

最高法院刑事判決

107年度台非字第205號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被告 謝明達

上列上訴人因被告違反貪污治罪條例案件，對於本院中華民國107年8月15日確定判決（106年度台上字第3329號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署89年度偵字第16388、18233、22834號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、非常上訴理由稱略以：「

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。次按，刑事訴訟法第398條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。但應為後二條之判決者，不在此限：一、雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者。二、應諭知免訴或不受理者。三、有第393條第4款或第5款之情形者。又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398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。

二、最高法院106年度台上字第3329號刑事確定判決（下稱

01 原確定判決) 自為無罪判決有下列違背法令情事：

02 (一) 原確定判決有自行認定事實，適用法律之違法如下：

03 1、第二審判決認定事實為『被告乙○○係受託為促成劉金
04 池人事案之目的，而欲行使議員質詢及調閱議會質詢參
05 考資料為由，書寫便條囑張栩林轉交張志榮，請臺北
06 市政府捷運工程局（下稱捷運局）東區工程處（下稱東工
07 處）提供處長張志榮學經歷、任內各工程採購案、工程
08 案資料。』原確定判決重新認定事實為『原審判決（即
09 第二審判決）以上訴人係受託為促成劉金池人事案之目
10 的，而欲行使議員質詢及調閱質詢資料之法定職務，以
11 施壓張志榮，所指受託以議員職權施壓，尚乏依據。尤
12 以上訴人及陳國華所辯匯款是借款之說詞、卷內有利上
13 訴人之其餘人證、物證，均不足採為由，作為上訴人行
14 使職務行為與收受陳國華之匯款間，有對價關係之理由
15 論述，更屬無稽。』

16 2、第二審判決認定事實為『陳國華先後於民國87年6月30
17 日、同年7月15日指示不知情之長發工程股份有限公司
18 （下稱長發公司）財務副理徐正城，自陳國華設於中興
19 商業銀行永吉分行帳戶提領新臺幣（下同）150萬元、
20 70萬元，分別以陳淑貞、洪一倉名義，匯款至被告設於
21 誠泰商業銀行五常分行帳戶及臺北國際商業銀行龍江分
22 行帳戶內，．．．是被告先後收受陳國華指示不知情之
23 長發公司人員匯交前述150萬元、70萬元款項之事實，
24 亦堪認定。』而認被告顯係基於收取特定報償之意思而
25 受領陳國華給付之金錢等情；原確定判決重新認定事實
26 為『上訴人於調查詢問前，實無從預知本件金錢往來係
27 查詢重點而預為準備。其於偵查中關於本案匯款之相關
28 供述，應係依憑當時記憶，要無疑義。從而，上訴人就
29 該匯款係借款之相關細節供述，縱有前後不一，或與他
30 人供述之借款細節，略有不符，尚難遽論上訴人及相關
31 人等始終一致之借款說詞，必不足採。』、『依上訴人

01 與陳國華所述，因彼等未直接接洽本件借款，相關細節
02 ，因各人日常工作、處理事務繁雜有別，就本件借款體
03 驗、關心程度不一，對事件之描述，容有差異，記憶亦
04 隨時間經過而模糊、淡忘；彼等就細節之供述不一，或
05 與帳冊、紀錄未盡相符，難謂即屬不實。』、『上訴人
06 當時確實經濟拮据，借貸、還款頻繁，金額非小，其於
07 2年多之後，突遭拘提，於調查時，不能逐筆清楚記憶
08 ，事屬必然。』

- 09 3、第二審判決認定事實為『原審認上訴人於88年7月31日
10 簽發之30萬元支票，業據陳國華於88年8月9日提示兌
11 現，．．．是就前述30萬元支票使用紀錄以觀，及陳國
12 華本無積極行使債權之客觀事態綜合判斷，無從認該用
13 途欄註記「換票（呂漢璧）」之票號QC0000000號、面
14 額30萬元支票（票載發票日為88年8月9日）之支票使
15 用紀錄與本案150萬元、70萬元匯款之原因關係有何關
16 連。依卷存事證，無從認前述30萬元支票與本案150萬
17 元、70萬元匯款有關，既如前述。且被告先後收取共22
18 0萬元款項後，逾1年始另簽發30萬元支票，且面額、
19 時間無一與被告所述前開供擔保之面額各50萬元之支票
20 3張相符，顯無換票可言；另於收款後逾9年始於被訴
21 案件上訴期間匯款190萬元之事後資金流動資料，無足
22 反向推認陳國華指示所屬匯交被告之150萬元、70萬元
23 款項係借款，而為有利被告之認定。．．．是被告既非
24 因借貸之故，又無其他任何原因關係，竟受領陳國華指
25 示所屬匯交前述二筆鉅款，陳國華事後復無積極追償債
26 權之意，甚且將被告所稱供擔保之面額各50萬元支票3
27 張隨意放置抽屜致不復見，顯然有意給付該款項作為特
28 定報償，被告亦係基於收取特定報償之意思受領款項無
29 疑。』原確定判決重新認定事實為『原審判決係認陳國
30 華所收該30萬元支票及3紙各50萬元支票與本件220萬
31 元匯款無關，惟其事實欄係認定「陳國華…由呂漢璧與

01 上訴人密切交際、聯絡金錢往來事宜」並不否認上訴人
02 與陳國華間透過呂漢璧而有複雜之金錢、開票往來。衡
03 諸社會常情，若債權人與債務人關係不惡，於知悉債務
04 人無力清償或應允債務人暫緩提示支票時，均可能發生
05 債權人無提示票據紀錄或積極追償等情形。實難以債權
06 人無提示擔保票之紀錄或積極追償行為，即據以否定雙
07 方借貸關係之存在。』

