最高法院刑事判決

114年度台上字第3919號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官吳維仁

被　　告　蕭安泰

翁瑞鴻

上一被告之

選任辯護人　陳重言律師

翁英琇律師

上列上訴人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114年3月31日第二審判決（112年度金上重訴字第2號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署108年度偵字第23273、34477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非依據卷內訴訟資料，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。又第三審法院之調查，除法律另有規定外，以上訴理由所指摘之事項為限，故原判決究竟有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。本件原判決⑴認定被告蕭安泰非證券商，而有如其事實欄一之㈠、㈡所載居間媒介吳元棟購入亞洲碳素股份有限公司（下稱亞碳公

司)及耀程科技股份有限公司（下稱耀程公司)之未上市公司股票等犯行明確，因而撤銷第一審關於蕭安泰之科刑判決，改判論處證券交易法第175條第1項之非法經營證券業務共2罪刑，並分別諭知已繳交犯罪所得之沒收，且定其執行刑及附條件緩刑4年之宣告。另以公訴意旨雖指蕭安泰除涉犯前揭有罪部分外，且知悉吳元棟等地下盤商成員係收購未上市公司股票，再隨機撥打電話方式向不特定投資人推銷未上市公司股票賺取價差，仍為前揭居間媒介未上市公司股票等行為，與吳元棟等地下盤商共同將上開吳元棟購入持有亞碳公司及耀程公司之股票，出售給如其附表(下稱附表)一、二所示不特定投資人等犯行，涉犯共同非法經營有價證券之自行買賣業務及共同非法公開招募出售所持有之有價證券罪嫌云云。經原審審理結果，認為不能證明蕭安泰有此部分犯行，而不另為無罪之諭知。⑵以被告翁瑞鴻明示對第一審有罪判決之量刑及沒收部分提起第二審上訴，原審審理結果，除撤銷改判較輕之徒刑及附條件緩刑宣告外，並就沒收部分，改諭知扣案及已繳交國庫之犯罪所得均沒收。已詳述所憑證據及理由，俱有卷存證據資料可資覆按。

二、檢察官上訴意旨略以：⑴、就蕭安泰不另為無罪諭知之部分：蕭安泰雖未參與吳元棟後續公開招募轉售股票行為，然其於調詢時自承在民國101、102年間即知悉吳元棟為地下盤商，並供稱聯繫記者可前往拜訪耀程公司，此與吳元棟購買耀程公司股票固無一定關聯，但不否認新聞刊出，對吳元棟販售股票給一般投資大眾有一定的幫助等語，參之證人張偉諒於調詢證稱：蕭安泰說漏嘴提到未上市櫃股票，伊才知其有透過盤商兜售耀程公司股票等語，可知蕭安泰知悉吳元棟經營股票買賣，係以不特定投資大眾為對象，猶於104、105年間居間媒介購入亞碳等公司股票，其就吳元棟等地下盤商後續非法公開招募亞碳等公司股票犯行，有犯意聯絡及行為分擔，應負共同正犯之責。原審未明釐清，遽為有利蕭安泰之認定，就此部分不另為無罪之諭知，顯與經驗法則有違。

⑵、關於翁瑞鴻犯罪所得之沒收部分，原判決雖認為應扣除翁瑞鴻分配給「葉俊民」、「阿貴」、「阿詹」、「David」之款項。然「葉俊民」等4人均無真實姓名、年籍資料可供查證，翁瑞鴻亦未提出分配犯罪所得給「葉俊民」等4人之相關事證。況證人黃淑如對於是否見過「葉俊民」等4人，前後陳述不一，且與翁瑞鴻供述內容迥異，不排除係事後迴護之詞。則翁瑞鴻究竟有無將犯罪所得分配給「葉俊民」等4人？仍有未明。原審未調查釐清，逕予扣除而為沒收，亦有調查未盡及理由欠備之違法云云。

