臺灣高等法院臺中分院

110 年第 1 輪次國民法官上訴審模擬法庭活動交流座談會紀錄

時　　間：110 年 9 月 29 日下午 2 時 30 分

地　　點：本院 5 樓大禮堂

主　　席：高院長金枝

出席人員：詳簽到單（略）

壹、院長致詞

高院長金枝：

陳教授、胡院長、還有本院的庭長、法官、還有檢察官、還有律師各位先進，難得本院應該是第二審上訴審模擬法庭的第一個交流的座談會，很感謝陳教授、胡院長今天來擔任評論員，還要謝謝臺中高分檢的檢察官，陳立偉陳檢察官、群展國際法律事務所洪慧中律師、長晟國際法律事務所陳佳俊律師，還有這一場的被告跟告訴人、告訴代理人，非常感謝各位對本院國民法官上訴審模擬法庭的參與，有準備一份小小的禮物，就放在各位的桌上。今天最重要的是要來聽聽陳教授、胡院長對於本院模擬法庭的指教。還要謝謝蔡名曜庭長、林宜民法官、邱鼎文法官，他們為這個模擬法庭所付出的時間跟精神，後半場就是由他們和陳檢察官、洪律師跟陳律師來做心得分享，也期待在座的先進們，能夠參與意見交流。我想國民法官上訴審到底要怎麼操作，大家都在學習，本院能夠作為第一場交流座談會，我想都能夠啟發我們後面繼續學習，甚至是將來真正的實務操作。

貳、評論員評論

評論員胡院長文傑：

高院長、陳教授、模擬法庭合議庭的蔡庭長、林法官、邱法官、在座的各位庭長、法官、主任檢察官、檢察官、律師道長及臺中高分院各位同仁，大家好，很榮幸參與本次國民法官上訴審模擬法庭的活動，本次模擬法庭活動提供了很多可以觀摩學習的內容，模擬法庭合議庭審判長蔡名曜庭長在任職地方法院院長期間即曾擔任一審國民法官模擬法庭的審判長，

邱鼎文法官是國民法官法的推手之一，二人對於國民法官法庭的運作均有深入研究，陳運財教授是國內公認的法學權威，陳教授的見解具有相當的影響力，經過高院長許可，個人認為由個人不成熟的意見先陳述，較能獲得陳教授的指正，因此由本人先發言。以下謹提出個人觀摩的意見，尚請各位法學先進指教。

關於國民法官法庭判決後的上訴審，主要是要審查第一審判決認事用法有無違誤，比較需關注的地方，是如何定位上訴審的審查標準，而如何定位上訴審的審查標準，涉及當事人的上訴理由如何具體指摘。因為他怎麼指摘，法院才有辦法來做一個回應，對於一般刑事案件，現行刑事訴訟法雖然採取第二審覆審制，惟依國民法官法第 90 條及第 92 條的規定，針對適用國民法官法庭審判的第一審案件的上訴，兼採事後審查（第 90 條第 2 項，得以書面審查，具審查審的性質）及限制性續審制（第 90 條第 1 項，限制調查新證據）的機制。以下謹就不同層面分別表示個人意見。

一、準備程序部分

(一)受命法官就國民參與審判案件之第二審上訴，於第一次審判期日前行準備程序時，依刑事訴訟法第 364 條規定，應準用刑事訴訟法第 273 條之規定，不適用國民法官法關於準備程序之特別規定應制作審理計畫書，個人預測此應為將來實務界的通說。就是上訴審的準備程序，應該是不需要去做審理計畫書，這是我贊同的見解，本次模擬法庭並未就是否應制作審理計畫書部分詢問檢察官、被告及辯護人的意見，個人認為應屬妥適。

(二)國民法官法第 90 條第 2 項規定：「有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審法院得逕作為判斷之依據。」本次模擬法庭審判長於準備程序詢問檢察官、被告及辯護人，對於經原審認有證據能力，且經合法調查之證據，有無爭執，檢察官、被告及辯護人均表示沒有爭執，惟合議庭並未另外以口頭或書面裁定諭知認定有證據能力之證據究竟為何。實務上將來是否可能會有下列疑問，等一下請陳教授幫我們指正一下：(1) 合議庭對於原審經合法調查之證據，亦認同有證據能力時，是否需要由合議庭口頭或書面裁定諭知認定有證據能力之證據究竟為何？應於何時裁定為宜？如果檢察官、被告及辯護人可以事

先得知合議庭對於原審合法調查證據之證據能力的看法，比較能夠審酌是否要再聲請調查新證據。而且，如果檢察官、被告及辯護人於收到判決書時，才知悉法院關於證據能力的看法，是否合乎程序保障的意旨？（2）如果合議庭認定有無證據能力，與第一審的見解不同時（即認為第一審證據裁定違法），應如何處理？關於本問題雖非本次模擬法庭須處理的問題，淺見以為，是否可以採無害錯誤法則，即剔除無證據能力之證據後，如果並未使被告受到實質損害明顯影響第一審判決結果者，二審即不得撤銷第一審判決。

(三)依國民法官法第 90 條第 1 項的立法說明，第二審法院依職權調查證據部分，並未在本條規定之列，自應回歸適用刑事訴訟法之相關規定。本次模擬法庭合議庭於準備程序評議時也有討論到本案有無依職權調查證據之必要，評議結果認為無必要，並於評議完畢入庭後，審判長當庭口頭諭知合議庭認本案並無刑事訴訟法第 163 條第 2 項應依職權調查新證據的情形，個人認為這部分是很好的示範。也讓當事人知道法院有審酌過，沒有調查證據的這個必要。

二、上訴理由部分

(一)本次模擬法庭當事人的上訴理由並未主張訴訟程序違背法令，檢察官及被告上訴理由主要是主張事實誤認及量刑不當。依國民法官法第 91 條規定的意旨：「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」，本條文的用語抽象，不太容易瞭解真意，依目前已發表論著的見解，有認為國民法官法庭判決後的上訴審既採書面審理為原則，應盡可能尊重第一審國民參與審判所為判斷的內容，但所謂「尊重」第一審的判決，實質上係「限制」的同義詞。本次模擬法庭準備程序中，檢察官對於被告上訴理由的抗辯，首先即引用國民法官法第 91 條，主張國民法官法庭對於證據取捨的判斷，除非有明顯重大之瑕疵，上級審不可以再用自己的心證代替國民法官的判斷。而辯護人陳佳俊律師於準備程序對檢察官上訴理由所稱第一審科刑因子有思慮未周之處，也主張在二審審查量刑應該基於國民法官法第 91 條妥適行使審查權限。本次模擬法庭的判決書於本院之判斷欄第 1 點也敘明第二審法院原則上應尊重國民法官於第一審判決所反映之正當

法律感情，原則上不得遽予撤銷第一審判決。依據本次模擬法庭的運作，可以預見國民法官法第 91 條所定的審查基準，將來勢必經常為當事人或二審法院引用據以說理，至於具體個案如何適用、如何妥適說明審查基準，因為制度設計尚有發展的空間，有待將來不同案例的闡釋，也非常期待將來二審的判決書對於如何運用國民法官法第 91 條的審查基準能有所著墨。

(二)對於國民法官法庭審判案件之第二審上訴，二審法院針對當事人就第一審判決上訴之部分是否亦應負有調查之義務？本次模擬法庭就上訴理由中所舉的事項是否已盡調查的義務？辯護人洪慧中律師於準備程序及審理中主張，被害人到院後經急救又恢復呼吸心跳，係因身體其他併發症才導致死亡等語。此部分主張似乎於二審才提出，依據此陳述，似乎主張被害人的死亡與被告的行為並無因果關係，如果無因果關係，是否應該主張判決被告無罪。而被害人究竟是否因身體其他併發症才導致死亡，攸關被告的利益，此部分於第一審既然未列為爭點，縱使合議庭認為此部分主張係空言辯解，惟辯護人洪慧中律師於上訴審此部分的主張是否有證據足供調查？是否有符合國民法官法第 90 條但書有調查新證據之必要的情形？合議庭就此部分是否需要進一步確認辯護人主張的真意或曉諭辯護人是否有證據待調查？淺見認為似乎尚有疑問。這部分等一下請陳教授給我們指正一下。

(三)國民法官法第 92 條第 1 項但書所稱之事實，目前通說認為應指第一審法院應經嚴格證明之對象事項，包括構成要件該當事實，阻卻違法或責任事由之事實等，有無自首應屬本條所稱之事實。辯護人陳佳俊律師於準備程序陳明，檢察官上訴理由爭執犯罪發覺的時點，應屬於事實認定的問題等語，辯護人陳佳俊律師此部分的陳述值得贊同。

(四)檢察官上訴意旨另稱第一審判決未就證人陳子勝警員所經歷接收訊息之過程為合理之推理敘述，有判決理由不備之違法等語。依檢察官此部分上訴意旨，應認其係主張第一審證據取捨及推論過程導致事實認定不同，此仍屬於事實問題，第一審如非有明顯錯誤，恐不易以推理過程有錯誤而推翻第一審判決。而且依國民法官法第 92 條第 1 項但書的規定，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。所以，相較之下，上訴理由指摘原審判決有違背經驗法則或論理法則的情形，是否會較指摘原審判決理由不備，比較具有說服力。

(五)國民法官法第 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。依最高法院向來的見解，認為證據之證明力，倘未違背經驗法則及論理法則，即無採證違法可言。但何謂經驗法則或論理法則，仍屬抽象的概念，且每個個案是否有客觀的生活經驗法則或論斷事理的法則，恐怕也有疑問。依目前最高法院的見解，大多數的判決係以抽象形容詞闡釋經驗法則或論理法則的意義，所以，上訴理由如何指摘第一審判決違背經驗法則或論理法則，恐怕是一項艱鉅的任務。國民法官法既然明文規定「違反論理法則或經驗法則致明顯影響於判決」的上訴審查標準，足認將來針對國民法庭判決所提出的上訴理由，需要一針見血指明第一審對證據之判斷，對照經驗法則或論理法則有如何不合理之觀點，而顯然影響於判決。本次模擬法庭被告上訴意旨爭執第一審誤認事實，被告上訴理由狀引用第一審卷內鑑定人柯欽翰證述之筆錄及第一審經證據調查之事實，被告上訴意旨略稱：依鑑定人柯欽翰法醫師之證述，被告施力未達頸動脈，時間亦未達 4、5 分鐘之久，故無客觀之殺人行為。其證詞不能作為被告有客觀上殺人行為之證據，原審判決有認事用法之違誤等語。此部分上訴理由，如果能夠具體指明第一審判決如何違反論理法則或經驗法則致「明顯」影響事實認定（明顯錯誤標準）而顯然影響於判決的情形，是否會較符合法條的要求及具有說服力，如此比較不會被合議庭評議屬證據評價不同的問題。本次模擬法庭合議庭評議結果，認為第一審認定被告有殺人之故意及被害人死亡與被告行為有因果關係，已實質反映一般國民的知識及經驗，值得認同。

(六)辯護人洪慧中律師於準備程序主張，被告於談判前未攜帶兇器，難認被告有殺人犯意等語。惟被告是否成立殺人犯意，是否必定於談判前攜帶兇器，似乎非一般的經驗法則，二者似無關聯，檢察官於審理中論告時亦陳明殺人不一定要使用兇器，此部分被告上訴意旨據以指摘

第一審判決的認定違反經驗法則，似乎較不具說服力。

(七)量刑歧異的問題係司法實務上存在普遍的現象，可預見國民法官法庭所為的判決，將來應有多數上訴案件係主張量刑過輕或過重。依最高法院的見解，刑法第 57 條各款所列情狀，就與案件相關者，法院既已依法調查，即可推認判決時已據以斟酌裁量，縱判決僅具體論述個案量刑應予側重之一部情狀，其餘情狀以簡略之方式呈現，倘無根據明顯錯誤之事實予以量定刑度之情形，當亦無判決不載理由或所載理由矛盾之違法。檢察官上訴書主張第一審科刑因子有思慮未周之處，量刑違反比例原則、公平原則及罪刑相當原則等語，於準備程序當庭提出的補充理由書及審理中之論告則主張原審依自首規定予以減刑，有裁量濫用之違法等語。量刑有否裁量濫用之情事，應檢視是否有全然喪失權衡意義或其裁量行使顯然有違比例、平等諸原則之裁量權濫用之情形。而第二審上訴對於第一審國民法官法庭量刑的審查，是否有國民法官法第 92 條第 1 項但書的適用，目前似乎有不同見解，今天洪慧中律師對這部分有表明，他認為應該有這部分的立法意旨的適用，惟國民法官法庭如果認定被告有罪，其所為之量刑倘已反映人民健全的社會感情及多元價值，並已於判決中具體合理的說明量刑理由，因國民法官法庭所為的量刑具有一定程度的民意基礎，依國民法官法第 91 條所示的審查原則，仍然不宜輕易撤銷原判決。基於此點理由，檢察官上訴意旨主張量刑因子審酌不當之情形，模擬法庭判決書敘明檢察官上訴意旨所主張原審審酌的量刑因子，第一審判決書雖然有未詳予記載之情形，惟第一審判決於理由欄部分已詳細說明各項有關需審酌的因素，顯見第一審判決已審酌檢察官上訴意旨所指陳的部分，第一審判決於科刑因子各款之說明未詳予說明，不影響第一審量刑職權行使之妥適性，值得贊同。又檢察官上訴意旨如能主張第一審就量刑有「裁量濫用」的違法或違反內部性界限之違法，並具體指明依何種事由認定第一審量刑有違反比例原則、公平原則及罪刑相當原則之情事，並說明是何種極重要的量刑因子有明顯的誤認，比較容易使二審審查第一審所為的判斷是否合理。上訴意旨如果仍然依一般上訴案件泛言指摘第一審量刑不當，恐怕較不具說服力。

