

最高法院刑事判決

108年度台上字第2261號

上訴人 楊淑嬌

選任辯護人 魏雯祈律師

上訴人 陳燦堂

選任辯護人 陳守煌律師

上列上訴人等因違反證券交易法等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年3月28日第二審判決（106年度金上重訴字第329號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署102年度偵字第2354、5039、5741、7001、7002、7003、7250、8686、9200、9388、10117、10199、10645、14935號），提起上訴，除原判決事實欄二所示楊淑嬌共同背信部分外，本院判決如下：

主 文

原判決關於其附表一編號一（三）至（六）、附表一編號二（二）至（五）所示部分撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。
其他上訴駁回。

理 由

甲、撤銷發回部分

壹、本件原判決認上訴人楊淑嬌、陳燦堂（下稱上訴人2人）均有如其事實欄（下稱事實欄）四至七所載之犯行，因而撤銷第一審判決關於楊淑嬌如原判決附表（下稱附表）一編號一（三）、一（五）部分之科刑判決，改判各依想像競合犯關係，依序從一重論處楊淑嬌如附表一編號一（三）所示共同犯證券交易法（下稱證交法）第171條第1項第3款之背信罪刑及為相關沒收之宣告、附表一編號一（五）所示共同犯證交法第171條第2項之背信罪刑。另維持第一審關於依想像競合犯，從一重論處：（一）楊淑嬌如附表一編號一（四）、一（六）所示共同犯證交法第171條第1項第3款之背信2罪刑。（二）陳燦堂如附表一編號二（二）、（三）及（五）所示共同犯證交法第171條第1項第3款之背信3罪刑、如附表一

編號二（四）所示共同犯證交法第171條第2項之背信罪刑部分之判決，駁回其2人各該部分在第二審之上訴。固非無見。

貳、惟查：

一、本件上訴人2人違反證交法等罪案件，本庭評議後，認為擬採為裁判基礎之法律見解，涉及下列二項法律爭議：

（一）關於證交法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪（或稱非常規交易罪、使公司為不利益交易罪），是否以真實交易行為為限？（下稱法律爭議一）。

（二）行為人以一行為該當證交法第171條第1項第2款不合營業常規交易罪、第3款特別背信罪之構成要件時，應如何論罪？（下稱法律爭議二）。

（三）關於法律爭議一：本院先前相同事實之裁判，已有複數紛爭見解之積極歧異。有採肯定說之見解，認為：證交法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪，係指真實交易但屬不合營業常規之情形；有採否定說之見解，認為證交法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪，實質並無交易之虛假行為，亦屬不合營業常規交易之範疇。至於法律爭議二，因本庭與本院其他刑事庭先前裁判所採法律見解歧異，且具原則重要性，乃就上開二法律問題應適用之法律見解，於民國109年7月29日向本院其他刑事庭提出徵詢。

（四）徵詢程序完成，關於：

1、法律爭議一部分，受徵詢之各刑事庭，均同意採否定說。是前揭採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採上開否定說之見解，已達大法庭統一法律見解之功能，此部分無須提案予刑事大法庭裁判，即應依該見解就本案逕為終局裁判。法律爭議一採取否定說之見解，理由為：93年4月28日修正前證交法第171條第1項第2款之不合營業

01 常規交易罪，其立法目的，係以已發行有價證券公司之董
02 事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不利
03 益交易行為且不合營業常規，嚴重影響公司及投資人權益
04 ，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大
05 眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處，以發揮嚇阻犯罪
06 之效果。因此，在適用上自應參酌其立法目的，以求得法
07 規範之真義。所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業
08 常規」，祇要形式上具有交易行為之外觀，實質上對公司
09 不利益，而與一般常規交易顯不相當，其犯罪即屬成立。
10 以交易行為為手段之利益輸送、掏空公司資產等行為，固
11 屬之，在以行詐欺及背信為目的，徒具交易形式，實質並
12 無交易之虛假行為，因其惡性尤甚於有實際交易而不合營
13 業常規之犯罪，自亦屬不合營業常規交易之範疇。不因93
14 年修法時，為期法律適用之明確，另增訂第3款之公司董
15 事、監察人及經理人背信、侵占罪，即認虛假交易行為不
16 構成前揭不合營業常規交易罪。

