臺灣高等法院臺中分院刑事裁定

115年度聲再字第141號

再審聲請人
即受判決人　陳國良
000000000000000000
000000000000000000
代　理　人　盧永盛律師
　　楊玉珍律師
　　侯雪芬律師

上列再審聲請人即受判決人因違反人口販運防制法等案件，對於本院113年度上訴字第1078號中華民國115年6月2日確定判決（第一審案號：臺灣彰化地方法院111年度訴字第1074號；起訴案號：臺灣彰化地方檢察署111年度偵字第1897、2126、12846、13851、14139、14291、15074、15075、15245、15338、15339、15340、15341、15342、15343、15344號），聲請再審及停止刑罰之執行，本院裁定如下：

主　　文

再審及停止刑罰執行之聲請均駁回。

理　　由

一、本件聲請意旨

再審聲請人即受判決人Ａ０１（下稱聲請人）經本院113年度上訴字第1078號判決（下稱原確定判決）論以共同犯修正前人口販運防制法第32條第2項之勞動剝削罪，處有期徒刑1年6月確定。聲請人及其代理人先後提出書狀並到庭陳述，所陳理由經綜合整理如下：

㈠原確定判決未扣除人力派遣成本：

金盟企業社為派遣事業單位，係派遣勞工法律上之雇主，須負擔勞工保險、團體保險、住宿、交通接送、專人照顧、行政管理及稅捐等支出，向要派公司請款之時薪本應高於學生實領時薪。原確定判決僅以要派公司給付金額與學生實領薪資相較，即認差距8%至24%，屬「苛扣」、「抽取高額價

差」，未扣除上開成本及學生借支、代扣之勞保費與稅金；依僱主僱用勞工合理成本計算表，雇主法定負擔即達18.6%，上開差距本在合理範圍，聲請人獲利甚微，甚至可能虧損。聲請人所提派遣及招募合約、勞保投保資料、遊覽車及房屋租賃契約、宿舍資料、薪資明細、學生關於宿舍及扣款之證述、勞動部關於勞動派遣之函文及說明等，原確定判決均漏未審酌，亦未說明不採之理由。

㈡聲請人不知情，未利用學生處境：

聲請人未參與中州科技大學（下稱中州大學）之招生，對於招生內容、學費繳納或補助、來臺旅費如何返還等事均不知情，僅受藍素鈴之託派工及發放薪資。同案被告藍素鈴於第一審證稱聲請人基本上不會與校方接觸、不瞭解學雜費如何繳納等語（見臺灣彰化地方法院111年度訴字第1074號卷〈下稱一審卷〉五第396-398頁），證人柯○吉於原確定判決審理時證稱未曾向聲請人提及其債務（見本院113年度上訴字第1077號卷〈下稱上訴1077卷〉七第325頁），原確定判決未說明不採之理由。

㈢學生並未陷於難以求助之處境：

望隼、前源、坤璜公司人員李亞倫、黃素琴、陳秀珍均證稱排班、加班尊重學生意願，學生出勤狀況不佳，部分學生因工作環境不佳即不前往工作；學生宿舍無門禁，可持手機對外聯絡，考試多有老師提供答案，案發後仍多繼續工作。學生之壓力源自中州大學及藍素鈴催繳學費，與聲請人無關；原確定判決亦未具體認定有何不當債務。

㈣給付基本工資、超時工作至多屬行政責任：

聲請人均依基本工資乘以實際工時給付，並依法實施變形工時，縱有超時，至多違反勞動基準法或就業服務法。交通部觀光署114年7月11日修正公布之「觀光旅館業及旅館業申請外國籍學生來中華民國實習要點」及其問答、新聞報導，亦可見政策容許外國籍學生實習。原確定判決自創「主觀勞動條件」之標準，違反施行細則明文及經驗、論理法則。

