

人權會訊

Human Rights Quarterly
第126期 issue 126

2017年10月1日發行

發行人：林天財
發行所：中華人權協會(原名中國人權協會)
會訊主委：陳建宏
執行編輯：曹立欣
地址：10053台北市中正區杭州南路一段
23號4樓之3
電話：(02)3393-6900
傳真：(02)2395-7399
網址：http://www.cahr.org.tw
E-mail：humanright@cahr.org.tw
創會理事長：杭立武
名譽理事長：高育仁、柴松林、許文彬、蘇友辰、
李永然
理事長：林天財
副理事長：吳威志、查重傳
常務理事：李復甸、高思博、葛永光、楊泰順
理事：王國志、王雪瞧、李宜光、李孟奎、
周志杰、連惠泰、陳鄭權、陳珮雯、
傅馨儀、蔡靜攻、張必祥、鄧衍森、
鄭雅方、蘇詔勤
候補理事：李禮仲、吳育昇、徐新生、黃子哲、
張登及、葉慶元、齊蓮生
常務監事：李本京
監事：李雯馨、林宜男、陳瑞珠、厲耿桂芳、
徐鵬翔、趙永清
候補監事：鄭貞銘、劉美男
名譽顧問：馬漢寶、董翔飛、李念祖、曹興誠、
王紹培、葉金鳳、李鍾桂、呂亞力、
葛雨琴、楊孝潔、劉樹錚、鄭貞銘
秘書長：簡春敏
副秘書長兼秘書處主任：李佩金
會計長：李迎新
台北海外和平服務團：查重傳團長、連惠泰執行長
台灣原住民工作團：蔡靜攻團長、汪秋一諮詢顧問、
蔡志偉諮詢顧問
銀髮族工作團：陳珮雯團長、張必祥副團長
社會關懷工作團：李雯馨團長
國際暨兩岸交流委員會：林宜男主委
兩岸人權研究委員會：周志杰主委
賦稅人權委員會：傅馨儀主委、施中川諮詢顧問
司法法制委員會：林振煌主委
法律服務委員會：鄭雅方主委
司法官評鑑申訴委員會：陳明主委
人權教育委員會：鄧衍森主委
人權政策與推動委員會：李宜光主委
公共關係委員會：劉美男主委
會務發展委員會：陳瑞珠主委
南台灣人權論壇：吳任偉主委
中台灣人權論壇：王國治主委
東台灣人權論壇：邱一偉主委
志工團：王雪瞧團長
會務秘書：曹立欣
會計出納：詹叡臻
設計印刷：合益印刷製版有限公司
捐款劃撥帳號：01556781社團法人中華人權協會
電話：(02)3393-6900
傳真：(02)2395-7399

目錄

活動集錦

- 02 落實納稅者權利保護法公聽會(下) 編輯部
09 波羅的海三國國會議員拜訪本會 編輯部

專題研討

- 10 論食品標示與詐欺取財罪之成立 李永然
19 食品廣告標示不實與詐欺取財罪之關連性 吳景芳
33 食品廣告標示與詐欺之研討座談會
一以味全調合油案為例 蘇友辰
35 經濟性攙偽假冒與詐欺取財罪 陳誌雄
40 評論食品標示與詐欺取財罪之成立 吳威志
43 標示不清與詐欺罪的界限 吳景欽

人權專文

- 47 行有瑕尤者不得參加考試？
一以受緩刑宣告者參加國軍志願士兵甄選考試為中心 陳榮哲

會務訊息

- 62 活動花絮、捐款芳名錄

落實納稅者權利保護法公聽會（下）¹

編輯部



時間：民國一〇六年四月七日上午10:00

會議地點：立法院紅樓201會議室

主辦單位：中華人權協會賦稅人權委員會、中華民國律師公會全聯會人權保護委員會、立法委員黃國昌國會辦公室、台北律師公會稅法委員會

主持人：林天財理事長、黃國昌委員、蔡鴻杰理事長

來賓：

黃俊杰教授（中正大學財經法律系暨研究所）

黃士洲教授（台北商業大學財政稅務系暨研究所）

蘇友辰律師（本會名譽理事長）

陳東良律師（中華民國律師公會全國聯合會稅法委員會副主委）

蔡朝安律師（台北律師公會稅法委員會主委）

傅馨儀律師（中華民國律師公會全國聯合會副秘書長）

許祺昌會計師（資誠聯合會計師事務所）

林文舟法官（行政法院法官）

歐陽漢青法官（司法院代表）

陳慧綺組長（財政部賦稅署代表）

議程：

主題一、如何建立有效稅務專業法庭

主題二、如何透過專法落實賦稅人權

黃士洲教授：

納保法通過後代表時代改變，從過去重視稽徵威權時代走向徵納互相分工，在正當法律程序下導入服務性思維，將來稽徵機關不只是徵稅，還要輔導納稅義務人依法律納稅，特別是納保法規定納稅是義務也是權利，我認為這代表稽徵機關主動服務人民依法納稅。今天我認為重要的是立法後法律機關跟行政機關的角色就要互換，也就是通過後這一年時間行政機關要落實這套法律，所以我們也希望稽徵機關，特別是財政部可以主動把一些細節辦法提出，讓下次公聽會審視這些細節辦法妥不妥當，也就是執法單位—財政部跟司法院應該是主角，公民團體是監督的配角，我覺得這樣才有辦法真正的落實。

就現在財政部已經公佈的幾套辦法，我個人認為並沒有很認真、到位，比如納稅者權利保護諮詢委員會有個條文：每半年開一次會，令人懷疑規範

力道跟誠意(按:現公布諮詢委員會設置要點改為「每季開會一次」)。另外一個是稅務人才的培養,當正當法律程序逐漸落實在稅務行政體系下,我們現在稅務人員高考有沒有隨之應變?現在高普考雖然有把一些理論科目,如經濟學、租稅各論這些比較理論性質的科目拿掉不考,但仍保留與日常稽徵業務執行無關的「財政學」,是否真能有助於培育出落實依法行政、具備納稅人權思維的稅官,所以,因應將來納保法實行後執行依法行政提高的要求,理當加考財稅行政法,或以財稅行政法替換既有過度偏重抽象經濟理論的考科,特別是納保法執行的第一線,是稅官而非法官,第一線的稅官如果不懂納保法有很多承接行政程序法、行政罰法的規定,沒有透過考試確保稅官有基本認知的話,未來執法困境必然原地踏步。

另外,這套法律有很多妥協,但相對過去租稅稽徵法專章來說,已經進步非常多,有很多規定是照抄自行政程序法,這也告訴我們在實務上有很多著力點,比如說把一些辦法擬定的較清楚,比如說最直接的:行政處分必須附記理由這件事。行政程序法有規定納保法又重複規定一次,但是當初草案擬的並不是只有這樣,當初草案擬的是有一定格式,這格式要由立法、司法、行政機關一同敲定,還要列出範例給基層公務員參考。我覺得如果處分書能夠參考、依循這些案例,第一時間就可以處理掉一些不合理的案件。因為我們去看現在這些稅單,很大一個問題是人民看不懂,看不懂不是因為處分書太多難懂的法律術語,而是因為根本沒有寫什麼東西,頂多只是一些稅法規定與稅額算式,我相信這樣的說理根本不足以讓納稅人信服,很多時候納稅義務人懷疑是不是先射箭再畫靶,先決定要課稅,再想理由。甚至往往是進行復查時,才會知曉課稅、裁罰比較精確的理由,所以現行處分理由過於簡略的作法毋寧在鼓勵人民進行復查,不懂就去複查,其實這是很不好的模式。

當然我們有很多重要規定要落實,譬如說預先核示,人民如何申請預先核示?人民進行交易,按照納保法第8條規定他可以先申請這筆交易如何課稅的預先核示,這樣的細節辦法沒有規定,然後剛剛各位先進都有提到解釋函令很重要,我們要定期審查,法條規定4年,其實草案是2年,所以這也是妥協,如何落實?但我們期待主管機關列出一個明確的作業要點,比如說從哪些開始優先審查?現在有很多解釋函令,民國60幾年還在用的;再來是不是歡迎各界提供解釋意見?比如律師公會、會計師公會對一些有問題的解釋函令大家都心知肚明,我們就列出清單請主管機關優先檢視,這才能在第一順位解決。

再來,課稅資訊的閱覽也要有所規範,現在是無法規範,承辦人員全權決定願不願意讓你閱覽,如果願意,你就可以看到,如果不願意就看不到。什麼時候看到?到行政訴訟,所以林法官一定也可以分享,為什麼有些案件看不到資料,到行政訴訟才看得到,所以這也是鼓勵大家去打官司,有多少資源浪費在這件事情上?將來行政法院是不是也可以開放拒絕閱覽的請求變成一個獨立的訴訟標的,不然大家只是為了看資料就要打行政訴訟,這是一個非常浪費時間、精神的事。個人比較具體、清楚的建議刊載於今年七月號的月旦法學雜誌,請大家多指教。

蔡朝安律師:

納保法確實有很多妥協痕跡,而且很多規定,依行政程序法本來就有規定,納保法只是再強調重申。如果要落實納稅人權益保護,重要在於行政機關層次以及司法層次的落實。這裡就談有關行政機關層次,(有關司法層次,今日與會有司法院林文舟法官等法界人士在場,再聽其高見)。在行政機關層次,違法租稅解釋函令等上四年才檢討,實在太久了,無法追上社會經濟環境的改變,個人認為,應該區分兩類:第一類是那些在個案上遭行政法院認

定有違租稅法律主義之行政規則及解釋函令這種類型，稽徵機關於收到判決後一定期限內(如：3個月)應即主動通報財政部，而後，財政部應立即檢視並廢止該行政規則及解釋函令；第二類才是財政部定期檢視的部分，這部分建議應該透過設立專責小組、編列預算、對外公告時程及邀請外部學者、專家、律師公會、會計師公會等提供意見，具體落實定期檢討制度。此外，財政部二月公告的草案，有關納稅者權利保護諮詢會的內容並不具體，而且納保官設置更與期望有很大落差；未來應以美國IRS，建置剛性的Taxpayer Advocate Service (“TAS”)，而不只是任務編組，這樣的建置才是納稅人最佳的諮詢者與後盾。



許祺昌會計師：

納保法17至20條如何落實，將外部實務專家人士納入很重要，無論是訴願委員、法官或行政稅務機關官員在實務上的接觸並無法看到事實的本質與全貌，如果在救濟過程能落實外部實務專家意見，訴願處分、法院判決才能貼近民心。

無論是訴願委員、法官或稅務官員，在接觸案件時無法看到事實的本質與全貌，如果在行政救濟過程能落實外部實務專家意見，才能看到實務本質，訴願處分、法院判決才能貼近人民的社會生活，舉2個較具爭議的例子。一是商譽的爭執，公司進行併購時，若價格超過可以辨認資產的價格，都以商譽來認定；但在稅務處分上，幾乎所有商譽都會被

剔除或挑戰，縱使到了行政法院，相關的商譽決議結果也會與會計師或財務報表主管機關的認知相差甚遠。另外，給付費用給國外，涉及中華民國所得就會扣繳，與中華民國所得無關就不必扣繳；財政部2009年針對此議題訂定認定原則，解決很多紛爭。但2010年最高行政法院有不同見解，只要付款的是台灣的公司，通通要辦理扣繳，爭議再起。當爭議未被充分蒐集意見與充分討論的結果，就可能跟人民的期待產生距離。

針對稅務專庭法官的養成或培訓，會計師公會很樂意提供真正商務運作的目的及其在拿捏成本效益為何會得到該證據的結果，而非無止境地被稅務機關指說沒完美舉證，以致無法享有稅務上應有的權益。非常認同中正大學法學院教授黃俊杰建議訴願審議委員只留政府部門一人主持即可，其餘委員都請外部專家學者擔任，且須將外部實務專家納入。只要訴願會這個重要環結打通，基層行政處分的模式及稅務訟源壓力的紓解，都會有很大幫助。在行政救濟過程，若能有較多的實務專家，充分表達意見，則處分會越貼近人民的期待，訟源會越來越少。會計師要賺的不是訴訟的錢，是人民信賴政府的法令而增加投資活動的錢。

陳東良律師：

海關的立場一向比國稅局強硬，實務上的溝通更困難，主管機關應說明關稅是否納入納保法。納保法在稅務爭訟制度上有很大的調整，把以往的爭點主義變成總額主義，以一次解決紛爭，但牽涉到是否有不利益禁止變更的問題。原本訴願階段發現不利的情況時，即便是稅務機關核錯了，也不能變成更不利人民。但從總額主義的角度，在救濟過程中若發現不對，可以重新核定，是較大的爭議。另外，雖然納保法2017年底才實施，但過渡法規如稅務處罰部分，依納保法規定，正式實施後，只要還沒有確定的案子還是可以適用，行政機關應在先期就朝這樣的法理去處理，對以後制度的銜接較好。

稅務爭訟制度會被認為不夠專業，是因為判決說理不清楚或完全沒有說理，或僅複製行政機關的見解，沒有辦法讓人服氣；所以建立專業要在判決上呈現。行政法院在稅務人權上扮演很重要的關鍵角色。針對稅務專庭或專業法院，非常贊同在現行納保法可行的體制下，參照智慧財產法院的做法，引進技術審查官，就專業性高、不同專利的個案，依其專業與法官討論、報告。稅務專業程度高，一個稅務人員一輩子可能只做一種稅，法官現在去唸稅法、會計已來不及。因此建議在現行體制下，納入高職等的稅務審查官。如此一來，法官就能說理清楚，自為判決，不會又回到國稅局重新來過，納稅人的權利才能得到保障。

行政法院法官林文舟：

一、正人行邪法，法邪亦正；邪人行正法，法正亦邪。有了良法（納稅者權利保護法，下稱本法），更需要執法者有確保納稅者基本權利的正確價值觀，才能落實本法之美意。

二、「刑罰與稅賦是國家給予人民的兩大痛苦，為人權把關的大法官，既不該支持深文周納入人於罪，也不該支持深文周納橫徵苛斂。」（大法官許玉秀，司法院釋字第660號解釋²不同意見書）。「稅政宜寬勿苛，以示稅政權力之謙抑…苛政主要顯現於刑罰與苛捐繁稅方面。」（大法官陳新民，司法院釋字第700號解釋³不同意見書）尤其是稅捐債務之發生不以故意過失為必要，刑罰或許可以因注意而避免，稅負卻無所逃避，因此如何精準、恰到好處制定租稅法律，避免不合理或過度的稅負侵害人民的基本權利，固然是立法工作的重要課題，但如何避免為了稽徵目的而任意增加法律所無限制，或曲解法律的適用，並應基於「確保納稅者權利」而限縮得惡法的涵攝範圍，使其對人民基本權利的侵害降低到最小限度，更是執法者必須念茲在茲的信念。

三、撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力；原核課處分或復查決定經

判決撤銷後，稽徵機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之；行政法院之判決，如係指摘稽徵機關適用法律之見解有違誤時，該機關即應受判決之拘束，不得為相左或歧異之決定或處分。（行政訴訟第216條、司法院釋字第368號解釋）否則，會有監察法與公務員懲戒法上的行政責任問題。

四、本法第3條第1項「納稅者有依法律納稅之權利與義務。」，不及於法規命令，有司法院釋字第210、217及367號解釋可資參照，但司法院釋字第443號解釋採層級化法律保留原則，則認為「剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則」。

五、本法第7條第2項「稅捐稽徵機關認定課徵租稅之構成要件事實時，應以實質經濟事實關係及其所生實質經濟利益之歸屬與享有為依據。」準此，如果實質經濟事實關係不該當於課徵租稅之構成要件，而形式經濟事實關係該當時，即應認定其不該當於課徵租稅之構成要件。不能基於有利課徵租稅目的，選擇是否採取實質課稅原則。

六、營業稅既係以人民私法上之經濟活動為徵收對象，除非有規避稅捐之行為，否則，基於私法自治原則，稅法之涵攝及定性，即應儘量尊重契約當事人已有之約定。不應濫用實質課稅原則，強加調整其銷售關係，向一方補稅，並課予漏稅罰，卻衍生須向另一方退稅的問題。（最高行政法院100年度判字第2254號判決）

七、本法第7條第5項僅規定：「稅捐稽徵機關查明納稅者及交易之相對人或關係人有第三項之情事者，為正確計算應納稅額，得按交易常規或依查得資料依各稅法規定予以調整。」第10條後段僅抽象規定：「確保其在稅捐稽徵程序上受到正當程序保障。」未進一步規定調整時應踐行如何的正當程

序，殊為可惜⁴。

八、本法第11條第2項僅規定：「稅捐稽徵機關就課稅或處罰之要件事實，除法律別有明文規定者外，負證明責任。」未進一步規定納稅義務人於漏稅處罰程序無協力義務（不自證己罪），並有「無罪推定」及「疑則無罪」原則之適用，且其證明程度應達到真實的確信蓋然性，亦屬遺憾。蓋租稅裁罰處分，係國家行使處罰高權的結果，與課稅平等或稽徵便利無關，而與刑事罰類似，當事人並無協力義務或自證無違規事實之責任，且基於行政訴訟法保障人民權益，確保國家行政權合法行使的宗旨，其證明程度自應達到使法院完全的確信，始能予以維持。故最高行政法院39年判字第2號判例要旨明示：「行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之事實。倘不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法。」（32年判字第16號判例同此意旨）；營利事業所得稅查核準則第67條規定⁵亦係區別補稅與罰鍰處分所需事實基礎的證明程度，對於營利事業辦理所得稅結算申報，剔除其費用或損失，而增加課稅所得額之核定，並不要求應達到「確無支付之事實」的強度，但對於漏報課稅所得額之處罰，則要求應達到「查明確無支付之事實，而係虛列費用或損失逃稅」的強度；且該條文既指示「經查明」，則所謂「確無支付之事實，而係虛列費用或損失逃稅者」之要件事實，即應由稽徵機關負擔客觀舉證責任，於法院無法完全確信待證事實存在時，承擔其認定該事實不存在之不利益。（最高行政法院102年度判字第816號判決）

九、本法第11條第3項規定：「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之人員違法調查所取得之證據，不得作為認定課稅或處罰之基礎。但違法取得證據之情節輕微，排除該證據之使用明顯有違公共利益者，不在此限。」乃稅務行政調查證據能力之進步立法，超越行政程序法現有之規定。而在此之前，最高行政法院103年度判字第407號判決已揭示相同之法

理。

十、本法第14條第4項規定：「納稅者已依稅法規定履行協力義務者，稅捐稽徵機關不得依推計結果處罰。」準此，納稅者如未依稅法規定履行協力義務者，稅捐稽徵機關似仍得依推計結果處罰。惟按稅捐核課程序與漏稅處罰程序不同，推估課稅制度，乃基於租稅公平及租稅稽徵程序之特性，於納稅義務人不盡協力義務時，由稽徵機關以推估之事實作為核課租稅之基礎，未達確實證明的程度，在訴訟上僅是使法院就推計結果事實之存在，獲致蓋然之心證；而漏稅結果乃所得稅法第110條第1項規定之處罰要件（司法院釋字第503號解釋參照），其事實之存在應達確實證明之程度（最高行政法院39年判字第2號判例意旨參照）。故依推估方式計算之課稅所得額，對於納稅義務人是否確有漏報所得額情事，無法為確實的證明；是雖因此推估而有應補徵之稅額，亦無從明確認定納稅義務人有逃漏所得稅情事，稽徵機關自不得逕以按照財政部頒定標準推計之財產交易所得額，作為漏報所得額而核定漏稅額，依所得稅法第110條第1項規定處以罰鍰；縱使納稅者未依稅法規定履行申報或其他協力義務，亦至多僅應立法處以行為罰或加徵滯納金及利息。而實務上，需由稽徵機關推計課稅者，多因納稅者未依稅法規定履行申報或其他協力義務所致，所謂「納稅者已依稅法規定履行協力義務者，稅捐稽徵機關不得依推計結果處罰」，幾乎無適用之可能。且協力義務須要履行到什麼程度，才符合稅法規定，恐滋生爭議，莫衷一是。本法之制定未畢其功於一役，徒具其文，猶留下爭訟空間，甚為可惜。

十一、本法第18條第1項雖規定：「最高行政法院及高等行政法院應設稅務專業法庭，審理納稅者因稅務案件提起之行政訴訟。」但未進一步規範輔佐稅務專業法庭行使職權之人員配置。而目前行政法院組織法僅規定於高等行政法院設置司法事務官，並以具有財經、稅務或會計專業者為限（第10條之1），

最高行政法院方面則付諸闕如。建議可以參考智慧財產法院組織法第15條有關技術審查官之規定，以常任設置、聘用充任或借調充任的方式，建構稅務審查官制度。在立法建制之前，則建議遵照行政法院組織法第10條第6項、第15條第3項有關設置法官助理之規定，依聘用人員相關法令聘用專業人員，或調派各級法院或行政法院其他司法人員或借調其他機關適當人員，協助稅務專業法庭辦理稅務訴訟案件爭點之分析、資料之蒐集及提供財經、稅務或會計之專業意見。且地方法院行政訴訟庭亦審理稅務案件，雖由獨任法官行簡易訴訟程序，但獨任法官亦主持一個法庭，無論案件多寡，仍有設立稅務專業法庭之必要，本法第18條對此漏未規範，誠屬遺憾。

十二、本法第21條第4項規定：「納稅者不服課稅處分、復查或訴願決定提出行政爭訟之案件，其課稅處分、復查或訴願決定自本法施行後因違法而受法院撤銷或變更，自法院作成撤銷或變更裁判之日起逾十五年未能確定其應納稅額者，不得再行核課。但逾期係因納稅者之故意延滯訴訟或因其他不可抗力之事由所致者，不在此限。」所謂「逾十五年未能確定其應納稅額」，係指稽徵機關不能確定其應納稅額，或行政法院未能以判決確定維持稽徵機關所認定之應納稅額？如係前者，乃幾乎不可能發生的事；如係後者，核課處分既已繫屬法院，如何謂「不得再行核課？」且15年的期限是否過長？

十三、黃士洲教授發表於稅務旬刊（2016年12月10日）之論文謂：稅務司法在89年行政訴訟改採二級二審、乃至三級二審之後吾人從統計數據來看，所謂行政法院在稅務實務工作者及納稅義務人心目中的刻板印象—「駁回法院」、「官官相護」，很遺憾地，只能以「恰如其份」且「每下愈況」來做出描述等語，對於夙夜匪懈、殫精竭慮寫作判決維護納稅者權利的行政法院法官甚為不公，⁶。惟縱使個別法官有心維護納稅者權利，其撰擬的判決也不一定過

得了合議庭這一關。為了彰顯國民主權、民意優先及司法透明，有必要立法讓行政法院判決中少數說的法律見解公諸於世，以供人民檢驗，接受公評，並分別責任，促進改革。

歐陽漢菁法官：

針對大家關心的專業稅務法庭與專業法官遴選，已積極準備中。

傅馨儀律師：

非常感謝主席蔡理事長及各位與會貴賓，在很多場合我們中華人權協會及律師公會全聯會對人權保護，不論是生命權或財產權都有很多座談，可能之後我們會有一系列活動，請各位繼續關注。在這邊我簡單分享一下，我這邊經驗跟剛剛陳東良陳律師有點像，因為以前我在國稅局的時候—其實已經是10多年前的事，我們知道每個公務員工作都很辛苦，但是一個辛苦公務員能不能把辛苦彰顯在法治進步及人權保障上，我覺得更為重要，如果他很辛苦，他無法升遷，而且對賦稅人權沒有進步，那這是兩敗俱傷。

當然我們不是想苛責政府官員或公職人員，今天針對行政法院法官要受那麼多稅法或財稅專業課程，其實也很難一蹴可及，我自己本身法研所畢業後才回政大念會研所，兩年修了80學分，說真的你問我會計懂不懂？我花好多時間唸一些財稅會計課程，到現在我都覺得我還是一知半解。所以我知道這樣的課程訓練很難期待法官可以在這短短的時間內學會所有財會理論及實務。剛剛歐陽法官有講到3月13日有個稅賦專業法官審查要點，其實這審查要點立意良善，但有些細節，仍是與人權保障未符，希望司法院能討論跟再做修正。像修正要點第四點，專業法官證明書必須要具備下列資格其中之一，其中一個是五年內著有稅務行政訴訟的碩士論文。我們自己知道，你寫的是稅法論文但你不一定了解稅捐實務。而且我覺得這是用語上弔詭的概念，假設他是學有專攻，論文已經寫了10幾年了，不

知道算不算數？諸如此類細節規定，不論是細則、綱要、辦法，這些我們都要衡諸實務做探討。

這邊也跟各位先進報告，去年年底司法院院長跟秘書長有跟我們開業務聯繫會議，其中一個議案是我們要怎樣因應這部法律第18條，怎樣去落實專責稅務法官達成稅賦人權保護目標？剛剛許祺昌會計師提到會計師公會能提供專業會計課程來協助這部子法落實，我們律師全聯會是非營利團體，律師全聯會也有很多律師有很多稅務實務經驗，可以提供外國稅務訴訟與非訟的實務經驗。外國很多稅務案件都是律師執行，臺灣也有很多律師在執行稅務案件經驗，我們可以結合稅務訴訟執行經驗及我們對人權保障，法官就稅務案件的研習養成課程希望也能讓我們律師界參與交流，當然不敢說是以講授身份，而是今天要達到賦稅人權的保障，這本來就是大家一起要同心協力朝向的目標，因時間關係今天簡單說明就到此，如果有任何問題我想人權協會與律師公會都會極盡所能去協助參與這部法令，以真正達到保障賦稅人權的目的，謝謝。

陳慧綺組長：

為實施納保法，會將大家建議帶回去研議，相關條款也需要大幅修正。

《註釋》

- 1 本公聽會紀錄上篇業已刊登於2017年7月出刊之《人權會訊》125期。
- 2 司法院釋字第660號解釋文：財政部中華民國八十九年十月十九日台財稅字第八九〇四五七二五四號函，就加值型及非加值型營業稅法施行細則第五十二條第二項第一款有關如何認定同法第五十一條第三款漏稅額之規定，釋示納稅義務人短報或漏報銷售額，於經查獲後始提出合法進項稅額憑證者，稽徵機關於計算其漏稅額時不宜准其扣抵銷項稅額部分，符合該法第三十五條第一項、第四十三條第一項第四款及第五十一條第三款之立法意旨，與憲法第十九條之租稅法律主義尚無牴觸。
- 3 解釋爭點：未辦登記短漏營業稅漏稅額之認定，不許以查獲後始提出之進項憑證扣抵銷項稅額，違憲？
- 4 依實質課稅原則調整納稅義務人藉由非常規的安排所規避或減少的納稅義務，畢竟是會增加人民的租稅負擔，涉及對人民財產權（基本權）的限制，其調整應該踐行正當行政程序，其程序並應以法律或法律具體明確授權之法規命令定之。且實質課稅原則的適用宜有統一標準，以符公平原則，不應任憑稽徵機關各自為政，滋生弊端。故由法律規定稽徵機關依實質課稅原則調整人民的納稅義務時，須「報經財政部核准」，可以收統一見解、避免恣意及減少訟源的功效，堪認符合憲法要求的正當行政程序及租稅法律主義。然而現行法對於稽徵機關依實質課稅原則調整人民的納稅義務，規定有「報經財政部核准」（或賦稅主管機關）之正當行政程序者，僅有所得稅法第14條之3、第43條之1、第66條之8、所得基本稅額條例第15條之1及企業併購法第47條，易言之，僅有所得稅（包括所得基本稅額）之調整有較嚴謹的正當行政程序可資遵循，其他種類的稅捐（稅目）則付諸闕如，任憑各地稽徵機關自行裁量。
- 5 營利事業所得稅查核準則第67條第1、2項規定：「費用及損失，未經取得原始憑證，或經取得而記載事項不符者，不予認定。…前項之費用或損失，如經查明確無支付之事實，而係虛列費用或損失逃稅者，應依所得稅法第110條之規定處罰。」
- 6 據林文舟法官統計自己於民國100年至104年1月所撰寫的稅務判決計96件，其中有利於人民者達40%，對徵納雙方均有利者9%，林法官認為與德國財稅法院判決人民勝訴率歷年平均達40%來比較，毫不遜色。

