最高法院刑事判決

110年度台上字第4769號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官陳淑雲
被　　告　辜仲諒
選任辯護人　賴文萍律師
　　葉建廷律師
被　　告　張明田
選任辯護人　蕭仰歸律師
　　黃璽麟律師
被　　告　林祥曦
選任辯護人　黃文昌律師
　　洪健樺律師
參　與　人　中國信託金融控股股份有限公司
代　表　人　顏文隆
代　理　人　陳彥希律師
　　林哲誠律師

上列上訴人因被告等違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國110年4月28日第二審更審判決（108年度金上重更二字第21號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署95年度偵字第22201號、96年度偵字第2540號，最高檢察署特別偵查組98年度偵緝字第1、2、3、4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。

檢察官關於張明田、林祥曦所涉間接操縱股價部分之上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回部分：

一、本件原判決以公訴意旨略稱：㈠被告辜仲諒、張明田分別擔任中國信託金融控股股份有限公司（下稱中信金控）副董事長兼副總執行長或財務長，並分別於兼任中信金控子公司中國信託商業銀行股份有限公司（下稱中信銀行）董事長或財務總管理處總處長、資深副總經理期間，及被告林祥曦於擔任中信銀行法人金融事業總管理處金融投資處副處長暨副總

經理期間，負有依外部法令及中信銀行內部各項規定，管理中信銀行既有之未上市長期股權投資部位，並妥適協辦各項投資專案之責任。而與時任中信金控法人金融執行長兼中信銀行法人金融總經理、金融投資處處長之陳俊哲，以及時任中信金控策略長兼中信銀行綜合企劃部資深副總經理林孝平（以上2 人均經臺灣臺北地方檢察署通緝中），共同為中信金控處理轉投資兆豐金融控股股份有限公司（下稱兆豐金控）之事務，嗣中信銀行持有英商巴克萊銀行股份有限公司（下稱巴克萊銀行）所發行之30年期保本連結股權型結構債（連結標的為兆豐金控股票），竟於民國94年12月間共同意圖為自己不法利益之犯意聯絡，未經中信銀行董事會決議，利用設於英屬維京群島之 Red Fire Developments Limited（下稱紅火公司）承接上開結構債，將上述結構債讓售予紅火公司，使紅火公司嗣後因贖回上開結構債而獲利美元 3,047萬4717.12 元之財產利益，致生損害於中信銀行。㈡辜仲諒雖知悉上開結構債已出售予紅火公司，為謀於兆豐金控95年6 月23日召開股東常會之前，於短期內取得大量兆豐金控股份，藉以爭取預定之兆豐金控董事與監察人席次，並降低成本，竟與陳俊哲、林孝平等人共同基於意圖壓低、操縱兆豐金控股票交易價格而獲取不當利益之犯意聯絡，由中信金控於95年2月14日至同年3月2 日期間內，在國內證券集中交易市場，委託買進兆豐金控股票共計58萬8,416 張，紅火公司則自95年2 月14日起，透過向巴克萊銀行贖回結構債之方式，使巴克萊銀行因無須繼續持有兆豐金控之部位，在國內證券集中交易市場上，委託賣出兆豐金控股票，將系爭結構債所連結之44萬3,905 張兆豐金控股票全數售出，以此供需配合之方式，使中信金控得以在短期內大量買進兆豐金控股票，復因巴克萊銀行大量賣出兆豐金控股票使供給增加，使中信金控雖大量買進兆豐金控股票，其股票價格仍不致因需求增加而劇烈上漲，並得以控制在一定之區間，而間接操縱股價，同時使中信金控節省取得兆豐金控股票之成本，紅火公

司亦獲有美元3047萬4717.12元之利益等情。因認辜仲諒就上揭公訴意旨㈠部分，係一行為同時觸犯銀行法第125條之2第2項、第1項之特別背信，及證券交易法第171條第2項、第1項第3款之特別背信罪嫌；張明田、林祥曦就該公訴意旨㈠部分，係一行為同時觸犯銀行法第125條之2第2項、第1項之特別背信、證券交易法第171條第2項、第1項第3款之特別背信，及103年6月18日修正前刑法第342條第1項之普通背信等罪嫌，均具有法規競合關係，應擇一論以銀行法之特殊背信罪嫌；且辜仲諒就上揭公訴意旨㈡部分，係違反證券交易法第155條第1項第7款之禁止間接影響證券集中交易市場有價證券價格之操縱行為規定，觸犯證券交易法第171條第2項、第1項第1款之操縱股票交易價格罪嫌。惟經審理結果，認為不能證明被告3人此部分犯罪，因而撤銷第一審關於此部分科刑之判決，改判諭知被告3人均無罪，並諭知參與人中信金控之財產不予沒收及追徵，固非無見。

