

最高法院刑事判決

109年度台上字第5865號

03 上訴人 盧翊存（原名盧燕暉）

04 上列上訴人因違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院中華
05 民國109年9月30日第二審更審判決（107年度金上重更二字第10
06 號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署94年度偵字第11209號、95
07 年度偵字第3987、5984、11112號、96年度偵字第4213號），提
08 起上訴，本院判決如下：

09 主 文

10 上訴駁回。

11 理 由

12 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決
13 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
14 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未
15 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
16 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
17 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違
18 背法律上之程式，予以駁回。

19 二、本件原審經審理結果，認定上訴人盧翊存（原名盧燕暉）自
20 民國89年5月6日起擔任經主管機關財政部證券暨期貨管理委
21 員會（於93年7月1日改制為行政院金融監督管理委員會〈下
22 稱金管會〉證券期貨局）審查通過，股票自89年6月22日起
23 在臺灣證券交易所股份有限公司（下稱臺灣證交所）上市交
24 易買賣，係證券交易法上發行人之陞技電腦股份有限公司（
25 後改名為欣煜科技股份有限公司，下仍稱陞技公司）之負責
26 人（自94年8月起並兼任該公司總經理及財務主管），有如
27 原判決事實欄（下稱事實欄）四、五所載犯刑法第216條、
28 第215條之行使業務登載不實文書、違反證券交易法第20條
29 第2項規定而犯同法第171條第1項第1款、第179條之財務申
30 報不實（下稱財務申報不實）、同法第171條第2項、第1項
31 第2款之使公司為不利益交易且因犯罪獲取之財物或財產上
32 利益金額達新臺幣（以下未註明美金者均同）1億元以上（

下稱使公司為不利益交易而獲取1億元以上利益）、同法第171條第2項、第1項第3款之特別背信及侵占公司資產且因犯罪獲取之財物或財產上利益金額達1億元以上（下稱特別背信及侵占公司資產而獲取1億元以上利益）等犯行（其中事實欄四、五之(一)至(七)所示犯行，與孟志斌〈另案審理〉、Rajesh Bothra〈未經起訴〉、已判決確定之張品妍〈原名張訓華，英文名Jennie Chang，自91年11、12月間至92年5月14日〉及曾德翰〈英文名Vincent Tseng自92年5月15日起〉等人共犯；事實欄五之(九)所示犯行，與張品妍〈時間同上〉及曾德翰〈時間同上〉等人共犯）；及有如事實欄六所載財務申報不實、使公司為不利益交易而獲取1億元以上利益、特別背信及侵占公司資產而獲取1億元以上利益等犯行（其中事實欄六之(一)、(四)、(六)、(七)所示犯行，與孟志斌、何文傑〈通緝中〉共犯；事實欄六之(二)所示犯行，與孟志斌、何文傑、林寶湖〈通緝中〉等人共犯；事實欄六之(三)、(五)、(八)所示犯行，與孟志斌共犯）；又有如事實欄七所載犯證券交易法第171條第1項第3款之侵占公司資產、行為時洗錢防制法第9條第1項之洗錢（下稱洗錢）等犯行（與曾德翰、孟志斌共犯）；且有如事實欄八之(一)所載犯公司法第259條之非法使用公司債款、事實欄八之(二)所載陞技公司違反證券交易法第174條第1項第2款、第5款之規定，依同法第179條處罰為行為之負責人即上訴人（與曾德翰共犯）等犯行；復有如事實欄九之(一)、(二)所載犯證券交易法第179條、第171條第1項第1款及事實欄九之(三)所載犯證券交易法第174條第1項第2款與同法第171條第1項第1款等犯行（其中事實欄九之(一)、(二)所示犯行，與孟志斌、何文傑共犯；事實欄九之(三)所示犯行，與曾德翰共犯）；暨有如事實欄十之(一)、(二)所載犯證券交易法第171條第1項第1款之高買證券與散布不實資料、洗錢等犯行（其中事實欄十之(一)所示犯行，與孟志斌及已判決確定之李保良〈英文名Joash Lee、Lee Pao Liang〉共犯）；另有如事實欄十之(三)所載犯證券交易法第171條第2項、第

01 1項第1款之內線交易及洗錢等犯行明確，因而撤銷第一審關
02 於上訴人部分之科刑判決，經比較新舊法後，依接續犯、想
03 像競合犯及修正前刑法規定之牽連犯、連續犯之關係，改判
04 仍從一重論處上訴人共同連續犯使公司為不利益交易而獲取
05 1億元以上利益罪刑（依刑事妥速審判法第7條規定減輕其刑
06 ），併諭知罰金如易服勞役，以罰金總額與6個月之日數比
07 例折算暨相關沒收之宣告及追徵。已詳述其所憑證據及認定
08 之理由。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按。

09 三、上訴人上訴理由略以：

10 (一)、證人張繼霖、葉永麗、高又明、楊建源、馬國柱、吳昭德、
11 許伯彥、王雅如、江彥慧、辜素梅、蔡曉芃、胡立三、陳榮
12 華、李存修等人（以上14人，下稱張繼霖等14人）之法務部
13 調查局（下稱調查局）調查員詢問筆錄均係被告以外之人於
14 審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。又蔡曉
15 芃等人於調查局調查員詢問及檢察官偵訊時所繪製之陞技公
16 司與Sky Glory Technology Ltd.（中文名「天毅科技有限
17 公司」，下稱Sky Glory公司）等紙上公司資金流向圖，亦
18 非具有機械性之例行性職務所做成之特信性文書，原判決遽
19 採為上訴人論罪科刑之依據，卻未就上開調查員詢問筆錄及
20 手繪資金流向圖，究如何具備法定例外之不可代替性條件或
21 符合特信性文書而具有證據能力之主、客觀狀況，具體敘明
22 其認定之依據，自與證據法則有違。

