

臺灣高等法院 111 年國民法官上訴審模擬法庭第 2 輪次 第 5 場（桃園地院案件）座談會會議紀錄

時間：111 年 11 月 25 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：

中央大學溫教授、最高法院蘇法官，各位庭長、審判長、法官，還有各位檢察官、律師道長，各位先進，大家早安！

今天是本院辦理上訴審模擬法庭第 2 輪次第 5 場的座談會，本院辦理模擬法庭上訴審一共辦了 5 場，這是最後一場，因為時間也已經到了 11 月中，明年的 1 月份新法正式上路，地院就會開始受理案件。預計高院的案件最快也要到半年後，要到 6 月之後可能才会有案件，在這之前，我們必須做好準備工作。

前面的 5 場，我們把可能會遇到的問題大致上都已經提出來過了，模擬法庭的合議庭也都表達法律見解，最高法院在這中間也有過模擬法庭的裁判，也說明了他們的看法，在本件裡面就有引用到。這樣就是我們辦理模擬法庭的目的，希望能夠預先地發現問題、處理問題、研究、加以解決，避免將來實際的國民參審法庭上路之後的混亂。

今天這個案件是桃園地院的第一審案件，本院的合議庭組成是由遲中慧審判長、楊志雄法官擔任陪席法官、邱筱涵法官擔任受命法官；演練的檢察官有沈念祖檢察官、柯怡如檢察官，及吳慧蘭檢察官，吳慧蘭檢察官因有事今日不能到場；在本次模擬法庭擔任辯護人是有李明哲律師、袁曉君律師、王唯鳳律師，謝謝三位道長；評論員有中央大學的溫祖德副教授、最高法院的蘇素娥法官。

蘇法官在擔任廳長任內一手擬定了國民法官法各項的草案，在法律通過之後，她擔任士林地院的院長，有非常多的場次模擬法庭的經驗，甚至還有蔡總統親自到士林地院去觀看他們模擬法庭操作的情形，所以她對國民法官參審有相當深入、精湛的研究，今天一定可以給我們這一場次帶來很精闢的分析及提出很實用的見解。不耽誤大家時間，我們就按照議程開始，謝謝大家的熱情參與，謝謝！

貳、評論員溫副教授祖德評論：

主席李院長、評論員蘇法官、刑事廳李廳長、陳思帆法官，另外尊敬的合議庭、檢方的學長們、辯方的道長們，還有在座各位先進，大家好，我是中央大學溫祖德，今天非常榮幸受邀來這邊做國民法官上訴模擬法庭第2場次第5輪次的評論。

因為我這個是臨時才做的 PowerPoint，可能沒有說做非常多張，但是我想就幾個點來跟大家作交換。與其說來評論，其實我在實務的運作過程當中也學到非常多，所以感謝有這個機會來這邊作評論。首先，我要先稱讚一下審檢辯三方，三方都表現得非常精彩，尤其合議庭在指揮訴訟明快果決。受命法官在指揮訴訟的過程當中，就諸多的裁定，在適時的時間應該要先表達法院的心證，待會我會講，我覺得受命法官也都扮演到這樣應該有的角色，所以這個合議庭表現得可圈可點。模擬到這個第5場次，感覺貴院都已經準備好了、都已經準備齊全了。

以下部分先簡述一下我這個報告的大綱，報告大綱我打算分五大部分來簡單跟大家做個報告。首先，第一個部分是上訴審二審準備程序的重點，會是應該要注意到什麼事項，其次是上訴制度的採擇跟說明。

我先簡單就這邊說明一下，其實我自己看了不少場次的模擬法庭，也評了不少場次的地院模擬法庭，就目前國民法官上訴二審制度來講，現在大部分學者或者實務界比較多的法官都說已經看到了，其實我在今年1月司法節的報告也是做這樣的主張，應該採的是續審制跟事後審制。事後審制兼續審制的部分，其實是限制的續審制或者是嚴格的續審制，這待會會再說明。

為什麼今天還要就這個部分來說明？因為大家如果有從第一天準備程序到庭來參與或是觀摩整個程序，可以看到檢方其實在準備程序裡面主張國民法官的上訴二審是採覆審制，換句話說，對這邊可能有不同的意見，我必須要就這個法律的制度面來做個分析，為什麼在國民法官二審上訴制度是採事後審制，以及嚴格的續審制。

再來，我會就本案的法院判決稍微作說明，最後就量刑上訴的審查，因為量刑上訴的審查其實是邱筱涵法官在整理本案上訴爭點時候的一個重點。就是兩大重點，一個就是原判決是不是違背經驗法則、論理法則的部分，第二個其實就是量刑上訴的部分。

首先，就上訴二審準備程序的重點，我想二審的法官在面對國民法官法案件二審上訴，到底應該要如何進行準備程序？首先，我們應該是要整理上訴理由、對造對該上訴理由有什麼樣的答辯、整理這個上訴的爭點與整理證據。在本件裡面，因為只有檢察官提起上訴，辯護人沒有提起上訴，所以在這邊主要整理的爭點是針對檢察官所提起的上訴。

上訴爭點的整理之後，對於上訴理由的部分，上訴方這邊到底有沒有提出什麼樣新的證據，是審判庭接下來要注意的重點。也就是說，有沒有什麼樣新的調查證據要進行整理，除了要進行這個整理以外，還要審查到底上訴人有沒有釋明調查新證據所需要各項程序的要件或程序事項。此部分主要是在國民法官法第 90 條第 1 項但書的例外規定，比如說有沒有非因過失，上訴人要主張非因你自己在原審的過失，未能於第一審提出聲請，或者是於上訴審所提出的證據、想調查的新證據，是第一審言詞辯論終結後才成立或才存在的證據，或是有沒有第 3 款不調查顯失公平的情況。最後，大家不要忘記第 90 條第 1 項的規定裡面，還有一個調查證據的必要性，即便通過這三個審查，還有一個必要性要加以審查。

上開部分都整理完後，才會去審酌證據能力的部分。國民法官法第 90 條第 2 項就證據能力部分，原審對於證據之證據能力如已有合法調查，在第二審當然可以作為判斷的基準。但如果提出的新證據是新證據且有調查必要的話，那麼我們對於這個新證據的證據能力還要再來做一個裁定，決定到底這個證據的證據能力能不能在第二審作調查、有沒有證據能力、可不可以進審判庭。如果都沒有這樣一個新證據的話，原來的證據有證據能力，可以作為判斷的依據，我們緊接著就可以做調查證據的裁定了。

我覺得是不需要回到原審的爭點去看。當然在本件有一個例外，就是說本件被害人跟被告之間，4、5 萬塊這個糾紛到底是不是因為買賣毒品債務的糾紛、被害人到底是不是一個販毒者，有起了一個爭執點，這個爭執點可以拿出來列為上訴理由的爭執點以外，原則上我覺得在二審就不需要再回到原審的爭點再去重述與表達。

另外，原審起訴事實的陳述其實也是可以省略的部分，因為在二審我們已經不是在審理原審的起訴事實，我們不是在發現真實了。待會我會講，因為二審制度的採擇，會影響到二審審判庭所採擇的制度，

審判庭偏向什麼樣的制度，就會影響到是否仍是在調查起訴事實的部分。總而言之，國民法官法二審的制度採取的是事後審制跟嚴格的續審制，或者是有人稱之為「限制的續審制」。上訴審的制度當然也就不同於原來的覆審制，所以我們就不用採用原來覆審制這樣一個準備程序的方式、調查證據的方式來進行。

二審審理的對象，因為在採取所謂的事後審制兼續審制的情況，所以審理的對象其實是原判決有沒有違背法令的規定，或是事實認定有沒有錯誤的情況，有沒有要開啟新證據調查要受到嚴格的限制。

對於上訴理由的爭執跟不爭執事項，在準備程序裡面是可以整理出來的。在本件，比如說檢察官上訴理由有提出新的調查證據之聲請，這時候準備程序庭就要去審查有沒有國民法官法第 90 條第 1 項但書各款的規定，然後由法院做出裁定。特別是要審查這個程序上要釋明的程序要件或者事項，所以課予上訴人多了一些義務，不像覆審制上訴人的上訴比較簡單，他的上訴理由的陳述、提出，他的上訴的證明是真正，完全重複的一次審理，這邊就產生很大的不同。

最後，在準備程序裡面，二審才需要做調查證據的裁定，包含有沒有調查證據的必要性，都要在這邊呈現出來。以上是對於二審的準備程序跟一審的準備程序，與一般刑事訴訟二審的準備程序，應該要採取不同的制度做一個說明。

其次就是上訴制度的採擇，此次受命法官也做得很好，本件在準備程序進行中間休庭，經過合議庭評議後再回到庭上做這個裁定，在準備程序就宣示了對於新的國民法官法，二審法院所採取的上訴制度，從準備程序筆錄大概 10 幾頁處就可以看到。本案準備程序，受命法官就已經諭知本件上訴審是採取限制的續審制及事後審制的設計精神，所以原則上不得重新調查證據，當然有符合例外的情形且有調查必要始得為之，二審法院應該要本此意旨，妥善行使審查權限。

這些依據其實是來自於國民法官法二審上訴制度簡短的幾個條文，國民法官法二審上訴制度的條文只有第 89 條到第 92 條，扣掉第 89 條以外，真正只有 3 條的規定，規定得非常少，當然我們期待未來施行細則裡面應該會有非常詳盡的規定。上次有聽到刑事廳這邊就施行細則擬定了 340 幾條的規定，所以我相信此部分已經有針對二審部分做非常詳盡的規定。

國民法官法第 91 條的規定是必須掌握的核心條款，國民法官

法第 91 條規定：「行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限。」它的重點其實是在該條的立法理由。國民法官法第 91 條立法理由，我在簡報上特別有標出來，重點即是它的立法理由，直接看條文還看不出來此條文是作為第二審的審查基準。也就是說，國民參與審判制度重要目的，本就是希望能夠融合國民多元的意見，讓國民與法官共同參與刑事審判以反映一般正當的國民法律感情、增進國民對司法的信賴。所以上訴審應該本於國民參與審判制度的宗旨，妥適行使審判權限，不宜輕易以閱覽第一審卷宗之後所得到的不同心證就予撤銷，此即明示第二審法院之審查基準。所以，國民法官法第 91 條，我將其定位為帝王條款，或者上訴二審的指導原則，從該條文以看到國民法官法所採取的是事後審制。

再看看第 92 條的規定，就事實認定的部分。國民法官法第 92 條第 1 項但書的規範，就事實認定的部分，除非違反經驗法則、論理法則，顯然影響於原判決，否則不得撤銷原判決，這就是嚴格遵守事後審的精神。原則上即為事實不能隨意更動，更要注意的是，這個事實不僅不太能夠更動，如果發現經驗法則、論理法則是有誤會，必須還要影響於原判決，才能撤銷原判決的部分。

這裡就會產生一個新的問題，請問二審法官在審酌一審上訴卷宗、證物資料的時候，到底憑的是二審法官的經驗法則、論理法則，還是何人的經驗法則、論理法則？這其實是一個重點。我們可以看到國民法官法第 1 條跟第 91 條的規定，第 1 條跟第 91 條的規定都已經注意到是要綜合著兩個部分，第一，我們知道這個是國民法官跟職業法官共同形成的心證，共同作出心證的形成、事實的認定，這樣的心證形成跟事實的認定，原則上加入了多元的意見。在一審國民法官裡面，可能是有賣菜的、學校的老師、家庭主婦、來自於社會各行各業的國民，他們心裡所認定之事實與所擁有之經驗及論理法則，原則上二審就應該要尊重，而非二審用二審職業法官的角度去閱卷之後，得到不同的心證就輕易撤銷原審判決。所以，所謂經驗法則、論理法則，我個人覺得指一審由國民法官跟職業法官共同形成的經驗法則跟論理法則。

你說我沒參加一審，我怎麼會知道呢？仔細去看這個本案原審判決，事實上在心證的這個部分已有論述。就是檢察官上訴關於刀子的

長度、刀刃的寬度，或者是被告在計程車上跟計程車司機所說過的話，或者被告之前有去騷擾過被害人等等，這個部分其實在一審的判決裡面都已經有論述，原審判決的想法可能跟上訴人的想法不一樣，所以上訴人就此提出上訴。