二、惟查：

㈠、法院組織法於108年1月4日經修正公布，並於同年7月4日施行，而為因應大法庭制度之推行，刪除原第57條規定之判例選編及變更制度，另增訂第57條之1，該條第1、2項明文規定若該判例已無裁判全文可資查考者，應停止適用；其餘未經停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之本院裁判相同，亦即未經停止適用之判例，回歸裁判之本質。至於決議制度於大法庭制度施行之後，當然廢止，不待明文規定。又關於最高法院先前為統一法律見解所作成之決議，仍為最高法院先前表示之法律見解，若欲提交大法庭，應以依據系爭決議意旨作成之後續裁判，資為認定是否有裁判歧異之情形。但未經停止適用之判例及決議所表示之法律見解，於最高法院未認有變更之必要而循大法庭相關程序變更前，其性質上仍為最高法院統一之見解。而在本件繫屬於原審（即原法院更二審）前，關於檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就得

上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分，是否為第三審審判範圍？依本院當時所持之法律見解，係援用本院64年度第3次刑庭庭推總會議決議，認為裁判上一罪案件，經第二審法院就構成犯罪部分，為有罪之判決，就不構成犯罪部分，因審判不可分關係，僅於判決理由中說明，不在主文另為無罪之諭知。如被告為其利益上訴，第三審法院認為上訴有理由而須撤銷發回者，應於判決理由載明該不另為無罪諭知部分，因與發回部分有審判不可分關係，一併發回更審，受發回之第二審法院，依110年6月16日修正前刑事訴訟法第348條第2項規定，應就全部事實重為審判等旨。雖本院刑事大法庭於110年1月27日以109年度台上大字第3426號裁定，明揭檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分已確定，並非第三審審判範圍等旨，並經本院提案庭以上開大法庭裁定所表示之法律見解為基礎，以109年度台上字第3426號判決為終局裁判，而為法律見解之變更。惟法律見解係指法令解釋上所持之觀點，此每因「時」而異，而終審法院裁判關於法律上之見解，由於社會現象日新月異，有時因探討法律之真義，期求適應社會情勢起見，不能一成不變，然而終審法院前後裁判所持法律見解不同者，尚不能執後裁判所持之見解而指前次裁判為違法。否則，若以後之所是即指前之為非，不僅確定裁判有隨時搖動之虞，有礙法安定性，且因強使齊一之結果，解釋者為免固有秩序產生不可測之變動，因而固守原有見解，反足以阻遏法律解釋之與時俱進，故為兼顧大法庭制度統一見解之功能，及維護法安定性，自不能因後裁判與前裁判之見解不同，而使前裁判之效力受其影響。因此，在本院以109年度台上字第3426號判決變更法律見解前，本院依64年度第3次刑庭庭推總會議決議意旨所為之裁判，自屬合法有效，尚不能以其後法律見解之變更，遽指該裁判為違法而不生效力。查：

