

東海大學法律學研究所

博士論文

指導教授：陳運財博士

公民參與刑事審判之研究

A Study on Citizen Participation in Criminal Trial



研究生：莊杏茹

中華民國一〇二年七月卅日

摘要

本文研究動機源起於思考公平審判之內涵與無罪推定之定義，二者如何透過公民參與刑事審判予以擔保，及彼此間之關聯性問題。當代刑事司法受法系傳承與社會文化價值影響至深，社會精神、物質文明高度進步，與傳統封建高權壓迫不同，公民參與刑事審判應從實質正當法律程序之觀點，整體思考，調整公民參與刑事審判與刑事訴訟制度之配套嵌合，如何具體可行性，使個人生命、身體自由不致因程序不公、程序保護密度不足，而受侵害。本文以公民與政治權利國際公約第 25 條公民權為公民參與刑事審判制度之法理，調和公民權與司法權之行使，強化司法與公民社會的溝通，闡明公民參與刑事審判深化司法正義，反映公民意識於審判，受社會支持與理解，具司法民主啟蒙社會大眾關注奉獻公共事務的意義。公民參與刑事審判之於我國社會價值不在於歷史基礎，而是表現社會發展的理性思惟。我國公民參與刑事審判之態樣選擇若以公民權之實踐為核心，強調公民參與擔保正當法律程序，公平審判之社會價值，以舉證責任、經驗法則、論理法則之判斷為核心，強化證據能力有無及證據判斷之證明活動應受公民監督、保護人民免受公權力不當迫害、反映國民文化意識活動三大理念，確立公民參與刑事審判制度之立法精神，擔保當代刑事司法裁判證明力之判斷信用性，立法二元發展，比較檢討輕罪與重罪之適用效果，以實踐說明公民參與刑事審判存續意義，公民參與刑事審判表現真實與社群知識溝通，考慮證明力說理乃是證據評價的目的，有效的參審庭組成與表決原則，建立超越合理懷疑的定罪標準，以合理的公民參與比例與法官互為擔保，支持無罪推定，並規範合理的審判庭參與成員說明參與審判之實益，呼應上訴審論理與法制結構發展，定位公民參與審判之目的功能，使整體審判活動更為經濟、妥速，復增益審判信度與效度，實係累積國家社會不可或缺之司法利益。

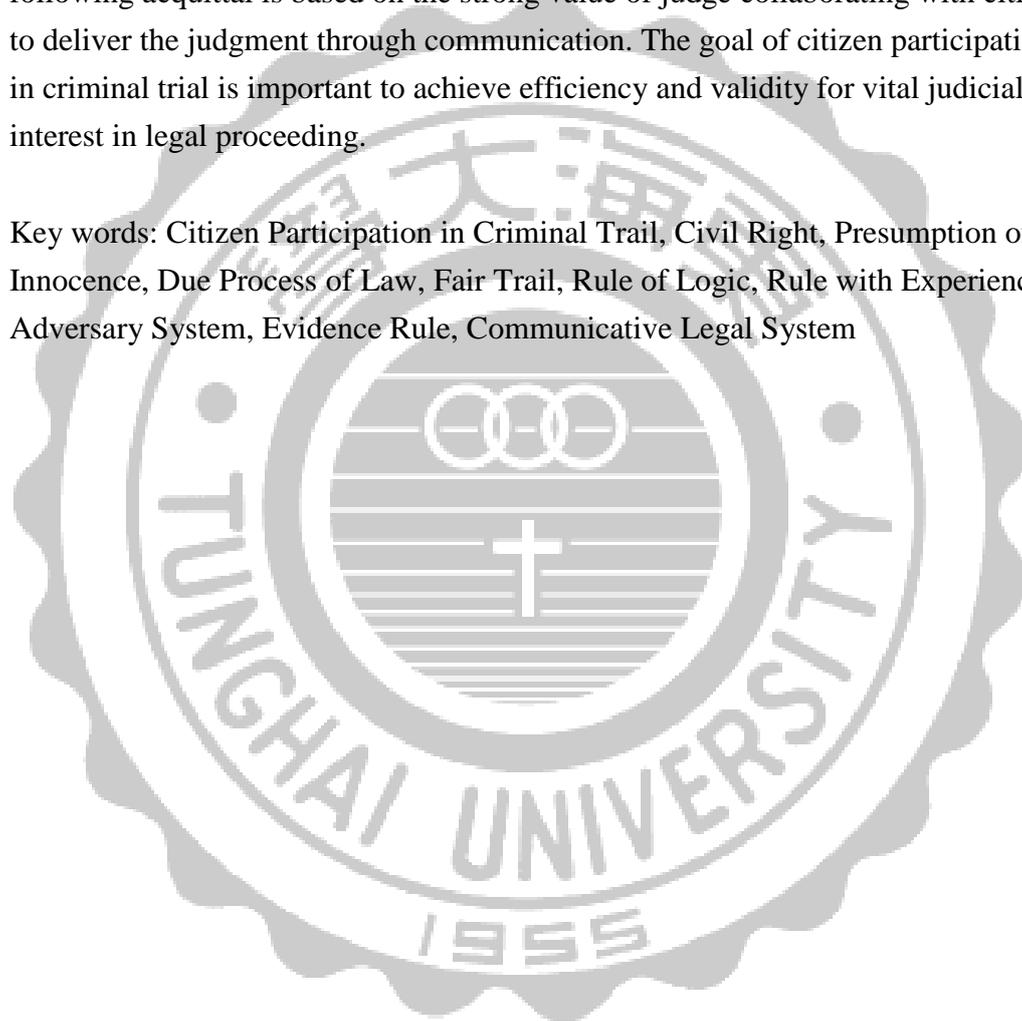
關鍵字：公民參與刑事審判、公民權、無罪推定、正當法律程序、公平審判、經驗法則、論理法則、當事人進行模式、證據法則、溝通式司法

Abstract

My motivation of conducting this study resulted from ceaseless pondering on what are fair trial criteria and the meaning of the presumption of innocence; how does citizen participation in criminal trial ensure the effect of fair trial and presumption of innocence in practice are associated between the issues. The modern criminal justice system has been formed by social culture and tradition of variant legal models. With civilization of social development, the meaning of incorporation lay voice into criminal justice systems would be differ from the oppression from feudal society. The arguments in favour of and against citizen participation in criminal trial must have attached considerable value on the perspective of due process and fair trial to introduce citizen participation to our legal system. To proceed with any proposal for introducing citizen participation in criminal trial in the system, we shall also to examine fact-finding practices in criminal proceedings to adjust criminal procedure law being feasible. All the factors must be duly considered, because life and liberty of any individual required extremely strict protection within criminal justice which can not be violated. Civil Right in article 25 under ICCPR provided the legal status for equal participation to public affairs. Citizen participation in criminal trial guarantees the both of civil right and legal right are effective reflecting the communication between adjudication and society which are valued most for citizen to understand criminal justice. It also enlightened democratic legitimacy of the legal system promoting public participation for civil society. Our social value of lay adjudication demands of rational inquiry with social development but far away from legal culture. To consider the model of citizen participation in criminal trial, it is to be noted that civil right and obligation of citizen should be integrated by certain practices enhancing judge and citizen should work cooperatively to secure due process and fair trial. Capacity of citizen is compatible of burden of proof; rule of logic and with experience that they are careful consideration of all the relevant evidence to make judgment with judge cooperatively. Enhancing evidential rule and rule of proof shall be ascertained justly determined by citizen that protecting the citizen from public power abuse and reflecting the culture conscious of citizen to secure the spirit of citizen participation in criminal trial. Citizen participation is construed to guarantee a reliable legal judgment based on precise standard of proof required. On the other hand, the extent of criminal trial open up for citizen participation should also consider to be divided into serious felonies and misdemeanor that explained the effects of design because the practice demonstrated the sustainable value of citizen participation in criminal justice

system. Citizen participation in criminal justice is based upon a relativistic and communitarian theory of knowledge. Consider the object of proof with logic and reasons is the heart of evidence evaluation. The presumption of innocence is associated with rule of evidence that doctrine required reasonable form of tribunal and rule of vote determination of whether the beyond reasonable doubt is reasonable accepted. In the choice, the configuration rationales and vote rule examine the principle of the presumption of innocence leading to a determination of guilt should be carefully to design. The absolute barrier to a second prosecution following acquittal is based on the strong value of judge collaborating with citizen to deliver the judgment through communication. The goal of citizen participation in criminal trial is important to achieve efficiency and validity for vital judicial interest in legal proceeding.

Key words: Citizen Participation in Criminal Trail, Civil Right, Presumption of Innocence, Due Process of Law, Fair Trail, Rule of Logic, Rule with Experience, Adversary System, Evidence Rule, Communicative Legal System



謝辭

感謝千般。

雲無留跡，物華依舊，外婆感謝永在。

親愛的爸爸媽媽，堂前承歡，深恩在心，不忘庭訓。謝謝始終鼓勵還見山小月更遠。

求師東海，今日流霞，多謝聞道與相從。

行路所遇，感謝知遇。



癸巳年七夕

簡目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 文獻回顧.....	3
第三節 研究範圍之限制與研究方法.....	12
第四節 論文架構.....	15
第二章 公民參與刑事審判的理論基礎與功能	23
第一節 前言.....	23
第二節 以公民權定位公民參與刑事審判之法理基礎.....	24
第三節 公民參與刑事審判與公平審判之關聯.....	54
第四節 正當法律程序與公民參與刑事審判.....	65
第五節 結語.....	77
第三章 公民參與刑事審判態樣之比較分析	79
第一節 前言.....	79
第二節 以美國陪審制為例.....	80
第三節 以日本參審制為例.....	95
第四節 陪審參審雙軌制—以丹麥為例.....	110
第五節 法制選擇適用之比較檢討.....	116
第六節 結語.....	127
第四章 公民參與刑事審判適用案件範圍研究	129
第一節 前言.....	129
第二節 以重罪適用為主的外國立法例.....	131
第三節 我國公民參與刑事審判案件適用類型分析.....	136
第四節 比較檢討.....	175
第五節 結語.....	182
第五章 參審法庭組成理論及表決原則之關聯性	185

第一節 前言.....	185
第二節 參與資格與選任問題.....	186
第三節 參審庭之成員比例配置與表決原則論理.....	202
第四節 結語.....	223
第六章 公民參與刑事審判權限與義務之理論及實踐	227
第一節 前言.....	227
第二節 陪審評議與證據評價.....	228
第三節 參審員權限	237
第四節 陪審員與參審員參與權限之比較檢討.....	248
第五節 從比較法觀點論公民參與刑事審判之言論自由及守密義務	256
第六節 結語.....	262
第七章 論我國研議公民參與刑事審判—兼評人民觀審試行條例草案.....	265
第一節 前言.....	265
第二節 人民觀審試行條例草案之評析.....	266
第一項 公民權實踐與立法目的.....	266
第二項 觀審審判表意不表決之疑義	268
第三節 維護正當法律程序法制一元化.....	283
第四節 刑事訴訟程序的牽動影響問題.....	303
第五節 結語.....	321
第八章 結論	323
參考文獻.....	330

公民參與刑事審判之研究
目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 文獻回顧.....	3
第一項 公民參與刑事審判的正當性基礎.....	7
第二項 公民參與刑事審判之參與型態.....	9
第三項 公民參與刑事審判適用案件範圍.....	10
第四項 參審法庭之結構配置與職權.....	11
第五項 刑事訴訟程序的配套措施.....	11
第三節 研究範圍之限制與研究方法.....	12
第一項 研究範圍與限制.....	12
第二項 研究方法.....	14
第四節 論文架構.....	15
第二章 公民參與刑事審判的理論基礎與功能.....	23
第一節 前言	23
第二節 以公民權定位公民參與刑事審判之法理基礎.....	24
第一項 公民與政治權利國際公約第 25 條之解釋.....	24
第一款 聯合國人權事務委員會對公民權之解釋.....	25
第二款 國家公民參與公共事務之基本權.....	27
第二項 從國際法與比較法之合流論公民權.....	28
第一款 從國際法探討公民權內涵.....	29
第二款 公民權條款溯源：以美國法為例探討公民權實踐.....	31
第三款 比較檢討.....	33
第一款 從公民權條款論我國憲法與公民參與刑事審判爭議問題.....	33
第二款 公民權對公民參與刑事審判理念發展之影響.....	45
第三款 公民參與刑事審判權利義務之思辯.....	50
第三節 公民參與刑事審判與公平審判之關聯.....	54
第一項 平等保護與審判獨立.....	54

第二項	公平審判與公平審判權.....	58
第一款	公平審判.....	60
第二款	公平審判權.....	63
第四節	正當法律程序與公民參與刑事審判.....	65
第一項	正當法律程序、法定法官原則與公民參與刑事審判之意義.....	65
第二項	無罪推定與公民參與刑事審判制度設計之關聯性.....	67
第三項	公民參與刑事審判制度適用問題.....	70
第一款	刑事被告的權利還是特權.....	71
第二款	強制適用之說理.....	73
第三款	以正當法律程序擔保公平審判.....	75
第五節	結語.....	77
第三章	公民參與刑事審判態樣之比較分析.....	79
第一節	前言.....	79
第二節	以美國陪審制為例.....	80
第一項	民權崛起與陪審法制發展.....	80
第二項	美國立國精神與陪審理論實踐.....	82
第三項	陪審制度理想與實務運作落差.....	85
第一款	當事人進行模式訴訟構造與陪審.....	85
第二款	陪審制的結構功能與優點.....	90
第三款	消失的陪審制.....	91
第三節	以日本參審制為例.....	95
第一項	槓村事件與參座審判.....	95
第二項	大正陪審法及其實踐.....	97
第三項	回頭或向前－選擇陪審或參審之爭議.....	101
第四項	溝通式司法之形成與運作.....	104
第一款	日本式參審制與裁判員參加刑事審判法.....	104
第二款	實證觀察裁判員制度初步運作.....	107
第四節	陪審參審雙軌制－以丹麥為例.....	110
第一項	陪審與參審雙軌制.....	110

第二項 制度運作與評價.....	113
第五節 法制選擇適用之比較檢討.....	116
第一項 陪審制、參審制、陪審、參審雙軌制之比較檢討.....	116
第二項 從公民權論述制度選擇.....	119
第一款 公民權之參與特性.....	120
第二款 公民實質參與和法官溝通合議.....	121
第三項 訴訟構造之檢討.....	122
第一款 法系傳統與參與態樣.....	123
第二款 法律文化與社會價值對法制之影響.....	126
第六節 結語.....	127
第四章 公民參與刑事審判適用案件範圍研究.....	129
第一節 前言.....	129
第二節 以重罪適用為主的外國立法例.....	131
第一項 義大利.....	131
第二項 日本.....	134
第三節 我國公民參與刑事審判案件適用類型分析.....	136
第一項 從參審公民之觀點分析適用類型.....	136
第一款 反映社會價值判斷.....	138
第二款 經驗法則與證據評價.....	142
第二項 從被告觀點分析適用類型.....	143
第一款 檢驗權利主張與社會失序之衝突.....	144
第二款 決定干預必要性與容認程度.....	146
第三項 從案件內容分析適用類型.....	148
第一款 案件內容涉公共利益與可受公評之概念.....	149
第二款 依法定刑輕重特定適用案件範圍.....	156
第四項、從司法審查與司法資源觀點分析適用類型.....	159
第一款 法制沿革與適用展望.....	160
第二款 地方法院實務運作問題分析.....	162
第五項 國際法對國內刑事司法之影響.....	167

第一款	聯合國反貪腐公約對國內法貪瀆罪之擴散效應.....	168
第二款	國際人權保護議題公共化.....	172
第四節	比較檢討.....	175
第一項	從外國立法例檢討重罪適用原則.....	175
第二項	制度運作問題分析.....	176
第三項	適用案件類型之建議.....	178
第五節	結語.....	182
第五章	參審法庭組成理論及表決原則之關聯性.....	185
第一節	前言.....	185
第二節	參與資格與選任問題.....	186
第一項	參與資格.....	186
第二項	不附理由拒卻制度.....	189
第一款	不附理由拒卻制度之發展.....	189
第二款	公平審判的調和機制.....	190
第三款	比較檢討.....	192
第三節	參審庭之成員比例配置與表決原則論理.....	202
第一項	參審庭結構配置分析.....	202
第一款	陪審團成員數問題之說理.....	202
第二款	參審庭成員數問題分析.....	204
第二項	無罪推定與表決原則論理.....	207
第一款	一致決原則.....	208
第二款	表決原則之爭議.....	211
第三項	比較檢討.....	216
第一款	公民與法官共同擔保表決結果.....	217
第二款	有效的參審庭組成與表決原則之意義.....	219
第四節	結語.....	223
第六章	公民參與刑事審判權限與義務之理論及實踐.....	227
第一節	前言.....	227
第二節	陪審評議與證據評價.....	228

第一項	1990 年 Arizona 州陪審改革議題.....	229
第一款	評議程序與陪審員解任問題.....	230
第二款	評議之獨立性與秘密性.....	233
第二項	陪審裁定不受司法審查.....	235
第三節	參審員權限.....	237
第一項	從比較法分析公民與法官審判資訊對等權.....	238
第二項	從 1966 年美國芝加哥研究論公民參與證據合理性判斷問題.....	240
第一款	無罪推定與公民實質參與審判之必要性.....	242
第二款	實質參與審判程序有利評議進行.....	245
第四節	陪審員與參審員參與權限之比較檢討.....	248
第一項	評議方式.....	248
第二項	以溝通合作解決評議權力分配與審判分工問題.....	249
第一款	公民獨立評議之缺失.....	250
第二款	公民與法官共同評議之優點.....	251
第三項	量刑問題.....	253
第五節	從比較法觀點論公民參與刑事審判之言論自由及守密義務.....	256
第一項	參與義務衝突.....	256
第一款	美國陪審員的言論自由與守密義務.....	257
第二款	日本裁判員的言論自由與守密義務.....	258
第二項	比較檢討.....	260
第六節	結語.....	262
第七章	論我國研議公民參與刑事審判—兼評人民觀審試行條例草案.....	265
第一節	前言.....	265
第二節	人民觀審試行條例草案之評析.....	266
第一項	公民權實踐與立法目的.....	266
第二項	觀審審判表意不表決之疑義.....	268
第三項	適用案件類型分析.....	271
第一款	觀審案件適用性問題.....	272
第二款	觀審案件適用類型區分.....	272

第四項	觀審法庭之選任與組成.....	274
第一款	觀審法庭成員之選任.....	274
第二款	觀審法庭之組成.....	275
第五項	觀審員參與權限與義務問題.....	277
第一款	觀審員參與權限問題.....	277
第二款	觀審員參與義務問題.....	279
第六項	上訴問題之檢討.....	281
第三節	維護正當法律程序法制一元化.....	283
第一項	觀審審判與通常審判程序之別.....	284
第一款	觀審審判禁止法官審前閱卷.....	285
第二款	公民與法官合議溝通修正書狀審理模式.....	286
第二項	準備程序.....	289
第一款	現行準備程序之進行方式.....	290
第二款	觀審試行條例草案規定之新型準備程序.....	291
第三項	法院於準備程序裁定證據能力有無之爭議.....	295
第一款	區別證據能力之性質與類型分於準備程序與審判期日處理.....	296
第二款	審判期日處理違法蒐證與自白任意性判斷問題.....	297
第三款	正當程序之維護與偵查效果問題.....	298
第四項	啟始陳述.....	300
第四節	刑事訴訟程序的牽動影響問題.....	303
第一項	偵查辯護法制化.....	304
第二項	起訴卷證併送問題.....	305
第三項	案件分流進行準備程序.....	307
第一款	證據揭示原則、證據能力爭議與失權效果之規範.....	308
第二款	準備程序中應確保被告受辯護人援助之機會.....	310
第四項	證據法則問題.....	312
第一款	貫徹檢察官實質舉證責任.....	314
第二款	傳聞證據例外適用之容許要件應修法限縮.....	315
第五項	公民參與刑事審判與上訴審結構定位分析.....	317
第五節	結語.....	321

第八章 結論323

參考文獻.....330



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

從訴訟目的思考如何建構公平、有效、正確發現真實的刑事訴訟程序，是刑事訴訟制度改革面對現行法制實踐缺失必須謹慎思索的基本命題¹。司法院研擬公民參與司法審判法制由來已久²，不同時代對公民參與刑事司法審判目的有不同的詮釋意義，我國刑事政策決定試行公民參與刑事審判之目的，原為使國民直接參與刑事訴訟之審判，促進司法民主化³，進而提升司法之透明度，反映人民正當法律感情，增進人民對於司法之瞭解及信賴⁴，以參與公民之多元意見，作出更符合法律意旨及人民法律感情之妥適裁判。另一方面，我國民眾對於參與審判高度期待與支持⁵，有必要將公民參與刑事審判法制化，使公民社會價值與司法人權保障機制聯結。惟各國文化傳統、社會結構不同，司法制度亦有不同，故發展公民參與刑事審判制度必先從其目的性、正當性、可行性、功能性與妥當性，求其定位，同時參酌社會文化與刑事訴訟結構特質，思考新的審判主體參與現行法制實踐的調整嵌合，如何因其參與使法制功能極大化，達成法制建置目的，使其有效運作。

司法意味著權力與價值投射，其功能不在親民，審判亦難止於至善，長久以來，人民對司法的信任關係始終黯淡⁶。法律做為社會控制機制，因人民的信任而存在，判決係事實認定與法律適用之結果，審判主體作成的裁判決定社會秩

¹ 有關刑事訴訟制度發展改革研究，參閱陳運財，刑事訴訟制度之改革及其課題，月旦法學雜誌，第 100 期，2003 年 9 月，頁 73-90。

² 關於公民參與刑事審判之司法作為，自民國 76 年開始，司法院已先後提出「刑事參審試行條例草案」、「專家參審試行條例草案」、「國民參審試行條例草案」、「人民觀審試行條例草案」。

³ 96 年 8 月 15 日國民參審試行條例草案第二稿第 1 條參照。

⁴ 101 年 6 月 14 日人民觀審試行條例草案第 1 條立法說明參照。

⁵ 「司法院人民觀審制度調查之研究」民意調查報告書 <http://www.judicial.gov.tw/revolution> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日

⁶ 有關司法人權觀感調查負面（44.9%）大於正面（30.3%），參考 2010 年台灣人權指標調查報告，摘錄於自由時報，2010 年 12 月 4 日，A6 版。司法公正實證調查結果，參閱瞿海源、鄭宏文，司法信賴的調查分析，收於澄社、民間司法改革基金會編，《司法的重塑--民間司法改革研討會論文集（一）》，頁 93-107。台北：桂冠圖書。<http://www.ios.sinica.edu.tw/hyc/essay/1> 出版論文/2000 你相信司法嗎.doc 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日；蘇永欽，當前司法問題的癥結，收錄於司法改革的再改革，月旦出版社，1998 年 10 月，頁 17 以下。

序的平穩安定，因此，不宜將公民社會(Civil Society)與法庭分離割裂，我國目前尚未實施公民參與刑事審判制度，如果我們認為，公民參與刑事審判之實踐表現國家法治發展進步的當代意義，有其社會價值，且重視人民對法院裁判公正性之感受，乃人民信賴司法之重要關鍵，誠然司法信賴無價，則應全力推行。

本文的研究動機源起於思考公平審判之內涵與無罪推定(The Presumption of Innocence)之定義，二者如何透過公民參與刑事審判予以擔保及彼此間之關聯性問題。無罪推定源於判例法系傳統，然同受歐陸法系與判例法系肯定，除廣泛為歐陸法系國家與判例法系國家內國憲法所繼受，更為國際人權公約所承認。兩大法系各有不同的法律傳統，司法實踐如何演繹適用此一原則，使社會接受，不應忽略推定(Presumption)之檢驗與不自證己罪之個人特權保障有關，更是國家負擔公平審判，確保證據裁判原則的重要責任。

無罪推定原則密接於證據法則，受公平審判權支持，公平審判權內容涵蓋獨立不偏的審判庭組成與被告防禦權行使保障。判例法系與歐陸法系在不同的法系傳統、訴訟構造下，如何解釋無罪推定，實踐人權保障的要求，必須透過合理的訴訟設計。狹義而言，無罪推定係謂被告審判結果受正當程序之保障，廣義觀之，則係禁止國家高權所持態度對審判結果存在預斷⁷。刑事訴訟之目的在於發見真實，犯罪偵查、訴追、審判，同為國家主導，然而事實之認定係就訴訟命題求證明，而訴訟命題之事實以社會事實為基礎，應思考以公民參與刑事審判方式判斷訴訟命題之疑問，形成確信，滋育公民社會人權保障共同價值的同時，使公民亦能理解、回饋司法體制案件負擔沉重、堅持客觀卻經常面臨主觀質疑的兩難。反省傳統權力制衡、權力分配的法制思維，討論公民參與刑事審判實踐經驗對當代司法啟示。

我國立於高度社會精神物質文明進步發展基礎之上，研議法制觀點，自應超越人權壓迫控制之思維，訴求有效可信發見真實的刑事審判程序，以理性的議論，審視公民參與刑事審判法制化的必要性。其中，最核心的觀點是，若能使公

⁷ John D. Jackson Sarah J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions* 218 (2012).

民直接、實質參與刑事審判，是否使司法實踐為人民接受尊重，有助形成公民社會客觀可驗證的人權保障經驗，建立共同發見正義的法律秩序⁸，表現司法與社會發展俱進的精神。

近三十年來比較刑事司法(Comparative Criminal Justice)成為國際間法學研究之重要領域，兩大法系合流發展，內國司法實務藉外國經驗思考相似問題的解決方式⁹。同時，判例法系與歐陸法系跨越傳統，訴訟法理念交流密切，公平審判原則更受國際人權法承認，重視其實踐。因此，檢視我國刑事訴訟制度之發展不應忽略國際人權法對國內刑事訴訟程序的影響。論者指出，在國際法架構下公民參與刑事審判與人權保障的對應關係，應重視如何承續無罪推定與公平審判的理念，展現於各國法制¹⁰，另一方面，在國內法架構下公民參與刑事審判與人權保障的內涵特質，如何與刑事訴訟程序配套鑲嵌，更應具體研究。基於不同的法理與立法政策，各國就刑事審判分別採行陪審制或參審制，乃至陪審制、參審制雙軌制，法理及政策不同，公民參與形式及權限亦有不同；參與權限不同，公民所受之制約亦應有所不同。職是之故，本文擬從公民權保障觀點出發，檢討何種參與型態合於我國訴訟結構？研究何種案件有必要反應公民意識，避免司法評價流於主觀恣意，區分適用案件類型，使制度存續發揮實益，擔保當代刑事司法裁判證明力之判斷信用性，復因公民參與刑事審判，使判決接受度提高，進而疏導訟源，節省上訴成本，且不致使公民心理負擔過重，開啟司法與公眾之思維對話，建立溝通式之司法，有助審判信度與效度品質，強化司法為公眾所信任之基礎。

第二節 文獻回顧

人民參與司法 (Lay participation in the administration of justice) 因審判主體參與之程度有別，功能不同，而以陪審制、參審制等類型，分別實踐於各法域。

⁸ 從社會的觀點解釋公民參與刑事審判可知，在社會上，法律命題是官方形式的法律，規範社區人民如何行為的知識，但正義是受公共同意的認識。Marianne Constable, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge* 65 (1994).

⁹ John D. Jackson and Sarahj Summers, *supra* note 7, at 1.

¹⁰ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*, 13 *Colum. J. Eur. L.* 83, 90-91 (2006-2007).

人民參與司法之理想在於促成人民透過程序參與互動，瞭解司法活動維護正當程序，關懷犯罪被害人，展現人權立國法治社會的體制秩序¹¹，故人民參與司法審判被譽為民主政治的基礎¹²。象徵國民主權思想的人民參與審判制度並非在1789年法國大革命之後方隨人權思潮崛起，只是，隨著歐洲大陸政治解放的民主理想，進而使公民參與司法審判成為美國與歐陸民主國家社會之重要價值¹³。英美及歐陸國家多已採行陪審或參審制度，近年來，日韓等國亦相繼移植參審或陪審制度促進國內司法民主化¹⁴，值得觀察後續發展，本文分別整理檢視國內外文獻研究論證公民參與刑事審判相關議題類型與研究重心，以國內文獻為主，再扼要對照參考國外文獻，探析制度理論、內涵流變與實踐問題，從文獻探討的問題面向，漸次形成研究的問題意識。

我國研議公民參與刑事審判制度多年未獲大成，以文獻研究議題分類，其間討論多重於法制正當性¹⁵，或涉參與態樣之辯證¹⁶，亦別有論述以正當法律程序與公平審判為核心價值，檢討我國刑事審判問題，思考公民參與刑事審判是否違反憲法對法官身分保障、影響審判獨立，或有悖於法定法官原則等重要問題¹⁷。如以政治解嚴為社會發展分水嶺，對照時間序列光譜更可發見，國內文獻研究公民參與刑事審判主題之方向與研究焦點在早期以英美陪審法制介紹為主，對參審制度討論不多。例如解嚴之前，最應重視的係實務界與學界承當時台灣省議會之決議「建議政府實施陪審制度，以防冤獄，而保障人權」，針對審判正確性與法院工作負擔為研議目的舉行座談會，開始我國刑事訴訟可否部份酌採陪審制度之

¹¹ 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，第180期，2010年5月，頁148。

¹² Sanja Kutnjak Ivkovi, Exploring Lay Participation in Legal Decision-Making: Lessons From Mixed Tribunals, 40 Cornell Int'l L. J 429,429-430 (2007).

¹³ Thaman Stephen, Japan New System of Mixed Courts: Some Suggestions Regarding Their Future Form and Procedures? St. Louis-Warsaw Trans'l 89,90 (2001).

¹⁴ 包括東亞的日本、南韓及位處中亞、前蘇聯瓦解之後的烏茲別克、塔吉克、俄羅斯；中南美洲的墨西哥、玻利維亞及南歐西班牙等國，相繼移植參審或陪審制度促進國內司法民主化。See Hiroshi Fukurai, Transcommunal Projects to Establish A System of Civic Oversight of the Government: People's Legal Participation and Power to Check the Government and Its Authority, Transcommunal Cooperation, 2008 <http://people.ucsc.edu/~hfukurai/>最後瀏覽日2013年3月22日。

¹⁵ 蘇永欽，參審制度有無違憲之研究，律師通訊，第113期，1989年2月，頁22-23；李念祖，實施參審制度在我國憲法上的幾個基本問題，憲政時代，第17卷，第3期，1995年1月，頁16-25。

¹⁶ 陳恭平、黃國昌、林常青，台灣人民對於國民參與審判之態度---以2011年《紛爭解決行為實證研究》預試調查結果為基礎，台灣法學雜誌，第177期，2011年6月，頁15-27。

¹⁷ 陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，法官協會雜誌，11期，2009年12月，頁58。

討論¹⁸。

各方研討意見並陳，分別指出建立陪審制度著眼於社會整體，反對以個案之失為慮等概念，亦有持論施行陪審的法治教育意義¹⁹，更有學者特別引日本二次戰前實施陪審失敗前例為鑑，說明陪審制度之缺失，期期以陪審不可為²⁰，會中另一重點則是以審判戰犯垂名法制史的石美瑜大律師就審判二次戰犯經驗事例，說明審判參與者身分容許性與容許地位問題²¹。日本戰犯酒井隆在廣東被執，移審於南京軍事法庭，英國政府認酒井在港殺死英人無數，為英國之罪犯，主張移審倫敦，石美瑜大律師則復之：戰犯既在廣東被執，英國無審判權。引渡受拒，英國乃轉而要求戰犯應接受陪審審判，主張另派 12 名英國法官充任陪審工作，石美瑜大律師以與法制不合回絕請求。為杜英人對審判公平之疑，惟仍允許 12 名英國法官席於庭上，見證公平審判，但其資格並非陪審員而是觀察員。此案在法制史上表現國家審判主權力抗外強之司法獨立精神，且其中寓意深遠，審判國有獨立審判權，而國家公民與外籍人士身分有別，觀察員與陪審員地位不同，陪審員有表決權，觀察員只能觀察見證，審判公開，許之見證無權參與，自與法理相符，惟目前司法院研議人民觀審試行條例草案，出現觀審員之名，其發想是否源此，不得而知。

直至 1980 年代中期，國內探討英美陪審法制議題另提出「重罪陪審」構想²²，將公民參與刑事審判問題之論述特定化。值得關注的是 1990 年代中期發展由外國立法例源起，溯源立法理念之研究觀點²³；具體言之，係從法文化與法價值的社會情感聯結分析理論建構基礎，除論述歐陸國家參審制度外，亦就美國陪審制度之現狀與問題進一步評析²⁴，觀察法系結構、訴訟理念、歷史文化等因素如何

¹⁸ 我國刑事訴訟可否部份酌採陪審制度，法律世界，第 11 期，1975 年 11 月，頁 12-23。

¹⁹ 前註文，頁 18。

²⁰ 前註文，姚瑞光發言，頁 21-22。蓋於陪審制度之下，法官得於陪審裁定前自為即決判決（Summary Judgment），或儘管陪審團既有裁定，法官仍得另作判決。此種認定不一致之問題，有干涉審判之疑，容易引發爭議。

²¹ 有關酒井隆事件說明參閱註 18 文，頁 20。

²² 耿雲卿，英美陪審制度簡介及其評估，憲政時代，第 7 卷第 1 期，1981 年 7 月，頁 73-79。
耿雲卿，論我國宜否採行陪審制度：兼談「重罪陪審」及「專家陪審」之可行性，法律評論，第 50 卷第 2 期，1984 年 2 月。

²³ 林永謀，德國陪審、參審採行之理念上觀察，法令月刊，第 46 卷第 1 期，1995 年，頁 3-7。

²⁴ 林永謀，美國陪審制度之理念與其迴避制度之問題，司法周刊，第 805 期，1996 年 12 月，第

型塑人民參與司法制度的結構功能。80年代到90年代後期，國內社會變遷快速，經濟成長支持民主改革，政治解嚴之後，法學研究自由化思潮大開，除了對公民參與刑事審判制度功能與國家法律傳統相關之研究，學界亦開始反省當前司法問題癥結，論者從實證觀點檢驗司法改革應掌握的問題方向，探討法律工具主義腐蝕司法的負面效應，呼籲司法決策考慮人民的觀點，從社會現代化角度討論司法做為社會控制機制面對之質疑挑戰，強調以社會科學的方法解決問題，修復個人、社會對司法形象的負面觀感²⁵，並從開放性定義討論審判權行使問題，分析公民參與司法之於正當法律程序、審判獨立、身分保障係憲法爭議或政策形成問題，進行決策檢討，建言試行²⁶。

東亞區域間法律移植繼受經驗交流密切，區域法制共同特徵乃是承續歐陸法系傳統，亦移植判例法系法律思維，發展各國國內法，日本在二次戰後接受判例法洗禮，體認繼受法制在日本蛻變及植根過程中所遇困境下應自省自發求改變²⁷，本世紀初新興之日本裁判員制度，係日本因應國際化、內國法律意識發展，關切變遷社會價值，因而調整審判結構及訴訟程序；支持刑事訴訟有效、可信之改革，該國對制度適用之憲法詮釋、法制配套，發人深省²⁸，也使公民參與刑事審判議題再次受到區域間法學研究之矚目。2009年4月、2012年5月東海大學法律系先後主辦「東亞刑事訴訟法制發展動向學術研討會」、「國民參與刑事審判制度學術研討會」，研討區域間同屬歐陸法系傳統的程序法制經驗具整合性法制特質，開啟法域間公民參與刑事審判議題經驗交流，實務則由司法院主辦公民參與刑事審判系列演講²⁹，透過議題研究兩大法系之訴訟法制發展比較，國內學界與實務聯合建立與國外研究、實踐對話平台，拓展比較法學研究視野，使國內學界、實務界對公民參與刑事審判的研究議題與內涵有更廣闊、深入的問題意識。

2版。黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，第194期，2011年7月，68-89頁。

²⁵ 蘇永欽，司法改革的再改革，月旦出版，1998年10月，13頁以下。

²⁶ 蘇永欽，前註書，頁79-87；99。

²⁷ 陳運財，論日本刑事司法制度之改革研究報告，東海法學，第20期，2004年6月，頁113-114。

²⁸ 陳運財，註11文，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度，頁148。

²⁹ 司法院邀請日本同志社大學三井誠教授、東京大學井上正仁教授、法國巴黎第一大學Jean—Marie Pontier教授，德國、韓國等多國學者來台演講公民參與刑事審判相關議題。

綜上觀察，關於公民參與刑事審判之研議論述，伴隨我國刑事訴訟法修法與社會共同經驗，從威權到民主的大環境變革，相關研究問題意識跨越法域、超越法系實踐經驗，日受重視，國內學界基於比較法學觀點，對公民參與刑事審判制度立法沿革、法制變遷、制度功能如何回應其國家司法、社會發展之歸納評價，對不同的政治結構、文化內涵建構司法體系特質，各抒所見，凡此對於法制正當性、法制選擇態樣等，自可提供深入研究方向³⁰，茲擇要將國內外公民參與刑事審判文獻研究探討問題說明如下。

第一項 公民參與刑事審判的正當性基礎

公民參與刑事審判之正當基礎何在？如何詮釋其法理，是比較法上論述的重點之一，乃至被認為是東亞國家具區域特性的憲法爭議³¹。國外研究成果多肯定公民參與判決評議對司法民主之意義較單純由職業法官合議之後的投票表決更具民主代表性³²。參照外國立法例，已有許多國家將公民參與刑事審判明定於憲法³³，使國家公民在公民參與刑事審判的制度設計之下，成為憲法人權保障的行動者，不是旁觀者。以美國陪審制為例，其法制精神在於直接挑戰司法孤

³⁰ 陳運財、何賴傑、李佳玟，人民觀審制之理論與實踐，台灣法學雜誌，第 193 期，頁 111-131，2012 年 2 月。

³¹ 井上正仁，日本裁判員制度現況與課題，司法院 100 年 4 月專題演講。
<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

³² Steven M. Warshawsky, *Opposing Jury Nullification: Law, Policy, and Prosecutorial Strategy* 85 *Geo. L.J.* 191,218-220 (1996).

³³ 歐陸各國將人民參與司法入憲規定，時間不同，丹麥採陪、參審雙軌制，陪審制源於 1849 年憲法規定，職司重罪審判。See <http://www.missionthimphu.um.dk/en/servicemenu/News/AddressInTheLegalFraternityOfBhutanByPresidentOfDanishSupremeCourtMrTorbenMelchiorOn19October2009InT.htm>(最後瀏覽日 2010 年 2 月 24 日)，1953 年丹麥憲法第 65 條規定人民必須參與刑事審判程序。比利時受啟蒙運動及法國大革命之影響，故於比國憲法第 150 條規定刑事案件必須受陪審審判。相關論述參閱 Marijke Malsch, *Democracy in the Courts Lay Participation in European Criminal Justice Systems*, Ashgate,33-36 (2009)。1920 年奧地利聯邦憲法第 91 條第 1 項規範人民參與司法審判之基礎，以憲法規定刑事訴訟陪、參審型態。參照 Dr. Marina Stöger-Hildbrand 2009 年 10 月台中高等法院，奧地利參審及陪審制度演講會議資料，許政賢譯，頁 5；美國聯邦憲法第 5 修正條文就人民參與司法定有明文。除歐陸與美國的參審、陪審實踐經驗外，1991 年俄羅斯修憲將陪審制度明定於憲法，See Sergey A. Pashin, *The Reasons For Reintroducing Trial By Jury In Russia*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 253 (2001);俄羅斯聯邦憲法第 20 條與 47 條保障人民接受陪審審判權利 See Stephen C. Thaman, *Questions of Fact And Law in Russian Jury Trials: The Practice of The Cassational Courts Under The Jury Laws of 1864 and 1993*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 415(2001);南非憲法亦規定應強制立法處理人民參與司法審判問題，See Milton Seligson, S.C, *Lay Participation in South Africa From Apartheid to Majority Rule*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 273 (2001);南美阿根廷早於 1853 年即將陪審制明文入憲，分見於第 24 條，75 條，118 條，其中第 75 條規定：國會必須立法施行陪審法制，參閱 Edmundo s. Hendler Social, *Integration and Lay Participation: The Situation In Argentina*,72 *Int'l Rev. Penal L.* 515 (2001).

傲獨立行使絕對權力，僅要求自我節制，卻不受公共監督之問責性³⁴，強調陪審不唯保障當事人權利，更確認代議士制訂的國家法律在個案的適用中是否為國民所接受³⁵。更有研究認為陪審產出的判決問責性(Accountability)，是較優於單一法官的判決結果³⁶，可見陪審制度內存法律運作的民主特質³⁷，也展現公民參與刑事審判擔保證明力推論的確信與維護基本人權的正當性。

法國大革命之後，歐陸引進陪審制度作為布爾喬亞(Bourgeoisie)對抗法國絕對王權的重要政治工具，衡平人權保障機制，也反應人民要求實踐司法正義的決心³⁸。從人民參與司法的目的反省公民參與刑事審判的社會意義，將國民主權理念貫徹於三權分立之憲政架構，除係發展公民參與刑事審判制度應有的認識，亦是強調人民對國家權力監督制衡的本權不容忽視，以此建構人民參與司法的正當性基礎³⁹。早期封建專制時代，所謂實現國家刑罰權的想法，是居於國家統馭優位的高權本位思考，忽略公民對社會公共事務共同參與的本權，而與司法公正及審判獨立之命題對立，亦有損人民請求法院依正當法律程序公平審判之權利⁴⁰。

其次，倘將各國民民主憲政體制與司法訴訟構造聯結分析，初步觀察得知刑事司法改革與政治民主發展過程關係密切。東歐共黨解體前的社會主義國家、南歐西班牙、葡萄牙、第三世界拉丁美洲國家，乃至於前蘇聯瓦解後的俄羅斯，在試圖努力嘗試建立民主國家與自由經濟的同時，也致力於司法改革，推行人民參與監督司法，而以陪審制、參審制、混合模式納入國家司法改革的內涵，出現在世人面前的是有別於傳統認識的陪審、參審實踐經驗⁴¹。一如John D. Jackson

³⁴ 公民參與審判作為權力制衡機制論述參閱 Richard O. Lempert, *The Internationalization of Lay Legal Decision-Making: Jury Resurgence and Jury Research*, 40 *Cornell Int'l L.J.* 477,483 (2007).

³⁵ Deborah A. Ramirez, *The Mixed Jury and The Ancient Custom of Trial By Jury De Medietate Linguae: A History And A Proposal For Change*, 74 *B.U.L. Rev.* 777 (1994).

³⁶ Anne Bowen Poulin, *The Jury: The Criminal Justice System's Different Voice*, 62 *U. Cin. L. Rev.* 1377,1388-1389 (1994).

³⁷ Tocqueville, *Democracy in America* (George Lawrence, trans.; J. P. Mayer, ed.,2000).

³⁸ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *supra* note 10, at 89.

³⁹ Valerie P. Hans & Neil Vidmar, *Judging The Jury* 31-35 (1986).

⁴⁰ 受法院公平審判的權利，是大法官未曾改變的宣示，參照大法官釋字 654 號、653 號、591 號、582 號、533 號、512 號、418 號、395 號、256 號等號解釋。

⁴¹ Stephen C. Thaman, *The Idea of The Conference*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 19 (2001).

