

臺灣高等法院 111 年國民法官上訴審模擬法庭第 2 輪次 第 2 場（士林地院案件）座談會會議紀錄

時間：111 年 5 月 27 日（星期五）上午 9 時 30 分

地點：司法大廈 3 樓大禮堂（併採線上直播方式進行）

主席：李院長彥文

出席人員：詳如簽到表之記載

壹、主席致詞：

政治大學何賴傑教授、最高法院吳冠霆法官，還有各位檢察官、律師道長，各位庭長、審判長、法官，先進、各位同仁，大家早安。

本院進行國民法官上訴審模擬法庭，這一場是第 2 輪次第 2 場。在每一場的模擬法庭結束之後都會舉辦座談會來檢討在這個案件的模擬進行中，到底有哪些問題、這些問題應當如何解決。

國民法官參審的案件，在多數的見解認為屬於續審制，並兼事後審的原則來進行。在這個程序之下，哪些證據在二審可以提出、可以加以調查，哪些證據是不可以提出，關於事實認定方面又受有哪些限制，最重要的是實質正義的確保，跟一般的案件有怎樣的區別，這個都是亟待處理的問題。

明年國民法官的參審正式上路，二審大概很快也就會碰到相關的案件，我們加緊模擬演練。所有參與的人，包括本院的法官、檢察官、律師，大家都全心地投入，非常積極努力來操演，把模擬案件當作真實的案件，甚至更加努力、更加深入來作探討，我們期待能把相關的問題都加以解決，讓它能夠更順暢地運作。

這一次非常感謝兩位評論員，還有各位檢察官、律師、本院的合議庭，大家積極地參與。本次特別邀請到本件在地院的國民法官到場，他也親自參與本院的準備程序、審判庭，還有這次的座談會，非常歡迎劉先生，也非常感謝。

現在開始進行座談，預祝今天的大會能夠順利、成功，謝謝各位！

貳、評論員何教授賴傑評論：

院長、吳法官、各位在場的法學先進，大家早安。說評論員不敢當，因為其實我也不敢有什麼評論，各位在實務界都是實務經驗豐富，至少比我豐富很多，所以對你們的實務這一塊，至少在法庭上面你們

的這一些活動或者是策略，甚而你們的技巧等等，比我更有經驗，個人不敢妄加議論。我今天來，主要其實是來談一下我從這一個案件裡面想到的一些法律問題，所以我的重點會是在法律或者法則，而不是在法庭上面審檢辯的表現，或者是策略上的、或者技巧上的，這個是我今天的重點。

先就個人對於參與這一次從第一審、第二審模擬法庭的這些實務人員、實務工作者致上非常高的敬意，大家都很努力，希望明年（112）年1月1日開始，國民法官法庭能夠順利地運作，因為這個也是社會非常關注的。當然成效怎麼樣，也不是只靠參與這一個法庭活動的這一些人努力就夠了，因為其實還有一些社會的因素，各種因素可能要一起來考量。不過我對於三位大律師非常敬佩，從第一審戰到第二審，雖然最後的結果好像不如辯護人的想法，不管怎麼樣，法庭有時候就是這樣，有勝有敗。

我剛好昨天湊巧上司法院的網站找資料的時候，看到這個禮拜臺南高分院也有國民法官模擬，也有一個座談會，那個案子相對來講是比較單純，因為檢察官跟辯護人都只針對量刑上訴，所以沒有針對事實或者法律的問題。殺人案件一審判無期徒刑，到了二審的時候，高院法官判14年，事實上比一審量刑上已經減輕很多，所以他們的重點就是在量刑上，針對這些量刑的事由或者證據等等在二審可不可以重新提出。其實他們的焦點更 focus 在量刑上，我也認為將來國民法官法庭上，在量刑這一塊也有可能是一個戰場，當然我們在這個案子裡面，似乎在量刑上面並沒有多所著墨，所以這一塊也許不是我們在本件要談的問題。

基本上我想把第89到92條這四個規範國民法官二審的最主要條文稍微瞭解一下，但我個人比較喜歡體系性去理解或者去解釋，因為四個條文絕對不足以去規範將來到底要怎麼樣去踐行二審的法官權限，這個一定是不夠的，一定要靠其他的法則，甚而要刑事訴訟法來補二審這一部分，所以我們也要看看現行刑事訴訟法的二審到底是怎麼做。很遺憾的，我認為我們現行二審的制度跟國民法官法一審的制度其實會有一些問題出來，我們回到整個二審的制度來看，我原則上從3點，第一個就是上訴的合法性問題，第二個就是整個審理跟證據調查怎麼做，第三個就是判決的方式，這三個剛好就是我們現行法第89、90、92條談的，我們從這一個先來看。

關於合法性的問題，第 89 條這樣的規定，以我看法，是一個消極上訴理由的規定，就是不得作為上訴理由。積極的上訴理由是什麼？沒有講。也就是說，積極的上訴理由就必須去考量我們將來的二審要走什麼制，因為從事後審、續審或者覆審，上訴理由就會有非常大的區別，但我們的法條完全空白，所以變成大家都要去解釋。像第 91 條，國民參與審判制度的宗旨，去解釋我們到底是什麼，所以之前也有很多專家提到，我們的二審其實採取的是什麼？採取的是事後審兼續審。

至少我們從立法理由根本看不到這一些，我們只能夠從條文裡面去解釋這個條文告訴我們是什麼，我們只能夠從條文上去理解到底真正的意思是什麼。也就是說，到底將來上訴二審，什麼可以作為上訴理由？這個其實也是很重要，因為如果不合法，一下就駁回了。原則上因為我們沒有特別的規定，所以都是依照刑事訴訟法基本的二審規定，我們只有消極理由，也就是第 89 條不得作為上訴理由的規定，這樣是不是有問題？其實我個人還是蠻懷疑的。

再來，就是刑訴二審在第 361 條第 2 項規定需要有具體理由，將來國民法官法的二審要不要有具體理由？當然要。這裡又牽涉到什麼？將來國民法官法的二審採不採強制辯護？如果各位去看我們的法條，強制辯護的這個規定，第 5 條第 5 項按照體系解釋，它只適用於一審，因為第 5 條第 1 項講的就是本案件第一審是屬於地方法院，這一些是屬於應行國民參與審判制度，所以從第 5 條第 5 項體系解釋來看，它只適用於一審。所以，試問各位，我們將來的二審要強制辯護嗎？如果這一條不能用，你就可以回到刑事訴訟上，刑事訴訟法第 31 條當然會適用。所以，從這一個法條，我的解釋就是除非是第 31 條這種強制辯護案件，不然從國民法官法的規定裡面，我看不出來將來二審一定是行強制辯護。

如果不是強制辯護的案件，也真的沒有選任辯護人的話，有沒有具體理由就會變成很重要，因為我們過去在刑事訴訟談具體理由裡面的那一些司法正義，那一些判決等等很有可能又要搬回到這裡。也就是說，如果今天他沒有辯護人而要上訴二審，你要求具體理由的時候，需不需要原審強制辯護的這個律師代撰上訴理由？這一個爭議又要搬回來。當然這個是一個解釋問題，就是強制辯護這一塊到底要不要用，將來在二審可能馬上就會看到，萬一它真的不是一個強制辯護案

件，沒有辯護人的話，到底准不准許、合法性怎麼樣，馬上就可以看得到。

再來，第 348 條的一部上訴，因為第 348 條已經有修正過了，所以現在是容許一部上訴，也就是你針對刑、沒收、保安處分可以一部上訴，這一個規定將來在國民法官法的二審一樣也會適用。我的預估就是將來可能有蠻多僅就量刑來上訴，這個可能會占一定的分量，多少我不敢講，但也有可能僅對沒收或者保安處分上訴，二審要怎麼去處理這個問題，當然需要具體個案的時候再去討論。

我們有第 89 條這個消極的理由，老實講，我個人是覺得懷疑。如果你們看這個條文，有第 13 條事由不得作為上訴的理由，包括第 1 款褫奪公權。如果國民法官是被褫奪公權，一審沒有發現，到了二審才發現有褫奪公權的國民來參與審判的話，按照第 89 條不能作為上訴理由，這個適當嗎？老實講，我個人是非常懷疑。因為法條就說這個不應該屬於法院組織不合法的問題，但我覺得這個有違反公平審判的問題，對於被告的訴訟權保障其實是有問題的。我認為第 13、14 條其實也不是所有的款項在二審的時候，真的依照第 89 條文義解釋全部都要把它排除掉，這個可能需要視個案的情況。

有一些消極的事由，到底要不要列進去？我認為如果國民法官在一審的時候，雖然不符合第 14、15 條，比如說第 15 條我們沒有把它列到第 89 條，但真的有利害衝突呢？如果國民法官跟個案的被告或者是這一些人有利害衝突，第 15 條這種情況，依照第 89 條沒有列入消極的事由，我用這一個利害衝突來當作是一審國民法官的法院組織不合法，可不可以？當然可以。為什麼？因為這個就是法官迴避那一套制度，我認為就跟有利害衝突的法官去行使法官權限一樣，這個跟迴避其實是有關係。所以，沒有列入這一個的，我覺得將來在個案的情況要考量。

我們現在的第 13 條很多都是在談有沒有起訴、緩起訴，可是在偵查中，現在案子正在偵查了，甚而有很多家暴案件或者是跟騷案件，還有所謂的民事保護令，像這一種情況原則上當然也不在第 89 條的條文裡面，但這樣的人適不適合擔任國民法官？如果民眾知道這樣的人來擔任國民法官，他們的看法會是什麼？這一個我們到時候碰到實際的狀況可能要去考量。

第二個要考慮的是上訴理由，很多上訴理由可能會用一審法院的

程序瑕疵，也就是訴訟程序違背法令作為事由來提起上訴。過去我看到有一些資料，甚至以前有一些模擬法庭與會的來賓曾經也提過，如果以一審國民法官法庭的程序瑕疵作為上訴理由的話，是不是要類似像第 380 條，訴訟瑕疵要顯然對於判決有影響才算？如果顯然對判決沒有影響的訴訟瑕疵，不可以作為上訴理由，就像第 380 條。

其實第 380 條在第三審事後審的時候確實是這樣適用，但這一個規定能夠搬到二審來嗎？有人就說因為二審要採的是事後審，既然事後審，為什麼第三審的事後審不能搬來用呢？我個人的看法認為這個法無明文，不能夠因為我們二審要採事後審，所以我們把最高法院所有的第三審規定全部都搬到第二審，這樣對於訴訟權的保障、上訴權的保障有非常大的影響。

所以，如果以訴訟瑕疵來作為上訴理由的話，顯然不需要達到一定要對於原審判決有影響這樣的程度才能作為上訴理由。至於這樣的上訴理由將來能不能成立、是不是有理由，審理以後再說吧！至少不會在上訴理由上就卡住他，說這樣的瑕疵對於判決顯無影響，所以不得作為上訴理由，不合法駁回，我認為這樣超過了法律的明文規定就會有問題。

很重要的其實是到底二審採取什麼制度？沒有人知道，因為法條看不出來，立法理由也沒寫，很多人就會覺得我們採的是事後審兼續審。有人說那個是嚴格續審，至少沒有人會講覆審，因為覆審已經 out。

現在只有續審跟事後審，兩個到底要怎麼綁？誰為主、誰為輔，還是兼這個、兼那個？我們從條文來看，我看不到哪裡有事後審的影子，我只看到第 90 條第 2 項，那個就是一個續審的精神。你如果看第 92 條自為判決那一個，自為判決其實也是一個續審。

如果事後審，原則上除非駁回，不然的話，一定發回原審再來審，為什麼？因為事後審原則上沒有辦法針對原審的那一些，尤其是言詞辯論終結之後發生的事，事後審沒辦法救濟。我們從條文看，其實是一個續審。

還有一個第 90 條第 1 項不可以聲請調查新證據，這一個到底是什麼解釋？它是一個事後審的精神嗎？如果我們對照民事訴訟，其實民事訴訟認為它是一個續審，而且叫做「嚴格續審」。所以，不得調查新的證據，用續審其實也可以解釋。

從整個制度來看，將來碰到問題要解釋的時候，會碰到困難就是

用事後審的精神去看，還是用續審、嚴格續審的精神去看。在碰到個案的時候，尤其法無明文的情況下，就會碰到的問題，比如說像第 90 條不得調查新的證據，新、不新這件事情其實就可能在解釋上會涉及採什麼制。

是不是最後法官「一人一把號，各吹各的調」，你認為事後審，我認為續審，我們各自用各自的方式做呢？不知道。但從法條上來看，我認為法官在這一點上，如果有法律明文依據當然要依照法律，原則上那一些立法的意旨等等，也不過只是一個主觀的歷史解釋，我們還是要回到文義、客觀的目的解釋，這樣才比較合適，這個將來碰到個案的情況再來談。

所謂的本於國民參與審判制度宗旨妥適行使審查權限，第 91 條的精神到底是什麼？我真的也不知道。它是一個道德的訓示，還是一個訓示規定？還是在具體的案例裡面真的可以看得到怎麼用嗎？立法理由只有講說量刑上面，原則上二審法官不可以用閱卷後的心證來取得一審法官的心證，只有這樣，這表示什麼意思？這表示是事後審還是續審？老實講，都可以解釋。當然到時候就看二審的法官們怎麼去看第 91 條妥適行使審查權限，尤其是在量刑上面，將來我覺得會有非常多的爭論，或者是有一些不同的意見。

