

審判筆錄

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 11 月 16 日上午 9 時 30 分，在本院第一法庭公開行言詞辯論，出席職員如下：

審判長法官 林勤純
法官 謝靜恆
法官 梁宏哲
法官 何信慶
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
鑑定人 陳運財教授

審判長請書記官朗讀案由。

審判長諭知本件言詞辯論相關程序事項：

- 一、法律爭點之意見陳述，兩造各限定時間 10 分鐘，鑑定人 30 分鐘，時間屆滿請停止發言。
- 二、審判庭得提問，兩造亦得互相詢問及詢問鑑定人。提問人每題 3 分鐘，每 1 問題回答時間 5 分鐘。
- 三、兩造陳述完畢後，得綜合陳述，時間各 25 分鐘。
- 四、為使本次審判程序順利進行並節省開庭時間，本件筆錄僅記載要旨。另今日程序由委外轉譯人員依錄音內容真實轉譯，轉譯內容 48 小時內送交書記官整理為言詞辯論筆錄。

審判長問兩造

就本件言詞辯論程序事項有無意見？

檢察官均稱

沒有意見。

辯護人均稱

沒有意見。

審判長詢問鑑定人姓名、年籍等事項。

陳運財教授

〈年籍資料詳附件（彌封）〉

審判長請受命法官朗讀報告書。

受命法官

一、本件原審調查審理後，就第一審認定上訴人即被告張大凡被訴殺人未遂犯行之事證明確，論處上訴人犯刑法第 271 條第 2 項、第 1 項之殺人未遂罪刑(處有期徒刑 7 年 6 月)，及諭知相關沒收之判決。其判決書之事實欄，記載上訴人之犯罪事實，理由欄並分別於：(1)壹「國民參與審判案件，上訴審行使審查權之法律依據」部分，載敘：國民參與審判案件之第二審法院，就第一審判決關於犯罪事實認定之審查，除非第一審判決違背經驗法則或論理法則，且其程度顯然影響於判決本旨，否則第二審應予尊重；關於訴訟程序或其他適用法律之違法部分，亦應視其違法情形是否顯然於判決無影響；關於量刑部分，則應本於國民法官法第 91 條規定之旨，以事後審角度審查是否合法、允當等旨。(2)貳「上訴人之上訴意旨」，記載檢察官、被告之上訴理由。(3)參「本院之判斷」，載敘原判決關於雙方當事人上訴意旨如何均不可採之理由。(4)肆「結論」，說明：第一審判決關於認定事實、法律適用及量刑說明，雖有部分瑕疵，惟並無違背經驗法則或論理法則之不當或違法，各該瑕疵經原審審酌後，仍認應為相同之事實認定及法律適用，且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，均屬無害瑕疵等旨。因而駁回檢察官、上訴人在第二審之上訴。

二、本件爭點：

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（下稱刑訴法）第 155 條第 2 項之規定，而構成違法或不當？

(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？

審判長諭知言詞辯論程序開始，並就本件法律爭點請鑑定人陳述意見（今日檢辨雙方就鑑定人之意見，於本日開庭後，兩造如有意見，請於七日內具狀陳述）。

審判長請辯護人陳述上訴要旨。

辯護人郭皓仁律師

上訴要旨可分為兩點：

- 一、原判決除重複肯定第一審判決事實認定之外，並且接續認定第一審判決所謂認定之新犯罪事實，卻未依刑訴法第 310 條第 1 至 7 款規定於判決書理由欄記載這些法定應記載事項，我們認為原判決有判決理由不備之違背法令。
- 二、當事人在審判程序所為的意見陳述都不是證據，應以嚴格證明法則下的法定證據調查方法做明確區分。也因此本案

第一審檢察官在調查扣案之電擊棒及柴刀這二項重要證物時，所敘述關於這二項重要證物的同一性及與本案待證事實間的關聯性時，檢察官所為之陳述，原非證據卻摻雜於證據調查的過程之中，顯有導致國民法官法庭誤認該等意見陳述為證據調查結果的危險。但第一審審判長疏於依國民法官法第 46 條規定予以闡明或釐清，導致國民法官法庭將這些檢察官所為的陳述當成證據調查的一部進行綜合判斷形成心證，我們認為第二審判決認定第一審審判長的訴訟指揮並無違法，是適用國民法官法第 46、76 條及刑訴法第 155 條第 2 項等規定不當之違背法令。

辯護人陳明律師

簡單補充如下：

本件第二審判決在理由中只記載 4 大項目：「壹、國民參與審判案件，上訴審行使審查權之法律依據。貳、上訴人之上訴要旨。參、本院之判斷。肆、結論。」而第參大項「本院之判斷」只是針對上訴人之上訴理由一一加以說明、駁斥，並沒有如刑訴法第 310 條規定記載為何會認定有罪的理由。第二審判決就國民法官法案件要如何記載，首先要取決於國民法官法對於第二審案件採取何制度，是覆審、續審抑或事後審？此前提未建立，第二審判決要如何寫、寫到什麼程度、用何種形式去寫？均無從確定。我們拜讀檢座、陳運財教授大作，他們引用美國、日本各種立法例，不過美國採陪審制，原則是沒有判決，大部分也不太上訴，我國採取的國民法官法較接近日本的裁判員制，但兩邊的法律文化也不完全相同，究竟第二審判決要採取什麼樣的制度、第二審判決要怎麼寫？這都攸關人民權利的保護，也攸關辯護人對被告辯護權的行使。特別是第二審判決採取不同的制度，對於被告之上訴救濟要如何行使影響非常大，我們認為本案原審判決的記載，恐怕會大量嚴格限縮辯護人的上訴權限及範圍，這樣的記載有商榷餘地。

辯護人任孝祥律師

無其他補充。

審判長請檢察官陳述答辯要旨。

檢察官洪泰文

本件我們認為原判決無違背法令之情形。

一、就爭點一

(1)調查證物之提示，屬於勘驗之證據方法，可包括對物證功能的客觀說明、促請國民法官以五官感受證物的性能，及說明

物證與待證事實關聯性。本件檢察官提示電擊棒、柴刀之過程合法，或屬不爭執事項及與待證事實關聯性的說明，或屬勘驗之證據調查內容，並無使國民法官產生偏見或預斷之虞。

- (2)本案辯護人於審判中並未向法院合議庭提出異議，原審也無明顯瑕疵可言，應認產生失權效果，被告方對此證據調查程序不得再於上訴審爭執。
- (3)國民法官案件於第二審法院審查原審審判時，可類推適用刑訴法第 380 條，建立無害錯誤（瑕疵）標準，如認指摘之瑕疵或違法情節，並不影響於判決，即無庸撤銷原判決。惟本案被告就檢察官調查證據之程序已因失權效不得再上訴爭執，應無庸進行瑕疵是否無害之審查，即可認為此部分上訴第二審為無理由，被告此部分上訴第三審為不合法。

二、就爭點二

- (1)國民法官審判上訴第二審，其性質特殊，原則上可以「改良之事後審兼有限的續審」的性質來說明，但在極例外情況下，覆審亦非全無可能。國民法官判決上訴第二審，雖依規定第二審審查範圍不受上訴理由拘束，但應類推適用刑訴法第 393 條，以上訴指摘範圍內審查為原則，且仍以經上訴之部分為審查對象（刑訴法第 348 條）。
- (2)國民法官第二審在自為判決，原則上仍有可能重新認定事實。判決書之記載，除自為認定事實外，適用刑訴法第 373 條規定，得逕引用原審認定之事實；在上訴不合法或無理由駁回時，可逕引原審判決，並就上訴有無理由及原審是否有違法瑕疵補充說明。被告此部分上訴為無理由。

檢察官林麗瑩

無其他補充。

審判長請鑑定人陳運財教授對本件法律問題表示意見。

陳運財教授

今日很榮幸有此機會針對此場次相關法律爭議提出我個人的看法，我依序按照法院之前所提之爭點順序扼要說明：

- 一、首先是有關本案在第一審根據國民法官法第 76 條證物的調查程序，檢察官在出證柴刀及電擊棒的過程中，根據上訴人的理由主張，檢察官就所謂的兇器，不只物的狀態或存在的事實來提示，而是有加上主觀評價，此部分有無構成調查證據的瑕疵或違反規定，是否對判決會有影響而足以作為上訴第三審的事由？我個人認為，因為在傳統的刑事審判之下，在卷證併送又有蠻高成分的職權進行的現行刑事審判之下，有

