# 最高法院刑事判決

109年度台上字第4227號

上　訴　人　醫躍股份有限公司
上　訴　人
兼上代表人　張俊堂
上　訴　人　吳團宗
　　金丞廷
共　　同
選任辯護人　郭美絹律師
　　蔡慧玲律師
　　陳懿璿律師

上列上訴人等因加重詐欺案件，不服智慧財產法院中華民國109年5月28日第二審判決（108年度刑智上訴字第45號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署105年度偵字第12811號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、張俊堂、吳團宗、金丞廷及醫躍股份有限公司沒收部分

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、本件經原審審理結果，認為上訴人張俊堂、吳團宗、金丞廷有原判決事實欄所載之犯行明確，因而撤銷第一審該部分之不當判決，改判仍依想像競合關係，從一重均論處張俊堂、吳團宗、金丞廷犯三人以上共同詐欺取財罪刑，另維持第一審該部分諭知上訴人張俊堂、吳團宗、金丞廷及醫躍股份有限公司（下稱醫躍公司）沒收（追徵）部分之判決，駁回該

沒收部分在第二審之上訴。已詳述認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

三、按犯罪事實之認定，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。且經驗法則與論理法則俱屬客觀存在之法則，非當事人主觀之推測，若僅憑上訴人之主觀意見，漫事指為違背經驗與論理法則，即不足以辨認原判決已具備違背法令之形式。

㈠、原判決依憑張俊堂、吳團宗、金丞廷之部分自白、證人涂耀國、張彥博、謝年豐、陳美霞之證言、證人即購買者林采蓮、羅菁糅（原判決誤載為羅菁柔）、陳美鳳、劉靜慧等人之證述，佐以卷附之衛生福利部食品藥物管理署（下稱衛福部食藥署）食品及相關產品輸入許可通知、載運憑證、鎂雅有限公司統一發票、內蒙古新宏收物科技有限公司檢驗報告、醫躍公司研發進程文宣、「MS+ 醫躍青春因子羊胎粉末合成液組合」（下稱系爭產品）之產品介紹與招商說明、產品說明書、財團法人食品工業發展研究所委託試驗報告書、衛福部食藥署函，及原判決附表四所示之扣押物品、電腦檔案列印表等證據資料，綜合全辯論意旨及調查證據所得，認定張俊堂、吳團宗、金丞廷有本件加重詐欺之犯行。且敘明：張俊堂等3 人均明知醫躍公司銷售之系爭產品僅含有來自「羊胎盤粉末」之粗蛋白質成分，且該粉末多由大陸地區之內蒙古進口，並非自瑞士進口，竟舉辦說明會等向外宣稱系爭產品含有瑞士進口之「羊胎粉末」成分，並佯稱具有保健功效，可以媲美施打瑞士羊胚胎素富人才能享受之百萬療程相同效果，致林采蓮等消費者陷於錯誤而購入系爭產品等旨，對於張俊堂3 人所為如何構成詐欺取財犯罪要件，詳為論斷其理由。復載敘：「羊胎盤」係孕育羊胚胎之組織，「羊胚胎」發育完全分娩成為小羊後，羊胎盤即脫離遺棄，二者炯然不同，系爭產品說明書英文雖標示「Sheep placenta powde

r（即羊胎盤粉末）」，惟中文卻不實標示為「羊胎粉末（英文應為Sheep embryos powder）」，自有虛偽宣稱事實之旨。又對於如何認定張俊堂、吳團宗、金丞廷於本件分工之角色，以及如何具有犯意之聯絡以及行為之分擔，亦於理由內論述其理由。所為論斷說明，俱有證據資料在卷可按，係綜合調查所得之直接、間接證據而為合理論斷，並不違背證據法則、論理法則。凡此概屬事實審法院採證認事、判斷證據證明力職權之適法行使，自不能任意指摘為違法。上訴意旨謂原判決未區別本件僅係誇大誤導而非虛偽，且「羊胎粉末」與「羊胎盤粉末」中文為同一概念，本件原料並非全購自內蒙古，亦未宣傳僅來自瑞士，自不構成詐欺犯罪，原判決有判決不依證據、調查未盡、理由不備之違誤云云，乃執其個人主觀意見，就原審採證認事適法職權行使及原判決已明白論斷之事項，再為事實上爭執，洵非適法之第三審上訴理由。

