

01

最高法院刑事判決

02

108年度台上字第16號

03

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官 賴正聲

04

上訴人

05

即被告 許金龍

06

選任辯護人 絲漢德律師

07

劉仁閔律師

08

上訴人 李柏衡

09

選任辯護人 王子文律師

10

被告 潘彥州

11

選任辯護人 施宣旭律師

12

蕭壬宏律師

13

被告 鄭鵬基

14

謝東波

15

選任辯護人 黃文昌律師

16

廖正幃律師

17

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
18 法院中華民國107年11月29日第二審判決（107年度金上重訴字
19 第4號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署105年度偵字第24416
20 號，106年度偵字第2855、2856號，併辦案號：同署106年度偵
21 字第3420、3851、12014、12015、107年度偵字第6036號），
22 提起上訴，本院判決如下：

23

主 文

24

原判決關於犯罪事實壹許金龍、鄭鵬基、謝東波就樂陞科技股份
25 有限公司（下稱樂陞公司）違法私募有價證券判決有罪部分；犯
26 罪事實貳許金龍、潘彥州公開收購隱匿資金來源；犯罪事實參許
27 金龍操縱樂陞公司股價；犯罪事實肆許金龍樂陞公司股票內線交
28 易；犯罪事實伍許金龍、李柏衡以不實憑證侵占樂陞公司款項並
29 記入帳簿、傳票；犯罪事實陸許金龍樂陞公司財務不實，犯證券
30 交易法第171條第1項第1款、179條第1項之罪；起訴書犯罪
31 事實欄三許金龍、謝東波就樂陞公司投資Tiny Piece Co., Ltd.
32 （下稱TP公司）未依約向TP公司請求補償金及以非常規方式售回

TP公司股權，致樂陞公司受有重大損害原審判決諭知無罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

理由

甲、撤銷發回部分：

壹、本件原判決將第一審關於許金龍、李柏衡、謝東波有罪部分【除財報不實、操縱股價、內線交易（即第一審判決論罪科刑對照表一許金龍編號8、10、11，表二鄭鵬基編號3之論罪科刑部分以外】撤銷。判處許金龍犯如原判決主文附表壹編號1至7（編號7記載為犯罪事實陸，實為犯罪事實伍）所示各罪刑；鄭鵬基如原判決主文附表貳編號1、2所示各罪刑；謝東波共同犯刑法第342條第2項、第1項之背信未遂罪刑（處有期徒刑1年6月，緩刑5年）；李柏衡共同犯證券交易法第174條第1項第5款之記載帳簿不實罪刑（處有期徒刑1年1月，緩刑5年，並應自判決確定之日起1年內，向國庫支付新台幣100萬元。另維持第一審關於其論罪科刑對照表一許金龍編號8（論罪科刑部分）、10、11部分，駁回該部分檢察官及許金龍在第二審之上訴；另諭知許金龍、謝東波因TP還原交易被訴非常規交易、特別背信罪，及潘彥州被訴辦理公開收購樂陞公司股票隱匿資金來源（即第一審判決論罪科刑對照表一許金龍編號6，表三謝東波編號2、表五潘彥州）部分均無罪。固非無見。

貳、惟查：

一、原判決犯罪事實壹（許金龍、鄭鵬基、謝東波就樂陞公司違法私募有價證券判決有罪部分）：

（一）證券交易法第20條第2項規定：發行人依本法規定申報或公告之財務報告及財務業務文件，其內容不得有虛偽或隱匿之情事。所謂財務報告，該法第14條第1項明文規定，係指發行人及證券商、證券交易所依法令規定，應定期編送主管機關之財務報告。至於所為謂「財務業務文件」，該法並無明定義，與「財務報告」之間亦未必有嚴格之界線；解釋上，財務報告以外，發行人依法令申報或公告之文件，均可能包

01 括在內。又為確保投資人獲得正確詳實之資訊，並防止以不
02 實資訊遂行證券詐欺之目的，證券交易法第43條之6第5項
03 、第20條第2項，對於公開發行股票公司之私募，明定應於
04 股款或公司債等有價證券之價款繳納完成日起15日內，檢附
05 相關書件，報請主管機關備查。另依行為時金融監督管理委
06 員會（下稱金管會）頒布之公開發行公司辦理私募有價證券
07 應注意事項規定及99年12月8日金管證發字第0990041685號
08 、104年8月6日金管證發字第00000000000號函釋意旨，
09 上開申報應將私募有價證券資訊輸入公開資訊觀測站，於完
10 成傳輸後，即視為已依規定完成公告申報。是公開發行有價
11 證券公司之私募依前述規定申報或公告之財務業務文件，其
12 內容若有虛偽或隱匿情事，而違反該法第20條第2項規定者
13 ，其行為負責人即應依同法第179條第1項、第171條第1
14 項第1款之規定論處。

15 (二)本件於偵查時，檢察官曾向金管會證券期貨局（下稱證券期
16 貨局）函詢關於依證券交易法第43條之6第5項規定，檢附
17 相關書件報請主管機關備查，該「相關書件」之內容為何？
18 經該局106年1月6日證期（發）字第1050053856號函覆釋
19 示：公開發行公司於公開資訊觀測站公告私募股款繳納完成
20 日、私募對象、股數及金額等相關訊息，即為已依證券交易
21 法第43條之6規定（係屬依證券交易法規定申報或公告之財
22 務業務文件）報本會備查等語（見105年度他字第11027號
23 偵查卷第4宗第77、136頁，105年度偵字第24416號偵查
24 卷第30宗第143頁正反面），似亦認定私募之相關公開訊
25 息，除係踐行主管機關要求公開發行完成日、私募對象程序
26 完畢後應為之公告程序之外，同時亦兼有「依證券交易法規
27 定（即第43條之6）申報或公告之財務業務文件」之性質。
28 本件起訴書亦引用上開證券期貨局釋示作為非供述證據（見
29 105年度偵字第24416號偵查卷第32宗第50頁），原審未審
30 酌上情，認該項申報僅係備查性質，且非屬財務報告或財務
31 業務文件，與證券交易法第20條第2項之規定並不相當，不