23 (二)、卷附臺灣證交所94年3月16日臺證密字第0940100698號函及
24 金管會95年2月13日金管檢七字第0950162026號函均係針對
25 本件所製作之函文，亦屬被告以外之人於審判外之書面陳述
26 ，不具通常性業務文書之性質。原判決以證人陳梅芳、許國
27 勝及蔡文賓於原審更一審審理時，就上開函文內容均以證人
28 身分到庭具結證述明確而認定有證據能力。惟上開證人於原
29 審更一審審理時所證述之內容，固有引用臺灣證交所94年3
30 月16日臺證密字第0940100698號函之內容者，亦有依憑各該
31 證人自行判斷所為之意見陳述或推測之詞，原判決逕認定兩

者皆有證據能力，亦有欠當。

(三)、又卷附偵查中以96年保字第2219號為扣押保管案號者，係「95年3月3日搜索子午傳播公司（即子午傳播有限公司簡稱，下同）所得扣押物」，惟觀諸卷內相關扣押資料，當日進行搜索扣押時，僅記載現場查扣證物共19箱，並未依法製作收據及詳記扣押物名目，付與所有人、持有人或保管人，該扣押程序顯有瑕疵，致使當日扣押19箱證物之內容物無從確認特定，並擔保該內容物之同一性，依法該扣押物應無證據能力。何況調查局承辦人員嗣後就該19箱扣押物辦理相關啟封、確認並記載扣押物名稱及進行彙整編號等程序時，亦未通知上訴人或辯護人、其他公正機關人員在場會同辦理。故卷內該「95年3月3日搜索子午傳播公司所得扣押物」因扣押程序及後續啟封、彙整編號之過程顯有重大瑕疵，致無法認定該扣押內容物與卷內所載示之證據是否確屬相同？從而基於「毒樹之果實」理論，共同被告曾德翰、張品妍、郭秀妍、李保良、徐紹澧，及證人辜素梅、楊建源等人於偵查中基於檢察官提示上開「95年3月3日搜索子午傳播公司所得扣押物」後所為之供述及證詞，依法亦無證據能力。原判決仍逕引用作為上訴人本件犯行之證據，容有欠妥。

(四)、就第一審判決說明上訴人應不另為無罪諭知部分（即第一審判決理由欄乙、貳、四(一)至(五)所載），經上訴人及檢察官皆提起第二審上訴，原審更審前固撤銷第一審關於上訴人部分之判決，然仍維持第一審所為該不另為無罪諭知部分之判決。上訴人不服提起第三審上訴，經最高法院以104年度台上字第1003號判決撤銷該第二審判決發回原審法院更為審理。因檢察官並未對於該原審更審前之判決提起第三審上訴，是關於第二審維持第一審對上訴人不另為無罪諭知部分之判決應即告確定。惟原審更一審判決仍就該已確定之不另為無罪諭知部分，再行審理，復為不另為無罪諭知之判決，自有不當。

(五)、事實欄四、五所載犯行部分：

- 01 1. 原判決既認陞技公司並無真正交易行為，則與實務上所謂使
02 公司為不利益交易罪，係指有真實交易但屬不合營業常規之
03 情形不符，原判決論上訴人以該罪名，已有不當。又原判決
04 並未明確認定上訴人於何時、何地、如何利用陞技公司名義
05 ，以顯不相當之價格、條件與事實欄四所載之各該進貨端公
06 司及銷貨端公司（詳見原判決第6頁所載）完成交易，致陞
07 技公司發生重大損害之事實，且於理由欄參之三，固說明上
08 訴人從事虛偽循環交易、虛增營業數額與盈餘，使陞技公司
09 受有重大損害之事實明確等語，然並未具體敘明其如何認定
10 致使陞技公司發生重大損害之依據，遽論處使公司為不利益
11 交易而獲取1億元以上利益罪刑，亦有判決理由不備之違誤
12 。
- 13 2. 原判決事實欄並未記載上訴人此部分犯罪所得達1億元以上
14 ，理由亦未說明如何利用上開虛偽循環交易行為而有犯罪所
15 得，且金額達1億元以上之依據，已有失當。況原判決既認
16 上訴人為事實欄四、五所載犯行之目的，在於避免陞技公司
17 因業績衰退導致信用受損、資金調度困難及投資人喪失信心
18 等情，足見上訴人並無使公司發生損害或不利益之意圖，顯
19 與證券交易法規定處罰使公司為不利益交易行為之立法目的
20 不相符合，原判決遽論上訴人以使公司為不利益交易而獲取
21 1億元以上利益罪，殊有可議。
- 22 3. 關於事實欄五之(一)至(四)部分，認定上訴人以陞技公司名義與
23 事實欄四所載各該進貨端公司及銷貨端公司為虛偽循環交易
24 ，使各該公司因而獲利。然上訴人僅係該等公司之負責人，
25 原判決將該等公司獲利認定係上訴人犯罪所得並已達1億元
26 以上，而論以使公司為不利益交易而獲取1億元以上利益罪
27 ，實有欠當。又關於事實欄五之(八)部分，上訴人雖有指示陳
28 怡沁、孟志達自Top Rise Technology Ltd.公司（中文名「
29 衡昇科技有限公司」，下稱Top Rise公司，為進貨端公司之
30 一）所有香港匯豐銀行之帳戶匯出美金269萬9,823.91元，
31 然仍屬陞技公司與Top Rise公司間虛偽循環交易所支付之貨

