

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(三)

檢察總長江惠民

目錄

壹、刑事訴訟法第 398 條第 1 款相關問題	1
一、王士帆教授意見：	2
(一)刑事訴訟法第 398 條第 1 款所稱「不影響於事實之確定」，其「事實」概念，若只就「犯罪構成要件事實」、「基本社會事實」和「作為原審判決判斷基礎之自然事實」擇一解讀，以「作為原審判決判斷基礎之自然事實」最為貼近。	2
(二)第三審法院依卷內證據資料綜合判斷後認第二審所認定之事實錯誤，可否改變第二審判決犯罪事實欄所記載之犯罪事實？若採肯定見解，有無範圍限制？	3
(三)第 394 條前段「第二審所確認之『事實』為判決基礎」與第 398 條第 1 款「不影響於『事實』之確定」，兩者所稱「事實」概念相同。	4
二、林超駿教授意見：	6
(一)如是指社會或自然事實，不僅與現行三審上訴架構齟齬，且可能破壞現行上訴三審法制。	6
(二)此兩條文所稱之事實若超過構成要件事實，現行體系下之第三審法院並無能力從事調查。	6
(三)認定事實範圍越寬，自為判決（無論是有罪或無罪）範圍即越寬，如此不免泯滅法律與事實審之分工界限。	7
(四)第三審準用第一審規定有其限度	7
三、陳運財教授意見：	7
(一)最高法院作為終審法院的定位與任務	8
(二)第三審所謂法律審的內涵	9
(三)避免案件久懸不決	10
(四)何謂「不影響於事實之確定」	11
四、本署意見：	11

(一)刑事訴訟法第 398 條第 1 款立法理由	11
(二)實務向來見解	12
(三)學說多數說同本署見解	14
(四)小結	15
貳、刑事訴訟法第 301 條第 1 項「不能證明被告犯罪」與「行為不罰」之區別？	16
一、王士帆教授意見：	16
(一)國內文獻與實務見解	16
(二)德國法	18
(三)對第三審自為判決權限的區別意義	19
二、林超駿教授意見：	21
(一)最高法院若藉變更構成要件事實之認定而自為判決，不僅違法且欠缺正當性	21
(二)證據不足係法律問題，故作為挑戰構成要件事實之基礎較具正當性，但在我國法下仍應以撤銷發回方式處理	22
(三)從體系解釋予以釐清	23
三、陳運財教授意見：	23
四、本署意見：	25
參、第三審如未經言詞辯論，自行撤銷第二審有罪判決並改判被告無罪，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？	26
一、王士帆教授意見：	26
二、林超駿教授意見：	27
三、陳運財教授意見：	28
四、本署意見：	30
肆、結論	31
一、系爭判決違背法令	31
二、系爭判決與最高法院過往實務見解不一致	33
三、請撤銷系爭判決	34

最高檢察署檢察總長非常上訴補充理由書(三)

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 10 月 30 日調查期日所列爭點及專家證人陳述意見逐點說明於後：

壹、刑事訴訟法第 398 條第 1 款相關問題

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。1. 此所謂「事實」係指犯罪構成要件事實？基本社會事實？作為前揭判斷基礎之自然事實？2. 第三審法院依卷內證據資料綜合判斷後認第二審所認定之事實錯誤，可否改變第二審判決犯罪事實欄所記載之犯罪事實？若採肯定見解，有無範圍限制？3. 刑事訴訟法第 394 條前段「第二審所確認之『事實』為判決基礎」與第 398 條第 1 款「不影響於『事實』之確定」，二者所稱「事實」是否相同？

一、王士帆教授意見：

(一)刑事訴訟法第 398 條第 1 款所稱「不影響於事實之確定」，其「事實」概念，若只就「犯罪構成要件事實」、「基本社會事實」和「作為原審判決判斷基礎之自然事實」擇一解讀，以「作為原審判決判斷基礎之自然事實」最為貼近。

刑事訴訟法上之事實，可分為實體事實與程序事實，法律審基於其功能和構造，不得調查或認定實體事實，僅能調查程序事實。依法律審與事實審的審級功能劃分，法律審法院的權限被限定在以審查事實審法院有無法律違誤的角度，監督事實審所進行之訴訟程序和其對實體法之適用。法律審既不可自行認定論斷宣告罪責和法律效果之實體事實，亦不可以事實審之認定事實為基礎，自為證據評價和量定刑罰。換言之，法律審法院不查明實體事實，實體事實應以事實審法院之認定為判決基礎，法律審只能查明程序事實，甚至應依職權調查程序事實。這樣的審級功能設計，反映在我國法，依現行第 393 條、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，不得另行調查事實。申言之，第三審法院對於原審所認定之事實不作評判，只有在依第 393 條但書及第 394 條第 1 項但書規定，亦即關於訴訟程序及下列允許依職權調查事項（1、第 379 條各款所列之情形；2、免訴事由之有無；3、對於確定事實援用法令之當否；4、原審判決後刑罰之廢止、變更或免除；5、原審判決後之赦免或被告死亡），第三審法院始得調查事實。因此，依現行法對第三審法院的構造設計，關於實體事項之認定，第三審法院應受第二審判決確認之事實所拘束，不得另行調查事實。換言之，「第三審法院須以原審判決所認定之事實為準，依憑原審訴訟資料而審查原審判決適用法則有無違誤，此乃事後審查，不得逕行調查證據重行認定事實」。

從而，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，其所謂「不影響於（原審判決）事實之確定」，應指原審判決確定之事實，也就是作為原審判決基礎之事實認定。在此意義下，「作為原審判決判斷基礎之自然事實」最貼近上述概念。比較法方面，德國也有刑事法律審法院自為判決的規定，即德國刑事訴訟法(StPO)第 354 條第 1 項，其規定「只因對作為判決基礎之事實認定在適用法律上違法而撤銷原審判決者，若無須進一步之事實討論，僅應宣告無罪、終止程序或絕對確定刑，或法律審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，則法律審法院應對該案件自為裁判」，可作參考。