當然依照第 90 條第 2 項其實就是一個續審，也就是說，如果有證據能力，而且又經過原審合法調查的，得作為判決的依據。我們從本件的審理過程就看得出來，有證據能力其實是講二審認定有證據能力，絕對不是一審認定有證據能力，二審就一定要照單全收。所以，二審在準備程序一定還是要去判斷一審的這一些證據，如果當事人有主張的話，是不是要有證據能力，二審準備程序的時候要做這個決定。

如果認定有證據能力的時候，而且一審也合法調查，就不再行調查的話，至少針對證明力還是可以再去爭執。所以，顯然在本件裡面，三位大律師其實對於這一些有證據能力合法調查的，有一些證據他們也認為證明力上可能還要再來斟酌，像這種情況下，當然就是一個續審的精神。

新的證據到底是什麼？老實講，這個困惑了很多人，我看到有一些二審的模擬法庭會議紀錄，大家對於所謂的新，到底怎麼新、什麼叫「新」。真正的新是什麼？是一審言詞辯論終結後才成立、才存在的證據，那才是真正的新。可是你如果看第 90 條第 1 項第 3 款，它

其實對於真正本質上的新是完全同意可以提的，所以就變成你談的這個新，我覺得這樣的一個法條設計，原本真正是新的，結果同意了，反而對於看起來是新不新有爭議的那個案子，我們大家再來看看這個到底算新、不算新。老實講，我也不曉得這樣的新到底是怎麼去看。

這個新，原則上如果對照再審第 420 條第 3 項，對新事實、新證據後來新修的規定，可不可以搬來這裡呢？搬來這裡其實也 OK。為什麼？第 420 條第 3 項這一個一審言詞辯論後才存在、才成立的事實或證據，依照我們現行法第 90 條第 1 項但書第 3 款，本來就是容許的。如果提這樣的證據，法官就會用但書認為這個不能受限，雖然它是新，但是因為但書，所以還是容許了。所以，問題的癥結就只剩下一個，這個事實或證據是在一審言詞辯論前就已經存在了，只有這一種情況我們才必須去討論新還是不新。

這一個其實如果認真看，它可能又有 4 種情況。第一種是這一個證據在一審言詞辯論終結前已經存在，當事人也知道，但是有過失沒有提，像這一種情況下，是不是算是新？第二種就是當事人不知道，沒有提，但是這一個證據是檢察官跟辯護人在看到卷證可得而知、可以調查的，結果沒有提。第三種就是當事人真的不知道，而且他也沒有過失。第四種就是他提了之後，他又捨棄不調查，像本件就是這樣，或者提了之後，一審法官認為沒有證據能力或者沒有調查必要性，不調查了。這四種情況，其實第四種情況可能是很多二審在模擬法庭特別會提到，包括本件也是，就是這個證據在一審言詞辯論前就存在了，檢察官提，但是後來又捨棄不查，這個是最有爭議的情況。

像第一種，當事人知道，但是有過失，沒有提出來，這一種我認為不能再提了，這個我認為它就是一種新的證據。第二種就是可得而知這個在卷證裡的資料，你說我不知道有這個證據方法，這種情況下，到底可不可以容許？這個就涉及到第 90 條第 1 項第 2 款非因過失而沒有聲請調查，像這種情況可得而知竟然沒有聲請，你說不知，這種不知是不是有過失？是不是有歸責的原因呢？這一個可能會有一些爭議。第三種就是如果沒有聲請的情況下，按照但書第 2 款，當然這個他可以再聲請，雖然這個證據是在一審言詞辯論前就存在了，但是他沒有聲請這一個其實不是因為有過失，這種情況才可以。第四種是比較有爭議的，也就是說，如果聲請了又捨棄，這樣的聲請被裁定沒有證據能力或不調查、沒有調查必要性，這一種二審可不可以再提？

這個反而是一個比較有爭議的，原則上我認為在這種情況下，可能要看個別的情況去判斷。

原則上如果這個證據一審當事人有聲請後又捨棄不查了，我認為在這種情況應該不容許二審重新再提，也就是說，捨棄了就表示這個證據對本案事實其實不是一個重要的關鍵。二審容不容許再提？我個人的看法認為應該以新證據沒有但書的事由，或者如果有但書事由另當別論，至少它是一個新證據，按照原則就不能再提。

如果一審有聲請，但是沒有調查，沒有調查的原因是法院不查，法院認為沒有證據能力或者是沒有調查必要性不查，像這種情況，當事人已經聲請了不查，我認為應該容許二審再來聲請，也就是在這種情況下，應該容許可以重新再提。但如果是這種方式，我認為不要再去扯新或舊的問題，這樣的方式其實是針對一審審判長裁定認為沒有證據能力或者沒有調查必要性這樣證據能力的裁定有所爭執。如果是這樣，我認為他應該用程序瑕疵或者訴訟程序違背法令的方式去處理，就不要再扯到底是新、不新等等，可以避免掉在這種情況下碰到這些問題。

本案的情況有沒有涉及到新，其實只涉及到一個問題，就是檢察官一審有聲請，後來捨棄不查了，法院也沒有查，二審於這種情況下能不能再查？不過因為本件顯然檢辯雙方都沒有針對這個證據再聲請，既然沒有聲請這個證據的話，所以也沒有第 90 條第 1 項這個聲請調查新證據的問題。

新證據裡面其實引用了第 64 條第 1 項第 6 款，就是如果不許提出顯失公平，這一點我認為將來二審的法官在決定是不是新證據、要不要容許的時候，顯失公平會是一個可以操作的空間。什麼叫「顯失公平」？老實講，可能一個人一個想法。

從但書第 3 款，我是看不出來有事後審。當然立法理由一直講，本案的這種情況原則上不涉及到法院依職權調查，所以我們今天談的新、舊等等，都只是在談檢辯雙方、當事人聲請證據調查這一塊，沒有涉及到法院。所以，法院要依照職權再去查，就是法院的事，沒有什麼新舊，也就是說，法院在這一點上管你新舊，他全部都可以查，法院的權限在這一點上就變得很大。

程序瑕疵這一塊，我認為將來程序瑕疵這一塊會有很多的爭議，是因為國民法官法的一審在程序法上面有非常多的特別規定，而且那

一些特別規定又是我們刑事訴訟法所無的。比如說避免讓國民法官產生預斷之虞或偏見，檢察官講了什麼、起訴書是怎麼樣，甚而法官在法庭上的一些釋疑、說明、闡明、釐清等等，到底有沒有讓國民法官產生預斷之虞或偏見，將來爭議會很大。到底這個有沒有一個基準，或者是這個有沒有一個標準，要看個案的情況。在本件案子裡面，法官是認為辯護人提的有預斷或者偏見等等，顯然二審的法官認為應該都沒有，所以基本上把這一些上訴理由都排掉了。

程序瑕疵一個我認為最關鍵的，就是縱使有程序瑕疵，這個程序瑕疵是不是一定要對判決有影響？顯然對判決有影響才算，也就是第380條。我們在本件裡面提出來這個有偏見之虞，顯然對判決有影響，所以在這一點上，可能要再去看。

量刑，我認為將來會是一個很重要的。我們的現行條文對量刑基本上是沒有規定，所以量刑將來要怎麼做，我們也許要拭目以待。量刑也是國民法官法要引進國民一個非常重要的點，因為民眾認為現在職業法官的判決偏輕，「一審重判，二審減半」，也就是我們是不是現在判得比較輕？所以，量刑也許會是一個將來的爭點，將來要怎麼做，當然我們可能要看後面怎麼做。

後面的判決方式，這個 PPT 可以提供給大家。對這個有什麼樣的想法等等，也許再 email 給我，我們再來討論，謝謝各位。

主席：

謝謝何教授。

參、評論員吳法官冠霆評論：

院長、何教授，還有各位先進，大家好。這個案子我在一審的時候就有參加，有參加大概就知道了，其實對辯方是很不利的案子，所以一審的時候辯方雖然很努力，但是有受到一些限制。到了二審之後，可以看得出來辯方已經改變了整個訴訟策略，這一點我覺得要先跟辯方還有檢察官說真的很厲害，真的也很辛苦。

我今天先跟各位做一個簡單的報告。首先，我們要先談國民法官很明顯的就是落實 88 年司改的一個精神，88 年司改的時候說刑事訴訟要用堅實的第一審來當訴訟構造，很明顯的，我們刑事訴訟法在國民法官這一塊就是以一審為中心，它有很多顛覆了我們傳統一審的思維，包括引進了國民法官制度、採起訴狀一本主義、採取徹底當事人

進行主義、強制進行準備程序，現行法對一審準備程序並沒有強制要進行的規定，可是國民法官法是強制進行準備程序。

審判長要讓訴訟的進行，不能夠讓國民法官產生預斷或偏見，這個思維在現行刑事訴訟法上也找不到。更重要的是有證據開示的制度，這個當然就是跟著起訴狀一本主義而來。還有一個就是雖然學者在 20 年前就已經在提倡，但是實務絕大部分的案件都沒有做，就是在準備程序終結前要對證據能力作裁定，但是這個在國民法官法一審也有一個明文的規定。當然更重要的就是職業法官跟國民法官必須一起進入合議庭，一起到評議室裡面去共同評議，而且在這個之後，將來還有衍生一個新的問題，就是職業法官不能夠過度干涉、指示國民法官。

這些都是國民法官法一審的特別規定，簡單一句話，現行國民法官法一審的規定完全顛覆了現在刑事訴訟法的運作，我覺得這應該是無庸置疑。問題來了，我跟何教授的看法一致，一審是完全顛覆的一個制度，理論上二審不是應該要規範得更加嚴密嗎？因為國民法官法所有的案件都是重罪，可以想像絕對不會在一審就確定，甚至也可能不會在二審確定，將來可能在三審才會確定，但問題是這個案件在一審完全顛覆了刑事訴訟法的規定，所以它對二審的影響絕對比對一審來得嚴重。

怎麼說？就比方說你現在在開車，如果覺得這臺車真的修得很麻煩的時候，你會怎麼樣？你會換一臺新車。為什麼？因為太麻煩，換一臺新車之後，你怎麼開，隨便你高興。這個就有點像一審的狀況，可是二審沒有，二審是無論如何你還是要開著這臺車，你不開著這臺車就沒有辦法運行，所以在二審的狀況之下，其實國民法官已經快要施行前半年了，我反而覺得對二審的影響可能會比一審來得嚴重很多。但偏偏我們對二審的規範只有 4 個條文，剛剛何教授有提到第 89 條，其實也不能算，嚴格講起來，只有 3 個條文來規範二審。

用這四個條文規範二審的時候，就會有一個很有趣的現象，依照國民法官法第 4 條規定，規範不足的時候，可以適用刑事訴訟法。這不是見鬼了嗎？一審已經完全不一樣的東西，你要怎麼去適用一個刑事訴訟法有關二審的規定呢？所以，很明顯的，現行刑事訴訟法二審是採取覆審制的狀況之下，其實它很難用在國民法官法的二審。當然有一些學者或實務界的先進有不同看法，我等一下會繼續講。

所以，在多數的見解，目前看起來是採取續審兼事後審。我為什麼一定要強調這個？剛剛何教授其實有提到，我們一定要從這兩個點先來看看到底差異在哪裡，才有辦法進行本案的一個討論。

在現制的覆審制之下，各位實務先進其實都比我厲害，都很清楚，只要通過第 361 條第 2 項，就是有不是完全無具體理由的狀況之下，在審判的時候，我們就必須把一審判決蓋起來，當沒這回事，重新用自己的方式來進行審判。如果你把一審的判決蓋起來之後，審判到最後，有關事實認定、法律適用、刑度量刑，再把一審的判決拿出來看，一樣耶！這個時候我們要說二審的判決跟一審的判決為什麼會完全相同而上訴駁回，是一種偶然的巧合，絕對不是尊重第一審的判決。因為是重複第一審，在覆審制的狀況下，不可能以第一審為原本，一定是重新進行一個審理，所以很明顯的，如果是跟一審結果相同，這叫做「偶然的巧合」，不是尊重第一審判決的結果，所以，在這個狀況之下，覆審制要審理的標的是什麼？標的是被告加犯罪事實等於案件的那個「案件」，這是我們目前刑事訴訟法二審所採取的覆審制。

在事後審制是完全不一樣。事後審制，很簡單，就是兩個人在那邊吵架的時候，我在旁邊看看怎麼樣的一個狀況，這個是事後審制的精神。在事後審制之下，其實上訴就應該要明確敘述上訴理由，而且原則上要以敘明的理由當作審理的範圍。如果沒有敘明的部分，原則上法院是不需要去介入的，所以在這個狀況之下，上訴審是以事後、回顧性的方式，我們對第一審判決來加以審查跟判斷。

在事後審下，就法律問題的部分，已經不屬於無害錯誤，否則你就應該尊重第一審判決。也就是說，這個時候我們審理的對象不是被告加犯罪事實等於案件的那個「案件」，我們審理的對象是「判決」，這個是覆審制跟事後審制最大的一個差別。

我們來看一下現在在二審適用的結果，其實剛剛何教授已經都說得差不多了，只是簡單做一個補充。你要怎麼用呢？其實國民法官法真的沒有特別的規定，而且解釋上你都講得通，所以我看到有學者、甚至有部分實務先進也認為我們現在是一種叫改良式的覆審。為什麼國民法官的二審還是可以用覆審制呢？因為它是依照國民法官法第 4 條去準用刑事訴訟法的結果。如果準用的話，就是屬於覆審制。覆審制不是說絕對不可行，採取覆審制的著眼點是什麼？如果著眼點是二審，就是事實審的終審，一判決確定就確定了，在這個邏輯之下，不

