

# 司法院「國民參與刑事審判法案研議委員會」

## 第十六次會議會議紀錄

- 一、 時間：106年10月19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）

各位委員，我們這個開會時間已經到了，那現在開始第十六次的會議，看來我們這一部草案已經接近快要完成的階段了，那先確認上一次討論的一些條文？

### 邱研究員鼎文

是，主席及各位委員，首先先確認上次暫定的條文，那主要六十一條、六十五條、六十六條，只有微調立法理由，還有六十九條跟七十條也是做微調，那這部分再請委員們參照。

那比較大的一個變動，是從第七十二條參審員訊問的部分開始，那麻煩各位委員參照資料的第十四頁的部分，經過研議之後，也參考各位委員的意見，那把原先規定訊問對象的證人、鑑定人、通譯或被告這些，那加以區分為三項，第一項的部分是有關於參審員訊問證人、鑑定人、通譯，第二項是有關於參審員訊問被告，第三項是參審員訊問被害人或其家屬，這三項的體例、文字是一致的，委員們也提出說有

關於各該訊問的範圍是不是應該限定的問題，我們在一、二、三項也分別規定了在待證事實範圍內，或是就判斷罪責及科刑的必要事項，以及對於曾經陳述意旨的範圍內，這樣的一個範圍做限制，原先的規定方式是原則由參審員請求審判長來訊問，研議之後是把它更改為原則是自行訊問，當參審員自己就特殊原因不願意自己來問的時候，可以請求審判長來加以訊問；其次第四項的部分，我們也增列了就訊問的或詢問的事項，認為不適當的時候，審判長可以加以限制或禁止，那以上的各項都是參考日本裁判員法第五十六條、五十九條、五十八條等條的規定，我們把它規定在這一條。

第二個比較大的變動的部分是在第七十八條，有關於終局評議程序的部分，我們原先的草案是合併評議，後來經過研究之後，也提出了另外一個乙案，是分開評議的一個規範，待會會由思帆委員來跟各位報告，那就甲案部分的修正，謹向各位委員報告，上次討論之後立即做修正的一些部分，譬如說在第三項的部分，我們修正文字為「審判長應懇切說明本案事實與法律之爭點」，也增列了文字要給予「參審員、法官自主陳述意見及充分討論之機會，且致力確保參審員善盡其職責。」，在第五項部分，我們增列了委員們所建議的說，有關於法官來說明證據調查必要性的判斷，或者是訴訟程序裁定、法令解釋的部分，這種專業判斷，參審員應該要遵循法官的解釋來做職權的行使；原先在第六項評議的部分，我們有關於參審員順序的一個規定，由年少者開始，那有委

員也提出了一些意見，研議的結果把這樣的順序給刪除，經過修正後，改寫為「評議時，參審員及法官應就事實之認定、法律之適用及科刑個別陳述意見。」。

在立法理由比較特別的部分，有關七十八條是在第六大點的部分，除了說明評議時，參審員跟法官應該就事實認定、法律適用及科刑個別陳述意見外，有關委員所提出的意見，我們也加在裡面，在順序上，宜以參審員來先做陳述，法官在後；審判長可以依照個案具體的一個情況，靈活地運用各種方式，譬如說便條紙、發言紙等等，作為輔助工具來使這個評議程序更加地順暢。以上是有關於前次修正的一個部分。

#### 呂召集人太郎（主席）

好，謝謝說明，關於我們上一次討論的這個條文，不曉得各位委員有沒有什麼還要補充？在這個地方跟大家報告一下就是說，關於這個如何評議，我們還有擬一個乙案，我們先把這個甲案跟乙案的內容都把它確定妥當，我們這個研修會不做決定，那可能到我們研修會有關於這個國民法官，就參審員跟法官如何就這個罪責的部分如何評議，我們就併存甲、乙兩案，不過我們甲、乙兩案都要盡量求得妥當。

先就這個我們上一次討論，基本上我們列為甲案，還有其他的條文，請各位委員看看有沒有什麼樣還要再補充的。

#### 洪委員兆隆

主席，我先就七十八條，有點小小的提議，第三項的部

分，當然稍微有一些文字有後來補足，我覺得寫的這樣很好，那我一直認為這個第三項之所以會這樣改，是因為大家也都在疑慮就是說審判長在主持這個評議的時候，稍微一句話不小心會不會影響其他素人法官。因為我看他加進去的那個第五行「並予參審員、法官自主陳述意見及充分討論之機會，且致力確保參審員善盡其職責。」，如果整體來對照我們這一次立法理由，也寫得非常詳細，所以這個不成熟的意見，我想「參審員善盡其……」，這個文字不曉得如果能夠加入，因為對照前面「自主陳述」，我一直覺得這個獨立審判、獨立判斷，這個概念非常重要，這個我們當然說明欄裡面是比較偏向於說於評議時依法公平誠實執行職務，我們的理由說明是這樣，但是「獨立審判」，這個不管是專業法官或素人法官，都非常強調，而且剛好契合我們為什麼要文字這樣的一個，審判長要解釋、要說明，但是又不能去干擾、那個紅線又不能逾越，所以在這個地方有沒有可能，什麼叫「善盡其獨立判斷之職責」，我倒反而沒有用「獨立審判」，而是用「獨立判斷」，因為這個部分，你要自己聽了以後，整個審理庭完以後，審判長說明以後，在共同評議的時候，你要自己心中要獨立，所以這個不曉得這樣的一個文字好不好。

**呂召集人太郎（主席）**

有沒有具體的文字的形成？

**洪委員兆隆**

就是「獨立判斷之職責」，「確保參審員善盡其獨立判斷

之職責」。

### 呂召集人太郎（主席）

其後面加上「獨立判斷之職責」。

### 洪委員兆隆

然後到第六項，就是剛剛鼎文有特別提到，「評議時，參審員及法官應就事實之認定、法律之適用及科刑個別陳述意見。」，這一條是跟我們上一次開完會之後，稍微調整文字，而且這個原來的內容，因為有誰先誰後的問題，但是我看那個立法理由的說明，為什麼擺參審員在前面、法官在後面，其實是有一個順序的，而且後面他要評議的事項，事實之認定、法律之適用及科刑，好像也是有順序的喔，一般來講，評議一定先就事實來認定、來評議，評議完之後才法律的適用，而且才科刑，所以他在陳述意見的時候，可能也不是三項一起來綜合性地來講，因為這個會亂掉。所以有時候我們審判長在主持這個評議的時候，很可能也是要依序的，所以我是覺得理由已經說明，但是你的法條裡面，只有用逗點把它臚列或者是「及」，因為不僅是參審員跟法官有先後順序的問題，連後面要評議的事項也有順序，所以我是在想說就在科刑的後面把它加入兩個字，法律之適用及科刑「依序」個別陳述意見，這樣不曉得能不能表達比較充分，這樣可以透露在評議的時候誰先講、誰後講，然後先評議哪一個事項、後評議哪一個事項，我想而且這樣的一個想法是因為配合我們，我把那個理由說明裡面稍微詳細看了以後，是有

這麼樣的一個意旨，所以我想不曉得在本文裡面加進這兩個字，不曉得有沒有多大的意義。

這一次我們要討論的是這個範圍是七十八，為前面的有一個條文有討論過了，我稍微再回去看了以後，有一個小疑問要請教業務廳，就是六十五條的第一項，哪一些事項是專由法官合議來決定，但是我們看那個五十八條，原則上有關證據能力跟證據調查必要性是在準備程序中就要做裁定的，因為這一條是有關於誰能在場、誰不在場的規定，這兩項本來依照五十八條本來就是在準備程序做的，所以我想是不是這一種情形是指在審判中才要裁定的狀況，因為我們審理中也有可能有一種情況還是要做裁定，所以這個是不是指那一種情形，否則的話，因為你包括有訴訟程序裁定、法令之解釋，這個部分當然有可能是在審判中來決定的，所以那個時候會有所謂要不要讓參審員或備位參審員在聽取他的意見以後，讓他在場，但是證據能力跟證據調查必要性，依照五十八條，根本就是在準備程序中，這個文字上的涵括性，會不會太把這個都通通弄進去了？變成依照第二項，也只限於審判中的評議，因為如果在準備程序中評議，根本不可能有參審員還有那個備位參審員來，所以根本就沒有所謂的聽取他們的意見以後來讓他們來聽，我想這個當然也不一定會誤會，但是法條這樣，好像有通通涵括進去了，這個是看了一個小疑問，那以上是我先表達這一個看法。

**呂召集人太郎（主席）**

洪院長提到第六十五條，他的意思是說這種情況的判斷，規定在這裡，這樣合不合宜？先就六十五條看一下。

#### **吳委員秋宏**

審判程序之後也可能會有再進行期日間的準備程序。

#### **呂召集人太郎（主席）**

所以這個條文掛在這裡是沒有問題的。

#### **吳委員秋宏**

參審員、備位參審員是已經選任出來的。

#### **呂召集人太郎（主席）**

也有可能是這樣子，洪院長這樣可以理解。

#### **洪委員兆隆**

這個是我一個小疑問，如果是限於審理中，當然沒有問題。

#### **呂召集人太郎（主席）**

好，其他的這個我們上一次討論的條文，洪院長有加了兩個地方，不知道各位委員的看法怎麼樣？七十八條，就是「確保參審員善盡其獨立判斷之職責」，然後加上這個「依序」個別陳述意見。

#### **蔡委員元仕**

主席不好意思，我簡單提一個意見，當然洪院長七十八條這部分，再加上一個「盡其獨立判斷之職責」，我可以感受到出來就是說，他是好意地想要再提醒一次法官說，盡可能要保留這個參審員自主思考的空間，不要落入那一個引導，

或者是污染的那個批評裡面去。不過，我想不管在什麼時候，人做出判斷的時候，都應該是要盡力地維持他是一個獨立的判斷，那我們這是甲案，甲案就是一個合併評議的提案，那如果我們在這個地方，用字上面又特別去強調說他的獨立判斷，即使將來過的是甲案，會不會在在解釋適用上面，再一次在解釋論又引起紛爭說，既然是要維持獨立判斷，是不是也要先做分開評議？反而會有一些其他節外生枝的地方，所以我是建議就維持這樣，也許立法理由去提醒就比較好一點了，要不然到時候解釋大家又各吹各調，起碼反對者一定主張說條文再特別加上這幾個字，就是分別評議的意思，那你甲、乙案就沒有意義。

另外一個小小的地方，我們條文在前一項，原來擬的是審判長認為有必要的時候，應該說明有關證據能力、證據調查必要性的判斷、程序裁定跟法令解釋，前幾項當然都沒有問題，但是要不要做法令解釋的必要判斷的空間，就是基本上來講，法令解釋專屬於職業法官嘛，理論上觀審員既然都是素人，他沒有做過法令解釋，大概也很難做出判斷，但是以我們這個文義來看，是審判長認為有必要的時候，才應該進行法令的解釋，這個有可以想像沒有必要的狀況嗎？它跟前面幾項程序裁定的必要性，或者是說證據能力的必要性的判斷是看情況要不要講，好像有點不大相同，法令解釋好像觀審法庭就是統一由職業法官進行解釋。

**呂召集人太郎（主席）**

怎麼樣，是不是法令的解釋還要有必要性才講？

### 陳委員思帆

當然我們知道說法令的解釋、訴訟程序的裁定是專屬於法官的權限嘛，那當然是說在這邊的必要性，不曉得說這樣子的說明，學長能不能接受說，必要性可能包含兩種層次，一種是有沒有發起解釋的必要性，另外一種是也許說這個案件的適用的法律涉及不同的要件，比如殺人罪，也許正當防衛的構成是需要詳盡解釋的，可是就被害客體的部分，其實看條文就能理解，就沒有這樣解釋的空間。也許是不是說這個條文可以類似用這種方式來理解這樣子，讓法官也比較有彈性，他會針對就有爭議的這個法律的部分，然後他會去做比較詳盡的說明，可是有些部分也可能是屬於說大家光是看條文的文義就知道它本身法律的意涵這樣子。

### 邱研究員鼎文

補充再跟學長報告，關於構成要件跟法令解釋，其實在六十二條的部分，審判長做說明的那個部分其實有講了。像思帆所講的部分，如果是一個比較單純的，譬如說我們說描述性構成要件，比較容易懂的部分，也許可能審判長就認為不必要，可是如果它是一個規範性，比較需要主觀犯意或是其他需要闡釋的，可能這時候審判長會認為必要，大概是這樣的一個情況。

### 蔡委員元仕

我反倒覺得，從實踐的經驗看起來，什麼地方是有解釋

的必要性，常常是在審理完畢之後才看得出來，因為觀審員到底在哪裡迷路、產生誤會了，其實你事前很難做預判，所以在討論的過程裡面才能夠發現其實我們覺得很基本簡單的那個描述性的構成要件要素，他們可能理解得都還不是這麼地清楚。我覺得這個對審判長來講，應該不至於造成一個太大的負擔，因為構成要件要素，我們好像沒有那個構成要件複雜到說有幾百項要說明的，你描述性簡單的，我簡單把它帶過去，在本案審理的過程裡面，我發現了這個地方，大家特別不懂，或是雙方聚訟甚烈，在這個地方特別舉出很多證據，然後大家提出甲、乙、丙說，檢辯雙方意見沒有共識，觀審員容易產生誤會的地方，我特別加重說明，我覺得都是審判長裁量的空間裡面。可是你要說審判長在審酌有必要性之後才來進行法律解釋，那我就要重新問一句說，那是不是代表審判長不必要的時候，他也可以不做任何法令解釋，那這樣你還能夠說法令解釋這件事專屬於職業法官嗎？

### 呂召集人太郎（主席）

其實說明本身就有一點彈性，說多說少這樣子。

### 蔡委員元仕

發動本身應該是無可避免的，但是說明的範圍跟程度，當然是審判長自己可以調整，所以嚴格來說，它應該是說，審判長他應為法令的解釋，那認為有必要的時候，也要向觀審員說明他決定證據能力跟證據調查必要性的判斷理由，類似像這個樣子，就即使其實就法令解釋這部分的發動，看起

來比較沒有空間，因為他就是要負責帶這些人的人。七十八條的重點還是在於甲、乙案的問題，這個只是我文字上調整的建議，您們參考就好。

### 呂召集人太郎（主席）

我們再斟酌看看。就我們原來討論的甲案，還有什麼程序上可能會有的問題？大家幫忙這樣想一下，就是說以大家的經驗，將來如果說定案是甲案，我們這樣的評議能不能很順暢地來進行，會不會有漏掉？

### 陳委員運財

主席，我再補充一個意見，就是我們現在講的甲案，七十八條的第三項，就是要懇切說明的這個範圍，上次好像委員也有提到，要確保參審員他們能夠依據法律來獨立，而且比較不受到職業法官的影響來進行評議，其實它背後還有一個比較重要的就是刑事審判的基本原則，這個雖然在審判一開始，在六十二條已經講過一次了，不過因為審判期日可能短、可能長，我覺得說在評議一開始，刑事審判的基本原則再做一次的說明，應該還是有它的意義跟重要性，所以我建議刑事審判的基本原則，這幾個字也可以放在第三項，「應懇切說明刑事審判的基本原則」，之後再就本案的事實跟法律來整理，依序來做說明，再提醒一下，是更妥當。

### 呂召集人太郎（主席）

在說明後面，「應懇切說明刑事審判基本原則、本案事實與法律之爭點」。

這樣子就甲案的這樣一個評議的過程，還有什麼問題？

### 許委員進國

現在甲案，上次永宏有提到說那個評議的順序是不是不要限制，現在把它拿掉了以後，審判長在指揮評議的時候可能會因為沒有法律的一個依據，法院組織法本身有最資淺的開始先陳述意見，審判長在指揮的時候，會不會造成一個混亂，或者說他做某樣的一個指示的時候，被整個參審法庭的成員質疑說為什麼他要先講，我要慢講，會不會有這樣的疑慮在那邊，因為以前我們在操作的時候，都是按照法庭的規定，由最年輕的，這樣依序來表示，那現在完全沒有規定，到底審判長在做評議的一個指揮的時候，他要讓誰先講，原則上可能會按照原來的來先講，但是如果產生一個疑義，會不會造成一個紛擾。

### 張委員永宏

首先要非常感謝幕僚廳參考了我的建議，把這個評議的發言順序這個東西給拉掉，之所以要拉掉這個東西，我想一個很重要的理由是在於說，我們現在對於所謂的評議，到底什麼樣的情形叫做評議，其實我們做職業法官做了很多年的，恐怕各個法庭的做法都是不太相同的。有些人可能對於評議就是說直接先下結論，然後再補理由，但是事實上其實在參審法庭當中，如果直接下結論再補理由，某個角度來說其實不見得是一件好事，如果大家都是用這種方式來做的話，其實某個角度來說比較像是直接投票表決。那一個理想的參審

法庭的評議方式，毋寧應該是大家一開始不要太固著於己見，然後針對所有的事項都做充分的意見交換之後，最後再說結論，那在這樣的情形下，你說誰要先說、誰要後說，我覺得很容易陷入一個窠臼就是說，一說就說結論了，這是第一個理由。

第二個理由事實上其實我上次有提到就是說，日本它有一種評議的運作方式，叫做「便條紙式評議法」，我簡單地說明一下，假設我現在手上有一疊假設是便條紙，那我是發給所有的在場的參與評議的法官或者是參審員，由他們針對個別的事項，寫出理由，不是結論，比方說你認為被告有沒有殺人的犯意，那他就可以寫我心裡認為有的理由是什麼，甚至沒有的理由他也可以寫，那他其實心裡面有疑惑的時候，他其實是兩邊的理由都能寫，那把這些理由寫完之後，請他們寫完同時在一個白板上面，把它貼上去，然後由審判長彙整各方的理由，請貼這個便條紙的人做補充性的說明，透過這種方式，其實它所呈現的意見，毋寧是同時提出，而沒有所謂的先後順序。