至於「基本社會事實」一詞，是我國實務向來在案件同一性命題下，審判法院判斷能否變更起訴法條的使用概念，與第 398 條前段第 1 款規範目的不同，不宜混用，以免滋生疑義。

(二)第三審法院依卷內證據資料綜合判斷後認第二審所認定之事實錯誤，可否改變第二審判決犯罪事實欄所記載之犯罪事實？若採肯定見解，有無範圍限制？

第三審法院依卷內證據資料綜合判斷後，認第二審認定之事實錯誤，不得改變第二審判決犯罪事實欄所記載之犯罪事實。依現行法設計，關於實體事項之認定，第三審法院應受第二審判決確認之事實所拘束，依憑原審訴訟資料而審查原審判決適用法則有無違誤，此乃事後審查，不得逕行調查證據重行認定事實。

再者，刑事訴訟法第 155 條第 1 項規定「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」依我國實務穩定且正確之見解，「證據之取捨，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法」¹。第三審法院審查

¹ 這是我國最高法院一貫見解，如 108 年度台上字第 3002 號刑事判決：「如證據之取捨與事實之認定，為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法；又證據之證明力如何，由事實審法院本於確信自由判斷之，此項自由判斷之職權行使，苟係基於吾人日常生活之經驗，而未違背客觀上應認為確實之定則，如已敘述其何以為此判斷之理由者，亦不容漫

原審判決適用法則有無違誤時，應尊重原審法院關於調查證據之心證評價，除非原審心證評價違背經驗法則或論理法則。詳言之，證據之自由評價是事實審法院的任務，作為法律審的第三審法院無法替事實審法院進行實體事實認定，只能審查事實審法院的證據評價是否存在法律違誤而已。是以，法律審法院由於未調查實體事實，不僭越或取代事實審法官之自由心證。在事實審與法律審的審級功能結構和我國相仿的德國法，德國聯邦最高法院即表示，「即便另一種判斷更合適或更具說服力，法律審法院也必須接受事實審法官的確信心證（參見BGH, Urteil vom 24. März 2015 - 5 StR 521/14, NStZ-RR 2015, 178）。法律審法院只審查事實審法官是否已有法律違誤。這在實體法觀點下，是指證據評價矛盾、不清楚或不完整，或違背論理法則或經驗法則（德國裁判一貫見解；參見BGH, Urteil vom 13. Juli 2016 - 1 StR 94/16 mwN）」。從第三審觀點而言，如果原審證據評價有違經驗法則或論理法則，亦即，原審判決有違背證據法則的判決違背法令，進而連帶影響實體事實的認定時，那就是實體事實不完整或不明朗，便自始欠缺第三審自為實體判決的事實基礎。於此，由於第三審法院不經嚴格證明程序、不調查實體事實，其只能選擇撤銷原審判決，將案件發回原審法院更審調查，不得自為實體判決。

（三）第 394 條前段「第二審所確認之『事實』為判決基礎」與第 398 條第 1 款「不影響於『事實』之確定」，兩者所稱「事實」概念相同。

刑事訴訟法第 394 條前段和第 398 條第 1 款的規範脈絡不同：前者指供第三審法院審查原審判決適用法律有無違背法令的事實基礎，在此基礎上，「關於實體事項之認定，應受第二審判決確認之事實所

指為違法，而據為適法之第三審上訴理由。且法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得證據，事實審法院本於合適的推理作用而為判斷，自為法之所許。若證人陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院本得依其自由心證予以斟酌，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。」

拘束，不得另行調查事實」；後者指第三審法院審查後，依原審之實體事實認定而自為判決的事實基礎。

依現行法關於第三審法院裁判權限設計，第三審法院審理完畢後，認為上訴不合法或上訴無理由，應以判決駁回上訴（第 395 條前段和第 396 條第 1 項）；上訴有理由時，則撤銷原審判決（第 397 條），此時，第三審法院不是自為判決（第 398 條），就是發回或發交下級審更為審判（第 399 條至第 401 條）。無論是上述哪一種裁判流程或結果，立法者均要求「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」（第 394 條第 1 項）。換言之，第三審之駁回判決、自為判決或發回（交）判決，除關於訴訟程序及得依職權調查之事項外，均以「第二審判決所確認之事實為判決基礎」，在此原則基礎上審查原審法院適用法律是否違背法令（即有無法律違誤），由第三審法院以自由證明程序，調查認定事實審法院有無訴訟程序違法或實體法之適用違法。在「第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎」的框架內，第 398 條第 1 款進一步規定，第三審法院因原審判決違背法令而撤銷時，「於不影響於事實之確定，可據以為裁判者」，才應就該案件自為判決。

因此，如果結合第 394 條前段和第 398 條第 1 款，解讀起來會是：第三審法院以第二審所確認之事實為判決基礎，當第二審判決因違背法令被撤銷，但其違背法令不影響於第二審的事實認定，第三審法院可據以為裁判者，第三審法院應自為判決。在這樣的結合結構，第 394 條前段「第二審所確認之『事實』為判決基礎」與第 398 條第 1 款「不影響於『事實』之確定」，二者所稱「事實」會是相同。

二、林超駿教授意見：

我國第三審上訴制度特徵之兩項為非常有限的事實審查權限以及上訴事由僅限於法律違誤，有關刑事訴訟法第 394 條前段以及第 398 條第 1 項所稱之事實，基於以下說明，應僅限於構成要件事實。