㈤爰依刑事訴訟法第420條第1項第6款、第3項、第421條聲請再審，並聲請依同法第429條之3囑託會計師公會鑑定聲請人派遣各學生期間，逐月扣除成本後是否仍有獲利及其金額、比例；另以聲請人罹患○○○○○○○○○○○○○○，聲請依同法第435條第2項停止刑罰之執行等語。

二、本件再審聲請合法之審核

㈠按聲請再審，由判決之原審法院管轄；為受判決人之利益聲請再審，得由受判決人為之；聲請再審，應以再審書狀敘述理由，附具原判決之繕本及證據，提出於管轄法院為之；依第421條規定聲請再審者，應於送達判決後20日內為之，刑事訴訟法第426條第1項、第427條第2款、第429條前段、第424條分別定有明文。

㈡經查：

1.聲請人為原確定判決之受判決人，委任代理人盧永盛律師、陳泓宇律師（嗣於115年8月13日解除委任）於115年6月15日、委任代理人楊玉珍律師於同年6月24日，分別附具原確定判決繕本及證據，向為實體判決之本院聲請再審（見本院卷一第3-33、195-211頁），聲請權人、管轄法院及書狀程式均無不合。

2.聲請人所犯修正前人口販運防制法第32條第2項之罪，法定刑為3年以下有期徒刑，屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定不得上訴於第三審法院之案件，原確定判決於115年6月2日宣示時即告確定，得依同法第421條聲請再審。原確定判決於115年6月5日送達聲請人（見本院113年度上訴字第1078號卷〈下稱上訴1078卷〉一第433頁），聲請人上開聲請均未逾同法第424條所定20日期間。代理人楊玉珍律師於同年7月23日、侯雪芬律師於同年8月13日提出之補充理由狀（見本院卷一第423-424、433-445頁），係就已於期間內主張之事由所為補充，本院併予審酌。至依第420條第1項第6款聲請部分，法律並未設有期間之限制。

3.本院已依刑事訴訟法第429條之2規定，於115年9月14日通知

聲請人及其代理人到場陳述意見，並聽取檢察官之意見（見本院卷一第473-476頁）。本件聲請程序合法，應進而審究有無理由。

三、再審法律要件之闡述

㈠刑事訴訟法第420條第1項第6款、第3項部分

按有罪之判決確定後，因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者，為受判決人之利益，得聲請再審；所稱新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據，刑事訴訟法第420條第1項第6款、第3項定有明文。是再審新事證須兼具「新規性」及「確實性」，並依序審查：前者指該事證未經原確定判決法院調查斟酌；後者指該事證單獨或與先前證據綜合判斷，足使再審法院對原確定判決認定之事實產生合理懷疑，而有動搖原確定判決之蓋然性。確實性之判斷，應先確認原確定判決已審酌之證據構造，再判斷新事證對該證據構造所生之影響及程度，綜合評價之（最高法院104年度台抗字第425號、114年度台抗字第418號裁定意旨參照）。如僅足影響枝節事實，或係對相同證據提出不同評價，均不足以開啟再審。

㈡刑事訴訟法第421條部分

按不得上訴於第三審法院之案件，其經第二審確定之有罪判決，如就足生影響於判決之重要證據漏未審酌者，亦得為受判決人之利益聲請再審，刑事訴訟法第421條定有明文。所謂重要證據漏未審酌，係指重要證據業已提出，或已發見而未予調查，或雖經調查但未就調查之結果予以判斷並定其取捨而言（最高法院107年度台抗字第341號裁定意旨參照）；且須該證據如經審酌，足以動搖原確定判決所認定之事實，始足生影響於判決。倘原確定判決業已審酌，僅未逐一摘錄其全部內容，或經審酌後未採聲請人所主張之評價，或該證據縱經審酌亦不影響判決結果，均與上開要件不符。

四、原確定判決所依憑之證據與論斷

原確定判決認定聲請人未參與柴鈁武、藍素鈴等人前階段之招生行為，係於其等實行犯罪中途，自109年2月起基於共同意思參與後段之事中共犯（理由欄乙、四、(三)），其認定聲請人犯罪之證據依據為：

