最高法院刑事判決

109年度台上字第4213號

上　訴　人　慶云事業股份有限公司
代　表　人　百茂投資有限公司
兼代表人　陳慶雲
上　訴　人　鄒淑芬
共　　同
選任辯護人　劉豐州律師
　　陳一銘律師
　　陳雲南律師

上列上訴人等因違反多層次傳銷管理法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國109年7月1日第二審更審判決（107年度重上更一字第21號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署103年度偵字第4323、4474號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於陳慶雲、鄒淑芬部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（陳慶雲、鄒淑芬）部分：

一、本件原審審理結果，認為上訴人陳慶雲、鄒淑芬有原判決事實欄（下稱事實欄）所載之違反多層次傳銷管理法犯行，因而撤銷第一審關於陳慶雲、鄒淑芬部分諭知無罪之判決，改判論處陳慶雲、鄒淑芬共同犯多層次傳銷管理法第29條第1項之非法多層次傳銷罪刑。固非無見。

二、惟查：

㈠、依刑事訴訟法第159條之2規定，被告以外之人於司法警察（官）調查中所為之陳述，與審判中不符時，必其警詢陳述符合「具有較可信之特別情況」及「為證明犯罪事實存否所必要者」，始有傳聞法則例外規定之適用。依據卷證及原審筆錄之記載，陳慶雲、鄒淑芬及其等辯護人，就證據能力部分，已陳明爭執證人吳芷妗於民國103年10月6日在法務部

調查局高雄市調查處之證述係受調查員誘導或訛稱（見更一審卷㈠第398 頁），而前揭證據屬被告以外之人於審判外之陳述，為傳聞證據，原判決就此項供述證據是否具備傳聞法則例外規定要件，而得賦予證據能力，未依前揭要件為具體之論述，僅稱除上揭筆錄經勘驗如辯護人等提出之譯文外，其餘被告以外之人於審判外之傳聞證據，上訴人等及辯護人均不爭執其證據能力，審酌具適當性，自有證據能力等旨，即逕以吳芷妗經勘驗之調詢筆錄為上訴人等犯罪之部分證據（見原判決第4 頁第19行以下至次頁第1 行、第24頁第20至22行），採證有違證據法則並有理由欠備之違法。

㈡、科刑判決所認定之事實，與所採之證據不相適合，或認定事實與卷證資料不符，即屬判決理由矛盾之當然違背法令。又審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於經驗及論理法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由於判決內詳為說明。再多層次傳銷管理法第18條規定：「多層次傳銷事業，應使其傳銷商之收入來源以合理市價推廣、銷售商品或服務為主，不得以介紹他人參加為主要收入來源。」另公平交易委員會（下稱公平會）依多層次傳銷管理法第40條授權所訂定之多層次傳銷管理法施行細則第6 條規定：多層次傳銷管理法第18條所稱合理市價之判斷原則如下：「（第1 項）一、市場有同類競爭商品或服務者，得以國內外市場相同或同類商品或服務之售價、品質為最主要之參考依據，輔以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品或服務之獲利率，以及考量特別技術及服務水準等因素，綜合判斷之。二、市場無同類競爭商品或服務者，依個案認定之。（第2項）本法第18條所稱主要之認定，以百分之五十作為判定標準之參考，再依個案是否屬蓄意違法、受害層面及程度等實際狀況合理認定。」已明定多層次傳銷管理法第18條有關變質多層次傳銷「合理市價」及「主要」收入來源之判斷原則。而「主要」收入來源之認定，除以傳銷商加入多層次傳銷

事業所獲得整體收入來源50% 作為判定標準為「參考」外，尚依個案是否蓄意違法、受害層面及程度等實際狀況而定。至於是否係「合理市價」，則以國內外市場相同或同類商品或服務之售價、品質為最主要之參考依據（即「主要標準」），並輔以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品或服務之獲利率，以及考量特別技術及服務水準等因素（即「輔助標準」），綜合判斷之。基此，所稱「「合理市價」，當應先以「主要標準」為衡酌，再輔以「輔助標準」綜合判斷，如尚未完全以「主要標準」判斷，即參酌輔助標準為認定，即有未合，應有查證未盡之違失。