01 無證據調查未盡及理由不備之違法。

02 (三)本件起訴書已指明樂陞公司收足股款後，依證券期貨局規定
03 ，在公開資訊觀測站上，申報上開私募有價證券作業情形，
04 並在申報資料上不實記載該次辦理私募之理由為「引進策略
05 性投資人」，私募對象與樂陞公司「無關係」，而對樂陞公
06 司股東與一般投資大眾傳遞此虛偽不實之訊息。許金龍因實
07 質操控此次私募，遂得以市價，取得樂陞公司私募股票等語
08 。另依起訴書所舉樂陞公司於公開資訊觀測站傳輸完成之資
09 訊，確含有與上開證券期貨局釋示相符之股款繳納完成日、
10 私募對象、股數及金額等相關訊息，及起訴書所指之虛偽不
11 實之記載（見105年度他字第8524號偵查卷第2宗第11至21
12 頁、105年度他字第11027號偵查卷第1宗第81至91頁）。
13 原判決未說明上開相關訊息何以非屬財務業務之訊息，卻認
14 樂陞公司所為之公開說明，並未檢附任何財務業務文件或財
15 務報表作為附件，縱有不實亦與證券交易法第20條第2項之
16 規定並不相當等語，亦屬理由不備。

17 (四)許金龍原判決犯罪事實壹之一至五【即起訴書犯罪事實二之
18 (一)至(五)】部分，原判決於理由欄說明：許金龍出售私募股權
19 所得，應考量其繳納之股款部分而予酌減。此外，許金龍於
20 轉出上開股權時，因受私募股票閉鎖期之影響不能透過公開
21 市場交易，自無手續費、證交稅之問題，沒有扣除手續費及
22 稅捐之問題。是犯罪事實壹之一，應沒收所得為412,378,30
23 0元（含股利之全部賣價，計算式：758,878,300-346,500
24 ,000=412,378,300），犯罪事實壹之二，應沒收所得為21
25 3,300,000元，犯罪事實壹之四，應沒收所得為125,800,00
26 0元，犯罪事實壹之五，應沒收所得為459,900,000元。至
27 犯罪事實壹之三部分，並無證據證明許金龍已經出售牟利，
28 自應認定許金龍在樂陞公司下櫃前均未售出葫蘆數位娛樂有
29 限公司（下稱葫蘆公司）之股權，佐以許金龍取得葫蘆公司
30 私募股權之成本為每股138.6元之高價，如諭知沒收，容有
31 過苛；故就犯罪事實壹之三部分，不予諭知沒收等語（見原

判決第56頁)。然就犯罪事實壹之一部分，其股利之全部賣價、繳納之股款數額，究係如何算出？犯罪事實壹之二、四、五部分，逕行記載應沒收數額，未分別詳述股利之全部賣價、繳納之股款數額各若干？另事實壹之三部分，記載許金龍取得葫蘆公司私募股權之成本為每股138.6元之高價，其所依憑證據為何？均未於理由內詳細說明其憑據，自難昭折服。檢察官上訴亦指摘沒收部分違法，本院無從據為裁判，應發回由原審更為審理。

二、原判決犯罪事實貳（許金龍、潘彥州2人於辦理公開收購樂陞公司股票案件，隱匿大陸地區人民為資金來源之事實）部分：

(一)依起訴書記載：許金龍、樞堃由昭、王佶、林宗漢、潘彥州等人共同謀議，以「日資為名、陸資為實」之方式，以百尺竿頭數位娛樂有限公司（下稱百尺竿頭公司）名義，虛偽公開收購樂陞公司股權；原判決事實亦記載：「以達突顯日資對於樂陞公司甚為看好而營造利多消息之目的」等語（見原判決第17頁倒數第13、14行）。然對於許金龍等如何以日資為名，足致他人誤信部分，並未於理由內加以論述，尚有理由未備之違誤。

(二)證券交易法第179條第1、2項分別規定：「法人違反本法之規定者，依本章各條之規定處罰其為行為之負責人」、「外國公司違反本法之規定者，依本章各條之規定處罰其為行為之負責人」。原判決於事實欄記載：105年5月中旬許金龍為維持樂陞公司之股價於不墜，與王佶、樞堃由昭、林宗漢共同謀議，由樞堃由昭對外宣稱其出資百分之二十，百尺竿頭公司、億豪投資及億豪控股公司均由樞堃由昭實質掌控，創造出樞堃由昭有意公開收購樂陞公司之假象，使人誤信公開收購方為日本人樞堃由昭所實質掌控之百尺竿頭公司，而非陸資等語（見原判決第16頁）。於理由論罪科刑欄敘述：許金龍所為，係違反證券交易法第20條第1項之規定，應依同法第171條第1項第1款、第179條第1、2項之規定

處罰。許金龍與樞堃由昭、林宗漢、王佶就上開犯行有犯意聯絡及行為之分擔（見原判決第127頁末2行至第128頁第2行）；但原判決所謂違反證券交易法第20條第1項規定之公司，究竟係指樂陞公司、百尺竿頭公司、億豪控股公司或是億豪投資公司？並未明白認定，不足為適用法律之依據，尚有違誤。