1.依本件檢察官起訴書之記載，公訴意旨係認辜仲諒涉犯⑴銀行法第125條之2第2項、第1項後段之特別背信罪，⑵證券交易法第171條第2項、第1項第3款之特別背信罪，⑶證券交易法第171條第2項、第1項第2款之非常規交易罪，⑷105 年12月28日修正前洗錢防制法第11條第1項、第2條第1 款之洗錢罪，⑸98年1 月21日修正前金融控股公司法第59條、第17條第3 項之向金控子公司交易對象收受不當利益罪，⑹證券交易法第171條第2項、第1項第1款之相對委託罪，⑺證券交易法第171條第2項、第1項第1款之間接操縱股價罪，⑻證券交易法第171條第2項、第1項第1款之內線交易罪，並認⑴、⑵所示2 罪部分具有法規競合關係，應擇一論以銀行法之特別背信罪；⑴、⑶、⑷、⑸所示4 罪部分，具有修正前刑法牽連犯關係，應從一重之銀行法特別背信罪處斷；⑹、⑺、⑻所示3 罪部分，亦具有修正前刑法牽連犯關係，應從一重處斷。張明田、林祥曦則涉犯①銀行法第125條之2第2項、第1項後段之特別背信罪，②證券交易法第171條第2項、第1 項第3款之特別背信罪，③103年6月18日修正前刑法第342條第1項之普通背信罪，④證券交易法第171條第2項、第1 項第2款之非常規交易罪，⑤證券交易法第171條第2項、第1項第1款之相對委託罪，⑥證券交易法第171條第2項、第1項第1款之內線交易罪，並認①、②、③所示3 罪部分具有法規競合關係，應擇一論以銀行法之特別背信罪；①、④所示2 罪部分，具有想像競合犯關係，應從一重之銀行法特別背信罪處斷；⑤、⑥所示2 罪部分，具有修正前刑法牽連犯關係，應從一重處斷。原法院上訴審經審理結果，撤銷第一審關於辜仲諒、張明田及林祥曦部分之科刑判決，改判論以銀行法特別背信罪（與辜仲諒所犯⑵所示之罪，為法規競合；亦與張明田及林祥曦所犯②、③所示之罪具有法規競合關係，而擇一論以銀行法特別背信罪），及間接操縱股價罪，並依牽連犯關係，從一重之銀行法特別背信罪處斷。另以不能證明辜仲諒之行為成立⑶、⑷、⑸、⑹、⑻所示之罪，以及不能證

明張明田、林祥曦之行為成立④、⑤、⑥所示之罪，而就此部分說明應維持第一審不另為無罪諭知之理由，被告3人均不服原法院上訴審判決之有罪部分，提起第三審上訴，檢察官雖未提起第三審上訴，惟經本院以103年度台上字第2792號刑事判決撤銷原判決發回更審，且就上開不另為無罪諭知部分一併發回。嗣原法院更一審經審理結果，撤銷第一審關於被告3人部分之科刑判決，並變更起訴法條，改判論其等以金融控股公司法第57條第2項之共同背信罪（與辜仲諒所犯⑴⑵所示之罪，為法規競合；亦與張明田及林祥曦所犯①、②、③所示之罪，具有法規競合關係，而擇一論以金融控股公司法特別背信罪），另以不能證明辜仲諒之行為成立⑶、⑷、⑸、⑹、⑻所示之罪，以及不能證明張明田、林祥曦之行為成立④、⑤、⑥所示之罪，而就辜仲諒被訴⑹、⑻所示之罪部分均諭知無罪，以及就辜仲諒被訴涉犯⑶、⑷、⑸所示之罪，暨張明田、林祥曦被訴涉犯④所示之罪部分說明應不另為無罪諭知之理由，並維持第一審就張明田、林祥曦被訴涉犯⑤、⑥所示之罪部分所為之無罪判決，嗣檢察官及被告3人均對原法院更一審判決提起第三審上訴，再經本院以107年度台上字第4941號刑事判決，將原判決關於辜仲諒部分及張明田、林祥曦有罪部分均撤銷發回更審，且就原法院更一審判決關於上開不另為無罪諭知部分一併發回。另以張明田、林祥曦被訴涉犯⑤、⑥所示之罪部分，業經第一審均諭知無罪，復經原法院更一審維持此部分諭知無罪之判決，檢察官就此部分提起第三審上訴，與刑事妥速審判法第9條所定要件不符，乃不合法律上程式，因而駁回檢察官此部分上訴確定。而本院103年度台上字第2792號及107年度台上字第4941號刑事判決，均本諸本院64年度第3次刑庭庭推總會議決議意旨之統一見解而為裁判，併就原法院上訴審、更一審判決關於上開不另為無罪諭知部分一併發回，且原法院更一審判決經本院撤銷發回更審後，於108年11月27日繫屬於原審法院，嗣原審審理時，本院刑事大法庭始於110年1月

