

最高檢察署 107年度台非字第205號

檢察總長非常上訴補充理由書

檢察總長江惠民

目錄

一(一)、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，可據以為裁判者，應撤銷之而就該案件自為判決。此所謂「事實」是否包括犯罪構成要件事實、基本社會事實或作為前揭判斷基礎之自然事實？	1
一(二)、第三審法院依上開規定而就該案件自為判決時，可否為無罪判決？	6
二、如認被告之行為與犯罪構成要件不符，係屬「不能證明被告犯罪」，或「被告行為不罰」之情形，得否就該案件自為諭知無罪之判決？	7
三、第三審如未經言詞辯論，自行撤銷二審有罪判決改判無罪，是否違反刑事訴訟法第 389 條第 1 項但書規定得命辯論之必要性？	8
四、本案系爭判決是否與最高法院過往實務見解不一致？	10
五、系爭判決對於本案重要事實認定與第二審法院是否不同？	11
六、結論	16

最高檢察署檢察總長非常上訴補充理由書 107年度台非字第205號

最高檢察署檢察總長 江惠民

被 告 謝明達

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，貴院以 107 年度台非字第 205 號審理中，茲依貴院於 108 年 8 月 27 日傳真本署所列爭點及被告刑事非常上訴陳述意見狀所列意見逐點說明於後：

一(一)、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，可據以為裁判者，應撤銷之而就該案件自為判決。此所謂「事實」是否包括犯罪構成要件事實、基本社會事實或作為前揭判斷基礎之自然事實？

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，而自為有罪或無罪判決。

民國 70 年 12 月 23 日司法院發布/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。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](#) 判決表示：「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。」

刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定「不影響於事實之確定」，最高法院可自為裁判，依最高法院向來的見解，均是指未變更原審重要事實認定之情形。例如最高法院 [81 年度台上字第 3128 號](#) 判決：高等法院認為偽造名片構成偽造私文書罪，最高法院認為名片不算私文書，改判無罪。類似情形，尚見最高法院 [80 年度台上字第 3658 號](#)、[85 年度台上字第 1740 號](#)、[101 年度台上字第 6239 號](#)、[102 年度台上字第 520 號](#)、[102 年度台上字第 5093 號](#) 等判決，詳細內容，請參見本檢察總長提案予刑事大法庭聲請書附件 20。

陳樸生教授認為：「所謂事實，本有實體事實與訴訟事實兩種，實體事實，又有法定事實與裁判事實之分。法定事實，又包括犯罪事實及法定刑罰加重或減免原因事實在內。訴訟事實，則指形式上裁判事實及其他訴訟程序上事實而言。法定事實，應經嚴格的證明。此項事實，非經言詞辯論程序，不得認定。裁判事實，係指裁判上刑罰加重或減免之原因事實而言。此項事實，本屬裁判官所得自由裁量之事項。¹」法定事實之確定，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²。犯罪事實之認定，須經嚴格之證明，應經

¹ 陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂二版，1999 年 6 月，532 頁。

² 陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂二版，1999 年 6 月，532-533 頁。

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³。

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。否則若逕變更重要事實認定，將有罪改判無罪，豈非混淆法律審與事實審之分際⁴？

綜上，刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定「不影響於事實之確定」，最高法院可自為裁判，依最高法院向來的見解，均是指未變更原審重要事實認定之情形。又依最高法院 77 年度第 11 次刑事庭會議決議，刑事訴訟法第 398 條第 1 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。是以，刑事訴訟法第 398 條第 1 款所謂「事實」，依最高法院向來的見解，包括犯罪構成要件事實。

參酌刑事訴訟法第 300 條變更起訴法條之標準，司法實務認為變更起訴法條應限於基本社會事實同一的情形，惟此項標準係適用於事實審法院。亦即，以與犯罪成立具有重要關係之基本社會事實，即具體「人、事、時、地、物」等基本要素，表明其起訴之範圍，不致與其他犯罪相混淆，使被告知悉因何犯罪事實被提起公訴而為防禦之準備。若將刑事訴訟法第 398 條第 1 款所謂「事實」，認為包括「基本社會事實」或「作為前揭判斷基礎之自然事實」，將產生我國現制最高法院究為「法律審」或「法律審兼事實審」、是否應言詞辯論調查證據的疑慮。

