

最高檢察署

107 年度非上字第 212 號

非常上訴補充理由書

(調查聲請書)

檢察總長

法律爭點

爭點一：刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定之「不影響於事實之確定」，是否包括第三審法院對於事實認定與原審不同之情形？

爭點二：第三審法院可否不經言詞辯論程序，而為與原審不同之事實認定？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實	1
貳、本案最高法院歷次判決	3
一、最高法院 106 年度台上字第 3329 號判決	3
二、最高法院 97 年度台上字第 931 號判決	5
三、最高法院 100 年度台上字第 4782 號判決	6
四、最高法院 105 年度台上字第 685 號判決	7
五、小結	7
參、聲請行調查程序之理由	8
一、爭點一	8
(一)我國相關法律規定之立法沿革及立法理由	8
1. 刑事訴訟法第 394 條	8
2. 刑事訴訟法第 398 條	9
(二)第三審可否因作不同事實認定而改判無罪之學說	10
1. 肯定說	10
2. 否定說	11
3. 小結	12
(三)外國立法例	13
1. 美國	13
2. 日本	16
3. 德國	17
(四)我國實務見解	18
1. 「不影響於事實之確定」指第三審重要事實認定與原審相同	18
2. 「不影響於事實之確定」包括第三審事實認定與原審不同	21
(五)本署見解	21
1. 第三審法院之功能不在於重新爭執事實	21
2. 原判決見解將使第三審法院成為事實審	21
3. 事實問題與法律問題如牽扯難分時，第三審法院應撤銷發回	22
二、爭點二	23
(一)我國相關法律規定之立法沿革及立法理由	23
(二)相關學說	23
(三)外國立法例	25
1. 美國	25
2. 日本	26
3. 德國	26
(四)我國實務見解	27

1. 第三審縱經言詞辯論程序，也不可為與原審不同之事實認定	27
2. 第三審可不經言詞辯論程序，而為與原審不同之事實認定	29
(五)本署見解	29
1. 第三審法院不可重新建構事實	29
2. 第三審法院之調查程序適用自由證明程序而非嚴格證明程序	29
3. 本件最高法院自為事實認定，未予檢辯雙方表示意見之機會	30
三、言詞陳述之必要性	30
肆、結論	30
伍、附件清冊	32

最高檢察署非常上訴補充理由書(調查聲請書)

107 年度非上字第 212 號

聲 請 人 最高檢察署檢察總長

被 告 謝○達

上列被告因違反貪污治罪條例案件，經最高法院於中華民國 107 年 8 月 15 日以 106 年度台上字第 3329 號刑事判決確定，本檢察總長已於 107 年 10 月 1 日提起非常上訴，因認為原判決所持法律見解有原則重要性及統一見解之必要，應行調查程序，茲將理由分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

被告謝○達於任職臺北市議會第七屆議員期間（任期自民國 83 年 12 月 25 日至 87 年 12 月 25 日止），因受請託推薦劉○池，於 87 年 6 月 17 日出具推薦書，向臺北市政府捷運工程局（下稱捷運局）東區工程處（下稱東工處）處長張○榮推薦劉○池出任東工處南港線水電環控第二工務所（下稱水環二所）主任職務，被告基於對職務上行為收受賄賂之犯意，欲圖利用其市議員身分之質詢與調取質詢有關資料等職務權限，為更換東工處水環二所主任之人事案施壓憑以收取對價。於同年 26 日向張○榮當面要求撤換原東工處水環二所主任陳○睦，並推薦劉○池接任，因未見張○榮正面回應，復於同年 7 月 6 日下午以調閱議會質詢參考資料為由，藉其市議員身分之質詢與調閱質詢資料等法定職務對張○榮持續施壓。東工處派駐議會之府會聯絡人張○林於陳○睦辭呈經張○榮批准定案後，將此情告知被告，被告議員助理即通知張○林毋須再提供先前索取之質詢參考資料，且未在議會提出相關質詢。被告以上開方式藉其市議員身分職務對上開人事案持續施壓期間，長發工程股份有限公司（下稱長發公司）負責人陳○華先後自陳○華帳戶各提領新臺幣（下同）150 萬元、70 萬元，匯款至被告帳戶以為對價。被告因而就職務上之行為收受賄賂計 220

萬元。案經臺灣臺北地方法院檢察署檢察官以 89 年度偵字第 16388 號、第 18233 號、第 22834 號提起公訴，臺灣臺北地方法院以 89 年度訴字第 1620 號判決被告對於非主管或監督之事務，明知違背法令，利用身分圖自己不法利益，因而獲得利益，處有期徒刑陸年，併科罰金新臺幣貳佰伍拾萬元，罰金如易服勞役，以罰金總額與陸個月之日數比例折算，褫奪公權肆年；所得財物新臺幣貳佰貳拾萬元沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。案經上訴，臺灣高等法院以 94 年度上訴字第 377 號判決駁回被告上訴。案經上訴，最高法院以 97 年度台上字第 931 號撤銷原判決，發回臺灣高等法院。臺灣高等法院以 97 年度上更(一)字第 189 號撤銷原判決關於被告部分，判決被告依據法令從事公務之人員對於違背職務之行為，收受賄賂，處有期徒刑拾年貳月，併科罰金新臺幣貳佰伍拾萬元，罰金如易服勞役，以罰金總額與陸個月之日數比例折算，褫奪公權肆年；所得財物新臺幣貳佰貳拾萬元沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。案經上訴，最高法院以 100 年度台上字第 4782 號撤銷原判決關於被告部分，發回臺灣高等法院。臺灣高等法院以 100 年度重上更(二)字第 118 號撤銷原判決關於被告部分，判決被告犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑伍年陸月，褫奪公權參年；所得財物新臺幣貳佰貳拾萬元沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。案經上訴，最高法院以 105 年度台上字第 685 號撤銷原判決關於被告部分，發回臺灣高等法院。臺灣高等法院以 105 年度重上更(三)字第 10 號撤銷原判決關於被告部分，判決被告犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑參年拾月，褫奪公權參年；未扣案之犯罪所得新臺幣貳佰貳拾萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。案經上訴，最高法院以 106 年度台上字第 3329 號判決被告無罪。

貳、本案最高法院歷次判決

一、最高法院 106 年度台上字第 3329 號判決

「(二)……1. ……(5)原判決以上訴人之供述、證人等之證述，或前後不一，或細節未盡相符，即認上訴人及陳○華等所為借款之詞，皆不足採。揆諸上述說明，其論斷尚有違誤。況不採信上訴人借款之辯詞，或有利上訴人之入證或物證不足為有利上訴人之認定時，於論理上，並不能憑以反證或直接推論「該款非借款，則必係無正當交付、受領原因之賄款」。尚須依憑其他積極證據認定該款係賄款，方足認定上訴人有就職務上之行為收受賄賂犯行。原判決以本件匯款原因非借款，即認「上訴人顯係基於收取特定報償之意思而受領無疑」，係以臆測之詞認定犯罪事實，有違證據法則。

5. ……(1)原判決事實認定張○榮勸退陳○睦之日期為 87 年 7 月 4 日……，批准陳○睦請辭免兼主任案日期為 87 年 7 月 9 日，圈選劉○池為接任者之日期為 87 年 7 月 22 日；捷運局局長批示核准劉○池接任案並正式派兼之日期為 87 年 8 月 1 日……。則張○榮勸退陳○睦之行為，其原因顯與發生在後之 87 年 7 月 6 日上訴人書寫調閱質詢資料便條二者間，無任何因果關聯。原判決認張○榮係因上訴人之調閱資料施壓而屈從批准陳○睦免兼案，與事實不符。

(2)陳○華匯款予上訴人之時間分係 87 年 6 月 30 日及同年 7 月 15 日，顯見上訴人收受全部款項時，僅發生陳○睦准辭免兼主任一事。而陳○睦免兼後，劉○池能否順利接任，尚在未定之天。原判決遽認陳○華之匯款與劉○池接任主任之人事案有關連性，亦乏事實依據。況原判決並未認定陳○華有何就劉○池人事案而向上訴人請託、行求賄賂之行為；亦未認定上訴人有對陳○華允諾，就劉○池人事案以行使職權向張○榮施壓之行為；均詳如前述。則認定上訴人「就劉○池人事案施壓期間有收受陳○華之匯款，及借款之辯詞不可採」，即以「若非關涉重大利益」之臆測之詞，謂上訴人調閱質詢資料之行