27日以109 年度台上大字第3426號裁定變更法律見解，並經本院提案庭以上開大法庭裁定所表示之法律見解為基礎，於110 年1月28日以109年度台上字第3426號判決為終局裁判。而原法院更一審判決後，檢察官已就不另為無罪諭知部分一併提起第三審上訴，與上開大法庭裁定所採法律見解，係指被告僅就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，而檢察官就第一、二審判決說明不另為無罪諭知部分，並未一併上訴之情形，並不相同，是自不能以其後本院刑事大法庭裁定已變更見解為由，遽指本院107 年度台上字第4941號刑事判決為違法而不生效力。至原法院上訴審判決後，檢察官雖未提起第三審上訴，惟本院103 年度台上字第2792號刑事判決就原法院上訴審判決關於不另為無罪諭知部分一併發回時，既與本院64年度第3 次刑庭庭推總會議決議意旨相符，且上開大法庭裁定尚未作成，依前開說明，自不能以其後法律見解之變更，遽指該判決為違法而不生效力，而認該不另為無罪諭知部分業已確定。則辜仲諒被訴涉犯⑶、⑷、⑸、⑹、⑻所示之罪，以及張明田、林祥曦被訴涉犯④所示之罪部分，既經本院以107 年度台上字第4941號刑事判決發回原法院更為審理，並未確定，仍為原審審理範圍。乃原判決以本院刑事大法庭前揭裁定已變更法律見解，依變更後之見解，認此部分經原法院上訴審判決後，因檢察官未提起第三審上訴而告確定，嗣後本院上開判決將此部分一併撤銷發回更審，均屬無效訴訟作為，因認此部分非屬原審審理範圍，依上述說明，難謂適法。

2.刑事訴訟之審判採彈劾主義，未經合法起訴（包括自訴）或請求之事項，法院不得加以審判，亦即不告不理原則。反之，案件經合法起訴（包括自訴）或請求，法院即有審判之義務。因此，法院對於未經起訴或上訴之案件，固無從裁判，對於已經起訴或上訴之事實，則須全部加以裁判，方屬適法。法院對於起訴或上訴所請求審判之裁判上可分之數罪案件，如部分漏未判決，固可補行判決，以終結全部裁判程序；

但對於一訴所請求審判之裁判上不可分之單一性案件，如僅對一部分事實為終局判決，因訴訟關係已經消滅，對於其他部分事實，無從補為判決，即有已受請求之事項而未予判決之違法。依本件檢察官起訴書之記載，公訴意旨係認辜仲諒被訴涉犯⑴、⑶、⑷、⑸所示4罪，及⑹、⑺、⑻所示3罪部分，分別具有修正前刑法牽連犯關係；並認張明田、林祥曦被訴涉犯①、④所示2 罪部分，具有想像競合犯關係，原判決竟僅對辜仲諒被訴涉犯⑴所示銀行法第125 條之2第2項、第1項後段之特別背信罪，暨⑺所示證券交易法第171 條第2項、第1項第1款之間接操縱股價罪部分，以及張明田、林祥曦被訴涉犯①所示上開銀行法特別背信罪部分審判，均改為無罪之諭知，惟對於辜仲諒被訴⑶、⑷、⑸、⑹、⑻所示之罪，及張明田、林祥曦被訴涉犯④所示之罪部分，未予判決，揆諸上揭說明，自有已受請求之事項而未予判決之違法。

㈡、審理事實之法院對於被告有利、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，如援引有利於被告之證據作為被告有利之認定，對於卷內不利之證據未敘明不足採取之理由，遽行判決，即難謂於法無違。原判決以被告3 人既無致生損害於中信金控或中信銀行之情事，已難認其等主觀上有損害中信金控或中信銀行之意圖。且其等係因中信金控轉投資兆豐金控之考量，始決定將系爭結構債出售予紅火公司，出售之際無法完全掌握時隔逾半個月後，巴克萊銀行因紅火公司贖回結構債而出售兆豐金控股票時之股價漲跌及其幅度等狀況，再參諸公訴意旨自始未認為被告3人涉有連續高買低賣、連續相對成交等犯行，其3人被訴相對委託及間接操縱兆豐金控股價部分，均不構成犯罪，因認被告3 人出售上開結構債予紅火公司，主觀上並無損害中信金控或中信銀行之犯意，而無背信之故意（見原判決第97至99頁）。惟原判決已說明被告3 人及陳俊哲辦理出售前開結構債予紅火公司，未於中信金控或中信銀行董事會中提出報

