最高法院刑事判決

113年度台上字第673號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官蔡孟利
上　訴　人　林正清

選任辯護人　蕭仰歸律師
上　訴　人　王台齡

林仁佑（原名林鼎凱）

陳立祥

共　　同
選任辯護人　簡大鈞律師
上　訴　人　周文盛

郭火全

高昭陽

林健一

共　　同
選任辯護人　陳凱達律師
上　訴　人　張素慧

選任辯護人　黃智靖律師
上　訴　人　廖春蓮（原名廖春連）

選任辯護人　蕭維德律師
　　陳尹章律師
上　訴　人　陳明發

　　羅東太

　　張美娟

　　陳佩嫻

共　　同
選任辯護人　蔡宜衡律師
被　　告　陳怡菁

選任辯護人　陳凱達律師
被　　告　林謂德

上列上訴人等因被告等違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國112年10月26日第二審判決（110年度金上重訴字第2號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署98年度偵字第2550、17193號，追加起訴案號：同署99年度偵緝字第1166號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於林正清使公司為不利益交易有罪及王台齡、林仁佑、陳立祥、周文盛、郭火全、高昭陽、林健一、張素慧、廖春蓮、陳明發、羅東太、張美娟、陳佩嫻有罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、第一審檢察官合法提起第二審上訴

㈠上訴期間為20日，自送達判決後起算，此刑事訴訟法第349條前段定有明文。又法院書記官，得於法院內，將文書付與應受送達人，以為送達，為民事訴訟法第126條所明定，此項規定依刑事訴訟法第62條規定，為刑事訴訟程序所準用。

㈡原判決說明：細繹卷內臺灣桃園地方檢察署遼股檢察官（下稱遼股檢察官）收受第一審判決正本之送達證書（見第一審卷17第573頁），其上之「送達人簽章」欄係蓋印書記官之圓戳章，註記之日期為民國109年11月18日，並經遼股檢察官親自簽收，足見第一審判決正本係書記官於109年11月18日送達予遼股檢察官，且此送達方式與民事訴訟法第126條、刑事訴訟法第62條之規定相符等旨。

㈢上訴人林正清主張：其於109年10月20日收受第一審判決正本，其辯護人係於同年月21日收受；上訴人王台齡、林仁佑、陳立祥、周文盛、郭火全、高昭陽、林健一、張素慧等人主張：其等於同年月21日收受第一審判決正本，其等辯護人係於同年月23日收受。詎遼股檢察官竟遲於同年11月18日

始行收受，而前揭送達證書上並無「檢察官簽章日期與實際送達日期相符」之藍色戳印，且前揭送達證書之列印日期係109年11月18日，與林正清及其辯護人等人之送達證書列印日期為109年10月19日，日期差距將近1個月，復與一般送達檢察官之方式由法警所為之情形不同，可見送達日期可疑云云，並聲請向臺灣桃園地方法院調閱109年10月16日至109年11月18日所有送達遼股檢察官之「送達檢察官裁判書類登記簿」查明實情。本院調取遼股檢察官之「送達檢察官裁判書類登記簿」影本，查無於上述期間由法警送達本件第一審判決正本予遼股檢察官之紀錄，有臺灣桃園地方法院113年10月25日桃院雲刑慎99重訴58字第0000000000號函、114年5月6日桃院雲刑科字第0000000000號函、114年6月3日桃院雲刑慎99重訴58字第0000000000號函及所附「送達檢察官裁判書類登記簿」影本等在卷可憑，足認並無第一審判決正本已先由法警合法送達遼股檢察官之情事。至於遼股檢察官於收受送達時係用簽名或蓋章，倘係蓋章究係用圓戳章或他種印章，並不影響收受該判決正本之效力。

㈣上訴人周文盛、高昭陽、郭火全、林健一等人主張：第一審卷十七第573頁遼股檢察官收受第一審判決正本之送達證書，其上列印日期為「109年11月18日」，然第575頁「送本院掃描中心卷證標目清單」第一審慎股書記官及掃描中心專責人員圓戳章日期是「109年11月12日」、「109年11月13日」，早於第573頁前揭送達證書之日期，已有可疑。又第575頁所載之掃描範圍係第一審卷十七第1至574頁，何以第一審法院掃描中心「109年11月13日」掃描完成之檔案會有前揭「109年11月18日」送達證書？在在啓人疑竇云云。