(一)如是指社會或自然事實，不僅與現行三審上訴架構齟齬，且可能破壞現行上訴三審法制。

首先，此兩條文所稱之事實若超過構成要件事實，即社會或自然事實，將一方面與無法審查下級審判決（實體）事實之三審上訴構造齟齬，嚴重破壞現行上訴體系，另一面則可能架空以違背法令作為上訴事由之基礎。此因，就前者言，社會事實與自然事實是否同一之判斷，顯然已進入實體事由，超過刑事訴訟法第 394 條第 1 項但書之規定（僅限於調查訴訟程序及依職權調查之事實）；就後者言，第三審法院若能判斷社會事實與自然事實之同一性，等同上訴事由即不限於法令違誤，而是涉及事實認定，但此為我國現行法制所不採。

(二)此兩條文所稱之事實若超過構成要件事實，現行體系下之第三審法院並無能力從事調查。

現行法制下，既僅賦予第三審法院調查程序事實等有限之權力，第三審法院在無任何實體事實調查程序之輔助下，何能重新認定社會或自然事實？誠如前最高院院長陳樸生先生所言，實體事實須採嚴格證明法則，在現行法僅賦予最高法院極其有限調查事實之權限下，何能從事下級審判決中社會或自然事實之調查與認定。

(三)認定事實範圍越寬，自為判決(無論是有罪或無罪)範圍即越寬，如此不免泯滅法律與事實審之分工界限。

如將三審法院認定事實之權限放寬，則最壞之結果是，將刻蝕法律審之核心，不免泯滅法律審與事實審之界限。對此，可進一步藉由美國法之討論以為闡釋。

美國法界在討論到為何聯邦上訴法院基本上須尊重地方法院之事實判斷時，舉出了數個理由，其中至少有三項值得於此提出。第一，法律審法院如有過大之事實認定權限，將影響下級審之地位與功能，當事人不免將攻防重點留待於法律審。第二，事實審法官對於證據之評價，特別是有關人證之部分，因得目睹證人全程出庭之情況，此一彌足珍貴之經驗，非法律審法院僅閱讀相關筆錄卷證所能獲得。第三，由於絕大多數案件之事實認定並無疑義，如賦予法律審相當之事實審查權限，同時當事人復又藉此提出並無實益之攻防，如此只是浪費寶貴之訴訟資源而已，同時對於其他真正需要法律審法院介入調查之案件，造成排擠效應。

(四)第三審準用第一審規定有其限度

最後，有不可已於言者為，第三審之事實認定權限因刑事訴訟法第394條第1項但書已有規定，故第三審有關事實調查之問題，自不得準用第一審程序之規定。從而如前之述，於現制下，自無法對須經嚴格證明之事實進行調查，從而第三審法院無從以準用第一審程序之規定，逕為無罪判決。

三、陳運財教授意見：

不僅「依原判決所確認之事實，其行為顯屬不罰之情形」，第三審法院得自為無罪判決之諭知，下述三種縮小認定的類型：(甲)依原判決所確認之事實推論認定起訴被告之犯罪事實有罪，違反經驗法則，

欠缺合理性之情形；(乙)因原審法院根據某項證據推論該待證事實的過程，違反經驗法則，欠缺合理性，於排除該事實後，綜合其他各項事實不足以確信被告之起訴事實有罪之情形；(丙)因原審法院根據不具證據能力之證據認定某項事實存在，構成訴訟程序違背法令，於排除該事實後，綜合其他各項事實不足以確信被告之起訴事實有罪之情形，第三審法院亦得適用第 398 條第 1 款規定自為判決，諭知被告無罪、或較輕之罪名。

(一)最高法院作為終審法院的定位與任務

歷來審判實務多數見解認為，終審法院專以糾正原判決違法為職責。最高法院 77 年度第 11 次刑事庭會議決議雖曾指出，「為加強第三審積極之功能，應就刑事訴訟法現行條文為妥善之運作，以適應現時需要減少發回更審。」其中，何謂加強第三審積極之功能，除統一法令解釋外，是否指最高法院亦應兼負具體救濟個案的任務？最高法院作為終審法院的任務，應該如何定位，與第 398 條第 1 款得自為判決之界限的解釋息息相關。

我國刑事訴訟程序的第三審上訴雖採取所謂的法律審，限制當事人僅得以原判決違背法令作為上訴事由，就此範圍而言，第三審法院的任務自以糾正原判決違背法令為其目的，並無疑義。惟對於重大違背法令致事實認定有誤而影響判決結果之情形，亦應屬第三審法院審查之事項，而兼具個案救濟的功能。

蓋一般而言，導致事實誤認的情形，有三種型態：其一，因法院採用不適法之證據，例如不具關聯性或非任意性的自白等無證據能力的證據，作為認定事實的據，導致事實誤認的情形，此種情形之誤認事實，乃起因採用不適法證據的必然結果，故性質上亦可歸類為判決違背法令。其二，法院雖採用適法之證據，惟於價值判斷時，違反經驗法則或論理法則，以致於形成不合理的心證，造成事實誤認的情形，

此種情形，依我國目前實務見解，認判決如有違背經驗法則或論理法則者，仍屬判決違背法令，得作為上訴第三審之事由，屬第三審依職權調查的事項。另外，在作成或宣示判決時，判決書所載認定犯罪事實與所憑之證據之間，有理由矛盾之情形，所生的事實誤認，此種情形，自構成現行第 379 條第 14 款判決所載理由矛盾之情形，亦屬違背法令。

由上可見，表面上現行刑事訴訟法第 377 條雖限定提起第三審上訴應以判決違背法令為理由，惟實質上，有無事實誤認之問題，某種程度仍在第三審審查的範圍。在此意義下，第三審於統一法令之解釋外，本即賦有具體救濟當事人對原審法院違法認定事實錯誤之機能，而非謂終審法院專以糾正原判決違法為職責。

上述所舉三種縮小認定之情形，正是屬於原判決因違背法令致認定起訴被告之罪名成立的錯誤類型，應由第三審法院依無罪推定原則及維護正當法律程序予以撤銷並自為判決，以救濟被告。