告或決議，違背內控及外部規定，已有違背任務之情事等旨，且依卷內資料，辜仲諒於檢察官97年11月24日訊問時已供稱：「紅火公司向巴克萊銀行贖回結構債賺了錢，陳俊哲來找我，才跟我說有賺錢這件事，問我怎麼辦。我們討論結果，除了950 萬美金要用來回補原先我們墊出去拿給總統及夫人（按指前總統陳水扁及其夫人吳淑珍）的7筆共2億9 千萬臺幣外，其餘2千多萬美金全數匯回中信金控公司。950萬美金的部分，除了回補已經墊出去的錢之外，多出來的錢也有打算萬一總統或是夫人再跟我們要錢的話，作為給他們的準備金」、「只有差不多950 萬美金沒有回到中國信託，是拿去補91年至94年的7 筆總統跟總統夫人來跟我要錢的部分」等語（見97年度特偵字第21號卷一第199、201頁），復於檢察官98年12月9 日訊問時供稱：「（問：賺了10億臺幣的事是否知道？）當時陳俊哲有跟我講說結構債賣了之後有賺了10億怎麼辦，我第一時間連想都沒有想就是還給銀行。後來陳俊哲有跟我說，夫人吳淑珍有透過蔡銘杰來跟我講要3 億，我就跟陳俊哲說這個事情要處理。」「（問：這件事的時間點是何時？）95年3 月，而且蔡銘杰不止是跟陳俊哲講，而且還透過中國信託公關部的高人傑副總跟我們講說夫人不高興，因為我們都沒有表示」等語（見98年度偵緝字第1 號卷第24頁）。而陳俊哲於偵查中所提出刑事陳報狀亦載敘：「95年3、4月間，陳報人（指陳俊哲）係擔任中國信託商業銀行股份有限公司法人金融總經理職務。在該段期間，…。之後陳報人向辜仲諒報告有關利用紅火公司處理結構債所獲利益約臺幣10億元情形…，辜仲諒表示既然是幫忙銀行做事，有賺錢應該要把10億元交給中信銀行，當時陳報人向辜仲諒表示蔡銘杰所提及上情，人家既然已經來要錢，是否應該保留其中約3 億元以備吳淑珍女士來要錢時之用，辜仲諒表示同意。陳報人後來即將7 億餘元新臺幣轉回中國信託，剩下的約3 億元左右，則留待日後如果吳淑珍女士來要錢之用」等語（見98年度偵緝字第1 號卷第42頁）。倘若俱屬無訛

，則辜仲諒於95年3、4月間自陳俊哲處獲悉紅火公司因贖回結構債而獲利時，既未經董事會同意，即與陳俊哲一起討論具體用途，並將部分獲利款項私下支應政治獻金等用途，而未交付中信金控或中信銀行，能否謂辜仲諒並無背信之故意？自有再加研酌之必要。原審對於上述不利辜仲諒之證據，並未加以調查釐清，並於判決內說明其取捨之理由，且被告3人之行為是否未肇致中信金控損害，猶有調查釐清之必要（詳如後述），原判決遽以被告3人之行為未致生中信金控或中信銀行損害，而憑以認定其等主觀上並無背信故意，不無混淆特別背信罪之主、客觀要件。原判決逕為被告3人有利之認定，依上述說明，尚嫌速斷，自有調查未盡及理由欠備之違法。

㈢、銀行法第125條之2第1項、證券交易法第171條第1項第3款及金融控股公司法第57條第1項之特別背信罪，與刑法第342條第1項之普通背信罪，均以行為人違背其職務（任務），造成被害人本人（銀行、公司）受有財產上之損害為要件。無論特別背信罪或普通背信罪，既以被害人遭受財產上損害為其不法結果之要件，故其性質應屬實害結果犯，而所謂財產之損害，不僅包括既存財產積極地減少（即積極的損害），尚包括喪失日後可得期待之利益（即消極的損害），應從經濟上之觀點評價被害人之財產是否積極減少或消極不增加。本件檢察官起訴意旨指被告3人未經中信銀行董事會決議，利用紅火公司承接中信銀行香港分行所持有前開結構債，將前開結構債讓售予紅火公司，使紅火公司嗣後因贖回上開結構債而獲利美元3,047萬4717.12元之財產利益，致生損害於中信銀行，被告3人均涉有前述背信罪嫌。原判決則以被告3人及陳俊哲辦理出售前開結構債予紅火公司，未於中信金控或中信銀行董事會中提出報告或決議，違背內控及外部規定，固有違背任務之情事，惟參酌卷內證據，認被告3人及陳俊哲、林孝平等人，係以上開結構債作為中信金控轉投資兆豐金控之工具，該結構債之連結標的，乃配合此項轉投資而