㈡、原判決理由係以吳珮如證述於搜索當天前往醫躍公司臺北會館詢問系爭產品使用方式及功效之過程，為本件之證據資料（見原判決第14頁），而於原判決事實欄並未認定吳珮如係陷於錯誤而購入系爭產品者（見原判決第 5頁），其事實與理由一致，核無判決理由矛盾之違誤可言。上訴意旨謂原判決理由採用吳珮如證詞，事實所載被害人缺漏之，有事實與理由不符之違誤云云，顯係未依卷證資料而為之指摘，洵非適法之第三審上訴理由。

四、對於被告有利之證據不採納者，應在判決內說明其理由，否則，固有判決理由不備之違法。然所謂對於被告有利之證據，係指該等證據，客觀上與該判決認定之犯罪事實有相當之關聯而可為被告有利之認定，且於判決主旨有影響者而言。若非如此，則判決理由內縱未一一指駁並說明其不採納之理由，亦不能指該判決有理由不備之違法。原判決已敘明採用證人林采蓮、羅菁糅、劉衽裙、陳美鳳、劉靜慧、黃芷菁、林明祥、呂麗秋、陳建融、林明學、劉思美、黃沛涵、吳珮

如之證述，為綜合評價後執為認定本件犯行之理由（見原判決第10頁），核屬事實審法院判斷證據證明力職權之適法行使，且俱有卷內資料可按，縱原判決未就證人證言之內容逐一指駁、論斷其證據取捨之理由，僅係判決理由論述繁簡之異，不能指摘原判決有判決不載理由之違誤。原判決另已載敘：證人劉衽裙於臺灣高等法院審理時供稱：「所購買產品…是羊胚胎的保養品…說是從瑞士進口」，證人黃芷菁證述：「聽說醫美注射羊胚胎要多少錢，就想說試試看，…沒有聽說原料是從內蒙古進口」等語，足資認定本件犯行屬實，縱其等證稱未有受騙云云，亦不足為張俊堂等3 人有利認定之理由（見原判決第16頁）。同無判決不載理由之違誤可言。上訴意旨謂原判決對於林采蓮等人證言有利本件之部分不採，復未說明不採之理由，且未論斷其等購買產品係因陷於錯誤，如何與詐欺取財要件合致，對於劉衽裙、黃芷菁證述沒有受騙之證言，視而不見，有判決不載理由、理由矛盾之違誤云云，仍係就原審採證認事適法職權行使，異持評價，重為事實之爭執，同非適法之第三審上訴理由。

五、基於控訴原則，檢察官起訴之犯罪事實，係法院審判之對象，並為被告防禦準備之範圍，苟記載內容不致與其他犯罪相混淆，足以表明其起訴範圍，使法院得以確定審理範圍，並使被告知悉係因何犯罪事實被提起公訴而為防禦之準備，即屬完備，即使犯罪情節之記載未臻詳盡或略有誤認，苟未變更重要之基本事實，仍於案件同一性之範圍內，法院本得依職權於「起訴範圍」內加以認定，並進行證據調查、審判，尚不生未受請求之事項予以判決，或已受請求之事項未予判決之問題。又法院倘就變更之事實，已於審判程序促使被告有辯明之機會，保障其防禦權獲得充分行使，自不能指摘有程序違背法令。

檢察官起訴書記載本件對外銷售系爭產品係「自民國103 年12 月間起，共售出 8,073 套」，而第一審判決及原判決均認定「自102 年12月間起，總計售出8,053 套」，所載時間

雖較起訴書記載為早，然此部分為接續犯行之一部分，經原判決評價為一罪，況原判決認定銷售數量尚較起訴書為少，對於案件同一性之認定不生影響，原判決於理由內載敘斯旨併予判決（見原判決第21頁），自未有何違法可指（至系爭部分與起訴部分應係接續犯之實質一罪關係，原判決記載為裁判上一罪關係，雖有微瑕，惟於判決本旨不生影響）。又臺灣高等法院對於第一審判決認定之上開事實，業已訊問張俊堂、吳團宗、金丞廷，予其等答辯（見高院卷㈢第74至77頁），原審對於認定其等所涉此部分犯罪所依憑之證據資料（附表四編號56所示檔案訂單匯出00000000000 、00000000-00列印表、附表四編號12所示醫躍青春因子產品訂購單），亦於原審審判期日提示予張俊堂、吳團宗、金丞廷及其選任辯護人（見原審卷㈡第93、94頁），賦予其等充分辯明之機會，其等之防禦權業已獲致保障，原審踐行之程序，自屬正當，洵無上訴意旨指摘之違背法令。另起訴書記載本件施用詐欺情節「宣稱產品含有羊胚胎，成分自澳洲或瑞士進口」，而原判決認定「口頭宣稱及於產品說明書不實標示係由瑞士進口之羊胎粉製成」，僅係就此部分宣稱方式說明詳略之區別，無涉詐欺基本重要事實之變更，自未有何違誤可指。上訴意旨，以原判決未說明如何得評價為接續犯，擴張檢察官起訴書以外之事實，且未依正當法律程序給予辯明及辯論，指摘原判決有未受請求事項予以判決、理由不備及訴訟程序違法云云，自非適法之第三審上訴理由。