17 2、法律爭議二部分，經依徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵
18 詢後，仍有不同之見解，乃以108 年度台上大字第2261號
19 裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解，經刑事
20 大法庭於109年10月29日以108年度台上大第四字第2261號裁
21 定，宣示主文：「行為人以一行為該當證券交易法第 171
22 條第1項第2 款不合營業常規交易罪、第3款特別背信罪之
23 構成要件時，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷。」
24 並於裁定理由內說明：（1）一行為觸犯數罪名之想像競
25 合犯，係指行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害
26 數相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數罪
27 名之謂，乃處斷上之一罪（或稱科刑上一罪）。至於法條
28 競合（或稱法規競合），則法未有明文規定，係指同一犯
29 罪構成要件之一個犯罪行為，侵害同一法益，而因法條之

錯綜關係，同時有數法條可以適用，乃依一般法理擇一適用之謂，為單純一罪。則關於保護重層性法益之犯罪，究係想像競合或法條競合，應就個別刑罰法律之規範保護目的及立法精神，探究其保護法益之主要、次要關係，並依主要保護法益是否同一確定其競合關係。（2）證交法第1條明白揭示「為發展國民經濟，並保障投資，特制定本法。」為其立法目的，可知「發展國民經濟」及「保障投資」為該法的核心精神。89年7月19日修正公布增訂第171條第1項第2款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損害者。」之不合營業常規交易罪，立法理由說明：「使公司為不合營業常規或不利益交易行為，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處。」復於93年4月28日修正時，將「致公司遭受損害」，修正為「致公司遭受重大損害」，並說明：「本條所規定之證券犯罪均屬重大影響金融秩序，且常造成廣大投資人之重大損失，為使法益侵害與刑罰刑度間取得衡平，爰提高刑期三年以上十年以下有期徒刑。」故前揭構成要件中所稱「致公司遭受重大損害」，通常雖指金錢等財物損失，並以損失金額與公司規模等衡量損害是否重大，但法無明文限於金錢等有形之財物損失，如對公司之商業信譽、營運、智慧財產權等造成重大損害者，縱未能證明其具體金額，仍亦屬之。依此修法歷程，足見不合營業常規交易罪所保護之法益，並非僅止於發行有價證券公司之財產法益，反而主要著重在整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，屬重層性法益犯罪。（3）證交法於前揭93年修法時，增訂第171條第1項第3款規定：「已依本法發行有

01 價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三
02 人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產。」之
03 特別背信、特別侵占罪。再於101年1月4日修正時，增列
04 「致公司遭受損害達新臺幣五百萬元」之要件；同時增訂
05 第3項規定：「有第一項第三款之行為，致公司遭受損害
06 未達新臺幣五百萬元者，依刑法第三百三十六條及第三百
07 四十二條規定處罰。」以符合處罰衡平性及侵占、背信罪
08 本質為實害結果之意涵，明揭第171條第1項第3款為刑法
09 侵占、背信罪之特別規定，參酌證交法之立法目的，顯將
10 原僅保護公司財產法益之侵占罪及背信罪轉為重層性法益
11 之罪，而使該罪亦兼及保護整體證券市場發展、金融秩序
12 及廣大不特定投資大眾之社會法益。（4）以上二罪雖均
13 屬重層性法益之罪，保護之法益不免互有重疊，但特別侵
14 占、特別背信罪係以行為人侵占或背信致發行有價證券公
15 司遭受之損害，是否達500萬元的量性指標，作為適用證
16 交法或刑法之依據，足見係側重於保護個別公司之整體財
17 產法益，此與不合營業常規交易罪主要在於保護整體證券
18 市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，
19 明顯有別。（5）綜合證交法第171條第1項第2款、第3款
20 之立法目的、構成要件之涵攝範圍及規範保護目的，不合
21 營業常規交易罪與特別背信罪雖規定在同一條項，但二者
22 主要保護法益並不具同一性，非屬法條競合關係，行為人
23 以一行為該當此二罪之構成要件，應依想像競合犯從一情
24 節較重之罪處斷等旨。已就本件前揭擬採為裁判基礎之法
25 律見解予以統一。則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解
26 ，依法院組織法第51條之10之規定，自應受刑事大法庭前
27 揭裁定見解之拘束。

