

最高法院刑事判決

112年度台上字第4903號

01

02

03 上 訴 人 造雨人企管顧問有限公司

04

金泓國際股份有限公司

05 兼 上 二 人

06 代 表 人 張方駿

07 上 一 人

08 選任辯護人 唐光義律師

09 共 同

10 選任辯護人 趙家光律師

11 上 訴 人 陳怡秀

12

巫承寰（原名巫濬權）

13

張上偉

14

朱柏任

15

林昕昀

01 共 同
02 選任辯護人 趙家光律師
03 上 訴 人 賴永皓（原名賴俊吉）

04 陳印泰

05 共 同
06 選任辯護人 胡高誠律師（兼共同原審辯護人）
07 上 訴 人 林祺易

08 選任辯護人 楊申田律師
09 何宗翰律師

10 上列上訴人等因違反多層次傳銷管理法案件，不服臺灣高等法院
11 高雄分院中華民國112年8月15日第二審判決（110年度上重訴字
12 第3號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署105年度偵字第20726、
13 24954、27451號、106年度偵字第7551號），提起上訴，或由原
14 審之辯護人代為上訴，本院判決如下：

15 主 文

16 上訴駁回。

17 理 由

18 壹、張方駿、陳怡秀、巫承寰、張上偉、朱柏任、林昕昀、賴永
19 皓、陳印泰及林祺易部分：

20 一、按刑事訴訟法第377條規定：上訴於第三審法院，非以判決

01 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
02 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非
03 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
04 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
05 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
06 法律上之程式，予以駁回。

07 二、本件原判決綜合全案證據資料，認定上訴人張方駿係造雨人
08 企管顧問有限公司（下稱造雨人公司）之董事，以及金泓國
09 際股份有限公司（下稱金泓公司）之董事長；上訴人巫承
10 寰、張上偉分別為金泓公司董事、監察人，張上偉及上訴人
11 朱柏任並分別擔任金泓公司之管理部經理與客服部主任；上
12 訴人陳怡秀為造雨人公司之副總經理，並協助管理金泓公司
13 之人事與財務；上訴人林昕昀為造雨人公司客服部主任；上
14 訴人賴永皓、陳印泰及林祺易則分別組成「天龍團隊」、
15 「永富團隊」。張方駿、陳怡秀、巫承寰、張上偉、朱柏
16 任、林昕昀、賴永皓、陳印泰及林祺易（下稱張方駿等9
17 人），有其事實欄所載共同違反多層次傳銷管理法第18條規
18 定，而經營多層次傳銷事業等犯行。因而撤銷第一審關於張
19 方駿、巫承寰犯罪所得沒收暨追徵部分之判決，改判諭知如
20 原判決主文第2、3項所示之沒收及追徵。另維持第一審關於
21 此部分依想像競合犯關係，從一重依多層次傳銷管理法第29
22 條第1項規定，分別論處張方駿等9人共同非法多層次傳銷各
23 罪刑，暨賴永皓、陳印泰、林祺易部分諭知相關沒收及追徵
24 之判決，而駁回檢察官及張方駿等9人此部分在第二審之上
25 訴，已詳敘其認定犯罪事實所憑證據及認定之理由。

26 三、證據之取捨、事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採
27 證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為上訴
28 第三審法院之適法理由。本件原判決係綜合張方駿等9人之
29 供證（包括張方駿於偵查中之自白），及證人陳亮甫、周○
30 ○（人別資料詳卷）、鄭介豪、林維峰、李乃伯、杜靜美、
31 游皓翔、陳丕謀、林慶逢、施志宏、蘇莉莉、陳瀛逸、白傑