關證物的提示及書證的朗讀都是由法院職權進行，我想先進都很清楚。審判長透過庭務員提示證物給檢辯雙方確認後詢問雙方有沒有意見，這個程序基本上就結束了。現在國民法官法即將因為改採卷證不併送以落實當事人進行的關係，所以國民法官法第 74 至 76 條有關於書證的朗讀或告以要旨、證物的提示，都是由聲請調查物證或書證的這一方當事人來做提示、朗讀、告以要旨。問題是怎麼去操作？法庭上聲請調查物證的，譬如檢察官，如何提示辨認兇器？提示過程中檢察官可以做什麼？在職權進行之下不成問題的，反而在當事人進行之下浮現出來。在當事人對抗的法庭之下，檢辯雙方如何出證的問題，我想對我們來講確實是一個新的課題。我初步整理日本實務運作的狀況，可以提供參考，當然它的精神還是回到究竟檢察官在法庭上出證，根據國民法官法第 76 條提示證物辨認的目的為何、如何融入既有的譬如人證及被告詰問或詢問的程序內？重點在於檢察官踐行國民法官法第 76 條之提示辨認，他是只純粹要證明此物的存在而已，不涉及到此物與本案待證事實的同一性或關聯性的評價，應區分待證事項及目的來做他怎麼出證的方式。我整理二個情形，一是純粹證明兇器本身的存在或狀態，我想一般當事人透過獨立的證據調查程序，就是與人證的交互詰問或被告的詢問可以分開來，僅是純粹提示有這樣一個證物存在而已，很單純的踐行國民法官法第 76 條提示辨認，就像職權進行時候的審判長來提示辨認運作的方式就可以。不過我想大部分譬如兇刀、柴刀或電擊棒或是被害人染有血跡的衣物要提到法庭來調查，往往不純粹只是單純證明物的存在而已，都還要進一步去確認，這把兇刀是被告拿來砍殺被害人的兇刀，以被害人的人證交互詰問來講，要跟被害人確認這是不是你當時被砍受傷的血衣，進一步證立證物與待證事項的關聯性，或證物是否為兇刀、持刀砍殺的這把兇刀的同一性，若是這種情形，在日本運作上面，他們基本上就會跟人證，譬如被害人交互詰問或是被告的詢問結合在一起，他會在那個場合來出證，這個出證當然也不是檢察官來做評價，而是透過檢察官的詢問，由被害人或被告來陳述，來確認究竟這把兇刀或這個染有血跡的衣物是否是行兇的兇刀，或被害人當時所穿的染有血跡的衣物，是透過這樣來調查。總而言之，檢察官根據國民法官法第 76 條出證，我覺得我們應該要先回到很根本的，也就是出證的目的在哪邊、待證事項是什麼來決定出證的方式，及檢察官可不可以透過調查來呈現出它的同一性

或關聯性的問題。因為我目前所收到的資料有限，我不曉得第一審檢察官提示兇刀本身，只是證明當時被告曾持有兇刀本身而已，還是這把兇刀是當時被告拿來砍被害人的兇刀。若是要證明同一性，我覺得一個比較理想、有效的實質證據調查方式，應該要結合在比如被害人證的交互詰問或當時詢問被告的程序來做國民法官法第 76 條的提示辨認程序，也同時來證立關聯性及同一性。若不是如此，單純在獨立的物證提示程序內，檢察官不只是確立那把兇刀本身的存在，還要進一步透過檢察官說明、評價來證立同一性，我認為這時候已經超出檢察官證據調查範圍，因為檢察官本身不是證據本身，他只是證據的呈現者。這個個案就這點來講，有無違反證物的調查程序，我認為應該要回到當時檢察官在法庭上提示證物的待證事項為何、目的、有無證明關聯性、同一性來做具體的檢驗，初步來看，似乎檢察官還是要證立同一性，可是這時候他不是透過被害人或被告來呈現出來，而是檢察官自己講，若是這樣，我認為已經逾越他證據調查的目的及範圍，這時在調查程序上應有瑕疵存在，至於這樣的瑕疵是否要適用無害錯誤的法理來處理，以下再進一步為各位說明。

二、接下來的爭點就是對於檢察官在法庭上依國民法官法第 76 條進行證物的調查程序，若他造當事人或辯護人認為有瑕疵或違反訴訟程序的規定，能否異議？這個問題或許有二個方向，一個方向是藉由國民法官法第 46 條，對於檢察官的出證，辯護人認為是否會有不當影響國民法官造成偏見或過早形成不當的預斷，確實根據國民法官法第 46 條，可以透過審判長訴訟指揮來做必要的處理（釐清或闡明）。若審判長在辯護人提出這樣的請求沒有發動訴訟指揮，這時再進一步根據刑訴法第 288 條之 3 就審判長不作為的訴訟指揮聲明異議，這是一個處理的機制，不過我個人比較不贊成此處理機制，畢竟在審判上希望能妥適進行的狀況下，繞道國民法官法第 46 條再進入刑訴法第 288 條之 3，我覺得比較造成訴訟勞費，同時又混淆究竟異議的對象是什麼，其實它原來只是檢辯雙方在進行當事人的證據調查中有出現瑕疵或程序的違法，這時應該還是要回到當事人進行的精神來處理程序瑕疵比較妥當，我個人認為在國民法官法第 74 至 76 條，由聲請的當事人來進行訴訟的朗讀或證物的調查，目前雖然沒有規定得異議的機制，但我認為異議權本來就是在當事人聲請調查證據及進行證據調查過程中，為了讓證據調查的秩序能公正進行，故若

有逾越此程序，檢辨雙方都可以透過異議的機制來促進調查程序的公正性及妥適進行，它本來就是內含在聲請證據調查的訴訟權利，即使目前我國的刑事訴訟法與國民法官法對於當事人違反國民法官法第 74 至 76 條證據調查的程序沒有設置直接可以異議的規定，不過我覺得這個異議權可以求諸於刑訴法第 163 條第 1 項規定進行。退步言之，若今天對檢辯雙方違反國民法官法第 74 至 76 條證據調查程序不容許有異議權，顯然與國民法官法落實當事人進行的精神背離。我們知道在現行的刑事訴訟法之下，對於審判長違反刑訴法第 164、165 條證據調查程序，得用刑訴法第 288 條之 3 聲明異議，在適用國民法官法、落實當事人進行之下卻沒有異議提出的機會，我覺得這是很不衡平的解釋。以結論來說，或許國民法官法在卷證不併送之下，有關證物的提示、書證的朗讀，雖然沒有配套設計當事人聲明異議的機制存在，不過透過刑訴法現行法的解釋，我覺得這個異議權得用刑訴法第 163 條第 1 項作為依據，接下來對異議的程序及審判長的處理，都可以完整類推適用刑訴法第 167 條之 2 至 167 條之 6 規定，可以在法庭上當庭實踐當事人進行攻擊防禦證據調查的程序，也有一套完整的異議機制來處理當事人的異議。若以此個案來思考，在第一審檢察官依國民法官法第 76 條提示柴刀或電擊棒過程，若有逾越待證事項或目的的範圍、調查程序有不當的話，辯護人應該可以透過刑訴法第 163 條來主張異議權，由審判長根據刑訴法第 167 條之 2 至 167 條之 6 規定處理異議。

三、其次，立於檢察官在實踐國民法官法第 76 條調查證物之程序有瑕疵存在，對於此瑕疵上訴人以調查證據違背法令為由提起第二審上訴，在第二審上訴審查中若認定有此瑕疵，有無援引無害錯誤法則，應由第二審法院來審查這樣的瑕疵有無影響判決，若不影響判決，能否援引無害錯誤法則認定其上訴無理由而駁回上訴人之上訴？有關無害錯誤法理能否援引到第二審作為第二審審查國民法官法庭第一審判決的依據，以我個人的想法是採肯定說的見解，主要有這幾個理由：

(1)無救濟之實益。我覺得在國民法官法之下的上訴審，上訴目的跟傳統上訴審判的目的似乎應該做一定的調整，上訴目的大概就是二個，一是糾正下級審的錯誤，另一個是救濟個案，譬如被告是否應該要透過發現真實來改判無罪。二者輕重怎麼去定位，其實是影響到我們整個上訴審的結構，過去在我們傳統的刑事審判，我們一般是比較強調當事人權利之救濟，會作為優先上訴目的來考量，可是我覺

得採用國民法官審判，第一審已經很落實所謂的事實審理、直接審理，因為已經採卷證不併送也落實當事人進行，在這個前提之下，我認為上訴審的救濟重點應該在於所謂的審查有無錯誤的觀點，就發現真實救濟個案的部分稍微往後退，這是基本上我的一個思維。

(2)回到剛才講的，如果有一些單純訴訟程序的瑕疵，不影響於判決，這時候如果動輒予以撤銷，我想在理念上也不符合國民法官第 91 條之要求上訴審妥適行使審查權限的精神。

(3)與國民法官法第 92 條第 1 項但書相較。

有關事實誤認，往往影響有罪、無罪或罪名之認定，在國民法官法對於事實有無誤認，多進一步限縮法院的職權（撤銷的職權），也就是說如果第二審法院沒有辦法具體指摘原審事實認定的過程哪邊有違反經驗法則、論理法則而不合理的話，第二審法院在審查之後是不可以加以撤銷的，這麼複雜多樣的訴訟程序，若一有訴訟程序違反法令或不當就加以撤銷，我想與國民法官法第 92 條第 1 項但書相較也是有失均衡。

(4)另一個是我們的設計。美國採陪審制之下，有關證據能力有無或有無調查之必要，是由職業法官先判斷，在陪審審判之前判斷，他會做證據裁定，譬如駁回當事人聲請調查的證據，這時候是可以馬上透過抗告來救濟的。我們現在不是，我們現在在國民法官法的設計之下，雖然在準備程序終結之前也要求職業法官的合議庭必須對於證據能力有無、有無證據調查之必要先做裁定，但對此裁定目前是無法獨立來提出抗告，因為認為它是判決前的訴訟程序的裁定，所以並沒有抗告的機會，勢必有關實體的國民法官法庭判決整個進入到上訴審來做審查。若由職業法官就證據有無或調查之必要性來做的裁定有違反訴訟程序或證據法則，無論有無影響判決結果都要一律加以撤銷，我覺得也不符合整個國民法官法庭的判決重要性的尊重。

(5)刑訴法第 380 條的前置，以目前國民法官第一審的案件有訴訟程序違背法令，若不影響於判決，第二審還是作為撤銷的依據予以撤銷，接下來可能檢察官也會提出第三審上訴，或是如果第二審駁回上訴人的主張，我想上訴權人還是會繼續爭執到第三審，到第三審上訴，刑訴法第 380 條無害錯誤法則這個規定就出現在這邊，刑訴法第 380 條往前前置到第二審適用。整體來講，我認為這對於當事人上

