

純粹理性批判解釋現實，融貫立說

December

2022

9

司
Richter

法官
檢察官

月旦



律師

Anwalt

律評

本月專題

初探國民法官法案件之第二審程序
回顧模擬審判，前瞻國民參與審判上路
淺談國民法官法模擬法庭審理活動
「國民法官法」下的因應與挑戰

邱鼎文
尤伯祥
顏榕
張嘉婷

司律評台

愛x死x搖頭丸 (Love, Death & Drugs)
法院觀察勒戒裁定程序與施用毒品者聽審權保護初探
有限公司股東出資額轉讓之要件
借名登記契約得否為股權轉讓限制之例外？
再訪「考試評分」判斷餘地

歐陽儀
徐名駒
邱景芬
王怡雯
楊甯仔

誰說法治

數位平台應為其使用者的貼文負責嗎？
股東會決議得撤銷與不成立之思辯
淺談現代音樂利用之著作權授權及其困境
論網路性別霸凌案件之救濟

曾更瑩、郭源安
許坤皇
王翊至
李翎璋

律師智匯

論「遷葬意思決定自由權」之本質
家事事件中子女意願與最佳利益的關係為何？
新肇事逃逸罪之修法評析

許景翔
王晨瀚
王晨



回顧模擬審判， 前瞻國民參與審判上路

尤伯祥

義謙法律事務所
主持律師

目次

壹、前言

貳、餘事記載禁止

參、證據開示

肆、證據調查

壹、前 言

國民法官法（下稱「本法」）即將於2023年1月1日正式施行，國民參與刑事審判制度即將成為現實。這個新制度不僅因為國民參與刑事審判而彰顯了國民主權理念¹，更因引進卷證不併送與當事人進行為主、高度集中審理及一個事實審等新制，而對習慣現行刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）卷證併送、分割審理及兩個事實審之作業環境的實務工作者構成艱鉅的挑戰。

卷證併送與否，背後其實是職權進行或當事人進行之對抗制這兩種截然不同的訴訟模式的選擇。本法既引進卷證不併送，又改採一個事實審，已係建構一個迥異現行刑訴法架構之訴訟模式。鑑於本法全文僅113條，明顯不敷所需，立法者乃明定以刑訴法補充本法之不足²。惟，本法採當事人進行之對抗式訴訟模式，並配合採取卷證不併送，與刑訴法所採改良式職權／當事人進行、卷證併送之訴訟模式³，本有天淵之別，欲將刑訴法「插枝嫁接」於本法，以濟本

法之窮，在抽象的理論層次上固可輕易想見其艱，但具體而言，於個案實際適用時會因「異體移植」而發生何種排斥作用、窒礙難行？即有賴實際操作經驗。由於本法的規範密度明顯不足，因此探討刑訴法「異體移植」於本法可能會發生之排斥問題及如何因應，就格外重要。

自本法2020年8月12日公布以來，全國各級法院即密集舉辦模擬審判。模擬審判之任務，不僅是讓實務工作者得以盡快適應新制，也在從中找出新制運作時可能會發生的問題，進而及早處理。如今本法施行在即，檢視迄今之模擬審判是否已曝露「異體移植」可能發生之排斥問題，即有其意義。

筆者擔任過模擬審判的辯護人，也擔任過一審及二審模擬審判的評論員，本文即根據個人的實際參與經驗進行探討「異體移植」可能發生之排斥問題。

貳、餘事記載禁止

為落實本法集中審理、當事人進行為主的審理模式，貫徹公平法院的精神，並免卷證不併送所欲達成之「職業法官與國民法官資訊平等」及「預斷排除」之目的落空，本法第43條第2項所定起訴書應記載事項，限於被告年籍等資訊、犯罪事實及所犯法條，起訴書因而不得記載證據名稱及內容，且依同條第4

項之規定，亦不得記載、引用或附具足使國民法官法庭產生預斷之虞之內容，此即日本學理上所謂之「餘事記載禁止」⁴。

根據模擬審判的經驗，這項規定會產生以下兩個問題：

一、何謂足使國民法官法庭產生預斷之虞之「餘事」？

目前實務上的起訴書，其犯罪事實欄是以敘述犯罪始末的方式記載。如是記載，不僅包含了以具體之時間、地點及方法特定之犯罪構成要件事實，也有許多與犯罪構成要件無關之內容，其中有具證據機能之間接事實者，也有與量刑有關之事實者。

在卷證併送、職權調查之作業環境裡，由於法院之調查結果不受公訴事實拘束，甚至得相應變更起訴法條⁵，因此起訴書是否記載足生預斷之內容，不是重點（反正併送的卷證引起的預斷更多，基此預斷所為之職權調查則往往強化既有之預斷）。但在卷證不併送、當事人進行之作業環境裡，既然為排除預斷而不得於起訴書記載證據名稱及內容⁶，則具證據機能之間接事實（例如，被訴受賄之被告於案發前1年偕被訴行賄之共同被告出遊）、與量刑有關之事實（例如，被告於案發前長期受被害人資助），若記載於起訴書，難道不虞使法官產生偏見？

以下見於日本教科書上的公訴事實記載方式舉例，可資為判斷上開疑義之參考⁷：

被告於平成3年（1991年）4月19日下午8時20分前後，在位於神奈川縣賴光市坂田町3丁目4號的廣場，毆打了熊屋猿之介面部，進而用力將其胳膊上擰，造成了被害人須休養3週的跌打傷，以及骨折的傷害。

