最高法院刑事判決

108年度台上字第2388號

上　訴　人　林寶環
　　吳聰奇
　　黃淑眞
共　　同
選任辯護人　蔡世祺律師
　　何念屏律師
參　與　人　喜盈服裝有限公司
代　表　人　林寶環

上列上訴人等因違反商業會計法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108 年5月21日第二審更審判決（107年度重上更一字第3號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署101年度偵字第5926號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原判決撤銷第一審科刑之判決，改判依想像競合犯規定從一重論處上訴人林寶環、吳聰奇、黃淑眞共同犯商業會計法第71條第4款之不為記錄致生不實各罪刑（各共犯4罪），另諭知參與人喜盈服裝有限公司（下稱喜盈公司）因上訴人等犯罪所得之不法利益不予宣告沒收，固非無見。

二、惟查：

㈠、刑事訴訟之鑑定，為證據調查方法之一種，係指由具有特別知識經驗之人或機關，就特別需要特殊知識經驗之事項，予以鑑識、測驗、研判及斷定，供為法院或檢察官認定事實之參考。現行刑事訴訟法關於鑑定之規定，除選任自然人充當鑑定人外，另設有囑託機關鑑定制度。依同法第198 條、第208 條之規定，不論鑑定人或鑑定機關、團體，固均應由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案之需要而為選任、囑託，並依第206 條之規定，提出言詞或書面報告。而法院囑託機關鑑定時，準用第206條第1項之規定，受囑託之鑑

定機關應將鑑定經過及其結果一併載明鑑定報告書中，始符法定記載要件而具備證據資格，亦屬刑事訴訟法第159條第1項「法律有規定」之傳聞證據之例外，而具有證據能力。至於刑事訴訟法第278 條規定：「法院得於審判期日前，就必要之事項，請求該管機關報告」，亦為關於調查證據之規定，其常有助於審判之進行，且有其必要，因此同法第279 條第1 項乃規定為受命法官於審判期日前得處理之事項。惟該管機關之書面報告如被提出於法院，性質上亦不失為傳聞證據之一種，仍須符合第159條之1至第159條之5等傳聞證據例外容許具有證據能力之規定，始賦予其證據能力。本件上訴人等於原審已抗辯卷附財政部中區國稅局彰化分局105年5月5 日中區國稅彰化銷售字第0000000000號函並無證據能力（見原審卷一第74頁），原判決以該函文關於喜盈公司逃漏營業稅及營利事業所得稅之內容，係原審法院上訴審委請該分局所核算，依據刑事訴訟法第159條之立法理由及同法第206條規定，復審酌該函文係由專業機關人員本於其專業知識所作成，具有證據能力，並依憑該等函文內容，認定上訴人等本件逃漏稅捐之金額（見原判決第5 頁第11至28行、第24頁倒數第2 行至第25頁第15行）。惟稽諸卷內資料，原審法院上訴審於審判期日前以105年4月22日105中分東刑和103上訴1910字第0000號函行文財政部中區國稅局，其主旨載敘「請速查覆如說明二所示喜盈公司應補繳之逃漏營業稅總額等事項」，並於說明欄敘明請求該局查明喜盈公司自97年1月1日起至100年9月間所逃漏之各期營業稅、營利事業所得稅總額，並檢送該公司相關申報書各事項等旨，嗣經財政部中區國稅局移請該局彰化分局辦理，該分局遂製作上開函文回覆（見上訴審卷二第85至88頁），依原審法院上訴審前開函文內容以觀，顯係依刑事訴訟法第278 條規定，請求該管之稅務機關報告喜盈公司本件逃漏之營業稅及營利事業稅總額，並非囑託稅務機關鑑定，而財政部中區國稅局彰化分局所製作之上開函文，亦無刑事訴訟法第206條第1項所定「鑑定之經

過及其結果」之內容可言，其本質上係針對法院之個案所為覆函，屬傳聞證據，自應依刑事訴訟法第159條至第159條之5等傳聞法則規定，判斷其有無證據能力。乃原判決誤認前揭覆函屬稅務機關之鑑定報告，而依鑑定之相關規定認具有證據能力，並作為判斷喜盈公司本件逃漏稅捐金額之基礎，其採證難謂適法。

㈡、刑事訴訟之審判係採行直接審理原則，事實審法院必須基於自行調查之證據以為裁判，亦即採為判決基礎之證據資料，必須經過調查程序，並顯現於審判庭為限，如此法院始能親自接觸證據並踐行調查程序，而未假手他人，以形成正確之心證。而法院應就調查所得之證據，在經驗法則、論理法則之支配下，本於法之確信自為判斷，不受其他法院判決之認定拘束，自亦不得以其他刑事、民事或行政訴訟確定判決所為之事實認定，逕行援引為本案之事實認定，否則無異假手他人調查證據，與直接審理原則相悖，其所踐行之訴訟程序，即有違背法令。本件上訴人等於原審辯稱喜盈公司於97年1月1日至100年8月31日期間內之銷貨收入，應以檢察官所查扣門市營收日報表所示營業收入額為據，始符合真實等節，並提出喜盈公司97年至100 年各年度日記帳、分類帳等資料，復執上開分類帳資料，辯稱：該等分類帳摘要欄所載內部調貨交易紀錄，係虛增營業收入等情。惟原審對上訴人等此部分有利之辯解未予採納，僅援引臺中高等行政法院104 年度訴字第384 號判決之內容為指駁（見原判決第16頁第17行至第17頁倒數第3 行），顯然受行政法院判決所拘束。而上訴人等此部分辯解，攸關本件喜盈公司所逃漏營業稅、營利事業所得稅金額等事實之認定，原審未自行本於法之確信，依據卷證資料採證認事用法，與直接審理原則之本旨未合，亦有可議。

㈢、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於本件事實之認定及法律之適用，本院無從據以自行判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

㈣、刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。」亦即被告違法行為存在，為沒收參與人財產前提要件之一，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於被告違法行為之判決，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上之矛盾，非但有損裁判公信力，且滋生沒收裁判之執行上困擾，故對本案關於違法行為之裁判上訴者，其效力應及於相關之參與人財產沒收部分。本件上訴人等既對於本案即原判決關於其等罪刑部分合法上訴，參與人喜盈公司之相關沒收部分（即原判決諭知喜盈公司因上訴人等犯罪所得之不法利益不予宣告沒收部分），雖未經上訴，仍為本案判決上訴效力所及，而其依附之前提即前開本案判決部分既經本院撤銷發回，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於違法行為部分，於發回後經原審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上矛盾，原判決關於參與人喜盈公司之相關沒收部分應予一併發回。

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　　109　　年　　4　　月　　16　　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　江　翠　萍

法官　林　海　祥

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　21　　日