收到時間 111. 9. 14 臺灣高等法院刑事庭文書

正本

刑事 上訴理由二狀

原審案號及股別	臺灣高等法院 110 年度國模上訴字第 3 號（黃股）	
上訴人即被告	張大凡	年籍詳卷
選任辯護人	陳明律師 任孝祥律師 郭皓仁律師	住 住 住 電話：

收到時間 TEL:23141160~6102 111. 9. 14 臺灣高等法院 書記室

為上列被告涉犯殺人未遂事件，依法補充上訴理由事：

SEP 14 2022 PM 3:46

原判決混淆「意見陳述」與「證據調查」之分際，遽認本案一審審判期日之證據調查程序並無違法，核有適用國民法官法第 46 條、第 76 條及刑事訴訟法第 155 條第 2 項等規定不當之違背法令：

一、 國民參與審判案件於審判期日調查非文書之證物，以提示該證物供「辨認」之方式為限，至當事人於提示證物時併陳之意見陳述，均非證據，遇此情形，審判長應依國民法官法第 46 條規定及時闡明、釐清：

(一) 按國民法官法第 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。」之規定，該條立法理由則明揭：「本條為物證如何

67

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，就「證物」之法定調查方法以「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」，此與刑事訴訟法第 164 條有關證物之調查方法具相同旨趣。而所謂「提示辨認」之調查方法，依文義解釋，自指**提示原始之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**。

(二) 次按證物之提示辨認固應由聲請調查之一造當事人為之（國民法官法第 76 條第 1 項規定參照），惟法律並未允許當事人於提示證物予國民法官法庭辨認時，依其主觀認識，併加說明或解釋該證物之由來、功能性、被告持用或攜帶證物之情況等節，遑論操作、使用證物。蓋當事人之「意見陳述」（明定於國民法官法第 77 條）並非「證據」，然素人法官初無證據法則之概念，**在證據調查之階段，如當事人於提示證物時併加「說明」或「解釋」，而審判長未予闡明或制止者，易使國民法官誤認該等當事人之「意見陳述」為真，並將之理解為「證據調查之結果」，進而連同其他證據綜合判斷形成心證**。況正當法律程序下之刑事審判，係採證據裁判原則，而以嚴格證明法則為其核心，亦即認定犯罪事實所憑之證據，須具證據能力，且經合法調查，否則不得作為判斷之依據（刑事訴訟法第 155 條第 2 項、司法院釋字第 582 號解釋理由書參照），凡證物之採證經過、被告攜帶及使用證物之方式或其他情

況，如待證事實得以證人之證詞為據（例如員警或其他在場目睹案發經過之證人），應依「人證」之法定調查方法，於審判期日傳喚證人到庭具結接受交互詰問（國民法官法第 73 條規定參照）；如得以錄音、錄影、照片等證據為憑（例如監視錄影畫面），則應於審判期日以適當之設備顯示其聲音、影像，使法庭及當事人辨認或告以要旨（國民法官法第 75 條規定參照）；而有關證物本身之尺寸、重量、成分、功能或其他特性，諸如刀械之鋒利程度、槍械及子彈之擊發功能、扣案毒品之組成等節，則應以「勘驗」（國民法官法第 47 條第 2 項第 7 款及刑事訴訟法第 213 條規定參照）、「鑑定」（國民法官法第 47 條第 2 項第 7 款及刑事訴訟法第 206、208 條規定參照）或「書證」（國民法官法第 74 條規定參照）之法定調查方式為之。當事人關於證物之主觀意見陳述既非證據，**依法當無容許當事人於提示證物時夾敘夾議，將其主觀意見充作證據之一部，從而混淆「證據」與「意見陳述」分際之餘地**，否則即與刑事訴訟法第 155 條第 2 項之嚴格證明法則及正當法律程序原則有違。

