

最高法院刑事具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文 目錄

裁判要旨

一、107 年度台上字第 3332 號.....	3
二、108 年度台上字第 559 號.....	3
三、108 年度台上字第 2875 號.....	4
四、108 年度台上字第 3078 號.....	6
五、108 年度台上字第 3204 號.....	6
六、108 年度台上字第 3388 號.....	9
七、108 年度台上字第 3596 號.....	9
八、108 年度台上字第 3717 號.....	11
九、108 年度台上字第 3728 號.....	12
十、108 年度台抗字第 1489 號.....	12
十一、108 年度台抗字第 1588 號.....	14
十二、108 年度台聲字第 108 號	16

裁判全文

107 年度台上字第 3322 號.....	19
108 年度台上字第 559 號.....	53
108 年度台上字第 2875 號.....	60
108 年度台上字第 3078 號.....	70
108 年度台上字第 3204 號.....	83
108 年度台上字第 3388 號.....	86
108 年度台上字第 3596 號.....	91
108 年度台上字第 3717 號.....	101
108 年度台上字第 3728 號.....	106

108 年度台抗字第 1489 號.....	109
108 年度台抗字第 1588 號.....	112
108 年度台聲字第 108 號.....	113

一、107 年度台上字第 3332 號（裁判書全文）

以違反食安法第 15 條 1 項作為第 49 條第 1 項的不法要件，係採附屬刑法之立法模式，遇有刑罰與行政罰同屬對不法行為之制裁時，本於刑罰之制裁功能強於行政罰，刑罰之處罰程序較行政罰嚴謹，而依行政罰法第 26 條第 1 項規定，以一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之；但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。亦即應以刑罰優先，先進行刑事訴訟程序，而行政罰係相對於犯罪之刑罰處罰，具有「補充性」，如果刑罰未予處罰而有漏洞，則以行政罰填補之，故應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，因該等處罰兼具維護公共秩序作用，為達行政目的仍得裁處之。本件附件二部分，縱魏○充、陳○嘉、常○峯之行為，同時具備食安法之其他行政罰構成要件，惟既已該當於食安法第 49 條第 1 項假冒罪之刑罰構成要件，即應以刑罰優先，先進行刑事訴訟程序，食安法暨其他相關規範僅於遇有刑罰未予處罰而有漏洞時，方居於補充裁罰之地位，原判決雖未就此予以敘明，於法亦無不合，並無魏○充、陳○嘉、常○峯及頂○公司上訴意旨所指有違輕重相舉、法律解釋方法之違法情形。

參考法條：食品安全衛生管理法第 49 條第 1 項。

行政罰法第 26 條第 1 項。

二、108 年度台上字第 559 號（裁判書全文）

按犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難者，得以估算認定之，刑法第 38 條之 2 第 1 項前段定有明文。又該項「估算」依立法說明，固不適用嚴格證明法則，僅需自由證明為已足。惟估算是在欠缺更好的調查可能性下的應急手段，只有在不法所得之範圍與價額認定顯有困難時，始得以估算（至於有無犯罪所得，則不包括在內）。若是認定上非顯有困難時，法院就必須履行通常調查義務，原則上，法院必須先善盡顯而易見的調查可能性與證據方法，之後仍無法確定沒收的範圍與價額時，才能援用估算的規定。法院若未盡合理調查及依憑相當證據，即遽採單方、片面說法，進而認定沒收的範圍與價額，顯然未依職權調查、審認，即非適法。又以估算認定者，並應於判決說明其有如何認定顯有困難之情形及為如何估算之理由。

參考法條：刑法第 38 條之 2 第 1 項。

三、108 年度台上字第 2875 號（裁判書全文）

- （一）按貪污治罪條例第 8 條第 2 項前段「犯第 4 條至第 6 條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」之規定，旨在鼓勵被告於犯罪後勇於自新，並防止證據滅失以兼顧證據保全，便於犯罪偵查。此規定係對被告所予之寬典，是有無符合自白要件，應就其所述之實質內容是否涉及「自己之犯罪事實全部或主要部分的承認或肯定」而有助於犯罪之偵查為判斷。至其動機、詳簡、次數，嗣後有無翻異，皆非所問。再因犯罪事實乃犯罪之全部活動及其結果，於有相當歷程時，本難期被告能作全面之供述，故於判斷何為「犯

罪事實主要部分」時，自應綜合考量其已交代之犯罪事實與未交代之犯罪事實之危害程度、是否為不同構成要件之犯罪、係事實之抗辯或僅主張有阻卻事由、對犯罪發現有無助益等各種相關因素。尤其被告對自己之犯罪事實全部或主要部分是否肯認，前後供述有所反覆時，仍應依前揭標準而為判斷，不能以其後翻異其詞或隱瞞犯罪事實之重要部分，即否認其之前已成立自白之效力。

- (二) 經查，洪○賜於民國 101 年 5 月 30 日偵查中聲請羈押訊問時，曾向法官供稱：我開登記聯單給蔡○富，蔡○富沒有給我好處，只說可能會包紅包給你，但後來沒有包給我，先前怕入罪，所以不敢承認，後來聲請羈押想到小朋友，還是認罪好了，我知道這是不合規定的，但只是想要幫他，蔡○富沒有因此招待飲宴或提供其他好處給我等語，法官並因其供述諭知其犯罪嫌疑重大而予羈押。以上事證倘若無誤，洪○賜所稱「（蔡○富）只說可能會包紅包給你」一詞，是否對貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之違背職務「期約賄賂」之事實為坦承之意？如屬肯定，因「期約賄賂」與「收受賄賂」犯行，係屬同一犯罪之階段行為，並為罪質相同之同條項犯罪，能否謂非對該貪污犯罪主要部分為肯定供述？即有研求之餘地，原審未詳為剖析釐清，遽認其上開供述非屬自白犯罪，縱其業於第一審審理中自白及繳交全部犯罪所得，仍無貪污治罪條例第 8 條第 2 項前段規定之適用，即非適法。

參考法條：貪污治罪條例第 8 條第 2 項。

四、108 年度台上字第 3078 號（裁判書全文）

按行政程序法第 36 條規定，行政機關應依職權調查證據；同法第 41 條並規定行政機關得選定適當之人為鑑定。系爭鑑定係因縣府相關單位會同興○公司及京○公司等人員，自 102 年 9 月 11 日至同年 10 月 1 日，前後 9 日，就系爭工程，在相關地點，實施現地鑽心檢驗，結果顯示 MRC 鑽心試體多數無法呈現柱體型或厚度明顯不符契約規範情形，惟因興○公司對上開抽查結果之公信力存有疑慮，縣府乃於 102 年 10 月 21 日委託臺灣省土木技師公會鑑定，此有廉政署偵查報告、相關稽核紀錄、簽到表、照片及系爭鑑定報告可按。亦即縣府前述之稽核檢驗，以及委託鑑定，均係本於職權，依法行政，於法並無不合。惟系爭鑑定因非由檢察官或法院依刑事訴訟法第 208 條規定囑託做成，而屬被告以外之人於審判外之書面陳述，不能認係該法所定之證據方法。然系爭鑑定事涉公益且具時效，行政機關為及時取得現場且具價值之資料，委託適合之機關或人員鑑定，確有其必要。因此，若能擔保鑑定人之適格，鑑定方法及過程符合一般程序，並使實施鑑定之人到庭，賦予當事人就以上事項詰問之機會，經法院判明後，應認具有證據能力。

參考法條：刑事訴訟法第 159 條第 1 項、第 208 條。

行政程序法第 36 條、第 41 條。

五、108 年度台上字第 3204 號（裁判書全文）

按刑事審判基於憲法正當法律程序，對於犯罪事實之認定，採證據裁判原則，以嚴格證明法則為核心，亦即無證據

能力、未經合法調查之證據，不得作為認定犯罪事實之依據。而所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用所應具備之資格，如證言須經具結、自白須出於任意性等；所謂合法調查，係指法院依法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序。就證人而言，除有客觀上不能受詰問，或被告明示捨棄詰問，抑或性質上無行詰問必要性者外，於審判中，皆應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告適當且充足之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。是有證據能力，並經合法調查，乃嚴格證明之兩大支柱，缺一不可。又刑事訴訟法於民國 92 年修正時，除引進傳聞法則，就人證之調查亦改採英美法系之交互詰問制度，以期透過詰問程序之運作，辯明供述證據之真偽，使真實呈現。而主詰問係以引出積極性證據之陳述為其目的之詰問，反詰問則係在彈劾證人陳述之憑信性，並引出主詰問所未揭露或被隱瞞之另一部分事實。是交互詰問被譽為法律史上發現真實最偉大之法律器具，其所指者即為反詰問。惟立法者基於保護特定關係或利益，於刑事訴訟法規定特定業務、身分或利害關係之人，得拒絕證言（參該法第 179 條、第 180 條第 1 項、第 181 條及第 182 條），而肯認證人之拒絕證言權，以保護其權利。然拒絕證言權利並非不可拋棄，倘證人於審判中經法院告知得拒絕證言之權利後，猶決意為證述，於交互詰問中，若准其於主詰問陳述完畢後，輪到另一造反詰問時主張拒絕證言，將無法達到交互詰問之目的。為發現真實，並保障被告之反對詰問權，刑事訴訟法第 181 條之 1 規定：「被告以外之人於反詰問時，就主詰問

所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。」明定證人此時不得拒絕證言，以免造成無效之反詰問。從而證人於偵查中經檢察官告知得拒絕證言之權利後，如仍決意證述，並為不利於被告之陳述，且被告及其辯護人在偵查中未曾有詰問該證人之機會。而檢察官起訴並援引該不利於被告之陳述，作為證明被告犯罪事實之證據時，倘被告於審判中否認犯罪，復未捨棄詰問權，參諸前述說明，如無客觀上不能受詰問之情形存在，自應踐行詰問程序。且該證人偵查中所為不利被告之陳述，乃係證明被告犯罪之積極證據，相當於交互詰問程序中，行主詰問者已達其欲透過證人之陳述，引出取信於法院之目的，性質上與刑事訴訟法第 181 條之 1 規定「主詰問中所陳述有關被告本人之事項」無異。此時若准許該證人於審判中行使拒絕證言權，將使被告無彈劾該證人供述之憑信性，及引出其於偵查證述中所未揭露或被隱瞞之另一部分事實之機會，自侵害被告受憲法保障之詰問權，且使法院所接收者，均為對被告不利之部分，而對被告可能有利部分，則因證人拒絕證言而無法知悉，非但程序上對被告極不公平，且自發現真實之角度，證人的信用性及陳述之真實性均無法獲得測試擔保。就此情形，應類推適用刑事訴訟法第 181 條之 1 規定之法理，證人不得行使拒絕證言權。如審判長未查，許可拒絕證言，自有害於被告之司法人權及真實之發現，難謂無調查職責未盡之違法。

參考法條：刑事訴訟法第 180 條第 1 項、第 181 條、第 181 條之 1。

六、108 年度台上字第 3388 號（裁判書全文）

按透過「被害人陳述」以外之證據，得證明被害人聲稱被害事件時之言行舉止、情緒表現、心理狀態或處理反應等情景者（間接事實），係獨立於（即不同於）被害陳述之證據方法暨資料，屬具補強證據適格之情況證據，可藉其與待證事實有蓋然性之常態關聯，資為被害人遭遇（直接事實）致生影響之推理素材，此並非傳聞自被害陳述之重複或累積，當容許由法院透過調查程序，勾稽被害陳述相互印證，進而產生事實認定之心證。

參考法條：刑事訴訟法第 155 條。

七、108 年度台上字第 3596 號（裁判書全文）

- （一）組織犯罪防制條例第 7 條雖明定「犯第三條之罪者，其參加之組織所有之財產，除應發還被害人者外，應予沒收。犯第三條之罪者，對於參加組織後取得之財產，未能證明合法來源者，亦同。」惟上開條文係配合刑法沒收規定之修正，於 105 年 7 月 5 日修正，而刑法關於犯罪行為人之犯罪所得沒收，已為一般性之規定，可見組織犯罪防制條例第 7 條第 2 項之規定，應係針對「參加組織後取得之財產」如何沒收之特別規定，仍以屬於犯該條例第 3 條之罪之犯罪行為人所有之財產，始克當之。又借名登記，其登記名義人若僅單純出借名義，對登記之標的物或權利並無任何管理處分之實，其實際占有、管理之人仍為借用人，登記名義人既未管領而具有事實上之處分權限，並未實際取得支配，對成立借名登記之法律關係復不爭執，固得視為屬於借用人所有之財產

而為沒收。但登記名義人倘因管領已具有事實上之處分權限，或對是否成立借名登記之法律關係有所爭執時，為合理兼顧交易安全及財產權益之信賴保護，仍應開啟第三人參與沒收之特別程序。

- (二) 依刑事訴訟法第 28 條規定：「每一被告選任辯護人，不得逾三人。」採多數辯護制度，法院於審判期日固應通知被告所選任之多數辯護人到庭辯護，以充分保障被告之訴訟防禦權及辯護依賴權。然辯護人收受法院庭期通知後，非有不能到庭之正當理由，不能率以另受委任其他案件衝庭為由請求改期，法院亦不必配合任何一位辯護人之個人業務需求而更改原訂庭期。如法院已依審理計畫，預先指定審判期日，並已排定傳喚證人行交互詰問等調查審理程序，縱因案件繁雜耗時恐審判非一次期日所能終結，而同時預定可供續行之下次審判期日備用，仍以辯護人已具備不能到庭之正當理由為限，以維護刑事審判之公正、合法、迅速，保障人權及公共利益。本件依原審卷所載，蔡○偉選任 3 位辯護人，原審依其審理計畫提解在押 3 位被告、傳喚 2 位證人及未在押被告、暨通知檢察官、所有辯護人及參與人等訴訟關係人到庭，且於 108 年 6 月 19 日即已送達同年 8 月 7 日下午 2 時 1 分之審理通知書予所有辯護人，惟蔡○偉之選任辯護人羅閱逸（原名羅豐胤）律師延至同年 8 月 2 日始提出刑事請假狀，以同年 8 月 7 日上午於臺灣臺中地方檢察署另有庭期不能到庭為由，請准變更審理期日，原審以審判期日之通知書於同年 6 月 19 日即已送達，遠早於上開檢察署庭期之送達日期即同年 7 月 12 日之

前，且蔡○偉尚有其他選任辯護人為之辯護，仍於原訂108年8月7日審判期日由蔡○偉之其他選任辯護人王炳人律師及陳思成律師到庭辯護後，全案辯論終結定期宣判，依上說明，並無違法。蔡○偉之上訴意旨執與本案案情不同、無拘束力之其他案件之裁判情形，指摘原審之最後審理程序未待羅閎逸律師到庭辯護，即逕行審結，程序不合法云云，核非上訴第三審之適法理由。

參考法條：組織犯罪防制條例第7條。

刑事訴訟法第28條。

八、108年度台上字第3717號（裁判書全文）

待證之犯罪事實依其性質及內容可分為犯罪客觀面（如行為、客體、結果等外在事實）、犯罪主觀面（如故意、過失、知情、目的等被告內心狀態）以及犯罪主體面（犯人與被告為同一之事實），關於犯罪客觀面固需有補強證據，惟犯罪主觀面係以被告內心狀態為探討對象，通常除自白外，並無其他證據存在，若由客觀事實存在得推論其主觀犯意時，尚無需要求有補強證據。至共犯被告自白關於犯罪主體面之證明，可分為對自己為犯人之自白（自白），以及對他人同為共犯之指訴（他白）二者，前者因反於人類自利天性，原則上可推斷為真實，僅需就犯罪客觀面為補強證明即可；至於後者，因難免嫁禍卸責之風險，除犯罪客觀事實之存在需有補強證據外，就對他人同為共犯之指訴，亦需有補強證據以證明與事實相符。

參考法條：刑事訴訟法第156條第2項。

九、108 年度台上字第 3728 號（裁判書全文）

（一）犯罪乃行為人之不法有責行為，責任由來於不法行為之全部，且係刑罰之裁量基礎與上限，責任之程度，量化為刑罰之幅度，故與責任對應之刑罰，並非唯一之定點，而係具有寬嚴界限之一定區間，在責任範圍內具均衡對應關係之刑罰，存在數種不同刑罰及刑度選擇之空間。法律授權事實審法院得視個案情節，在責任應報之限度下，兼衡威懾、教育、保安等預防目的而為刑罰之裁量，俾平等原則下個別化分配正義之實現，此乃審判之核心事項，不受其他個案之拘束。故事實審法院在法定刑度內裁量之宣告刑，倘其取向責任與預防之刑罰功能，符合刑罰規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，即屬適法妥當，不得任意指摘為違法。

（二）罪刑相當與否，係以反應責任之不法內涵本體為判斷準據，而非求諸與他案量刑之相比較，尤以他案之刑度裁量與本案不法內涵之衡量無關，亦即並非犯罪行為人責任之所由，自不得資為個案本身量刑輕重之依據。

參考法條：刑法第 57 條。

十、108 年度台抗字第 1489 號（裁判書全文）

（一）刑事訴訟法第 33 條第 2 項前段雖規定無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。至於判決確定後，無辯護人之被告得否以聲請再審或非常上訴等理由，預納費用請求付與卷內筆錄之影本，法雖無明文，然刑事訴訟程序，與基於罪刑法定原則而禁止類推適用的實體法不同，在法無明文規定而存有法律漏洞的

情形，如與現行明文規定的規範目的具備類似性時，尚非不得以類推解釋之方式擴張或減縮其適用範圍。且現行刑事訴訟法未賦予被告得請求付與卷內筆錄以外之卷宗及證物影本之權利（即卷證資訊獲知權），係妨害被告防禦權之有效行使，於此範圍內，與憲法第 16 條保障訴訟權之正當法律程序原則意旨不符等旨，此業經司法院釋字第 762 號解釋在案。則判決確定後之被告，如有聲請再審或非常上訴等訴訟上之需求，依上開解釋意旨之規範目的予以類推，其卷證資訊獲知權亦應等同於審判中之被告，始符合憲法保障被告訴訟權之意旨。另參酌日本刑事訴訟法第 53 條第 1 項規定「任何人，在被告案件終結後，均得閱覽訴訟紀錄。但對訴訟紀錄之保存或對法院及檢察廳之事務有妨礙者，不在此限。」之立法例，以及我國實務上見解「聲請再審或抗告之刑事案件，如有當事人委任律師請求抄閱原卷及證物，現行法並無禁止之明文，為符便民之旨及事實需要，自應從寬解釋，准其所請」（見司法院 76 年 10 月 22 日 76 台廳二字第 06125 號函，及臺灣高等法院編印「辦理刑事審判紀錄業務」第 131 點）之同一法理，對於判決確定後，無辯護人之被告以聲請再審或非常上訴等理由，請求預納費用付與卷內筆錄之影本，既無禁止之明文，依上開解釋意旨之規範目的，應類推適用刑事訴訟法第 33 條第 2 項之規定，除另有保密限制規定或安全考量等情形外，仍應從寬賦予判決確定之被告，有上開請求交付卷內筆錄或證物等證據之權利，以保障其訴訟防禦權，並符合便民之旨。至於判決確定後之被告，固得依檔

案法或政府資訊公開法等相關規定，向檔案管理機關或政府資訊持有機關申請閱卷，如經該管機關否准，則循一般行政爭訟程序處理；惟因訴訟目的之需要，而向判決確定之原審法院聲請付與卷證影本，實無逕予否准之理，仍應個案審酌是否確有訴訟之正當需求及聲請付與卷證影本之範圍有無刑事訴訟法第 33 條第 2 項但書規定應予限制之情形，而為准駁之決定。

- (二) 本件抗告人因犯加重強制性交罪經判刑確定後，其以聲請再審所需，向原審法院請求付與該案件卷內筆錄影本，原裁定遽以該案件已判決確定，且檢察官並將抗告人發監執行，不符合前揭條文所規定「審判中」之要件，而駁回其聲請，依上述說明，尚非允洽。

參考法條：司法院釋字第 762 號解釋。

刑事訴訟法第 33 條第 2 項。

十一、108 年度台抗字第 1588 號（裁判書全文）

- (一) 按刑事被告（暨辯護人）之閱卷權與法庭錄音內容之交付，核屬不同之程序制度。閱卷權除係辯護人有效辯護之憑藉外，涉及被告獲知卷證資訊之權利，立法目的俾使刑事被告有效行使其防禦權，係憲法第 16 條保障人民訴訟權之正當法律程序之體現，規定於刑事訴訟法第 33 條，司法院釋字第 762 號解釋著有解釋文揭示其旨。而法庭錄音乃法庭活動之紀錄，載有所有參與法庭活動者之資訊，除了被告以外尚包括其他人之個人資訊，是則法庭錄音內容之交付，固有保障刑事被告訴訟權益之作用，然亦涉及法庭公開與個人資訊保護等重要權益之

衡平，尚非逕源於憲法保障之訴訟權，規範於法院組織法第 90 條之 1，其第 1 項明定當事人及依法得聲請閱覽卷宗之人，因主張或維護其法律上利益，得於開庭後相當期間內，繳納費用聲請法院許可交付法庭錄音或錄影內容；又錄音（錄影）內容須儲存於一定載體，非必然隨案件卷證保存，且現行以數位檔儲存之特性，複製容易、流通迅速，為避免交付後非正當目的之使用，於該法第 90 條之 2 至 90 條之 4 暨其授權所定之辦法另訂有保存、管理之規範，是就法庭錄音內容交付之聲請，其要件、程序、期間及管轄法院均有別於刑事訴訟法閱卷權之規定，準此，被告為該項之聲請，自應依循法院組織法第 90 條之 1 之相關規定，而非閱卷權之規定，應予釐清。

- （二）依法院組織法第 90 條之 3 授權司法院訂定之《法庭錄音錄影及其利用保存辦法》第 9 條第 2 項規定「法庭錄音、錄影內容儲於數位媒體者，案件終結後由各法院資訊室保管；儲於錄音、錄影帶及其他錄音、錄影媒體者，案（事）件終結後由各法院檔案室自行列冊保管。」，可知法庭錄音不論在案件繫屬中，或案件終結後而儲存於數位媒體或錄音帶及其他媒體，均由各實施錄音之法院保管，並不隨同卷證資料保管。準此，《法院辦理聲請交付法庭錄音錄影內容應行注意事項》第 3 條明定「交付法庭錄音、錄影內容之聲請案（事）件，應由錄音、錄影之法院裁定之。但錄音、錄影之法院與錄音、錄影內容所屬案（事）件卷證所在之法院不同者，該卷證所在之法院，認有必要者，亦得裁定之；認無必要者

，得將該聲請案（事）件裁定移送錄音、錄影之法院。」本件抗告人聲請交付卷內「102 年 4 月 1 日訊問筆錄、103 年 9 月 17 日審判筆錄之錄音檔案」，分別係第一審法院家事法庭 102 年度家護字第 186 號通常保護令事件調查程序、該案第一審法院審判期日之法庭錄音內容，則本件法庭錄音之法院係第一審法院至為明確，原審法院既非該法庭錄音之法院，亦非卷證所在法院，揆之前述說明，抗告人向原審法院為本件聲請，於法未合。

參考法條：刑事訴訟法第 33 條。

法院組織法第 90 條之 1、第 90 條之 2、第 90 條之三。

法庭錄音錄影及其利用保存辦法第 9 條第 2 項。

十二、108 年度台聲字第 108 號（裁判書全文）

- （一）相對總額原則或稱兩階段計算法，係指於前階段有無利得之審查時，只要與行為人犯罪有因果關連性者，無論是為了犯罪而獲取之報酬、對價或經由犯罪而獲得之利潤、利益，皆為此階段所稱直接利得，而直接利得的數額判斷標準在於沾染不法的範圍，若其交易自身就是法所禁止的行為，沾染不法範圍已及於全部所得，反之若是交易本身並非法所禁止，僅其取得的方式違法，沾染不法的部分則僅止於因其不法取得方式所產生的獲利部分，而非全部的利益；嗣於後階段利得範圍之審查時，始依總額原則的立法規定及出於不法原因給付不得請求返還之不當得利法理，不予扣除犯罪支出之成本，兼顧理論與個案情節，緩和絕對總額原則不分情節一律沒收

而有侵害財產權之虞。又營業稅之性質如同營業人之營利事業所得稅以外之其他稅捐，屬於營業人之整體營業費用之一，依加值型及非加值型營業稅法第 14、15、32、35 條規定之意旨，營業稅並非代扣、代繳之稅捐，營業人對於應稅貨物或勞務之銷售定價，即應內含營業稅，會計帳上以營業人當期整體營業之銷項稅額，扣減進項稅額後之餘額，總括計算其當期應納（正數時）或溢付（負數時）之營業稅額，並定期申報，故計算每期營業稅額與各別貨物或勞務之交易價金無關。本件頂○公司因其代表人、受僱人或其他從業人員常○峯及陳○嘉、魏○充，分別製造、販賣假冒食用油為法律所禁止的犯罪行為，且販賣的油品有難以分離的特性，則販售假冒食用油的交易自身，即為法律禁止的整體行為，因此在前階段評價時，直接利得之數額乃其全部銷售總額（全部皆沾染污點），在後階段依總額原則即不扣除成本（因營業稅之性質如同營業人之營利事業所得稅以外之其他稅捐，屬於營業人之整體營業費用之一），自無須扣除 5%之營業稅捐。原判決關於此部分，係論敘常○峯、陳○嘉及魏○充為頂○公司實行違法行為，使頂○公司因而取得之犯罪所得，不問成本、利潤，均應沒收（不含已退還予廠商部分），即採總額原則/不扣除成本，無庸扣除頂○公司與廠商交易時，該等廠商內含之加值型營業稅等情，與前述所採法律見解說理不同，惟結論並無不同。

- （二）上開法律問題，前經本庭評議，因所擬之相對總額原則或稱兩階段計算法之法律見解，與本院先前裁判（106

年度台上字第 770 號刑事判決) 歧異，事涉如何選擇最妥適的法律見解予以適用，為目前實務上重要的課題，也是裁判者應面對之問題，本庭基於法之確信、期能解決歧異及慎重起見，乃就上開法律問題應適用之法律見解，於 108 年 9 月 24 日向各刑事庭提出徵詢，嗣受徵詢之各刑事庭，均認本庭擬採之相對總額原則/兩階段計算法與本院先前裁判所採之總額原則/不扣除成本結論相同，僅法律見解之說理有所不同，不符合提案大法庭之要件。是各受徵詢庭，於本件徵詢過程中，均表示相同看法，有本院 108 年度台聲字第 108 號徵詢書及各庭回復書在卷可按，應無再提交予大法庭裁判之必要。

參考法條：刑法第 38 條之 1。

裁判字號：最高法院 107 年台上字第 3332 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 11 月 06 日

裁判案由：違反食品安全衛生管理法等罪

最高法院刑事判決

107年度台上字第3332號

上訴人 頂新製油實業股份有限公司

代表人 陳茂嘉

選任辯護人 傅祖聲律師

羅閔逸律師

黃炫中律師

上訴人 魏應充

選任辯護人 余明賢律師

劉介民律師

蔡玫真律師

上訴人 常梅峯

選任辯護人 常照倫律師

羅名威律師

陳鴻謀律師

上訴人 陳茂嘉

選任辯護人 黃麗蓉律師

盧永盛律師

楊玉珍律師

上訴人 楊振益

選任辯護人 林容以律師

上列上訴人等因違反食品安全衛生管理法等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年4月27日第二審判決（104年度矚上訴字第1718、1722號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署 103年度偵字第9300、9367、9601、9713、9714號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於常梅峯、陳茂嘉、魏應充、楊振益及頂新製油實業股份有限公司如附件一部分，撤銷發回臺灣高等法院臺中分院。陳茂嘉、魏應充及頂新製油實業股份有限公司如原判決附表四之一編號45部分，撤銷。

其他即附件二部分，上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即如附件一）部分：

一、本件原判決認定上訴人常梅峯、陳茂嘉、魏應充、楊振益及頂新製油實業股份有限公司（下稱頂新公司）等5 人（下稱頂新公司等5 人）有其犯罪事實欄（下稱事實欄）所載如附件一所示原判決附表（下稱附表）及編號所示各犯行明確（附表二之一、三之一、四之一各編號對應附表二、三、四各編號），因而撤銷第一審關於頂新公司等5 人此部分之無罪判決，改判論處常梅峯、陳茂嘉、魏應充、楊振益及頂新公司依序如附件一所示原判決附表、各編號罪刑及為相關沒收，常梅峯共16罪刑（其中附表三之一編號7、9、12、19、22、23、25、30各一行為同時另觸犯民國102年6月19日修正公布之食品衛生管理法第49 條第1項之販賣假冒食品罪，詳如各該附表編號）、陳茂嘉共39罪刑（其中附表四之一編號10、21、27、39、46、47、53各一行為同時另觸犯103年6月18日修正前、後刑法第339條第1項之詐欺取財罪，詳如各該附表編號）、魏應充共45罪刑（其中附表四之一編號10、21、27、39、46、47、53各一行為同時另觸犯103年6月18日修正前、後刑法第339條第1項之詐欺取財罪，詳如各該附表編號）、楊振益共5罪刑（其中附表二之一編號30至31 各一行為同時另觸犯102年6月19日修正公布之食品衛生管理法第49 條第1項之幫助販賣假冒食品罪，編號32至34 各一行為同時觸犯103年6月18日修正公布前之刑法第339條第1項之幫助詐欺取財罪，詳如各該附表編號）、頂新公司共55罪刑及就附表三之一編號1至37及附表四之一編號1至44、46至72諭知相關沒收。固非無見。

二、按有罪判決書應分別記載犯罪事實及理由，而事實欄為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與論罪科刑有關之事實，翔實記載，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，並使事實認定與理由說明，互相適合，方為合法。倘若事實之認定與理由之論敘，及其理由之論敘本身相互間，前後不相一致，或彼此互有齟齬者，即有判決理由矛盾之違法；又證據雖已調查，若該項證據內容尚有重要疑點未予釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。經查：

