

最高法院
國民法官上訴模擬法庭-第 2 輪次活動進行計畫書

壹、各程序之預定期日

- 一、準備程序期日：民國 111 年 10 月 4 日(星期二)上午 9 時 30 分至 12 時 30 分
- 二、審理程序期日：民國 111 年 11 月 16 日(星期三)上午 9 時 30 分至 12 時 30 分
- 三、座談會期日：民國 111 年 12 月 16 日(星期五)上午 9 時 30 分至 12 時 30 分

貳、參與模擬法庭成員名單及基本資料

一、法官

	姓名	職稱	服務單位	備註
1	林勤純	審判長	最高法院刑二庭	
2	謝靜恒	陪席法官	最高法院刑四庭	
3	梁宏哲	陪席法官	最高法院刑九庭	
4	何信慶	陪席法官	最高法院刑八庭	
5	吳秋宏	受命法官	最高法院刑二庭	

二、檢察官

	姓名	職稱	服務單位	備註
1	洪泰文	檢察官	最高檢察署	
2	林麗瑩	檢察官	最高檢察署	

三、辯護人

	姓名	職稱	服務單位	備註
1	陳明	辯護人	陳明律師事務所	
2	任孝祥	辯護人	任孝祥律師事務所	
3	郭皓仁	辯護人	巨曜法律事務所	

			高雄分所	
--	--	--	------	--

四、評論員

	姓名	職稱	服務單位	備註
1	黃朝義	教授	中央警察大學行政警察學系	
2	林超駿	教授	國立臺北大學法律學系	

五、鑑定人

	姓名	職稱	服務單位	備註
1	陳運財	教授	國立成功大學法律學系	

參、座談會地點、參加人員

一、地點：最高法院(若因疫情嚴峻，則採線上會議方式進行)

二、參加人員：

(一)主持人：最高法院院長

(二)評論員：中央警察大學行政警察學系黃朝義教授、國立臺北大學法律學系林超駿教授

(三)與談人：參與模擬法庭演練之審檢辯、鑑定人

(四)其他：司法院刑事廳長官、本件第二審合議庭法官、本院刑事庭法官

肆、費用

相關經費擬由司法院「國民法官上訴審模擬法庭—第2輪次」經費支出。

伍、演練案件基本資料

一、原審法院及案號：臺灣高等法院 110 年度國模上訴字第 3 號

二、案由：殺人未遂

三、起訴罪名及法條：

(一)刑法第 216 條、第 212 條行使偽造特種文書罪

(二)刑法第 271 條第 2 項、第 1 項殺人未遂罪

四、起訴事實：

張大凡原來在臺北市○○區○○街 000 號 0 樓「可新股份有限公司」(下稱「可新公司」)擔任工程師，民國 103 年間，張大凡覺得主管林愛德分配給他的工作量太多，超出他的負荷，而於同年 11 月 28 日離職，並因此對林愛德心生不滿，竟萌生要殺害林愛德的犯意，而為下列行為：

(一)103 年 12 月左右，張大凡先是在桃園市某路邊攤買了柴刀 2 把、菜刀 2 把，再於 104 年 1 月左右，在大陸地區福建省某個地方買了電擊棒 2 支、鐵製警棍 2 支，然後又把他事前用相機拍下來的、「可新公司」員工識別證的照片電子檔，拿去照相館請人幫忙列印(協助列印的照相館員工已經滿 18 歲，但不知道張大凡的犯罪計畫)，再把印出來的相片加以剪裁，用這種方法，預先偽造了「可新公司」員工識別證 1 張。

(二)張大凡備妥上開物品後，就在 104 年 2 月 6 日中午 12 時左右，帶著備好的柴刀 2 把、菜刀 2 把、電擊棒 2 支、鐵製警棍 2 支、打火機 2 個、火種 1 包、小刀 1 把、鐵鍊 1 條，以及他自己製作的圖釘手環(即外層佈滿圖釘的手環)1 個，開車前往「可新公司」附近等候，打算趁午休時間混入「可新公司」接近 1 時左右，張大凡把火種、打火機、小刀、鐵鍊藏放在身上，把柴刀 2 把分別放在長褲的左、右後口袋中，又把菜刀 2 把、電擊棒 2 支插入腰際的自製刀套內，把鐵製警棍 2 支放在長褲的右前口袋裡面，左手再戴上自製的圖釘手環，然後配戴前述偽造的員工識別證，尾隨「可新公司」員工進入公司，用這種方法行使該張偽造的員工識別證，讓「可新公司」管制人員誤以為張大凡是該公司員工而放行，張大凡因此得以進入「可新公司」位於該大樓 5 樓的辦公室內。

