最高法院刑事判決

110年度台上字第1349號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官呂光華
上　訴　人
即　被　告　盧震翰（原名盧虹翰）
選任辯護人　陳俊瑋律師
參　與　人　曜鴻精密科技股份有限公司
代　表　人　盧震翰
參　與　人　安　都
　　林春琳
　　鄭國森
　　郭自維
　　王清山

上列上訴人等因被告違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國109 年8月25日第二審判決（108年度金上重訴字第18號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署104年度偵字第12951、13999號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人即被告盧震翰（下稱被告）部分之科刑判決，就（一）原判決犯罪事實欄二、三部分，改判各依想像競合犯關係，論處被告共同法人之行為負責人犯證券交易法（下稱證交法）第171條第2項、第1項第1款犯罪獲取之財物達新臺幣（下同）1億 元以上之詐偽（尚犯公司法第9條第1項前段之未繳納股款罪、商業會計法 下稱商會法Ⅴ第71條第5 款之利用不正方法致使財務報表發生不實罪、證交法第179條、第174條第2項第3款之法人行為負責人非法以公開招募方式出售有價證券罪）、共同犯公司法第9條第1項前段之未繳納股款（尚犯商會法第71條第5 款之利用不正方法致使財務報表發生不實罪、刑法第214 條之使公務員登載不實罪）各1 罪刑及為相關沒收、追徵之宣告；（

二）原判決犯罪事實欄四部分，改判論處被告犯商會法第71條第5款之利用不正方法致生不實罪刑。並對於第三人即參與人曜鴻精密科技股份有限公司（下稱曜鴻公司）、安都、林春琳、鄭國森、郭自維、王清山為相關沒收、追徵之宣告。固非無見。

二、惟查：

（一）關於告知被訴事實部分

1、除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之；調查證據完畢後，應依序命檢察官、被告及辯護人就事實及法律分別辯論之，刑事訴訟法第288條第3項、第289條第1項定有明文。前揭規定，依同法第364 條，亦為第二審所準用，旨在使被告有辯明犯罪嫌疑，陳述有利於己之事實及法律上意見之機會，以保障被告之防禦權。審判期日如僅就起訴書或第一審判決所載之犯罪事實訊問被告及調查辯論，於辯論終結後，始擴及起訴書或第一審判決所未記載之事實而為判決，無異剝奪被告辯明罪嫌及辯護等防禦權之行使，難謂於判決無影響，自屬違背法令。

2、卷查原審審判長於審判期日，就被訴事實告知被告，係告知第一審判決所載之事實，關於原判決所認定：被告與余信昌於辦妥虛偽增資登記後，即由余信昌將曜鴻公司資料交予陳文彬評估，陳文彬遂與程駿傑（以楊董自稱）赴曜鴻公司考察，並同意以每股5 元收購曜鴻公司股票，被告、余信昌、陳文彬及程駿傑遂共同基於違反有價證券公開招募應申報及買賣有價證券不得以詐偽方法等規定之犯意聯絡，透過發行實體股票，由地下盤商登記於特定人頭名下持有後，對非特定人公開招募之等情，想像競合觸犯證交法第179條、第174條第2項第3款之法人行為負責人非法以公開招募方式出售有價證券罪（見原判決第5 、35頁）。就「對非特定人公開招募」之犯罪事實，並未告知。又第一審判決關於銷售曜鴻公司股票部分，係認定被告「自

（民國）102年10月28日起至103年6月18日止，將曜鴻公司……虛偽增資所印製之股票，轉交給程駿傑對外銷售合計達3,515張（仟股），予不知上開股票為虛偽增資所發行之股票等投資人郭志昌、蔡郭麗珠、劉韋伶、許瓊允、許書成、鄭宇志、黃江俊、陳美如等人（詳細銷售日期、張數、金額及對象詳附表三、其中102年10月28日至103年1月28日，密集銷售3,506張（仟股），銷售金額高達1億7,447萬5,000元，並收取程駿傑透過陳文彬所交付1,757萬5,000元（以每股5元計算）。」（見第一審判決第9頁）。原判決則認定「盧震翰自102年10月間起至104年6月25日遭查獲為止，將曜鴻公司上開印製之股票交付程駿傑銷售合計達3,951張，銷售金額為1億8,709萬7,000元，並收取程駿傑透過陳文彬所交付1,975萬5,000元（以每股5元計）」等情（見原判決第8頁），未盡相同。就原判決所認定自103年1月28日之後至104年6月25日被查獲為止，銷售曜鴻公司股票之事實，亦未告知，未予被告及其原審辯護人充分辯解、辯護之機會（見原審卷三第349頁），有礙被告訴訟防禦權之行使，難謂適法。

