最高法院刑事判決

114年度台上字第6055號

上　訴　人　林秦葦

　　蔡明恭

共　　同
選任辯護人　常照倫律師
　　謝任堯律師
上　訴　人　古彩蓉

選任辯護人　梁宵良律師
上　訴　人　林耿宏

選任辯護人　謝協昌律師
上　訴　人
即 參與 人　康富生技中心股份有限公司

代　表　人　蔡瑞川
代　理　人　謝任堯律師

上列上訴人等因違反商業會計法等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年8月21日第二審更審判決（113年度重金上更三字第8號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署102年度偵字第1704、6831、13108、13974、14448、15361、19115、20283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。

二、本件原審審理結果，認定上訴人林秦葦、林耿宏、古彩蓉、蔡明恭(下稱林秦葦等4人)有如原判決事實(下稱事實)二之㈠至㈣所載全部或部分違反商業會計法犯行明確，因而撤銷第一審關於林秦葦如原判決附表(下稱附表)甲編號2、古彩蓉如附表丙編號1、蔡明恭如附表丁編號1、林耿宏如附表戊編號1部分之科刑判決，改判依想像競合犯規定，從一重論處林秦葦如附表甲編號2所示共同犯以明知為不實之事項，而填製會計憑證或記入帳冊(下稱不實填製會計憑證)4罪刑、古彩蓉如附表丙編號1所示共同犯不實填製會計憑證2罪刑、蔡明恭如附表丁編號1所示共同犯不實填製會計憑證2罪刑、林耿宏如附表戊編號1所示共同犯不實填製會計憑證4罪刑，並就林秦葦等4人定應執行刑及對上訴人即參與人康富生技中心股份有限公司(下稱康富生技公司)為沒收、追徵之宣告；已敘明其調查、取捨證據之結果及憑以認定各犯罪事實之心證理由，就林秦葦等4人否認犯行及參與人否認有犯罪所得之各辯詞認非可採，亦依調查所得證據詳予論述，有卷存資料可以佐證。

三、上訴意旨略稱：

(一)林秦葦、蔡明恭部分

１、林秦葦所犯事實二之㈠至㈣之犯行，係基於一個犯意所為，屬接續犯，應僅論以1罪，原判決僅因會計作帳時序之不同，即認應數罪併罰，有適用法則不當之違誤。

２、事實二之㈠、㈡之商品交易時間各為民國99年1月30日、99年3月26日，當時康富生技公司未上興櫃，林秦葦自無為有利於上櫃而虛增康富生技公司營收(直接跳過興櫃股票櫃台買賣之申請)並逕為申請上櫃之可能。又依康富生技公司99年至101年財務報告及獲利能力，縱剔除事實二之㈠至㈣之商品交易營收，對公司申請上興櫃之條件全無影響，原判決認定林秦葦、蔡明恭為虛增康富生技公司營收以利申請上櫃而為事實二之㈠至㈣之犯行，有調查未盡及理由欠備之違法。

３、證人任莉菁、曾嬿婷就康富生技公司有否實際供貨「金牌多醣體1,000盒」、「美白貼片6,000盒」商品予瑞安健康一生股份有限公司(下稱瑞安公司)之陳述，反覆不一，應均不可信。又原審未傳喚張桂銘就5筆瑞安公司美白貼片之提貨明細表、領貨簽收單是否張桂銘所簽收之事實作證、且未函調康富生技公司相關營業人銷售與稅額申報書所檢附之銷項明細清單有否附表二、二之一、三之一所列發票之銷項明細，以證明瑞安公司已申報「美白貼片6,000盒」之交易、未就曾嬿婷所提出載有「美白貼片」品項發票836張，以證明美白貼片為瑞安公司實際銷售之品項並確實有銷售予消費者，有應調查之證據而未予調查之違法。

４、林秦葦、蔡明恭所犯之不實填製會計憑證罪，非檢察官起訴書及第一審判決所認定之罪，原審僅對林秦葦、蔡明恭告知起訴書及上訴本院後移送併辦意旨所列罪名(商業會計法第71條第4、5款)，而未告知新增之商業會計法第71條第1款不實填製會計憑證之罪名，所踐行之訴訟程序難認適法。

５、原判決認定林秦葦、蔡明恭所犯各罪，均不成立證券交易法(下稱證交法)第20條第2項、第171條第1項第1款之財務報告及財務業務文件不實罪(下稱財報文件不實罪)及同法第174條第1項第5、6款之帳簿、傳票不實罪嫌(均不另為無罪諭知)；然就林秦葦量處之各刑(有期徒刑〈下同〉1年8月、1年7月、1年6月、2年4月)總合為7年1月，較第一審判決論處

