

福建高等法院金門分院

國民法官上訴審模擬法庭座談會議紀錄

目錄

一、	主席陳院長真真致詞.....	1
二、	許法官志龍.....	4
三、	評論員講評及建議.....	5
(一)	蔡庭長名曜.....	5
(二)	李法官嘉興.....	13
四、	心得分享及建議.....	17
(一)	周律師書甫.....	18
(二)	吳律師秀娥.....	18
(三)	洪檢察長培根.....	19
五、	司法院長官致詞—陳法官思帆.....	20
六、	主席結語.....	27

福建高等法院金門分院

國民法官上訴審模擬法庭座談會議紀錄

一、主席陳院長真真致詞

感謝大家這麼忙撥冗參加座談會，我想先介紹在場的各位。

擔任被告的志龍，書記官柏濤，主任檢察官仲仁，他今天沒有來，花蓮高分院張法官，辯護人吳律師，辯護人周律師，擔任檢察官的王檢察官，司法處的黃專員，司法院刑事廳的陳法官，再來是評論員台中高分院的蔡庭長，高分檢洪檢察長，地院陳院長，高雄高分院的李嘉興李法官，接著是我們法院的許志龍許法官，張法官，地院的黃法官，會計主任顏主任，最後一位是紀錄人員，今天座談會會做會議記錄，所以有記錄人員在場。

因為昨天整個審理程序已經結束了，在擔任金門高分院院長之前，我大概從 83 年之後就沒有再辦過刑事案件，我基本上屬於民流的法官，所以我看事情基本上一定是從民事的角度來看；對於刑事的程序或是一些判決的格式很多我都覺得很困惑，所以在這個過程當中藉由國民法官模擬法庭的實施，我也重新檢視相關的觀念，我也多次參加司法院舉辦相關的研討會，閱讀了相關資料，基本上在這些資料當中就可以看到在日本實施裁判員制度超過 10 年，其實日本在實施裁判員制度這中間當然很多贊成的，日本政府機關或司法機關也有非要完成的壓力不可，但也很多學者專家認為這個制度在日本是不適合的，認為說五年就會停止適用，可是它已經超過 10 年了還在繼續實施當中。

依退休的最高裁判所法官濱田邦夫的觀察，他認為：「這樣的制度讓日本的刑事審判從書面審理中心這個型態，慢慢落實刑事訴訟的基本原則言詞審理主義、直接主義、法庭公開乃至於無罪推定，就事實認定跟量刑這兩方面，也能夠從多角度的觀點在某程度上反映裁判員的「市民感覺」，他認為這是裁判員制度實施以後的一個好的結果。

裡頭有提到言詞審理、主義、直接審理主意，在我國是否有相同的規定？實施上會不會遇到相關困難？

李嘉興法官在 105 年 5 月 1 日到 106 年 6 月 30 日，帶職帶薪到日本做研究，他回來寫了一個報告是「第二審法院對國民參與刑事審判審查基準之確立」這是專門針對二審的，因為二審也要做國民法官的模擬，所以我堅持跟他協商要了一本書。

裡頭也有提到在德國採直接審理主義、言詞審理主義是要求非常嚴格的，參審員不得接觸採為事實認定基礎之資料，甚至連起訴書之閱覽也被禁止，他舉了一個實際的狀況：「有個審理的法官因為有一隻手不方便，參審人剛好坐在他旁邊就幫他翻書面資料，就看到了起訴書；聯邦法院就因此認定這是違反直接審理原則與言詞審理原則，把它撤銷發回重新審理。」

所以他們對於直接審理原則與言詞審理原則的要求可能比日本裁判員制度還更徹底。

我們到底能做到什麼程度呢？在目前我們所實施的國民法官制度可能要到明年才會開始實施，目前我們實施的刑事訴訟審理程序，雖然已經引進交互詰問的制度，可是並沒有同時引進起訴狀一本主義；所以除了起訴書外，檢察官在移送卷證的時候，這些相關的證據也一併附在卷裡頭移送過來，所以法官在行準備程序的時候其實相關的卷證都已經看過了，中間被告怎麼說證人怎麼說還有共犯怎麼說，這些陳述其實在裡面都已經看過了，看完這些東西其實他都會有相當的心證；所以雖然有交互詰問的制度，可是在審理程序的時候用這種交互詰問的方式來訊問被告證人或是共犯這些，其實已經很難改變法官已經形成的一些心證。

尤其是證據的提出，大家還是習慣用書面的方式，如果我們看這一次我們審理連江地院一審的程序，就只有劉金妹，就是被告的媽媽，還有被告兩個部分是有在做言詞陳述，但是其他的部分例如警察的報告，然後這些鑑定報告，或是其他的証物，尤其是辯護人要求調查的解剖報告這些，全部是以書面方式來呈現。

當然辯護人在申請調查這些證據的時候，我們是直接駁回了，這個一方面當然是模擬法庭的一個困境，我們真的是沒有辦法把法醫師再傳過來問一下，或是說再讓法醫研究所回答一些相關的問題，基本上是一個困境。

另外也是說所有的證據，我們既然以後要實施國民法官參審的制度，我們希望所有的證據能夠在地院就全部調查完畢，不要再二審再來進行證據之調查；民事訴訟在 89 年、92 年的時候大修，法律明文原則上限制二審程序不可以調查新證據，例外情況才可以；可是二審的法官往往就是會寬認，覺得說不讓他調查不公平啊，或是等等的理由，對於法規解釋的例外情況其實是放的比較寬，結果就會造成整個事實調查的部分變成重心不是在一審而是變成到二審。

所以我們對於二審如果沒有嚴格把關的話，很可能就會步上民事訴訟法審理的情況。

對於國民法官所要達成的立法政策或是他的目標其實是很困難的，但是對於所有的證據要用言詞提出來，到底要貫徹到什麼樣的程度？要做到多大？比例上為多少？尤其我們現在是習慣與書面審理的方式然後你要做到完全全部言詞提出的模式，我個人覺得法官觀念要改變、審理模式要改變，可預期是一條漫漫長路，還有待大家努力，尤其是有待律師方面對理想的堅持，他們可能才是最後促使制度或觀念改變的關鍵。

我們在處理這件案件時，因為國民法官法就上訴審設有 89 條到 92 條等 4 條的特別規定，依 90 條之規定，基本上就是不調查新的證據，例外才調查；原審已經合法調查的證據，一審對證據能力沒有爭執，然後原審已經合法調查的證據，第二審法院可以作為直接判斷的依據。

所以性質上不是覆審制，跟現在所行的覆審制其實是已經有改變了，是採

比較接近續審制或事後審制，慣行的第二審法律優越原則，性質上應認不得再予援用。陳運財教授提到說也不是完全的法律審，到底是差在哪裡？他是說：「一審可能有認定事實錯誤的部分，所以二審事還有認定事實的情況你要自為裁判，所以並非完全法律審。」

因為這一件的話，整個犯罪事實的過程本來就是根據被告自己的陳述所做成的，當時發生的時候就只有被告跟被害人在場，被害人已死亡，所以被告對於犯罪事實的經過他是不爭執的，他只針對到底是基於傷害的故意？還是殺人的不確定故意？他才有爭執，所以在一審的時候對於很多證據並不爭執，所以我們在處理上，一審所沒爭執的這些證據我們就直接用附表，然後在審理筆錄（改口）審理的時候直接提示確認說這些證據是沒有爭執的，我們就直接引用作為裁判基礎，有爭執的證據才另外說明不採的理由。

所以我們的裁判，性質上就沒有事實認定錯誤的部分，所以整個就是偏向法律審，就只有判斷說一審有沒有處理程序或是採證、認事用法有沒有違背法律的情況。

關於我們的裁判書格式，雖然在我們之前已經很多二審法院都已經完成二審程序的模擬，所有資料上網全部都可以找到，我們也約略看了各法院的情況、裁判書製作的方式，我們最後決定，既然各法院做的方式都不一樣，我們就照我們的意思做一個裁判應該有的形式；所以大家可以看到我們裁判就是這已經發給大家的裡頭，我們就是比較偏向法律審，因此全部加上附表也不過才九頁而已，我相信這可能是最簡短的裁判，基本上我們純粹是作法律上的論述。

還有製作的時候許法官很辛苦，因為關於裁判的格式我們討論了很久，基本上我對於文字的要求比較多，所以他一直不斷地在精簡文字，有些不必要的論述刪除所以大家可以看到才九頁而已，真的是非常精簡，但我昨天才注意到許法官的撰稿費是按字計算的（現場笑聲），他本來應得的撰稿費我看不只砍掉一半這樣子，後來覺得有點不好意思，不過我在想說我就算是記得有看過這樣子的規定，我是不是還會堅持要求他做這樣子的改變？我想說以我的個性我當然還是會做這樣子的要求，所以只好跟許法官說抱歉。

我們在處理的過程當中，對於辯護人所講的聲請，我們實際上是直接駁回，是直接用國民法官法第 90 條的規定認為是新證據，沒有不調查顯示公平的情形，其實也沒有在一審不能調查的情況，我們是直接用這個理由駁回；這其實就牽涉到我剛剛所提到的，證據的提出用書面直接拿報告給國民法官看，這樣的方式其實是有點違反言詞審理主義跟直接審理主義，這其實是會剝奪到被告的詰問權，變成這個鑑定報告每個字都是客觀的事實、都是唯一的事實，被告沒有辦法詰問，這裡頭是否有錯誤或者有疑問的地方就完全沒有調查；如前所述理由我們是一定要駁回，當然律師可能還沒想到這些問題，我們是一定要駁回，這一方面也是模擬法庭的困境，我們沒有辦法、真的沒有辦法找法醫師再來說明，或是到法醫研究所做一些他解剖情況的說明，這我們是沒辦法做到的。

另外就是說我們是不是要讓證據的調查跟民事審判一樣，重要證物又移到二審來，我們也不希望發生這種情況，我們也希望在一審的時候證據就全部能夠調查完畢，所以辯護人的部分，對於證據提出的方式不要太早同意用書面提出的方式來處理，不然就會落得到二審我們就其實不應該調查、就不需要調查了。

另外還有一點我們覺得很困惑的是民事有失權效，證據提出有失權效，那麼刑事訴訟到底有無失權效？當然我們在上課的時候很多講座都有提到，在一審的準備程序之後都不可以再提出新的事實、再聲請調查新的證據；那麼二審的準備程序、辯護人在準備程序之後又要求函查什麼事項，那我們是不是可以直接說已發生失權效，不得再聲請了。在民事審理的話就可以直接講說你在準備程序之前沒有聲請調查證據我們就不予審酌。另外，我們在審理程序也不會再問說還有什麼證據要請求調查；可是刑事審判審理的時候，不論是覆審制或是在國民法官的續審制裡頭，好像還是要適用舊的規定呢？國民法官二審程序是否還要用被告，當事人是否還要聲請調查證據。這樣記載或詢問還有這個必要嗎？還是非得這樣子做嗎？這當然是我們在處理上面的一些疑問。