卷查：檢閱本院卷證電子檔管理作業系統，第一審卷十七之電子卷證包含2個檔案，其中1個檔案為第1至574頁（下稱A檔），另1個檔案為第573至594頁（下稱B檔）。又A檔顯示第573頁為「臺灣桃園地方法院刑事附帶民事訴訟裁定」，B檔顯示第573頁為前揭送達證書，而原A檔第573頁之「臺灣

桃園地方法院刑事附帶民事訴訟裁定」則移列於B檔之第593頁。可知B檔係承辦書記官整卷後，將相關之送達證書集中訂卷，於A檔掃描後，將原A檔第573頁之「臺灣桃園地方法院刑事附帶民事訴訟裁定」抽換成「109年11月18日」列印之前揭送達證書，並編為第573頁，而原A檔第573頁為「臺灣桃園地方法院刑事附帶民事訴訟裁定」則移列於卷後，改列為第593頁（見本院卷四第1551至1568頁），承辦書記官並重新就整卷後之第573至594頁再予掃描（即B檔），此為單純承辦書記官重新整卷所生結果，並無可疑之處。

㈤綜上，遼股檢察官係於109年11月18日收受第一審判決正本，並於109年12月1日，具狀向臺灣桃園地方法院對林正清等16人提起第二審上訴（見原審卷一第113至122頁），並未逾上訴期間。原判決認為檢察官之第二審上訴合法，於法並無不合，先予敘明。

貳、撤銷發回（即林正清使公司為不利益交易有罪及王台齡、林仁佑、陳立祥、周文盛、郭火全、高昭陽、林健一、張素慧、廖春蓮、陳明發、羅東太、張美娟、陳佩嫻有罪）部分

一、原判決認定上訴人林正清、王台齡、林仁佑、陳立祥、周文盛、郭火全、高昭陽、林健一、張素慧、廖春蓮、陳明發、羅東太、張美娟、陳佩嫻等（下稱林正清等14人）有其事實欄（下稱事實欄）三、㈠㈡㈢㈣及四（包含附表〈下稱附表〉一之1、一之2、二之1、二之2、三、五）所載之犯行。因而撤銷第一審關於林正清等14人此部分之無罪判決。就林正清、林仁佑、陳佩嫻事實欄三、㈠㈡㈢㈣及四所示犯行，改判依想像競合犯之例，從一重論處林正清、林仁佑、陳佩嫻共同犯證券交易法第171條第2項、第1項第2款之使公司為不利益交易罪刑（均想像競合犯刑法第342條第1項背信罪、證券交易法第179條第1項、第171條第1項第1款以發行人之行為負責人犯財務報告申報及公告不實罪）；就王台齡、陳立祥、張美娟事實欄三、㈠㈡㈢㈣所示犯行，改判依想像競合犯之例，從一重論處王台齡、陳立祥、張美娟共同犯證券

交易法第171條第2項、第1項第2款之使公司為不利益交易罪刑（均想像競合犯刑法第342條第1項背信罪、證券交易法第179條第1項、第171條第1項第1款以發行人之行為負責人犯財務報告申報及公告不實罪）；就周文盛、高昭陽、林健一、廖春蓮、陳明發、羅東太事實欄三、㈠㈡㈢所示犯行，改判依想像競合犯之例，從一重論處周文盛、高昭陽、林健一、廖春蓮、陳明發、羅東太共同犯證券交易法第171條第2項、第1項第2款之使公司為不利益交易罪刑（均想像競合犯刑法第342條第1項背信罪）；就郭火全、張素慧事實欄三、㈠㈡㈢及四所示犯行，改判依想像競合犯之例，從一重論處郭火全、張素慧共同犯證券交易法第171條第2項、第1項第2款之使公司為不利益交易罪刑（均想像競合犯刑法第342條第1項背信罪），暨對林正清、周文盛、高昭陽諭知相關之沒收。固非無見。

二、惟按：

審理事實之法院對於被告有利、不利之證據，應一律注意，詳為調查，並綜合全案證據資料，本於經驗法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由於判決內詳為說明，以昭信服，倘未予說明，除與事實認定不生影響之枝節事項者外，難認無判決理由不備之違法。另證據雖已調查，但若仍有其他重要證據或疑點尚未調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

又有罪判決書之事實欄，為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與論罪科刑有關之事實，翔實記載，然後於理由內說明其憑以認定之證據，並使事實與事實，事實與理由，以及理由與理由之間彼此互相適合，方為合法；若事實之認定前後不相一致，或事實認定與理由說明彼此互相齟齬者，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。