財報文件不實罪之1罪科處之刑(4年6月)為重，罪數亦較第一審為多，就99年財報部分(即事實二之㈠、㈡)所量處各刑之總合(1年8月＋1年7月＝3年3月)亦較原審更二審宣告之刑(2年10月)為重；就蔡明恭量處之各刑(1年2月、1年)總合為2年2月，較更二審論處財報文件不實罪之1罪科處之刑(1年10月)為重，與罪刑相當及不利益變更禁止原則有違。

(二)林耿宏部分

1、林耿宏所犯事實二之㈠至㈣之犯罪時間發生於99年至100年間，犯罪時間密切接近，侵害同一法益，各行為之獨立性薄弱，係屬接續犯，應僅論以一罪。又第一審判決犯罪事實三之㈣(即事實二之㈣)與犯罪事實四(已判處罪刑確定)應屬接續犯，則事實二之㈣之犯罪應為確定判決效力所及，自應為免訴判決，原判決就事實二之㈣部分仍論處林耿宏罪刑，自有違誤。

2、林耿宏就事實二之㈠至㈣之商品交易背景、緣由及決策過程均不知情。原判決既認定林耿宏係掛名綠色小鎮健康股份有限公司（下稱綠鎮公司）之負責人及瑞安公司之總顧問，負責瑞安公司傳銷系統業務及綠鎮公司展店與業務，均不負責綠鎮與瑞安2公司之採購及財務決策與執行，又認定林耿宏與林秦葦、蔡明恭、古彩蓉有填製不實會計憑證之犯意聯絡與行為分擔，且未說明認定之理由，有理由矛盾、理由不備之違誤。

3、原判決認定林耿宏之罪名及犯罪情節，較第一審判決之認定為輕，然所量處之各刑(1年2月、1年、1年2月、1年5月)總和(4年9月)，竟較第一審判決論處財報文件不實罪之1罪科處之刑(4年2月)為重，自有違不利益變更禁止及罪刑相當原則。又林耿宏不具商業負責人身分，原審依刑法第31條第1項規定論其與林秦葦、蔡明恭、古彩蓉為共犯，其行為之可罰性自較林秦葦、蔡明恭、古彩蓉為輕，然原判決就事實二之㈠至㈡部分科處與蔡明恭相同之刑、就事實二之㈢部分科處較古彩蓉更重之刑，顯未依刑法第31條第1項規定減輕其

刑；又事實二之㈠至㈡之交易各僅1筆，事實二之㈢之交易有2筆，且有刑事妥速審判法（下稱速審法）之適用，竟分別量處1年2月、1年、1年2月，顯較第一審判決之犯罪事實四(即第一審判決附表戊編號2部分)有2次交易且無適用速審法減輕其刑下所量處之刑(10月)為重，亦有違比例原則、平等原則之量刑違法。

(三)古彩蓉部分

１、原判決認定古彩蓉於100年7月1日接任康富生技公司財務長，101年3月15日卸任該職務，101年3月31日至同年6月29日因病離職，嗣於101年6月30日又回任財務長職，則瑞安公司於101年4月3日匯款給阿丘普洛有限公司(下稱阿丘普洛公司)時，係在古彩蓉因病離職期間，該筆匯款自不會經古彩蓉核定後呈給林秦葦用印蓋章，且瑞安公司之採購並無需經過古彩蓉核定。原判決認古彩蓉知情康富生技公司與阿丘普洛公司間無實際交易，而與林秦葦、林耿宏共同製作如附表三、三之一所示不實發票等情等情，自有理由矛盾、理由不備之違法。

２、綠鎮公司的會計部門是完全獨立，與古彩蓉無關，古彩蓉並無在附表四之一之4張發票及相關傳票上補蓋章。原判決認定古彩蓉與林秦葦、林耿宏共同填製如附表四所示之相關傳票及記入康富生技公司帳冊，再開立如附表四之一編號2至4所示發票，有理由不備之違誤等語。

(四)康富生技公司部分

１、康富生技公司與瑞安公司之「金牌多醣體1,000盒」、「美白貼片6,000盒」交易係屬真實且確有交貨，自非無償取得貨款而有不法利得可言，且2筆交易當時，康富生技公司未申請股票上興櫃買賣，原判決認定此2筆不實交易係為虛增營收以利康富生技公司申請上櫃目的，尚乏依據。又原判決就康富生技公司如何因林秦葦、蔡明恭、林耿宏(下稱林秦葦等3人)犯罪而有無償獲得不法利益事實，並未敘明其認定

