

臺灣高等法院 111 年國民法官上訴審模擬法庭第 2 輪次 第 4 場（臺北地院案件）座談會會議紀錄

時間：111 年 9 月 16 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：

中央警察大學林裕順教授、高雄高分院李嘉興法官，各位庭長、審判長、法官，各位檢察官、各位律師道長，各位先進、各位同仁、媒體朋友，大家早安、大家好。

今天是本院辦理國民法官上訴審模擬法庭第 2 輪次第 4 場次的座談會，這一場的合議庭組成是由本院何俏美審判長，陪席法官鄭昱仁法官，以及受命法官胡宜如法官，胡法官現在調刑事廳辦事；檢察官部分，是高檢署曾文鐘檢察官、陳慧玲檢察官、白忠志檢察官；辯護人部分，有莊巧玲律師、劉俊靈律師、薛煒育律師。

我們很榮幸邀請到警察大學的林裕順教授，還有高雄高分院的李嘉興法官，擔任評論員。兩位評論員都是對日本的裁判員制度有很深入、精湛的研究，因此我們邀請他們兩位來給我們國家自己所做的國民參審制度作評論是非常恰當，而且能夠深入來解析我們的問題。

今天時間有限，大家也準備了很多很充分的資料跟內容，我們現在就開始。

貳、評論員林教授裕順評論：

院長以及評論員李法官，以及現場各位先進，大家早安、大家好。大家百忙當中撥冗來到這個會場，我想大家都很辛苦。

在這個活動之前，已經參加了 2 次實際到場去觀摩，看了審檢辯精彩的演出，其實我們在下面看，能體會做戲人的辛苦，可是我們以第三者的立場，看到一些可能忙或過程當中繁複而沒有注意到的，做一個小小的觀察報告。只能講狗尾續貂，如果有一些不足的地方請大家多指教，因為時間有限，我進入到今天的主題。

剛才承蒙院長的介紹，把自己的學經歷、尤其跟國民法官有關的經歷跟大家做一個分享。我在昨天再次檢視我的 PPT 的時候，覺得還蠻感慨的，剛才跟院長提到，我們再過 3、4 個月就要上路了，現

在偵查過的重大案件其實未來就是預備的案件，所以已經某種程度上路了。可是這一步真的走得還蠻遠的，我印象很深刻，1999 年的時候，其實臺灣跟日本都有一個全國性的司改國是會議，他們在那一次就已經決定要人民參審，如同院長講的裁判員制度，所以一轉眼間已經 20 餘年。

我自己回顧一下這個過程當中，曾經參加過馬英九總統那年代的觀審研擬會議，其實大家都知道我們現在的國民法官某種程度的架構是沿襲之前的觀審會議。再來，就是我自己參與的，為什麼對這個議題這麼關心？其實跟我自己的背景有關，我大概是 2000 年的時候在東京一橋大學進修，所以真的很深刻感受到他們那個轉換或是變革，討論過程之間那種掙扎或是政策決定的勇氣。

後來我們有一個台日刑事法學會，從剛才報告觀審制度的時候，其實就開始一直在推動相關的立法研擬草案，也 10 餘年了，所以我們對這個法律真的是有一些感情。

因為這樣的研究，我在警察大學有設一個模擬法庭，大概可以比較自豪地說我們這個法庭是國內大學校園裡面的唯一一座。

剛才提到這個機緣，所以我們在 2014 年就有這樣的一個規劃，為什麼在警大做這個呢？我想今天比較輕鬆的方式，也跟大家做一個我個人的經驗分享。警大可能兩號人物大家比較知道，一個是李昌鈺，一個是侯友宜，我現在常常跟學生講，你們不要再想像未來可以當第二號侯友宜，因為我記得他在當校長就跟我們提到，他說那時候一支槍、一張刑警證就可以辦案，可是我覺得那個年代已經過了，臺灣未來社會或是臺灣現在的一個狀況大概不可能。可是李昌鈺是有可能的，簡單的邏輯就是比如說大家知道他比較知名的辛普森案子，他的作證其實對於辛普森的刑事案件判無罪是很有力的，所以我都跟學生講，你們未來在偵審方面要專業，專業不僅是自己要懂，重點是要溝通，尤其是對於不懂的人讓他聽懂，而且聽進去、能瞭解、贊成意見，那就成功了，我覺得李博士最厲害的地方就是溝通。所以，我覺得這個是法律人的一個契機。

我們進到今天的主題，今天要解決的問題，我想可能在場、在線上很多先進不知道這個案子，其實這個案子很簡單、很單純，這也是幾次模擬常常在講，這麼簡單的案例來模擬，未來真的實際操作能順利嗎？其實我看了一下，我到現在覺得起訴書的記載還是有問題。

我們先回到今天的主題，今天的主題真的很簡單，我想也跟各位沒有接觸到這個案子的做一個報告，這件案子是什麼案子呢？某天晚上在西門町，素昧平生的兩位，一個被告、被害人，被告一拳把對方擊倒，結果被害人就死了。

在參加一審模擬的時候，我常常說我們現在起訴的記載太複雜了，就不要講什麼維持公平、客觀或是相關太多法理的東西，我們可以想像未來人民參審，國民法官第一次接到這個案件的時候，就是這個時間點，早上可能匆匆忙忙來到法庭上，他看到才知道今天要審什麼案子，大概是這樣一個概念，所以你不能給他太多資訊，那些資訊是沒什麼意義的。我相信我們第 43 條規定其實有更多的政策價值判斷，這也是我今天的主軸，要從民眾觀點想一想，所以這個案子等一下我們去看裡面的內容，如果我們起訴書可以畫龍點睛，我覺得畫線的部分是沒有必要記載的，不管是從民眾當下這個時段可以接受的資訊量。

我覺得「資訊量」這個概念很重要，因為這也不是我們今天討論主題，只是讓大家知道這是一個很重要的，設身處地想想看一個沒有經驗、沒有相關法律專業的人，第一次接到這種案子坐到法臺上他的感受，真的不能太多資訊。

這是 2020 年 7 月的時候，大院長講了這句話，我常常上課的時候或是在司法界提到，大家有沒有聽到這個聲音？還是大院長小題大作，或是天縱英明，他聽到聲音了？其實我真的感覺到這句話一點都不假，大院長可能在講的是起訴狀一本，可是我覺得我們從這個案例裡面可以看到更多是我們要去探討的。

比如說這個案子裡面提到了審前整理之後的一個開審陳述，或是法官怎麼對他們作審前說明，這次在二審也都有相關的爭議，我覺得這個層次是接到法律的解釋跟適用問題。

第二個層次，這個案子也是一樣，檢方其實那時候企圖心蠻大，想變更原本第一審判決的判決條文，可是真的可以這樣子嗎？我舉曹興誠的案例，曹興誠最近在社會新聞當中常常出現，他當初會變成新加坡人，其實很重要理由就是他的罪名，在高院到最高的時候被發回改判，他很不服氣，就變新加坡人。我們剛剛講的起訴狀一本主義，跟剛剛講第 43 條起訴書的記載，或是法條變更，我覺得這些一定要用。

再來，我們今天最主要的主題，到底二審能不能調查新證據？證據判斷的必要性，我想是等一下我要講的主軸。

現在重點，我覺得這三個不同的層次，可是我剛剛為什麼要講日本案例？1950年代他們經過起訴狀一本主義，二審是事後審的狀態，已經5、60年之後，才開始操作人民參審，可是我們臺灣把這兩件事情同一時間、同一階段一起要去做，我覺得真的是一個蠻大的問題。所以，我這邊小小做個建議，是不是我們真的要專庭？否則我相信審檢辯自己都神經錯亂，真的是要專庭。我不曉得二審能不能專庭，可是我覺得至少一審一定要專庭。

我今天的主軸，就是要講這一點，為什麼日本的法官或法曹他們願意留在一審？我想我們今天的案例可以見微知著，可以某種瞭解。我這邊有個關鍵字，賣個關子，就是他們怎麼樣從下往上看這個法律、怎麼樣從下往上看這個制度，或他們覺得跟人民溝通是一種榮幸。

只有實際案例，沒有辦法再提，我只能簡單講，記得我們以前在模擬的時候，常常請到一個日本的杉田宗久法官，他真的很不幸，後來轉任教授幾年就往生了，可是他從實務法官退下去，常常說我是大阪地方法院第一個承審裁判員制度的法官，或他是第一個操作審前整理程序這樣一個司法新制的法官。我覺得他們都有榮譽感，所以我想呼應一下他們資深法官願意留在一審，當然跟組織法有關，也跟他們的訴訟制度有關係。

回到我們今天要講的主題，國民法官教我們的事情？我覺得第一個重點教我們的是我們司法或上訴審雖然不要從眾，可是要虛心。什麼意思？第91條規定有提到我們上訴審的時候，要妥適、要尊重國民法官審判制的宗旨，要妥適行使審查權，其實這個後面的意義，就是因為一審是人民進來，有士農工商各個階層的人都進來。

我這邊一個比較重要的概念，比如說我們等一下還會提到這裡面常常爭執的，到底一拳把對方擊倒、擊斃這件事情有沒有客觀可能性？我覺得二審法庭上一直想用最高法院的判例來教一審的國民法官，我跟你講什麼叫客觀可能性，可是這個案例的發生是憑著一審過程中接觸到的人事時地物等等之類的，他們去判斷沒有客觀可能性。

大家想想看，為什麼剛才我特別提到起訴書的記載？人事時地物，為什麼我舉那些關鍵字？很簡單，那一拳是在西門町或在密室裡面，他們兩個之間有沒有深仇大恨，還是剛剛講的素昧平生，或是那

個場地怎樣，我覺得都會影響到所謂客觀可能性的判斷。為什麼第 91 條這樣規定？就是第一審他們的人生經驗、他們的看法其實我們要多尊重，什麼事實、什麼價值可能現場要去聽。

判斷我覺得就是用常識、常理、常情，不管是法律價值或事實認定，要回歸到人民基本的想法、想像去。

再來，第二個就是跟我們這個制度有關的，不是事後審、覆審制那種技術上、政策上的決定，我們既然把人民邀請進來了，他們的判斷、他們的討論、他們的結論，我們如果要給它翻盤的話，是不是要稍微更注重一下？這次的司改很重要就是人民對於司法，跟我們法律人是有落差的，尤其在量刑上。最近可能一個很大的問題，我在早上開車過來的時候也在聽大家對死刑的訪問，老百姓覺得死刑不執行等等之類的，重點是這個刑罰的正當性，我覺得人民的支持是很重要的。等一下我會提到為什麼我對於這一次判決刑罰裁量上有一些不同的意見，我覺得刑罰的正當性、審判的正當性，跟人民的參與、跟授權有關。

國民法官教我們的第二件事情，跟這個案例有關的，就是技術上相對於第一審，我想這個大家都已經操作很熟了，它是起、承、轉、合，經過準備、審理、交互詰問每一個步驟，他們才去認定事實，二審如果只是片段事實的認定，看書證跟筆錄去作判斷的話，我覺得這個是有落差的。

我的意思就是說，事實的認定其實就是不能一人一把號，也不能說倚老賣老、官大學問大，我認定的一定比你認定的來得清楚。如果用法律的術語來講，我們不能用心證替代說，或是二審的法官、最高法院的法官認定會比一審來得清楚，這個有兩個層次，一個是人民參與正當性，多元經驗的結合，跟我們剛剛提到技術上，那是有落差的。

我們進到本次的爭議，就是事後審。我再強調一下，既然是事後審，它不應該是審案件，是應該審原來的判決。這點我還是在這邊做一個小小的提醒，我印象在準備程序的時候，法官實在很熱情，還讓雙方去把第一審爭議的事項講一次，我覺得這個好像沒有必要。因為第二審只是針對第一審判決的二審檢辯雙方他們的上訴理由去作討論，我們不應該再去看第一審他們原本的爭執所在，所以我這邊強調什麼叫做事後審，應該要再強調只是限於他們聲請的理由，去看過程有沒有錯誤。這個案件裡面檢辯雙方一直在強調案件的真相是什麼，

我覺得真相不是不重要，可是在二審裡面，事後審最主要觀念是在一審的真相確認到底過程有沒有問題，這個應該是一個重要的觀念。我們會覺得好像一定有個絕對的真相，一定要讓它水落石出，可是我覺得這邊是有落差的。

上訴的聲請，原則上應該是限於原審的事實、證據，除非它有一些例外情況之下，例外等一下會提到，是大家也清楚的。

再來，就是提到上訴理由，它只是限於檢辯方所提出來的東西，都是片段的，判決與其說是到底有罪、無罪，更重要是我們對於檢辯他們不服氣的地方是不是做了某種的一個回應，我想這是第二審最主要的目的。

這是日本很經典的案例，學過法律的審檢辯警一定會覺得這個案例是有罪的，一個人接受人家好幾十萬的旅費去幫人家帶東西回來，東西看起來就很奇怪，在過程當中可以表現得很自然，怎麼看都知道，在爭執到底幫人家從國外帶東西進來，裡面是毒品這個東西當事人有沒有認識，就是「成田抗辯」，只要想办法去否認他事先知道這個過程的話，或裡面的東西是什麼東西，他就可以避開毒品相關的走私處罰。可是我覺得日本對這個案件其實蠻尊重，就是剛才講的，他們謹守事後審的概念。

回到我們這個案例一些比較爭執的地方，第一個我是覺得合議庭對於檢辯所提出來上訴理由都有一一去回應。比如說調查被告的武術教學影帶要不要重新再看一次，或者是要不要去案發現場再看一次，或是要去把原本書證裡面被害人照片再拿出來看等等之類的，還是一樣回去那句老話，就是要對第一審程序做最大的尊重，對於國民法官跟一審職業法官的綜合判斷，有時候要謙虛以對。

一些比較細緻的，這個合議庭對於這幾個好像都是沒有採認，理由可能是國民法官法第 90 條或第 163 條之 2，孰先孰後，我是覺得應該還是先用刑訴法第 163 條之 2 的證據調查必要性來看，再緊接著去看第 90 條的問題。

再來，關於第二個層次，就是程序違反事項及相關事實認定，我覺得檢方對這個質疑，一審過程當中法官的審前說明或是一審辯方開審陳述內容的錯誤，都很合理，可是一審就要把它處理好。這次二審也有提到，審前說明原本就是要經過檢辯的同意，當初檢辯都同意的情況下去講的話，除非講的內容實在是違背了所謂的基本法律，我們

才去審查那個，如果沒有，我覺得應該是尊重一審當初檢辯。

再來，就是開審陳述的違誤。為什麼一審要花那麼多時間準備整理？我覺得是除了整理爭點、證據的篩選之外，很重要是開審之後的內容，在審前就要互相大概知道，怎麼會一審過程當中讓辯方去偷渡一些不應該有的東西在裡面，或是證據調查的東西在裡面？我常常在講國民參審要成功，很重要是檢辯要尊重對方是一個可敬的對手，更重要的是要彼此合作，不是只有競爭而已。如果真的是要焦土政策，我想沒有一個案子會審得成功，所以不要藏，這樣留一手的話，會造成後面更大的困擾。

