臺灣高等法院110年國民法官上訴審模擬法庭第一輪次第一場（新北地院案件）座談會會議紀錄

時　　間：110年11月5日（星期五）上午9時30分

地　　點：司法大廈3樓大禮堂

主　　席：李院長彥文

出席人員：詳如簽到表之記載

壹、主席致詞：

本院模擬法庭評論員陳檢察官、張發言人永宏、蘇凱平蘇教授、臺北律師公會尤理事長，另外還有顏教授、高檢署邢檢察長、司法院刑事廳彭廳長、許大法官、各位院長、庭長、審判長、檢察官、律師道長、各位老師、各位先進大家早安，本院辦理模擬法庭已經順利完成準備程序與審判庭，也已完成宣判，謝謝參與模擬法庭的合議庭、檢察官、律師道長，當然也包括很辛苦從頭到尾參與的評論員。

這個過程是高院頭一次辦理，完成之後相信不管是合議庭、審檢辯各方，由此應該都會得到很多寶貴的經驗、發現諸多的問題，以評論員豐富的學經歷來觀察模擬法庭的進行，一定也有很多值得檢討改進的地方，因此今天召開這場座談會，讓評論員就觀察所發現的問題，討論合議庭與審檢辯三方處理得是否得當，是否有得以進步的地方來表示意見。也請審檢辯各自提出於進行模擬法庭程序時，各自所領悟到的心得來跟大家分享。

當然也非常歡迎各方提出意見供我們檢討改進。國民法官參審是跟以往很不同的審判制度，期待當國民參審正式開始施行的時候，不管是在一、二、三審都能夠進行得非常順暢、圓滿及成功，這是國家的重要政策也是司法不同的樣貌，當然希望國民參審能夠成功，為了擔保國民參審成功，需要做好充分的準備，今天就是準備工作的一環，今天要表示意見的人很多，我就不佔用大家的時間，最後敬祝大家身體健康、萬事如意，謝謝。

貳、評論員陳檢察官瑞仁評論：

主持人、各位在場先進、老師，還有辛苦擔任模擬法庭的審判長與受命陪席法官、檢辯雙方，大家好。我今天提出來的報告並不是在技巧這方面，而是在規則，我在觀察的過程中有提出十個問題，我覺得在真正開始實施之前如有共識會比較好，以下分點論述：

一、上訴理由是否因為國民法官的加入而會新增？國民法官組成不當、選任過程不當、陪審員行為不當等得否做為上訴理由，甚至是否可以撤銷原判決？我個人認為可以。在美國被告自己選擇陪審團審判都可以挑剔陪審團的公正性（an impartial jury）了，我國的國民法官法依照法條來看，其實像是被告有接受的義務，相較之下權利都可以挑戰，義務也應該可以挑戰。況且國民法官法第 89 條「不得作為上訴理由」，刻意排除國民法官法第 15 條之「Implied Bias 和 Actual Bias」，若足以影響判決的話，應可作為上訴理由。

二、遭拒證據得否在二審調查？「遭拒證據」是指一審檢辯雙方皆有聲請，但是被一審承審法官認為沒有必要，或者被認定為沒有證據能力而排除者，到了第二審的時候，這些「遭拒證據」是否可以聲請調查？像這次模擬法庭就牽涉此問題。個人認為應屬於舊證據，所以不適用國民法官法第 90 條，理由是我國並沒有中間上訴程序，如有中間上訴程序就可以依此解決，尤其是證據能力，證據能力之排除，在我國應可模仿美國「Interlocutory decisions」救濟，但是在修法之前，只好於二審時重新調查這些所謂的「遭拒證據」。

三、撤銷理由有無受到限縮？個人認為法律錯誤（Legal error）這方面，應該沒有受到國民法官法之影響。但事實錯誤有，國民法官法第 92 條第 1 項但書「違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者」，應屬美國法所謂之「合理實質證據」（Reasonableness/ Substantial Evidence），所以僅理由矛盾或理由不備而不足以影響判決結果者，就不可以撤銷，現在二、三審只要理由稍微矛盾就把判決撤銷，我想將來此種情形應當減少才對，如此才有修法的意義。剛才所說的「合理實質證據」

（Reasonableness/ Substantial Evidence）各位如果感興趣，可以參考美國 Standards of Review，它分有五個層級，對於陪審團的裁決大概屬此層級，對於量刑會非常尊重一審，所以僅在「Abuse of discretion」，也就是明顯的裁量權濫用才會被撤銷，所以美國有分好幾種情況。當然也有分無害錯誤、明顯錯誤或結構性錯誤「Structural error」，這個大家應該都知道。

四、二審法院無論如何都可以改判無罪？為何會有此問題？對照國民法官法第 92 條第 2 項第 4 款二審不得自行改判有罪之規定，縱使要改判有罪也須發回。此法條的反面解釋是否就是一審如判有罪，而二審無論如何都可以判無罪，是否如此呢？這個問題我思考了很久，我認為下述兩種情況下，仍應發回給原審法院重組國民法庭重審之：

1. 二審開庭調查證據審理結果，並未發現新證據或排除某些證據，僅因證明力之認定有所不同。都未發現新證據還分兩種情形，一是「證明力之認定（the weight of evidence）」不同，例如要採信 A 證人或 B 證人之見解，僅是這點不同。另一則是縱然一審所有證據全都接受，也認為沒有任何一個理性的法官會判有罪，即美國法所謂的「insufficient evidence 證據不足」，所以要分這兩種情形。如果是證明力這方面的認定，還是要將案件發回給國民法官，但如果是「insufficient evidence 證據不足」時，那麼二審就可以自行改判無罪。證明力跟證據不足應區隔，各位可以參考 Tibbs v. Florida, 457 U.S. 31 (1982)，在這個判決裡有很詳細的說明。
2. 二審審理結果重要證據有所增減，發現有利於被告的新證據，或排除國民法官有罪判決的重要證據的證據能力，此時證據有所增減，個人認為若要改判無罪，應發回讓國民法官改判無罪較為正確。

若二審審理結果認一審國民法庭是單純的犯罪構成要件錯誤而判有罪，例如二審審理結果認為一審少了一個構成要件「意圖營

利」而判被告有罪，則二審可以在撤銷有罪判決後自行改判無罪。

為何國民法庭判決應被尊重？因應國民法官法第 1 條之彰顯國民主權理念,且在國民法官法第 92 條第 2 項第 5 款有開了一個門，就是法院如審酌國民法官參與審判制度之宗旨可以把案件發回。

五、三審可否回復國民法庭的有罪判決？前述一審國民法官判有罪，而二審法院單純以犯罪構成要件錯誤為由自行改判無罪之案件，經檢察官上訴後，三審法院認為上訴有理由，依照以前的傳統是發回二審，然後持續更審。但美國有「回復 reinstate 陪審團有罪裁決」之制度 ，在我國可否由三審法院諭知「國民法庭之有罪判決，回復之」？若答案為否定，三審法院得否依據刑事訴訟法第 398 條第 1 款「雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者」之規定自為判決有罪，並處以國民法官所量之刑？也為了保護被告之利益,經由國民法官之案件就不用持續發回更審。

美國是有回復有罪之判決，例如 United States v. Ceccolini,435 U.S. 268, 271 (1978)這個案件, 「but merely a reinstatement of the finding of guilt」，也就是一審法官之證據裁定被撤銷，此時便回復一審陪審團之有罪判決。也就是本來為有罪判決,而有依據之證據依照排除證據法則被排除，剩下來的證據變成不足，一審法官改判無罪，但是上級審認為此排除錯誤，這時就不必再重審，直接回復（reinstate）jury 的 guilty verdict。至於判決主文可以參照 U.S.v. Duncan, 164 F.3d 239, 242(5th Cir. 1999)案，其判決主文是「地方法院關於證據不足之裁定撤銷之，原有罪裁決回復，本件應發回逕行量刑程序」（The ruling of the district judge as to the sufficiency of the evidence is REVERSED, the guilty verdict is reinstated, and the case is REMANDED for sentencing.）。

一般發回之後是要重組陪審團，但是沒有，像這種情況就直接跳到量刑程序，也就是一審之有罪判決是會回復的。

六、發回重審時國民法庭之成員應否變動？個人認為應全部更換。

七、重審時能否量刑更重？二審法院撤銷國民法庭之有罪判決而將案件發回重審者，國民法庭若仍為有罪判決，其量刑可否高於前一個國民法庭的量刑？個人認為參酌美國法制，限於有發現新的量刑加重因素時，始得改判較重之刑。

八、二審法院可以自為量刑或全部發回？個人認為應可不必發回，也就是二審可以自己重新量刑，此與美國不一樣，美國一定是發回原審重新量刑，但是在我國因制度不同，除有例外不得變更國民法庭之量刑。

九、國民法庭未判死刑，檢察官上訴後二審可以改判死刑嗎？個人見解為不可以。若第一次國民法官未判死刑，將來也須由國民法官才能改判死刑，而職業法官不適合。

十、職業法官指示消極錯誤時，我認為在量刑時應當發回。也就是應該講的話職業法官沒有講。例如職業法官在量刑時漏未向國民法官說明大法官釋字第 775 號對累犯之修正，致國民法官有可能從重量刑，或漏未說明刑法第 77 條假釋之規定，這個情況在士林地院模擬法庭時發生過，法官未向國民法官說明被告假釋時可以提早出獄，致國民法官判得較輕，在這種情況下我認為應該要發回，但是不用重組國民法庭。

最後結論是，應由國民法庭盡量將全部證據調查完畢，惟有寬廣的一審，才能有嚴格的二審，這是我最後的結論，謝謝大家。

參、評論員尤理事長伯祥評論：

院長、還有各位評論員、還有在場各位先進，大家早安。首先要先謝謝我前面的評論員陳檢察官，在上個禮拜就先收到陳檢察官的投影片，因為收到這個投影片，所以自己也不得不寫一個投影片，本來接到通知說評論只有 10 分鐘，就已經想要放棄努力了，看到陳檢察官這麼認真，我還是多少寫一下，所以就完成今天這個投影片。我也

跟陳檢察官一樣，不會特別針對在場檢辯雙方的表現去加以評論，我想檢辯雙方在這場表現都非常的棒，其實特別要講的是三位法官的表現非常沉穩，特別是模擬判決寫得非常好，作為一個先驅性的判決，我覺得這份判決幫我們釐清了非常多的問題，也指出了很多必須要努力的方向，我覺得是一個很棒的先驅性判決，值得大家參考。所以我想我的評論，最主要會是從我在法庭上所看到的，對照判決書所呈現出來的問題，提出來就教於大家。

我在這邊最主要提出三個問題出來討論，我想國民法官的二審，是一個非常艱鉅而且要重要的任務，艱難的地方在於我們的上訴審，在國民法官法裡只有四條規定而已，其中的第 89 條其實在實務上發生的機率不高，所以實際上的運作將主要依賴第 90 條到第 92 條這三條規定，這三條規定要撐起國民法官法案件的二審，就這三條規定來講在這邊是辛苦的事情。模擬法庭重要的地方就是要看出這三條規定，到底能不能界定二審法院的審理還有調查範圍，另一方面也必須使二審的訴訟程序的踐行，要符合憲法第 8 條的正當法律程序，所以三條規定要處理這麼多問題，我個人將它比喻為「以有涯而追無涯」。一定會有的問題必須要解決，所以我們這次的模擬法庭對這三條規定的操作，我個人認為是非常成功的，模擬法庭的確發現了很多的問題，所以這次的模擬法庭確實有它的功能。

一、 我在這個地方提出的第一個問題，就是國民法官法案件的二審，到底可不可以適用刑事訴訟法作為審查一審判決的法律依據？若可以，應該引用二審還是三審之規定？為什麼會提出這個問題就教於大家呢？最主要是因為，依照國民法官法第 4 條的規定，當然可以適用刑事訴訟法，但是問題在於國民法官來參與這個審判，基本上是一種國民主權的彰顯，而且也反映了國民的正當法律感情，所以不管是從立法理由，或者是我們對於人民參與審判的認知來講，國民法官法的案件，理論上來講應該都只有一個事實審，原則上應該是只有一個事實審，所以二審不應該也不可能是覆審制的二審，也就是現在刑事訴訟法的覆審制。所以依刑事訴訟法第二審的相關規定，其實跟國民法官