(三)原判決理由說明依大陸地區人民來臺投資許可辦法第3條第1項規定：「本辦法所稱投資人，指大陸地區人民、法人、團體、其他機構或其於第三地區投資之公司，依本辦法規定在臺灣地區從事投資行為者。」第2項規定：「前項所稱第三地區投資之公司，指大陸地區人民、法人、團體或其他機構投資第三地區之公司，且有下列情形之一者：一、直接或間接持有該第三地區公司股份或出資總額逾百分之三十。二、對該第三地區公司具有控制能力。」又根據經濟部99年8月18日經審字第0000000000號函釋稱：「大陸地區人民來臺投資許可辦法第三條第二項第二款，所稱之『具有控制能力』，指大陸地區人民、法人、團體或其他機構對第三地區公司具有下列情形之一者：一、與其他投資人約定下，具超過半數之有表決權股份之能力。二、依法令或契約約定，可操控公司之財務、營運及人事方針。三、有權任免董事會（或約當組織）超過半數之主要成員，且公司之控制操控於該董事會（或約當組織）。四、有權主導董事會（或約當組織）超過半數之投票權，且公司之控制操控於該董事會（或約當組織）。五、依據財團法人中華民國會計研究發展基金會公布之財務會計準則公報第五號、第七號所規定之其他具有控制能力」。…如果公開收購案完成，王佶要能夠確保其投資利益之唯一可能性，即為其對於持有樂陞公司股票之百尺竿頭公司，乃至於百尺竿頭公司母公司億豪投資公司、億豪控股公司之實質控制力，因此縱令許金龍指示彭于璇將名義負責人均變更為樞堃由昭，然有實質上控制力之人仍屬王佶無訛，依大陸地區人民來臺投資許可辦法與經濟部函釋之定義

，應認為王佶實質上控制該等公司，依法應依前開投資許可辦法申請投審會許可等語（見原判決第72、73頁）。然而王佶對於百尺竿頭公司、億豪控股公司或億豪投資公司，究竟持有多少股份或出資額？是否已達上述許可辦法所定百分比之出資總額？或對於該等公司具有超過半數之有表決權股份之能力？或可操控該等公司之財務、營運及人事方針？或有權任免董事會過半數成員、主導董事會過半數之投票權等，符合上開許可辦法或經濟部函釋所列之何種情形，而具有「實質控制力」等，原判決並未具體說明或所依憑之證據，理由亦有欠備。

(四)原判決就潘彥州無罪部分，於理由欄乙之參說明：許金龍於105年5月15日與樞堃由昭、王佶、林宗漢在臺北市信義區君悅飯店22樓貴賓室見面討論，談及合作投資樂陞公司之事，推由王佶負責籌措全部資金，樞堃由昭只擔任掛名之負責人，討論當時潘彥州並不在場，討論後才由許金龍聯絡潘彥州到場，指示潘彥州替樞堃由昭及王佶擬具書面備忘錄，由樞堃由昭、王佶當場簽署；許金龍並告知潘彥州，王佶是要當BVI的有限責任合夥人，出資百分之80，樞堃由昭擔任無限責任合夥人，出資百分之20。又說明：王佶偽以其出資百分之80，已經逾越出資總額的百分之30，而符合大陸地區人民來台投資許可辦法第3條第2項所定之「直接或間接持有該第三地區公司股份或出資總額逾百分之30」之規定，依法仍應以陸資之身分提出申請，潘彥州據此建議許金龍：可由王佶以債權方式出資，則可以一般外國人投資方式向投審會提出申請；且建議宜以國內公司名義辦理公開收購樂陞公司股票，以避免由境外公司發動收購，審查程序冗長而曠日廢時；且依備忘錄之內容實際協助設立Oak Field基金之登記，由樞堃由昭擔任無限責任合夥人，以林宗漢所設立之境外公司Lin and Company為有限責任合夥人，擬定王佶所代表之大陸地區資金透過購買Lin and Company公司債之方式，投資Lin and Company公司之空白合約交由許金龍轉交投資

01 方簽署等，均為潘彥州不爭之事實等語（見原判決第152、
02 153頁）。

03 依原判決上開敘述，似認定潘彥州知悉王佶出資百分之80，
04 已符合大陸地區人民來台投資許可辦法第3條第2項所定之
05 「直接或間接持有該第三地區公司股份或出資總額逾百分之
06 30」之規定，依法應以陸資之身分提出申請。然原判決理由
07 欄卻又敘述：潘彥州據其專業認為本件公開收購並不符合「
08 陸資」投資人的定義而協助為後來公開收購之程序，於法自
09 無不合等語（見原判決第154頁），據此認為潘彥州並無隱
10 匿「陸資」之故意，而為其有利之認定，並判決無罪，已難
11 謂適法；且於許金龍論罪科刑部分，說明：許金龍係利用不
12 知情之潘彥州配合進行含有詐偽內容之公開收購而對外傳達
13 不實訊息，為間接正犯等語（原判決第128頁），理由敘述
14 亦前後矛盾。

15 (五)原判決事實認定於百尺竿頭公司公告本件公開收購案不能履
16 行後，樂陞公司股票當日開盤即以跌停價每股新臺幣（下同
17 ）70.2元鎖死，成交量僅892仟股，且連續7日跌停，最低
18 價下跌至每股35元。又因樂陞公司TP公司售回價款延宕，經
19 櫃買中心公告改變交易方式等，股價亦持續下跌至10元左右
20 ，造成近2萬之應賣人之重大損失，至105年9月29日止，
21 有1萬9,503人向財團法人證券投資人及期貨交易人保護中
22 心登記求償，其等之應賣股數為3,488萬6,450股，占總應
23 賣股數之95%，求償總金額為28億6,941萬514元。中信證
24 券公司與中信銀行之母公司中國信託金融控股公司則與投保
25 中心達成和解，以5億元「道義補償」投資人所遭受之損害
26 等情（見原判決第23頁第7至18行）。但於理由內並未說明
27 造成上開損害之憑據，亦有理由欠備之缺失。

28 三、原判決犯罪事實參（許金龍操縱樂陞公司股價）、犯罪事實
29 肆（許金龍樂陞公司股票內線交易）部分：

30 (一)許金龍之選任辯護人於原審具狀爭執台灣集中保管結算所股
31 份有限公司106年12月15日保節固資字第1060022641號函覆

之存券代轉領轉換紀錄電子檔（如第一審判決犯罪事實伍附表伍之1至伍之15第897頁附註記載），不符合刑事訴訟法第159條之傳聞證據例外之規定，應無證據能力（見原審卷第7宗第212頁），原判決採為許金龍犯違法操作樂陞公司股票（原判決犯罪事實參）之依據，並認定其此部分犯罪所得為6,577,778元（計算方式如「附表伍之14」所示，各數據見附表伍之14-1至14-3），但未說明該轉換紀錄電子檔何以有證據能力，理由尚有不備。

