

最高法院刑事判決

114年度台上字第4743號

上訴人 劉長旺

選任辯護人 陳麗增律師

絲漢德律師

談虎律師

上訴人 余桂珍

上列上訴人等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114年6月12日第二審判決（112年度金上訴字第2827號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署108年度偵字第27593、34901號，109年度偵字第3415號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於劉長旺有罪部分及余桂珍部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人劉長旺、余桂珍（下稱上訴人2人）有其事實欄（下稱事實欄）所載之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判依想像競合犯規定，從一重論處上訴人2人犯證券交易法第171條第1項第1款之證券詐偽罪刑（劉長旺部分，尚犯非法經營證券業務罪、非法出售有價證券罪及主持、操縱、指揮犯罪組織罪；余桂珍部分，尚犯非法經營證券業務罪、非法出售有價證券罪及參與犯罪組織罪。至劉長旺被訴如原判決附表〔下稱附表〕二編號40所示證券詐偽、非法出售有價證券、非法經營證券業務部分，則不另為無罪之諭知），及為相關沒收之宣告。固非無見。

01 二、惟查：

02 (一)刑事訴訟法規定訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪
03 名，旨在使被告能充分行使防禦權，以維審判程序之公平。
04 而所應告知之犯罪嫌疑，除起訴書所記載之犯罪事實及所犯
05 法條外，自包含依刑事訴訟法第267條規定起訴效力所及，
06 而擴張之犯罪事實及罪名。倘法院未告知被告起訴效力擴張
07 之犯罪事實，即逕行擴張起訴書之犯罪事實而為判決，其所
08 踐行之訴訟程序自於法有違。如該違法，實質上無礙於被告
09 防禦權之行使，固不得為上訴第三審之理由；反之，若有礙
10 於被告防禦權之行使，且非顯然於判決無影響者，則得執為
11 上訴第三審之適法理由。原判決以起訴書雖未就上訴人2人
12 分別所犯證券詐偽、主持、操縱、指揮、參與犯罪組織犯行
13 起訴，惟此部分業經第一審檢察官當庭補充上訴人2人涉犯
14 之法條，且與已經起訴並論罪部分，有想像競合犯之裁判上
15 一罪關係，為起訴效力所及，復已依刑事訴訟法第95條第1
16 項規定，告知此部分可能涉犯之罪名，足以保障被告2人之
17 訴訟防禦權，自得併予審理（見原判決第72頁）。然原判決
18 認定余桂珍基於參與犯罪組織之犯意，於民國106年10月26
19 日前某日，先加入真實姓名年籍不詳之「洪燦軒（即『洪經
20 理』、『法蘭』、『Frank』，下稱『洪燦軒』）」所屬之
21 以實施證券詐偽罪為手段，具有持續性、牟利性之有結構性
22 之犯罪組織（下稱本案未上市櫃股票偽詐集團，發起人不
23 詳），劉長旺則基於主持、操縱、指揮犯罪組織之犯意，於
24 107年3月間某日加入該集團，其2人與真實姓名年籍均不詳
25 之「Judy」、「餅乾（即妹妹）」、「洪燦軒」、「小滴
26 （或小D）」、「7-11」、「馬克」等CALL客中心主管及如
27 附表一所示之業務共同基於非法經營證券業務（自行買賣）、
28 非法出售有價證券及違反「有價證券之買賣，不得有
29 虛偽、詐欺行為」之犯意聯絡，自107年3月某日起至108年9
30 月26日為警查獲時為止，以如附表二「詐偽行為」欄所示之
31 方式，致附表二所示之被害人誤信證券本身價值而錯誤投資

部分之事實，不僅未在起訴書所載之犯罪事實內，亦與第一審判決所認不同。且依原審審判筆錄之記載，審判長雖依刑事訴訟法第95條第1項規定，對上訴人2人踐行告知程序略以：「對被告等告知其犯罪之嫌疑及涉犯法條如下（詳如起訴書、檢察官當庭補充、移送併辦意旨書、原審判決書、上訴書所載）：一、起訴書、原審判決書：證券交易法第44條第1項規定，同法第175條第1項之非法經營證券業務罪，及違反同法第22條第3項、第1項規定，而犯同法第174條第2項第3款之非法出售有價證券罪。二、檢察官當庭補充、上訴書：證券交易法第171條之證券詐偽罪、刑法第339條之4第1項第2款之3人以上共同詐欺取財罪、組織犯罪防制條例第3條第1項之發起、主持、操縱、指揮、參與犯罪組織等罪嫌」。惟嗣依刑事訴訟法第288條第3項規定，就被訴事實訊問上訴人2人時，仍以起訴書、第一審判決認定之犯罪事實為據，僅增列「並有發起犯罪組織、證券詐偽之意思」，然對於上開擴張之客觀犯罪事實仍付之闕如，並未給予上訴人2人就上述劉長旺有主持、操縱、指揮犯罪組織、余桂珍有參與犯罪組織及其等共同證券詐偽行為等事實，充分辯明及辯論之機會（見原審卷四第262、263頁）。顯就上訴人2人聽審權之保障未足，造成突襲性裁判，侵害其等之防禦權，自有判決適用法則不當之違法。

