臺灣高等法院111年國民法官上訴審模擬法庭第2輪次第3場（桃園地院案件）座談會會議紀錄

時　　間：111年7月29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：洪行政庭長于智

出席人員：詳如簽到表之記載

壹、主席致詞：

金教授、邱法官，本件演練的合議庭各位夥伴，演練的檢察官、辯護人，還有本院的各位庭長、審判長，還有各位同仁，以及線上的同仁，大家早安。

首先，先跟大家報告，因為我們院長在上禮拜確診，他這禮拜都請假，所以今天由我洪于智，是高院的行政庭長，來代為主持。

本場國民法庭的模擬演練，今年已經是我們辦的第3場，在這個過程當中，我相信大家都發現了很多的問題，這個都足以作為我們明年新制開始改進的一個標的。

在這一個案例裡面，其實我個人發現到非常有趣的一點，因為我們高院演練的案例都是不脫殺人案件，大概都會牽扯到精神鑑定，也就是刑法第19條的問題。

這一個判決的結論我看了之後，我想到其實蠻多實務的問題。我看判決的結論是用國民法官法第92條第2項但書，撤銷之後，沒有自為判決，而是把它發回，用了第5款的規定，也就是法院審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權的保障，認為適當的時候，把它撤銷，發回原法院。而在它的理由，撤銷的一個很主要的點，就是對於不爭執事項所使用的證據是有問題的，這個瑕疵如果在普通程序，不爭執的事項檢察官的舉證程度其實沒有那麼高，甚至在我們最高法院的實務見解裡面，判決是可以不寫不爭執事項理由，直接把不爭執的事項就列進去了。現在在國民法官的制度裡面，這一點要用什麼比較不一樣的方式來討論，其實我今天蠻期待聽到專家還有學長們提出一些讓我們很驚艷的見解。

我想時間很寶貴，我就不再多浪費時間，接下來就開始我們今天的座談。

貳、評論員金教授孟華評論：

庭長、各位先進，大家好，我是陽明交大科法學院金孟華，今天很榮幸能夠來擔任這一場模擬審判的評論員。

我在開始講到跟本案相關的想法之前，想要先跟大家分享一下美國的二審長什麼樣子，因為跟我們現在的做法差非常多，可以跟大家做一個分享。

以前在美國讀博士的時候，因為我自己的興趣是跟刑事訴訟法相關的，所以自然就會去關心到有哪些課程是從刑事法衍生出去的。因為念博士大部分都還是走比較學術的傾向，但是我還是嘗試去修一、兩門跟實務相關的課程，其中一門就是所謂的上訴審的練習，叫做「appellate the efficacy」，就是上訴審的實務訓練。

在美國是這樣子，美國大致上可以分成兩種律師，一種律師是訴訟律師，另外一種律師是非訟律師。訴訟律師又有分，你是負責審判的律師，還是你是負責上訴審的律師，因為審判跟上訴審所需要的技能完全不一樣。如果是審判的話，那就是 trial，美國的 trial 只有 1 次，也只有在第一審的時候才會傳喚證人交互詰問等等的，所以一審的訴訟律師，他的技能主要就是交互詰問，在法庭中做各式各樣的陳述。

二審以上的訴訟律師，他的技能就不是跟陪審團打交道了，最主要的技能是要跟法院做法律上面的論述。通常美國在打二審的時候，會挑出一、兩個跟本案相關的重要的法律上面的見解來作辯論，事實的部分在陪審團作出決定的那一刻就已經完全凝固，就是不會再去動它了，到二審的時候，是針對法律上作辯論。

怎麼針對法律上作辯論呢？二審的律師第一個步驟是要怎麼樣？是要把一審的逐字稿印出來。美國的法院會有速記員，就是透過速記員的紀錄，把一審逐字稿還原成真正的逐字稿，再針對逐字稿裡面，去看有沒有程序上面的瑕疵。如果不是程序上的瑕疵，也可以針對實體法上面的解釋來作為上訴的理由。所以，二審是非常法律審的，二審也是針對這些程序上面的瑕疵以及實體法上面的解釋作討論。

美國的二審會不會開庭？會。它雖然是非常法律審，但是二審也會開庭。二審開庭的方式，我相信沒有看過的人會有點嚇一跳，絕大多數的二審法院在開庭的時候，一造的時間不會超過 30 分鐘，因為你就是要處理那一、兩樣法律上面的爭議，而且書狀先行，就是你要用寫的，把它寫得非常清楚、完整。開庭的時候，一邊各 30 分鐘講

完結束，30 分鐘內不是只有律師在講，也不是只有檢察官在講，律師跟檢察官當然會準備好自己準備要講什麼，把最精華的部分拿出來說服法院，但是真正的關鍵是法官有什麼問題，現場就問律師、原告、被告，它重視的是一個即時性的互動。

美國有很多學者是在研究法官跟律師在上訴審中的互動，還有法官跟法官彼此之間在上訴審中的互動。怎麼說呢？因為有的時候法官本身已經有立場了，但是他不方便透過他的嘴巴講出來，他可以透過問問題做球給兩造當中的一造來說服他的同事，透過這種方式來達成針對這一、兩個法律的爭點做一個完整溝通的目的。

所以，我們常常在講美國是一個法治先進的國家，很多人都留美，美國很多聯邦最高法院的審判都為大家所津津樂道，這個是怎麼產生出來的？它就是透過這種方式產生出來的，二審是如此，三審也是如此，美國是真正的金字塔型的訴訟結構。講出來，大家可能不相信，美國聯邦最高法院也就是用這種兩造各 30 分鐘的時間來做言詞的審理。

美國聯邦最高法院一年大概只審理 70 件到 90 件不等，這幾位掌握美國司法最高權力的這群人，每年就是處理少少的幾個案件，但是花費非常多的時間在這些法律的爭點上面。每一個法律爭點，判決書寫出來，都不講事實的，事實就是前面一小段講完了，你如果獨立拿出來看的話，每一個聯邦最高法院判決都可能是一個法制史的研究、都可能是一個法律經濟學的研究、都可能是一個法與心理學的研究，它是能夠做到這樣子的程度。做到這樣程度，絕對不是因為這些法官真的都是超強的，不是！是從二審就開始針對這些爭點，兩造以及法院不斷地把智慧投注在這些爭點上面，到聯邦最高法院才有足夠的資料，能夠寫出足以讓全世界都來學習的判決。

國民法官法通過以後，我一直很期待未來實務，因為我們投注了非常多的心力在一審，儘可能尊重一審國民法官對於事實的認定，讓我們的法律專業社群，不管是法官也好，檢察官也好，律師也好，多放一些心力在法律的論述上面，透過這種資源的重新配置，我認為會讓我們的法律、法制有很大的進步的動力。因為大家就比較不需要去糾結於被事實認定的這件事情，沉默在這裡面，而是真正去處理一些有法律價值的東西，我覺得這是很重要的一個前提、很重要的一個契機。

我接下來想要講一下在這一次本案當中所看到的一些問題。首先是被告這邊所提起的理由，當中有強調是不是要重新做鑑定，就是因為一審沒有給予完整的調查也好，或者是沒有給予充足的理由也好，所以二審想要重新做鑑定。這件事情從美國法的角度來看，會覺得這是一個非常好認定的爭點，絕對是不給重新做鑑定的。

為什麼呢？因為在美國是一個很純粹的兩造對抗制的國家，如果在一審當中，專家證人有什麼重要的資訊沒有講出來，通常不會是法院的錯，是交互詰問失敗，所以導致重要的資訊沒有在法庭中用口語的方式呈現出來。所以，在美國絕對不會因為有什麼樣的證據沒有調查得很充分，就要發回更審，這種事情不會發生。法院會覺得這整件事情是兩造在審理過程中可以控制的範圍，怎麼會沒有做好，怪到我身上呢？所以，大概不會容許在二審的時候，針對一審已經處理的事情，只是處理的程度好壞大家見解有不一樣就重新做鑑定，不太可能做這種事情。

除非什麼呢？二審會處理的是什麼呢？二審會處理的是法律問題。在這件事情上面，有可能會是什麼法律問題？我想到的是在二審上訴的時候，美國很常被拿出來討論的是律師有沒有違反實質辯護？就是說法律上面明明要求你要有一個律師，但是這個律師卻沒有發揮應有的功能。也就是說，因為我把權力賦予給兩造去主導程序了，但是一造失能，所以制度功能沒有辦法發揮，除非是這種情況，不然我很難想像二審針對鑑定這件事情會認為有未盡完備的理由。

這次有一個非常重要的爭點，我們法院在判決裡面也有講，就是不爭執事項到底應該要怎麼處理？原審的判決，它的不爭執部分是引用沒有附卷的偵查筆錄。這件事情在美國根本不會是一個問題，為什麼？因為在美國的證據法下，不爭執事項的合意，英文叫做「stipulation」，這個合意本身就是出證，這個合意就是證據，所以當兩造針對某些事實合意了以後，法院是可以直接把這個合意當作前提來看。這個合意本身就是證據，我不需要再用其他的東西來支撐這個合意了，不需要！

當然兩造可以選擇不合意，有很多時候是辯護人跟檢察官說：「我們可不可以針對這個部分就不要討論了？」可能是因為這個部分討論的話，對於當事人會有不利的後果，檢察官可以選擇不跟辯護人合意。檢察官如果選擇不跟辯護人合意，就要完整證明不爭執事項，但是如

果合意能夠達成的話，在美國是不需要用其他的東西來證明這個合意的。

為什麼我們在實務上面習慣還是要有證據來支撐呢？我覺得這就跟我們整個轉型是有關的，法院會在意不爭執事項的證明，其實就是職權主義的展現，美國會不在意，就是因為它是真正的兩造對抗制。我覺得我們現在在這個轉型的過程，應該要去想很多事情不要都沾一點，因為所有東西都想要沾一點，最後很多的價值判斷會受到影響。

所以，如果我們現在意識型態上面認為兩造對抗制才是一個比較好的方式，我們修法方向都往這邊前進，我會建議我們應該要看一看現在實務的做法也好，或是法律的規定也好，到底有哪些東西是跟這樣子精神相違背的，不然實務上面在操作的時候會很為難，對不對？明明我們儘可能要讓兩造來對抗，我們認為這樣子比較容易發現真實，我們認為這樣子法官比較會有客觀的心證，這是兩造對抗制的優點，但是我們卻又要求法院針對不爭執事項要來做一些檢視，這個好像又跟兩造對抗制的精神是相違背的。

這個判決另外一個跟兩造對抗精神相違背的地方是自首的部分，自首的部分不管是在一審或二審，其實都沒有討論。我看到這邊的時候，會覺得檢察官跟律師真是辛苦了，就是審理那天的部分幾乎完全沒有處理，就用自首跟前面不爭執事項的部分就駁掉了，發回更審。這樣子處理雖然是現在實務上面的做法的延伸，但是我覺得會有一點可惜，尤其是自首的部分。

自首的部分，我覺得從兩造對抗制的角度來看，這件事情是難以想像的。在國民法官法下，如果真的要尊重國民法官法的精神，二審應該要採取很嚴格的事後審。那到底什麼是事後審？事後審的關鍵是二審法院只審查這個判決本身，而不是這個案件本身。也就是說，二審法院是在一審法院炒好的菜當中來作審查，這個炒好的菜是包括程序跟實體上面各式各樣的爭議，而不是自己從外面再把一審沒有包括在裡面的料來作審查。

以現在實務做法來看，如果我們容許二審自己職權從外面找一些問題來作審查的話，這樣子我很難想像一審的事實認定會受到多大的尊重。因為要找到一審沒有寫到的東西，我覺得又是重要的，那太簡單了，真的要找的話，不用很資深的實務工作者就可以做到這件事情，我派一個學生看完判決以後在家裡冥想，就可以冥想出很多法院判決

書裡面沒有寫到的問題。所以，如果是採取事後審的角度來看，應該是要把重點放在這個判決內部的邏輯，而不是從外面再找東西來作審查。我覺得如果是從這個角度來看的話，自首的部分顯然是有點不太符合國民法官法的精神。

我承接一開始我想講的，二審法院應該要把更多的精神放在一些可以讓我們法律進步的事情上面。比方說什麼？我在看到這一次模擬法庭的模擬主題的時候，看起來有一個部分會覺得是不是憲法時刻到了？比方說量刑差太多的這件事情。量刑差太多這件事情，我第一個反應是這樣有沒有違反憲法上面的一些平等原則的問題。可不可以很輕的罪，但是判到跟過去常態差非常多的這種判決？那個界限到底何在？我覺得這個東西在美國的話，一定是從二審開始就會變成一個大家辯論的核心。

