最高法院刑事判決

113年度台上字第4798號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官 林弘政

上　訴　人

即　被　告　徐品澤

選任辯護人　王世華律師

上　訴　人

即　被　告　周美麗

選任辯護人　蔡慶文律師

　　蔡鴻杰律師

　　吳幸怡律師

上列上訴人等因被告等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113年7月17日第二審判決（111年度金上訴字第2298號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署109年度偵字第12247號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、審理範圍：

按刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，經第二審判決者，除有同項但書之情形外，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。至案件是否屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之範圍，不以起訴書所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用之法條，為唯一之標準，而應以起訴書所記載

之事實為準，並應視當事人在第二審終結前對於罪名有無提出爭執，以為審斷。

本件原判決就其事實及理由欄壹、犯罪事實（下稱事實欄）三所載有關上訴人徐品澤、周美麗（下或合稱徐品澤等2人）以詐欺行為買賣精饌股份有限公司（下稱精饌公司）股票予其附件（下稱附件）乙所示投資人部分，固認徐品澤等2人係犯刑法第339條第3項、第1項詐欺取財未遂罪，而屬刑事訴訟法第376條第1項第5款之罪，惟依檢察官起訴書記載之犯罪事實及論罪法條均係證券交易法第20條第1項、第171條第2項、第1項第1款之證券詐偽罪（見起訴書第10至11、46、47頁），既非屬上揭第376條第1項所列之罪，且檢察官於原審言詞辯論終結前及其第三審上訴理由書均主張此部分仍應論以證券詐偽罪名，揆諸前揭說明，檢察官就此部分自得提起第三審上訴，先此敘明。

二、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。

三、本件原審審理結果，認定徐品澤、周美麗等2人有事實欄一至三所載違反證券交易法、公司法、商業會計法、詐欺取財未遂之犯行明確，因而撤銷第一審關於徐品澤等2人該部分有罪之科刑判決，改判仍部分變更檢察官起訴法條，依想像競合犯，從一重論處徐品澤、周美麗共同法人之行為負責人犯證券交易法第171條第1項第1款之詐偽買賣有價證券罪刑，並均為相關沒收、追徵之宣告，已載敘其調查取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，對於徐品澤等2人否認犯行之供詞及所辯各節，認非可採，亦依調查所得證據予以論述指駁，有卷存資料可資覆按。

四、上訴意旨略以：

㈠檢察官部分：

原判決認定徐品澤等2人共同謀議以虛偽增資並登記在人頭股東名下而取得無市場價值之精饌公司股票，與價值低微之宅配商品合併包裝為精饌美麗新世界契約，並以美化精饌公司財務報表之方式取信投資人，未經許可公開詐偽販售精饌公司股票，且已收受附件甲、乙所示投資人之投資款，自應成立證券詐偽既遂罪，卻又以附件乙所示投資人非因精饌公司股票而簽訂契約，而論以詐欺未遂罪，逕將該部分投資款排除於徐品澤等2人詐偽獲取財物之外，僅論處證券交易法第171條第1項之（未達新臺幣〈下同〉1億元）證券詐偽罪，有適用法則不當、理由矛盾之違法。

㈡徐品澤部分：

⑴證人鄭鑫鉉於調詢及偵查中均稱非因精饌公司股票而購買契約，且無相關契約編號，購買日期亦無特定資料可查，原判決逕將之列入附件甲，證據理由矛盾。

⑵對諸多投資人而言，係因精饌美麗新世界契約本身提供之商品、保險理賠而參與投資，與股票無涉，精饌公司股票為額外贈送，且約定定額給付（即每張1萬元），不涉及精饌公司淨值或股票實際價值，不致令人錯估價值或誤信未來獲利，純屬民事契約履行之約定範疇，況原審傳喚之證人胡玉春等人均稱股票為額外，不影響簽約動機，亦無受騙被害感受，甚且投資人吳伊璘等人本為公司內部高階傳銷商，自無陷於錯誤之可能，原判決未詳予調查釐清，復未審酌其已提供土地辦理設定抵押擔保等履約事宜，陸續回收股票，足證其確無詐偽之意圖及目的，有調查職責未盡及理由不備之違法。

⑶其並非為出售精饌公司股票而推出精饌美麗新世界契約，原判決未具體審酌精饌公司以提供土地辦理設定抵押擔保之方式配發股票已逾7、8千張，填補法益侵害，可非難程

度較低，且多數證人均稱無被害感受等有利事項，量刑過重。

⑷精饌美麗新世界契約本身提供之食品、保險理賠等，與虛偽增資、製作民國104年至107年間不實財務報表之不實資訊等節無關，屬於「中性支出」，不應列入直接利得，原判決逕以附件甲投資人已付金額認定其詐得金額為5,600萬6,200元，未扣除中性成本，併有適用法則不當、調查未盡及理由不備之違法。