再來，今天這個案子就是這麼簡單，一拳斃命這個事實誰說了算？我剛才的講法就是有沒有預見可能性，還是剛才那句老話，法律的生命在現場，我們當然知道最高法院有判例的見解，可是事實上法律方向第一審就看到，他們既然討論過在西門町是人多的時候，兩個素昧平生，地板上也不是有太多障礙物的地方，左手這樣一拳揮過去就死了，一般人不會意識到被害人自己有一些體質的問題或是有慢性疾病的問題，還是剛剛講的，他們看了證據去判斷，我覺得應該是要做某種的尊重。

在量刑部分的話，我覺得這一點是辯方會提出來，你應該要把量刑的一些檢索系統先讓他看，這次二審判決雖然提到好像沒有也沒關係，可是這個可以再考量一下。尤其上街買菜或購物，總是要 survey 一下到底現在市場行情是什麼，他們才能判斷要不要購買或是要怎麼定價的問題，其實這個也是一樣，如果沒有把量刑因子的一些因子或是量刑的一些行情跟大家做一個溝通，大家取得諒解，我所謂「大家」是包括素人的國民法官跟職業法官，跟這個案子有關的幾個因子是什麼東西沒有辦法講清楚的話，先取得同意、諒解，大家基於這個基準去審查、去量刑，我覺得真的是會有問題。

一把惡火燒了 46 個人死亡，怎麼沒有判極刑呢？我想一般都很奇怪，可是這個大家都知道，現在我們臺灣的行情是如果沒有直接故意的話，大概是不會判死刑。在評議刑罰之前，類似這麼極端案子要講清楚，大家照著這種標準，或大家是不是這個標準、是什麼意思，先取得共識之後，才去量刑罰。這個案子裡面，辯方特別提到是不是要有一些量刑資料的事先說明，我是覺得可以討論。

我覺得二審李院長可能要稍微擔心一下，目前我統計到 2021 年

底，在日本，檢察官具體求死刑的案件 57 件，一審真的判死刑有 39 件，二審死刑改判有 7 件，這個件數幾乎快到 6 分之 1 了。就是一審判死的，二審改判無期，大概幾乎到 6 分之 1 左右，我在想像那個畫面，如果臺灣碰到這種情況的話，會發生什麼事情？重點是 3 個職業法官否定了 9 位，即 6 個國民法官加 3 個一審職業法官他們所做的決定，二審給它改判到底會發生什麼事情？會不會造成以後壓力就來到二審了？據我自己的研究，日本這七件改判的，審檢辯學沒有太多意見，所以我覺得量刑行情有其重要性，死刑有死刑的行情。

因為時間關係，我最後要講，儀式真的很重要，在評議室的量刑要有儀式才會穩定，有儀式才有品質，有儀式才有公平。什麼叫儀式？程序、步驟要出來。跟今天有關的是量刑因子、量刑檢索系統一定要先講清楚，要在評議之前講清楚檢辯所提出來對於這個案子刑罰的輕重他們 care 的是什麼，我們要從那個基礎去談，我覺得這個是重要的。簡單講，就是程序、步驟，我覺得二審可以去看一下，日本他們會去糾正下級審，或是剛剛講的上訴審死刑改判，跟這個有關，到底有沒有遵守量刑應有的儀式。

結論還是回到我剛剛一開始提的，為什麼日本資深的法官、法曹很樂意參加一審、留在一審？其實他們覺得一審是關鍵、是重點，一審過了就過了，大家在一審精銳盡出，手上的牌都儘量能打就打，二審要尊重一審、虛心，所以再重新強調一下，二審審判是關注原審有沒有錯誤。

幾個比較細節的問題一定要跟大家談，我覺得魔鬼藏在細節中，我們在現場看了 2 次的庭期，被害人的座位是一個大問題。大家應該比我熟，高院裡面被害人的位置我覺得類似一個發配邊疆的感覺，回答問題的時候也沒有請他到證人席上，就是坐在位子就直接回答，他也沒有太多的協助，感覺就是原本他是坐在旁聽席，我們只是把他移到審判區域裡面來，有點可惜。

我知道這個位置的擺設其實院部起很大的爭議，但我在日本看實際法庭審理的時候，我看到檢察官在開庭中間休息的時候，蹲在被害人身邊，開庭時檢辯競爭很激烈，檢察官滔滔雄辯，但休息的時候，被害人跟檢察官問問題，檢察官就蹲在他的桌腳下，好好聽他、好好跟他解釋剛剛發生什麼事情，這一幕我真的印象很深刻。我們這次司改很重要的重點是被害人訴訟參與，可是我覺得今天被害人這樣的一

個處境有一點點可惜。

第二個，細節我就不講，我是覺得作證儘量到證人席，而且講話就要站起來，理由很簡單，才知道誰在講話、才知道你是什麼角色，才知道誰是主詰、誰是反詰。

再來也是細節問題，不好意思，院長在這邊，我幫同仁爭取一下福利，我覺得打字的声音太大聲了，而且有時候還是互相在等待，沒有那麼流暢度。我們的重點是強調不要筆錄審判，但我們還太重視筆錄。

最後，就是論告異議的問題，能不能在最後辯論過程當中再放出很多新聞記事、影片，我覺得合議庭處理得很好，可是還是一樣，事先可以先讓法官知道一下，檢辯也彼此瞭解一下。因為時間關係，我不還原當初的過程，印象中檢察官在辯論過程放很多影片或新聞記事，我覺得這個應該透過檢辯雙方要事先瞭解一下同不同意，不要這樣放出來。

最後是一個劇透，如果順利的話，年底之前司法院可能會再辦一個研討會，會請到後藤昭教授，1983年後藤教授拿到東大博士學位就是研究二審的審級構造，以及二審的訴訟問題。

以上做這樣一個補充說明，謝謝各位。

主席：

謝謝林教授。

我們辦了多場的座談會，大部分評論員都會從學理上、實務上再作指導，不過今天林教授很特別，講到很枝節、細節的地方，我覺得這是很務實。

第一個，關於檢方方面，應該是起訴書的內容要簡易、容易理解，有利於國民法官迅速進入狀況；關於審理庭的部分，二審是事後審，審查的對象是原判決的妥適性，以上訴理由作審查的範圍，而不是審查案件的事實；關於事實，要尊重一審的認定。

提出一點，就是關於量刑資訊系統在審理中的位置到底是怎樣，量刑系統是公開的，就像我們的《六法全書》一樣，審檢辯大家都可以用，但是是不是要把《六法全書》也提示雙方辯論，可能這是可以研究的議題。

提醒我們一點，在日本的二審，因為一審量刑不當而改判的有6分之1，這是很驚人的數據，可能一審跟事實發生比較接近，尤其有

國民法官參與，是不是會有情緒的因素在裡頭，這可能也是不得不考量。上級審已經離開事實發生一段時間，又是職業法官，感覺不太一樣，不過國民參審就是要儘量尊重國民法官的認定，這個大概是基本的精神。

很重要的一點，就是在審理庭被害人的座位，我們現行法的規定是屬於審判長的訴訟指揮權，在法庭內要讓被害人坐在哪裡，雖然司法院有規定被害人的席位，不過這個席位是可以調動的，是由審判長依現場的狀況來作指揮調度。

提示我們一點，被害人發言的時候，應該也要到證人席，不過我們目前並不要求所有的發言者都要起立，因為這個是尊重大家。以前早期我在年輕當法官的時候，在場所有的人包括檢察官、律師、被告、被害人發言都必須起立，但是最近1、20年來為了尊重每一個人，大家都可以坐著講，就像我們現在一樣，不必起立發言，就是尊重大家的位置。

關於打字太大聲，我們會注意將來採購鍵盤的時候，應該採購沒有聲音的。

關於林教授提出一點很重要的，這個不是筆錄審判，不要大家等著看螢幕上面的筆錄記載，讓審判庭非常不流暢，我也有留意到這一點，司法院也有注意到這一點。司法院現在所推動的，用語音辨識系統來處理，我有到地方法院去看過他們實際操作，辨識率很高，講實在話，那個是可以合於實用的。但是因為那個軟體需要學習，所以現在還在試辦的階段，還在讓它學習、成長，我相信應該是不用1年的時間，它大概就可以上路了。以後語音辨識系統就可以第一個不會再有鍵盤的聲音，第二個筆錄的內容立刻就會顯現在螢幕上，但是還是要提醒一點，審判長指揮訴訟，應該不要讓大家把焦點放在螢幕上頭，這個很重要。我自己在主持合議庭審判的時候，我都會要求律師跟當事人不要看螢幕，請注意聽審判長講什麼、注意聽對方講什麼，這樣的話，審判才能夠流暢。

關於審前協議，檢方跟辯方應該就哪些事項來作處理，也是審判長應該要留意的指揮訴訟事項。

謝謝林教授提出很有價值的觀點跟意見，接著我們請李法官。

參、評論員李法官嘉興評論：

李院長、林教授、各位司法先進，大家好，我是李嘉興法官。這

一次來參與模擬，與其說是評論，不如說是一種學習的歷程，希望回來是不是能夠給高院有些幫助。

我們都知道國民法官這個制度是因為大家對於司法制度的信賴度好像一直不是很高，才生下來的一個產物，因此國民法官法第1條開宗明義就是要把國民的正當法律感情引進來，作為這個修法的目的。什麼叫「正當法律感情」呢？不正當的法律感情我們是不可以要的，問題在什麼叫正當、什麼叫不正當，這個是一個問題。因為人為的審判難免會錯誤，我們又允許可以救濟、上訴，有上訴制度可以救濟，因此我們到底要如何尊重，以及如何給予救濟？這兩件事情好像是有一點二律背反。

以本件模擬審判來講，如果是職業法官來看，那個刑度事實上是真的前所未聞，它有它的原因存在，沒問題，所以二審到底要怎麼樣去審查，最高法院在111年國模台上1號裡面當然就說出審查大體的方向。事實的部分、量刑的部分，還有訴訟程序違背法令的部分，今天關於事實審查的部分，剛剛教授已經稍微提過，這個模擬審判最引起我的眼睛去注意的地方是量刑的問題，事實上審判實務上大家都對量刑不滿意，現在刑事訴訟法修法以後，第348條是可以只針對量刑上訴，很多案子是只有量刑上訴，可是判了以後他們還是不服，到底是怎麼回事？

本案起訴傷害致死，認定傷害罪，判決理由上把死亡這件事情好像是拿進來當作量刑的事實，這個時候體會到真的是如大院長所講的，這個制度一引進以後，跟向來職業法官的感情事實上不是很搭，所以救濟這一部分到底要怎麼樣？我們要一味尊重，還是要對救濟這一部分給予適時的援助呢？這是我想要提的問題。

關於量刑事實審查部分，因為經驗法則、論理法則，如果勉強要說，在日本，雖然他們實務上不管有罪、無罪，撤銷都要違背經驗法則、論理法則，但是在實際上有些教授還有最高法院的法官說，有沒有還不到違反經驗或論理法則，而是不合理的程度要給予救濟，尤其是在被告的情形，這個是會跟罪疑唯輕結合在一起的。每一件事情都要違背經驗或論理法則，可能對被告來講，這個案子本來就還有點懷疑，你說他沒有違背經驗法則，可是你又要尊重這個制度，如果動輒撤銷，國民參與審判就毀了，所以這個真的是一個非常難的題目，沒有關係，我們就做看看。

量刑這一部分，我想第一個我要提的就是量刑記載跟評價的義務。國民法官法當然對於有罪判決應該如何記載事實有一個說明，可是對量刑就沒有，這時候是不是依照國民法官法第 4 條要回到刑事訴訟法第 310 條規定，量刑的時候要記載刑法第 57 條、第 58 條？這是一個法律課予法官記載跟評價的義務，德國刑事訴訟法第 267 條有講到這個問題，除了記載以外，你還要評價它，有這個義務。這個記載當然才會使人家看到你量刑的過程當中是怎麼樣去評價某個量刑事實，它是有助於量刑的透明化，這是一個很重要的事情。

在國民法官施行之後，這個記載跟審酌義務是不是會發生變化？我們是不是真的就是這樣從第 4 條過橋條款跑到第 310 條那個東西呢？在日本，事實上是沒有第 57 條的規定，實施裁判員制度之後，實務上認為並不是將想的對被告有利或不利的事由一一列舉，而是應該明確記載到底重視什麼樣的量刑理由而量處如主文的刑，才是重要、妥當的，這個是在他們司法研修所編的裁判員第一審判決書以及第二審的應然這本書裡面提到的東西，或許值得我們去參考。

最高法院在剛剛我說的模擬裁判，量刑必須遵守比例或是平等這些事情，本案律師在上訴的時候，一直在爭執死亡的事情，死亡可不可以拿進來評議？最高法院曾經有 2 個死刑的案子，不判無期徒刑，說無期徒刑執行 25 年而且有懊悔實據就可以假釋出獄了，就是執行期間很短，矯正的效果又不好，所以就判他死刑，這個是不可以作為量刑事由。

我在一本書裡面看到量刑應該以行為人的責任，所以這個責任有制約國家刑罰權的問題，它有這個功能。責任越重可以判得越重，責任越輕當然要判得越輕，這個責任有一個學者是這樣講，他說它是從量上還有質上去制約國家刑罰權，所謂量就是輕重的問題，所謂質是量刑因素選擇的問題。那就回到剛剛講的，死亡這一件事情可不可以引為量刑的事實？如果可以的時候，這個就跟我們職業法官過去案子判的刑度，我回去問了每一個人，大家都說這個有點重，後來去問幾個法警：「這個應該的。人都死了還不負責任，這個還可以嗎？」這就是一個很難取捨的問題。

這就回歸到刑法第 57 條第 9 款犯罪所生的損害跟危害這個法令的解釋，雖然這個法令的解釋依照法官法規定，它是屬於法官的專權，對不對？訴訟程序還有證據能力、法律的解釋，這個法律的解釋不僅

是實體法跟程序法，在法官法的理由裡面都說得很清楚。這樣的解釋到底可以不可以把這一部分拿起來？回到我剛剛講的，對於量刑事由的選擇這一部分受到責任主義的影響、制約，當然死亡跟被告的攻擊行為是有因果關係，但是沒有辦法預見的時候，這個歸責事由可以不可以納進來？如果納進來，是不是在刑度上面處罰法律所不處罰的事由？無形中會破壞罪刑法定主義的精神，所以本件到底可以不可以？

我個人之前寫了一篇文章投在《司法周刊》裡面，就是構成要件以外的事實可以不可以作為量刑事由？傷害跟死亡之間，傷害保護的法益是不是包括死亡這個事情？如果可以的話，當然我們可以有一個量刑事由從重去量刑，這個沒問題，我剛剛為什麼提到法令的解釋？這個跟國民法官沒有關聯，是會不會因為國民法官的事情，連法令的解釋也要尊重國民法官？這件事情，我事實上因為職業法官做久了，就會有一點保留，那還是法官的權責，還是法官的義務，不可以還是要跟他們講這個不行。如果不行的話，是不是會影響到量刑？就是我們所說的，它顯然影響於量刑。