為，關涉重大利益，而認此行為與陳○華之匯款間，有對價關係之關連性。尚與論理法則有違。

(3)原判決認上訴人於87年7月6日書寫調閱質詢資料便條轉知張○榮，目的在就劉○池接任主任之人事案對張○榮施壓。然依證人張○林之證述，其告知上訴人陳○睦准辭免兼主任定案之時間，是在收到索取質詢資料便條後大約經過1星期至10天左右，上訴人即取消資料之索取……。顯見上訴人取消索取資料之時間，最遲在87年7月16日。則此時劉○池尚未被張○榮圈選為繼任主任人選，所指以調取質詢資料施壓劉○池人事案之目的，根本尚未達成，衡情應無中途取消調閱之理。原判決認上訴人調閱質詢資料之行為目的，在施壓張○榮，使屈服圈選劉○池為主任，二者具關連性等情，亦與經驗法則有違。

(三)被告之辯解雖認不可採，然不能以此反證其被訴事實即屬存在；仍應依足以證明被告確有被訴犯罪事實之積極證據，憑為認定，方屬適法。卷存會計憑證原本與帳冊記載，幾乎完全一致，有如前述。關於陳○華本件匯款係借款之主要內容，陳○華等證人之證言、上訴人之辯詞，亦無不同。與帳冊、會計憑證、支票登記簿等卷附證物，亦大致相合，均如前述。原判決縱不採信上訴人否認犯罪之辯詞，且認有利上訴人之證、物證等，尚有瑕疵，均不足憑為有利上訴人之認定，然依上說明，仍不足憑以反證上訴人被訴之犯罪事實即屬存在。

(四)……均無從認定陳○華有何行賄上訴人，請上訴人為劉○池人事案為推薦、請託、施壓，而允以金錢支付之行為。則陳○華並無起訴意旨所指，為排除不利長發公司因素而動用關係，撤下陳○睦、換上劉○池之動機與事實。陳○華既未請上訴人為劉○池人事案為推薦、請託、施壓。則上訴人為劉○池人事案為推薦、請託，及有欲調閱質詢資料等行為，即與陳○華匯款予上訴人之行為二者間，難認有

何相干。原判決率認二者間有對價關係之關連性，進而認上訴人為劉○池人事案推薦、請託及欲調閱質詢資料之行為，與收受陳○華匯款之行為，應成立不違背職務收受賄賂罪，尚有未洽。

四、綜上，依原判決所引證據資料及論斷，僅能認定上訴人有為劉○池人事案為推薦、請託，欲調閱質詢資料，及收受陳○華匯款等行為事實，並不能認定其有不違背職務收受賄賂犯行。其所為與貪污治罪條例第5條第1項第3款之不違背職務收受賄賂罪之犯罪構成要件有間，其行為尚屬不罰。……

七、刑事訴訟法第398條第1款規定，第三審法院因原審判決雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判而撤銷之者，應就該案件自為判決。既稱「不影響於事實之確定」，而非謂「不影響於犯罪事實之確定」。則原判決雖論處被告罪刑，但依其所引證據資料及論斷，其所確定之事實，足認被告之行為與犯罪構成要件不符，而行為不罰者，第三審法院應就該案件自為諭知無罪之判決。

八、綜上所述，上訴人行為既屬不罰。則檢察官起訴上訴人犯對非主管或監督之事務圖利罪，而原判決變更起訴法條，論處其犯不違背職務收受賄賂罪刑，顯然違背法令。上訴意旨指摘原判決不當，為有理由。因不影響於事實之確定，本院可據以為裁判，自應將原判決關於罪刑及沒收追徵部分，均撤銷。改判諭知上訴人無罪，以免冤抑。」

二、最高法院 97 年度台上字第 931 號判決

「惟查：(一)……故依據法令從事公務之人員就其非主管或監督之事務，倘同一行為而違背職務收受賄賂，自應依上開條例第四條第一項第五款之違背職務受賄罪之特別規定論處，無再論以上開概括規定圖利罪之必要。原判決事實認定……倘屬無訛，謝○達係依據法令從事公務之人員，為圖私人不法之利益，受捷運承商陳○華請託，對於非主管或監督之捷運局人事案，接受陳○華邀宴，允以金錢酬庸為

條件，首肯為劉○池之人事案關說，利用議員之身分，違背職務，向東工處官員施壓，從中收取承商交付之二百二十萬元，倘同一行為而收受賄賂，為其違背職務圖利廠商之對價，自應依上開條例第四條第一項第五款之違背職務受賄罪之特別規定論處，無再論以上開概括規定圖利罪之餘地。原判決未調查釐清，根究明白，及於理由內詳予說明，逕依九十年十一月七日修正公布後貪污治罪條例第六條第五款之對於非主管或監督事務利用身分圖利罪論斷，難謂無適用法則不當之違誤。」

三、最高法院 100 年度台上字第 4782 號判決

「惟查：(一)……謝○達、劉○池、郝○宇、李○及其等辯護人於原審審理時已分別對卷內被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述之證據能力分別表示意見。……原判決對於謝○達、劉○池、郝○宇於審理中對於各該被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述之證據能力之認定顯與卷內資料不符，對於上開證人各該審判外之陳述如何例外具有證據能力，未置一詞，揆諸上開說明，自有採證違法及理由不備之違法。」

(二)……原判決引證人劉○池女友洪○圓於市調處調查中證述……作為謝○達、劉○池、郝○宇論罪之依據……。如果屬實，則洪○圓所供，自屬聽聞自劉○池審判外所為不利其本人之陳述為其內容所作之轉述，依上說明，得否為證據，自應併受自白法則及傳聞供述之評價。……原審復未給予謝○達、劉○池、郝○宇有詰問之機會……，以確保洪○圓之陳述非虛，得否為證據，自有待進一步釐清、研求。本院前次發回意旨業已指摘及此……，原判決仍未為必要之論敘說明，僅敘明……，而逕以洪○圓於市調處之傳聞證述，採為謝○達、劉○池、郝○宇犯罪之證據，非惟與現行刑事訴訟法所定自白及證據法則有違，亦有判決理由不備之可議。」

四、最高法院 105 年度台上字第 685 號判決

「本件 220 萬元匯款是否「絕非借款」，尚有諸多合理可疑存在。而原判決認陳○華與謝○達間就「由陳○華許以金錢，要求謝○達利用其市議員身分及質詢權，為劉○池人事案關說、施壓」，雙方有期約合意及交付、收受賄賂之犯行，亦難認已達於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度。故謝○達是否確有收賄犯行，原審仍有調查審認之必要。上訴意旨執以指摘，為有理由。應認原判決此部分仍有撤銷發回之原因。」

五、小結

綜上，最高法院 106 年度台上字第 3329 號判決認為刑事訴訟法第 398 條第 1 款之「不影響於事實之確定」，非謂「不影響於犯罪事實之確定」，而自行認定帳冊不可能造假、認原判決有關匯款原因顯係基於收取特定報償之意思而受領之認定有違證據法則、認定張○榮因被告調閱資料施壓而批准陳○睦免兼案與事實不符、認定陳○華匯款與劉○池接任主任之人事案有關連係缺乏事實依據、認定被告調閱質詢資料與陳○華匯款間有對價關係有違論理法則、認定被告調閱質詢資料與施壓張○榮圈選劉○池為主任具有關聯性係有違經驗法則，而就被告所為是否符合貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務收受賄賂罪之犯罪構成要件認定與原審不同，自為諭知無罪之判決。

最高法院 97 年度台上字第 931 號判決認為，被告所為應依貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之違背職務受賄罪論處，無再論以圖利罪之餘地，原判決有適用法則不當之違誤；原判決逕將洪○圓之傳聞證述採為被告犯罪之證據，與證據法則有違，亦有判決理由不備之可

議；另有事實認定與理由說明之矛盾、認定事實未依證據資料、理由矛盾、理由不備、證據調查未盡之違背法令，將原判決撤銷發回更審。

最高法院 100 年度台上字第 4782 號判決認為，劉○池女友洪○圓之證述為傳聞，逕採為被告犯罪證據有違自白及證據法則，另有理由不備、證據調查未盡及違反經驗法則之違法，將原判決有關被告、劉○池、郝○宇、張○榮、李○部分撤銷發回更審。