(二)組織犯罪防制條例第12條第1項中段規定：「訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據。」以立法明文排除被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，得適用刑事訴訟法第159條之2、第159條之3及第159條之5等規定。此為刑事訴訟法關於證據能力之特別規定，較諸刑事訴訟法證據章有關傳聞法則之規定嚴謹，且組織犯罪防制條例迭經修正，均未修正上開規定，自應優先適用。是在違反組織犯罪防制條例案件，被告以外之人（包含共犯、證人）於警詢時之陳述，即絕對不具證據能力，無刑

01 事訴訟法第159條之2、第159條之3及第159條之5等規定適用
02 之餘地，不得採為判決基礎。至於共犯於偵查中以被告身分
03 之陳述，仍應類推適用上開規定，定其得否為證據。本件原
04 判決理由欄壹之二說明本案所引用相關證人於警詢及未經具
05 結之陳述，於認定上訴人2人所涉違反組織犯罪防制條例之
06 犯罪事實，絕對不具證據能力等旨（見原判決第7頁）。然
07 於理由欄貳、二之(四)則援引證人黃瑞華、王劍民、吳園臻於
08 警詢所為供述（見原判決第28、38、51頁），資為認定劉長
09 旺犯主持、操縱、指揮犯罪組織罪及余桂珍犯參與犯罪組織
10 罪之部分依憑，依據前揭規定及說明，其採證難謂適法，並
11 有理由相互矛盾之違誤。

12 (三)審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律注
13 意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於職權定其取捨，依
14 自由心證而為事實之判斷，且此項判斷之職權運用，應受經
15 驗法則與論理法則之支配。故證據雖已調查，而尚有其他必
16 要部分並未調查，仍難遽為被告有利或不利之認定，如率行
17 判決，即有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又
18 有罪判決，關於犯罪事實之認定與理由說明及所引用之證據
19 資料，須互相適合；對被告有利之證據不採納者，應說明其
20 理由，亦為刑事訴訟法第310條第2款所明定。故有罪判決書
21 倘其事實認定與說理不一致，或對於被告有利之證據或辯解
22 置之於不理，除係與事實認定不生影響之枝節事項者外，即
23 有判決理由矛盾或不備之違法。本件原判決關於附表二編號
24 6部分，於「證據出處」欄記載「4.備註：國稅局資料顯示
25 購買股數為5000股，惟吳謝生妹自陳僅購買2000股，卷內亦
26 僅有2張股票影本，此部分罪證有疑，應做有利被告2人之認
27 定，本院認吳謝生妹係購買2張安捷公司股票。另依上開收
28 款明細，被告余桂珍係向吳謝生妹收款『204K』，故吳謝生
29 妹警詢證稱係支付（新臺幣，下同）20萬元，應係記憶有
30 誤」等語，已說明認定吳謝生妹係購買安捷公司2000股，購
31 買金額為20萬4千元之理由。然於「買價/股數/公司」欄卻

01 記載「102元/5000股/安捷」，「上次交易買價」欄記載「2
02 0元」，「每股交易價差」欄記載「82元/410000元」，「犯
03 罪所得」欄記載「1.被告劉長旺：41000元（ $410000 \times 10\% =$
04 41000）2.被告余桂珍：500元」，似認定吳謝生妹購買安捷
05 公司5000股，購買金額51萬元，復以此計算劉長旺此部分犯
06 罪所得。則上訴人2人如附表二編號6所示出售吳謝生妹之股
07 票數量部分，即有判決理由矛盾之違法，此除攸關上訴人2
08 人此部分事實及所依憑證據為何之外，亦涉及倘劉長旺此部
09 分成立犯罪時，其此部分犯罪所得之認定及沒收之數額，自
10 有調查釐清之必要。