（二）關於論罪部分

1、所謂接續犯，係指數行為於同時同地或密切接近之時地實行，而侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，始屬接續犯，而為包括之一罪。如行為人先後數行為，在客觀上係逐次實行，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，自應按照其行為之次數，予以一罪一罰（即分論併罰）。

2、本件檢察官起訴主張被告就起訴書犯罪事實二所為，係涉犯公司法第9條第1項前段未繳納股款、商會法第71條第5

款之利用不正方法致生財報不實及刑法第214 條之使公務員登載不實罪嫌。犯罪事實三所為，是涉犯公司法第9 條第1項前段未繳納股款、商會法第71條第5款之利用不正方法致生財報不實及刑法第214 條之使公務員登載不實罪嫌；犯罪事實四所為，係違反證交法第20條第1 項規定，犯罪所得達1億元以上，涉犯同法第171條第2 項之買賣股票詐偽罪嫌；犯罪事實五所為，係涉犯商會法第71條第5 款之利用不正方法致生財報不實罪嫌。關於犯罪事實欄二、三所犯，均係一行為同時觸犯上開3 罪嫌，為想像競合犯，均請從一重之公司法第9條第1項前段未繳納股款罪嫌論處。又被告所為曜鴻公司2次未繳納股款犯行、3次利用不正方法致生財報不實犯行以及買賣股票詐偽犯行，請分論併罰。主張應論處被告6 罪刑，此有檢察官起訴書、論告書可參。第一審判決認被告就其事實欄二所為，係犯公司法第9條第1項前段之未繳納股款罪、商會法第71條第5 款之利用不正方法致生不實罪，及刑法第214 條之使公務員登載不實罪；事實欄三所為，係犯公司法第9條第1項前段之未繳納股款罪、商會法第71條第5 款之利用不正方法致生不實罪，及刑法第214 條之使公務員登載不實罪。事實欄二、三部分，被告前後以一行為，同時觸犯上述三罪名，為想像競合犯，均應從一重之公司法第9條第1項前段之未繳納股款罪論處。事實欄四所為，係違反證交法第20條第1項之規定，而因犯罪獲取之財物或財產上利益達1億元以上，應依同法第171條第2項之規定處罰。事實欄五所為，係犯商會法第71條第5 款之利用不正方法致生不實罪。並敘明被告雖先後於102 年初、103年初、104年初多次指示會計人員為不實登載，然年度財務報表之編制（按應係編製）乃係既定，在曜鴻公司資金缺口未能填補前，持續為不實掩飾，應可預見，是堪認被告係基於掩飾資金缺口之同一利用不正方法致生不實之目的，而以相同方式持續實施，未曾間斷，且侵害之目的、對象及法益同一，各行