但是這個時候我們要注意到這個經驗法則跟論理法則，其實是一審的國民法官跟職業法官所共同形成的經驗法則跟論理法則，如果在這樣經驗法則跟論理法則的形成是合乎倫理的、合理的，是一個理性人可以推出來的，你就不能任意再指責這個經驗法則。如果二審職業法官在閱卷之後，認定跟其所有的經驗法則、論理法則不一樣，覺得明明這個就是殺人，不然為什麼要帶一把 30 公分的刀刃到現場？這就是殺人的意思。這樣恐怕就有違背及誤會國民法官法的宗旨了。

第三個部分，關於國民法官法第二審上訴制度對於調查新證據的規範，採取限制的調查。此部分主要在國民法官法第 90 條的規定，即除了第 64 條第 1 項第 1、4、6 款的情形，或是非因過失未於第一審提出聲請，或是在言詞辯論終結後始發生的證據，且不調查顯失公平的情形下始得調查新證據。

關於調查證據的限制性，第一個部分要提醒的重點，上訴人就程序事項的釋明，要由上訴人負舉證責任。只是該舉證責任沒有負這麼高的責任，並非要達到有罪的心證程度，事實上有相當釋明的事項是上訴人要能夠提出的，所以我們看到本案合議庭在最後準備程序裁定關於證據可否調查的部分，就證據是否調查已做詳盡的說明。所以，這是首先第一個部分，就是說上訴人可能要提出相當的釋明，你才能夠說服法院要讓你開啟調查新證據的這個契機。

補充說明，第二審法院到底有沒有依職權調查證據的空間？相信可能有非常多不同見解。我提出我的想法，因為國民法官法沒有明確規定，所以我們大部分會找過橋條款，即國民法官法第 4 條的規定，對於國民法官法沒有規定的部分就回歸第 4 條規定，準用刑事訴訟法第 163 條的規定，故第二審又回到第一審採取覆審制。如果這樣做，第二審法官是在做發現真實的事，第二審究竟是審查審、事後審，還是發現真實審？也就是在做堅實的第一審。所以，我才說第二審應在準備程序就把你的心證公開，說明本庭是採取如何見解、第二審的上訴制度是採取事後審制兼有限的續審制或限制的續審制，公開後上訴人應該馬上就要明白所要盡的責任是到哪個程度。

當然高等法院扮演非常重要角色，在第二審上訴制度，應要有統一的見解，如果在有不同高分院見解認為第二審採取覆審制，將來在國民法官第二審上訴制度實施上就會大亂。還有一個第二審在操作上要非常小心的點，就是二審的審判者對於自身定位的理解是什麼？是偏重事後審的審查，還是重在個案事實的調查？如果還要再開啟職權調查，就等於是回到個案事實的調查、起訴事實的調查，等同於仍在做堅實的第一審，但從第 91 條的立法意旨來看，已諭示了很強的事後審制的精神面，所以如果二審又擔任起一審的工作，嚴重一點講，即為覆審制之復辟。第二審如又再做覆審制，就違反了國民法官法的宗旨。

所以，我覺得比較好的方式，事實上是透過當事人的聲請調查。如果當事人聲請無法通過的時候，比如說國民法官法第 90 條第 1 項第 2 款非因過失未於第一審提出聲請，在本件我們可以看到上訴人所提出要傳喚的兩位證人，法醫蕭開平還有另外一位在現場壓制的證人，調查驗傷診斷證明書來證明當時壓制被告，被告反抗力度有多大，表示被告有多強的殺人犯意，非要致被害人於死地等等，這個部分其實有一個部分要仔細地觀察是，我們常常會想到：「奇怪，這些東西不是應該一審就已經調查過了嗎？怎麼會二審還想要再來補充調查？」有一些部分甚至是一審就已經提出過聲請的證人，或者是要釋明為何是非因過失未於第一審提出調查。

不過在第 90 條第 1 項但書第 3 款有一個如不調查顯失公平的條款，將來可能被大幅地引用。如果一審調查過了、一審都進行過了，二審我就用這一款來主張上訴事由，可以主張沒有調查顯失公平，但是很可惜的，在本案中，上訴人這邊沒有說明為什麼他們在二審補提出新調查的這些證據有何沒有調查顯失公平之處，沒有釋明這些事項，所以沒有辦法說服法官調查這些新證據。我看到二審在準備程序作出的裁定也有就此部分說明，所以就是沒有提出其他的說明及釋明，夠讓二審來認定非因調查顯失公平的情況。

將來比較適合職權調查的部分會是什麼？日本的法制雖然我比較不瞭解，當然國內有 1、2 位學者已經有寫文章了，但就美國法制，在二審幾乎是沒有再做職權調查事項的部分，所以我們看不到在美國法制說二審還有職權調查事項，純粹就是上訴理由的審查，由上訴人來主張這個部分。可是我國國民法官法第 4 條確實是可以準用到刑事

訴訟制度，所以未來國民法官法二審上訴制度的職權調查我自己比較偏向是比較消極調查的傾向，就是說如果不調查這個證據是顯然違反正義的，跟第 90 條第 1 項但書第 3 款的情況類似，如果不調查，對這個案子失去了正義，就可以來發動這個調查；如果沒有到達這個狀況的話，二審法官其實應該堅守的是儘量不要依職權來發動調查，這個才是未來在二審採取事後審制跟限制的續審制或者嚴格的續審制的趨勢。

第四個部分，我們可以從判決的形式來看。在國民法官法第 92 條兩種情況，一種就是撤銷原判決自為判決，另外一種就是將原判決撤銷發回更審，由國民法官來重行審判。就後半段的部分，是比較偏向續審制的部分，就前半段的部分，也就是說，撤銷原判決自為判決的部分，其實這個有點像是事後審的角度，比較像最高法院的角度。

從以上四點來看，都可以看出國民法官法二審的上訴制度設計其實是以事後審制兼續審制，而且續審制是有限的續審制為原則。至於哪一個比較多、哪一個比較少，各庭之間的運作都還會產生一些差異，但是很重要的是，二審法院到底自己如何定位？定位之後，在準備程序裡面要適時提前讓上訴人跟被上訴人知道，以便他們舉證，我覺得這是一個在準備程序裡面需要做到的重點。

當然如果未來全國已經統一，二審通通都是採取這樣的制度，已經沒有人會再去解釋它是覆審制，哪一個部分是採取事後審制、哪一個部分採取嚴格的續審制都講得一清二楚的話，我想運作上就沒問題了。如此一來二審在準備程序就可以不用再就這個部分來作說明，因為這個變成是理所當然知識論上的問題了。

另外，我補充一個，就法令有沒有錯誤的部分，這個是援引所謂的無害錯誤法則。這當然是美國法的部分，我也看到其實國內不少人主張，就是說在國民法官二審上訴制度，因為它的事後審特色，所以這個時候反而是去適用刑事訴訟法第 379 條、第 380 條的規定，認為訴訟程序違背法令的部分要顯然影響於判決，如果對原判決無害的話，可能就沒有無害錯誤法則的適用。在法學方法論上，到底要類推適用，還是要怎麼樣準用，這個當然我們可能要看施行細則是如何進行規定，這個部分我只是提出我的想法。

所以國民法官法二審上訴制度在我的眼裡是很難解釋為覆審制，這個是我的一個小結論。另外，上訴審的審查也應該以上訴理由為準，

事後審制重要的是上訴審以敘明這個理由為審理的範圍。

這邊就本案判決的部分，我想合議庭在判決的部分當然都做得非常好，就是說聲請調查證據的部分，在判決第7頁以下，駁回本案調查證據聲請的說明，因為已經先諭知了在二審法院採取什麼樣的一個定位，比如說檢察官在上訴主張主要是後面三點的部分，也就是傳喚證人陳宏昌、法醫蕭開平，還有聲請調查陳杰生因壓制被告導致受傷的診斷證明書，這三個部分都是認為如果沒有調查顯失公平，但是因為此部分沒有釋明相當的證據，所以本案的法院在判決裡面就已經駁回這個部分的聲請。

就第一個部分，就是說聲請調閱被害人的前案紀錄表，來證明被害人本身並不是一個販毒者，這邊其實是原審已經存在的證據方法，所以不符合第90條第1項但書的規定。第90條第1項但書的規定，本來在一審這個就應該調查，你也沒有辦法去釋明在一審有什麼樣非因過失的狀況而沒有調查，或是第一審言詞辯論終結後才成立的前案紀錄表，沒有這樣的一個狀況，當然這些調查證據的聲請就被駁回。

另外，本案判決就原審事實認定並沒有違背經驗法則跟論理法則的部分，也論述得非常清楚，我特別標出一個部分，就如同院長剛剛所講的，最高法院也已經做出國模字第1號的判決，所以本件合議庭有引用最高院國模字的第1號判決。裡面我看到一句話，我覺得這個是非常好的法學觀念，也就是說，在第一審的事實認定，什麼樣是所謂的第一審經驗法則和論理法則，原則上你還是要參酌國民法官法第1條跟第91條的規定。如果第一審在認定之後，事實上經驗法則跟論理法則的認定已經是屬於合理的部分，就相關細節都已經交代清楚，我再回去看本件桃園地院的判決，為何不是殺人、為何是傷害致死的部分，雖然實施後國民法官法的判決可能不會像一般刑事訴訟判決這麼冗長，但是我們可以看到就相關細節的部分，還是有詳細交代心證的形成，也就是說，本件不是殺人的犯意，是傷害致死的犯意。

最後，我還是要提醒，在國民法官法第92條的立法理由提到，第二審法院原則上要尊重國民法官於第一審判決反映的正當法律感情，所以在彰顯事後審制的精神及經驗法則跟論理法則。不能用二審閱卷後的一個心證就來推翻，或是上訴人也不能以閱卷後的一個心證，擅自覺得不同心證就要作為一個上訴理由，我想這是一個非常大的重點。

本案的二審判決，就原審判決如何認定關於非出於殺人的犯意，下手部位、衝突起因、攜刀談判、傷勢跟刀刀相比等等，都已經講得非常明白，並沒有違背經驗法則、論理法則，特別是沒有違背一審國民法官跟職業法官共同所形成的心證，在二審判決裡面有提到，所以我想判決是一個非常公正、非常公允的判決，就是該論述的部分都論述到了。

最後，我想要簡單講一下量刑上訴的審查，因為時間其實已經超過了。因為我的留學背景，所以我主要是報告美國法的部分。美國法就量刑上訴的審查，其實是採取 Abuse of Discretion Standard，所以它是採取所謂的有沒有濫用原來量刑裁量權的審查，也就是有沒有逾越裁量跟濫用裁量。通常在他們標準的一般專論裡面，都有提到量刑二審的審查有下列特徵，第一，必須要以一審法官對於證據跟訴訟者的觀察為主，而不是由二審的法官以卷宗內的紀錄或者是證據資料自行複製這樣的狀況就可以改判，就覺得我的量刑應該要比較重，所以美國的二審跟我們國民法官法說的立法理由其實還蠻像的；第二個，是在決定下級審是不是濫用裁量權，通常會說明下級審法官相較於上級審法官，對於量刑的部分事實上是有更深的認識。這個不是比較審級的問題，而是下級審法官在做堅實的第一審，他在做犯罪情節事實的調查、犯罪行為人人格事實調查後，得到了這樣一個心證，可能比二審只是單純閱卷，比較簡短的一個準備程序、審理程序，跟被告只有比較簡短的接觸來講，比起來第一審相較之下有較深一層的認識。美國法上還有針對量刑前調查報告，美國的一審法官對於他們的量刑是非常慎重的，所以必須以量刑前調查報告、量刑準則來進行約束等等，第二審法官除非有找到逾越裁量或者是濫用裁量的部分，才需要撤銷第一審的量刑。

第三個部分是裁量性的決定，通常要以特定的脈絡下來決定，我所謂特定脈絡下來決定，這是原文的翻譯，也就是說，在本案特定的事實下這個脈絡來做決定，所以專論都提到二審的法官不要用一般性的原則來看量刑，量刑沒有一般性的原則，只有個別性的原則，只有個別化的量刑，以這樣一個觀點來呈現。