我在這一件的案子裡面，感慨的是到底這個是不是可以救濟？另外一個，國民法官確實跟我們的想法不一樣，我們真的要去傾聽他們。傾聽之後，被告權益呢？是怎麼樣？講這個評論是比較容易，要真正去做真的是有點難。

構成要件以外的結果，我們只能說附隨利益是可以的，但這個主要利益，因為它有另外一個過失致死，都不構成過失致死，你把它拿進來？這個問題我是一直在那裡想，我一直要尊重國民參與審判，可是我又一直要想被告的救濟。

再來，剛剛講到量刑事由的記載，要不要依以前的習慣，就把刑法第 57 條全部抄進來呢？個人的想法是我們實務上在運作的時候，判決書你看，被告離婚、有幾個孩子、大學畢業，他評價過沒有？你是往從重量刑的方向去評價，還是從輕的方向評價？辯方沒辦法上訴、沒辦法指摘，對不對？你如果對他不利的評價，他可以上訴，可以講你這個不對。

我請教各位，如果大學畢業是要從重，還是從輕？這個有意義嗎？就是關於人格部分，還有平常生活水準。可是這個有一個例外，最近我們國家為了極刑的問題，最高法院也做了一個判決，就是要調查行為人生長的歷史這一些，死刑、無期徒刑很重視第 57 條有 3 款，

實務上這樣子我們尊重也是對，因為極刑跟無期徒刑，所以這個我是覺得可採。但是其他的部分沒有記載，既然不至於影響量刑的時候，根本不要浪費時間在那裡，日本在裁判員制度也有所謂證據減重，我們判決書是不是也要減重一下？這是我個人的想法。

剛剛在講都是量刑事由的審查，我們一定要先審查這個量刑事由可以不可以納進來，因為一納進來就不當擴大國家刑罰權的時候，我是覺得沒有正當的理由是不好。我寫的那篇文章，事實上日本也有這個問題，德國也有這個問題，因為日本對這方面量刑討論得非常多。

下來，我再講我們怎麼樣去審查這整個刑度的問題。刑度的這個審查，刑法第 57 條也只是說行為人主義為基準，就是我們經常說的「罪責相符」。怎麼樣叫罪責相符呢？德國他們提出幅度理論，認為在一定幅度理論都是罪責相符的。

相對這個，有一個點的理論，說不符合這個就要撤銷，幅度理論舉例來說，是質跟量的問題。舉個例子，水一直到 80 度之前還是水，可是超過 80 度就開始揮發成蒸氣，刑度也一樣，在一定的程度裡面是符合第 57 條責任主義的罪刑相當這樣的一個原則，超過這個以後就認為是不行的。

我國最高法院後來也有人把這個理論引進來，在 108 年台上字 3728 號判決，明文講罪刑相當是有幅度的，不可以講不符合就全部不符合罪刑相當原則。我國最高法院也採這樣的見解，可是幅度到底存在哪裡？學說上就有 2 種說法，一個叫「量刑尺標論」，就是存在於法定刑裡面，他們把法定刑分為 5 種，最嚴重、次嚴重怎麼樣，用這樣來審查，一審也用這樣來量刑，可是這個尺標論在實務運作上也是很難去掌握。

最重要是一個問題，因為目前我們國內對於重大案子不是罪責相符的問題，是所謂的特別預防的問題，注意到行為人個人人格問題的時候，量刑尺標論事實上是顯示不出來這個，但它的理由還是有用統計學的觀念去定高低，所以有一說就是用這樣來審查。

我們等一下要談的「量刑傾向」，或日本一開始說是「量刑行情」，我覺得「行情」好像是菜市場在喊價，所以我還是傾向「量刑傾向」比較好，感覺聽起來比較順耳。

另外一個就是「量刑傾向論」，這個在日本事實上好像他們已經是慣行了，最高法院在一個案子裡面也明白說，量刑還是要相類似案

做相同的處理。當然就如檢察官在論告的時候，世界上沒有一個案子完全相同的，可是上司法院那個系統去查，它所揀出來的東西都是一些客觀的事實，不會有個人生活，也不會有什麼家庭狀況，日本學者說就以量刑傾向作為一個大範圍，大致決定刑罰的輕重以後再來做微調，就是在行為人的人格方面。我的理解，有一點類似少年法院調查報告，家庭支撐系統很好怎麼樣，不需要去感化教育，這一部分事實上應該是放在這裡。

我的理解，也不一定對，他們認為在這個地方可以做微調，所以是以我們可以量刑資訊系統作為第一次的決定，在裡面做微調的動作，可是問題回來，既然剛剛開頭我所說的，引進國民法官就是對實務判決有所不滿，如果依循那個，一定國民法官有人就說：「照那個量就好了，你幹嘛找我進來？」所以這個東西是一個參考，如判決書所說的，那是討論的起點。

可是討論的起點如果都沒有一個規範的效力，不足以作為評價依據的時候，誠如辯方律師那裡有引用一個最高法院的判決，還有另外一個判決也提到這個，除非逸脫量刑傾向非常明顯而且非常大，你要說明理由。其實跟美國聯邦的量刑指南一樣，他們也是認為你要照我的量刑指南去量刑，但是超過這個，請你說明。我個人後來參加一個制定量刑定應執行刑會議討論的時候，主張超越越多要越詳細說明，如果超越一點點，這個東西我覺得本來就是一個容許的範圍，不需要費太多的筆墨。

再來，因為時間問題，我就簡單說一下，量刑資訊系統性質到底是什麼？這個我也一直在想，可是想不出來。它到底是一個主張、一個證據，還是它具有雙面的性格？證據就會發生一個問題，律師在論辯的時候就抗議：「這個已經超過時間，你不能提。」原則上不可以提新證據，如果是證據的話，主張就可以嗎？我看國民法官法在立法理由說連主張都不行，因為主張跟證據是一同的，那個理由並沒有說得很清楚，說為了避免當事人隨時提出新主張，在講證據提出的時候，要有一個例外才可以提出，在沒有例外的時候就是不能，還包括主張。這是我的理解，到底對不對我不曉得。

有學者認為是當事人根據所取得的量刑分布資料進行量刑辯論，它是一種各自對於量刑的主張，量刑資訊提出只不過是落實其主張的方法，有這麼一說。它可不可以當作證據呢？你如果容許它，它又好

像是個證據，所以我想這兩種是不是並存？有這樣的可能性，這個留待實務上將來去發展。

我想我的能力也只能提出這樣的一個想法，到底是兩個都有，還是只有一個。還是有三個？就是沒有那麼嚴厲，一逸脫這個就是違反，比較緩和的規範機能，還是這三個都有？主張、證據，還是有某種程度的規範，違反這個太多了，也沒說理由，上級法院就可以根據這個給你撤銷，所以在辯護人提的那個判決裡面就用這個理由撤銷掉，這個是將來還要實務的踐行，這是一個量刑的可能性。

本案我總覺得很重，法官當久會有點偏見，這樣是對不對，剛剛聽了林教授講，真的我們要傾聽國民的想法，可是被告的權益我又放不下，所以我才講這些，不管量刑事實的記載、評價，我想這個將來是非常重要的，一定要從各個因素去評價。有些不應該拿進來的拿進來，當然我們還有一個制約，就是顯然影響判決結果，如果沒有，拿掉也一樣結果，我們也就不受影響。

不過像本案這樣，我在想，如果把死亡的因素拿掉，不會量到2年6個月，我問了好幾個法院的法官，「拿掉？不可能啦！」可是一般的法警就說：「把人家弄死，你不用負責啊？沒有你的行為，他怎麼會死呢？」

所以，這個是個人這次參與模擬法庭的一個心得，其實也是個人的想法，也不一定對，因為有些東西還是從日本那邊進來的，還要經過思考。

不過無論如何，司法院現在要定一個量刑委員會，有沒有？所以我在那篇文章裡面就說，這是要掀起量刑革命。這個是被告最在乎的，我要不要去關、我要不要自白，跟他能不能預見會有多少的刑罰有關聯，一透明以後，司法的信賴度當然就會提高，不透明就像日本他們說量刑是一個密室作業，就是你們幾個關在那裡，你們要怎麼樣達到這個量刑的結果，我們怎麼知道？是互相說服，還是法官對國民法官的說明？還是你一直強迫他要接受？他們認為這個有問題。

在美國，也有說到底是擲硬幣，還是經過什麼樣的程序去討論。不管如何，將來司法院組成一個量刑委員會也好，它的結果還是要回到跟聯邦量刑指南一樣，一定會有一個例外，你超過這個，拜託給我理由，這個是很重要的事情，任何事情都要理由，現在沒有你說了算數。我們現在連不准易科罰金都要說明理由，不然就撤銷發回了，哪

有檢察官想怎樣就怎樣？不行。

這是我的感受，今天因為時間的關係，關於這一部分，我會後會 email 給承辦人員，不成熟，只是真的有些問題在這裡，謝謝各位。

（註：李法官傳送檔案引用為本會議紀錄附件）

主席：

謝謝李法官。

李法官大概就是說出我們實務上比較重視的事情，而且一定要面對的事情，如何量刑，還有，關於公民參審的判決書應該要如何記載量刑所斟酌的事項。

我們這個案件的事實是打一拳就把人打死了，一、二審的事實認定都認為打一拳跟死亡有因果關係，但是不可預見，既然不可預見，就不負加重結果的刑責。這個死亡的結果，可不可以納入量刑的依據跟參考？在第一審是國民參審，國民法官在做量刑評議的時候，有沒有把這個部分考慮進去？他們的認定跟評決的結果是丟銅板，還是經過理性的分析？有沒有參考到量刑資訊系統的相關資料？在二審可不可以另外提出量刑資訊系統的資料作為主張或證據，或是其他的攻擊防禦方法？這個東西合議庭待會可以說明。在一審的部分，也有一審的受命法官趙書郁法官可以告訴我們，在評議室裡面是丟銅板還是打架，還是理智的討論，那個心證形成的過程。

今天李法官提出很有價值也很有意義的問題，待會我們可以詳細討論。

肆、檢察官代表心得分享：

白檢察官忠志：

院長還有兩位教授，跟高院的庭長，大家好，我是高等法院檢察署的白忠志檢察官。因為時間有限，所以我就這一次參與模擬法庭的小小心得，跟大家做簡單的一個報告。

首先，我必須先感謝高院辦這次的模擬法庭讓我能夠參與。因為過去在一審的時候，雖然有看過一審的模擬法庭，模擬法庭的感覺就是誠如教授所說的，就是要引進國民來參與審判，提高國民對於司法的信賴度，這大概是主要立法的一個目的，可是這次參加二審之後，可以看到一審的模擬卷證到二審來做事實的主張跟證據的聲請調查的時候，其實這時候會感覺有一點衝突，什麼衝突我等一下會作解釋。

國民法官法有一個立法的目的，這個立法的目的規定在第 1 條，其實就已經揭示得很清楚，但是我們刑事訴訟的目的有一個是追求真實，這兩個概念有沒有辦法把它結合在一起？還是說它是一個互斥的概念？從立法目的來看的話，似乎沒有說要排除掉追求真實的目的。

我的看法是這樣，從法條的結構來看，就是從第 52 條聲請調查證據這裡開始，到第二審的程序裡面，還保留了一些可以聲請調查證據的機會，還有第 92 條的規定，對於事實的認定，原審判決會違背經驗或論理法則的話，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷。反面解釋就是說，如果第一審在認定事實、調查證據還是有錯，而且會影響原判決的話，其實是可以再重新做一個事實的認定。

這個設計的規劃裡面，就可能產生一個衝突點，剛剛教授還有法官所說的，一審判決國民法官所認定的事實跟量刑的結果，這是二審法院應該予以尊重的，可是我們反過來看這個條文結構的時候，我們還是採取一個嚴格事後審的概念。雖然說這個嚴格事後審法條的規定裡面就我看來，它可以聲請調查證據的事由其實並不多，而且我看起來比聲請再審的要件還要更嚴格，這樣看起來的話，你就會發現既然身為一個二審的檢察官，看完所有卷證之後，隨著訴訟還是會有變化的。

就本案而言，被告在一審偵查跟審理中的辯解就不一樣了，到二審，他的主張又不一樣，主張過失傷害，甚至還否認他在一審所說曾經有打被害人的這樣一個行為跟動作，所以他的辯解一直在變化的。隨著這種辯解的變化，我們有沒有可能在二審再提出證據調查來做一個主張？這其實是法條結構裡面促使我們要去審視這樣一個問題。

所以，在看完卷證之後，針對二審的辯解以及法條的結構，既然有機會讓我們去做聲請調查的時候，檢察官不可能視而不見。既然已經有機會可以聲請調查證據了，二審檢察官乾脆還是尊重一審法院的判決跟結果，就不再做任何證據聲請的調查嗎？我想二審檢察官在這部分可能比較不會這麼做，從一個身為檢察官的角色，畢竟這是一個有人死亡結果的案件，我們都要為這個死者所有的真相、他到底是怎麼死的去找出來原因，所以不可能不去做任何證據調查的動作。

也是因為這樣的原因，所以未來我預計在二審的審理過程當中，如果一審有一些證據沒有調查的，甚至已經被排除掉，有可能還是會在二審被提出來再重新聲請調查，甚至連一審沒有聲請調查過的證

據，在二審還是會被拿出來聲請調查。雖然教授跟法官都說一審可能就要處理好，但有時候一審就是真的沒有辦法處理得很盡善盡美、很完善，所以其實二審只要有機會的話，檢察官基於舉證責任的時候，就有可能會舉出一些證據來證明要主張的事實是正確的。

從法條結構來看的話，似乎並沒有排除掉還有再去追求真實的一個空間存在，所以我在想如果是這樣子，從整個國民法官的立法精神來看，有些條文的解釋上面，是不是有空間跟可能性，可以去把追求真實這樣的一個標準，作為我們在詮釋法條的時候做一個參考標準？如果我們要決定在犧牲追求真實的一個前提之下來立國民法官法的時候，當然我們可以忽視這個部分的一個要件，我們就按照程序跟第92條的結論來做，其實也不會有錯，只不過這個在操作上面，可能對於二審檢察官而言，他還是會儘量把沒有提出過的證據、甚至沒有調查過的證據都重新提出來做一個審視，所以這是這次蒞庭就證據調查跟事實認定的部分一個小小想法。

第二個是有關於量刑的部分，就誠如法官所說的，其實我覺得如果你不把死亡的這個結果納入作為量刑因子，只是單純傷害的話，你說要把他量處2年多，在我們一般實務上面看到的情形並不多，甚至可以說沒有。各位如果有印象，在做量刑證據調查，當辯方律師提出一個他們要做量刑因子的時候，我這邊有一個主張，不知道各位還記不記得，我說因為這件案子有死亡的結果，所以我們要把死亡的結果納進去量刑的因子，這部分可能要作為參考。