法的上訴審，本質上是有些衝突的，不是當然可以去適用的，所以這個對於日後的二審法院來講，就變得非常為難。我想參與模擬法庭的法官很清楚也很銳利的意識到這個問題，所以他在模擬判決裡面就根據國民法官法第 92 條第 1 項規定，認為在審查標準上可以分成兩種：

1. 我看法官的見解是認為，國民法官法第 92 條第 1 項但書已經設限，就是限於違背經驗跟倫理法則才可撤銷。
2. 事實認定事項以外的審查，就按照刑事訴訟法來執行，這很明確是參考刑事訴訟法第 379、380 條之規定，這兩個條文是三審的規定，進而爰引最高法院 100 年台上字第 5504 號判決，訴訟程序違法或者是他適用法律錯誤的審查是依「無害違誤審查原則」，或者是另外一種講法是「有害瑕疵」，限於有「有害瑕疵」才撤銷發回。

從模擬判決的第二頁到第三頁來看的話，以上的結論我想是涵蓋了罪責跟量刑的審查，我個人的看法是認為從國民法官法第 91 條所訂定的「妥適行使審查權限」，以尊重國民主權彰顯的規範精神來講，這個結論是可以贊同的，我個人是贊同的。

但是我在這個地方要提出的問題是，這個是法律適用的問題，為什麼能夠參考刑事訴訟法第 379、380 條之規定，明明國民法官的案件，進行的是二審的上訴，為什麼可以去參考刑事訴訟法三審之條文，進而導出「無害違誤審查原則」。所謂的「參考」，依照我們法律的訓練來講到底是什麼，這是個疑問。而這個「參考」跟國民法官法第 4 條所講的適用，到底有沒有不一樣？在這地方我是有點疑惑的。特別是國民法官法，沒有明文可以讓二審去適用刑事訴訟法三審規定的情況之下，我覺得「參考」是有點曖昧的講法，這麼曖昧的判決理由，是否會構成二審判決違法，如果是的話會不會因為這樣而被三審撤銷，這也是個有趣的問題，不過這個案件將來可能會有三審的模擬法庭，所以也許到三審的時候還可以再討論。

進一步的問題是，國民法官法第 92 條第 1 項本文之規定，二審法院只要認為上訴有理由，或者是上訴雖無理由，但是原審判決不當或者是違法，應將原審判決經上訴之部分撤銷。這個規定是把現在刑事訴訟法第 369 條第 1 項覆審制的規定整個照翻過來，照翻對檢辯雙方、當事人來講，寫上訴理由很方便，反正愛怎麼寫就怎麼寫，沒設有什麼限制，但是如果按照這樣子來進行的話，那麼只要二審的法院認為一審判決有違法或不當就要撤銷，不需要去論說到底有無妨礙判決本旨而顯有影響於判決，換句話來說，從這條規定是導不出「無害違誤審查原則」。所以模擬判決從刑事訴訟法第 380 條，去導出這個「無害違誤審查原則」，嚴格來講，我認為其實跟國民法官法第 92 條第 1 項的文意，至少在形式上有所牴觸。

我這邊做一個小結，就是把國民法官法二審的案件，用事後審的標準來審查一審的判決，比較符合國民法官參與審判的精神，這點我是認同的。但是因為國民法官法第 92 條，一方面因循了刑事訴訟法覆審制的構造，但是另外一方面，卻沒有就如何審查上訴有無理由設定一個明確的標準，也就是說只是用國民法官法第 91 條來指導二審審查，但是國民法官法第 91 條也沒有明確的內建事後審，或者是「無害違誤審查原則」。我個人在立法理由裡面不斷的來回尋找，其實我就是找不到「事後審」這三個字，儘管在立法過程裡面，也許當時大家腦袋裡面想的都是事後審，但是立法理由裡就是沒有。所以嚴格來講的話，實際上這次模擬判決之上訴見解，是接近用「造法」的方式，然後追隨最高法院 100 年台上字第 5504 號判決之理路，從刑事訴訟法第 379 條跟第 380 條導出一個「無害違誤審查原則」。結論上贊同，但是在論理上要用「造法」的方式導出此結果，我個人認為在一定程度上應該思考，在此法上路之前是否要再補條文進來。

二、 第二個問題是統合報告的問題，我們的模擬判決認為統合報告是派生證據，而去適用國民法官法第 90 條第 2 項之規定。在

此我要特別提出來討論,因為我認為統合報告是一個新的東西,跟我們的法治是否相符仍有待檢討。這個是模擬判決的見解,依國民法官法第 90 條第 2 項之規定,認為記載相關不爭執事實要旨之派生證據即統合報告,二審可以作為判斷的依據,不用再另行調查。這個是寫在模擬判決第 6 頁的部分。我在這個地方特別提出兩個小問題:

1. 統合報告真的是所謂的派生證據嗎?加上「所謂」這兩個字,最主要原因為統合報告在目前的實務上,好像沒有明確的定義,因為它不是法條用語,但是是判決裡面的東西,但在判決裡從來沒有明確定義何為派生證據,所以我用「所謂」的派生證據。

   我們現在先處理第一個,到底是否為所謂的派生證據?實務上典型的派生證據,我想各位都非常的了解,就是所謂的通訊監察譯文,這個在實務上都已經大概是定論,我們都認為說通訊監察譯文是所謂的派生證據,而且認為通訊監察譯文是公文書,所以要由製作人簽名,屬於刑事訴訟法第 39 條的公文書。

   我們來看一下一審卷第 409 頁至 414 頁所附的投影片,大致上有兩種內容,這個統合報告裡面的內容,第一個就是所謂的本案基本事實,條列名為本案基本事實的不爭執事實,統合報告裡所記載的待證事實。這個完全是報告製作者自己,綜合證據清單所列證據的內容之後表示意見。其實在我看來,跟監聽譯文製作人就譯文內容所標示的註解或是說明沒有什麼不同。

   第二個部分是臚列證據名稱之證據清單,及其中小部分證據的片段,例如部分解剖照片之 PDF 檔,證據清單當然不會是所謂的派生證據,那只是一個證據名稱而已,至於投影片內部的證據片段,當然它也是原始證據的一部分,所以也不會是所謂的派生證據。所以以本案來講的話,統合報告是否可以稱得上是派生證據,我個人其實非常的懷疑。

2. 就算是派生證據的話，統合報告是如何取得證據能力，一審又應該如何調查才能稱得上是合法調查。我們還是拿通訊監察譯文來對照，通訊監察譯文在實務上的處理，我想大家也都很清楚，譯文本身是被當成文書證據來調查，用書證的方式來調查，以這種方式來調查的時候，證明力的射程就是證明原始證據裡面的對話，跟譯文的記載是相符的，至於這些對話的內容是不是真實、是不是可以拿來證明某項待證事實，就依照自白法則或是傳聞法則來調查，這是我們都清楚的。

其實統合報告如果照剛才的說明來講，它是檢察官綜合多數證據的內容，來製作的職務報告文書，我們對於具有追訴犯罪職務公務員所製作的實務上報告文書，一向都不會認為它是所謂的傳聞例外，這個應該是也是定論。就算是基於辯方的同意，成為刑事訴訟法第 159 條之 5 所講的傳聞例外的話，然後再把它轉化成書證，這也是實務上經常有的做法，那麼依國民法官法第 74 條調查，但是我們會產生的問題是，這條規定是針對單一的證據調查而設，但是統合報告卻是複數證據之整合，所以兩者其實是不相適合，實際上還是潛藏是否合法調查的疑義。

以本案的統合報告來講，是以投影片將證據清單提示給參審法庭，那麼在這種情況之下，我懷疑是否符合國民法官法第 74 條第 1 項所定，由聲請人在參審法庭宣讀的要求？原始證據片段的那一個部分，如果是原始證據的片段的話，那麼理論上來講應該是要用證據本身的屬性來決定調查方式，如果在投影片跟參審法庭呈現的話，那麼符合國民法官法第 74 條到第 76 條的規定嗎？

如果這些答案都是否定的，那麼二審還能說這是國民法官法第 90 條第 2 項，所謂經原審合法調查，拿來做為自己判斷的依據嗎？

模擬判決第 6 頁的部分，也有意識到這些問題，所以判決內容說這個都是沒有經過原審合法調查的證據，可是如果做為統合報告基礎的這些證據，沒有經過合法調查的話，那麼統合報告又如

何能認為，已經經過一審合法調查，而可以依照國民法官法第 90 條第 2 項之規定，作為判斷的依據？

進一步衍生的問題就是，這些統合報告裡的證據，其實一審的檢察官是放在電子光碟裡面給一審附卷，到了二審好像有一部分的檢察官就把它要聲請調查，我們的模擬判決認為都有調查的必要，所以就調查了。但是我個人的疑問是，統合報告本是要證明案內有調查必要的不爭執事項，作為統合報告基礎的這些證據，通常都能夠輕易的通過調查必要性的審查，所以這個見解是不是導致統合報告裡面所列的證據，即使在一審沒有合法調查，也可以在二審輕易的補正這種結果？

其實我們都知道證據具有多義性，同一項證據如果經過不同的角度、方法來詮釋，都可以證明不同的待證事實，所以如果二審法院，調查沒有經過合法調查的統合報告之基礎證據，那麼就要看目的是什麼：

1. 目的如果是調查統合報告所要證明的不爭執事項，那等於是幫一審在補正這個有瑕疵的證據調查程序而已，問題是有這個必要嗎？二審是要做這樣的工作嗎？
2. 目的如果是要證明新的待證事實的話，那即使是同一證據，我認為這也是新的證據方法，那麼應該回到國民法官法第 90 第 1 項的要件去處理，不是這樣輕易的就補進來。

最後我要講的是，其實我們應該換個角度來看以上這些問題，如果統合報告的證據清單所列的證據都有證據能力，而且這些證據可以證明的待證事實，是兩造都不爭執的話，其實從訴訟法的角度來看，應該是認為就這些待證事實具有舉證責任當事人，其實都已經盡了舉證責任，或者是不須再負舉證責任，那麼這個時候在就證據清單所列之證據調查，來證明不爭執事實，這當然是一種無效率的作法。若希望能夠達到有效率的話，把統合報告拿來作為解方，把它當作派生證據來作為解方，會產生前面很多的問題，我認為這不是一個理想的解法，問題的核心其實就是我剛才所講的，真的有必要對這些不爭執事項去進行證據調查嗎？如果

在民事訴訟法這個是很清楚的，民事訴訟法第 279 第 1 項規定得很清楚，這個時候是不用再舉證的，就是經過自認的話是不用再舉證的。

我們欠缺這樣的一條規定，如果我們現在是基於國民法官法，因為上訴審的條文太少，不敷使用又來不及修法，必須要經過司法造法來填補漏洞、解決問題的話，那麼我覺得其實可以考慮類推適用民事訴訟法第 279 條第 1 項的規定，我大膽的這樣子講。理由當然是因為目前的國民法官法已經改採卷證不併送，當事人進行主義的程度，比現行的刑事訴訟法更徹底，反正前面的「無害違誤審查原則」也是照稿的方式導出來的，那在這個地方類推適用民事訴訟法第 279 條第 1 項好像也不是那麼突兀。因為時間關係我已經超時很多，非常抱歉，我後面還有一個問題就先省略不講了，謝謝大家。

肆、評論員張發言人永宏評論：

主持人李院長、各位學長還有先進，由於我的時間也只有 10 分鐘所以我就省略了問候。針對今天的評論意見，我大概只有四點要跟各位分享，因為時間關係，我會盡量的讓分享變得比較有條理一點。

一、國民法官法第 90 條第 1 項所謂的新證據到底意旨為何？這個條文其實大家都很清楚，就是說在二審的時候不能調查新證據，但是有一些例外的規定，日本刑事訴法第 382 條之 2 全文裡面沒有用到「新證據」這幾個字，用的是「未能於第一審辯論終結前聲請調查之證據」，它用了這樣的用語，為什麼會出現這樣的疑問呢，是因為事實上，我們的刑事訴訟法第 420 條第 3 項，針對再審的新證據有非常明文的規定，意思是說「指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之證據」，如果我們今天真依照刑事訴訟法第 420 條第 3 項新證據的法律定義，來看待國民法官法第 90 條第 1 項的新證據，會不會出現一些問題？事實上這樣的問題，其實在這次的模擬法庭過程當中，我相信勇毅是非常清楚，就是一直不斷的被挑戰，這

