

最高法院刑事判決

109年度台上字第3216號

上訴人 徐東銘

選任辯護人 葉恕宏律師

上列上訴人因違反食品衛生管理法等罪案件，不服臺灣高等法院

臺南分院中華民國109年2月27日第二審更審判決（107年度上

更一字第8號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署103年度偵字第

458、1624、1625、1626、1627、1628、1629、1630、1632、16

34、1636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，認定上訴人徐東銘為址設臺南

市○○區○○路○○巷○號「茂利澱粉有限公司」（下稱茂利

公司）之負責人，以製造、加工、販賣食用澱粉等為業，明

知食品添加物不得為有毒或含有人體健康之物質或異物，

或從未於國內供作飲食且未經證明為無害人體健康者。而順

丁烯二酸酐（Maleic anhydride，又名馬來酸酐）屬化學工

業原料，係有害人體健康，及從未於國內供作飲食之物質，

而有其事實欄二之(四)所載自民國101年2月起至102年2月

底止，在茂利公司製造或加工澱粉過程中，添加順丁烯二酸

酐（順丁烯二酸酐遇水反應轉變為順丁烯二酸），而製造或

加工成順丁烯二酸（酐）之「中清粉」（原子粉）等供食品

用之粉類，出售予臺灣北區澱粉有限公司、大貿行等業者，

用以製造或轉售與不知情之工廠、餐廳、飲食攤販等使用，

而製成黑輪、肉圓、魚丸、粉圓等食品，販售給不特定之廣大消費者食用，而有102年6月19日修正前食品衛生管理法第34條第1項規定之違反食品衛生管理規定致危害人體健康之犯行；又有其事實欄三所載於102年9月間某日起至同年12月13日止，受已判刑確定之同案被告王水木之託，先由其提供印有玉成澱粉企業股份有限公司（下稱玉成公司）依法向經濟部智慧財產局申請註冊登記，經核准指定使用於澱粉、蕃薯粉等粉類商品，而享有商標權如其附件所示「豹及圖」、「333 & DEVICE」之商標圖樣（商標註冊／審定號分別為00000000號、00000000號）之空澱粉袋予上訴人及已判決確定之同案被告高秋香（受僱於茂利公司擔任會計），將上揭被查獲而遭退回未銷毀之順丁烯二酸化製澱粉，換裝入王水木所提供有上開商標圖樣之空袋或上訴人自行印製之「火把牌」澱粉袋內，而未經玉成公司同意，使用上述相同之「豹及圖」或「333 & DEVICE」註冊商標。再由王水木以低於市價（約每公斤新臺幣〈下同〉25元）即每公斤11元之價格購入上開換裝後之順丁烯二酸化製澱粉，再以合法澱粉混搭順丁烯二酸化製澱粉出售予下游食品行、香酥雞攤、魚丸製造商、雜貨店等食品業者，致其等誤以為王水木出售之澱粉均係合法製造，乃用以製造或轉售與不知情之店家、餐廳、飲食攤販等使用，而製成肉圓、魚丸、粉圓、鹹酥雞、地瓜球等食品，販賣給不特定之廣大消費者食用，而有103年2月5日修正前食品衛生管理法第49條第2項之違反食品衛生管理規定致危害人體健康之犯行，因而撤銷第一審關於此部分科刑之判決，改判仍依集合犯及想像競合犯關係，經比較新舊法後，分別從一重各論上訴人以犯102年6月19日修正前食品衛生管理法第34條第1項之違反食品衛生管理規定致危害人體健康罪，處有期徒刑1年10月，及共同犯103年2月5日修正前食品衛生管理法第49條第2項之違反食品衛生管理規定致危害人體健康罪，處有期徒刑10月，並合併定其應執行刑為有期徒刑2年2月，已詳述其所憑證據及認定之

理由（上訴人於原審審理時自白上開犯行）。另以不能證明上訴人有如檢察官起訴書所指其餘自99年12月起至101年1月某日止部分之涉有102年6月19日修正前食品衛生管理法第34條第1項之違反食品衛生管理規定致危害人體健康罪嫌，及修正前刑法第339條第1項之詐欺取財之犯行，而就此部分併予說明不另為無罪諭知之理由（見原判決理由伍之一（二），原判決第58頁第23行至第60頁第21行）。核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按；從形式上觀察，原判決關於上訴人部分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：

（一）、原判決所適用據以論罪之法條，無論是102年6月19日修正前食品衛生管理法第34條第1項之規定，或103年2月5日修正前食品衛生管理法第49條第2項之規定，均以「致危害人體健康」為其構成要件，亦即均採具體危險犯之立法方式。惟依原判決所引據國內相關單位之研究評估報告，目前的醫學試驗結果並無確切的結論足以證明「順丁烯二酸」對人體究竟可能會產生何種「危險結果」，則伊所混搭含有「順丁烯二酸」製成之食用澱粉，在客觀上自難認有造成危害人體健康之結果。原判決未察，遽以伊上揭行為，有造成危害人體健康之具體危險，而分別論以102年6月19日修正前食品衛生管理法第34條第1項，及103年2月5日修正前食品衛生管理法第49條第2項所規定之2罪刑，顯有不當。