三、惟查：

㈠、犯罪事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據或證據不足以證明被告犯罪時，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判之基礎。又積極證據不足以證明犯罪事實時，被告之抗辯或反證縱認虛偽，仍不能資為積極證據應予採信之理由。而證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得自由裁量之職權；如其判斷並未悖於經驗或論理法則，且已敘明其心證理由者，即不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。本件原判決綜合調查證據所得及全案辯論意旨，已說明：蕭安泰於調詢、偵訊時雖供稱知悉吳元棟為地下盤商等語，然同時表示當時所認知之地下盤商，係購入股票後，加價轉售他人，並不清楚吳元棟以何種方式出售股票，亦不知是否將股票出售給一般民眾，吳元棟未告知經營模式或購入股票後之處理方式等語，且於第一審仍供稱其當時知道的盤商是找特定人投資等情。佐以卷內相關人證（將股票出售吳元棟之賣方、吳元棟所屬地下盤商暨業務人員、吳元棟之轉售股票對象等)之證述內容，均未提及蕭安泰有參與吳元棟後續轉售股票之行為。則蕭安泰固居間媒介吳元棟購入蕭安泰親友所持有亞碳等公司股票，但對吳元棟購入取得該等股票後，究竟如何處分，已與完成居間媒介之蕭安泰無關，更非蕭安泰所能置問。何況吳元棟購入蕭安泰居間媒介之股票後，亦有自行長期持有或洽特定人購買之可能，並非僅出售

不特定人一途。尚無從僅由蕭安泰知悉吳元棟為地下盤商，即當然推知其與吳元棟對後續轉售股票等犯行，有犯意聯絡及行為分擔。因認公訴人所提出之證據及現存卷證資料，尚不足以對蕭安泰有公訴意旨所指參與後續轉售股票等犯行，達無所懷疑而得確信為真實之程度，復查無其他積極證據足以證明蕭安泰此部分犯行，原應為無罪之判決，因公訴意旨認此部分與其有罪之居間證券業務部分均有裁判上一罪關係，乃均不另為無罪之諭知等旨。核其論斷，與經驗及論理法則尚無不合。檢察官上訴意旨(1)，無非係對原審採證認事職權之適法行使及原判決已論斷說明之事項，漫為爭執，並徒憑己見，泛言蕭安泰既找記者報導耀程公司等情，應有參與吳元棟後續轉售股票犯行云云，係就單純事實，再事爭辯，自難認屬適法之第三審上訴理由。

㈡、犯罪所得之沒收，係為了澈底剝奪不法利益，貫徹任何人都不得保有犯罪所得之普世原則，其性質類似不當得利的衡平措施，非屬刑罰。是共同正犯犯罪所得之沒收，應就各人有事實上處分權限的實際分得之數為之。此為犯罪所得範圍及數額之判斷，而非犯罪事實有無之認定，自不適用嚴格證明法則，僅需自由證明即可。倘事實審法院對共同正犯應沒收之不法利得數額，已於理由內就其依據為合理之論述說明，並有卷存事證資料可憑者，即不能遽指為違法。原判決對於翁瑞鴻就本件其與「葉俊民」等人共同出售附表三所示未上市公司股票予不特定投資人而賺取價差總額新臺幣(下同)2,962萬6千元之整體不法利得，其中翁瑞鴻實際分得而應諭知沒收之數額，已說明：本件數人共同非法出售附表三所示未上市公司股票，係由翁瑞鴻先向吳元棟購入附表三所示未上市公司股票，次由「阿貴」、「阿詹」、「David」等業務人員，對外向不特定人公開招募而順利出售該等股票給附表三之買受人，再由「葉俊民」負責向買受人收取股款及交付股票。在上開過程中，翁瑞鴻除與吳元棟約定每轉售1股再給付吳元棟3元(即每出售1張股票給付3千元，此為第一審認