與Nikolay P. Kovalev針對 40 個歐陸國家進行研究⁴²，二人於 2007 年發表之研究報告中指出，**歐洲理事會**會員國內具歐陸法系背景之國家其人權保障與民主歷史，有相當程度受到Karl Marx法學理論之影響，而以國際人權法之法理分析人權保障與公民參與刑事審判之關係，解釋公民參與刑事審判之正當性基礎，討論公民積極參與刑事審判制度所傳達之司法民主理念⁴³，此一研究結果也顯示，公民參與刑事審判的意識型態轉為社會集體對人權保障的重視，不再僅是傳統被告個人權利保護的問題。

第二項 公民參與刑事審判之參與型態

各國創設公民參與刑事審判立法理念不同，但公民參與刑事審判之參與型態應從司法參與之法理、功能、公民參與者之權限、參與成本，配合我國現行刑事訴訟程序，將社會意識反映於量刑，而為抉擇⁴⁴。比較法上，基於國家憲法規定、法理、立法政策，各國就公民參與刑事審判分別採行陪審制、參審制或陪參審並行制。如前所述，法理及政策不同，公民參與型態及審判權限亦有不同，而參與權限不同，公民所受之義務制約亦應有所不同。雖然公民參與審判之正確與否無從檢驗，但在參與形式上另一個可供對照證驗的問題是精簡審判期日對司法成本的影響，何種參與方式合於我國刑事訴訟結構，宜承前開法制發展經驗，分析各國司法實務問題與困難，定位參與目的與功能，決定有效參與方式。參與型態的選擇問題，在我國已議論多時，社會經濟環境，今非昔比，制度仍無實際行動，再多的檢討，不如研究參考國家公民對參與刑事審判之意向態度與認識，建立制度推行必要之說服基礎，使公民與國家共同履行基本權保障義務。畢竟，因公民參與公共事務，開啟司法與公眾思維之交流對話⁴⁵，累積國家社會不可或缺之司法利益，值得從整體訴訟目的，積極研議。

⁴² 直到 2006 年 12 月 1 日，歐洲理事會會員國(Member States of the Council of Europe)已有 45 個成員，而 John D. Jackson 與 Nikolay P. Kovalev 進行研究的時間從 2006 年 1 月到 5 月，針對其中 40 個會員國進行問卷研究。John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *supra* note 10, at 85 n4.

⁴³ *Id.* at 85-86.

⁴⁴ 林永謀，*刑事訴訟法釋論*（上），作者自版，2010 年 12 月，頁 56；陳運財，註 11 文，*國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度*，頁 149。

⁴⁵ 三井誠，*日本之裁判員審判運作與課題*，司法院「日本裁判員制度施行現狀」專題演講會議資料，100 年 4 月，頁 1。

第三項 公民參與刑事審判適用案件範圍

除前開兩大特定議題之外，國內歷來少有文獻探討公民參與刑事審判案件適用範圍、類型等問題，或深入討論何種案件因公民參與刑事審判有助達成制度立法目的，何種案件合於公民參與，不致使參與者心理負擔過重。但在法院判決屢與社會期待發生明顯落差情況下，學界開始建議宜立於刑法倫理非難性之核心內涵基礎上，思考國內司法改革應有之回應，於形式標準之外，就所涉犯罪性質與訴訟制度衝突之利益衡量，研討適用公民參與刑事審判案件類型⁴⁶。

從公平性、權利性與公民參與刑事審判之意義思考，制度設計應求普遍適用，但期待制度有成，涉及國家政治經濟、社會文化、司法體制，主客觀複雜因素，難期一一評價，施行之初，宜先檢視特定案件先行適用之可能，基於受公民監督之必要性、保護人民免受公權力不當迫害之觀點、反映社會文化意識活動之案件，優先列入公民參與刑事審判制度適用範圍⁴⁷，以呼應公民參與刑事審判制度的立法意旨。如果公民參與刑事審判制度功能首先定位為「強化人民對司法之信任」，則必先思考，人民是否對所有的司法判決都不信任？或僅對部分犯罪類型之判決不信任？對何種犯罪類型之判決不信任？因之，若僅為強化人民對司法之信任，則適用公民參與刑事審判之案件範圍，實不應加以限制，而宜將所有案件全面適用公民參與刑事審判制度，復從司法民主化之觀點分析，所有案件亦應依比例，實質分配適用，由公民參與刑事審判，表現司法民主化理念⁴⁸。

不過，相對考慮公民負擔、法院設備、經費支出等資源分配問題，務實面對司法經濟性，累積司法公信之目的若要達成，可在現階段開始公民與法官協力溝通參與司法審判之基礎，部分開放適用公民參與刑事審判案件，不但使公民了解司法審判任務備極辛勞，亦有助司法與公民之多元觀點互作溝通，將社會通念具體反應於判決，以折衷方式漸次達成立法目的。

⁴⁶ 蔡蕙芳，從一般人民參與刑事審判之功能論適用國民參與刑事審判制度之案件類型，月旦法學雜誌，第 216 期，2013 年 5 月，頁 197-198。

⁴⁷ 陳運財，註 11 文，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度，頁 140。

⁴⁸ Marijke Malsch, *Democracy in The Courts Lay Participation In European Criminal Justice Systems* 23 (2009).

第四項 參審法庭之結構配置與職權

再者，在國內有關公民參與審判之職權與審判庭組成之研究，也尚稱不足。亦即由公民參與刑事審判，對於刑事判決妥當性有無助益，基於何種比例組成的參審庭較具理性客觀代表性？同時，探討拒卻制度之功能與設計，其目的、功能與必要性如何、是否得以避免司法主觀流弊？另外，依案件法定刑規定之輕重，調整參審庭結構，是否得使制度實踐更具實效？尤其，有關定罪量刑方面，本於國外司法實踐發展之表決方式與參與職權內容說理，值得深入分析，將有助於支持無罪推定之說理、解釋被告回歸社群之終極意義，使司法形象在客觀上更有確信。此外，參審法庭之結構配置與公民參審職權，更涉及上訴救濟的法理基礎，有助闡明被告與檢方上訴權法理依據之合理規範，調整上訴審構造，建立深入探討訴訟構造救濟本質的必要說理。總之，公民參與刑事審判之組成及其權限並非隨意拾掇形成，而須與刑事訴訟公平審判、發見真實的構造設計對應，使公民參審者主體性的實質參與審判程序、評議、裁決，方是公民參與刑事訴訟的核心價值⁴⁹。

第五項 刑事訴訟程序的配套措施

理論上，公平的審判結果係由公平的制度擔保，而非由審判主體擔保，故不因新審判主體加入審判活動、形成雙審判主體之體制，即對公平審判的制度產生影響。但近年來，現行訴訟法制改革從職權進行模式逐漸調整為當事人對抗模式，實踐層面上累積了諸多問題，原則上固然應於刑事程序中整體檢討修正，不過藉由引進公民參與刑事審判制度，亦應一併探究可能對既有的刑事訴訟制度造成何種影響？現行刑事訴訟制度有無配套修正的必要，以利引進國民參與刑事審判，不僅落實集中迅速審理，亦合於正當法律程序及公平審判之本旨。

如何使刑事訴訟程序設計有效發見真實，排除司法預斷，貫徹無罪推定，公平審判原則，使公民踐行正當程序參與審判，係公民參與刑事審判重要目的之一。在尚未將所有刑事案件全面適用公民參與刑事審判制度之情況下，有必要檢討刑事訴訟程序既有問題，使刑事訴訟程序同軌發展，避免發生公民參與刑事

⁴⁹ 陳運財，註 11 文，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度，頁 142。

審判案件與非公民參與刑事審判案件就調查程序分歧、證據法則適用寬嚴不一之制度性落差，使正當程序保障密度受質疑⁵⁰。因此，如何落實準備程序⁵¹，特別是在被告不認罪的情況之下，審慎定位兩造當事人間準備訴訟之活動，實踐集中審理、促進訴訟，至屬必要⁵²。應使刑事訴訟制度之修正與公民參與刑事審判制度共同對應修正發展，思考公平審判的理想如何透過層次分明的訴訟機制擔保其實現。涉及相關的論點甚多，例如是否應修法改採起訴卷證不併送機制、明案疑案分流，落實準備程序進行爭點整理，使準備程序發揮強化集中審理之功能、修正證據法則，乃至上訴審結構配合調整等等，都與具體實現公平審判與人權保障的法治國任務息息相關。

第三節 研究範圍之限制與研究方法

第一項 研究範圍與限制

首先，本文主題為公民(Citizen)參與刑事審判之研究，研究內容所稱人民參與司法制度，限於公民參與刑事審判制度，而不包括民事訴訟或行政訴訟，在參與類型區分部分，所涉參與態樣以陪審制(Jury)與參審制(Mixed Court, Hybrid Panel, Mixed Tribunal)為主，就陪審制為原始參與類型，將制度二元區分，陪審(Jury)之外，歸類為參審⁵³。至於，專家參審制度因與公民參與刑事審判制度功能目的不同，非屬本文研究持論範圍，先此敘明。

各法域基於法律傳統或憲法保障人民參與司法審判，審理刑事案件、民事案件，其中，民事案件本於民間慣行慣用之習慣法理，非無公民參與之價值與必要，惟國家刑罰權對犯罪制裁效果對應於個人生命權、自由權、財產權之剝奪限制，乃是基本人權保障的重要內容。故本文研究以公民參與刑事審判重要議題為

⁵⁰ 陳運財，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，第67屆司法節學術研討會會議資料，頁35。

⁵¹ 有關準備程序之目的、重要性等論述參閱陳運財，直接審理與傳聞法則，五南出版，2011年11月。

⁵² 林俊益，刑事集中審理制，月旦法學教室，第31期，2005年5月，頁24-25。

⁵³ 參審模式多元複合，英文文獻或稱Mixed Court、Hybrid Panel、Mixed Tribunal 本文無意分類細說各國公民參與刑事審判之法庭組成模式，但將參審庭之規模、法官與公民參與比例聯結表決原則，分析公民參與刑事審判對無罪推定、司法民主化、與上訴救濟對應關係。

主，從公民、被告、國家司法交互影響之觀點，論述不同的法域基於法系傳統，如何以公民參與刑事審判擔保正當法律程序，保障被告權益，實踐公平審判，為研究的範圍。希望能透過本文以公民權實質對等、溝通監督的觀點，檢討公民參與刑事審判，以接納公民社會的認識支持，超越法系訴訟構造角力局面，縮小法規對人權保障實然與應然間的落差，穩定社會秩序，避免法規淪為單純的人權釋義。

其次，本論文的研究方向並不就陪審或參審之法制史進行探究，亦不以我國引進公民參與審判所牽涉的傳統上的憲法爭執多作議論，而將以公民權文獻基礎，立論呼應憲法精神，聯結基本權保障與整體憲法規範，完成法理論述。至於，重要複雜的刑事訴訟配套問題，僅集中於重大、決定性議題，進行問題意識之整理，而不做細部分析。

再者，關於比較法的範圍，因適用公民參與刑事審判制度法域遼闊，各國法制發展法理基礎不同，實踐經驗內涵豐富，無法一一論述，故擇以美洲⁵⁴、歐陸⁵⁵、亞洲⁵⁶等，具實踐代表性之國家，從法理、參與態樣、參與審判案件類型、公民參與刑事審判之職權、組成，公民參與刑事審判實踐經驗與其對應之刑事訴訟程序結構為研究範圍，依特定研究議題之重要爭點，深入論述研究公民參與刑事審判制度於各法域所表現之特徵、訴訟程序問題、司法實踐；乃至實務問題何以成為國家司法改革命題及其處理解決之方式。

⁵⁴ 美洲國家以美國法制為主，陪審制乃美國立國精神之表現，其陪審實踐經驗具代表性，其訴訟構造則深入影響各法域，法制影響力不容忽視。

⁵⁵ 歐陸諸國或採陪審或採參審，更有陪審、參審雙軌制，各自發展具國家特色之公民參與刑事審判制度，限於篇幅無法一一分析研究、進行比較檢討，擇要分論理由如下：丹麥係採陪、參審雙軌制之代表性國家，就參與型態研究可對照分析單一國家同採陪審、參審之實踐利弊，故以之為例。義大利刑事訴訟法修法背景與修法方向與我國極為相似，該國司改之所以引起世人注意，乃是因為義大利是第一個從大陸法系職權糾問的訴訟模式改為英美法系當事人進行模式的歐陸國家，將陪審改為參審制，並修正刑事訴訟制度，依實踐經驗調整公民參與刑事審判案件適用範圍，故本研究各依章節主題選定前開代表性國家論述研究，未及將歐陸實踐經驗逐一探討部分，將依研究內容之需，提要簡介實踐狀況，謹此說明。

⁵⁶ 日本於 2009 年施行裁判員參加刑事審判法，惟該法實施之前，日本在 1923 年亦曾通過陪審法，歷經 5 年準備，施行期間從 1928 年至 1943 年，於 1943 年依「停止陪審適用法」暫時停止適用。日本既有陪審經驗復有陪審法，何不恢復適用？反而棄陪審而採參審，其理由何在，值得深入研究探討，供法制建置規畫之參考。

據上所論，本文擬從公民權的理念及理論基礎出發，針對以下特定議題，探討公民參與刑事審判之理論內涵與實踐經驗：(一) 公民參與刑事審判之法理；(二) 公民參與刑事審判之參與態樣；(三) 公民參與刑事審判之案件適用類型分析；(四) 參審法庭組成與表決原則；(五) 公民參與刑事審判之權限與參與義務衝突；(六) 刑事訴訟程序的配套措施。全篇起於公民參與刑事審判之法理研究，終於刑事訴訟程序救濟之上訴制度論理⁵⁷，漸次探討與研究主題相關之特定議題及其重要爭點，比較檢討公民參與刑事審判實踐過程中發生與面臨之種種困境，提出研究心得。

第二項 研究方法

研究參考中文、英文與日文文獻，深入探討公民參與刑事審判制度理論、外國立法例、立法目的、司法實踐運作經驗與現況，以比較法為主開展研究內涵。其中，將以美洲、歐洲、亞洲具實踐特色之代表性國家適用公民參與刑事審判制度實踐論述評析，分別檢討適用跨國經驗分析參與態樣與個別的配套機制。畢竟，不同法域適用公民參與刑事審判制度，分採陪審、參審或陪審及參審雙軌制，其制度內涵與設計理念顯然有別，例如在判例法系下的陪審制由國家公民認定事實，作成裁定判斷有罪無罪，再由法官決定科刑的範圍。相對的，參審制度基本上則由公民與法官共同參與審判程序、面對呈現於法庭的證據、決定有罪或無罪；如為有罪者，再一起處理量刑問題。但不論是採行陪審或參審，因公民不諳法律、亦不熟悉證據法則，使公民參與刑事審判制度備受質疑⁵⁸。職是之故，參與審判的案件類型、公民參與權限、參與程序之設計，是公民參與

⁵⁷ 上訴權密接於公民權之保障為國際人權法承認，上訴權、上訴理由、上訴制度至關體系正義與公平審判，上訴審是否應同採公民參與審判制度與參審組成及表決方式有關，值得討論。惟上訴問題複雜，研究擬從我國現行法問題，參考國際人權法與比較法之發展，論述當事人對於事實誤認或量刑不當，應可作為上訴之理由，主要針對下列兩大議題進行論述：一、考慮上訴審構造，制度設計等問題，研究上訴審是否亦要同由公民參與審判，如未由公民參與上訴審審判活動，上訴構造之走向定位如何與權利救濟法理相應。二、檢察官對第一審公民與法官參審庭合議所為之無罪判決，得否以認定事實錯誤為由，提起上訴，主張有罪判決？除涉及雙重危險禁止原理，亦可能影響被告上訴利益，如何解決，有必要深入說理分析。

⁵⁸ Douglas G. Smith, *Structural and Functional Aspects of the Jury: Comparative Analysis and Proposals for Reform*, 48 Ala. L. Rev. 441, 448-449 (1997). Nicole L. Mott, *The Jury in Practice: The Current Debate on Juror Questions: "To Ask or Not to Ask, That is the Question,"* 78 Chi.-Kent L. Rev. 1099 (2003); Michael Dann & George Logan, III, *Jury Reform: The Arizona Experience*, 79 *Judicature* 280, 281 (1996); Robert M. Bloom, *Jury Trials in Japan*, 28 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 35 (2006).

刑事審判制度成敗的幾個重要關鍵。要言之，本論文透過比較法研究，從理念、目的說明各法域採行公民參與審判之意義，實踐公民社會參與理由，更進一步討論，公民參與審判與專業法官審理所表現的司法程序究竟代表何種社會意義，思考外國刑事訴訟法制與我國法制，有類似或相同的訴訟結構，面對實踐問題，如何處理因應。

另一方面，關於思考公民參與刑事審判的適用案件範圍問題，就國內部分，本論文將參考我國司法統計及判決資料，區分罪名、案件數量，比較分析、分類彙整實務判決理由認為案件事實之認定需要反映國民社會通念的案件特質、類型，論述公民參與刑事審判如何實踐無罪推定、正當程序、公平審判等訴訟法原理，從抽象法理到具體刑事訴訟程序之進行，分就理論與制度實踐層面深入探討，延伸進行比較研究。

第四節 論文架構

第一章 緒論

說明論文研究動機、研究範圍、限制與研究方法，定位特定研究問題與相關爭點，確立研究架構。

第二章 公民參與刑事審判的理論基礎與功能

本章以公民與政治權利國際公約第 25 條公民權條款為法理，論述公民參與刑事審判之功能、目的，承續國際人權法說理、參考比較法實踐，從國家公民、社會與刑事被告不同的法律身分探討公民參與刑事審判制度與人權保障之對應關係。我國憲法對公民參與刑事審判未設明文，如何依憲法體系規範之國民主權原理、正當法律程序保障，尊重國際條約，參照國際人權法見解，深入論述公民權在憲政架構下的法律地位，並不容易。本文試圖針對公民參與刑事審判的理論基礎，在傳統的合憲或違憲的論述之外，另從實質對等、溝通、監督之公民權內涵詮釋，提供公民參與刑事審判之正當性之明確說理，以確保公民權於刑事司法的具體實踐，係本章重點。

文從國際法與比較法觀點，本於公民權，論證詮釋人民參與司法之理論與正當性，援引憲法正當法律程序內涵，說明公民參與刑事審判之必要、目的及其功能，確立公民參與刑事審判相關重要論點說理。先以公民與政治權利國際公約第 25 條公民權解釋為中心，闡述國民主權、司法民主化等公民參與刑事審判的上位理念意義，依公民權條款檢討我國憲法面對公民參與刑事審判的歷來爭議。其中，將說明法官身分保障意義與目的，非立憲者有意限縮委由專業審判者專屬行使審判權；相反的，由公民與法官共組合議庭，參與刑事審判，其正當性有助支持審判獨立、法定法官原則，並無違憲之疑。次論公民權與公平審判之關聯，由國家、公民與刑事被告不同的法律身分，探討公民參與刑事審判與人權保障之對應關係，本文將強調透過適當的選任程序、表決原則等配套機制，更有助於使公民參與刑事審判落實公平審判及無罪推定原則。最後，再就正當法律程序與公民參與刑事審判之擔保功能說明制度定位，本文將基於上述的法理論述，指出刑事被告接受公民參與審判之權利係憲法正當法律程序保障之內涵，應具體實踐，而被告作為程序主體，是否應賦予其得選擇適用公民參與刑事審判與否，如允許被告放棄此一權利，其論據亦應充分說理。

第三章 公民參與刑事審判態樣之比較分析

本章將延續第二章公民權說理基礎，聯結法理與制度建置目的，並兼顧司法法效與訴訟經濟之論點，分析公民參與刑事審判制度之參與型態內涵。本文認為關於參與型態的選擇，究竟是陪審制、參審制、併行制或是包括所謂觀審制在內的其他修正型態，則必須深入論述不同法系訴訟結構、制度實踐優缺點，思考國民主權、司法民主化與公民權理論對公民參與刑事審判制度之發展影響。換言之，應以公民權為參與態樣抉擇基本觀點，依公民權與司法權調和之當代理念，對應訴訟構造與司法成本，比較檢討參與態樣選擇問題。

首先，第三章將闡明發展公民參與刑事審判應重視公民實質參與審判，與司法溝通合作之調和關係，而非強調審判分工或權力分配之審理運作方式，表現公民參與公共事務之特質。公民是審判主體之一，非從屬於法官，故應平等參與審判活動。再從比較法觀點觀察，判例法系與歐陸法系兩大法系採行陪審制、參審制之經驗現象，各依其訴訟模式處理詮釋訴訟程序問題，司法實踐困難，尋求因

應對策。其中，為循序討論陪審制、參審制、陪審參審雙軌制之實踐，將以美國、日本、丹麥為例，分析前開三國選定公民參與刑事審判之法理，法理不同，公民參與刑事審判制度之態樣亦有分別，依制度目的定位制度功能，分析訴訟程序進行、證據調查方式，有助思考制度選擇設計。

值得一提的是，日本及丹麥在引進或改革公民參與刑事審判制度的過程中，均曾比較檢討陪審制、參審制、陪審參審雙軌制實務運作特質、實踐現狀、困境與制度消長，說明參與態樣設計影響制度運作實效，分別成為該國司法改革的重點。由此可知，當代刑事司法受法系傳統、司法制度的繼受與交流、以及各自社會文化價值影響至深，因此，於制度設計時，自應展現公民參與刑事審判之當代精神、司法民主內涵，以不同的公眾參與審判模式訴求審判分工制衡與權力分配，議論司法思維進步，保留國家、社會充分溝通之空間，同時亦應探求實務運作困難之原因及制度可行性一併檢討，為我國引進公民參與刑事審判的態樣，做明確說理係本章析論重點。

附帶一提的是，司法成本及公民負擔的考量問題。審判實效與審判成本同為國家成就與負擔，公民參與審判之實效與參與成本之理性評估，乃屬必要，甚至可能是影響制度成敗的關鍵。因此，所謂的成本及負擔的問題，應審視外國實踐經驗得失，思考國家立法取舍的主客觀條件，使公民之參與目的、功能與訴訟制度、訴訟構造相嵌，同時，對照參考國內公民參與刑事審判意向態度實證研究資料，綜合司法參與之功能、目的、參與成本，兼顧我國現行刑事訴訟證據調查方式等，尋求本國司法資源可承載的成本及公民可容忍的負擔，研議妥適的參與態樣。

第四章 公民參與刑事審判適用案件範圍研究

本章擬以公民權的社會參與特性，分析刑事審判適用案件範圍，闡述公民參與刑事審判的意義，另期於重罪參審體例之外，討論適合公民參與審判之刑事案件類型。首先，將分析外國立法例與實踐經驗，以近年持續進行刑事司法改革受國內重視的日本及義大利作為研究客體，對應兩國司法改革理念，刑事訴訟法修正方向，檢視其擇定適用公民參與刑事審判案件態樣。除概述日本及義大利立法

例，以之為實踐經驗比較檢討之基礎外，本章主要將以我國事實審法院判決為類型區分，整理司法實務實證資料，分別罪名、案件數量，比較分析，同時，彙整我國實務判決見解，分從公民觀點、被告權利保護觀點、司法資源負擔、案件內容本質與國際法對國內刑事司法之影響，探討公民參與刑事審判適用案件態樣。

在此，要強調的是，若司法資源及公民負擔的問題得以克服，所有刑事案件均能適用公民參與審判制度，或許較為理想。惟畢竟全部適用在現實上存有相當的困難度，則無可避免的必須面臨分類擇定適用範圍之問題。本章將立於第二章的法理基礎，以公民權內涵之監督參與、公民意識、關心社會之參與精神，分類論述適用公民參與刑事審判之案件特質，建立研究架構。

就研究的範圍界限而言，因特別刑法範圍廣泛，囿於研究規模，故以普通刑法為主⁵⁹，惟部分擴及具代表性之公務員貪瀆犯罪特別法進行研究。將分析過濾最高法院判例、最高法院及高等法院判決中論及社會通念、社會價值之案件類型，何種案件判決理由的論理強調社會通念、社會價值，或是關於事實認定，強調衡酌社會常情及經驗法則，在不悖離國民法律感情與認知下，應就社會一般生活經驗予以案件評價有無逾越社會相當性，據此，分析選定適用之案件。採取此項分析觀點，除有助於實質累積社會大眾對於司法信用性之外，就當事人而言，亦可因公民參與刑事審判使判決接受度提高，降低上訴率，減少司法成本。

另外，除國內司法實務資料整合檢討之外，復因國際法對國內法發展影響日深，國際刑事司法議題公共化之發展不能忽略，特別是我國參與重要國際組織長久受限，如何使我國在艱難的國際局勢下仍得以其他有效方式，協力維護國際社會法律秩序，面對國際社會急於解決的貪瀆犯罪與人口販運等重大問題，除實體法之立法規範外，更應使公民參與貪瀆犯罪與人口販運刑事案件之審判，使公民認識該等國際犯罪侵害人性尊嚴之嚴重性，作為具體回應國際法呼籲以公民社會參與協助各國刑事司法之防制措施，積極履行國際公約之義務。

⁵⁹ 部分案件除涉普通刑法之規定亦可能與特別刑法規定競合，本文不就實體刑法規定、分類一一詳加論述適用理由，而以普通刑法為主，納入特別法規定之犯罪態樣，先此說明。

第五章 參審法庭組成理論及表決原則之關聯性

本章從參審公民的選任開始，以訴訟構造內涵為基礎，從抽象到具體、層累相扣，闡述參審法庭組成與表決原則對維護公平審判的意義，討論拒卻制度、參審庭組成之比例配置、表決原則等問題。同樣的，將強調基於第二章有關公民權應賦予公民實質參與審判之權利的觀點，主張建立審判雙主體之合議庭，以合理的審判庭規模與表決方式，實踐無罪推定，最後將附隨檢討參審法庭組成、表決原理對上訴權之影響。

雖然參與審判資格、審判庭組成規模比例、表決方式，各國不同，移植國外實踐經驗未必妥適，但本於國外司法實踐發展之參與規模與表決方式說理，值得參考深入分析，如何使無罪推定原則客觀化，超越合理懷疑的定罪標準昭公信，是公平審判的終極意義。關於參審法庭的組成，從選任程序開始，首先簡要說明參與資格問題，而以拒卻制度之功能與設計為特定爭點，討論比較法上拒卻制度之發展與適用問題，分析評述實踐之利弊得失。其次，申論參審庭組成的公民成員數、與職業法官之構成比例、評議有效性及表決原則代表性等爭議問題。表決原則不只是司法任務更有社會肯認基礎，究竟應採絕對多數決、過半數決、三分之二多數決或四分之三多數決始為合理客觀？宜考量公民人數、參審庭規模、比例定之，不應任意形成，否則不免背離公民參與刑事審判實現公平審判、監督正當程序，表現司法民主化之理念，更將失去參與規模背後隱含對實定法之待證事實監督、認定、擔保之意義，不可不慎。

換言之，參與人數、審判庭組成規模、比例、表決方式是公民權具體行使表現的領域之一，參與人數與表決方式亦影響判決評議時間效率、評議效果，具合理規模的審判庭對被告權益保障乃至司法形象在客觀上更得確信。而為了有效客觀的審判庭設計，使公民參與刑事審判功能極大化，明定表決控制比例的安全界限，以客觀可接受的表決標準，確認超越合理懷疑的證明力判斷，應參考實證研究之結果歸納決定審判庭組成規模、表決方式，使公民與法官互為擔保之理念具體明確是為本章深入討重點。

最後，本章亦將綜合檢討，參審庭組成比例規模及表決原則之關聯性在於有

助避免司法主觀取捨證據及證明力判斷之弊。畢竟基於普遍、公平參與原則所遴選的公民代表，主體性的實質參與，其客觀之經驗及對論理法則之認識、對證據法則之信用性問題，得調和職業法官判斷事實認定之心證形成或證據取捨等之問題，在此意義下，公民參與刑事審判所作無罪判決之意義如何、被告上訴權與檢方上訴權內涵是否應為分別看待，亦有延續脈絡一併說明的必要。

第六章 公民參與刑事審判權限與義務衝突之理論及實踐

本章承續公民權實踐經驗，以美國陪審制與日本裁判員制度為例，探討公民參與審判之職權與參與義務衝突問題。首先，將扼要說明陪審員與參審員職權內容，比較檢討陪審員與參審員職權行使問題。陪審部分，因陪審員與法官職權分工，獨立、秘密進行評議，評議乃陪審員重要任務，故以評議為重心，說明現行陪審運作積習問題與實務改革方向。參審制則由法官與公民共組審判庭，公民與法官權限實質對等，共同完成審判活動，此種合作性法庭重點在於溝通。進而，檢討陪審制與參審制對審判中立界限之影響，並對照兩種機制之下，有關公民參與訊問證人、或證據能力評價上的問題，特別是將從社會預防之刑罰思想，說明賦予公民參與量刑權限的意義與目的。

另一方面，本章將從比較法分析公民參審者面對的言論自由及守密義務的義務衝突及規範目的正當性與必要性。本章說明應從保護公民依法合理參與社會公共事務之特性，確定不同之言論自由保護範疇及其限制，規範公民表達參與審判後發表經驗感想之管道，建立合於比例原則的規範標準。

第七章 論我國研議公民參與刑事審判—兼評人民觀審試行條例草案

本章將整合研究公民參與刑事審判之重要議題與特定爭點之心得，評析2012年6月司法院公告之「人民觀審試行條例草案」內容，以訴訟法原理與正當程序為核心，說明對應研議公民參與刑事審判必須重視處理的相關問題。特別要別說明的是，基於訴訟程序一元化的想法，本論文在處理上開公民參與刑事審判論點課題之外，連帶的將論及引進公民參與刑事審判制度與刑事訴訟程序之間的關聯。故須特別闡明公民參與審判案件與非參與案件之間，就其所適用之刑事訴訟的原理原則基本上應求一致。在此意義下，現行刑事訴訟程序運作上的問題及爭

議的處理，自應不分將來是否適用公民參與審判案件，就刑事訴訟法規範整體檢討修正。

關於現行刑事訴訟法之修正課題的討論，長期以來已累積不少文獻，其中與審判階段有關，較受研究重視者計有：刑事程序是否改採起訴狀一本主義、準備程序的充實，包括是否應立法規範未聲請調查證據之失權效規定、證據能力爭議處理，與證據法則有關者如傳聞法則之例外要件修正、以及上訴審修正問題等。誠然，這些重要的爭議課題，均須就刑事訴訟程序全盤考量，從長計議。不過，公民參與審判制度的引進，確實會更加呈現上開議題修正的重要性及急迫性。本章總結論述現行刑事程序與公民參與刑事審判制度之配套措施，擬先簡要說明現行實務運作狀況與問題，分從四部分思考現行刑事訴訟法應如何調整，以利公民參與刑事審判制度的引進，並進一步落實審判程序集中迅速審理及言詞辯論的要求：

一、思考是否本於預斷排除的訴訟理念，修正偵查卷宗資料移送方式，改採卷證不併送制度。現行刑事訴訟法朝當事人進行模式發展，為貫徹公平審判的理念，以審判為中心，應有遮斷偵查卷證對審判者心證污染的措施，以落實交互詰問，為兩造的法庭活動創設公平審理的條件。

二、準備程序部分，作成審理計畫書。首先，應使當事人將有關事實及法律上的爭點明確化，以利加速審判程序的集中審理。程序分流處理「明案」與「疑案」，區分被告認罪與否，進而檢討被告認罪時，是否仍應適用公民參與刑事審判、或公民是否仍與法官一起處理案件量刑問題。若被告不認罪，則準備程序進行更求仔細慎重，證據能力有無之調查應如何為之、決定證據調查之必要性、失權效規定等。特別是，是否應嚴格區分證據能力與證明力程度之判斷問題，仍具爭議，尤其將來如採取公民參與刑事審判制度，則證據能力係委由法官專責判斷，協助公民不因證據能力問題，形成偏見致影響證明力之判斷，落實公平審判活動之進行；抑或證據能力與證明力皆由法官與公民共同判斷，以有助於偵查效性與基本權保障之比例衡量的判斷，是一項涉及法理及實務的重要議題，自須深入分析探討，以合於公民參與刑事審判擔保正當法律程序之目的。

三、倘將來刑事訴訟程序改採卷證不併送，則相關的證據開示及證據法則如何配合修正，特別是傳聞證據之處理係歐陸法系與判例法系交流後的重要課題，傳聞法則適用問題須嚴謹明確，乃是我國刑事訴訟法制改革從職權進行模式改採當事人進行程序，應慎重面對兩大法系法律傳統與訴訟理念不同，影響程序體系分流與合流的重要挑戰。現行刑事訴訟法第159條以下有關傳聞法則之規定並未周延，對質詰問權本為傳聞法則的實質內涵與審查基準，由於現行刑事訴訟法第159條究係直接審理主義之規定抑係傳聞法則之規定，學理頗多議論。為杜爭議，貫徹公平法院之理念，實有必要將重視法官與證據之直接關係的「直接審理主義」，朝往著重當事人與證據之直接關係的「傳聞法則」修正。四、上訴問題。有關公民參與刑事審判制度與上訴問題之配合相嵌，擬分三方面探討：其一，扼要整理現行刑事訴訟法之上訴制度修正方向。其二，倘將來第一審適用公民參與刑事審判制度，上訴審構造應如何進一步加以規範、是否二審亦同採公民參與刑事審判之規畫、或是二審依舊維持法官審理應對之問題爭點。三、對於第一審公民參與刑事審判所為之無罪判決，檢察官得否以認定事實錯誤為由提起上訴，主張被告有罪？此與雙重危險禁止原理息息相關，從公民參與權限、參與人數、表決原則為檢察官就無罪判決得否上訴之說理，深入論述上訴理由範圍是否應限於法律問題或包括事實問題。

第八章 結論

本章依研究心得為結論。從保障公民權之法理基礎、參與型態、適用案件類型、參審法庭之組成與參審員職權、刑事訴訟程序的配套措施，提出研究心得與法制規範建議。本文將總結強調：基於公民權，應使公民實質參與，而非見證表意。且公民參與適用案件類型區分，不限於重罪原則，應同時基於考量公民權內涵與監督、保護公民權利，反映公民意識之必要性，分類適用公民參與司法審判案件，建立反映社會認知內涵的經驗法則、論理法則之司法認定基準。同時，為確保公平審判之實質客觀性，參審法庭組成與參審員職權、參與比例、表決原則必須徵諸實踐經驗說理，不容任意形成，由公民與法官共同擔保無罪推定之正潔。特別是在將來公民參與刑事審判案件尚非全部適用的情況下，刑事訴訟程序體系不應因適用公民參與刑事審判與否率然割離，而應就刑事訴訟法本身全盤規劃修正，平等維護憲法保障個人基本權之正當法律程序。

第二章 公民參與刑事審判的理論基礎與功能

第一節 前言

憲法第 8 條揭示公權力對於人身自由之拘束，非依正當法律程序，由法院公平審判，不得為之¹。人身自由之保障乃是基本人權實現之擔保，刑罰權發動對個人、社會之控制，盪漾久遠，司法實踐更不應背離社會經驗事實，若從避免公權力不當侵害人民權利的風險管理觀點觀察，國家司法制度與司法系統的動靜運作影響個人與社會的平穩安定，以實現國家刑罰權為目的之司法程序，立於正義、公正、獨立之基礎，制裁犯罪，自應首重公民參與刑事審判對人權保障之實踐意義，以之擔保刑罰適當性²，避免國家逾越正當程序，濫權訴追處罰。面對個人基本權與社會價值體系衝突、穩定，重疊交錯的複雜性問題，實無理由阻絕公民參與司法之權利。緣此，本文以公民權為法理基礎，詮釋公民參與刑事審判正當性之理論與實踐問題。

文從國際人權法、比較憲法、我國憲法之結構層次分論公民權法理、內涵及其解釋、公民參與刑事審判與公平審判之關聯、正當法律程序與公民參與刑事審判等三大議題。首以公民與政治權利國際公約第 25 條公民權規範解釋為中心³，

¹ 1943 年 11 月憲政實施協進會召開，會中委員王雲五先生提交「提前實行提審制度案」。先生謂：「世界上立憲國家，其人民權利之最基本者，莫如身體之自由。所謂身體自由即非依法律不得逮捕拘禁或處罰，其因犯罪嫌疑而被捕拘禁者，本人或他人得聲請法院於若干小時內提審；……」之所以提交此議案，係先生認為戰時環境雖然無法立憲，但是政府應該朝憲政之路邁進。俟後先生也在個人回憶錄說明：「此一提案，在蔣介石先生以本會會長資格主持之下，即日通過，交常務委員會討論具體辦法。只可惜人身自由和言論自由這兩項立憲的基本條件，迄於抗戰結束後，仍未能真正實現。參閱王雲五著，1948 大風大浪：王雲五從政回憶錄，頁 10 以下，2010 年 9 月。從前述事例可知；立憲者對刑事審判正當程序保障人身自由之重視，肯定給予正當嚴謹之程序規範，使審判有效、可信是確保個人基本權之先決條件，有關我國憲法正當法律程序之保障與刑事訴訟法之關係，參閱陳運財，憲法正當法律程序之保障與刑事訴訟法，收錄於刑事訴訟與正當之法律程序，元照出版，1998 年 9 月，頁 47 以下。

² Keith N. Hylton & V. S. Khanna, A Public Choice Theory of Criminal Procedure, P.6 Revision of 6/2005, The Boston University School of Law Working Paper Series
Index:<http://www.bu.edu/law/faculty/papers> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

³ 公民與政治權利國際公約第 25 條規範凡屬公民，無分第 2 條所列之任何區別，不受無理限制，均應有權利及機會，因參政權範圍較公民權更廣與民主自由政治概念有關，故有學者稱本條為參政權條款。See Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary 2nd Revised Edition 564 (2005)。本文認為：本條權利主體為公民(Citizen)，而公民權至關人身自由、思想自由之保障，故譯稱本條為公民權條款。

在憲法架構下分析公民權對國民主權、司法民主化等，公民參與刑事審判上位理念之影響，期於合憲或違憲的論述之外，依公民權條款檢討我國憲法面對公民參與刑事審判歷來爭議問題，引導憲法變遷，討論公民參與刑事審判之於人權保障的意義，應依實質理性訴諸實踐。次論公民參與刑事審判與公平審判之關聯性，由國家公民與刑事被告不同的法律身分，分析公民參與刑事審判與人權保障之調和關係，就公民與政治權利國際公約、比較法經驗，深入論證公平審判如何具體展現於內國法律體系，公民權實踐如何影響參與態樣及權限範圍，從而確認公民權利行使與義務拘束範圍。最後另就正當法律程序與公民參與刑事審判之相應關係，說明制度適用正當性、法定法官原則，本於公民權法理，考慮個人、社會、國家間的互動關係，確認公民參與刑事審判之於社會結構支持性功能，從抽象說理延伸到具體法制運作程序參與，解釋公平審判係透過層次分明的訴訟機制擔保其實現⁴，無罪推定過程之檢驗與人身自由之擔保為社會與國家共負，此係公民參與刑事審判之根本意義，回歸憲法第 8 條保障人身自由意旨，結論刑事被告接受公民參與刑事審判之權利係憲法正當法律程序重要實質內涵，基於公民權，公民參與司法實為憲政體制下必要之國家作為。

第二節 以公民權定位公民參與刑事審判之法理基礎

第一項 公民與政治權利國際公約第 25 條之解釋

公民參與司法審判被譽為民主政治之基礎⁵。此一象徵國民主權思想，爭取人民參與審判法制化歷程非於 1789 年法國大革命之後方隨人權思潮崛起，而是伴隨歐洲大陸政治解放、民主理想傳播，使公民參與司法審判成為美國與歐陸國家民主社會的整體價值⁶。美國立國即採陪審審判，歐陸國家亦多已適用陪審或參審制度，近年包括東亞日本、南韓及位處中亞、前蘇聯瓦解後的烏茲別克、塔吉克、俄羅斯；中南美洲的墨西哥、玻利維亞及南歐西班牙等國，相繼移植

⁴ 以妥適機制擔保正當程序，強化司法問責基礎，係公民參與刑事審判權限分配重要問題。至關被告受憲法正當法律程序保障之權利，有助擔保其訴訟權，唯此涉及公民參與審判之權限與被告上訴救濟之訴訟結構問題，將另深入論述。

⁵ Sanja Kutnjak Ivkovi, Exploring Lay Participation in Legal Decision-Making: Lessons From Mixed Tribunals, 40 Cornell Int'l L.J. 429,429-430 (2007).

⁶ Thaman Stephen, Japan New System of Mixed Courts: Some Suggestions Regarding Their Future Form and Procedures? St. Louis-Warsaw Trans'l 89, 89-90 (2001-2002).

參審或陪審制度促進國內司法民主化⁷。值得觀察實踐情形與後續發展，並進一步思考；人民基本權與政府結構本就不可分割檢驗⁸，人民除有權以代議士監督政府施政之外，是否得以公民權(Civil Right)為法理基礎；主張直接參與國家司法審判、協力正當法律程序之實踐，確保人民受公平審判？

在國際法架構下，人權分為公民與政治權利、經濟社會文化權利兩大類別。二者相互依存關聯不可分割，具國際人權保護合法性。公民權本於自由主義概念啟蒙於基本人權思潮，受國際人權法典肯定⁹，並於公民與政治權利國際公約第25條規範公民權條款，承認並保護公民參與公共事務、選舉與被選舉權及參加公共服務等權利。無論現行憲法或政府採取何種形式，公約要求各國通過必要的立法和其他措施，確保公民具有有效機會，享受公約保護的權利，是以本條規範是基於人民同意與符合公約原則的民主政府之核心¹⁰。用以保障不受國家干預的個人自由，並說明公民權與參政權係公民自由參與國家公共事務之重要權利。

第一款 聯合國人權事務委員會對公民權之解釋

公民與政治權利國際公約第25條規定：一、凡屬公民，無分第二條所列之任何區別，不受無理限制，均應有權利及機會：(一)直接或經由自由選擇之代表參與政事，(二)在真正、定期之選舉中投票及被選。選舉權必須普及而平等，選舉應以無記名投票法行之，以保證選民意志之自由表現，(三)以一般平等之條件，服本國公職。從條文規範內容可知，本條權利主體為國家公民，而公民權之保障係直接或透過自由選舉的代表參與公共事務及在一般平等條件之下參與本國公共事務¹¹。如何決定公民權的射程，聯合國人權事務委員會未為推

⁷ See Hiroshi Fukurai, [Transcommunal Projects to Establish a System of Civic Oversight of the Government: People's Legal Participation and Power to Check the Government and Its Authority, Transcommunal Cooperation](http://people.ucsc.edu/~hfukurai/), 2008 <http://people.ucsc.edu/~hfukurai/>(最後瀏覽日期2010年2月14日)

⁸ Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 *Yale L.J.* 1131, at n4 (1991).

⁹ 世界人權宣言、公民與政治權利國際公約第2條、第25條。

¹⁰ 參閱公民與政治權利國際公約第25號一般評議(General Comment No. 25)

HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) <http://www.amnesty.nl/documenten/generalcomments.pdf>(最後瀏覽日期2010年4月4日)以下簡稱第25號一般評議。

¹¹ Every **citizen** shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions:

(a) To take part in the conduct of **public affairs**, directly or through freely chosen representatives;
(b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the

論，僅指出其範圍無「不合理的限制」¹²，最重要的還是由國家憲法及相關法律明確保障。人權事務委員會亦明白表示，民主國家執行公共事務不能忽略人民參與的代表性，執行公共事務與公眾有關，影響群體利益就是社會整體事務¹³。復於第 25 號一般評議(General Comment No. 25)闡明：「公共事務」係一廣泛概念，權力的分配涉及行使政治權力，特別是行使立法、行政和管理權力；包括各方面的公共行政與國際、國家、區域和地方各級政策的擬定、執行權力的分配和個人公民行使受第 25 條保護的參與公共事務的權利的途徑，應由憲法和其他法律規定¹⁴。本國公共事務的範圍事項、參與方式、參與程度，如何定義有助確保公民權之行使。

表面看來公民權條款似乎只表淺的傳達公民權行使係由公民透過選舉民意代表之方式，參與政府組織(directly or through freely chosen representatives)¹⁵。不過 John D. Jackson 與 Nikolay P. Kovalev 研究歐陸多元複雜的法域經驗，認為公民權的行使態樣與範疇，應有更廣泛之考慮，使公民直接參與本國公共事務、公共服務，特別是公民參與司法為直接民主表現方式，賦予公民投入公共事務，承擔公共決定之責任非不合理¹⁶。在 *Karakurt v. Austria* 一案，聯合國人權事務委員會說明國家對公民參與公共事務及從事公共事務之限制問題，強調公民參與公共事務係參與國家的公共政治生活(participation in the public political life of the nation)¹⁷，國家不應為不合理之限制(unreasonable restriction)，公民權本於人權本權之法理，實踐於人群社會生活，除必要合理的限制之外，所有公民權利應受承認允許並獲保障。而公民權內涵除參與公共事務之外，亦包括參與公共服務之機會，雖然「公共服務」亦無明確定義，但國家公民平等參與公共服務之途徑不限

electors; (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country.