³ 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。

⁴ 洪昌宏，第三審刑事訴訟之言行詞辯論與自為判決，台灣法學雜誌，230 期，2013 年 8 月 15 日，126 頁，131-132 頁。

又刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定之「事實」是否包括「作為前揭判斷基礎之自然事實」，其含意與德國刑事訴訟法第 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，……」不同。德國刑事訴訟法第 354 條第 1 項規定對於案件自為裁判的前提為不撤銷原判決基礎之事實認定。亦即原判決屬「適用法律錯誤」，而「判決基礎之事實認定」本身並無任何缺失，才依德國刑事訴訟法第 354 條第 1 項為無罪判決，與本案情形不同。請詳參本署提案予刑事大法庭聲請書對德國法(17 頁至 18 頁)及相關美國法及日本法立法例之說明。

一(二)、第三審法院依上開規定而就該案件自為判決時，可否為無罪判決？

承上說明，無論依刑事訴訟法第 398 條第 1 款立法說明、司法院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、向來實務見解、我國主要學說，最高法院均應以第二審法院確定之事實為判決基礎，認為原判決法律見解有誤，才得自為無罪判決；不可自行認定事實為無罪判決。本件最高法院106 年度台上字第 3329 號判決之見解極為獨特、違法並失當。

我國現制第三審上訴為法律審上訴，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⁵，而非重新認定事實。

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 條所列各款判決當然違背法令之情形，使第三審

⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法(下)，自版，8 版 4 刷，2018 年 6 月，443 頁。

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⁶。然刑事訴訟法第 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⁷，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，違背現制建構審級制度之管轄分配。

訴訟制度上，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，但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⁸。以本案最高法院 [106 年度台上字第 3329 號](#) 判決而言，其變更事實審對有無對價關係之認定而改判，已失其統一法律見解之功能。固應尊重事實審法院之事實認定，嚴守事實審與法律審之界限。

二、如認被告之行為與犯罪構成要件不符，係屬「不能證明被告犯罪」，或「被告行為不罰」之情形，得否就該案件自為諭知無罪之判決？

依刑事訴訟法第 301 條第 1 項規定，不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決。故無罪之原因，可分為不能證明被告犯罪與行為不罰二種情形，前者係因被告被訴犯罪，尚缺乏確切之積極證據，基於無罪推定原則，應諭知無罪之判決。後者之行為不罰，包

⁶ 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。

⁷ 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。

⁸ 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。

括該行為具有阻卻違法之事由，如依法令之行為，業務上之正當行為，正當防衛行為與緊急避難行為，及具有阻卻責任之事由，如未滿十四歲之人與心神喪失人之行為，而由法律明文規定不予處罰。此外，實務上尚包括行為本身不成立犯罪，換言之，法院所確認被告之行為，在實體法上因未有處罰規定，而屬不罰行為之情形在內。例如對於實體法上僅處罰故意而不處罰過失行為之犯罪，法院倘確認被告之行為係屬過失而非故意，其行為固屬不罰，如僅認缺乏證據足以證明被告有犯罪之故意，則屬不能證明被告犯罪而非行為不罰之範疇，有最高法院 [89 年度台上字第 2373 號](#) 判決可資參照。

刑事訴訟法第 398 條各款並無「不能證明被告犯罪」或「被告行為不罰」之要件，應回歸「以第二審法院確定之事實為判決基礎」之標準，判斷第三審可否就該案件自為無罪之判決。本案 [106 年度台上字第 3329 號](#) 判決逕變更事實審對於被告向公務員關說施壓之行為有無對價之事實認定，其事實認定有違經驗法則及論理法則，並不合理（詳後述）；縱認合理，亦應屬犯罪嫌疑不足範疇，而非行為不罰。[106 年度台上字第 3329 號](#) 判決乃為適用刑事訴訟法第 398 條自為判決規定，將「不能證明被告犯罪」（「罪嫌不足」）曲解為「行為不罰」，改判無罪。與最高法院先前自為無罪判決之前提要件顯然不同，並與前述最高法院 [73 年台上字第 5230 號](#)、[82 年度台非字第 76 號](#)、[89 年度台上字第 2373 號](#) 等判決產生見解歧異。