讓二審採取覆審制，對被告的權利好像也會有一點點影響，所以採取覆審制的一個精神這樣的見解，老實講，並沒有違法。

但是如果從第 91 條來講，妥適行使審查權限這幾個字或許可以講到，然後再去參考國民法官法第 1 條，為什麼要引進國民法官制度？就是要共同參與，所以從這個理解之下，也可以看到應該是傾向於事後審。所以，同一部法典裡面，要採續審、要採事後審，說起來都解釋得過去。

因此，一部法典都解釋得過去的時候，實務上對二審判決的態度就會影響國民法官法將來要走向覆審制，還是要走向事後審制。像日本法，他們很明顯規定是事後審，可是他們實務二審操作的結果是傾向於續審。所以，說真的，如果都解釋得過去的時候，到底要採取什麼樣的制度，那就要看二審的先進到底最後要選擇哪個方面，因為這個會真的影響國民法官法的一個走向。

目前比較多數的理解，原則是採取事後審的一個進行，所以在有第 90 條規定的時候，是採取有限度的續審，就是事後審加續審，這個剛剛何教授也有提到。要用這樣的方式，我想是調和國民法官法參與的精神跟事實審終審的一個立場。當然我就要說這個是目前的多數見解，但是實務上將來會不會採行？不知道，這個還是要留待我們去觀察。

回到本案，很明顯的，本案的合議庭是採取事後審的立場來加以處理。最明顯的例子是什麼？我為什麼可以很明確跟各位報告合議庭是採取事後審的立場？因為如果看了判決，最明顯的地方，它並沒有論罪科刑的說明。如果是重複第一審、是覆審制的時候，一定包括了事實、理由、論罪、科刑，一定是這四塊去組成，可是在本件合議庭是採取事後審的審查，所以沒有論罪跟科刑這部分，它的重點都在說明上訴理由有沒有道理，這個是本件合議庭所採取的一個態度。這個本來就是一個可以討論的東西，在我個人立場是完全尊重，我也覺得完全接受，所以它並不是像覆審制之下，重新認定一個事實。

接下來，這點我跟何教授有一點點小小的不同，既然不是覆審制，我們是採取事後審制的话，第 90 條第 2 項都已經規定經過一審嚴格證明的證據，第二審可以直接作為判斷的依據，所以我個人認為二審的判決裡面，應該只需要就二審有爭執過的證據能力來作裁定，看它有沒有證據能力就好了。因為是事後審的精神，一審就是這樣子做了，

也沒有人爭執的時候，何必去介入呢？所以，事實上是不需要寫在判決裡面，而是只需要就一審判決有爭執的部分，或者是新的證據提出來的部分，就它有沒有證據能力來裁定，我個人覺得應該就可以。

再來，就事實的認定部分，第 92 條有規定要違反經驗法則跟論理法則，而且對判決有影響的狀況之下，才可以就事實認定來加以爭執。這個也被認為是採取事後審的精神之一，所以在這個邏輯之下，有關二審的爭點整理，我個人覺得可能跟傳統二審的爭點整理是採取覆審制，有一點點不太一樣。差別在哪裡？如果照本合議庭是採取事後審的精神來看，不是說原判決的事實認定有什麼錯誤，如果是說原判決認定有什麼錯誤的話，很明顯就是覆審，不是事後審。應該是說原判決依照這個證據所認定出來的事實，在認定的過程中，有違反什麼經驗法則跟論理法則，而且會影響到原判決。就是你不是說原判決認定錯，而是說你根據那個證據認定出來這個事實，這個中間的推論過程，有什麼違反經驗法則跟論理法則，理論上在事後審下應該是這樣。

簡單來講，只認定有沒有違反經驗法則或論理法則，從證據推論到事實中間，證據、事實中間的推論這一塊，有沒有違反經驗法則或論理法則。舉個例來講，如果今天證據是我肚子餓，依照這個我肚子餓的證據，推出來的事實是我想吃飯，在這個推論的過程，本於這個證據推論這個事實的過程，沒有違反經驗法則或論理法則，因為合理。

至於我是不是真的肚子餓，在覆審之下可以爭執，它就是重複的第一審，可是在事後審之下，原則上應該沒有辦法爭執，因為我們要講的是推論的這個過程，至於事實的部分，原則上我們要尊重一審的認定，可能會是這樣。所以，除非有特別的一個狀況，我等一下會講，不然原則上我們不能夠對前提事實部分去爭執，應該是要就推論的過程作爭執。

回到本件，我個人覺得本件就事實部分要討論的重點可能不是檢察官所講的，在被告要行凶的時候，到底是要砍向他的頸部或者肩部以上，也不是辯護人所提到的，就是林愛德在砍下的時候，有往各個方向移動的可能性。討論的重點可能會是原判決依照證據，認定被告是往林愛德肩部以上用力揮砍這個證據，如果推論出來林愛德因為警覺他座位右邊好像有人，所以轉身察看沒有被砍中頭部，依照這個證據認定的這個事實，就證據跟事實之間到底有沒有違反經驗法則跟論

理法則，這可能會是事後審下二審要去討論的重點。

如果以檢察官或辯護人這樣討論的話，可能會比較傾向覆審制的精神。剛剛一再強調，我沒有說不行，因為那個本來就是選擇的問題，我只是說如果依照本件合議庭他們是採取事後審的一個立場來看，可能要審酌的標準應該會是這個樣子。

所以，簡單來講，原判決依照證據認定被告往林愛德肩部以上砍的這件事情，除非卷內根本就沒有這個證據存在，這樣認定可能會違反證據法則，不然在事後審的精神之下，應該都要予以尊重。

例外你可以爭執前提事實存在或不存在的一個狀況，其實一開始院長就已經有提到了，不管你採取什麼樣的訴訟制度，正義都是不二法則。採取陪審制、參審制什麼制都一樣，國民法官、職業法官都一樣，一個沒有辦法破的鐵則就是不可以對無罪之人判有罪，這個是不管你選什麼制度都一樣的。所以，原判決依照證據所認定的這個事實，縱使它沒有違反經驗法則或論理法則，可是如果有其他證據可以證明被告是無罪的時候，這個時候在續審制的精神之下，應該是要讓他爭執。

舉個例子，比方說一審依照 A、B、C 目擊證人的證詞去認定被告殺人，這個過程沒有違反經驗法則或論理法則，證據是 A、B、C 有看到被告殺人，所以認定出來被告有殺人，這個中間的推論過程並沒有違反經驗法則或論理法則。可是假設被告有一個非常堅強不在場證明的時候，這個時候應該要讓他可以就這個不在場證明在二審提出來爭執，就要去爭執它的前提事實存在或不存在，這個是事實部分的一個例外規定。

所以，在本件的檢討，我個人看了準備程序跟審理程序的一個感覺，本件爭點整理的方向好像是比較著重於第一審事實認定是不是正確，就是跟傳統比較像，所以我一度以為合議庭最後的見解是想要採取覆審制的精神來做，不過看了判決又發現好像不是這麼一回事。所以，假設我們是要採取事後審的精神來看的話，討論的重點可能會是在原判決依照證據所認定出來的事實，在這個認定的過程當中，到底有什麼違反經驗法則、論理法則的地方，而且會影響原判決，這一點我覺得好像是二審的事實審可以比較去著墨的地方，因為這一點就必須要由檢察官跟辯護人來提出意見，並且由受命法官來整理爭點。

至於傳統的覆審之下的精神，很重要的一塊就是因為是重複的第

一審，所以一定要以起訴事實去問被告，對起訴事實的意見怎麼樣，這樣子才可以。可是如果不採覆審制的時候，傳統的爭點整理，包括剛剛講的起訴書犯罪事實的意見，好像通通都可以丟到旁邊去，因為這個跟覆審制的精神雖然相合，但是跟事後審的一個精神可能有一點點不一樣。

就判決或訴訟程序，這個我簡稱「法律問題」，違背法令的一個地方，這個剛剛何教授也已經有提到了，目前比較多數的一個見解，當然的確法無明文，也有學者在講說第 380 條、第 379 條的規定明明是在規範三審，為什麼可以拿來二審用呢？這個是有一點點疑惑，但是先撇開這個不談，因為二審規範密度本來就不太夠，目前看起來。比較多數的見解是就法律問題採取「無害錯誤法則」，就是如果屬於無害錯誤的話，第二審不可以撤銷第一審判決。

這個其實很好理解，因為訴訟本來就是一個活的，在場有審判經驗的各位法官們就比較瞭解我要講的意思，訴訟不是一個『人家會乖乖那邊等著你做事情』的事情。訴訟是一個高張力的，很快，一閃之間，你可能在零點幾秒就必須要做一個決定，所以某時候你可能做了決定，真的事後來檢討，會有一點點問題。可是如果它沒有影響到判決的時候，在無害瑕疵的這個狀況之下，我們可能認為它還是不能夠構成撤銷的一個事由，只有在屬於有害瑕疵的時候才可以撤銷一審判決。

什麼是屬於「有害瑕疵」呢？外國的研究雖然有很多，但是在我國法上面，這個一定是將來二審的一個重點，解釋上我們大概就只能夠找出這兩個比較抽象性的規定，當然細部還有很多，我看過學者有列了 7、8 點。我覺得簡單講就是 2 個，第一個是違法的結果可能會導致判決本身無效，就像剛剛何教授有提到第 89 條，那個規定可能有一點點小小的問題；第二個是如果沒有這個違法狀況，就是這個違法不存在的話，有高度的蓋然性，法官會作成不同的判決，在這個狀況之下，我們可能就會認為它是屬於有害瑕疵。

在本案的檢討裡面，檢察官也好、辯護人也好，其實我覺得這部分都講得非常好，我很佩服，因為有提出各個部分來加以爭執，有詳述理由，有說明這個為什麼不是有害瑕疵。判決裡面，合議庭也寫得非常好，也逐一回應認為不是有害瑕疵的一個理由。當然還是要講，這個部分因為規範不足，要透過大量實務來累積。

其實這個時候我回想到民國 92 年、93 年的時候，當初在交互詰問剛開始施行的那個時候，大家也是拚命引用國外的見解，包括驚嚇理論，就是認為傳聞例外。可以想見因為本國法的法律規範不夠，所以在案件一開始施行的前些年，勢必會有大量的包括國外見解或者是我們國內學者自己研究的見解來加以累積，可能是這個宿命。但是這個我現在沒辦法定論，因為它必須透過大量的累積之後去蕪存菁，有些東西就會被國內所引用，有些東西就會漸漸大家都不引用，就是剛剛提到跟 92 年交互詰問的時候一樣，這個是之後的一個發展。

最後，在量刑的審查這個部分，國民法官法第 91 條是說應該要妥適行使權限，剛剛何教授已經講過很多，簡單講就是你要尊重國民法官的一個行使，至於你要尊重到什麼程度，這個當然就是看個案合議庭的見解。我們要說在量刑的時候例外可以審查的，有裁量權違法，比方說超過法定刑，法定刑是 10 年，判 11 年，這個當然是裁量權違法，或者是裁量權濫用，或者是違反憲法的原則，包括比例原則、平等原則。

國民法官的案件裡面，其實我個人覺得在量刑部分最需考慮的是平等原則。為什麼平等原則會最需要考慮？因為國民法官法是說要以國民主權的方式來行使司法權，這是它正當化的一個權源，可是就被告來講，這是他訴訟權的一環。所以，不可以因為國家規範了一個新制度，讓被告本來在舊制度之下只需要受 10 年的有期徒刑，可是到新制度之下卻又受 15 年有期徒刑，這個是不可以的。

雖然有學者不停地講、有實務界也不停地講，國民法官就是要做這樣的量刑，可是我覺得將來能不能通過憲法法庭的平等權保障這個認定是有疑惑的。舉個案子，在日本平成 26 年，就是大概 7、8 年前，有一個寢屋川虐童事件，我忘了檢察官求刑多久，一審比方說是求 10 年之類的，但是一審的國民法官判了超出這個刑度，二審駁回，後來上訴到最高裁判所，最高裁判所就把它撤銷，就說縱使採取裁判員審判，還是要注意量刑的公平性。也就是剛剛講的，不能因為採取裁判員審判，就不管向來量刑的行情，也比公益代表人的檢察官求刑還高，這個是屬於不妥當的，跟正義有所違背，所以這個東西將來在實務界應該也會是一個很大的爭議。

第二個案子，這個是日本高等裁判所平成 25 年的案子，是一個亞斯伯格的被告，比方說他因為亞斯伯格症犯案，我忘記他的刑度到

底判多少，但是在量刑的地方講了什麼一個觀念？因為被告是亞斯伯格患者，如果讓他出來的話，對社會的危害很高，所以應該儘量不要讓他那麼早出來這個社會。各位在場先進，這不用討論吧？這一定是違法的，怎麼可以這樣子？被告生病是他的問題嗎？被告生病，事實上來講，縱使要想辦法限制他的自由，也應該要先去治療他，所以一審裁判員所做的這個判決就被撤銷。

我還是回到剛剛講的，不能因為採行國民法官制度就讓他受到更不利的處罰，這個是在量刑部分我個人覺得會是將來一個新的爭議。就是是不是因為採取國民法官制度，所以我們就當然在量刑上面可以完全忽略現行實務就量刑的標準、向來的行情？可以嗎？這個可能會是下一個很大的問題。