二、就記載「餘事」之起訴書，法院能如何處置？

模擬審判時，由於起訴書沿用目前實務之公訴事實記載方式，辯護人經常因此異議起訴書違反本法第43條第4項之規定。惟，一來由於本法新立，學說實務上對何謂「餘事記載」尚乏討論，二來因本法未就該項規定之違反賦予法律效果⁸，而法院是否逕依刑訴法第303條第1款：「案件有下列情形之一者，應諭知不受理之判決：一、起訴之程序違背規定者。」之規定判決不受理⁹，抑或將本法第46條之規定類推適用於審前階段，命檢察官刪除或修正起訴書所載餘事，否則即不許其於審判期日以言詞或書面陳述構成「餘事」之起訴書內容¹⁰，均茲事體大而有待更多學理上之討論，故筆者參與或評論之模擬審判中，並無認定構成記載「餘事」案例。由於違反之法律效果不明，「餘事記載禁止」之規定有淪為具文之虞。

參、證據開示

本法第53條所定之檢察官證據開示，係為保障被告之卷證資訊獲知權不因卷證不併送下，辯護人無從在法院閱卷而受減損，因而基於卷證由檢察官保管之現實，明定將閱卷移轉至地檢署實施¹¹。形式上而言，將閱卷由法院移至地檢署實施，是避免被告之卷證資訊獲知權因卷證不併送而有減損的最簡單作法，亦屬合理。惟，如此一來，偵查卷宗應如何編纂，對被告此項憲法上權利之保障而言，即屬關鍵。

雖然「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」參照刑訴法第54條第1項：「關於訴訟之文書，法院應保存者，由書記官編為卷宗。」之規定，於第7條前段規定：「檢察署應保存之訴訟文書，依進行之次序，隨收隨訂案卷內，並應詳填目錄及刑事案件進行期限檢查表。」等語，但問題是，什麼是「檢察署應保存之訴訟文書」？乃有判斷餘地之不確定法律概念。例如，與扣押物同一性之確保有關之監管鏈書面記錄，檢察署是否應予保存而編入偵查卷宗？共同被告或證人於他案詢、訊問時，若述及與本案相關之情節，該筆錄影本是否應編入本案卷宗？均非一見即明。因此，目前實務上之偵查卷宗編纂方式及收納資料種類，雖大同而仍常有小異。影響所及，不免產生被告此項憲法上權

利實現之程度，將視個案檢察官如何編纂其偵查卷宗而有不同之疑慮。由於模擬法庭之案件係改編自定讞舊案，因此上述疑慮隱而不顯。但日後在真實案件裡，或將因當事人進行下檢辯高度對抗而浮現。

若從證據開示之目的係為確保被告充分獲悉與其辯護有關之資訊，俾得進行實質有效之辯護而言，則對被告之辯護有關之資料，無論是得用以自證無罪抑或彈劾檢方證據，亦無論是與罪責或量刑有關，只要是在檢方實力支配之下，均應開示予被告¹²。準此，則上述應行注意事項第7條所稱「檢察署應保存之訴訟文書」，自應涵蓋所有對被告之辯護有實質意義之資料。一旦發生應開示之資料未開示予被告之情形，雖然於一、二審或可循本法獲得救濟¹³，於判決確定後亦有可能作為新事證而聲請再審，但無論是從國民參與審判具有反映國民正當法律感情，增進國民對於司法之瞭解及信賴，彰顯國民主權理念之重大意義而言，抑或從其投入之巨大成本而言，因證據開示之漏失而動搖審判之公平性，殊屬不值。因此，為盡量降低發生應開示未開示之可能性，上述應行注意事項第7條所稱「檢察署應保存之訴訟文書」，實有必要基於確保被告公平受審權之目的，具體規定至少應編入偵查卷內俾開示予被告之資料類型¹⁴。

肆、證據調查

一、於審判外製作之筆錄

(一)行國民參與審判之案件仍有可能以宣讀審判外筆錄作為證據調查重心

依刑訴法第41條、第43條之1製作之審判外筆錄，是用以呈現詢、訊問過程中有此口語之書面素材，性質上是派生自其所記錄之審判外口語（原始證據）的證據方法¹⁵。雖然筆錄之性質其實是派生證據¹⁶，但在卷證併送下，偵查卷內之審判外筆錄向來被我國實務當作刑訴法第165條第1項所稱可為證據之「卷宗內之筆錄及其他文書」，當作書證，由審判長以宣讀或告以要旨之方式調查。

由於審判外之詢、訊問筆錄，實務上絕大多數僅記載要旨而罕有逐字逐句記載者¹⁷，且詢、訊問時的語氣、態度及周遭環境等情狀，也很難轉化為文字，因此就呈現詢、訊問過程之對話而言，筆錄有不容忽視的限度。將性質上是派生證據的筆錄當作書證來調查，在審判期日宣讀以代替傳喚陳述者到庭，其實有導致誤解甚至誤判的風險。從而，對於人證之調查，無論是從保障反對詰問權而言，抑或從落實直接審理原則而言，依釋字第582號解釋之意旨，均應依人證之法定程序，使其到庭具結陳述，並接受被告之詰問。至於審判外之陳述