訴的權益沒有實質影響，結論我個人認為雖然目前在第二審上訴沒有刑訴法第 380 條規定存在，但無害錯誤法理可以引用到二審法院來審查第一審國民法官的判決是否違反訴訟程序、有無瑕疵，作為法理的依據。

(6)在這個前提下，我必須澄清，無害錯誤的法理援用到第二審來對國民法官法庭第一審的訴訟程序有無瑕疵的審查依據，目的不是在限制當事人的上訴理由，所以對國民法官法庭的判決訴訟程序有瑕疵提起上訴，他只要做這樣的主張就可以，當事人不需要進一步釋明這樣的瑕疵影響判決，這個部分無害錯誤法理的引用只是作為法院決定要不要認定上訴有理由而撤銷的規範而已，不是用來限制當事人上訴的管道，這是必須要釐清之處。

(7)接下來我們必須進一步檢討，根據現行刑訴法第 380 條，所謂無害錯誤之規定是針對刑訴法第 379 條以外的訴訟程序違背法令之情形，此時提起第三審上訴，上訴權人必須要釋明這個訴訟程序違背法令影響判決，才是合法上訴第三審的理由，也就是無害錯誤法則之適用，所謂訴訟程序違背法令，不包括刑訴法第 379 條判決當然違背法令之情形，所以刑訴法第 379 條中除第 10 款之外，這些訴訟程序違背法令之情形本來就是依刑訴法第 379 條判決當然違背法令得上訴第三審，就沒有刑訴法第 380 條無害錯誤法則之適用。有問題的就在這個地方，也包含我們今天這個個案的爭點，就是證據調查程序可能違反法令或瑕疵不當，這時候廣義來講其實是刑訴法第 379 條第 10 款，應調查證據而未調查之訴訟程序違背法令的問題，按目前刑訴法第 380 條規定，當事人依刑訴法第 379 條第 10 款提起上訴時，是否受到刑訴法第 380 條無害錯誤法則的拘束，當事人也要釋明這樣的調查程序違反影響判決，才是合法上訴第三審的事由，我想可能會有這樣一個爭議存在。以結論來講，我認為刑訴法第 379 條第 10 款，雖然是判決當然違背法令，不過其性質本身也是屬於訴訟程序違背法令，因為應調查證據未予調查或調查程序違反訴訟程序的規定，本身態樣類型複雜而多元，很難一概而論，所以刑訴法第 379 條第 10 款，我認為作為上訴第三審的事由也應該受到刑訴法第 380 條無害錯誤法則的拘束。在此前提下，對於適用國民法官法第一審案件上訴第二審要援用無害錯誤法理，此無害錯誤法理也適用在屬於刑訴法第 379 條證據調查違反規定的情況。以本案來看，檢察官根據國民法官法第 76

條證物的調查程序有違反規定，在形式上來看也屬於一種違反第 379 條的類型，不過應該可以援用無害錯誤法則來作為第二審審查的標準，若這樣一個提示證物的程序違反顯然不影響判決時，第二審法院還是可以認定上訴無理由，不用撤銷國民法官的原審判決。

四、有關此論點，我在書面資料有提到無害錯誤原則的審查標準，我想現行最高法院對於處理刑訴法第 380 條，過去也累積不少的案例，就我個人觀察，最高法院處理刑訴法第 380 條無害錯誤法則，判斷有無影響判決的審查標準尚未形成共識，因為這是很個案的判斷問題，就我整理的資料，歷來最高法院處理刑訴法第 380 條無害錯誤法則判斷訴訟程序違背法令有無影響判決，大體上若從學理的角度來分析，應該有這三種處理的標準，包含「極充分證據」，就是排除瑕疵的證據之後，剩下的證據是否足以確信原來所認定犯罪事實存在與否、是否證據充足，若是的話，那個瑕疵的程序及瑕疵之下的證據，就適用無害錯誤，沒有影響判決。另外「影響心證說」，就是要單獨針對訴訟程序瑕疵之下的證據本身來做思考，是否會影響心證，若是的話就會認定它影響判決，這是從證據本身來做判斷。我們也有看到部分最高法院的裁判是從訴訟程序違背法令之情形對被告的訴訟權是一個顯著的侵害，是否對實質的權利有造成影響，這是所謂「顯著權利說」的想法。我個人認為，刑事訴訟程序是由前後眾多的訴訟行為組成，彼此都有前後的因果關聯，在判斷是否影響判決這件事情，應優先採取「極充分證據」的角度來做審查較妥當，例外輔以「顯著權利說」的觀點照料當事人，特別是被告的防禦權。

五、其次爭點：有關國民法官法下第二審應有的定位，我想這部分似乎大家的想法，從剛剛檢辯雙方意見陳述來看，根據目前國民法官法第 90、91、92 條綜合理解之下，將來國民法官法第二審理解為事後審查這件事情，我想應該是有此大方向。接下來就所謂事後審查，具體來說要如何實踐的問題，這裡面重要關鍵是容許在第二審聲請調查新證據是要比較寬還是比較小，若更嚴格解釋，它會越往事後審來落實，若要稍微從寬解釋，相對可能就是續審。國民法官法第 92 條第 1 項，法官怎麼去操作事實誤認？怎麼去判斷有無違反經驗法則、論理法則？他是用什麼立場及態度來審查？是以自己的心證來取代原審的心證？從過程來分析推論過程有無違反經驗法則、論理法則？一樣會影響到第二審事後審的審查密度

。整體來講，我也贊成剛剛檢察官所提出的想法，將來國民法官審判案件的第二審上訴，應該是具有事後審的機能，例外有續審的功能存在。在這樣一個定位之下，我認為第二審法院來審查國民法官法庭的判決，基本上不是就整個案件本身，而是就上訴理由本身做審查，所以對當事人所聲請的上訴理由，第二審法院有職權調查的義務，相對的對於上訴理由沒有指摘的事項，包括事實誤認、量刑不當或訴訟程序違背法令，這一部分我覺得是認有必要，第二審法院也可以依職權來進行調查。

六、不過有以下幾點要注意：

- (1)有關案件的客觀範圍問題，國民法官法對這部分沒有進一步的特別規範，所以要回到刑訴法，刑訴法內很重要是第 348 條，在去年 6 月做了重要的修正，主要修正的精神是落實尊重當事人的一部上訴權，特別在第 2 項增訂但書，對於不另為無罪、免訴或不受理判決部分，譬如只有被告就有罪的部分提起上訴，檢察官沒有上訴的情形，這時候並沒有所謂的審判不可分，所以無罪、免訴、不受理部分沒有發生移審到第二審的效果，根據立法理由的說明，那個部分已經先確定。
- (2)刑訴法第 348 條第 3 項，可以針對科刑、沒收或保安處分一部上訴。根據立法理由說明，這時候當事人所沒有表明的其他犯罪事實部分，不得成為第二審審判範圍，我想這是在有關案件的客觀範圍上，即使法院可以發動職權調查，裁量的調查也要受到刑訴法第 348 條一部上訴效力的拘束。其次，什麼是認為有必要、法院可以職權調查？基於尊重國民法官法立法的宗旨，我個人認為必要性的判斷應該要更加的限縮，應限於第二審法院不發動職權調查顯然違反正義的情形，這時候才發動職權調查當事人上訴理由沒有指明的事項。法院的調查事項應該要徵詢當事人的意見，特別是依證據調查事實之後，調查的證據要呈現在法庭，賦予當事人或他造辯護人辯論的機會。這是有關於法院職權調查補充性的問題。
- (3)有關判決書的製作，我個人認為基於國民法官法第 91 條強調妥適審查國民法官判決的精神、第 92 條第 1 項但書限制法院撤銷原判決的特別規定，若是無罪判決要加以撤銷的情形（有判決有罪的可能），這時第二審法院根據第 92 條第 2 項要撤銷發回，另外組成國民法官法庭來進行判斷。所以在這樣一定色彩的審查審設計之下，對於第二審維持第一審的有罪判決，或是二審經過一定證據調查認定跟原審不同的罪名時

，有關第二審判決書的寫法，我覺得在尊重事後審查的精神下，不必要完全準用刑訴法第 308、310 條規定，此部分我在書面資料有提供幾個類型來做說明。判決書的製作應該是依當事人的上訴理由逐一來做論述，接下來再看有無調查新證據、調查新證據的結果及評價，最後再整個整理，譬如有無國民法官法第 92 條第 1 項但書，要不要做具體說明等等，分別依上訴理由來進行撰寫就可以了。我覺得這樣針對爭點的判決書撰寫，其實會更凸顯出檢辯雙方的證據攻擊防禦所在，我覺得它是一個比較聚焦式的判決書寫法。