我想我的評論重點主要是上面的部分，第四個部分是我昨晚臨時突然想到，在犯罪被害人訴訟參與制度實施之後，這制度我感覺始終沒有受到太多的重視。當然我不是說法院不重視，法院都讓被害人來

陳述了，怎麼會不重視？法院當然還有是有重視，但是本案中我第一次到庭就看到被害人戴著帽子及口罩，好像蒙面俠坐在角落，感覺非常弱勢，我看到被害人的席位在法庭的配置，是在檢方的後面沒有錯，不過因為檢察官是面對著被告方跟辯護人方，可是只有被害人的座向是面對法庭，導致被害人跟檢方的溝通上有些困難。其實有一些被害人的設計制度，他的座位應該是在檢方後面沒錯，跟檢方比如說是立於同向，這樣跟檢察官溝通可能還比較好溝通，這只是我額外的一個發想而已，所以這個不是在本案國民法庭裡面的一個評論重點。我想我今天簡單的評論跟與談就到這邊結束，謝謝院長、謝謝各位。

參、評論員蘇法官素娥評論：

主持人李院長、溫教授，還有李廳長，以及在場的審檢辯各位先進，大家早安，現在由我來跟大家分享一下我對高院這個模擬案件的意見，剛剛溫教授有提到第二審架構的部分，我等一下大概也會稍微提一下。剛剛他也提到最高法院已經有幾件判決，除了國模台上 1 號之外，還有我自己寫的國模台上 4 號也已經上網了，大家也可以到國民法官專區下載。

首先要跟大家提到的是，一直有人提到這個國民法官法針對上訴篇只有 4 條規定，4 條條文如何來規範一個這麼大的國民法官第二審跟第三審制度？要跟大家講它的立法背景，我們都知道憲法第 16 條訴訟權的保障，還有大法官過去有非常多的解釋提到所謂的審級救濟、訴訟救濟應該要怎麼樣去設計，相關的程序跟要件這個部分是屬於立法權的裁量行使、立法形成自由，所以要通過怎麼樣的上訴審？得通過立法院這一關。但前提要件是，要採取什麼樣的上訴救濟制度，要跟第一審的審理方式做一種制度性的關聯思考，如果國民法官法的第一審已經跟現行第一審制度有很大的變動及不同，那麼我們的第二審就不太可能還是維持現制。

當時立法時，國民法官法是有希望通過，但還是有路線之爭，就是參審、陪審吵得很厲害。刑事訴訟的金字塔草案已經完成，但是它在立法的過程是受阻的，所以我們當時在想，如果可以在國民法官法的第二審跟第三審直接通過金字塔訴訟制度的話，那是比較完整的。但事實上在立法院要通過這個立法是有困難，所以我們不得已要想到 A 計畫跟 B 計畫，認為二元制可能是一個不得不面對的問題。如果要讓它能夠妥善地運用，要去思考我們的第二審到底要怎麼設計。法條

如果太多，恐怕連第一審都過不了。第二審採取完全的覆審，剛剛溫教授提到，它有很多不可行的地方。在討論的時候也有討論到，如果第二審職業法官的意見完全推翻第一審國民法官的意見的話，恐怕並不是這個制度設計的本意。

另外，也有人提到要不要我們第二審也來國民參審一下？如果第二審採覆審制，也加入國民法官，同時也會被挑戰難道第二審的國民法官就比第一審的國民法官要高明嗎？它的正當性在哪裡？所以其實有非常多的討論。如果第二審要採覆審制，又跟現在一樣，變成第二審才是事實審的重心，第一審又被架空了，大家就會認為國民法官是玩假的嗎？所以，在經過幾番討論之後，認為第二審採覆審制是完全不可採的。有人講說要不要直接讓它變成完全的法律審？這個部分就變成把第三審直接變到第二審，大家也覺得不太可行。所以，後來一個折衷的方法是用事後審兼續審制的方式，這個續審又是限制的續審或嚴格的續審，就是因應國民法官參與的特性，尊重第一審的判決，限制證據的調查，還有認定事實錯誤可以撤銷的基準，這個部分當然也參考了日本已經施行十多年的實務上一些最高法院判決。

剛剛有特別提到，我們上訴審的條文雖然只有 4 條，但是有一個過橋條文，沒有規定的部分就準用刑事訴訟法的規定。這個部分剛剛溫教授已經提到第 91 條的重要性，我不再重複，溫教授提到是「帝王條款」、陳運財老師說是「指導原則」，在我自己的判決裡面，我把它定義為「規範原則」。

所以，關於第二審的構造，結論就是事後審兼限制續審。關於這個部分，跟大家報告的是，在禮拜二，最高法院也舉辦了一場關於模擬法庭的研討會，在研討會最高檢察署的代表也已經同意，他們也認同，第二審的構造是事後審兼續審制。這個方向應該是現在比較多人採的，最高檢他們也是贊同這樣的意見，法務部對這個方向應該也大致上是贊同的，所以關於第二審架構的部分是朝這個方向在作解釋。當然細節的部分溫教授剛剛提到，到底哪一個的成分濃一點，那個部分可能在個案裡面會有不一樣，甚至我們還聽到有一些學者他的建議也非常有趣，他認為要有第一階段跟第二階段，第一階段是事後審，第二階段才是限制續審，這樣又更嚴格一點。所以這個部分我覺得可以留待實務跟學說發展。第二審的構造我不再重複，因為從不同的方向跟角度去看，哪一個部分是事後審、哪一個部分是續審，會有一些

不太一樣的解釋，請大家看我的投影片或我所做的國模台上字第 4 號的判決。

我現在要特別提的是第二審上訴理由的部分，第二審沒有限制上訴理由，所以就事實認定、法律適用或量刑判斷不服的，都可以提出上訴。但是在第二審的上訴理由裡面，上訴人所沒有提到的事項，到底要怎麼樣來進行審理？剛剛溫教授的意思好像是說應該要採最嚴格，只能在上訴理由範圍之內來作審理，從美國法來看是可以做這樣的推論，但如果是從我們的第二審制度，認為還有一點續審的性質，甚至於立法理由裡面也提到法院是可以依職權調查，關於這個部分實務上還有一些討論的空間。

我們的意見是這樣，因為採取的是事後審的精神跟原理，如果第二審的法院認為有必要職權調查，但上訴理由裡面沒有提到，起碼要做一個必要性的判斷，就是這個必要性的判斷要回歸到國民法官法第 91 條的宗旨，同時為了要避免有突襲性的疑慮，就上訴理由還沒有敘明的部分，希望第二審在依職權調查以前，可以給當事人陳述意見的機會。當然這個陳述意見機會要適用或是類推適用刑事訴訟法第 163 條第 3 項，因為第 163 條第 3 項是調查證據的陳述意見，跟上訴範圍、上訴理由的陳述意見，還是有層次上的不同，究竟是要用類推的方式，或者是直接適用，或者是法理上去解釋，這個部分有一點發展空間，但是原則上是法院要避免突襲性裁判，給當事人陳述意見的機會。

剛剛也提到很多調查新證據，像我們這一件裡面，檢察官有聲請調查證據，什麼是新證據、什麼是舊證據，也請大家參看我的書面資料。

我這邊特別要提出的是，關於剛剛溫教授提到，準備程序的時候受命法官在處理檢察官聲請的調查證據，我們可以看到檢察官的第一個證據就是被害人前科紀錄表的部分，他沒有釋明他是根據第 90 條第 1 項但書哪一款來聲請。後面的三項證據聲請，關於證人跟鑑定人傳喚的部分，檢察官都主張是如不調查顯失公平，可見如不調查顯失公平將來會被用得很多，我等一下可以跟大家再分享這個部分，因為我們有一個見解在星期二最高法院有非常激烈跟熱鬧的討論。

如不調查顯失公平，或許李院長會非常熟悉，因為它其實是從失權效那邊來的，而且這樣的文字在民事訴訟法第 447 條裡面有一款規

定，我們的刑事訴訟法要引進失權效的時候，也借用了民事訴訟法的一些文字，包含這一條。這一條的解釋，跟民事訴訟法的解釋要不要一樣？但因為民事訴訟法第 447 條是攻擊防禦的部分，這邊是關於新證據的調查，訴訟原理是不是有點不一樣，解釋上可能會有一些空間。

實務上運作，就發現檢方跟辯方可能就這一條以後的運用會非常廣，如果法院採取比較寬的角度去適用這一條，很有可能我們就向續審或是覆審傾斜，因為沒有一個證據跟公平沒關係，所以這一條在第二審的適用要非常謹慎跟小心，必須回到第 91 條的初衷，去看看事後審的宗旨，法官在思考這一條的時候要非常仔細。

所以，我們這一庭其實有提一個見解出來，是不是可以參考最高法院 101 年第 2 次決議有關於第 163 條第 2 項「公平正義之維護」的「公平」那個見解去思考，就是說要往被告有利的事項才來調查。這個建議當然就是參考最高法院 101 條第 2 次的決議，還有實務上所累積的經驗，但是也受到一些質疑，因為條文裡面沒有，會不會被人家說是增加了法條所沒有的限制？檢方的反應會特別激烈，因為檢察官會認為他們聲請調查證據那邊受限更多，所以這一條是還有討論的空間，不過就提出來讓大家也去注意到這一條，將來在適用的時候要格外謹慎。

我聽說民事訴訟法好像這一款後來刪掉，就是草案裡面，顯失公平的部分太抽象或是太概括，實務上可能有適用的困難。是不是有刪除的情形，這個部分可能院長會比較清楚，跟大家做這樣的補充。

國民法官法第 90 條第 1 項但書，法官在作裁量的時候，要注意一下除了符合這幾款的內容之外，還要去討論它有沒有調查的必要性，這個調查的必要性，可以用刑事訴訟法第 163 條之 2 的這些考量來思考。

證據調查的必要性，除了新證據之外，也有人就舊證據再重新聲請，聲請的時候，也要做證據調查必要性的考量。假設這個證據是在第一審已經聲請被駁回的，你可能就要去思考它第一審為什麼被駁回，他現在為什麼要重新聲請、在第一審被駁回的理由是什麼，做一個綜合性的判斷，這是必要性判斷的一個階段。

如果法院要依職權發動調查，從第 90 條的立法理由來看，第二審可以職權調查的時候，它的必要性的判斷要十分嚴謹，不管是用第 163 條第 2 項的前段或是第 163 條第 2 項的後段，在準備程序的時候

應該要做一些處理，譬如說曉諭，讓雙方都知道這件事情，同時要給當事人有陳述意見的機會，這個部分在我們的判決裡面有論述，請大家參考我們的書面意見。

再來，有關事實認定的審查標準，這個將來也可能會有一些爭執出現，就是什麼叫做違背經驗法則跟論理法則？經驗法則在個案裡面是非常不同的，個案可能都不太一樣，所以其實我覺得很難把它抽象化，寫出幾個字就可以代表所謂的經驗法則。

第二審以事實認定錯誤來撤銷原判決的時候，等於是賦予第二審比較高的義務，在判決理由裡要敘明到底是違背了什麼經驗法則跟論理法則。同時上訴人在上訴理由中如果質疑原判決事實認定是違背經驗法則跟論理法則，應該要寫清楚載明上訴所指摘內容到底是什麼，第二審法官斟酌之後，也必須很具體在的判決書裡面寫清楚到底是違反了什麼經驗法則跟論理法則，而不能夠一語帶過。假設只是第一審跟第二審對於證據的評價不同，雙方各有所據的話，這恐怕就不能夠認為是違反經驗法則或論理法則。

接著，剛剛溫教授也有提到所謂的無害瑕疵的部分，這個部分有非常多人都提過，關於訴訟程序違背法令，第 380 條要不要直接適用，或是類推適用，或是法理上適用，只是差在論述上怎麼去論述的問題，但基本上都認為是可以用的。適用法則違誤的部分，包含實體法的部分，實務上事實上也都在用，譬如說沒有經過合法調查的證據，你把那個證據引用，但是這個證據跟核心事實沒有太大影響，大家覺得就過了。另外，此部分大都是程序事項，證據法則的違誤，像我們講說想像競合犯輕的罪沒有論到，這個部分也是有瑕疵的，但是實務上也可以用無害瑕疵來通過。