(八)模擬法庭判決書敘明不予調查被害人之薪資明細表之理由，認為不予調查該明細表，對被告所犯之罪名及量刑無顯失公平之情形，說明值得贊同。

三、本次上訴審模擬法庭的啟發：

(一)第一審法院對於非優勢證據，是否不問必要性，一律列為提示調查的對象？因國民法官不具法律專業，依國民參與審判「目視耳聞即知其義」、以法庭活動為中心的制度理念，應減少以往過度依賴筆錄進行審判，貫徹直接審理原則，並減少重複性證據，以加深國民法官對證據內容的印象，如果有多項證據的待證事實相同，是否只要調查最佳、最優證據即可。本次模擬法庭合議庭於準備程序及辯論終結後評議時，受命法官邱鼎文法官表示，第一審臚列太多不必要的證據，與認定事實並無直接關聯，有礙國民法官直接審理，邱法官表示要在判決書中就此陳述相關見解。模擬法庭的判決書對於原審程序的瑕疵也特別作了說明，並敘明第一審此部分程序瑕疵對於判決結果不生影響，無庸撤銷原審判決，這部分是很好的意見，雖然第一審贅列證據及違反爭點集中、證據集中之立法意旨，不影響判決結果，但是二審模擬法庭在判決書中陳明，證人在審理中之證述或被告在審理中之供述即為最佳、最優證據，除非有作為彈劾證據使用的必要，證人或被告在警詢及偵查中之陳述應無調查的必要性，另關於重複性證據，應調查最有價值之一項或數項書證即可，將來應該能夠提供給一審檢察官、辯護人及第一審法院作為調查必要性的參考基準，如此即能更加貫徹直接審理原則，並避免造成國民法官過重的負擔。

(二)依國民法官法第 85 條第 1 項規定，國民法官法庭評議之經過，應嚴守秘密，即評議內容原則上不公開。上訴審無法依據卷證紀錄瞭解評議過程，而國民法官法第 88 條規定，有罪之判決書，有關認定犯罪事實之理由，得僅記載證據名稱及對重要爭點判斷之理由，立法理由揭示宜適度簡化判決書記載之內容。惟第二審審查的重點，既然在於第一審的判斷是否違反經驗法則或論理法則，值得討論的是，有關將來第一審判決關於認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，即關於重要爭點的推理過程，是否也可以簡化判決，恐有疑問，是否也要注

意認定事實，綜合評價證據所敘述的理由有無違反經驗法則或論理法則，以免當事人提起上訴後成為上訴理由指摘的對象。

(三)國民法官法第 92 條第 1 項規定，上訴雖無理由，而原審判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷。國民法官制度運作成功的關鍵，繫於二審能否本於國民參與審判制度的立法意旨妥適進行審查，依立法意旨，為避免職業法官所為書面審理凌駕國民法官法庭審判所為直接審理的疑慮，第二審法院不得咨意撤銷第一審國民法官法庭之判決。第二審就事實問題的審查標準，應該較一般刑事案件的審查標準嚴格，不得僅因事實認定或枝節事項與第一審不同即撤銷第一審判決。依日本實施裁判員制度後的實證經驗，第二審對於裁判員審判的案件，以事實認定錯誤或量刑不當為理由撤銷者的比例，大幅下降。本次模擬法庭評議結果，所為認定事實的枝節事項，例如因為當事人在爭執說到底被告壓了被害人頸部幾分鐘，像這種縱使認定跟第一審不同，合議庭秉持國民法官制之二審定位為續審制兼事後審制之立場進行上訴審審查，駁回檢察官及被告之上訴，結論值得贊同。最後，期待將來二審（至少在同所二審法院）有較一致的審查基準，才能使國民法官法庭制度持續成長，達到立法的目的。以上是個人淺見，請陳教授跟各位先進指教，謝謝大家。

評論員陳教授運財：

高院長、還有今天的胡院長、還有在座的先進，大家午安，今天非常榮幸有這個機會來參與臺中高分院的第一個場次，國民法官參審案件的第二審上訴評論的工作，講評論我真的不敢當，二審上訴包含第三審的上訴，基本上從刑事訴訟程序來講，是法律專業中的法律，一般我們在大學裡面從事教學的工作，其實對這一塊是很不熟悉的，往往我們的上課其實都沒有教到上訴審，所以今天能夠有機會來參與臺中高分院國民法官上訴審模擬法庭的活動，對我來講真的是一個學習的機會。基本上就我的觀察，針對在一審適用國民法官法的審判案件上訴二審，二審怎麼實踐國民法官法第 90 條到第 92 條相關的規定，特別是第 91 條，有人稱叫帝王條款，我覺得第 91 條是接下來讓二審面對到一審國民參審的案件上訴到二審來，怎麼去做妥適審查，它本身就維持一定的彈性，在不同的個案中，

可能會透過第 91 條做一定的滾動性的解釋也不一定，等一下也針對剛剛胡院長所提出的幾個問題，我們可以透過第 91 條的這個方向來做一些思考，基本上，我也按照上一次的準備程序的觀察、今天的審理程序的觀察，還有剛剛收到法院所做的判決書，分階段來表達我個人粗淺的看法。

首先，就準備程序的部分，國民法官審判案件的第二審準備程序處理的方式，有人別訊問、權利告知、聽取雙方意見，因為這個案件是來自於被告跟檢察官的上訴，分別陳述上訴理由，之後也聽取他造的意見，我覺得有一個地方是可以思考調整，就是由審判長來告知原判決的要旨，一樣也問被告的意見後，審判長就直接跟檢辯雙方確認第 90 條第 2 項，就是原審認有證據能力，依法調查，這部分要作為判決的依據，有沒有意見，之後審判長再整理雙方當事人上訴理由的爭點，也就是先處理第 90 條第 2 項，然後再來整理上訴理由的爭點，我覺得這個程序二個可能可以調整過來，因為這是國民法官一審案件上訴到二審的準備程序，我個人贊成根據刑事訴訟法第 364 條，應該回來準用刑事訴訟法相關的準備程序規範，而不是回來準用國民法官法的準備程序，這一點我也贊成剛剛胡院長講的高見，如果是這樣的話，準備程序的重點工作就是在整理爭點，然後整理證據，應該是先整理爭點，再來整理證據，所以這一個部分，我會比較建議在聽取雙方當事人就上訴理由的陳述跟意見之後，審判長告知了被告原審判決的意旨，也聽取被告的意見之後，先整理雙方當事人上訴理由的爭點，之後再來整理證據，整理證據我也贊成先處理第 90 條第 2 項，雙方當事人對一審認有證據能力，依法調查的證據，作為二審判決的依據，有沒有意見，這個部分要不要再做一次證據裁定，胡院長有提出觀點，確實將來在運作上可能會存在問題，我個人認為應該不用，因為第 90 條第 2 項已經是一個法律的引子，既然已經經過一審國民法官法庭認有證據能力，也已合法調查，法條就說它可以作為二審判斷的依據，基本上建立在事後審查的觀點，原則上就不需要再另外做一個證據裁定，所以做這樣的確認，目的是在確認當事人對於一審認有證據能力的證據，或一審是不是有經過合法的調查，當事人有沒有異議、有沒有意見，這個部分解決的時間點應該是在一審的結果出來之後，作為上訴理由，也就是進一步要來討論，比如說一審檢察官聲請調查的證據，法院認為沒有證據能力，一審就

證據裁定駁回了，這時候可以作為上訴二審的理由，檢察官對一審裁定沒有證據能力的證據，有沒有提起上訴作為上訴理由，相對的比如說辯護人聲請調查的證據，在一審法院認為沒有調查的必要駁回，辯護人應該作為上訴二審的理由，所以如果雙方當事人對於證據有沒有證據能力，或是說有證據能力的證據，有沒有提出在法庭經過法定的程序加以調查，這件事情本來應該是在上訴理由裡面主張，當然不排除上訴理由沒有主張，進入到二審的準備程序才主張，那可不可以？在整理了爭點之後，確認第 90 條第 2 項，我認為也可以提出來，不過一定會造成上訴審訴訟的遲延，因為也要聽聽他造當事人對於訴訟程序、證據能力的認定有沒有違法的主張，應該也要給他答辯的機會，當庭如果沒有辦法處理，可能準備程序要再改期，所以希望上訴審當事人對於第 90 條第 2 項的處理，應該針對一審有關證據能力的處理跟有沒有依法調查的部分，盡可能的當成上訴理由來做主張，如果這樣的話，第 90 條第 2 項將來在二審準備程序的確認就會蠻快的，基本上可能雙方也都沒有意見，以這個模擬案件來看，雙方對第 90 條第 2 項也都沒有爭執、沒有意見，以結論來講，我覺得法條既然這樣規定，確立具有事後審查的性質，二審的法院不需要再針對一審已經認有證據能力，合法調查過的證據，當事人又沒有爭執，來做裁定。

其次，也呼應剛剛胡院長所提的，二審的準備程序要不要製作審理計畫書，我們剛剛也定義了第 364 條回來準用刑事訴訟法一審的相關規範，包含準備程序，所以當然必須要做審理計畫書，不過，我認為依個案有製作的必要，應該是實務上可以努力的方向，特別是如果根據上訴理由有必要傳喚二位以上或複數的證人的時候，為了確保二審也能夠盡量集中審理，目前二審可能在比較職權的運作之下，較不拘泥這樣的一個審理情況，不過，我覺得既然在國民法官一審的案件，強調當事人進行的概念，也期待二審能夠盡量落實當事人進行的精神，否則可能第 91 條希望二審能夠本於國民法官參與審判的宗旨，妥適行使審查權限，但二審不是當事人進行，過於職權的介入，第 91 條的精神就沒有辦法落實，既然如此，如果能夠做審理計畫，我想檢辯雙方應該會更積極去確保所要聲請調查的證人都在二審處理，來接受調查，所以我衷心期待，雖然第 364 條回來準用刑事訴訟法一般刑事案件的準備程序，不用做審理計畫書，不過依個

案，視證據調查的複雜情形，做審理計畫也無妨。

另外，剛剛胡院長特別提了一個重要的論點，就是跟證據裁定有關的議題，一審對檢察官聲請調查的證據，認為沒有證據能力，所以把證據排除掉，或是對辯護人聲請調查的證據，認為沒有調查的必要而駁回，這種情形是訴訟程序違背法令的問題，就是有沒有應調查的證據未予以調查的問題，盡可能當事人就直接作為上訴理由來做主張，進入二審的時候，就是準備程序要整理的一個重要的點，整理出來之後，是不是一定都要在準備程序就處理，以今天的模擬案件來看，主要是辯護人有提出二樣的證據，希望再傳法醫鑑定人到法院來調查，進一步釐清勒頸的時候施力的程度如何或是時間的判斷，另外就是被害人的薪資紀錄表，希望釐清被告應該沒有一審認定的有殺人的動機，對於有關證據能力有無，或是證據調查的必要性相關的主張，合議庭評議的結果都是駁回，問題來了，如果認為確實有調查的必要性，可是即便調查不會影響判決，就是剛剛胡院長所講的無害錯誤的問題，這時候法院要不要撤銷原判決，歷來基本上如果認為訴訟程序違背法令，到二審基本上就要撤銷，可是因為第 91 條的規定是盡可能尊重國民法官法庭的審判的宗旨，做妥適的審查，所以我認為將來這個無害錯誤，或是在第三審上訴，第 380 條的明文規定，這個無害錯誤的觀點，也應該可以用到第二審的審判程序來，也就是即使法院沒有發覺確實一審有應調查的證據沒有調查，或是說這個應該是有證據能力，他認為沒有證據能力而排除，即使把這個證據拿進來調查之後，可是不會影響判決結果的話，我會覺得法院是可以指摘這個訴訟程序的違法，而不用進一步去撤銷原判決，我贊成這個無害錯誤觀點的適用。

再補充一個準備程序的部分，在整理爭點之後，整理了證據，當然以結論來講，除了剛剛提到辯方有想要再聲請二樣證據之外，檢察官基本上並沒有進一步聲請新的證據，因為這是模擬案件，是一個實際的案件，檢察官的上訴理由有一個是有關符不符合自首，這一部分好像比較屬於法律評價的問題，就好像事實關係的主張就是評價需不需要加上主動的要件，如果認定是自首，要不要減輕，似乎是有關於最高法院的法律見解怎麼去評價的問題，比較重要的是檢察官的進一步主張，量刑的部分就犯罪的手段、犯罪所生的侵害、損害以及犯罪後的態度這三個部分，檢察官認為原