(二)第三審所謂法律審的內涵

長期以來，通說將第三審定位為所謂的法律審，以與第二審覆審的事實審區隔。然而使用「法律審」一語，過度簡化了事實與法律的關係，並以為第三審只處理法律問題，而令人產生第三審不得審查原審判決有無事實誤認的錯覺，並不妥適。

如上所述，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。只不過第三審不逕行調查新證據，重新為事實之認定，事實不明時，最終仍應由第二審調查確認，兩者對事實之調查界限及義務性的程度不同而已。要之，過度強調法律審之用語，不免模糊及弱化第三審應有的積極功能，並不貼切，實質上定位為「事後審查審」，審查範圍及於原審法院違背法令有無造成認定事實錯誤之情形。

進一步言之，刑事訴訟法第 394 條第 1 項雖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，惟此項規定僅在限縮最高法院得調查事實之範圍，並非謂最高法院不得就第二審法院有無因訴訟程序違背法令或因適用法則不當致有事實誤認之情形進行審查，亦即，第二審法院如有違反經驗法則或論理法則，致依據所調查之證據推論犯罪事實之存否有違誤者，最高法院自仍得以判決違背法令為由予以撤銷，乃當然之理。另外，既然所謂的法律審，屬事後審性質，其審查重點固應置於上訴理由、且第三審法院審查的基準點以及審查時得使用證據及訴訟資料的範圍應受限制，惟這並不表示審查之方法一定是採行書面審查，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。

(三)避免案件久懸不決

最高法院撤銷原判決發回更審的案件比率，近年來雖已有相當幅度的減少。惟仍有部分案件有罪無罪逆轉，撤銷發回更審次數偏多，久懸未決的情形。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。

具體言之，第二審法院為有罪判決，被告不服提起上訴者，如第三審法院認定原審判決就證據能力之審酌有違反嚴格證明法則之情形，例如依法應予以排除之違法蒐集的證據未予排除而採為被告有罪之認定依據，於排除該項證據後，如認為剩餘證據不足以確信被告有罪者，最高法院宜撤銷原審判決，依無罪推定原則，自為無罪之諭知，以使被告迅速脫離刑事程序的折磨。

(四)何謂「不影響於事實之確定」

由於審判之作用係認定事實，適用法律，而犯罪事實之認定，應依證據。被告的被訴事實是否證立，應由法院綜合依法調查之證據所推論之各項直接或間接事實認定之。因此，刑事訴訟法第 394 條及第 398 條所謂之事實，係指與實體之犯罪是否成立有關之直接或間接事實而言，是有罪或無罪之評價背後的社會事實。

是以，有罪改諭知無罪，第三法院對於事實認定之「結果」與原審不同，並不立即構成變更原判決所確認之事實，也不當然有影響事實之確定。

四、本署意見：

王士帆、林超駿二位教授對於刑事訴訟法第 398 條第 1 款之「事實」係指「犯罪構成要件事實」或「作為前揭判斷基礎之自然事實」，論述雖有不同，惟彼等論述之說理及結論，並無二致。基於下列原因，本署認為王士帆、林超駿二位教授之上開意見可採。

(一)刑事訴訟法第 398 條第 1 款立法理由

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。

(二)實務向來見解

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。

（三）學說多數說同本署見解

陳運財教授於 108 年 10 月 30 日陳述專家意見時，自承其見解是少數見解。本署尊重陳運財教授專業意見，認為值得我國修法方向討論之參考，但各級法院均應依現行法律審理，不能擅自逾越法律，避免流於恣意。

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。²」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³。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⁴。

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⁵？

(四)小結

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

² 陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂二版，1999 年 6 月，532 頁。

³ 陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂二版，1999 年 6 月，532-533 頁。

⁴ 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。

⁵ 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。

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」，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。

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)之說明。

貳、刑事訴訟法第 301 條第 1 項「不能證明被告犯罪」與「行為不罰」之區別？

一、王士帆教授意見：

(一)國內文獻與實務見解

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」。依此，無罪判決的理由有二，一是不能證明被告犯罪，另一是被告行為不罰。兩者的理解和區分，我國文獻與

實務見解大致相同。關於不能證明被告犯罪，說法如「指形式上起訴之要件雖已具備，但就實體上審理之結果，未能獲得足以證明其犯罪事實之證據者而言」⁶。關於行為不罰，「指起訴事實，雖有證明，但法律上並不處罰其行為是也，有因其行為之自體，不能成為犯罪者，有因法律阻卻犯罪者」⁷、「起訴事實雖經證明，但法律上並不處罰其行為之意。此有因其行為之自身不構成犯罪者，如債務糾葛而以詐欺追訴者是；有因法律阻卻犯罪而不予處罰者（即處罰條件欠缺、違法責任阻卻事由存在）」⁸。

實務見解方面，如最高法院 [107 年度台上字第 2071 號](#) 判決：「依刑事訴訟法第 301 條第 1 項規定，被告受無罪之判決可分為不能證明被告犯罪與其行為不罰二種情形。前者係無法以證據證明被告被訴之犯罪，乃基於事實理由而認定被告無罪；後者則指起訴事實雖經證明，但法律上並不處罰其行為，乃出於法律理由而為認定被告無罪」。 [89 年度台上字第 2373 號](#) 判決：「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足以證明被告犯罪，基於證據裁判主義及無辜推定原則，自應諭知無罪之判決，以免冤抑；後者之行為不罰，除該行為具有阻卻違法性之事由，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，及具有阻卻責任性之事由，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，亦皆應予判決無罪。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。」

⁶ 程元藩、曹偉修，《修正刑事訴訟法釋義（下冊）》，修正再版，1969 年，頁 609。另參見林永謀，《刑事訴訟法釋論（中冊）》，改訂版，2010 年，頁 551。

