

最高法院刑事判決

114年度台上字第3925號

上訴人 謝春芬

張煌文

上二人共同

選任辯護人 蔡岳龍律師

黃立心律師

郭桓甫律師

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國114年6月10日第二審判決（113年度金上重訴字第2號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署108年度偵字第10747、10748、10750、10751、10752、10753、18098、18520號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、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非依據卷內訴訟資料，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。原判決：(一)關於上訴人謝春芬部分，認定謝春芬有如其犯罪事實欄一所載，其為食富通美食生技有限公司負責人，身兼荔譽跨境電子商務有限公司（下稱荔譽公司）股東，與陳桂忠（現經通緝中）、上訴人張煌

01 文、詹德釗（業經判刑確定）共同以XY電子加密貨幣控股公
02 司名義，以變質多層次傳銷之方式召開多場說明會，藉由約
03 定或給付與本金顯不相當之高額報酬方式，吸引不特定投資
04 人加入成為會員，以此吸收資金之犯行，因而撤銷第一審關
05 於謝春芬之科刑判決（不含不另為無罪諭知部分），改判仍
06 依想像競合犯規定，從一重論處謝春芬犯銀行法第125條第3
07 項、第1項前段與法人行為負責人共同非法經營收受存款業
08 務罪刑（兼論非法多層次傳銷罪），及諭知相關沒收、追徵
09 之判決（下稱原判決A）。(二)關於張煌文部分，以張煌文經
10 第一審判決依想像競合犯關係，從一重論處與法人行為負責
11 人共同非法經營收受存款業務罪刑（兼論非法多層次傳銷
12 罪）並諭知相關沒收、追徵後，明示僅就第一審判決之量刑
13 部分不服而提起第二審上訴，經原審以第一審認定之犯罪事
14 實及論罪為審查基礎，以未依刑法第31條第1項但書規定予
15 以減輕其刑，因而撤銷第一審科刑部分之判決，改判量處有
16 期徒刑3年6月（下稱原判決B）。已分別詳述其所憑證據及
17 心證之理由，俱有卷內資料可資覆按。

18 貳、謝春芬部分：

19 一、上訴意旨略以：

20 (一)伊於第一審選任之辯護人鄭世脩律師於本件偵查期間，曾擔
21 任告訴人詹順發之告訴代理人，並於檢察官庭訊時陳稱：
22 「謝春芬以收錢後號稱每週可以返還1倍的話術對外吸
23 金。」等語，依律師法第34條第1項、律師倫理規範第31條
24 第1項第2款之規定，其原不應接受伊之委任，然第一審法院
25 未查，仍准其為伊辯護。鄭世脩律師於利害衝突情況下，難
26 以忠實履行辯護人之職責，雖大部分庭期均有到庭，並多次
27 為伊詰問證人，然其所撰書狀僅係將伊之文字直接提出，未
28 經專業整理或潤飾，導致伊於第一審遭重判，是鄭世脩律師
29 之辯護行為具有行為瑕疵與結果不利。本件為強制辯護案
30 件，伊委任之第一審辯護人無法為實質有效之辯護，致使伊

01 之審級利益遭剝奪，顯屬刑事訴訟法第379條第7款之判決違
02 背法令。

03 (二)伊手機中通訊軟體LINE、微信之對話紀錄中，雖有公告紅利
04 發放時間、上線得先扣除獎勵金再將餘款繳回公司、宣導參
05 加說明會、與張煌文討論彛譽公司營運事務等內容，然上開
06 LINE之內容，均係共犯陳桂忠返臺時借用伊手機傳訊息所流
07 下之紀錄，不能作為認定犯罪事實之參考；另原判決A援引
08 「偵字第10753號偵查卷第81至82頁」關於伊曾與張煌文討
09 論彛譽公司營運相關事務之微信對話紀錄，經閱卷並不存
10 在，顯有違誤。

11 (三)原判決A援引證人詹德釗、丁智超、張晨鈺、陳秀蓁、曾毓
12 倩、王芷瑄、陳巧妮、張煌文、楊蘭芳、曾秀琴之證詞，認
13 定本件犯行，然上開證人等因為立場偏頗，原判決A僅擷取
14 片面證詞，對伊有利部分亦未加考量。況伊與張煌文整理所
15 有會員意見及彛譽公司帳目資料後，主動前往法務部調查局
16 （下稱調查局）說明，顯見伊不知悉亦未參與彛譽公司之經
17 營。原判決A事實之認定違反經驗、論理與證據法則，應予
18 撤銷。