三、經查：

㈠證券交易法第171條第1項第2款明定：已依證券交易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，致公司遭受重大損害者，為使公司為不利益交易罪，處3年以上10年以下有期徒刑（得併科罰金）。同條第2項於107年1月31日修正公布、同年2月2日生效施行，規定：犯前項之罪，「其因犯罪獲取之財物或財產上利益金額達新臺幣1億元以上」，處七年以上有期徒刑（得併科罰金，而修正前規定「其犯罪所得金額達新臺幣1億元以上」），資為加重處罰條件；至修正後該條第7項規定：「犯第1項至第3項之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第38條之1第2項所列情形取得者，除應發還被害人、第三人或得請求損害賠償之人外，沒收之。」則為不法利得之沒收範圍。其立法說明揭示：修正原第2項之用語「犯罪所得」，其目的為避免與刑法第38條之1第4項規定「犯罪所得」之範圍產生混淆，乃將原條文中第2項之用語「犯罪所得」達新臺幣（下同）1億元之特別加重條件修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，係指因犯罪而直接取得之直接利得，不包含間接利得，且應扣除成本。而另將同條第7項原規定之「因犯罪所得財物或財產上利益」，修正為「犯罪所得」，以與第2項計算是否達1億元之標準、範圍等規定相區隔，避免混淆。而犯罪所得之沒收或追徵其價額，係法院剝奪犯罪行為人之不法所得，將之收歸國有之裁判。其範圍之計算係採相對總額原則，即犯罪行為人所為與不法行為相關之支出，於沒收範圍審查時應否列入犯罪所得，視該等支出是否係非與犯罪直接相關之中性成本而定。倘產生犯罪所得之交易自身即為法所禁止之不法行為，則沾染不法範圍及於全部所得，其沾染不法之成本，非屬中性成本，均不得扣除。反之，若交易自身並非法所禁止，則沾染不法之部分僅止於因不法行為而取得之獲利部分，並非全部之所得，於宣告沒收犯罪所得時，即應扣除屬於中性成本之

支出。足見立法者有意將「因犯罪獲取之財物或財產上利益」與沒收之「犯罪所得」明白區隔，兩者概念各別，範圍不同。另公司因不合營業常規交易而「遭受損害」與行為人因「犯罪獲取之財物或財產上利益」或「犯罪所得」之計算基礎亦有不同，自不能混為一談，而逕認公司因不合營業常規交易所遭受之損害金額，即為行為人「因犯罪獲取之財物或財產上利益」或「犯罪所得」。蓋不合營業常規之虛假交易行為，雖可能造成公司損害，但行為人可能未因此而獲利。反之，不合營業常規之真實交易行為，行為人雖可能從中獲利，但其因此獲取之財物、財產上利益或犯罪所得與公司實際上遭受之損害則未必相當。是犯證券交易法第171條第1項第2款之使公司為不利益交易罪，其有無致公司「遭受損害」、「因犯罪獲取之財物或財產上利益」、「犯罪所得」及其數額若干，三者各有其判斷標準，不能混淆，此攸關行為人所應成立之罪名與沒收之範圍，自應詳為調查、審認，並敘明所憑依據，始為適法。

原判決認定：林正清等14人有事實欄三之㈠至㈢及事實欄四所示之使公司為不利益交易犯行。關於翊琳銅業股份有限公司（下稱翊琳公司）、中碁科技股份有限公司（下稱中碁公司）、進巨企業有限公司（下稱進巨公司）與新泰伸科技股份有限公司（下稱新泰伸公司）不合營業常規交易部分，截至96年12月31日，新泰伸公司對翊琳公司、進巨公司、中碁公司之催收帳款分別為17億5,702萬7,000元、4億8,735萬8,000元及1億6,479萬5,000元，合計高達24億918萬元，並提列備抵呆帳20億6,500萬元；又新泰伸公司自93年起至96年7月間，自宏群國際股份有限公司（下稱宏群公司）、新峰國際股份有限公司（下稱新峰公司）處取得虛增之進項金額各達7億1,343萬2,733元、4億903萬4,786元（詳如附表一之2）；新泰伸公司與永昌鑫國際股份有限公司之不合營業常規交易自96年2月起至同年8月止虛列之進項金額高達4億3,793萬369元（詳如附表一之2）；林正清等人以富彰有限公司

