

最高法院刑事判決

111年度國模台上字第2號

上訴人 張大凡

選任辯護人 陳明律師
郭皓仁律師
任孝祥律師

上列上訴人因殺人未遂案件，不服臺灣高等法院中華民國111年5月13日第二審判決（110年度國模上訴字第3號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署109年度模偵字第1號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審審理結果，認定上訴人張大凡有原判決事實欄（下稱事實欄）所載之殺人未遂犯行明確，因而維持第一審論處上訴人犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪刑（尚想像競合犯同法第216條、第212條之行使偽造特種文書罪，處有期徒刑7年6月）及諭知相關沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。已詳述其所憑證據及認定之理由，俱有卷存證據資料可資覆按，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

二、上訴意旨略以：

- (一)本件第一審檢察官於審判期日：(1)提示扣案電擊棒，稱上訴人行為時係持用扣案之「長電擊棒」而非「短電擊棒」，且該電擊棒於案發時係可以使用電擊功能之狀態等語；(2)提示扣案柴刀，稱上訴人行為時係持用該柴刀，該柴刀經過開鋒且很銳利，並要求國民法官想像其可能造成之傷勢。不但參雜大量意見陳述，並在未聲請勘驗且未戴手套隔絕指紋之下，逕自操作該電擊棒。其調查程序違反國民法官法第76條關於證物調查方法之規定。第一審審判長未依同法第46條之規定，即時闡明該等「意見陳述」並非「證據」，且不得作為認定上訴人犯罪事實之依據，致國民法官法庭有誤認該等意見陳述為證據調查，進而以此形成心證之虞，不惟違反該條闡明義務之規定，並與刑事訴訟法第155條第2項之嚴格證明法則有悖。原審判決認定檢察官於第一審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，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性及上訴人持用情形，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，有適用國民法官法第46條及刑事訴訟法第155條第2項等規定不當之訴訟程序違背法令。
- (二)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。」刑事訴訟法第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。」是國民參與審判案件之第二審判決，應於理由內記載刑事訴訟法第310條各款所定事項，始為合法。本件原判決理由欄僅記載：「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」等項，有判決理由不備之違法。

三、惟查：

(一)現行刑事訴訟之第二審，係採覆審制，但國民參與審判之刑事案件，依國民法官法第90條第2項規定，有證據能力，並經第一審合法調查之證據，第二審毋須再行調查，即得逕採為判斷依據，與覆審制之第二審訴訟程序顯有不同，同法第91條復規定：「行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限。」則國民參與審判案件之第二審，究係覆審？續審？事後審？抑或兼有上開性質？即應先予釐清，始足執為第三審審查第二審判決有無違法或不當之基礎。稽之國民法官法第91條規定立法理由略謂：「……上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限，而不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，即予撤銷，爰訂定本條，以明示第二審法院之審查基準」及同法第92條第1項但書規定：「關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷。」明揭第二審法院關於事實認定，原則上應尊重第一審法院之判斷，祇有第一審法院認定事實違反經驗法則或論理法則，才可推翻其認定，不容第二審以優越心證逕行取代第一審事實認定之旨。基於落實「公判審理中心主義」之目的，第一審係以直接審理、言詞審理為原則，且引進國民法官之生活經驗與法律感情，第二審自不得僅憑書面資料所形成之審級優越心證地位（或稱心證優越說），推翻第一審之事實認定，必須站在事後審查之角度，審查第一審關於事實認定，其證據之取捨評價及推理過程與結論，有無違背經驗法則或論理法則（或稱法則違反說），以避免淪為「書面審理中心主義」。足見國民參與審判案件之第二審訴訟構造，具有事後審之精神。再參之國民法官法第90條第1項規定，當事人、辯護人於第二審法院，非有該條第1項但書各款所列情形之一，且經法院認有調查必要者外，不得聲請調查新證據，及該條立法理由略稱：「有關第二審法院依職權調查證據部分，並未在本條規定之列，故自應回歸適用刑事訴訟法之相

