



司法院「人民觀審試行條例草案」之研究*

◀◀◀ 施家榮

目 次

壹、前言	三、職業法官與觀審員之地位平等？
貳、「人民參與審判」之制度目的	伍、應行觀審審判之案件
一、使個案裁判更為正確？	一、檢察官主張之影響
二、提升人民對司法之信賴？	二、法院於準備程序中變更法條？
三、透過「權力彼此制衡」以保障民權？	三、審判期日中為程序轉換？
四、人民有參與司法之義務？	陸、觀審審判之進行
參、違憲疑義？	一、準備程序之強制適用
肆、觀審法庭之組成	二、觀審員、職業法官對於卷證之接觸
一、職業法官	三、職業法官專有之權限
二、觀審員	柒、觀審審判案件之上訴
	捌、「人民參與審判」之未來展望

壹、前言

近年來關於是否及如何讓人民參與審判引起討論，司法院於2012年1月11日於其網站上公布「人民觀審試行條例草案¹（下稱「觀審草案」）」，可供作為各方討論之基礎。由於觀審草案條文眾多，故以下僅先就筆者個人認為較有爭議性之部分探討。

貳、「人民參與審判」之制度目的

我國已經有職業法官負責刑事審判，為什麼還要考慮找人民來參與審判？如果能先釐清人民參與審判所欲達到之目的，則人民參與審判之制度內容應如何設計也就呼之欲出了。以

下就人民參與審判可能之制度目的一一討論之，並以之檢視觀審草案之立法設計。

一、使個案裁判更為正確？

觀審草案第1條立法理由提到：「法院同能參酌觀審員陳述之多元意見，作出更符合法律意旨及人民法律感情之妥適裁判」，強調觀審員之意見有助於法院裁判，這是否表示由人民參與審判可促進個案裁判之正確？

我們簡略地比較職業法官與一般人民，職業法官對於法律及訴訟應該比較熟悉，但因日日埋首審判之中，可能與社會一般人民距離愈來愈大，甚而到了不食人間煙火的地步²；而一般人民對於判決妥適性可能有直接貢獻的也許是「生活經驗」，至於法律及訴訟則非人民普遍所擅長。在職業法官與一般人民各有以上

* 本文原發表於2012年3月21日司法官訓練所「新興法學學術研討會」，感謝主持人林輝煌所長及評論人林俊益廳長的寶貴意見。文責由筆者自負，乃屬當然。

1 雖然草案名為「人民觀審試行條例草案」，不過從觀審員之資格來看，其實應該命名為「國民觀審試行條例草案」比較名副其實。

2 王兆鵬，美國刑事訴訟法，2004年，頁498-499；林裕順，人民只觀審？應從頭參與到尾，司法改革雜誌，85期，2011年8月，頁28。



優缺點時，最理想的搭配方式當然就是「優點結合優點」，但我們如何避免最糟糕的結果：「缺點結合缺點」？如果對此沒有明確而可靠的論證，只因為有讓一般人民參與審判即認為裁判正確性會有增長，那並沒有多少的說服力。

我們也必須思考，對於販賣一級毒品、殺人或擄人勒贖等受矚目之重大案件而言，一般人民的生活經驗對於審判會有多少幫助？事實上，和一般人民生活關聯比較密切的可能是民事法律關係，而通常不會是重大刑案。如果我們事先要求參與審判之人民所具備知識與個案相關以確保人民有助於審判正確性時，那應該是「應否採專家參審」的問題，而不再是此次所討論的一般人民參與審判的問題了。此外，如果年輕的職業法官會有「娃娃法官」的風險，那們年輕的觀審員（觀審草案 § 12 I 參照）又能為職業法官帶來多少生活經驗？

再者，如果說職業法官才是法律的專家，那麼找一般人民來參與審判如何能如立法理由所說的使裁判「更符合法律意旨」？而且，法官是應該要依法審判，還是依「人民法律感情」審判？

此外，如何確認人民參與審判後裁判有沒有更正確？我們難道可以發問卷用「媒體公審」、「人民公審」的方式來確認個案判決是否正確嗎？顯然並不恰當。而「上訴審是否維持原判決」，只能指出上級審與原審見解是否相同，和裁判正確性也沒有必然關聯。

本文認為，人民參與審判是否能使個案裁判更為正確還是一個未知數，雖然不能完全否定其可能性，但似乎還不足以作為人民參與審判之制度目的。

二、提升人民對司法之信賴？

觀審草案第1條立法理由提到：「藉由觀審員之參與，所有審理及評議程序，當更加透明化，觀審員經由親自參與觀察審判之過程，對法官如何進行事實之認定、法律之適用及量刑，亦能有充分之認識與理解…人民因而能感受到法院公正妥適之審判，進而提升人民對司法之信賴」似乎認為，由人民參與審判可提升人民對司法之信賴。

立法理由從「透明化」推導出人民對司法之信賴會提升³，應該可以說與一般程序法理吻合，不過值得思考的是，究竟是對哪些人「透明化」？在刑事訴訟中，被告本來就是必要的參與者，所以所謂的「透明化」應該是指人民透過人民參與審判制度達到比旁聽參與更多的程度，因此而提升對司法信賴者可能也只有參與審判之人民而已。

