

01

# 最高法院刑事判決

108年度台上字第1367號

02

03

上訴人 傅崐萁

04

選任辯護人 陳峰富律師

05

林永頌律師

06

蕭仰歸律師

07

上訴人 馬忠芳

08

選任辯護人 傅祖聲律師

09

陳威駿律師

10

上訴人 林家榛（原名林筱光）

11

選任辯護人 劉秉鈞律師

12

魏君婷律師

13

上列上訴人等因違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年2月20日第二審更審判決（104年度金上重更（三）字第13號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署87年度偵字第26198號、88年度偵字第21761至21766、21798、21799號、89年度偵字第1884至1887號），提起上訴，本院判決如下：

14

15

16

17

18

主 文

19

上訴駁回。

20

理 由

21

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。

22

23

24

25

26

27

28

二、馬忠芳上訴意旨略以：

29

(一)、臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）依據證券商電腦儲存之投資人交易股票資料，所製作之監視報告（或稱分析意見書、查核報告，下稱本件監視報告），並無法律授權，違反個人資料保護法（修正前名稱：電腦處理個人資料保

30

31

32

01 護法)之相關規定，係違反法定程序所取得之證據，且為偵  
02 辦違反證券交易法案件而基於特定使用目的所製作，不合刑  
03 事訴訟法第159條之4第1、2款有關公務員職務上、從事業務  
04 之人業務上製作之紀錄文書、證明文書之規定，應無證據能  
05 力。原判決遽認本件監視報告其中有關股票交易紀錄資料，  
06 係屬刑事訴訟法第159條之4第2款所定從事業務之人於業  
07 務上所須製作之紀錄文書，具有證據能力，並據以認定馬忠  
08 芳之犯罪事實，有適用證據法則不當之違法。

09 (二)、原判決說明本件第一審共同被告包括林為康、史金生、潘希  
10 偉與上訴人馬忠芳、傅崐萁、林家榛(原名林筱光；馬忠芳  
11 、傅崐萁及林家榛，下稱馬忠芳3人)等人，於法務部調查  
12 局臺北市調查處調查員詢問(下稱調詢)及檢察官訊問時，  
13 係以「被告」身分所為供述，而非以「證人」身分之證述，  
14 倘於審判中以「證人」身分作證，則各該共同被告於調詢及  
15 檢察官訊問時(即審判外)之陳述，對認定其他共同被告之  
16 犯罪事實而言，具有證據能力。惟未一併具體說明各該共同  
17 被告前開審判外之陳述，如何符合傳聞證據例外具有證據能  
18 力之法律規定及所憑理由(例如刑事訴訟法第159條之2關  
19 於被告以外之人審判外之供述與審判中不符時，其審判外之  
20 陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要  
21 者，得為證據之規定)，有採證違反證據法則及理由不備之  
22 違誤。

23 (三)、原判決所引用之馬忠芳3人於民國88年11月18日、11月23日  
24 及89年1月20日調詢時之供述，僅敘及有關買賣台鳳股份有  
25 限公司(下稱台鳳公司)、長億實業股份有限公司(下稱長  
26 億公司)股票情事，而未提及交易凱聚股份有限公司(下稱  
27 凱聚公司)、昱成建設股份有限公司(下稱昱成公司)、華  
28 隆股份有限公司(下稱華隆公司)股票事宜；馬忠芳分別於  
29 87年6月10日、6月23日、7月18日、7月21日及8月29日  
30 ，與陳文吉、林家榛、劉家宏、王克楨等人以電話通話之通  
31 訊監察錄音譯文，或未談到交易股票，或僅提起交易台鳳公

01 司股票，均與所謂交易凱聚公司、昱成公司及華隆公司股票  
02 無涉。又馬忠芳與陳文吉於前通話中，雖有討論台鳳公司股  
03 票，惟係在二審之供述可知，黃任中與林家榛就依林丙種墊款  
04 第一審取得資、炒作長億公司股票可言。原判決援引馬忠芳  
05 方式取資、炒作長億公司股票及通訊監察錄音譯文，遽認馬忠芳  
06 議，並無炒作長億公司股票及通訊監察錄音譯文，遽認馬忠芳  
07 人於調詢時之供述及通訊監察錄音譯文，遽認馬忠芳共同炒  
08 作台鳳公司、長億公司、凱聚公司、昱成公司及華隆公司股  
09 票，有採證、認事不符證據法則及理由不備、矛盾之違法。  
10 (四)、林家榛於第一審及更二審，供述：黃任中與林家榛就以丙種  
11 墊款方式取得資金、炒作長億公司股票事，始終未達成任何  
12 協議；陳文吉於原審，證述：伊未與馬忠芳等人共同炒作台  
13 鳳公司股票各等語，皆屬有利於馬忠芳之事證。原判決不採  
14 前開林家榛、陳文吉之陳述，就林家榛部分，並未說明其論  
15 斷之理由；就陳文吉部分，僅說明所證情節，係屬迴護之詞  
16 ，而未進一步敘明陳文吉之供述有何瑕疵存在，因此不能採  
17 信，尚有理由不備之違誤。  
18 (五)、證人即證交所人員吳克昌於第一審審理時，所為不利於馬忠  
19 芳之證述，係本於證券主管機關之立場，而為立論，顯有偏  
20 頗之虞，應不能採信。又原判決引用前開吳克昌之證述，據  
21 以說明開盤前拉抬或壓低開盤價，係一般炒作股票之慣用手  
22 法一節，與前開吳克昌之證述內容，並非完全一致；參以最  
23 高法院101年度台上字第502號民事判決理由載稱：吳克昌  
24 於第一審審理時，並未證述所謂開盤前拉抬或壓低開盤價以  
25 炒作股票等相關內容等旨，可見吳克昌所證內容，與認定馬  
26 忠芳之犯罪事實，並無直接關聯。原判決竟引用前開吳克昌  
27 之證述，遽為不利於馬忠芳之認定，有認定事實與所憑卷內  
28 證據不符之違法。  
29 (六)、馬忠芳係依金主黃任中、王克楨之指示，處理有關丙種墊款  
30 業務，其不認識史金生、潘希偉等其他金主，亦未親自指示  
31 營業員下單買賣股票，應無共同炒作股票之犯意聯絡及行為

01 分擔。原判決單憑證人即證券商營業員崔麗雲、吳敏及譚迦  
02 陵等人於調詢及第一審審理時之證述，遽認馬忠芳與陳文吉  
03 、劉家宏指示營業員下單買賣台鳳公司股票，有認定事實不  
04 依證據之違誤。

05 (七)、馬忠芳於原審具狀載明待證事實，聲請傳喚證人即長億公司  
06 負責人楊天生到庭作證，且楊天生尚無不能到庭之情形存在  
07 ，亦有調查之必要。乃原審未依聲請傳喚楊天生到庭調查，  
08 並未說明其無調查必要之理由，遽為不利於馬忠芳之認定，  
09 有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

