

調 查 報 告

壹、案由：據訴，臺灣高等法院臺中分院審理99年度金上訴字第941、948號渠被訴違反證券交易法案件，未依職權調查有利渠之證據，且採證違背證據法則，率予維持有罪之判決，經提起上訴，最高法院復未依法撤銷原判決，仍以102年度台上字第639號判決駁回，陳請開啟非常上訴程序，以彰法治，並免冤抑等情乙案。

貳、調查意見：

據訴，臺灣高等法院臺中分院審理99年度金上訴字第941、948號渠被訴違反證券交易法案件，未依職權調查有利渠之證據，且採證違背證據法則，率予維持有罪之判決，經提起上訴，最高法院復未依法撤銷原判決，仍以102年度台上字第639號判決駁回，陳請開啟非常上訴程序，以彰法治，並免冤抑等情乙案，業經本院調查竣事，茲將調查意見臚陳如下：

一、最高法院檢察署處理陳訴人黃○○就其違反證券交易法案件所受確定判決聲請非常上訴一事，尚見未盡審酌之處，允有妥為再酌之必要，以釋民疑。

(一)按刑事訴訟法第441條規定：「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴」，最高法院25年非字第139號判例要旨略謂：「所謂審判違背法令，係指其審判程序或其判決之援用法令，與當時應適用之法令有所違背者而言」；另按「刑事判決確定後，發見該案件認定犯罪事實與所採用證據顯屬不符，自屬審判違背法令，得提起非常上訴」亦經司法院大法官釋字第146號解釋釋明在案。是以

，認定犯罪事實固屬事實審法院之權，惟其認定事實與所採證據不符，認定犯罪之程序或方法不正者，均屬審判違背法令之範疇，確定判決倘有上開瑕疵，自應許其循非常上訴程序加以救濟。

(二)查臺灣高等法院臺中分院 99 年度金上訴字第 941、948 號判決認定陳訴人有證券交易法第 155 條第 1 項第 4 款所定「意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，自行或以他人名義，對該有價證券，連續以高價買入或以低價賣出」之共同炒作股票犯行，主要係以共同被告張○○證稱：謝○○曾向伊表示○○公司董事長(按：即陳訴人)請謝○○配合拉抬○○股票，謝○○轉請伊配合云云等情，認定陳訴人與其他共同正犯間有犯意之聯絡，復佐以證人之證言、相關書證及臺灣證券交易所股份有限公司(下稱證交所)所檢送之○○股票交易分析意見書，據以認定陳訴人、謝○○與張○○於第一、二波段期間內，確有利用自己與他人帳戶，以連續高價(含漲停價)及連續低價等方式買進、賣出○○股票之事實，並使該個股於上開波段期間之漲幅，出現與同類股、大盤指數相悖離之情形，確有人為炒作之情事。而張○○歷來於調查站、檢察事務官詢問及檢察官偵訊時均供稱，係聽朋友謝○○向伊表示，○○公司黃董事長有請謝○○幫忙共同拉抬○○股價，謝○○乃再請伊協助維持或拉抬股價等情；嗣張○○於一審法院審理時，則具結證稱：「本案完全是謝○○告訴我，所以我判斷黃○○應該有請謝○○幫忙」、「當時謝○○說他要打電話給黃董，而我知道○○的董事長姓黃，我也有上網去查證過，所以我認為謝○○是跟黃○○通電話」等語。(詳見原判決第 19 至 25 頁)。

(三)法務部 102 年 4 月 15 日法檢字第 10204521020 號函復本院，係核轉最高法院檢察署所作意見，認定原判決並無提起非常上訴之原因，理由略謂：

- 1、原判決就認定犯罪事實之心證及理由，已詳為論述。
- 2、相關人等買賣股票獲利之事實，足資佐證證人所證尚非虛妄。
- 3、以相關人為分析群組對象之交易分析書證明系爭股票有人為炒作。
- 4、參酌全案卷證資料相互勾稽，與經驗法則及論理法則無違。
- 5、證人證詞雖有矛盾，仍得斟酌採信。
- 6、共同正犯間不以有犯意直接聯絡為必要，間接聯絡者亦包括在內。
- 7、陳訴人未具體指出交易分析有何錯誤之處，僅泛稱內容為個人主觀意見，不具正確期待可能性云云，洵非有據。
- 8、最高法院亦認原判決並未違法。