(三) 基此，倘聲請調查證物之一造當事人，於審判期日提示證物予國民法官法庭辨認時，併向國民法官法庭敘述、說明或解釋與該證物有關之意見者，既**非無使國民法官誤認其「意見陳述」為「證據調查結果」，進而不當影響其心證形成之危險**，則揆諸國民法官法第 46 條：「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。」之規定及該條立法理由所揭：「具備法律專業及訴訟經驗之法官、檢察官或辯護人，倘於審判過程中將足使國民法官、備位國民法官產生預斷之虞或偏見之事項，摻雜於言詞或書面陳述之中，恐將致國民法官、備位國民法官受到不當之干擾，非但將致審判遲滯、混亂，影響國民法官、備位國民法官參與審判之意願，甚將造成國民法官、備位國民法官無法形成正確心證，殊非國民參與審判制度乃至刑事訴訟制度之福。...檢辯雙方所為陳述或提出之證據，如有使國民法官、備位國民法官產生偏見之不當情形，例如：於論告或辯論程序中，使用未經法院認定具有證據能力之審判外資料，此時審判長本應積極行使訴訟指揮權，限制檢察官或辯護人使用此種可能會不當影響國民法官心證之資料。」之意旨，**審判長此時即應本於前述闡明義務，向國民法官闡明該等當事人之「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**，或諭知該造當事人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，以消除此等不當資訊影響國民法官法庭心證之可能性，**俾使在庭之國民法官無誤認當事人之「意見陳述」為「證據」之虞**，始符前開國民法官法第 46 條、第 76 條及刑事訴訟法第 155 條第 2 項等規定之本旨，並與正當法律程序原則無違。

二、 原判決核有適用國民法官法第 46 條、第 76 條及刑事訴訟法第 155 條第 2 項等規定不當之違背法令：

(一) 本案一審檢察官於審判期日提示扣案電擊棒及柴刀等證物予國民法官法庭辨認時，明顯參雜其意見陳述於內，而審判長疏於依國民法官法第 46 條規定及時闡明或釐清：

1. 查，本案一審民國（下同）109 年 12 月 8 日審判程序筆錄記載：「檢察官謝幸容提示扣案柴刀 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，並說明待證事項。・・・審判長請檢察官繼續調查證據。檢察官謝幸容起稱：這是 2 把一樣的菜刀且裝著刀套，之後會跟國民法官說明被告帶這 2 把菜刀究竟要做何事。**這是張大凡當時手上拿的長電擊棒**，之後會跟各位國民法官說明被告張大凡拿這電擊棒要做何事，**這電擊棒是可以使用的**，等下各位法官傳閱時務必要小心，我先把開關關掉・・・這是一個**短的電擊棒，剛才已經展示過電擊棒功能**，我們就不展示這支電擊棒的功能」等語（參臺灣士林地方法院 109 年度模試訴字第 1 號卷六，第 24 至 26 頁），且**檢察官於提示扣案之「長電擊棒」時，未戴手套、亦未經審判長同意而自行打開電擊棒之開關並按下按鈕，使電擊棒發出高亢劇烈之電流聲響**。該日審判筆錄續記載：「各位法官可能會想，本案關鍵的柴刀在哪，**就是這把柴刀**，本案柴刀是方頭柴刀，當時被告張大凡以右手持柴刀，請各位國民法官在傳閱時，體驗一下柴刀的重量，

71

感受**柴刀的刀刃經過開封**，所以**很銳利**，**並想一想被告張大凡在砍的當下，有可能造成林愛德何種傷勢**。」等語（參臺灣士林地方法院109年度模試訴字第1號卷六，第26頁），由上可見，檢察官在**提示**「扣案電擊棒」及「扣案柴刀」二項證物予國民法官法庭**辨認**時，明顯**參雜大量的意見陳述**於內，包括：（1）被告使用證物之情狀（檢察官聲稱被告於行為時係持用扣案之「長電擊棒」而非「短電擊棒」）；（2）扣案電擊棒之功能性（檢察官聲稱該電擊棒於案發時係可以使用電擊功能之狀態）；（3）被告持用柴刀之情狀（檢察官聲稱被告於行為時係持用其中一把柴刀）；（4）扣案柴刀之特性及功能性（檢察官聲稱該柴刀經過開封且很銳利，嗣更要求國民法官想像其可能造成之傷勢）。有甚者，更在未事前聲請勘驗、且未戴手套隔絕指紋之情況下，逕自操作、使用扣案電擊棒。