10 (八)、原判決就證券交易法修正之比較適用，既先說明：證券交易  
11 法第155條第1項第4款之歷次修正，對馬忠芳3人並無不  
12 利，不生法律修正比較適用之問題，而應適用修正後規定；  
13 卻又說明：證券交易法前後修正比較適用結果，應認行為時  
14 即77年1月29日修正公布（下稱行為時）證券交易法之規定  
15 ，較有利於馬忠芳3人，故應適用行為時證券交易法之規定  
16 論罪等語，其就法律適用所為論述，前後並不一致，有理由  
17 矛盾之違誤。

18 (九)、馬忠芳僅為黃任中處理丙種墊款業務，並未實際參與炒作股  
19 票，有關科刑輕重應審酌之犯罪一切情狀，顯然輕於有指示  
20 營業員下單買賣股票之林家榛。原判決卻處馬忠芳有期徒刑  
21 1年6月（減為有期徒刑9月），而處林家榛有期徒刑1年  
22 （減為有期徒刑6月），且未一併對馬忠芳宣告緩刑，顯與  
23 罪刑相當原則有違。

24 三、傅崐萁上訴意旨略以：

25 (一)、原判決所引用之各該通訊監察錄音，本質上屬於傳聞證據，  
26 係於通訊保障及監察法制定施行前所取得，並無法律依據，  
27 已難認具有證據能力。又所謂依各該錄音內容所製作之通訊  
28 監察錄音譯文，既未記載製作機關及製作之年、月、日，亦  
29 未經製作人簽名，與刑事訴訟法第39條公文書之法定成立要  
30 件不符，應無證據能力。原判決僅說明原審對上開通訊監察  
31 錄音進行勘驗，而未一併說明各該通訊監察錄音及其譯文，

01 具有證據能力之法律依據及所憑理由，遽行引用作為認定傳  
02 岷其之犯罪事實所憑證據，有適用證據法則不當之違法。

03 (二)、原判決引用本件監視報告之分析意見及股票交易紀錄資料，  
04 據以認定傳岷其之犯罪事實，僅說明股票交易紀錄資料具有  
05 證據能力所憑理由，而未及於該分析意見，已非適法。又原  
06 判決既說明本件監視報告之股票交易紀錄資料，存在計算錯  
07 誤及部分人頭戶應予剔除之情形，自應認其不具刑事訴訟法  
08 第159條之4第2款所定「除顯有不可信之情況外」之傳聞  
09 證據例外具有證據能力法定要件，詎原判決引用上開規定，  
10 仍認該股票交易紀錄資料具有證據能力，亦有不當。再所謂  
11 股票交易紀錄資料有計算錯誤及剔除人頭戶之具體情形，原  
12 審並未於辯論程序終結前，加以闡明，嚴重影響傳岷其訴訟  
13 防禦權之行使，同非適法。

14 (三)、原判決理由說明：本件共同被告於檢察官訊問時，以「被告  
15 」身分所為供述，而非以「證人」身分之證述，倘於審判中  
16 以「證人」身分作證，各該共同被告於檢察官訊問時之供述  
17 ，對認定其他被告之犯罪事實而言，具有證據能力等旨，係  
18 引用最高法院100年度台上字第1020號刑事判決之法律見解  
19 為據。惟前開判決所採法律見解，與最高法院102年度第13  
20 次刑事庭會議決議(一)所為闡釋不合，已不能援引採用。原判  
21 決就前述共同被告於檢察官訊問時以「被告」身分而未經具  
22 結之供述，有無證據能力一節，並未適用上開決議而為論斷  
23 ，遽認各該共同被告之前揭供述具有適法之證據能力，有適  
24 用證據法則不當之違誤。

25 (四)、原判決理由欄甲之貳之六僅簡略說明：其所引用之證據資料  
26 作成及取得，並無違法、不當及證明力明顯過低之情形，應  
27 認具有證據能力等旨，而未進一步敘明其中屬於傳聞證據部  
28 分，究竟符合刑事訴訟法第159條之1至第159條之5有關  
29 傳聞證據例外具有證據能力之何一法律規定及所憑理由，遽  
30 認各該證據資料皆具有證據能力，有理由不備之違法。

31 (五)、依林家榛、林為康及劉書芬於更二審及原審之一致陳述可知

01 原判決附表（下稱附表）五之一至五之四、附表六之一至  
02 六之五及附表七之一至七之四所列證券交易（人頭）帳戶，  
03 並非僅提供傅崑其一人買賣股票使用，而係金主黃任中、潘  
04 希偉從事丙種墊款業務，另外提供其他借款人一起使用。詎  
05 原判決僅以上述林家榛等人之證述，與墊款市場經驗法則不  
06 符為由，亦即單憑推測，逕予摒棄不採，而為不利於傅崑其  
07 之認定，有調查職責未盡及採證不合證據法則之違誤。

08 (六)、傅崑其於原審抗辯：現行證券交易法第155條第1項第5款  
09 有關禁止相對成交所定「意圖造成集中交易市場某種有價證  
10 券交易活絡之表象」之要件，按實務見解，係以公司股票之  
11 日週轉率（每日成交股票數量所佔發行股票公司實收資本額  
12 之比率），有無達到或超過主管機關所定異常標準設定數值  
13 5%或10%，而非以查核期間之相對成交股票數量與買進或  
14 賣出股票數量之比率，為其判斷標準；然而本件凱聚公司、  
15 長億公司、昱成公司及華隆公司於查核期間之平均日週轉率  
16 係於2.18%至3.41%間，並無異常或過高情形，應不合交  
17 易市場活絡之要件等詞。原判決卻逕以傅崑其於凱聚公司、  
18 昱成公司及長億公司查核期間，所為相對成交股數與買進或  
19 賣出股數之比率、買進或賣出股數與市場成交股數之比率，  
20 超過20%為由，即不採傅崑其所辯上情，遽認傅崑其頻繁交  
21 易上開股票之目的，係在造成交易活絡假象，有理由不備及  
22 適用法則不當之違法。

23 (七)、傅崑其一再辯稱：其買賣凱聚公司股票之目的，係在增加家  
24 族在凱聚公司所佔持股，以鞏固在該公司之經營權（傅崑其  
25 之父親為凱聚公司董事長，傅崑其之兄姊擔任凱聚公司董事  
26 ），並無操縱凱聚公司股價之意圖等語。原判決無視於傅崑  
27 其就所持抗辯提出之諸多證據資料，猶認定傅崑其係炒作凱  
28 聚公司股票，有理由不備、矛盾之違誤。

29 (八)、原判決認定：傅崑其依序自86年7月14日起，至同年10月30  
30 日止；自86年8月間起，至87年3月間止；自86年8月間起，  
31 至同年9月間止；自86年4月間起，至同年12月間止，透過林

01 家榛向黃任中借款，以炒作凱聚公司、昱成公司、華隆公司  
02 及長億公司股票；又認定傅崐萁依序自86年9月3日起，至同  
03 年10月18日止；自86年8月25日起，至87年3月3日止；自86  
04 年8月4日起，至同年月28日止；自87年4月13日起，至同年  
05 12月22日止，炒作凱聚公司、昱成公司、華隆公司及長億公  
06 司股票等情，就各該借款與炒作股票期間所為認定，並非一  
07 致，有理由矛盾之違法。

