

司法院「國民參與刑事審判法案研議委員會」

第十八次會議會議紀錄

- 一、 時間：106年11月16日（星期四）下午2時30分
- 二、 地點：本院三樓會議室
- 三、 主席：呂召集人太郎（主席）
- 四、 出、列席人員：詳如簽名單
- 五、 會議進行情形：（依現場發言順序紀錄）

呂召集人太郎（主席）

按照議程來進行。先確認一下上次討論的一些條文。

邱研究員鼎文

主席、各位先進。請各位先進翻到手邊資料第11頁，這是第七十九條關於評決的部分，在上次會後有做修正，主要是因為委員建議原來的用語「關於參審員跟法官意見分二說以上」這樣的用語需要修正，後來也參照日本裁判員法的規定修正為「因參審員及法官之意見歧異」這樣的文字來修正，理由13頁的部分也做相應的修正。

請各位看到15頁，關於八十一條評議秘密，在上次會後也做了修正，參考委員的建議，關於守密的期間調整跟法院組織法的規定一致，規定「於該案裁判確定前應嚴守秘密」，做這樣的調整，相關的立法理由也請各位委員再參照。

再來是17頁，第八十二條有關於判決宣示的調整。前次委員建議宣示判決通知參審員到庭這樣的方向，後來我們也修正成如委員建議的，原則上希望參審員能到庭，但是如果

因為特殊事故沒辦法到庭時，仍舊能夠宣示判決。相關的理由也做相應的修正。

除了這些修正之外，比較重要的修正是在上訴部分，上次委員有一些建議我們也加以參照並修正，主要是在 23 頁第八十五條。本來在第一項是規定上訴二審法院非以判決違背法令為理由不得為之，在研議之後將之刪除，維持原來人民觀審試行條例的規範方式；第二個修正是在 24 頁的參增七條，這部份我們做了一些限制。當事人與辯護人於第二審法院原則上不可以調查新證據。如果是因為一審辯論終結後有新生的事實有調查必要，或是得即時調查的證據，或是有五十九條第一項第一款、第四款或第六款，也就是失權效的例外情況不在此限，可以例外地在二審法院調查新證據，第二項是上次條文的第一項規定移列。

再來是 26 頁有關於八十六條，第二審上訴審查基準的規定，我們也參考委員的建議，將原先觀審條例條文的部分做文字的調整變成第一項，也就是說行參審審判的案件經上訴者，應本於國民參與刑事審判制度的意旨來妥適行使審查權限。第二項的部分是做原先第一項的文字調整，主要是原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於原判決者，二審法院不得予以撤銷，做這樣的一個調整。

其次是有關於增列了參增八條，專門處理上訴案件一旦以違背經驗法則跟論理法則而撤銷後，應該怎麼處置的問題。這部份我們認為就原審判決如果認定事實或科刑不當撤銷

者，原則上還是發回原審法院，本於國民參與審判的意旨來審理。例外的狀況如果當事人雙方有合意或是二審法院認為適當者，二審法院可以自為判決。這是有關於上次會議之後新增的條文。

再來是有關於第 29 頁的再審條文我們就沒有再調整，原則上也適用刑事訴訟法四百二十條以下的規定。

以上是上次會議後所修改的一些條文。

呂召集人太郎（主席）

謝謝說明。不曉得各位委員對上一次條文的調整、文字的增修，有沒有什麼意見？這裡面滿重要的當然是就是關於上訴的問題，跟過去比較不一樣，上訴有一些特別的規定。將來我們一般的訴訟程序的上訴制度改了，我們這邊當然會跟著改。

許委員進國

主席，第七十九條第四項的科刑評議，要算入到過半數的意見。這是不是其中算入的那一票一定要有法官的一票？如果前面一直算都是參審員的 5 票的話是不是還不能算？是不是跟有罪的一樣法官要算進去？所以要算到第 6 或第 7 票才是？因為萬一真的有參審員刑度比較高，法官刑度比較低就會發生這個疑義。

邱研究員鼎文

如果前 5 票都是參審員的話會是這樣。

許委員進國

我了解了，謝謝。

陳委員運財

針對上訴的部分，這次跟上次不一樣就是新增參增七條第一項，等於說限制當事人上訴時原則上不可以再聲請調查新的證據。我也贊成這樣的規定，只是但書的範圍要怎麼去界定？限制當事人在上訴審調查新的證據，本身是延續五十九條失權效的精神，一直到上訴審，為了要落實參審制、事實審的一審審理，在上訴二審對調查新證據加以限制，應該有法理的基礎。

不過但書的部分要怎麼訂？目前基本上有三個類型。第一個是原審辯論終結後所生之事實而有調查必要；第二個是得即時調查的證據；第三個就是原來一百五十九條的一、四、六這三款。現在有兩個問題，一個是一百五十九條第一、四、六款裡面，並沒有提到第五款這個部分，也就是非因過失或不得已的事由，一百五十九條當然是在準備程序終結之前聲請調查。當然以上訴來講，原審辯論終結之前，如果非因過失或不得已的事由，在參審第一審審判辯論終結前不能聲請調查的話，這時候能不能作為上訴理由？這部分是目前擬的條文但書三個類型裡面沒有規範到的。因為第一個類型是終結後所生的事實，感覺好像是終結後才產生的，比如和解；或是終結後證據才顯現出來，比如用新的科學鑑定技術所做的新結果。所以在原審辯論終結之前，非因過失或不得已的事由沒有辦法聲請調查的部分，可不可以作為上訴聲請調查

的新證據？這部分我是比較贊成可以放進來。

第二個就是第二個類型，得即時調查的證據，是法院職權判斷的嗎？從理由好像看不出很明確。所以如果是法院職權調查，這本來就回到訴訟法，既然參審這沒有規定，那就回到訴訟法，上訴審還是採覆審。因為這規定下來之後我們的運作會更往續審的方向去操作，也符合現行運作的現況。所以有問題的是：職權調查是不是在這邊要明文規定？否則就回到現行的刑事訴訟法，當事人所沒有聲請調查的新證據，法院如果依職權認為有調查必要，是可以職權調查，那就不待這邊特別規定。不曉得這個部分刑事廳的政策或意見是如何？如果要限制法院的職權調查，根本上可能要從上訴理由、法院的調查範圍，變成要回到跟上次一樣重新規範。所以現在就是在這部法案裡面，我們針對上訴制度要怎樣的限縮。

上次也討論過，有關上訴制度的考量可以分別從上訴理由的限制、法院調查證據的範圍、當事人聲請證據的範圍以及法院最後判決要不要撤銷發回為原則，還是自為判決為原則等等來做不同設計。我想我們的想法是在維持現行的刑事訴訟法之下，要落實一審的參審審理確實有困難，可是我們又擔心上訴審過度限縮當事人的上訴權，可能會引發訴訟權不平等的新問題產生。等於是這邊比較限縮，拿法院的判決來限縮，基本上對當事人的上訴權比較沒有影響。前面的上訴理由限制或提出證據的限制，跟當事人的上訴權就有直接關係。所以這邊要做一些慎重的思考。

因為我們還是期待上訴審某種程度可以發揮糾正一審錯誤的角色，所以我也認為可以部分保留二審還是有職權調查的空間。所以這邊我認為除非我們要對法院的職權調查空間特別明文限制，否則但書裡面沒有必要特別提到法院的職權調查問題。我就提這兩點讓大家思考一下。

呂召集人太郎

我簡單先說明一下「得即時調查」。不曉得刑事訴訟有沒有這種？民訴是不少得即時調查的規定。比如證人可以到庭的，問一下就知道；又比如文書或其他書證，提出來看就知道。那什麼情況是不得即時調查？譬如送鑑定、到現場去履勘等等，這一般在解說上是比較限制的。這是給法院的一個衡量。至於陳老師講的第五款「非因過失未能於準備程序終結前聲請」，當初是有稍微評估一下，討論民事訴訟法四百四十七條有類似的規定，以致於民訴上嚴格的限制續審變成沒有意義，大家都往那邊擠，因為你要證明故意過失不容易。所以當初有討論第一審辯論終結後的事情。

還有第六款，因為非因過失不能提出來而不提出顯失公平就可以用，第六款某個意義可以代替第四款。陳老師提到這條文這樣規定，二審要不要職權調查？這麻煩簡單說明一下。

陳委員思帆

我簡單補充一下，看這樣的想法適不適當？關於新增的「得即時調查」之證據，這部分是在我之前也有參與的刑事

廳內部討論之後所新增的規定。他主要其實是希望規範調查的證據，不是需要另外大費周章花很多時間以至於影響訴訟程序的順暢進行。所以這規定就是取代原本 59 條的其中一款，不慎妨害訴訟程序的規定。所以應該是指調查證據所需要花費的時間、勞費不會影響到程序，比較著重在這個側面。至於剛才老師擔心的，是不是規範法院職權調查的證據。就我個人的想法來講，原本我們規定的第五十九條以及他所參考的日本刑訴法失權效的相關條文，其實原本的規範精神有明訂，並不限制到法院，只限制當事人。所以似乎這部分一致解釋就可以了，並不是要去主動限制法院的職權調查。當然假如這方面會有疑慮的話，說不定理由欄也可以敘述清楚。以上簡單說明，謝謝。

呂召集人太郎

應該就是說脈絡跟五十九條一樣，只是在限制當事人聲請調查證據的問題，法院依職權調查是回到一般訴訟程序的規定。如果大家都沒有意見，理由可以把它寫進來。

吳委員秋宏

謝謝主席。我呼應陳老師剛才提出來的。第一個，雖然像主席提到的這種，非因過失來不及在一審辯論終結之前，就可以來得及提出，應該就要有。第六款看起來是說如果不讓他提出，顯失公平，某程度似乎是可以。只是說第六款的範圍是比較大的，因為我們現在是為了解決將來用新事實新證據作為再審的原因，變成原來審的都破功，所以應該是盡

可能把符合再審的那些事由納進上訴可以調查的範圍，否則因為再審沒有限制提出證據的時間，這時候限制沒有太大意義。所以我會贊成「非因過失」這種不得已的狀況是滿重要的類型，應該是在第六款顯失公平之外，獨立特訂出來。當然用語沒辦法跟第五款一樣，那可以在本文修飾，不要把它當成五十九條第幾款這樣的模式。

第二個是「即時調查」的部分，剛剛主席提到的，比如當事人已經把想要聲請傳喚的證人帶到法庭了。這種情況我們當然可以想像，不用再用傳喚的程序，當庭詰問就可以。可是這會有個問題。很多人可能都會用這種手段來規避其他嚴格的要件，這樣變成一審五十九條破功，二審原則上調查證據要以一審為基礎，二審是很例外的，門要縮的比一審更小，結果反而在這邊「即時調查」，雖然思帆法官提到不用花太多時間，但事實上今天傳了五個都給你帶來，你不能用哪一款說我不能即時調查證據。所以我覺得這個範圍似乎比一審五十九條還寬，似乎不太符合堅實的事實審，而且是素人、所謂的國民法官的參與的審判。一審不容許存在，二審反而可以開了這個門，我覺得有點怪。

第三點就是有關於五十九條的第四款，我覺得五十九條為了爭執審判中證人、證書內容，這可以想像，因為準備程序將來在審判期日會講出什麼話，為了彈劾證明力，所以可以例外不受這個準備期日已經過了的限制，還可以為了彈劾甲證人，聲請傳喚乙、丙，是有必要性的，也是為了釐清甲

證人的證詞可信度。所以也沒有可能期待在準備程序中，就可以知道誰可以來彈劾甲證人某一部份的證詞，所以五十九條在這邊是有存在的價值。只是如果放在二審也容許用第四款，我覺得怪怪的。在一審可以提出而不提出，也沒其他不得已的狀況，可是我就是要放到二審來顛覆，這有點不是我們一審就要把事實確定清楚的設計理念，有點像是一審可以這麼弄一次，我沒有任何原因、理由可以保留到二審再來弄一次，只要是為了彈劾一審詰問過的證人他的證明力，我都可以在二審來聲請。我會覺得這樣的狀況有沒有必要留著？還是這樣的狀況留著的話可能會有一些弊多於利的可能？以上提出一些淺見，謝謝。

蔡委員元仕

我簡單講一下自己的看法。基本上剛剛學長講的跟老師講的我都能認同，不過我自己來理解即時調查證據，我想原先的宗旨應該是這個證據在調查時不會太過耗時費事。所謂的程序應該是兼指證據的取得以及證據調查程序的進行兩者。比如說我直接附了一個和解的資料上來，原先就在上訴狀內，檢視起來並不為難，不管是蒐集或是調查，本身都不是太大問題的情況，基本上失權效的目的有一部份是在控制，希望程序能夠依照原來的審理計畫進行，所以考慮的主要影響就是對程序遲滯的作用，如果不甚礙程序的進行，經過裁量把它納進來，應該也還沒有那麼不可以。

因為即時調查證據考慮到的是調查的即時性，是不是需

時過鉅這件事，並沒有真的去觸及這個調查的主體是誰，是由誰來發動調查。我們的條文一開始就限定主體是當事人跟辯護人聲請調查的事項，所以法院本身的職權調查範圍或權限應該是沒有受到直接的衝擊才對。所以我覺得留下來也並沒有什麼很不好的影響。只是像學長剛剛舉的例子，一開始一審都不帶，到了二審突然拿了五個證人要求即時調查，你今天就花時間幫我問。雖然在證據的蒐集或取得來講，花不了多少時間，因為他人已經到了。但是可能對造也需要相應的準備時間，法院在踐行這項合法調查程序的時候也需要一點時間進行詰問或盤問。在這樣的考量底下，法院認為不是具有調查的即時性而予以禁止，我覺得還符合文義的要求。就是說如果不是很嚴格地限縮在只有在蒐集證據這件事情不花力氣，而是連合法調查的成本都考慮進去的話。

像聯邦證據規則四百零三條，有些證據在調查的時候太過浪費時間，雖然也有些微的證據價值，可是相較於調查所支出的成本實在是太高了，原則上是可以排除的。我覺得這邊的精神是有點類似，可以參考。

至於彈劾證據這部分要不要保留到二審？如果這個彈劾證據不是在一審就出現，在二審才出現或被發現的話，是不是在二審有保留的必要性？譬如說這個人原先提出一個不在場證明，在一審的時候沒有足夠的時間蒐證，所以沒辦法去否認這個不在場證明的存在。可是到了二審時突然有這樣的證據出現，那是不是也適合納進來？還是有其他的條款