19 二、刑事訴訟法第379條第7款所定「依本法應用辯護人之案件或
20 已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判
21 者，其判決當然違背法令」，旨在保障刑事被告受其辯護人
22 協助之權利，尤以強制辯護案件，辯護人應始終且實質在
23 場，以充實被告之辯護倚賴權。所謂未經辯護人到庭辯護，
24 除辯護人形式上未到庭外，尚包括即使辯護人在庭，惟所提
25 供之辯護非實質有效，形同無律師協助之情形。是否構成無
26 效之律師協助，除應能具體指出辯護人之辯護行為有如何之
27 瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能外，亦應實體審認該瑕疵
28 行為導致被告防禦上產生不利，嚴重影響審判公平，即「行
29 為瑕疵」與「結果不利」二要件，須同時俱備，始足構成無
30 效之辯護。倘辯護人於審判期日已到庭，並盡其忠實辯護義
31 務，使被告獲得辯護人有效之協助，亦未影響審判之公平

性，即無上開條款所稱之違背法令可言。本件謝春芬於第一審之選任辯護人鄭世脩律師，於偵查期間曾擔任詹順發之告訴代理人，並於檢察官偵查時指訴謝春芬關於本件共同非法經營收受存款業務犯行，是其嗣受謝春芬委任為本件辯護，固有違反律師法第34條第1項、律師倫理規範第31條第1項第2款之規定。然上揭規範違反之法律效果，僅係付懲戒（律師法第73條第1款）或由所屬地方律師公會審議（律師倫理規範第54條），並非當然構成刑事訴訟法第379條第7款之違背法令。依前述說明，仍應具體審查辯護人之辯護行為是否形同虛設，相當於未經辯護人到庭辯護之情形以判斷之。卷查：

- (一)鄭世脩律師係於民國107年6月13日受詹順發之委任，對於謝春芬提起傷害及違反銀行法之告訴，並於同日及同年11月1日由其或其複代理人陪同詹順發於臺灣桃園地方檢察署（下稱桃園地檢署）接受檢察官之訊問（見該署107年度他字第3807號卷第13至14、20至21頁），惟此後即未以詹順發告訴代理人之身分，再於本件為其他訴訟行為。嗣鄭世脩律師於110年4月7日受謝春芬之委任擔任其辯護人（見第一審卷三第211頁），除為謝春芬撰寫相關書狀外，復自110年4月15日起，於本件第一審審判程序為謝春芬詰問證人、表示意見，並為事實、法律及科刑範圍之辯論，有各該書狀及筆錄在卷可參（見第一審卷三第201至207、251至284、295至303頁、第一審卷四第106至120、124至199、315至330、335至349、401至434、503至509頁、第一審卷五第7至11、150至202頁、第一審卷六第65至96、101至111、181至235、249至324、373至551、553至561、565至578頁）。由其行為形式觀察，鄭世脩律師最後執行詹順發告訴代理人職務之日，距其受謝春芬委任擔任辯護人時，已近3年之久；且直至第一審宣判日止，未見鄭世脩律師有任何為詹順發告訴代理，或指訴謝春芬本件所涉犯行之行為。

01 (二)又辯護人如何與被告就案件相關過程磋商、擬定辯護意旨、
02 撰寫書狀及具體之法庭攻防，乃屬其等間之內部信任關係、
03 訴訟策略之運用，並受秘匿特權保護，倘未受國家機關不當
04 干涉，或顯具侵害被告訴訟權利之外觀，法院無從介入，自
05 不得以之遽指辯護人未為實質辯護。本件鄭世脩律師經謝春
06 芬委任後，確有到庭為謝春芬辯護，並執行各項辯護人之職
07 務如上述，且謝春芬未曾爭執在此期間受公權力之不當干
08 涉，鄭世脩律師於此期間之辯護行為，形式上亦無顯然侵害
09 謝春芬權利情事。此外，謝春芬對於第一審判決提起上訴
10 （該次上訴狀係由鄭世脩律師為其撰寫）後，旋改委任蔡岳
11 龍、郭桓甫及江宜庭律師為本件第二審即原審之辯護人，而
12 自原審第一次準備程序起，原審辯護人為謝春芬所為之辯護
13 意旨（見原審卷一第346、395至399頁、原審卷三第146至15
14 0頁），仍未偏離鄭世脩律師於本件第一審所為辯護之方向
15 （見第一審卷六第569至570頁）；關於證據之調查部分，原
16 審辯護人對於鄭世脩律師於第一審已行詰問程序之證人證
17 詞，均同意有證據能力（見原審卷二第67頁），且除就部分
18 爭點補充作更為具體之詰問，而聲請證人張晨鈺再次作證
19 外，對於鄭世脩律師於第一審曾經詰問之詹德釗、陳秀蓁、
20 丁智超、曾毓倩、陳巧妮、陳譽綺、王芷瑄、馬兆森、吳明
21 儒、趙玉珍等10位證人，均未聲請再次傳喚，或爭執先前於
22 第一審詰問時之攻防有何不足之處。由此觀察，更難謂鄭世
23 脩律師於第一審之辯護行為形同虛設，相當於未經辯護人到
24 庭辯護之情形。