審國民法官法庭的量刑違反罪刑相當，違反比例原則跟公平性的原則，有特別提到對被害人子女影響很重大，這個證據在原審有關被害人子女的陳情書經過調查，我不知道原審有沒有請二位子女到法庭來做有關科刑的證據調查，就檢察官來講，我認為這個對二位子女的身心狀況影響非常的重大，或許檢察官可以試著就科刑的證據部分向法院聲請調查，當然法院准不准我不知道，不過，我覺得既然檢察官也主張就狹義的科刑的情狀，這三個部分有量刑不當的地方，是不是應該也可以在二審的準備程序，向法院聲請調查新的證據。

接下來，再補充剛剛胡院長提出來的上訴理由部分，我沒有特別去發覺辯護人其實也有帶到有關因果關係認定的問題，如果沒有因果關係的話，可能是過失傷害或是傷害罪而已，辯護人能不能做這樣的主張，其實這個問題也是蠻重要的，在我們傳統的、現行的一般刑事案件的上訴制度，即便被告在一審沒有主張不在場，沒有主張正當防衛，沒有主張第 19 條心神喪失，到二審主張都 OK，我想二審應該不會拒絕被告做這樣的主張，也不會拒絕被告就他的主張，在二審再聲請調查新的證據，因為是採覆審制，現在，在一審採國民法官審判的案件之下，一審沒有主張不在場證明，沒有主張正當防衛或第 19 條的心神喪失，或是說沒有主張欠缺因果關係，沒有相當因果關係，這些一審沒有主張，到二審還能不能主張會有爭議，當然以結論來講，我個人認為原則上持否定的看法，理由就是從第 90 條第 1 項，因為在進入到二審程序，原則上不可以再調查新證據，既然已經規定原則上不可以調查新證據，前提應該也就不能夠再做新的事實的主張，應該要採這樣的判斷才是合宜，所以原則上應該不太容許，以這個模擬案件來看，主張沒有因果關係的部分，在一審沒有主張，在二審再來做主張，我會比較建議促請法院職權調查的想法來處理，除非一審有關因果關係的認定，如果從相關的法醫鑑定結果，從經驗法則來看，沒有特別的問題，當然就不需要一直發動職權來調查有關因果關係的問題。

其次就今天審判程序的部分，我提出幾點觀察分享給大家，首先就是審判程序的進行，是根據大概二個禮拜前的準備程序的決定，有關犯罪事實的調查跟訊問被告，然後科刑調查，之後做辯論，大概依這樣的程序，因為透過準備程序的處理，還有包含今天程序中做一個中間的裁定，被害

人的薪資表沒有調查的必要，所以以這個案件來講，基本上沒有新證據進行調查，法院之前在準備程序也就有無職權調查的必要，做了審查跟判斷，認為沒有，所以這個案件二審審判程序的證據調查就很簡單，問題是簡單到是不是訊問被告也可以不用做，如果純粹依現行法的規定來解釋，二審程序準用第一審的審判程序的規定，訊問被告是一個犯罪事實調查的必要的程序，似乎是沒有辦法省略掉，可是如果又回到第 91 條審查審的觀點來講，假如這個案件，檢辯雙方都認為沒有訊問被告的必要，就犯罪事實沒有要訊問被告，因為訊問被告真的有一定的風險，被告搞不好在二審就認罪，或是後來被告在二審又提出更多的主張出來，既然被告本身是個證據方法，當然也是一個主體，問題也是一個證據的方法，所以訊問被告要不要做，也是接下來要去面臨到的問題，如果上訴二審，當事人或辯護人有聲請要訊問被告的話，我覺得法庭還是應該予以尊重，傳訊被告就犯罪事實來進行調查，如果檢辯雙方並沒有聲請要訊問被告，除非法院透過卷證資料的審查認為有必要，否則我覺得也沒有訊問被告的必要，這個部分就是透過第 90 條的規定來做解釋，透過審查審的機制，尊重當事人進行，當事人如果沒有聲請法院訊問的話，有關犯罪事實的部分，原則上法院就沒有訊問的必要，除非認為有職權調查的必要，當然衍生出來還有第 289 條的辯論，有關犯罪事實跟法律的辯論，辯論完之後，要先給告訴代理人、被害人就科刑的範圍陳述意見，之後再做科刑範圍的辯論，我們有第 289 條的規定，如果秉持這樣的觀點，雙方當事人對犯罪事實都沒有爭議，當然這個案件對犯意有爭議，可是我們假設，如果一個國民法官參審的案件，當事人其實對量刑不服，比如說就被告這一方面對量刑不服，檢察官也沒有上訴，這時候有沒有必要再就法律跟事實來辯論，我認為也沒有，也就是說這時候前階段的證據調查，對量刑來做證據調查，調查後，針對量刑來做辯論就可以了，法律跟事實不需要再辯論，除非法院認為事實是有問題的，要職權調查，如果都沒有，我覺得在這種前提之下，第 289 條也不當然一定要就法律跟事實來做辯論，只針對當事人上訴，就科刑的部分來做證據調查，調查完再來做辯論就可以，這是在回應二審準用一審，第 91 條應該扮演它所應該具有的審查審的意義跟功能。

進一步針對科刑調查的部分，今天在法庭裡面，我觀察了科刑的證據

調查，主要是被告陳述，特別是因為他羈押中，無從跟越南的被害家屬洽談相關的和解等等，另外就是調查被告的前科紀錄表，但因為他沒有前科，就我看到的，好像有關科刑證據的調查是這二個部分，之後就進入到告訴代理人意見的陳述，之後就進入辯論，我覺得這應該也是我們接下來需要強化的部分，有關科刑證據的調查跟科刑範圍的辯論，應該是二個階段，我感覺到以今天的模擬案件來看，我推測過去在一審的審判，可能有這樣的問題，因為過去真的把很多的勞力、心思都放在犯罪事實的調查，之後科刑證據的調查，可能一來證據資料不多，所以科刑證據的調查是過去相對可能比較不足的地方，當然因為將來適用國民法官法庭審判的案件是重罪案件，我想雙方當事人都會盡量針對刑法第 57 條有關科刑的審酌要素，慢慢去蒐集相關的資料，提出於法院調查，以這個案件，我想應該有不少的資料在一審都調查過了，我要強調的就是回應我剛剛所提的，如果將來實際的案件，檢察官真的對於刑法第 57 條裡面的部分的審酌的量刑因子，認為有證據要調查的話，應該會更積極在二審聲請，比如說他可以傳喚被害人的子女到法庭來做證據調查等等，希望能夠進一步強化科刑證據的調查，根據調查的結果，再來做辯論，這裡面有一個部分就是司法院的量刑檢索資料，檢辯雙方在之後的辯論都有提到，司法院的量刑檢索資料是不是一個證據，可不可以作為證據的問題，我覺得檢辯雙方在科刑的辯論上面，也要根據科刑調查的證據來做辯論，這是我們應該有的前提，量刑資料檢索系統能不能拿到法院作為科刑資料的調查，可能要先釐清，在二審或許對職業法官影響不那麼大，可是在一審，我覺得對參與審判的國民法官影響就很大，這部分其實應該整體來思考，量刑檢索的資料適不適合作為科刑的參考，當然我們知道沒有拘束力，我們知道目前一審的模擬，大概在評議的時候，一般都會拿出來，現在只是要強調一點，因為以這個案件來講，辯方對這個量刑資料檢索系統是持有部分不同的看法，我覺得這個問題應該本來在一審要解決，當然一審的判決理由書有把司法院的量刑檢索系統放在最後的量刑參考的裡面提到一項，我比較不建議放在裡面，不建議將來法院在判決理由裡面引用到司法院的量刑檢索系統這個用語，既然只是當參考，不是證據本身，我覺得就不宜直接寫在一審的判決理由書裡面，如果要的話，那就正式在法院提出來主張，比如說

檢察官在一審或是現在在二審，主張認為根據量刑檢索系統應該判13年才適當，判10年是相對輕的，基本上要提出來在法庭進行調查，調查之後，再根據調查的結果做辯論，所以我建議證據的調查跟辯論，這二個概念跟階段能夠再進一步的明確加以區分。

另外，在今天的調查證據裡面發覺告訴代理人參與的問題，這個案件我想因為在一審，不曉得有沒有適用被害人的訴訟參與，在實際模擬案件的一審裡面，沒有嘛，OK，所以回到刑事訴訟法告訴代理人的陳述意見，因為這一部分確實對量刑是存在有爭議，所以再請告訴代理人來，聽取他的意見，剛才檢察官還是辯護人有聲請，還是回到當事人進行的概念，就是有沒有聲請要告訴代理人來陳述意見，如果沒有，法院也認為告訴代理人在一審已經充分陳述意見了，沒有必要再請他來的話，我覺得也沒有一定要去準用第289條第2項的問題，因為我擔心比方今天來的告訴代理人說這種案件不是會判死刑等等，我覺得還好二審三位職業法官心證比較不會受到影響，雖然他只是就科刑範圍陳述意見，可是很擔心他在陳述一些可能甚至會涉及到事實認定的問題，我覺得之後還要給雙方當事人辯論的機會，就訴訟程序的證據調查或是從公平審判的觀點來講，其實已經很妥當，所以我會比較建議還是回到當事人進行的精神，當事人有沒有聲請再一次請告訴代理人來陳述意見，法院依職權判斷有沒有必要，如果沒有的話，我覺得也不用再請告訴代理人到法院來踐行第289條第2項的規範，不需要。

接下來是判決書，當然合議庭已經寫得非常的精緻、完整，不過看起來也是目前二審一般判決書的寫法，在目前採取覆審制之下的一個寫法，當然也有做了一些微調，比如說後面有特別針對上訴理由的部分，有介紹檢辯雙方的上訴理由，然後最後提出本院的判斷，再依職權來指摘原審國民法官法庭在證據調查上的沒有區分爭執、不爭執，或是說比較大幅的容許警詢或檢察官訊問的筆錄進來等等，或是說沒有去區分、進一步去區分，或做一定的遮掩這些的部分，可能會讓國民法官在法庭上，沒有辦法透過言詞審理或者交互詰問的方式就能夠簡明易懂，當事人調查證據的內容等等，整體來講，我想應該也已經有就一審國民法官參審的案件，二審判決書的製作已經有做一定的調整，那是非常值得肯定跟佩服的地方，我

建議有沒有可能再更簡化，我有參考日本的二審、上訴審，二審的判決書之前我看過幾件，有這樣的印象，當然要看他是上訴有理由還是沒有理由，有理由是撤銷發回，可能多少格式都有一些調整，不過大概都會落實事後審查的性質，所以如果以這個角度來講，我們的判決書似乎可以在格式上，盡量去落實第 91 條的精神，來做進一步的調整，我比較建議或許可以先從審查審的觀點來看，大概應該可以用這樣的格式來做記載，第一個就是檢察官的起訴事實是什麼，第二個一審在原審的爭點是什麼，之後就是一審判決的概要，接下來是上訴理由，針對上訴理由二審要做判斷，上訴理由的部分，一般可能會先從有沒有訴訟程序的違法，當事人有沒有主張訴訟程序有違背法令，或者判決本身違背法令，事實的部分，大概分這三個層次來撰述當事人上訴理由的部分，先就原審當時的上訴理由或是原審的認定，接下來高院根據一審證據審查，如果有調查新證據之後的認定，大概是分這二個層次分別來回答，訴訟程序違背法令、判決違背法令跟事實這三個可能的上訴理由，最後就是被告量刑不當的部分，處理上訴理由之後，最後再看法院有沒有職權調查，職權調查的結果是如何，最後再做出結論，大抵上所謂的事後審查審的判決書的撰寫，大概一般共通的項目會從這個角度來撰寫，如果將來這案件要上訴到第三審，我想第三審更容易從第三審的角度來做審查。

最後，再提出一個我觀察到的問題，這個案件有關犯意的有無的爭議，二審辯護人這一方主要爭執的就是有關犯罪的動機，被告是否認，我看資料，原來檢察官起訴的事實，其實符合起訴狀一本主義的精神，就是說有金錢的糾紛或子女教育的問題，還有外遇，就寫這樣子，然後就是有不確定的殺人的故意，檢察官這樣一個事實的記載，之後進入到審判中，透過證據調查，一審法院的判決書就是明確認定有殺人的動機，在判決理由裡面，有敘述殺人的動機，從今天在審判中和上次的準備程序，感覺被告最不能接受的就是這個地方，當然這是一個人倫悲劇，這樣的一個犯罪的目的跟犯罪的動機，並不影響殺人罪的構成要件，構成要件是殺人者，無動機的隨機殺人也是構成殺人罪，當然，一般來講就是為錢、為情的殺人，大概是這樣子，這個當然應該是家庭的感情糾紛造成的，特別是外遇這一塊，發生了一個人倫的悲劇，我不曉得實務上一般對所謂的犯罪動機