那在這樣的情形下，如果我們一味地要求一定要有先後順序的話，在操作上面恐怕會有點困難，所以我當初建議幕僚廳說我們先不要把評議的順序卡得這麼死，是希望未來我們可以在所謂的審理細則或者是應行注意事項上，做更細緻的規範，舉例來說，如果你今天就是要用講的，那我們可以先針對理由來做充分的討論之後，然後在最後再大家決定我

的結論是什麼，那這時候先後順序這都沒關係。那另外也可以把我剛才建議的這個便條紙式的評議法，放在另外一條，讓法官有各種採擇的空間，而不是說直接在這邊把它寫死。

我想這是一個運作上比較有彈性的地方，因為我一直參考過去去拜聽各個法院的模擬法庭的情形，我會發現很多法院其實也許是大家的習慣就是開始所謂的第一個最年輕的參審員，他就直接說：「我認為這件是無罪。」，理由是怎麼樣怎麼樣，那也許他的理由其實未必完備，就講一個理由：「我覺得他看起來就是嘛，也沒有為什麼，就是。」就這樣結束，那這樣子的討論其實是空的討論，就是大家只是在講我的立場，那我的立場是不是經得起其他人的檢驗，其實有時候討論是不足的，鑑於這樣的一個過往案例，所以我還是覺得說幕僚廳現在的做法是不把這邊寫死，也許未來我們可以在細則上面做更有彈性的、各式各樣的一個規劃，甚至我們未來模擬的時候，相信我們的法官智識絕對不比日本的法官差，也許會想出更棒、更周延的評議方式，我想這個可能會是比較適當的。

#### 呂召集人太郎（主席）

好，謝謝，這裡有一個問題就是說，我們沒有規定，會不會依照第四條適用法院組織法？

#### 許委員進國

剛剛比較大的疑慮其實是沒有規定的時候，如果這個在評議的時候，由職業法官先來講，可不可以？在參審員還沒

有表示他的意見、看法之前，那職業的法官就表示。

### 呂召集人太郎（主席）

所以如果剛剛依照這個洪院長的用字，就「依序」嘛，依序包括人依序，然後事項也依序，可以這樣解釋吧？就剛剛的文字的修正，至於說參審員裡面，到底誰先，那就……。

### 洪委員兆隆

那個事項的順序是本質上的順序，你不能先講科刑，一定先在有罪、無罪啊，有罪以後這個犯哪一條罪，然後事實確定了、法條確定了，才來講科刑，這個本質上是有這個順序，當然你可以綜合討論。

### 呂召集人太郎（主席）

那這樣，那兩個「依序」是要依序什麼，如果是本質，根本就不需要規定啊。

### 許委員進國

因為你起訴按照這個來的話，你無從討論啊。

### 洪委員兆隆

但是因為他把那個參審員跟法官，這個「人」的部分，都臚列同一項。

### 呂召集人太郎（主席）

那可不可以這樣子，如果照你的意思，依序就是為了規範參審員跟法官嗎？

### 洪委員兆隆

我就是有那個擔心，所以如果加入這兩個字是有它的意

涵。

**呂召集人太郎（主席）**

那可不可以這樣子，這樣的話加在前面，「評議時應依序由……」。

**洪委員兆隆**

我這兩個提案本來也是想要加在那個地方，但是那個地方只針對參審員跟法官，你後面的話就連同你評議的事項也通通加進去了，有這麼一個差別，我本來也是想講說「及法官應依序（或者應先後）就事實之認定」，但是這個只是針對參審員跟法官，因為原來的考量就是要讓參審員先講、法官後講。

**呂召集人太郎（主席）**

那就規定在前面就很好了，就是評議時……。

**洪委員兆隆**

後面是屬於本質上，我看也沒有關係，所以這兩個位置都可以考量。

**呂召集人太郎（主席）**

如果你的意思的話，「評議時應依序由參審員及法官就……」，這樣可以嗎？這樣就一定是參審員先、法官後，至於參審員誰先，就沒規定。

**洪委員兆隆**

那一個有保持彈性這樣。

**呂召集人太郎（主席）**

那沒規定就我剛剛的疑問就是說，會不會依照第四條適用法院組織法？

**吳委員秋宏**

法院組織法只有法官而已，參審員沒有。

**呂召集人太郎（主席）**

沒有啊，因為它是評議時，既然你稱為評議嘛，會不會人家將來說你根據法院組織法第四條。

**吳委員秋宏**

不適用法院組織法第一百零四條。

**蘇委員素娥**

法院組織法只有規定法官，沒有規定參審員。

**洪委員兆隆**

我覺得彈性的蠻不錯的，有時候審判長就說，不然從左邊開始講、從右邊開始講，也是一種方式。

**呂召集人太郎（主席）**

沒有，我的意思是說這個可能有的疑問，假設大家覺得法院組織法那一條的資淺優先，那個不要用，至少理由寫一下，大家比較不會產生一些疑問，我的意思是說，如果要把法院組織法這個評議拿掉，至少在理由稍微說明一下，至於說要不要拿，大家可以再討論。

**許委員進國**

我也贊成有彈性，我只是剛剛怕說這樣沒有次序的規定的話，那真的由職業法官來先講的話，會造成很大的一個污

染的疑慮，那或者說這邊是不是說評議的方式還是怎麼樣，另有什麼什麼定之，如果有用這樣的話，會不會就排除其他的，這個我不曉得，如果由司法院來用行政命令定的話，有沒有辦法排除刑事訴訟法的規定？還是要入在這邊一個明文排除。

**呂召集人太郎（主席）**

嚴格講起來評議的順序是很重要的，在所有的會議裡面，有一個現象，就是誰先發言，他的影響力可能會帶動後面那一些沒有特別有把握的人的發言。

**洪委員兆隆**

尤其是專業法官跟非專業法官在一塊的時候，那個頻率是還蠻大的。

**呂召集人太郎（主席）**

所以至少說參審員先，法官在後，參審員到底誰先，留個空白，對不對？

**林委員超駿**

主席，日本怎麼規定？

**呂召集人太郎（主席）**

日本怎麼規定？

**蘇委員素娥**

沒有規定。

**呂召集人太郎（主席）**

如何評議沒有規定，沒有規定他們會不會回到裁判員

法？

### 張委員永宏

第六十六條第五項說審判長於第一項之評議時，對於裁判員必要之有關於法律方面的說明，應以懇切之方式為之，於評議時應該以裁判員易於理解之方式加以說明之，並給予裁判員充分之發言機會，使裁判員得以充分踐行其職責，應以上述事項為充分討論。

### 呂召集人太郎（主席）

所以我們條文就大概參考日本，沒有特別寫評議的方法，就剛剛洪院長提到那個法官跟參審員那個依序要不要寫進去？可以，至於參審員到底誰優先，就先不要提嘛。

### 蔡委員元仕

我還是要提醒一件事情就是說，因為這是甲案，甲案是合併評議案，所以我們在加入任何文字的時候，都要小心，不小心到時候會不會解釋論上面變質成為乙案，如果我們又加上說「獨立行使判斷」或加上這個參審員跟法官「依序」進行個別意見的表示，那我就建議說如果我們要加「依序」這兩字，起碼立法理由裡面要把它說明清楚說他雖然是共同評議，但是為了要尊重這個觀審員獨立發言的空間，所以讓他優先陳述類似這樣，才不會引起誤會，不然甲案又會變回乙案了。

### 呂召集人太郎（主席）

對，這個理由要說明。

## 吳委員秋宏

就七十八條有提出兩個問題，因為剛才主席提到說我們將來這樣子甲案的模式評議，會不會有出現問題的狀況，我想到兩個杞人之憂，提出來給各位先進來參考。

第一個就是關於審判長在跟參審員說明的內容時，我們這邊寫的大概就是我們所知道的這幾個部分。有沒有可能會這幾個內容，包含法令解釋、訴訟程序的裁定以外的其他必要的事項？其實我覺得是不是考慮用一個比較概括性，有可能會需要去解釋的。

再來是評議的時候，參審員跟法官是就事實認定、法律適用跟科刑來陳述意見，沒收的部分現在修法之後說它是屬於所謂獨立的一種法律效果，不是刑的一種，獨立的一種，這是不是這個地方所講的，這幾個部分就可以涵蓋在內，有一點疑問。

## 呂召集人太郎（主席）

就是沒收的部分。

## 吳委員秋宏

對，沒收如果遇到說這個參審員的案件，會有涉及到沒收的部分，這時候恐怕就會產生爭議說那這時候要怎麼去評議的問題。

## 呂召集人太郎（主席）

那「及」把它改成「、」，科刑後面「及沒收」，這樣可以嗎？

### 林委員超駿

那保安處分要不要。

### 吳委員秋宏

保安處分用科刑的部分。

### 林委員超駿

保安處分不是科刑吧。

### 呂召集人太郎（主席）

它不是刑啦。

### 林委員超駿

它不是刑，絕對不是刑。

### 陳委員思帆

之前在研擬的時候，解釋上像剛剛學長所說的沒收、保安處分，都把它解釋在一個科刑的架構下。另外第二點是說，到底沒收能不能說像是論者所說的是說，純粹當作是一種所謂比如說什麼公法上不當得利的調整措施，因為這個擔心會有學術上的爭議，所以還是用一個比較大的一個概念去把它放在裡面這樣，當然這一點是可以討論。

### 林委員超駿

因為現在沒收受德國法的影響，那其實英美法沒收就是刑的一種，而且就是等於是主刑，就不是我們過去從刑的一個概念，如果我理解沒有錯誤的話。所以這邊用科刑在理由說明理論上是說得過去，我同意剛才那個吳委員講的，他這個顧慮是有道理，按照目前的理論，沒收要不要寫進來是會

影響到他評議的一個範圍，那如果這樣我是覺得保安處分其實四個也不多，寫一寫也還好。

**呂召集人太郎（主席）**

那這樣前面的科刑辯論，是不是要再重寫一次？

**林委員超駿**

沒有錯，主席講得很好，科刑辯論應該涵蓋這些才對。

**吳委員秋宏**

科刑辯論它已經有一個刑事訴訟法裡面的第三人訴訟參加程序在那個地方。

**呂召集人太郎（主席）**

沒有，我是說前面科刑辯論那一些，是不是都要把沒收等放進來？日本法怎麼規定？

**蘇委員素娥**

他們沒收沒有跟我們一樣。

**呂召集人太郎（主席）、林委員超駿**

他們是從刑。

**呂召集人太郎（主席）**

理由寫應該也可以，不可能沒收還有那個保安處分都沒有人討論就決定，一定要有人討論，理由說明好了，這裡科刑是採取廣義的，應該可以也合理。

再來就是這樣確定以後，因為跟著甲案下來是七十九條，評決的方法是不是宣讀一下？

**陳委員思帆**

七十九條上次已經報告跟說明過了。

### 呂召集人太郎（主席）

就七十九條甲案的情況之下，評決的方法不知道大家有沒有什麼看法？就是有罪的三分之二？

### 洪委員兆隆

這一條這一次有稍微調整前面這兩個字，罪責改成有罪之認定，因為這一條我感覺是有罪疑惟輕的概念，因為他最後如果沒有的話要朝無罪或者為有利於被告知認定，何謂有利於被告知認定？這個我想半天，想一想有可能是什麼？比如說殺人罪到底有沒有殺人的犯意？大家在評議的時候可能可能有三種意見，這可能是殺人、重傷、普通傷害，因為跟犯意有關係，所以除了有罪無罪要評議三分之二，包含參審員與法官，中間裡面還有法條和罪名的問題，這情形要怎麼投票？因為這看起來是有罪的認定，他本來是叫罪責，還有包括「責」，這就跟法條有關係，所以這個到底哪一個比較好？有罪的認定依我們平常的習慣還滿寬泛的，反正不是無罪就是有罪，有罪以後會變成法條怎麼辦？罪名怎麼辦？我想要達到三分之二是沒有問題的，所以有利於被告之認定，是不是如果用投票之結果，罪名也可以用投票之結果來決定？

### 呂召集人太郎（主席）

請思帆說明一下

### 陳委員思帆

這個認定方式，在我們國家會有變更起訴法條的情況，誠如洪院長獎的，不太可能構成三罪大家一起來表決，三個裡面哪一個比較高就這樣定，實際上必須要去討論理由，所以真正的順序應該是比如說檢察官起訴殺人未遂，當然也許爭點出在主觀犯意，當然是先討論是否成立殺人未遂，如果認為主觀犯意沒有到殺人，那就是不成立殺人未遂，可是這個時候就要去討論到說，還有可能成立重傷未遂的問題，如果重傷未遂不成立的話，這時候才會可能成立更輕的傷害犯意，如果連傷害犯意都沒有那就可能是無罪，可能是會有這樣的邏輯順序。

原本是擔心大家會以為說罪名可以通通混在一起大家來表決，所以就寫罪責，這邊是配合刑事訴訟法既有的用語改成有罪，刑事訴訟法過去沒有使用罪責的用語，罪責主要是出現在學術性的論述，所以後來就配合改成有罪，可是這裡的有罪並不是只是直接針對可能的罪名大家混雜在一起混雜討論，還是要依照法定的要件來進行實質性的理由討論與評議。

### 呂召集人太郎（主席）

你剛剛提的，應該是先評殺人未遂，再評重傷，然後再評一般傷害，一般的傷害如果他沒有告訴，那就不受理，如果有告訴假設沒有傷害，那就無罪這樣。我的意思是這樣一層一層下來認定要不要在理由說明一下，來解說你這裡面的有利的認定。

## 洪委員兆隆

這部分審判長在指揮訴訟的時候就要預先告知了，可能變更的法條，要有講到的才可以變，沒有講到的等於要再開辯論，可能講道可能變更的法條在依照有利、不利在排序下來，應該是這樣子。我是這個疑慮，因為看到有利於被告的認定但理由說明好像沒提到這部分。

## 呂召集人太郎（主席）

所以理由說明中例子舉出來可能就很清楚了。

## 陳委員思帆

要化解疑慮就是理由裡面要再加強案例說明。

## 張委員永宏

主席我針對甲案七十九條的評決標準表示意見。有關於評決標準這次非常特殊的地方是採取三分之二多數決，首先這一點其實跟我們現行二分之一過半數多數決是不一樣的，這樣大幅的轉折我們先看他的結果會是如何，首先其實幕僚廳非常認真，把我之前寫的評決分析標準拿出來，在三個法官六個評議員的情況下，會有二十八種評議的組合方式，以這二十八總評議組合方式的話，只有九種情形可能會被判有罪，所謂九種情形是，第一是全票一致；第二個兩名法官六名參審員；第三個一名法官六名參審員；第四個兩名法官五個參審員；第五種一名法官五名參審員；第六種三名法官五名參審員；第七種兩名法官四名參審員；第八種三名法官四名參審員；第九種三名法官三名參審員。評議可決標準是三

十二比一，這樣的情形下比起我們現在其實是大幅縮短，大幅減輕評議可決標準，舉例來說兩名法官加三名參審員的情形下，已經在九名當中佔了五票但是無罪；再來三名法官一致認為有罪但是兩名參審員也認為有罪但是五票結論還是無罪；再來一名法官、四名參審員，認為有罪，最後結論還是無罪。

這樣子提高評議標準，是不是妥當，恐怕人言人殊，至少有好處就是更慎重、審慎，一個案子要判有罪的難度越來越高，充分彰顯我們人權立國的精神，但是另外一個缺點就是在這樣的情形下我們要思考會不會因此反而會產生社會大眾無法接受的判決，只是因為評議標準拉高的結果，而在現在社會輿論之下，這樣子的評議結果拉高，是不是能夠足以讓我們說服民眾，有些明明票數居多但是不幸落敗的參審員，事後會不會公諸媒體，明明我們多數人都支持但法官事後把這個案子做掉，就是無罪，這樣的情形下是不是能夠思考得過來。

再來一個很重要的問題，當然會有人跟我說德國是三分之二，我知道，但我們要面對的另外一個問題是平等的問題，有人會跟我說你看我們現在三名法官組成的合議庭也是三分之二多數決，我想這是錯誤的推論，理由是我們同樣用評議組合來說，三名法官評議只有四種組合，裡面有罪的可能性就是兩種，所以他是二分之一多數決，他就是標準過半數多數決，並不會三個人裡面拿到兩票就說他是三分之二多數

決，這樣是錯誤的。

從這樣的推論來說的話，所謂的過半數多數決其實散在我們不曾實行參審審判的其他所有刑事案件當中，馬上會面對一個問題，對被告而言他到底應該要去給參審員參審審判三分之二多數決，還是應該給職業法官審判，當然現在的草案是沒有選擇權的狀態下，我能理解但問題是就算沒有選擇權，我能不能主張這樣的判斷是不公平的，這樣的問題就存在。德國為什麼沒有這樣的問題，因為德國除了參審法庭以外，剩下只有獨任法官，德國只有在 Amts-gericht 也就是區法院法庭當中有所謂的刑事獨任法官，也就是 Straf-einzelene-richter 這種制度是一名獨任法官，剩下全部都是合議的參審法庭，或者是邦高等法院的 Oberlandes gericht 是五名法官，沒有其他的情形下可以做平等權的論證，但是在我們的情形下有這樣的問題。