（下稱富彰公司）名義出貨予國外客戶為不合營業常規交易，並向國稅局申請退稅款1,103萬8,257元，於98年7月10日將前揭退稅款退予富彰公司，致新泰伸公司受有銷售銅板每公斤短收2至4元不等之營業損失及無法取得退稅款1,103萬8,257元等之重大損害等情，係成立證券交易法第171條第2項、第1項第2款之使公司為不利益交易，且其因犯罪獲取之財物或財產上利益金額達1億元以上之罪。所指上情，倘若無訛，林正清等14人究竟因前揭行為獲得何等之財物或財產上利益且達1億元以上？應予根究明白，明確認定，並為必要之論敘說明。乃原判決未認定林正清等14人「因犯罪獲取之財物或財產上利益達1億元以上」等情；於理由欄僅泛謂：事實欄三、㈠至㈢之交易規模「以新泰伸公司提列之備抵呆帳來看，已逾20億，故其等因犯罪獲取之財物或財產上利益『應已逾20億元』」等語（見原判決第98頁第26至31行）。似將證券交易法第171條第2項、第1項第2款因不合營業常規致公司「遭受損害」逾20億與「因犯罪獲取之財物或財產上利益」逾20億之各別概念，混為一談，亦即就新泰伸公司遭受損害之金額，逕行認定係林正清等14人「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，依前揭說明，難認於法相合。再者，原判決認定本件林正清等14人「因犯罪獲取之財物或財產上利益」已逾20億元，惟關於犯罪所得之沒收，僅依證券交易法第171條第7項諭知林正清取得事實欄四、富彰公司退稅款1,103萬8,257元之犯罪所得，應予沒收（追徵），另依刑法第38條之1規定估算周文盛、高昭陽之犯罪所得各50萬元，因而諭知沒收（追徵），倘林正清等14人「因犯罪獲取之財物或財產上利益」已逾20億元，何以僅沒收前揭少部分犯罪所得？究竟林正清等14人就前揭使公司為不利益交易犯行之犯罪所得各係若干？各共同被告間是否就該等犯罪所得有事實上處分權？均有未明。此攸關林正清等14人法律適用、量刑及沒收（追徵），應予調查、釐清。原判決未予調查明白，並為必要之說明，逕認林正清等14人係犯證券交易

法第171條第2項、第1項第2款之不合營業常規交易，且其因犯罪獲取之財物或財產上利益金額達1億元以上之罪，並為前揭沒收（追徵）之諭知，自有調查職責未盡、理由欠備及矛盾之違誤。

㈡原判決就事實欄三、㈡有關宏群公司、新峰公司與新泰伸公司交易部分，認定林正清等14人就使公司為不利益交易及背信犯行，有犯意聯絡及行為分擔，均應論以共同正犯（見原判決第99頁），惟於事實欄除認定林正清、林仁佑之犯行外，並未具體認定王台齡、陳立祥、周文盛、郭火全、高昭陽、林健一、張素慧、廖春蓮、陳明發、羅東太、張美娟、陳佩嫻等人有何參與此部分犯行之犯意聯絡及行為分擔（見原判決第12至13頁）。而理由中所引用林正清、林仁佑之供述及證人即宏群公司、新峰公司經營者謝錦峰及稅務員曾福安之證詞（見原判決第51頁至54頁），似亦未提及王台齡、陳立祥、周文盛、郭火全、高昭陽、林健一、張素慧、廖春蓮、陳明發、羅東太、張美娟、陳佩嫻之具體犯行。再者，原判決就事實欄三、㈣關於財務報告申報及公告不實及隱匿部分，係認定林正清、王台齡、林仁佑、李芳春（未據起訴，91年5月31日前為新泰伸公司之最高財務主管）、陳立祥（91年6月1日起至92年12月31日止及93年9月1日起至98年間為新泰伸公司之最高財務主管）、張美娟、陳佩嫻為共犯（見原判決第14頁）；理由說明卻亦臚列廖春蓮為共犯（見原判決第100頁），且與原判決說明不另為無罪諭知部分，認檢察官就廖春蓮關於涉犯財務報告申報及公告不實及隱匿部分犯行之舉證，尚無法形成有罪之確信（見原判決第107頁），互有齟齬。此外，原判決認定張美娟歷任新泰伸公司副課長、課長，自93年起升任副理，自95年底升任經理；陳佩嫻則歷任新泰伸公司事務員、副課長、課長、副理，自95年起升任經理，則張美娟、陳佩嫻之前揭職務內容與事實欄三、㈣所示犯行，是否均屬相關？其等究於何時起參與事實欄三、㈣所示犯行？仍有未明。原判決就前開與論罪科刑有