當時其實我就有感受到，在職業法官的角度是不會量到那麼地重，可是因為這一件案子是國民法官審判的結果，所以我可以去推想他們心裡的想法，今天雖然主觀上面沒有預見會有死亡的這個結果，但是有人死了，總是要有人負責，誰要負責？當然是被告要負責。可是在職業法官角度，跟職業檢察官角度來看的話，這個死亡雖然有因果關係，但是他就沒有預見你死亡，主觀上面本來就不用去負這個死亡的責任。其實就跟過失傷害一樣，如果主觀上面沒有過失，雖然有死亡結果，也不用去負死亡的責任，這就是我們一般在操作過程當中比較符合法律邏輯的一個訓練思考方式，可是國民法官他們想法可能不一樣，所以當時我就做了一個這樣量刑因子的請求。

但是我也知道絕對跑不出來，因為沒有，所以這時候我們在量刑上面要怎麼去做一個參考，其實就是很重要的一點。這時候我們要不

要把死亡的結果拿出來？未來國民法官的案子其實都是跟死亡有關係的案子，只要「故意」加「死亡」，就會進入國民法官的案件裡面，所以以後大量的案子裡面，我相信未來的辯護人因為死亡結果，可能會在幾個主觀上面去作辯論，第一個就是過失，第二個就是沒有客觀結果的預見可能性，第三個是間接故意。可能會在主觀要件裡面做很大的辯論，因為死亡結果是確定的，所以唯一的就只是只能從行為事實跟主觀上面去作辯論。

在這樣的前提之下，我可以預見未來在國民法官的審理過程當中，如果一審的法官在訴訟指揮上面，沒有讓國民法官非常瞭解事實內容以及量刑因子的時候，那會產生一個很大的問題，什麼樣的問題？就是認定事實情節的輕重跟量刑刑度的高或者低會有一個失衡的現象存在，這個失衡的現象有沒有必要用二審的機制來做一個調整跟衡平？這個可能就是未來二審法官要去面臨到的一個問題，當然檢察官的角度裡面還是會鞏固原來的起訴事實跟量刑的請求。

最後，我要說的是這個案子對檢察官來講，我只是有一個小小的建議，因為畢竟檢察官在刑事訴訟裡面還是負有舉證的責任，所以到二審以目前法條結構來看的話，如果要再去重新聲請調查證據，要去更改一審所認定事實的認定結果，那可能會非常困難。所以，我會建議一審其實不要拘泥在第 52 條審慎選擇證據的那個範圍裡面，只要跟直接證據或間接證據有關的證據都應該要提出來，提出來之後，公訴檢察官跟偵查檢察官應該要協同，把所有證據完全呈現，讓國民法官去做認定的一個參考。不要因為時間的壓力去縮減證據的內容跟證據的價值，而且每一個證據的價值應該都充分評價，這樣才能夠在一審的時候把認定事實做到比較完善一點，要不然像這個案子到二審其實還有很多爭執的空間存在。

以上。

主席：

謝謝白檢察官。

我們表定給檢方排定的時間是 15 分鐘，不過白檢察官好像把時間用完了。接著請陳檢察官，5 分鐘可以嗎？

陳檢察官慧玲：

可以。

各位參與研討會的先進，大家好，我是陳慧玲檢察官。本次參加

高院的模擬法庭，主要是想要衝撞一個概念，就是在一審認定的不爭執事項，以及一審檢方已經捨棄的證據資料，透過國民法官的審理之後，我們發現有顯然錯誤或不妥當的地方，有沒有機會在二審有更正跟調整的機會。

本件我們二審檢察官企圖想要做一件事情，就是要把重點放回一個武術老師對於人體的構造跟知識優於一般常人，卻無故朝人體要害攻擊，導致被害人死亡，這樣的事實能不能真實地呈現在今天的案件裡面。當然今天從高院判決結果看起來，我們知道是採否定的見解，其實這個結果我們早就已經預見了，但是我們還是希望大家能夠重新思考一件事情。

我們常常說「訴訟如流水」，也可以說透過刑事訴訟程序的進行，事實在訴訟中常常會呈現不同的樣貌，當然我們也是希望真理能夠越辯越明，更何況在一審所謂的不爭執跟爭執事項，其實是經過審檢辯三方事先瀏覽卷證而得來的整理資料，但是經過事後的審理，如果我們發現跟原來認定的事實不同，在實務上是非常常見的事實。如果瑕疵不明顯當然很好，但是發現捨棄某項證據將有礙於事實的認定，實質上會嚴重影響被告跟被害人權益，二審卻以國民法官審理之前之審檢辯協議為由，拒絕調整，拒絕讓原本就在卷內的證據復活並予審酌，那麼法院這樣的堅持究竟是保護了什麼？

再者，本件的原審法官在審前會議向國民法官闡述的內容，經過我們事後的檢視，確實是有不當之處，而二審判決卻又執至第一審言詞辯論終結前，檢方未提出異議，自不得於上訴審再行主張原審審前說明之違誤，這樣的看法我們不能說是毫無道理，但是在這裡我想要分享一個我個人在一審曾經參加過模擬法庭的經驗。

那個案件被告是一位公立學校老師，他邀請某位學者 A 女到學校演講，A 女表示她不要領車馬費，結果被告就將車馬費據為己有，因為具有公務員的身分，所以是屬於國民法官法可以審理的一個案型。在模擬法庭的審理過程當中，被告認罪，各項不爭執一切都很順，但是在國民法官的閉門會議討論的時候，我們透過觀看監視器就發現有一個國民法官表示被告是學藝術的，不懂帳目、不懂違法，要判無罪，而這樣的看法竟然引發在場國民法官的共鳴，最後幾乎一面倒，打算要用這樣的理由來判被告無罪。

我要說的就是一個微不足道的量刑因子，竟然在國民法官的眼中

會觸動劇烈的反應，甚至最後影響犯罪構成要件的判斷，這絕對是法律人一開始沒有辦法預見的。本件也是這樣，因為是模擬法庭，應該也會看到國民法官討論的過程，經過事後檢視，才驚覺原審法官的指示顯然已經產生了誤導，又為何不能在二審的時候予以糾正呢？二審不願意糾正這樣的錯誤，顯然有礙於被害人的利益以及社會公益，今日法院的堅持又究竟是保護了什麼呢？

最後，我有個建議，其實司法院多年來已經舉辦了這麼多場次的模擬法庭，相信也對於即將實施的訴訟細則應該已經有腹案，也許到時候會頒布一些像國民法官法施行細則、訴訟進行守則等等，我的建議就是請司法院可以提前釋出口袋裡的訴訟規則及施行辦法，以補充現行法條不確定概念，供接下來的模擬法庭來試行，邊做邊調整，減少法律人彼此之間的誤解跟誤判，多一點可預測性，以利國民法官制度的運行。

以上是我的報告，謝謝。

主席：

謝謝陳檢察官。

模擬法庭就是要發現可能會出現什麼問題，應該如何處理、應該如何解決。二審本來是沒有國民參審，可是二審也做模擬法庭，就是為了要瞭解在一審做了國民法官參審的判決之後，二審要如何處理它，大概是處理這些問題。

陳檢察官所提出來的，關於一審不爭執、捨棄的事項，二審到底可不可以翻案，還有審判長或受命法官主持的審前協議，它的拘束力到底如何等等，這個都是實務運作會碰到的。至於操作的細則問題，可能大部分是屬於審判核心，具有待於我們把問題發現出來，經過審檢辯形成共識，將來就是規則，在沒有立法完成之前，還是必須獨立審判，由審判長來處理、解決。

我們在二審模擬法庭前面幾件模擬完成之後，也作成二審判決送到三審，由三審的模擬法庭來加以處理，最高法院他們也已經寫過一件關於第三審對於二審的模擬法庭判決所表示的意見加以裁判，也召開了一次國民參審的座談會對相關問題來表示意見，我想這個將來都會形成共識。

至於刑事廳對於國民法庭的相關子法，已經草擬了非常多，等一下我們可以請本院的顧正德法官跟我們說明一下刑事廳所做的子法

大概是有若干、大體是規範了哪些的事項。據我瞭解，好像數量很多，並不是秘而不宣，而是還沒有全部完成，大概是如此。

檢方的時間已經到了，第三位曾檢察官待會等到綜合座談的時候再請發言。

伍、辯護人代表劉律師俊霖心得分享：

各位先進，我是本案的辯護人劉俊霖律師，我也對這一次參與二審的程序還有判決書表達一點意見。

不好意思，因為我二審言詞辯論的時候剛好染疫，沒有參與言詞辯論程序，但是事實上筆錄的記載內容是非常詳細的，所以也讓我感受到大家非常投入。

我覺得本件的判決書其實寫得非常地好，因為在一開始說明理由就直接揭示了他們的審查原則，這應該是高本院模擬案件裡面第一次清楚說明國民法官的二審應該是事實審兼續審制，是清楚的文字敘明。雖然續審制這件事情可能是個多數說，可是至少我們第一次在高本院看到判決書裡面清楚揭示這個理由。

事實上這個理由對我來講，我看起來也是一個很重要的事情，就是當國民法官的模擬案件不斷進行的時候，有參與的不管是審檢辯，尤其在一審的過程中，大家都會感覺到像剛剛林教授所說的，這是一個刑事訴訟制度天崩地裂的改變，所以我們都會不斷提醒自己，不要再傳統我們過去處理刑事訴訟案件的角度去作思考。因為如果你希望再回到那樣制度的話，有可能很多事情是沒有辦法運作下去的。

這一次的審查原則，其實我認為它並沒有跟刑事訴訟法追求真實的義務有衝突，它很清楚揭示刑事訴訟法追求真實的義務的重點就要放在一審，所以一審才是最有可能發現真實的過程。為什麼？其實還有一個客觀的物理因素，就是它最接近事實發生的時間，因為證明事實需要證據，證據會隨著時間而流逝。我們律師界有很多律師在參與冤案救援的案件，這些冤案救援案件也都有很長久的時間，對於這些律師做冤案救援，他們最困難的點就是證據會流失，時間又太久遠了。

事實上我是認為國民法官的制度對刑事訴訟制度是很好的，可以說它是一個實驗嗎？就是我們讓發現真實的義務全部放在一審，其實是很重要的。因為我們辯護人都是從一審上來，一直做到二審，我們一、二審都是同一批人，所以我們其實是可以感受到，不管是檢方或辯方，都很努力想辦法要在一審能夠用比較有效率的方式來發現它的

真實。

再來，事實上在二審很多的重點應該在哪些證據能不能再調查，我們也很開心知道二審檢察官其實有清楚說明他們是想要嘗試去突破一審已經慎選證據的情況下，在二審能不能再繼續調查他們可能認為一審沒有提出來的證據。事實上我看到幾個高院模擬法院的判決幾乎都是一樣的見解，就是重點在一審，所以二審我想可能也比較困難，還有一個因素就是我覺得事實發現要最接近事實發生的原因才有可能。

在這個部分，其實我也想要提一個點，這可能跟我們辯方比較沒關係，因為我們辯方基本上是同一批人在做，就是說在一審的時候，不管要慎選證據，或是對於審前法官說明的程序，其實很多過程的細節不會有書面的紀錄。比如說我們辯方在討論要提出哪一個證據比較適合能夠證明我們主張的辯護事實，或是檢方他們在討論要怎麼樣出證這件事情，他們不會把每個理由全部都寫成書面紀錄，像內部工作，因為這一定是大家坐下來辦公室討論，可是這些討論的理由一定都深刻記在他們心裡面。但是在二審的時候會常常發現，二審檢察官可能試著想要嘗試突破一審沒有調查的把它拿進來，因為二審又是另外一批人，我們有時候聽起來會感覺像是他們好像在指責一審這個怎麼沒有拿、那個怎麼沒有拿。

依我們實際上在處理的過程中，我們知道兩邊都很努力想辦法在訴訟經濟跟發現真實的中間尋求平衡點，一開始大家都想互相拿出一些對我們比較有利的證據，提出很多，可是辯方跟檢方在討論的過程中，事實上我們都互相讓步，有好幾項證據可能都能證明同一個事實，我們就接受某一項特定的證據就好了，這是我們在一審的時候作出的努力。或許是因為二審檢察官這一次想在這個案件做一點突破，可是事實上我覺得一審的檢察官他們在這個事情上面是非常努力跟我們辯方合作，這件事情我們也可以感受到，這也是我們律師從來沒有的經驗。

因為以前傳統案件我們不會跟檢方有那麼密切的接觸，甚至接觸上大家可能一開始還會有一點點擔憂，像我們以前很習慣聯絡檢方一定是透過書記官，我們也不敢直接跟檢方開會，可是在國民法官案件，這應該會形成一個常態。所以，我的小小意見是有關國民法官案件一審跟二審尤其蒞庭案件的檢察官，是不是需要有交疊或同一組的情

況？當然我知道這可能牽涉到組織法的問題，但我覺得這個對於一、二審其實在處理案件的考量上會有很大的幫助。

再來，就是本件量刑標準的部分，剛剛李法官也提了很多，其實沒錯，這個案子的刑度確實對於我們常常在法院裡面辦案的人會覺得怎麼特別高，可是我覺得有一件事情大家都能夠接受，這是第一次有國民法官直接參與審判，所以它會有不一樣，我覺得這是可預見的。國民法官法第1條事實上也揭示，我們其實要開始考慮國民感情這件事情，當然我們現在在模擬的過程中能夠提出來參考的判刑刑度都是過去職業法官在做的，所以我們並沒有國民法官參考的量刑案件。我認為這個部分是一個階段的過程，希望最後能夠融成一個有共識的刑度，這個刑度一定是會考慮到國民法官參與進來，只是我們現在在前期階段的時候，我們只有職業法官的刑度，這時候我覺得就會回到像林老師講的，就是我們量刑的程序是不是要更細緻？

我先說一件事情，我們是不是能夠認真地思考，在有罪、無罪判決之後，才獨立進行量刑調查跟辯論？因為在這個細緻的過程中，才有可能慢慢去讓國民法官先瞭解目前實務上面法官量刑的基礎在哪裡，就是一般的刑度在哪裡，但是我覺得我們要尊重國民法官的意見。他們可能覺得因為有人死，還是要把它列入考量，我覺得那是對被害人的損害，所以我要把它拉高。慢慢累積下來之後，這一個判決的刑度事實上是會影響到職業法官的，為什麼？因為國民法官法並沒有強制所有，它是原則適用，還是會有很多案件是適用職業法官的，未來職業法官也有可能在量刑的時候，他們考慮的量刑判決是由國民法官參與的。

只是在這個前期的過程中，我們是不是要想辦法讓兩邊的距離拉近？所以，我們至少在這一個初期執行的時候，在量刑辯論的過程中，職業法官要能夠作出一些適當的指引，比如說告訴他們目前職業法官考量的平均可能是哪些的刑度，但是我們要尊重職業法官他們考量的因素。