在本案的檢討，檢察官跟辯護人在上訴的時候都有提到第一審量刑不當的理由，我個人也非常欽佩，只不過比較可惜的就是在事後審之下，我們原則上還是要尊重第一審的量刑，所以將來在二審要爭執量刑部分的時候，我覺得可能是你要說為什麼第一審有裁量濫用的這個狀況，而不是說為什麼第一審沒有審酌什麼東西。不是說一審沒有審酌什麼東西是違法，而是說為什麼要審酌這些東西，判這樣的一個刑度？因為你審酌了 A 這個事實，就代表你不審酌 B，這個是屬於裁量權的部分，裁量權的部分如果沒有違法的話，在事後審本來就要尊重，所以重點可能要放在為什麼你要審酌 A？審酌 A 這個部分，這個量刑有什麼樣不當的地方？這個可能是在事後審下應該要更加去做的一個考慮。

辯護人這部分提出很多量刑跟其他案件相較過重，這個確實是非常有意義的爭執。但是我剛剛提到，如果可以凸顯出來一審的國民法官假設認為這個是跟平等原則有違的，這部分的論述可以把它凸顯出來的，我想在整個二審的程序上面會是一個更有意義的進行。

肆、檢察官代表陳檢察官玉華心得分享：

主席、評論員、與會先進，大家早安。首先要跟在場各位致歉，本署參加模擬法庭的三位檢察官，其中 2 位因為疫情因素沒有辦法參與，另外一位因為今天參加宜蘭地方法院的模擬法庭案件，擔任評論員，所以也沒辦法參與。因為本人有參加本次模擬法庭的準備和審理程序，所以由本人代表檢方來分享心得。

首先，目前一般案件仍然是採取卷證併送制度，審檢辯三方其實是以法院的審判卷為中心，依照刑事訴訟法第 264 條第 3 項的規定，起訴後檢察官應該將卷證送到法院，而辯護人依照刑事訴訟法第 33 條閱覽本案卷證。亦即如果在現行制度下，審檢辯三方都是以法院擁有的卷證為中心，基本上三者的資訊完全是相同。然而在符合國民法官法的案件之下，依照國民法官法的規定，誠如剛剛何教授還有吳法官所講，我們在採取卷證不併送，有關這個卷證的觀點已經悄悄地改變了。依照本法第 43 條規定，起訴後卷證不併送，就公訴檢察官角度而言，卷證的概念已經有悄悄改變了。

就像剛剛吳法官講的，在一審的訴訟程序完全是顛覆我們目前的做法，檢察官的部分有所謂的開示卷證，依照本法第 53 條以下的規定，起訴之後，檢察官應對被告、辯護人開示本案卷證，而卷證的內容主要是經過檢察官偵查之後，決定起訴時所依據的證據，也有可能包含起訴之後檢察官另為補充調查所得到的資料。檢辯雙方都會擁有這個開示卷證，但是法院除了在準備程序當中決定這個證據能力之有無、聲請調查的必要性等事項而可能接觸部分外，一般而言，其實法院是不會接觸到所謂的開示卷證。

另外，所謂的審理卷證，其中就包含了檢辯雙方提出的書狀，還有經過慎選之後在審理期日調查的證據、準備程序筆錄，還有審判筆錄，另外也應該包含檢辯雙方所提出來 PPT、開審陳述書面說明、展示用道具等這些輔助的工具或文件。而這個審理卷證，在審檢辯三方均得擁有，但是在模擬法庭實務上，因為筆錄製作還有卷證整理的速度問題，所以在辯論終結之前，審檢辯三方可能都無法獲得完整的審理卷證。

有關開示卷證跟審理卷證的比較，目前依照我們模擬法庭的經驗，我們會認為有關證據的部分通常較開示卷證的證據範圍小，因為審理卷證中的證據是經過檢辯雙方從開示卷證的證據經過慎選之後而聲請調查。例如本案檢察官可能只調查跟本案有相關聯的被害人病歷、只調查部分案發現場的照片，或本件張大凡案只調查 7 份被告供述筆錄中的 6 份等等。但是在審理卷證當中，另外檢辯雙方也會提出書狀，還有準備程序的筆錄、審判筆錄，或者是起訴之後才產生的這些證據，例如本案是起訴之後才由法院委託醫院製作的精神鑑定報告，這些資料都是開示卷證當中沒有。

此外，現行用於辨別、稱呼所謂開示卷證內的相關證據名稱，例如我們傳統會說偵字卷第幾頁的警詢筆錄、相字卷第幾頁的相驗屍體證明書，因為職業法官及國民法官其實沒有接觸這些開示卷證，所以為了避免誤解，徹底落實卷證不併送的概念，我們建議未來可以考慮不再用偵卷、他卷或相卷第幾頁來稱呼某一項的證據。此時，我覺得檢辯雙方或可依照本法第 51 條，在雙方互相聯絡的時候，就協商將檢辯雙方想要在本案聲請調查的證據另為編號，例如筆錄 A、筆錄 B、書證甲、書證乙等等。

因為剛剛提到的，國民法官法的規定造成卷證概念有上述的改變，我們認為一、二審檢察官應該建立新的銜接制度，二審檢察官本來也應該跟一審檢察官一樣，持有的卷證來源依照刑事訴訟法第 363 條規定，是二審的審理卷證，但因為剛剛提到了，國民法官法新制採取卷證不併送，所以二審卷證只有一審的審理卷證，並不包括上訴所提到的開示卷證，這個時候二審檢察官需要另外從一審檢察官那邊獲得一審檢察官所擁有的開示卷證。為了節省勞費時間，避免掛一漏萬，我們認為不宜逐案個別處理，所以建議應該另外建立一個新的一、二審檢察官之間的銜接制度，讓一審檢察官所擁有的這些開示卷證可以在該案送上訴的時候，自動透過這個銜接機制將開示卷證送交給二審檢察官。同時，一審檢察官的其他供述資料，例如卷證分析的內部工作成果，建議也可以利用這樣的銜接機制送交二審檢察官參考。

如果二審檢察官只有剛剛所提到的審理卷證，而沒有開示卷證的時候，我們認為可能會有以下幾個問題產生：

第一個問題，一審檢察官如果在一審程序中曾經聲請調查某一項證據被法院裁定駁回，因為這一項證據沒有經過合法調查，自然不存在於審理卷證之內。此時，雖然該證據並非本法第 90 條所稱的新證據，但二審檢察官因為沒有這一項證據，所以無從判斷二審當中是否應該再聲請調查這一項證據。

第二個問題，二審檢察官在上訴審理中，如果認為本案還有一審沒有處理到的爭點，可能受限於手邊只有審理卷證，無法聲請調查存在於開示卷證中其他證據來證明這個爭點，例如本法第 90 條第 1 項但書所提到的其他規定。

第三個問題，二審檢察官無從依照卷證全貌來瞭解一審檢察官慎選這些證據的依據以及思路。例如一審檢察官為什麼在一審審判當中

僅調查被害人的部分病歷，而未調查全部的病歷。

第四個問題，二審檢察官無法從卷證全貌來獲悉證據間的關聯。例如本件張大凡案件二審審理的爭點之一就是被告手機翻拍的照片到底有沒有證據能力，而一審檢察官在一審審理的時候是單獨提示並且調查這一張翻拍照片，所以在審理卷證內，這張翻拍的照片是獨立存在，看不出來它跟其他證據的關聯性。但是如果從全部的開示卷證來看，這張翻拍照片是出現在司法警察的移送案卷內，屬於司法警察現場蒐證照片之一，而這張翻拍照片前後還有許多其他現場照片，所有照片之間是有連續的編號，所以應該可以認為這張翻拍照片其實是警察在現場蒐證的時候一併翻拍，可以用以解釋為什麼警察在現場直接將這個手機檢視之後隨即發還給被告。但是如果二審檢察官只有審理卷證，我們只是無從獲悉這項證據間的關聯，更不用說這項翻拍照片的證據能力並無疑問。

結論，從本件的張大凡案我們獲得的經驗，檢方為因應國民法官法所採取的卷證不併送制度，建議一、二審檢察官之間應考慮建立一個新的銜接機制，使一審檢察官所擁有的卷證及其他補充資料能自動給二審檢察官，使二審檢察官得以擁有完整的卷證資料，有效實行國民法官法案件的二審公訴。另外，也可以進一步來說，如果二審審判時，被告的辯護人跟一審不同的時候，辯護人也可以依照本法第 53 條請二審檢察官對其開示卷證。

另外，有關本件模擬案件的觀察，有一個程序上的心得，呼應剛剛何教授跟吳法官有關證據能力的問題，就是某項證據有無證據能力，如果在準備程序當中經過合議庭裁定有證據能力之後，在審理程序當中能否再爭執？如果另外一方再爭執的話，審判長是否應依職權來處理，而非由另外一方來異議制止？而且這個時候審判長是否應該再向國民法官重新釐清這項證據具有作為證據的適格，避免這些欠缺專業還有審判經驗的國民法官產生混淆、避免被不當誤導，甚至拖延訴訟？請參考國民法官法第 62 條第 1 項的規定。

最後，就本案而言，非常感謝合議庭支持檢方的論述。

以上報告完畢，謝謝。

伍、辯護人代表郭律師皓仁心得分享：

主席、兩位評論員先進、合議庭、檢座，以及在座的各位先進，

大家好。我是辯護人郭皓仁律師，今天由我主要代表辯方來跟各位先進分享，其實說分享是有點慚愧，原因是什麼，我等一下會跟各位報告。

首先，我想模擬法庭的目的當然就是為以後鋪路，畢竟這是一個全新的領域，現在我們能夠在上路前把路鋪得越大、越寬、越平，以後就可以減少上路的顛簸。基於這樣子的認知，我們的理解是法院合議庭這邊負責做的事情是畫線，畫各種不同的標準，讓以後可以遵循，辯護人這邊的職責就是負責踩線，努力去衝撞，看是不是可以挑戰合議庭，藉由這樣子挑戰的過程中，促使合議庭就各個方面來畫這些線。

我必須說在收到這份判決的時候，真的是非常敬佩，這絕對是一份會讓二審辯護人沒有動力提起三審的一份判決書，非常地詳盡。

呼應兩位評論員先進剛才的精彩分享內容，其實辯護人這邊真的深有所感，在我們準備這件二審上訴的時候，第一個遇到的問題就是我們到底要把它當成是事後審來進行準備，還是要把它當成一個有限度的續審、甚至是覆審來準備？因為這兩個方向在我們的主張上是會完全不一樣，不管是聲請調查證據也好，或者是我們的案件理論主軸也好。

我們的認知是偏向事後審，或者精確一點來說，是事後審進行事實審查。基於這樣子的認知，容我在此簡單自我檢討一下辯護人在二審的計畫，以及最後的結果。

首先，我們在進行二審上訴的時候，我們訂定了2個目標，第一個目標是針對未來的案件可能最常見的上訴理由，也就是關於以證據裁定違法進行上訴這樣子的類型，法院的審查標準在哪裡？或者再進一步來說，是一審證據能力裁定違法的時候，二審自為判決或者撤銷的標準，也就是所謂的「有害瑕疵」與「無害瑕疵」這個界限，這個界限即使是日本、甚至是美國，他們到今天為止都還有很多的爭議、很多的標準，我想這對我們來說特別是一個大的挑戰，所以設為第一個目標。

第二個目標是對於一審訴訟指揮瑕疵的審查標準又是如何？訴訟指揮的瑕疵爭議，可以想像在未來比較常見大概會有2加1種，前兩種就是制止發言或某項權利行使，這個在我們現在訴訟程序並非不可想像，但是第二種是並沒有阻止某種不當的資訊進入法庭，這個對我們來說就是一個全新的領域了，剩下的一種就是屬於比如說未調查

其他的這種情況。

在這兩個目標下，第一個目標證據裁定的違法，就我們的認知上，主要分為 2 類，一類是將沒有證據能力的資料裁定為有證據能力的資料，第二類是將具有無法替代的證據價值卻裁定為不予調查的資料，這兩種情形。前者，我想在這個審查標準上，它是屬於比較類似減法的思考，也就是說，如果去除某項證據之後，對於一審認定是否存在去進行相異判斷的可能性，或者說高度的蓋然性？後者，則是比較偏向加法的思考，如果多了某項證據，事實跟法律的認定有沒有可能不一樣？在這兩者的情形下，既然要對證據裁定是否屬於有害瑕疵跟無害瑕疵去進行探討，二審法院就勢必要踩入事實認定的這道界限，所以不可能完全自外於事後的法律審這個程度，一定必須要進行事後審的事實審查。

在運作上，當然是必須先通過證據裁定違法的第一個階段，才會到達法院後續應如何處理，應自為判決或是撤銷發回的這個階段。關於證據裁定違法這個前提，本質上回到了有關證據能力如何認定這個核心問題，但是我在這邊想要跟各位先進提出一個觀點供各位來討論，就是其實我國刑事訴訟法有關證據能力的規定，是為了卷證併送制度量身打造的，在卷證併送下，基於希望讓法官有越多的證據當作取捨判斷的 database 這個基本的思路，我們對於證據能力的拿捏是非常寬鬆的。

基本上可以說我們原則上希望絕大部分的資料都可以當成是證據、都可以當成是取捨的基礎，非常例外的情況下才會去排除它的證據能力。這點無論是從比如說筆錄、證據、人證轉書證的運用，或者傳聞證據例外，有時候例外反而變成原則這樣子的運用，又或者是違法採證權衡法則寬容的程度，其實都不難發現刑事訴訟法證據能力的篇章就是為了卷證併送制度量身打造。

但是問題現在在於說，如果極端一點來講，卷證併送制度下，恐怕沒有真正的證據能力問題。什麼是證據能力的問題呢？指的其實應該是我們到底要不要讓某項證據進入到進行最終判斷之人的視野範圍內，只要看到就無法排除它對最終判斷者的影響。但是在卷證併送制度下，全部的證據都是法官先看過後，才在證據取捨的階段一併交代，所以有可能極端一點來講，在卷證併送制度下，其實是沒有什麼真正證據能力的問題了。然而我們今天卻把在卷證併送制度底下的