08 4、第二審判決認定事實為『證人陳國華、呂漢璧、洪一倉
09 、林玉鳳於原審關於被告向陳國華借款所證各節，與卷
10 存客觀事證及一般人生活經驗不合，皆不足採。雖證人
11 陳國華、林玉鳳、呂漢璧等人於本院分別就陳國華透過
12 呂漢璧借款與被告，及陳國華以陳淑貞帳戶匯款之原由
13 、上述帳冊內容等，再為相類證述，均係附和被告辯解
14 所為迴護之詞，不足為有利被告之認定。』原確定判決
15 重新認定事實為『揆諸上述說明，其論斷尚有違誤。況
16 不採信上訴人借款之辯詞，或有利上訴人之人證或物證
17 不足為有利上訴人之認定時，於論理上，並不能憑以反
18 證或直接推論「該款非借款，則必係無正當交付、受領
19 原因之賄款」。尚須依憑其他積極證據認定該款係賄款
20 ，方足認定上訴人有就職務上之行為收受賄賂犯行。原
21 審判決以本件匯款原因非借款，即認上訴人顯係基於收
22 取特定報償之意思而受領無疑，係以臆測之詞認定犯罪
23 事實，有違證據法則。』

24 5、第二審判決認定事實為『被告提出之帳冊係「重謄版中
25 山服務處帳冊」，其內87年6月15日之借方、貸方有重
26 複抄錄，致該日以下至6月30日之帳目有連串錯誤，乃
27 於6月15日至6月30日借方、貸方欄位註記「往下挪」
28 ，並加註箭頭指示更正。依證人林玉鳳於第二審證稱：
29 前述帳冊關於時序帳（流水帳）及分類帳之製作流程，
30 係每日依時序先記帳，再根據時序帳內容製作分類帳；
31 且卷存中山服務處帳冊係「根據原始傳票逐筆重新製作

01 』之分類帳。如果所言為真，衡情應無於特定日期內同
02 時填寫借方、貸方金額，致生此後帳目連串錯誤之可能
03 。』原確定判決重新認定事實為『林玉鳳證稱「我們有
04 一本流水帳，就是每天依時序先記帳，分類帳再根據流
05 水帳（即時序帳）去製作。」上述證言，係指平常之作
06 業流程，尚非指卷附重騰帳冊中分類帳之製作方法。』
07 、『林玉鳳於原審已說明卷附重騰帳冊是因服務處火災
08 ，多人幫忙「依傳票」抄寫而來。既非如原始帳冊之逐
09 日記載，而是抄寫，特別是抄寫在如該帳冊細小格子內
10 ，若非書寫時輔以長尺區隔，一不小心極可能寫錯列，
11 並非「絕不可能發生錯誤」』、『明顯可見係重騰時抄
12 寫錯誤之更正。原審判決認應無發生此種錯誤可能，並
13 以此彈劾該帳冊之可信性，並非正確。林玉鳳於原審係
14 證稱「這本帳冊是根據原始傳票逐筆重新製作的分類帳
15 」，林玉鳳係就卷附重騰帳冊及平常記帳之作業流程，
16 分別證述，其證言並無前後不一。原審判決謂：卷附帳
17 冊無87年7月份流水帳，該月份之分類帳係憑空出現、
18 與記帳原則有悖、林玉鳳之證言前後不一等，實與卷內
19 筆錄不符。尚非有據。』

20 6、第二審判決認定事實為『該帳冊於缺漏87年7月份流水
21 帳之情形下，竟憑空出現該月份分類帳，核與記帳原則
22 有悖，且與林玉鳳於原審證稱：卷附之重騰帳冊係依原
23 始憑證逐筆重新製作，先依時序製作流水帳，再按類別
24 製作分類帳等情，及其於第一審係證稱：當年（指87年
25 ）雙十節總部遭縱火，相關帳冊資料均焚燬，這（帳冊
26 ）是其與工讀生根據留存之傳票合力重新製作等情，顯
27 然不合，林玉鳳就重騰帳冊之原因及方法，前後證述不
28 一，且無法說明何以既有舊帳冊可辨識內容或抄寫，竟
29 提不出原始帳冊為證之具體理由，所述重騰帳冊係依原
30 始憑證逐一製作云云，顯非可採。』原確定判決重新認
31 定事實為『林玉鳳係就卷附重騰帳冊及平常記帳之作業

01 流程，分別證述，其證言並無前後不一。原審判決謂：
02 卷附帳冊無87年7月份流水帳，該月份之分類帳係憑空
03 出現、與記帳原則有悖、林玉鳳之證言前後不一等，實
04 與卷內筆錄不符，尚非有據。』、『林玉鳳已說明原始
05 分類帳冊因火災燒燬，而無法提出原始舊帳冊之原因。
06 原審判決謂林玉鳳未說明提不出原始帳冊為證之具體理
07 由，亦與卷內筆錄不合。』、『卷內雖無87年7月份之
08 時序帳（流水帳），但有該年6、7月份之會計憑證即
09 傳票原本，及每張傳票所附之原始憑證如發票、收據等
10 可憑。經本院將證物袋內6、7月份傳票原本等內容，
11 與詳載日期、傳票號數、借方或貸方金額之重騰帳冊87
12 年6、7月份分類帳內容，逐筆核對結果，除6月23日
13 、7月17日之傳票號數有誤載外，其餘不論日期、傳票
14 號數、摘要、金額等內容，分類帳所載均與會計憑證（
15 傳票）相符。』、『原審無視林玉鳳上開證言，亦未檢
16 視、比對卷附會計憑證原本，竟謂林玉鳳「所述卷存重
17 騰帳冊係依原始憑證逐一製作云云，顯非可採」，洵有
18 未當。』

19 7、第二審判決認定事實為『原判決：林玉鳳於89年9月14
20 日市調處詢問時，已知本案查詢重點，而於受詢問後至
21 倉庫尋找傳票並整理相關資料交予律師。但辯護人事後
22 提出附卷者，僅帳冊、支票登記簿各1冊、原始憑證2
23 冊，數量非鉅。偵查中辯護人竟不直接向檢察官提出，
24 反而具狀聲請檢察官至上訴人服務處查扣帳冊，顯然有
25 意透過檢察官扣押程序掩飾相關人員重騰帳冊、登記簿
26 之流程及內容之疑義。偵查中辯護人聲請意旨所謂：因
27 帳冊頁數頗多，無法狀呈云云，更與上開卷證資料非鉅
28 者不符，無足增加其提出帳冊、登記簿之可信性。』原
29 確定判決重新認定事實為『上訴人於偵查中之辯護人，
30 係於第一時間即向檢察官提出「有87年之帳冊及相關傳
31 票原本，可供查明上訴人資金往來」之主張，顯與上訴