還有一件事情，就是剛剛有討論的，死亡這件事情可不可以列入考慮？職業法官要不要適時介入，說有哪些因素可能在考慮的時候會違反法律的規定？就像本件一樣，我們既然認為它沒有預見可能性，在量刑的時候是不是要考慮死亡？還是說把死亡當作是被害人所受的後果？雖然不是行為直接造成，但是間接造成的。這個就是我覺得

剛剛林老師所說的，我們在量刑細緻的程序上面是不是要有一些思考的點？

還有一個部分，這可能是在一審的時候我們碰到的問題，事實上我覺得國民法官制度對檢方跟辯方來講，其實是很當事人進行主義的，而且法官的介入是非常自制，在這個情況下，檢方跟辯方兩邊會互相各據立場是很合理的，雖然檢察官有客觀性的義務，可是在這個制度下面，檢察官的客觀性義務可能很難期待，也沒有什麼好苛責的，因為這個制度的運作情況本來就是這樣。但是在這個情況下，我們覺得在一審的時候，辯方會有一個很大的問題是有時候我們需要去調查一些證人的時候，法院可以發傳票給證人，檢方發傳票給證人，不來就拘你，我們辯方事實上沒有這個權力，所以在國民法官制度的運作下，是不是院方或檢方協助辯方也能夠有一定強制力要求證人或機關提供證據的方式？

如果他們不相信我們律師直接去調閱，是不是可能要設想一個機制，我自己的想法是透過院方會比較適合，因為檢方畢竟還是跟我們有對立性的情況下，透過院方來幫我們傳訊證人之後，但是是由我們辯護人直接來詢問，或是去調閱資料之後直接先交給我們辯護人，我們當然最後在出證的時候還是會決定這個能不能提出來。我覺得這個制度既然是走很嚴格的當事人進行主義的時候，對於辯方的武器，是不是要給他一點點適當的幫助？

我想應該還有很多先進有意見，我就簡單表示意見到這裡，謝謝。

主席：

謝謝劉律師。

不過現行的刑事訴訟法制度，關於聲請傳喚證人還有聲明證據，本來就是法院去調的，就是這樣運作，並沒有要辯方自己調。

劉律師俊霖：

院長，我的意思是說，在出證之前事實上法官其實對一些基礎事實也未必那麼瞭解，傳來之後，是不是只有我們律師跟想要詢問的人直接來作詢問，而沒有其他院方或是檢方的人在旁邊？我的意思是這個樣子。

主席：

等一下我們請林教授跟我們說明，這個跟現行訴訟法的精神、規定有沒有相吻合。

至於量刑的過程，待會可以請合議庭胡法官跟我們說明。

陸、合議庭代表胡法官宜如心得分享：

主席李院長、評論員林教授跟李學長，以及現場還有線上的各位先進，大家早。就由我來代表我們合議庭分享本次模擬法庭的心得，而且也提出我們在操作上的一些疑惑一併就教，如果待會審判長或是陪席法官有所補充的話，再請兩位學長來補充。

首先，其實在我們的前面已經從北到南、到東部都有非常多場次的上訴審模擬，因此大概可以確立國民法官參與審判的第二審程序是採取事後審兼續審的精神。但是採事後審的操作，對於我們過去習慣第二審是覆審制之下要怎麼操作，其實我們合議庭當時在操作上面也有一些問題。

第一個，剛才林教授也有提到的，包括有爭執的事實或是不爭執的事實要不要再確認？在這個程序裡面，最後要不要訊問被告？還有，就是判決書的記載，特別是事實欄的記載，但是這個事實其實可能是原審所認定的事實，以後判決書事實欄的記載，到底是要寫原審認定的事實略以，還是用我們傳統的模式寫事實欄，等於是二審認定的事實？這些問題，包括要不要訊問被告，其實如果站在事後審是審原判決，而不是審事實的立場，我們本來認為似乎是可以不用的，但是我們沒有勇氣就直接省掉這樣的程序，所以我想這個等一下也可以就教，這個是我們在這個場次裡面所採取的一個大原則方向。

第二個是針對準備程序，到底是不是要準用國民法官法第 62 條？也就是在準備程序終結前，就證據能力或是調查必要性為決定，這個其實是在本院其他很多場次的模擬裡面也都有提出來的一個操作上的疑惑。合議庭後來討論的結果，我們認為是用國民法官法第 4 條，回去準用現行的刑事訴訟法第 364 條，再準用回現行的刑事訴訟法第 273 條第 2 項，對於不得在審判期日主張的證據，而且依照國民法官法第 91 條，本於國民參與審判的宗旨，所以我們在準備程序終結前，就證據調查的必要性，其實我們是有這樣的宣示跟決定。

關於要聲請調查的，因為檢辯其實後來在二審上訴之後，都各自有提出幾項證據的調查聲請，我們要怎麼來取捨是二審需要調查的證據？大概就分成這樣的一個標準，就是到底是新證據或非新證據。

如果是新證據，我們就適用國民法官法第 90 條第 2 項，採取比較嚴格的門檻，對於新證據的調查是有限制的，主要是體現國民法官

法促使證據在一審儘可能提出，避免一、二審因為資訊落差形成不同的心證。也就是改變了我們現在覆審制之下，有的時候是決戰二審，把一些有利的證據資料留到二審再來提出這樣的觀念，因此我們在新證據的調查是採取比較嚴格的審查標準。

至於如果是非新證據，也就是一審可能已經提出過，但是被一審曾經駁回的，這時候我們就回過頭去，以刑事訴訟法第 163 條之 2 的規定來檢視一審駁回證據調查聲請是否得當，並且依此來做調查必要性的判斷。大概我們的整體標準是這樣，因此最後我們認為在審判期日需要調查的證據，就是量刑資料的提出。

再來，關於量刑資訊系統的資料，剛才李學長有提到過，這個其實也是我們當時在操作上的一個疑惑，就是說量刑資訊系統的資料我們到底應該是要把它定位為科刑證據，或是作為量刑辯論依據的素材，而不是透過科刑證據的調查？這個其實在操作上我們曾經有過討論，有 2 個想法，後來我們採取的是用科刑證據調查的做法，當然或許待會在場各位先進也都可以一併來討論。

其實我們最後採取了科刑證據調查的方法之後，就給了辯方一個期限，這中間有一個插曲是這個期限在我們的審理期日前 1 週要提出來，我們當天等到了 5 點的時候收狀還沒有收到任何提出的資料，所以合議庭就有曾經討論過我們是不是要來力行所謂逾期提出證據失權效的規定。本來是打算如果沒有遵期提出的話，我們確實要下這個失權效的裁定，但是辯護人在晚上 6、7 點就提出來，所以後來就沒有顯示在判決，我想利用今天的心得發表也跟各位來做這樣的一個分享。

再來是剛才包括評論員、主席跟檢辯都有提到原審量刑的問題，關於原審量刑的問題，其實合議庭之所以認為原審在量刑的程序上面略有微瑕，我們基於的觀點是日本最高裁在 2014 年曾經作出寢屋川的判決。這個判決裡面，日本最高裁認為基於平等原則的要求，所以國民參與審判之後，過往職業法官的量刑行情或者是量刑傾向並不是不能改變，可是改變的前提是一審的職業法官必須要讓國民法官在量刑評議之前，先理解過往職業法官的量刑傾向或是量刑行情何在，在這個基礎上作為討論的起點，來決定是否要改變過去職業法官的量刑。

關於這個部分，我們的想法其實是有參照林裕順老師在今年 5 月

《月旦法學》雜誌有一篇〈國民法官與正當法律程序保障〉，這篇文章裡面就有寫得非常詳細，特別從量刑的正當法律程序這樣一個角度，這也是我們合議庭在做量刑審查時候的一個基礎思想。只是說最後這個量刑資料的提出，因為我國實務上對於量刑資訊系統的態度跟看法，其實跟日本是有一些不同的，日本是認為如果有偏離過去的行情或者傾向要說明理由，但是我國的實務是有不同的態度，而且以這個個案來講，不管檢辯雙方提出來的量刑資訊系統的資料，都沒有跟本案有比較吻合、密切的地方，因此我們還是基於刑罰個別化的要求，在個案裡面不能比附援引，而基於尊重國民法官量刑結果的立場做了這樣一個判斷。

最後，我想跟各位分享的是一些小的插曲，第一個就是剛才辯護人之一劉律師在最後的審理期日有跟我們提出遠距視訊開庭的要求，也就是在開庭的前一天下午，高院的資訊人員跟行政團隊非常努力為了遠距視訊開庭的設備測試了一個下午，合議庭這邊也特別再把COVID-19 司法特別條例拿出來看看，到底這個是不是符合可以遠距開庭的狀況。這個是沒有顯現在當天開庭狀況的一個小插曲，但是我想藉由這樣的一個座談會的機會把它提出來。

非常感謝這一次的模擬裡面可敬的檢察官以及辯護人同事，他們各自提出了書狀，有很多精彩的觀點跟攻防，也誘發了我們合議庭很多的討論跟思考。我在這邊必須要講的是所有判決的疏漏，這個都是因為我個人職務的調動因素，必須要趕在8月26日那一天宣判，因此判決上如果有疏漏或者是不足之處，都是歸咎於我個人。在這個過程裡面，其實不管是審判長或陪席法官，都給我在思考上面很多的協助。

好的模擬就是發現問題的模擬，國民法官實施在即，我也希望透過我們這一場次的模擬運作拋磚引玉，讓實施在即的新制未來的運作能夠更精緻、更順暢，謝謝。

主席：

謝謝胡法官。

胡法官親身體驗，到了刑事廳之後，更能夠讓我們的東西可以落實。

柒、來賓（原審受命法官）趙法官書郁心得分享：

院長好，還有林教授、李法官，還有線上、在場的各位先進跟學

長姐，大家好，我是原審的受命法官趙書郁。

我很感謝有這個機會可以來看一下上級審對於原審案件的審判，因為我們平常不會來看自己上訴審的案件。我覺得國民法官的案件藉由上訴審看待上訴案件的態度，其實會影響以後檢辯雙方他們提出上訴的可能性跟提出上訴所持的理由等等，所以這次我來看就有很多收穫，有一些地方可以跟大家報告的。

第一個，大家一直在爭執審前說明的部分，我要先說的是因為當時我們在做模擬的時候，是北院的第1輪次第2場次，所以其實我們是很早開始在做這個模擬，當時對於審前說明要用怎麼樣的格式，書面必須要作成PowerPoint，還是說怎麼樣子的狀況，都沒有一定的說法。那時候的審判長在做完這個PowerPoint之後，他是在準備程序前就先寄送給檢辯雙方參考，所以檢辯雙方其實是在準備程序或者協商程序中，對於內容有沒有意見提出一些質疑。但是我們在準備程序的時候，有問過檢辯雙方對於審前說明有沒有任何覺得不妥適或者是不當的地方，當時都是表示沒有。

為什麼後來會產生問題？我在想就是評議的時候，因為我們模擬案件評議是全程轉播，所以我們在裡面講些什麼，外面的人其實都聽得到。當時整個國民法官法庭裡面對於預見可能性這個爭點，產生了應該算是某種相當大程度的歧異，因為職業法官內部的論點就不一致，所以大家講的就開始有點分歧，導致國民法官講自己意見的時候，那個比數就非常接近，類似4比5或者是6比3之類，就是比較接近的票數。這時候審判長可能有拿出審前說明書的例子，再重行舉例一次關於預見可能性，當時國民法官可能就有些動搖，因為講完這個例子之後，我們繼續接著投票的時候，投出的結果就是大家認為沒有預見可能性。

當時這個評議結束後，我從評議室走出去，第一次聽到檢方他們對於這個審前說明書舉例的例子認為不當，也就是說，在評議之前，大家在看書面資料的時候，對於這個例子並沒有什麼覺得奇怪的地方，可能在評議的過程中是說明者的口氣，或者是說明者的態度，或者他說明的方式，讓大家覺得這個舉例開始有點不太對勁。我在想這個部分以後是不是有可能透過建置一個統一格式的審前說明書，對於各種法律概念有統一的舉例或者是說明，來避免我們針對個案去舉出一個非常接近個案或者是有點影射個案這種舉例不當的情況。

另外，第二個，高院的準備程序我有來拿資料，我用線上在聽，那時候對於檢察官提出證據調查聲請我很訝異，因為我回去的時候看在二審的時候，檢察官就一審已經裁示不必要調查的證據、一審未聲請調查的證據、一審已經調查過的證據，通通都提出再聲請，我那時候就有點疑惑我們一審在幹嘛？我們花了很多的時間跟國民法官一起在檢視這些證據、篩選這些證據，怎麼到二審重要的幾乎又重新再次聲請？但是我今天聽了陳檢察官的說法，我才理解原來他們是在做一個嘗試。

但是我還是要還原一下，就是在原審的時候，包含現場監視器這個影片是我們原審當庭勘驗的，當時勘驗的過程是這樣，我又回去確認了一次筆錄，是原審的檢察官提出、檢察官截圖、檢察官說明這個截圖應該如何記載，我們問辯方的意見，才作成這個勘驗的過程。也就是說，基本上是由檢方直接主導的過程中，他們去作成了這個勘驗，對這個客觀的勘驗結果應該是沒有意見，如果只是因為國民法官的法庭對於這個客觀的勘驗結果解讀上有主觀的想法不同，在上級審的時候就重新再聲請調查一次證據，我在想這是不是跟國民法官設定的宗旨會有些不一樣？只是說因為我後來看到學姐他們的判決其實是用很嚴格的態度去把關，我也在想這樣子是不是以後在上訴的時候，這種重新聲請調查證據在上訴中可以減少，比較不會這麼多。

再來，第三個，就是大家剛剛很關心的量刑，這個量刑資料的部分，其實我們沒有辦法在資訊系統裡面找到真的很相類似，檢辯雙方又對於要如何勾選檢索字詞有一點沒有辦法達成共識，所以最後合議庭裁示既然不是這麼相類似的狀況，我們就不再使用量刑系統。但是最近我在上金孟華教授的課程，金教授有提到如何避免職業法官有權威效應的時候，他說給予國民法官充分的量刑資料參考，這是一個友善而且避免權威效應的評議程序所必需的，所以我也在想之後一審在做評議量刑過程的時候，是不是還是有必要要把量刑資料納入參考。只是說這個資料納進來之後，到底會讓國民法官更加有參考依據，還是讓他們會更 confuse，我們真的是沒有辦法掌控，因為現在勾選的關鍵詞不是這麼切合、這麼符合、這麼貼近，其實讓國民法官某種程度會非常疑惑跟混淆。