三、第三審如未經言詞辯論，自行撤銷二審有罪判決改判無罪，是否違反刑事訴訟法第 389 條第 1 項但書規定得命辯論之必要性？

被告刑事非常上訴陳述意見狀二(二)主張：最高法院是法律審，並非事實審，法律爭議有諸多文獻足供參考，且本件確定判決所涉之法律爭議經原確定判決認為無涉原則重要性，不行言詞辯論於法有據。本署認為此見解與刑事訴訟法第 389 條立法意旨不符。

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。」該條立法說明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；例外於法院認為法律問題審查有必要時，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，應認為有言詞辯論之必要。

且有無必要開庭辯論，不宜解釋為最高法院得毫無限制地自由裁量，於法律問題審查有必要時，應予當事人陳述意見之機會，以幫助法院釐清法律爭點、注意不同法律意見，固最低限度，最高法院亦應舉行「陳述意見之言詞辯論」，否則違反刑事訴訟法第389條第1項但書規定得命辯論之必要性⁹。

再者，我國實務向來認為第三審言詞辯論範圍不及於事實認定，因此縱經言詞辯論程序，也不可為與原審不同之事實認定。最高法院 [89年度台上字第5660號](#) 判決認為：「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；」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

⁹ 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。

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。」

依現行法，第三審法院縱經言詞辯論程序，為確保法律審的功能，禁止法律審重新建構事實，不可為與原審不同之事實認定，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。本案最高法院 [106 年度台上字第 3329 號](#) 判決，就構成要件是否該當之重要事實既與事實審為不同之認定，且未予檢辯雙方表示意見之機會，已經違背我國立法及最高法院向來見解，復悖於我國法制主要參考國家如美國、日本、德國之立法例，請詳參本檢察總長提案予刑事大法庭聲請書之說明。

四、本案系爭判決是否與最高法院過往實務見解不一致？

被告刑事非常上訴陳述意見狀一主張：系爭判決與最高法院過往實務見解並無二致。實際上，系爭判決與最高法院過往實務見解炯異，詳見本檢察總長提案予刑事大法庭聲請書第 18 頁至 21 頁所引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、最高法院 77 年度第 11 次刑事庭會議決議、最高法院 [73 年台上字第 5230 號](#)、[82 年度台非字第 76 號](#)、[89 年度台上字第 2373 號](#) 等判決，及該聲請書附件 20 所列之判決。

刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定「不影響於事實之確定」，最高法院可自為裁判。依最高法院向來的見解，均是指未變更原審重要事實認定之情形。例如最高法院 [81 年度台上字第 3128 號](#) 判決：高等法院認為偽造名片構成偽造私文書罪，最高法院認為名片不算私文書，改判無罪。類似情形，尚見最高法院 [80 年度台上字第 3658 號](#)、[85 年度台上字第 1740 號](#)、[101 年度台上字第 6239 號](#)、[102 年度台上字第 520 號](#)、[102 年度台上字第 5093 號](#) 等判決。本最高法院 [106 年度](#)

[台上字第 3329 號](#)判決逕變更事實審對於有無對價之事實認定，改判無罪，與最高法院先前其他改判無罪案例之前提要件明顯不同。

五、系爭判決對於本案重要事實認定與第二審法院是否不同？

被告刑事非常上訴陳述意見狀二(一)主張：系爭判決雖撤銷改判，但對於事實認定與第二審法院並無不同，僅就基礎事實有無對價關係之價值判斷與原二審判決不同。惟查，收賄罪對價關係是否存在屬犯罪事實認定問題；對價關係存在是否為收賄罪之構成要件要素及對價關係可以那些方式滿足等等才屬法律問題。被告刑事非常上訴陳述意見狀第 13 頁 11. 亦承認「系爭判決……僅就基礎事實有無對價關係之價值判斷與原二審判決不同。」顯然系爭判決就構成要件重要事實之認定與原審臺灣高等法院第二審更審判決（[105 年度重上更\(三\)字第 10 號](#)）認定不同。