(4)最後有關刑訴法第 348 條，第二審法院審查範圍部分，以我們法庭所提供的爭點，我想重心是在於刑訴法第 348 條第 3 項對於科刑一部上訴的問題，我覺得這個問題很複雜，有關科刑，按照目前實體刑法來講，影響科刑的因素包含法定刑度的加重、減輕，也包含刑法第 57 條。刑法第 57 條這 10 款又可分為狹義的科刑情狀，及與犯罪事實有關的情狀（如犯罪動機、手段、方法、行為違法性、損害結果），它基本上是與犯罪事實本身相關的情狀，即被告的主觀、他的學經歷、家庭背景等等，以及跟犯罪有關的情狀。最後還有刑法第 59 條酌量減輕的規定，都會跟科刑有關，所以我在報告中特別強調，刑訴法第 348 條第 3 項在適用上首先應該要釐清，究竟當事人主張的科刑不當，他的原因事實或所謂的前提事實是否與犯罪事實有關，如果當事人雖然在上訴理由書說他覺得量刑太重，他沒有進一步主張究竟量刑太重的依據是什麼，我覺得上訴審應該有必要做確認，確認他的原因事實或前提事實是否與犯罪事實有關，若是與犯罪事實有關，其實解釋上他一定是對事實的誤認提起上訴，此時就不受到刑訴法第 348 條第 3 項科刑一部上訴效力之拘束，基本上刑訴法第 348 條第 3 項具有科刑一部上訴效力，上訴的效力不會影響到犯罪事實，犯罪事實不列為第二審審判範圍的前提，科刑不當的原因事實應該不涉及有關犯罪事實的部分，基本上當事人只就狹義的科刑事由，譬如判決後有和解或判決之前有和解，可是原審國民法官沒有列為減輕的考量因素，像這種狹義科刑事事實所提的上訴，確實會發生刑訴法第 348 條第 3 項立法理由所說明的，犯罪事實的部分就不在第二審的審判範圍，這是在適用上我們必須先釐清的地方。我在報告中有提到刑訴法第 348 條一部上訴、有關於第二審審理範圍可能衍生的爭議類型，請各位先進自行參考我的書面報告，以上僅做扼要說明。

審判長諭知檢察官、辯護人得互相詢問及詰問鑑定人。

辯護人陳明律師問

本案就證物而言，確實是由檢察官單獨提出證物，交給合議庭及當事人確認，並不是透過交互詰問的程序出證。而檢察官確實也在出證的程序中闡釋評價證物的證明力及關聯性，按您的鑑定報告，本案檢察官的出證方式是否有瑕疵？

陳運財教授答

確實有瑕疵。

選任辯護人陳明律師問

若把無害錯誤法理提前到第二審適用，比如有一相同傷害案件，若合議庭依照國民法官法第 6 條裁定不適合行國民法官法，適用刑事訴訟法的制度進行審判；另一同一案件沒有經過國民法官法第 6 條裁定而行國民法官法。這兩個案件在第一審判決都有同樣的瑕疵而上訴到第二審，若把無害錯誤法理適用在行國民法官法的案件會有不同的結果。適用一般刑事訴訟法案件到第二審後，因有此瑕疵存在，第二審判決一定會將原判決撤銷，改判可能同樣的罪名、同樣的刑度或者刑度減輕一點，但若行國民法官法，就是上訴駁回，因為有無害瑕疵法理的適用。同一個案件因為適用不同的法律制度而有不同的結果，您認為這樣不會影響平等原則？

陳運財教授答

在我的報告大綱內，剛剛因為時間關係我並沒有說明，陳大律師所提的舉例，一個案件是否因為適用國民法官法第 6 條走國民法官審判程序的不同，變成我們可能會有雙軌制的問題存在，先澄清一下，我印象中對國民法官法第 6 條裁定不行國民法官審判的裁定是可以提抗告，回到您的問題，同一個案件因為國民法官法第 6 條操作的關係，走傳統的刑事程序，上訴第二審，因目前通說並沒有所謂無害錯誤法理援用的問題，若今天我們適用國民法官審判，按我剛才的意見，應該可以適用無害錯誤法理，是否會造成訴訟權不平等差別待遇的問題，我認為應做實質解釋，為何在國民法官審判之下，第二審上訴援用無害錯誤法理，其實我有附加條件，只是作為法院決定要不要撤銷的規範，而不是作為限制當事人的法理，在目前的訴訟程序，我只要指摘訴訟程序違背法令就上訴第二審，我也不用進一步說這會不會影響判決，將來一樣，國民法官的第一審案件，當事人認為訴訟程序有瑕疵或違背法令，上訴也不用做釋明，所以無害錯誤法理的援用是在法院決定要不要撤銷這個時間點來發生規範的作用，進

一部來看剛剛陳大律師所講的，若走刑事程序，因有訴訟程序違背法令，所以第二審會撤銷，不過可能最後維持原來的罪名跟原來的刑，會做一個撤銷的動作，走國民法官審判不會撤銷，但不是因為上訴不合法而駁回，而是以上訴無理由而駁回，所以法院還是要認定有訴訟程序違背法令，也經過無害錯誤標準的審查認為不影響判決，這個他還是要在理由中說明，只是沒有撤銷動作，整個實質上來觀察，我覺得對當事人訴訟權利並沒有造成侵害。

檢察官林麗瑩

關於方才提到證物跟證物的同一性、關聯性，必須要透過證人來帶出來，現在各地模擬法庭也做了很多關於同一性如何立證的問題。我跟第一審檢察官也討論過案情、這件的立證程序到底是什麼，第一審檢察官說當時有個做法，比較像日本實務在做的，因為真正要做證立的工作是比較繁瑣的，要在證人詢問時再把證物帶出來說明同一性、待證事實關聯性。實務有一個比較簡便的作法是把它當作不爭執事項，若不是本案爭執重點，被告也不否認，就可省略所謂由證人或被告來帶入同一性。教授是否同意此作法，即在不爭執的情況下，我們把同一性直接以不爭執事項來帶入？（卷內還是有證據可證明同一性）。

陳運財教授

我贊成，若是當事人不爭執的範圍內，有關證物的同一性或關聯性的證明，可以用剛剛講的比較適當的方式處理，當然這是日本實務的運作，妥不妥當可能會有不同的評價，他們所謂的偵查統合報告書，譬如對犯罪結果損害，如染有血跡的衣物，甚至當事人沒有爭執，事先會由檢察官將照片或衣物本身用畫圖的方式或照片的方式製作成偵查統合報告書，在裡面加上文字說明，就不需要透過獨立的血衣呈現，也不用透過證人交互詰問的方式呈現出來，但前提是在當事人同意之下，製作的過程與報告書撰寫的格式都有其相對嚴謹的要求。

審判長詢問各庭員是否提問。

受命法官告知審判長後詢問。

受命法官問

陳教授剛才提到依國民法官法第 74 至 76 條，以本案來說，第 76 條由檢察官自主出證時，在提示電擊棒、柴刀辨認時有一些言詞的口頭說明，認為此口頭說明是有瑕疵的。在提示辨認過程當中，是否自主出證的這一方完全禁止言詞說明？

若可容許，得在何種情況下被容許？方才陳教授也有提到關於國民法官第二審的案件，建議引用無害錯誤（瑕疵）法則來處理，也提到實務上有幾個面向，包含極充分的證據、權利影響、心證形成影響等，以本案來說，鑑定人所提到的似乎偏重於訴訟程序，也就是有關於檢察官在出證時的言詞說明涉及到所謂的同—性、關聯性而有瑕疵，以這樣的訴訟瑕疵，就鑑定人剛才所提到這三個可以來解決有關於如何判斷有無構成無害瑕疵的基準，陳教授是覺得用極充分證據來處理妥當，或沒有造成權利影響，或心證形成影響較妥當，或者三者本來就不容易區分？

陳運財教授

國民法官法第 76 條證物的調查程序提示辨認，就提示者的當事人把證物物理的形狀及狀態呈現在法庭上之外，當事人可以再做什麼樣的陳述？在法官職權調查之下，法官說提示兇刀，庭務員會提示予檢辯雙方、被告確認，審判長根據刑訴法第 288 條之 2 問雙方有無意見，可能都講沒有意見，就記明筆錄，就完成了刑訴法第 165 條證物的提示。在當事人進行之下，如果純粹只是在確認物的存在跟狀態，應該也不需要再特別做言詞說明，若要做言詞說明也應該說明這把柴刀、電擊棒是被告帶到現場去、在現場查獲，只證明有這個物的存在，我認為應僅就待證事項的範圍做言詞說明。可是這若在本案是一個獨立的調查證據程序，並沒有出現在透過人證的交互詰問或被告的詢問過程來出證，而是一個獨立的調查程序，若待證事項也只是說這個兇刀或電擊棒當時出現在犯案的現場、是被告帶去的，如果檢察官在這個獨立的調查程序，他的言詞說明如果是被告當時拿這把柴刀往被害人的頸部砍下去，我覺得這已經超出了獨立調查物證的範圍，因為檢察官自己說有證物的同一性。這部分其實我剛才講了，應該要透過譬如被告的詢問或被害人證的交互詰問把它呈現出來。檢察官在獨立的證物調查提示下自行評價「當時被告是拿這把兇刀砍被害人」的這句話本身是檢察官自己的意見，本身不是證據，我覺得講這句話確實也會對國民法官法庭造成心證上的影響，至於程度高低等等要綜合其他證據判斷，比如標準何在？要不要判斷是否影響判決？所以好像在說明上界線有點不是那麼清楚可以區分開來，物證的狀態及存在的提示，加上一定語言的評價，究竟有無在待證事項或範圍內，那個界線確實不容易區分，但以這個個案來看，若事實關係是建立在這是一個獨立的程序，檢察官來呈現國民法官