所以總結來說兩個問題，第一個評決標準的提高對於我國社會、法治是不是正向的處置。第二個，評決標準提高到跟其他的審理案件不相當的時候，平等原則是不是能夠做廣泛的說明，更不要說我們的最高法院是五個裡面的三個，五分之三的評決標準是少於三分之二的，為什麼最高的評決標準還比較差？那我們能不能有一套完美的說明，我相信完美說明絕對不是因為我們比較不相信人民，如果是這樣的話是不是有需要採到三分之二的評決標準？我覺得還有一些討論的空間。

### 呂召集人太郎（主席）

這是一個非常重要的問題，請各位委員發表看法。

### 蔡委員元仕

我跟學長的意見大致相同，容許我接著他的後面在做補充。

### 呂召集人太郎（主席）

最好能夠提出具體的建議。

### 蔡委員元仕

好，那我直接這樣講，我們把他從過半數加到三分之二，學長剛剛自謙數學不好，但我聽完他的分析這幾總組合之後我覺得他數學比我好得多，我到沒這樣的想法，我當初在設想說為什麼這東西會提高到三分之二，大概是三票裡面算兩票所以比照觀審員變成三分之二，如果是這樣子的話，顯然是誤會了，即使不做排列組合也可以知道現行無罪也是三個法官裡面要有兩個投票，所以無罪標準我們不會把他理解成三分之二，我們現行法以過半數的來做決定。

除了學長剛剛講的理由我只有多一個意見就是說，其實從實證結果來看，所有人民做出來的決定，從實證的結果來看，人民做出來無罪的機會是比職業法官更高的，既然他先天上更有無罪的傾向，有罪的標準怎麼不是調降而是調升呢？有點怪，違反制度的傾向與本質，所以我的建議是說我們當初也很仔細的在參審員人數設定的時候，故意把他留成單數，希望說討論可以過半不會有 hung jury 的狀況，所以應該是

二分之一，為什麼會調到三分之二？我本來是滿好奇的，尤其是在一個制度先天性會傾向無罪或輕量化的情況底下，還刻意去調高有罪的標準，其實這跟我們社會對這件事情的想像也許是背道而馳的。

### 許委員進國

我也贊成兩位委員的意見，第一個我認為我們所有法律裡面的裁判評議，真的沒有任何一個不是二分之一的，那要我們在人民參與審判調高到三分之二，有沒有實證上的依據來說服大家，如果沒有一個實證上的演練讓我們說三分之二是適合我們的，尤其是在我們現在刑事訴訟法採罪刑法定、嚴格的證據裁判各種正當法律程序都這麼嚴謹之下，有沒有必要在強調三分之二，這我存疑。

另外第二個雖然被告沒有選擇不適用人民參與審判程序的權利，但是我們有一個可以排除的，就是我們有兩個共同被告，其中有一個進入人民參與審判程序、另外一個被告因為分別被起訴導致另外一個程序被排除掉，似乎在訴訟上是有可能的，這樣一個進入一個沒有進入，最後決定當然因為適用不同的程序所以法律規定是不同的，但是要決定有罪無罪的一個是過半數一個是三分之二，平等權上會不會受到挑戰？

第三個有罪的認定要包括法官其中一票還有參審員各一票，無罪的時候反而沒有包括法官一票，這樣只要六個參審員都認為是無罪的話，那三個職業法官都認為有罪，這樣

是不是就要無罪，我看日本裁判員法好像有罪無罪職業法官跟裁判員都要各一票，不曉得我的認知有沒有錯誤，如果在三個職業法官都是有罪，六個參審員認為無罪，這樣做無罪的判斷到底妥不妥適。

另外我最擔心的是，現在我們把標準提高了，以我們目前社會的氛圍，不曉得社會的氛圍是釋放一個人大家叫好，還是本來老百姓、一般素人認為有罪的因為沒有過三分之二門檻判無罪，對司法的殺傷力到底是哪一個大？我覺得我們試辦這樣的法律有沒有必要一下子就走那麼高的鋼索在那邊也是有待商榷，其實我最大的疑慮是為什麼單獨人民參與審判要用三分之二來做一個評決標準？因為以前從來沒有實驗過，那我們不知道這樣的三分之二到底在目前國情之下到底是否妥適，這是我提出來的疑慮與看法，謝謝。

#### 呂召集人太郎（主席）

有沒有原型的說明，當初設計上基本的理由是什麼？

#### 陳委員思帆

我簡要說明，門檻二分之一或三分之二當初其實覺得只要理論暢通就可以，沒有非常堅持怎麼樣。先解決許院長的問題，其實日本裁判員法雖然法文中，看不出來無罪判決要怎麼處理，看起來好像有罪無罪都需要一票的法官，但實際解釋上，只有認定罪責成立才需要一票法官，如果沒達到這樣的門檻就通通無罪，因為如果不這樣解釋就會出現所謂 hung jury，就是「評決不能」的中間地帶，這是第一點。

另外就門檻部分，剛才幾位委員都指正，當初有參考日本裁判員法立法前的審議過程，確實在討論的過程中也有委員提出三分之二案，但這案子最後被否決，後來還是採取普通多數決門檻，三分之二門檻的缺點是剛才幾位委員都有說明過了，當初的考量除了是認為說一開始提出較高的門檻供委員酌參。

另外一個考量是說請各位參考今天手冊六十七頁，各位可以看一下這幾個評議模式分析，如同張委員所說，這是以前張委員在研擬草案的時候所做基礎再修改，分析一就是草案的分析，分析二是一般多數決裁判員模式的分析。大家可以看到是說門檻提高，在分析二的情況下有罪的情形有十二種，在分析一就是依照草案是九種，在這裡一定會出現結果跟法官或參審員多數意見不同的情形，比較大的區別是在分析一裡面的第七點有提到，比較高的門檻有比較有可能的好處，比較不會出現參審員多數主張無罪可是結果出現有罪的情況，因為剛才講的如果是普通多數決的門檻，三位法官認為有罪，兩位參審員認為有罪這樣的結果就是有罪，這時候可能會出現四個參審員多數反對有罪，可是結果還是有罪，可以確認一種情況即只要多數參審員主張無罪，結果就一定導向無罪。思考的導向是維護被告權益的想法，假如說沒辦法說服多數參審員都認為是有罪的話，那結論一定是無罪，另外若沒辦法至少說服一個法官支持有罪的看法，結果還是無罪，是從這樣導向來出發，的確像委員講的是利弊互見，

這是可以討論的問題。

### 呂召集人太郎（主席）

其他？陳委員。

### 陳委員運財

我看到上一次的版本，眼睛為之一亮，因為這是我們的特色，比較法上引進國民參與審判，採特別多數決不只是德國，不少國家也是如此，當然我們不用看陪審制，基本上採一致決或絕對多數決大概也是這樣的情況，相對跟職業法官比較，美國也有職業法官審判的情況，那我想也不會因為陪審特別採一致決就特別有所謂的公平上的問題。

所以我想事實上還是回到引進國民參與審判我們必須要克服什麼，我覺得有兩個，一個是很重要的要讓他能擔保無罪推定，我想在美國採陪審一致決，他實質的精神就是要擔保無罪推定的精神；第二個就是採一致決好還是特別多數決其實他在擔保能夠讓參與審判的民眾可以充分的討論，不管是陪審團之間或參審團之間，可以比較充分的討論，我想這是他兩個非常主要的目的。

所以我想在我們台灣思考引進參審制的機制下，採特別多數決有特別的意義存在，特別如同剛才許院長講的，台灣的氛圍多少朝著有罪的氛圍，就我一個研究刑事訴訟法的人來講或我是一個被告來看的話，我想擔心的是多數民眾採有罪推定，這是我的擔心，所以有一位法官進來擔保，另外採絕對多數決，這對一個刑事被告來講我覺得是必要的，因為

我們是採強制適用而不是選擇適用。如果我們願意選擇適用，過半數，起碼被告可以選擇，我相信職業法官我可以選擇職業法官來審判。但現在我們又認為如果採選擇適用多數民眾不會去選參審可能賄選職業法官，那變成參審制流於形式，所以說背後在彰顯一個我們擔心的老問題，民眾參與審判會不會是有罪推定，所以既然要用參審制不是流於形式，而是預設政策考量下的案件都適用參審制，而採強制適用之下用多數決的擔保，我覺得對被告受無罪推定的保障來講，我覺得是必要的，所以我贊成採三分之二的設計。

不過如果延續剛才思帆有提到的，因為採特別多數決的設計之下，一般會思考要不要採 hung jury 的機制，因為他要進一步去確保充分討論，當然要保障到檢察官追訴權的利益，因為畢竟多了一票，所以檢察官要追訴被告來說服參審法庭判被告有罪的門檻提高，所以反過來當沒有辦法得到三分之二有罪判決，反過來，如果要讓職業法官與參審員做充分的討論，那要不要也設計 hung jury 的精神，也就是說要做成無罪判決要達到三分之二要不然就要 retrial 這樣的設計，一來能夠貫徹充分討論，二來可以兼顧到檢察官的追訴利益，這是在政策上可以考量的，來減緩檢察官對這個三分之二高門檻的不安，我想可以考量看看。

**呂召集人太郎（主席）**

謝謝，林委員

**林委員超駿**

我完全支持陳老師的見解，我晚到沒想到遇到這麼重要的問題，真的覺得三分之二多數是正確，剛才陳老師講得很好，因為這可以迫使所有人比較理性的去做一個辯論。我講的話可能有比較離題，我上課在憲法課我都會跟同學講說類似國際條約的簽訂或者兩岸的問題，應該是三分之二多數的決定，並不是一次選舉普通多數來決定那麼重要的事情，所以這個地方其實我覺得用三分之二過來，而且基本上人民參與審判的案件比較複雜，比較重要的案件其實這是正確的。

剛才有講德國，德國輕罪案件是一加二，一個職業法官兩個參審員，所以表面上也是三分之二實際上是二分之一，獨任是另外的，重罪案件絕對是普通多數，因為他是三加二，所以你今天真正要類比的是那個重罪案件三加二，就是二審做為第一審的案件，我想一個很重要的是法律審跟事實審的可決數原本就是可以不一樣的，沒有說事實審要一致決法律審也要一致決，如果是這樣的話美國最高法院五比四就違憲了；德國憲法法院是八個人一庭，所以要過半一定要五比三。可決數有各種不同的設計方法，重點是在於說我們能不能確保大家可以理性的思辨，而且可以將問題徹底的討論，從法律的適用觀點來講，甚至在刑事訴訟對被告的人權保障會相對有利，這是一體的兩面，剛才陳老師講得很好，如果要講到檢察官的訴追利益的話，反過來應該是無罪裁判也要是三分之二，不然就永遠懸在那邊，審到有一個結果出來。

另外一個觀念是這樣，這涉及到法庭的組成大小，法庭組成人數越多，越用普通多數決越危險，今天如果是九人法官五比四跟三人法庭二比一，意義是不一樣的。所以以美國最高法院為例，越是複雜困難的案件，院長要想辦法調和，不要出現一票之差或兩票之差的判決，這是一個重要性，換言之，今天越是爭議性的案件越用普通多數決，反而越可能造成爭議，因為就差票而已；甚至如果今天是十幾人的大法庭的話，影響程度會越大，所以今天已經九個人的法庭，不能用三個人的法庭角度來看這件事情，以這個情況為例，當然三分之二是比較合理。

而且大陸法系國家不乏這個例子，我想張委員也知道，這個制度其實跟西班牙很類似，西班牙的有罪判決應該是七比二，無罪只要過半，西班牙目前的制度是這樣子。所以這個例子要找前例的話，很多國家可以援引，我個人是覺得，這個地方好不容易走到最後一步，我是覺得刑事廳的三分之二是符合目前的潮流，絕大多數的國家在有人民參與審判裡面，他不是用普通多數決，至少我目前看到的情況是如此，更不要講是陪審制，現在如果談到檢察官訴追利益的話，那應該是無罪跟有罪用同一標準，把事情審理清楚再說，當然今天提出的草案跟西班牙的一樣，是對被告有利的，當然我也支持，我不反對。當然剛才各位講的很有道理，我很慶幸我趕上了，抱歉每次我都跟幾位有不同意見，不過我很謝謝大家。

## 蔡委員元仕

我接下去補充一下，剛才思帆講到說三分之二的設計有一個好處是不會是多數素人法官認為無罪的時候，結果這案子竟然還是因為有職業法官多數的關係就變成是有罪。其實這暗藏一個想法是說，職業法官票的價值權重較高，當初設計的時候沒這樣想，我們想說票票等值，所以你是希望把他的每一票的價值設定的稍微高一點，如果你們認定這樣子認為，只要有四個就可以推翻多數人的意見對不對，如果說票票等值的話，不管是素人法官或職業法官，人數多的那邊贏就是有道理，就不會擔心說我素人法官反對但是最後結論不一樣。也許你其實沒有意識到，但你其實想的是要保護他每一票比較高的價值。

剛剛各位先進都有提到檢察官追訴利益的事情，身為一位檢察官我必須要講一下，檢察官沒有什麼追訴利益，對我來講檢察官也有不追訴的利益，追訴利益只存在於國家，對我來講我要履行的是客觀性義務，對我來講如果這個人是清白的我就要還他清白，對於追溯一個個人的犯罪，對於檢察官個人、機構、職位是沒有個人利益在裡面。

我們回頭來看一件事情就是說，很多先進都提到一件事情，我們放進這樣特別多數決的結果，可以避免掉有關素人參與之後素人有罪推定的弊害，可是實際觀察的結果尤其是我們看這五十幾場模擬法庭的前面幾場，就是我們一開始真的落實素人先做表決然後再觀審職業法官做表決，分別表決

做票數對決的情況下，觀察起來一定可以看的出來，觀審團最終的決定，傾向無罪跟量刑較輕的態勢是特別明顯，也就是說觀審員他落實無罪推定的機制本能比我們大家想像的強的太多，他們反而是傾向於無罪的。其實用膝蓋想也知道，如果我進來一個環境裡面，我什麼狀況都還搞不清楚，要我去剝奪一個人的生命、身體、自由、名譽、財產，被害人還不見得一定站在法庭上，但被告一定站在法庭上對著我，我結論一定是往無罪推定那邊當成是我的逃生口，制度本質是如此，結果你又加重了定罪的困難，結論是制度會製造更多無罪出來。

老師提到一件事情是美國一樣是獨任法官，他沒有平等權的爭執，不過有個小小的不同，就是老師剛剛所講的，選擇權的問題，對美國來講他是把陪審定位為權利，所以我可以捨棄他，捨棄的同時我會知道我適用的門檻不會相同，我要回到獨任法官那邊去。可是你今天不讓他任意任擇程序，參審跟陪審是法條預定的，如果是這樣子的話，我一但被預訂成要適用參審案件我就是用三分之二，我一但被預訂成不是屬於參審我就回到二分之一，平等原則的爭執還是會出現。我反而是認為說就是因為我們不給他選擇權，他不是一個權利拋棄的性質，所以他這個有關評議標準的不等同反而更容易造成平等處理的爭執。

另外，當初我們在觀審試行條例在推動的時候曾經提過類似的想法，這不是一個試行條例，但我想這個想法應該在

今天也還是可以用的上。我們在推這個人民參與審判制度，沒有人預設他參審會是這個國家刑事審判制度最終的面貌，說不定我們有一天真的是陪審也說不定，但我們現在在跨第一步，我希望能夠謹慎一點、節約一點、保守一點，先實驗性的看看，我們這個社會到底能接受了這個制度了沒有，刑事審判能夠接受了這個制度了沒有，所以我們選了參審制。

可是現在這個制度做下去之後，五年之後回來看這個國家的民眾絕大多數人，像是白玫瑰這種案子，他們是基於重刑主義的氛圍，所以提倡人民參審要消滅恐龍法官，就結論是說人民參與之後五年十年做出更多無罪判決，對於這樣子人民參與制度的茁壯或進入下個階段到底是更有幫助還是為負面的因素。我不是在說重刑主義的氛圍是對的，我是在說在這樣情況底下，將來民眾在做公共選擇的時候他忽然發現有了陪審或參審之後，因為這個特別多數決的關係，反而整個定罪率下降了，大家會特別喜歡這個制度嗎？可是民眾分不出來到底是這個制度哪個地方出問題，他不會特別去鎖定因為我們採取特別多數決，他只會看到一個大個概念，就是人民參與之後弄出一堆無罪判決，所以這對於人民參與審判制度在這個國家的茁壯，另外一件事情是對於提高司法公信而言，都沒有達到原來要的目的。

但是我講了這麼多，最主要還是回到那個論點，你很難克服平等原則的指責，尤其是不把它當成一種權利設計的狀

況來看。

### 呂召集人太郎（主席）

好，張委員。

### 張委員永宏

我簡單的再補充一下。首先這個七十九條針對有罪的評決採取三分之二多數決，一個很有趣的現象是科刑是過半數多數決，但其中的緣由為何？為什麼科刑事過半數多數決？有罪是三分之二多數決？這裡面的哲學、理論基礎到底在哪裡？這點我不知道。

再下來剛才林老師說的一句話非常對，人越多的時候越不適合用過半數多數決來決定事項，但是我們必須要想像一個情況是人越的時候採取比較高的評決標準就能夠決定事項嗎？其實剛才林老師已經破題了，如果我們的做法是如果你沒有辦法達到那就是無罪，基本上其實是相當危險的，如果要做這樣子那容許我建議幕僚廳應該要有 hung jury 的機制，沒有結果重組重來，重新再審理。只有這樣子才能夠避免說因為我們沒辦法達到有罪馬上跳到無罪，這樣也許我們還能夠跟認罪協商制度做結合，何樂而不為？這是第二個問題。