關規定」。可知國民參與審判案件之第二審，同時採取所謂「一部失權效法則」，亦即倘符合但書所列情形，即得例外容許聲請調查新證據，且不妨礙法院得依職權調查新證據。綜上說明，可知國民參與審判案件之第二審訴訟構造，係事後審兼採有限度續審之混合制。

國民參與審判案件之第二審審查第一審訴訟程序是否構成違法而應予撤銷之基準，國民法官法並無特別規定，基於同法第91條規定要求上訴審應妥適行使審查權限之意旨，暨考量撤銷無害瑕疵無助於當事人實質利益之保護，關於事實誤認非顯然影響於判決者，第二審不得撤銷，依舉重明輕之法理，第二審就第一審訴訟程序之無害瑕疵，自應容許類推適用刑事訴訟法第380條規定之無害錯誤（瑕疵）審查原則，以資衡平。因此，第一審訴訟程序違背法令之程度，倘非達到構成訴訟行為無效，而顯然影響於判決結果，第二審法院認為於理由內糾正其違誤，已足除去其瑕疵，自得不予撤銷。至所稱違背法令，不包括單純違反注意規定或訓示規定；倘違背法令之瑕疵已被治癒，亦不構成違背法令。又所謂顯然，乃指如無該違背法令，即有作成與現存判決內容不同之「蓋然性」，亦即程序瑕疵與判決內容之間具有具體的因果關係；惟如只有影響判決之「可能性」，則不屬之。是刑事訴訟法第379條各款所列絕對上訴理由，除第10款關於應於審判期日調查之證據而未予調查之違法情形外，因已由法律推定其違誤程度顯然影響於判決結果，而應予撤銷，其他情形之訴訟程序違誤，則應達到顯然影響於判決，始足當之。

關於證物之調查程序，係以提示予國民法官法庭、當事人、辯護人辨認為其調查方法，使受提示者經由五官作用理解證物於案發時之存在、形狀及狀態等客觀之物理性質，俾建立證物與待證事實間之關聯性，使法院可得形成對於該項證物取捨評價之正確心證，而具有略式勘驗之性質。職此，當事人自主調查提示辨認時輔以必要之言詞說明，在有助於

使受提示者易於理解證物之客觀物理性質範圍內，即難認逸脫證物之法定調查方法。惟內容倘涉及證據之同一性或證據與待證事實間之關聯性，則因可能造成國民法官混淆客觀之證據資料本身與主觀之意見陳述，當為法所不許。此觀之國民法官法第74條至第76條與同法第77條分別規範書證、影音證據及物證等證據之調查方法與證據調查完畢後之當事人意見陳述權，可見一斑。此種書證、影音證據及物證之調查方法，與詰問證人、鑑定人之人證調查方法，同屬法院調查證據程序之一環，他造當事人對於一造當事人自主調查證據所為之調查方法，倘認有誤導、晦暗不明、延滯訴訟或其他足使國民法官產生預斷或偏見之虞，而有害於訴訟程序公平、迅速、適正進行者，應容許他造當事人向法院聲明異議，以為救濟。此種因當事人自主調查證據所衍生之調查程序違法或不當，既無不同，則對於自主調查書證、影音證據及物證程序聲明異議之程序、審判長有關異議之處理等事項，自應類推適用刑事訴訟法第167條之2至第167條之6關於當事人自主調查人證之規定，以符合當事人進行精神，並收即時救濟之效。此等因當事人自主調查證據程序之聲明異議規定，性質上屬於刑事訴訟法第288條之3之特別規定，經審判長處分後，自不得聲明不服。至於檢察官、辯護人、被告、其他訴訟關係人或其他在庭之人所為其他陳述或行為，倘有使國民法官產生預斷或偏見之虞，則委諸審判長依國民法官法第46條之規定行使訴訟指揮權，視其情形而為適時之闡明、釐清或制止。此為審判長之注意義務，但當事人等之行為會否造成國民法官產生預斷或偏見之虞，必須是基於合理、客觀之依據，而非僅出於主觀的感受。亦即，審判長關於本條訴訟指揮權之行使，應力求慎重，避免因過度積極介入而有害於公平法院之形象。當事人對於審判長應為而不為或不應為而為之訴訟指揮，如認違反國民法官法第46條規定，則得依刑事訴訟法第288條之3規定向法院聲明異議。二者規範目的及救濟程序不同，惟此二種聲明異議之提出，如遲誤時期或其