就能兼及納入？這可以再考慮一下。我認為調查即時性這部分應該在某種程度上，是可以容許的。

呂召集人太郎

剛提到彈劾證據事後才出現，有沒有更符合前面言詞辯論終結所生之事實？譬如像什麼情況？

蔡委員元仕

有可能是證據已存在，但未被發現也是有可能。

林委員超駿

現行的二審是覆審制，所以職權調查就回到一百六十三條第二項。即使是採事後審兼續審，它的職權調查範圍絕對是小於一百六十三條第二項。當然可以大於現行第三審的職權調查範圍，也就是三百九十三條。所以如果是以這個前提為基礎的話，加上現在是採一審人民參與，事實認定原則上必須予以尊重，再加上失權效，基本上我覺得二審的事實調查範圍應該是限縮一點。

而且回到剛剛吳委員講的，原本就是希望把重要的東西在一審提出，我相信主要是被告比較有可能，檢察官因為是發動攻擊的一方，在新證據調查的方面其實不會有像被告那樣的需求。所以另外一個可能性就是，既然是新證據，就完全委由法院將來去詮釋就好，這裡留下一點點空間，就是循著這個意旨，立法理由可以強調職權調查範圍比現行法三百九十三條大，但必須小於一百六十三條第二項去發展，然後委由法官自己個案慢慢想出一個模式。這也是個方法。

基本上我同意這套規範由當事人聲請沒有問題，但是職權調查沒有規定，所以可能引起誤解。因為沒有記錯的話，另外一個草案對於二審的職權調查範圍是有明文規定的，如果我沒理解錯誤的話。所以至少可以把那個草案當成立法理由在後面說明一下，希望朝這樣發展。我覺得直接拿進來好像也無妨，因為職權調查的範圍其實要說一下，不然會造成誤解。到底範圍有多大，法官可以主動介入的範圍有多大？也許是可以明文規定的。刑事廳可以研究一下。

我個人淺見是這範圍已經縮小了，是以剛剛的架構之下，可以超過三審，但絕對不能大過一審的情況。如果目前不容易規定的話，其實就規定到但書以前其實也無妨，就由法院去操作說明清楚也可以。

呂召集人太郎（主席）

幾位委員提到，譬如像第五款不是過失，理論上因為是強制辯護，這要比較限制適用範圍，跟一般不懂法律不一樣。一審也經過精密的審理，但是也有可能當事人沒有拿出來，律師再怎麼樣也不知道。這看看是否把它補進去，避免重要的證據漏掉顯失公平，當然也有可能用顯失公平。剛剛提到彈劾證據，把核彈放在口袋裡到二審才用，這也是有可能。

許委員進國

其實到二審有沒有調查必要，顯失公平這一款大概都可以納進來。不過在實務上確實看到滿多不管是被告或是證人，當時在開庭言詞辯論快終結時，拿出一個可以即時調查的證

據。就像這個禮拜三剛開一件竊盜的案子，警察有蒐證的相片，被害人明明說它有一張骨董的小板凳被偷走，被告否認，但附上的相片是騎著摩托車後面載著檜木的木板，還有字畫也在機車後座。被害人說剛好有朋友去他家，看到偷的過程就拍下來。我一直強烈懷疑那個小板凳是不是放在前座，可是就只拍到後座。我後來就問他，你朋友只傳這麼一張嗎？他說哪一張，我們就螢幕提示給他看。我們問他確定有小板凳嗎？他說相片裡有。我如獲至寶，問他手機有沒有帶？他說有，在那邊一直找，果真找到一張前座放著板凳的照片。他就馬上提出來，這就可以即時調查。

還有有時候提出很多字據、字票還有一些相關的東西，馬上就能適用，但是那是用顯失公平也可以包括進來。那到底彈劾證據的部分二審要不要保留？有時候我們審理的時候在一審辯論終結證人問完以後，被告有時候會說他還有什麼證據存在，但是一時沒辦法找到。可是如果沒有很明確地表示怎麼樣的調查方式，通常法官就會終結辯論了。辯論終結掉以後，如果還有會影響到判決結果的東西存在，那是不是可以調查？當然這是很少數。不過如果這種情形，用顯失公平應該就比較容易放進來。所以彈劾證據這部分到底要不要保留到二審？我比較保留。但是即時調查那部分，應該還滿好判斷的。

呂召集人太郎（主席）

包括五十九條第五款非因過失沒有提出的，即使是非因

過失沒有提出，二審如果能夠即時調查也可以做。只有非因過失沒有聲請勘驗現場或鑑定，這比較難想像。

蔡委員元仕

主席我補充一下。基本上我們有一個概括條款，就是顯失公平，可以把所有東西納進來。那前面的規定就盡可能明確化，這是立法技術的問題。文字上面可以明確納入的，就在前面條款處理，真的不行再做概括條款的運用，那時候就有判斷餘地出現，法安定性就會稍微低一點。

那為什麼我在這裡有點猶豫彈劾證據要不要直接拿掉？會不會有影響？譬如我們要顧慮到審判三方資訊不對稱的問題。以我檢辯雙方在出證的時候，對於證量、證據價值或證據門檻的評估，跟審判長或跟國民參審法庭最後判斷的結果不一定是一致的。我在彈劾的時候譬如把兩個人完全隔離開來，我覺得他們講的南轅北轍，我已經達成彈劾任務，因此沒有就這部分另行舉證，到最後參審員做的結果是既然有一個人出來講，就算所有細節都兜不上，他們還是願意要相信他。那我只好事後再花很多時間蒐證，找出他當時的車輛，或把 GPS 定位等能夠破解不在場證明的證據找出來，那二審可不可以用？一審沒有提出來是不是可以歸責於檢察官或辯護人？它會有一個判斷空間存在，不是那麼明確。那我有一點猶豫是不是要馬上就把這樣的類型拿掉？請各位委員一起參酌。

呂召集人太郎（主席）

研究看看。看看二審要不要保留這樣的可能性。當然另外一方面它也有可能會妨礙訴訟經濟，就我剛剛提的，核彈放在口袋裡面他就是不拿出來，到二審時再丟出來改變結局也是有可能。

林委員超駿

二審的辯論跟一審最大的不一樣就是被告不一定有陳述的機會，如果按照一般來講，今天被告爭取機會一定要跟事實有關。抱歉我講直接一點，其實救濟這個情況我比較難想像在二審會發生。如果二審要事後審的話，必須是符合新證據的要件提出。如果不是新證據的話，不管用什麼方式提出來，那我們留一個但書給他。但是如果可以等到言詞辯論的時候才提，那問題是他沒有當然陳述的權利，那這時候他用什麼身分出來講？除非當場舉手，法官沒有要讓他講，他就講我今天帶了兩個證人過來，這情況當然有個可能性是辯護人幫他講，但是辯護人做這樣的事情，其實在二審的程序來講可能不大得體，因為如果辯護人早就知道有其他可以調查的證據，早就應該提出來。所以我覺得，我基本上可以體會這樣的苦心孤詣，但是可不可以把這裡的設計回到將來言詞辯論的場景，就是一個事後審加續審的場景，而不是在現在覆審的場景，嘗試把這些要件思考一下。我想如果真的是要給被告機會的話，那其實相應要提配套的，應該是出庭的權利，而不只是被通知在旁邊觀看而已。是否會有這樣的結果，就不得而知。

呂召集人太郎（主席）

我們現在基本上還是覆審，暫時還是覆審。

蘇委員素娥

應該是覆審加續審。

林委員超駿

覆審就不用續審了啊，新證據什麼時候都可以提出來，那參增七條就不用了啊。

蘇委員素娥

應該說是比較嚴格的續審。

林委員超駿

之所以要事後審加續審，是因為事後審比較嚴格，例外開一個但書叫續審。沒有說比較大的放在前面，因為續審就被覆審給涵攝掉了。

蘇委員素娥

上訴理由沒有限制，但調查證據的方法、範圍有限制。

林委員超駿

如果真是這樣我沒意見。

蔡委員元仕

我試著舉一個即時調查證據的例子，看老師能不能接受。譬如說在一審的時候被告主張自己無罪，同時他雖然精神狀況有問題，可能會有責任能力減退，或是在量刑上面可以做一個有利於己的參考，但是因為他同時有監護權判定的官司，他擔心提出精神狀況的問題可能會有不利的影響，所以他保

留了這樣的證據。但事後受到重刑，他在二審希望求取輕刑，那他要把這個鑑定結果或診斷證明在上訴書提出來，那法院可不可以參考？類似像這樣。

呂召集人太郎（主席）

概念上應該是既然可以即時調查，至少在目前的制度沒有反對的特別理由。至於什麼情況才能即時調查，將來實務上運作可以有一些空間。

蔡委員元仕

建議也許可以在立法理由說明，可能要麻煩幕僚廳傷腦筋。可以在立法理由把有關即時性要參考的要件描述一下。譬如對於程序遲滯的影響、證據的價值或對於當事人可責的情況，都把這些考量的因素列一下，比較可以明確給個規範。

陳委員運財

我提個補充意見來解決可能引發爭議的問題。分兩部分，一個是當事人能不能聲請調查新證據，一個是法院能不能依職權調查證據，這個調查證據有沒有範圍的限制？剛剛講如果這部法案沒有要去限縮法院職權調查範圍的話，就回到目前的訴訟法，當然可以依職權調查，而且沒有範圍限制。不過從剛剛的討論，刑事廳似乎有意部分限縮法院的職權調查，說這個證據其實是可以即時調查的。如果這樣的話，應該要跟當事人聲請調查新證據的限制規定這一條，可以另外弄一項。也就是這項純粹就以當事人原則不可以聲請調查新證據，例外可以。

另外第二項，法院依刑事訴訟法一百六十三條第二項發動職權調查證據之情形，應考量得否即時進行調查，把這概念放到這裡，等於稍微侷限法院職權調查證據的發動，應該不是範圍，是發動。就是說發動的對象應該是可以即時調查的證據，來做必要的考量，是不是可以往這方向做這樣的調整？

蔡委員元仕

如果我對老師的意見沒錯的話，老師其實是認為沒有必要特別限縮法院職權調查的範圍。現在的見解變成是說，法院職權調查範圍權限被限縮在可以即時調查證據才能職權調查。但是老師剛剛一開始的主張是這邊沒有必要去特別限縮法院職權調查的範圍，因為還是要保障真實發現的功能，對不對？

陳委員運財

如果在持現行制度架構底下的話。

蔡委員元仕

我正想支持老師這個見解。我上次也提出類似的觀念，如果要修正上訴審的話，不如一次性的全部解決，比較不會有平等權的問題。而且坦承說，在整個法案通關上面也會比較順暢一點，這是我的顧慮。所以如果幕僚廳原來的規劃是認為沒有必要在這地方這麼快進場，把法官的職權調查修正的話，那就維持既有的條文，主體限制在當事人聲請的部分，才會受到這邊的限制。那其他就回到刑訴法的原則，我覺得

這樣也不壞。

呂召集人太郎（主席）

就是職權調查依舊，只是當事人聲請調查，如果是可以即時調查也可以，是這個意思？

陳委員運財

那另外用語上面，第一個類型「辯論終結後所生之事實」，是不是用「辯論終結後始成立之事實或證據」，「證據」兩個字加進來會不會比較完整一點？像我剛剛講的，如果有新的科技、鑑定方式、儀器等，文字修正為「辯論終結後始成立之事實、證據，而有調查之必要」。

呂召集人太郎（主席）

「始成立之事實、證據」。有可能發生新事實，也有可能發現新證據。

洪委員兆隆

我贊同陳老師所講的。因為一直在看那個辯論終結後所生之事實就會出問題。因為前面原則是二審法院不得聲請調查新證據，但書例外的情形把它限於辯論終結後所生之事實，而且理由說明裡面是新生之事實。如果成立的話，是包括之前跟之後，但是發現新證據以後去改變原來的舊事實。所以我一直在思考用語是怎麼樣，「成立」這兩個字應該是滿可採的。

呂召集人太郎（主席）

也許可以這樣，就是原審辯論終結後成立之事實，或是

事實雖然一樣，但有新的證據出來。

李委員宜光

我的想法是說，辯論終結後成立的事實，這樣的事實是辯論終結後所新發生的才包含，會不會比較嚴苛？再審的時候是發現新事實、新證據的時點在原確定判決時存在，但判決之後才發現可以提起再審。現在這部分變成辯論終結前已經存在，但是修正變成是一定要在辯論終結後新發生的才可以提，會不會反而變的太嚴苛？我的意思是說上訴審的審查不應該比再審更嚴格。

呂召集人太郎（主席）

它的解讀是這樣：原來言詞辯論終結前已經存在的事實，現在發現新證據的話也可以；言詞辯論終結前所沒有發生的事實，現在發生了新事實，也可以再聲請調查證據。所以這兩個都可以。

李委員宜光

看起來是變成這個事實是辯論終結後才成立的。

呂召集人太郎（主席）

「也可以。」

李委員宜光

這個類型我可以接受，但我的意思是，辯論終結前已經發生的，但是沒有被發現，可不可以提出來？已經存在但沒有發現。

蔡委員元仕

李委員的意思是說這樣跟再審有點不一致，會比再審更嚴格。

呂召集人太郎（主席）

就是說言詞辯論終結前已經發生，但是沒有被發現出來的事實。

蔡委員元仕

既已成立而未經原審斟酌，再審是以這個為對象。

吳委員秋宏

不這樣去定會太抽象，難以理解。

李委員宜光

對這事實的部分已經界定成辯論終結後始成立，等於是明訂只有這種類型…

呂召集人太郎（主席）

可不可以這樣子：「第一審辯論終結後『發現』之事實。」
「發現」就很廣了，以前有，現在才發現；以前沒有，現在發生的也是發現。這樣可不可以？

蔡委員元仕

這個地方跟再審的條文其實規範目的是有點不同的。這條文是為了集中審理，為了制裁當事人沒有即時提出證據，沒有履行促進訴訟義務所生的條文。如果把發現納進來的話，以前的理解是既已存在但未經原來判決斟酌的，那當事人藏證據其實依照這一條禁止不了。所以這邊反而應該嚴格，再落到最後的概括條款去處理，可能比較安全一點。

呂召集人太郎（主席）

這也有可能一審它知道但不讓你發現。

張委員永宏

我這裡有個疑問是這條的規定，到底在整個二審的流程當中，當事人什麼時候可以調查證據是不明的。換句話說，它不像前面的一審，基本上是準備程序之前你沒有提出聲請調查，你後面就要有個失權效的約制，在這裡是完全沒有的。舉例來說我們現在高院一個案子要經過準備程序，可能後面再開個一次兩次，這案子結案，普通的案件是這樣。譬如今天在最後一庭辯論終結的時候，突然帶著一個證人來說：「不好意思審判長，好不容易找到這個證人，請你現在立刻問他。」請問這算不算是得即時調查之證據？好像也是。