25 (三)是縱鄭世脩律師有上揭違反律師法、律師倫理規範之瑕疵，
26 然其辯護行為形式上既無顯然侵害謝春芬權利情事，且依謝
27 春芬嗣後委任之原審辯護人所為後續訴訟行為以觀，亦難認
28 鄭世脩律師於第一審為謝春芬之辯護，於實質上有何導致謝
29 春芬防禦上產生不利之嚴重瑕疵，並因而產生影響審判公平
30 性之結果。故鄭世脩律師所為第一審之辯護行為，並無剝奪
31 謝春芬憲法上所保障之訴訟防禦權及其對辯護人之辯護倚賴

01 權可言。謝春芬執此認其委任之鄭世脩律師具「行為瑕疵」
02 與「結果不利」要件，無法為實質有效之辯護，致使伊第一
03 審之審級利益遭剝奪，形同辯護人未經到庭辯護而逕行審判
04 云云，無非徒憑己見，任意指摘原判決A不當，要非合法之
05 第三審上訴理由。

06 三、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，均屬事實審法院
07 之職權，倘其採證認事並未違反經驗及論理法則，且已敘明
08 其得心證之理由者，即不能任意指為違法而執為適法之第三
09 審上訴理由。原判決A就謝春芬共同非法經營收受存款業務
10 及非法多層次傳銷犯行，係依憑謝春芬所為提供場地供陳桂
11 忠作為彛譽公司登記地址與召開投資說明會、協助收取投資
12 款項、將投資款轉交予陳桂忠、於投資說明會現場招呼投資
13 人等不利於己之供述，以及共犯張煌文、證人丁智超、張晨
14 鈺、王芷瑄、陳巧妮、曾毓倩、陳秀蓁、詹德釗之證述、其
15 附表一「證據欄」所示證據、說明會宣傳資料、獎金說明
16 表、XY電子加密貨幣控股公司簡介、星級紅利一覽表、合夥
17 創業說明簡報、彛譽合轉商業模式簡報、彛譽集團網絡新銷
18 售模式簡報、參與股東方案簡報、彛譽合轉商業模式FRB商
19 城簡報、彛譽集團XY縱橫天下簡報、卷附LINE、微信之對話
20 紀錄而為認定，並說明：彛譽公司以一盤（拆分盤）、二盤
21 （福人幣）等投資方案，約定給予之報酬遠高於當時銀行之
22 存款利率，相較於一般市場上合法投資理財商品之年化或期
23 待報酬率，亦有顯著超額，自屬與本金顯不相當之紅利、利
24 息、股息或其他報酬之情形，並使多數人或不特定人受此優
25 厚報酬所吸引，交付款項予非銀行之彛譽公司。經計算，本
26 件之吸金規模為新臺幣4,155萬6,400元、人民幣17萬元，核
27 未超過新臺幣1億元；且謝春芬確有參與彛譽公司之事務，
28 並負責收發投資人投資款項，於陳桂忠不在臺灣時，代理陳
29 桂忠處理彛譽公司之事務，亦於說明會擔任主持人，開場並
30 介紹講師，鼓勵與會者投資彛譽公司，負責彛譽公司之公
31 關、財務。另彛譽公司投資方案需先支付投資款始能成為會

