

最高法院刑事判決

(1) 裁判要旨：

- 一、關於證券交易法（下稱證交法）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、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。
- 三、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：民國 93 年 4 月 28 日修正前證交法第 171 條第 1 項第 2 款之不合營業常規交易罪，其立法目的，係以已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不利益交易行為且不合營業常規，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，以發揮嚇阻犯罪之效果。因此，在適用上自應參酌其立法目的，以求得法規範之真義。所謂「使公司為不利益之

交易，且不合營業常規」，祇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，自亦屬不合營業常規交易之範疇。不因 93 年修法時，為期法律適用之明確，另增訂第 3 款之公司董事、監察人及經理人背信、侵占罪，即認虛假交易行為不構成前揭不合營業常規交易罪。

(2)相關法規：

證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款。

上訴人 楊 ○ 嬌

選任辯護人 魏 雯 祈 律師

上訴人 陳 ○ 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○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○嬌、陳○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○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○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○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○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 款之不合營業常規交易罪，其立法目的，係以已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不利益交易行為且不合營業常規，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，以發揮嚇阻犯罪之效果。因此，在適用上自應參酌其立法目的，以求得法規範之真義。所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，祇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，自亦屬不合營業常規交易之範疇。不因 93 年修法時，為期法律適用之明確，另增訂第 3 款之公司董事、監察人及經理人背信、侵占罪，即認虛假交易行為不構成前揭不合營業常規交易罪。
- 2、法律爭議二部分，經依徵詢程序，向本院其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之見解，乃以 108 年度台上大字第 2261 號裁定向本院刑事大法庭提案，請求統一法律見解，經刑事大法庭於 109 年 10 月 29 日以 108 年度台上大第四字 2261 號裁定，宣示主文：「行為人以一行為該當證券交易

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，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷。」並於裁定理由內說明：（1）一行為觸犯數罪名之想像競合犯，係指行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害數相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數罪名之謂，乃處斷上之一罪（或稱科刑上一罪）。至於法條競合（或稱法規競合），則法未有明文規定，係指同一犯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：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產。」之特別背信、特別侵占罪。再於 101 年 1 月 4 日修正時，增列「致公司遭受損害達新臺幣五百萬元」之要件；同時增訂第 3 項規定：「有第一項第三款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣五百萬元者，依刑法第三百三十六條及第三百四十二條規定處罰。」以符合處罰衡平性及侵占、背信罪本質為實害結果之意涵，明揭第 171 條第 1 項第 3 款為刑法侵占、背信罪之特別規定，參酌證交法之立法目的，顯將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之罪，而使該罪亦兼及保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益。（4）以上二罪雖均屬重層性法益之罪，保護之法益不免互有重疊，但特別侵占、特別背信罪係以行為人侵占或背信致發行有價證券公司遭受之損害，是否達 500 萬元的量性指標，作為適用證交法或刑法之依據，足見係側重於保護個別公司之整體財產法益，此與不合營業常規交易罪主要在於保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，明顯有別。（5）綜合證交法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款之立法目的、構成要件之涵攝範圍及規範保護目的，不合營業常規交易罪與特別背信罪雖規定在同一條項，但二者主要保護法益並不具同一性，非屬法條競合關係，行為人以一行為該當此二

罪之構成要件，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷等旨。已就本件前揭擬採為裁判基礎之法律見解予以統一。則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第 51 條之 10 之規定，自應受刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。

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○○光電股份有限公司（下稱○○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○○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○○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，依刑事訴訟法第 379 條第 14 款規定，均屬判決理由矛盾。原判決事實欄七先稱：陳○堂明知交易為不實，工程款將退回給張○毅等人，除與張○毅等人有犯意聯絡外，亦基於填製不實會計憑證之犯意，於 97 年 5 月 2 日指示不知情之林○美開立發票號碼為 ZU00000000，銷售額 3,325 萬元，稅額 166 萬 2,500 元，金額 3,491 萬 2,500 元之不實統一發票 1 張。於 97 年 5 月 5 日，自○○光電公司設於○○國際商業銀行○○分行帳號 000-00-000000-0-00 號帳戶全額匯款至「○○華銀○○帳戶」內等情（見原判決第 32 頁）。其後於理由欄卻謂：「○○工程公司（即○○工程股份有限公司，下同）既未施工，為何會開立統一發票取款，經原審（指第一審）傳喚證人林○美到庭結證稱：○○工程公司有承攬○○光電公司廠房樓地板微振動檢測工程，工程款 3 千多萬元，是游○發指示我開立發票，那時候好像很急，但我不知道我有沒有跟陳總（指陳○堂）報告這張發票，假如有說，應該也只跟他說要開請款發票而已等語……顯見游○發確有急於要林○美開立統一發票之事實……本件全部工程款係於開出發票當日匯款又輾轉匯出提現交付楊○嬌等情」（見原判決第 90、91 頁）。原判決前揭事實之認定與理由之說明，顯不相適合，自有判決理由矛盾之違誤。
- 四、有罪之判決書，事實認定與理由說明不相一致，即有判決理由矛盾之違法。原判決於事實欄六認定陳○堂之犯意，包括：基於意圖為自己或他人之利益，違背職務、非常規交易、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