01 款。陞技公司縱因而受有損害，亦非屬上訴人之犯罪所得，
02 且該筆款項既係陞技公司匯予Top Rise公司，已屬Top Rise
03 公司所有，上訴人指示陳怡沁、孟志達匯出，亦僅係上訴人
04 與Top Rise公司間之財務關係，原判決逕認該筆美金款項亦
05 係上訴人以陞技公司名義為非常規交易行為之犯罪所得，殊
06 有欠當。

07 (六)、事實欄六部分：

08 上訴人係分別以Timerwell Techonology Holdings Limited
09 (中文名稱「騰蒙國際控股有限公司」，簡稱TTHL公司，係
10 陞技公司透過百分之百持股之英屬維京群島子公司〈BVI〉
11 Treasure World Holdings Inc. 轉投資成立於Cayman，嗣
12 於94年初更名為Avixe Techonology Holdings Limited，中
13 文名稱改為「弘元科技控股有限公司」，簡稱ATHL，以下仍
14 以TTHL公司稱之，總管陞技公司所經營之電子零組件通路部
15 門業務)及True Grace公司(為陞技公司透過TTHL公司、
16 Luxury〈原判決誤載為Luxary，見原判決附圖一所示〉
17 World公司間接轉投資者)名義為非常規交易行為，然TTHL
18 公司及True Grace公司是否為依我國公司法所設立之組織，
19 並已依證券交易法規定發行有價證券之股份有限公司，原判
20 決均未說明所憑之依據，即就此部分論處上訴人以上開罪刑
21 ，顯有可議；況依事實欄六所載既認定上訴人係分別以紙上
22 公司與TTHL公司及True Grace公司進行交易，縱因而受有損
23 害或獲得利益，亦係該等紙上公司，原判決認定陞技公司因
24 而受有損害，已有誤會；且縱認該等紙上公司因此部分交易
25 使陞技公司受有損害，亦非上訴人之犯罪所得。原判決逕將
26 陞技公司上開所受損害認係上訴人之犯罪所得並達1億元以
27 上，而論處使公司為不利益交易而獲取1億元以上利益罪刑
28 ，同有不當。

29 (七)、事實欄十之(一)部分：

- 30 1.原判決認定上訴人意圖拉抬陞技公司股價，連續大量以高價
31 買進陞技公司股票等情，然於理由卻未說明上訴人之行為如

何與證券交易法第155條第1項所列各款之操縱股價行為相當，即論以同法第171條第1項第1款之罪刑，顯有違誤。且原判決事實既未認定上訴人如何誘導他人為交易之積極行為，理由亦未具體說明於上訴人委由李保良購買陞技公司股票期間，其他不知情之投資人買進股票如何均係受上訴人誘導，及陞技公司當時股價是否因上訴人購買股票之單一因素而有波動所憑之依據。且究竟係以「高於平均買價」或「接近最高買價」買進，其價格為何？均有不明，則是否已該當證券交易法第155條第4款所規定之「高價」？自非無疑，原判決逕論上訴人以上開罪刑，亦有理由不備之違法。

2. 又依原審認定之價格比較表，其中以92年6月9日為例，係以該日各筆成交價8.9、9.15、9.25、9.3、9.35、9.4元為比較之基礎，但此種成交價格實已忽視主觀意思之「委託價格」，且「委託價格」中亦有所謂之「市價委託」之情形，尤其是在每筆委託張數達500張之情形下，係較易因價格優先、時間優先等因素而成交。從而，成交價係無法忠實反應委託當時之主觀意思，原判決因以成交價為比較之基準，始得出「有逐步拉抬股價的情形」的結論，惟是否逐步拉抬股價，實應以「委託價格」為考量之基準，且如有以漲停價委託之情形者，亦應考量是否有「市價委託」，然原判決未考量及此，遽為上開論斷，殊有欠妥。

(八)、事實欄十之(二)部分：

原判決以上訴人利用媒體及陞技公司更新財務預測，散布不實獲利訊息操縱股價，而認定「陞技公司股票股價隨即受前述調高財務預測之利多消息影響，由93年9月7日每股14.7元收盤價，一路上漲到同年9月17日每股15.8元收盤價，同年9月14日，盤中更因前述消息影響而上漲到每股16.8元之成交價」云云，然理由卻未見台灣證交所93年9月7日至同年9月17日之股票分析意見書；又事實欄十之(一)、(二)所稱前後兩次散布虛偽不實資料部分，一者為92年7月間，另為93年9月14日，二者相差達1年之久，且前者所生之意圖拉抬陞技公司

股票價格的時間為92年6月9、10、11日等3個交易日，而後者操縱股價的時間則為93年9月7日至同年9月17日，不僅方法不同，即所犯法條亦異，犯罪時間又相差達1年之久，原判決在無證據佐證下，恣意認定上訴人係接續犯及修正廢止前之連續犯，並據以論處，實有認事用法不依證據及理由欠備之違法。

(九)、事實欄十之(三)部分：

原判決既認定上訴人所出售此部分之陞技公司股票，係 Invision International Ltd. (下稱 Invision 公司，為上訴人實際掌控) 與 Daring Win Developments Ltd. (下稱 Daring Win 公司，係上訴人以每月5萬元之代價聘請已判決確定之國小同學李中琳〈英文名 David Lee、Lee Chong Lin〉掛名擔任公司負責人) 所有，則賣出股票之所得自應歸該兩公司。原判決逕認定上開賣出之股票所得係上訴人犯罪所得，而論上訴人以證券交易法第171條第2項、第1項第1款之內線交易罪，卻未說明其認定之依據，已有不當。況原判決於理由內亦未說明究係以犯罪行為既遂、結果發生時或立法意旨所示以行為人買賣之股數與消息公開後價格漲跌之變化幅度差額計算之，或以與重大消息公開後10個營業日收盤平均價格之差額，為其計算犯罪所得所憑之依據，容有理由不備之違誤。