關之事實，均未翔實記載，亦未於理由內說明其憑以認定之證據，有理由欠備及矛盾之違法。

四、以上，或係林正清等14人，上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。又第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，原判決關於前揭部分有上開違背法令之情形，已影響事實之確定，本院無從自行判決。應認原判決關於林正清使公司為不利益交易有罪及王台齡、林仁佑、陳立祥、周文盛、郭火全、高昭陽、林健一、張素慧、廖春蓮、陳明發、羅東太、張美娟、陳佩嫻有罪部分，均有撤銷發回更審之原因。

又原判決認定林正清等14人就事實欄三、㈠、㈡、㈢及事實欄四所示犯行，均想像競合犯刑法第342條第1項背信罪；林正清、王台齡、林仁佑、陳立祥、張美娟、陳佩嫻就事實欄三、㈣所示犯行，另想像競合犯證券交易法第179條第1項、第171條第1項第1款發行人之行為負責人犯財務報告申報及公告不實罪，有裁判上一罪關係，基於審判不可分原則，應併予發回。

另原判決說明林正清等14人被訴犯行，不另為無罪諭知部分（見原判決第104至108頁），未據檢察官提起上訴，不在本院審理範圍，附此敘明。

參、上訴駁回（即林正清內線交易及陳怡菁、林謂德）部分

甲、林正清內線交易部分：

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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、原判決認定林正清有如其事實欄五（包含其附表四）所示犯行明確，因而撤銷第一審關於林正清此部分之科刑判決，改判仍論處林正清犯證券交易法第171條第1項第1款之內線交易罪刑（已依刑事妥速審判法第7條規定，減輕其刑），以及諭知相關之沒收（追徵）。已詳敘其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

三、林正清上訴意旨略以：

㈠原審於112年9月21日所進行之審判程序，距上次審判期日已間隔15日以上，審判長僅諭知：「本案再開辯論且合議庭法官更易，依法應更新審判程序」等語，連形式上提示先前審判程序筆錄或告以要旨等程序亦未踐行，妨礙檢察官實行公訴及林正清防禦權之行使，於法有違。

㈡原判決就其採為林正清內線交易罪之書證，何者係屬供述證據？有無傳聞法則及其例外之適用？何者係屬物證？未予調查審認，有理由欠備之違法。又原判決未說明究係如何依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，審酌審判外陳述作成之情況，是否具備合法可信之適當性保障，遽認該等證據均有證據能力，並採為判決之基礎，有理由欠備及適用證據法則不當之違法。

㈢原判決認定新泰伸公司簽發予中華開發工業銀行，發票日為96年7月31日，票面金額1,088萬5,000元之支票（下稱本件支票），因存款不足退票為重大利空消息。惟依卷內退票理由單，本件支票係於96年8月2日退票。原判決認定本件支票係96年7月31日退票之事實，與卷內證據資料不符，有理由矛盾之違法。

㈣原判決認定林正清內線交易之犯罪所得為484萬6,251元，較第一審判決認定之犯罪所得498萬1,933元為低。可見林正清就此部分之犯罪情節，應認較第一審判決之認定為輕。原判決竟宣告與第一審判決相同之有期徒刑1年8月，有違不利益變更禁止原則及罪刑相當原則。

四、經查：

㈠審判期日，應由參與之法官始終出庭；如有更易者，應更新審判程序。審判非一次期日所能終結者，除有特別情形外，應於次日連續開庭；如下次開庭因事故間隔至15日以上者，應更新審判程序。為刑事訴訟法第292條第1項、第293條所明定，依同法第364條規定，亦為第二審審判程序所準用。此審判程序更新之規定，旨在促使法院於續行開庭時，應重新踐行審判期日應行之程序，俾使言詞審理及直接審理諸原則獲得保障。