就被告來說，如果認為一般人民比職業法官更可信⁴，或者如果可以透過「影響參與審判之人選」而間接影響裁判結果⁵，則可能被告也會因人民參與審判而提升對司法之信賴。不過在當代職業法官已非國王等獨裁者之部下，而我國藍綠又嚴重對立的情形下，被告是否會相信一般人民比職業法官更可信，本文持較保留之看法；其次，雖然依觀審草案第26、27條等規定，被告可影響觀審員之選任，但因觀審員之意見對於職業法官無拘束力（觀審草案 § 59 I），所以被告縱使努力參與選任觀審員之程序仍難以影響判決結果，則被告可能不會因觀審員參與審判而提升其對司法之信賴。

總而言之，提升人民對司法之信賴雖然應該是人民參與審判的制度目的之一，但在我國之觀審草案中效果可能要打個折扣。

3 類似的推論方式，參照：蘇永欽發言，「國際刑事法學會台灣分會圓桌論壇（二）——人民觀審制之理論與實踐——」研討會，台灣法學雜誌，193期，2012年2月1日，頁114-115。

4 參照：張麗卿，刑事訴訟制度與刑事證據，2003年，頁45。

5 參照：王兆鵬，美國刑事訴訟法，2004年，頁499。



三、透過「權力彼此制衡」以保障民權？

在歷史上，司法權原為行政權之一部分，亦即原為國王之權限，而陪審或參審制度之誕生目的即在於使人民得於司法運作中對抗王權。時至今日，雖然已是民主政府，但政府之司法權對人民依然有許多侵害可能性，所以人民參與刑事審判的制度目的之一，即在於使原本集中於刑庭職業法官的權力分散出一部分予一般人民，藉由一般人民與法官互相制衡以確保民權。

例如，依德國法院組織法（*Gerichtsverfassungsgesetz*；GVG）第29條規定，在區法院（*Amtsgericht*）參審法院管轄之案件，由1名職業法官與2名參審員組成參審法院；依同法第76條第1項，在地方法院（*Landgericht*）管轄特定重罪案件第一審之大刑事庭，由3名職業法官與2名參審員組成。並且，除非法律另有規定，否則陪審員與職業法官於審判期日有「相同之法官權限」（§ 30 I GVG），這包括了依德國刑事程序法（*Strafprozeßordnung*；StPO）第240條向被告、證人及鑑定人發問之權力，也包括評議時職業法官與參審員之權力相同⁶。

又例如在日本，2009年5月施行之「有關裁判員參加刑事裁判法律」（下稱「裁判員法」），依該法裁判員之產生係由平民中選出，並且由裁判員與職業法官組成審判庭，以審理重大刑事案件之第一審。適用裁判員法之審判庭，原則上由職業法官3人加上裁判員6人所組成。裁判員法與參審制有以下之異同⁷：就「事實認定」、「法令之適用」、「刑之量定」等相關判斷，由裁判員與職業法官共同為

之，此與參審制相同；但就「與法律解釋有關之判斷」，僅由職業法官判斷，此與參審制不同。就判決之評議而言，裁判員與職業法官一人一票、票票等值，並採相對多數決原則，此與參審制相同；但裁判員法規定，判決被告有罪之決定，須同時含有裁判員及職業法官之同意。故如6個裁判員認定被告有罪，3個職業法官認定被告無罪，依相對多數決原則，原應認定被告有罪，但依裁判員法，因認定有罪之意見中，未同時含有裁判員及職業法官，故應判決無罪。

在美國，有（小）陪審團審判之程序，由職業法官負責法律裁判之工作，陪審團負責事實裁判之工作，兩者互相合作又互相制衡⁸。

保障參與審判之人民與職業法官有相同之地位，是使此處之權力制衡得以形成的關鍵，如果職業法官顯然凌駕於參與審判之人民，則參與審判之人民既無獨立之空間，自然不可能制衡職業法官。

觀審草案中，觀審員之意見純屬對職業法官之「陳述意見」（觀審草案§ 59 I），可以說完全背離上述權力制衡的目的⁹。

附帶一提，人民直接參與審判雖然較為符合民主原則，但民主原則並未要求司法權必然須由人民直接行使，縱採間接方式亦未必違憲¹⁰，何況參與審判之人民人數有限，要說彼等能代表廣大民意，亦屬誇大¹¹，故民主原則對是否採人民參與審判制度影響相當有限。

四、人民有參與司法之義務？

如果從人民「參與」審判的用語來看，可能比較容易讓人認為參與審判是人民的「權

6 Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 6 Aufl., 2008, § 30 GVG, Rn. 1 f.

7 黃朝義，刑事訴訟法，2009年，頁72-76；笹倉宏紀，陳誌泓譯，日本司法改革之動向（上），月旦法學雜誌，150期，2007年11月，頁151-152。

8 參照：王兆鵬，美國刑事訴訟法，2004年，頁498；李佳玟發言，「國際刑事法學會台灣分會圓桌論壇（二）——人民觀審制之理論與實踐——」研討會，台灣法學雜誌，193期，2012年2月1日，頁124-125。

9 還有其他枝節問題也與此制度目的有關，容後詳述。

10 何賴傑，司法的民主化與平民化——論德國刑事參審，司法改革雜誌，83期，2011年4月，頁38。

11 陳運財，國民參與刑事審判之研究——兼評日裁判員制度，月旦法學雜誌，180期，2010年5月，頁133-134。



利」，這雖然沒錯，但也應該注意，將人民參與審判立法明文化同時也表示人民有參與審判之「義務」。

由於要求人民參與審判可以透過「權力彼此制衡」以保障民權，也可能提昇人民對司法之信賴，所以為了社會公益，符合資格之人民將被賦予參與審判之義務。更進一步地說、更長遠來看，參與審判的過程對人民來說是臨場感十足的法治教育，可提昇人民之法律知識，進而有利於法治國之運作。