⁷ 程元藩、曹偉修，《修正刑事訴訟法釋義（下冊）》，修正再版，1969 年，頁 610。

⁸ 林永謀，《刑事訴訟法釋論（中冊）》，改訂版，2010 年，頁 552。

從上述國內文獻與最高法院裁判見解，可分析出兩點特徵：第一，不能證明被告犯罪和行為不罰，前者是基於不足以形成有罪確信證明的事實理由，後者是基於法律理由而不罰。第二，被告行為不罰的無罪理由，乃建立在被告系爭行為已經證明存在作為前提，但因我國法律不處罰該行為而宣告無罪，並非被告行為不能被證明有罪，除非扭轉事實，否則被告行為本身由於自始不成立犯罪，客觀上根本不可能被證明為有罪。這兩點關鍵特徵，在德國法上亦有跡可尋。

(二)德國法

德國刑事訴訟法並無類似我國刑事訴訟法第 301 條第 1 項規定。德國刑事訴訟法關於「判決理由」的記載規定在第 267 條，其第 5 項第 1 句規定無罪判決理由應記載是否「未證明被告犯罪」，或是否及出於什麼理由認為「已證明之行為乃不可罰」。換言之，德國刑事訴訟的無罪判決，區分成「未證明被告犯罪」和「已證明之行為乃不可罰」，前者是證據調查後不足以判決有罪的基於事實理由之無罪，後者是對證據調查後已認定存在的事實，但基於法律理由之無罪。就此而言，德國法和我國最高法院 [107 年度台上字第 2071 號](#) 刑事判決說理一致，而 [89 年度台上字第 2373 號](#) 判決的舉例亦屬正確。

在「未證明被告犯罪」(事實理由)的無罪，指法院經過審判期日之證據調查結果後，未確信已證明被告有起訴意旨所稱應受法院評價的不法事實，故由法院基於事實理由判決被告無罪。此時的無罪判決理由必須先說明指控的犯罪，然後清楚地交代事實審法官認為已被證明的事實，而在此一基礎上，才接續於證據評價上說明，是基於什麼理由，以致未能作出對於成立有罪判決所必要的進一步事實認定。也就是說，事實審法院必須先清楚說明針對起訴之罪名，之後分別列出關於犯罪成立的構成要件方面，什麼是調查證據後已經證明存在，

什麼則未獲得證明，以致於不足以確信證明被告有起訴意旨所指控之犯罪。

基於「行為不罰」(法律理由)之無罪判決，乃以起訴意旨控訴被告之事實已實際上被證明為要件，判決理由必須敘述已經被證明的事實，並說明法院基於什麼理由認為系爭行為不可罰，諸如犯罪構成要件不該當、阻卻違法、阻卻罪責或欠缺其他可罰性條件。在這種情形的無罪判決，判決理由必須在所有可能列入的法律觀點下，對檢察官的起訴事實進行徹底的法律評價。

未證明被告犯罪和已證明之行為乃不可罰，固然結果上都是宣告無罪，然而，無罪判決究竟是基於前者(事實理由)或基於後者(法律理由)，是一種非此即彼的關係，不可混淆，箇中法理在於：將無罪判決的理由區分成「未證明被告犯罪」和「已證明之行為乃不可罰」涉及無罪判決的澄清功能，亦即，出於一般預防的理由，應讓社會大眾瞭解在「未證明被告犯罪」的無罪判決時，被告是被起訴假定有其違犯刑事犯罪，而在「已證明之行為乃不可罰」的無罪時，則是宣告被告受到指控的行為，根本不是國家社會譴責的違法行為，至少不是應受刑罰制裁的行為。

(三)對第三審自為判決權限的區別意義

在本件法律問題脈絡下，被告無罪理由是事實上不能證明犯罪或法律上經證明的行為不成立犯罪，對於第三審法院自為判決的裁判權限有區分意義。

舉例來說，在針對行使職務賄賂罪的審理調查，當系爭款項是借貸或賄賂屬於本案待證事項時，調查認定如認借貸，這就會成為刑法所不關心的一種犯罪構成要件不該當的事實，其並不是一種犯罪構成要件事實，自應以「行為不罰」判決無罪。相反的，系爭款項究竟是借貸或賄賂，經事實審法院開庭審理調查(嚴格證明程序)、各項證

據綜合評價後仍屬不明時，只能論斷為被告有無起訴意旨所稱的收受賄賂乃不能證明，應以「不能證明被告犯罪」而宣判無罪。

回到關鍵問題，也就是：「不能證明被告犯罪」或「行為不罰」的無罪理由，對於第三審法院自為無罪判決是否有區分意義？答案簡言之，依現行法文義解釋、體系解釋和審級功能分配，第三審法院不能以「不能證明被告犯罪」而自為無罪判決，只能在一定嚴格條件下，才被賦予有以「行為不罰」而自為無罪判決的裁判權限。如前已述，第三審法院即法律審法院，關於實體事項之認定，第三審法院應受第二審判決確認之事實所拘束，不得另行調查事實。而關於原審證據之取捨，「為事實審法院之職權，倘其採證認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法」⁹，第三審法院應尊重原審法院關於調查證據之心證評價，除非原審心證評價出現違背經驗法則或論理法則的法律違誤。但即便原審判決有違背證據法則的判決違背法令，以致連帶影響實體事實的認定，充其量是實體事實不完整或不明朗，第三審法院無從將原審判決認定之事實作為自為判決之事實基礎。此時，由於第三審法院不調查實體事實，其只能選擇撤銷原審判決，將案件發回原審法院更審調查，不得自為實體判決。

因此，第三審法院若認原審判決之證據評價存在違誤，指摘原審判決理由「不能證明被告犯罪」，表示從第三審法院之審查立場觀之，原審判決之事實認定存在疑義（至少和第三審法院傾向的「事實版本」出現歧異），如此一來，原審判決違背法令，但因實體事實認定存在疑義，即影響於事實之確定，第三審法院應撤銷原審判決，發回更審，不得取代原審——或「利用」原審的嚴格證明程序——形成本案證據評價¹⁰，這將嚴重觸犯刑事訴訟諸多重要基本原則，例如自由心證原