樣的不斷被挑戰，事實上就是因為大家對於新證據指的究竟是什麼不太清楚，可分以下幾種情形來說明：

1. 當事人有聲請調查，但是沒有經過原審合法調查之證據，到底算不算是新證據？
2. 當事人有聲請調查但是被原審駁回的證據，算不算是新證據？
3. 像剛才尤律師提到的，偵查報告書背後的這些原始證據，這種應該算是當事人曾經聲請調查，後經撤回其聲請之證據，還是當事人根本沒有撤回聲請，只是用一種簡易的方法來進行調查，那到底算不算是新證據？我個人認為，這裡的新證據不應該跟刑事訴訟法第 420 條第 3 項所指的新證據做等同的看待，因為它們的立法目的跟立法精神不相同。

國民法官法第 90 條第 1 項所謂的新證據，應該是指不曾於原審聲請，或者是曾經聲請之後，後來又撤回其聲請的證據，這跟刑事訴訟法第 420 條，所謂的新證據是指原審沒有調查斟酌的新證據是不相同的，為什麼會是這樣子的問題，我們接下來再說。我要先提一個問題就是，與量刑情狀事實有關的證據，是不是也受新證據原則不得聲請調查的限制？因為這裡所謂的事實認定，裡面的證據講的其實是證明犯罪構成要件事實的證據，量刑的事實證據，所謂的情狀事實證據，或者是所謂法律訴訟程序的前提事實的證據，是不是可以做完全相同的看待？這點可能是後續必須要再討論的，我們先問第一個問題，為什麼再審的新證據跟國民法官法的新證據，我認為應該要採取不同的看法，理由在於再審的新證據，是在給予當事人聲請再審的利益，範圍要寬一點，重點是在法院到底有沒有曾經審酌，有沒有 keep in his mind，有沒有把它放在腦袋裡去斟酌，如果沒有斟酌的都可以認為是再審的新證據，而可以據以聲請再審，但是反過來說，國民法官法的新證據，各位看國民法官法第 90 條的話，它是有一個限制的，就是新證據原則上不可以，只有舊的證據才可以。所以重點是在於，國民法官法所謂的新證據是在限制當事人聲請調查，這對當事人而言是不利益，所以範圍要窄一點，重點在於當事人的可歸

責性，所謂可歸責性就是，這個證據明明在一審就有了，你卻不聲請調查，如果你已經聲請調查之後，它就不是新證據，它就不會受到國民法官法第 90 條第 1 項的限制。所以我畫了一個同心圓來表示這個範圍的寬窄，這個部分如果各位學長有興趣的話，會後我會提供我的電子檔給各位。

但是不是新證據之後怎麼辦？我們都說新證據要受國民法官法第 90 條第 1 項的限制，前面提到的這些就是當事人有聲請調查，但未經原審合法調查之證據，或者是當事人有聲請調查，但是經過原審駁回的證據，我認為這些都不是新證據，在這樣的情形下，事實上在擬的判決書裡面，也採取了完全相同的看法，我認為這是有體現立法精神的部分，未來我們在面對到同樣類似問題的時候，應該要參考這個模擬判決的看法，但是比較有趣的地方，剛才其實尤律師也特別提到了，就是當事人曾經請求過了，但是後來又撤回他的聲請，這算不算？我的看法是只要撤回，你就是沒有意思要聲請，就會視為新證據。可能有人馬上會有疑問，就是如果這樣做的話，我們是不是在一審的時候勸誘他們用統合偵查報告書，不要提出大量的證據來聲請調查，會不會到了二審的時候，因為採取這樣的解釋方式導致前功盡棄，我想這是絕對會出現的一個問題，所以後面反而是在看，如果今天它不是新證據的時候要如何去把關？因為真正的理由是在哪裡呢？為什麼我們對新證據要採取比較嚴苛的立場，主要的目的是為了體現嚴格的續審制就是我不希望太多的新證據湧進來，我舉個例子來說，如果還原真實需要百分之百的證據，如果一審能夠調查到百分之九十五，只剩下百分之五的證據需要補充調查，基本上不會導致一審的精神被抹卻。反過來說，如果今天只有調查的百分之五十的證據 ，剩下百分之五十留待二審去補充調查，基本上一審就是空的，所以才會有這樣一個立法精神存在。

如果今天不是新證據的話，當然就不受國民法官法第 90 條的限制，那問題出來了，那要如何看待是否調查呢？事實上，日本的

刑事訴訟法第 393 條第 1 項裡有一句話，但是這句話其實是接在我已經證明我是新證據，但是我是不得已沒有聲請調查之後，還要再加一個條件，就是要是證明量刑不當或影響於判決之事實誤認所不可或缺之證據。但是我認為，即使不是新證據，也就是曾經聲請調查過的證據，或者是新證據，而且已經證明符合國民法官法第 90 條第 1 項但書所列的各項例外之後，更重要的是還要有一個條件，就是調查必要性，但是這個調查必要性，是不是跟一審所謂的調查必要性，就是刑事訴訟法第 163 條所稱之調查必要性相同呢？我認為這時候要再加一個限制，畢竟你是二審而且是事後審，這裡所謂的調查必要性應該是要證明量刑不當，或影響於判決之事實誤認所不可或缺之證據，換言之，是判斷上訴理由之有無，所必要之證據。因為如果調查必要性是指若調查這個證據更容易發現真實，那就不是事後審，那就是覆審，或者就是徹底續審。

所以站在事後審兼嚴格續審制的立場來說，所謂的調查必要性，應該要跟上訴理由的審酌要有關係，但是回過頭來說，這個要就教的問題就是，國民法官法第 64 條第 1 項第 6 款，針對新證據的例外事由當中，有一條規定蠻有趣的，叫做「如不許其提出顯失公平」，如果在這樣的情形下，即使今天是新證據，我也早就知道了，但我就是不提出，我到二審的時候拿出來跟審判長說「你不准我提出就顯失公平」，如果今天這樣處理的話，真正的問題是，是否導致當初限制新證據調查的這個立法意旨失去其原意？由於時間的關係，新事實的部分我就不講了，事實認定的審查基準的範圍我也不講了，我只要講最後一個部分。

二、由於二審已經改採所謂的事後審制，所以刑事訴訟法第 379 條第 10 款、第 14 款的撤銷事由也必須相應的配合修正。因為以前的三審，看到的二審是一個覆審的二審，現在看到的二審則是事後審的二審，所以事後審的上訴理由就必須是，證明原判決量刑不當，或影響於原判決之事實誤認所不可或缺之證據而未予調查，這叫做調查未盡。所謂的理由不備或理由矛盾，應該是指未

具體說明原判決關於事實之認定有何違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決之情形，這個跟我們過去的講法都不一樣了，所以這個部分也是我建議要一併的去配合做調整的地方。

再來就是量刑基準，這個部分由於比較複雜一點，就是有一個德國通說稱之為「幅的理論」，在日本也是通說，這個是其實是一般的量刑基準，但這個我們就不談。

我們來談二審的量刑基準，二審的判決裡面，其實針對量刑的部分，還是沿用過去判決的寫法，就是沒有違反法定刑之上下限，也沒有明顯濫用裁量權的情形，所以認定合法。但是是否真是如此呢？當然這樣的審查標準，某個角度來說真的是更寬廣，基本上就是一審怎麼判我就怎麼判，一審判 15 年我就判 15 年，因為都在法定刑之上下限，我又說不出來到底哪裡逾越裁量權，這個部分其實是會有一個立場，這個其實是日本現在的通說，日本通說認為其實二審的量刑審查基準，也應該採取「幅的理論」來看待。換言之，我們知道法定刑的上下限是相對寬廣的，但是能透過所謂的犯罪情狀。什麼是犯罪情狀？舉例來說，刑法第 57 條裡的「犯罪動機、目的、所受之刺激、犯罪之手段、與被害人之間的關係、違反義務之程度、犯罪所生之危險或損害」這些東西，先用這個框住了你的宣告刑的上下限範圍，如果原審判決在這個範圍內的，基本上就可以容許，如果超越這個範圍內的，還是必須加以撤銷，

另外一點，今天不管是事實認定或者是量刑，如果是新事實、新證據的話，它是一個受有限制的續審制，而所謂的舊事實、舊證據，或者最後整體審查的時候，是回到事後審查制。這是我的最後結論，因為時間有限我就不講了，以上是我評論的意見，請各位指教，謝謝。

伍、評論員蘇副教授凱平評論：

主席李院長、各位老師、各位先進，大家好。我也只有 10 分鐘，我也有投影片，但是我只有四張投影片，各位放心。我今天只講兩個

點，今天很榮幸來參加評論，整個過程中也學習到非常多，非常感謝模擬法庭的合議庭與模擬法庭的檢辯雙方，能夠讓我有這個機會觀察與討論，收穫非常的大，模擬法庭也執行得非常好，可以發現很多值得再進一步討論的議題。

我今天只想針對條文講兩個事情，承如前面先進有講過的，我們的國民法官法上其實只有四個條文，也就是第 89 條、第 90 條、第 91 條、第 92 條，第 89 條、第 90 條都在我今天想要討論的範圍之內，剛好前面的先進都已經很詳細的討論過了。我不知道各位一剛開始看國民法官法第 91 條、第 92 條的感覺是什麼，一開始看國民法官法第 91 條的時候，可能會覺得它就是一個宗旨、意旨，就跟國民法官法第 1 條的原理是一模一樣的規定，就是重申要本於國民參與審判制度的宗旨，但我認為它不是，它不是一個形式上的規定，而是一個具體發揮實際上作用，甚至達到可能會有造法程度的政策設定，而我認為這樣的設定是合理的。

從這次高等法院模擬法庭的判決來看，也確實彰顯了這個作用，所以在這一點上我給予非常高的肯定，如果各位看判決書的內容，會發現多次從這一個條文中，導引出應該要去發揮的原則。我今天想特別講的是國民法官法第 92 條第 1 項但書的規定，就是「關於事實認定，原審判決非違背經驗或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷」的概念。這個條文很有意思，因為我們在觀察的時候，評論員看了準備程序、審理程序，還有今天，宣判我們就沒有來觀看，我們在看的過程中或私底下討論等等，很有趣的我們都注意到一個現象，就是似乎在模擬的過程中，檢辯雙方並沒有去討論經驗法則跟論理法則的定義是什麼，還有原審判決，到底哪裡有可能違反經驗法則或論理法則，這件事情是我跟幾位評論員都覺得很有趣，就是為什麼不討論，因為只有四個條文可以用，裡面還有一些條文顯然跟這個案件沒有直接相關，例如國民法官法第 89 條之國民法官資格，那個部分在這個案件不是爭點。除非國民法官法第 92 條第 1 項但書的前提不存在，就是本案無不爭執事實，也認為原審判決認定事實都是對的，不然要爭執的話，唯一的機會就是經驗法則跟論理法則，

就只有四個條文，但是大家卻沒有使用，我覺得蠻有趣的。後來有法官先進，就是我詢問的一位法官，他們都跟我說覺得奇怪，為什麼不討論經驗法則跟論理法則，而檢辯雙方先進的意見就不太一樣，有些人認為應該討論，有些人則認為因為經驗法則與論理法則，似乎在之前多年的司法實踐中，不是一個非常具體的東西，所以實務上認為主張經驗法則與論理法則是沒有什麼用的，可能因為這樣而放棄主張。但這個概念我覺得很奇妙，因為就算經驗法則與論理法則是虛無飄渺的，舉個例子來說，證券交易法第 171 條第 2 項規定，提到以操縱市場、內線交易等，如果不法所得超過 1 億元，最輕本刑是 7 年以上有期徒刑的罪，我們也知道犯罪所得很難算，但是實務上也不會因為很難算而就算了，反而檢辯雙方會因此強烈爭執。如果照這樣來說，今天在國民法官的審判之中，要斟酌上訴審關於事實的認定，條文就是只有給你違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決，作為撤銷理由的時候，似乎應該是要從這個點上特別去討論，所以這個點上我覺得是非常有意思的。