證據能力規定完全挪到起訴狀一本的這個制度裡面來用，它的結果我粗淺地來說，就我們初步的觀察來看，可以說證據資料進入到一審法庭的門檻非常低，連帶導致二審在審查違法性的這個空間上看起來是不大的。

在此次的模擬案件裡面，合議庭對於證據能力的處理相當細膩。辯護人能力有限的情況下，幾乎無法有效突破裁定違法的這個階段，因此我們也沒有能達到促使法院就有害瑕疵與無害瑕疵之間的界限，或者是發回或自為判決之間的界限建立標準的這個階段，這是我們比較遺憾的地方，希望後續的案件可以繼續再接再厲。

第二點，就是我們提到一審訴訟指揮的審查標準，我們集中挑了一些一審應闡明未闡明所謂不當或偏見的資訊，當然我們必須承認這是基於案件本身的性質，許多是有一點明知不可而為之的嘗試，在這邊給合議庭還有檢座增加許多工作負擔，請容我們致上一點歉意。但是在這樣的嘗試底下，我們可以看到合議庭最後在判決理由裡面逐項去交代何以不構成偏見及不當資訊這樣子的標準劃分，我認為是合理而且是可以操作的標準。

但是有一點點不同的意見，因為我們太容易在現行的制度下用一種比較事後或者說「上帝視角」這樣角度去判斷某個資訊到底正不正確，在一審模擬法庭進行的過程中，或許更需要判斷的是當下國民法官以及職業法官在接觸某項資訊的時候，會不會影響到他的判斷。因為國民法官法庭說真的也就是那幾天，很短的時間裡面就要處理了，不是一個可以有好幾個月仔細思量之後作出判斷的環境，在這樣的情況下，比如說尤其是在證物的提示。

是證物，不是書證，書證的提示有另外的問題。我們國民法官法的規定，書證是由聲請的一方朗讀，但是比如說在美國的規定，除非是證人自己朗讀自己的書證的情況下，不然一般是不允許律師或是檢察官來朗讀，因為這會有不公平的問題。因為朗讀的時候，或多或少你的語調、語速會影響閱聽人對於這項證據價值的理解。

但是另外一個方面來說，證物的提示，國民法官法是明確規定只有辨認，辨認這個從文義解釋上來講，它就不應該涉及聲請的一方對於這個證物個人的認知或者意見，因為這個都不是國民法官法希望進到合議庭裡面的證據。它不是證據，只是意見而已，所以我們是不是應該在提示證物的時候，對於提示證物者所講的言語更加嚴格一點？

我想或許是值得再討論的。

以下就是有幾個比較零碎的傲陀點，第一個是就我個人針對這個判決，我認為這個判決確實是一個事後審的事實審查，我的認知是這個樣子。再有 2 點提出跟各位分享：

第一個，有關新證據的標準。我必須說，這次的判決在新證據判斷的標準上是可以操作，而且是非常好操作的，因為看起來最後的標準是到底有沒有進到一審的審判程序進行實質的調查。這是很好操作的，但是也因此可能會有 2 個潛在的問題，第一個就是剛剛何賴傑老師有提到，對於一審有聲請調查，但是沒有准予調查的證據，在二審對於這項證據的裁定去爭執的時候，到底還有沒有去區分它是不是新證據的這個實益？第二個就是在模擬案件裡面不會遇到，但是在將來肯定會遇到的，因為辯護人必須把國民法官的案件當成只有一個事實審來打，絕對必須這麼做，所以在一審的時候，必須鋪天蓋地提出任何可以想像得到、尤其是量刑證據的這些證據資料。又基於國民法官法庭可以進行的時間非常有限，3 天、5 天就已經很多了，合議庭勢必到最後必須要刪掉許多認為沒有重複調查證據的必要或者是沒有證據價值的這些證據資料，在這種情況下，辯護人或是被告方可以拿來作為上訴二審的材料，主張一審證據裁定違法的東西可能就變得非常多。如果把這些一審聲請調查但是沒有准許調查的證據通通當成新證據，每一個新證據都要跑一次例外可以調查的這個規定的話，我認為會給合議庭帶來不小的負擔，某種程度上或許也會限縮被告聲請調查的權利。

第二個，有一個比較有趣的問題，但本案沒有發生到，就是誠如剛剛吳法官所講的，因為二審規定實在是太少，實際上要用的法條是很多的，比如說是一審起訴傷害致死的情況，一審判決傷害致死，但是二審如果認為應該構成殺人罪的時候，應該如何處理？可以變更起訴法條嗎？可以以此為由撤銷發回嗎？還是以此為由進行續審？所以，我認為由二審法條的簡略程度其實不難看出當初在立法的時候，就這個部分到底爭議有多大，但是實際上再過了半年之後就要馬上上路的這套制度底下，二審的法官會變得非常辛苦，某種程度已經是需造法了，一定是需要自己去建立標準，同時又可能會面臨到辯護人以增加法律所未規定的限制，認為判決是不當的這樣子風險存在，所以請容我再度跟合議庭、尤其是寫成這份判決的受命法官表達我個人

百分之百的敬意。

謝謝各位，謝謝。

陸、合議庭代表心得分享：

陳法官勇松：

院長、兩位評論員，及各位先進，大家好。今天來這邊真的是學習很多，也收獲很多，尤其是我們有實際參與這個案件的審判，所以我自己覺得有格外的學習跟體會，真的是致上我們的謝意，下面就由合議庭這邊來作心得分享。

其實我們在之前有作分配，因為在這個案件我個人是擔任受命法官的角色，所以我今天分享的重點內容也是著重在準備程序的部分。另外，因為這個案子在審前協商的時候，大家就把重點擺在證據能力的部分，所以今天分享的部分基本上還是跟這個有關。

基本上我今天有 3 個部分，第一個部分就是第一審依國民法官法審判的案件，上訴二審以後，是不是還適用國民法官法第 62 條第 1 項的規定？剛才評論員這個地方其實有一些著墨，所以我這邊就簡單補充我自己的心得。

相關的法條有刑事訴訟法第 273 條第 1 項的規定，這裡面雖然有提到在準備程序的時候要處理證據能力的意見，但是在準備程序終結以前，是不是要依照國民法官法第 62 條第 1 項的規定，先就證據能力有無要下一個裁定？也就是說，這個「應」是一個義務，而不是一個選擇。現在實務上一般刑事案件的操作，我自己個人的觀察是少見在準備程序終結以前裁定證據能力有無的，通常都是留待審判程序、甚至判決的時候一併交代，但是國民法官法的規定是「應」，所以這個地方可能就有一點點不太一樣。

關於這個問題，本合議庭是採肯定說的見解，認為二審合議庭應該要在準備程序終結以前，先就當事人、辯護人所聲請或者法院依職權調查的證據為證據能力有無的裁定。我也是支持這個見解，但是後面為什麼會寫「是否正解」呢？因為就像剛才評論員所提到的，這個地方根據國民法官法相關條文的規定，在二審，在職業法官審判的刑事案件，是不是也能夠獲得這個結論？也就是說，第 62 條的規定在二審是不是一定採一樣的見解？當然那個但書的部分我們就不講。

第二個心得分享的部分，依國民法官法審判的刑事案件，跟純粹

適用刑事訴訟法審判的一般刑事案件，受命法官在準備程序所做的爭點整理是不是有所不同？

刑訴法第 273 條第 1 項的規定，在第 3 款提到是做案件及證據的重要爭點整理，國民法官法第 45 條這個地方是提到要做詳盡的爭點整理，第 47 條第 1 項、第 2 項裡面，在準備程序有提到是案件爭點的整理，第 47 條第 4 項的本文有提到：「準備程序，得以庭員一人為受命法官行之」，這個規定跟刑訴法的規定是類似的，所以跟法院或審判長有同一的權限。接下來，在同法第 49 條又明文規定法院為了進行第 47 條第 2 項的各款事項，得對當事人、辯護人、輔佐人及訴訟關係人為必要之訊問。

所以，得出來的結論，我個人的觀察心得是：

第一個，依國民法官法審判的刑事案件，跟直接適用刑事訴訟法審判的一般刑事案件比較的結果，受命法官在準備程序的時候，應進行詳盡的爭點整理，所以爭點整理的內容應該要比一般刑事案件是做重要爭點的整理更為詳盡。

第二個，國民法官法第 47 到 64 條有關準備程序的規定，看起來在二審還是可以適用。

第三個，如果辯護人在準備程序就受命法官針對案情有關的訊問事項，以準備程序只有受命法官一人在庭，合議庭其他成員不在法庭之內，質疑這樣子在準備程序就問了一些相關的內容，會有架空合議庭心證之虞，是不是應該是比較偏向無理由？否則這個爭點就很難做詳盡的整理。也因為這樣子，所以受命法官的前揭訊問，是不是應該認為是符合國民法官法第 45 條所揭示「進行詳盡之爭點整理」的規範意旨？

第四個，為了達成國民法官法第 45 條的規範目的，受命法官在準備程序進行詳盡的爭點整理的時候，依照同法第 47 條第 4 項、第 49 條的規定，對於當事人、辯護人、輔佐人及訴訟關係人，看起來就可以為必要之訊問，這個東西就會發生一個問題，就是跟架空合議庭心證之虞之間，可能就會有一些模糊的空間，或者有一些到底如何操作。這個部分大概就是如評論員剛才講類似的問題，就是要看看個案具體衡酌，以後依照具體的個案去作累積。

第三個我個人心得分享是在一般的刑事案件，受命法官依照刑事訴訟法第 279 條第 1 項、第 273 條第 1 項的規定，在行準備程序的時

候，是否能夠準用或類推適用？我這邊把引號引起來是因為條文並沒有這樣的規定，所以到底「準用」的用語是不是適當也不知道，但是概念上就只能說是叫做「準用」或者是「類推適用」。

國民法官法第 49 條的規定說：「得對當事人、辯護人、輔佐人及訴訟關係人為必要之訊問」，因此在一般刑事案件的準備程序，受命法官也可以對居於當事人身分的被告，就被訴事實為必要之訊問。這個地方，我個人看法是一樣，就是為了達到詳盡的爭點整理，就如剛才心得分享第二點所述的，看起來是有這個空間存在。

法規的現況整個整理是這樣子，就是國民法官法第 49 條：「法院為處理第 47 條第 2 項之各款事項，得對當事人、辯護人、輔佐人及訴訟關係人為必要之訊問」，現行刑事訴訟法並沒有類似的規定。

現行實務的做法我個人觀察，就是準備程序的時候，受命法官操作的方式，有的是會當庭說明本件準備程序為了要做事實或法律上的爭點，所以就被告被訴事實會做相關的訊問；有的受命法官可能還會同時徵詢檢察官、被告或者辯護人的意見之後，記在筆錄裡面，接下來就開始作訊問了。有的受命法官的做法是沒有徵詢檢辯的意見，就直接採這個做法，而且就把這個內容記到筆錄裡面去；有的受命法官的做法是沒有徵詢就直接做，而且問的內容也不記在筆錄裡面去，就直接記載到性質上是屬於結論事項的案件或者證據的爭點或重要爭點，有關證據能力的意見及證據有無調查必要的事項這些部分就開始做，等於省略了中間關於實際訊問內容那一部分的筆錄。

這個部分，我覺得問題在於因為刑事訴訟法沒有這樣的規定，但實際上在準備程序受命法官在操作的時候，確實有這樣的需求，要不然那個爭點就無從整理。所以，依照這樣的情況，得出一個結論是建議可以參照國民法官法第 49 條的規定，在刑事訴訟法第 273 條增訂受命法官在處理第 273 條第 1 項的事項也可以做一些必要的訊問，以求法律授權的明確依據。在還沒有這個增訂之前，是不是可以準用或類推適用第 49 條的規定，一樣讓受命法官可以來做這個訊問？這是一個我個人的疑問。我是很想這樣子，我看實際大家也是這麼操作，但是有沒有可能這樣的修法，就留待未來的發展。

以上是我的個人心得，謝謝。

黃法官翰義：

主席李院長，何教授、吳法官，以及在場的法學先進，大家早。

剛才勇松法官有提到證據能力部分，讓我想起大概在 11、12 年前，我在士林地院就已經開創了證據能力的裁定，沒想到隨著時代巨輪，到今天我個人也為了因應國民法官法的施行，在此之前我也去日本各地方的地裁跟高裁參訪他們針對推行前跟推行之後的相關問題來做深入的交流。

在這個案件進行討論之前，我們合議庭本身就已經有針對是不是邀請原審的國民法官來參與，以日本在當時參與的程度非常踴躍，也提供日本實務上非常多的參考依據。但是因為時空背景的關係，雖然今天只有劉先生來，其實我個人要對劉先生表達最高的敬意。因為一個制度的推行，司法到底有沒有辦法成功，絕對不是單靠職業法官就可以成就的，必須有賴像劉先生這樣有熱情的國民一起參與，我們才會一起成功，所以我想先透過這樣的一個機會向劉先生致上個人最高的敬意。

另外，針對這一次在聯繫方面，有許多幕前的檢察官也好，或者是辯護人也好，他們在表現上都非常精彩，也非常傑出，當然我也要感謝幕後的工作人員，因為其實他們才是真正默默付出的無名英雄。包含在 LINE 的聯繫上面，還有法庭要怎麼運用上面，其實江科長和她的團隊非常盡心盡力，這是我要做一些說明的。