01 人於89年12月1日經法院諭知停止羈押釋放後，可能串
02 謀後始主張或製作帳冊等者，不能相提並論。況上訴人
03 無法於資金往來時，即預見2年多後會突遭拘提、詢問
04 此事，難認有預先就相關傳票、支票及帳冊造假備用之
05 可能。且上訴人於89年9月14日經市調處及檢察官訊問
06 時，均無辯護人在場，辯護人自無法知悉上訴人被調查
07 內容，乃竟不怕有立即被檢驗、識破真偽之高度可能性
08 ，而聲請檢察官至服務處查扣數量龐大之87年帳冊及相
09 關傳票原本等，益證上開帳冊等不可能造假。』、『林
10 玉鳳於89年9月14日被詢問之財務內容範圍甚廣，其於
11 接受詢問後至倉庫尋找之資料範圍，不限於本案2筆匯
12 款，而及於上述範圍龐大之財務資料，應符情理。』、
13 『辯護人於偵查初始所稱「因帳冊頁數頗多，無法狀呈
14 」，尚難認有何不當之處。原審未考量及此，且未核對
15 卷附原始憑證與帳冊所載是否相符，率以10年後，案情
16 已明確聚焦在上開2次匯款之99年12月9日，辯護人提
17 出之卷附帳冊等證物數量不多，臆測89年9月間辯護人
18 聲請扣押帳冊之行為，動機不良，並憑以彈劾卷附帳冊
19 、登記簿之可信性，尚非的論。』

- 20 8、第二審判決認定事實為『原判決以：張志榮係因被告行
21 使議員職務上調閱資料權，對其施壓，因而屈從批准原
22 主任陳昆睦之請辭免兼案，繼而圈選劉金池接任。並認
23 被告為劉金池人事案所為，已逾一般選民服務程度。若
24 非關涉重大利益，被告無以調閱資料接續施壓之理。於
25 被告施壓期間，陳國華為本件匯款，顯有以之為被告職
26 務上特定行為之對價之意；調閱資料施壓張志榮之行為
27 ，與陳國華之匯款間，具對價關係之關連性；劉金池配
28 合被告辯解之證言，不足為有利被告之認定等。』原確
29 定判決重新認定事實為『原審判決事實認定張志榮勸退
30 陳昆睦之日期…張志榮勸退陳昆睦之行為，其原因顯與
31 發生在後之87年7月6日上訴人書寫調閱質詢資料便條

01 二者間，無任何因果關聯。原審判決認張志榮係因上訴
02 人之調閱資料施壓而屈從批准陳昆睦免兼案，與事實不
03 符。』、『原審判決並未認定陳國華有何就劉金池人事
04 案而向上訴人請託、行求賄賂之行為；亦未認定上訴人
05 有對陳國華允諾，就劉金池人事案以行使職權向張志榮
06 施壓之行為；則認定上訴人「就劉金池人事案施壓期間
07 有收受陳國華之匯款，及借款之辯詞不可採」，即以「
08 若非關涉重大利益」之臆測之詞，謂上訴人調閱質詢資
09 料之行為，關涉重大利益，而認此行為與陳國華之匯款
10 間，有對價關係之關連性。尚與論理法則有違。』、『
11 上訴人取消索取資料之時間，最遲在87年7月16日。則
12 此時劉金池尚未被張志榮圈選為繼任主任人選，所指以
13 調取質詢資料施壓劉金池人事案之目的，根本尚未達成
14 ，衡情應無中途取消調閱之理。原審判決認上訴人調閱
15 質詢資料之行為目的，在施壓張志榮，使屈服圈選劉金
16 池為主任，二者具關連性等情，亦與經驗法則有違。』

17 9、原確定判決復認定『被告之辯解雖認不可採，然不能以
18 此反證其被訴事實即屬存在；仍應依足以證明被告確有
19 被訴犯罪事實之積極證據，憑為認定，方屬適法。卷存
20 會計憑證原本與帳冊記載，幾乎完全一致，有如前述。
21 關於陳國華本件匯款係借款之主要內容，陳國華等證人
22 之證言、上訴人之辯詞，亦無不同。與帳冊、會計憑證
23 、支票登記簿等卷附證物，亦大致相合。原審判決縱不
24 採信上訴人否認犯罪之辯詞，且認有利上訴人之人證、
25 物證等，尚有瑕疵，均不足憑為有利上訴人之認定，然
26 依上說明，仍不足憑以反證上訴人被訴之犯罪事實即屬
27 存在。』綜上，原確定判決就第二審認定之事實予以否
28 定，已係重新自為認定事實。

29 (二) 原確定判決有嚴重侵犯第一、二審『事實判斷』之空間
30 ，而有違背法令情事。按原確定判決就被告利用其議員
31 身分，向東工處關說施壓、先後取得不正利益220萬元

01 部分，第二審判決認定係基於收取特定報償之意思而受
02 領，而認被告對非其主管或監督之捷運局人事案，利用
03 其議員身分，向東工處關說施壓、先後取得不正利益22
04 0萬元，涉犯貪污治罪條例第6條第1項第5款之對非
05 主管或監督事務圖利罪嫌；原確定判決則認『關於陳國
06 華本件匯款係借款之主要內容，陳國華等證人之證言、
07 上訴人之辯詞，亦無不同。與帳冊、會計憑證、支票登
08 記簿等卷附證物，亦大致相合，均如前述。原審判決縱
09 不採信上訴人否認犯罪之辯詞，且認有利上訴人之人證
10 、物證等，尚有瑕疵，均不足憑為有利上訴人之認定，
11 然依上說明，仍不足憑以反證上訴人被訴之犯罪事實即
12 屬存在。』等情。然查，220萬元究係『借款』抑或係
13 『不正利益』關乎被告是否成立貪污治罪條例第5條第
14 1項第3款之不違背職務收受賄賂罪，應係屬『事實審
15 』調查的範圍，如認原審判決就此未明確認定為『借款
16 』而存有疑義，則關於此屬事實審應調查事項未明確下
17 ，竟自為判決，實已有違背法令情事。