目的係為延滯訴訟，固非法所許；倘未聲明異議，除其瑕疵重大而有害於公正審判，得例外容許於上訴時指摘者外，均因異議權之不行使而獲治癒，自不得於上訴時執為指摘原審訴訟程序違背法令之理由。

1. 扣案電擊棒、柴刀依卷附搜索扣押筆錄及現場蒐證照片等證據資料之記載，短電擊棒為編號2之證物，長電擊棒為編號1之證物；柴刀則為編號3、4之證物。參之現場勘察報告記載：「一、犯嫌持有凶器情形：（一）據目擊者（即員工葉德大）表示犯嫌係持柴刀（編號4）及電擊棒（編號1）攻擊被害人……」等語（見第一審卷六第113頁），足認第一審檢察官提示長電擊棒時，主張上訴人行為時手持該長電擊棒乙節，與卷內訴訟資料相符，並無上訴意旨（一）所指調查客體同一性錯誤之違誤。又依卷內資料之記載，上訴人就其手持其中1把柴刀砍向被害人，致被害人受有事實欄所載之傷害，當場扣得電擊棒、柴刀等證物，並不爭執（見第一審卷一第130至133頁），第一審檢察官於準備程序期日前已給予辯護人檢視扣案證物之機會（見第一審卷一第126至127頁），於審判期日調查提示並使受提示者辨認時，上訴人及其辯護人就行兇柴刀與提示柴刀之同一性，不惟均未爭執（見第一審卷六第26頁），且於原審言詞辯論終結前仍無相左之主張。依上開說明，檢察官提示扣案電擊棒及柴刀過程關於「這是被告張大凡當時手上拿的長電擊棒」、「各位法官可能會想，本案關鍵的柴刀在哪，就是這把柴刀」等語之說明，固涉證物同一性，而有逾越證物調查程序範圍之瑕疵，然上訴人及其辯護人既未於第一審聲明異議，自不得於上訴時再行主張。上訴意旨（一）未依憑卷內證據具體指摘第一審關於電擊棒及柴刀同一性之調查程序究有何違誤，且遲至上訴本院始爭執第一審檢察官自主調查電擊棒及柴刀之同一性，自難認是合法之上訴第三審理由。
2. 本件第一審檢察官提示證物之過程及所為之陳述，係關於第一審調查證據之訴訟程序。依卷內訴訟資料之記載，第一審