¹² 本文以為，在權力分立之憲政架構下，只要不影響國家機器運作，為確保公民權之行使，原則上不應限制，若有必要為限制亦應有合理明確之法定理由。2012 年 2 月 21 日聯合國人權事務委員會前委員長安藤仁介教授應邀訪台，在東海大學主講國際自由權公約人權委員會的進展，演講會中接受提問，筆者曾就何謂「不合理的限制」請問安藤教授個人意見，安藤教授特別提醒；所謂國家對公民權合理的限制除應參考社會發展程度為判斷，亦應參考公約第四條減免履行義務之規定，以危及國本做為國家限制之要件。

¹³ *Marshall et al. v. Canada*, CCPR/C/43/D/205/1986.

¹⁴ 同註 10。

¹⁵ 同註 10。

¹⁶ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*, 13 Colum. J. Eur. L. 83, 90-91(2006-2007).

¹⁷ Manfred Nowak, *supra* note 3, at 571.

於擔任公職¹⁸，公民與政治權利國際公約第 25 條立法理由強調：公平參與公共服務的實質內涵，應避免公民權受特殊群體獨占¹⁹，是故從公民權之實踐思考，公民權應納入公民社會公共參與、公共服務、公共責任，關懷社會運作理念，而權利行使方式不限於公民受政治任命、參選或投票，而應本於監督各種政治、社會活動之功能，發揮公共事務、公共服務參與精神，合理規範公民參與司法審判之法制態樣。

第二款 國家公民參與公共事務之基本權

公民權在國家界限內係具行動性、普遍性、平等性的參與權利，從其發展過程與實踐途徑更顯示權利發展進步的歷史意義。公民權以社會所有個體的互動發展，建立社會合理聯結，特別在社會控制的刑罰面向，公民參與維護法律秩序的理論基礎乃是本文討論的重心之一，傳統的人權保障概念向來將公民權與參政權併同規範²⁰，惟公民權行使受公民與政治權利國際公約第 25 條保障，條文規範解釋公民「參與公共事務權利」之途徑未必僅限於選舉權之行使，蓋因參政、選舉不過是公民權之一部，如無合理明確的法律限制與限制必要，公民應有其他參與公共事務的權利與機會，而此機會與權利亦受國家保障，若因必要而設限制，尚須考量限制公民權行使之目的與手段間的比例原則與合理性，而非任由國家裁量。從法理上討論公民參與公共事務的權利與機會，更可推知何以國家必須於合格選舉人名冊中遴選適格之公民參與司法審判，擔任陪審員²¹，公民享有完整的公民權與參政權，以權利內容詮釋身分完整性，故參政權、選舉權並非公民權條款法文所論之全部。復從公民與政治權利國際公約立法意旨、比較法觀點與公民權指涉的人權保障內涵深入思考，本條規範參與公共事務之權利具有民主參與之性質，在公共功能上，公民權是個人主體性權利要求，故公民參與司法審判之權利應是民主國家憲法承認、保護國家公民參與公共事務之基本權，公民參與司法審判制度更被肯定是完整保護公民權實踐，使公民參與實現正義的重要機制²²。

¹⁸ Id. at 587.

¹⁹ 例如不得排除特定種族、宗教、性別參與公共服務。See Manfred Nowak, *supra* note 3, at 585-587.

²⁰ Id. at 567.

²¹ Mary Lombardi, *Reassessing Jury Service Citizenship Requirements*, 59 Case W. Res. 725, 729 (2009).

²² *Powers v. Ohio*, 499 U.S. 402, 406-08 (1991).

2009 年我國批准公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約，同年，兩公約施行法生效施行²³，兩公約揭示之人權保障規定其效力擔負對人權尊重、保護、實現等國家義務，任重道遠。特別是我國對兩公約未設保留規定，從兩公約施行法的立法目的看來，以公民權為基礎，主張公民參與刑事審判法制化，並非立法特權或寬典²⁴，公民權是否據國家主權意識之射程，定位為普世人權或國民權利，也許還未形成明確的憲法地位²⁵，如何建構闡釋公民權的憲法地位，當是我國憲法解釋國際人權法，論證人權保障所不可忽略，更應以之具體充實國民主權內涵，使公民參與刑事審判制度成為我國憲法第 8 條正當法律程序保障的安全閥，成為公民社會不可或缺的公共資產。

第二項 從國際法與比較法之合流論公民權

二十世紀以降，國際社會經歷冷戰，資本主義與社會主義強權對峙洗禮，公民權逐步擴充為國際人權法律架構的內涵特質，支持人權保護，強調提升個體平等的利益係社會公義，形成公民社會之價值，促成公民權與公民社會二者對稱聯結發展，使司法獨立、審判獨立得以落實並受公民社會信任支持，公民權之實踐同時擴充公民自由參與討論公共範疇之活動，促進公共利益，最重要的特質之一係將公民權表現於特殊的制度性場域，主要運作於法庭，使公民權與參政權之在公領域內受法院保護，並以此協助法律發展²⁶，此一理念實踐顯然已超越傳統國家機器對人權壓抑的封建思考，是以公民權隨社會進化發展，更有必要由國家以法律完整保護，使公民參與刑事審判法制化。

從公民權內涵與實踐觀察，以公民參與司法審判，為實踐公民權的特性可上溯自古希臘雅典民主參與司法的公民意識。Aristotélēs強調，公民權是對民主直

²³ 公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法，以下簡稱兩公約施行法。

²⁴ 公民參與刑事審判制度依各國憲法規定有別。日本憲法未保障絕對的公民權，該國裁判員制度，則另由法律為規定。The Constitution of Japan provides no absolute guarantee in respect of civil rights and liberties; that is to say, it does not restrict the power of either the government or the Diet to make laws with regard to these privileges . . . It can do anything constitutionally to restrict the rights and liberties of the people, provided it first enacts a law to that effect. See Douglas G. Levin, Saiban-in-seido: Lost in Translation? How the Source of Power Underlying Japan's Proposed Lay Assessor System May Determine Its Fate, 10 Asian-Pacific L. & Pol'y J. 199 (2008).

²⁵ 有關憲法與公民權之論述參閱廖元豪，外人做頭家？—論外國人的公民權，政大法學評論，第 113 期，2010 年 2 月，頁 245-306。

²⁶ Thomas Janoski, Citizenship and Civil Society: A Framework of Rights and Obligations in Liberal, Traditional, and Social Democratic Regimes 29, 38 (1998).

接參與權利，公民有權參與司法審判、分擔司法行政事務²⁷，在民主共和政府中，審判是公共事務，審理必須公開，公眾公開的事就是人民的事²⁸ (In a republican government, a trial should be a res publica, a public thing, the people's thing)。從民主制度權力分立的設計看來，公民直接參與公共事務之理念並未因時間流逝而褪去，人民有監督、參與行政立法之權利，何以在司法權直接監督參與部分留白，公民與司法全無溝通表意機會，值得重新檢視。

第一款 從國際法探討公民權內涵

公民(Citizen)係法律語言對個人的資格定義，國家創設公民身分權(Citizenship)，此一資格身分的內涵特質包括特權、權利、義務多元意義，無法化約為單一面向的權利或義務，國家有義務透過實踐保護使其具體明確，成為實體權利。從學理分析，基於公民之身分，公民權不斷擴張發展；從屬權利內涵分類也有不同²⁹，但仍以公民權(Civil Right)、司法權(Legal Right)、政治權(Political Right)、社會權(Social Right)為重心分類論述理解公民權本質。基於公民身分的司法權權利內涵包括個人自由、言論自由、思想良知、財產所有權，與藉由法院保障公平(Access to justice through the courts)，司法權係基於平等基礎之上，正當法律程序之下主張個人權利保護或辯護協助，而直接與公民權最相關的機構乃是公平法院，承續中古(Middle Ages)以來的價值理念，法院屬於人民，個人就其知識參與公共事務，為法院提供服務，故參與公共事務乃係個人義務(Duty)更甚於權利(Right)，更得使公民本於公民權的平等特性，透過司法參與，實現正義³⁰。

參與公共事務與公共服務同為民主參與屬本質³¹，公民參與刑事審判之參與形式與民主投票方式明顯有別，惟公民參與司法不但被肯定係民主化象徵，有助

²⁷ Citizens had the right to attend the assembly, the council, and other bodies, or to sit on juries. <http://plato.stanford.edu/entries/aristotle-politics> (最後瀏覽日期 2010 年 2 月 24 日)有關 Aristotle 的公民權理論與憲法理論論述參閱 Ernest Barker, rev. by Richard Stalley (1995).

²⁸ Akhil Reed Amar, Twenty-Fifth Annual Review of Criminal Procedure: Foreword: Sixth Amendment First Principles, 84 Geo. L.J. 641,641 (1996).

²⁹ Thomas Janoski, supra note 26, at 28-33. 雖也有社會學學者主張將二次戰後發展的古典的公民權擴張實踐，強化公民集體力量，從「平等」進一步處理涉及性別、移民等「不平等」議題，但本文討論公民權之理念內容旨在建立公民平等參與司法之法理，表現公民在公領域的集體力量，不另論公民權理論發展派生而與公民參與司法無涉之議題。See also Marshall & Tom Bottomore, Citizenship and Social Class 40,66-67 (1992).

³⁰ Marshall & Tom Bottomore, supra note 29, 8-10.85.

³¹ Akhil Reed Amar, supra note 28, at 564.

國民主權原理之植根，此一特質更明確表現於公民在評議過程中的角色與功能，與代表國家的司法審判者互為正當程序與公平審判之擔保。人身自由為一切自由之所本，在公民參與刑事審判活動中，評議係決定被告有罪無罪之關鍵程序，開放公民高度參與，亦是係司法民主化的重要特徵，公民參與評議之權利與被告人身自由嚴謹保護之關聯³²，蓋因公共問題、犯罪問題直接影響個人基本權與社會公序，入罪與否成為立法提案，更藉審判評議賦予公民討論定義法規範目的之權利，決定是否定罪，規範社會活動與刑罰權之界限，應可肯定公民參與司法有助公民權之行使，特別是二十世紀晚期，中歐、東歐社會經歷天鵝絨革命(Velvet Revolution)之後，公民參與審判更成為重建公眾對刑事司法的信任的重要機制，使公民參與刑事審判不負自由長存之燈之譽³³，也說明公民與司法溝通之必要性不容忽視。

從國際法觀點檢驗公民權的內涵與實踐，首要面對的問題是國際人權公約約文抽象模糊、意義不明常使解釋發生困難的問題。若按照條約文義、體系、目的性解釋、意義仍屬不明或難解，參考公約立法理由書(travaux préparatoires)本為國際法所許³⁴；惟聯合國人權事務委員會(Human Rights Committee)另以結論觀察(Concluding Observations)、一般評議(General Comment)、個案判決等法律文書提供國際人權法權威性解釋³⁵。然而人權事務委員會所作一般評議非基於事實性分析，而係委員會所提之政策性泛論，甚至被認為只是公約允許保留態樣的證明，確定國家批准後得保留減少公約義務³⁶，故一般評議、個案判決之法效如何，見解不同，各國司法實踐履行國際人權保障理想，採取的行動義務與程序保障措施也因此難有一般性的統一標準或結論。

然而聯合國人權事務委員會認為，公民權條款規定之權利雖非絕對的權利，

³² 公民參與評議之權利與被告人身自由嚴謹保護之關聯性，係公民參與權限與審判庭組成之重要爭點，將另深入分析。

³³ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, supra note 16, at 90-91.

³⁴ 維也納條約法公約(The Vienna Convention on the Law of Treaties)第 32 條參照。

³⁵ David Weissbrodt, The Role of The Human Right Committee In International And Developing Humanitarian Law, 31 U. Pa. J. Int'l L. 1185,1232 (2010).

³⁶ Sarah Joseph, A Rights Analysis of the Covenant on Civil and Political Rights, 5 J. Int'l Legal Stud. 57, 91,88 (1999).

但對其限制仍屬例外，且限制須非出於歧視或不合理方得為之³⁷。不論一般評議法律效果、個案判決拘束力如何、國際法地位如何，我國兩公約施行法第 3 條明文規定：適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。法條明示參考公民與政治權利國際公約立法意旨之必要性，雖然人權事務委員會未就公民權、公共事務、公共服務內容、範圍積極定義，惟就國家實踐而言，公民權行使如果只被化約為選舉投票行為，顯然有違「公民與政治權利國際公約第 25 條是基於人民的同意和符合公約原則的民主政府的核心」之本旨³⁸，公民權條款規定對國家有直接拘束力，在國際法的人權保護層面，國家負擔確保結果實行、權利實現的積極義務，故除以人權事務委員抽象論理的一般評議探討公民權行使方式之外，解釋上，公民權之行使內容除回溯公民與政治權利國際公約當年呼應美國十八世紀晚期人權法案立法主張自由政府、民主精神之立法意旨之外³⁹，隨時代進入新世紀，更應積極擴充古典公民權之內容範圍，使國家與個人緊密聯結，有效保障我國公民平等參與國家司法之權利，並使公民自願性履行參與義務，求其適當實踐。

第二款 公民權條款溯源：以美國法為例探討公民權實踐

美國人權法案是美國憲法體系核心，如何理解詮釋不應將政府部門與人民基本權在憲政體制中分別討論，宜就法規範價值省思人權法案對個人權利之實質保障，將美國人權法案結構意義聯結與其並立的國權、個人基本權、多數權、弱勢權，及對陪審團等不同中介團體的保護，使權利有效運作，發揮教育良善公民的人權保障傳統。James Madison在其就民主權力分立最著名的Federalist No.51 論述中強調，共和政體(republic)最重要的特質不只是保護社會對抗統治壓迫，更重要的是保護社會之一部對抗不正義的他部⁴⁰，傳統解釋人權法案多集中討論保護少數對抗多數的問題，疏於論述人民與政府間權力對立亦有保護必要，無可否認，美國陪審實踐的理論基礎植基於民主原理，美國憲法為使中央政府得受控

³⁷ 參閱人權事務委員會在 *Debreczeny v. Netherlands* 一案見解。See also Manfred Nowak, *supra* note 3, at 579.

³⁸ 同註 10。

³⁹ Manfred Nowak, *supra* note 3, at 570.

⁴⁰ Akhil Reed Amar, *supra* note 8, at 1131. (great importance in a republic not only to guard the society against the oppression of its rulers, but to guard one part of the society against the injustice of the other part)

制，設有陪審制度，使一般人民透過陪審條款參與司法審判⁴¹，個人基於國家公民之身分行使公民權，擔任陪審員，確認被告有罪無罪，參與司法活動，擔任一般平民的保護者。在法律上，美國公民權是基於出生或歸化而取得相當權利、能力、特權或豁免的資格身分⁴²。公民權條款是公民與政治權利國際公約中唯一一條不保障普遍人權，而是保障「公民」一身專屬的權利規定，本條立法背景既與美國人權法案有關，解釋適用就不應忽略美國法對公民權的論理與實踐。

個人與政府之間的關係具有多種不同特徵，就一般形式而言，最著重公民權核心內涵所保有參與、合作、協調之關係⁴³。公民權的發展特性表現的是個人在社會生活面向種種平等參與的機會，雖然權利並非具體絕對，但如何使公民權發揮作用，應針對公民參與公共活動或公部門活動，設計制度參與方式，使公民權有效發揮參與意義，並使權利行使範圍具體化，期待公民參與影響力有助公共利益之監督、維持與均衡。國權(State Authority)之行使本於人民主權原則(Sovereignty of the People)，在民主政體合法性中承認、完整保護公民參與公共事務、公共服務之權利，使公民權的內涵具體實踐，保障公民在政府體制中參與公共活動，當包括直接參與行政、立法乃至司法活動。無論是形上的價值理念或比較法之實踐經驗，明確勾勒公民權的內涵與理論，司法審判對社會秩序、人權保障，具高度公共意義及強烈公益性，國家應正視公民對社會整體公共事務參與之重要性與必要性，維護參與機會，俾使公民參與司法、監督政治或社會活動之功能得以發揮。公民與政治權利國際公約第 25 條規範保障公民權，並非綱領性的宣示條款，援引此一法理基礎，實然支持公民參與刑事審判制度的正當性。至於公民參與司法之態樣究應採用陪審、參審抑或兼採雙軌並行⁴⁴，則應由國家從人權受益與擔保之思維，就國民負擔、司法條件之平衡利益與成本，對他人權利尊重態度、法益保護態度等社會發展現況與法律感情，通盤考量，決定參與態樣、參與比例規模、表決原則及其相關程序及制度之設計。

⁴¹ Id.

⁴² Douglas G. Smith, *Citizenship and the Fourteenth Amendment*, 34 *San Diego L. Rev.* 681,683 (1997).

⁴³ Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* 80 (1986).

⁴⁴ 現代國家平行對等來往，若無封建宗主藩屬關係，法律與法制非基於全盤繼受之無奈，立法自應本於保障公民權之法理本質精神，調和定位司法政策發展，另行分析討論。

本文認為，公民權作為基本人權的內涵，混合社會所存各種價值利益，處於持續性發展狀態，受各種流動性外在條件在影響，形式上承認此一權利存在，或宣告公民權受有保護並非足夠，重要的是此一權利特徵具行動性，表現直接、平等社會參與之意義，乃是社會正義被承認的原則，規範上，公民權之法理溯源於美國憲法人權保障理念，其司法實踐肯定國家公民有權實質參與審判活動，參考美國實踐定位公民權之意義、內涵、運作及行使內容，在方法論上並無互斥或矛盾，而有助我國合理規範公民參與刑事司法之實踐。特別是刑事司法訴訟制度調整始終是各方議論重點，從刑事審判的目的—迅速、公平及正確性的觀點論述參與態樣選擇之問題，首應務實面對憲法保障正當程序的規範密度不因公民參與刑事審判產生落差，整體訴訟結構變動調整不致背離公民參與刑事審判之目的，使公民參與刑事審判之權利範圍內容具體化、實質化，尊重公民在審判活動中基於其公民權利，平等表意、表決，而非徒具形式。本於公民權之保障內容，參與義務限制皆應充分與我國國情、社會發展調和，確保公民權的公共參與功能在刑事審判中具實效實益，與公民參與刑事審判之立法意旨合致。

第三項 比較檢討

第一款 從公民權條款論我國憲法與公民參與刑事審判爭議問題

檢視我國刑事訴訟制度之發展，不應忽略國際人權法對國內刑事訴訟程序的影響力及其與比較法研究整合的特殊關聯性。雖然我國憲法未如美國聯邦憲法增修條文本於立國精神，明文保障刑事被告接受陪審審判之權利，看似欠缺實行公民參與刑事審判制度的明文依據，法無明文，實因國運多舛，而非制憲者無聲⁴⁵，本文無意討論制憲當時政治時空環境，而另依國家立憲精神，文明社會條件，進一步在國民主權、司法民主化理念、正當法律程序之下承續公民權條款規範，說明當代憲法解釋公民參與刑事審判議題持論的態度與方法，超越合憲與否之意識型態爭執，深入討論我國憲法與公民參與刑事審判歷來關於法官一詞之定

⁴⁵ 1944年5月「國民參政會憲政實施協進會對五五憲法草案之意見」第14點雖載明：「陪審制應否採行，不必列入憲法」。不過本文認為，在當時帝國主義不平等條約拘束下，尚有不平等之領事裁判權（Consular Jurisdiction）問題未解決，完全剝奪國家司法主權獨立性，要落實國民主權、司法民主化之陪審審判理念，至屬困難，立憲者對實施公民參與刑事審判之顧慮並非無名。有關「國民參政會憲政實施協進會對五五憲法草案之意見」參閱國民大會秘書處編印制憲國民大會實錄，1946年12月，頁275。

義、審判獨立等爭議問題，特別是公民參與刑事審判之正當性廣受美洲、歐陸國家承認，卻在東亞國家引發是否違憲之迷思(Myth)，相看他國憲法如何以社會情態進步，憲法解釋說理，肯定法制正當性，更是說論制度長短之外，啟發我國研究公民參與刑事審判議題，不容錯過的法律思想變遷過程。

二次戰後，各國憲法國際化態勢明確⁴⁶，我國憲法第 63 條規定締結之條約，其位階等同於法律，2009 年兩公約施行法生效；兩公約所揭示人權保障規範，具國內法律效力無疑⁴⁷，國際人權法內容係國家普遍義務⁴⁸，在國際法架構下，必須慎重思考我國憲法規範的人權保障空間為何，如何具體實踐，而能與國際人權法揭示的人權保障規範一致，並與人權委員會確定的人權保障內容相符，是我國憲法解釋與國內法規範及其實踐必須共同面對的課題，而兩公約之實踐也應以憲法規範的價值體系為基礎，求諸憲法柔性內涵變遷，適應社會實體發展⁴⁹，雖然國際人權法基於尊重各國主權及政治體制，未明示公民權內涵，只強調公民個人行使受第 25 條保護參與公共事務之權利其途徑應由憲法和其他法律規定，但從外國立法例與司法實踐可以看出；許多國家憲法本於立國精神在司法體系建置公民參與司法制度，深化實踐公民權之保障，也有國家因民主革命、國民主權覺醒，發動司法改革，建置公民參與司法制度。

本文認為：從國民主權原理而言，公民參與司法審判之權利亦屬參與國家公共事務之權利，首應訴諸憲法明確保障。因之，兩公約依其憲法地位而求諸實踐，實為我國履行條約當然之義務⁵⁰，權利與自由保障範圍與時俱進，更重要的是權利內容的實踐方式、個人自由與法律秩序的穩定平和，乃屬人權保障內涵與實踐應重視之基礎，此外，若從國際人權法內國憲法化之觀點，提升兩公約權利保障

⁴⁶ 林紀東，中華民國憲法逐條釋義第三冊，三民出版，1989 年 11 月，頁 87-88。

⁴⁷ 國際條約與公民與政治權利國際公約之效力分別，參閱大法官釋字 329 號及兩公約施行法第 2 條之規定。本文旨從我國憲法精神貫穿規範體系說明公民權之實踐。無意討論國際公約之適用為直接適用或間接適用之問題，國際條約適用研究參閱廖福特，國際公約內國法化的實踐研究計畫，法務部委託研究，2009 年，第 3-25 頁。

<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Data/1619311490.pdf> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日

⁴⁸ Steiner et al., *International Human Rights in Context: Law, Politics & Morals* 137-38 (3rd ed.2008).

⁴⁹ 兩公約施行法第 8 條參照；有關憲法變遷論述，參閱陳新民，驚鴻一瞥的憲法學慧星——談徐道鄰的憲法學理論，收錄於公法學筭記，1993 年 10 月，頁 213 以下。

⁵⁰ 廖福特，註 47，國際公約內國法化的實踐研究計畫，頁 26-27。

內容的法律位階⁵¹，賦予公民權憲法地位，不但破除公民參與刑事審判合憲與否的意識型態爭議，更可視為踐行我國憲法第 8 條正當法律程序與第 141 條尊重條約及聯合國憲章之具體作為，以公民權充實國民主權內容，說明公民權係特定國民之權利，具憲法地位，立於憲法保障位階，建立公民參與刑事審判制度。

一、公民權之解釋問題

憲法表彰國家主權，具有國法學特性，二次大戰之後，各國見證憲政主義的浪潮以國際人權法中的公民政治權利為核心，傳承實踐人權保障理想⁵²。如何促進兩公約所保障各項人權在我國具體實現，有必要在憲法層面深入建立憲法原則開啟兩公約適用、解釋之新紀元。我國憲法基本權保障重視公民權與政治權利等古典人權清單，當以國際人權法之實踐論述深化憲法解釋保障人權的功能⁵³，在法律移植過程中，若僅將公民參與司法視為民主成就恐怕失之單純粗糙，但不必諱言，民主是憲法價值，人權保障則必須由社會、法律支持。近代憲法之制定均係本於國民意志所形成之國家規範綱領，是公民資格之取得，即該國家規範綱領之協同意思之主體根據，承前所述，公民與政治權利國際公約中的公民權條款係保障國家「公民」一身專屬的權利規定，本條立法意旨與美國憲法人權法案密切相關，是以公民權之解釋、適用，參考美國公民權理論與實踐在法理上自應有正當基礎，而非無據。

我國大法官釋憲實務援引美國憲法概念非曇花一現，美國憲法理論及其實踐與我國憲法法理論證相逢，影響深刻⁵⁴，但本文無意以規範相似性充填公民權釋義⁵⁵，而是結合我國制憲精神、憲法原理、貫穿憲法體系的結構法意，參照美國

⁵¹ 有關內國憲法與國際人權法匯流論述，參閱張文貞，國際人權法與內國憲法的匯流—台灣施行兩大人權公約之後，台灣人權促進會季刊—兩公約專輯，第 10 期，2010 年 3 月，頁 12-22。

⁵² David S. Law, Globalization And The Future of Constitutional Rights, 102 Nw. U.L. Rev. 1277, 1284 (2008).

⁵³ 張文貞，人權保障與憲法解釋：對司法院大法官釋憲的期許，台灣法學雜誌，第 127 期，頁 94 以下，2009 年 5 月。

⁵⁴ 我國大法官解釋引用美國憲法概念參閱大法官釋字 328、384、407、414、419、445、491、499、582、623 號解釋，相關論述參閱李念祖，美國憲法上「政治問題」理論與釋字第 328 號解釋，司法者的憲法，五南出版，2000 年；廖元豪，美國憲法學對台灣憲法實務與理論之影響—以方法論為重心，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，頁 64 以下。

⁵⁵ 有關美國公民權之論述參閱 Marshall & Tom Bottomore, supra note 29, at 43-44.

憲法與社會學對公民權在公領域表現的理念分析討論，嘗試說明我國憲法規範對公民參與刑事審判之於我國社會發展的當代立論。原始的美國憲法理論指出，公民參與刑事審判制度與公民透過選舉民意代表之方式，參與政府組織，同為參與公共事務之國民主權表徵，更是公民同時參與地方政治與國家體制公民之貢獻⁵⁶，社會學研究則說明，相對於外籍人士(Alien)，公民權連接公民和國家關係的有效性，是國家公民的一般性權利，必須在國家公領域發生效果，公領域包括立法、行政、司法等組織⁵⁷，本文認為，從公民權的法源與法理徵驗，公民之身分既是國家所賦予，公民合理行使公民權，自無疑問，國家保障公民參與司法審判，使公民、公民社會在具體的國家公領域聯結，既監督國家權力行使，復得與司法權作用充分溝通，降低社會對犯罪之恐懼，其適法性應予肯定。

二、公民參與刑事審判之合憲爭議分析

我國研議公民參與刑事審判合憲與否爭執未休，違憲所據依憲法第 80 條、第 81 條法官獨立審判與身分保障之規定，認公民參審者若與法官職權相同，即有干涉審判獨立之虞。無獨有偶，日本在研議裁判員制度之時該國學界亦對引進公民參與刑事審判是否有違憲之虞，侵害該國憲法保障「於法院接受審判的權利」、「接受公平法院審判權利」⁵⁸，諸多討論。日本學界、實務議論，各依日本國內法之規定，其法律規範與我國或許未必全然相符，且憲法無明文未必係立憲者意在禁制，其間日本司法實務態度頗有轉折，爾後，由下級審法院至最高法院，以正當法律程序之刑事訴訟程序為核心價值，法與證據之適正裁判為共識，支持公民參與刑事審判，擔負憲法人權保障作為義務，法律思想與社會發展結合，對我國各方研議公民參與刑事審判制度當有所啟發⁵⁹。爰此以日本為例，對映兩國同具歐陸法系傳統、訴訟程序法制從職權模式改採當事人對抗、憲法同未對公民參與刑事審判設有明文規範等三大相類特徵，日本憲法學說、實務討論如何依法

⁵⁶ Laura I Appleman, *The Lost Meaning of the Jury Trial Right*, 84 *Ind. L.J.* 397, 439 (2009).

⁵⁷ Thomas Janoski, *supra* note 26, at 12.

⁵⁸ 日本憲法第 32 條與第 37 條規定。

⁵⁹ 東京高等法院則分別於平成 22 (2010 年) 年 4 月 22 日平 22 (う) 42 號、平成 22 年 6 月 21 日平 22 (う) 393 號、平成 22 年 6 月 29 日平 22 (う) 693 號判決，明確表示裁判員制度並不違憲，俟後日本最高法院於平成 23 年 (2011 年) 11 月 16 日作成平成 22 (あ) 1196 號大法庭判決亦肯定裁判員制度不違憲。

律與時俱進之精神，解釋公民參與刑事審判之合憲爭議問題，從分析過程中，本於憲法原理，思考「公民參與刑事審判合憲的基本條件」到底為何。

（一）日本學界與實務挑戰公民參與刑事審判違憲之理由

日本在二次戰前曾短暫實行陪審法，不過成效不彰，是否回復適用陪審法，日本國內始終議論不斷。二戰之後日本典章法制深受美國法影響，然而日本固有歐陸法系傳統，是否全盤移植判例法系之法制運作，在日本國內引發極大的爭議，也因戰前陪審實踐不如預期，故未參考美國憲法之規定，將公民參與刑事審判制度明文規範於日本憲法。二十世紀後期，日本發動司法改革，反省日本法制繼受實踐的重點，強調建構公平適正的訴訟程序，迅速有效達成審判，有關刑事訴訟程序部分，日本司法改革審議會建言引入國民參加刑事司法之制度⁶⁰，此一重大變革首先要面對公民參與審判是否有違法官獨立審判的憲法審查。

違憲論者在日本憲法對公民參與刑事審判制度保持沉默的法律體制下，依參與職權、參與身分為主要理由，反對公民參與刑事審判，並以日本二次戰前採行陪審制為批判重點，認為陪審員所作判決若有拘束力，乃有害司法權之行使，因之，日本憲法第 76 條第 3 項規定，法官本於良心受憲法與法律之拘束，非受陪審員之拘束⁶¹。施行裁判員制度，法官將受裁判員之判斷影響與拘束，是故公民參與刑事審判顯然違反憲法第 76 條第 3 項保障法官獨立行使職權之規定。也有論者認為，日本憲法第 76 條與 80 條規定審判者的任期、俸給、身分保障皆係法官專屬，參審公民不可能同其適用，否定公民參與刑事審判之餘地⁶²，此外，日本國憲法第 80 條第 1 項明定：「下級法院之法官，依最高法院提名名冊，由內閣任命。」是以下級審法院僅得由法官構成，裁判若擔任審判合議庭之成員，與憲法規範不符。其間，日本最高法院事務總局則保守主張，國民具表決權，參與合議審判或有憲法疑義，若參與審判的國民不具表決權僅陳述意見應無問題⁶³。

⁶⁰ 陳運財，論日本刑事司法制度之改革，東海大學法學研究，第 20 期，2004 年 6 月，頁 119。

⁶¹ 高澤弘明，裁判員制度における憲法解釈問題，東洋法學，第 55 卷第 2 号，2011 年 12 月，頁 257-258。

⁶² 高澤弘明，同前註文，頁 261。

⁶³ 二次戰後，日本學界、實務對公民參與刑事審判是否違反日本憲法之討論與意見變遷，參閱陳運財，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，第 180 期，2010 年 5 月，頁 137-138。

（二）日本國內肯定公民參與刑事審判合憲之理念

合憲論者則認為，法官職權獨立性並非絕對，肯定日本憲法並未禁止法官以外之人為法院組成人員之可能⁶⁴，此一見解俟後並獲得日本最高法院支持⁶⁵。日本實務體認，關於公民參與刑事審判是否合憲，實取決於制度之具體設計是否抵觸正當法律程序與公平審判等刑事訴訟法原則之實現。審判獨立之意義在於確保審判者行使職權之獨立性，只要刑事被告受獨立行使職權之公平法院裁判權利不被侵害，求諸立法政策，同由公民參與刑事審判，將法令解釋及訴訟程序判斷歸於法官權限，以法官為審判之基本擔當者，使裁判員制度合致憲法誠命要求，未必要排除法官以外之人參與裁判。最重要的，日本最高法院不怯公民參與審判可能與法官意見分歧的結果，在2011年11月16日平成22（あ）1196 號大法庭判決中明白宣示，憲法既然容許人民參與司法，即無必然認為同屬合議庭成員之法官所持多數意見，必為裁判之結論，避免法官意見牽制主導人民意見，否則就失去公民參與刑事審判，反映公民意識之本意。日本最高法院這個堅定的司法信念寓意高遠，不但成為公民參與刑事審判合憲說理的磐石，兼顧公民參與刑事審判實踐國民主權與司法民主化的權利傳統(Right Tradition)，更承認司法之意不在令人步趨，其本原之所在係以強化司法與國民之關係為重，相懸於國民主權理念，司法與公民之溝通並非冰炭不能相容。

（三）以實質正當法律程序作為公民參與刑事審判的合憲性要件：日本法的啟發

結合學說與實務見解，日本採行參審模式，制定裁判員參加刑事審判法，由法官與裁判員共組合議庭，異身別體的個人共同決意審判，解決公民與法官之間審判權行使分工的法律關係爭議，肯定國民參與刑事審判為參政權之一類⁶⁶，依參審合議之方式解決該國憲法面對舊陪審法對法官與公民審判分工，動搖審判獨立之顧慮。此種論述脈絡也提供我國憲法解釋以公民權為法理，創設公民實質參與審判態樣，擔保審判獨立性問題，併同體察法律與社會事實現狀，解決公民參

⁶⁴ 渋谷秀樹，憲法，有斐閣，第一版，2007年，629頁。與日本憲法同一時期制訂之法院組織法（1947年），第3條規定規定「刑事另訂法律建制陪審制度亦無妨」。

⁶⁵ 日本最高法院大法庭平成22（あ）1196號判例。

⁶⁶ 高澤弘明，同前註61文，頁264-265。

與刑事審判之違憲議論，不宜就公民參與刑事審判制度之合憲性沉默以對。

如同日本最高法院大法院平成22(あ)1196號判例之說理，正當法律程序與公平審判、刑事訴訟法原則之實現，乃是司法審判立於憲法人權保障精神下的重要目的。徵諸歐美實踐，可知公民參與刑事審判並未違反刑事訴訟法訴求人權保障、真實發見之目的。故討論我國憲法與公民參與刑事審判爭議問題應從實質正當法律程序之觀點，整體思考公民參與刑事審判與刑事訴訟制度配套嵌合之具體可行性，使人民生命、身體自由不致因程序不公、程序保護密度不足而受侵害。本文特別要說明，我國憲法第8條正當法律程序關於人身自由之保障規定：非由法院依法定程序，不得審問處罰，憲法規範「法院」審問處罰須有法律之依據，踐行正當法律程序，非稱「法官」。顯然，憲法開宗明義闡釋正當法律程序對審判的嚴格要求，而非對審判者資格身分的嚴格要求，更應注意，憲法第8條第1項規範內容本具開放性質，此種柔性之正當法律程序內涵詮釋實應求諸我國實定法體制、社會文明、司法實務運作，決定何種建制係達成憲法保障人身自由不可或缺之正當內容⁶⁷。

大法官釋字第392號解釋在理由書中闡明「法律用語之「法院」，本即指行使審判權之機關」，「憲法第八條第一項、第二項所規定之「審問」，係指法院審理之訊問，其無審判權者既不得為之」，則此兩項所稱之「法院」，當指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院之謂。本號解釋內涵有兩大承先啟後之意義，首先釋字第392號解釋對「法院」一辭釋義射程保留範圍極寬，並再次強調憲法解釋不只是探尋制憲原意，更要呼應人權保障與時俱進的法律精神⁶⁸，審判權行使之界限乃是實質正當法律程序之實現，法律專業與知識經驗，同為審判所不可或缺，若在單一審判權的概念下，由公民與法官組成合議庭，結合法官專

⁶⁷ 陳運財，註1書，憲法正當程序之保障與刑事訴訟，頁51-52。

⁶⁸ 大法官釋字第392號解釋理由書先是闡明司法機關包括檢察機關為實務界及憲法學者通說，復又指明法院釋字第十三號、第三二五號、第三八四號解釋，均間接或直接肯定檢察機關是司法機關。就制憲背景而言，以立憲當時檢察官配屬法院及逮捕拘禁機關多為警察機關之事實，憲法第八條第二項前段規定之「法院」，應指包含檢察機關在內之廣義法院...。也承認：「憲法第九十七條第二項所規定之「法院」究何所指？應否與第八條所規定者作同一涵義之解釋，此乃另一事」，.....憲法並非靜止之概念，其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中，依據抽象憲法條文對於現所存在之狀況而為法的抉擇，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用上問題。從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要；但憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定」。

業與公民經驗，使審判權合一行使，貫徹程序終始，同受法律約束，衡平案件事實認定與法律錯綜複雜適用之合理性判斷，乃是憲法解釋從制憲規範意義判斷審判權行使界限應考量的實質要素。

制憲當時國步艱難，豈能解為立憲者有意排除公民參與刑事審判？實不能看出憲法對拘束個人身體自由之刑罰審判有意排除國家公民參與。大法官釋字第392號解釋說理指出，憲法第8條兩項規定所稱之「法院」，係指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院之謂，又強調憲法第8條第1項、第2項所規定之「審問」，係指法院審理之訊問，無審判權者不得為之。若由法官負責程序指揮，公民參審者得於告知審判長後，允許其就參與判斷之必要事項為訊問，在公民與法官「合議」的範疇界限下形成公民參與刑事審判的法律空間，避免認事、用法之程序分離，影響審判獨立執行形態，使司法權與公民權結合，當是解釋我國憲法第80條規定法官獨立審判所須一併思考法律作用的正當性格，而有助解決干預法官審判獨立之爭議。

依憲法第80條、81條條文規定，從法制正當性深入析論，討論公民參與刑事審判與我國憲法規定法官獨立審判，不受任何干涉問題之所以分持合憲與違憲之論述，究其原因亦與「法官」文理何解有關。法官一詞於文獻分類有廣狹二義之說⁶⁹，大法官釋字第13號解釋謂：「憲法第81條所稱之法官，係指同法第80條之法官而言，不包含檢察官在內」，違憲論據憲法第80條、81條條文規定，將「法官」與「法官之終身職保障」之解釋並論，認法官須限於以審判為務，具身分保障者始足為之。然而，身分保障之目的在於強化司法權行使之獨立性，故條文規範以職業法官為前提，支持約束其應獨立審判，不受左右，解釋上，不宜混淆身分保障之目的，將法官職務作專屬性之限縮解釋，職是，前開法條不足論據法官獨任審判工作係憲法主觀欲排除公民參與審判所為之限制性規定，否定公民參與刑事審判有礙審判權行使。

審判獨立與身分保障之關係互為因果，對法官要求審判獨立，提供保障，固無疑問。但專業法官所組之合議庭與法官與公民共組之合議庭，認事、用

⁶⁹ 林紀東，同前註46，頁110。

法、科刑，皆須依法獨立行使職權，未必因公民參與合議，即認有違審判獨立⁷⁰。法官獨立審判應就司法功能，公正行使司法權，以解法官與司法獨立之義，只要能公正獨立行使審判職權，使尋求司法救濟之當事人其權利受正當程序擔保，進行公平審判，審判工作尚不以專業法官為限⁷¹。

三、法官身分保障與獨立行使職權之關係

潛心觀憲法之理，學說與司法實務不無肯定憲法第 80 條、第 81 條旨在保障法官職位俸點安定，維護審判獨立不受干涉，落實公平審判之見，例如：「前開憲法規範法官身分保障與獨立行使職權其深義在於機關自主性，屬司法行政人事之規範」⁷²，「法官獨立審判不受任何干涉，係屬憲法第 80 條對法官基本要求之一」⁷³。「憲法第八十條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，其規定意旨既在保障法官的審判獨立，也在規定法官必須審判獨立的義務」⁷⁴。承前所論，憲法第 80 條法官獨立審判之規定不能勉強遷就法條文義，嚴格解釋審判權係法官一身專屬，適用法律應容天下之變，合時代背景，社會情況為論，法官一詞係憲法對審判者獨立審判所訂之制度性保障規範，若解為審判權為法官所專屬，似忽略法官任務反映忠誠執法，保障國民權利之司法本質。故法官者，審判科層受負託之識別，並無科層主觀專屬權利意涵在內，更非憲法控管限制國家公民權利行使之規範要件，執違憲觀點，自應再議。

另一方面，大法官釋字第 436 號解釋文與理由書均指明：憲法第 80 條法官依法律獨立審判，不受任何干涉等有關司法權建制之憲政原理。惟本文認為，若將本條規範認係司法權建制問題，應屬權力分立之見解，表現國家機器在憲政

⁷⁰ 陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，法官協會雜誌，第 11 期，頁 58，2009 年 12 月。

⁷¹ 大法官釋字 601 號解釋強調法官必須獨立、公正行使審判職權，使尋求司法救濟之當事人確信職司審判權者，乃客觀、超然及受適當之制度保障而較能作出正確判斷之中立第三者，既不因其職稱為法官或大法官而有異，顯然司法權行使之目的在於以正當法律程序進行權義紛爭之解決，而非審判者身分如何，法官審判獨立仍在個案審判合於公平正義，不應使法官身為審判者獨立審判之權利與義務其手段目的之認知混淆。

⁷² 蘇永欽，司法行政組織的發展趨勢—從審判獨立與國家給付司法義務的緊張關係談起，法治與現代行政法學—法治斌教授紀念論文集，2004 年 5 月，頁 46；頁 78。

⁷³ 參閱大法官釋字 601 號解釋楊仁壽大法官與王和雄大法官協同意見書。

⁷⁴ 參閱大法官釋字 601 號解釋林子儀大法官部分協同意見書。

體制內的權力分配態度，不能指為憲政原理有意排除公民參與刑事審判，否則，基於人權保障、均權制衡之法治國原則，將公民參與刑事審判明文規範於憲法之國家豈非違背法治國精神？不符事理之常。憲法之解釋應由發生史之解釋轉化為發展史之解釋，始能建立符合法治國家權力分立憲政原則之司法制度，以保障人民之基本權利⁷⁵，與時並進，更新內涵，特別是社會發展文明進步至此，國家公民涵養乃國家國力強弱、受文明涵化之表現，是否公民能力、知識，力有不逮若此，以致不足以作成正確之事實認定；合於法之判斷，應行深入檢討。退萬步言，「.....國家焉得以不能實現正義反而侵害人權之制度審判人民？果如此，其本身即違背憲法上基本人權之保護，在憲法上已無立足之地，何來合憲、違憲之問題。」⁷⁶，是以審判為正義而存在，而審判者無法擔保正義，如何就審判制度謀求周全之設計，令個人生命、身體之自由獲至善之保障，始為根本解決之途徑⁷⁷。

四、憲法解釋聯繫司法權作用與社會活動

國家公民雖非法官，但憲法第 80 條所定法官一詞其解釋不應堅持工具理性 (Instrumental Rationality) 之思考，從實質理性 (Substantive Rationality) 詮釋，只要能踐行正當法律程序，依據法律獨立審判，保護個人基本權，即是憲法價值所要求而與社會期望合致，履行審判任務之審判者，故本條解釋應強調審判者依據法律獨立審判之自主性受擔保，而不執於審判者身分應具銓敘保障者為限，公民參與刑事司法審判職務之適切性問題，以國民主權為基本理念，強化司法為國民支持，誠如日本最高法院大法廷平成 22(あ)1196 號判例從公民與法官合議之觀點，對裁判員制度作成合憲性解釋，闡明從公民參與審判行使司法權之觀點而言，應賦予國民本於參政權與司法權之行使有相同之權限，只要公民參與刑事審判之程序適正合法，實現公平審判，就不違國家憲法人權保障意旨，至若參與態樣得另付立法形成⁷⁸。

⁷⁵ 參閱大法官釋字 436 號解釋王澤鑑大法官協同意見書。

⁷⁶ 參閱大法官釋字 436 號解釋林永謀大法官部分不同意見書。

⁷⁷ 參閱大法官釋字 436 號解釋孫森焱大法官部分不同意見書，說明以周延之制度擔保人身自由之理念。

⁷⁸ 參閱日本最高法院大法廷平成 22(あ)1196 號判例。

日本將公民與政治權利國際公約譯稱自由權公約，將第 25 條譯稱參政權條款，與聯合國 1966 年公布之官方文本及我國官方公布之約文文本相同，應是參考聯合國 1966 年第廿一屆常會決議通過之官方中文約文所作之翻譯，雖日文漢字與中文字義時有不同，但就國際人權公約約文認知並無不同，日本最高法院大法廷就公民參政權之擴張解釋，值得參考，因之，日本憲法亦未明文規範公民參與刑事審判，此議題合憲與否，在日本歷經長期討論，司法實務與學界認知社會實體發展之事實，強調司法權作用的社會性，不拘於文義解釋，限縮討論審判者身分，整合檢討憲法相關規定，以正當法律程序為核心，貫徹刑事審判實踐原則的規範保護目的，制度性調整審判程序體系，由法官與公民合議溝通，基於正當法律程序，實現合於該國社會之公民參加刑事審判制度，以之為合憲審查之說服基礎，解決容許與禁制的界限，更補強判例法系與歐陸法系兩大法系交流與合流的程序法後續效應，也正是本文所欲說明法與時俱進的國家作為。

憲法解釋至廣大而盡精微，實際社會行動運作，必然存有工具理性與實質理性兩極觀念的爭執。就審判意義而言，如果法與法官的實質價值在於解決爭端，以法律行為維持正義的價值體系，為精準反映社會事實經驗建構，基本上，即不應排除不具法官身分保障之國家公民參與審判，共盡認識事實之能力，填補何為事實真相之合理確信⁷⁹。司法審查的微言大義，乃是超越憲法本文與規範基本教義認知，對法律本質與正當性的肯定。我國憲法承續國際人權法公民權保障之法理，實質賦與公民參與刑事審判權利，合理延伸公民參與公共事務之範疇，從憲法位階之法律地位釐清其性質與效力，承認公民權之行使應具體明確，受憲法充分保障，實無違憲法原理。更期因公民參與刑事審判增進司法信度、效度，具司法利益，在高度社會發展基礎之上，從保障人權，社會參與之角度，賦予公民參與刑事審判時代意義，使公民不僅係間接參與公共事務，在不礙國家安全、社會公共秩序之情況下，其參與之公共事務範疇擴及以國家作用為核心的司法審判活動，支持刑事程序法是否違反無罪推定、舉證責任等人權保障的實質內涵，當是

⁷⁹ 大法官釋字 704 號解釋，蘇永欽大法官不同意見書特別指出：「創設出某種法官因事物本質而可不需要受到第八十一條的身分保障，只要同樣能乃至更能落實憲法第八十條的獨立審判原則，也同樣能或更能落實人民的訴訟權保障，對此類法官排除第八十一條的身分保障，便不構成違憲」...未來我國如引進某種人民參與審判的制度，這些「素人」審判者也同樣只是第八十條的法官而非第八十一條的法官，至少就此部分全無違憲之虞。

我國對國際人權公約宣示理念應然之回應。

五、本文見解

憲法解釋應從體系貫穿個人權利、國家權力分立原則論證適用，強調審判活動的實質理性。首先，我國憲法第 2 條明定國家主權屬於國民全體，國民主權原則確立憲法國家根本大法的至高法律地位，踐行正當法律程序，都是實現人權保障的國家義務，公民參與刑事審判促進公民社會發展之理念應予肯定⁸⁰。再者，憲法第 81 條身分保障支持第 80 條審判獨立，其目的係為擔保職業法官獨立行使職權，不受威脅而有所動搖，公民非司法科層(Bureaucracy)之專職人員，若只參與單一案件審理，其參與意義與職業法官身分保障問題無涉，但亦不宜將憲法第 81 條法官身分、任期及報酬之規定，解為無身分、任期保障之公民不得參與審判。

司法權為國家重要作用之一，司法行動與措施與國家基本國策相應，依社會生活之變遷而調和為法理之常⁸¹。公民權有明確的法律基礎與權利內涵，其實踐附著於公民參與公共事務之社會特性，輔助社會利益，與司法結構運作聯結，有助解決公民參與刑事審判的憲法爭議。為力求把握法律真相，公民參與刑事審判之法源應延伸貫穿憲法條文基本原則，憲法識見承續國際人權法公民權規範之法理，實已說明公民參與刑事審判並不違憲，更不違反憲法第 80 條法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉之規定，亦使司法配合國策，尊重國際條約有明確之根據⁸²，蓋基本國策本有方針條款之性質，國家有保護該等權益之傳統性義務⁸³，公民若超出黨派以外⁸⁴，在國家司法之下，與法官組成審判合議體，依據法律獨立審判，不受任何干涉，則公民參與審判即無侵害審判權，若

⁸⁰ 陳運財，註 63 文，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度，頁 149。See also John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *supra* note 16, at 87; Valerie P. Hans, *Citizens as Legal Decision Makers: An International Perspective*, 40 *Cornell Int'l L.J.* 303 (2007).