這邊要跟大家分享的是，美國有一個判決裡面提到的一句話，它說憲法保障被告受公平審判的權利，但是它沒有辦法保障被告享有一個完美無瑕的審判。因為訴訟程序環環相扣，人可能會犯錯，就是法律設計可能會犯錯，這中間可能有一點小瑕疵，但是為了訴訟經濟跟整體的公平正義，恐怕沒有辦法一個小的瑕疵就推翻了整個判決，供大家參考。

再來，科刑的部分，就是剛剛溫教授有講到裁量濫用的部分，我就不再重複了。

現在來跟大家說一下本案相關議題的部分，我大概會分成四個部

分來講，第一個是有關於審理事項，第二個是證據調查准否的問題，再來就是有沒有違背經驗法則、論理法則，還有科刑的部分。

首先是我們這一件應該有一個精彩的重點，是檢察官就原審不爭執的事項，他到了高院主張要改為爭執，這可不可以？如果我們去想想看什麼是事後審？事後審審判的對象是什麼？事後審審判的對象是原審的判決，而不是那個案件本身，所以你要看的是地院的這個判決，與其所引用的訴訟資料。如果地院的判決顯示這個東西就是不爭執的事項，而且它是有一些依據的，這個時候上訴人要去爭執的話，准准或是寬認，就會變成覆審制。就是第一審有爭執的，通通到第二審再重來爭執，反正法院通通會准，這樣等於整個案件重來，所以在這個部分的話，可能還是要回到第二審的架構是事後審兼嚴格的續審這個方向去思考。這個案件裡面，合議庭也是這樣在處理這個問題的。

再來是證據調查准駁的部分，剛剛溫教授提到的我基本上都贊同，但是我想提出一個點來供大家參考，就是檢察官在提出證據調查聲請的時候，關於第一項聲請調查被害人的前科紀錄，並沒有講特別的理由，也沒有講根據哪一款、沒有釋明，後面的三項證據聲請理由都說是如不調查顯失公平。上訴人就此部分只有這樣子主張，但是本案合議庭非常認真，把國民法官法第 90 條第 1 項但書的每一款都斟酌了，在後面宣布的時候說斟酌了全部的事項，認為通通沒有符合，所以均駁回聲請。這個情形就是，當事人沒有主張的部分，法院究竟可不可以依職權調查，我通通幫你想想看？我通通幫你斟酌？這個會不會有問題？

我們在羈押聲請的時候曾經也吵過一次，就是檢察官聲請只有第 1 款，可不可以去講第 2 款跟第 3 款？這個情況會有一點點不同是，它還是在一個當事人進行的架構下面，如果開庭的時候，上訴人沒聲請，結果法官自己把它考量進來，後來也准了，我想兩邊都會很驚訝。

所以，基於第二審的事後審這個訴訟架構，如果法院認為想要調查上訴理由裡面所沒有提到的事項，還是要回歸到第 91 條的本質，甚至應該要讓當事人有表示意見的機會，問大家這個有沒有第 2 款的情形。就是雖然看起來明顯沒有符合，可是假設你要依職權這樣做的話，應該還是要讓大家知道法官在做這樣的思考，而不要突然就最後跟你講說我幫你想過了，通通沒用，所以這邊可能在程序上要稍微做一個調整。

接著，就是有關於違背經驗法則跟論理法則。這個在本案判決書的第 11 頁有提到一段話，檢察官一直在爭執的那段，「原審以被告僅為處理 4、5 萬元的毒品債務」，就是數額太小了，所以認為沒有殺意這個部分。合議庭的判決書裡面提到一句話，就是原審判決的這個認定與向來實務見解有所不同，這句話我就想了很久，我不曉得你們所指的「向來實務見解」是什麼？不曉得合議庭心目中的向來實務見解是什麼？是哪一個判決？或是有一個什麼樣抽象的認定？認為實務的見解是什麼？所以合議庭是認為本案第一審的判決跟現在的實務見解不同？

後來判決中又寫了這一段，說原審的國民法官法庭在證據調查的結果，依照事發當時的客觀情狀綜合觀察認為，所反映的是一般國民的經驗法則，所以感覺上合議庭認為第一審的這個認定，是反映一般國民的經驗法則，這樣子是不是就夠了？但後來又加一句，說尚難僅以向來實務見解來認為原判決有違背經驗法則，這一句話的意思是不是認為第一審的判決，一般國民的經驗法則跟現在實務的見解是不一樣的？現在的實務見解跟國民法官的判決是衝突的，是這個意思嗎？所以，這一段我是覺得在論述上會感覺比較奇怪，可以討論一下。

關於事實認定有沒有無害瑕疵適用的這個部分，在這本案不一定可以適用，但是我提出來。就是我們剛剛講過，訴訟程序違背規定跟適用法令違背規定有無害瑕疵，事實認定有沒有？有沒有一種可能是在事實認定的 A、B、C、D 裡面，大家認為這個 C 的認定有一點瑕疵，但是 A、B、D 加起來，結論是一樣的，不會影響最後判決的結果，可不可以用這個方式也來認為事實認定是有無害瑕疵？

在美國法裡面可能會有意見，可是就我自己的研究，美國法最早有過判決，他們也曾經認為無害瑕疵適用於跟陪審團事實認定有關係的。但是後來會有一些演變，跟它的訴訟架構是有相關的，曾經感覺有沾到一點邊。我們自己所謂的無害錯誤審查原則，最高法院歷年來有很多的判決都是有用到這樣的原理原則，其實沒有排除事實認定的部分，就是我們國內的無害瑕疵可能會跟美國有一點點的不一樣，它的範圍是不是會大一點。甚至我看過檢方的再議，再議的案件駁回的時候，也是用一樣的這個原則，所以我覺得這個以後還有發展空間，但是這個判決在論述的時候，這一段感覺上是有一點點衝突的，就是我自己發現後提出來供大家討論。

另外，本案判決的第 12 頁，其實關於量刑的部分，我覺得是寫得很不錯的。因為受命法官邱筱涵在刑事廳的時候是負責量刑這一塊，所以她就這個部分的整理，其實是相當允當。

我講完了這幾點之後，想再回來講一個事情是，大家有沒有去思考第二審國民法官的判決應該怎麼寫？如果我們用現在的刑訴第 308 條跟 310 條，要寫事實理由，還要做一些證據的認定跟勾稽，可是事後審這個方向已經確定的話，事後審判決的寫法跟現在覆審制判決的寫法會是不一樣的。但是條文沒有規定這麼清楚，我們只能夠去用相關的原理來看，如果我們也確認了第二審的架構是事後審兼嚴格續審的話，那麼我們第二審的判決應該怎麼寫，我覺得這一篇判決的寫法就跟事後審的判決是相符合的。

我知道最高法院有另外一件判決也討論這個問題，有請陳運財老師做了鑑定，就是他有一些法律的鑑定，這個鑑定的結果，他有一些建議，譬如說有罪上訴駁回應該怎麼寫、改判的時候怎麼寫，我們這件是有罪上訴駁回，寫法是跟這件一樣的，就是針對上訴理由來指駁。我看這件針對上訴理由一個一個來寫、來說明，這樣的寫法也是跟最高法院現在判決有點像，基本上判決格式上這樣子寫應該是允當的，這是第二審的判決。

第一審的判決已經簡化了，大家有沒有想到一個問題，在這件案子我一直心裡在想一個問題是，檢察官提出了很多上訴理由都認為第一審判決理由欠備，就是寫得不夠清楚、理由不備，但是判決簡化跟理由不備之間要怎麼去平衡？總不能已經要判決簡化，簡化之後，你還跟他講說這樣通通理由不備？理由很完備的話，又變成我們現在的判決，就每一點都寫得非常仔細，所以這邊要怎麼去平衡？不能說第一審簡化之後，你就跟他講說通通理由不備，這樣也是會有問題的。

所以，基本上來講，這個第二審的模擬判決，它的論述非常清楚，整個架構也都非常好，當然只有一小部分那邊我覺得看起來有點怪怪，但是其他的部分都很好。

接著，我想跟大家分享一個，就是國民參審的第二審所面臨的挑戰跟影響。我要再一次跟大家講，第二審的法官真的非常重要，這個制度會不會成功，或是它可不可以走得遠，第二審扮演非常重要的角色。如果第二審的法官對於事實認定或者是要調查事實那個執念很執著的話，沒有去思考到國民法官法第 91 條或是第 1 條的立法意旨，

恐怕就會走到覆審或者是續審的這個老路，可能就會讓國民參與所謂的國民主權跟國民法律感情這個部分沒有辦法彰顯。

這個制度，生命可不可以延續，第二審是扮演非常重要的角色，所以在這邊真的還要再次呼籲第二審的法官，一定要充分去瞭解這個制度所設計的宗旨，你們真的扮演一個非常重要的角色。

今天先跟大家做這樣的分享，謝謝大家。

主席：

謝謝溫教授還有蘇法官精彩的評論。

剛剛蘇法官提出來的一些小問題，我先簡單說明。民事訴訟法第447條本來就有禁止在第二審做新攻擊防禦方法的提出，但是有6個條款是例外可以提出，其中就是如果不許提出顯失公平，這一次也被國民法官法所引用。

不過從民事訴訟法92年修法到現在有相當的時間，實務上驗證的結果，這一款被運用得非常廣泛，到底是好還是不好，民事訴訟法的學者一般認為這樣就架空了二審作為嚴格續審制的精神，就變成大家都主張不讓我提出顯失公平，通常法官大部分都會接受，也就把它架空了，所以我們在修正的民事訴訟法草案裡面，把這一款刪除。刪除送到立法院之後，民間司改會大力反對，立法委員不敢支持，所以我們的法案在睡覺，到目前為止，立法進度是這樣子。

至於國民法官上訴審二審判決的格式，蘇法官提出很重要的一點，我們前幾次二審的模擬法庭判決都寫得很大本，今天這一份算是頁數比較均衡的、比較適當的。不過前幾次的判決分量很大，主要是因為國民法官參審制度是新的制度，有各種各樣的問題，二審的法官企圖在判決裡面把這些問題一一提出，加以處理、解決、說明，所以難免就會大。

我們預期將來新法實施之後，各種問題大家得到統一的見解，既然已經有統一見解，就不用再每一本判決都反覆地說同樣的事項。不過蘇法官提出這個問題還是很重要的，希望能夠朝簡化判決、聚焦爭點，這樣才是比較有效率的處理方法，也可以給刑事廳作為建議，製作二審判決、甚至一審判決的格式範例，讓各審的法院法官可以參考，將來不必把時間耗費在無意義的判決製作上頭，這樣才能夠聚焦，真正處理問題。

關於這個案件所論到的，只為了4、5萬塊錢的爭執，會不會引

起殺機？這樣是不是我們實務上的向來見解？不過按照一般的生活經驗，為了4、5,000萬會殺人，4、500萬會殺人，4、50萬也會，4、5萬、4、5千、甚至4、5百都會殺人，一審判決寫這樣，有沒有違反經驗法則？大概是這個問題。這個沒有什麼向來法院實務見解，沒有這回事，我們法院向來不會認定多少動機才會殺人，所以一審判決這樣的寫法並沒有很妥當。

肆、檢察官代表心得分享：

沈檢察官念祖：

主持人、各位與會先進，大家早安，我是臺高檢沈念祖檢察官。

首先，感謝高等法院提供這個平臺，讓我們能夠在國民法官正式上路前，有一個熱身的機會。這次模擬也要特別感謝高院合議庭三位法官，對檢方提出這個不知道算不算問題的問題，也就是爭執、不爭執事項的意見，在判決書有非常詳盡而且深入的回應。當然也要感謝剛剛兩位評論員精闢的指教，尤其是蘇院長有點到我們的問題。

可是我們檢方討論之後，我們對於適用國民法官法審理的案件，在一審不爭執的事項，到底在二審還可不可以表示再行爭執？我們還是有一些困惑，所以我們就這個議題再次表示我們的淺見來就教各位。