08 (九)、原判決認定所謂高價買進，係以高於當時揭示之成交價或當  
09 日跌停價之價格，委託買進。惟附表五之二、六之四所示之  
10 委託價格，多為當時揭示之成交價。原判決竟認定傅崐萁連  
11 續以高價買進股票，違反證券交易法第155條第1項第4款  
12 高價買進之規定，有證據上理由矛盾之違誤。

13 (十)、證人潘希偉於更二審證述：其以丙種墊款方式，借款予林為  
14 康之買賣股票資金，總計為新臺幣（下同）8,000萬元等語  
15 。原判決未予調查明白，遽認傅崐萁經由林為康向潘希偉，  
16 利用丙種墊款之方式，分別借款8,000萬元，以炒作凱聚公  
17 司、昱成公司及長億公司股票，與潘希偉所證上情不合，有  
18 調查職責未盡及理由矛盾之違法。

19 (十一)、原判決就傅崐萁先後多次炒作凱聚公司、昱成公司、長億公  
20 司及華隆公司股票犯行，或說明係屬想像競合犯，而論以一  
21 罪，或說明成立連續犯，而依連續犯規定加重其刑，所為論  
22 敘前後不合，有適用法則不當之違誤。

23 (十二)、原判決係以傅崐萁炒作股票造成投資人重大損害，且迄未提  
24 出和解或補償之具體措施等情，作為科刑輕重之審酌事項。  
25 惟凱聚公司、昱成公司及長億公司，均無投資人因此受有損  
26 害，亦無投資人向傅崐萁求償所受損害之情事，且原審並未  
27 就上述科刑審酌事項進行調查、辯論，原判決據以量刑，於  
28 法不合。

29 (十三)、原判決先認定傅崐萁就昱成公司、華隆公司股票，有賣超12  
30 ,619.68張、7,431張（每張1,000股），亦即賣出多於買進  
31 ，應無未實現獲利可言，卻又認定傅崐萁就買賣昱成公司、

01 華隆公司股票，分別有未實現獲利428,564,333元、13,375,  
02 800元，當有理由矛盾之違法。

03 (四)、傅崐萁被訴違反證券交易法第155條第1項第2款禁止相對  
04 成交規定部分，業於89年7月19日修正刪除，則就此被訴部  
05 分，自應諭知免訴之判決。乃原判決猶認定此部分相對成交  
06 之犯罪事實，有適用法則不當之違誤。

07 四、林家榛上訴意旨略以：

08 原判決所認定之林家榛犯罪情節，較諸林為康、劉家宏為輕  
09 ，卻量處與林為康、劉家宏所處刑期相近之有期徒刑1年（  
10 減為有期徒刑6月），其量刑所為裁量，顯與比例原則及平  
11 等原則有違。又林家榛有肢體障礙，行動不便，且於本件案  
12 發後，已經未從事證券相關行業。又林家榛經此次偵查、審  
13 判程序之長期訴累，已知警惕，並無再犯之虞。原判決猶以  
14 林家榛未坦承犯行，難認有悔悟之心為由，就林家榛所減得  
15 之有期徒刑6月，未予宣告緩刑，顯然混淆科刑輕重與宣告  
16 緩刑之要件及應審酌之事項，有適用法則不當之違法。

17 五、傅崐萁、林家榛相同上訴意旨略以：

18 依起訴書犯罪事實欄之記載，公訴意旨係指稱傅崐萁共同炒  
19 作昱成公司、長億公司股票之期間，依序自86年8月23日起  
20 ，至同年10月28日止；自87年8月1日起，至同年12月31日止  
21 。而原判決則認定傅崐萁共同炒作昱成公司、長億公司股票  
22 之期間，依序自86年8月25日起，至87年3月3日止；自87年4  
23 月13日起，至同年12月22日止，其中不在起訴範圍即擴張犯  
24 罪事實之炒作各該股票期間，原判決併予審理，並未說明與  
25 起訴範圍有何實質上或裁判上一罪關係，有判決理由不備，  
26 及未受請求之事項予以判決之違法。

27 六、惟按：

28 (一)、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之  
29 職權，認定馬忠芳3人有其事實欄參所載，共同炒作（操縱  
30 ）凱聚公司、昱成公司、長億公司及華隆公司股票（股價）  
31 犯行（包括連續以高價買入或以低價賣出及偽作買賣而相對

01 成交之操縱股價行為)；馬忠芳另有其事實欄壹及貳所載，  
02 共同炒作(操縱)台鳳公司股票(股價)，以及違法經營證  
03 券金融事業(經營俗稱「丙種墊款」行為)犯行，因而撤銷  
04 第一審關於馬忠芳3人部分之科刑判決，改判依94年2月2  
05 日修正公布(95年7月1日施行)前刑法第55條之牽連犯、  
06 想像競合犯及第56條之連續犯規定(按前揭炒作〈操縱〉股  
07 票〈股價〉犯行，係違反行為時證券交易法第155條第1項第  
08 4款〈不得連續以高價買入或以低價賣出〉、第6款〈不得偽  
09 作買賣以相對成交〉之規定，而犯同法第171條之罪。前揭  
10 違法經營證券金融事業犯行，則違反行為時證券交易法第18  
11 條第1項之規定，而犯同法第175條之罪)，分別從一重論馬  
12 忠芳3人以共同連續違反對於在證券交易所上市之有價證券  
13 ，不得有意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易  
14 價格，自行及以他人名義，對該有價證券，連續以高價買入  
15 或以低價賣出規定之罪，並均先適用連續犯規定加重其刑，  
16 再皆依刑事妥速審判法第7條規定減輕其刑後，處馬忠芳有  
17 期徒刑1年6月、傅崐萁有期徒刑2年10月、林家榛有期徒刑1  
18 年。並依中華民國96年罪犯減刑條例之相關規定，就馬忠芳  
19 、林家榛所處有期徒刑1年6月及1年，分別減為有期徒刑9月  
20 及6月。

21 原判決就採證及認事，已逐一詳為敘明其所憑之證據及認定  
22 之理由。對於馬忠芳3人於原審所辯各節，何以均不足以採  
23 取，亦於理由內詳加指駁。核原判決所為論斷說明，俱有卷  
24 內證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響  
25 其判決結果之違法情形存在。

26 (二)、檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，刑事訴訟  
27 法第267條定有明文，此即學理上所稱公訴不可分原則。是  
28 以，倘卷內訴訟資料顯示，犯罪事實有實質上或裁判上一罪  
29 之情形，而檢察官起訴書僅記載其中一部犯罪事實者，法院  
30 不受該記載之拘束，而應就全部犯罪事實，亦即包括起訴書  
31 未記載之部分，併予調查、審判。