另外，針對實務操作的部分，我個人認為因為國民法官法在二審的部分只有 4 個條文，在體系上怎麼去建立、到底是事後審還是覆審制，甚至跟刑訴的橋接上面有沒有一些問題的存在，導致於我們在二審的定位上會產生一些模糊的空間。我個人是比較傾向於針對一審既然已經耗費了這麼大的人力、物力去進行這樣的一個程序，二審的部分是不是朝向事後審這樣的角度去進行？我想生命都會自己找出路，在之前的刑訴裡面也有所謂的起訴審查、交付審判，可是到現在都漸漸沒辦法去適用。

我想在制度的演進上面來講，的確如何教授所說的，到底什麼樣的情況才叫「無害瑕疵」、什麼樣的情況才叫「有害瑕疵」，預斷排除又怎麼樣去做一個標準，因為日本已經有一個行之多年的規則可循，可是目前我們在國民法官法裡面似乎沒有這樣一個條文規範，因此我個人是覺得有一些問題是有待解決的。

因為合議庭發表的時間有限，我個人其實還有相關的問題，如果待會還有時間的話，等綜合座談的時候，我再向兩位評論員作請教。

也謝謝這次所有參與的檢辯雙方，還有幕後工作人員，當然也謝謝院長在這邊給我們很大的行政支援，我個人深懷感謝之意，能參與這次模擬法庭，我也真的是非常榮幸。

以上就是我的感言，謝謝。

邱審判長滋杉：

李院長、兩位評論員，還有在座的先進、貴賓，大家好。

很感謝司法院跟高院李院長、行政團隊對我們合議庭這次模擬法庭大力的支持，我在這邊就先說明一下，我們這一次因為模擬限定有主題，就是對於一審法院事實的認定有沒有經驗法則、論理法則違反規範的一個操作，還有量刑審查的操作、有關於證據裁定不當跟訴訟程序瑕疵的審查標準操作模式，所以我們模擬的內容是針對這四項，我們的判決書也主要針對這四項來交代。也很感謝檢辯雙方提出很多的爭點，如果超出爭點以外的部分我們也有作交代，只是說沒有花那麼多的篇幅。這個第一個要先說明的地方。

第二個，我就針對剛剛兩位評論員都有講到量刑審查的這個部分。因為我們的國民法官法並沒有明文規定到底要審查哪些項目，它也沒有像刑法第 57 條要審酌總共有 10 項的規範，依照國民法官法的審查意旨，如果在認定上沒有重大瑕疵的話，我們原則上都會尊重一審。剛剛我聽到最高法院的吳法官有講到一個，不要因為訴訟制度的改變而使當事人受到不利益，我不知道我有沒有誤解吳法官的意思，如果平等原則是在一審作量刑時候的一個說明，這個我是同意的，但是也拘束到二審要受到平等原則的一個規範的話，我是覺得在實務上的操作是有一些困難的。

原則上我也承認本庭在這個案件的操作是比較偏向於事後審，而且是採當事人進行，如果是尊重一審，而且是事後審，一審已經判了，我們單純用平等原則去審酌量刑，我想這個在操作上是會有很大的困難。因為所謂的平等原則在內涵上，它是一個比較不確定的法律概念，到底什麼叫「平等原則」？所以，我個人覺得二審的操作，就量刑的部分，我們是比較傾向於有沒有權利濫用的這個情況，包括有沒有違反比例原則、內部界限之類的這一種情況。

第三個，我要回應檢方跟辯方講的，有關於訴訟指揮的這個部分。因為訴訟指揮這個內涵，國民法官法裡面也沒有很明確的規定，當然我們可能又要回歸到刑事訴訟法的規定，可是我們現行的刑事訴訟法

是採改良式的當事人進行，國民法官法是採當事人進行，所以兩者有一些相似又有一些不相同的地方。

剛剛檢辯雙方都有提到一點，就是在進行中，如果合議庭在準備程序終結前已經裁定沒有證據能力的時候，檢辯雙方或被告拿出來在合議庭再要求審酌或者當成一個證據，這個時候合議庭的審判長到底是要職權介入，還是要等當事人異議的時候才處理？因為我個人比較傾向於既然這是採當事人進行，應該是要由當事人來異議，合議庭才作處理。這個有一個好處，如果當事人都沒有異議，這個證據對於事實判斷上是很有幫助的，我就覺得這樣對於實現公平正義是會有幫助的，所以我個人傾向於比較不應該由審判長來職權介入，要由當事人來異議。否則當事人進行主義的國民法官法這個制度之下，當事人都沒有異議，只有法院跳進來說這個不行、那個不行，這樣子的話，我是覺得有違反國民法官法規範的本旨。

另外有一個問題想就教於兩位評論員，剛剛何賴傑教授有講到刑事訴訟法第 348 條已經修正了，檢辯雙方都可以針對量刑部分上訴，如果有這種情況的話，不管是準備程序，或者審理程序，以準備程序舉例來講，是不是仍然是要按照國民法官法第 47 條，或者一般案件的第 273 條，大概會有實效或實然效，每一項都要來做一個整理？但是如果是用這一種傳統的方式去整理，或者如果當事人只針對量刑的部分上訴，準備程序或審理程序還要把所有的程序再進行一遍，這個有沒有違反當事人就沒有爭執，為什麼準備程序還要全部再進行？這一點如果兩位講座等一下在座談會有時間，可不可以幫我們解答，提供我們實務上操作的一個重要依據？謝謝。

主席：

參與本院模擬法庭演練的審檢辯三方，還有兩位辛苦的評論員，都已經發言完畢。

我們這次特地邀請到在第一審實質參與審判的國民法官。國民法官參審制度，它的主角跟重心應該就是國民法官，我們反而是輔助的。剛剛黃法官已經有介紹過在第一審參與的國民法官劉先生，我們歡迎他，請他給我們一點回應。

柒、貴賓代表（原審國民法官）劉先生心得分享：

院長、教授、評論法官，及各位大律師，大家好，很榮幸參加這

一次國民法官的研討會。

不管是在一審或二審那麼真實的法庭上看到了檢調方面或辯護方都有很精彩的攻防，還有論辯，尤其是辯護人三位大律師都能替被告在量刑方面找出許多事證上的可能性，讓我有時候覺得是不是判得太重？在此，我也相信以後的司法在案件上能夠更加透明跟公正。

也感謝在座的各位長官讓我參加這一次的模擬法庭，有機會參加那麼逼真的模擬法庭讓我收獲很多，謝謝。

捌、綜合座談：

主席：

謝謝各位，評論員及審檢辯各自提出蠻多的問題。我看模擬法庭陳法官也非常辛苦寫了一份很詳盡的上訴審判決，這個判決篇幅多達38頁，裡面對各種各樣的程序事項著墨甚多，大概就是因為條文不是很完備，實務上也還沒有累積足夠的經驗，因此各方提出的問題，合議庭試圖在裡面表示自己的看法跟見解，這樣的處理方式是不是妥適，等一下請評論員指教。可能於國民法官法施行一段時間之後，在實務上形成共識，以後判決就不用寫那麼多，目前是因為大家還沒有共識，我們想辦法來處理、解決。

現在就開始綜合座談。先請何教授跟吳法官針對大家剛剛所提出來的問題，給我們一點指教，好嗎？先請何教授。

何教授賴傑：

院長、各位在座的先進，剛剛各位談的我都做了筆記，不過大家問題看起來跟我一樣，所提出的問題對我來講也都是很新鮮的問題，因為國民法官對我們來說，其實那個是一個新的制度，所以我只能講我現在講的只是個人的意見，我也不曉得按照法律的原理原則或者實務操作，這些將來是不是真的能夠做，我們就拭目以待。因為其實法學研究還是要從實務去找素材，找到素材之後，回過來我們也許才會去想想看，按照這樣的素材，提出來這樣的一個法律的見解，包括司法的判決，在學理上或者將來司法實踐上可能會有些什麼樣的疑義會繼續產生。法學研究永遠都是這樣，一直往前進，其實就是要靠實務的這一些方式。

對我來講，在國民法官法通過之後，其實在一些場合我也跟一些學者專家、實務家談，將來的二審會是很困難的一個審級，因為國民

法官法的著重點就是在一審，所以一審非常詳盡。也就是整個精力其實是放在第一審，因為他們的想法就是第一審搞定，第二審就不要了。乾脆第二審完全就算了，以後一審就把它確定，二審的事後審如果真的是有嚴重的法律錯誤，像第三審這樣違背法令的，再來救濟，不然原則上事實一審就搞定了。

可是最後的結果顯然不是這樣，為什麼？因為這個不是法律人或者我們認為這樣做比較好，還是會面臨到一些現實的問題，所以後來的二審就看得出來，我們的二審的修法總是把一些最基本的、他們認為是重要的，尤其是這一些有一些是日本裁判員制度的經驗拿過來。可是老實講，你必須去想，日本裁判員制度其實是從日本的刑事訴訟法的控訴審過來的，所以原來日本刑事訴訟法控訴審本來就是事後審，只是後來稍微有一點偏向續審。他們原來就是事後審，可是我們不一樣，我們現在要接到刑事訴訟法二審的覆審制的時候，我們一定會碰到比日本更大的問題，將來要怎麼銜接，這個真的要看二審各位的智慧。

就二審來講，包括剛剛邱審判長談的準備程序等等這一部分，老實說，其實是刑事訴訟法二審相對的規定，雖然法條有講二審沒有規定會準用到一審，所以第 273 條也許在二審會適用。當然二審的方式，在過去那種覆審的方式，也許繼續再適用一審比較 OK，但現在不一樣了，如果國民法官法要朝事後審去調校的話，準備程序還要像刑事訴訟法二審這樣來做嗎？如果國民法官法的二審要去準用到一審國民法官法的準備程序的話，你就知道根本沒辦法做，所以將來這個二審準備程序我也不知道，老實講，只能夠看看各位實務家的看法。

應該要怎麼做，我們只能夠去想準備程序要做什麼、它的功能是什麼，朝這個慢慢去調校，所以在這一點上，老實說，我也不知道這一些規定能不能用。如果第 62 條第 1 項國民法官法的一審準備程序，這個能不能適用到二審？我個人的看法是不能適用，用法律體系解釋來看，根本沒有這樣的一個法條的依據。我們在刑事訴訟法第二審的時候，還有一個如果二審沒規定，可以適用到一審的規定，在國民法官法裡面沒有，為什麼沒有？很簡單，因為沒有辦法適用。因為國民法官法那一套制度銜接到現在的二審，接不過來，所以不可能去適用，不可能適用要怎麼辦？就是可能要去造法了，大家要憑藉著司法的方式去形塑國民法官法第二審到底應該要怎麼做。在現有的規定下就

做，沒有的規定下到底要怎麼做？還是要做。所以，這一個準備程序到底要怎麼做，老實講，我也不是真的在這一點上有那麼多的問題。

關於訴訟指揮的問題，我也是覺得這個是一個制度或者結構之爭。如果是用英美那一種，當事人當然是要有異議，審判長才會出來去決定那個異議，可是如果是用比較職權的傳統那種方式，訴訟指揮是審判長的權限，當事人不服，當然你就來聲明異議，可是我是可以依職權的。所以，在這一點也涉及到我們將來的二審到底要怎麼去處理，我覺得這個也是要處理的。

當然剛剛郭律師談的這一些，我也覺得蠻有意義的，或者是也覺得需要進一步再去討論的，包括第 300 條變更起訴法條之後到底要怎麼做，或者是用新證據這個概念去卡住很多重要的證據，這個其實也是真的需要好好去想想看。

剛剛吳法官也談到一些比如說涉及到無害錯誤、無害瑕疵等等，這一點基本上我個人是贊成，也就是說，在這一點上面，到了二審的時候，竟然不採取覆審制，你就必須要朝至少是續審或者事後審去調校。續審基本上是在覆審跟事後審比較中間的地方，或者也許比較偏這個、比較偏那個，事後審是另外一個方式去做，不管怎麼樣，總是要考慮到一個效力，如果訴訟程序現在在一審規定得那麼複雜、那麼繁複的話，你就可以知道將來在二審一定會碰到針對一審的這一些不管是法院的審判等等有沒有違反這個程序、那個程序有很多爭執。這些爭執，是不是像本件的三位法官非常認真，針對爭執每一個都去談沒有偏見或者是預斷之虞等等，我相信將來真正開始實施之後，應該二審的法官不會像本件一樣那麼詳細把這些都寫完，如果每一個判決都要寫那麼長，我看二審也大概很難做。當然將來這一部分到底要怎麼做，我覺得這個也是一個很困難的問題。

量刑，我認為那個也是一個很重要的點，甚而將來在量刑上面會有一個我認為是比較困難的地方，就是我們現行法這個規定從第 89 到 92 條，其實它講的事實、證據到底有沒有涵蓋到量刑？關於量刑的量刑因子、量刑事實，或者涉及到量刑的證據，這一些到底算不算？這個將來會有一些爭議。比如說如果今天一審判決之後，他們去和解，提出和解書，希望和解了，是不是量刑的部分應該要減？可能將來會有很多這種方式。

甚而一審有一些重要的量刑因子、量刑事實可能沒有考慮到，辯

護人也許就主張這一些很重要的量刑因子可能可以讓被告減刑沒有考慮到，二審重新再來主張，也就是說，會涉及到在一審的這些量刑因子沒有被考量的時候，二審可不可以重新再來？我認為是可以，因為這個其實是對被告是有利。但是相對來講，如果是對被告不利的，要加重的這些量刑因子沒有考慮的話，二審可不可以重新再來主張？那個時候就必須要考量。因為現行法這些規定其實並沒有那麼明確地講，到底所謂事實、證據有沒有涵蓋到量刑，這個將來可能需要進一步再去考量。