第一點，以這個案例而言，被告以刀械刺向被害人，是不是因為毒品糾紛而起，我們的疑問是，這個對本件事實的認定，甚至量刑的基礎，到底有沒有影響？這個部分我們似乎沒有看到判決書說明，但是我們檢方的意見認為這個事實關乎犯罪事實認定和科刑基礎的事實，它應該是要經過合理的調查。

第二點，如果確認這個事實應該經過調查的事項，調查的方式可不可以在一審的時候因檢方跟被告不爭執，加上經過提示，就認為是經過合法的調查？事實上檢方認為如果這個事實沒有任何的爭議，也沒有人提出不同的意見，這個調查方式是可行的，也是現在實務運作的方式。但是如果當事人在上級審對這個不爭執的事項有爭執，原審只有踐行剛剛形式上調查的方式，這樣在二審真的不能再爭執嗎？今天這個模擬的案例是因為檢方提出上訴，可能對被告是不利的，如果反過來，這個事實的存在與否，攸關被告是不是能夠獲得有利的判決，在二審是不是還是不能爭執？

第三點，國民法官法二審的精神，事實上是重在證據的規範，尤其是新證據的評價，但是精神上可不可以無限上綱到事實認定，跟爭執、不爭執事項，也是有疑問。也就是說，依照現行實定法的依據，到底有沒有所謂失權效的概念，也是我們困惑的地方。等一下柯檢察官會提出一則案例，就教各位先進以及評論員，謝謝。

柯檢察官怡如：

主席、各位與會的審檢辯三方同仁，我是臺灣高等檢察署的檢察官柯怡如。在這邊先謝謝高等法院有這個機會讓我們參與這場模擬的審判。不論是對應的辯護人也好，或是審理的合議庭法官也好，其實在整個制度的運作上，或是在實務的模擬上，都給我們檢察官很多的意見回饋，或是很多的指教，我們在這邊還是表示感謝的意思。

先跟大家分享一下就是說，在我們三個高檢檢察官收到這個模擬卷的時候，其實我們還蠻訝異的。因為第一個，辯護人沒有上訴，這一場幾乎就是檢察官上訴的場，我們檢察官應該怎麼樣在這個一審國民法官的卷裡頭去找到一個上訴的爭執點，找到一個可以論述、甚至就這個制度開展可以做一個實務的練習、模擬，讓大家有表示意見的機會？這個我們三個人討論之後，決定用爭執、不爭執事項的爭點整理來作成一個論述。

就如同剛才評論員溫教授說的一樣，就是說國民法官法就只有 4 條規範上訴審，到底其他沒有規定到的部分，我們是可以用第 4 條的過橋條款回到刑事訴訟法的一個精神或制度的運作，或是沒有規定的範圍都會被一審國民法官法的精神給綁住？這是我們二審檢察官想要在這次模擬法庭提出一個爭執的重點。

也謝謝剛才不論是溫教授也好，或是蘇法官也好，都給了我們很明確的指示，讓我們知道可能以後檢察官在這個部分二審的主張，我們應該要怎麼主張更能落實整個制度的設計，或是在制度的設計下要怎麼運作會比較妥適。

剛才沈念祖學長有提到就是說，我們在看到判決的時候，要謝謝邱法官寫得真的非常好，我們就忍不住去想剛才不論溫教授、主席、蘇法官，講到顯失公平部分，甚至溫教授講到正義，到底正義是被告的正義？被害人的正義？我想這個有很多的討論文獻，就不再贅述。

但同樣在這個案子裡面，因為本案二審是檢察官上訴，所以對於被告是屬於不利的狀況，我們上網去找了一些判決，找到一個 111 年

度台上字第 2764 好判決。這個案件其實跟我待會說的會有一點點不一樣，但是我很想套用在這個國民法官的案件裡頭。這個案件背景是夫殺妻，夫殺妻的動機為何？在一、二審的時候，可能沒有到很詳盡的調查，就被告來說，他也沒有很明確地指到，但在最高法院這份判決裡頭就提到了，夫如果是因為妻外遇懷孕而殺妻，這樣的量刑或是事實認定要不要經過討論？要不要經過調查？這就是剛才學長說的，希望就教於各位。今天國民法官的模擬案件是檢察官上訴，但如果同樣的情況是被告上訴，被告要針對這一件事情提出爭執，不知道運作的情況會不會如同今天的判決結果？我的意見如上，謝謝。

伍、辯護人代表心得分享：

李律師明哲：

李院長、溫教授、蘇法官，各位審檢還有辯方的同道，大家好，我是李明哲律師，有幾點跟各位分享。

辯護人在一審也參加過模擬法庭的演練，是去年的最後一場，非常有幸在模擬法庭的二審也能夠參與。我是覺得一審跟二審模擬法庭的運作事實上真的是非常不一樣，一審重於證據的調查，程序非常地冗長。我們這個是模擬法庭，可能已經在限縮的時間之內，把模擬法庭的案件在一天半的時間結掉，因為扣掉選任、評議還有評論的時間，所以在一審的時候，調查證據的聲請當然是經過著墨之後、仔細思量之後才做某些證據的聲請，這樣的運作方向我覺得可能在明年開始施行之後比較不同，可能審理的時間會非常冗長。

也囿於我們二審現在制度方向就是事後審跟嚴格的續審制，從本案第二審的判決我們大概可以理解，以後辯護人或是檢方在一審聲請調查證據的方向，可能就必須真的要仔細地思量，而不是說某些證據相同的待證事實就擇一聲請調查，因相同待證事實可能某甲講的跟某乙講的會是不一樣，是不是就只能像現在模擬法庭可能選一個出來作為證人來傳訊呢？這可能是檢方雙方以後在一審運作的時候，需仔細思量的一個問題。

第二個點就是說，我們這個案子是上訴到二審，這個案子的一審事實上是由公設辯護人擔任辯護人，案件的二審是由律師當辯護人，也就是說，我們沒有第一審辯護人的卷。一審有卷證開示制度，檢察官會把卷證開示給被告跟辯護人，可是被告也許不會有全卷，一審的

卷是在公設辯護人那邊，如果以後真實發生的案件，檢察官部分基於檢察一體，應該會把所有的卷證送給二審的檢方，但是對於辯方，第二審的律師不一定有第一審律師的卷，第一審的公設辯護人或是律師未必會給，或許會給、或許給的不完整，第二審有沒有卷證開示制度？檢方可否對於卷證再次開示給辯護人？

因為辯護人在經過本案的模擬後，今天我們討論的重點在於國民法官法第 90 條第 1 項但書，在二審，這樣看起來我們不是完全不能夠調查新的證據，有但書例外的情形還是可以調查證據的，可是如果我們只看院方的卷，也就是現在模擬法庭裡面院方的卷，沒有以前卷證開示給辯護人的所有全卷，我們是否能夠瞭解整個案件的全貌？能否瞭解這個案件裡面的證據哪些是沒有提出來調查，或是以前存在，但是沒有辦法調查的？這個案件的全貌，我們能不能在二審說檢方再卷證開示一次，讓二審的辯護人知道？否則二審辯論人跟一審辯護人未必相同。

這是在自己參與一審、二審模擬法庭演練過程當中，尤其是到了二審擔任辯護人，在辯護人的辯護方向上，蒐集到的資料、接收到的資訊，就二審到底有沒有可能調查新的證據，這個運作上我目前面臨到的一個疑問，待會請評論員幫我們解惑一下，謝謝。

袁律師曉君：

李院長、蘇法官還有溫教授，以及各位法學的先進，大家好，我是桃園律師公會袁曉君律師。

首先就本案，像李明哲律師講的，一審事實上我們都沒有人參與過這個案件的模擬，我們第一次接觸這個案件就是看到檢察官的一個上訴理由。受命法官邱法官為什麼後來會寫毒品 4、5 萬可能跟向來實務見解有所不同，我在猜想，法官應該是在回應當初上訴理由，就是原審的檢察官寫了非常多的上訴理由，事實上都是援引之前實務就殺人案件的一些見解去做上訴理由的一個說明。

所以，從這裡就衍生出我當初一看到這個案件的上訴理由以後，我那時候就在想一件事，以我從事律師工作這麼多年以來，坦白講，我也蠻贊同檢察官的上訴理由。說實在的，這個案子我從卷證上看到的一些相關證據，還有以前我們所接觸到一些實務的經驗，確實原審看起來事實上是還蠻令人意外，所以檢察官原來的上訴理由是有援引很多實務見解，我想原因是這樣，想先說明。

第二個點，因為我的部分主要是負責再去探討這個案件有沒有違背經驗法則還有論理法則的這一塊，我真的是很佩服高檢署的檢察官，真的發現了好多，從證據的一些點去論述，想要說服法院重新去認定事實。其中有一個部分是檢察官提到水果刀的刀刃 14 公分，可是有 15 公分的傷口，刀刃寬度只有 2.2 公分，卻造成 3 公分的一個傷口，二審判決就這一個部分有講到一件事，在本案判決第 11 頁到第 12 頁的部分，他說檢辯於原審未就此事實聲請調查證據，原審並無應調查未予調查的違誤，所以檢察官就這個部分要去請蕭開平法醫出來講述，二審法院認為是沒有必要。

可是這個我們就要去講到一個事情，就像檢方講，今天這個是對被告不利的證據，如果回過頭來，這個是一個對被告有利的證據，是不是今天在二審因為這樣就沒有辦法再調查？這個就講到一件事情，因為能夠進到國民法官的案件，都是重大社會案件，如果我們採取這麼嚴格的事後審跟續審制，請問對於被告來講，他是不是少了審級利益？將來實際的案例到二審去，這個中間的一個衡平要怎麼去拿捏？這個要請教評論員。

我覺得這個部分去認定的界限是什麼？有些事實如果原審漏未主張也好，或者是故意忽略也好，是不是將來到二審就完全都沒有辦法主張？對於這個被告，或者是檢方也好，就完全都沒有重新一個導正的機會？我覺得其實這個部分可能要再就教各位先進。

另外一個部分，非常有榮幸參與這個案子的二審。不管是檢方也好，其實把上訴有關於違背經驗法則等等這個案子真的是研究得非常透徹，我覺得參與在這個部分感覺是非常榮幸，謝謝。

王律師唯鳳：

主席李院長、最高法院蘇法官、溫教授，還有本次參與演練的審檢辯，還有在座的各位先進，大家好，我是這次參與演練的辯護人王唯鳳律師。很榮幸有這個機會參與二審的一個模擬演練，因為時間已經差不多，我也小小提出一個感受。也就是說，二審這一次的一個模擬活動這樣看起來，其實會讓我覺得在第一審的不管是辯護人，或者是檢察官這邊，真的是扮演非常吃重的一個角色。

也就是說，不管是對於證據的調查、爭執或不爭執事項討論的一個過程，還有整個訴訟過程中，其實都要非常謹慎。因為在二審這邊是採取所謂的事後審跟限制的續審制這個情況，等於說在二審要去做

一個上訴理由是沒有限制，但是要去作調查的這個情況，要讓二審法院作出撤銷原審判決認定的這部分，不管是在辯方或者檢方，其實都要面臨相當的挑戰。

除此之外，因為我在這個案件裡面是負責所謂量刑的部分，也很感謝合議庭這邊針對這個量刑的部分給予蠻充分的一個見解。把要尊重一審國民法官在審判時候所作出對於案件的直接心證，還有這一個案件如果是針對傷害致死的部分，大概應該要判多少的一個刑度，等於說以事後審的角度去審查，並非以二審法院法官認為這一個一般傷害致死的量刑應該是要判多久去審查，所以這部分的話，還蠻謝謝二審合議庭法官作出這樣的一個判決認定。

再者，因為我們這個案件裡面，其實檢察官在量刑有提出兩個部分，認為是殺人的話，他有作出建議 15 年的一個量刑；如果維持是傷害致死的一個認定，檢察官這邊作出應該是要給予量刑 12 年的一個建議。我這邊那時候就會有一個想法是，檢察官對於原審案情適用的法條，如果第二審法院認為是要維持傷害致死的一個認定的話，是針對量刑這部分給予建議，給予建議的這一部分，我想日後一樣的案件，不管是辯護人的角色，或者是檢察官的角色，給予建議這個是否適當？