美國同時還有一個現在臺灣也慢慢有人知道的「法庭之友」制度，全國的專家學者、機關團體都可以提供意見，慢慢讓這件事情聚焦，透過資訊的累積，讓上訴審法院有機會針對這些很重要的法律上面問題提出自己的見解。原本我會覺得好像這個是蠻值得處理的，但是我們的判決這次也沒有處理到這個部分，是比較可惜的。

至於發回更審的部分，我們先假設自首以及不爭執事項這兩個部分的爭點法院判斷是沒有問題的，我會覺得這個時候因為它會影響事實的認定，基本上二審不信賴一審的事實認定，認為有些很核心的東西已經被動搖了，如果是在這樣的前提下，這個時候應該是要採取發回到一審重新審理這樣子的做法。只是說美國的法官在做這樣子的決定的時候，也會非常有那個意識，就是說今天不只是撤銷掉 3 個年輕法官的意見，還是撤銷掉 6 個國民法官的意見，一審為了這個案件又要全部重來一次。美國二審的法官會這樣子想，當他在判斷是有害、無害的時候，他一定會把這個東西放進他的考量當中，這個以後可能也是二審法官必須要面對的一個裁量。

我想我就先分享到這邊，謝謝。

主席：

謝謝金教授給我們精闢的講解。

有關於金教授從美國法的制度來說明我們現在國民法官一些操作上不一樣的地方，我想這個也是值得我們參考的。

針對我們判決的部分，有關於不爭執的事項跟自首的部分，自首

的部分其實我是比較沒有關注到，不爭執的事項是從我一開始在看這個判決的時候就一直在思考的問題，我想這個部分我們待會可以再繼續討論。

因為時間的關係，我想接下來就請鼎文法官來跟我們說明他精闢的見解。

參、評論員邱法官鼎文評論：

主席、金教授，還有這次很辛苦的合議庭德民學長、世昌學長、元曜學長，當然還有檢方的三位學姐、學長先進，還有張律師、李律師等，還有現場的各位庭長、法官前輩，大家好、大家早安，很高興也很榮幸有這個機會可以來擔任這一場模擬審判的評論員。

說評論，實在是不敢當，因為在場的各位審檢辯先進實務經驗都非常豐富，其實我在觀看整個模擬法庭的過程，心裡就覺得怎麼這麼厲害。包括檢方的學長姐、張律師、李律師在過程中一些對爭點的主張、論述都很鏗鏘有力，非常簡要；元曜法官在準備程序就應該處理的一些事項，也都很完整作處理；當然更不用說審理程序中的德民學長，合議庭指揮也非常明快。所以，我來這邊真的是學習到很多，非常感謝讓我有這個機會來做這樣的一個學習。

剛剛金教授已經就美國法還有事後審的部分跟各位先進、學長做了一些說明，我想從貫徹事後審這樣的一個立場，非常贊同合議庭這樣一個判決的結果，這個是跨了很大的一步。就我們現在的制度，努力想要把國民法官案件的二審程序操作到事後審的地步，我想就這樣的一個精神跟方向非常感佩。

以下我想我能分享的，就是曾經參與這樣立法過程中，我自己當時所見聞的立法背景，還有我自己現在對這僅僅 4 條條文的一個體會，跟各位做一些報告。

首先，我想要提到有關於上訴審的立法背景。其實簡單的說明，各位也知道當初一個最大的爭議應該都不是在上訴審，光是在路線之爭，我們花費了非常多的時間，包括第一次國民參與審判法的草案在審了 10 幾條之後就屆期不連續，第二次改成國民法官法，經過馬拉松式的挑燈夜戰，表決到隔天終於表決完畢通過。其實整個爭議的點從來沒有考慮過在上訴審的這一邊，所以我看通過之後到現在，許多的實務家先進、學界先進所批評的，確實是規範不足、密度不足的狀

況。

這個是有一個無奈的背景，當初我們也希望就一審國民參與審判判決的這個結果做特殊的考量，這是必然的結果，二審必須作修正，因為二審的三位職業法官不能只憑自己像現在覆審之下的一個操作方式，心證有不同，就去撤銷一審 9 位包括素人多元意識的判決內容，我想大家都會認同這樣的一個前提。但是我們又必須要考慮到如果僅就國民法官案件的二審程序做一個特殊的上訴審規定，條文勢必非常多，而且光是刑事案件，未來不管是審檢辯，都要面臨兩套的制度，這也不是只有二審，還有隨之要配合二審的三審，也要跟著調整，所以當初就有這樣的一些困境。

各位知道司改國是會議之後有非常多的草案，光刑事訴訟程序這部分同時並行，其中一個很重要就是刑事的金字塔草案。當初我們想說刑事金字塔草案如果可以先過的話，國民法官法順理成章可以接續到回歸一般刑事程序法，也就是刑事訴訟法來適用就好，這樣一來可以一元化我們的整個制度、單純，二來可以期待達到我們所謂的續審，甚至到達事後審的二審程序這樣一個目的。但是無奈事與願違，大家知道刑事金字塔草案本身的爭議就很大，國民法官法又有剛剛講的那麼大的一個衝擊、爭議，所以根本不可能期待這樣的一個結果。

另外一個方法，就是把金字塔引到國民法官法來。好不好？可想而知，引進來就是加倍危險，更加不可能是有通過的可能性。所以，當初在取捨之下，只能夠在我們現制的覆審制嘗試做一些調整，當然這個調整最重要的一點就是大家一直強調的，尊重一審由國民法官法庭所作成的結果，我想這個應該是大家都可以同意必須要改的部分。

到底要走多遠呢？我們到底可以從修正這個覆審制走向續審、乃至於事後審多遠的路？這一點當初沒有辦法給大家很好的一個規範，所以衍生了到今天為止，大家必須要坐在這邊，過去的前輩們不斷嘗試去釐清怎麼操作這樣子的一個法條。

這個是有關於立法背景的部分，有這樣的一個問題，另外就是在設計上，我們怎麼去調整現在的覆審制，又可以不要多元化，可以很單純去適用？這個就牽涉到我們審判中比較重要的，就是調查證據，還有撤銷基準的部分，所以大家可以發現在第 90 條、第 92 條，我們做了迥異於現行刑事訴訟法的規定，也是最重要的一個修正。

也許有人會覺得不是只能這樣子調，在設計上也許我們可以大膽

一點，朝向一個更法律審的角度去走。是不是可以這樣調？當然這是一個方法，其實在立法院黨團草案，當初也有提出這樣的一個草案，把二、三審都用比較法律審的一個方式作規範。我們的部分有辦法做這樣的一個規範嗎？其實我們會考慮到三審的一個協調性問題，就是說如果我們二審改成法律審了，三審勢必要跟著調，也就是現在已經進到立法院的刑事金字塔三審草案，可能要更嚴格的法律審才可以。

總之，就是牽一髮動全身。如果這樣調成法律審，不僅是複雜化，跟一般的刑案也很難取得協調，為什麼？因為事實救濟的審級變少了，輕罪的一般刑案如果照現在仍然可以有兩個事實審的救濟的話，經過我們調成法律審，反而重罪的刑案在未來是沒有辦法有多一個事實審的救濟。所以，在這樣的一個複雜考量之下，最後我們只能說從第 91 條的一個精神，尊重一審國民法官法庭的結果為最基礎的出發點，嘗試在審判程序影響結果最重要的調查證據部分，以及撤銷基準，尤其是事實認定的這個部分的撤銷基準，乃至於發回的基準這個部分，就是第 92 條第 2 項的部分，做一些調整。

我想這個是首先要跟各位先進報告有關上訴審立法背景的部分。

回到我們這個案子來，有關於調查新證據的這一個點，我把它大概整理成如同 PPT 這樣的一個表。檢察官聲請的調查，有關於被告偵訊的供述，兒子跟兒媳偵查中的證述，菜刀一把我印象中是沒有作聲請，但是合議庭後來好像有作判斷。再來，辯護人部分就是審查鑑定或者重新鑑定，另外一個就是聲請調查量刑資訊系統跟個案判決。相對應對造，就是檢察官聲請的，張律師也有講一些意見，辯護人聲請的兩位學姐還有學長都有詳述的意見，我就不再重複，大概把它簡要歸納到表裡面。

法院裁定的結果，就是說供述證據因原審沒有據檢察官提出，所以沒有辦法取得證據能力；菜刀是原審沒有開示，而且諭知無證據能力，所以在二審也是無證據能力。供述證據的部分，於原審都沒有提出，都是新證據，而且沒有符合但書的各款情形，所以都不能調查，結論就是檢方的聲請都駁回。

辯方關於鑑定的部分，認為是新證據，但是不符合所主張的第 2、4、6 款的要件，所以也不得調查。量刑資料准許調查，可能有認為符合第 6 款的情況而准許調查。

大概是這樣一個聲請的結構，我想第一個爭議就是什麼叫「新證

據」？我們怎麼去定義它？怎麼樣去適用它？回歸到這個立法當初的一個想法，其實第 64 條主要還是來自於日本刑訴法這個條文，第 316 條之 32。比較不一樣的就是日本法用不得已的事由這樣的概括方式去作規定，我們是特別用條列的方式，覺得把需要例外排除准許調查的情況具體化。當然各自有優缺點，不過要注意的就是我們跟日本法的規定還是有點不一樣，除了到底是概括規定還是具體規定之外，日本法的規定還有說它是不受到他們聲請調查證據規定的限制，有這樣的規定。

簡單講，就是說類同我們刑訴法第 163 條的規定，日本法的這一項規定是被排除適用，他們是直接用到第 316 條之 32，用這個不得已的標準，是不是不得已來決定准不准這一項證據的聲請調查，沒有像我們有做所謂新證據跟列舉事由的一個區分，所以在解釋上我們沒有辦法完全跟日本刑訴做一樣的解釋，但是我們用的是它的一個精神。什麼精神呢？就是說我們希望如果能聲請的，儘可能在準備程序終結前都提出來，這個是在一審。對於二審的角度，就是說如果可以，希望你們在一審準備程序終結前都解決、都聲請。

這個就是我們所說的集中審理的一個目標，在國民參與的一個審判程序，我們禁不起像現在的審判程序隨時接受聲請，因為隨時接受聲請有可能會打亂整個審理的計畫，訴訟的程序可能會延滯。各位操作過一審模擬法庭的先進都知道，審理程序是非常綿密，中間如果突然插進來，不僅是對於時間的加長而已，對於聽審的這些素人們，它其實會有一點不連貫，會有被打斷的感覺，所以也會造成他們聽訟的一個負擔。

所以，這樣的一個精神引入到我們的國民法官法第 64 條，乃至於二審所適用的第 90 條，就是希望避免掉延滯訴訟程序、破壞審理計畫、加重國民法官負擔這樣的一個結果發生，我們要儘可能請大家都早一點提出來。

除了這個之外，其實大家也可以想像，如果我們廣泛接受大家在審判中隨時都可以提出的話，還有造成突襲的問題。譬如說因為策略的關係，可能把某項證據放後面一點再聲請就好了，或是拿到二審再來聲請就好了，這個也是避免突襲審判公平附加的一個效果考量。

所以，來解釋國民法官法第 64 條跟第 90 條這樣的一個規定的話，我想可不可歸責就正如同很多先進所講的，是一個最重要的考量，

因為希望大家都提出，除非是不知或不能。像例外條款的第 2 款跟第 5 款，一個是不知道，一個是不能，除了這樣的一個情況，在可歸責性的部分，可能沒有辦法歸責之外，其他如果能聲請，就是希望大家都能夠來提出聲請。

當然這一些例外條款，後來因為修法委員會又擔心有一些證據被過度排除了，影響事實發現的功能，所以我們可以看到有一些另外考量理論。譬如說第 1 款是基於當事人進行的理論，如果大家都同意，沒有意見，好像法院也覺得適當，也讓它進來，也有這樣的一個考量；或者是不甚礙，沒有違反立法說明裡面所講的遲滯訴訟程序這樣一個情況，所以我們也讓它進來；或者是第 6 款，參考民訴，若不許提出會顯失公平的情況，如果有的話，也應該讓它進來。除了這些之外，基本上還是來自於沿襲日本法的可歸責性精神。