官法第 76 條的證物提示，當時又沒有透過人證或被告詢問來讓證據同一性內容呈現出來，單純是檢察官的評價，我認為有證據調查的瑕疵存在。像日本的刑事證據規則，他就針對這個情形明文規定，就是為了證明物跟待證事實的同一性，譬如犯罪行兇過程同一性，在規則就有明文規定，這時候可以把物在人證的交互詰問中融入、提示，來進行有關同一性的證據調查。這真的是我們過去在採職權進行之下，可能沒有那麼細膩的觀察到此部分，今天因為已經改採當事人進行，就怎麼去出證的作法，我覺得是檢辯雙方在適用國民法官法第一審審判中真的要累積經驗學習之處。在當事人進行之下，可能原先我們不認為的問題現在變成是大的問題，確實也因為有國民法官坐在法庭上，連帶去處理異議的機制，特別是有關國民法官法第 46 條的運作，雖然有確保公平審判的理念，但我覺得特別在審判長依國民法官法第 46 條發動訴訟指揮時，要力求慎重，否則被訴訟指揮而承受不利益的這一方當事人在法庭上，可能會被認定是訴訟程序的失敗或無效，多少會影響國民法官的心證，所以理念上若要落實當事人進行，其實國民法官法第 46 條訴訟指揮反而應該要更加節制使用才是妥當的。至於方才吳法官所提，有關無害錯誤的審查基準，我認為是個案的審查問題，就法院來說，當認定有訴訟程序違背法令，在援引無害錯誤法理之下，怎麼判斷這個違反有無影響判決，我並沒有比剛剛的簡報資料更詳細深入的說明。我的想法立足於訴訟程序的連續性及前後的影響的觀點，所以一部分訴訟程序瑕疵或違背法令究竟會不會影響判決，並不是獨立來看訴訟程序違反的問題，而是整個綜合思考。若去除因訴訟程序違反而取得的證據，剩下的證據若還可以充分維持原先犯罪事實的認定，應該認定其對判決沒有影響，以「極充分證據說」來做審查標準，應該是一個比較客觀的審查因。我覺得「影響心證說」比較可能流於主觀，至於「顯著權利」的部分，因為訴訟法的訴訟程序違背法令對當事人的訴訟權利影響千山萬里，也不是能以概論方式來做審查的標準，在 CASE BY CASE 個案判斷上，我認為應該還是盡量尋求一個比較穩定的審查基準，這三個基準權衡之下，我覺得「極充分證據說」是比較妥當的想法，不過它還是一個抽象的標準，必須在個案中去操作。

何信慶法官問

陳教授有提到國民法官法的精神是要落實當事人進行主義，關於當事人或辯護人違反國民法官法第 74 至 76 條調查書證或

物證程序時，若有不當的話，他造當事人或辯護人可以提起異議。異議依照刑訴法第 167 條之 2 第 1 項要以簡要理由為之，如果他造當事人或辯護人異議理由不當、錯誤或失準，異議根據就錯了，審判長當然認為異議無理由，可是我們如果照本例子，檢察官本身出證有瑕疵，辯護人異議的理由是錯的，依照國民法官法第 46 條，審判長要不要再依職權介入排除這種讓國民法官可能會產生預斷的瑕疵？在當事人進行主義與國民法官法第 46 條之間要如何取得衡平？當對造辯護人異議理由確實錯誤、審判長駁回，辯護人可否再更正異議理由，認為當時的出證就瑕疵有錯誤，並以此理由上訴？

陳運財教授

蠻具體的設定，以這個例子來講，檢察官在一個獨立的證據調查程序，用國民法官法第 76 條來提示辨認證物，因為他本來就是依證物的調查，只是在確認存在或物理狀態而已，結果檢察官說這把兇刀不只是被告案發時帶去的，也是被告拿來砍被害人頸部的這一把兇刀，若檢察官有做這樣評論，辯護人當然會聲明不服、異議，那就簡單說明理由，譬如說已經超出證物確認物的狀態範圍，可能不當影響國民法官法庭的心證，很簡單的講一下理由，由審判長當場判斷異議有無理由，如果判斷有理由，審判長要做必要的處分，像是要求書記官從筆錄上刪除，也要跟國民法官講，剛剛檢察官的講法是檢察官的敘事，不是證據，請國民法官不要作為心證的範圍，這是審判長在當庭可以做的必要處分。重點在於更正或糾正那個已經超出物的呈現來證立存在或狀態，已經加上出證當事人的評價，確實這個主觀上的評價本身不是證據，而且影響國民法官法庭的心證，在這個前提之下，只不過因為當事人異議的理由不吻合，這時把異議駁回，反而審判長動用國民法官法第 46 條訴訟指揮來做更正或制止，我個人的理解是國民法官法第 46 條應該審慎運作，我會覺得異議的理由稍微可以從寬，從寬認定有理由，在審判長對異議處理的裁量空間範圍之內，就把它承受下來，重點在於如何改正這個證據調查的瑕疵，就是剛才講的處理，也就是檢察官所做的是屬於個人的評價，是檢察官的敘事而不是證據本身，所以從筆錄上把這一段檢察官講的話刪除，同時提醒國民法官檢察官剛剛所講的這段話不要作為心證的範圍。後續異議的處理是比較重要，以剛剛何法官所提的類型，我認為審判長或許可以從寬接受辯護人的異議來做處理，而不是先把異議駁回，審判長再來做訴訟指揮，兩相比較，我會覺得還是使

用當事人進行的方式來處理是比較妥當的方式。

檢察官林麗瑩

陳教授的意思是說要從寬認定，不過本案的事實，審判長依他的見解處理了，不認為關聯性的說明有問題，我記得審判長是指示檢察官「請集中說明與待證事實的關聯性，但不要引起國民法官的偏見或預斷」，亦即審判長認為這樣沒問題，如果辯護人沒有繼續異議，辯護人其實對同一性（檢察官提到同一性，當時被告是持這把電擊棒、柴刀）於第一審、第二審都沒有爭執，審判長也認為是合乎程序的，這時候辯護人是否可以在上訴審主張？

陳運財教授

林檢察官所提的要不要適用「未提出視為放棄」的法理，我個人贊成，因為若真的要落實國民法官法庭第一審事實審理的重心，像這種訴訟程序有違背法令或不當的情形，那甚至可能會影響國民法官法庭的心證，我覺得應該在當庭做處理。異議就是一個權利，是當事人聲請調查證據及進行證據調查時重要的訴訟權利，引用日本知名的刑事訴訟法學者平野龍一的想法，他在戰後推動日本刑事訴訟法制扮演非常重要的角色，我看到他這樣的寫法也嚇了一跳，他說異議不只是權利也是義務，他認為在當事人進行之下，檢辯雙方「讓證據調查程序能合秩序進行」有監督的義務，我訝異的同時很欣賞、肯定，今天如果真的要落實國民法官法庭第一審判決是事實審的重心，這些可能會影響國民法官法庭心證的問題，應該是當庭釐清，不要等到第二審再發現問題、再去說要糾正或撤銷，其實都會造成案件久懸不決，也會把原先理念（第一審為事實審重心的理念）架空，我們應該要建立屬於當事人進行之下上訴制度的重要法理，除無害錯誤法理之外，未提出視為放棄的法理也應該要建立起來，我覺得似乎好像會限制到當事人的上訴權，可是要建立良性循環，確實在當事人進行之下，這是權利的同時也是義務，檢辯雙方都要隨時注意訴訟程序的進行是否合目的、有秩序的進行，有問題應該要馬上提出異議，以記明筆錄的方式，對於訴訟程序的瑕疵再作為將來對判決有不服，作為上訴的理由來做主張。我認為雖然是當事人負擔，但這個負擔是必要的成本。我贊成如果當事人在原審的證據調查過程中，對於這樣的調查證物程序的瑕疵沒有提出異議，原則上將來在上訴審就不可以作為上訴理由。

選任辯護人陳明律師

我們在做交互詰問的教學時會特別跟學生說，若這案件是行國民法官法的案件，你的異議要節制，因為國民法官不太喜歡，基於他的好奇心，他不太喜歡在行詰問那一造的問題一直被打斷，所以行國民法官法的異議，我們會特別小心、節制。另外也想請教兩位資深檢察官，有無依照刑訴法第 288 條之 3 第 1 項對審判長指揮訴訟提出異議？沒有，我也大概 1、2 次，案件在審判長或合議庭手上，我們不會輕易挑戰審判長的訴訟指揮權。我相信合議庭也很少遇到在事實審指揮訴訟時辯護人依照刑訴法第 288 條之 3 第 1 項提出異議。鑑定人指示我們說，要讓國民法官訴訟程序的程序正義獲得維持，所以該異議時還是得異議，但說實在話，實務上站在辯護人立場是很困難的。

辯護人郭皓仁律師

請求休庭 2 分鐘。

審判長諭知休庭 5 分鐘。

審判長諭知兩造綜合陳述及辯論，請辯護人陳述。

選任辯護人郭皓仁律師

我知道鈞院通常處理的都是最複雜難解的法律案件，但辯護人也相信，正是因為法律問題有它複雜難解的地方，所以我們才更應該從基本的法理出發、解決這些難題。事實上本案問題若從基本法理原則出發並不難解。

- 一、有關爭點一(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，有無違反國民法官法第 46 條、刑訴法第 155 條第 2 項之規定，而造成違法或不當？

辯護人主張最根本的問題在於「當事人之意見陳述，並非『證據』」這一點，我們昨天有把檢座 60 幾頁的書狀看完，檢座也引用許多國外的立法例、甚至是我國過去的判決實務闡釋，認為第一審檢察官說還在勘驗範圍內，不構成違法，我們都贊成，但必須強調，當事人意見陳述終究不是證據，既然不是證據，檢察官可以在提示扣案證物時去陳述，自己用自己的主觀意見填充作為證物同一性，或以美國法例來說叫「驗真」，或者與待證事實關聯性陳述嗎？或可以自行操作證物將電擊棒打開，發出高亢的電流聲響？我們參照剛才鑑定人陳運財教授的說明，檢察官這樣的陳述是否逾越範圍，應要視其待證事實來定。檢察官的待證事實是什麼？從檢察