18 (三) 按證據之取捨及其證明力如何，雖屬於事實審法院自由
19 判斷之職權，惟其所為判斷，仍應受經驗法則與論理法
20 則之支配，且法院應斟酌調查所得之各項直接、間接證
21 據，本於推理作用而為綜合判斷。倘事實審法院對於證
22 據之判斷，欠缺其合理性或適合性而與事理顯有矛盾，
23 或僅將卷內各項證據，予以割裂觀察而單獨評價，均與
24 經驗法則或論理法則有所違背，所為判決當然違法。經
25 查觀諸本件原確定判決理由三之論述係以『割裂觀察論
26 證』方式，將卷內各項證據割裂觀察，單獨評價並各個
27 擊破，再論述有利被告證據，判決被告無罪，其論證顯
28 然不合論理法則。

29 (四) 原確定判決為適用刑事訴訟法第398條自為判決規定，
30 有將『罪嫌不足』誤認為『行為不罰』之違法。按不能
31 證明被告犯罪或其行為不罰者，依刑事訴訟法第301條

01 第1項規定，應諭知無罪之判決。故無罪之原因，可分
02 為不能證明被告犯罪與行為不罰二種情形，前者係因被
03 告被訴犯罪，尚缺乏確切之積極證據足以證明被告犯罪
04 ，基於證據裁判主義及無辜推定原則，自應諭知無罪之
05 判決，以免冤抑；後者之行為不罰，除該行為具有阻卻
06 違法性之事由，如依法令之行為，業務上之正當行為，
07 正當防衛行為與緊急避難行為，及具有阻卻責任性之事
08 由，如未滿14歲之人與心神喪失人之行為，而由法律明
09 文規定不予處罰外，實務上，尚包括行為本身不成立犯
10 罪，換言之，法院所確認被告之行為，在實體法上因未
11 有處罰規定，而屬不罰行為之情形在內，亦皆應予判決
12 無罪。對於實體法上僅處罰故意而不處罰過失行為之犯
13 罪，法院倘確認被告之行為係屬過失而非故意，其行為
14 固屬不罰，如僅認缺乏證據足以證明被告有犯罪之故意
15 ，則屬不能證明被告犯罪而非行為不罰之範疇（最高法
16 院89年度台上字第2373號判決參照）。本件原確定判決
17 認『依原審判決所引證據資料及論斷，僅能認定上訴人
18 有為劉金池人事案為推薦、請託，欲調閱質詢資料，及
19 收受陳國華匯款等行為事實，並不能認定其有不違背職
20 務收受賄賂犯行。其所為與貪污治罪條例第5條第1項
21 第3款之不違背職務收受賄賂罪之犯罪構成要件有間，
22 其行為尚屬不罰。』惟查，原確定判決上述論述均屬就
23 事實及證據認定是否成立犯罪，縱認所述有理，亦應屬
24 犯罪嫌疑不足範疇，而非原確定判決所認之行為不罰。

25 (五) 原確定判決撤銷第二審有罪判決改判無罪，有就爭議事
26 項之認定未經言詞辯論，而為突襲性裁判之違法。按刑
27 事訴訟法第389條規定：第三審法院之判決，不經言詞
28 辯論為之。但法院認為有必要者，得命辯論。本件第二
29 審為有罪判決，原確定判決為不同之認定，顯係法律有
30 爭議案件，自應依最高法院就上訴第三審有關認定違背
31 法令之界限與得自為裁判之範圍應行注意事項乙刑事部

01 分二注意以第二審法院確定之事實為判決基礎，不可自
02 行認定事實適用法律。若認為有言詞辯論之必要，亦儘
03 可能舉行言詞辯論之規定，進行言詞辯論。原確定判決
04 違反不可自行認定事實適用法律規定，復未就此有爭議
05 之處舉行言詞辯論，顯亦有違反正當法律程序而違背法
06 令。

07 (六) 結論，綜上所述，原確定判決已逾越刑事訴訟法第 398
08 條及最高法院就上訴第三審有關認定違背法令之界限與
09 得自為裁判之範圍應行注意事項乙刑事部分二(一)之
10 規定，已自行認定事實適用法律。雖最高法院有97年度
11 第4次刑事庭會議壹、『關於非常上訴之補充決議』：
12 除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救
13 濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，
14 且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其
15 他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上
16 訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之
17 判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。然最高法
18 院係法律審，對實體法部分不得為事實之認定，本件自
19 行認定事實，已違反直接審理原則。又本件違反最高法
20 院撤銷自為判決權限之範圍及撤銷自為判決前應經言詞
21 辯論之正當法律程序保障，確已違反終審法院審理原則
22 。是本件既係違反法律大原則，致有違誤，並顯然影響
23 於判決，自應得提起非常上訴。又本件既自行認定事實
24 並撤銷改判被告無罪，是否嗣後上訴第三審案件亦均可
25 自行認定事實而自為判決，應做出統一見解。

26 三、案經確定，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非
27 常上訴，以資糾正」等語。(以上見107年10月1日非
28 常上訴書；另於108年1月9日、10月21日、11月22日
29 之補充理由書意旨同上)