⁹ 最高法院 108 年度台上字第 607 號刑事判決。

¹⁰ 國內文獻通說，如程元藩、曹偉修，《修正刑事訴訟法釋義（下冊）》，修正再版，1969 年，頁 937：「事實上確定，乃事實審法院之職權，故第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，因之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，而審查其援用法令是否適當，此觀之本法第 398 條第 1 款，第三審法院因原審判決係違背法令而不影響於事實之確定，可據以為裁判之情形，而撤銷之者，應就該案件自為判決之規定，益見明瞭，乃原審判決未載事

則和直接審理原則等。相反的，第三審法院本於法律審功能，審查原審判決是否違背法令時，若肯認刑事不罰的被告行為經原審判決證明確屬存在，並無調查不明的法律違誤，只因原審判決適用實體法律錯誤，誤將犯罪構成要件不成立的被告行為，誤以為成立犯罪，而撤銷原審判決時，第三審「於不影響於事實之確定，可據以為裁判者」，應就該案件以「行為不罰」為由，自為無罪判決。

承接前述舉例，當二審認定系爭款項是賄賂，故判決被告有罪，第三審法院可從法律審審查角度出發，基於證據評價違背證據法則（論理法則或經驗法則）質疑系爭款項到底屬於借貸或賄賂的事實調查不明，撤銷原審判決，但原審判決事實基礎既然不受第三審法院認同，自然不得依第 398 條第 1 款認為顯然不影響於事實之確定而自為無罪判決，而是在認上訴有理由、撤銷原審判決後，發回更審重新認定事實。

二、林超駿教授意見：

最高法院如以為原審判決認定被告有罪之行為證據不足者，依據美國法，這是法律問題；反之，如是單純以為被告行為不罰（指未涉及事實認定違反證據法則、論理法則等情形），這是事實認定錯誤問題。對此，如上之分析，美國法有不同之處理模式，而此足為我國法所參酌。

（一）最高法院若藉變更構成要件事實之認定而自為判決，不僅違法且欠缺正當性

基本上，欲從行為不罰也就是事實認定錯誤角度，立論自為無罪判決之可能性，其正當性較弱，除因認定無犯罪事實已影響事實之確定（刑事訴訟法第 398 條第 1 款前段）外，故不符合該款之要件外，

實或所載事實不明，至其所確認之事實與論罪科刑所援用之法令不能適合時，第三審法院無從依其職權調查所得之結果，逕行認定事實，而為法律之適用」。

更重要的問題是，即便有違誤，如上之分析，因最高法院調查事實之權限有限，仍應以撤銷發回下級審法院為原則。

再者，需補充說明的是，與下述證據不足場合不同者，特定構成要件事實認定錯誤，該行為固不得依原判決罪名處罰，但系爭行為未必不該當其他罪名之構成要件，而就此言，如前所述，此恐涉及我國法所稱社會事實之判斷，因現行架構下最高法院無法從事應依嚴格證明標準之實體事實調查，故即便是在構成要件事實認定錯誤之場合，最高法院仍應以撤銷發回為原則。

(二)證據不足係法律問題，故作為挑戰構成要件事實之基礎較具正當性，但在我國法下仍應以撤銷發回方式處理

因於我國現行法制下，上訴三審僅限於違背法令之事由，故相較於以事實認定錯誤為由挑戰下級審判決之情形，因不免與現行法制有隔閡，有違法之虞，且欠缺正當性，而在以證據不足為由挑戰之情形，因本質上屬法律爭議，故有其功能與價值。雖然如此，在以證據不足為由否定原判決之場合，仍應以撤銷發回為原則，理由主要有下列兩者：第一個理由，是從檢視刑事訴訟法第 398 條第 1 款之要件出發，證據不足雖屬違背法令，但因當最高法院以證據不足否定原判決所認定之構成要件事實時，即屬影響事實確定，故不符合該款自為判決要件。其實，依據刑事訴訟法第 394 條前段規定，第三審既以二審判決確定之事實為基礎，第三審法院當然無從對社會或自然事實進行審查與判斷。

第二，就理論言，因我國法欠缺雙重危險概念，故最後即便認定原判決之證據不足，仍應以撤銷發回為原則。美國法先前之見解，係證據不足與其他美國法所認為違誤之場合同，即皆以撤銷發回為原則，只是援引該國雙重危險禁止原則為據，以為在證據不足場合應給予被

告較佳之保護，應賦予無罪之效果。然因我國法並無此原則，除非最高法院另行建構相關法則，否則自以撤銷發回為原則。

(三)從體系解釋予以釐清

再者，從體系解釋上看，有關刑事訴訟法第 398 條第 1 款之詮釋，應與刑事訴訟法其他自為判決之規定本質上相類，方符合體系上之一致性。然可惜的是，無論是被告行為不罰，即事實認定錯誤之場合，抑或是證據不足，即判決違法之情況，二者皆與刑事訴訟法其他自為判決規定之性質有間，故兩者因皆不符合刑事訴訟法第 398 條第 1 款之規定，故不能作為自為判決基礎。

因本法其他規定得自為判決之場合，皆有違法事由為前提，而事實認定錯誤情形未必有違法問題，故無本款適用。綜觀刑事訴訟法第 398 條第 2 款及第 3 款，以及刑事訴訟法第 399 條以及第 400 條等之得自為判決之規定，皆以判決違法為前提，故單純之事實認定錯誤，自無本法適用。

再者，綜觀本法其他得自為判決之規定，尚有另一共同特徵，即原審判決之事實皆未受挑戰，即不影響二審已然確定之事實；反之，以證據不足挑戰原審判決之情形，如前段之討論，因已屬影響事實之確定，故亦與本法現行其他得自為判決之情形不同。