⑴依事實欄之記載，原判決係認定，陳慶雲係慶云事業股份有限公司（下稱慶云公司）董事長，鄒淑芬為其配偶，任該公司董事及客服部經理，2 人明知多層次傳銷事業，應使其傳銷商之收入來源以合理市價推廣、銷售商品或服務為主，不得以介紹他人參加為主要收入來源，仍基於非法方式為多層次傳銷之犯意聯絡，自98年12月21日至103 年10月6 日間，以慶云公司名義，擇骨灰罐為傳銷商品，所設之運作模式及獎金制度，係傳銷商以推薦一定人數成為慶云公司會員後，即可領取一定比例之推薦獎金、組織獎金及輔導獎金等，致使慶云公司傳銷商以介紹他人參加為主要收入來源，而非以合理市價推廣、銷售商品或服務為主，乃認陳慶雲、鄒淑芬所為違反多層次傳銷管理法第18條規定，論以共同犯同法第29條第1 項之罪。但：①、就所稱慶云公司獎金制度係使傳銷商以介紹他人參加為主要收入來源部分，雖依憑慶云公司於103 年2 月14日向公平會報備之「獎金及計算方法說明」、「制度說明」、「慶云事業會員營運管理規章約定書」（下稱約定書）等證據，據以說明慶云公司之「推薦獎金」係以傳銷商每介紹1 人成為慶云公司傳銷商，得推薦獎金（新臺幣，下同）8000元（見原判決第13頁第19至25行、次頁第19至20行）。惟稽之卷證，慶云公司於上述時間報備之獎金及計算方法說明、制度說明，關於「推薦獎金」係記載「每

件核發獎金8000元/件，依個人每月實際推廣的件數計算」（見第1290號偵查他字卷〈下稱偵他卷〉㈡第122頁、第128頁背面），約定書第2章（會員權利條款）第2-4條亦記載：「會員甲方，直接推薦業績（慶云骨灰罐）完成一個（含）以上數量時，即享有乙方（即慶云公司，下同）所發放予甲方，為該會員之每個推薦獎金8000元」（同上卷第132頁）。上載倘若無訛，上揭推薦獎金似係以實際推銷「骨灰罐件數」為計算基礎，原判決該部分（推薦傳銷商人數）認定之事實，已有與卷證資料不相適合之違誤。又觀之其他諸如約定書第1-2條：「甲方需繳交入會費新臺幣1千元整並乙次付清方式購買骨灰罐」、第1-9條：「每一事業夥伴（經營者）至多擁有3個業務經營權」、第2-5條：會員甲方，累計直接推薦業績，或整組業績累計達成時，即享乙方所發放予該會員之組織獎金。第2-6條：「會員甲方，累計業績達（左2右2），且至少直接推薦2名以上會員。該直接推薦之會員若產生組織獎金9000點時，推薦此人之會員，即享乙方發放予該會員同等金額之輔導獎金」等記載（同上卷第131至132頁），似同有以推薦骨灰罐業績為核發其他獎金基礎之約定。②、證人鍾承憲於法務部調查局臺中市調查處證稱：「新進會員需要進行業務推廣銷售骨灰罐，但要獲得高額獎金還是需以組織推廣的方式，輔導加入的會員發展組織，才能獲得高額獎金」、「（問：慶云公司會員欲獲取慶云公司核發之獎金，是否需不斷介紹人加入慶云公司並購買骨灰罐？）一部分慶云公司會員需要不斷介紹民眾加入慶云公司並購買骨灰罐，以獲取慶云公司核發之推廣獎金，而部分人員晉升到一定的職階之後，就可以藉由下線通路招攬新會員所產生的新生業績而獲得組織輔導獎金」（見第4323號偵查卷㈡第108、110頁）；證人賴蕙鈴於第一審證稱：「（問：妳在調查局問妳的時候有稱推薦獎金是傳銷商引薦他人加入公司所領取的獎金，每推薦1人加入可領出8千元的推薦獎金，請問妳會員是否在招攬他人加入公司的同時，他本身

要求下線也要至少買1個骨灰罐，而不是單純拉人就可以領獎金？）一定要購買公司商品才能加入會員，不是說我找人就可以，一定是找這個人來跟公司購買這個商品」；證人劉琦祥同證稱：「（問：我想還是從最基本的還是問你一下，就是說會員在招攬傳銷商的時候，是不是要銷售至少1個骨灰罐以上？）是的；（問：推薦獎金也是要賣1個骨灰罐才能夠領的？）是的；（問：所以也是以下線整體的銷售業績作為獎金的發放條件？）是的，以銷售業績來算」（見第一審卷㈡第204頁、第245頁正背面）。倘鍾承憲、賴蕙鈴及劉琦祥上開供證非虛，似與前揭慶云公司向公平會報備之獎金及計算方法說明、制度說明、約定書第2-4條之記載並無齟齬，原判決認定係以介紹他人參加即可取得推薦獎金，與前揭證人證述情節未盡相合，對於上開有利於陳慶雲、鄒淑芬之證言，究竟如何不足採取，未說明其理由，遽為不利於2人之認定，亦有理由不備之違法。上開各約定、證言暨報備等資料，倘均屬實，慶云公司多層次傳銷制度之獎金取得，似非悉以基於介紹他人加入，而兼有銷售或推廣商品（骨灰罐），依原判決認定慶云公司傳銷商之人數高達10萬1485人，苟兼有銷售或推廣骨灰罐之情況核發獎金，何以得依憑陳慶雲供稱慶云公司發放總獎金之比例，即可確認慶云公司係以傳銷介紹他人參加為主要收入來源之論據（見原判決第33頁第15至19行），復未就該等獎金計算比例，如何得認係綜合基於蓄意違法、受害層面及程度等實際狀況為整體評價而定，詳加查明審認並說明判斷理由，則究竟其傳銷商之收入來源，得否認係以介紹他人參加為主要收入來源？此部分事實仍欠明瞭，本院前次發回意旨，已指明及此，原判決仍未予調查究明，致該瑕疵仍然存在。