11 (四)科刑之判決書，須將認定之犯罪事實詳記於事實欄，於理由
12 內應逐一說明憑以認定之證據，使事實與理由兩相一致，方
13 為合法，倘事實欄已有敘及，而理由內未加說明，是為理由
14 不備，理由已有說明，而事實欄無此記載，則理由失其依
15 據，均足構成撤銷之原因。原判決關於事實欄一之(一)略謂余
16 桂珍以附表二編號40所示詐偽行為，致劉建甫陷於錯誤，而
17 購買附表一編號40所示之股票，事實欄一之(二)略謂上訴人2
18 人與上述「洪燦輝」等人基於犯意聯絡，由「如附表二所示
19 之CALL客中心業務隨機撥打有效電話，……推銷未上市櫃股
20 票，藉以取信如附表二所示之被害人，並以如附表二所示之
21 公司前景看好，即將於短期內之明確時間在國內上櫃或在美
22 國上市，股價於上市櫃後將飆升達到特定之價格，現在購
23 入，股價相對處於低點，將來獲利甚豐，業務將帶領投資人
24 操作（帶進帶出），於公司上市櫃後帶領投資人出售股票，
25 未上市櫃前亦可以1股配1股或1股配半股之虛偽資訊及欺罔
26 之方法（詐偽情形詳如附表二所示），致如附表二所示之被
27 害人誤信證券本身之價值而錯誤投資，而以如附表二所示之
28 高價購買如附表二所示之股票」，於理由內亦一再提及「附
29 表二」所示公司、被害人、詐偽行為、股票、價格，並認
30 「附表二」所示犯罪所得屬上訴人2人犯罪所得，應予沒
31 收、追徵等情，然附表二卻僅載有編號1至39（編號39僅前

半部分)、42、43部分內容，未見編號39後半部分之內容，亦全無編號40、41之內容，以致原判決此部分事實之認定及理由之說明，均有明顯之缺漏而失其所憑，其記載之事實及理由顯不完備，自有判決理由不備之違法。

(五)刑罰之量定，法院雖有裁量之職權，但此項職權之行使，並非漫無限制，仍受法定刑範圍之拘束，除有法律明文規定得為加重、減輕之情形外，所宣告之刑，倘逾越或低於法定刑度，即明顯違反法律之明文規定，而有判決適用法則不當之當然違背法令。又併科罰金模式有分絕對併科（必併科）及相對併科（得併科）。而證券交易法第171條第1項第1款規定之法定主刑為3年以上10年以下有期徒刑，得併科1千萬元以上2億元以下罰金。此所謂「得併科」之規定，屬相對併科罰金刑，指法院得依職權宣告有期徒刑，亦得宣告有期徒刑且併科罰金。倘宣告有期徒刑且併科罰金時，依前開說明，該有期徒刑暨併科罰金部分，均應於法定刑範圍量處，始為適法。原判決認定上訴人2人均係犯證券交易法第171條第1項第1款之證券詐偽罪、同法第175條第1項之非法經營證券業務罪、同法第174條第2項第3款之非法出售有價證券罪，劉長旺另犯組織犯罪防制條例第3條第1項前段主持、操縱、指揮犯罪組織罪，余桂珍另犯同條例第3條第1項後段參與犯罪組織罪，其2人均係以一行為同時觸犯上開各罪名，均為想像競合犯，均應依刑法第55條規定，各從一重論以證券詐偽罪，並未說明上訴人2人有何減輕其刑之事由，竟就其2人除量處有期徒刑外，分別就劉長旺併科罰金2百萬元，余桂珍併科罰金1百萬元。關於併科罰金部分，均已低於法定刑之下限，而有適用法則不當之違誤。

三、以上或係上訴人2人上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上述違法情形，已影響於本件事實之確定及法律之適用，本院無可據以為裁判，應認原判決關於劉長旺有罪部分及余瑞珍部分，均有撤銷發回更審之原因。至

01 原判決認上訴人2人共同犯非法經營證券業務罪部分，基於
02 審判不可分原則，併予發回。

03 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

04 中 華 民 國 115 年 7 月 22 日

05 刑事第四庭審判長法官 李英勇

06 法官 楊智勝

07 法官 高玉舜

08 法官 楊皓清

09 法官 林怡秀

10 本件正本證明與原本無異

11 書記官 林怡靚

12 中 華 民 國 115 年 7 月 27 日