依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第159條第1項參照），除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序¹⁸。

雖然釋字第582號解釋嚴格要求供述證據應以使陳述者到庭陳述之法定方式調查，但現行實務仍深深倚賴偵查卷內之審判外筆錄，甚至大多數供述證據係以宣讀筆錄，而非傳喚陳述者到庭之方式完成調查。可以說，將人證經由筆錄轉化為書證來調查，仍是目前實務常態，大多數案件之審判也不是以人證調查為核心¹⁹。

由於本法第74條第1項之規定，僅將宣讀筆錄或文書之主體由刑訴法第165條第1項的審判長改為聲請人，因此目前實務將人證經由審判外筆錄轉化為書證來調查的作法，將可延續至本法案案件。

本法案案件之證據調查程序應使國民法官得以輕易、正確理解證據之內涵²⁰，惟如前所述，筆錄在呈現詢、訊問過程上有其限度，過度倚賴審判外筆錄，有不可忽視之誤解或誤判風險。在陳述者未到庭之情況下，國民法官能否理解在庭上宣讀之筆錄只是審判外陳述之替代品，既非逐字逐句記載，也不能完整呈現陳述當時之脈絡與情境等影響筆錄記載可信度之情事？並非無疑。觀察模擬法庭的評議過程，短時間內大量宣讀筆錄不僅對國民法官的理解能力造成巨大挑戰，而且也是記憶力的沉重負擔。從

而，大量宣讀未到庭證人之審判外筆錄，實難謂係對國民法官友善、使其得輕易、正確理解證據（陳述者之審判外陳述）之調查方式。

本法改採卷證不併送，目前實務上將大量人證經由審判外筆錄轉化為書證來調查的現象，理論上其實不應延續至行國民參與審判案件。惟，觀察模擬法庭之運作經驗，當事人出證時仍習於大量宣讀審判外筆錄，而且在進行人證調查前先進行包含宣讀筆錄在內之書證調查者，也頗為常見。因此，謂書證調查是不少模擬審判之重心，當不為過。這種出證方法若延續至本法施行後，恐將造成職業法官與國民法官在評議時無法立於平等地位進行討論，因而可能不當放大職業法官對國民法官之權威效應²¹。就此疑慮，似只能由法院在準備程序，參照本法第52條第4項之立法理由所揭促進審判效率，以儘量減輕國民法官負擔之意旨²²，節制當事人宣讀審判外筆錄之數量。

（二）宣讀後之筆錄應如何提出於法院

筆錄在宣讀後應依本法第78條：「依第七十四條至第七十六條所定程序調查之證據調查完畢後，應立即提出於法院。但經法院許可者，得僅提出複本。」之規定，提出於法院，並由書記官編入卷內保管²³。惟，於模擬審判中發現，筆錄如何依上開規定提出，有下疑義：

1. 經裁定有證據能力之審判外筆錄，聲請人僅宣讀部分內容者，未經宣讀之部分得否提出並附卷？

當事人聲請調查之審判外筆錄於準備程序終結時經裁定有證據能力，但聲請人於審判時僅宣讀筆錄部分內容之情形，僅有被宣讀之內容堪稱業經合法調查，依刑訴法第155條第2項：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」之規定，得作為判斷之依據。因此產生之疑義，是筆錄未經宣讀之部分，是否得連同經宣讀之部分提出附卷？由於國民法官法庭在評議時得查閱附卷之筆錄，因此若筆錄中未經宣讀之部分亦得提出附卷，則不免有閱覽未經合法調查之筆錄而形成心證之虞。同理，該案若經上訴至二審，則二審法官之心證同樣也可能受到未經合法調查之筆錄內容影響²⁴。故，雖然本法並未明確規定，但筆錄中未經宣讀之部分須經遮掩後始得附卷，似係嚴格證明法則之當然解釋。

2. 與交互詰問內容沒有交集之偵訊筆錄內容，得否於交互詰問完畢後宣讀並提出附卷？

當事人聲請調查之檢察官偵訊筆錄於準備程序終結時，經裁定雖有證據能力，但須陳述者到庭接受被告詰問後，始經合法調查。惟，陳述者到庭後，交互詰問之問答僅涵蓋該份筆錄之部分內

容，或甚至與筆錄內容完全沒有交集（容易出現於受偵訊者有複數偵訊筆錄之情形）。於此種情形，未為交互詰問涵蓋之筆錄內容，是否可謂業經合法調查？進而，聲請人可否在交互詰問完畢後，再向國民法官法庭宣讀此等筆錄內容？從偵訊筆錄依刑訴法第159條之1第2項原則上有證據能力而言，無論筆錄內容是否為交互詰問涵蓋，整份偵訊筆錄似均得當作書證來宣讀。然而，若結論如此，則檢察官完全可以以交互詰問後的筆錄宣讀作為立證方法，主詰問虛應故事（亦即，不一定要問出待證事實，也不一定要涵蓋所有其交互詰問後欲宣讀之偵訊筆錄），以限縮辯方的反詰問範圍；另一方面，辯方若欲在反詰問時防禦檢方稍後將宣讀之偵訊筆錄內容，則需在反詰問時主動提及以作為彈劾對象。