(二)原判決認定許金龍透過楊博智在黃明福帳戶名義買賣樂陞公司股票之時間在104年8月13日至105年8月30日間，係援引顏嘉秀於105年11月8日偵訊筆錄、及其所提之帳戶使用明細表為依據，惟依上開帳戶使用明細表記載，黃明福帳戶買賣樂陞公司股票之時間為105年3月1日至同年5月13日（見105年度他字第8524號卷22第256頁），原判決卻認定在105年3月1日之前，有多筆股票交易情形（如原判決犯罪事實伍附表伍之7（上）中之編號2830、2831、2835部分，交易日期即在104年8月27日）。另張雅清帳戶買賣樂陞公司股票之時間為104年3月24日至105年2月2日，惟原判決卻認定在105年2月2日之後，張雅清帳戶仍有多筆股票交易（如原判決犯罪事實參附表伍之7（上）中之編號14095、14140部分，交易日期即在105年3月4日）。又原判決認許金龍透過楊博智在李麗齡帳戶名義買賣樂陞公司股票之時間在104年6月2日起至105年8月15日止，惟依上開帳戶使用明細表記載，李麗齡帳戶買賣樂陞公司股票之時間為104年3月24日至105年2月2日（見105年度他字第8524號卷22第256頁），原判決卻認定在105年2月2日以後，上開帳戶仍有多筆股票交易情形（如原判決犯罪事實參附表伍之7（下）中之編號21545部分，交易日期即在105年4月12日；編號23186、23187部分，交易日期即在105年4月21日；編號23567、23568、23569、23570部分，交易日期即在105年4月26日）。再依上開帳戶使用明細表

記載，陳月美帳戶買賣樂陞公司股票之時間為104年3月24日至105年2月2日止，原判決卻又認定在105年2月2日以後，陳月美上開帳戶仍有多筆股票交易情形（如原判決犯罪事實參附表伍之7（上）中之編號13055至13059部分，交易日期即在105年3月1日，編號22592至22600部分，交易日期即在105年4月19日，編號23178至23185部分，交易日期即在105年4月21日）。再依上開帳戶使用明細表記載，陳清香帳戶買賣樂陞公司股票之時間為104年3月24日至105年2月2日止，原判決卻又認定在105年2月2日以後，陳清香上開帳戶仍有多筆股票交易情形（如原判決犯罪事實伍附表伍之7（上）中之編號13383至13404部分；交易日期即在105年3月2日；如原判決犯罪事實伍附表伍之7（下）中之編號20212至20214部分，交易日期即在105年3月31日；編號21114至21125部分，交易日期即在105年4月7日。理由敘述前後矛盾。

(三)證券交易法第155條第4款違法炒作股票罪之成立，除應考量該法條所定構成要件外，對於行為人連續以高價買入或低價賣出特定有價證券行為，客觀上是否有致使該特定有價證券之價格，不能在自由市場供需競價下產生之情形，亦應一併考量。亦即本罪之成立，固不以該特定有價證券價格是否產生急遽變化之結果，或實質上是否達到所預期之高價或低價為必要。但仍須考量其行為客觀上是否有致該特定有價證券之價格，不能在自由市場因供需競價而產生之情形存在，始符合本罪之規範目的。是行為人是否成立本罪，自應就其連續以高價買入或低價賣出特定股票行為，如何導致該股票在市場買賣競價上產生異常及影響股價異常（如盤中成交價振幅、成交價漲跌百分比、盤中週轉率、成交量、收盤價漲跌比等），就其判斷標準，予以說明。

原判決認定許金龍成立操縱證券交易價格罪，雖於理由內以許金龍集團帳戶於操縱樂陞公司股票之309個交易日內，以高價委買或低價委賣方式所成交之數量占委買成交總數或委

賣成交總數之百分比甚高，說明其有高價買入或低價賣出之行為（見原判決第89頁至91頁）。然就許金龍連續以高價買入或低價賣出之行為，如何導致該股票在市場買賣競價上產生異常及影響股價異常之諸如盤中成交價振幅、成交價漲跌百分比、盤中週轉率、收盤價漲跌比等重要因素，並未為必要之說明，以致究竟依憑何項交易規則或標準，認定許金龍之股票交易行為已有異常，足以影響股市價格或秩序，而有操縱股價之意圖，仍屬不明。

(四) 本件就許金龍操縱股價、內線交易犯罪所得部分，原判決於理由內說明：樂陞公司於104年7月3日於公開資訊觀測站公告董事會決議配息、盈餘暨資本公積轉增資發行新股基準日，其中除權息交易日為同年月30日，復於同年月14日公告調整現金股利配息率及股票股利配股率（見附件伍之23、附件伍之24），而除權除息基準日前股東權益，與基準日後第一個交易日開盤時股東權益相當，因此基準日後第一個交易日開盤時，股價會下跌，股東取得股息或股利，僅是將其股權部分轉換為股利或股息，故本案配股配息僅是就整個炒作過程中股東權益內容配置轉換，應將在炒作期間所買得股數作為計算基礎，列入本案炒作所得利益。而本案犯行終了時之買賣情形為賣超，故本案犯罪所得計為6,577,778元等語（內線交易部分，原判決則認係操縱股價行為一部分，其不法所得已併於操縱股價部分計算）（計算式如「附表伍之14」所示，各數據見附表伍之14-1至14-3）等語（見原判決第101頁倒數第8行至第102頁第5行、第26頁第12、13行）。似已認定在炒作期間，所分配之股票股利及現金股利，均應列入炒作所得利益；倘所認無訛，原判決既認許金龍在操縱股價期間樂陞公司之配股配息均應列入本案炒作所得利益，惟依原判決所引犯罪事實參附表伍之14-3集團帳戶獲配股利計算表記載，除分配現金股利989,983元（489,799+500,184）外，尚分配股票股利604,053元（440,705+163348），原判決所引犯罪事實參附表伍之14犯罪所得計算表，僅將

