最高法院刑事判決

114年度台上字第6076號

上　訴　人　陳世峯

選任辯護人　黃任顯律師
　　褚瑩姍律師
　　王映筑律師

上列上訴人因殺人案件，不服臺灣高等法院中華民國114年8月20日第二審判決（114年度國審上訴字第5號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第74743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。

二、本件原審審理結果，認為上訴人陳世峯之犯行明確，因而維持第一審論處上訴人犯殺人罪刑（處有期徒刑12年6月）之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠檢察官於第一審諭知開始調查證據後，未於調查證據階段提出檢證1、4、7、9、13至15、17、18、22、66至71、100、1

01等證據；觀諸檢察官於第一審審判程序就調查證據事項所
02提出之簡報檔，亦僅見前開證據之「名稱」而無實質之證據
03內容。原判決錯誤解讀第一審審判筆錄，逕認第一審證據調
04查程序並未違法，有判決未依證據及理由矛盾之違法。又第
05一審曉諭進行證據調查程序後，檢察官仍未就上開證據依照
06證據之性質踐行法定調查程序，已符合國民法官法施行細則
07（下稱施行細則）第296條第3項規定，應視為已撤回調查之
08聲請。然第一審判決認定事實所依憑之部分證據即第一審判
09決附表（下稱附表）二編號1、5、6、15、19、20，均係前
10述視為已撤回調查之證據，第一審以未經合法調查之此部分
11證據，作為判決之基礎，已影響事實之認定，原判決未察，
12仍以該等未經合法調查之證據，作為判斷之依據，有違國民
13法官法（下稱本法）第90條第2項及施行細則第296條第3項
14規定。原審於上訴人及其第一審選任辯護人（同為原審及第
15三審選任辯護人；下稱辯護人）提起第二審上訴主張檢察官
16實際調查證據程序與第一審審判筆錄記載不符時，未調取第
17一審審判程序法庭錄音，對第一審調查證據程序進行相關調
18查，有應調查而未調查之違法。
19㈡第一審之證據裁定理由，並未提及檢證72、74、75、86、10
20 6有何調查必要性，僅泛稱檢察官所聲請之107項證據「經合
21議庭詳細評議後，認均有證據能力及調查必要性，皆准予調
22查」等語，顯然違反慎選證據法則。原判決復未審酌第一審
23就檢證1至14、19、26、27之證據裁定合法性，逕將此等證
24據採為判斷事實之依據，顯有判決未依證據、理由矛盾與調
25查未盡之情形，並與本法第92條第1項規定有違。又檢證106
26（法醫拍攝之解剖照片）之刺激性證據共306張，僅於第一
27審審判程序調查其中12張，其餘未經合法調查之證據附於卷
28內，已有違誤；又檢證106雖未列入附表二、三，惟觀諸第
29一審判決理由係以被害人之傷口，判斷上訴人有無殺人犯
30意，關於被害人傷口外觀之記載，顯係檢證106之內容，第
31一審將未合法調查之檢證106編入卷宗資料，並採為裁判基

礎，其訴訟程序已違背法令，判決亦當然違法。原判決未察，遽認第一審無訴訟程序違法情形，自與本法第90條第2項、第92條第1項規定相悖。

㈢依上訴人所述，上訴人遭被害人持刀刺入右胸後，將刀拔出，被害人見狀，立即上前搶刀。上訴人與被害人搶刀時，曾將被害人壓在床上並攻擊被害人之肩膀，而後放開並要求被害人離開上訴人住處，然被害人不願離去，續與上訴人搶刀，上訴人因恐被害人拿取身後之菜刀加以攻擊，遂再持刀攻擊被害人肩膀。原判決逕認被害人持刀刺入上訴人右胸後，其不法侵害行為即已終了，對於其搶刀之舉，是否係延續前一階段之攻擊行為，而屬現在不法之侵害乙節，未為必要之說明，就上訴人主張被害人已受退去之要求而仍留滯於上訴人住處，應屬刑法第306條之不法侵害其居住安寧法益之行為，上訴人因被害人不願離去，深感生命遭受威脅而攻擊被害人，自屬正當防衛等抗辯，亦未說明何以不採之理由，同有判決理由不備之違法。

四、惟按：

㈠行國民參與審判之案件經上訴者，關於事實之認定，第一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；第一審如有訴訟程序違背法令或適用法令違誤者，亦須已影響於判決，始得撤銷（本法第92條第1項但書、施行細則第306條規定參照）。