最高法院 105 年度台上字第 685 號判決認為，本件 220 萬元匯款是否「絕非借款」、服務處帳冊是否可作為憑據均有疑問，而有應於審理期日調查之證據未予調查之違法，將原判決有關被告是否確有收賄犯行撤銷發回更審。

是以除本件最高法院 106 年度台上字第 3329 號判決係自為無罪判決外，最高法院 105 年度台上字第 685 號判決係以有應於審理期日調查之證據未予調查之違法，將原判決撤銷發回更審，其餘最高法院判決於認定原判決有違反證據法則、經驗法則時，均將原判決撤銷發回更審。

參、聲請行調查程序之理由

一、爭點一

刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定之「不影響於事實之確定」，是否包括第三審法院對於事實認定與原審不同之情形？

(一)我國相關法律規定之立法沿革及立法理由

1. 刑事訴訟法第 394 條

刑事訴訟法第 394 條第 1 項規定：「第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎。但關於訴訟程序及得依職權調查之事項，得調查事實。」該條自 34 年 11 月 30 日修正，34 年 12 月 26 日公布沿用至今，原條次第 386 條，56 年 1 月 13 日全文修正，56 年 1 月

28日公布，調整為第394條迄今。該條立法理由僅表示：「查刑訴律第四百零八條理由謂，本條為實施職權調查便利而設。」又依據立法院公報第38會期第13期刊登之立法院司法法制委員會聯席審查刑事訴訟法修正草案條文與行政院修正草案條文及現行法條文對照表，刑事訴訟法第401條之說明欄提及「本條對行政院修正案不予採取，其理由：行政院修正案，增訂案件發回或發交標準，查現行法第390條第1款，規定原審判決雖係違背法令而不影響於事實之確定，可據以為裁判者，第三審法院就該案件自為判決，自其反面言之，如其違背法令影響於事實之確定，不可據以為裁判時，第三審法院即不得就該案自為判決，而應發回原審法院或發交他法院，修正案所擬增之兩款，均包括於是項反面解釋至為明瞭，不應重複再為規定，故不予採取。」

2. 刑事訴訟法第398條

刑事訴訟法第398條第1款規定：「第三審法院因原審判決有左列情形之一而撤銷之者，應就該案件自為判決。……一、雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者。」該條自23年11月29日全文修正，24年1月1日公布，24年7月1日施行沿用至今，原條次第390條，56年1月13日全文修正，56年1月28日公布，調整為第398條迄今。該條立法理由說明：「查刑訴律第四百十一條理由謂，本條規定上告審判衙門撤銷原判決，而自行終審判決之範圍及其條件。第一款所載不適用法律云者，例如科刑而不明示依據刑律某條之類是，適用錯誤云者，例如刑律甲條規定竊盜罪，而判決乃依據乙條宣告罪名之類是。第二款所謂免訴及駁回公訴之分，載在第三百四十六條，極為明晰，蓋本條各款情形，大概依原判決所記明者，亦可辨識，故原則上由上告審判衙門自行判決。其不然者，依本條但書及第四百十四條規定，以判決將案件分別發還或送交之。」

由刑事訴訟法第 398 條第 1 款立法理由之舉例及說明，顯示立法原意係規定最高法院撤銷原審判決時，不得逕自與原審就有無犯罪事實作不同之認定，而自為無罪判決。

(二)第三審可否因作不同事實認定而改判無罪之學說

事實審認定被告有罪，上訴第三審，第三審審查原審所調查之卷證資料，可否作不同事實認定，撤銷原判並逕為無罪判決，在我國學理討論上存在不同見解。

1. 肯定說

謝煜偉教授認為：日本最高法院在近數十餘年來愈來愈傾向針對原判決有事實誤認之虞者，依照卷證所顯現的事實作對被告有利之認定，撤銷原判自為無罪判決，或發回更審後改判無罪。雖然數量仍少，但就事實誤認之認定基準的樹立及針對救濟個案避免冤案有一定功效。台灣的最高法院可否直接依照無罪推定原則，在事實不明或認定有誤的情況下勇於做出無罪判決？如果能跨出這一步，許多反覆更審的陳年案件都能獲得終局解決¹。

錢建榮法官亦採肯定說，其在法官協會 101 年度學術研討會「審判效能之再提升」會議紀錄表示：事實審法官對最高法院動輒撤銷發回多所怨言，認為最高法院為何不自為判決。最高法院多以刑事訴訟法第 394 條第 1 項回應，認為三審法院應該以「二審判決所確定之事實」為判決基礎。但此條的意義應該是，三審不能在二審認定之事實外增加其他構成要件事實，因為會對被告不利，造成突襲。無罪判決並沒有「犯罪事實」，既不受「二審判決所確定之事實」拘束，也符

¹ 謝煜偉，最高法院在死刑量刑判斷中的角色與功能：日本與臺灣的比較，收錄於變遷中的東亞法院，2016 年 10 月，163 頁。

合刑事訴訟法第 398 條第 1 項第 1 款「不影響於事實之確定」之規定，故可自為無罪判決²。

另外，陳運財教授認為：「久懸不決的案件，如確已無其他證據可資調查，事實關係又不明者，第三審法院自應本於無罪推定原則而為認定，不應再以原審調查未盡為由撤銷發回，任令其繼續來回擺盪。……就立法論的課題而言，……有無必要參考日本刑事訴訟法第 411 條及 413 條，增訂條文規定第三審法院如認為原審判決顯有影響判決結果之重大事實誤認，且依其調查所得訴訟資料及原審或原第一審法院調查之證據，可據以為裁判者，得於撤銷原判決後，本於無罪推定原則，自為無罪判決？均可積極研議。³」觀其文義，在目前法制下應如何處理似保留看法，但支持將來修法改採肯定見解。

2. 否定說

陳樸生教授認為：事實之確定，乃事實審法院之職權。第三審法院所得依職權調查者，乃對於原審判決所確定之事實，審查其援用法令是否適當，及原審判決所採證據是否經合法調查、有無應調查之證據未予調查等情形，縱因該證據未予調查以致事實不明，第三審法院也無從依職權調查而逕認定事實⁴。犯罪事實之認定，須經嚴格之證明，應經證據調查、言詞辯論程序而為認定，第三審法院依法僅能調查程序事項，不許僅憑間接審理、書面審理，而為實體事實之認定⁵。

黃朝義教授認為：三審並非事實審，不應以閱卷後之心證取代原審之認定，而應尊重事實審認定事實之職權，限縮於法律爭點檢視原審判決有無違背法令，於一、二審均為有罪判決或一審無罪、二審改判有罪情形，由於防止冤獄乃法院無可避免之職責，不論是事實審或

² 錢建榮，法官協會 101 年度學術研討會「審判效能之再提升」會議紀錄，法官協會雜誌，第 14 卷，101 年 12 月，42 至 44 頁。

³ 陳運財，第三審刑事訴訟之言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230 期，2013 年 8 月 15 日，134 頁、147-148 頁。

⁴ 陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂二版，1999 年 6 月，532-533 頁。

⁵ 陳樸生，刑事訴訟之第二審與第三審，法令月刊第 22 卷第 10 期，1971 年 10 月，7 頁。

法律審法官均應遵守此核心理念，只要原審判決仍有合理懷疑之餘地，都應將原判決撤銷發回更審⁶。黃教授上開說理重心雖在於無罪推定，但明顯亦採否定見解。

洪昌宏法官亦表示：最高法院 77 年 8 月 9 日刑事庭決議將刑事訴訟法第 398 條第 1 項第 1 款規定之「事實」放寬為「重要事實」，非關重要之事實雖不確定，最高法院可本於卷內訴訟資料所顯示者，自行裁判。但最高法院撤銷原判決並自行改判之共同特點均為不變更第二審所確認之犯罪事實，亦即該當於構成要件之法律事實，而只是將第二審所為法律評價不當或違誤之處，予以改正。若逕將有罪改判無罪，豈非混淆法律審與事實審之分際⁷？

周盈文法官在目前法制下，認為應循最高法院 77 年第 11 次刑事庭會議決議，採否定見解；但支持將來修法改採肯定見解，理由與上開肯定說相同⁸。

3. 小結

綜上，第三審審查原審所調查之卷證資料，對於有罪判決，可否作不同事實認定，撤銷原判逕為無罪判決？多數認為我國第三審係採法律審，屬事後審查性質。事實審的認定，若已盡調查能事，沒有違反證據法則、論理法則、或理由矛盾等判決違背法令之情事，第三審自應尊重；若有證據應調查而漏未合法調查，則應予糾正，撤銷發回。