從這樣的一個立法理由日本法的沿襲過程來講，第 90 條包括第 64 條所謂新證據，應該是做一致的解釋，就是說以兩造是不是在準備程序終結前提出聲請來作判斷標準。有沒有聲請？有，它就不再是新證據，再度聲請的時候；如果沒有，它就是新證據。大概沒有想過太複雜的一個考量，主要來自於立法理由，希望大家都提出來。所以，這一點其實陳學姐在模擬法庭準備程序已經也有提到，覺得是應該用聲請為斷，事實上我自己的看法，我也認為應該是要以聲請為斷，比較清楚。

至於其他已聲請的，怎麼辦？已聲請的，也有可能再聲請，就我們現行實務也常常會有這種情況，一審聲請過，二審再來，那個可能就回到第 163 條之 2 必要性判斷的部分。跟未來我們這兩個一起施行之後，一般刑案的處理標準是一致的，個案的情況它的必要性一定都不一樣，到時候依照個案來作處理。

這個大概是有關於第一個問題，第 90 條第 1 項適用我自己的一個想法。

回到我們這個案件來看，其實很明顯，在原審，檢察官是不是有提出聲請？有，就這些供述證據其實都是有的。辯護人是不爭執證據能力的，只是後來辯護人爭執必要性，法院判斷的結果，認為這些供述證據因為有本人到場，或者是同一待證事實的關係，原審法院認為都不應該准，所以駁回了。

所以，在這種情況下，我們回到剛剛跟各位的報告，它可歸責嗎？

就是說原審檢察官很顯然已經儘可能為了集中審理提出了聲請，所以在二審再來聲請的時候，我們似乎不必要再把它評價成你好像怠於聲請，你必須符合新證據附加的這些條件才可以。我們似乎不需要再苛責他，不用再多這些條件進去，所以就這一個供述證據的部分，應該不能再評價成是新證據的調查。

菜刀呢？因為沒有聲請，其實好像我們可以不用判斷。假設有聲請的話，原審其實有作處理，它有一個轉折，就是說原來辯護人也是不爭執，我猜可能是因為原審道具還沒做出來，先用照片確認，確認覺得沒有問題，准許調查，結果沒想到在審理中發生了檢察官的論述，辯護人認為這個不是只有客觀狀態而已，還有重量的部分，所以當初沒有開示給我看實體，我覺得這樣子是應該要沒有證據能力，有這樣的一個轉折，後來原審法院又把它裁定為無證據能力。大概是這樣子，所以簡單講，假設在本次的二審法院裁判，檢察官也提出聲請的話，似乎它也不算是新證據，因為其實原審都有盡力提出聲請了，這個我是自己從原審的卷證中有稍微看到這樣的一個狀況。

所以，不是新證據，我們怎麼判斷在二審提出？就回到剛剛跟各位報告到第 163 條之 2 的必要性去判斷。有沒有必要呢？以下是個人想法，這個都是尊重合議庭，因為每個合議庭的想法都不一樣。我會覺得有沒有去證明這個不爭執事實，當然剛剛金教授所講的，美國法根本不考慮這個，那是比較職權調查，在臺灣目前的狀況下，似乎它還是一個必須要證明的事實，我們的證據裁判主義，好像對於不爭執事實至少要踐行一個嚴格的證明。

原審整個看起來，筆錄好像大致上都有用其他的書、物證證明，有一些供述證據被排除掉，但是後來這些人包括被告後來的供述，陳再來、陳致遠、李冬鑾自己被列為證人交互詰問的時候，似乎都有陸陸續續講出來，所以我自己個人的想法會覺得他們應該都已經是被調查過，已經被證明了。雖然也許沒有在調查不爭執事實的階段作舉證，但是至少在後面爭點的部分都有說了，所以這個部分如果是已經待證事實都明瞭，其實就是不爭執事實也很明瞭，可能必要性的判斷就會比較傾向沒有這樣的一個必要。

菜刀的部分，假設有聲請，那也一樣，它是舊證據，我們就不把它評價新證據。我們觀看原審的一個審判過程，依照被告的供述調查，還有解剖報告書的調查，可能也可以認為是待證事實已臻明確而無調

查的必要，所以結論上來講，我的想法會跟合議庭一樣，都是駁回，只是這整個過程可能會略有一些差異，這是我要跟各位作報告，有關於所謂新證據部分的一個想法。

辯護人的部分，當然重新鑑定，它會是一個新證據，因為本來就沒有這個東西，只是說這個例外條款怎麼去解釋，這個有待於每一個合議庭未來實務再去形成更穩固的一個標準。我自己會覺得鑑定證人本來在原審都有做一些證述，縱使有合於這些要件，因為二審還附加一個必要性要件，也就是更嚴了，可能不會符合必要性的要件，這是我從法制上的一個想法，會有這樣的一個結論。

至於調查量刑資料，我想應該大家對於量刑資訊系統不是本案的證據這一點不會有意見，它再怎麼樣都跟本案沒有關聯性，不是本案的證據。大家也知道是想要拿它來參考，因為這個參考可能對素人非常重要，「人生有多難，量刑就有多難」，這個我們常常琅琅上口的，不僅對職業法官參考很重要，對素人來講更重要，所以要有參考。但是可不可以因為這樣，把它當成本案證據來調查？這個我是比較存疑。我會比較傾向於如果要參考，最好的方式是在一審，進行國民參審的審判程序的時候，在準備程序就可以由檢辯提出需求，不管是要調查量刑資訊系統也好，要調查個案判決也好，大家都提出來，彙整一個比較大家公認的區間。

譬如說我們調查量刑資訊系統好了，我們到底要調查哪一些的量刑因子為主，否則如果各自提出來，就會形成在審判程序大家在檢討別的案件的量刑好不好、跟本案符不符合的一個結果，這個其實到目前為止，就我所參與的一審模擬法庭，還是經常會出現。這個其實是不得已，因為我們的資訊系統到104年之後就停滯了，就如同許學姐所講的這樣一個情況，我們又很需要參考，所以折衷之下，可能最好在原先一審的時候就有一個共識。就算要調查個案，我們也說好大概是怎麼樣一個條件的個案，這樣有一個比較大的區間，不管是檢察官、辯護人在審判中要作主張、要作辯論的時候，乃至於合議庭法官要向國民法官作說明的時候，都可以有一個取得法曹三方共識的基準來作為參考。

這個是我覺得可以參考，但是可能不能當證據這樣的一個意見。

另外，就是原判決把剛剛講的這些供述證據、菜刀列為證據要怎麼評價這件事情，如果依照剛剛的報告，其實相關的不爭執事實都證

明了，原判決雖然最後去寫它，大概原審的法曹三方也沒有人認為這些東西有被調查過，因為現實上就是沒有，所以是不是要評價到瑕疵的地步，還是說它只是一個誤載，就如同張律師所講就可以了，我覺得這個是可以考慮的。如果二審法院認為原判決的記載只是單純有誤而已，我們可以在二審判決裡面加以指摘就好，可能不需要到用這個理由來撤銷的地步。

自首的部分要不要調查？其實如果依照現行的實務，絕對是應依職權調查事項，縱使當事人沒有主張，因為這個對被告有利，就如同判決書上所指出的，我們還是要查。這個是現行實務立場跟這個判決一致的地方，但是如果從事後審的方向，如同剛剛金老師所講的，當事人自己都不在意或是不主張，不管從一審到二審，大家都沒有提到，法院還要不要再去介入，會是一個可以討論的問題。

如果從這一個觀點，似乎我們不理會，在事後審立場的角度來看，應該也是合理的，只是我剛剛一開始報告立法背景的這樣一個情況，未來三審法院會不會支持？應該說未來要面對的課題，就是在這樣的一個規範架構下，我們試圖要往事後審的方向去邁進的時候，怎麼去調和目前的實務見解給我們有關於職權調查這部分的要求，儘可能往當事人主義的方向去邁進，這個是我們有一個很大的區間可以操作的部分，真的是需要未來大家形成一個共識。

所以，自首的這個點，我覺得一個比較理想的方法，如果要兼顧的話，或許我們可以曉諭。如果我覺得看了卷，卷存事證確實有可能牽涉自首，我可能曉諭當事人要不要聲請調查、要不要主張列為爭點。我想如果曉諭辯護人方面應該會想要主張一下，因為法官都這麼講，可能會有機會也說不定，如果是一個辯方的立場。

如果有主張，我們就讓辯方來聲請調查，就在二審程序可以做一番審理；如果曉諭之後，兩方都認為不要，就可以不要調查，這個即使在現行也不會有問題。上訴三審的時候，都已經表明不調查了，應該不太會就用這樣的一個理由去撤銷，我是覺得如果依照目前判例的一個顯現狀況，好像不會到這樣的一個狀況。

再來，就是假設當事人調查，或是最後大家都不調查，要依職權調查好了，確實成立自首，要不要發回？還是要自判？這個其實也是要靠實務操作，不過如果就目前第 90 條第 2 項去看，原則還是自判，例外有那五款事由才發回，所以發回的標準是什麼，可能會是一個問

題。

當然如果從尊重國民法官審判的立場，自首是一個事實認定絕對沒有問題，可是在這個案子中，從來沒有被國民法官認定過，所以倒不用去考慮要不要尊重他們的問題。我覺得如果當事人要主張的話，也調查了，這個調查結果也適於判斷，二審不如就依照這個原則的規定，覺得有成立就撤銷，沒有成立就駁回。如果撤銷的話，從避免勞費的觀點，再自判就好了，不需要到發回，就是說還沒有到達法意旨的違反，要尊重國民法官參審的意旨而應該發回的程度。

我的觀察是從我們所擬定的條文裡面，關於事實的發回，就是全部沒有認定的時候。我們這個例外條款，其實簡單講，從第 3 款、第 4 款都是規定沒有認定的時候才發回，既然它是一個例外的解釋，而且是例外中的概括條款，第 5 款可能可以做比較嚴格的解釋，所以在這個案子我自己的淺見，是不是可以照這樣的一個方式去取得比較平衡的結果。

以上是我對於這次模擬所得到的一些感想，也跟各位學長、先進作分享。不好意思，超過了一些時間，謝謝大家，謝謝。

主席：

我們謝謝鼎文法官。

感謝鼎文法官從他在刑事廳關於本法立法討論過程裡面跟大家說明，我們現在所看到的國民法官法從第 89 條到第 92 條給二審帶來的困擾。要解決的方法，其實從立法跟司法的分際裡，我想以後在這個程序裡面，法官造法的動作已經是不可免了。

剛才鼎文法官也指出了我們現在刑事訴訟法職權調查色彩裡面一個很重要的條文，也就是第 163 條有利於被告的職權調查事項。以後如何融合到國民法官裡面，因為這個跟國民法官事後審的精神其實是完全違背的，但是目前最高法院很多實務見解對於被告有利事項要依職權調查的見解都還在，我們如何去突破這個框架，可能以後就有賴大家努力了。

接下來，我們就請模擬法庭的檢察官代表跟我們分享一下他的心得。

肆、檢察官代表心得分享：

許檢察官鈺茹：

主席、兩位評論員，還有各位在場的先進，大家早安，我是高檢署許鈺茹檢察官，很感謝高院舉辦這樣的模擬法庭，也很榮幸我可以參與本案的演練，透過演練的過程，我也收穫許多。

再加上今天的座談會，也有聽到兩位評論員給我們一些更進一步的建議，包括剛才金教授提到行國民參與審判的案件，有一個概念要去建立，就是儘量要尊重一審國民法官的事實認定，二審儘量要著重在法律的辯論或者是法律的評價上面，我覺得這個觀念非常重要，也受教許多。

另外，也感謝剛才邱法官有針對整個立法的背景做一個說明，甚至於在本案有關的，二審盡量採限制的事後審以及法律審，所以它會限制新證據的一個調查。什麼叫「新證據」，很感謝邱法官有一個很明確的說明，如果已經聲請過的，就不叫新證據，本案也有牽涉到這個部分。

另外，剛才主席也有提到，本案還有一個爭點，就是一審判決引用一審法官所裁定認為沒有調查必要的證據，這樣一個證據的引用是不是違反了證據法則，在演練的過程當中也有一些討論，跟凸顯這個問題。

所以，接下來我想聚焦在本案，提出一個我認為我在整個演練的過程當中發生的問題。其實這個問題剛才包括金教授、包括邱法官也都有點評到，但我想再回到問題的本身作聚焦，就問題的本身再做一些延伸，就是經過這個演練，我自己的觀察跟發想。

我的問題就是國民參與審判的案件，如果曾經在一審調查的證據，經一審裁定沒有調查的必要，沒有調查，上訴二審之後，可否再聲請調查同一個證據？這是我拋出來的問題，我大概會用幾個投影片告訴大家，卷證資料怎麼樣顯現，為什麼我認為這是一個問題。等一下我說明的證據內容，我會限縮在這些包括被告或者是證人的偵訊筆錄，也就是說，並不包括警詢筆錄。