這種形同辯方須為檢方進行主詰問的不公情況，其實在目前實務早已存在，是將筆錄當作書證調查的結果，只是因為卷證併送下，偵訊筆錄就在卷內，無論是否為交互詰問範圍所及，法官終究會閱讀，辯方終究要防禦，因此辯方替檢方主詰問的不公平也就隱而不顯。但本法既改採卷證不併送及徹底當事人進行，檢察官有其應盡之舉證責任，辯方須替檢方主詰問始能加以彈劾的不公平，顯而易見。故，未為交互詰問涵蓋之筆錄內容，即未經合法調查，不得宣讀，並應經遮掩該部分筆錄內容

後始得提出附卷，似屬較能確保被告公平受審之理解。

二、彈劾證據之提出方式

最高法院向來認為，所謂「彈劾證據」，係指消極地作為爭執（即彈劾）證人陳述憑信性或其他證據證明力之證據資料，因其並非用以積極地證明犯罪事實存在之實質證據，故不受嚴格證明法則之拘束，不以具有證據能力為必要²⁵。根據以上見解，在卷證併送之作業環境裡，辯方為證成其案件理論，所有卷證皆其註腳，不問證據能力之有無。

以上植基於卷證併送之見解，移入卷證不併送之作業環境操作時，恐將產生以下疑義：

辯方擬用以彈劾檢方證人之書、物證，是否須先依本法第74條至第76條之規定，於準備程序聲請調查並經宣讀、播放或提示後始得於檢方證人作證時使用？

若依最高法院以上見解，彈劾證據既不必具有證據能力，則似無聲請調查並經調查完竣後始得用於彈劾之理。況如是操作，難保敵性證人及早因應而失去彈劾之效用，亦不符彈劾之原理。

惟，有一審法院在模擬審判時，基於制定審理計畫所需，並避免於交互詰問時兩造就彈劾證據之真實性及能否用於彈劾發生爭執等考量，要求雙方應於準備程序就彈劾證據聲請調查，並經法

院准許調查，始得於調查完竣後用以彈劾。惟，如此不啻謂彈劾證據需具備證據能力²⁶，且於調查完畢後均須依本法第78條提出附卷。以上見解顯不同於最高法院對彈劾證據之看法，也與彈劾證據並非用以積極證明特定待證事實、因而不必提出附卷之性質有異。質言之，上開見解其實泯除了積極證據與彈劾證據之區別。

對於辯方而言，彈劾證據能否發揮作用，常是辯護成功與否之關鍵。於新制上路前，本法之主管機關允宜釐清上述疑義，以免辯方無所適從。

三、並未嚴格分離之罪責與科刑程序

依刑訴法第288條第3、4項之規定，審判長就被告科刑資料之調查，應於審判長被訴事實訊問被告後行之。再依同法第289條第2項之規定，科刑辯論是於罪責辯論後接續為之。故罪責與科刑之調查與辯論，均係於辯論終結前完成，罪責與科刑程序並未嚴格分離。如此程序設計，導致科刑調查與辯論在被告否認犯罪之案件，經常聊備一格。蓋欲被告及其辯護人在否認犯罪之同時，以被告犯罪為前提進行科刑調查與辯論，不僅形同自我矛盾，實際上也不免擔心給法院留下有罪印象之疑慮。因此於被告否認犯罪之案件，辯方往往放棄科刑調查與辯論，既未提出科刑資料，於科刑

辯論時也僅起稱被告無罪。科刑程序的空洞化，一方面難謂符合憲法第8條的正當法律程序；另一方面，科刑事實不須經嚴格證明，因此科刑資料不必具備證據能力，也不一定與犯罪事實有關，然而，若不嚴格分離罪責與科刑程序，難免有不利之科刑資料導致法院對被告之「壞印象」，進而強化有罪心證之疑慮。在卷證併送下，這層疑慮隱而不顯（不利之科刑資料大多在卷內，至遲在辯論終結前，法官一定都會讀過，所以這層計較無謂），但在卷證不併送下，罪責與科刑程序之分離與否，確有其區別實益。

本法並未因國民法官參與審判及改採卷證不併送，而相應引進罪責與科刑程序嚴格分離。於模擬審判時，雖然即使否認犯罪，辯方仍會配合模擬之目的而提出科刑上之主張及證據，法院所擬定之審理計畫也因此會有顯著的科刑調查階段，並無科刑程序空洞化之現象，但相對而言，科刑調查與辯論是否會給不具法律專業之國民法官留下被告自承有罪的印象？不具法律專業之國民法官，是否真的能在判斷罪責有無時，摒除檢方提出的不利科刑資料影響，不因對被告之壞印象而強化治罪處罰的衝動？是否能不因辯方之有利科刑資料（例如身世堪憐卻奮發向上的勵志人生）而生無罪縱放之念頭？從模擬審判的評議過程來看，上述疑慮並未能全然排除。這個問題，目前僅能仰賴當事人