波羅的海三國國會議員拜訪本會

編輯部

受我國政府邀請，以拉脫維亞國會友臺小組主席席拉托可夫斯基(Ainars Latkovskis)、立陶宛國會友臺小組副主席西穆里克(Valerijus Simulik)及愛沙尼亞國會友臺小組成員路易克(Lauri Luik)率領之波羅的海三國國會議員訪團一行10人於106年7月10日~15日間訪台進行訪問，六天行程中安排與政府機關、首長以及民間團體進行參訪。並在一連串緊湊行程中於7月12日上午蒞臨參訪本會並進行交流座談，本會由副理事長查重傳教授、常務監事李本京教授、理事鄧衍森教授接待，雙方針對人權工作推展進行了解。



(參訪團參觀本會)

參訪團針對我國政府推展人權工作的進程，以及政府部門及NGO各自的權責及推動方式進行了解，特別是對於臺灣NGO在促進人權保障的重要性及活躍程度，有深刻印象。

鄧衍森理事首先簡單介紹我國在人權保障上的沿革，以及簡述我國關注各種人權議題之NGO和相關權責之政府單位。參訪團一行分享了他們國家負責人權保障工作的單位：在拉托維亞及立陶宛，與人權保障工作相關之政府單位是由國會派任監察使(ombudsman)負責相關人權侵害事件、對公署及憲政之糾舉監督，但機構規模不大，成效不顯，愛沙尼亞則由法務總署負責；而三國從事人權倡議相關

工作的NGO並不多，於特定議題倡議或是遊說的作用亦不大。鄧衍森理事則以我國監察院及總統府人權諮詢委員會為例進行經驗分享，說明總統府人權諮詢委員會現為我國負責人權事務之層級最高專責單位，但並無調查權或行政指導權，僅能提供諮詢之功能，於實務上無太大效能。



(參訪團議員對於臺灣人權推動工作的經驗及作法十分關注)

在短暫的交流參訪行程中，本會與參訪團議員對談交流熱烈，並各自就推展人權保障工作的現況交換經驗，收穫頗多。人權乃是普世追求之最高價值，對人權的嚮往及追求，能夠跨越國界隔閡促使每個人團結在一起，而我國歷經民主轉型後一路上對於人權工作推動及自由價值追求的經驗更是與參與國際社會之最佳接口，更是臺灣走向世界之重要軟實力。未來本會也將就落實人權保障工作及監督的方向持續努力。



(會談結束後合影)

論食品標示與詐欺取財罪之成立

李永然律師

中華人權協會名譽理事長兼永然法律基金會董事長

壹、前言

近年來，社會大眾對於食品安全之議題甚為關注，蓋食品安全直接關係者國人生命、身體、健康之維護，且其所可能造成的傷害常常是永久性的。又「本公約締約國確認人人有權享受可能達到之最高標準之身體與精神健康。」，此為《經濟社會文化權利國際公約》第12條第1項所明文闡釋，可知「健康權」之享有，已為普世價值。我國於民國98年12月10日施行《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》後，上開公約內容已內國法化，屬於我國法律之一部，而成為我國「健康權」之法源依據。為此，政府近年多次修正《食品安全衛生管理法》並廢續修正相關子法與命令，以示政府維護食品安全及人民健康之決心。然而，關於食品安全之議題，所涉及者並不限於消費大眾之健康權，尚與食品生產者之營業自由、言論自由有關，更與法治國原則下，全體人民對於法秩序之信賴有深層的關聯。凡此，均為我國《憲法》所確立應予維護之《憲法》價值，故如何於食品安全議題中，就上開各種權益進行權衡，以找出一個衡平之點，實為重要之課題。

繼之，關於食品安全的維護，在資訊對等的要求下，「食品標示」即為受到關注的焦點之一。再者，詐欺取財罪之成立，涉及刑事制裁之運用。本於「刑罰最後手段性」、「罪刑法定原則」以及「刑事被告人權」之維護，食品標示不實等行為是否成立詐欺取財罪，仍有加以研析之必要。本文即嘗試依《食品安全衛生管理法》所建構出的食品標示態

樣，簡要分析構成詐欺取財罪各該要件之相關問題，希望能供學界及實務界處理類此案件時之參考。

貳、食品安全衛生管理法建構的食品標示態樣

一、攙偽或假冒—態樣一

「攙偽或假冒」一詞，出現於《食品安全衛生管理法》第15條第1項第7款規定之中。該條規定稱「食品或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：七、攙偽或假冒」。

至於「攙偽或假冒」之意涵，有學者主張係指於食品或食品添加物內混入偽品或以假品冒充真品之行為¹。對此一就「攙偽或假冒」之說明，本文認為殊值可採。進一步言之，所謂「攙偽」就是於食品中混入不實成分充數之行為，導致食品標示與實際內容不符之情形，例如：於鴨血混合雞血或其他禽鳥血液製成，卻仍以「鴨血」標示²；素食業者，為求提升自家產品之口感與滋味，而於素食加工品內添加動物性成分等葷食物質³。另外，所謂「假冒」則係指將不實之贗品包裝假冒為食品標示所宣稱之食品而言，例如：賣場將俗稱的「油魚」包裝為「圓鱈」出售⁴；歐盟日前發生將「馬肉」包裝為「牛肉」販賣之事件⁵。

「攙偽或假冒」之行政管制規定，訂定於《食品安全衛生管理法》第52條第1項第1款：「食品、食品添加物、食品器具、食品容器或包裝及食品用洗潔

劑，經依第四十一條規定查核或檢驗者，由當地直轄市、縣（市）主管機關依查核或檢驗結果，為下列之處分：一、有第十五條第一項、第四項或第十六條所列各款情形之一者，應予沒入銷毀。」。

刑事處罰，則訂於同法第49條第1項：「有第十五條第一項第三款、第七款、第十款或第十六條第一款行為者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金。情節輕微者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣八百萬元以下罰金。」；學者有謂此屬於「行為犯」，且為「抽象危險犯」⁶。

二、標示不實—態樣二

《食品安全衛生管理法》第28條第1項規定：「食品、食品添加物、食品用洗潔劑及經中央主管機關公告之食品器具、食品容器或包裝，其標示、宣傳或廣告，不得有不實、誇張或易生誤解之情形。」此即為食品「標示不實」之法令依據。所謂「標示不實」係指違反法定標示義務，應為標示而未為標示，或者標示與食品或食品添加物內容不符之行為。對於「標示不實」之類型化，學者尚將其細緻化為四種類型^{7、8}：

（一）應標示而未標示：例如「調製乳粉」未於食品包裝上清楚標示為「調製乳粉」；保久乳未以中文標示「滅菌方式」⁹。

（二）不應標示而標示：例如含乳量未達百分之五十以上，卻標示為乳品¹⁰。

（三）不依規定標示：例如食品標示雖然詳盡，但未以「中文」標示¹¹。

（四）虛偽或誇大標示：例如宣稱「茶多酚及兒茶素具有強大的抗氧化能力，協助減少體內自由基的生成，長期飲用可以增強自身的抵抗力」等語¹²。

「標示不實」之行政管制規範，《食品安全衛生管理法》先於第45條第1項前段規定：「違反第二十八條第一項或中央主管機關依第二十八條第三項所定辦法者，處新臺幣四萬元以上四百萬元以下罰鍰；」賦予主管機關科處罰鍰之法源依據，復又同

法於第52條第1項第3款規定：「食品、食品添加物、食品器具、食品容器或包裝及食品用洗潔劑，經依第四十一條規定查核或檢驗者，由當地直轄市、縣（市）主管機關依查核或檢驗結果，為下列之處分：三、標示違反第二十二條第一項或依第二項及第三項公告之事項、第二十四條第一項或依第二項公告之事項、第二十六條、第二十七條或第二十八條第一項規定者，應通知限期回收改正，改正前不得繼續販賣；屆期未遵行或違反第二十八條第二項規定者，沒入銷毀之。」，責令主管機關對於「標示不實」之食品應通知限期回收改正。

刑事制裁部分，則與「攙偽或假冒」之情形不同，依據《食品安全衛生管理法》第49條第2項規定：「有第四十四條至前條行為，情節重大足以危害人體健康之虞者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣八千萬元以下罰金；致危害人體健康者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金。」，則必須另符合「情節重大足以危害人體健康之虞」或「致危害人體健康」之情形，方得成立犯罪。

三、無攙偽或假冒與標示不實—態樣三

食品之標示倘若並無於食品或食品添加物內混入偽品或以假品冒充真品之行為；亦未有違反法定標示義務，應為標示而未為標示，或者標示與食品或食品添加物內容不符之行為。亦即，食品標示完全符合《食品安全衛生管理法》之規範，未有任何攙偽、假冒或不實之處，即歸屬此一態樣之中。

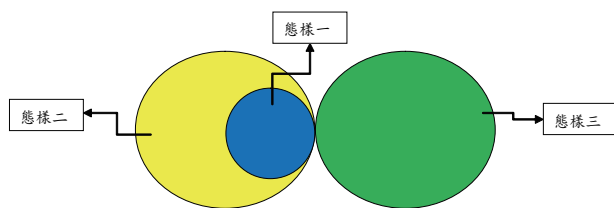
四、小結

自上開之分析說明，可知態樣三與態樣一、態樣二之本質截然不同。態樣三乃扣除態樣一及態樣二之集合，於現行《食品安全衛生管理法》建構之食品標示行政管制下，係屬「合法」之食品標示，無涉行政處罰，自亦無刑事制裁之規定。

反之，態樣一及態樣二則皆屬《食品安全衛生管理法》所欲加以規範處罰之行為，因此分別於《食品安全衛生管理法》第52條第1項第1款規定得

沒入銷毀(態樣一)及同條項第3款規定得限期回收改正(態樣二),另於同法第45條第1項規定,針對「標示不實」(態樣二)尚得處以罰鍰。其中,「攙偽或假冒」(態樣一)之行為,另於《食品安全衛生管理法》第49條第1項設有刑事制裁之處罰,解釋上只要有攙偽或假冒行為即得成罪,屬於學理上所稱之「行為犯」,且為「抽象危險犯」;至於「標示不實」(態樣二)之刑事處罰規定,則規定於《食品安全衛生管理法》第49條第2項,於「情節重大足以危害人體健康之虞」或「致危害人體健康」之情形,亦得以刑罰相繩。

另需要加以說明者,「攙偽假冒」通常同時符合「標示不實」之情形;但「標示不實」則未必會成立「攙偽或假冒」(例如:應標示原產地而漏未標示之情形)。因此,上述態樣一、態樣二及態樣三之關係,可以下圖表示之:



參、食品標示與成立詐欺取財罪之分析

一、仍應逐項檢視詐欺取財罪之成立要件

上開態樣一(攙偽或假冒)、態樣二(標示不實)之情形,雖然於《食品安全衛生管理法》均已有關刑罰之規定,然而是否成立《食品安全衛生管理法》第49條第1項或第2項之罪,並不當然影響《刑法》第339條第1項詐欺取財罪之成立。亦即,《刑法》詐欺取財罪之成立判斷,應與《食品安全衛生管理法》所規範之犯罪認定脫鉤,依照詐欺取財罪固有之構成要件逐一判斷之。尚不得僅因為成立《食品安全衛生管理法》之犯罪即認定當然構成《刑法》之詐欺取財罪;反之亦然,學者亦有持相同看法之見解¹³。

至於態樣三(無攙偽或假冒與標示不實)之情形,固然於《食品安全衛生管理法》所架構之規範體系中,屬於合法之行為。然而,其本質上是否有利用特別法之規範缺漏,而遂行詐欺取財之行為,則不無可能,此通常亦與行銷手法之界線判斷有關,且涉及行銷與詐欺行為之認定,因此實有逐一探究之必要。

二、施以詐術

所謂「詐術」係指傳遞與事實不相符合的資訊的行為,可以包括「虛構事實」、「歪曲事實」及「掩飾事實」等三種類型。不論係以語言、文字明示為之,或是透過可推知的舉動,傳達錯誤的訊息,均可成立施行詐術之行為¹⁴。

《刑法》第339條第1項之罪,首應確認者,便是有無一「詐術」行為之存在。而所謂「詐術」,依照前開定義性說明,應指傳遞與事實不相符合之資訊的行為。若是逐一檢視前述《食品安全衛生管理法》建構出的三種食品標示態樣,態樣一(攙偽或假冒)之行為,係於食品中混入偽品或低價品,但食品表示卻以真品或高價品示之,明顯屬於傳遞(食品標示)與事實不符(食品內容)的資訊,虛構、歪曲食品真實之內容與成分,故態樣一該當於「詐術」較無疑問。

態樣二的標示行為則必須進一步探究之,其中「不應標示而標示」之情形,通常「不應標示」之緣由乃在於倘如此標示將造成食品內容與標示不符,或者法規為避免消費者發生錯誤而規定於一定情形下不得為某種標示。從而,當食品生產者負有不應標示之義務時,倘其仍違反義務而為標示,一般即屬傳遞錯誤之資訊,而可以認為屬於「詐術」行為。「虛偽或誇大標示」之情形,「虛偽」之標示,可認定為施行「詐術」,但「誇大之標示」是否屬於傳遞錯誤之資訊?則必須於個案中加以衡量,非可一概而論,例如:於某種含有維他命C的飲品標示飲用後可以使皮膚白皙透亮之宣傳詞句,或屬於誇大之標示,但是否可認定為「虛構事實」或「歪曲

事實」，其實甚有疑義。至於「應標示而未標示」及「不依規定標示」亦必須於個案中判斷，是否屬於「掩飾事實」而給予消費者錯誤資訊之行為。

態樣三的行為，如前所述，其本質上與態樣一及態樣二並不相同，此態樣不只無攙偽或假冒，標示之內容亦完全合於高密度的行政管制規範，甚至亦無「誇大」之處（否則即歸屬於態樣二）。因此，本質上態樣三即排除了「虛構事實」與「歪曲事實」之餘地。至於，有無可能「掩飾事實」而成立詐術？本文認為，「掩飾事實」其實就是不揭露事實，但是因為與食品相關之資訊繁多，實無法要求對於全數事實（尤其是於法定揭示義務以外）均應予揭示。準此，基於消費者健康權之保障、商業性言論自由及營業自由之維護，並考量法安定性（即對於法之信賴），於態樣三之情形，食品標示既然已符合《食品安全衛生管理法》及其子法之規範，本於維護人民對於法秩序之信賴，如果所未揭露的事實無關於消費者之健康，則根本上應排除成立詐術行為之可能性。

以智慧財產法院105年度刑智上易字第38號刑事判決，亦即味全食品工業股份有限公司「98配方調和油」為例，該判決事實欄項認定「當時主管機關行政院衛生署（衛生福利部前身）公告『市售包裝調和油外包裝品名標示相關規定』（如附件7所示；自100年3月1日生效），其中雖未要求廠商標示油種含量比例及對於標示油種設定添加含量限制」等語，又於判決理由欄項認定行為人「以行政法規未規範應於包裝明確標示成分比例，即不標示IV65棕櫚油為高成分比例」等語，顯然已肯認系爭油品標示符合《食品安全衛生管理法》之規範¹⁵，然而該判決卻仍以棕櫚油比例涉及飽和脂肪酸之含量等理由，認定此一未揭露資訊的行為屬於「施行詐術」。但是，若仔細探究該案事實，其實「飽和脂肪酸」的含量已清楚標示，因此事實上消費者選購「調和油」的考量因素，到底是棕櫚油的比例？抑或是飽和脂肪酸的含量？該判決推論似有矛盾之處。因

No.126 2017.10

此，依照上開論述之內容，該判決之被告等人既然已揭示了與消費者健康有關的「飽和脂肪酸含量」，則其餘非法定應予揭露之事實，雖未標示，則從前述態樣三之行為似尚不足以構成詐術行為。

另外，智慧財產法院100年度刑智上易字第41號刑事判決，亦即「洗滌鹽及特級天然鹽」案件，該案判決認為雖然我國曾有於食鹽中添加「碘」之政策，但在民國79年後即未再發布相關作法之推動，且食鹽強制添加碘亦無法源依據，因此認定行為人未於所販售之鹽品包裝標示「未加碘」之行為，並非給予消費者錯誤資訊以誤導大眾的行為，並不構成詐術行為。對此判決所持見解，綜合考量了大眾健康權之保障，企業經營者對於法規範之信賴等，筆者給予肯定。

較為特別之案例則為智慧財產法院105年度刑智上易字第63號刑事判決，亦即「新米及優退米」案件，該案行為人將快過標示期限白米重新回收碾製後，分裝出售，並標示為「新米」之行為，該判決仍認為現行法規對於「新米」之定義並未明文規範，因此認為行為人之行為亦不該當於「詐術行為」。本文認為，雖然「新米」一詞已有誤導之嫌，但上述判決仍緊抓行政規範所建構之標示標準，一方面認定並無標示不實，另一方面則認定並無詐術之施行，就此一見解值得吾人注意。

由上開判決見解之比較，可知我國實務對於食品標示構成詐術行為與否之認定，尚未形成細緻化的類型與判斷標準，導致判斷結果大相逕庭。對此，本文認為基於刑罰之最後手段性，就刑事犯罪成立之要件應有形成更為精緻的類型化判斷標準的必要，故期許實務未來對此應予正視，俾保障人權。

三、作為或不作為

刑法理論對於「行為」區分為「作為」與「不作為」，所謂「作為」係指以身體或道具等物理力，改變事物之現況者¹⁶，於《刑法》意義上即為一個創造風險或加速既存風險之行為；而所謂「不作為」則指消極不為身體之運動¹⁷，於《刑法》意義上則

為對於既存風險之不排除。二者區分之最大實益，在於「不作為」犯罪之成立，必須另行建構出「保證人地位」之存在。唯有行為人具備「保證人地位」時，其不排除既存風險之不作為方有加以繼續討論是否成立犯罪之意義。

上述態樣一（攙偽或假冒）係於食品或食品添加物內混入偽品或以假品冒充真品之行為，以魚目混珠、濫竽充數之手法，造成消費者自食品標示所得之資訊與購買獲得之食品內容產生落差。從而，以《刑法》第339條第1項詐欺取財罪觀之，態樣一此種攙偽或假冒之行為，屬於對消費者陷於錯誤而損失產財風險之創造，故應以「作為犯」來討論。

態樣二（標示不實）中，「不應標示而標示」及「虛偽或誇大標示」均係提供錯誤之資訊，以創造更高之購買意願，故均屬風險創造行為，而應論以「作為犯」。但「應標示而未標示」及「不依規定表示」則屬於對於消費者可能存在誤解之風險，不加以排除，故應以「不作為犯」論之，而其不作為犯之建構，即為《食品安全衛生管理法》第28條第1項所課與之確實標示義務¹⁸。

態樣三（無攙偽或假冒與標示不實）之行為實質上完全符合《食品安全衛生管理法》之規範，因此舉凡不應提出之引人錯誤之資訊，或依法應予揭露之訊息，均合乎規範。因此，態樣三可能產生之情形，應係隱藏非法定應予揭示之資訊，而不排除消費者既存錯誤認知之風險，應論以「不作為犯」。然而，因為態樣三之行為本就合乎於法令規範，且行銷技巧是否得視為「危險前行為」，亦不無疑問；況且食品之成分、來源、產地、製成、包裝等資訊，本就繁瑣眾多，無法鉅細靡遺地全數標示於食品包裝之上，故此「保證人地位」之建構，將成為難題。如果無法妥適的論述出保證人地位存在之依據，縱使食品生產者未予揭露之資訊確實導致消費者誤解之繼續存在，亦無法以詐欺取財罪予以非難。

以前述所提到的智慧財產法院105年度刑智上易字第38號判決為例，該號判決對於未標示棕櫚油

比例之不作為，並未論及「保證人地位之建構」。事實上，該判決亦未精細地區辨「作為」與「不作為」，是該判決於法律要件之操作上，不無瑕疵。

四、陷於錯誤

所謂「錯誤」指任何一種不正確而與事實真相不相符合的事件或狀態，單純的毫無所知而無具體的錯誤想像，並非詐欺取財罪要件中所指的錯誤，因為受欺者若對事實毫無任何觀念而一無所知，即無陷入錯誤之可能¹⁹。因此，是否陷於錯誤，於詐欺取財罪成立與否之討論中，亦屬重要之要件之一。

無論是態樣一、態樣二或態樣三，消費者購買相關食品之行為是否足以反推消費者因為標示之方式而購買之結論，不無疑問。亦即，消費者未必因為食品標示之方式而陷於錯誤，進而決定購買此一食品。許多時候食品之選擇，其重要之決定因素並非該「錯誤」或「未揭示」之資訊，反而係其餘已揭示之正確資訊屬決定性之因素，或消費者之選購根本與標示方式無關，例如：品牌、價格、產地等等。準此，標示不實與消費者購買行為之間，如何搭建起「陷於錯誤」此一構成要件，於實務判斷詐欺取財罪之成立上，不容忽視；否則，將使詐欺取財罪之適用範圍過度擴張。

實務判決中，亦不乏對於是否「陷於錯誤」此一要件詳予審究者。例如：臺灣高等法院臺中分院99年度上易字第1155號刑事判決，就一般便當、快餐業者選購活菌乳酸飲料作為贈品時之考量點，曾有如下之判斷：「可見一般便當、快餐店業者於選購活菌乳酸飲料作為便當贈品時，考量之重點均在於該等不同品牌飲料之進價成本多寡，再從中選取最便宜者作為便當的贈品，以圖減低成本、增加利潤，而非以該等乳酸菌飲料是否有符合『CNS』標準或瓶身上是否有標示『CNS3058』字樣，為其主要進貨考量。則縱使昌乳公司確有在瓶身為標示不實之行為，然並未因其標示不實，而致使便當、快餐店業者有陷於錯誤判斷而為買受之情。」此判決清楚指明購買者之購買動機、原因本屬多元，標示不實之部

分未必確實造成購買者陷於錯誤進而決定購買。

又如臺灣嘉義地方法院103年訴字第566號刑事判決之論述：「又刑法詐欺取財罪之成立，必須行為人意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件，所謂以詐術使人交付，必須被詐欺人因其詐術而陷於錯誤，若行為人縱有施用欺罔或其他方法而圖詐取不法財物情事，然相對人已了然於胸，並不因行為人之施用欺罔或其他方法，而陷於錯誤，其之所以交付財物，乃係別有原因者，仍不得令負該條款之罪責。檢察官雖依卷內正義公司客戶豬油銷貨年報表（見雄檢偵24542號卷第282至330頁），整理作成如起訴書附表六所示之下游業者清單，然此僅有各該下游業者購買年度記載，對於渠等購買之品項則付之闕如，卷內對於各該下游業者購買油品之原因，是否均出於認知商品品質標示為食品豬油，因陷於錯誤始決定購買此一緣故，抑或係出於其他類如：轉售情形、品牌愛好等因素之考量始決定購買，亦乏相關被害人筆錄可資佐證，自不能單以上開豬油銷貨年報表，即遽以推論各該下游業者均係詐欺取財罪之被害人。」。

上述兩則判決均清楚表明「購買」不代表「因標示方式而陷於錯誤」，上開判決詳細、逐一討論《刑法》第339條第1項詐欺取財罪之構成要件，本文持肯定之態度。

五、財產損害

詐欺取財罪之本質為財產犯罪，因此需有財產之損害，方能構成本罪。又本罪要件所指之「財產損害」必須與行為人（或第三人）所得之物或財產上的不法利益形成一種直接關係，亦即被害人的損失與行為人（或第三人）的獲利之間必須形成一種「對等關係」²⁰。再者，被害人之財產究竟有無損害，應該以客觀之價值作為標準²¹。

論者有謂「由於詐欺罪為損害財產利益的犯罪，故需有財產利益的減損才能成立本罪。而財產利益是否減損，在商品交易的情況，應該比較消費

者獲得的商品價值與消費者支出的金錢是否相當」²²，於通說及實務向來採取「整體財產說」之見解下，本文認為此一就商品交易財產損失判斷之說明，殊值可採。

一般常理，態樣一多為以劣品取代珍品之行為，故消費者所取得之商品價值通常顯低於所支出之金額，此時評價被害人具有財產之損害，較無疑問，但仍不排除聲稱為高品質食材，但事實上僅為中等品質食材，而以中等食材品質出售之情形。態樣二、態樣三的狀況，與前述相同，於認定是否具有財產損失時，必須詳加觀察被害人（即購買食品者）其交付之財物與所獲得之食品商品間之價值是否相當，如果實際上購買者獲得之食品與所支出之負擔相當，則其整體財產並未減損，即無詐欺取財罪要件所指之財產損失；反之，若食品價值低劣，卻以中高價出售，則可認定具有財產之損失。

於「無水硫酸鈣與二水硫酸鈣」一案，台灣新北地方法院103年度智訴字第25號第一審判決，認定以「專家證人李政達於本院審理時又證稱：無水硫酸鈣之售價比二水硫酸鈣高，因為經過高溫煅燒成本比較高，工業級的無水石膏售價則不一定比二水硫酸鈣高，因為工業級無水硫酸鈣的來源並不是天然石膏，而是使用合成石膏或化學石膏，所以這種（工業級）石膏成本比較低等語（見本院卷第256頁），由是可知此種食用級無水硫酸鈣之製造成本及售價均較二水硫酸鈣高，被告周德永顯無可能以成本較高之食用級無水硫酸鈣，假冒為成本較低之二水硫酸鈣出售予下游廠商，藉此欺騙他人並牟取暴利之動機及不法意圖」等語，認行為人銷售之「二水硫酸鈣」雖與我國法規表列規格不同，但僅水合程度不同，且國際間包括FAO/WHO食品添加物聯合專家委員會（JECFA）、美國、歐盟、紐澳等，二水硫酸鈣及無水硫酸鈣均為准許使用之硫酸鈣成分，又食用級「無水硫酸鈣」之價格高於「二水硫酸鈣」之價格，且國外不乏准許將「無水硫酸鈣」使用於食品之例子，故判決詐欺取財罪不成立。但智慧

財產法院105年度刑智上訴字第1號刑事判決，卻推翻第一審之見解，認為「此與無水硫酸鈣之價格無關」，而改判決詐欺取財罪成立，然此似已跳脫了「詐欺取財罪」構成要件之判斷，逸脫了「罪刑法定原則」之要求。

再如前述智慧財產法院105年度刑智上易字第38號刑事判決，亦即味全食品工業股份有限公司「98配方調和油」案例，行為人辯稱銷售之「『98配方調和油』產品，無論含量多寡，均有添加橄欖油或葡萄籽油，且調整配方後的調和油除更符合各款調和油『高溫安定』的產品行銷訴求，售價亦更為低廉。依據AC Nielsen所作的市場調查，被告味全公司調和油在101年每公升的平均單價為65.8元，但在102年則調降為58.8元，可見被告味全公司確係將更改配方後節省之成本反應在產品售價上回饋給消費者，自難認油品與其市售價格有任何顯不相當之情形」云云，亦即行為人辯稱並未以高價欺瞞消費者，然綜觀智慧財產法院105年度刑智上易字第38號刑事判決並未就財產有無損害此一要件予以審酌論述，此似已跳脫了「詐欺取財罪」構成要件之判斷，逸脫了「罪刑法定原則」之要求。

六、違法性之判斷

關於違法性之討論，因為態樣一及態樣二均本就存在著違反《食品安全衛生管理法》之情形，若同時該當於詐欺取財罪之客觀構成要件，一般並無阻卻違法事由之存在。因此，關於違法性判斷之討論，本文將聚焦於態樣三之行為，試圖評析行政管制下的合法行銷手段，是否具備阻卻違法事由。

目前一般認為法定之阻卻違法事由有五種，分別為：(1)正當防衛。(2)緊急避難。(3)依法令的行為。(4)公務員依上級命令的職務行為。(5)業務上的正當行為²³。其中，正當防衛與緊急避難於本文討論之食品標示問題上，殊難想像有發生之可能；企業經營者進行食品標示亦非為公務員依上級命令從事職務行為之情況，故本文將排除正當防衛、緊急避難及公務員依上級命令的職務行為等三種

阻卻違法事由之討論，僅就「依法令的行為」及「業務上的正當行為」進行分析。另必須加以說明者，本文主張在《食品安全衛生管理法》就食品安全衛生領域較高密度的管制下，合乎行政管制下之食品標示(即態樣三)，應於構成要件階段即根本排除為「詐術」行為，以衡平企業追求最高獲利、行銷手法、國人身體健康等利益。因此，此處之討論，實係假設部分合於行政管制之行銷手段仍被認定具有詐欺之罪質時，針對違法性判斷之思考。