如果是說他準備程序都不提出來，審理程序才講說他要調查什麼證據那我們的程序一定會延宕，有些東西不是當庭就可以處理的，有些可能要改期才能解決，我們的書記官柏濤就堅持說照目前的刑事訴訟法規定還是應該一定要問，而且如果真的調查證據有必要還是改期再處理。

所以證據的提出到底有無失權效是一個很大的疑問，這部分是不是大家有共識？或者是該怎麼處理？我想這些問題我們就是要麻煩司法院陳法官來表示意見，我個人的陳述大概就是這樣子，我們在處理過程大概就是這樣子。

許法官你要不要先表示意見還是要等之後再講？

二、許法官志龍

院長、檢察長、兩位評論員、司法院的陳法官以及各位先進，大家早安。

首先我要跟大家致歉，個人校稿有點疏失的地方，判決第八頁理由的第五點應該是第四點，因為原論述有部份增刪，校稿沒有校稿到，跟各位說聲抱歉。

本次擔任本案的受命法官，有幾點小小的疑惑或是意見，首先第一點是在二審模擬的結果看起來準備程序幾乎大量時間都在處理檢辯雙方要調查所謂的新證據的部分，這部分在國民法官法上路後，實務上的操作基準如何去論斷檢辯雙方聲請調查新證據是否符合法律規定？有無顯失公平？具體判斷標準是什麼？還有如法條所定非因過失等抽象法律規定之闡釋及射程範圍等，這一些可能到時候會造成在案件審理上的困擾。

第二點是在於二審審查原審判決的基準上，這一點有幾個問題想要提出。第一個問題就是檢辯雙方在上訴的時候，通常為了要建構所謂的符合上訴的要件，就是有違背論理法則或經驗法則，而據案件內的事實指摘原審判決認定有

這個狀況，比如說本案就去說明說被告跟被害人的關係，平日他負責去照顧被害人，所以他主觀上是不會有殺害被害人的動機殺害，以原審事實認定說有不確定的殺人故意是違背論理法則，但是難道家庭家暴殺人案件，不就是發生在家庭成員之間嗎？何以說他們具有父子等等的關係，就可以肯定說依照他們平常生活狀況他是不會有殺害被害人的動機？到底原審這樣認定違背了什麼樣的經驗法則或論理法則？在上訴理由可能要具體的指摘說明說是違背了什麼樣的經驗法則或論理法則，讓二審的法院可以做一個參考。

第二個問題是個人之前在地院模擬一件殺人未遂的案件，評議結果認為係未遂，並依法減刑，但是在量刑評議時，有兩位國民法官還是量處法定最高刑度，當時花了很長的時間跟這兩位國民法官說明有關減刑的相關規定還有量刑的原則，並請該兩位國民法官表示意見的時候其中一位保持沉默，另外一位是說我就覺得被告很可惡我要判他最高的刑，我管你什麼量刑規則。

這是國民法官個人情感的體現，他是違背了量刑的原則，在這種情況如果他堅持要量處最高刑度而違背量刑的相關規定的時候一審的審判長怎麼處理？

如果導致量刑評決沒辦法做成一致的決議的時候，機制上如何處理？假設說就把這兩個最不利於被告的刑度併入計算的結果，這樣子對被告來講是不公平的事情；如果已上訴到二審，發現有這個狀況的時候，依照目前的法條規定好像不能發回一審，二審要自為判決，也就是以二審三位職業法官的心證量刑來取代，是否與國民法官共同參與審判制度的設計跟目的有所不符？可能這部分要請司法院給我們提供指導意見，以上，謝謝。

三、評論員講評及建議

(一) 蔡庭長名曜

主席、洪檢察長、陳院長、李學長、在場的庭長、法官及各位與會人士大家早。

今天很榮幸可以參與這一次的模擬法庭，我也是抱著學習的心態，因為來參加模擬法庭的觀摩可以強迫自己看很多的資料，對我自己來講也是收穫不少。

這一次合議庭的庭長、法官在百忙之中還要準備模擬法庭，真的是很不容易，因為我自己在台中高分院也做過第一場的模擬法庭，我知道這會增加不少的工作量，不管是院方或是檢方都一樣，兩位辯護人一路從馬祖到金門都保持高度參與熱誠，真的是相當的辛苦，這是一個很圓滿的模擬法庭。

先從判決書的格式及內容表示自己的想法，看看大家有沒有什麼意見可以交換。就判決書的格式，剛才陳院長也有提到，她也是參考了很多第二審法院的判決格式，他們選擇只有寫主文跟理由。六個二審法院都做過一輪的模擬法庭了，我把它統計的結果，有寫主文、犯罪事實、理由的有三個法院，只有寫主文跟理由的也有三個法院，不曉得哪一種格式比較適當？司法院將來要將格式統一化，不要各個法院各有自己的格式；台中高分院、高本院及花蓮高分院

的格式都是有犯罪事實、主文及理由欄，高雄高分院、台南高分院與金門高分院則是主文跟理由欄。剛才陳院長有提到他們是參酌最高法院法律審的角度來寫這個判決書。

當時我在台中高分院舉辦模擬法庭時，在製作判決書的時候我也是參考最高法院事後審的觀點，因為現在國民參與刑事審判，二審應該是有事後審兼續審制的味道，尤其是上訴駁回的話更像是事後審的性質，因為國民法官法有關判決書要如何製作並沒有規定，但我自己的想法是這樣，國民法官法第4條規定，除本法有特別規定外，適用刑事訴訟法，而依刑事訴訟法第364條準用第308條規定，有罪判決書應該記載犯罪事實，且得與理由合併記載，所以當時我就跟受命鼎文法官討論，他在刑事廳是負責草擬國民法官法，因為是準用刑事訴訟法第308條的關係，所以我在製作判決書時才会有犯罪事實欄。個人覺得跟最高法院判決的寫法應該是不太一樣，因為最高法院不做犯罪事實認定，它是法律審，但是依國民法官法第92條第1項但書的規定，第二審要為犯罪事實的認定，亦即第二審如果認為第一審關於犯罪事實的認定沒有違背經驗法則、論理法則，就不能撤銷第一審判決，所以國民法官法第二審還是有犯罪事實認定的權限，跟最高法院是站在法律審的地位不太一樣，所以在台中高分院製作裁判書時，我們合議庭覺得還是應該要有主文、犯罪事實及理由欄。

我們當時在製作判決書時，關於第一審程序瑕疵部分，只要上訴理由書，不管是檢察官上訴或是被告上訴，有講到一審瑕疵的部分，判決書都要交代；至於上訴書中沒有指摘第一審程序瑕疵的部分，以我們目前刑事判決書的寫法，大概不會去論述。我跟鼎文法官有討論到，以國民法官法剛開始實施，如果我們第二審在審視第一審的整個進行過程中，發現第一審的程序有一些瑕疵，但這些瑕疵並不影響判決結果，那我們在判決書中要不要將第一審程序瑕疵的部分，一起指明。我看了司法院網站上已經公布的第二審判決書，除了我們台中高分院有在判決書中，針對第一審程序瑕疵但上訴理由未提及的部分，有另做說明外，另外還有一個高分院，我忘記是哪個高分院，它的判決書針對上訴書狀中所沒有指摘關於第一審訴訟程序有瑕疵的部分，也有用傍論的方式做說明。當時我們的想法是國民法官法這個制度剛起步，既然站在第二審的角度有看到第一審一些程序瑕疵的部分，如果能在判決書中做個說明，讓第一審將來審理時可以注意到此問題，應該會有助於這個制度的推行。

另外這次模擬法庭針對調查證據部分，檢察官上訴時主張要調查被害人原始的解剖照片，檢察官認為第一審提示灰階照片做為調查的方式，其實已違背最佳證據原則，沒有辦法讓國民法官看到被告犯罪手段的兇殘，量刑可能會因比較輕，所以檢察官認為第一審調查證據的方式有所違誤，所以在第二審時主張要提示原始的照片，合議庭裁定准許提示原始的解剖照片。而辯方則主張要傳訊法醫師，合議庭則認沒有必要而駁回。

現在就要解讀國民法官法第90條第1項所謂的新證據，究竟是指什麼什麼？一般來講第一審關於證據的調查方式，有：(1)當事人已提出聲請，但法院認為沒

有調查的必要而駁回；(2)當事人提出聲請，業經法院合法調查；(3)當事人提出聲請，未經法院合法調；(4)當事人未曾聲請；(5)當事人曾提出聲請，嗣後又撤回等情形。新證據到底是指哪種情形，我參考了一些資料，大概是上開(4)、(5)兩種情形，如果當事人在第二審重新聲請調查的話，可能就比較符合新證據的定義；其他三種情形，應該就不是所稱的新證據。本案檢察官聲請調查原始解剖照片部分，其實在第一審時檢察官已經有聲請要調查原始照片，但第一審合議庭認為提示原始解剖照片太過血腥，乃改提示灰階照片代替，所以檢察官在第二審關於此部分之證據調查聲請，我認為不太符合國民法官法第 90 條第 1 項所稱的新證據。

國民法官法第 90 條第 1 項的新證據，與刑事訴訟法第 420 條第 3 項再審程序所謂的新證據，是不是要做相同的解釋？可能會有不一樣的看法，有人認為再審是判決確定後的救濟程序，而國民法官法第二審上訴是判決確定前的救濟程序，這兩個程序的目的不一樣，所以刑事訴訟法第 420 條第 3 項所規定的新證據與國民法官法第 90 條第 1 項所稱之新證據，其範圍應不能做相同的解釋。不過我認為刑事訴訟法與國民法官法都是程序法，就同一個名詞做不同的解釋好像又怪怪的，這個大概要等到將來國民法官法正式上路後，累積實務經驗與參考學者見解後，應該會有一個比較統一的想法。

依照上開說明，檢察官聲請調查證據的部分，就不是所謂的新證據，不屬於國民法官第 90 條第 1 項要處理的問題，就如同某證據當事人在第一審時已經聲請並經調查，到第二審時又重新聲請調查的話，那第二審到底要不要再調查，就屬於有無必要性的問題，如果第二審認為再調查，可能會影響被告的罪責或量刑，就屬於有調查之必要性，否則就是無調查之必要。本案合議庭是認為有調查的必要，但我自己的想法不知道是對還是不對，因為經法醫師剖開被害人身體之原始解剖照片是血淋淋的，已經看不出被害人原先遭殺害的情形，這樣會不會反而失真，第一審之所以不要提示原始照片，那是因為在日本曾經發生過裁判員看了血腥照片以後，造成情緒上困擾而請求國家賠償的案例，所以我們在舉行模擬法庭演練時就會參考日本的經驗，對血腥等刺激性照片或證據盡量做比較柔和的處理，或在提示時會跟國民法官講一下，說我現在要提示這類照片，請國民法官做些心理準備，或者是做一些比較馬賽克的處理。