定之犯罪事實)外，並依出售股票張數分別給付佣金、車馬費予各自開發客戶行銷推薦股票之業務人員、收取股款之「葉俊民」等情，業經翁瑞鴻於調詢及偵查均供述在卷，並有黃淑如於原審證稱在辦公室內看過「葉俊民」向翁瑞鴻拿其收取股款之車馬費，「阿貴」、「阿詹」、「David」等人向翁瑞鴻結算收受其等銷售股票之佣金等語，及陳淑美等買受人證述其等與自稱股票交割員之男子相約見面交付現金股款等情節內容可佐。參以本案非法經營出售附表三未上市公司股票業務之集合犯行，並非短期偶一為之，且係數人參與犯罪，衡情論理，負責電話行銷之「阿貴」、「阿詹」、「David」等業務人員，及收受股款之「葉俊民」，在其等與翁瑞鴻長期合作期間，若非可從中獲利並如數取得約定佣金、車馬費，豈有甘冒受刑事追訴處罰之風險，而持續參與犯罪之理。再者，「葉俊民」向買受人等均係收取現金股款，翁瑞鴻將「葉俊民」交付之現金股款，逕以現金方式給付車馬費及佣金，以避免留下金流紀錄或書面簽收資料而遭查緝，亦與常情無違等旨。並敘明：原審審理時對於翁瑞鴻就附表三共500張股票之車馬費及佣金，依其先前陳述之不等數額，對區間數額者採中間值，明確數額者採低於平均值方式，估算每張股票車馬費為750元、佣金為4萬5千元之結果，已詢問當事人之意見，並經翁瑞鴻表示同意，而計算給付吳元棟之報酬共150萬元(每張3千元x500張=150萬元)、給付「葉俊民」之車馬費共37萬5千元(每張750元x500張=37萬5千元)、給付「阿貴」、「阿詹」、「David」等人之佣金合計共2,241萬元(每張4萬5千元x498張=2,241萬元，因附表三編號62部分已退回股款，有買受人汪麗玫之證詞可佐，翁瑞鴻並未給付此2張股票佣金），就整體差額之不法利得總額，扣除翁瑞鴻前述已給付、分配後之款項，再排除已退還附表三編號62買受人股款後之該次價差的不法利得為14萬6千元，及翁瑞鴻嗣後與部分買受人達成民事和解後，實際履行而合法發還部分買受人之款項共10萬元，亦有和解筆錄及

郵政匯款書可佐，因認本件實際分由翁瑞鴻保有而應沒收之不法利得共計509萬5千元(2,962萬6千元-150萬元-37萬5千元-2,241萬元-14萬6千元-10萬元=509萬5千元)，而就已扣案及繳交國庫之犯罪所得509萬5千元，諭知沒收等旨綦詳，核其綜合卷內資料及調查結果，已詳細敘明認定翁瑞鴻實際分得犯罪所得之依據，及何以不能僅因翁瑞鴻未能提出給付參與犯罪等其他正犯之單據資料，或無前述正犯之姓名、年籍等資料可供查證，遽為翁瑞鴻並未給付佣金、車馬費等不利認定之理由，所為論述，於法無違。檢察官上訴意旨㈡仍執陳詞，認為原判決調查未盡、理由欠備云云，指摘原判決就沒收金額，扣除「葉俊民」等4人車馬費、佣金為不當云云，依上開說明，亦非合法之第三審上訴理由。

㈢、是檢察官上訴意旨所云，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，其對蕭安泰不另為無罪諭知及翁瑞鴻沒收部分之上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。至蕭安泰想像競合犯證券交易法第175條第1項非法經營證券業務2罪部分，經第一、二審均為有罪之論斷，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴第三審法院之案件，應併予駁回。

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　　2　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　蔡憲德

法　官　許辰舟

法　官　林柏泓

法　官　林靜芬

本件正本證明與原本無異

書記官　林宜勳

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　3　　日