(四)惟按共同正犯之成立，以數犯罪行為人間互有犯意聯絡及行為分擔為要件。由於證券交易法第 155 條第 1 項第 4 款所定炒作股票之犯行，係以「連續以高價或低價對特定有價證券為買賣行為」為構成要件行為；然於公開交易市場中買賣股票本屬中性行為，爰於論斷犯罪成立與否時，自須強化行為人主觀意圖之究明。同理，認定該罪之共同正犯時，亦應將重心置於「犯意聯絡」之要件上，而非單純僅以客觀上參與股票交易之行為即逕認為係屬行為分擔，以免牽及無辜。上開原判決卻僅依共同被告張○○之供述作為認定陳訴人確有犯意聯絡之主要立證。然查張○○之證述內容，對於陳訴人參與犯罪

事實部分，係屬傳聞供述，應不具證據能力(詳如後述)，而相關書證所佐者，亦不過為陳訴人與共同被告等皆有於該特定期間進行系爭股票買進或賣出之行為，尚難據此推認陳訴人與張○○及謝○○間確有炒作股票之犯意聯絡。

- (五)查證人就其得自他人之傳聞事實，於審判中到庭作證而為轉述者，乃傳聞供述。審理事實之法院於調查證據，遇有傳聞供述之情形，即應究明原始證人是否存在或不明，俾憑傳喚其到庭作證，使命具結陳述，並接受被告之詰問；因發見真實之必要，並得依刑事訴訟法第184條第2項之規定，命原始證人與傳聞證人為對質，其之調查證據始稱完備。原始證人已在審判中具結陳述者，不論其陳述與傳聞供述是否相符，該傳聞供述應不具證據能力；惟原始證人如就主要待證事實之陳述與傳聞供述相左或不一致，該傳聞供述非不得作為彈劾原始證人陳述證據之證明力之用。本案張○○於審判外或審判中皆轉述聽聞自謝○○表示陳訴人有參與共同謀議，由於此種「再傳聞」錯誤、虛偽之可能性甚高，不得依刑事訴訟法第159條之1或之2有關傳聞例外之規定取得證據能力，而原始證人謝○○於審判中並無無法傳喚出庭作證之情事，惟似未據證稱陳訴人有何共同謀議之事實，則張○○就陳訴人有參與犯罪行為謀議之傳聞供述自應認為無證據能力，且不因張○○曾於審判中到庭具結作證，或有無接受被告(即陳訴人)詰問而有不同，蓋其本身既非親歷相關事實者，自無從透過詰問程序擔保其陳述內容之真實性。另查「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據。」為刑事訴訟法第160條所明定，是張○○證稱，依其推測

，謝○○曾與陳訴人通電話乙節，亦不得作為認定陳訴人確有與謝○○或張○○建立犯意聯絡，共同參與炒股犯行之證據。

(六)再按刑事訴訟法採取自由心證主義，關於具備證據能力之各項證據，其證明力之強弱如何，固由法院本於確信自由判斷；惟亦不得違背經驗法則及論理法則。原判決依據證交所函送之○○股票交易分析意見書及投資人交易明細等資料，顯示以陳訴人、謝○○及張○○（均含渠等所使用之他人名義帳戶）分列為分析群組對象，於第一、二波段期間之買進、賣出數量與價格，皆有明顯影響○○股票成交價格之情形。且○○股票漲幅與同類股、大盤指數相較，有悖離情形，振幅亦明顯較大，足見○○股票確實有人為炒作情形，並以「○○股票價格之形成既因一定成員之刻意拉高、壓低，非本於供需所形成，已扭曲市場價格機能」，推論陳訴人等與張○○自有共同意圖抬高及壓低○○股票交易價格之主觀意圖甚明。查上開證交所提出之交易分析意見書固係該所依其內部監視辦法，於查核期間，就○○股票之客觀交易情形所進行之統計分析；然關鍵在於，相關分析樣本之擇定，即係依檢調所指定之對象範圍為之，倘陳訴人以外之人所為之成交價量，實質上已足以影響○○股票之成交價格，則任何於該期間內有買賣○○股票者一旦納入分析群組，勢必均得出相同結論。又設若有人係出於調節資金之需求，而恰於他人有意炒作股票之期間，亦對該股為相當數量之買賣行為，是否得僅因客觀上交易價量之顯著情形，即逕予推認參與買賣者均係共犯關係？可見原判決先以陳訴人與同案被告謝○○、張○○間應有共犯關係作前提，將其網羅納進