觀審草案第3條第2項規定：「中華民國國民，有依本條例規定擔任觀審員或備位觀審員，參與觀審審判之權利及義務。」應值贊同。

參、違憲疑義？

憲法第81條規定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸。」而終身職之法官當然是指職業法官，則憲法似乎並不允許人民參與審判？於日本憲法第78條等規定亦有相似內容、亦曾引起是否違憲之討論，但在近年來，認為日本憲法規定並未排斥國民作為審判主體參與司法的機會，民眾與法官合議審理亦無侵害法官獨立審判職權的看法，逐漸成為多數說¹²，終而有前述裁判員法之立法。

本文認為，憲法第81條雖屬對職業法官之保障，但該規定乃為貫徹法官審判獨立之身分保障而設¹³，只要人民參與審判時並未影響職業法官之審判獨立，即未違背該規定之意旨。

在合議案件中，職業法官與職業法官彼此仍獨立行使審判權，不因合議而使其審判不獨

立，相同的道理，人民參與審判時，雖與職業法官共組審判法庭（例如組成參審法院），但彼此仍獨立行使審判權，則人民參與審判並未違背職業法官之審判獨立，與憲法第81條並未違背。

至於憲法第77條規定，刑事審判應由司法院掌理，此規定也不會導致人民參與審判違憲，因為當人民參與審判時，人民以「平民法官」的身分審判，可以理解為隸屬於司法院的短期官員，人民與職業法官合組之法庭更是當然隸屬於司法院而無疑問，所以人民參與審判並未違背憲法第77條。從而，人民參與審判是「僅個案參與」或「有一定期間為任期」，皆未違憲。

肆、觀審法庭之組成

觀審草案第3條第1項規定：「行觀審審判之案件，由法官三人及觀審員五人組成觀審法庭，共同進行審判，並以庭長充審判長，無庭長或庭長有事故時，以法官中資深者充之，資同以年長者充之」。

一、職業法官

由於觀審法庭之職業法官並非只有一位，所以觀審草案對於職業法官並無特別限制，任何刑庭法官皆可能是觀審法庭之法官。

審判長在此扮演人民參與審判制度成敗的關鍵角色！依觀審草案第38條、第47條等規定，審判長是觀審員與法律訴訟間的橋樑。如果審判長說得太少或口才不佳，則觀審員不能進入狀況；如果審判長講得太多、審理過程中經常對觀審員公開心證，則觀審員將惟審判長之意見是從，亦即觀審員將不能勇於獨立思考。

12 陳運財，國民參與刑事審判之研究——兼評日本裁判員制度，月旦法學雜誌，180期，2010年5月，頁137-138。

13 參照司法院釋字第601號解釋理由書：「憲法第八十一條關於法官非依法律不得減俸之規定，依其文義，係指關於法官之減俸，必須依憲法第一百七十條規定之法律為之，本不得反面解釋為只須有法律依據，即可對法官減俸；尤其該規定乃為貫徹法官審判獨立之身分保障而設，自不得違反制憲目的，將之解釋為授權國家機關，得以事後制定或消極不制定法律之形式，使法官既有俸給金額因而減少」。



二、觀審員

所謂觀審員，指「觀審員：依本條例選任，參與觀審審判、中間討論，於終局評議時，就事實之認定、法律之適用及量刑陳述意見之人（觀審草案§2①）」，觀審草案第8條亦有相似之規定。

三、職業法官與觀審員之地位平等？

觀審員有違背義務之虞而決定是否對之處罰緩之程序，觀審草案第76條規定：「前四條罰緩之處分，由觀審法庭之法官三人合議裁定之」，立法理由為：「前四條之罰緩處分，行觀審案件之合議庭法官知之最稔，由渠等三人合議裁定，最為允洽妥適，爰明定應由觀審法庭之法官三人合議裁定」。此立法理由雖非毫無道理，但忽略了「維持職業法官與參與審判之人民地位平等」才能使兩者間之權力制衡產生。在觀審法庭中，職業法官透過觀審草案第72至第76條之規定，使觀審法庭之觀審員淪為受「觀審法庭之職業法官」裁定緩罰之人，兩者間之地位區別已顯然可見¹⁴。解決之道，應使「是否對觀審員罰緩」之程序改由觀審法庭以外之職業法官裁定之。

再者，依觀審草案第52條，觀審員不能在受允許後自為發問，僅能請求審判長代為訊問¹⁵，相較之下，陪席法官得於告知審判長後訊問被告、證人或鑑定人（刑事訴訟法§170），則職業法官與觀審員之權限落差顯而可見。

此外，觀審草案第59條第1項規定：「法官就事實之認定、法律之適用及量刑之評議，以過半數之意見決定之，不受觀審員陳述意見之拘束」，使觀審員淪為「提供人民法律感情意見的特殊類型鑑定人」，職業法官因此完全凌駕於觀審員之上。