為之獨立性應極薄弱，應視為數個舉動之接續施行，合為包括一行為予以評價，較為合理，認屬接續一罪。因而論處被告以共同犯公司法第9 條第1 項前段之未繳納股款2 罪刑、共同犯證券交易法第171條第2項之詐偽、犯商會法第71條第5款之利用不正方法致生不實各1罪刑（見第一審判決第46、48、50頁）。原判決就其犯罪事實欄二則認被告係以一行為觸犯公司法第9條第1項前段之未繳納股款、商會法第71條第5 款之利用不正方法致使財務報表發生不實罪、證交法第179 條、第171條第2項、第1項第1款之法人行為負責人犯罪獲取之財物達1 億元以上之詐偽罪，及同法第179條、第174條第2項第3款之法人行為負責人非法以公開招募方式出售有價證券罪，為想像競合犯，應依刑法第55條規定從一重之法人行為負責人犯罪獲取之財物達1 億元以上之詐偽罪處斷。並說明公訴意旨雖未就上開法人行為負責人非法以公開招募方式出售有價證券部分提起公訴，惟此部分與原起訴論罪法人行為負責人證券詐偽部分，具有想像競合之裁判上一罪關係，自為起訴效力所及，得併予審究。被告就犯罪事實欄三所為，係犯公司法第9條第1項前段之未繳納股款罪、商會法第71條第5 款之利用不正方法致使財務報表發生不實罪，及刑法第214 條之使公務員登載不實罪。被告以一行為，同時觸犯上述罪名，為想像競合犯，應從一重之公司法第9條第1項前段之未繳納股款罪論處。就犯罪事實欄四部分，被告所為，係犯商會法第71條第5 款之利用不正方法致使財務報表發生不實罪。並敘明：被告分別於102 年初、103年初、104年初指示會計人員就101 年度、102年度及103年度財務報表為不實登載，而犯商會法第71條第5 款之利用不正方法致使財務報表發生不實罪，其各次行為各相距一年之久，各次行為在時空上可明顯區隔，與接續犯有別，且其行為性質上並不必然具反覆、延續施行之特徵，亦難認集合犯，非屬事實上或裁判上一罪之關係。是被告所犯證交法第179

條、第171條第2項、第1項第1款之法人行為負責人犯罪獲取之財物達1億元以上之詐偽罪、公司法第9 條第1項前段之未繳納股款罪及商會法第71條第5 款之利用不正方法致使財務報表發生不實罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。因而論處被告3罪刑（見原判決第36、37頁）。

3、第一審判決事實欄二至五之記載，與起訴書犯罪事實二至五所載互相對應，僅第一審判決就其事實欄五部分認係接續犯，與公訴意旨主張數罪併罰有別。原判決雖認此部分應係數罪併罰，惟其犯罪事實欄四僅就被告於104 年初指示會計人員就103 年度財務報表為不實登載部分，論以商會法第71條第5 款之利用不正方法致使財務報表發生不實罪，其餘（即被告於102 年初、103 年初指示會計人員就101年度、102年度財務報表為不實登載）部分，則認分別與犯罪事實欄二（101年12月虛偽增資）、三（102年9 月虛偽增資）所犯有想像競合犯關係，應從一重處斷。原判決就此雖於犯罪事實欄二、（一）之4 、三之（四）記載「嗣於102年初某日，編製曜鴻公司101年（度）財務報表時，盧震翰為掩飾上開曜鴻公司之增資股東並未實際出資繳納股款等事實，及解決帳務上無法登載資金流出會計事項之窘境，再接續上開利用不正當方法，致使財務報表發生不實結果之故意，指示不知情會計人員以預付款5,980萬元入帳，以此不正當方法，致使曜鴻公司101 年度資產負債表發生不實之結果。」「嗣於103 年初某日曜鴻公司編製102 年（度）財務報表時，盧震翰為掩飾上開曜鴻公司增資股東並未實際出資繳納股款之情，及解決帳務上無法登載資金流出會計事項之窘境，再接續上開利用不正當方法，致使財務報表發生不實結果之故意，指示不知情會計人員在資產負債表上記載存出保證金5,004萬8,000元及預付款5,980萬元，以此不正當方法，致使曜鴻公司102年度資產負債表發生不實之結果。」等情（見原判決第5 、10頁）。惟於理由欄肆、一之（一）及肆之二僅分別載述

「其等利用不知情之陳旻菀會計師出具101 年12月10日曜鴻公司增資發行新股變更登記資本額查核報告書，並簽證表明股東股款業已繳足，並利用不知情之會計人員為曜鴻公司製作101 年度財務報表，為間接正犯。」「被告利用不知情之吳思俊會計師出具102年9月12日曜鴻公司增資發行新股變更登記資本額查核報告書，並簽證表明股東股款業已繳足，並利用不知情之會計人員為曜鴻公司製作該公司102 年度財務報表，為間接正犯。」之旨（見原判決第34、37頁）。就上開部分如何應各視為數個舉動之接續施行，合為包括一行為予以評價，較為合理，並無任何之說明，有判決不備理由之違法。原判決就此未為論述，本院無從判斷其適用法律之當否。