㈡關於筆錄、文書、影音、電磁紀錄及證物等證據之調查，本法第74至76條，分別定有明文，同法第77條並規定前述證據調查完畢後當事人有陳述意見權。其中第74條第1項、第3項規定：「（第1項）當事人、辯護人聲請調查之筆錄及其他可為證據之文書，由聲請人向國民法官法庭、他造當事人、辯護人或輔佐人宣讀。」、「（第3項）前二項情形，經當事人及辯護人同意，且法院認為適當者，得以告以要旨代之。」，其立法說明並謂：「現行刑事訴訟法所規定調查證據之方式，僅證人、鑑定人之調查程序由當事人主導進行詰

問，關於物證、書證等證據之調查，仍由審判長向當事人、辯護人等以提示辨認、告以要旨、宣讀等方式踐行調查程序，於國民法官法庭審理之案件，為聚焦於當事人、辯護人主張之重點，乃有調整之必要。從而，當事人一方聲請調查之筆錄及其他可為證據之文書，應由聲請人當庭向國民法官法庭、他造當事人、辯護人或輔佐人宣讀，始符合當事人進行原則。爰參考日本刑事訴訟法第三百零五條第一項之規定，訂定第一項。」、「可為證據之文書內容如繁雜眾多，於調查時逐一朗讀，可能使訴訟冗長遲滯。為增進文書證據調查程序之效率並兼顧訴訟關係人知悉文書內容之權利，經當事人及辯護人同意，且法院認為適當之時，該文書證據之調查亦得以告以文書要旨之方式代替宣讀全文，爰參考日本刑事訴訟規則第二百零三條之二之規定，訂定第三項。」等旨。關於前述「告以要旨」之方式，復於施行細則第206條明定：「依本法第七十四條第三項、第七十五條規定告以證據之要旨，宜注意以易於理解方式說明其內容，並得視情形以簡要方式敘述之，不拘泥於特定形式。」，其立法說明並謂：「依本法第七十四條第一項、第二項規定，書證之調查原則以宣讀方式為之；經當事人及辯護人同意，且法院認為適當者，得以告以要旨代之……。以此種方式調查證據，宜注意以易於理解之方式說明其內容，只要促進國民法官、備位國民法官理解，且並無使國民法官、備位國民法官產生預斷或偏見之不適當情形，自得以彈性方式告以要旨，不拘泥於特定表現方式，例如，先整理為要點，或預定於之後由作成該證據之證人詳細解說作成證據之經過及其詳細內容之情形，僅先告知該證據內容之主旨等，均無不可」等旨。本件依第一審民國114年1月9日準備程序筆錄之記載，第一審法院已於準備程序為本法第47條第2項各款所列事項之處理；於依整理結果作成審理計畫後，並已依本法第63條第1項規定，與當事人及辯護人確認整理結果及審理計畫內容；有關書證之「證據調查之方法」，審理計畫書更已載明包括「以

適當設備顯示內容並使辨認」或「告以要旨」等調查方法（見第一審卷二第199至206頁之筆錄、第217頁之審理計畫書附件一之審前說明書），而上訴人及辯護人就此均未有所爭執或表示異議（見第一審卷二第207至208頁）。足見其等均已同意於審判程序得以「告以要旨」或「以適當設備顯示內容並使辨認」等方式調查書證。其次，審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證；審判筆錄內引用附卷之文書或表示將該文書作為附錄者，其文書所記載之事項，與記載筆錄者，有同一之效力。刑事訴訟法第47、48條定有明文。事實審法院於審判期日有無踐行上開訴訟程序，自依審判筆錄之記載為據。依第一審114年1月14日、15日審判筆錄之記載，檢察官於審判程序進行證據之調查時，已提示上訴意旨㈠所指之檢證1、4、7、9，並簡要說明該等文書之內容，而告以該等證據之要旨（見第一審卷二第467至468頁），此部分證據調查程序於法自無不合。至於上訴意旨㈠所指之檢證15、17、18、22、66至71、100、101部分（以下合稱檢證15等部分），檢察官僅提示並告以各該證據之名稱（見第一審卷二第270、294頁），未以宣讀或告以要旨之方式踐行調查；其雖輔以「簡報」方式進行開審陳述（見第一審檢證卷一第5至9頁），然無證據足認已就檢證15等部分（見第一審檢證卷一第23至24、27至33、35、57、211至238、243至251頁）併以「簡報」或其他方式顯示其內容使參與審判之人辨認，固有未合。然上訴人及辯護人對該等證據之證據能力均不爭執（見第一審卷一第441、442、495頁、第一審卷二第45、46、50、138頁）；且檢察官係於就「被害人死亡之結果及因果關係」之待證事實進行證據調查時，提出該等證據（見第一審卷二第291、294頁）；關於此部分之待證事實，復經上訴人及辯護人列為「不爭執事項」（見第一審卷二第206、213、267、268頁）；再觀諸檢察官就此等不爭執事項所提出調查之證據（見第一審卷二第291至293頁），以及第一審判決採為判斷不爭執事項之證據，除檢證15等部分外，更有其