簡而言之，當職業法官還是大權在握、地位凌駕於觀審員之上時，那所謂的「觀審法庭」還是職業法官的法庭，與未有觀審草案之前差別不大。

伍、應行觀審審判之案件

適用行觀審審判之案件，觀審草案第5條第1項規定：「除少年刑事案件外，下列經檢察官提起公訴之案件，受指定試行觀審審判之地方法院第一審（下稱試行地方法院），應行觀審審判：一、被告所犯最重本刑為死刑、無期徒刑之罪之案件。二、其他由司法院以命令定之者」。

一、檢察官主張之影響

觀審草案第5條第2項規定：「前項罪名，以檢察官於準備程序終結前主張之起訴法條為準」。立法理由認為：「若檢察官於準備程序終結前更正起訴法條者，自應以更正後主張之起訴法條為準。是檢察官原以應行觀審審判之罪起訴，嗣於準備程序終結前更正為非應行觀審審判之罪者，自不得行觀審審判，乃屬當然」。

可以想像，在殺人未遂與普通傷害之間、在販賣第一級毒品與轉讓第一級毒品之間，檢察官所主張之法條對於案件是否適用觀審審判有所影響。為了避免「是否適用觀審審判」處於不明確之狀態，觀審草案第39條第1項第1款規定「有無應變更檢察官所引應適用法條之情形」是觀審審判之準備程序應處理事項之一。

二、法院於準備程序中變更法條？

有疑問的是，是否可認為依觀審草案第39條第1項第1款規定法院得於觀審審判之準備程序中變更起訴法條？如果從觀審草案第5條第2

¹⁴ 德國法上類似爭議，參照：張麗卿，刑事訴訟制度與刑事證據，2003年，頁34-35。

¹⁵ 觀審草案第52條立法理由：「為使觀審員得順利形成心證，審判長自得於證人、鑑定人、通譯或被告經當事人、辯護人或輔佐人詰問或詢問完畢後，依觀審員之請求，代為訊問證人、鑑定人、通譯或被告特定之問題，爰於本條訂定明文」。



項來看，立法者似乎是要將是否適用觀審審判之決定權限交給檢察官，則法院於準備程序中變更起訴法條之權限將受到限制，至少包括不應將應行觀審審判之罪變更為非應行觀審審判之罪，也包括不應將非應行觀審審判之罪變更為應行觀審審判之罪。

這應該也是適當的制度設計，一方面是因為在準備程序中尚未為實質之審理，法院就案情之理解仍然有限；二方面，觀審審判將帶給職業法官許多負擔（如觀審草案 § 38、47、64），如果由職業法官決定是否應行觀審審判，將會有一定的道德風險。

三、審判期中為程序轉換？

審判期日進行中，得否將通常審判程序轉為觀審審判程序，或者將觀審審判程序轉為通常審判程序？

就前者而言，誠如觀審草案第5條第2項之立法理由所言：「倘檢察官起訴之罪名非屬第一項各款所列之罪名，嗣於審判經過證據調查後，法院始認起訴之犯罪事實應屬第一項各款所列之罪名者，此時若需行觀審審判，將致已進行之程序恐需重新為之，不利於訴訟經濟、且將造成被告及證人反覆應訴之負擔」，故通常審判程序之審判期日進行中，不得將程序轉為觀審審判程序。

就後者而言，除有觀審草案第6條之情形外，似亦不得為程序之轉換，這一方面是因為，當法院認為應變更起訴罪名為非應行觀審審判之罪名時，很可能案情已逐漸明確、審判期日快要終結了，此時對觀審員或被告而言並無程序轉換之實益；二方面，也避免職業法官藉由不當之程序轉換減輕自己之負擔。

陸、觀審審判之進行

一、準備程序之強制適用

準備程序於通常審判程序中原非必要之程序（刑事訴訟法 § 273 I），但對於觀審審判而言準備程序為必要之程序（觀審草案 § 39），而且檢察官與辯護人皆有提出準備程序書狀之「義務」（觀審草案 § 40 I、42 I），以使準備程序確實發揮功能並進而使審判期日能迅速進行。

二、觀審員、職業法官對於卷證之接觸

依觀審草案第45條，法官、觀審員、備位觀審員於第一次審判期日前，不得接觸起訴書以外之卷宗及證物。至於審判期日，同條之立法理由認為：「行觀審審判之案件，觀審員本無須以事先接觸卷證資料為必要，況對於欠缺專業訓練與經驗累積之觀審員而言，事先接觸偵查卷證，更有因而先入為主預存偏見之虞……至第一次審判期日後，觀審員自得因應調查證據、形成心證之需要，於必要範圍內接觸卷宗及證物」。

這在德國法也是一個熱門的問題。一種觀點認為，對於通常未受過法律教育及無豐富訴訟經驗的參審員來說，卷宗可能會侵害直接審理原則及言詞審理原則，特別是記載偵查結果的起訴書，因為參審員僅能認知卷宗上的陳述，而不能了解卷宗內容是否應被直接審理原則所排除，若卷宗資料依直接審理原則應被排除而參審員依然自其中得出心證，則已違背直接審理原則¹⁶。

另一種觀點認為，既然參審員與職業法官權限相同（§ 30 I GVG），參審員同樣需要為審理前之準備，同樣也可以向被告、證人及鑑定人等發問，則參審員亦有接觸卷宗資料之必要，特別是在某些爭點，若不允許參審員接觸

¹⁶ Vgl. Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 5 Aufl., 2008, § 30, Rn. 3; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 6 Aufl., 2008, § 30 GVG, Rn. 2; Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 25 Aufl., 2003, § 30 GVG, Rn. 4.