28 二、原判決認上訴人2人及其他正犯所為僅有交易之外觀，而實
29 質上並無交易之虛假行為，亦屬證交法第171條第1項第2款

之不合營業常規交易罪之範疇，並與所犯第3款之特別背信罪，二者依想像競合犯關係，從一重論以特別背信罪，此部分法律之適用，依上開本院一致之見解及刑事大法庭之裁定，原無不合。惟證交法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪，乃針對嚴重影響公司及投資人權益之惡性重大不法交易，基於保護廣大投資大眾目的，於93年4月28日修正時，將原致公司遭受「損害」之規定，修正為致公司遭受「重大損害」為其結果要件，性質上屬實害結果犯。其損害是否重大之認定，應以受損害之金額與該公司之規模（例如公司年營業額及公司資產等）加以比較，以衡量判斷之。又有罪判決書，對於此項「重大損害」結果要件之具體事實，不僅須詳加認定記載明白，且須說明其憑以計算之依據及理由，方足資以論罪科刑。原判決雖於事實欄四、五、六、七認定上訴人2人與其他正犯共同為不利益且不合營業常規之交易，依序掏空和鑫光電股份有限公司（下稱和鑫光電公司）資產新臺幣（下同）1,968萬元、5,082萬元、1億5,676萬8,209.94元（係由510萬7,084美元折算成新臺幣）、3,491萬2,500元，使該公司受有重大損害等情。然其理由欄僅就上開交易行為，致和鑫光電公司遭受前揭金額之損害為說明，並未進一步與公司當時規模（例如年營業額及資產等）加以分析比較，以究明其行為對和鑫光電公司經營或規模是否達重大損害之程度？並說明其憑以認定之依據及理由，遽認上訴人2人所為均成立前述罪名，有應於審判期日調查證據未予調查及判決理由欠備之違法。

三、有罪判決書所記載之犯罪事實，為論罪科刑適用法律之基礎，故凡於構成要件有關之重要事項，必須詳加認定，明確記載，並敘明所憑之證據及認定之理由，且其事實認定與理由說明，應互相適合，方為合法。倘事實認定與理由說明，不相一致，或事實與理由欄內之記載，前後不一致，依刑事訴

01 訟法第379 條第14款規定，均屬判決理由矛盾。原判決事實
02 欄七先稱：陳燦堂明知交易為不實，工程款將退回給張文毅
03 等人，除與張文毅等人有犯意聯絡外，亦基於填製不實會計
04 憑證之犯意，於97年5月2日指示不知情之林秀美開立發票號
05 碼為ZU000000000 ，銷售額3,325萬元，稅額166萬2,500元，
06 金額3,491萬2,500元之不實統一發票1張。於97年5月5 日，
07 自和鑫光電公司設於台新國際商業銀行竹科分行帳號000-00
08 -000000-0-00號帳戶全額匯款至「百總華銀五甲帳戶」內等
09 情（見原判決第32頁）。其後於理由欄卻謂：「百總工程公
10 司（即百總工程股份有限公司，下同）既未施工，為何會開
11 立統一發票取款，經原審（指第一審）傳喚證人林秀美到庭
12 結證稱：百總工程公司有承攬和鑫光電公司廠房樓地板微振
13 動檢測工程，工程款3 千多萬元，是游裕發指示我開立發票
14 ，那時候好像很急，但我不知道我有沒有跟陳總（指陳燦堂
15 ）報告這張發票，假如有說，應該也只跟他說要開請款發票
16 而已等語……顯見游裕發確有急於要林秀美開立統一發票之
17 事實……本件全部工程款係於開出發票當日匯款又輾轉匯出
18 提現交付楊淑嬌等情」（見原判決第90、91頁）。原判決前
19 揭事實之認定與理由之說明，顯不相適合，自有判決理由矛
20 盾之違誤。