這個案子起訴之後，檢察官依照國民法官法的規定，在準備程序前有提出準備程序書，這個準備程序書就記載了檢察官所舉證的，包括本件的證據清單跟待證事實，裡面關於供述證據的部分有提到了被告的偵訊筆錄，還有證人陳致遠、陳再來跟李冬鑾的偵訊筆錄。在一審的準備程序的過程當中，檢察官也做了一些主張，剛才邱法官也讓我們看到了準備程序筆錄部分的內容。

我這邊再補充一下，一審的準備程序，法官如何來裁定這樣的一個證據的聲請。法官是依照國民法官法第 62 條，他告訴我們行國民審判的案件，如果有證據能力或者是證據調查性的必要，在準備程序或者是在審判期日前、聲請調查之後，要先為裁定，去認定有沒有證據能力、有沒有調查的必要，所以一審的準備程序最後經過檢察官的舉證之後，法官是諭知關於證據能力的部分，他們認為檢察官跟辯護人都不爭執證據能力，所以有證據能力，就是剛才我所舉的偵訊筆錄。

但是關於這些偵訊筆錄要證明不爭執事項的部分，法官最後的裁定是認為沒有調查的必要性，為什麼呢？因為法官認為不管是被告也好，或者是這三位證人陳致遠、李冬鑾跟陳再來，他們都會在一審的審理程序進行包括被告的詢問跟證人的交互詰問，認為可以讓國民法官直接瞭解證人所述，所以沒有調查的必要。這樣的一個裁定，依照國民法官法第 62 條的規定，它是不可以抗告的。

再依照國民法官法第 62 條的規定，它又說如果法院要下關於證據能力的有無或證據調查必要性的裁定之前，可以為必要的調查，但是原則上非有必要不得命提出。也就是說，檢察官可以主張我要提出偵訊筆錄為證據，但是這個內容暫時不可以提出來，因為不希望造成預斷，除非是有必要才可以例外提出來。因此，這樣的裁定又不能抗告，檢察官又沒有機會提出來，所以顯然在客觀的卷證上，這些偵訊筆錄就因為這樣的裁定，沒有辦法也沒有機會在一審的審理過程當中去提出來。

但是最後一審的判決，就這個證據怎麼樣去作引用呢？我們看到桃園地院的模重訴 1 號，當然是判有罪，主文的部分判 9 年 2 個月，但是在不爭執事項的部分，法院判決的理由說法院據以判決不爭執事項的證據，包括被告偵查的供述，跟證人偵查中的供述。也就是說，一審法院在審理的過程當中，把這些偵訊筆錄認定沒有調查的必要，因此這些偵訊筆錄並沒有進到審理的過程來經過調查，但是判決卻把它列為支持不爭執事項的證據，這樣子顯然是在證據的適用上有一些矛盾產生，剛才主持人也有點出這一點。

剛才我也聽到金教授有提到美國的制度，認為不爭執的事項只要檢辯雙方合意，這個合意本身就是證據，所以不需要其他的證據來支撐這個不爭執事項。這個對我們來說，至少對我來說，可能跟國內的刑事訴訟法比較不同的地方，我怎麼這麼說？因為我的直覺，我就想

到我們刑事訴訟法第 154 條，它說認定事實應依證據認定之，無證據不能認定犯罪事實。不管是爭執的事項，或不爭執的事項，依照刑事訴訟法第 154 條，應該都還要有相關的證據來支撐，所以我們還是認為這個判決本身好像有一些證據採擇的矛盾之處。

當然辯護人也發現這個問題，所以他們在上訴之後，有以刑事答辯狀來點出這一點。他說判決不爭執事項的證據，怎麼可以引用準備程序已經裁定沒有調查必要的證據？辯護人說這樣的一個認定其實違反證據法則。

檢察官的想法是什麼？檢察官並不認為判決是誤載。當然剛剛邱法官有提到它也許是贅載或者誤載，有這個可能性，但檢察官認為也許法院認為這個證據是可以用的，所以才在判決裡面作顯現。這個證據本來是檢察官舉出來的，檢察官怎麼把它救回來？所以檢察官想到的，就是是不是在二審再調查這個證據。

怎麼調查呢？因為國民法官法是原則上不調查新證據，這到底是新證據，還是舊證據？雖然邱法官剛才有提到，只要有聲請過的就不是新證據，這個答案就非常明確了，可是在我們這個演練的過程當中，很可惜我們沒有先請教過邱法官，我們三位在討論的時候也覺得這是一個模擬，希望更多元、更彈性拋出這個議題，所以我們是採類似先位聲明跟備位聲明的概念。

檢察官先主張這個證據不是新證據，因為就如剛才邱法官提示我們的，我們曾經調查過，只是你不准我們調查，所以它不是新證據，它就不受第 90 條的一個限制。另外，我們又備位主張說就算是新證據好了，回到第 90 條的規定，我們認為不是因為檢察官的過失，導致一審沒有調查，所以有第 90 條但書的例外規定，應該可以調查，而且有調查的必要。

在演練的過程當中，我們是刻意想要凸顯這個問題，才提出這樣的聲請。因為我們都知道這個是要證明不爭執事項，不爭執事項就如金教授剛剛提醒我們的，其實根本就不需要其他的證據，合意就可以了。就算是回到我們國內的刑事訴訟法第 154 條，說要有證據才可以證明犯罪事實，可是事實上卷裡面也其他的非供述證據，客觀的證據可以證明這些不爭執事項，我們只是藉由這樣的一個演練，想要拋出這個問題。

最後，合議庭做了什麼樣的裁示呢？合議庭告訴我們，證據能力

的部分，因為檢察官從來沒有提出過，所以沒有辦法取得證據能力。這個部分其實檢察官覺得很無辜，因為我要提出來，可是你不讓我提出來，第 62 條規定說非有必要不可以先提出來。你可以聲請，說聲請的理由、說待證事實，說明調查必要，但是第 62 條的第 3 款說非有必要不得提出所聲請的調查證據，當然我們知道它的立法背景就是希望不要預斷，法官又說因為你都沒有提出來，所以沒有辦法取得證據能力，檢察官就這個部分就有點無奈了。

最後二審法院再說你聲請調查的這個證據，你主張這個是新證據，二審也認為是新證據，雖然剛才邱法官已經點評說這個不是新證據，就算它是新證據，高院認為它也沒有第 90 條例外可以聲請調查的一個事由，所以不為調查。最後法院判決出來了，二審的判決就不予調查新證據的說明，關於檢察官所聲請偵訊筆錄的部分，法院再次在判決裡面交代，這一些證據沒有經提出，而且屬於新證據，也沒有但書的情況，所以不予調查，似乎也沒有回應檢察官所講的，但書的情況是非因過失不能提出的這樣一個狀況。

所以，我最後就是要提問出這個問題，曾經於一審調查的證據，經一審裁定沒有調查的必要，沒有調查，上訴二審之後，可不可以再調查？這樣的一個證據是新證據，或者是舊證據，邱法官已經有一些提示，他告訴我們曾經調查過就是舊證據。

我再延伸這個問題，如果我們評價它是一個新證據的話，它如何去做法律的適用？再來，二審的裁定不斷強調因為檢察官沒有提出來，所以沒有辦法判斷它的證據能力，沒有辦法判斷它要不要調查。如果我們回歸到國民法官法第 62 條，它本身的規定告訴我們，這些聲請包括聲請調查證據、包括證據能力的有無，跟有沒有調查的必要，都要在準備程序終結前或者在調查前作裁定，你的裁定前可以做必要的調查，但是非有必要，不得提出證據。所以，這個部分給檢察官一個演練跟心得是將來用這個但書，在一審的時候就儘量把這些證據提出來，免得到時候法院因為沒有辦法判斷，而對主張證據的一方為不利的一個認定，這是我一個延伸的想法。

另外，我進一步地想，拋出這個問題，其實就本案而言，沒有任何的意義，因為它是要證明不爭執事項，如果今天這個證據就檢方而言，它不是一個供述證據，因為供述證據還有一個機會，就是我們可以利用交互詰問的時候，把它重現在交互詰問的過程當中，等於把偵

訊的筆錄重現到交互詰問的這個筆錄裡面，那可以救回來，但是它是一個非供述證據的時候，而且我們認為它可能是關乎判斷犯罪事實有無的關鍵證據，檢察官要怎麼樣在本案同樣的情況之下主張，把這個關鍵證據救回來？也就是我剛剛所講的，曾經經過裁定沒有調查必要的證據要怎麼樣主張，它是新證據，還是舊證據，跟第 62 條所謂的為必要的調查，非有必要不得命提出這個證據的本身，這個有沒有相關的一個關聯？這是我自己關於本案排練的一個心得，就教各位，謝謝。

主席：

我們謝謝許檢察官。

陳檢察官玉華：

主席還有兩位評論員，以及與會先進，大家早安。我的時間好像不多，不過我精簡地報告一下。

因為這個模擬案件是我第一次自己有參與的，所以其實獲益良多。也因為實質參與，所以在整個過程當中，發現了一些問題，也想針對今天這個場合來就教兩位評論員，以及現場的與會先進。

剛剛大家都一直提到的，就是二審只有 4 個法條，這 4 個法條是適用我們二審跟三審，因為後面的法條就是再審的規定，所以就呼應了剛剛兩位評論員提到的，這個到底是事後審或覆審制，其實一直糾結在我自己的腦海裡。

本案的演練，這 4 個條文，我今天的報告裡面就用了 3 個條文，因為第 89 條是指國民法官的組成，消極資格、積極資格的問題，那個是不能上訴，所以第 90、91、92 條在我今天的報告也都會提到。

今天的報告裡面有 4 個疑問，3 個疑問剛剛邱法官跟我的見解是不謀而合，其實我們兩個沒有事先套好招，因為我是昨天晚上才弄好。我自己的見解是認為所謂新證據，其實是不曾於原審聲請過，或者是原審曾經聲請，可能檢辯雙方又撤回的證據，這個叫做新證據。非新證據就是剛剛提到的，我有聲請調查，原審也合法調查，或者是我有聲請，原審沒有合法調查的證據，或者是有聲請，但是原審裁定駁回的證據，就是我們本案的這個部分。剛剛經過邱法官跟許檢察官，其實我也認為我們本案應該是非新證據，所以認為跟判決是不同的看法。

我自己延伸了一個問題也要就教兩位評論員，就是我們的證據可

否割裂使用？怎麼說呢？例如警偵訊筆錄或是監視器畫面、病歷這些，本案的病歷有1,000多張，我們可能只用了100張，這100張有可能是要證明爭執的事項或不爭執的事項，我可不可以把它割裂一部分是證明我們不爭執、一部分是爭執？或者是監視器畫面，我今天要證明他有違規右轉，這個是大家不爭執，但是他在違規右轉之前，可能行車的動向是搖搖晃晃、蛇行，這些是要爭執的，所以我想要就教各位是我們的證據在使用上，可否割裂使用？這是第一個問題。

加上我們二審聲請調查證據的時間點，因為這4個條文都沒有提到。剛剛先進也有提到國民法官法第64條第1項，一審準備程序終結之後不能調查新證據，而且依照第62條對於法院裁定不得調查的證據是不得抗告，在我們二審其實都沒有規定到聲請調查的時間點。在本案，其實法院還是依照我們舊有二審的程序，在審理程序當中也問了我們說：「請問各位，針對這個證據有沒有要求調查？」所以似乎法院的操作上，認為在二審也可以提出來，跟一審的操作是不一樣的。這個就是我要提出來的問題，就是法院能不能在審理中調查，以及依職權來調查這些證據？

依照我對於相關第90條的觀察，剛剛邱法官也提到了，其實在它的立法說明理由有提到，二審法院可以依職權來調查這個規定，而且是要回歸到刑事訴訟法的相關規定。這個是我自己的觀察，所以可能等一下也是就教於邱法官是不是如此。

依照第91條，就是我們要尊重國民法官的一個條文依據，所以其實我也一直在想，我們這個案件到底是事後審，或是覆審制？如果是屬於事後審，其實我們就要尊重一審國民法官所參與的犯罪事實，所以我的問題來了，雙方不爭執的事項，法官可否撤回？再者，撤回之後，可否發回或自為調查？節省大家的時間，剛剛在邱法官的見解裡面也提到，不爭執的事項其實如同金教授講的，在美國是用雙方的合意，就當作是一個證據來證明不爭執。