各位看判決書，基本上我想回應了條文上的要求，也就是我剛剛講那個要點，各位如果看判決書的第 2 頁，就是在國字大寫的一理由的地方，提到上訴審查的法律依據，這邊寫了三大段，光是經驗法則、論理法則的概念就出現四次在這三段裡面，後面在判決理由分析的地方，從第 11 頁到第 17 頁，全部都在講原審認定的事實，有沒有違背經驗法則與論理法則，這是佔整個判決中最主要的篇幅，事實上也是我們在觀察的時候，發現檢辯雙方爭執最多的地方，也就是原審事實認定是他們認為有問題的。所以在這個意義上，我想對於高等法院的這個判決給予高度的肯定，就是此判決確實呼應國民法官法第 91 條、第 92 條的審查原理，本於條文的要求，去審查原審判決是否違背經驗法則或論理法則，只是在檢辯雙方的討論過程中，這個點似乎沒有被突顯出來，我想經驗法則與論理法則確實如同一些先進覺得說，好像不是一個非常明確的東西，不過坦白講，這兩年其實已經講蠻多的論述在討論這個，包括最高法院的吳燦院長，7 月底、8 月時候在司法周刊上，連續連載了三天在談什麼叫經驗法則、論理法則，

很多的學者都有在討論這個議題。所以我在想，這個議題或許會透過國民法官法的實施，還有條文上明文的規定，把它進一步的再具體化，我想這件事情是好的，這是我要講的第一點。

再來我要談的第二點也是最後一點，在判決第 2 頁最下面、第 3 頁最上面裡的判決提到「無害違誤審查原則」，基本上是引自最高法院 100 年台上字第 5504 號判決之意旨，對於這個原則我想講兩件事，第 2 頁的最下面有提到是美國法的明顯錯誤標準，那我想講的應該是這個「無害錯誤（ Harmless Error ）」的法則，但是這個「無害錯誤（ Harmless Error ）」法則，是不是等於是第 3 頁上面講的最高法院 100 年台上字 5504 號判決的意旨呢？個人的觀點認為這兩個好像不完全相同。那什麼是「無害錯誤（ Harmless Error ）」呢？各位可能或多或少都聽過，就是原審判決的錯誤，如果不顯然影響到結果的，那上訴審就應該放過去，就應該認為沒有。今天美國 Seton Hall University 的法學院教授 Margaret Lewis 在場，我之前跟她聊天，她就提到她上課都講什麼，我就說我要用她這個例子，這個例子很好。她說就跟棒球比賽一樣，棒球規則是三個好球就三振，四個壞球就保送，今天在兩好兩壞的情況之下，投手再投一個，但是這球裁判沒有注意到，裁判判斷錯誤，他認為是壞球，但是事實上應該是好球，但是裁判就是沒注意到，然後再下一個球是好球，就三振出局了。這個時候我們就說兩好兩壞的情況之下，第三個壞球裁判是判錯了，那裁判判錯是不是影響結果呢？沒有，他無論如何會被三振，最後還是因為一顆好球被三振，在這樣的情況之下就是我們講的「無害錯誤」。

所以「無害錯誤」事實上是一個足以影響判決結果的錯誤，但如果只有談到這裡，就會覺得 100 年台上字第 5504 號的判決好像就是在講這件事，但我認為不是，原因在於這個在美國學理上有一個說法我很喜歡，稱之為「Professional Psychology 」，不是職業心理學，而是同業心理學，這是什麼意思呢？就是法官在審查原審判決的時候，他所持的心理狀態是什麼，那我覺得要深切的認識到這點其實很難，我們要知道審判者所運用的工具，包括你是上訴審法院的時候，

原審所運用的證據法則這些，其實不可能是完美的，所以審判制度也不可能是完美的。然後要清楚的認知到，上訴審是很難知道一審是怎麼得到那個結果的，特別是一審是國民法官法庭作成判決的情況之下，因為整個脈絡是沒有的，而且那個脈絡跟刑事訴訟的二審審查一審不一樣，因為刑事訴訟的二審、一審都是職業法官作成的判決，也可以說我們是基於相同的訓練、相同的學習背景，我們能夠得到應該一致的結論。但是當加入了六個國民法官，形成國民法官法庭之後，這個假設會不存在。這也是為什麼，一直以來在刑事訴訟一般的三審，有學者主張應該要導入「無害錯誤」法則作為審查標準，我個人對此其實沒有特別的意見。但是我認為在國民法官法庭的上訴審，應該要導入這樣子的概念，原因是在於它完全符合美國在講「無害錯誤」法則概念的時候，說的這種情況就是二審真的不知道，你真的很難知道一審脈絡的形成過程是什麼。事實上到底該怎麼判斷「無害錯誤」，我這邊再舉出幾個點給各位作為參考，但是它須要更細緻的論述，那顯然不是我在 10 分鐘內能做得到的。

上訴審的任務在於判斷原審錯誤有沒有影響審判結果，其他的技術細節、疏失都應該要略過，一個爭點是不是錯誤，要用全案的脈絡來判斷，上訴審不應該認為是在找審判應該要怎麼判才是正確的，上訴審也不應該認為，我去判斷證據、審判結果到底原審對不對，而是純粹去看例如像剛才的好球、壞球的例子，原審的錯誤是不是影響到審判結果。

最後一點雖然在這個案子中沒有發生，但是未來一定會有，上訴審可能要避免套用過去案例裡面的一些抽象事實，例如最高法院之前作過的判決等等，然後用這個標準把它抽象化來審查原審判決，因為這樣就脫離了一審國民法官法庭所作成判決的脈絡，以上就是我 10 分鐘的報告，謝謝。

陸、評論員顏助理教授榕評論：

李院長、各位評論員、各位法壇先進，大家好，我是顏榕。今天主要就證據調查的部分跟各位做一些心得分享。首先要非常高度肯定

加入模擬法庭的審檢辯三方，其實看得出來大家都花了非常多的時間，在過程當中也讓我們學習到很多，也意識到我們將來在國民法官的二審當中，會面臨很多的問題。我今天準備 4 頁的資料，10 分鐘內我盡量把握時間。

第一點也呼應前面評論員所談到的，其實我們二審條文只有短短的四條，在我們整個二審的構造之上，同時有續審制也有事後審制的部分精神條文範例，續審制的部分包括我們承認一審的證據能力，以及已經調查過的證據，同時我們也承認部分的新證據可以進來；事後審的部分，特別在剛才有提到的國民法官法第 92 條 1 項後段，經驗法則、論理法則是要求二審法院，以事後審的精神去看原審法院到底哪裡做錯了，我們同時有這樣的性質在二審當中，這是一個非常大的挑戰，因為我們的國民法官法其實跟我們的刑事訴訟法有非常大的落差，包含卷證不併送、卷證併送，導致證據調查的方式也產生了很大的差異，那這是在進入證據調查之前，想要先說明二審其實是一個很複雜的構造，跟以往的部分不同，也跟我們習慣的覆審制構造是不一樣的構造。

在我的書面的第 1 頁跟第 2 頁，首先提出一個證據構造，這個是希望將來在國民法官一審當中，檢辯雙方可以有比較明確的證據構造說明或是概念。因為我們一審國民法官法庭是卷證不併送的，大家會看不到卷證，這個我先前在課堂上講國民法官法，學生在聽了我整堂課之後，他問我說「老師，請問法官看不到證據，他怎麼來判斷？」學生很純樸的疑問，那我想這個也呼應了我們第一線實務工作者一個很大的挑戰，我們看不到證據但是我們要判斷。這件事情的前提，可能是有賴於檢辯雙方對於證據構造，更明確的指出我到底要證明什麼，這些證據對本案有什麼重要性，可能我們過去比較習慣是停在證據跟間接事實的說明，但是間接事實跟最後的主要事實之間的重要性在哪裡，可能須要將來更多的說明跟主張，這樣讓一審更容易判斷，這也影響到二審，因為我們在二審當中，對於證據調查准駁我們也要進行，二審法院沒有辦法迴避這件事情，一審的證據調查是否合法，我們要來判斷。

在這個模擬法庭當中其實突顯了兩件事情，這個也跟剛剛幾位評論員講的有點相關，第一件事情是，已經聲請過的證據原審駁回了，這個是原審對於證據的准駁，這是在第 2 頁的第一個部分，這個部分是新的證據，我覺得這兩件事要拆開來看，已經在原審聲請過的證據，原審做出了准駁，二審這時候要看的是，原審的准駁是不是合法的，這是證據法則的適用，這是法令適用是否違誤，這是第一個部分。完全沒有聲請過證據，在二審法院重新提出聲請，這個要回到國民法官法第 90 條的部分，來看看是不是符合新證據的部分，我覺得這兩個應該要拆開來看。那在我們的制度上，我自己因為在日本念過書，日本的這個部分，蠻多的問題是在一審的聲請調查當中，辯護人聲請但是被一審的法院駁回了，他認為沒有聲請調查的必要性，這時候在二審，辯護人再次聲請，我想說這個證人 A 一審不給我聲請，我二審想要再次聲請，這樣可以嗎？這時候會用到什麼樣的證據法則，這個時候二審是要去判斷一審駁回證人 A 這件事情，在證據法則中是不是合法的，有沒有符合必要性，或這個證人在本案當中到底佔據什麼樣的角色，是不是過度的侵害被告的防禦權，這個是二審法院要去判斷的，這個不太是在新證據的判定標準上所應該適用的，所以我覺得這件事情應該要分開來看，這是第一點。

第二個部分在第 3 頁跟第 4 頁，第 3 頁主要是我對一些上訴聲請的待證事實跟本案的關聯性，我覺得比較不明確，或許更加明確的話，可以讓二審法院更好判斷一審的准駁是否合法。誠如剛剛幾位評論員所提到的，其實二審是要站在事後審角度，要站在一審的立場，來看看這個證據的准駁是不是合法的，一審看不到卷，看不到證據，所以如果你以二審看到卷了才來判斷，這樣其實對一審的判決不是一個公平的立場。所以待證事實的更加明確，會幫助二審站在一審事後審的角度，來看這個證據的准駁是不是合法。

最後在第 4 頁，我想要提到的一個部分是，對於怎麼樣來聲請證據調查，二審要怎麼樣來處理，我們的一審是卷證不併送，所以法院在看不到證據的情況下，要決定我要准駁這份證據，在二審上訴審當中，卷證已經不是不併送了，而是卷證會全部進到二審來，這個

時候如果雙方要聲請新的證據，這個東西若是書證，應該要先提出給法院，讓法院提出來調查嗎？還是我們應該要回到如同一審的架構，由檢辯雙方聲請然後讓法院先做准駁之後，我們再進行由檢辯雙方、由當事人雙方提出證據這樣的調查方式？這個我們的條文也沒有很明確的規定，我們比較的對象是日本，日本沒有這樣的問題，是因為他們的二審是準用一審的規定，他們一審本來就是卷證不併送，他們的二審沒有類似我們這樣的問題，他們還是由雙方來做出聲請，讓法院來進行准駁。

像我剛剛舉的例子，證人 A 在一審被駁回了，二審的時候再聲請一次，這時候也是一樣，法院在沒有接觸證人 A 的這個情況下，要決定要不要聲請這個證人 A 的部分，如果是另外一份書證甲，甲在一審法院被駁回了，二審中再次來聲請，這時候二審法院也不會先看到書證甲，他一樣要先就檢辯雙方提出的理由來做判斷，他認為一審不調查書證甲很有理由，我直接駁回，這個甲不會進入調查程序，如果他認為這個書證甲很重要，這是跟被告防禦權非常相關，可能涉及被告的不在場證明，他覺得這個基於保障被告的必要，我有例外要調查的必要，這時候把它納入了，他先做了一個決定，我要調查書證甲，讓這個調查進入到二審當中。所以我們到底將來要採取什麼樣的調查模式，這個非常的仰賴二審將來的造法，那也呼應剛剛幾位評論員講的，因為我們的條文真的太少了。所以二審其實要在實務中發展出非常多的價值決定，我說的價值決定當然包括這一點，但是這個不是最重要的，最重要的是我們將來二審到底要偏向續審制，放寬實質調查，做事實認定，還是我們要朝向真的像三審這樣的事後審制呢？這個問題大哉問，我覺得我們困惑、我們沒辦法解決這件事情非常正常，因為日本對於這件事情，他們困惑了非常非常多年，包含裁判員裁判施行之後，這件事情反覆被提及，學者的意見沒有統一過。到底我們要持續的開放事實調查，成為一個事實審，我們擔負這樣的角色，還是說我們要盡量的收縮，盡量以事後審的精神來看待一審的判決。這件事情這邊只是拋出一個疑問，因為這個價值判斷或許在我們將來實務當中必須去面對，尤其是我們的國民法官法第 91 條，第 91 條給了