(十)、原判決以差額說計算上訴人因犯罪獲取之財物或財產上之利益（上訴理由狀誤載為「犯罪所得」），卻未扣除手續費、證券交易稅或稅捐等必要之成本，亦與證券交易法第171條第2項之構成要件有違，適用法則顯有不當云云。

四、證據能力部分：

(一)、被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，為傳聞證據，因與直接、言詞及公開審理之原則相悖，除法律有規定者外，原則上固不得作為證據。惟被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必

要者，得為證據，刑事訴訟法第159條之2亦有明文。本件原判決關於證人張繼霖等14人於調查局調查員詢問時所為之陳述，雖與渠等嗣於第一審或原審審理時之證述不盡一致，但如何具有較可信之特別情況及為證明犯罪事實存否所必要，而符合刑事訴訟法第159條之2傳聞法則之例外規定，皆具有證據能力乙節，業已說明甚詳。核其論斷，於法尚屬無違。上訴意旨(一)關於此部分，任意指摘原判決上開部分採證違法，依上述說明，要非適法之第三審上訴理由。

(二)、刑事訴訟法第159條之4第2款規定：除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，得為證據。係考量該類文書本身之「公示性」及「例行性」等特性，且製作當下尚難認有預見日後會提供作為證據之偽造動機，足以擔保其可信性，其偽造之可能性較低，故立法例外承認除其顯有不可信之消極情況條件外，原則上具有證據能力。原判決已說明：卷附臺灣證交所94年3月16日臺證密字第0940100698號函及金管會95年2月13日金管檢七字第0950162026號函，固均屬被告以外之人於審判外之書面陳述，且均不具有通常性業務文書之性質，原則上不具有證據能力，然因證人即各該函文資料之製作人（即臺灣證交所人員）陳梅芳及（即金管會人員）許國勝、蔡文賓於原審更一審審理時均以證人身分到庭就上開書面陳述內容具結證述在卷，是就上開書面陳述之內容，經其等到庭證述詰問後，已屬陳梅芳、許國勝及蔡文賓於原審更一審審理時之言詞證述，而具有證據能力；另卷內蔡曉芄等人於調查局調查員詢問及檢察官偵訊時手繪之陞技公司與Sky Glory等紙上公司資金流向圖，依蔡曉芄於第一審之證述，係從事業務之蔡曉芄於業務上所須製作之紀錄文書，屬機械性之記載，亦無預見日後可能會提供作為證據之跡象，其虛偽可能性小，亦無顯不可信之情狀，如何符合刑事訴訟法第159條之4第2款規定之業務文書而有證據能力等旨，則原判決縱未逐項說明上開函文，何者屬傳聞證據之書面陳述，何者屬上開

證人證述，並予引用，即無不合。上訴意旨(一)關於此部分及上訴意旨(二)置原判決上開明確論斷於不顧，任意就原審對於證據能力暨證明力之適法論斷說明，漫加爭執，依上述說明，亦非合法之第三審上訴理由。

(三)、扣押，乃取得可為證據或得沒收之物之占有而為之強制處分，以本其決定實施扣押之意思而為執行，即生效果。因此，扣押之意思已向扣押物之所有人、持有人或保管人表示，並將應行扣押之物移入公權力支配之下，其扣押行為即屬完成，該扣押物於此時在法律上應認為已由國家機關占有中。至於扣押後，該有權實施扣押之人員有無依刑事訴訟法第139條規定，製作收據，詳記扣押物之名目，付與所有人、持有人或保管人，並對扣押物加封緘或其他標識，由扣押之機關或公務員蓋印，以及有無依同法第140條規定為適當之看守、保管等，均係扣押行為完成後之處置程序，非屬扣押之生效要件。原判決已說明「95年3月3日子午傳播公司扣押物」係經檢察官依法向法院聲請核發搜索票執行搜索所得，並無違法搜索情事，雖扣押物品目錄表僅記載相關證物19箱，但已供在場之子午傳播公司負責人曾世達於該扣押筆錄簽名確認，縱使嗣後經調查局承辦調查員等人依檢察官指示啟封勘驗，補製作詳細扣押物品目錄表時，上訴人及相關人員未陪同在場，依上開說明，亦不影響先前搜索、扣押程序之合法性。況於偵查中，承辦之調查局調查員於詢問同案被告曾德翰、張品妍、郭秀妍、李保良、徐紹澧及證人辜素梅、楊建源等人時，經提示上開扣押物供其等辨認，上開同案被告及證人亦皆未質疑上揭扣押證物之同一性，因認上開搜索扣押所得之物均得作為物證而有證據能力，亦無毒樹果實理論適用可言，上訴人及其辯護人主張上開「95年3月3日子午傳播公司扣押物」之搜索、扣押違反正當法律程序，該扣押物不得採為證據云云，並無可採等旨綦詳，經核並無不合。上訴意旨(三)所云，顯係置原判決上開對於證據取捨之明確論斷說明於不顧，泛謂上開扣押物及前開證人等據此所為之證述均