就辯方所聲請的部分，辯護人在第一審時未聲請傳喚法醫師，在第二審時才聲請，這就比較符合是新證據，就是國民法官第 90 條第 1 項是否可以再調查新證據的問題，對於這種在第一審時沒有聲請，到第二審時再提出來聲請調查的證據，大概我們就要考量有沒有國民法官法第 64 條第 1 項第 4 款所規定，為爭執審判中證人證述內容而有必要者。舉例而言，本案辯護人在第一審時雖沒有聲請傳喚法醫師，但是第一審傳訊了證人甲，證人甲證述的內容與法醫師出具的鑑定報告有所抵觸，兒不利於被告，所以在第二審時辯護人為了爭執證人甲在第一審之證述內容，認為有必要傳喚法醫師，如果是這種情形，在第二審就有調查法醫師此一新證據之必要；如果不是上開情形，另一個要考量的就是

有無同法第 1 項第 6 款的情形，亦即不許當事人提出的話是不是顯失公平。所以針對在第一審沒有提出聲請調查的證據，在第二審才聲請調查的話，法院要考量是否有符合上開兩款規定。

國民法官法第 90 條第 1 項，調查新證據主要是限制當事人，就是被告跟檢察官，至於法院依職權調查證據，就沒有第 90 條第 1 項的限制，這在立法理由中講得很清楚。但是法院要不要依職權調查證據？其實國民法官法已經傾向當事人進行主義，所以當事人主導調查證據才是最主要的，法院的職權調查就退到補充的地位。職權調查證據依照刑事訴訟法第 163 條第 3 項規定，法院要先徵詢當事人，給當事人表示意見的機會，按照最高法院的判決，職權調查證據中所謂公平正義的維護是要有利於被告，不利於被告的部分不在法院依職權調查的範圍，至於說有一些不利於被告的證據，但是檢察官沒有聲請調查，第二審遇到這種情形，在行準備程序時，受命法官就要曉諭檢察官聲請調查，曉諭後檢察官如果還不聲請調查，那法院不調查就沒有所謂的調查未盡違法。最高法院實務上的看法也認為如果法院發現不利於被告的證據，但沒有曉諭檢察官聲請調查，然後就辯論終結而後宣判，最高法院認為這種情形，原審法院有調查未盡之違法，不過這是目前實務上的做法，國民法官法第二審如果遇到上開不利於被告之證據，法院未曉諭檢察官聲請調查即判決，最高法院是否同樣會認為原審有調查未盡的違法，就不得而知了。

本案合議庭准許檢察官得聲請調查原始的解剖照片，到底這個原始的解剖照片應該由何人提示調查？本案於審理時是由合議庭主導提示調查，但是我看了第一審的卷證資料裡面好像沒有原始照片，看第一審的筆錄記載，原來在第一審審理時，檢察官有提出原始解剖照片，但辯護人異議，審判長即裁示由檢察官收回，既經檢察官收回，第一審卷證裡面應該不會有原始解剖照片，而在本案第二審行準備程序時，檢察官只有主張要調查原始解剖照片，亦無當庭提出該照片附卷，我不知道法院是什麼時候拿到該原始解剖照片。我自己的想法是說國民法官法比較傾向於當事人進行主義，如果在第二審真的必須調查新證據的話，似應由聲請調查者提出，像本案檢察官要提示原始解剖照片，審理時應該由檢察官提示該照片，並說明為何要提示這些照片的理由，亦即之所以提示這些照片是要證明哪些事項，這樣的方式是不是會比較妥適一點。

再來就是有關上訴審查的基準，國民法官法第六節關於上訴部分，只規定 4 條法條即第 89 條至 92 條，第 89 條係規定國民法官雖然不具備哪些資格，但也不得做為上訴的理由，而第 90 條則在處理是否要調查新證據的問題，第 91 條就是上訴的審查的基準，但寫得言簡意賅，屬不確定的法律的概念，該條規定行國民參與審判之案件經上訴者，應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限，這就是一個很抽象的法律概念，等於是上訴審查的帝王條款。一般實務上常見，當事人提起上訴，不外爭執原審判決關於事實認定、法律適用或量刑等 3 項，我看了很多學者及實務界法官所寫的文章，他們關於上訴審查的項目也是認為應區分成上個 3 部分，即有關事實問題的審查、法律問題

的審查及量刑方面的審查。

有關事實問題的審查，國民法官法第 92 條第 1 項但書即規定「關於事實認定，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。」所以有人就認為有關事實的審查就是採明顯的錯誤或是顯然的錯誤。文家倩法官在司法周刊第 2033、2034 期所發表的「二審在國民法官制的角色」一文中，參酌美國法之上訴審審查基準，也認為審查的標的為事實問題者，採明顯錯誤標準，即第二審審閱全部卷證資料後，認為第一審判決有認定事實的明顯錯誤時，始得撤銷第一審判決，若依卷證資料，可以推論出兩種可能結果，或可能推論出第一審判決結果時，即屬第二審的心證與第一審不同，第一審的判決即非屬明顯錯誤，第二審不得因此撤銷第一審判決。另王邁揚法官在司法周刊第 2046 至 2048 期所發表的「國民參與審判案件之上訴審」一文中，提及在日本學界跟實務界關於事實問題的審查基準，亦有心證優越說及經驗法則、論理法則違背說，所謂心證優越說，是指第二審關於事實認定及量刑先形成自己的心證，然後再與第一審所為之認定做比較，如有不同，就依自己的心證，撤銷第一審的判決。最高裁判所基於尊重裁判員制度之宗旨及程序上之尊重，則採「經驗法則、論理法則違背說」。其實不管美國或日本法制，就事實問題，似乎都是採取明顯錯誤之審查基準，依國民法官法第 91 條但書及該條之立法理由「第二審不宜逕以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，即撤銷第一審判決」，我國就事實問題部分，亦係採取明顯錯誤之審查的基準。

有關法律問題如何審查？國民法官法並沒有特別規定，文家倩法官上開文章係採無害錯誤法則。前些日子，刑事廳針對國民法官法相關議題請各個法院提出問題再彙整討論，其中有法院就有提出一則法律問題，該法院認為關於法律問題的審查，應採取無害錯誤法則。刑事訴訟法第 380 條規定，除同法第 379 條情形外，訴訟程序雖係違背法律而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由，這就是無害錯誤法則的規定，但刑事訴訟法第 380 條是第三審的條文，國民法官法之上訴審是第二審的程序，第二審是否可以援引該條文做為無害錯誤法則審查之依據，可能會有不同的看法。

不過剛剛提到國民法官法第 91 條是第二審審查基準的帝王條款，從第 91 條規定「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」之意旨，亦可做為關於法律問題的審查基準，應該也是要採用無害錯誤法則的理論。至於無害錯誤法則之適例，參考最高法院之見解，如第一審將無證據能力的證據誤認有證據能力，並採為論罪之依據，但是第二審認為除掉此無證據能力之證據，依據其他證據亦足以認定被告有第一審認定之犯罪，是第一審就此部分證據能力之認定雖然有誤，但不影響判決之結果，仍不必撤銷第一審判決；或者是第一審疏未為新、舊法的比較，而適用舊法判決，但第二審比較新舊法後，認為仍應適用舊法裁判，第一審疏未為新舊法比較雖有違誤，但不影響原判決結果，亦無庸撤銷第一審判決。

關於量刑問題大概分成兩個部分，一個就是量刑的基礎事實即量刑因子，

第二審關於量刑基礎事實的審查，應該跟上開事實問題的審查採相同的基準，即明顯錯誤原則。另外一個就是宣告刑刑度的審查，其基準則為有無裁量權濫用的問題，剛剛許法官有提到第一審依法應該要減輕被告的刑度，但是國民法官認為被告太可惡了，縱使依法須減輕被告的刑度，但該國民法官無論如何就是不要減輕，而量處法定刑度以外之重刑，如果是這樣的話，第一審的宣告刑就有裁量權濫用的問題，第二審可據此做為撤銷第一審所宣告之刑度。實務上關於量刑有無裁量權濫用，就要看法院的量刑是不是逾越法定範圍、有沒有違背罪刑相當原則、比例原則、平等原則等等。最高法院有關量刑亦認為應尊重下級審之職權行使，大家常常引用的見解，即為「量刑輕重是事實審法院依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第 57 條各款所列情狀而未逾越法定刑度，即不得遽指為違法，而且同一個犯罪事實跟情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審法院量定之刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重。」此見解可做為國民法官法第二審關於量刑審查之基準。況國民法官法第 1 條即規定國民參與審判的目的之一，即係反應國民正當的法律感情，第一審國民法官合議庭是由 9 個人組成，9 個人經過評議後所決定之刑度，除非出現裁量權濫用的情況，否則第二審由 3 位法官所組成之合議庭應該要尊重第一審由 9 個合議庭成員所決定之刑度。

現在可能出現一個比較重要的問題，即有關死刑量刑因子的調查，國民法官所審理者都是重大案件，大部分都是殺人罪，都是檢察官很有可能求處死刑的案件，這類案件量刑時要考量那些因素，最高法院對於此類經第二審宣判死刑的案件，常常以第二審量刑時沒有考量到哪些事項而將案件撤銷發回，案件就在最高法院與第二審之間來來回回。同樣的將來國民法官正式實施後，對第一審國民法官判處死刑的案件，如果第二審經常撤銷改判，搞不好輿論又會說人民來參與審判只是做做樣子而已，第二審還是沒有因為人民參與審判而有所改變，既然邀請 6 位國民參與審判，為什麼第二審又不尊重國民法官的量刑，這樣可能出現反效果。最高法院有關死刑量刑事項的調查越來越細緻，程序越來越複雜，最高法院 110 年度台上字第 4957 號判決意旨略以：對被告是不是要施以極刑，必須考量犯罪行為人之人格形成及其他相關背景資訊，以實證調查方式進行評估，參酌英美法系國家所採用之「量刑前調查」制度，還有日本實務上發展出的「情狀鑑定」等外國法治，在我國實務審判上，法院於必要時自得委請相關專業領域之鑑定人、機關、團體，就被告有無更生改善可能性為相關鑑定，或提出「量刑前社會調查報告」（按量刑前社會調查，司法院有頒布一個「刑事案件量刑及定執行刑參考要點」，第 5 點就有提到「量刑前社會調查」），俾以判斷被告有無更生改善可能性，然為求客觀可信，避免單一鑑定人之主觀定調而流於偏頗，宜選任「跨領域」之專門人士或囑託相關專業領域之機關、團體，就被告有無更生改善可能性進行綜合性之「團隊調查」、評估，為鑑定或提出量刑前社會調查報告，始為妥適等語，該判決意旨亦指出上開所稱之囑託機關團體鑑定，含括的專業領域有心理學、犯罪學、社會學、精神醫學等四