檢察官調查扣案長電擊棒時，其開啟電源開關之目的，係在使國民法官法庭理解該電擊棒於案發時處於可使用之狀態，縱未聲請以勘驗之方法為之，仍屬展示使國民法官法庭易於理解其客觀物理性質之合法調查範圍。至於檢察官提示電擊棒、柴刀使國民法官法庭辨認時，就電擊棒稱：「這電擊棒是可以使用的」，就柴刀稱：「柴刀的刀刃經過開鋒（誤載為「封」），所以很銳利，並想一想被告張大凡在砍的當下，有可能造成林愛德有何種傷勢」各等語（第一審卷六第25至26頁），用以促請受提示者注意該電擊棒可電擊使用，及柴刀開鋒、銳利具有殺傷力，陳述關於證物與待證事實間之關聯性，固已逾越證物之客觀物理性質，涉及檢察官對於證物之主觀意見，而難認允當。惟依訴訟資料之記載，上訴人及其辯護人就上訴人手持柴刀、電擊棒，並持柴刀砍傷被害人乙節，既不爭執，則上開調查程序之違誤，僅是混淆證據調查與證明力意見陳述之界限，並造成提前辯論而已，難認違反刑事訴訟法第155條第2項之嚴格證明法則。自整體訴訟程序而為觀察，縱認上訴人之辯護人於調查電擊棒、柴刀之調查程序完畢後起稱：「異議，提示證據的方法已經到辯論，這很明顯是推論」，並未遲誤異議時機，然第一審審判長於聽取檢察官之意見後，已當庭曉諭：「請檢察官說明證據跟待證事實的關聯性，不要讓國民法官產生預斷的疑慮」（見第一審卷六第26頁），檢察官並因此就辯護人所爭執電擊棒之電源開關是否開啟乙節，向國民法官法庭補充說明案發時上訴人確未打開該電擊棒之電源開關之旨（見第一審卷六第28頁），堪認第一審審判長實質上已依當時情形就辯護人之異議而為處理。第一審審判長未向國民法官闡明證據與意見陳述之關係，並曉諭國民法官勿將檢察官之意見陳述誤認為證據之一部分，而為必要處分之程序，固有未當；但第一審檢察官及第一審審判長上揭關於調查證據之訴訟程序違法，既非構成訴訟行為無效之重大瑕疵，且未背離嚴格證明法則，則上訴人及其辯護人對於第一審審判長所為關於證據

調查之處分，自不得聲明不服或於上訴時再指為違法。原判決就上訴意旨（一）所指各點，其理由欄載敘：（1）上訴人行為時所攜帶上開電擊棒、柴刀功能是否完好，與上訴人有無殺人犯意及罪責（含刑度輕重）判斷有關，第一審檢察官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，檢察官雖打開電擊棒開關而展示其客觀功能完好之形態，惟已同時陳明上訴人在案發現場「確實沒有打開電擊棒開關」等語，並無所謂「故意打開電擊棒開關並按下按鈕，使電擊棒發出高亢嚇人之電流聲響」之情，至檢察官所稱「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形態及功能相符，自無使國民法官產生預斷或偏見之虞。（2）檢察官提示扣案柴刀時稱：「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，係提示時一併以口頭向國民法官說明，供國民法官法庭作為親自接觸，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，國民法官法庭自可各憑自己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而為客觀判斷，不致產生預斷或偏見之虞等旨（見原判決第28至29頁）。關於第一審檢察官調查提示辨認所為陳述之論斷說明，固嫌混淆國民法官法第76條關於證物調查方法與第77條關於證據證明力意見陳述之界限，而有未合，然自整體訴訟程序而為觀察，其違誤情形既與判決結果不生影響，依無害瑕疵審查原則，自不構成撤銷之理由。上訴意旨（一）猶執與上訴第二審相同之陳詞，指摘第二審未糾正第一審關於上開證物調查之訴訟程序違法，而有違誤云云，或係就已不得上訴第二審之事項，於上訴本院再重為爭執，或係對於檢察

官自主調查證據之訴訟程序違法，依憑己見，主張第一審判決違反國民法官法第46條及刑事訴訟法第155條第2項規定，原審未予糾正而有違誤，均難認是合法的上訴第三審理由。