第三個問題是說，所謂的如果我們今天把評決標準跟無罪推定原則做鏈結的話，當然的推導結果，有人贊成有人不贊成就是有合理懷疑，那我建議評決標準應該是一致決，因為只要有人懷疑就是合理可疑，如果我們做這麼簡單鏈結的

話那應該是一致決。為什麼所有採取參審制的國家沒人在採取一致決？我想幕僚廳可能有需要做更深入的研究。

再下來剛才其實思帆提到說，他之所以要採取這樣評決的建議，原因是因為希望最後評決的結果，可能參審員的人數是有過半的，我了解，那如果這樣子的話為什麼不採取所謂的單方多數決呢？我所謂的單方多數決是參審員過半就好，法官不要管他，這樣就過半，這樣也是一種評決方式，這樣還更直接的回應你的需要，為什麼是三分之二多數決，我想這個如果寫在立法理由上面會馬上啟人疑竇說，我為了去東京，我一定要去曼谷轉機，這個比喻，我的目的跟我的立法不是相當。如果今天我真的要確保人民的意見就是判決的結果，至少在有罪的時候，這樣子的話，日本為了要保護法官所以有變形多數決制，我們把變形的態樣反倒人民去，讓人民變成變形的多數決，這反而更直接。

我會覺得如果我們今天真的能夠三分之二多數決或一致決，我覺得都不錯，都是台灣人權一大進步，可以跟全世界做炫耀，我想很重要的因素是說，如果今天我們講美國一致決好了，有一部電影叫做 twelve angry men，十二怒漢，他演的就是說一群人在那邊評議，然後評議不出個結果來，有人晚上要去看尼克隊的球賽因此不能去，晚上要做什麼事通通不能去，本來只有一個主張無罪最後通通十二票全部主張無罪的結果。

我最後要說的一句話不是說一致決就會充分討論，這不

是當然的道理，因為就算我十二票一致決，只要有一票不贊成所以大家就放棄說服說好吧那我們就 hung jury 可不可以？也可以啊，沒有人規定你一定要談多久，更何況像英國規定，討論了一定的時間之後沒結果評決標準就會下降，那這樣的角度來說的話，是不是代表說我們未來在實務運作的時候，因為很高的評決標準，所以就產生了大家一定要充分討論的結論，我覺得這個推論可能還需要實證去驗證，恐怕沒有辦法得到當然的這個結果出來。因為我自己的經驗是，即使你評決標準再高，只要雙方堅持己見，互相不說服、互相不溝通、互相不討論，那麼還是可以出現一個結果出來，而重點只在於說，你要讓它這樣子做，並不是提高評決標準，而是在評議的過程當中，讓這個評議有可能是更活性的，更深入的，更徹底的。

**呂召集人太郎（主席）**

要不要休息一下，四點了。

**李主任檢察官濠松**

報告主席，不好意思，我是不是補充完這個意見。

**呂召集人太郎（主席）**

剛好發一個各國關於表決數的一個資料。好的，你講。

**李主任檢察官濠松**

是。我簡單補充一下，不要耽誤各位的時間。關於評決數，法務部的意見是比較同意剛剛永宏學長，還有剛剛許進國院長的意見，也就是過半數。相關的理由我們就不再重複，

主要是說如果要改成三分之二的這個特別多數決，那是一個比較大的變革，我們是希望說在立法理由上面可以看到比較充分的說明，不過我們看，關於這個三分之二的說明，只有六行，而且可能會引起誤解，就是現在的這個說明說：「要與未適用國民參與刑事審判的案件不至於有歧異的標準」，可是，現在的「未適用國民參與刑事審判」的標準是——我們看法院組織法一百零五條是過半數，所以那怎麼會推導出來反而要三分之二呢？這個立法理由可能也無法說服。

另外我要提一點，關於三分之二比較慎重還是二分之一比較慎重，雖然我們的意見跟林超駿老師不一樣，不過林老師您記得，上半年我們參與司改國是會議，這麼重要決定國家政策的分組會議，他也是過半數的表決數，他也沒有到三分之二。所以同樣的，刑事判決也是等同重要啦，不一定就要做不同的標準。這是第一點。

第二個補充的是說，這個關於有罪的意見要包含法官一票這點，我們也是贊同剛剛許院長所講的，因為如果三個法官都認為有罪，那剩下六票的參審員都認為無罪的時候，總是還要寫一個無罪判決，那誰要寫呢？還是法官要寫，所以我對面的每一位法官學長，如果你們當時評議結果，認為已經超越合理懷疑，已經形成有罪心證，可是卻要寫一個無罪判決，會不會有一個比較困難、難以操作？所以這一點也請委員會給予斟酌啦，以上。

**呂召集人太郎（主席）**

好，因為剛好我們發了這個資料，剛好到我們通常休息的時間，也利用這個機會看一下。因為這是一個很重要的事情，大家再多思考，也可以參考一下外國的法例。我們休息十分鐘。

## 中場休息

### 呂召集人太郎（主席）

各位委員，請回座。這就是法律人，到哪裡都討論不完，我們前面很多的程序，都是為了今天的決定，所以這個是非常重要的的一件事。

那我們繼續討論，剛剛休息前，有發一份資料，就是把各國整理一下，那可以請各位委員做一個參考，那麼就這個評決的模式，各位委員有沒有什麼意見？李律師好像比較晚進來，你要表示意見嗎？

### 李委員宜光

謝謝主席，因為我比較晚到，我只針對我剛才所理解的部份來做一些回應。第一個就是有關評議的部分，我先說明一下，因為我看這邊有一個乙案，那就評議其實是職業法官跟參審員是分別評議，所以是三加六，是分別評議，我剛剛也看了一下沈宜生法官寫的〈崩落中的刑事陪審制度〉，他今年的這一篇文章裡面，有引用到丹麥在 2006 年廢除陪審制，改採日本的參審法庭，那他在那個高等法院的審理案件，

如果是判有期徒刑四年以上案件的第一審法院，組成員是三位職業法官、六個參審員，是跟我們一樣，至於有罪判決評議，是用兩個職業法官、四個參審員的同意來評決有罪。所以他是兩個職業法官加上四個參審員的同意才評決有罪，如果我們就是採分別評議的方式，其實就符合我們現在的討論，都是過半數的表決。所以我的意思是說，職業法官三位，過半數是兩位同意；六個參審員，過半數的話也是四位的參審員同意，然後合併起來，算起來都是過半數，二加四，也就符合我們現在講的就是平等原則，所謂的這個過半數的原則。

所以，我們的想法是說，如果我們第一個前提是採分別評議的制度，第二個我們再採行的就是，既然是分別評議，那就是以分別評議的個別的過半數來表決，職業法官過半數是兩位，參審員過半數是四位，也就解決我們剛剛的一個爭議，到底是要二分之一，還是三分之二好。這樣子都是符合過半數的原則，也就符合平等原則。這是第一個。

第二點，如果從這個案件的法理上來看，我個人是認為超越合理懷疑，我個人的淺見是認為應該是要超過半數，採三分之二是比較合理，因為從民事案件來講的話，所謂的證據優勢原則，是 51 比 49，可是你要超越合理懷疑的話，基本上那個比例，我記得王兆鵬教授有做一個在美國那邊的研究，所謂超越合理懷疑的比例性，應該最起碼應該是 70，我印象沒錯的話應該是 70 以上的比例才會是到合理懷疑。所

以我認為三分之二做一個有罪判決這是合理的。

當然有人討論，你如果有罪是三分之二，那無罪是不是也要三分之二的表決？我的看法倒不是這樣，我的看法是我們應該從一個排除的看法來看，原則上被告他是無罪推定原則，所以他是無罪推定的，所以只有在證明到三分之二，超越合理懷疑，百分之六十六，就是三分之二以上被證明是有罪的時候，那這時候才是有罪，有罪以外的東西都是推定是無罪的。所以用這樣的邏輯思考的話，你用三分之二的，超越合理懷疑的標準來講，這樣子的邏輯思考並沒有矛盾的問題，並不會說有罪三分之二，無罪也要三分之二，我覺得這是錯誤的，反過來應該是說，原則上要推定是無罪的時候，那全部是都是白的，那你要證明他是黑的的時候，那抱歉要有三分之二都證明他是黑的的時候，他才是黑，其他的部分都是推定他是白的，因為沒辦法舉證證明到這邊。所以，個人的淺見是認為說，維持到三分之二是比較合理的。

最後一點，就我有一點淺見，就是我不知道剛剛有沒有討論到科刑，我們上次討論草案講說過半數，我本來也覺得過半數好像也可以，因為有罪三分之二，科刑過半數合理，可是回去看一下，好像高院有位呂法官有寫一篇文章，是日本的這個制度，他們在討論日本現在對死刑案件，現在已經在討論說，對於死刑案件的量刑部分要一致決。我自己也在想說，我們台灣其實很多案件，有爭議性的案件其實都在死刑案件有爭議，都不是在有罪無罪，都是在量刑的問題，所

以是不是可以考慮在量刑這一部分，要不要獨立討論一下，就是抽出來，對於死刑的量刑的部分，那真的是用採一致決的方式來處理，而不是用這個比較寬鬆的多數決的方式。那這一點淺見供各位參考，謝謝。

### 呂召集人太郎（主席）

這個我的理解是有罪無罪，有跟無，就二選一；那科刑就是說高到低，從十年、九年、六個月，有無限種可能，所以很難說用三分之二多少，因為你要用三分之二，你要抓一個數來做為討論基礎，所以在法院組織法才會規定關於金額或是刑度，有三說以上，由上往下數，數到超過那個人，以那個人為決定，因為科刑跟金額這個是數量的問題，那可能有很多種一點點的差異，所以這兩種採取不同的表決方法，還可以啦。以我們一般法院來看，也是一樣，一般法院的這個評決，有罪無罪，那當然他是用多數決，二分之一過半數，那科刑他就不採這樣的設計。這是我自己的理解，不一定對，請大家參考。

就這個問題，不曉得大家還有沒有什麼要補充的？就是我們在甲案情況，三分之二或者二分之一，然後科刑，剛剛因為比較少提到死刑案件要不要有一個特別高的門檻，這點是不是大家也討論看看？

### 吳委員秋宏

剛才李律師的意見我大概都同意，要補充的是，確實日本裁判員法庭實施之後，有一些案件，尤其是隨機殺人的這

種案件，台灣其實慢慢也有點這種案件越來越多的傾向，裁判員法庭死刑還是要過半數，但他們還是有做一個所謂的「友善基準」，就是日本的最高法院，他有建立一個死刑的科刑，你只能選擇這個科刑，而不能選擇其他的刑種，刑的種類的時候，他有一些基準說，你這個屬於要有一些計畫性、一些原則在那邊，當然說他還是算抽象，但是基本上實務界運作久了，職業法官是知道如何去操作這幾個最高法院從友善基準建立起來的那些基準。可是從裁判員法庭成立之後，因為科刑的部分是過半數就可以了，所以說有幾件裁判員一審的法庭判處死刑，但是上訴到高等法院，認為就違反了這個死刑的量刑基準，有好幾件就被撤銷改判無期或是其他種類的刑的狀況。

也就是說，其實以日本施行了幾年來的一個經驗，我們可以知道說，在量刑上面職業法官他會對於上級審要求的一些抽象的原則、基準，他會慢慢思考出一個模式，來做一個判斷，但是請素人在比較短的時間之內，要他體認出這件要不要量處死刑這樣的極刑的時候，是有一些困難在，他往往可能在評議的時候會逾越了，或者說他不會去遵守所謂最高法院所建立的這個基準。

當時我們的日本研究會其實也有擬了一個版本，確實就有罪的部分還是更高的門檻，是四分之三，剛才那個吳宜溱委員的那個版本，就是我們研究會的建議。至於科刑的部分，原則是採過半數決，但是對於死刑就誠如李律師所提到的，

我們認為應該是比較嚴格的，尤其在有素人的狀況進去之下。據我所知，似乎最高法院目前，實務上對於死刑的部分，好像也是比較傾向實際運作是採比較相近於一致決那個樣子，我在猜否則大概可能會撤銷發回，這是我的聽說。

### 呂召集人太郎（主席）

這是外界對於最高法院目前的要求，就死刑要一致決才能夠成立。

### 吳委員秋宏

是，就實質上是這樣，雖然法律上沒有這樣的規定，否則的話大概可能就會發回。那也就是說，對於死刑的這個判斷，他是要非常之謹慎的一件事情，將來一旦有素人參與之後，假如門檻如果不是拉到比較高的情形之下，假設這三個職業法官都認為說不應該科處死刑，可是因為要過半數門檻就可以達到了，這其實是蠻容易的，只要等於是五票就可以。那這樣情形會變成說，職業法官他反對判處死刑，有可能因為過了這個門檻，就量處死刑的話…，喔抱歉，他要有一個法官的意見啦…

### 呂召集人太郎（主席）

對啦。

### 吳委員秋宏

那就可能會變成說，判處死刑，我會擔心將來日本所實施的這個狀況會不會出現？加上既然外界有要求說最高法院實際上盡量要採一致決的話，我覺得這個地方就是人命關

天啦，如果說一審判處死刑，然後二審再來推翻，我覺得這不是那麼好的事情啦，尤其以後上級審是要做法律審的，這審查那個基準，大概可以是覺得沒什麼問題的爭議之下，我覺得我們這個運作會不會比較符合我們現在的期望跟以後人民的期待？

**呂召集人太郎（主席）**

說個數據，死刑的部分。

**吳委員秋宏**

我就贊成贊成李律師的一致決。

**呂召集人太郎（主席）**

你是指國民一致決，法官也要一致決？

**吳委員秋宏**

對。我是認為說兩個就是一致決的情形之下，才適合判處死刑，這是我個人附和李律師的意見。

**呂召集人太郎（主席）**

好，來其他的委員。因為這個確實在國內對司法殺傷力最大的一個情形就是死刑案件，來，陳委員。

**陳委員運財**

我再呼應秋宏法官的想法，就是說他剛剛提一個點，我再補充說明一下，就是說日本最近幾年的一個運作上面，針對死刑判決看到一個問題就是說，應該到目前為止也已經該有十件嘛，就是裁判員就是死刑的案件，然後到高院被撤銷改判無期，那這種案件，都引起媒體非常大的關注，跟民眾

非常大的關注。就是說如果引進裁判員，目的就是希望引進國民的感情，特別在量刑上面，為什麼說裁判員判死刑的案件，結果到高院三個職業法官結果把他撤銷？改為無期徒刑？當然這之間就涉及到所謂的法的安定性、一致性，跟裁判員參與刑事審判的必要性跟合理性之間的緊張關係。

不過，據觀察就是因為這種案件陸續的出現，也讓一般社會大眾，就日本的裁判員制度產生不信賴，所以說從這個觀點來看，我們也會擔心如果將來台灣死刑案件，也是跟根據目前我們的設計採過半數決的話，那到高院被撤銷的機會這個還是存在；相對如果我們先在一審採取比較嚴格的標準，採一致決，我們可以預測，這個案件到高院去的話，被撤銷的可能性相對會少，就風險相對會降低。或許從這個角度也可以來看，就是引進我們參審案件之下，那對於死刑案件，也為了要擔保，死刑案件的判決，之後在上級審可以比較充分獲得尊重，那我們一審設定比較嚴格的標準採一致決，應該也有這樣的附帶的利益存在。所以，我個人也贊成，就是參審案件針對所謂的重大案件，那適用的結果如果認定有罪，然後如果要判決死刑的話，應該是採一致決。

### 呂召集人太郎（主席）

這個會不會有一個邏輯的問題啊？假設前面我們有罪是三分之二，那死刑要一致，就會不會變成有三分之一本來就認為無罪的人，你就要要求他科刑要同意死刑，那就不會很怪嗎？會不會？

## 李委員宜光

這不會怪，這是他的特色性。等於說這個案件有三分之一的人認為是無罪，那既然連他都認為根本連犯罪都不成立犯罪了，怎麼能夠科他死刑呢？有百分之三十三的人，認為說這個人是無罪的，結果我們竟然判這個人去死刑，我覺得這個風險性太高太高了。基本上等於所有九個人都認為說，這個人，第一個有罪之後，第二個認為罪無可赦，死刑，我在裡面去找，也找不到一個支持他，讓他不用判死刑，那在這種情況下所謂的一致決，那他才具有一個非常高的一個標準，我認為這才比較合理，謝謝。

## 許委員進國

關於判死刑喔，這一部分是需要極為慎重，每一位法官在審理的時候當然也是很慎重，要不要判死刑我覺得這個是國家政策的問題，如果在我們國家還有死刑這個法定刑在的時候，在適用這個死刑的時候，應該要有一定的標準。

剛剛有講到說，我們在一審就採一致決，這大家都知道，我相信很多人都知道，我們國內很多法官，還有很多最高法院的法官，他們的信仰問題不願意判死刑，另外還有一個思想問題，也是絕對不贊成死刑，要廢除死刑。我覺得這是整個一個思想問題、政策問題、堅持問題，據我了解還真的不在少數，那把這樣的一個放到科刑裡面來，如果你又要採一致決，那裏面如果你碰到一個，你再怎麼樣講，縱使極盡窮凶惡極，眾人皆曰可殺，還是因為他一個理想、宗教信仰等，