⁸¹ 林紀東，註 46 書，頁 117-118。

⁸² 司法配合國策，與法官審判配合國策不同，審判配合基本國策之論述，同前註 46，頁 117。

⁸³ 蕭淑芬，「新興人權」之保障與發展初探—我國與日本之比較，中研院法學期刊，第 4 期，註 16，2009 年 3 月，頁 220。

⁸⁴ 審判獨立本應超越黨派，職是之故，有關公民參審員之選任資格不應採政黨推薦模式，將另說明公民參審員之選任問題。

由公民參與審判，亦可分擔職業法官受到官僚體系內部的壓力，更有助審判權之獨立行使⁸⁵。

是故憲法第 80 條所稱法官應為目的性解釋，定位為法官身分之紀律條款，用以約束審判者職權行使。至若法官法就「法官」為立法定義，並明示其任用資格，屬對專業司法人員與國家任用關係之特別規範，但究該法立法目的及其內容意旨顯見「法官」一詞具名稱排他性，非法官法規定之法官不得稱法官，憲法解釋不應因之受制約，援引法官法之立法定義，對憲法第 80 條所稱法官為限縮解釋，禁止公民參與刑事審判，或認此侵害「法官」審判權，否則檢察官不可審判，更非法官，卻同受法官法之規範，解釋上似與法理不合。而議論違憲與否，實非研究公民參與刑事審判之重要爭點⁸⁶，本文無意臧否合憲、違憲論述之當否，但論其取舍之外，更應回歸憲法第 8 條第 1 項正當程序之規定，基於人身自由之保障，非由法院依法定程序，不得審問處罰，慎思如何使訴訟程序規範嚴謹，確保公平審判⁸⁷，以客觀的程序保護密度擔保公民參與刑事審判制度之合憲性。

第二款 公民權對公民參與刑事審判理念發展之影響

國際人權法深入影響各國人權規範，從跨國人權法實踐理解人權法構成的國家普遍義務可知，使公民參與公共事務、公共服務是公部門必須列入考慮保障的權利⁸⁸，雖然完整的人權保障制度與並非一蹴可幾，卻是公民社會的常態與責任。民主憲政體制下公部門包括立法、行政與司法，是以國家公民本於公民權參與審判之公共服務，參與公共事務承擔公共責任，乃是直接民主之表徵⁸⁹，將公民參與審判與其他政治參與方式連結研究，更被發現公民參與審判是最好、最具意義的公民社會參與模式⁹⁰。然而不斷強調公民參與刑事司法是民主

⁸⁵ 陳運財，註 63 文，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度，頁 137。

⁸⁶ 蘇永欽，參審制度有無違憲之研究，律師通訊，第 113 期，1989 年 2 月，頁 22-23。

⁸⁷ 陳運財，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，司法節學術研討會會議手冊，2012 年 1 月，頁 35。

⁸⁸ Eric Metcalfe, Rights and Responsibilities, JUSTICE Journal, Vol.4 No.2

http://www.conorgearty.co.uk/pdfs/Rights_and_responsibilities_article.pdf 最後瀏覽日 2013 年 3 月 25 日。

⁸⁹ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, supra note 16, at 90; Marianne Constable, The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge 54 (1994).

⁹⁰ Valerie P. Hans, Introduction: Citizens as Legal Decision Makers: An International Perspective, 40 Cornell Int'l L.J.304 (2007).

性制度(Democratic Institution)、具民主精神之制度(Institution of Democracy)，必須慎重思考公民參與刑事審判對司法民主化的意義。沒有公民參與刑事審判制度的國家未必就不是民主國家，只是公民參與刑事司法制度與民主原理密接，不同的公民參與審判方式具不同的符號價值，附麗於國家歷史與社會認識⁹¹，從而影響支配公民參與刑事審判之功能，分配公民參與程度，在方法論上有必要於自由民主國家憲政結構下以公民權內涵、意義解釋國民主權、司法民主化與公民參與刑事審判的價值底蘊。

惟陪審實踐利弊得失可受公評，向來是比較法學研究重要問題之一，我國發展公民參與刑事審判未必直接繼受陪審制度，卻可參考美國陪審理念、實務對特定議題的經驗說理，與其他跨法域實踐，導入公民權之思維，從制度設計入手，發展公民之公共參與擔保公平審判，踐行正當程序，支持無罪推定人權保障理念，修正陪審缺失，調和公民參與刑事審判方式，建立妥適的參與審判制度。對照東亞公民參與刑事審判之實踐，日本的裁判員參加刑事審判法更被視為深化日本司法改革、確保個人基本權的重要制度。日本憲法雖未將公民參與刑事審判制度直接明定於憲法，惟此裁判員制度已將日本刑事司法、日本憲法與國際法條約聯結一體，係三者合流並駕齊驅發展的第一步⁹²。我國從憲法位階研究討論公民參與刑事審判制度正當性，雖有多數認同之見解，但理由不一，有肯定制度合憲論者，有持附條件合憲論者、有認不違憲者，見解分殊⁹³，皆因我國憲法對公民參與刑事審判並無明文規定，如何使我國憲法人權保障精神，融合於憲法體系文義、法釋義學及其他社會科學理論就公民與政治權利公約第 25 條規範之公民權為解釋，使公民參與刑事審判與憲法保障國民主權、正當法律程序、公平審判之意旨相符，尊重國際條約之精神，在兩公約施行生效之後應使公民參與刑事審判有明確的憲法保障地位，許之實踐正當性。

⁹¹ Richard O. Lempert, *The Internationalization of Lay Legal Decision-Making: Jury Resurgence and Jury Research*, 40 *Cornell Int'l L.J.* 481-482 (2007).

⁹² Arne F. Soldwedel, *Testing Japan's Convictions: The Lay Judge System and the Rights of Criminal Defendants*, 41 *Vand. J. Transnat'l L.* 1417,1448-1452 (2008).

⁹³ 林永謀，論國民參審制之採行，憲政時代，第 17 卷，第 3 期，1995 年 1 月，頁 11 以下；李念祖，實施參審制度在我國憲法上的幾個基本問題，憲政時代，第 17 卷，第 3 期，頁 19，1995 年 1 月；蘇永欽，參審制沒有違憲，走向憲政主義，聯經出版，1994 年 6 月，頁 289-294；蘇永欽，從憲法及司法政策角度看參審及其試行，憲政時代，第 20 卷第 3 期，1995 年 1 月，頁 32。

一、司法民主化之意義

從法制發展觀察可知；司法民主之理想係以公民參與刑事審判方式，監督審判獨立，實踐公平審判，表彰國民主權精神。此從美國殖民時期知名的John Zenger' Paper, The New York Weekly Journal一案可理解國民主權精神何以與司法民主論理始終相依。在起草美國獨立宣言之前，第一次大陸會議(1774年, First Continental Congress's Declaration)已聲明刑事被告接受陪審權利，惟此之前僅有十二州響應⁹⁴。殖民時期最知名的案例是John Peter Zenger的案子。John Zenger因煽動言論被訴誹謗罪，英國皇家新派任之紐約州長William Cosby，撤換首席法官Chief Justice Lewis Morris，Lewis Morris與同道聘用John Zenger主持報業，對紐約州長William Cosby時有批評，雖大陪審團不願將John Zenger起訴，但州長William Cosby仍派檢察官將John Zenger起訴，John Zenger因而入獄，且該案審判長James De Lancey更要求被告John Zenger須支付天價之保釋金。John Zenger的辯護人認為審判長James De Lancey是州長所派，無法堅持審判中立，要求其迴避，但審判長James De Lancey卻因此將該辯護人從律師公會除名，改派他人為John Zenger辯護，啟始陳述之後，Andrew Hamilton挺身而出願為John Zenger辯護人，審判長 De Lancey認定被告John Zenger該當誹謗，但Andrew Hamilton堅持應由陪審團決定John Zenger的出版品是否涉及誹謗，俟後，陪審團裁定無罪開釋 John Zenger，此一裁定當庭大獲喝彩。John Zenger一案可說是美國憲法增修條文第6條的背景故事，陪審團發揮限制司法濫權，保障基本人權之功能其來有自⁹⁵。

前述 John Zenger一案也說明司法民主的歷史意義。美國陪審制度是殖民地人民力爭所得，以陪審實踐承認藩屬地人民之國民主權，在體制上認定、提升殖民地與母國法律地位之平等，由人民參與司法審判，共同擔保國家對人身自由之限制，穩定社會秩序，將接受陪審審判之權利明文定由憲法保障。避免司法擅斷或淪為政治工具，在殖民陰影之下，強調本於國民主權參與國家司法審判有其歷史前因，既是人民歷經辛苦方從掌權者手中爭取所得之權利，陪審制度無愧當之司法民主化成果。此外，司法民主化與國民主權理念映照在日本大正時期(1912

⁹⁴ Albert W. Alschuler and Andrew G. Deiss, A Brief History of the Criminal Jury in the United States, 61 U. Chi. L. Rev. 870 (1994).

⁹⁵ Id at 870-875.

年至1926年)，推行陪審立法與日後之陪審實踐，更可謂別具深意⁹⁶，當時日本海外所有殖民地適用之法律典章制度無分民事、刑事，無不強調日本國內地主義之延伸，然陪審法並不適用於當時日本海外殖民地⁹⁷，陪審被認係大正民主之產物，宗主國排除佔領地於適用之外，不但表現法律藩屬位階高低，也直接說明公民參與審判表現國民主權與司法民主化之歷史深意何在。

二、本文見解

王事霸圖興亡，當威權走入歷史，民主立憲政體確立運作，當代法制移植適用公民參與刑事審判如何立論國民主權、司法民主化理念，實應客觀平議。在帝國主義過去時空現象，不得不然的政治社會結構之下，因殖民地附屬於殖民母國，二者法律地位不同，主張國民主權、司法民主化之理由充分且屬必要。但時光變化，物換星移，不宜過度拘執論述國民主權、司法民主化，如何基於社會發展、國家民主體制權力結構以公民權重新詮釋國民主權、司法民主化之理念，支持公民參與刑事審判法制化，開放公眾參與公共事務，做為調整衝突與緊張之需求，釐清國家界限(National Boundary)內公民權合理行使內容與行使範疇，方是重點。

若司法審判公平公正，無關司法民主與否，司法民主亦不影響司法權與審判獨立；則公民參與刑事審判制度宜定位為提供人民參與理解司法、對話活動的空間，公民參與審判之權限自應限縮，制度所強調者乃公民參與理解司法之代表性，而非擔保對審判程序、司法判斷之信度、效度發揮功能。唯從司法民主化的角度觀察，在公民參與刑事司法架構之下，參與式民主的三大面向分別以代表性(Representation)、評議(Deliberation)、參與(Participation)在閱卷、參與準備程序、聽審提問、參與評議討論、作成判決決定有罪、無罪等司法活動，具體表現⁹⁸。在法理上，如何定位司法民主之於公民參與刑事審判的意義，決定公民參與刑事審判的參與型態設計，亦具體影響參與權限。絕對的參與權利應受絕對義務之約

⁹⁶ 當今民主，甲午前塵，感慨萬千。春帆樓下，逝水東流不西還，法制適用應超越殖民路線，開創國家格局與社會特質兼容並蓄，特此為記。

⁹⁷ 黃靜嘉，春帆樓下晚濤急，台灣商務印書館，2002年4月，頁204。

⁹⁸ Marijke Malsch, *Democracy in The Courts Lay Participation In European Criminal Justice Systems* (2009).

束，故應分別實質參與權限與形式參與權限，要求公民參審者受不同的義務束縛。

本質上必先界定公民參與公共事務、公共服務、人權保障與司法民主的意義，才能明確發揮制度建置之結構功能。公民參與公共事務、公共服務理念源於民主特質，無論國家以陪審或參審態樣保障公民參與刑事審判之機會，其參與態樣如何在非所問，但以實踐公民權為核心價值，制度設計應使公民實質參與刑事審判活動，並與職業法官同有對等、相同的權限。公民與法官在審判中如何分工並非實踐重點，而是二者的溝通聯結關係如何對審判結果發生影響力，蓋唯有賦予公民實質對等權力，參與合議，充分參與程序及互動，將心證說理具體表現於判決，才能形成肯定審判公義的公共意識，而能期待以公民參與刑事審判累積建立司法公信⁹⁹，在當代社會文明發展下，直接表現公民參與刑事審判實踐國民主權權利傳統與司法民主化的現代意義。

我國民主憲政運作成果與殖民威權統治前塵不可同日語之。在國家人權保障基準與國際人權法合一發展理念下，我國當履行國際人權公約規範，依國家社會發展，積極將公民權行使內容、範疇明確化，以妥適的立法實質支持公民參與公共事務、公共服務，將此權利合理延伸至參與司法審判活動，使公民權之實踐得以有效監督國家刑罰權之發動與運作，確保正當法律程序根本要求，依公平審判原則，落實無罪推定理念。適用國際人權法為法律解釋之依據有助於國內人權法制整全建構¹⁰⁰，聯合國人權事務委員會強調，公民參與公共事務的權利途徑應由憲法和其他法律規定¹⁰¹，憲法是國家根本大法，有義務保護公民參與公共事務之權利，我國必須採取積極作為，以公民權為法理基礎，將公民參與刑事審判法制化，配合刑事訴訟法修正，使刑事訴訟程序回歸一元發展，不僅充實憲法

⁹⁹ 司法首重人民信賴，惟判決正確性本難檢驗，但現代法律方法論應強調法律適用除了依循一般解釋方法外，與其他公共決定一樣尋求社會共識。參閱蘇永欽，律師通訊，113期，1989年2月，頁22-23。而此司法公信不僅受社會支持，在實證上更有大數擔保的意義，而繫於審判庭組成、參與比例、表決原則，將另說明分析。

¹⁰⁰ The influence of human rights on judicial decision-making The Hon Catherine Branson QC Federal Magistrates Court 2009 Plenary 29 September 2009 最後瀏覽日 2013年3月22日 http://www.hreoc.gov.au/about/media/speeches/speeches_president/2009/20090929_influence.html John Jackson, "The Impact of Human Rights on Judicial Decision Making in Criminal Cases, The Judicial Role in Criminal Proceedings, 109 (Sean Doran & John Jackson eds., 2000).

¹⁰¹ 兩公約施行法第8條規定：各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。

揭示國民主權原理之內涵，更可促進人民理解，共同支持擔保司法權有效行使之重大公益要求。

第三款 公民參與刑事審判權利義務之思辯

從國家公民的法律身分看來，公民參與刑事審判為公民投身公共服務參與公共事務的重要方式，與代議選舉投票行為，同為公民政治權利¹⁰²。如何立於國家根本大法之地位給予公民憲法保障，可參考美國陪審制度之法理，基於事物本質為相同之解釋¹⁰³，為公民參與刑事審判制度係權利或義務完整說理。公民與政治權利國際公約的立法理念既與美國人權法案自由政府民主精神法制目的合致，在美國得否參與陪審服務(Jury Service)係公民身分表徵，美國陪審制度之發展與公民行使選舉投票權密接¹⁰⁴，正因法理如此，是以在瑞士雖實施陪審制，但在該國第二大城、知名的國際城市日內瓦卻有百分之四十的居民因無瑞士國籍，非瑞士公民，而被排除參與陪審服務¹⁰⁵。

映照美國陪審法制發展，更能理解，原來所謂司法民主化的深意乃是使有投票權的美國公民有資格參與陪審審判，為國家、社會、也為自己服務¹⁰⁶，就好似其行使投票權、任公職，履行參與公共事務的權利與義務¹⁰⁷，而非片面的解釋為在審判程序反射社區意見、表決評議的「民主過程」。從公民社會整體社群觀點觀察，美國陪審制度代表判例法系審判程序的有效性，若以法官審判取代陪審審判，不只完全切割社區權力，更排除公民對刑事正義的公共表意，刑事陪審在公開審理的內涵面向反映法庭所發生的種種活動皆係公共資產，法庭活動的公共特性附隨於陪審審判，二者密不可分，陪審審判並非純屬被告權利¹⁰⁸，刑事審

¹⁰² Parus v. District Court, 174 PAC 706 (Nevada 1918).

¹⁰³ 從比較法觀點探討美國憲法理論、概念對我國憲法解釋非無影響，論述參閱廖元豪，外人做頭家？—論外國人的公民權，政大法學評論，第 113 期，頁 245-306，2010 年 2 月。

¹⁰⁴ Gretchen Ritter, Jury Service and Women's Citizenship Before and After the Nineteenth Amendment, 20 Law & Hist. Rev. 479,480 (2002).

¹⁰⁵ Marijke Malsch, supra note 98, at 54.

¹⁰⁶ 刑事案件的被告可能因侵害國家法益、社會法益、個人法益受訴追，檢察官與法官係受身分保障之國家公職人員，代表國家追訴被告，公平審判被告，辯護人受被告委任而存在，如果社會正義、人權保障是公民社會的價值，公民自己能為自己的理想社會做些什麼。參與刑事審判對公民個人當然別具意義。

¹⁰⁷ 有關美國陪審制之不附理由拒卻制度排除公民參與審判，是否有礙公民權之行使，將另分析論述，謹此說明。

¹⁰⁸ Laura I Appleman, The Lost Meaning of the Jury Trial Right, 84 Ind. L.J. 397,442 (2009).

判的兩造為個人與國家，與兩造關係聯結密接的法院主導訴訟活動，而法院又為國家高權結構控制，司法審判國家主觀性格強烈，自不待言。從個人權利與檢察官官權訴追爭端解決之程序觀點而論，公民參與刑事審判保有公民個人權利與義務之雙重特徵，其目的在於權力調和，其功能有助擔保刑罰權發動之正當程序與公平審判。

一、公民參與刑事審判保有公民權利與公共義務之雙重特徵

參與刑事審判係公民的權利或是義務，亦影響公民參與者任務權限與功能定位。憲法闡明主權屬於國民全體，司法權之發動屬國家主權之一部，我國研議公民參與刑事審判由來已久，但未曾付諸實踐，國際人權法導引我國憲法人權保障發展基準，將兩公約的法律規範聯結我國憲法明定尊重條約及聯合國憲章之原則，有必要將公民參與刑事審判法制化，以公民權為法理，建置公民參與刑事審判法，使公民參與刑事審判有明確的法律基礎，符合公民權之作用與目的；受憲法保障，而非僅是模糊論述制度不違憲法、或在「不違憲法」的思維下，提供公民形式性參與之機會，限縮公民參與審判權限。

再者，從國家對國際人權公約的承諾看公民參與刑事審判的司法功能，實踐公民參與刑事審判係落實國民主權、強化司法民主的直接民主方式¹⁰⁹，司法證明公開是公平審判的要素之一，在民主社會更是如使此，個人本於公民權利，履行公共義務，平權參與司法審判，更無性別之分¹¹⁰，參照公民與政治權利國際公約第 14 條立法理念；「正義不能是秘密」，公開性的內在程序要求，有助真實發見，同條第 1 款區分訴訟程序意義，釋明法庭組成與判決動態公開(Dynamic Publicity)與靜態公開(Static Publicity)之原則，公開審理不只是當事人權利，更是民主社會的公眾權利¹¹¹，就司法權而言，屬於公民的公眾權利非止於法庭旁聽或聽證，必須開放司法審理活動使人民直接、實質參與司法審判活動，見證司法

¹⁰⁹ Sanja Kutnjak Ivkovi, *supra* note 5, at 431 n22; n23; n 24.

¹¹⁰ David L. Kirp, Mark G. Yudof & Marlene Strong Franks, *Gender Justice* 88 (1986). (justifying their claim for equal liberty by arguing that if "the governing norms deny the claim of autonomy and shelter individuals from the responsibilities of state, then people become dependents... [,] remaining childlike, unable fully to act for themselves in exercising rights and fulfilling responsibilities.").

¹¹¹ Manfred Nowak, *supra* note 3, at 323-324.

獨立公平審判，方能促進公眾對國家司法的了解¹¹²，雖然支持司法民主也成為司法實務肯定建置公民參與刑事審判制度的主要理由¹¹³，但司法民主的意義非僅於此，更關係如何決定公民參與範圍與權限，全程參與法庭審理、評議討論，並就判決結論投票表示意見，表現公民參與刑事審判之社會意義，更重要的是公民參審者之意見是否具拘束力、影響力，如何發揮實質參與意義，實踐司法民主化，才是制度成敗關鍵，甚至就參與範圍與權限分析，方得進一步說明公民參與刑事審判在我國應定位為權利或義務。

二、公民權之實踐－社會參與

司法審判貴在有效、可信發見真實，保障程序正義，無論訴訟構造如何，訴訟制度理念始終如是。司法重視個人基本權、社會體系、國家權力與法規範衡平關係，在公民參與刑事審判制度設計之下，人民是憲法的行動者，不是旁觀者，公民成為刑事審判活動的主體之一，不惟保障當事人權利、更確認立法者制訂的國家法律為全體國民所接受¹¹⁴。從美國法實踐觀察，公民參與刑事審判屬公民參政權之一，而非因個人本於固有之訴訟權將紛爭訴諸公眾評論¹¹⁵，強調以公民價值參與陪審公共服務¹¹⁶，基於公民身分必須履行陪審義務¹¹⁷，而我國承續國際人權法保障公民權之法理，與憲法國民主權原理銜接，職是，公民參與審判之權利應受憲法肯定，至若權利行使範圍及其職權，皆應賦予與法官對等、實質之權力，使審判庭成員依正當程序，互為擔保，溝通合作，完成公平審判任務。

正當法律程序之作用乃是擔保憲法訴訟權之實施，彰顯公平審判之法效，刑事審判對個人、家庭、社會生活造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權影響更是重大，社會公義與人權維護自應審慎，從有效保障程序主體之利益而言，人民

¹¹² John D Jackson, Paradoxes of Lay and Professional Decision Making in Common Law Criminal Systems, 72 Int'l Rev. Penal L.579 (2001).

¹¹³ 相關瑞典實證資料參閱 Christian Diesen, Lay Judges in Sweden - A Short Introduction, 72 Int'l Rev. Penal L. 315 (2001).

¹¹⁴ Deborah A. Ramirez, The Mixed Jury and The Ancient Custom of Trial By Jury De Medietate Linguae: A History And A Proposal For Change, 74 B.U.L. Rev. 777 (1994).

¹¹⁵ Vikram David Amar, Jury Service as Political Participation Akin to Voting, 80 Cornell Int'l L.J. Rev. 203, 204-06, 218-21, 259 (1995).

¹¹⁶ Douglas G. Smith, Structural and Functional Aspects of The Jury: Comparative Analysis And Proposals For Reform, 48 Ala. L. Rev. 441,480 (1997).

¹¹⁷ Albert W. Alschuler and Andrew G. Deiss, supra note 94, at 927.

接受陪審、參審之權利應為憲法第 8 條正當法律程序人身自由保障之內涵，有助公平審判權之鞏固。司法民主內涵強調，理想的國家事務參與模式對國家公民權的平等保護，而非從屬上下層級精英統治優勢之參政權¹¹⁸，以公民權建構公民社會意識為基礎，使公民居權利主體地位，參與刑事審判，以直接參與方式證驗司法判決為公民社會信任接受，確保刑事司法功能正當發揮，是公民的民主權利 (Democratic Right)，更是責任¹¹⁹。

三、本文見解

在我國，公民參與刑事審判制度付之闕如，檢驗憲法規範與社會事實狀態條件，國家消極迴避作為，未能具體建立公民參與司法審判制度，實質給付公民參與刑事審判權利，是否不當限制憲法第 2 條、第 8 條保障之國民主權、正當法律程序、公平審判規範內涵，第 141 條規定之基本國策作為義務，背離憲法精神，此一重大課題亦得從公民權與公民參與審判之權利義務關係，說明公民參與刑事審判法制化之憲法意義。

承續公民與政治權利國際公約之公民權條款，在憲法尊重條約之基本國策精神之下必須具體實踐。國際人權法提供我國憲法理論典範，國家應依憲法第 107 條第 4 款之規定，履行積極司法作為，將公民參與刑事審判法制化，使公民權在我國具體實踐，擺脫單純的法律釋義理論，配合社會發展，整合詮釋憲法人權體系結構¹²⁰，特別又因基本權之保障本就難以一一列舉，普遍規範，我國憲法雖未就公民權為明文規定，但其存在深具民主特徵，自屬基本人權之類屬，若此權利行使有助公共利益，更無禁制必要。且公民權具國際人權法保障適格，為國際人權法承認，聯合國人權委員會認為：公民與政治權利國際公約第 25 條規範公民權內涵要素，其行使範圍只要不逾越「不合理的限制」，就不應禁止。

¹¹⁸ Developments in the Law: II. The Civil Jury: The Value of The Civil Jury, 110 Harv. L. Rev. 1421 (1997).

¹¹⁹ Ryan Y. Park, The Globalizing Jury Trial: Lessons and Insights from Korea, 58 Am. J. Comp. L. 525, 581 (2010).

¹²⁰ 論述憲法有那些規定可以開發出有意義的規範內涵，將憲法不同的規範體系化，整合憲法規範與社會事實。參閱蘇永欽，部門憲法—憲法釋義的新路徑？當代公法新論（上）---翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版，2002 年 7 月，739 頁；蘇永欽，橫看成嶺側成峰—從各別社會部門整合憲法人權體系，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，頁 149。

本文特此強調我國憲法第141條明訂「尊重條約及聯合國憲章」，至應永矢咸遵。在憲法架構之下，尊重國際規範之優位，實踐權利保障規範更應從實質理性的法規範目的肯定基本權保護之實質內涵，而不侷限於立法原則宣示或法律釋義，此係社會實體整合法律實踐必須重視的具體方向。憲法第141條之規定乃承聯合國創始會員國之使命，為比較憲法史上所罕見之立法體例，在法理上也反應國際法重視人權保障的普世性格是我國憲法的古典理想，更是當代任務。故憲法在本體與功能上，不應輕忽國際人權公約要求締約國承諾履行公民權完全保護，充分行使之最大效力原則。

公民權之行使有助社會秩序、公共利益之維護，**受憲法第22條保障**。我國憲法應本於尊重國際條約之立國精神，承續公民與政治權利國際公約之公民權規範，在憲法架構下，據第2條國民主權、第8條正當程序柔性規範內涵，將公民權定位為個人基本權，以其實踐為公民參與刑事審判法制化依據，實質表現國家權力對公民個人自由尊重、保護的價值。兩公約施行法第3條規定：「適用兩公約規定，應參照公約立法意旨及兩公約人權事務委員會對公民權之解釋」，本文無意移植比較法法律釋義之主張，但須說明，公民權具權利行使與義務履行之雙重特徵，公民基於公民權利有責任積極自願參與，而非視參與審判為受國家強制力拘束之苦役，憲法居承續國際人權法、延續國內法之樞紐地位，應轉化我國憲法就國民主權規範功能之說理，平弭公民參與刑事審判之違憲異見，平議刑事審判在社會領域助人權保障與秩序穩定之重要性，使公民實質參與刑事審判，聯結社會現實對正當法律程序、公平審判之規範認知，形成我國憲法確保公民權實踐之合理版圖。

第三節 公民參與刑事審判與公平審判之關聯

第一項 平等保護與審判獨立

司法判決的重要性乃在於認定被告是否犯罪，而不在於有多少人共同承擔責任以減輕將無辜定為有罪的罪惡，故將公民參與刑事審判定位為保障公民自由的

制度性承諾¹²¹，尊重司法獨立更須重視審判獨立，審判獨立是司法程序的核心，將爭端訴諸法院係期待裁判者不受外來壓力或主觀喜惡之影響，作成公平判決，本此概念，司法獨立乃是公平審判的保障¹²²，表現在司法結構的重要特色之一就是公民參與刑事審判為人權保障機制，避免司法主觀擅斷，確保個人的公平審判權與受法定、獨立、無偏組成之法庭公平、公開審判之權利。在法院和審判庭前一律平等與確保公平審判權是人權保障的關鍵內容，亦是法治國原則程序保障的手段方法，為公民與政治權利國際公約第14條明定。本條人權保障的密度精澁細緻，明定締約國必須尊重的各項司法人權保障，不論各國法律傳統、國內法規定如何，締約國應報告如何依其相關法制解釋本條人權保障，國際人權事務委員會更強調，雖各國得就公約內容為保留條款之規定，但委員會無法任由締約國國內法確定公約保障的實質性內容，對公平審判權為保留規定並不符合國際人權公約之目標與宗旨¹²³。

公民與政治權利國際公約第 32 號一般評議闡明：保障程序公平公正，不能被解釋為可確保審判庭不犯錯誤¹²⁴。平等與審判獨立理念是國際人權法落實人權保護的重要原則，國家制訂公民參與刑事審判制度，落實公平審判與平等保護，對被告之特定犯罪事實，經由審判程序，決定國家刑罰權存在與否及其範圍，係落實人權保障的擔保機制¹²⁵，保障司法獨立最好的方式乃係提升審判者的公共意識，而公民參與刑事審判不僅是公共信任之基礎，更是司法自信的資源¹²⁶。審判權受民主權力支配，法官依法律獨立審判，特別是對多元社會而言，自由平等之保障都在正當法律程序下實現，國際人權法強調審判獨立之重要性¹²⁷，「人

¹²¹ 使刑事司法判決與公民權聯結之論述參閱 David Robinson Jr, Perspective: The Shift of The Balance of Advantage in Criminal Litigation: The Case of Mr. Simpson, 30 Akron L. Rev. 1, 1;12 (1996).

¹²² Becker, Theodore L. Comparative Judicial Politics: The Political Functions of Courts 206 (1970).

¹²³ 公民與政治權利國際公約第 32 號一般評議 (General Comment No. 32) HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) <http://www.amnesty.nl/documenten/generalcomments.pdf> (最後瀏覽日期 2010 年 4 月 4 日)

¹²⁴ 同前註。

¹²⁵ Sanja Kutnjak Ivkovi, supra note 5, at 431.

¹²⁶ Hon. Sandra Day O'Connor, The Importance of Civic Partnership, Future Trends in State Courts 2010, NCSC, National Center for State Courts

<http://contentdm.ncsconline.org/cgi-bin/showfile.exe?CISOROOT=/ctadmin&CISOPTR=1605> (最後瀏覽日期 2010 年 4 月 4 日)

¹²⁷ 公民與政治權利國際公約第 9 條、第 14 條參照。而歐洲人權公約第 6 條直接繼承公民與政治權利國際公約第 14 條法規內容。

權」在法律體系中之保障地位問題更是備受各界關注¹²⁸，審判獨立原則保障個人基本權不受侵害是公平審判的重要內涵，而有助於司法權作用受信賴。法官獨立、審判獨立係司法獨立之核心領域，三者異同交集，其目的在於審判權行使不受干涉，非為法官豁免監督¹²⁹，或禁止法官以外之人為合議庭成員之理由，茲分析獨立審判原則目的意旨如下。

一、審判獨立

大法官釋字第 530 號強調，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性，其內容包括法官之獨立、司法行政權及規則制定權。似有以最高司法機關對於法官自有司法行政之監督權規範個案平等保護，審判獨立之意。解釋文並揭示：「法官獨立審判原則，內容可分職務獨立性及身分獨立性二者，前者指法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉；後者謂法官之身分或職位不因審判之結果而受影響。憲法第八十一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，即係本此意旨。審判獨立在保障法官唯本良知，依據法律獨立行使審判職權，為自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要機制；為實現審判獨立，司法機關應有其自主性，其內容包括法官之獨立、司法行政權及規則制定權」....「司法自主權與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標」。從司法自主性立場強調權力自我拘束，重視以司法行政監督權之行使，達成審判獨立目的，欠缺民主正當性與程序保障，非無破綻，容易造成內部監督機制形同虛設，對人民權利應有之保障顯然過於薄弱¹³⁰。最高司法機關縱然對法官有司法行政之監督權，但以司法本位思考，形成監督意識，尚不論司法行政之監督是否即無干預審判之疑，其監督效果令人存疑，且外界無從參與監督，回歸司法權應受立法權與法律限制之法理，則司法監督密度與方式若藉由公民參與刑事審判，發揮溝通功能，輔助監

¹²⁸ 監察院中華民國 85 年 10 月 29 日（八五）院台參甲字第 14257 號聲請書特別指出歷來受人民陳情而與司法有關之問題：（一）人民權利未受法律保障。（二）司法官容易濫權。（三）救濟途徑匱乏。（四）侵害立法權、規避監察院之監督。（五）造成人民對司法審判的不信任。（六）未能成為政府機關遵守法律規範體系的榜樣。大法官釋字 530 號解釋聲請書抄本參照。

¹²⁹ 李震山，審判獨立，月旦法學教室，第 2 期，2002 年 11 月，頁 30-32。

¹³⁰ 「在憲法中並無關於最高司法機關就審理事項發布規則權之任何法源依據，亦無法由憲法中任何原則引伸出此項權力，.....目前司法院所發布之各種要點、注意事項等行政內規之違憲性轉為隱晦不明」。大法官釋字 530 號解釋，黃越欽大法官不同意見書參照。

督、制衡，並無礙司法獨立。

歐洲人權法院將「獨立」明確解釋為司法獨立於當事人之外執行職務¹³¹。客觀獨立的審判庭組成，有助於訴訟主體完整的權利保障。公民參與刑事審判除維護司法利益，亦是鞏固平等原則與審判獨立的制度性設計，除了法定的迴避制度之外，如何確定審判庭組成的客觀性，不陷入審判者可能存在人格特質偏差或偏見之影響¹³²，確保法律程序與實體的公正性，本就是維持公平審判基本標準的最大挑戰與可能風險。法院的獨立性與公正義務是人權保障的屏障，法律規範公民社會的行為價值，解釋客觀的法支配性與主觀的秩序破壞者，而司法審判為國家主權表徵，彰顯國家特性，如何將人權保障具體化，就正當程序的要求與人民訴訟權之保障，更應將公民參與刑事審判法制化，畢竟，當民主社會加諸嚴格的刑罰制裁於個人時，判決證明此係社會公民的刑法標準，當然應允許公民就法律參與素樸表意¹³³。

二、本文見解

雖然各國刑事訴訟法制不同，公民參與刑事審判態樣形成亦有不同的背景原因。不過從制度救濟司法擅斷與人權壓迫的傳統目的與功能理念可知；以隨機方式選出來自社區的公民依法組成公正、無偏、獨立的審判庭，參與審判活動，係有助確保個人接受公平審判的公民權¹³⁴。本文認為：久受批評的司法主觀擅斷包括兩大問題：一是審判者不可知的人格特質可能偏執擅斷，造成公平審判之風險，另外則是證據價值認定無由擔保的審判心證恣意問題。從預防司法擅斷的陪審精神看來，公民權對被告與個人分別具有平等保護與監督審判獨立的客觀性指標意義，在正當法律程序下實踐國際人權法揭示平等保障與審判獨立的法

¹³¹ Ringeisen v. Austria, App. No. 2614/6, 1 Eur. H.R. Rep. 455, 490 (1971).

¹³² 當然公民參審者也可能存在人格特質偏差、個人偏見等問題，故公民參與刑事審判制度另以附理由拒卻（Challenges for Cause）與不附理由拒卻（Peremptory Challenge）為調和，此涉正當程序問題，將另文分論。

¹³³ Allen, Unexplored Aspects of the Theory of the Right to Trial by Jury, 66 Wash. U.L.Q. 33, 35 (1988); Joe S. Cecil and Valerie P. Hans and Elizabeth C. Wiggins, Symposium Issue on The Selection And Function of The Modern Jury: Article: Citizen Comprehension of Difficult Issues: Lessons From Civil Jury Trails 40 Am. U.L. Rev. 727 (1991).

¹³⁴ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, supra note 16, at 91.

規範內涵，公民參與刑事審判之態樣，各國自持司法利益為調和應為可許，但公民參與規模、乃至與法官共組合議庭的比例必須合理，且應依公民與法官之組成比例法定表決原則，根本理解公民權在司法活動之行使如何具體化，實繫於公民就參與審判之結果是否與法官同有表決權，而非止於形式上見證審判程序，更無關參與態樣如何。

法定客觀表決原則有助以社會認識支持定罪意義，釐清公民參與審判目的，依據受規範者日常生活及語言經驗，擔保事實、證據受客觀審查，不但消弭社會大眾對審判庭組成是否客觀的疑慮，更可抵抗行政干涉之危險¹³⁵，使公眾與被告同對獨立無偏的判決說理更具信心，減少司法主觀偏見之危險，預防國家法律適用不當、違法適用，作為避免國家違法侵害公民權之保障，值得肯定¹³⁶。

第二項 公平審判與公平審判權

公平審判之實現到底是司法制度設計之於個案實踐結果、還是社會氛圍對公平現實的感知效果¹³⁷，實難定義。從比較憲法理論探討公民參與刑事審判的功能，其內涵包括：公正水平(Fair cross-section)、無偏頗(Impartiality)與平等保護(Equal Protection)三大原則¹³⁸，以求落實公平審判理念。然而何謂公平審判，定義廣泛，公平審判與公平審判權是不同的法意識，對公民社會而言，公平審判是人權保障的社會價值，公平審判權是刑事被告的個人權利，對訴訟程序而言，公平審判是程序進行對抗，武器平等的公平性。透過正當法律程序與訴訟權保障機制擔保其客觀化。

權力分立架構下，司法有其自治範疇，而審判獨立及訴訟權救濟所要求之公平審判程序性保障，「要求公平審判之權」，為我國憲法所保障。在我國公平審判不僅是正當法律程序要求的內涵，亦是憲法保障人民訴訟權之重要基礎¹³⁹。

¹³⁵ Id.at 92-93.

¹³⁶ 判例法的陪審審判另有陪審拒絕適用法律(Nullification)之特色，Nullification 被稱為對抗專制政權、不正義拘禁的最後安全閥。有關 Nullification 之論述參閱 Darryl K. Brown, Jury Nullification Within the Rule of Law, 81 Minn. L. Rev. 1149 (1997); John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, supra note 16, at 90 n29.

¹³⁷ Danny J. Boggs, The Right to a Fair Trial, 1998 U Chi. Legal F 1,2 (1998).

¹³⁸ Marianne Constable, supra note 89, at 29.

¹³⁹ 陳運財，刑事訴訟之回顧與展望，月旦法學雜誌，第45期，1992年2月，頁30。

依據正當法律程序原則，人民合理、公平參與法律程序之權利應受保障。從比較法之發展觀察，公民參與刑事審判受公民肯定係保障公平審判的民主制度 (Democratic Institution)¹⁴⁰，有助審判公正與平等保護¹⁴¹。對照美國憲法，公平審判與銘刻於憲法之人民受陪審審判權利有相同意義，刑事被告面對國家追訴，由公正不偏的陪審團根據公平審判程序與明確的證據定罪¹⁴²。在歐陸，歐洲人權法院以歐洲人權公約第 6 條第 1 項公平審判權 (Right to a Fair Trial) 為人權保障核心條款；以公平審判為上位支配理念，發展完整的程序基本權體系¹⁴³。然而正當程序、公平審判條款除係對證人證據方法關聯規範的重要條款，更是違法判決的審查基準，其內涵與法規範、法制度之設計乃不可分，在整體刑事程序中調整偵查、起訴、審判，不同階段的權力必要、發動強弱、區別犯罪嫌疑判斷與定罪標準，將基本法律價值與期待在整體刑事程序階段具體化。

在判例法系，陪審審判結合正當法律程序與法治國原則內涵，發展出當事人主導程序的訴訟理念，由具合格選舉權之公民名單中遴選陪審員，以陪審方式監督制衡法官，避免司法預斷¹⁴⁴，確立無罪推定、不自證己罪特權、武器平等、直接審理、控訴模式、審檢分隸等刑事訴訟結構權力分立原則。在當事人進行訴訟模式之下，分別由專業法官與陪審員決定法律問題及制裁與事實定罪與否，以嚴格的傳聞法則排除司法預斷與非法證據取得，影響證據開示與證據評價方法。雖然前開重要的訴訟理念亦多為歐陸法系職權進行模式的刑事司法程序移植適用，然而與當事人進行模式關係密切的陪審制度卻未能一體繼受。

歐陸法系國家另由檢察官、法官依職權發見真實，以起訴狀與檢察官所送卷證，作為有罪無罪判決之依據，或進而發展參審制度，以參審員取代陪審員，由參審員與法官組成參審法庭，共同審理案件之法律問題、事實判斷，作成有罪無罪之判決結果¹⁴⁵。終結審判心證承續偵查結果之影響，才能建構合理的當

¹⁴⁰ Marijke Malsch, *supra* note 98, at 47.