卷宗資料，參審員將難以行使其發問權限，如證人是否有得拒絕宣誓之情形存在（§ 60Nr. 2 StPO）、是否有拒絕證言權（§ 55 StPO）¹⁷。

德國聯邦最高法院原採第一種觀點，認為不應使參審員接觸卷宗¹⁸，不過在晚近之判決中，聯邦最高法院似乎是基於職業法官與參審員間平等之考量，認為將部分卷宗交給參審員（具體而言：如監聽譯文），作為在審判期日證據調查時促進理解的輔助方法，會與直接審理及言詞審理原則是相協調一致的¹⁹。

在我國，縱使將觀審員設計成僅是提供建議給職業法官之人，因其仍須於評議時對事實、法律適用及量刑提出意見（觀審草案 § 56 I 參照），故仍有接觸卷證以輔助形成心證之需要。

就觀審員之審理前準備而言，觀審草案允許觀審員接觸起訴書，而起訴書為集偵查資訊於大成者，載有「犯罪事實及證據並所犯法條（刑事訴訟法 § 264 II ②）」等資訊，對於未受過法律教育及無豐富訴訟經驗的觀審員來說，應非妥當，而且也與立法理由自相矛盾。本文認為，法院只要就觀審草案第47條第1項所定事項提供書面給與觀審員即可，並且應著重於程序如何進行之介紹，於實體事項僅就重要爭點為介紹並且無庸指出依憑之證據，如此相較於提供起訴書而言，較能確保觀審員之心證出自於法庭上之言詞辯論。就審理中之卷證接觸，參酌德國法，應認為以「輔理解審理活動」為範圍容許觀審員接觸卷證。

就職業法官而言，觀審草案第45條第2項設有例外規定，加上起訴書本來就不在同條第1項排除之列，所以實際上職業法官似乎還是可以有充分的審理前準備，考量到職業法官所受教育與訴訟經驗較為充足，觀審草案對此之設計

原則上可以贊同。

三、職業法官專有之權限

在職業法官之評議觀審員之意見僅供參考，已如前述，不復贅述。

另外值得注意的規定是觀審草案第50條：「關於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，專由法官合議決定之」。換言之，這些事項是專屬於「職業法官合議庭」之權限。並且，參照觀審草案第43條立法理由：「行準備程序時，受命法官應就各該證據適格要件之存否或有爭議之意見，為必要之調查，然後再由受命法官將調查所得，併同證據能力或調查證據必要性有無存有爭議之證據，交由法官三人以自由證明法則合議決定之」。可知「職業法官合議庭」之權限亦及於準備程序。

就此可分為兩個層次討論：第一層次，是否此等事項皆僅應由職業法官決定之？第二層次，如僅由職業法官決定之，則準備程序中就證據能力有爭議時，應由受命法官自行判斷或由三位職業法官合議決定？

就第一層次之問題，觀審草案第43條立法理由似乎已經可以大概知道其原因：「為避免觀審員於審判期日參與審判時接觸之證據，摻雜無證據能力或調查證據必要性，或證據能力及調查證據必要性有無不明之證據，造成欠缺法律專業及審判經驗之觀審員因而產生混淆、無所適從、無法正確形成心證之危險，進而造成人民觀審制度的失敗，是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」。簡言之，因為觀審員欠缺法律專業及審判經驗，故

17 Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 5 Aufl., 2008, § 30, Rn. 2.

18 Vgl. Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 25 Aufl., 2003, § 30 GVG, Rn. 5.

19 Beulke, Strafprozessrecht, 11 Aufl., 2010, Rn. 408.



就特別需要法律專業之事項限縮其權限，為可考慮的立法設計之一。不過必須指出的是，這樣的預防措施效果相當有限，因為檢辯雙方未於準備程序終結前提出之證據，於審判期日仍可提出，而可能提出後被認定為「無證據能力」；不過基於發現真實的公益要求，不可能禁止檢辯雙方於審判期日提出新證據。可以考慮的方式是，為避免觀審員心證受到無證據能力之證據不當影響，審判長「應」隨時為必要之釐清或闡明（觀審草案§38）。

就第二層次來說，此為刑事訴訟法原有之爭議²⁰，最高法院96年度台上字第3481號判決即曾認為：「刑事訴訟法第二百七十九條、第二百七十三條第一項規定之準備程序，其功能在於過濾案件及篩選無證據能力之證據，避免無證據能力之證據進入『審判庭』，影響法院對事實認定之正確性。是以傳聞證據有無證據能力，應於準備程序經控、辯雙方、輔佐人陳述證據能力之意見後，由受命官依同法第一百七十一條之規定先行調查各該要件之存否或有爭議之意見（刑事訴訟法第一百五十九條之二要件之調查除外），並留供由合議庭為評議判定（受命法官僅有調查權，並無判斷權）」。

在這個問題可以有兩個思考的方向，一種是從「因為是審判核心事項，故應由合議庭決定之」來思考，故認為個別法官不能自行決定，上述最高法院判決似乎即採此種看法；另一種看法認為²¹，審判期日法庭中所呈現之證據若屬與案件無關聯之證據（即無意義之證據），或屬自始不得提出於法院之證據（如無證據能力之證據），除將造成法院進行無意義之程序外（無關聯之證據即為顯例），亦會造成法官對事實產生偏見或污染其往後心證之形