我們一個非常寬廣的條文，尤其是尤伯祥理事長有提到，就是如果直接是刑事訴訟法第 380 條的話，這個嫁接上、法律適用上，或許會有些問題。那能不能透過第 91 條來完成這個嫁接上的問題，可能不一定正確，但是或許是一個可以去思考的方向

最後其實我要回到卷證調查的這個主題之前，我們對於二審的期待到底是什麼，對於國民法官法庭的一審判決，我們要做怎麼樣的價值判斷，最後我個人有一些相關研究，我覺得當然國民法官法庭制，國民參與很重要，這是國民主權的彰顯，但是最後最後我想無罪推定定原則會是對於被告的保障，因為被告還是這個判決中最受影響的人，對於被告的防禦權，或是正當法律程序的影響，我想不會因為是國民法官法的案件而受到影響，應該要給他的保障，包含無罪推定等，這個在國民法官法庭，尤其是二審上訴審中，我想不應該被放棄，這個是我最後一點補充，謝謝大家。

柒、檢察官代表心得分享：

邱檢察官智宏：

李院長、各位評論員及在座各位先進、各位學長姊大家好，我是高檢署檢察官邱智宏，這次很榮幸很高興有機會代表高檢署來參加高等法院所舉辦的第二審模擬法庭的演練，在這過程中我個人也學習到很多，收穫也很豐富，特別感謝審判長以及兩位法官做了很精緻的審理規劃，讓整個審理程序進行的非常有效率，也特別謝謝我們可敬的對手三位辯護人，非常盡職的在為被告辯護，雖然這過程中在我們論告時有幫我們出了三個狀況題，可是我覺得也是提供我們檢方一個辯證及闡述的機會，我個人參與這次演練，我提出兩個部分的心得跟觀察：

1. 關於調查證據的部分，其實這部分在座剛剛的評論員也談了很多，就是關於90條所謂的新證據，包括在一審檢察官已經提出聲請，但是被駁回的證據，我想在高院這次模擬判決裡面已經立下一個里程碑，對於將來這方面的操作，我想初步已經找到一個答案，可以給將來如果施行國民法官制度時一個很重要的參考。

2. 我們在演練過程中發現了一個很關鍵的問題，在一審檢方出證時採用統合式偵查報告的問題，剛剛幾位評論員、幾位先進也有觸發到這個問題，因為一審採用統合式偵查報告出證方式，我想一方面剛剛幾位先進有提到了，就是法官判決裡面有處理到的，檢方已經交付了電子卷證，裡面包括勘察報告還有一些現場的照片，但是因為統合式偵查報告的關係，所以並沒有一一出示，這樣算不算在一審已經經過合法調查，這是一個法律上面適用的疑義及在程序上會產生的疑惑。

另外一個從檢方、從追訴者的角度來觀察，因為國民法官制度是卷證不併送的，經過這個統合式偵查報告的整理修飾之後，國民法官還有職業法官其實沒辦法接觸到這個卷證的全貌，所以對於國民法官和職業法官在做事實認定以及量刑時，能不能在一個充分資訊的情況下做出適當的判斷，我覺得從二審的角度來觀察，會認為這部分是不是也會有所影響，但我不曉得這部分當初一審的考量的理由是不是怕國民法官覺得案卷太複雜，一時沒辦法在短時間內吸收，或者是怕國民法官受到太大的刺激，可是有一句話叫「有一種冷是媽媽覺得你冷」那是否有一種刺激是你覺得國民法官會受到刺激，但既然國民法官制度建立起來，進到我們真實案件裡面，就是會有這些卷證需要再全盤的檢視，到底以後要怎麼樣去操作這種統合式偵查報告，在調查證據方面及出證方面，怎麼讓國民法官或職業法官能夠了解證據的全貌，我覺得這個值得我們將來想辦法去找到方式來解決，剛剛尤理事長提出來的高見說應該參考國民法官制度比較多的當事人進行主義的色彩，所以應該準用民事訴訟法的操作方式，但是從另外一個角度來思考，我們這個訴訟畢竟還是刑事訴訟制度，它裡面就會有相當高度的公益色彩，適不適合比照民事訴訟這種示意，雙方協商之後，我們給國民法官所看到的是高度修飾之後，不是全貌的證據，讓國民法官在經過修飾整理之後的證據之下做判斷，這樣會不會影響他們事實認定、影響他們量刑，我覺得這部分也值得我們再考量，以上是我個人一些觀察跟心得。

陳檢察官孟黎：

主席還有在場各位先進、長官大家好，我是高檢署陳孟黎檢察官，我就沿用前面邱智宏檢察官的前言，我就不問候大家了，我們在二審國民法官的制度裡面，我們看到的是什麼，如果我們來比照國民法官的審理跟一般的案件的審理，會發現有什麼樣的不同，我們以這個案子為範例，我們看到的是爭執比重的不同，因為國民法官的案件會分為爭執事項跟不爭執事項，不爭執事項是要用統合偵查報告書來出證，剛剛評論員尤理事長甚至講「這個是可以不必調查」，那麼如果反應在這個案件裡面，被告手段之兇殘，這部分沒有爭執，因為媽媽被打死了，是不是就不用調查？所以調查的資料大部分就圍繞在「被告到底是不是一個孝子」、「被告是不是一個長照悲歌」等等的，充斥著整個審理的比重是失衡的，這個在一般的職業法官的案件裡面是不可能發生。

另外我們在審理中有講到一審有違反刑事訴訟法第 288 條第 3、4 項調查順序的問題，這個問題當然很複雜，所以我們覺得在二審的模擬判決裡面，你也很難呈現出來，這個我們了解，但是就是因為這樣的混淆，老實說在不爭執事項裡面，就像剛剛評論員張發言人可能講到了，如果你二審的新證據是要現在什麼程度，那麼一審的不爭執事項，可不可以把不需要嚴格證明的，王志明為了照顧媽媽而沒工作、有所謂大陸新娘的這些事情，可不可以列在不爭執事項，所以我們就可以看出這整個國民法官的審理比之一般的訴訟程序有所謂的比重失衡，一般的案件應該都是在調查被告手段兇殘的程度，這個案件到底應該要怎麼樣去進入犯罪事實本體，但是本案之中，比重失衡了，還有混淆應該嚴格證明跟不必嚴格證明的論罪證據跟科刑資料整個也被混淆了，我們覺得這個部分有點複雜，我就不在這裡細講。

另外也是呼應剛剛邱檢察官講的，就是除了統合偵查報告書以外，所謂的刺激性證據，我們知道從大處著眼，我們整體社會對國民法官制度期待的是什麼，國民法官法庭裡面播放的電影，也就是個案中的證據資料，到底應該是真實的電影還是保護級的電影，真實的殺人案件必定是暴力級、限制級的，但是對於這個電影，我們到底要的是國民法官公正的審判，還是要把限制級電影裡面的人剔除？我們到底要

把不適合看限制級電影的人剔除，還是反而去把電影修改成保護級而不能夠呈現真實，我們認為這個是一個必須要突顯出來的問題。

越檢察官方如：

我這邊提一下我們最後講的證據呈現的問題，剛才有評論員提到「如果是統合報告，如何去符合刑事訴訟法告以要旨宣讀的要求」，事實上在美國陪審團的案件裡頭，他們出證的方式通常是詰問證人，由證人帶出證物，這是一個正統的方式，理論上我們進行國民法官審理案件也應該是這樣子，但是在我們目前操作的情況來看，會發現我們好像並不熟練這一塊，在本案裡有一些該傳的證人其實是沒有傳，所以有些證據就變成會被切割成一塊一塊的，本來一審我們說服的對象是國民法官，二審我們說服的對象是職業法官，兩個面向不同，我們因為在二審，我們其實本來事後也不需要有那麼多的表現，不過，從傳播者的角度來看，將來我們要說服法官，不管是職業法官還是國民法官，因為他們沒看到卷，視覺化是很重要的，所以將來我們會有一些投影片、道具出現，但是我們這一次在論告中使用道具就被異議了，但是論告依刑事訴訟法規定是不能異議的，異議只有在詰問時，對證人或鑑定人的問題或回答表示異議，所以論告中的異議是不太合法的，法官的處理卻是停了一下，請我們變更方式，我是建議下次再有這種情形，應該是由法官暫停程序，請辯護人跟檢察官到桌邊說明一下為什麼要這樣做，再做一個比較適合的處理會比較好，尤其在有國民法官在場的情況下，以免干擾國民法官，這是我們的一個建議。

最後，在這次的模擬法庭，我們這次都是精選的辯護人，也有比較資深的檢察官，檢辯是精銳盡出，但是在日後真實的案件裡，因為案件本身的特性，未必每個案件被告都可以找到這麼好的辯護人，這件事情我我個人希望司法院能夠規劃，它可能不是目前法律扶助的制度所能處理的，可能要預先的因應，我們希望國民法官的制度能夠更好的保護被告以及被害人。

捌、辯護人代表心得分享

辯護人劉律師佩瑋：

各位先進大家好，我是模擬法庭的辯護人劉佩瑋律師，因為我們其他辯護人也會發言，所以我盡量簡短一點。就本案而言，我想討論的是兩點：

1. 也是剛才評論員都有講到到底新證據調查的範圍是什麼，我稍微看了一下花蓮高分院、台中高分院他們已經進行模擬法庭案件，沒有討論到新證據調查這塊，但這塊其實是這個法庭非常重要的重點，因為辯方這邊一直在爭執的兩點，第一個就是原審聲請調查，但是沒有經過合法調查的證據，還有原審聲請調查，但在一審準備程序駁回的那些證據，到底在二審時要不要經過 90 條第 1 項但書的檢驗才能進行調查，這部分剛剛評論員都有發表意見，我這邊可能稍微提一下其他意見，也就是說如果照這個判決的方式，認為這些證據都不是新證據，不用通過第 90 條第 1 項，它是屬於舊證據，法官只要就調查必要性去審酌的話，可能會產生的問題是我們一審的國民法庭時，其實檢辯雙方提了非常多證據，可是法庭這邊會要求要慎選證據、最優證據，如果依現在這個判決見解，我覺得檢辯雙方可能對於慎選證據原則或是最優證據原則，可能就不會這麼遵守，會想說在一審時就盡量塞證據進去，反正一審法院如果駁回，二審其實這些證據都可以再進入法庭重來一次，所以我個人的法律見解會覺得這些證據只要沒有經過國民法官法庭調查審酌，其實到二審都應該要適用第 90 條第 1 項的但書，去經過一些比較嚴謹的檢視，再來讓二審法庭進行調查。
2. 是程序上的問題，在二審程序中雙方要聲請調查的證據，應不應該附在書狀後面先給法院看，因為這可能是實際進行時檢辯雙方會有的疑問，我們現行的刑事訴訟法，其實檢辯雙方要請法院調查什麼證據都直接附在書狀後面讓法院看，法院再決定要不要進行調查，我們這次模擬法庭的二審也是這樣進行的，所以我們在準備書狀裡面，其實都把一審法院駁回的證據都附在書狀後面，讓法院做裁決，可是這邊可能會有的問題是，如果國民法官法庭一審時，他們在準備程序其實是看不到證據內容的，因為為了避

免預斷，當時是看不到證據內容的情況下，做了證據能力的裁決，現在在二審是不是一開始檢辯雙方也不應該先提出證據，等到法院依雙方的主張做了裁示哪些證據要進行調查之後再附上證據？因為剛才顏榕教授有提到，我自己實際經歷的過程有些疑惑，所以想提出來給大家參考，謝謝。

辯護人戴律師紹恩：

院長、各位評論員以及在座各位先進，我是本次模擬辯護人戴紹恩律師，借劉律師剛剛說明，我這邊幾點是代表辯方表示我們的心得，或者也可以說是辯方對於這個制度在未來運行上的一些期許與期待，主要兩個面向：