㈢周美麗部分：

⑴投資人陳麗美、彭金鑾提出之精饌美麗新世界契約，均未記載附贈股票，亦即並非所有契約均約定附贈股票，則卷內既無投資人黃瑞利、陳國樑、羅黃美玉、鄭鑫鉉、江清義、李碧燕、王楊淑真、王月娥、王采瑩（原名王秀雯）、黃秀蘭、謝明珠、吳加裕、吳文章、童秀梅之契約，原判決認定亦有附贈股票之約定，已乏所據，況前述投資人係在檢察官或法官「假設性問法」下，始證稱如知悉精饌公司股票係以虛偽增資手法取得，將無意願購買精饌美麗新世界契約等旨，屬個人主觀感受，無證據能力，原判決逕採為不利認定之部分依據，採證違法。

⑵投資人徐鳳美、曹秉豐、游東庸、江清義、楊秀珠、吳莉蓁、蔡美鳳、丘益峰於調詢或偵查證述購買精饌美麗新世界契約之原因，均未敘及取得精饌公司股票，原判決逕認係受取得股票所誘，陷於錯誤才同意購買精饌美麗新世界契約，顯與卷證資料相左。又投資人姚秀春、杜鳳嬌、張玉雲、陳劉秀鳳在第1次偵訊時均稱因每月可取得紅利及白米而購買精饌美麗新世界契約，投資人劉有豐於調訊時亦稱係幫謝金榮作業績、為經營以獲取獎金而購買契約，足認與股票無關，其後在檢察官假設性提問下，始稱如知悉股票虛假無價值則不會購買等詞，原判決逕予採信，復未說明何以不採信先前之有利證言，理由不備。

⑶在本案遭檢警查獲、徐品澤遭羈押之前，精饌公司持續履約，與一般詐欺犯罪行為人收款後即捲款潛逃，迥然有別，縱部分投資人尚未收到股票，或未能以股票轉換為土地持分，抑或股票價值與預期有所落差，至多僅構成民事給付遲延或不完全給付之債務不履行爭議，何來受詐術所致？況其於105年9月13日離職，未再參與精饌公司經營，自無可能以不實財務報表虛偽詐欺、買賣股票，或授意為精饌公司106年7月、8月間之群組貼文、108年2月11日經發會會議，原判決就此認定前後矛盾，有認定事實不憑證據、理由不備或矛盾之違法。

⑷其年事已高，身體狀況欠佳，而精饌公司遭查獲之前仍正常營運、持續履約，且其非主導者，亦未因此獲利，惡性尚非重大，有情輕法重之憾，原判決未適用刑法第59條規定酌減其刑，量刑失衡，並有理由不備之違法。

五、犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法而資為合法第三審上訴理由。

原判決認定徐品澤等2人有前揭犯行，係綜合徐品澤等2人部分不利己之供述、證人即同案被告馬啟修、曾東壁、陳文賓（均經判處罪刑確定）之證詞，證人張家昀、附件甲所示投資人不利或部分不利之證言，卷附精饌公司股票交割明細、現金增資後普通股及特別股買賣紀錄、林湘鈴之電腦資料（精饌公司股東名冊、美麗新世界會員名冊）、精饌美麗新世界契約（新、舊版）、會員資料、相關認股憑證、特別股增資股股票（影本）、通訊軟體LINE對話紀錄截圖，酌以所列其餘證據資料及案內其他證據調查之結果，載敘憑為判斷徐品澤、周美麗分別為精饌公司總經理（104年1月1日起接任董事長）、董事長（103年12月31日轉任董事，於105年9月13日離職），為公司法所稱之公司負責人，因精饌公司營