(一)依法令的行為

按「依法令之行為，不罰。」《刑法》第21條第1項規定參照，此項阻卻違法事由之法理根據，乃基於「法治國原則」與「法律規範價值觀的一致性原則」。只要行為人主觀上出於依法行政的意思，且行為確實並未逾越法令的規定範疇者，即得主張此項阻卻違法事由²⁴。

根據上開說明，態樣三之食品標示行為既然並未違反《食品安全衛生管理法》之規定，甚且係依據該法所詳列之規範內容與子法進行商品標示，而於《食品安全衛生管理法》所建構之食品標示框架下，發展行銷創意，則食品製造商在進行食品標示時，實際上乃是有意無意的依循著法令規定進行。對於該標示或不該標示，食品生產者通常會試著確認法令之指示。從而，本於「法治國原則」及「法律規範價值觀的一致性原則」，於此種高密度的行政管制之情形，法令既已構築了一部合法的框架，在此框架之內之行為，無論於行政法領域或是刑事法領域，皆應給予相同之評價，較為妥適。

因此，根據上開說明，本文主張或可以「健康權」之普世價值作為切入點，事實上「健康權」的維護本亦為食品標示法規制定之立法目的。亦即，行為是否依據法令，應考量法令背後之立法價值，而非僅以單純形式上的不為抵觸為標準。從而，若是食品業者基於其對於法秩序的信賴，切實依據食品標示相關規範進行標示，且無關消費大眾健康之減損，則此屬於態樣三之行為，基於「法律規範價值

觀的一致性原則」，或可得認為係屬「依法令之行為」而阻卻違法；但若是未予揭示的訊息，與消費大眾的健康息息相關（例如：現有科學數據顯示該食品中的某種成分可能造成健康之損害），此時衡酌食品業者的企業責任，以及《憲法》與《經濟社會文化權利國際公約》所構築之健康權維護的法秩序價值觀，僅單純形式上合於現有法規的標示行為，既與維護大眾健康的價值相齟齬，自難以稱之為「依法令的行為」而阻卻違法。

（二）業務上的正當行為

按「業務上之正當行為，不罰。」《刑法》第22條定有明文。而業務行為是否「正當」，應就業務的性質、目的及執行業務的方法等，而做綜合判斷²⁵。

態樣三之食品標示，本質上即為食品企業經營者業務上之一種行為，因此是否得主張「業務上的正當行為」而阻卻違法，端視此種標示「正當」與否。依照上述對於「正當」此一要素之判斷基準，當食品成為商品的一種，行銷當有其必要性，故合理的行銷手段與方法以滿足企業吸引消費之目的，應可認係屬「正當」。而態樣三之行為本就合於高密度管制的《食品安全衛生管理法》之規範，本文認為在此行政規範架構下，實不宜過度干預商業言論及營業自由。因此，對於一個並無「攙偽或假冒」與「標示不實」的食品標示行為，其有技巧的運用行銷手法，以吸引最大之買氣，此應屬於成功行銷之典範，而非《刑法》應予介入處罰之行為。準此，本文亦主張態樣三的情形，除非該行銷手腕隱匿對於健康有關之重要資訊，否則行為人亦得援引「業務上之正當行為」而阻卻違法。

肆、結語

根據上述之討論，就食品標示之態樣，本文主張循學界先見分類，將之區別為三種態樣，即態樣一（攙偽或假冒）、態樣二（標示不實）及態樣三（無攙偽或假冒與標示不實）。此三種態樣之間之關係，態樣一與態樣二可謂為一組，均涉及違反

《食品安全衛生管理法》之規定，態樣三則自為一組，屬於符合《食品安全衛生管理法》之行為。又態樣一通常均涵蓋於態樣二之中，但是符合態樣二則未必屬於態樣一之情形。

關於詐欺取財罪之成立，本文亦認為應該要對於詐欺取財罪之要件逐一檢視，尤其對於態樣三之類型，因為原就符合於《食品安全衛生管理法》之規範，故於法秩序價值觀一致性之觀點下，更應嚴格檢視每一要件之論述與構成。關於「詐術行為」之成立，目前實務之標準甚為浮動，並未有類型化、細緻化的標準，實尚待實務界先進以累積案例的方式建構出完整的認定體系。「作為或不作為」的認定，更是遭到實務嚴重忽視的環節，然而基於「罪刑法定主義」，對此一行為性質的判斷與保證人地位的確立，不容任意省略。「陷於錯誤」並非消費行為之必然原因，於實務案例中，不乏購買動機於詐術內容無涉的情形，舉凡價格、品牌、急迫性等緣由，均有可能方為消費行為產生之原因，於犯罪成立之判斷上，應予究明。最後，「財產之損失」為財產犯罪之本質使然，若消費者所得價值與付出相當，應無成立詐欺取財罪之可能。

另關於違法性之討論，實務判決多未為任何闡述，本文認為於態樣三的情形，基於衡平「消費大眾健康權」，「食品生產者之營業自由」及「言論自由」，並對於「法秩序之信賴」等情由，於具體個案中，以「健康權」之維護為導向，或可成立「依法令之行為」及「業務上正當行為」此二項阻卻違法事由。就此部分，本文依照學理推演所得拙見，尚請各界給予指正，以利我國實務對於詐欺取財罪認定之發展。

《註釋》

- 1 甘添貴，食品攙偽假冒與標示不實之入罪化，月旦法學雜誌，2016年6月。
- 2 臺北市政府衛生局曾調查發現，業界生產端鴨血原

- 料若不足時，會混合使用禽血（雞、鴨）產製，且以「水血」名義販售，並未特別宣稱「純鴨血」，品名有約定俗成的意思。資料來源：<http://www.zhongshan-healthycity-taipei.org.tw/news/news-2014-01-21-3.html?tabid=36&mid=442&itemid=32269>，最後瀏覽時間：2017年6月29日。
- 3 黑心素食貢丸驗出雞葷，蘋果日報。資料來源：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20060531/2644516/>，最後瀏覽時間：2017年6月29日。
 - 4 圓鱈肉質Q彈、紋理紮實 油魚吃多會拉肚子，TVBS NEWS。資料來源：<https://news.tvbs.com.tw/life/617838>，最後瀏覽時間：2017年6月29日。
 - 5 馬肉混牛肉事件 歐盟稱係標示錯誤，公視新聞網。資料來源：<http://news.pts.org.tw/article/233317?NEENO=233317>，最後瀏覽時間：2017年6月29日。
 - 6 甘添貴，註1文。
 - 7 甘添貴，註1文。
 - 8 曾淑瑜，從食品攙偽之類型論入刑化之必要性，臺灣法學雜誌，2014年2月。
 - 9 《鮮乳保久乳調味乳乳飲品及乳粉品名及標示規定》，衛生福利部民國103年2月19日部授食字第1031300193號公告。
 - 10 同前註。
 - 11 《食品安全衛生法》第24條第1項規定：「食品添加物及其原料之容器或外包裝，應以中文及通用符號，明顯標示下列事項：一、品名。二、「食品添加物」或「食品添加物原料」字樣。三、食品添加物名稱；其為二種以上混合物時，應分別標明。其標示應以第十八條第一項所定之品名或依中央主管機關公告之通用名稱為之。四、淨重、容量或數量。五、製造廠商或國內負責廠商名稱、電話號碼及地址。六、有效日期。七、使用範圍、用量標準及使用限制。八、原產地（國）。九、含基因改造食品添加物之原料。十、其他經中央主管機關公告之事項。」
 - 12 衛生福利部民國103年01月29日衛部法字第1020113032號訴願決定書參照。
 - 13 「不實廣告是否構成詐欺罪，仍須個別檢討詐欺罪之構成要件」。謝宗憲，預售屋不實廣告刑事責任之研究，全國律師，2017年4月。
 - 14 林山田，刑法各罪論(上)，作者自版，2006年10月，五版，第452-453頁。
 - 15 實際上，該判決亦認為該案不成立行為時《食品安全衛生管理法》第49條第1項之罪。
 - 16 蔡墩銘，刑法總論，三民書局，1973年3月修訂再版，第99頁。
 - 17 蔡墩銘，前揭書，第100頁。
 - 18 有學者即指出「於宣傳或廣告上對產品的訊息選擇性呈現，而將部分訊息予以隱藏或者未明示出來的情形，是否屬於刑法詐欺罪之行使詐術，端視此等被隱藏的訊息依法令業者是否有義務將其具體完整呈現」。盧映潔，詐欺與廣告不實，台灣法學雜誌，2013年10月。
 - 19 林山田，註14書，五版，第455頁。
 - 20 林山田，前揭書，第458頁。
 - 21 王振興，刑法分則實用，三民書局，1994年6月，第627頁。
 - 22 盧映潔，前揭文。
 - 23 林山田，刑法通論(上)，作者自版，2005年9月，增訂九版，第301頁。
 - 24 林山田，前揭書，第340頁。
 - 25 林山田，註23書，第352頁。

食品廣告標示不實與詐欺取財罪之關連性

吳景芳

國立臺北大學法律學院兼任教授/私立東吳大學大陸法律碩士班兼任教授

壹、前言

商業行為具有競爭之特性，企業欲使商品獲得消費者青睞，以提升市占率或銷售成績，在商品廣告上使用強調品質或效能之誇大標示，實為常見之事。然而，當商品廣告之標示內容已非單純之誇大，而係涉及不實內容時，即可能在不可罰之商業廣告行為與可罰之詐欺取財罪間產生拉扯¹。因此，如何界定二者，以兼顧合理之商業活動與消費者權益，實屬重要。而食品亦屬商品之一種，且食品對於人體健康之影響更為重大，近年我國亦發生數起食品標示不實之重大爭議案件，故如何有效處理食品廣告標示不實與詐欺取財罪間之關係，更顯重要。就此，本文擬先針對詐欺取財罪之構成要件要素進行分析，再簡要探討食品標示之相關問題，最後就二者間之關連性進行檢討，以期釐清食品廣告標示不實與詐欺取財罪間之適用關係。

貳、詐欺取財罪之構成要件要素

詐欺取財罪之構成要件，主要可由客觀及主觀構成要件要素二方面進行分析，惟因所涉爭議眾多，礙於篇幅，以下僅針對與本文議題較相關之部分進行討論。

一、客觀構成要件要素

詐欺取財罪之客觀構成要件要素，主要可區分為行使詐術、使相對人陷於錯誤、相對人因陷於錯誤而處分財產、造成財產損失及行為人或第三人取得財物等數項，且各要件間，須依序具備連鎖之因果關係²。以下針對因果關係以外之要件，逐一討論。

（一）行使詐術

詐術，代表一種與事實不相符之資訊，因此，行使詐術即指傳遞某種與事實不符之資訊³。而既稱與「事實」不符，則該資訊須具備可驗證真偽之性質，故唯有過去已存在之事實，方可成為詐術之內容，至於未來之事實，由於尚未發生，原則上只能預測，無法驗證真偽，故非屬詐欺罪規範之詐術範疇⁴。至於現今科學知識尚無法驗證真偽之資訊，例如宗教或神學等事物，原則上亦難認定屬詐術之內容⁵。另雖有學者認為，由於事實與價值判斷之界限模糊，故只要傳遞足使他人陷於錯誤之錯誤資訊，縱該資訊內容與價值判斷或個人意見相關，亦屬詐術⁶；然一般學說則認為，因所謂真偽，必然有其一致性之標準，故對於無標準性，且欠缺可供檢驗之事實核心的價值判斷或意見表達，並無法成為詐術之

內容⁷。

至於行使詐術之對象，不以特定人為限，縱對不特定人為之，亦可⁸。而行使之方式，不論是透過文字、語言或行動等，皆無不可⁹，且亦得以不作為之方式為之。所謂不作為，是指違反社會期待之意¹⁰，而不作為詐欺，則係指行為人雖被期待應告知正確資訊，但卻隱而不宣，以達到與積極行使詐術相同之效果者¹¹。而成立不作為詐欺之前提，須行為人對相對人負有告知義務之保證人地位¹²，至於保證人地位之來源，主要有基於法律、違反義務之前行為、契約、特別信賴關係等¹³，雖有學者認為經濟交易上之誠信原則亦可作為保證人地位之來源¹⁴，然亦有學者認為，因誠信原則過於抽象，不宜作為建構刑罰之基礎，若以之為保證人地位之來源，無異涵蓋所有交易行為，可能致使其他類型之保證人地位空洞化，或彼此界限不明，將有害法治國之安定性¹⁵。德國通說則認為，在特殊狀況中，誠信原則亦可建構保證人地位¹⁶，例如，相對人明顯缺乏經驗；或未告知相關資訊，將引起重大損失；以及該資訊對相對人而言相當重要，若經告知，相對人可能決定不為交易¹⁷。另若行為人僅是利用相對人既存之錯誤，除非行為人負有更正錯誤之告知義務¹⁸，或以積極行為強化或加深錯誤¹⁹，否則不會該當不作為詐欺。

而縱認定行為人具有負告知義務之保證人地位，亦非代表行為人所承擔者為鉅細靡遺的告知義務，故應以在交易中對當事人而言具重要性之資訊，作為告知義務之界限²⁰。至於資訊是否具有重大意義，應依一般交易經驗，以及若相對人知悉該資訊，是否會選擇不為交易等情狀，進行客觀判斷²¹。

（二）使相對人陷於錯誤

陷於錯誤係一種對於資訊之主觀認識與客觀真實不符²²，進而導致財產處分行為之動機與真實觀念相違的狀態²³，亦有學者將錯誤限縮於若知悉某些重要資訊，即不願進行交易之情況²⁴，故判斷

相對人是否陷於錯誤之前提，須要求行為人所傳遞之資訊，已為相對人所認識，且相對人具有了解資訊內涵及一般辨別事理之能力，否則無法該當此要件²⁵。

另有學者指出，因「被害人自我保護理論」或被害者學之觀點，並非外國文獻主流見解，且該理論可能導致被害人過度承擔責任，妥當性尚待思考²⁶，且雖被害者學係由刑法的輔助性功能著眼，然刑法之輔助性並非代表當人民有能力自我保護時，國家即應放棄干預，另基於刑事政策考量，亦應選擇保護被害人，而非支持行為人，至於被害人對侵害結果與有責任，僅得作為行為人量刑上之考量²⁷。故不論係因被害人過度自信本身能力²⁸，或縱被害人輕易相信行為人所提供之十分誇張不實且扭曲現實的資訊²⁹，只要可認定被害人係因行為人所行使之詐術而陷於錯誤，行為人仍得成立詐欺罪。至於被害人之智識及年齡經驗等，則非判斷之要件³⁰；然亦有學者指出，當被害人對於行為人所傳達之資訊已有所懷疑時，若可藉由適當之手段自我保護，刑法即無介入必要，因此，被害人對所懷疑之資訊，應優先透過要求鑑定或探詢市場交易行情等適當方式，自我保護並避免損害發生，國家無須於第一時間介入，並以刑法制裁行為人³¹。

而縱學者有對「被害人自我保護理論」提出質疑，然其亦指出，在判斷相對人是否確因行為人所傳遞之資訊而陷於錯誤時，應考量資訊內容及行為人與相對人對資訊判讀能力之差距，當資訊內容不易使一般人信以為真時，即不該當詐欺³²。例如，在商品廣告部分，若商人為刺激消費者之購買慾望，而對商品之品質或效能等資訊，為誇張性或虛構性之描述，而該描述內容不致使人誤信為真時，僅屬誇大不實廣告，並非詐欺；惟若描述之資訊內容並非一般人可輕易判斷之事物，或對判斷資訊內容能力特別低弱者為之，仍可認為該當使相對人陷於錯誤之要件³³。

（三）相對人因陷於錯誤而處分財產

詐欺罪與竊盜或搶奪罪等財產犯罪的區別之一，在於前者屬自損性犯罪，後者屬他損性犯罪³⁴，因此，詐欺罪被害人所為之財產處分，須出於自由意思³⁵。另處分財產，係指一切足使財產利益發生變動之行為，包含事實行為與法律行為³⁶，故縱使是由無行為能力者所為無法律上效力之處分行為，亦屬詐欺罪所規範之財產處分³⁷。另因詐欺取財罪之條文係規定「以詐術使人將本人或第三人之物交付」，故不論受詐欺之相對人所處分者為自身財產或他人財產，皆符合財產處分之要件，而當處分者為他人財產時，即稱為「三角詐欺」³⁸。

（四）造成財產損害

因詐欺罪所保護者為財產利益，故財產損害當為詐欺取財罪之構成要件要素之一，如德國詐欺罪即明定此要件³⁹。有疑問者是，究竟何謂財產損害？就此，學說上有侵害個別財產說及侵害整體財產說之不同見解。

支持侵害個別財產說之學者認為，既詐欺取財罪之條文係規定「將本人或第三人之物交付」，則以交付具體之物為必要，故本罪應屬侵害個人對於個別財產之所有或持有利益的犯罪⁴⁰，與詐欺得利罪係侵害個人之整體財產利益有所不同。另當將觀察角度置於被害人實際「所獲得之價值」與預期「應獲得之價值」的比較時，因若被害人知悉所獲得者，實為價值低廉或品質次級之劣質品，而與其本欲獲取之物不相當時，被害人並不會願意接受交易，並處分其原持有或所有之物⁴¹，進而喪失對該物之使用、收益或處分權能，因此，單純之財產交付本身，即屬一種損害，縱然行為人交予被害人者，為相當或更高對價之物，而未導致被害人之整體財產減損，仍無礙詐欺取財罪之成立⁴²，故本罪應屬侵害被害人個別財產法益之犯罪，至於被害人之整體財產於進行差額計算後是否減損，僅係法益侵害程度的問題，與詐欺取財罪之構成要件要素無涉，並

非判斷既遂與否之重點⁴³。

然而，採侵害整體財產說之學者則認為，我國刑法將詐欺罪、背信罪及重利罪規定於同一罪章，係基於三者皆屬對被害人整體財產之侵害⁴⁴，並以財產本身，而非財產之自由處分權為保護標的⁴⁵。且因不論詐欺罪之相對人所交付者為實物或利益，在刑法理論或刑法實務上，皆不影響詐欺罪之成立，故區分詐欺取財罪及詐欺得利罪而為不同認定，並無必要⁴⁶，如德國刑法第263條之詐欺罪，即未區分⁴⁷。而既詐欺罪所關切者，並非個別財產之所有或持有利益，因此，除被害人處分財產之要件外，尚須依整體清算原則計算被害人處分前後之整體財產，當有所減損時，方屬既遂⁴⁸，以彰顯詐欺罪之結果非價⁴⁹。而此亦為詐欺罪與以保護個別財產為目的之竊盜等罪的區別關鍵所在⁵⁰。且採侵害個別財產說之學者，多係參考日本之見解，然因日本通說本認僅背信罪屬侵害整體財產之犯罪，其餘犯罪皆以保護個別財產為目的，並於第二次刑法改正案起，即將詐欺罪之犯罪客體設定為動產，與我國及德國之刑法編排體例不盡相同，故得否將日本通說之見解直接套用至我國，並認詐欺取財罪屬侵害個別財產之犯罪，似有疑問⁵¹。

而當採侵害整體財產說之見解時，須先討論詐欺罪中財產之概念，方得有效認定被害人之整體財產是否減損，就此，學說上主要有純法律之財產概念、純經濟之財產概念、個人之財產概念、以及法律經濟之中介財產概念等見解⁵²，並以純經濟之財產概念為多數說⁵³。

另當確認財產概念之意涵後，須進一步討論是否構成損害，就此，學說上提出客觀說與主觀說之見解。前者純粹依照經濟交易之觀點進行判斷，若實際支出與所得在以客觀市價衡量後認為相當，即無損害；後者兼及考量被害人之主觀評價，故當所得之物與使用目的重大背離時，亦屬損害⁵⁴。針對此議題，有學者指出，雖是否與交易目的重大背離，

純為被害人主觀之感受，然當所購之物確與交易目的完全不符時，該物無非係累贅，故建議採主觀說之見解⁵⁵。另德國聯邦最高法院亦指出，除與締約目的重大背離外，若因交易而承擔義務，以致須採取減損財產之措施；或由於承擔義務，而無法再妥適運用本身之資金，導致經濟上之活動自由大幅受限，皆可認定具有損害⁵⁶。

（五）行為人或第三人因而取得財物

詐欺取財罪在性質上為結果犯並無爭議⁵⁷，但其既遂之要件，則受上述侵害個別財產說或侵害整體財產說之影響。前者，原則上以行為人或第三人取得財物為既遂要件⁵⁸；後者，則以受詐欺者是否處分財產而造成整體財產損害為判斷標準⁵⁹，並要求行為人或第三人所獲得之利益，與被害人所受之財產損害具等價關係⁶⁰，至於行為人是否確實達成詐欺取財之目的並獲取財物，則非所問⁶¹。而若未造成被害人整體財產減損，則僅係單純之民事糾紛⁶²。

二、主觀構成要件要素

詐欺取財罪之主觀構成要件要素，分別有故意及不法所有意圖。其中，詐欺故意係指行為人對於本罪之客觀構成要件均有認識，並決意為之的內心意思，包含直接與間接故意⁶³。而意圖係一種「特別主觀構成要件要素」⁶⁴或「特殊的主觀要素」⁶⁵，學說上又稱為「過剩的內心傾向」，其與故意不同，並無相對應之客觀構成要件要素⁶⁶，並具有可罰性限定與犯罪個別化等機能⁶⁷，進而標示了各該犯罪的典型行為非價，及決定了行為不法的內涵，且是與故意各自獨立之主觀不法構成要件要素，故若行為人僅具故意而無意圖時，仍無法成立相關犯罪⁶⁸。因此，學者指出，因詐欺取財罪明定以「意圖為自己或第三人不法之所有」為要件，故屬目的犯，行為人除詐欺故意外，尚須具備不法所有意圖，否則不成立犯罪⁶⁹。

至於詐欺取財罪之不法所有意圖的內涵究竟

為何，則會因本罪之保護法益究應採侵害個別財產說或侵害整體財產說之見解而有不同。採侵害個別財產說之學者認為，因詐欺取財罪與竊盜等罪，皆以個人之個別財產為保護法益，故詐欺取財罪之不法所有意圖的內涵，即與竊盜罪相同，皆指行為人明知自己於法律上不具合法權利，卻欲使自己或第三人在經濟上取得與所有人同等之支配利益或權利⁷⁰。

然而，採侵害整體財產說之學者則由詐欺罪之法制史切入指出，在羅馬法時期，詐欺並非一項獨立犯罪，施用詐術不過是著手實行偽造之方法，且僅當行使詐術而造成財產損害時，方被例外作為一種法律明文外之犯罪，並以欺騙之名對行為人進行刑事制裁⁷¹。詐欺罪之基本結構至19世紀方逐漸確立，而首將意圖列為詐欺罪之主觀構成要件要素的1851年普魯士刑法典第241條雖使用「得意圖」一詞，與現行德國刑法第263條之詐欺罪使用「獲利益圖」不盡相同，但二者皆以意圖為要件，並以「利益」為指涉對象，則無疑問⁷²，且現行德國刑法典所繼受之1871年帝國刑法典第263條，亦採取與1851年之普魯士刑法典相同立場，將意圖列為詐欺罪之主觀構成要件要素⁷³。至於將意圖列為詐欺罪之主觀構成要件要素之理由，由德國學者Köstlin及Merkel的相關討論可知，意圖之目的在於有效區別民事及刑事不法，以限縮刑法之處罰範圍⁷⁴。另詐欺罪之意圖所指涉之不法所有意圖，表示行為人或第三人之獲利須為不法，亦即，呈現一種與客觀財產分配秩序不符之狀態⁷⁵，而既不法係一種與客觀法秩序不符之狀態，故不法係一個客觀構成要件要素，屬故意應認識之對象，並彰顯詐欺罪中獲利之客觀不法性⁷⁶，且因詐欺罪之意圖是一種過剩的內心傾向，故此獲利要件在客觀上並無實現之必要，進而，詐欺罪也就不以行為人或第三人取得特定物體為成立要件⁷⁷。

總結來說，採侵害整體財產說之學者認為，由

法制史之角度觀察，在羅馬法時期，詐欺罪係在偽造罪之概念下加以處罰，與竊盜罪並不相同，二者所保護之法益本不相同，故可得出二者所規範之意圖的內涵亦屬不同之結論⁷⁸，故詐欺取財罪之不法所有意圖，應指行為人具備使自己或第三人提升整體財產利益之獲利意圖⁷⁹。

參、食品標示之意義與標示不實之效果

為達成保障消費者權益之目的，各國食品安全相關法令多要求企業應依實際狀況標示食品內容，然而，因相關法令所要求之標示內容及目的究竟為何，以及標示不實之意涵及處罰為何，皆涉及食品廣告標示不實與詐欺取財罪間之關連性，故本文以下將針對上述議題進行簡要介紹，以利後續進行二者間關連性之檢討。

一、食品標示之意涵與禁止標示不實之目的

標示，係指任何有關商品資訊之說明，特別是關於商品之品質⁸⁰，而依我國食品安全衛生管理法（以下簡稱食安法）第3條第8款規定，食品「標示」係指「於食品、食品添加物、食品用洗潔劑、食品器具、食品容器或包裝上，記載品名或為說明之文字、圖畫、記號或附加之說明書。」

至於我國食安法禁止食品標示不實之目的為何？則須先探討食安法立法目的之轉變後，方可得知。就此，由食安法之名稱原為「食品衛生管理法」，及其揭示之立法目的原為「管理食品衛生，維護國民健康」判斷⁸¹，在舊法時期，食安法主要關切者為涉及消費者健康之問題，並以保護消費者之健康為主要目的；然而，在修法後，現行食安法所揭示之立法目的，除管理食品衛生以維護國民健康外，亦包含有效「管理食品衛生安全及品質」，因此，現行食安法之規範目的，已由原先單純維護消費者健康，擴及至保護消費者免受劣質食品欺瞞，及提供消費者正確之食品資訊，以保障消費者對於食品來源正確性之期待⁸²。故禁止食品標示不實之目的，

應兼含保障消費者健康，以及使消費者獲取正確資訊，進而選擇符合自身需求之食品的權利；至於禁止未涉人體健康疑慮之單純標示不實，則以保障消費者之知情選擇權為主要目的。

另若參考德國於2005年生效並取代原「食品及餐具安全法」之「食品、餐具及飼料安全法」（以下簡稱德國食安法），該法雖肯定企業有不經許可即產銷食品之自由，然若企業濫用此權利，而使有安全疑慮之食品流通至市面，則給予相應之制裁⁸³。且該法多次指向歐盟核心指令，並以保障消費者免於健康受損，以及免於受到食品、飼料、化妝品及餐具之詐欺為目的⁸⁴，至於該法第11條第1項禁止於食品標示中為誤導或詐欺標示之規定，主要係為確保消費者於購買食品時，得為適當選擇之可能性，亦即，係在保障消費者之知情選擇權，而非消費者之健康⁸⁵，故未以具危害人體健康之虞為必要；且禁止標示不實條款屬防止詐欺之預防性規定，不以真正發生財產損害為必要，與刑法之詐欺罪亦有不同⁸⁶。故德國食安法禁止標示不實之主要目的，亦在保障消費者之知情選擇權。

綜上，雖有學者指出，因消費者及社會對於安全食品之期待，更重於其他如工具或車輛等同樣可能帶來人身損害之商品，故食安法除保障消費者健康之目的外，尚須保護消費者之正確資訊期待，以防止消費者受到詐欺，因此，食安法同時具有保障健康及保護財產之目的⁸⁷。然當討論禁止未涉人體健康疑慮之單純標示不實的狀況時，由於不以具危害人體健康疑慮為必要，且亦無須確實造成消費者財產損失，故宜認係以保障消費者之知情選擇權為主要目的。

二、食品標示不實之意義與處罰

食品標示不實，係指標示之內容違反法定標示義務，主要行為態樣有下列四種。第一，應標示而未標示；第二，不應標示而標示；第三，不依規定標示；以及第四，虛偽或誇大標示⁸⁸。而食品廣告標示

雖可能同時符合上述各種標示不實之狀況，然須強調者是，標示不實與攙偽或假冒，並非完全一致之概念⁸⁹。前者，係食品業者對於食品之宣稱、商標、外觀或加工等資訊，為不實標示，致消費者有陷於錯誤之虞；後者，主要係指食品內容物質有問題⁹⁰。而若由形式上逐一判斷，假冒，係指食品物質上之錯誤，及對食品產生本質上之誤認；攙偽，雖亦為食品物質之問題，但消費者未對食品本質產生錯誤，僅係對食品之組成成分有錯誤認知；標示不實，則係指形式上之標示錯誤，但未使消費者誤認食品之本質及組成物質⁹¹。