01 原判決理由載敘：檢察官起訴書所記載之馬忠芳3人炒作台  
02 鳳公司、凱聚公司、昱成公司、長億公司及華隆公司股票之  
03 期間，雖不及原判決所認定之炒作（操縱）各該公司股票（  
04 股價）期間，惟原判決擴張起訴書所記載之犯罪事實，而為  
05 認定犯罪事實部分，與有罪部分，具有裁判上一罪關係，為  
06 起訴效力所及，應併予審理等語（見原判決第15頁第8行至  
07 第16頁第25行、第211頁第8行至第212頁第8行），並無  
08 判決理由不備或未受請求之事項予以判決之違法可言。  
09 傅崑萇、林家榛此部分上訴意旨，指摘原判決違法云云，顯  
10 與卷內訴訟資料不合，洵非上訴第三審之適法理由。顯  
11 有不可信之情  
12 況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀  
13 錄文書、證明文書，得為證據」，係考量從事業務之人在業  
14 務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，屬於業  
15 務上或通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有  
16 專業人員核對其正確性，又大部分紀錄係完成於業務終了前  
17 後，無預見日後可能被提供作為證據之偽造動機，其虛偽  
18 之可能性較低。又依證券交易法第93條等條文授權訂定之證  
19 券交易所管理規則第22條規定：「證券交易所對集中交易市  
20 場，應建立監視制度，擬具辦法申報本會核備，並確實執行  
21 。證券交易所為前項市場之監視，必要時得向其會員或證券  
22 經紀商、證券自營商、上市公司查詢及調閱有關資料或通知  
23 提出說明，其會員或證券經紀商，證券自營商、上市公司，  
24 不得拒絕。」則證交所監視集中交易市場股票交易情形，平  
25 時即得調取投資人之開戶及相關交易資料，倘發現有異常情  
26 形，即應追蹤調查後製作有關調查報告，此乃其法定例行業  
27 務。是以，證交所依其法定業務所製作之監視報告，不論係  
28 於業務上、通常業務過程或基於特定使用目的所作成，應符  
29 合刑事訴訟法第159條之4第2款所定特信性業務上文書之  
30 規定，具有證據能力。  
31 原判決理由記載：本件監視報告及更二審向證交所調取之台

01 鳳公司、凱聚公司、長億公司、昱成公司及華隆公司股票交  
02 易紀錄資料，係擷取電腦儲存之股票交易資料予以列印，內  
03 容並無不實，除有計算錯誤及剔除部分人頭戶外，係屬刑事  
04 訴訟法第159條之4第2款所定紀錄文書，具有證據能力等  
05 旨（見原判決第20頁第8行至第21頁第16行），並無不合。  
06 至原判決所指證交所提供之股票交易紀錄資料，應排除（剔  
07 除）計算錯誤及部分人頭戶之具體情形，原判決已併指明  
08 ，經排除（剔除）上開具體情形，並逐一核對結果，尚無不  
09 實情事，即不影響各該股票交易紀錄資料之可信性，自無礙  
10 於其具有證據能力之論斷。

11 原判決並未引用上開經排除（剔除）計算錯誤及人頭戶部分  
12 之股票交易紀錄資料，據以認定傅崑其之犯罪事實，對傅崑  
13 其並無不利可言。原審縱未於辯論終結前，就上述事項對傅  
14 崑其加以闡明，亦難逕認對傅崑其訴訟防禦權之行使，有何  
15 不利之影響。

16 馬忠芳及傅崑其此部分上訴意旨，猶任憑己意，指摘原判決  
17 採證違法云云，並非合法之上訴第三審理由。

18 (四)、刑事訴訟法第159條、第159條之1立法理由，無論共同被  
19 告、共犯、被害人、證人等，均屬被告以外之人，並無區分  
20 。本此前提，凡與待證事實有重要關係之事項，如欲以被告  
21 以外之人本於親身實際體驗之事實所為之陳述，作為被告論  
22 罪之依據時，本質上均屬於證人。而被告之對質詰問權，係  
23 憲法所保障之基本人權及基本訴訟權，被告以外之人於審判  
24 中，已依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問者，  
25 因其信用性已獲得保障，即得作為認定被告犯罪事實之判斷  
26 依據。然被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警  
27 察調查中（下稱警詢等）或檢察官偵查中所為之陳述，或因  
28 被告未到場，或雖到場而未能行使反對詰問，無從擔保其陳  
29 述之信用性，即不能與審判中之陳述同視。惟若貫徹僅審判  
30 中之陳述始得作為證據，有事實上之困難，且實務上為求發  
31 現真實及本於訴訟資料越豐富越有助於事實認定之需要，該

01 審判外之陳述，往往攸關證明犯罪存否之重要關鍵，如一概  
02 否定其證據能力，亦非所宜。而檢驗該陳述之真實性，除反者  
03 對詰問外，如有足以取代審判中經反對詰問之信用性保障法  
04 ，亦容許其得為證據，即可彌補前揭不足，於是乃有傳聞法  
05 則例外之規定。偵查中，檢察官通常能遵守法律程序規範，  
06 無不正取供之虞，且接受偵訊之該被告以外之人，已依法具  
07 結，以擔保其係據實陳述，如有偽證，應負刑事責任，有足  
08 以擔保筆錄製作過程可信之外在環境與條件，乃於刑事訴訟  
09 法第159條之1第2項規定「被告以外之人於偵查中向檢察  
10 官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」另  
11 在警詢等所為之陳述，則以「具有較可信之特別情況」（第  
12 159條之2之相對可信性）或「經證明具有可信之特別情況  
13 」（第159條之3之絕對可信性），且為證明犯罪事實存否  
14 所「必要」者，得為證據。係以具有「特信性」與「必要性  
15 」，已足以取代審判中經反對詰問之信用性保障，而例外賦  
16 予證據能力。至於被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳  
17 述，因欠缺「具結」，難認檢察官已恪遵法律程序規範，而  
18 與刑事訴訟法第159條之1第2項之規定有間。細繹之，被告  
19 以外之人於偵查中，經檢察官非以「證人」身分傳喚，於取  
20 證時，除在法律上有不得令其具結之情形者外，亦應依人證  
21 之程序命其具結，方得作為證據，此於本院93年台上字第65  
22 78號判例，已就「被害人」部分，為原則性闡釋；惟是類被  
23 害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經  
24 具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為  
25 之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於  
26 具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，則若謂該偵  
27 查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢  
28 等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具  
29 結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要  
30 性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第159條  
31 之2、第159條之3之同一法理，例外認為有證據能力，以

01 彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。本院  
02 93年台上字第6578號判例，應予補充（此為本院之統一見解  
03 ，最高法院102年度第13次刑事庭會議決議（一）參照）。  
04 92年2月6日修正公布（係同年1月14日修正通過）、同年  
05 9月1日施行之刑事訴訟法第159條第1項規定，被告以外之人  
06 於審判外之言詞或書面陳述，除「法律有規定者」外，不得  
07 作為證據。而刑事訴訟法施行法第7條之3規定「中華民國九  
08 十二年一月十四日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於  
09 各級法院之案件，其以後之訴訟程序，應依修正刑事訴訟法  
10 終結之。但修正刑事訴訟法施行前已依法定程序進行之訴訟  
11 程序，其效力不受影響。」故此所謂「法律有規定者」，非  
12 僅指同法第159條之1至第159條之5所規定被告以外之人於審  
13 判外之陳述即所謂傳聞證據，具有證據能力之例外情形，尚  
14 應包括刑事訴訟法施行法第7條之3但書所定，於修正刑事訴  
15 訟法施行前，各級法院已依法踐行證據調查程序之證據在內  
16 。