個領域，所以須借助心理師、醫師、社工師等專門人士。一個合議庭從事審判的法官要如何去找這樣的資源來鑑定，而且這些都是屬於行政協調事項，以前遇到類似這種案件，大都是函請單一醫學機構對被告做精神鑑定，但最高法院現在說不行，要「跨領域」，這個可能需要司法院刑事廳幫忙怎麼去統籌這個跨領域的鑑定機關，將來遇到這類案件，合議庭只要一個函文囑託某個領域的鑑定機關鑑定，該機關就可以幫忙完成跨領域的鑑定整合。國民法官法的案件將來一定會遇到檢察官求處死刑的案件，辯護人一定也會聲請量刑前社會調查，這個一定會碰到，是否應該要未雨綢繆。

其他有關本案準備程序部分，國民法官法第二審的準備程序是否要準用第一審的協商程序，在我剛剛提到刑事廳彙整的法律問題，某個法院有提出這樣的法律問題，最後結論是第二審不用準用第一審的協商程序，但是花蓮高分院所舉辦的模擬法庭，有另定協商期日的程序，且是進行2次，金門分院依據函文所載，110年12月9日有一次行政協商，但因為沒有看到資料，所以不知道貴院該次行政協商的內容為何。第一審之所以要有協商程序是因為第一審卷證沒有併送，如果不先進行協商程序的話，要開準備程序即有難度，準備程序沒辦法好好整理爭點及證據調查，將來的審理程序就無法順利進行，但第二審是卷證併送，所以應該不用再做協商程序，但為案件順利進行，第二審進行協商程序亦無不可。我們在台中高分院那場模擬法庭結束後，舉辦座談會時，有檢察官提及希望第二審也能夠有協商的程序，因為國民法官法第90條第1項雖規定在第二審法院原則上不得聲請調查新證據，但如果當事人及辯護人均同意，且法院認為適當，又有調查之必要者，仍可調查新證據，如果有協商程序檢辯就可互相同意調查新證據，至於是否適當且有調查之必要，就由法院自己去審查。

準備程序時到底是要1位還是3位法官審理，我自己的想法其實國民法官的第二審程序應該比目前的第二審程序還要簡單，應該由1位法官來審理即可，有學者認為可以3位法官一起審理，該學者認為有些案子比較單純，純粹是因量刑的問題而提起上訴，且上訴書狀也沒有要聲請調查其他證據，如果由3位法官開準備程序，確認當事人沒有要調查證據，合議庭就可以直接問被告、辯護人是否拋棄就審期間，倘拋棄就審期間接著就開審理庭審結該案。

本案準備程序有關爭點整理的部分，我看辯護人的上訴狀，辯護人到底主張被告係犯傷害致死罪、傷害罪或是過失致死罪？不是很明確，我是覺得受命法官在整理上訴之爭點時，可能要請辯護人做比較明確的主張，以釐清辯護人之上訴爭點為何。

另外有關審判程序的進行，審判期日到底要進行哪些事項？我剛才有提過照理說國民法官的第二審，應該比我們目前刑事訴訟法第二審還要再節省一些程序，因為根據國民法官法第90條第2項規定，有證據能力並經原審合法調查的證據，第二審法院得逕作為判斷的依據，所以嚴格來講的話審判期日於進行上訴人陳述上訴意旨後，如果沒有調查新證據的話，就可以直接進入辯論的程

序。至於已舉辦過模擬法庭的其他第二審法院，雖然有些法院還是有訊問被告的程序，但訊問被告也是屬於調查證據的一環，第一審既然已經做了，第二審原則上是不用再訊問被告，除非檢察官或辯護人有聲請訊問被告，或是法院認為有必要才再訊問。第二審是否要再為科刑證據的調查，跟訊問被告的程序一樣，第二審也都可以不再調查，除非有必要。

陳運財教授在台中高分院座談會時曾提到，如果只有針對量刑上訴，第二審也不用進行事實及法律辯論，直接就為科刑辯論，不過這個可能會有問題，因為刑事訴訟法第 283 條規定，調查證據完畢後，檢察官、被告及辯護人應依序為事實及法律的辯論，雖然刑事訴訟法第 348 條於 110 年 6 月份修正後，該條第 3 項規定上訴得明示僅就判決之刑一部為之，縱當事人僅就判決中關於刑之部分提起上訴，依該條立法理由所示，亦僅第一審認定之犯罪事實不在第二審的審查範圍，第二審仍應為法律的辯論，倘如陳教授所言，直接進行科刑之辯論，而省卻法律辯論之程序，就有可能成為上訴第三審之合法理由。以目前刑事訴訟法的體制，審判期日依該法第 288 條第 3 項規定，有一個訊問被告的程序，倘未進行此程序可否做為上訴第三審理由？最高法院 109 年度台上字第 2319 號、108 年度台上字第 1845 號判決，認為訊問被告是一個法定的程序，如果沒有進行，無異剝奪被告的防禦權，有害公平審判跟程序正義，即屬判決不適用法則之違誤。但最高法院 97 年度台上字第 2881 號判決則認為，訊問被告的程序是賦予審判長斟酌判斷的權限，於認為有必要時才為之，俾淡化職權主義色彩，以符合改良式當事人進行主義的精神，是具體個案基於實質真實發現與被告利益考量，有無行上開被訴事實訊問必要，乃事實審法院行審判程序時依職權自由裁量的事項，苟認無調查必要，而未予訊問，亦無違法可言。如果國民法官法第二審上訴時，像陳教授所講的當事人只對科刑有意見，那法律辯論的程序可以省略，直接就進行科刑辯論，但依上開最高法院 109 年度台上字第 2319 號、108 年度台上字第 1845 號判決的看法，第二審缺了法律辯論此一法定程序，將有害被告的防禦權，而有違法之虞。

本次模擬法庭部分，辯護人有訊問被告，之間審判長也有訊問被告，訊問被告是一個調查證據的方法，一般實務上問完被告以後，就會問檢察官及辯護人對被告所述有何意見，但本案審判長訊問完被告以後，並沒有詢問檢察官及辯護人，對被告所述有何意見，此部分與實務上的作法略有不同。

本次模擬法庭審判長也有就科刑的部分為調查，目前實務上都是證據調查完後，亦即不論是科刑的證據或是罪責的證據都調查完後，才進行事實及法律辯論，然後再為科刑辯論。本次審判長是事實及法律辯論完後，再調查科刑的證據，然後再為科刑辯論，雖然跟目前實務上的作法不太一樣，但這屬審判長訴訟指揮的權限，並無不可。不過本次審判長是在事實及法律辯論之前，就有先訊問被告的工作、學歷，後來事實及法律辯論完後，又提示前科表，調查被告之素行。但因為訊問被告的工作、學歷跟調查前科表，這個都是屬科刑資料的調查，審判長把它分成兩次來調查，一次在事實及法律辯論前，即訊問被告

的工作及學歷，另一次則在事實及法律辯論後，即調查被告的前科資料，目前實務上比較沒有區分成兩次來調查。

剛剛陳院長有提到準備程序中沒有提出證據調查，在審理中可否再聲請調查，有無失權效的問題，因為刑事訴訟法尚有一個發現事實真相的目的，所以縱使準備程序沒有提出證據調查，於審理時再提出的話，還是要斟酌到底是不是新證據，有無調查之必要性，不能說你於準備程序時不聲請調查，在審理期日時再提出調查，法院直接就已失權效為理由而不予調查。不好意思耽誤大家時間，大概做以上這幾點說明，就教於各位。

（二） 李法官嘉興

院長、各位司法先進大家好，很榮幸能參加這樣子的研討，收穫也蠻多的，今天這個研討當然是針對第二審上訴應該如何的處理。這裡要談的是國民法官法施行後，刑事審判的變與不變。

誠如剛剛蔡庭長所說，國民法官再上訴審的部分，立法者僅在 89 條根 92 條設相關規範，那也就是我們的審查標準，但在程序之進行方面，依國民法官法第 4 條之準用條款，仍可適用刑事訴訟法相關規定。不過個人認為首先應確認者係第二審之性質，從國民法官法第 91 條規定行國民參與審判案件經上訴者，上訴者應本與國民參與審判制度宗旨妥適的行使其審查權，雖一個不確定的法律概念，不過從立法理由後段說不宜輕易的以閱覽第一審卷證事後所得不同心證而撤銷，顯然就說如果沒有調查證據，僅閱覽卷證就說我的心證跟原審之心證不同就撤銷，並非所宜，參以整部國民法官法有很多痕跡都是受日本裁判員法，日本刑事訴訟第二審原則係採事後審制，裁判員制度施行後認應作更徹底的事後審，然事後審並非法律用語，其特徵就是第二審對於案件不自己形成心證，而是審查原判決妥當與否。就事實問題而言，是依據證據原判決是否有錯誤，亦即審查從經由各個證據之推論，得出之原判決之認定是否違背經驗或論理法則，判斷之基準時點係原判決宣判時之訴訟資料（參考法曹會出版刑事控訴審の手續き及び判決書の實際第 3 頁）。但如果在第二審進行新證據調查，當然應以調查所得與第一審調查證據所得進行心證比較。此時例外的，採覆審制。今天我們所舉行之模擬審判，如經由訊問被告方式進行證據時，就有可能以調查所得跟一審國民法官的心證相比較後，決定要不要撤銷。

其次，國民法官法第 4 條雖設有準用刑事訴訟法第規定，然國民法官法之引進有其特殊性，是否當然準用刑事訴訟法之規定，仍有待就具體事項討論，例如上訴後，被告死亡，當然可準用刑事訴訟法第 303 條規定判決不受理，但訴訟進行之方式是否亦如往常，即非無疑，我國導入國民法官參與審判後之第二審應解為原則上係事後審，業如前述，參以上訴時，刑事訴訟法第 361 條第 2 項規定上訴書狀應敘述具體理由，參考日本之第二審程序，在審判期日，由檢察官、辯護人及被告基於上訴理由書進行辯論，辯論前，如書狀有疑意，審判長得為必要調查，並要求當事人釋明。本件模擬既係由檢察官及被告分別就事實及量刑提起上訴，理論上仍應先就事實部分先行調查，再進行量刑辯論（

刑事訴訟法第 288 條第 4 項參照)。

國民法官參與刑事審判後不變從法官法的第 69 條來看這個問題的話，我們可以知道，有關證據能力、調查證據之必要性，與訴訟程序之裁定及法令之解釋，專屬於由法官合議決定之事項。可見上開事項不因國民參與審判制度之採行而變更，從過去模擬裁判來看，此部分亦係當事人或辯護人彈藥投射最猛烈之區域，即然是不變，當然也是第二審法院所得依職權審查部分。方才受命法官所提經評議結果認定未遂且應減刑，仍有國民法官堅持量處最高法定刑度，已非單純量刑裁量問題，亦涉及法令解釋問題，自屬職業法官之專權事項，量刑時自應以職業法官之決定為前提。如有不從，是否為該當於第 35 條解任之問題。