另若參酌德國食安法第11條第2項第2段之規定，不論仿造假冒食品⁹²、價值貶抑食品⁹³，或予人與實際不符之較佳特性印象食品，皆在處罰範疇。而所稱予人與實際不符之較佳特性印象食品，包括食品本身之品質與狀態之不符，其中，狀態係指食品於交易上所被重視之價值，因此，若將廣告用語與商品特性為一定程度之結合，而具交易上之根本重要性時，亦在狀態之概念內⁹⁴。故在依整體印象判斷食品廣告之用語及包裝後，若認企業於食品所為之標示，已令一般謹慎之消費者有所誤解，或有誤解之虞時，皆屬陷人於錯誤之欺騙，而屬假冒之行為⁹⁵。

而若依我國食安法第28條第1項之規定，標示不實可區分為「不實、誇張或易生誤解」三種狀況，其中，「易生誤解」即誤導之意，係指標示之應然與實然不同⁹⁶。在德國食安法中，誤導指「可導致詐欺」之意，只要透過整體外觀觀察，可認定標示內容有影響消費者之虞即可，無須消費者確實受詐欺或造成損害，且僅須標示中之一個或數個內容與實際性質不符，即屬誤導，故企業應使用得令消費者理解之一般語言來善盡標示義務，以避免消費者有受誤導之虞⁹⁷。

至於如何決定消費者之理解能力，以判定標示內容是否構成誤導，原則上係以「消費者指標」為

基礎，且依歐盟及德國學說與實務見解，係以一般「平均消費者」為指標，並依其可適當知悉、注意及判斷之程度為標準，再考量社會、文化或語言等因素，而非以無知或輕率之消費者的理解為判準⁹⁸。另除消費者指標之判斷因素外，尚須依參與食品交易之消費者、製作者及販賣者之交易觀點，對標示或外觀內容及食品特性進行檢視，並以標示內容對於影響消費者購買決定之重要性，以及消費者對特定食品應有特性之了解為重點，以完整判斷是否構成誤導，因此，應以消費者概念印象中之食品特性作為消費者之期待內容，並依此為標示，只是，究竟何為消費者之期待，尚會受德國食安法之指導原則、商業慣例、專業機構之意見或問卷調查之結果所影響，而當欲反對商業慣例等輔助判斷原則所得出之結論時，應由反對者負舉證責任⁹⁹。

在處罰方面，德國食安法為貫徹禁止不實標示，以保障消費者知情選擇權之目的，對於標示不實之行為，不論實際上消費者是否受騙或產生損害，亦不論是否有危害人體健康之虞，皆可對故意違反規定者施以刑事制裁，並對過失違反者施以行政制裁¹⁰⁰，惟若企業已於食品上為充分標示，並使消費者之知情選擇權獲得一定程度之保障時，因未違背資訊期待利益，故不成立犯罪¹⁰¹。而我國食安法則透過第28條課予企業據實標示之義務，當單純標示不實時，依同法第45條第1項等規定，得處以相關行政制裁；然若因標示不實而有危害人體健康之虞時，依同法第49條第2項至第4項規定，得進行刑事制裁¹⁰²。由此可知，我國食安法關於禁止食品標示不實之目的雖與德國食安法相似，但因我國較重視危害人體健康之結果，故若僅係單純標示不實，不論故意或過失，皆僅得施以行政制裁¹⁰³。

肆、食品廣告標示不實與詐欺財取罪之關連性

雖食品標示不實可能同時具備刑事不法與行政不法之內涵，然依質的區別說，刑事不法與行政

不法具有本質上之差異，唯有相關行為所造成之侵害或危險已具有社會倫理之可非難性時，方得施以刑罰制裁¹⁰⁴。而如前所述，除非食品或食品添加物之標示不實已達情節重大程度，致有危害人體健康之虞，方得依食安法第49條第2項施以刑事制裁，其他一般標示不實之狀況，僅得依同法第45條第1項或第52條第1項第3款規定，施以相關行政制裁¹⁰⁵。因此，似無法通盤性認定只要食品廣告之標示不實，即該當詐欺取財罪之相關要件，否則，無異等同認為所有食品標示不實皆具刑事不法內涵。而究竟何種標示不實之態樣，方可被認定同時該當詐欺取財罪之內涵，則涉及食品廣告標示不實與詐欺取財罪之關連性議題，並與行使詐術、造成消費者陷於錯誤、導致消費者財產損失、以及企業是否具不法獲利意圖等要件密切相關，故本文以下針對上述要件進行檢討分析，最後再探討食品廣告標示不實與詐欺取財罪之競合適用關係。

一、標示不實與行使詐術之關連性

雖有學者認為，詐欺罪之相對人須為特定之人，故將不符食品標示之產品於賣場上架以向不特定之消費者行銷，無法成立詐欺罪¹⁰⁶，然如前述，學者多認詐術之行使對象不以特定人為限，故不實廣告亦可該當詐術之行使¹⁰⁷。問題在於，廣告內容多涉及價值判斷或意見表達，故除非與事實陳述結合，否則無法成為詐術之內容¹⁰⁸。例如，在「宣稱某沙發為義大利進口，且足令一流設計師相形見絀」的廣告中，後者雖為價值判斷或意見表達之範疇，但前者則屬事實陳述，故仍可成立詐術¹⁰⁹。

而價值判斷與事實陳述之區別意義，在於商業市場上之廣告與交易來往中具重要性之品質保證，若廣告內容於依宣傳方式、提供資訊之確定強度及廣告狀況進行整體判斷後，可認定屬一般人皆可辨別之資訊時，應非屬詐術之行使¹¹⁰，故原則上越脫離事實之宣傳，越可能屬於單純主觀及誇張之價值判斷¹¹¹。而當廣告內容究屬事實陳述或價值判斷難

以分辨時，通說認為應以該內容在客觀之意涵上，是否具有明顯且可供檢驗之事實核心為區別標準¹¹²。

至於食品廣告標示與行使詐術之關連性，在於食品廣告標示之內容，是否可被認定屬事實陳述之範疇，而非僅係價值判斷或意見表達。因由上述介紹可知，食品標示不實之態樣，包含不實、誇張及誤導等態樣，並非各種標示不實皆與事實陳述相關，而可被詐欺罪所涵蓋。因此，雖若企業為誤導消費者，而未依實際狀況為食品標示；或為虛偽或誇大標示；或違反食品標示義務而未為標示，皆可能影響消費者之選擇權，故不論標示不實之食品是否有影響消費者健康之虞，或確實導致消費者受詐欺或造成財產損害，皆無礙食品標示不實之認定¹¹³，然欲判定食品標示不實與詐欺罪之詐術相當，仍須實質檢驗標示內容之屬性，較為妥適。

另因食品標示不實亦得以不作為方式為之，故須討論企業所負之標示義務為何，以判斷是否具保證人地位，而得成立不作為詐欺。就此，如前述，部分學者認為交易上之誠信原則，亦得作為建構保證人地位之來源，故縱非法令要求應標示之內容，只要得被認定在交易上具重要性，且可能影響消費者之購買意願，亦得以標示內容違反誠信原則，使企業經營者或相關從業人員成立不作為詐欺。

然就判斷企業所為之標示，是否已盡到使消費者免受誤導之義務，得由消費者對於食品之交易觀點進行觀察，此種交易觀點，又可分為法律上及事實上之觀點。前者，係指法令所明定，而具一般拘束力之觀點；後者，則指在法律未明定之狀況下，由包含製作商、販賣商及消費者等人之觀點，所認消費者對於食品特性之期待。原則上，應以法律上之觀點為準，若不具法律上之觀點，且各交易方之交易見解與標示內容不符時，方以食品名稱、標示或包裝之不正確、以及是否為消費者決定購買之相關因素為重要標準，就食品之整體外觀標示給人之印

象，審查是否有誤導消費者之虞¹¹⁴。

因此，除另有學者認為誠信原則不宜作為保證人地位之來源，以免破壞法治國之安定性外，在食品標示的環節上，既已有食安法及相關法令針對企業所應負之標示義務為明文規定，即應優先以法令之規定為主，惟有當法令規定不明時，方得輔以消費者對於食品交易之事實觀點，判斷企業是否有依誠信原則為法令外標示之義務。惟不論如何，既法令已明定企業所應負之標示義務內涵，即應儘量避免再以誠信原則作為要求企業進行法令外標示之義務來源，以兼顧消費者權益與企業經營商業之自由。因此，至少應將以誠信原則作為要求企業進行法令外標示之義務來源的範圍，侷限於前述德國通說所提出之特殊狀況，且將法令要求外之標示內容，限縮於經綜合一般消費習慣及商業慣例判斷後，可能決定性影響消費者購買意願之重要資訊。

二、標示不實與消費者陷於錯誤之關連性

有學者認為，若僅以消費者所接收之資訊與客觀不符，即認定屬詐術，並追究相關責任時，大多數之企業或賣家都將難逃詐欺罪之處罰，故消費者於交易時之動機與錯誤程度，方為判斷是否成立詐欺罪之關鍵所在¹¹⁵。另有學者更進一步指出，因不論是需求性、價格、食用習慣或聽取他人意見等因素，皆可能成為消費者進行交易之動機，單純將標示不實之食品上架販賣，不致使消費者陷於錯誤，故不會成立詐欺罪¹¹⁶。因此，雖禁止食品標示不實之目的之一，係在保障消費者之知情選擇權，且相關禁止標示不實條款，亦具有預防詐欺之功能，然卻無法將食品標示不實與消費者陷於錯誤直接劃上等號。

另雖在判定受詐欺之被害人是否陷於錯誤時，學說上對於是否採用被害人自我保護理論之見解分歧，惟如學者所言，甚少消費者對於商品標示係採取確信或極高度相信之態度，故無法逕以出現認知上之落差，即判定消費者已陷於錯誤，因此，基於

刑法對於法益保護之補充性原則，是否積極以刑法介入當事人間之交易，而不要求消費者採取適當之自我保護措施，即具疑問¹¹⁷。就此，本文認為，在廣告標語充斥之現代社會，一般消費者對於何種廣告標示內容與事實真偽無涉，應具一定程度之了解，且現今網路搜尋功能便利，大部分之資訊皆可經由簡易之查詢獲得解答，故要求消費者在對廣告內容產生一定程度之懷疑時，先行採取相關自我保護措施，應非屬過當要求。且縱認不應採用被害人自我保護理論，而將標示不實之不利結果完全由企業承擔，至少應以消費者一般普遍之注意程度為標準，對於不致使一般消費者產生誤解之食品廣告資訊，縱有標示不實之情況，亦不宜認定屬於詐術，並作為消費者陷於錯誤之原因。

三、企業獲利與消費者財產損害之關連性

如前述，詐欺取財罪所保護者，究為個別財產法益或整體財產法益，學說上見解分歧。參考日本見解之學者，多採侵害個別財產說；援引德國看法之學者，則多採侵害整體財產說，此結論不難想像，畢竟，日本與德國對於詐欺罪之規範本不相同。然而，如持侵害整體財產說之學者所言，日本刑法關於詐欺罪之編排體例，亦與我國不同，故日本相關見解得否直接套用至我國，即具疑義。且除持侵害整體財產說之學者所提出之理由外，因當被認定屬侵害整體財產法益之犯罪時，既遂與否之判定，須依整體清算原則，對被害人處分前後之財產總額進行計算，以了解是否造成整體財產減損，然侵害個別財產法益之犯罪則無須經此步驟，只要被害人交付財物而喪失對該物之持有或所有權限，即屬既遂，因此，二種犯罪類型在既遂與否之判斷上，存在實質性之差異。然而，依我國刑法第339條規定，詐欺取財與詐欺得利之法定刑完全相同，因此，究應如何合理解釋將二者為區別對待之理由，似存疑義。

而當將詐欺取財罪認定屬侵害整體財產法益

之犯罪時，對食品為不實標示之企業，縱然因此獲得利益，只要此利益尚在商業交易之合理範圍內，亦即，消費者取得食品之代價與市價相當，即難認定消費者受有整體財產損失，故亦難斷定企業只要一取得消費者所支付之價金，即屬詐欺既遂。

四、企業獲利與不法獲利意圖之關聯性

在採侵害整體財產說之脈絡下，詐欺取財罪之不法所有意圖與竊盜等罪不同，係指行為人具備自己或第三人提升整體財產利益之獲利意圖，若企業對食品為不實標示時，不具此種意圖，並無法成立詐欺罪。而雖如實務所言，縱使行為人取得被害人之財物係採取交易方式，且付出相當代價，亦無礙詐欺罪之成立¹¹⁸，然而，若企業透過標示不實所欲獲取之利益，僅屬商業交易下之合理獲利，是否必然能肯定企業具不法獲利意圖，似有疑問。畢竟，不法獲利意圖所稱之不法，係一種與客觀財產分配秩序不符之狀態，故當企業所欲求取之利益符合財產分配秩序，而無不當減損消費者整體財產之意圖時，應無法認定企業所有具之獲利意圖具不法性。

而因意圖係一種特別主觀構成要件要素，不具特定犯罪所要求之意圖時，行為人並不成立犯罪，故雖企業透過標示不實來達成吸引消費者購買食品之目的，進而提升其市占率或銷售成績，但若未標定不合理之售價時，除非在財產損失之判斷上，採取主觀說之見解，將消費者購買食品之主觀目的加以考量，並證明該不實標示確為影響消費者購買與否之關鍵因素，否則，縱然標示不實之行為應受食安法之行政制裁甚或刑事制裁，亦無法單純由食品不實標示，直接證立企業具有不法獲利意圖¹¹⁹。

五、食品廣告標示不實與詐欺取財罪之競合適用關係

由於法益對於法律之解釋與涵攝，具有引導功能¹²⁰，而食安法禁止食品標示不實之目的，主要在於維護消費者之健康權及知情選擇權，與詐欺罪係在保護被害人之整體財產不盡相同，故對於二者之

要件之解釋與涵攝，應有所不同。而雖有學者主張，為貫徹保障消費者選擇權之目的，應認使消費者之選擇權受損的故意標示不實行為，即屬行使詐術行為，而得施以刑事制裁，並搭配不法利得之沒收，達成有效嚇阻企業以標示不實之食品侵害消費者之知情選擇權，並彰顯企業利用標示不實賺取暴利之倫理可非難性¹²¹。然而，相關行為是否具備倫理可非難性，或許應由法律之規範觀察，而在我國食安法現行規定下，單純標示不實之行為，無涉消費者健康，僅屬一種侵害消費者知情選擇權之法律義務的違反，屬於行政不法行為，且當採取質的區別說時，行政不法與刑事不法應具有本質上之差異，故若以刑事制裁來達成行政管理之目的，將使政府流於恣意高壓，並有違反罪刑法定主義下之法律明確性原則及比例原則之虞¹²²。

因此，在現行食安法之規定下，若標示不實之情節尚非重大，而無危害人體健康之虞時，若將標示不實並引發消費者購買之狀況，皆以侵害消費者之知情選擇權，及導致消費者購買若知情必不會購買之物為由，而論以詐欺罪，無異將所有標示不實行為之不法內涵，皆提升至刑事不法，此乃因在此種論證模式下，當將標示不實之食品上架販售時，即屬詐術之行使，故不論消費者最後是否購買，至少皆會成立詐欺未遂，而得對為不實標示之企業經營者或相關從業人員施以刑事制裁。然而，既我國現行食安法對於單純標示不實之行為，不分故意或過失，皆認定僅屬行政不法行為，與德國之食安法將故意標示不實行為定性為刑事不法行為有本質上之不同，故除非修正我國食安法，否則，將所有故意標示不實之行為皆認定至少屬於詐欺未遂之犯行，在罪刑法定主義之要求下，確將產生疑慮。

結論上而言，單純食品廣告標示不實之行為，未必能連結至詐欺罪，除非在綜合標示不實之整體狀況後，得認定已符合詐欺罪所定之主、客觀構成要件要素，方得將故意標示不實之行為，認定屬詐

欺之手段，而依詐欺罪處罰，並依行政罰法第26條之規定，進行相關行政制裁措施。

另當食品廣告標示不實符合詐欺相關要件，且違反情節重大而有危害人體健康之虞時，並得依食安法第49條第2項施以刑事制裁，惟因食安法進行此項規範之主要目的，係在保障消費者之健康權，而非整體財產權，故應與詐欺罪成立異種想像競合，從一重處斷。

伍、結語

獲取商業利益，既為經營商業行為之主要目的，亦屬憲法所保障之權利。不過，為保障消費者之整體財產權，刑法中詐欺罪禁止企業以行使詐術之方式獲取利益；為保障消費者之健康權及知情選擇權，食安法亦禁止企業對食品為不實標示。由是可知，商業行為並非完全不受限制。因此，如何同時兼顧商業發展與消費者權益，在商業廣告與詐欺罪及禁止食品標示不實之規範間取得平衡，即為當前之重要課題。

針對上述課題，本文認為，若商業廣告所呈現者為單純之價值判斷或意見表達時，不應認定此種商業廣告屬於詐術。再者，當廣告內容涉及事實陳述時，亦應綜合整體狀況而為判斷，如果並無致使消費者產生錯誤之虞時，亦不應認定此種商業廣告屬於詐術。

至於得否以抽象之誠信原則作為規範廣告內容之框架，此一問題確實具有相當之爭議性。本文以為，縱使採取肯定見解，至少亦應將範圍侷限在較為特殊之個案，而非全面以誠信原則作為建構詐欺罪告知義務之來源。

再者，不論是否採用被害人自我保護理論之見解，用以輔助判斷受詐欺之被害人是否陷於錯誤，當廣告內容明顯不至於使得一般人產生誤解之虞時，即不宜再認其具有陷被害人於錯誤之可能。至於得否因個案中之被害人智慮淺薄等因素，而依準詐欺罪處罰，則是另一問題。

此外，關於受詐欺之被害人的財產是否受損、行為人或第三人是否獲利、以及行為人是否具不法所有意圖等要件，皆涉及詐欺取財罪之保護法益，其究為被害人之整體財產或個別財產？確有爭議。本文認為，個別財產說在日本刑法之規範體例下，或有道理，然在考量創設詐欺罪之歷史背景、不宜割裂詐欺取財與詐欺得利罪之保護法益、以及我國刑法編排體例等因素後，應以整體財產說為當。因此，若未減損被害人之整體財產，應不成立詐欺既遂；而若行為人自始不具提升自己或第三人整體財產之不法獲利意圖，則完全不成立詐欺罪。

最後，如欲將食品標示不實論以詐欺取財罪時，除應特別注意食安法與詐欺罪之保護法益不盡相同外，尚應注意食安法之標示不實，包含不實、誇張及有誤導之虞等不同狀況。因此，我國司法實務上，對於食品標示不實之行為，若無法實質判定其確實已完全該當於詐欺罪之主觀與客觀構成要件要素，此時，基於罪刑法定主義，自應為無罪之認定。如果根據德國食安法對故意標示不實行為施以刑事制裁之立法，而將我國食安法下之所有故意標示不實行為，皆論以刑法上之詐欺罪，此舉將是嚴重違反罪刑法定主義。

《註釋》

- 1 參考林東茂，刑法綜覽，7版，一品，2012年8月，頁2-150。
- 2 林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，國立臺灣大學法學論叢，第32卷第3期，2003年5月，頁121；黃惠婷，刑法案例研習（一），1版1刷，新學林，2006年8月，頁230。
- 3 盧映潔，刑法分則新論，修訂5版，新學林，2012年9月，頁672。
- 4 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），初版，瑞興圖書，2000年4月，頁283；甘添貴，刑法各論（上），修訂2版1刷，三民，2010年11月，頁314；林東茂，同註1，頁

- 2-152; 盧映潔, 同註3, 頁672。
- 5 盧映潔, 同註3, 頁672。
- 6 甘添貴, 體系刑法各論(第二卷), 同註4, 頁283; 甘添貴, 刑法各論(上), 同註4, 頁315。
- 7 張麗卿, 機器與詐欺, 《蔡墩銘主編, 刑法爭議問題研究》, 初版1刷, 五南, 1999年2月, 頁522; 林東茂, 詐欺或竊盜, 《一個知識上的刑法學思考》, 2版1刷, 五南, 2001年7月, 頁266-267; 林鈺雄, 同註2, 頁123-124; 林山田, 刑法各罪論(上), 修訂5版, 自版, 2005年9月, 頁452-453; 吳耀宗, 詐欺罪詐術行使之解析, 月旦法學雜誌, 第163期, 2008年12月, 頁54; 林東茂, 同註1, 頁2-150。
- 8 林山田, 論詐欺取財罪與詐欺得利罪(上), 軍法專刊, 第24卷第5期, 1978年5月, 頁19; 甘添貴, 體系刑法各論(第二卷), 同註4, 頁284、292; 甘添貴, 刑法各論(上), 同註4, 頁313。
- 9 盧映潔, 同註3, 頁673。
- 10 林東茂, 同註1, 頁2-154。
- 11 林東茂, 刑法分則: 第一講—不作為詐欺, 月旦法學教室, 第2期, 2002年12月, 頁92; 林東茂, 同註1, 頁2-155。
- 12 林鈺雄, 同註2, 頁132; 盧映潔, 同註3, 頁674; 蔡墩銘, 刑法各論, 修訂6版1刷, 三民, 2008年2月, 頁248。
- 13 林東茂, 同註1, 頁2-156。
- 14 曾淑瑜, 刑法分則實例研習: 個人法益之保護, 修訂2版1刷, 三民, 2010年6月, 頁321。另德國通說亦認為經濟上的誠信原則, 可作為保證人地位之來源。詳見林東茂, 詐欺罪的財產損害, 《蔡墩銘主編, 刑法爭議問題研究》, 初版1刷, 五南, 1999年2月, 頁531註1。
- 15 林鈺雄, 同註2, 頁140; 吳耀宗, 同註7, 頁63-64。
- 16 林山田, 同註7, 頁454。
- 17 林東茂, 不作為詐欺—評最高法院九三年台上字第五六七八號判決, 台灣本土法學雜誌, 第69期, 2005年4月, 頁256; 林東茂, 同註1, 頁2-155。
- 18 蔡墩銘, 刑法精義, 翰蘆圖書, 1999年9月, 頁621; 林山田, 同註7, 頁454-455; 蔡墩銘, 同註12, 頁248。
- 19 黃惠婷, 刑法案例研習(三), 1版1刷, 新學林, 2011年12月, 頁360。
- 20 參考曾淑瑜, 騙人不一定成立詐欺罪, 台灣法學雜誌, 第225期, 2013年6月1日, 頁160。
- 21 曾淑瑜, 同註20, 頁164。
- 22 林東茂, 同註14, 頁532。
- 23 曾淑瑜, 同註14, 頁322。
- 24 曾淑瑜, 同註20, 頁163。
- 25 甘添貴, 體系刑法各論(第二卷), 同註4, 頁284; 林東茂, 同註1, 頁2-158; 盧映潔, 同註3, 頁676。
- 26 盧映潔, 同註3, 頁676。
- 27 黃惠婷, 同註2, 頁236。
- 28 甘添貴, 體系刑法各論(第二卷), 同註4, 頁293。
- 29 曾淑瑜, 同註14, 頁321。
- 30 曾淑瑜, 同註14, 頁321。
- 31 王梅英、林鈺雄, 從被害者學談刑法詐欺罪, 月旦法學雜誌, 第35期, 1998年4月, 頁101-102。
- 32 盧映潔, 同註3, 頁676-677。
- 33 盧映潔, 同註3, 頁677。
- 34 黃惠婷, 同註2, 頁201; 蔡墩銘, 同註12, 頁250; 林東茂, 同註1, 頁2-163。
- 35 林東茂, 刑法分則: 第三講—詐欺罪的財產處分, 月旦法學教室, 第8期, 2003年6月, 頁90-91、94; 黃惠婷, 同註2, 頁202-203; 曾淑瑜, 同註14, 頁323-324; 林東茂, 同註1, 頁2-162; 盧映潔, 同註3, 頁679; 最高法院19年上字第1699號刑事判例: 「詐財

- 罪之成立，要以加害者有不法而取得財物之意思，實施詐欺行為，被害人因此行為，致表意有所錯誤，而其結果為財產上之處分，受其損害。若取得之財物，不由於被害人交付之決意，不得認為本罪之完成。」
- 36 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），同註4，頁294-295；蔡墩銘，同註12，頁248；曾淑瑜，同註14，頁323；甘添貴，刑法各論（上），同註4，頁326。
- 37 盧映潔，同註3，頁677。
- 38 張麗卿，同註7，頁523；曾淑瑜，同註14，頁328；盧映潔，同註3，頁677。
- 39 黃榮堅，刑法問題與利益思考，初版1刷，元照，1999年9月，頁92。
- 40 關於詐欺取財罪之保護法益，究為個人對於財產之持有或所有利益，容有爭議，惟因此與本文所處理之議題較無關連性，故不作進一步討論。
- 41 曾淑瑜，同註14，頁326-327。
- 42 甘添貴，刑法各論（上），同註4，頁327。
- 43 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），同註4，頁276-277、298-299。其他認為詐欺取財罪之保護法益為個人之個別財產，只要被害人處分特定財物，即屬既遂，故無須進一步討論是否造成被告人整體財產減損者，如：黃仲夫，簡明刑法分則，修訂再版，元照，2012年9月，頁551；黃仲夫，刑法精義，修訂28版，元照，2012年9月，頁754。
- 44 蔡墩銘，同註18，頁620。
- 45 黃惠婷，刑法案例研習（二），1版1刷，新學林，2008年7月，頁256；許澤天，論刑法詐欺罪--詐欺罪的法條與論證，月旦法學雜誌，第197期，2011年10月，頁192。
- 46 林山田，論詐欺取財罪與詐欺得利罪（下），軍法專刊，第24卷第6期，1978年6月，頁16-17；黃榮堅，同註39，頁92；林山田，同註7，頁468；許澤天，同註45，頁194。
- 47 黃榮堅，同註39，頁92。
- 48 林東茂，危險犯與經濟刑法，初版1刷，五南，1996年9月，頁102；林東茂，圍標與詐欺罪，《蔡墩銘主編，刑法爭議問題研究》，初版1刷，五南，1999年2月，頁546；蔡墩銘，同註12，頁250；許澤天，同註45，頁192；林東茂，同註1，頁2-169；蕭宏宜，摻偽假冒的刑事爭議問題，台灣法學雜誌，第242期，2014年2月15日，頁76-77。
- 49 許澤天，同註45，頁195。
- 50 林東茂，同註14，頁533；許澤天，同註45，頁194。
- 51 參考惲純良，不法意圖在詐欺罪的定位、功能與判斷標準，東吳法律學報，第27卷第2期，2015年10月，頁167。
- 52 詳見林東茂，同註14，頁533-353；林東茂，同註7，頁270-271；林山田，同註7，頁459-460；黃惠婷，同註45，頁254-256；林東茂，同註1，頁2-169。
- 53 採此見解者，如：林東茂，同註14，頁534-535；張麗卿，同註7，頁524-525；林東茂，同註7，頁271-272；林東茂，同註1，頁2-170-171。
- 54 林東茂，同註7，頁272-274。
- 55 林東茂，同註14，頁537-538；林東茂，同註1，頁2-171。
- 56 林東茂，同註1，頁2-171-172。
- 57 林東茂，同註7，頁269。
- 58 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），同註4，頁293、296；甘添貴，刑法各論（上），同註4，頁329。
- 59 林山田，同註7，頁462。
- 60 林東茂，同註7，頁266。
- 61 林山田，同註8，頁22-23。
- 62 林山田，同註8，頁21。

