑之宣告未
06 經撤銷者，其刑之宣告失其效力。」原立法理由：「查第二
07 次修正案由謂各國刑法，緩刑期滿未經撤銷緩刑之犯人所處
08 地位，略分兩派：其一刑之宣告作為無效，以未嘗犯罪論。
09 其二所緩之刑，以既執行論。兩者區別，於犯人所處法律上
10 地位，實有關係，原案採第一派，修正案將其刑之宣告為無
11 效句，改作其行刑權消滅，似採第二派。多數國採第一派，
12 權其利害，亦以第一派為優，蓋受緩刑者既不復犯罪，則滌
13 蕩舊恥，勉力自新，故外國立法例，有不獨以刑之宣告為無
14 效者，且更有以刑判決錄完全註銷者，其意亦使犯人免存留
15 惡迹，貽玷將來，故本案擬仍從原案。」而法務部中華民國
16 刑法部分條文修正草案總說明，關於刑法第76條增列但書之
17 立法說明，亦載明：「我國刑法對於緩刑制度採罪刑附條件
18 宣告主義，認緩刑期滿未經撤銷者有消滅罪刑之效力，現行
19 刑法第76條規定謂『緩刑期滿，而緩刑宣告未經撤銷者，其
20 刑之宣告失其效力。』…」可知刑法第76條本文「緩刑期
21 滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力」依立
22 法理由係採宣告作為無效，以未嘗犯罪論之立法例，具有消
23 滅罪刑之效力，惟並未採刑之判決錄完全註銷之立法例，是
24 緩刑期滿未經撤銷緩刑者，其刑之宣告雖失其效力，但不影
25 響其曾因犯罪判刑受緩刑宣告事實之存在，該項紀錄，既係
26 行為人之人格表徵，自可作為刑罰裁量事實之依據。原判決
27 理由載敘：被告雖曾因偽造文書、違反證券交易法案件，經
28 法院分別判處拘役50日、有期徒刑2年確定，但均經宣告緩
29 刑，且均緩刑期滿而未經撤銷緩刑宣告，依刑法第76條前段
30 規定，其刑之宣告已失其效力，自不得以上開前案科刑紀
31 錄，作為被告品行不佳之量刑因子(見原判決第20頁)，所指

其刑之宣告已失其效力，雖與刑法第76條本文之立法意旨並無不合，但所稱不得以上開前案科刑紀錄，作為被告品行不佳之量刑因子，論述則有欠周延。惟刑之量定，係實體法上賦予法院得為裁量之事項，科刑時，如已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項，並未逾越法定刑度或濫用其權限，即不得任意指摘為違法。原判決綜合被告全案情節，依刑法第57條科刑審酌事項，在罪責原則下行使其量刑之裁量權，說明對被告上開犯行量定刑罰之論據(見原判決第21頁)，已就被告相關有利、不利之量刑審酌事項詳予斟酌考量，雖未將被告前開紀錄列為負面加重量刑因子，然此屬原審量刑裁量職權之行使，而所量定之刑，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。上訴意旨(一)，係對原審量刑裁量職權之行使，徒憑己意，指為違法，並非合法之第三審上訴理由。

(二)刑法第59條所定「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑」，係以其犯罪有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般人之同情，認為縱予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，即有適用。而刑法第59條所謂「犯罪之情狀」顯可憫恕，與同法第57條所稱科刑時審酌之「一切情狀」，二者層次雖非相同，惟裁判上酌量減輕其刑時，本應就犯罪一切情狀予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由，以為判斷，故適用刑法第59條酌量減輕其刑時，並不排除同法第57條所列舉10款事由之審酌；被告犯罪之情狀是否顯可憫恕，係事實審法院之職權，除其裁量權之行使，明顯違反比例原則，或有濫用其裁量權限之違法情形，即不得任意指為違法。原判決已說明被告本案犯行，如何因其主觀惡性非屬重大，犯罪情狀有可堪憫恕之處，而有刑法第59條規定適用之理由(見原判決第20頁)。參酌前案之事實認定，被告係為堃昶公司籌集資金，而為前案之挪用堃昶公司5200萬元行為，本案則係為彌縫前案返還堃昶公司5200萬元

之所為，原判決經審視被告上開犯罪之動機、目的，以本案距前案時間相差1月，因屬各別犯意，不同行為而仍應再予論罪，故認被告犯罪情狀有可堪憫恕之情，尚非無據。又刑法第57條第10款所稱犯罪後之態度，固包括被告犯罪後是否自白、是否因悔悟而力謀恢復原狀，或與被害人和解，賠償損害等情形，然並不包括被告基於防禦權之行使而自由陳述、辯明或辯解（辯護），自不得因被告抗辯之內容與法院依職權認定之事實有所歧異或相反，即予負面評價，逕認其犯罪後之態度不佳。被告前案對於堃昶公司有無古董交易、與辰青公司有無零件交易？本案對於堃昶公司與大陸地區港歐電子配件公司（下稱港歐公司）有無預付貨款行為？固均否認犯罪並提出辯解，然此係其訴訟辯護權之行使，不能因此即認其惡性重大，進而認其無可堪憫恕之情。又堃昶公司及被告辯護人於原審111年11月24日分別提出刑事陳述意見書狀、刑事上訴理由續狀，並均檢附和解書1份為證，堃昶公司刑事陳述意見書狀且載敘：「被告已坦承犯行，並與被害人公司和解，賠償損害，犯後態度良好，請鈞院予以從輕量刑，給其自新機會。」有上開書狀在卷可稽（見原審卷第143至145、149至153頁），被告於原審雖稱其無法提出已代堃昶公司給付貨款給港歐公司之證明（見原審卷第21頁），而原判決審核和解書之和解條件，認可能損及堃昶公司對被告及鄒勝之求償權利，未予認定被告已實際賠償堃昶公司（見原判決第21頁）。然上開和解書既經堃昶公司提出，其文書之真正應屬無疑，且堃昶公司代表人張政文經合法傳喚並未於原審111年11月30日審判期日到庭，有原審審判筆錄可稽（見原審卷第159頁），可認堃昶公司已無意再追究被告之行為。被告與堃昶公司既達成和解，力謀填補堃昶公司所受損害，犯後態度良好，原判決審酌上情，適用刑法第59條規定酌減其刑，與法並無違背。上訴意旨(二)(三)，係對原審量刑職權之適法行使，指為違法，核非合法之第三審上訴理由。

01 五、綜合前旨及其餘上訴意旨並未依據卷內訴訟資料具體指摘原
02 判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理
03 由之違法情形不相適合，應認檢察官之上訴為違背法律上之
04 程式，予以駁回。

05 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

06 中 華 民 國 112 年 4 月 21 日

07 刑事第四庭審判長法官 林立華

08 法官 謝靜恒

09 法官 王敏慧

10 法官 李麗珠

11 法官 黃斯偉

12 本件正本證明與原本無異

13 書記官 李淳智

14 中 華 民 國 112 年 4 月 26 日