無證據能力云云，而任意指摘原判決採證不當，依上開說明，自非上訴第三審之適法理由。

五、按犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院自由判斷之職權，如其證據取捨不違背經驗法則與論理法則，並已詳述其取捨證據及得心證之理由者，即不得任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。原判決係綜合全案辯論意旨及調查證據所得，依憑上訴人在偵查及法院審理時所為不利於己之供述（其中上訴人對事實欄八所載部分犯行坦承不諱），證人（即同案被告）曾德翰、徐紹澧、張品妍、郭秀妍、李保良、李中琳，及證人陳梅芳、許國勝、蔡文賓、（即陞技公司董事兼總經理）林文忠、（即與陞技公司子公司TTHL業務往來之鼎容股份有限公司總經理兼董事長）鄧雲台、（即凱宏航空貨運承攬股份有限公司〈下稱凱宏公司〉總經理）張繼霖、（凱宏公司客服部經理）王雅如、（即凱宏公司香港分公司飛裕股份有限公司〈英文名Deltamax Freight Service【HK】Ltd.，下稱飛裕公司〉空運部經理）植治源（英文名Kelvin）、（即飛裕公司總經理）葉永麗、（即陞技公司採購專員）高又明、（即陞技公司業務支援課管理師）江彥慧（英文名Cyndi）、（即陞技公司財務部主管助理）蔡曉芃、林家榆、（即上訴人配偶）韓雅涵、（即陞技公司獨立監察人）李存修、（即陞技公司法務長）楊建源（原名楊建元）、（即陞技公司前後任簽證查核會計師）陳榮華、陳嘉修、馬國柱、吳昭德、胡立三、許伯彥、（即國際通商法律事務所員工）黃佳真、（即楊建源胞妹）楊逸萱、（即陞技公司財務經理）辜素梅、（即亞洲證券股份有限公司職員）曹聖恩、（即金主及借用之人頭）顏文香、丁士奎、王世雄、秦若蔚、陳建忠、（即統一綜合證券股份有限公司〈下稱統一證券公司〉承銷部人員）郭靜芬、（即統一證券公司法部副理）張振玉、（即統一證券公司營業員）劉靜蓉分別於偵查、第一審及原審所為不利於上訴人之證述，佐以卷附如原判決第46、47、50、56至61、

66至69、71至77、80至89頁所載之相關證據資料，並說明依卷內證據資料顯示：(1)、陞技公司與如原判決第5、6頁所載在香港設立均未實際營業之紙上公司（含進貨端及銷貨端等公司）所為之交易，不僅與陞技公司內部採購及銷售流程不符，且進、出口貨物之公司雖名稱不同，然各該公司在香港地區之地址卻均相同，且同一貨物反覆進、出口，甚而係由陞技公司在香港之子公司TTHL所操作，經會計師前赴國外查核結果，陞技公司確有虛偽循環交易之情事。參以同案被告曾德翰於原審更審前審理時坦承如事實欄四、五之(一)至(七)所載確為虛偽循環交易等情無訛。因認陞技公司如事實欄四、五之(一)至(七)所載確為虛偽不實且不合營業常規之交易。又上訴人於事實欄五之(八)所載時、地，指示TTHL子公司之陳怡沁及孟志達將前開所設立之紙上公司即Top Rise公司所有香港匯豐銀行帳戶內部分款項，匯至上訴人及其不知情之配偶韓雅涵與李保良、李中琳之帳戶內，使陞技公司該部分循環交易貨款無法沖帳而受有損害，上訴人既將上開公司資產匯入其所掌控之私人帳戶內，足認其確有此部分侵占公司資產入己之犯行至明。且如事實欄五之(八)1.至8.所示匯入前開上訴人所掌控之銀行帳戶，上開金額即均為上訴人事實上具有處分權限，而得實際支配使用，其侵占之金額共計美金269萬9,823.91元（依92、93年平均匯率34.4180元、33.422元換算，合計為9,182萬7,071元）。上訴人既明知事實欄四、五之(一)至(七)所載交易均係虛偽不實，仍將該等不實內容記載於公司每季與年度會計憑證、帳冊及財務報告等，並提出於主管機關及在股東會上提案通過該財務報告承認案。因認上訴人此部分確有填製不實會計憑證、帳冊與編製內容不實之財務報告並進而行使之主觀犯意及客觀犯行。另證券交易法第171條第1項第2款所規定之「不合營業常規」，為不確定法律概念，其規範目的既在保障已依法發行有價證券公司之股東、債權人及社會金融秩序，則除有法令依據外，舉凡公司交易之目的、價格、條件，或交易之發生，交易之實質或形

式，交易之處理程序等一切與交易有關之事項，從客觀上觀察，倘與一般正常交易明顯不相當、欠合理、不符商業判斷者，即屬不合營業常規，如因而致公司發生損害或致生不利益，自與本罪之構成要件該當。至同款所稱「致公司遭受重大損害」，不限於金錢等有形之財物損失，亦包含公司之商譽、營運、智慧財產等無形之資產損失，雖未能證明此部分之具體金額，仍屬對公司之損害。是上訴人確實有使陞技公司從事如事實欄四、五所載以虛偽循環交易方式，合計於財務報告上虛增進貨金額達326億1,371萬8,000元、銷貨金額達321億7,931萬9,000元，以致該公司歷次財務報告嚴重失真，無法呈現陞技公司真實財務狀況，嚴重影響投資大眾判斷，且因安排假交易造成陞技公司負擔巨額報關及運送費用，自足生損害於陞技公司。故上訴人此等以虛偽循環交易、虛增營業數額與盈餘，使陞技公司為不合營業常規且不利益之交易，並因而受有重大損害，自該當上開犯罪構成要件，其並因此從中侵占公司資產，且有行使業務登載不實及財務申報不實等犯行至明。(2)、紙上公司Effective Scores Ltd. (下稱E-S公司，李中琳掛名負責人)於91年9月18日之資本額僅美金330萬元，然何文傑於91年10月間提出評估報告時，竟虛載該公司價值高漲至美金4,500萬元，上訴人即於事實欄六之(一)所載時、地，使陞技(子)公司TTHL公司以此無端膨脹之價額高價併購E-S公司，足見上訴人與孟志斌、何文傑等人以此方式，虛偽膨脹E-S公司之價值而予以購併，上訴人主觀上確有基於使公司為不利益交易之意圖。而此部分犯行之犯罪所得為美金3,670萬元(依91年平均匯率34.575元計算折合新臺幣12億6,890萬2,500元)，因此筆款項係匯至上訴人所掌控使用之李中琳帳戶內，是其對於該筆犯罪所得自具有事實上處分權限甚明。關於事實欄六之(二)所載部分，上訴人、孟志斌與何文傑等人為將持有陞技公司海外轉投資資產美金5,946萬5,870元之子公司True Grace公司，出售予上訴人掌控實際上無付款意願之紙上公司Multiple