30 二、本院按：刑事訴訟法係經立法機關衡量訴訟案件之種類、性
31 質、訴訟政策之目的、訴訟制度之功能與司法資源有效運用

01 及分配等因素，依其立法自由形成之規範。是訴訟救濟應遵
02 循之審級制度及相關程序，立法機關自得權衡訴訟案件進行
03 之情形，及當事人憲法上訴訟權保障之必要，以法律為合理
04 之規定，俾行遵守。我國現制在實務及學理上，將第一、二
05 審通稱為事實審，第三審則係專就法律之適用為事後審查所
06 設立之審級，以審查原判決有無違背法令為其職責，與事實
07 審之審理規範設計及救濟目的均有不同，故稱之為法律審。
08 依此，第二審、第三審之職權行使範圍自應符合刑事訴訟法
09 劃分之功能及職權限制，不應混淆逾越，否則即難謂與立法
10 意旨所欲區隔之審級救濟體制相合。

11 三、證據之調查及事實之證明，其方法有二：一為嚴格的調查證
12 明，一為自由的調查證明。犯罪事實的認定，應依嚴格調查
13 程序所獲致之證據以資為憑，專屬於事實審之職權。第三審
14 因無從依此程序調查證據，在合法上訴之下，對於第二審不
15 具合理性或違法之事實認定，雖得予以撤銷，但此僅屬法律
16 審之審級救濟制度之消極作用，至積極的綜合有關證據憑以
17 為事實之認定，仍屬於事實審法院之權限。第三審係限制性
18 之事後違法審查，不得對事實審原判決其整體是否完全、絕
19 對正當予以判斷，僅得藉由闡明法規之概念性內容，對該構
20 成要件於事實審已認定之事實，在法律適用上是否正確加以
21 審查，以資判斷法律性構成所關的一般性法則之適用是否正
22 確。因第三審之審判係採書面審理，並以調查原審判決有無
23 違背法令為限，未如事實審踐行嚴格證據調查及辯論程序，
24 其得調查之事實，除上訴理由所指摘事項之外，應以刑事訴
25 訟法第393條但書所列得依職權調查之各款事項為限。其中
26 就第1款關於第379條各款所列之情形、第2款免訴事由之
27 有無，均屬訴訟法之事實；第4款原審判決後刑罰之廢止、
28 變更或免除、第5款原審判決後之赦免或被告死亡，係或因
29 刑罰權之消滅，或因刑罰之主體已不復存在，乃特予規定外
30 。第三審既為法律審，其所得予調查之事實，自亦以違反訴
31 訟法之事實為限，並不及於證據及實體事實本身之調查。是

01 上開就第1款所謂第379條各款所列之情形，其中該條第10
02 款之應於審判期日調查之證據而未予調查者，因證據調查之
03 未盡，可能影響於真實之發現，以致事實之認定有所偏差，
04 不能確立事實之真實性，故法律准許第三審法院就此得予職
05 權上之審查，但亦祇能就其捨棄該證據在訴訟法上是否合法
06 而為判斷，尚不能謂第三審於此即得對於事實之確定予以調
07 查。至第3款所謂「對於確定事實援用法令之當否」，乃指
08 其由原判決認定或記載之事實，經對照其援用之實體法是否
09 正當之意。此款之所謂得依職權調查，係指調查該有罪判決
10 記載由法院依其嚴格調查證據程序後，賦予法律評價並經取
11 捨而在形式上符合犯罪構成要件之具體社會事實，或其他非
12 有罪判決所記載之公訴或自訴意旨所指之事實，是否足供實
13 體法之對照適用，乃係調查原判決之適用法律是否違背法令
14 而言，至於原判決事實確定之當否，則不得為職權調查之對
15 象，更不得就職權調查之結果，逕行認定事實，適用法律，
16 此觀之刑事訴訟法第398條第1款「雖係違背法令，而不影
17 響於事實之確定，可據以為裁判者。」應就該案件自為判決
18 之規定，益見明瞭。如此，始符第三審依其法律審之審級救
19 濟架構下，就事實審對於確定事實援用法令之當否，而在其
20 所確認之事實為判決基礎上，且不影響於事實之確定時，得
21 就有罪判決，或其他非有罪判決有無違背法令予以糾正救濟
22 之審級規範設計及立法目的。

23 四、刑事訴訟法第394條第1項前段所規定第三審法院應以第二
24 審判決「所確認之事實」為判決基礎，對原審所認定之事實
25 不作評判；同法第398條第1款前段規定第三審法院因原審
26 判決有一、雖係違背法令，而「不影響於事實之確定」，可
27 據以為裁判情形撤銷之者，應就該案件自為判決。關於「確
28 認之事實」、「事實之確定」之用語，在法條文字上有所相
29 異，然就法律文義解釋上則應無不同，應均係指「由法院依
30 其嚴格調查證據程序後，賦予法律評價並經取捨而在『形式
31 上』符合犯罪構成要件之具體社會事實」而言，其範圍除含

01 括上開第308 條規定有罪判決所記載之犯罪事實外，尚包括
02 其他非有罪判決於理由內所引述公訴或自訴要旨所指而加以
03 記載之事實。如此，始符第三審依其法律審之審級救濟架構
04 下，就事實審對於確定事實援用法令之當否，而在其所確認
05 之事實為判決基礎上，且不影響於事實之確定時，得就其有
06 罪判決，或其他非有罪判決有無違背法令予以糾正救濟之審
07 級規範設計及立法目的。再因證據之取捨暨事實之確認，應
08 依事實審法院之自由判斷、職權裁量，第三審法院僅於審查
09 法令之適用有否違背，而不得以自己之心證逕行決定第二審
10 認事之當否，否則無異開啟行間接審理之書面審理，其證據
11 調查、事實認定優於直接審理、嚴格調查證據程序之端，此
12 即與訴訟法之基本原則難謂無違。