卷查：原審於112年6月1日審判期日，諭知辯論終結定期宣判後，嗣裁定再開辯論，另定112年9月21日進行審判程序。此審判期日雖距離前次審判期日間隔15日以上，且參與審判之法官有所更易，惟依原審112年9月21日審判筆錄之記載，審判長於書記官朗讀案由後，即諭知「本案再開辯論且合議庭法官更易，依法更新審判程序」，且依序踐行刑事訴訟法第95條所定事項之告知、命林正清及其辯護人陳述上訴要旨、就採為裁判基礎之證據依法踐行調查證據程序、依序行事實及法律，暨科刑範圍辯論、令林正清為最後陳述後始諭知辯論終結、定期宣判等，已實質重新踐行審判期日之訴訟程序，並無訴訟程序違背規定可言。林正清此部分上訴意旨，泛指：原審審判期日判決未依法踐行程序，妨礙檢察官實行公訴及林正清防禦權之行使云云，與卷內證據資料不符，自非上訴第三審之適法理由。

㈡被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，同法第159條之5第1項定有明文。原判決說明：本件認定事實所引用被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、林正清等14人及其等之辯護人均同意有證據能力（見原審卷七第413、156至158頁），且經審酌各該證據資料作成之情狀，並無違法不當及證明力明顯過低

之情形，認以之作為證據，應屬適當，而有證據能力之旨。本件認定事實所引用被告以外之人於審判外之陳述，既經檢察官、林正清等14人及其等之辯護人均同意有證據能力，該等陳述得採為證據，已無爭議，原判決並敘明該等證據資料製作時之情況，並無違法不當及證明力明顯過低之情形，並無違法之處。林正清此部分上訴意旨，就已同意有證據能力之證據資料，重新爭執其證據能力，並泛指：原判決未審酌該等陳述作成之情況是否具合法可信之適當性保障，有理由欠備及適用法則不當之違法云云，洵非合法之第三審上訴理由。

㈢證據的取捨、證據證明力的判斷及事實的認定，都屬事實審法院的自由裁量、判斷職權；此項裁量、判斷，倘不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指。

原判決主要依憑林正清不利於己之部分供述，及證人林謂德、陳怡菁、陳立祥、王美文、鄭碧琴、丁敏恒、吳貞慧等人之證述，佐以卷內相關證據資料，相互勾稽、比對，而為前揭林正清違反證券交易法第157條之1第1項之規定，有同法第171條第1項第1款內線交易犯罪事實之認定。

原判決所為前揭論斷說明，尚與經驗法則、論理法則無違，揆之上開說明，不能任意指為違法。又原判決係認定本件支票因新泰伸公司資金不足，無力兌現致遭退票之重大消息在96年7月初即明確成立，林正清於斯時已實際知悉新泰伸公司並無資金可供兌現本件支票等情，而本件重大消息之公開時點，係指新泰伸公司於96年8月1日上午8時52分許對外公告之時（見原判決第89至90頁），且附表四所示林正清內線交易之日期均在96年7月31日以前，是本件支票於96年7月31日即因存款不足而無力兌現，縱因金融單位作業時程，而於96年8月2日經臺北市票據交換所退票，惟對於附表四所示新泰伸公司股票之買賣係於前揭重大訊息明確並公開之時點為內線交易之認定並無影響。此部分上訴意旨泛指：原判決未依卷內證據認定本件支票係於96年8月

2日退票，與卷內事證不合，有理由矛盾之違法云云，與法律所規定得上訴第三審之理由，不相適合。

㈣刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，審酌刑法第57條所列各款事項，並未逾越法定範圍或未濫用其職權，即不容任意指為違法。

刑事訴訟法第370條第1項前段規定「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑」，此即學理上所稱之不利益變更禁止原則，乃本於審級救濟制度之設計目的，避免被告顧慮受更不利益之上訴審判決，而放棄正當行使上訴權利，用以保障被告之訴訟權。

原判決認定林正清為規避本件支票因無法如期兌現，致生退票之重大利空消息於同年8月1日公告後，屬其所有之新泰伸公司股票將蒙受股價下跌之損失，基於違反戒絕內線交易規定，於附表四各編號所示時間，接續賣出其所持有之新泰伸公司股票累計共6,583,000股，合計得款30,699,740元，係違反證券交易法第157條之1第1項之規定，應依同法第171條第1項第1款，論以內線交易罪，與第一審判決認定之犯罪事實、所犯法條（原判決為新舊法比較後，適用較有利於林正清之現行證券交易法第157條之1規定，仍依同法第171條第1項第1款論以內線交易罪）、賣出之股票股數及所得款項，均無不同，堪認原判決認定林正清前揭內線交易之犯罪情節，與第一審判決之認定，並無二致。