他就是不願判死刑，這個會是一個很大的問題。

另外第二個，我可能因為這個會議記錄，以後都要留下紀錄的喔，那我們有一些法官，在講說人民參與審判制度，雖然我們模擬的最多也最贊成，但是目前法律的設計，都有一點在貶抑法官，讓法官覺得說大家不相信法官，前提像我們甲案乙案，讓參審員在前面自己評罪責，然後法官再來評罪責，到最後你的多數要有法官來寫你多數的意見，但是我又沒有參與你的那個說服，跟你充分討論一個罪責的機會，如果說你發現問題，也不找我討論，也不要求法官來到場來說明的話，到最後結果都是我來負擔，判決書我來寫，如果是我寫那樣的判決，可能就沒辦法寫的很詳細，很進入狀況。

另外，我也贊成我們蔡檢察官剛剛所講的，也就是三分之二這樣的一個，然後有罪的話，要有法官一個人參與；無罪的話，法官都不用置一詞，在本質上，我認為真的是，雖然是一票價值是一票，但是在整個一個內涵裡面，對於法官事實上這一票事實上稍微有一點貶義的啦，那其實他們法官有認為最重要的是說，你要讓我在表決的時候，不管三分之二、二分之一，一定要讓我跟所有的參審員有共同討論的機會，到最後大家做決定的時候，要讓我個人的意見很充分的在這個評議的過程當中讓大家知道，那我也已經盡我最大的努力把我的一個想法、看法，各方面的意見充分的陳述了，如果大家還是認為這樣，可能是我個人對問題的看法會不一

致了。

另外李律師有提到說，所謂超越合理懷疑是百分之七十、百分之八十，我覺得我超越合理懷疑，現在目前我的認定，依照我目前判有罪的，不是百分之七十、百分之八十，應該是百分之百的無庸置疑，我們存在的意識如果沒有這樣的話，大概都是判無罪。那我個人認為說，所謂超越合理懷疑，不管百分之六十、七十，那是個人的問題。當每一個人的超越合理懷疑以後，再來的時候，那是到底要採特別多數決，或者是說普通多數決的問題，不是說要再把這個多數決再用到百分之七十、八十超越合理懷疑這樣的比例去算，我認為這兩個邏輯上應該是不一樣的。

至於死刑那部分，我不是喜歡判死刑，也不是贊成說一定要有死刑的存在，但是我認為一個法律規定在那邊，如果說有某些異樣的因素在那裡的話，會造成這個制度的扭曲，大家知道，我們老百姓批評我們這個死刑案，是被判死刑的批評多，還是不判死刑的被批評多，我們整個在輿論對於這個判死刑然後其實應該要無罪的這個冤案，這當然是批評的最多，但是很多已經是犯罪事實、罪責大概是無庸置疑的，但是眾人皆曰可殺，我們沒有判刑的這裡被批判的多。我不是說這個不判死刑是不對的，我是說，如果再用一致決的時候下去，這個傷害，我跟你說會更大。

**呂召集人太郎（主席）**

那有沒有…有沒有覺得要特別推定，還是…？

**許委員進國**

我是認為可以特別規定。

**呂召集人太郎（主席）**

感覺多少才是合理？

**許委員進國**

我認為，大概四分之三 OK。

**呂召集人太郎（主席）**

好，四分之三。這個沒有什麼特別科學，就是感覺。

**許委員進國**

不過你採三分之二的話，我認為罪責跟量刑應該一致。

**呂召集人太郎（主席）**

三分之二或四分之三。

**許委員進國**

我認為是如果採三分之二多數決的話，科刑的話，我也認為可以用三分之二。

如果你是要把他算進去，就是剛剛講的如果四種、三種不同意見，一直算到三分之二，其實也差不了多少。

**呂召集人太郎（主席）**

這個只是聽大家的意見，因為死刑我們前面都沒有討論到。

**林委員超駿**

我接著剛才許院長講的，我同意現在很多外界的輿論批評，認為有死亡的結果就應該判死刑，其實憑良心講，我上

課都有提醒學生說，你應該跟親朋好友講，法官做的才是對的，就是那個慎刑，符合基本的一個人權保障，反過來講，應該是那些記者本身，應該對法律有更深入的涉獵或接觸一下。所以如果從這個角度來看，就是說你提高死刑的量刑門檻，其實反過來講是保護法官，而且對人民是一個教育的作用，提醒大家那麼重要的一個刑罰的施予、要剝奪人家的生命權，當然要用一個最謹慎、最完整的制度設計。所以以這個角度來看，我們剛剛在罪的部分已經提升到三分之二的話，死刑的部分提到一致決，這是符合這一套理論基礎，而且陪審制，部分的美國州，他在死刑的宣告也是要經過陪團的同意，不是只是法官可以宣告而已。所以從這個角度來看，這當然有他的基礎。

另外一個問題，陳老師剛剛提到的，我在想，日本他之所以可以撤銷死刑的這個宣判，會不會涉及到另外一個問題就是，二審的權限到底是撤銷發回為原則還是自為判決？如果他可以自為判決的話，當然這個東西有可能發生；如果要避免剛才陳老師提到的日本發生的問題，也許在上訴審要規定，涉及到如果說是，一審是如果不是一致決，或是加重多數決三分之二所為的一個死刑的宣告，那這個時候他如果不同意的話，原則上應該發回再審理一遍，而不是變成一個自為判決。因為這涉及到上訴審權限的問題，我想這個就當然是另外一個程序大家必須注意，不過可以一併思考，所以基本上我支持剛才那個李律師的想法、立論，謝謝。

## 呂召集人太郎（主席）

好，謝謝。那還有幾位請針對這個死刑，要不要有特別的處理，聽起來大家都覺得要特別處理，這個門檻有覺得要一致決，有覺得要高門檻這樣子。

## 張委員永宏

基本上我不反對單獨針對死刑的標準採取一致決，但是我必須要建議，針對這件事情，幕僚廳一定要做非常詳盡、有說服力的立法理由說明。

另外一點，我認為，之所以我會認同死刑可以改採一致決的評決標準，理由就是在於對死刑這件事情的慎重，這跟前面的評決標準沒有關係，也事實上不存在剛才李律師說的，因為前面是三分之二，那代表還有一些疑問，如果再判死刑那還要再往上加，也不是累加的標準，彼此之間完全無關，所以我會認為說即使我贊成死刑採取一致決標準，也不代表前面的評決標準就應該是往上提高，而且為什麼以往上提高到三分之二為已足？為什麼不是也來個一致決？為什麼不是八分之七、六分之五、九分之七、九分之八，為什麼不是？沒有辦法有一個合理的說明。所以我認為這兩個東西，根本不能勾在一起。

另外，再來一點，剛才陳老師有提到一個，其實我覺得是陳老師非常厲害的地方，提到說，如果我們死刑採取一致決，高院就比較不能夠撤銷，但我的問題是說，萬一今天死刑，而且是一致決，高院是不是連撤銷的勇氣都沒有了？人

人皆曰可殺，九人皆曰可殺，再此情形之下你高院還敢犯天下之大不諱，撤銷一審判決改判無期嗎？反而會有這個效應出現，這是我們必須要思考。所以我完全贊成秋宏學長一開始說的，我們重要的還是在於死刑要有一個裁量標準，而不是再拚人數多寡，今天就算我們拚到了一致決，某個角度來說，很多案件因為一致決的運作，所以他是無法判死刑的，但是一旦一致決的判死刑之後，高院撤銷的勇氣在哪裡？

更不要說絕大多數的案件，如果說沒有所謂的一致決的基準，我們是看不出評決標準的。誰能說當年東京高裁的兩件撤銷一審的死刑判決，一審的法院並不是採取一致決的，就決定要判死刑了，因為其中一位的一審法官波床昌則我認識，當然他沒有洩漏評議秘密啦，事實上他講他在做評議的時後，他一定盡可能的求處所有人對所有事項都是一致的同意。所以從這個角度來說，是不是因為一審一致的判死刑，代表高院連撤銷的膽子都沒了？我覺得這才是要思考的地方，所以重點不在於用這種方法來去箝制高院，而是在於我們死刑的量刑基準，要有一個一定的東西，而不是透過評議標準的運作。謝謝。

### 呂召集人太郎（主席）

裁量標準這算是實體法的還是程序法該做的事？裁判本身沒有問題，裁判本來就橫跨實體法跟程序法，那在最高法院還沒有建立之前，是由司法院來訂立裁量標準呢？還是由法務部？因為這個影響分工不同。

第二個，有一個裁量標準在哪裡，誰來該當這個裁量標準？那就是評議的問題了。所以這兩邊都要兼顧，我是想到這樣的問題，裁量標準當然越客觀越好，那第一個這個標準要如何來形成？

### 蔡委員元仕

不好意思，主席我想打斷一下，因為剛才學長講的其實我都贊同啦，我要先接許院長的話就是說，超越合理懷疑的這個心證門檻，或是有罪判決的心證門檻，跟我們有罪判決的可決數其實是兩件事情，大概邏輯上我們都可以分的出來，這部分我不再做糾纏，就跟我剛才所講的是一樣的。

我想特別講死刑這件事情，從結論上倒過來講，我贊不贊成死刑在可決數上做特別的處理呢？我是贊成的。雖然我剛剛講了，素人法官有無罪或者是輕量化的那樣子的一個特色，可是當事證是很清楚的時後，他判死刑的勇氣會相對增加，所以在這個地方，來做特殊處理，我覺得並沒有不行。而且我評估說，如果我們在這個地方採取一致決，以現在司法及法制委員會的結構，我們進去很有可能會過關，但是我也不得不提醒現實上的問題——我們要不要在這個地方處理這個問題？

前一次我們在討論的時候也是一樣碰到死刑的評議程序要不要把量刑跟事實分開的問題，後來我們下一個結論，也許應該是在討論死刑這個案由、這個特殊案件類型的時候，給他一個特別的規定，我們先不在我們參審條例裡面做處理。

那我們現在要來評估一件事情，我們現在要在可決數上面，針對死刑這些案件，在參審條例就直接加進去嗎？第一個馬上就會遇到的問題，就是以現在的執政黨來講，只要提了這個案子出去，裡面有個條文，死刑是一致決，馬上被人家攻擊說，這個叫做「包裝廢死」，所以你馬上就是這一個問題。接下來闖關通過了之後，會發生什麼事情呢？剛剛老師一直在提到一件事情，如果一審門檻太低一直在做死刑判決，二審一直在撤銷的時候，會不會導致不相信人民參與審判呢？我覺得更可怕的事情就是說，一審永遠都判不出死刑，這個國家、這個社會才會開始質疑人民參與審判：「搞什麼鬼，這個制度加進來了，結果該死的都死不成！」不信我們可以賭一下，我猜以現在這個社會的氛圍會是如此。

所以到底哪種對於人民參與審判的信賴，殺傷力是更大的，恐怕是有問題，但是現實問題是如果我們真的有勇氣要在這裡就處理這個問題，然後幫他訂出一個可決數，甚至可決數要提高到一致決，你丟到立法院裡面，立法院的遊說不是問題，將來出去之後，馬上就會有國民的反彈，那就要有很充分的說理。

我只提醒這件事情，我自己個人的立場，在這裡處理我覺得並沒有不行，但我覺得他會混淆參審制的一個焦點，到最後可能又跑到廢死的辯論去。

**呂召集人太郎（主席）**

好，謝謝。這是一個很好的政策觀點。好，來。

## 張委員永宏

雖然我贊成把死刑拉到一致決，但是我必須要提醒一件事，刑事訴訟法要相應的修正，否則有些被例外拉到單純由法官來合議審理的案子，他的死刑標準還是過半數決，這裡面當然有平等原則，如果這不是平等原則，那我就不知道哪裡還有平等原則了。

## 呂召集人太郎（主席）

這個是會有的，因為這邊是連法官都要一致啦，好。這個可能是我們這邊特別提出來的話題，我們回去再去評估看看要不要特別規定。

那就甲案大概基本的運作，我想我們已經做了一些討論，那是不是就乙案，也跟大家先說明一下？

## 宣讀（乙案）

### 第七十八條（終局評議之流程）

終局評議應依下列次序行之：

- 一、參審法庭就犯罪是否成立共同討論。
- 二、參審員就犯罪是否成立獨立評議及評決。
- 三、法官就犯罪是否成立評決及表決。
- 四、法官就追訴之認定，評議及表決。
- 五、參審法庭就科刑事項評議。

被告涉及數罪或一行為，犯數罪名者，應非別就各該罪名成立與否，重複為第一項第一款至第三款之程序。

起訴之同一事實，有變更起訴之法條可能者，應從重罪

至輕罪依序重複為第一項第一款之程序。

### **參增七條（共同討論程序）**

前條第一項第一款之共同討論，應由參審員及法官全程參與，並以審判長為主席。

備位參審員經審判長許可者，得旁聽之，並不得參與討論及陳述意見。

共同討論時，審判長應以懇切態度詳盡說明下列事項，並予參審員及法官充分提問及討論之機會：

一、評議之次序及參審員需認定之犯罪事實及罪名。

二、本案事實與法律之爭點，整理各項證據之調查結果。

三、參審員應依法官合議決定之證據能力及證據調查必要性之判斷、訴訟程序之裁定、法令之解釋認定被告是否成立特定罪責。

### **參增八條（參審員之評議）**

第七十八條第一項第二款之參審員獨立評議，應由參審員全程參與，並互選一人為主席；過半數參審員認有必要者，得請求法官到場為必要之說明。

參審員不得因其就評議事項係屬少數意見，而拒絕對次一應行評議之事項陳述意見。

前條第二項之規定，於參審員之評議準用之。

評議時各參審員之意見，應由書記官整理、製作意見書，經參審員確認無誤後簽名，書記官應當場宣讀並附於評議簿

內。

法院組織法第一百零六條後段之情形、個人資料保護法第二條第一款所定屬於參審員之個人資訊應予保密，不得供閱覽。

### **參增九條（法官之評議）**

第七十八條第一項第三款、第四款之法官評議，參審員、備位參審員不得在場。但法官均認有必要者，得使參審員在場。

### **第七十九條（罪責事項之評決）**

有罪之認定，以參審員過半數及至少一名法官之同意決定之。未獲該比例人數同意時，應諭知無罪之判決或為有利於被告之認定。

免訴、不受理或管轄錯誤之認定，以法官過半數及至少一名參審員之同意決定之。

罪數之認定，以法官過半數決定之。

### **參增十條（法官聽取多數意見）**

於犯罪是否成立之表決完畢後，法官認有必要者，得聽取參審員說明多數意見之主要認定理由。

### **參增十一條（科刑事項之評議）**

科刑終局評議，由參審法庭法官與參審員共同行之，依序討論刑之加重減輕、刑之量定、緩刑、保安處分及沒收等事項。

前項之評議，應由法官及參審員全程參與，並以審判長

為主席；備位參審員經審判長許可者，得旁聽之。

評議時審判長應懇切詳盡說明與本案相關之科刑規定、科刑所應審酌事項，及有關科刑之重要爭點，整理各項證據之調查結果，並予參審員、法官充分提問與討論之機會。

審判長認為有必要時，應向參審員說明經法官合議決定之證據能力及證據調查必要性之判斷、訴訟程序之裁定、法令之解釋。

第一項之評議次序，由審判長以適當方式訂之。

第參增七條第一項、第二項、第參增八條第五項之規定，於本條之科刑評議準用之。

### **參增十二條（規定於第八十四條之後）**

有罪之認定未達過半數之參審員同意，但法官均認為成立之情形，得以參審員多數意見書替代該部分之判決理由。

### **修正第八十二條（評議秘密）**

參審員及法官就終局評議所為之個別意見陳述及評議之經過，為評議秘密。

### **修正第八十三條（判決書記載之內容）**

參審法庭宣示之判決，由法官製作判決書並簽名之，且應記載本件經參審員全體參與審判之旨，及第七十八條第一項第二款、第三款之評議意見分布情形。

### **呂召集人太郎（主席）**

謝謝宣讀，因為這是整套的，所以就一起唸。是不是簡單說明一下整個結構？尤其是過去幾位委員特別擔心法官

不能了解或不能說服參審員，卻要由法官寫判決書對外負責的部分。

### 陳委員思帆

乙案的設計緣起，主要是因為上次會議中針對評議程序的共同討論，跟法官在一起評議，完全沒有獨立的評議階段，是否能充分確保參與審判的人民獨立表示意見的制度精神？與會的委員有不同的看法，所以依照委員有建議分別獨立評議的制度框架下另外設計乙案。因為時間的關係，目前只有條文而已，等一下再補充說明每個條文的立法緣由。

首先就結構上來講，第七十八條是個整體終局評議在乙案下的流程順序設計。第一項的部分表定這樣的順序，有參考以前觀審試行條例「合分合」這樣的設計方式。先由參審法庭就犯罪是否成立，犯罪是否成立當然指的是罪責事項，不過我們參照刑事訴訟法條文同樣的用語，先進行共同討論；第二個步驟再由參審員就罪責事項去獨立評議，進行表決；接下來第三個步驟是法官再獨立評議表決；最後第四個步驟，罪責事項都評議結束之後，有關於罪數之認定再由法官來單獨評議表決。這裡需要由法官單獨認定罪數，主要是指會出現不同罪名，一行為犯數罪，或本身是數行為數罪併罰的情況；最後就科刑事項部分，參諸各國立法例，以科刑事項討論的複雜性，大概不太可能分離，所以科刑事項還是共同討論的方式。

第二項則是當被告涉及數罪或一行為犯數罪名時，目前

是用一個比較複雜的方式去確保之前委員有提及的，比如當檢察官起訴一個案子通常是很複雜的，不會只有單一個罪名，可能同樣行為涉犯幾條罪，或是本身就是數罪的情況。這時候如果我一次把好幾條罪名、每個罪名本身又有好幾個要件，全部一次丟給參審法庭去進行討論，他們可能沒辦法正確了解每個罪名間的邏輯關係，或沒辦法正確討論。所以這裡用比較複雜的方式，當涉及數罪名時，原則上應該是每一次只讓參審法庭單獨討論一項罪名，所以是重複為第一款到第三款的操作。

