最高法院刑事判決

115年度台上字第822號

上　訴　人　楊鈞皓

選任辯護人　謝宗霖律師

上列上訴人因違反期貨交易法案件，不服臺灣高等法院中華民國114年11月27日第二審判決（114年度金上訴字第25號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第77780號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第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未依據卷內訴訟資料，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。

二、本件第一審認定上訴人楊鈞皓之犯行明確，因而依刑法想像競合犯規定，從一重論處上訴人共同犯期貨交易法第112條第5項第5款之非法經營期貨顧問事業罪刑（處有期徒刑1年3月，併為附條件緩刑之宣告），並為沒收（追徵）之諭知。上訴人僅就第一審判決之沒收提起第二審上訴；原審審理後，以第一審對於上訴人之犯罪所得金額認定不當，且適用刑法第38條之2第2項之規定有誤，而就第一審判決關於沒收部分予以撤銷，改判諭知未扣案之犯罪所得新臺幣（下同）703萬9337元沒收（追徵），已詳述其憑以認定之沒收依據及理由；核其論斷，俱有卷存證據資料可以佐證，從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略稱：

㈠依卷附「軟體販售合作合同」及上訴人提出之Youtube頻道畫面截圖，是否無從認定各Youtube頻道主有參與「觔斗雲程式交易軟體」（下稱「觔斗雲軟體」）之對外販售，或與上訴人有販售該軟體之犯意聯絡，而應將前揭頻道主論以本案之共同正犯？此攸關法院應否依上訴人與共犯間實際分受之犯罪所得諭知沒收，自屬有利於上訴人之證據。原判決就此並未說明不採之理由，率謂本件並無證據證明前揭頻道主與上訴人有犯意聯絡及行為分擔，有判決不備理由之違誤。

㈡原判決未調查上訴人與「葛新」有無約定分潤比例，及「葛新」從事相關業務之工作比重，亦未說明何以認定「葛新」實際犯罪所得顯有困難而須進行估算之理由，逕依上訴人於本案犯罪期間內「觔斗雲軟體」與「財經課程」之收益比例，作為估算「葛新」收益之基礎，疏未給予上訴人及辯護人知悉上開估算方式及表示意見之機會，有判決理由不備及侵害上訴人聽審權之違法。

㈢原判決未審酌上訴人為中度身心障礙人士，且上訴人迄今未再覓得其他工作，遽認本件沒收數額並無過苛之虞，致未適用刑法第38條之2第2項之規定，有調查證據未臻完備及判決理由不備之違法。

四、惟按：

㈠有關上訴人所稱其支付各Youtube頻道主共計293萬5250元部分，係因共同銷售「觔斗雲軟體」而分配之犯罪所得乙節如何不足採取，原判決已說明略以：依卷附「軟體販售合作合同」、Youtube頻道畫面截圖、匯款紀錄及上訴人之陳述，可知前揭頻道主僅係提供廣告服務並收取費用之人，且無證據證明上訴人與前揭頻道主就本案非法經營期貨顧問事業犯行有何犯意聯絡及行為分擔；則上訴人為此支出廣告行銷費用，屬犯罪成本，自不應扣除等旨（見原判決第8頁）；亦即，原判決已詳述其論斷之理由及所憑依據，經核於法並無不合。況上訴人及辯護人於原審已明示僅就第一審判決之沒