¹⁴¹ Sanja Kutnjak Ivkovic, *supra* note 5, at 431.

¹⁴² Danny J. Boggs, *supra* note 137, at 2-3.

¹⁴³ 林鈺雄，證人概念與對質詰問權—以歐洲人權法院相關裁判為中心，收錄於刑事程序與國際人權，國立台灣大學人文社會高等研究院出版，2007 年 12 月，頁 191 以下。

¹⁴⁴ John D Jackson, *supra* note 112, at 582.

¹⁴⁵ Stephen C. Thaman, *The Ideal of Conference*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 19 (2001).

事人進行模式，落實公平審判¹⁴⁶。在卷證併送制度之下，對審判心證可能造成預斷干擾，既定、互斥的現實運作方式如何擔保公平審判權中「獨立公正的法院」形象，不致錯亂審判者中立聽審之角色，過度職權介入證據調查方式，不得不慎。審判者保持空白的心證或維持開放的心證對實現公平審判是否得有一致的結果，實難查考，但是對被告防禦權保障的公平性原則，乃是司法實踐超越法系結構差異，持守無罪推定理念，對人權保障與人身自由干預的正當基礎。

第一款 公平審判

從訴訟結構對應法制發展可以發現，陪審制度與當事人對抗進行之訴訟構造確實密不可分。陪審團與法官分別論罪科刑，法官在審判程序中形成心證，不惟係心證自律之結果，更是對程序權之尊重，在被告與國家追訴權行使之間，獨立無偏公正判決，公民參與刑事審判制度以公民實踐立法意志，使公民社會信任審判公平，有助於公平、迅速、正確的紛爭解決¹⁴⁷，排除非理性的干擾與操控可能性，消除公眾與被告對正當程序的疑懼，憲法賦予人民享有公平審判之主觀公權利，對於高權預設的公平審判，公民要求平等參與「公平獨立之審判程序」，被告要求武器平等進行攻防，皆為公平審判內涵之要求。

特別是公眾高度關注的案件，而案件議題對社會又有高度影響力，公民社會與司法如何維護公平審判當然要有理性支持的機制。無論審判主體為何，公民社會的公共關注不是進行公平審判的壓力，大眾與小眾傳播媒體亦非公平審判的障礙，更不影響、遲滯審理期間，以公民參與刑事審判制度為調和機制，澄清外界對司法專斷的疑慮，當是國家採行陪、參審制度的理由之一¹⁴⁸；特別就刑事審判的本質而言，集體參與的主要目的就是要排除秘密專斷的程序，如果沒有集體參

¹⁴⁶ 陳運財，刑事訴訟制度之改革及其課題，月旦法學雜誌，第 100 期，2003 年 9 月，頁 73-90。

¹⁴⁷ 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，第 180 期，2010 年 5 月，頁 132。

¹⁴⁸ Arne F. Soldwedel, Testing Japan's Convictions: The Lay Judge System and the Rights of Criminal Defendants, 41 Vand. J. Transnat'l L. 1417, 1426 (2008); U.S. Supreme Court in *Burch v. Louisiana* noted that the "purpose of trial by jury . . . is to prevent government oppression by providing a safeguard against the corrupt or overzealous prosecutor and against the compliant, biased, or eccentric judge; 在法國人民心中，參與刑事審判機制是保障公平審判的民主性機構。See also Marijke Malsch, supra note 98, at 47.

與有如何能有個人權利¹⁴⁹？在審判獨立、無罪推定的理念下，公民參與刑事審判，踐行正當程序，擔保公平審判，建立司法公信，故不容由大眾與小眾傳播媒體影響判決結果，但審判獨立具時間意義，案件未確定前審判不受干涉，案件確定後，其獨立性已確定，案件非不得受社會公評¹⁵⁰，但某些特定案件的放射效力，影響公民社會對司法體系的公共認知，更嚴重的後果是誇大損害公共信任，動搖公民社會對司法的支持，不當要求立法部門修法改變¹⁵¹。異身別體的參審合議庭既由公民與法官共組，自是擔保公共信任的重要方法，是故，期使公民因參與刑事審判，建立自發性的社會支持，亦應為我國發展公民參與刑事審判的重要思維認知。

公平審判的形上概念應由具體機制擔保，程序環節層累相扣，實現訴訟公平，保障公平、公開之審判活動，不受任何直接、間接影響、施壓、恐嚇或侵擾，甚或以具有相同後果的其他方式表示敵對情緒，則此種審訊並非公正¹⁵²。保障獨立審判庭之組成與公正判決之產出，實踐公平審判之法律效果，消除任何形式的歧視、堅持法律之前人人平等的人權保障精神，同時呼應憲法第 8 條正當法律程序，維護公平審判之權利，是國家保護法秩序不受優勢權力破壞的憲法實質理性¹⁵³。公民社會以司法判決為正義實現的結果，而非僅係當事人間的訴訟勝敗，更是國家與人民必須共同認識的法律目的。司法如何履行公平審判義務，擔保審判庭必然公平公正之信用，不能忽略審判庭組成可能潛在的主觀偏見。國家要使人民有毫不懷疑的確信，審判庭無論如何組成都是公正的¹⁵⁴，一定能完成公平審判的任務¹⁵⁵。除了迴避制度之外，是否有任何調節機制預防審判庭不公¹⁵⁶？如何防止恣意操控審判，干預審判公平性¹⁵⁷？獨立無偏的審判庭組

¹⁴⁹ Laura I Appleman, *supra* note 108, at 429.

¹⁵⁰ 林紀東，同註 46 書，頁 324。

¹⁵¹ Danny J. Boggs, *supra* note 137, at 9.

¹⁵² 公民與政治權利國際公約第 32 號一般評議參照。

¹⁵³ 李念祖，實施參審制度在我國憲法上的幾個基本問題，憲政時代，第 17 卷，第 3 期，頁 17。

¹⁵⁴ 只有承認個別法官的認事用法及學養能力影響個案審理結果至鉅，才能理解制度設計上強調事先以一般抽象中立之分案規則隨機分派承審法官，對維持司法公正與獨立的深刻重要性。否則若法官都是公正的，因而是絕對等值且可任意取代，那麼在法官均廉正自持的前提下，容許人為主觀好惡恣意介入分配案件又有何妨？參閱大法官釋字 665 號許宗力大法官部分協同、部分不同意見書。

¹⁵⁵ 審判庭是否公正當受社會評價，See Lawyers Committee for Human Rights, *What Is a Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice*, March 2000.

http://www.humanrightsfirst.org/pubs/descriptions/fair_trial.pdf (最後瀏覽日 2010 年 2 月 13 日)。

¹⁵⁶ 國際人權法反對法庭容忍陪審團出現種族主義態度，破壞審判庭組成公正性，此外基於種族

成支持司法公正，建立國家法治正當性基礎¹⁵⁸，成為當事人主體得受公平審判的正當程序保障，同時確保人民訴訟權。法定法官原則係正當法律程序原則的實踐規則¹⁵⁹，這樣的工具性設計是為司法獨立性，也是為滿足公平審判的基本標準，使審判法庭符合獨立、不偏不倚的規定。

我國憲法第 8 條、第 16 條防止恣意審判之意旨與法定法官原則保障人民依正當法律程序受公平審判目的相當¹⁶⁰，為確保人民接受法院公平審判，審判庭內部努力建立維護客觀的機制設計，落實公平審判，同時亦須使社會外部認識其客觀價值，並理解客觀的審判庭組成非主觀假設，而與社會認定客觀標準相符。主觀與客觀的概念流動，如何使公民社會信任獨立無偏的審判庭組成非主觀假設，而是個人和整體社會利益的重要保障，關鍵仍是保障公民參與刑事審判的機會，透過程序參與，使公民在審判程序中有更大的參與空間，認定事實判斷有罪無罪、反應科刑意見，共同擔保審判公正，使公民成為人權擁護者，支持判決信用性，有助人民對審判結果公平合理之確信¹⁶¹。雖然公民參與刑事審判的制度、態樣不同，但實現公平審判的價值認知一致，在普通法系陪審審判就是公平審判，依陪審程序完成審判，就是由陪審員實現公平審判的概念¹⁶²，此一法制精神穿越法域，影響刑事訴訟法制興革運作，是以本文再次強調，為使公平審判成為社會之確信，國家公民參與刑事審判應有實質參與表決表意之權，方無違前揭所論原則。

偏見選出的陪審團損及正當法律程序，更不受容許。參閱公民與政治權利國際公約第 32 號一般評議。

¹⁵⁷ 大法官釋字 665 號解釋理由書謂：「世界主要法治國家中，德意志聯邦共和國基本法第一百零一條第一項雖明文規定，非常法院不得設置；任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪—此即為學理所稱之法定法官原則，其內容包括應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判；惟該原則並不排除以命令或依法組成（含院長及法官代表）之法官會議（Prasidium）訂定規範為案件分配之規定（德國法院組織法第二十一條之五第一項參照）。」

¹⁵⁸ Simon Chesterman, *An International Rule of Law?* 56 Am. J. Comp. L. 331(2008).

¹⁵⁹ 李震山，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版，2 版，2007 年 9 月，頁 264。

¹⁶⁰ 陳運財，評大法官解釋第 665 號，月旦法學雜誌，第 176 期，2010 年 1 月，頁 24-41；陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，法官協會雜誌，第 11 卷，2009 年 11 月，第 51-60 頁。

¹⁶¹ Ethan J. Leib, *Commentary: A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries*, 5 Ohio St. J. Crim. L. 629,640-641 (2008).

¹⁶² Danny J. Boggs, *supra* note 137, at 3.

第二款 公平審判權

公民與政治權利國際公約第 14 條公平審判權規範源自判例法系對刑事被告在法庭上個人權利受正當法律程序保障之傳統，亦是參考美國憲法正當法律程序之實質保障與程序保障立法規定¹⁶³。二次戰後，公平審判權成為受普遍承認的國際法上權利，此一權利之實踐在於審判程序本身係制度性保障。刑事被告受公平審判之權利是個人絕對基本權，也是法院義務。無論如何，被告享有公平審判權具國際習慣法地位無疑，仍須省思的是公平審判權是否具國際強行法(jus cogens)法律地位，國內法應如何實踐¹⁶⁴，從國際法觀點而言，公平審判權保護之始點在國家行為實質影響個人處境時即應享有，甚至是在受逮捕時即有保護必要¹⁶⁵，強調權利保護必要性貫徹訴訟程序終始。公平審判權的本質係刑事程序中每一個當事人權益都必須被照顧，使兩造攻擊防禦的法律地位平等，以正當法律程序提供充分防禦權，保護被告享有公平審判權。公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項規範公平審判權，以中立聽審、審判獨立、公開審理、法定法官等法治國原則將權利內涵具體化。如何在個案落實正當法律程序、公平審判權列舉內容與基本保障等各種要求，都以訴訟主體為重，發展完整的程序保障基本權，促成武器平等，而非僅是原則性宣示。

從國內法而言，公平審判權之法律規範非與國際人權法規定相符即已足，更重要的是從法規固有有意義分析實踐經驗，避免權利行使成為單純論理，更應透過公民程序參與的觀點，從制度面思考人民對落實公平審判權之合理信賴問題。若從比較法觀點，分析美國實踐經驗；美國憲法雖未就公平審判權為明文規定，但從憲法本身仍可導出公平審判權受美國憲法保障之解釋¹⁶⁶。人身自由之剝奪或限制涉及個人基本權之侵害，故被告接受陪審之權利為憲法保障，然刑事案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益，亦為整體社

¹⁶³ Manfred Nowak, *supra* note 3, at 305.

¹⁶⁴ 公民與政治權利國際公約第 4 條規定：在社會受緊急狀態威脅時，由國家正式宣布，公約締約國得採取措施克減在公約下所承擔的義務，惟國家不得克減之權利並不包括第 14 條公平審判權規定。

¹⁶⁵ 莊杏茹，正當法律程序下指定辯護制度之實踐，警察大學法學論集，第 20 期，2011 年 4 月，頁 182 以下。

¹⁶⁶ Leonard Pertnoy, *The Juror's Need to Know vs The Constitutional Right to a Fair Trial*, 97 Dickinson L. Rev. 627, 627 (1993) ("The right to a fair trial is a guarantee so fundamental that it was specifically accounted for by the Constitution itself.").

會重視關心，公民參與刑事審判制度發展之初也是反映人民有權參與司法的社群集體觀點，和被告是否有權放棄「受陪審權利」無關¹⁶⁷。透明的法庭空間是公共資產，故公民參與刑事審判制度的公共層面攸關被告權利保障問題¹⁶⁸，被告接受公平獨立審判庭之審判與如何確保其公平審判權同等重要。從被告的法律地位討論公民參與刑事審判制度，亦必須考慮被告接受公民參與刑事審判是否屬個人權利，若為保障被告所享公平審判權的觀點看來，亦當肯定被告享有此一權利¹⁶⁹。

公平審判權與正當法律程序相倚，使人權保障不再是抽象概念，而是創造客觀人權共同秩序的價值基礎。依歐洲人權法院的見解，公平審判權的態樣之一是當事人進行的訴訟防禦權保障 (Right to An Adversarial Trail)，控訴被告的證據如何開示必須使被告有機會在公開聽審中防禦辯明¹⁷⁰。判例法系傳統下，陪審制度被認為是保護被告權利，維護公共利益，監督司法正義的重要象徵，認定事實者於審判前不接觸偵查卷證資料，控制兩造提出證據的立足點平等，從審判者心證不受無確定性資料影響的理念思辯公平審判權的問題，陪審員在程序中始終保持中立，面對兩造所提證據，陪審團隨證據開示程序理解案情，還原事件原貌，綜合證據，說理敘事，形成心證判斷，確保被告的公平審判權。

陪審審判之發展密接於公平審判權概念，被告接受同儕審判是保護其不受國家權力擅斷行使之害¹⁷¹。從公平審判權規範條款繼受的法制傳統觀點思考，審判權由公正無偏的裁判者掌握，考量適用或排除相關證據，發見客觀事實，另外確定有罪或無罪。這個基本核心的訴訟法理，也與公民參與刑事審判制度密不可分，對立的兩造在法庭活動中武器平等攻防，透過公民參與審判程序擔保司法正潔的公共貢獻，有助於社會相信司法理性運作，穩定法秩序並獲信賴，落實公平審判、保障公平審判權。國際人權法架構下的人權保障基準揭示個人享有公平審判權，並期以公平審判權確保公平審判的結果。人權保障是法治國原則的基

¹⁶⁷ Stephanos Bibas, *Originalism and Formalism in Criminal Procedure: The Triumph of Justice Scalia, the Unlikely Friend of Criminal Defendants?* 94 *Geo. L.J.* 183, 196-197 (2005).

¹⁶⁸ Laura I Appleman, *supra* note 108, at 440.

¹⁶⁹ *Id.* at 431 n.266;269.

¹⁷⁰ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *supra* note 16, at 93.

¹⁷¹ Criminal Procedure Simplification Project, The Ministry of Justice, New Zealand <http://www.justice.govt.nz/policy/justice-system-improvements/criminal-procedure-simplification-project-1/documents/Consultation-Proposals-relating-to-restricting.pdf> (最後瀏覽日期 2011 年 9 月 1 日)

本精神，公眾信任司法是公民社會的重要資產，國家權力干預剝奪人民生命、自由、財產時除審慎執法之外，使公民有權直接參與司法，監督正當法律程序擔保審判公平，甚至決定施加於被告之刑罰程度。對身處訴訟程序之被告而言則係應使之「享有」(shall enjoy)公平審判權，從公眾的立場則係維護被告公平審判權無受質疑，似可說明若無公民參與刑事審判制度，要落實公平審判，反是正當法律程序實踐的程序障礙¹⁷²。

第四節 正當法律程序與公民參與刑事審判

第一項 正當法律程序、法定法官原則與公民參與刑事審判之意義

人民參與司法因審判主體參與之程度有別、功能不同，而以陪審制、參審制、各種混合類型分別實踐於各法域，其中又以陪審制與參審制使人民實質參與法庭活動，被認係司法民主化之象徵，最具代表性。我國憲法第 8 條針對人身自由限制之正當程序保護設有明文，規範內涵更與公民參與刑事審判表現人身保護意旨與正當法律程序密接¹⁷³，蓋司法獨立是人權保障的基礎，國家將公民權入憲予以制度性保障，更被視為實踐國際人權公約保障人性尊嚴的具體行動¹⁷⁴。從比較憲法觀察，國家將人民接受陪審、參審之權利直接入憲可分見於美國、俄羅斯、歐陸、澳洲、南非及中南美洲國家¹⁷⁵，以憲法規範積極確保人民參與司法，意義深明。事實上，公民參與司法審判的目的遠較立法者制定法律更為深刻¹⁷⁶。因為公民參與刑事審判是人民主張實現正義最直接的權力，拒斥國家不法壓迫、非法偵查、公訴權是否濫用、審查起訴適法與否，期以適當公訴權之行使反應人民意志¹⁷⁷。公民參與審判活動，不只是單純將公民法意識具體化的政策結

¹⁷² 美國獨立宣言明白揭示剝奪個人接受陪審權利有違法治國原則。See Simon Chesterman, *An International Rule of Law?* 56 *Am. J. Comp. L.* 331(2008).

¹⁷³ 法治斌、董保城，*憲法新論*，三民書局，2003 年 9 月，頁 158。

¹⁷⁴ <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Austria.htm> (最後瀏覽日期 2010 年 2 月 24 日)

¹⁷⁵ *Criminal Procedure Simplification Project*, The Ministry of Justice, New Zealand, supra nonte 171.

¹⁷⁶ Thomas Jefferson, *The Papers of Thomas Jefferson* 269 (Julian Boyd ed., 1958).

<http://rotunda.upress.virginia.edu/founders/default.xqy?keys=TSJN-print-01&mode=TOC> (最後瀏覽日期 2010 年 2 月 24 日)

¹⁷⁷ 日本檢察審查會、美國大陪審團監督國家司法權是否濫用之功能，足資參考。三井誠著，陳運財譯，*日本檢察審查會制度*，*法學新論*，第 21 期，2010 年 4 月。See also Hiroshi Fukurai, *The Rebirth of Japan's Petit Quasi-Jury and Grand Jury Systems: A Cross-National Analysis of Legal Consciousness and the Lay Participatory Experience in Japan and the U.S.*, 40 *Cornell Int'l L.J.*

果，更提供公民與司法直接對話機會，有助公民理解刑事司法程序正當性¹⁷⁸。

以美國為例，美國憲法起草者深知，若不於憲法明文保障公民參與刑事審判的權利，政府不可能正視陪審員角色¹⁷⁹，美國人民擔任陪審員之資格、參與陪審審判的法理基礎源自公民資格¹⁸⁰，公民權理論不但增色美國憲法人權保障的法理，更成為美國憲法特有精神。參與陪審服務乃是公民權的最高義務¹⁸¹，陪審制度之設計則為保護被告免於面對司法權獨斷不受制衡的恐懼¹⁸²，對許多美國人民而言，擔任陪審員也是其直接參與政府公部門唯一扮演的角色¹⁸³。美國聯邦最高法院承認除投票之外，擔任陪審員的特權榮譽乃是民主程序參與的重要機會，肯定陪審是公民參與司法的權利與義務，是公民特權(Privilege of Citizenship)¹⁸⁴，積極行使此一權利使所有公民意識個人自我存在，而不疏離於國家社會¹⁸⁵。此外，歐洲理事會(Council of Europe)亦有22個會員國於國家憲法規定人民參與司法審判制度¹⁸⁶，歐陸司法實踐更證驗，公民權強化國家憲政正當性，協力人權議題改革，進而積極保障司法公義、社會安全與個人自由權，使公民權成為法律秩序的重要基礎¹⁸⁷。

315 (2007); Hiroshi Fukura & Mark West, Prosecution Review Commissions: Japan's Answer to the Problem of Prosecutorial Discretion, 82 Colum. L. Rev. 684, 715 (1992).

¹⁷⁸ The Jury and Democracy Project, <http://depts.washington.edu/jurydem/index.html> (last visited Feb.14, 2010) See also, Jeffrey Abramson, We The Jury: The Jury System And The Ideal of Democracy 99-101 (1994).

¹⁷⁹ Blakely v. Washington, 542 U.S. 296 (2004) O'Connor, J., dissenting, the Framers' decision to entrench the jury-trial right in the Constitution shows that they did not trust government to make political decisions in this area.

¹⁸⁰ Joanna L. Grossman, Women's Jury Service: Right of Citizenship or Privilege of Difference? 46 Stan. L. Rev. 1115, 1121 n29 (1994).

¹⁸¹ Id. at n 29. (quoting former Chief Justice Harlan Stone ("Jury service is one of the highest duties of citizenship, for by it the citizen participates in the administration of justice between man and man between government and the individual.")).

¹⁸² Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 155-56 (1968). Justice White explained the importance of jury insulation: A right to jury trial is granted to criminal defendants in order to prevent oppression by the Government ... Providing an accused with the right to be tried by a jury of his peers gave him an inestimable safeguard against the corrupt or overzealous prosecutor and against the compliant, biased, or eccentric judge ... Fear of unchecked power ... found expression in ... this insistence upon community participation in the determination of guilt or innocence.

¹⁸³ Powers v. Ohio, 499 U.S. 400, 402 (1991).

¹⁸⁴ Powers v. Ohio, 499 U.S. 400 at 407; 415 (describing the "duty, honor, and privilege of jury service"); Thiel v. S. Pac. Co., 328 U.S. 217, 224 (1946) ("Jury service is a duty as well as a privilege of citizenship . . .").

¹⁸⁵ Joanna L. Grossman, supra note 180, at 1122.

¹⁸⁶ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, supra note 16, at 88.

¹⁸⁷ Theodora Kostakopoulou, Nested "Old" And "New" Citizenships in The European Union: Bringing Out The Complexity, 5 Colum. J. Eur. L. 389, 389-391 (1999).

公民參與刑事審判正當性之論述雖有法理與傳統，困難的是具體的司法實踐與實踐可能存在干預審判、恣意審判之風險，我國憲法第 8 條第 1 項正當程序之規範除權力分立意涵，亦支持審問處罰權限專屬行使具體審判權之法院，是以持論公民參與刑事審判正當性問題有必要與法定法官原則同依憲法規範精神詮釋。闡明公民參與刑事審判係受正當法律程序保障，其具體法效在於以法定法官原則制約恣意裁判，平等保護個案，同依正當法律程序進行公平審判。以審判二次戰犯垂名法制史的石美瑜大律師曾直言：「審判公平與否還看法官是否公平」¹⁸⁸，雖憲法文本並無法定法官原則之明文規定，但審判權運作之公正至關審判庭如何組成，審判庭之產生、組成受正當法律程序之擔保，禁止恣意裁判乃公平審判客觀化要素之一，與無罪推定原則之實踐，遙相呼應，法定法官原則應與審判獨立、公平審判意義、目的聯結，明定公民參與審判之資格、選任方式及其權利義務，排除外部不當干預之風險，實有助法定法官原則之立言¹⁸⁹。

雖然司法權獨立與法官審判中立是不同範疇之概念，若司法不獨立，法官審判亦難堅持審判中立，司法權既付託於法官，則司法獨立與審判獨立的命題當然包括要司法內部、上下審級法院堅持獨立審判，並對抗外部施壓勢力與遊說。法定法官原則是正當法律程序的重要內涵；在專業法官部分，以事前訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，就參與刑事審判之公民則依附理由拒卻與不附理由拒卻，嚴密規範公民參審者產生之客觀性，衡平審判庭組成主觀上被認定是客觀組成的形式客觀性，依正當程序，由公民與法官共同擔保，進行公平審判¹⁹⁰，避免人謀不臧，操作審判庭開闢、操作成員組成之潛在危險，保護審判權核心領域的公正與獨立。

第二項 無罪推定與公民參與刑事審判制度設計之關聯性

當代世界，可以看到原採陪審制的英美法系國家，試圖調整國家刑事訴訟結構，改變陪審傳統原則¹⁹¹，原來堅守歐陸法系制度的國家自願性的移植刑事

¹⁸⁸ 石美瑜發言，「我國刑事訴訟可否部份酌採陪審制度」，法律世界，第 11 期，1975 年 11 月，頁 20。

¹⁸⁹ 陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，法官協會雜誌，第 11 期，2009 年 12 月，頁 58。

¹⁹⁰ 本論文於第五章參審法庭之組成與參審員職權專章深入說明相關問題。

¹⁹¹ Douglas G. Smith, Structural and Functional Aspects of The Jury: Comparative Analysis And Proposals For Reform, 48 Ala. L. Rev. 441,457-458 (1997); Nicole L. Mott, Symposium: III. The

參審制度，法律移植必須重視嵌合配套與角色調整，陪審、參審制度改革的鐘擺如何，除了實務運作將接受公開檢驗與公共討論之外，亦應體認；如果單純以立法方式移植陪審、參審制度，恐怕埋藏更多訴訟程序、證據法則適用互斥與文化衝突的隱憂。人民參與司法審判活動為公民本權，更應是憲法保障公民參與公共事務與公共服務之必要制度，從社會文化特質加以觀察，審慎思考參與態樣、參與權限義務，對應相關適用的配套措施，面對社會主客觀環境交錯，影響社會生活秩序，應受國民監督、對國民有深遠影響、最受國民關心議題，檢討實務現行困難，研議適用案件類型，發揮制度功能效果，使公民參與刑事審判制度具實用性，對於法律同化問題當有所啟發¹⁹²。

將各國民主憲政體制與司法訴訟構造聯結分析，可以看出刑事司法改革與政治民主化過程關係密切，東歐共黨解體前的社會主義國家、南歐西班牙、葡萄牙、第三世界拉丁美洲國家，乃至於前蘇聯瓦解後的俄羅斯，都是透過司法改革程序，努力嘗試建立民主國家與自由經濟，推行人民參與監督司法，而以陪審制、參審制、混合模式納入國家司法改革的內容，出現在世人面前的是有別於傳統認知的陪審、參審法制實踐經驗¹⁹³。民主原則，係基於國民委託權力之法理而來，從民主制度的設計看來；人民有直接監督、參與行政、立法之權力，隨著社會發展，政治改革，主權在民不再是烏托邦理想，亦表現於司法權作用之合理公平。陪、參審制度跨越法域重複出現，被視為司法民主化象徵，因為公民參與司法審判制度有效評價個人在民主社會自我統治（Self-governance）的地位¹⁹⁴。犯罪行為之起訴係國家行為，審判決定國家訴追的正確性，無論從被告權利保護或公民參與公共事務權利保護雙邊觀點立論，司法的有效性為社會接受，應包括刑事法之制定、適用與司法權之運作。故公民參與刑事審判制度在我國司法實踐留白並非妥適，更重要的是如何審慎發展合理妥適的參與方式、參與權限。

Jury In Practice: The Current Debate on Juror Questions: "To Ask Or Not To Ask, That Is The Question, 78 Chi.-Kent L. Rev. 1099 (2003).

¹⁹² 王寶輝，從司法文化窺探台灣司法倫理—淺談台灣司法反省能力，月旦法學雜誌，第 188 期，2011 年 1 月，頁 96-98。

¹⁹³ Stephen C. Thaman, supra note 145, at 19.

¹⁹⁴ Hiroshi Fukurai, [Transcommunal Projects to Establish a System of Civic Oversight of the Government: People's Legal Participation and Power to Check the Government and Its Authority, Transcommunal Cooperation](http://people.ucsc.edu/~hfukurai/), 2008 <http://people.ucsc.edu/~hfukurai/>(最後瀏覽日 2010 年 2 月 24 日)。

公民參與刑事審判具多重社會意義，除促成人民透過訴訟程序之參與互動，進而瞭解司法維護正當法律程序，更有助關懷犯罪被害人，展現人權立國法治社會之體制秩序¹⁹⁵。如果公共事務與公共服務的性質國家主權色彩強烈，公民亦應以參與公共事務、公共服務的集體義務，協力刑事司法審判活動，方能理解法治國原則之下，國家權力不能不計代價，追求真實發現，而人權保障應有合理的答案與解釋為公民社會接受。人民期待司法實現正義應以正當法律程序，實質參與審判，認同理性的社會控制，使法律保障生活尊嚴的價值鑲嵌於社會文化脈絡。用不能實現正義的制度審判人民，有失司法本體價值，更違背憲法擔當人民權利保障書的使命¹⁹⁶，司法審判是審判庭以證據事實(Evidential Fact)發見實體事實(Material Fact)的過程，證據適格性與證據調查之方法受正當程序之保障，但實質的正當法律程序除立證程序之嚴密規範，更應包括證明力的客觀評價與判斷過程受擔保，審判主體若由司法專業與國家公民共同擔任，使人民積極實踐正當法律程序參與公平審判，堅持基本人權保障的共同規範，透過公民個人、社會集體與國家司法，三者溝通過程，將無罪推定原則具體化，使其客觀性受確信，被合理接受。

無論國家憲法或國際公約，宣示無罪推定原則，輕而易舉，問題是如何具體實踐無罪推定之內涵，而此司法實踐之困難遠遠超乎個人、社會之想像。本文認為，公民參與刑事審判與法官同組合議庭共同判斷，表決論罪、量刑，對抽象的無罪推定原則提供理性的證據評價認同基礎，也是論證無罪推定原則如何實踐的法理。法官督促嚴格合法的證據調查受法律規範，審判者心證確信、事實真偽如何，都受經驗法則、論理法則拘束，如何避免審判者心證流於恣意，應由具相當規模的審判庭擔保證據價值、獲得態度證據，在認定證據之範圍內，為證據證明力判斷，表現無罪推定的意義。具國家公民身分之個人參與審判活動，形成支持無罪推定理念的補充性功能，對社會、被告、被害人及其家屬確有特殊意義，裁判結果有公民與法官之合意，無論將被告定罪或開釋，都使無罪推定原則付諸社會意識與司法行為之聯結，更調整偵查與審判的接力關係，將舉證責任之分配明確化。

¹⁹⁵ 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，第 180 期，2010 年 5 月，頁 149。

¹⁹⁶ 林永謀，論國民參審制之採行，憲政時代，第 17 卷，第 3 期，1995 年 1 月，頁 11 以下。

特別是在當事人進行的訴訟理念下，有事實上推定之存在，而事實推定係基於事實間相互關聯性，得以類型化區分之，此類型以經驗法則為基礎夾雜高度事實蓋然性¹⁹⁷，與公民參與規模、表決原則密不可分¹⁹⁸，犯罪事實應依證據認定之，特別是刑事裁判本不應認有推定法則存在，惟被告受無罪推定法則之保護，此以推定代替證明之特殊法則本身即存有風險，應受社會與司法之檢驗立證，從社會安全與個人自由保障機能觀察，配合證據判斷之憑據與正當程序之進行，此立證必要性說明與擔保實可知公民參與刑事審判之於無罪推定原則有約束審判、衡平對事實依自由證明與嚴格證明之意義，督促自由心證之形成臻於客觀。

第三項 公民參與刑事審判制度適用問題

公民參與刑事審判制度應選擇適用或強制適用、如何妥善定位，各法域規範不一，程序選擇權對被告是否必要，強制適用是否即影響被告權益，應從公民權、社會參與、審判程序之互動變化，配合參考其他法域實踐允許放棄之問題狀況、適用效果分析論述。美國採行陪審制經驗久遠，被告到底可不可以放棄接受陪審審判？依實踐經驗，見解更是不同¹⁹⁹，大部分的美國文獻討論陪審權利多從被告的觀點出發，重視被告權利保護問題²⁰⁰，認為接受陪審審判係被告權利²⁰¹，允許被告放棄。美國聯邦最高法院則依民主參與及公民權觀點肯定公民參與刑事審判的價值²⁰²，此外亦有法學研究以社會、社區觀點主張；被告是否定罪受處罰由陪審團決定，故被告接受陪審審判對社區正義有其必要性，不能單純從被告觀點評價²⁰³。法律適用於個案事實，分對個人、社會、國家之互動造成影響。除國家與公民參與刑事審判之制度關連性議題外，美國實踐經驗觀點以被告個人權利保障為核心傳統，論述公民參與刑事審判之運作，呈現公民參與公領域事務、個人權利保障與社會秩序穩定三面問題，制度存在誰為主從，難有一致性見解。

¹⁹⁷ 陳樸生，刑事證據法（重訂四版），三民書局，1997年5月，頁451-452。

¹⁹⁸ 有關參審庭之參與規模、表決原則等問題，本論文另於第五章深入說明。

¹⁹⁹ Harry Kalven, Jr., Hans Zeisel, *The American Jury*, 22 n18; 23 n20 (1966).

²⁰⁰ Leonard Levy, *Original Intent and the Framers' Constitution* 150 (1988); Laura I Appleman, *The Lost Meaning of the Jury Trial Right*, 84 *Ind. L.J.* 397,405 (2009).

²⁰¹ *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930) (assigning jury trial right to defendant).

²⁰² *Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400, 406-08 (1991).

²⁰³ Akhil Reed Amar, *supra* note 8, at 11.

從權利面向而言，在公共生活領域，公民權表現的態樣極為多元，檢驗公民權與司法權之間的關係，則具體表現公民權與司法權聯結保障個人不受政府權力控制之思想自由(Freedom)與擅斷限制之人身自由(Liberty)，從個體面向分析；公民與被告同屬社會組成基本分子，但是相對所處的社會位置不同，似乎很難精準回答依正當程序踐行司法審判，各法域是否有必要容許被告放棄、賦予選擇權，乃至強制適用公民參與刑事審判，如何說理、實決定公民參與刑事審判制度當然適用或選擇適用之體制定位與實踐效果實益，爰此，本文參考美國實務經驗，探討被告放棄陪審判權利問題(waived his right to a jury trial)，允諾被告放棄接受公民參與審判之條件為何、是否有害審判程序之適正，思考提供被告選擇或放棄適用之必要性，釐清刑事審判的權利主體地位與接受公民參與審判制度適用定位問題。

第一款 刑事被告的權利還是特權

美國殖民時期以法庭正義的觀點將陪審條款定位為公民社會的集體權利，認為公開審理的社會利益須以不同的形式存在，而社會利益可能與被告利益對立，故僅基於被告個人程序主體立場，考量保障其權利與自由之思維並非完整²⁰⁴，另一方面，從被告的訴訟地位觀察，被告受國家公權力訴追，其接受陪審審判權利受正當法律程序保障，屬憲法保留，司法公義既為社會公共利益不可侵害之實體，被告個人自由應受嚴密保護，確認犯罪事實，如何擔保無辜、追訴犯罪有必要受公眾監督，以公開審理之方式保護被告對抗預斷與權力濫用，亦使公民個人基於公共利益，知悉國家如何處理犯罪²⁰⁵。

美國憲法保障刑事被告接受陪審審判權利，案件適用廣泛堪稱世界之最。肯定刑事被告放棄接受陪審審判的特權源起於美國殖民初期Maryland與Connecticut兩州，有犯輕罪(Misdemeanor)而放棄者，亦有犯重罪(Felony)而放棄者，而後Maryland州將放棄接受陪審審判特權擴張適用於所有刑事犯罪，甚至死刑。值得注意的是判例法系以特權(Privilege)與權利(Right)區分權力(Power)位

²⁰⁴ Laura I Appleman, *supra* note 108, at 442.

²⁰⁵ James Vorenberg, *Decent Restraint of Prosecutorial Power*, 94 Harv. L. Rev. 1523 (1981).

階，一但特權永為特權 (Once privileged, always privileged)²⁰⁶，如果刑事被告接受陪審審判權利係被告「特權」，被告自得放棄。反之，接受陪審審判乃刑事被告一般權利，依國家作為強制適用，則被告無權放棄²⁰⁷。公民參與刑事審判對被告而言具強制性質或選擇性質，刑事被告是否得依其權利行使位階取捨適用公民參與刑事審判制度，從美國經驗觀察；此係實踐結果，並非偶然或預設。

1930年美國聯邦最高法院以Patton v. United States一案²⁰⁸，說理支持陪審審判權乃被告一身專屬權，未將陪審制度視為政府結構，權利放棄與否由被告自行決定(to waive if he pleased)，尊重被告接受陪審之權利。一般而言被告放棄接受陪審審判之情形有下列四種：(一)得到法庭同意 (二) 被告自願放棄 (三) 被告明確知悉此權利，願意放棄 (四) 被告書面表示放棄²⁰⁹。美國最高法院認為，刑事被告放棄接受陪審審判必須謹慎，須有檢察官(Government Counsel)之同意才能使棄權有效²¹⁰。大法官Justice Brennan更質疑應允重罪被告放棄接受陪審審判權利的妥當性²¹¹，縱然是犯輕罪之被告未獲得法院充分資訊，在法院未確定告知被告 12 名陪審團成員就其受起訴犯罪要素必須達成合致之情況下，未與辯護人充分討論，即選擇放棄接受陪審審判，而辯護人又無法維護被告無效棄權之行為，係不當剝奪被告權利²¹²，若有前開情事，被告放棄接受陪審審判係屬瑕疵²¹³，果真如此，賦予被告選擇適用陪審審判之權利是否有助提供被告權利更嚴謹的保

²⁰⁶ John D. Jackson Sarah J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions* 293-94(2012).

²⁰⁷ Harry Kalven, Jr., Hans Zeisel, *supra* note 199, at 22-23.

²⁰⁸ Patton v. United States, 281 U.S. 276, 293 (1930).

²⁰⁹ *Twenty-Fifth Annual Review of Criminal Procedure III. Trial*, 84 *Geo. L.J.* 1115, 1142 (1996).

Waiver of Right to Trial. A defendant may waive her right to a jury trial if: (1) she obtains the court's approval and the government's consent; (2) she waives the right voluntarily; (3) she expresses the waiver knowingly and intelligently; and (4) the waiver is in writing. To ensure that a waiver is voluntary, knowing, and intelligent, the trial court should inform the defendant on the record of the nature of the right to a jury trial and of the consequences of waiving the right. The defendant bears the burden of proving that she did not exercise a valid waiver.

²¹⁰ 有關美國聯邦最高法院對刑事被告放棄接受陪審審判特權說理參閱 Harry Kalven, Jr., Hans Zeisel, *supra* note 199, at 23.在美國大部分的法域也允許法官或檢察官否決被告放棄陪審權，See also, Sean Doran, John D. Jackson, Michael L. Seigel, *Rethinking Adversariness in Nonjury Criminal Trials*, 23 *Am. J. Crim. L.* 1, 8 (1995).

²¹¹ Harry Kalven, Jr., Hans Zeisel, *supra* note 199, at 15 n5.

²¹² (failed to inform the defendant that at a jury trial, a 12-person jury would have to agree on all elements of the crime charged) (1) made a deliberate choice, absent threats or promises, to proceed without a jury trial; (2) was aware of the nature of a jury trial, such that it consists of a panel of 12 people that must agree on all elements of the crime charged; (3) was aware of the nature of a court trial, such that the judge will make a decision on whether or not he or she is guilty of the crime charged; and (4) had enough time to discuss this decision with his or her attorney.

²¹³ *State v. Sutton*, 2012 WI 23 (March 8, 2012).

障，不無疑問，程序選擇權與緘默權、不自證己罪特權不同，被告得自行決定是否保持緘默，但訴訟程序利益選擇，有利不利，未必是被告能充分理解，對被告而言放棄被適用陪審或參審的意義是什麼？除從被告權利主體的本位思考前開問題之外，本文認為真正的重點在於：無論被告選擇何種審判程序，其權利保障密度不應有差別，否則不免引發爭議究竟法官審理或是陪審審判對被告有利，而非何人審理確保發見真實、解決爭端。

第二款 強制適用之說理

美國實證研究發現，毒品案件放棄陪審審判之比例高達 70%，係放棄率最高的犯罪類型，不過卻以謀殺罪放棄陪審審判排名居首²¹⁴，值得注意的是有不良記錄的被告反而傾向接受法官審判(Bench Trial)，尤其是經過媒體大肆報導的案件，被告更有此特徵。刑事被告是否接受陪審審判有時乃是基於辯護人的法律意見，然而最應思索的問題仍是：在同一程序之下，案件由陪審審判和法官審理到底有什麼不同？形式上，審判期日時間長短有無分別？實質上，法官審理與陪審審理之程序保護密度是否不同？二者對證據、事實之認識能力；證據、事實之適合程度之判斷是否有不合理之處？特別是辯護人的意見對被告是否接受陪審審判權利發生決定性影響，到底是辯護人基於經驗，對陪審可能形成司法預斷，不利被告存疑，還是被告的人格特質不利接受陪審審判？難以檢驗。

一、本文見解

允許刑事被告放棄接受陪審、參審審判之權利，無助於被告權益保障，被告權益擔保係正當法律程序，進而以法定法官原則奠定公平審判之基礎，制度存在有國家權力發動正當性、公民權利行使與被告權利保護等三面意義。我國並無實踐經驗，是否有必要即依美國聯邦最高法院之見解，允許被告「在充分明白個人權益之下明智判斷」，或由辯護人協助進行判斷，得以放棄，理由不足，選擇適用不無疑問。但制度若有完整嚴謹的程序保障，先行將特定案件之適用法制化，實關乎制度之實踐是否得以普遍適用於所有刑事案件，乃至制度存續問題。允許

²¹⁴ 殺人及強暴案則分列第二，Harry Kalven, Jr., Hans Zeisel, supra note 199, at 26.

選擇適用將導致適用參審或陪審案件逐漸減少，也影響社會、個人對公民參與刑事審判制度持續發展的認識與參與行為，應周延考慮。

從美國法與實踐檢討公民參與刑事審判的目的與意義，本係將國民主權理念貫徹於憲法權力分立理論，同時強調國民對國家權力監督制衡的本權不容忽視，建立國民參與司法的正當性基礎²¹⁵，透過實踐確認刑事被告的程序主體性，以憲法增修正條文第6條保障被告接受陪審權利，因為，公民參與刑事審判處理的是人類社會的犯罪(Crime)問題，而非人性的原罪(Sin)問題，發見真實確認國家刑罰權，重點在於如何確認所發見者為真實，復解決被告所引起的爭端及爭端放射於社會之影響。發動刑罰權者、確定刑罰權者與執行刑罰權者三位一體，是居國家統馭優位的高權本位思考，忽略公民對社會公共事務共同參與的本權，而與司法公正及審判獨立之命題對立，亦有損人民請求法院依正當法律程序公平審判之權利²¹⁶。美國憲法保障的是正當法律程序(Due Process of Law)而不只是程序正當(Process Due)，人民參與司法之權利與被告接受陪審權利同為憲法保障，只是原始的陪審意義與日後司法實踐結果分離，否則就不可能出現認罪協商制度，蓋因被告認罪就表示被告放棄陪審權利，允許被告放棄接受陪審審判，實為司法因應實踐所為之調整結果²¹⁷，以利訴訟經濟，故允由被告自行取捨適用公民參與刑事審判制度與否並非必要。

二、依實踐調整適用

法國大革命之後，歐陸引進陪審制度作為布爾喬亞(Bourgeoisie)對抗法國絕對王權的重要政治工具，衡平人權保障機制，也反應人民要求司法正義的決心²¹⁸。歐陸經驗印證公民參與刑事審判制度之形成與公平審判理念相互依存，具司法民主化深度意義²¹⁹。刑事審判係國家刑罰權發動之結果，在正當法律程序

²¹⁵ Valerie P. Hans & Neil Vidmar, *Judging The Jury* 36, 44 (1986).

²¹⁶ 大法官宣示個人受法院公平審判的權利參閱大法官釋字 654 號、653 號、591 號、582 號、533 號、512 號、418 號、395 號、256 號等解釋。

²¹⁷ 若採參審制度，被告不爭執而認罪，仍有量刑問題，有必要由參審公民反映科刑意見，公民參與量刑之意義與目的，另於本論文第六章公民參與刑事審判之參與權限與義務分析論述。

²¹⁸ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *supra* note 16, at 89.

²¹⁹ Marijke Malsch, *supra* note 98, at 47.