另外還有一個制度上的特色，就是我國有所謂變更起訴法條。最簡單的例子就是剛才洪院長所提到的，一個行為可能是殺人未遂、重傷未遂或傷害的情況。變更起訴法條的情況原則上就是要從重罪到輕罪，依序去讓參審法庭一次討論一個罪名。這些罪名結果都確定了之後，再由法官單獨評議認定罪數。關於這個部分，也煩請各位委員看一下今天發的單張資料，上面寫：「技巧：製作罪責予量刑的評議流程」，另外一個是「投票單的例示—刑罰裁量」。這張資料正顯示出我們在一個具體刑事審判個案裡面，評議所面臨的複雜性。我只是簡單去說明，等一下如果委員有需要了解的話或許也可以請刑事廳的李東柏法官來補充。因為這是之前李法官在做模擬法庭時所做的評議單，因為這個案事實是涉及到被告提供藥品給一個女孩子食用，後來女孩子就死掉了。這可能涉及到的罪名就包含藥事法第八十三條第一項的轉讓禁藥，

還有第 2 項的轉讓禁藥致死，另外還有轉讓二級毒品及三級毒品，這時可能是跟過失致死做競合的情況，請委員自行參照。以下我再拉回來繼續說明條文。

接下來是說明分項的部分。首先參增七條是有關於第一個程序—共同討論程序。第一項是規範共同討論是由參審員及法官全程參與，以審判長為主席；第二項是規定備位參審員的處理方式；第三項是相對應於甲案裡面提到的審判長應該要以親切和藹的態度，盡可能說明等一下參審員獨立評議時應該要知道的事情，這裡所增加的是他們必須要了解評議的次序，要知道他們需要認定的事實與罪名是什麼。至於爭點、證據調查結果，以及證據能力的判斷，當然也是要事先提供予他們資訊，他們才能夠獨立去做判斷。

接下來第二個程序參增八條，參審員獨立評議的程序。這個第二階段的程序，第一項就是規範這時候由他們以互選的方式推選主席。另外還有一個很重要的機制就是，大家會擔心在獨立評議出現疑難的時候該如何進行下去，所以一定要有一個規範，當逾半數認為有必要的情況下，可以請求法官進去說明，包含案件的爭點、法律如何解釋、證據以及相關的審理原則等，都在說明的範圍。請各位看到五十八頁，五十八頁一樣第二項有規範參審員不能因為少數意見就拒絕評議陳述意見；前條第二項是有關於備位參審員的處理方式，可以在場旁聽；下一項是這時候的意見書的整理製作就有必要，因為參審員是獨立進行評議，所以最後應該要有一

個人協助他們製作成一個確定版本的意見書，附於評議簿內；最後一項則是有關個人資訊保護問題。

接下來是第三階段法官獨立評議。這邊有關於法官獨立評議，原則上參審員、備位參審員不得在場，但全體法官認為有需要可以使參審員在場，這部分有參照之前觀審條例的設計。

接下來下一個階段是有關於罪責事項的評決門檻計算。當個別評議討論完畢後就涉及到評決門檻應該要如何計算的問題。這裡採取跟甲案不一樣的設計，明文必須要分別計算兩團的票數，主要的理由是在於既然法官團跟參審團本身並不是從頭到尾徹底地共同討論，如果單純把兩團票數併計，成為一個不管是二分之一或三分之二的門檻，可能會招致批評這是單純數人頭、數票數而已，並不重視交流討論。所以這邊分別計算，一方面是當有罪門檻的認定已經過半數，彰顯重視參審員意見的精神；另外一方面，專業法官的控制也非常重要，所以至少要有一名法官的同意才能夠達到有罪，如果未達此門檻就是無罪或對被告有利認定。一名法官的同意很可能是一名法官認為有罪，參審員過半數要四票，所以最低有罪門檻是五票；可是也有可能三個法官都認為有罪，一樣還是要拉到四個參審員的支持，這時候的門檻就到七票。

另外第二項則是說明免訴、不受理、管轄錯誤這種形式判決。先簡單說明一下，構成免訴、不受理或管轄錯誤，他

們的前提罪責事實，原則上還是要適用第一項。所謂前提罪責事實，比如說剛剛所提到的，當我認為是傷害罪的時候，我對傷害罪的罪責事實要依照第一項的門檻，可是我們發現雖然是傷害罪，但欠缺告訴，這時候法官說下一步還要做不受理的評議，這時候就訴訟條件的有無評議，屬於第二項的規範。那因為第二項的規範在性質上認為是比較法律專業的事項，所以這時候評議門檻反而又倒過來，變成法官過半數以及至少一名參審員的同意。這邊主要是因為涉及法律專業，由法官多數來進行決定相對來講還是較為適當，而不是法官把他所知道的法律資訊解說給參審員，再叫參審員按照這資訊去投票。最後則是有關於罪數的評議，罪數完全由法官來評議，法官過半數。

接下來有關參增十條的規定，主要是因應可能會質疑這種分離評議的狀況，法官未必能夠了解真正做出多數意見的主要理由為何？到底有沒有辦法真正去形成判決書，以及事後如何表述在判決書上？我們的設計是，當犯罪是否成立表決完畢，如果法官覺得還有必要的話，可以聽取參審員說明多數意見認定的理由。至於如何聽取，之後可以在理由說明清楚，或許可以由參審員的主席說明，或是由參審員之間去推選適當之人說明。

接下來是參增十一條，科刑事項評議的規定。科刑事項的評議完全是屬於法官跟參審員共同進行評議，所以這邊第一項就規範會依序討論刑的加重減輕、刑的量訂。這裡的量

訂應該是包含個別刑的宣告跟執行刑，另外有關於緩刑、保安處分、沒收等廣義的量刑事項都包含在內。第二項是規定法官跟參審員的全程參與；第三是法官應該要懇切說明量刑時考量之必要事項；第四項則是法官有必要時應說明證據能力、調查必要性以及程序相關事項；再下一項，評議由審判長以適當方式定之，就可以把甲案中立法理由的保障獨立評議精神內容放進這裡的立法理由；最後有關於準用的規定，主要是準用之前全程參與的規定、備位參審員的保護，以及個人資訊的保護。

下一條是參增十二條條。這一條主要是要處理判決書製作可能會造成的疑難。因為這種分別評議，有可能有一種情況：法官三票都認為有罪，可是沒有多數的參審員認為有罪，結論會導向無罪，而且這無罪的結果是沒有任何法官支持的，這時到底應該要如何解決判決理由書的問題？這邊我們的規範是，可以由參審員的多數意見來替代該部分的判決理由。

接下來是配套修正的兩個條文，一個是有關於評議秘密的部分。原本我們在甲案所規定的八十二條的評議秘密是完整的，包含評議的意見、經過還有票數的分布全部都是秘密，可是在這裡把票數的分布挪到八十三條，既然分成兩團討論，票數分布如果也可以事後彰顯出來的話，之後外界也可以理解到法官團跟參審團各自對罪責事項所贊成成立或不成立的票數為何。以上大概報告乙案的重要設計，再請委員討論

並且給予意見，謝謝。

### 呂召集人太郎（主席）

謝謝說明。這裡面參增十一條，科刑應該也是過半數吧？評決的好像沒有提到。另外目前條文雖然沒有，但可以考慮看看加入不同意見書。我必須說明在前幾次的討論，尤其有很多位法官很擔心，如果分別評議的話，我沒有去參與，如何叫我去寫判決？又要對國民負責？為了處理這樣的問題，因為這是不同的表決團，立法者規定不同的表決團，所以我們就透過表決數的公布，讓人民知道這有罪或無罪不是我決定的。

第二個問題是法官全部認為有罪但參審員全部認為無罪，結論還是無罪，這時候怎麼辦？因為無罪跟有罪的理由不大一樣，所以我們條文特別規定。這只是一個約略的想法，可以參審團這邊把無罪的重要理由拿出來，對社會交代。這樣就不會發生所謂法官為他不同意的參審團意見背書、負責的問題。且採取國民參審有一個很重要的意義，就是透過人民的參審，代替法官精緻的論證獲得信賴。所以在人民參審的制度裡，我們可以看到一個普遍的現象就是相較於現在，判決書要很簡化。其實我們法官也都是非常努力，我私下也跟廳裡的同仁表達很多次，我自己不忍心、也不服氣我們法官寫了這麼多的裁判書、論證得這麼詳細，人民一樣不信賴你。我們只希望看看能不能透過另外一種方式，讓人民能夠相信裁判。至少他不會把對裁判的不信任都推給法官。所以

當初李律師的意見，或許可以規劃出來給大家看看。當然不是跟李律師先講好，因為他第一次開會就這麼主張。

再來就是乙案或許在策略上有一個特點，就是基本上更加融合了參審跟陪審，跟目前許多人的主張有折衷的意味。當然就司法院的觀點，最後推出去只有一個案，所以在研修會只負責把這兩個案操作的可能性檢討看看，如何讓這兩案盡可能操作得好，最終到底要以甲案或乙案的方式提出，還要另外由司法院決定。

以上簡要的補充報告，接下來請各位委員，如果採乙案的方式，如何讓它變得更好或缺點更少？

### 蔡委員元仕

我坦承說，我實在不知道為什麼我們又跑出一個乙案？我原先誤會我們提出去的時候是兩案併陳，但您剛解說是只有一個案子會出去。我基本上認為兩案併陳的話，我相信立法院到時候過的一定是乙案，因為它基本上是準陪審。如果乙案做得到，我們就直接做陪審就好，我個人的立場是這樣。如果我們採取乙案，我其實會轉而支持陪審，乾脆做徹底一點。

我們看乙案的整個設計，第一個，在制度上提供什麼樣的誘因？只要這個判決是判無罪，我法官不用寫判決，起碼我理由全部都用評決多數意見取代；但是判有罪，我的麻煩就大了，還要回頭去寫判決，那給了什麼樣的誘因大家也可以看得出來。另外，在參審團先做表決、法官後做表決的情

況底下，參審團只要人數夠多做成一個無罪判決，其實不用問法官的意見，比較像是法官觀審——你們投贏了我就不用再投了，不就是這樣嗎？這樣就跟陪審一樣由他們壟斷。

我們當初考慮陪審時還有一個重要的理由，判決簡化是一個高度的共識，我個人也絕對支持，不應該再把生命浪費在很繁複但實際上沒有發揮它應有效果的判決寫作上面。溝通、論證到最後總是有個目的，不應該是手段凌駕於目的之上，這我贊成。可是總有一個難題：我們社會到底是不是已經成熟到拿到一個判決，但理由看不出來怎麼救濟，或根本沒有理由時要怎麼處理？所以我們認為陪審其實是不可行。那我們現在結論是在做無罪判決時也不需要理由，如果是這樣，陪審制有什麼不能做的？如果這樣可以接受的話，這個社會到底還為什麼阻止陪審制？在政策上很難自圓其說。所以我覺得如果是這樣，我個人反而比較轉向支持陪審制。

### 張委員永宏

我一路上都跟蔡主任檢察官意見相符，但我今天要提出不同的觀察。我非常感謝幕僚廳幫觀審制復活了，這可以說是一個有表決權的觀審制，因為之前的觀審制是觀審員沒有表決權，現在有了，差別就在這裡。

我必須說政策上一個有表決權的觀審制真的能夠獲得支持陪審制的人的歡心嗎？我很疑惑。當然也許我們可以發揮最大的說服功能，但是我們現在看每一個條文。首先先看七十八條規定了討論，再規定了評議、表決，其中的討論在

第一款，上面寫說參審法庭就犯罪是否成立共同討論，那這討論是什麼意思？是大家對於犯罪是否成立表示意見的意思嗎？還是只是一個行禮如儀的話家常？如果是對於犯罪是否成立做討論，照乙案的標準思維就是法官是鉅-137—核能的污染源，法官是非常應該要跟參審員劃清界線。這樣的情形下，這個討論需要嗎？恐怕也不需要。應該要讓大家分開評議、分開表決。更重要的是，這個討論跟評議之間的界線到底在哪？這是不明的。如果今天真的覺得法官是很嚴重的移動污染源，一定要完全拉開的話，那我覺得前面的討論也不應該存在，應該就是徹底地走陪審制，法官跟整個參審團之間是不相往來的，你做你的、我做我的，為什麼這個案子這樣解釋，你們自己去想，不要問我。我覺得這是比較好的。

再來看一個重點，如果要討論的話，為什麼罪數可以單純由法官決定？我們講的罪數，可能是接續犯、可能是集合犯、可能是想像競合犯、可能是數罪併罰，這難道不是審判的核心嗎？如果是審判核心，憑什麼罪數單純由法官決定？舉例來說，今天碰到一個未必是參審的案件，講詐騙集團好了，萬一今天法官說詐騙集團都是集合犯判一罪，法官說算了，出去之後人民能接受嗎？或者是對於父親多次性侵女兒的行為，我們在罪數上面有定說了嗎？再來，對於夫或妻多次與外人通姦的行為，我們的罪數論有定說了嗎？為什麼罪數單純由法官決定？有問題。

再下來，有罪成立與否，由法官跟參審員分別評議、分別表決，為什麼科刑的時候又可以合併評議、合併表決？難道這時候法官就不是污染源了嗎？如果法官是污染源就應該徹徹底底、從頭到尾排斥其不良汙染、不良影響，為什麼科刑的時候又要合併？難道不會因此擔心這些廢死派的法官在那邊散佈毒潮，讓人民沒辦法盡情地判被告死刑嗎？這樣子的想法，不講政策，光看這條文的前後理路是否一貫，就有必要再去思考。

再下來，參增七條第三項規定共同討論時應該以懇切態度詳細說明下列事項。問題是這些事項其實應該是評議前提的時候就要談的東西，包括評議次序、要認定的犯罪事實及罪名、事實及法律的爭點、整理各項證據之調查結果、應該依照所認定的證據能力及證據調查必要性，還有訴訟程序之裁定、法令解釋等等來決定是否成立犯罪。如果只是這樣說明就好，討論到底要討論什麼？還是不明。依照法官很可能會去汙染參審員的觀念來說的話，事實上這樣的討論似乎應該當作跟美國的陪審制一樣，把它當作一個 instruction，在公開法庭上公然宣告，這樣就是徹底陪審了。

再來看參增八條又留了一個後門，這個後門是說過半數參審員認為有必要時，得請求法官到場為必要之說明。這樣的情形下，是不是會變成某些案子裡面沒有聲請法官到場說明，某些案子裡面請了法官到場說明，然後回頭再說這些法官散佈有毒思想？這也是一個問題。

再下來評議的時候，一開始一定是參審團先評議，參審團評議得出結果，法官再評議。問題是這個設計的評決標準，參審員的過半數多數決如果是有罪的時候，請問一下這時法官的地位重不重要？法官的地位非常重要。但是法官的地位，跟參審員共同表決的時候，我根本不知道對方會投什麼票的情形不一樣，我已經知道了最後結果，這時候我來說我要不要支持你。如果我支持你，一切事情都沒有，但是如果我敢冒天下之大不韙就是不支持你，那我的痛苦就來了。在這樣的情形下，參增十二條只說如果今天是參審員主張無罪時法官不贊成，但是它沒有反過來說參審員主張有罪，法官不贊成的時候怎麼辦？換言之法官這時候要寫判決，而且要紮紮實實、徹徹底底地說明得心證之理由。對法官來說，這壓力很大，而且這壓力大到比當初的觀審條例還要大，這點也必須要再思考。

再來參增十一條提到了討論刑之加重減輕，我這裡有個疑問：如果今天只是科刑評議，刑之加重減輕是在科刑的時候討論嗎？是在量刑的時候討論嗎？那如果今天在量刑時討論，刑之加重減輕事由太多了，從實務上講的分則加重、分則減輕，或裡面包括各項的構成累犯、構成自首，或者是毒品危害防制條例、槍砲彈藥刀械管制條例、貪汙治罪條例裡面各項的加重減輕事由，這些是不是都是科刑的時候討論？還是應該在前面罪責的時候討論？這點恐怕也必須要再思考。

再下來，參增十二條提到如果今天參審員多數認為不能判有罪，換言之判無罪，法官不贊成的時候可以把參審員的意見引為判決書。這是一個很有趣的問題，這樣的情形下，是不是代表法官棄守？因為參審員都說了這案子要判無罪，我雖然完全不贊成，那就引用他們的理由作為判決，這樣算不算法官棄守？這樣的法官棄守，是不是會變成一種法院組織不合法？我完全就不要了，你們說了算，你們說無罪那就無罪。這也是一個問題，也需要思考。

再下來，修正的第八十三條最後面說要記載評議意見的分布情形，這立法理由為何？目前還看不出來。但記載評議意見的分布情形理由又是什麼？難道沒有洩漏評議秘密的危險嗎？比如說今天這個案子我們決定判無罪，但是參審員每一位都主張要判有罪，因為我們法官沒人支持，所以判無罪。那這樣有沒有洩漏評議秘密的問題？這必須要思考，為什麼要放這樣的條文？我猶記得當初黃國昌委員在柯建銘版本的陪審團法裡面，也放了一個畫虎不成反類犬的草案條文，也是類似的東西，就是在這樣把評議秘密揭露出來。但是它那是陪審制，也許有它的道理在。我們的情形下，為什麼要這樣揭露？我必須要思考，也請各位再思考。