13 五、依我國現行關於第三審法院裁判權限之立法設計，第三審法
14 院審理後，認為上訴不合法或上訴無理由，應分別依刑事訴
15 訟法第395 條、第396 條之規定以判決駁回上訴；上訴有理
16 由時，則依第397 條之規定，應將原審判決中經上訴部分撤
17 銷。且依同法第401 條規定，應以判決將該案件發回原審法
18 院，或發交與原審法院同級之他法院。蓋原審判決有違背證
19 據法則而致違背法令時，因已連帶影響其實體事實之認定及
20 確定，則該犯罪要件之構成事實即屬不完整、不明確。復因
21 第三審法院不經嚴格證明程序、不調查實體事實，如依訴訟
22 卷宗內之證據資料審查結果，認原判決就犯罪構成要件事實
23 之認定，有影響於其判決者，如犯罪構成要件之事實、法定
24 刑罰加重或減免之原因事實、阻卻違法性事由之事實、阻卻
25 責任性事由之事實、特別經驗法則（專指具有特別知識或經
26 驗者始得知之事實）、其他習慣、地方制定自治法規及外國
27 法之類，依法應予適用者亦屬要證事實，自應經事實審調查
28 證明為必要（見本院77 年度第11 次刑事庭會議決議參、二、
29 （二））。是以上既已影響於基礎事實之確定，即非屬刑事訴訟
30 法第398 條第1 款規定之「不影響於事實之確定」應自為判決
31 之範疇，第三審法院已無得據以判決之事實基礎，其祇能撤

01 銷原審判決，將案件發回（交）原審（同級）法院更審調查
02 不得自為實體之有罪、無罪判決。且第三審法院係終審法
03 院，專以糾正原判決違法為職責，關於事實之調查，除刑事
04 訴訟法有特別規定外，不在職權範圍以內。如以第二審尚有
05 依法於審判應行調查之證據未予調查之情形，而認為原審判
06 決不當時，即應於撤銷後，發回或發交更審，始為適法，不
07 得逕自調查卷內證據資料重為認定犯罪事實，而為判決。否
08 則即難謂無混淆本院就第二審與第三審對於調查證據及認定
09 事實職權界限之一致見解（參本院77年度第11次刑事庭會議
10 決議壹、乙、關於第三審部分所示）。

11 六、按第三審法院之判決，不經言詞辯論為之。但法院認為有必
12 要者，得命辯論。前項辯論，非以律師充任之代理人或辯護
13 人，不得行之，刑事訴訟法第389條定有明文。而事實審在
14 刑事訴訟程序中之概念上，其依訴訟行為之目的係為實踐證
15 據裁判下之嚴格證明法則與直接審理原則，應於審判期日進
16 行詰問證人或鑑定人、提示卷證資料等有關調查證據認定犯
17 罪事實所為之言詞辯論。故第三審之言詞辯論，僅係為聽取
18 當事人之主張或法律意見陳述所進行之法律辯論；與事實審
19 法院為有罪或無罪之實體判決，所應依法踐行之言詞辯論程
20 序有別。然第三審採書面審理，應以事實審所確認之事實為
21 基礎，而予審查原判決有無違背法令，係專以糾正原審判決
22 違法為其職責。故關於第一審及第二審之訊問被告、證人、
23 鑑定人及調查證據、辯論等程序，於此均不適用之。但法院
24 認為有必要者，得命辯論，僅以在闡明卷內訴訟資料為限，
25 不涉及實體法事實之重新認定，故以書面審查為已足，而不
26 行言詞辯論為原則。又認有命言詞辯論之必要，亦係專為法
27 律問題而加以辯論，與第一、二審之言詞辯論自屬不同。是
28 論者亦有謂，第三審縱有命辯論之必要，該辯論程序亦非屬
29 嚴格調查證據程序，仍不得於辯論程序調查實體上之事實。
30 而所謂認為有必要者得命辯論，固屬第三審得予裁量之範圍
31 然此裁量在解釋上不宜任由第三審違反合目的性而不限

01 制。尤應以第三審法院撤銷原審判決後，如係以自為判決為
02 適當，於該案件是否因已窮盡證據之調查，且無害於當事人
03 審級利益，且已達適於自判的狀態而定。此項程序要件之判
04 斷，自有先聽取檢察官、律師意見或主張，確認是否尚有卷
05 內所無之其他與本案相關之證據存在，以供判斷該案件是否
06 成熟至適於直接可自為無罪判決之諭知（參甲○○○○於本
07 件所提之法律諮詢意見）。故第三審雖進行言詞辯論，然因
08 其為法律審之辯論，就調查事實之權限，仍應受第三審法制
09 構造之限制，僅限於刑事訴訟法第394條第1項但書之權限，
10 自無法變更事實審確認之基礎事實。從而，現行刑事訴訟法
11 之規定，並無為變更事實審所確認之事實，而開啟言詞辯論
12 程序之餘地。

13 七、不能證明被告犯罪或其行為不罰者應諭知無罪之判決，刑事
14 訴訟法第301條第1項載有明文。其所稱不能證明被告犯罪
15 ，係無法以證據證明被告被訴之犯罪，乃基於事實上之理由
16 而認定被告無罪；而行為不罰，則指起訴事實雖經證明，但
17 法律上並不處罰其行為，乃出於法律上之理由而為認定被告
18 無罪。前者，係指形式上已被起訴而記載之事實，經審理結
19 果，因未能獲得足以證明其犯罪事實之充分證據，而無從資
20 以認定其有犯罪事實之存在；後者，乃其起訴、法院認定記
21 載之事實，雖經證明而確認其存在，但因阻卻違法、阻卻責
22 任或犯罪構成要件不該當等情形，非屬國家社會所譴責之刑
23 事犯罪行為，故在實體刑法上並不處罰其行為而言。第三審
24 法院為事後法律審，關於實體事項之認定，應受第二審判決
25 確認之事實所拘束，無自行調查該實體事實之權，自不得另
26 行調查事實。故如依訴訟卷宗內之證據資料，認原判決有重
27 大違誤而應撤銷之者，應就該案件自為無罪判決，但仍以依
28 原判決所確認之事實，其行為顯屬不罰者為限。亦即必須在
29 不影響於第二審判決所確定之事實，且該行為顯屬不罰者，
30 始得逕自為無罪判決。是第三審本於法律審功能，審查原審
31 判決是否違背法令時，認被告之行為事實（即形式上之犯罪