三、陳運財教授意見：

刑事訴訟法第 301 條規定之無罪判決，有兩種情形：一、不能證明被告犯罪；二、被告之行為不罰。前者，是因訴訟上檢察官所提之積極證據不足以確信被訴事實成立（未能證明被告有罪至超越合理懷疑之程度），基於無罪推定原則，應諭知被告無罪。認定被告無罪之原因，乃證據評價不足的問題。至於後者，又可分為(1)被告之行為不具特定犯罪之構成要件該當性的行為不罰、以及(2)被告之行為雖

具構成要件該當性，惟因符合阻卻犯罪成立之事由，而不具可罰性之情形。可見，行為不罰者，係依證據足以認定被告之行為存在，惟因實體法上，因欠缺該當性、違法性或有責性等，故基於罪刑法定原則，應為被告無罪之諭知。要之，「不能證明被告犯罪」，是指起訴事實不能獲得證明；「行為不罰」，是指起訴事實不構成犯罪，兩者應予以區別。

第三審上訴應定位為事後審查審，而根據刑事訴訟法第 394 條第 1 項規定，得就第 393 條但書各款事項依職權調查事實，而據以為裁判之基礎者，則兼具有續審的性質。就事後審查審的定性而言，最高法院就原審判決之事實認定是否合理，有無違反經驗法則或論理法則，進行審查。第三審法院適用第 398 條第 1 款之規定，於撤銷原審判決後，應就該案件自為判決者，係指審酌審理之經過，案件已到達適於自判之狀態，亦即自為判決已臻成熟而言。具體而言，應包括下述幾項要件：

其一，已窮盡證據之調查。依訴訟紀錄及第一審及原審所調查之證據觀察，當事人所聲請調查之必要證據已均經合法調查，且依卷內證據資料觀察，已再無依職權調查其他相關證據之可能。

其二，無害於審級利益。係指最高法院自為終審之判決，判決即告確定，亦對當事人不生審級上之不利益。換言之，即便將原審判決予以撤銷後發回，亦可預見原審法院將為相同之判斷，由最高法院自為判決其實具有訴訟經濟的效果。

其三，與假定撤銷發回更審後的判決結果相較，第三審法院自判的結果對被告並無不利。基本上，因縮小認定的結果，依第 398 條第 1 款所為之判決應屬有利於被告。

四、本署意見：

王士帆、林超駿二位教授上開論述分別從德國法及美國法觀點出發，但說理及結論完全一致，本署認為王士帆、林超駿二位教授之上開意見可採。

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（詳參檢察總長非常上訴補充理由書(二)）；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 [89 年度台上字第 2373](#)

[號](#)等判決產生見解歧異。其不當之處，王士帆、林超駿二位教授已深入論述，不再贅述。

參、第三審如未經言詞辯論，自行撤銷第二審有罪判決並改判被告無罪，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？

一、王士帆教授意見：

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。」一般認為，第三審並非是事實審，上述條文所謂有辯論「必要」，指針對某種法律事項經由辨析釋疑以獲致正確見解者而言。換言之，第三審是法律審，以審查法律問題為審級任務，從而，第 389 條第 1 項但書的命辯論之必要，專指辯論法律問題之必要性。

如同前述，當第三審法院依刑事訴訟法第 398 條第 1 款，以原審判決違背法令，但不影響原審之事實之確定，可據以為無罪判決時，而自為無罪判決者，其要件依然要緊扣第三審的法律審性質，亦即應以原審證明之事實為無罪判決基礎，或說受到原審判決事實認定的拘束。因此，第三審自為無罪判決的理由構成，也就只剩下被告「行為不罰」這個選項，由於不得僭越原審之證據評價，故不存在第三審法院自認「不能證明被告犯罪」的自為無罪判決可能性。在此嚴格條件下，當第三審法院基於原審判決調查認定之同一事實，認為原審判決適用實體法違誤，但不影響原審之事實之確定，可據以為無罪判決，而自為無罪判決者，依現行法，並未要求第三審應行法律問題之言詞辯論，立法者即便在自為判決也一樣給予第三審法院裁量餘地，由第三審法院裁量判斷是否進行法律辯論。惟為求法律問題釐清慎重起見，當然以進行法律辯論為宜，德國法可供借鏡。

依德國法，上訴法律審後，除無管轄權裁定的情形 (§ 348 StPO) 外，法律審共有三種裁定駁回類型：不合法而裁定駁回 (§ 349 I StPO)、顯無理由而裁定駁回 (§ 349 II StPO) 以及 (一致認為) 有理由而裁定撤銷 (§ 349 IV StPO)。反之，法律審如果未作成上述裁定，不問未以裁定終結的理由為何，就只能以判決作為終局裁判 (§ 349 V StPO)。更精確地說，是上訴法律審案件自動進入法律審的審判期日流程，必須開庭並以判決形式來終結訴訟繫屬。換言之，法律審法院前置審查程序裁定與否的決定，實質上也等於是法律審「有無必要開庭審理」的決定。在德國刑事法律審，審判期日開庭時，應通知被告或其有代理權之辯護人到場 (§ 350 StPO)，隨後首先訊問上訴人，然後檢察官、被告及其辯護人之意見及聲請，被告並有最後陳述權 (§ 351 StPO)。德國刑事法律審法院聽詢被告、辯護人和檢察官的意見，雖非嚴格證明程序下的言詞審理，但一定程度在進行法律問題的言詞辯論。以上的法律問題言詞辯論 (法律審開庭聽詢兩造意見)，是德國法律審法院審理案件的一般性義務。德國法律審在此背景下，當第三審自行撤銷第二審有罪判決並改判被告無罪，必然已在審判期日聽詢當事人意見或舉行法律問題之言詞辯論。