（一）原判決關於常梅峯犯如附件一部分（即如附表三之一編號 2

、4、5、7、8、9、12、14、15、19、20、22、23、25、30、37)：

1. 原判決固於事實欄記載常梅峯仍基於製造、販賣假冒之食用油產品，兼或意圖為頂新公司不法所有之詐欺取財等犯意，於頂新公司申報進口向設於越南「Dai Hanh Phuc Co.LTD（下稱大幸福公司）」所購買如附表二編號1 至30所示之原料油後，交由不知情之頂新公司人員添加頂新公司另所採購酸價較低之原料油（越南豬油添加傑樂公司豬油、越南牛油添加澳洲牛油），使混合後之原料油酸價降低以簡省精製之時間、成本，再透過精製之程序製成如附表三所示品項之食用油產品；而於附表三所示之交易日期，將該等以欠缺可供人食用品質之原料油所製成之食用油產品販賣予如附表三所示之廠商，並使如附表三編號7、9、12、19、22、23、25、30所示之廠商，陷於錯誤而購買如附表三編號7、9、12、19、22、23、25、30所示品項之食用油產品後，再製成其他食品販售，或轉售予下游商家製成食品販售，致使該等廠商及消費大眾受有損害，而頂新公司則因此取得共計新臺幣（下同）3985萬7420元之不法所得等情（見原判決第6 至7 頁）及於理由欄載敘其如何知悉大幸福公司出口販賣予頂新公司之如上編號所示之原料油，係欠缺可供人食用之品質，而仍予以收購並製成如附表三所示之食用油產品，復販賣予如附表三所示之廠商，且使如附表三編號7、9、12、19、22、23、25、30所示之廠商，因此陷於錯誤而購買頂新公司所產製之食用油產品等情（見原判決74至76、146 至161、196 至204 頁），並於附表三之一（相對應附表三各編號）主文內，為常梅峯罪刑之宣告（見原判決第291 至299 頁）。惟陳茂嘉於偵查中供稱其於102 年11月11日接任頂新公司總經理等語（見103 年度偵字第9714號卷第44頁反面）、魏應充於偵查中亦供稱102 年11月之前是常梅峯，之後是陳茂嘉擔任總經理等語（見103 年度偵字第9300號卷四第196 頁反面），倘若無訛，常梅峯係於102 年11月11日退休，而依附表三交易日期欄所示，其中關於附表三編號2、4、5、7、8、14、15、20、22、37均有於102 年11月11日（含）之後所發生者（見原判決第286 至290 頁）。原判決未具理由說明何以常梅峯對於其已退休後附表三編號2、4、5、7、8

、14、15、20、22、37部分之交易行為仍負相對應之附表三之一以上各編號之刑事責任，有認定事實不憑證據及判決理由不備之違背法令。

2. 現行食品安全衛生管理法（下稱食安法）第49條第1項規定之攙偽或假冒罪，於64年1月28日制定公布（原名食品衛生管理法，於103年2月5日修正為現行名稱）時，規定於第26條第1項第1款，72年11月11日修正公布移列第32條第1項第1款，均未以「致危害人體健康」為犯罪構成要件，迨89年2月9日修正公布移列至第34條第1項，始增訂以「致危害人體健康」為犯罪構成要件，100年6月22日修正公布提高刑度，嗣於102年6月19日修正，同年月21日生效，將之移列第49條第1項，復刪除「致危害人體健康」之犯罪構成要件，行為人祇要在食品中攙偽或假冒，即有立法者擬制之危險，即應成立該罪，法院毋庸實質判斷其行為有無存在抽象危險；反之，依102年6月21日修正生效前之食安法之規定，製造、販賣假冒食品，須致危害人體健康者，始有刑事責任。觀諸附表三之販賣行為，其中編號7、9、12、19、22、23、25、30之販賣時間，各均有在102年6月20日之前（含20日）者（見原判決第286至289頁）。原判決未說明上開交易行為有致危害人體健康之證據及理由，即令常梅峯擔負相對應之附表三之一以上各編號之刑事責任，亦有認定事實不憑證據及判決理由不備之違背法令。

(二)原判決關於陳茂嘉、魏應充犯如附件一部分（即陳茂嘉、魏應充犯如附表四之一編號1、2、4、6、9、10、13、15、16、17、20、21、26、27、31、32、34、35、37、38、39、41、44、46、47、49、52、53、54、55、56、58、62、65、67、68、70、71、72及魏應充犯如附表四之一編號5、8、23、36、40、63）：

1、原判決於事實欄三：

- (1)先記載「102年11月間，頂新公司因向大統長基食品廠股份有限公司（下稱大統公司）購買攙偽橄欖油加以調製販賣，味全食品工業股份有限公司（下稱味全）又向頂新公司購入調製，而經臺灣臺北地方法院檢察署分案偵辦，常梅峯因而請辭總經理一職，……；嗣陳茂嘉簽請魏應充批准其帶同王祖善、李宜錡2人於103年3月3日至5日前往越南進

行勘查，經陳茂嘉等人前往大幸福公司、大幸福公司收購油脂之家庭式熬油戶、養豬場及屠宰場等進行實地勘查後，發現大幸福公司收購原料無科學之檢驗流程、對於油脂混參僅能依經驗判斷，無法精確判定，溯源管理只能追溯至大幸福公司，無法再往上追溯等缺失，經評鑑大幸福公司不符合味全供應商評鑑標準，另越南亦有養殖散戶比例高、屠宰檢疫程序未落實、屠宰程序不符合我國相關屠宰規定等問題，是陳茂嘉依其前往越南實地勘查之結果，參以其於批核付款予大幸福公司過程中所檢視大幸福公司所提供之第三方認證單位『Vinacontrol』公司之品質與重量檢驗憑證（下稱檢驗憑證），與頂新公司屏東廠之入廠檢驗報告所載之檢驗數值均差異甚大等情，應已知悉檢驗憑證不足以擔保大幸福公司之油脂品質，且大幸福公司所收購油脂之相關製程並未符合食用油脂之衛生標準，大幸福公司亦無法對其所收購油脂之民間熬油個體戶加以溯源管理，而無法確保其所收購之油脂均係以經屠宰檢查合格之屠體脂肪組織熬製，已足認大幸福公司所收購販售之油脂係屬欠缺可供人食用品質之原料油；而陳茂嘉、王祖善、李宜錡赴越南實地勘查後，陳茂嘉乃參酌李宜錡於勘查後所製作之『越南訪廠見習報告』製成『越南參訪報告』，並於魏應充所主持之103年3月20日召開之『（西元）2014年2月糧油事業群經營決策會』上報告，另頂新公司中研所協理馬美蓉亦將其依王祖善勘查後所製作之『越南毛豬油供應商訪廠報告』，製成『台灣區糧油決策會中研所重點工作』，並於同日會議中提出報告，魏應充依上開報告及所檢附之照片、資料等，亦已知悉大幸福公司所收購販售之油脂係屬欠缺可供人食用品質之原料油，然其並未依其先前指示予以禁用，反指示輔佐大幸福公司為生產夥伴，而與陳茂嘉繼續向楊振益所經營之大幸福公司採購原料油製成食用油產品販售：」（見原判決第7至8頁）。

- (2)次記載「（一）楊振益明知陳茂嘉要求其以食用油名義報關出口，而向其收購之原料油，係為供頂新公司製成供人食用之油脂產品，且一般消費者所欲購買供食用之油品，應係以具備可供人食用品質之原料油所製成之食用油產品，若知係以欠缺可供人食用品質之原料油所精煉而成，自不可能願意購買，詎楊振益竟另基於幫助製造、販賣假冒之食用油產品

，及幫助詐欺取財之犯意，……，而於附表二編號31至45所示日期，先後出售並交付欠缺可供人食用品質之原料豬、牛油予頂新公司（出口、進口、報關日期、交易油品種類、實際交易數量、實際交易價格均詳如附表二所示），供頂新公司精煉製成食用油產品販售予如附表四所示之廠商，而以此方式幫助陳茂嘉、魏應充共同遂行製造、販賣假冒之食用油產品，及對附表四編號10、18、21、27、29、30、39、43、46、47、50、51、53、69所示廠商為詐欺取財等行為。」（見原判決第8至9頁）。

(3)嗣記載「（二）魏應充及陳茂嘉亦均知悉其向大幸福所收購之原料油欠缺可製成供人食用產品之品質，且一般消費者所欲購買供食用之油品，應係以具備可供人食用品質之原料油所製成之食用油產品，若知係以欠缺可供人食用品質之原料油所精煉而成，自不可能願意購買，仍基於製造、販賣假冒之食用油產品，兼或意圖為頂新公司不法所有之詐欺取財等犯意聯絡，於頂新公司申報進口向大幸福公司所購買如附表二編號31至45所示之原料油後，……復由不知情之頂新公司人員添加頂新公司另所採購酸價較低之原料油（越南豬油添加傑樂公司豬油、越南牛油添加澳洲牛油），使混合後之原料油酸價降低以簡省精製之時間、成本，再透過精製之脫酸（膠）、脫色、脫味（臭）程序製成如附表四所示品項之食用油產品；而於附表四所示之交易日期，將該等以欠缺可供人食用品質之原料油所製成之食用油產品販賣予如附表四所示之廠商，並使如附表四編號10、18、21、27、29、30、39、43、46、47、50、51、53、69所示之廠商因信賴頂新公司依其事業規模及專業性，應會以確保已具備供人食用品質之原料油製成其所產製之食用油產品，因此陷於錯誤而購買如附表四編號10、18、21、27、29、30、39、43、46、47、50、51、53、69所示品項之食用油產品後，再製成其他食品販售，或轉售予下游商家製成食品販售，致使該等廠商及消費大眾受有損害，而頂新公司則因此取得共計7933萬5371元之不法所得（各該廠商名稱、交易日期、品項、數量及交易金額均詳如附表四所示）。」（見原判決9至10頁）。

2、於理由欄依憑相關證據載敘：

(1)依鑑定人孫璐西、朱燕華及陳炳輝之鑑定意見，足認食品安

全之管理必須自原料端做起，食品業者除需自行檢驗確認原料品質外，尚須對原料供應商進行稽核或其能提出合法之來源證明，方得認該原料適於供人食用；而於油脂貿易實務上，供食用之原料油，亦必然是可取得檢疫合格證明、來源清楚的油脂，而非單以符合雙方議定之商品規格（例如酸價、水分、顏色等等）為要件；是倘食用原料油供應商並無法提出合法之來源證明等資料，或經供應商稽核而可認其油脂品質有疑，即無從認該原料油適於供人食用；陳茂嘉及魏應充既分別為油品大廠之總經理及董事長，並均從事製油業多年，魏應充並曾擔任前臺灣食品GMP 發展協會（現已轉型更名為TQF 發展協會）之理事長數年，其等對上情當亦應知之甚稔等情（見原判決第146至152 頁）。

- (2)魏應充及陳茂嘉於102 年11月間頂新公司涉嫌向大統公司購買攪偽橄欖油事件後，即已知悉供應商稽核對原料品質管理之重要性，並均已具體指示需確實落實供應商稽核，確認供應商之製程及品質均無虞，若存有不明確之風險性即應禁用等情（見原判決第162至163頁）。
- (3)陳茂嘉於103 年2 月25日簽請魏應充批准其帶同王祖善、李宜錡2 人於103 年3 月3 日至5 日前往越南進行勘查當地豬油、牛油和魚油供應狀況及出口現況，經依其等勘查所得分別製有「越南毛豬油供應商訪廠報告」及「越南訪廠見習報告」，均載明大幸福公司係向各地散戶收購油脂，且油脂入廠無科學之檢驗流程、對於油脂摻混僅能依經驗判斷，無法精確判定，溯源管理只能追溯至大幸福公司，原料無法溯源，品質亦無法掌控，且相關製程亦有不符合「食品良好衛生規範」之規定，經評鑑不符合味全品保中心訂定之供應商標準，參以依陳玉惠之證述可知，陳茂嘉於批核付款時應已知悉頂新公司屏東廠入廠檢驗所得數值與檢驗憑證差異甚大。足見陳茂嘉不僅知悉Vinacontrol公司所出具「FIT FOR HUMAN USE」之檢驗憑證顯不足以擔保大幸福公司所販售供食用之原料油品質，且依其前往越南勘查結果亦可知大幸福公司無法對其收購油脂之散戶加以溯源管理，而無法確保其油脂來源，亦無法掌控其所收購之油脂品質及製程均符合衛生標準，是陳茂嘉對其代頂新公司向大幸福公司收購供食用之原料油欠缺可供人食用之品質乙情，應已有認識（見原判決第

163至164頁）。

(4)陳茂嘉前往越南勘查後，曾在魏應充主持之103 年3 月20日召開之「（西元）2014年02月糧油事業群台灣區經營決策會」上，提出「越南參訪報告」，馬美蓉亦於同日會議中提出其依王祖善之「越南毛豬油供應商訪廠報告」所製成之「台灣區糧油決策會中研所重點工作」報告，及嗣後魏應充仍於糧油事業群台灣區經營決策會為追踪，堪認魏應充於上開糧油事業群經營決策會上應已知悉大幸福公司經供應商評鑑結果不符台灣味全品保中心訂定之標準，且其油脂來源參差不齊，品質無法掌控，是其對大幸福公司所出售之油脂欠缺可供人食用之品質，亦應已有認識。仍於該103 年3 月20日會議中指示：可思考輔導大幸福油脂作為生產夥伴以利生產基地原料掌握，並協調頂新為其台灣區銷售總代理等情；另佐以魏應充自承等證據資料，足見魏應充確認溯源管理方能對原料品質做有效之管控，且於大統公司油品事件發生後，其亦確有要求各公司進行溯源管理，即需對原料供應商進行訪廠，確認其品質及製程均符合規定，若經訪廠不合格即需停止採購，如品質不合公司規定而多次經允收扣款亦不應繼續採購，而選擇供應商成為戰略夥伴之標準，亦需先確認其原料品質、規格均符合標準，依大幸福公司訪廠報告所附照片，其衛生標準應不符合消費者期待，且其對原料亦無法有效溯源管理，是將其列為戰略夥伴並不妥當，益徵魏應充經由上開糧油事業群經營決策會議，亦當已知悉大幸福公司所出售之原料油均欠缺可供人食用之品質（見原判決第167 至172頁）。

3、依上所述，前揭1、(3)原判決之事實固載及陳茂嘉、魏應充係於「頂新公司申報進口向大幸福公司所購買如附表二編號31至45所示之原料油後..」（見原判決第9 頁）似認其2 人知悉頂新公司向大幸福公司所收購販售之油脂係屬欠缺可供人食用品質之原料油的始點，係自附表二編號31即102 年11月25日之後，非唯與前揭1、(1)原判決事實所載（即陳茂嘉自103 年3 月6 日起、魏應充自103 年3 月20日起）有所矛盾，且前揭2、(1)、(2)原判決理由之論敘亦僅在說明：陳茂嘉及魏應充應知悉何種油脂係屬欠缺可供人食用品質之原料油，而非憑以認定其等已知悉頂新公司向大幸福公司所收購

販售之油脂係屬欠缺可供人食用品質之原料油。是實情如何？原判決未予究明，遽以附表二編號31之時點為其2 人知悉頂新公司向大幸福公司所收購販售之油脂係屬欠缺可供人食用品質原料油之始點，自有理由不備併有調查未盡之違法。

4、又雖依前揭1、(1)前段原判決事實所載（見原判決第7至8頁），與前揭2、(3)原判決理由之論敘（見原判決第163至164頁）；以及1、(1)後段事實所載（見原判決第8 頁），前揭2、(4)理由之論敘（見原判決第167至172頁），足認陳茂嘉、魏應充分別知悉頂新公司向大幸福公司所收購販售之油脂係屬欠缺可供人食用品質之原料油的始點，依序為103年3月6日之時起即陳茂嘉至越南勘查結束後之翌日起，及103 年3月20日之時起即魏應充經由於103年3月20日召開之「（西元）2014年2 月糧油事業群經營決策會」之時起等情，於法無違（詳後述駁回部分）。然依附表四編號1、2、4、6、9、10、13、15、16、17、20、21、26、27、31、32、34、35、37、38、39、41、44、46、47、49、52、53、54、55、56、58、62、65、67、68、70、71、72 所示之陳茂嘉、魏應充與廠商之交易日期，均各有於103年3月6 日前即已完成交易者；另附表四編號5、8、23、36、40、63所示之魏應充與廠商之交易日期，則均各有於103年3月20日前即已完成者。原判決未予究明上情，遽認附表四如上各編號，陳茂嘉、魏應充亦均應負責並具有共同正犯之關係，自有判決理由不備併有調查未盡之違法。

5、依附表二楊振益出口販賣予頂新公司之油品編號31至45所示，其中豬油進口報關日期最早為103年1月7 日（即編號32，見原判決第271 頁）與附表四陳茂嘉、魏應充與廠商交易情形比對可知，附表四編號1、2均有於103年1月7日、編號6有於102年12月11日、編號13有於103年1月3日、編號21有於102年12月2日、編號37有於102年12月2日、編號39有於103年1月2日、編號44有於102年12月27日、103年1月2 日、編號46有於102年12月24日、編號47有於102年12月25日，編號49有於102年12月4日、編號55有於103年1月3日、編號62有於102年12月16日、編號65有於102年12月3日、102年12月25日、103年1月2日、編號67有於102年12月2日、編號71有於102年12月17日、編號72有於102年12月12日、102年12月26 日等，

販賣予各該廠商之情形（見原判決第301至320頁）。上情倘若無誤，頂新公司有無可能於103年1月7日當日或之前，即已將附表二編號31至45所示之原料豬油添加傑樂公司豬油，販售予上開附表四各編號廠商。實情如何仍有究明之必要，原判決未審酌及此，亦未必要之釐清及說明，自有調查未盡及理由欠備之違誤。

(三)原判決關於楊振益犯如附件一部分（即楊振益犯如附表二之一編號30至34）：

原判決固於事實欄記載楊振益竟基於幫助製造、販賣假冒之食用油產品，及幫助詐欺取財之犯意，1.自101年1月12日起，於附表二編號1至30所示日期，先後出售並交付欠缺可供人食用品質之原料豬、牛油予頂新公司，供頂新公司精煉製成食用油產品販售予如附表三所示之廠商，而以此方式幫助常梅峯遂行製造、販賣假冒之食用油產品，及對附表三編號7、9、12、19、22、23、25、30所示廠商為詐欺取財等行為（見原判決第5至6頁），2.於附表二編號31至45所示日期，先後出售並交付欠缺可供人食用品質之原料豬、牛油予頂新公司，供頂新公司精煉製成食用油產品販售予如附表四所示之廠商，而以此方式幫助陳茂嘉、魏應充共同遂行製造、販賣假冒之食用油產品，及對附表四編號10、18、21、27、29、30、39、43、46、47、50、51、53、69所示廠商為詐欺取財等行為（見原判決第8至9頁）；及於理由欄載敘其如何知悉大幸福公司出口販賣予頂新公司之如附表二所示之原料油，係欠缺可供人食用之品質，亦明知頂新公司要求以食用油名義向大幸福公司所購入之原料油均係欲供製成食用油產品，仍將附表二所示油品出售予頂新公司，而於上開期間幫助常梅峯、陳茂嘉、魏應充，為上開犯行等情（見原判決第204至205頁），並於附表二之一（相對應附表二各編號）主文內，為楊振益罪刑之宣告（見原判決第272至285頁）。惟按刑法上之幫助犯係從屬於正犯而成立，並無獨立性，故幫助犯須有正犯之存在。原判決關於楊振益附表二編號30至34部分，附表二編號30報關日期為102年11月12日（見原判決第271頁），當時常梅峯已退休；編號31至34日報關日期依序為102年11月25日、103年1月7日及2月24日，其時如上所述，正犯陳茂嘉或魏應充是否知悉頂新公司向大幸福公司

所收購販售之油脂係屬欠缺可供人食用品質之原料油，而構成犯罪，原判決未予究明，則幫助犯之楊振益部分，亦自有理由不備及調查未盡之違法。

(四)頂新公司犯如其附件一罪刑部分（即頂新公司犯如附表三之一編號2、4、5、7、8、9、12、14、15、19、20、22、23、25、30、37及附表四之一編號1、2、4、6、9、10、13、15、16、17、20、21、26、27、31、32、34、35、37、38、39、41、44、46、47、49、52、53、54、55、56、58、62、65、67、68、70、71、72部分）：按頂新公司之刑事責任乃係以頂新公司之代表人、受僱人故意（含不確定故意）犯罪為前提。原判決以上如附表三之一、附表四之一各編號，頂新公司之代表人、受僱人常梅峯、陳茂嘉、魏應充是否有故意犯如各主文所示之違反食安法，或常梅峯之販賣交易行為有無致危害人體健康，而構成犯罪，均仍疑義而待釐清，業如前述，原判決未予究明，逕予科處頂新公司罰金，同有理由不備及調查未盡之違法。

三、原判決就頂新公司如附件一相關沒收部分：

(一)食品安全衛生管理法（下稱食安法）第49條第5項規定「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯第一項至第三項之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人科以各該項十倍以下之罰金」。依該規定，實際參與實行犯罪行為之人應為「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員」，均係指自然人而言；再該法對於並非實際參與或實行犯罪行為之法人或「自然人」，設有科處罰金之目的，係立法機關為貫徹維護食品衛生之安全，因而特別對於上述法人訂定罰金之規定，以追究其社會責任，暨加強其等對於代表人、代理人、受僱人或其他從業人員之監督管理責任，俾能遏止或減少發生此類犯罪行為之可能性。是該項處罰之本旨，並非追究法人或「前揭自然人」之個人責任或行為人責任與行為倫理性之非難，而係側重於其等之社會責任，以達防衛社會安全之目的，具有濃厚「行政刑法」特質，與傳統刑法在於非難個人責任、行為人責任與行為倫理，其目的乃矯正行為者之惡性均未盡相同。亦即本項特別刑法所以處罰「法人」或「自然人」，並非認定該法人或「自然人」有實際參與或實行犯罪

行為，而係立法機關基於加強維護食品衛生安全之目的，故除對於實際參與或實行犯罪行為之自然人科處刑罰外，並對於法人及未實際參與犯罪之前揭自然人附加之特別處罰規定（學理上稱為「兩罰性規定」），俾能遏止或減少危害食品衛生安全之犯罪。自不能因食品安全衛生管理法第49條第5項有上開科處罰金之規定，即謂上開「法人」或「前揭自然人」即係實際參與或實行犯罪行為之人，而認其等該當於刑法第38條第2項所稱之「犯罪行為人」；更不能僅以上揭法律對法人之處罰規定，遽論本項之「法人」有無犯罪行為能力之依據。故而法人雖因其代表人、代理人、受僱人或其他從業人員執行業務犯食品安全衛生管理法第49條第1項至第3項之罪，而應依同條第5項規定科處罰金時，因該法人並非實際參與或實行犯罪行為之自然人，自難認係刑法第38條第2項所稱之「犯罪行為人」，而無從依同條第2項規定，將因犯上述各該項之罪所生或所得之物予以宣告沒收。

(二)依刑事訴訟法第455條之12第1項、第3項規定，財產可能被沒收之第三人，得於本案最後事實審言詞辯論終結前，聲請參與沒收程序；如未聲請，法院認有必要，亦應依職權裁定命該第三人參與。而此所稱第三人，觀諸刑法第38條第3項及第38條之1第2項規定，應係指犯罪行為人以外之人（含自然人、法人或非法人團體），其與犯罪行為人所得之主體殊有不同，且參與沒收程序，因準用被告訴訟上權利，故就沒收財產事項，享有與被告相同之訴訟上權利。其就沒收其財產事項之辯論，應於刑事訴訟法第289條程序完畢後，依檢察官、被告、辯護人、參與人或代理人次序進行辯論。故如係對於第三人之沒收，自應踐行相關之開啟第三人參與沒收程序，裨益其對伸張權利或防禦具有重要性之事項，進行訴訟上攻防，以保障其程序上有參與之權限及請求救濟之機會。原判決理由說明：常梅峯及陳茂嘉、魏應充分別製造假冒之食用油產品販賣予如附表三、四（不含編號45）所示之廠商，使頂新公司分別取得如附表三、四「交易金額」欄所示之款項（不含附表四編號45），此乃犯罪行為人即被告常梅峯、陳茂嘉及魏應充為頂新公司實行違法行為，使頂新公司因而取得之犯罪所得，依修正後刑法第38條之1第1項前段、第2項第3款規定，於頂新公司所科如附表三之一、

四之一所示之罰金刑下宣告沒收（不含附表四之一編號45及已退款部分），並依同條第3 項之規定，諭知於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額等情（見原判決217 至218 頁）。其既認頂新公司係屬犯罪取得利益之第三人，而於原審106 年12月29日審理時，並未踐行開啟第三人參與沒收程序（見原審104 矚上訴字第1718號卷32第366 至397 頁），不但與直接審理法則有違，並有判決理由欠備之違誤。

四、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而因第三審法院應以第二審判決所確認的事實，作為判決的基礎，原判決上述違背法令情形，已影響於此部分事實的確定，本院尚無從為其適用法律當否的判斷，自應認原判決此部分有撤銷發回更審的原因。又關於常梅峯、陳茂嘉、魏應充、楊振益等人經原審不另為無罪之諭知，而依公訴意旨認與以上部分有裁判上一罪或接續犯之關係者（見原判決第218至231頁），基於審判不可分原則，併予發回。

貳、撤銷（即陳茂嘉、魏應充及頂新公司犯如附表四之一編號45）部分：

按第一審法院審判之範圍，若有追加起訴之情形，應將追加起訴之事實，一併記載於事實欄（有罪之情形）或引述之公訴意旨欄（無罪之情形），始能確定法院審判之範圍；若僅將追加起訴之案號記載於判決書案由欄，或於理由欄之程序部分說明追加起訴部分，得合併審判、辯論及判決等語，惟未就追加起訴之事實部分為上述界定審判範圍之記載或為任何判決理由之論述，則該追加起訴部分，自屬未予判決。又未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第379 條第12款定有明文。所謂未受請求之事項予以判決，在上訴審係指法院對於未經上訴之事項，或上訴效力所不及之事項而為審判之意。申言之，法院審判之範圍應與上訴之範圍一致，始稱適法。故一人犯數罪，均經起訴，如第一審漏未判決之部分，與上訴部分非屬實質上一罪或裁判上一罪之關係者，上訴審即不得逕為第二審裁判。本件原判決既係就陳茂嘉、魏應充、頂新公司銷售予不同廠商所為犯行，分論併罰，故不同銷售廠商間之罪，無實質上或裁判上一罪關係。而陳茂嘉、魏應充於103 年5 月29日販售精緻牛

油金額571,099 元予統清股份有限公司之犯罪事實即附表四編號45部分，檢察官起訴書並未記載，陳茂嘉、魏應充及頂新公司原非起訴範圍，嗣檢察官於104 年7 月21日第一審審判程序中，以一人犯數罪之相牽連案件為由，言詞追加起訴上開販售予統清股份有限公司部分之犯罪事實，並將之列為起訴書附表二之二編號12（見第一審104 年度訴字第314 號追加起訴卷第1 至2 頁、103 年度矚訴字第2 號卷十六第43 頁），於第一審製作無罪判決書時，雖於案由欄載明上開追加起訴案號（見第一審判決書第2 頁），並於理由欄乙、「程序之說明」部分載述：就上開追加起訴，得合併審判、辯論及判決（見同上判決書第7 、8 頁）。然卷查該追加起訴之事實部分，並未列入第一審判決書引述之「公訴意旨略以」欄，亦未於「本件起訴範圍及審理範圍之說明」部分（見同上判決書第8 至10頁）內有所論述，或載敘於其附件二之中（見同上判決書第259 至270 頁），且未於實體上之無罪理由中有所論斷。嗣檢察官不服第一審判決提起上訴，揆之上開說明，前揭檢察官追加起訴之犯罪事實，第一審應屬漏未判決，則檢察官上訴效力自不及於該漏未判決部分，難認係屬第二審上訴之審理範圍，原審法院依法自不得逕為裁判。原審疏未注意及此，仍於原判決附表四「廠商及交易明細」，編號45記載：『廠商名稱：「統清股份有限公司」；交易日期:103年5 月29日；品項：精製牛油；數量:15000kg ；交易金額（新臺幣/元）:571,099 』等項。復據此論處陳茂嘉、魏應充、頂新公司犯如附表四之一編號45所示之罪刑，自有未受請求之事項予以判決之違法。又關於陳茂嘉、魏應充等人不另為無罪之諭知與以上有裁判上一罪之關係者（見原判決第218至230頁），基於審判不可分原則，併予撤銷。

參、上訴駁回（即如附件二）部分：

- 一、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的違法情形，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、原判決認定頂新公司等5 人有其事實欄所載如附件二所示附表及編號所示各犯行明確（附表二之一、三之一、四之一各編號對應附表二、三、四各編號），因而撤銷第一審關於頂新公司等5 人此部分之無罪判決，改判論處常梅峯、陳茂嘉、魏應充、楊振益及頂新公司依序如附件二所示附表及編號各罪刑，常梅峯共21罪刑、陳茂嘉共32罪刑（其中附表四之一編號18、29、30、43、50、51、69各一行為同時另觸犯103年6月18日修正前、後刑法第339條第1項之詐欺取財罪，詳如各該附表編號）、魏應充共26罪刑（其中附表四之一編號18、29、30、43、50、51、69各一行為同時另觸犯103年6月18日修正前、後刑法第339條第1項之詐欺取財罪，詳如各該附表編號）、楊振益共39罪刑（其中附表二之一編號16至29各一行為同時另觸犯102年6月19日修正公布之食品衛生管理法第49條第1項之幫助販賣假冒食品罪；編號35至45 各一行為同時觸犯103年6月18日修正公布前、後之刑法第339 條第1 項之幫助詐欺取財罪，詳如各該附表編號）及頂新公司共53罪刑。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就頂新公司等5 人否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，均已指駁論述綦詳。從形式上觀察，此部分並無足影響判決結果之違法情形存在；又查：