Distribution公司，使該公司佯以票據支付價金，嗣該公司置票款債務不理，是上訴人確有以上開方式為不合營業常規且不利益於陞技公司之不實交易，致陞技公司受有美金5,946萬5,870元之重大損害（此部分僅屬帳面上海外資產之移轉處理，上訴人所為屬形式上使公司為不利益交易，致公司減損帳面上資產達美金5,946萬5,870元，但並無實際獲取不法利益，無犯罪所得），且在陞技公司94年度第一季財務報告上虛偽記載Ace Pinnacle公司價值為美金2,841萬4,000元之行為至明。事實欄六之(三)所載部分，Score SA公司前評估70.5%股權交易僅美金2,000萬元，該公司尚需TTHL公司提供美金15萬元貸款作為公司營運之用。嗣後Score SA公司評估報告中，卻顯示該公司70.5%股權價值竟膨脹至美金7,500萬元，致令陞技（子）公司TTHL公司出高價向擁有Score SA公司股權之Apex Venture公司購買股權，顯屬使公司為不合營業常規之不利益交易，因而使陞技公司帳面上資產減損達美金2,760萬元，且所轉投資之美金5,000萬元亦損失殆盡，此次交易確屬不合營業常規之不利益交易，並使陞技公司受有重大損害甚明（此部分亦列為陞技公司投資損失，上訴人無犯罪所得）。事實欄六之(五)、(六)所載部分，上訴人擅將陞技公司國內資金匯至陞技公司於開曼群島轉投資成立之TTHL公司及（Cayman）Rolly Techonology Holdings Limited 帳戶，再以「支付貨款」名義，匯到海外紙上公司後，轉匯回給其個人使用，並偽造銷貨紀錄，以「應收帳款」登帳，而將其中美金5,000萬元侵占入己，及利用TTHL公司融通資金美金3,570萬元予E-S公司，顯為不合營業常規交易，使陞技公司受有損害，並將美金3,570萬元予以侵占入己。故上訴人與孟志斌等其他共犯此部分犯罪所得為美金5,000萬元（依94年平均匯率32.167元換算，折合新臺幣16億835萬元）及利用TTHL公司融通資金予E-S公司之美金3,570萬元（依93年平均匯率33.422元換算，為新臺幣11億9,316萬5,400元）。事實欄六之(八)所載部分，上訴人明知

01 TTHL公司因資產遭淘空致股權無價值，仍由其所操控之紙上
02 公司將無價值之TTHL公司股權（202萬5,869股股權，交易價
03 格為每股美金0.6元，交易總金額為美金121萬5,521元）賣
04 回給TTHL公司，使陞技公司因子公司從事上開不合營業常規
05 之不利益交易，受有重大損害，且此部分所得資金均匯入上
06 訴人實際掌握使用之帳戶內，因而取得上開犯罪所得，並具
07 有事實上處分權限（依95年平均匯率32.531元換算，折合新
08 臺幣3,954萬2,114元）。又上訴人就事實欄六所載部分，係
09 以假交易挪移海外資產，將TTHL公司名下陞技公司所有資產
10 資金匯至預設之Manley Ltd等紙上公司，再輾轉匯至新加坡
11 、香港供上訴人使用，並於帳冊、報表虛偽登載TTHL公司因
12 銷貨而有應收帳款（帳冊上隱匿TTHL公司名下資金），嗣再
13 全數認列呆帳損失而銷帳，使陞技公司實際受有重大損害，
14 已該當證券交易法第171條第1項第2款之不合常規之不利益
15 交易罪構成要件至明。至該法條所規範之「公司」，固指已
16 依該法發行有價證券之公司而言。然依該罪之立法、修法背
17 景，係著眼於多起公開發行公司負責人及內部相關人員，利
18 用職務為利益輸送、掏空公司資產，嚴重影響企業經營，損
19 害廣大投資人權益及證券市場安定。考量利益輸送或掏空公
20 司資產手法日新月異，於解釋該罪「以直接或間接方式，使
21 公司為不利益交易，且不合營業常規」要件時，應重其實質
22 內涵，不應拘泥於形式，並為增加上市、上櫃公司財務資訊
23 透明度，依證券交易法第36條、公司法第369條之12、證券
24 發行人財務報告編製準則第7條等規定，上市、上櫃公司（
25 控制公司）應將其子公司（從屬公司）納入其合併財務報告
26 並依法申報、公告，以利投資人了解其整體財務狀況及營運
27 績效。是就投資人而言，上市、上櫃公司之從屬子公司，其
28 營運及財務損益結果，與其上市櫃之控制公司，具實質一體
29 性。如控制公司對從屬子公司之營運、財務等決策，具實質
30 控制權，且控制公司行為之負責人，故意使從屬子公司為不
31 利益交易，以達利益輸送或掏空公司目的，因該從屬子公司