全部連結至兆豐金控股票。而中信銀行綜合企劃部副總經理柯育誠為中信金控向行政院金融監督管理委員會（下稱金管會）申請轉投資兆豐金控，須申報中信金控及其子公司當時所投資持有兆豐金控股票之股數一事，乃撰寫簽呈及公文簽辦單，會請相關單位表示意見，因張明田將中信銀行向巴克萊銀行所購買上述結構債有高度連結兆豐金控股票之情，告知中信金控法務長鄧彥敦（業經原法院更一審判決無罪，並經本院以107 年度台上字第4941號判決駁回檢察官上訴確定），鄧彥敦遂於前揭簽呈、公文簽辦單上出具法律意見，認為柯育誠於簽呈及公文簽辦單上所記載上情有違反銀行法第74條之1 關於持股限制規定之法律風險，為求審慎，乃建議於申請轉投資前逕行處分上述結構債，以免爭議等旨，復依據鄧彥敦在上述會辦意見中所建議繼續持有、回贖及出售上開結構債之3種作法，與被告3人將上開結構債出售予紅火公司之作法相較，認被告3 人及陳俊哲等人無論採取繼續持有、回贖或出售上開結構債予紅火公司以外第三人之作法，中信金控或中信銀行均無法獲取上開美元3,047萬4,717.12 元之差額，甚至極可能蒙受更為重大之交易損失，難認被告 3 人出售上開結構債予紅火公司，致生損害於中信金控或中信銀行（見原判決第84至97頁），因而為被告3 人有利之認定。然依原判決理由所敘：紅火公司係陳俊哲為承接系爭結構債而安排取得之紙上公司，中信金控得透過陳俊哲等人對紅火公司有事實上之掌控及影響力，兩者間具有公司法第 369 條之1第1款所定之「控制與從屬」關係，而為關係企業。且紅火公司購買系爭結構債之資金及付款等交易條件，來自被告3 人及陳俊哲等人之有利安排，因中信金控積極買進兆豐金控股票，致該結構債連結標的兆豐金控股價上漲等情（見原判決第62、87頁），復參酌卷內中信金控西元2010年、2011年年報所記載：「依據本公司內部調查並提報中信金第三屆第五十次董事會結果顯示，Red Fire係孫公司CTO 以成本法投資所實質控制之SPV（即Special Purpose Vehicle之簡

稱，中譯為特殊目的個體）」、「依據本公司獨立董事指示進行並提報中信金第三屆第五十次董事會之內部調查結果顯示，Red Fire係孫公司CTO以成本法實質控制之SPV」等旨（見更一審卷十八第80、82頁），似認紅火公司係中信金控之特殊目的個體。而原法院更一審囑託鑑定人蔡彥卿實施鑑定，依其所出具鑑定意見書所載，鑑定結果亦認紅火公司符合95年當時國際會計準則規範ＳＩＣ12所列舉四大綜合判斷指標，因而認為紅火公司係中信金控之特殊目的公司等情（見更一審卷二十四第94至95頁），是紅火公司既係陳俊哲為承接系爭結構債而安排取得之紙上公司，中信金控得透過陳俊哲等人對該公司有事實上之掌控及影響力，且紅火公司亦為中信金控特殊目的公司，則中信金控似已委任紅火公司承接系爭結構債，並由負責經營管理中信金控、中信銀行之被告3人及陳俊哲，就紅火公司購買系爭結構債之資金及付款等交易條件為有利安排，從而紅火公司嗣後因贖回結構債之上開獲利，似係為中信金控取得，而應交付中信金控。惟依卷內證人傅祖聲、余彥良、陳碧真、王鎮華、吳豐富、許建基、羅聯福、張麗珠及許妙靜之證詞（見99年度金上重訴字第75號卷二第83至85、125至133頁，96年度重訴字第19號卷八第106至114頁、卷十第24、86至87頁，更一審卷二十二第550至551、566至570頁），與金管會函附紅火公司之獲利資金流向圖，暨仲俊投資股份有限公司、利祺投資股份有限公司函附內容（見96年度重訴字第19號卷十三第91至93頁，99年度上重訴字第75號卷二第70至74頁），互為勾稽，似顯示中信銀行或中信金控董事會不知悉紅火公司贖回系爭結構債之獲利流向、所在，且上開獲利之部分款項，已經陳俊哲用以購買藝術品或汽車等私人用途，而遭其挪用，並未交付中信金控。如果無誤，此影響公司營運之重大事項，何以中信銀行或中信金控董事會均不知悉？參與安排購買系爭結構債之陳俊哲何以得以該獲利之款項購買私人用品？被告3人能否謂不知情？有無參與？能否謂中信金控並無損害？皆非無研