之下，國家支配刑罰權，有效訴追犯罪，故公民參與刑事審判制度之所由生，非基於當事人意思自主、私法自治之原則，出入於各法域，更與私法仲裁法理不同，被告並無程序選擇權，正如美國最高法院闡明，被告必須在辯護權受保障之情況下方得附條件放棄之說理，處理被告自願放棄陪審審判的權利必須謹慎。

從陪審在美國之實踐發展觀察，在相當情況下允許被告附條件放棄，制度成為被告選擇適用之個人權利乃是實踐修正之結果，與法制原始理念不符²²⁰，陪審審判在美國逐漸式微，容許被告放棄應是原因之一。對刑事被告而言，陪審員參與審判亦係被告權利保護者，刑事審判使被告與家庭、社會及職業生活受嚴重干預，並對其名譽、信用、人格權同生影響，除源於陪審制係用以抗拒專權擅斷的平等擔保機制，使個人免受國家專權擅斷不法侵害之司法意義外，在陪審制度下，陪審獨立評議有罪無罪，表現公民權與國家司法權在審判過程中分立作用，被告所涉事實爭議過程透過公民參與刑事審判之監督判斷，協助國家與社會建立審判客觀性，對人權保護與司法正義具穩定作用²²¹，此外陪審表決定罪與否更具有接納被告重返社群，正常生活之社會思維，因此，就陪審制的原始意義與目的推論，被告接受陪審、參審審判之權利本不許法院、國家權力僭越，而有裁量判斷適用與否之餘地，否則將使被告權利行使受不利限制，只是實踐滋生之問題，非美國立憲者能預見，故若未侵害被告權益，在正當程序下允許被告附條件放棄。陪審審判將認事用法之程序二分，與參審制法官與公民溝通式之審判模式不同，失去公民參與刑事審判由法官與公民互為擔保，落實人權保障與公平審判之目的，以參審制修正陪審制缺失，使公民權與司法權於審判權之作用合一，共同保障被告權益、社會公義、司法利益，理應當然適用。

第三款 以正當法律程序擔保公平審判

美國司法實踐過程印證；美國陪審制度之原意係分從國家公民與被告之立場，避免國家擅斷所做的機制設計，在刑罰權發動後，使公民監督司法之法律規定與法院程序，並保護被告，殖民地人民從統治者手中爭取接受陪審審判之權

²²⁰ 美國陪審的原始意義與社區價值相連。See also, Laura I Appleman, *supra* note 108, at 439-442.

²²¹ 本文認為陪審團判斷事實，與法官審判分工之方式涉及美國法上的二重危險禁止法理，將併同聯結無罪推定、公民參與審判表決論理之權限共同說明。

利²²²，一如本文前述美國殖民時期(1733年間)知名的John Zenger' Paper, The New York Weekly Journal案例，美國陪審制度之實踐精神係殖民地之被統治者由統治者手中爭取與殖民母國相同的法律地位，要求適用相同的法律、適用相同的法制審判，強調國民主權，使被審判者權利受同儕陪審穩妥之保障，故有當然適用之必要，其後之所以允許被告放棄乃係配合美國司法實踐過程出現的問題，以憲法解釋調整開放²²³，可肯定其始終堅持國家與公民、社會共同保障人權之原則，畢竟接受陪審審判之權利是人民向國家爭取所得，而得來不易。

美國殖民時期的歷史命運，使立憲者深知國家與人民權力競爭過程地位並不對等，須另藉公共事務參與之機會強化個人基本權保障，在美國，與其說陪審審判是強制適用不如說是美國人民爭取當然適用之結果。特別是在當事人進行的訴訟模式之下，重視、確保當事人處分權，承認被告認諾權，另賦予被告選任陪審員之附理由拒卻權與不附理由拒卻權，此種程序參與權(Participatory Right)積極發揮衡平被告無程序選擇權之效果，法院必須接受當事人合意選任結果，不得任意解任更換陪審員，有助擔保正當法律程序與證據評價免於恣意²²⁴。更可見公平審判並非抽象期待，從審判程序開始、從客觀的陪審團、參審合議庭組成開始，從被告的觀點、理解受審判者的主觀感受，強調審判者產生的公正性非僅出於司法行政角度對案件分配的形式客觀性，也增加被告對審判公平的信任密度，透過相嵌完整的訴訟正當程序使公平審判具體實現，實為公民參與刑事審判使被告接受公平審判的重要擔保。

美國陪審實踐經驗說明人民力爭法制當然適用之過程，說明此接受陪審審判權利並非天賦，故將之銘於憲法，以昭信守，透過美國聯邦最高法院依實踐結果檢討調整。本文認為，若逕放寬程序選擇適用權，實與公民參與刑事審判立法目的相違。特別是有關被告選擇適用與放棄適用之效果，是否因之減損正當程序規範密度，對被告權益保護程度是否發生落差，不免令人生疑，到目前為止，我國並無任何有效、可信、具可檢證性的研究，可認定公民參與刑事審判較法

²²² 相關研究參閱 Albert W. Alschuler and Andrew G. Deiss, *supra* note 94, at 871-875.

²²³ Harry Kalven, Jr., Hans Zeisel, *supra* note 199, at 22 n18; 23 n22.

²²⁴ 有關任意解任更換陪審員問題並同附理由拒卻與不附理由拒卻，將另文就參審法庭之組成與參審員職權說明。

官專司審判有更大的機率出現出現誤判，或公民不足勝任認事用法之審判工作，其實踐必然有害被告權益，論此必然影響被告權益，全無討論實益，乃至一味爭執公民參與刑事審判未必較法官可信有效，恐失之武斷，反應付諸實踐，訴求社會與實證研究之公評。而求諸實踐可行性與公平性，確保被告權益應是考量正當程序的規範密度，不因公民之參與而生訴訟程序規範不同之落差，司法公義也不應由兩種不同的程序規範進行檢驗。要說明接受公民參與審判是被告的權利或特權，建立當然適用的說理，這個問題仍應回歸根本，刑罰權之發動由家主導，依正當程序擔保公平審判之進行，被告作為刑事訴訟的程序主體到底能不能正確理解自己有權主張什麼；例如緘默權、不自證己罪特權、接受辯護人援助之機會、受法院公平、迅速審理，提供權利救濟機會，而非程序選擇權。

法制適用之寬嚴影響法制之存廢，如果公民參與刑事審判沒有法制化的必要，不可能有那麼多的國家將制度訴諸憲法保障，使代表民權與國權制衡，組成國家的憲法意志，依法治國精神保障基本人權。也說明賦予被告選擇公民參與刑事審判的程序選擇權未必有助保障被告的權利，否則此一權利無由以憲法擔保實踐。而其重點在於要如何以公民與法官一雙審判主體的體制共同踐行正當法律程序，互為擔保，發揮參與功能，對認定事實所憑證據合理、客觀判斷證明力，嚴格形成心證，才是對人權最大的保障，再者，制度本體因得否選擇適用先受質疑，公民參與刑事審判根本信任命題與必要面對最嚴格的挑戰，若是如此，只要繼續維持科層審判體制，固守專業司法審判核心，根本無須研議公民應如何參與審判、公民參與權限如何，亦無須再論他國陪審、參審之興衰成敗對啟蒙我國公民參與刑事審判發展有何參考必要。

第五節 結語

社會變遷，今非昔比。我國立於高度社會精神物質文明進步現實基礎之上，應超越人權壓迫控制之思維，訴求建立有效可信發見真實的刑事審判程序，以公民權定性公民參與刑事審判法理基礎，使公民參與刑事審判發揮雙重目的，對外調和監督國家權力濫用之疑慮，對內降低社會對犯罪產生之恐懼。雖憲法未明文規定公民權條款，但以內國法承續國際人權法對人權保障之規範價值，調和公民

權與司法權之運用與實踐，兼及參與公共事務，將公民參與刑事審判法制化，應合於憲法保障人民基本權精神。最重要的，公民參與刑事審判之核心理念係使公民實質參與審判，國家應積極保障公民權具體合理之行使，而非干預架空公民行使權利，或限制公民權實踐發展。至於，究竟應採行何種參與態樣，主要考量應使公民與法官充分溝通合議，討論經驗法則、論理法則之合理性與確實性，評價證據，而宜避免公民專司認事、法官職司用法之分工，否則將因對通常經驗、自然理性邏輯演繹認知不同，使社會與司法更行更遠。

社會發展沒有劇本，司法改革的方向卻各有堅持。在我國批准兩公約之後，國際人權法對我國內國法的影響如何具體深化，發展可期。為國際人權公約承諾保護的各項人權基準得以實現，人民要求參與司法公義的聲音無論如何不會沉默，而公民實質參與刑事審判的深意係個人與國家協力求取真實重建的客觀性，表現司法與社會溝通決定之意義，完成公民與法官共同擔保無罪推定原則之實踐。回歸憲法規範之作用及其所負使命觀察，國際人權法縱橫各法域的實踐經驗，也必然有助於詮釋當代社會問題與憲法規範隔閡之方法，將憲法規範領域的社會事實功能化，並依據公民權之保障內涵，檢討研議公民參與審判的型態、適用的案件範圍、參與權限、義務合理化等課題，使公民生活經驗與參與公共事務、公共服務結合。這些論點，將再以下各章中逐一檢討論述。最後，本文要再一次強調：司法的有效性在於司法體系本身的能力有助社會形成對判決的公共信任，這也是司法民主啟蒙國家公民關注，奉獻公共事務的重要意義。從而，透過公民參與刑事審判制度使公民參與司法實現正義的社會期待，反映公民對司法正義的價值定義，尊重刑事審判，使之受社會支持與理解²²⁵，而有助於刑事司法實踐正當法律程序保障人性尊嚴，發展自覺自律的公民社會，且促進公共利益與人權保障之衡平與實踐。

²²⁵ [Justice System Reform of Japan—For a faster, friendlier, and more reliable justice system](http://www.moj.go.jp/content/000008166.pdf)
<http://www.moj.go.jp/content/000008166.pdf>(最後瀏覽日期 2010 年 2 月 14 日)

第三章 公民參與刑事審判態樣之比較分析

第一節 前言

我國研議公民參與刑事審判制度多年，態樣抉擇去從未定，本章以參與態樣為特定研究主題，基於比較分析方法，從當代社會價值持論公民參與刑事審判之參與態樣選擇，說明公民參與刑事審判制度抉擇適用相關考量因素。由於各國法系傳統有別，或採陪審、或採參審，法律規範與實踐交流融合，實踐場域受不同政治結構、經濟條件影響，如何移植繼受必須深思，實亦說明公民參與刑事審判制度發展設計，乃至制度成敗與政經社會特質難脫干係。因此，各國就公民參與刑事審判制度立法理念不同，何種參與方式合於我國刑事訴訟結構，有必要深入探究，原則上，公民參與刑事審判制度之設計應從司法參與之法理、功能、公民參與之權限、參與成本，配合我國現行刑事訴訟程序，而為抉擇¹。除訴訟構造分析，討論法制理論與實踐之外，參與審判方式之訴訟經濟效果，對增減國家、人民的司法利益實效如何，亦不應忽略。緣此，本章承前開觀點，闡述公民參與刑事審判，依正當法律程序擔保公平審判之功能，深入探論參與態樣內涵。

適用公民參與刑事審判制度法域遼闊，各國法制發展法理基礎不同，實踐內涵豐富，無法一一論述，限於研究規模，擇以美洲、歐陸、亞洲等具實踐代表性之國家，從其法系傳統，討論其參與態樣，思考司法實踐面對之問題。美洲國家以美國法制為主，陪審制乃美國立國精神之表現，其陪審實踐經驗具代表性，其訴訟構造則深入影響各法域，影響力不容忽視。日本於2009年實施裁判員參加刑事審判法，引進公民參與刑事審判制度，其態樣屬參審之類，惟於該法施行之前，日本在1923年亦曾通過陪審法，歷經5年準備，施行期間從1928年至1943年，但於1943年依「停止陪審適用法」暫時停止適用。日本既有陪審經驗復有陪審法，何不恢復適用？反而棄陪審而採參審，其理由何在，值得深入研究探討，供法制研議規畫之參考。歐陸諸國或採陪審或採參審，更有陪審、參審雙軌制，各自發

¹ 林永謀，刑事訴訟法釋論（上），作者自版，頁56，2010年12月。

展具國家特色之公民參與刑事審判制度，限於研究篇幅，僅擇丹麥為例，進行研究，蓋因丹麥係採陪、參審雙軌制之代表性國家，此外，2008年丹麥完成司法改革，依實踐困難，修正調整陪審制與參審制之運作，可對照分析單一國家同採陪審、參審之實踐問題。

本章於下分別論述美國、日本、丹麥如何定位公民參與刑事審判制度目的，比較不同國家訴訟構造與法制結合發展之特質，檢視陪審、參審制度內涵，實踐今昔變化，制度運作情形及其缺失，從制度目的功能、訴訟理念與訴訟法制構造之相嵌，分析檢討陪審、參審實踐利弊，秉持公民權之參與特質。同時，一併思考審判活動相對有限的時間、資源、成本因素，對訴訟程序之影響，觀察公民實質參與刑事審判與法官溝通合作模式運作效果之經濟性，公民社會對公平審判信度與效度之擔保，抉擇妥適的參與態樣。

第二節 以美國陪審制為例

第一項 民權崛起與陪審法制發展

刑事程序法制應有機制制衡偵查濫權與審判縱容，公民參與刑事審判的獨立客觀有助刑事司法誠信審判受美國實踐肯定²，在美國分別有大陪審團(Grand Jury)與小陪審團(Jury)兩種公民參與司法模式；大陪審團的目的在於植根公共信任參與刑事程序的價值，避免無辜人民受濫訴之害，同時監督受高度矚目之案件，使公訴權行使反映民意，求其妥當。大陪審團由公民組成，成員不具法律專業，卻有廣泛的調查權，此乃源於大陪審團形成背景所發展的獨立特質，不受司法干預行使職權³，實踐無警察、檢察官介入但卻融入法律意義與政治內涵，呈現美國刑事司法的特殊現象，具獨立審判目的與保護公民免受不法偵查的特

² John Langbein, *Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?* American Bar Foundation Research Journal 1959, 209 (1981).

³ Gregory W. Bowman, *Supreme Court Review: Fifth Amendment -- Substantial Exculpatory Evidence, Prosecutorial Misconduct And Grand Jury Proceedings: A Broadening of Prosecutorial Discretion: United States v. Williams*, 112 S. Ct. 1735 (1992). 83 J. Crim. L. & Criminology 718 (1993).

性。南北內戰之後，大陪審團被認為對個人自由具高度威脅，成本過高、缺乏效率又無法律專業協助發揮其適當角色，西部數州大力主張廢除大陪審團，而南方各州則深不以為然，堅信應保留大陪審團這種在地的民主機構⁴。目前在美國仍有19個州保留大陪審團起訴制度⁵，不過大陪審團卻有超過50種的運作方式，混合結構、法規範、程序限制與非正式的法庭文化，每種運作模式各有獨特性⁶，成員數從5到23人不等，大部分州法域繼受傳統判例法系傳統，維持大陪審團成員數為23人，例外，如維吉尼亞州則只有5人，各州任期分歧更大，由10天至18個月不等，結構性差異實質影響大陪審團功能運作⁷，使大陪審團制度發展日趨式微。全美大多數州法域都由檢察官提出起訴書(Information)將刑事被告起訴，無檢察官主導起訴，直接由大陪審團提出起訴書(Indictment)只是少數，而由大陪審團起訴，限制檢方重行起訴僅有Alaska、Georgia、Pennsylvania 與New York等四州⁸，其他法域，起訴實施方式皆採檢察官無須取得大陪審團起訴狀之程序，或檢察官要求大陪審團核准起訴，不受次數限制，意味在全美51個法域裏有47個法域其大陪審團只是附屬性質，或者檢察官根本漠視此機制⁹，本文略作簡介，不擬深入研究，全篇專以小陪審制(Jury)，為研究主題，下稱陪審制，謹此說明。

陪審團制度對英國與美國刑事司法發展同具高度歷史意義，美國陪審制度源於英國，不過就體系結構而言，英國與美國的陪審制度仍有許多不同。其中最特別的是英國陪審制度承續諾曼王朝糾問色彩(Norman Inquisition) 被告傾向自我辯護，辯護人的功能反而是次要的¹⁰，與美國陪審制度配合當事人進行模式由辯護人主導的訴訟構造大相逕庭，傳統美國陪審程序，陪審員不為任何提問、亦不詰問證人，基於被動立場於法庭活動發見真實¹¹，作成裁定。陪審員若改居主動地位，積極提問，正反見解不一，反對者認為，陪審員若居主動可能產生預斷不公，影響法庭活動，致生訴訟遲延之後果，肯定者則認為，主動之陪

⁴ Ric Simmons, Re-Examination The Grand Jury: Is There Room For Democracy In The Criminal Justices System? 82 B.U.L. Rev. 1,18-19(2002).

⁵ Id. at 19.

⁶ Id. at 16.

⁷ Id. at 17.

⁸ Id. at 20.

⁹ Id.

¹⁰ John H. Langbein, The Origins of Adversary Criminal Trial 10 (2005).

¹¹ Fed. R. Evid. 611(1)(a); Fed. R. Evid. 102.

審員有助陪審發見事實之功能更具實效¹²。除陪審員角色功能定位問題外，陪審審判的一致決裁定原則、陪審團規模、成員數、陪審員拒絕適用法律(Jury Nullification)、不附理由拒卻(Peremptory Challenge)、陪審審理時間長短、都對陪審實踐發生重要影響。

美國陪審員由社區當地居民選出，陪審團成員由6至12人組成不等，依一致決或多數決原則決定被告有罪或無罪，以12名陪審員組成陪審團之模式可溯及英王亨利二世時代(Henry II, 1154-1189)，依當事人同意得減少陪審員人數，但為避免發生陪審團組成專斷之情形，陪審團實際運作極少出現少於12名陪審員的狀況¹³。在英國都鐸王朝(Tudor)與斯圖亞特王朝(Stuart)時期，陪審審判刑事案件審判期日短促粗糙，令人非議。參照當時Sir Dudley Ryder對審判活動觀察的結果：獨任法官與陪審團在12小時之內聽審25件刑事案件，刑事審判異常快速，當時陪審團在一、兩天內審理許多重罪，相較於美國法官預期一年內審判的重罪案件二者實踐情況相去甚遠¹⁴。審判期日短，審理迅速的原因被認為與證人的知覺記憶清新、準備程序過程對法庭審理有實效、去蕪存菁，準備適格的證據開示於法庭、偵查獲得充分的自白、偵查中無辯護人在場、無偵查辯護制度等諸多因素有關，被告只得自我辯護，法官職權主導詰問證人與被告，陪審員多數衍了事，總之，英國早期陪審實踐經驗顯示：因審判期日短，所以法庭嚴格限制被告放棄陪審權利，也不鼓勵認罪協商，支持被告接受陪審審判，鼓勵被告站上法庭主張無罪¹⁵。這些經驗都與美國實踐情況有所差別。

第二項 美國立國精神與陪審理論實踐

從費城制憲會議(Philadelphia Convention)開始，美國制憲代表承續英國判例法系法官與陪審員共同實現司法正義之理念，體認陪審審判的價值係公民權利，有助確保人身自由，故陪審制度在美國建國伊始即受各州憲法明文肯定，刑

¹² Douglas G. Smith, Structure And Functional Aspects of The Jury: Comparative Analysis And Proposals For Reform, 48 Ala. L. Rev. 441,550 (1997).

¹³ Douglas G. Smith, The Historical And Constitutional Contexts of Jury Reform, 25 Hofstra L. Rev. 377,398 (1996).

¹⁴ Id. at n 86.

¹⁵ Id. at 405-406.

事被告接受陪審之權利，更是美國建國初期唯一受各州憲法確保的權利¹⁶。

從美國憲政歷史與結構觀察，陪審制度乃是美國聯邦憲法人權法案(Bill of Rights, 第 1 至第 10 增修條文)所表現的核心價值。陪審條款(Jury Clauses)分別明定於第 5、第 6、第 7 增修條文。而以第 5、第 6 增修條文確立大、小陪審團憲法地位，並與美國憲法第 3 條揭示：刑事審判，除彈劾案外，應以陪審團審判之(Article III, The trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury)遙相呼應，做為國家機器支配人民自我利益(Self-interest)消耗犧牲人民自由之保障¹⁷。聯邦憲法人權法案結構乃以陪審制度價值直接、間接回應美國立國精神之民本主義(Populism)、聯邦主義(Federalism)與公民良善(Civic Virtue)理念。從立法體系分析，陪審條款(Jury Clauses)更對其他憲法修正條文內涵的法律明確性原則有重要影響，例如第五修正條文雙重危險禁止(Double Jeopardy)條款，不應只是理解為保障被告利益不受雙重追訴，更維護小陪審團為無罪判決的司法正潔¹⁸，陪審制度之於正當法律程序之核心意義在於起訴是否合法 (Lawful Indictment or Presentment)，更與第 5 增修正條文大陪審團密切相關，而從大陪審團與小陪審團的憲法地位亦可看出，美國公民參與刑事審判的制度設計將刑事訴訟程序視為一個整體，貫徹從偵查起訴至審判活動終了應有完整的基本人權保障密度。

雖然美國聯邦最高法院的判決在憲法內涵說理缺乏對陪審理論一致完整的建構，但仍明確宣告陪審預防國家壓迫與公平解決事實爭議之目的¹⁹。從美國憲政歷史與結構可知，在憲法上陪審員無刑罰權，然而陪審員在刑事審判中仍擁有發見事實與不受司法審查之權威(Unreviewable Authority)，以陪審裁定宣告被告有罪或無罪²⁰。從中古歐洲後期開始，陪審審判已從積極的社區事實發見者角色轉成被動的聽審者²¹，雖同具判例法系傳統，英國陪審員根據個人知識判

¹⁶ Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 *Yale L.J.* 1131, at n12; n96; n 234. (1991).

¹⁷ *Id.* at 26; Colleen P. Murphy, *Integrating the Constitutional Authority of Civil and Criminal Juries*, 61 *Geo. Wash. L. Rev.* 724, 742 (1993).

¹⁸ Akhil Reed Amar, *supra* note 16, at n261.

¹⁹ *Colgrove v. Battin*, 413 U.S. 149, 157 (1973) (citing *Williams v. Fla.*, 399 U.S. 78, 100 (1970) and *Gasoline Prods. Co. v. Champlin Co.*, 283 U.S. 494, 498 (1931)).

²⁰ Colleen P. Murphy, *supra* note 17, at 753.

²¹ John H. Langbein, *Historical Foundations of The Law of Evidence: A View From The Ryder*

斷判決爭點，而當代美國陪審員以個人經驗判決案件事實爭點，陪審實踐更有修正，陪審員來自爭端事件地域，被假設為對案件事實有相當認識²²。在美國立國前期，陪審團有權決定法律與事實爭點，並受各州憲法、實定法(Statutes)及司法判決肯定²³。審判主體必須公正聽審，經辯證說理作成理性判決，以陪審審判建立司法判決正當性，目的明確²⁴。然而美國立憲者之所以擴張陪審判決不受審查，主要係為保護被告免受公器不當濫用之恐懼，蓋法官審判得請求上訴救濟，糾正判決結果，但陪審員只參與一次性的案件審判，陪審審判難以建立慣行慣用的標準，更難為一致性的法律判決，卻不受司法審查，表面看來此重大負面缺失顯然已使制度難昭公信，實則為憲法之下權力分立之結果，因之立法者就政策貫徹立法意志，本為所許，從公民參與司法的立場觀察大陪審團與小陪審團雙重程序參與之制度性設計，更可看出憲政架構下立憲者以陪審制度衡平司法權的用意。

憲法增修條文 5、6 條針對聯邦刑事訴訟程序的規定，同屬於增修條文 14 條正當法律程序條款中所包含的權利。*Duncan v. Louisiana*一案²⁵，*Duncan*被以輕微傷害罪(Simple Battery)起訴，依照Louisiana州法規定，最高可判處兩年有期徒刑，併科 300 美元罰金。審判時，被告要求接受陪審審判，但依照該州規定，此罪屬於輕罪(Misdemeanor)，無須由陪審團審判，被告被判處 60 天的徒刑和 150 美元的罰金，因而提出上訴，認其接受陪審審判的權利受到侵害。被告涉及輕微傷害罪當享有陪審審判的權利，Louisiana州若未實現*Duncan*要求接受陪審審判權利，係違背聯邦憲法正當法律程序條款的要求。此外在*Georgia v. Brailsford*一案，*Brailsford*是英國國民，也是南卡羅來納州的公民，不受Georgia州法規定沒收(Confiscation)財產，而只能扣押(Sequestration)財產，首席大法官 John Jay認為：「事實認定問題，係陪審員之任務範疇，法律適用則為法院職務

Sources, 96 Colum. L. Rev. 1168,1170-1171(1996).

²² 美國憲法第 6 增修條文 In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

²³ Colleen P. Murphy, *supra* note 17, at n114.

²⁴ *Id.* at 727-728.

²⁵ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S 145 (1968).

範疇。然而必在同一法律之下理解何謂認定事實與適用法律，係審判權的合理分類。陪審員被推定為事實認定最佳的法官，另一方面法庭又被假設是法律適用的最佳的法官。不過陪審員有權就爭議案件認定事實、適用法律，是以認定事實適用法律二者皆係陪審團合法裁定之權限」²⁶。法律就是陪審權，陪審決定法律與事實，但不判刑，只是在司法實踐過程中這樣的程序被摧毀²⁷。隨著發見事實與適用法律司法二元實踐，陪審團適用法律的權限也在各州法域受到州憲法明文限制²⁸。直到 1895 年，美國聯邦最高法院在 *Sparf and Hansen v. United States* 一案之中終結陪審員判斷法律問題的權力²⁹。

也許今日陪審制度在美國的實踐已是當年清教徒跨海建國理想的夕陽斜照，但美國憲法保留三條陪審條款，乃是立憲者相信：在判例法系中，陪審員是理性的事實發見者，係權力制衡機制，陪審員直到審判期日方知兩造為誰，有助強化司法公正無偏的地位³⁰。無法保證陪審審判不出錯、不偏失，甚至也可能出現陪審員拒絕適用法律之情形，若因發生前述狀況，陪審團認定被告有罪，法官可另組陪審團重新審理，陪審權仍受制衡。惟若陪審團認定被告應無罪開釋，縱係事實發見有誤，法官仍無權組重組新陪審團再行審理。理想與實踐的落差，非立憲者所能預見，但以陪審的集體意識對抗掌權的國家政府，在實踐過程為美國司法自由人權保障增色不少。

第三項 陪審制度理想與實務運作落差

第一款 當事人進行模式訴訟構造與陪審

就美國實踐而言，當事人進行模式的訴訟構造係審判權、證據調查權權力下放過程。而美國刑事訴訟構造之所以採行當事人對抗模式旨在保護個人自主，衡平國家與個人間的關係，而陪審制度被認為是當事人進行制度中司法正義的重要象徵，司法正義實踐在於如何要求陪審員履行任務，如何與陪審員溝

²⁶ *Georgia v. Brailsford* 3 U.S. 1 (1794).

²⁷ *Sparf v. United States*, 156 U.S. 51, Gray 大法官不同意見參照。

²⁸ 例如 Connecticut, Georgia, Illinois, Indiana, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Pennsylvania, and Tennessee. 等州。See Douglas G. Smith, *supra* note 13, at 452.

²⁹ *Sparf and Hansen v. United States*, 156 US 51 (1895).

³⁰ Colleen P. Murphy, *supra* note 17, at 745-746.

通，使之發揮陪審功能³¹，從兩造武器平等，正當法律程序觀點觀察陪審制與當事人進行模式的訴訟構造合致運作，是分析陪審實踐的重點。

一、正當法律程序與陪審

正當法律程序源起於判例法系，聯結陪審制度，具體呈現於當事人對抗的審判活動內涵，被認為是重要的訴訟結構，而非其具有發見真實的功能³²。以正當程序制衡國家法院，依令狀原則避免對公民權利的侵害，源起於中世紀，在英國正當法律程序首見於 1215 年的大憲章³³，源於公民意識型態之當事人進行訴訟構造強調個人訴訟權保障，而與英國自由保障、國會政府、王權限制觀念息息相關³⁴，更因正當法律程序之優位理念使判例法系與歐陸法系刑事程序法制發展有別，而更重視程序價值³⁵。源於英國Chancery法庭由master主導強調平等的準職權糾問模式(Quasi-Inquisitorial Procedural)訴訟程序，中立協助法庭在法庭外密行蒐證，而為帝國殖民地繼承，此種特質延續到十九世紀前期才被放棄，master角色轉換為審判者，監督兩造對抗的公聽程序(Adversarial hearing)，仍保有相當糾問色彩，直至十九世紀後期公民權時代(Civil Rights Era)方有改變³⁶，其主因仍是基於保障被告受辯護人法律專業協助之法意識，允許辯護人為被告彈劾檢察官所提證據³⁷，刑事陪審漸趨轉為當事人進行模式³⁸，自此，當事人對抗、言辭辯論之訴訟結構與判例法系的刑事審判活動緊密聯結，成為確定性的訴訟程序³⁹。對證據法則之思惟有別於歐陸法系法官職權主導調查之模

³¹ Anne Bowen Poulin, *The Jury: The Criminal Justice System's Different Voice*, 62 U. Cin. L. Rev. 1377,1381(1994).

³² *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

³³ 大憲章第 39 章，英國國王約翰承諾：「任何自由人不得被捉拿、拘囚、剝奪財產，放逐或受任何損害。除非受本地法律所允許與同儕合法判決，我們亦不會自己充當軍隊或派軍攻擊他。(No free man shall be taken or imprisoned or disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.)」大憲章全文 <http://www.fordham.edu/halsall/source/magnacarta.html> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日

³⁴ Amalia D. Kessler, *Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, And The Search For An Alternative To The Adversarial*, 90 Cornell L. Rev. 1181,1213-1214;1273 (2005).

³⁵ *Id.* at 1212.

³⁶ *Id.* at 1194.

³⁷ Stephan Landsman, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 Cornell L. Rev.497,525;535-537(1990).

³⁸ John Langbein, *The Criminal Trial Before Lawyers*, 45 U. Chi. L. Rev. 263 (1978).

³⁹ Amalia D. Kessler, *supra* note 34, at 1193-1194.

式，當事人控制資料蒐集與證據開示、證明過程，係重要的社會實踐，兩造緊張攻防過程中由陪審團驗證證明方式，形成心證，使案件事實發見、建構之過程成為社會實體⁴⁰。

當事人進行的訴訟構造與陪審制最重要的關聯在於：訴訟過程之證明活動由兩造主導控制，以當事人利益為重心，兩造有機會即刻挑戰彈劾他造資訊，呈現於陪審團之前的訴訟緊張程度、證明方式、證明態度與歐陸法系專業法官主導程序，心證形成職權化，有極大的不同。本文認為從程序檢討，判例法系與歐陸法系就決定妥適的證據法則與範圍，有明顯迥異的證據方法，刑事訴訟雖為發見真實，不過，事件敘述與事件本身本來就可能存有落差，審判過程無法排除事件回溯產生的風險，因此引入社群共同生活經驗，檢驗兩造公平對審攻防，在比較性的過程重組、發見真實，以程序互動公平性，擔保證明力形成的正當程序，防止職權心證形成浮濫，是故，當事人進行訴訟之重要特徵與證據制度之原則無處不與陪審審判有關，此亦是當事人主導訴訟進行，聯結陪審審判所欲解決正當法律程序與法律對犯罪控制的社會緊張問題，也使陪審與法官審理意義不同。

決定被告是否起訴，尚須經過預審(Preliminary)⁴¹，在美國預審雖非強制規定，卻是刑事追訴極重要的實體審查程序，有防止檢方濫訴之功能，也是正當法律程序的重要內涵，而於預審決定案件法律問題，預審法官與審理法官不同，其功能係先審查起訴被告是否適法，若無充分證據不得起訴被告⁴²，美國的刑事訴訟構造為當事人進行模式，兩造在事實發見者之前開示證據，由法官依證據法則決定證據適格與否，再由陪審團在審判程序中考慮事實爭點，在刑事陪審審判程序之初，法官決定何為與事實有關必須提示於陪審團，此有別於歐陸法系國家訴訟審理方式。蓋若未能區分審前(Pretrial)與審判(Trial)之不同、證據開示前後有別，審判無法就案件連續集中審理，審判庭的功能就只是在一系列的審判期日，依不同情況，盡力蒐集證據、評價證據⁴³。

⁴⁰ Mirjan R. Damaska, *Evidence Law Adrift* 75-76;94(1997).

⁴¹ 採預審制度之立法例，預審係偵查程序之延伸，為審判前之準備，決定是否移付法院審判，預審意義參閱陳樸生，*刑事訴訟法實務*（修訂第9版），自版，頁416，2004年9月。

⁴² 美國刑事審判預審制度的多重目的與意義參閱王兆鵬，*美國刑事訴訟法*，元照出版二版，頁627，2007年9月。

⁴³ John Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. Chi. L. Rev. 826 (1985).

二、陪審審查當事人與證據關係

當事人進行模式之論證使非當事人探究真實的空間緊縮，而是兩造公平參與訴訟程序進行，有平等機會有效開示本案證據，**證據開示原則的重要性係當事人得以相互檢驗他造證據**，鼓勵當事人就發見事實提出證據、傳訊證人，雙方進行交互詰問，由陪審團檢驗法庭活動。依規定由檢察官先開始證據開示，由他造開始對證人進行交互詰問，由被告傳訊的證人則依規定由檢察官進行詰問。案件終了檢察官與被告在法官與陪審團前進行辯論，法官在陪審團為評議與裁定前諭示陪審團法律，在法庭活動中陪審團與法官都是中立被動的聽審者，無論陪審團或法官都不允許考慮兩造之一方所提的片面證據。兩造僅就本案爭點提示相關證據，以免混淆審判庭認定案件爭點。法官的角色是主導程序、限制證據方法論證，確定兩造受證據法則的拘束，審判庭依法庭活動中開示之證據法則為判決，而非預先發現的證據，扮演發見事實的角色僅限於評價雙方提出的證據，依舉證責任之基礎決定爭點⁴⁴。在審判中對抗的兩造對彼此提出證據強調言辭辯論攻防，有助陪審團與法官評價證據理由時發見證據不一致之情況與偏見，因為陪審團成員為普通公民；不具法律專業，審判結束後又將重回職場，由法官主持訴訟程序及證據能力等法律專業問題之爭議處理、量刑程序，如何過濾、避免陪審員接觸不適格的證據，堪稱法制成敗的重要關鍵。

實施陪審制在審判公開的部分對當事人進行模式的訴訟構造更具意義。交互詰問程序不但是判決基礎，更是法庭活動的核心，相較於職權糾問模式的訴訟構造，交互詰問反而不是那麼重要，甚至有所衝突。當事人進行模式的訴訟構造功能得以發揮，必須仰賴中立被動的事實發見者⁴⁵，是以在證據開示過程中兩造武器平等原則也間接促成辯護制度興起⁴⁶。職權糾問的訴訟模式強調法官專業審理，書類證據與審訊並重，以此發見因果關係，決定被告是否有罪，較不允許陪審員獨立於法庭活動與法官之外，作成發見真實的陪審裁定。法庭也傾向獨立審理程序將法律適用於案件判決，而不願有非法律專業的審判參與者介

⁴⁴ Sean Doran, John D. Jackson, Michael L. Seigel, Rethinking Adversariness in Nonjury Criminal Trials, 23 Am. J. Crim. L. 1,1(1995).

⁴⁵ Stephan Landsman, supra note 37, at 501.

⁴⁶ Id.

人⁴⁷。

英美法系制度下的陪審審判，結合當事人進行模式訴訟構造，重視正當法律程序，強調直接審理，言詞辯論，關注當事人與證據關係之分析，說明來自社區的陪審員擔任事實發見者，最適用於當事人進程序之審判⁴⁸，為防止陪審員之心證受傳聞污染，對傳聞證據嚴格拒斥，重視被告反詰問權之保障，故傳聞法則與當事人進行模式密切相關。證據是事實重組的片斷，用以衡量法律敘事，更線性架構說理過程(linear scheme of reasoning)，維持陪審員推理決意並支持其結論，作成裁定。法官甚至認為，陪審員因個人經驗或對聽審案件性質之不同，對證據開示爭點的審判程序有更強期待，例如被告因違反槍砲彈藥而被起訴，陪審員認為槍枝必須提示，且期待證物必須被用以證明案件事實，因為第一手的論據就是必須依此方式開示證明，當然不論真實或虛擬的電視影集對陪審員都可能有所影響⁴⁹。陪審員聽取大部分真相，而非全部真相，可能將未開示資訊與內情一致之資料想像聯結，或想像此一資訊之存在，都是陪審認定事實過程可能存在的危險⁵⁰。

此外，英美法系發展證據法則控制陪審團並指導判決產出，當代美國陪審制度更期待陪審團依證據發見事實⁵¹。陪審員在審判前對案件應保持空白的心證，對案件一無所知，就證據評價過程而言，當事人進行模式的訴訟程序要求在事實發見者面前，應控制兩造提出證據的立足點平等，陪審團隨證據開示程序理解案情。有關被告的前科卷證資料只能在陪審團裁定之後才能公開揭露，警詢筆錄更不能開示於陪審團。在兩造對抗過程中，確定事實發見者不受外來資訊干擾。相較於當事人進行模式，職權糾問進行模式的訴訟體制則就證據發展與提示居主導地位，審判者按順序控制證據產出，安排兩造當事人如何提出

⁴⁷ Neil Vidmar, *World Jury Systems: A Historical and Comparative Perspective On the Common Law Jury*, 15 (Edited by Neil Vidmar 2000).

⁴⁸ John D. Jackson, *Paradoxes of Lay and Professional Decision Making in Common Law Criminal Systems*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 579-580 (2001).

⁴⁹ Richard O. Lempert, *Narrative Relevance, Imagined Juries, And A Supreme Court Inspired Agenda For Jury Research*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 410 (2001).

⁵⁰ *Id.* at 411.

⁵¹ Shari Seidman Diamond and Neil Vidmar, *Comment: Jury Room Ruminations on Forbidden Topics*, 87 *VA. L. REV.* 1857, at n2 (2001).

證據、如何詰問證人，有助司法審判評價對抗兩造自主發見真實之表現⁵²。在陪審制度之下刑事程序實施動態對抗攻防，被認為有助開放兩造法庭對話，使審判者保持空白心證，受兩造證據開示與言辭辯論導引，治癒審判糾問使訴訟主體與訴訟客體失衡之缺失⁵³。

第二款 陪審制的結構功能與優點

美國殖民初期，陪審制度是帝國提供殖民地公民少數的自治經驗方式之一⁵⁴，也因此陪審受肯定為人民避免中央集權的調節機制，陪審員是國家憲法保障無辜人民免受定罪的程序監督者⁵⁵。長久以來陪審被視為實質的政治機構，是美國民主精神的代表，表彰國民主權與陪審服務參與司法行政的公民價值⁵⁶。從社群價值觀點觀察，來自社區的獨立陪審員，只為單一個案結合為陪審團，為審判工作注入社區觀點，保存法律的民主價值，強化司法公信力，使公眾接受司法判決⁵⁷，參與陪審經驗更被視為公民學習民主的機會⁵⁸，也是不同社會階層的公民共同參與司法的重要社會聯結。

*Taylor v. Louisiana*一案，美國聯邦最高法院肯定陪審在刑事司法具社區參與意義⁵⁹，陪審不只是民主產物，更是公眾信任刑事司法的關鍵⁶⁰。國家憲法保障司法獨立，更應避免司法武斷⁶¹，在國家法律管轄領域之內，法律為人民所接受，不應忽略司法正當性，陪審團結構類似一個由集體國家公民臨時集結的小國會，**確認法規範是否符合基本權限制強度、範圍之要求**，表現公民對法律高權尊重的過程，是一個宣示主權在民的實體組織⁶²，聯邦憲法與各州憲法的陪審

⁵² Sean Doran , John D. Jackson , Michael L. Seigel, supra note 44, at 1.

⁵³ Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* 88(1986).

⁵⁴ Stephan Landsman, *The Civil Jury in America: Scenes From an Unappreciated History*, 44 *Hastings L.J.* 579, 580-581 (1993).

⁵⁵ Akhil Reed Amar, supra note 16, at 1183-1186.

⁵⁶ Douglas G. Smith , supra note 12, at 480.

⁵⁷ *Green v. United States*, 356 U.S. 165, 215 (1958). (Black, J., dissenting). It "affords ordinary citizens a valuable opportunity to participate in a process of government, an experience fostering, one hopes, a respect for law.

⁵⁸ *Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400, 406-07 (1991).

⁵⁹ *Taylor v. Louisiana* 419 U.S. 522 (1975).

⁶⁰ *Taylor*, 419 U.S. at 530.

⁶¹ *Duncan v. Louisiana* 391 U.S. 145 at 156.

⁶² Douglas G. Smith , supra note 12, at 474.

條款反映公權力操作的基本概念；國家公民對法官、或一群法官擁有絕對權力，主宰生命財產安全的勉強信任，恐懼不受制衡的聯邦權力與州政府權力，對個人自由之保護界限造成非理性干預，對應於刑事司法面向就是社區人民堅持有權參與決定有罪或無罪，共同執法，監督正義⁶³。保障人民接受陪審的承諾是美國憲法第 14 條增修條文保護被告不受武斷執法的正當法律程序⁶⁴，如何擔保刑事被告接受公平審判的正當程序，國家不能消極面對，故以來自公民社會的社區代表組成陪審團，參與審判，發現事實，並以公民參與司法的集體意識為刑事審判程序論理根據，實現司法民主。相較於歐陸法系國家，在法庭審判活動中由法官職司認事用法，陪審員被認之得有效監督，避免隱性司法權濫用⁶⁵，此外，陪審裁定根據超越合理懷疑的證明力所作成，可說是對被告憲法基本權的實質保障⁶⁶。

第三款 消失的陪審制

陪審制在美國累積兩百餘年實踐經驗，毀譽參半，改革呼聲不絕，從實證研究檢驗其面臨的困境，分析實踐結果，有助理性抉擇公民參與刑事審判態樣。從陪審實踐實證資料看來：雖然美國最高法院直到 1970 年方確認放棄陪審，選擇認罪協商係憲法上權利⁶⁷，但在美國州法院有高達 93% 的刑事重案被告選擇認罪協商，重罪認罪協商比例顯然高於輕罪⁶⁸，而其中有一半的認罪案件，事實審由法官進行審理而無陪審團，實踐情況顯然有悖於美國憲法第 3 條之宣示，更與美國憲法第 6 增修條文設計保留的價值不符，深受批判⁶⁹。參考 Raymond Moley 在 1928 年所作消失的陪審研究 (*The Vanishing Jury*) 從 1839 年至 1928 年，89 年之間的時間發展序列觀察刑事陪審適用狀況可以發現，在紐約州雖然

⁶³ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145,156.

⁶⁴ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 156.

⁶⁵ Douglas G. Smith, *supra* note 12, at 478.

⁶⁶ *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466, 478 (2000).

⁶⁷ *Brady v United States*, 397 US 742, 753 (1970) ("[W]e cannot hold that it is unconstitutional for the State to extend a benefit to a defendant who in turn extends a substantial benefit to the State and who demonstrates by his plea that he is ready and willing to admit his crime and to enter the correctional system in a frame of mind that affords hope for success in rehabilitation over a shorter period of time than might otherwise be necessary."); *Santobello v New York*, 404 US 257, 260 (1971) ("If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities.").

⁶⁸ Albert W. Alschuler and Andrew G. Deiss, *A Brief History of the Criminal Jury in the United States*, 61 U. Chi. L. Rev. 867,922 (1994).