獨立性薄弱，形同控制公司之內部單位，雖以從屬子公司名義所為不利益交易，實與控制公司以自己名義為不利益交易者無異。應認構成證券交易法第171條第1項第2款以直接或間接方式，使公司為不利益交易罪，方足保護廣大投資人權益及健全證券市場交易秩序。本件陞技公司直接或間接持有TTHL、Luxury World及E-S等公司股份幾近100%，且上開交易均由上訴人實質控制、主導，故上訴人為上開不合常規之交易，使陞技公司受有損害，核與證券交易法第171條第1項第2款之構成要件相符。(3)、事實欄十(一)部分，依臺灣證交所股票交易分析意見書附件14、15(SRB545)、附件6(SRB321)、附件11(SRB630)及其他相關證據資料，顯示92年4月、5月間，國內SARS疫情影響投資人信心，陞技公司股價一度跌至每股6.85元，迄92年6月2日之交易收盤價每股僅為8.05元。上訴人為護盤陞技公司股價，遂挪用陞技公司對於TTHL公司之增資款項美金100萬元，匯入其所掌控之Invision公司在高盛國際有限公司(英文名Goldman Sach's International Ltd.，下稱高盛公司)開立之帳戶侵占入己後，與孟志斌共同指示李保良併同上訴人自有資金與高盛公司進行交易，經由高盛公司在臺灣之外國人投資帳戶(QFII)名義，接續於92年6月9、10、11日等3個交易日，再連續以漲停之高價，集中大量買入陞技公司股票，使陞技公司之成交价格連續3天漲停，收盤價由每股8.75元拉升至每股10.75元，漲幅達22.86%，顯有透過高盛公司於上開3日購買陞技公司股票，影響股價之情形，由於陞技公司當時已經營不善，甚或需從事本件事實欄四、五所載之虛偽循環交易以穩定投資人信心之際，發佈預測全年營收收入浮誇至112億元之不實利多資料，致使陞技公司股價於92年7月25日漲至每股17.6元，顯然確有抬高陞技公司股價之主觀犯意。且係以「高於平均買價」、「接近最高買價」、「當日最高價」之方式意圖拉抬陞技公司股票交易價格，及造成該股票交易活絡之表象，自係該當證券交易法第155條第1項第4款所謂「

以高價買入」之要件（即買入價格與市場之買方價格相較已屬高價）。另事實欄十之(三)所載部分，上訴人利用在陞技公司從事前述虛偽循環交易、財務申報不實、掏空公司等不法情事之內線消息公開前，知悉主管機關已開始介入調查，為免消息公開蒙受損失，賣出陞技公司股票，獲取鉅額不法利益，所賣出股票均係藉其他外資法人（Invision公司、Daring Win公司）名義持有，並以事實欄十之(三)所載之方式指示下單賣出，所得先在證券帳戶內結算，再匯至其於匯豐銀行私人帳戶及其所掌控之Daring Win公司設於香港匯豐銀行帳戶內，自該當證券交易法第171條第2項、第1項第1款之內線交易行為。復以上訴人買賣之股數與消息公開後價格漲跌之變化幅度差額計算，或以與重大消息公開後10個營業日收盤平均價格之差額，計算其犯罪所得。亦即證券交易法第171條第1項之內線交易犯行所獲取之財物或財產上利益總額之計算，係採取差額說。而「（同法條第7項規定）應沒收之犯罪所得」，則依105年7月1日施行之刑法第38條之1第1項之立法意旨，基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不論成本、利潤均應沒收。故此部分內線交易因而獲取之財物及財產上利益金額之總額為2億6,942萬8,831元。並將證券交易稅、券商手續費等成本一併記入所應沒收之犯罪所得內，共計為2億7,062萬6,352元等情（見原判決第128頁第20行至第134頁第20行），足見上訴人係從虛偽循環交易之規劃開始，進而規劃虛偽應付帳款、應收帳款之資金流向，從事使公司不利益交易之違背任務行為，並侵占公司資產，致公司遭受重大損害或使自己實際獲得不法利得之處分權限，且非法使用公司債款，散佈不實訊息，高買公司股票，以拉抬公司股價，並在公司從事虛偽循環交易、財務申報不實、侵占公司資產等不法情事內線消息公開前，從事內線交易行為至明，而認定上訴人有事實欄四至十所載之連續行使偽造業務登載不實文書、連續內線交易、連續財務申報不實、連續使公司為不利益交易、連續侵占公司資產、連續特

別背信、連續洗錢與公司法第259條之非法使用公司債款、證券交易法第179條、第174條第1項第2款之散布虛偽記載事項、證券交易法第179條、第174條第1項第5款之罪及證券交易法第171條第1項第1款之高買證券等犯行，已載敘所憑之證據及憑以認定之理由。另就上訴人否認犯行（除事實欄八所載犯行外）所執各詞及其辯護人於原審為其所辯各情，何以均係卸責之詞而不足以採信，亦已依據卷內資料，詳加指駁及說明。核其所為論斷，尚與論理及經驗法則無違，上訴意旨(五)至(九)關於此部分所云，無非徒憑己見，對於原審上揭採證認事職權之適法行使，任意指為違法，並就原判決已明確論斷說明之事項，再事爭論，依上述說明，自非合法之第三審上訴理由。