聯絡，及參與各該犯行之分擔等情（見原判決第 25、26 頁）。惟其理由欄卻僅稱陳○堂就事實欄六所為，係犯證交法第 171 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 項第 3 款、第 2 項加重特別背信罪（見原判決第 110、111 頁）。關於陳○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○堂、楊○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○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○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○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○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。本件關於陳○堂如事實欄二部分，原判決係綜合陳○堂之陳述（供稱 2 億 3,010 萬元工程款是虛列），及證人劉○春、黃○傑（依序為實際施作南○光電公司第五代彩色濾光片廠無塵室及一般空調新建工程〔下稱本案工程〕之天○工程股份有限公司負責人、監造本案工程之人）之證言，及卷內相關證據資料，而為陳○堂有事實欄二所示商業會計法第 71 條第 1 款之填製不實（下稱違反商業會計法）犯行之認定，並說明○○工程公司與南○光電公司於 92 年 9 月 28 日簽訂本案工程契約時，確有浮報工程款 2 億 3,010 萬元之事實，陳○堂係○○工程公司之負責人，竟與張○強、張○毅（依序為南○光電公司董事長、總經理）有墊高南○光電公司之工程成本之謀議，其明知附表三所示之 3 張統一發票，實際上均為浮報之工程款，最終將匯至非其保管之○○工程公司○○金庫商業銀行○○分行帳戶，供張○強、張○毅、楊○嬌運用，○○工程公司實際上未收受此浮報之銷售金額，卻將此不實事項，記載於前揭統一發票（會計憑證），其有違反商業會計法之犯意甚明。陳○堂知悉無施作該等工程，卻配合開立統一發票請款，自有填製不實憑證無誤。陳○堂所為其不知情，無違反商業會計法等語之辯解，難以採信之理由。所為論列說明，與卷證資料悉相符合，亦不違背經驗法則與論理法則。且該部分事證已臻明確，欠缺調查之必要性，原審未再為無益之調查，無違法可言。陳○堂上訴意旨稱其主觀上認為○○工程公司得向業主請領工程款項，並無幫助南○光電公司逃漏稅捐之犯意，自無故意違反商業會計法罪之認識，並爭執原審就工程款實際金額究係若干未予查明，指摘原判決違誤等語。係就原審採證、認事職權之行使及原

判決已說明論斷之事項，依憑己意而為指摘，難認屬上訴第三審之適法理由。

肆、關於楊○嬌如事實欄三（即○○光電公司 95 年上半年度財務報告、合併財務報告、95 年度財務報告、合併財務報告、96 年第一季財務報告不實）部分，原判決係以：於 96 年 4 月間，時屆 95 年度及 96 年度第一季財務報告申報及公告期限，擔任○○光電公司財務處處長之楊○嬌獲悉會計師楊○安、佟○玲對○○光電公司、○○投資股份有限公司在 LGT Bank 00 0000000000000 Ltd（中譯：○○○○○○○家族銀行）之定期存款有重大疑慮，要求將該定期存款須全數匯回，否則拒絕簽證財務報告一情，遂向張○毅、陳○宇（係○○光電公司監察人）告知應儘速匯回該定期存款，張○毅即向楊○嬌說明該定期存款已轉投資北京建廠，楊○嬌仍與張○毅、陳○宇共同基於違反證交法第 171 條第 1 項第 1 款財報不實及行使變造、偽造私文書之犯意聯絡，而為行為之分擔等情。並於理由欄說明憑以認定之證據及理由。因而依想像競合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 項第 1 款之申報、公告不實罪刑。所為判斷於法無違。楊○嬌上訴意旨主張其無違反證交法第 171 條第 1 項第 1 款規定之犯意，其所為僅可能涉犯刑法第 216 條、第 215 條之行使業務登載不實文書罪。係以自己之說詞、持不同之評價而為事實之爭執，並非上訴第三審之合法理由。

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，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。原判決就陳○堂所犯商業會計法第 71 條第 1 款之填製不實罪，以陳○堂之責任為基礎，具體審酌關於刑法第 57 條科刑等一切情狀，在罪責原則下行使裁量權，而為刑之量定。所處之刑，既未逾越法定刑度，又無濫用

其裁量權限或違反比例原則等情形，於法尚無不合。陳○堂上訴意旨執另經檢察官為緩起訴處分或法院諭知緩刑之案例，指摘原判決量刑不公及過重。惟個案情節不同，自無從比附援引，不得執另案之偵查或判決結果，資為指摘原判決量刑違法之論據。又原判決係以第一審判決就陳○堂所犯上開部分，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減刑，惟其主文中並未為減刑之諭知，而予撤銷，改判仍論處第一審判決所宣告之罪刑，並另諭知減得之刑，其於附表一第一審主文之後，「減刑事由」欄記載有中華民國九十六年罪犯減刑條例之適用，並無矛盾之情形。陳○堂上訴意旨執以指摘，同非適法之第三審上訴理由。

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

柒、依上所述，楊○嬌上開部分及陳○堂前揭違反商業會計法部分之上訴，俱違背法律上之程式，均應駁回。陳○堂前揭違反商業會計法部分之上訴，既從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係，經第一審及原審均認有罪屬不得上訴第三審之背信（修正前刑法第 342 條第 1 項）部分之上訴，自無從為實體上審判，亦應一併駁回。

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

刑事第九庭審判長	法官	許	錦	印
	法官	何	信	慶
	法官	朱	瑞	娟
	法官	高	玉	舜
	法官	李	英	勇