- 63 林山田，同註7，頁461；盧映潔，同註3，頁683。
- 64 靳宗立，刑法總論1-刑法基礎理論暨犯罪論，初版1刷，自版，2010年9月，頁205。
- 65 陳子平，刑法總論（上），初版1刷，元照，2005年5月，頁138。
- 66 憚純良，同註51，頁151。
- 67 曾淑瑜，同註20，頁160-161。
- 68 林鈺雄，新刑法總則，3版1制，元照，2011年9月，頁187。
另有學者指出，財產犯罪之「意圖不法所有」要件與違法性之認識有關，屬刑法第16條之特別規定，與構成要件無涉，故欠缺財產犯罪之意圖，可能仍具構成要件該當性及違法性，僅於責任層次阻卻犯罪之成立。詳見靳宗立，同註64，頁205。
- 69 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），同註4，頁299；甘添貴，刑法各論（上），同註4，頁328。
亦有將「目的犯」稱為「意圖犯」者，如：陳子平，同註65，頁138。
- 70 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），同註4，頁299。
- 71 憚純良，同註51，頁149。
- 72 憚純良，同註51，頁148。
- 73 憚純良，同註51，頁148-149。
- 74 憚純良，同註51，頁149-151。
- 75 憚純良，同註51，頁153-154。
- 76 憚純良，同註51，頁154。
- 77 憚純良，同註51，頁164。
- 78 憚純良，同註51，頁147。
- 79 林山田，同註8，頁22；林山田，同註7，頁462。
- 80 林昱梅，論食品標示不實之判斷—以德國法及我國法為中心，月旦法學雜誌，第236期，2015年1月，頁69。
- 81 1975年食品衛生管理法第1條規定：「為管理食品衛生，維護國民健康，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法律。」
- 82 參考張麗卿，食品犯罪中的攙偽或假冒—以富味鄉混油事件判決為中心（附談頂新判決），月旦法學雜誌，第249期，2016年2月，頁93-96。
- 83 許恒達，全球風險社會中的食品安全刑法，高大法學論叢，第10卷第2期，2015年3月，頁192。
- 84 許恒達，同註83，頁191-192。
- 85 林昱梅，同註80，頁69-70。
- 86 林昱梅，同註80，頁70。
- 87 許恒達，同註83，頁173-175、178、180。
另我國實務認為食安法在102年修法後，亦在保障「消費權益」者，如：智慧財產法院103年度刑智上易字第94號刑事判決、臺灣臺北地方法院103年度金重訴字第21號刑事判決及臺灣臺北地方法院103年度智易字第98號刑事判決等。
- 88 甘添貴，食品攙偽假冒與標示不實之入罪化，月旦法學雜誌，第253期，2016年6月，頁56。
- 89 甘添貴，同註88，頁57。
- 90 張麗卿，同註82，頁97。
- 91 張麗卿，同註82，頁97。
- 92 仿造假冒食品係指以模仿方式製成之食品，且該食品僅具被仿冒食品之外觀，但內容卻完全或大部分由其他材料所製成，故仿冒食品通常須有物質上之轉變，且以感觀相類之物代替。張麗卿，食品攙偽或假冒的抽象危險犯辯證，月旦法學雜誌，第261期，2017年2月，頁78-79。
- 93 價值貶抑食品係指因食品之內在材料變更或組成成分變更，但卻未導致食品物質轉變，所造成之價值貶抑。一般而言，可分為營養價值減損、食用或品嚐價值減損及使用利用程度價值減損等類型。張麗卿，同註92，頁78-79。

- 94 張麗卿，同註82，頁97-98。
- 95 張麗卿，同註82，頁97-98。
- 96 林昱梅，同註80，頁71。
- 97 參考林昱梅，同註80，頁71-72。
- 98 林昱梅，同註80，頁72。
- 99 林昱梅，同註80，頁72-73、83。
- 100 參考林昱梅，同註80，頁74-75；許恒達，同註83，頁195；張麗卿，同註92，頁80。
- 101 張麗卿，同註92，頁80。
- 102 林昱梅，同註80，頁85。
- 103 林昱梅，同註80，頁85-86。
- 104 甘添貴，同註88，頁57-58。
- 105 甘添貴，同註88，頁57。
- 106 曾淑瑜，從實務判決論食安犯罪在法律適用上之爭議（月旦法學知識庫授權版），食品安全法規學術研討會，2016年7月，頁2。
- 107 林山田，同註8，頁19；甘添貴，體系刑法各論（第二卷），同註4，頁284、292；甘添貴，刑法各論（上），同註4，頁313。
- 108 吳耀宗，同註7，頁54。
- 109 林鈺雄，同註2，頁124-125。
- 110 甘添貴，體系刑法各論（第二卷），同註4，頁290；甘添貴，刑法各論（上），同註4，頁320；曾淑瑜，同註20，頁162-163。
- 111 黃惠婷，同註2，頁231。
- 112 吳耀宗，同註7，頁54。
- 113 林昱梅，同註80，頁84-85。
- 114 參考林昱梅，同註80，頁74、83。
- 115 蕭宏宜，同註48，頁67-75。
- 116 曾淑瑜，同註106，頁2-3。
- 117 蕭宏宜，同註48，頁67-75-76。
- 118 智慧財產法院105年度刑智上易字第38號刑事判決。

- 119 有學者從違法性之角度著眼，指出若廣告內容並非完全不實，僅是過於誇大或虛構商品之品質及效能，縱構成要件之層次上，可認定該廣告內容已該當詐術，然若於綜合行為人之主觀及整體客觀面向，而就行為人所追求之目的與所選擇之手段進行考量後，可認定廣告內容尚符合人類社會生活所形成之社會倫理秩序，未違反社會相當性，仍得阻卻違法性，而不成立詐欺罪。甘添貴，體系刑法各論（第二卷），同註4，頁290-291、301；甘添貴，刑法各論（上），同註4，頁320、328。
- 120 李聖傑，食安贏了嗎？—評析食品安全衛生管理法之摻偽、假冒行為管制，月旦裁判時報，第46期，2016年4月，頁62。
- 121 林昱梅，同註80，頁86。
- 122 曾淑瑜，同註106，頁3-4。

中華人權協會-人道人權讀叢系列叢書

• **3B01在地與國際人權之實踐與挑戰**
中華人權協會 總策劃/蘇友辰、李永然 策劃/周志杰等 合著 | ISBN·978-957-485-313-7 | 訂價330元

• **3B02鐵窗霸主也溫柔**
李雯馨 著 | ISBN·978-957-485-295-6 訂價 | 200元

• **3B03抗衡當道**
李復甸 著 | ISBN·978-957-485-315-1 訂價 | 280元

• **3B05台灣國際人權兩公約總體檢**
蘇友辰、李永然 策劃·李永然 等合著 | ISBN·978-957-485-328-1 | 訂價300元

• **3B06聯合國人權兩公約與我國人權保障**
黃俊杰、陳清秀 等著 | ISBN·978-957-485-332-8 | 訂價300元

• **3B07憲法基本人權之法制保障**
吳威志 著 | ISBN·978-957-485-335-9 | 訂價420元

如欲購買上列叢書請逕洽本協會

食品標示不實是否成立詐欺取財罪？ —以味全調合油案為例

蘇友辰

中華人權協會名譽理事長/律師

歷經3個多月，司法改革國是會議各分組會議已於今年6月3日全部召開完畢，共做出上百項決議，並在8月12日召開總結會議，可惜民眾最關心、最有感的食安議題，一直未被列入討論。

值得注意的是，在司改國是會議召開之際，受社會矚目的味全調合油案，已於2017年4月27日，由智慧財產法院二審判決定讞（智慧財產法院105年度刑智上易字第38號刑事判決）。智財法院認定，味全的油品包裝上有橄欖、葡萄等圖樣，會讓消費大眾認為，其中含有相當比例的橄欖油或葡萄籽油，但本案所涉及的「98配方調合油」，其橄欖油或葡萄籽油的比，僅有1%，並不符合相當的比例，故認為此包裝涉及詐欺，依照刑法第255條第1項虛偽標記罪，以及刑法第339條第1項詐欺取財罪，判處魏應充（前味全公司董事長）、常梅驗（前頂新公司總經理）、林進興（味全公司方便食品事業部資深協理）、林雅娟（味全公司方便食品業務部調味品企劃經理）等四位被告1年至2年不等的有期徒刑。

各界對於此項判決結果，有許多不同的看法。一般大眾普遍認為有罪判決大快人心，一來可以打擊黑心廠商，二來也助於台灣食安環境及消費市場秩序的建立，也有學者肯定對消費者的財產、健康

及食品自主選擇權的保障有正向作用。而本次座談會拜讀李董事長和吳教授兩篇大作，就刑法詐欺犯罪構成要件的該當性，從刑法學理及實務面作進一步解析，個人獲益良多，兩文特別也提到就「標示不實」與「詐欺」的界線認定仍有爭議，究竟市售商品應如何標示，所謂「標示不實」要達到什麼程度才構成「施用詐術」，讓人「陷於錯誤」而為財物的交付，值得討論。試就這次的味全調合油案，本人提出幾點淺見。

台北地院判決指出，味全公司因為棕欖油價格降低，所以在調合油98專案中，將味全一系列調合油的棕欖油含量提高到約98%。即使如此，味全公司仍然在調合油的外包裝上寫著「添加橄欖精華」、「獨家技術結合進口頂級葡萄籽油調理優點」等標語，強調內容的橄欖油和葡萄籽油成分；又在包裝正面使用橄欖、葡萄等圖樣，容易讓消費者誤以為味全調合油當中，有相當大比例的橄欖油和葡萄籽油等高價油品，顯然外包裝及廣告標示均有不實。

二審法官亦採相同見解，認為「98配方調合油」外包裝上宣稱品質內容，已經違反行政院衛生署（衛生福利部前身）所訂「市售包裝調合油外包裝品名標示相關規定」（自100年3月1日生效）。且在

以上之「品名」、「標示」及「圖案」內容相互搭配，明顯欲誘使消費者誤以為味全調合油內之「橄欖油」、「葡萄籽油」具有相當的比例，無從認知其所購買味全調合油之橄欖油、葡萄籽油成分比例僅佔1%，而棕櫚油成分比例卻高達96.78%至97.86%。

味全公司主張，根據該規定有關「市售包裝調合油外包裝品名標示原則」，法令並沒有要求達到50%以上的油種，就必須在品名中標示。且味全公司的外包裝設計，是出於行銷目的，既未違法，也從未因廣告不實而被主管機關處罰過。

因此，在這個案子裡出現了同樣的油品標示規範，行政機關認定包裝標示合法，但一、二審法院都認為標示不實，此舉未來恐讓食品業者陷入行政合法，刑事卻可能不法的風險之中，變相打擊台灣食品業。本案雖在智財法院二審就定讞了，但事實上，台灣司法與食安的問題並未落幕，本人認為除行政機關應該有所主動作為，包括在「廣告」與「詐欺」之間積極制定明確的準則外，依李董事長在結論中所言，關於「詐術行為」之成立，目前實務之標準甚為浮動，並未有類型化、細緻化的標準，實尚待實務界先進以累積案例的方式建構出完整的認定體系，如此才能讓台灣食品業者理解何謂符合標準的規範，以免無所適從。

另外，關於「98調合油」的沒收部分，法院認定，被告魏應充等4人，為被告味全公司實行違法行為，使被告味全公司取得「98配方調合油」銷售款項之犯罪所得合計6,111萬8,049元，扣除味全公司於案發後接受消費者退費金額為909萬8,104元、通路商退貨金額為1,909萬1,125元後，尚有差額3,292萬8,820元，依法宣告沒收。可知，法官係依據「98配方調合油」的「銷售金額」去認定犯罪所得，這樣的計算是否過於粗糙？因為無法確定是否所有購買調合油的消費者都是被商品外觀包裝欺騙才買，故若法院僅依銷售金額去認定，邏輯上及證據上的確認可能稍嫌不足。

最後，味全油品相關案件分散在各級法院審理（這些相關案件，主要包含彰化地檢偵辦並起訴的頂新越南油品案、台北地檢偵辦起訴的味全油品案，以及屏東地檢偵辦起訴的頂新大統油案。）這些案件都有相似或相關之處，未來各級法院若做出不同判決，是否會影響人民對於司法的信任？隨著本案在智財法院二審定讞，此一潛在問題未來恐怕也會慢慢浮現，除了已耗費眾多司法資源外，若判決相互矛盾時，不僅涉案被告可能會深感不公，社會大眾又會用怎樣的眼光來看待國家的檢察體制和法院體制如何有效運作打擊犯罪，維護社會正義，保障人權？這部份也是有待司法改革要認真去思考、檢討的。

稿約

「人權會訊」長期徵稿，歡迎各界先進惠賜有關介紹人權理念，探討人權問題及評論人權之文章。

徵稿須知

1. 文長以二千字至四千八百字為宜。特約邀稿不在此限。
2. 本刊對來稿有刪改權，不願刪改者請特別註明。
3. 稿件一經採用刊登出版，視同作者同意無償授權本會以紙本及可攜式文件格式提供網路點閱服務使用，進行數位典藏、重製、網路公開傳輸、授權用戶下載、列印等行為；作無期限、地域、方式、性質、次數等限制之利用；並得授權第三人以非專屬授權方式推廣本著作。
4. 刊登文章致贈作者當期人權會訊五份，不另付稿酬。

稿件請寄 tipg@cahr.org.tw 或 100 台北市中正區杭州南路一段23號4樓之3

經濟性攙偽假冒與詐欺取財罪

陳銑雄

交通大學科技法律研究所副教授兼所長

本座談會的兩篇論文，對於食品標示不實、攙偽假冒行為，在普通刑法上詐欺取財罪的適用，作了極詳細而體系化的討論。李永然律師將行為態樣區分為三種類型：攙偽或假冒、標示不實、合乎行政法規的其他類型。其中，對於不違反行政法規的態樣三，既然已按食品安全衛生管理法進行標示，縱使未予揭露的資訊確實導致消費者誤解之繼續存在，仍不應以詐欺取財罪予以非難。吳景芳教授逐一檢討詐欺取財罪的構成要件，對於詐欺罪所造成被害人的財產損害，究竟應該採個別財產說，還是整體財產說，作了詳細區分。此區分對於我國這幾年頻繁出現的經濟性攙偽假冒事件，具有重要意義。而對於廣告不實是否構成詐欺取財，也引德國法制為對比，認為我國對於不符行政規定的標示不實，無論是否故意或過失，均認定僅屬行政不法行為，與德國法上對故意標示不實行為定性為刑事不法，有本質上不同，故認為除非修正我國食安法，否則將所有故意標示不實之行為皆認定至少屬於詐欺未遂之犯行，恐有違罪刑法定主義，此項見解確屬的論。

最高法院2016年12月2日公告刑事庭會議決議，認為只要在食品中「攙偽或假冒」或「添加未經中

央主管機關許可之添加物」，不論該行為是否確已生危害人體健康之危險，均應依食品安全衛生管理法第49條第1項論處。此決議終結過去幾年實務界的爭議，將第49條第1項定性為抽象危險犯。對於添加法所不容的成份，由於必然會影響消費者購買意願，因此除成立食品安全衛生管理法之外，尚可能成立普通刑法的詐欺罪。但如果其成份並非法所不容之物，例如棉籽油、人工香精、泰國米、玉米澱粉等等，基於經濟性誘因而混充於食品中，因為對人體健康通常沒有為害，通常不成立食品安全衛生管理法第49條第一項的攙偽假冒罪，但是否成立詐欺罪，就成為實務及學說爭議的對象，這是尚未解決的問題。本文擬對此加以補充，主要見解可分為：（1）食品安全衛生管理法第49條第一項之保護法益，除食品安全外，尚包括消費者的知情選擇權，屬抽象的集合法益，而非個人法益；（2）經濟性攙偽假冒，是否成立普通刑法之詐欺取財罪，需視攙偽假冒成分是否為消費者主觀上進行交易決定時的重要之點。

一、經濟性攙偽假冒行為之態樣：

所謂經濟性攙偽假冒，是指並未添加有害人體

健康之物，但用較廉價的東西取代食品主要成份，或添加使食品看來具有比實質更有價值的廉價成份，從而獲得經濟性利益的行為。民國103年2月5日修正提高食品安全衛生管理法第49條之立法理由為：「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，對民眾食品安全及消費者權益影響甚鉅，應予遏止。」可見此條文之立法原意，並不限於對人體有害之食品，尚包括較原標示之物質品質為低、成本較廉，未達廠商所標示之品質程度者，若以高值品混攪之則不屬之。然而，刑法學界對此條之保護法益，卻多半認為限於「國民健康」。例如陳子平教授主張食安法102年修法紀錄載明該條係參酌日本食品衛生管理法規定而將「致危害人體健康」之要件刪除，¹而日本食品衛生法相對我國攪偽假冒規範是見於其第六條第四款和第七十一條第一項，立法理由以日本食品衛生法第一條記載該法之立法目的在於確保食品衛生與保護國民健康，故認為我國食安法攪偽假冒之保護法益為「國民健康」。²李茂生教授認為，我國食安法第一條規定為「為管理食品衛生安全及品質，維護國民健康，特制定本法。」，故國民健康為保護法益，管理食品衛生安全及品質是手段。³其他學者如古承宗、謝煜偉，則以攪偽假冒設有刑事罰責，基於刑法謙抑性的觀點，認為刑罰保護之法益應限於與個人生命、身體、健康法益有連結者，或者刑法法益保護原則理論上無法存在同時保護複數法益之情形，而否認攪偽假冒之規範除保障國民健康外，尚保護其他法益。⁴

以上學者見解，固有見地，但我國食品安全衛生法除了第一條之外，在第四條明確規定該法的建制原則，要求「主管機關採行之食品安全管理措施應……符合滿足國民享有之健康、安全食品以及知的權利……」，已將消費者基於正確資訊進行消費判斷的知情權列入其中。另外第56條純以保護消費者為目的之規定，以及第56之一條第四項第一款以

食安基金促進消費訴訟之規定，可見近幾年的數次食安法修法，已把食品安全以外的消費者權益一併列入保護範圍。筆者贊成最高法院調辦事王敏慧法官的見解，認為第49條第一項的保護法益及處罰目的係屬複數，包括（1）保護消費者健康法益（2）保護消費者財產（3）保護消費者的食品自主選擇（4）保護食品市場交易秩序。⁵

經濟性攪偽假冒行為，近年的典型例子是混油行為。在大統長基案中，台北地方法院於判決中明白引用美國聯邦食品、藥品和化妝品法（Federal Food, Drug, and Cosmetic Act）第402條第b項關於「食品攪偽（adulterated）」之規定⁶來解釋我國的攪偽假冒概念，認為攪偽概念之範圍應該及於「經濟上的攪偽」，其立法宗旨為在食品標示上提供足夠的資訊，使消費者可以作成「合理」且「知情」之購買決定，並促進誠實及公平之交易，以保護消費者之利益⁷。另外，參酌德國食品、日用品與飼料法第11條禁止食品「誤導」消費者之概括條款，除包含典型的禁止食品詐欺類型，也禁止「（1）假冒之食品；（2）食品之性質有悖於交易觀點，導致其價值或效用顯著地降低，尤其是營養或享用價值；（3）食品在外觀表現所表現之性質比實際性質更優越，且未充分標示而上市。……禁止詐欺之規定，是為了保護消費者於購買食品時，能有適當之選擇可能性，非以健康保護為主要目的，故消費者健康是否有事實上損害，在所不論，亦與刑法上之詐欺犯有所不同，因食品詐欺不以真正發生財產損害為前提，該條防止詐欺之目的，是預防性的。德國學說與實務對於「誤導」之認定，係以平均消費者之認知與判斷力，作為判斷交易觀點之標準。交易觀點又可分為法律上及事實上交易觀點。若法規明定標示之要件及內容，即為法律上交易觀點。若無法律上交易觀點，判斷消費者期待之事實上交易觀點，以標示內容對消費者購買決定有重要影響為基準，德國食品典、商業慣例或機構之專家意見，可作為

輔助判斷因素。」⁸又參照歐盟第2002年178/2002號「確立食品法一般原則及要求、建立歐盟食品安全機構暨確立食品安全程序之規則」亦強調食品法應以消費者利益為目標，不僅要保護消費者健康，也包含對抗食品誤導或攙偽之消費者利益保護。⁹從這些各國法律看來，消費者權益的確已成為各國食安法考量的重要價值，而我國歷次修法也已將此價值納入，因此不能僅根據我國食安法第一條，就逕自認為食安法第49條第一項的保護法益不包括消費者知的權利。

二、經濟上攙偽假冒行為是否成立普通刑法詐欺取財罪，判斷關鍵在被害人主觀交易決定之重要之點

食安法第49條第1項之保護法益係抽象的集合法益，與普通刑法詐欺罪主要保護個人財產法益有所不同。在構成要件上，行為人實施詐術的行為，如果合乎食安法第49條第一項的定義，就有可能也符合普通刑法詐欺罪的構成要件。但在被害人方面，被害人是否因為行為人所實施的詐術而陷於錯誤，則視具體情狀有所不同。就實務上，法院可能因個案差異而採取不同見解。

例如，在山水米事件（臺灣苗栗地方法院103年度易字第48號刑事判決）中，行為人購買品質與台灣米相當（甚至更高）、但價格遠為便宜的越南米，將之混入標示產地為「台灣」之「佳長米」、「長ㄟ米」、「長米」之包裝袋及標示產地「泰國50%+台灣50%」之「長纖米」包裝袋中進行銷售。¹⁰行為人抗辯：消費者購買食品所考慮之因素甚多，未必係遭詐騙之結果；且產地與銷售量無涉，越南米也有品質好的米，通路商會考慮市場需求而購買等情況；本件越南米係配合政府管制配額合法進口之食用米，均經行政院衛生署食品藥物管理局查驗，植物檢疫及農藥檢驗合格，對人體無害，亦無食安疑慮，因此，產地標示不符並非交易重要事項，被告並無施用詐術。此外，最終產品的售價已反映了越

南米的低廉成本，被告並未因此有獲得超額利潤。¹¹法院表示：「被告……一再辯稱食用米首重品質，而非產地，本件越南米之品質高於二等米以上，為優質米，口感與臺灣米相近，是『產地』標示並非重點，消費者以低價購得優質米並未受有損害乙節。然按市場銷售之包裝糧食於包裝上應註明品名、品質規格、產地、……可知上開各項目均為販售包裝糧食所應顯現予社會大眾知悉並據以判斷是否購買之重要事項。又「品質規格」係指內容物品質之組合及含量；產地係指製造糧食之原料生產地，亦經糧食標示辦法第2條定有明文，顯見該二項目係規範不同屬性之要件，應無輕重之別，是不得遽以品質規格與產地標示相互混淆。況且，糧食之原料、產地、品質規格及價格等，均為消費者在比較購買同類型商品時，最為關注之事項，尤其，在不同產地之農特產商品，消費者尤重在該商品原料必須出於該特定產地所生產者；衡諸我國社會常情，進口糧食為貿易常態，亦係政府經濟政策，而米食係主要糧食，進口來源不一，品質要求自屬當然，產地更係重要因素，尤其原料來自產地，影響品質，許多食品更以產地為其銷售之特色或重點，本件食用米即屬之，社會大眾亦以產地為購買之考量因素。是以，縱使本件所混充之越南米經過國家標準分類而符合各項等級之規格，然此本係銷售商品所必須經過之程序，不得因此即謂產地標示非屬購買者選購商品之判斷標準或首要依據。」¹²而對於詐欺罪受害人之損害是採個別財產說或總體財產說，本案判決引用判決先例採取個別財產說：「按結匯者施用詐術使外匯銀行陷於錯誤，信其結匯合法而售與『不應出售』之外匯。則結匯者雖支付對價以取得該外匯，仍不失以詐術使人陷於錯誤而為物之交付（最高法院72年度台上字第2688號判決意旨參照）。可知，如行為人已具備為自己或第三人不法所有之意圖、實施詐術及被害人因行為人之詐術陷於錯誤而交付財物等要件，即構成詐欺取財罪，並不以取得不相

當對價之財物為限，縱使行為人取得被害人之財物係採取交易方式，且其亦付出相當代價，倘被害人係因受其詐術欺瞞致陷於錯誤，始決意與其交易而交付財物，行為人因施用詐術而取得交易機會，進而進行交易而取得對方財物之行為，亦該當詐欺取財罪之構成要件。」從此案看來，法院認為只要行為人攙偽假冒或標示不實行為，是交易考量的重要之點，行為人因此取得交易機會，就構成詐欺。至於交易本身是否物有所值，在非所問。

在另一件漂白豆芽菜案（臺灣高等法院台南分院104年度上訴字第350號）中，法院卻採取另一種認定。行為人在豆芽菜中添加了俗稱「保險粉」的低亞硫酸鈉以使豆芽菜抗氧化、漂白，而此添加物並非衛生福利部「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」正面表列的合法食品添加物。¹³法院雖認為該行為成立食品安全衛生管理法之罪，但卻認為不構成詐欺罪。其主要理由是：（1）立法者未就無使用容器或外包裝生鮮蔬菜之散裝販賣規定標示食品添加物之義務。因此行為人未告知添加保險粉行為，並不構成詐術。（2）依據一般交易常識，與行為人進行交易的攤商、學校應可基於經驗了解豆芽菜之特性，若未經漂白過，實難維持良好賣相及色澤，「攤商或學校應對於白晳之豆芽菜是漂白過的知情，益徵被告二人於製造販售豆芽菜時，主觀上認為攤商、學校對於豆芽菜添加保險粉清洗乙事知情，雙方係基於資訊對等之情形而為買賣關係。是客觀構成要件所要求之被害人陷於錯誤，亦不符合。」事實上也未陷於交易錯誤。故無該當刑法第339條第1項之詐欺取財罪。¹⁴此判決首先認為行為人沒有告知購買者攙混保險粉事實之義務，卻又認為購買者對於保險粉一事其實是知情的，論理上是否妥當或有討論空間，但形成購買者交易決定的判斷因素，同樣也是本案的重點。

透過以上兩案例的對比，吾人可知食品安全衛生管理法第49條第一項的攙偽假冒罪，與普通刑法

的詐欺取財罪，其構成要件迥異，保護法益亦有不同。而經濟性攙偽假冒案件是否成立詐欺取財罪，往往關鍵點在於消費者購買食品時，可能影響買賣因素的判斷之點，在交易上是否有受到食安事件爭議行為的影響，因此個案中對此有爭執空間。而爭議行為是否構成詐術，在賣方未揭露某些資訊時，如果法律上沒有科以告知義務，則賣方可能不違反保證人地位而不構成詐術。此項見解雖尚未形成判例，但食品業者在法規所定的標示義務之外，究竟要揭露資訊到何種程度，很難有界定標準，因此這項見解可適當限縮食品業者的揭露義務。但另一方面，由於法律很難鉅細彌遺規定一切標示事項，此見解又可能會使許多故意不揭露重要訊息的行為除罪化。因此，對於法規以外的事項，如何妥善分配食品業者的揭露義務及消費者自我保護義務，例如以交易習慣上具有重要性、誠信原則等等作為判斷基礎，仍有待進一步的思考。

《註釋》

- 1 立法院公報第103卷第12期院會記錄。
- 2 陳子平，從日本食品衛生法思考頂新案地院判決，月旦裁判時報（No.46），105年4月，第45頁。
- 3 李茂生，食品安全衛生管理法下的攙偽、假冒——一個比較法上的省思，法令月刊，第67卷第10期，105年10月，第55頁。
- 4 古承宗，刑法作為保障食品安全之手段——兼評彰化地方法院100年度囑易字第1號判決、台灣高等法院臺中分院101年度囑上易字第295號判決，台灣法學雜誌，第261期，103年12月，第67-81頁。謝煜偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，第1期，105年6月，第85-86頁。
- 5 王敏慧，論食品安全衛生管理法第四十九條第一項之爭點問題（上），司法週刊105年12月2日1827期，

- 第2-3頁。
- 6 關於食品的攙偽、假冒，美國規定於聯邦食品、藥品和化妝品法第402條第a及b項，其為與危害人體健康安全無涉之「經濟上攙偽假冒」規定是規定在b項6，其行為態樣包含：
- (1) 食品中全部或部分有價值的成分被除去或抽離 (omitted or abstracted) (第1款)；
- (2) 食品中任何物質被全部或部分取代 (substituted) (第2款)；
- (3) 以任何方法隱匿可能造成的損害或較為劣質的情形 (第3款)；
- (4) 人為加入、混入或包裝 (pack) 任何物質，以增加其數量或重量，或減少其品質或效用 (strength)，或使之表現得更有價值 (make it appear better or of greater value than it is) (第4款)。
- 條文原文是：“(1) If any valuable constituent has been in whole or in part omitted or abstracted therefrom; or (2) if any substance has been substituted wholly or in part therefor; or (3) if damage or inferiority has been concealed in any manner; or (4) if any substance has been added thereto or mixed or packed therewith so as to increase its bulk or weight, or reduce its quality or strength, or make it appear better or of greater value than it is.” (21 U.S. Code § 342 (b))
- 7 台北地方法院103年度智易字第98號刑事判決。(乙、貳、第二項第五款。)
- 8 同前註。
- 9 同前註。
- 10 臺灣苗栗地方法院103年度易字第48號刑事判決，犯罪事實一。
- 11 同前註，貳一(一)(2)及(3)。
- 12 同前註，貳二(四)4。