本案的不爭執，一審援用沒有證據能力的證據來支撐，也可以用這四個證人在一審的審理程序，或是其他有證據能力來支撐，所以原則上以這個案件來講，我的想法就是跟邱法官一樣，假設這是一個違法的判決，其實是可以撤銷。依照相關的法條依據，我在這個案件主張這四份筆錄其實是一個無害的瑕疵，所以自為調查相關的資料就好了。所以，不爭執的事項雖然援引未經合法調查的證據，我認為它其

實是無害的瑕疵，就可以援引台上字100年那一個的判決。

另外，就是剛剛大家一直提到的，本案的不爭執事項是否顯然影響於判決？依照第92條，其實要撤銷發回一個很重要的原則，就是要對於判決是顯然影響的，這個不爭執，雙方檢辯在一審的時候就不爭執了，當然對判決的結果不會去影響到。大家對於這個案子發生的時間是105年8月8日，地點是在他們家的客廳，她是用菜刀砍他的正面、後面身體15刀，這個我們都不爭執，所以可以用其他的證據來支撐。而且如果要發回，剛剛邱法官講的，會影響到訟累，而且造成程序不必要的勞費，又回到一審，由國民法官來參與，所以這個其實是非常不經濟。

所以，未經合法調查不得作為判斷的依據，法官能不能自為調查？剛剛也提到了其實他是可以，只是我們適用法令可以用其他的證據。而且我認為自為調查的原則不會影響到被告的防禦權，因為剛剛有提到這個部分其實是雙方都不爭執，根本就不用另外再去主張哪個部分有爭執，所以對被告的防禦權來講，是不會影響的。

另外，就是大家一直提到的自首。看到這個判決，我也覺得原來大家在這個審理程序當中，這個程序大家都沒有注意到的部分，自首就是我接下來要就教大家的。

我們一審、二審都沒有列為爭點，一審其實針對自首原本有，後來雙方因為要落實集中審理的程序，而且集中精神在主要要主張的爭點，就把這個部分列為不爭執的部分，所以我們二審審理的範圍到底在哪裡？法官就有做爭點整理，這個自首未曾列為爭點過，就如同剛剛邱法官講的，法官能不能適時公開他的心證呢？曉諭當事人是否要主張呢？以及讓檢辯雙方在二審辯論終結之前知悉，有機會辯論呢？

而且這個我們認為對被告有利，因為自首得減輕，所以造成我看到這一份裁判，這個是一個突襲性裁判。而且依照這個法令，自首其實不是「應」減輕，而是「得」，本來就是法律有規定，一、二審都未列為爭點的部分，法官如果有預料到這個部分要把它列為爭點，我認為要適時公開、適時曉諭，讓我們檢辯有機會再來針對這個部分辯論，這個是第92條有提到的。

而且我也認為假設法官認為是爭點，你也可以依職權調查。而且假設你認為本案判決原審是有違誤的，應該撤銷，自為判決，而不是發回原審，不然沒有落實到國民參與審判的這個機制。

以上報告，謝謝。

主席：

謝謝陳檢察官的意見。

因為時間的關係，我想陳檢剛才提出很多問題，待會再請兩位專家來幫我們說明。

我們接下來請辯護人這邊，是李律師要說明嗎？請李律師幫我們提出你們的意見，謝謝。

伍、被告及辯護人代表心得分享：

李律師宏文：

主席、金教授、邱法官、各位先進早安，本案我來做一點小小的心得分享。一、二審的部分其實我都有參與，所以大概也可以做一點澄清。

我觀察到第一審跟第二審真的差別蠻大的，第一審程序面、技術面還有各種的複雜程度是遠較第二審還複雜，而且它的勞力、時間我們花了非常多。我剛剛看到以前舊的原審檢辯戰友，我們那時候晚上都沒辦法睡覺在做 PPT，或是晚上睡不著覺也起來做 PPT，到現在想到都很害怕，所以這件案子如果發回原審的話，是不是要重新走一趟這個程序？我覺得這個勞力、時間、費用會花非常多，這是第一個我的想法。

第二個，我參與這個二審，發現跟原來一般的刑事訴訟程序是蠻接近的，對我們律師而言，或是檢察官而言，負擔是比較輕，少做了很多 PPT。

至於判決書的部分，事實上我們兩方交鋒了很多爭點，判決書比較沒有作論述。我們辯護人這邊，其實那時候就是主打 2 個，重送鑑定、量刑裁量的濫用，但是重送鑑定這部分我們查了很多之前模擬法庭的判決，沒有一個案子去重送鑑定，所以我們知道這個比較不可行，主打的部分會在量刑裁量。而量刑裁量部分，法院也列為證據調查的範圍，我們覺得這個我們還蠻有信心的，可是最後的結果是用證據能力的部分來發回，這個我們也是覺得有點疑義。

不爭執事項引用這三個人偵查中的證述，其實當初我們提出這個意見是希望促請二審法院把這個更正或排除就可以，我們並沒有認為這三個會影響到證據的判決認定。因為其實這三個證人在原審是有出

庭作證的，那個出庭的證述就可以來當作不爭執事項的證據，我們當時是這樣的意見，結果這個意見變成發回的一個理由，我們也是覺得還蠻訝異的，就是有點誤中副車的感覺。

這個自首的部分，還是要澄清一下，不是檢辯雙方不認真就這個爭點來作攻防，那是因為在一審的時候，審前會議我們討論了以後，認為不納入爭點，因為時間有限，要傳喚的證人很多，所以那時候有這樣的狀況，沒有把它納入爭點，後來在爭點裡面沒有列這一條。但是審前會議這些紀錄不會在卷內，造成二審對於這個有些誤會，所以變成有利於被告的發回，這個我們也是覺得以後如果不是模擬的狀況的話，一定也是攻防的重點。

我不知道這一案會不會再發回模擬，一審可能安排時間要更長，才有辦法做更詳盡的模擬。

做以上的分享。

張律師百欣：

接著是由我來分享一下。

主席、兩位評論員，以及在場各位先進，主要我想要分享的，就是有關於本件我們上訴的時候，我們去提了那一些比較程序面的東西，比方說不爭執事項裡面引用了可能有一些錯誤，有一些選任程序的筆錄可能沒有完善，其實都只是促請二審的法院，希望在判決裡面做一個澄清或交代。在準備程序，其實我也是直接就已經表明了，我認為檢察官這個地方調查是沒有必要性，只要在判決中做個更正即可，但是合議庭的立場可能認為這個部分瑕疵還是算蠻重大的，所以把它做了發回，當然這個部分等一下可以看看合議庭的高見。

再者是有關於自首的部分，我觀察的一個面向是因為這個案子行了國民法官的審理程序，到了二審，其實二審法官手上的卷是有限的，它是經過了原審互相開示證據，准許提出才會到二審手上。一審的檢辯雙方他們是有全部的卷證，在一審行國民法官程序，檢辯雙方會基於舉證上的難易程度，要去進行說服的時候，對於某些爭點，認為這個地方如果要提出，要舉證，可能會讓這個案件失焦，反而對被告不利，因此在一審審前協商的時候，就自首的部分，辯方不作攻擊，也有可能是基於這樣的考量，二審的部分可能沒有辦法有這些卷證去瞭解。

因此，我認為如果按照國民法官法第 47 條第 2 項，要進行詳盡

的爭點整理、做審理計畫，審理程序終結了以後要提出新的證據，甚至都還要有特殊的條件才能提出，在第 64 條，是不是可以在二審的時候就直接認為有一個自首的爭議沒有處理，可能可以再做一個審慎的思考。我也是認為如果比較折衷的方法，可能就像剛剛邱法官所說的，先做一個闡明，看看是不是檢辯雙方確實有需要再就這個作攻防，再來作處理，那可能會是比較好的。

還有一個部分是量刑基準的調查，或者是那些實務判決的調查。這個案子因為在一審的時候並沒有提出量刑基準跟這些相關的實務判決給國民法官作參考，到了二審我們得要提出，我們也一直在斟酌這樣的一個東西到底它的性質是什麼，這樣的參考資料在二審要拿出來，當然除非檢方直接同意，不然的話，當他不同意的時候，我要怎麼去論述這樣一個東西的定性？我們可能還是只能把它當作一個新證據。我去參考了很多場的二審模擬法庭的案件，好像也都是把量刑基準跟其他的判決先例在二審要提出來當作是新證據，不然的話，要怎麼樣在二審提出這樣的東西來作調查？這個其實是我很大的一個疑問，到現在也還沒有辦法澄清。

最後的一個部分是有關於審查的界限。當然在辯方一開始上訴就知道重新審查大概是極其不可能，為什麼後來會用了一個叫做「審查鑑定」？其實也是去參考了前場的模擬法庭的判決。不過似乎觀察起來，要做審查鑑定也沒那麼容易，恐怕只有在很特殊的情況之下，在二審才有可能會准許。

經過這一場的模擬，其實個人真的也是收穫很多，尤其是有關於鑑定部分的審查界限，我想至少知道了二審的看法大致上會是如此。

我覺得有點小遺憾就是量刑的部分，因為我觀察了在此之前所有場的二審的模擬案件，有 3 個案件是因為量刑被廢棄，但都是由二審自為判決。二審自為判決的話，有 2 件是因為在二審和解了，所以它有一個新的事由，二審就直接說是發生在後面的，我就自己處理；有 1 場花蓮高分院的，是有再去審酌一些一審沒有裁量到的部分，但也自為判決。在這個案件，我們一審的時候沒有這些量刑基準給國民法官在量刑的時候作斟酌，如果今天不是用合議庭採取的理由去廢棄發回，以量刑真的失當，因為一審沒有去斟酌到這一些相關的量刑資料，到底二審自為判決的界限到哪邊？我想這個部分也希望等一下可以再獲得一些指教，謝謝。

袁律師曉君：

各位先進、主席、兩位評論員，大家好，我是從一審到二審都擔任被告的袁曉君律師，我想從被告的一個觀點來看這樣子的案件。

首先，這個案件的上訴，事實上一開始的上訴理由是我寫的。為什麼要上訴？當然主要從被告的觀點來講，我們認為這一件在一審的判決事實上是非常重。這個案件上訴二審時，事實上國民法官適用法條只有4條，我如果是一個律師，接了被告認為太重的一個判決，他想要上訴二審，我要怎麼樣去說服法官，說這個量刑太重？其實從國民法官法這4條的條文來講，跟以前這樣子的一個訴訟制度，對律師來說，可以使用的武器事實上是非常少。所以，像這樣子一個殺人案件，可以看到每一個上訴二審的案子，都會在理由當中要求要重新鑑定，為什麼？因為這個對被告量刑是一個很重要的判斷基準。

所以，這個就會回到剛剛兩位評論員有談到，其實在輕案的時候，對於事實的調查，事實上還有兩個審級可以去作主張，可是國民法官這個是屬於重罪，如果它是屬於嚴格的事後審，是不是對於一些事實的認定反而少了一個審級？這一個中間的界限要怎麼樣去拿捏，我想是非常重要的一點，所以當時我們三位辯護人在二審要開庭前有一個會議，雖然知道重新鑑定是不可能的，我們才會討論出有關於鑑定的一個審查制度。如果沒有這些武器可以主張，其實坦白講，我上訴的時候，假如我今天跟當事人收錢，我真的不知道怎麼跟他交代這個理由要怎麼寫，因為完全沒有什麼好去做一個爭執，讓他好像是不是可以有希望做減輕刑度的部分。

事實上來講的話，我認為實際上到二審去的時候，高院審查的一個界限到哪裡，對於不管是被告來講，或者是要去爭執這些刑度的部分，這個部分是很重要的一個界限，必須要去作釐清。所以，我們原本很期待就這個二審的判決，對於刑度的部分是不是有一個判斷，可是比較可惜的是這個案件又重新發回桃園地院。當時在參與一審的時候，大家都真的是非常辛苦，也很難想像萬一這個案子真的回到桃園地院的時候，會要再怎麼樣子作處理。

以上就是我參與二審的心得，謝謝。

主席：

我們謝謝三位律師的付出。

我想剛才檢辯雙方對於合議庭都有提出一些期待，我們最後就聽

聽合議庭對於本案的一些想法，跟他們的心得。

陸、合議庭代表心得分享：

吳法官元曜：

主席、評論員、各位現場的學長姐、各位先進，大家好，我是二審的受命法官。

當然站在新舊制度的交會處，到底是要自為判決或者撤銷發回，其實是一個很困難的決定，但是我們合議庭還是決定就寫我們院第一個撤銷發回原審的模擬判決。如果能夠引起各界討論的話，也未嘗不是一個貢獻，而且是不是發回之後，原審法院真的會做一個更審的動作，我們也樂觀其成，因為發回更審似乎也是這個國民法官制度的一個重要部分。