關於第二審法院就原始解剖屍體照片之證據調查與會者爭論的焦點在於是否為新證據？亦即新證據之判斷基準為何，有待建立。本人認為判斷之標準應該以是否經第一審調查過作為基準，如未經調查，無論是原因是否出於曾經當事人在第一審請求而被駁回，或未曾請求，因未經第一審調查並形成心證，就第二審而言，似應認為係新證據。原始解剖照片與替代性證據既然就心證之形成之影響力不同，自應認為是新證據。其次是調查必要性，國民法官法第 52 條第 4 項及同法第 54 條第 3 項均規定檢辯雙方應慎選調查之證據，上開條文係繼受的日本刑事訴訟規則第 189 條之 2 而來，日本稱之為證據嚴選，根據該國學者酒卷匡所著刑事訴訟法，及立花書房出版之刑刑事訴訟法逐條釋意均稱是指證據調查必要性的問題，事實上我們刑事訴訟法在 163 條之 2 亦有調查證據必要與否之規定，上開條文在國民法官法第 62 條也作了相同之規定。關於屍體照片在職業法官審判之時代並無問題，進入國民參與審判後，認定事實跟量刑的判斷主體發生變化，產生實務上有所稱刺激性證據要如何調查，要容許到什麼程度問題。過去模擬裁判，很多人參考日本，及美國聯邦政府證據法則第 403 條所定偏見證據，而否決了檢察官此類證據調查之請求。

本人認為屍體照片似非偏見性證據問題，要更細膩的去想是要證明什麼？科刑證據之調查須與行為人之責任有關，本次模擬裁判，檢方說會影響量刑，然解剖時屍體照片是被告造成的嗎？解剖過程慘狀是被告造成的嗎？就檢察官就調查之必要性似乎並未釋明清楚。

實務上尚有很多是調查必要性問題，例如要證明死亡之事實，檢方往往會提出相驗屍體證明書、死亡證明書等，但是否有必要，涉及重複調查問題，日本審判實務上基於減輕國民負擔，要求證據減重，其實也是調查必要性問題，因此，將來實際在審判的時候一定要問清楚要證明什麼？再來推敲到底要不要調查。

檢辯雙方會大量投入精力在證據調查之請求上，原因種種，可能是在法制面上，因為國民法官法第 64 條規定當事人或辯護人於準備程序終結後原則上不得聲請調查新證據，立法理由裡更提到為避免當事人辯護人與審判階段不斷提出「新主張」，似乎不只是新證據，連新主張能不能提出都有問題，日本有關裁

判員裁判的討論中曾提出有關不在場證明，被告在準備階段不提出，他在審判階段才提出不在場證明，法院要不要調查？因此證據調查的必要性的審究才是重中之重，更何況誠如蔡庭長所講我們的國民法官法立法理由後段，仍保留了不妨礙法院依刑事訴訟法 163 條規定行使補充的證據調查之權限，雖證據調查是因案件而異，但是不可否認我們對於調查必要性還是不太講究它，像今天我要證明被告下手的位置是在脖子這裡，當然可以提出一張屍體照片即可，不需要把他所有的屍體照片都提出來，一方面可以促進訴訟，一方面可以減輕國民法官之負擔。

昨天與司法院的陳法官思帆見面時提到一個問題，第二審之證據調查還是要足以推翻或影響原判決，如果形式上看起來會影響原判決，這才有調查必要性，縱使調查也不會影響到原判決的結論時，事實上也沒有調查的必要。問題來了，德國有一個判例上有一個證據調查「預斷禁止原則」他判例是說當事人聲請傳喚一個七歲的小孩子，法院不得以事過已兩年了，小孩子應該不記得了而駁回。判例說是這違反證據調查預斷禁止原則，在證據調查申請時，該證據與待證事實之間的關聯性真的要徹底釐清。

還有失權效，也曾引起一些討論，刑事審判保障被告之緘默權，被告是否講話，何時講話均任由被告行使，若一定要在準備程序終結前為主張，是否逼迫被告為一定陳述，違反被告的緘默權？幸好我們還有一個預備的機制，也就是說如果真的重要，法院還是可以依職權行證據調查。

有關事實之辯論部分本件檢察官起訴認被告是基於不確定殺人之故意，然而辯護人一直在說如果他有殺他的意思，他拿刀、拿槍就好，這跟檢察官起訴事實沒有關聯，因為如果要拿刀、拿槍就變成直接故意，所以那個論辯跟檢察官起訴事實並不相干，是否適合以此作為論辯之理由，可以再檢討。再者，國民法官法既規定關於事實之認定，第二審法院非以原審判決違背經驗法則或論理法則不得撤銷。本件模擬審判，檢察官及辯護人於言詞辯論及書狀內均未就此著墨，全委諸法院之判斷，甚為可惜。

就量刑辯論檢察官說量刑過輕不符合罪刑均衡的原則，辯護人說量刑過重，各說各話，也不敢講說為什麼過重、為什麼過輕，法律人都可以琅琅上口說什麼不符合罪責均衡，什麼叫罪責均衡呢？縱使將刑法第 57 條所列量刑事由羅列下來，它不會像機器一樣，自動跑出具體的刑期，要靠法院審酌，所以上開辯論，對法院來講是沒有幫助的。且辯護人在事實辯論時又常夾雜著量刑辯論，亦非所宜。

我國最高法院在 108 年台上字 3728 判決引用了德國的幅度理論，認為罪責均衡是有幅度的，在這個幅度裡面的量刑都是很符合罪責均衡，問題是幅度在哪裡？司法院有建置了量刑系統，它就是一個統計，這是不是就是那個幅度，可不可以這樣解釋呢？值得去省思，否則辯護人說太重、檢察官說太清，到底

是重在哪？輕在哪？每次準備程序我都會問說怎麼認為輕或認為重呢？量刑因素是因案而別，但是重要的量刑事實不會相差太遠，每一個特定的犯罪類型，例如所謂的詐欺、加重詐欺這一類的，詐騙的金額、詐騙的手法，假冒公務機關等基本事實大致相同，則過去的量刑現象似乎可認為係幅度理論所指之罪責均衡。本件模擬審判，第一審判決於量刑時說明經查詢司法院量刑資訊系統，並無適當案例可供國民法官法庭為量刑區間之參考等語，可見系統建置尚未完備，有待當局努力。雖然如此，非不能以一般殺人案之量刑區間作為評議之出發點，再審酌所殺害者係直系血親尊親屬之因子，以達法官法第1條所定提昇司法透明度，使量刑透明化之目標，並召國民之信賴。再者，原審判決既已說明無適當案例可供參考，乃第二審之判決書關於第7頁論斷原判決參考量刑資訊系統查詢結果，判處有期徒刑15年，本院認為…並無不當等語，似與第一審判決所為量刑說明不符。再者，既約參照量刑資訊系統，則該系統所顯示之幅度為何，宜於判決書為記載，使量刑透明化之腳步可以向前邁進。

最高法院107年度台上字第3897號判決曾指出：對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪。宣告刑之擇定，雖屬審判法院之自由裁量權，但仍應受比例原則、罪責相當原則所支配，然而是類原則，猶嫌抽象，如何具體呈現，每人心中不免各有一把尺。刑事訴訟法第310條第3款所定：「有罪之判決書，應於理由內記載科刑時，就刑法第57條或第58條規定事項所審酌之情形」，用意即在於揭露審判者之量刑心證，用昭折服，並受公評。……檢索96至104年適用該罪判決之查詢結果，共計740筆，最低刑度是4月（1件），最高刑度6年（2件），平均刑度3年6月，若將檢索條件設定「強制力態樣：其他違反被害人意願之強制手段；犯罪態樣：以性器以外身體部位碰觸被害人性器以外之身體部位（例如用手摸胸、摸臀）；前案紀錄：無；被害人所生損害：精神創傷；（被告）犯後態度：不佳」（與本案情節相似），則有28筆判決，最低刑度是3年1月（1件），最高刑度4年8月（1件），平均刑度3年8月，有上揭量刑資訊系統資料可憑，則本件原判決維持第一審所處之有期徒刑4年6月，實已超過上揭相類案情所處之平均刑度非少……自形式上觀察，易使人引發是否將另諭知無罪之其他9次犯嫌部分（俗稱嫌疑刑罰），在此有罪部分計入評價之聯想，是否適宜？似有再行斟酌餘地¹，肯認「量刑資料系統」具有匡正量刑不公平之機能。繼之於108年度台上字第2686號判決指出：繼受德國法及日本法為主之我國，基於法官獨立判案而不允許受到任何不當之外在干預，量刑屬於法官固有之職權，由法官依其經驗與論理方式，依據證據而自由地進行裁量，故係採「自由裁量基準」。惟為防止法官權力濫用之可能，故而有以統計學上之「多元迴歸模式」，嘗試建立公式化的

¹ 107年度台上字第3897號判決參照

量刑基準，司法院建置之「量刑資訊系統」即係以「多元迴歸模式」分析實務判決資料後，依焦點團體建議及調整量刑因子暨影響力大小製作而成……，僅能供法官量刑之參考……。是除無任何理由「明顯偏移」量刑資訊系統刑度範圍外，只要係以被告之責任為基礎，避免受到法律外之量刑因素干擾，說明審酌刑法第 57 條所列事項而為刑之量定，若未逾越法定刑度，亦未濫用其權限，即無違法。亦肯認量刑資訊系統所顯示之量刑幅度有指標上之機能。所謂「除無任何理由明顯偏移量刑資訊系統刑度範圍外」等語，從反面而言，可解為如有正當理由，可以超越目前之量刑現況，為了讓上級審認為並非無理由，事實審法院自應於理由內詳為說明。因此量刑現況並非靜止不動；其二是，如無正當理由而明顯偏移，即有可能落入量刑不當之瑕疵。既當事人作量刑辯論之資料，於量刑評議時亦應以上開資料作為評議之出發點，庶幾能擺脫量刑係一黑箱作業之譏，達量刑透明化然如此，於量刑辯論時，自應調取刑資訊系統所顯示之量刑資料，而召公信並受公評，且量刑既然是國家統制權作用之一環，在理論上，不允許因審判主體不同，而造成不公平之現象。因此刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 17 點建議量刑時宜參考「量刑資訊系統。」目的無非追求量刑之透明化及公平性。當然不可否認的，引進國民參與審判目的之一，係在糾正目前普遍為社會所指摘量刑脫離國民感情，以之為量刑標準，亦喪失導入國民參與刑事審判之旨趣，目前之模擬，雖於評議時提供相關量刑資訊供參考，但未在審判期提示供檢辯雙方為量刑辯論，仍不免於黑箱作業之譏。