的認定跟判斷，是採取什麼樣的一個觀點，我今天看了二審判決書，在判決的犯罪事實辯護人的主張裡面，有處理到殺人的動機這一個部分，認為辯護人這方面的主張並沒有理由，犯罪動機、殺人的動機這個部分，好像沒有呈現在文字裡面，我不曉得在一審有關犯罪的動機，就是殺人的動機是不是有成為爭點，如果沒有，就會發生我剛剛說的，到二審程序會再主張這些問題，剛剛被告主張他是失手把她勒死，所以他主張是過失，法院在一審裡面是說他為了可能是要報復她的外遇行為，情感上的仇恨的動機而勒死她，被告是否認這樣的情況，如果在當事人進行之下，在一審動機雙方當事人沒有爭執，沒有成為一個爭議的點，一審法院需不需要把它作為審判積極發現真實，去認定確定的對象，他可能可以把那個過程，他的犯案的背景做描述，可是在判決書理由的交代裡面，可能不需要，如果當事人沒有爭執的話，可能不需要去這麼積極認定這個就是他的殺人的動機，也就是說以犯案的背景，是沒有把它認定為是他殺人的動機，我覺得這二個可能還是有不同的層次的問題，就所謂的當事人進行的觀點來分析這個案件，如果當事人沒有特別爭執，我覺得法院就不用特別職權去進一步真的要去釐清真實所在，因為可能真的有時候連問被告，被告也不清楚，當時他可能就是真的要跟她談判，在爭吵的過程中，臨時起意或怎麼樣。

以上是我觀察這一個案件的過程，個人提出的一些淺見，特別就剛剛胡院長所精準指出的觀點，我特別去補充，就教於大家，謝謝。

（中場休息 10 分鐘）

參、心得分享

高院長金枝：

胡院長、陳教授、各位在座先進，我們下半場要開始心得分享，我們先請模擬法庭的審判長、還有二位法官開始。

模擬法庭審判長蔡庭長名曜：

主席、評論員、還有在場的各位學長，大家好，要辦這個上訴審的模擬庭，本來是想說我們不要把它安排在所有第二審法院的第一場，原先是高本院要辦第一場，我們可以先去觀摩，看看人家怎麼做，後來因為疫情

的關係，到最後變成我們是第一場。這次模擬的案件，因為檢辯雙方的上訴理由狀中並未聲請再調查新的證據，所以爭點並不是很多，如何使準備程序及審理程序有更多的素材可以提供大家在研討會的時候討論，當時我跟鼎文法官就在傷腦筋。先從準備程序來說，現行制度下的準備程序都是由受命法官一人而非由合議庭三位法官一起為之，我們原先也是想由鼎文法官一人行準備程序即可，後來鼎文法官有提到上次請陳教授來本院講授國民法官法上訴審的議題時，有提到準備程序時，可能會牽涉到當事人聲請調查新證據時，合議庭是否准許而須先為裁定的問題，最好是由合議庭來行準備程序，後來我們合議庭討論的結果，就決定由三個法官一起行準備程序。就目前實務上的運作，縱使當事人在準備程序有提出一些證據調查的話，原則上，我們目前的做法是不會先做准許與否的裁定，有沒有調查的必要，將來在判決書中交代，除非當事人相當堅持，我們曾經審理過一個案件，該案當事人相當堅持，他堅持合議庭要當庭裁定他所聲請調查之證據是否准許，若合議庭不先做裁定，他就要聲明異議，像這種情形，實務上相當罕見，後來我們合議庭有先休庭，針對該當事人所為之調查證據聲請，先行評議後，駁回其聲請，俾利進行後續之程序。其實目前的運作方式是不會先做這樣的裁定，我就在想國民法官法的案件上訴後，是不是要有一個比較不一樣的做法，就是在準備程序的時候，就將檢辯雙方要聲請調查的新證據，先做一個裁定來決定是否該調查，給它一個明確化，所以後來我們才決定由合議庭來行準備程序。

至於剛剛胡院長提到說合議庭要不要先就證據能力為裁定，我是比較贊成陳教授的看法，一審都已經先就證據能力為裁定了，當事人如果認為一審的裁定有違誤，於上訴理由狀中即可表明，所以我認為二審不需要先做一個有關證據能力的書面裁定。關於要不要做審理計畫書，今年司法院開始模擬國民法官法上訴審的時候，我們也有跟各個法院的承辦人做一些討論，到底國民法官法第二審要不要準用其第一審的相關程序，即是否要做協商程序及作審理計畫書，因為當時高等法院預定辦理之上訴審模擬法庭，他們所製作的活動計畫書中有一個協商程序，金門高分院原先預定在今年 7 月份也要舉辦上訴審模擬法庭，金門高分院送給刑事廳的活動計畫書裡面，也有說明已先行於今年 4 月份舉辦過行政協商會議，後來因疫情

關係高等法院及金門高分院都延期辦理，所以不清楚他們所謂之協商是否即係國民法官法第 51 條第 3 項所規定之協商程序。那時候有跟鼎文法官討論第二審要不要準用國民法官法第 51 條第 3 項規定，與檢辯舉行協商會議，後來刑事廳在向各法院徵詢並搜集有無國民法官法之相關疑義，可以作成法律問題提供給刑事廳，我們法院就由鼎文法官主筆，將上述疑義即國民法官法之第二審是否準用其第一審關於協商程序之相關規定做成法律問題交由刑事廳。上次陳教授來本院講授時，也有提到說到底我們二審要不要做協商程序，陳教授的看法是不用，剛剛胡院長的看法也是不要，當時我跟鼎文法官的看法也是認為不要，所以我們這一次就沒有所謂的協商程序，不過，鼎文法官在這一次模擬法庭時，有先做一份模擬法庭事前合議摘要，但是沒有放在今天的會議資料內，這個摘要是鼎文法官就其閱卷所得，對於第一審就這個案子之處理程序有無缺失所做的案情報告，亦即鼎文法官審查後，就這個案子的爭點在哪裡，當事人有無再聲請調查新證據，一審有沒有什麼樣的違誤，鼎文法官有給我們合議庭先看過這個摘要，待會兒是否再由鼎文法官跟大家做說明。

準備程序究竟要處理哪些事項，剛剛陳教授有提到說先做爭點整理，再來做證據整理，這個我也蠻贊同，但是我為什麼會先整理有關證據能力的問題，再來做爭點整理，因實務上目前就是這樣操作，目前的準備程序筆錄，都是先整理證據能力的問題，再來才是做爭點整理，我想說我還是以目前實務上之作法為基礎，然後再配合國民法官法的相關規定，所以會先處理證據能力的部分，亦即先就第一審認為有證據能力，且經原審合法調查的證據，再詢問檢辯雙方是否還要爭執，當時究竟要不要詢問這個問題，我跟鼎文法官有做過一番的沙盤推演，因為這是第一場，我想說既然是第一場的話，有想到什麼樣的問題就都把它放到準備程序，然後供大家來討論是否恰當。根據鼎文法官跟其他法院承辦上訴審模擬法庭的學長討論的結果，有的法院是認為不用將原審認為有證據能力，且經原審合法調查的證據，如果當事人的上訴理由狀中都沒有爭執的話，在第二審的準備程序可以不需要再詢問檢辯雙方，因為這是第一場就是要做嘗試，所以我們就再詢問檢辯一次。

關於陳教授剛才談到辯論庭到底要做哪一些程序，已經原審認為有證

據能力，且經合法調查的證據，第二審可以無庸再行調查程序而直接作為論罪之依據嗎？依國民法官法第 90 條第 2 項的規定是可以的，第二審時是否可就犯罪事實訊問被告、可不可以再調查科刑資料，因為訊問被告及調查科刑資料，其實也是屬於第一審已經合法調查過的證據，但國民法官法第 90 條第 2 項僅係規定得逕作為判斷之依據，並未限制第二審不得再調查，而這個案子被告否認有殺人之不確定故意，我就在想我們常常在審理案件時，被告一開始是否認犯罪，但有時到最後審理時他會承認，就本次模擬法庭而言，我決定就犯罪事實再訊問被告時也會怕，怕訊問被告以後，被告承認了，而我又想在下午開交流座談會時就製作好判決書，以供大家討論國民法官法之判決書應具備什麼樣的格式，如果被告改變之前否認犯行的態度，我整個判決書的架構一定要重新再擬，這樣恐怕連中午吃飯的時間都沒有了，當時審理時在就犯罪事實訊問被告的時候，我看辯護人跟被告在交談，我想說是不是要改為承認，幸虧被告並未改變原先的辯解。我之所以決定就犯罪事實再訊問被告一次，是因為以往的經驗，我們在審理案件的時候，被告如果事後認罪了，這樣他犯罪後的態度即科刑的因子與一審相比較已有改變，有些二審判決即會因此撤銷原審判決，量處較一審為輕的刑度。

至於科刑資料需不需要再調查一次，以這個模擬案子而言，被告是沒有與被害人在越南的家屬和解，被告雖然是在押而無法親自處理民事賠償問題，但是他還有親戚朋友，被告也可以委託他的親友跟被害人在越南的家屬洽談和解事宜，很多都是在二審的準備程序以後，一直到審理的這段期間達成和解，這在實務上是蠻常見的，所以我認為如果有和解此項科刑之新證據，法院應該要調查。國民法官法第 90 條第 1 項僅係限制當事人或辯護人原則上不得聲請調查新證據，但並未限制法院依刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定，依職權調查新證據，所以此次模擬法庭我也再調查有無新的且有利於被告的科刑證據。

再者，陳教授有提到或許我們將來實務運作的話，訊問被告的部分也可以不用再問了，科刑資料也可以不用再調查，且就被害人家屬表示意見部分，如果已經在第一審時充分陳述過的話，第二審也沒有必要再由其表示意見，但是依國民法官法第 4 條規定準用到刑事訴訟法，亦即國民法官

法第二審，依刑事訴訟法第 364 條規定準用一審的程序，而一審的程序調查證據完畢之最後階段就是訊問被告，然後就是科刑證據的調查，再來就是事實與法律之辯論，而後會有一個被害人陳述意見的機會，最後就是科刑辯論，是被害人的陳述意見似乎不是屬於我們所謂的一審已經合法調查的證據，二審得予不再調查的情形，所以我想國民法官的二審，要不要再問一下被害人的意見，因為我們二審是要準用一審，一審既然有被害人陳述意見的程序，國民法官法的第二審似乎不可以省略，何況多做了這一個程序，將來上訴三審，三審不會因多做而撤銷，但如果少做了，三審會說你缺了一個程序，你沒有讓被害人家屬表示意見，可能會被撤銷，所以變成預防心理學，多做是不會錯，不可能因為我訊問了被告以後，然後最高法院說你不用訊問被告，你訊問被告那個程序瑕疵，要將判決撤銷，所以那個時候在想說因為二審準用一審，一審的這個程序我要不要跟著做，我們的想法還是跟著做，所以才會有被害人家屬表示意見，沒有錯，被害人家屬在一審已經講了很多，其實一審、二審講的都大同小異，但因為程序上準用的結果，我還是覺的讓被害人家屬表示意見的程序不宜省略。

至於第二審判決書的製作，我跟鼎文法官那時候就先討論過要有什麼樣的格式，因為目前的訴訟制度二審是覆審制，所以判決書關於犯罪事實及證據取捨都是重新認定，但是國民法官法係採事後審兼續審制，尤其在我這個模擬案件，沒有要調查新的證據，比較單純，這個案子我們以事後審的觀念來做審查，但刑事訴訟法第 364 條又準用到第 308 條有關判決書的製作方式，判決書還是要寫犯罪事實。當時鼎文法官也印了很多日本的判決給我看，雖然我看不懂日文，所以鼎文法官有稍微跟我講一下日本判決書的格式是怎麼樣，但是因為我們刑事訴訟法第 364 條準用第 308 條的結果，二審判決書是要記載犯罪事實，所以想來想去，判決書關於犯罪事實欄部分還是留著。理由欄的話，我們改變以往二審判決的寫法，以往判決書的製作方式，是記載合議庭用什麼樣的證據來認定被告犯罪，本次模擬法庭的判決書我就將它稍做修正，先說明原判決是根據什麼樣的證據來認定被告有罪，且這樣的認定並沒有違背經驗法則、論理法則，我是以事後審的觀點來認定一審的判決沒有違誤，第一段的寫法就跟我們傳統的、現在的判決書寫法不一樣，這個寫法是抄自於最高法院對上訴案件為實體

判決時的製作方式，只是最高法院的判決是不寫犯罪事實欄，但我仍然保留犯罪事實欄而已，我們這個判決後面會有比較特殊的一個地方，就是原審程序瑕疵的一個說明，待會兒請鼎文法官再補充，反正這個案子縱使第一審訴訟程序上有些瑕疵，因為檢辯雙方的上訴理由書都沒有提到原審瑕疵的部分，當時我們的一個想法就是國民法官法要上路了，一審如果有什麼樣的程序瑕疵，我們可以把它點出來，讓一審知道，將來才有可能會注意改善。本次模擬法庭上訴審判決書的製作方式大概是朝這樣的方式來製作，雖然格式是維持目前的主文、犯罪事實、理由欄等部分，但是理由的部分，是用最高法院事後審的寫法來做論述。最後相當感謝檢辯雙方，真的是沒有他們幫忙的話，我們也沒辦法順利完成這次模擬，還有要謝謝合議庭的其他成員以及行政上的諸位同仁，特別是本次模擬法庭的書記官，我中午寫完最後一段的判決書後，他要接著製作判決書給各位，犧牲中午的休息時間，相當的辛苦，目的就是給各位來看看我們這樣的判決架構是否妥適。我是覺得將來國民法官施行後，在二審要進行的程序會比我們現在還要簡略，除非你有調查新證據，你如果沒有調查新證據會比較簡單，所以上次陳教授來上課的時候也有講到，像我們這個比較單純的案件，在準備程序結束以後，只要被告同意放棄就審期間，就可以接著就進行審理程序，真的是可以這樣來做，不過以目前來講是不可能，因為我們準備程序幾乎都是法官一個人獨任。