雖然刑事訴訟法條文用語有「犯罪事實」、「事實」之分，但兩者所指往往並無區別。例如刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 2 款規定：「法院得……行準備程序，為下列各款事項之處理：二、訊問被告、代理人及辯護人對檢察官起訴『事實』是否為認罪之答辯，」同法第 300

⁶ 黃朝義，刑事上級法院撤銷發回更審與自為判決之界線，法官協會雜誌，第 14 卷，101 年 12 月，57 頁、62-63 頁。

⁷ 洪昌宏，第三審刑事訴訟之行言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230 期，2013 年 8 月 15 日，126 頁，131-132 頁。

⁸ 周盈文，審判效能之再提昇——談刑事上級審之發回與自為判決，法官協會雜誌，第 14 卷，101 年 12 月，67 頁、70-71 頁。

條規定：「前條之判決，得就起訴之『犯罪事實』，變更檢察官所引應適用之法條。」前者指的是檢察官起訴的犯罪事實，後者指的是「(社會)事實」。同理，刑事訴訟法第 394 條第 1 項規定：「第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎。」該「事實」顯指「犯罪事實」。最高法院 77 年 8 月 9 日刑事庭決議雖將刑事訴訟法第 398 條第 1 項第 1 款規定放寬，將該「事實」限縮為「重要事實」，非關重要之犯罪事實雖不確定，最高法院仍可本於卷內訴訟資料所顯示者，自行裁判。但依我國目前法律，除非第三審認為被告所涉行為不罰，不應自為無罪判決。

(三)外國立法例

上訴制度主要有覆審制、續審制及事後審制等三種立法例，事後審制係以法律審之角度，審查原審判決及訴訟程序有無上訴人所指摘的不當事由，並不審理案件本身。亦即僅以原審所有之卷證資料，審查原審判決及訴訟程序有無違背法令，調查範圍以限於上訴理由所指摘之事項為原則，當事人不能提出新事實、新證據作為上訴之理由，因此較能防止濫行上訴。事後審雖係法律審性質，但仍可對事實審法院證據調查及認定事實有無錯誤加以審查，例如是否以沒有證據能力之證據作為認定事實之依據、是否重要證據漏未依法調查、證據證明力之判斷是否違反經驗法則或論理法則。上訴審法院若認為上訴有理由，除原判決雖違背法令但不影響於事實之確定時，可撤銷原審判決並自為裁判外，若原判決因事實認定部分有違背法令時，上訴審能否自為判決，茲分述美國、日本及德國相關制度如下。

1. 美國

美國除少數州採二級二審制外，聯邦及絕大多數州均採三級三審制，通常係第一審為事實審，第二、三審為法律審，⁹既不調查新事

⁹ Ellen Hochstedler Steury & Nancy Frank, 陳衛東、徐美君譯，美國刑事法院訴訟程序(Criminal Court Process),

實、新證據；也不重新評估證據證明力¹⁰。二審通常由三位職業法官所組成，三審則由全體最高法院法官（通常為九位）組成，上訴審判決均採多數決。對於證據能力裁定、重要程序事項的裁定（例如裁定駁回起訴）及量刑，不論檢察官或被告均可提出抗告(appeal)，但檢察官對於無罪判決原則上不得上訴，只有被告對不利的終局判決可提出上訴（亦稱為” appeal”）。

聯邦最高法院第三審案件採「許可上訴(包括抗告)制」，其途徑主要是聲請「調卷令」(writ of certiorari)，其次才為一般上訴¹¹。大多數上訴聯邦最高法院案件，均只提出一個或兩個法律爭議，最高法院有裁量權決定是否受理。關於州憲法及州法律，以州最高法院之判決或裁定為終審，但聯邦憲法或聯邦法律之見解影響該判決結果，而當事人認為州最高法院關於聯邦憲法或聯邦法律之見解有誤者，亦可向聯邦最高法院聲請上訴，故聯邦最高法院之案源可能來自聯邦高等法院或州最高法院。

美國第三審上訴採行嚴格法律審制，不具有審理犯罪事實之功能，第三審法院只決定原審裁判是否錯誤及該錯誤是否為「無害錯誤」。「證據不足」(“insufficient evidence”)屬於上訴審得審酌之法律問題，美國聯邦法 28 U. S. C. §2106 規定：合法上訴(抗告)之案件，最高法院或其他上訴法院可以維持、修正、廢棄、撤銷任何下級審裁判、命令、許可，並可發回並指示原審為適當、公正之裁判、命令、許可¹²。因此，最高法院可以對下級法院判決作出駁回上訴、撤銷原審判決、撤銷原審判決並發回重審等判決。

中國人民大學出版社，2002年1月，602頁。

¹⁰ Roland V. del Carmen, 張鴻巍等譯，美國刑事訴訟—法律和實踐(Criminal Procedure, Law and Practice)，武漢大學出版社，2006年10月，第10頁。

¹¹ Roland V. del Carmen, 張鴻巍等譯，美國刑事訴訟—法律和實踐(Criminal Procedure, Law and Practice)，武漢大學出版社，2006年10月，第5頁。

¹² 28 U.S.C. §2106, “The Supreme Court or any other court of appellate jurisdiction may affirm, modify, vacate, set aside or reverse any judgment, decree, or order of a court lawfully brought before it for review, and may remand the cause and direct the entry of such appropriate judgment, decree, or order, or require such further proceedings to be had as may be just under the circumstances.”

以 *Burks v. United States* 案¹³ 為例，被告涉嫌強盜，被告主張心神喪失，並提出 3 位專家證人，證明被告因精神疾病致欠缺責任能力。檢察官在反駁程序(rebuttal)則提出 2 位專家證人，其中 1 位專家證人證明被告雖人格異常(character disorder)，但無精神疾病；另 1 位專家證人也證明被告有人格異常，但對是否影響其行為時之刑事責任能力則無法確定。陪審團審判結果判決被告有罪。被告上訴，上訴法院同意被告主張，認為檢察官提出之「證據不足」(“insufficient evidence”)證明被告行為時有責任能力，發回原審重審。被告認為上訴法院之判決違反美國聯邦憲法增修條文第 5 條「禁止重複審判原則」(double Jeopardy)之規定，上訴至美國聯邦最高法院。聯邦最高法院表示：事實審判決被告有罪後，上訴法院對於有罪判決，應以最有利於檢方的角度檢視，如有相當之證據即應維持一審判決；若明顯證據不足(“insufficient evidence”)，應依 28 U.S.C. §2106 規定，撤銷原判決並指示一審逕為無罪判決，避免重覆審判¹⁴。

在 *Tibbs v. Florida* 案¹⁵，被告 Tibbs 涉嫌駕車經過佛羅里達州，利用 Nadeau 與其男友搭便車機會，槍殺該男友並強姦 Nadeau。被告主張未曾在佛羅里達州駕車，並提出證人證明被告品性良好，不至於做出這種犯行。被害人 Nadeau 承認曾施用各種毒品，本案發生前也施用大麻，但堅稱指認無誤。陪審團判決被告成立一級謀殺及強姦罪，法官並依陪審團建議，量處被告死刑。本件上訴至佛羅里達州最高法院，州最高法院表示，除了 Nadeau 之證詞外，無其他證據證明被告

¹³ *Burks v. United States*, 437 U.S. 1 (1978).

¹⁴ *Burks v. United States*, 437 U.S. 1, 17 (1978), “Obviously a federal appellate court applies no higher a standard; rather, it must sustain the verdict if there is substantial evidence, viewed in the light most favorable to the Government, to uphold the jury’s decision. While this is not the appropriate occasion to re-examine in detail the standards for appellate reversal on grounds of insufficient evidence, it is apparent that such a decision will be confined to cases where prosecution’s failure is clear....Moreover, ...an appellate court is authorized by § 2106 to “go beyond the particular relief sought” in order to provide that relief which would be “just under the circumstances”...., the only “just” remedy available for that court is the direction of a judgment of acquittal.”

¹⁵ *Tibbs v. Florida*, 457 U.S. 31 (1982).