(一)原判決已論敘：1.於103 年10月11日偵訊期間，檢察官雖有漏未告知楊振益得行使緘默權，惟權衡對楊振益訴訟上防禦權之行使影響非大，及兼顧楊振益人權之保障及公共利益之均衡維護，而認定楊振益於該日偵訊中之供述，不因檢察官漏未為緘默權之告知即認無證據能力等旨（見原判決第16至18頁）。2.該日檢察官於楊振益表明欲由辯護人到庭陪同偵訊之際，旋即請辯護人進入偵查庭陪同楊振益進行偵訊，且於庭訊末令辯護人表示意見，並使楊振益與辯護人得有討論相關案情之時間，無從認定檢察官有何妨礙楊振益行使選任辯護人之訴訟防禦權之情事等旨（見原判決18至19頁）。3.楊振益於103 年10月11日偵訊中之供述，既無從認檢察官有何蓄意違反正當法律程序，或有何以不正訊問方式，使楊振益為不實之供述，則其於該日偵訊中之供述自具有證據能力，及其於103 年10月12日在第一審羈押訊問時之陳述，自無受不正訊問效力之影響，當亦具有證據能力（見原判決第19

至25頁）。4.楊振益於103 年10月11日偵訊中之證述，並無何受蓄意違反正當法律程序，或有何遭不正訊問方式取供之情事，且其已依法具結後而為證述，依其所為證述之外部環境或條件，又無何顯不可信之情況，對楊振益以外之其餘本件上訴人而言，自均具有證據能力等旨（見原判決第25至27頁）。原判決認楊振益於103年10月11 日在檢察官偵訊期間及翌日於第一審之供、證述，均具有證據能力，經核於法尚無不合，並無楊振益、常梅峯、陳茂嘉、魏應充等4 人（下稱楊振益等4 人）上訴意旨所指違背正當法律程序、採證違背法則或理由不備之情形。又刑事訴訟法第164 至165條之1所規定提示證據之方法，乃旨賦予當事人適當之辯論機會，用以擔保證據資料之正確性。原審於審判期日關於楊振益該次103年10月12 日第一審羈押訊問筆錄，係以檢察官105年4月26日補充上訴理由及聲請調查證據書（二）第119至330 頁之方式提示並告以要旨為之，並經頂新公司等5 人及其辯護人表示意見（見104年度矚上訴字第1718號卷十一第120頁背面至121頁背面、同上卷三十二第88 頁），於法亦無不合，並無楊振益等4人上訴意旨所指未予提示之違法情形。

(二)原判決已敘明：本案檢察官於起訴後透過互惠原則之司法互助途徑，在越南最高人民檢察院之協助下，指派越南公安等相關人員偕同檢察官，且在公安同意之情形下，於104年4月22日在越南相關廠區進行調查取證，於取證過程中向證人呂氏幸詢問相關問題，並經錄音錄影，嗣經第一審法官會同檢察官、被告等及其辯護人等當庭勘驗上開光碟，制有勘驗筆錄，所取得呂氏幸之證述，雖未經檢察官依法命其具結，且經原審透過司法互助傳喚其到庭作證未果，致頂新公司等 5 人及其辯護人等亦未能對其進行對質詰問，惟呂氏幸之陳述係如何具有「特信性」、「必要性」，本於刑事訴訟法第159條之2、第159條之3之同一法理，仍應認具有證據能力，又有在客觀上無從於審判中踐行詰問、對質之情形，復於審判期日依法定程序提示呂氏幸筆錄內容，並告以要旨，已為合法調查，自得引為本案論斷之依據等旨（見原判決第31至36頁）；又依卷證所示，本案檢察官於第一審審理時已聲請傳喚呂氏幸在先（見第一審卷二第198 頁反面），嗣再為境外取證，且檢察官於廠區調查後，欲以證人身分詢問呂氏幸時

，並告知台灣法律有關具結、偽證罪之規定及效力，呂氏幸同意作證但表示只能簽越南文（越南警方告知翻譯，呂氏幸要簽越南文的具結文，她有權利不簽具結書）等情（見第一審卷十四第68頁），可見本案檢察官於繫屬第一審後已聲請傳喚呂氏幸在先，嗣因有境外取證之必要乃循司法互助途徑，分別由檢察官在越南上開廠區未以證人身分及以證人身分欲依我國刑事訴訟法相同之意旨及尊重取證國規定之方式而為詢問，以取得呂氏幸之供、證述，依刑事訴訟第159條之1第2項之同一法理，應認檢察官在境外所取得之呂氏幸供、證述，仍應具有證據能力，與原審論敘之結論並無不同。核原判決關於此部分之論敘，並無頂新公司等5人上訴意旨所指與刑事訴訟第159條之1第2項、第159條之3要件不符之違反證據法則、理由不備、訴訟武器不對等或調查未盡之違法情形。

(三)原判決已敘明：本件越南大幸福公司進口之油脂是否合於食品安全法規，及其輸臺油脂相關文件之合法性等相關資料，因涉及主權、外交等因素，僅能透過司法互助或外交途徑向越南政府為相關查詢，而無法如同一般案件，可逕向本國主管機關查詢，或直接傳喚證人訊問，故經由外交部函請駐越南代表處層轉越南主管機關查詢，上開越南函文既為我國外交部駐越南代表處人員循公務管道向越南主管機關查詢所得之文書，該等函文之來源及真實性可獲確保，而駐越南代表處及越南主管機關與頂新公司等5人均不認識，又無怨隙，是於製作其查詢所得答覆之函文時，亦應無偏頗，或匿飾增減之虞，堪認上開越南工商部之A、B函，暨其餘越南主管機關所回覆之函文，應均屬刑事訴訟法第159條之4第3款規範之「於可信之特別情況下所製作之文書」，依該條款之規定，自得為證據（見原判決第37至39頁）。核原判決所為論述，於法並無不合，而無常梅峯、魏應充、陳茂嘉、頂新公司上訴意旨所指與刑事訴訟法第159條之4第3款之規定有違應認無證據能力及調查未盡之情形。

(四)衛生福利部食品藥物管理署（下稱食藥署）①106年10月27日FDA食字第0000000000號函，乃就其所掌之食安法法規中關於食品添加物用於食品生產、製造，所為違反食安法之法律見解；②104年8月20日FDA研字第0000000000號函，乃在

說明其檢驗報告之檢驗方法所使用之儀器、其測試範圍及相關安全法規規範之事項；③105年5月2日FDA食字第000000000000號函，乃就其所掌之食安法法規中關於食用油脂類衛生標準規範範圍是否包括「尚非成品之原料油」，所為之法律見解；④105年7月11日FDA食字第000000000000 號函，乃就其所掌之相關食安法規表示其法律見解。以上①至④，均為食藥署依其職掌就有關法規為釋示之行政函釋或就行政法規所表示之法律見解，非屬事實之紀錄或證明，其性質與刑事訴訟法第159條之4 第1款所定之公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，顯不相侔，縱原審依刑事訴訟法第159 條之4第1款規定，認有證據能力，有所誤認，並不影響上開函釋得為法官適用或拒絕適用之資料。至於食藥署103年11月4 日FDA研字第000000000000號函，原審亦說明如何符合刑事訴訟法第208條第1項、第206條第1項，依同法第159條第1項之規定，具有證據能力，亦非同法第159條之4 第1款所指之情形。核無魏應充、陳茂嘉、頂新公司上訴意旨就此指摘適用證據法則不當、理由不備之違法情形，自非上訴第三審之適法理由。

- (五)原判決已敘明：頂新公司人員所製作之訪廠、評鑑、參訪、見習報告等資料，如何符合刑事訴訟法第159 條之4 第2 款之文書，均具有證據能力等旨（見原判決第41頁）。所為論述，並未違背證據法則、於法亦無不合，並無魏應充、陳茂嘉、頂新公司上訴意旨所指違法之情形。
- (六)食安法第49條第1 項關於攙偽、假冒罪，究係抽象危險犯或具體危險犯，以102年6月19日修正後之食安法第49條第1 項，已刪除「致危害人體健康」之犯罪構成要件、立法院 102 年5 月間，審查食安法修正草案委員會就本條文修正動議之修法說明及103 年間二次提高刑度之立法理由，可知立法機關認為，食品案件之舉證困難，業者有該法第15條第1項第7款、10款之行為時，係惡性重大之行為，對民眾食品衛生安全及消費者權益影響甚鉅，應予遏止。為免難以識明「致危害人體健康」，而難以刑責相繩，乃不待有危害人體健康，逕對行為人課以刑事責任，以收嚇阻之效，已採抽象危險犯，已為本院一致見解，尚無疑義。且此種抽象危險犯係立法者依據一般生活經驗法則，先判定某種行為具有法益侵害的

高度可能性，其對於一定的行為類型，當行為實行時，即確認對於法益具有一般性的危險，屬於禁制規範，運用在食安法第49條第1項之「攙偽或假冒」，在於將非屬食品供應鏈的物質，在未經核可的前提下，將其混入食品供應鏈之食品或原料之中，只要有此種混入非食品供應鏈之行為，即為該條所規範的客觀構成要件行為類型。至於論者謂在法學方法論上，食安法第49條第1項關於攙偽、假冒罪應為目的性限縮以「有危害人體健康之虞」為必要云云，惟目的性限縮是對應「隱藏法律漏洞」的手段；隱藏法律漏洞，是指對於某一事項法律雖有規定，但規範不圓滿，違反立法計畫之圓滿狀態，食安法禁止攙偽或假冒並加以處罰，如上所述本即有圓滿的立法計畫，並無隱藏之法律漏洞，目的性限縮自然沒有必要。況且，倘若抽象危險犯還要由法院於具體個案中審查其法益侵害之危險，邏輯上就變成：「抽象危險犯等於具體危險犯」，無異曲解法律。本件附件二部分，原判決敘明關於食安法第49條第1項之假冒罪，為抽象危險犯，自無須再審查行為是否有危害人體之虞或精煉後之油品是否可供人食用，於法無違。常梅峯、魏應充、陳茂嘉及頂新公司上訴意旨，仍陳詞此條項應作目的限縮、個案具體審理其法益侵害危險，是原判決有違反經驗法則、適用法則不當、理由不備及矛盾云云。乃徒憑己見，以不同的評價，再為爭執，自非適法之上訴第三審理由。

(七)以違反食安法第15條1項作為第49條第1項的不法要件，係採附屬刑法之立法模式，遇有刑罰與行政罰同屬對不法行為之制裁時，本於刑罰之制裁功能強於行政罰，刑罰之處罰程序較行政罰嚴謹，而依行政罰法第26條第1項規定，以一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之；但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。亦即應以刑罰優先，先進行刑事訴訟程序，而行政罰係相對於犯罪之刑罰處罰，具有「補充性」，如果刑罰未予處罰而有漏洞，則以行政罰填補之，故應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，因該等處罰兼具維護公共秩序作用，為達行政目的仍得裁處之。本件附件二部分，縱魏應充、陳茂嘉、常梅峯之行為，同時具備食安法之其他行政罰構成要件，惟既已

該當於食安法第49條第1 項假冒罪之刑罰構成要件，即應以刑罰優先，先進行刑事訴訟程序，食安法暨其他相關規範僅於遇有刑罰未予處罰而有漏洞時，方居於補充裁罰之地位，原判決雖未就此予以敘明，於法亦無不合，並無魏應充、陳茂嘉、常梅峯及頂新公司上訴意旨所指有違輕重相舉、法律解釋方法之違法情形。

(八)食安法於64年1 月28日公布時，其第2 條即規定「食品」指「供人飲食或咀嚼之產品及其原料」，嗣該法雖歷經多次修正，但有關上開食品之定義均未修正（現行食安法則規定於第3 條第1 款）。是該法所謂之食品不單指「供人飲食或咀嚼」之「產品」，自始即包括原料在內，並無分別「產品」及「原料」，而有不同之規範。又依102 年6 月19日修正之食安法第9 條第1 項規定：「經中央主管機關公告類別與規模之食品業者，應依其產業模式，建立產品原材料、半成品與成品供應來源及流向之追溯或追蹤系統。」、同法第17條（102年6月19日修正前係列於該法第10條）規定：「販賣之食品、食品用洗潔劑及其器具、容器或包裝，應符合衛生安全及品質之標準；其標準由中央主管機關定之。」同法第20條（102年6月19日修正前係列於該法第13條）第1至3項規定：「屠宰場內畜禽屠宰及分切之衛生查核，由農業主管機關依相關法規之規定辦理。」「運送過程之屠體、內臟及其分切物於交付食品業者後之衛生查核，由衛生主管機關為之。」「食品業者所持有之屠體、內臟及其分切物之製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入或輸出之衛生管理，由各級主管機關依本法之規定辦理。」亦可見對於食品安全衛生之管理、規範，非僅於食品製造、加工、成品階段加以規範，其供作食品製造、加工之原料，同屬食品安全衛生管理、規範之一環，兩者相銜，缺一不可。是原判決認將非屬於食品供應鏈的原料，混入食品供應鏈之食品中，即該當於食安法第49條第1 項之假冒罪，即無違誤，魏應充、陳茂嘉、常梅峯上訴意旨指食品之規範不包括原料，原判決有適用法則不當、判決理由矛盾及調查未盡之違誤云云，仍係就原審採證、認事職權之適法行使，以不同之評價，再為爭執，並非上訴第三審之適法理由。

(九)原判決1.依憑本案所扣得之頂新公司自主檢驗及相關資料，

於偵查中經檢察官會同衛生局人員及審判中第一審法官會同檢察官、上訴人等及其辯護人、衛生局人員等人先後至頂新公司屏東廠進行油槽勘驗並自其槽內抽油、採樣，嗣送食藥署及財團法人食品工業研究所檢驗後所得報告等證據資料，先認定：頂新公司向大幸福公司所購得之原料豬、牛油，除酸價不符合頂新公司一般收貨標準外，並有重金屬不符合食用油脂類衛生標準及總極性物質偏高等情事（見原判決第76至78頁）；2. 依憑相關資料及鑑定人孫璐西、朱燕華及陳炳輝之鑑定意見等證據資料，認定酸價除為油脂精製效果之指標外，亦為油脂水解氧化酸敗及劣變之指標，並指駁：雖辯護人辯稱酸價無關乎油脂品質及鑑定人王耀祖稱關於酸價10 mg KOH/g fat以下之原料油仍屬合格品質無虞之原料油等意見，係如何不足採信等旨後，佐以前1.所述，復敘明：大幸福公司之原料油有酸敗、劣變之疑慮，自應進一步確認其原料油之原料及相關製程均符合食安法等相關規定，始得認屬具備供人食用品質之原料油，方得續供精煉以製成供人食用之產品等旨（見原判決第78至87頁）；3. 依憑相關資料及鑑定人朱燕華之鑑定意見等證據資料，認定總極性物質含量的多寡，乃可被用來作為油炸油的換油指標等旨，佐以前1.所述，並敘明：購自大幸福公司之原料豬油，確有據以熬製之原料較劣質，或相關製程不符合標準等疑慮等旨（見原判決第87至89頁）。再以前述1.採集自未精煉越南豬油及牛油混摻澳洲牛油之油槽採樣送驗，其銅或鉛有逾「食用油脂類衛生標準」所規範之重金屬超標之情事，可知該等原料油難認已具備供人食用之原料油品質，並指駁辯護人等以：「食用油脂類衛生標準」係規範供販賣之成品並未及於原料，且原料油中之重金屬可透過精煉除去，自不得因原料油之重金屬含量逾「食用油脂類衛生標準」規定，即認該原料油不得精煉供食用云云，係如何不足採信等旨（見原判決第89至94頁）。4. 依憑陳茂嘉與王祖善、李宜錡前至越南大幸福公司實地訪查結果（結果為：大幸福公司不僅不符合味全品保中心訂定之供應商標準，其所收購販售之油品亦不符合「食品良好衛生規範」之規定，亦無法溯源掌控其所收購之油脂來源），佐以胡大光證述越南屠宰、檢疫之實際狀況（證述：大幸福公司無法追溯其所收購之油脂來源，自無從確保其所收

購之油脂均係以經屠宰檢查合格之屠體脂肪組織所熬製），及鑑定人孫璐西參閱王祖善與李宜錡所製作之上開訪廠報告所附資料（認為：大幸福公司不符合「食品良好衛生規範」）等證據資料，綜合判斷而認定大幸福公司之原料油其相關製程不符合「食品良好衛生規範準則」，且其所收購之油脂復無從確認均係以經屠宰檢查合格之屠體脂肪組織所熬製，該等原料油係屬欠缺可供人食用之品質，不應進入食用油之供應鏈等旨（見原判決第94至103 頁）。5.以財政部關務署臺中關及高雄關函覆第一審之結果及佐以呂氏幸之供述，認定大幸福公司之油品，除頂新及正義公司以食用油名義進口供人食用外，其餘向大幸福公司購買油品之客戶均係供作飼料用，益徵大幸福公司所販賣之原料油欠缺可供人食用之品質等旨（見原判決第106 頁）。6.依憑孫璐西於第一審鑑定證述（證稱：食品賣到那個國家，當然要按照那個國家的標準去製造那些食物）及我國食安法規定食品自其原料至產品之相關製程均需符合食品安全衛生及品質標準，且畜牧法第32條第1 項亦明定：「未經屠宰衛生檢查或經檢查為不合格之屠體、內臟，不得供人食用或意圖供人食用而分切、加工、運輸、貯存或販賣。」認定：縱使是在境外生產之產品，只要係輸入我國境內供作食品或食品原料，仍有上開食安法及畜牧法等規定之適用，亦即須經屠宰衛生檢查合格之屠體，且其品質及相關製程均需符合食安法等規定，方得供人食用（見原判決第119 頁）。7.並敘明：(1)如何無從依證人胡大光於第一審證稱越南氣候穩定適宜養豬，越南豬隻較臺灣豬隻健康，用藥也較少，越南屠宰場亦有獸醫官駐場進行檢疫，檢疫後之運豬車須加貼封條控管，越南並規範所有病死豬均需焚燬等語，即遽認越南豬隻確均經檢疫合格而可供人食用等情；(2)陳茂嘉及李宜錡、王祖善雖於第一審審理時均證述大幸福公司所收購油脂之家庭式熬油廠其熬製油脂之肥豬肉原料新鮮，環境亦符合衛生標準，在越南當地可流通，並直接供人食用等語，係如何難以憑採（見原判決117至119 頁）。綜上而認定：頂新公司向大幸福公司所收購如附表二所示之原料油有酸價過高、總極性化合物過高及重金屬鉛含量不符合「食用油脂類衛生標準」等情，且大幸福公司所收購販賣之原料油亦有相關製程不符合「食品良好衛生規範準

則」之情事，及無從確認均係以經屠宰檢查合格之屠體脂肪組織所熬製等情事，自無從認其原料及相關製程均已符合食安法等規定，則大幸福公司販賣予頂新公司之原料油確屬欠缺可供人食用之品質，而不得續供精煉以製成供人食用之產品（即不得將非屬於食品供應鏈的原料，混入食品供應鏈之食品原料之中，加以精煉以製成供人食用之產品）等旨。以上各節乃事實審綜合各項證據所得，本於合理推論而為判斷，核與經驗法則或論理法則無悖，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法，常梅峯、陳茂嘉、魏應充及頂新公司上訴意旨仍執己見，就上情再為事實上爭辯，或對於欠缺調查必要之事項任意爭執，或割裂觀察評價，均不足據以辨認原判決上開認定有不適用罪刑法定原則，違反無罪推定、舉證原則、採證法則、理由不備及矛盾、調查未盡等違法之情形。再者：1. 原判決雖未說明食用油脂類衛生標準施行日期（於82年1月4日即規定銅及鉛之最大容許量分別為0.4及0.1ppm、嗣於102年8月20日修正亦同），惟關於大幸福公司違反上開規定之情形及結果並無不同，對於犯罪事實之認定並不生影響。2. 關於食品衛生規範，食安法早於64年1月28日制定之第18條第1項即設有：「食品業者製造、調配、加工、販賣、貯存食品或食品添加物之場所及設施，應符合中央主管機關所定之衛生標準。」之規定，以確保衛生安全；於89年2月9日修正變更條號為第20條第1項，並修正其內容為：「食品業者製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣食品或食品添加物之作業場所、設施及品保制度，應符合中央主管機關所定食品良好衛生規範，經中央主管機關公告指定之食品業別，並應符合中央主管機關所定食品安全管制系統之規定。」嗣依該條項之規定並於89年9月7日訂定「食品良好衛生規範」（至103年11月7日發布廢止，其廢止理由為食品良好衛生規範準則，係以食品良好衛生規範為架構，乃依102年6月9日修正版之食品衛生管理法第8條第4項之授權，於103年11月7日訂定發布「食品良好衛生規範準則（GHP）」，以取代「食品良好衛生規範」）；關於純製豬脂、加工豬脂及食用牛羊脂部分，規範食品標準之CNS於本案案發前均早已有規範以經屠宰衛生檢查合格健康無病豬、牛、羊屠體之新鮮、清潔之脂肪組織熬製而成之產品（

相關規定見原判決第68頁），並且畜牧法及食安法對於屠宰場內畜禽屠宰及分切之衛生查核等規定，已如上述。是以，原判決關於此部分，縱然未援引「食品良好衛生規範」，而係援引「食品良好衛生規範準則」，未臻精確，惟兩者就本案規範相同，自仍有上開食品良好衛生規範之適用，尚不得據此而認原判決此部分有理由不備之違法。3.大幸福公司從事食用動物原料油出口是否需要取得越南主管機關核發食品安全條件合格之生產廠商證書乙情，原判決依憑楊振益提出之越南胡志明市人民委員會農業與農村發展廳西元2016年9月9日第2345/SNN-QLCL函，認尚無從以該函文即認大幸福公司從事食用動物原料油出口不需取得食品安全證書之辯解不足採信，雖稍嫌遽斷而有瑕疵。然大幸福公司販售予頂新公司與其他公司均屬供作飼料用等旨，已據楊振益及呂氏幸供承在卷，又有前揭不符我國食安法暨相關法規、畜牧法等規範而欠缺可供人食用品質之情形，即不得供為食用而進入食品供應鏈，是原判決關於此部分縱除去上開瑕疵部分，惟綜合卷內其他證據，並不影響本件如附件二事實之認定，仍難指為違法。從而，以上1.、2.等項，亦無常梅峯、陳茂嘉、魏應充及頂新公司上訴意旨所指未適用或適用法則不當之違法情形；3.部分，亦與頂新公司等5人上訴意旨所指違反有疑唯利被告、論理法則、調查未盡、理由不備及矛盾之違法情形，不相適合。至於頂新公司等5人在本院始提出大幸福公司於2018年12月14日獲得胡志明市食品安全管理部核發有效期限3年之食品安全條件合格證明書，及用以證明大幸福公司不需要取得食品安全條件合格生產廠商證書之行政規範等資料，因係於第二審判決後，始行提出，不在本院應以第二審判決所確認的事實為基礎，據以判斷原判決是否違背法令之範圍，附此敘明。

(十)原判決依憑楊振益於偵查中及第一審羈押訊問時供、證述（陳稱：大幸福公司以食用油名義販賣予頂新公司之原料油與販賣予頂新公司或其他公司供作飼料用油之油品均相同，且Vinacontrol公司採樣人員並未就大幸福公司出口販賣予頂新公司之油品實際進行採樣，而係由其交付事先準備之品質較佳油品供採樣人員帶回予Vinacontrol公司檢驗人員檢驗等語），佐以1.Vinacontrol公司就附表二所示油品所出具

之檢驗憑證，與頂新公司就附表二所示油品進行入廠檢驗所得資料，互核可知兩者就同一批油品所測得之酸價差異甚大，並有頂新公司入廠檢驗所測得之酸價與碘價均同時升高等不合理情況，且鑑定人孫璐西及朱燕華等亦認 Vinacontrol 公司所檢驗之樣品油並非採樣自附表二所示之油品；2. 依呂氏幸答覆檢察官之詢問內容、大幸福公司現場油槽照片及 Vinacontrol 公司所出具之檢驗憑證上所載之「Declared Weight(即申報重量)」、「Container and seal NO. (即貨櫃與封緘號碼)」及「RESULTS OF INSPECTION」欄內等記載，相互比對，可知：Vinacontrol 公司採樣暨監督出貨之鑑定員並未確實自大幸福公司之每一油槽內採樣送驗，亦未確實監督自每一封緘油槽灌入貨櫃後出貨等情。因而認定楊振益上開供、證述可資採信。並敘明：Vinacontrol 公司所出具之可供食用(We certify the product fit for human use)之檢驗憑證，如何無從用以認定如附表二所示之原料油具備可供食用之品質等旨(見原判決第122至146頁)。經核原判決所為論述，並未違背經驗法則，且非以楊振益之供、證述為唯一證據，又事證既明，原審未再為其他無益之調查，即無應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令。並無頂新公司等5人上訴意旨所指違背經驗法則、理由不備及調查未盡之違法情形。

- (十一)原判決1.依憑鑑定人孫璐西、朱燕華及陳炳輝之鑑定意見，佐以曾啟明之證述，認定：食品安全之管理必須自原料端做起，食品業者除需自行檢驗確認原料品質外，尚須對原料供應商進行稽核或其能提出合法之來源證明，方得認該原料適於供人食用；而於油脂貿易實務上，供食用之原料油，亦必然是可取得檢疫合格證明、來源清楚的油脂，而非單以符合雙方議定之商品規格(例如酸價、水分、顏色等等)為要件；是倘食用原料油供應商並無法提出合法之來源證明等資料，或經供應商稽核而可認其油脂品質有疑，即無從認該原料油適於供人食用。常梅峯、陳茂嘉及魏應充既分別為油品大廠之總經理及董事長，並均從事製油業多年，魏應充並曾擔任前臺灣食品GMP發展協會之理事長數年，其等對上情當亦應知之甚稔等旨(以上見原判決146至152頁)。2.(1)依憑楊振益於偵審之證述(足認大幸福公司所販賣之油脂，除以食

用油名義販賣予頂新公司外，其餘均供飼料用，而常梅峯與楊振益亦係先交易飼料用牛油，於交易2、3批後，常梅峯即詢問楊振益可否改以食用油名義報關出口，但常梅峯並無就食用油之品質、規格另有要求，且楊振益亦向常梅峯表明其均是販賣飼料用油，並未曾辦理過食用油脂之出口報關程序，其需瞭解是否可改以食用油名義報關出口，而楊振益於瞭解食用油之出口報關程序後，即以相同品質之油脂改以食用油名義報關出口販賣予頂新公司，且所販賣之價格除增加相關程序費用外，並無差異等情。），(2)據證人陳玉惠於第一審之證述，頂新公司向大幸福公司購買飼料用牛油及食用牛油所要求之規格確均相同，並未對食用油脂之品質及來源另有要求或加以確認，(3)常梅峯自承知悉我國法令對食用油脂之要求等情，佐以常梅峯並未詢問過往僅販賣飼料用油之楊振益有何提供食用油之來源及能力，亦未對食用油之品質或來源加以要求或確認，僅經楊振益走訪後，改以食用油名義報關出口，並提供送Vinacontrol 公司所出具之檢驗憑證予頂新公司以食用油名義申請報關進口；但除Vinacontrol 公司之檢驗憑證外，常梅峯並未前往大幸福公司加以確認其所販賣之食用油來源及相關製程是否符合我國法令要求，即以與飼料用油相同之價格及規格向大幸福公司收購油脂以製成食用油等情，認定：常梅峯主觀上應已有認識其代頂新公司向大幸福公司所購買供食用之原料油，欠缺可供人食用之品質等旨。(4)復敘明：頂新公司屏東廠驗收油脂後，相關檢驗資料統由陳玉惠彙整，交由常梅峯及陳茂嘉（依任期）批核付款，則常梅峯及陳茂嘉應均知悉頂新公司屏東廠入廠檢驗所得數值與Vinacontrol 公司所出具之檢驗憑證差異甚大，Vinacontrol公司所出具「FIT FOR HUMAN USE」之檢驗憑證顯不足以擔保大幸福公司所販售供食用之原料油品質；並進一步認定：常梅峯既已知悉Vinacontrol 公司之檢驗憑證不足以擔保大幸福公司所販售供食用之原料油品質，仍全然未加以查證確認該等油脂之來源及製程是否均適於供人食用，即續予收購，益徵常梅峯主觀上應已知悉其代頂新公司向大幸福公司所購買供食用之原料油欠缺可供人食用之品質等旨（以上見原判決第152至161頁）。3. 依憑(1)陳茂嘉及魏應充供承、頂新公司糧油事業群經營決策會會議紀錄及相關會議

紀錄，可知：魏應充及陳茂嘉於頂新公司涉嫌向大統公司購買攪偽橄欖油事件後，即已知悉供應商稽核對原料品質管理之重要性，並均已具體指示需確實落實供應商稽核，確認供應商之製程及品質均無虞，若存有不明確之風險性即應禁用等旨；(2)陳茂嘉與王祖善、李宜錡等人至越南大幸福公司實地訪查結果、陳玉惠之證述及陳茂嘉自承等證據資料，可知陳茂嘉不僅知悉Vinacontrol 公司所出具「FIT FOR HUMAN USE」之檢驗憑證顯不足以擔保大幸福公司所販售供食用之原料油品質，且依其前往越南勘查後即103年3月6日之翌日起亦知大幸福公司無法對其收購油脂之散戶加以溯源管理，而無法確保其油脂來源，亦無法掌控其所收購之油脂品質及製程均符合衛生標準，是陳茂嘉於是日起對其代被告頂新公司向大幸福公司收購供食用之原料油欠缺可供人食用之品質乙情，已有認識並知悉等旨。(3)陳茂嘉前往越南勘查後，曾在魏應充主持之103年3月20日召開之「2014年02月糧油事業群台灣區經營決策會」上，提出「越南參訪報告」及照片、馬美蓉於同日會議中提出其依王祖善之「越南毛豬油供應商訪廠報告」所製成之「台灣區糧油決策會中研所重點工作」報告及內容，以及該次糧油事業群台灣區經營決策會會議紀錄，暨嗣後經營決策會會議紀錄及所附之前期追蹤事項- 總經辦報告，佐以魏應充之供承等證據資料，可知：魏應充經由上開103年3月20日糧油事業群經營決策會議，亦當已知悉大幸福公司所出售之原料油均欠缺可供人食用之品質等旨（以上見原判決第161至172頁）。4. 依憑卷附資料先認定頂新公司向大幸福公司製定收貨食用豬牛羊脂之酸價標準明顯低於向其他地區進口之原料油，且雖有針對大幸福公司訂定顯然較低之收貨標準，但如附表二所示之油品經頂新公司自主檢驗，仍有因酸價、色澤、水分等品質不符收貨規格而經扣款允收等情，可見如附表二所示之油品品質確已不符合頂新公司就一般食用原料所規定之收貨標準；次認定頂新公司向大幸福公司購買原料牛油，總成本平均單價低於澳洲食用原料牛油及常梅峯係因國內原料豬油供應不足，經比較國外原料豬油後，選擇向大幸福公司購買價格較便宜之越南原料豬油，而捨棄品質較佳之荷蘭原料豬油，是自無從以向大幸福公司所購買之原料豬油總成本較國內之傑樂公司高，即認其