現金股利 989,983 元部分，列入犯罪所得合計為 6,577,778 元，而未將上開股票股利部分一併列入計算（原判決犯罪事實參附表伍之 1 至伍之 15 部分第 635 頁、642 頁），不無理由前後矛盾之處。

四、原判決犯罪事實伍（許金龍、李柏衡共犯刑法第 336 條第 2 項之業務侵占罪及證券交易法第 174 條第 1 項第 5 款、179 條第 1 項之罪）部分：

（一）證券交易法第 179 條規定：法人違反本法之規定者，依本章各條之規定處罰其為行為之負責人，此為處罰行為負責人之特別規定，乃另一獨立之罪名。

原判決犯罪事實記載：許金龍為樂陞公司董事長，並為從事業務之人，李柏衡為樂陞公司財務長，均為公司負責人，鄭鵬基（此部分已判刑確定）則為新基股份有限公司（下稱新基公司）之負責人等語；於理由內則敘明許金龍、李柏衡與鄭鵬基 3 人所為，係共犯刑法第 336 條第 2 項之業務侵占罪及證券交易法第 174 條第 1 項第 5 款、179 條第 1 項之罪（見原判決第 130 頁第 14 至 16 頁）。俱稱渠三人均為公司負責人，惟就李柏衡為樂陞公司財務長身分，何以亦係上開法條所稱之行為負責人，未為必要之說明，理由已由欠備。

再原判決既認定許金龍、李柏衡係共犯刑法第 336 條第 2 項、證券交易法第 179 條第 1 項、第 174 條第 1 項第 5 款之罪，應依想像競合犯規定，從一重之證券交易法第 174 條第 1 項第 5 款之罪論處（見原判決第 130 頁），則其主文自應諭知「許金龍、李柏衡共同『法人之行為負責人』犯證券交易法第 174 條第 1 項第 5 款之記載帳簿不實罪，處……。」乃諭知「許金龍、李柏衡共同犯證券交易法第 174 條第 1 項第 5 款之記載帳簿不實罪，處……」（見原判決第 3、193 頁），併有主文與理由說明不相符合之違誤。

（二）本件起訴書犯罪事實欄七、2. 記載：許金龍、李柏衡與鄭鵬基共同意圖為許金龍之不法所有，明知廠商請領款項應檢附單據憑證，新基公司並無實際提供樂陞公司居間服務，竟基

於違反商業會計法、侵占樂陞公司款項之犯意聯絡，於 102 年 2 月 23 日，先由許金龍指示李柏衡以支付新基公司居間私募案費用為由，申請預支樂陞公司資金 350 萬元，經許金龍簽核後，於同年月 25 日，將上開不實事項記入樂陞公司帳冊，並自樂陞公司之帳戶匯款 350 萬元至新基公司華泰商業銀行松德分行帳戶內。鄭鵬基再行開立「服務費」名義之不實新基公司統一發票會計憑證，供許金龍、李柏衡充作會計憑證，用以沖銷上開款項，致使樂陞公司之會計事項或財務報表發生不正確之結果，而以此方式挪用樂陞公司資金等語。並於犯罪法條認許金龍等 3 人係犯刑法第 336 條第 2 項之業務侵占及商業會計法第 71 條第 1 款之罪，為想像競合犯，應從一重之業務侵占罪論處。顯見就不實事項記入樂陞公司轉帳傳票部分，起訴書並未敘及，原判決犯罪事實一併認定（原判決犯罪事實伍，見原判決第 26 頁第 14 行至第 27 頁第 17 行），但並未說明得併予審理之理由，尚嫌理由不備。

(三) 刑法第 38 條之 1 第 1 項前段犯罪所得沒收之規定，以「屬於犯罪行為人者」，為沒收要件。則於數人共同犯罪時，因共同正犯皆為犯罪行為人，所得屬全體共同正犯，應對各共同正犯諭知沒收。然因犯罪所得之沒收，在於避免被告因犯罪而坐享利得，基於有所得始有沒收之公平原則，如犯罪所得已經分配，自應僅就各共同正犯分得部分，各別諭知沒收。如尚未分配或無法分配時，該犯罪所得仍屬於犯罪行為人，則應對各共同正犯諭知沒收。

原判決事實續載略以：許金龍於 102 年 2 月 22 日指示李柏衡以預支款之方式申請預支樂陞公司資金 350 萬元，經許金龍於同年月 23 日簽核完成後，使不知情之樂陞公司財務會計人員製作以「暫付款」支付新基公司居間服務費之轉帳傳票，並將上開不實事項記入樂陞公司之明細分類帳帳冊中，而自樂陞公司之帳戶匯款 350 萬元至新基公司華泰商業銀行松德分行帳戶內。鄭鵬基在許金龍匯出前開 350 萬元款項後，與許金龍、李柏衡基於共同業務侵占、以及帳簿、傳票之內容

01 為虛偽記載、商業負責人填製不實會計憑證之犯意聯絡，依
02 許金龍之指示，請不知情之余瑞雯將其中321萬9,954元匯至
03 許金龍指定的蔡岳霖帳戶內，用以支應李柏衡下單購買樂陞
04 公司股票之股款，鄭鵬基並於102年4月15日開立「服務費」
05 名義之不實新基公司統一發票會計憑證予樂陞公司，使樂陞
06 公司會計人員將之記入樂陞公司轉帳傳票內，用以沖銷上開
07 暫付款款項，並經由李柏衡於102年5月15日核准等語。

08 上開認定倘若無訛，則許金龍、李柏衡、鄭鵬基所共同侵占
09 樂陞公司之350萬元，其中321萬9,954元，既係用於支應李
10 柏衡購買股票之股款，其餘款項若仍存在鄭鵬基負責之新基
11 公司銀行帳戶內，則該共同侵占350萬元，能否認全係許金
12 龍犯罪所得，或許金龍、李柏衡、鄭鵬基3人各有所得？即
13 不無疑問。原判決未經詳查審酌，逕認該350萬元，全係許
14 金龍侵占取得，並就尚未償還樂陞公司之145萬元，單獨就
15 許金龍宣告沒收及追繳，尚有研求之餘地。