交易分析之對象中，再以整體分析之結果，回頭論證陳訴人與共同被告間之股票買賣情形殆係出於炒作股票之共同犯意聯絡無疑。此種純以客觀之情事推導出主觀犯意之存在，互為參照與互為補強之推理過程，尤不無循環論證之謬誤。

- (七)綜上，臺灣高等法院臺中分院 99 年度金上訴字第 941、948 號判決先以不具證據能力之傳聞供述認定陳訴人有共同參與他人炒股犯行之犯意聯絡，復以分析樣本已失客觀性之交易分析意見書作為補強證據，佐證上開無證據能力之傳聞供述(即陳訴人亦為炒股犯行之共同正犯)具有可信性，原判決對於證據之採認與自由心證之運用，尚見未盡審酌之處，陳訴人之聲請提起非常上訴，允有妥為再酌之必要，藉釋民疑。

二、法務部對於本院函詢本案原確定判決所涉審判違背法令疑義，未就爭點詳實究明，率予摘引抄錄原判決理由即予核駁，顯有疏失，應予檢討改進。

- (一)按人民倘以書面敘明理由請求救濟，司法機關即應針對所提理由，逐一回應、反駁，始屬妥當，苟全然不予回應，或毫無交集、自行編列理由率予駁回，無論個案結論合乎正義與否，當事人必難心服口服，亦難免有損於司法公信力。
- (二)查本案本院於受理陳訴人對原判決認有違背法令，損及權益之陳情後，先於 102 年 3 月 8 日函請法務部就所列各節爭議點，依法審酌有無符合提起非常上訴之適狀，該部於同年 4 月 15 日即函復本院略稱，經交據最高法院檢察署審認原判決並無提起非常上訴之原因，該署所報尚無不合等語。觀其復函所陳理由，除援引最高法院 86 年度台非字第 158 號、96 年度台非字第 60 號有關非常上訴之判決外，餘

大抵係照錄或摘引原判決之理由，並未對本院所指之各項逐一論駁。

- (三)實務上對於共同正犯之認定，雖有標準，但在共謀共同正犯、特殊犯罪類型上，需要更積極的證據，證明有犯罪的謀議，否則極易牽連無辜。故本院函詢重點之一，係認為股票買賣之參與人是不特定的投資大眾，本質上是「相互利用、共同參與」，原確定判決僅以參與買賣股票，認定「有行為分擔」，據以認定為共同正犯，論證方法顯有疑義。亦即本院函詢爭點，主要係以本案判決於抽象法規之適用上有錯誤之虞，若依判決適用法規之方法，將導致其他案件均有打擊面過大之失，詎法務部竟查稱事實裁量不受審查，顯與本院函請釐清爭點不同。
- (四)其次，有關原判決採為證據之交易分析意見書乙節，本院所質疑者在於，分析樣本之範圍設定受檢方人為操縱，是否可能影響分析結果之信度，而非質疑相關分析數據資料之正確性，法務部卻回函表示，相關交易紀錄之記載歷來均能正確，誤差機會甚小，且陳訴人未具體指出該資料有何錯誤之處云云，與本院函詢重點實屬南轅北轍。
- (五)又，曾經最高法院駁回上訴之案件不代表即無審判違背法令之事由，經最高法院為實體判決駁回上訴之案件，尚且有非常上訴成功之例（最高法院 91 年度台非字第 152 號判例參照），何況係僅經該院認為上訴不合法，即從程序上予以駁回者，法務部復函竟以「最高法院亦認原判決並未違法」作為不符非常上訴理由之證明，實有輕忽怠惰之嫌。
- (六)按本院為國家最高之監察機關，該部對於本院所提問項，尚且刻意迴避疑義，誠可想像，對於一般人民之請求，難謂無率然虛應故事之情，如此處理非

常上訴聲請案之態度，已與刑事訴訟法第 441 條設立非常上訴救濟管道之旨相悖。法務部對於本院函詢本案原確定判決所涉審判違背法令疑義，未就爭點詳實究明，率予摘引抄錄原判決理由即予核駁，顯有疏失，應予檢討改進。

調查委員：陳健民

高鳳仙

中 華 民 國 102 年 6 月 日