所憑證據，即對康富生技公司宣告沒收新臺幣(下同)932萬2,050元，有理由不備之違誤。

2、康富生技公司於「金牌多醣體1,000盒」之交易，縱有不法利得，亦應扣除其已交付906盒金牌多醣體之價金，是康富生技公司無償取得之價金至多僅20萬3,247元【486萬元－(906盒＋50盒)× 4,629元－稅金23萬1,429元＝20萬3,247元】；至於「美白貼片6,000盒」部分係退貨不成，並非虛偽交易，且瑞安公司始終未向康富生技公司辦理退貨，是瑞安公司所有之「美白貼片6,000盒」有部分因未辦理退貨而過期銷毀，此係瑞安公司疏失所致，與康富生技公司無涉，不應由康富生技公司負責；系爭「美白貼片6,000盒」確屬真實交易，已交付之「美白貼片6,000盒」及已支付之稅金係屬中性支出，與犯罪利得無關，計算上應予扣除；另瑞安公司已銷售或贈送予末端消費者之金牌多醣體及美白貼片，康富生技公司取得該部分價金並非無償取得，康富生技公司尚無任何不法利得，原判決逕認康富生技公司銷售「金牌多醣體1,000盒」、「美白貼片6,000盒」價金全額及稅金，均為無償獲得之不法利益，有適用法則不當及理由欠備之違誤。

四、

(一)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，自無許當事人依憑主觀意見任指為違法，而作為合法之第三審上訴理由。

(二)原判決綜合全案相關之供述與非供述證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，詳敘憑為判斷林秦葦係康富生技公司之董事長兼總經理，為商業負責人；蔡明恭、古彩蓉為康富生技公司之前、後任財務長，均係主辦會計之人員；林秦葦並為瑞安公司、阿丘普洛公司、綠鎮公司等3公司(下稱瑞安等3公司)之實際負責人，對於康富生技公司及瑞安等3公司

均有實際決策權；瑞安等3公司之營運、採購及財務放行流程，均受康富生技公司之指揮，在各公司之內部先製作所需文件並層轉後，上呈康富生技公司內部層轉作實際決定；林耿宏於97年7月起擔任瑞安公司總顧問，另自98年12月3日起擔任綠鎮公司負責人，負責瑞安公司傳銷系統業務及綠鎮公司之展店與業務。林秦葦等4人基於共同填製不實會計憑證之犯意聯絡，安排康富生技公司與瑞安等3公司從事如事實一之㈠至㈣所示「金牌多醣體1,000盒」、「美白貼片6,000盒」、「美體健康沙發」、「新疫霸30包(疫霸2-粉末)、疫霸專業輔助食品＋派盒、瑞安新力心血管配方商品(下稱「新疫霸等產品」)」等商品之不實交易(僅過帳而無實際出貨)，以虛增康富生技公司營收，並將各該不實交易資料登載於康富生技公司相關帳冊及統一發票。林秦葦等4人就上開各犯行，均該當商業會計法第71條第1款之填載不實會計憑證罪構成要件。林秦葦等3人就事實二之㈠、㈡之犯行、林秦葦、林耿宏、古彩蓉就事實二之㈢、㈣之犯行，各為共同正犯；林耿宏雖不具康富生技公司之董事、監察人經理人或受僱人之身分，惟其係與具康富生技公司董事、經理人身分之林秦葦共同實施犯罪，依刑法第31條第1項規定，仍以共同正犯論處等情，其所憑依據及理由甚詳。

(三)另依調查所得，說明：⑴上開「金牌多醣體1,000盒」、「美白貼片6,000盒」之買賣，係將瑞安公司不需要之商品作帳康富生技公司出貨給瑞安公司以虛增康富生技公司營收，證人任莉菁、曾嬿婷之陳述所提及相關「塞貨」、「寄倉」等用語，難以解讀此2商品確有交貨而為真實交易。⑵「美體健康沙發」之買賣，係透過阿丘普洛公司向康富生技公司購買再轉售瑞安公司，實由康富生技公司直接出貨與瑞安公司，將交易列入康富生技公司財務報表以美化其營收，則瑞安公司有多筆美體健康沙發之交易自屬當然。惟瑞安公司出售美體健康沙發與消費者明細、銷貨憑單資料仍無法證明康富生技公司與阿丘普洛公司間之美體健康沙發交易為真