01 等人之證詞，復參酌卷內VV會員A區及C區會員入單明細、VV
02 檢討資料、購買配套收據、星級別報告一覽表、加入經銷商
03 配套與級別一覽表、註冊遊戲帳號擷取畫面、VenVici公司
04 簡報資料，及其他證據（詳如原判決理由所載），詳加研
05 判，並依憑卷內資料，說明如何認本案之手機遊戲傳銷模
06 式，係以介紹他人成為經銷商為主要收入來源，而屬變質之
07 多層次傳銷，為多層次傳銷管理法第18條所禁止之不正當傳
08 銷方式；張方駿等9人分別擔任本案傳銷組織之主體負責
09 人，或擔任本案傳銷事業重要職務，或屬於本案傳銷組織之
10 重要參加人，皆具有非法多層次傳銷之犯意聯絡與行為分擔
11 等情，而據以認定張方駿等9人有其事實欄所載共同非法多
12 層次傳銷等犯行，已詳敘其採證認事之理由。並對於張方駿
13 等9人所辯：本案並非以介紹他人成為經銷商為主要收入來
14 源，而非屬變質之多層次傳銷，且其等並不該當多層次傳銷
15 管理法第29條第1項所定行為人之要件云云，何以均不足採
16 信，以及證人洪紹祺之證詞，如何不足以資為有利於陳印泰
17 之認定，皆已斟酌卷內資料詳加指駁，及說明其取捨之理由
18 甚詳。併敘明：行政院公平交易委員會（下稱公平交易委員
19 會）依多層次傳銷管理法第40條授權所訂定之多層次傳銷管
20 理法施行細則第6條規定，已明定多層次傳銷管理法第18條
21 有關變質多層次傳銷「合理市價」及「主要」收入來源之判
22 斷原則。而「主要」收入來源之認定，除以傳銷商加入多層
23 次傳銷事業所獲得整體收入來源百分之五十作為判定標準為
24 參考外，尚依個案是否蓄意違法、受害層面及程度等實際狀
25 況而定。至於是否係「合理市價」，則以國內外市場相同或
26 同類商品或服務之售價、品質為最主要之參考依據，並輔以
27 比較多層次傳銷事業與非多層次傳銷事業行銷相同或同類商
28 品或服務之獲利率，以及考量特別技術及服務水準等因素，
29 綜合判斷之；市場無同類競爭商品或服務者，則依個案認定
30 之。依卷內公平交易委員會民國106年10月12日公競字第106
31 0016363號函，可認市場並無本案手機遊戲行銷獎勵制度中

01 所涉及可供兌換現金使用之消費點數之同類競爭商品，是須
02 依本案具體情形認定合理市價。又本案中該商品（消費點
03 數）並無實質內涵，經銷商加入係僅為取得嗣後可藉由介紹
04 他人成為下線經銷商，獲得高額獎金，而變質多層次傳銷契
05 約中，常見參加人須給付一定代價後，方能取得推廣、銷售
06 商品或勞務及介紹他人參加以獲取佣金、獎金或其他經濟利
07 益之權利。此時該一定代價即與取得推廣、銷售商品或勞務
08 及介紹他人參加以獲取佣金、獎金或其他經濟利益之權利
09 間，具有因果關係，應屬犯罪成本之一。又變質多層次傳銷
10 行為之可責性在於傳銷商以介紹他人參加作為主要收入來
11 源，於認定構成要件時，應就收入來源予以考量，而與行為
12 人犯罪所得淨利無關，本無扣除成本之必要，多層次傳銷管
13 理法與此有關之立法理由亦未表示要扣除成本。倘認上述收
14 入來源須扣除行為人之成本，則須花費更高代價始能參加變
15 質多層次傳銷事業者，亦即事後可能造成損害金額更高者，
16 反因扣除犯罪成本導致收入淨利未達百分之五十而不構成犯
17 罪，當非立法意旨，且不符人民法感情，有罪刑失衡之虞。
18 從而，在本案中無論係購買商業配套所需支出或事後兌換現
19 金所需之消費點數，均屬獲取犯罪所得之成本，並無扣除必
20 要，因認張方駿等9人所辯稱計算收入來源應扣除購買商業
21 配套所需支出或事後兌換現金所需之消費點數云云為不可採
22 等旨。其論斷說明俱有前揭證據資料可稽，且不違背證據法
23 則及論理法則，即屬事實審法院採證認事、判斷證據證明力
24 職權之適法行使，且關於張方駿等9人犯意之認定，係原審
25 採證認事之職權，而其此項職權之行使，既無違背證據法則
26 之情形，自不得任意指摘為違法。而原判決就賴永皓本件犯
27 行，係以陳亮甫、白傑之證詞等證據資料，與共同正犯張方
28 駿、巫承震、張福興之證詞，及賴永皓之供詞相互利用，使
29 犯罪事實獲得確信，要非僅憑共同正犯之單一證言，即為賴
30 永皓不利之認定。又原判決雖引用林祺易於法務部調查局詢
31 問時所證：獎金撥出比例大約是百分之七十左右等語，作為