日本有學者把量刑傾向定位為判例或準判例之性質，個人曾在一個判決裡面是把認定基於公平所要求而具有某程度的規範性機能，雖然審判是獨立，可是都是國家機關的司法統治行為，國家司法機關的統治行為之量刑，怎麼可以零零落落，把同樣重要的犯罪情節，作不同之量刑。雖然被告的家庭、生活狀況等，法官都知道那些都裝飾，只是為了滿足刑法第 57 條之要件，不太會因為他的家庭狀況去從輕或從重，還是依照犯罪情節，就是客觀的犯罪事實，犯罪所生的損害、手段、動機去審酌，所以這一塊我是覺得檢辯雙方都有努力的空間。至於死刑之量處，將來也會是個問題，日本的在裁判制度實行後，曾有裁判員判處死刑的兩個案子，上級審法院就用量刑的公平性，以這一類的案子過去都沒有判死刑，你這樣判死刑不適當，將死刑判決撤銷。

現在審判實務上，可以看到只意識到共犯間的公平性，雖也意識到同類型間之量刑公平性問題，但不敢去碰它。司法院現打算設一個量刑委員會還要立法，到底是要模擬美國或是英國，還是要用現在目前去精緻化司法院量刑資料的統計，尚有待權責機關去討論，且恐非短時間可解決。可預見的將來會成為顯學。

四、心得分享及建議

(一) 周律師書甫

各位法官還有長官，其實我希望時間可以留給司法院的陳法官，其實剛才各位有講到一些可能在上訴理由當中的一些缺陷，的確這不管是在國民法官裡面、或一般審判其實都是，的確有一些可以在注意加強的地方，我比較想說針對剛才有講到的一些具體未來適用狀況可能把時間留下來討論，謝謝。

(二) 吳律師秀娥

各位先進大家好，我幾點想要就教於在場的各位先進，首先第一個部分我就是從馬祖到金門這邊，然後我們在準備程序都做了視訊，當然我在想實際審理應該是可以避免，可是後來我想想其實離島也難以避免，就是你跟交通的限制可能要視訊，坦白講我覺得視訊對於辯護人來講，事實上我是覺得非常不好的，因為這是一個法庭的活動，然後視訊我根本看不到法官的反應表情，然後也看不到被告、檢察官，你先排除有時候會訊號不好等等之類的不知道誰的訊號不好，然後再來就是說我沒辦法具體看到法庭內的人，就像我們一般審理的時候法庭裡面的人的反應，我覺得那也是做一個辯護人，很重要的一部分了，因為畢竟這是很重罪要幫被告辯護，然後我覺得這也是被告的權益呀，我不知道司法院的設計是怎麼樣，因為我覺得這可能是離島一個很大的問題，我覺得準備程序應該一定要實體的審理。

我們要實際上場的時候會發現的情況，我會覺得說假設是被告應該要有辯護人來指定配合模擬，因為我覺得在離島可能交通上限制了啦，好像都是院方這邊來指定，身為一個辯護人事實上你跟你的當事人那種信賴基礎的，尤其律師跟當事人、被告之間的信賴基礎是非常非常重要的，和我們模擬就會發現說，為什麼我的被告跟我不同調，當然實際的審理也有可能啊，那沒關係我就說你當庭解除委任啊，有時候模擬我不能解除委任啊，解除委任就少了一個臨時演員這樣子，辯護人就不能再繼續模擬下去了。

另外一個是我覺得說國民法官法第 46 條，所謂說怎麼樣避免產生預斷或偏見，我在想這應該是國民法官法這部法律立法很重要的一部分，畢竟我們這個審判制度是整個跟我原來的一般刑事審判是完全不一樣的，站在我們辯護人的角度當然會覺得有很多東西都是預斷，有可能造成國民法官，尤其是素人，專業法官當然沒問題，會造成素人預斷啊，因為素人有時候他可能是鄉民耶，可能不是像你講的，他可能有高的知識水準，可是他真的是法盲耶，或者他有他自己主觀的判斷，好就舉例來講、我們一直在講說出證的部分，檢察官一直在講說要血淋淋的照片，坦白講這些真的不會影響嗎？站在我們辯護人的立場，我們覺得當然會啊，坦白講剛開始我當律師看到那種血淋淋的車禍案件時，你真的會覺得那個被害人很可憐啊，然後你就會有自己的情緒，因為我們是人啊又不是機器，我覺得這些東西到底算不算預斷？會不會產生偏見之虞？因為有時候我不太懂國民法官 46 條的立法意旨，他有沒有一些具體的個案我其實很想請教司法院的陳法官，就是說當初的設計到底是什麼？我們實務在操作的時候

站在辯護人的立場，我們到底是要怎麼去辯護？然後增加為了當事人的權益。

由 46 條衍生出來的是，雖然是二審，可是我在一審的時候，有國民法官的情況下我就發現一個很大的問題就是 73 條，73 條說國民法官可以去問比如說被告、證人，也可以說請審判長去問，可是我在馬祖就會發現說其實有些國民法官他很積極，可是我們會覺得站在辯護人的立場，我覺得他問出來的東西好像會對我當事人不利呀，那我可不可以異議？我可不可以主張說這可能會產生預斷我可不可以主張異議，可不可以告訴審判長，審判長可不可以制止。

更有趣的是我們後來在座談的時候，國民法官就會覺得說第一他本來就不相信律師，第二他會覺得說律師就是亂爭執啊等等之類的，假設一個辯護人角色他一直在異議這些東西，會不會造成國民法官覺得說阿你就是在狡辯？他會不會對我的被告不利？我那時候在馬祖國民法庭我印象很深刻的，因為很多國民法官都在問很多問題，也許這些問題根本就失焦啦，那這樣專業法官、審判長是不是應該制止？如果審判長沒有制止，站在辯護人的立場或者甚至檢察官可不可以異議之類的？就是我們異議權的行使到底怎麼去操作？在國民法官法聽有沒有不一樣？以上就是我的疑問想要就教各位先進，謝謝。

（三） 洪檢察長培根

國民法官法的參與是檢察官未來的重要業務之一，這一次身為本次模擬法庭的一員，檢察官這邊關於本案有兩個問題想要提出來。

第一個問題是避免預斷跟直接審理發現真實的界線到底在哪裡？第二個問題是訴訟指揮的不當，或者瑕疵應該如何來做處理？

我們回到本案的案件本身來做說明，本件案件從一審檢交辦到二審的時候，我跟一審的檢察官有討論過有一個問題點，就是檢方應要求避免過照片過於血腥衝擊到國民法官，因此提出所謂的灰階照片，但到了審理程序的時候，卻因為用所謂的一段避免預斷，禁止檢方提示這樣子的灰階照片，這樣不合理的一個訴訟指揮，到底要怎麼做處理？在檢察官的立場，我們要提示的是傷勢照片，跟解剖照片，這應該是發現真實的重要一環，剛才兩位評論員都有提到說那必要性在哪裡？其實我們都有提過了，傷勢照片是為了要證明說他下手的部位到底在哪裡，因為我們的照片就顯示了他的頭部、頸部、胸部受傷，解剖照片是為了要證明他下手的力道如何，因為他的肋骨是斷裂的，他蜘蛛網膜下是出血的，為了要證明這樣子的一個證據，我們提出這樣子的一個傷勢照片跟解剖照片，所以檢察官這一方不懂、不了解，為什麼提示所謂的灰階照片而不是提示原始的傷勢照片跟解剖照片，如果是要避免血腥衝擊，不是要放在選任國民法官的時候，就要明確的告知然後把它排除掉嗎，為什麼到了審理的程序才說要避免這樣子的血腥衝擊，甚至到了最後為了避免所謂的預斷然後連灰階照片都不准提示了，所謂的預斷跟直接審理發現真實不就兩相衝突了嗎？他們的界限到底在哪裡呢？最後法院應該怎麼樣處理這樣子訴訟指揮的不當或者瑕疵，本次高分院在判決書裡面有提到這樣子的說明，他的程序上是有可議之處，

這樣的情況縱使二審補正了這樣的瑕疵，或者是不當，但是我們更希望知道的是未來我們如何避免一審再發生類似的情況，是要發一個通函呢？還是做一個通案的模擬？這是檢察官的一個問題。

五、司法院長官致詞—陳法官思帆

院長以及各位參與模擬法庭的法官、檢察官、律師，兩位評論員、檢察長、在座先進，大家好，我是司法院刑事廳的調辦事法官陳思帆。

今天非常有榮幸能夠來到金門分院來參與這一個模擬法庭後的座談程序，先跟各位致歉，非常不好意思，本來是昨天也想要觀摩整個模擬法庭的進行過程，不過剛好同時在台北地方法院有辦理模擬法庭的程序，也是受命要參加，所以只能夠參與今天的座談，不過透過這個座談會當中，也聽到了非常多先進在實際參與之後所提出來的寶貴意見，這我就先說明，這裡面如果說有涉及到將來法制配套措施的規劃，或者是說如何再去提供給法院更清楚的完成去操作說明或相關協助等等，這部分意見我都會帶回我們廳裡面，並且跟我們廳裡面的長官報告，作為將來規劃的一個參考。

當然因為時間的部分是非常有限，剛才不管說是合議庭法官、評論員或者是檢辯雙方都提出非常多的問題，我就直接切入就問題的部分提出一些看法，有些是法律如何去解釋的原則，有些或許是我基於一個從事刑事審判職務法官的個人見解，也是提出來跟各位分享也就教於大家的意見，我先確認一下院長這個研討會表定時間應該還沒到吧？因為現在 12 點應該還 OK，好我就簡單說明。

因為剛剛大家討論的議題其實非常豐富完整，所以如果那邊有缺漏，或是任何需要補充的就麻煩等一下也可以隨時提醒我。

首先第一個部分是二審的判決書格式的問題，這部分其實剛才的蔡庭長已經有做很詳細的說明，如果再更進一步去說明的話，其實目前看到的大概是有三種，一種是比較接近傳統的方式有分事實與理由欄的記載；第二種是只有記載理由欄不過實際上還是把一審所認定的犯罪事實記載在理由欄裡面；第三種的話是像今天說我們所看到更前進的是一個純粹事後審、法律審的記載，這部分當然剛剛蔡庭長已經有說明了，因為本來我也是在想說就這一個我們能不能說採用比較完全是事後審、法律審的記載。因為 364 條準用到 308 條，那我不能說因為二審判決他其實只是駁回了上訴，能不能認為這不屬於 308 條俗稱的判決有罪的判決，這或許是一個可能的解釋途徑，那當然這一個點我知道說因為實務上有法官是採不一樣的見解，是認為說既然說二審還是有事實審的功能所以解釋上即使是上訴駁回的情形，只要是屬於最後的結果有罪，還是會需要需要受到 308 條的限制，所以目前實務上我們看到才會出現這樣有不同的記載，那當然這或許也可以採用折衷的一個方式，就是把犯罪事實記載在理由的方式，或者是用刑事訴訟法 373 條的規範，就是說他其實可以去簡單地引用一審判決所認定的一個事實，這部分的話當然之後我也會帶回廳內再做研討說我