4、原判決犯罪事實欄二認定：被告與余信昌明知公司對於應收之股款應確實收足，如股東未實際繳納股款，公司負責人不得以文件表明已收足，竟基於違反公司法、使公務員登載不實及利用不正當方法使財務報表發生不實結果之犯意聯絡，而為如原判決所載之犯行（見原判決第3 至5頁）。惟於其理由欄肆、一之（三）論罪時，僅稱：被告以一行為觸犯公司法第9條第1項前段之未繳納股款、商會法第71條第5 款之利用不正方法致使財務報表發生不實罪、證交法第179 條、第171條第2項、第1項第1款之法人行為負責人犯罪獲取之財物達1億元以上之詐偽罪，暨同法第179條、第174 條第2項第3款之法人行為負責人非法以公開招募方式出售有價證券罪，為想像競合犯，應依刑法第55條規定從一重之法人行為負責人犯罪獲取之財物達1 億元以上之詐偽罪處斷（見原判決第36頁）。漏為論列刑法第214條之使公務員登載不實罪，亦有未合。

（三）違反不利益變更禁止原則

1、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，刑事訴訟法第370條第1項定有明文。

而刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則。此罪刑相當原則於刑事訴訟法第370條不利益變更禁止原則之例外情況（即但書之情形），同應適用。亦即有例外情形雖可不受不利益變更禁止原則之限制，即得量處較重原審判決之刑，但同時須另受罪刑相當原則之拘束，故如係適用較輕之罪名或犯罪情節較輕，或論處之法條，就形式上觀之，雖無差異，但實質上其法條所含刑罰輕重之程度，已顯有不同，則禁止處以較重之刑或相同之刑。

2、原判決犯罪事實欄四僅認定於104年初某日曜鴻公司編製103年度財務報表時，被告為解決帳務上無法登載資金流出會計事項之窘境，竟另起利用不正當方法，致使財務報表發生不實結果之故意，指示不知情會計人員以預付款5,980萬元及存出保證金5,013萬元入帳，以此不正當方法，致使曜鴻公司103年度資產負債表發生不實之結果（見原判決第10、11頁）。論被告以商會法第71條第5款之利用不正方法致使財務報表發生不實罪。其認定被告此部分之犯罪，並未包括第一審判決所認定被告接續於102年初、103年初指示會計人員，就101年度、102年度財務報表為不實登載部分（見第一審判決第10頁），犯罪事實已有減縮，原判決仍量處與第一審判決相同之刑（有期徒刑7月），實質上已較第一審所處之刑為重，難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意相符，有判決適用法則不當之違法。

三、以上或係檢察官、被告上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，原判決上開違誤影響於本件事實之認定及法律之適用，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

四、刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。」亦即被告違法

行為存在，為沒收第三人（參與人）財產前提要件之一，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於被告違法行為之判決，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上之矛盾，非但有損裁判公信力，且滋生沒收裁判之執行上困擾，故對本案關於違法行為之裁判上訴者，其效力應及於相關之第三人（參與人）財產沒收部分。本件檢察官及被告既對於本案判決合法上訴，參與人曜鴻公司、安都、林春琳、鄭國森、郭自維、王清山雖均未提起上訴，仍為本案判決上訴效力所及，而其依附之前提即前開本案判決部分既經本院撤銷發回，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於違法行為部分，於發回後經原審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上矛盾，前述沒收第三人財產之判決部分，應一併發回。

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　　110　　年　　5　　月　　31　　日

刑事第八庭審判長法　官　李　英　勇（主辦）

法　官　黃　瑞　華

法　官　洪　兆　隆

法　官　楊　智　勝

法　官　吳　冠　霆

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　6　　月　　2　　日