對二審來講，確實是如同這樣，就是在一審的時候，針對國民法官，你可能要考量的就是因為國民法官對於一般的案件其實並沒有什麼很特別的概念，他也許這一輩子就只參加這個案子，所以我只對這個案子負責，至於你其他的案子怎麼樣，關我這個國民法官什麼事？因為我將來也不一定又是國民法官。可是對職業法官來講，審過那麼多案子，你當然腦裡面會有一個平等，可是對於國民法官來講，他腦裡面也沒有什麼平等，這個案子跟那個案子「等者等之，不等者不等之」，他怎麼去等不等？因為其他案子他其實不見得知道。

司法院當然很認真的，弄了一個叫做「量刑資訊系統」，就掛在司法院網站上，那一個能不能當作標準？到時候是不是把那個調出來跟國民法官講，因為按照這個標準，原則上像這種案子加加減減大概幾年？可是那個有拘束力嗎？那個會不會影響到法官的獨立審判？那個可能都要考量，我認為量刑這一塊將來也是一個要進一步再去談的。

主席：

謝謝何教授。

量刑的部分，如果偏離一般行情非常明顯的時候，吳法官的意見是說，應該上訴審要介入加以處理，這個違反平等原則。但是國民法官不是法律人，他不瞭解怎麼樣是一般行情，就是因為這樣，上訴審職業法官就必須要介入，否則非法律人偶然地湊合在一起參與審判，憑各自的情緒下的判斷，極有可能就會偏離一般行情，那麼職業法官就是確保它不偏離一般行情，不要太明顯。

何教授另外提出另一個問題，量刑的時候應該斟酌的事項沒有斟酌到，在上訴審可不可以再加以斟酌？如果應斟酌的事項要在二審加以斟酌，要不要符合新證據提出的要件？如果符合了以後，法院是不

是應該要加以斟酌？這個大概也是一個很重要的問題。

接著請吳法官發言。

吳法官冠霆：

院長、何教授，還有各位先進，其實大部分何教授都已經先說明過了，我只有簡單的幾個小小回應。

第一個就是量刑的部分，我們想一個比較簡單的概念，本來就不可以讓一個被告因為你選擇了不同的一個訴訟制度受到不同的結果，這應該是一個最基本的概念，而且重點是被告沒有選擇權。因此，我的意思是說，量刑的這一塊將來勢必會是國民法官法很重要的一個關鍵。

我剛剛為什麼講說在日本法上面會有一個問題？其實這個在操作上面，我國法跟日本法可能會有一點點的不同，在日本法的做法是法官在評議室裡面就會把相關的量刑行情提出來給裁判員看，可是在我國法裡面，我不相信哪個法官敢這樣做。法官絕對不敢在評議室裡面說這個案子應該怎麼判，我不相信有哪個法官敢，我必須很誠懇地講，理由很簡單，我國的國民法官制度的緣由就是因為人民不相信法官，所以法官怎麼會這樣做呢？

所以，我在其他場合都一直在講，將來有關量刑這一塊，勢必要在審理的時候，由檢察官跟辯護人這邊，把你們各自認定的量刑因子、量刑的行情展示給國民法官看。進評議室之後，評議之前，法官就會先站在旁邊，就是國民法官先去討論量刑，以剛剛這個因子討論差不多，法官再來介入，因為沒有法官願意造成權威效應，絕對沒有！所以，在這個狀況之下，我就說國民法官到最後是某些律師、某些檢察官才有辦法打的案件，因為在量刑辯論的時候，一定要提出這些資料來讓國民法官看，你沒有辦法期待職業法官在評議室裡面會出來講，絕對不可能。

第二個部分，我覺得我們還是要先定性一下，我們到底是有可能會採取覆審的精神，還是採取事後審的精神？我剛剛講過，這兩個都有法理上的依據，假設是屬於覆審精神的時候，剛剛郭律師有提到，一審是判A罪，二審變更起訴法條，可不可以把他判成B罪？在覆審制之下當然可以，我剛剛講過，它就是重複的第一審，你就是要將第一審判決蓋起來，當作沒這件事情，最後判的時候看看是不是一樣，這個就是覆審制的精神。

但是在事後審下面，可能就有困難，因為我們就是要尊重一審職權的行使，所以即便法官認為 A 罪變成 B 罪，如果他的論述沒有違反經驗法則、沒有違反論理法則、沒有違反證據法則，法官很難把 A 罪變成 B 罪。我一直強調只有一個例外，就是把 A 罪變成無罪我覺得是可以的，因為就是回到最根本，不管採什麼制度，你都不可以對無罪之人判有罪，這一定是要可以的，所以除非是 A 罪變成沒有罪，不然 A 罪變 B 罪的話，我個人是打一個很大的問號，可能有一點點小小的困難。

最後就是準備程序的部分，這部分我跟何老師的見解是一模一樣的，我覺得不可能去用國民法官法的準備程序。國民法官法的所有都是為了一審去做的，所以二審其實就是沒有被規範裡面，沒有辦法再把國民法官法有關一審的準備程序拿來二審適用，這是不行的。

可不可以回到刑事訴訟法第 273 條來進行準備程序呢？說真的，我也打一個問號。因為第 273 條大家知道，一審是事實審可以，二審因為是覆審，覆審當然就準用。在普通案件當然是可以，可是國民法官法的二審案件，你如果要再回過頭去用第 273 條，那就又回到最根本的問題，到底這個案子你是要採取覆審，還是要採取事後審？如果採取覆審當然可以；如果採取事後審可能還是有一點點小小的困難。

我還是要強調，我覺得事後審也好、覆審也好，都可以，就是一個選擇的問題，這個隨著實務慢慢操作，會漸漸定性。誠如我剛剛有提到，何教授剛剛也有提到，日本法的規定，他們的控訴審很明確就是事後審，在事後審的精神之下，如果撤銷，應該是以發回為原則，因為這是事後審的精神，不審查事實，可是日本運作的結果，日本的控訴審就是二審，他們是以自己判決為原則，所以就是把它漸漸操作成續審。我國法將來會走成怎麼樣，我只能說，有待各位先進，我們等著看。我個人覺得不管怎麼操作，只要有一個符合公平審判的訴訟制度應該都可以。

主席：

謝謝吳法官。

這一件在第一審採國民參審，大家都會很好奇在量刑評議的時候。這一件第一審是判 7 年 6 月，這樣的結論是如何作成？劉先生實際上有參與第一審量刑的評議，可以提供你的經驗嗎？

劉先生：

院長，在第一審的時候，大家說實在話也是第一次參加，所以一開始的時候還不知道怎麼樣去運作。可是後來法官會跟我們說一些該怎麼樣，會把我們導入在裡面，會讓我們剛開始的時候是怎麼樣運行的。後來慢慢在抓證據的時候，就是因為對辯護方有很多不利的證據，所以我們才會慢慢跟法官走在一起，量刑也一樣。但是要判決的時候，也真的是很難著墨，怎麼樣去判才是公平、公正，不會太過奇特的判決。謝謝。

主席：

謝謝劉先生。

黃法官剛剛意猶未盡，請黃法官繼續。

黃法官翰義：

簡短幾個問題，就是目前為止我看到的模擬法庭裡面的一些看法，到二審可能有什麼樣的處理方式，我想先就教兩位評論員。

第一個，就是在第一審我看過的模擬法庭，檢察官所提出來的偵查統合書裡面，被告的自白跟其他證據一起進行調查，而不是按照刑訴法第 161 條之 3，被告的自白最後調查，剛才何教授提到像這種是屬於哪一種瑕疵？是不是屬於無害瑕疵？因為有時候檢方的舉證方法上面必須結合被告的部分自白，才有辦法舉證得比較成功，否則如果切割開來的話，他的舉證方式可能會受到一些破壞。針對這種一審把被告的自白跟其他證據一起進行調查，審判長也沒有針對這部分來處理的問題，二審要不要撤銷？

第二個，就是剛才何教授有提到關於程序瑕疵的部分，有一種情況是一審針對同一個證人同時可以證明犯罪事實跟量刑事項，但是一審的國民法官他們認為沒有必要在量刑部分再去問，因此駁回了這部分的聲請。像這種情況，如果按照何教授的見解，二審應該可以再去傳這個證人來進行量刑事項的調查，我想比較有疑問的就是二審這時候是依職權，或者是說如果依聲請的話，按照國民法官法第 92 條第 2 項第 5 款，要不要因為這個事由而撤銷發回？還是自為判決？因為第 92 條第 2 項第 5 款是針對證人防禦權的保障，但是沒有問完證人，怎麼知道他的量刑事項到底是什麼？所以這部分我想也先確認一下，因為這涉及到將來量刑事項二審勢必真的要來面對的。

第三個，就是預斷排除的問題，因為預斷排除在國民法官法只有一條，可是它的標準的寬嚴其實也涉及到審判長在原審的訴訟指揮是

否有瑕疵。比如說原審辯護人主張以他執業十幾年的經驗，被告不會有殺人的故意，這樣算不算是一種預算跟偏見？或者是說在辯論的時候主張如果各位國民法官的家人受到這樣的遭遇會不會如此痛心，是不是應該嚴懲被告等等，有時候這種論述方式是檢察官舉證的一種手段，有時候也是辯護人策略的行使，像這種情況之下，審判長沒有去向國民法官闡明這到底是預斷或偏見的時候，二審面對這種情況，要不要認為這是屬於一種程序上的瑕疵？要不要去撤銷？

我想以上 3 個問題就教於兩位評論員，先謝謝大家的說明。

主席：

請各位先一併提出問題，再請兩位綜合答覆。

任律師孝祥：

各位好，很榮幸有機會參加這個模擬法庭，我也是有一個問題想要請教兩位評論員。

兩位評論員都有提到量刑應該是未來很重要的問題，我剛剛突然想到我們在準備二審的時候，我們本來一開始有想到一個策略，就是要不要乾脆讓被告認罪，如果被告二審突然認罪的話，這樣子也是可以當作量刑的事由嗎？這部分想要就教於兩位評論員。

主席：

很好的問題。

各位有沒有其他問題？沒有的話，先請何教授跟我們作說明。

何教授賴傑：

我們從後面這個問題先說明，就是剛剛任律師談的量刑這一部分，也就是說，如果是在一審言詞辯論後才出現涉及到量刑的這些事由，到底二審能不能斟酌？當然這個是不是屬於第 90 條的新證據，我認為這個解釋上可能還可以再去談。不過就量刑這一塊來講，我是認為一審之後，上訴到二審，中間產生新的那些量刑事由，這個在實務上應該不會是少的。比如說剛剛任律師談的，如果他到時候覺得一審判得太重了，他覺得還是自白，二審就想要自白，或者是二審他就尋求要跟被害人和解，他提一份和解書說已經和解了，是不是應該二審判輕一點，這個在實務上我認為應該不會是很罕見的，所以二審的法官可能將來就會碰到這樣的問題。

這樣到底能不能在二審量刑的這件事情上提出來？如果辯護人提出來主張已經和解了，或者他願意認罪了，在這種情況下，二審可

不可以來考量？我個人的看法認為是可以。基本上我們現有的這些規定，從第 89 到 92 條比較多其實在談的是一審的事實或者證據，在量刑這一塊比較不是它的著重點。

這個也可以理解，就是說按照像這種事後審的，當然日本那個事後審比較特別，如果美國事後審的話，他們本來就切開兩個程序，有罪、無罪一個程序，量刑是另外一個程序，量刑本來就是讓職業法官去操作，而且連陪審團都不需要的。像這樣的方式，我覺得量刑這一個程序，其實跟前面的論罪或者適用法律，至少在這一點上是可以切割。雖然我們在一審也可以做這樣切割，但實際上在一般的刑事訴訟，有些會覺得好像切得不夠乾淨，也許將來在國民法官法的二審這一塊真的就可以考量，是不是在這一點上透過這樣的方式，跟一審的認事用法等等做一些切割，也就是量刑應該從輕去考量。

也不用擔心，為什麼？因為同樣的情況下，二審還是要適用第 370 條不利益變更禁止原則，所以基本上除非適用法律錯誤，我認為第 370 條那個但書也是不對的。當然你們二審法官要不要考量，尤其是國民法官二審在適用第 370 條的時候，那個但書根本就不要用，如果你用的是本文，你就不用擔心，縱使有新的事實出來，原則上你也不可能加重，因為不利益變更禁止原則，也許在這一點上還是有一個保障的作用。

至於剛剛黃法官談的預斷排除，老實講，我認為這個是一個真的很困難的問題，必須要慢慢累積實務的經驗，在這種狀況下是這樣、在那種狀況下是那樣，才有辦法去談。光預斷，什麼樣的情況下是預斷？為什麼國民法官法的一審在這裡要特別強調？因為有國民法官，所以在這種情況下，為了怕污染到國民法官的心證，應該要更強調是不是有偏見、預斷要排除等等，一審的程序在這一點上就會做了很多。到了二審的時候，我們怎麼樣去審一審在審判上面檢察官的陳述或者是審判長的陳述，是不是有可能會引起國民法官的預斷，老實講，我認為這個沒有放在 context 裡面去看，我們實在不曉得這樣到底產生什麼樣的預斷。

就法制史上我跟各位報告，德國現在的參審跟所謂的陪審是兩個制度一起並行的，一直到後來陪審才被拿掉，只剩下參審，其中有一個原因就是爭議不斷，什麼爭議？因為法官做了太多，不然就不做，所以引起雙方當事人非常大的爭議。法官講這一句話不對、法官的

instruction 過度了，影響到陪審員，不然法官都不做，辯護人抗辯，這個法官應該要出來維持，為什麼沒有？搞到後來大家都不曉得怎麼做，所以後來德國就算了，陪審團不做，還是參審，就變成讓法官跟參審員一起審。