在科刑辯論時、職業法官在評議時提醒國民法官來處理。

除了罪責與科刑程序並未嚴格分離所生上述疑慮外，另一個在模擬審判時呈現的問題，是檢辯雙方是否須為量刑上主張（即求刑）？

刑訴法及本法均未規定當事人於科刑辯論時是否應為量刑主張，因此行國民參與審判案件之當事人縱有量刑主張，尚非法院行使刑罰裁量權時不能不考量之因素。從模擬審判討論量刑之評議過程來看，國民法官法庭的成員往往直接根據其認定之案內事實，依刑法第57條表示科刑上意見，進而討論、投票。除檢方求處死刑之案件外，當事人的量刑主張經常不是國民法官法庭量刑評議的起點或終點，甚至也有全程無視的情況。惟，當事人進行科刑辯論之目的，自然是就量刑為具體主張。要是量刑主張在評議時無足輕重，恐怕會影響當事人進行科刑辯論的動力。鑑於本法仍未就量刑主張有所規定，若欲使量刑主張在量刑評議時獲得適度重視，或許端賴審判長主持評議時，能從當事人之量刑主張是否允當開始討論。

伍、上訴審

本法就上訴程序僅有第89條至第92條共4條規定，其中對三審程序之規定闕如，而第89條所定情形之發生機率不

高²⁷，因此國民參與審判案件之三審係回歸適用刑訴法，而二審則倚賴本法第90條至第92條這3條規定。本法案件之一審不僅藉國民參與審判而彰顯了國民主權理念，而且改採卷證不併送，因而截然不同於刑訴法上之一審訴訟構造，從而本法之二審亦必與刑訴法二審之覆審制構造截然不同，本法欲以區區3條規定應付，實際適用時必多有疑義。經由模擬二審審判，也確實發現了一些疑義，惟，限於篇幅，於此僅討論其中之一。

本法之二審不僅不採覆審制，而且第90條第1項嚴格限制二審之調查證據範圍，又於第91條及第92條第1項但書嚴格限制二審法院撤銷一審判決之權限。雖然法條乃至立法理由均未明揭，但最高法院在三審模擬審判之判決裡，確認本法之二審採事後審兼續審²⁸。由於本法第91條已明白曉示本於國民參與審判制度之宗旨，上訴審法院不應輕易撤銷一審判決之意旨，因此雖然當事人得以一審判決之事實認定有誤為由上訴，但獲得改判之機率不高，日後於本法案件之上訴，當事人勢必改以一審訴訟程序違背法令作為重要之上訴理由，從而二審法院應如何本事後審之立場，審查一審訴訟程序，即屬重要問題。

國民的參與審判彰顯了國民主權，作成之判決具有相當之民主正當性，因此正如二審法院不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，撤銷一審判

決²⁹，不影響判決之一審訴訟程序瑕疵，也不應是撤銷判決之理由。從而，對一審訴訟程序之審查標準，應本第91條之意旨，採最高法院100年度台上字第5504號刑事判決所稱之無害違誤審查原則，亦即以訴訟程序違背法令之處是否顯然於判決有影響，作為撤銷判斷與否之基準，這也是上訴審模擬判決迄今之一致見解³⁰。

此項見解雖然可資贊同，但因最高法院100年度台上字第5504號判決所稱無害違誤審查原則，係以刑訴法第380條為依據，而該條規定之適用範圍是第三審，故本法案件之二審顯然不能直接適用。最高法院111年度國模台上字第1號刑事判決雖稱應「類推適用」之，但本法之二審作為事後審，與刑訴法之三審係法律審，有何相類之處而得以比附援引第380條？就法學方法而言，該號判決須就此有所說明，否則其他刑訴法三審條文是否可以以及如何類推適用於本法上訴審，易生疑義。

再進而言之，雖然該號判決確立了無害違誤審查原則，但究竟具體操作標準如何？何謂「會產生與原判決不同判決之高度蓋然性」？仍有所不明，猶待學說、實務之進一步討論。惟，從最高法院過去有關刑訴法第380條之判決來看，至少侵害被告之防禦權而有違正當法律程序之情形，當屬應撤銷原審判決之有害瑕疵。

陸、結語

從比較法來看，日本、韓國都是在刑訴法原本即採卷證不併送的基礎上引進國民參與刑事審判制度，因此雖然為國民參與審判訂定專法，但依專法進行之國民參與審判是循刑訴法所定之訴訟模式進行。反觀我國，為國民參與審

判制定之專法雖因改採卷證不併送之訴訟模式而就訴訟程序有所規定，但卻以採迥然不同之訴訟模式的刑訴法補專法之不足。如此立法方式，堪稱特殊，說不定是絕無僅有。明年正式施行後，運作時是否仍舊會出現筆者在模擬審判中看到的「異體移植」排斥現象，殊值觀察。♣