01 本案之證據，張方駿等9人上訴意旨所指林祺易此部分證詞
02 為傳聞證據一節，縱或屬實，惟除去該證據，綜合案內證
03 據，仍應就其等從事變質多層次傳銷之犯罪事實為同一認
04 定，並不影響於原判決之本旨。至張方駿上訴意旨所執新加
05 坡VenVici公司之負責人就本件犯行，與張方駿等人是否有
06 犯意聯絡及行為分擔一節，尚不影響本案張方駿等9人主要
07 犯罪事實之認定及判決之本旨。張方駿等9人上訴意旨，置
08 原判決明確之論斷說明於不顧，執此無關其判決結果之事
09 項，且未綜觀全案證據，僅擷取其等及洪紹祺、施志宏、周
10 ○○、李乃伯、張福興、鄭介豪、吳炯燁、陳孝軒、廖志
11 憲、陳亮甫等人所陳述之片斷內容，作為對其等有利之解
12 釋，並爭執陳亮甫證詞等相關證據之證明力，猶執持前述辯
13 解，就其等有無本件犯行之事實，再事爭辯，且謂檢察官未
14 提出補強證據，原審單憑共同正犯之供述，遽認其等本件犯
15 行，有違證據法則云云，而據以指摘原判決違法，自非適法
16 之第三審上訴理由。

17 四、第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎
18 ，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據而資為第
19 三審上訴之適法理由。張方駿於原審未主張新加坡Gtoken、
20 VenVici、Playtoken公司已歇業，現金分兌換現金機制不復
21 運作，張方駿對此部分犯罪所得並無事實上處分權等情，乃
22 其於上訴本院後，始為上開主張，並提出新加坡Gtoken公司
23 停業等網頁資料、電競大賽現場照片等證據，顯係在第三審
24 主張新事實並提出新證據，依上述說明，亦非合法之第三審
25 上訴理由。

26 五、刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因
27 不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」此
28 即有關違法性錯誤（或稱禁止錯誤）之規定，係採責任理論
29 ，亦即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免
30 者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避
31 免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑。然法