這裡有個問題是說，既然一審時說準備程序時要聲請證據調查，那為什麼二審時變成漫不受限，什麼時候都可以？這點是不是有必要做一些限制？還是大院認為這個是不一樣的狀態？這可能必須思考一下，否則的話這恐怕會是跟一審不一致的情形，這是第一點。第二點是我認為說第一審辯論終結後，所生之事實而有調查之必要，我們先不管得即時調查證據這東西放在這裡有沒有道理，先講第一審辯論終結後，所生之事實而有調查之必要，其實我是認為說，前面的五十九條，他的相關規定當中其實就已經是可以放了，不然如果真的覺得不能放的話，我是覺得說第五款他是可以做一些改寫的，不是因為我的過失而導致我沒有辦法在此之前聲

請調查就好了，既然這樣我覺得與其特別放了一個不太清楚是什麼意思，或甚至我們還要改寫的東西，不如讓我們一審、二審的體制是一致的，也就是我們把第五款做一些改寫，甚至我們不要用援用的方法，直接把五十九條的條文重抄一次做一些改寫，可能會比起說我們在這邊做一些為什麼我們只援用一款、二款跟六款，但卻捨棄了二款、三款、五款？這部分可能我們就不太容易說明，不用說我們又加上了所謂的第一審辯論終結前所生之事實，這部分恐怕在適用上面會有些問題，畢竟我們在這邊現在採取的並不是像日本採取的事後審制，他是有限制上訴事由的，所以在這邊恐怕沒有辦法完全援用日本的相關規定，所以我想說我們的做法也許是把五十九條直接拉過來用，然後刪掉一些我們認為真的不適合的款項，毋寧可能是比較適合的。

另外一個就是一開始提到的，聲請調查的時期其實在同一個審級中，在二審整個審理流程中，還是要有一個時期上的限制，否則我會很擔心說等到二審的最後一庭，不管是檢察官也好、辯護人也好，我們最常看到的是告訴人就直接拉了一個證人上庭了，直接說檢察官幫我查，檢察官也不敢拒絕，現在的司法環境哪好意思拒絕，直接照本宣科說請審判長斟酌，是不是要調查這個證人，這種情形我們實在是看得滿多的，那這種情形是不是要做修正，請大院斟酌。

呂召集人太郎（主席）

這裡面有個主軸，就是說一審我們行國民參審，理論上

是發生在一審的事實、證據大家都要提出來，而且要盡力的提出來，要努力地去找，這是原則，在這樣的前提下，有些你找也找不到或者是事後才發生的，二審的應該給他，這沒有問題，當事人不可歸責，找也找不到或者是以後才發生的，另外一種情況是，雖然我們制度上要求在一審努力找，但是他不夠努力，所以沒找到，沒找到雖然有點過失沒那麼圓滿，但是到二審來提出來也沒有浪費你太多時間，這個時候就是程序的迅速跟真相發現哪個重要？在這種情況下，應該在刑事訴訟上在真相發現上面也滿重要的，所以原來有一個條文九十五條不甚礙訴訟終結，有考慮這樣子，但就是怕不甚礙就是有點礙，不太妨礙但有一點點妨礙，這很模糊，可能大家用這個理由，法官也不敢講，因為你證據沒有下手你也不知道妨礙到什麼程度，所以就改成另外一種積極的，即使一審沒有十分努力，但是二審還有給予補救的機會，就容易調查的，這時真相的發現還是被認為比較優位一點，基於這樣的思考，當然剛剛各位委員都提到各種情況，像永宏提到的，這樣二審的聲請調查證據時間點，當然原則上除非符合但書不然就沒有聲請問題，在符合但書的時候，什麼時候要聲請，變成一個問題，不過這在現在通常程序裡面都沒有特別規定，因為二審沒有國民參與審判所以相對簡單一點，不會勞師動眾，法官回到一般審判來處理。各位委員提的這些都非常有價值，我們回去再做整個整理。

林委員超駿

我剛剛在想，這個架構的調查範圍總是比目前的小一點，所以理論上也是算一貫，但我一直以為是已經採事後審，還要經過言詞辯論嗎？真的類似交互詰問？二審。要不要加一個法官可以依職權決定要不要言詞辯論。將言詞辯論改為非必要？因這有點奇怪，一審已在人民面前辯論，二審在法官面前再一次？

呂召集人太郎（主席）

言詞辯論還是交互詰問？

林委員超駿

我指的是交互詰問的意思

呂召集人太郎（主席）

因為如果是原來的證人就不能再聲請

林委員超駿

所以要新證據才行。

呂召集人太郎（主席）

原來的證據就不能再調查。

林委員超駿

要不要在理由中記載一下，因為我們看了一下，像之前講的那麼周詳，因為這一條的關係就不用再進行跟一審完全一樣的程序。

蔡委員元仕

第二項可以解決。以前的證人他就可以不用再問，那如果新生的證人符合調查條件當然還是要經過合法調查。

林委員超駿

當然沒有錯，但這指的是從當事人有沒有權利做主張的角度來看，因為第二項只是說「得做為」，這是法院，但是當事人有沒有權利主張不要在交互詰問程序進行？

呂召集人太郎（主席）

如果是新的證人的話，把他排除恐怕不好，但如果是舊的證人，發現一審沒有問清楚的，這可能我印象沒有錯我們刑法規定，已經問過的證人不能再問。

林委員超駿

所以變成新證人按照這一條可以繼續詰問就對了？

呂召集人太郎（主席）

證人沒有給他交互詰問恐怕是有問題，我們先試看看好不好，因為先按照通常程序的原則架構來進行

張委員永宏

我的問題是說，這裡面第二項聽了各位先進的解釋之後，好像意思是說二審就不用行調查程序，就可以直接把這個證據拿來單做判斷基準，但是第一個他跟刑事訴訟法第一百五十五條第二項就背道而馳，第一百五十五條第二項是說無證據能力未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，但是這邊是說，第一有證據能力並經原審合法調查之證據，可稱作合法判斷之依據，這感覺起來是完全不見得相合的兩件事，是不是需要在立法理由說明？這是第一點。

第二點是，這會不會引起上訴改採續審制還是依舊為覆

審制的爭議，依照我自己淺薄之研究，這裡面所謂的覆審，有分為書面覆審、言詞覆審兩種情形，我們過去是採取書面覆審制，所謂書面覆審是拿筆錄來調查，舉例審判長說：對於證人張永宏之前在檢察官那邊說的話有沒有什麼意見？我想檢察官與辯護人都會非常上道說：辯論時一併表示。這種情形他也是調查，所以我的問題是說這會不會導出一個結論是說我們是續審制，我想這恐怕是一個問題。真正要走續審制的话，恐怕是這些證據完全不再調查，我們判斷的證據完全是一審所得出的結論再加上一些新證據調查，看是不是足以推翻一審，看是一審的論理錯或者是新證據影響一審判斷的正確性，這恐怕是不太一樣的東西，畢竟我們必須要解決的是一百五十五第二項的結論跟現在是完全不一樣，在這樣的情形下，我們是不是真的可以不要調查，如果不用調查二審審判長心理的 OS 一定是最強烈的，如果今天真的不用調查我高興得不得了，連提示都不用提示，因為提示是調查的前提，連念都不要念，直接你現在有什麼證據拿出來念一念就好，如果做到這樣的話，當然我們是覺得也不錯啦，但會不會沒辦法得出這是續審制的結果，而得出的批評是這是違法的覆審制，這部分我心裡倒是會有一些擔心，請大院斟酌。

呂召集人太郎（主席）

我如果理解沒有錯，覆審跟續審，很大的區別實益在證人這部分，其他反正書面大家看一看就都沒事，主要是證人，

我們目前雖然號稱覆審，因為二審準用一審，但其實如同剛才張法官提的，是書面的覆審，為什麼可以書面的覆審，主要是我們在證人的訊問上面，一百九十六條有規定，證人原則上不得再訊問，因為二審覆審或續審的差異性就沒那麼大，當然在我們這樣的制度，證據是無證據能力未經合法調查，這是從消極面去看，我現在新的條文是有證據能力且經合法調查，是從正面去規定可以直接當證據，這中間或許有一點點差，我們再研究看看有沒有怎麼樣的落差。

蔡委員元仕

主席這樣子說明我反而比較支持幕僚廳的條文，其實這條文應該還要嫁接回去刑事訴訟法的規定，我們現在是原則上有證據能力、在一審經過合法調查就沒有再次調查的必要性，那如果人家真的聲請上來了，怎麼樣去駁？一部分是要回到剛才主席講到的訊問已經明確不能再行傳訊的規定，另外一個部分是他同一待證事實重複聲請調查，也是認為沒有調查必要性才把他駁掉，這樣的處理方式是保留法院一定的裁量與判斷空間，就是我認為一審也許做過合法調查程序，但是他有未盡之處，我覺得他的調查有缺憾，在有必要的時候，我真的要重覆進行一次其實並沒有不可以，你說我們一律禁止法院來重做一次，是有點不大相同，如果我們目前基於種種考量沒有打算一步就宣告說這是續審制、事後審制或是法律審制，不管你怎麼稱他，我們還是要維持覆審的話，這也還是覆審的依據，因為他的審理範圍跟現在並沒有不同，

他只是把現在實務所謂書面覆審制運作明文化而已，我覺得這樣的作法也是可以考量的方向。

呂召集人太郎（主席）

這應該是我們一開始考慮基本的定位。

吳委員秋宏

就第二項來看我沒有辦法解讀成覆審制的理由在於，雖然現在二審都是書面審，形式上看起來沒有真正提示證據，但是我們筆錄會提示，問他有沒有意見，我們不敢跟他說我們只提示證據標目，實質上可能這麼做，可是形式上我們是提示證據標目，告以要旨就是多或者少的問題，這是覆審制。但將來第二項不是，是直接以一審有證據能力，並且經過一審一百六十四條至一百六十五條之一那樣調查證據的前提之下，二審才可以直接採為判斷的依據，這絕對不會是覆審制。

剛才廳長有提到說以後是覆審制兼續審，我有擔心是覆審制的可怕在於，跟現在一樣，我上訴只要說我不服，我根本不用指責說一審哪裡我不服氣，你就要給我全部審，這就變成說，我沒指正到的法院也有依職權調查的義務，比如說我只有爭執量刑，抱歉從事實認定到法律適用都要從頭到尾，從零到一百都要調查清清楚楚，我講了一點，剩下九十九點都要弄清楚，這就是二審採覆審制可怕的地方，我們一審已經搞了那麼多，二審又是屬強制辯護的案件，所以我才會認為說，這個地方的精神既然看起來二審已經要限縮他的調查

門檻，而且讓二審法院不用再經過那些形式上回歸正常的實質的面，我們應該不容許在上訴的上訴理由狀沒有上訴理由，跟現在一樣寫說，只要現在通過最高法院的決議，不要寫得很抽象像說量刑過重，我就通過上訴門檻，就得全部調查，這似乎對於二審將來的負擔過重，我覺得這樣是滿可怕的。

我建議應該是要提出上訴理由，且要具體指摘哪個範圍，否則變成只要說我不服，通過那個很抽象的門檻，就全部要調查，而且我講一點就全部都要查，完全背道而馳，說我們現在希望讓一審堅實化，二審盡量爭點集中在他對於不服一審判決的範圍，否則如果沒有的話，變成覆審制，變成說二審的審判範圍擴及到無限大，滿擔憂將來運作情形下是不適當的問題，以上。

呂召集人太郎（主席）

我了解我簡要說明一下，因為現在通常程序也同步在進行，如果順利的話，通常程序在二審會採比較嚴格的續審，上訴的理由等等要具體表明出來，我們上一次報告那一部法律也實施了，這邊就沒問題，就回到那裡，那一部法律沒實施的話，那邊就還是覆審，如果在這裡還要重新規劃一套續審，太多的條文，也沒三兩天那邊就改了，所以我們這個算是邊走邊調整，有點過渡，所以這是滿不得已的。

當然嚴格講起來，覆審就是一切從頭來過，不過這樣好像不太切合實際，當然我們現在不要去討論那個名詞，這樣的制度之下，實務運作下合不合理，有沒有前瞻性，能不能

跟即將要改變的通常程序連結，這才是重點。

林委員超駿

如果這樣的話我同意，比現在的範圍小，但是他只能撤銷判決，不能自為判決。

呂召集人太郎（主席）

下一條就有，如果兩造與法院認為適當，27 頁參增八條

許委員進國

量刑要發回，其他法律適用自為判決，兩造同意也可以自為判決。

蔡委員元仕

我簡單補一個意見，剛才學長講的，雖然我能夠理解，但是對於這個條文彰顯的是續審還是覆審的精神，我的看法是不大相同，雖然我們把二審的合法調查程序用這個部分把它全部拿掉，但是最終認定事實的範圍還是跟一審一模一樣，如果在不調查任何新證據的情況下，就同一個事實範圍，可以跟一審做相反的事實認定，代表他有可能是覆審，比較像現在二審的運作方式的實務明文，前提是像主席所講的，二審要不要在這裡改造，做續審或嚴格的法律審，這個是政策決定問題，如果我們決定要做覆審，那這一條沒有脫離覆審的精神太多。

張委員永宏

我簡單講，我個人認為整個條文看完他是續審制，理由是在於說如果真的照參增七條第二項的規定的話，基本上是

不調查舊的證據，連調查都不調查，從這個角度上來說的話，他就是續審制，續審制跟事後審制的差別在於說，事後審制還有上訴理由的限制，續審制是上訴理由不受限，我只調查新證據來做判斷，但是等到後面事實認定錯誤或量刑不當的時候，處理方式又像是事後審制，因為續審制就是我最大，我只要調查新證據再看看判決書之後，基本上我就可以判斷，所以續審制真正的救濟密度會遠少於覆審制，因為我只看判決書加新證據我就可以做完全相異的判斷，這元仕說對了，這是他的原則。我也沒有說我要支持什麼樣的制度，但是續審制恐怕運用上，八十六條本於國民參與刑事審判之宗旨，妥適行使其審查之權限，這部分恐怕要非常強調，否則的話會變成說我看看新證據、看看判決書，偏偏判決書又寫不好，這時候我就做相異認定，這恐怕會是大問題，尤其是另外一個問題是說，會不會導致某些人把二審當戰場，我今天一審燒不完的東西，二審繼續燒，我想這恐怕會是個問題，我看起來這趨近於續審制，除非你把參增七條第二項拉掉，否則他就不會是覆審制。