註釋

1. 就國民參與審判之方式，司法院在賴浩敏院長任內，原擬採取國民只能「表意」不能「表決」之觀審制。當時司法院的主要理由是根據憲法第81條「法官為終身職」之文字，只有職業法官始能擔任法官，國民參與審判有違憲疑慮。司法院這個見解受到外界包括筆者在內的廣泛批評，蓋司法權一如其他國家權力，源於國民主權，職業法官係基於全體國民之付託而行使司法權，憲法既係全體國民本於主權所制定，自無可能對主權之行使方式自我設限而將司法權讓渡給職業法官，從而憲法第81條之意旨僅在賦予職業法官身分保障以確保審判獨立，並無排除國民與職業法官共同行使司法權之意思，審判權固得委由職業法官單獨行使，亦得由國民與職業法官共同行使。許宗力院長上任後，司法院放棄了觀審制，並於國民法官法第1條以：「為使國民與法官共同參與刑事審判，提升司法透明度，反映國民正當法律感情，增進國民對於司法之瞭解及信賴，彰顯國民主權理念，特制定本法。」之文字，確認國民參與審判之憲法基礎在於國民主權。國民參與審判並無違憲疑慮，至此應已澄清。至於比較法上固有陪審制與參審制之區別，但均以國民與職業法官共同行使審判權為上位概念，無礙立法者於建構國民參與審判制度時，本於立法裁量選擇其一。
2. 國民法官法第4條：「行國民參與審判之案件，除本法有特別規定外，適用法院組織法、刑事訴訟法及其他法律之規定。」參照。
3. 刑訴法第163條於2002年2月8日修正，將原本第1項的「法院因發見真實之必要，應依職權調查證據。」，改移列為第2項之「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」當時官方及學界普遍謂刑訴法因此由職權主義改為改良式當事人進行主義。惟，因僅為發見真實，法院即得發動調查職權，且保留了與職權調查配套之卷證併送，因此修法後運作多年的結果，辯方調查有利證據之空間固然變大，但法院的職權調查依然頻繁，因此實務工作者認為目前刑訴法毋寧係改良式職權主義者，頗有人焉。
4. 田口守一著，劉迪、張凌、穆津譯，刑事訴訟法，法律出版社，2000年1月，143頁。
5. 國內實務之操作，係在刑訴法第300條：「前條之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之

法條。」允許之範圍內，有罪判決得變更起訴之犯罪事實，另為相異之認定。

6. 本法第43條立法理由第2點：「又為落實前述集中審理、當事人進行為主的審理模式，及貫徹公平法院的精神，起訴書除被告之年籍等資訊、犯罪事實及所犯法條外，實毋庸再記載證據；且起訴書亦不得記載、引用或附具足使國民法官法庭產生預斷之虞之內容，以免第一項所定『資訊平等』與『預斷排除』之目的落空。」
7. 松尾浩也著，丁相順譯，日本刑事訴訟法，中國人民大學出版社，2005年8月，上卷第184頁。
8. 依本法第43條第5項：「刑事訴訟法第一百六十一條第二項至第四項之規定，於行國民參與審判之案件，不適用之。」之規定，法院縱認起訴書記載有生預斷之虞之餘事，尚無從按起訴審查之方式，命檢察官補正甚至進而裁定駁回起訴。又，本法第46條：「審判長指揮訴訟，應注意法庭上之言詞或書面陳述無使國民法官、備位國民法官產生預斷之虞或偏見之事項，並隨時為必要之闡明或釐清。」之規定，從文義上來看，顯僅適用於審判階段，準備程序則無直接適用之餘地。
9. 日本學說上認為，由於預斷一旦形成，即不能治癒，故違反日本刑事訴訟法第256條第6項：「在起訴書中，不得附具可能導致法官對案件產生預斷之文書及其他物品，也不得引用該文書及其他物品之內容。」規定之起訴書，應屬無效，法院得依同法第338條第4款：「於下列情形，應判決駁回公訴：……四、提起公訴之程序違反該程序規定而無效者。」之規定判決駁回起訴。見同註4書，142頁。
10. 本法第46條之立法理由所述足使國民法官、備位國民法官產生預斷之虞或偏見之情形：「當事人主張被告之素行不佳，足以推斷有為本件犯行；或犯罪後堅不認罪，足證其犯後態度惡劣等是。」苟記載於起訴書內，當亦構成本法第43條第4項所稱記載使法院就案件產生預斷之虞之內容，故將第46條類推適用於審前階段，在法學方法上而言有其合理性。
11. 可參本法第53條立法理由第一點：「本法既明文採取『卷證不併送』制度（第四十三條立法說明參照），案件經檢察官起訴後，辯護人已無從依刑事訴訟法第三十三條之規定，在法院檢閱檢察官之卷宗及證據，或進行抄錄、重製或攝影，自有必要明定辯護人於起訴後，得向檢察官檢閱卷宗及證物之權利，以利於國民參與審判程序中協助被告為實質有效之辯護。」
12. 依釋字第762號解釋理由書所揭：「憲法第16條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權（本院釋字第654號解釋參照），包括被告卷證資訊獲知權，俾受公平審判之保障。據此，刑事案件審判中，原則上應使被告得以適當方式適時獲知其被訴案件之卷宗及證物全部內容。」「次就卷證資訊獲知權之範圍而言，刑事案件之卷宗及證物全部內容，係法院據以進行審判程序之重要憑藉。基於憲法正當法律程序原則，自應使被告得以獲知其被訴案件之卷宗及證物全部內容，俾有效行使防禦權。」等旨，可知保障被告之卷證資訊獲知權之目的，係為使被告得以有效行使防禦權，故與被告之辯護有關之資訊，均應使被告獲悉。故在卷證併送下，法院既以案件之全部卷證為其審判之基礎，則被告為進行實質有效辯護即「至少」應獲知其案件之全部卷證內容。至未在法院卷證內之資料，如在國家支配之下，亦應使被告獲悉。從而，在卷證不併送下，檢察官之開示義務，應不限於其偵查卷證內容，在檢方支配下之下而與被告之辯護有實質關聯之資料，均應開示予被告。鑑於檢察官作為偵查主體，得指揮司法警察進行偵查，因此司法警察機關支配下之資料，即使未移交檢察官，亦應認為係檢方支配之下。