（二）、食品衛生管理法為刑法第191條之販賣危害衛生物品罪之特別法，依特別法優於普通法之原則，應優先適用食品衛生管理法之規定就伊之部分併科處罰金，原判決未察，竟同時適用刑法不法所得之方式諭知沒收，顯係一行為重複處罰，同有欠妥。

（三）、伊於原審審理時已就本案被訴犯行坦承認罪，知所悔悟，並願意繳納300萬元充作公益基金以彌補錯誤而回饋社會，足徵伊犯後態度良好。惟原判決對伊卻仍量處與其他矢口否認犯行之同案被告相同之刑期，可見原判決於量刑時顯然未依

刑法第57條所列各款量刑標準，考量伊上開情節作為量刑依據，殊有欠當云云。

三、惟查：

(一)、刑事法所謂「具體危險犯」之具體危險，係指使法益侵害之可能具體地達到現實化之程度，此種危險屬於構成要件之內容，只要行為具有發生侵害結果之可能性（危險之結果），即足當之。其在刑法分則中均以諸如「危害公共安全」、「足以發生……危險」、「引起……危險」等字樣明示之。原判決就上訴人被訴涉有102年6月19日修正前之食品衛生管理法第34條第1項規定及103年2月5日修正前之食品衛生管理法第49條第2項規定之2罪嫌，係以上開法條均規定「致危害人體健康」為其客觀構成要件，當屬「具體危險犯」。並說明：上開條文所謂具體危險（致危害人體健康），只須人因食用之澱粉製程中添加順丁烯二酸酐（因化學反應產生順丁烯二酸），其人體器官或細胞如可能因順丁烯二酸（酐）而受損或造成傷害，縱其後因代謝或停止攝取等因素逐漸復原，亦不能因此即認順丁烯二酸（酐）不致危害人體健康。何況順丁烯二酸屬工業原料（外包裝及標示上有驚嘆號圖案〈急毒性物質第4級〉、腐蝕性圖案〈金屬腐蝕物〉、健康危害圖案〈呼吸道過敏物質、特定標的器官系統毒性物質等〉，並標明「警告：工業級原料、禁止添入食品」或「僅用於工業用途，非用於人類食品和動物飼料添加劑及原料」等文字），自無可能列入「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」之資格，更不可能進行人體試驗，並參酌卷附相關研究或其他動物試驗資料：(1)長庚醫療財團法人林口長庚紀念醫院（下稱林口長庚醫院）102年8月22日（102）長庚院法字第0000號函，(2)國立成功大學醫學院附設醫院102年7月9日成附醫急診字第0000000000號函暨所附資料摘要表及附件，(3)國立臺灣大學食品科技研究所102年8月8日（102）大食研字第00號函暨附件，(4)中國醫藥大學附設醫院102年8月23日院急字第0000000000號函等專業意見，

均認定順丁烯二酸（酐）於動物實驗中有導致腎毒性及腎小管損傷之結果，且歐盟國家或美國已分別有人體每日最大耐受值、人體每日最大容許值、人體每日可攝取量之規範標準，顯見在醫療及科技研究發展程度甚高之歐盟國家、美國，亦因動物研究資料結果顯示，順丁烯二酸可能導致人體健康之侵害，而設定標準嚴格限制人體每日可攝取或容許之數量。是綜合上開客觀資料判斷，縱無人體試驗或實際造成人體健康受損之紀錄資料，仍足認於澱粉製程中添加順丁烯二酸酐，因化學反應產生順丁烯二酸，只需逾容許標準，客觀上確有使食用此等澱粉之人之腎臟等器官造成傷害之蓋然性，而有致危害人體健康之危險狀態甚明。上訴人於前揭澱粉製程中添加順丁烯二酸酐製成順丁烯二酸化製澱粉，自己分別構成102年6月19日修正前食品衛生管理法第31條第1款或第33條第2款所規範違反同法第11條第1項第3款或第9款規定之行為，因認上訴人上開混搭成順丁烯二酸酐之行為已合於上開食品衛生管理法所規定之「致危害人體健康」之客觀構成要件等旨甚詳（見原判決第19頁第7行至第29頁第9行）。核其所為之論斷，尚與證據及論理法則無違。上訴意旨（一）所云，無非徒憑己見，對於原審上揭採證認事職權之適法行使，任意指為違法，依上述說明，自非合法之第三審上訴理由。

（二）、刑法上之法條競合（或稱法規競合），係指一行為而該當於數個法條所規範之犯罪構成要件，惟因僅侵害一法益，為避免牴觸「雙重評價禁止原則」，祇須擇用其中最適切之法條所規範之犯罪構成要件予以論罪科刑，而排斥其他構成要件之適用，即足以充分評價整個犯罪行為之不法內涵，實質上僅成立單一罪名，屬單純一罪。至於如何擇用最適切之法條所規範之犯罪構成要件，乃以數法條所規範之犯罪構成要件間是否具有「普通法與特別法關係」、「基本法與補充法關係」、「狹義法與廣義法關係」、「全部法與一部法關係」、「重法與輕法關係」等作為判斷標準。原判決已說明公訴