六、89年7月19日修正公布之證券交易法第171條第1項第2款規定之不合營業常規交易罪，其所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，只要形式上具有交易行為之外觀，實質上對公司不利益，而與一般常規交易顯不相當，其犯罪即屬成立。以交易行為為手段之利益輸送、掏空公司資產等行為，固屬之，在以行詐欺及背信為目的，徒具交易形式，實質並無交易之虛假行為，因其惡性尤甚於有實際交易而不合營業常規之犯罪，自亦屬該條所謂不合營業常規之範疇。不因立法者為期法律適用之明確，另於93年4月28日修正時明文增訂本條項第3款之公司董事、監察人及經理人背信、侵占罪，即認虛假交易行為非屬本條款之不合營業常規交易罪。原判決已敘明：上訴人既以上開不合營業常規之交易，使陞技公司遭受重大損害，因而認定上訴人共同違反上開證券交易法等罪，殊難認有何上訴意旨(五)之1.所指適用法則不當之違失，自不得據為提起第三審上訴之適法理由。

七、刑事被告之上訴，以受不利益之判決，為求自己利益起見請求救濟者，方得為之，若非為自己之利益上訴，其上訴即非適法。原判決認上訴人所犯各罪有接續犯（實質上一罪關係）及刑法修正前連續犯之裁判上一罪關係，顯較該數罪應併

01 合處罰者有利於上訴人。上訴意旨(八)認原判決事實欄十之(二)
02 所載犯行不得依連續犯及接續犯論處，無異為自己之不利益
03 提起上訴，自非法之所許。又上訴意旨(四)主張原判決不另為
04 無罪諭知部分（即第一審判決理由乙、貳、四(一)至(五)所載）
05 ，業經原審更審前仍維持第一審所為不另為無罪諭知之判決
06 ，因檢察官並未對於該部分判決提起第三審上訴，是該部分
07 判決應即告確定。惟原審更一審判決仍就該已確定之不另為
08 無罪諭知部分，再行審理，且仍不另為無罪之諭知，顯有不
09 當云云，要非求為更有利於己之判決，與上訴之本質不符，
10 亦非第三審上訴之合法理由。

11 八、證券交易法第171條第1項第1款、第2項之內線交易罪，因犯
12 罪獲取之財物或財產上利益之計算方法，應視行為人已實現
13 或未實現利得而定。前者，以前後交易股價之差額乘以股數
14 計算之（即「實際所得法」）；後者，以行為人買入（或賣
15 出）股票之價格，與消息公開後10個營業日收盤平均價格之
16 差額，乘以股數計算之（即「擬制所得法」）。而計算前開
17 犯罪利得範圍，應扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費
18 成本，此為本院最近統一之法律見解。原判決已於理由說明
19 ：證券交易法第171條第2項「因犯罪獲取之財物或財產上利
20 益金額達新臺幣1億元以上」，因對金融交易秩序危害較為
21 嚴重，有加重處罰必要所為之加重處罰要件，與共同正犯個
22 人實際犯罪所得諭知沒收或發還等剝奪犯罪行為人犯罪利得
23 為不同之性質及概念。是上訴人就本件連續犯證券交易法第
24 171條第2項、第1項第2款之罪，自應以整體所獲取之財物或
25 財產上利益計算有無達1億元以上，與其附表所示之諭知沒
26 收，係上訴人個人所獲得（應沒收之）犯罪所得尚有差異。
27 準此，計算同條第1項內線交易「因犯罪獲取之財物或財產
28 上利益」，係採「差額說」，即應扣除買入股票之成本，包
29 括股價、證券交易稅與手續費等必要成本等旨（見原判決第
30 90頁第17行至第93頁第28行、第125頁及其附表）。上訴意
31 旨(十)所云其「因犯罪獲取之財物或財產上利益」未予扣除證

01 券交易稅與手續費等必要成本云云，揆諸上開說明，顯有誤
02 解，容非上訴第三審之適法理由。

03 九、至上訴人其餘上訴意旨，均非依據卷內訴訟資料具體指摘原
04 判決不適用何種法則或如何適用不當，而仍執相同之辯詞就
05 原審採證認事職權之適法行使，及原判決已明確論斷說明之
06 事項，再為不同之評價，或就其有無本件被訴上開違反證券
07 交易法等罪之單純事實，暨其他不影響於判決結果之枝節性
08 問題，重為爭執，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法
09 情形不相適合，揆之首揭說明，上訴人關於前揭使公司為不
10 利益交易而獲取1億元以上利益等重罪部分之上訴為違背法
11 律上之程式，應予駁回。又上訴人對於前揭重罪部分之上訴
12 ，既因不合法律上之程式而應從程序上駁回，則上訴人所犯
13 與前揭重罪具有刑法修正前牽連犯裁判上一罪關係之如事實
14 欄四、五所載行使業務登載不實文書及事實欄八之(一)所載非
15 法使用公司債款等輕罪部分，第一審及原審此次更審均為有
16 罪之認定，核皆屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得
17 上訴於第三審法院之案件，自無從適用審判不可分原則一併
18 加以審理，亦均應併予駁回。

19 十、又刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定，對於本案判決提
20 起上訴之效力及於相關沒收判決，係以對本案判決之上訴合
21 法為前提。本件上訴人所提起之上訴既均不合法，而從程序
22 上予以駁回，則上訴人之上訴效力自不及於原判決所列之參
23 與人孟志斌，故無須併列原審之參與人為本判決之當事人，
24 附此敘明。

25 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

26 中 華 民 國 110 年 12 月 29 日

27 刑事第五庭審判長法官 吳 信 銘
28 法官 何 菁 莪
29 法官 梁 宏 哲
30 法官 蔡 廣 昇
31 法官 沈 揚 仁

01 本件正本證明與原本無異

02 書記官

03 中華民國 111 年 1 月 3 日