六、審判期日應調查之證據，係指與待證事實具有重要關係，在客觀上有調查必要性及可能性之證據而言；若法院認為所欲證明之事項已臻明瞭，別無調查其他證據之必要，因而未依聲請為無益之調查，尚無違法之可言。原判決以本件事實業臻明確，未再依聲請傳喚蔡軒洲、林采蓮、劉祉裙、呂麗秋、林明學、劉思美、黃沛涵、吳珮如等為無益的調查，自無所指應調查之證據未予調查之違法。上訴意旨，以原審未再傳訊其等以釐清本件未有詐欺取財之犯行，有應調查之證據

未予調查之違誤云云，係置原判決明白論述於不顧，憑持己見而為之指摘，究非適法之第三審上訴理由。

七、按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。犯罪行為人以外之第三人，符合法定要件而取得犯罪所得者，亦同，為刑法第38條之1 第1 項前段、第2 項所明定，立法意旨期澈底剝奪不法利得，以杜絕犯罪誘因。關於犯罪所得之範圍，依該條第4 項規定，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。再參照新修正刑法第38條之1 立法理由所載稱：「依實務多數見解，基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收。」等旨，新修正刑法之立法意旨明顯不採淨利原則，於犯罪所得之計算，自不應扣除成本。

原判決關於本件犯罪所得沒收部分，依總額沒收原則，已於理由欄乙、肆「沒收部分」載敘依據卷存之附表四編號56所示檔案「訂單匯出00000000000 」列印表、「訂單匯出00000000 -00」列印表以及表四編號12所示醫躍青春因子產品訂購單等證據資料，加以計算本件之犯罪所得共計新臺幣（下同）2億2,200萬6,524元，扣除繳交營業所得稅額26萬1,010元及因和解而賠償予被害人55萬5,410 元金額（即實際發還被害人）並載明如何認定張俊堂、吳團宗、金丞廷取得銷售紅利及醫躍公司因為其等為公司實行違法行為因而取得之犯罪所得、不應扣除成本、亦無過苛條款適用等旨甚詳，核係依卷內相關證據資料為其合理依據，依刑法第38條之1 第1 項前段、第3 項規定宣告沒收或追徵其價額，所述與卷內證據資料並無不合。又依卷存之醫躍青春因子產品訂購單，並未有「謝明倫」之訂購單，「訂單匯出00000000000 」列印表其中雖有會員「謝明倫」名義下單1 筆，然收貨人為廖恩典，則原判決理由就謝明倫告訴部分認不能證明，而未於犯罪所得金額之計算有何扣減，亦無違誤可指。上訴意旨謂原判決未依證據詳查各證人是否受詐欺而購買，逕予計算犯罪所得，且未扣除已達成和解以及謝明倫告訴無罪（按係不能

證明）部分，又採總額原則將分配予消費者之獎金沒收云云，執為原判決有違背法令之論據，難謂係合法之第三審上訴理由。

八、綜合前旨及其他上訴意旨，張俊堂、吳團宗、金丞廷及醫躍公司（不法利得沒收部分）係置原判決之論敘於不顧，無非就原審採證認事職權之適法行使，及原判決明白論斷之事項，徒以自己之說詞，任意指為違法，自非適法之第三審上訴理由。依上說明，應認其等上訴為違背法律上之程式，均予以駁回。又上開得上訴第三審部分之上訴，既因不合法而從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係之虛偽標示、販賣非法廣告為健康食品部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第 1款不得上訴第三審法院之罪，且未合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，自無從為實體上審判，應併從程序上駁回。

貳、醫躍股份有限公司部分

一、按最重本刑為3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴，刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款定有明文。

二、本件關於醫躍公司因其代表人及受僱人因執行業務，犯健康食品管理法第21條第2 項之販賣非法廣告為健康食品罪，依同法第26條規定科以罰金刑部分，係專科罰金之罪，核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款所列之案件。依首開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，醫躍公司對此部分仍行上訴，自非法之所許，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　　109　　年　　12　　月　　23　　日

刑事第三庭審判長法　官　林　勤　純

法　官　楊　力　進

法　官　莊　松　泉

法　官　吳　秋　宏

法　官　王　梅　英

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　29　　日