

## 準 備 程 序 筆 錄

上訴人 張大凡

上列上訴人因 111 年度國模台上字第 2 號殺人未遂案件，於中華民國 111 年 10 月 4 日上午 9 時 30 分，在本院第一法庭公開行準備程序，出席職員如下：

法 官 吳秋宏  
書記官 王麗智  
通 譯 康勤

到庭當事人與訴訟關係人如後：

最高檢察署檢察官 洪泰文檢察官  
                          林麗瑩檢察官  
上訴人選任辯護人 陳明律師  
上訴人選任辯護人 任孝祥律師  
上訴人選任辯護人 郭皓仁律師

受命法官請書記官朗讀案由。

受命法官諭知

- 一、本次所行準備程序已依法院組織法第 90 條第 2 項、法庭錄音錄影及其利用保存辦法第 2 條第 1 項規定全程錄音，茲為便利程序進行，各項陳述內容僅記載要旨，並得事後由兩造提出書狀補充之。
- 二、本件依刑事訴訟法第 390 條、第 394 條第 2 項之規定，由受命法官先行調查上訴事項進行準備程序。

受命法官

請辯護人陳述上訴要旨。

選任辯護人郭皓仁律師

- 一、國民參與審判案件之二審判決，依國民法官法第 4 條規定，應有刑事訴訟法第 364 條及第 310 條等規定之適用，原判決竟未於理由欄記載刑事訴訟法第 310 條所定第 1 款至第 7 款等法定應記載事項，核有刑事訴訟法第 379 條第 14 款判決不備理由之違背法令。

二、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所為之意見陳述，均非證據。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，參雜有關被告使用證物之情狀、證物之特性及功能意見陳述於內，且該等陳述無從由檢察官提出之證據證明為真，顯有使國民法官誤認檢察官之「意見陳述」為「證據調查結果」，進而以此形成心證之虞，然審判長疏於依國民法官法第 46 條規定及時闡明或釐清，違反該條規定及刑事訴訟法第 155 條第 2 項之嚴格證明法則。原判決認定本案一審審判長未踐行闡明義務並無違法，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。

選任辯護人陳明律師

簡單補充如下：

國民法官法對於上訴審的程序採取非常低密度的立法原則，規範第二審跟第三審總共只有 4 個條文。到底第二審是採取什麼制度？事後審制？覆審制？其實沒有明文規定。具體落實下來會關係到二審判決要怎麼寫。在辯護人的立場，對我們的辯護權影響很大。如果依照原審判決的寫法，我們很難提出合法或有效的第三審上訴理由；我們無法指摘原判決認定事實違背論理法則或經驗法則；我們很難指摘認定事實跟所憑證據，也就是證據上理由矛盾的違法。太多目前得為第三審上訴的上訴理由，若依原審判決的記載，會極度壓縮被告上訴第三審的空間。所以我們提出這樣的上訴理由主要是為了釐清將來二審判決要如何寫？目前國民法官法的施行細則尚未公布，對此部分似乎也沒有明確的規範，因此趁此機會，將心中的疑惑提出來，看最高法院能否提出高見讓我們可以遵循。

受命法官請檢察官陳述答辯要旨。

檢察官洪泰文

本件是採用國民法官法的案子，綜觀原審判決是本於國民法官法第 91 條、第 92 條第 1 項但書的規定意旨及精神，以上訴二審的理由為中心來說明本案採為證據者，為什麼有證據能力？像剛剛律師所說的對調查證據過程的質疑，還有事實認定何以沒有違背經驗法則、論理法則，以及採證跟調查所踐行的程序縱使稍有瑕疵，但是對於第一審判決就被告本案所

為具殺人犯行的判斷沒有影響。同時第二審判決也衡酌本案有關的量刑因子，認為第一審判決所為的刑罰量定並未逾越法定刑範圍，也無輕重失衡或顯失公平、罪責不相當的情形，種種理由原判決闡述的很詳細，因此我們認為原判決無違背法令之情形。

#### 受命法官諭知

依上訴及答辯要旨，整理本件法律爭點及待鑑定事項如下：

##### 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，是否已逾國民法官法第 76 條所定提示辨認之範圍？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)本爭點與刑事訴訟法（下稱刑訴法）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？

##### 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？

受命法官

就前開法律爭點及待鑑定事項之整理結果有無意見？

選任辯護人陳明律師

關於爭點一(2)，是否指失權效？也就是關於審判長指揮不當，指揮當下若無聲明異議，即不得作為第三審上訴理由？

受命法官

是。即是否產生失權效。

選任辯護人陳明律師

了解。

關於爭點一(2)以及爭點二(2)、(3)，其實都是擴充的，因為我們的上訴理由並未指摘及此。當然這都是上訴審非常大的問題，如果合議庭認為要利用這樣的機會釐清，雖然增加辯護人很多的負擔，擔心力有未逮，但還是勉力為之。

選任辯護人郭皓仁律師

對前開法律爭點及鑑定事項的整理並無意見。但想請庭上協助確認本案的基礎事實，檢方有無爭執？

- 一、本案第一審檢察官在第一審審判期日提示證物時，對國民法官所說的言語，就筆錄上之記載，雙方是否對於當時的事實是如此都無爭議？
- 二、檢察官提示證物時，並沒有戴手套直接將扣案電擊棒從證物袋拿出來，並且自己操作，就檢察官的操作過程的事實，檢方有無爭執？
- 三、原判決的事實認定幾乎與第一審判決相同，但原判決第 2 頁第 28 至 29 行「而林愛德遭砍後，傷口大量出血，經緊急送醫急救，幸未死亡」，是第一審判決所未認定的事實。增加的記載部分，檢方是否有爭執？