原判決並說明：依證券交易法第157條之1第3項所規定之「重大消息公開後10個營業日之收盤平均價格」作為計算林正清犯罪所得之認定基礎，因新泰伸公司於重大消息公開後，僅於96年8月1日至3日有公開交易，自96年8月3日後即已停止交易，自8月4日起難認有於營業日公開交易之收盤價格可言，故犯罪所得之計算，應修正為以重大消息公開後3個營業日即96年8月1日、8月2日及8月3日之收盤平均價格做為計算基礎，且須扣除證券交易稅及證券交易手續費。查新泰伸公司之股票自重大消息公開後之96年8月1日至96年8月3

日3個營業日均價為3.9067元，應認林正清就本件之犯罪所得為484萬6,251元（計算式詳見附表四），並依法宣告沒收、追徵（見原判決第122頁）。而第一審判決就林正清內線交易犯罪所得未扣除其實際上並未取得之證券交易手續費（4萬3,694元）及證券交易稅（9萬1,989元），而認林正清之犯罪所得係498萬1,933元部分，業經原判決予以撤銷、糾正，且此係有關犯罪所得應予沒收事項，與量刑輕重應審酌之犯罪情節，並無直接關聯。

原判決就林正清所犯內線交易罪之量刑，已於理由內詳加說明適用刑事妥速審判法第7條規定減輕其刑，以及如何以其之責任為基礎，審酌其犯罪情節、犯後態度，及其他刑法第57條所列各款事項等一切情狀而為量刑，並無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，自屬裁量權之適法行使，即無違法可言。林正清就所犯內線交易罪，係同於第一審判決量處有期徒刑1年8月，並未重於第一審判決所處之刑，無違背不利益變更禁止原則。林正清此部分上訴意旨，泛詞指摘：原判決量刑違反不利益變更禁止原則及罪責相當原則云云，依前揭說明，洵非適法之第三審上訴理由。

五、綜上，林正清其餘上訴意旨，亦係就原審採證認事職權之適法行使，及原判決已明確論斷說明之事項，任意指摘為違法，或單純為有無犯罪事實之爭執，暨其他不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。依上開說明，應認林正清關於內線交易罪部分之上訴，為違背法律上之程式，均應予以駁回。

乙、陳怡菁、林謂德部分

一、得上訴（即陳怡菁被訴犯使公司為不利益交易罪、登載不實會計憑證罪及林謂德被訴犯內線交易罪）部分：

㈠刑事妥速審判法（下稱速審法）第9條第1項規定，除同法第8條之情形外，對於第二審法院維持第一審所為無罪判決提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法，或判決違背司法院解釋或判例為限。同條第2項則明定刑事訴訟法第3

77條至第379條及第393條第1款規定，於前項案件之審理，不適用之。故上揭所稱判決違背司法院解釋或判例，自不包括違背與刑事訴訟法第377條至第379條及第393條第1款規定有關之司法院解釋及原法定判例法律見解意旨。又法院組織法於108年1月4日修正公布、同年7月4日施行，因應大法庭制度之施行，刪除原第57條規定之判例選編及變更制度，另增訂第57條之1第1、2項明文規範若該判例已無裁判全文可資查考者，既無裁判所依憑之事實可供參佐，應停止適用；其餘未經停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之本院裁判相同。亦即，該裁判表示之「法律見解」，於本院未認有變更之必要而循大法庭相關程序變更前，其性質上仍為本院一致之見解。再者，第二審法院維持第一審所為無罪判決，違背本院徵詢庭或提案庭依法院組織法所定大法庭相關程序徵詢一致或大法庭裁定之見解所為之判決，亦屬於速審法第9條第1項第3款所定之判決違背判例。此為本院最近一致之見解。

又速審法第9條之立法理由謂：「刑事訴訟法已改採改良式當事人進行主義，檢察官對於起訴之案件，自訴人對於提起自訴之案件，均應負實質舉證責任。案件於第一審判決無罪，第二審法院仍維持第一審所為無罪判決，若仍允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，被告因此必須承受更多之焦慮及不安，有礙被告接受公正、合法、迅速審判之權，因此合理限制檢察官、自訴人之上訴權，使其等於上開情形下，提起上訴之理由以落實嚴格法律審之理由為限，可使檢察官、自訴人更積極落實實質舉證責任，爰明定於第二審法院（包含更審法院）維持一審無罪判決之情形下，提起上訴（包含檢察官、自訴人提起上訴）之理由，限於本條第一項各款嚴格法律審之理由。」