蔡委員元仕

我的錯，是我想的不清楚，確實像學長講的，要定義的話他確實比較像續審制，只是說比續審制更近一階的改造，就剩下事後審制了，但是我們沒辦法一步就跨到那個地方，所以大概只能先走到這裡。

呂召集人太郎（主席）

我覺得這是個特殊的制，尤其我們對事實的認定雖然要科予一審的證據作為基礎直接認定不用重新來過，像續審，但是我們也允許他提出很多新證據，程序上又沒有把一般覆審通通全部排除，最後事實認定又限於他要違背經驗法則、論理法則，所以我覺得這是過渡的制，我相信這制度在通常訴訟程序如果可以順利實施可以銜接，我上次有這樣的預感，搞不好我們這一套實施的日期會比刑事訴訟慢也不一定。

林副召集人勤純

主席、各位委員，我在這邊有個疑問要請教業務廳，我們從第一項「即時調查證據」這部分，是完全不做限制嗎？還是有條件限制？我必須先確定這部分，因為基本上但書裡面有三種情況，一個是辯論終結後所生之事實而有調查之必要，第三種情況是目前一百五十九條第一項第一、四、六款，那我們從第一、四、六款基本上還是在相當的情況下，才可以被拿來做五十九條條件裡面，第一項第一款認為適當，第四款是有必要，第六款是顯失公平，基本上都是經過一番的評價，但如果說調查證據這部分，不需要經過評斷就可以直接適用，我比較擔心會出現剛才永宏法官提到的，將來只要提出就必須要調查，所以這邊如果說是文義上要做限縮，理由上要做說明，我個人提出淺見，以上。

許委員進國

是不是可以把那個有調查之必要放到最後？

林副召集人勤純

放到前面？

呂召集人太郎（主席）

而有調查之必要，把調查必要這樣的修飾，要件控制到其他的都符合這個，這樣可以嗎？

蔡委員元仕

主席，不好意思我想提一個八十六條的問題，想簡單地請教一下幕僚廳，我們這邊關於事實認定要予以撤銷的理由，是限制在違反經驗法則、論理法則，證據法則特別排除的理由是什麼，我知道一般採證的違法，如果他是無害錯誤不影響到事實認定或許就無所謂，如果已經影響到事實認定，為什麼在違反證據法則沒有被納入，在立法技術上有什麼特別的考量？

呂召集人太郎（主席）

這部分是比較抽象哲學的問題，證據採證錯誤，要不要在二審給他救濟？就這樣。

吳委員秋宏

判決適用法律判決錯誤，結果面上的事實認定，他本身應該歸納在判決適用法律錯誤。

蔡委員元仕

學長的意思我懂，但如果這樣理解，就會把所有採證錯誤用違背法令去做解決，其實有些部分他可能是無害的法律錯誤，根本不影響事實認定，那部份要當成法律錯誤而撤銷

嗎？

吳委員秋宏

變成說就是再回到刑事訴訟法，變成哪些可以撤銷？

蔡委員元仕

這跟主席的想法好像不太一樣，主席想法是說採證、救濟不放到二審，學長現在的想法是說他可能是屬於法律層面的錯誤，如果要這樣歸類我也可以接受，只是在判斷上…

吳委員秋宏

有事實認定、適用法律、量刑這三個，這邊講的只是規範二審要撤銷關於事實認定的部分，只限於受證據法則的拘束，他沒有講到證據法則適用錯誤這種程序適用法則錯誤、不當或者不是用法則而是屬於適用法則的違法，不在事實認定的範圍而是屬於另外一個範圍，這邊也沒有講到量刑不當要怎麼來處理。

呂召集人太郎（主席）

也可以做這樣的解釋。

吳委員秋宏

事實認定要絕對尊重一審。

呂召集人太郎（主席）

證據法則的錯誤，也可以解為法律的錯誤，其實嚴格講也是這樣沒錯，證據法則也是法令的問題，控制法院如何認定事實的法則，他也是一個法。

陳委員運財

因為現在參增八條，就上次的八十六條這邊，因為現在參增八條裡面有說第二審法院依前條規定，文字上來講依前條規定就是依現在第八十六條第二項這邊所講的，就是原則上不可以加以撤銷要尊重，可是如果他顯然違背經驗法則跟論理法則而顯然影響判決結果，是可以撤銷，是專指這個情形為限嗎？還是如同剛才蔡委員講的，有沒有其他有事實認定錯誤的狀況，可能我想實務上典型的就好像實務上最常見是違反七十九條第十款，應調查證據而不予調查，理論上這是訴訟程序違背法令，不過立法者把它提升到視為判決當然違背法令，不過後來在 181 號、238 號大法官解釋之下，其實他們慢慢會看應調查未調查會不會對判決結果有影響，會來看這個概念，核心還是在他是個有害的錯誤，訴訟程序中會碰到的舉個簡單例子，在訴訟程序檢察官聲請調查的證據法院把它排除，參審法庭看不到可能不利被告被排除掉的證據，檢察官不服上訴第二審，認為他應調查未調查，二審如果認為他有證據能力，證據進來，可能會影響判決的結果，這時候要不要回去？還是二審可以自為判決，這就不是在我們目前參增八條要去處理的範圍，所以刑事廳這邊對於所謂訴訟程序違背法令會影響判決結果的情形，是不是要以撤銷發回為原則，還是說這種情形法院在調查這種重要而經一審排除掉的證據之後，足以認為被告有罪的話，這時候能不能自為判決，可能也要思考一下，否則好像納不進去現在的參增八條撤銷發回原審，除非說把它依前條規定的框框拿掉。

呂召集人太郎（主席）

訴訟程序違背法令的情形要如何處理？我們把他研究一下在這個條文補進去。

吳委員秋宏

接續陳老師後面就參增八條表示淺見，參增八條這邊提到屬於八十六條二項這樣的問題原則上發回，除了陳老師剛才講的那種應調查而未調查，有調查必要所以發回一審重新組參審法庭來調查、認定事實之外，我們剛剛也講到參增七條，如果是符合第一項但書的情況，二審看起來他不能夠以這個理由撤銷發回一審，看起來得自己做調查，調查之後原則上有兩種可能，一種是動搖原來一審認定的事實、另一種是不動搖，不動搖就沒有撤銷事實認定錯誤的問題，那假如動搖了可以想像說，調查證據比一審增加了，往往有可能會產生事實認定的不同，當然有些事實是屬於無害的瑕疵還可以接受，那如果是有害的事實認定的瑕疵，這時候還要不要發回？日本刑事訴訟法是事後審，原則上是採撤銷發回，但是大家都知道實務上二審發回是例外，問他們為什麼要這樣例外，律師界也覺得說理所當然之理，二審都這樣調查了為什麼要撤銷，去年十月去大阪辯護士會，請教他們的律師，都是大頭的律師，完全沒有像我們這邊質疑條文是以撤銷發回為原則，怎麼會變成例外，他們不覺得這對被告、律師是很不公平的作法，他們覺得把他發回證據調查也就是這樣也不會有什麼改變，所以他們認為說，二審自己調查證據之後

如果有動搖事實，自為判決是理所當然之理。

回到參增七條第一項但書，二審在某些範圍不能拒絕，有依職權調查的義務，不是說權利，是當事人聲請符合但書的狀況，就有依職權調查義務，沒有調查就是屬於應調查而未調查的問題，假如調查了事實不是無害瑕疵的動搖，而是有害的動搖，事實上我不曉得這能夠納進參增八條來解釋嗎？假如納進去來解釋，有時候會怪怪的，在於事實、證據你也調查了，那把它發回去一審的目的是要做什麼呢？重新認定一次事實嗎？也沒有要調查證據，一般來講發回一審的目的就是有些證據要重新調查或者量刑涉及到科刑事實的調查，所以才需要回去組參審法庭，假如證據都調查完畢，可以依調查的證據以及一審那些卷證資料與證據，所顯示的基礎依照心證來做出認定，這時候如果還要依照參增八條發回原則的話，是不是變成訴訟不經濟，而且可以想像將來如果適用到這個法律的都是屬於重罪在押的情況，會有速審法羈押期間的問題，這都是需要去考量的，也就是第一個參增八條的適用範圍如同陳老師提到範圍好像只限於八十六條第二項的問題，其他的狀況發生態樣如果不一樣，這時候二審法院該怎麼辦？以上這個疑問，謝謝。

林委員超駿

這問題是我剛剛提出來的，二審判決到底是撤銷發回還是自為判決為原則？所以先從陳老師提出來，顯然參增八條的自為撤銷發回的範圍是非常窄的，所以應該是說什麼情況

下得自為判決其他情況，其他情況才撤銷發回，這樣比較合理一點，這樣才符合制度設計的精神。

呂召集人太郎（主席）

我先確定一下這個問題，因為一審經過參審，二審假設認為一審有問題，大家認為要讓他回去為原則，還是剛才吳委員提到二審盡量自己判，這兩個各有利弊，這樣大方向定下來，比如說一審已經經過很嚴密的程序，二審因為發生了新的證據或者認定不同，再回去有沒有說只有科刑不同，再回去就怪，沒有什麼實益、浪費，所以有沒有辦法像民事訴訟法四百五十一條就規定，二審除非是訴訟程序重大程序違背而且涉及審級利益，否則盡量二審自己判，因為一審的訴訟程序違法，已經讓一審變成空的，這時候就回去再弄一次吧，其他二審盡量自己弄，案件盡量往後終結，不要再發回，這樣的方向看法大家贊同不贊同，贊同就來設計。

蔡委員元仕

主席我記得我上次有提過類似的觀點，就是說如果是發回為原則的話，會出現最明顯的瑕疵是跟民意的第二次對決，萬一他判出來的結果，又上來二審，那二審還是要撤銷還是要丟回去，乒乓球不知道要打到哪時候為止，另外是前面已經經過一次判決，判決結果也已經公布，那你再丟回去之後，第二次的參審員會不會受到影響本身也是個問題？這也是需要考量的。我個人的傾向是認為自為判決比較適當，就讓它有個終結的結果不要再來來去去。

另外一件事情，有關採證最後會影響到要撤銷，就是我們所稱的有害錯誤，對判決結果有影響，通常代表事實認定也會跟著錯，事實基礎是錯的所以沒辦法維持，到底要歸類成法律錯誤還是事實錯誤，可能會有不同的想法，因為他會連動到事實認定錯誤，所以有可能在將來條文的解讀上面，有的人會像主席這樣解讀說條文是刻意排除採證的錯誤，他是被歸類成事實錯誤但是他違反採證法則是沒辦法撤銷的；但也有可能像學長理解的，他本來就是法律錯誤，就回到法律錯誤的原則去，那我是不是可以拜託幕僚廳，我們將來除了規劃一個法律錯誤的法律效果，同時不管在新條文或者這一條的立法理由，稍微說明一下他可以納入採證違法的這個部分。

蘇委員素娥

要跟大家說明，要用非常有限、簡短的條文去規劃整個上訴制度的條文是非常非常的困難，大家很容易找到這個也沒有規定到、那個也沒有規定到的情形，因為只有三、四條的空間要去規劃整個上訴制度真的是非常困難。

剛剛提到要不要撤銷發回或者自為判決，在業務廳裡面也有非常激烈的討論，討論的理由也跟大家講得差不多，我們最後是想到說國民意識的尊重是我們的宗旨，到底要選那一邊，是訴訟經濟、法官自為判決比較好？還是要徹底尊重國民意識？不讓職業法官可以三個人就很容易地去推翻前面九個人的意見這樣，所以我們這個地方是立法政策要做的

抉擇到底要徹底的尊重國民意旨或者是有其他訴訟經濟的考量，把他撤銷發回羈押怎麼辦等等，前面把他調查證據縮的那麼小，我們想說第二審以尊重為原則，撤銷情況非常小的情況，在極少數的狀況可以撤銷發回，還設但書說有一些第二審法院認為適當的時候，也可以自為判決，這個規定是超有彈性，第二審法官認為適當他也可以自為判決。

呂召集人太郎（主席）

這個確實是不容易處理，不過大家把大方向提供意見以後，我們就來安排細部的條文，大家認為，原則要放在二審處理比較好，還是要尊重國民參與審判的精神，讓他盡量下來這樣？

許委員進國

代表一審法院，贊成蔡主任檢察官的意見，最主要除了剛才蔡檢察官的意見以外，第一個我認為國民參與審判的成本確實相當高；第二個，一、二審的對決，職業法官、國民法官的對決以外，另外還有第一組的國民法官跟第二組的國民法官來對決，第一組量三年，二審覺得太低了，回來之後五年，二審再認為說這樣子太高了下來是不是要四年？這樣子透過國民來做這樣的審理，我覺得意義不大，會造成到底要尊重哪一個民意，是第二組的民意比第一組的民意高嗎？如剛剛秘書長講的，原則上第一審的國民參與審判的程序，已經相當嚴謹而且程序上沒有相當瑕疵的話，是不是有必要再發回來，這值得商榷，如果整個國民參與審判是有瑕疵的，

那當然發回來我覺得是 ok 的，因為進行的就沒有完整的讓素人來參與的程序，如果已經很嚴謹，只是某一些瑕疵上，二審認為影響到判決結果發回來，尤其我認為最有問題的大概是量刑，除非把要不要死刑判決作為發回的理由，拒絕的理由是可以，但如果一般三年、五年或者酌減，未遂犯、放火未遂，到底要四年還是五年，還是都不能減，這樣勞師動眾發回一審再重審一次，我是覺得發回的必要是相當值得商榷的。

量刑的部份我認為除非關係到法定死刑、無期徒刑這一類的案件，或許可以考慮，要不然量刑這部分我是覺得發回的意義真的不大，我比較贊成原則上應該二審自己判，例外的情形下，就是整個事實推翻或者死刑重大的改變，或者原審國民參與審判有瑕疵影響到判決的結果，這時候發回比較有實益，如果原則上發回，依照我的看法，大部分都會發回，要自為判決的可能性我認為比較小。

張委員永宏

我不是要代表二審說話，不過我的看法跟許院長、蔡主任檢察官不太一樣，主要的理由是在於，現在參增八條已經有但書，事實上這個條文的寫作方式很像日本刑事訴訟法四百條，也是以發回為原則，例外是自為判決，但是實際運作上是自為判決很多，很少發回，理由在什麼地方呢？我本來嘲笑日本人說你們都掛羊頭賣狗肉，實際上通通都在自為判決，我後來問了一下，主要理由是絕大多數的情形是因為二