求之餘地。又前述銀行法、金融控股公司法之特別背信罪或刑法之普通背信罪，均明文處罰未遂犯，其既遂與未遂之區別，以本人（銀行、公司）之財產或其他利益已否生損害為準。如已生損害，即為既遂犯，如尚未生損害，即為未遂犯。則倘被告3人有背信故意，縱認其等行為未致生中信金控損害，是否仍應成立未遂犯？亦有究明釐清之必要。而上開疑點攸關被告3人之行為是否符合背信罪之要件，乃原審未詳加調查釐清，遽認被告3人之行為並未致中信金控損害，而為被告3人無罪之諭知，尚嫌速斷，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

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

四、按刑事訴訟法第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參與人財產沒收部分。原判決以本案既無證據足以證明辜仲諒確有如檢察官所指操縱兆豐金控股票價格犯行，且張明田、林祥曦所涉操縱兆豐金控股票價格犯行，亦經判決無罪確定，則檢察官所指中信金控因辜仲諒等人為其犯罪，獲有減輕購入兆豐金控股票成本達2億6,169萬5,800元之不法利益部分，並無違法行為存在，自不能依刑法第38條之1第2項、第3項規定沒收及追徵，因而依刑事訴訟法第455條之26第1項規定，就中信金控之財產諭知不予沒收及追徵。惟檢察官既對於本案即原判決關於辜仲諒被訴間接操縱股價部分合法上訴，且就參與人中信金控之相關沒收部分，其依附之前提即上述間接操縱股價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，原判決關於參與人中信金控之相關沒收部分，自應予一併發回。

貳、上訴駁回（即檢察官關於張明田、林祥曦所涉間接操縱股價之上訴）部分：

當事人得上訴於第三審法院之案件，除法律有特別規定外，以不服第二審判決者為限，則未受第二審判決之事項，不得上訴於第三審法院。原判決就張明田、林祥曦所涉證券交易法第171條第2項、第1項第1款之間接操縱股價犯行部分，何以非原審審判範圍，已敘明：本院107 年度台上字第4941號刑事判決以公訴意旨所指其2 人所涉證券交易法第171條第2項、第1項第1款之相對委託及內線交易犯行部分，業經第一審均諭知無罪，復經原法院更一審維持此部分諭知無罪之判決，檢察官就此部分提起第三審上訴，與刑事妥速審判法第9 條所定要件不符，乃不合法律上程式，因而駁回檢察官此部分上訴。再參諸原法院更一審判決認其2 人被訴相對委託犯行部分未構成犯罪，併於此部分理由內一併說明其2 人被訴事實如何不構成間接操縱股價罪之理由，而其2 人被訴之「相對委託」與間接操縱股價犯行，核屬同一事實，僅因間接操縱股價犯行所涉處罰條文，為相對委託犯行所涉處罰條文之補充性規定，而應優先適用相對委託之規定而已。是起訴基本事實既皆不構成相對委託及間接操縱股價之犯行，而檢察官起訴法條亦未包括間接操縱股價罪名及論罪法條，乃不再於主文中一併諭知無罪，嗣檢察官就本院更一審判決提起第三審上訴時，仍主張其2 人行為應成立間接操縱股價罪，而納入最高法院審酌範圍，故應認上開間接操縱股價部分已併由最高法院駁回檢察官之第三審上訴而告無罪確定，自非原審審判範圍等旨。是第一審就張明田、林祥曦被訴相對委託犯行部分諭知無罪，原法院更一審判決既予以維持，並於理由內一併說明就被訴之同一基本事實，何以不能證明其

等犯相對委託及間接操縱股價罪之理由，該說明已屬原法院更一審維持第一審所為無罪判決之範疇，是張明田、林祥曦所涉間接操縱股價罪嫌部分，已因最高法院駁回檢察官對於其等被訴相對委託罪嫌部分之第三審上訴，而告確定。從而，原審未就張明田、林祥曦所涉間接操縱股價罪嫌部分審判，於法尚屬無違。又此部分既未經原審判決，即非得為上訴第三審之對象，檢察官對於此部分之上訴，自屬不合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401 條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　5　　月　　12　　日

刑事第三庭審判長法　官　徐　昌　錦

法　官　周　政　達

法　官　江　翠　萍

法　官　侯　廷　昌

法　官　林　海　祥

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　5　　月　　17　　日