(三)張大凡進入辦公室後，右手拿著柴刀 1 把、左手拿著電擊棒 1 支，走到林愛德辦公室座位的右側，看林愛德正要趴在辦公桌上午休，就舉起柴刀往林愛德的頸部用力斬下，但當時尚未入睡的林愛德警覺到座位右邊好像有人，所以在張大凡持刀砍下的同時坐直身體，並轉身察看，因此

沒有被砍中頸部，但林愛德的右肩胛及右上臂各被張大凡砍中 1 刀，其右肩、右臂因而分別受有「約 12×5、12×5 公分之(橫向)撕裂傷合併三角肌部分裂傷」的傷害，至此張大凡仍未停手，林愛德只好奮力起身，用雙手緊抓張大凡握刀的手，同時大喊「請大家快來幫忙」、「殺人、殺人」等語，其求救聲引來同事葉德大等 4 個人先後上前協助，眾人合力將張大凡制伏，並報警處理，而林愛德遭砍後，傷口大量出血，經緊急送醫急救才未死亡。

(四)警方到場後，當場將張大凡逮捕，並在張大凡身上扣到柴刀 2 把、菜刀 2 把、電擊棒 2 支、鐵製警棍 2 支、打火機 2 個、火種 1 包、小刀 1 把、鐵鍊 1 條、自製圖釘手環 1 個、皮帶(含自製刀套)1 條以及偽造的可新公司員工識別證 1 張。

五、原審判決情形：

(一)第一審判決結果：

- 1、張大凡犯刑法第 271 條第 2 項、第 1 項之殺人未遂罪(想像競合犯同法第 216 條、第 212 條之行使偽造特種文書罪)，處有期徒刑 7 年 6 月。扣案之柴刀 2 把、菜刀 2 把、電擊棒 2 支、鐵製警棍 2 支、自製圖釘手環 1 個、火種 1 包、打火機 2 個、小刀 1 把、皮帶(含自製刀套) 1 條、鐵鍊 1 條、偽造之可新公司員工識別證 1 枚均沒收。
- 2、事實概要：張大凡前為可新公司工程師，民國 103 年間因不滿主管林愛德的工作分配，於同年 11 月 28 日離職，因而萌生偽造可新公司員工證進入公司殺意林愛德的犯意。嗣於：(1)同年 12 月間某日，先購買柴刀 2 把、菜刀 2 把；(2)104 年 1 月間，購買電擊棒 2 支、鐵製警棍 2 把；(3)案發前某日，利用不知情之照相館員工，偽造可新公司員工識別證 1 張；(4)104 年 2 月 6 日上午 7、8 時許，飲用維士比 1 瓶，再於同日中午 12 時許，帶著備好的柴刀 2 把、菜刀 2 把、電擊棒 2 支、鐵製警棍 2 把、打火機 2 個、火種 1 包、小刀 1 把、鐵鍊 1 條，及自製之圖釘手環 1 個，前往可新公司，並配戴上開偽造之可新公司員工識別證而為行使，使管制人員誤認其為員工而放行；(5)張大凡進入辦公室後，右手持柴刀(1 把)、左手持電擊棒(1 支)，見林愛德正要

趴在辦公桌午休，就舉起柴刀往其「肩部以上的部位」用力揮砍，因林愛德警覺右邊有人而坐直身體，並轉身察看，始未砍中頸部。因而使林愛德受有右肩胛及右上臂約 12×5、12×5 之橫向撕裂傷合併三角肌部分裂傷之傷害。

(二)上訴要旨：

1、檢察官部分：

(1)被告於警詢供稱其係要砍被害人林愛德之脖子，此情無待補強證據。原判決記載被告係往被害人之肩部以上之部位揮砍，及因被害人坐直身體、轉身察看，而未被砍中頸部。被告揮砍部位，究係被害人之頸部抑或肩部以上部位，攸關被告主觀犯意之判斷。原判決事實記載前後不相適合，且與被告之自白不符，其採證認事違反經驗法則及論理法則，且顯然足以影響於量刑結果。

(2)原判決關於量刑，未審酌被告係預謀犯罪、攜帶多把兇器、行刑式之兇殘手段、造成被害人身心重大傷害，及被害人並無刺激被告等情，且將被告在車中過夜、經濟狀況等情，作為衡酌被告犯罪所受刺激之資料，而僅量處有期徒刑 7 年 6 月，難謂允當。