審才有新事證，通常是什麼？例如後面有和解發生了，這是大宗所以他們認為這樣可以自為判決，既然有但書的規定還是可以達到自為判決的結果。但是有這樣本文的目的是在於說我去尊重一審是國民參與審判法庭，我認為事實的最終決定權原則上應該要還給你們，是從這樣的角度。我們換個文字把他前後顛倒，變成一律自為判決，例外真的受不了了才發回，二審學長會被他罵得更慘，理由是說這是道德風險，自己看看原則上判決寫的都不錯，我就自己判，補一補就好；如果今天我看判決寫得太爛，這時候就把它發回，這反而會變的很奇怪而且是不是符合國民參與審判的宗旨，我想這點恐怕是幕僚廳難為的地方。

我還是要回頭講一句話，整個條文看起來，給我的感覺是前後又不知道是覆審制、續審制、事後審制的規定，因為他的上訴理由絕對不是事後審制，證據調查是續審制，但是他的判決方式是事後審制；翻過來它又是一國兩制，事實認定一開始是事後審制，調查方式是續審制，判決方式也是事後審制。這給我的感覺是有點不容易說明，但不是說我們國家不能創新，但要麻煩幕僚廳要重新去思考讓他理路是一致的，否則很容易就是我一開始講的，變成令人擔心的，二審的證據調查是續審，但卻擁有所謂事後審的權力甚至是自為判決覆審制的權力，這是值得擔心的事情。因為各位試想一下，這個案子舉例來說一審參審員最後判死刑，送上來之後我判無罪，我說憑現有的證據調查，我的結論就跟你不一樣，我

是無罪，這種情況下，其實恐怕續審制的證據調查方式有沒有辦法達到這麼強而有力的效果恐怕是大家必須要思考一下，謝謝。

蔡委員元仕

我真正擔心的是審級流浪的問題，我們現在的現制底下，一審作出來到二審，二審如果發回的話，大家都內行人看的出來二審在暗示什麼東西，所以會去修正判決的結果，譬如我判了一個死刑上去最高院把我撤銷發回，二審也知道說大概是死刑接受不了就改無期就好了。但民意不可測，我們不能期待民意給出唯一正解，每一組人來都可能有不同看法，當我把他丟回第一審的時候就像剛才許院長所舉的例子，第一次判三個月，這個累犯判三個月太輕了吧，我把你丟回來，第二次判死刑送上來那怎麼得了，所以光是這樣來來去去的，那個審級流浪就是一個很大的問題，我們要不要把制度引導成那個樣子？二審我也比較相信像許院長這樣子，原則上來講你告訴我可以發回的話絕大多數的情況我可能考慮會發回，至於認真的去寫一個判決，這種令人敬佩的也很多，但是少部分還是丟回去。那你丟回去的結果就是，新一組人來重新跑一趟，做出來結果上來二審又不能接受，我在丟下去一次到底來回要幾趟，成本也是滿高的，這樣對於這個制度的折傷可能更大，因發現這個制度根本就不可測，你丟下去之後第 1、2、3 組人做出來都不一樣，高院又全部不認同，對於這個制度的存續生命反而是有影響的。

陳委員運財

基本上我是會比較贊成現行的參增八條，就是原則上還是回去，畢竟一審採參審審判，原則上我跟永宏委員的想法是一樣的，其實觀察日本的運作，傳統的刑事審判，他們的訴訟法條文原則上是規定撤銷發回為原則，運作上就是自為判決為原則，真的很少看到撤銷發回的；可是在裁判員案件，這幾年就陸續看到撤銷發回了，目的就是為了尊重裁判員的判斷結果，所以要改判那個結果還是回到由裁判員他們去做改變，這是日本的運作上有這樣的特徵出現，特別在我們二審目前維持覆審制之下，參增八條我覺得有他很重要的宣示意義。

當然剛才幾位委員講的，會不會目前我們在最高院跟高院之間的來回，或是在高院與參審法庭間來回，當然可能有這個風險。這當然要回到是不是發回去之後，應該受到高院發回的撤銷理由限制，就是說撤銷的理由它有拘束力，那成立新的參審法庭在這個範圍裡面去重新調查證據、重為判斷，所以繼我們傳統上的最高法院回來高院的狀況，因為問題很複雜有很多不同的分析，是不是最高法院一次沒有指摘完成，就分期付款來撤銷發回等等。

蔡委員元仕

老師我可不可以請教一個問題，我在想這個問題的時候其實還有另外一個想法，現在上訴審幕僚廳很辛苦在做四格漫畫，給他四個格子叫他填進那麼多內容，我們可以想一下

沒有辦法一次就完成改造，問題在於說，如果日本二審審級救濟它的門關的是比較窄的，他來回的可能性就比較低，因為第二次要上去可能就跨不過那個門檻。但是我們事實認定的職權全部同一審，也就是說它被發回、撤銷的機會高很多，在這種情況下我們又這樣去做設計來回的風險會比日本高一點。

陳委員運財

我們剛有在參增七條對於新證據也做了規範，也適度引進事後審查的概念近來，以現在來看參增八條有事後審的概念在裡面，將來參審案件二審的審查上，應該不會跟現在的二審審查一樣、是一種往覆審方向運作，等於在證據調查的範圍有一定的界線在。

所以重點回到我們現在要來看的，還是維持我向來的性惡說的想法，我覺得回去的會讓一審更慎重地來看待參審制的審理，法官有這個壓力嗎？我真的很在訴訟程序有違法令，或者是在，我想可能在法院一審的參審員合議的過程中很難想像會有很恣意地去濫用，所謂的經驗法則論理法則，這個問題應該比較不存在，所以重點還是回到證據調查，特別是當事人聲請調查的證據，法院在判斷上太過嚴格或駁回他的聲請，將來問題關鍵還是回到三百七十九條各款。

蔡委員元仕

讓二審發回理由發揮適當的拘束力這件事情，會不會反而讓一審的參審法庭感到更不受尊重，你叫我來要幹嘛你自

己決定好了，你自己判一判就好了，我們這一組人全部要照你指示去做？

陳委員運財

不過法理上應該是採這樣的觀點，這樣才能真的針對錯誤所在去做審理，所以重點是讓一審的裁判員審理的案件有一個壓力在，還是會落實第一次的參審法庭的審理，從這個觀點來思考，原則上條文上定回來，至於將來運作上我覺得關鍵不是在條文，而是在二審法院怎麼去行使它職權的調查跟最後認定空間。比如以我剛才舉的例子，被告的自白參審法庭被排除，認為他沒有證據能力被排除掉，檢察官不服提起二審上訴，重點是看被告自白有沒有任意性、有沒有證據能力？二審的審查或調查範圍就是來看比較外觀的，針對自白有沒有任意性來調查，如果認為這個自白還是有任意性不應該做證據排除，這時候應該就撤銷回去了，他不要再調查其他證據、再做綜合判斷，我心證跟參審法庭的心證不一樣我就直接判有罪，不是的，如果在這個密度範圍內法院調查的話，我想這個案件在來回或者說回去的第二次的參審法庭的調查，空間相對應該不會有過度被拘泥的問題，重點還是在於說二審介入證據調查的範圍跟密度如何。

目前我們參增八條有一個很彈性的但書，就是當事人合意，另外就是法院認為適當，所以維持這樣子的彈性之下，還是可以避免有一些個案二審也調查了，也根據原審依法調查過的證據來綜合判斷，已經很成熟了，認為不需要再回去，

另外一個新的參審法庭在就這個新證據再重新調查一次，他認為適當要自為判決，我想應該也可以。

參增八條問題應該就是「依前條」要不要保留或許把它拿掉就可以，包含訴訟程序違背法令足影響判決結果，一樣原則上回去，可是有但書認為適當的情形二審法院也可以自為判決，就回到個案由二審法院去做適度的操作，當然還是期待金字塔型的訴訟結構的草案，能在這部參審法案之前先通過，我們現在思考的這些疑問跟困難點應該相對會獲得解決。

呂召集人太郎（主席）

民意跟專業的對抗，這個陪審下有沒有類似的問題？

林委員超駿

關鍵是制度問題，在上訴事由的問題，上訴事由越廣又採自為判決為原則，用個比較簡單的程序，但是可以達到跟用更完整程序的下級審法院一樣的結果，下級審反而會認為不被重視，所以真正的問題應該是在此，不會來來去去，上級法院用一個簡單的程序卻以自為判決為原則，理論上其實說不過去，因為下級審是以更完整的程序，所以關鍵在上訴事由、審查密度這些問題，到底你是可以以哪些事由作為上訴？

呂召集人太郎（主席）

上級審審查越多他就要越自己判。

林委員超駿

對，問題是我們現在程序限縮了，卻又準它可以自己判，這個理論基礎在哪裡？因為英國法可以准許自為判決，是因為他上訴事由很有限，上訴事由有限他自為判決影響的範圍就不大，因為只能在嚴格的這些事由裡面才能自為判決，那我們現在完全覆審，只要不服都可以上訴，那又可以自為判決，等於跟下級審的權限沒有兩樣，所以上訴密度再加上上訴事由，就是審查密度，是決定他可不可以自為判決的關鍵，理論上，上訴事由越少針對這些事由的審查密度越深的時候才能自為判決，如果上訴事由很廣泛對審查密度又沒有要求，卻可以自為判決，體系上可能會有問題。

呂召集人太郎（主席）

滿難的。

吳委員秋宏

我覺得參增八條，是我們上訴二審的關鍵條文，我們看起來條文形式跟日本的四百條是一樣，以發回為原則，但書是例外，那什麼情形容許上訴審不自為判決，可以發回去給一審從新來過一次呢？可以想像是不能夠認定事實的情形，第一個就是完全的事後審、不能夠調查證據，就像陳老師說的，自白一審認為不合法排除，二審認為合法或相反，可能會影響判決結果，而你二審假設不能自為調查自白，證據沒有調查，就不能作為裁判依據，當然要發回一審。所以關鍵在於假設要以發回為原則的話，體系上就是要純事後審。

只要有一點點續審制，像日本就是事後審兼採續審制，可是會弄成全部幾乎都是自為判決，因為他把續審放很寬，實務操作基本上以續審制為原則了。大阪高院的法官說，他們二審調查範圍放得比較寬鬆，法律規定不得已的原因、事由才可以做為二審的調查證據，他們是放的比較寬鬆，否則他認為顯失公平。雖然學理上說日本是事後審兼採續審制，兼採應該是比較小，但事實上續審制後門是很大的，所以他調查證據之後，包含實務界，審檢辯，當然認為要二審自判，他是採幾乎滿大幅度的續審制之下，以自判為原則。

假設我們現在二審將來採事實審兼法律審，你要自己認定事實，憑什麼發回給一審再認定事實，我覺得邏輯有矛盾，第二個假如續審的範圍放得比較寬，而這是屬於當事人有聲請、法院不得不調查的，而不要說依職權調查，你應調查的部分也要調查，調查完之後，理應就可以依你調查的心證，結合一審的調查證據來認定一個事實，變成就會跑到日本現在實務運作可能性比較高，假設我們是要以發回為原則的話，恐怕就是第一不能覆審制否則邏輯怪怪，第二在二審可以再重新提出調查的範圍要很小很小，再來就是一審判無罪、二審心證是有罪，或量刑上一審判比較輕，二審認為判極刑，這麼重大的變革才要回去。

所以我覺得剛才主席提到到底我們委員意見是要發回為原則或著自判為原則，我覺得涉及到將來裁判員法庭的二審到底要採什麼審，邏輯才講得通，你如果說採覆審制又要

以發回為原則那有一點怪，你又要自己認定事實那憑什麼發回去給一審再認定一次事實？除非你沒有這個權限否則有這個權限又要發回就是很怪。

林委員超駿

因為現行雖然號稱覆審制，可是程序已經跟原來不一樣，剛才永宏法官講的又有續審制的色彩、又有事後審制的色彩，所以號稱是覆審制，但實際上已經不是覆審制。所以這個時候它還可以自為判決，就好像你一審用了 A+B+C 等二十種要素的程序自為判決，但二審只要用五種程序就可以自為判決，這樣比較法上來說可能可以被爭執的。通常情況是事實不爭執做為前提自為判決，如果他可以改判、事實又可以重新認定、又可以自為判決，用的程序又比一審簡單，這是難題。參增八條我支持擴張，目前的情況參增八條我想是遇到種種困難中可以被接受的一條規定。

呂召集人太郎（主席）

距離第一階段還有四分鐘，等一下我們請李律師，看看律師界對這個大方向有什麼看法？

許委員進國

抱歉我先表示一下進一步的看法，在有限的條文然後我們整個上訴制度，二審審查的範圍又變更了那麼多，訴訟法原則上可以發回的又是程序事項，一審程序有判決以後二審要撤銷才發回，如果一審是做實體的事實認定判決，幾乎訴

訟法沒有規定說可以發回，這邊如果還有覆審制強烈色彩在那邊的話，是不是要以發回為原則值得商榷。

另外二審對事實的撤銷有時候不是全部的撤銷，有時候只是一部份事實的撤銷、小部分的撤銷，依照我們統計二審撤銷一審的，二審的維持率大概七成多，表示有將近三成的案件會被撤銷，很多都是事實的撤銷跟量刑，量刑的撤銷現在比較少了，但事實的撤銷還不少，有時候全部撤銷、有時候一部撤銷，再覆審制的架構下，如果事實認定有部分錯誤的話就要撤銷。

我擔心的是依照我的經驗，我之前在辦檢肅流氓條例的案件，它有規定原則上也可以發回還是可以自為判決，可是我們在流氓感訓案件九成九的人不敢自為判決，有變無、無變有都是先回去，說審級利益的考量所以發回，發回的時候我們法官有沒有像日本那樣，也不是說國民道德低落，因為法條明文規定原則上發回，這沒有錯誤，法條又沒辦法講得很清楚說哪種情形之下我們是原則上要判，事實上發生自己判決的情形比較發回的是多很多的，可是法條是規定原則上發回，那我們只要找到事由就先發回再講，我怕有這樣的情形。我們規定這樣如果沒有講得很清楚的話，我相信以後發回的，不會像日本那麼少，依照我對二審法官對事實認定的感覺，尤其要他做跟裁判員不同的認定時候要他自為判決，他感受的壓力會更大，尤其是在量刑的方面要量不同的刑度要他自為判決，是有相當大的困難，如果死刑變成無期徒刑

可能沒有問題，但十年變五年變七年這個要他自己來改變可能問題會比較大，我不是反對條文只是認為這樣規定，又沒有說清楚讓二審在某些狀況下盡量自為判決，在某種情形下才尊重國民參與審判的制度。