實，不得作為林秦葦、林耿宏、古彩蓉此部分之有利認定。⑶「新疫霸等產品」實為瑞安公司所需而常年向康富生技公司採購銷售之商品，惟非綠鎮公司所需之商品，瑞安公司亦不曾向綠鎮公司採購此商品，然因康富生技公司已上興櫃，顧及瑞安公司存在負面風險，為降低瑞安公司帳款比及分散出貨之目的，林秦葦與林耿宏協商作帳由綠鎮公司採購再交貨給瑞安公司，此商品並未進入綠鎮公司倉庫或自綠鎮公司倉庫出貨，實由康富生技公司直接出貨瑞安公司，再由康富生技公司開立發票交付綠鎮公司，再由綠鎮公司循例辦理銷售予瑞安公司並開立發票，康富生技公司虛偽製作銷售上開商品予綠鎮公司之相關傳票之會計憑證並記入康富生技公司帳冊，造成綠鎮公司無端增加應付貨款債務，而受有損害。⑷林耿宏原欲以瑞安公司名義直接向明根股份有限公司（下稱明根公司）購買「美體健康沙發」後銷售，經轉知林秦葦後，林秦葦為增加康富生技公司營業額，決定由瑞安公司向康富生技公司訂購後，再由康富生技公司向明根公司採購，林秦葦復因瑞安公司對康富生技公司應收帳款比過高，對康富生技公司風險過大，為虛增康富生技公司營收，乃再將曾嬿婷於100年11月30日填製以瑞安公司名義向康富生技公司採購100台「美體健康沙發」之請購單，作帳繞道阿丘普洛公司，於100年12月29日開立相關統一發票予阿丘普洛公司，佯裝康富生技公司銷貨予阿丘普洛公司，並向阿丘普洛公司請款，嗣自瑞安公司轉帳貨款至阿丘普洛公司，再自阿丘普洛公司轉帳貨款至康富生技公司，阿丘普洛公司再開立統一發票予瑞安公司以平衡帳目，而完成康富生技公司此部分不實之會計憑證並申報及公告虛偽內容財務報告，又「美體健康沙發」則由製造商明根公司直接出貨予瑞安公司之消費者，並未實際銷售予阿丘普洛公司，附表三及附表三之一之統一發票均僅是掩飾此種虛假不實交易而已。⑸古彩蓉明知瑞安公司向康富生技公司採購「美體健康沙發」及「新疫霸等產品」均非阿丘普洛公司或綠鎮公司所需商品，卻仍依

林秦葦之指示，於銷售及發票對象改為阿丘普洛公司及綠鎮公司，藉此降低康富生技公司對瑞安公司之應收帳款及數額，以規避康富生技公司輔導券商及會計師之查核，而與會計原則不符。縱核定該筆「新疫霸等產品」之轉帳日期為101年4月3日，以及「新疫霸等產品」之3筆交易所開立統一發票日期為101年3月30日、6月22日、6月28日(即附表四編號2至4)，均不在古彩蓉任職康富生技公司財務長期間(即因病離職期間)，惟附表三、三之一、附表四編號1、附表四之一編號4等統一發票日均在古彩蓉任職期間，古彩蓉事後知悉該等不符會計原則之情形，復將其所有圓形印、方形印章交由康富生技公司會計人員在該等傳票上補行用印蓋章，堪認古彩蓉與林秦葦等人就此部分犯行，有犯意聯絡及行為分擔。⑹原判決認定事實二之㈢部分係林秦葦、林耿宏指示不知情之瑞安公司採購及倉管人員曾嬿婷於100年11月30日以瑞安公司名義辦理「美體健康沙發」100台採購，瑞安公司填載之採購單於同日經林耿宏簽名後，呈林秦葦權限覆核，再由林秦葦、古彩蓉指示不知情之康富生技公司會計人員於100年12月29日開立如附表三所示統一發票(發票日為100年12月29日)予阿丘普洛公司，佯裝康富生技公司銷貨予阿丘普洛公司，林秦葦、古彩蓉指示不知情之會計人員填製如附表三所示之相關傳票之會計憑證及記入康富生技公司帳冊，此時間係在古彩蓉100年7月1日至101年3月15日擔任財務長期間，縱阿丘普洛公司會計主管任莉菁迄101年4月3日方自瑞安公司帳戶匯款給阿丘普洛公司帳戶，任莉菁再於斯時古彩蓉已因病離職之101年4月3日自阿丘普洛公司帳戶轉帳匯款至康富生技公司帳戶，阿丘普洛公司再開立附表三之一所示統一發票予瑞安公司以平衡帳目，已與古彩蓉不實填載會計憑證或記入帳冊犯罪之成立無關。此部分上訴意旨並非上訴第三審之適法理由。