成（無關聯之證據雖亦可能產生此種現象，惟對於傳聞證據、違法蒐集之證據、無任意性之自白等無證據能力之證據，法官最容易產生此種現象），尤其是，無證據能力之證據一旦進入法院之後，嚴格而論，非但造成訴訟程序之浪費，亦會陷被告於不利之地位，而有違無罪推定原則與公平法院之理念。簡言之，為避免公判庭形成偏見或心證受污染，應於準備程序由受命法官決定證據能力之有無。

本文認為，雖然職業法官所受法律教育與訴訟經驗較為充足，但專就無證據能力之證據資料而言，職業法官之心證也會受到影響，甚而正是因為其有豐富訴訟經驗，所以可以輕易地「實際上已受到無證據能力證據之污染，但表面上以其他有證據能力之證據為認定事實之基礎」，使被告縱使上訴也難以指摘其判決，因而如果能由受命法官單獨排除無證據能力之證據，減少其他職業法官受污染的機會，應該還是利大於弊。

柒、觀審審判案件之上訴

刑事程序，乃環環相扣之程序，故容易「牽一髮而動全身」。當第一審採人民參與審判程序時，第二審就不應再採「覆審制」，否則人民參與之成果容易遭受到上級審的全面威脅。

觀審草案第66條因而規定：「行觀審審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於人民觀審制度之宗旨，妥適行使其審查權限」。不過此條文顯然屬於訓示規定，而且如何適用相當不明確。

以目前觀審員意見僅供參考的第一審設計來看，上級審尚無隨之修訂之急迫性，不過將

20 參照：林俊益，刑事訴訟法概論（下），2011年，頁247、256。

21 黃朝義，修法後準備程序運作之剖析與展望，月旦法學雜誌，113期，2004年10月，頁25-26。

22 未來有進一步擴大人民參與之可能，參照：司法改革新紀元——司法院蘇永欽副院長談「人民觀審制」，軍法專刊，57卷4期，2011年8月，頁12。



來若擴大人民參與之程度²²，則上級審應考慮改採續審制或事後審。

捌、「人民參與審判」之未來展望

雖然本文對於觀審草案有以上種種看法，但也必須承認，制度運作的成敗不僅是決定於法條內容如何，還要考慮實際運作方式、社會文化是否能接受等等因素。而且雖然存有這些不確定性，但至少我們可以知道的是，近年來

司法院對於刑事程序的改革已經做了許多努力，雖然許多事項有各方面的考量、折衝而未必能一次到位，但也持續在進步，而且是進步神速。以這次觀審草案之推動而言，可以說是確認了我國未來數十年將朝人民參與審判的方向嘗試前進，從這個角度來看，觀審草案實有其歷史意義。如果這個草案能通過，未來進一步立法容許人民為更多的參與，應該也是可以期待的。



評論人講評

司法院「人民觀審試行條例草案」之研究

所長：

謝謝家榮的報告，人民觀審試行條例，司法院才通過沒有多久，現在正送請行政院會銜當中，還未送立法院，馬上就此一問題來討論，其實可以參考的資料並不是很豐富，不過寫的蠻深入，非常不容易。今天特別請到司法院刑事廳林廳長來作講評，原因是這條例是他的傑作之一，也是催生者、推動者、溝通者，當然有很多辛酸史，也有他們的構想，也利用這次機會，很難得給大家第一手的資料，請林廳長來給我們指教。

林廳長俊益：

謝謝所長，我從75年在臺北地檢署當檢察官時就一路追隨所長，家榮是我在政大兼課時的課輔助教，非常嚴格，能夠在最短的時間內，把觀審條例的特色作說明，有需要改善的空間也指出來，非常感謝。非常感謝所長挑此題目作為這次新興法律問題學術研討會的重要議題。

如同家榮所說：「人民參與審判」，各位想想一個事實，全球有七、八十個國家都有，講的出來有名的國家都有，像東北亞的日本、韓國，大陸也有，那臺灣要不要有？事實上，司法院從民國75年開始研議讓人民參與審判，第一個階段從75年到88年，林洋港先生當院長時，當時稱「實行參審施行條例」，請行政院表示意見，行政院以憲法第80條規定，法官才能判決，「決」才能作決定，所以實行參審施行條例有違憲的顧慮；第二階段為88年開始研議專家參審試行條例，一樣詢問行政院，也是有違憲的顧慮。所以95年、96年司法院轉換為不仿德國的參審制，而仿日本的「國民參審試行條例」，但還是不行。所以這次司法院新的執政團隊拚下去，無論如何都要人民來參與審

判，但違憲的「決」字怎麼辦？家榮採很多學者的多數看法。其實讓人民參與審判，在我國憲法應沒有違憲，但法務部、行政院都說不可以，像現在我們的觀審，其實就是準參審，跟參審都一樣，只是最後沒有表決權而已。

現在司法院要讓人民參與審判，用「觀審」的名詞，很多學長會聽到一些批評。其實，每個國家都量身打造讓人民參與審判，日本稱為「裁判員制度」，因為法官稱「裁判官」，人民稱「裁判員」，那是松偉浩也教授命名的；韓國稱為「陪審制」，是國民參與審判，所以我們用觀審量身打造，名詞不重要，我們重視的是實質。當然很多學長會覺得，為何要讓人民參與審判？現在臺灣的司法觀念低到不能再低，人民對法官做什麼都不相信，認為黑箱作業，所以現在要講透明化，讓人民參與，從頭參與到尾，所以觀審的順口溜是「人民參與審判，從頭參與到尾」、「從頭看到尾，是非對錯，人民說看看」。所以要讓人民來參與，而參與就是要透明，透明就知道了。