因為在二審不管是辯方或檢方所謂給予建議，對於二審合議庭來說，是會在於什麼樣的一個程度？還是說是不是可以就這樣子取代了第一審國民法官跟職業法官所做出來的一個討論，量刑的結果？這部分也請在座先進們給予指點一下。以上，謝謝。

陸、合議庭代表心得分享：

遲審判長中慧：

主席、兩位評論員，跟在座的各位先進，我也想留點時間給受命法官，因為大家剛才都有提到一點判決的問題，我就先簡短講我在整個模擬的心得。

我覺得以後國民法官案件其實檢辯的戰場應該都會在一審，因為今天尤其是聽了評論員講的內容，如何在一審能夠做詳盡的調查可能會是比較重要的。因為在二審如果把很多證據調查依照法則審查之後都已經限制住，所以有很多問題都沒有辦法在二審再來作調查。

另外，其實我自己在準備這個案件的過程中，我剛看到判決的時

候，也是覺得：「這樣判對嗎？」但是我看看這個刑度又覺得好像在傷害致死的案件，以我審理的案件過程中，它是算量刑比較重的。我就先不去看這些資料，先回頭去找關於國民法官每一場的評論，以及每個案子的判決，看完之後再看卷，跟受命法官討論之後，我又覺得其實這樣的判斷好像真的是合理，可能就是國民法官的經驗法則跟論理法則，這是我的分享。

另外，其實我在這個案子，因為我也很想聽評論員剛才的解答，以及我自己的疑問，就是關於被害人權益的保護，我覺得國民法官新制可能是有點欠缺。我先回應剛才溫教授的那個疑問，因為那天是使用我們法院最大的法庭所以配置比較不一樣，一般法庭的位置是被害人是坐在檢察官的左前方，檢察官與被害人在開庭時有問題都會互相討論，在本案審理時我看到被害人座位的位置時，也有嚇一跳，可能是那個法庭配置的問題。

雖然有刑事訴訟法第 455 條之 38 聲請參與訴訟，但因為現在很多證據調查，像本案的情形，到最後進入合議庭的調查只有前科表，當然我們平常就會用告訴人的身分讓被害人到庭就案件陳述意見，但如被害人特別聲請參與訴訟，我們就每一個證據調查都會問被害人意見。在我自己曾經處理過的死刑案件中，詢問被害人意見，被害人到後來說：「你幹嘛一直問我這個？」因為被害人其實就是要表達，被告怎麼可以殺死他兒子的這個心聲而已。

但是在我們這個案件，雖然家屬一直哭喊，好像也無能為力，所以本案我們有特別請被害人保護協會的代表來參與。藉此也想聽聽看，在未來國民法官的操作下，因為尤其又是矚目的案件，被害人的角色是不是有被注意到、重視到？這也是我的疑問。

邱法官筱涵：

主席、蘇院長、溫老師，還有在場各位先進，大家好。其實我本來沒有想今天是要分享，因為審判長來代表合議庭即可，所以我沒有特別準備，如果有一些講得沒有那麼有條理，再請大家見諒。

首先謝謝檢辯雙方，其實在這場合議庭的模擬案件中，我真的學習到很多。檢察官在上訴理由裡面，真的很努力去點出原審判決關於違背經驗法則還有論理法則的部分，這個部分因為檢察官他們真的很認真，所以我在判決中寫理由的時候，也遇到了蠻多內心的掙扎。

當看到原審的判決的時候，因為判決的簡化，它的理由沒有辦法

寫得很詳細，我如何去就事後審還有限制續審制的這個角度來寫這篇判決？其實很謝謝之前曾經做過國民法官模擬法庭的學長姐他們留下來的資料，我參考了所有之前座談會的會議內容，還有每一篇學長姐寫過的判決，因為有這些資料可以參考，才能夠寫出這篇判決。

首先就是針對檢察官上訴理由的部分作整理，再來就檢察官提出來的爭執不爭執事項改列，再就證據調查的部分來進行論述，最後再認定原審的判決到底有沒有違背經驗法則跟論理法則的部分來進行討論。

在關於論理法則跟經驗法則的部分，因為剛剛大家都有提到我寫的與向來實務見解不同的這點，我也說明一下。我會這樣寫，確實就是如剛剛袁律師提到的，因為檢察官在他的上訴理由裡面提到了許多實務見解，都是之前曾經法官的判決認為會因為哪一些原因有一些動機去殺人的這一個部分，所以我沒有把檢察官上訴書中提出的實務見解寫在判決中，可能造成整個判決看起來為什麼會突然出現與向來實務見解不同的這個論述，這個部分之後也會再注意。

另外，關於證據調查的部分，很謝謝蘇院長那篇判決的出現，所以讓我可以引用在這篇判決裡面，可以讓我在論述證據調查准駁的時候，有比較多資料可以參考。

關於被害人的地位，我們這次有特別邀請犯罪被害人的協會他們來參與，就如剛剛審判長說到的，在國民法官案件，其實我們很關心國民法官來參與後的身心狀態，也是希望將來在國民法官的案件裡面，被害人還是一樣同等的重要，不會因為國民法官進來以後，有媒體的關注，少了關懷被害人的這一點。

關於被害人席位的部分，我不知道現在是不是已經確定被害人的席位要怎麼坐，因為之前確實有一些爭議跟討論。我們是希望可以讓被害人看到、聽到還有知道整個法庭到底發生了什麼事，他可以充分跟檢察官溝通，去行使他的權利。

大概是這樣的分享，在這次的模擬過程中，跟評論員還有檢辯雙方真的學習到很多，也很謝謝審判長還有陪席法官志雄學長一路上給我很多很好的意見，以上，謝謝。

主席：

謝謝審檢辯都提出他們的疑問跟說明。

檢方提出因為本案是檢察官上訴，如果被告也有上訴，二審法院

是不是適用相同的規則來處理？這個規則有沒有一致的標準？這個大概是很重要的判斷事項。

辯方提出關於在二審訴訟資料不完整，沒有辦法看到完備的訴訟資料，怎麼樣做呢？如果重複開示，會不會又變成覆審制？等一下請評論員給我們指導。

關於被害人在本件是被一刀斃命，只刺一刀就死了，而且這個傷口的深度比刀刃還長，傷口的寬度比刀刃還寬，這樣可以說明什麼事？拿這個來證明被告的殺意甚堅，所以是殺人？或者傷口比刀刃長是正常現象，傷口比刀刃寬也是一般都會發生的情形，這可能沒有辦法用我們普通人的經驗法則來判斷，需要法醫來說明，可不可以聲請調查這方面的證據？因為一審沒有處理，既然沒有處理又事關重要，可不可以聲請調查？這個也是待會請兩位評論員給我們指導。

關於被害人的席位，現行法的規定是在檢察官的後方，不過審判長基於訴訟指揮權，可以把他放在合議庭認為妥適的位置。怎麼樣放都可以，不過當然我們客觀的條件，就是法庭大小只有這樣子，怎麼放置有所限制，這是實際的問題。不過審判長在開庭的時候，視需要是可以移動被害人的位置到法院認為合適的地方。

我們還有特別的客人，剛剛合議庭有提到有邀請到犯罪被害人保護協會，請陳執行長來給我們心得分享。

柒、來賓心得分享：

陳執行長建穎：

主席、各位與會先進，大家好，我是財團法人犯罪被害人保護協會執行長陳建穎，很感謝高等法院能夠給我們這個機會來參加國民法官上訴的模擬法庭。

本會就被害人在參與訴訟的過程中，可能會遭遇到或面臨到的一些問題，來做進一步的思考、安排跟規劃，善用參與人的角色來維護被害人訴訟上的權益或者應該有的權益。

剛剛很高興邱法官有講到有關於席位的問題，這個席位因為空間的關係，感覺上是不是到理想程度，有賴法庭這邊的一個適切安排。因為有的時候可以坐在正後方，有時候不是坐在正後方，這樣的話，也許有時候可能不是利於他跟檢察官的一個溝通。

再來關於席位安排，是不是讓陪同人員，可能是我們犯保協會，

或是他的委託律師，能夠一起？因為有時候比較能夠瞭解被害人的狀況，尤其在訴訟程序過程當中，可以安撫到被害人的情緒，能夠產生一個正向的作用，就有賴於席次上的安排，此部分應有多一點考量。

再來就是說，對家屬法律的用語部分有些建議，因為家屬不見得對這些法律的專業術語能夠非常理解。在法庭的程序過程，尤其在對被害人說明這一塊，能夠速度再緩慢一點，能夠再淺顯一點，因為有時候可能到法庭上又勾起被害人的一些記憶，情緒可能會比較焦躁的狀態之下，對一些理解就可能比較減弱，如果給被害人比較能夠理解的方式來表達的話，我想有助於被害人在庭上一些活動的表達。

再一個就是說，情緒反應的部分，家屬基本上經過我們溝通還是能夠理性，但是在法庭上的時候，因為一些犯罪事實的證據或一些言語，可能引起他的情緒又高漲起來。我是非常建議就是說，在不影響法庭上的一個程序進行，能夠儘量給他一個寬裕的時間，讓他能夠充分表達心聲，因為他能做的就是希望在這一刻、在法庭上，充分拜託法官或是檢察官能夠聲張他的正義，讓他能夠為他的家人做最後努力，能夠慰藉亡者，所以本會也是希望在幫忙爭取的過程當中，請法庭上能夠納入一個考量。

雖然對於被害人權益的保護在法條上已經有呈現出來了，但是能不能夠在法庭上澈底地彰顯，有賴於審判長在法庭上的指揮調度。有時候看到雖然有這樣的意思，可是看到被害人情緒高漲，因為過往沒有這樣的處理經驗，也許會影響到在案件上的一個處理，都有可能。

最後一個就是說，證據調查提出有關於比較刺激性的，這個也請法庭這邊能夠特別注意一下，留意一下被害人的感受，徵詢他是要看，還是要迴避，以免影響到整個法庭的進行。

我想再特別強調一點，如果今天是有接受被害人保護協會服務的個案，基本上我們會做好被害人的一些情緒安撫，還有訴訟上一些告知的事情，儘量來協助他，讓法庭可以順利來進行。但是也有例外，就是說被害人不接受我們保護協會的服務，法庭上被害人的權益如何去彰顯，就有賴於法院這邊進一步去規劃。

因為我們不能強迫被害人一定要接受我們服務，原則上我們都會徵求被害人的意願，希望他能夠獲得我們的服務，但是這個我們不敢保證被害人一定要接受。如果他不接受我們服務的時候，他的權益保護就有賴司法院這邊再做進一步的規劃、思考，謝謝。

主席：

謝謝犯保協會給我們提出很重要、很有價值、很有意義的意見，可以請刑事廳帶回去研究，也可以參考一下少家廳目前的做法。針對少年、兒童等等，他們算是比較弱勢，需要特別保護的、照顧的，現在少年法庭開庭還有家事法庭開庭，會有社工師、諮商師做開庭前的情緒安撫、或是陪同開庭，但是我們刑事訴訟裡面，目前沒有這個制度，可以參考、研究一下。我覺得執行長講得有意義，也很有道理，我們目前這個制度還沒有建置，可能會有這個需求。

捌、綜合座談：

主席：

審檢辯還有來賓都已經講過一輪大家的心得分享，也提出在本件進行的過程中所發現的各種問題，我想我們現在是進入綜合座談的時間，我就先請兩位評論員就剛剛各位所提出來的問題，來做一個簡短的說明跟答覆。如果還有時間的話，我們再自由發言。

溫副教授祖德：

主席李院長、蘇法官，還有各位先進，剛剛大家提問非常多，多面向，速度也非常快，其實我沒有全部 follow 上，所以請原諒我中間沒有 follow 上的地方。

我可能想從被害人角色這邊開始講起，因為這個點其實是我剛剛先點出來的，這樣感覺是我捅出的婁子，就是我要先來講這個部分。

我國犯罪被害人訴訟參與制度，我如果沒記錯，是 2019 年已經大修過一次了，在那次修法之前，其實被害人的訴訟參與是比較弱的，在我國一直有溝通上、保護上的不足，以及參與程度的不足，我所謂參與程度是指程序參與的不足，在這次修法裡面也都加入了這些東西。