(四)復本於證據取捨，說明：⑴任莉菁雖不負責公司進出貨之事宜，實際負責進貨與驗貨者係曾嬿婷，然實體商品進出貨與

其所任職務原即息息相關，屬公司商業交易一體兩面之事，任莉菁本於會計及財務之職務而查核、了解2公司實際進出貨情形，本與常情相符，不得以任莉菁未負責進出貨事宜，即認所為相關瑞安及阿丘普洛等2公司與康富生技公司間虛偽交易之證述不足以採信。⑵曾嬿婷雖提出102年1月8日康富生技公司人員張桂銘簽收入庫米蕈50盒及康富生技公司倉管人員交付之庫存單(庫存量記載借出米蕈950盒)，以為瑞安公司有自康富生技公司取得50盒金牌多醣體之憑證，卻未能提出瑞安公司有於99年間自康富生技公司取得「金牌多醣體1,000盒」之憑證，又上開庫存單並未記載是何公司、何年之庫存資料，9月庫存欄固記載米蕈1,000盒在庫存量欄記載借出950盒，卻無99年1月30日交易當時入庫米蕈1,000盒之記載，亦未記載借出日期、借出對象，難作為康富生技公司確有於99年1月30日實際交付米蕈1,000盒予瑞安公司後又向瑞安公司調借950盒之認定。⑶「美體健康沙發」為瑞安公司有需求及所欲銷售之商品，原可直接向明根公司訂購，林秦葦指示進行繞道(過水)交易，故康富生技公司銷售「美體健康沙發」給紙上公司阿丘普洛公司、再由阿丘普洛公司銷售給瑞安公司之交易均屬虛假交易，縱使明根公司有出貨及收到貨款，仍難掩蓋康富生技、阿丘普洛及瑞安等3家公司間虛偽交易事實，是曾嬿婷於原更二審證述，尚難作為林秦葦、林耿宏、古彩蓉有利之認定。⑷本件如附表二、附表二之一、附表三、附表三之一、附表四及附表四之一等個別交易是否真實，與康富生技公司整體之會計帳冊無關，事實二之㈠至㈣之交易係屬虛假事證已明，無再就康富生技公司整體之會計帳冊為鑑定之必要。⑸曾嬿婷於偵查及第一審所為瑞安公司無進貨「金牌多醣體1,000盒」、「美白貼片6.000盒」之陳述可採；其在更一審所為瑞安公司有無進貨「金牌多醣體1,000盒」、「美白貼片6,000盒」之陳述不可採為上訴人有利之認定。⑹對於林秦葦等4人均否認犯罪之各項辯詞，何以不能採信，併於理由內論駁明白，凡此，概屬原

審採證認事職權之合法行使，所為各論斷說明，與經驗法則及論理法則俱屬無違，既非僅以周雪麗之自白為論罪之唯一依據，且綜合調查所得之各直接、間接證據而為論斷，依確認之事實，論以上揭各罪名，洵無違誤，無所指適用法則不當及理由不備之違法。另原判決固以康富生技公司所為上開本件4筆商品之虛偽交易欠缺量性、質性指標，而認林秦葦等4人被訴犯證券交易法相關財務報告及財務業務文件不實罪嫌部分不成立犯罪，而為不另為無罪之諭知。然康富生技公司確於99年8月25日登錄興櫃股票交易，且事實二之㈠、㈡之2筆商品交易係同年1月30日、3月26日，距上櫃時間不遠，而相關證人證述已述及該2筆虛偽交易係為虛增康富生技公司營收之一部，且虛偽交易時所為相對應之填製不實會計憑證或記入帳冊行為，並不以何種特定目的為其成立要件，是原判決認此2筆交易之不實係為虛增康富生技公司營收，並無不合，林秦葦、蔡明恭此部分指摘尚非適法上訴第三審之理由。

(五)原判決事實二之㈢係認定林秦葦、林耿宏指示不知情之瑞安公司採購及倉管人員曾嬿婷於100年11月30日以瑞安公司名義辦理「美體健康沙發」之採購，再由林秦葦、古彩蓉指示不知情之康富生技公司會計人員於100年12月29日開立如附表三所示統一發票予阿丘普洛公司，林秦葦、古彩蓉指示填製附表三之相關傳票之會計憑證及記入康富生技公司帳冊之時間係在古彩蓉擔任財務長期間，縱阿丘普洛公司會計主管任莉菁迄101年4月3日方自瑞安公司帳戶匯款給阿丘普洛公司帳戶，任莉菁再於斯時古彩蓉已因病離職之101年4月3日自阿丘普洛公司帳戶轉帳匯款至康富生技公司帳戶，阿丘普洛公司再開立附表三之一所示統一發票予瑞安公司以平衡帳目，已與古彩蓉不實填載會計憑證或記入帳冊之犯罪成立無關。古彩蓉此部分上訴意旨，非上訴第三審之適法理由。