意旨雖認上訴人前揭所為另涉犯刑法第191條之販賣妨害衛生物品罪，惟102年6月19日修正前食品衛生管理法第34條第1項規定之罪，及103年2月5日修正前食品衛生管理法第49條第2項規定之罪，乃刑法第191條之特別規定，依特別法優於普通法之法律適用原則，即應就上訴人所為前揭被訴2犯行，依上開102年6月19日修正前食品衛生管理法第34條第1項規定之罪，及103年2月5日修正前食品衛生管理法第49條第2項規定之罪分別論處，不另論以刑法第191條之罪（見原判決第54頁第8行至第55頁第27行）。另以104年12月17日修正之刑法，係自105年7月1日施行，依該法第2條第2項規定，沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。是以該日以前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。且以刑法及相關法令基於不正利益不應歸於犯罪行為人所有之原則，在確定利得直接來自不法行為，且屬犯罪行為人者，即應予沒收。又沒收係刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非從刑，得與罪刑區分，非從屬於主刑，自得與罪刑分別處理。本件上訴人不論所犯102年6月19日修正前食品衛生管理法第34條第1項規定之罪，或103年2月5日修正前食品衛生管理法第49條第2項規定之罪，其關於犯罪所得沒收之規定，依前開刑法施行法第10條之3第2項之規定，於105年7月1日起不再適用，原審於109年2月27日判決，就沒收之規定自應適用新法，上訴意旨(二)所謂原判決就茂利公司犯罪所得之沒收未適用食品衛生管理法之特別規定，及將罰金刑與沒收混為一談，而據以指摘原審適用法律不當，依上述說明，顯有誤解，要非適法之第三審上訴理由。

(三)、關於刑之量定，係實體法賦予法院得依職權裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列事項而酌定適當之刑度，並未逾越法律所規定之範圍，亦無違反公平、比例、罪刑相當及不利益變更禁止原則，或濫用其權限之情形者，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由

。102年6月19日修正前食品衛生管理法第34條第1項及103年2月5日修正前食品衛生管理法第49條第2項規定之違反食品衛生管理規定致危害人體健康罪，其法定本刑均為「7年以下有期徒刑、拘役或科或併科1千萬元以下罰金」。原審對上訴人所犯上開之2罪，如何以行為人之責任為基礎，依刑法第57條各款所列事項，審酌上訴人前揭犯罪之一切情狀，分別量處有期徒刑1年10月及有期徒刑10月，並合併定其應執行刑為有期徒刑2年2月，已詳細說明其理由，此乃事實審法院量刑職權之適法行使，並未逾越法律所規定之範圍及刑事訴訟法第370條（禁止不利益變更原則）所定之法律外部性界限，亦無明顯濫用裁量權而有違反法律內部性界限之情形，自不得任意指為違法或不當。上訴意旨(三)並未具體指摘原判決所量處之刑究有如何違背法令之情形，僅泛稱原審未詳細審酌其上訴意旨(三)所載各情，對其所量處之刑過重云云，而為單純量刑輕重之爭執，依上述說明，同非適法之第三審上訴理由。

四、綜上，本件上訴意旨均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，而仍就原審採證認事及量刑職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首揭說明，上訴人之上訴為違背法律上之程式，應予駁回。又上訴人對於原判決事實欄二之(四)及事實欄三所載上開違反食品衛生管理規定致危害人體健康罪重罪部分之上訴，既屬不合法法律上之程式而應從程序上駁回，則分別與各該罪具有想像競合犯關係之輕罪即其事實欄二之(四)所載上訴人詐欺取財罪及其事實欄三所載上訴人詐欺取財罪及商標法第95條第1款之未得商標權人同意，為行銷目的於同一商品使用相同於註冊商標之商標罪部分，係分別屬刑事訴訟法第376條第1項第1款及第4款所列不得上訴於第三審法院之案件（本件第一、二審判決均為有罪之論斷），自無從適用審判不可分原則一併加以審理，亦應併予駁回。

五、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；但必須其本案上訴合法時，始有效力及於第三人沒收部分之可言。卷查本件僅有上訴人就其個人部分對原判決提起上訴（見本院卷第89、93、161頁），茲上訴人對其本案部分之上訴既不合法律上之程式，而應從程序上駁回，其上訴效力自不及於原判決關於第三人（即茂利公司）之沒收判決部分，故本院無須併列原審上開第三人為本判決之當事人，均附此敘明。

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 109 年 8 月 6 日

最高法院刑事第二庭

審判長	法官	郭	毓	洲
	法官	林	靜	芬
	法官	蔡	憲	德
	法官	汪	梅	芬
	法官	沈	揚	仁

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 109 年 8 月 10 日