另外胡院長剛剛有說到辯護人洪律師在審理時，有提到死者是因為住院的時候併發肺炎死掉，胡院長有說辯護人所講的部分，係攸關被告有無判無罪的可能，係對被告有利，法院要不要職權調查這個問題，但是這個案子，依卷證資料顯示，被害人是因為遭被告掐住脖子而窒息，然後住院期間併發肺炎，這個案子縱使被害人身體虛弱且之前即有肺炎症狀，但如果沒有被告這樣的前行為，不可能會導致她後面住院期間併發肺炎死掉，且有關被害人之病歷資料及解剖報告，也沒有講說被害人曾經有此病症，她肺炎是住院期間併發的，然如果沒有被告的這些前行為的話，她就不可能會有後面的肺炎。辯護律師真的很用心，他就是要主張被告雖有掐被害人的脖子，但與被害人死亡間沒有因果關係，所以辯護人朝這個方向去做辯論，當時我們沒有再就這個部分去問被告或再調查，其實我也沒有想到

要再去問被告這個問題，因為我認為縱使被害人有肺炎，她之所以會死，沒有被告勒的前行為是不可能會發生的，所以我就沒有再去進一步說要依職權傳喚鑑定人，大概先做這樣的回應，謝謝大家。

模擬法庭受命法官邱法官鼎文：

院長、二位評論員、還有現場的學長，大家好，我想我就準備過程的感想簡單的說明，因為像庭長所講的，這一件是剛開始的第一件，所以其實有很多平常我們在審判上不用去考慮的一些事情，變成都要考慮，像是我們準備程序都要做合議，審判也是，包括一審的國民參審都那麼熱鬧，每次國民法官來，都還有一些儀式、活動，然後來賓來，都還有一些手冊，我們這個二審什麼都沒有，好像很無聊、好像很空虛，所以就想這件事怎麼樣能夠不要太簡化，但該有的東西還是要出來，所以我覺得我自己收穫很多，這個過程就是學習去想這些事物，我覺得這一次真的也很感謝在那個之前，我們院裡面有安排陳老師來跟我們上課，其實也給我很大的啟發，很多其中的一些觀念要怎麼去看，要怎麼去做到實踐面的東西，剛剛庭長有提到說有關於準備程序為什麼三個人上，當然也是陳老師有這樣建議，我們也考量有這樣的便利性，其實我要自白，我其實自己也是很緊張，所以三個人上比較不緊張，我用這樣的理由來有點在欺騙我們的庭長跟學長，所以很不好意思，我覺得三個人上真的有很大的好處，我們不用中途又要去傳達很多事情，但是實際上操作，確實不一定會這麼理想，我想這個是可能將來必須要去折衷的，這一次因為是國民法官，所以我在想說要怎麼做，這個案子會比較順暢，當然這是一個相對很單純的案件，所以我就去翻了一些日本的書籍，有提到所謂的事前合議的做法，日本實務的作法，就是剛剛庭長所講的，就是受命法官收到卷證，先審查上訴書狀還有上訴理由，然後做初步的分析，其實真的很詳細的分析，就是包括從收案進來，上訴合不合法等等，就像我們日常、平常在審查案件進來的程序、步驟，乃至於實體的部分也是一樣，受命法官初步的心證和卷證怎麼樣，包括我們最後放在判決書後面程序瑕疵的部分，也是當時整理出來的，想說這樣的一個方式，可能會讓三個人更快進入狀況，某種程度也是讓之後的準備跟審理可以更聚焦，因為我們知道如果我們事前都沒有做過一些討論或合議的話，也很有可能準備程序針對新的證據聲請，可能會有

不一樣的意見，所以就想說來試試看日本實務上平常做的這樣，會不會是合用的，我們測試真的也還好，可能要看案件的繁雜度，如果說相對單純，再去做一個很複雜的書面，可能就像是製作審理計畫書一樣，反而會耽誤很多的時間，不過，我覺得這樣的做法，也許更能夠促進合議的功能，也增加之後的準備跟審理的效率，這個是有關於審理計畫書還有事前合議的部分，我覺得這一次自然要做一些嘗試，第一件當然要去嘗試一些東西，但是我覺得在很多地方，其實庭長給我很多的幫忙，像是判決書的部分，判決書的部分就是庭長一口整個包下來，所以這個判決書其實是庭長寫的，我的部分，我就是加到後面有關於程序瑕疵的部分，我覺得這個其實對我們這個二審的新兵來講是一個很大的幫助，就是減少很多製作判決書的辛勞，於是乎我就會想到如果以後都能夠這樣，不知道該有多好，剛剛庭長提到後面判決書程序瑕疵的部分，其實我是覺得為什麼要特別把它提出來，就是在於國民參與審判是一個很新的程序，跟現在的一審是完全不一樣的，現在的二審也不會再是純粹的覆審制的運作，如果是這樣，我們既然要朝事後審的方向去運作的話，也許挑剔程序這件事情在未來會變成一個日常，大概在這個案件裡面，檢辯雙方都沒有挑剔訴訟程序的瑕疵，但其實在日本事後審，在二審的操作是非常頻繁而普通的一個運作方式，所以我其實可以預計，或者是說在模擬法庭，應該也都會有這樣的情況發生，就是大家會針對一審程序的各方面，爭點整理、證據裁定的適法性等等，一定都會提出挑戰，剛才陳老師也講過有些可以以上訴理由來提出挑戰這樣的一個情況，所以我會在檢視卷證之後，把我覺得操作上還可以再更好的一些點，想說把它列出來供參考，其實我覺得原審已經做得非常好了，主要是在一些比較基礎性的篩選證據的觀念，盡量的言詞審理，而不是依賴書證這樣的一些觀念，如果可以更加的落實，我覺得給一審國民的參審會更加的精實，它的結果會更加的可信賴，如果一審做得夠精實、可信賴，二審我們講說要盡量的依照第 91 條去落實、去尊重一審的判決結果，因為我覺得未來二審模擬的重點就是在於第 90 條跟第 92 條調查新證據的寬嚴度，還有最後撤銷的標準，這個是不是能貫徹第 91 條尊重一審判決結果，但是這個又是很難外顯的東西，是一個比較屬於內心戲的東西，比較不像是一審很像是動作戲、武打片，它是一個譬如說心證的

方向怎麼樣，大概從外觀就可以看得出來一個法庭活動，所以二審會變成是每一個法官內心的一個小劇場，就是大家要怎麼樣去詮釋這些東西，所以我們就是做這樣的嘗試，像剛剛庭長講的，盡量把合議庭想到的，在這個案子出現的一些問題提出來，如果可以給大家一些參考，可能對於以後的每一場都有一些幫助，我想我的感想就是大部分，剛剛庭長也有講到，我自己是覺得學到很多，因為我以前自己在刑事廳規劃活動都感覺好像很簡單，可是自己下來模擬二審也是不簡單，雖然二審已經比一審簡化很多、很多了，但是我相信在每一個，尤其在地院的一審，做這個國民參審一定都是花費很多的精神，所以我就只有這樣的一個機會可以做二審的模擬，我覺得可以知道那些法條到底在實踐路上有怎麼樣的一個效果，未來我們是不是可以再做一些調整，我大概就簡單報告到這邊，謝謝。

模擬法庭檢察官陳檢察官立偉：

院長、評論員、以及審檢辯的各位先進，大家好，在提到國民法庭的案件的時候，我們這邊首先先做的是找臺中地檢署的賴謝銓檢察官來討論針對有關於我們檢方的上訴意旨，我們就發現了一個問題，也就是說在國民法官的二審裡面要提出一個新證據，事實上是非常的困難，我們當時也有討論說要不要再次的傳喚現場處理的警員劉政中，以及現場處理的警員陳子勝，假如這二位警員能夠在我們的上訴審說「對，我當時就已經發現，我就已經懷疑這一個被告有殺人的嫌疑」的話，我們的上訴理由也就可以成立了，但是我們發現陳子勝當時在原審的講法是比較相對的保守，於是我跟公訴檢察官有討論要不要再考慮來傳喚劉政中，但是我們又發現在原審判決書已經引用了劉政中在地院審理的時候的證詞，我們又再回到我們能夠調查新事實、新證據的這個法條的部分，它被限制在國民法官法第 64 條這 4 款，這個在我們實務操作上，我們發現會是一個很大的問題，在目前的實務上，通常我們只要檢察官或者是被告方面聲請調查的證據，原則上，二審的部分在願意准許的部分，他會放比較寬，而且是單方面聲請法院同意就可以了，因為二審的法院會擔心最高法院會挑剔，但是我們這個案件實際操作下來，我們會發現由於被告方面跟檢察官是屬於相對立的部分，通常以我們這個案件來看，我發現當被告請求調查一個新證據，後來檢察官這邊就會覺得我是不想要同意，於是就會讓被告沒有辦法

去適用到第 64 條第 1 款的部分，但是相同的，當檢察官我想要調查一個新的證據，我想要再次傳喚證人，或者是說像我們的教授所講的一樣，我要再次請求我們被害人家屬來到庭，來對科刑資料調查，我想這個部分對被告方面不利，恐怕被告也不會去同意，於是在這種情形之下，我們會發現在新證據調查的部分，是非常困難的，於是我們在上訴理由的部分，只好改打法律的一個層面，當然在打法律層面的部分，我確實就會覺得這是我們檢方的一個比較弱項，因為在一個已經被建立的事實上，要去挑剔這個法律的層面的話，我覺得是很困難的，因此，我們上訴的策略大概就是去講說原來的被告的部分，他沒有主動去自首，以及原審不應該再去適用減刑的規定，諸如此類的，我們也知道實際上操作，要去挑剔原審的量刑，事實上以我們自己的經驗，大概十件上訴，大概有九件量刑的部分，法院都不會准許，因此，我們接到一審檢察官的上訴理由的時候，我們就知道這是一個很艱困的任務，只能就法律部分來盡量去加強論述，我剛才就在想說既然在我們新證據的部分，調查的部分是那麼困難，或許以後也有可能假如真的法院那邊能夠開一個協商程序的話，也許檢辯雙方可以討論，你同意我的證據，那我就同意你的證據，也許有可能可以朝這個方式讓合議庭去接受一個新證據的調查，以上是我的感想，謝謝。

模擬法庭辯護人洪律師慧中：

二位院長、陳教授、各位長官，大家好，我是洪慧中律師，首先，我真的很榮幸有這個機會，因為我的經驗非常不足，我大概只有三年入法庭辯論的經驗，在座都是十年、二十年以上的法庭實務裡面的專家，我覺得我實在是沒有什麼心得可以分享，但是我覺得我直接上完法庭、打完辯論之後，可以直接坐在這邊聽教授、聽法官、聽庭長這邊的意見，真的學到很多東西，我有幾點觀察提出來跟大家分享，我感覺國民法官法好像都會面臨決戰一審，最輕本刑十年以上是很重的罪，殺人像這一件，可是它變成決戰在一審，然後在一審裡面，一審這個庭長他身負重任，因為他要 handle 六個素人，六個素人又非常容易被影響，舉例來說，我們這個王麗珍，她在一審這樣講，六個素人法官就會被影響，當然被告如果再把自己講得可憐一點，第一審的審判長變得很辛苦，他一開始要去 handle 整個程序，同時又要去指揮整個素人，然後又面臨這個法律，它會變得它是決

戰一審，跟我們一般的刑法決戰二審，到二審還是努力的拿出新證據，辯護人努力的攻防，新的東西重新講，完全不一樣，當然這裡面有立法理由跟當初立法諸公的一些討論，但是這麼重的罪，我們可以想像，殺人罪你說要逆轉勝，一審判十年，二審要變得判無罪，這個情況我們可以預見會變得很少，不太可能，這種狀況好像就不太可能了，因為剛才檢座那邊也有提到，辯護人也感覺到困難，第二審我要調查新的證據的時候，變得很困難，首先，檢座一定不同意，變得我們可能要開始交換條件，你讓我提，我也讓你提，就很可能變成這樣子的情況，當然可能也是我的經驗很少，所以在寫上訴理由狀的時候，我發現一個爭點，就是可能到院之後OHCA 又救回來，又活了八個小時才死掉這一點，我沒有馬上很敏感的把它列為一個新的爭點，準備程序結束之後，包括到今天，總共有四位法官來跟我講說這個點你可以打，我都快要去撞牆，因為已經過了，如果把那個點拿出來打的時候，再把它跟經驗法則、論理法則做連結，我現在覺得在國民法官法要上訴二審的那個上訴理由，現在是更難寫，因為所有的東西都要連結到經驗法則跟論理法則，所以我自己覺得我這個案子，當然謝謝那四位法官在庭後給我一些意見，跟我說這裡可能會有因果關係中斷的問題，你怎麼沒有把它拿出來，同時你就可以再調林新醫院急診室的醫生進來當證人，來做一個新的調查證據，而那個部分它可能是新的，這個部分原本這個既有的案件裡面，原本的那個辯護人沒有想到這個，我上訴理由就看應該要怎麼寫，所以我可能侷限在舊的案件裡面，就沒有再做發揮，所以可能就我在調查新的證據的這個部分，我說要求輕判，合議庭就把我拒絕、就把我給弄掉了，但是如果我今天有打這個的話，是不是有可能真的可以把林新醫院的那個急診室的醫生傳進來，來看一下被害人死掉的原因究竟如何，但我不曉得這個部分會不會被認為如果不是提出於初級審以示公平，那我就成功的可以把一個證人傳進來了，再來，我們再看一下這個法律，如果今天在一審，然後被告這邊我們是否定這個證據能力的，可是一審的合議庭認為這個是有證據能力的，到二審之後，辯方是不是還是可以繼續去爭執說這個證據是沒有證據能力的，然後請二審的合議庭就這個證據的部分，辯方還是當然繼續爭執沒有證據能力，儘管一審他們合議完之後，認為是有證據能力，這個地方我個人是不太瞭解，因為續審制裡