五、刑事訴訟法第95條第1項第1款規定訊問被告所應踐行之告知義務，其立法意旨除在使被告得以充分行使其防禦權而避免

突襲性裁判之危險外，亦須兼顧發現真實以達司法公正之目的。故判斷有無違反罪名變更之告知義務，端視對被告防禦權之行使有無受妨礙而定，倘罪名已為被告知悉而有所防禦或已提出防禦，或事實審法院於審判中已就被告所犯罪名、應變更罪名之構成要件等節為實質之調查，縱未為罪名變更之告知，對被告防禦權之行使既無妨礙，其訴訟程序雖有瑕疵，但顯然於判決無影響者，仍不得據為從提起第三審上訴之適法理由。檢察官就林秦葦等4人所犯事實二之㈠至㈣之各犯行，認係涉犯證交法第20條第2項、第171條第1項第1款之財務報告及財務業務文件不實罪嫌、第174條第1項第5、6款帳簿、傳票不實罪嫌、(修正前)刑法第342條第1項之之背信罪嫌提起公訴。雖第一審判決認林秦葦等4人上開各犯行僅論以接續犯，並依刑法想像競合規定，從一重論處犯證交法第171條第1款之財務報告及財務業務文件不實一罪。原審審理結果，認其等所為係犯商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證或記入帳冊罪，雖原審審判程序中未曾告知此最後認定之罪名，然稽之檢察官起訴及第一審判決適用之法條，即證交法第20條第2項、第171條第1項第1款之財務報告及財務業務文件不實罪、第174條第1項第5、6款之帳簿、傳票不實罪之構成要件，實已涵括商業會計法第71條第1項所規定商業負責人、主辦及經辦會計人員或依法受託他人處理會計事務之人，有以明知為不實之事項，而填製會計憑證或記入帳冊情事之構成要件。原判決雖認林秦葦等4人不該當證交法第174條第1項第5、6款之帳簿、傳票不實罪，然仍該當與上開檢察官起訴及第一審判決適用之條款具法規競合(補充)關係之商業會計法第71條第1款之罪。則原審審判程序中對林秦葦等4人告以涉犯前開證交法之罪名，雖最後判決結果對林秦葦等4人係論處商業會計法第71條第1款之不實填製會計憑證或記入帳冊罪，然該罪之各該構成要件已為林秦葦等4人知悉而有所防禦、或已提出防禦或於審判程序中已就林秦葦等4人所犯罪名、應變更罪名之構成要件等節為

實質之調查，於林秦葦等4人防禦權之行使並無妨礙，其訴訟程序之微疵，顯對於判決結果並無影響，自不得據為提起第三審上訴之理由。

六、刑法之接續犯，係指基於單一之犯意，以數個舉動接續進行，而侵害同一法益，在時間及空間上有密切關係，依一般社會健全觀念，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價較為合理，於此情形，始得依接續犯關係論以包括一罪。否則仍應依其犯罪具體情節，分別依想像競合關係從一重處斷，或依數罪併罰之例予以分論併罰。證券交易法所規定之財務報告不實罪，係以不同年度財務報告所發生不實結果，為其時間上區隔及獨立性，以為判斷是否成立接續犯之認定標準，此與商業會計法所規定填製不實會計憑證或記入帳冊罪，係以不同交易行為過程應就逐筆不同之交易如實逐筆製作會計憑證或記入帳冊之性質不同，則其行為之時間及行為獨立性之判斷，自不相同。原判決敘明以不實交易虛增營收、記入帳冊及開立發票罪，其罪數若干，應以不實填載之次數為斷；林秦葦、林耿宏就事實二㈠至㈣之4次犯行、蔡明恭就事實二之㈠至㈡及古彩蓉就事實二之㈢至㈣之2次犯行，無論時間或犯意均有不同、行為又非同一，難視為數個舉動之接續施行而論以接續犯，應予分論併罰，而分別論以4罪及2罪；事實二之㈢、㈣之犯罪，雖各有多次填載不實行為，惟其時間接近、目的同一，如各自論罪，有過度評價之嫌，依接續犯各僅論以1罪。至林秦葦等4人本件之犯行與其等其餘犯不實填製會計憑證或記入帳冊並已確定部分，時間雖有交錯或接近，惟既係以填載次數各自論罪，無判決確定效力所及之情形。