16 (四)判決附表為判決之一部，其記載必須與主文、事實或理由相
17 一致，否則即有主文、事實與理由矛盾之違法。

18 原判決主文附表壹（許金龍部分）編號7，就許金龍原判決
19 犯罪事實伍部分，記載為犯罪事實陸，與判決本文之記載不
20 符，不無理由矛盾。

21 五、原判決犯罪事實陸（許金龍使樂陞公司財報不實，犯證券交
22 易法第171條第1項第1款、179條第1項之罪）部分：

23 (一)原判決犯罪事實欄記載：不知情之樂陞公司財務會計人員將
24 出售「Sgame」（海盜戰記）網頁式塔防遊戲及「Weapons
25 of Mythology」（WOM）遊戲12.5%權利之不實事項，記入樂
26 陞公司之帳冊內。嗣不知情之樂陞公司財務不知情之樂陞公
27 司財務會計人員，於編製103及102年度財務報告時，即將
28 上述處分「Sgame遊戲」（海盜戰記）、「WOM遊戲」之交易
29 事項與結果記載入財務報告內，因而虛增樂陞公司個體財務
30 報告之綜合損益表「其他利益及損失」265萬9,000元、虛增
31 「其他利益及損失」889萬5,000元，合計樂陞公司103年度

個體財務報告之綜合損益表「其他利益及損失」科目虛增共計1,155萬4,000元等語（見原判決第28頁第12至19行）。然於理由內卻說明：

1. 樂陞公司人員於編製、申報及公告103及102年度合併財務報告時，將上述「Sgame遊戲」（海盜戰記）之交易事項與結果載入財務報告內，因而虛增樂陞公司個體財務報告之綜合損益表「其他利益及損失」2,658,902元；將「WOM遊戲」之交易事項與結果記載入該財務報告內，因而虛增樂陞公司個體財務報告之綜合損益表「其他利益及損失」8,895,081元。合計樂陞公司103年度個體財務報告之綜合損益表「其他利益及損失」科目虛增共計11,553,983元等語（見原判決第122頁倒數第二行至第123頁第9行）。

2. 本件起訴書事實欄業已明載起訴範圍包括：「許金龍使不知情之樂陞公司財會人員將上開3款遊戲交易之事項登載於樂陞公司之財務報告內」等語，本院自得為不同評價，且就與財報不實有實質上一罪關係之部分（即會計憑證、傳票、帳簿、各類報表等不實部分）一併審判等語（見原判決第131頁倒數第8至3行）。原判決上開理由敘述，與其犯罪事實欄並未認定樂陞公司會計人員有何在樂陞公司「會計憑證」、「傳票」為虛偽之記載，均不相符。致原判決關於事實之認定與理由說明，並不一致。

(二) 許金龍之辯護人於原審已具狀主張謝東坡於偵查時之證述，未予許金龍詰問之機會，爭執其證據能力，並聲請傳喚謝東坡到庭作證（見原審卷七第163、192頁）。原判決於理由欄卻稱原審受命法官已於準備程序中對於未經傳喚到庭對質詰問之證人部分，告知被告及辯護人等得傳喚各該證人以行使詰問權利；許金龍及其辯護人固均答以「另外具狀」等語，然迄至本件言詞辯論終結時止，除於上訴書狀已指摘原審未傳喚黃瑞珍等人到庭詰問或曉諭被告及辯護人給予辯明之機會，或表示某部分證人於偵查中之證詞未經對質詰問，續爭執其等證詞之證據能力等語，然迄至本件言詞辯論終結時止

，均未聲請傳喚各該證人等，堪認許金龍及其辯護人已捨棄該等證人之交互詰問及對質之權利等語；置許金龍之辯護人上開爭執及聲請於不顧，並引用謝東坡於偵查時之證言，為許金龍此部分論罪之依據（見原判決第30、120頁）。原判決證據之取捨，容有未洽。

(三)有罪之判決書，對被告有利之證據不採納者，應說明其理由，為刑事訴訟法第310條第2款所明定。故有罪判決書對於被告有利之證據，如不加採納，必須說明其不予採納之理由，否則即難謂無判決不備理由之違誤。

1.原判決依憑林大鈞、謝東波之證述，認定許金龍為在帳面上虛增營收，安排樂陞公司與龍門有限公司（下稱龍門公司）簽立不實合約，包括：由樂陞公司將「Sgame」（海盜戰記）、「Weapons of Mythology」（WOM）遊戲權利出售予其具有實質控制力之龍門公司，及將「Fantasy Lore」（起訴書誤載為「Fantacy Lore」）遊戲之營運授權予龍門公司等行為，使樂陞公司財會人員據此記入帳冊內，致樂陞公司102、103年度合併財務報表及及103年度、104年度合併財務報告均發生不正確結果等旨。然查原審曾於107年8月31日，函詢安永聯合會計師事務所，關於上述樂陞公司將「Sgame」（海盜戰記）、「Weapons of Mythology」（WOM）遊戲權利出售予龍門公司，是否為不實交易行為？經該事務所於同年9月5日函復稱：依會計師所查得之證據，並未發現該2款遊戲權利交易行為有不實情事等語（見原審卷九第152至158頁）。

2.原判決理由敘述：樂陞公司財會人員於編製、申報及公告104年及103年合併財務報告時，將上述「Fantasy Lore遊戲」之交易事項欲與結果記載入財務報告內，因而虛增樂陞公司104年度個體財務報告綜合損益表「營業收入」科目共計74,472元，佔當年度「營業收入」677,520千元之10.99%。以104年度營利事業所得稅率17%計算，考慮所得稅影響後，應更正綜合損益金額為61,812千元（74,472×83%=61,812），