17 原判決就前述共同被告於調詢及檢察官訊問時，以「被告」  
18 身分所為供述，而非以「證人」身分之證述，對認定其他被  
19 告之犯罪事實而言，具有證據能力一節，係引用本院100年  
20 度台上字第1020號刑事判決採取之法律見解，而為論敘說明  
21 （見原判決第17頁第28行至第18頁第21行），而該法律見解  
22 與前揭本院決議所闡述之意旨，未盡相符，雖有欠周延，惟  
23 與各該共同被告於調詢及檢察官訊問時以「被告」身分未經  
24 具結之陳述，具備「特信性」及「必要性」之要件，應本於  
25 刑事訴訟法第159條之2、第159條之3之同一法理；或依刑事  
26 訴訟法施行法第7條之3但書規定，已於本件第一審審理時踐  
27 行法定調查證據程序，得例外具有證據能力之結論，並無不  
28 同，顯於判決結果不生影響，馬忠芳及傅崐萁均不得執此據  
29 為上訴第三審之適法理由。

30 (五)、檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應  
31 即開始偵查，刑事訴訟法第228條第1項定有明文。為蒐集

01 證據，確保國家刑罰權，以達追訴犯罪之目的，刑事訴訟法  
02 於86年12月19日修正公布前，仍規定檢察官在訴訟程序進行  
03 中有強制處分權；而強制處分除法律所規定之拘提、羈押、  
04 搜索、扣押等直接對人或物為排除事實上可能之反抗或妨害  
05 所實施之強制處分外，並包括具有強制要素之調查證據處分  
06 在內。通訊保障及監察法係於88年7月14日始制定公布，在  
07 此之前，對被告或犯罪嫌疑人所使用之通訊設備實施通訊監  
08 察，法務部於81年11月訂定發布（並於83年11月11日修正發  
09 布）「檢察機關實施通訊監察應行注意要點」，其中第2點  
10 第7款明定檢察機關為偵查犯證券交易法第171條之罪之案件  
11 ，得實施通訊監察。

12 原判決所援引之卷附通訊監察錄音，核屬在通訊保障及監察  
13 法制定施行前所取得，係檢察官得依法行使強制處分權之事  
14 項，並依上開注意要點所為，自屬合法有據，不因其後通訊  
15 保障及監察法制定公布而受影響。

16 原判決認為卷附通訊監察錄音具有證據能力，已詳為說明所  
17 憑理由（見原判決第18頁第22行至第19頁第11行）。並進一  
18 步闡明：原審於107年5月16日，進行勘驗馬忠芳於87年6  
19 月10日、6月23日、7月18日、7月21日及8月29日，分別  
20 與陳文吉、林家榛、劉家宏、王克楨等人以電話通話之通訊  
21 監察錄音，並製作勘驗筆錄，經勘驗結果，與偵查卷附通訊  
22 監察錄音譯文不符部分，應以勘驗筆錄之記載為準等旨（見  
23 原判決第19頁第12行至第20頁第7行、第150頁第15行至第  
24 157頁第29行）。則原判決所引用之卷附通訊監察錄音譯文  
25 ，主要是原審進行勘驗各該錄音所製作之勘驗筆錄，並非偵  
26 查卷附通訊監察錄音譯文。縱使偵查卷附通訊監察錄音譯文  
27 ，並未記載製作機關及製作之年、月、日，亦未經製作人簽  
28 名，與刑事訴訟法第39條規定之公文書法定要件不合，亦不  
29 影響原判決所引用之通訊監察錄音譯文，具有證據能力之論  
30 斷。

31 傅崐萁此部分上訴意旨，指摘原判決採證違法云云，核屬誤

01 解，尚難認係上訴第三審之合法理由。

02 (六)、原判決理由欄甲之貳之六說明：其所引用之甲之貳之一至五  
03 所述以外證據資料之作成及取得，並無違法、不當及證明力  
04 明顯過低之情形，應認具有證據能力等旨，而未進一步敘明  
05 其中屬於傳聞證據部分，究係符合刑事訴訟法第159條之1  
06 至第159條之5之具體規定及所憑理由，即認各該證據資料  
07 具有證據能力，固然過於簡略而有微疵，惟傳崐其此部分上  
08 訴意旨，並未一併陳明其於原審曾就此等證據之證據能力，  
09 提出抗辯，原判決因此簡略說明即認定此等證據具有證據能  
10 力一節，於判決結果顯無影響，尚難逕指為違法。  
11 傳崐其此部分上訴意旨，指摘原判決有理由不備之違法云云  
12 ，亦難謂係合法之上訴第三審理由。

13 (七)、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，都屬事實審法院  
14 得自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存  
15 在之經驗法則或論理法則，即無違法可言，觀諸刑事訴訟法  
16 第155條第1項規定自明，故既已於理由內，詳述其取捨證  
17 據之理由，自不得任憑己意，指摘為違法，而執為適法之上  
18 訴第三審理由。又事實審法院認定事實，並不悉以直接證據  
19 為限，其綜合調查所得之各項直接證據及間接證據，本於合  
20 理之推論而為判斷，應認適法。

21 原判決主要係依憑馬忠芳3人、共同被告黃任中、史金生、  
22 潘希偉、林為康及證人吳克昌、崔麗雲、吳敏、譚迦陵等人  
23 於調詢、檢察官訊問、第一審及原審審理時之證述，以及卷  
24 附原判決理由欄所述通訊監察錄音譯文、股票交易紀錄資料  
25 等證據資料，而為前揭事實認定。

26 1. 原判決引用前揭馬忠芳3人於調詢時之供述，以及馬忠芳分  
27 別與林家榛、劉家宏、陳文吉、王克楨等人以電話通話之通  
28 訊監察錄音譯文，主要在論述馬忠芳就經營丙種墊款提供資  
29 金，以炒作股票一節，與黃任中、潘希偉、陳文吉等人有犯  
30 意聯絡及行為分擔（見原判決第148頁第9行至第158頁第  
31 8行）。至原判決認定馬忠芳共同炒作（操縱）台鳳公司、

01 長億公司、凱聚公司、昱成公司及華隆公司股票（股價）等  
02 情，並援引卷附林為、康、林家榛、黃任中、潘希偉、劉家宏  
03 、陳台盛、張錦雲、崔麗雲、吳敏、譚迦陵、史金生等人於  
04 調詢及第一審審理時之陳述等諸多證據，加以論述說明。則  
05 前揭馬忠芳3人於調詢時之供述及通訊監察錄音譯文之待證  
06 事實，縱未包括交易凱聚公司、昱成公司及華隆公司股票等  
07 相關內容，仍無礙於原判決就認定馬忠芳之犯罪事實所為論  
08 斷。