七、第一審判決犯罪事實四(已確定)係認定林秦葦、古彩蓉、林耿宏與同案被告林庭安(另判處罪刑確定)明知「新疫霸等產品」實由康富生技公司直接出貨至瑞安公司，林庭安為登記負責人之康富國際股份有限公司(下稱康富國際公司)、舒康

林企業股份有限公司(下稱舒康林公司)並未銷售「新疫霸等產品」予綠鎮公司，其3人基於填製不實會計憑證及意圖為康富國際公司、舒康林公司不法利益之犯意聯絡，而開立如附表五所示統一發票，並填製相關傳票之會計憑證及記入康富生技公司帳冊(會計科目借：應收貨款，貸：銷貨收入)，再持該統一發票向綠鎮公司請款。而本案之原判決事實二之㈣(即第一審判決犯罪事實三之㈣)係認定林秦葦、古彩蓉、林耿宏共同基於填製不實會計憑證及意圖為康富生技公司不法利益之犯意聯絡而開立如附表四所示統一發票，並填製相關傳票之會計憑證及記入康富生技公司帳冊(會計科目借：應收貨款，貸：銷貨收入)，再持該統一發票向綠鎮公司請款。上開2犯罪事實分別所認定林秦葦、古彩蓉、林耿宏意圖為不法利益之對象並非同一，前者圖利對象為康富國際公司、舒康林公司，本案則為康富生技公司，雖2犯罪事實作為虛偽交易之標的均為「新疫霸等產品」，然所圖利對象既非同一，縱虛偽交易之行為時間密接，仍難認本案事實二之㈣之虛偽交易與第一審判決犯罪事實四所示之虛偽交易得認係屬接續犯之一罪而為已判決確定之第一審判決之犯罪事實四之判決效力所及。林秦葦、林耿宏此部分上訴意旨並非上訴第三審之適法理由。

八、原判決綜合任莉菁、曾嬿婷、蔡明恭、楊志輝之證詞及其他相關證據，說明瑞安公司倉庫並沒有「美白貼片6,000盒」，迄楊志輝100年11月回任康富生技公司後經整理庫存數據後發現美白貼片仍在康富生技公司倉庫且即將過期，康富生技公司既未曾退貨，嗣因無法退貨，遂在過期前由瑞安公司取部分商品當贈品，餘則因過期銷毀並認列為瑞安公司之損失。原判決認曾嬿婷有將提領之部分美白貼片做為銷售贈品乙節，核與上訴意旨所舉曾嬿婷於更二審提出之836張發票，其各發票上所載銷售品名：美白貼片－贈品、單價：0，且發票開立日期為100/12/16~101/01/13間等情相符，是曾嬿婷提出之前開發票無足證明瑞安公司於事實二之㈡美白

貼片之虛偽交易前，瑞安公司確有銷售美白貼片，自不足以證明此部分「美白貼片6,000盒」交易為真實交易之認定，原審未就前開836紙發票再予調查，難謂有何調查職責未盡之違誤。另由林秦葦於原審113年11月27日之聲請調查證據狀內主張更一卷㈡第203至205頁之5紙產品退貨單實為領貨簽收單，上開5紙單據內所載「桂」即瑞安公司員工張桂銘所簽，可證明瑞安公司確有簽收領貨各該筆美白貼片等語。然上開5紙領貨單日期落在100/12/13至101/01/13期間，上開836張發票之開立日期適在上開5紙領貨單之首日100/12/13之後，可證上開發票內做為贈品之美白貼片來源應為上開5紙領貨單所載之美白貼片。此亦經原判決據為認定事實二之㈡之證據(見原判決第63頁第8至10行)，則原判決認此部分事證已明，未依所請傳喚張桂銘到庭調查，無應予調查之證據未予調查之違法。

九、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權裁量之事項，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，即不得任意指摘違法，以為第三審上訴之理由。又刑事訴訟法第370條第1項規定「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。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」所謂原審判決，相對於第二審法院，係指第一審判決而言，不包括經本院發回更審前之第二審法院判決在內，因第二審法院之前次判決，既因有違法事由而經本院撤銷，即已不存在，其判決結果亦不生任何拘束力。原判決就林秦葦等4人上開違反商業會計法各犯行，已綜合審酌刑法第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。核其量定之各刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難謂有濫用其裁量權之違法情形。原判決敘明：(一)林秦葦、蔡明恭僅係構成商業會計法第71條第1款之罪(想像競合犯修正前刑法背信罪)，