面，第 92 條第 2 項就說基本上，原審合議庭如果合議的東西，在二審就要繼續使用，講到另外一個刑度的部分，刑度的部分到底有沒有算是說它非違反論理法則跟經驗法則，很顯然影響判決者，不得予以撤銷，究竟國民法官他們對於這個刑度十年，二審是要予以尊重性的原則，還是說二審可以重新就科刑範圍再做一個新的審查，因為對我們來講，我們會很難一審判十年，二審判無罪，在這種國民法官法底下，我認為變得很少、很難，因為二審不管是檢辯雙方，他們可以施展的空間都變得相當限縮，因為法律已經說是事後審、續審制，而對於國民法官的判決超尊重，就會變成這樣子，在刑度的部分，以後在二審要做一個增加或減少的部分，我不曉得以後的空間在哪裡，綜上所述，提出幾點結論，就是說在這種更重的罪，對於被告來講，他的人生可能都因為這個罪被判決而改變，這種很重的罪，他的審級利益會不會在這個法律底下被犧牲，因為他要決戰一審，到二審會不會變得行禮如儀，當然就像剛才法官所講的，二審的重點就是在調查新證據的寬嚴度跟撤銷的界線在哪裡，實際上的操作，以後會變成二審就討論程序而已，都會決戰一審，相對來講，被告他的程序利益，他說一審律師你就要讓我打贏，不然二審我就完了，會不會變成這樣的狀況，如果到最高法院，最高法院如果覺得國民法官就是判錯了，所以他發回二審，那又會是一個什麼樣的局面，我就以上的幾點提出來跟大家作交流，謝謝。

模擬法庭辯護人陳律師佳俊：

院長、陳教授、胡院長、還有與會的貴賓，大家好，我是陳佳俊律師，很榮幸能夠參與這一次二審的國民法庭，同時我也是這一件原審的辯護人，以辯護人的角度來看的話，我是覺得不同的審級的話，對辯護人來講，有不同的挑戰，在一審的時候，像我們在討論說遇到最大的困難是怎樣去說服國民法官，因為我們已經沒有辦法用這樣的一個語言的方式，必須要轉換成一種讓國民法官聽得懂的語言去說服國民法官，這是我們在一審的時候，遇到最大的一個挑戰，光是要想這樣子的一個內容，用怎麼樣一個語言，然後用哪一個辯論方式，這個部分我們就想蠻久的，另外，在二審的部分，最大的挑戰就是二審在聲請調查證據的部分，可以說是設下重重的關卡，如果要調查證據，有一定相當程度的難度，當然我是認為是

受限於這個案件的關係，因為這個案件是已經三審確定的案件，實際上，這個案件在原來一、二、三審，當然第二審能夠調查的，大概都調查了，所以再拿這個案件來模擬，在一審的時候，又再重新的查過一次，所以在二審的時候，要找到證據就有相當程度的難度，所以我們在討論要調查證據的部分，也討論了很久，到底要調查哪個部分，所以在第一次準備程序的時候，就要提出調查證人的部分，事實上，那個部分也是被駁回，我們經過這幾天一直在想說重新再把整個卷證的內容拿來看，可不可以再調查一些新的東西，所以才會有今天早上突然在審理程序的時候，又提出一份新的調查證據，但是不管怎樣，就這個國民法官的案件，如果在二審的話，事實上，調查證據真的是有一定程度的困難，但是我覺得在以後的案件，應該還是有調查新證據的可能性，因為未來的案件不是一個確定的案件，而是一個實際的案件的時候，應該會有很多證據是在二審可能會面臨調查的情形，另外，我們從辯護人的角度的話，比較想知道在二審的時候，二審就國民法官案件的審查的密度，到底是在怎麼樣一個程度，如果將來只是就單純判太重上訴的話，我想這個二審認為有理由的話，可能難度相當的高，如果就法律審查的部分，我們看到今天的判決書有提到，如果訴訟程序違背法令的話，事實上，判決也不會被撤銷，因為這對判決結果不生影響，可能就剩下一個事實的部分，事實認定的部分，怎樣認定違背經驗法則跟論理法則，可能有待將來各個判決累積下來的實際的案例，但是辯護人這邊有想到一個問題想要請教評論員或是在座的各位先進，這個案件被告和辯護人是有爭執罪名的，也就是說我們是有爭執過失致死或者是傷害致死，既然我們有爭執的話，在二審準備程序，是不是要做告知罪名，就是可能涉犯罪名的一個程序，或者是說如果真的整個審理程序進行完之後，假設合議庭的心證真的改變的話，要在什麼時候告知罪名這樣一個變更，我們在這一次的模擬法庭，不管在準備程序或是今天的審理程序，沒有看到有就可能涉及的法條部分，做罪名的告知的部分，以上是我的心得跟大家分享。

高院長金枝：

謝謝二位評論員、還有各位，胡院長好像要先回應。

評論員胡院長文傑：

我在這邊補充一下，就是第 91 條的規定，第一審判決書認為他有殺人動機，依照這個寫法，主要是說是不是在殺人前就有殺人動機，假如在我們傳統二審一致的審理體制的話，殺人動機是到現場被刺激，才引起殺人動機，還是事先殺人前就有殺人動機，我覺得二審其實未來，假設認定不同會把它撤銷，還是說第一審假如沒有認定清楚的話，也許就會把它撤銷，可是將來在我們適用第 91 條的意旨，妥適審查這個意旨的時候，我覺得第二審跟第一審認定的殺人動機起於何時的認定不一樣，但是我是覺得對量刑因子應該沒有重大影響，所以也許可以做一個說明，但是也不用去撤銷，第 91 條也可以來做一個適用，我在這邊補充一下。

高院長金枝：

謝謝胡院長，二位評論員對剛剛的陳述意見，有沒有要先表示意見。

評論員陳教授運財：

謝謝剛剛合議庭、還有檢辯雙方所提出的看法，我做二點補充，第一點，其實也是剛剛胡院長一直強調的，就是有關在二審準備程序做證據裁定的問題，在一審國民法官法第 62 條，就是在準備程序終了之前，證據調查的必要性應該要做裁定，因為這涉及到審判中哪些證據要調查的範圍的問題，至於證據能力的有無，原則上在準備程序裁，必要的話，可以到審判中再來做判斷就可以，到了二審的部分，這樣的規定要怎麼來處理，剛剛講過了，二審的準備程序，透過第 364 條回來準用刑事訴訟法第 273 條的話，其實第 273 條就證據能力的有無，從條文的規定來看，當然希望盡可能在準備程序終結之前來裁，可是，我想實務運作蠻多應該就等到一審審判中才做裁定，所以如果二審的準備程序有關證據的裁定，是回來準用刑事訴訟法第 273 條，而不是回來準用國民法官法第 62 條的話，可能有關證據裁定，要去區分證據調查的必要性的裁定，還是有關證據能力有無的裁定來思考處理，如果是證據調查必要性的問題，我們建議盡可能是在二審的準備程序終結之前，就證據調查的必要性來做裁定，可是就證據能力的有無的部分，無法依這個案件究竟會不會有影響，這個證據如果認為有證據能力或沒有證據能力，會不會影響判決的結果，可能往往要等進入審判程序，就事實進行一定的調查的時候，才可以做最終的判斷，所以我會認為如果在二審是爭執證據能力有無的話，這時候二審有關證據能力

的裁定，盡可能還是要回到二審審判後，在判決理由裡面再做交代，也就是當然在審判中去查，可是理由在判決書裡面去做交代，或許這樣也是一個妥適的運作方式，也是符合事後審查這樣的精神，記得之前在這邊跟各位報告一個放火的案件，被告涉及侵入住居、竊盜，然後因為竊盜所得很少，他為了洩憤就放火，曾經過去大概有十來件的前科資料，這一次本案他又是侵入住居、竊盜、放火等罪名被檢察官起訴，然後一審因為他也適用裁判員審判的案件，一審檢察官向一審的法院聲請調查這些前科資料，認為過去的放火案情跟本案的犯罪事實的手段，還有他的犯罪動機，都具有很高的類似性，不過一審三位職業法官認為沒有關聯性，把它排除掉，檢察官就是用這個作為主要上訴二審的理由，如果從判決書來看，二審的東京高院是認為過去的這十幾件的放火的前科，跟本案起訴的放火罪的過程、動機、手段具有高度的類似性，所以二審是認為那個應該跟本案有關聯，所以可以拿來作為犯罪事實的認定證據使用，可是這個案件是看不出來它在二審的準備程序先做一個裁定，說那個是有證據關聯性，而是在判決書裡面做交代，然後那個案件就是把原判決撤銷發回更審，反過來是被告、辯護人就上訴到最高法院，他是這樣的一個情形，因此，將來適用一審國民法官審判案件，到二審有關證據能力有無，如果是在二審的準備程序有提出爭執的話，有關證據能力的理由，如果有必要，留到審判中再來做判斷，在判決書理由裡面交代，亦無妨。

第二點，就剛剛陳大律師所提的有關犯意的部分，有罪名變更的問題，這個問題在一般一審國民法官審判的情況會存在，特別我想在國民法官的案件，可能經常會看到這樣的情況，殺人罪的部分，檢察官起訴被告殺人，被告可能主張他只有傷害，或是他只有過失而已，連傷害的故意都沒有，可是被告因為做這樣的爭執，不免證據調查的部分，確實可能檢察官起訴的殺人罪名不成立，只成立傷害致死或過失致死罪而已，這時候在訴訟程序怎麼去踐行傷害罪名的變更，這個問題我想問題性反而比較小，可能大的話是檢察官起訴傷害致死，如果國民法官認定是殺人，那怎麼辦，問題就是要做罪名的變更，這是我們法律的要求，以重變輕的部分，以本案來講，殺人可能會變傷害致死或過失致死，重變輕的部分，因為被告已經做主張了，被告、辯護人已經在準備程序，乃至於在法院的調查

中，都已經做這樣的主張，所以這個部分，我覺得應該合議庭在幾個時機都可以做，準備程序就做說明，因為被告、辯護人有這樣的抗辯，一定會提出證據來聲請調查，所以有可能是成立傷害致死或過失致死罪，我想這部分其實沒有做這樣的告知，將來上訴到上訴審，上訴審這樣的重變輕沒有告知，也不影響被告的防禦，只是變成就是形式上的問題，比較大的就像我剛剛講的，檢察官如果只是起訴傷害致死，根據證據調查的結果，法官的心證形成是一個殺人案，這時候有可能是判決殺人罪，要在什麼適當的時機告知，在現行的訴訟程序的審理上面就會有困難，當然應該法院依證據調查的過程中，如果特別是三位職業法官已經有形成這樣的心證，應該要適時的在訴訟程序中做告知，給被告跟辯護人有充分準備防禦的機會。

評論員胡院長文傑：

我再回應一下洪律師的意見，剛才提到量刑的部分，就是第 92 條第 1 項但書，我剛才在報告中也有簡要說明，因為有律師發表應該是贊同意見，我認為假如按照第 91 條、第 92 條第 1 項但書的話，現在覆審制因為量刑就撤銷比較寬一點也是有，比如說像這一件國民法庭的案子，這個被害人的告訴代理人說他們現在願意原諒被告，但是沒有實質補償，假如說像這樣的話，縱使成立和解，但是總金額看起來不足以彌補他的損失，依我的法律的見解來講，在二審制的意旨，二審制現在覆審，一般來說，只要有和解的話，基本上都會撤銷改判比較輕的刑度，可是將來像這種情況的話，比較第 91 條、第 92 條第 1 項但書的立法意旨的話，像這種就沒有機會成立一個比較統一一致的標準，沒有受到實質損害的時候，是不是就要把它撤銷，他只是單純說我就是原諒被告這樣的話，當然這種見解將來會不會受到最高法院支持，我不知道，但是在操作上，目前像這種的話，恐怕可能要建立幾個基準，才不會說這樣子就有一點只是口頭上那樣子，好像就得到被害人的原諒，就把它撤銷改判，另外，剛才洪律師提到說針對立法意旨，將來的主戰場一定會在一審，立法意旨應該是到二審提出新證據有困難度，這樣才不會喪失國民法庭制度的立法意旨，這是我的一個淺見。