剛才很感謝各位先進還有評論員的指教，我們合議庭都很虛心接受各位的指導。尤其是剛才關於新證據的定義，這個其實也是我們合議庭覺得不是很確定的一個部分，剛才評論員也做了說明，受益良多。現在我就我們合議庭就這個判決的心路歷程，跟各位做一個簡單的說明。

首先，不知道各位有沒有注意到，我們程序一開始就有對於被害人家屬做了一個被害人保護，還有一個訴訟參與的告知？當然我本人也有參與被害人的修法，所以其實我個人也是非常重視這個部分，而且我們合議庭也希望藉由這樣的一個告知，能夠引起各位對於被害人保護的一個關注，這是第一點。

第二點，各位剛才討論的一個重點，我們本來在閱卷的時候，覺得這個案件可能本來主要是關於再為鑑定為重點的一個案件，但後來看著、看著就發現有一個蠻大的問題，就是關於自首的問題，因為不知道原來審前會議有相關的討論，我們在整個卷當中完全看不出有關於自首的任何說明跟聲請。如果我們今天二審是一般的案件的話，我們大多數都是依據刑事訴訟法第 163 條第 2 項，就是各位所熟知的職權調查的規定來職權調查，譬如說就傳喚員警來作證說是不是構成自首。但是我們是國民法官法的案件，本件的一審判決完全沒有提及自首的部分，而且當事人跟辯護人也完全沒有聲請調查，當然二審也很注意聽辯護人的陳述，其實在講另案判決的時候，也有提到另案判決有自首，差一點點就觸及到這個自首，也是還沒有提出正式的聲請。

所以，合議庭覺得如果我們就直接依照一般二審的案件，依職權調查，似乎是有違國民參與審判案件當事人進行這樣的一個原則，跟二審的一個審查的角色。此時，我們合議庭認為國民法官法第 91 條似乎應該是視為刑事訴訟法第 163 條第 2 項一個特別的規定，所以似乎不應該是由二審的法院直接依照職權來作調查。但是畢竟自首是對於被告有利的一個事項，不能說就當作是沒有看到這樣一個情況，所以我們合議庭討論之後，是採取一個比較折衷的做法，就是判決所顯示的指摘這個自首的事項，但是我們自己不直接作調查，而是發回原審。

而且另外有 2 點我們認為也可以支持這個發回原審重新認定這樣的一個正當性，第一個，自首減輕跟第 59 條的酌減，事實上有潛在的一個取代關係，也就是說，對於部分的實務法官來說，如果有像自首這樣的一個減輕事項，可能就不用第 59 條酌減，因為法定刑已經大幅降低了，所以它有一個潛在競爭跟取代的關係。在這個案件，如果真的成立自首的減輕事由，就不一定會適用到第 59 條，等於增加了一個量刑的複雜程度，我們知道複雜程度有個取代關係，也有可能不是取代，而是疊加遞減的關係，這個可能不能說跟被告的防禦權是無關，而且量刑是國民法官制度的一個重點所在，這也是大家所熟知的，所以我們想說似乎撤銷發回由國民法官法庭來做一個重新量刑的判斷比較妥適。

第二個，判決也有交代，不只是量刑，犯罪事實即使是不爭執事項，還有證據本身也有一些疑問，因為我們知道在刑事案件即使是不爭執事項，刑事訴訟法也沒有民事訴訟法關於自認就無庸舉證的這樣一個規定，還是必須要有證據作為一個依據，這個剛才先進也有提過。但是原審就這個部分，等於說就犯罪事實即使是不爭執事項，還是引用了可能沒有經過調查或者已經諭知無證據能力的一個證據為依據，所以我們合議庭認為這個部分不能說是一個無害的瑕疵，而是一個蠻明顯的違誤。

所以，這整個案件一直從事實認定到量刑的判斷，都有重新由國民法官法庭來做一個判斷的必要性，我們才依據國民法官法第 92 條第 2 項第 5 款，之前好像我們院還沒有用過這個發回，我們就想說試試看，也是一個實驗性質，來做一個發回的動作。

我們合議庭認為往後有 2 個蠻大的問題，可能是之後不管是模

擬、甚至是實際上路都必須要注意的地方。第一個，就是剛才主席也有提過的，刑事訴訟法第 163 條第 2 項是本來就有的一個職權調查主義的規定，它怎麼跟國民法官法第 91 條說必須要重視國民法官制度的宗旨來做一個調和，其實本來條文也沒有寫得很清楚，但是顯然是有一個潛在的衝突存在，不同法官或不同實務工作者的認知也未必相同，這個未來要怎麼做個調和、權衡，想必是一個重點所在。

第二個，剛剛先進也提過，撤銷是不是要發回原審的尺度拿捏的問題，當然我們合議庭也知道第一審是經過勞費蠻重大的一個審理過程，所以關於這個尺度拿捏，實在是一個很頭痛的問題。而且之前也沒有模擬法庭試過，至少本院，但是想到本案同時有事實認定跟量刑取代事項複雜程度的一個問題，所以似乎整個把案件撤銷發回更審是一個比較好的做法，因為它比較複雜。但是今天如果換作別的案件，沒有那麼複雜，譬如說就量刑的部分，只是單純涉及到一個減刑事項，而沒有說一個取代的關係，譬如說只是針對是不是適用第 59 條酌減來上訴，只是涉及到一個單純減刑事由的時候，那麼合議庭說如果是這種情況，在原審的量刑基礎之下，直接由二審來做一個自為判決的動作，這個時候是可以的。但是我們這個案件不是只涉及到一個單純的減刑事由，而是有取代兩個減刑事由的一個適用問題，所以似乎還是由第一審的國民法官法庭來做一個整體的判斷為妥。

另外，有一個重要性的附帶問題，至少對我們合議庭來說，因為本來好像不是在上訴理由當中，合議庭的審理庭就成為一個焦點所在，好像持續了半個小時左右的一個討論，就是量刑資訊系統的更新，還有搜尋上面的一個問題。實際上這個的確是一個問題所在，因為想必在這個制度正式上路之後，量刑資訊系統的搜尋跟更新一定是各界關注的所在，據聞刑事廳已經在積極做一個改善的動作，所以應該不久之後就可以提供新制來作使用，這個也跟各位做一個說明。

我個人說明如上，不知道合議庭其他成員有沒有補充？謝謝各位。

陳庭長德民：

主席還有兩位評論員，以及其他的先進，在這個案件，當我們收到上訴書的時候，主要檢察官上訴是針對刑法第 59 條，認為沒有刑法第 59 條的適用，原審量刑用第 59 條，適用是不對的，被告他們上訴認為原審雖然用了第 59 條，可是減得太少了，只有 9 年 2 個月這

樣子，所以兩邊上訴其實都是針對刑法第 59 條，一個是認為不需要，一個認為需要。

基本上在一般的訴訟案件，我們對第 59 條部分，當然在二審審理的時候針對這部分會辯論，第 59 條在尊重國民法官精神上面的話，他們已經適用了第 59 條，在二審上面會不會再去處理這個問題呢？假如我們從二審的角度上還是會去處理，可是我們怎麼去處理呢？這是以後在二審適用上面很重要問題。以往見解的話，一審適用第 59 條，可是假如說被告還是否認，他不和解，法院有沒有可能把第 59 條拿掉不適用？在以往的案件有可能，對不對？可是假如在國民法官案件的時候，這時候可不可能呢？在這個案件一開始上訴的時候，我看到的是這個東西。

後來我們看到剛剛吳法官有講到第 62 條自首的問題，雖然他們說不聚焦這個地方，可是我們看到了，就回到剛才主席有講到的，這個有利的事項要調查證據的部分，我們二審這個部分不可能避免不去調查。我們剛剛講過，基本上我們尊重國民法官的精神，適用了第 59 條，再來假如說有第 62 條適用的時候，在整個刑度上面的話，可能會影響到整個刑度的判斷。一開始的時候，我們就討論要不要直接告知有刑法第 62 條的適用，這時候有自首，譬如說再找警察，直接開調查庭來問。後來我們想假如說調查完畢以後，我們刑度要怎麼去判斷呢？因為刑度可能大幅度會減少，跟一審國民法官他們所認定的刑度會差很多，這時候是不是違反到國民法官的精神呢？所以我們後來想法就是這部分應該發回，由國民法官重新判斷。

還有一個問題就是說，有沒有刑法第 62 條的適用，其實那時候我們還有討論過一個問題，假如說我們經過調查了，我們判斷有或沒有，有的話，我們又發回，還是說我們要改判，除非我們要自己改判，假如說我們發回，怎麼去處理關於這個問題呢？後來我們商量就整個部分去發回，可是對於這個部分我們並沒有提出來，將來發回到原審，由國民法官再重新去調查。

我們那時候有想過，因為重新發回去，檢察官、辯護人他們都有講過耗費非常多的時間跟經費，所以在一般的案件的時候，今天假如說是一個很簡單的，上訴上來，可能是被告上訴，不一定有其他問題，後來我們發現只有刑法第 62 條問題，這個部分法院單單問過以後，在刑度上面假如認有適用的話，適用第 62 條再去減刑。可是在本案

的部分，就是因為有剛才講說兩層的考慮，這時候適用上面跟刑度上面會有很多的問題在，所以我們才會看發回的界限到底在哪邊，讓大家出來討論看看到底要怎麼樣的界限，這是我們合議庭整個思考層次的部分。

再來，剛剛辯護人有講過，關於量刑系統還有一般判決書的部分，在不是國民法官的案件裡面，這些當然我們也是列為證據來使用，在國民法官案件的時候，就跟剛才張律師所講的，要列在哪邊呢？說參考意見或怎麼樣。目前來講，我們還是都列在新證據上面去作使用。

其實一樣的問題，在當初上來的時候，看到刑度9年2個月，那時候我也很好奇為什麼會這樣判，因為我不知道參考的依據何在。張律師是講說當初也沒有其他參考資料，所以才用第59條以後，用了9年2個月的刑度出來。假如說沒有後面第62條或其他問題，因為我們還是聚焦很多的時間在量刑的部分，其實就回到原點，就是我們尊重國民法官的精神，經過了他們一定刑度的判斷，只是說現在參考資料沒有參考到剛才講的，像量刑系統表、個案判決，做了一個9年2個月的有期徒刑判決，這時候二審有可能再去改變它嗎？假如說依照條文尊重國民法官的判決以及精神去看的話，基本上沒有這些東西的時候，這時候我們可能還是尊重，還是維持9年2個月。

像剛才金教授所講的，這時候是不是違反所謂的平等原則？可是又回到原點，其他案件可以比擬這個案件嗎？所以在這時候，量刑上面的話，雖然有這些東西，是不是會影響到？沒有辦法重新鑑定，這時候這些量刑的東西會不會影響到剛才像金教授所講的，違反平等原則？可是在個案中，很多都是不一樣的，這時候可能也是很困難，所以在二審有時候操作上面，假如說你尊重它，基本上就是這種刑度。可是9年2個月就像剛才張律師他們講的，沒有拿量刑系統，問題是量刑系統像剛才陳檢察官所講的，只到104年，其他的判決又不符合這整個判決，所以在適用上面就有問題在了。

因為在新舊適用之間，到底要怎麼去拿捏，這是一個很大的問題，所以我們這個案件會後來做這樣，就是希望能夠拋出來，在怎麼樣的狀況讓大家有一個界限，假如說有這些狀況的時候怎麼去處理，讓大家來討論，謝謝。

主席：

謝謝合議庭。

從合議庭說明當中，果然解答了我的疑惑，因為我看判決的時候，我第一個想法就是合議庭是不是刻意要凸顯我們國民法官法這一個撤銷發回的制度、它所引起的效應如何。

曾檢察官好像有意見要發表，是不是待會？因為我們現在還在心得分享的階段，謝謝。

我想我們還有一位原審的國民法官代表，能跟我們分享一下你在原審參與國民法庭的心得嗎？

柒、貴賓代表（原審國民法官）心得分享：

王先生：

我覺得二審檢察官的PPT做得超好！是不是可以形成一個SOP？因為我們都是社會人士、我們都是外行人，不像各位都是有法律的專業，所以我們只會去注意犯罪的動機，是主動殺人，還是教唆殺人，第二個就是精神是否正常，第三個是其情可憫，第四個是我在二審之中才知道的，就是量刑資訊系統作為一個指標，我才知道原來過去曾經有這樣子的判斷，要不然的話，我根本不知道原本一個案件到底要怎麼樣判，這個長度才是符合這個人該有的標準。