⁶⁹ *Id.*

只有 25%的定罪係依認罪協商，但認罪協商制度仍對陪審審判造成影響，且其持續性的影響力不容忽略⁷⁰，紐約州刑事司法部門的實證研究資料更說明，認罪協商的定罪率到 1990 年代已高達 96%，影響日深⁷¹。

從 1993 年美國司法統計資料(U.S. Dep't of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics)早可發現，在州法域內有 91%的重罪犯選擇認罪協商，只有 4%選擇陪審審判⁷²。對照 2011 年紐約市刑事庭報告(Criminal Court of the City of New York Annual Report, 2011)⁷³，實務狀況似乎沒有好轉，報告指出紐約市轄內 Bronx、Queens、Manhattan、Staten Island四區的法院平均要等 400 日，案件方得進行陪審審判，Brooklyn則要等待 600 日，除Bronx之外，紐約市的被告出庭 906,243 次，卻只進行 506 件陪審審判案件，被告要面對漫長的訟累負擔，審理程序一如等待果陀(Waiting for Godot)這齣一再重複的荒誕戲劇，致使雖有 99%的被告一開始誓言要對抗到底，無可奈何地程序等待，漫長而毫無意義，結果以認罪協商終了⁷⁴。

本文認為，被告接受公平審判之權利無所妥協，無論輕罪或重罪，認罪協商對陪審審判、法官審判發見真實的刑事程序影響力必須一體正視，此一制度幾乎已剝奪美國刑事司法體系擔保被告接受審判的權利。根據紐約時報的報導，近年來，下級審法院刑事審判幾乎消失，報導更以持有大麻的微罪案(Misdemeanor)為例說明微罪案審理遲滯問題，2012 年Bronx法院收案 300 件，尚有 11000 件繫屬於法院尚未判決，法官對法院程序遲延頗生微辭，依紐約法律規定，微罪案須於 60 日內傳訊(Arraignment)，卻有被告等了 600 天才審理，報導也指出，有一名 17 歲被告因持有大麻被起訴，法官告知被告，如果被告認罪就不必入監，反之，被告不認罪，就必須在未來 18 至 24 個月之間來回法院，被告當然接受法官建議⁷⁵。這樣的發展結果似與Raymond Moley預言消失中的陪審研究結果不謀而

⁷⁰ Id. at 924.

⁷¹ Id. at n295.

⁷² Donald A. Dripps, *People v. Simpson: Perspectives on The Implications For The Criminal Justice System: Relevant But Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial And The Right To Put on A Defense*, 69 S. Cal. L. Rev. 1389, n18 (1996).

⁷³ <http://www.nycourts.gov/courts/nyc/criminal/AnnualReport2011.pdf>

⁷⁴ <http://www.nytimes.com/2013/05/02/opinion/waiting-and-waiting-for-justice.html?emc=eta1> 最後瀏覽日 2013 年 5 月 3 日。

⁷⁵ www.nytimes.com/2013/05/01/nyregion/justice-denied-for-misdemeanor-cases-trials-are-elusive.html

合，也說明美國的刑事訴訟制度幾乎成為行政程序而非司法程序。

進一步深思何以被告放棄接受陪審審判的憲法基本權保障，選擇認罪協商，也許必須另從以下的案例深入反省理解陪審實踐的困境因何使人民寸步難行，放棄接受陪審審判。Robert H.沒有正式起訴，在Atlanta監獄被監禁了六個月，這段期間他沒有出過庭或見過律師。有一天，代理他案件的公設辯護人(Public Defender)終於來了；公設辯護人建議他認罪，Robert H.的案件是他的公設辯護人承辦 30 件重罪案件中的其中 1 件，而他的公設辯護人一年承辦的案件超過 500 件，Robert H.遵循公設辯護人的建議而「認罪」。司法當局後來才發現，因官僚錯誤致使Robert H.無罪被起訴，而Robert H.竟然還認罪協商，這樣的司法結果對人民實在是充滿困惑。然而，公設辯護人的建議也許沒改錯：如果Robert H.願意認罪協商也許當天就可以回家，若是Robert H.要接受審判就可能在監牢裏耗上一年或更久⁷⁶。

在Bordenkircher v. Hayes一案⁷⁷，Hayes被起訴偽造 88 元支票，檢察官給予Hayes認罪協商的機會，以被告認罪交換起訴求刑 5 年，不過Hayes堅稱無罪，且願接受陪審審判，之後Hayes被大陪審團依Kentucky Habitual Act 起訴，審理過程陪審團認定被告有罪，法官遂依Kentucky Habitual Act的規定判處Hayes終身監禁。嗣Hayes不服原判決提起上訴，惟最終審之美國聯邦最高法院仍支持原判決對Hayes之處刑。暫且不論對Hayes之科刑是否妥適，Hayes依美國憲法第 6 增修條文之規定行使其個人權利，接受審判，其結果反而致其更不利益，且該等不利之結果屬不能治癒，陪審制度在司法體系的功能被評價為依一般社會大眾之法律感情來操作正義，反映社會思維，而非依法律分析之思維實現正義，這也意味著陪審之功能不僅是機械式的事實發見機制，司法審判適用法律之同時，亦必須在事實發見過程中反應法律與道德價值⁷⁸。再者，就時間、程序勞費及司法利益為考量，不難看出認罪協商或多或少影響陪審制度所欲體現之正義，益徵保護無辜被告免於被定罪之理想司法制度設計不易，何況審級救濟制度所衍生之不利益

?emc=etal 最後瀏覽日 2013 年 5 月 3 日。

⁷⁶ Albert W. Alschuler and Andrew G. Deiss, *supra* note 68, at 926.

⁷⁷ Bordenkircher v. Hayes 434 US 357, 364-65 (1978).

⁷⁸ Adrian A. S. Zuckerman, Symposium: Probability And Inference In The Law of Evidence: I. Theories of Inference And Adjudication: Law, Fact or Justice? 66 B.U.L. Rev. 487,494 (1986).

變更禁止原則得否適用於起訴階段存有爭論，是以有多數的被告寧願得到最實際的程序利益保障，而不願訟累纏身，以避免勞心費力於訴訟之攻防後，其判決結果反而更不利於認罪協商判決。

1990 年美國出現實行陪審以來耗時最久的刑事陪審案件⁷⁹，從開始到結束，歷時兩年九個月，案子沒有牽涉複雜的財務陰謀或白領暴力犯罪被告，兩名被告是被控性侵該校學齡前兒童的學校職員，其中一名被告在預審階段被羈押五年，另一名則被羈押二年，預審聽證 (Preliminary Hearing) 持續 18 個月，陪審聽證 124 名證人陳述，在減少起訴之後，法官允許 65 個主張性侵共犯的訴訟，程序進入陪審審判，陪審團認定其中一名被告無罪但對另一名被告則未達成共識，俟後，本案同年再次審理，又發生第二次陪審懸而未決 (Hung Jury)，檢察官撤回起訴。MacMartic Preschool 一案耗費納稅人 1400 百萬美金。遲來的正義不是正義，陪審審判程序冗長、遲緩，影響陪審員的參與意願，造成社會經濟成本重大負擔，是陪審審判正當性與效率的衝突。美國公民收到陪審通知之後，放下手邊工作參加陪審，也許和其他同樣收到陪審通知的人一起在陪審室虛耗整日，但此經驗卻是必要的，因為陪審服務實現公民參與公共事務之權利與義務⁸⁰。

本文無意強調前開數案例係具代表性的案件、足以說明美國陪審實踐的普遍事實，或屬於特殊的實踐經驗，故具參考價值，但從經驗情況可知司法成本、認罪協商制度已對陪審運作精深的理想性造成負面影響，更令人無法理解的是如果陪審權是社區集體權利而非單純的被告權利或特權，何以出現認罪協商制度，使多數刑事案件適用認罪協商結案？顯然司法實踐已遠離陪審制度的初衷意義。就訴訟制度之要求，歐陸法系之刑事訴訟價值觀與英美法系之刑事訴訟訴訟觀本就有所不同，陪審實踐、認罪協商制度對刑事訴訟程序的因果牽動，使刑事訴訟法行政法化，影響所及，實務運作不得不戒慎警惕，尤其是我國在固有歐陸法系司法傳統之下，調整採行當事人對抗之訴訟模式，自不得疏於考慮發見實體真實與程序公正流於形式之弊，細思立法，以制度之修正設計，調和前述兩大

⁷⁹ *McMartin Preschool cases* 參閱 Albert W. Alschuler and Andrew G. Deiss, *supra* not 68, at 925.

⁸⁰ *Id.* at 927-928.

缺失。此外陪審強調事實與法律二分，由陪審團職司事實認定，法官適用法律，惟從美國陪審實踐不難發現，何為事實問題，何為法律問題，不容易切割⁸¹。如何將二者實質分配給法官與陪審團分別認定，誠屬不易。特別是陪審裁定不必說理，致使法律不確定性的風險提高，亦受非議。

如果事實是一種基本概念，是真實、也是一種存在狀態；而法律是法庭適用的規則標準，那麼法官的職權就應堅守嚴格定義法律文義解釋、訴訟程序中對證據異議之處理、指導監督陪審員，從審判程序機制之設計區別認定事實與法律適用問題，只是審判程序機制之調整，亦使陪審團發見事實之功能失所附麗，例如由一造當事人所提證據之說服力，已使一般通常理性之人，無為相反事實判斷之可能，法官得自為即決判決(Summary Judgment)，或由法官指示陪審團做成指示裁定(Directed Verdict)，前開兩種情況都削弱陪審認定事實之範圍⁸²，陪審是社區道德在法規事實發見程序的表意，一般公民在評議(Deliberation)的公共程序中監督政府權力濫用⁸³，當美國憲法對司法人權保障的制度性功能失去意義，這樣的結果到底是反射司法的公共危機還是人性尊嚴價值的個人危機，難以明確解釋，不過美國開國立憲先賢大概很難欣然同意，本為保障群體與個體安全的公民參與刑事審判根本目的，在理性效率的訴訟程序中，並不受青睞。

第三節 以日本參審制為例

第一項 槇村事件與參座審判

陪審制度理念在十九世紀傳至日本，探討日本陪審實踐可上溯至1873年，從京都府大參事槇村正直案件談起（亦即明治六年，小野組轉籍事件）。小野家族在京都經商致富，擬遷居他處，將主營業所從京都移往東京。依據法律規定，小野向京都府提出遷徙構想，不過受到拒絕，因為若允許小野家族遷移他

⁸¹ Kate H. Nepveu, Note: Beyond "Guilty" or "Not Guilty": Giving Special Verdicts in Criminal Jury Trials, 21 Yale L. & Pol'y Rev. 263,287-289 (2003).

⁸² Douglas G. Smith, supra note 13, at 453-454.有關美國法官對訴訟程序控制分析，參閱黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，第194期，2011年7月，頁78-79。

⁸³ Andrew E. Taslitz, Just Right? Assessing The Rehnquist Court's Parting Words on Criminal Justice: Temporal Adversarialism, Criminal Justice, and the Rehnquist Court: The Sluggish Life of Political Factfinding 94 Geo. L.J. 1589,1591 (2006).

處則京都府歲入必受影響。小野乃向京都裁判所提起「送籍訴訟」，調查結果將京都府大參事榎村正直與京都府知事長谷信篤同列為被告，案件牽涉司法省與民部省利益，司法省提議為保障程序正義必須引入中立的第三者參與審判，故司法省去函太政官（太政大臣）討論以陪審審判榎村正直與長谷信篤案件之可能性。不過提議後來受阻，拒絕的主要原因係因太政官認為；日本的生活條件、當時民氣都與英國、法國不同，不宜冒然引進西方陪審制度。不過太政三公也肯定日本必須有新制度審判涉案的大參事與京都府知事，故著手起草參座制度參與司法院訊法案⁸⁴。肇因於此，陪審與參座制度法案於1873年生效⁸⁵，陪審員由參議指定，組成參座法庭決定被告有罪無罪，而由法官評價犯罪嚴重性⁸⁶。

榎村案件適用參座審判，該案於1873年11月原由9名陪審員開始審理，爾後陪審成員增為11名，審判結果將兩名京都官員定罪⁸⁷。參座制度實施未久，即因1875年發生參議廣澤真臣刺殺案⁸⁸，嘎然終止。廣澤暗殺事件適用參座規則審判兩名涉案被告，不過所適用之審判程序非1873年依榎村案件所制定之參座規則⁸⁹，而係1875年另行起草之新規定，新參座審判規定：陪審員不只有權決定被告有罪無罪，更有權評價預審偵查、建議法院活動正當性⁹⁰。廣澤係明治維新重臣之一，刺殺事件發生後，陸續有3名共犯被捕，陪審員也由7名增至12名，經陪審員審理，判決五名被告無罪⁹¹，參座制度是日本首次適用西方陪審之經驗，卻因明治維新政府與幕府政治鬥爭，難以使參座制度發揮公平審判的理想，雖然如此，參座制度仍可視為促使具新思維日本刑事法問世之驅力⁹²。

⁸⁴ Anna Dobrovolskaia, *Japan's Past Experiences with the Institution of Jury Service*, 12 *Asian-Pacific L. & Pol'y J.* 1,7 (2010).

⁸⁵ *Id.* at n24. 日本 1873 年制訂參座規則，參座法庭由內閣指定。

⁸⁶ *Id.* at 7.

⁸⁷ *Id.* at 8.

⁸⁸ 廣澤在維新政府擔任要職並深獲信賴，明治 4 年深夜在東京府麴町富士見町家宴後遇刺，刺客傳與幕府有關，明治天皇下令限時緝兇歸案，雖俟後有小河一敏、雲井龍雄兩名被告被執，但事件真象始終未明，參閱

<http://ja.wikipedia.org/wiki/%E5%BA%83%E6%B2%A2%E7%9C%9F%E8%87%A3> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

⁸⁹ 有關日本參座規則參閱尾佐竹猛，*日本陪審史*，邦光堂，東京，1926 年。

⁹⁰ Anna Dobrovolskaia, *supra* not 84, at 8.

⁹¹ 廣澤暗殺事件爭議不斷，雖陪審團判決被告無罪，但未定息止紛，1877 年，又有嫌犯被執到案，自白為殺人兇手，雖刑部諭令大審院重開審理，且為本案另訂程序規定，但真相終無澄清。

⁹² Emile Gustave Boissonade de Fontarabie 將各藩司法權收歸中央集權，編纂日本當代刑事法等重要國家法律，刑法（明治 13 年太政官布告第 36 号）、治罪法（明治 13 年太政官布告第 37

日本近代法之父，法國學者Emile Gustave Boissonade de Fontarabie於1873年間受維新政府之邀主持立法革新，擔任太政官法制局法律顧問，以法國法制為藍本，參照現代刑法精神，起草日本刑法與治罪法，並將陪審制度介紹進日本⁹³，法國拿破崙法典堪稱當時歐陸立法典範，不過Boissonade並未將法國參審制於治罪法草案提出⁹⁴，反而參考美國陪審制，在草案中主張重罪陪審制度，由審判長法官、兩名陪席法官、陪審員10人組成審判庭，審理重罪⁹⁵，陪審員以一年為任期，陪審名單列有20名陪審員候選人，4名備位陪審員⁹⁶，無正當理由陪審員不得拒絕出庭，否則將處以罰金刑⁹⁷，涉及皇族、外交之特定案件，不服一審陪審判決得上訴二審高等陪審庭⁹⁸。1880年（明治十三年）治罪法公布，1882年實施，係日本最早之刑事訴訟法⁹⁹，立法機關元老院雖然全力支持，不過Boissonade的立法見解並未獲得全部接受，主因係明治憲法起草人井上毅堅決反對，陪審制度部分之條文被太政官全數刪除¹⁰⁰，是以正式公布之治罪法並無陪審之規定。太政官反對理由乃是顧慮陪審員不受法官影響，故須確定陪審員的資格身分受過相當教育，並有資力，但Boissonade的草案未就陪審員參與資格要件為規定，並非妥適，故不獲支持，不過最重要的是太政官認為，歐陸並沒有國家實施陪審制，Boissonade雖認同美國陪審制闡揚的民主思想，但陪審理念似乎對日本現代化、民主化並未發生太大影響¹⁰¹。

第二項 大正陪審法及其實踐

隨明治時代結束，元老把持的藩閥勢力亦受到自由民權思潮之挑戰，藩閥政治對立於議會政治，憲法學者美濃部達吉與吉野作造本於民主憲政精神，倡

号)，治罪法即刑事訴訟法。

⁹³ 參閱三谷太一郎，政治制度としての陪審制—近代日本の司法権と政党，東京大学出版会，2001年。

⁹⁴ 有關 Emile Gustave Boissonade de Fontarabie 刑事訴訟法草案參閱中村孝義譯，ボアソナード刑事訴訟法典草案，立命館法学 2009 年 2 号（324 号）。

⁹⁵ Id. ボアソナード刑事訴訟法典草案 86 條。

⁹⁶ Id. ボアソナード刑事訴訟法典草案 89 條。

⁹⁷ Id. ボアソナード刑事訴訟法典草案 447 條。

⁹⁸ Id. ボアソナード刑事訴訟法典草案第：98 條、99 條、101 條。

⁹⁹ 該法共 8 編、15 章、334 條。

¹⁰⁰ Anna Dobrovolskaia, *supra* note 84, at 10.

¹⁰¹ Id.

導民本主義，使普選運動與陪審制度成為大正時期民主化的代表性活動¹⁰²。為設計陪審制，日本政府考察歐陸與美國陪審實踐，使日本二次戰前的陪審法兼具歐陸法系與英美法系雙重特質，有別於歐陸刑事程序，也深受美國陪審制度之影響¹⁰³，而 1923 年通過之陪審法可說是大正民主的重要產物之一¹⁰⁴，使日本人民首次有機會參與刑事審判。

陪審法經 5 年準備，1928 年開始實施，首宗陪審審判於 1928 年在東京進行，被告係一名被控縱火燒毀自家住宅以取得保險理賠金的女子，偵查中被告自白犯罪，惟審判開始後被告否認犯罪並主張無罪，強調偵查中的自白係受脅迫，審判細節並經當時新聞披露，審判活動進行中，陪審員依法積極審問，不遜於法官，也使陪審員成為公眾焦點¹⁰⁵。依陪審法規定：陪審適用範圍分法定陪審案件和請求陪審案件，除輕微犯罪不適用陪審外，屬大審院（終審法院）特別管轄權之犯罪、（2）對冒犯皇室之犯罪，有關內亂、外患、外交、暴動罪；（3）觸犯治安維持法的犯罪；（4）觸犯軍機保護法、陸軍刑法或海軍刑法之犯罪等；（5）關於根據法律進行選舉之犯罪，亦不適用陪審¹⁰⁶。故非所有被告皆有權接受陪審，但被告得請求接受陪審，此乃日本舊陪審法獨有特色。除死刑、無期徒刑之案件，適用陪審法之外¹⁰⁷，法定刑為三年以上有期徒刑，屬地方法院管轄案件，被告亦得請求交付陪審審判¹⁰⁸，若被告在審判或準備程序承認公訴事實，則不進行陪審評議¹⁰⁹。此外，在法定陪審案件中，被告亦得放棄接受陪審審判權利¹¹⁰，而在請求陪審案件中，則被告得於檢察官陳述意見前撤回請求¹¹¹。

從西元 1928 年至 1943 年，法定陪審案件共 25097 件，不過實際陪審審判案

¹⁰² 大正民主，大正デモクラシー意指 1912 年至 1926 年，日本大正年間，所推行符合現代民主的政治體制與政策。

¹⁰³ Lester W. Kiss, *Reviving The Criminal Jury In Japan*, 62 *Law & Contemp. Prob.* 261,266 (1999).

¹⁰⁴ 1923 年，大正 12 年，第 28 次帝國會議通過法律第五十號，陪審法。

¹⁰⁵ Anna Dobrovolskaia, *supra* note 84, at 15.

¹⁰⁶ 1923 年，大正 12 年，法律第五十號，陪審法第 4 條參照。

¹⁰⁷ 1923 年，大正 12 年，法律第五十號，陪審法第 2 條參照。

¹⁰⁸ 1923 年，大正 12 年，法律第五十號，陪審法第 3 條參照。

¹⁰⁹ 1923 年，大正 12 年，法律第五十號，陪審法第 7 條參照。

¹¹⁰ 1923 年，大正 12 年，法律第五十號，陪審法第 3 條參照。

¹¹¹ 1923 年，大正 12 年，法律第五十號，陪審法第 6 條參照。

件只有 448 件¹¹²，請求陪審審判案件 12 件，合計 460 件，檢察官陳述前被告請求更新程序適用陪審審判，類此情況之案件數為 24 件¹¹³，陪審制實施 15 年間，實行陪審審判 484 件案件中，以侵害個人生命法益的殺人罪與侵害社會法益的縱火案件數佔大多數，其中有 81 件無罪判決，無罪率為 16.7%¹¹⁴，係其重要特徵，蓋依當時日本陪審法之規定，職業法官對於陪審所為有罪或無罪之評議認有不當者，得更新陪審團，更新率約 5%，均是陪審評決被告無罪的案例¹¹⁵。此外陪審團不作有罪無罪裁定，而是回應法官就存在事實所提問題¹¹⁶，陪審團對法官提問則依 12 名陪審員過半數之多數決作成決定¹¹⁷，惟陪審團所作決定對法官並無拘束力¹¹⁸，雖然刑事被告就法律適用不服，得以上訴，但對陪審團認定事實不服無權上訴，為權利救濟考量保留對事實不服之上訴權，辯護人多鼓勵被告放棄陪審權¹¹⁹。另一方面，因為陪審法規定：陪審案件必先經預審程序，檢察官也對被告要求接受陪審審判有所顧忌¹²⁰。此外陪審團負責認定事實，法官適用法律，事實認定與法律適用兩階段難以切割，陪審易受輿論干擾，也造成陪審審判的困擾¹²¹。

回顧陪審施行期間，以 1929 年陪審審理 143 案件為最多¹²²，而後逐漸式微，陪審式微的原因除與日本文化、當時帝國主義政治氛圍、中產階級恐懼陪審審判將受社會排斥有關之外，陪審法設計不良被認為是法制無法有效運作最

¹¹² 陪審案件統計資料參閱丸田隆『陪審裁判を考える：法廷にみる日米文化比較』中央公論新社〈中公新書〉，1990 年，8 版（2007 年），1928 年 10 月 1 日至 1943 年 4 月 1 日，日本陪審裁判案件實施一覽案件類型分類參 <http://www.asahi-net.or.jp/~xx8f-ishr/baishin.htm> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

¹¹³ 原昌男，『陪審法ノ停止ニ關スル法律』に就て，法曹會雜誌 21 卷 4 号，昭和 18 年，16 頁。收錄於最高裁判所事務總局編『我が国で行われた陪審裁判—昭和初期における陪審法の運用について—』司法協會，1995 年。

¹¹⁴ 陪審制度と裁判員制度（国立公文書館）<http://www.bunzo.jp/archives/entry/000985.html> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

¹¹⁵ 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，第 180 期，第 135 頁，2010 年 5 月。

¹¹⁶ 1923 年，大正 12 年，法律第五十号，陪審法第 88 條參照。

¹¹⁷ 1923 年，大正 12 年，法律第五十号，陪審法第 91 條參照。

¹¹⁸ 1923 年，大正 12 年，法律第五十号，陪審法第 95 條參照。

¹¹⁹ Lester W. Kiss, *supra* note 103, at 269.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ 中村宗雄，陪審制度と其公判の機微，早稲田法學 7 卷(1 号)，1927 年 7 月，頁 1-28。

¹²² 參閱丸田隆『陪審裁判を考える：法廷にみる日米文化比較』中央公論新社〈中公新書〉，8 版（2007 年）。參閱 <http://www.asahi-net.or.jp/~xx8f-ishr/baishin.htm> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

重要的因素¹²³。陪審適用範圍有限，未能將適用案件類型擴張，將大多數刑事案件納入適用，頗受批判¹²⁴，本文必須說明，日本大正年間的陪審法與美國陪審實踐仍存有諸多分別，其一，直到1930年，美國聯邦最高法院在Patton v. United States一案¹²⁵，方才說理附條件同意由被告決定是否放棄陪審權利，日本陪審法則於施行伊始即容許被告放棄，無形中不但先行限縮適用陪審之案量，亦鬆動陪審實踐基礎，對陪審心存質疑信心薄弱，再者，日本陪審法之表決原則採多數決，亦與陪審傳統採一致決表決方式不同，表決原則某種程度也形成社會對司法的拘束力，試問，法官若違背陪審團一致決之定罪或無罪結果，另行改判，社會對司法有如何之觀感，殊難想像，日本陪審法第91條規定：陪審團對事實認定之決定對法官無拘束力，法官對認定被告有罪無罪有最後決定權，特別是法官曉諭(Instruction)陪審團，更被批評為是在告知陪審團被告有罪或無罪，縱陪審團認定被告無罪，法官仍可再開新的審判¹²⁶。且無論訴訟進行程度如何，若法院認為陪審團意見不妥，得無限次更新陪審團之組成，再為陪審評議。是以被告知之陪審員在審理程序中無足輕重，多半放棄接受陪審，被認為是陪審制設計最大的敗筆¹²⁷。

象徵大正民主的陪審法制是不是法西斯主義的犧牲品，難以定論。不過制度運作功敗垂成，不能忽略訴訟程序實踐面臨的法制根本價值與社會文化衝突問題。依美式陪審運作，法官主導程序開闢，兩造平等攻防，陪審團評價證據價值，中立聽審，發見真實，公民參與刑事審判，進行評議，係司法民主之象徵，但1923年的日本陪審法並非如此，該法共113條，具強烈的法院職權色彩，並無當事人對抗的訴訟精神，致使檢辯雙方對陪審審判同表敬謝不敏，橘逾淮為枳，陪審員被認為只是形式參與，無實質功能¹²⁸，無怪陪審制功能盡失，成效

¹²³ Lester W. Kiss, supra note 103, at 267-269.

¹²⁴ Kitano Saito, Baishin [Jury], in Keiji Hogaku Jiten [Dictionary of Criminal Law] 62 (Y. Takigawa ed., 1957) (stating that if the framer of the Jury Act had respected trial by jury, he would have provided that almost all criminal cases were to be tried by jury). Lester W. Kiss, supra note 103, at n78.

¹²⁵ Patton v. United States, 281 U.S. 276, 293 (1930).

¹²⁶ Lester W. Kiss, supra note 103, at 269.

¹²⁷ Id. at 268.不過就大正陪審法失敗之原因，我國刑事廳資料則認係並非在於陪審團評決對於法官無拘束力，而是在上訴制度、訴訟費用負擔等制度設計上均有不周延之處，致實施適用之案件過少。<http://www.judicial.gov.tw/revolution/> 司法院人民觀審制度研議委員會開會情形.doc (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)

¹²⁸ Anna Dobrovolskaia, supra note 84, at 16.

令人失望。

第三項 回頭或向前－選擇陪審或參審之爭議

二次戰後，日本司法民主化的呼聲再起，美國聯軍總司令部(GHQ)計畫移植美國大陪審團制度制衡檢察官獨占起訴權限；受日本政府以戰前施行陪審制度無成效為由拒絕。不過為調和檢察官獨占起訴權限之公正性問題，強化犯罪被害人之保護，日本戰後與美國聯軍總司令部多所折衝，促成檢察制度民主化，使公訴權之行使反應民意，謀求其正當，幾經協調之後，乃成立混合美國大陪審團制度與日本文化與法制內涵的檢察審查會，具國民參與司法性質之檢察審查會¹²⁹，由隨機選出的日本公民妥適審查檢察官的不起訴處分，過去檢察審查會的決議並無拘束力，此種情況直至 1999 年日本內閣設置司法改革制度審議會 (Justice System Reform Council, JSRC)，而有改變。「不起訴妥當」、「不起訴不當」是否應具拘束力引起討論¹³⁰，檢察審查會是二次戰後日本公民得直接參與刑事司法的唯一制度，司法改革制度審議會的反省檢討使公民參與刑事審判的價值再次被肯定，然而究竟引進陪審制抑或是參審制，日本國內一直存有不同意見。

2001 年，司法改革制度審議會提出創設裁判員制度建議意見，同年 6 月，日本內閣設置推動司法改革制度總部，有關裁判員部分成立刑事檢討會廣納各方意見，開始就日本司法實施陪審制或參審制的對話討論¹³¹。雖然日本早在十九世紀明治維新時期就有法國學者Boissonade倡議導入美國陪審制未果、大正時期亦曾制訂陪審法，短暫實施成效不彰，已有舊陪審法失敗的經驗，但日本法學界與辯護人協會仍從 1980 年代開始重新思索回復適用陪審制之可能，並以美國陪審經驗為主，從不同面向深入研究、解釋美國人民對陪審制度的特殊信

¹²⁹ 檢察審查會非本文深入討論重點，惟其係二次戰後日本公民參與司法之重要制度，並對日本公民參與刑事審判經驗有一定效果與影響，有關檢察審查會論述及運作參閱三井誠著，陳運財譯，日本檢察審查會制度，法學新論，第 21 期，2010 年 4 月，頁 13-19。

¹³⁰ Shihoseido Kaikaku Shingikai: Dai 55 Kai Giji Gaiyo [JSRC, No. 55 Proceeding Outline] (Apr.10, 2001) <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai55/55gaiyou.html>. (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)

¹³¹ 相關資料參閱裁判員制度及び檢察審査会制度についての意見募集の結果概要 <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai22/22siryou1.pdf> (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)。

任，深研英美法的日本學者田中英夫早期認為；美國原係英國殖民地，採陪審制有助保護被告不受帝國主義迫害，也有助殖民地人民建立自治信心，但是日、美兩國缺乏共同的歷史經驗，參與公共事務不是日本的國族信仰，陪審未必適合日本¹³²，不過日後田中卻改變見解，認為陪審獨立性優於參審，且日本刑事訴訟程序既調整修正為當事人進行模式，自應優先配合適用陪審制¹³³。法社會學者棚瀨孝雄則認為，美國人民對陪審制之情感不切實際，司法民主、權力腐化理論未必見容於日本社會，是否直接繼受陪審制應從國家、社會、文化，程序法制觀點多面思考，確實不宜遽下結論。

陪審法制歷史悠久，在不同法域各有適用經驗，不過陪審實踐在美國堪稱最具代表性，制度發展內涵的自由價值、民主特性與多種族社會的法治正當性角色，對映對美國立國精神價值，有其特殊意義，亦是刑事檢討會構思是否引進適用陪審制的重點。刑事檢討會成員對民主的理解概念不同¹³⁴，對公民參與刑事司法審判的民主價值意見對立，雖然刑事檢討會自由派成員主張引進陪審制，強化日本公民注重公共利益，支持日本人民的民主素養，但亦有成員認為司法審判與民主教育不同，陪審不具民主普遍價值，討論參與型態的意見分歧，特別是刑事檢討會內的法律專業成員更是絕口不論陪審的民主價值，一直到最後抉擇法制適用態樣，對立的意見討論仍僵持不下¹³⁵。

持平觀察，日本並非複合民族國家，移民人數佔其國家總人口數比例不高，社會人口組成特質與美國不同。美國陪審團所作裁定為具社區代表性的陪審員所認知的社會倫理價值，其法制建置本於清教徒立國精神、殖民歷史發展內涵，與日本國情不符¹³⁶，若適用參審制則由法官與公民共同作成判決，考量

¹³² 田中英夫，英米法研究 2 デュー・プロセス，東京大学出版会，1987 年，頁 375。

¹³³ 田中英夫，英米法研究 2 デュー・プロセス，東京大学出版会，1987 年，頁 392。

¹³⁴ The cahier of the 51st meeting, at 122 Mar. 13, 2001, 22 Gekkan Shiho Kaikaku [Journal of Judicial Reform in Japan] 112, 117-18 (2001), available at <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai51/pdfs/51bessi3.pdf>. (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)。

¹³⁵ Takuya Katsuta, Japan's Rejection of the American Criminal Jury, 58 Am. J. Comp. L. 497, 521 n91(2010).

¹³⁶ 日本司法改革將日本國情因素納入公民參與刑事審判的態樣選擇，參閱 The cahier of the 43rd meeting, Jan. 9, 2001, 19 Gekkan Shiho Kaikaku [Journal of Judicial Reform in Japan] 108, 112 (2001), available at <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai43/43gaiyou.html>. (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)。

種族社會倫理因素對審判之效應被認係多慮¹³⁷，重點是在日本也發生無辜被告誤判有罪之案例，刑事檢討會認此係因日本刑事訴訟程序過度倚重書證與自白所致¹³⁸，雖然美國陪審制的自由價值有其普遍共同特性，亦為日本接受，但司法民主化不是決定日本引進國民參與刑事審判制度的主要因素，日本法務部並不支持陪審制¹³⁹，日本最高法院也因對美國陪審制有誤將無辜被告定罪之疑慮，不表支持¹⁴⁰，雖然刑事檢討會承認日本公民對日本政府的誠信沒有信心¹⁴¹。但刑事檢討會對大多數日本法官的操守無所懷疑，權力腐化理論更不為日本社會所接受¹⁴²，因此，日本公民參與刑事審判的理念與司改動機不在促進被告權益，而是鼓勵民主集體參與，使公民理解法庭審理與判決公義¹⁴³。

刑事檢討會歷經 63 次會議討論，最後由小泉內閣以政治協商方式定調採行參審制¹⁴⁴，於 2004 年 5 月通過裁判員參加刑事審判法。其實裁判員制度的概念在刑事檢討會成立之初，根本是個遠在天邊的概念。直到司法制度改革審議會第 30 次會議，日本最高法院、日本法務部、日本辯護人協會開始討論參與公民參與刑事審判的參與態樣。日本辯護人協會主張引進美國陪審制¹⁴⁵，相對的，日本最高法院與法務部以法官為主體，思考制度改革的嵌合與功能，對參審制的支持態度始終如一，更以陪審成本高昂、誤判危險較高、實際陪審案件不多為

¹³⁷ Takuya Katsuta, supra note 135, at 518 n79.

¹³⁸ The cahier of the 30th meeting, Sep. 12, 2000, 16 Gekkan Shiho Kaikaku [Journal of Judicial Reform in Japan] 75-78 (2001), available at <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai30/30gaiyou.html>, at 76. (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)

¹³⁹ Takuya Katsuta, supra note 135, at 519-520.

¹⁴⁰ The cahier of the 30th meeting, Sep. 12, 2000, 16 Gekkan Shiho Kaikaku [Journal of Judicial Reform in Japan] 75-78 (2001), available at <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai30/30gaiyou.html>.at 89-90. (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)

¹⁴¹ Takuya Katsuta, supra note 135, at 521.

¹⁴² Id. at 520.

¹⁴³ JRC Report, [Act for the establishment of the Judicial Reform Council], Law No. 68 of 1999, available at <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>, at ch. IV, pt. 1(3) ("The new participation system is to be introduced not for the individual defendants, but rather because it has important significance for the general public and as an adjudication system."). (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)。

¹⁴⁴ The Justice System Reform Council, for a Justice system to Support Japan in the 21st Century (hereinafter Recommendations) 101 (2001) <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-4.pdf>, translated (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)。

¹⁴⁵ Shiho Seido Kaikaku Shingikai [The Justice System Reform Council], Shiho Seido Kaikaku Ni Mukete: Ronten Seiri [The Points at Issue in the Justice Reform] <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/pdfs/1221ronten.pdf> (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)。

由，公開反對施行陪審制¹⁴⁶。不過辯護人協會參考歐洲國家實踐經驗，對參審員成為法官附庸的實踐結果並不認同¹⁴⁷，法學者對參審制或陪審制的法制如何抉擇適用更不願遽然表態¹⁴⁸。亦有批評聲浪指出日本社會集體意識導向的思考傳統將使參審制無法發揮，而唯有陪審制才能落實公平審判¹⁴⁹。然而1923年的陪審法已成為歷史，從未就其修法進行討論。日本國會接受刑事檢討會提案，另通過裁判員參加刑事審判法，就是考慮如何在訴訟體制鑲嵌、影響最小的情況之下，落實公民實質參與審判精神，實現司法改革理想，避免重蹈陪審制度在裁判過程中難以區別事實認定與法律適用之階段、法官又無權介入的挫敗¹⁵⁰，使參審制功能發揮，制度設計在裁判員與法官於自由心證主義基礎上共同評價，決定證據證明力，值得肯定¹⁵¹。

第四項 溝通式司法之形成與運作

第一款 日本式參審制與裁判員參加刑事審判法

2009年5月，日本開始實施裁判員參加刑事審判法，精密司法結構在裁判員制度實施後形成法曹三方與裁判員溝通的溝通式司法¹⁵²，顯然日本司法已然深刻意識，在多元價值並存發展的社會體系，要堅持單一的意見統合為有效判斷，不若透過參與溝通方式公正形成共同決定。任何特定社會法律文化，若從其文化特質加以觀察，勾勒功能性並具實用之刑事審判參與法制，對於法律同化問題當有所啟發¹⁵³，是以日本衡酌政經結構、社會實體、法律意識調整司法體

¹⁴⁶ 日本最高裁判所国民の司法参加に関する裁判所の意見（抜粋），平成12年9月12日第30回司法制度改革審議会。<http://www.saibanin.courts.go.jp/shiryo/pdf/24.pdf>（最後瀏覽日2011年7月18日）

¹⁴⁷ The cahier of the 30th meeting, Sep. 12, 2000, 16 Gekkan Shiho Kaikaku [Journal of Judicial Reform in Japan] 75-78 (2001) available at <http://www.kantei.o.jp/jp/sihouseido/dai30/30gaiyou.html>.（最後瀏覽日2011年7月18日）。

¹⁴⁸ The cahier of the 43rd meeting, at 110, 117 Jan. 9, 2001, 19 Gekkan Shiho Kaikaku [Journal of Judicial Reform in Japan] 108, 112 (2001) available at <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai43/43gaiyou.html>.（最後瀏覽日2011年7月18日）。

¹⁴⁹ Lester W. Kiss, *supra* note 103, at 275.

¹⁵⁰ 中村宗雄，陪審制度と其公判の機微，早稲田法学7卷(1号)，1927年7月，頁13。

¹⁵¹ 日本裁判員參加刑事審判法第62條。

¹⁵² 三井誠，日本之裁判員審判—運作與課題，司法院「日本裁判員制度施行現狀」專題演講會議資料，2011年4月，頁8。

¹⁵³ 王寶輝，從司法文化窺探台灣司法倫理—淺談台灣司法反省能力，月旦法學雜誌，第188期，2011年1月，頁96-98。

制，不採陪審制而採參審制，透過檢察審查會改革與裁判員制度強化公民社會對刑事審判的信任，相較於美國實踐成效較可肯定¹⁵⁴，在司法改革期待獲得堅實民意基礎的立法意旨之下，還可看見如何抉擇法律移植理性辯證的困難，要建立適當程序與權利保障機制更屬不易，日本司改結合陪審典型特質，形成具參審特色之裁判員制度，配合日本社會與現行訴訟結構為設計，裁判員不以書證閱覽形成心證，法庭活動才是有罪無罪、真實發見的場域，法官在評議過程中必須對裁判員充分說明，檢察官、辯護人的攻防過程如何使裁判員理解，法曹三方與裁判員溝通的溝通式司法將使司法觀點轉變，也漸次展現日本裁判員制度有助訴訟經濟的重要特質，值得世人注意。

要落實人民參與司法，並期待其成效，且不使公民成為訴訟程序之問題，就必須並從審檢辯及公民的角度諸多設想。在日本精密司法審判傳統下，案件非連續審理，依個案不同，可能分數次、數小時、數月之庭期完成審理¹⁵⁵，採行陪審制，案件連續審理，審判期日可能延長，也可能影響人民的參與意願與辯護工作之準備，特別是辯護工作亦須從重新調整，在法庭活動中強化言詞辯論，詰問證人，而非單純倚重書狀。刑事檢討會第 51 次會議，除了建立參審體系之建言，會中對裁判員制度有更具體見解，認應分從參審員角色定位、參審員與法官的功能分配、參審員遴選方式及其權利義務、適用案件類型、理想的審判程序與判決結果及上訴審問題等，進行裁判員制度設計¹⁵⁶。

裁判員無任期而依個案選任，由眾議院選區之選舉人名冊選出¹⁵⁷，參與規模比例類似陪審制。裁判員得訊問證人及被告，與法官共同評價證據、判斷有罪或無罪，進而研議量刑，此則仿歐陸參審制。案件適用部分，裁判員參加刑事審判法以所犯為死刑或無期徒刑之案件，法院組織法第 26 條第 2 項第 2 款所列、故意行為致被害人於死之案件為裁判員審判案件之適用¹⁵⁸。依日本裁判員

¹⁵⁴ Hiroshi Fukurai, *The Rebirth of Japan's Petit Quasi-Jury and Grand Jury Systems: A Cross-National Analysis of Legal Consciousness and the Lay Participatory Experience in Japan and the U.S.*, 40 *Cornell Int'l L.J.* 315,24 (2007).

¹⁵⁵ Daniel H. Foote, *From Japan's Death Row to Freedom*, 1 *Pac. Rim L. & Pol'y J.*,84 (1992).

¹⁵⁶ Soshō Tetsuzuki Eno Aratana Sanka Seido Kokushi An [A New Mixed Court System in Criminal Procedure: A Suggestion for the Framework] (Mar. 13, 2001), available at <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai51/51bessi1.html>. (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)

¹⁵⁷ 日本裁判員參加刑事審判法第 13 條。

¹⁵⁸ 日本裁判員參加刑事審判法第 2 條第 1 項參照。

參加刑事審判法之規定，裁判員分別參與兩種不同法庭；一是由 3 名法官、6 名參審員組成的審判庭，另外是由 1 名法官、4 名參審員組成的預審準備程序法庭，進行事實爭點整理¹⁵⁹，這樣的設計目的與美國之預審制有異曲同工之妙，用以確保審判者心證不受污染。裁判員參加刑事審判法實施前，除非檢察官自願或法官裁定就部分個案開示證據，否則檢察官對被告無證據開示義務。裁判員參加刑事審判法問世之後，司法改革制度審議會急於改變此一情況，使裁判員制度與審判前的準備程序完整鑲嵌，法官有權命檢察官開示證據，使辯護人有機會防禦檢察官掌握之證據，裁判員參加刑事審判法就準備程序為此規定最主要的目的在於過濾事實與法律爭點，避免兩造於審判程序有所爭議。準備程序的法官透過準備程序爭點整理，審查證據是否適格，安排審判庭期，向裁判員簡報，使其勝任參審工作。

裁判員制度施行前後，審判程序最具特色之差異不可不提部分判決制度，審理案件複雜，如何使裁判員順利參與審判，無須費時長期參與，減少庭期，法制審議會刑事法委員會提出部分判決，「區分審理」的構想¹⁶⁰。裁判員制度實施之前；依日本刑法規定被告犯數罪，法院得合併審理，法院節省時間與成本，被告因合併審理處刑較輕，而非數罪併罰，對被告與法院都有利。裁判員制度實施之後，法院得依被告辯護人或檢察官之要求分別審理被告所犯數罪，或依職權決定將區分案件為部分判決，稱「區分審理」¹⁶¹。例如被告被起訴拘禁並強制性交被害人，雖對同一被告進行審判，但可由兩組不同的參審庭分別審理¹⁶²；以區分審理方式處理事實問題，有助裁判員了解案情，亦係為減輕裁判員負擔之特別設計，使裁判員不致因參與審理活動耗費太多時間，法官在區分審理完畢之後再將案件併合審理。日本式參審制的另一特色係由法官與裁判員共同負責判決量刑，採有條件多數決，從審理到量刑，皆由法官與裁判員共同合作，而由法官作成判決並為說理，裁判結果揭示於判決書，不只是被告個人受制裁之結果，更與廣大國民的基本人權密切相關，日本辯護人協會更要求必須公

¹⁵⁹ 日本裁判員參加刑事審判法第 2 條第 2 項 3 款參照。

¹⁶⁰ 法制審議會刑事法（裁判員制度關係）部會第 3 回會議（平成 19 年 1 月 22 日開催）
<http://www.moj.go.jp/content/000003770.pdf>（最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日）

¹⁶¹ 日本裁判員參加刑事審判法第 71 條。

¹⁶² Makoto Ibusuki, Quo Vadis? First Year Inspection to Japanese Mixed Jury Trial, 12 Asian-Pacific L. & Pol'y J. 24,32 (2010).