01 律頒布，人民即有知法守法之義務，因此行為人對於行為是
02 否涉及不法有所懷疑時，負有諮詢之義務，不可擅自判斷，
03 任作主張，必要時尚須向能夠提供專業意見之個人（例如律
04 師）或機構（例如法令之主管機關）查詢，而行為人主張依
05 本條之規定據以免除其刑事責任，自應就此阻卻責任事由之
06 存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。至於
07 違法性錯誤尚未達於不可避免之程度者，其可非難性係低於
08 通常，則僅係得減輕其刑，並非必減。是否酌減其刑，端視
09 其行為之惡性程度及依一般社會通念是否皆信為正當者為斷
10 。原判決已敘明：政府為健全多層次傳銷之交易秩序，保護
11 傳銷商權益，並避免市場機制遭破壞，甚或造成社會問題，
12 乃制定多層次傳銷管理法，多層次傳銷管理法因此有相應入
13 罪化之規範，均廣為報章披露，係眾所周知之事實，是變質
14 多層次傳銷為法律所禁止，已為一般民眾所知悉。而張方駿
15 等9人為智識健全之成年人，有一定之教育程度與社會經
16 驗，其等參與此社會經濟活動，對其等所為是否違反多層次
17 傳銷管理法第18條規定，當有所認知或懷疑，而有查證義
18 務。就本案手機遊戲行銷獎勵制度是否符合法律規定，當可
19 尋求主管機關公平交易委員會或法律專業人士予以釋疑或判
20 斷，然其等未為查證，率爾違法從事本案手機遊戲行銷獎勵
21 制度，自難認有何有正當理由而無法避免之情事，又依其等
22 前開犯行之惡性及犯罪情節，影響經濟秩序甚鉅，依一般社
23 會通念，難信為正當，並無刑法第16條但書酌減其刑規定之
24 適用。張方駿、陳怡秀、巫承寰、張上偉、朱柏任及林昕昀
25 上訴意旨猶主張其等無違法性認識，指摘原判決未適用上開
26 規定減刑為違法，係就原判決已說明論駁之事項，再事爭
27 辯，尚非適法之上訴第三審理由。

28 六、量刑輕重及是否宣告緩刑，均屬事實審法院得依職權裁量之
29 事項，苟於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法
30 第57條各款所列情狀，而未逾越法定刑範圍，又未濫用其職

01 權，縱未宣告緩刑，均不能任意指為違法。原判決已敘明第
02 一審判決如何以張方駿等9人之責任為基礎，依刑法第57條
03 所列各款事項而為量刑，認其量刑並無不當，而予以維持，
04 經核既未逾越法定刑範圍，亦無顯然失當或違反公平、比例
05 及罪刑相當原則之情形。原判決復已詳細說明張方駿等9人
06 所為本件犯行，擾亂社會經濟秩序，犯罪情節非輕，且犯後
07 未與被害人等達成和解或賠償被害人等之犯後態度，難認確
08 有悛悔之意，對其等所宣告之刑，如何無暫不執行為適當之
09 情形，因而未為緩刑之諭知，難認有濫用自由裁量之權限，
10 自不能遽指為違法。至張方駿之犯罪所得數額，雖與其犯罪
11 所生之損害有關，惟張方駿犯罪所生損害，尚非原判決量刑
12 主要依憑，原判決既已依刑法第57條規定之科刑標準等一切
13 情狀為全盤觀察，所為量刑與罪刑相當原則無違，則原審所
14 認定張方駿之犯罪所得數額雖較第一審為少，仍不影響原判
15 決量刑之結果。張方駿、陳怡秀、巫承寰、張上偉、朱柏
16 任、林昕昀及林祺易上訴意旨，徒憑己見，謂原審未審酌張
17 方駿之實際犯罪所得數額，少於第一審所認定數額等情，對
18 其等量刑過重，違反罪刑相當原則，且其等犯罪情節及所生
19 危害尚屬非鉅，無再犯之虞，對其等宣告之刑以暫不執行為
20 適當云云，任意指摘原判決量刑及未諭知緩刑為不當，依上
21 揭說明，亦非合法之第三審上訴理由。

22 七、為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法
23 預防犯罪，且為遏阻犯罪誘因，並落實「任何人都不得保有
24 犯罪所得」之普世基本法律原則，刑法第38條之1已明文規
25 範犯罪利得之沒收及追徵，期澈底剝奪不法利得，以杜絕犯
26 罪誘因。本件原判決就張方駿之沒收部分，認購物分係購買
27 商業配套所用，與現金分、BV值（經銷商業績值）及組織發
28 展獎勵等可兌換為現金，性質不同，亦非供申請兌換本案獎
29 金、獎勵所用，與犯罪所得無關，因認第一審判決將張方駿
30 取得之購物分85萬7,656分計入犯罪所得，即有未洽，予以
31 撤銷改判。並以張方駿之VenVici會員帳號現金分交易紀錄