本案臺灣高等法院第二審更審判決（[105 年度重上更\(三\)字第 10 號](#)）已清楚交待其認定被告謝明達收受陳○華 220 萬元與職務上行為有對價關係之事證如下：被告於法務部調查局臺北市調查處（下稱市調處）調查本案之初，係稱與陳○華無金錢往來，經提示 150 萬元及 70 萬元之匯款資料後，始坦承有該等匯款，而辯稱係借款，且已清償；嗣改稱業於 88 年間簽發面額 30 萬元之支票 1 紙予陳○華，經陳○華提示兌現而部分清償；前後所辯不一；且於調查初始，斷然否認與陳○華有高額金錢往來之事，顯係因遭調查而一時情虛，欲圖隱瞞，如係借貸，其有清償義務，就已全部清償或部分清償，不應毫無概念，而無於調查初始率爾回答均已清償之理，足見其毫無返還義務之意識（見該判決第 21、22 頁）。被告提出之帳冊係「重謄版中山服務處帳冊」，其內 87 年 6 月 15 日之借方、貸方有重複抄錄，致該日以下至 6 月 30 日之帳目有連串錯誤，乃於 6 月 15 日至 6 月 30 日借方、貸方欄位註記「往下挪」，並加註箭頭指示更正。依證人林○鳳於原審

證稱：前述帳冊關於時序帳（流水帳）及分類帳之製作流程，係每日依時序先記帳，再根據時序帳內容製作分類帳；且卷存中山服務處帳冊係「根據原始傳票逐筆重新製作」之分類帳。如果所言為真，衡情應無於特定日期內同時填寫借方、貸方金額，致生此後帳目連串錯誤之可能（見該判決第 22、23 頁）。又被告初稱該借款無任何憑據，但偵查中其選任辯護人卻稱：向呂○璧借款 150 萬元，「同時」開立 3 紙面額各 50 萬元支票供擔保，事後得知呂○璧向陳○華調借。證人呂○璧於第一審稱：陳○華答應借款，有要求開立 3 張支票作保，匯款後幾天拿到支票才知道開立不同月份；被告於第一審改稱：陳○華要求開立 3 紙支票擔保，經呂○璧轉知，始行開立等。則被告對開立 3 紙支票擔保一事，理應印象深刻，而無於調查初始直稱借款無憑據之理；其供述前後不一、矛盾，是否真實，並非無疑。況所提卷附之重騰支票登記簿，就所指供擔保用 3 紙支票之摘要欄係註記「呂先生」（而非陳○華）；支票 87 年 8 月份 2 張、9 月份 1 張，並不連號，也未接連記載，與被告服務處會計林○鳳證稱：支票登記簿係按「實際簽發支票時間」記錄者不符；且該 3 紙支票無提示紀錄，陳○華無法提出該 3 紙支票供證，亦未見其積極確保債權，該 3 紙支票應與上開 150 萬元匯款無關；又陳○華於 88 年 8 月 9 日提示兌現之被告簽發另紙 30 萬元支票部分，因支票紀錄簿上「換票呂○璧」之記載，與陳○華、呂○璧所述不符，難認與本件 220 萬元匯款有何關連；均無從佐證本件係借款。綜上，陳○華、呂○璧、洪○倉、林○鳳等人附和被告是借款之證詞，皆係迴護之詞，不足為有利被告之認定。本件匯款原因非借款，被告顯係基於收取特定報償之意思而受領無疑（見該判決第 24 至 28 頁）。張○榮係因被告行使議員職務上調閱資料權，對其施壓，因而屈從批准原主任陳○睦之請辭免兼案，繼而圈選劉○池接任（見該判決第 14 頁）。被告為劉○池人事案所為，已逾一般選民服務程度。若非關涉重大利益，被告無以調閱資料接續施壓之理。