從而，檢察官對於第二審法院維持第一審無罪之判決提起第三審上訴，應在上訴理由內具體敘明原判決究竟如何具備速審法第9條第1項各款所列事項，係屬法定要件，若其所敘述

之上訴理由與前揭規定之要件不符，或係指摘原判決有該條第2項所列違背刑事訴訟法第377條至第379條及第393條第1款規定之違法情形者，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。

㈡本件第一審就公訴意旨指訴陳怡菁有共同參與事實欄三、㈠至㈢所載犯行，涉犯95年5月30日修正公布之證券交易法第171條第1項第2款使公司為不利益交易罪、商業會計法第71條第1款登載不實會計憑證罪、刑法第342條第1項背信罪嫌及刑法第339條第1項詐欺取財罪；追加起訴意旨指訴林謂德有共同參與事實欄五所載犯行，涉犯95年5月30日修正公布之證券交易法第157條之1第1項第1款，而應依同法第171條第1項第1款處內線交易罪，認為不能證明陳怡菁、林謂德犯被訴犯行，而為無罪之諭知。檢察官提起第二審上訴後，經原審審理結果，仍認不能證明陳怡菁、林謂德犯罪，而駁回檢察官此部分在第二審之上訴，依前開說明，檢察官提起第三審上訴之理由，應受速審法第9條規定之限制。

㈢檢察官上訴意旨（僅對陳怡菁、林謂德上訴）略以：

1.原判決未敘明起訴書所載各項證據資料及陳怡菁於偵查中供稱有處理證券帳戶交易帳務等節，何以無足憑採之理由。依公司經營管理實務經驗，林正清僱用陳怡菁擔任董事長助理，目的當係輔己分擔管理處置之責。原判決偏採陳怡菁卸責及林正清迴護之詞，逕認不能證明陳怡菁有犯意聯絡及行為分擔，因此維持第一審關於陳怡菁部分無罪之判決，駁回檢察官在第二審就此部分之上訴，其採證認事違背本院105年度台上字第233號判決意旨所指之經驗法則、論理法則。

2.林謂德供稱：其所開立之證券帳戶是由林正清保管，多用來買賣新泰伸公司股票，交割單會傳真予陳怡菁，再轉呈林正清，由林正清負責股款調度等語，足見林謂德對於前開帳戶如附表四之股票交易知之甚詳，顯有內線交易犯行之犯意聯絡及行為分擔。原判決遽認不能證明林謂德有公訴意旨所指犯行，因而維持第一審關於此部分之無罪判決，駁回檢察官

就此部分在第二審之上訴，其採證認事違背本院105年度台上字第233號判決意旨所指之經驗法則。

㈣惟查：

本件檢察官上訴意旨所指本院105年台上字第233號判決之法律見解：「所謂論理法則，乃指理則上當然之法則，一般人均不致有所懷疑之理論上定律，具有客觀性，非許由當事人依其主觀自作主張，至於經驗法則，係指吾人基於日常生活經驗所得之定則，並非個人主觀上之推測。」乃就刑事訴訟法第154條第2項證據裁判主義、同法第155條第1項證據證明力之判斷、取捨原則，闡述法院行使採證、認事職權應依循之證據法則，證據證明力之判斷，應受經驗法則與論理法則支配之法理，與判決有無適用法則不當之違法相關，屬於刑事訴訟法第378條有關之判決，為刑事妥速審判法第9條第2項除外規定之範疇，而非同條第1項第3款所稱之「判決違背判例」，難謂符合上開得為第三審上訴之法定要件。依照首揭說明，檢察官關於陳怡菁被訴違反證券交易法第171條第1項第2款使公司為不利益交易罪及商業會計法第71條第1款登載不實會計憑證罪；林謂德被訴違反證券交易法第171條第1項第1款處內線交易罪部分之上訴，不合法律上之程式，應予駁回。

二、不得上訴（即陳怡菁被訴背信及詐欺取財）部分：

㈠刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，而諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。

㈡陳怡菁被訴犯刑法342條第1項背信罪及刑法第339條第1項之詐欺罪嫌部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第6款（修正前為第5款）、同條第5款（修正前為第4款）所定經第二審判決者，不得上訴於第三審法院之罪之案件。既經第二審判決，且無刑事訴訟法第376條第1項但書所定情形，依上述說

明，不得上訴於第三審法院。檢察官猶就此部分提起上訴，為不合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　7　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　洪于智

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　　114　　年　　8　　月　　12　　日