尚不構成違反證交法第71條第1項第1款、同法第174條第1項第5款之罪，第一審判決誤認其2人構成後者之罪，有適用法條不當之情形，因而撤銷改判論處其2人成立前者之罪，並以其2人之行為人責任為基礎，綜合審酌刑法第57條所列科刑之規定，斟酌林秦葦、蔡明恭犯罪之一切情狀，經依速審法第7條規定減輕其刑後，在法定刑內就林秦葦所犯事實二之㈠至㈣、蔡明恭所犯事實二之㈠至㈡之犯行各量處如原判決附表甲編號2、附表丁編號1所示各刑之理由。縱原判決對其2人所犯各罪之宣告刑合計較第一審之宣告刑為重，就事實二之㈠至㈡之犯罪所諭知之宣告刑總和較原更二審就此部分之宣告刑為重，亦無何違反不利益變更之禁止或比例原則可言。(二)事實二之㈠至㈡之虛偽交易雖各僅有1筆，且分別造成瑞安公司462萬8,550元、469萬3,500元之損失，與第一審判決犯罪事實四之綠鎮公司並未實際給付貨款，僅只公司帳面上無關增加應付貨款353萬9,130元之損害，上開2犯罪之事實情節各異，案件被告就各該犯罪事實採取之手段亦有不同，各別被害人公司所受損害金額亦有落差。原審於適用刑法第31條第1項、速審法第7條規定，對林耿宏所為量刑，既未有逾越法定刑之情形，且符合適用上開法條減輕及遞減輕其刑，自難認所為量刑有何違反裁量權濫用及有理由矛盾之情。又刑法第31條第1項但書規定無身分者「得」減輕其刑，非必減輕其刑，且刑之量定，本屬法院得依職權裁量事項，原判決就林耿宏所犯事實二之㈢犯行，量處1年2月，相較於具身分之古彩蓉遭判處之1年為重、就所犯事實二之㈠犯行，量處有期徒刑1年2月，與具身份之蔡明恭遭判處之1年2月相同，然原判決已說明以林耿宏之責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項而為量刑之理由，自屬裁量權之行使，難指為違法。

十、原判決事實認定上開「金牌多醣體1,000盒」及「美白貼片6,000盒」之交易係屬虛偽作帳，且基於虛增康富生技公司之營收及掏空瑞安公司之目的，瑞安公司因此分別匯款486

萬元、469萬3,500元至康富生技公司帳戶後，並將相關傳票之會計憑證記入康富生技公司帳冊內；其中未實際交貨之「金牌多醣體1,000盒」，嗣因曾嬿婷(瑞安公司行政副理)迄102年1月8日向康富生技公司要求交貨，康富生技公司始交付未調借之50盒(每盒4,629元x50=462萬8,550元)；則瑞安公司實際並未進貨卻匯出貨款予康富生技公司，對康富生技公司而言，自是經由虛偽作帳取得出售2商品之營收。原判決敘明林秦葦、蔡明恭、林耿宏（下稱林秦葦等3人）就事實二之㈠、㈡之犯行，使第三人康富生技公司無償取得瑞安公司就「金牌多醣體1,000盒」、「美白貼片6,000盒」交易所匯之款項932萬2,050元(462萬8,550元＋469萬3,500元)，此為康富生技公司因林秦葦等3人本件犯行所獲得之不法利益，爰依法為沒收、追徵之宣告，於法並無不合。

十、綜合前旨及林秦葦等4人其餘上訴意旨指陳各節，或係就原審採證認事或量刑裁量職權之行使，且經原判決論斷、說明之事項，或與判決結果無影響之枝節事項，依憑己意，再事爭執，均非適法之上訴第三審理由，應認林秦葦等4人及參與人關於不實填製會計憑證及第三人沒收部分之上訴為違背法律上之程式，均應予駁回。林秦葦等4人得上訴本院部分之上訴既應從程序上駁回，則其等想像競合所犯之修正前刑法第342條第1項背信罪部分，因屬刑事訴訟法第376條第1項第6款不得上訴第三審之案件，且無同條第1項但書所載例外得上訴第三審之情形，本院已無從依審判不可分原則予以審判，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　　115　　年　　9　　月　　2　　日

刑事第四庭審判長法　官　洪兆隆（主辦）

法　官　高玉舜

法　官　吳淑惠

法　官　陳芃宇

法　官　雷淑雯

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　8　　日