亦達證券交易法施行細則第6條第1項所定，個體財務報告更正之綜合損益在1,000萬元以上之門檻，且達樂陞公司104年度原決算營業收入淨額百分之1（即當年度個體綜合損益表之營業收入淨額百分之1，亦即677,520千元×1%=6,775.2千元）之重編財務報告要件等語（見原判決第123頁第14至19行、第124頁第12行至第19行）。然原審函詢馬施云大華聯合會計師事務所，據函覆稱：經核龍門公司有關FL遊戲之合約、invoice、交付驗收單及匯款水單等憑證，認為樂陞公司已符合認列收入之原則，故重編104年度財務報告，在認列上尚無變動等語（見原審卷七第375至377頁）。

上開函詢安永聯合會計師事務所及馬施云大華聯合會計師事務所函覆內容係有利於許金龍之證據，原判決未說明其取捨之理由，即有理由不備之違誤。

(四)證券交易法第179條第1項規定「法人違反本法之規定者，依本章各條之規定處罰其為行為之負責人」，此為處罰行為負責人之特別規定，乃另一獨立之罪名。原判決既認定許金龍非屬同法第20條第2項規定之發行人，其違反發行人申報及公告財務報告不實之行為，應依同法第179條第1項、第171條第1項第1款規定處罰，則其主文自應諭知「許金龍共同『法人之行為負責人』犯證券交易法第171條第1項第1款之申報及公告不實罪，處……」，乃第一審判決諭知「許金龍共同連續犯證券交易法第171條第1項第1款之申報及公告不實罪，處……」（見第一審判決第402頁），原判決卻未予糾正，仍予維持，併有違誤。

六、原判決理由欄乙之貳關於許金龍、謝東波被訴就樂陞公司投資TP公司，未依約向TP公司請求補償金及以非常規方式售回TP公司股權，致樂陞公司受有重大損害，原審判決無罪部分（起訴書列於犯罪事實三）：

(一)審理事實之法院對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，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。故證據雖

已調查，而尚有其他部分並未調查，仍難遽為被告有利或不利之認定。

(二) 原判決此部分為許金龍、謝東波為無罪之判決，無非以證券交易法第171條第1項第2、3款的非常規交易行為、違背職務之行為，必以行為致公司受有損害為要件，而公訴人並未舉出許金龍等簽約行為導致樂陞公司何種具體損害為主要論據（見原判決第145頁）。而謝東波不利於己之陳述不得作為許金龍、謝東波論罪之依據。

然查原判決理由先論述謝東波坦承所有犯行；許金龍亦坦承有由其個人或代表樂陞公司與沈俊經營團隊簽立TP公約與TP私約之事實，惟辯稱其行為並未對樂陞公司造成損害等語。而謝東波於偵查中以證人身分證稱：許金龍之所以會和沈俊簽一個顯然是不利於自己的合約，就我所知，沈俊應該有威脅過許金龍，許金龍如果不和他和解，他要去檢舉許金龍等語（見代號B12偵查卷第33頁反面）。惟查原判決所引謝東波上開證述倘若屬實，則許金龍未履行與沈俊之約定，自可能係被迫聽從沈俊所提交易條件所致。另參酌謝東波於原審證稱：105年3月29日簽立之TP公約第4條就FR公司付款給MTT公司方式，僅約定定期及金額由雙方合意定之，所有總對價應於同年6月30日以前支付完成，但未明定付款詳細的時程以及未按時付款的違約責任，是因為FR公司支付股款的主要來源是許金龍需要變現私募股票，時程相對來講比較不確定，所以當時擬定合約時就保留了彈性，並免除FR公司的違約責任等語；又稱：同年3月29日MTT公司與FR公司簽立之「股權轉讓協議補充協議」主要目的，就是約定如許金龍未能履行同年1月14日雙方還原交易協議書，造成時程延遲，MTT公司不可歸責於FR公司，就我所知，這是沈俊的要求，用意為免除FR公司對MTT公司的責任，這條文確實對樂陞公司比較不公平，我相信許金龍希望可以用PS公司第一季的帳面價值賣回，因此在條文上有所讓步等語（見原審卷11第230頁）。依謝東波上開證述，其已明確證稱許金龍上開行為，係不

01 利於「樂陞公司」。然原判決理由卻說明：謝東波上開證述
02 中關於「不利於自己」合約之部分，係謝東波個人之評斷，
03 且該評斷並未區分所謂「對自己不利」的合約，究竟是指「
04 許金龍個人」的私約，還是指樂陞公司的公約、協議書，或
05 者二者兼有，尚不得以謝東波之上開證詞作為不利於許金龍
06 、謝東波之認定，自難謂樂陞公司因此還原交易發生何種損
07 害等語。所為論述，不合乎經驗法則。

08 (二)法院之審判，固應以起訴之犯罪事實為範圍，但於不妨害事
09 實同一之範圍內，仍得自由認定事實，適用法律。而所謂事
10 實同一，指刑罰權所以發生之原因事實係屬同一而言，非謂
11 罪名或犯罪之構成要件同一，亦非謂全部事實均須一致。申
12 言之，起訴書所指之罪名，對於審判上無拘束之效力，祇須
13 其基本社會事實相同，縱令行為之程度有所差異，亦無礙其
14 犯罪事實之同一性，仍得自由認定事實。本案檢察官起訴書
15 犯罪事實三、(二)之6.記載：上開交易於簽立各項合約後，因
16 許金龍無法支付FR公司相關款項而持續延宕，至105年6月30
17 日止，僅收款美金832萬6,000元，占總價金6%，許金龍及謝
18 東波亦無任何處理因應措施，經財團法人中華民國證券櫃檯
19 買賣中心（下稱櫃買中心）詢問後，始於同年7月25日，與
20 FR公司簽訂「關於股權過戶時點順延至同年9月30日之補充
21 協議」；然至105年9月30日樂陞公司僅收款美金2,475萬元
22 （約占總價金28.58%），樂陞公司對外表示雙方口頭協議展
23 延交割期限至同年10月31日；惟至同年10月31日，總計樂陞
24 公司僅收到美金4,175萬元（約占總價金之48.22%）等語。
25 依此記載，顯已認定許金龍及謝東波之犯罪時間已延至同年
26 10月31日；又起訴書附表關於供述證據部分，亦引用謝東波
27 於偵查時證稱：105年6月底，樂陞公司僅收足出售PS公司股
28 權6%，卻將過戶文件交給沈俊，可在同年7月10日自行辦理
29 過戶，我認為如此對樂陞公司極為不利等語；關於非供述證
30 據部分，亦引用MTT公司與FR公司，於同年6月21日簽訂之「
31 股權轉讓協議之修正協議」文件作為證據，並說明待證事項