另外也確定了就是說，我國沒有採德國訴訟四角關係這樣的一個訴訟制度，我們還是維持現在訴訟三角關係的制度。當時我雖然不是參與這個修法的諮詢委員，但是有修法諮詢委員跟我講，就是其他教授討論的意見，如果讓訴訟被害人直接進入到這個訴訟程序裡面變成訴訟主體，跟檢察官一樣，變成有雙主體的話，那就是形成訴訟四角關係，到底好不好？如果從美國的角度，美國是做很多訴訟被害人的保護程度，譬如說保護程序上的強化跟保障，訴訟程序的參與給予很

多參與權，但是就訴訟主體權的部分，其實美國在犯罪被害人權利保護法案，原則是沒有像德國一樣的訴訟主體權。

其實我剛剛只是提出一點小小的想法，因為那個被害人應該是演員，並不是真實的被害人，我都怕我講錯話，但是她演得非常真，她從第一天準備程序開始就非常進入情緒了，也讓我非常進入情緒，原審判10年7個月是不妥適的這個部分，被害人就是負責養她這個母親。

在2019年那次大修法之後，關於我國犯罪被害人訴訟參與制度的程序，其實已經大幅進步了，我不知道當天審判庭有找犯罪被害人保護協會來，對被害人家屬做一些情緒上的支援或支持，或是在程序上對她進行解釋等等，其實有做到這個部分，事實上對被害人保護程度已經有照顧到了，剩下的部分完全就是按照2019年那次大修法給予犯罪被害人訴訟參與制度應有的程序。

另外可能就變成剩下溝通的問題，就是如同剛剛犯罪被害人保護協會陳執行長講的，審判庭這邊要花比較多的心思，跟被害人家屬多做法律的溝通跟解釋。因為美國在溝通的部分都入法，地檢署檢察官打算要採取的偵查行動，都要跟被害人溝通，在某些州比如說德拉瓦州的州法，都進入到刑事訴訟法裡面要強化這個部分。

我看我們這次犯罪被害人訴訟參與制度，其實已經算修到非常好的程度了，剩下就是在實踐上面如何讓被害人感受到保護，還有仍請犯罪被害人保護協會能夠給予相當支持，我覺得在法制上就夠了。當然那個缺陷是永遠補不齊的，被害人所產生的缺陷我們只能設身處地為他想，但是對被害人來講，永遠都是缺一塊東西。這個是就犯罪被害人角色的部分，我想可能我只能就這個部分來作分享。

剛剛沈念祖檢察官提到，關於事實的認定，原來一審是不爭執事實，後來二審列為爭執事項，這個可不可以，或者是有沒有什麼大問題？我自己粗淺的想法，主要就是原來是列不爭執事項，原來在一審也放進了統合偵查報告書來做統一的調查。

統合偵查報告書，這個是日本的法制，但是如果從我國調查證據，比如說嚴格證明，統合偵查報告書統一來作調查，這樣包裹性的調查，檢辯雙方出證的時候，嘴巴說由統合偵查報告書，這樣就算是作過調查了嗎？我其實在一審這個部分就有疑問，也在評論的場次有講過，但是既然都已經實施了，就是用統合偵查報告書來作調查。

你就發現這個不爭執事項事實上也是一個確定的事實，這個確定的事實能不能在二審再爭執主張，就是在做事實的變動，這個事實的變動就要回到國民法官法第 92 條的規定。如果真的要主張這個事實的變動，你要能夠講出及說服法官這個事實的變動有如何違經驗法則、論理法則而影響於判決，才有辦法去影響到這個事實的變動，讓它變成一塊爭執的事實，於二審重新開啟新證據作調查，如果沒有辦法讓二審產生這樣一個心證的話，你的事實變動要怎麼樣開啟這個部分的調查呢？這個部分是針對法制上既有的法制來做的解釋，我相信一定有不同見解，只是說在這邊提供一個即席的粗淺想法。所以，這邊就變成這個事實的認定原來一審不爭執的話，二審突然要來爭執，就有可能不是那麼容易來爭執這個事實的變動，你說現在要不遵守前面的約定，這個部分就可能違反了你自己之前所說過的。

第二個部分是有辯護人提到二審的證據開示制度，好像是剛剛李明哲律師提到的，這個確實是蠻新的想法，我提供一下。這個我從來也沒想過，我只能借用美國法的見解，因為我不是留日的，所以我沒辦法從日本法的角度，或許待會思帆法官可以作解釋。

美國法的角度是，一審上訴不管原來是公辯，二審變成去選任辯護人，你要知道美國的二審完全是採取所謂的法律審，就是事後審，它也沒有續審制。但是它有一個程序上的重點就是說，所有的程序，包含開審程序、準備程序，一直到審判程序，整個都有速記員作速記，所以它有一個完整的程序紀錄。這個完整的程序紀錄裡面，包含程序事項、實體事項，都有完整紀錄，將來在上訴審之後，可以拿到完整的程序紀錄跟實體紀錄的部分，你就可以看到當初檢方有出證什麼證據，可是檢方沒有給你，但在裡面可以看得到。當然你要看到完整的證據的話，可能要另外再找尋，我只能說美國是採取這樣的制度。

另外一個，美國二審上訴要提上訴理由，所以要提 Legal Brief，Legal Brief 裡面要附 evidence，就是說上訴人提供 Legal Brief，再提供 evidence 之後，他的 evidence 要準備繕本給對造。這個時候對造即便原來一審是公設辯護人，到了二審的時候，一般辯護人，這個時候檢方的一些證據也會送到辯方手上，所以他們是自動書狀交換，已經是非常嫻熟的實務運行，不會去隱瞞證據。因為他們重在堅實的一審，就如同剛剛遲審判長講的，未來在國民法官法實施之後，一個堅實的一審是非常重要的。

如果我們也按照美國這樣一個模式操作的話，理論上應該是拿得到檢方的證據，也可以拿得到所有原本程序上應該有逐字稿紀錄。這個逐字稿紀錄包含程序事項、實體事項都有，上訴書狀應該由上訴者各自提出給檢方或辯方，這個是理所當然的。

另外，剛剛好像還有一位辯護人提到，漏未主張的事實可否在二審再主張？這個其實也是一樣，事實上因漏未主張，而要新增事實的話，就是涉及事實變動，如果你這個漏未主張的事實是非常重要的事實，我相信是通過過國民法官法第 92 條第 1 項但書的檢驗。也就是這個漏未主張的事實如果真的這麼重要，當然我腦中沒有這樣的案例，影響到原來的經驗法則跟論理法則的認定，而足以影響原判決的話，我覺得你能夠講得出有這樣的事實存在，而且有相當證據可以佐證，可以開啟二審調查新證據的機會是很高的，也就是說，還是回到國民法官法第 92 條第 1 項跟第 2 項的條文來做操作跟解釋。我想我先簡單報告到這邊，還有蘇院長，謝謝。

蘇法官素娥：

謝謝各位先進所提很有意義的問題，我也是從記憶最深刻的部分先講。

關於被害人權益的保障，並沒有因為國民法官法沒有寫到一個專章，就認為被害人的權益受到影響或限制。事實上我們應該是想，根據第 4 條的規定，它是適用到刑事訴訟法裡面的規定，所以訴訟法裡面有的權益，他都有。在第一審國民法官的模擬裡面，曾經有幾個法院他們也模擬過有被害人訴訟參加的情形，就是讓被害人從第一審的準備程序開始出席，所以如果按照法制面來看的話，跟現在訴訟法的規定是一樣的。當然實務面要如何操作、訴訟指揮要怎麼進行、法院可不可以更貼心一點等等的，這個部分就是我們實務上還可以再加強。

我看到本案準備程序的開示，其實受命法官就被害人的程序照料有注意到，還有跟被害人講有一些修復式司法可以採取的步驟，所以在這一次案子的最開始、準備程序的筆錄最前面，事實上就已經有了這樣的一個諭知，也表示我們的法官已經有注意到這個部分。

另，聽起來大家對於覆審制要調成事後審跟嚴格續審，還有一點點的不適應。就好像很多事實審的法官到最高法院剛開始的時候也不太適應，怎麼看上訴理由需要一點時間來適應。但是我想大家可能要

開始去調整一個想法是，並不一定完全重複的審理才是給予一個最好審級的保障。所以，剛剛有先進提到，這裡不能吵，那裡也不能吵，這樣好像少了一個審級？感覺上是認為要重複去調查，整個案件重新來一次之後，才是最好的審級保障。事實上我們由很多其他國家的法制來看，有很多重大刑案只有兩個審級，只有一個事實審，另外一個就是事後審，或是法律審。

剛剛最早的時候我提到審級的設計，其實是一個立法裁量，它並不是越多審級、調查越多次就保障越多。事實上我們現在這個調整，確實是把第一審弄得堅實，重點要擺在第一審，避免到了第二審重新來一次。第一次要堅實，我們現在在模擬，大家因為受限於時間，譬如說3天要完成、4天要完成，證人不能查太多，所以大家以為以後都這樣，但日後回到真實案例，應該查什麼就要查，因為到時候就沒有模擬法庭的3天限制或是2天限制，檢辯在第一審裡面決戰的時候，你們的案件理論就要做得很好，就是你要去沙盤推演，我到底訴訟策略是什麼、我到底要怎麼出證。

剛剛有一位辯護人講說我以後是不是通通要出證？你就不遵守最佳、最優證據的原則嗎？最佳、最優證據到底要怎麼才能夠最佳、最優，那是你的案件理論要怎麼去建立，並不是全部通通丟出來就最好，因為國民法官是沒有耐心的。職業法官可能比較有耐心去分析這些，但是你必須要去考慮到國民法官可不可以接受你全部東西通通丟出來，所以其實有非常多要再去調整的。

有參加過第一審模擬的，應該都得到非常好的經驗，就是到底要怎麼樣去說服、到底要怎麼樣去表達。用最淺顯的語言或者是動作，去把最精髓的部分表達出來，讓國民法官可以瞭解，這個也是我們制度很重要的一點。

剛剛有提到卷證的問題，其實在第一審就是當事人自主提出、自主調查證據，所以所有的證據都是檢察官跟辯護人這邊相互交換，提出於法院。國民法官法第78條有規定，每調查一個證據完畢，就必須把這些資料交予法院附卷，所有的調查證據資料應該都要卷宗裡面，案子移審的時候，直接送到第二審，送到第二審之後，就沒有卷證不併送的問題，所以這個時候如果檢辯要看卷，應該就是去閱卷，就可以看到全部的卷。

當然有沒有一些第一審的什麼手札或是什麼紀錄，就是自己做的

那種秘笈之類的，可能要去詢問，那個就不是法定規定的卷宗範圍。但是如果是法令規定的卷宗範圍，應該是整個都要移到第二審，現在也有電子卷證，所以應該將來的閱卷又會更方便，在第二審是沒有卷證不併送的問題。

剛剛被害人保護協會的執行長有提到，在開庭的時候刺激性證據的部分，這個在第一審演練的時候，其實有做過非常多的嘗試。剛開始的時候，有人建議把它變成黑白，有人用縮小的方式呈現，現在的一些做法，譬如說檢察官或是辯護人要提出這些證據的時候，他們會先提醒等一下要提示的證據會有血腥的畫面，請大家要有一個心理準備，就是透過訴訟指揮，利用一些方式去調整，把照片縮小，或者是把顏色改變，讓國民法官或是被害人比較不會有那麼大的情緒反應，因為檢方會覺得好像那個證據有受到一些改變，所以在準備程序的時候，雙方可以去協調要用什麼方式來呈現。

另外，有提到一個統合偵查報告的問題，在禮拜二最高法院的討論也有討論到這一點，也是檢察官有提出來，他認為統合偵查報告是不是就沒有合法調查證據？要檢察官提一個偵查報告，他們覺得怪怪，所以後來又改成一個名稱「綜合證據調查報告」之類的。