㈠客觀事實：聲請人經營之金盟企業社將本案16名烏干達留學生派遣至坤璜、望隼、前源等公司工作，要派公司支付之對價高於基本工資，聲請人僅依基本工資給付學生，並按月每名學生支付藍素鈴新臺幣（下同）500元，有附表二逐月工時、要派公司給付金額及學生實領薪資資料、LINE對話紀錄可憑，且為聲請人所不爭執（理由欄乙、二、(一)；乙、七）。

㈡難以求助之處境：學生以求學為目的來臺，身處異鄉、語言不通，須以打工所得支付來臺旅費、學費及生活費，否則將遭退學；工作地點位於苗栗縣，距員林市之中州大學甚遠，從工作地點與工時觀之，客觀上別無選擇（理由欄乙、二、(三)）。

㈢勞動與報酬顯不相當：原確定判決明示聲請人給付之報酬雖符合基本工資，惟非唯一判斷標準，而係綜合：⑴學生犧牲求學時間長期違法超時工作；⑵對勞動條件毫無磋商空間；⑶在「學校、仲介、工廠」結構中別無選擇；⑷要派公司給付與學生實領間之差額由聲請人取得等情，認已達顯不相當（理由欄乙、二、(四)、(七)）。

五、本件依刑事訴訟法第420條第1項第6款、第3項規定所為聲請部分之審核

㈠非屬新規性部分

1.按刑事訴訟法第420條第3項所稱新事實或新證據，係指判決確定前已存在或成立而「未及調查斟酌」，及判決確定後始存在或成立之事實、證據。倘該證據於判決確定前已存在於卷內，經原確定判決法院依法調查，並於審判程序中提示、辯論，當事人並據以攻防，即屬業經調查斟酌之證據，不具

新規性，無從據以聲請再審。至原確定判決就此類證據之證明力是否已於理由中為判斷，則屬同法第421條是否漏未審酌之問題，於後述六併予審究。

2.經查，聲請意旨所指下列證據，均係原確定判決判決前已存在於卷內，並經調查辯論之證據：

⑴金盟企業社與前源公司之人力派遣服務契約書、與望隼公司及坤璜公司之人才代理招募服務合約（見偵12846號卷第163-167、172-174頁；偵15074號卷第75-76頁）。上開契約並經原確定判決法院於審判期日提示予證人黃素琴、陳秀珍辨認，並由其等就派遣關係、請款方式、保險及薪資發放等節具結證述（見上訴1077卷七第341-358頁）。

⑵本案留學生之勞保投保資料（見偵1897號卷第245-279頁）；遊覽車租賃契約書、竹南宿舍房屋租賃契約書（見上訴1077卷一第245-250頁；一審卷二第343-349頁）；苗栗縣○○鄉○○路00號建物所有權狀及宿舍照片（見上訴1077卷二第401-410頁）。

⑶本案留學生之薪資明細表（見偵14139號卷四第153-185、297、299-322頁，偵1897號卷第175、197-241頁，上訴1077卷三第239-277頁）。原確定判決附表二所列逐月工時、要派公司給付金額及留學生實領薪資，即係依據上開資料所整理。

⑷勞動部勞動力發展署111年9月15日發管字第1110025961號函（見偵15245號卷第153-171頁）、勞動部全球資訊網關於勞動派遣之說明、勞動派遣權益指導原則、劉時宇〈什麼是勞動派遣？〉一文（見上訴1077卷二第147頁；上訴1077卷七第389-403頁），均係聲請人之辯護人於原確定判決審理時所提出。