再來，就是大家很關心的這個量刑過程，其實我們在量刑的一開始還沒有講什麼的時候，我們大概講一下第 57 條的那些因子，請大

家先自己寫一個刑度，我印象非常深刻，坐在我隔壁的國民法官寫了5年，5年就是傷害罪最高刑度，他覺得人已經死了，我覺得這是他們很直覺的一個法感情反映在這上面。大家因為沒有參與原審，原審其實在考量的一個問題是緩刑，這個案子後來辯方他們是有提出緩刑的要求，所以在量刑的時候，我們有特別跟各位國民法官說明緩刑的條件要在2年以下的有期徒刑，大家有討論過適不適宜給緩刑，所以我們最後在量刑討論的時候，有很大的重點是放在他們願不願意給緩刑，如果不願意，就是要判到2年以上。因此，我們討論出來的結果，國民法官認為還是不太適宜給緩刑，最後的刑度才會落在2年6個月，這是要跟大家報告的。

最後想要跟大家講，因為下級審的法官真的很關注上級審是怎麼樣看待我們的判決，所以當時在高院的前一次模擬，好像有一場是撤銷發回原審法院，我記得公布的那一天立刻有同事打電話來我辦公室問我說：「是你們那一件嗎？」很緊張，就說：「為什麼？」我就跟他說：「好像不是，因為我們那件還沒開始開準備。」所以我要講的就是我們其實真的很在意上級審是怎麼看待我們的判決。我也覺得上級審這樣子對於案件事後審的態度、對於證據聲請的把關，其實真的會影響以後上訴的機率跟大家所持的上訴理由，所以我也學到很多。

今天就先跟大家報告到這邊，謝謝。

主席：

好，謝謝趙法官。

跟同事們說不要擔心，或者是對於上級審的撤銷判決太過在意，這個是每天都在發生的事情。二審的法官也會受到三審撤銷，一審的受到上級審撤銷，這個是審級之訴的正常反應，我們國內的撤銷率也還算可以，待會請林教授跟我們簡單介紹一下。

今天我們前面的心得分享大概都已經做完，只剩下一位曾檢察官。剛剛因為時間不夠，沒有讓你發言，現在我們還是請你繼續。

曾檢察官文鐘：

謝謝主席還有各位先進，我想我們今天來參加這個模擬法庭，實際上大家都有很崇高的理想，想要去發現這一套機制究竟如何操作是會最好。

接下來，我們要提到本件一審、二審的判決都是認定傷害罪，可是大家有沒有去檢視一下這一個案子實際上是過去發生的案子，而且

在一審、二審、甚至到最後最高法院的判決是什麼？實際上它的判決是傷害致死，所以這一個案子就充分呈現了一個職業法官跟國民法官制度在判決上的不同。

這個不同的產生，我想一個非常重要的觀念，當初我自己看這個案子的起訴書，我立即的判斷就這個一定是傷害致死，不可能有其他的判決，我看了主文，怎麼判傷害罪？我很訝異，最重要就是所謂預見可能性。為什麼二審檢察官一再強調預見可能性？我們不是說最高法院的判決所引用一定要怎麼樣去處理，而是說最高法院歷次判決所揭示的標準，它其實是一個經過長期淬鍊跟檢視以後寫出來非常重要的引導準則，所以這一個案件裡面產生了原始案件判決的罪名跟國民法官判決的罪名完全不同。

這個產生了一個重要的問題，為什麼？我們來看一下國民法官法第1條的立法理由，它是說希望國民法官親自參與審判，對於法官如何進行事實認定、法律適用及科刑能夠有充分的認識與理解，我看到這個立法理由，我覺得它的推論如果只是這樣子單純推論下來，非常可怕。為什麼？對法官如何進行事實認定、法律適用及科刑能夠有充分的認識與理解，原來這個制度是要讓國民法官認識與理解，所以判決真正實際上進行怎麼樣是讓他們認識與理解，他認識與理解沒有完成怎麼辦？

所以，其實從我個人的解讀是這個要反向推回去，是要讓國民法官認識與理解實體法與程序法，對案件的事實認定跟法律適用及科刑能夠做正當的一個判決。如果我們不是一個反向的邏輯往回推前去，那麼我們這一個透過國民法官，只是在教育國民法官認識與理解法律的話，這個很慘，應該不是這樣，所以我認為這個是第一個重要的問題。

為什麼我會剛剛提到原來實際案件判決是傷害致死，國民法官判決是傷害？這裡面存在的問題就是如果這個預見可能性是我們讓國民法官帶進來很多的情緒，所以讓國民法官的法律感情能夠加進來的話，我們的實體法跟程序法原來存在的意義到底是什麼？所以，如果是加進來很多情緒的話，我認為應該不是這樣，而是說一個國民法官制度希望讓國民法官能夠有法律的普及，讓國民法官與原來的職業法官雖不近但不遠矣，接近國民法官對於法律的堅持跟理解，來做一個正確的事實的事實認定、法律的適用跟科刑，能夠告訴一般的民眾，我們

的判決可以很清楚看到國民法官的加入以後，原來跟職業法官是很接近的。

我認為應該是這樣，所以我們這一個案子再來思考一下。因為一個人學過武術，在路上一拳、一個肘擊讓對方倒地就死了，傷害致死跟單純傷害如果兩者來比較的話，其實傷害致死恐怕才是比較普通、直接而平實的一個認定，單純把傷害跟死亡切割，才是一個技術比較高門檻而特殊、不容易理解所做出來的判斷。

各位是不是再思考一下，一拳揮出或是一個肘擊讓一個人當場倒地就死掉，這個是不是一個傷害致死？是不是一個直接、普通而平實的認定？如果認定只是傷害，死了跟我們什麼關係？這其實真的是超越而且跟一般人想像不容易達到，所以這個是一個很不容易的認定。這個不容易的認定是在哪裡產生的？其實就是我們一直都認為一審的檢察官提出的上訴理由，就是國民法官的審前說明造成了預斷心理的影響。

剛才一審的受命法官也有提到，一審的審判長有事先寄給大家，問兩造有沒有意見，其實你想想看，這個部分是法院的職責所在，應該要盡到有關於國民法官法第 45 條、第 46 條的義務，一般而言，人家不會去質疑你，而且我們也不會去想法官原來的審前說明會出問題。其實不會，而且這個也不是辯護人或者檢方的義務所在，而是說一個精確的說明，這個是你本來的義務跟職責，如果你有出了一個瑕疵的話，對不起，我們還是要舉出，所以這個也就是上訴的理由第一個部分一定要提出。

其次，我們就要提到為什麼我們要做那麼多的嘗試？聲請調查證據。因為我們看到了原來事實上真正的案件是判決傷害致死，國民法官判決的是傷害，有一個審前說明我們認為不當的因素存在在那裡的時候，我們企圖讓真實能夠呈現的時候，就要竭盡所能把所有認為可以提出的這些方式都要去嘗試。講一句老實話，如果我們這個時候還含含混混，原來判這樣就這樣子去處理，今天在準備程序跟審理程序我們檢方表現出來的，一定是一個很弱勢、一定是一個很普通，讓人家覺得說明根本有氣無力，這會影響我們對自己職責所應盡義務的瞭解與執行，所以我們要提出來聲請調查證據這個方面，我們當時是這樣處理的。

所以，我在準備程序跟審理程序另外有一直強調，所謂心理學上

面對於認知的問題、對於認知層次這個問題的提出，其實有一個很重要的觀念就是說，為什麼很多法律系的學生讀完了刑法總則一學期以後，還是搞不清楚狀況？那是因為刑法總則這門學科一個學期來讀的話，真的是不夠，要反覆去吸收、反覆去咀嚼、反覆去瞭解一年、兩年、三年，所以國民法官只來參與一個案子的處理，我們真的很懷疑這樣的認知層次是不是應該要得到職業法官更多照顧的義務？

接下來，我要提到由國民法官法第6條規定裡面提出，案情繁雜或需要高度專業技術，非經長久時間難以完成審判者，可以裁定不行使國民參與審判，所以從這個法條裡面，我們可以知道法院企圖希望國民法官參與審判是一個恰到好處的案件。什麼是恰到好處的案件呢？我們本案的模擬，就是一個很簡單到不能再簡單的案子，大家都產生了這麼多互相的進攻跟防守，所以一審的檢察官跟一審的辯護人還有法院，我們從剛剛的說明裡面知道他們有很多的合作，但是我要告訴各位，如果合作變成了判決不如意的時候，我們將來一定會建議一審的檢察官不能太合作，因為這樣的判決結果會讓人感覺到落差。

所以，就慎選證據的部分，剛剛白忠志檢察官有提到，將來我們如果太慎選證據會造成挨打可能性的時候，我們真的沒有辦法期待一審的檢察官會太慎選證據。

這是以上簡單的心得，謝謝。

主席：

謝謝曾檢察官。

曾檢察官把我們這個座談會當作合議庭的辯論庭，不過個案的結果是不是妥當、是不是符合實質的真實發現，這是另外一個問題，我們二審常常會講不服就提上訴，這一件也是可以提上訴，讓最高法院再來表示意見。二審判決對於曾檢察官所提出來各個爭點，大概也都有說明跟回應，當然沒有辦法讓每個人都滿意。至於將來一審運作的結果，是不是每一點都要爭執，儘可能不要配合，一審審判長可能要做證據裁定再來處理。

第二點，就是關於上級審新證據的提出，到底它的範圍如何，我們的模擬案件幾乎每一件都有這個爭執，將來一定會形成共識。將來也可以預期所有真正發生國民法官參審的案件都會在二審做新證據提出的爭議，時間一久就會累積相當的數量，形成審檢辯所有法律人

的共識，就會變成一個共同必須遵循的原則，而不是每一個個案任意發揮，大概不會如此。

捌、綜合座談：

主席：

接著，我們到綜合座談，各位有沒有意見？歡迎隨時提出問題。

蕭主任逸民：

各位在座的夥伴，大家好，我是民間司法改革基金會辦公室主任蕭逸民，很高興這一次能夠從一審開始就參與了模擬法庭到二審，在這裡分享一下我自己參與的心得。我覺得今天這個場合很重要，特別是有高院的院長，還有很難得有檢察官的夥伴一起在。

民間司改會或是我自己在民間司改會工作，當時國民法官法的立法過程，我們是全程在立法院外面抗議，還有進行遊說，所以這個法律立的過程其實是非常衝突的。因為最大的關鍵點就是到底要陪審、參審，還有其中每一個程序要怎麼做。

我自己參與的心得，我覺得目前高院的部分真的是很需要整體的高院包含檢辯都要能夠認識到國民法官法的重要性。國民法官法的重要性，其實如果只是我們花這麼大力氣要審我們現在審的這個範圍的案件，那真的是大材小用，重點是我們現在審的範圍案件雖然很少，但是期待臺灣未來的法律可以透過國民法官法的帶領，領頭羊的精神，把很多的概念帶進來。也就是說，最重要第一個堅實的事實審，以及配套的事後審，以及之後的法律上訴審，目前司法院正在處理的是民事、刑事、行政金字塔的建立，其中刑事部分的堅實事實審，國民法官法就是領頭羊。

對二審的定位，包含判決書寫下來，我有一個建議，應該要著重二審的定位在維繫人民接受公正審判的權利。二審審判的關鍵並不在一審到底事實判得對不對，而是整個一審有沒有堅實的事實審，在其中的被告，包含被害人、所有參與人，有沒有接受一個公正的審判。所以，在這裡我必須說這一次上來二審，我很失望的地方是檢察官比如說提審前程序，這個在美國的陪審制裡面是上訴最重要的一種類型，可是打到後面檢察官花太多心力又去處理事實的部分，其實這就不是未來金字塔制度二審的定位，二審的定位是到底一審有沒有進行一個公正的審判。

我真的希望檢察官能夠揚棄或重點是要改變我們過去二審就是覆審，又再吵一次事實的這個情況，所以真的很重要的就是大家在整個審判的概念裡面能夠改變。我自己是很高興看到二審的受命法官、審判長很努力在維持這件事，可是我整個看下來，還是希望在高院系統裡面，大家可以在這個事情上更有共識，更能夠讓整個高院國民法官上訴審的審判核心是在監督、是在維繫到底人民有沒有接受公正審判的權利。

第二個，這一次我們模擬很重要凸顯了國民法官法其實當時立法一個問題，就是到底評議的時候，科刑要不要拆開？這一次這個案子也很特別，事實上我作為被告，我瞭解法院的實務，當時評議結果出來變成故意傷害，我也是嚇一跳，一審的時候我覺得怎麼會判出這個，真的很意外。可是上來二審，我們的律師很優秀，就提到一個問題，起訴是非告訴乃論的罪，可是判決下來是告訴乃論的罪，在科刑的時候有沒有重新調查過一次有沒有撤回告訴的問題？當初立法的時候是國民法官的評議先評有罪、無罪，再來也許有一個量刑的調查再做科刑，如果有這樣子的程序，其實這個問題可能可以解決。

這一次我們這個審判，我覺得其中一個很有價值，剛才大家沒有特別提到的，它其實凸顯了在量刑跟科刑現在是合併一起評議，未來有沒有需要拆開？也許林裕順老師或者我們之後在相關修法的時候也可以講出來。就這點，我也想聽聽這一審的審判法官的想法，當時我們這邊花很大的力氣在講到底撤回告訴這件事情要不要拆開。

最後回應剛才檢察官的一個說明，國民法官法第1條立法理由，它是一個政治上妥協的條文，民間很努力爭取進來一件事情是條文裡面有說要彰顯國民主權理念，這裡爭議很大，可是最後還是有被寫進條文裡面。也就是說，今天國民法官上了法庭就是法官，他跟職業法官平起平坐，是增加其他國民對司法的瞭解與信賴，不是國民法官來增加他自己對司法的信賴，所以國民法官就是法官，他就是行使國民主權，進來擔任法官，這個我要特別講一下，謝謝。

主席：

好，謝謝蕭主任。

我們辦模擬法庭、開座談會，就是要讓大家盡情表達自己的不同見解，在這裡不必形成共識，形成共識要經由審判，將來審判實務慢慢就會形成，因此法律人不同見解很正常，不必在這裡開辯論庭。

劉律師俊霖：

我現在的問題不是這個案子，而是有關國民法官制度。因為剛剛李嘉興法官有提到，最高法院對於判決死刑案件，會要求要做量刑前的社會調查，看起來這應該是最高法院的定見，但是國民法官案件顯然也很有可能碰到被告被判死刑的情形，我想要請教林教授，在國民法官案件，一審的時候在量刑的部分，量刑前的社會調查到底要在哪一個程序來做？事實上這會牽涉到有沒有可能判死刑的時候才做量刑前的社會調查，因為判斷有可能死刑就要做嗎？還是等到判決真的認定有罪之後，在量刑調查跟辯論前才做？我覺得這個問題可能也是國民法官案件會碰到的問題，因為畢竟最高法院顯然這已經是個定見了，一定要做的程序，這個問題想要就教於林教授，謝謝。

主席：

因為我們時間已經沒有多少，必須留一點給兩位講座來給我們做結論跟說明，我想先請林教授。

林教授裕順：

謝謝院長，以及謝謝在場辛苦的審檢辯，確實如院長講的，在法庭上那個氣氛又來到我們這個座談會的現場。

老話一句，真的是一個學習的過程，聽到很多不同意見，也學習很多，還是一樣狗尾續貂，把我自己的觀察跟大家報告。其實詳細的，我在個人的PPT報告中也說明了，就不再重複，最主要是針對剛才院長所提示的，或是說劉律師所特別指教的，我就特別回應。