官聲請調查證據的補充理由書來看，他要證明這些證物與被告行兇之間的關聯性、他所用的手段、工具及危險性，我講白話一點，檢察官之所以要當庭使用電擊棒發生這麼高亢的聲響，無非就是為了建立被告是很危險的人，拿著這麼可怕的武器要攻擊被害人，果然有殺人的犯意，就這麼簡單，基於這樣的主張，其待證事實及所述的「被告當時手上拿著電擊棒，這電擊棒是可以使用的」這些話，自然已經逾越剛才教授解釋的國民法官法第 76 條提示辨認的範圍，並且很嚴重的把他的主觀陳述充作證據調查之一部。甚至第一審檢察官事實上並沒有提出任何證據來證明被告手持的電擊棒到底是長電擊棒或短電擊棒，沒有任何一位員警或職務調查報告有提到這一點，並且行為時是 104 年，而本案第一審是在 109 年，109 年時檢察官自己拿著電擊棒打開，發出很強的電流聲響，但是在 104 年行為時，這二把電擊棒真的可以用嗎？裡面真的有裝電池嗎？檢察官剛才所述的這兩句話雖然很小，但事實上就是無證據支持，未經調查且不利被告之事項，這很明確，事實上在檢察官提示扣案的柴刀其中一把時，他也說被告行兇時就是手持這把柴刀，但那把柴刀上是沒有血跡的，所以是否就是被告手持的這把柴刀？我們不知道。證物同一性與待證事實關聯性，檢察官用自己的主觀意見去填充了，去作為這樣的一個證詞，這樣當然也是不合法的，講到這邊，庭上或許心理會嘀咕，會覺得說辯護人你拿這個雞毛蒜皮的小事是否小題大作，辯護人完全同意，但是我們更相信庭上您可以見微而知著，有二點主張跟庭上報告。第一點：我們過往在習慣卷證併送的制度底下，當事人、檢辯雙方甚至是庭上在提示證物或調查證物時，絕大部分不會那麼仔細區分有無證據能力的問題，因為坐在檯上的職業法官都是專業的，他們在評議、判決時自己會去處理證據能力的問題，但是在國民法官法庭就不是這樣，無法律專業的素人法官一旦坐在檯上聽著檢察官或辯護人、當事人提示證物時夾敘夾議這樣恣意說明、填充證據調查的內容，而審判長沒有加以制止的話，我相信絕大多數的時候是會影響國民法官對於證物的理解，甚至是證物跟待證事實或被告行兇手段的關聯性，這是第一個我們必須理解的。倘若證據跟意見陳述這中間的界線沒有被劃分清楚，其對合議庭、國民法官法庭的影響絕對是大於過往卷證併送制度下的。第二點：這個同時也會造成很多訴訟資源的浪費，我相信本件作為案件基礎的證據是有限的，未來在真正的國民法官案件中出現的證物絕對

遠比本案出現的證物還多，檢辯雙方一定都會卯足全力提出各式各樣的證物，假設意見與證據調查中間的這條界線沒有劃分清楚，事實上就是大家都假證據提示之名行偷渡之實，為什麼我敢跟庭上這樣講？辯護人也自承，因為包括本案在內還有其他的國民法官模擬法庭，大家都是這樣玩的，這樣會造成什麼後果？一是大家都有很多的相罵本可以拿來上訴，第一審審判長必須疲於奔命處理異議，因為你這樣玩、我也這樣玩，法官處理異議就處理不完了，第二審的法官也必須疲於奔命的處理因為這些異議而生的裁定或訴訟指揮有無違法，作為上訴理由如何處理的問題，這樣一來一往只因為這條界線沒有被劃分清楚，即易造成將來國民法官案件中很多資源浪費，但若鈞院在此藉由這個案件對於這條線，意見就是意見，證據調查就是證據調查，法官也許不需要依國民法官法第 46 條直接制止當事人陳述，但至少可以依同一條規定，告訴國民法官法庭這只是意見，你們不能當成證據，就是這麼簡單也不至於影響當事人的訴訟權益，就可以避免訴訟資源浪費，並且維護審判的公正。基於以上，我們主張本案第一審審判長任由第一審檢察官混淆「意見陳述」與「證據調查」之分際，未踐行國民法官法第 46 條之闡明義務，排除國民法官將檢察官之意見當成證據的可能性、進而使其依這樣的證據調查過程形成心證，我們認為他有違反國民法官法第 46 條規定。第二審判決認為這樣的訴訟指揮沒有問題，同樣也違反國民法官法第 46、76 條及刑訴法第 155 條第 2 項嚴格證明法則規定。

二、關於爭點一(2)：

本爭點與刑事訴訟法第 288 條之 3 之關係為何？

辯護人主張：①國民法官法第 46 條所定審判長之闡明「義務」，及嚴格證明法則之遵守，均非以當事人異議為前提要件。也就是辯護人主張並沒有失權效適用。②依據何法律可合理、合法剝奪或限制被告此部分上訴權利？

國民法官法第 46 條本文就已經講了是「應注意」、「並隨時為必要之闡明或釐清」，國民法官法第 46 條立法理由：「…本應積極行使訴訟指揮權」，當然我也同意鑑定人陳運財教授告訴我們的，訴訟指揮行使畢竟是職權行使，必須要妥適謹慎為之，但不管如何，立法者預設這條的行使是義務，而且是應該積極行使訴訟指揮權，辯護人是否要在審判長未積極行使其訴訟指揮權時，另外主張或依刑訴法第 288 條之 3 聲明異議，那是另外一回事，但不能以辯護人並未依刑訴法第

288 條之 3 聲明異議，就認為不能在上訴的時候主張審判長未踐行國民法官法第 46 條的闡明義務。

三、關於爭點一(3)：

第二審對於第一審訴訟程序之適法性，剛剛大家提了很多無害錯誤（瑕疵）原則，辯護人主張一個可能跟剛才陳運財教授或檢座都不一樣的主張，辯護人主張：①刑事訴訟法第 380 條之規定，於國民法官二審並無適用。②所謂「無害瑕疵」之內涵，國民法官法第 90 條第 1 項後段已有特別規定。理由基於以下三點：

①瑕疵是否有害，端視前審判決是否充分記載認定事實所憑之證據及理由。

我們以日本的接枝說來說，日本接枝說講的是續審制或事後審的法官就好像在原本一顆樹上面的樹枝再去做延伸，但是前提是前審判決已經將樹枝畫的很明確，我講白一點，第一審國民參與審判案件的第一審判決已經是簡要記載了，二審法官在判斷第一審的事實認定有無違反論理及經驗法則時，說白了，很多時候是推測得知，因為第一審判決沒有像目前的刑事訴訟法下的判決一樣仔細論述其推論過程、採與不採的理由。

②在這樣的情況下，既然國民法官第一審訴訟程序及判決記載，均與現行第二審審判不同，如何照搬現行刑事訴訟法第 380 條規定來套用在國民法官法二審審判中，非無疑義。

③這是增加法律所無之限制。

回到本案事實來看，本案有可能有二種事實：第一種事實是被告手持隨時可以開啟而且功能很強大的電擊棒來攻擊被害人。第二種事實是被告手持沒有裝電池之電擊棒攻擊被害人。就國民法官法庭關於殺人故意以及量刑之認定，能否斷言毫無影響之可能？或以美國立法例來看，有無為相異判斷之合理可能性？基於上述理由，我們認為無害瑕疵原則要謹慎適用。

四、關於爭點二，簡單來說就是國民法官案件的第二審判決如何記載的問題、刑訴法關於現行第二審判決記載有無準用的問題及上訴意旨未指摘之事項，第二審法院應如何處理？會否因其上訴結果而異其判決書應記載事項？我們剛剛也聽到檢座、鑑定人很多精采的論述，辯護人在此僅提出兩點供鈞院參考：1.判決理由之記載，有無影響被告的訴訟權利？2.如有影響於被告的訴訟權利，有無法律依據可剝奪或限制其訴

訟權利？

我班門弄斧一下，鈞院撤銷發回之理由，向來以「證據調查不詳或未予調查」、「判決理由矛盾」、「判決理由不備」、「事實認定錯誤不符或不明或記載不明」等四種為撤銷發回的最大宗。依據司法院公佈的資料，以 110 年度而言，光是這四種撤銷發回的理由就占有撤銷發回的案件 77%，庭上若有興趣可以往前看，其實比例都差不多，都 7、8 成，既然這些理由都需要依據第二審判決的理由欄所載的採用證據的理由、採用的依據去進行審斷，假設第二審判決可以完全不記載理由，被告形同喪失以這些理由提出上訴的權利，因此對被告的上訴權利能說沒有影響嗎？若是有影響，我們在目前的立法密度下，到底有什麼法律依據可以支持我們去限制或剝奪被告以第二審判決理由提出第三審上訴的權利，尤其是本案第二審判決不僅是重複肯認帶一審判決而已，第二審判決在判決書事實欄最後神來一筆「林愛德遭砍後，傷口大量出血，經緊急送醫急救，幸未死亡。」這是本案第二審判決新增的事實認定，鈞院可以看第一審判決事實欄及理由欄均未這樣認定，檢察官在第一審主張被害人大量失血時，辯護人主張沒有證據，而檢察官也沒有辦法舉證證立這個事實，所以這個事實在第一審是有爭執的，有爭執的事實於第一審判決事實欄、理由欄均未記載，但在第二審判決事實欄卻記載了，第二審判決也沒有在理由欄證立說他是採用什麼證據、依據什麼論理法則可以證明這樣的事實，所以這是一個新增的事實。個人非常佩服第二審審判長的細心，他已經將判決書寫得非常棒，唯獨這件事情我們必須主張被告的權利受到影響，這段被告犯罪事實的記載沒有任何依據、理由。