2、被告部分：

(1)被告因涉犯殺人未遂罪且係第一次接受訊(詢)問、屬於身心障礙(右耳聽力受損，且罹患重鬱症、泛焦慮症、長期性創傷後壓力症候群)、無資力者，符合接受法律扶助資格。詎被告之 104 年 2 月 6 日警詢、同日第 2 次偵訊及同年月 7 日之第一審羈押訊問筆錄，均因訊(詢)問者祇形式上告知刑事訴訟法(下稱刑訴法)第 95 條第 1 項第 3 款之規定，而未具體告知符合法律扶助規定，違反實質踐行告知義務，依同法第 158 條之 2 第 1 項前段規定，均不具證據能力。原判決裁定各該筆錄均有證據能力，使國民法官法庭採為判斷之依據，其訴訟程序違背法令，且足以影響於判決結果。

(2)系爭被告手機(下稱系爭手機)，並未經警方扣押，而係逮捕被告後，才起意翻看其內簡訊(下稱系爭簡訊)及翻拍照片。第一審判決因認系爭手機業經合法扣押，系爭簡訊之翻拍照片有證據能力，顯係誤認事實。又系爭簡訊之翻拍照片，無法排除係警方違法取得系爭簡訊後，以誘導、逼迫被告認

罪之可能性。第一審判決認定係被告承認犯罪後，才開啟系爭手機觀看，明顯錯誤。足見系爭簡訊顯係警方違法搜索取得，應無證據能力。第一審判決因認依刑訴法第 158 條之 4 規定，具有證據能力，而使國民法官法庭採為判斷之依據，其訴訟程序違背法令，且足以影響於判決結果。又系爭簡訊下方記載之紀錄(下稱系爭書面紀錄)，係警方違法取得系爭手機因而取得系爭簡訊後，進而取得之被告供述。該系爭書面紀錄，不符合刑訴法第 41 條、第 43 條之 1 規定，依毒樹果實理論應無證據能力。第一審認定有證據能力，其訴訟程序違背法令足以影響於判決結果。

(3)檢察官於第一審聲請調查被告之 104 年 3 月 18 日偵訊筆錄(下稱系爭偵訊筆錄)，惟並未於審判期日調查，第一審未命檢察官宣讀系爭偵訊筆錄，致未審酌被告於該筆錄表示只是要嚇唬告訴人，並無殺害犯意，而於理由載敘被告於警偵訊及法院訊問時，均承認有殺害被害人之想法意圖。足見第一審判決理由與卷內證據矛盾，且影響於被告有無殺人犯意及量刑之判斷。

(4)第一審檢察官於審判期日提示扣案之電擊棒、柴刀(檢察官證據清單編號 11 號)、系爭簡訊翻拍照片、系爭書面紀錄之過程、陳述，及辯論時所述內容，均有使國民法官產生預斷或偏見之虞。第一審審判長未依國民法官法第 46 條規定即時闡明或釐清，所為訴訟程序違背法令，足以影響於判決結果。

(5)第一審判決事實欄認定被告係持柴刀往被害人之肩部以上部位揮砍，因被害人坐直身體、轉身察看，因而未被砍中肩部等情。所為推斷違背經驗及論理法則，並與理由記載矛盾。

(6)被告究係舉刀往被害人頸部抑或往肩部以上部位揮砍，攸關被告犯意之認定。被告之警、偵訊及第一審就有無殺意之供述不一，且 104 年 3 月 13 日、18 日偵訊及第一審審理時均否認殺意。第一審判決認定被告於警詢、偵訊及法院訊問時明確承認有殺害被害人之想法意圖，有事實認定與卷證不符之違法。

(二)原審判決結果：

1、本件第二審判決結果，維持第一審有罪之科刑判決，駁回雙方之第二審上訴。

2、其判決理由欄壹「國民參與審判案件，上訴審行使審查權之法律依據」，說明國民法官制度之第二審訴訟構造及審查標準之旨。理由欄貳「上訴人之上訴意旨」，記載檢察官、被告之上訴理由。理由欄參「本院之判斷」，載敘原判決所憑之證據資料，暨關於雙方當事人上訴意旨如何均不可採之理由，及第一審判決關於事實認定、適用法令及量刑均無違誤或失當之旨。理由欄肆「結論」，說明：「原審依國民法官法規定之國民參與刑事審判程序，既經法官與國民法官全體參與審判，經調查相關證據後，以被告罪證明確，適用刑訴法第 299 條第 1 項前段、刑法第 271 條第 2 項、第 1 項、第 216 條、第 212 條、55 條規定，經整體考量前揭各項量刑審酌事項後，量處有期徒刑 7 年 6 月，並為相關沒收之諭知。核其認定事實、法律適用及量刑之說明雖存有前揭部分瑕疵，惟均難認有何違背經驗法則或論理法則之不當或違法，且各該瑕疵經本院審酌後，仍認本案應為相同之事實認定及法律適用，且認為原判決所為之刑罰量定並未逾越法定刑範圍，亦無裁量權限濫用以致輕重失衡，或背離相類似案件所斟酌之量刑因子及通常刑度太多而有顯失公平或罪責不相當之情形，前揭程序上之瑕疵均未影響本件判決之結果，無礙於判決本旨，均屬無害瑕疵。是檢察官、被告及辯護人各以前揭情詞提起上訴，均無理由，應予駁回」等旨。