09 馬忠芳上訴意旨另指：馬忠芳係依金主黃任中、王克楨等人生  
10 之指示，處理有關丙種墊款業務，並不認識其他金主云云，縱  
11 、潘希偉等人，亦未親自指示營業員下單買賣股票，尚無礙於  
12 屬確有其事，係屬行為分擔範圍多寡之犯意聯絡及行為分  
13 決認定馬忠芳有利於馬忠芳之認定。  
14 擔，無由據為有利於馬忠芳之認定。

15 2. 原判決引用前開吳克昌之證述，本意在說明開盤前拉抬或壓  
16 低開盤價，係一般炒作股票之慣用手法一節。至於原判決說  
17 明：股票開盤前，電腦會自動計算買方及賣方之委託數量，  
18 由於開盤前係以價格優先原則決定成交優先順序，因此其中  
19 買方係由高價往下累計買方委託數量，賣方係由低價往上累  
20 計賣方委託數量，在每一價位時的二方累計數量，達到可以  
21 開盤的成交量為最大時，當時的價位即為當日開盤價。因  
22 此行為人有心影響某一股票開盤價時，只需在特定價格大量  
23 委託買進，同時在該價位以上大量委託賣出，通常可依其意  
24 願，使當天依該特定價位開盤；又如果在該特定價位同時大  
25 量的委託買進及委託賣出，以該價位開盤的機率將更高；相  
26 反，如果在該價位以下大量的委託賣出，同時在該價位以下大  
27 量的買進，亦可達成同樣目的；又如果在該特定委託賣出或  
28 委託買進上數量夠大，無須作上述相反之委託買或賣，亦可  
29 其目的等旨（見原判決第29頁第18行至第30頁第2行），係  
30 原判決綜合審酌卷內訴訟資料所有為闡述，並非單純引用吳  
31 克昌於第一審之證述內容，自屬有據。

01 馬忠芳此部分上訴意旨指稱：原判決引用吳克昌於第一審審  
02 理時所無之證述內容，而為論斷云云，容有誤會。

03 3. 林家榛於第一審及更二審供述：黃任中與林家榛就炒作長億  
04 公司股票事，始終未達成任何協議；陳文吉於原審證述：其  
05 未與馬忠芳共同炒作台鳳公司股票等情，並非必然實在可信  
06 ，且與原判決引用之其他卷內證據資料，亦非一致，尚難逕  
07 認係屬有利於馬忠芳之事證。原判決不採前述林家榛、陳文  
08 吉之陳述，或未說明所憑理由，或僅敘明係屬迴護之詞，而  
09 未深入論敘說明（見原判決第175頁第12行至第178頁第20行  
10 ），固有過度簡略，惟顯不影響於判決結果，仍不得執為上  
11 訴第三審之適法理由。

12 4. 原判決不採傅崑萁所辯及林家榛、林為康及劉書芬於更二審  
13 及原審所證：丙種墊款金主黃任中、潘希偉提供傅崑萁買賣  
14 股票所使用之帳戶，亦有提供其他丙種墊款客戶同時買賣同  
15 一股票使用一節，已引用黃任中於88年9月30日、馬忠芳於  
16 88年11月18日於調詢時之供述，以及陳文吉於原審之證述，  
17 詳為敘明其論斷之理由（見原判決第132頁第22行至第148  
18 頁第8行），並非單憑推論而已，且係合於事理所為論斷，  
19 核屬原審採證、認事職權行使之事項，自屬適法。

20 5. 原判決事實欄載敘：傅崑萁以相同於向金主黃任中之丙種墊  
21 款方式，委由林為康向金主潘希偉，借款約8,000萬元，並  
22 將保證金3成交付林為康，由林為康存入潘希偉指定之中國  
23 信託商業銀行城中分行帳戶，以炒作凱聚公司、昱成公司及  
24 長億公司股票等情，並未指明係分別即前後共計3次，向潘  
25 希偉各借款8,000萬元，此與傅崑萁上訴意旨所指證人潘希  
26 偉於更二審證述：其以丙種墊款方式借款予林為康之買賣股  
27 票資金，總計為8,000萬元等語，尚無齟齬不合可言。

28 傅崑萁此部分上訴意旨指稱：原判決認定傅崑萁係分別即前  
29 後共計3次，向潘希偉各借款8,000萬元云云，應有誤會。

30 6. 傅崑萁買賣凱聚公司股票之目的，係炒作股票獲利，或增加  
31 家族在凱聚公司所佔持股，以鞏固經營權，兩者本可併存不

01 悖。傅崐萁所辯買賣凱聚公司股票係為增加持股一節，縱然  
02 可信，亦無礙於原判決所為不利於傅崐萁之論斷。原判決未  
03 贅為說明是否採取傅崐萁所辯上情之理由，尚不能指為違法  
04 。

05 7. 原判決認定傅崐萁依序自86年7月14日起，至同年10月30日  
06 止；自86年8月間起，至87年3月間止；自86年8月間起，至  
07 同年9月間止；自86年4月間起，至同年12月間止，透過林家  
08 榛向黃任中借款，以炒作凱聚公司、昱成公司、華隆公司及  
09 長億公司股票；傅崐萁依序自86年9月3日起，至同年10月18  
10 日止；自86年8月25日起，至87年3月3日止；自86年8月4日  
11 起，至同年月28日止；自87年4月13日起，至同年12月22日  
12 止，炒作凱聚公司、昱成公司、華隆公司及長億公司股票等  
13 情，所述借款及炒作股票期間，雖非完全一致，惟炒作股票  
14 使用之資金，或係自有，或係借用，常有多種不同來源，則  
15 上述借款與炒作股票之起迄時間，縱有些微差距，對認定傅  
16 崐萁有炒作股票犯行，仍屬無礙。

17 8. 炒作股票而有賣超股票之情形，亦即炒作期間賣出多於買進  
18 股票數量，事關所有人頭戶在炒作期間原本持有及前後投入  
19 之股票數量多寡，並非必定最終各該戶頭已無任何持股，尚  
20 不能因係賣超股票，即認並無未實現獲利可言。

21 原判決認定傅崐萁就炒作昱成公司、華隆公司股票，各有賣  
22 超12,619.68張、7,431張（每張1,000股），亦即賣出多於  
23 買進股票；傅崐萁就買賣昱成公司、華隆公司股票，分別有  
24 未實現獲利428,564,333元、13,375,800元（見原判決第225  
25 至227頁之附表），已詳加說明其計算之依據，自不能任意  
26 指為違法。

27 9. 原判決所引用之證人吳敏於調詢及第一審審理時所為證述（  
28 見原判決第173頁第4至13行），核與卷內筆錄內容，並無  
29 不合（見「台鳳股票筆錄卷」第10至14頁、第一審卷三第31  
30 7至320頁），尚難認有馬忠芳上訴意旨所指採證違法可言  
31 。