事實)經原審審理後，證明確屬存在而記載於其刑事判決書，祇因其適用實體法律錯誤，誤將明定不罰、或犯罪構成要件本屬不成立之被告行為，誤認為成立犯罪而論處罪刑者，第三審於撤銷原審判決時，因係不影響於第二審法院就其該等事實之確定，亦即在不變動第二審判決所確認之事實基礎上，而可據以為裁判，始應就該案件以實體刑法上係屬「行為不罰」為由，自為無罪判決。參諸本院77年度第11次刑事庭會議決議參、二、(四)所示：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。．．．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之意旨自明。此並為本院一致之見解。則若係尚須經調查證據程序始因不能證明被告犯罪而諭知無罪之情形，第三審法院，其判決既不經言詞辯論而為調查，即無從獲致經言詞辯論之證據，自無權依其未經言詞辯論程序調查所得之證據，為實體事實之認定，而自為諭知有罪或無罪之判決。且我國現制之第三審，並無如日本刑事訴訟法第411條及第413條所為：第三審法院對於無第405條各款規定之事由，但認有左列事由如不撤銷原判決顯然違背正義時，得以判決撤銷原判決。一、違反法令足以影響判決者。二、量刑顯為不當者。三、重大事實誤認足以影響判決者。四、有得為再審聲請之事由者。五、判決後刑罰已廢止、變更或大赦者；依前條規定理由以外之理由撤銷原判決時，應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。但第三審法院依訴訟紀錄、原審法院及第一審法院調查之證據認得直接行判決者，得就被告案件自為判決等規定之明文。是我國現制之第三審，自不許僅憑書面審理之間接審理程序，而為實體事實之認定。因之，原判決之違背法令，影響於事實之確定無可據為裁判者，第三審法院既無從召開言詞辯論之審判程序，直接為證據之調查，並予當事人以言詞辯論之機會，自不得依未經為言詞辯論之證據，而憑以為實體事實之認定，亦不許依間接審理，書

01 面審理，而為證據證明力之判斷，並據此憑以認定事實，祇
02 能間接糾正，而依刑事訴訟法第401條規定，應以判決將該
03 案件發回原審法院，或發交與原審法院同級之他法院。至本
04 院委請就本件法律爭議鑑定之學者甲○○○○固參酌日本刑
05 事訴訟法第411條及第413條但書得自為判決等規定，主張
06 第三審法院綜合原審所確認之事實尚不足以確信被告有罪之
07 類型，亦得依刑事訴訟法第398條第1款自為判決，以建立
08 並彰顯第三審法院落實無罪推定與維護正當法律程序正面圖
09 像，而期待能於個案審查中擴大適用之論，並以司法院、行
10 政院於108年7月29日函請立法院審議「刑事訴訟法部分條
11 文修正草案」第397條之1第2款規定，第三審法院認為原
12 審判決雖無第377條所定之上訴理由，而顯有影響判決結果
13 之重大事實誤認等情形，如不予撤銷顯違正義時，得撤銷原
14 審判決。復依草案第401條規定，第三審法院依第397條之
15 1之規定撤銷原審判決者，如認依其調查所得訴訟資料及原
16 審法院或原第一審法院調查之證據，可據以為裁判者，亦得
17 就該案件自為判決。且謂依此修正草案所擬，第三審上訴將
18 來雖可能研議採行所謂嚴格的法律審，但為維護當事人之權
19 益，遇有個案救濟之必要者，縱使原審判決所適用之法令並
20 未違憲，亦未違背司法院解釋或判例，第三審法院認為其顯
21 有影響判決結果之重大事實誤認之情形，不予以撤銷顯違反
22 正義時，仍得於撤銷原判決後自為判決（參甲○○○○於本
23 件所提之法律諮詢意見）。惟我國既無如上開日本法之明文
24 規定，該草案亦未經修正施行，上揭論述，或可為修法之參
25 考，然依現行法之規定，第三審法院尚無從以卷內證據資料
26 不能證明被告犯罪，逕行變更第二審判決確認之有罪實體事
27 實而自為改判無罪。

28 八、按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救
29 濟程序，以統一法令之適用為主要目的。此與通常上訴程序
30 旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，目的係針對個案
31 為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第

01 441 條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「
02 應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡
03 酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，
04 而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不
05 利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非
06 不利於被告，且不涉及統一適用法令，即無提起非常上訴之
07 必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背
08 法令情形，並非均得提起非常上訴。所謂與統一適用法令有
09 關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之
10 ，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對
11 法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚
12 非不利於被告，且法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致
13 未遵守者，或司法院已有解釋可資依循者，或其違背法令情
14 形，業經本院著有判決先例或曾作成統一之見解，實務上並
15 無爭議者，或因「前提事實之誤認」，其過程並不涉及法令
16 解釋錯誤之問題者等諸情形，對於法律見解並無原則上之重
17 要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆
18 提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第441 條係採便宜
19 主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可
20 不予准許。經查，本院原確定判決以臺灣高等法院105 年度
21 重上更(三)字第10號被告乙○○違反貪污治罪條例案件判決（
22 下稱原審判決）所引證據及論斷，不能認定被告有不違背職
23 務收受賄賂犯行，所為與犯罪構成要件不符，認被告之行為
24 不罰，而就原審判決關於罪刑及沒收追徵部分均撤銷，自為
25 改判被告無罪。係以：「依卷附87年6、7 月份會計憑證所
26 載，上訴人服務處於該2 個月內，計有借款9 筆，金額各為
27 30萬、50萬、70萬、80萬、100 萬及150 萬元不等；還款或
28 貼息共計9 筆，還款金額，小筆者有3 萬7 千元至5 萬9 千
29 多元不等，大筆者有21萬、50萬、60萬、80萬元不等（見證
30 物袋）」，並與卷內證人陳國華、呂漢璧、林玉鳳之陳述或
31 證言綜合判斷結果，認定「原判決以本件匯款原因非借款，