⑸本案留學生之聘僱許可紀錄（見上訴1077卷三第201-217頁），業經原確定判決於理由欄乙、二、(六)引用。

⑹同案被告藍素鈴於第一審之證述（見一審卷五第396-398頁）；證人李亞倫、黃素琴、陳秀珍於原確定判決審理時之

證述（見上訴1077卷七第331-358頁）；本案留學生於第一審及原確定判決審理時關於宿舍、薪資發放及扣款之證述（見一審卷三第278-290、391、414-415頁，一審卷四第30-31、53、199-200、225頁，上訴1077卷七第321-328頁）；苗栗縣政府勞動及青年發展處之訪談紀錄（見偵15074號卷第63、71、83-84頁）。

3.且聲請人於原確定判決審理時，即以其為人力派遣業者，須負擔保險、車資、住宿、生活用品等成本，所給付之薪資已符合基本工資為辯，此經原確定判決於理由欄乙、二、㈢載明，並於理由欄乙、七、(二)記載聲請人所稱營所稅、勞保、車資、團體保險、住宿及日常生活用品等支出。足見上開證據及據以主張之事實，均經聲請人於原確定判決審理時提出攻防，並經原確定判決法院調查斟酌，自非刑事訴訟法第420條第3項所稱「未及調查斟酌」之新事實或新證據。

㈡形式上雖為原確定判決卷內所無，惟實質上仍非新證據部分：

1.學生逐月工時表及聲請人自行試算之成本表：代理人盧永盛律師於115年9月16日刑事再審調查證據聲請狀所附學生逐月工時表，係依原確定判決附表二既有之逐月工時及薪資資料重新製表。聲請人於115年6月15日再審聲請狀所列每名學生每月勞保費、車資、團保、住宿費、行政管理費、網路費等成本（見本院卷一第16-17頁），則係聲請人依其主張自行估算之數額，並無原始憑證可資對照。前者僅係將既有證據重新整理，後者則屬聲請人之主張及論證，二者均未增加任何原確定判決未曾接觸之證據資料，不因於判決確定後另行製作，即轉變為新證據。

2.觀光旅館業及旅館業申請外國籍學生來中華民國實習要點暨問答、新聞報導：上開要點係交通部觀光署就觀光旅館業及旅館業申請外國籍學生來臺實習所訂定之行政規則，問答則係主管機關對該要點之說明，性質上均屬行政法規範及其解釋，並非足以證明本案犯罪事實存否之「事實」或「證

據」；新聞報導僅在轉述該要點之修正內容，亦同。況該要點於114年7月11日即已修正公布，早於原確定判決宣示之115年6月2日，依聲請意旨所陳，聲請人並已於原確定判決審理時提出，亦非未及調查斟酌之資料。又該要點規範之對象為經申請核准之旅宿業外國籍實習生，與本案留學生未經任何實習核准程序，經派遣至製造業工廠從事產線勞動之情形迥異，縱予審酌，亦不能據以回溯證明本案行為合法。

3.勞動派遣之相關說明資料：前揭㈠、2.、⑷所列勞動部網站說明、勞動派遣權益指導原則及劉時宇之文章，除已於原確定判決審理時提出外，其內容係在說明人力派遣與人力仲介之區別，及派遣事業單位之雇主責任，屬法律見解之參考資料，並非認定事實之證據，自無從以之作為新證據。

4.聲請人及其代理人之法律主張：聲請意旨主張原確定判決自創「主觀勞動條件」之判斷標準、違反經驗法則及論理法則、聲請人依勞動部函釋實施變形工時而僅涉行政責任等，均係對原確定判決之法律適用及證據評價所持之不同見解，並非新事實或新證據（詳後述七）。

5.診斷證明書：聲請人提出之臺中榮民總醫院診斷證明書（見本院卷一第185、425頁），僅在證明聲請人目前之病況，與原確定判決所認定之犯罪事實無涉，非屬刑事訴訟法第420條第1項第6款所稱足以動搖原確定判決之新證據，僅得作為停止執行之相關資料（詳後述九）。