之犯行，有罪證據之可信度(“weight of evidence”)有疑問，發回重審。第一審改為駁回起訴。檢察官上訴後，上訴法院撤銷第一審駁回起訴之裁定，佛羅里達州最高法院維持上訴法院之見解¹⁶，並表示：上訴法院對於有罪判決，應以最有利於檢方的角度檢視，若認為沒有「理性的事實裁判者」會認為證據達到「無合理懷疑」程度，才能以「證據不足」(“insufficient evidence”)撤銷原判決，並指示第一審為無罪判決；本案關鍵是被告 Tibbs 及被害人 Nadeau 之證詞何者較可信，屬於證據可信度(“weight of evidence”)的問題，應由事實審決定，撤銷發回重審後，陪審團若仍相信 Nadeau，有罪證據即為充足。佛羅里達州最高法院第一次判決只是給被告第二次爭取無罪的機會而已，並非指示原審「證據不足」(“insufficient evidence”)。本件上訴至聯邦最高法院，仍維持佛羅里達州最高法院之判決。

綜上，美國聯邦最高法院及州最高法院雖然是法律審，但對於事實判斷並非全然不能置喙，其若認為沒有「理性的事實裁判者」會認為證據達到「無合理懷疑」程度，應以「證據不足」(“insufficient evidence”)撤銷原判決，並指示第一審為無罪判決；若認為事實審認定有罪之證據可信度(“weight of evidence”)有疑問，可撤銷原判決並發回第一審重審，此時被告是否有罪仍由事實審決定。但最高法院不會先認為有罪證據之可信度有疑問，發回重審，嗣又認為「證據不足」。

2. 日本

日本刑事訴訟法第 412 條規定：「以認定違法管轄為由撤銷原判決時，應以判決將案件移送管轄之二審法院或管轄之第一審法院。」同法第 413 條規定：「依前條規定理由以外之理由撤銷原判決時，應

¹⁶ 397 So. 2d 1120 (1981).

以判決將案件發回原法院或第一審法院或移送同級其他法院。但三審法院依訴訟紀錄、原法院及第一審法院調查之證據得直接判決者，得就被告案件自為判決。¹⁷」

陳運財教授表示，日本對於搖擺久懸不定之案件，倘因心證程度，或原審採用非任意自白等情形，最高裁判所依其調查結果及原審所憑之訴訟資料，認定本案仍未達無合理懷疑之有罪心證時，基於無罪推定的法理，得撤銷原判自為無罪判決。此種因顯有影響判決結果之事實誤認而撤銷並自為判決情形，係基於無罪推定原則，不適用於改判有罪之判決¹⁸。

3. 德國

德國刑事訴訟法第 353 條規定：「(第 1 項)認為法律審上訴有理由之範圍內，應撤銷被聲明不服之判決。(第 2 項)同時，作為判決基礎之事實認定，因違法致使原判決被撤銷者，亦應撤銷之。」同法第 354 條第 1 項規定：「僅因對作為判決基礎之事實認定在適用法律上違法而撤銷判決者，若無需進一步之事實認定，僅應宣告無罪、停止程序或絕對確定刑，或法律審上訴法院與檢察官之聲請一致認定判處最低法定刑或免刑為適當者，則法律審上訴法院應對該案件自為裁判¹⁹。」

德國刑事訴訟法第 353 條第 1 項及第 2 項係依法律審上訴法院僅撤銷判決罪刑部分而維持事實認定或同時撤銷判決罪刑部分及事實認定而為不同規定。該法第 354 條第 1 項為德國聯邦最高法院對案件自為裁判，並為無罪判決之相關規定，前提為僅依同法第 353 條第 1 項撤銷判決罪刑部分，而不撤銷判決基礎之事實認定。亦即判決是「適用法律」的錯誤，而「判決基礎之事實認定」本身並無任何缺失，所

¹⁷ 法務部編印，日本刑事訴訟法暨刑事訴訟規則，2016 年 8 月，第 104 頁。

¹⁸ 陳運財，刑事訴訟第三審構造之探討，月旦法學雜誌，143 期，2007 年 4 月，59 頁。

¹⁹ 連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月，329-330 頁。

以事實認定可被維持。當事實認定完整且無誤，縱使更為審理也不會得出不同的事實認定，且沒有其他法律觀點會影響該案，法律審上訴法院應依德國刑事訴訟法第 354 條第 1 項為無罪判決²⁰。

(四)我國實務見解

1. 「不影響於事實之確定」指第三審重要事實認定與原審相同

民國 70 年 12 月 23 日發布/函頒最高法院就上訴第三審有關認定違背法令之界限與得自為裁判之範圍應行注意事項：「乙刑事部分，二、本院得自為裁判之範圍(一)案件合於刑事訴訟法第三百九十八條各款規定之情形者，第三審應即自為判決，惟應注意第二審法院確定之事實為判決基礎，不可自行認定事實適用法律。故認為上訴有理由，且原判決確係違背法令，但不影響事實之確定可據為裁判者，應將原判決經上訴之部分撤銷，自為判決。若認為有言詞辯論之必要，亦儘可能舉行言詞辯論，俾案件早日確定。如僅係適用法律問題而不影響於事實之確定之案件，不得發回更審。」

民國 77 年 08 月 09 日最高法院 77 年度第 11 次刑事庭會議決議(一)：刑事案件第二審與第三審調查證據認定事實職權之界限與第三審自為判決之範圍：壹、第二審與第三審對於調查證據及認定事實職權之界限。依我國現制，第二審有調查證據認定事實之職權，而第三審就第二審關於證據之調查及事實之認定，是否違法，有審查之職權。惟第二審與第三審因其審級職務分配之不同，其查證認事之職權，亦有差異，茲舉其主要界限分述如下：……乙、關於第三審部分。……二、第三審法院調查第二審判決有無違背法令，而影響於事實之確定，係以該案件之訴訟卷宗及所附證據為其根據，即以第二審之資料，審查第二審判決之當否，僅憑書面之間接審理，故第三審於統一法令之適用外，並有具體救濟當事人對原審法院違法所確認事實錯誤之機能。

²⁰ Meyer-Großner/Schmitt, Beck'sche Kurz Kommentare, Strafprozessordnung, 61. Aufl. 2018, §354, Rn. 3.

然第三審不逕行調查證據，而為事實之認定，事實最後仍應由第二審確定，兩者對事實之調查界限，不容混淆。三、第二審判決雖係違背法令而不影響於事實之確定，可據以為裁判者，第三審法院應就該案件自為判決。但如原判決未記載某項事實或所記載事實不明，致其所確認之事實與論處罪刑所援用之法令不能適合，仍屬用法不當。又原判決因重要證據漏未調查等情形，影響於事實之確定，第三審無可據以為裁判者，均祇得撤銷原判決，將案件發回原審法院或發交與原審法院同級之他法院。四、何種證據應予調查，其應調查之範圍如何？在未違背經驗法則、論理法則之範圍內，係專屬事實審法院得依職權自由裁量之事項。因之，原審法院對於證據之取捨與依調查所得之證據以為事實之認定，倘未明顯違背經驗法則、論理法則，第三審毋庸依職權判斷其當否。……」

民國 77 年 08 月 09 日最高法院 77 年度第 11 次刑事庭會議決議（三）：刑事案件第二審與第三審調查證據認定事實職權之界限與第三審自為判決之範圍：參、第三審法院自為判決減少發回更審。……二、第三審依訴訟卷宗內之證據資料，如認原判決有下列情形之重大違誤而撤銷之者，並應就該案件自為判決。……（二）刑事訴訟法第三百九十八條第一款所謂「不影響於事實之確定」，係指不影響於重要事實之確定而言，下列事實應認為重要事實。（1）犯罪構成要件之事實。（2）法定刑罰加重或減免之原因事實。（3）阻卻違法性事由之事實。（4）阻卻責任性事由之事實。（5）特別經驗法則（專指具有特別知識或經驗者始得知之事實）。（6）其他習慣、地方制定自治法規及外國法之類，依法應予適用者亦屬要證事實，自應經事實審調查證明為必要。至於量定刑罰之事實，裁判上刑罰加重、減免之原因事實，訴訟法上之事實，公眾週知之事實及事實於法院已顯著或為其職務上所已知者等等，此或無庸舉證，或為第三審得依職權調查，或屬各級法院所得自由裁量，解釋上應不包括在內。……（四）依原判決所確