(二)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。」是國民參與審判案件之第二審上訴門檻，除該法第89條特別規定之情形外，祇要依刑事訴訟法第361條規定敘述具體理由，上訴即為合法，第二審法院即應對於第一審判決之事實認定、適用法令及量刑有無違法或不當，進行審判。惟如前所述，國民參與審判案件之第二審訴訟構造，係採事後審兼有限度續審制，且以事後審為原則、續審為例外，則第二審審判對象及審查步驟自應與此相應相容。覆審制之第二審與第一審同為事實審，其審判對象為檢察官起訴效力所及之犯罪事實，上訴人毋庸依憑卷內訴訟資料具體指摘第一審判決有何違法或不當，第二審法院即應就起訴之犯罪事實，重新踐行調查程序。至國民參與審判案件之第二審，係以書面審查第一審判決之當否為原則，自應以第一審判決作為審判對象。其具體步驟，是先審查第一審判決有無上訴理由指摘之違法或不當，其次在第二審合法上訴範圍內，於認有必要時，則得例外依職權審查上訴理由未指摘之事項。前者為第二審調查、判斷之義務；後者屬於第二審法院補充性之調查職權。又第二審審判之任務，既在審查第一審判決之當否，自應以第一審判決時為審查基準，根據卷內訴訟資料及第一審依法調查之證據資料審查第一審判決關於事實認定、適用法令（實體法、程序法）及刑之量定，並於理由內說明第一審判決有無上訴理由指摘之違法或不當，倘有違誤或不當，係屬無害瑕疵抑或已達應予撤銷之程度，而有別於覆審制之下第二審判決書理由欄之應記載事項。刑事訴訟法第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。」其規範體例與同法第387條規定：「第三審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審

審判之規定。」相同。惟第三審為事後審，現行實務上第三審乃依判決結果係程序判決（上訴不合法）、實體判決（上訴有無理由），而異其理由之記載。上訴不合法之判決，應從程序上駁回，並無刑事訴訟法第310條之準用餘地，乃法理之當然。為實體判決之情形，依刑事訴訟法第393條規範意旨，第三審之調查範圍，係以上訴理由所指摘之事項為原則，職權調查為例外。因此，第三審倘認上訴無理由而判決駁回上訴，其理由欄主要係記載上訴意旨及說明如何不採上訴意旨之判斷；倘認上訴有理由而撤銷發回更審者，因未認定有罪，均無刑事訴訟法第310條規定之準用。僅認上訴有理由或上訴雖無理由但應依職權撤銷自為有罪判決之情形，始有上開規定之準用。換言之，刑事訴訟法第310條關於第一審有罪判決之規定，於事後審之第三審判決之準用情形，無法一概而言。國民參與審判案件之第二審訴訟構造，既係事後審兼採有限度之續審制，且以事後審為原則，則植基於覆審制之現行第二審有罪判決書之理由欄應記載事項，即未必適合國民參與審判案件之第二審有罪判決書，就其理由欄之應記載事項，有無及如何準用刑事訴訟法第310條之第一審有罪判決書之規定，應依第二審判決結果而異。第二審判決認上訴不合法或無理由，因而駁回上訴者，其記載與第三審判決相當，後者情形至多祇需依刑事訴訟法第373條規定援引第一審判決記載之證據及理由，並無準用刑事訴訟法第310條之餘地。倘認上訴有理由或上訴雖無理由但應依職權撤銷，則依其結果係自為判決或發回更審，而有不同。撤銷自為有罪判決之情形，其理由原則上應記載刑事訴訟法第310條所列事項（但依情形，不妨依刑事訴訟法第373條規定援引第一審判決記載之證據及理由）；撤銷發回更審之情形，祇需記載如何認定原審判決違法或不當之依據，則無準用刑事訴訟法第310條規定之餘地。

1. 參之卷內訴訟資料，原審係以事後審立場審查第一審判決有無檢察官及上訴人上訴第二審指摘之違法或不當，認第一審

判決關於認定事實、法律適用及量刑說明，雖有部分瑕疵，惟事實認定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。因而維持第一審有罪之判決，駁回檢察官、上訴人在第二審之上訴，並未依聲請或依職權調查證據。揆之上開說明，則原判決理由欄祇要記載上訴意旨及說明如何不採上訴意旨之判斷，即為已足，刑事訴訟法第310條規定於此情形，尚無準用餘地。