收部分提起第二審上訴（見原審金上訴卷第53、164頁），依刑事訴訟法第348條第3項之規定，原審之審判範圍應僅限於上訴人前揭已明示之沒收部分，不及於第一審判決所認定之犯罪事實及罪名。而依第一審判決之認定，上訴人係與「葛新」共犯本件非法經營期貨顧問事業罪，原判決認無證據證明上訴人係與前揭頻道主共犯本案，亦不能指為違法。上訴意旨㈠猶執前詞，指摘原判決有判決不備理由之違法等語；係置原判決明白之論斷於不顧，依憑己意，再為爭辯，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。㈡刑法沒收犯罪所得或追徵其價額，係法院剝奪犯罪行為人之不法利得，將之收歸國有之裁判，目的著重於澈底剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得，使其不能坐享犯罪之成果，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪，性質上類似準不當得利之衡平措施，俾回復犯罪發生前之合法財產秩序狀態，非屬刑罰。刑法第38條之2第1項乃規定：犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之，並於立法理由表示沒收標的之「不法利得範圍」，非關犯罪事實有無之認定，於證據法則上並不適用嚴格證明，無須證明至毫無合理懷疑之確信程度，適用自由證明已足。因此，事實審法院以犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難，而依卷內資料，認定估算基礎之連結事實，並採用合適之估算方法，進行合理之推估，且於理由內依憑卷內事證就其依據為必要之說明時，則所為之估算核屬事實審法院適法職權之行使，即不能遽指為違法。原判決已說明如何依憑上訴人提出之對話紀錄及轉帳資料，認定本件與上訴人共犯之「葛新」於本案犯罪期間內（即民國109年7月間至112年6月間止），自上訴人處受領合計467萬6400元（即人民幣108萬元，以人民幣1元兌換新臺幣4.3元之匯率計算）之款項；且因「葛新」負責銷售之範圍，除前述「勐斗雲軟體」外，尚包含與本案犯罪無關之財經課程；觀諸上訴人於本案犯罪期間內有關「勐斗雲軟體」及財經課程之銷售所得總額，分別為970萬4885元及722

萬4300元，所占比例各為57%、43%，據此計算上訴人以微信轉帳給「葛新」之467萬6400元，其中57%即266萬5548元係「葛新」協助上訴人銷售「觔斗雲軟體」所分受之犯罪所得等旨甚詳（見原判決第7頁）。亦即，原判決已調查、審認估算基礎所連結之事實，且詳予說明其估算方法與推估計算之過程，及如何認定「葛新」於本案犯罪期間內所分受犯罪所得數額之理由，依上開說明，自無違法可指。況上訴人於偵查及歷次審判中均未陳明「葛新」之年籍資料及聯絡方式，法院已無從向「葛新」查證其從事「觔斗雲軟體」相關工作之實際報酬數額；原審雖曾訊問上訴人有關其與「葛新」之合作模式，惟上訴人僅表示「葛新」有分潤及領取固定薪資，其工作性質與助理相近，主要負責協助客戶使用軟體及課程銷售等語（見原審金上訴卷第93頁），並未詳述「葛新」所受薪酬數額與本案之關聯性或比例高低，此部分自合於刑法第38條之2第1項所稱「犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難」之情形，而有進行估算之必要。再者，「葛新」既如上訴人所稱係擔任助理工作，其業務內容應源自於上訴人之指派而具有從屬性，則原審以上訴人於本案犯罪期間內關於「觔斗雲軟體」及財經課程之銷售所得比例，據以推估「葛新」所受領之薪酬中與本案相關之具體數額，亦無不合。又上訴人及辯護人於原審已就如何計算上訴人之犯罪所得乙節，詳予陳述意見並提出書面作為佐證（見原審審金上訴卷第49至54頁，原審金上訴卷第169至179頁），對於如何估算「葛新」因本案向上訴人收取款項之數額非無表達意見之機會，難認上訴人之聽審權未獲實質保障，或其訴訟權利有遭不當剝奪之情事。上訴意旨㈡所為指摘，係就原判決已詳予論述、說明之事項，重為爭執，並非合法之第三審上訴理由。

㈢宣告刑法第38條、第38條之1之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之，同法第38條之2

第2項定有明文。而該條係為符合比例原則，兼顧訴訟經濟所增訂，即所謂之過苛條款。得由法院於宣告沒收或追徵之個案運用時，依職權認定是否有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性或犯罪所得價值低微之情形，而得不予宣告沒收或追徵，以節省法院不必要之勞費，並調節沒收之嚴苛性；另亦得考量義務沒收對於被沒收人之最低限度生活產生影響，允由法院依個案情形不予宣告或酌減之，以保障人權。凡此均屬法院於審理個案時，得依職權審酌之事項，若未違反比例原則，或濫用職權時，即不得任意指為違法。有關上訴人之本案犯罪所得何以無從適用刑法第38條之2第2項之過苛條款，已經原判決說明甚詳（見原判決第8至9頁），核屬事實審法院裁量、判斷職權之適法行使，於法並無不合，自不得執為上訴第三審之適法理由。

五、依上說明，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

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　　115　　年　　3　　月　　25　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　吳冠霆

法　官　陳芃宇

法　官　高文崇

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　31　　日