運不佳，亟需資金挹注，乃於事實欄一所載時間向不詳金主或馬啟修借用資金，辦理虛偽增資、事實欄二所載時間向曾東壁等人借款存入精饌公司帳戶以墊高銀行存款，並隱匿相對應借款，使財務報表發生不正確之結果，營造精饌公司資本充足之假象，並以「精饌美麗新世界契約」為名，合併搭配精饌公司股票、低微宅配商品等包裝手法，以如原判決附表（下稱附表）二所示話術、虛偽表象，或舉行公開說明會，銷售未經向主管機關申報生效即公開招募之精饌公司股票，致附件甲所示投資人誤信具投資價值而出資購買，詐得如附件甲所示款項（依徐品澤等2人犯罪參與期間，各為5,600萬6,200元、4,673萬7,000元），附件乙所示投資人則未因誤信而購入精饌美麗新世界契約，所為分別該當公司法第9條第1項前段之未實際繳納股款罪、商業會計法第71條第5款之商業負責人利用不正當方法致使財務報表發生不實結果、證券交易法第171條第1項第1款之證券詐偽罪、同法第174條第2項第3款（違反同法第22條第3項、第1項）之非向主管機關申報生效而共同以公開招募方式出售有價證券罪、刑法詐欺取財未遂罪構成要件等各情，已逐一記明其認定之理由綦詳。復依調查所得，說明依憑附件甲所示投資人證稱如知悉精饌公司虛偽增資，即無意購買契約等旨證言，勾稽精饌美麗新世界契約條款記載可依契約年限獲取不等數量之股票、相關廣告文宣強調「業務股東配股領取認股憑證，繳費期滿，立即配股，公司股票6張，於契約期間每6年配股6000股，股票持有者可自由轉讓」，輔以徐品澤自承係以股票取代提貨券，虛偽增資之目的為將特別股發給會員等旨，周美麗稱因精饌公司銷售狀況不佳，乃與徐品澤討論後決定以提供股票方式行銷契約方案，並以向他人借資方式辦理增資、發行特別股等旨供述，何以足認徐品澤等2人虛偽增資、美化財務報表均為營造精饌公司資本充足之假象，並以交付股票為重要行銷手法，屬合併搭配出售精饌公司股票，而周美麗於任職期間，本於自己犯罪之意思，參與部分構成要件行

為，與徐品澤就上開違反證券交易法、商業會計法、公司法犯行有犯意聯絡及行為分擔，縱僅參與其中部分行為，亦屬其與徐品澤間分工行為，無礙須就其任職期間之全部犯罪事實共同負責等各情，其審酌之依據及判斷之理由。另本於證據取捨職權之行使，說明徐品澤等2人就所銷售之精饌公司股票，已提供如附表二所示虛偽不實之資訊，致附件甲所示投資人誤信具投資價值而購入，即成立犯罪，縱令部分股票事後已經買回或以轉換土地持分方式收回，亦不足以採為有利於徐品澤等2人之認定，並就徐品澤等2人辯稱：僅銷售精饌美麗新世界契約，以宅配商品為主，會員繳款後，才有贈送股票，股票並非契約標的，持續履約並已收回大部分股票，無詐偽之意圖及目的等說詞，如何委無可採，併依調查所得證據詳加論駁明白。凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使，所為論斷說明，並不悖乎經驗法則與論理法則，既非僅憑附件甲所示投資者之指證為唯一證據，且係綜合調查所得之各直接、間接證據而論斷，自非法所不許，無所指認定事實未憑證據、理由不備之違法。又：

㈠刑事訴訟法第160條規定「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據」，所謂不得作為證據者，應僅限於單純之意見及推測之詞；倘證人係以自己直接體驗之事實為基礎，所作之推測或意見，即伴隨該經驗事實或以此原因事實而為之推測，本具有某種程度之客觀性與不可代替性，既係基於合理體驗之事實所形成，乃以實際經驗為基礎，自與單純私見或臆測有別，而仍應認其具有一般之證據能力。

卷查，證人（投資人）黃瑞利、陳國樑、鄭鑫鈜、羅黃美玉、李碧燕、王楊淑真、王月娥、王采瑩、黃秀蘭、謝明珠、吳加裕、吳文章、童秀梅分別於調詢、偵訊或第一審所證稱：確有購買精饌美麗新世界契約並繳納款項，若知悉精饌公司是虛偽增資、資金未到位，股票不具價值，則不會購買、投資，感覺受騙等旨證言（見偵卷一第69至72、81至84

頁，偵卷三第114至117、207至210、240至242、306至308、357至360、425至429頁，偵卷五第644至647頁，偵卷六第100至103、216至219頁，偵卷八第184、383至385頁，第一審卷三第349、351至354、358至362頁），依其等所證情節，乃依親身實際（購買上揭契約）經驗作基礎所為之陳述，自非單純個人意見或臆測之詞。又依原審筆錄之記載，周美麗及其辯護人並未爭執上揭證人證述之證據能力（原審卷二第337頁、卷五第254至259頁），原判決並已記明得為證據之理由，與卷內資料並無不合，經合法調查後，勾稽其他證據資料，本於確信判斷其證明力，採為周美麗犯罪之部分論據，無所指採證違背證據法則之違法可言。

㈡同一證人前後證詞不盡一致，採信其部分證言時，當然排除其他部分之證言，此為法院取捨證據法理上之當然結果，縱僅說明採用某部分證言之理由而未於理由內說明捨棄他部分證言，亦於判決本旨無何影響，與判決不備理由之違法情形尚有未合。