認之事實，其行為顯屬不罰者，第三審應逕為無罪之諭知。……（十二）認定事實無誤。如事實記載於某日下午三時侵入住宅行竊，所憑之證據與認定之理由亦無誤，乃依夜間侵入住宅竊盜論罪科刑。……」

最高法院 73 年台上字第 5230 號判決認為：「第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據而資為第三審上訴之理由。」最高法院 82 年度台非字第 76 號判決認為：「按第三審法院因原審判決雖係違背法令，而不影響於事實之確定可據以為裁判而撤銷之者，應就該案件自為判決。刑事訴訟法第三百九十八條第一款定有明文。所謂『不影響於事實之確定』，係指不影響於重要事實之確定而言。」最高法院 105 年度台上字第 2525 號判決認為：「依上所述，上訴意旨執上開事項指摘，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己說詞，任意指為違法，並重為事實之爭執，否認犯罪，或就同一證據資料為相異之評價，或就不影響於判決本旨事項為事實上枝節性之爭辯，均難認係適法之第三審上訴理由。至其他上訴意旨，亦未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。又本院為法律審，僅以審核下級審法院裁判有無違背法令為職責，故當事人不得向本院主張新事實或提出新證據。本院既應為程序上之上訴駁回判決，上訴人於上訴本院後，另提出內政部入出國及移民署 103 年 10 月 8 日移署境桃國紛字第 0000000000 號函，無從審酌，附此敘明。」

刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定「不影響於事實之確定」，可據以為裁判之情形，依最高法院向來的實務見解，均是未變更原審事實認定之情形²¹。

²¹ 參照附件 20 之內容。

2. 「不影響於事實之確定」包括第三審事實認定與原審不同

本件最高法院 106 年度台上字第 3329 號判決，對於有無構成要件該當之事實認定，即與原審不同，並撤銷原判決關於罪刑及沒收追徵部分，自為無罪判決(參照貳、一之內容)。

(五)本署見解

本署認為，刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定之「不影響於事實之確定」應僅指第三審法院事實認定與原審並無不同之情形，理由如下：

1. 第三審法院之功能不在於重新爭執事實

第三審上訴之管轄法院為最高法院，其事物管轄範圍包括不服高等法院未確定之第二審或第一審判決之上訴案件。第三審上訴也稱為法律審上訴，為審級制度之終審，作為事後審查之救濟審，功能不在於重新爭執事實，而是僅以事後審之角度審查當事人不服之下級審審判，其訴訟程序之踐行及適用之法律有無違背法令，是以第三審為「有限的救濟手段」。最高法院並得藉由第三審上訴貫徹法律見解並撤銷下級審之不同見解，進而統一解釋法令²²，而非重新認定事實。

2. 原判決見解將使第三審法院成為事實審

依刑事訴訟法第 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。」同法第 378 條規定：「判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。」又祇屬單純之事實上爭執，不涉原判決違背法令之問題，均不得執以為第三審上訴之適法理由(最高法院 73 年台上字第 5221 號判例參照)。是以，原則上得提起第三審上訴之理由，應限於純粹法律適用問題，縱因刑事訴訟法第 379 條所列各

²² 林鈺雄，刑事訴訟法(下)，自版，8 版 4 刷，2018 年 6 月，443 頁。

款判決當然違背法令之情形，使第三審法院涉及事實審法院取捨證據認定事實之職權行使，以及同法第 393 條但書及第 394 條第 1 項但書規定，使第三審得依職權調查之範圍擴及第二審判決所確認之事實及上訴理由所指摘事項之外，而賦予第三審法院以法律審兼負部分事實之事後審職責²³。然第三審法院為最終審，自為判決即定讞，刑事訴訟法第 398 條就第三審法院撤銷原第二審判決後，得自為判決之限制，規定極為嚴格²⁴，第三審法院如與原審對於有無構成要件該當之事實為不同認定並自為判決，將嚴重混淆事實審與法律審之界限，如此第三審法院不啻為完全的事實審，違背建構審級制度之管轄分配。

況由我國實務見解可知(參照參、一、四及附件 20 之內容)，絕大多數最高法院判決所認為不影響於事實之確定，自為判決的情形皆為原判決有法律適用錯誤或法律見解有誤，並未重新為事實認定。本件最高法院 106 年度台上字第 3329 號判決之情形極為獨特。

3. 事實問題與法律問題如牽扯難分時，第三審法院應撤銷發回

事實問題與法律問題之區別，涉及一個判決在多大範圍內，得經由法律審上訴的救濟手段挑戰之。縱然事實問題與法律問題可能牽扯難分，或司法實務上並非截然以事實問題與法律問題之區別作為得否提起第三審上訴之標準，若取決於案件的個別細節，而非其他案件也會重複出現的典型特徵，將削弱第三審法院統一法律見解之目的。因此，應賦予事實審法官一定的判斷餘地，於此範圍內的判斷可免於受第三審法院的審查²⁵。以本件最高法院 106 年度台上字第 3329 號判決而言，已失其統一法律見解之功能。且縱認事實審判決有違反經驗法則、論理法則及證據法則，亦應參考立法說明、實務向來見解及學說，尊重事實審法院之判斷，嚴守事實審與法律審之界限，考量歷次下級

²³ 呂潮澤，我國刑事法律審制度之檢討，司法院，初版，2001 年 11 月，1-2 頁。

²⁴ 呂潮澤，我國刑事法律審制度之檢討，司法院，初版，2001 年 11 月，3 頁。

²⁵ Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，五南，初版五刷，2004 年 5 月，212-213 頁。

審判決均判處被告有罪，只要有因為調查事實而為有罪判決之可能，應撤銷發回更審，而非自為無罪判決。

二、爭點二

第三審法院可否不經言詞辯論程序，而為與原審不同之事實認定？

(一)我國相關法律規定之立法沿革及立法理由

刑事訴訟法第 389 條規定：「(第 1 項)第三審法院之判決，不經言詞辯論為之。但法院認為有必要者，得命辯論。(第 2 項)前項辯論，非以律師充任之代理人或辯護人，不得行之。」該條自 23 年 11 月 29 日全文修正，24 年 1 月 1 日公布，24 年 7 月 1 日施行沿用至今，原條次第 381 條，56 年 1 月 13 日全文修正，56 年 1 月 28 日公布，調整為第 389 條迄今。該條立法理由表示：「查刑訴律第四百條理由謂，上告審，於原則上只問法律，不問事實，其審判即據意旨書及答辯書行之，所謂書狀審理是也。然亦非禁止言詞辯論，本條規定願為辯論者應使辯護人行之，……又查刑訴條例第四百十八條理由謂，第三審法院專在審查法律問題，並無開庭辯論之必要，故本條例依現行辦法，明定以不經言詞辯論為原則，惟法院認為有必要者，仍得命辯論。……」

由上開說明，可見立法者認為第三審僅處理判決是否違背法令之法律問題，不涉及事實重新認定，故原則上以書面審為足；例外於法院認為有必要時，得行言詞辯論。依上開說明之反面解釋，若第三審竟與原審為不同之事實認定，似應認為有言詞辯論之必要。

(二)相關學說

陳運財教授認為：現行之第三審上訴，係以統一法令解釋為主要目的，上訴理由限於原判決違背法令之事項，最高法院之調查原則上

以當事人上訴主張之事項為範圍，且應以原判決所確認之事實為判決基礎；關於事實之調查，以訴訟程序之事實為主；又認定上訴有理由而撤銷原判決時，除得自為判決之情形外，應發回更審等等，可見係採取事後法律審查的結構，因此，第三審法院之判決自得不受證據裁判主義下之「認定事實之言詞辯論」之拘束。在此意義下，我國刑事訴訟法第389條第1項所謂「第三審法院之判決，不經言詞辯論為之。但法院認為有必要者，得命辯論」中之前段之言詞辯論係指「認定事實之言詞辯論」，後段文字無庸解讀為例外之但書規定，而是指最高法院認為有必要者，最低限度仍以舉行「陳述意見之言詞辯論」為適宜²⁶。陳教授並表示：「關於判斷原判決有無違誤時，如有必要自可由檢察官及辯護人雙方就上訴意旨陳述意見，進行辯論。亦即第三審法院如有調查事實，其結果亦有使其行言詞辯論的必要，非謂法律審或事後審查審，即可當然限制當事人行言詞辯論的訴訟權益。²⁷」

