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：㈠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。㈡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。㈢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。㈣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：

㈠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㈠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日修正公布名稱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㈠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。

㈡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㈡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㈡1.所指98年度台上字第2659號及㈡2.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；㈡1.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㈡3.、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㈡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㈡1.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㈡2.、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㈡1.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㈣1.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㈣2.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。

㈡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