- 13 臺灣高等法院台南分院104年度上訴字第350號，事實一。
- 14 同前註，貳四。



**TOPS學前教育計畫每年幫助超過3千位
泰緬邊境難民營小朋友接受幼稚園學前教育
您的小小幫助，讓他們回家路上多一份希望**

**捐款戶名：台北海外和平服務團
捐款帳號：18501135**

公開勸募許可字號：衛部救字第 1061363533號

台北海外和平服務團

評論食品標示與詐欺取財罪之成立

吳威志

國立雲林科技大學科技法律研究所教授、中華人權協會副理事長、
國家政策研究基金會研究員

特別感謝中華人權協會名譽理事長李永然律師精闢論述與見解，以下是針對論文幾點評價：

一、「健康權」普世價值之闡述重要

我國《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》，係明確將「國際人權公約」中之「健康權」引進我國人權體系，雖然後法是否可說是「法源依據」有其疑慮，但仍具有極高指導性作用。

尤其議題涉及極廣，不限於消費大眾之健康權，尚與食品生產者之營業自由、言論自由有關。雖然憲法未明文「健康權」，惟應屬於憲法第22條「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」之範圍及第23條概括之權利。

二、食品標示與刑事制裁之分析具有貢獻

李律師特別重視「食品標示」涉及刑事制裁，尤其對「刑罰最後手段性」、「罪刑法定原則」以及「刑事被告人權」之維護；論及食品標示不實等行為是否成立詐欺取財罪，深入分析刑法詐欺取財罪的構成要件，以及實務案例，實屬難得且精闢。

而分析《食品安全衛生管理法》建構的食品標示態樣，以及三種態樣與構成要件之關聯；提供了法院審判實務上之界限與標準，架構了刑事責任的細節，足是極大貢獻。

三、態樣一「攙偽或假冒」之刑事分析適切

《食品安全衛生管理法》第15條第1項第7款規定食品或食品添加物「攙偽或假冒」之禁止。李永然律師言之，「攙偽」就是於食品中混入不實成分充數之行為，導致食品標示與實際內容不符之情形。所謂「假冒」則係指將不實之贗品包裝假冒為食品標示所宣稱之食品。

依照《食品安全衛生管理法》第52條最重的行政處罰沒入銷毀。又第49條規定嚴重者與情節輕微者，有期徒刑、拘役或科或併科罰金。李律師引用了學者看法，認為此係屬於「行為犯」，且為「抽象危險犯」，預設立論尚屬適切。

四、態樣二「標示不實」之刑事分析精確

《食品安全衛生管理法》第28條第1項規定：「其標示、宣傳或廣告，不得有不實、誇張或易生誤

解之情形」。「標示不實」係指違反法定標示義務，應為標示而未為標示，或者標示與食品或食品添加物內容不符之行為。所以李律師指出「標示不實」有四種類型：(一)應標示而未標示。(二)不應標示而標示(三)不依規定標示。(四)虛偽或誇大標示。

至於「標示不實」之刑事制裁，則與「攙偽或假冒」之情形不同，依據《食品安全衛生管理法》第49條第2項規定，必須符合「情節重大足以危害人體健康之虞」或「致危害人體健康」之情形，方得成立犯罪，此乃嚴格採用「罪刑法定主義」加以解釋有其合理性。

另需加以說明者是，「攙偽假冒」通常同時符合「標示不實」之情形；但「標示不實」則未必會成立「攙偽或假冒」。

五、逐項檢視特別法與普通法之成立要件

態樣一（攙偽或假冒）、態樣二（標示不實）之情形，雖於《食品安全衛生管理法》已有刑罰，並不當然影響《刑法》第339條第1項詐欺取財罪之成立。亦即尚不得僅因為成立《食品安全衛生管理法》之犯罪即認定當然構成《刑法》之詐欺取財罪。此乃特別刑法與普通刑法構成要件有別。

是否有利用特別刑法之規範缺漏，而遂行詐欺取財之行為，則不無可能，但其中應深入分析及行銷行為與詐欺行為兩者之認定不同，便會產生犯罪與否的不同構成要件。李律師從「是否施以詐術」、「是否作為或不作為」、「是否陷於錯誤」、「是否財產損害」、「是否具有違法性之判斷」等五項一一檢視，值得佩服！

六、詐欺取財罪成立要件之探討深入

（一）是否施以詐術

《刑法》詐欺罪首應確認「詐術」行為之存在。態樣一（攙偽或假冒）明顯屬於傳遞（食品標示）與

事實不符（食品內容）的資訊，虛構、歪曲食品真實之內容與成分，故於「詐術」無疑。

態樣二其中「不應標示而標示」屬於傳遞錯誤之資訊，可以認為「詐術」行為。惟獨「誇大之標示」須於個案中衡量，因為可能只是宣傳詞句，必須有「虛構事實」或「歪曲事實」才可。至於「應標示而未標示」及「不依規定標示」亦必須屬於「掩飾事實」而給予消費者錯誤資訊才屬之。

態樣三無「誇大」之處。至於「掩飾事實」其實就是不揭露事實；如果所未揭露的事實無關消費者之健康，則應排除成立詐術行為之可能性。

智慧財產法院105年度刑智上易字第38號刑事判決可知。該案「飽和脂肪酸」的含量已清楚標示，其餘非法定應予揭露之事實，雖未標示，尚不足以構成詐術行為。

又智慧財產法院100年度刑智上易字第41號刑事判決，認為行為人未於所販售之鹽品包裝標示「未加碘」之行為，並非給予消費者錯誤資訊以誤導大眾的行為，並不構成詐術行為。

較為特別之案例則為智慧財產法院105年度刑智上易字第63號刑事判決，認為現行法規對於「新米」之定義並未明文規範，因此認為行為人之行為亦不該當於「詐術行為」。李律師特別認為「新米」一詞已有誤導之嫌，應注意有詐術之施行。其深入分析又能提出判斷標準，平衡了保障食安人權與刑事人權之距離。

（二）是否作為或不作為

李律師提出，區分兩者之最大實益，在於成立「不作為」犯罪，必須另行建構出「保證人地位」之存在。

態樣一（攙偽或假冒）係以魚目混珠之手法，以《刑法》第339條第1項詐欺取財罪觀之，此種行為屬於對消費者陷於錯誤而損失財產風險，故應以「作為犯」來討論。

態樣二（標示不實）中，「不應標示而標示」及

「虛偽或誇大標示」均係提供錯誤之資訊，以創造更高之購買意願，故均屬風險創造行為，而應論以「作為犯」。但「應標示而未標示」及「不依規定表示」則屬於對於消費者可能存在誤解之風險，應以「不作為犯」論之，課予確實標示義務。

態樣三（無攙偽或假冒與標示不實）行為本就合乎於法令規範；況且食品之成分、產地、製成等資訊，本就繁瑣眾多，無法全數標示於食品包裝之上，故如果無法論述「保證人地位」存在之依據，縱使食品生產者未予揭露之資訊，確實導致消費者誤解之繼續存在，亦無法以詐欺取財罪予以非難。

（三）是否陷於錯誤

單純的毫無所知並非錯誤，此於詐欺取財罪成立與否之重要要件。消費者未必因為食品標示之方式陷於錯誤而購買。決定因素可能根本與標示方式無關，如此怎能搭建「陷於錯誤」的要件，硬是套用將使詐欺取財罪之適用範圍過度擴張。

實務上，臺灣高等法院臺中分院99年度上易字第1155號刑事判決，就一般便當、快餐業者選購活菌乳酸飲料作為贈品時之考量點。

「購買」便當時不代表會因乳酸飲料「因標示方式而陷於錯誤」，與《刑法》第339條第1項詐欺取財罪之構成要件並不相當，李律師的肯定態度與實務一致。

（四）是否財產損害

詐欺取財罪需有財產之損害，方能構成本罪。被害人財產究竟有無損害，應該以客觀比較「消費者獲得的商品價值與消費者支出的金錢是否相當」。

如果，實際上購買者獲得之食品與所支出之負擔相當，則其整體財產並未減損，即無詐欺取財罪要件所指之財產損失；當然，若食品價值低劣，卻以中高價出售，則可認定具有財產之損失。

台灣新北地方法院103年度智訴字第25號判決，認定「以成本較高之食用級無水硫酸鈣，假冒

為成本較低之二水硫酸鈣出售予下游廠商」等語，判決詐欺取財罪不成立。此似已跳脫了「詐欺取財罪」構成要件之判斷，因為使用成本較高之假冒，雖非在商品上取財，但有可能另有企圖，謀取產品以外之更大利益。

（五）是否具有違法性之判斷

一般認為法定之阻卻違法事由在「食品安全」之適用上僅有兩種；李律師對於兩種事由加以立論，顧及業者、消費者，甚至行為人三方權益，足見對於食安法、消保法、刑法與憲法之整體法律體系，都有深入淺出之通盤理解。

1、依法令的行為

行為人主觀上出於依法行事的意思，而有該標示或不該標示之行為，無論於行政法領域或是刑事法領域，依據「法治國原理」，皆應給予相同之評價，較為妥適。

另外，若是食品業者依據食品標示相關規範進行標示，且無關消費大眾健康之減損，應可認為係屬「依法令之行為」而阻卻違法。

2、業務上的正當行為

此乃《刑法》第22條明文。業務行為如為合理的行銷手段與方法以滿足企業吸引消費之目的，應可認係屬「正當」，不宜過度干預商業言論及營業自由。

因此，對於一個並無「攙偽或假冒」與「標示不實」的食品標示行為，除非該行銷手腕隱匿對於健康有關之重要資訊，否則行為人亦得援引「業務上之正當行為」而阻卻違法。

標示不清與詐欺罪的界限

吳景欽

真理大學法律系副教授

一、前言

針對魏應充等涉及的混油案，智慧財產權法院於四月底為第二審判決，並以詐欺罪的共同正犯判處有罪確定。如此的結果，雖符合一般人的社會期待，但對於標示不清與詐欺罪的界限，仍留下一個難以清楚界定的疑問。

二、混油案及其判決

（一）案件事實¹

魏應充於擔任味全公司董事長期間，即指示高層幹部，以具有競爭力的低價採購，降低成本來提升經營績效。並於2012年起，召集高層幹部開會，並由總經理提議，要求頂新公司代工生產的調和油，降低黃豆油比例，改以成本低的棕櫚油替代，以提高調合油的市占率。味全公司並因此成立98專案計畫，並在調高棕櫚油比例到百分之九十八、僅添加百分之一的葡萄油或橄欖油下，而以98配方調和油稱呼。而在98配方調和油上市後，仍標榜橄欖油、葡萄油之高品質圖樣為宣傳。

（二）起訴罪名

檢方起訴魏應充等共同違犯以下罪名：

1. 刑法第255條第1項虛偽標記罪。
2. 刑法第339條第1項詐欺取財罪²。
3. 食品衛生管理法第49條第1項攙偽假冒罪³。

（三）第二審判決⁴

1. 法院管轄

由於在檢察官起訴的罪名裡，有涉及刑法第255條第1項虛偽標記罪，而依據智慧財產法院組織法第3條第2款，此罪屬於智慧財產法院所管轄之案件，故此案第二審，即由智慧財產法院管轄⁵。

2. 判決重點

由於混油案的被告眾多，本文僅就負責人魏應充部分，整理第二審的判決重點：

（1）有罪部分：針對虛偽標記及詐欺取財，皆判決有罪，而因屬一行為侵害數罪、數法益的想像競合，故從一重的詐欺罪處，並因此判刑兩年。

（2）無罪部分：針對違反食品衛生管理法之部分，因無證據證明，魏應充有容任旗下公司使用大統混油之行為，故此部分判決無罪。

由於詐欺罪與違反食品衛生管理法之案件，皆屬刑事訴訟法第376條，不得上訴第三審的案件，故此案也因此確定⁶。

三、判決評釋

(一) 針對無罪部分

針對魏應充等涉及食品衛生管理法第49條第1項的攙偽假冒罪，雖然判決無罪，但被告針對此罪的法律規範，曾於審理期間，基於以下理由，聲請法院停止審判，並聲請大法官解釋：

1. 攙偽假冒罪是否能限縮解釋為具體危險犯：如依據2013年所修正的食品衛生管理法第49條第1項的條文形式，只要有攙偽或假冒行為，就可成立犯罪，而將之前必須致生危害人體健康要件刪除，致從具體危險犯轉變成抽象危險犯。如此的轉變，被告認為已逾越食品衛生管理法的立法目的，亦有違刑罰的最後手段性。

2. 對法人處罰金的疑義：針對食品衛生管理法第49條第5項，即法人之代表人、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1項至第3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之罰金，如此的規定，不問法人有無善盡防止義務，一律處罰，實有違無責任無刑罰的憲法原則。

法院針對上述兩點聲請，雖以無違憲之虞，而未停止審判且聲請釋憲，惟上述理由，卻有以下思考之處：

1. 要否限縮解釋：最高法院於105年第18次刑庭會議裡，針對攙偽或假冒或添加未經中央主管機關許可之添加物之行為，決議毋庸實質判斷行為有無存在危險。這是因食品衛生管理法第49條第1項，於2013年前，針對此行為，仍必須有致生人體健康，但之後刪除，故無庸判斷有無危害健康。只是在同條項的處罰對象，仍包括食品衛生管理法第15條第1項第3款，即添加有害健康或有毒物質，則攙偽或假冒或添加未經中央主管機關許可之添加物，是否也該限縮，就會成為問題，若為限縮，則修法意義就不大⁷。

2. 法人處罰界限：目前在特別刑法中，除對於企業執行者採有期徒刑外，就會對於企業本身採罰金

刑。而企業體也無法以證明自己已經善盡監督之責來免除罪責。這主要是因，法人必然是由自然人來執行職務，實在很難將兩者切割。只是在行為單一且實際執行的自然人與法人並無犯意聯絡下，為何仍可同時處罰兩個獨立的個體，是否因此違反憲法的一行為不二罰的保障，肯定是未來必須解決的課題。

不過，上述疑義，因法院就此部分判決無罪，此釋憲與否，就不具有任何決定性。

(二) 針對有罪部分

1. 客觀要件

(1) 標示不清與詐術

依據食品安全衛生管理法第22條第1項，食品必須標示內容種類與成分，但關於內容含量的比例，則委由主管機關以行政命令為規範。惟目前有以行政命令為規範者，似乎只有在果汁須具備百分之十以上，才能以果汁為標示，但除此之外，對於內容含量比例，並無任何必須標示比例，以及比例該為多少的行政命令。

依此而論，就食用油來說，其雖然有標示內含物的作為義務，但對於含量及比例，依據現行法就無規範，致只能是種道德義務。也因此，就98調和合油來說，其對於內含物實皆有標示，指示比例甚低的葡萄油、橄欖油等，並未標示其比例，反而以此為宣傳。所以，此等標示，到底要稱為標示不清、誇大，還是不實？

而依據公平交易法第21條第1項，對於誇大不實的廣告，有處以行政罰之規定，而如此的規定，到底與刑法詐欺罪，是屬本質不同，還是僅有量的差別？若以混油案來看，對於產品內容的廣告，確實有誇大，但到底是交易市場的常規，抑或標示誇大即屬詐術，顯然難有清楚的界限。

以某建設公司為推銷建案，而以某某影城即將進駐為廣告，因此引起房價上漲，所有住宅銷售一空，但之後影城宣示，並無此計畫，致使房價大跌。

則於如此的情況，到底僅是廣告不實，抑或是詐術，就會有相同問題存在。

（2）有使人陷於錯誤嗎

而即便認為標示不清屬於詐術，但是否會因此使人陷於錯誤，又會是個問題。因就消費者來說，考量買某一油品的動機相當多，可能是基於廣告，可能是價錢，也可能是對某商品的信賴等等。且就一般常態，對於廣告的真實性，到底有多少消費者會相信，這本身也會是疑問。

（3）行為與結果的因果關係

由於詐欺罪是保護個人法益，故必須要有具體的被害人存在。也因此，在混油案裡，不僅必須要有被害人存在，且檢方也必須證明標示不清與被害結果之間的因果關係。依此而論，對於被害人是否是因標示不實，以致於因此被騙，致購買油品，也必須一一加以舉證證明。惟在此案中，雖有被害人存在，但對於這些被害人是否有陷於錯誤等，卻缺乏論證與證據。更詭異的是，詐欺罪既然是保護個人法益的犯罪，則關於不法所得自應以檢方所提出的被害人數及金額去計算，但檢方及法院所認定的不法所得，卻是從查到的時間去推估及計算不法所得，如此的論證，實已不是以個人法益保護，而是進入社會法益的保護範疇⁸。

2.主觀要件

（1）有意圖為自己或他人不法所有嗎

在財產法益的犯罪裡，主觀必須要有為自己或他人的不法意圖，而法院認定有此不法意圖的根據，即是公司內部的開會記錄，尤其是董事長指示下屬，以追求最高利潤、最低成本為目標。指示如此的指示，似乎為所有公司皆如此，若如此可為不法，則所有的營利事業體，只要涉及刑法，恐皆因此認定有不法意圖，致等同使檢察官，對此無庸為任何舉證。

（2）詐欺故意如何認定

同樣的問題，也出現在故意的認定，因如果目

前法規對於油品的比例標示並未要求，則以降低成本的比例調配，可否稱為有詐欺故意？即便認為有此等故意，但被告是否可以刑法第16條，即對於法規的處罰界限有誤解，既無法避免且有正當理由，而來阻卻責任呢⁹？

（3）共同正犯的犯意聯絡

而在延續上述邏輯思維，於類似公司這類的階層體系下，上級任何的指示，都可能被稱為是犯意聯絡。指示根據前述，這些公司內部的會議內容，真的能算是有犯意，且是有聯絡嗎？

四、結論

總之，目前對於標示不清與詐欺罪的界限，在行政法規未能清楚界定下，也就易造成法院的歧異認定，就如混油案判決，雖然判決被告有罪，卻也不得不承認，現行法規的缺陷性，致要求立法、行政必須儘速檢討與補正。更值思考的是，刑法乃是最後手段性，關於食安問題，是否一概要以刑罰解決，卻是一個很大的問題。就筆者認為，宜以以下模式處理：

- （一）標示不實且對生命身體無影響：行政罰與行政管制。
- （二）標示不實、摻偽且對生命身體無影響：行政罰與行政管制。
- （三）標示不實、摻偽且對生命身體有影響：採刑罰，分重大與否，來決定是抽象危險犯或具體危險犯。
- （四）已實際造成傷害：採刑罰。

只是在法律規範尚未補正完成前，法院該如何對待，恐是司法者自行必須解決的課題。

《註釋》

- 1 關於味全混油案乃是因大統油案而起，所以，對於但關於味全進口大統原料油部分，因被告對於原料油內容不符部分，並無任何知悉，故整個混油案的重點，就完全在於味全本身為降低成本，所為的調合

- 油配方。也因此，本文所討論的核心，也在於此部分。
- 2 刑法詐欺罪於2014年提高罰金刑的額度，另增加第339之4，其中針對三人以上共犯者，加重刑罰至七年以上有期徒刑。惟混油案發生時，尚未有此修正，故仍以舊法論。
 - 3 食品衛生管理法因食安問題頻傳，故幾乎是年年修法。而在混油案發生時，關於第49條的刑罰規定，也才剛修法不久，卻在半年後，又再修法。而在此案發生的時間點，仍須適用舊法，故因此罪法定刑上限為三年，也造成無法上訴第三審的後果。
 - 4 105年刑智上易字第38號判決參照。
 - 5 智慧財產法院，因只負責民事、刑事與行政訴訟的第二審，是否有此必要另設立獨立的法院系統，實有很大的問題。而且在混油案裡，由於虛偽標記罪的法定刑僅為二年以下，反是檢察官起訴罪名裡最輕者，則於審理時，此罪幾乎可說是配角中的配角，是否一定要由智財法院審理，實更有疑問。
 - 6 由於在案發當時，觸犯食品衛生管理法第49條第1項，法定刑為三年以下，但之後修法提高至五年。故對於此案救濟，當事人僅能聲請再審，而截至目前為止，當事人所聲請的再審，皆遭駁回。不過，當初混油案，並未合併由同一地方法院管轄，所以，目前仍有案件繫屬於屏東地方法院，若將來此相牽連案件，被判無罪確定，則當事人就有理由聲請再審。從此凸顯出一個問題，即在法律規範不明確下，若不將證據共通的相牽連案件合併，就易出現裁判歧異。
 - 7 此決議明顯是針對頂新劣油案的第一審判決而來，因此判決，即根據法條精神，而採取限縮解釋。
 - 8 一個可以解釋的理由，或許在於此案的起訴法條，仍有針對虛偽標記罪，此屬侵害社會法益的犯罪。惟關於此罪，在判決書中的論述，比例所佔不高，也看不出其理由。
 - 9 故意內涵知的部分，是無庸認知到行為本身的違法性，但對於欠缺違法性認識，仍可阻卻責任。



因為您的幫助 孩子得以溫飽上學
TOPS謝謝您

加入幫助難民的行列

台北海外和平服務團



行有瑕尤者不得參加考試？

—以受緩刑宣告者參加國軍志願士兵甄選考試為中心

陳榮哲

理哲國際法律事務所主持律師/專利代理人/達邁科技股份有限公司法人董事代表人

壹、前言

一、引言案例¹

甲男於民國(下同)92年間，因經濟狀況不佳需錢孔急，故藉由報紙求職之分類廣告，覓得發放傳單之工作，惟其所發收之傳單上載有學生妹援交之訊息，警方查獲後，將甲男移送臺北地檢署偵辦，臺北地檢署嗣起訴甲男。臺北地方法院以甲男雖違反兒童及少年性交易防制條例第29條²之規定，但犯後態度良好、深具悔意為由，判處甲男有期徒刑三月，同時諭知緩刑二年。由於在緩刑期間，甲男皆循規蹈矩未再觸法，因此前開緩刑期滿未受撤銷。104年間，甲男希望能從軍報國，遂報名參加104年度第四梯次之國軍志願士兵甄選考試，詎國防部下之國軍志願士兵甄選會(下稱「甄選會」)審查甲男之報名資料後，援引該年度第四梯次之國軍志願士兵甄選簡章(下稱「系爭甄選簡章」)所載之報考消極資格規定：「未判處徒刑或未受感訓、強制戒治、觀察、勒戒、保安、保護等處分之宣告者。但符合少年事件處理法第83條之1第1項規定或少年受緩刑宣告期滿未經撤銷者，不再此限」，以甲男於92年間曾受刑事判決，且其犯案時已成年不符前開消極資格之但書規定為由，104年5月26日通知甲男審查結果為「安全調查不合格」，不得參加國防部於104年6月13日舉辦之國軍志願士兵筆試、口試及體能測驗。甲男不服審查結果，遂向行政院提起訴願，惟遭行政

院訴願審議委員會以相同理由駁回，訴願決定最末頁並記載：「如不服本決定，得於決定書送達之次日起2個月內向臺北高等行政法院提起行政訴訟。」甲男如不服前開訴願決定，試問甲男後續應如何提起行政訴訟，始為合法妥適？

二、問題意識

甲男如不服前開行政院之訴願決定，欲提起行政訴訟以資救濟，首先，甲男在提起行政訴訟前，必須先行釐清國軍志願士兵甄選會於104年5月26日通知甲男審查結果為「安全調查不合格」(下稱「系爭通知」)，系爭通知之法律上性質為何？是否為行政處分？抑或是其他種類之行政行為？

其次，如認為國軍志願士兵甄選會之系爭通知，性質上係屬行政處分，則甲男得提起之行政訴訟類型為何？又，甲男對於104年度之國軍志願士兵甄選簡章所載之報考消極資格規定，在法律上可作如何之主張？

再者，甲男必須考慮到，由於行政訴訟耗時甚久，如在行政訴訟確定以前，104年度第四梯次之筆試、口試及體能測驗日即將屆至，甲男可否在行政訴訟確定前，請求法院提供暫時性之權利保護？如可，則法院應提供何種類型之暫時性權利保護措施³？以下分就上述問題，逐項於本文說明。

貳、國防部在本案之主張

一、甄選會所為之系爭通知，性質上屬觀念通知

國防部曾於一國軍志願士兵甄選考試爭訟案中主張，行政程序法第92條第1項規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」最高行政法院104年度裁字第1007號裁定⁴亦明確揭示行政機關內部單位所作成之決議，自非屬行政處分，人民即不得對之提起行政爭訟。查甄選會並無單獨之組織法規、獨立之編制和預算以及依印信條例頒發之印信，依行政程序法第92條第1項之規定，以及最高行政法院104年度裁字第1007號裁定要旨之見解，甄選會非屬行政機關，係屬內部單位，故其尚無作成行政處分之可能，其所作成之系爭通知至多僅係告知甲男資格審查結果，屬事實上之通知，難認係行政處分。

二、考生甲男於本案不得提起課予義務訴訟

由於甲男對於訴願決定不服，提起行政訴訟後除了請求法院撤銷訴願決定及系爭通知外(此部分為撤銷訴訟)，甲男並進一步請求法院判令國防部作成甲男報名參加104年度第四梯次之國軍志願士兵甄選考試資格審查係屬合格之處分(此部分屬課予義務訴訟)。就此，國防部主張，課予義務訴訟旨在就人民「依法」向行政機關申請作成行政處分，倘人民無依據個別法令之規定，向該管行政機關請求就某一特定具體之事件，作成行政處分或應為特定內容行政處分之權利，則人民提起課予義務訴訟即屬要件不備。

系爭通知係依據系爭甄選簡章作成，系爭甄選簡章有關消極資格之規定，係依據志願士兵選訓實施辦法(下稱「系爭辦法」)第3條第1項及第4條第3項第5款而來。系爭辦法第3條第1項及第4條第3項第5款分別規定：「志願士兵之甄選，由國防部依員額需求、專長職類、甄選對象與其他相關事宜，訂定甄選計畫及甄選簡章實施；或委任國防部陸軍司

令部、海軍司令部、空軍司令部(以下簡稱各司令部)，擬訂甄選計畫陳報國防部核定後，訂定甄選簡章實施。」、「具有下列情形之一者，得參加志願士兵甄選：…五、未判處徒刑或未受感訓、強制戒治、觀察、勒戒及保護等保安處分之宣告。但符合少年事件處理法第八十三條之一第一項規定或少年受緩刑宣告期滿未經撤銷，不在此限。」系爭辦法及系爭甄選簡章明顯僅係報考國軍志願士兵者之消極資格要件之規範，而非請求作成符合國軍志願士兵甄選資格處分之法令依據。故甲男請求法院判令國防部作成甲男參加104年度第四梯次之國軍志願士兵甄選考試資格審查係屬合格之處分，並不合法。

三、系爭通知之作成乃依法行政，洵屬合法有據

兵役法第47條規定：「適齡男子、現役或後備役之士兵，因國防軍事需要，得依其志願，經甄選並接受基礎訓練期滿合格，服志願士兵。志願士兵之服役，另以法律定之。」職是之故，立法者遂依前開兵役法之規定，另制訂志願士兵服役條例。又志願士兵服役條例第3條第1項及第3項規定：「因國防軍事需要，下列人員得依其志願參加甄選，接受基礎訓練期滿合格，服志願士兵：一、徵集入營服常備兵役或服替代役。二、常備兵後備役。三、其他適齡之國民。大陸地區人民及香港、澳門居民在臺灣地區應設籍滿二十年，始得參加志願士兵之甄選。志願士兵之甄選，應考量軍事所需專長；其甄選條件、程序及入營程序，訓練、考核及退訓，繼續留營服役條件及其他相關事項之辦法，由國防部定之。」在上開志願士兵服役條例第3條第3項之授權下，國防部遂制定系爭辦法。

系爭通知係依據系爭甄選簡章作成，系爭甄選簡章有關消極資格之規定，係依據系爭辦法第3條第1項及第4條第3項第5款而來。因此，甄選會依據系爭辦法及系爭甄選簡章，作成甲生之安全調查不合格之系爭通知，乃依法行政，洵屬合法有據。