⑵審理事實之法院，對於卷內與認定事實、適用法律、罪名成立與否或對被告之利益有重大關係之證據，除認為不必要者外，應詳為調查，然後基於調查所得之心證以為判斷之基礎；如在客觀上認為應行調查之證據，又非不易調查或不能調

查，而未依法加以調查，逕予判決者，即有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

原判決就慶云公司傳銷商品骨灰罐是否屬「合理市價」之判斷，雖說明係依多層次傳銷管理法施行細則第6條第1項第1款主要標準為判斷，並以公平會104年11月25日公競字第0000000000號函附銷售骨灰罐事業名單之商品材質暨成本為據，認定慶云公司所傳銷之骨灰罐於所列其他公司有所差異，且成本低廉，慶云公司顯非基於以合理市價推廣、銷售產品而獲利，並認陳慶雲、鄒淑芬於第一審所提其他廠商所售骨灰罐之價格資料無足採信（見原判決第29頁第10行以下至次頁第17行、第32頁第15至26行）。惟：①、上揭函附之「銷售骨灰罐之事業名單」，其上所載骨灰罐列表，似僅慶云公司為白玉或白瓷材質，其餘公司均係琉璃或琥珀等材質（見第一審卷㈢第2頁），而不同材質之骨灰罐是否仍得認屬前揭第6條第1項第1款所指「國內外市場相同或同類商品或服務之售價、品質」，尚非無疑；又②、證人即臺灣省喪儀商業同業公會聯合會理事長陳英春於第一審證稱：「（問：那這樣的話，你剛剛提到說各公會都有定一些骨灰罐的價格，那大概的價格是怎麼定法？）...有的就是1萬以上、10萬以下都有啊，那個是有縣政府，像我們嘉義縣的話，我們縣政府有過來，我們有跟他擬定一個價目表，我們棺木價目表、價目表，服務人員出去服務的價目表..，什麼價目表都有啊，這是固定的，不能說一個骨灰罐就是你定了；（問：你剛剛有提到一個縣市政府會要求你們同業公會定一個像骨灰罐之類的商品或是服務的價目表？）都有，因為被查的時候，因為每兩年各縣市都有分區被查，被查的時候各家行業都是要有那個價目表，每一家公司一定都要有，服務項目的價目表通通都有；（問：價目表比如說骨灰罐他是定一個範圍？）對，都是定一個範圍；（問：所以你每一家服務業者你裡面賣的骨灰罐必須要符合你的價目表，不能有超過的？）對；（問：你實際上會賣的價格會在這個價目表範圍裡

面，按照你所賣的骨灰罐材質、等級的不同而有差別是嗎？）有，都有；（問：剛剛你有提到說像白玉的，他有分A、B、C、D之類的好幾個等級？）對；（問：不一樣的玉，雖然有分等級，但是也沒辦法拿來相比就對了？）沒辦法」（見第一審卷㈡第254頁背面、第256頁至第257頁）。所證倘若非虛，該喪儀商業同業公會就不同等級材質之骨灰罐，本即有規範其價格範圍，原判決關於慶云公司所銷售之白玉或白瓷骨灰罐屬陶瓷製作，價值偏低，無相同或同類材質之商品售價可供參考依據等旨之說明，即難謂相合（見原判決第32頁第15至26行），上情既攸關陳慶雲、鄒淑芬有否違反多層次傳銷管理法第18條犯行之判斷，而調查國內市場相同或同類商品之售價，非屬不易或不能調查之事項，原審未詳加調查究明，亦未說明毋庸加以調查之理由，僅參酌屬輔助標準之與商品成本有關之「獲利率」，逕為認定慶云公司所售之骨灰罐非係基於合理市價推廣銷售（見原判決第33頁第1行以下），難謂無調查未盡及理由欠備之違誤。本院前次發回意旨已予指明，原判決仍未就此調查審認，並於理由內說明，致其瑕疵依然存在。