受命法官

就第一點有關訴訟調查證據過程中所作的筆錄記載有無爭執，依據刑事訴訟法第 47 條之規定，第三審並不會就事實調查，而是專以審判筆錄之記載為主，審判筆錄的記載內容，就是合議庭將來作為判斷適用法則有無不當的資料，所以無法讓雙方就事實面的部分討論，以免造成事實面的不確定狀態。

選任辯護人郭皓仁律師

補充說明，因為我們是基於筆錄的記載提出主張，如果檢方

就此部分的記載有意見，是否得增列當時的事實經過究竟為何？

受命法官

原則上我們還是以筆錄的記載為主，因為現在爭執的是第一審的審判筆錄記載，但筆錄之記載在訴訟過程中不可能逐字照錄，有些動作也無法照錄。然法律審的審查，需受限於有限的資料，否則就不是事後審了。

檢察官就此有何意見？

檢察官林麗瑩

尊重受命法官的意見，相關的事實都以第一審審判筆錄記載為基礎，來進行法律的辯論。

受命法官

原則上，依照第一審筆錄的記載來進行有關於訴訟程序是否違法或不當的攻擊防禦。

選任辯護人郭皓仁律師

了解，無其他的意見。

受命法官問選任辯護人郭皓仁律師

111年9月29日刑事意見狀中，建議修改爭點一(1)，似乎希望增列國民法官法第75條第2項的內容？

選任辯護人郭皓仁律師

此部分是筆誤。只留下國民法官法第76條。

檢察官林麗瑩

辯護人建議修正爭點一(1)部分，刑事訴訟法第155條第2項的部分也刪除了，辯方是否捨棄此部分爭點？

受命法官問選任辯護人郭皓仁律師

原先將國民法官法第76條及刑事訴訟法第155條列為爭點，除刪除誤載之國民法官法第75條第2項，是否仍將刑事訴訟法第155條同列為爭點一(1)之內容？

選任辯護人郭皓仁律師

爭點一(1)有三個問號，在邏輯上的順序，首先是檢察官提示的過程有無逾越法定的調查方式；檢察官若有逾越，其所為的意見陳述有無國民法官法第46條所謂的預斷或偏見；第一審審判長關於此部分的訴訟指揮有無違法，此部分是指有無違反國民法官法第46條、第76條、刑事訴訟法第155條第2項嚴格證明法則。

受命法官

整理選任辯護人郭皓仁律師方才的意見如下：

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

之陳述是否已逾國民法官法第 76 條所定提示辨認之範圍？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，有無違反國民法官法第 46 條、刑事訴訟法第 155 條第 2 項之規定，而造成違法或不當？

是否如此？

選任辯護人郭皓仁律師

是。

受命法官

檢方是否理解郭律師的更正？

檢察官林麗瑩

理解。

受命法官

檢方就本院所整理及修正後之爭點有無其他意見？

檢察官林麗瑩

爭點一部分之外，就爭點二部分：

一、就爭點二(1)無意見。

二、就爭點二(2)部分，我們也認為畢竟模擬法庭會涉及到第三審判決如何寫，第三審會根據我們討論的爭點，來形成國民法官法的第三審判決。此部分跟本案有關的，包括上訴理由的部分，可能就是第二審有罪判決的寫法，關於事實是否要記載的問題、事實跟理由之間的關係。而關於撤銷發回、撤銷自為有罪判決、撤銷自為無罪判決的部分，似乎跟本案無關，本署討論認為在結論是發回原審時，可能會涉及第二審判決種類的問題，也許有關聯性，所以我們同意就爭點二(2)各個爭點討論。

三、爭點二(3)與本案似乎完全無關，且此次爭點非常多，擔心短時間內由檢辯雙方作辯論，負擔稍重，另外也擔心辯論後如何在判決內呈現？可能會有訴外裁判的問題，因此建議刪除爭點二(3)並移至研討會一併討論。

受命法官

爭點二(3)確實擴充較大，既然林檢察官有提及，我也想請辯方表示意見，尊重雙方的意見。

選任辯護人陳明律師

贊同檢方的意見，將爭點二(3)移至研討會討論似乎較適當。

受命法官諭知

尊重雙方的意見，刪除爭點二(3)。

受命法官

本案因模擬法庭辦理時程，前經徵詢檢、辯雙方意見後，選任國立成功大學法律學系陳運財教授擔任專家鑑定人，俾提出鑑定意見書，並於審判期日到庭接受詰問，有無意見？

選任辯護人陳明律師

無意見。

選任辯護人任孝祥律師

無意見。

選任辯護人郭皓仁律師

無意見。

檢察官洪泰文

無意見。

檢察官林麗瑩

無意見。

受命法官諭知

雙方收受鑑定意見書面後，就擬於審判期日詰問鑑定人之問題（或方向），請儘量於審判期日 5 日前提出，俾鑑定人有充分時間準備。

受命法官

辯護人有無其他意見？

選任辯護人陳明律師

詰問鑑定人後是否即行言詞辯論？

受命法官

是。

選任辯護人郭皓仁律師

辯論時間（不包含詰問時間）預計 20 至 25 分鐘。

受命法官

檢方有無意見或補充？

檢察官林麗瑩

辯論時間（不包含詰問時間）預計 20 至 25 分鐘，其他無意見。

受命法官

本件候核辦，退庭。

以上筆錄經當庭給閱、朗讀予到庭之人，認為無誤簽名於後

到庭之人：

檢察官

選任辯護人

中 華 民 國 111 年 10 月 4 日  
最高法院模擬審判刑事第二庭

書記官

法 官