原判決就相關事證詳加調查論列，既已說明採信姚秀春、杜鳳嬌、張玉雲、陳劉秀鳳、劉有豐、鄭鑫鉉、羅黃美玉分別於偵查或第一審所稱如知悉精饌公司股票虛假增資、無價值，則不會購買精饌美麗新世界契約等旨之證言，勾稽卷內其他證據佐證與事實相符之論證，以事證明確，縱未同時說明其餘相異供述，何以不足為徐品澤等2人有利之認定，乃事實審法院本於判斷之職權，而為證據取捨之當然結果，無礙於犯罪事實之認定，究與判決不備理由之違法情形有間。

又證券詐偽罪為抽象危險犯，倘若行為人就有價證券買賣之重要訊息，已提供虛偽不實之資訊，而著手實行虛偽、詐欺或其他足致他人誤信等詐偽行為者，即成立犯罪。本件依原判決認定之事實，徐品澤等2人既有如附表二所示證券詐偽行為，縱徐鳳美、曹秉豐、游東庸、江清義、楊秀珠、吳莉蓁、蔡美鳳、丘益峰證稱購買精饌美麗新世界契約之原因動機非為取得股票等旨，亦不足採為有利於徐品澤等2人之認

定，原判決未併予審酌、說明，固未盡周延，然不影響本件犯罪事實之認定與判決本旨，周美麗上訴意旨執此指摘原判決不當，亦非合法之第三審上訴理由。

㈢原判決在計算本案（證券詐欺）犯罪獲取之財物或財產上利益時，綜合所列卷證，本於採證認事之職權行使，已敘明徐品澤等2人虛偽增資後，以附表二所示虛偽或使人誤信之方法，誘使投資者為有價證券之買賣，犯罪所得應以投資人角度計算因其等證券詐偽行為而交付之總金額，亦即因誤信具投資價值而出資購買之附件甲所示投資人交付總金額，並依徐品澤等2人犯罪參與期間，分別認定應擔負之犯罪所得，而附件乙所示投資人則無證據證明因陷於錯誤而購買，應依刑法第339條第3項、第1項之規定論處，不列入徐品澤等2人證券詐偽之犯罪所得計算，且無須扣除成本等上情所憑之理由，與卷證並無不合，無檢察官、徐品澤上訴意旨所指適用法則不當或理由矛盾之違法。

六、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。原判決就徐品澤等2人所犯上揭之罪，已記明如何以行為人之責任為基礎，綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，量處所示之刑度，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，就其等犯罪動機、所生危害、參與犯罪程度及分工、家庭生活及經濟狀況等各情，併列為量刑之審酌事項，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，即令於科刑理由內，未詳盡記敘部分科刑細項內容，亦僅行文簡略，無礙其量刑審酌之判斷，難認有裁量權濫用之違法情形。又應否依刑法第59條酌量減輕其刑，法院本屬有權斟酌決定，故未酌減其刑，既不違背法令，自不得執為提起第三審上訴之理由。原審審酌周美麗之犯罪情狀，認無情輕法重、可憫恕之事由，未依該

條規定酌減其刑，縱未說明理由，並不違法，不得資為適法之第三審上訴理由。

七、綜合前旨及檢察官、徐品澤等2人其餘上訴意旨，無非係對於原判決已說明論駁之事項及屬原審法院採證認事職權之適法行使，或單純就前述量刑裁量權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，且重為事實之爭執，難謂已符合首揭法定上訴要件，應認其等關於違反證券交易法、公司法、商業會計法、詐欺取財未遂（檢察官上訴）部分之上訴為不合法律上之程式，予以駁回。又：

㈠徐品澤等2人上開得上訴第三審部分既因不合法而從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係之使公務員登載不實罪、刑法第339條第2項、第1項之詐欺取財未遂罪（徐品澤等2人）部分之上訴，分屬刑事訴訟法第376條第1項第1款、第5款所列不得上訴於第三審法院之案件，且未合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，自亦無從為實體上之審判，應併從程序上駁回徐品澤等2人此部分上訴。

㈡至徐品澤另犯背信案件，原判決相同第一審仍論以刑法第342條第1項背信罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項第6款之不得上訴於第三審法院之案件，且無同條項但書規定之情形，業經原審法院以裁定駁回此部分上訴確定（見原審卷七第17頁）。

㈢復按對於本案之判決提起上訴者，依刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定，其上訴效力固及於以被告違法行為存在為前提之第三人（參與人）相關沒收判決部分；但須其上訴係合法時，始有效力相及之可言。本件徐品澤等2人之上訴既不合法，上訴效力自不及於原判決關於參與人精饌公司之沒收判決部分，此沒收部分不在本院審判範圍，無須併列載原審參與人為本判決之當事人，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　8　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　洪兆隆

法　官　汪梅芬

法　官　宋松璟

法　官　何俏美

本件正本證明與原本無異

書記官　胡家寧

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　13　　日