肆、綜合座談

高院長金枝：

在座各位有沒有要發表意見，這位應該是彰化地院葉庭長。

彰化地院葉庭長明松：

院長、各位長官，彰化地院葉明松庭長來問一個問題，剛才辯護人講的很重要，就是一審的審判長是掌舵的，我們一審整個程序，合議庭包括國民法官、備位法官，這是機關同仁在整個體系裡面挑選出來這一些備位法官以後，我們是開著一臺車，就是由審判長掌舵，直接到達終點，像今天這個上訴的理由是講說你們這個事實不能靠近間接故意的疑問裡面，或這個事實不能靠近傷害致死，就是說把一個實體刑法的理論跟事實能不能套在一起，假如一直是在上訴爭執這個，其實在我看來就是不太可能會成功，因為你就會指摘我們的國民法官弄錯了，我們國民法官把這個事實涵攝過程弄錯了，因為照國民法官法，幾乎是沒有可能可以違反這件事情，但是我覺得如果將來大家都沒有能力去挑戰這個基本事實的部分，我們是不是會去挑戰審判長個人，因為審判長個人還是把一臺車開到終點，我們可以挑戰他說他那個準備程序裡面，對一個國民法官釋疑什麼叫作有預見的過失跟沒有預見的過失，當時國民法官有提出來說他聽不懂，所以審判長當庭講了幾句話，我們覺得這個審判長在一審講的很不恰當，因為他的不恰當，導致整個車子開到終點的時候，那個終點站是錯的，會不會二審會攻擊一審的審判長，一審的審判長會不會以後都變成我們上訴審要追究的對象，我想問這個到底在日本實際操作起來，是不是都是在攻擊一審的審判長，這要問邱鼎文研究員，他有到日本留學，還是問運財老師，這個實際是不是都是在攻擊審判長，如果我們不能攻擊國民法官的話，那我們就攻擊審判長，是不是有可能有這種情形。

模擬法庭受命法官邱法官鼎文：

謝謝學長的問題，其實我覺得應該不叫作攻擊一審的審判長，因為我剛剛有報告過，就是說因為這個程序差很多，跟現在的一審差很多，就是徹底的當事人進行，然後剛剛講的審前說明等等，評議的方式，各個環節都不太一樣，所以當然有可能在一審判決結果出來之後，某一方會以訴訟程序違背法令來提起上訴，我覺得這個當然很多地方要努力，譬如說審前

說明的部分，是不是說錯了，這個案子應該適用的法律是什麼，或者是直接故意跟間接故意的定義是什麼，這個東西為了防止他出錯，也都可以挑戰，可能我們就要一個固定的說明的方法，而且是白話的說明方法，這個可能譬如說在審前說明的時候，立法意旨也可以說，就是藉由很多的設計，讓它能夠盡量有一個比較中規中矩的、比較固定的一個方式，來避免訴訟程序未來遭到挑戰，我覺得是這樣的一個思維，應該就是挑戰訴訟程序，而不是挑戰審判長，當然如果有人說有些東西是沒有辦法有一個所謂一般的、一致的做法，像評議你怎麼去主持，可能跟審判長的風格，然後每一個法庭三位法官跟國民法官互動的方式，這個一定都是沒辦法有一個統一的方式，尤其評議又是不公開的，所以這個部分，我們就是只能在判決的結果中，盡量去挑剔能夠影響它結果的一些要素，包括證據裁定或是調查的過程中出現的問題，就是過程中即便有出示，不應該出示無證據能力的一些證據資料這樣的過程，結果對方沒有異議，審判長也沒有阻止等等，類似這種有可能會去影響結果的各項因素，可以去挑戰，我覺得這個也是不容易，因為要證明它的因果關係，可能在寫上訴理由的地方，可能就會有一些困難，但是我覺得應該不算是挑戰審判長，我覺得是針對整個程序是不是有合法，訴訟程序有沒有合法進行的問題，這是我粗淺的一個看法，謝謝。

評論員陳教授運財：

感謝這個問題，我想剛剛鼎文法官已經做了很詳細的說明，如果以我們對日本裁判員制度運作的觀察，根據日本裁判員法的規定，基本上跟國民法官法這部分的規定是一樣的，就是有關證據能力、證據調查的必要性或訴訟程序相關的問題，這部分是由法院職業法官來決定，除此之外，當然裁判員跟職業法官是同等的審判的權力，包含評議的部分，就完全是根據三加六的方式來合議決定，所以對於日本裁判員一審判決的不服，當事人如果上訴高院，就是上訴審，主要的理由真的要去挑戰事實誤認很不容易，所以大部分我們看到的，他一定就是主張訴訟程序違背法令，就訴訟程序違背法令裡面，主要就集中在證據調查的必要性的判斷，跟有沒有證據能力的判斷，因為這樣子足以去影響判決的結果，希望透過這樣子來翻案、來挑戰原審的判決，所以目前我們國民法官法的規範，基本上主要是

參考日本的裁判員法來做設立，所以確實不同於剛剛所提的，將來檢辯雙方對於國民法官法庭的判決不服，真的要直接挑戰事實誤認不容易，因為如果是就心證說他違反經驗法則、論理法則，我想這種案件可能真的很少、很少，所以最重點的爭議點還是在三個職業法官做成有關訴訟程序的決定的裁定，特別是剛剛講的，證據調查的必要性跟證據能力有無的裁定，我想是將來必然會成為對於國民法官法庭一審的判決當事人聲明不服的主要的對象，或許就是你講的，不只是審判長，是三個職業法官的合議，挑戰的對象就是法院合議的結果。

高院長金枝：

這位是彰化地院黃庭長。

彰化地院黃庭長齡玉：

二位院長、陳教授、各位庭長、法官、還有在座各位檢辯的同道，大家好，有一件事情是想要就教於各位，我們現在一審其實很密集的在做國民法官參審的模擬法庭，剛剛陳教授有提到一件事情引起了我的注意，就是陳教授剛剛您有提到所謂的量刑檢索系統，如果我們在判決書裡面需要引用的話，需要做證據調查，這個部分就我們目前在模擬法庭實務操作的經驗當中，有遇到了一個困境，在我們進行量刑證據調查的時候，因為當時檢辯雙方對於這個判決的基礎事實其實是有若干爭議的，然而我們在做量刑檢索系統，必須就一些量刑因子做輸入，所以在這種判決基礎事實浮動的狀態之下，其實在那個當時，檢辯是不容易用很精確的量刑因子來做量刑檢索，但是基本上，因為我們在評議的時候，這個量刑檢索系統的這個判決刑度的 range，也是我們參考的範圍之一，所以在我們評議的過程中，事實上，我們在跟國民法官討論的時候，會先就基礎事實確認，就犯罪事實還有相關的事實方面的爭點做確認之後，最後在做量刑評議的時候，我們會先確認量刑的第 57 條各項因子，到底事實是什麼，確認之後，才會依據這個確認的量刑因子去做一個量刑檢索，檢索出來之後，我們會跟各位國民法官說，但是這也只是給他們一個參考，並不是一個完全拘束他們自由意志，而且我相信在這個國民法官參審的制度，也是希望我們職業法官不要做過多的引導，只是提供資料讓他們參考，所以以我們一審實務上操作，是有這樣的情形的，但是我們現在也有點擔心，在我們一

審的判決書裡面，如果倘若像陳教授所說的，我們判決書因為沒有把量刑檢索系統做一個證據的提示，所以導致判決的理由不適合在量刑裡面交代，那麼會不會以後的檢辯雙方，會拿這個我們國民法官評議的結果，跟量刑檢索系統的 range 不符，但是我們在判決書裡面又沒有辦法交代，會認為說這樣可能會有顯失公平，或者量刑違反比例原則這些問題，所以想要就這個實務上操作的情形，就教於陳教授還有在場各位經驗豐富的先進，謝謝。

高院長金枝：

各位二審的先進有沒有要回應的？蔡庭長。

模擬法庭審判長蔡庭長名曜：

我印象中，最高法院有判決認為如果原判決參考量刑資訊系統的話，原則上是尊重說可以參酌那個來判刑，一般來講，有人會認為每個案件犯罪情節都不同，亦即量刑要考慮的因子是不一致的，這樣子參考量刑系統會不會違反平等原則，畢竟每個案子的量刑因子都不一樣，如果就所承辦的案件所為的量刑，是在量刑資訊系統的範圍外，如果在範圍之內應該就沒問題，但是在範圍之外又如何，最高法院的判決認定說量刑因子我們可以參考，但該判決講的好像是指在範圍內的，如果一審的量刑是在量刑系統範圍外的話，二審要不要撤銷改判，我覺得不能一概而論，因為我們常常講說這個案子不同於別的案子，這個案子量刑的審酌因素跟資訊系統的量刑因子也不完全一致，所以法官所量的刑度可以不同於他案或量刑資訊系統。我自己的想法，如果我是二審法官的話，我是不會因為你的量刑是在這個量刑資訊系統的範圍外，我就直接畫上等號，說你是裁量權濫用，我自己的想法是這樣，我不曉得大家的想法是怎麼樣。

高院長金枝：

其他二審的法官有要補充的嗎？

模擬法庭受命法官邱法官鼎文：

謝謝學姊提出這個問題，我會覺得它就是一個參考，參考當然有可能是落在裡面或是落在外面，其實像日本最高裁，過去有一個虐童致死的案件，他很明顯就是判檢察官求刑太重的意思，一審判決檢察官求刑太重，二審維持，然後上到最高裁的時候，最高裁才撤銷改判，因為最高裁的理

由就是說你不是不能夠判超出比較高或比較低的刑度，但是你要具體的去說明具有說服性的理由，我想這個其實在我們日常的操作裡面，就已經在操作，我們在量刑的時候，可能就量刑因子的各個層面，我們會說明一些理由，雖然說現在我們寫得還是比較簡單，也期待以後寫得會更精細一點，但是，我想只要國民法官法庭提示了這一份量刑參考的資料，是經過大家比較沒有爭執的一個狀況下去做參考的話，或許像老師講的，也許它可以被正式提出來調查的話，這樣子再加上在判決理由可以具體去說明為什麼他要判比較重或比較輕的理由，可能會以一審國民法官法庭量刑不當撤銷的機率，我覺得是會比較小的，這是我一個自己的意見。

高院長金枝：

黃庭長還有問題。

彰化地院黃庭長齡玉：

不好意思，我剛剛最主要的疑問是因為在量刑證據調查的時候，是沒有辦法去提示那一份檢索系統，對我們一審來說，現在最大的困難就是這個部分，因為那個時候都還沒有評議，對於一些量刑因子的事實確認是會浮動的，所以那個時候是沒有辦法在量刑證據調查的時候去提示，通常都是在我們已經言詞辯論終結了，然後進去評議室的時候，確認量刑因子，我們才有辦法用這個量刑檢索系統，所以那個部分是沒有正式證據調查的，只是在評議的階段讓國民法官參考，如果真的嚴格是需要做證據調查，這部分才可以寫到判決書裡面的話，我們一審是沒有辦法寫在裡面的，我們遇到最大的問題是這樣，是不是可以放寬認定，量刑檢索系統雖然在證據調查的時候，並沒有依證據調查的方式去顯示，但是我們可以寫一下在評議過程中，檢索的是這樣子，為什麼我們評議的量刑是沒有在這個 range 裡面稍微說明，這一點是主要的困境，謝謝。

評論員陳教授運財：

好像有點潘朵拉的盒子打開的感覺，其實日本有關量刑的部分，如果跟臺灣做比較觀察，他們是不是有量刑的行情，比如說一般的刑事案件，法院對檢察官起訴的求刑，比如說打八折，像這樣子的方式去處理它，所以所謂的量刑的行情，我的觀察就是日本的審判實務，雖然只是當場，可是審判實務大概就是這樣的一個行情在做量刑，日本引進裁判員制度之

後，擔心因為一般民眾沒有審判的經驗，一下接觸到案件，今天跟法院評議之後，接下來有可能量刑，他們沒有過去的審判經驗可以參考，所以也很擔心量刑的歧異，可能會造成個案跟其他一般相同類型案件之間的不平等的問題，所以實務的運作，也大概都會提供日本最高法院所製作的量刑檢索系統的資料來當參考，不過他們都會一直強調你要不要參考，沒有任何的拘束力，參考沒有任何拘束力，它是一個 range 的參考，所以有人是不參考、有人參考，可是怎麼參考，最後也不知道怎麼去影響他們的心證，不過基本上，好像很少看到法院在判決書說參考最高法院的量刑檢索系統，我是建議臺灣或許也用這樣的一個曖昧的方式來運作就可以了，就是不需要明示在法院最後的判決裡面說有依據這個，這樣就夠了，不用再去引用司法院的量刑檢索系統，因為如果這樣撰寫，表示已經真的把它當成證據來做量刑的依據，如果這樣的話，應該是要呈現在第一審的審判程序中的科刑證據的調查，除非這個案件真的很特殊，過去的行情或量刑資料，確實值得當這個案件的參考，比如說日本這幾年一直有這樣的爭議問題，可能一審裁判員認定死刑，到二審推翻它，或反過來，一審是認定無期，檢察官認為應該要死刑，有些當事人真的就會以過去審判的行情，去檢驗這個案件的類型特徵來作為他的上訴理由，如果對這個案件，在一審特別是檢方，譬如說檢方求處死刑的案件，我想檢察官為什麼要求處死刑，可能他就是會把這些因子參考過去同類型的案件，一般職業法官就是判死刑，所以他要求國民法官也應該要判死刑，檢察官就會要求提出這樣的證據來聲請調查，我覺得就是法院准不准就科刑的證據來調查，以檢察官追訴犯罪的必要性來講，或許這也是檢察官想要去要求調查的範圍，反之，辯護人認為這個案件他認罪了，可是認為應該是判無期就好，辯護人可能會引用過去相類似的案件，職業法官就是判無期，不應該國民法官加進來，結果是判死刑，當然也可以使用過去的檢索系統來作為證據來聲請調查，如果是這樣，我覺得就可以揭示在程序中，當然或許像剛剛所提的，有些因子都還沒有確定，怎麼辦，那就當事人聲請，如果是這樣的因子，當事人認為應該是無期，或是說像這樣的因子，檢察官認為應該要死刑，可以使用這個系統來讓大家聲請調查，不過我想這個是比較特殊的狀況，一般的運作，我們會比較期待的是不把它當成科刑的證據來調查，只