。至原判決有關上揭吳敏所為證述卷證資料之記載，其中「

01 台鳳股票筆錄卷」第49至50頁（按該第49至50頁係證人王榮  
02 茂之調詢筆錄），係屬贅餘；又「原審〈即第一審〉卷三第  
03 304至328頁」，應為「原審卷三第316至328頁」（按第  
04 304至315頁係證人王榮茂之交互詰問筆錄）之誤載，此有  
05 關文字誤寫之顯然錯誤，並不影響於全案情節與判決本旨，  
06 由原審依聲請或職權裁定更正即可，尚不得指為採證違法。  
07 10. 原判決認定馬忠芳3人所違反行為時證券交易法第155條第  
08 1項第4、6款，並無現行證券交易法第155條第1項第5  
09 款所定「意圖造成集中交易市場某種有價證券交易活絡之表  
10 象」之要件。又所謂「交易活絡」係屬不確定之法律概念，  
11 並無法定或固定之判斷基準。  
12 原判決說明：傅岷其炒作凱聚公司、昱成公司、長億公司及  
13 華隆公司股票，以製造各該股票交易活絡之表象一節，已逐  
14 一引述買賣股票之數量及其所佔證券市場成交數量之比率，  
15 詳為說明其論斷之理由（見原判決第31頁第12行至第130頁  
16 第18行），既有所本，且此與認定傅岷其之犯罪事實，並無  
17 直接關聯，且難認對傅岷其有何更為不利之結果，亦不得任  
18 意指為違法。  
19 11. 綜上，核原判決所為論斷說明，尚與客觀存在之經驗法則及事  
20 論理法則無違，且此有關事實之認定，係屬原判決採證認事  
21 職權行使之事項，自不得任意指為違法。  
22 (八)、原判決理由敘明：證券交易法於89年間修正前，第155條第  
23 1項第2款、第3款及第6款原分別規定，對於在證券交易  
24 所上市之有價證券，不得「在集中交易市場，不移轉證券所有  
25 有權而偽作買賣」、「意圖抬高或壓低集中交易市場某種有  
26 價證券之交易價格，與他人通謀，以約定價格於自己出售，  
27 或購買有價證券時，使約定人同時為購買或出售之相對行為  
28 」及「直接或間接從事其他影響集中交易市場某種有價證券  
29 交易價格之操縱行為」；89年間立法機關以證券交易已全面  
30 電腦化，證券所有權資料悉皆存檔，證券交易實務上不致再  
31 有空頭買賣為由，刪除上開禁止偽作買賣之規定；嗣該法於

01 95年1月11日再度修正時，復於同條第5款增訂不得「意圖  
02 造成集中交易市場某種有價證券交易活絡之表象，自行或以  
03 他人名義，連續委託買賣或申報同條項第7款。上開第5款增  
04 原第6款規定，則相對成交」行為，係指行為人以其本人名義  
05 訂明文禁止之「相對成交」開設二以上不同之帳戶，而利用此  
06 或借用人頭戶之他人名義開定有一高證券價格之目的，委託證  
07 等帳戶，基於哄抬或打壓特定有價證券價格之形式，實為同一投  
08 券商就該有價證券，同時以同一高證券價格或低於市價之價格及  
09 一數量，為相對買賣之情形，其雖具買賣投資人互相約定，對  
10 資人左進右出之空頭買賣；而兩個以上投資人相對買賣之委託，則  
11 特定有價證券，以相同價格、數量，為相對買賣之委託，則  
12 為同條項第3款之禁止「相對委託」。證券交易法89年7月  
13 19日修正前所規定之偽作買賣行為，屬「相對成交」態樣之  
14 一種，與「相對委託」同係藉由上市股票之虛偽交易，製造  
15 交易活絡假象，利用一般投資人盲從搶進心理，達到人為操  
16 縱股價之目的，均為89年修正前之證券交易法所禁止，違反  
17 者，應依同法第171條處罰；嗣禁止偽作買賣之規定，雖經  
18 刪除，然同屬虛偽交易之「相對委託」禁止規定，則仍保留  
19 之考量，故刪除後，迄95年1月11日，上開禁止相對成交規  
20 定增訂前，偽作買賣之行為，固屬同法第155條第1項第6  
21 款具補充概括規定所禁止之「其他影響證券交易價格之操縱  
22 行為」，而應依上開處罰規定論處罪刑；然禁止「相對成交  
23 」規定增訂後，包括偽作買賣在內之上市股票「相對成交」  
24 行為，既為上開新增之第5款主要規定所明文禁止，依主要  
25 規定優於補充規定原則，嗣後行為自應以違反該新增之禁止  
26 規定，改依該新增規定之相關罰則，即同法第171條規定論  
27 以意圖造成證券交易活絡表象而相對成交罪，而不再適用上  
28 開僅具補充性質之概括規定。傳崐其之辯護人抗辯：有關相  
29 對成交部分，證券交易法第155條第1項第2款，在89年間  
30 已經刪除，應判決免訴云云，容有誤會等旨（見原判決第20

01 5 頁第 13 行至第 206 頁第 23 行 ) 。經核於法並無不合。  
02 傳崐其此部分上訴意旨，僅泛指：傳崐其被訴違反證券交易  
03 法第 155 條第 1 項第 2 款禁止相對成交規定部分，業於 89 年 7 月  
04 19 日修正刪除，而應諭知免訴之判決。原判決猶認定傳崐其  
05 之此部分犯罪事實違法云云，自不足取。

06 (九)、原判決就證券交易法前後修正之比較適用，先說明：證券交  
07 易法第 155 條第 1 項第 4 款之歷次修正，對馬忠芳 3 人並無  
08 不利，不生法律修正比較適用之問題，而應適用修正後規定  
09 ，係單指證券交易法第 155 條第 1 項第 4 款；再說明：就證  
10 券交易法前後修正比較適用結果，行為時之證券交易法規定  
11 ，有利於馬忠芳 3 人，依刑法第 2 條第 1 項前段規定，應適  
12 用行為時（77 年 1 月 29 日修正施行）證券交易法，則係針對  
13 包括行為時及歷次修正之證券交易法第 155 條、第 171 條等相  
14 關規定（見原判決第 200 頁第 4 行至第 208 頁第 9 行）。上揭所  
15 述法律修正比較適用之法條，既然不同，並無前後矛盾可言  
16 。

17 馬忠芳此部分上訴意旨指稱：原判決就證券交易法修正之比  
18 較適用所為說明，前後矛盾云云，核屬誤解。

19 (十)、刑事訴訟法第 379 條第 10 款所謂依法應於審判期日調查之證  
20 據，係指與待證事實具有重要關係，在客觀上顯有調查必要  
21 性及可能性之證據而言。故其範圍並非漫無限制，必該項證  
22 據與判斷待證事實之有無具有關聯性，並有調查之可能性，  
23 始足以當之。若在客觀上不能調查，或所證明之事項已臻明  
24 確，即欠缺調查之必要性，原審未依聲請贅為無益之調查，  
25 並無違法之可言。