21 四、有罪之判決書，事實認定與理由說明不相一致，即有判決理
22 由矛盾之違法。原判決於事實欄六認定陳燦堂之犯意，包括
23 ：基於意圖為自己或他人之利益，違背職務、非常規交易、
24 違反證交法第174條第1項第5 款傳票內容虛偽記載之犯意聯
25 絡，及參與各該犯行之分擔等情（見原判決第25、26頁）。
26 惟其理由欄卻僅稱陳燦堂就事實欄六所為，係犯證交法第17
27 1條第1項第2款、第2項加重非常規交易罪、同法第171條第1
28 項第3款、第2項加重特別背信罪（見原判決第110、111頁）
29 。關於陳燦堂被訴涉犯證交法第179條、第174條第1項第5款

之帳簿文書記載不實罪嫌部分，是否成立犯罪，未為判斷及說明，難謂適法。

參、以上或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，原判決前揭違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於上開部分有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回部分

壹、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。

貳、本件原審審理結果，認定陳燦堂、楊淑嬌依序有如事實欄二、三所載之犯行明確，因而撤銷第一審關於陳燦堂如附表一編號二（一）部分之科刑判決，改判依想像競合犯關係，從一重論處陳燦堂犯商業會計法第71條第1款之填製不實（尚犯刑法背信）罪刑，並適用中華民國九十六年罪犯減刑條例宣告減得之刑；另維持第一審依想像競合犯關係，從一重論處楊淑嬌如附表一編號一（二）所示共同法人之行為負責人犯證交法第171條第1項第1款之申報、公告不實（尚犯行使變造私文書、行使偽造私文書）罪刑及為相關沒收之宣告部分之判決，駁回其該部分在第二審之上訴（至原判決事實欄二所示楊淑嬌共同背信部分，本院已於109年9月2日先行判決駁回上訴確定）。已詳敘認定犯罪事實所憑證據及理由。

參、犯罪事實之認定、證據取捨及證據證明力之判斷，均屬事實審法院之職權，審理事實之法院綜據卷內訴訟資料而為事實認定、取捨證據，以及其判斷證據證明力之職權行使，如無悖經驗法則或論理法則，即不得任意指摘其為違背法令。本

01 件關於陳燦堂如事實欄二部分，原判決係綜合陳燦堂之陳述
02 （供稱2億3,010萬元工程款是虛列），及證人劉志春、黃鴻
03 傑（依序為實際施作南鑫光電公司第五代彩色濾光片廠無塵
04 室及一般空調新建工程〔下稱本案工程〕之天汗工程股份有
05 限公司負責人、監造本案工程之人）之證言，及卷內相關證
06 據資料，而為陳燦堂有事實欄二所示商業會計法第71條第1
07 款之填製不實（下稱違反商業會計法）犯行之認定，並說明
08 百總工程公司與南鑫光電公司於92年9月28日簽訂本案工程
09 契約時，確有浮報工程款2億3,010萬元之事實，陳燦堂係百
10 總工程公司之負責人，竟與張錫強、張文毅（依序為南鑫光
11 電公司董事長、總經理）有墊高南鑫光電公司之工程成本之
12 謀議，其明知附表三所示之3張統一發票，實際上均為浮報
13 之工程款，最終將匯至非其保管之百總工程公司合作金庫商
14 業銀行五股分行帳戶，供張錫強、張文毅、楊淑嬌運用，百
15 總工程公司實際上未收受此浮報之銷售金額，卻將此不實事
16 項，記載於前揭統一發票（會計憑證），其有違反商業會計
17 法之犯意甚明。陳燦堂知悉無施作該等工程，卻配合開立統
18 一發票請款，自有填製不實憑證無誤。陳燦堂所為其不知情
19 ，無違反商業會計法等語之辯解，難以採信之理由。所為論
20 列說明，與卷證資料悉相符合，亦不違背經驗法則與論理法
21 則。且該部分事證已臻明確，欠缺調查之必要性，原審未再
22 為無益之調查，無違法可言。陳燦堂上訴意旨稱其主觀上認
23 為百總工程公司得向業主請領工程款項，並無幫助南鑫光電
24 公司逃漏稅捐之犯意，自無故意違反商業會計法罪之認識，
25 並爭執原審就工程款實際金額究係若干未予查明，指摘原判
26 決違誤等語。係就原審採證、認事職權之行使及原判決已說
27 明論斷之事項，依憑己意而為指摘，難認屬上訴第三審之適
28 法理由。