我記得我們是3個法官、6個國民法官，我們就一起判決。那個時候就有寫你覺得那個人要判幾年，有些人多、有些人少，好像是最後總算之後再做一個平均，我們才得出9年2個月，所以我就覺得刑期是用這種方式來作衡量的嗎？後來二審的時候，我就看到量刑資訊系統，它就會有過去曾經判下的刑期，我們就知道原來有更慘的人，當然也有其他的，我就大概知道原來應該要有一些標準，中華民國有這麼多曾經發生的案件，是不是可以作為我們這些外行人的一個衡量基礎？

我也覺得檢察官或是律師都可以做些PPT，把它做得跟二審的一樣，我們外行人就可以透過時間軸、圖像化跟表格去比較雙方，歸納所有的重點，就可以比較快速知道這整個案件發生的邏輯，直接作判斷就好。我們比較可以跳過徵詢被告、證人的步驟，因為這些其實都是檢辯雙方的工作，我們外行人提出的問題反而會減緩審理，應該說浪費審理的時間，我覺得我們只要最後判斷就好。

大概就是這樣，以上。

主席：

謝謝王先生提供給我們寶貴的意見，也非常感謝你為我們司法的付出。

捌、綜合座談：

主席：

剛才因為有很多問題的提出，我想進行綜合座談的時候，也可以請各位提出一些問題，最後再請兩位專家一起給我們做綜合的回應，以避免會有時間不足的問題。我們現在就開始綜合座談，不曉得哪位先進有意見或者是疑問要提出？

曾檢察官文鐘：

觀察這一次國民法官二審這一個案件的判決，我想我提出我個人的看法。

第一個部分就是所謂的量刑資料的提出，這個其實不是在國民法官案件才可以看到，在很多其他的案件我們都可以看到。但是我其實最簡單的一個想法，就是說一個判決的形成，它主要根據兩方面，一個是證據，一個是法則，證據的認定、法則的適用，最後的結果就是法官對於這個案件的判決，所以在我的觀念裡面，證據的部分，我們刑事訴訟法講得很清楚，有五大證據法則。你說量刑資料這個到底算不算是證據？如果你說從外觀來講的話，一個判決書後面有法官的署名，它當然是一個文書、它當然是一個證據，它是一個文書證據，可是假設你聚焦在這個外觀上面，我想犯了一個重大邏輯的錯誤。因為提出這些判決書的人，這些被告、辯護人，甚至是檢察官將來也有可能會提出，他要聚焦的是什麼？他要聚焦的是裡面的內容。既然是裡面的內容的話，就我個人的觀點，它絕對跟本案的關聯性不是很大。

所以，這個東西是什麼？這個東西跟學者的見解是一樣的。這個是一個關係到什麼？是法則的東西。最簡單來講，它就是一個經驗法則，因為這個牽涉到一個判決它的透明還有可預測性的問題。也就是說，這個東西其實牽涉到憲法第 16 條人民訴訟權的問題，當一個判決它不具有可預測性、它不是很透明的時候，它會引起人家的質疑。所以，我認為辯護人他們提出判決也好，量刑資訊系統也好，這個都是很好，但是在我的觀念裡面，真的不是證據，它應該是屬於法則的提出。而且這是你非常好的一個攻防機會，當你提出這些東西的時候，你要告訴合議庭、說服合議庭，說法院先前的判決不具有預測性，因

為在統計學上面，它不是在一個合理的標準差裡面，本案的判決可能是一個統計學上面的肥尾事件，是一個超出一般人可預測性的範圍。

第二個部分就是所謂新證據的問題，這個新證據的問題非常重要，因為這個是所有人攻防的一個焦點，那麼這個牽涉到國民法官法第 4 條，它有說過國民法官法未規定之事項適用其他法律，包括刑事訴訟法。刑事訴訟法裡面，我們講說有提到新證據最重要的一個條文，是哪一個條文？是刑事訴訟法第 420 條，第 420 條再審的部分就對新證據有特別的規定。這個新證據，我們過去通常的一個看法，其實過去限縮得非常少，但是第 420 條修正以後，它有一定程度的放寬，對於一個判決過去如果是有錯誤的時候，有一個糾錯的可能性，這個第 420 條是非常值得參考的部分，所以基於法規範的統一性來講，我認為第 420 條還是值得參考。這樣的結果下，如果你說聲請過後就不叫做新證據，這就跟第 420 條有衝突，因為第 420 條其實著重的是在調查，所以沒有調查的東西你說它已經不是新證據，這個會很奇怪。

就像我舉一個例子，有一個工人，我們要請他進來我們這個工廠工作，最後大家說不行，不願意請他。後來有一個機緣，還是可以請他進來，這個工人進到我們這個工廠以後，我們就說他不是什麼新的工人，他是舊的工人。我想任何人都不會認為，所以這個第 420 條對於新證據的一個看法，其實不是我個人的意見，我曾經在其他的文章裡面有看到其他學者的見解也是這樣認為的，我認為這一部分可能還有討論的餘地。

另外一個就是說，我們再講到這個新證據，合議庭在作裁決的時候，這個有先前的一個邏輯相關、有連動性的問題，國民法官法第 52 條還有第 54 條，包括檢察官跟辯護人，對於證據的提出要求要慎選證據，當我們慎選證據的時候，我們會掛一漏萬，所以後來當合議庭說這個不需要，我們就提出這一些可以做一個代表性就好，結果後來發覺整個方向跟判決的結果不符合公平正義，甚至是雙方有一些小技巧的展現，或者是在二審的時候他拿出來作為新的辯護，或者是作為新的進攻的一個技巧，會跟原來慎選證據有所衝突。所以，這個時候我們很期盼將來的合議庭，如果遇到這個是一個互相衝突而對於原審判決的正確性有重大歧異問題存在，二審對於法的這一個呈現非常重要，是一個公平合理的時候，我們認為這個可能要作調整。因為你在先前說慎選證據，不要提出，結果後來你對我不利，我要提出的時候，

你又說你先前沒有提出，對於不理解這一個判決的人會覺得先前叫我們不要提出的也是你，現在我們要提出你又說不行，我們會覺得很無辜。

這是我的看法，以上，謝謝。

主席：

謝謝曾檢察官提供寶貴的意見。

我想時間的關係，現場還有沒有其他的先進要提出你們的高見？

何法官啟榮：

不好意思，我是原審的受命法官。

參加這次跟辦許多次模擬法庭之後，我們發現一審的國民法官會面臨到蠻多問題的，尤其剛剛高院所提到自首的問題，其實在一審是很難去發現的。因為在協商程序的過程中，法院所審的事實都是根據檢辯雙方協商出來的事實跟爭點，再加上卷證不併送的狀況之下，我們很難在準備程序就能發現我們職權上對被告有利的一些事情。如果我們在審理中開示證據後，發現可能會有職權對被告有利的一些證據的時候，是否我們變成要另開戰場，讓當事人他們去提出攻防？這樣子不就等於跟國民法官的集中審理又有點相違背了？如果今天我們不開啟一個審理的程序針對自首部分再去處理，而到評議中，等於也沒讓檢辯雙方去作攻防，這樣子寫進我們判決裡面，可能也會有問題。所以，其實從一審的角度來說，我們很難職權去發現任何對被告有利或不利的事情，因為我們能審的範圍就是根據檢辯雙方提出來的證據。

第二個部分就是不爭執事項的證據跟爭執事項的證據，因為通常檢方在一審的時候，他們都會提出統合偵查報告，就有點像複合式證據，不僅可以去證明不爭執事項，也可以去證明爭執事項，但是就像人證的部分，在警詢的時候，我們用他來作證，所以我們就可能捨棄不用了，這樣子是否如同金教授所講的？因為我個人覺得國民法官法案件比較像現行的民事訴訟，今天檢辯雙方不爭執、不去吵的事情，我們法院當然就不去作認定，作為不爭執事項都直接認定掉，重點就只要放在你們的爭執事情部分就好了。

我坦白說，在寫判決書的時候，我有點人格分裂，因為我在想我要用現在承辦案件的方式去寫這份判決書嗎？我就變成有利、不利什麼證據都要堆上去，但是在評議過程中，很多東西我是不能用的，很

多東西我也不能寫進去，這時候我就變人格分裂，我到底要寫成怎樣？所以這是我在寫這份判決的時候產生一些問題。

證據的部分，我覺得這可能是未來我們要去面對的問題，到底不爭執事項所要證據，是不是要達到像證據法則這麼嚴格，我們都要堆上去？但是它又會面臨放到爭執這邊，可能會有矛盾的問題，相對放到判決中，也會出現一些矛盾的問題。

我覺得現在比較麻煩的部分是國民法官判決書簡化了，簡化之後，勢必我們沒辦法去特別交代哪些部分是對被告有利、哪些部分是對被告不利，因為我們都要根據評議內容去作出結論，再去堆證據。就像原審精神鑑定的部分，它其實有部分是對被告有利的，但是我們整個評議過程內容，就是認為直接不採第 19 條，這邊不利的部分是否要交代？有利的部分是否要交代？這很難呈現在判決書裡面。那麼從這個角度，我就會覺得是不是等於以後一審的國民法官案件，評議的內容要更細緻化，等於要把證據都一個個拿出來問國民法官說：「這段話可能對被告是有利的，你們覺得怎麼樣？要不要採為有利證據去說明？」等等之類，否則後續判決可能就會有寫作上及評議內容上面的問題。

再來，最後就是量刑的部分，模擬過多場模擬案件之後，發現其實我們都沒有去模擬量刑的細緻化，因為像英國法，它的量刑是非常細緻的，會每個要件都出來，但我們模擬通常都著重在論罪，科刑的部分就很少。目前看來模擬的狀況是這樣子，所以有一些問題可能就會希望高院能再稍微幫忙提點一下，像撤銷發回，依照我們桃院是建置 3 個專庭來說，一個庭做了強制處分就迴避掉，剩下 2 個庭，我這一庭如果做了國民法官判決一定又迴避到，就剩下 1 個庭了，這樣子發回的標準是不是要稍微嚴格一點？否則這樣發回回去，因為我們法院還算大的，有 3 個庭，有些法院 2 個庭，他們這個案件該怎麼辦？如果是我收到這個更審的，我用人性的角度來說，就用第 6 條第 4 款，直接不走國民法官案件，反正就自首，我就自己自為判決比較快。

我大概心得是這樣子，謝謝。

主席：

謝謝啟榮法官。

我想我們高院這次要凸顯的問題目的，對桃園已經有產生效應了，你們三個國民法庭分案要怎麼處理，可能回去要再研究一下。

因為時間的關係，剛才有很多問題提出，我想還是請評論員給我們一些指導，請金教授。

金教授孟華：

因為剛剛實在蠻多問題的，我不一定能夠一一解答，但是我就儘可能總括式做一個回應。

我覺得我們現在很多跟不爭執事項的問題，不僅是在於我們很重視不爭執事項的證明，而且還搭配一個，我們現在又喜歡在一審的時候把爭執事項跟不爭執事項作區分。仔細想想看的話，不爭執事項跟爭執事項作區分這件事情，它沒有規定在我們的國民法官法裡，為什麼大家都要這樣做？這樣做合理嗎？我覺得這是可以想一想的。

把不爭執事項跟爭執事項作區分，除了在我們今天這個案子裡面會產生一個問題，就是說一審的法院在引用證據的時候，引用到了之前被認定為是沒有調查必要的證據。它其實可以引用什麼？證人在審判庭中講的筆錄就好了，對不對？但是這又會牽扯到一審的審判中，證人有沒有把不爭執事項也都講清楚，這也是另外一回事情。假設有，可以引用那邊就好，但是這就會產生很多問題。

作切割還有哪些問題呢？有一些證據到底是爭執的部分，還是不爭執的部分？我認為證據是可以切割的，但是當一個證據可以用在多個用途的時候，國民法官一定會混淆的。我們等於是要跟國民法官講說：「各位國民法官，這一份筆錄哪幾句話是爭執的部分，哪幾句話是不爭執的部分，你不可以把爭執部分拿來證明不爭執部分、不爭執部分拿來證明爭執部分，請做這樣子詳細的區分。」一份筆錄或許可以，20 份呢？這個其實都是法律人自己想出來的一種高技術性的東西，我認為不可能適用於國民法官。