四、系爭辦法及系爭甄選簡章有關消極資格

之規定，與法律保留原則無違

國防部曾於一國軍志願士兵甄選考試爭訟案中主張，司法院大法官於釋字第715號之解釋理由書中明白表示：「兵役法第十一條第一項規定：「前二條預備軍官、預備士官選訓服役實施辦法，由國防部會同相關機關定之。」軍事教育條例第五條規定：「基礎教育以培養國軍軍官及士官為目的，由軍事學校辦理，其類別及宗旨如下：……四、軍事養成教育：以對具有大學、專科或中等教育學歷者，施予軍事養成教育為宗旨；得設常備軍官班、常備士官班、預備軍官班、預備士官班或同等班隊（第一項）。……第一項第四款……入學資格……等事項之規則，由國防部定之（第三項）。」而選訓服役辦法第三條規定：「預備軍官或預備士官年度考選之對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式及其他相關事宜，由國防部訂定考選計畫實施，或委任國防部陸軍司令部、國防部海軍司令部、國防部空軍司令部、國防部聯合後勤司令部、國防部後備司令部、國防部憲兵司令部……，擬訂考選計畫陳報國防部核定後實施。」同辦法第五條第一項規定：「預備軍官或預備士官之考選，由國防部、內政部、教育部等相關機關依考選計畫組成考選委員會，訂定考選簡章辦理。但志願役預備軍官、志願役預備士官或義務役預備士官之考選，得由委任機關依國防部核定之考選計畫組成考選委員會，訂定考選簡章辦理。」故志願役預備軍官預備士官之選訓服役及入學資格等事項之規範，係由立法者基於國防事務之特殊性及專業性，授權國防部訂定；國防部復於依立法授權訂定之選訓服役辦法，明定志願役預備軍官預備士官之考選，得委任機關訂定計畫並經其核定後實施，再依該計畫實際組成考選委員會訂定考選簡章，據以辦理考選。是系爭考選之重要事項如考選對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式等，均係由國防部自行訂定或依其核定之考選計畫形成規範，以為實施之依據。系爭簡章形式上最終

雖係由考選委員會依考選計畫所訂定，惟系爭考選之事項仍屬由國防部決定至明。參以軍事教育條例第五條第三項及該條例其他相關規定所訂定之軍事學校學員生修業規則第八條之三第三款亦規定：「學員生入學，應具備下列條件：……三、未曾受刑之宣告……者。但符合少年事件處理法第八十三條之一第一項規定者不在此限。」其雖非直接規定應考資格，然入學資格與考試資格，有直接密切關聯，其入學規定之限制與系爭規定類似。足見系爭規定並未逾越兵役法第十一條第一項及軍事教育條例第五條第三項規定之直接或間接授權範圍，與憲法第二十三條法律保留原則無違。」準此以言，就考選之重要事項如考選對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式等，基於事務之特殊性及專業性，立法機關得授權相關主管機關以法規命令訂之，即與法律保留原則無違。

查國防部係在志願士兵服役條例第3條第3項之授權下，制定系爭辦法，系爭辦法有關國軍專業士兵之甄選事項，如考選對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式等，本得由國防部自行訂定或依其核定之考選計畫形成規範，以為實施之依據。而系爭甄選簡章有關國軍志願士兵甄選之消極資格之規定，係依據系爭辦法而來。職是之故，系爭辦法及系爭甄選簡章有關國軍志願士兵甄選之消極資格之規定，均無法律保留原則無違。

五、系爭辦法及系爭甄選簡章有關消極資格之規定，與比例原則無違

系爭辦法及系爭甄選簡章訂定「未判處徒刑」之排除條款，以預防報考考生身分複雜、不明或隱匿，確保國家安全之公共利益，具有正當理由。而甄選士兵考選事務涉及聚多應考人，各別考生背景不同，國防部以系爭辦法及系爭甄選簡章預定統一之消極資格條款，先行以未受法院「判處徒刑」者為篩選標準，避免有刑案記錄者報考，確保國家安全，手段具有適合性。

又，系爭辦法及系爭甄選簡章雖以刑事記錄作為篩選機制，惟仍就情節之輕重設有但書規定，例外給予報考機會，亦即就「但符合少年事件處理法第83條之1第1項規定或少年受緩刑宣告期滿未經撤銷者，不在此限」，並非「受判處徒刑」一律禁止報考，尚難謂違反最小侵害原則。

再者，國軍志願士兵甄選所欲達成之公益，係為確保國家、軍事安全，預防應考人之來源複雜、不明，肇生危害國家或軍事安全之虞，相較甲男係因「成年」、「故意」犯罪，既非未成年人思慮不為周全，便係欠缺恪遵法紀之品德，系爭辦法及系爭甄選簡章不予甲男合格之認定，尚難謂違反狹義比例原則。

參、考生甲男在本案之主張

一、甄選會所為之系爭通知，性質上屬行政處分

「提起訴願，以有行政處分之存在為前提要件。」、「『人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。』行政訴訟法第5條第2項定有明文。而提起前揭條文所定課予義務訴訟，以行政機關對於人民依法提出之申請，已為否准之處分，為其前提；至於判斷行政機關是否為否准之處分，必須探求其覆函之真意，及對人民之申請已否發生駁回之法律效果而定，不應拘泥於所使用之文字。原告去函被告民意電子信箱，表示欲申請再入營，經被告以系爭郵件回覆，稱所請無法辦理，其後，原告報名系爭考試，經被告審查結果，認為不符應考資格，由考選會以系爭通知告知原告，均如前述。是被告對於原告申請再入營及參加系爭考試，已分別以系爭郵件及系爭通知，明確表示不予准許之意，依上說明，系爭郵件與系爭通知即屬對原告上述2項申請所為否准之行政處分。另觀諸訴願決定理由記載：原告以被

告否准其志願役專業預備軍官預備士官報考及不受理其申請再入營服役，係侵害其服公職之權利云云，提起訴願等語（參見本院卷第127頁之訴願決定書末3行），足見原告對系爭郵件及系爭通知均已踐行訴願程序，則其於訴願機關作成不予受理之決定後，以上述第(一)至(四)項聲明，提起課予義務訴訟，合於前引行政訴訟法第5條第2項規定，是被告抗辯：系爭郵件及系爭通知未就原告報考系爭考試及申請再入營有所准駁，並非行政處分，且原告就系爭郵件並未踐行訴願前置程序，故其提起聲明第(一)至(四)項之課予義務訴訟，於法不合云云，自非可採。」此分別為最高行政法院44年度判字第18號判例，以及臺北高等行政法院103年度訴字第891號判決所明揭。

我國學者廖義男氏認為，行政機關對人民所為之表示，是否發生法律效果而屬行政處分，司法院釋字第423號解釋有所闡明，強調行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。若行政機關以通知書名義製作，直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力者（諸如載明應繳違規罰款數額、繳納方式、逾期倍數增加之字樣），如以仍有後續處分行為，或載有不得提起訴願，而視其為非行政處分，自與憲法保障人民訴願及訴訟權利之意旨不符。因此，行政機關對外所為表示是否行政處分，以其表示之內容，是否已直接對人民權利義務或法律上利益產生影響為判斷⁵。

甄選會於104年5月26日以系爭通知告知甲男其安全調查不合格，故而否准其參與後續之筆試、口試及體能測驗，甲男不服，遂向行政院提起訴願，經行政院訴願審議委員會以相同理由予以駁回，訴願決定最末頁並記載：「如不服本決定，得於決定書送達之次日起2個月內向臺北高等行政法院提起行政訴訟。」揆諸上開實務及我國學理之見解，甄選

會所為系爭通知雖係以通知書名義製作，然求其真意，甄選會對於甲男參加志願士兵甄選乙事，已明確表示甲男資格審查不合格，不准許甲男參加考試之意，而生駁回之法律效果，並對外發生效力，直接影響甲男參加考試之權利。況甲男已就系爭通知提起訴願經受理，受理訴願機關於訴願駁回後尚為救濟之教示，是系爭通知應屬行政處分，而非不具法效性之觀念通知，堪可認定。

二、甲男就本案提起課予義務訴訟應屬合法

志願士兵服役條例第3條第1項及第3項規定：「因國防軍事需要，下列人員得依其志願參加甄選，接受基礎訓練期滿合格，服志願士兵：一、徵集入營常備兵役或服替代役。二、常備兵後備役。三、其他適齡之國民。大陸地區人民及香港、澳門居民在臺灣地區應設籍滿二十年，始得參加志願士兵之甄選。志願士兵之甄選，應考量軍事所需專長；其甄選條件、程序及入營程序，訓練、考核及退訓，繼續留營服役條件及其他相關事項之辦法，由國防部定之。」在上開志願士兵服役條例第3條第3項之授權下，被告國防部制定頒布系爭辦法。系爭辦法第3條第1項及第4條第3項第5款分別規定：「志願士兵之甄選，由國防部依員額需求、專長職類、甄選對象與其他相關事宜，訂定甄選計畫及甄選簡章實施；或委任國防部陸軍司令部、海軍司令部、空軍司令部（以下簡稱各司司令部），擬訂甄選計畫陳報國防部核定後，訂定甄選簡章實施。」、「具有下列情形之一者，得參加志願士兵甄選：…五、未判處徒刑或未受感訓、強制戒治、觀察、勒戒及保護等保安處分之宣告。但符合少年事件處理法第八十三條之一第一項規定或少年受緩刑宣告期滿未經撤銷，不在此限。」在系爭辦法之上開規定下，國軍104年志願士兵甄選簡章壹、四之(二)及參、四之(三)分別規定：「壹、甄選對象：…四、其他條件：…(二)未判處徒刑或未受感訓、強制戒治、觀察、勒戒及保護等保安處分之宣告。但符合少年事件處理法第83條之1

條之第1項規定，或少年受緩刑宣告期滿未經撤銷，不在此限。」、「參、報名：…四、報名注意事項：…(三)報名後經甄選會審查合格者，核發准考證；審查不合格者不予寄發准考證，寄發不合格原因通知單，各項報考資料不辦理退件」。綜上開法令以觀，未曾被判處徒刑或未受感訓、強制戒治、觀察、勒戒及保護等保安處分宣告之適齡男子當可依據上開法令參加由國防部所辦理之「國軍104年第四梯次國軍志願士兵甄選」，並請求甄選會就參加甄選之人是否合於甄選資格條件此一特定具體事件做成對外生效且直接影響參加甄選人能否考試之合格處分，至為灼然。

我國學者陳敏氏認為，雖然行政訴訟法第5條第1項及第2項皆就人民「依法申請案件」為規定，惟此一文字係承襲舊訴願法第2條第2項之用語，並非精確配合課予義務訴訟之性質，所刻意設定之訴訟要件。在審究課予義務訴訟本案判決要件時，似無須對「依法」二字賦予特別意義。蓋對於作為訴訟標的之行政處分，人民是否有作成之請求權法律依據，應屬於訴訟有無理由之問題，而非訴訟是否合法之問題⁶。

綜上可知，甲男於符合志願士兵服役條例及前開條例所授權訂定之系爭辦法、系爭甄選簡章所定資格要件後，當可依據上開法令參加由國防部所舉辦之「國軍104年第四梯次國軍志願士兵甄選」，並請求甄選會就甲男是否合於甄選資格條件此一特定具體事件做成甄選資格合格之處分，使甲男得以參加後續之筆試、口試及體能測驗。故甲男對甄選資格合格處分之作成，顯有法律上請求權，並因甄選會所作駁回處分即資格審查不合格原因通知單，導致甲男參加考試之權利遭受嚴重侵害，然如僅撤銷該駁回處分，對甲男並無實益，爰提起課予義務訴訟，請求法院判令甄選會作成甲男符合甄選資格之處分，甲男實具備提起課予義務訴訟之訴訟權能⁷，至為灼然。

三、依據司法院大法官會議釋字第137號解釋之意旨，若法官於審判案件時，認為行政機關所頒布之行政命令有違反憲法第172條之規定，自得本於公正確實之篤信，表達合法適當之見解，不受前開行政命令之拘束：

司法院大法官會議釋字第137號解釋文及解釋理由書明白揭示：「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解」、「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，或為認定事實之依據，或須資為裁判之基礎，固未可逕行排斥而不用。惟各種有關法規釋示之行政命令，範圍廣泛，為數甚多。其中是否與法意偶有出入，或不無憲法第一百七十二條之情形，未可一概而論。法官依據法律，獨立審判，依憲法第八十條之規定，為其應有之職責。在其職責範圍內，關於認事用法，如就系爭之點，有為正確闡釋之必要時，自得本於公正誠實之篤信，表示合法適當之見解」。

又，法官審判時，除法律外，亦應適用各機關所發布之命令，惟所應用者為合法有效之命令，經法官判斷為違法，或經司法院大法官會議統一解釋為違法之命令，自不在此限。司法院釋字第38號及釋字第137號解釋，即揭示此一意旨。在實務上，亦不乏普通法院法官排斥不用違法命令之事例⁸。

甄選會所作成之系爭通知，雖係依據系爭辦法第3條第1項及第4條第3項第5款之規定，以及系爭甄選簡章壹、四之(二)規定而來。惟若法院審酌後認為，系爭辦法第3條第1項及第4條第3項第5款之規定違反憲法第172條之規定，自得本於公正確實之篤信，表達合法適當之見解，不受系爭辦法之拘束。

四、「曾受刑之宣告者不得報考」之資格限制規定，對實現「人民服公職權」或「職業選擇自由」顯屬重要，難謂屬技術性或細節性事項，以概括授權之系爭辦法及系爭甄選

簡章訂定之，自有悖於法律保留原則之本旨

前司法院大法官李震山氏於釋字第715號提出部分不同意見書，前開不同意見書對於國防部在甄選軍士官時，僅由法律幾近空白授權之「辦法」、「規則」或「簡章」訂定相關限制條件，有所批判。其謂：一般公務人員與軍人既都選擇公職為職業，就其有關「曾受刑之宣告」之招考要件，本質上皆屬品格之要求，其規範形式應無太大合理差別待遇之空間。一般公務人員相關報考資格皆由法律直接列舉規定，例如公務人員考試法第7條第1項就不得應考之情形規定：「一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經判刑確定或通緝有案尚未結案。二、曾服公務有貪污行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案。三、褫奪公權尚未復權。四、受監護或輔助宣告，尚未撤銷。」該考試資格限制，係重申公務人員任用法第28條第1項第3款、第4款、第5款、第7款消極資格之規定。又例如性質與軍人較接近的警察人員，亦慎重其事且儘可能鉅細靡遺地將相關報考資格要件明定於法律，依警察人員人事條例第10條之1就不得任用之情形規定：「一、公務人員任用法第二十八條第一項各款情形之一。二、曾服公職依公務人員考績法受免職處分或依公務員懲戒法受撤職處分或其他違法犯紀行為依法予以免職處分。三、曾列警察職權行使法第十五條第一項各款之治安顧慮人口。四、曾犯刑法第二百六十八條、中華民國九十五年七月一日刑法修正施行前第二百六十七條、第三百五十條之罪，經有罪判決確定。五、依刑事訴訟程序被羈押或通緝中。六、曾經中央警察大學、中央警官學校、臺灣警察專科學校、臺灣警察學校、軍事院校勒令退學或開除學籍。七、依其他法律規定不得為公務人員。」該等規定內容是否適當，容或有檢討空間，但至少皆是以法律定之。

李震山氏於釋字第715號之部分不同意見書並謂：就軍事法領域，兵役法第5條規定：「有下列情形之一者，禁服兵役，稱為禁役：一、曾判處五年以

上有期徒刑者。二、執行有期徒刑在監合計滿三年者。(第一項)經裁定感訓處分者,其感訓處分期間應計入前項第二款期間。(第二項)」另依替代役實施條例第五條第四項規定:「因犯罪於法院審理中或經判決有罪確定,主管機關得不予許可其申請服一般替代役或限制其所服一般替代役類(役)別。但少年犯罪、過失犯或受緩刑之宣告而未經撤銷者,不在此限。」針對從憲法第21條「基本義務」出發的服義務役或替代役者之消極資格,都能以法律明定,何以針對由憲法第18條「基本權利」出發,而同樣須講求軍紀且持戰鬥性武器之定期職或終身職職業軍人「幹部」,卻僅由法律幾近空白授權地以「辦法」、「規則」或「簡章」定相關限制條件?落差不小。

李震山氏於釋字第715號之部分不同意見書,並舉比較法為例,其謂:德國「軍人法律地位法」(Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten)第38條明文規定:「合於以下要件之一者,不得招用為職業軍人或定期役軍人:1.因犯罪經德國法院判處一年以上有期徒刑,或因故意而觸犯危害和平、內亂、危害民主法治國或外患及危害外部安全罪而處有期徒刑者。2.經法官判決不具擔任公職能力者。3.依刑法第六十四條或第六十六條交付保安處分,執行尚未完畢者。(第一項)國防部得於具體個案例外排除前項第一款而為許可。(第二項)」由前開規定可知,德國法制上已將人民報考職業軍人、服軍職之資格限制,評價為實現基本權利之重要事項,並以「法律」位階明定,以杜爭議。

綜上,甄選會認定甲男資格審查不合格之行政處分,係依據系爭辦法第4條第3項第5款之規定,以及系爭甄選簡章壹、四之(二)規定而來。然「曾受刑之宣告者不得報考」之資格限制規定,對實現「人民服公職權」或「職業選擇自由」顯屬重要,難謂屬技術性或細節性事項,以概括授權之系爭辦法、系爭甄選簡章訂定之,自有悖於法律保留原則之本

旨。

五、退步言之,縱認系爭辦法及系爭甄選簡章所設之資格限制規定不違反法律保留,惟甲男於報名參加國軍104年第四梯次之志願士兵甄選時,依法已視為自始未受刑之宣告而無犯罪紀錄,故原告顯無系爭辦法及系爭甄選簡章所訂消極資格之情形,原處分之認定顯有違誤

最高法院75年台上字第635號刑事判例謂:「緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者,其刑之宣告,失其效力,與以已執行論之效果,並不相同,嗣後縱然再犯,不發生累犯之問題。」因此,關於緩刑的效力,依據刑法第76條之規定,如果被告緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者,其刑之宣告失其效力。換句話說,如果被告沒有因為該當刑法第七十五條或刑法第七十五條之一所列情形而被撤銷緩刑,則視為被告自始無罪⁹。

甲男雖於92年間因觸犯刑法而遭臺灣臺北地方法院判處有期徒刑3個月並同時諭知緩刑2年,然甲男於報名國軍104年第四梯次志願士兵甄選時,早已緩刑期滿且未經撤銷,依前開最高法院及我國學理之見解,應視為自始未受過刑之宣告而未曾有犯罪紀錄。詎甄選會未查上情,遽然以甲男曾受法院判處徒刑云云為由,作成甲男資格審查不合格之處分,該處分顯與前開最高法院及我國學理之見解牴觸,而有廢棄之必要。

六、系爭辦法及系爭甄選簡章限制受緩刑宣告者參加考試之權利,實逾越必要程度,牴觸憲法第23條比例原則,與憲法第18條保障人民服公職之權利意旨不符:

國家機關因選用公職人員而舉辦甄選,為達鑑別並選取適當人才之目的,固非不得針對其需要而限制應考資格,然其限制仍應符合憲法第23條比例原則,合先敘明。

國軍志願役士兵依國防法等相關法令執行訓練、作戰、後勤、協助災害防救等勤務，並可合法持有國防武器、裝備，其個人品德、能力之優劣與國軍戰力之良窳關係至鉅。為確保其之素質，維持軍隊指揮監督及上命下從之效率，系爭辦法及甄選簡章以是否曾受刑之宣告，作為甄選資格之限制，以預防報考之考生品德不足、能力欠佳等情事，肇生危害國家或軍事安全，所欲維護者，固屬重要之公共利益。惟行為人觸犯刑事法律而受刑之宣告之因，情況不一而足，容有多端，例如因疏忽、出於過失而觸法或有宣告緩刑等情形，非可藉由隻字片語即粗率涵蓋。尤其緩刑，主要是針對罪行輕微的人，如偶發犯、初犯、過失犯等，依據最高法院見解，法官對是否符合緩刑要件，宜就被告有無再犯之虞，及能否藉此而鼓勵其自新等加以審酌。

法院加強緩刑宣告實施要點第2點規定：「法院對符合刑法第七十四條及少年事件處理法第七十九條規定之被告，依其犯罪情節及犯後之態度，足信無再犯之虞，且有下列情形之一者，宜認為以暫不執行為適當，並予宣告緩刑：(一)初犯。…」是受緩刑宣告者，應認刑事被告已由法院做第一次篩檢，該刑事被告依其犯罪情節及犯後態度，足信無再犯之虞。倘刑事被告緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷，復可證法院判斷精準，刑事被告確已改過自新，而此經法院認證過僅係偶然一次且情節輕微之犯罪，自難認刑事被告必然欠缺應具備之服役品德、能力而影響國軍戰力。基上述，即便甄選會對於曾受緩刑宣告之甲男有所存疑，亦應以甄選報名時甲男之緩刑期間是否屆滿且未經撤銷作為否准之判斷準據，亦即，倘曾受緩刑宣告者於報名期間即已緩刑期滿，且緩刑宣告未遭撤銷，甄選會即無理由亦不應與法院之判斷背道而馳，做出剝奪服公職權利之處分。

綜上可知，系爭辦法及甄選簡章限制受緩刑宣告者參加考試之權利，實逾越必要程度，牴觸憲法第23條比例原則，與憲法第18條保障人民服公職之

權利意旨不符，堪可認定。

七、陸海空軍軍官士官任職條例對於軍官、士官在任職期間犯罪遭刑之宣告後，不論有無受緩刑之宣告，均給予犯罪之軍官、士官將來復職之機會。何以志願士兵在參與甄選時，卻必須受「未判處徒刑或未受感訓、強制戒治、觀察、勒戒及保護等保安處分之宣告」之嚴格限制，且如不符合前開規定，則一律在甄選時剔除？依此顯見系爭辦法第4條第3項第5款之規定及系爭甄選簡章壹、四之(二)規定，違反比例原則、平等原則：

陸海空軍軍官士官任職條例有關軍官及士官之「撤職」、「復職」，於第10條、第12條分別規定：「軍官、士官有下列情形之一者，撤職：一、受有期徒刑以上刑之判決確定，而未宣告緩刑或未准易科罰金。二、受保安處分、觀察、勒戒或強制戒治裁判確定。但付保護管束者，不在此限。三、因案通緝。四、依陸海空軍懲罰法規定應撤職。五、其他重大原因必須撤職。」、「軍官、士官撤職後，撤職原因消滅或屆滿一年，除因叛亂、貪污及其他重大原因不予復職外，經調查確已悔改有據，合於回役規定及左列條件者，得依申請核予復職：一、員額狀況許可。二、本人所具專長為軍中需要。三、合於任職條件者。」

陸海空軍軍官士官任職條例有關軍官及士官之「免職」、「復職」，於第11條規定：「軍官、士官免職後，合於回役規定，並具有左列情形之一者復職：一、失蹤歸來後，經考核合格者。二、參加公職競選，落選後未逾三個月者。三、所任軍職以外之職務免除後，經其服務之外職機關證明，無不良紀錄者。四、因案羈押，經偵查或審判終結，處分不起訴或判決無罪確定者。五、判決有罪經宣告免刑、緩刑或判處拘役、罰金或易科罰金確定者。六、其他免職原因消滅，合於任職條件者。停職未滿三個月原因消滅，應予回復原職或調任他職。」

由上開陸海空軍軍官士官任職條例之規定可知，軍官、士官於任職期間如受有期徒刑以上刑之判決確定，而未宣告緩刑者，予以撤職，惟如撤職原因消滅或屆滿一年，除因叛亂、貪污及其他重大原因不予復職外，經調查確已悔改有據，合於回役規定及若干條件者，仍得依申請核予復職。此外，軍官、士官於任職期間如遭判決有罪但經宣告緩刑，合於回役規定及若干條件者，亦得申請復職。職是之故，陸海空軍軍官士官任職條例對於軍官、士官在任職期間犯罪遭刑之宣告後，不論有無受緩刑之宣告，均給予犯罪之軍官、士官將來復職之機會。何以志願士兵在參與甄選時，卻必須受「未判處徒刑或未受感訓、強制戒治、觀察、勒戒及保護等保安處分之宣告」之嚴格限制，且如不符合前開規定，則一律在甄選時剔除？依此顯見系爭辦法第4條第3項第5款之規定及甄選簡章壹、四之(二)規定，違反比例原則、平等原則。

八、104年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章，對於受緩刑宣告者，並未設有不得參加預備軍、士官考試之限制規定。為何報考軍中位階、權責均較高之預備軍、士官考試所定之消極資格限制，比甲男所欲報考之志願士兵之消極資格限制更為寬鬆？依此顯見系爭辦法第4條第3項第5款之規定及系爭甄選簡章壹、四之(二)規定，違反比例原則：

104年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章中，對於考選對象及資格部份，其中壹、二、(九)規定：「有下列情形之一者，不得報考：1、曾受有期徒刑以上之刑，而未宣告緩刑或未准易科罰金或未准易服社會勞動，或受強制戒治、觀察勒戒之保安處分裁判確定者。…」

國軍志願役預備軍官或士官之位階、權責顯高於志願役士兵，故參加國軍志願役預備軍官、士官所受消極資格之限制理應更為嚴格。然由上可知，

104年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章對於報考階級較高之預備軍官、士官之消極資格條件，僅要求「曾受有期徒刑以上之刑，而未宣告緩刑…」，相較於系爭辦法第4條第3項第5款規定及系爭甄選簡章壹、四之(二)規定，報考預備軍官或士官之消極條件限制顯然較為寬鬆。

兩相對照104年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章、系爭辦法第4條第3項第5款之規定及系爭甄選簡章壹、四之(二)規定，可知在國軍志願役預備軍、士官之考試，並不排除曾受緩刑宣告者之報考權利，同樣可達避免考生身分複雜，確保國家安全等目的，而系爭辦法第4條第3項第5款規定及系爭甄選簡章壹、四之(二)規定卻以侵害較為強烈之手段【即曾受緩刑宣告者即不得報考】，限制人民「人民服公職權」或「職業選擇自由」之基本權來達到相同之目的，依此顯見系爭辦法第4條第3項第5款之規定及系爭甄選簡章壹、四之(二)規定限制受緩刑宣告者參加考試之權利，與比例原則有所違背，彰彰明甚。

九、就職務內容而言，司法官之權責顯重於志願役士兵，故參加司法官考試所受消極資格之限制理應更為嚴格，然現行公務人員考試法、公務人員特種考試司法官考試規則對於受緩刑宣告者，並未設有不得參加司法官考試之限制規定。而考選部所通過之「高等考試法官檢察官律師考試條例」草案規定，經判處有期徒刑而受緩刑宣告者，仍具有參加司法官考試之資格。依此顯見系爭辦法第4條第3項第5款之規定及甄選簡章壹、四之(二)規定限制受緩刑宣告者參加考試之權利，與比例原則有所違背：

公務人員考試法第12條規定：「中華民國國民，年滿十八歲，具有本法所定應考資格者，得應本法之考試。但有下列各款情事之一者，不得應考：一、

動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。二、曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。三、褫奪公權尚未復權。四、受監護或輔助宣告，尚未撤銷。依法停止任用者，經公務人員考試錄取，於依法停止任用期間仍不得分配訓練或分發任用為公務人員。」定有明文。是由前開規定可知，現行公務人員考試法對於受緩刑宣告者，並未設有不得參加司法官考試之限制規定。

現行公務人員特種考試司法官考試規則對於受緩刑宣告者，亦未設有不得參加司法官考試之限制規定。而考試院所通過之「高等考試司法官律師考試條例草案」草案規定：「應考人具有下列各款情事之一者，不得應本考試：…七、因故意犯罪而受有期徒刑以上刑之宣告確定或在通緝中。但宣告緩刑或准予易科罰金者，不在此限。」依此顯見經判處有期徒刑而受緩刑宣告者，仍具有參加司法官考試之資格。

就職務內容而言，司法官之權責顯重於志願役士兵，故參加司法官考試所受消極資格之限制理應更為嚴格。然由上可知，現行公務人員考試法、公務人員特種考試司法官考試規則對於受緩刑宣告者，並未設有不得參加司法官考試之限制規定。而考選部所通過之「高等考試法官檢察官律師考試條例」草案規定，經判處有期徒刑而受緩刑宣告者，仍具有參加司法官考試之資格。依此顯見系爭辦法第4條第3項第5款之規定及甄選簡章壹、四之(二)規定限制受緩刑宣告者參加考試之權利，與比例原則有所違背。