呂召集人太郎（主席）

李律師有沒有要發言？

李委員宜光

這個問題確實是很困難，他的問題是哪一個做原則。我一直在想，我比較偏向是生命自己會找出路，從日本制度來看我當然贊成永宏法官講說，原則上從尊重參審制度人民意志來看發回是原則，彰顯它的意義、尊重人民的意見，如果事實認定有不明確時原則上是發回。但是問題是這樣的規定跟實務運作上產生問題，實務在實際上運作沒有辦法發回，因為證據大部分都調查完畢，事實已經完成你還在發回就是浪費時間，整個程序就是浪費這麼多時間。我比較從實務上的觀點認為，只是為了一個彰顯做這樣的原則規定，還不如把實際運作的結果成為一個立法範圍，如果法院實務運作有可能定了，變成發回為原則，大家為了減輕責任就發回，反而產生一些問題。

所以我認為二審重新調查了那麼多事實跟證據，再參考像現在最高法院法律審事後審的角度，除非事實證據有很嚴重的動搖，原則上最高法院應該是以自為判決為原則的角度來思考，我認為參審的二審應該是法律審、事後審的角度來

判斷，所以除非是嚴重動搖整個事實基礎認定以外，二審應該以自為判決為原則，發回應該是例外的規定。我認為這條應該原則上自為判決、例外除非事實動搖才應該發回。

----休息十分鐘---

呂召集人太郎（主席）

之後會有公聽會，聽聽大家的意見，再聽聽各界的意見，如果在公聽會期間有特別的疑難被提出來，或許我們會再召開請大家來幫忙。

後面還有罰則、評鑑制度，這個比較程序，尤其是罰則的部分，基本上它是實體法，可能將來法務部要花更多的時間處理這個問題，我建議把後面的罰則還有評鑑、附則都唸完，各位委員再來發表高見。

我覺得法律的條文我們要討論可以很長也可以很短，後面那兩個問題比較重要，我們先討論好了，第一個參與審判的人叫什麼？參審、裁判員、國民法官等等請大家先做一個決定，第二個，這個法庭叫什麼法庭？

先說明一下，第一個部分，我們過去請教過大家很多意見，好像後來我必須講這樣沿革，過去大家說陪審、參審很清楚，日本就裁判員，但在司法改革國是會議期間，所謂的參審制陪審制論戰，變成好像一個滿對立的東西，所以後來在籌備會，有一個基本的看法就是以後不要再談參審或陪審，因為用參審就得罪了陪審的人、用陪審就得罪了參審的人，盡量不要用那個名詞。那怎麼辦呢？後來就有人想出用

國民法官，不過我當初有講對外宣傳說是國民法官或國民來當法官基本上沒問題，反正都是宣傳，但是在法條裡面要用什麼文字要先保留，要更精緻的來決定。第二個問題是這個法庭要叫什麼？

就第一個參與審判的國民要給他什麼名稱，因為條文用到非常多。用國民法官好不好？聽起來也不錯啦，最近我們法官論壇有人說用裁判員好了，因為日本它法官叫裁判官，所以參與裁判的非官的叫裁判員，好像也有道理。那我了解在德國刑事審判的是參審員，刑事以外的叫榮譽法官，刑事的比較不一樣，大家看法呢？

李委員宜光

那法庭要不要就國民法庭？

呂召集人太郎（主席）

這是下一個，兩個一起談也可以，個別談也可以。國民法官國民法庭？當然有人講說你國民法官，那這個法官要來跟我們值班，這白馬非馬的邏輯，國民法官說是法官也是，說不是法官也不是法官，就像大法官是不是法官永遠被討論，那大家有沒有什麼更好名稱，許院長？

許委員進國

我沒有更好的名稱，基本上我的第一志願認為參審員跟參審法院、參審法庭是最順口的，也滿貼切我們這部法律的大部分規定。不過秘書長提過了，這恐怕會引起對立，而且

在立法院審的時候，恐怕會引起很大的爭議跟討論，徒生困擾。

在法條上規定又要順口，不過通常多講幾遍就比較順口一點，如果沒辦法用參審員，國民法官這個名稱其實也未嘗不可，而且好像滿有號召力的感覺。但是比較擔心的是，一日當法官以後，會不會下去說我就是法官了，另外還有除了草案處罰規定以外，有沒有刑法一百二十五條的枉法裁判罪？如果沒有受到利益，但是受到關說做一個跟原來要做不同認定，事後有沒有這樣的適用，都會產生誤會是不是屬於跟職業法官一樣的在從事公務做處罰。

如果是國民法官用國民法庭、國民法院的話感覺上沒有職業法官參與，那這叫國民法院看起來又有陪審制的感覺，職業法官有沒有參與，我後來跟我們同庭的，或在做這次模擬審判的檢察官跟律師都講，如果不能用參審員跟參審法庭、法院的話，我會用國審程序、國審法院，多講幾次好像沒有那麼繞口了，但是只用國民我是持保留，是不是把職業法官排除了。

呂召集人太郎（主席）

或者是國民參與法庭

許委員進國

我現在是怕太長，對，國民參審法庭是最貼切的，簡稱國審法庭可不可以這樣，如果國民參審法庭是最貼切的。

呂召集人太郎：

這裡面會有參審兩個字出來。

許委員進國

是參與審判的意思啊，不然你還要國民參與審判法庭嗎？我們定義的時候可以說國民參審法庭是指國民參與審判法庭，你如何定義把它定義清楚一下。

呂召集人太郎（主席）

其他的委員呢，因為這個是我們法律不能避掉的兩個重要的名詞。

林委員超駿

司法院可以把優先順序列給我看一下嗎？

呂召集人太郎（主席）

目前就國民法官我想一想好像也還不錯，滿有號召力的。我也跟許院長跟他討論過，也覺得還不錯，滿新的感覺，但底下的法庭始終想不出。

洪委員兆隆

我個人是覺得，在思考上如果能找三個字的大家會比較順口一點，但是目前要迴避兩個敏感的，一個是審判員、一個是參審兩個字不要出現，不然我個人也是覺得因為我們在制度方面是混和制，素人加進來是參加一起審，所以參審，但是現在又考量敏感，所以要去排列組合，國民法官是一個比較綜合性的講法，性質上因為審判者是法官，所以用國民跟專業法官作區隔，但變成專有名詞就不是那麼嚴肅跟完整。

另外一個刑事參與審判就是幾個文字排列組合，三個字的話刑審員，這從來沒聽人講過，我是比較心儀三個字，四個字真的比較拗口，國民法官是一個形容詞對於制度再推行時候說，我們是引進國民進來當法官，但是你專有名詞在法條裡，中國文字的員其實就是人民的意思，他要跟專業法官有所區隔，所以陪審員就是陪審人民、參審員就是參審人民、觀審員就是觀審人民，那個員本身就是人民的意思，我們在法條的法案名稱已經刑事參與審判了，那刑審員可能沒那們順口，可能因為也沒有人念過，但是要迴避審判員，又要迴避參審員，那怎麼辦，所以退而求其次我想這個三個字的如果不行的話，恐怕又回歸到國民法官來，我是認為國民法官比較退而求其次的。

呂召集人太郎（主席）：

國民參審法庭也可以改成國民參審庭，不一定要法庭兩個字，我們在法條用語裡面當然是法庭。

洪委員兆隆

那簡寫的話也可以民參阿，民參法庭，但他只有參沒有與也沒有審，民參法庭。

蔡委員元仕

主席我們的法規名稱有沒有一併要調整？

呂召集人太郎（主席）

國民參與刑事審判法。

蔡委員元仕

這個是定案了對不對？所以參與還是會出現，我覺得很難迴避參與兩個字要完整表達。

洪委員兆隆

所以我們不要講參與兩個字就參就好，就民參法庭就好。

蔡委員元仕

事實上，我知道策略上不希望陷入名詞爭議，但這樣有點掩耳盜鈴，跟我們當初觀審要改其實是一樣，光是改個名稱大家會爭的還是會爭，實際上在立法院對決還是會要求我們表態你到底是抄誰的制度，以哪一個為主體，所以我們一直牽就這兩個名詞去想一些像國民法庭也沒什麼，跟中國大陸慢慢有合併的感覺，他們人民法庭我們國民法庭，國民法官就有人爭執說有沒有違反憲法，又沒有彰顯參與的共同內涵在裡面，所以很難找到更適當的名詞，我個人偏好就不要迴避了，參審就是參審有什麼關係。

林委員勤純

我的想法基本上是跟元仕看法一樣，我們條文裡面已經把參審作出明確宣達了，本來就不是陪審，必須對外明白表示說是參審，所以我傾向於用參審員，國民法官比較像是通稱，因為職業法官也是個國民，要怎麼去區隔？我會優先看參審員，其他顧慮從本質性來講國民法官可能是第二個選項，我比較傾向國民參審庭或國民參審法庭，謝謝。

呂召集人太郎（主席）

這很難，名稱很重要，有時候看名稱大家就覺得有興趣，各位委員有沒有其他建議？

林委員超駿

前階段跟德國參審還是不一樣，名稱稍微做個區別是可以，因為前面階段很重要，我們主要立法階段都在處理這個問題，因為審理程序特別一審跟現行法除了證據開示以外大致相同，這部分不是每個人民參與都有，所以日本為什麼用裁判員的理由，陪審、參審都是日本創，但他沒有用參審這個字眼，還是要突顯法官跟一般人民不一樣。有點類似刑訴法三十一條的強制辯護，解釋為所有各款都是，同樣是原住民就有問題，重罪的原住民跟輕罪的原住民一樣都是用三十一條，區別不大出來，原來的話只有重罪可以有他的，所以輕重之間原來的架構其實比較合理，我覺得有類似的問題，需不需要把法官拉到跟人民一樣，然後法官的特殊性沒有被突顯出來，因為日本人至少用官跟員作區別，如果真的沒有其他我就支持國民法官。想不出其他的。

蔡委員元仕

參與審判法庭我是可以支持，但是關於參與國民的名稱就宜簡潔，因為我們還有備位，名詞太長備位國民裁判員，備位國民法官是還好，所以我是覺得裁判員或審判員都可以，搭配國民參與審判法庭，人民的部分簡潔一點，法庭的部分長一點沒關係。

林委員超駿

用日本裁判員有什麼顧慮嗎？就是人家已經用過了，審判員、裁判員都不適宜再用，不然剛洪院長講得刑審員。

呂召集人太郎（主席）

那個有點肅殺，好像要刑求審問。沒關係如果真的有為難，到時候院內來決定。那法庭的名稱呢？國民法庭看起來好像只有國民的法庭，國民參審庭就表明國民是來參與審判不是獨佔，國民參與審判法庭是最完整但有點長，我們條文的用字不一定寫法庭，用庭也可以，所以國民參與審判庭、國民參審庭。還有沒有其他名詞可以提供我們參考？

林委員超駿

所以下面法庭第一順序是國民參審庭嗎，還是國民法庭？

呂召集人太郎：

我是比較偏好國民參審庭，因為這裡面表達了國民是其中一個，但他只是參與審判的一部分而已，因為法庭正常是法官而這邊有加入國民的意思。

林委員超駿

因為這個是剛好相反，其他的被告是不是會覺得我這個是國民法庭，國民參審是參與結構不一樣，也許會好意點。

呂召集人太郎

這就是國民參審，參審簡潔兩個字，那就把這些名詞都列下來到時候看看，都有利弊，只是有時候一個名稱打出來

就會讓人感覺上，有些人想要一探究竟，不要再讓各位委員傷腦筋了，接著請條文宣讀一下。

宣讀

第五章罰則

第八十八條

參審員、備位參審員要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，而許以不行使其職務或為一定之行使者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。

候選參審員於未為參審員或備位參審員時，預以不行使參審員或備位參審員之職務或為一定之行使，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，而於為參審員或備位參審員後履行者，亦同。

犯前二項之罪，準用貪污治罪條例第八條、第十二條第一項之規定。

第八十九條

對於參審員、備位參審員，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使其職務或為一定之行使者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。

犯前項之罪，準用貪污治罪條例第十一條第五項、第十二條第二項之規定。

第九十條

意圖使參審員、備位參審員不行使其職務或為一定之行使，或意圖報復參審員、備位參審員之職務行使，對其本人或其配偶、八親等內血親、五親等內姻親或家長、家屬，實行犯罪者，依其所犯之罪，加重其刑至二分之一。

第九十一條

無正當理由而有下列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣十萬元以下罰金：

一、現任或曾任參審員、備位參審員之人違反第九條第三項規定。

二、現任或曾任候選參審員之人違反第二十六條第五項規定。

第九十二條

無正當理由而有下列情形之一者，處一年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣十萬元以下罰金：

一、違反第十九條第四項規定。

二、違反第三十九條第一項或第四十條第二項規定。

第九十三條

候選參審員有下列情形之一者，得處新臺幣六萬元以下罰鍰：

一、明知為不實之事項，而填載於候選參審員調查表，提出於法院。

二、經合法通知，無正當理由而不於參審員選任期日到場。

三、於參審員選任期日為虛偽之陳述或無正當理由拒絕陳述。

第九十四條

參審員、備位參審員拒絕宣誓者，得處新臺幣六萬元以下罰鍰。備位參審員經遞補為參審員，拒絕另行宣誓者，亦同。

第九十五條

無正當理由而有下列情形之一者，得處新臺幣六萬元以下罰鍰：

- 一、參審員不於審判期日或終局評議時到場。
- 二、參審員於終局評議時拒絕陳述，或以其他方式拒絕履行其職務。
- 三、備位參審員不於審判期日到場。

第九十六條

參審員、備位參審員違反審判長所發維持秩序之命令，致妨害審判期日之訴訟程序、中間討論或終局評議之順暢進行，經制止不聽者，得處新臺幣六萬元以下罰鍰。

第九十七條

前四條罰鍰之處分，由參審法庭之法官三人合議裁定之。

前項裁定，得抗告。

第六章 國民參與刑事審判制度評鑑

第九十八條

國民參與刑事審判制度評鑑期間為自本法施行日起六年；必要時，得由司法院延長或縮短之。

第九十九條

本法施行後，司法院應即成立國民參與刑事審判制度評鑑委員會，進行必要之調查研究，並於每年就前一年度制度施行之成效提出評鑑報告。

評鑑委員會應於評鑑期間屆滿後一年內提出總結報告，內容包括國民參與刑事審判制度施行狀況之整體性評鑑，及未來法律修正、有關配套措施之建議案。

第一百條

評鑑委員會置委員十五人，以司法院院長為當然委員並任主席，與司法院代表三人，及法官、檢察官、律師代表各二人，學者專家及社會公正人士共五人組成。

前項學者專家及社會公正人士，應包含具法律、社會、統計專業背景之學者專家各一人，及其他背景之社會公正人士二人。

評鑑委員會委員為無給職，除司法院院長外，應自本法施行日前，以下列方式產生：

一、司法院代表由司法院院長就所屬人員中指派兼任之，並依職務進退。

二、法官、檢察官、律師代表由司法院、法務部、中華民國律師公會全國聯合會分別各自推舉。

三、學者專家及社會公正人士代表，由司法院院長、司

法院代表，及前款法官代表、檢察官代表及律師代表共同推選之。

委員出缺時，司法院院長、司法院代表及法官、檢察官、律師代表依原產生方式遞補缺額，學者專家及社會公正人士代表由現任委員共同推選遞補其缺額。

第一百零一條

評鑑委員會置執行秘書一人、助理二至五人，執行秘書由司法院指定或聘用之，助理由司法院聘用之。

執行秘書承主席之命蒐集資料、籌備會議及辦理其他經常性事務。

執行秘書及助理之聘用、業務、管理及考核辦法，由司法院定之。

第一百零二條

為評鑑制度必要，司法院得聘用適當人員為研究員，但不得逾六人。

研究員承評鑑委員會之命，執行有關國民參與刑事審判制度評鑑之研究。

研究員之聘用、業務及考核辦法由司法院定之。

第一百零三條

司法院應編列預算，支應制度評鑑委員會運作之必要人事、事務費用、進行調查研究所需經費、委員津貼及日旅費。

第一百零四條

評鑑委員會之組織、職掌，於本法未規定者，由司法院

定之。

第七章附則

第一百零五條

本法施行細則，由司法院會同行政院定之。

第一百零六條

本法施行日期，由司法院會同行政院定之。

呂召集人太郎(主席)