他諸多證據；其中檢證69之兇刀照片，並經檢察官當庭提示扣案藍波刀之實物，而為合法調查（見第一審卷二第278頁）。亦即，除去檢證15等部分，依憑其他已經合法調查之證據，仍應為相同之認定。況第一審審判長於各該證據調查完畢後，詢問上訴人及辯護人對於檢察官上述調查之證據有何意見時，上訴人及辯護人就檢察官前述證據調查之方法，均未有所爭執或表示異議，亦無主張有損於上訴人之訴訟權益或有礙於國民法官理解或有使國民法官產生預斷或偏見之不適當情形（見第一審卷二第295、468至469、505頁）。第一審就檢證15等部分證據調查程序是否合法，顯然於第一審判決不生影響。上訴意旨㈠有關此部分之指摘，自非適法之上訴第三審理由。再者，檢察官在第一審審判程序，就其所提出之檢證13、14，雖未依法調查及之，然依附表二、三之記載，檢證13、14未經第一審採為判斷之依據，則此部分證據之調查與否，亦於第一審判決顯無影響，而難指為違法。綜上所述，原判決說明：依第一審114年1月14日、15日審判筆錄之記載，檢察官已就其所聲請調查之檢證1、4、7、9、13至15、17、18、22、66至71、100、101等證據提示、說明待證事項後提出於法院，應認已依本法第74條第1項規定合法調查等語（見原判決第6頁），雖嫌簡略，依前述說明，仍因不影響判決結果，而與法律規定得上訴第三審之違法情形不相適合。上訴意旨㈠關於原判決不依證據裁判、理由矛盾、以未經合法調查之證據作為判斷依據等指摘，均非合法之上訴第三審理由。

㈢當事人、代理人、辯護人或輔佐人如認審判筆錄之記載有錯誤或遺漏者，得於次一期日前，其案件已辯論終結者，得於辯論終結後7日內，聲請法院定期播放審判期日錄音或錄影內容核對更正之，刑事訴訟法第44條之1第2項前段定有明文。本件第一審審判長於114年1月14日、15日審判期日開始，已諭知審判筆錄之製作係採行委外轉譯之旨（見第一審卷二第262、392頁），嗣經轉譯人員就該等審判錄音內容真

實轉譯後，由書記官將之整理成筆錄，卷內復無上訴人或辯護人對於轉譯內容表示意見或主張該等審判筆錄之記載有何錯誤或遺漏之相關書面陳述，或依上開規定聲請第一審定期播放審判期日錄音或錄影內容核對更正審判筆錄等情形；上訴人及辯護人亦未向原審聲請調取第一審審判期日錄音內容。則原審未依職權調查，自無上訴意旨㈠所指之應調查之證據未予調查之違法，此部分上訴意旨，顯非依據卷內證據資料而為指摘，同非合法之上訴第三審理由。

㈣本法第62條第1項前段規定，法院應於準備程序終結前，就聲請或職權調查證據之證據能力有無為裁定。卷查，依第一審114年1月9日準備程序筆錄之記載，第一審法院於諭知準備程序終結前，已就檢察官、上訴人及辯護人聲請調查之證據（包括檢證1至108〈除已撤回之檢證23外〉、辯證1至50），裁定認均有證據能力及調查必要性，皆准予調查（見第一審卷二第204至206頁）。第一審審判長於宣示上開裁定後，詢問當事人對於以上之證據能力及調查必要性有何意見時，上訴人及辯護人均答：「沒有意見。」（見第一審卷二第206頁）。則原判決說明：檢察官聲請調查之檢證72、75、106等證據，已經第一審裁定均有證據能力及調查必要性，上訴人並未指出該裁定有何違法之處等語（見原判決第6至7頁），於法自無不合。第一審縱未就全部證據之證據能力及調查必要性一一詳述其裁定之理由，亦無違法可指。上訴意旨㈡所指第一審就檢證1至14、19、26、27證據裁定之合法性，原判決未予審酌，有未依證據、理由矛盾與調查未盡等違法情形，均非適法之上訴第三審理由。