㈢、犯罪事實應依證據認定，有罪之判決書，應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，否則即有理由不備之違法。⑴、依原判決事實及理由之記載，陳慶雲、鄒淑芬「自98年12月21日起至103年10月6日間」，以慶云公司名義，經營變質之多層次傳銷事業，迄「103年10月6日」止，慶云公司之傳銷商達10萬1485人，至103年8月底止，累計骨灰罐銷售件數為17萬3249件（見原判決第2頁第15至16行、第3頁第12至13行、第39頁第27行至次頁第1行），但稽諸該部分所採憑判斷之卷附慶云公司骨灰罐統計資料（見原判決第40頁第2至3行，見第4323號偵查卷㈤第116頁），所記載之統計時間似僅止於截至「103年8月」之累計資料，且非明載係自98年12月21日起算，而累計（傳銷商）人數部分，亦無103年9月至10月6日間之資料可資佐憑，就

所認定「自98年12月21日起至103 年10月6 日間」，迄 103 年10月6 日止，慶云公司之傳銷商達10萬1485人之犯罪事實，未據說明缺漏部分所憑之證據及理由，致此部分事實之認定，失其所憑，已有理由不備及與卷證資料不相適合之違誤。又㈡、依卷附慶云公司向公平會報備（變更）歷史紀錄表及所附資料所載，慶云公司於95年9 月8 日書面申請多層次傳銷報備，其傳銷商品骨灰罈售價1 只為「4 萬5 千元」，迄至99年9 月10日報備變更商品價格，售價則變更為「4 萬6 千元」（見偵他卷㈡第3 頁、第9 頁背面、第19至20頁、70頁），而前揭慶云公司骨灰罐統計資料「累計金額說明」亦載明「累計件數裡99年9 月30日前是432 39件，當時銷售的骨灰罐1 件金額是45000 ，... 99年10月1 日後銷售的骨灰罐一件金額是46000 」（見第4323號偵查卷㈤第116 頁），所載如無誤，慶云公司傳銷商品骨灰罐之銷售金額於上揭時間，已有更迭。原判決既認定陳慶雲、鄒淑芬之犯罪期間為「98年12月21日起至103 年10月6 日間」，就於該等期間內，慶云公司傳銷商品骨灰罐之銷售金額更迭情形，未為取捨之說明，逕以變更之商品價格為判斷上揭期間慶云公司骨灰罐所得價款與提撥、發放獎金比例之基礎（見原判決第20頁第9至11行），同有理由欠備之違失。

三、陳慶雲、鄒淑芬上訴意旨執以指摘原判決該部分不當，非無理由，而上述違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認此部分仍有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（慶云公司）部分：

一、按最重本刑為3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴，又依刑事訴訟法第376 條第1 項但書規定上訴，經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，不得上訴於第三審法院，刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款、第2 項分別

定有明文。是以，被告不得就第二審法院所為屬刑事訴訟法第376條第1項各款所列案件之更審判決，再上訴於第三審法院。

二、本件慶云公司被訴其代表人及受僱人因執行業務，犯多層次傳銷管理法第29條第1項之非法多層次傳銷罪，應依同條第2項規定對慶云公司科以第1項之罰金刑，經原審法院前審判決撤銷第一審諭知慶云公司無罪之判決，改判慶云公司法人之代表人因執行業務犯多層次傳銷管理法第29條第2項之非法多層次傳銷罪，對慶云公司科以該條之罰金刑。而多層次傳銷管理法第29條第2項規定法人之代表人、代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務違反第18條規定者，除依第1規定處罰其行為人外，對該法人亦科處該項之罰金。則對於法人既僅能科以罰金，即屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所稱專科罰金之罪，慶云公司不服，依同條項但書規定提起第三審上訴，經本院撤銷發回，再經本次原審改判仍論以慶云公司因執行業務犯多層次傳銷管理法第29條第2項之非法多層次傳銷罪，對慶云公司科以該條之罰金刑（新臺幣5千萬元），依刑事訴訟法第376條第2項之規定，自不得再上訴於第三審法院。慶云公司猶提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　5　　月　　5　　日

刑事第九庭審判長法　官　段　景　榕　（主辦）

法　官　鄧　振　球

法　官　楊　力　進

法　官　汪　梅　芬

法　官　宋　松　璟

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　5　　月　　6　　日