們之後如果要提供範本，原則是採哪一種格式，不過如果這樣看起來的話應該也不限於說這一個事實一定要以與傳統的記載一樣，而不能夠用所謂的在理由中引用事實的方式。

另外剛剛非常多先進很熱烈討論到的，有關於刺激性證據的是事實，第一個部分是說就刺激性證據的問題，如果說是本案，跟本案的犯罪結果或者是相關解剖過程有關的這些照片，這到底能不能算是國民法官法第 46 條所稱的一種預斷呢？這應該沒有到達所謂預斷或是偏見證據的部分，這部分應該還是認為說國民法官法第 46 條的解釋主要是指說並沒有經過合法調查這一個審判外的一個資料，這部分通常是來自於審判以外的資訊，比如說相關的新聞媒體報導，或者是檢察官或者是辯護人他並不是說依照證據，而是單方面根據證據他所做出來的推論或是主張，這部分的話他會認為說他可能是會產生對於國民法官的預斷或偏見，如果沒有經過法院裁定許可調查，在審判庭當中他提出來的話會受到法院的制止。

如果今天只是說因為是犯罪結果呈現比較血腥的照片，當然這可能會考慮到的第一個是說他可能會對於國民法官造成一些負擔，甚至可能會產生情緒上的影響，當然在這一個層次的問題就誠如剛才也有先進提到的話，以我們現在法制上的一個處理方式，第一步是他在準備程序的時候，他就要去考慮到說這個相關證據的待證事實為何？他提出來證明的必要性為何？就舉例來說如果說是一個犯罪結果本身，就是比如說是一個明顯是受傷的情形，或甚至是被害人倒臥在現場的遺體等等，目前就我說包含學者以及實務界先進的一些討論，大概多數普遍的見解認為說這種證據還是有必要調查，因為這個是行為人他直接的行為所造成的結果，只是我們雖然有必要調查這樣的證據，在調查的方式還是要特別去注意說，我們要注意他的方法不要特別的去渲染他，造成大家激烈的情緒然後去影響到審判的公正性，所以只要注意說我們不要特別去投放這個，例如特別把它放大，或者用一個很強烈的方式把它表現出來，我們用一般的大小去呈現，另外也可以注意說這樣的照片他顯示出來對於在庭的被害人，或被害人家屬他是不是可能會造成不當的刺激或是負面的情緒影響？所以包含以前我們在日本觀察裁判員模擬法庭實務經驗，也可以看到他們在調查其實法院會很注意說，如果是類似這一類的證據資料，他不會特別投影在法庭的大螢幕上面，他只會顯示在審判者法官、裁判員眼前的電腦螢幕，當然之後證據資料也還是會提到法院裡面，他並沒有說應該調查的證據並沒有好好調查的問題。

接下來如果是另外一種情形，如果說是涉及死因有關的事項，就比如說本案有關的相關解剖過程的照片等等，甚至是說在這個歷程當中，各種臟器或者身體裡面內部傷害情形的這一些照片，這時候就必須要考慮到對於死亡的原因到底是不是檢辯雙方他有所爭執的事項，當然有可能說在個案裡面檢辯雙方對於死因是有爭執的，比如說假設這個案子是有申請傳喚法醫師來說明解剖以及鑑定的過程，他要去說明死因他必須要運用到解剖過程裡面的照片，還有身體裡面所顯示的一些造成死亡的狀況，這時候可能就必須要考慮准許調查有關、

相關的證據、照片，只是可能還是要去基於必要性的考量，認為說在過程當中使用一定是具有必要性的證據，不宜說沒有經過事先篩選就把整份解剖報告書裡面所有的照片從頭到尾大量的去提出來，當然這個部分的話以日本的學說跟實務在討論，他們有提到說在部分的情形也可以考慮利用所謂的模型或者是3D，這種事後的一個3D立體的模型建置，來避免所謂太多血腥衝擊照片的問題，這部分是可以參考。

最後一個小問題是說，剛剛檢察官提到，比如說骨頭斷掉、肋骨斷掉，這些身體裡面內傷內傷還是有一些必要的情形，可能需要看你把它打開以後這一個狀況，這邊我的想法也是認為，當然如果真的在必要的範圍之內，當然要調查是有可能的，不過也是一樣就是說我們不是要去渲染這件事情或者是重複同樣的照片大量的提出調查，可能在準備程序當中法院還是要充分的去請申請調查的檢察官確認說，那你的必要性為何？你是否要針對這件事情以挑選一、兩張真正重要的照片就可以了？這是剛剛大家都有提到有關於刺激性證據的問題。

接下來剛剛有提到關於證據失權效的規範，我們都知道說國民法官法在一審有第64條失權效的規定，在二審90條失權效的規定，剛剛院長有提到一點我沒有聽得非常清楚，不過我會認為是說，如果國民法官法的架構之下，理論上應該不需要在審理庭再由法院去重複的確認說檢辯雙方還有沒有證據要請求，畢竟以我們的規範來說的話，他在一審的準備程序結束以後他再提出證據調查的申請，它本身其實是一種新證據調查的申請，這反而是他要主動提出來，並且主動說明為什麼會具有符合失權效但書例外的一個相關事由。

國民法官法第64條跟90條有關於失權效跟失權效例外的規範，當然主要是來自於日本法的規定，只不過說他跟日本法不同的是他在但書的部分又在更往前一步，其實日本法他們對於失權效例外只有簡單一句說除有不得已的事由以外，有經過準備程序這樣子的整理之後不能夠事後再提出調查新證據的申請，所以這一個但書的部分其實在當時立法的過程當中也是有參考日本在實務上去解釋什麼情況下認為是有不得已的事由，畢竟刑事訴訟還是有包含像發現真實或者是要維護公平正義等等的這一些目的，所以我們不可能完全去阻絕掉事後的證據調查申請，至於說哪些情況下可能是可以例外准許的，第一個部分大概解釋上是考慮到他的歸責性，這個證據調查他實務提出到底能不能歸責於實務提出的這一方，就舉例來講好了，假使說在一審當中他確實提出了這樣的證據調查申請，一審的法院認為沒有調查的必要性把它駁回，結果是後面的二審來檢證，發現他確實是有調查的必要性，他是屬於說一審他過度限縮證據範圍的這種情況，抱歉我這邊說錯了，應該是說一審他提出來提出這樣的證據調查申請，一審法院告訴他覺得這個必要性不夠請他主動去做限縮，這時候他自行撤回了，他既然已經撤回了什麼，他就沒有調查，結果到二審的時候他才去又去說明必要性，並且獲得二審法院的認同，在這個案例裡面因為當初的撤回是一審他基於說要做證據簡化的考量由法院敦促檢辯雙方檢視有無必要性，再請

他撤回，這邊會認為說在這樣子的情形下，他在二審再去做主張，而且認同這個必要性的話或許就不能夠認為說這個實務提出是可以歸責於當事人這一方，這個情況可能可以解釋成說是 64 條的但書第六款，不許他提出顯失公平的情況，這部分我這邊再補充一下所謂的失權效的新證據應該是如剛才庭長所說的，如果說一審他有提出申請，經過二審法院正式駁回，他這個應該是屬於調查必要性判斷是否妥當的問題，如果一審提出來申請以後撤回，或者是他在一審他根本沒有提出申請的情況，這時候才是屬於第 64 條或者是 90 條的新證據的問題。

剛剛講到例外第一個是是否規則性，第二個可能就要考慮到的是說他這個新證據是不是對於認定犯罪事實的存否，他是具有關鍵、可能會影響事實認定結果的證據資料，在之前我們去做立法說明，法案說明的時候有提到說，比如說在原本特定的證人都找不到，後來證人出現了，或者當時還不曉得說在犯罪現場有這位證人存在的事實，不過後來知道了，可能就可以事後去申請去傳喚調查這個證人；另外像是以日本實務經驗來說的話就有關於量刑證據的部分，如果說是事後會影響到量刑評價的事由，比如說被告跟被害人後來有相關和解的事實，這些相關的證據其實還是可以事後再提出調查，大概是有這幾個方向可以做參考。

另外就是就這一個有關於剛剛法官所提出來的問題，評議程序如果說國民法官他不依照法定刑來進行評議討論，這個情況下可能法院還是只能夠先跟國民法官說明說目前依照刑的加重減輕的計算之後大家可以去裁量的一個刑度的空間範圍為何，可能只能夠說明說依法裁判還是包含法官跟國民法官在內，國民法官法庭的義務，如果說這個國民法官能夠接受說即使他認為被告行為是非常可惡，他還是只能夠在他能判處的這個最高刑度範圍來做裁量的話，這樣是沒有問題，就可以照著我們國民法官法的規定刑度計算的方式來去決定最後的刑度，如果說國民法官他是完全不能接受這件事情，的確他可能就會產生他沒有辦法依法公正誠實執行職務的問題，這時候可能就要去考慮到國民法官法第 35 條是不是會發生解任國民法官的事由，結論是有發生的話第一步是由備位國民法官來做遞補，如果說遞補到真的完全沒有備位國民法官這時候才會發生說糟糕了是不是又會有程序再開的問題，當然一般來講的話我們是比較不希望說真的程序會發生這樣的情況，所以通常來說應該是可以透過事前的說明還有跟國民法官的溝通討論來去解決這樣的狀況。

這邊附帶論述一點其實在這個國民法官制度他是採用合審合判的原則之下，我們認為說其實合議庭成員彼此之間的相互認識，還有說對於審判進行方式、審判原則、法律原則這些掌握，其實他並不是說事前完全沒有溝通，然後直到最後評議的時候大家才開始去互相認識了解，才發現原來彼此的落差這麼大，其實應該是在從審前說明到程序進行中的事宜，慢慢、慢慢的大家都有交流或討論的機會，也慢慢、慢慢的一起去、逐漸去掌握這個案件的相關事實，所以理論上來講如果一審的法官，他在這方面如果有確實去進行的話，應該不至

於會發生說我到了最後評議的時候才發生說有些國民法官認知跟我們一般認知差異非常大，可能如果有特定國民法官他有不能公正審判的情況，應該會在程序進行中間他就會發現說有這樣的情況。