㈤依第一審113年12月20日、114年1月9日準備程序筆錄之記載，檢察官提出檢證106（法醫拍攝之解剖照片）聲請調查後，因辯護人主張屍體照片屬於刺激證據，無調查必要，經第一審聽取檢察官表示之意見（見第一審卷二第138頁）後，裁定檢證106有證據能力及調查必要性，准予調查，並說明其理由略以：現場勘查照片僅拍攝犯罪現場而非被害人

本身，無法詳細檢視上訴人犯罪手法，無從取代屍體照片，如出證時限縮展示照片之數量，並依施行細則第119條為相關處理，應無造成國民法官預斷或偏見之虞，並可兼顧被害人之死後尊嚴，審酌上開照片所呈現之內容，與起訴犯罪事實之犯罪手段及所生損害有關，應有調查必要等語（見第一審卷二第204至205頁）。第一審審判長宣示該裁定後，上訴人及辯護人對此亦均表示：「沒有意見。」（見第一審卷二第206頁）。則檢察官於審判期日，依第一審裁定之上述調查方式，就檢證106僅以其中部分照片踐行調查，於法自無不合，亦無上訴意旨㈡所指將未經合法調查之證據附入卷宗之訴訟程序違法情形。又依第一審判決之記載，第一審係依憑附表二編號1、3、4、10、11、17等證據，認定被害人之傷勢，並據以判斷上訴人之主觀犯意（見第一審判決第2至3頁），上訴意旨㈡指陳第一審判決有將檢證106之內容採為裁判基礎之違法等語，顯非依據卷內證據資料而為指摘，同非適法之上訴第三審理由。

㈥正當防衛必須對於現在不法之侵害始得為之，侵害業已過去，即無正當防衛可言。故侵害已過去後之報復行為，以及無從分別何方為不法侵害之互毆行為，均不得主張防衛權。且所謂「現在不法之侵害」，指侵害之現在性、急迫性、迫切性，即法益之侵害已迫在眉睫。從而，已過去或未來之侵害，自不具有「現在性」，無成立正當防衛之可能。至於防衛是否過當，應以防衛權存在為前提，若其行為與正當防衛之要件不合，當然不生防衛是否過當之問題。本件原判決就上訴人主張正當防衛，說明略以：第一審判決已說明被害人持刀刺擊上訴人後並未拔刀時，被害人之不法侵害行為已經結束；由被害人雙手之防禦傷，可見被害人手無寸鐵，其面對持刀之上訴人已無反擊之力，後續亦已無侵害行為，依上訴人整體行為歷程以觀，難認上訴人係基於防衛意思，而對現時不法侵害所為之反擊，非屬正當防衛行為等旨；並謂：由上訴人所受傷害及其陳述，被害人係利用上訴人躺在床上

使用手機而未注意之情形下持刀刺擊上訴人右胸1次但未拔出，以及上訴人自承被害人經常前往其住處知悉牆上懸掛刀具並可輕易取下各情，若被害人有續行攻擊上訴人之意，應可於刺擊1刀後隨即拔刀連續攻擊，或於上訴人已受傷害後取下牆上刀具與上訴人對峙，然被害人均未為之，益見被害人應無持續攻擊上訴人之意思與行為。上訴人之第二審上訴意旨指被害人之搶刀、拒絕離開，係對上訴人之持續攻擊，被害人轉身即可立刻拿取懸掛牆上之菜刀係屬對上訴人之潛在危險，被害人對上訴人之不法侵害一直持續等節，或僅係擅以己意而做不同之評價，或無證據可憑，或僅係一己臆測之詞，均非可採等語（見原判決第9至10頁）。經核於法並無不合，亦無上訴意旨㈢所指之理由不備。此部分上訴意旨，同非依據卷內證據資料而為指摘。

五、依上說明，上訴意旨指陳各節，或未依據卷內資料具體指摘原判決有如何之違法，或係就原審採證認事職權之適法行使，且經原判決論斷、說明之事項，依憑己見，重為指摘，均非適法之上訴第三審理由，應認本件上訴違背法律上之程式，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　　115　　年　　4　　月　　22　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　吳冠霆

法　官　高文崇

法　官　陳芃宇

本件正本證明與原本無異

書記官　林明智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　28　　日