再來，這案子提到了評議可決標準七十九條，有罪認定必須要參審員過半數，再加上一名法官之同意為之。那有一個問題，跟剛才的三分之二多數決，剛好也只有九種情形可以判有罪。換言之，它的評決可決標準是 32.1%，這樣的情

形下，評決可決標準提高的利害評估，也請各位再思考。

再下來，為什麼參審員要過半數，而法官只要一票？如果照日本最高裁判所的裁判員制度合憲判決所告知我們的，法官依法審判之確保，才是裁判員制度合憲的關鍵，而不是人民多數意見的確保是裁判員制度合憲的關鍵。如果各位同意這樣一個論述，我主張參審員過半數，法官也應該過半數。換言之，大家來雙方多數決，雙方多數決的情形下，只有六種情形可能被判有罪。換言之，評決可決標準剩下 21.4%。講到這裡，我必須要回應蔡元仕主任檢察官的一句話，如果是這樣，我覺得其實我們乾脆走陪審算了，謝謝。

### 蔡委員元仕

我很快補兩句，謝謝。我剛講的有點太快，我得這樣說，我剛講說如果要這樣不如轉向採陪審，倒不是意氣用事。一來是如果用多數意見代替法官的說理義務、判決書寫作義務是可以被接受的話，其實我們也不需要再折磨各位學長，直接走陪審就好。另外就是在這會議裡面我一直沒有堅持一種主張，其實觀察我國刑事訴訟法是針對職業法官做設計，所以我們沒有足夠的偏見防止機制，就是證據被誤用或濫用的防止機制其實是不夠的。在美國法上其實靠的是 instruction，跟像聯邦證據規則四百零三條的偏見防止機制去處理。那為什麼我不堅持這件事情？因為我們是參審制，職業法官本身就是一種平衡機制，當他在討論過程發現參審員誤用或濫用證據時，可以適當地予以導引。

可是如果今天是分別評議、分別表決，讓參審員自己去做第一梯次的決定，而且他的決定到最後很有可能會凌駕法官的話，那麼那個偏見防止機制應該是要存在的，我們得要去繼受聯邦證據規則四百零三條跟它所有的判例規則進來，同時我們要再重新去建立一個 instruction 的制度，以及將來的事後救濟制度，這個制度才能夠去控制那個失控的陪審團。所以如果要這樣子的話，不如採陪審制，然後把制度做健全。這是我的看法，倒不是意氣用事。我覺得如果做這樣子，那是比陪審制更糟糕。

### **林委員超駿**

我在這開會經常跟兩位有不同意見，不過今天是真的跟他們有一點相同意見，不像剛才張委員口是心非，明明是支持蔡委員意見卻說不一樣。

我覺得應該這麼講，第一點我非常感謝刑事廳做乙案，我想這是非常正面的做法。但是不是可以稍微區分一下原理、原則跟細部的執行方面？因為七十八條看起來比較像原理原則的宣示。至於細部設計該怎麼做，剛才兩位講的其實有一定的道理。

我先講參增十二條，有罪之認定未達過半數參審員同意，但法官認為成立的話，其實這一條會跟張委員有提出的第七十九條是有關的。換言之這時候到底要不要採所謂的雙重多數？法官跟參審員都要多數，會跟參增十二條有關，兩者是互動的。因為如果要求雙重多數才能為有罪認定的話，那十

二條規定的預設前提可能就不存在了。預設前提不存在，那其實十二條本身要怎麼規定就可以討論了。但不管是不是七十九條變成雙重多數，第十二條本身依我個人淺見是有一點問題的。雖然剛剛兩位說不如採陪審，但事實上參增十二條意思跟陪審還是不大一樣。

第一點，因為陪審在美國法至少要求十二個人，換句話說就是他的無罪是比目前還要困難。因為我們只有六個人的情況之下，即便是全部無罪，跟十二個人全部無罪，意義還是不大一樣。所以就這點而言，參增十二條可能跟陪審比起來是超過了一點點。不過有些人會覺得走更多了，因為你只要六個人認為沒有問題就是沒有問題，但是陪審制是要十二個人都認為沒有問題。所以這情況之下，如果不要管我們本質還在參審的架構下，主要是以我們現在參與的人民數量只有六個人，而且是在參審制度架構下，六個人就可以壓過職業法官。其實十二條這樣的規定，有被檢討的必要。也許我有理解錯誤，但是純從陪審制的精神，就是刑事陪審一定要十二個人，美國法是要求十二個人，英國法現在放寬可以到九個人。所以以這來講，我們不管跟英國法、美國法比，我們的數目都不如人家、而且又是參審架構的情形之下，十二條這個規定我是覺得需要再檢討一下。

換言之我覺得目前提出的乙案，整個原理、原則，就是七十八條我基本上贊同，我覺得這就是上次李律師講的，還有張委員剛剛開玩笑說的有表決權的觀審。七十八條宣示的

原理原則基本上未必不可採，而且我覺得說不定會比目前的甲案更有號召力、有吸引力。但是重點在細節的部分，因為不能過猶不及。雖然要引進陪審，但是要考慮到陪審是要十二個人，而且法官另外有一定的制衡力量，陪審制度裡面法官不是完全沒有可以對抗的權力，所以這情況之下不能走太超過。我是覺得任何制度過猶不及，雖然要矯正原來制度可能的弊病，但是不能太超過，因為太超過的話其實會有其他的問題。六個人就可以認定無罪，其實也是滿可怕。

**呂召集人太郎（主席）**

這個在甲案也是六個就無罪。

**林委員超駿**

甲案是這樣嗎？甲案會變成六個人無罪嗎？

**呂召集人太郎（主席）**

三分之二就一定要六個。

**林委員超駿**

甲案的話至少還是要有一個法官…

**呂召集人太郎（主席）**

他是有罪才要一個法官

**林委員超駿**

突然發現那甲案就回到陳運財老師講的，就一定要堅持才會比較合理。

**呂召集人太郎（主席）**

因為其實參增十二條依我的理解，不是在解決有罪、無

罪門檻的問題。因為其他各種可能的表決情況，法官跟這個參審員兩個表決團只有一種情況，就是無罪，如果有罪因為他一定至少有一個法官嘛，他知道有罪的理由。只有在所有的參審員都認為無罪；而所有的法官都認為有罪，但結論還是無罪，只有這種情況法官沒有參與有罪、無罪的意見。

### 林委員超駿

不過十二條就突顯一個問題，抱歉如果是這樣的話，也許是意外之喜，因為突然讓我們思考一個問題，在典型陪審因為他有 Hung Jury 的概念，一定要一致決才能陪審的話，我們採參審反而只要六個人就可以，真的可能我們要再仔細思考一下。因為十二條反而迫使我們去思考這個問題，這有點會不會又多了一點？這樣子其實比陪審制還優惠刑事被告，會不會造成這樣的結果，我不知道會不會解讀成這個樣子。但是立法政策要這樣也未必不對，但是理論總是要一貫，我們現在參審理論上應該比陪審要相對不是那麼由素人解決，而且因為典型的陪審制他要十二個素人才能做決定，但是我們操作的結果變成六個素人就可以做決定，理論上有沒有一貫我們反過來可以思考這個問題。

### 呂召集人太郎（主席）

對，就是這個問題在甲案一樣有。

### 林委員超駿

對，沒有錯，也許甲案回來就要雙重過半，而且就要回到剛才陳運財老師講的，不管是有罪無罪都是要三分之二，

都是要雙重過半，不然的話就是 Hung Jury 的觀念，就一直要進行下去，這樣才會合理。

### 呂召集人太郎(主席)

這個，我說參增十二跟表決數沒有關係，他只是來解決法官如何來寫判決書的問題。

### 林委員超駿

這條規定突然讓我們突顯一個問題：三個法官都不認為是無罪，都認為有罪，那六個就可以，那陪審還要十二個人，我突然想到陪審要十二個人一致決，就一致決才能認定無罪，但反而我們這樣，不是說不可以啦，大家可能再斟酌一下，我不知道需不需要。

### 陳委員思帆

不過林老師，人數我有點忘記，美國的話不是每個州都是十二個陪審團，他也有更少的，香港的話最低是五個人以上就可以，美國的話它好像有個判例是說五個還是六人是違憲？

### 林委員超駿

六人，那是民事陪審，民事陪審可以到六人，但是刑事陪審是一定要十二人，也許可以九人我不確定，但是聯邦一定是十二人。

### 呂召集人太郎(主席)

但是因為我們現在的結構，假設我們結構是六比三，你即使是二分之一的表決數也會是參審員決定的結果，對不對？

因為他六票，六票他只要有一致的立場他就佔了三分之二。

### 許委員進國

十二條其實還有一個問題，現在參審員要過半才判有罪，現在參審員四票，法官三票都認為要有罪，參審員兩票認為有罪，這時候是不是要判無罪，這個時候是不是要判無罪？

### 呂召集人太郎(主席)

是啊。

### 許委員進國

要判無罪這個時候是比剛剛林超駿老師擔心的更加嚴重，因為六個人都無罪你都覺得嚴重，現在參審員只要四個無罪這個就要無罪，三個職業法官認為有罪、兩個參審員認為有罪，但是依照表決結果還是無罪。

### 張委員永宏

報告主席，參增十二還有一個道德風險，因為我是事先知道參審員的意見，我已經知道參審員有四票以上要主張無罪了，我法官絕對跟你講我們都不贊同，這樣我們就可以拿參審員的意見書當判決書。

### 呂召集人太郎(主席)

這個你剛剛提的就是說，這個條文設計。

### 張委員永宏

我不會傻到說我們贊成，我們來寫一個三百頁的無罪判決書，沒有法官這麼瘋，你今天有這樣的出口我絕對用，所以我就跟你說我不贊成，我主張要有罪，但是我們把你的判

決拿來。

### 呂召集人太郎(主席)

應該同時評議比較合理，而不應該。

### 張委員永宏

可是同時評議有另外一個問題，前面又要求法官去說明，這基本上沒辦法同時評議，有時候他們認為有必要的時候還要審判長進去。

### 許委員進國

秘書長意思要採甲案？

### 呂召集人太郎(主席)

沒有沒有，你這個同時評議的意思不是同一個時間，就是說在法官沒有做成評議以前，參審員的評決結果不應該讓法官知道，不是時間點的同時，現在我們的設計是參審員的結果出來後讓法官知道，法官才進行，所以你剛剛提的那些問題。

### 許委員進國

其實同時評議有可能還是會知道結果，在法院裡面可預見的一定會有一邊先，而且大部分是依照我們實際模擬的經驗，素人他不一定會先討論出來，因為其實我最擔心的是，根據我們模擬的經驗，如果採觀審的話，由素人那團去評，有沒有能力那是一個最大的關鍵，你縱使把他每一個細節都寫說你要討論哪一個罪，構成要件是怎麼樣，他們不會說這個殺人到底有沒有動機、犯意的決意在什麼時候、他的著手

階段在什麼時候、他殺人的行為是怎麼樣，那這一些你把他一個一個想，其實他沒有辦法逐一地去評議，評議的過程當中，我們看到最多的是說：「我贊成這個是殺人。」為什麼呢？他講不出一些所以然來，我們所謂的意見書，你會發現用意見書的話，拿出來老百姓絕對不會相信這個判決是一個附理由的判決，因為他的意見書都是很簡短，你問她說這個是成立什麼？他不會寫很長的理由，不會認為他有什麼樣的殺人動機，不會，他一定說：「我認為成立，他有殺人的故意，什麼時候開始著手。」你問的，他就會直接一個答案過來，所以我個人認為沒有跟法官在一起不會充分討論。

另外一個很危險的可能，原來你把它證據排除掉，認為沒有證據能力的部分，他還是會拿進來再用，法律構成要件解釋相當多他還是會誤會，強盜的一個自始不能抗拒、難以抗拒，這個這麼一個抽象不具體的法律概念，要他們很仔細了解什麼到難以抗拒，他會講這樣的會當然就到難以抗拒，或者這樣的話當然還可以抗拒啊，刀抵著我，我隨時要轉身跑可以跑，為什麼這是不能抗拒呢？像這一種，法官沒有在旁邊，他也不會說這個有問題要求教，其實最大的問題我認為評議想要充分討論真的沒有辦法進行。

另外我認為當法官有參與中間討論，如果真的要汙染，隨時隨地都可以汙染，不會到最後要評議才汙染。我其實不瞞林老師講，以法官的立場還有法院，我私下做過調查，我們刑庭的法官有六成多贊成陪審，當然這個很多私心上都認

為不用認定事實，不是不用寫判決，因為認定事實是對法官最痛心而且是最困難的一件事情，所以說十二條規定說只要判無罪都不用寫判決的話，大概法官們可能也會很贊成，也不會違背意思來做這樣一個原來我認為有罪或者認為無罪，然後違背良心來寫這樣一個法律意見。

### 林委員超駿

抱歉，我剛才請教一下陳老師，陳老師說日本法會發生一種情況，就是因為按照日本規定，可決數如果是國民裁判員過半，超過就還是可以為判決，換言之即便三個法官認為有罪，這點可不可以請思帆研究一下，當初他們的理由到底在什麼地方？我想一個顯而易見的應該是罪疑惟輕或者是疑惟利被告等等，但我想可能還有其他更深的理由。

不過另外一個問題是，十二條即便要說維持制度就說，法官不需要認定無罪，只要參審員相當數目認定無罪就無罪，其實十二條不要這樣規定。因為這樣規定的話，當然他是要減輕法官寫判決的負擔，但是這樣下來大家都知道這個判決法官都認為是有罪，至少表面上會突顯這個問題，突顯這個問題就說在這個案子裡面法官跟那個裁判員之間對於事實的認定剛好是對立、是衝突的，那其實我們這個制度的目的並不是要讓人民對法官產生疑問，所以十二條的規定先不論其他，這樣的規定其實反而不利人民強化對司法的信心，我是覺得參增十二條，是七十九條第一項的規定嗎？沒關係，我是覺得這樣的規定不適宜存在，因為在整個目的我們不要

製造這樣的氛圍。

**呂召集人太郎(主席)**

但是如果沒有這條的話，法官他們的疑慮就是說：我們三個都認為有罪，你們全部都認為無罪，我要怎麼寫？如何解決這個問題？

**林委員超駿**

我覺得這個話有點誇大，因為在現狀裡面不是發生很多的例子，就是說其他人認為有罪，但受命法官不同意見的嗎？

**呂召集人太郎(主席)**

但是他是一起評議的。

**林委員超駿**

但是他至少有一起討論阿，第一階段有一起討論阿。

**陳委員思帆**

只是討論而已。

**林委員超駿**

不能表示意見嗎？

**呂召集人太郎(主席)**

共同討論，只是約略猜測，因為他沒有做決定。

**林委員超駿**

不過這是技術性，我覺得沒有到那麼那個，不然陪審制度裡面法官無從寫判決嘛！所以就簡化成陪審制的判決方式不就好了嗎？我是覺得不適宜為了解決法官的負擔，突

顯這個制度上的問題，反而不需要。如果真的要採這個制度的話，類似這樣的規定我是覺得不適宜放在裡面。

### 陳委員思帆

老師您剛講那個票數分布出現應該是指八十二跟八十三條，八十二跟八十三條已經規定說票數分布要把它計出來，所以你指的問題我想應該是指這兩條。

### 林委員超駿

八十二、八十三條我想也不適宜放在裡面，我覺得因為這個東西不需要過猶不及，有點超過了。

### 呂召集人太郎(主席)

法官不用撇清。

### 林委員超駿

因為這很正常，反過來講，參審制就是要雙方互相調和，那如果真的最後不幸，雙方意見對立那也不是說一定就不對。但是我們不需要主動去突顯這個結果，因為這個制度不是在突顯法官跟素人對於問題認識的歧異性。

### 呂召集人太郎(主席)

因為如果合併來評議，雖然法官沒有辦法說服別人，最後還是無罪，法官認為有罪，即使是合併來評議，法官是少數，至少透過合併評議的過程，雖然寫得心不甘情不願，但他至少知道敵對的立場他們講些什麼。

### 林委員超駿

那你至少另外一方，請他過來問說你們到底在想什麼不

就好了嗎？為什麼要十二條這個規定？私底下他如果真的要寫有困難跟他們討論一下不就好了？

### **蔡委員元仕**

很慘的可能是叫過來問發現他沒什麼理由。你看一下我們第一場模擬法庭多的是這種問答。「請問一下，你認為Makiyo 那個案子妳的見解是支持檢察官跟法院，還是支持被告？」「我是支持法院。」「為什麼？」「因為我相信司法是公正的。」就這樣。這要怎麼寫得出理由？

### **張委員永宏**

老師你事後又叫他們來說明理由是不是又是一種汙染、干涉？萬一他們講不出理由來之後，他們又說我要改。

### **李委員宜光**

我個人是認為說這個案子，這裡又變成你信不信任素人的問題，這個案子如果大家討論成這樣的話就變成你到底信不信任素人，還是你信任職業法官，那我個人的想法是說我們還是回到初衷來看，今天我們既然是要引進國民參與審判，要引進素人的力量協助參與這樣的判決也要讓民眾相信這樣的判決結果，就像剛剛秘書長在講的，過去這麼多先進大家這麼努力寫判決，寫了這麼久寫了幾百頁但問題是司法的公信力就是不高，我們反過來試試看讓人民去做做看，大家也減輕責任跟負擔，素人做這個判決，即便素人做的判決一定也有錯，但這是引進人民參與審判的必要之惡，他所做出來的判決本來就會有錯，就像職業法官判的也是有錯，在這