2. 究之原判決理由欄分別於：（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「上訴人之上訴要旨」，記載檢察官、上訴人之上訴理由。（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（見原判決第3至37頁）。核已詳為記載雙方當事人之上訴意旨及依憑卷內訴訟資料說明如何均不可採之理由，既無不載理由，亦無理由不備之情形可指。上訴意旨（二）執國民參與

審判案件之第二審判決書，應於理由內記載刑事訴訟法第310條各款所定事項，始為合法，指摘原判決理由欄未依上開規定記載，而有理由不備云云，核係基於現行第二審訴訟構造為覆審制、其審判對象為起訴之犯罪事實所為之主張，與採取事後審兼有限度續審制之國民參與審判案件之第二審訴訟構造及審判對象，顯然不相適合，難認是依據卷內訴訟資料所為之具體指摘，自非合法的上訴第三審理由。

- (三)同理，刑事訴訟法第308條關於有罪判決書應記載犯罪事實之規定，於國民參與審判案件之第二審有罪判決，亦非當然有準用餘地。倘第二審調查結果，認定上訴不合法，應從程序駁回上訴，並無準用刑事訴訟法第308條規定之餘地。如為實體判決，則依其判決結果，係駁回上訴，抑或撤銷發回更審或撤銷自為有罪判決，而有不同。鑒於第二審關於第一審有罪判決之事實認定，非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，不得撤銷，且限於無國民法官法第92條第2項但書各款所列情形之一，始能自為判決。因此，駁回上訴之有罪判決，既非第二審自己認定犯罪事實，祇需於理由內摘要記載第一審判決認定之犯罪事實，或依刑事訴訟法第373條規定，於理由欄援引第一審判決認定之犯罪事實，以為審查當否之依據，自無準用刑事訴訟法第308條規定之餘地。撤銷發回更審之情形，因未認定犯罪事實，祇需於理由欄敘明如何認定原審判決違法或不當之依據，即為已足，上開規定亦無準用餘地。僅撤銷自為有罪判決，且第二審與第一審認定之犯罪事實不同，始有準用該條規定記載犯罪事實之必要，否則仍祇需於理由內摘要記載第一審判決認定之犯罪事實，或援引第一審判決記載之犯罪事實（例如，事實認定並無違誤，僅判決違背法令或量刑不當），以為審查當否之基礎即可，而無準用刑事訴訟法第308條規定之餘地。本件原判決駁回檢察官及上訴人之第二審上訴，並於理由內載敘第一審判決認定事實並無違反經驗法則或論理法則之違誤，依上開說明，自無準用上開規定記載犯罪事實之必要。

原判決於事實欄記載犯罪事實，與第二審訴訟構造及上開說明不合，應屬餘贅，惟此瑕疵尚不影響原判決結果之正確性，自不構成撤銷之理由，附此敘明。

四、以上及其餘上訴意旨，均非依據卷內訴訟資料所為之具體指摘，核係混淆現行刑事訴訟法之第二審與國民法官法之第二審訴訟構造，任憑己意，就已不得上訴指摘或原判決已明白論斷之相同事項，泛指為違法，均不能認為適法之第三審上訴理由。應認上訴人關於殺人未遂罪部分之上訴違背法律上之程式，應予駁回。上開得上訴第三審部分之上訴，既不合法律上之程式而應從程序上駁回，則其想像競合犯不得上訴第三審之刑法第216條、第212條之行使偽造特種文書罪部分（第一、二審均為有罪之論斷），即無從適用審判不可分之原則，併為實體上裁判，亦應從程序上予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 11 月 28 日

刑事第二庭審判長法官 林勤純

法官 謝靜恒

法官 梁宏哲

法官 何信慶

法官 吳秋宏

本件正本證明與原本無異

書記官 王麗智

中 華 民 國 111 年 11 月 29 日