二、林超駿教授意見：

當三審法院欲藉由撤銷二審法院判決，進而自為判決時，應先召開言詞辯論。理由主要有下列三者：

第一，以美國聯邦上訴法制為例，美國聯邦上訴規則第 34 條第 2 項，共規定了三種毋需進行言詞辯論之情形，即一是屬不重要案件，二是已有明確前例可循，三是從卷證資料看，認事用法無誤的情況。以此規定若適用至我國法，在第三審法院欲自為判決之情形，顯然是屬原審判決認事用法有疑之情形，故符合開啟言詞辯論之要件。

第二，從比較法上看，只要涉及事實重新認定者，被告皆有參加法律審言詞辯論之權利，此因涉及當事人重要利益，故應使其有陳述機會。類似地，當第三審法院果真欲自為罪判決時，特別是在無罪判決場合，自亦屬事實重新認定情形，故從個案救濟角度看，相關當事人，無論是檢方或被告，皆應有陳述機會。

第三，更重要的理由或許是，第三審法院若欲自為判決，無論是無罪或有罪判決，涉及自為判決要件之法律原則重要性問題，是屬規範控制之一環，已非單純個案救濟之問題，故應先召開言詞辯論。

然必須強調的是，即便進行言詞辯論，因此為法律審之辯論，性質與事實審進行者有別，其調查事實之權限，仍受第三審法制構造之限制，即僅限於刑事訴訟法第 394 條第 1 項但書之權限，故即便第三審開言詞辯論，無法作為變更事實認定之基礎。

三、陳運財教授意見：

最高法院針對上述縮小認定之類型，適用刑事訴訟法第 398 條第 1 款自為判決的程序要件，有二項爭點有待釐清：一、為縮小認定時，是否均應先依刑事訴訟法第 394 條第 1 項規定依職權調查事實後始得自為判決？二、縮小認定而自為判決時，是否應依刑事訴訟法第 389 條第 1 項但書規定行言詞辯論？

就第一個論點而言，答案應是否定。因為依第 394 條第 1 項但書規定，第三審法院是否就訴訟程序及第 393 條所定得依職權調查之事項，調查事實，本具有裁量權，若僅依訴訟紀錄、原審調查之證據及其所確認之事實即得以判斷有上述縮小認定之情形，即無必要再依第 394 條第 1 項但書另行調查事實。

其次，關於第二個論點，刑事訴訟程序中所謂的言詞辯論，在概念上宜依訴訟行為之目的係為實踐證據裁判主義下之嚴格證明法則與直接審理原則，而應於審判期日進行詰問證人或鑑定人等有關調查證據認定犯罪

事實所為之言詞辯論、抑或是僅為聽取當事人之主張或意見陳述之言詞辯論。法院之裁判是否應經「認定事實之言詞辯論」或「陳述意見之言詞辯論」，自當取決於該判決所指涉的事項及審級結構而定。第一審及第二審事實審法院為有罪或無罪之實體判決，不僅應經證據裁判主義下的「認定事實之言詞辯論」，同時為保障當事人陳述意見權，並應兼顧其「陳述意見之言詞辯論」。至於，關於刑事訴訟法第 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」，因第三審為事後審查，原則上不行事實調查，故其判決不用經言詞辯論。而後段文字，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。畢竟此項「陳述意見之言詞辯論」之機會，與當事人陳述意見之程序保障息息相關，特別是由被告的地位觀之，屬其聽審權的保障範圍；同時因開庭進行辯論，實質上多少也有助於法院釐清法律爭點，衡平不同的法律見解。因此，是否開庭就上訴有無理由、原判決有無違背法令進行辯論，仍應合於第三審上訴之目的及最高法院得調查事實之範圍予以審酌判斷。

關於第三審法院有無依刑事訴訟法第 389 條第 1 項但書命行言詞辯論之必要，主要有三種見解：一是，原則重要性模式。二是，撤銷必要性模式。三是，重大案件模式。三說均各有所據，惟在現行刑事訴訟法就第三審上訴審採取所謂事後法律審查的結構、以及上訴目的係以統一法令之解釋為主的考量下，以第一種原則重要性模式較為可採，然基於第三審法院仍應兼具救濟個案的終審功能，於認有落實無罪推定及維護正當法律程序之必要，而有撤銷原審判決之情形，亦以經言詞辯論為妥適。

特別是，如前所述，於第三審法院撤銷原審判決後，係以自為判決或發回更審為適當，應以案件是否因已窮盡證據之調查，且無害於當事人審級利益，已達適於自判的狀態而定。此項程序要件的判斷，自有先聽取檢辯雙方的意見或主張，確認是否尚有卷內所無之其他與本案相關之證據存

在，而有發回原審法院更為調查事實之必要。在縮小認定的情形，第三審法院尤應聽取檢察官是否已窮盡其舉證的意見，以供判斷案件是否成熟至適於直接可自為無罪或較輕罪名之諭知。

四、本署意見：

王士帆、林超駿二位教授上開論述分別從德國法及美國法觀點出發，但說理一致；陳運財教授從日本法制角度論述，但結論亦屬相同。本署贊同上開三位教授之意見。

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¹¹。

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

¹¹ 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。

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德國、美國、日本之立法例，請詳參本檢察總長提案予刑事大法庭聲請書之相關說明。

肆、結論

一、系爭判決違背法令

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¹²，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。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¹³，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¹⁴。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，

¹² 林鈺雄，刑事訴訟法(下)，自版，8 版 4 刷，2018 年 6 月，443 頁。

¹³ 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。

¹⁴ 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。

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、系爭判決與最高法院過往實務見解不一致

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。

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，倘承審庭持與本案106年度台上字第3329號判決相同見解，本署認為應提案最高法院大法庭做出統一見解，俾資遵循。

三、請撤銷系爭判決

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，請求撤銷該違背法令之判決。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 11 月 22 日