十、系爭辦法第4條第3項第5款規定及甄選簡章壹、四之(二)規定限制受緩刑者參加考試之權利，與國際公約之精神有違

中央警察大學臺灣警察專科學校初試錄取人員身家調查辦法(下稱「調查辦法」)於99年修正前第4條第1項規定：「初試錄取人員經各校招生委

員會認定有下列各款情形之一，其身家調查為不合格：一、曾有犯罪行為經判刑確定者。二、有犯罪嫌疑經司(軍)法機關起訴，或因情節重大，經司法警察機關移送，尚在偵查、審理者。三、經司(軍)法機關羈押、收容，或發布通緝、協尋中，或經警察機關通報要案(緊急)查尋、查緝，尚未結案、歸案者。四、曾經受少年保護處分者。五、曾經認定為流氓者。六、最近三年有違反社會秩序維護法經裁處拘留確定，或符合該法第二十四條或第二十六條之加重處罰之紀錄，情節重大者。七、經合格醫師證明曾有精神耗弱，或曾患有精神病或癲癇症者。八、曾在警察機關或其他公務機關服務受免職、或懲戒處分記過以上、或因品操受行政處分一次記壹大過以上者。九、曾經中央警察大學、中央警官學校、臺灣警察專科學校、臺灣警察學校、軍事院校勒令退學或開除學籍者。十、原為大陸地區人民，經申請核准來臺設籍定居，於各校畢業分發時，合計未滿十年者。十一、依其他法律規定不得為公務人員者。」

修正後調查辦法第4條第1項規定：「初試錄取人員經各校招生委員會認定有警察人員人事條例第十條之一第一項各款情形之一，其身家調查為不合格。」又警察警察人員人事條例第10條之1第1項則規定：「第六條人員經查核有下列情形之一者，不得任用：一、公務人員任用法第二十八條第一項各款情形之一。二、曾服公職依公務人員考績法受免職處分或依公務員懲戒法受撤職處分或其他違法犯紀行為依法予以免職處分。三、曾列警察職權行使法第十五條第一項各款之治安顧慮人口。四、曾犯刑法第二百六十八條、中華民國九十五年七月一日刑法修正施行前第二百六十七條、第三百五十條之罪，經有罪判決確定。五、依刑事訴訟程序被羈押或通緝中。六、曾經中央警察大學、中央警官學校、臺灣警察專科學校、臺灣警察學校、軍事院校勒令退學或開除學籍。七、依其他法律規定不得為公務人員。」

調查辦法第3條、第4條、第8條修正草案總說明

謂：「…為落實公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約及其施行法之精神，經奉內政部九十八年十月二十九日台內法字第○九八○一九八○五九一號函請檢討本辦法身家調查相關規定與前揭公約精神有疑義部分後，檢討修正本辦法，將身家調查不合格情形限縮於公務人員任用法第二十八條第一項各款與警察人員人事條例第十條之一第一項各款，亦即有不得任用為公務人員或警察人員之情形者，始規定其身家調查不合格。」

由上開調查辦法之修正歷程可知，調查辦法於99年修正時，將身家調查不合格情形限縮於警察人員人事條例第10條之1第1項各款，且不限受緩刑宣告者參加警察人員考試，修正總說明並謂此舉係在落實公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約及其施行法之精神。兩相對照前開調查辦法與本件所涉之系爭辦法第4條第3項第5款規定及甄選簡章壹、四之(二)規定，顯見系爭辦法第4條第3項第5款規定及甄選簡章壹、四之(二)規定限制受緩刑者參加考試之權利，與國際公約之精神有違，而有修正之必要。

肆、我國司法實務對本案之見解

臺北高等行政法院曾於一國軍志願士兵甄選考試爭訟案中，作出如下判決。

一、按行政訴訟法第6條第1項規定：「確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。」是提起上開確認行政處分違法訴訟，以有行政處分為前題。所謂行政處分，依行政程序法第92條第1項及訴願法第3條第1項規定，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為而言。查原告參加系爭甄選，經甄審會認定原告之考試資格審查為安全調查不合格，被告所屬國軍人才招募中心於104

年5月26日，以系爭甄選考試資格審查通知單，否准原告參加系爭甄選，造成其無法服志願役士兵之結果，核其性質屬對外直接發生法律效果，揆諸前開規定及說明，應屬行政處分，被告主張系爭通知並非行政處分，原告起訴不合法云云，容有誤會，核先敘明。

二、次按兵役法第47條規定：「(第1項)適齡男子、現役或後備役之士兵，因國防軍事需要，得依其志願，經甄選並接受基礎訓練期滿合格，服志願士兵。(第2項)志願士兵之服役，另以法律定之。」而志願士兵服役條例第3條第1項、第3項規定：「(第1項)因國防軍事需要，下列人員得依其志願參加甄選，接受基礎訓練期滿合格，服志願士兵：一、徵集入營服常備兵役或服替代役。二、常備兵後備役。三、其他適齡之國民。……(第3項)志願士兵之甄選，應考量軍事所需專長；其甄選條件、程序及入營程序，訓練、考核及退訓，繼續留營服役條件及其他相關事項之辦法，由國防部定之。」又依上開條例第3條第3項規定授權訂定之志願士兵選訓實施辦法(下稱系爭辦法)，其第3條第1項規定：「志願士兵之甄選，由國防部依員額需求、專長職類、甄選對象與其他相關事宜，訂定甄選計畫及甄選簡章實施；或委任國防部陸軍司令部、海軍司令部、空軍司令部(以下簡稱各司令部)，擬訂甄選計畫陳報國防部核定後，訂定甄選簡章實施。」第4條第3項規定：「參加志願士兵甄選者，須符合下列條件：……五、未判處徒刑或未受感訓、強制戒治、觀察、勒戒及保護等保安處分之宣告。但符合少年事件處理法第83條之1第1項規定或少年受緩刑宣告期滿未經撤銷，不在此限。」第5條第2項規定：「國防部得就報名、資格審查及試務工作等業務，委託其他機關、學術專業團體或財團法人辦理。」另系爭甄選簡章壹、四之(二)規定：「壹、甄選對象：一、……四、其他條件：……(二)未判處徒刑或未受感訓、強制戒治、觀察、勒戒及保護等保安處分之宣告。但符合少年事件處理法第83條之1第1項規定或少年受緩刑宣告期滿

未經撤銷，不在此限。」（與系爭辦法第4條第3項第5款規定同，下稱系爭規定），是志願士兵之甄選條件、程序等事項之規範，係由立法者基於國防事務之特殊性及專業性，授權被告訂定；被告復於立法授權訂定之志願士兵選訓實施辦法，明定志願士兵之甄選，由被告訂定甄選計畫及甄選簡章實施，或委任被告所屬各司司令部，擬訂甄選計畫陳報被告核定後，訂定甄選簡章實施，以為實施之依據。

三、又按行政程序法第7條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」是為行政法上之「比例原則」。而國家對人民基本權之限制，倘與憲法第23條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則（司法院釋字第476號解釋意旨參照）。且司法院釋字第544號、第554號、第575號、第577號解釋理由書則進一步指出比例原則之內涵：(1)目的正當性：指限制基本權之目的必須具有憲法正當性，可自憲法第23條「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」之公益目的加以探究；(2)手段適合性：即限制基本權之手段必須適合於公益或立法目的之達成；(3)手段必要性：須無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用，相當於司法院釋字第436號解釋所謂之「最小侵害手段」；(4)狹義比例原則：即手段是否與所追求之目的合乎比例，亦即限制基本權之手段所追求或增進之公益，是否大於對私人所造成之損害或不利益。另按憲法第7條所定「平等原則」，乃要求行政機關對於事物本質上相同之事件作相同處理，即要求「相同事情為相同處理，不同事情不同處理」。此「禁止差別待遇原則」遂形成行政自我拘束，故行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇，行政程序法第6條亦定有明文。

四、經查，原告報名系爭甄選，經甄選會查得原告前

因違反兒童及少年性交易防制條例案件，經屏東地院92年度簡字第691號刑事簡易判決，判處有期徒刑3月，如易科罰金，以（銀元）300元折算1日，緩刑2年確定，緩刑期滿未經撤銷之情，為兩造所不爭執，且有系爭甄選簡章、屏東地院92年度簡字第691號刑事簡易判決影本附卷可稽。系爭規定明定甄選對象，須以未判處徒刑之宣告為限，依刑法第76條前段之規定，緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。本件原告經判處有期徒刑3月，緩刑2年，然緩刑期滿未經撤銷，是否符合前揭所謂「未判處徒刑」之情形？衡諸本件系爭規定設有但書：「但符合少年事件處理法第83條之1第1項規定或少年受緩刑宣告期滿未經撤銷，不在此限。」堪認該規定所謂「未判處徒刑」係指未曾受徒刑之宣告者，縱使非少年之刑事被告所宣告之緩刑期滿未被撤銷，亦不得參加系爭甄選報名。從而原告參加系爭甄選報名，既有前述經判處有期徒刑宣告之情形屬實，甄選會以原告安全調查不合格，審查結果不合格，揆諸首揭規定，固有所據。惟按國家機關因選用公職人員而舉辦甄選，為達鑑別並選取適當人才之目的，固非不得針對其需要而限制應考資格，然其限制仍應符合憲法第23條比例原則。又國軍志願役士兵依國防法等相關法令執行訓練、作戰、後勤、協助災害防救等勤務，並可合法持有國防武器、裝備，其個人品德、能力之優劣與國軍戰力之良窳關係至鉅。為確保其之素質，維持軍隊指揮監督及上命下從之效率，系爭辦法及系爭甄選簡章以是否曾受刑之宣告，作為甄選資格之限制，以預防報考之考生品德不足、能力欠佳等情事，肇生危害國家或軍事安全，所欲維護者，固屬重要之公共利益。惟行為人觸犯刑事法律而受刑之宣告原因，情況不一而足；而緩刑之宣告，主要是針對罪行輕微的人，如偶發犯、初犯、過失犯等，另須審酌被告有無再犯之虞、能否藉此而鼓勵其自新等情（參酌司法院頒布之法院加強緩刑宣告實施要點之規定）。是受緩刑宣告之刑事被告，已由法院進行審理認為依其犯

罪情節及犯後態度，足信無再犯之虞。倘刑事被告緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷，益徵刑事被告確已改過自新，自難認刑事被告必然欠缺應具備之服役品德、能力而影響國軍戰力，實無理由再行剝奪其服公職之權利。從而，系爭辦法及系爭甄選簡章限制受緩刑宣告，且緩刑期滿未經撤銷者參加考試之權利，實逾越必要程度，牴觸憲法第23條比例原則，亦與憲法第18條保障人民服公職之權利意旨不符。

五、再查，有關陸海空軍軍官士官任職條例有關軍官及士官之「撤職」、「復職」，於該條例第10條規定：「軍官、士官有下列情形之一者，撤職：一、受有期徒刑以上刑之判決確定，而未宣告緩刑或未准易科罰金。……」；第11條第1項規定：「軍官、士官免職後，合於回役規定，並具有左列情形之一者復職：……五、判決有罪經宣告免刑、緩刑或判處拘役、罰金或易科罰金確定者。」可知軍官、士官於任職期間遭撤職，限於受有期徒刑以上刑之判決確定，而未宣告緩刑者；另於任職期間如遭判決有罪但經宣告緩刑，合於回役規定及若干條件者，亦得申請復職。另有關105年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章中，對於考選對象及資格部份，其中壹、二、(九)規定：「有下列情形之一者，不得報考：1. 曾受有期徒刑以上之刑，而未宣告緩刑或未准易科罰金或未准易服社會勞動，或受強制戒治、觀察勒戒之保安處分裁判確定者。……」。可知報考軍中位階、權責均較高之預備軍、士官考試所定之消極資格限制，只有未受緩刑宣告者始不得報名（受緩刑宣告者則得報名），比本件原告所欲報考之志願士兵之消極資格限制較為寬鬆。又對於權責極重，重視品德、信譽及能力之司法官，現行公務人員考試法、公務人員特種考試司法官考試規則對於受緩刑宣告者，並未設有不得參加司法官考試之限制規定；而考選部所通過之「高等考試司法官律師考試條例」草案規定，經判處有期徒刑而受緩刑宣告者，仍具有參加司法官考試之資格。再者，中央警察

大學臺灣警察專科學校初試錄取人員身家調查辦法（下稱「調查辦法」）於99年修正時，將身家調查不合格情形限縮於警察人員人事條例第10條之1第1項各款，且不限制受緩刑宣告者參加警察人員考試，其修正總說明並謂此舉係在落實公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約及其施行法之精神。由以上數例可知，無論是軍階高於士兵之軍官、士官，或權責極重之警察、司法官，其等報考資格或任職條件，並不限制或排除緩刑宣告者，更何況緩刑期滿未經撤銷而失其刑之效力此一情形；揆諸前揭規定及說明，堪認系爭規定顯已違反比例原則、平等原則。

詳細檢視上開判決之內容，大抵與前述甲男之主張相符，而上開臺北高等行政法院之見解，嗣為最高行政法院所維持¹⁰，最高行政法院維持之理由與臺北高等行政法院雷同，限於篇幅，茲不再贅。

伍、行政訴訟之暫時性權利保護措施

一、概說

當事人提起行政訴訟，在於尋求行政法院之權利保護。惟行政訴訟程序之進行，當須經歷相當漫長之時間，在行政法院給與救濟之本案判決確定前，當事人之損害可能由危險成為實害，已發生之實害更可能擴大或加重，或判決作成已無救濟實益。因此，依個案情形，在行政法院作成常規之救濟前，有時即須採取一定措施，以有效保護當事人之權利，始符合憲法賦予人民訴訟權之本旨¹¹，此即行政訴訟暫時性權利保護之法律制度之所由設。

依我國學者之分類，我國行政訴訟法在87年10月2日修正公布後，因訴訟種類增加，因此暫時性權利保護之種類也隨之增加，配合本案訴訟程序種類的不同，而異其適用。例如在撤銷訴訟程序，有使行政處分暫時停止執行之規定，確認行政處分無效之訴訟準用之；至於行政訴訟法298條以下規定之假處分，可適用於其他訴訟類型。至於其中涉及公法上金錢給付強制執行之保全者，則優先適用行政訴

訟法第293條以下有關假扣押之規定¹²。

二、本案適用之暫時性權利保護措施

最高行政法院曾就人民聲請定暫時狀態假處分，俾參加考試之案件中，作成裁定謂：「按行政訴訟法第299條雖規定：『關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分』，考該條規定係因行政訴訟法第116條已有行政處分停止執行之規定，而停止執行係假處分之代替制度，是以規定關於行政機關之行政處分，不得假處分(見行政訴訟法第299條之立法理由)。是如果行政訴訟上之公法上爭議，無從以停止執行作為暫時權利保護方法者，仍應有行政訴訟法第298條假處分規定之適用，以免發生暫時權利保護所要達到憲法第16條保障人民訴訟權所要追求之『有效權利保護』目的落空。本件之本案訴訟為課予義務訴訟，自無從聲請停止執行，而應聲請假處分。抗告人主張相對人應依訴願法第93條第2項及行政訴訟法第116條第3項規定聲請停止執行，顯為誤解。」¹³

臺北高等行政法院曾就人民聲請定暫時狀態處分，俾參加志願役專業預備軍官預備士官考試之案件中，謂：「查本件聲請之聲明雖為：『停止執行國防部否准本人之志願役專業預備軍官預備士官報考與不受理本人申請再入營等否准本人入伍服志願役之原處分，俾使本人能夠先行應考本期志願役專業預備軍官預備士官之考試並完成志願入營之申請程序』」等語，然依其聲明意旨，其本案訴訟係為請求相對人作成『准予報考志願役專業預備軍官預備士官考試』以及『准予志願入營』之行政處分，核其訴訟類型為課予義務訴訟，依上開規定及說明，聲請人本應聲請定暫時狀態假處分以為其權利之保全。而聲請人雖誤向本院聲請停止執行，惟揆諸其聲請意旨，探求其聲請意旨真意，其聲請真意應係聲請定暫時狀態假處分，以保全其權利，先予敘明。」¹⁴。

甲男於接獲甄選會之系爭通知後，即向臺北高等行政法院提起行政訴訟，而其於訴訟程序所請求者

係「國防部應就甲男報名國軍志願士兵甄選，作成甲男符合國軍志願士兵甄選資格之處分」、「准予甲男參加國軍105年志願士兵測驗」等課予義務訴訟，揆諸前開最高行政法院及臺北高等行政法院之見解，甄選會所為之「安全調查不合格，不得參加國軍志願士兵測驗」之處分，無法以停止執行之方式救濟，故甲男當可依行政訴訟法第298條第2項規定聲請定暫時狀態之處分，以維權益¹⁵。

陸、結語

司法院大法官陳新民氏於釋字第715號所提出之協同意見書中懇切疾呼：「國防事務與國防法規不宜全由國防主管機關與軍方高層來獨攬，亦應當經得起外界質疑與批評。特別是軍方能否網羅到一流人才，來提振國家國防水準，不能只靠國防部主觀的願望，更仰賴客觀環境的配合，亦即獲得國防部以外國家機關、社會輿論、政黨及民眾的衷心支持，而能獲得充沛財力物力與法律基礎。如今國防部採取高規格『人品要件』，甚至比國家招募文職公務員條件更加嚴苛，固然有其考量，然而是否陳義過高而大幅縮小了取才的管道？按軍隊的屬性與事物本質，乃充滿陽剛之氣。軍隊任務具有艱苦、堅毅與高度危險性。作為軍隊中堅骨幹與長官，不應僅是文質彬彬型的樣版人物為已足，而是豪氣慷慨型、必須以身作則為袍澤之先，來承擔各種任務的考驗。曾有輕微犯罪紀錄者恐怕未必不能承擔軍隊任務。大風思猛士，猛士乃是慷慨悲歌之血性漢子，不拘小節乃其特色。故即使過去這些行有瑕尤者，一逢國家有難，匹夫有責，更應鼓舞其執干戈衛社稷，何庸再以過去違法紀錄之繩墨羈之？」前開意見，洵屬的論，誠值贊同。

值得欣慰者，有關國軍志願士兵甄選考試爭議，於最高行政法院作出105年判字第535號判決後，國防部主動修正106年度國軍志願士兵甄選規章，將消極資格之規定修改為：「曾受有期徒刑以上之刑，或受強制戒治、觀察勒戒之保安處分裁定確

定，或不得易服社會勞動者，不得報考。但獲准易科罰金執行完畢，或受緩刑宣告期滿未經撤銷，或符合少年事件處理法第八十三條之一第一項規定者，不在此限。」亦即，國防部明確肯認緩刑期滿未經撤銷者得以參加國軍志願士兵甄選考試，以符合平等原則及比例原則，並使人民應考試服公職之權利獲得更完整的保障。國防部此舉，使我國人權保障更往前邁進一步，毋寧值得鼓勵。

《註釋》

- 1 本文之案例，係改編自筆者所承辦之臺北高等行政法院104年度訴字第1896號及105年度訴字第1088號國軍志願士兵甄選考試爭訟案。
- 2 甲男犯罪時之兒童及少年性交易防制條例第29條規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」應注意者，兒童及少年性交易防制條例業於104年1月23日修正為兒童及少年性剝削防制條例，新的條例已於106年1月1日起施行。
- 3 其實，此一問題與本案訴訟之類型息息相關，詳後述。
- 4 最高行政法院104年度裁字第1007號裁定要旨謂：「所謂『行政處分』，依行政程序法第92條第1項及訴願法第3條第1項規定，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為而言。若非行政機關，則不能作成行政處分，如為行政機關之內部單位，係不能獨立對外之組織，則非此處之行政機關。因此，行政機關內部單位所作成之決議，自非屬行政處分，人民即不得對之提起行政爭訟。」
- 5 廖義男，行政處分之概念，收錄於臺灣行政法學會所編之「行政法爭議問題研究(上)」乙書，民國89年12月初版1刷，頁404。
- 6 陳敏，行政法總論，民國96年10月5版，頁1389。
- 7 臺北高等行政法院於104年度訴字第1896號乙案中，後來曉諭該案原告變更訴之聲明，其原因及理由為：「原告…其起訴時原係聲明：『1.訴願決定、原處分均撤銷。2.被告應就原告報名國軍志願士兵甄選，作成原告符合國軍志願士兵甄選資格之處分。』因本件原告所報名參加系爭甄選業已結束，原告提起上開課予義務訴訟已無實益，經本院闡明後，於105年5月25日言詞辯論期日變更訴之聲明為：『確認原處分違法』」。
- 8 例如最高法院62年台上字第76號民事判決、最高法院52年財抗字第569號刑事裁定。請參陳敏，前揭註6書，頁112。
- 9 黃榮堅，基礎刑法學，民國95年9月3版1刷，頁94。
- 10 請參見最高行政法院105年度判字第535號。
- 11 陳敏，前揭註6書，頁1564。
- 12 陳清秀，行政訴訟制度，收錄於翁岳生編著，行政法(下冊)，民國89年7月2版2刷，頁1299。
- 13 請參見最高行政法院99年度裁字第834號及98年度2626號裁定。
- 14 請參見臺北高等行政法院103年度停字第49號裁定。臺北高等行政法院於該案中嗣並作成「相對人於其民國103年6月13日志願役專業預備軍官報名系統收件編號01409號審查結果『不合格』(嗣經103年6月16日國軍志願役專業預備軍官預備士官考選會正式通知)之行政爭訟確定前，應暫准聲請人參加『103年專業預備軍官預備士官班電訊發展室考試』」之裁定。
- 15 相同見解，請參見臺北高等行政法院105年度全字第98號裁定。

活動花絮

《台北海外和平服務團》

蘋果日報採訪本會TOPS關心難民議題



2017年9月12日上午蘋果日報記者至協會採訪關於近期羅興亞難民議題及本會TOPS在泰緬邊境從事的人道救援服務工作。本會由TOPS團長查重傳副理事長接待，期待難民議題能讓更多人了解並得到更多人的關注。

本會查重傳副理事長兼TOPS團長接受中央廣播電台採訪



2017年9月29日上午，本會查重傳副理事長兼TOPS團長，受邀至中央廣播電台接受採訪，採訪內容包括本會TOPS的工作及泰國偏遠鄉村基礎教育發展計畫等相關議題。

《會務動態》

本會辦理食品廣告標示與詐欺之研討座談會



2017年7月13日本會辦理食品廣告標示與詐欺之研討座談會由林天財理事長、名譽理事長李永然律師主持，台北大學法律系吳景芳教授與李永然名譽理事長針對現行食品標示涉及之法律問題進行討論。會中也邀請到前台灣大學法律系教授陳志龍教授、真理大學法律學系副教授兼系主任吳景欽副教授、本會蘇友辰名譽理事長、交通大學科技法律研究所陳鈺雄所長，副理事長兼雲林科技大學吳威志教授，探討食品安全衛生管理法訂定之混亂以及現行食品標示不實樣態類型之問題。詳細內容請見本期專題研討。

本會參與「國家機構動起來，人權立國起步行：台灣如何設置獨立有效的國家人權委員會！」國際交流工作坊

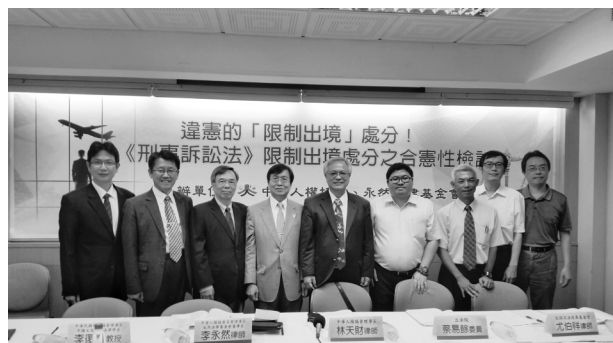
2017年7月24日下午，本會派員參與「國家機構動起來，人權立國起步行：台灣如何設置獨立有效的國家人權委員會」國際交流工作坊。本次國際工作坊邀請到3位國際人權專家：Rosslyn Noonan女士（紐西蘭前國家人權委員會主任委員、聯合國國家人權機構國際協調委員會（ICC）前主席）、Agantaranansa Juanda先生（亞洲人權發展論壇之亞洲NGO監督國家人權機構網絡（The

Asian NGO Network on National Human Rights Institutions, ANNI計畫協調人)、Sushil Pyakurel 先生(前尼泊爾國家人權委員、尼泊爾人權組織 Informal Sector Service Center, INSEC 創始人之一)就設立專責國家人權機構的國際經驗及推動方式進行分享交流。

本會召開第17屆第3次理監事會

本會於2017年8月11日召開第17屆第3次理監事會，會議由林天財理事長主持，名譽理事長許文彬律師、蘇友辰律師、李永然律師列席，會中針對會務工作及發展、財務等案進行討論。

本會辦理違憲的「限制出境」處分！《刑事訴訟法》限制出境處分之合憲性檢討



2017年9月12日本會辦理《違憲的「限制出境」處分！《刑事訴訟法》限制出境處分之合憲性檢討》，由林天財理事長、李永然名譽理事長共同主持，邀請立法委員蔡易餘、前監委李復甸教授、政大楊雲驊教授、輔大張明偉教授、雲科大吳威志教授、永然聯合法律事務所黃介南律師等學者及法律實務工作者，從法律明確性、法律保留原則談及欠缺法源依據等面向探討實務上限制出境處分之缺失，同時與會立委學者及執業律師均呼籲應就實務及法理上對刑事訴訟法進行修法，明確規定限制出境處分要件及處分範圍，以免侵害人民權益，損害產業發展，因不當之法律條文及執法濫權而製造無法彌補之傷害。

社團法人中華人權協會 捐款芳名錄

人權教育基金捐款

月份	姓名	金額(新台幣)
7月份	榮冠大商行	150,000元
	馮怡萍	1,000元
	邱湘燕	100元
8月份	林天財	80,000元
	大傑聯合法律事務所	30,000元
	馮怡萍	1,000元
	邱湘燕	100元
9月份	財團法人永然法律基金會	30,000元
	中厚企業股份有限公司	20,000元
	李斐隆	20,000元
	蔡靜玫	20,000元
	馮怡萍	1,000元
	邱湘燕	100元

資料提供人:中華人權協會

您的捐款，是我們行動的力量！

中華人權協會(原名中國權協會)自民國68年成立至今，致力於人權理念之倡導、人權相關法案之推動、人權事件之關切協助、台灣人權現況之研究調查、國內外人權組織之聯繫、原住民服務及法律服務等。69年成立「中泰難民支援服務團」(83年更名台北海外和平服務團TOPS)派遣工作團隊與物資至泰緬邊境各難民營。

一路走來，無論風雨，有您的支持，正是我們走下去的最堅實力量，希望所有注重人權的朋友能繼續捐輸，讓我們在維護人權的路上可以做的更多！做的更好！

◎捐款帳戶及劃撥資訊

帳戶:社團法人中華人權協會 劃撥帳號:01556781

帳戶:社團法人中華人權協會

劃撥帳號:19398472

帳戶:社團法人中華人權協會台北海外和平服務團TOPS

劃撥帳號:18501135



2017 人權之夜

為響應聯合國「世界人權日」(Human Rights Day)，本會謹訂於 **2017 年 12 月 8 日(星期五)下午 6 時 30 分**假**臺北國軍英雄館**(臺北市中正區長沙街一段 20 號 1 樓宴會廳)，舉辦「2017 人權之夜」晚會，期與各界為人權之普世價值一起奮鬥。

欲參與餐會的貴賓敬請填妥以下表單資料並於 11 月 23 日前回傳本會

愛心認購，支持世界人權與難民孩童！(餐券每張 NT 2,000 元；每桌 20,000 元)
 劃撥帳號：01556781 戶名：社團法人中華人權協會
 匯款帳號：中華郵政 700 戶名：社團法人中華人權協會 帳號：00018470469299
 (ATM 轉帳者請告知帳號末五碼)

臺北市中正區杭州南路一段 23 號 4 樓之 3
 電話：(02) 3393-6900 傳真：(02) 2395-7399
 電子郵件：humanright@cahr.org.tw

<input type="checkbox"/> 本人認購餐券_____張並將出席晚會 共出席_____位 <input type="checkbox"/> 葷食_____位 <input type="checkbox"/> 素食_____位 <input type="checkbox"/> 本人認捐 2017 人權之夜 _____元(不限金額)，但不克出席			
認 購 貴 賓 聯 絡 資 訊			
認 購 人 姓 名		性 別	
現 職			
通 訊 地 址			
電 話		手 機	
傳 真		E-mail	
開立收據 資 訊	抬頭及統編： <input type="checkbox"/> 同認購人		
	寄送地址： <input type="checkbox"/> 同通訊地址		
備 註			

人權路上伴你行，人道救援不孤單！有您的參與，是我們最大的支持！