謝謝宣讀，是不是說明一下？

邱研究員鼎文

是，罰則的第八十八條，也就是在三十一頁的部分，這條規範主要是參審員、備位參審員要求期約、收受賄賂不正利益的罪名。

原本在人民觀審施行條例的刑度是五年以下有期徒刑，後來我們參考貪污治罪條例相關對於公務員的刑責，這邊適度調高到三年以上十年以下，併科罰金的部分是兩百萬元以下的罰金。在第三項的部分我們是也參考貪污治罪條例第八條、第十二條第一項的一個規定，來做一些調整有關於犯罪被發覺前自首或偵查中自白的相關減免其刑的規定。各位委員可以麻煩參照在今天資料第 47 頁以下有關於貪污治罪條例的條文規定，就刑責的調整，那以及在第 51 頁的部分，有關於法務部刑法研修小組決議的一個刑罰跟罰金刑級距的一個標準，我們是根據這些來加以調整相關的刑度。

第八十九條的部分是規範對於參審員、備位參審員行求

期約交付賄賂跟不正利益的規定，刑度部份我們調高到一年以上七年以下；併科罰金部分就一樣維持是 100 萬元以下，那第二項也是規範準用貪污治罪條例有關偵審自白或者是情節輕微的情況下，有關於不正利益或者是財物在五萬元以下的相關減免刑規定。

第九十條的部分是沒有更改，還是維持人民觀審施行條例的條文，依照對於參審員、備位參審員本人或一定親屬實行的罪名來加重其刑二分之一。

第九十一條的部份我們這部分也沒有更改原先罰金刑的規定，一樣是就這個洩密一、二款的規定，處以一年以下有期徒刑、拘役或者是十萬元以下罰金。

九十二條的部分，是有關於參審員、備位參審員、候選參審員、備選參審員個人資料的保密，這邊違反的效果我們也是沿襲之前人民觀審試行條例的一個規定。

那第九十三條的部分以及第九十四、九十五、九十六條有關於候選參審員填載調查表不實或者是為虛偽陳述，或者是參審員、備位參審員拒絕宣誓，或者是參審員不履行職務，不於審判期日或終局評議到場等等，或者是違反審判長所發的維持秩序命令，在這幾個條文裡面行政罰我們都由人民觀審試行條例的三萬元更改到六萬元以下的罰鍰。

第九十七條的部分我們也是維持原來的規定，那罰鍰的處分是由參審法庭法官三人合議裁定，這個是有關於罰則整體的部分。

陳委員思帆

不好意思，接下來進入第六章評鑑制度，由我來接續簡要的做一點當初規劃時想法的報告。首先是第九十八條有關於評鑑時間的設計，本法是規定六年，主要是在於這個制度評價已經涉及到有關於整體參審制度，包含將來適用案件的範圍有沒有可能進一步擴大或是縮小，另外就是現行的所謂隨機選任搭配合審合判的模式是否運行順暢，有沒有可能進一步去調整或者是更趨向陪審制的可能性？因為這些都是非常重要的問題，第二點就是參考日本實施裁判員法的經驗，當然是說一方面日本是在最高裁判所在實施裁判員法之後，每一個年度都有提出前一年度的統計資料、意見調查資料以及每一個年度的報告。

第二個是說雖然說他們在 2012 年，就是施行滿三年時有提出一次階段性總體報告，如果參考包含裁判員法施行後重要的課題，包含是說近年來逐漸呈現出審理時間的長期化，或者是說如何確保裁判員參與意願，包含這幾年來出席率不斷降低的問題等，其實都是在施行後幾年的時間才慢慢地比較容易看得出這樣的傾向。

另外其實在 2015 年，也就是平成 27 年的時候，有一次裁判員法的修正，這大概也是總結之前施行五年到六年之間成果。所以考慮到這些就把評鑑時間設定的比較長，這樣才比較能夠看得到說，制度設立之後有具體的數據跟足夠的時間看得出它的實際運用傾向跟問題點，這是第一點。

第二點的話，是第九十九條的部分，是有關於評鑑委員會提出評鑑報告的方式，這主要也參考日本裁判員法，就是認為應該在每一個年度就前一年度提出評鑑報告，另外應該在前條的評鑑期間，也就是六年期間期滿一年內提出一個總結報告，內容就是主要包含現在施行狀況的整體評價，甚至是將來的法律修正跟相關配套都是可以提出建議方案的。

接下來則是進入到一百條，這也許是爭議性最大的，有關於評鑑委員會的組織構成。在這裡的話首先是考慮到司法院是刑事程序法的主管機關，所以原則上應該要以司法院院長是當然委員，並且擔任主席的角色，另外還有司法院的代表是由司法院所屬的適當人員，比如說像是正、副祕書長或者是正、副刑事廳長這些主管刑事訴訟法案的主管來擔任。另外審檢辯也非常重要，所以規劃代表各二人，那審檢辯的組成方式就由各自主管單位就是司法院、法務部或者是全聯會各自推舉。那接下來還有學者專家跟社會公正人士的部分，學者專家的話這邊有特別提及說應該兼具包含法律、社會跟統計等專業背景的專家，以及其他的社會公正人士，這樣的人員就由已經組成的代表去進行推舉。

目前的一個所規範的組織結構大概就可以看得出來，律師代表加上來自外界的學者專家代表就佔到七名，另外法官、檢察官是各二名，司法院就是官方的代表是四名，這樣子的分配。

那接下來是有關一百零一條的規範，因為考慮到將來真

的開始施行國民參與審判，並且進行評鑑，司法院會增加非常多行政工作，明定在內部可以配置適當人員，包含執行秘書，可以用指定或是聘用的方式，指定的話就是原本是屬於司法院所屬人員去指定，比如說原本的調辦事法官或是特定主管；聘用的話就是另外聘請外部人員；助理的話就是可以說明文規範有個聘用依據。

接下來是一百零二條，就是說一個研究單位的問題，因為前面已經規範這些委員原則是無給職而且是兼職的，所以如果說要真的能夠進行比較深度的研究的話，恐怕委員是沒有什麼時間可以實際上去執行研究的，所以在這裡明定執行委員會交付的研究案可以由司法院聘用研究員的方式，但是在這裡有參考中研院組織法關於兼任研究員以及財政部金融組織的相關規定，規定研究員的上限是六人，然後相關的辦法也可以由司法院來訂定。以上的規定都是主要讓法律有個依據將來可以配置適當的人員。

那接下來是一百零三條，就是預算的規定，預算的規定是明定說，將來委員會運作可以依照這條作為依據，然後可以編列相關的人事事務費用、調查職務經費津貼以及日旅費等等的費用。

接下來一百零四條則是規定說如果本法有未盡之處再由司法院來訂定相關評鑑委員會的職掌。

以上這個就是簡要報告有關於評鑑委員會的整體設計，那在這裡的話就是考慮到這是一部有關於參審的完整特別

法，所以雖然說它是屬於組織法事項，不過似乎也適宜直接明定在法律當中然後參考日本以及韓國的評鑑制度加以設計。再請委員討論，謝謝。

呂召集人太郎(主席)

謝謝，這裡面兩個重要的部分，第一個就是關於刑事責任的部分，這部分要特別拜託法務部再仔細檢查，可能刑度在多少到多少之間，在其他整個刑事法體系裡面會有不同意義要有一個平衡，我想這個應該是法務部比較專業，當然我們委員可以就審判情況比較合理提出一些觀念，不過這個地方要特別拜託法務部幫我們仔細檢查，避免造成將來易刑或者是假釋等等，造成不合理的情況。

好，我看是不是請各位委員可以針對這兩部分，來綜合的提供高見，哪一位？來，陳老師。

陳委員運財

我提供一些觀點，可以請濠松這邊也思考一下。

首先不管我們將來國民法官還是參審員，他在刑法上的地位是不是公務員？我想應該是沒有爭議，應該是刑法上的公務員。如果是刑法上的公務員，我們先暫時不論貪污治罪條例的話，參審員或備位參審員在執行職務中有收受賄賂，比如說，其實他就應該適用刑法一百二十一、一百二十二、一百二十三條這三個規範，當然就不適用貪污治罪條例，這應該要先排除，否則我想會對人民造成過重的負擔，要拿貪污治罪條例來治罪。

所以如果從這個角度來看，若定位他是刑法上的公務員，處罰的適用規範也僅就刑法的瀆職罪來適用的話，這時候需不需要定特別規定？好，如果要特別規定，我覺得它的意義在於彰顯他不適用貪污治罪條例，所以應該要回來適用我們這部參審法的罰則特別規定。那現在要來思考，它的罰則是否妥當，剛剛主席有提到，現在八十八條第一項，它是定三年到十年，可是這三年到十年如果以刑法第一百二十一條是違背職務賄賂罪，它也是三年到十年，可是我們知道如果從立法理由說明來看，參審員們他就職務的行使、不行使或者是收受賄賂，有可能是本來就打算判無罪的，只不過他可能是去不只幫自己也幫別人拉票，幫被告拉票或者反過來幫檢察官拉票，都有可能，可是他是在沒有違背他職務的部分？所以我覺得一律把參審員收受賄賂用刑法的違背職務收受賄賂來處罰是不是在刑度上過重？特別是跟原來觀審條例比較，它是五年以下，一下提高到三到十年，我覺得是不是在罰則上面是過重的，我個人建議是能不能思考以一到七年的方向，看看會不會比較均衡。

第二項裡面有一個問題就是這個「履行」要件要怎麼去解釋，我覺得可能會留下爭議，其實現目前刑法第一百二十三條的準受賄罪，實務上當然是很少用，我印象之前有個案件是適用的，發生在桃園，就是在議會正、副議長選舉過程中發生的案件，那那個案件就暴露了刑法第一百二十三條在規定上可能存在的爭議，也就是原來的賄賂罪是行為犯，他

不以有去執行職務或者履行違背職務為犯罪成立要件，是他就職務行為或者是違背職務行為要求、期約或收受就構成犯罪了，有沒有進一步去進行職務行為或違背職務行為那是另一個層次問題。可是就是針對一百二十三條有加一個「履行」的要件，當然它應該是設定來解釋它是一個客觀處罰條件，可是這個一加下去之後在適用上，我印象當時正、副議長選舉就發生這個情況，因為條文要求要履行作為要件，或者是客觀處罰條件，所以變成說他有投票選正、副議長，他承認就判有罪，否認，因為沒有證據證明履行，那就判無罪，所以變成認罪的有罪，否認的無罪這樣的現象出現，當時引起了很大的批評。

回到這邊它所謂的「履行」是什麼？怎麼去證明他有沒有履行？我想我們又在評議是秘密的狀況之下，所以要以有沒有履行去認定他有沒有成立犯罪，一來會讓原來二項的處罰沒有辦法發揮效果，反正我否認有履行，他就在正式成為參審員或者備位參審員之前，有涉及收受賄賂，那這樣這個條文可能就會變成流為形式。所以我覺得如果回到法理角度來看，真的要設這樣的刑責規範是一個有效的規定的話，我會建議說這個是不是要以「履行」作為它的客觀處罰條件，我覺得可能可以再斟酌，我建議可以把它拿掉，在處罰上面是不是可以再減輕處罰的方式，可能它發揮的效果會更大。

另外剛剛許院長其實有提到一個問題，如果參審員也是刑法上的公務員，這時候他有收受賄賂，他真的有做枉法裁

判，就明知無罪為有罪意見的評決，這個時候是不是也會同時該當刑法第一百二十四條枉法裁判罪，這可能是衍生出來的問題，不曉得目前刑事廳的政策考量，是不是有這樣的方式？這個部分可能是引發出來犯罪競合的問題。

其次我比較關心的就是九十一條這邊，上次我們也提到說，違反守密義務的問題，應該怎麼去處理它？目前我們是放在九十一條第一款裡面，就是現任或曾任參審員、備位參審員違反第九條第三項守密義務的規定，好，這時候可以處一年以下有期徒刑、拘役或新台幣十萬以下罰金。那我們看一下第九條第三項，它守密義務的範圍其實類型上有三個，一個是執行職務所知悉的秘密；第二個是所謂涉及個人隱私；第三個是其他依法應秘密的事項。

前面的第一個類型我們知道是從保護個人的隱私資料來看，所以第一類型跟第二類型是重疊或重複的，就是執行職務所知悉的秘密本來它包含的範圍，包含公務上的，也包含個人的，只要是執行職務有關應該都包含在裡面，所以跟公務有關又不是在公開審判範圍內，要秘密的事項當然可以處罰他。那另外一個就是屬於個人資料，其實它應該都可以用執行職務所知悉的秘密含括，所以這部份其實應該沒有特別問題，因為這回到第九條去解釋它。我現在覺得有問題的就是，其他依法應秘密的事項是指什麼？根據第九條第四項，秘密的方法跟期間由司法院定之，現在如果回到九十一條第一款，就是一般我們所講的空白刑法問題，它要去面對我們