價格並無較低。依上所述，此亦屬常梅峯、陳茂嘉、魏應充知悉向大幸福公司所進口之原料油欠缺可供人食用品質之論據之一（見原判決第175 頁）。5. 依憑馬美蓉、王祖善、李宜錡及證人即頂立開發實業股份有限公司副理黃宇祥等人之證述，佐以陳茂嘉、常梅峯之證述及糧油事業群台灣區經營決策會會議紀錄等證據資料，指駁：魏應充辯稱於經營決策會中未提及大幸福公司之油品品質云云，係如何不足採信；並敘明：魏應充縱因身兼多家公司之董事長或董事，對於頂新集團之各公司，均僅能採「分層負責」之管理制度，而無法知悉每一採購細節，或予以指示；惟其既已因其指示輔導大幸福公司成為戰略夥伴乙案，而已知悉大幸福公司之油脂品質有疑慮，其自當依其就溯源管理之指示，要求頂新公司先予禁用，待確認品質無虞後再續予採購，然其竟因國內豬油原料不足，且價格偏高，而自中國、日本、西班牙進口之豬油成本又均高於越南，而未要求禁止採購大幸福公司之油脂，反指示輔導大幸福公司成為生產夥伴（即自103年3月20日），則其與陳茂嘉就已知大幸福公司之油脂欠缺可供人食用之品質，而仍予以採購，核與共同正犯相符（不管參與全部、一部行為或共謀共同正犯，均為共同正犯）（以上見原判決第177至188頁）。6. 復指駁常梅峯、陳茂嘉及魏應充等人辯稱：以大幸福公司出口販賣予頂新公司之食用原料油均有檢具Vinacontrol 公司之檢驗憑證，頂新公司並均係依國家規範之食用油品進口程序申報進口，且繳交高達20% 之關稅，並需受主管機關查驗，其等自無主觀犯意云云，係如何不足採信等旨（見原判決第188至189頁）。經核以上各節乃事實審綜合各項證據所得，本於合理推論而為判斷，與經驗法則或論理法則無悖，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。常梅峯、陳茂嘉、魏應充及頂新公司上訴意旨仍執己見，就上揭認定事實再為事實上爭辯，或對於欠缺調查必要之事項加以爭執，或任意指摘原判決認定事實未憑證據、適用法規不當、不自證己罪、無罪推定、理由矛盾或不備，均不足據以辨認原判決此部分有違法之情形。

(十二) 原判決已敘明：頂新公司向大幸福公司進口如附表二所示之原料油既欠缺可供人食用之品質，則縱以該等原料油精製後

之產品均符合CNS 國家標準及食用油脂衛生標準等規範，亦無從為上訴人等有利之論斷等旨（見原判決第189 至196 頁）。核與經驗法則或論理法則無悖，於法亦無違，常梅峯、陳茂嘉、魏應充及頂新公司上訴意旨仍執已見就上揭認定事實再為事實上爭辯，或就欠缺調查必要之事項加以爭執，或主張適用法規不當、採證違法、理由不備，均不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式。

(十三)刑事法上所謂製造行為，乃指利用各種原、物料予以加工，製作成特定目的之產品。原判決認定頂新公司將向大幸福公司購買之欠缺可供人食用品質之原料油，添加頂新公司另所採購酸價較低之原料油（越南豬油添加傑樂公司豬油、越南牛油添加澳洲牛油），使混合後之原料油酸價降低以簡省精製之時間、成本，再透過精製之脫酸（膠）、脫色、脫味（臭）程序製成食用油產品，已屬製造而非加工。所為論斷，核無違背客觀存在之經驗法則與論理法則，於法亦無違，並無魏應充上訴意旨所指調查未盡、適用法則不當之違法。

(十四)食安法第49條第1 項之假冒罪，為抽象危險犯，然抽象危險犯本質上乃是一種刑罰前置化的犯罪類型，所謂前置化是指客觀要件，並不包括主觀要件部分，換言之，抽象危險犯仍須行為人對於法益侵害之危害具備明知及有意使其發生（直接故意）或「預見」其發生，而容認該危險之發生（間接故意）的主觀要件完備，始能成立。本件常梅峯、陳茂嘉及魏應充分別為油品大廠之總經理及董事長，並均從事製油業多年，魏應充並曾擔任前臺灣食品GMP 發展協會之理事長數年，常梅峯於100 年底起至102 年11月10日止，預見（即認識）大幸福公司所販售之油脂酸價偏高，且係供飼料用，無從確保其相關製程均符合食用油脂之衛生標準，亦無法確保其油脂均係以經屠宰檢查合格之屠體脂肪組織所熬製，及「Vinacontrol」公司出具之檢驗憑證亦不足以擔保大幸福公司之油脂品質，屬欠缺可供人食用品質之原料油，不得進入食品供應鏈，仍予以進口並製作成食用油產品販售；陳茂嘉於103年3月6日起預見「Vinacontrol」公司出具之檢驗憑證不足以擔保大幸福公司之油脂品質，且大幸福公司所收購油脂之相關製程並未符合食用油脂之衛生標準，大幸福公司亦無法對其所收購油脂之民間熬油個體戶加以溯源管理，而無法

確保其所收購之油脂均係以經屠宰檢查合格之屠體脂肪組織熬製，屬欠缺可供人食用品質之原料油，不得進入食品供應鏈，仍予以進口並製作成食用油產品販售；魏應充於103年3月20日起依陳茂嘉、王祖善、李宜錡赴越南實地勘查後之報告及所檢附之照片、資料等，亦已預見大幸福公司所收購販售之油脂係屬欠缺可供人食用品質之原料油，不得進入食品供應鏈，然其並未依其先前指示予以禁用，反指示輔佐大幸福公司為生產夥伴，而與陳茂嘉繼續向楊振益所經營之大幸福公司採購原料油製成食用油產品販售。以上各情，揆之前述說明，已該當於食安法第49條第1項之假冒罪之不確定故意之主觀要件，縱原判決未予敘明係基於不確定犯意，稍嫌簡略，惟並不影響其等故意犯罪之評價，且本件係作為犯而非不作為犯，自無保證人地位或過失犯之問題，原判決又已敘明魏應充與陳茂嘉如何具有共同正犯，於法無違，並無常梅峯、陳茂嘉、魏應充、頂新公司上訴意旨所指適用刑法第13條不當、違反採證法則、理由矛盾或不備等違法情形。

(十五)所謂「集合犯」，係指犯罪構成要件之行為，依其犯罪本質、目的或社會常態觀之，通常具有反覆或繼續之特性，此等反覆或繼續實行之行為，在自然意義上雖係數行為，但依社會通念應僅為一總括之評價，法律乃將之規定為一獨立之犯罪類型而為包括一罪。故是否為「集合犯」，在客觀上應斟酌其法律規定之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪實行常態及社會通念；而在主觀上則應視其是否出於行為人之一次決意，並秉持刑罰公平原則加以判斷。原判決就本件常梅峯、陳茂嘉、魏應充及頂新公司所為附件二之犯行，予以分論併罰，而認定非集合犯論以包括一罪，於理由內說明：依食安法第49條第1項、刑法第339條第1項等規定之構成要件文義觀之，實無從認定立法者本即預定該等犯罪之本質，必有數個同種類行為而反覆實行之集合犯行；且常梅峯及陳茂嘉、魏應充所為製造假冒食用油產品後，分別販賣予不同廠商，其犯罪之被害人不同，各次行為及犯意，均無不可分之情形，當不符集合犯之要件，亦無時空密接性，與接續犯亦不符，自應就渠等對不同廠商所為犯行分論併罰之，方符合立法本旨，而頂新公司因其代表人、受僱人即常梅峯、陳茂嘉及魏應充等人分別犯如附件二所示

之食安法第49條第1項之罪，依同法第49條第5項規定，亦應分別論以罰金刑等旨（見原判決第210至211頁）。原判決此部分之論斷，於法尚無不合，並無陳茂嘉、魏應充及頂新公司上訴意旨所指適用法則不當、理由不備、違反罪責原則等違法情形。

(十六)本件附件二部分，頂新公司因其代表人、受僱人或其他從業人員常梅峯及陳茂嘉、魏應充，分別製造、販賣假冒食用油為法律所禁止的犯罪行為，且販賣的油品有難以分離的特性，則販售假冒食用油的交易自身，即為法律禁止的整體行為，因此在前階段評價時，直接利得之數額乃其全部銷售總額（全部皆沾染污點），在後階段依總額原則即不扣除成本（因營業稅之性質如同營業人之營利事業所得稅以外之其他稅捐，屬於營業人之整體營業費用之一），自無須扣除5%之營業稅捐。原判決關於此部分，固僅說明常梅峯、陳茂嘉及魏應充為頂新公司實行違法行為，使頂新公司因而取得之犯罪所得，不問成本、利潤，均應沒收（不含已退還予廠商部分），即採總則原則/不扣除成本，無庸扣除頂新公司與廠商交易時，該等廠商內含之加值型營業稅等情，論敘說理稍簡略，惟結果並無不同，並將販售金額亦列為量刑因子之一，於法無違。

(十七)刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯存在之目的，在於避免對於同一不法要素予以過度評價，其所謂「同一行為」係指所實行者為完全或局部同一之行為而言。因此刑法修正刪除牽連犯之規定後，於修正前原認屬於方法目的或原因結果之不同犯罪，其間果有實行之行為完全或局部同一之情形，應得依想像競合犯論擬。又食安法禁止攙偽、假冒行為，其立法目的在於食品之成分標示須與實體內容一致，以維護國民健康及建立食品消費秩序，而刑法詐欺取財罪則側重財產法益之保護，二者構成要件及保護法益並非同一，然有上揭「同一行為」之情形，自得論以想像競合犯。原判決以陳茂嘉、魏應充就附表四之一編號18、29、30、43、50、51、69各均有一行為犯販賣假冒食品及詐欺取財等2罪，應屬想像競合犯，均各應依刑法第55條前段規定，就該等部分分別從一重論以如附表四之一「應論之罪」欄所示之罪，於法無違，並無頂新公司、魏應充上訴意旨所指適用法則不當之違

法情形。

(十八)頂新公司等5 人其餘上訴意旨，經核亦係就屬原審採證、認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，或對於判決無影響之枝節事項，任意指摘，均非適法之第三審上訴理由。

三、綜上所述，應認附件二部分之頂新公司等5 人上訴均違背法律上之程式，予以駁回。

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 108 年 11 月 6 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 段 景 榕

法官 鄧 振 球

法官 汪 梅 芬

法官 吳 進 發

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 11 月 11 日

附 件 一：撤銷發回部分

上訴人	原判決附表及編號
常梅峯	附表三之一編號2、4、5、7、8、9、12、14、15、19、20、22、23、25、30、37，共16罪刑。
陳茂嘉	附表四之一編號1、2、4、6、9、10、13、15、16、17、20、21、26、27、31、32、34、35、37、38、39、41、44、46、47、49、52、53、54、55、56、58、62、65、67、68、70、71、72，共39罪刑。
魏應充	附表四之一編號1、2、4、5、6、8、9、10、13、15、16、17、20、21、23、26、27、31、32、34、35、36、37、38、39、40、41、44、46、47、49、52、53、54、55、56、58、62、63、65、67、68、70、71、

		72，共45罪刑。
楊振益		附表二之一編號30至34，共5罪刑。
頂新公司	沒收	附表三之一編號1至37及附表四之一編號1至44、46至72諭知相關沒收部分。
	罪刑	附表三之一編號2、4、5、7、8、9、12、14、15、19、20、22、23、25、30、37及附表四之一編號1、2、4、6、9、10、13、15、16、17、20、21、26、27、31、32、34、35、37、38、39、41、44、46、47、49、52、53、54、55、56、58、62、65、67、68、70、71、72，共55罪刑。

附件二：上訴駁回部分

上訴人	原判決附表及編號
常梅峯	附表三之一編號1、3、6、10、11、13、16、17、18、21、24、26、27、28、29、31、32、33、34、35、36，共21罪刑。
陳茂嘉	附表四之一編號3、5、7、8、11、12、14、18、19、22、23、24、25、28、29、30、33、36、40、42、43、48、50、51、57、59、60、61、63、64、66、69，共32罪刑。
魏應充	附表四之一編號3、7、11、12、14、18、19、22、24、25、28、29、30、33、42、43、48、50、51、57、59、60、61、64、66、69，共26罪刑。
楊振益	附表二之一編號1至8、10至29、35至45，共39罪刑。

頂新公	附表三之一編號1	、3	、6	、10	、11	、13	、16	、17	、			
司罪刑	18	、21	、24	、26	、27	、28	、29	、31	、32	、33	、34	、
部分	35	、36及附表四之一編號3	、5	、7	、8	、11	、12	、				
	14	、18	、19	、22	、23	、24	、25	、28	、29	、30	、33	、
	36	、40	、42	、43	、48	、50	、51	、57	、59	、60	、61	、
	63	、64	、66	、69	，共53	罪刑。						

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 559 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 11 月 07 日

裁判案由：違反貪污治罪條例等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第559號

上訴人 楊明哲

選任辯護人 湯文章律師

籃健銘律師

上訴人 陳英妹

選任辯護人 張睿文律師

簡燦賢律師

上訴人 陳申馳

選任辯護人 吳秋樵律師

上訴人 陳榮豐

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國107年8月23日第二審更審判決（104 年度原重上更(一)字第1號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署97年度偵字第5102、5675號，98 年度偵字第2421號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於楊明哲、陳申馳、陳英妹、陳榮豐部分撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

理 由

原判決撤銷第一審關於上訴人楊明哲、陳申馳、陳英妹、陳榮豐部分之科刑判決，改判論楊明哲以共同連續犯對主管事務圖利罪，處有期徒刑6年，褫奪公權4年；論陳申馳以共同犯政府採購法第87條第4項之妨害投標罪，處有期徒刑1年6月，減為有期徒刑9月，並為沒收之宣告；論陳榮豐以共同非公務員與依據法令從事公務之人員，犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，2 罪，均累犯，分別處有期徒刑7年10月、7年6月，均褫奪公權3年，應執行有期徒刑11年6月，褫奪公權3年，並均為相關沒收之宣告；論陳英妹以共同犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，2 罪，分別處有期徒刑8年、7年10月，均褫奪公權5 年。應執行有期徒刑12年，褫奪公權5年，並均為相關沒收之宣告。固非無見。

惟查：

一、判決所載之事實及理由相互牴觸，或判決之理由前後不相一

致者，均屬判決所載理由矛盾，依刑事訴訟法第379條第14款之規定，其判決當然為違背法令。

（一）原判決事實一之（一）（即甲工程部分）認定楊明哲與林登雨共同基於圖利林登雨不法利益之犯意聯絡，明知違背法令，……，使林登雨等人因而獲得新臺幣（下同）0000000元之不法利益。事實一之（二）（即乙工程部分）認定楊明哲明知違背法令，與余嘉兆共同基於為圖余嘉兆不法利益之概括犯意，……，使余嘉兆因而獲得不法利益180143元。事實一之（三）（即丙工程部分）認定楊明哲與林登雨共同基於圖利林登雨之犯意聯絡，明知違背法令，……，使林登雨、余嘉兆因而獲得747024元之不法利益。事實二之（四）（即丁工程部分）認定楊明哲為圖林登雨之不法利益，與林登雨共同基於圖利林登雨之犯意聯絡，明知違背法令，……，使林登雨、張素秋因而獲得0000000元之不法利益等情。其理由說明：楊明哲上開所為，均係犯貪污治罪條例第6條第1項第4款之對主管事務圖利罪，就事實一之（一）、（三）、二之（四）之犯行，與林登雨間有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯；就事實二之（四）之犯行，與余嘉兆間亦有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯等旨（原判決第102頁倒數第3行至第103頁第4行）。然就事實二之（四）部分，似與余嘉兆無關，其謂此部分余嘉兆亦為共同正犯；且就事實一之（二）（三）部分則未說明楊明哲是否與余嘉兆有共同正犯之關係，其事實與理由顯不一致，而有判決理由矛盾之違背法令。

（二）原判決事實三認定陳英妹於民國95年起當選花蓮縣議員，與陳榮豐、童素惠均明知花蓮縣政府編列縣議員補助款，縣議員就其議員補助款之建議動支，為縣議員職務上之行為，竟共同基於對於職務上之行為，收受賄賂之犯意聯絡，陳英妹經由陳榮豐向童素惠表示其可將95年度300萬元額度之議員補助款供林登雨施作，但須支付補助款金額3成即90萬元之費用，童素惠告知林登雨……陳英妹即經由花蓮縣議會向花蓮縣政府提出其95年度議員補助款100萬元建議用於光復國中，……林登雨於光復國中已配合傳真訂購單予中央信託局購料處辦理採購後，即依童素惠要求，於95年5月12日、同年5月29日分別匯款60萬元、30萬元至童素惠所指定之花蓮第一信用合作社張燕玉（童素惠之嫂嫂）之帳戶內，以給付其購買陳英妹議員補助款之費用，童素惠於收到款項後即將90萬元現金交與陳榮豐，「由陳榮豐轉交陳英妹」。事

實四認定，陳榮豐告知林登雨可另外購買陳英妹96年度議員小型工程建議補助款200萬元，但要預付補助款金額2成回扣，由林登雨於96年2月初、同年2月中旬某日，分2次共交付40 萬元賄款與陳榮豐，「再由陳榮豐轉交陳英妹」等情。惟陳英妹辯稱未收到錢云云。原判決雖依憑調查所得之證據，於理由說明認定童素惠將90萬元現金交與陳榮豐，及林登雨分2次共交付40 萬元賄款與陳榮豐等，然並未就其認定陳榮豐已將上開款項交付陳英妹，敘明所憑之證據及認定之理由，已有判決不備理由之違誤；且原判決以「陳榮豐之證詞自不足以證明陳英妹未收受賄賂」云云（原判決第85頁第1至7行），資為不利於陳英妹之認定，亦難謂合於證據法則。

二、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，本於經驗法則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，方為適法。

原判決就甲、丙、乙工程部分認定採購品項多均屬余嘉兆已取得，甚至部分為其獨家取得公播版授權之光碟，楊明哲於投標文件上註明合約時即須檢附公播版授權書，使其他無法取得上開指定光碟所需公播版授權書之廠商均無法參與投標，而對廠商為無正當理由之差別待遇。其理由並謂余嘉兆係此三項工程之最大獲利者，其他廠商除與余嘉兆配合外，根本不可能參與投標等旨（原判決第37頁倒數第3、4行），而為不利於楊明哲之認定。然原判決既已引據行政院公共工程委員會函示意見以：倘若有購買公播版教學軟體或視聽著作之需求，採購人員得於契約中約定機關取得該軟體公開播送與上映之權利或授權；機關於招標文件之型錄及廠商報價單備註規定訂(合)約時附公播版授權書，其屬規格之規定，且未限制廠商投標時即需具有公播版授權書，如係為符合正當業務需求及避免有違著作權法規定之目的，尚難認有違反政府採購法之規定等語（原判決第50頁），資為判決基礎，則為求避免有違著作權法，於採購契約註明應取得公播版授權書，似不能認為係違反政府採購法之規定。至於本件採購之相關品項多為余嘉兆取得，其他人不能再為取得一節，如果屬實，然是否為楊明哲所明知，原判決亦未予以說明，遽執為不利於楊明哲之論據，亦難謂允洽。

三、修正前刑法第56條規定之連續犯，係以行為人基於一個概括

之犯意，連續數行為而犯同一之罪名而言。此所謂出於概括之犯意，必須其多次犯罪行為自始均在一個預定犯罪計畫內，出於主觀上始終同一犯意之進行，始足當之。原判決認定楊明哲經辦甲、丙、乙、丁工程之採購業務，基於圖他人不法利益之概括犯意，而為各圖利犯行。理由內說明上揭四次犯行，犯罪手法相同，罪名又屬相同，顯係基於概括之犯意為之，為連續犯，而論以一罪（原判決第103頁第5行至第104頁第1行）。惟依其認定之事實，楊明哲之犯罪時間依序係「92年間（甲工程）」「93年間（丙工程及丁工程）」以及「94年間（乙工程）」，其開標日期及圖利之對象：甲工程為民國92年10月1日，林登雨；丙工程為93年12月17日，余嘉兆；乙工程94年6月10日，林登雨、余嘉兆；丁工程為93年10月19日，林登雨、張素秋。如若無訛，楊明哲上開4次犯行彼此間隔非短，且似分屬不同年度之獨立工程，則以其身為花蓮縣吉安鄉公所行政室課員，負責承辦吉安鄉公所財務類採購之招標作業等業務，為公務員，其有何動機就上開工程之招標作業自始即在一個圖利上開人員之預定犯罪計畫，而基於同一犯意進行？此攸關楊明哲所為究應成立連續犯或應予數罪併罰之法律適用，即有查究明白之必要。原審未予釐清，徒以其犯罪手法相同，罪名又屬相同，即認顯係基於概括之犯意為之，尚嫌理由欠備。

四、按犯罪所得及追徵之範圍與價額，認定顯有困難者，得以估算認定之，刑法第38條之2第1項前段定有明文。又該項「估算」依立法說明，固不適用嚴格證明法則，僅需自由證明為已足。惟估算是欠缺更好的調查可能性下的應急手段，只有在不法所得之範圍與價額認定顯有困難時，始得以估算（至於有無犯罪所得，則不包括在內）。若是認定上非顯有困難時，法院就必須履行通常調查義務，原則上，法院必須先善盡顯而易見的調查可能性與證據方法，之後仍無法確定沒收的範圍與價額時，才能援用估算的規定。法院若未盡合理調查及依憑相當證據，即遽採單方、片面說法，進而認定沒收的範圍與價額，顯然未依職權調查、審認，即非適法。又以估算認定者，並應於判決說明其有如何認定顯有困難之情形及為如何估算之理由。原判決事實認定陳榮豐已將90萬元及40萬元交付陳英妹等情；然其理由以：陳英妹、陳榮豐與童素惠共犯原判決事實四、五之不違背職務收受賄賂罪，所得財物分別為90萬元、40萬元，業已交付陳榮豐收執後，由陳英

妹、陳榮豐共同取得，依刑法第38條之2第1項之規定進行估算，認陳英妹與陳榮豐對於不法利得各自取得45萬元及20萬元，因而分別對陳英妹、陳榮豐諭知沒收及追徵等旨（原判決第113 頁）。其於事實認定陳榮豐已將上開90萬元、40萬元交付陳英妹（如前述），然理由又謂陳榮豐、陳英妹共同收執，復又認陳榮豐與陳英妹分別各自取得45萬元及20萬元云云，其事實之認定與理由之記載已有矛盾；且未說明其認定各人之犯罪所得有何困難之情形及為如何估算所憑之理由，判決理由亦嫌不備。而原判決認就事實三部分之90萬元，童素惠係與陳英妹、陳榮豐間有共同收賄之犯意聯絡與行為分擔，由童素惠出面收取賄款，再交付陳榮豐轉交陳英妹等旨（原判決第81頁第5 至19行）。若然，則何以估算陳榮豐與陳英妹各分得賄款之半數，童素惠則未有任何利得，其估算是否合於論理法則，亦非無疑。況共同正犯間利得多寡之認定，應依其已未分配而為不同之處理。如尚未分配或分配狀況不明，依民法第271 條規定之法理，似應平均分擔之，亦非上開估算而來。原判決以估算方式處理，亦有適用法則不當之違法。

五、按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。於全部或一部不能沒收，或不宜執行沒收時，追徵其價額；犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第38條之1第1項前段、第3項、第4項及第5 項分別定有明文。上述規定旨在澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪。至於行為人因違法行為取得合約之「形式與方式」不法，然該合約執行本身既無不法，其中性履約部分，就構成要件規範目的而言，即非源於違法行為之利得，而與違法行為無利得關聯性，難認屬犯罪所得。從而，若因行為人以妨害投標之方法，獲取標案承作資格，並完工受領工程款價金，該犯罪衍生的相關聯後果，乃「獲標案承作資格」，故僅所獲「承作標案利潤」，方為源自妨害投標之違法行為之犯罪所得，而為應沒收之對象。至中性履約行為（進料、施工）所獲對價，則非刑法第38條之1第2項第3 款之犯罪所得範疇。又刑法第38條之2第2項之過苛調節條款，係沒收之例外規定，必先界定行為人確有前述不法利得情形，始生判斷應沒收之範圍、數額，有無過苛之問題。

原判決事實二認定林登雨係松倫企業有限公司（下稱松倫公司）之負責人，陳申馳與林登雨、張素秋共同基於意圖影響採購結果、獲取不當利益之概括犯意聯絡，連續以妨害投標之方式而取得如附表四所示，即戊、己、庚、丁工程之4 件標案，均推由林登雨以松倫公司擔任主標，而以最低價得標，並約定林登雨取得工程款項，應支付得標金額百分之50之報酬與陳申馳；其中己、庚工程並有由陳申馳自行施作部分松倫公司得標之工程等情。依其理由說明，以如原判決附表四所示，林登雨在己、庚、戊、丁工程，除陳申馳自行施作部分外，應給付陳申馳之工程款（報酬性質）為750485元、988816元、0000000元、0000000元，共0000000元為陳申馳應沒收之犯罪所得，因而依刑法第38條之1第1項、第3 項規定宣告沒收、追徵（原判決第115、116頁）。而對於陳申馳就己、庚工程自行施作部分之工程款並未予以宣告沒收、追徵。然依原判決附表四所列，陳申馳就己工程部分施作之工程金額為0000000元，扣除稅金181480.8元後，林登雨應給與陳申馳2087029 元工程款；庚工程部分陳申馳施作之工程金額為0000000.6元，扣除稅金97631.8元後，林登雨應給與陳申馳部分0000000元工程款（原判決第137、138頁）。則陳申馳自行施作部分，於扣除成本、稅捐及其他費用後之餘額，始為陳申馳犯罪所得。原判決謂陳申馳因施作部分工程所取得之工程款均屬刑法應沒收之犯罪所得（原判決第115頁倒數第1行至第116頁第3行），已難謂適法。原判決又謂：倘於本案連同實際施作之工程款一併予以諭知沒收，顯有過苛，故關於不法所得之認定，應限於因執行合約所賺取之利潤或報酬，以維事理之平等語（原判決第116 頁）。並未計算陳申馳就己、庚工程自行施作部分之工程款於扣除成本、其他費用之餘額（已扣除稅捐）為若干，即援用過苛調節條款不予沒收。顯然混淆犯罪所得之計算及過苛調節條款之適用，已有違誤。且參之陳申馳與林登雨約定，林登雨取得工程款項，應支付得標金額百分之50之報酬與陳申馳，而除陳申馳自行施作部分外，林登雨均依得標金額之百分之50於扣除百分之8 之稅捐後之餘額交付陳申馳，原判決並據以宣告沒收。是就林登雨而言，其所得之工程款僅為工程金額之百分之50，在商言商，此部分扣除稅捐、成本及其他費用後，應仍有餘額（即其利潤）；同理，就陳申馳所言，其自行施作部分所得之利潤（扣除成本、稅捐、其他費用後之餘額）應大於上開林登雨所支付之工程款之百分之50

以上，否則其何必自行施作。而此部分之犯罪所得既係陳申馳以妨害投標方法取得，對之宣告沒收，基於澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪之刑法沒收制度之本旨，似難謂有過苛之情形。原判決就此部分未查明其犯罪所得金額為若干，遽依過苛調節條款不予宣告沒收，均難謂適法。

以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決之上述違誤，影響於事實之確定，本院無從自為判決，應認原判決關於楊明哲、陳申馳、陳英妹、陳榮豐部分仍有撤銷發回更審之原因。原判決關於陳申馳不另為無罪諭知部分，基於審判不可分原則，併予發回。又刑事妥速審判法第7條規定：「自第一審繫屬日起已逾八年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，法院依職權或被告之聲請，審酌下列事項，認侵害被告受迅速審判之權利，且情節重大，有予適當救濟之必要者，應減輕其刑：一、訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由。二、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係。三、其他與迅速審判有關之事項。」本件自第一審繫屬日起，迄今已逾8年，倘為有罪之判決，即應依上開規定審酌有無侵害上訴人等人受迅速審判之權利，及其情節是否重大，有無予適當救濟而減輕其刑之必要。案經發回應併注意及之。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 11 月 7 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官	徐	昌	錦
法官	林	恆	吉
法官	林	海	祥
法官	江	翠	萍
法官	蔡	國	在

本件正本證明與原本無異

					書	記	官
中	華	民	國	108	年	11	月 11 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 2875 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 11 月 27 日

裁判案由：違反貪污治罪條例等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第2875號

上 訴 人 王國瑞

選任辯護人 林明信律師

上 訴 人 高則芳
林光輝

上 列 一 人

選任辯護人 莊秉澍律師

上 訴 人 林志優
洪上賜

上 列 二 人

共 同

選任辯護人 蕭萬龍律師

陳志峯律師

張百欣律師

上 訴 人 潘文誠

蔡宏富(原名蔡育庭)