那個是他們的一個歷史經驗，我們將來在這一部份要怎麼做不知道，但我認為這個在一審裡面，這種情況下，可能是很難免的。尤其是檢察官的角度，當然是希望要講多一點，去吸引國民法官的注意，讓國民法官對我們這一方的立場或者是意見要更傾向，講了很多，稍一不慎，也許就會這個有偏見、那個有預斷。這個到底要怎麼去判斷，我們從本件裡面其實也看得出來，老實講，我也沒有一個答案，要去談什麼叫「預斷」或者什麼叫「偏見」，教科書恐怕都很難去寫這一塊。

剛剛黃法官也談到偵查統合書，在一審的時候，就等於用偵查統合書一次把它帶過去了，我甚而去懷疑偵查統合書這樣的方式是不是有法律依據？或者這樣的方式是不是合適的方式？因為在這種情況下，偵查統合書這樣過了之後，在審判的時候，似乎也沒有認真去調查，就把自白一起放到裡面，一次把它帶過去。當然自白按照我們刑事訴訟法，自白的真實性是放到最後才去調查，我們這樣的設計針對的是什麼？可能是針對一般的刑事訴訟。可是我們的國民法官法在這一點上，沒有這個規定。

是不是國民法官法的一審在這個部分，也要去適用到刑事訴訟法關於證據調查法定的順序，這個規定到國民法官法都要能夠適用呢？老實講，我也不知道。因為一審的國民法官法那個程序規定已經規定得那麼繁複了，如果再把一審刑事訴訟法那一些對於證據調查順序再搬過來的話，我想一審的法官一會要國民法官法做、一會要刑事訴訟法這樣，到底要怎麼做？我覺得這個對他們來講可能是很困難。

至於量刑的這一部分，基本上在量刑的證據，如果一審也涉及到事實的話，比如說有一個重要證人沒有去調查等等，是不是要傳他來，這個涉及到量刑。至少我的個人看法，就是二審在量刑這一塊，應該有更大的空間，為什麼？因為我認為我們刑事訴訟法是故意的，在量刑這一塊其實就沒有講，甚而沒規定，只有講認定事實怎麼樣或者新證據，沒有去談到量刑這一塊到底要怎麼做，因為這個可能是很難的。不像日本的刑事訴訟法在量刑這一塊他們也有規定，可是我們沒有，

沒有了規定，我想立法者的意思，也許在這一點是覺得在量刑的這一部分，原則上二審要尊重一審，為什麼？用第 91 條儘量去尊重一審的量刑。

可是實際上真的對於二審的法官量刑的權限有什麼樣法定的限制？老實講，沒有限制。在這一點上，我認為二審的職業法官也許在量刑這一個事實上，可能可以司法造法做大一點，因為在一審的時候，基本上國民法官參加的時候去做了那個判決，對國民法官來講，對於認事用法他們比較陌生，但對於量刑這一塊他們會比較積極，覺得應該判重一點、判輕一點他們會比較有概念，這個法還是那個法他們可能比較沒有概念，所以有可能在這種情況下，一審國民法官法庭做出來的刑事判決的刑這一塊會引起比較多的爭議，二審也許在這一點上可以做一點調整。要怎麼調整？當然要考驗二審法官的智慧，我的立場其實是認為二審法官在量刑這個事實上可以做大一點，當然要考慮的是如果要加重其刑的話，要慎重，或者是有罪變成無罪、無罪變成有罪，這個可能要稍微去考量具體的情況。以上是我的說明，謝謝。

吳法官冠霆：

院長、何教授，跟各位先進，我簡單回應如下：

第一個，就是一審沒有認罪、二審認罪的這個狀況，我一樣從後面的問題講回來，我想取決點還是你到底把二審當作是什麼樣的一個角度？假設它是屬於事後審的角度的話，事實上事後審的角度就不會去管事實，除非違反經驗法則或論理法則，所以如果是事後審的角度就不會去審酌；如果是覆審的角度的話，當然就會審酌。我剛剛講過，這個就是要倚賴實務的一個操作。

為什麼我們剛剛一直只講事後審跟覆審？如果真的是剛剛任律師提到這個問題的話，我個人覺得實務將來運作的結果，可能會把它落到第 90 條新證據的範疇，用續審的精神來做。可能理解上它的狀態就是回到一審辯論終結前的那一秒，在二審接著繼續下去。在這個狀況之下，既然一審還沒有辯論終結，有一個新證據也可以允許它進來，這兩個前提 combine 在一起的時候，在二審的時候可能就可以依照第 90 條進來，二審的法官可能可以本於兼採續審制的精神來加以審酌。

第二個，預斷或者偏見的這一塊，我個人覺得秉持一個原則，其實剛剛何教授也提到，你要說他到底程序違反到什麼程度，我覺得在

實務上的判斷下都很困難。比方說本件爭執最大的，一審的時候，電擊棒到底會不會有影響？我不知道，老實講，我覺得可能有，可能也沒有。

之前有另外一個法官跟我講了一個觀念，「你為什麼一定要把國民法官看成是一個小孩？」國民法官不是小孩，特別是士林這場，包括劉先生在內，士林這場因為我有參加過，各位可以去搜尋報紙，他們這場聽說是史上最高的水準，就是職業還有學歷。他們不是我們想像中那麼弱，一下子就被你影響的一個狀況，實際上我那時候去觀摩他們評議的時候，他們也完全沒有受影響，這個我非常肯定可以講。所以，我個人的原則是只要審判長平等對待就好，就是我們要用審判長有沒有平等對待來判斷到底程序違法是不是已經屬於有害瑕疵的這個狀況。

我舉一個例，比方說前幾天大谷翔平有一個球被三振，他非常地不爽，可以去看那個影片，他還甚至罵了髒話。下一局，因為他自己就是投手，他就投那個角度，結果裁判也是判好球，他就笑了。所以，標準一致的狀況之下，我覺得可能就不會是屬於有害瑕疵，只有在標準不一致的時候才會是有害瑕疵，這是我初步的一個看法。

在統合報告書的這一塊，我在想，其實刑事訴訟法有關自白最後調查真的是有它的目的，因為那個本來就是在職業法官審理時候的規定，所以一定要依照刑事訴訟法把自白放在最後調查，這塊我有一點點疑惑。再加上目前國民法官法強制進行準備程序，要做一個爭點整理，所以爭點整理做完之後，被告有自白或沒有自白，事實上來講，在爭點整理這塊應該就已經是確定了。所以，我覺得爭點可能會是在於如果被告確實有自白的這個狀況之下。

目前我看到很多模擬法庭的做法，檢察官出證的時候都是先出不爭執的部分，既然出不爭執的部分，自白當然就會被包在裡面，不然你要怎麼讓這個程序進行下去？所以，重點可能還是要擺在有爭執有沒有自白這塊，檢察官還把它拿出來提的話，我個人覺得這個程序可能就真的是違法。但是如果被告根本沒有爭執自白，依照我剛剛講的，目前實務模擬法庭的做法，都是先把不爭執的部分拿出來作確認，再針對爭執的部分，被告也沒有爭執有自白，則在統合報告書裡面拿出有自白的證據，我個人覺得應該跟國民法官法的預斷排除沒有太大的影響。

這是我初步的想法，謝謝。

主席：

被告在二審承認犯罪的自白，這個是屬於被告不利於己的陳述，大概不是屬於證據的方面。被告在二審跟被害人和解，這個是屬於新事實、新證據，如果依照續審制的精神來看，是可以提出的，也應該加以斟酌。如果斟酌這個新事實、新證據以後，對一審判決量刑的結果有所變動，這個原則上也是基於一審的量刑結果酌予加減，也是尊重一審判決的量刑，並不違反國民法官法。

各位有沒有其他問題？

邱審判長滋杉：

就剛剛何教授跟吳法官都有提到所謂預斷排除跟偏見的問題，還有另外一個問題就是有害瑕疵，在我們這一個模擬案件裡面，我就針對量刑的品格證據方面來就教兩位評論員。

如果在一審檢察官主張被告有家暴的前科，再犯本件的殺人未遂案件，這一種情況之下，檢察官提出來要調查這一方面的品格證據，這個會不會讓國民法官產生預斷或偏見？

再來，上訴到第二審之後，如果一審沒有調查，二審在準備程序也沒有主張要調查這一方面的證據，突然在辯論的時候拿出來他以前有家暴的前科，依照卷內的前案紀錄表裡面有，這個時候二審法院可不可以量刑的時候審酌？假設二審在量刑的時候加以審酌，雙方面都沒有要求要調查或者不能調查，這個算是程序上的無害瑕疵嗎？這個問題就教於兩位評論員。

何教授賴傑：

這個其實是針對量刑的事由，也就是被告的品格，有可能會按照刑法第 57 條，在判斷上有時候是一個加重對被告不利的事由。

品格證據這一塊，到底要怎麼提？基本上對於犯罪事實的認定，到底能不能用品格證據等等，也許在英美的證據法等等會有些考量，但品格證據作為一個量刑的事由，原則上這個證據的適用性是比較沒有問題。但在一審的時候，針對這個品格證據，如果檢察官有這樣的主張，當然在這種情況下，就如同現在一直在討論累犯這一種其實是涉及到量刑，檢察官到底要主張到什麼程度？又要去談檢察官的舉證責任嗎？還是說檢察官提到這個事實，原則上法官就可以依照職權針對這個去調查？那個可能是在一審的時候，在品格證據這一塊上面去

處理。

會影響到或者是有預斷、偏見等等，那一塊其實比較多的是在談什麼？可能是在談罪的問題。就是說這樣的一個證據提出來，會不會影響到國民法官對於被告有罪、無罪判斷的問題，但在這一塊提出這一個作為量刑加重減輕事由，我認為是沒有問題的，只是現在的問題就是國民法官法庭提的時候，我們現在又沒有嚴格分成2塊，就是先去討論認罪或者實體法的適用，再來討論量刑，對於國民法官來講，這兩塊他可能會混在一起。品格證據也許是在量刑，結果他可能會因為這樣對於有沒有犯犯罪行為產生心證上的影響。

所以，到底我們現在國民法官法的一審在這一塊上面，尤其是在罪跟刑這一塊，實際上要採取什麼樣的方式？是要像現在的統合方式一起來處理，讓國民法官有時候就會 confuse，現在是要談他有沒有罪，還是在談要不要給他比較重的刑？如果他們產生 confuse，我就覺得在這種情況下其實是蠻麻煩的，這個可能要考驗一審的審判長在這種情形下到底要怎麼處理。

到了二審的時候，這個品格證據，我認為如果一審有斟酌過，實際上都沒有採用，在這種情況下，這樣的一個品格證據是不是還可以再重新提出來供二審去考量？原則上我的想法就是說，對二審的量刑這個權限，我基本上支持應該給二審比較大的空間。如果是這種情況，我基本上其實並不是那麼肯定要不要用新事實、新證據等等這一種去卡住量刑事由，也許在這一點上，一審縱使沒有斟酌，但是沒有實際上在量刑上有顯現出來，二審再把這個拿出來當作是一個量刑事由，我覺得這個是 OK 的。

因為我還是覺得再怎麼樣的一個制度的改變，法官的獨立審判這一個是不能夠影響的，或者不能夠受到干預，法官尤其是在量刑這一塊上面，本來就是他全人格的一個顯現，所以在這一點上，我覺得應該給法官比較大的空間。當然碰到外在的問題，就是如果在這種情況下，將來在量刑上，二審一再去改變一審國民法官法庭所作量刑的話，這個會不會引起一些討論、引起一些爭議？這個我就不敢講，但依法來說，我個人是支持二審在量刑上是應該有比較大的空間。

這是我自己基本的想法，謝謝。

吳法官冠霆：

就惡性格證據的這個部分，其實剛剛何老師已經有提到了，我就

只有簡單的補充。

如果惡性格證據是用在量刑中證據的話，基本上來講，就不會適用嚴格證明法則，可能用自由證明就可以。所以，這個量刑的證據在一審檢察官結辯的時候，如果他真的提出這個惡性格證據，因為我們不是講說自由證明就是等於沒有證明，自由證明只是說不需要有證據能力或不需要經合法調查，至少要選一個吧？所以，基本上來講，除非檢察官講的那個部分是一個空洞的東西，就是事實上根本就沒有這個東西存在，這個將來上訴二審就會是我剛剛一開始提到的，檢察官拿一個沒有的東西當作有來當證據，這個時候就是違反證據法則，因為這個東西是不存在的東西。如果檢察官是用一個已經存在的東西，它又不需要經過嚴格證明的時候，我個人覺得可能是可以的。

當然何教授剛剛也提到非常重要的一點，基本上來講，它就只能當作量刑所用，如果在評議的時候，國民法官把這個惡性格證據當作是事實認定的證據之一，其實本於國民法官法第 46 條，我剛剛一開始也有提到，在預斷排除的一個情況之下，審判長本來就應該要介入，就是不管在評議的時候、在開庭的時候都要介入。如果你真的要講，你只能把它拿來當作量刑證據來講，不可以把它當作認定被告有罪或無罪的證據來講。

我覺得這個是一個小小補充，其他就是剛剛何教授講的這樣，謝謝。

主席：

各位有沒有其他問題要提出？如果沒有的話，本次座談會圓滿結束。請大家以熱烈掌聲謝謝何教授、謝謝吳法官，最後謝謝大家，謝謝！（座談會結束時間：12 時 14 分）

玖、致贈禮品並合影

拾、活動結束