士林、嘉義地院都有辦模擬法庭，參與者都說：「天啊！法官怎麼那麼辛苦，怎麼要問那麼多證人，頭都暈了」。回去會跟子孫說以後不要做法官，會很辛苦，所以會一傳十、十傳百；大家會說法院有黑箱作業，其實不是，都是一個個證據詢問下去，因為透明，所以一傳十、十傳百。現在我們讓人民來參與，當然整個訴訟制度要改變，要讓人民聽得懂。現在的訴訟制度都是為法律人而設的，檢察官、法官、辯護人都是法律人，都講法律語言，現在老百姓要坐上來，一定要講人民聽的懂話，看的懂的展現方式。我不懂德文，曾經在一個偶然的場合中，有三位德國人說著他們的語言，感覺自己好像是空氣。一樣地，現在要



讓人民來參與審判，不論檢察官、法官，一定要講老百姓聽的懂的話，看的懂的方式來展現證據，不然就是把人民當空氣，這個制度就會失敗。所以我們的整個制度必須要做些調整，有一個很重要問題，就是有很多人像家榮在這篇文章很用心用很多德國的數據，要瞭解德國的參審是任期制，任期3年，所以它的思維模式跟日本、韓國的個案制不一樣，個案制的人民參與審判，都沒有閱卷的問題；但德國有閱卷問題，閱卷的目的是讓人民知道。現在我們的思維模式，就是要讓人民有尊嚴的來參與審判。這時，檢察官不要讓不懂法律的老百姓閱卷，這是不尊重，而是要觀審員有尊嚴的來參與，要非常熱情說明給觀審員聽。剛才家榮表示觀審員的意見僅供參考，不會的，會蠻嚴肅的。我們的法官跟觀審員的評議為兩階段4步驟，有罪無罪先來評一下，這時法官跟觀審員討論完，觀審員去決定有沒有罪，有罪去告訴法官。法官以前都是關起門來思考，現在觀審員認為有罪，會認真地思考，是有影響的，老百姓的意見對法官是有影響力的，而不是僅供參考。同樣地，有罪無罪認定完後，再來是刑度的問題，一樣地，觀審員跟法官共同討論，討論刑法第57、58條的事項，再來是決定判幾年？譬如觀審員多數決要判7年，法官要判6年，還是7年，會認真思考，當然有影響力。

剛才說「違憲」的問題，文獻上日本沒有違憲的問題，因為日本的憲法規定是由法院來審判，法院沒有規定組成的份子是誰，所以日本不會有違憲的問題。可是我國的憲法規定，法官依據法律獨立審判，就會有違憲的疑慮。當然，現今有很多人認為沒有違憲的疑慮，但亦有人認為有；韓國也是一樣由法官來判決，也充斥著違憲的疑慮，關鍵點就在於此。不要認為日本沒有違憲的疑慮，所以臺灣也不會有違憲，每個國家憲法不同，很多人說如果違憲就修憲即可，談何容易，沒那麼簡單。

再來是觀審員的人數，德國是任期制，3位

法官加2位老百姓，所以德國的參審制度被笑稱是花瓶；也是任期制的日本是3位加6位；韓國是3位加5位（簡易案件）、7位（普通案件）、9位（重大案件）。參審與陪審重大的區別在於：參審是分享，會坐在一起，如德國、法國、歐陸法系；陪審是分割，認定事實的權力割給陪審團，法官只認定有罪無罪，是不一樣的。我們臺灣為何是3位法官加5位老百姓，是要讓人民的聲音多一點，因為他沒有表決權，所以要讓他多陳述意見；一定要比合議庭多4位，如果2比2怎麼辦？要形成多數決很難，所以才要4位加1位為5位。

為何觀審員須23歲？我國20歲即為成年，憲法規定23歲有被選舉權，如果有本事，23歲就可以當立法委員，有人說20歲，有人說23歲，這是政策的選擇。今天非常感謝所長挑這麼棒的問題，相信人民參與審判一定是我們臺灣未來必走的路，10年、20年，一路走下去，各位一定會遇得到，讓我們共同來學習，開創新局，讓我們的人民參與審判，能夠穩健地踏出第一步，謝謝各位。

所長：

林廳長是最佳推銷員，讓大家對人民觀審制愈有信心，還有一些時間，讓同學請教提問。

施家榮：

首先感謝林老師的指導，其實我在入所時，自我介紹以往是個很衝的人，都是老師的包容，非常感謝。

謹就老師的評論作回應，首先印象最深刻的是，對於老師提到人民參與審判一定是未來的走向，十分贊成。想到一個比喻，就像百米衝刺的第一步，以百米來看，雖然是很短的一步，但是我們可以想，今天談到人民參與審判之後，會不會有執業的法官站出來說：「我們執業法官那麼好，為何還要人民參與審判？」不會有。在這種氛圍下，其實這草案一旦通過，將來這幾十年，所謂的參審與陪審，都是