㈢形式上具新規性，惟無從動搖原確定判決部分：

1.代理人侯雪芬律師提出之僱主僱用勞工合理成本計算表節本（見本院卷一第449頁），係判決確定後始自網路下載之資料，形式上為原確定判決卷內所無。惟依前揭三、㈠所述，確實性之判斷，應先確認原確定判決之證據構造（即前揭四所示），再審究新事證對該證據構造所生之影響。經查：

⑴該計算表並非金盟企業社實際支出之證明：該計算表係網路上就一般雇主僱用勞工成本所為之試算說明，與金盟企業社於本案期間派遣本案留學生之實際支出無涉，自無從據以證

明金盟企業社於本案期間實際負擔之成本數額。

⑵該計算表之計算基礎與本案不同：觀其內容，係以本國勞工月薪3萬5,000元為例，將勞工保險、全民健康保險、勞工退休金提繳6%等雇主法定負擔合計，推得額外成本6,520元、加成比例18.6%。然查：

①依勞工退休金條例第7條第1項規定，外國人除與我國國民結婚獲准居留，或經許可永久居留者外，並非該條例之適用對象。本案留學生為來臺就學之烏干達籍學生，無從適用勞工退休金提繳之規定，雇主自無6%提繳之負擔。

②證人柯○吉於原確定判決審理時證稱：健保是我們自己付給學校，我們都交給學校的國際事務處等語（見上訴1077卷七第328頁），足見本案留學生之全民健康保險費，亦非由金盟企業社負擔。

③是上開18.6%之加成比例，已將本案不存在之勞工退休金提繳及健保雇主負擔計入，無從據以推認原確定判決所認定之差額全屬聲請人之法定成本。

⑶與卷內既存證據綜合判斷，亦不足以支持聲請人之主張：

①聲請人所稱須由差額支應之住宿、水電、保險等支出，依其所引留學生之證述，相當部分實係自留學生之薪資中扣除。證人柯○嘉證稱：給我們薪水的時候，那些（水電、住宿、交通費用）已經從裡面扣掉等語（見一審卷三第290頁）；證人歐○東證稱：水費、電費從薪水裡面扣等語（見一審卷四第225頁）；證人柯○吉證稱：拿到薪資之後，才知道薪水已經被扣除勞保費跟團保費，聲請人並告知須支付水費、電費等語（見上訴1077卷七第328頁）；證人杜○昆、歐○物、馬○亞亦證稱房租係自薪資中先行扣除等語（見本院卷一第26-29頁所引）。

②聲請人於再審聲請狀亦自承，係依基本工資計算薪資後，「先協助學生扣除勞保自負額、餐費、稅金等需自行負擔之支出，再將薪水交予學生」（見本院卷一第15頁）。

③依聲請人自行試算，以留學生杜○昆109年5月在望隼公司工

作208小時為例，金盟企業社向望隼公司請款4萬7,840元，發給杜○昆3萬5,096元，差額1萬2,744元；扣除勞保、車資等成本6,000元至7,000元後，尚餘5,000元至6,000元（見本院卷一第16-17頁）。足見依聲請人自己之計算，其扣除成本後仍有相當之獲利，與原確定判決認定之營利意圖並無如何扞格。

⑷對原確定判決證據構造之影響：原確定判決認定勞動與報酬顯不相當，係綜合前揭四、㈢、⑴至⑷之主客觀勞動條件而為判斷，並非僅以要派公司給付金額與留學生實領薪資之差額為據。上開計算表縱經採納，至多涉及其中⑷差額內所含成本之比例，亦即聲請人實際獲利數額之評價；對於⑴留學生犧牲求學時間長期違法超時工作、⑵對勞動條件毫無磋商空間、⑶在「學校、仲介、工廠」結構中別無選擇等判斷基礎，均尚無如何影響可言。

2.綜上，上開計算表無論單獨或與卷內既存證據綜合判斷，均不足以使本院對原確定判決所認定聲請人利用留學生難以求助之處境，使其等從事勞動與報酬顯不相當工作之事實產生合理懷疑，尚不具確實性。