黃虹霞大法官亦認為：假如最高法院要自為判決，特別是要翻案的情況，從有罪變無罪或是無罪變有罪，不能不開言詞辯論，因為最高法院會讓案子確定，不能沒有讓當事人表示意見、講清楚的機會²⁸。

上開見解，相當程度亦反應目前社會輿論之要求。雖最高法院洪昌宏法官表示：第三審之審判原則上不經言詞辯論，只有於必要時，例外行之，因真正具有原則重要性之法律爭議不多，而且不經言詞辯論，亦不見得無法解決²⁹。洪法官表面上雖就最高法院是否應行言詞辯論持較否定之看法，但洪法官認為最高法院撤銷原判決並自行改判之案件限於不變更第二審所確認之犯罪事實，不應逕將有罪改判無罪，

²⁶ 陳運財，第三審刑事訴訟之言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230期，2013年8月15日，134頁、143頁。

²⁷ 陳運財，刑事訴訟第三審構造之探討，月旦法學雜誌，143期，2007年4月，59頁。

²⁸ 黃虹霞(當時任律師)，法官協會101年度學術研討會「審判效能之再提升」會議紀錄，法官協會雜誌，第14卷，101年12月，39頁。

²⁹ 洪昌宏，第三審刑事訴訟之行言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230期，2013年8月15日，126頁，127-130頁。

否則會混淆法律審與事實審之分際，已如前述。其前提與本爭點之前提不同，故不能視為反對見解。

(三)外國立法例

1. 美國

美國大多數上訴(包括抗告)聯邦最高法院案件，均只提出一個或兩個法律爭議，最高法院若認為該上訴顯有理由，可能不待言詞辯論，逕撤銷原判決。其餘最高法院准許上訴之案件均行言詞辯論，最高法院得依職權或依一方之聲請將上訴最高法院爭議相同或相關之案件合併審理。最高法院會期每年自10月第1週起，通常到次年4月底至7月上旬止，辯論庭自早上10時至12時，下午1時至3時。通常開庭(sittings)2星期、休庭(recesses)2星期，大法官於休庭期間討論及撰寫意見書。

聯邦最高法院開庭最少需有6名大法官出席及參與評議，書狀的先行提出是言詞辯論的必要條件。言詞辯論時，檢察官及律師應推定所有大法官均已閱讀雙方交付之書狀，不能以唸稿的方式進行言詞辯論。兩造均僅由一位檢察官、律師代表論述，多數被告委任不同律師時，若立場相同，需協調由一位律師代表多數被告進行言詞辯論，若立場有異，才可委任不同律師出庭。

最高法院辯論庭每方原則以30分鐘為限，由上訴人先行論述，先行之一方應完整呈現所有論點，不得保留至反駁時始提出，但上訴人可選擇保留部分時間於對造陳述完畢後進行反駁，且通常上訴人會保留4至5分鐘進行反駁；被上訴人則只有一次論述機會。大法官得打斷任何一方發言並發問，發問時間不中斷發言時間之計算。最高法院認需要其他機關、團體、專家、學者協助時，得依職權或因一造當事人聲請，指定法庭之友參與辯論。最高法院依職權指定法庭之友，其發言時間限十五分鐘，應於言詞辯論時最先發言，但得保留部分發

言時間至他造當事人發言完畢後、聲請人反駁前，補充發言。一造當事人聲請之法庭之友，應接續聲請之一造發言，其發言時間與聲請之一造併計，共用 30 分鐘。自 2010 年 10 月起，聯邦最高法院均於每週五將前一週言詞辯論案件之逐字稿及錄音檔公布於該院網站，對外公佈。

2. 日本

日本刑事訴訟法第 408 條規定：「第三審上訴法院依上訴意旨書及其他文書認上訴顯無理由者，得不經辯論逕為不受理判決。」同法第 410 條第 1 項規定：「第三審上訴法院，於有第四百零五條各款規定之事由者，應以判決撤銷原判決。但顯對判決無影響者，不在此限。

³⁰
」

陳運財教授解釋：日本終審法院認為當事人上訴有理由而有撤銷原判決之必要時，始需行言詞辯論，上訴顯無理由者，得不經言詞辯論，判決駁回。日本最高法院實務對死刑案件，不論上訴有無理由，為求慎重，均開庭行言詞辯論³¹。

3. 德國

德國刑事訴訟法第 349 條規定：「(第 1 項)法律審上訴法院認為，有關提起法律審上訴或提出法律審上訴之聲請規定未被遵守時，得以救濟不合法裁定駁回。(第 2 項)法律審上訴法院依應附理由之檢察官聲請，全體一致認為法律審上訴顯無理由時，亦得以裁定決定。(第 3 項)檢察官應將第 2 項之聲請及其理由通知上訴人。上訴人得於 2 週內向法律審上訴法院提出答辯書。(第 4 項)法律審上訴法院一致認為為被告利益提起之法律審上訴有理由時，得以裁定撤銷原判決。(第

³⁰ 法務部編印，日本刑事訴訟法暨刑事訴訟規則，2016 年 8 月，第 104 頁。

³¹ 陳運財，第三審刑事訴訟之言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230 期，2013 年 8 月 15 日，134 頁、141 頁。

5 項)法律審上訴法院不適用第 1 項、第 2 項、第 4 項之規定時，對法律審上訴以判決裁判之。³²」

該條並沒有規定何種情形要經言詞辯論，而是規定得以不經言詞辯論以裁定為裁判之情形，也就是如果沒有德國刑事訴訟法第 349 條第 1、2、4 項可以裁定駁回之情形時，就要行言詞辯論以判決為之。其中第 2 項規定，認為上訴顯無理由的情形，需要德國聯邦最高法院法官 5 人一致同意，才能以裁定的方式結案。而適用同法第 349 條第 2 項裁定駁回的前提是「檢察官附理由的聲請」。依同法第 349 條第 3 項，檢察官應將第 2 項之聲請及其理由通知上訴人即被告。上訴人即被告得於 2 週內向法律審上訴法院提出答辯書。

(四)我國實務見解

1. 第三審縱經言詞辯論程序，也不可為與原審不同之事實認定

最高法院 88 年度台上字第 5140 號判決認為：「上訴意旨請求本院傳訊證人石○龍及提出和解書請求本院審酌，惟本院為法律審，僅以審核下級法院裁判有無違背法令為職責，對被告犯罪事實之有無，不予調查，故當事人不得向本院主張新事實或提出新證據；本件上訴人聲請本院傳訊證人石○龍及提出和解書為聲明舉證之方法，殊非適法之第三審上訴理由。」最高法院 96 年度台上字第 977 號判決認為：「未查本院為法律審，除關於訴訟程序及得依職權調查之事項外，並不調查事實」。最高法院 97 年度台聲字第 38 號裁定認為：「而本院為法律審，並不調查證據，則聲請保全證據自不得向本院為之，故本件聲請不合法律上之程式，應予駁回」。最高法院 98 年度台上字第 4577 號判決認為：「至上訴意旨聲請委託台灣大學相關系、所，依被害人傷勢鑑定車速一節，因第三審係法律審，不進行調查證據及為事實之認定，無從准許。」最高法院 104 年度台上字第 3392 號判決認為：「況本院為法律審，無從調查事實，上訴人聲請本院傳訊李○文，以證明

³² 連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版，2016 年 9 月，327 頁。

網站文章皆係上訴人所寫，及其刪除上開文章，有經李○文同意等情，自非上訴第三審之適法理由。」最高法院 105 年度台上字第 423 號判決認為：「又本院為法律審，應以第二審判決所確認之事實為基礎，據以判斷原審判決是否違背法令，故於第二審判決後，不得主張新事實或提出新證據為其第三審之上訴理由。」最高法院 106 年度台上字第 770 號判決認為：「……而本院為法律審，以審核下級審法院裁判有無違背法令為職責，不及於對被告犯罪事實之調查，故當事人不得向本院主張新事實或提出新證據，而據以指摘原判決不當。……因本院為法律審，無從為事實之調查審酌，其執此指摘原判決不當，要非適法之第三審上訴理由。」