上 列 一 人

選任辯護人 胡倉豪律師

上 訴 人 劉全英
劉容任

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年5月14日第二審判決（106年度原上訴字第122號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署101年度偵字第6256、6526、6527、6528、6529、7984、12214、12797、13371號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於洪上賜部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷部分（洪上賜部分）

一、原判決撤銷第一審之科刑判決，改判仍依想像競合犯關係從一重論處上訴人洪上賜犯如其附表（下稱附表）三編號33、

34、38所示3罪刑，固非無見。

二、惟按貪污治罪條例第8條第2項前段「犯第4條至第6條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」之規定，旨在鼓勵被告於犯罪後勇於自新，並防止證據滅失以兼顧證據保全，便於犯罪偵查。此規定係對被告所予之寬典，是有無符合自白要件，應就其所述之實質內容是否涉及「自己之犯罪事實全部或主要部分的承認或肯定」而有助於犯罪之偵查為判斷。至其動機、詳簡、次數，嗣後有無翻異，皆非所問。再因犯罪事實乃犯罪之全部活動及其結果，於有相當歷程時，本難期被告能作全面之供述，故於判斷何為「犯罪事實主要部分」時，自應綜合考量其已交代之犯罪事實與未交代之犯罪事實之危害程度、是否為不同構成要件之犯罪、係事實之抗辯或僅主張有阻卻事由、對犯罪發現有無助益等各種相關因素。尤其被告對自己之犯罪事實全部或主要部分是否肯認，前後供述有所反覆時，仍應依前揭標準而為判斷，不能以其後翻異其詞或隱瞞犯罪事實之重要部分，即否認其之前已成立自白之效力。

三、經查，洪上賜於民國101年5月30日偵查中聲請羈押訊問時，曾向法官供稱：我開登記聯單給蔡宏富，蔡宏富沒有給我好處，只說可能會包紅包給你，但後來沒有包給我，先前怕入罪，所以不敢承認，後來聲請羈押想到小朋友，還是認罪好了，我知道這是不合規定的，但只是想要幫他，蔡宏富沒有因此招待飲宴或提供其他好處給我等語，法官並因其供述諭知其犯罪嫌疑重大而予羈押（見101年度聲羈字第189號卷第46頁至第47頁）。以上事證倘若無誤，洪上賜所稱「（蔡宏富）只說可能會包紅包給你」一詞，是否對貪污治罪條例第4條第1項第5款之違背職務「期約賄賂」之事實為坦承之意？如屬肯定，因「期約賄賂」與「收受賄賂」犯行，係屬同一犯罪之階段行為，並為罪質相同之同條項犯罪，能否謂非對該貪污犯罪主要部分為肯定供述？即有研求之餘地，原審未詳為剖析釐清，遽認其上開供述非屬自白犯罪，縱其業於第一審審理中自白及繳交全部犯罪所得，仍無貪污治罪條例第8條第2項前段規定之適用（見原判決第47頁至第48頁），即非適法。此部分實情如何，攸關減刑適用與否，洪上賜上訴意旨執以指摘原判決違背法令，非無理由，應認原判決關

於洪上賜部分，有撤銷發回更審之原因。

貳、駁回部分（王國瑞、高則芳、林光輝、林志優、潘文誠、蔡宏富〈原名蔡育庭〉、劉全英、劉容任部分）

一、原判決撤銷第一審之科刑判決以及諭知高則芳無罪部分之判決，變更部分起訴法條，改判依想像競合犯關係從一重論處：王國瑞犯附表三編號1 至38所示共27罪刑；高則芳犯附表三編號3、6、8、10至12、14、17、18、23、25、26、28、36所示共3罪刑；林光輝犯附表三編號9、13、15、16、20、24、27、29所示8罪刑；林志優犯附表三編號19、31所示2罪刑；潘文誠犯附表三編號16、20、27、29所示4 罪刑；蔡宏富犯附表三編號31、33、34、38所示4 罪刑；劉全英犯附表三編號3、7、10、12、16、18、22至32所示共17罪刑；劉容任犯附表三編號22、25至31所示共8 罪刑（以上皆處有期徒刑）。

二、上訴意旨：

（一）王國瑞略以：1.王國瑞始終坦認犯行，犯後態度可取，亦願賠償保險公司，惟資產置於黃菁菁名下均遭查封，始無法和解。2.王國瑞並無公務員身分，較之員警，可責性較低，原審未予審酌，反而量刑較重，違反比例原則及公平原則云云。

（二）高則芳略以：1.高則芳並無附表三編號3、6「虛偽交通事故文件欄」所示行使公文書犯行，原判決僅以高則芳之供述，逕予論罪，有判決不適用法則之違誤，縱有該犯行，亦屬接續犯或集合犯，原判決論以2 罪，亦屬不當。2.高則芳與王國瑞間並無「高則芳退休後，由王國瑞出資開設土雞城予高則芳之」合意，此有王國瑞、黃菁菁於第一審之證述可證，原判決未予詳查，亦有違誤。3.高則芳於本案僅係「提供單據」，且係幫助犯意而為，應僅構成幫助犯，且多次幫助行為，亦應屬「接續犯」、或「集合犯」，應僅論以一罪，原判決未予詳查，難謂允洽。4.高則芳自始與不實車禍間無對價關係，亦坦承錯誤，犯後態度良好，應得刑法第57條、第59條之寬典，原審雖稱已有考量，量刑仍屬過重，凡此均有判決不備理由及不適用法令或適用不當之違誤云云。

（三）林光輝略以：1.林光輝於偵查中已就過去犯罪事實及經過為說明，且針對犯罪構成要件之主要部分為肯認之供述，辯護

- 人當日亦表明其有認罪意願，惟需再溝通，其雖就貪污部分否認，然此節應屬法院依職權認定法律評價與適用問題，當無礙於偵查中自白，且檢察官於偵查中亦未就本案貪污之具體事實曉諭及給予林光輝自白認罪之機會，原審未予調查，復未於理由說明，有適用法規不當及判決不備理由之違誤。
2. 原判決就林光輝本案犯行，先認已有認罪悔改，人格特質非甚惡劣，收賄金額非多，犯罪情節在客觀上顯可憫恕，而依刑法第59條酌減其刑，惟又謂依其主觀惡性、客觀危害情形等，犯罪情節難認輕微，認與貪污治罪條例第12條第1項、第2項所定要件不符，理由前後矛盾。且貪污治罪條例第12條所定情節輕微之要件，應以個案審酌，非以數罪加總，林光輝犯罪所得確實每次不逾新臺幣（下同）5萬元，原判決不予適用，有判決不適用法則或適用不當之違誤。
3. 附表三編號16、20、27、29部分，林光輝係基於行賄犯意，將賄款交予潘文誠，原判決未察，認林光輝係違背職務收受賄賂，亦有判決不載理由及不適用法則之違誤云云。
- (四) 林志優略以：林志優所犯如附表三編號19、31之罪各次收賄金額均遠低於5萬元，且係被動同意，情節輕微，原審未依貪污治罪條例第12條規定減輕其刑，判決不適用法則。
- (五) 蔡宏富略以：1. 原審認蔡宏富所犯附表三編號33、34、38之罪，犯罪時間均在96年4月24日之前，均合於中華民國九十六年罪犯減刑條例之規定，惟並未依法減輕其刑。2. 蔡宏富係透過舊有人脈取得虛偽交通事故文件，因而獲得3萬元報酬，並將其中1萬5千元較交予林光輝、林志優、洪上賜及潘文誠，非屬重大貪污，尚屬輕微，原審認不合於貪污治罪條例第12條第2項減刑規定，尚有未洽。且上開4人因本案所獲均在5萬元以下，原審未優先適用貪污治罪條例第12條第1項規定減刑，逕依刑法第59條規定減輕其刑，適用法則尚有違誤。如此蔡宏富亦應有同條例第2項規定之適用，則原審認蔡宏富所犯附表編號31、33、34、38犯行，並無該規定適用，自有判決不適用法則之違誤云云。
- (六) 劉全英略以：1. 原審既認王國瑞熟悉保險業務流程，主導犯罪分工，劉全英受王國瑞之指揮，為其轉交文件，則劉全英對其他被告之偽造行為，是否以自己犯罪意思仍有疑義，原審進而推斷其主觀犯意，有違經驗與論理法則。2. 劉全英已

與泰安產物保險股份有限公司、第一產物保險股份有限公司成立和解、調解，並均有給付部分賠償金，相較王國瑞未履行任何和解條件，顯有悛悔實據，且量刑亦需考慮矯治必要，原審量刑顯違比例原則云云。

(七)劉容任略以：原審對劉容任答辯僅收取90萬元，未說明不採之理由，縱如原審所認劉容任犯罪所得為理賠金額之兩成，則依其理賠金額合計為1,980萬9,574元，其兩成應為396 萬1,914元，則原審如何能計算為396萬元，且劉容任何願短收，原判決之認定違反經驗法則，且理由欠備云云。

三、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。

四、犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院自由判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。原判決綜合全辯論意旨及調查證據所得，依法認定：上訴人王國瑞、高則芳、林光輝、林志優、蔡宏富、劉全英、劉容任等各有其事實欄所載之犯行，係依憑渠等之部分自白及相關證人證述及文書等，已說明所憑之證據與認定之理由。就上訴人等否認犯罪部分，林光輝辯稱附表三編號16、20、27、29部分，伊係轉交王國瑞支付之現金賄賂予潘文誠，並未從中收到好處云云；高則芳辯稱：伊並不知附表三編號3、6「虛偽交通事故文件」欄所示公文書係屬不實，開設土雞城僅為伊之退休規劃，與本案並無對價關係，伊僅是提供單據之幫助犯，亦非共同正犯云云，認不足採信，於理由內予以指駁、說明。並詳加敘明：依王國瑞、潘文誠所述，王國瑞買通員警提供虛偽文件之酬金係每件8萬元，惟林光輝每件僅交付5萬元之賄賂予潘文誠，認林光輝所辯不足採信（見原判決第25頁至第26頁）；另高則芳曾坦承在附表三編號3、6之道路交通事故調查表上配合王國瑞填寫不實肇事地點，其後因接受王國瑞出資經營土雞城之條件，始繼續配合填製其餘虛偽交通事

故文書等情，核與王國瑞證述相符。而高則芳係自己或冒用他人名義填製不實公文書，居於主要關鍵地位，顯係基於自己犯罪目的，與王國瑞共同合作，應為共同正犯等旨（見原判決第26頁至第29頁）。所為論斷，核未違背客觀存在上之經驗法則與論理法則，自屬原審採證認事之適法職權行使，不容任意指為違法。

五、共同實行犯罪行為之人，在共同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，彼此協力、相互補充以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。故共同正犯在客觀上透過分工參與實現犯罪結果之部分或階段行為，以共同支配犯罪「是否」或「如何」實現之目的，並因其主觀上具有支配如何實現之犯罪意思而受歸責，不以實際參與犯罪構成要件行為或參與每一階段之犯罪行為為必要。縱使僅參與犯罪構成要件以外之行為（把風、聯繫、接應），倘足以左右其他行為人是否或如何犯罪，而對於犯罪之實現具有功能上不可或缺之重要性者，與其他參與實行犯罪構成要件行為之人，同具有功能性的犯罪支配地位，而為共同正犯。原判決業已認定劉全英明知相關醫療、調解文件皆係偽造，仍因貪圖王國瑞、黃菁菁提供之報酬，擔任中間人為王國瑞各轉交相關不實文書予賴文章、劉容任、林凡普等保險公司理賠專員，用以向保險公司提出理賠申請而行使之犯罪事實，亦即劉全英係處於聯繫王國瑞與上開保險理賠人員詐取保險金之關鍵地位，缺之犯罪即難成立，堪認具有功能性之犯罪支配地位，原判決據此認定劉全英與王國瑞、黃菁菁及其他中間人、理賠專員間就其犯行為共同正犯（見原判決第42頁），不能指為違法。

六、接續犯乃行為人之數行為，於同一或密切接近時、地實行，侵害同一法益，而其各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，難以強行分開，且在刑法評價上，以視為數個舉動之接續作為，合為包括之一行為，較為合理者而言。如行為人先後數行為，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，自應按照其行為之次數，一罪一罰。原判決業已說明：高則芳所犯附表三編號3、6行使登載不實公文書罪部分（理算日期96年4月3日、96年8月21日

），其犯意各別，行為互殊，應分論併罪等旨（見原判決第45頁），核屬事實審法院採證認事之合法職權行使，高則芳上訴意旨指摘原判決違法，非適法之第三審上訴理由。

七、貪污治罪條例第8條規定，犯該條例第四條至第六條之罪而在偵查中自白者，得減輕其刑。所謂自白，乃被告對自己犯罪事實之全部或主要部分為肯定之供述。原判決因此說明：林光輝於101年7月2日偵訊中，僅坦承幫助詐欺、偽造文書等犯行，而否認貪污部分之犯行（見101年度偵字第12214號卷第96頁），亦難認有何坦承違背職務收受賄賂罪之自白，辯護人雖當庭陳稱欲再與其溝通，惟林光輝仍供稱：王國瑞確實有到交流道找我，但並沒有交付任何金錢給我，我老婆車禍的事情請王國瑞幫忙，所以我有欠王國瑞人情，王國瑞請我幫忙開立交通事故證明單，我才幫忙等語（同上卷第97頁），始終否認貪污犯行。自該次偵訊過程觀之，林光輝既已積極否認有何收受賄賂之貪污犯行，更難認檢察官有何未給予偵查中自白之機會，此部分上訴意旨顯非依憑卷內證據資料指摘。

八、犯貪污治罪條例第4條至第6條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下者，減輕其刑，同條例第12條第1項定有明文。亦即必須所犯係同條例第4條至第6條之罪，而同時具備「情節輕微」暨「其所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下」二項要件者，始可依上述規定減輕其刑。而情節輕微與否，應依一般社會通念，審酌貪污舞弊之手段、型態、戕害吏治之程度及對社會秩序、風氣之影響等一切情節予以認定，並非所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下，當然可認為「情節輕微」；再刑法第59條之酌量減輕，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情（顯可憫恕），認為即使宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用，至情節輕微僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由。亦即貪污治罪條例第12條所定之「情節輕微」，係單純從法益侵害面觀察被害之程度，而刑法第59條所定之情堪憫恕，則需參酌最低法定刑度，本於罪刑相當原則，判斷行為人所受之刑罰是否超過其所應負擔罪責，致遭受過度之處罰，二者規範目的及要件並非一致。是以，於不符合貪污治罪條例第12條所定「情節輕微」要件時

，且於法律上已別無其他應減輕或得減輕其刑之事由，而認如宣告法定最低度之刑猶嫌過重者，自仍得審酌是否有刑法第59條之適用。原判決考量林光輝、林志優等身為警察人員，以及王國瑞為首謀主導；蔡宏富曾為警員，於離職後利用其人脈關係犯案，及客觀危害等情形，以其犯罪情節難認輕微，認為不合於貪污治罪條例第12條第1項、第2項所定「情節輕微」之要件；又衡量林光輝、林志優等之犯罪情節、惡性及犯後悛悔之態度，認林光輝縱科以上開最輕法定刑，林志優依貪污治罪條例第8條第2項前段減輕其刑後，科以減刑後之最輕法定刑，均仍屬過重，經妥慎審酌上情，認其犯罪情狀在客觀上足以引起一般同情，顯可憫恕，均依刑法第59條規定酌減或遞減其刑，以求量刑之妥適平衡，依上開說明，仍屬原審採證認事、量刑之適法職權之行使，並無林光輝、林志優、蔡宏富等人上訴意旨所指之違法情形。

九、刑之量定，屬法院得依職權自由裁量之事項，苟於量刑時，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，在法定刑度之內予以裁量，又未濫用其職權，即不得遽指為違法。原判決審酌王國瑞、高則芳本案犯罪情節，及考量其犯罪之動機、目的、手段、涉案程度、分工方式、參與次數、不法利得、所生損害，兼衡渠等教育程度、家庭生活及經濟狀況等一切情事，分別量處如附表三之刑。並審酌其每次犯罪方法、過程、態樣大致相同、不法罪責程度、犯後態度所呈現之人格特性、目前尚年輕、對其施以矯正之必要性等，予以綜合整體評價後，認各罪實質累加之刑期明顯過長而酌定其應執行刑（見原判決第52頁至第53頁）。已綜合各項量刑審酌事由而為整體評價，所處之刑既未逾法定刑度之範圍，亦無違比例、公平、罪刑相當原則等濫用裁量職權之情形，自屬事實審量刑職權之適法行使，不得任意指為違法。且本件上訴人等個別犯罪情節不同，自難比附援引。上訴意旨謂量刑過重、違反比例原則云云，係就原審量刑職權之合法行使，任憑己意漫指為違法，亦非適法上訴第三審之理由。

十、原判決就蔡宏富所犯附表三編號33、34、38部分，均已依中華民國96年罪犯減刑條例之規定，減輕其刑（見原判決第55頁），並無漏未審酌之情事，蔡宏富上訴指摘未減刑，顯非

依卷內資料指摘。

十一、原審就劉容任之犯罪所得之認定，係綜合王國瑞、劉全英及孫仲強之陳述，並考量劉容任與王國瑞並無特殊情誼，若非受金錢誘惑，寧有甘願受其驅使之理，而採取劉全英所為分配比例為中間人1成、劉容任（即理賠專員）取得2成之證述，不採劉容任全部犯罪所得僅90萬元之辯詞，而依各該理賠金額2成估算其每次犯罪所得之金額合計396萬元（見原判決第60頁至第61頁），要無判決理由不備、違背經驗法則可指。

十二、綜上，上訴意旨或置原判決已明白論斷之事項於不顧，猶執陳詞，仍為單純事實爭議，或就屬原審採證、認事職權之適法行使，任憑主觀而為指摘，或對於不影響於判決本旨之枝節事項，予以爭執，並非上訴第三審之合法理由。應認本件王國瑞、高則芳、林光輝、林志優、劉全英、劉容任部分，及蔡宏富附表三編號31、33、34、38部分之上訴均違背法律上之程式，予以駁回。上開重罪部分之上訴既不合法，則其間想像競合犯詐欺、行使業務登載不實文書等不得上訴第三審之輕罪部分，即無從併為實質上審判，亦皆應併從程序上予以駁回。又對於本案之判決提起上訴者，依刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定，其上訴效力固及於以上訴人違法行為存在為前提之第三人（參與人）相關沒收判決部分；但須其上訴係合法時，始有效力相及之可言。王國瑞之上訴既不合法，而應從程序上駁回，其上訴效力自不及於原判決關於無償取得王國瑞犯罪所得之第三人即參與人黃樸之沒收判決部分，故無須併列原審參與人為本判決之當事人，附此敘明。

十三、按刑事訴訟法第376條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。本件蔡宏富所犯附表三編號21部分，原審係撤銷第一審科刑判決，改判依修正前刑法第339條第1項論處詐欺取財罪刑，核屬刑事訴訟法第376條第4款之案件，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院。其猶提起上訴，並就此罪為指摘，自為法所不許，應予駁回。

十四、第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後十日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而

於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382 條第1項、第395條後段規定甚明。本件上訴人潘文誠不服原審判決，於108年6月10日提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院判決前仍未提出，依上開規定，其上訴自非合法，應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第395 條、第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 11 月 27 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官	呂	丹	玉
法官	何	菁	莪
法官	梁	宏	哲
法官	蔡	新	毅
法官	蔡	廣	昇

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 108 年 12 月 3 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3078 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 11 月 28 日

裁判案由：違反政府採購法等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第3078號

上訴人 陳天高

選任辯護人 唐嘉瑜律師

張秉正律師

上訴人 林伯政

選任辯護人 張秉正律師

蔣昕佑律師

上訴人 許進木

選任辯護人 林國泰律師

陳令軒律師

上訴人 藍灝紘

選任辯護人 趙元昊律師

上列上訴人等因違反政府採購法等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國107年9月27日第二審判決（106年度原上訴字第25號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署103年度偵字第3890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376條第1項各款所列之案件，第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪，並諭知有罪之判決者，被告得上訴於第三審法院，此為該條項所明定。上訴人陳天高、林伯政、許進木等3人均被訴涉犯民國103年6月18日修正前（下稱修正前）刑法第339條第1項之詐欺取財罪，雖屬刑事訴訟法第376條第1項第4款之案件，然原判決係撤銷第一審對前述3人關於該部分所為之無罪判決而改判有罪，依上開說明，渠等自均得上訴於第三審法院。次按刑事訴訟法第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、本件原判決撤銷第一審關於陳天高、林伯政（下稱陳、林 2 人）部分之科刑判決，改判依想像競合犯規定，論處陳、林 2 人共同犯修正前刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪刑（各處有期徒刑 6 月《得易科罰金》）；另撤銷第一審關於許進木、藍灝紘之無罪判決，改判論處許進木共同犯詐欺取財罪（累犯，處有期徒刑 1 年）、藍灝紘犯政府採購法第 88 條第 1 項前段之違法審查圖利罪刑（處有期徒刑 1 年 2 月），已詳敘其調查證據之結果及證據取舍並認定事實之理由；所為論斷，均有卷存證據資料可資覆按。

三、上訴人等之上訴意旨分述如下：

（一）陳、林 2 人之上訴意旨略以：

1. 原判決認本件以多功能再生混凝土（MRC，下稱 MRC）材料回填者均不合契約規定，然其所引用之花蓮縣政府（下稱縣府）建設處之鑽心開挖取樣結果及臺灣省土木技師公會鑑定（下稱系爭鑑定）結果，卻僅認部分不合格，有判決理由矛盾之違法。
2. 原判決對於陽明營造股份有限公司（下稱陽明公司）之分包商即元同源有限公司（下稱元同源公司）就系爭 MRC 現場拌合之契約規定是否知情，前後認定矛盾，並有不依證據認定之疑。且元同源公司作為分包商，即有依約施作義務，當無不知本件工項之可能；反之，陽明公司既非實際施作之廠商，僅負定作人給付報酬之義務，對元同源公司並無指揮之責。亦即，不論是陽明公司抑陳、林 2 人等均不能減少開銷或支出，而無偷工減料之動機。原判決既認元同源公司為分包商，又認陳、林 2 人以偷工減料施作 MRC，前後認定已有矛盾；原判決就陳、林 2 人有如何之動機或故意偷工減料並未說明，亦有判決理由不備之違法。且原判決認陳、林 2 人因本件工程得減少支出費用之認定，與坊間工程發包承攬作業程序不符，於經驗法則亦有違背。
3. 依約，MRC 可由混凝土預拌廠生產，亦可以工地機拌方式或人工拌合為之，且無須先經同意；如以「現場拌合」，所需拌合料之配比亦無明確規範；負責監造之藍灝紘知悉元同源公司之 MRC 有「現場拌合」之事實，卻未提出或主張如此施

作有偷工減料之具體事實，陳、林2 人所為既經藍灝紘之允許或同意，實難想像係施用詐術。

4. MRC 回填工程款，僅約新臺幣（下同）54萬餘元，占「民政一標工程」（下稱系爭工程）之一小部，陳、林2 人縱未依約施作，僅屬債務不履行；縣府針對MRC 工程已要求陽明公司重做，許進木亦已遵照辦理；合計重做之支出、縣府之減價驗收及6 倍之罰款，陽明公司已毫無所得，縣府亦未受有損害，而不應該當刑法之詐欺取財罪。原判決未調查材料及工資成本進而扣除，逕以單價分析表計算詐欺所得，即有調查職責未盡之違法。原判決認陳、林2 人等及許進木利用不知情之元同源公司遂行犯罪，但就是否成立間接正犯漏未敘明，亦屬理由不備。
5. 陳天高另稱：(1)原判決就陳天高對元同源公司有如何之指示，以及元同源公司施作後反映塌陷曾經通知但陳、林2 人仍指示續做等節，均未敘明其依據及理由。且試體之拌料比例，係元同源公司施作，陳天高不知，第1 次試體試驗時亦未在场。況陳天高僅參與內部會議，作低度參與及監督、並無到場義務，其係依經驗指示每立方公尺拌合1.5包50 公斤之水泥，至於實際結果則無從知悉。原判決就此攸關犯罪成立與否之事項未調查釐清，亦未詳予說明，自有調查未盡及理由欠備之違法。(2)依約，本件之重點在MRC 之抗壓強度，與配比及化學摻料之摻加無直接相關。(3)縣府與承攬系爭工程之興達營造有限公司（下稱興達公司）間之契約文件，亦為元同源公司承包契約之一部，元同源公司應不待陽明公司之指揮，為符合契約品質之施作；且陳天高係工程後段才參與，客觀上不可能指示；材料之減省亦不影響陽明公司給付之義務，陳、林2人自無詐欺之動機。(4)關於偽造MRC之試驗報告，原判決就陳天高有如何之事前參與謀議、共犯間如何謀議或分工，以及陳天高就後續犯行之實現具備如何不可獲缺之重要性及支配力等，均未積極證明。況行使偽造業務文書既係詐欺取財計畫之不可或缺部分，陳天高既未參與，即無從對詐欺取財有知悉或預見。
6. 林伯政另稱：(1)許進木及陳、林2 人就MRC 工程之工、料均已寬估予元同源公司，渠等斷無為了減省小額化學摻料及運送費用，而有不法意圖，原判決此部分之論斷有悖經驗法則

；就陳、林2 人於行為之初即有該意圖，亦未調查釐清，同有應調查證據漏未調查之違法。(2)系爭工程契約對MRC 拌合所需相關化學摻料之比例，並無規範，僅得憑廠商之經驗及專業；有無添加必要亦應視現場土壤性質決定。亦即，單以未添加、未報准，尚無從認定有添加之必要；更不能以陽明公司違反須經報請同意之契約從義務，遽認陳、林2 人有不法所有意圖。(3)法人不可能因詐欺行為而陷於錯誤，原判決卻誤認縣府陷於錯誤。(4)原判決認藍灝紘知悉許進木及陳、林2人指示施作MRC之方式未符契約規範，則藍灝紘即無陷於錯誤情形。乃原判決又謂許進木及陳、林2 人向藍灝紘任職之京揚工程科技股份有限公司（本院按：係受縣府委託提供設計、監造等服務之公司，下稱京揚公司）施用詐術，致京揚公司陷於錯誤，即有事實與理由矛盾之違法。且藍灝紘有實質審查之義務，其知悉上情仍予簽認，則縣府是否陷於錯誤即繫於藍灝紘之簽認，陳、林2 人縱有施詐，與縣府之陷於錯誤間即無因果關係。

(二)許進木上訴意旨略以：

1. 系爭工程契約為私契約，原判決誤為行政契約，並誤認系爭鑑定為行政調查之手段，又未敘明屬行政調查之法律依據，逕認為有證據能力，於法有違。且系爭鑑定另有如下情形，應認不具證據能力：(1)非基於檢察官或法院之依法囑託，至多僅能作為彈劾證據；(2)鑑定人不具經驗及專業能力；(3)本件不適合以鑽心方式檢驗，且鑽心取樣時未明載其過程及相關數據；鑑定人更僅以目視方式檢視，未進一步送實驗室以科學方式檢驗，不備信度及效度；(4)MRC 之生產方式及拌合配料之配比成份，均非MRC 品質之判斷依據；MRC 之施作，其關鍵要求為是否符合契約要求之抗壓強度，而系爭鑑定卻明載「鑑定標的物強度無法由現場判定」，足見無法判斷MRC 之平均抗壓強度，而不具關連性；(5)非特信性文書，且原判決依刑事訴訟法第159 條之4 規定，認屬傳聞之例外，惟系爭鑑定屬科學證據，仍不因此而異其信度及效度之要求。
2. 本件共同被告及其辯護人於第一審及原審均曾就法務部廉政署（下稱廉政署）之筆錄質疑其可信性；縱無違法取證，然詢問時之客觀環境已妨礙陳述人之自由陳述。因此，黃同元雖已死亡，仍應就其供述之可信性詳為調查。乃原審僅以黃

同元於廉政署之陳述（下稱警詢陳述），係於一問一答之情形下所為，且無證據證明有何受外力干擾而有違法取證之處，客觀上有可信之特別情況，且為證明犯罪事實所必要，而認具證據能力云云，有理由不備之違法。

3. 系爭工程既已由陽明公司轉包予元同源公司承攬，MRC 回填工程部分即應由元同源公司依約施作。且依約，MRC 不以預拌廠生產者為限，得選擇在工地以機拌或人工拌合方式為之，亦毋需事先取得書面同意，有關配比更無明確規範要求；再對照藍灝紘亦知MRC 有現場拌合之事實而未陷於錯誤，其更未曾提出或主張如此施作係偷工減料等事實，即難想像許進木有何施詐行為。何況本件經縣府要求重做、減價、罰款後，縣府已無損失。
4. 許進木就系爭工程多以每月一次之會議控管工程進度，對其他工程細節鮮少過問，在未獲告知情形下，難以期待其知悉以1立方公尺原土拌合1包水泥所澆置成之試體成形效果不佳。且客觀上，以1立方公尺原土拌合1包水泥，已難謂不能達到契約要求之品質；另依陳、林2 人、葉映辰及洪仁祥之有利許進木之警詢陳述，更無從認定許進木主觀上明知以前揭比例拌合，工程將有瑕疵。原判決未援用陳天高等人之警詢陳述，作為彈劾黃同元、吳俊源陳述之證明力，有判決不備理由之違法。縱認以上開配比施作係偷工減料，若未偽造MRC 之試體試驗合格報告，仍不致使縣府陷於錯誤。亦即偽造MRC 之試體試驗報告與否，係詐欺罪成立之重要關鍵。原判決既未認許進木參與偽造MRC 之試驗報告，顯見其他共同被告偽造並行使試驗報告，已逾越許進木可預見之範圍。原判決就許進木犯罪有關之事項，俱未於理由中說明，即有判決不載理由之違誤。
5. MRC 回填，並非系爭工程之主要工項，施作金額僅占系爭工程總額之0.89%，許進木並無貪圖小利而冒犯重罪風險之必要，縱有違反施作程序，應屬債務不履行問題。原判決為許進木有罪之認定，有悖經驗法則及論理法則。
6. 本件挖除、重做及罰款之支出，均屬成本，原審未調查審酌，逕認陽明公司獲398 萬餘元之利益，有調查未明之違法。且陽明公司因此已毫無所得，自不該當詐欺罪之構成要件。
7. 原判決認陳、林2 人及許進木利用不知情之元同源公司遂行