於被告施壓期間，陳○華為本件匯款，顯有以之為被告職務上特定行為之對價之意；調閱資料施壓張○榮之行為，與陳○華之匯款間，具對價關係之關連性（見該判決第 30 至 32 頁）。

最高法院 [106 年度台上字第 3329 號](#) 判決卻認為：「上訴人(被告)就該匯款係借款之相關細節供述，縱有前後不一，或與他人供述之借款細節，略有不符，尚難遽論上訴人及相關人等始終一致之借款說詞，必不足採。」、「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。」、「卷附重謄帳冊是因服務處火災，多人幫忙『依傳票』抄寫而來。既非如原始帳冊之逐日記載，而是抄寫，特別是抄寫在如該帳冊細小格子內，若非書寫時輔以長尺區隔，一不小心極可能寫錯列，並非『絕不可能發生錯誤』。」、「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。」

辯護人於 108 年 7 月 8 日準備程序就此點並口頭補充表示：最高法院本案前一次判決 [最高法院 105 年度台上字第 685 號](#) 判決已表示：「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○華與謝明達間就『由陳○華許以金錢，要求謝明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。故謝明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。」臺灣高等法院 [105 年度重上更\(三\)字第 10 號](#) 判決及檢察官就此部分未能補充其他證據證明，因此本判決未變更事實審確認之自然事實或基礎事實。

惟最高法院 [105 年度台上字第 685 號](#) 判決與最高法院 [106 年度台上字第 3329 號](#) 判決均是最高法院刑事第三庭所為，該 2 判決看法自然相同並可能囿於己見。究其實，最高法院 [105 年度台上字第 685 號](#) 判決撤銷發回後，臺灣高等法院已依照該判決指示進行證據調查及說理，臺灣高等法院 [105 年度重上更\(三\)字第 10 號](#) 判決表示：「查被告提出之重謄版中山服務處帳冊（原本見證物袋內，影本見本院更三審卷第 109 至 120 頁），其分類帳之「暫借款」項目於 87 年 6 月 30 日記載「呂先生調借，1500000（其中數字 1500000 部分誤記於上一行）」、於 87 年 7 月 15 日記載「洪○明借調，700000」等內容，雖有該帳冊在卷可按（見本院更三審卷第 118 頁），然細究其帳冊內容及製作情形，無足為有利被告之認定：

(1) 前述帳冊 87 年 6 月份分類帳自 6 月 15 日以下（即本院更三審卷第 118 頁第 5 行以下）因 6 月 15 日之借方、貸方欄重複抄錄，致該日以下至 6 月 30 日間帳目連串錯誤，乃於 6 月 15 日至 6 月 30 日借方、貸方欄位註記「往下挪」，並加註箭頭指示更正，此有該重謄帳冊在卷可查。而依被告聲請傳訊之帳冊製作人即證人林○鳳於本院所述：前述帳冊關於時序帳（流水帳）及分類帳之製作流程係每日依時序先記帳，再根據時序帳內容製作分類帳；且卷存中山服務處帳冊係『根據原始傳票逐筆重新製作』之分類帳等情（見本院更三審卷第 154 頁背面、聲請狀見本院更三審卷第 89 頁背面）；是果上述帳目確依原始傳票逐筆列帳，依時序逐一填製流水帳，再依流水帳內容按類別製作分類帳，衡情應無於特定日期內同時填寫借方、貸方金額，致生此後帳目連串錯誤之可能。

(2) 又卷附重謄帳冊雖列具包含上述調借款項紀錄之 87 年 6、7 月份分類帳，然該帳冊竟未見 87 年 7 月份時序帳內容，有該帳卷存卷可查（87 年 6 至 8 月時序帳影本見本院更三審卷第 109 至 115 頁），則該帳冊於缺漏 87 年 7 月份流水帳之情形下，竟憑空出現該月份