2. 惟，檢察官上開關於被告使用扣案證物之情狀及扣案證物特性等陳述（下稱系爭檢察官意見陳述），已明顯逾越國民法官法第76條第1項「提示辨認」之範圍，無論該等「意見陳述」是否正確無誤，均與法律明定之「證據」有別，自不得以該等「意見陳述」內容嗣後可經其他證據證明為真，即任其混淆「意見陳述」與「證據」之分際。且觀系爭檢察官意見陳述謂：「這是張大凡當時手上拿的長電擊棒・・・這電擊棒是可以使用的・・・就是這把柴刀・・・當時被告張大凡以右手持柴刀・・・柴刀的刀刃

經過開封，所以很銳利」云云，**客觀上已有致無法律專業之國民法官誤認其「意見陳述」為「證據之調查結果」，進而以此形成心證之虞**。依前開說明，審判長自應依國民法官法第 46 條之規定，闡明檢察官該等陳述內容均屬其「意見陳述」，並非法定之「證據」，且國民法官法庭不得以此作為認定被告犯罪事實或量刑之依據，始與該條規定及刑事訴訟法第 155 條第 2 項規定無違。

3. 況且，案內事證均無從證明檢察官前開意見陳述為真：

(1) 查，本案扣案電擊棒有「2 支」，然被告於行為時，究竟係手持扣案「2 支」電擊棒中之何者？案內事證(包括證人證詞、被告自白等)顯無從證明。則檢察官逕自聲稱被告手持扣案之「長電擊棒」而非「短電擊棒」，即非有據；

(2) 又被告於行為時，扣案之 2 把電擊棒中究有無裝置電池或充電完畢？是否合於使用？如可使用，其使用之效果與檢察官在審判期日逕自操作之效果有無不同？案內事證就上開各節亦付之闕如。則檢察官片面宣稱該等電擊棒於被告行為當下係可隨時使用電擊之狀態云云，亦難認有據；

(3) 再查，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？檢察官就以上各節並未聲請勘驗或鑑定，顯無從明瞭。況扣案柴刀有 2 把，且於案內證物照片及於審判期日提示辨認時，該 2 把柴刀上均

93

未見有血跡，則被告於行為時持用之柴刀究為何者？亦屬不明。則檢察官遽稱被告係使用「特定柴刀」，並稱該把柴刀業經開鋒且相當銳利云云，要無證據可佐。

基上，系爭檢察官陳述內容俱屬案內事證無法證明之事項，益見審判長應依國民法官法第 46 條之規定，闡明該等「意見陳述」並非「證據」，以免國民法官產生預斷或偏見。

4. 尤有甚者，檢察官明知被告於行為時根本未打開電擊棒之開關，遑論使用（參臺灣士林地方法院 109 年度模試訴字第 1 號卷六，第 28 頁，第 13 至 16 行），復未先於準備程序或審判期日聲請勘驗，即逕於審判期日打開裝有電擊棒之證物袋，以其未帶手套之雙手，操作使用扣案之電擊棒證物，明顯違反國民法官法第 76 條證物調查限於提示辨認之規定，並有使國民法官法庭誤認其擅自操作證物之結果為「證據」之虞，從而本案一審審判長更應依國民法官法第 46 條之規定，闡明檢察官之操作結果並非證據，以免國民法官以此形成心證。