犯罪，但是否成立間接正犯漏未敘明，判決理由未備。

(三)藍灝紘上訴意旨略以：

- 1.原審為藍灝紘有罪之認定，然所憑之依據是否達於通常一般之人均不致有所懷疑之程度，尚有疑問，不無違背法令之疑義。
- 2.原審107 年7 月12日審判記載參與審判之法官為王紋瑩、李水源及李佩瑜，此與本件判決所載參與判決之法官王紋瑩、邱志平及李佩瑜，並不相同。
- 3.原判決有關犯罪事實之時間、地點，如藍灝紘係於何時、何地以京揚公司名義發文，以及字號為何等，均未予記載，判決理由同未明確為相應之記載，於法有違。

四、惟查：

(一)陳、林2人詐欺取財上訴部分

- 1.本件原判決係認陽明公司關於MRC 之施作，不合系爭工程契約及施工規範要求；至於縣府建設處之鑽心開挖取樣及系爭鑑定結果，並非全部不合格，則為原判決所為前開認定之論據之一，此與法律規定判決理由矛盾之違法情形，顯然不同。上訴意旨三(一)1. 之指摘，應有誤會。
- 2.元同源公司係陽明公司之分包商，雙方簽有契約，元同源公司應依約負責施作系爭MRC 回填工程，並無疑義。然原判決係以元同源公司總經理黃同元證稱：簽約時有問許進木 MRC 怎麼做，許進木說以水泥加原土自拌就可以，契約並沒有要求辦理過篩，元同源公司沒有過篩機具，且過篩耗費人工及時間；許進木說1 立方公尺現場挖起來的原土，加50公斤的水泥攪拌，後來也沒有變更合約或價格，許進木也沒有叫我們拌合時要加早強劑、粗細骨材，我們小包也沒有這個設備；元同源公司之工地主任吳俊源證稱：許進木當時說1 立方公尺現場挖起來的土，加50公斤的水泥攪拌，簽約時有問許進木MRC 怎麼做，許進木說以水泥加原土自拌就可以，粗細骨材是要篩選，早強劑是要拌合機去拌的，我們在合約單價都沒有提到這些材料的錢，且如果人工去拌這些料，不如叫混凝土出料，人工根本不可能拌得均勻，許進木沒有叫我們拌這些；元同源公司與陽明公司的約定就是1 立方公尺的原土拌50公斤水泥，沒有添加其他東西，沒有過篩，只有用挖土機粗篩各等語，而認陳、林2 人、許進木指示元同源公司

將所開挖之土石方，僅用怪手挖斗初篩，再以每1 立方公尺添加50公斤水泥之比例，以人工方式拌合後充作MRC 材料回填（見原判決第14、15頁），並謂：陽明公司與元同源公司簽訂之契約是否為統包，與系爭工程有無偷工減料實無關連，況且許進木指示元同源公司施作MRC 之方式，與系爭工程之施工規範迥然不同，二者之計價方法自有差異，不能以統包與否，持以認定本案是否為偷工減料等情（見原判決第16頁）。可見原判決認定元同源公司係依雙方之契約並依陽明公司之指示施作，並無矛盾或不依證據認定事實情形。至於縣府發包之系爭工程之契約，亦為陽明與元同源公司契約之附件，元同源公司是否知悉附件契約之內容或略而不做，係其是否履約問題；該公司實際施作後發見路面下陷是否回報予陽明公司，以及陽明公司於訂約時有關MRC 工、料之計價是否寬估予元同源公司等；均不影響於本案判決結果。且依前述黃同元及吳俊源之證述，可知元同源公司之施作方式較為簡省，並係以雙方之契約及證人所述之方式計價，難認陽明公司無偷工減料之動機，或原判決關於此部分之認定，有何陳、林2人所指之違背經驗法則情形。陳、林2人前述三(一)2.及6.(1)之上訴意旨，自非合法之上訴理由。三(一)3.之上訴意旨，則未就原判決有如何違法情形為具體指摘，而僅單純為事實有無之爭執，同非適法之上訴理由。

3. 有關本案共犯為陽明公司詐得之利益，原判決係以MRC 累計施作數量為6889.2立方公尺，其中之546 立方公尺係以購得之預拌混凝土施作，其餘之6343.2立方公尺與契約規定不合，應拆除重做，不應估驗計價，乃以單價分析表所列每立方公尺629 元計算，合計詐得398 萬9872元之不法利益，已敘明其依據及理由（見原判決第6、20 頁）。亦即原判決認本案之MRC 工程不合契約規定，且比例頗高（詳後述），為合於契約規定應拆除重做，並以拆除重做所應支出作為計算基準，而與陽明公司或元同源公司支出之成本、費用若干無關，自無應予扣除之問題；且此部分工程因偷工減料而重做、被減價及罰款後，陽明公司是否已無所得，亦與詐欺行為之成立無關。上訴意旨三(一)6.(3)之上訴，係就已經原判決論斷、說明之事項，再為爭執。至於原判決認陳、林2 人及其他共犯利用不知情之元同源公司遂行犯罪，卻未論以間接正犯

部分，固有微疵，然並不影響於判決之結果，亦與判決違背法令之違法情形不同。上訴意旨三(一)4.部分之指摘難謂係合法之上訴理由。

4. 原判決就MRC 之施作及其方式，陳天高或林伯政曾對元同源公司有所指示，已如前述；而其指示之方法違反系爭工程契約之施工規範、係偷工減料，多數不合契約要求之品質，經元同源公司反應後，仍要求續做，而認陳、林2 人及許進木就本案之詐欺犯行有共同犯意，已詳敘其所憑依據及認定之理由（見原判決第13至20頁），前述三(一)5.上訴意旨，陳天高係就已經原判決論斷、說明之事項，或僅就如何指示、是否到場、是工程之後階段才參與、可否監督元同源等細節事項，再事爭執，均難認與合法之上訴理由相合。
5. 以MRC 材料回填施工時，MRC 可為預拌混凝土、工地機拌或人工拌合為之；如利用工地開挖之土石做為MRC 者，須合契約規定，且應依工地開挖土方性質試拌後彈性調整所需拌合料配比成分，報請京揚公司及縣府同意方得施作；本件係利用工地開挖之土石做MRC ，但陽明公司並未報請同意等事實，已經原判決認定明確（見原判決第3、12至14 頁），且有施工規範可按（見非供述證據卷(一)第22頁）。況陽明公司與元同源公司間之契約，以及陳、林2 人對元同源公司指示施作之方式，均與施工規範不合，且事先未得同意，事後鑑驗結果亦不合約定（詳後述），陳、林2 人更積極登載不實事項於文書上，意圖矇混，實難認無不法之意圖。前述三(一)6.(2)林伯政上訴意旨，亦係就已經原判決論述之事項再為爭執，非屬合法之上訴理由。
6. 原判決事實記載：陽明公司指示元同源公司以不合契約方式施作MRC 回填，為掩飾上情，並使試體能檢驗合格，竟以不合契約方式澆置試體，並登載不實事項於「混凝土試體試驗委託單」上，待獲得合格之試驗報告後，即依規定程序報請縣府估驗，致縣府不知情之承辦人楊定庠陷於錯誤等語（見原判決第4至6頁）。並無有關法人（縣府）因詐欺行為而陷於錯誤之相關記載。其次，原判決認藍灝紘為受機關委託提供採購審查、監造之人員，明知陽明公司指示元同源公司利用工地開挖之土石方做為MRC 材料，卻未依約先報請京揚公司及縣府同意，係違約逕自施作；且依約應取樣67組試體進

行檢驗，陽明公司僅製作10組試體試驗，與契約規定不合，應拆除重作、不符估驗計價，但藍灝紘卻未為之，反而以京揚公司名義發文「審核無誤」等內容，陳報予縣府，而為不實之審查等情（見原判決第6頁）。亦即僅認定藍灝紘知悉元同源公司係以前開方式施作MRC材料但未依約先獲同意，且送驗之試體數量不合，並未認定藍灝紘知悉元同源公司利用工地開挖之土石方所做之MRC材料不合品質規定，亦未認定京揚公司陷於錯誤。林伯政以原判決之認定前後矛盾，並以本件已因藍灝紘之審查而中斷因果關係云云，顯未依卷存資料為具體指摘，而非適法之上訴理由。

(二)許進木上訴部分

1.有關係爭鑑定之證據能力：

按行政程序法第36條規定，行政機關應依職權調查證據；同法第41條並規定行政機關得選定適當之人為鑑定。系爭鑑定係因縣府相關單位會同興達公司及京揚公司等人員，自102年9月11日至同年10月1日，前後9日，就系爭工程，在相關地點，實施現地鑽心檢驗，結果顯示MRC鑽心試體多數無法呈現柱體型或厚度明顯不符契約規範情形，惟因興達公司對上開抽查結果之公信力存有疑慮，縣府乃於102年10月21日委託臺灣省土木技師公會鑑定，此有廉政署偵查報告（102年度他字第978號卷第1至4頁）、相關稽核紀錄、簽到表、照片及系爭鑑定報告可按（見非供述證據卷(一)第35至191頁）。亦即縣府前述之稽核檢驗，以及委託鑑定，均係本於職權，依法行政，於法並無不合。惟系爭鑑定因非由檢察官或法院依刑事訴訟法第208條規定囑託做成，而屬被告以外之人於審判外之書面陳述，不能認係該法所定之證據方法。然系爭鑑定事涉公益且具時效，行政機關為及時取得現場且具價值之資料，委託適合之機關或人員鑑定，確有其必要。因此，若能擔保鑑定人之適格，鑑定方法及過程符合一般程序，並使實施鑑定之人到庭，賦予當事人就以上事項詰問之機會，經法院判明後，應認具有證據能力。經查，系爭鑑定已明確記載建築技術規則及臺灣省土木技師公會鑑定手冊為其鑑定依據之一，且實際實施鑑定之林鐵龍及林進銓，均係取得合格證照之土木技師，並已於系爭鑑定上簽名（見非供述證據卷(一)第163頁），嗣更經第一審法院傳喚到庭，於具結

後，以證人身分，就受託鑑定之經過、鑑定方法是否適當，以及過往之鑑定經驗等相關事項，接受當事人詰問；有關合格與否之判別標準及鑑定結果之形成，亦經當事人詳予詰問（見第一審卷二第221頁以下），應認系爭鑑定具證據之適格，且屬已經法院合法調查之證據，而得作為事實認定之資料。林鐵龍及林進銓雖前無污水下水道工程及MRC工程之鑑定經驗，且系爭鑑定經開挖後僅以目視鑑別，並未送實驗室（見同上卷第222頁反面、第226、227、233頁），許進木據此質疑系爭鑑定之信度及效度。然依上二證人之陳述，可知本件MRC之強度不在本次鑑定之範圍，其是否合格，為開挖出來後測量其厚度並以目視判別是否含水泥成份並結塊，若未結塊即不合格，並稱：MRC的精神是拿原來開挖之土壤在現地或回一般工廠拌合，做成強度混凝土，只要有強度一定會結塊、有結塊才有強度，若只看到水泥，用強度來壓也不會達到20，起碼要符合每平方公分20至70公斤的強度，沒有結塊就不符合25至75的強度，我們要判斷很簡單，幾乎是從零開始，沒有結塊就不對，若沒有強度，只看到水泥就像一盤散沙；取現場原土做拌合，會影響到材料品質，上下會差很多，因為不是工廠裡面製造，不用骨材，是用一般的混凝土去做，是混到現場之原土，所以要做到25至70之間，真的不好做，強度不好控制；最貴的是送回預拌混凝土廠；以目視判別，有跟現場余春琳（本院按：係興達公司人員一見非供述證據卷(一)第187頁鑑定會勘紀錄）技師說明各等語（見同上卷第226、227頁、第234至236頁）（本院按：依施工規範，28天齡期之平均抗壓強度為每平方公分大於25公斤，小於70公斤一見非供述證據卷(一)第22頁）。可知MRC之材料是否合格，其鑑定及判斷之方法均非繁難，證人既具土木技師資格，對MRC之精神及合格與否之判準均已詳細說明，且告知在場之廠商，不應認渠等前無此方面之鑑定經驗，即認不具鑑定之專業資格。此由前述稽核紀錄所載之稽核結果，記載MRC之厚度及沒有成型、未成柱狀、沒有MRC等，亦可印證。甚且早在前述稽核、鑑定前，即101年12月6日之查驗，已明確記載其缺失為：人孔周邊多功能再生混凝土回填不足，違反合約規定，應全面挖除重做；其預防措施則記載為：現今回填用之多功能再生混凝土，已全部由混凝土預拌廠出料

，不再由工班自行拌合各等語，其上並有陳天高之簽名（見非供述證據卷(二)第359 頁缺失改善通知單）。原判決就系爭鑑定說明其得為證據之理由，依上述之說明，於法並無不合，許進木就已經原判決論斷之事項，再為爭執，自非合法之上訴理由。又原判決並未認系爭鑑定係刑事訴訟法第159 條之4 規定之特信性文書，許進木關於此部分之指摘亦有誤會，併予敘明。

2. 黃同元警詢筆錄之證據能力：按被告以外之人於審判中死亡者，其於司法警察官調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第159 條之3 第1 款定有明文。查黃同元於廉政署詢問時之審判外陳述，原判決已敘明：黃同元嗣於105 年8 月7 日死亡，核其陳述，係於一問一答之情形下所為，且無受外力干擾而有違法取證之處，客觀上有可信之特別情況，且為證明犯罪事實所必要，得為證據等語（見原判決第7、8 頁）。觀諸黃同元之筆錄，確為一問一答，對各項詢問回答自然、詳細，且約每隔1 小時即休息一次，迨其後檢察官訊問時，並未爭執其警詢所述曾受不當之外力干涉（見供述證據卷(二)第207頁以下、103年度偵字第3890號卷第171 頁以下），加以黃同元是元同源公司之總經理，親自參與系爭工程之經過，所為之陳述與本案密切相關，自屬證明相關被告犯罪存否所必要。原判決關於此部分之說明，雖較簡略，然與判決不備理由之違法情形，仍屬有間，不能指為違法。許進木或其辯護人於原審並未質疑黃同元之警詢陳述之任意性，其於上訴本院後始為該等主張，於法亦有未合。
3. 系爭MRC 之回填，經縣府鑽心開挖取樣59處，初判發現多達48處品質不合格；再將前述初步判定結果合格處開挖2 處、不合格處開挖4 處，送臺灣省土木技師公會鑑定，鑑定結果有2處合格，4處不合格之事實，已經原判決敘明所憑之依據；有關藍灝紘所辯縣府及系爭鑑定以鑽心及開挖等鑑定方式有所錯誤云云，亦已說明不可採之理由（見原判決第16、17 頁）。而許進木知悉陽明公司與元同源公司簽訂契約中有關MRC 部分，並不符合系爭工程契約之施工規範；許進木及陳、林2人均知悉元同源公司受指示以上開方法施做MRC回填，多數均無法符合規定之品質；嗣元同源公司依雙方之契約（

每立方公尺原土拌合1包50 公斤水泥）及陽明公司人員之指示施作結果，發生下陷，曾向陽明公司反應，但包括許進木在內之陽明公司人員仍指示依原來方式繼續施作，以及許進木如何有主觀之詐欺犯意及客觀之詐欺行為等事實，均經原判決認定明確（見原判決第13至20頁）。至於陳、林2 人、葉映辰、洪仁祥等人，有關許進木就前述不合施工規範之MRC 知悉與否，以及如何監督等相關事項，有利於許進木之陳述，原判決雖未逐一指駁不可採之理由，然原判決係綜合陽明公司與元同源公司簽訂之契約，以及陳、林2 人、黃同源及吳俊源等人之陳述，而為前開認定，係本於證據取捨之職權行使，且已詳予說明其得心證之理由，自係當然摒除其餘證人所為有利於許進木之證言，原判決雖漏未說明，因不足以動搖原判決關於此部分犯罪事實之認定，於判決結果不生影響，而與判決不備理由之違法情形不合。許進木其餘上訴意旨，除與陳、林2 人上訴意旨重疊部分因已說明如前，不再贅述外；其他部分之指摘，或係對原審認事、採證之職權行使及證據證明力之判斷，依憑已見任意指摘，或僅單純為事實上之爭執，或就不影響於犯罪事實認定之枝節事項為爭辯，均與法律規定得上訴第三審之違法情形有別。

(三)藍灝紘上訴部分

- 1.有關本件合議庭之成員，原審107 年7 月12日審判筆錄及原判決，均記載為王紋瑩、邱志平、李佩瑜，此觀該筆錄及判決書即明（見原審卷二第111頁、第187頁反面）。藍灝紘上訴關於此部分之指摘與卷內資料不符，難謂係合法之上訴理由。
- 2.關於犯罪時、地，如非犯罪之構成要素，而與犯罪之同一性無關，判決書縱未詳細記載，因不影響於判決，即不能指為違法。原判決事實欄記載：藍灝紘意圖為陽明公司之不法利益，明知該公司指示元同源公司利用工地開挖之土石方做為MRC 材料，未先報請京揚公司及縣府同意，與規定不合；且民政一標自100 年11月1 日至101 年11月30日MRC 累計施作數量達6889.2立方公尺應取樣67組試體進行檢驗，陽明公司卻僅製作10組，與契約規定不合，應通知拆除重作、不得估驗計價，但藍灝紘卻未為之，反而以京揚公司名義發文「審核無誤」等內容，陳報予縣府，以此方式違背法令而為不實

之審查，致不知情之縣府相關公務員誤認上開已鋪設之 MRC 工程材料、施作品質合於契約規範而核發估驗款，使陽明公司詐得398 萬9872元之不法利益等語。對於系爭工程之採購，受託審查、監造之藍灝紘，意圖為陽明公司之不法利益，為違反法令之審查，因而使陽明公司獲利等政府採購法第88條第1 項規定之構成要件，已記載明確；且該等記載係延續許進木及陳、林2 人之前開詐欺甚至登載不實文書而來，依判決書事實欄之全篇文意，足以特定本件犯罪事實之內容，不致混淆，而影響同一性。因此，原判決事實欄就藍灝紘於何時、地發文京揚公司，文號為何等雖未記載，判決理由亦未敘明，仍不能指為違法。藍灝紘其餘上訴意旨並未依卷內資料具體指摘原判決有如何違法情形，亦非合法之上訴理由。

五、依上說明，陳、林2 人之詐欺取財部分，以及許進木、藍灝紘上訴部分，均不合法律上之程式，俱應予駁回。又陳、林2 人詐欺取財部分之上訴因違背法律上之程式應予駁回，則渠等想像競合所犯刑法第216條、215條行使業務登載不實文書部分，既經第一審及原審判決，均認有罪，即屬刑事訴訟法第376條第1項第1 款所定不得上訴第三審法院之案件。陳、林2 人就得上訴第三審之詐欺取財部分之上訴既不合法，應從程序上予以駁回，關於行使業務登載不實文書部分，自無從為實體上之審判，應一併駁回。

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 108 年 11 月 28 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 林 立 華

法官 謝 靜 恒

法官 楊 真 明

法官 李 麗 珠

法官 林 瑞 斌

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 11 月 28 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3204 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 11 月 07 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

108年度台上字第3204號

上訴人 張雅嵐

選任辯護人 林其鴻律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國107年11月16日第二審判決（107年度上訴字第155號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署104 年度偵緝字第182號）

，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

理 由

一本件原判決認定上訴人張雅嵐有其犯罪事實欄所載犯行，因而撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，改判論處上訴人共同販賣第二級毒品罪刑（主刑部分處有期徒刑），並為相關沒收、追徵之宣告，固非無見。

二惟查：

(一)按刑事審判基於憲法正當法律程序，對於犯罪事實之認定，採證據裁判原則，以嚴格證明法則為核心，亦即無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為認定犯罪事實之依據。而所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用所應具備之資格，如證言須經具結、自白須出於任意性等；所謂合法調查，係指法院依法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序。就證人而言，除有客觀上不能受詰問，或被告明示捨棄詰問，抑或性質上無行詰問必要性者外，於審判中，皆應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告適當且充足之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。是有證據能力，並經合法調查，乃嚴格證明之兩大支柱，缺一不可。又刑事訴訟法於民國92年修正時，除引進傳聞法則，就人證之調查亦改採英美法系之交互詰問制度，以期透過詰問程序之運作，辯明供述證據之真偽，使真實呈現。而主詰問係以引出積極性證據之陳述為其目的之詰問，反詰問則係在彈劾證人陳述之憑信性（即予爭執，打擊以減少其證明力），並引出主詰問所未揭露或被隱瞞之另一部分事實。是交互詰問被譽為法律史上

發現真實最偉大之法律器具，其所指者即為反詰問。惟立法者基於保護特定關係或利益，於刑事訴訟法規定特定業務、身分或利害關係之人，得拒絕證言（參該法第179條、第180條第1項、第181條及第182條），而肯認證人之拒絕證言權，以保護其權利。然拒絕證言權利並非不可拋棄，倘證人於審判中經法院告知得拒絕證言之權利後，猶決意為證述，於交互詰問中，若准其於主詰問陳述完畢後，輪到另一造反詰問時主張拒絕證言，將無法達到交互詰問之目的。為發現真實，並保障被告之反對詰問權，刑事訴訟法第181條之1規定：「被告以外之人於反詰問時，就主詰問所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。」明定證人此時不得拒絕證言，以免造成無效之反詰問。從而證人於偵查中經檢察官告知得拒絕證言之權利後，如仍決意證述，並為不利於被告之陳述，且被告及其辯護人在偵查中未曾有詰問該證人之機會。而檢察官起訴並援引該不利於被告之陳述，作為證明被告犯罪事實之證據時，倘被告於審判中否認犯罪，復未捨棄詰問權，參諸前述說明，如無客觀上不能受詰問之情形存在，自應踐行詰問程序。且該證人偵查中所為不利被告之陳述，乃係證明被告犯罪之積極證據，相當於交互詰問程序中，行主詰問者已達其欲透過證人之陳述，引出取信於法院之目的，性質上與刑事訴訟法第181條之1規定「主詰問中所陳述有關被告本人之事項」無異。此時若准許該證人於審判中行使拒絕證言權，將使被告無彈劾該證人供述之憑信性，及引出其於偵查證述中所未揭露或被隱瞞之另一部分事實之機會，自侵害被告受憲法保障之詰問權，且使法院所接收者，均為對被告不利之部分，而對被告可能有利部分，則因證人拒絕證言而無法知悉，非但程序上對被告極不公平，且自發現真實之角度，證人的信用性及陳述之真實性均無法獲得測試擔保。就此情形，應類推適用刑事訴訟法第181條之1規定之法理，證人不得行使拒絕證言權。如審判長未查，許可拒絕證言，自有害於被告之司法人權及真實之發現，難謂無調查職責未盡之違法。

- (二)卷查證人江麗秋係上訴人父親之前配偶，且非受上訴人監督、扶助、照護之人；其於本案偵查中經檢察官告知得拒絕作證後，仍決意證述，檢察官起訴亦以其證述為不利上訴人之證據；而上訴人於第一審，即否認犯行，並主張江麗秋於偵查中陳述

，未經交互詰問，妨害其防禦權等旨；而江麗秋於第一審到庭作證，陳稱上訴人為其前夫之女時，第一審審判長即諭知江麗秋與上訴人曾為直系姻親（按係一親等姻親），得拒絕作證，並於江麗秋表示不願意作證，即許可其拒絕證言，未予上訴人詰問之機會（見第一審訴緝卷第168 頁反面）。依前開說明，自屬調查證據之處分違法；上訴人於原審時，仍否認犯行，且於答辯狀主張江麗秋於第一審拒絕證言，無異使上訴人喪失對質詰問權，其辯護人於原審審理期日再重申辯護意旨如歷次書狀所載等旨（見原審卷第73 、122頁反面）。顯見上訴人並未捨棄詰問權且就第一審未予其行使詰問權提出異議。原審未糾正第一審前開訴訟程序之違誤，重為調查證據，亦即未踐行對江麗秋以人證之調查程序，其訴訟程序之進行自有違誤。而原判決所以認定上訴人有販賣第二級毒品之事實，無非係採用江麗秋於偵查中之證言，作為上訴人共同販賣第二級毒品之主要證據。然該等證言既非在法官面前作成，且亦未經踐行刑事訴訟法第166條、第184條所規定之交互詰問及對質等訊問證人之程序，上訴人復迭次要求詰問該證人，則依前述說明，江麗秋偵查中不利上訴人之供述，不得逕採為不利上訴人之證據，乃原判決加以採納，自有適用法則不當之違法。上訴意旨執此指摘原判決違背法令，為有理由，且因原判決上述違背法令影響於事實之確定，本院無從據以自為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 11 月 7 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 徐 昌 錦

法官 蔡 國 在

法官 林 恆 吉

法官 林 海 祥

法官 江 翠 萍

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 11 月 15 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3388 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 11 月 07 日

裁判案由：妨害性自主

最高法院刑事判決

108年度台上字第3388號

上訴人 陳育琮

選任辯護人 周振宇律師

上列上訴人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年11月28日第二審判決（106年度侵上訴字第68號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署104年度偵字第29341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。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人陳育琮有其事實欄所載於民國000年0月00日，在高雄市○○區○○○街000號2樓之1居處，對未滿12歲A男（00年0月出生，真實姓名詳卷）為強制性交暨猥褻之犯行，因而維持第一審論上訴人以對未滿14歲之男子犯強制性交罪，處有期徒刑8年之判決，而駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人所辯為何不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴人上訴意旨略以：A男關於上訴人在上述居處浴室與其一起洗澡時，是否要求A男為其撫摸生殖器至射精之指述前後不一，而現代國小學童得以接觸性事之管道繁多，無需親身經歷仍可陳述無礙。原判決以A男就其與上訴人在前揭居處發生2人互相撫摸下體及上訴人強令其口交暨射精等情能為具體之描述，遽認A男所為不利於上訴人之指訴，應係其

親歷之真實事件，並非出於虛構，而採為上訴人犯罪之證據，殊有不當。又證人陳○○（即A男補習班同學）及A女（即A男母親，姓名詳卷）所證A男遭上訴人強制性交暨猥褻之情節，均出自A男之告知，其等證言與A男之指訴本身無異，尚難作為本案之補強證據。再者，原判決以A女證述A男至上訴人居處補習時並無手機，認為A男於案發當時無法對外求援，然此與證人陳○○證述曾在補習班看過A男拿手機之情相左，且A女證稱A男品行不錯，未曾為逃避上課而說謊或誣陷他人等語，亦與A男之學籍紀錄表顯示其曾有偷竊且謊稱係他人所為之登載情節不符，足見A女袒護A男而為不實證述，且A男既曾捏造事實誣攀他人，故其2人所為不利上訴人指訴之可信性堪虞，均不足以作為上訴人犯罪之憑據，乃原判決以偷竊與妨害性自主之性質不同，排除A男構陷上訴人之可能性，且未詳查有無適法之補強證據，遽採A男、A女及陳○○之陳述，作為上訴人犯罪之證據，殊有可議。又A男經專業機構為精神鑑定結果，並無創傷後壓力症候群，原判決竟認A男非無創傷，僅係未達創傷壓力症候群之程度而已，遽認上述精神鑑定結果不足以採為上訴人有利之認定，亦有違誤。再A男於警詢時僅空泛描述上訴人生殖器略為：旁邊有毛，長長粗粗的，大約原子筆的長度，其他特徵伊未注意看云云。然上訴人生殖器有痣，屬一望即知之顯著特徵，A男未能指出上訴人生殖器上開特徵，則其關於遭上訴人強迫口含上訴人陰莖之指訴，是否可信，即有可疑，原判決就上訴人上開有利之辯解，未加以審酌及說明何以不足採信之理由，亦有未洽云云。

三、惟查：

- (一)、證據之證明力，依刑事訴訟法第155 條第1 項規定，委諸事實審法院本於確信自由判斷。同一證人前後矛盾或未盡一致之證言，本許由事實審法院於究明原因後，採取其與基本事實相符而無礙真實性之一部據以裁判，關於斟酌證據證明力之論斷心證，苟無違經驗及論理法則，即不容當事人任意指摘而執為第三審上訴之適法理由。原判決說明略以：(1)、A男關於係在上訴人居處浴室內或浴室外遭強制口交（即A男口含上訴人陰莖，或上訴人口含A男陰莖）？係於初次洗澡或再次返回浴室時，遭上訴人強制其為上訴人「打手槍」（

指以手撫摸或揉搓男性生殖器之動作）？上訴人係於對A男性侵害前或後教導A男課業等關於犯罪過程細節之證述雖略有歧異，惟其就本件案發當時，上訴人向A男恫稱：若不從其性侵害之要求，即自行走路返家等語，致A男心生畏懼，被迫為上訴人擦洗下體，或任由上訴人對其撫摸屁股或彼此口交，以及為上訴人「打手槍」直至上訴人射精。且於A男為上訴人口交時，A男屢因口中異味以致中斷過程而漱口並喝飲料等主要情節之證述均屬一致，因認A男若非親歷其事，應無從為如此具體詳細之描述。復審酌A男於案發當時尚未滿12歲，並無手機得對外聯絡求援，遽遭上訴人性侵害，其過程歷時不長，而所指浴室實係上訴人居住套房內之附屬空間，上訴人對A男實行強制性交暨猥褻之各項舉動，依A男當時處於驚惶無措之狀態下，事後回想時難免會有時序及場景之混淆、交錯與反覆之情形，且隨時間久隔以致淡忘受害細節而僅存片段記憶，尚不違情理，自難執此即認其所為不利上訴人之指訴全係出於虛構（見原判決第13頁末起第7行至第14頁第20行）。(2)、參酌A女所觀察A男個性愛慕虛榮之證言，以及A男就讀之國小學籍紀錄表內容，佐以A男之心理輔導評估指出：A男之所以出現偷竊與說謊行為，肇因於其物質慾望高，欠缺金錢使用概念，且家長之管教態度不一致，親子互動關係較多情緒對話及衝突，A男缺乏能滿足物質慾望之合宜管道，故有不當取物之行為等情，因認A男係為掩飾偷竊情事被發覺始出現說謊、搪塞而指稱係他人所為之偏差行為，此與妨害性自主之本案性質不同，且A男迄未要求上訴人為若何之損害賠償，尚難以A男有上述之品性瑕疵，遽認其所為不利於上訴人之指訴全屬虛構而不足採信（見原判決第20頁末起第5行至第22頁第6行）。(3)、A男經○○醫療財團法人○○○○紀念醫院精神鑑定結果略以：A男創傷量表整體分數顯示雖未達顯著創傷程度，然考量A男於接受評估時自陳：事件發生後很不舒服，不想回憶，一回到想到事件會覺得不舒服，以不去想之迴避方式因應，但覺得很困擾，不想加入相關話題之談論等情，有該院精神鑑定報告可稽，據而推認A男精神並非毫無創傷，且性侵害被害人縱無創傷壓力症候群之相關癥狀，亦不能遽謂其未曾遭受性侵害（見原判決第22頁第7至21行）。(4)、勾稽A男所