01 為：約定MTT公司應於同年6月30日前，將足以使標的股權（
02 即MTT公司持有之PS公司股權），轉讓予FR公司之各項文件
03 簽署完成，並交予FR公司，且文件上應載明標的股權轉讓生
04 效日期為同年7月10日，總對價之交付應於同年9月30日前完
05 成等語（見起訴書第21、30、70）。足見關於105年6月30日
06 ，樂陞公司在只收回6%款項的情形下，先行交付PS公司之過
07 戶文件等不利於許金龍及謝東波部分之事實，亦屬檢察官起
08 訴之範圍。原判決未察，逕認該部分並非起訴範圍，故無從
09 就105年6月間之行為為審判等語【見原判決第146頁(八)記載
10 】，而為有利於許金龍及謝東波之認定，亦有已受請求之事
11 項未予判決之違法。

12 (四)證券交易法第171條第2款規定：「已依本法發行有價證券
13 公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式
14 ，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損
15 害者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元
16 以上2億元以下罰金。本罪構成要件所稱之「不合營業常規
17 」，為不確定法律概念，因利益輸送或掏空公司資產之手段
18 不斷翻新，所謂「營業常規」之意涵，自應本於立法初衷，
19 參酌時空環境變遷及社會發展情況而定，不能拘泥於立法前
20 社會上已知之犯罪模式，或常見之利益輸送、掏空公司資產
21 等行為態樣。該規範之目的既在保障已依法發行有價證券公
22 司股東、債權人及社會金融秩序，則除有法令依據外，舉凡
23 公司交易之目的、價格、條件，或交易之發生，交易之實質
24 或形式，交易之處理程序等一切與交易有關之事項，從客觀
25 上觀察，倘與一般正常交易顯不相當、顯欠合理、顯不符商
26 業判斷者，即係不合營業常規，如因而致公司發生損害或致
27 生不利益，自與本罪之構成要件該當。再本罪所稱之「公司
28 重大損害」，通常雖指金錢等財物損失，且以損失金額與公
29 司規模等衡量損失是否重大，然法無明文限於金錢等有形之
30 財物損失，如對公司之商業信譽、營運、智慧財產等造成重
31 大傷害者，雖未能證明其具體金額，仍應屬對公司之損害。

01 本件起訴書指許金龍無法支付FR公司相關款項而持續延宕，
02 至105年6月30日止，僅收款美金832萬6,000元，占總價金6%
03 ，許金龍及謝東波亦無任何處理因應措施，經財團法人中華
04 民國證券櫃檯買賣中心（下稱櫃買中心）詢問後，始於同年
05 7月25日，與FR公司簽訂「關於股權過戶時點順延至9月30日
06 之補充協議」；然至同年9月30日樂陞公司僅收款美金2,475
07 萬元（約占總價金28.58%），樂陞公司對外表示雙方口頭協
08 議展延交割期限至10月31日；惟至105年10月31日，總計樂
09 陞公司僅收到美金4,175萬元（約占總價金之48.22%）。樂
10 陞公司因許○龍等之與一般交易常規不符且違背任務之行為
11 ，無法收取PS公司售回交易之美金4,483萬9,589元，並使櫃
12 買中心因「相關交易影響重大，且該交易款項業經協商展延
13 乙次至同年9月30日，惟該公司未能具體說明無法於本年第
14 三季度完成處分該轉投資之原因、相關因應措施及後續影響，
15 考量本案交易對手未來履約能力及相關款項收回與否尚具不
16 確定性，對該樂陞公司財務影響尚待觀察」等情，而公告樂
17 陞公司之普通股股票、公司債暨以其為標的之認購（售）權
18 證，應先收足款券始得辦理買賣，並暫停融資融券交易，造
19 成樂陞公司之重大損害等情。原判決亦認樂陞公司因許金龍
20 等之行為，致無法收取PS公司售回交易之美金4,483萬9,589
21 元，樂陞公司亦因此遭櫃買中心公告普通股股票、公司債之
22 認購權證，應先收足股款始得以辦理買賣，並暫停融資融券
23 交易等情（見原判決第146頁），倘所認無訛，則許金龍等
24 之行為，是否已造成樂陞公司之資金週轉失靈，營運失常，
25 商譽嚴重受損？原判決未審酌及此，卻又認許金龍等上開行
26 為尚難謂樂陞公司因此還原交易發生何種損害，而主管機關
27 對樂陞公司之處分，亦不得認與許金龍、謝東波簽訂前開公
28 、私約有直接因果關係，而為有利於許金龍、謝東波之認定
29 ，亦有違經驗法則。

30 乙、以上，或為檢察官、許金龍、李柏衡、謝東波上訴意旨所指
31 摘，或屬本院得依職權調查之事項，且該違背法令影響於事

實確定，本院無可據以裁判，應認原判決關於此部分具有撤銷發回更審之原因。

丙、鄭鵬基操縱樂陞公司股價及原判決犯罪事實伍鄭鵬基部分，因鄭鵬基上訴本院後又撤回上訴，檢察官對此則未上訴，故鄭鵬基此部分已判決確定，另原判決犯罪事實壹關於謝東波、李柏衡就樂陞公司違法私募有價證券判決無罪部分，亦已判決確定，均併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中華民國 109 年 1 月 16 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 林 勤 純

法官 王 梅 英

法官 蔡 新 毅

法官 莊 松 泉

法官 許 錦 印

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中華民國 109 年 1 月 21 日