26 馬忠芳於原審具狀聲請傳喚楊天生到庭作證，其待證事實：  
27 楊天生於林家榛出面借款時，並不認識黃任中及馬忠芳；傳  
28 崐其係透過林家榛向黃任中借款；長億公司股票大跌，造成  
29 擔保不足，楊天生才出面解決；黃任中係單純提供借款，並  
30 未炒作台鳳公司股票等情。惟上述待證事實，係單純資金往  
31 來相關細節事項，而與馬忠芳有無被訴炒作台鳳公司股票之

01 犯罪事實，缺乏直接關聯，無由據為有利於馬忠芳之認定，  
02 尚難認有調查之必要，原審因而未贅為上述無益之調查，於  
03 法尚屬無違，難認有應於審判期日調查之證據而未予調查之  
04 違法。

05 (四)、原判決係說明：馬忠芳3人先後對凱聚公司、昱成公司及長  
06 億公司，違反行為時證券交易法第155條第1項第4款規定  
07 ；對凱聚公司、昱成公司、長億公司及華隆公司，有違反同  
08 法第155條第1項第6款規定，先後對不同公司之連續高價  
09 買進、低價賣出行為及虛偽相對成交行為，顯係基於概括之  
10 犯意反覆所為，而犯構成要件相同之罪名，應論以連續犯並  
11 加重其刑；馬忠芳3人所為連續高價買進、低價賣出及相對  
12 成交行為，係想像競合犯等語（見原判決第210頁第16至29  
13 行）。對照以觀，可見原判決所指連續犯，係針對不同公司  
14 之先後多次炒作股票等行為而言；所指想像競合犯，則指向  
15 相同公司之先後多次炒作股票等行為立論，並無不合。  
16 傅崑其此部分上訴意旨指稱：原判決前後所為論敘矛盾云云  
17 ，應屬誤會，同非合法之上訴第三審理由。

18 (五)、關於刑之量定，事實審法院本有依個案具體情節裁量之權限  
19 ，倘科刑時係以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條各  
20 款所列情狀，而其所量之刑，既未逾越法律所規定之範圍（  
21 即裁量權行使之外部性界限），亦無違反比例、公平及罪刑  
22 相當原則者（即裁量權行使之內部性界限），即不得任意指  
23 為違法，而資為第三審上訴之適法理由。  
24 本件原判決就馬忠芳、傅崑其所犯行為時證券交易法第171  
25 條之罪（法定本刑為7年以下有期徒刑、拘役或科或併科罰  
26 金），處傅崑其有期徒刑2年10月、馬忠芳有期徒刑1年6  
27 月（減為有期徒刑9月），已以行為人之責任為基礎，並審  
28 酌刑法第57條各款所列情狀，詳加審酌及說明，既未逾越其  
29 所犯上開罪名之法定刑度，亦無明顯濫用裁量權，而有違反  
30 公平、比例及罪刑相當原則之情形，尚難任意指為違法。  
31 有炒作（操縱）股票（股價）行為，通常會造成眾多一般投

01 資人之金錢損失，且危害證券市場交易秩序，乃眾所周知之  
02 事。又傅崐其既未曾提出其與一般投資人達成和解或補償之  
03 具體措施，俾作為從輕量刑之具體事由，可見並無其事。再  
04 未有投資人出面向傅崐其求償，亦不能逕認並無投資人因傅  
05 崐其炒作股票而受有損害。原判決審酌上述投資人受有損害  
06 、危害證券市場交易秩序等科刑審酌事項，據以對傅崐其量  
07 刑（見原判決第220頁第1至12行），縱未進行調查、辯論  
08 ，仍難認有礙於傅崐其之訴訟上權益，亦不能指為違法。

09 (四)、緩刑宣告之裁量，法院應就被告有無再犯之虞，能否由於刑  
10 罰之宣告而策其自新，及有無可認為暫不執行刑罰為適當之  
11 情形等因素而為判斷，屬於法院得依職權裁量之事項，故法  
12 院斟酌被告犯罪之一切情狀結果，認為不宜而未予宣告緩刑  
13 ，自不得任意指為違法。

14 原判決就馬忠芳所處有期徒刑1年6月（減為有期徒刑9月  
15 ）、林家榛所處有期徒刑1年（減為有期徒刑6月），未依  
16 馬忠芳、林家榛所請宣告緩刑，已分別審酌馬忠芳、林家榛  
17 犯罪之一切情狀，尤以其等犯罪情節均屬非輕，亦未見真誠  
18 悔悟，尚難認有以暫不執行刑罰為適當之情形，因而未為緩  
19 刑之宣告，已詳為敘明所憑理由（見原判決第222頁第13行  
20 至第223頁第8行），自無違法可言。

21 馬忠芳、林家榛此部分上訴意旨，指摘原判決違法云云，無  
22 非係就原審宣告緩刑裁量權適法行使之事項，任意指摘為違  
23 法，同非適法之第三審上訴理由。

24 (四)、至其餘馬忠芳3人上訴意旨所指各節，亦均非確實依據卷內  
25 訴訟資料具體指摘原判決究有如何違背法令之情形。綜上，  
26 本件馬忠芳3人上訴意旨，係徒憑己見，或就原審採證認事  
27 及量刑裁量職權之適法行使，以及原判決明確論斷說明之事  
28 項，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情  
29 形不相適合，依據首揭說明，應認本件馬忠芳3人關於77年  
30 1月29日修正公布證券交易法第171條部分之上訴，均為違背  
31 法律上之程式，併予駁回。

01 馬忠芳關於行為時證券交易法第171條（係得上訴於第三審  
02 法院之罪）部分之上訴，既不合法律上之程式，應從程序上  
03 予以駁回，而無從為實體上審理，則原判決認定與之具有修  
04 正前刑法牽連犯裁判上一罪關係之行為時證券交易法第175  
05 條之罪（法定本刑係2年以下有期徒刑、拘役或科或併科罰  
06 金）部分，係刑事訴訟法第376條第1項第1款所定不得上  
07 訴於第三審法院之案件（並無第一審判決無罪而第二審改判  
08 有罪之情形），自無從適用審判不可分原則一併加以審判，  
09 亦應從程序上予以駁回。

10 本件既係從程序上駁回林家榛之上訴，則林家榛請求諭知緩  
11 刑云云，本院即無從審酌，附此指明。

12 另臺灣臺北地方檢察署108年7月16日北檢泰致108偵8242  
13 字第1080060567號函、108年12月12日北檢泰盈108偵8243  
14 字第1080106286號函，分別函請本院併案審理之該署108年  
15 度偵字第8242、8243號案件，因馬忠芳3人之上訴，業經本  
16 院從程序上予以駁回，自無從併為審理，應退回檢察官另行  
17 處理，附此敘明。

18 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

19 中 華 民 國 109 年 5 月 14 日

20 最高法院刑事第三庭

21 審判長法官 洪 昌 宏

22 法官 蔡 彩 貞

23 法官 林 孟 宜

24 法官 蔡 國 在

25 法官 李 錦 樑

26 本件正本證明與原本無異

27 書 記 官

28 中 華 民 國 109 年 5 月 18 日