樣錯誤的過程裡面，我們第一個獲得人民的公信力，第二個其實防錯的機制本身，我們是在於透過審級救濟的方式做處理。

第二個問題是在於說，剛剛這裡面我們設計了參增十二的問題，我個人認為說那基本上都是技術性問題，變成是最後寫判決的問題，因為既然說職業法官都認為有罪，素人認為無罪，那這個時候判決不好寫，其實基於無罪推定原則，既然素人在這樣冗長的討論裡面都還是認為無罪的時候，我覺得說實在這個時候是檢察官沒有盡到舉證責任，在這個舉證過程，這麼長的舉證裡面，你沒辦法說服過半數的素人判有罪，那既然是連素人都判無罪，那這時候我們當然要信任國民的感情應該優越於職業法官。這個時候我們就應該反思一個問題，過去這樣的一個案件職業法官都是判有罪的，我們素人或者國民感情認為這是判無罪的，因此我們這些職業法官這麼努力寫出來的判決不受信任，那這個時候是不是反過來思考，職業法官這三個判有罪的理由不是對的，因為長期以來不獲得信任，反過來應該去思考說是不是國民所認定的無罪才是對的。

我記得以前在觀審的時候司法院開檢討會的時候，有一個法官公開的講，說採起訴狀一本之後，我們職業法官大家討論，認為將來判無罪會變很多。

那我有時候會反思一下，顛倒一下去想這個問題，那會不會判有罪是錯的？未來是判無罪才是正確的？所以我是

覺得說很多思考的問題我們顛倒去想過之後，現在職業法官這麼努力去做但是不獲得信賴，那可能不見得這信賴是對的，未來可能反而相信素人反而是對的，這可以討論。

最後一點剛剛許院長有提到說，參加評議過程裡面，職業法官沒辦法評議的結果，我個人的感覺，我也看過很多場，我個人的感覺是因為其實我們在整個演練過程裡面，大部分時間都是放在整個觀審模擬過程裡面，真正評議其實沒有花很多時間，我認為說評議的部分假設我們能夠做一個詳細在中間討論或者法官在協助的情況下，對評議事項裡面，像美國類似陪審團做評議表決事項裡面，把他列出評議事項，把他做得很細，精細的很多，譬如說五十個項目或者二十個項目逐一來表決，素人法官針對這二十個項目逐一做表決的時候，我認為這樣的表決就不會有太大的問題，這個其實是技術性操作的問題。

總而言之，不需要一開始我們就直接認為說素人一定就不行，或許這就是一開始參審制跟陪審制最大的問題點。可是我認為既然我們決定引進人民力量之後，大家要不要試著說相信素人的力量？謝謝。

### **蔡委員元仕**

其實我們這樣講完之後，我們完全相信素人，他可以取代法官，搞不好做出來的判斷是更可取的，這是陪審制的理由不是嗎？從頭到尾就是陪審制。

### **林委員超駿**

不是，這個地方沒有錯，人民力量沒有錯，但是陪審制他會強調一個是人數。抱歉，因為參增十二條突然讓我想到一個事情，因為美國聯邦的陪審制度，特別是他們 ABA 在十多年前提出的說帖刑事陪審至少十二人，所以我突然想至少十二人不見得一定有利於被告，因為一定有利於被告的話它應該跟民事陪審一樣是六人，十二人應該是求其周全的意思，十二個人會比六個人更來自社會不同階層的代表，所以六個人會有種射倖性的問題，今天就是說如果剛好某個案件，都是來自於跟案件被告比較接近立場的人就容易被宣判無罪的結果獲有利於被告，所以他要求十二個人是經過統計，十二個人是比較能代表社會多元的聲音，而且又加上一致決的結果，所以出來的決定會相對比較慎重。

抱歉，完全是因為十二條才突然想到問題，因為典型的陪審十二人的目的就是要使事情更有理性的討論、充分的溝通，而且使他不管哪一種結果出現，相對的困難，但這樣的結果出來的話，基本上大家都要尊重。

如果我們今天一方面採用參審，但是會造成比陪審員更少的人數可以決定這個結果。當然有利被告當然是比較正面，但不管怎樣我們總是還是要思考說有沒有其他理論可以支撐這樣的制度設計。譬如說以剛剛丹麥制度為例，他要雙重過半，不管怎麼樣都要法官同意才能做決定，不管有罪無罪的話，那其實他就比較符合參審的精神。但是如果我們變得這個結果其實傾向於陪審，但是參與審判的人數卻又不如陪

審，這個時候當然從結果看是有利於被告是沒有錯，但司法  
院這個地方有沒有其他更有利的，除了是有疑惟利被告等等  
這些，有沒有其他理論可以支撐是比較重要的，因為這樣其  
實又超越陪審了。變成我們在審理過程之中，辯護律師的重  
點就可以不理法官，你們法官認為有罪無罪都不重要，我只  
要說服這六個人就可以了。

**呂召集人太郎(主席)**

四個人。

**林委員超駿**

四個人就行了嗎？抱歉為什麼我一直搞不清楚。

**呂召集人太郎(主席)**

三分之二嘛，三分之二才有。

**林委員超駿**

抱歉，我再講講，日本人之所以可以接受完全是由素人  
來決定，因為他是完全一起討論。

我是覺得既然前面要分開討論的話，其實最後面還是要  
兼顧陪審的精神，人數是一個重點，因為陪審不是真的完全  
強調被告權益，因為他強調十二個人而不接受六個人，代表  
他有考慮到問題的複雜性，討論必須多元、各種不同聲音可  
以加入討論，那要不然我們可以接受完全素人可以決定結果  
的話，那其實甲案就也許比較有道理，因為這時候畢竟他們  
整個從頭到尾法官跟素人一起參與討論，但是最後證明法官  
無法說服素人，所以當然你要接受素人決定的結果。那如果

你一定要分開討論分開評議的話，那就要兼顧陪審制度的精神。抱歉，也許講得稍微晚了一點。

### 呂召集人太郎(主席)

也就是說如果是要用三分之二的多數決的話，就要甲案？

### 林委員超駿

甲案會比較合理。

### 許委員進國

另外還有七十九條，素人內部不要過半，跟法官加一起過半這樣，但是基本上一樣我是不贊成的。

### 呂召集人太郎(主席)

你說那個分別評議那個。

其實這乙案的提出只有一個考慮點，是怕國民被法官所影響，因為我聽到很多人認為參審都玩假的，我不曉得日本最後裁判員不同意見的比例高不高？這是外面的疑慮，那為什麼說要有一個共同討論，以我自己對司法制度的理解，這在成文法系裡面是不容輕易放棄，因為我們這裡有非常抽象的概念、非常綿密的邏輯構成法條，這跟英美法由案例來找法律，那個哲學完全是不一樣的，所以沒有共同討論，法律你沒有弄清楚，根本無從知道什麼事實在這個法律上是有意義的，所以為了維持這樣成文法的一個結構。

當然分別評議的目的就是能夠避免外界認為參審都是法官的意見，如果我們運作的結果最後人民也覺得參審員都

是法官抹過來的，甚至於說剛剛張法官也提到說，結果本來初初人民的意見是多數，抹一抹以後變少數，他又不是服氣他只是少數而已，他外面跟你爆料，這樣子參審可能變得沒有意義，搞半天，民對於裁判的不信任依舊，這是一個問題。這個問題或許在日本或許不會發生，因為日本人對於法官非常尊敬，很少口出穢言，在台灣不是同樣的環境。

所以只要有一個方法讓一般的人民說國民法官或者是素人的評議他是真的不受法官的過度影響，只要有這樣的機制，我覺得都可以的。但是陪審制我覺得說欠缺一種對於抽象法條的討論，從歷史的發展來看對於大陸法系並不大適合，這是他的問題。

### **張委員永宏**

我先回答林老師的問題，為什麼日本的裁判員制度要放一個法官進去？他最主要的理由是為了合憲，因為有罪一定要一個法官，無罪他就反面解釋說，沒有辦法認為有罪那就是無罪。但是我要講的，李律師剛剛說的分開評議分開表決或者是合併評議合併表決取決在相不相信人民，錯了，取決在相不相信法官。今天如果你希望法官提供你需要的法律經驗，確保法律的正確適用，那你就需要相信法官。相反的你認為這些都不需要，我們就不要相信法官。但是這樣走沒有辦法想像的就是說，我前面需要你的法律扶助但是到了一定時間之後你就給我走開、不要再給我進來，因為你們是毒草，這樣子的一個思維，這個邏輯是很怪的。

如果今天參審的制度是合作，而陪審的制度是分工的話，我沒有辦法想像一個制度前面都是合作、合作，前面都是合作的思維，合做到最後的時候突然說你們分家吧！各走各的路、各評各的，這樣子的思維前面的合作是不是錯誤的合作，還是我們一開始就徹頭徹尾的分工？如果今天要解決說人民擔心法官是毒素，人民擔心法官會給不良的影響，那我會真心誠意的覺得與其這樣，法律是不是能正確確保不重要，重要的是這樣的思維、疑慮如果要徹底排除那就是陪審制，不談別的了，法律能不能正確適用？其實美國為什麼還是不擔心法律不能夠正確適用？很簡單，因為你把法律要判斷的東西縮到最小，你不要起訴數罪，你起訴一條罪就好，那你不要問他們這個案子有沒有什麼犯意，只要問 guilty or not guilty 就好了！

我想林老師絕對知道，美國評議當中絕大多數是所謂的 general verdict，很少有 special verdict 的狀態，所以在這樣的情形下，我們只要問 guilty or not guilty。你把他的判斷因素縮減至最少，只有一條罪，是不是 first degree murder or not 就好，如果他說不是 first degree murder，他認為是 second degree murder，這個案子無罪。那是你檢察官當初設定訴因設定錯誤，那這樣子就沒問題。所以不是說陪審就完全沒辦法確保法律正確適用，我之前之所以不贊成陪審的理由是因為我們台灣現行的所有實體法訴訟法全部要改掉，要這樣做就做到底，我會覺得比較奇怪的是說，

前面先說現行的法律運作方式、法律的涵攝方式通通保留，然後要求法官盡一個非常非常好的 babysitter 的角色，在旁邊去說明但是又不准你影響，而且到了一定時間之後請你出場，然後你們去評你們的、我們去評我們的，那這樣子的一個制度設計，我必須要說，如果台灣能夠設計出來而且還運作的非常完美，這將會是一個諾貝爾的化學獎。

### 呂召集人太郎(主席)

我先簡單說明一下，這裡面有一個很弔詭的問題，就是即使甲案裡面，關於法律的部分都給法官專責，嚴格講起來不應該是這樣子，法律的形成人民是有權，譬如說剛剛提到什麼叫做不可抗力？那就是我們長期以來法官寫出來的見解，他可以加入人民的因素嘛！這個在邏輯上是可能的，只是說我們發展到現在，因為我們的成文法系關係，這種在裁判的過程，法的解釋、釋義學是佔非常重要的部分，又很專業，實體法又沒有辦法改，沒有辦法像剛剛張法官這樣子改，所以只好把他設定說純法律由法官來處理，因為素人實在是不了解，不是必然，我所了解，即使在美國也有陪審團要負責法律解釋，我看的資料好像有兩個州，他們包含法律的解釋。

### 李委員宜光

只有幾句話就好，其實我覺得說我們當然現在的制度不像張法官這樣子講，後面都放手不信任職業法官。我認為現在的程序上，我個人認為說已經對於法官跟參審員的討論已

經有很詳細的一個保護。在前面中間討論，在後面有共同討論，共同討論完之後參審員認為有必要也可以請法官到現場去說明。其實在整個過程裡面，法官在這麼詳細過程裡面，跟參審員之間假設還沒有辦法水乳交融，把他們意見加以溝通，我覺得他們參審也是一件很奇怪的事情，如果說到這個階段都不行，我認為是有問題了。

最後我的意思是在於說，既然前面這麼詳細的中間討論、共同討論，再來就是到場說明都已經做完之後，是不是這個參審員已經最起碼對所有事情都了解了，這時候就放手吧！小孩子長大了，就像騎腳踏車一樣，他已經長大了，你應該試著放手吧！讓他自己去做評議吧！那你還要把他抓過來說：「欸，我教你怎麼評議，因為你的評議會評錯。」我想我們這個問題才是在於說你一直不放心素人的問題，是在於說這邊，你一直認為說要我們做一個 babysitter，一直在呵護他，連在評議的時候我們還要再照顧他，其實我覺得不對，放手吧，讓人民信任法院也讓人民來做判斷吧，謝謝。

### **林委員超駿**

六點了欸。

### **吳委員秋宏**

抱歉，其實就這個議題我上個禮拜都沒講，但是我真的覺得有一點一定要講。就是說我們這個制度是不採訴因制度，但是可以變更起訴法條，這個其實本身就是一個很衝突的一個制度在運轉。我們可以想像，思帆法官所提到的，殺人被

起訴殺人未遂，可能會有殺人未遂、重傷害，可能是普通傷害，這些都是有可能，有可能傷害致重傷，可能性有四種以上，我們在評議的時候不管你怎麼討論，都有限，你最重要的是那個評決的過程，我認為大家才會很重視他。

分開評當然好處大家都知道說不會有什麼影響不影響的問題，可是我們可以設想到說在我們不採訴因，檢察官他沒有辦法設定讓你審判的訴因，他就是一個事實在那個地方，所以會判什麼罪評出來才知道，可能會怎麼樣？假設職業法官說我評出來三票都是重傷害不是殺人未遂；所有的素人都評出來都說這叫做殺人未遂，假設評出來是這樣，都已經結論了嘛，那這樣的結果呢，一致決的參審員的罪名是殺人未遂罪，而三名法官一致決是重傷害，也就是說他們的罪名是不一樣的，那這時候似乎依照我們現在這個評決的標準要無罪？是論重傷害是不是？

### **李委員宜光**

你在討論的時候其實我一直在講說，討論的時候可以把殺人未遂跟重傷害一起評議阿。

### **吳委員秋宏**

喔，是這樣啊，OK。

### **蔡委員元仕**

不好意思主席我下一次可能因為有另外一個會議不見得能來，我只很簡單的就主席剛才的顧慮補兩句話就好。

第一個，主席剛剛提到少數派的抱怨，甲案擔心引起少

數派事後的抱怨，其實乙案既然有中間討論跟共同討論這些機制，少數派的抱怨還是一樣有可能會發生的。

第二件事情，主席關心的一件事情，我們原先對於法律的理解全部操控在法官的手上，現在不放心會不會是一個專業的傲慢，適不適合把他交給素人？我覺得我們要考慮一件事情，在我們現在分別評議的機制裡面，很有可能四個素人的決定就凌駕立法者的立法判斷，他可以改寫法律，這才是真正危險的。

#### 呂召集人太郎(主席)

這是有可能沒有錯。

#### 吳委員秋宏

剛才那個許院長有提醒我一點就是說，他覺得不必然，就是重不重傷害的結果，這個可能這六個素人，他未必認為這結果達到重傷害的程度，只是這三個職業法官是這樣認為，不是說你認定他殺人未遂，殺人未遂可能認定的程度很輕，但是沒有達到重傷害的結果。你如果說讓素人再去評一次有沒有達到重傷害，不是又被職業法官給影響了嗎？假設說不讓他們再評，這個結論應該怎麼弄呢？

#### 呂召集人太郎(主席)

如果合併評議的結果素人一樣堅持是殺人未遂，法官一樣堅持重傷害，合併評議結果會怎樣？

#### 許委員進國

從合併評議開始，殺人未遂就要先提，沒有殺人未遂接

下來再評重傷害。重傷害沒有的話再看其他。

### **呂召集人太郎(主席)**

我說他的態度都這樣堅持，最後也是會變成殺人罪沒有成立。

### **吳委員秋宏**

他會把所有的選項都評過，全部都評議過，不會像說你分開評有可能某一個重要選項是沒有被討論、沒有被評決的啦。

### **林委員超駿**

上次廳長說十月底要交出去，現在沒有是不是？所以就可以無盡的發揮是不是？

### **呂召集人太郎(主席)**

沒有啦，不是無盡的，我們還是要盡量在有限的時間內討論出相對合理的案子，但是不要為了時間趕把重要的問題都搞混了，因為像今天這個問題就很重要。

甲案、乙案沒有定見但都很重要。

### **林委員超駿**

不是，因為下禮拜檢方要華山論劍，他們幾位不來，下禮拜要不要改時間或者是等他們幾位來再？還是換個時間，下禮拜換個時間看怎麼樣？我覺得他們幾位來會比較好一點，因為這麼重要的問題。

### **呂召集人太郎(主席)**

幾位檢察官會來嗎？就先停一次這樣行嗎？

憑良心講這個是非常非常重大的問題啦，很重大的問題我們要很多面去看這件事，這個甚至於回到最初我們弄國民參與審判到底是為了解決什麼問題？到底為了解決什麼樣的問題才是重點？你把問題把他抓準了就比較容易。

至於說制度上如何來設計，我相信可以有各國不同的東西，只要理智上說得通，然後符合社會的需要，運作起來沒有太大的障礙，其實我覺得開放，沒有一定的、什麼樣的內容，但因為這個問題是非常的重要，所以各位委員再想一想從多方去看。

我們下一次好像有很多人不能來，我們是不是先停一次？再下一次是十一月二號開會，可以嗎？

#### **許委員進國**

秘書長我有程序問題，我被聘任是法院的名義聘還是個人名義聘？因為我十月三十一號要卸任了，如果以法院名義的話我就不能來了。

#### **呂召集人太郎(主席)**

沒有，個人，因為如果是法院的話有非常多法院能來。

這個是很重要的一個法律制度，我們能夠推出去確實有助於司法形象的改善，今天開會到這邊，謝謝。