㈣從而，聲請人依刑事訴訟法第420條第1項第6款、第3項聲請再審，並無理由。

六、本件依刑事訴訟法第421條規定聲請部分之審核

㈠派遣成本之證據

1.原確定判決於理由欄乙、二、㈢已載明聲請人之辯護人主張扣除保險、車資、住宿、生活物品費用後，聲請人已給付基本工資，超時工作僅屬行政違規等旨；於同欄(四)說明基本工資非唯一判斷標準；於同欄(七)說明本罪行為主體不限於雇主，聲請人以派遣業者、雇主身分所為主張，不足以正當化其所為；並於理由欄乙、七、(二)就聲請人所稱營所稅、勞保、車資、團保、住宿及生活用品等支出，於沒收部分說明其取捨。足見原確定判決並未忽略聲請人之成本主張，而係審酌後未採其評價，非屬漏未審酌。

2.況上開成本證據縱經審酌，亦不足以影響判決：

⑴原確定判決並非僅以前揭差額即認定勞動與報酬顯不相當，已如四、㈢所示。成本資料至多說明差額並非全屬聲請人淨利，影響者僅為實際獲利之數額及比例，無從消除學生以求學為目的來臺、須以工作所得負擔學費及生活費、長期超時或夜間工作、工作地點遠離學校、欠缺實質磋商能力等情。

⑵且聲請人所稱須由差額支應之成本，相當部分實係自留學生之薪資中扣除；依聲請人自行試算，其扣除成本後仍有相當獲利，均如前述五、㈢、1.、⑶所示。

㈡藍素鈴、柯○吉之證述部分

原確定判決本即認定聲請人未參與前階段招生，係事中參與（理由欄乙、四、(三)），藍素鈴關於聲請人不與校方接觸、不瞭解學雜費繳納方式之證述，與此並無衝突。而本罪所謂利用他人難以求助之處境，指利用被害人身處異鄉、語言不通或其他相當情形之弱勢處境（修正前人口販運防制法施行細則第6條），並不以知悉招生經過、學費繳納方式或個別學生之具體債務為必要。依藍素鈴同次證述，其係因學生一直找不到工作、急需工作，始請聲請人協助，要派公司並至學校國際交流中心測試徵才（見一審卷五第396-398頁）；學生之宿舍、往返學校與苗栗之交通均由聲請人安排；證人柯○吉並證稱其欲離開工廠時，藍素鈴與聲請人告以可選擇在工廠當全職員工或回學校當全職學生（見上訴1077卷七第321、325-327頁，理由欄乙、二、(六)）。足見聲請人於接手派遣後，明知其所派遣者為身處異鄉、語言不通、仰賴打工收入維持學業及生活之外籍在學學生。上開證述縱未經原確定判決逐一摘錄，亦不足以影響判決結果。

㈢要派公司人員之證述及學生行動自由

1.李亞倫、黃素琴、陳秀珍關於排班、加班尊重學生意願之證述（見上訴1077卷七第331-358頁），業經原確定判決於理由欄乙、二、(七)引述，並說明縱要派公司尊重學生意願排班，仍不能遽認學生未遭勞動剝削，已就其證明力為判斷；

苗栗縣政府訪談紀錄所載學生出勤不佳，與上開證述之待證事實相同。聲請人此部分所指，核屬對證明力取捨之不同評價。

2.所謂利用難以求助之處境，並不限於暴力、脅迫、拘禁或與外界隔絕。原確定判決係以學生經濟、求學、居留及語言所形成之處境，認其客觀上別無選擇；學生縱得形式上選擇某日是否到班、可自由進出宿舍或持有手機，如不工作即無從支付學費及生活費，仍不能據此認其具有實質之拒絕自由。聲請意旨所引最高法院104年度台上字第1199號判決，係就被害人自願從事性交易、知悉求助管道而未求助之個案所為判斷，與本案情節不同，自難比附援引，而為聲請人有利之認定。至學生考試有老師提供答案、案發後仍繼續工作等情，業經原確定判決列於附表三及於理由欄乙、二、(六)說明，均非漏未審酌。