01 即認『上訴人顯係基於收取特定報償之意思而受領無疑』，
02 係以臆測之詞認定犯罪事實，有違證據法則。」（見原確定
03 判決理由三(二)1.）；「該卷附重騰帳冊中87年6月18日傳票
04 號數6-065之『簡承盈調借』貸方金額「500,000元」，被
05 誤抄錄至上一列即87年6月15日傳票號數0-000之『還議員借
06 款電匯方銀鈴』借方金額欄30元之右邊，造成同一列之借方
07 、貸方欄位內呈現『借方30元、貸方500,000元』之錯誤，
08 迨抄寫至87年6月30日傳票號數0-000『呂先生調借1,50
09 0,000』時，始發現錯誤，而於帳冊6月15日之貸方欄『50
10 0,000元』旁註記『往下挪』3字，並加註箭頭指示更正（
11 見卷附證物袋中山服務處帳冊第64頁）。明顯可見係重騰時
12 抄寫錯誤之更正。」經與卷內林玉鳳證言綜合判斷，認定「
13 原判決認應無發生此種錯誤可能，並以此彈劾該帳冊之可信
14 性。並非正確。」（見原確定判決理由三(二)2.）；「卷內雖
15 無87年7月份之時序帳（流水帳），但有該年6、7月份之會
16 計憑證即傳票原本，及每張傳票所附之原始憑證如發票、收
17 據等（見證物袋）可憑。經本院將證物袋內6、7月份傳票原
18 本等內容，與詳載日期、傳票號數、借方或貸方金額之重騰
19 帳冊87年6、7月份分類帳內容，逐筆核對結果，除6月23日
20 之傳票號數「0-000」誤載為「0-000」、7月17日之傳票號
21 數「0-000」誤載為「0-000」外，其餘不論日期、傳票號數
22 、摘要、金額等內容，分類帳所載均與會計憑證（傳票）相
23 符。」並依卷附林玉鳳之證述，同認「原審謂林玉鳳『所述
24 卷存重騰帳冊係依原始憑證逐一製作云云，顯非可採』，洵
25 有未當。」（見原確定判決理由三(二)3.）；「原判決縱不採
26 信上訴人否認犯罪之辯詞，且認有利上訴人之入證、物證等
27 ，尚有瑕疵，均不足憑為有利上訴人之認定，然依上說明，
28 仍不足憑以反證上訴人被訴之犯罪事實即屬存在。」（見原
29 確定判決理由三(三)）；「原判決未認定劉金池繼任主任之人
30 事案，與陳國華或長發公司有何關係。亦未說明陳國華有何
31 動機促成劉金池繼任主任之人事案。... 則起訴意旨所謂：

01 陳國華有動用關係撤換陳昆睦、換上劉金池之動機；劉金池
02 為回饋陳國華斥資為其安排職務，而浮報價額，或張志榮等
03 明知長發公司安排劉金池取代陳昆睦而圖利長發公司等事實
04 ，均難認存在。... 則上訴人為劉金池人事案為推薦、請託
05 ，及有欲調閱質詢資料等行為，與陳國華匯款予上訴人之行
06 為二者間，原判決率認有對價關係之關連性，進而認上訴人
07 為劉金池人事案推薦、請託及欲調閱質詢資料之行為，與收
08 受陳國華匯款之行為，應成立不違背職務收受賄賂罪，尚有
09 未洽。」（見原確定判決理由三（四））。認「依原判決所引證
10 據資料及論斷，僅能認定上訴人有為劉金池人事案為推薦、
11 請託，欲調閱質詢資料，及收受陳國華匯款等行為事實，並
12 不能認定其有不違背職務收受賄賂犯行。」（見原確定判決
13 理由四）。另以公訴意旨認被告對非其主管或監督之捷運局
14 人事案，利用其議員身分，向東工處關說施壓、先後取得不
15 正利益220萬元，涉犯貪污治罪條例第6條第1項第5款之對非
16 主管或監督事務圖利罪嫌。然「陳國華有動用關係撤換陳昆
17 睦、換上劉金池之動機與行為」及「劉金池為回饋陳國華斥
18 資為其安排職務，而浮報價額，或張志榮等明知長發公司安
19 排劉金池取代陳昆睦而圖利長發公司」之事實，均難認存在
20 ，無從認定陳國華有何行賄被告，或請被告為劉金池人事案
21 為推薦、請託、施壓，而允以金錢支付之行為，則公訴意旨
22 所指被告為劉金池人事案為推薦、請託，及欲調閱質詢資料
23 等行為，即與貪污治罪條例第6條第1項第5款之對非主管或
24 監督事務圖利罪之構成要件，亦不符合（見原確定判決理由
25 六）等理由，為其主要論據。惟其心證之形成，就關於第二
26 審與第三審對於調查證據及認定事實職權之界限、不能證明
27 犯罪及行為不罰之區別，與上揭法律規定及本院一致見解，
28 均未相合。然原確定判決尚非不利於被告，並無非予救濟，
29 不足以保障人權之情形；而所為論述及適用法則，亦僅係個
30 案法律見解，就各該涉及之法律條文，其文義均至為明確，
31 在法律之適用及見解上，原無歧異，或對法之續造有重大意

01 義；且就實務運作上亦向無爭議。從而，原確定判決適用法
02 則固與前揭相關規定及本院一致見解之旨趣容難謂相符，但
03 尚非不利於被告，且就相關法律之適用已加闡釋如上，客觀
04 上尚無認有給予非常上訴救濟之必要性，應認本件非常上訴
05 為無理由，予以駁回。

06 據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

07 中 華 民 國 109 年 3 月 31 日

08 最高法院刑事第五庭

09 審判長法官 林 勤 純

10 法官 許 錦 印

11 法官 王 梅 英

12 法官 蔡 新 毅

13 法官 莊 松 泉

14 本件正本證明與原本無異

15 書 記 官

16 中 華 民 國 109 年 4 月 1 日