分類帳，核與記帳原則有悖；且與證人林○鳳於本院證稱：卷附之重騰帳冊係依原始憑證逐筆重新製作，先依時序製作流水帳，再按類別製作分類帳等情（見本院更三審卷第 154 頁背面），及於原審所證：當年（指 87 年）雙十節總部遭縱火，相關帳冊資料均焚燬，這（帳冊）是「其與工讀生根據留存之傳票合力重新製作」等情（見原審卷一第 435 頁），顯然不合。再證人林○鳳就重騰帳冊原因及方法，先於原審及本院證稱：整本分類帳冊燒燬後，根據傳票逐筆重新製作本案提出之重騰帳冊等情，業如前述，嗣又改稱：重騰帳冊分類帳係按火燒之流水帳內容逐筆做云云（見本院更三審卷第 154、155 頁），復無法說明何以既有舊帳冊可辨識內容或抄寫，竟不提出原始帳冊為證之具體理由，所述卷存重騰帳冊係依原始憑證逐一製作云云，顯非可採。

(3)本件辯護人提出存卷之重騰帳冊、登記簿、原始憑證等物，係林○鳳於 89 年 9 月 14 日首次調查後，緊急整理服務處相關資料交予律師等情，業據證人林○鳳於本院證述甚詳（見本院更三審卷第 151 頁背面），並據林○鳳於原審證述：律師所持原始傳票，係其於（第一次即 89 年 9 月 14 日）調查局詢問後，與同仁前往政大附近堆放過期傳票處所找出交給律師等情明確（見原審卷一第 443 頁）。足見林○鳳於 89 年 9 月 14 日調查局詢問後，已知調查重點（見 89 年度偵字第 18233 號卷第 55 至 58 頁），乃立即至政大附近尋得傳票，並整理相關資料交予律師。且就辯護人事後實際上提出之卷存帳冊、支票登記簿各 1 冊、原始憑證 2 冊之數量以觀，數量非鉅（見證物袋），詎辯護人竟故不直接向檢察官提出為證，反而具狀聲請檢察官至「民生東路服務處址」查扣該等帳冊（見 89 年度偵字第 18233 號卷第 125 至 127 頁），顯然有意透過檢察官扣押程序掩飾相關人員重騰帳冊、登記簿之流程及內容所生疑義。是辯護人再執此為辯，指摘檢察官未查扣帳冊不當云云，實無足為有利

被告之認定。至辯護人所稱：因帳冊頁數頗多，無法狀呈，乃於案發翌日聲請查扣云云（見本院更三審卷第 141 頁），更與卷存事證不符，無足增加其提出帳冊、登記簿之可信性。」

本案 [106 年度台上字第 3329 號](#) 判決變更原審重要事實之認定，被告刑事非常上訴陳述意見狀二(一)臚列其認為 [106 年度台上字第 3329 號](#) 判決事實認定較合理之理由支持該判決，惟此部分屬事實審依直接審理原則判斷認定之範圍，第三審無從變更。乃本案 [106 年度台上字第 3329 號](#) 判決為適用刑事訴訟法第 398 條自為判決規定，將被告行為曲解為「行為不罰」，認為：「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。」其不當之處，前已述及。

六、結論

綜上所述，本案 [106 年度台上字第 3329 號](#) 判決逾越刑事訴訟法第 398 條及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(一)之規定，已自行認定事實適用法律，應依刑事訴訟法第 447 條第 1 項第 1 款前段撤銷該判決。雖最高法院 97 年度第 4 次刑事庭會議壹、「關於非常上訴之補充決議」除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。然本案系爭判決違反最高法院撤銷自為判決權限之範圍及撤銷自為判決前未經言詞辯論程序，審判既係違背法

令，並與統一適用法令有關，自得提起非常上訴，請求撤銷違背法令之判決。

又本案 [106 年度台上字第 3329 號](#) 判決既自行認定事實並撤銷改判被告無罪，是否嗣後上訴第三審案件均可循本案系爭判決之見解、自行認定事實而自為判決？本案所涉法律爭點因最高法院見解產生分歧，法律見解並具原則重要性，且顯然影響於判決結果，對日後最高法院刑事案件審理影響深遠，具有分水嶺效果，本署認為應提案最高法院大法庭做出統一見解。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 10 月 21 日

檢察總長 江惠民