大家未來必須不斷努力去思考、比較、學習的方向，這是對老師講解的回應。

老師有提到「讓人民聽的懂的話」，覺得是個很棒的地方，不僅是對觀審員，對旁聽的人，而且還要強調這是對被告評審權的一個實質的保障。如果被告讓他來參與審判，可是對討論的任何法律意見，完全聽不懂，那麼評審員只是虛有其表，所以呼應老師的話，「讓人民聽的懂的話」是有必要的，不僅對觀審員、旁聽的民眾，其實對被告是有重大的影響。

至於影響力部分，老師認為觀審員的意見依然是有影響，個人認為這是一個上級審可以發揮的地方，雖然在草案提到上級審只有一條，但事實上，草案的立法理由有提到，如果對於參與人民的意見，法官沒有做確實的回應，這是一個上訴的理由，即上級審可以發揮影響力的地方，謝謝。

所長：

非常謝謝家榮的回應，簡單作以下的結論讓大家參考：

第一點：司法院非常用心回應人民的期待，也想要拯救司法在人民心目當中的信賴，除了操守問題以外就是要透明化，草案目的要強調透明化，不過是當前的透明化。但是，如果把它格局放得更開來看各國制度背後的價值，再看制度的選擇，到底試行之後應該何去何從？所以必須要去看到底有那些制度。方才林廳長有提到英美法（Common Law System）採grand jury或petty jury，其產生背景在原始的時候，其實是對王權的不信任，是人民抵抗王權。現代已經沒有王權，所以現在把它變成司法民主化，來架構人民參與的理論。剛才會提到世界各國有那麼的國家會有人民參與，並不是反對王權，所以很多民主國家也有這些類似的人民參與審判，這是一個潮流，我們必須要相信。但因為我們受限於憲法不同的解釋，到底要採那一種模式，可以符合我們的合憲性也好，或是人民對於制度的感情也好，要考量很

多模式的選擇，當然英美的grand jury它的目的不是在所謂真正審判，而是在節制檢察官的濫權，是偵查要不要起訴裡面一個審查制度，由人民參與是非常澈底的民主化。

第二點：petty jury才是真正審判的參與。它採分工：一是事實的認定，另一是法律的適用，讓法官成為真正「法」的官，人民就是事實的決定者，這是英美的價值。在大陸法系非常複雜，有各種不同，最典型的是德國的參審制，lay judge稱為法官，不知為何稱法官？是否受到憲法限制，所以沒有違憲的考量，也就是說職業法官（professional judge）也有lay judge，他不是職業法官，是有任期的；我國憲法第81條保障法官終身職，是不是憲法容許有所謂職業法官與平民法官，有無此種概念，可能也要考量，我們到底可不可以採德國的形式？另外，日本最近5年的制度，所謂國民裁判員制，去年12月下旬時，日本最高裁判所認為是合憲，它的條文雖然跟我們不完全相同，但構造是一樣的，這是給我們一個比較法上面的依據，其實是有利於司法院，所以這是個趨勢。日本採行的模式，日本能不能接受，還在考驗當中，推動此制度的井上正仁，是東京大學法學院的院長，他認為自己會成為日本司法制度英雄，即表示他非常有信心，我對日本的社會環境不是很了解，當然仍給予最大的祝福。現今最新的是韓國，到底名稱要稱什麼？大家也不搞清楚。如果因為現在都要英文化，不知道現在司法院把「觀審」兩個字的英文講法是如何？據瞭解美國除了jury trial外，還有諮詢性的陪審團（advisory jury），即法官可以依職權要求籌組諮詢性的陪審團，諮詢性的陪審團可以提供意見，但沒有拘束力，僅供諮詢，美國有一部分的州是採行此模式，韓國即比較偏向此諮詢性陪審團的制度。我國司法院兩位院長、副院長就職時曾被立法委員詢問「觀審」的意義，用「觀審」很容易讓人感覺是旁聽，所以有人認為與其在旁邊看，倒不如



用轉播的方式，讓更多人可以參與，所以此用語是否非常好？其實看整個條例的草案，有一點類似但也不完全是諮詢性的陪審團，還是要回應，不是僅供參考，對於觀審員的意見如果不採，裁判書上要有批駁，是不是完全像諮詢性陪審團？有何不同？全世界有那麼多制度供我們選擇的態樣，我們如何去選擇呢？首先是「合憲性」問題要去考量，依個人看法沒有合憲性的問題，與家榮的想法一樣。憲法的規定並不是這樣，因為國民主權才是憲法的最高原則，為什麼要用憲法剝奪讓人民自己參與司法的權力，這是講不通的，絕對不可以如此。第二是成本考量，如果成本愈大，此制度的不可行性愈高；第三是社會結構到底適合那一些；

第四是國民素養與國民參與司法的熱忱度到底如何；第五是國民對司法制度的感情到底在那裏，因為現在都不相信，我們到底要採取那種模式？司法院跨出第一步是要透明化，想讓大家先認識司法，但我不知道觀審試行規劃3年要達到目的到那裏？接著第二步要走到那裏去，這非常值得我們參考。

家榮此篇文章採懷疑論到後來回歸正軌，其實蠻有技巧，這是一篇非常好的論文，剛才老師有指教的地方，能夠再融入進來，讓論文更加有價值。今天再度謝謝林廳長給予我們這麼精湛的評論，下次如碰到賴院長，建議應該要全省走透透，推銷司法院的政策，再次表示感謝之意。