29 肆、關於楊淑嬌如事實欄三（即和鑫光電公司95年上半年度財務

01 報告、合併財務報告、95年度財務報告、合併財務報告、96
02 年第一季財務報告不實)部分，原判決係以：於96年4月間
03 ，時屆95年度及96年度第一季財務報告申報及公告期限，擔
04 任和鑫光電公司財務處處長之楊淑嬌獲悉會計師楊文安、佟
05 韻玲對和鑫光電公司、鑫新投資股份有限公司在 LGT Bank
06 in Liechtenstein Ltd (中譯：列支敦士登皇室家族銀行)
07 之定期存款有重大疑慮，要求將該定期存款須全數匯回，否
08 則拒絕簽證財務報告一情，遂向張文毅、陳威宇(係和鑫光
09 電公司監察人)告知應儘速匯回該定期存款，張文毅即向楊
10 淑嬌說明該定期存款已轉投資北京建廠，楊淑嬌仍與張文毅
11 、陳威宇共同基於違反證交法第171條第1項第1款財報不實
12 及行使變造、偽造私文書之犯意聯絡，而為行為之分擔等情
13 。並於理由欄說明憑以認定之證據及理由。因而依想像競合
14 犯從一重論處其共同法人之行為負責人犯證交法第171條第1
15 項第1款之申報、公告不實罪刑。所為判斷於法無違。楊淑
16 嬌上訴意旨主張其無違反證交法第171條第1項第1款規定之
17 犯意，其所為僅可能涉犯刑法第216條、第215條之行使業務
18 登載不實文書罪。係以自己之說詞、持不同之評價而為事實
19 之爭執，並非上訴第三審之合法理由。

20 伍、刑之量定，屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，如其量刑
21 已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀
22 ，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例
23 及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自
24 不得指為違法。原判決就陳燦堂所犯商業會計法第71條第1
25 款之填製不實罪，以陳燦堂之責任為基礎，具體審酌關於刑
26 法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下行使裁量權，而為
27 刑之量定。所處之刑，既未逾越法定刑度，又無濫用其裁量
28 權限或違反比例原則等情形，於法尚無不合。陳燦堂上訴意
29 旨執另經檢察官為緩起訴處分或法院諭知緩刑之案例，指摘

01 原判決量刑不公及過重。惟個案情節不同，自無從比附援引
02 不得執另案之偵查或判決結果，資為指摘原判決量刑違法
03 之論據。又原判決係以第一審判決就陳燦堂所犯上開部分，
04 雖於理由內說明應適用中華民國九十六年罪犯減刑條例予以
05 減刑，惟其主文中並未為減刑之諭知，而予撤銷，改判仍論
06 處第一審判決所宣告之罪刑，並另諭知減得之刑，其於附表
07 一第一審主文之後，「減刑事由」欄記載有中華民國九十六
08 年罪犯減刑條例之適用，並無矛盾之情形。陳燦堂上訴意旨
09 執以指摘，同非適法之第三審上訴理由。

10 陸、上訴人2人其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、認事職權
11 之適法行使及原判決已說明事項，任意指摘為違法，或為事
12 實上之枝節爭執，難認符合前述法定之第三審上訴要件。至
13 陳燦堂另就想像競合所犯行為時刑法第342條第1項之背信罪
14 （係不得上訴於第三審之案件）部分，所為之指摘，自無庸
15 論列。

16 柒、依上所述，楊淑嬌上開部分及陳燦堂前揭違反商業會計法部
17 分之上訴，俱違背法律上之程式，均應駁回。陳燦堂前揭違
18 反商業會計法部分之上訴，既從程序上予以駁回，則與之有
19 裁判上一罪關係，經第一審及原審均認有罪屬不得上訴第三
20 審之背信（修正前刑法第342條第1項）部分之上訴，自無從
21 為實體上審判，亦應一併駁回。

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

24 中 華 民 國 109 年 10 月 30 日

25 刑事第九庭審判長法官許錦印

26 法官何信慶

27 法官朱瑞娟

28 法官高玉舜

29 法官李英勇

01 本件正本證明與原本無異

02 書記官

03 中 華 民 國 109 年 11 月 3 日