01 資料，顯示其有現金分72萬6,257分（1分1美元）、BV值及
02 組織發展獎勵248,810美元，依1現金分等於1美元之比例計
03 算，總計975,067美元，認張方駿之未扣案之犯罪所得為97
04 5,067美元，因而依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣
05 告沒收、追徵，核其論斷，於法尚屬無違，亦與卷內張方駿
06 供詞、VenVici後台會員管理系統等資料（見偵一A卷第54頁
07 反面、第55頁，偵三卷第113至117頁），並無不合。至張方
08 駿於原審僅爭執其購物分不得作為犯罪所得而予以沒收（原
09 審卷二第49至50、313頁），嗣於上訴本院後始主張新加坡G
10 token、VenVici、Playtoken公司已歇業，現金分兌換現金
11 機制不復運作，張方駿對此部分犯罪所得並無事實上處分權
12 一節，並提出新加坡Gtoken公司停業等網頁資料，顯係主張
13 新事實及提出新證據，並非適法，業如前述。而原判決理由
14 以購物分係購買商業配套所用，與現金分、BV值及組織發展
15 獎勵等可兌換為現金，性質不同為由，據以撤銷第一審判決
16 關於張方駿之犯罪所得沒收部分，其理由關於不爭執事項部
17 分之論敘，雖誤載：購物分與現金分之遊戲模式，係倘玩家
18 欲賺取金錢則須儲值「購物分〈BV值〉」（1分=1美元），
19 再以購物分購買商業配套（基本級100分至鑽石級1萬分不
20 等）等旨（見原判決第14頁），惟誤載部分，非不得以裁定
21 更正，且原判決既已詳細說明購物分與BV值之不同，尚不影
22 響本案判決之本旨。張方駿上訴意旨執此無關其判決結果之
23 事項，並爭執VenVici後台會員管理系統資料等相關證據之
24 證明力，且持上開主張，據以指摘原判決對其沒收之諭知為
25 違法，同非適法之第三審上訴理由。

26 八、張方駿等9人其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證認事、量
27 刑職權之適法行使，及原判決已明確論斷說明之事項，任意
28 指摘為違法，或單純為事實上之爭執，暨不影響於判決結果
29 之枝節問題，漫事爭論，難認已符合首揭法定之第三審上訴
30 要件，依上說明，應認張方駿等9人關於共同非法多層次傳
31 銷部分之上訴，均為違背法律上之程式，予以駁回。又張方

01 駿等9人對於上開共同非法多層次傳銷重罪部分之上訴，既
02 不合法律上之程式而應從程序上駁回，則與該罪具有想像競
03 合犯關係之未經辦理分公司登記而以外國公司名義經營業務
04 輕罪部分，本屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上
05 訴於第三審法院之案件（第一、二審均為有罪之論斷），自
06 無從適用審判不可分原則一併加以審理，亦應併予駁回。

07 貳、造雨人公司、金泓公司部分：

08 按刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判
09 決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不
10 受理或管轄錯誤之判決，而諭知有罪之判決，被告或得為被
11 告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法
12 院，為該條項所明定。原判決以上訴人造雨人公司、金泓公
13 司因代表人、受僱人執行業務違反多層次傳銷管理法第18條
14 之規定，維持第一審依同法第29條第2項規定所科罰金刑，
15 核係專科罰金之罪，屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定
16 不得上訴第三審法院之案件，並無該條項但書所列得上訴於
17 第三審法院之情形，依前開說明，自不得上訴於第三審法
18 院，造雨人公司、金泓公司對於原判決此部分提起上訴，顯
19 為法所不許，其等上訴均為不合法，應併予駁回。

20 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

21 中 華 民 國 113 年 11 月 21 日

22 刑事第二庭審判長法官 徐昌錦

23 法官 何信慶

24 法官 江翠萍

25 法官 張永宏

26 法官 林海祥

27 本件正本證明與原本無異

28 書記官 邱鈺婷

29 中 華 民 國 113 年 11 月 26 日