不管是用什麼名詞，就是在不爭執事項證據調查的部分，把它做一個簡化跟濃縮，它本身可能還包含供述證據跟非供述證據，所以它是一個派生的新證據，透過第刑事訴訟法第 159 條之 5，也就是雙方當事人同意之後來進行調查。所以，統合偵查報告本身是有經過合法調查的證據，有證據能力，並不是把它拆開來看，這個供述證據只有唸兩句，就是感覺上沒有合法調查。事實上它是一個衍生的證據，透過刑事訴訟法第 159 條之 5 的方式讓它產生證據能力，在法院上呈現。

實務上比較常發生倒是檢察官會偷跑，就是說這個統合證據做好之後，但是在講的時候講更多，超過統合證據的範圍，試試看辯護人會不會異議、看法官會不會阻止，因為他想要讓國民法官有更深的印象等等的。它的基本原理，在日本分得更細，就是法條有規定，而且規定得非常細，我們實務上根據我看到第一審模擬的經驗是這樣，所以跟大家交換一下有關於統合偵查報告，它是有證據能力，同時要經過合法調查。

剛剛有一位先進提到量刑，現在的模擬，我們把量刑的部分有開

放給大家看，所以大家知道他們在討論什麼。可是將來真正的評議是不公開的，所以我們其實要靠最後的判決書，就量刑的部分所寫的理由，才知道國民法官在想什麼。司法院目前在推量刑精緻化，所以他們也開了很多的課程，將來量刑要怎麼進行評議這件事情，像在士林地院的量刑評議，其實做得還算蠻透徹的，會花很多時間做便利貼評議，就是一點一點記下來，所以一個評議7、8個小時都有可能。

在模擬法庭的時候，我們都給予這麼多的時間，將來真正的案件有沒有可能花更多的時間？是有可能的，因為重點就是要怎麼樣去量出一個很適當的刑度，很困難但它很重要，所以司法院也應該還在持續要加強這一部分，要如何提供資訊或者是要怎麼判斷。

最高法院在111年12月6日也會開一個座談會針對國民法官案件的量刑進行討論，就是我們站在法律審的觀點，怎麼看第二審他們要怎麼去看第一審的量刑是不是有失當，裁量權是不是有濫用要怎麼去判斷，我們還會有另外一場研討會是在講量刑。以上報告。

主席：

先謝謝溫教授跟蘇法官。我們有點時間，請廳長為我們評論。

李廳長欽任：

院長、溫教授、蘇法官，以及在座的各位先進，因為剛剛院長有指示的事項，有關於裁判書簡化的部分，這個部分我會帶回去，看看是不是能製作適當的範例來供未來大家使用，簡化相關判決書。

另外，有關於犯保協會剛才提出所謂被害人陪同這個部分，在109年有關於被害人在審判中受保護或是隱私的部分，這部分在刑事訴訟法第271條之3已經有明文的規定，另，第271條之2有關於被害人及家屬的一些隱私保護事項也注意到，被害人在審理中的心理狀態，法官也要注意適當的照料，給予適當的遮蔽。在他可能會產生的心理衝擊這部分，我們也要適當的照料，在第271條之3這部分，我們也允許他親近的社工人員或其他適合的輔導人員、心理師一起陪同他來開庭，這部分在法制面應該是已經有完備，只是說怎樣落實在我們的審判中，審判指揮這部分，可能要再細緻一點來作處理的問題。

至於剛剛講到二審證據開示的部分，蘇法官已經講得很清楚，包括統合偵查報告書、或是叫「統合證據書」。這個部分，思帆法官禮拜二在最高法院有做個非常詳盡的報告，引起最高檢的檢察官非常有興趣，也理解了證據調查會發生什麼樣的效力，我是不是請思帆法官

來給大家分享一下？以上。

陳法官思帆：

主席、評論員，還有各位先進，大家好，我是司法院刑事廳的調辦事法官陳思帆，剛剛就廳長有指示的部分先做一點比較簡要的補充。

首先是就上訴審檢察官有取得證據開示的問題，這個部分我簡要說明，大概問題點可能是出現在，想像中隨著案件的流程，有可能一個是檢察官在偵查階段所取得的卷證，也就是說，偵查卷宗的問題。第二個是檢察官在起訴以後，不管透過任意偵查，或者是起訴後偵查輔助機關才移送的資料，或者是我們說透過證人的訪談，檢察官又取得的相關紀錄這些資料，或者是說再更進一步，第一審言詞辯論終結以後，會不會因為一些特別的原因，因為對於案件的重新調查，或者是檢方另外在另案所獲得的情報，他又取得了相關的資料，大概會出現這樣的問題。這個部分在我們國民法官法第 53 條，就是之前立法階段改成是一階段而且全面的證據開示，也就是說，在偵查階段取得的卷證資料這個證據開示，辯護人的證據獲知權是沒有問題的，大概透過本法第 53 條的直接解釋就可以了。

只是說有產生爭議的可能是後面的情形，就是起訴後取得的資料，在過去的模擬法庭當中，曾經有論者提出如果第 53 條依照文義解釋，檢察官似乎沒有開示義務，不在開示的範圍。當然就這個部分我們的想法並不是這樣，我們是認為基於一個貫徹證據開示的資訊揭露，以及對等的原則，即使是檢察官在起訴後取得的相關證據資料，檢察官仍然負有開示的義務。

就這個部分的話，因為鑑於有這樣的爭議，我們訂定在國民法官法施行細則第 132 條規範，起訴後，檢察官仍然應該要開示他事後取得的證據資料。同條第 2 項規定，而且檢察官取得的情形，最好主動開示或者是告知辯方他有取得相關的資料，檢察官也可以命偵查機關提出這些資料，是希望解決這方面的疑義。這部分就我所瞭解，法務部並不反對這樣的一個方向。

接著，關於第一審言詞辯論終結後，其實涉及到的大概就是在上訴審，或者是說有沒有可能產生再審的新證據的問題，畢竟這已經不是國民法官法母法很直接的規範範圍，不過還是在細則第 134 條有規範，檢察官如果有這樣的一個情形，是得主動開示給辯護人，或者是

說依法得聲請再審之人。這樣的目的當然是希望賦有一個期望，如果事後真的發現了足以影響判決結果的新的證據資料的時候，檢察官願意主動提出。

接著，剛剛廳長提到統合偵查報告書的這個問題，其實蘇院長已經論述得非常清楚，我這邊再做一點補充。日本的制度傳聞證據例外，有兩個很重要的規定，日本刑訴第 326 條是叫做「同意書面」，也就是說，經當事人同意，可以用審判外的陳述作為相關的證據。

日本他們使用所謂的統合偵查報告書，意思是有很多份原始的書證，比如說大量的病歷資料、診斷證明，或相關的照片，再由調查機關根據本案不爭執的事實，抽取其中最相關的，比如說被害人是受了什麼樣的傷勢、傷勢的狀況為何，把它抽取出來組合成為一個新的偵查報告書，當然我們可以叫它「統合說明書」或是「整合書面」，日本是稱為「統合偵查報告書」。

這個畢竟是經過偵查機關這邊已經加工過了，所以他們的法理依據是從日本刑訴第 326 條的同意書面來，原則上是必須要辯方也同意使用，所以才會提到這樣的一個書面待證，為雙方不爭執的事項，而且原則上應該是在提出以前要先開示，並提供給辯方去作閱覽，否則一旦辯方爭執此部分證據能力，就沒辦法依照同意的法則取得傳聞證據例外的證據能力。

當然日本還有另外一個制度叫做「合意書面」，它規定在應該是日本刑訴第 327 條。「合意書面」的使用，如果我理解沒有錯，有點像是美國法 Stipulation 這樣的一個概念，可是它沒有那麼直接，是把它當作對證據的合意，而不是直接對於事實的合意。意思是檢辯雙方可以主動合意一段事實，把這個事實寫在一張書面上面，直接把這張書面當證據。

為什麼日本會有這個運用？因為他們認識到裁判員不可能在短時間之內理解、消化大量的書證，所以當初在建議的時候，有建議採用這樣的兩個方案。不過「合意書面」是律師團體比較主張的，他們認為這樣可以彰顯雙方當事人的對等性；「統合偵查報告書」、「同意書面」是檢察機關主張的，因為他們畢竟還是會希望是一個由他們所製作出來證據的性質，後來多數其實是採用統合偵查報告書的方法，這個是做一點小小的補充。

另外，有關於本案，其中一個重要的核心在於一審有關於殺意的

判斷是不是合乎經驗法則跟論理法則，剛剛主持人李院長有提到一審判決記載的一個問題，我也做一個小小的報告。在國民法官法施行細則第 301 條有提到，關於判決書要記載的內容，這一條是補充國民法官法有關於判決要記載對當事人有爭執事項判斷的主要理由，其實初稿是由吳冠霆法官提供給我們，我只是再去作修改而已。

這邊就會提到如果是一個直接證據，要怎麼證明直接事實，要把它列載出來。如果是綜合間接證據而推論出來的事實，比如說殺意其實是基於好幾項間接證據所推論的，兇器的一個危險性、傷害手段的重大性、對於身體受損的嚴重程度等等，應該要把這樣的間接事實跟推論過程去闡明。這個是因為希望將來能夠認識到，它是作為二審法院事後去判斷關於經驗法則、論理法則是否適當的基礎，這邊也可以請大家參考。

另外再補充的是細則第 266 條的規定，因為大家可能會疑惑國民參與審判真的有辦法寫判決理由嗎？所以，我們有參考日本裁判員實務的經驗，在這個實務經驗當中，法官是可以依照討論的過程初擬理由大綱，提供國民法官法庭去確認這個理由是不是多數意見所認同的理由。

最後，這邊也再稍微補充一下，就本案事實認定，可能關鍵還是在於一審的審理。我們說堅實的一審審理，它可能就是發生在一開始檢察官設定怎麼主張跟出證，怎麼去推論這一個具有殺意的一個事實，以及檢察官對於這件事情要去斟酌哪些間接證據是比較重要，可以認為有殺意的，可能需要做更充分的一個主張出證，甚至像剛剛所說的，是不是要更強調、著重在於這一個鑑定對於死因的判斷，能不能推論當時的一個行為手段，或許這也是將來實務可以去努力的方向。這部分是我個人的一點心得，不好意思，占用很多時間，就請各位多指教，謝謝。

主席：

謝謝思帆法官。思帆法官對國民參審參與了很多，也做了很多的幕後工作，謝謝你來跟我們分享。我們時間還有 2 分鐘，可以有最後一個發言，請各位把握，筱涵法官，你是這個案子承辦，來說一下你的看法。

邱法官筱涵：

院長還有在場各位先進，除了在模擬的過程中，在這個座談會也

學習到非常多。套句院長說的話，最好的模擬就是發現問題的模擬，就是說我們的模擬法庭也確實發現了一些問題，大家今天提出來互相討論。將來上路以後，有著這麼多前輩的經驗，相信可以走得更穩跟更順，也希望將來國民法官法上路以後非常順利，謝謝。

主席：

謝謝大家，我們經過五場的演練，大部分的問題都已經提出來，而且處理、解決，將來實務上是不是採我們的做法，或者是另外有的做法，要待實務形成，問題慢慢就會沉澱，沉澱就會形成共識，有共識以後，運作就會順暢。誠如剛剛溫教授還有蘇法官的說明，將來國民法官參審的重心就在第一審，第一審才是國民參與審判制度的精要、精髓，跟制度根本的意旨所在。

檢辯的攻擊防禦都要考慮到國民法官的接受度，提出所有的、全面的、無所不包的攻擊防禦方法，可能會影響國民法官的認知跟接受。第一審不是替第二審作準備，是真正以第一審為重心，不能在第一審攻防時候就預想將來可以作為上訴的基礎，這樣的話，就變成企圖把二審作為審判的重心，這樣一來就違背了國民參審的根本精神。這個是我們多場模擬以後一個很重要的心得，可以作為我們將來制度實施的一個依據。

今天我們時間剛好也就到了，謝謝溫教授、謝謝最高法院蘇法官，謝謝審檢辯的積極參與，最後謝謝大家！

玖、致贈禮品並合影

拾、活動結束（結束時間：12時02分）