最高法院 107 年度台上字第 1118 號判決認為：「(二)、刑事訴訟法第 389 條規定：第三審法院之判決，不經言詞辯論為之。但法院認為有必要者，得命辯論。前項辯論，非以律師充任之代理人或辯護人，不得行之。此係因第三審採書面審理主義，專以糾正原審判決違背法令為其職責，故原則上其判決不經言詞辯論為之。故關於第一審及第二審之訊問被告、證人、鑑定人及調查證據暨辯論等程序並不適用，但法院認為必要者，得命辯論，惟此辯論係專就法律為辯論，並不包括對於事實之爭執在內，與第一審及第二審之辯論並非相同，故非具有法律專門知識者不得參與。上訴意旨聲請本院開庭審理，俾其親自到庭陳述意見云云，依上述說明，無非對第三審審理及辯論之性質及啟動之要件有所誤解，且本院為法律審，除有特別規定外，不為事實之調查。上訴人並未具體說明其請求本院開庭行言詞辯論以釐清之法律上爭議內容為何，本院自無從審酌。」

最高法院 89 年度台上字第 5660 號判決認為：「綜上所述，上訴人等之上訴，俱非有理由，均應予駁回。依刑事訴訟法第三百八十九條第一項規定：「第三審法院之判決，不經言詞辯論為之，但法院認為有必要者，得命辯論」；因第三審為法律審，專以審理第二審判決

有無違背法令為職責，因此原則上判決不經言詞辯論為之，除認關於訴訟程序及得依職權調查之事項，有以言詞辯論調查事實之必要者，始例外以言詞辯論為之；本院為法律審，卓○仁具狀請求本院以言詞辯論傳訊前台灣桃園地方法院檢察署檢察長蕭順水及檢察官邱鎮北並查明本件印、襪印之真偽暨履勘現場；依上說明，本院認無必要，附為指明。」

2. 第三審可不經言詞辯論程序，而為與原審不同之事實認定

本件最高法院 106 年度台上字第 3329 號判決，即未經調查及言詞辯論程序，而為與原審不同之事實認定。

(五)本署見解

本署認為第三審法院縱經言詞辯論程序，也不可為與原審不同之事實認定，理由如下：

1. 第三審法院不可重新建構事實

為確保法律審的功能，應禁止法律審重新建構事實，否則，法律審將實質成為事實審，耗費時日於事實認定，影響其統一法律見解之任務。

2. 第三審法院之調查程序適用自由證明程序而非嚴格證明程序

第三審法院之調查程序適用自由證明程序而非嚴格證明程序，自不能如同下級審以嚴格證明程序調查各項證據，且下級審之審理程序適用直接審理原則、言詞審理原則，這些都是第三審法院所無，下級審經由嚴格證明程序所得出的事實認定，應不受第三審法院審查，所有事實審依嚴格證明程序認定之實體事項，第三審法院皆不得自行調

查或推翻認定³³。第三審法院縱經調查及言詞辯論程序，也不可為與原審不同之事實認定。

3. 本件最高法院自為事實認定，未予檢辯雙方表示意見之機會。本件最高法院 106 年度台上字第 3329 號判決，自行將證物袋內 6、7 月份傳票原本等內容，與詳載日期、傳票號數、借方或貸方金額之重騰帳冊 87 年 6、7 月份分類帳內容，逐筆核對結果，認定除 6 月 23 日之傳票號數「0-000」誤載為「0-000」、7 月 17 日之傳票號數「0-000」誤載為「0-000」外，其餘不論日期、傳票號數、摘要、金額等內容，分類帳所載均與會計憑證（傳票）相符，此項調查證據程序應如何定性，已有疑問，又未給予檢辯雙方就調查證據結果表示意見之機會，即據此認定事實，並進而採信證人林○鳳之證言，而為與原審就有關重騰帳冊是否係依原始憑證逐一製作為不同之認定，未說明何以法律審以自由證明程序得以推翻事實審以嚴格證明程序認定之事實，並混淆法律審與事實審之界限。

三、言詞陳述之必要性

本件爭點係屬原則上重要性之重大爭議，涉及層面廣泛，對日後諸多案件影響深遠，並非細節問題；且實務已經發生，至今尚未統一見解。而本件法律爭點並非僅以書狀交換方式即足以釐清，若經貴院調查，由雙方言詞陳述及法官提問，應可幫助貴院更進一步瞭解雙方論點，做出最妥適之決定。

肆、結論

綜上，本署認為刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定之「不影響於事實之確定」，應僅指第三審法院之重要事實認定與原審並無不同之情

³³ 林鈺雄，最高法院如何開庭審理——以刑事案件之開庭標準與審理流程為中心，收錄於最高法院之法治國圖像，元照，初版 1 刷，2016 年 4 月，35 頁。

形，且縱有經過言詞辯論程序，亦不得為與原審不同之事實認定。乃原判決違背立法說明、實務向來見解及學說，復悖於主要參考國家如美國、日本對此類撤銷改判原則均應經言詞辯論程序之立法例，既與事實審為不同之事實認定，且未予檢辯雙方表示意見之機會。本案所涉法律爭點因最高法院各庭見解分歧，且具原則重要性，宜由最高法院行調查程序，並一槌定音，爰依刑事訴訟法第 443 條提出聲請。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 1 月 2 日

檢察總長 江惠民

伍、附件清冊

附件 編號	附件名稱	頁碼
1	謝煜偉，最高法院在死刑量刑判斷中的角色與功能：日本與臺灣的比較，收錄於「變遷中的東亞法院」，臺大出版中心，2016年10月。	163 頁
2	錢建榮，法官協會 101 年度學術研討會「審判效能之再提升」會議紀錄，法官協會雜誌，第 14 卷，101 年 12 月。	42-44 頁
3	陳運財，第三審刑事訴訟之言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230 期，2013 年 8 月 15 日。	134、141、147-148 頁
4	陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂二版，1999 年 6 月。	532-533 頁
5	陳樸生，刑事訴訟之第二審與第三審，法令月刊第 22 卷第 10 期，1971 年 10 月。	4-11 頁
6	黃朝義，刑事上級法院撤銷發回更審與自為判決之界線，法官協會雜誌，第 14 卷，101 年 12 月。	57、62-63 頁
7	洪昌宏，第三審刑事訴訟之行言詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230 期，2013 年 8 月 15 日。	126-132 頁
8	周盈文，審判效能之再提昇—談刑事上級審之發回與自為判決，法官協會雜誌，第 14 卷，101 年 12 月。	67、70-71 頁
9	Ellen Hochstedler Steury & Nancy Frank，陳衛東、徐美君譯，美國刑事法院訴訟程序(Criminal Court Process)，中國人民大學出版社，2002 年 1 月。	602 頁
10	Roland V. del Carmen，張鴻巍等譯，美國刑事訴訟—法律和實	5、10 頁

	踐 (Criminal Procedure, Law and Practice), 武漢大學出版社, 2006 年 10 月。	
11	Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 10	
12	28 U.S.C. §2106	
13	Burks v. United States, 437 U.S. 1 (1978).	1、17 頁
14	Tibbs v. Florida, 457 U.S. 31 (1982).	
15	397 So. 2d 1120 (1981).	
16	法務部編印, 日本刑事訴訟法暨刑事訴訟規則, 2016 年 8 月。	104 頁
17	陳運財, 刑事訴訟第三審構造之探討, 月旦法學雜誌, 143 期, 2007 年 4 月。	59 頁
18	連孟琦譯, 德國刑事訴訟法, 法務部, 初版 1 刷, 2016 年 9 月。	327、329-330 頁
19	Meyer-Großner/Schmitt, Beck'sche Kurz Kommentare, Strafprozessordnung, 61. Aufl. 2018, §354	Rn. 3.
20	最高法院「不影響於事實之確定」相關實務見解	
21	林鈺雄, 刑事訴訟法(下), 自版, 8 版 4 刷, 2018 年 6 月。	443 頁
22	呂潮澤, 我國刑事法律審制度之檢討, 司法院, 初版, 2001 年 11 月。	1-3 頁
23	黃虹霞(當時任律師), 法官協會 101 年度學術研討會「審判效能之再提升」會議紀錄, 法官協會雜誌, 第 14 卷, 101 年 12 月。	39 頁
24	林鈺雄, 最高法院如何開庭審理—以刑事案件之開庭標準與審理流程為中心, 收錄於「最高法院之法治國圖像」, 元照, 初版	35 頁

	1 刷，2016 年 4 月。	
--	-----------------	--