六、本件上訴情形

(一)被告提起第三審上訴，請求撤銷發回原審法院。

(二)上訴要旨：

1、原判決未糾正第一審訴訟程序之違法

(1)國民法官法第 76 條明定：「(第一項)當事人、辯護人聲請調查之證物，由聲請人提示予國民法官法庭、他造當事人、辯護人或輔佐人辨認。(第二項)法院依職權調查之證物，審判長應提示予國民法官法庭、當事人、辯護人或輔佐人辨認。(第三項)前二項證物如係文書而當事人或辯護人不解其意義者，並應由聲請人或審判長告以要旨。」該條立法理由並明揭：「本條為物證如何進行證據調查之規定(即其「調查方法」為提示辨認)」等旨。是行國民參與審判之案件，「證物」之調查方法係以「提示辨認」為原則，

例外於證物屬文書且當事人或辯護人不解其意義之情形，始另「告以要旨」。所謂「提示辨認」，依文義解釋，自指提示原始證物供國民法官法庭及他造當事人分辨、認清，以使法庭及當事人得觀察其外觀、形狀、顏色為已足。法律並未允許當事人提示證物予國民法官法庭辨認時，併以口頭說明該造當事人對該證物之理解、敘述或其他主觀意見。蓋當事人之「意見陳述」並非「證據」，國民法官並無證據法則之概念，倘提示證物時併加「說明」或「解釋」，極易混淆「證據」與「意見陳述」(國民法官法第 77 條參照)之分際，而有致國民法官誤認意見陳述為證據調查結果，進而連同其他證據及言詞辯論綜合判斷形成心證之虞。揆諸國民法官法第 46 條規定：「審判長指揮訴訟，應注意法庭上之言詞或書面陳述無使國民法官、備位國民法官產生預斷之虞或偏見之事項，並隨時為必要之闡明或釐清。」之旨，倘當事人於審判期日提示辨認時，併向國民法官法庭敘述、說明或解釋與該證物有關之意見，審判長即應向國民法官闡明該等「意見陳述」並非「證據」，不得以此作為認定被告犯罪事實之依據，或諭知勿在提示證物時夾敘夾議、應於陳述意見階段始就證物表示意見或不得陳述未經合法調查之事項，以消除不當資訊影響國民法官法庭心證之可能性，俾使國民法官無誤認之虞，始符國民法官法第 46 條、第 76 條及刑訴法第 155 條第 2 項等規定之旨，並與正當法律程序原則及嚴格證明法則無違。

(2)本件第一審檢察官於審判期日提示扣案電擊棒及柴刀等證物時，參雜大量的意見陳述略如：(1)上訴人使用電擊棒之情狀(檢察官稱上訴人行為時係持用扣案之「長電擊棒」而非「短電擊棒」)，及功能(檢察官稱該電擊棒於案發時係可以使用電擊功能之狀態)；(2)上訴人持用柴刀之情狀(檢察官稱上訴人持用其中 1 把柴刀)及功能(檢察官稱該柴刀經過開封且很銳利，嗣更要求國民法官想像可能造成之傷勢)；(3)在未聲請勘驗、且未戴手套隔絕指紋之情況下，逕自操作、使用扣案電擊棒。惟查：(1)扣案電擊棒有「2 支」，上訴人究係手持何者？案內事證無從證明。檢察官逕稱上訴人手持「長電擊棒」，並非有據；(2)上訴人行為時，扣案之 2 把電擊棒有無裝置電池或充電完畢？是否合於使用？如可使用，其使用效果與檢察官操作

效果有無不同？案內事證就上開各節均付之闕如。檢察官宣稱該等電擊棒於被告行為時係可使用之狀態，難認有據；(3)扣案柴刀是否經過開刃？銳利程度如何？對於人體可能造成何等程度傷害？檢察官並未聲請勘驗或鑑定，顯無從明瞭。況扣案柴刀有 2 把，上訴人究持用何者？亦屬不明。檢察官稱被告係使用「特定柴刀」，並稱該柴刀業經開鋒且相當銳利，要無證據可佐。(4)檢察官明知上訴人行為時未打開電擊棒開關，復未聲請勘驗，逕未帶手套操作扣案之電擊棒，違反國民法官法第 76 條關於證物調查方法之規定。第一審審判長未即時闡明該等「意見陳述」並非「證據」，且不得作為認定被告犯罪事實之依據，致國民法官法庭有誤認檢察官之意見陳述為證據調查、進而以此形成心證之虞，自違反該條規定之闡明義務，並與刑訴法第 155 條第 2 項之嚴格證明法則有悖。