將來的國民法官，我覺得說會引起的批評會比較大，因為我們一直認為守密義務應該把範圍要明確，因為司法院怎麼定還不知道，所以所謂依法應秘密的範圍跟期間如何，如果不明確的話，我覺得說我們用九十一條第一款規定進來，將來在立法院也會引發不少質疑，所以我會比較建議是不是參考日本裁判員法第一百零八條規定，它定的稍微比較麻煩、囉嗦，因為這是構成要件，它有定的比較詳細，它有分現任或是曾任，現任的話守密義務的範圍就相對寬，包含執行職務所知悉的秘密還有就是評議秘密這兩個。所以它是說評議秘密或者是執行職務所知悉的秘密，這是現任參審員、備位參審員所要守密的範圍，違反的話、有洩漏的話是處六個月以下，還有罰金。

第二個層次是曾任，以我國的角度來看應該是說就評議秘密來講，應該是判決完，卸除了參審員的職務到裁判確定之前這段時間，是所謂曾任的部分，分三種情形，第一種是有關於執行職務所知悉的事項，因為這涉及個人資料保護，所以這部份是跟現任採同樣的處罰的法定刑；第二個是有關於評議秘密裡面最核心的：誰講過什麼話、還有有罪無罪的比例；這兩個部分曾任裁判員的人有洩漏的話，一樣是跟現任的裁判員採同樣的法定刑處罰；第三種是評議秘密裡面不涉及個別意見跟有罪無罪的比例等其他評議經過，這部分如果他是有意圖營利的目的，這個時候法定刑一樣用六個月以下來處罰，如果不涉及營業秘密以外其他的評議經過的洩密，

它單純只有處罰罰金刑，這是日本在它們國會，原先他們法案也是比較抽象的概括規定，可是到國會去討論以後，把具體構成要件明確化，可能在將來適用上會符合明確性原則的要求。我個人建議是不是可以往這個方向來做規範會比較妥當，不是說回到第九條第四項，就看將來司法院怎麼定它的範圍跟期間，我覺得說可能對裁判員的守密義務的規範上面會比較好一點。

最後有關評鑑制度本身並沒有特別問題，不過那個名稱可不可以思考一下？用評鑑兩個字好不好？因為評鑑的對象是國民法官跟國民參審法庭，它是在看成效評估，所以是不是可以直接講成效評估委員會，這樣就可以，因為目前講評鑑我們馬上就想到法官評鑑、檢察官評鑑，感覺上，那是不是比較實際就叫做成效評估這樣子？

李主任檢察官濠松

主席、老師、各位先進，法務部這邊簡單報告一下。

部裡面對於刑法的相關規定有另外專責的處理機制，我們會把相關的條文帶回去在部裡面做報告，至少跟刑法的整個體系不要有差別太多。

那剛剛老師所講的一些重點我都有記下來，回去一併參考。

第二點要補充報告的是，關於剛才一百條，對於一百條我們有簡單的意見，陳老師建議是成效評估委員會，關於組成的成員法務部沒有特別意見，不過裡面有提到第一項有提

到司法院代表三人，那我們注意到在立法理由裡面有講到說因為司法院負責政策職責，所以有司法院代表是很自然的，不過我們想到的是，對法務部來講其實這也是一個重大的政策，雖然下面有檢察官代表，不過畢竟是針對第一線執行的公訴檢察官，他的出發點、思考點可能不太一樣，所以基於同樣的考量，建議是不是除了司法院代表以外，也可以增列法務部代表，因為將來可能有政策上面將來需要統一。

希望至少有一名法務部代表。

另外同一條的第二項有一個小的建議，因為這邊學者、社會公正專家五人，那這裡特別列舉法律、社會、統計專業背景，但其實這個社會科學領域還滿多的，包括經濟學、政治學、行為心理學等等，可能都包含，所以這邊小的建議是說，要不要應包含具法律及法律以外專業背景人士，這樣比較有一個彈性，而不是特別列舉統計跟社會。

呂召集人太郎(主席)

其實像這個問題，我覺得最重要的是政治學者，國民參與審判是很高度的政治問題。

好啦，就法律及法律以外學者，看各幾人就把它寫下來。

這裡面還有一個問題，全聯會，第幾項，一、二、三、四，律師代表由全聯會，那現在分家了沒？怎麼弄？怎麼訂會比較好？將來這個法律？

李委員宜光

這個問題我其實不太適合發表意見，但是我還是講一下，

其實還是可能要回歸律師法的規定，因為我們現在看律師法規定裡面，基本上像律師業務處理上來講是由全聯會在做處理的，是由律師公會全國聯合會處理的，所以在律師法未修正之前，就是還是由全聯會處理，這個主要是供大院作參考，因為如果由某一個公會，有另外一個問題，台灣還有十幾個公會，會產生其他的問題在。

以我現在所了解的全聯會立場，台北公會是沒有退出，全聯會到目前為止都是認為台北公會沒有退出；但是台北公會的立場，是認為說它已經退出了，那現在是兩個公會間等於有不同看法，我是建議說目前我們先不介入這個問題去處理，回到由律師法規範去做處理，未來假設律師法有做修正，那律師法那邊再去做處理就好。

呂召集人太郎(主席)

好。

李委員宜光

因為現在我知道像檢評會或是法官評鑑委員會目前還是委由全聯會辦理，台北公會還是一樣有推薦人員去參選，那全國公會投票之後也是由全聯會監票、驗票，台北公會推薦的人也是有當選，如果從這個部分來看，基本上雖然是有退會情形，只要是像法官評鑑委員或是像檢察官評鑑委員，目前法務部這邊主要還是交由全聯會來做辦理。

呂召集人太郎(主席)

因為那好像都法律明定。

好啊，只是說我們怕法實施以後，萬一真的是分開法就會有爭議，不過，目前在法制上可能還是全聯會。

蔡委員元仕

報告主席，有關罰則的部分當然可能接下來交由法務部來做比較深入的研究、條文逐一解析可能會比較安全一點。

我提供兩個比較大的方向，第一個是從我們在開始推觀審制開始，有各式各樣不同的田野調查跟民調結果都顯示，民眾與其說他們擔心我們一再在談的成本或正義實現問題，大部分民眾更關心的是他成為一個國民法官之後人身安全以及國民法官廉潔性還有他所受的外部壓力影響職務行使等問題。

我們現在看起來，剛才老師有講到說如果他在公權力行使過程裡面就把他說成公務員，理論上講起來他好像就會變成貪污治罪條例的問題，那我們在這邊特別設立罰則，考慮是幫他降低刑度，可是擔心對於國民法官執行職務造成太大負擔，我覺得以民意調查結果來看，民眾想的是相反的，是希望盡可能排除國民法官所受到的外部壓力，以及保障他的人身安全，能夠保障他的廉潔性及職務的適正行使，所以當我們在降低他的刑度同時也會面臨這樣的質疑是：好，那將來這制度參與的素人走向腐敗，你怎麼去防止的問題。尤其我們並沒有一個機構式的處遇，我們不是把他們全部關起來、封閉式的，請他們討論完再回家，他們每天都是可以回家，每天他都可能面對到人身安全或脅迫利誘的問題，所以那個

部分到底大的立法方向來講是要減輕責任嗎？減輕到什麼樣的程度比較適當，我覺得這個部份我還有一點保留。

那另外一部份，除了他本身的廉潔性，有一個部份是擔心到對於國民法官及備位國民法官施加外部壓力的問題。那我們現在處理的方式是說，把它依附在其他的犯罪構成要件上面，把它做一個分則加重，構成其他犯罪的時候加重他的刑期到二分之一，可是我們可以想見有部分的情況，他可能還沒有該當其他犯罪的構成要件，比如說在執行職務的過程裡面，我透過關係威脅對他做不正的調職或其他職務上不利益的情事，這部分可能還不見得構成犯罪行為，或他定義上是有問題的，但是我們公務員在執行職務的時候遇到強暴脅迫本身就是妨礙公務行為，就可罰了，所以其實如果在國民法官、備位國民法官執行職務過程裡面，施以強暴脅迫本身要不要是一個獨立犯罪我覺得也是可以考慮。

呂召集人太郎(主席)

應該要重一點，因為一般公務員背後保障比較周密，所以偶爾被人民罵一罵，在一定程度內是比較可以忍受的，但國民的話，他離開個案就又回到社會去。

所以我這樣感覺，對參與審判國民有這種不法行為，要更加重，應該更加重，因為跟公務員不大一樣。要不要把它變成一個獨立犯罪，就針對我們過去模擬當中，可能會想像的對於這種參與審判國民的不法行為態樣，我不曉得日本有沒有這樣規定，就是對日本裁判員的特別保護？

陳委員運財

它除了類似我們第九十條，就是為了讓參審員為職務一定或互為行使的，有施以威脅或對他的親友有施以威脅的行為，那這部分它有設處罰規定，除此之外它有另外一個比較，可能我們目前沒有思考到，應該也是蔡委員你提到的，就是在審判過程中，等於說他沒有行賄，可是為圖關說影響到他案件的決定，提供有關的意見，證人要不要調查？還有法律意見見解的提供，這個提供他也認為是個干擾的行為，也有設罰則的處罰規定。所以不是要達到刑法上的犯罪才加以規範，它目的就是要維護參審員、備位參審員審判的公平或者說自由的空間，所以它也禁止任何人在審判的過程中，對參審員或備位參審員提供相關的案件應該如何進行、要不要調查這個證據、要不要做這樣的意思表示提供相關意見或關說，它也在處罰的範圍。

呂召集人太郎(主席)

我覺得這我們應該來研究規定，因為這畢竟跟一般的、尤其跟法官不一樣，法官保障很夠。

蔡委員元仕

我今天早上檢察官裁判送閱我才看到，其實我們現在公務員被強暴脅迫，了不起如果沒有告傷害就拘役二至四十天就沒有了，對民眾來講稱不上是一種保障。我總覺得說以我個人的想法，即使是我們現在的設計也當成是意圖犯的設計，它本來就有目的射程的控制，所以那個法條所涵攝的範圍不

會真的太廣，所以凡是不當接觸、騷擾、強暴脅迫這部分應該考慮是不是也給予某種程度的制裁會比較合理。從制度維繫來講，對參審來講是都一樣的，這個對參審員所為的犯罪跟參審員自身所為的犯罪要不要降低刑度剛好是兩個不同的思考。

呂召集人太郎(主席)

對，不同，要讓所有的國民覺得到法院來參與審判受到更嚴密的保護，對於想要對國民干擾的人也有一些警惕的作用。我認為這個要特別規定，大家有其他意見嗎？

林委員超駿

我請問一下，國民參與審判的日支費有沒有規定在這裡？我不反對罰則稍微重一點，但是相對於他的其他福利、待遇也要相對兼顧一下，因為如果課責他那麼大，會不會造成類似寒蟬效應？所以兩邊可能要互相照應一下。

呂召集人太郎(主席)

我記得我們有討論到要不要給薪水的時候有提到，薪水可以不付，但是其他的日費、旅費條文是有，標準是司法院來訂，因為用法律訂將來要修法反而比較困難。避免國民被干擾我覺得是滿重要的規定，關於最後評鑑制度，大家覺得這樣運作起來會不會有遺漏的地方？

林委員超駿

司法院如果欠人力，可不可以直接這邊編成是專職，跟行政院或什麼要人？像研究員或者是執行秘書，因為法官評

鑑委員會也是用執行秘書，聽說好像是副秘書長辦公室主任兼，他好像兼三職，將來這個執行秘書會不會是刑事廳廳長兼或副廳長兼，或刑事廳誰兼，當然也許業務量沒有那麼大，但是他下面助理可不可以至少，用兼職感覺上對整個會務運作並不是一個很良善的設計，當然要涉及到業務量多寡。

呂召集人太郎(主席)

對，這裡面條文根據一百零一條的規定，執行秘書司法院可以指定也可以聘用，就是找外部的人進來。

林委員超駿

我想不大可能，聘用是約聘人員的意思。

呂召集人太郎(主席)

我們這個設計可能各位稍微注意一下，我們這個評鑑委員會只做一次，它不是持續性的，所以就是六年，六年做一次總結，總結以後搞不好下一次就另外一種制度，另外一種制度就另外一種委員會，所以它並不是說常態性的來進行評估。

如果各位沒有其他特別的高見要提出來，我想是這樣子，首先非常感謝大家的幫忙，我們從第一條到最後一共到一百零六條，若把參增條文加上去有一百一十條左右，雖然大家有一些不同觀點，正好，可以讓法案更加充實，第一點非常感謝。

第二點要繼續拜託了，因為我們這個制度在我們討論以後還是初稿，還沒有成為法律之前各位委員有什麼想到的問

題，隨時歡迎跟我們刑事廳來聯繫，尤其是重大瑕疵，能夠檢查就趕快，我一向覺得有錯誤就要坦白承認錯誤，所以拜託大家繼續來協助，當然在這裡我剛才有提到，目前作業流程可能今天結束之後我們刑事廳會把法條都檢查一次，檢查完以後可能會先公布我們初稿，因為我們要辦公聽會，各界都很關心我們的初稿，我們會公布一個初稿，其中關於我們刑法的規定，刑法部分特別請法務部幫忙，如果可以盡快幫我們檢查一次，當然我們委員今天提到特別的條文的問題，我們會後會趕快把它擬完，當然會送給大家，當然完了以後會舉辦公聽會、說明會，還有法院進行模擬。

在法案的推動上，公聽會、說明會舉辦完之後，假設我們基本上都確定了，聽取大家意見，覺得法條如何要怎麼樣調整都定案以後，我們要會銜法務部，法務部會提到行政院去，在這個中間我覺得說，就院部的關係來看，我倒不認為一定要按照過去的方式，大家還要擺個陣勢來協商等等，我覺得也沒必要，最好就是在正式會前，我們所有問題都能夠有一個溝通，希望我們這部法案能很順利的推動，當然這個過程當中還要非常多要借重各位委員，因為畢竟這是一個全新的嘗試，外界也有一些人對於我們能不能變成一個法律有滿多的質疑，過去太多的法案，進展最多的就是觀審，觀審也沒通過立法院，這個已經算是最多的進展了，以前都只是止於草案，但是我必須跟各位委員特別報告，在司法院的立場，非常堅決、非常堅定。

第三個要跟大家報告，就是在司法院以外我了解的情況，我們也承蒙法務部基本贊同，雖然有些細節可能不太一樣。在國會當中其實期待這個法案趕快送進去討論的也很多人，所以我是非常樂觀，這部法案應該是唯一一部有機會變成法律的人民參與審判法案，所以這個中間可能還是要經常麻煩各位委員提供高見。

總之，我最後還是要表達非常謝謝大家，每次開會都開很久，剝削大家的勞力，不過能夠替我們國家建立一套制度，大家都覺得值得。謝謝大家。