1. 在本案最重要的證據調查部分的爭執，大家應該可以看得出來，辯方的立場是認為跟合議庭判決呈現出來對於國民法官法第 90 條的解釋，尤其新證據的認定上是不太一樣，也因此在這樣的攻防上，辯方採取的策略是試圖去嘗試第 90 條的每一款的各款的事項，究竟這樣的嘗試能不能在模擬法庭上完全成功，這是可以予以討論，我們辯方當然也瞭解在模擬的框架下，有些證據調查是難以實質進行的，但是從辯方在協助模擬案件的運行上，其實辯方是面臨一個實際上很艱難的案子，我想未來在施行後，也一樣會遇到在證據上，對於被告方是相當艱困的問題，辯護人如何在國民法官制度為被告在一審的狀況下，有利的進行出證以及調查，這個狀況很容易就會受到檢方的挑戰，因為檢方依據他的職責，對於辯方試圖提出的證據，當然會加以挑戰，但就如在審理跟準備程序中多次辯方強調的，就是辯護人沒有法定調查權的狀況下，很多證據會因為檢方的挑戰，造成一審合議庭去排除，但是這個排除其實很多，諸如本案的學術文件、報導或是量刑證據，這是我們辯方認為需要讓國民法官知道的證據，在這個情況下，其實我們辯方會希望除了原審的證據能力及調查必要性的考量以外，還要考量的一點，是這個證據如果進入國民法官的視野，國民法官的審理會不會有所不同，因為就如本案最明顯的，精神

鑑定報告的例子是對被告不利，在我們現在諸多的案件當中，其實要去挑戰一個不利的報告，已經是非常的困難，通常法院如果認為這個報告不可採，它需要透過其他諸多的客觀事實、事證，才去挑戰這個報告，在國民法官案件當中，要做到這件事情談何容易，尤其是在二審的狀況下，因此我們認為辯方原本被剔除的證據，在國民法官進入視野當中，也許會改變他們包含刑法第19條來自於量刑上面的認定。

2. 對於二審如何去對一審判決，包含事實認定以及量刑的審查範疇，或者是檢視的觀點，我們非常可敬的對手也是3位非常資深的檢察官也注意到了，認為在本次模擬當中，好像在長照悲歌的比重上，比起犯罪事實的調查，來得輕重失衡，實際上這種狀況，確實有這樣子的傾向，我說的傾向是指在檢辯雙方一審、二審的交鋒上、主題上的競爭以及競逐，但是實質上我們從一審判決的認定上可以看到，雖然國民法官與一審職業法官有將這些背景的前提事實納入判決事實的原因考量當中，但是在量刑的第57條各款事由的認定上，也許我們沒有非常具體的一一指明各款到底如何認定有所偏誤，但是從對照一審的犯罪事實以及最後量刑因素的比重、比較上，我們可以看到，他其實是認定不完全一致的，這其實是連結到辯方在二審提出希望做量刑前社會調查這個請求的問題，這個部分辯方的觀點是認為，確實本案是沒有論罪到死刑的部分，但是就如我剛剛所說，辯方試圖為被告在國民法官法庭提出的證據，很容易被檢察官挑戰，而且通常可以挑戰成功，在這樣的狀況下，又為了要踐行刑事訴訟法以及國民法官法合法的量刑調查、量刑辯論的程序上，辯方通常會喪失很重要的關鍵材料以及證據，我們認為無論未來的案件上有沒有觸碰到死刑這個狀況，在國民法官體制框架下，都應該去准許，或甚至有檢察官在偵查中就對被告進行量刑前社會調查，以彌補量刑調查程序上，辯方無法定調查權的困境，以上是辯方的心得，謝謝。

辯護人鄭律師嘉欣：

院長以及各位先進大家好，首先非常感謝高院舉辦了這場模擬法

庭，讓我們有機會實際實驗國民法官法在未來二審上訴審的程序，當然也非常的感謝檢察官這麼可敬的對手，其實我實在不敢說對手，因為在場一位是我在學習期間的老師，兩位是我在地檢署服務時的同事，其實實在非常的心驚膽戰，多有得罪還是在此跟三位檢察官致上敬意與歉意。

剛剛有關於辯方的意見，兩位辯護人都已經做了說明，我大概就只有補充一點，就是這件事情從一審到二審在國民法官模擬時，都會被提出來討論的，也就是不論是在辯論的程序或是在一審時的開審程序當中，到底有沒有得以異議的權利，剛剛我的老師越檢察官也提出了同樣的疑問，就這一點，先前在諸多的討論當中，司法院的邱鼎文法官也曾經為文討論到，因為在國民法官法當中，審判長在進行訴訟指揮時，必須要有防止國民法官產生預斷偏見這樣的義務，因此當出現這樣的情形而審判長未予以制止時，檢辯雙方是可以依據刑事訴訟法第 288 條之 3 的規定，向審判長聲明異議，這是對於審判長訴訟指揮的聲明異議，也是對於審判長喚醒或促進，應該要為公平的審理或訴訟指揮，或是予以制止的請求，跟我們在證人的交互詰問當中，所謂的異議其實是不太一樣的，但是因為這個異議權並沒有在國民法官法當中被規範，以致於我們在行使這一項異議的權利時，當然就會經常性的受到質疑，當然也有可能會因為法無明文就遭到駁回，就這個部分還是提出來，是否在未來有關於不管是國民法官法當中的開審或辯論，甚至到了二審上訴審當中，是不是也同樣應該要有一個權利上的規範，或是到底該怎麼樣去適用，就這個部分也提出來就教於大家，謝謝。

玖、合議庭代表心得分享：

吳法官勇毅：

院長、各位評論員及各位來賓，因為時間的因素，這個階段就由我代表合議庭許永煌審判長、呂煜仁法官在這邊作一些簡短的發言，首先要先謝謝院長為首的行政團隊給我們審判業務帶來的支援，透過這個模擬法庭，發現問題是最核心的需要性。

我們去檢視現行國民法官法的制度，它改變了本來二審全然覆審制的結構，朝向原則上是事後審的精神去設計，在整個模擬演練的過程當中，從準備程序到審理中，我們到底應該要提示哪些證據、它的範圍在哪裡，一直到後段有關判決製作的部分，都可以看到這種訴訟結構的改變，對這幾個重要審判環節的影響，我舉準備程序的例子來說，剛剛各位評論人還有檢辯雙方其實也都討論到一個問題，就是一審駁回的證據到二審再行提出，這到底算不算是國民法官法第 90 條第 1 項但書所講的新證據，在本案成為很重要的爭點，我的判決中也花了很多的篇幅去論述這一塊，剛剛大家也都提出了不同意見，其實這個問題我們在準備程序之前，在事先做評議時就已經有發現這個狀況，到底我們要不要認定是第 90 條第 1 項但書的各款情形，因為如果是的話，我們就得說明它符合或不符合第幾款，要說出原因，但是後來又覺得這樣的證據似乎不能夠用新證據的角度去觀察，基於國民法官法第 4 條，適用刑事訴訟法的結果，是不是我們應該要單純的用調查必要性的角度去看待，可不可以在二審重新聲請調查，當時準備程序合議庭這邊並沒有很明確的心證，不過我們都有一個共識，就是無論是哪一種見解，即便是第 90 條第 1 項但書的情況，最後都是講說「有下列情形之一而有調查必要」，換言之，不是符合該幾款的情形就應該被調查，它最後還是必須要進行調查必要性的認定，所以不管是肯定或否定的見解，都得回應這個問題，就是這些證據到底有沒有必要在二審重新調查，如果我們確定有調查必要性，當然就會認為應該要調查，這時在準備程序時，各位可以看到，我們經過合議庭評議之後，作出了有關調查必要性的裁示，辯護人最後問我說，希望將來不管是審理程序或是判決中，我們可以具體的交代，到底是適用什麼法律規定或是第 90 條第 1 項但書的哪幾款，來認定有調查必要性的結果，當然我們最後在判決中，做出了我們此次的論述，就教於大家，讓大家繼續討論。

從這裡其實也可以看出一個狀況，就是我們平常二審的準備程序就是收下檢辯雙方對於上訴要旨、事實證據方面的各該主張，也許外界看來會覺得說法官在推責任，我們最後往往都會說這些爭執的事項

我們等到合議庭評議之後，再告訴各位我們到底准不准調查或是我們對這些爭點的認定結果如何，但是在國民法官法，我們都知道它的一審有很明確有關證據裁定的規定，換言之你必須要把有沒有證據能力跟有沒有調查必要性，透過證據裁定方式，在一審的準備程序終結前，你就要作成裁定，在這次模擬的過程當中，我也發現一審的合議庭，很細緻的針對每一個需要回應的問題在證據裁定中用相當充分的理由加以論述，所以在這個基礎上，就像我剛剛說的，一般的二審，我們會說等合議庭評議，可是如果我們不作成這樣一個類似於證據裁定的指示，就是這個案子我們容許調查哪些證據、不容許調查哪些證據、哪些證人該傳、哪些證人不該傳，如果我沒有在準備程序終結前，作出這樣的指示，可能到了審理程序，它會有很多的變數，會有很多突發必須要面對的問題，這樣是不是符合上訴審原則上是採事後審訴訟制度的設計精神，所以當然也因為模擬法庭的性質，我們作出了相關的證據裁定，不過將來真實案件的二審準備程序在終結前，到底應該要告知或是要裁示、評議出哪些事項，我覺得這一點是大家都可以再進一步好好討論的問題。

最後我簡單講一下有關判決製作的部分，其實國民法官法的上訴審，它已經不是本來全然的覆審制，所以對我們這些二審法官來說，關於判決要怎麼寫，我們就有一點卡關，因為各位都知道一、二審是有很明確的主文、犯罪事實欄，我們都是在覆審制的精神去闡述相關的判決理由，但是大家也可以注意到，真正的事後審、第三審，它是沒有犯罪事實欄的，可能我查的資料不夠完整，但是我看到日本的一些二審的裁判，它也是沒有事實欄的，到底應不應該呈現犯罪事實的部分，還是在理由的部分，如這次我們最後寫出來的版本，就是保留有犯罪事實欄的設計，但是在理由的論述中，盡量嚴守所謂二審事後審審查的精神，去論述檢辯雙方所提到的上訴要旨，而不是像現在一般的二審案件，就是證據能力、認定調查必要性，最後核被告所為，再講有關上訴有理由或無理由的部分，這個判決製作的結構問題，其實在將來真實的案件當中，也很需要在上路之前好好的充分討論一番，無論如何，就如院長所講的，模擬法庭最重要的功能就是發現問題，

我們真的發現了蠻多值得討論的議題，我盡量在判決中，想辦法找到段落，並把它放進去，希望引起各位的討論，如果判決因此太過冗長，也要請各位見諒，我們經過討論之後，才會知道哪些該論述、哪些可能大概已經有共識的部分，可以加以節省，以上就是我簡短的心得，謝謝。

拾、綜合座談

李院長彥文：

模擬法庭的功能就是這樣，問題是在實踐之間就浮現出來，浮現出來之後就有待大家一起集思廣益來加以處理解決，等到形成共識，不管是經由實務、學說、理論，最後形成共識，有統一的見解時，那就不是問題了，將來判決也可以不用寫那麼多，我看到這個判決後，覺得國民法官參審的二審判決要寫那麼長嗎，不過這些事提出問題，因為在新制度施行的開始，有必要把所有問題都羅列出來，將來一形成共識，自然就不必再說那麼多了，這個是模擬法庭的價值的所在，現在我們開始做座談交流，剛剛因為時間的限制，讓我們所有的發言人都不能夠暢所欲言、充分陳述，沒有經過完足的辯論，這個座談的時間可以稍稍彌補不足，我們開始座談交流。

呂法官煜仁：

院長、各位評論員、各位先進大家好，這邊只是要作一些補充性的陳述，就是有關於我們在評議過程中，因為很難得可以把法官評議的過程揭露出來。

首先，在這個合議庭裡面吳勇毅法官是做最多的努力，但是有些問題我們在過程中有提出一些討論，首先是就剛剛劉律師提到的有關於第 379、380 條的問題，就我個人的認知，我個人是比較贊同像顏榕教授講的，從第 91 條去詮釋出的程序法的一個適用結果，當然它會產生一個問題，就是第 379、380 條關於程序瑕疵的部分，這個在最高法院也只限於第 379 條以外的訴訟程序，瑕疵上無害錯誤適用的