剛才劉律師第一次發言的時候，應該我聽你的意思就是證人測試的問題，你說做證人證據調查的時候，是不是可以事先做一個溝通。我想這個如果我們術語是講證人測試的概念，我覺得這個應該是可以的，表示這個對你是爭點，或對你的攻防是有利的，尤其在第一審應該是可以。這是比較簡單，詳細的理由就先保留，否則闡述太多，占用後面李法官的時間。

第二點，剛才提到撤銷比例的統計，我有一個劇透就是等到年底有一個比較完整的報告。我也寫過相關論文，我的印象中，大概是跟日本差不多，差距不大，可是內涵是不太一樣。這一次有這個機會，我再去把幾個日本經典的上訴審資料看一下，我覺得要做比較完整的討論，可能留待其他的場合再說明。

再來，針對劉律師剛才問到社會調查，我用這個來回應一下量刑

的問題，或是剛才蕭主任提到審判二階的概念，說有罪跟量刑要分開，可是我覺得像這個案子這麼簡單應該是不用，二階的在處理複雜而且雙方爭點對立，有罪、無罪或是很多爭點，那倒需要。今天發生這個問題，可能根本的問題就是我們都太拘泥，好像評議的過程才有量刑，我覺得並不是這樣子。我剛才特別展示司法院這部法律把第一審的審前程序、開審陳述、證據調查、辯論節奏規定得很清楚，規定是有它的道理，也就是說，在準備程序就知道哪個是你們這個案子裡面檢辯雙方一定要折衝出某一些他們認為未來是刑罰裁量的因子，那時候就要先確定爭點，重點是這個爭點要用什麼事實、用什麼證據去呈現，我想在整個證據調查過程中就要去作調查。

所以，還是剛才提到的，審判起承轉合是連貫的，絕對不是一個單發式的，如果最高法院社會調查講的是所謂教化可能性，那是沒完沒了。我覺得要去調查的是跟這個案子有關、跟量刑有關的，大家去把資料或證據來展示，對爭點的問題要去講清楚，比如說這次到底告訴有沒有撤回問題，或是有沒有請求原諒或賠償金，那個起碼有關，要去談。

我想剛才院長提到量刑，臺灣更特別，日本的量刑資訊系統是審檢辯才能看，臺灣是公開看，我的意思就是說，這個案件裡面跟量刑因子有關的，絕對不是大家用喊的，一定要用證據資料支撐為什麼要做這樣量刑因子的探討等等之類，所以簡單講，回到這邊，我是覺得用另外一個例子就是說，剛才趙法官也提到審前說明當時一審審判長是不是有過猶不及的情況，可是我的想法是跟剛才脈絡一樣的話，其實法官的審前說明只是一個點，一審的過程當中，所謂起承轉合，裡面有開審陳述，證據調查到辯論每一個過程、每一個動作都是影響法官、國民法官對你們的認知，到底有沒有預見可能性。所以，我的意思就是說，我們不能把整個程序切割來看，要從頭到尾都想清楚，到底這個案子裡面大家真正的爭點在什麼地方，或是證據在什麼地方，這個證據是不是解決這個爭點要想清楚。

我舉一個最簡單的例子來當作我的結尾，剛才檢方一直提到武術老師一擊造成對方死亡，我看判決書或第一審檢察官聲請調查理由，都是要去證明傷害的故意這件事情，可是如果我們把調查武術老師不管用錄影帶或之前的簡介說明，把它放在客觀預見可能性去作證明的話，今天這個被告不是普通人，他是武術老師，而且他知道自己的拳

很重，讓國民法官、一般素人知道客觀可能性不是以自己的生活經驗或自己的狀況去做加油添醋的說明。檢辯在整個證據調查當中，應該把證據擺在解決爭點的上游，所以我再確認一下這次二審的判決書裡面，認為沒有重複調查的必要，就沒有同意檢察官這個證據調查聲請，我再強調一下檢辯在第一審的過程當中，或是我剛才一開始今天的主軸講了這麼一句話，為什麼日本資深法曹願意留在一審？因為它需要最充分專業知識的輔助，更重要是要整個審判系統的資源，人力、物力都要放在一審，這樣才符合一般成熟國家司法審判的邏輯。

還是這句老話，有這個機會來這邊跟實務的審檢辯學先進做一個學習，真的很高興。我們這個制度明年上路，大家真的要改變心態，大院長講得是沒有錯，這真的是完全不能用我們現在實務上操作的邏輯去操作國民法官，所以我是覺得剛才提到司法院有設專股在辦理，檢察官是不是也要分應對國民法官專職的檢察官去處理。

以上，謝謝。

主席：

謝謝。

各地方法院都有設國民法官的專庭，高院也預計在明年成立 6 個專庭來審理國民法官的上訴審案件，跟大家做一個報告。

接著請李法官，5 分鐘。

李法官嘉興：

謝謝院長，我不用到 5 分鐘。

就所謂的量刑前調查，這個會發生一個問題，我曾經寫過罪責二分論，在《司法研究年報》裡面提到，今天如果對被告不利，他們會主張什麼？因為我要撰寫這個的時候，我調了很多日本的資料，他們覺得你們去訪問的東西是有證據能力嗎？都是一些傳聞，你把它弄到報告裡面做判斷，可以不可以？這是一個問題。

另外一個，實務上不會用的原因不是在制度不好，一停下來以後，下一個案子要搞到什麼時候？而且要減輕國民法官的負擔，所以跟案件量有關。這個制度理想是非常好，但是對職業法官來講，辯論到一半停下來改期，這是一個問題，不是正當的理由，只是真的有這個困境。

剛剛在討論的時候也有一個問題，就是量刑因子跑不出來，我是覺得這種東西可以找類似的，像殺害直系血親尊親屬可以找殺人，殺

人再考慮直系血親尊親屬這個因子，這是一個辦法。其實你把過失致死那一部分拿進來，過失致死到底量多久、傷害到底量多久，這樣我是覺得取信於大家，量刑透明化是非常重要的事情。

我實務工作那麼多年，就是量刑，每天都在煩惱量刑到底要怎麼樣，被告上訴說太重，檢察官上訴說太輕，你告訴我怎麼樣輕、怎麼樣重、跟什麼比，他也沒辦法講，就上訴駁回了，不然怎麼辦呢？跟什麼比，要有一個可以比較的東西。

謝謝各位今天給我這個時間。

主席：

最後，還是要請顧正德法官跟我們說明一下刑事廳現在在草擬的子法有多少種、完成的進度怎麼樣。

顧法官正德：

謝謝院長。

奉院長指示，跟各位說明一下目前司法院刑事廳有關國民法官的子法、修法進度是怎麼樣，也回應一下剛剛白忠志檢察官的一些疑問。

國民法官子法司法院是規劃有 12 部，從 2 年前國民法官法三讀通過之後，整個刑事廳就開始啟動了一個子法的修法作業，目前已經完成了 11 部，這 11 部都是找審檢辯學還有各機關、學者專家等等一起去共同研商討論的。至於剩下最後一部，就是各位所關心的施行細則，這部施行細則跟今天上訴審也是非常相關。

這個部分因為它是一個非常龐大的工程，刑事廳本身是分成 5 個小組，各個不同的領域一起開會，總共有開了 26 次的會議。目前我所知道，這 26 次會議所有的討論都已經完畢了，整個修法的進度是刑事廳正在內部修正、討論，接下來就會做一個簽核，簽核之後就會給各法院表示意見，最後會做一個預告的動作，如果預告修正完畢之後，會再給行政院會銜，行政院會銜結束了之後就可以頒布。

目前大家所關心的上訴審修正方向，它規範密度是比現在母法還要高很多，所以大家可以拭目以待。如果未來公布了之後，應該都可以解決目前審檢辯所提出來一些疑問，以及模擬法庭所遭遇到的一些問題，我想這個部分可以做一個補充。

另外再補充一個，就是剛剛趙法官還有其他先進有提到，司法院是不是可以製作一個審前說明的範例，我想這個部分刑事廳也有聽到聲音，也有在製作所謂的國民法官指示手冊，目前是有 200 多頁，這

個部分已經製作完成在上簽中，等到上簽完畢了之後就可以做一個頒布。

關於子法的部分，主責法官是陳思帆法官，國民法官指示手冊的部分是文家倩法官主責，我相信如果未來操作上有什麼問題的話，刑事廳以及兩位主責法官都很樂意替大家解決疑問，謝謝。

主席：

謝謝顧法官跟我們說明刑事廳目前修法的進度，看樣子就要完成了。

今天我們已經超過 12 分鐘，謝謝大家的努力、大家的協助，我們可以有不錯的進度，預期明年開始實行的國民法官參審制度能夠順利、順暢地進行、運作。

再一次感謝林裕順教授，謝謝李嘉興法官，最後謝謝各位！

玖、致贈禮品並合影

拾、活動結束（結束時間：12 時 13 分）

台灣高等法院 111 年度國模上訴字第 1 號

高本院李院長、林教授及各位司法先進大家好！我是方才主席介紹的李嘉興法官。

雖然是奉司法院刑事廳指示前來擔任本次模擬法庭審判之評論員，然而名義上是評論，實質上個人是以如履薄冰的心情來觀模、見習，冀望將來可給所任職之高雄高分院有借鏡。

國民法官法是在裁判脫離國民的法律情感，國民長期對司法信賴度不高下之產物，因此國民法官法開宗明義即指出：反映國民正當法律感情係引國民參與刑事審判的目的之一，然而事實認定及刑罰裁量既係人為，難免發生錯誤或不當，因而仍然允許當事人利用上訴程序循求救濟。則二者如何調和兼顧，亦即第二審法院如何行使其審查之權限，攸關國民參與刑事審判制度之存續，及權利救濟甚鉅。

最高法院在今年度有關第三審上訴模擬法庭裁判（111 年度國模台上字第 1 號）新聞稿中指出，關於事實認定部分，除非案件有違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決，否則不得撤銷，量刑部分，除非有極為不合理之情形，例如忽略重要的量刑事實、對重要的量刑事實之評價有重大錯誤、量刑裁量權之行使有違反比例原則、平等原則等外，原審上均應尊重其裁量權之行使；訴訟程序違背法令部分得採取無害瑕疵理論等，指出了上級審法院行使審查權限。

以下本人就量刑審查及事實審查來向各位報告個人不成熟的觀模心得。

壹、有關事實審查部分：

就本案模擬裁判之判決而言，認定僅成立傷害罪，而量處有期徒刑 2 年 6 月，實際之發生之案件，職業法官係以傷害致死判處被告罪刑確定，因此國民法官之見解確除在犯罪事實之認定上與職業法官之看法不同外，就量刑部分亦重於職業法官。關於犯罪事實之爭點，主要是在被告對被害人因而死亡之客觀預見可能性。預見可能性有無之判斷係事實判斷問題，依國民法官法第 92 條第 1 項但書規定，關鍵問題是在該判斷是否違背經驗或論理法則一節，檢辯雙方論辯相當激烈，本人不打算在此多加著墨。本人想要說明的是罪疑唯輕之原則與經驗法則及論理法則違反，亦即事實認定是否還有不到違反經驗法則或論

理法則之程度，但顯然不合理之程度，而對被告不利益之情形，應給予被告救濟之情形，此有待於未來個案判決之檢驗。

貳、有關量刑審查部分：此部分可分為量刑事實之挑選及罪責相當之審查來討論：

一、量刑事由記載及評價義務：

國民法官法就有罪之判決書，關於「認定犯罪事實」部分規定得僅記載證據名稱及對重要爭點判斷之理由¹，惟應如何記載量刑判斷，除就「量刑評議」程序設其規定外²，其餘即付諸闕如。為提升司法透明度³，確保量刑事由係真實存，俾便上級法院得以審查，自應依國民法官第4條準用刑事訴訟法第310條第3款之規定，亦即有罪之判決書應於理由內記載「科刑時就刑法第57條或58條規定事項所審酌之情形」。此與德國刑事訴訟法第267條第3項第1句規定「判決理由應指出適用之刑法，並說明決定量刑之情節」⁴大致相同，這是對法院課以「量刑事由記載及審酌義務」。

二、國民法官法施行後「記載及審酌義務」變化之可能性：

國民法官參與刑事審判制度施行後，有關量刑事由之記載，是否仍須依循過往，一一羅列刑法第57條所列事由？日本並無相當於我國刑法第57條之規定，該國在裁判員裁判施行後，實務上認為「並不是將想得到對被告有利或不利的事由一一列舉，而是應明確的記載到底重視什麼樣的量刑事由，而量處如主文之刑才是妥當⁵」，或可供參考。

三、如前最高法院所述，刑之量定，應依循比例、平等原則外，刑法第57條規定須基於行為人之責任，學理上稱為量刑法上之責任主義。因此，責任主義除了在「量」上，有限制國家刑罰權之機能，與「罪責相當或均衡原則」同義外，尚有就科刑因素為「質」的限制之機能。縱使基於刑事政策上之考量，允許

¹ 國民法官法第88條參照。

² 國民法官法第82、83條參照。

³ 國民法官第1條參照。

⁴ 連孟琦譯 德國刑事訴訟法第285頁（元照出版、2016年）。

⁵ 司法研修所編 裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審のあり方 財団法人法曹会 平成21年5月30日第1版2刷69頁參照。

審酌與犯罪無直接關聯性之量刑事實，並非可以毫無限制，仍須受到責任主義之制約，援用不當，可能會透過量刑程序處罰不處罰之「損害」或「危險」，不當擴大可罰性之範圍，形成「間接處罰」之弊端。因此，最高法院曾先後指出：「刑法第77條第1項之無期徒刑執行逾25年，因有悛悔實據，而得許假釋出獄之規定，是否該「逾25年」期間屬過短，或認為現行矯正機構之矯正效果不彰，使重大犯罪者於一定期間徒刑之執行後，立刻得獲假釋，造成再犯率偏高等，均與具體案件「被告本身及其所為犯罪之情狀」無關，不宜作為量處被告死刑之不利參考因子⁶。

四、本件第一審之模擬判決於量刑時，關於犯罪所生之損害部分，事實欄記載「蔡佳霖因而當場倒地，失去意識並受有右後枕部頭皮挫傷及顱內出血，而中樞神經休克死亡」；於量刑理由時記載「造成被害人受有對撞性腦挫傷及顱內出血，雖被告對被害人死亡結果無預見可能性，但已造成無法回復的損害，危害他人身體法益不輕」等語。則死亡結果似已納入傷害罪之量刑事由。惟既認定不成立傷害致死罪，則死亡之事實，可否採為量刑事由？此涉及量刑是否以「行為人之責任」為基礎之問題，同時是界定及解釋刑法第57條第9款所稱犯罪所生之危險或損害之範圍之問題，為國民法官法第69條第1項前段所稱法令解釋，專屬職業法官之權限。本件原模擬審判，被告不服提起第二審上訴時，關於此部分，辯護人於上訴狀內大致係以被害人之特殊體質所致，原審量刑過重等語，指原判決不當。雖已呼之欲出，認為不得作為量刑因素，可惜未更明確要求列為爭點及說明其理由，並於量刑辯論時亦未就死亡是否為傷害罪所生損害詳為論辯。因此，準備程序之爭點可以更細緻。