為不利於上訴人之指訴，亦與陳○○及A女之證言相符（詳下述），可見A男所為不利於上訴人之指訴為可信，上訴人否認犯罪所持之辯解，無非卸責之詞，均無足採信。原判決據以認定上訴人有本件被訴對A男強制性交暨猥褻之犯行，已於理由內論敘說明甚詳，核其上揭論斷，尚無違經驗及論理法則。

- (二)、按透過「被害人陳述」以外之證據，得證明被害人聲稱被害事件時之言行舉止、情緒表現、心理狀態或處理反應等情景者（間接事實），係獨立於（即不同於）被害陳述之證據方法暨資料，屬具補強證據適格之情況證據，可藉其與待證事實有蓋然性之常態關聯，資為被害人遭遇（直接事實）致生影響之推理素材，此並非傳聞自被害陳述之重複或累積，當容許由法院透過調查程序，勾稽被害陳述相互印證，進而產生事實認定之心證。原判決認定上訴人有本件被訴強制性交暨猥褻犯行，除依A男所為不利於上訴人之指訴外，並引據陳○○及A女之證言相互參照為憑：①關於採用陳○○之證言部分，係其目睹A男陳述遭上訴人要求舔上訴人下體時，其神色表情覺得有點噁心等語，復證述其所見A男與上訴人相處互動情形略為：A男有一點點怕上訴人，就遠離上訴人之類的云云（見原判決第15頁第10至11行、第19至23行）。②關於採用A女之證言部分，係A女親歷A男主動對其提出：精液在嘴裡會不會怎麼樣，嘴巴裡會不會長什麼東西等疑問。A女復就A男至安親班上課態度之轉折情形證稱：本件案發前，A男如常地去上安親班，與上訴人相處融洽，並未反應不想去上課；本件案發後，才開始反應不想去安親班，且不想提到這件事（指被上訴人性侵害之事）等語（見原判決第17頁第9行、第14至15行，第18頁第21至24行）。陳○○及A女之上開證言，依前揭說明，係有別於A男指訴被害情節之獨立證據資料，得與A男被害指述相互印證補強，資為獲得認定事實確信心證之依據。上訴意旨謂A女與陳○○之證言均係與A男之被害陳述具同一或重複性質之累積性證據，不具有補強證據之適格，而據以指摘原判決採證不當，依上說明，要屬誤會，殊非適法之第三審上訴理由。
- (三)、上訴意旨固指稱A男於警詢時僅空泛描述上訴人生殖器之形貌，未能指出上訴人之生殖器有痣之顯著特徵，因認其指訴

遭上訴人性侵害之可信性堪虞云云。然A男於警詢時及第一審審理時既已證稱：案發當時伊並未注意看上訴人之生殖器有何特徵等語，此與其在案發當時處於驚懼慌亂之情境相契合，業據原判決調查說明如前，核與情理不悖。況且，揆諸卷附原審勘驗上訴人生殖器所拍攝之照片，上訴人所稱其生殖器上之痣點並不明顯（見原審卷第58頁），既非顯著特徵，上訴意旨就此之爭辯，要屬其片面之詞，原判決未一併就此加以指駁及說明，固稍欠周延，惟顯然於判決並無影響，亦不得據為第三審上訴之適法理由。

四、綜上，本件原判決認定上訴人有被訴強制性交（包括猥褻）之犯行，已詳述所憑之證據及論斷之理由，於法尚無不合。上訴意旨並非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決究有如何違背法令之情形，徒以泛詞否認犯罪，並對原審採證認事職權之適法行使，暨原判決已明確論斷說明之事項任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆諸首揭規定及說明，本件上訴為違背法律上之程式，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 108 年 11 月 7 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官	郭	毓	洲
法官	張	祺	祥
法官	沈	揚	仁
法官	林	靜	芬
法官	蔡	憲	德

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 108 年 11 月 11 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3596 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 11 月 27 日

裁判案由：違反組織犯罪防制條例等罪

最高法院刑事判決

108年度台上字第3596號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官陳惠珠

上訴人

（被告） 蔡嘉偉

選任辯護人 王炳人律師

羅閔逸律師

陳思成律師

上訴人

（被告） 黃巧昀

選任辯護人 古富祺律師

盧永盛律師

上訴人

即 被告 孟慶麟

蘇怡瑄

上訴人

即 參與人 閣運租車有限公司

代表人 張惠雯

代理人 陳思成律師

上列上訴人等因被告等違反組織犯罪防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108年8月27日第二審判決（108 年度上訴字第620號，追加起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署107年度偵字第2402、2523、2528、2795號，107年度偵緝字第140號、107年度軍少連偵字第2號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於諭知蔡嘉偉如其附表六編號2 中應沒收之物品欄所示之10輛汽車沒收部分，及孟慶麟違反組織犯罪防制條例及首次即民國106 年10月18日之加重詐欺取財未遂部分，暨蘇怡瑄違反組織犯罪防制條例及首次即106年11月9日之加重詐欺取財未遂部分，均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分（即蔡嘉偉如原判決附表〈下稱附表〉六編號

2 中應沒收之物品欄所示之10輛汽車〈下稱系爭車輛〉沒收部分，及孟慶麟違反組織犯罪防制條例及首次即106年10月18日之加重詐欺取財未遂部分，暨蘇怡瑄違反組織犯罪防制條例及首次即106年11月9日之加重詐欺取財未遂部分）：

一、本件原判決認定登記在上訴人即參與人閣運租車有限公司名下之系爭車輛（即車號000-0000號等10輛汽車），屬於上訴人（被告）蔡嘉偉發起、參與犯罪組織後取得，未能證明合法來源之財產；上訴人即被告孟慶麟有如原判決事實欄（下稱事實）二所載之招募他人加入犯罪組織（其參與犯罪組織之低度行為，應為招募他人加入犯罪組織之高度行為所吸收，不另論罪）及首次即106年10月18日之加重詐欺取財未遂；上訴人即被告蘇怡瑄有如事實一所載之參與犯罪組織及首次即106年11月9日之加重詐欺取財未遂之犯行。因而撤銷第一審之相關判決，改判諭知系爭車輛應依組織犯罪防制條例第7條第2項規定宣告沒收；暨依想像競合犯關係從一重分別論處孟慶麟、蘇怡瑄犯三人以上共同以電子通訊、網際網路之傳播工具對公眾散布而詐欺取財未遂，各1罪刑及沒收。固非無見。

二、惟查：

(一)沒收犯罪所得，本質上為國家對人民財產權的干預，對於未參與犯罪之第三人沒收犯罪所得，尤應合理兼顧交易安全及財產權益之信賴保護。刑法沒收修正後，既將沒收定位為獨立的法律效果，則檢察官對於被告起訴之效力，並不當然擴張及於第三人財產之沒收。是以，刑事訴訟法第455條之13第2、3項乃分別規定，檢察官於起訴時或審理中，認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載聲請沒收之旨，或於審理中向法院聲請沒收，並通知第三人，以便利第三人向法院聲請參與沒收程序及為訴訟準備。至於刑事訴訟法第455條之12第1、3項規定，主要在賦予財產可能被沒收之第三人參與刑事本案沒收程序之權限，確立其程序主體地位，以保障其權利。又刑事訴訟法第455條之13第3項所指檢察官於審理中「得以言詞或書面向法院聲請」，係指審理中檢察官聲請沒收第三人財產時，法院應注意有無依職權命該第三人參與沒收程序之必要，有必要者，應即命參與，觀之法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第181點即明，並非指「檢察官應聲請

法院依職權通知第三人參與沒收程序」，自不待言。

- (二)本件登記在閣運租車有限公司名下之系爭車輛（車籍資料詳見107 年度聲扣字第11號聲請扣押卷第119至122、126、136至138、140、141頁，即附表六編號2之000-0000號等10輛汽車，亦即附表五（六）編號1中2.之10輛汽車），經內政部警政署刑事警察局聲請第一審法院准予執行扣押後，閣運租車有限公司提起抗告，經原審以107年度抗字第831號裁定駁回抗告確定；嗣閣運租車有限公司又向原審法院聲請發還扣押系爭車輛，經原審以108 年度聲字第1006號裁定駁回聲請後，閣運租車有限公司提起抗告，亦經本院以108 年度台抗字第1337號裁定駁回抗告確定在案。本案檢察官於提起公訴時，於追加起訴書主張在閣運租車有限公司扣得之相關汽車（行車執照），聲請依組織犯罪防制條例第7 條規定就「本案組織犯罪成員參與後所取得之財產，無合理來源部分均依法予以沒收」（見原審卷一第74頁之追加起訴書第60、76頁），另公訴檢察官亦於第一審審理中提出補充理由書，主張蔡嘉偉所有登記在閣運租車有限公司名下之系爭車輛等，業經扣押在案，係得沒收之扣押物，因其性質本身即屬不便保管之物，為免扣留過久喪失毀損、減低價值，聲請法院依刑事訴訟法第141 條規定變價後提存其價金等補充意見等情（見第一審卷一第241至242頁）。上情如屬無誤，檢察官似已主張系爭車輛均屬蔡嘉偉發起、參與犯罪組織後取得之財產，且未能證明合法來源，聲請依組織犯罪防制條例第7條第2項規定宣告沒收，亦即檢察官已經聲請沒收登記在閣運租車有限公司名下之系爭車輛。從而第一審認有必要，依職權於107年10月30日以107年度重訴字第7 號裁定「閣運租車有限公司應參與本案沒收程序」（見第一審卷二第205至206頁），並踐行閣運租車有限公司參與沒收程序，經核於法並無不合。又檢察官就蔡嘉偉之罪刑提起第二審上訴時，仍援引組織犯罪防制條例第7 條規定為沒收之法律依據，聲明就「本案組織犯罪成員參與後所取得之財產，無合理來源部分均依法予以沒收」（見原審卷一第133頁），依刑事訴訟法第455條之27第1 項前段規定，其上訴之效力自及於相關之第一審諭知閣運租車有限公司名下之系爭車輛「不予沒收」部分之判決，且閣運租車有限公司於原審亦具狀聲請參與第三人沒收

程序及陳述意見暨聲請調查證據（見原審卷三第89至90、99至102、171至210 頁），從而，原審自應就系爭車輛之沒收與否，踐行本案檢察官之聲請沒收及閣運租車有限公司之第三人沒收程序，詳查究明系爭車輛之權利歸屬後為準駁之諭知。乃原審竟誤認檢察官並未聲請沒收系爭車輛，且誤認第一審依職權裁定開啟閣運租車有限公司之第三人沒收程序有受理訴訟不當之違法，即撤銷第一審關於諭知系爭車輛不予沒收部分之判決，改判認定系爭車輛均屬蔡嘉偉所有，逕依組織犯罪防制條例第7條第2項規定對蔡嘉偉諭知沒收，自有判決不適用法則及調查職責未盡之違法。

- (三)組織犯罪防制條例第7 條雖明定「犯第三條之罪者，其參加之組織所有之財產，除應發還被害人者外，應予沒收。犯第三條之罪者，對於參加組織後取得之財產，未能證明合法來源者，亦同。」惟上開條文係配合刑法沒收規定之修正，於105年7月5 日修正，而刑法關於犯罪行為人之犯罪所得沒收，已為一般性之規定，可見組織犯罪防制條例第7條第2項之規定，應係針對「參加組織後取得之財產」如何沒收之特別規定，仍以屬於犯該條例第3 條之罪之犯罪行為人所有之財產，始克當之。又借名登記，其登記名義人若僅單純出借名義，對登記之標的物或權利並無任何管理處分之實，其實際占有、管理之人仍為借用人，登記名義人既未管領而具有事實上之處分權限，並未實際取得支配，對成立借名登記之法律關係復不爭執，固得視為屬於借用人所有之財產而為沒收。但登記名義人倘因管領已具有事實上之處分權限，或對是否成立借名登記之法律關係有所爭執時，為合理兼顧交易安全及財產權益之信賴保護，仍應開啟第三人參與沒收之特別程序。閣運租車有限公司既對系爭車輛之實際所有權有所爭執，則系爭車輛實際上是否仍由蔡嘉偉管領使用，此攸關系爭車輛究應適用組織犯罪防制條例第7條第2項抑或刑法第三人沒收之規定，亦應調查釐清。閣運租車有限公司於108年9月27日對沒收之判決提起上訴，蔡嘉偉亦上訴表示不服原審誤認毋庸踐行閣運租車有限公司之第三人沒收程序，而未依刑事訴訟法第51條規定於判決書內記載閣運租車有限公司為參與人，亦未送達判決正本予閣運租車有限公司，仍不影響其以上訴人之身分，就被宣告沒收之扣案系爭車輛，提起合

法之第三審上訴，附此敘明。

(四)組織犯罪防制條例第3條第1 項後段之參與犯罪組織罪及第4 條第1 項之招募他人加入犯罪組織罪，兩罪之法定本刑雖同，惟性質與行為態樣不同。又犯罪組織招募對象不限於特定人，甚至利用網際網路等方式，吸收不特定人加入犯罪組織之情形，為防範犯罪組織坐大，無論是否為犯罪組織之成員，如有招募他人加入犯罪組織之行為，即有處罰之必要，以遏止招募行為。再者，有招募他人加入犯罪組織之行為即應處罰，不以他人實際上加入犯罪組織為必要。此觀106年4月19日修正增列，同年月21日生效施行之組織犯罪防制條例第4 條之立法理由即明。是參與犯罪組織與招募他人加入犯罪組織之行為，應視具體個案實際參與、招募之行為態樣及主觀故意，評價究係屬於吸收關係、想像競合關係或應分論併罰。本件原判決認定孟慶麟參與「小白詐欺集團」犯罪組織擔任翻譯等工作後，使「斯洛維尼亞機房」等得以對大陸地區人民實施電信詐欺，惟於106年8月間，因個人因素無法帶同「阿輝團」前往克羅埃西亞，竟招募藍啟隆加入「小白詐欺集團」擔任翻譯等情。依此認定，孟慶麟招募藍啟隆加入該犯罪組織，似為另行起意，原判決復未說明何以「參與犯罪組織」之行為係低度行為，而為「招募」之高度行為所吸收之理由與論據，遽認孟慶麟參與犯罪組織之低度行為，為招募他人加入犯罪組織之高度行為所吸收，不另論以參與犯罪組織罪，再就招募他人加入犯罪組織罪與首次即106 年10月18日之加重詐欺取財未遂罪，依想像競合犯之規定從一重處斷，有理由不備、矛盾之違法。此部分實情如何，攸關所犯罪名等法律適用，尚待調查釐清，原審未予究明，即行判決，亦有調查未盡之違失。

(五)組織犯罪防制條例所稱之參與犯罪組織，指加入犯罪組織成為組織之成員，而不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立，至其行為是否仍在繼續中，則以其有無持續參加組織活動或保持聯絡為斷。若組織成員在參與行為未發覺前自首，或長期未與組織保持聯絡亦未參加活動等事實，足以證明其確已脫離犯罪組織者，即不能認其尚在繼續參與（司法院釋字第556 號解釋文參照）。準此，參與犯罪組織罪，在性質上屬於行為繼續之繼續犯，殆無疑義。原判決於犯罪事實欄僅記

載蔡嘉偉於106年6月間起發起「小白詐欺集團」後，招募蘇怡瑄加入「小白詐欺集團金富貴團」（下稱金富貴團）擔任機房會計，蘇怡瑄於金富貴團「開桶前」（即106年11月9日開始實施電信詐欺前）依黃巧昀指導製作EXCEL 表格記帳，於「開桶後」依黃巧昀指導之格式，每日將該機房收入（即詐得之款項）及支出等項目記載在EXCEL 表格後上傳雲端等情（見原判決第2 頁最後一列、第3頁第9至10列、18至21列，第4 頁、第26至27頁），然檢察官係起訴蘇怡瑄在金富貴團擔任會計之角色，除負責核對該機房內業績、開銷等帳目外，並負責將營運機房所需資金以匯款或結匯外幣等方式，提供機房成員至國外從事電信詐欺（見追加起訴書第8 頁所載），並已提出蘇怡瑄之大額通貨查詢資料、中央銀行外匯局107年4月17日台央外捌字第1070015850號函及附件外匯資料各1份，用以證明蘇怡瑄於106年10月30日下午3 時38分許，有匯款新臺幣（下同）152 萬元予金富貴團機房會計葉蕙綺，及於106年11月1日下午3時10分許，有將200萬元換購之歐元，均提供予該機房作為營運資金之證據（見追加起訴書第39至40頁，證物見107年度偵字第2523號偵查卷第75頁、107年度偵字第2402號卷九第14至18頁）；原判決於理由欄內亦援引上開證據，作為認定蘇怡瑄參與犯罪組織所憑之證據（見原判決第18頁第23至26列）。則蘇怡瑄除負責金富貴團「開桶後」之記帳工作外，是否另負責「開桶前」匯款或以外幣結匯開桶費用等匯兌工作？又其加入該犯罪組織之日期為何？此涉及蘇怡瑄參與犯罪組織之時間長短，及其在犯罪組織之身分地位、角色分工、活動內容等應負參與犯罪組織罪責之範圍，以上攸關蘇怡瑄參與犯罪組織情節輕重之法律適用，仍待調查釐清。原審未就卷內既存之證據資料調查明白，並載明其論斷之依據，即有調查職責未盡及理由欠備、矛盾之違法。

- 三、以上或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應將原判決關於此部分撤銷，發回原審法院更為判決，期臻適法。
- 貳、上訴駁回部分（即黃巧昀部分、蔡嘉偉除系爭車輛沒收以外部分、孟慶麟違反組織犯罪防制條例及首次即106 年10月18日之加重詐欺取財未遂以外部分、蘇怡瑄違反組織犯罪防制

條例及首次即106年11月9日之加重詐欺取財未遂以外部分）：

- 一、刑法沒收新制刪除第34條沒收為從刑之規定，將沒收重新定性為「刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）」。因而在訴訟程序，沒收得與罪刑區分，非從屬於主刑，本於沒收之獨立性，如僅沒收判決有誤，自得就罪刑部分駁回上訴，沒收部分為撤銷之判決，合予敘明。
- 二、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。
- 三、原判決撤銷第一審之相關科刑判決，改判論處蔡嘉偉犯如附表一編號1所示發起犯罪組織1罪刑及強制工作暨系爭車輛以外之沒收、犯三人以上共同以電子通訊、網際網路之傳播工具對公眾散布而詐欺取財既遂共25罪刑、未遂共70罪刑及沒收；黃巧昀如附表一編號2所示犯指揮犯罪組織1罪刑及強制工作、犯三人以上共同以電子通訊、網際網路之傳播工具對公眾散布而詐欺取財既遂共25罪刑、未遂共70罪刑及沒收；孟慶麟如附表一編號3 所示犯三人以上共同以電子通訊、網際網路之傳播工具對公眾散布而詐欺取財既遂共25罪刑、未遂共70罪刑（另首次即106 年10月18日之加重詐欺取財未遂部分已撤銷發回，已如前述）、犯幫助三人以上共同以電子通訊、網際網路之傳播工具對公眾散布而詐欺取財1 罪刑及沒收；蘇怡瑄如附表一編號4 所示犯三人以上共同以電子通訊、網際網路之傳播工具對公眾散布而詐欺取財既遂共2 罪刑、未遂共53罪刑（另首次即106年11月9日之加重詐欺取財未遂部分已撤銷發回，已如前述）及沒收。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由。並就蔡嘉偉、黃巧昀、孟慶麟、蘇怡瑄（下稱被告4 人）所辯各語認非可採，予以論述及指駁甚詳。
- 四、原判決已說明：(1)被告4人所犯上開加重詐欺取財既遂、未遂之罪數，均以各該詐騙機房，每對一被害人詐騙即犯一罪

，各罪應分論併罰；同一日對多數不詳被害人詐騙均未得逞，論以一加重詐欺取財未遂罪，如同日有既遂者，則依想像競合關係論以既遂罪。(2)蔡嘉偉於警詢及偵訊中均否認犯罪，縱其於第一審及原審審理時坦承主持犯罪組織；黃巧昀於第一審及原審審理中均否認有指揮犯罪組織，縱其於偵查中坦承違反組織犯罪防制條例犯行，均無組織犯罪防制條例第8條第1項後段於偵查及審判中均自白減輕其刑規定之適用。另黃巧昀並未獲檢察官同意適用證人保護法第14條規定減輕其刑，自無此規定之適用。(3)黃巧昀在「小白詐欺集團」中之行為分擔，包括該掌管詐欺集團之所有支出（如：訂購機票、交付開桶費、教導機房會計製作表格、為支付機房生活費而匯款予機房成員）及收入（如：教導電信詐欺機房會計關於製作收支表格、核對機房帳目）事項，並將帳目交予蔡嘉偉核對，堪認黃巧昀係依其犯罪階層所為之指揮犯罪組織犯行，不因其自稱在集團中僅領取月薪3 萬元而有所減損，仍應與其他參與犯罪組織之詐欺集團成員有所區隔，並非單純之幫助犯各等旨。所為論斷，有卷存事證足憑，乃原審本諸事實審採證認事職權之適法行使，對調查所得之證據而為價值判斷，衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，並無認定事實未憑證據之情形，亦無上訴意旨所指訴外裁判或漏判、採證違法、調查職責未盡、判決不適用法則或適用不當、理由欠備或矛盾之違誤。

五、依刑事訴訟法第28條規定：「每一被告選任辯護人，不得逾三人。」採多數辯護制度，法院於審判期日固應通知被告所選任之多數辯護人到庭辯護，以充分保障被告之訴訟防禦權及辯護依賴權。然辯護人收受法院庭期通知後，非有不能到庭之正當理由，不能率以另受委任其他案件衝庭為由請求改期，法院亦不必配合任何一位辯護人之個人業務需求而更改原訂庭期。如法院已依審理計畫，預先指定審判期日，並已排定傳喚證人行交互詰問等調查審理程序，縱因案件繁雜耗時恐審判非一次期日所能終結，而同時預定可供續行之下次審判期日備用，仍以辯護人已具備不能到庭之正當理由為限，以維護刑事審判之公正、合法、迅速，保障人權及公共利益。本件依原審卷所載，蔡嘉偉選任3 位辯護人，原審依其審理計畫提解在押3位被告、傳喚2位證人及未在押被告、暨

通知檢察官、所有辯護人及參與人等訴訟關係人到庭，且於108年6月19日即已送達同年8月7日下午2時1分之審理通知書予所有辯護人，惟蔡嘉偉之選任辯護人羅閔逸（原名羅豐胤）律師延至同年8月2日始提出刑事請假狀，以同年8月7日上午於臺灣臺中地方檢察署另有庭期不能到庭為由，請准變更審理期日，原審以審判期日之通知書於同年6月19日即已送達，遠早於上開檢察署庭期之送達日期即同年7月12日之前，且蔡嘉偉尚有其他選任辯護人為之辯護，仍於原訂108年8月7日審判期日由蔡嘉偉之其他選任辯護人王炳人律師及陳思成律師到庭辯護後，全案辯論終結定期宣判，依上說明，並無違法。蔡嘉偉之上訴意旨執與本案案情不同、無拘束力之其他案件之裁判情形，指摘原審之最後審理程序未待羅閔逸律師到庭辯護，即逕行審結，程序不合法云云，核非上訴第三審之適法理由。

六、刑之量定，屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，又個案情節不同，亦不得比附援引。原判決已說明係以被告4人之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列情狀，分別量刑，並無上訴意旨所指違反比例、平等、罪刑相當、雙重評價禁止原則，自屬其裁量權之適法行使，不得指為違法。原判決復敘明檢察官對被告4人以量刑過輕為由提起第二審上訴為有理由，並在罪責原則下適正行使其撤銷改判之量刑裁量權，難認原審有違反不利益變更禁止原則或濫用其裁量權限之違法情形。又刑法第59條酌減其刑之規定，亦為法院得自由裁量事項，原判決未對蘇怡瑄酌減其刑，無違法可言。另原判決認蔡嘉偉所犯發起犯罪組織罪及黃巧昀所犯指揮犯罪組織罪之惡性及危害甚鉅，依組織犯罪防制條例第3條第3項規定，均諭知於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年，與司法院釋字第528號解釋意旨無違，亦無違法可指。

七、綜合前旨及其他上訴意旨，被告4人無非置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力及量刑職權之適法行使，徒憑自己之說詞，任意爭執，或單純為事實上枝節性之爭辯，或非依據卷內資料漫為指摘原判決程序違法，均與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，被告4人此部分之上訴違背法律上之程式，均應予駁回。

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 108 年 11 月 27 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 呂 丹 玉

法官 何 菁 莪

法官 蔡 廣 昇

法官 蔡 新 毅

法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 12 月 5 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3717 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 11 月 20 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決

108年度台上字第3717號

上訴人 林震孝

選任辯護人 葛睿驊律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國108年7月16日第二審更審判決（108年度上更一字第31號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署104年度偵字第15237號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、原審維持第一審依想像競合犯關係從一重論處上訴人林震孝共同犯運輸第一級毒品罪刑（處有期徒刑）之判決，駁回其第二審上訴。

二、上訴意旨略以：

（一）本件除鄭耀宇、李明承之供述外，並無其他補強證據，且李明承、鄭耀宇之供述有諸多瑕疵，而證人林韋宏又始終證稱並未看過且不認識上訴人，是鄭耀宇邀其出國等語，原判決僅憑鄭耀宇、李明承之供述，即行論罪，有違反無罪推定原則、證據裁判主義、嚴謹證據法則等違背法令之處。至於上訴人與鄭耀宇、李明承二人間之通聯紀錄，並不足證明有召集渠等運輸毒品之行為，不能採認為本件之補強證據云云。

（二）原審未再度傳喚鄭耀宇、李明承調查本件通聯紀錄與渠相互聯絡之原因，難認已遵循本院前次發回意旨。又毒品犯罪之人多使用通訊軟體語音功能聯絡，以避監聽，原審未調查鄭耀宇、李明承是否有使用其他通訊軟體聯絡，致事實仍未明瞭，有調查未盡之違法。

（三）鄭耀宇、李明承於渠等犯行未受確定判決前，冀求減刑之目的而指上訴人為上游，縱因上訴人通緝而未獲減刑，然事後為相同供述，至多無法減刑，若翻供則恐受偽證處罰，不能以之為渠等所述為真之佐證，原審認事用法實有率斷。

（四）上訴人借款予李明承可得新臺幣1萬5千元之利息，縱請長輩借款套利亦合常情，原審不予採信顯違經驗法則。

(五)原判決於其附件編號1、2就李明承於警詢、偵查及第一審證述不一部分，採信其嗣後於第一審所述，亦難調合於證據法則云云。

三、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。

四、犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院自由判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。原判決綜合全辯論意旨及調查證據所得，依法認定上訴人有如其事實欄所載事先提供運輸毒品之機會，委請鄭耀宇、李明承至柬埔寨攜帶毒品海洛因回臺，並承諾給予報酬，鄭耀宇則轉知林韋宏同往，李明承並依上訴人指示取得旅費並購買3人機票隨行，嗣於林韋宏夾帶海洛因入境時為警查獲等共同運輸第一級毒品之犯行，係依憑鄭耀宇、李明承於偵查、審理中所為一致證述，再佐以上訴人部分不利於己之供述，以及通聯紀錄，暨卷內其他相關證據資料，已說明所憑之證據與認定之理由。就上訴人否認犯罪，辯稱：伊只知道鄭耀宇、李明承要出國，不知去那裡玩，拿錢給李明承是因其要開賭場之借款云云，認不足採信，於理由內予以指駁、說明。所為論斷，核未違背客觀上存在之經驗法則與論理法則，自屬原審採證認事之適法職權行使，不容任意指為違法。

五、刑事訴訟法第156條第2項規定：「被告或『共犯』之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符」，立法意旨係考量共同被告、共犯間不免存有事實或法律上利害關係，因此推諉、卸責於其他共同被告、共犯而為虛偽自白之危險性不低，故對共同被告、共犯之自白在證據上之價值加以限制，明定必須有補強證據以擔保其真實性，始得據以認定被告犯罪事實。此所謂補強證據，係指除共同被告、共犯個別之自白本身以外，其他足以證明所自白或陳述之犯罪事實確實具有相當程度真實性