5. 惟，本案一審檢察官於 109 年 12 月 8 日審判期日將其前開「意見陳述」混入「證物之提示辨認」程序時，本案一審合議庭之審判長竟疏於依國民法官法第 46 條之規定，及時闡明該等「意見陳述」並非「證據」，且不得作為認定被告犯罪事實之依據，致國民法官法庭顯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，並與刑事訴訟法第 155 條第 2 項之嚴格證明法則有悖。

(二) 原判決核有適用國民法官法第 46 條、第 76 條及刑事訴訟法第 155 條第 2 項等規定不當之違背法令：

1. 原判決認定本案一審審判長未就檢察官提示證物之方式及言詞行使闡明權，並無違反國民法官法第 46 條之規定：

(1) 原判決認定檢察官於審判期日展示扣案電擊棒之功能係合法調查程序之必要行為，並認定檢察官有關被告持用該電擊棒及其功能完好之陳述與事實相符：

嗣被告以本案一審訴訟程序違反國民法官法第 46 條規定等理由向原審法院提起上訴，原判決駁回被告之上訴，其理由欄記載：「（六）原審審判長於審判期日，並無辯護人所指未依國民法官法第 46 條規定，就有使國民法官產生預斷之虞或偏見之下列事項，未及時闡明或釐清，而足以影響原判決認定之犯罪事實或所犯法條之訴訟程序違背法令，並無辯護人所指有足生影響於判決結果之有害瑕疵：1.辯護人指稱檢察官於原審審判程序，在提示扣案電擊棒（經檢察官列為其證據清單編號 11）時，故意打開電擊棒之開關並按下按鈕，使電擊棒發出高亢嚇人之電流聲響，並表示：『這是張大凡當時手上拿的長電擊棒・・・，這電擊棒是可以使用的，・・・剛才

75

已經展示過電擊棒功能』等語。惟查，關於被告在行為時所攜帶包括上開電擊棒、柴刀等凶器，其功能是否完好，顯與被告是否確有殺害被害人之犯意及罪責（含刑度輕重）判斷有關，**檢察官於原審審判程序調查證據時，提示扣案電擊棒並展示其功能或性能，自屬審判期日合法調查證據程序所必要之作為**……至於檢察官於提示該電擊棒時，所稱『這是被告張大凡當時手上拿的長電擊棒．．．，這電擊棒是可以使用的，．．．剛才已經展示過電擊棒功能。』等語，既與該電擊棒之客觀型態及功能相符，自無使國民法官產生預斷或偏見之虞。……綜上，辯護人指稱檢察官在原審審判期日所為前揭論述或說明，均係有使國民法官產生預斷或偏見之事項，原審審判長卻未依國民法官法第 46 條規定，即時為闡明或釐清，所踐行之訴訟程序有違背法令之情形，且前揭各項程序違法均屬足生影響於判決結果之有害瑕疵云云，核屬誤會，並無可採」云云（參原判決第 28、29、32 頁），由上可見，原判決認定本案一審檢察官於審判期日操作扣案電擊棒展示其功能，係合法調查證據之必要作為；並認定檢察官所述該被告手持該電擊棒、該電擊棒可以使用等語，與客觀事實相符，進而認定本案一審審判長未依國民法官法第 46 條規定為闡明，並無程序之違法。