其次，被告生活狀況、職業、品性、智識程度等行為人之人格部分，原係有特別預防所應考慮之事項。模擬判決依過往審判實務所慣行方式，記載「被告自小全家移民加拿大，在國外大專畢業後因工作不順，遂返回國內以教授英語及武術為業，被告家人均在國外，目前是單獨生活、左眼先天異常，配戴義眼」等情，然上開量刑事由應為如何之評價？其評價之方向為何？亦即應從重或從輕之評價，未見第一審模擬判決於量時為

⁶ 105年度台上字第682號判決、105年度台上字第1627號判決參照。

說明，當事人亦無從指摘，上級法院亦無從審查。且教育程度愈高，是否應量處較重之刑，眼睛異常是否應從輕？均不無疑義。除死刑或無期徒刑外，如果對刑之輕重不生影響，是否可考慮不予記載？

五、量刑幅度之審查：

刑法第 57 條規定科刑時應以「行為人之責任」為基礎，明示行為人之責任為量刑之基準，學理上稱為「當為之量刑基準」，亦即刑之量定應使「罪與責相符，刑與罰相當」⁷；使罪與刑相當⁸。然而罪與責是否相符？應如何判斷？此亦涉及量刑審查之方法。

德國認為責任相符之刑罰有一定之幅度，法官可在該幅度範圍內，審酌預防目的後決定宣告刑。幅度理論是以應報刑論和目的刑論為目標的「統合說」作為歸結，基於責任主義，同時有助於預防目的之量刑。幅度理論以如下之例子說明，亦即「量」之概念是在不喪失「量」所保有之「質的概念」下擁有可以增減之某種幅度。例如冰一直到零度還是冰，水到 80 度仍然是水，超過 80 度就開始變成蒸氣。但無論在什麼情況下，只要不讓質變化，就不會改變量的臨界點；刑罰亦同，感覺痛苦的量，即使某程度的增減，仍然是真正的應報，亦即仍然是妥當的刑罰。大部分的立法者有在最重與最輕之間，承認像某種幅度那樣相對確定之刑罰規範，在這樣的情形下，起了可以審酌不同觀點之上開意義的量的概念的作用⁹。我國最高法院亦表示「責任對應之刑罰，並非唯一之定點，而係具有寬嚴界限之一定區間，在責任範圍內具均衡對應關係之刑罰等語」¹⁰，是刑法第 57 條所稱責任主義或實務上所述罪刑相符原則，與德國之通說同，係採幅度理論。然而幅度之範圍是存在法定刑內，或是在確定具體之責任時有其幅度？

(1)量刑尺標論：

由各種量刑事由衡量結果，將罪責程度轉換成具體之「刑量」，亦即從法定刑中選擇適合於該當案件之具體之刑量，是科刑的最後階段，也是最困難的部分。德國的通說，認為此

⁷ 最高法院 105 年度台上字第 984 號判決意旨（九）參照。

⁸ 最高法院 103 年台上字第 1799 號判決參照。

⁹ 城下裕二著 量刑基準の研究 成文堂出版 第 83-84 頁。

¹⁰ 最高法院 108 年台上字第 3728 號判決參照。

一過程，法定刑扮演著重要的角色。亦即法定刑不只單純是科刑之上限和下限，而是立法者準備為了可讓各種輕重不同之犯行能順利的與具體的刑量結合的輕重尺標，是由立法者事先預想可能發生的全部案例所排列之連續可罰性的尺度所構成，由於我們可以想像最輕的案件是法定刑之下限和最嚴重之案件相對應，其他的案件，則按情節輕重，在該連續性尺標內定位其在法定刑中之位置。例如極為輕微、輕微、中度、重大、極為重大，透過把握對應該案件之相對輕重之尺標上位置，找出符合該案件之刑量，使刑罰數量化變成可能。成為問題的是想定何者屬於情節中間程度之案件，如何將該案件定位在法定刑尺標上的哪一個位置。可以想定是在最輕和最嚴重的案件中間之「觀念上平均的案例」或「規範性標準案例」，將其放在法定刑之中央值，待處理之系爭案件較上開案件嚴重的話，往法定刑之上方量處，較輕的話，往法定刑下方量處的想法。但因為把「一般來說，普通、不重也不輕的案件是這樣的情形」的案例作為假定性規範一節，畢竟有其困難。因此實務上，以在實際上最頻繁發生之「統計上一般案例」作為比較之依據¹¹。此說認為幅度之範圍存在法定刑內。然而在決定宣告刑之前，尚有法律上減輕或加重事由，甚至有酌減規定，且加重、減輕或酌減之幅度，法院更有相對之裁量權，此外，尚有刑罰各別化所要考慮行為人人格等各種量刑因素，因此，此說對於具體刑罰之決定，仍有待克服之難題。

(2) 量刑傾向論：

依上開量刑尺標論，要具體指出刑罰之幅度有其困難，對如何具體的決定責任幅度之疑問，日本學者是以自過去以來審判實務上所累積之「量刑傾向(存在としての量刑基準)」作為參考¹²。該國最高法院在一件夫婦共同虐待1歲8個月女兒致死之裁判員裁判案件，以量刑不當為由，撤銷第一、二審之判決時作如下表示：「我國刑法在一個構成要件內包含種

¹¹小池 信太郎著「裁判員裁判における量刑評議について」慶応義塾大学法学研究会 82 卷 1 号 604—606 頁；井田良著「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(一)」慶応義塾大学法学研究 55 卷 10 号 78—79 頁、前大法官蘇俊雄著「量刑法理與法制比較研究」法官協會雜誌 88 年 12 月第 1 卷第 2 期第 37 頁。

¹²原田国男著 裁判員裁判と量刑法 成文堂出版 初版 第 117、118 頁。

種犯罪類型為前提，制定幅度甚廣之法定刑，之後，在審判時以行為責任原則為基礎，宣告適合該當犯罪行為之刑罰，經由裁判例之累積，顯示每一種犯罪類型之某種量刑傾向。雖然不能立即認為所累積之裁判先例本身具有法規範之性質，但在決定量刑之際，有大致上標準之意義。量刑作為裁判之判斷，為了獲得認同，被要求須客觀適當的評價量刑要素，結果不能損害量刑之公平性，將目前之量刑傾向納入量刑判斷，已成為擔保該當量刑判斷程序是妥當量刑程序之重要因素，這在裁判員裁判亦適用。裁判員制度是為將國民之視野納入刑事裁判而導入，從而可預料裁判員制度之施行可能對裁判員裁判導入前累積之量刑傾向予以適當之調整。在此意義上，裁判員裁判並未被要求嚴格調查、分析制度導入前之量刑傾向，何況，並未要求須依量刑傾向而為量刑。但不可言喻的是雖然是裁判員裁判，要求必須保持與其他裁判結果之公平性的適當量刑。評議時，要求以目前概略的量刑傾向作為合議庭之共識後，以該量刑傾向為「出發點」，深入適合該案件之評議。當然，裁判員之任務既在刑事審判中引進國民的聲音，就不能否定本質上隱含著改變現行量刑傾向的可能，但是這樣的量刑判斷，從公平性的觀點出發，當要大幅度跨出過往之量刑傾向時，有具體說明之義務等語¹³，認為量刑不能損害於同種犯罪類型之公平性，「量刑傾向」具有指標意義之規範之機能，且係擔保量刑過程透明化之手段外，將量刑傾向認為是責任之幅度。與我國最高法院所指量刑不得違反平等原則同其旨趣。

六、我國有關量刑資訊系統之規範機能，及實務上之動向：

司法院為期量刑公平、透明、妥適，並增加可預測性，自99年起陸續建置並啟用「量刑資訊系統」，使用者勾選所犯法條、法定加重減輕事由及重要量刑因子後，可查得實務上類似案件之平均刑度、最高、最低刑度，及量刑分布全貌圖供作量刑參考¹⁴。其後在訂頒之刑事案件量刑及定執行刑參考要點第17點亦建議量刑時宜參考「量刑資訊系統」，依說明意旨亦在追求量刑公平及妥適，核與日本刑事審判務上所稱「量

¹³ 最一小判平成26年(2014)7月24日刑集68卷第6号928-930頁。

¹⁴ 司法刑事廳 法官論壇—刑事討論區 司法院網站108年12月10日參照。

刑傾向」所追求之目標大致相同。

然而審判實務向來認為「量刑資訊系統」之性質僅為蒐集不同個案，依統計、分析等方法，評估法院量刑之落點，供作法院審理個案參考。每一個案犯罪情狀有別，尚難據此拘束法院對個案於法定刑範圍內之自由裁量，或進而指摘個案的量刑為違法¹⁵；具體個案情節互異，無從比附援引他案量刑或所定應執行輕重，指摘本案量刑或所定應執行刑不當¹⁶；「量刑資訊系統」內之相關數據，僅供法院量刑參考，並非據此剝奪或限縮法官審酌個案情節適切量刑之裁量權限，不得僅因法院量刑結果與此統計資料未盡相符，即可指量刑違法¹⁷。大抵均以個案情狀有別，僅供參考等由以為指駁。

現行刑事審判實務上就有關同類型，犯罪情節相似之案件所為科刑，非但在不同法院之間，甚至在同一法院裡參差錯落者屢見不鮮，執以指摘量刑不當者甚多。而等者等之，為憲法平等原則基本意涵，如對相同之事物為差別待遇而無正當理由，即屬違反平等原則¹⁸，亦難昭折服。縱有裁量之餘地，非有正當理由，不得為差別待遇¹⁹，英格蘭與威爾斯量刑委員會答覆不能認為量刑準則係侵害法官獨審判之權²⁰。指摘量刑統計資料係干涉審判，顯然多慮。參考要點第 17 點亦規定「，如有顯著偏離，宜為說明」，以排除裁量結果係因非理性之主觀因素所致之量刑歧異。上級審法院亦得透量刑分布消弭不公平的量刑，亦即量刑幅度僅具寬鬆之規範機能，法院仍得具體說明其理後，為不同之裁量，此與美國聯邦量刑指南要求法院必須詳細說明偏離之理由相同²¹。

(1)最高法院就「量刑資訊系統」定位的變化，及刑罰個別化之要求：

以殺人罪之犯罪類刑為例，檢索「量刑資料系統」，可發現列舉之量刑因素為：犯罪方法、犯罪工具、被害人數、犯

¹⁵ 108 年台上字第 2901 號、第 2682 號判決參照。

¹⁶ 108 年台上字第 2675 號判決參照。

¹⁷ 108 年台上字第 1867 號判決參照。

¹⁸ 101 年度台上字第 5830 號、第 6296 號判決理由甲（二）部分參照。

¹⁹ 行政程序法第 6 條參照。

²⁰ 林尚諭著 英格蘭與威爾斯量刑委員會 司法周刊「司法文選別冊」108 年 8 月 2 日第 1963 期 7 頁。

²¹ 法律出版社出版 美國量刑指南—美國法官的刑事審判手冊第 4 頁參照。

罪動機、行為人與被害人關係、犯後態度等，所選取者係犯罪事實或與犯罪事實有密切關聯性事由，亦即所選取者均係客觀之量刑事由。可作在幅度理論之大框架內審酌，其餘未列舉之行為人個人一身量刑事由，例如教育程度、生活狀況及品性等，核屬特別預防所應審酌之事由，向為審判實務上向來所不重視之量刑事由，則縱或情節、地域關係不同，亦得在量刑大框架內作細微調節，以兼顧刑罰個別化要求。法院對當事人對量刑不當之指摘，依量刑統計資料而為判斷，亦非無可能。

因此，最高法院亦表示：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。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「強制力態樣為：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），在有罪部分計入評價之聯想，是否適宜？似有再行斟酌餘地²²等語，肯認「量刑資料系統」所顯示之量刑幅度具有匡正量刑不當之機能。

嗣又以：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

²² 107 年度台上字第 3897 號判決參照

務判決資料後，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²³。有關量刑不能明顯偏移「量刑資訊系統」所顯示之量刑幅度的看法，亦值讚同。

是量刑系統所顯示之幅度，說是近似於責任幅度的近似值，似無不可。所謂「除無任何理由明顯偏移量刑系統刑度範圍外」，反面言之，是指如有正當理由，即可超越目前該犯罪類型之量刑幅度。因此，量刑幅度並非靜止不動，亦即量刑資訊系統雖不能擔保其後之量刑係妥適，僅是辯論或評議之起點。但如無正當理由而「明顯偏移」，即有可能落入量刑不當之裁量瑕疵。

(2) 量刑資訊系統所產出「量刑分布資料之性質」—係證據或主張或兼有之：

本件模擬審判，辯護人對檢察官得否於第二審提出上開資料有一番之爭執，準備程序中關於證據調查之必要性，則認定係證據，且有調查之必要，而准許辯護人之證據調查請求。依法官法第 64 條之規定及立法理由稱「避免當事人或辯護人於審判階段才不斷提出新主張，甚至故意遲延訴訟程序」等語，似於準備程序終結後，不僅不得提出新證據，亦不得為新主張。則無論量刑分布資料係主張或證據，除合於例外規定之外，均不許提出。

按特定犯罪量刑輕重之分佈係由客觀量刑因子所形成，則於檢索時可能因法院及當事人所各自重視之量刑因素，或對所主張之量刑因素是否存在及評價方向不同，而異其所檢出量刑輕重之分佈資料。因此，有認為當事人根據所取得之量刑分布資訊進行量刑辯論，核屬各自對於量刑之主張，分佈資訊之提出則為落實其主張之方法，且在無遲延訴訟之虞下，應無不許之理。至是否為量刑之證據？如認為量刑資料以自由證明為已足，會不會增加作為證據資而調查及使用之許容性？可能有待討論。

²³ 108 年度台上字第 2686 號判決參照。

量刑評議時應以當事人之主張作為評議之「出發點」，再深化各個量刑事實影響刑罰輕重之討論，使國民法官有對等之能力與法官共同實質參與量刑評議。如此方能達到妥適量刑，及程序的透明化，而昭公信並受公評，一般刑事案件之量刑亦然。至判決所指若干特殊犯罪行為與量刑因素之資料不常發生、取樣不足，無法數值化，代表性難以建立等情，縱令屬實，亦得擇取性質相近之犯罪類型以資因應，例如殺害直系血親尊親屬罪，自可參酌殺人罪之量刑資料，再審酌直系血親尊親屬之因素作為量刑評議之出發點，如此可避免直觀或情感性之量刑。本件模擬裁判已意識到上開問題，值得讚賞，以上係本人簡要之報告，謝謝李院長給我這個機會，及感謝各位的聆聽。

高雄分院李嘉興法官