以上根據釋字第762號解釋而來之理解，與美國聯邦最高法院自1963年的Brady v. Maryland案（373 U.S.83）後發展出的檢方證據開示規則堪稱相當。聯邦最高法院在Brady案判決宣告，無論是出於善意或惡意，只要檢方未開示（suppression）對定罪或處刑之辯護有實質意義（materiality）的證據，都違反了正當法律程

序。根據這個判決，檢察官的開示義務源於正當法律程序，具有憲法位階。該院之後根據Brady案判決的「實質意義」，逐步擴大了檢方開示義務的範圍。在1995年的Kyles v. Whitley案，該院宣告，調查案件之警察知曉之有利證據，即使檢察官不知曉，仍負開示義務（514 U.S. 419,438）。參見約書亞·德雷斯勒（Joshua Dressler）及艾倫·C.麥克爾斯（Allen C. Michaels）合著，魏曉娜譯，美國刑事訴訟法精解（Understanding Criminal Procedure），第二卷·刑事審判，北京大學出版社，2009年1月，139-146頁；李學軍主編，美國刑事訴訟規則，中國檢察出版社，2003年2月，349-365頁。

13. 本法第64條第1項第2款及第6款；「當事人、辯護人於準備程序終結後不得聲請調查新證據。但有下列情形之一者，不在此限：……二、於準備程序終結後始取得證據或知悉其存在者。……六、如不許其提出顯失公平者。」及第90條第1項第1、2款；「當事人、辯護人於第二審法院，不得聲請調查新證據。但有下列情形之一，而有調查之必要者，不在此限：一、有第六十四條第一項第一款、第四款或第六款之情形。……二、非因過失，未能於第一審聲請。」參照。
14. 美國聯邦刑事訴訟規則（Federal Rules of Criminal Procedure）第16條以列舉被告之陳述、前科記錄、對辯護具有實質意義之文書及物證、檢驗報告等資料之方式，明定檢察官至少應開示之證據類型，可資我國參考。惟，應值注意者，就是否在聯邦證據規則第16條列舉範圍內或雖不在列舉範圍內，但是否為檢方開示義務所及，美國聯邦最高法院自Brady案後建立的判例法仍有適用餘地。同理，即便我國仿效聯邦證據規則第16條以制定法明文列舉應編入偵查卷宗之資料類型，於發生不在卷內資料是否應開示予被告之爭議時，仍應依照釋字第737、762等號解釋之意旨判斷。
15. 依刑訴法第41條第1項第1款：「訊問被告、自訴人、證人、鑑定人及通譯，應當場制作筆錄，記載下列事項：一、對於受訊問人之訊問及其陳述。」、第43條之1第1項：「第四十一條、第四十二條之規定，於檢察事務官、司法警察官、司法警察行詢問、搜索、扣押時，準用之。」等規定，暨最高法院108年度台上字第3241號刑事判決所揭：「所謂之傳聞證據，有其證明用途之限制，亦即攸關人類口語之某項證據是否屬傳聞，取決於其與待證事實間之關係，倘僅係以該口語之存在本身為證者（即「有如此口語」，而非「口語所指內容為真」），則無傳聞法則之適用，至證明某項口語存否之素材（即資料），則得透過各種不同之證據方法加以獲取，而其種類有可能呈現為物證、書證或證言等不同型態之證據。」、最高法院95年度台上字第4060號刑事判決「按偵訊筆錄為證據書類之一種，在法律上具有直接證明偵訊程序進行及相關人員訊答或陳述內容之效力，若其記載合於法定程式，且無反證證明其所記載之內容與事實不符者，自不得任意排斥其形式上之證明力。」等旨，可知依上開規定於審判外製作之詢、訊問筆錄，係用以呈現詢、訊問之問答過程中有此口語陳述之書面素材。
16. 最高法院就勘驗監聽錄音所製作之勘驗筆錄，即表示過此種見解。例如，該院96年台上字第1869號刑事判決即謂：「偵查犯罪機關依法定程序監聽之錄音，應認該監聽所得之錄音帶，始屬調查犯罪所得之證據，但依據監聽錄音結果予以翻譯而製作之通訊監察譯文，乃該監聽錄音內容之顯示，此為學理上所稱之派生證據，屬於文書證據之一種。」
17. 刑訴法第44條第1項第7款：「審判期日應由書記官製作審判筆錄，記載下列事項及其他一切訴訟程序：……七、第四十一條第一項第一款及第二款所定之事項。但經審判長徵詢訴訟關係人之意見後，認為適當者，得僅記載其要旨。」之規定，雖以審判筆錄為規範對象，但實務上審判外之詢、訊問筆錄絕大多數僅記載要旨而罕有逐字逐句記載者。
18. 釋字第582號解釋理由書：「為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。至於被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法