(3)綜上，原判決認定檢察官於第一審展示扣案電擊棒之功能係合法調查程序之必要行為，有關上訴人持用該電擊棒及其功能完好之陳述與事實相符，且檢察官提示扣案柴刀時，以口頭說明該證物之功能及上訴人持用情形，不致使國民法官產生預斷或偏見，進而認定第一審訴訟程序並無違法，因而駁回上訴人在第二審之上訴，有適用國民法官法第 46 條及刑訴法第 155 條第 2 項等規定不當之違背法令。

2、原判決理由不備

國民法官法第 4 條規定：「行國民參與審判之案件，除本法有特別規定外，適用法院組織法、刑事訴訟法及其他法律之規定。」刑訴法第 364 條規定：「第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定。」同法第 310 條規定：「有罪之判決書，應於理由內分別情形記載下列事項：一、認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。二、對於被告有利之證據不採納者，其理由。三、科刑時就刑法第五十七條或第五十八條規定事項所審酌之情形。四、刑罰有加重、減輕或免除者，其理由。五、易以訓誡或緩刑者，其理由。六、諭知沒收、保安處分者，其理由。七、適用之法律。」是國民法官制度之第二審判決，自應於理由內記載刑訴法第 310 條各款所定事項，始為合法。本件原判決理由欄僅記載：「1、國民參與審判案件，上訴審行

使審查權之法律依據；2、上訴人之上訴意旨；3、本院之判斷；4、結論」等項，而未依記載刑訴法第 310 條所定應記載事項，依上開規定及本院 54 年台上字第 1980 號判例¹之旨，有判決理由不備之違法。

肆、其他說明事項

一、相關問題

1、爭點一：

(1)本件第一審檢察官調查提示扣案電擊棒、柴刀之過程及所為之陳述，是否符合國民法官法第 76 條、刑訴法第 155 條第 2 項之規定？所為陳述會否造成國民法官產生預斷或偏見之虞？第一審審判長關於此部分證據調查程序所為之訴訟指揮，有無違法或不當？

(2)本爭點與刑訴法第 288 條之 3 之關係為何？

(3)第二審對於第一審訴訟程序之適法性，應如何審查？現行第三審審查第二審裁判所執之無害錯誤(瑕疵)原則，於第二審判決有無適用餘地？

2、爭點二：

(1)刑訴法之第二審訴訟構造，為覆審制，該法第 364 條規定準用同法第 308 條、第 310 條關於第一審有罪判決書之記載事項，因此第二審之有罪判決，應於判決書記載犯罪事實及相關理由。惟國民法官制度之第二審有罪判決書應如何記載？刑訴法上開規定有無及如何準用？當事人上訴意旨未指摘之事項，第二審法院應如何處理？凡此，均與第二審之訴訟構造(覆審制？續審制？事後審制？或兼有前開性質？)及其審判對象(案件本身？第一審判決？上訴理由？或者兼有之？)有關。因此，應先予釐清。

(2)第二審就第一審有罪判決之上訴審理結果，其態樣可概分為：一、上訴駁回(上訴不合法、上訴無理由)；二、撤銷發回原審法院；三、撤銷自為有

¹ 科刑之判決書，須將認定之犯罪事實詳記於事實欄，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，使事實與理由兩相一致，方為合法。倘事實欄已有敘及，而理由內未加說明，是為理由不備。理由已加說明，而事實欄無此記載，則理由失其依據，均足構成撤銷之原因。

罪判決；四、撤銷自為無罪判決。關於國民法官案件之第二審判決書之記載事項(即如何準用第一審之審判規定)，會否因上訴結果，而異其結果？

(3)倘當事人上訴第二審，祇明示就第一審判決之量刑聲明不服(刑訴法第348條第3項參照)，關於未聲明上訴之罪責、沒收等部分，是否發生移審效果？抑或已經確定？就此情形，第二審審判對象及判決書之記載事項，有無不同？未聲明上訴部分之罪責、沒收等事項，要否記載？又當事人雖未明示僅就第一審判決之一部上訴，但上訴意旨祇指摘量刑不當者。其情形有無不同？