還有，它會限制想像。什麼叫「限制想像」？就是當我們講說這是不爭執事項，它後面有 1、2、3 三種證據，這是爭執事項，後面有 1、2、3 三種證據，實際上的運作，可不可以在法官的腦袋裡面，把不爭執事項的證據拿來處理爭執的部分，把爭執的部分拿去處理不爭執的部分？可不可以？可以，在法官的腦袋裡面一定都是可以的。但是當我們把這些東西變成一個好像很有體系、好像很有結構的東西交給國民法官的時候，這反而會限制的國民法官的想像，就是它會變成一個不自然的決策過程。

還有我覺得一個更關鍵、最重要的因素，就是我們把它做這樣子

強行區隔以後，會逼得檢察官要搗亂時序，因為不爭執事項有可能是散落在不同的時間點，我們要把散落在不同時間點的東西全部拉到前面，用一個一次性的，就是出一個套餐要你吃下去，這對於後面檢察官在講故事的過程，在某些情況是會造成阻礙的。你如果去看美國所有 trail practice 的書，就是教你怎麼打訴訟的，都說檢察官應該要按照時間順序一個個講下來，為什麼？因為所有人聽故事、看連續劇都是用這種邏輯來看的，不是用法律人的邏輯，今天要節省時間，所以把所有不爭執事項都抽出來集中到前面，後面變成用跳的。一般人不是這樣子理解事情的，所以我覺得爭執事項跟不爭執事項的問題，很多是我們怎麼呈現這個證據，它有一個更根本的因素。

對於新證據這件事情，我認為只要聲請過就不是新證據，跟邱法官的見解是一樣的，但是有一件事情是我們要記得的，就是二審法院是可以審查一審的這些決定。比方說證據能力的部分不能抗告，不能抗告的意思就是你可以作為上訴的理由，對不對？所以，只要這個東西在一審曾經處理過、爭執過，這個爭執有列入紀錄，二審法院看到這個部分有爭執，二審法院就是可以處理一審法院針對這個爭執所下的決定。雖然不能重新在二審做一次鑑定，假如一審的時候，辯護人這邊有主張這個專家證人、這個鑑定人不夠專業，他的方法哪裡有什麼問題，被法院駁掉了，說還是有證據能力，二審當然可以來判斷一審把這個鑑定人認定有證據能力的這個決定到底是否合法，所以二審是可以做一審裁量權的審查，我認為是二審以後一個非常重要的角色。

自首的部分，我真的是比較認同律師的見解，我覺得這個是訴訟策略的部分。現在我在全國各個場次作評論，幾乎每一場都有聽到不管是律師或檢察官說法院破他的梗，就是法院在問問題的時候，問到原本埋伏一個訴訟上策略的決定。比方說以自首來講好了，就算他們沒有經過審前的會議，可不可以完全不提自首？我覺得可以。為什麼？兩造針對某一個事項有可能是覺得我要證明可以，但是我證明會付出龐大的成本，我可不可以選擇不證明？可以。或者是比方說在這個例子我隨便想像自首的部分，如果辯護人這邊覺得我的當事人很不討喜，他這個自首不一定會成功，被打掉的話，國民法官對我的當事人會有一些很不好的印象，乾脆算了不爭執，可不可以？可以。如果法院現場就跟大家講說我們是不是來處理一下自首的部分，律師等於

是被逼著上場，等於是破壞了訴訟策略，我覺得不應該破壞兩造的訴訟策略。

再來，這一次判決裡面，我從很客觀第三人的角度來看，主要的理由有2個，第一個就是不爭執的那個部分引用錯誤的證據，再來是自首的部分。在美國，一個案件如果被撤銷發回，是誰會覺得被懲罰？百分之百是檢察官，因為律師反正就再來一次，法官就是重新組一次陪審團，真正會受到懲罰的是檢察官，檢察官必須要從頭到尾再來玩一次。在臺灣，不只是檢察官會感覺受到懲罰，以後有可能法扶也會感受到自己被懲罰。但是這整個問題基本上是法院的問題，法官在一審的時候引用的證據錯了，在二審的時候，二審覺得自首的部分應該要處理，這其實都是法院系統內部的問題，所以兩造會覺得很無辜，怎麼都被懲罰了。所以，我覺得當以後我們在判斷到底是有害瑕疵或無害瑕疵的時候，同時也要想這件事情，就是說今天這個瑕疵到底是誰造成的，誰應該要承擔這樣子的後果，這些全部都應該是在撤銷發回的過程這個決定所需要去思考的面向。

因為時間的關係，我知道鼎文也有很多想講的，所以我就先講到這，謝謝。

主席：

謝謝金教授，我們接著請鼎文。

邱法官鼎文：

因為大家問的問題都很好也很難，應該是超出我能力範圍所能解釋，我就盡我所能在我有記下來能回答的部分，來跟各位分享我自己個人的看法。

一開始許檢察官提到證據聲請被駁回，二審再聲請的問題，這部分我覺得應該比較像是檢方自己證據交接的一個問題，因為確實在一審被駁回，這個東西不會到卷內，二審法院也不會看到，二審檢察官當然更應該看原來的原審偵查所收穫這些證據，做整體的策略考量，可能會建立新的主張也說不定。這個好像剛剛另外一個問題就是說，不爭執事實是不是可以變更也有相關，也許二審檢察官看了最原始的原審檢察官的卷證之後有新的想法，這個在我們現在實務上其實也是會發現的，可能怎麼主張更好。

國民法官法對限制主張這件事並沒有規定，它不像民事訴訟法，民事訴訟法好像對新的攻擊防禦方法有限制，國民法官法沒有，這個

跟日本法的裁判員法的研擬過程也有相關，他們也是討論過這個問題，後來發現可能不需要去做太多的一個限制，因為從限制證據調查部分，其實很大部分就會限制到新主張的提出。當然如果二審檢察官依照經驗，認為一審的主張不是那麼適合，譬如說不爭執事實應該要爭執等等，自然可以憑自己閱卷的一個心得，在二審再提出。

這時候因為一審有些證據聲請被駁回，我們剛剛講過，如果以當初立法的一個想法，就是說它不是新證據了，有聲請過就不是，二審並不落在第 90 條的一個限制範圍，跟我們現在對一般刑案的判斷一樣，會到第 163 條之 2 去判斷它的必要性。假設這個舊證據經過判斷仍然有必要性，譬如說配合二審建構的新主張有必要性，可能合議庭也許就會裁准聲請調查。因為它不是在原卷，所以可能會變成從當事人進行的角度，由檢察官在二審提出，至於二審檢察官如何去獲取一審檢察官這些卷證，可能就要有賴於行政上的一些規定跟協調。

律師方面，就是經由閱卷，如果二審聲請也准了，可能就是經由檢察官提出，我自己會覺得好像附在書狀後面的證據一樣，律師可以過來閱卷。倘若律師是一審、甚至偵查中就受委任了，自然就有那些卷證。

這大概是比較技術性的一些問題，主要還是在新主張可不可以提出，國民法官法確實沒有這樣的一個限制。

再來，有關於證據可不可以割裂，剛剛金老師已經做了很詳細分析，其實我自己也不覺得一定要割裂去使用。譬如說以美國的一個庭審過程，可能是先請警察來 lay foundation，就是把查扣收穫物證的這個經過整個做一個證明等等，甚至引一個證人，把他整個主張的故事鋪陳出來，好像叫做「case in chief」的樣子，檢察官的。沒有的話，下半場就是判斷，就是辯護人認為檢察官講的故事、所提的證據不成立，所以應該要立刻駁回，我根本不用說我的故事舉證，如果這個被法院駁回，那就是律師的下半場。這個是我自己粗淺的認知，美國的庭審程序，如果是這樣的話，像他們的一個建構方式，就是以證人為主，不去區分以故事為主，不去區分爭執、不爭執，確實這樣也是一個舉證的方式。

國民法官法大部分是仿效裁判員法來的，一個想法就是說，因為素人沒有辦法區分主張跟證據可以證明的內容，所以我們必須在一開始的時候先建立一些基礎的背景事實，讓一般的素人瞭解，才會刻意

去區分不爭執事實的舉證跟爭執事實的舉證，我想這個一審法官學長他們應該都瞭解。所以，這個我想怎麼去呈現，是一個技術性問題，應該沒有絕對，目的主要是讓素人可以在他該判斷的爭點的證據呈現之前，先對於不爭執事實或是這個案件的背景事實有一些基礎瞭解，有利於審理跟理解的話，應該就無礙於整個案子的審理進行。

這個是我對於不爭執跟爭執事實舉證方法的一個想法，當然如果要這樣區分，證據內容有可能就要割裂。其實分別出證也是一個方式，譬如說現在不爭執事項去舉證的時候，如果用到筆錄的部分，我想一審的檢察官都會儘可能把涉及爭點的供述部分作遮掩，因為調查完畢還要附卷，第 78 條還是 79 條規定。或者是有些法院用、有些法院不用的所謂統合偵查書面的方式，去歸納大家都不爭執的事實，這個書面經過同意證據，第 159 條之 5，成為一項衍生性證據，在證明的時候就以這個來代替原本的書證，包括筆錄在內，這個是我想實際執行上可以去嘗試做到的。

再來，我覺得比較難的就是有關於基準的問題，像剛剛元曜學長的分享也有提到，到底自為判決的界限在哪裡，袁律師好像有提到這個基準的問題。

袁律師的部分我想到一個，關於審級制度的問題，我們如果嚴格化二審的證據調查跟撤銷的基準的話，是不是當事人的事實審救濟少了一個審級？當然這個依大法官會議解釋是一個立法形成，也是我剛剛一開始跟各位報告立法背景的一個想法，就是說我們要怎麼樣操作這 4 條在不犧牲事實審的情況下，為了尊重一審有國民法官加入的判斷結果，所以更加嚴格化，但是不犧牲事實救濟的功能，因為我們一直會覺得二審是我們最後事實審都有一個義務、一個責任心。

即使是在現在覆審制之下，也會因為法官的操作而有各種的態樣出現，譬如說我們雖然名為覆審制，可是可能法官對於調查證據的態度不一樣，他有可能操作成比較往續審的型態。未來關於這些二審在國民法官案件的功能，可能就會是我剛剛一開始講的，要走多遠的問題，我們到底要多往事實審、多尊重的一個問題。

我自己一個很粗淺的見解，實務界的先進經驗都很豐富，現在因為這個制度一剛開始，我們一直在尋找基準，我們一直在強調要往事後審去走，可是很可惜，大家不知道那個事後審到底該形塑成什麼樣子。要不要這樣子呢？就是說我們仍然用我們現在的一個覆審制的角

度，應該說偏向一個續審制的操作實務經驗，提醒自己至少在調查新證據、在撤銷事實認定的部分，要比現在更嚴格。用這個角度去思考，我想實務家先進現在所可以運用的，包括這些大法庭裁定、最高法院判決要旨，這些我們一直以來審判中所習得的內容，其實都還是可以不那麼衝突去做一個比較好的操作。

我覺得是不是從肯定它至少是一個續審制的角度去看這件事情？因為我們原來是覆審，現在修正覆審制，至少可以肯定它有一個很強的續審制精神，再往第 91 條，還有第 92 條撤銷基準的嚴格化這個角度去看。這樣子我們所做出來的判決，可能可以在我們目前所一貫的改良式當事人進行主義下所接收到該怎麼做的這樣一個狀況下得到平衡，以後不會跟一般的刑事案件做太大的一個差別，會產生一種違和感的差別。

我的這個講法其實是比較保守的，我覺得合議庭是很勇敢的，不管在這個判決的判斷，還是判決書上，是跨了很大的一個步伐，真的是秉持著第 91 條的精神，往事後審的角度去看、去操作。還是那個老問題，就是說我們到底能走多遠？在最高法院未來還沒有定性多支持二審的見解、多支持二審的操作之下，我們到底能夠操作事後審到什麼程度，我想也許在這個之前，我們可以用續審制的精神出發這樣一個點去作思考。

我想時間關係，可能有一些我也沒有辦法回答，就有賴實務家，比我更資深、更有經驗、更有見識的各位，我們再一起努力，這是我這個部分的一個簡單回應，謝謝。

主席：

好，謝謝鼎文。

我想我們模擬法庭的目的在於除錯，這一次我們瞭解到審檢辯雙方各自提出他們的看法跟做法，要凸顯出這個制度的問題，相信大家都收穫滿滿。

我們今天的時間因為已經超過，就不再耽誤各位，座談會就到此結束，謝謝大家！

玖、致贈禮品並合影

拾、活動結束（結束時間：12 時 13 分）