第一百五十九條第一項參照），除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。」參照。

19. 蓋在卷證併送下，即使陳述者未到庭，其審判外筆錄仍在偵查卷內，法官不能不閱覽；即便不具備傳聞例外之要件，閱覽後也難免影響心證（卷證併送下之證據能力，其實異於釋字第582號解釋所稱「證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格」，而是能否在有罪判決理由內引用），因此法官往往係以在辦公室內閱讀全部卷證之心得作為心證之基礎。在準備程序終結時就卷內筆錄裁定是否有證據能力，實不便於日後法官以全卷證為基礎書寫判決之工作習慣，而在審判期日逐一提示、宣讀偵查卷內筆錄，則親和於此種工作習慣。
20. 本法第45條第2款：「為使國民法官、備位國民法官易於理解、得以實質參與，並避免造成其時間與精神上之過重負擔，法官、檢察官或辯護人應為下列各款事項之處理：……二、於審判期日之訴訟程序，進行集中、迅速之調查證據及辯論。」及其立法理由第三點：「考量國民法官、備位國民法官之特質，本即難期待其等預先熟習法律條文，或事先達成充分準備後始參與審判，且亦難以期待國民法官、備位國民法官對於複雜難解之證據調查，或論理曲折之論告辯論能夠輕易理解，是為使國民法官得以迅速理解證據調查及辯論之內容，而無需另行事先準備，並顧及國民法官、備位國民法官得參與審判之時間有限，自應進行國民法官、備位國民法官無需事先準備即得輕易理解，且集中迅速進行之證據調查及辯論程序。」參照。上開立法理由所謂輕易理解，其意義自然包括正確理解。
21. 本法第43條立法理由第一點所述：「事先閱覽卷證將會造成國民法官過重之負擔，法官與國民法官間將發生資訊落差，且無法排除因此而產生之預斷，以致於可能產生評議時參與審判之國民法官，無法立於平等及客觀中立立場與法官進行討論之疑慮。」等語，雖係說明本法採取卷證不併送之理由，惟，要之其重點在於使國民法官得立於與職業法官平等之地位全程參與審判，以避免各界對參審制最大的憂慮即職業法官對國民法官會產生權威效應。就審判外筆錄之理解而言，職業法官必然相對於國民法官而言享有高度優勢。
22. 本法第52條第4項規定：「檢察官依第一項、第二項規定聲請調查證據，應慎選證據為之。」其立法理由則謂：「四、為落實國民參與審判集中審理並促進審判效率進行，以儘量減輕國民法官負擔之意旨，檢察官應儘可能慎選關鍵之重要證據，集中於法庭上主張，爰參考日本刑事訴訟規則第一百八十九條之二，訂定第四項。」
23. 本法第78條立法理由：「國民參與審判案件雖採卷證不併送為原則，惟為防止當事人自行保管證據有散佚滅失之風險，及為便於將來上訴審之審查，依本法行審判程序之案件，當事人等所提出之證據仍以由法院保管為原則，爰明定證據經調查完畢後，應即提出於法院，並由書記官編入卷內或編號保管」
24. 本法第90條第2項：「有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審法院得逕作為判斷之依據。」參照。
25. 最高法院表示此等見解之判決汗牛充棟，例如最高法院109年度台上字第3750號刑事判決：「所謂『彈劾證據』，係指消極地作為爭執（即彈劾）證人陳述憑信性或其他證據證明力之證據資料，因其並非用以積極地證明犯罪事實存在之實質證據，故不以具有證據能力為必要。」另可參同院107年度台上字第2049號刑事判決：「按於審判期日證人所為陳述與審判外之陳述相異時，可提出該證人先前所為自我矛盾之陳述，用來減低其證言之證明力，此種作為彈劾證據使用之傳聞證據，因非用於認定犯罪事實之基礎，不受傳聞法則之拘束。因此，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，雖不得以之直接作為證明犯罪事實存否之證據，但非不得以之作為彈劾證據，用來爭執或減損被告、證人或鑑定人陳述之證明力，供法院審判心證之參考。」
26. 本法第62條第1項規定：「法院應於準備程序終結前，就聲請或職權調查證據之證據能力有無為裁定。」該條立法理由第一點謂：「法院於準備程序所應處理之事項，首重就證據之證據能力、調查必要性先進行

篩選與調查，以盡量避免無證據能力或不必要調查之證據進入審判期日之訴訟程序，影響事實認定之正確性或效率，並為審判期日之訴訟程序得以密集、順暢之進行預作準備，以落實集中審理。」等語，可資參照。

27. 本法第89條：「國民法官不具第十二條第一項所定之資格，或有第十三條、第十四條所定情形者，不得為上訴之理由。」
28. 最高法院111年度國模台上字第1號刑事判決，3頁，司法院>國民法官>實務模擬法庭，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2095-1-xCat-22.html>；file:///D:/user/Downloads/111國模台上1號判決.pdf（最後瀏覽日：2022年10月26日）。
29. 本法第91條立法理由：「國民參與審判制度之重要目的，在於使國民與法官共同參與刑事審判，反映一般國民之正當法律感情，以增進人民對司法之瞭解與信賴（本法第一條）。為貫徹此意旨，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限，而不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，即予撤銷」。
30. 自臺灣高等法院110年度國模上訴字第1號刑事判決開始，至最高法院111年度國模台上字第1號刑事判決，上訴審之模擬審判均採此見解。

關鍵詞：卷證不併送、餘事記載禁止、證據開示、筆錄、上訴審

DOI：10.53106/27906973902

（相關文獻☛月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；
更多裁判分析☛月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）