剛才法官提到的問題是說，好像是說量刑如果不當的話二審不能夠撤銷改判是不是？能不能撤銷發回？

法官發言：

如果不允許撤銷發回的話是以二審三位職業法官的意見，這樣會跟國民參與審判和審核判的立法終止或精審有所違背。

陳法官思帆發言：

因為這個問題一樣涉及到到底說 91 條國民參與審判的意旨你要如何去予以尊重的問題，當然我們知道說在事實認定的層次，事實認定應該會包含犯罪事實也好、或者是包含刑的加重減輕的基礎事實的認定，原則上是以有無違反經驗法則、論理法則的原則來去認定，至於就刑的部分的話當然剛剛有些先進有說是以裁量有無發生不當的情形，當然他還是要秉持在尊重一審國民法官法庭的認定的量刑前提下去為之。這時候要怎麼樣去審酌刑的裁量有無不當，就是要具體去看他判決書所顯示出來的量刑，以及卷內跟量刑有關的證據，還有他整個犯罪的情節，比如說看了這些東西之後他有沒有違反我們說的罪刑相當原則，或者是說像剛剛提到有關平等原則等等的問題，或者是說有什麼重要的量刑因子他沒有審酌到，如果說認為真的有這樣的情況的話，當然他可能會構成判決撤銷的情況，判決撤銷要不要發回其實還是要視具體個案而定，這部分的話之前日本他們所發生的情況就是說他們認為一審判決過重，認為有嚴重背離檢察官的求刑跟過去類似個案的量刑傾向的問題，比如說過去個案對於這種虐待、對待自己子女致死的案件，量刑傾向大概是 10 年，但在這個案子裡面一審判了 15 年，二審認為判決過重，應該說最高法院他認為說這個案子他有明顯背離過去的量刑傾向，而且他過度評價虐待兒童這樣子的一個對社會影響程度的量刑因子，在那個案件最高法院的選擇是說他是直接撤銷直接自為判決，他把它撤銷之後父親的部分他判 12 年，母親判 10 年，大概是有這樣子的狀況。

所以到底說是撤銷以後要發回還是說可以撤銷自判，其實還是要看個案具體的狀況，這部分也是在分享說剛才也有學長提到的是在涉及死刑的討論也是，在涉及要不要判死刑的討論，日本的最高裁判所他們也會採取一個比較嚴格的標準，就是說即使是有國民參與審判的案子案件，他決定了死刑，到底說這樣子的一個死刑是不是妥當的他會去嚴格審視他符不符合罪刑相當，甚至他會非常重視這個類似案例的量刑傾向，那為什麼會重視呢？就是剛剛提到的平等原則的一個問題，所以在日本之前 2015 年的時候，他們兩件都是地方裁判所國民法官裁判員判處死刑，二審他予以撤銷改判成無期徒刑，最高法院都是直接去維持二審的見解，大概會有這樣子的傾向，這部分就我個人的分享是說，我

會認為說這種所謂國民正當法律感情的一個引進，在國民正當法律感情的引進從輕變重的部分，或許二審把一審的結果從輕的改成是重的，或許這個限制會比較大，可是相對來講的話他把一審認定為嚴重結果改為是比較輕的結果，或許在將來二審或三審他自行去做決定的一個機會就會比較大；這部分其實主要還是要去考慮到所謂國民正當法律感情的一個引進，他算是一個國民法官制度重要的價值，可是他並不是唯一的價值，像包含了我們憲法所規定的平等原則也好，還有罪責相當原則等等這一些他都是同時必須要去考慮的，所以會產生這樣子的結果。

剛才另外就一審的準備程序跟證據調查的部分，我這邊簡單做幾個報告，首先是說如果一審再做準備程序他會涉及到必須要進行鑑定，必須要進行鑑定他要進行一些證據資料的蒐集，或者是說一審的鑑定報告他可能會事先接觸到鑑定報告的結果內容，確實說在立法的階段或者是日本裁判員法立法之前，都有討論說一審的法院做這些事情會不會事先產生預斷跟偏見，在立法時確實當時有主張是不是可以由其他的庭來處理這件事情，等到準備程序結束以後就有本案的法院來進行審理就可以了，不過以日本的裁判員立法經驗，他們最後並沒有採取這樣子的一個方針，最主要原因是在於說包含了證據裁定，哪些證據要調查？哪些證據不調查？證據排放要以什麼樣順序來調查證據？還有審理計劃的擬定，這些事項是跟審判核心算是直接相關的事項，他會直接影響到法院的事實認定，因為法院很難想像會接受完全由另外一個庭為他排定審理計劃，萬一這個法院他對於證據調查必要性或者審理計劃、審理進行方式的想法跟進行準備庭的法院不同的話，他就必須要重新排準備程序，可能程序就浪費了，所以他們最後不採這樣子的方式。

當然過程中也有人採用類似證據保全的方法方式，就是如果說會涉及到像是鑑定、或者勘驗，這種會接觸到實質證據資料的就由別的庭來做，這是另外一種、折衷的做法，不過以日本現狀而言他們還是由原來的庭來去做進行，這樣子進行下去，接下來它的好處是說，像是本案的爭議，假使認為有必要傳法醫師來去做說明說這一個有關死因的必要的話，以這一類型的證據調查他們在準備程序階段他們可以去開一個審前的鑑定會議，事前讓檢辯雙方去確認說本件就這一些專業的鑑定事項有哪些爭點，在審理的時候要有什麼樣的方式去詰問法醫師，大概會有這樣的方法。

陳院長真真發言：

還有一個問題就是辯護人講的國民法官問問題的話，如果辯護人異議，法官的處理方式。

陳思帆法官發言：

剛剛辯護人提到異議的問題，依照我們目前刑事訴訟法應該是 167 條那邊的規定，167 之三的規定，當然他就異議只有規範在證人的證據調查程序，所

以大家經常再去討論說包含開庭陳述、包含辯論、包含在選任程序中能不能異議？或者是說對於法官或國民法官的問題能不能異議？我實務上看到有些審判長是認為說你不能對法官異議，或者是你不能在辯論時異議對造，確實有這樣子的見解，不過目前多數的看法似乎認為是可以從刑事訴訟法 288 條之三的出發，具體的操作方式應該是說在這個程序中如果發現特定國民法官或法官或者是對造的問題、行為有覺得不妥當的地方可以提出來請審判長為適時的處置，如果審判長他沒有為事實的處置的話，這時候就可以依照 288 之三去針對沒有為適時地處置的這件事去提出異議，這樣做有什麼好處呢？你一旦提出異議之後法院雖然說還是原來的合議庭，不過就異議的內容跟法院處理結果就會記明在筆錄裡面，記明筆錄之後將來如果認為他會影響到判決結果他可以做為上訴的事由，這邊再去做延伸剛剛所提到的是說包含證據能力調查必要性的裁定，或者是訴訟程序相關的裁定等等，當然他這個是屬於程序的事項，它本身在目前的法制規劃是不能夠獨立去做救濟的，不過它可以附隨在上訴當中去主張，至於說是不是有這一些瑕疵，他就必然會構成判決違法或是應該要去撤銷？目前我看到即使是在現行法，也有一些二審法院是採用無害瑕疵這樣子的概念，認為說雖然在過程當中有這些程序違法程序違法，但並沒有影響判決結果，不過就在判決理由當中用附論的方式去指摘這些他認為程序有所違法的情形，這或許是一個可以去參考、努力的一個方向，因為這樣子無害瑕疵的觀念，在目前跟一些實務的學長討論大概多數都是肯定這樣子的一個處理的想法。

剛剛辯護人還有提到說準備程序的遠距視訊，就我所知依照目前刑事遠距擴大作業要點的部分，應該在準備程序是可以利用視訊的方式來去進行，這部分其實我是覺得說可能還是要去考慮到資源的有效性，還有我們現在在數位時代，有無可能某些程序事項可以盡量去減少所有訴訟程序參與者的相關的勞費負擔，比如說在準備程序他其實可以有很多不同的階段，如果說重點是要去整理檢辯雙方的主張或者是探討證據能力的意見等等，這種比較法律的事項，其實他就本質上比較像一種會議的形式，或許是還算適合遠距視訊來進行，可是如果說是涉及到證據的調查，比如說例外提前在準備程序調查證據，或者進行勘驗等等，那可能就不適合說用這個遠距視訊，大家就是還要符合直接審理的原則。

最後還有剛剛蔡名曜庭長他先離開了，他所提到的很重要的那個問題，當然說、如果說相關資源的整合有沒有可能由司法院這邊來做提供，這方面的意見我會帶回去給長官參考。

不過就是說蔡名曜庭長他所提的那個案例事實，我稍微分享一下，那一件最高其實是因為原本的二審判決，他是把一審的死刑撤銷改判成無期徒刑，他主要是依據一個臨床心理師他所做的更生可能性的報告，所以檢察官依照被害人的請求他提出上訴認為說這個報告本身只有單方面的報告，不夠全面，而且報告他所認定的一些基礎資料可能還是有誤差的地方，所以最高法院才接受了這樣子的看法撤銷發回，認為說如果只依照這個臨床心理師所做出來的報告，

就以此為理由去撤銷掉原來一審的死刑判決改判成無期徒刑，似乎沒有辦法達到他前面所說的所謂整個對一個人的完全評估的要求，所以其實如果從這個案例來講的話，或許最高法院的要求不見得一定是那麼不合理或是那麼的難以達成。

至於說在國民法官制度底下涉及死刑要怎麼做情狀鑑定，可以滿足到我們目前對於死刑嚴謹性的要求，我這邊只能夠提出幾個方向，第一個是說在我們限制只能夠說在準備程序就要先行去做調查，否則準備程序如果沒有必要事項，到了審理程序他勢必沒有辦法滿足同時要做情狀鑑定、同時又要集中省力的目標；第二個是假使說死刑的與否這件事情是檢辯雙方重大爭執的事項，而單一機關的鑑定人，他未必能夠是這樣子的公信性的話，或許法院在事前先去確認檢辯雙方的意見，然後先去確認好說要去找什麼樣的鑑定機關，那裡面應該會包含有那些社會學、心理學或者是精神醫學方面的團隊，這可能是比較適當的做法；第三個是說以日本的經驗為例的話，他們是有說如果檢辯雙方各自要哪個中立機關鑑定的爭執過大，他已經預見到說事後可能會去爭執鑑定結果可信性的話，最後不得已的措施是說，一開始就讓檢辯雙方各自去推薦，然後兩邊都送鑑定，這還是好過說之後再去爭執鑑定的結果，再重新去送鑑定，就同樣的事情重新再送一次不一樣的鑑定。

最後一個是說我有聽說的方向，不過到底怎麼樣我是不太確定，我知道現在如果說就這一個問題真的要去徹底解決的話，可能法院的內部要自己有相關的調查官方面的建置，我之前曾經有聽說過目前實務跟學說已經有在討論有沒有可能運用說現有法院的保護官人力去做，當有必要的時候去轉介情狀鑑定的相關調查，這或許是在我們現行法制下可能可以去檢討的方向，這是剛剛蔡庭長的問題，我簡單地先分享到這邊，如果還有未回答到的也可以隨時告訴我，我會再作補充，或者是說另外再提供給我，會把這些意見都帶回廳裡面去做研議，謝謝大家。

六、主席結語

謝謝大家，因為時間也已經有點超過，大家都盡力地提出各自的想法或是疑慮，司法院陳法官也很用心的回答了我們的問題，這些都有助於今年度在辦第二輪模擬法庭時候的參考。

每一次的模擬法庭的實施都會讓我們重新思考一些，可能我們本來習以為常的問題，或是沒有注意到的問題，可以利用這樣子模擬的機會更精進、學習，更精進我們處理的方式，今天非常感謝大家撥冗參加，各位遠道而來歡迎再次謝謝，今天的會議到此結束，謝謝大家。