五、引用著名作家卡夫卡短篇小說〈在流放地〉的故事說明，這個故事很簡單就是一個旅行者被受邀到一個偏遠的地方觀看一場審判，這場審判進行的方式是有一台機器，軍官會把被告綁在機器的床上，上面有針將判決書刺在被告的背上，看到這一幕，旅行者很好奇問軍官：「被告知道自己的判決嗎」，軍官自豪地回答：「他不知道」、「他將用自己的身體去體會」。試問在國民法官一審的判決書，就重要爭點的理由簡略的記載，倘若在第二審的判決書，被告還只能看到法官就上訴理由的爭執做審斷，但就第二審重複肯認第一審判決所認定的犯罪事實，或新增認定的犯罪事實，都沒有於理由記載的話，被告豈不是只能以他自己的身體去體會判決理

由？

六、小結：司法在立法密度不足情況下要努力的去為立法者補洞是一件非常辛苦甚至是一件非常了不起的事情，但辯護人在此建議庭上，當法院在為立法者「補洞」時，應盡可能避免增加法律所無之限制，而不當剝奪或限制當事人之權利。

結論：原判決有適用國民法官法第 46 條、第 76 條及刑訴法第 155 條第 2 項等規定不當之違法。並且原判決有判決不備理由之違法。

選任辯護人陳明律師

簡單補充兩點：

一、九死一生，這是刑事案件上訴第三審之共識，沒有冒犯的意思，因為大約 100 件上訴不到 10 件有撤銷發回的機會，這 10 件還要跟檢座共用，因為有一些是檢察官上訴的，目前國家的刑事訴訟制度是三級三審，很多被告會跟辯護人抱怨說只有一級一審，行國民法官法之案件對於上訴還要再增加更多限制嗎？撤銷的理由已經限制到這個程度，還要再增加更多的限制嗎？無害錯誤（瑕疵）原則要加以適用嗎？當事人的訴訟權益有無因此受到不當影響？各位的判決都是在寫歷史，因為我們的國民法官法即上訴審的規定第 64 條，這樣的立法密度留下太大的空間，都需要各位用判決加以補充，司法造法不是一句空言，判決就是在造法，但在造法的過程，誠如方才郭律師所述，要平衡在整個制度維持與被告權益的保護上。

二、檢察官書狀有提到，刑訴法第 373 條可以直接引用，判決書的結構或內容要求與當事人上訴利益息息相關，若將判決書簡化到這個程度，能夠作為上訴理由是否會很嚴重的加以擠壓或壓縮？再思考得行國民法官法的案件都是重大案件，真的要這樣類型的案件中適用刑訴法第 373 條，將判決書寫得那麼簡單嗎？不管國民法官法的第二審到底採取何種制度，我們同時也理解作為法官書寫判決書的撰寫是最大的負擔，但要因為這樣的理由就要將第二審的判決書寫成這麼簡單嗎？提供以上兩點供審判長及合議庭作為參考。

選任辯護人任孝祥律師

無其他補充。

審判長請檢察官陳述。

檢察官林麗瑩

爭點一、關於檢察官提示物證過程所為之陳述到底有無引起國民法官參生偏見或預斷之虞的指摘，方才辯護人其實也肯

認檢察官在意旨書提到的，證物提示是供法庭勘驗的證據方法，依照嚴格證明法則，必須是法庭勘驗的證據方法，描述證物的客觀狀態及功能都包括在勘驗的證據方法之內，所以方才辯護人提到檢察官開啟電擊棒，檢察官說要測試它的功能、物理性質，當然要開啟電擊棒測試，而且我記得當時檢察官在開啟電擊棒時，辯護人還特別強調被告行為時沒有開啟電擊棒，不能這樣開啟電擊棒，等一下辯護人要示範不開電擊棒開關的狀況，這在第一審筆錄都有記載明確，所以其實這只是在做證物勘驗，它的功能、物理性質應該是屬於勘驗範圍，至於方才爭論比較多的，方才辯護人又提出如何知悉當時有無裝電池，但在第一審，辯護人並未爭執是否裝有電池，辯護人僅爭執電擊棒可否開啟、當時有無開啟一事，檢察官要再說明的是，除了檢察官提示促請國民法官用五官，包括觸覺、視覺去感覺證物的狀態之外，雖然也說了一些方才比較有爭議的，例如被告持有的就是這支長電擊棒、被告就是用這把特定的柴刀去砍被害人，在此必須強調，當然他提到了一個有待證立的關聯性之待證事實，不過在本案我必須強調，檢辯雙方在準備程序提出的爭點是被告到底持柴刀砍被害人當下有無殺人犯意？到底是砍哪裡？這才是主要爭點。至於不爭執事項還包括當時被告確實持有一把電擊棒、持柴刀進入被害人的辦公室，且檢察官在說明這支電擊棒「被告就是持這把長電擊棒、被告持柴刀」時，其實辯護人也沒有爭議，因為這不是本案的爭點，被告也沒有爭執這件事情，所以檢察官在本件的犯罪事實提供第一審的筆錄，檢察官的提示調查證據之後，辯護人的意見表示也只是在強調電擊棒當時不是打開的狀態，被告在持電擊棒的當下沒有打開電擊棒，不應該讓它打開來滋滋作響，也就是本案被告持哪一支電擊棒、被告持哪個柴刀其實是不爭執的，當然不爭執不代表不用去證明，只是檢察官先提出他的待證事實關聯性，緊接著提示物證之後，檢察官提示鑑定報告書，也就是該把柴刀採證以及電擊棒指紋採證鑑定書，再緊接著下來就提示警方現場勘察報告，在警方的勘察報告中亦清楚說明被告身上被查獲的、當場在行兇被制止、被奪下的兇器有哪些、第一批查扣的證物是哪些，包括該把長電擊棒，第二批是警方到場之後，在做被告的搜身又查到第二把電擊棒，做不同編號也拍攝扣案物品的照片，還有我自己看一下該把柴刀的照片、柴刀進行採認，被告使用柴刀砍被害人的那把柴刀其實是有血跡的，雖然不清楚，但我看照片確實是開封過、

銳利，血跡不是很清楚，有採證的照片，包括證物編號都在上面，所以它的同一性在勘察報告及採證的鑑定報告中採柴刀上的血跡、刀鋒上的血跡（還說是編號 4 柴刀），刀鋒上的血跡鑑定確實是被害人的 DNA，所以同一性在本案也不是沒有證據，都有證據證明，只是當時當作不爭執事項，因為證據很明確，我不知道今天就證物的同一性會產生比較大的爭議，不然我還會再把筆錄提出來，其實在原來的審判筆錄，當時審判過程中辯護人還要求被告模擬現場的狀況，也就是被告把他當時所有的兇器持有之狀況通通表演一次給大家看，所以本件的爭點不在到底他是持哪一把柴刀、電擊棒，這些其實在本案並非爭執重點，所以檢察官這樣提只是提出一個不爭執事項，提醒國民法官想像這把電擊棒跟柴刀當時是被告所持有的，檢察官的說明已經是不爭執事項了，不需要再經過證立的程序，所以檢察官當時的陳述或是在促使國民法官透過五官做勘驗，或者提示或說明一些與待證事實有關的關連性不爭執事項，是符合國民法官法第 76 條第 1 項的提示及刑訴法第 155 條第 2 項之嚴格證明法則。

縱使在提示過程中辯護人有意見，認為會使國民法官產生偏見或預斷，此時依國民法官法第 46 條向審判長反映，事實上審判長也因為辯護人的反映而依國民法官法第 46 條做一些處置，審判長有提示檢察官「請注意，你在說明跟待證事實的關聯性時不要引起國民法官的預斷跟偏見」，其實審判長有處置了，而辯護人因為審判長處置也就沒有再做異議，按照國民法官法第 46 條規定及程序瑕疵，雙方當事人、訴訟當事人應該如何表達異議？國民法官第 46 條立法理由也清楚說明審判長應該要注意現場的法官、辯護人、檢察官及其他關係人不能言論或書面陳述使國民法官產生預斷或偏見，不然審判長在指揮訴訟時要適時闡明或釐清，審判長也這樣處理了，若審判長不做，或做了而當事人不滿意，在立法理由有提到續向合議庭依刑訴法第 288 條之 3 提出異議，這是合法的異議程序，雖然現在陳教授是認為也可以用刑訴法第 167 條之 1，但可以看看審判庭如何決定，不過按照立法理由是說要用刑訴法第 288 條之 3 聲請異議，本件我們認為刑訴法第 288 條之 3 的異議事項，其實辯護人並未做到這一點，何況當時辯護人只針對檢察官開啟電擊棒部分有意見，並未針對「檢察官說這把電擊棒就是被告當時持有的電擊棒以及就是拿這把柴刀」此部分陳述，辯護人現場是沒有表示任何意見，甚至在第二審也沒有對此部分有所異議或是聲明上訴不服，所以

原審辯護人並未對於此部分提出異議，實務見解方才陳教授有提到，檢察官要特別說明，實物見解認為刑事訴訟法第 288 條之 3，審判長對於證據調查與指揮訴訟之方式若有疑問，當事人可以提出異議，這裡的證據調查是指對於調查證據的執行方法或細節有所不符時，或是有所不當時提出異議，與刑訴法第 163 條之 2 第 1 項駁回證據之調查即不宜調查證據，也就是方才陳教授提到的刑訴法第 379 條應於審判期日調查之證據不予調查是有層次上的不同，當然我們也不排除這個瑕疵很大時，可能量變到質變，但基本上刑訴法第 288 條之 3 對於調查證據程序的異議跟未經合法調查還是有程度上的差別、不太一樣，它比較是屬於訴訟瑕疵，所謂的訴訟瑕疵是執行方法跟細節的部分，更何況陳教授認為不應該用刑訴法第 288 條之 3，應該是回到刑訴法第 167 條之 1 的異議，該異議是程序性質更強烈的程序規定，要跟未經調查、未經審判期日應予調查之瑕疵距離會更遠，在異議的對象性質就更是程序性的瑕疵。