之證據而言，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證自白之犯罪非屬虛構，能予保障所自白事實之真實性，即已充分。進言之，待證之犯罪事實依其性質及內容可分為犯罪客觀面（如行為、客體、結果等外在事實）、犯罪主觀面（如故意、過失、知情、目的等被告內心狀態）以及犯罪主體面（犯人與被告為同一之事實），關於犯罪客觀面固需有補強證據，惟犯罪主觀面係以被告內心狀態為探討對象，通常除自白外，並無其他證據存在，若由客觀事實存在得推論其主觀犯意時，尚無需要求有補強證據。至共犯被告自白關於犯罪主體面之證明，可分為對自己為犯人之自白（自白），以及對他人同為共犯之指訴（他白）二者，前者因反於人類自利天性，原則上可推斷為真實，僅需就犯罪客觀面為補強證明即可；至於後者，因難免嫁禍卸責之風險，除犯罪客觀事實之存在需有補強證據外，就對他人同為共犯之指訴，亦需有補強證據以證明與事實相符。惟此時關於犯罪主體面之證明（即多數共犯之確定），因其犯罪客觀面已要求除任意共犯自白外之補強證明，並無再排除複數共犯自白（指訴）相互補強之必要，只需再有相當之情況證據佐之即為已足。蓋犯罪存在多數共犯之情形，被告得分別對各共犯行使對質詰問權，法院亦得對各共犯之供述判斷其可信性，誤判機會降低，尤以現代犯罪類型層出不窮，手法益形隱密，其中侵害社會國家法益類型犯罪，更無直接被害人，而特定重大犯罪（如貪污、販運毒品、重大經濟犯罪）由於犯罪難度較高，分工始為常態，其往往內部各司其職，層層掩護，核心成員於犯罪過程中更不易留下跡證，除共犯自白外，檢警蒐證已處於先天不利地位，實不需再排除複數共犯自白之相互補強，僅應由法院依嚴格證明法則檢驗該自白之真實性即為已足。亦即法院仍應綜合考察該共犯自白是否具有親臨性，是否真實、具體，是否存有矛盾，其矛盾能否排除或合理解釋，作成自白之客觀外部環境及過程是否純正，在排除檢警誘導污染及共犯相互串謀之情形下，是否仍為同一之指訴等各項情節，以確定其與事實相符。原判決因此敘明：鄭耀宇、李明承均是因無法昧於親身經歷之事證，才會一再指證上訴人確為本件共同運輸毒品犯行之共犯，已足排除渠等係為減免其刑之動機，其證述內容核屬自然可信。且

上訴人自承事前知道鄭耀宇、李明承要去柬埔寨，及李明承前來借款等節，與本件運輸毒品起運地及李明承證述情節相合，以及本件案發前上訴人與李明承、鄭耀宇間各有行動電話之通聯紀錄，亦足以佐證鄭耀宇、李明承之證述屬實等旨（見原判決第7頁至第9頁），並非僅憑單一證言或共犯自白，即為其不利認定，難認有何未依證據法則之違法情事。

六、證人之供述前後不符或相互間有所歧異，究竟何者為可採，事實審法院非不可本於經驗法則或論理法則，斟酌其他情形，作合理之比較，定其取捨；若其基本事實之陳述與真實性無礙時，仍非不得予以採信，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。從而供述之一部認為真實者，予以採取，自非證據法則所不許。原判決因此敘明李明承、鄭耀宇與林韋宏所為證述，僅係犯罪過程上之輕微出入，仍不足否定渠等對本案基本事實所為陳述之真實，而予採信等旨（見原判決第10頁至第11頁），亦屬事實審法院採證認事之適法職權行使，俱無違反證據法則之情節可指。

七、應於審判期日調查之證據，係指該證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，倘予採納或經調查所能證明者，得以推翻原審判決所確認之事實，而得據以為不同之認定而言。如非事理所必然，或所證明之事項已臻明瞭，即欠缺其調查之必要性，縱未調查，與所謂違背法令之情形不相適合。查鄭耀宇、李明承已於原審前審及第一審作證並受詰問，且上訴人於民國104年3月29日凌晨鄭耀宇等3人出發前，與李明承、鄭耀宇均有多次行動電話之通聯紀錄，鄭耀宇與林韋宏間也有多次通聯紀錄，有相關資料在卷可稽，另上訴人及其辯護人於原審審判程序表示無其他證據需要調查（見原審上更一卷第95頁），原審因此認本案事證已明，未再為無益之調查，即與未於審判期日調查證據之違法情形並不相當，尤不得指為違法。

八、綜上，上訴意旨或置原判決已明白論斷之事項於不顧，猶執陳詞，仍為單純事實爭議，或就屬原審採證、認事職權之適法行使，任憑主觀而為指摘，或對於不影響於判決本旨之枝節事項，予以爭執，並非上訴第三審之合法理由。應認本件上訴違背法律上之程式，予以駁回。

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 108 年 11 月 20 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 呂 丹 玉

法官 何 菁 莪

法官 梁 宏 哲

法官 林 英 志

法官 蔡 廣 昇

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 11 月 28 日

裁判字號：最高法院 108 年台上字第 3728 號刑事判決

裁判日期：民國 108 年 11 月 21 日

裁判案由：傷害致人於死

最高法院刑事判決

108年度台上字第3728號

上訴人 曾嘉明

選任辯護人 李國煒律師

李代婷律師

上列上訴人因傷害致人於死案件，不服臺灣高等法院中華民國108年7月31日第二審判決（108年度上訴字第1460號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署106年度偵字第22550、22567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。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人曾嘉明有其事實欄所載基於普通傷害之犯意，持白鐵棒毆打王興國，致王興國受有肋骨骨折、胸腔積血及肺出血等傷害，並因而造成其低血容性休克及呼吸衰竭不治死亡之犯行，因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍論上訴人以傷害致人於死罪，處有期徒刑9年4月，並諭知扣案白鐵棒1支沒收，已詳敘其所憑證據及認定之理由（上訴人於偵查、第一審及原審均自白本件犯行，未為否認犯罪之辯解），並詳細說明量刑審酌事項，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。
- 二、上訴人上訴意旨略以：原判決以第一審判決之量刑，相較司法院建置之量刑資訊系統及量刑趨勢建議系統（下稱司法院量刑資訊暨趨勢系統）所顯示同類型案件平均及建議之刑度明顯過重，因而撤銷第一審判決，改判量處上訴人有期徒刑

9 年4 月。惟原判決所改處之刑，仍重於上開系統建議之刑度區間即有期徒刑7 年1 月至有期徒刑8 年8 月。且原審於量刑時，並未就上訴人已將合夥結算款項匯還被害人家屬之有利事項加以斟酌，遽予量處前揭重刑，違反比例及罪刑相當原則云云。

三、惟犯罪乃行為人之不法有責行為，責任由來於不法行為之全部，且係刑罰之裁量基礎與上限，責任之程度，量化為刑罰之幅度，故與責任對應之刑罰，並非唯一之定點，而係具有寬嚴界限之一定區間，在責任範圍內具均衡對應關係之刑罰，存在數種不同刑罰及刑度選擇之空間。法律授權事實審法院得視個案情節，在責任應報之限度下，兼衡威懾、教育、保安等預防目的而為刑罰之裁量，俾平等原則下個別化分配正義之實現，此乃審判之核心事項，不受其他個案之拘束。故事實審法院在法定刑度內裁量之宣告刑，倘其取向責任與預防之刑罰功能，符合刑罰規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，即屬適法妥當，不得任意指摘為違法。本件原審於量刑時，依刑法第57條所列各款規定，審酌上訴人與合夥之被害人並無深仇大恨，僅因工作瑣事齟齬，遽持鐵棒毆打被害人致死，造成被害人家屬逾恆之悲慟。惟上訴人於案發後坦承犯行，但尚未對被害人家屬為損害賠償，僅將合夥結算之部分款項匯付被害人家屬，兼衡其素行、智識程度、婚姻暨生活狀況，及其犯罪之動機、目的、手段與所受刺激等一切情狀，量處有期徒刑9 年4 月，既未逾越該罪得處無期徒刑或7 年以上有期徒刑之法定刑範圍，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，尚難指為違法。又司法院量刑資訊暨趨勢系統，僅供個案刑罰裁量之參考，並無拘束相關個案之法律上效力。蓋罪刑相當與否，係以反應責任之不法內涵本體為判斷準據，而非求諸與他案量刑之相比較，尤以他案之刑度裁量與本案不法內涵之衡量無關，亦即並非犯罪行為人責任之所由，自不得資為個案本身量刑輕重之依據。上訴意旨徒憑己見，漫指原審未依司法院量刑資訊暨趨勢系統之建議刑度量刑，而就原審量刑業已斟酌及說明之事項，再事爭辯，無非係對原審量刑裁量職權之適法行使，任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆諸上揭規定及說明，本件上訴為違背

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 108 年 11 月 21 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 沈 揚 仁

法官 林 靜 芬

法官 蔡 憲 德

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 11 月 25 日

書 記 官

裁判字號：最高法院 108 年台抗字第 1489 號刑事裁定

裁判日期：民國 108 年 11 月 21 日

裁判案由：妨害性自主聲請付與筆錄影本

最高法院刑事裁定

108年度台抗字第1489號

抗 告 人 葉進聲

上列抗告人因妨害性自主案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108 年9 月24日駁回其聲請付與筆錄影本之裁定（108 年度聲字第1916號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定撤銷，由臺灣高等法院臺中分院更為裁定。

理 由

一、本件原裁定以：抗告人甲○○因犯加重強制性交罪，經原審法院判刑確定後，抗告人雖以聲請再審所需，請求付與卷內筆錄影本云云，惟抗告人所犯上開案件經原審法院判處有期徒刑8 年6 月確定後，嗣經臺灣臺中地方檢察署檢察官於民國101 年3 月23日以101 年度執字第3359號發監接續執行，該案件訴訟關係業已消滅，且上開案件既經檢察官指揮發監執行，該案件全部卷宗及證物等證據資料，亦移送臺灣臺中地方檢察署，原審法院已非該卷宗檔案之管理或持有機關，自無從受理抗告人之聲請。抗告人向原審法院請求交付上開案件筆錄影本，於法未合，而裁定駁回抗告人之聲請。

二、惟查：

（一）、刑事訴訟法第33條第2 項前段雖規定無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。至於判決確定後，無辯護人之被告得否以聲請再審或非常上訴等理由，預納費用請求付與卷內筆錄之影本，法雖無明文，然刑事訴訟程序，與基於罪刑法定原則而禁止類推適用的實體法不同，在法無明文規定而存有法律漏洞的情形，如與現行明文規定的規範目的具備類似性時，尚非不得以類推解釋之方式擴張或減縮其適用範圍。且現行刑事訴訟法未賦予被告得請求付與卷內筆錄以外之卷宗及證物影本之權利（即卷證資訊獲知權），係妨害被告防禦權之有效行使，於此範圍內，與憲法第16 條保障訴訟權之正當法律程序原則意旨不符等旨，此業經司法院釋字第762 號解釋在案。則判決確定後之被告，如有聲請再審或非常上訴等訴訟上之需求，依上開解釋意旨之規範

目的予以類推，其卷證資訊獲知權亦應等同於審判中之被告，始符合憲法保障被告訴訟權之意旨。另參酌日本刑事訴訟法第53條第1項規定「任何人，在被告案件終結後，均得閱覽訴訟紀錄。但對訴訟紀錄之保存或對法院及檢察廳之事務有妨礙者，不在此限。」之立法例，以及我國實務上見解「聲請再審或抗告之刑事案件，如有當事人委任律師請求抄閱原卷及證物，現行法並無禁止之明文，為符便民之旨及事實需要，自應從寬解釋，准其所請」（見司法院76年10月22日76台廳二字第06125號函，及臺灣高等法院編印「辦理刑事審判紀錄業務」第131點）之同一法理，對於判決確定後，無辯護人之被告以聲請再審或非常上訴等理由，請求預納費用付與卷內筆錄之影本，既無禁止之明文，依上開解釋意旨之規範目的，應類推適用刑事訴訟法第33條第2項之規定，除另有保密限制規定或安全考量等情形外，仍應從寬賦予判決確定之被告，有上開請求交付卷內筆錄或證物等證據之權利，以保障其訴訟防禦權，並符合便民之旨。至於判決確定後之被告，固得依檔案法或政府資訊公開法等相關規定，向檔案管理機關或政府資訊持有機關申請閱卷，如經該管機關否准，則循一般行政爭訟程序處理；惟因訴訟目的之需要，而向判決確定之原審法院聲請付與卷證影本，實無逕予否准之理，仍應個案審酌是否確有訴訟之正當需求及聲請付與卷證影本之範圍有無刑事訴訟法第33條第2項但書規定應予限制之情形，而為准駁之決定。

- (二)、本件抗告人因犯加重強制性交罪經判刑確定後，其以聲請再審所需，向原審法院請求付與該案件卷內筆錄影本，原裁定未參照司法院釋字第762號解釋意旨之相同法理准許判刑確定後之被告，得向法院請求付與卷宗及證物影本之權利，以保障其聲請再審權之有效行使，復未查明抗告人請求付與之筆錄影本，有無刑事訴訟法第33條第2項但書所規定內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或營業秘密等得因保密或基於安全考量而應予限制之情形，遽以該案件已判決確定，且檢察官並將抗告人發監執行，不符合前揭條文所規定「審判中」之要件，而駁回其聲請，依上述說明，尚非允洽。抗告意旨執以指摘原裁定不當，尚非全無理由，應由本院將原裁定撤銷，由原法院

更為適當之裁定。

據上論結，應依刑事訴訟法第413 條前段，裁定如主文。

中 華 民 國 108 年 11 月 21 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 沈 揚 仁

法官 蔡 憲 德

法官 林 靜 芬

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 108 年 11 月 26 日

書 記 官

108 年度台抗字第 1588 號裁定 依法屬不得公開案件

裁判字號：最高法院 108 年台聲字第 108 號刑事裁定

裁判日期：民國 108 年 11 月 06 日

裁判案由：違反食品安全衛生管理法等罪聲請提案大法庭

最高法院刑事裁定

108年度台聲字第108號

聲 請 人 頂新製油實業股份有限公司

代 表 人 陳茂嘉

選任辯護人 黃炫中律師

聲 請 人 魏應充

選任辯護人 余明賢律師

上列聲請人等因違反食品安全衛生管理法等罪案件，提起第三審上訴，就本案（本院107 年度台上字第3332號）所涉法律爭議，聲請提案予刑事大法庭，本院裁定如下：

主 文

聲請駁回。

理 由

一、本件聲請人魏應充、頂新製油實業股份有限公司（下稱頂新公司）同時聲請意旨略以：（一）本案所涉犯食品安全衛生管理法（下稱食安法）第49條第1 項之攙偽或假冒食品罪，為抽象危險犯之犯罪，是否仍需實質判斷行為有無存在抽象危險，亦即是否不以危害人體健康之虞為必要。本院先前有認為仍須判斷抽象危險是否存在，如97年度台上字第731 號、102 年度台上字第3977號、105 年度台上字第142 號等刑事判決，採此見解；另有認為只要行為人有同法第15條第1 項第7 款、10款之行為，即已該當，不論其行為是否確有致生危害人體健康之危險存在，如106年度台上字第770號、107 年度台上字第4809號等刑事判決。（二）本案檢察官於起訴後未經法院同意於境外（越南）所取得證人呂氏幸向檢察官所為陳述之證據資料，能否依據我國刑事訴訟法關於傳聞法則之例外而取得證據能力。本院先前有認為1.已剝奪被告之防禦權及辯護權，並違背直接審理原則，無證據能力，亦不得適用傳聞法則例外之規定，如98年度台上字第2659號、99年度台上字第2036號等刑事判決；2.法院仍得依傳聞法則例外規定判斷有無證據能力，並須傳訊該證人到庭以進行對質詰問，即得採為被告犯罪之證據，如105年度台上字第2130 號刑事判決；3.若依取證國及我國刑事訴訟法相同意旨之規定，即

依傳聞例外之規定而有證據能力；至若符合我國刑事訴訟法規定，縱與取證國不符，仍有證據能力，如98年度台上字第1941號刑事判決；4.若符合取證國之規定，縱不符合我國刑事訴訟法之規定，仍有證據能力，如102年度台上字第675號刑事判決。(三)魏應充聲請意旨另略以：外國政府（越南）所出具之函文，於何種要件下，能與我國公文書一般，適用傳聞法則之例外。本院先前有認為1.須具備可信之特別情況，如例行性、機械性及不可取代性等積極要件，如98年度台上字第648號、99年度台上字第2932號、100年度台上字第5468號等刑事判決；2.不以具備公示性或例行性等要件為必要，僅須綜合考量當地政經發展情形及製作筆錄之外部情況，如100年度台上字第4813 號刑事判決；3.僅須無顯不可信之情形，如98年度台上字第4144號刑事判決。(四)頂新公司聲請意旨另略以：1.衛生福利部食品藥物管理署（下稱食藥署）民國106年10月27日FDA食字第0000000000號函、104年8月20日FDA研字第0000000000號函、105年5月2日FDA食字第0000000000號函、105年7月11日FDA食字第0000000000號函，為公務員職務上製作之紀錄文書或證明文書，如欠缺例行性，是否符合刑事訴訟法第159條之4第1 款之規定，例外認為具有證據能力。本院先前有認為此類文書①不以例行性為必要，如100年度台上字第4813 號刑事判決；②以例行性為必要，如106年度台上字第3181號、107年度台上字第4614號等刑事判決。2.法人因其代表人、受僱人或其他從業人員經評價為製造假冒食用油產品販賣予下游廠商，因而分別取得各該販賣款項之不法所得，應否扣除5%之加值型營業稅。本院先前有認為①就必要成本（如工程之工資、進料）、稅捐費用等中性支出，應全數宣告沒收，如106年度台上字第770號刑事判決；②應分兩層次思考，於前階段先界定「利得存否」，於後階段再判斷「利得範圍」，故就必要成本（如工程之工資、進料）、稅捐費用等中性支出，不計入直接利得，故應予扣除5%之加值型營業稅，如106 年度台上字第3464號刑事判決。聲請人等認為以上足以影響本案裁判結果之法律見解，本院先前裁判之見解已產生歧異，或具有原則重要性，爰依法院組織法第51條之4第1項規定，聲請提案予刑事大法庭裁判等語。

二、惟查：

(一)本院刑事大法庭設置目的之一為統一本院刑事庭各庭間歧異之法律見解，在大法庭設置前，本院係以選編判例及召開民事庭會議、刑事庭會議或民刑事庭總會議作成決議之方式統一見解。倘若就某法律爭議，本院先前裁判雖出現歧異看法，但已透過選編判例或作成刑事庭會議、民刑事庭總會議決議之方式統一見解，事後即不再有裁判歧異之問題，在大法庭設置後，無就同一法律爭議在判例選編或決議作成前之見解歧異裁判，以歧異提案開啟大法庭程序之必要。此經法院組織法第51條之2 的立法理由所載明。「最高法院辦理大法庭案件應行注意事項」第18點第1 項亦明定：「最高法院已透過選編判例或依民事庭會議、刑事庭會議、民刑事庭總會議決議作成裁判而統一見解之法律爭議，不生裁判歧異之問題。」是當事人不得執本院統一見解前之裁判，主張見解有歧異之情形，聲請提案予刑事大法庭。關於聲請意旨(一)所述之法律爭議，本院已於民國105 年11月22日105 年度第18次刑事庭會議，決議採「食品安全衛生管理法第49條第1 項所定攙偽或假冒於102 年6 月19日修正公布，刪除舊法『致危害人體健康』之犯罪構成要件後，已非結果犯、實害犯。依立法院該次修法說明：『業者有本法第15條第1 項第7 款、第10款之行為時，係惡性重大之行為，為免難以識明致危害人體健康，而難以刑責相繩，參酌日本食品衛生法之規定，不待有危害人體健康，逕對行為人課以刑事責任，以收嚇阻之效』。解釋上，祇要行為人有同法第15條第1 項第7 款所定攙偽或假冒行為或第10款之添加未經中央主管機關許可之添加物行為，即成立本罪，不論其行為是否確有致生危害人體健康之危險存在。綜合立法院102 年5 月間，審查食品衛生管理法（嗣於103 年2 月5 日修正公布名為食品安全衛生管理法）修正草案委員會就本條文之修正動議說明：『…因為食品案件之舉證相當困難，因此，本條難有適用之餘地；…爰提案修正食品衛生管理法第49條，增設危險犯之形態，俾規範完整。』及103 年2 月5 日修正公布提高本罪刑度之立法理由：『一、近期發現不肖廠商於製造食品時，為降低成本牟取暴利，乃以劣質品混充優質品或以人工原料混充天然食材，對民眾食品衛生安全及消費者權益影響甚鉅，應

予遏止。二、對於此類不法行為，…應加重處罰，以維國人健康及消費權益。…」、103 年12月10日修正公布提高同條第1 項至第4 項刑度，並於該條第1 項後段增訂情節輕微者，處以較低刑度之規定，該次立法理由：『三、違規食品態樣繁多，食品業者規模大小亦有不同，若一律處以第一項重刑，似不符比例原則，故對違規情節輕微者，以維持現行刑度為宜，以符合罪刑相當原則。四、…原條文第一項為抽象危險犯，第二項為實害犯…』，足認本罪之修正係為維護國人健康、消費者權益等法益，祇要在食品中攙偽或假冒或添加未經中央主管機關許可之添加物，即有立法者擬制之危險，法院毋庸為實質判斷。」之見解，並依該決議作成裁判而統一見解，不生裁判歧異之問題。聲請意旨(一)執本院統一見解前之判決，主張裁判見解有歧異之情形，聲請提案予刑事大法庭，自無從准許。

(二)法院組織法第51條之2 第1 項所稱「採為裁判基礎之法律見解，與先前裁判之法律見解歧異」，係指在相同事實之前提下，該法律爭議在合議庭受理之案件與先前裁判，均對裁判形成必要性，且合議庭採為裁判基礎之法律見解及先前裁判之法律見解分別適用於該法律爭議後，將對法律爭議得出不同之結論。至僅就法律見解之說理有所歧異，適用後，對該法律爭議之結論並無不同者，無提案義務。又所謂先前裁判之法律見解，係指法院在具體案件中所指示結論上之判斷而言。至於成為結論前提之一般法律論述及以該結論相對照之說理，僅為「傍論」，則不與焉，不生歧異提案之問題，亦無提案義務。

1.關於聲請意旨(二)部分，此部分本案之事實為：本案經檢察官起訴於103 年10月30日繫屬於第一審法院後，檢察官即於103 年12月15日向法院聲請傳喚越南籍女子呂氏幸（大幸福公司負責人之一），嗣透過互惠原則之司法互助途徑，在越南最高人民檢察院之協助下，指定越南之偵查主體即公安，檢察官在公安同意且公安偕同之情形下於104 年4 月22日在越南相關廠區進行調查取證，檢察官並於取證過程中向呂氏幸詢問相關問題；且以證人身分詢問呂氏幸時，檢察官復告知偽證罪之效果以合於我國證人身分詢問，經呂氏幸同意作證以越南的法律規定簽名（越南警方告知翻譯，呂氏幸要簽越

南文的具結文，她有權利不簽具結書）等情。而聲請意旨(二)1.所指98年度台上字第2659號及(二)2.所指105 年度台上字第2130號等刑事判決之事實，乃檢察官於提起公訴後之第一審審理期間，認有傳喚本國證人以釐清犯罪事實之必要，卻不依刑事訴訟法相關規定，聲請法院調查，與本案之證人非本國人，且檢察官亦已向法院聲請傳喚呂氏幸，嗣因有境外取證之必要乃循互惠原則之司法互助途徑，分別由檢察官在越南上開廠區未以證人身分及以證人身分欲依我國刑事訴訟法相同之意旨及尊重取證國規定之方式而為詢問，以取得呂氏幸之供、證述，依刑事訴訟法第159 條之1 第2 項之同一法理，認檢察官在境外所取得之呂氏幸供、證述，仍應具有證據能力，兩者事實不同，所欲處理之法律爭議亦屬有別，與歧異提案之要件不合；(二)1.所指99年度台上字第2036號刑事判決之該勘驗係由第一審之法官助理、檢察事務官及公設辯護人共同為之，而不得以該勘驗筆錄作為犯罪事實之認定，與本案係由法官會同當事人、辯護人等行勘驗，符合刑事訴訟法之規定得以該勘驗筆錄作為犯罪事實之認定不同；聲請意旨(二)3.、4.所指之刑事判決姑不論事實是否相同，參照刑事訴訟法第159 條之1 第2 項之法理或類推適用，縱與本案上開法律見解之說理容或未盡完全相同，惟均肯認其情具有證據能力之結論則無不同，亦無提案義務。

- 2.關於聲請意旨(三)部分，即越南工商部函文（即原審所指A、B 函），及其餘越南主管機關函文，本案判決認係刑事訴訟法第159條之4第3 款之概括性文書，以該條款之立法理由，並未要求「例行性」，相對於同法第159條之2、第159條之3，亦無規定其「必要性」，則本案判決認如具有積極條件於「可信之特別情況下所製作」即承認其證據能力。而聲請意旨所指(三)1.之98年度台上字第648號判決、99 年度台上字第2932號等刑事判決，及(三)2.、3.所指之刑事判決均在說明此款文書如具「可信之特別情況下所製作」即承認其證據能力，與本案上開部分之法律見解，結論並無不同；至於聲請意旨(三)1.所指100年度台上字第5468 號刑事判決，主要在論敘如何本諸刑事訴訟法第159條之3的法理，認應具有證據能力，而關於同法第159條之4第3 款之說明則屬「傍論」，尚不生歧異之問題，亦無提案義務。

3. 關於聲請意旨(四)1.部分，食藥署①106年10月27日FDA食字第0000000000號函，乃就其所掌之食安法法規中關於非供食品用之添加物用於食品生產，所為違反食安法之法律見解；②104年8月20日FDA研字第0000000000號函，乃在說明其檢驗報告之檢驗方法所使用之儀器、其測試範圍及相關安全法規規範之事項；③105年5月2日FDA食字第0000000000號函，乃就其所掌之食安法法規中關於食用油脂類衛生標準規範範圍是否包括尚非成品之原料油，所為之法律見解；④105年7月11日FDA食字第0000000000號函，乃就其所掌之相關食安法規表示其法律見解。以上①至④，均為食藥署依其職掌就有關法規為釋示之行政函釋或就行政法規所表示之法律見解，非屬事實之紀錄或證明，其性質與刑事訴訟法第159條之4第1款所定之公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，顯不相侔，不容混淆，且上開函釋得為法官適用或拒絕適用之資料，縱原審有所誤認，於本案之裁判結果亦不生影響而無提案之義務。
4. 相對總額原則或稱兩階段計算法，係指於前階段有無利得之審查時，只要與行為人犯罪有因果關連性者，無論是為了犯罪而獲取之報酬、對價或經由犯罪而獲得之利潤、利益，皆為此階段所稱直接利得，而直接利得的數額判斷標準在於沾染不法的範圍，若其交易自身就是法所禁止的行為，沾染不法範圍已及於全部所得，反之若是交易本身並非法所禁止，僅其取得的方式違法，沾染不法的部分則僅止於因其不法取得方式所產生的獲利部分，而非全部的利益；嗣於後階段利得範圍之審查時，始依總額原則的立法規定及出於不法原因給付不得請求返還之不當得利法理，不予扣除犯罪支出之成本，兼顧理論與個案情節，緩和絕對總額原則不分情節一律沒收而有侵害財產權之虞。又營業稅之性質如同營業人之營利事業所得稅以外之其他稅捐，屬於營業人之整體營業費用之一，依加值型及非加值型營業稅法第14、15、32、35條規定之意旨，營業稅並非代扣、代繳之稅捐，營業人對於應稅貨物或勞務之銷售定價，即應內含營業稅，會計帳上以營業人當期整體營業之銷項稅額，扣減進項稅額後之餘額，總括計算其當期應納（正數時）或溢付（負數時）之營業稅額，並定期申報，故計算每期營業稅額與各別貨物或勞務之交易

價金無關。本件頂新公司因其代表人、受僱人或其他從業人員常梅峯及陳茂嘉、魏應充，分別製造、販賣假冒食用油為法律所禁止的犯罪行為，且販賣的油品有難以分離的特性，則販售假冒食用油的交易自身，即為法律禁止的整體行為，因此在前階段評價時，直接利得之數額乃其全部銷售總額（全部皆沾染污點），在後階段依總額原則即不扣除成本（因營業稅之性質如同營業人之營利事業所得稅以外之其他稅捐，屬於營業人之整體營業費用之一），自無須扣除5%之營業稅捐。原判決關於此部分，係論敘常梅峯、陳茂嘉及魏應充為頂新公司實行違法行為，使頂新公司因而取得之犯罪所得，不問成本、利潤，均應沒收（不含已退還予廠商部分），即採總額原則/ 不扣除成本，無庸扣除頂新公司與廠商交易時，該等廠商內含之加值型營業稅等情，與前述所採法律見解說理不同，惟結論並無不同，是關於聲請意旨(四)2.部分，亦無提案義務。又上開法律問題，前經本庭評議，因所擬之相對總額原則或稱兩階段計算法之法律見解，與本院先前裁判（106年度台上字第770號刑事判決）歧異，事涉如何選擇最妥適的法律見解予以適用，為目前實務上重要的課題，也是裁判者應面對之問題，本庭基於法之確信、期能解決歧異及慎重起見，乃就上開法律問題應適用之法律見解，於 108 年9 月24日向各刑事庭提出徵詢，嗣受徵詢之各刑事庭，均認本庭擬採之相對總額原則/ 兩階段計算法與本院先前裁判所採之總額原則/ 不扣除成本結論相同，僅法律見解之說理有所不同，不符合提案大法庭之要件。是各受徵詢庭，於本件徵詢過程中，均表示相同看法，有本院108 年度台聲字第108 號徵詢書及各庭回復書在卷可按，應無再提交予大法庭裁判之必要，乃於108年10月31日撤回提案，附此敘明。

(三)法院組織法第51條之4 第1 項所謂法律見解具有原則重要性，係指法律見解有促使法律續造之價值，或因屬新興、重大且普遍性之法律問題，乃有即時、預為統一見解之必要性而言、且此項提案不以踐行徵詢回復程序為必要。頂新公司、魏應充上揭所提之事項，均已有相關法律予以規範，揆之說明，均無以上開法律爭議「具有原則重要性」而予提案之必要。

三、依上所述，本件聲請不應准許，應予駁回。

據上論結，應依法院組織法第51條之4第3項，裁定如主文。

中 華 民 國 108 年 11 月 6 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 段 景 榕

法官 鄧 振 球

法官 汪 梅 芬

法官 吳 進 發

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 11 月 11 日