員，會員取得主要收入來源之動態獎金收益方式，係基於介紹新投入者之加入，而非基於推廣或銷售商品之合理市價，又彛譽公司係以顯不相當之紅利以招徠投資，若投資人欲將點值兌換為現金，彛譽公司勢必藉由組織之不斷發展始能維持經營，其經營運作模式乃係多層次傳銷管理法第18條規定所禁止之變質多層次傳銷方式等旨。原審經綜合判斷，認定謝春芬與法人行為負責人共同非法經營收受存款業務及非法多層次傳銷等犯行，已詳述其憑據及理由，並據以指駁說明謝春芬辯稱只負責招呼客人，未鼓吹投資，對彛譽公司之實際運作方式不清楚等辯詞均不足採信之理由，核其論斷，尚與經驗及論理法則無違。其中關於謝春芬與張煌文討論彛譽公司營運相關事務之微信對話紀錄，係附於桃園地檢署108年度偵字第10753號偵查卷第41頁反面，原判決A雖誤引「偵字第10753號偵查卷第81至82頁」，仍無礙於其所為之認定，併予敘明。謝春芬此部分上訴意旨，均非依據卷內資料具體指摘原判決A究有如何違背法令之情形，無非徒憑己意曲解張煌文、張晨鈺之證詞，引用對於謝春芬工作定位不甚清楚之陳喬慧證述，且無視通訊軟體對話內容之文義，曲解交談者之身分，就原判決A已詳細論斷說明之事項再事爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

參、張煌文部分：

一、上訴意旨略以：伊於偵查中主動將蒐集資料數據整理後提供予調查局人員，並希望可以製作筆錄說明以釐清案情，惟因調查局人員表示當日人力不足無法製作筆錄才離開等情，故伊應成立自首或至少屬自白，犯後態度良好，依法得減輕其刑。原判決B未考量於此，依法予以減輕，顯於法有違，且所量處之刑度確實過重，俱屬不當云云。

二、刑法第62條關於自首之規定，係以對於未發覺之犯罪，在有偵查犯罪職權之公務員知悉犯罪事實及犯人之前，向職司犯罪偵查之公務員坦承犯行，並接受法院之裁判而言。而所謂

發覺，不以有偵查犯罪之機關或人員確知其人犯罪無誤為必要，僅須有確切之根據得為合理之可疑者，亦屬發覺。卷查本件係告訴人錢德明於107年4月20日具狀向桃園地檢署提起告訴及告發（見107年度他字第3269號卷一第1至2頁），經檢察官發動偵查，於同年5月7日、8月31日、9月1日分別訊（詢）問高嫵婷、陳秀蓁、陳譽綺、謝春芬，得知張煌文涉有本件犯行後，於同年月14日發交調查局繼續調查，始於108年3月27日通知張煌文到案並當庭逮捕，向法院聲請羈押。可徵檢察官於該日張煌文到案前，已依客觀事證，合理懷疑張煌文涉有本案犯行，自難認構成自首之減輕事由。張煌文雖以其於偵查中主動將蒐集資料數據整理後，前往調查局希望可以製作筆錄釐清案情，惟因調查局當日人力不足而無法詢問云云，然始終未提出證據以佐其說，原判決B未認定張煌文有自首規定之適用，於法並無不合。

三、量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，乃事實審法院得依職權自由裁量之事項，故量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，苟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，即不得任意指為違法或不當。原判決B就張煌文所犯前揭之罪，已說明如何以其責任為基礎，並依刑法第57條各款所列事項審酌相關情狀（含上訴意旨敘及之張煌文於訴訟程序各階段犯後態度），量處有期徒刑3年6月，已兼顧有利與不利之科刑資料。核原判決B關於刑度之裁量，無逾越法律授權之範圍與界限、明顯違背公平、比例及罪刑相當原則之情形，亦無上訴意旨所指未依法減輕其刑，或未具體審酌、評價各項量刑因素之情形。上訴意旨並未依據卷內資料指摘，徒就原審刑罰裁量職權之適法行使，及原判決B已詳細論斷說明之事項徒執己見，任意爭執，顯非適法之第三審上訴理由。

肆、綜上，上訴人2人前揭及其他上訴意旨所云，均未依據卷內
資料具體指摘原判決A、B有何違背法令之情形，無非係就原
審採證認事及量刑職權之適法行使，或就不影響判決結果之
枝節性問題，漫加爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由
之違法情形不相適合。依上揭說明，其等上訴均為違背法律
上之程式，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 114 年 11 月 20 日

刑事第六庭審判長法 官 林恆吉

法 官 林靜芬

法 官 蔡憲德

法 官 許辰舟

法 官 林柏泓

本件正本證明與原本無異

書記官 林宜勳

中 華 民 國 114 年 11 月 24 日