

# 最高法院刑事判決

114年度台上字第483號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官吳維仁  
被告 莊君

選任辯護人 劉祥墩律師  
謝宗霖律師

上列上訴人因被告違反期貨交易法案件，不服臺灣高等法院中華民國113年10月22日第二審判決（113年度金上訴字第3號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署111年度偵字第9466、38234號），提起上訴，本院判決如下：

## 主 文

上訴駁回。

## 理 由

一、本件原判決以公訴意旨略以：被告莊君明知未向主管機關即金融監督管理委員會申請核准經營期貨交易業務及未獲許可或發給證照，依法不得經營期貨交易業務等相關業務，竟與林挺、蔡永祥、施閔中等人（後3人另經檢察官為不起訴處分），共同基於違法經營期貨交易業務及意圖為自己不法所有之犯意聯絡，由林挺於民國100年1月28日，以蔡永祥為名義負責人而成立嘉登博雅國際有限公司（址設臺北市中山區南京東路2段176號10樓，下稱嘉登博雅公司），並以嘉登博雅公司名義申辦台北富邦商業銀行00470102046753號帳戶（下稱嘉登博雅公司帳戶），僱用被告為公司之協理，再由被告對外以投資期貨可獲利等語，對外招募不特定人進行投資；林挺再於106年7月5日以施閔中為名義負責人而成立中基保信國際有限公司（其後遷址至臺北市大安區忠孝東路3段136號11樓之2，下稱中基保信公司），導致告訴人謝政光

01 於101年9月初至102年11月初間，參加上開期貨投資招募之  
02 說明會並進而由被告招募勸說後，陷於錯誤而匯款至嘉登博  
03 雅公司帳戶，被告事後僅向謝政光表示其投資已轉至中基保  
04 信公司，無法取回，謝政光始知受騙（詳如原判決附表〈下  
05 稱附表〉一編號2）。因認被告違反期貨交易法第56條第1項  
06 規定，而涉犯同法第112條第5項第3款之非期貨商不得經營  
07 期貨交易業務之罪嫌（尚想像競合犯詐欺取財罪嫌）。惟經  
08 審理結果，就附表一編號2之非期貨商不得經營期貨交易業  
09 務部分，認為不能證明被告有上開公訴意旨所指犯行，因而  
10 撤銷第一審此部分之免訴判決，改判諭知無罪。已載敘其取  
11 捨論斷所憑之依據及理由。

12 二、犯罪事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據或證據不  
13 足以證明被告犯罪時，自不能以推測或擬制之方法，以為裁  
14 判之基礎。又積極證據不足以證明犯罪事實時，被告之抗辯  
15 或反證，縱屬虛偽，仍不能以此資為積極證據應予採信之理  
16 由。而證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得  
17 自由裁量、判斷之職權；如其此項裁量、判斷，並不悖乎通  
18 常一般人日常生活經驗之定則或論理法則，又於判決內論敘  
19 其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法，  
20 而據為提起第三審上訴之合法理由。本件原判決經綜合調查  
21 證據所得及全案辯論意旨，已詳為說明告訴人固有匯款至嘉  
22 登博雅公司帳戶，但其並未見過招攬投資期貨之業務員「莊  
23 大衛」，亦未留存與「莊大衛」之聯繫方式與對話內容，復  
24 無證據證明與其聯絡之業務員即為被告；佐以在嘉登博雅公  
25 司從事期貨交易之郭大順亦未見過被告，嘉登博雅公司登記  
26 負責人蔡永祥、中基保信公司負責人施閔中同未能證明被告  
27 曾任職嘉登博雅公司並為本件犯行，因認無從認定被告確曾  
28 任職嘉登博雅公司，或以該公司名義招攬告訴人投資期貨，  
29 檢察官所述尚有合理懷疑空間存在，不足達於無所懷疑而得  
30 確信為真實之程度，而就附表一編號2部分，為被告無罪之  
31 諭知。經核於法並無不合。檢察官上訴意旨以告訴人匯款至

01 嘉登博雅公司帳戶，而嘉登博雅公司之後已改名為中基保信  
02 公司，則被告既任職於中基保信公司，對該金錢流向當無不  
03 知之理，並據以指摘原判決認定被告並不知情，其論斷有違  
04 經驗法則及論理法則云云，經核係對於原審採證認事職權之  
05 適法行使及原判決已論斷說明之事項，漫為爭執，且仍就單  
06 純事實，再事爭辯，自難認屬合法上訴第三審之理由。

07 三、刑事訴訟法第369條第1項規定：「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自為判決。但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院。」允許第二審法院在第一審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當之情形下，得裁量將案件撤銷並發回第一審法院，以維護當事人之審級利益。該條項但書之立法目的既在維護當事人之審級利益，則倘訴訟程序之進行已充分保障參與訴訟之人之程序利益（如第一、二審均經檢察官、被告及辯護人到庭並行審理程序），復無侵害被告防禦權之情（如第一審諭知免訴，經第二審審理後改判無罪），因當事人之審級利益已獲維護，第二審法院仍自為判決而未裁量將案件發回第一審法院，並無違法可指。經查，本件第一審及原審均經檢察官、被告及辯護人到庭並行審理程序（第一審金訴字第30號卷第121至167頁、原審金上訴字第3號卷第291至319頁）；另本件第一審判決就附表一編號2部分，係諭知被告免訴，原判決則撤銷改判無罪。是如前述，因參與訴訟之人之程序利益已獲保障，復未侵害被告防禦權，當認當事人之審級利益已獲維護；則原判決就該部分未依刑事訴訟法第369條第1項但書規定，撤銷並發回第一審法院，其裁量權之行使自無違法可指。檢察官上訴意旨以原判決未將該部分撤銷並發回第一審法院，已侵害被告審級利益，指摘原判決有適用法則不當及理由欠備之違法云云，殊非適法上訴第三審之理由。

01 四、綜上，檢察官就被告違反期貨交易法部分之上訴違背法律上  
02 之程式，應予駁回。又被告被訴該部分起訴書所載犯罪事  
03 實，尚想像競合犯刑法第28條、第339條第1項之共同詐欺取  
04 財罪嫌，經原審撤銷第一審免訴判決，改判諭知無罪，核屬  
05 刑事訴訟法第376條第1項第5款（112年6月21日修正公布、  
06 同年月23日施行前之條文為第4款）不得上訴第三審法院之  
07 罪，且無同條項但書例外得上訴第三審之情形，亦應從程序  
08 上併予駁回。

09 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

10 中 華 民 國 114 年 3 月 13 日

11 刑事第七庭審判長法官 林恆吉

12 法官 林靜芬

13 法官 蔡憲德

14 法官 許辰舟

15 法官 吳冠霆

16 本件正本證明與原本無異

17 書記官 林宜勳

18 中 華 民 國 114 年 3 月 14 日