㈣不當債務之主張

原確定判決係認定聲請人「利用他人難以求助之處境」，並未以「不當債務約束」為其手段（犯罪事實欄二、㈤，理由欄乙、二、(三)），聲請意旨指摘未具體認定不當債務，與原確定判決之認定尚屬無涉。

㈤綜此，聲請人依刑事訴訟法第421條聲請再審，亦無理由。

七、就其餘聲請意旨之審核

聲請意旨指摘原確定判決自創「主觀勞動條件」標準、違反經驗及論理法則，及主張給付基本工資、超時工作僅涉行政責任等，核係對原確定判決之法律見解及證據評價持相異看法。基本工資係勞動法規所定最低標準，而本罪所判斷者，係行為人是否利用他人難以求助之處境，使其從事勞動與報酬顯不相當之工作；相關行為縱同時涉及行政責任，亦不當然排除刑事責任。此部分均非刑事訴訟法第420條第1項第6款、第421條所定之再審事由。

八、就聲請調查證據部分，本院之考量

㈠按聲請再審得同時釋明其事由聲請調查證據，法院認有必要

者，應為調查，刑事訴訟法第429條之3第1項固定有明文。惟如再審聲請人所指之事證縱使為真，原確定判決之基礎亦不因此動搖，法院即無調查之義務（最高法院110年度台抗字第695號裁定意旨參照）。

㈡代理人盧永盛律師聲請囑託會計師公會鑑定聲請人逐月扣除成本後是否仍有獲利及其金額、比例（見本院卷一第474頁，及115年9月16日刑事再審調查證據聲請狀）。惟查：

1.「勞動與報酬顯不相當」係就被害人之勞動與所得報酬相較而為判斷（修正前人口販運防制法施行細則第4條），並非衡量行為人之經營盈虧；「意圖營利」屬主觀意圖，亦不以實際獲利或獲利達一定比例為必要。縱鑑定結果認聲請人獲利甚微或個別月份無獲利，亦不足動搖前揭四、㈢、⑴至⑶之判斷；況依聲請人自行試算，其扣除成本後仍有獲利，已如前述。

2.原確定判決宣告沒收之犯罪所得，係依總額原則計算，本不扣除成本；且沒收非屬刑事訴訟法第420條第1項第6款所稱之「罪名」，不得據為再審事由（最高法院114年度台抗字第947號裁定意旨參照）。

3.會計鑑定亦不能取代法院對犯罪構成要件之判斷，所需之工時、請款及成本資料均已在卷。是上開鑑定核無調查之必要，應予駁回。

九、就停止刑罰執行部分之審核

按法院為開始再審之裁定者，始得以裁定停止刑罰之執行，刑事訴訟法第435條第2項定有明文。本件再審之聲請既經駁回，停止刑罰執行之聲請即失所附麗，應併予駁回。至聲請人罹患○○○○○○○○○○○○○（見本院卷一第185、425頁診斷證明書），是否適於執行，屬執行檢察官依同法第467條等規定審酌之事項，與再審程序尚屬無涉，附此敘明。

十、綜上所述，聲請人所提事證，或不具新規性，或縱與先前證據綜合判斷亦不足以動搖原確定判決之認定；其所指證據，或已經原確定判決審酌，或縱經審酌亦不足生影響於判決，

均與刑事訴訟法第420條第1項第6款、第3項、第421條之要件不符。本件再審之聲請為無理由，應予駁回；停止刑罰執行之聲請失所附麗，併予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第434條第1項，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

刑事第五庭　審判長法　官　楊　文　廣

法　官　林　源　森

法　官　廖　健　男

以上正本證明與原本無異。

不得抗告。

書記官　羅　羽　涵

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日