問題，所以因此在第 91 條無害瑕疵錯誤這部分，到底有沒有包括到其他的範圍，這部分可能就是將來我們二審要處理的問題，但是這個最終還是要看三審審查的結果，所以剛剛劉律師有提到有關於證據提示調查的部分，這部分我們在合議庭的評議過程中有進行討論，就是有關於原審經合法調查證據的部分，第一個是在訴訟程序中要不要把它列出來，第二個是要不要再行一次調查程序，這部分可能就看將來三審會不會以這個為由來撤銷。

至於剛剛顏榕教授提到的關於二審調查方式，當初我們在評議時，我個人有提出一個比較少數的見解，就是我覺得我們的國民法官法在二審程序之中，基本上來講，沒有特別就證據調查方式去做處理，但是基於當事人這部分進行的精神，這部分有沒有可能準用到一審的證據開示，以及關於證據調查方式由當事人提出的調查方法，我記得在 10 月 22 日的法律座談會裡，其實有很多法院也提出這樣的看法，這部分可能也是一個可以發展中的議題，但是回到程序上適用的問題，就會回到我們到底要根據什麼樣的法律，來引導出這樣的程序法的適用，如果是從第 91 條來做這樣的發展，會產生的問題就是第 91 條這樣比較抽象性的原則，到底可以發展出多少的程序法，我們可以適用或類推適用的範圍，包括剛剛劉律師講的，民事訴訟法第 279 條適用的部分，所以這部分可能是我們當初在評議過程中所提出的一些問題跟想法。

至於關於新證據的部分，其實我個人本身對於二審的操作，我是比較贊同永宏學長最後提的那張最後的主題，就是我們針對所謂的訴訟程序事實違誤跟法律適用違誤建立不同的審查標準，就一審的證據調查必要性的審查跟二審新證據是否記錄，做這樣的區分，並且適用不同的程序法則，永宏學長確實精確的點出第 420 條跟新證據不同的範圍，但是這也是一個疑問的點，如果我們在這邊的新證據解釋跟這個地方是不一致時，將來新證據就會到再審這個地方去做處理，這樣的話，其實再審這個部分，我們比較擔心的是，因為判決有最終性的問題，如果通通跑到再審去時，將來對於案件的確定性、浮動性影響會比較大一點，這可能是將來要去處理的範圍。

剛剛有提到有關異議的問題，我個人想法是那個是第 288 條之 3 的問題，這部分的異議可能只是提醒審判長去做訴訟指揮，陳學長提到中間救濟制度，這部分也有做討論，但是因為我們並不像美國採不對稱的上訴制度，美國之所以會採中間救濟，最主要是因為檢察官對於無罪判決，理論上是不能上訴的，所以必須要透過證據裁定的中間裁定方式才能救濟他不得上訴的制度缺失，這到我國的法制上是不是可以完全沿用，這邊也有考慮到，將來包括訴訟程序的延滯，訴訟程序會不會過於冗長的問題，還有被告強制處分問題的配合。

至於剛剛永宏學長提到關於量刑的問題，我個人採用的標準是美國 18 USC §3742 ，它本身第 4 款規定中有提到，如果當我們的量刑是在一個沒有量刑準則的狀況之下，其審查標準就必須要是一個明顯錯誤，這樣才會構成所謂的撤銷事由，這部份可能要看將來量刑委員會制定的狀況怎麼樣，對於將來上訴審的量刑審查也會有幫助。

最後我要提到關於無害瑕疵錯誤的部分，其實美國的無害瑕疵錯誤，還有一個是明顯錯誤裁量的撤銷標準，我們往往只介紹無害瑕疵，可是明顯錯誤如何撤銷，倒是沒有處理，因為這邊可能是掉入到它不是所謂的無害瑕疵，這部分上級審要撤銷時，他還是有一定的裁量權可以行使，最後我必須要說，我們二審這次因應的問題，就是因為一審畢竟是模擬，所以大概證據篩選時會篩的比較多一點，這樣的話我們一方面要操作事後審，一方面又要想因為他有一審的特殊狀況，所以我想這將來在實務上的操作是不是一審在證據的排除上會排除這麼多，我個人是覺得不必然，以上是我個人做的一個補充，謝謝。

許前大法官玉秀：

我剛好在今年看了一場臺北地院的模擬法庭，不是這個案子的一審，然後同時也看到了高院的模擬法庭，是自從司法院為了推動觀審而舉辦模擬法庭以來，我第一次有資格參與這樣的場合，因為沒有被邀請就是沒有資格。感謝兩位法官的邀請，地方法院是林孟皇法官，高等法院是吳勇毅法官，他們讓我有機會來見習。

我第一個要討論的是判決，我很高興今天是法官自己針對判決提

出來問題，顯然其他人都沒有注意到判決格式的問題，關於判決的構造，吳勇毅法官集中在於事實欄要不要呈現的這個問題。司改國是會議之後，馬上就針對判決的製作格式，進行了至少好幾個月或者一年的討論，我記得彭幸鳴廳長當時也有參加（哦？她現在不見了），但是到今天好像沒有感覺到那些討論對後來的判決有甚麼影響。今天的判決看起來也沒有不一樣，尤其我最近多看了一些各級法院的判決，坦白說，沒有公信力絕對不是因為判決人民看不懂，是因為在專業社群裡面也不能被接受，判決中有很多專有名詞，人民看不懂，但是我們都看得懂，如果法律專業社群認為判決沒有問題，專業社群自然會去幫忙遊說，幫忙說服非法律人，那麼司法公信力也就存在，所以沒有公信力真正的原因是因為法律專業社群不信任，例如判決寫得十分的複雜而冗長，重要的不寫，寫的通通是不重要的，就這一點來說，吳勇毅法官不會這樣，向來在法官社群是有聲望的，我必須說這個判決工整，他對程序的主持，我的第一個感覺是穩健，不過光是工整的這一個標準實在是太低，所以尤伯祥律師給他這麼高的評價，我實在是覺得很意外。至於其他詳細的看法，我希望我能有機會和吳勇毅法官私底下，針對判決結構進行比較徹底的討論，因為一個被認為優秀的法官，他的判決廢話很少，沒什麼廢話，那也算交待得很清楚，但是這樣都能夠叫做很好的判決，那可見我們的判決需要檢討的問題實在是很嚴重，我必須這樣說。可是我相信如果吳勇毅法官已經有能力修正的話，那普遍全面改進，相對也就會容易一些，所以我希望以後有機會，能跟他進行比較仔細的檢討。

第二個我觀察的重點就是程序的進行，如果有人認為說，我們應該注意不要干擾到國民法官，我倒覺得這個背後是對於直接審理的不信任，所謂的程序的瑕疵其實在我國都是出現在這個地方，包括剛剛呂煜仁法官還有顏榕教授提到要不要證據開示這一點，如果還害怕的話，那基本上就是對於直接審理程序的不信任。直接審理程序才能保障程序公正，如果法官還在倚賴卷證、倚賴公開審理程序之外，在製作判決時，還有其他的程序的話，其他人民看不見的、不公開的程序太多，那就會製造很多讓判決被干擾的因素，為什麼要強調直接審理

？就是在大家看得見的狀況下，就能夠把事實說清楚，就把判斷做好，法官必須有這樣的能力，如果沒有這樣的能力，說句不客氣的話，你根本就不應該坐在那個位置，其實直接審理就是這樣要求的，我們到現在很多的冤案，又或者是很多的審判瑕疵，讓人民不信任，都是因為這個直接審理程序做不好。

另一件在台北地院的模擬法庭，我在那裡沒有時間講話，因為當時被一個非常不專業又不敬業的評論員，浪費了一個多小時的時間，今天的都還好、都還不錯。當時我又不是真正被邀請去評論的人，別人還有很重要的評論，我當然應該讓別人講話，所以沒有機會講。我對於北院一審程序的操作是非常不滿意的，然後因為準備程序我竟然沒有被邀請，如果認為重要當然會邀請我，所以已經可以看出邀請人不知道準備程序的重要，在直接審理的程序裡面，準備程序比什麼都重要，剛剛承辦的檢察官提到爭執跟不爭執事項的問題，其實主要就是在準備程序，法官必須很清楚的作成決定，什麼事要進入言詞辯論，所以其實準備程序在這種當事人進行的程序當中，甚至比言詞辯論程序更重要，因為證據能不能進入辯論庭，都在準備程序決定，那也是一個很重要的廝殺場所，如果會認為準備程序不重要，基本上就是對於直接審理程序的不理解、對於卷證不併送原則的不理解。如果重要證據在準備程序被排除，就沒有後續了，北院一審那個案子是法務部建議的，法務部一定認為那個案子沒有什麼問題才會選出來，但我很驚訝地發現，從頭到尾，作成有罪判決竟然只依靠一個證據，就是當庭看到被告揮了一拳，有目擊證人說被告在哪個位置，但那個畫面完全沒有出現，也沒有任何圖示，竟然法院也能夠作出判斷，我聽到很多國民法官說「真的覺得法官不容易，很佩服他們作判決」，法官聽了大概都很高興，想說終於理解我們的辛苦；但是我聽到這個說法是很害怕的，那句話意思就是說「證據這麼不足的情況下，怎麼你們都能夠作決定？」我們的判決，到現在是不是都是在證據不足的情況下作決定？這聽起來是非常恐怖的一件事，從頭到尾，我看起來是為什麼這樣可以證明被告是故意殺人？只有一個影片，而那個影片是完全不足夠的，其他的狀況都沒有調查，但是竟然在審理都不可以提出來，

顯然就是在準備程序沒有做好，甚至準備程序受到原案件審理程序的影響，因此準備程序就說「這個不能提、那個不能提」，因為原案件沒有調查的事項，在卷證裡面沒有，也不能在模擬法庭出現。所以在我看來，那是完全失敗的模擬程序。

這些情形都不會出現在二審，那為什麼要去提它？因為當一審的程序不嚴謹時，二審要踐行完全的事後審就難免會擔心，然後就會沒有辦法進行完全的事後審，就會造成整個制度的扭曲。

被蘇凱平教授稱讚的國民法官法第91條，其實是讓我很害怕的，那種規定方式，顯示立法者對整個制度的茫然無知、缺乏自信，因為根本就是一條空白授權的規定，那對踐行正當程序是多麼大的風險！

為什麼如何進行訴訟程序要寫得很清楚，就是要保障國民參審程序能公正進行，現在給法院這麼大的裁量權，讓法官有許多造法的空間，這是多麼可怕的一條規定！對這樣的規定稱讚有加，我實在不太知道為什麼。有可能是因為都還在摸索，如果沒有這條規定的話怎麼辦？是不是整個制度就沒有辦法運作？說不定你是基於這樣的原因，但是如果是這樣子的話，根本就不該立法，根本就不應該這麼草率，可能立法者完全缺乏自信，否則一個強勢的立法者、一個有自信的立法者，他一定會寫得很清楚，司法權要照我的意思運作，一定是這樣，他竟然寫出一個空白授權，這樣的規定其實是很恐怖的。

越方如檢察官講了一個我很喜歡的觀點，她說在某個階段，法官應該介入，找辯護人和檢察官雙方來討論一下。不過她的理由我不太同意，我認為這才能讓程序進行得有效率，但她說為了避免干擾國民法官的心證，這個就是又對國民法官不信任。

國民法官的確需要法官臨場教學，這種場景不會出現在二審。一審的程序包括對實體法的解釋，不過我覺得要教國民法官，不是教他法律概念，是要告訴國民法官程序如何進行才對，要讓國民法官知道的，是要如何去辯證、提疑問、辯論，因為如果提問解惑的程序是公正的，那結論就會公正，因為國民法官處於沒有能力立即進行專業反應和思考的狀態，法律上的一些定義，在場各位要學幾十年才學得會，國民法官怎麼可能學幾個小時就學會呢？但是國民法官可以學在法

庭上應該如何思考、如何提問、如何辯論，國民法官要學的是這個，職業法官要教國民法官的是這個，而不是教國民法官法律定義，這是第一審我所看到非常嚴重的瑕疵。法官透過解釋，就有很大的操縱空間，可是如果說明程序如何進行？這是比較容易的，而且一般人用常識就能夠理解、能夠馬上反應，馬上就可以做到。