(2) 原判決另稱檢察官於提示扣案柴刀時，以口頭說明該證物之功能性及被告持用情形，供國民法官納為判斷之參

76

考，不致使國民法官產生預斷或偏見：

原判決續記載：「2.辯護人指稱檢察官在提示扣案柴刀（經檢察官列為其證據清單編號 11）時陳稱：『各位法官可能會想，本案關鍵的柴刀在哪，就是這把柴刀・・・，當時被告張大凡以右手持柴刀，請各位國民法官在傳閱時體驗一下柴刀的重量，感受柴刀的刀刃經過開鋒，所以很銳利，並想一想被告張大凡在砍的當下，有可能造成林愛德有何種傷勢。』等語，有使國民法官產生預斷或偏見之虞。惟查，檢察官係在提示該扣案柴刀，請國民法官逐一傳閱檢視時，**一併以口頭方式向國民法官說明扣案柴刀之刀刃已經開鋒，相當銳利，供國民法官作為**親自接觸，檢視、觀察、感受該柴刀材質、重量、刀形、鋒利程度等客觀情狀之**參考，國民法官在聽聞檢察官前揭口頭陳述或說明時**，既係同時檢視扣案柴刀，自可各憑自己親自接觸檢視之客觀結果，**參酌檢察官之補充說明**，各依自己心證及正當法律感情，**各自為客觀判斷**，不致產生預斷或偏見之虞。」云云（參原判決第 29 頁），是原判決認定檢察官於提示其中一把扣案柴刀時，以口頭方式向國民法官法庭說明該柴刀之功能（業經開鋒相當銳利）及被告持用情形，供國民法官納作判斷之參考，不致使其產生預斷或偏見，進而認定本案一審審判長未依國民法官法第 46 條規定行使闡明權於法無違。

2. 原判決核有適用國民法官法第 46 條、第 76 條及刑事訴訟

77

法第 155 條第 2 項等規定不當之違背法令：

(1) 惟按證物之法定調查方式以「提示辨認」為已足，至於當事人如欲主張特定證物具有功能性之待證事實，自應循勘驗或鑑定等其他法定調查方式為之，斷無容許當事人混淆「意見陳述」與「證據」之分際，以其「主觀意見陳述」充作「證據調查」，而致國民法官法庭採其意見陳述內容作為證據之餘地，均已如前述(參本書狀第 1 至 4 頁)。故原判決稱本案一審檢察官於審判期日逕自操作扣案電擊棒展示其功能，係合法調查證據之必要作為；又稱國民法官可參酌檢察官有關扣案柴刀之「補充說明」為綜合判斷云云，明顯混淆「意見陳述」與「證據」之不同概念，且誤解國民法官法第 76 條所定證物之法定調查方式。進而，原判決遽認本案一審審判長毋庸就檢察官上開意見陳述為必要之闡明，進而以此駁回被告之上訴，核有適用國民法官法第 46 條、第 76 條及刑事訴訟法第 155 條第 2 項等規定不當之違背法令。

(3) 又本案既無證據可證被告於行為時手持何電擊棒、暨該等電擊棒於「扣案時」內有無裝載電池或業經充電而具有功能性；復無證據可證被告於行為時係持用何把柴刀砍傷被害人、及該柴刀是否業經開鋒、其銳利程度如何等節（參本書狀第 7 至 8 頁），則檢察官片面宣稱該「長電擊棒」即為被告行為時手持之電擊棒且隨時可以使用、該「柴刀」即為被告以右手持用之柴刀且業經開鋒相當銳利云云，非但**屬「意見陳述」而非「證據」**，

78

抑且均為未經審判期日調查證明之事項，揆諸前揭國民法官法第 46 條之立法意旨及刑事訴訟法第 155 條第 2 項之嚴格證明法則，自不得使國民法官將上開不當之事項當成證據調查之結果，連同其他證據及言詞辯論綜合判斷形成心證。惟，原判決竟謂該等陳述內容與客觀事實相符、供國民法官作為認定之參考並無產生預斷或偏見之虞云云，進而以此認定本案一審訴訟程序並無違法而駁回被告之上訴，亦有適用國民法官法第 46 條及刑事訴訟法第 155 條第 2 項等規定不當之違背法令。

三、綜上所陳，敬請鈞院撤銷原判決，發回臺灣高等法院更為審理，以維權益，並符法制。

謹　狀

最高法院刑事庭　　公鑒

中　華　民　國　111　年　9　月　12　日

選任辯護人：陳明律師

任孝祥律師

郭皓仁律師

39