國民法官法案件上訴到第二審應該有失權效的法律效果，也特別說明失權效的本質在於這種瑕疵該主張時沒有主張，這個瑕疵已經治癒，這也是最高法院向來所採，視為瑕疵已經治癒，當事人不得再行主張該訴訟程序不合法。到底上訴審是否是法律審不是重點，現在的第三審沒有失權效是因為現在刑訴法的第二審是覆審制，也就是第一審跑過一次的程序不算，第二審是覆審，重頭再來一次，重頭再來一次當然可以再重新提出異議，所以沒有所謂失權效，但就失權效的本質是錯過可以主張的時間，事後就不可以再用這個理由主張，只要不是覆審、可以重新再跑一次程序之外，其他續審、事後審什麼審都可以，就是不可以把這個當作法律上訴的理由。爭點二部分我們也贊同陳教授的鑑定意見，現在國民法官第二審是事後審的性質，事後審最主要本質不同之處，其審查對象是原審判決跟原審訴訟程序有無違法或不當，當然在審查有無違法或不當，要指摘他的違法，如果已經失去可以指摘他違法的權利，就不可以再主張這個事由作為上訴之理由，當然有例外，除非是明顯的瑕疵，方才辯護人一直說這樣我的權利就失效了，我們也認為在重要的權利明顯瑕疵時，當然有例外，但並不是所有的瑕疵你不現場主張通通可以讓你上訴主張，那不是把上訴審給拖垮了嗎？就像剛才提的，大家拼命異議，上訴審審到天荒地老或者不斷撤銷發回，那訴訟成本真的是太高了。辯護人並未提出異議，所以有

失權效之適用。

既然爭點有提到無害瑕疵，我們也提一下，其實我們贊同陳教授的說法，既然國民法官第二審具有事後審的特質，又國民法官第 91 條規定要尊重第一審的裁判，所以可以類推適用刑訴法第 380 條引進無害瑕疵，類推適用要注意是因為刑訴法第 380 條現在的規定是上訴第三審的合法要件，是上訴合不合法，但類推適用到國民法官案件第二審時是上訴有無理由，這點我們也贊同陳教授的說法。第五點也是本案比較重要的爭點，國民法官法第 46 條與上訴審審查的一些原則，目前國民法官法第 46 條就是因應國民法官審判的特殊性質，有法律素人參與審判，所以有特別引進新的訴訟概念，要特別注意在審判過程中不要讓國民法官有產生偏見或預斷的言行或書面，這是從美國法引進，我們的設計是透過審判長指揮、注意訴訟的程序，如果法院違反本條應該是屬於一種訴訟程序的瑕疵，在訴訟過程中審判長要注意言行或書面不可以有引起讓國民法官產生偏見或預斷之虞，因為我們已經定義是訴訟程序，對於訴訟程序瑕疵的救濟，包括在美國法或是我們實務累積的應該也都是這樣的做法，若上訴之一方在原審對於這種瑕疵或違背法令的狀況沒有及時提出異議，所謂及時是包括言詞辯論終結前都還可以提出異議進行補救，也就是可以讓原審做補救，在言詞辯論終結前都沒有提出異議時就會有失權效，原則上不可以再拿這個事由當作上訴理由，如果上訴人覺得這個瑕疵太嚴重不救濟不行，不能因為我不主張就讓他有失權效，這時候依美國的明顯瑕疵法則

Plain error 來審查，如果上級審也認為這是一個重大的瑕疵，當然就是失權效的例外，可以主張他上訴有理由，但這就必須要由上訴之一方負責舉證他真的侵害到我的實質權利，且上訴審如果依照美國的這個見解，第一、瑕疵明顯，第二、上訴人要主張確實有侵害他的實質權利，第三、上訴審要看這個瑕疵是否會影響到司法公平審判的形象，如果也認為是這樣，就把它認定是明顯瑕疵，這是第一個審查程序會對於要上訴之一方、有失權效的一方有比較大的舉證責任跟比較嚴格的審查限制，如果上訴之一方在原審對於訴訟程序的違背法令瑕疵有合法提出異議，上訴審上訴了，這時候包括教授及辯護人方才都提到一個問題，在訴訟程序中，原則上上訴審檢辯雙方要尊重這是當事人進行的程序敘事權，去權衡當事人在證據展示或是在做辯論時他主導敘事的權利，至於在敘事的過程中使用的證據會不會影響國民法官或陪審

員的心證產生偏見或預斷，這時候上訴審還是要做權衡，在尊重當事人的敘事權之下，去適用無害法則加以審查。關於本件即使是有辯護人所說的這種瑕疵，第一、它是不爭執事項，第二、也都有證據證明，即使辯護人覺得檢察官講的太超過了，但是根本不影響本案，這不是本案爭執的重點，都有證據，而且國民法官第 46 條在美國實務真正要審查的是當事人使用、檢辯雙方使用審判外的證據，其實在第一審也常常看到，為了要讓現場的畫面生動，用模擬的動畫或是漫畫、簡報資料、媒體資料，這叫審判外的證據不當影響裁判員或國民法官，或當時已經排除，說這個不要提出，例如在美國實務上很重要，要提示被害人的照片，被害人的照片 5、6 張，偏偏要挑 1 張他穿軍服的照片，法院會認為同樣都是證明被害人的長相，軍服照片可能會引起陪審員的愛國情緒，這與本案無關不要提出這張，如果不排除你要提出的證據，你又把它拿進來，或是用言詞挑起國民法官的情緒，或進行種族偏見的言行，企圖挑起陪審員的情緒，這些才是要排除的偏見跟預斷，但這些案例在美國也都是經過權衡，並不是一有此狀況就認定當時的程序有瑕疵要撤銷原判決，在很多情況之下、還是在有瑕疵的狀況之下認定是無害瑕疵。這此舉比較重要的案例，我們要努力思考是否會影響、是否會造成國民法官的偏見，*Chapman v. California* 這個案子指出，檢察官對於被告保持緘默，拒絕上證人席作證，在論告時做不當的評價，檢察官認為被告不敢坐到證人席去對不利被告的證據、證言提出說明，被告看起來就是有罪，辯護人對這個不當的評價提出異議，但法官制止之後沒有做什麼評論上訴，因為辯護人提出異議之後，認為這是有影響到陪審員的心證，而且是不當、是侵害。何謂實質重要的權利？是侵害被告的緘默權、不自證己罪權，也就是他們的憲法第五次增修條文的權利，涉及憲法層次的錯誤，我在本署的意見中有提到，憲法層次的錯誤到底是否是無害，由檢察官舉證，不然一般由上訴之一方、由被告證明，當然被告證明的程度就不用那麼高，這是我們特別提出說明何謂國民法官法第 46 條，大家要討論的會影響到國民法官偏見或預斷是這一些用了審判外的證據、不允許提出的證據或是有一些言行舉止是挑起情緒的，在此狀況才要去考量、審查，否則在本案根本也沒有審判外的證據，檢察官的言行也沒有挑起情緒或很激動、要訴諸被害人可憐等情緒都沒有。所以本案爭點一，我們認為辯護人、被告方沒有在原審有合法異議，不得

在上訴時再主張程序違法，毋庸進行瑕疵是否無害之審查，可以認為此部分的上訴第二審是無理由，上訴第三審是不合法的。至於爭點二，因為時間有限，請大家參閱，檢察官很多意見也都跟鑑定人的意見相同，檢察官只是在強調國民法官法第二審的定性，方才辯護人也陳述國民法官法只定了 4 個條文很簡單，尤其是國民法官第 91 條用了一個我們在方法論上說的，在立法上的設計就用一個開放性的不確定法律概念，意即立法者也不知道該如何定性第二審，而交付給司法、一個法律續造的、明確的授權做司法續造的可能，誠如鑑定人在另外一篇受訪文章提到的，這很困難，這涉及訴訟成本的問題、當事人權利的保障、救濟的保障問題、第二審該如何設計還有外國各種不同立法例可以參考，非常的複雜，尤其我們的國民文化、國民性格，我們採取的是國民法官一次性，也就是國民法官一生也許就是那一次，而且是他的第一次來擔任法官，會產生什麼樣的結果，其實我們都很難預料。以日本的經驗來看，日本的裁判員制度是以撤銷發回為原則，結果現在實務運作多數是自為判決，且自為判決不是一定對被告有利，很多自為判決，例如罪名減輕、量刑減輕，但竟然也有國民法官判無罪上訴到二審，2009 年至 2015 年之間竟然有 4 件是無罪，到了二審自為判決改判有罪，這個情況真的很多，因此實務上如何運作我們也提出建議，既然司法有法律續造，而且它具有很難預先預料的一些情況，立法者這麼大的彈性給司法去發展，在此也建議貴院不用急著太早下定論，不如逐個案去做一些適當的決定。

結論：本件第二審判決為上訴無理由之上訴駁回判決，記載方式符合刑事訴訟法第 373 條規定及實務慣例，被告此部分上訴無理由。

審判長諭本件辯論終結，候核辦，退庭。

到庭之人：

檢 察 官：

選任辯護人：

專 家：

中 華 民 國 111 年 11 月 16 日
最高法院模擬審判刑事第二庭

書記官

審判長法 官