在二審準備程序裡面，法官顯示出比較多事後審的態度，也就是比較集中在法律爭點上面，進行也還算是穩健，但是我還是有點不滿意，就是法庭的公正程度，經常就是出現在法官對雙方的態度有沒有一致？我有那麼一點感覺是，法官對檢察官還是友善一點。比方說，檢察官要求再提新證據的時候，法官沒問檢察官為什麼要提這樣的證據。我的記憶應該沒錯，如果我真的記錯了，那就預先道歉。我在當場的感覺就是，法官不怎麼要求檢察官多講理由，然後就准許了，而辯護人提出要勘驗等等，法官說「你現在不是就提出來了嗎？」，其實法官應該要求辯護人說明理由，例如「你要我勘驗這些證據，那你到底認為它有什麼作用、最後會怎樣影響判決」，這些要仔細的說明。但是我覺得，辯方並沒有充足的時間去論述他的理由，然後法官就不准了，所以我覺得雖然結論沒有錯，但是沒有呈現推論過程，程序上就會讓人家覺得，法官不完全公正，因為直覺對官方代表有比較多的信任，在這個時候，法官有一點點對辯護人比較不友善的嫌疑都不可以，因為如果有一點點嫌疑，就會讓人家對這個法庭的公正性產生懷疑。所以在程序的進行上面，多給雙方一點空間，表達願意讓雙方多論述的態度，這種時間我覺得是值得花費的，法官太快去進入一個結論，不見得是好的。

但是我又必須說，在言詞辯論程序裡面，卻又有太多覆審制的遺跡，在準備程序，我們已經有看到朝向事後審的發展，準備程序裡面法官有事後審的主動性，我們現在所期待的，在陪審或是參審的制度裡面，其實法官的指揮是否有效率是非常重要的，我覺得我們傳統的法官就是太倚賴筆錄，多半坐在法庭上像沒他的事一樣，然後判決都是私底下去操作寫出來的，已經習慣以不公開判決製作過程為理所當然，自然不太會指揮法庭程序。所以我覺得法官最要學習的是，如何

有效率地指揮一個公正而讓人信賴的法庭程序，我看我們的法官都沒有真正學習到，這是我看了兩場模擬法庭後主要的感覺。我想我已經花了很多時間，雖然還有很多話要講，我想有機會我自己再動筆來寫，我就先談到這裡，謝謝。

李院長彥文：

謝謝大法官，的確準備程序跟審理程序，都是偏冗長了一些，然後有些點又沒有給當事人跟律師充分的發揮，這可能就是合議庭指揮訴訟要檢討一下，該講的沒講到，不該講的講太多，那天審理庭還開到下午 1 點多，如果每一個案件合議庭都這樣開庭，這樣效率可能沒有很好。

許前大法官玉秀：

這我就又有一點要說。開庭超過時間，因為前面已經被占掉半小時。我其實非常在意的是，沒有誰應該在法官和當事人之前出現在法庭上，可是前面就花費半個小時長官致詞，這個是最大的敗筆。

李院長彥文：

這個我要說明一下，我們的模擬法庭不是單純模擬程序而已，這個有非常重要的宣傳作用，這個我們一定要達到。

許前大法官玉秀：

不，我必須要這樣說，法庭程序跟宣傳任務是可以分開的，如果必須佔用法庭程序宣導，那就表示你們的公關單位很無能。很對不起，公關單位可以想出的宣導方法太多了。但是既然說是模擬法庭，對不起，我所期待的，來的第一個時間就是開庭，不應該有其他人出現在法官開庭之前，而且你們說那些話，在我看來沒有一句話是重要的，對整個法庭的進行毫無幫助，對建立法庭的公信毫無幫助，絕對不會因為你們的致詞，然後對司法的不信賴就一夕之間改變。只表示司法院花那麼多錢宣傳，但公關單位到現在還不知道如何做宣傳，還可能

造成法官的負擔，法官根本不應該讓步的，這是法官的法庭，開庭就是法官進來、當事人進來，法庭程序就應該開始，還要在之前找人幫法官擦脂抹粉，那是不對的，那對法官也是羞辱。

李院長彥文：

謝謝大法官的指教，我們繼續。

周庭長煙平：

主持人還有五位評論員，各位法學先進，大家午安。我想有一個二審比較實務上的問題，就教於兩位評論員張永宏法官及顏榕教授。

針對二審本身的職權調查證據這一塊，我們知道國民法官法本身沒有規定到，如果從第 4 條來看，是要歸到刑事訴訟法，我們知道說，刑事訴訟法第 163 條有關於職權調查規定實務上的見解，是針對於被告有利的限縮去做解釋，因為我們的國民法官法，本身採的應該是屬於事後審的精神，跟我們現在覆審制下的刑事訴訟法規定，應該是有很大的不同，如果從職權調查應該做非常大的限縮，那我想請教張永宏法官可不可以給我們一個比較明確的標準，讓我們二審的法官在職權調查的時候知道如何依序，而不是照著現在的調查方式去做。另外我要請教顏榕教授，可不可以從日本裁判員制度，就有關於法官職權調查的部分，可否讓我們瞭解其制度及標準，讓我們二審法官以後在做這種審理的時候，知道怎麼做，謝謝。

評論員張發言人永宏：

謝謝周庭長的提問。關於這個部分，其實我要先說一個很重要的觀念，就是我們剛才都不停的在喊說，要尊重第一審國民法官之審判，但是其實第二審制度的本質是救濟，所以這時候出現尊重跟救濟兩個價值在扞格的狀態，這是無可否認的，但是在這樣的情形下，剛才周庭長提到的就是可不可以職權調查，事實上在日本的做法還蠻有趣的，就是如果今天職權調查的對象是新證據的話，當然第一個是基於當事人主導證據調查的前提，當然是當事人先提出聲請，當事人提出聲請

之後，如果通不過，日本稱之為「やむをえない」，就是不得已事由的檢驗，就是我們現在的國民法官法第 90 條第 1 項第 2 款非因過失未能於第一審聲請，如果通不過的時候，但是二審法院又覺得這個證據還蠻重要的，這時候就可以發動職權調查了。但是他說所謂的重要，不是所謂覆審制觀念的重要，或者是續審制觀念的重要，而是事後審制觀念的重要，在一開始的時候還是應該要站在事後審制的法院立場，這樣的新證據提出來之後，會不會有助於我判斷上訴理由的存在與否，是不是判斷原判決有沒有事實誤認，或是量刑不當所必需要的證據，如果有的時候，即使當事人是因為過失而未能於第一審提出，仍然可以去做職權調查，也就是通不過國民法官法第 90 條，應該是日本的刑事訴訟法第 382 條之 2。

但是我要講的第一個情形就是，我們的國民法官法第 90 條第 1 項的各項但書，長得跟日本刑事訴訟法第 382 條之 2 不一樣，我們除了所謂的非因過失未能於第一審聲請之外，還有一個很重要的是它的第一款，就是去拉了第 64 條第 1 項第 1 款、第 4 款、第 6 款的事由，其中最有趣的地方是第 64 條第 1 項第 6 款，也就是「如不許其提出顯失公平」這個要件，這個要件一拉進來之後，即使當事人的情形都可以說「OK，我就是過失，我沒有在第一審提出，但是你如果不給我提出的話就顯失公平」，所以這樣的情下，我覺得觀察重點是，我會建議，既然這一款還留著，除非之後立法把它刪了，這一款如果還留著的話，那我建議還是以當事人主導為優先。

再來就是周庭長剛剛問了一個，我覺得非常棒的一個問題，就是可不可以局限於所謂有利於被告的事由，這個其實在日本叫做「片面的構成說」，也就是這個上訴應該是為了救濟被告，不是為了救濟，也不能說是檢察官，為了救濟，我不曉得是不是檢察官，反正就是另外一造，應該是為了救濟被告，站在這樣的立場的話，當然會認為說上訴應該是為被告而設的，而不是為檢察官而設的，這在某些法制，甚至是強烈的限制檢察官的上訴權，那從這樣的角度來說，在結合法院職權調查，我們過去最高法院的裁定結果，我會認為說，至少在最高法院這個裁定，為大家廣為接受的情形下，所謂的法院的職權調查，

尤其在國民法官法第 64 條第 1 項第 6 款、第 91 條第 1 項第 1 款都存在的情形下，我認為法院的職權調查只能拿來發動，不知道依國民法官法第 90 條第 1 項第 1 款，或者是不知道依第 90 條第 1 項第 2 款去舉證、釋明說我真的是新證據沒有錯，但是好重要，請你給我調查的這種，相對於法律地位較為弱勢的被告跟辯護人；至於檢察官的部分，無疑應該要由他來去做職權的發動，這是我的看法。

另外我要順便回應一下剛才關於新證據這個部分：

1. 剛才其實劉律師是有特別提到，如果我們把新證據的範圍限得太窄的話，會不會反過頭來造成一審所謂的證據減量，證據統合的制度受到破壞，我剛才在報告的時候，也提出同樣的疑問，不過我的看法是認為這是立法本旨，因為立法在剛才我講到的國法官法第 91 條第 1 項第 2 款裡面就已經說了，非因過失未能於第一審聲請，是以聲請有無作為判斷依據，而不是以審酌有無作為判斷依據。
2. 今天這樣會不會導致一審大家都不願意減量，通通拿出來聲請？聲請之後就駁回，反正駁回之後就不會是新證據，就不會回頭適用國民法官法第 91 條第 1 項，那我的看法是，如果碰到這種情形，第一個做法當然是取巧的做法，就是我還是調查，只是我用簡略的方式調查，而不是拒絕調查。第二個，假設我真的要拒絕調查，那麼沒關係，到二審的時候，還有一個調查必要性的判斷，不見得第一審不准調查的證據，事後通通還能夠通過二審調查必要性的審酌，這是我的第一個說法。

   第二個說法是，剛才呂煜仁法官有提到這樣會不會造成再審事由的擴張，我的看法是其實正好相反，因為兩個的方向性不同，國民法官法第 90 條的新證據是不准你調查，第 420 條的新證據是准你調查，是准你發動再審，所以其實如果用我剛才的這張圖裡面的三個圈圈表的話，就會發現一個狀態，就是當事人沒有聲請或是聲請撤回之證據，是可以再審的，但是不可以在二審聲請調查，反過來說，如果當事人有聲請，但是沒有經過原審斟酌審查的證據，包含駁回的證據，是可以再審，也可以在二審聲請調查

的，在這樣的情形下，如果把範圍全部框成一致的時候，反而更多的證據會掉到再審那邊去，因為是方向性不同的問題，這個是我簡單的答覆。

評論員顏助理教授榕：

謝謝周庭長的提問，我簡單分享兩個部分：

1. 第一個是日本對上訴理由是有做限制的，例如量刑或者事實不當或是法令違反等，日本跟我們的法制是不一樣的設計。對於日本二審在發動職權調查上面的限制，我簡單歸納幾個部分。第一個是，如果不是上訴理由、上訴事項所指摘的，這個原則上是不行的，連結到的法理是突襲性裁判，因為對於上訴沒有爭執的部分去做職權調查，很容易造成突襲性的裁判，所以如果要做限制的話，原則上是限縮在上訴事項、上訴理由當中。
2. 第二個因為他們二審的法制雖然說是希望採事後審，但是因為他們還是有一些調查事實的空間，所以寬鬆的事後審或是嚴格的續審，他們有一個中間比較曖昧的地方，但是如果說是回到我國，我們對於職權調查的部分，我覺得最重要的一件事情是不能突襲性裁判，如果真的萬不得以要調查，真的很例外很例外的時候，那這個程序一定要做好，一定要給雙方當事人充分表達、溝通的這部分，這才是避免判決整個失敗，原則上來說應該是限於上訴理由、上訴事項才是比較適合發動職權。我自己比較稍微偏頗的立場，我是覺得這個對當事人的部分還是應該要比較重視，如果是對被告有利的事項，這個部分應該要注重，相反如果是對當事人不利的話，加上又突襲性裁判的限制，所以這個原則上應該是要盡量避免，謝謝。

李院長彥文：

各位我們今天的時間已經到了，開會很重要的一點就是要準時結束，今天非常感謝各位評論員還有合議庭、檢辯雙方，還有各位先進的熱情參與，我們感謝各位，座談會到這邊結束，謝謝大家。

拾壹、致贈禮品並合影

拾貳、活動結束