在評議的過程中，拿出來當 range 的參考而已，沒有拘束力。

高院長金枝：

我回答黃庭長的意見，其實你們最怕的就是如果把它當成證據而未經調查，而被使用，在程序上一定是有問題的，所以陳教授就告訴我們不要寫出來。

彰化地院黃庭長齡玉：

感覺上好像教授是建議我們不要寫，但是之後也是希望二審的各位學長可以支持，不要說這個 range 並不是在這裡面，就以這個理由來撤銷我們一審的判決，謝謝。

高院長金枝：

我這個突發奇想，你可以不要寫出來，可是你可以把它計算結果附在卷裡面，因為卷裡面本來就很多資料。

彰化地院黃庭長齡玉：

應該是會，我應該會把它放在裡面，但是現在比較擔心的是因為有時候量刑不是我們可以主導的，就變成如果這一部分就是國民法官評議的結果，其實是超出那個 range 的，但是我們好像以目前階段，也沒辦法特別說明為什麼超出，我們只能用一個很 general 的，因為他的犯罪動機什麼、什麼的，還是照這種寫法去講說為什麼判重刑，但是我們可能沒有辦法特別去說明，為什麼超出了這個 range。

高院長金枝：

剛剛鼎文法官就有提到，其實我們現在會重視這個量刑的調查，就是在於我們寫得太簡單了，其實這個剛剛鼎文法官已經提出來了，將來在判決的製作，在量刑這個區塊，是不是還是跟以前一樣三行就結束了，其實這個真的是尤其在國民法官法庭上，像剛剛辯護人所說的，你們所審判的都是重大案件，對於量刑這個區塊是不是要考慮要怎麼去呈現它，而不是你剛剛講的很 general，我相信這個是應該會有個改變的空間，因為就像剛剛教授所說的，你又不能寫標準，可是我明明就這個標準，你要怎麼去呈現，其實我覺得都是大家在思考的問題。各位還有沒有要提出來互相交流？

臺中高分檢吳主任檢察官萃芳：

院長、二位評論員、還有在座各位先進，我先報告一個案子跟各位分享，我們上個禮拜在臺中地院模擬一個國民法官的模擬法庭審判案例的過程，它是由檢察官提出類似的案例，真實的法院實務判決的案例，然後這一次的案例判刑判多久，是由檢察官提出，但是在量刑的論告裡面，它由檢察官來說明，就那個部分，法院並沒有做任何實質調查、任何證據的調查，由檢察官逐一用 PowerPoint 把相關的案例判刑判多久列出來，我們實際上運作的結果，對於這個國民法官產生很大的說服力，所以那個案例國民法官的量刑就是在檢察官的求刑範圍裡面，如果照陳老師的建議，這種案例算是合法還是不合法，想要請教陳老師，第二個問題是在二審的國民法官制的制度之下，我有一個疑問，就是關於一審國民法官制運作過程當中所產生的程序瑕疵，比如說法院對於國民法官做出了任何的解說，如果有瑕疵，程序上的違法或是不適當，或者是這個國民法官存在有他不適任國民法官的事由，比方說他曾經跟當事人之間有過一些接觸，或者是他跟當事人之間存在有一些糾紛，或者是隱瞞他們之間的一些交往的情形，有這樣的事實存在，我們以這個理由上訴二審之後，這一個事由的存在或不存在，會影響到上訴理由的存在或不存在，所以這個時候的決定程序是在準備程序，還是在審理程序來做這部分的調查，如果是在準備程序調查的話，似乎可能需要傳喚證人，或者是要勘驗相關的審理過程的光碟，所以是不是以三位法官全部參與為適當，這個部分是第二個問題，以上就教二位評論員，謝謝。

評論員陳教授運財：

感謝檢察官的提問，確認一下第一個問題，就是檢察官在國民法官法庭科刑證據調查的時候，為了要達成他求刑的目的，舉出相類似的案件過去法院判決的量刑結果作為論告的內容，是不是？我應該講說是在科刑證據的調查過程，你們提出這樣的資料來調查，然後最後在論告也引用這樣的資料來做論告，我覺得這個部分，應該是法院決定容不容許，我會比較建議像這一種有關科刑證據資料的調查，盡可能在進入國民法官法庭第一次準備程序先做整理，也應該可以做科刑資料調查的整理，這一部分檢察官因為要具體求刑的關係，所以他希望調查跟這個起訴案件同類型的過去案件，比如說我剛剛講的他主張要求處死刑的案例，他認為國民法官來參

與應該也是一樣的，職業法官應該採同樣的類似的行情來做這個科刑，所以我建議在準備程序就先提出來，就變成法院准不准的問題，就科刑資料的調查，可不可以把過去相類似案件的法院判決結果作為科刑的資料，這個部分我個人認為如果從罪刑均衡的原則還有比例原則的角度來講，如果檢察官已經跟法院做這樣的證據調查的聲請，又是在這樣的一個案件，應該是有調查的必要，是可容許的，可以拿到法院在科刑資料調查的階段來進行調查，就是這一種比較特殊個案的情形，否則其他情形可能只是一個range，比如說十年、十五年，一般應該沒有特別去強調的必要，所以我會比較認為一來是檢察官的具體求刑，而且是這種比較特殊的案件，死刑、無期徒刑的案件，檢察官主張要拿過去相類似的案件來向國民法庭聲請調查，反之亦然，辯護人對檢察官求處死刑的案件，找出一些相類似的案件，過去職業法官不是判死刑，是判無期，來作為防禦的科刑的資料，我覺得法院應該可以認為有調查的必要而容許調查，就是在犯罪事實調查完之後，再依檢辯雙方在準備程序的聲請，由法院判斷證據調查的必要，如果有，是可以在犯罪事實調查後，在科刑證據的部分做調查，調查完之後，再來做科刑辯論。第二個問題就是勘驗是不是有關事實爭議的部分，有勘驗的必要。

臺中高分檢吳主任檢察官萃芳：

我的問題是針對這個程序上，一審在審理程序的過程當中，有程序上的瑕疵，還有包括上訴理由是主張這個國民法官本身存在有不適任國民法官的事由存在，尤其是國民法官法第 15 條，就是說他可能有偏頗之虞，有這種事由存在，像這種以這個理由程序瑕疵，或是這個國民法官本身有不適任的消極擔任國民法官的可以拒卻的理由存在，而影響到判決的公平性的時候，可能就需要傳喚相關的證人，或是勘驗相關的證物，所以這個部分是在二審的準備程序裡面來做調查呢？還是在審理程序裡面做調查？

評論員陳教授運財：

首先，如果以剛剛吳檢察官所舉的類型來看，是我們國民法官法第 89 條有關於第 13 條、第 14 條的消極事由的部分，那也就不具備擔任國民法官的資格，這部分當然就沒辦法作為上訴理由。

臺中高分檢吳主任檢察官萃芳：

如果第15條的部分有牽涉到公平性的問題，國民法官法第15條。

評論員陳教授運財：

比如說應該要迴避而不迴避的情況，另外比如說職業法庭的三位合議庭法官的訴訟指揮或訴訟程序的處理有作為上訴理由，像這種情形，因為這也是屬於訴訟程序違背法令的部分，廣義來講，是屬於訴訟程序違背法令的部分，還有包含法院的程序是不是合法，它既然作為上訴理由，那當然就是在準備程序做爭點的整理，整理完之後，就進入到審判中來做相關的證據調查來做判斷，所以第一個就階段的處理，它應該是進入審理程序來做處理，處理完看有沒有第92條第2項的適用，這樣的訴訟程序如果經過調查之後，認定有違法，那就看對判決有沒有影響，沒有影響的話，應該就不用撤銷，如果有影響判決，這時候再來看它另外有沒有屬於要撤銷發回更審還是自為判決的問題，第92條第2項適用的部分就看有沒有剛才說的情形，至於那個前提調查的方式，我現在說明的是調查的方式是比如說法庭的訴訟指揮有沒有違法或不當，當事人有沒有提異議，對審判長的訴訟指揮，當事人有沒有根據第288-3條聲明異議，這時候一般來講可能當事人就把它作為上訴理由，法院要怎麼樣認定，如果從書面審查來看就可以做判斷的話，應該書面審查，相對的，如果需要提供法庭的錄音或錄影帶，那當然就是要勘驗。

臺中高分檢吳主任檢察官萃芳：

我的疑問是那是在準備程序來做勘驗？還是在審理程序來做勘驗？因為這個牽涉到上訴有沒有符合法律規定可以上訴的事由存在，這個是在準備程序來解決？還是在審理程序來做這部分的調查？

評論員陳教授運財：

因為這部分調查之後，它還要跟影響判決這個部分做連結，判斷有沒有所謂的無害錯誤的問題，所以我認為應該可以進入到審理程序，而不需要特別在準備程序就先做處理，目前以最高法院就法律審的角度來講，因為最高法院一般沒有做事實的調查，如果以這個作為上訴理由，最高法院一般就是採書面來做判斷，所以將來這幾個問題，二審將來透過書面的審查，應該就可以做，所以它也不需要特別彰顯在準備程序先把它處理完。

評論員胡院長文傑：

剛剛吳主任所提的是國民法官有第15條的情況的話，可不可以作為上訴理由，第一個情形就是他在一審都沒爭執的情況之下，他上訴之後，就要考慮適用第90條調查證據的部分，另外一點就是他在一審已經有爭執的話，因為按照國民法官法第27條的規定，如果當事人聲請裁定不選任，法院可以依職權裁定，因為國民法官法第32條規定，關於選任程序的裁定，不得抗告，假如在第一審已經做爭執，已經不得抗告的情況之下，上訴審去做爭執，這好像是有討論的空間，根據目前發表的這些論著，對這一點沒有表示太多，將來如果需要做這種區分，就是在一審做爭執，然後已經做選任裁定之後，已經不得抗告，上訴二審還可不可以當上訴理由，這個也許可以請陳教授幫我們指正一下，這是我的意見。

評論員陳教授運財：

第15條屬於國民法官不適任的事由，包含跟關係人的關係，第一個應該是這種情況，可能有些是當事人在判決後才發現的，也不排除這樣的狀況，有些特別是看到判決理由之後，才有這樣的發想說是不是某一個特定的國民法官有第15條應該要迴避的事由，所以第一個應該是先確定，如果他是事後才發現，這時候當然在一審的判決之前就無從主張，如果作為上訴理由的話，現在就是在第一審的國民法官法庭之後，在審判過程中，他也知道這位國民法官有第15條應該迴避的事由，聲請法院要求他迴避，法院駁回他的聲請，這個部分是可以作為上訴理由，雖然不得抗告，可是作為上訴理由是OK的。

臺中高分檢吳主任檢察官萃芳：

不好意思，最後有一個關於日本制度的疑問想請教老師，美國的陪審員審理結束以後，當然各州不太一樣，但是基本上都會有一段時間公告陪審員的名單給社會大眾，像有的州是陪審結束，判決做出來以後的180天內會公告，讓社會大眾還有兩造當事人去瞭解這個陪審員跟當事人之間有沒有可能有應迴避的事由存在，日本的制度不曉得有沒有這樣子公告的做法？請教老師，謝謝。

評論員陳教授運財：

主任對這個議題很有研究，日本裁判員對於裁判員賦予非常高度嚴格的守密義務，而且是終生的守密義務，所以跟美國採陪審制，基本上對陪

審員作成判決之後，沒有賦予守密義務完全不同，所以可以想像他們真的很貫徹當事人進行跟維護當事人對這個陪審團組成是否公正的保障，確實有產生一個利益權衡、利害權衡，日本主要是考量到希望讓參與審判的裁判員，可以肆無忌憚、沒有後顧之憂的可以在合議的過程中，暢所欲言，不用擔心他講的內容是投有罪還是無罪，他是決定死刑還是無期，不擔心被其他的裁判員洩漏出去，所以目的還是著重在比較維護可以自由陳述意見的這一個角度來設有一個保密義務，我國也是，目前基本上是採取同樣的運作，確實這是一個價值權衡的問題。

高院長金枝：

已經太晚了，這一定會有很多、很多的問題，我們期待將來再來一次的交流，今天非常、非常感謝教授、院長、還有各位與會，我覺得地院的庭長們都很認真，都來參與這個，我們可以期待二審會做得很好，我們共同努力，謝謝各位，就此散會，謝謝。

伍、散會。（下午 5 時 45 分）