開評議程序，確保裁判信賴性¹⁶³。不過日本雖實施裁判員制度，使第一審事實審結構有所改變，但在上訴部分，上訴程序仍維持原有程序體制，由專業法官負責審理，其實踐影響值得重視¹⁶⁴。

除了有別於陪審員與法官認事與用法各自獨立的分工方式外，日本裁判員被賦予更多的權利，也因此裁判員參加刑事審判法擴張對個人言論自由之限制，要求裁判員沉重的終身守密義務¹⁶⁵，持平而言，裁判員立於審判者之地位，同守法官不語之天職，係審判倫理，權利與義務衡平，有助裁判員發揮公民參與司法之實質功能，促使日本人民更積極參與公共事務，發展公共意識¹⁶⁶，至若因參與審判之守密義務與言論自由基本權產生衝突，對人民生活造成影響，本文無意於此深入評價，但期訴諸實踐，依比例原則，徐圖調整。

第二款 實證觀察裁判員制度初步運作

2005年日本內閣以全國20歲以上人口隨機分層抽樣，就實施裁判員制度進行民意調查¹⁶⁷，雖然民調訪談研究結果顯示人民關心判決，對裁判員任務有所認識，但卻對擔任裁判員的意願不高¹⁶⁸，分析參加理由主要以國民協力義務、犯罪預防、關心治安等因素為主¹⁶⁹，雖然當時連媒體都對制度未來實施不看好，不過裁判員制度經過5年準備，於2009年5月施行，根據2009年11月日本最高法院發布的新聞統計，裁判員與法官就案件充分進行評議，不但理解審理程序，而且參與經驗的正面肯定度極高¹⁷⁰，應可以視為法制發展深化的趨力。

¹⁶³ 參閱2010年(平成22年)3月19日日本弁護士連合会，裁判員裁判の全判決書の公開を求める意見書。http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/data/100319_2.pdf 最後瀏覽日2011年6月22日。

¹⁶⁴ 上訴審構造涉及理論、權利救濟及訴訟成本多重複雜因素，將另分析說明。

¹⁶⁵ 日本裁判員參加刑事審判法第9條、第70條。

¹⁶⁶ Ingram Weber, The New Japanese Jury System: Empowering The Public, Preserving Continental Justice, 4 E. Asia L. Rev. 125,150 (2009).

¹⁶⁷ 裁判員制度に関する世論調査，平成17年2月調査
<http://www8.cao.go.jp/survey/h16/h16-saiban/1.html> (最後瀏覽日2011年7月18日)

¹⁶⁸ 裁判員制度に関する世論調査 平成17年2月調査参加したい」とする者の割合が25.6%(「参加したい」4.4%+「参加してもよい」21.2%)，「参加したくない」とする者の割合が70.0%(「あまり参加したくない」34.9%+「参加したくない」35.1%)となっている。
<http://www8.cao.go.jp/survey/h16/h16-saiban/2-5.html> (最後瀏覽日2011年7月18日)。

¹⁶⁹ <http://www8.cao.go.jp/survey/h16/h16-saiban/images/z13.gif> (最後瀏覽日2011年7月18日)。

¹⁷⁰ <http://news24.jp/articles/2009/11/18/07148017.html> (最後瀏覽日2011年7月18日)。

日本法務部最高檢察署首年發布之裁判員制度施行資料指出，適用裁判員審理案件為1881件，以強盜致傷案465件最多，殺人罪以419件居次，有罪判決為530件¹⁷¹，也陸續出現第一審裁判員參與刑事審判之判決與二審專業法官意見對立之爭議，量刑部分則出現判決結果若較檢方求刑為輕者，檢方不再上訴之情況，似乎是適用裁判員審判未曾預期之改變¹⁷²。雖然日本最高法院考量同種案件量刑的公平性，開發量刑檢索系統提供量刑基準，並使量刑檢索系統適用於量刑評議，評議時由法官對裁判員出示量刑分布表，不過值得注意的是；與傳統法官審理相較，實施裁判員制度之後，由裁判員與法官一同審理、形成心證，成為複合合議體，因裁判員參與判決量刑，最明顯的變化係性侵犯罪量刑加重，強盜致傷、殺人罪刑期量刑反而沒有太大改變¹⁷³。事實認定有日常性及其專門性，過去法官量刑因專業與經驗累積曾被評為過於自負¹⁷⁴，因裁判員參與使某些案件量刑出現變化，本就是希望在量刑評價部分更慎重縝密，避免司法主觀，然而尚不能因此斷言裁判員參與有助犯罪量刑妥當性，惟裁判員加入評議量刑與傳統法官量刑之一致性有別，可說明若裁判員代表社會價值，則傳統司法量刑方式和社會價值判斷存在相當程度落差，這個落差並非判決書內容說理完整，具邏輯性即可填補。除性侵害犯罪外，裁判員判決宣告緩刑的比例明顯提高¹⁷⁵，保護管束案件亦因此增加，裁判員判命保護管束的案件比例提高，是否因裁判員考量更生人回歸社會之適應能力¹⁷⁶，尚不能確定，但日本民眾藉由裁判員制度接納更生人重返社區的開放性態度，應可肯定。

¹⁷¹ 期間為 2009 年 5 月 21 至 2010 年 5 月 20 日。

<http://www.moj.go.jp/content/000050861.pdf> (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)。

¹⁷² 參閱後藤昭著，林裕順、李怡修譯，裁判員審判事實認定爭議之上訴救濟，國民參與刑事審判制度學術研討會，會議資料，2012 年 5 月，東海大學。

¹⁷³ 裁判員制度の運用等に関する有識者懇談会（第 12 回）配付資料 兩者有間。

http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/saibanin_kondan/siryo_12/pdf/siryo_3.pdf

<http://www.news24.jp/articles/2011/05/21/07183121.html> 最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日。

¹⁷⁴ 佐藤文哉，裁判員に何を期待するか，法の支配 132 号，財団法人日本法律家協会，平成 16 年 1 月 30 日，頁 5。

¹⁷⁵ 裁判員制度の運用等に関する有識者懇談会（第 12 回）配付資料（量刑分布）

http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/saibanin_kondan/siryo_12/pdf/siryo_3.pdf(最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)。

¹⁷⁶ <http://www.news24.jp/articles/2010/04/17/07157593.html> (最後瀏覽日 2011 年 7 月 18 日)

復參考日本最高法院公布的裁判員裁判實施狀況資料¹⁷⁷，與實施初年相較，明顯可見被告否認犯罪的案件數增加。罪證有疑利於被告，對檢察官而言舉證責任加重。若被告否認犯罪，評議時間超過10小時，亦可能須費時更久。雖從資料尚無法分析歸納何種案件評議時間費時最久；不過刑期長短牽涉人身自由之拘束，自當審慎，重大案件無論求刑期長或處刑期長，似應保留較長的評議時間，充分討論為宜。此外就裁判員的負擔觀察，平均職務從事日數為4.4日，大部分的案件審理以3或4日為最多，如果被告否認犯罪，平均要開庭4.5回，自白犯罪則開庭3.5回¹⁷⁸。開庭次數與參與審判日數都不算是太冗長；主要應與準備程序充分發揮功能有關；被告否認犯罪的案件逾半數皆須超過6個月才能完成準備程序，平均約為6.7個月，若被告自白犯罪準備程序多能在3個月或4個月內完成，平均約為4.6個月。從受理到終結為止平均審理期間，被告自白犯罪的案件約費時7.2個月，被告否認犯罪則須10個月方能審結。從第一次審判起至審判終結實質審理期間，大部分的案件都在10日內完成審理，多數案件集中於3至4日內完成審理，可說明集中審理有助訴訟經濟之效益。

刑事審判迅速化係實施裁判員制度理由之一，雖然裁判員的負擔略有增加¹⁷⁹，但自實施裁判員制度以來實質審理期間大多在10日內完成¹⁸⁰，目前尚無法達成將70%案件於3日內審理完畢之構想，與原先預期一年審理大約3000件案件的審判量仍有落差¹⁸¹，不過從初步結果看來，裁判員制度的實效仍可肯定。本文認為，裁判之正確性實難檢驗，更不能推知公民增減裁判之正確性，或論斷其參與實質助益如何，惟從形式觀察，時間控制成為裁判員制度順利施行的原因，有助落實集中審理，達成訴訟經濟效果，此為日本司改之重要目的¹⁸²，根據日本最高

¹⁷⁷ 裁判員裁判の實施狀況について（制度施行～平成23年3月末・速報）
http://www.saibanin.courts.go.jp/topics/pdf/09_12_05-10jissi_jyoukyou/02.pdf（最後瀏覽日2011年7月18日）。

¹⁷⁸ 裁判員裁判の實施狀況について（制度施行～平成23年3月末・速報）
http://www.saibanin.courts.go.jp/topics/pdf/09_12_05-10jissi_jyoukyou/02.pdf（最後瀏覽日2011年7月18日）。

¹⁷⁹ 參照裁判員裁判の實施狀況について（制度施行～平成23年3月末・速報）之資料與最高裁判所事務總局平成21年における裁判員裁判の實施狀況等に関する資料（最後瀏覽日2011年7月18日）。

¹⁸⁰ 三井誠，日本之裁判員審判－運作與課題，司法院「日本裁判員制度施行現狀」專題演講會議資料，頁3，101年4月。

¹⁸¹ <http://www.saibanin.courts.go.jp/shiryo/pdf/03.pdf>（最後瀏覽日2011年7月18日）。

¹⁸² 陳運財，論日本刑事司法制度之改革，東海大學法學研究，第20期，2004年6月，頁117

裁判所公布裁判員裁判實施狀況各類時序分析量表說明審判期日經濟化，明顯有助減輕訟累負擔，增進司法利益。此外，審理、評議所須時間分配尚屬合理，非漫長難期乃至耗時延展，在溝通式司法運作概念下，雖然還無法直接推斷日本人民因參與時間短，且合理可期，將更有意願參與，或結論時間經濟，證明法官與裁判員充分合作，惟此確已實質說明權利對等的雙主體參與審判方式提供評議民主良好的基礎，從時間經濟觀察判斷，日本法官與日本民眾合議，並非不可行或有重大困難。也許實踐時間尚短，尚未發生類似美國陪審耗時冗長之問題，但裁判員制度施行之初，不因溝通式司法之形成使收案結案失衡，積重難返，應與整體訴訟結構之配套嵌合完整有關¹⁸³，其配套程序如何當是比較法觀察重心之一。

第四節 陪審參審雙軌制—以丹麥為例

第一項 陪審與參審雙軌制

北歐號稱陪審制度之搖籃，陪審制度在丹麥之源起發展更早於英國¹⁸⁴。初以陪審制度適用於民事案件，由 12 名法官及兩造當事人選出的 6 名代表，共同處理財產私權紛爭。故以斯堪地納維亞半島為發源地發展之陪審制度由英國繼承，乃是北歐國家引以為傲的歷史經驗¹⁸⁵，1919 年丹麥刑事訴訟法生效¹⁸⁶，將訴訟構造由職權進行模式大幅調整，改以言辭辯論為主，趨向當事人進行模式，此一時期同時引進陪審審判制度，不過法官的立場角色與英美法系之法官不同，相較之下丹麥法官顯得較為積極，丹麥司法高層更堅信公民參與司法審判增益公眾對司法的了解與信任¹⁸⁷。從制度源起比較法制發展，更可清楚看見丹

以下。

¹⁸³ 公民參與刑事審判與現行訴訟程序配套問題繁複，當另研究說明。

¹⁸⁴ 丹麥刑事司法審判採陪審、參審雙軌制，陪審審理特定重罪，其餘案件適用參審。陪審案件不多，陪審制更被評為形同具文，且丹麥國內對陪審不附理由、不得上訴爭議極大，廢除陪審之聲甚囂塵上，本文以丹麥為例旨在說明對比雙軌並行實踐經驗與運作特質，及二者成效。

¹⁸⁵ Christian Diesen, *The Advantages and Disadvantages of Lay Judges From A Swedish Perspective*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 356 (2001).

¹⁸⁶ Peter Garde, *The Right To Fair Trial In The Kingdom of Demark*, AJA(Adminintrate of Justice Act) 生效於 1919 年同時規範民事案件與刑事案件，也是丹麥國內規模最鉅的法規。Criminal Procedure or "Rpl., in other translations called "The Administration of Justice Act" or AJA) <http://www1.umn.edu/humanrts/fairtrial/wrft-pg.htm> 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

¹⁸⁷ See Address in The Legal Fraternity of Bhutan By President of Danish Supreme Court, Mr. Torben Melchior on 19 October 2009 In Thimphu <http://www.missionthimphu.um.dk/en/servicemenu/News/AddressInTheLegalFraternityOfBhuta>

麥公民參與刑事審判實踐結果與英美法系、歐陸法系的陪審制、參審制更有所不同，跨國觀察刑事訴訟制度，有研究實踐結果認為；採行職權主義進行模式的國家傾向適用參審制，採行當事人進行模式的國家則傾向適用陪審制¹⁸⁸。不過北歐國家之刑事訴訟制度依案件性質，分採陪審(Jury)、參審(Mixed Court, Lay Assessor Court) 並行制，前開類型區分是否妥適，實應進一步分析檢視¹⁸⁹。

丹麥刑事審判採陪審(Jury)、參審(Mixed Court)雙軌制，刑事訴訟結構採當事人進行模式，卻也保留若干職權糾問體系(Inquisitorial System)特質，由法官控制證據開示，使法官對事實負澄清義務，故就丹麥而言，適用陪審、參審並行制，採當事人進行模式的兩大核心規範，檢察官負實質舉證責任，由當事人主導證據調查之範圍、順序、方式等結構特色，雖然鮮明，但考其體例運作，實已發展出與傳統英美法系、歐陸法系刑事訴訟體制有別之實踐結果，特別是在證據法則部分，對於傳聞證據認定寬鬆，與英美法系國家不同¹⁹⁰，故單純認為採行職權主義進行模式的國家傾向適用參審制、採行當事人進行模式的國家傾向適用陪審制度，此種類型區分並非妥適，而應思考陪審制、參審制踐行的訴訟理念究竟如何，是否完足正當程序、公平審判之規範。

1953年丹麥將人民參與刑事審判規定明文入憲，但在憲法保障人民參與司法權利之前，陪審制已在丹麥實踐三百餘年。陪審實踐始於十七世紀，不過去陪審案件適用較少，其間更曾一度中止適用，直到1919年基於政治理由，以立法規定重大犯罪必須適用陪審審判¹⁹¹。1936年，丹麥國會基於民主社會之必要，引進有別於陪審制之新式公民參與刑事審判模式－參審制(Mixed Court)。實在是因陪審案件實在太少，只占有所有刑事審判案件的4%，國會認為，所有刑事審判案件皆須有公民參與，應擴張公民參與刑事審判案件適用範圍，蓋因定罪、對個人施加刑罰，將發生重大後果，特別是在被告不認罪的情況下，檢察官又求處

[nBy PresidentOfDanishSupremeCourtMrTorbenMelchiorOn19October2009InT.htm](#)

¹⁸⁸ Valerie P. Hans, U.S. Jury Reform: The Active Jury and the Adversarial Ideal, *St. Louis U. Pub. L. Rev.*, 21, 85-86 (2002).

¹⁸⁹ Ethan J. Leib, Commentary: A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries, 5 *Ohio St. J. Crim. L.* 629, 639 (2008).

¹⁹⁰ Peter Garde, *supra* note 186.

¹⁹¹ Eva Smith, *The Danish Jury and Mixed Court System*, 2001 *St. Louis-Warsaw Trans'l* 29,29 (2002).

罰金刑以上之刑罰，對被告權益有重大影響，而被告有罪之證明程度有必要由公眾確認，決定處罰是否妥當，惟若被告認罪即無適用陪審或參審之餘地，故除被告認罪及規定適用陪審之案件外，所有刑事案件皆適用參審制¹⁹²。

丹麥司法改革蘊釀多年，2008年1月之後開始實施陪審新制，主要修正與陪審庭組成與陪審判決是否得以上訴之爭議有關。依現行制度，地方法院的陪審法庭由1名法官、6名陪審員組成，上訴法院則改由3名法官、9名陪審員組成。在此之前，上訴法院僅由1名法官12名陪審員組成。陪審判決與參審判決不同，陪審員得提問問題，但在實務上並不常見，舊制係由陪審獨立決定被告有罪無罪，法官並不介入，判決則由法官宣告，惟法官亦有權駁回陪審團裁定，新制改由法官與陪審員共同評議，取消陪審長(Foreman of Jury)制度，且判決必須說理¹⁹³。參審庭由1名法官與2名參審員組成，法官與參審員共同進行秘密性評議，判決採多數決原則。參審員在審判程序中與法官充分合作，法官與參審員地位對等，參審員可提問任何問題，甚至有權拒絕審判長之意見，而審判長若認為參審員意見有誤，只能說服參審員或記錄其不同意見，並告知參審員法律後果，可能引起檢察官上訴¹⁹⁴，丹麥憲政架構下，陪審制受憲法保障¹⁹⁵，陪審、參審雙軌並行運作，共同的特質是保留公民實質參與刑事審判的參與權限，公民不是審判活動的觀察員，而是真正的審判主體，丹麥司法改革之前，陪審與參審最大的不同在於陪審員與法官二元運作，陪審團獨立於法官為評議，決定被告有罪無罪，否則陪審與參審沒有太大分別¹⁹⁶。改革後，陪審與參審主要差別在於表決方式不同，陪審不處理證據容許性問題，而由法庭處理，並將判決與量刑二分，陪審表決非採一致決，定罪判決若非基於一致決結果，必須揭示少數意見，決定被告有罪無罪，參審則以多數決為原則，不拘束審判主體

¹⁹² Id.

¹⁹³ Lars Bo Langsted, Peter Garde, *Criminal Law in Denmark*, 3rd Revised Edition 205-08(2010).

¹⁹⁴ Marijke Malsch, *Democracy in The Courts Lay Participation In European Criminal Justice Systems* 36 (2009).

¹⁹⁵ 丹麥憲法第 65 條第 2 項 Laymen shall participate in criminal proceedings. The cases and the form in which such participation shall take place, including which cases shall be tried by jury, shall be provided for by statute.

http://en.wikisource.org/wiki/Constitutional_Act_of_Denmark,_5_June_1953 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

¹⁹⁶ Eva Smith, *supra* note 191, at 40.

在表決中所持意見比例¹⁹⁷。

除罰金刑與被告認罪案件之外，其實司法實務早從 1932 年即開始由丹麥公民參與所有刑事案件之審判工作¹⁹⁸。丹麥每年大約有 11000 件案件以參審制審理，陪審制進行審理之案件則少於 100 件¹⁹⁹，陪審、參審案件適用範圍不同，陪審法庭主要負責審理重罪；例如殺人、預備殺人、強盜及傷害²⁰⁰。在陪審法庭活動中，被告分別由檢察官、辯護人進行詰問，法院亦得職權進行訊問任何法律問題，當然陪審員也有權質問被告犯罪動機與相關問題²⁰¹。陪審員對被告的質疑亦是陪審員的束縛，兩造有權要求將陪審員提問之問題記明筆錄，日後可能就成為被告或檢方提起上訴之理由²⁰²。訴訟進行中被告答辯不能被視為證人，因為證人必須與申請傳喚的兩造當事人對質。程序上看來似乎偏向當事人進行模式，但審判長依職權仍有義務就事實利益為訊問，無論兩造意見如何，法官應整理證據爭點，雖然法官發見真實係根深蒂固的實踐原則，但法庭對被告有利不利必須一律注意，無論就形式或實質，法庭都必須堅持司法公正的態度。

第二項 制度運作與評價

丹麥憲法第 65 條明定刑事程序應採直接審理與言辭辯論原則，但職權色彩強烈，高度倚重書證，實踐面臨種種批評，也促使丹麥積極進行司法改革，修正缺失，在丹麥司改之前，雖丹麥刑事訴訟法(AJA, Administrate of Justice Act) §174 條明定證人必須到庭，但證據法則寬鬆，傳聞證據適用不受拘束，就算被告在審判程序中翻供，只要被告係於法庭承認，法官即可直接適用傳聞，不須

¹⁹⁷ Lars Bo Langsted, Peter Garde, Vagn Greve, *supra* note 193, at 208. 有關丹麥陪審、參審表決方式將另分析討論。

¹⁹⁸ Address in the Legal Fraternity of Bhutan by President of Danish Supreme Court, Mr. Torben Melchior on 19 October 2009 in Thimphu
<http://www.missionthimphu.um.dk/en/servicemenu/News/AddressInTheLegalFraternityOfBhutanByPresidentOfDanishSupremeCourtMrTorbenMelchiorOn19October2009InT.htm> 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

¹⁹⁹ Peter Garde, *The Danish Jury*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 87 (2001).

²⁰⁰ Jury trial is reserved for the very serious crimes such as murder, attempted murder, armed robbery and serious bodily injury. Address in The Legal Fraternity of Bhutan By President of Danish Supreme Court, Mr. Torben Melchior on 19 October 2009 In Thimphu
<http://www.missionthimphu.um.dk/en/servicemenu/News/AddressInTheLegalFraternityOfBhutanByPresidentOfDanishSupremeCourtMrTorbenMelchiorOn19October2009InT.htm> 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

²⁰¹ Eva Smith, *supra* note 191, at 34.

²⁰² *Id.*

另外傳喚證人到庭。書類證據之所以受信任係因此乃法官基於職權直接要求兩造或證人所為之陳述摘要，可釐清爭點。惟問題多發生在警詢筆錄，若遇被告或證人翻供，就法院立場仍以適用警詢筆錄為主，視必要狀況，再傳員警到庭作證²⁰³。偵查卷證與起訴書由檢察官將正本移送法院，提起公訴，另備一份偵查卷證與起訴書送辯護人，卷證併送問題在丹麥也有不少的討論，認卷證併送影響法官心證，容易造成司法預斷，在審理過程中法官心證已受起訴卷證影響，立場傾向支持檢方，此外公民參審者不得閱卷，有經驗的法官閱卷後，心證可能因此與參審公民不同，法官與參審員二者資訊不對等，最受批評²⁰⁴，不過，在現行制度之下，審判開始後，檢察官得提示案件摘要供參審公民參考，資訊不對等之情況已有改變²⁰⁵。

丹麥參審員產生方式來自政黨依政黨規模比例推薦，大型政黨推薦人數比小政黨更多，但是近年丹麥政黨政治面臨黨員數減少的現實問題，也失去推薦黨員擔任陪、參審員的動力，故從區域選區選舉人名冊遴選陪、參審員成為產生陪、參審員的重要來源。兩種遴選方式相較；有少數法官認為，政黨比例推薦之陪、參審員參與審判的參與動力較強²⁰⁶。參與動機與參與審判之表現不能為相同之評價，參與政黨活動係公民參與公共事務之經驗模式，可以理解透過政黨活動延伸公民參與公共事務之空間，但以政黨資格之有無限制公民參與公共事務，特別是作為司法審判主體，與超越黨派獨立審判之公平審判理念似屬有間。此外參審工作不限於一審法院，亦包括上訴審法院，此係丹麥參審制的重要特色，參審員可在地方法院擔任參審員，亦可於上訴法院擔任陪、參審工作。易言之；地方法院與上訴法院共用一份遴選陪、參審員之名冊。參審員受任期限制，一般參審員之任期為 4 年，可以自動延長。實際參與審判之日數不定，若有參審員期待每年可參與 3 至 5 日的審判工作，亦非不許，因為該參審員可取代其他生病之參審成員，一年參與 8 至 10 日審判工作之參審員大有人在，當然每年只象徵性參與 1 至 2 日審判之參審員亦有所聞。

²⁰³ Peter Garde, *supra* note 199, at 92.

²⁰⁴ *Id.* at 92-93.

²⁰⁵ Lars Bo Langsted, Peter Garde, Vagn Greve, *supra* note 193, at 207.

²⁰⁶ Marijke Malsch, *supra* note 194, 122.

法官與參審員權力對等，是丹麥實踐經驗獲致肯定的原因之一²⁰⁷。辯護律師大多同意陪審判決與法官判決所費時間差異不大，只是法官與陪審員對有罪無罪的見解也許有所不同²⁰⁸，透過參與審判程序，參審員表示因此了解司法運作，提高對判決之信任接受，更體會司法審判工作倍極辛勞，而無論法官或參審員都一致肯定公民參與刑事審判工作強化被告獲得公平審判的機會，參審者確保被告受公平審判的機會更受公民參審經驗正面支持²⁰⁹。只是法官與參審員就審判工作並非合作無間；參審員選任之後法官無權排除，又因參審員受任期保障，某些參審員重複出現參與審判竟也成為法官的困擾之一²¹⁰，在聽審之前，丹麥參審員與法官得到的案件資訊相同，惟於審判程序中參審員較為消極，針對案件少有提問，但參審員得就本身經驗廣泛提供評議意見，積極參與評議，透過評議互動溝通，有助司法運作活絡，亦是參審制成效良好的重要因素²¹¹，丹麥媒體對案件報導並不熱衷，媒體影響審判的議題在丹麥，可能是杞人憂天。

以 2008 年丹麥對歐盟執委會(European Commission)所提司法成效報告為例，公民參審者為 14,383 件案件出庭，值得注意的是，參審員就不同案件出庭約 3 或 4 次²¹²。適用參審制或陪審制皆依刑罰(Penalty)決定。若犯罪制裁之法律效果為自由刑或得處自由刑併科罰金，而檢察官起訴求處自由刑適用參審制²¹³。此外與重大公共利益有關、案件對被告具極度重要性(have a special vital importance for the accused)、例如種族仇恨、過失殺人等案件亦採參審制²¹⁴，1984 年起，丹麥的公民參與刑事審判制度發生革命性變化，以檢察官起訴求刑為主，區分陪審案件與參審案之適用。必須特別注意的是丹麥採訴因制度，如果一個案件有數個訴因(a case of numerous counts)，被告犯連續吸毒罪(a series of drug offences)，可能處有期徒刑三年，不能豁免於陪審審判，又犯數個不受陪審審判之重大竊盜罪(a number of grand thefts)，法院僅以 4 年為期之量刑判斷連

²⁰⁷ Id. at 200.

²⁰⁸ Eva Smith, supra note 191, at 29.

²⁰⁹ Marijke Malsch, supra note 194, at 125.

²¹⁰ 法官表示參審員開庭時似有醉意，惟參審員一但指定，法官又不能要求其退去，此雖特例但應屬參審任期制的難處。參閱 Marijke Malsch, supra note 194, at 127.

²¹¹ Id. at 201.

²¹² European Commission For The Efficiency of Justice, Denmark, p.15
<http://www.cepej.coe.int/EvaluationGrid/WebForms/PrintEvaluation.aspx?idevaluatio...>
20/10/2010 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

²¹³ Peter Garde, supra note 199, at 87-88.

²¹⁴ Id. at 88.

續吸毒罪使全案適用參審審判，被告被定罪處刑 6 年，最高法院將本案撤銷發回，交付陪審審判。以 4 年之法定刑期為案件適用標準係依檢察官求刑而定，而非法院處刑之認定²¹⁵。若檢察官具體求處被告至少四年之有期徒刑、檢方要求因被告心智問題應為機構安置治療、或因重大危險須為預防性羈押、政治犯等案件皆以陪審方式進行審判²¹⁶。

必須說明的是何以最具爭議的核心類型－政治犯必須適用陪審審判，承前所述，丹麥陪審員之產生並非隨機選出，而係由特別代表基本名單(Basic List)委員會指定，該委員會成員由市議會(City Council)依比例指定，由委員會依共識選出增列於基本名單之一般民眾²¹⁷，何以政治犯案件必須適用陪審審判並非依丹麥憲法解釋適用之結果，而係因此類案件應受國家公民之監督，保護人民免受公權力濫用、追訴、不當迫害，而相對於參審案件，陪審案件數量明顯較少，陪參審並行制國家，案件適用範圍有別，適用何種審判方式係依案件性質決定，就丹麥陪、參審並行實踐經驗看來，二者消長明顯，陪審名存實亡，廢除聲浪四起，而有意以參審取代陪審²¹⁸。從丹麥實踐似可說明，公民參與刑事審判之態樣與採行何種訴訟模式、構造無涉，只要符合正當法律程序與公平審判原則，立法者亦得就案件性質為規範，分別適用陪審或參審，而非就陪審或參審制擇一適用，或認公民參與刑事審判之態樣受訴訟結構之限制。

第五節 法制選擇適用之比較檢討

第一項 陪審制、參審制、陪審、參審雙軌制之比較檢討

美國採陪審制，陪審員職司有罪無罪之認定，司法實踐雖亦允許陪審員參與量刑，但由法官量刑係法制傳統，日本裁判員制度屬參審制，裁判員除認定事實，亦得參與調查證據並反映科刑意見。事實上，量刑法理並不完備，刑罰有

²¹⁵ Langsted, Lars Bo Langsted, Peter Garde, supra note 193, at 206.

²¹⁶ Peter Garde, supra note 199, at 88.

²¹⁷ Ethan J. Leib, supra note 189, at 639, 640-641.

²¹⁸ 日本的比較法學者觀察，丹麥的陪參審制雙軌並行效果不佳，參審更是為處理陪審之失而產生之制度，「デンマーク司法運當法」－刑事訴訟關連規定，松澤伸譯，早稻田比較法學研究所，2008年，頁183。

應報與社會回復原則多重考量，量刑係自由裁量或有比例原則之界限，要依個案情節犯罪情狀客觀分配，刑事審判產生量刑歧異，對人身自由有重大影響，自應審慎，如果量刑由法官自由裁量，則刑事司法不過是可罰與不可罰的價值判斷²¹⁹，如何使法感情與法秩序評價相符亦不應忽視，特別是罪刑法定原則係為拘束審判者權力運作重要規範，避免人身自由因裁判者恣意而過度受限制²²⁰，如從法官與公民共同踐行正當程序，為公平審判擔保觀點而言，則公民參與量刑，除將有助調整量刑主觀之疑慮，並使刑度合理化，嚴肅面對刑罰手段性之極限，思考社會對犯罪教化、犯罪預防的共同責任，協力司法實踐憲法第七條平等保障人性尊嚴原則。在採陪審參審雙軌制之丹麥，以法定刑刑度區分重罪與輕罪，重罪適用陪審審判，其餘案件適用參審，惟因陪審判決不附理由，不得上訴救濟，背離法治國原則，久受批評，因之改革修正，此外陪審與參審程序並無分別，丹麥參審員之職權與日本裁判員相類，陪審員與參審員相較，以參審員功能性較強。否則陪審與參審內涵差異不大，且實務實踐肯定參審優於陪審。

再從審判參與成員來源與組成分析，美國係由選舉人團名冊隨機選出合格陪審員，陪審團一般由 6 至 12 名陪審員組成，就單一個案為審理。參審制則複雜許多，參審法庭之參審員與法官組成人數比例各國有所不同，參審員之資格亦有不同立法限制，丹麥甚至依各政黨之規模推薦相當比例之參審員人數，有採任期制，任期甚至可自動延長²²¹，如此一來顯失國家公民基於公民權普遍參與司法審判之意義。縱然參審員組成人數較法官為多，仍因參審制易流於由法官主導，失去公民參與刑事審判的基本意義而受批評²²²。此外，要使不具法律專業之公民解釋分析法律行為成立要件、區別構成要件的不同，確屬難事，可是與解釋法律相關之事實認定問題，涉及社會價值判斷，與社會文化經驗累積密接，在職業法官曉諭法律解釋適用前提下，公民縱不知法律如何論理解釋，仍適任衡酌妥適認定事實。

²¹⁹ 蘇俊雄，*量刑法理與法制之比較研究*，法官協會雜誌，第 1 卷，第 2 期，1999 年 12 月，頁 25-26。

²²⁰ 許玉秀，*論正當法律程序原則(十四)*，軍法專刊，第 57 卷，第 4 期，2011 年 8 月，頁 19。

²²¹ Marijke Malsch, *supra* note 194, at 122.

²²² Richard O. Lempert, *Citizen Participation in Judicial Decision Making: Juries, Lay Judges and Japan*, 2001 St. Louis-Warsaw Trans'l 19,11(2001/2002).

日本參審式之裁判員制度混合美國陪審制優點，配合日本後糾問模式 (Post-Inquisitorial Systems) 訴訟構造進行立法，修法趨勢傾向當事人進行之訴訟理念，嘗試排除法官過度主導、政黨推薦參審員、參審員無權實質參與判決之缺失、事實認定與法律適用兩階段難以切割等問題，採行起訴狀一本制度，落實無罪推定，公平法院原則，法官與裁判員在審理前都無法接觸卷證，審判主體心證形成來自直接審理、言辭辯論、交互詰問、進而發見實體真實，在被告認罪情況下仍適用裁判員制度，反應公民意識於量刑，將國民參與司法法制化，深化國家公民對司法的瞭解支持。更值得重視的是日本司法改革的理想也來自執法者對人權保障與刑罰謙抑的內省²²³，在維持現行當事人進行的訴訟結構下，裁判員參加刑事審判法成為日本司法改革的重要作為，而溝通式司法的形成更是國家公民認識公平審判的關鍵，奠定公民參與刑事審判的社會價值。

日本近代法之父Gustave Emile Boissonade來自法國巴黎，生於 1825 年歿於 1910 年。與 1805 年生於法國諾曼地，著有美國民主(Democracy in America)的 Alexis de Tocqueville，同為十九世紀時代人物，共同感受過法國大革命啟蒙思潮的餘韻，同對民主充滿理想與盼望，更嚮往美國陪審制度。刑事訴訟是國家權力折奸發伏的程序，也煎熬個人生命、自由、名譽等權利，是以Gustave Emile Boissonade在日本選擇以表徵民主理想的陪審制度回應明治維新立法。在法制繼受過程中，日本陪審實踐經驗，雖有表現民主理想之歷史背景，卻不受現代日本司法認同，被評為與日本國情不合，支持陪審發揮憲政民主功能與反對者批評陪審員無邏輯說理不利審判，意見對立，爭執激烈，想當然耳。但是當代日本司法改革何以選擇參審制亦非偶然，早在裁判員制度實施前，日本已有檢察審查會存在，而為人民參與司法態樣之一，其設計與美國大陪審團相類似，已建立日本社會對刑事司法之公信，實踐成果更優於美國，檢察審查會經驗更有助日本建立裁判員制度²²⁴。日本社會對司法具高度信心，但司法本身更了解；司法最大的挑戰乃是如何贏得公眾信任，因為公共價值多元，人民的生活、社會型

²²³ 1979 年至 1989 年間發生四大死刑爭議案，免田事件、財田川事件、松山事件、島田事件，最高法院再審判決被告無罪，引發日本最高法院法官內省。Hiroshi Fukurai, *The Rebirth of Japan's Petit Quasi-Jury and Grand Jury Systems: A Cross-National Analysis of Legal Consciousness and the Lay Participatory Experience in Japan and the U.S.*, 40 *Cornell Int'l L.J.* 315,320-321(2007).

²²⁴ *Id.* at 351-354.

態改變，刑事司法亦將有所調整²²⁵，這才是司法必須面對的最大問題，而這個挑戰跨越法域終極性存在，無法置身事外。

本文認為：比較檢討陪審制、參審制、陪審、參審雙軌併用之制度適用選擇，非關意識型態，而應注意兩大問題。一是訴訟經濟，二是司法法效。特別是日本裁判員制度初步運作的實證觀察對我國研議、準備工作之啟蒙，首應配合連續開庭集中審理，以充分的事前準備為基礎，落實公判審理效率，日式參審制的訴訟經濟效益似較美國陪審制顯著，雖裁判員制度運作未久，但審判期日、評議時間對裁判員有重大影響，從參與者的時間效益而言，審理活動拖延遲滯不利公民日常生活，日久極可因參與負擔影響參與意願，影響制度存續與成效。二、從法規面分析，我國刑事妥速審判法第 7 條明定侵害被告速審權之法效，自第一審繫屬日起已逾 8 年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，經被告聲請，法院審酌相關事項，認侵害被告受迅速審判之權利，情節重大，有予適當救濟之必要者，得酌量減輕其刑。如何保障被告速審權，且不影響審判品質，有效發見真實，隱然成為事實審法院審理程序的一大挑戰。若採陪審制，不得不慮及美國陪審經驗曠日廢時之失，陪審獨立評議，時間無法控制等問題，對訴訟進行之有效性，併同刑事妥速審判法對司法信度、成本負擔造成重大影響，不得不慎。

第二項 從公民權論述制度選擇

我國尚未實施公民對參與刑事審判制度，但公民對參與刑事審判的支持意向獲得實證研究結果高度肯定係不爭事實²²⁶，再無理由以國情不符、公民素質等主觀評抑否定制度之必要。而應思考制度設計如何使公民參與具有實效。犯罪非止於判決，司法體系與公民社會若同因制度而受益才是司法正義的基礎。司法院人民觀審制度調查研究之民意調查報告書研究結果顯示；有相當高比例

²²⁵ 相關資料論述參閱 21 世紀の司法制度を考える

http://www.courts.go.jp/about/kaikaku/sihou_21_3.html 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

²²⁶ 這些想法也應是實務與學界共同肯定的過程，參閱「司法院人民觀審制度調查之研究」民意調查報告書 <http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp>、陳恭平、黃國昌、林常青，台灣人民對於國民參與審判之態度---以 2011 年《紛爭解決行為實證研究》預試調查結果為基礎，台灣法學雜誌，第 177 期，2011 年 6 月，頁 15 以下。

表示個人意見改變不了判決，是影響公民參與刑事審判意願之重要因素²²⁷，有效的司法分工與參與程度決定制度成敗其因在此，公民參與刑事審判制度之於我國社會價值不在於歷史基礎，而是表現社會發展的理性思惟，所以我國應從比較法、外國立法例思索反省法制的實質內容與訴訟程序相嵌，而非盲目繼受，法為國家之法，社會規範²²⁸，在朝在野、公卿將相、仕紳販夫同其拘束，堅持公平法院是國家的重要義務，宜參考國外實踐經驗將公民參與的社會價值反應於司法審判²²⁹，思考抉擇參與態樣、參與方式定位制度。

第一款 公民權之參與特性

本文認為論述公民參與刑事審判之制度選擇應從公民權之參與特性分析。首重公民得以實質參與審判，而非形式參與，非關認事用法之程序分工。特別是以公民權為公民參與司法之法理，強調個人平等的參與特性，無分種族、宗教、階級、黨派、性別，平等參與審判，應使公民在參與刑事審判過程中與法官實質對等，進行溝通，建立合作型的審判庭，在審判相對有限的時間、資源、成本限制之下，有效推論、歸納兩造攻防證據資料，判斷合理性與邏輯關聯性，將之適用於審判，更是審判庭發見真實，一併解決爭端的重要任務。此外，國家與個人間的法律關係必須透過國家與公眾對話過程檢驗人權保障的規範密度，所有的政府權力來源(Authority)，包括司法權，都來自人民授權，參與刑事審判乃是國家公民一身專屬的身分特權(Privilege of Citizenship)，要維持規範秩序，必因權力規則被遵守，並受合理監督，權力制衡、權力分配是為預防專權擅斷，刑事審判是國家司法權的理性展現，在今日社會不應被解釋為壓迫者與被壓迫者爭執人身自由、生命保障的角力，但是守法者與執法者之間必須透過審判評議的團體過程，判斷普遍認同的基準，減少偏執。一如日本最高法院大法廷平成 22(あ)1196 號判例所闡釋：刑事裁判與公民日常生活密接，公民對審判之理解與支持不可或缺；必須透過實踐累積形成。合議庭由具獨立性之法官與公民組成，評議過程充分溝通，依據法律對認定事實、法令適用、量刑判斷充分討論，司法權作用不受

²²⁷ 「司法院人民觀審制度調查之研究」民意調查報告書。

<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp> 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

²²⁸ 相關論述參閱林紀東譯，美濃部達吉著，法之本質一書。

²²⁹ 黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，第 194 期，2011 年 7 月，82 頁以下。

內部行政、外部威權任何不法干預，使公民與法官共同擔保公平審判，實與公民權重視個人思想自由、人身自由保障意旨相符。

第二款 公民實質參與和法官溝通合議

而如前述丹麥經驗，參審員實質參與審判是實踐受肯定，持續發展之原因。公民與法官共組之參審庭應如何依公判審理形成心證，合議溝通，判斷選擇認定最可能存在之事實，是參審庭之重要任務。本文也必須特別指出，公民參與審判防止司法主觀獨斷的真義在於：由法官與公民溝通合議評價證據，形成心證，依正當法律程序，共同擔保證據證明力非出於浮濫，落實公平審判。特別是裁判認定的實體法上事實本有法定事實與裁量事實之別，裁量事實係裁判上刑罰加重減免之原因事實，屬審判者得依自由心證為裁量，若裁判裁量事項，與證據法則無關，例如刑法第 58 條之加重、第 59 條、60 條之酌減、第 61 條之免除其刑等規定，依刑法謙抑精神，斟酌調和，合理約束人身自由、決絕生命權，容許公民參與至屬必要。

如果仍以法官為審判唯一主體，強調公民與法官分工，限制公民參與權限，顯然為制度發展埋下隱憂。雖然司法院發表實證研究認為：「整體而言，不論是法官決定或是一起決定，多數民眾都表示願意與法官一起審判與討論案件，其中，民眾願意參加法官決定的人民參與審判之比例為七成二，而願意參加一起決定的類型之比例為六成八左右，但此一差距並沒有達到統計上的顯著水準，顯示多數民眾對於兩類型人民參與審判制度的參與意願並沒有太大的差異」、「願意參與『法官決定』模式似乎比願意參與『一起決定』模式的比例稍微高一些，但並未達統計上的顯著水準」，隱約為司法院規畫公民參與刑事審判之內涵預設伏筆，不過這個研究結果其實更顯示一個有趣且值得注意的現象，「對於讓一般民眾跟法官一起審判與討論，但最後的判決仍然由法官決定與一起決定最後的判決」，二者相較，非常不贊成由法官決定的比例高於一起決定的比例，而非常贊成法官與民眾一起決定的比例更高於法官單獨決定²³⁰。何以在參與方式的正反意見強度部分出現微妙消長變化，值得重視，惟是否因教育程度之高低

²³⁰ 「司法院人民觀審制度調查之研究」民意調查報告書

<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp> 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

與制度認識之有無解釋對公民參與刑事審判之態樣內涵期待²³¹，似宜再行深入研究驗證，蓋因公民參與刑事審判係為反映公民社會意識而非精英價值，公民參審者必須尊重基於個人公民權對正當法律程序、公平審判原則所生的判決參與影響力，否則不免有失制度建置的當代社會意義。

本文鄭重強調，公民參與方式勢必影響公民對日後法制推動的參與意願，可以想見。「公民認為自己改變不了判決、不懂法律、以及我不相信法官」。此三項理由除了不懂法律外，相當程度反應了法官決定模式的限制；即民眾無法參與最後的判決，可能使民眾因而覺得自己終究沒有決定權而不願參與²³²，故本文再次重申；公民基於公民權實質參與刑事審判之必要，不應使耗費司法成本、社會成本之參與流於形式，否則實有負公民資源、國家經濟支出之重託。公民參與刑事審判制度是公民社會發展的共同資產，是以除支持與否、制度抉擇設計之外，更應思考如何透過實證研究發展適合公民參與刑事審判的參與內涵與有效的程序進行方式，使制度建置發揮功能，而非消極限制公民參與之範圍與權限，否則徒生社會疑慮，更無法期待法制持續發展²³³。

第三項 訴訟構造之檢討

當代刑事訴訟程序源於英美法系正當法律程序理念已獲得國際法廣泛承認，深化落實於國際人權公約並影響各國憲法。以陪審制結合當事人進行模式的訴訟構造，重視法庭交互詰問活動，由陪審團檢視兩造舉證與主張，在攻防證明過程中形成心證，法制內涵發展無罪推定、拒絕自我入罪特權、武器平等、公

²³¹ 陳恭平、黃國昌、林常青，台灣人民對於國民參與審判之態度－以 2011 年《紛爭解決行為實證研究》預試調查結果為基礎之研究則認為，教育程度愈高、是否聽過外國採行國民參與審判之比例愈高、且偏好人民有決定權限之國民參審制。

²³² 「司法院人民觀審制度調查之研究」民意調查報告書。

<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp> 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

²³³ 「司法院人民觀審制度調查之研究」民意調查報告書中指出：整體來講，不論是法官決定或是一起決定，多數民眾都表示贊成推動民眾參與審判制度，其中，民眾贊成法官決定的人民參與審判形式之比例為七成七左右，贊成一起決定類型的比例為七成一左右，但兩者的差距並沒有達統計上的顯著水準，顯示多數民眾皆贊成這兩類型的人民參與審判制度，但是對於這兩個類型之間的偏好並沒有太大的差異。陳恭平、黃國昌、林常青，台灣人民對於國民參與審判之態度－以 2011 年《紛爭解決行為實證研究》預試調查結果為基礎，台灣法學雜誌第 177 期。該研究以 2011 年《紛爭解決行為實證研究》預試調查結果為基礎之研究則認為，教育程度愈高、是否聽過外國採行國民參與審判之比例愈高、且偏好人民有決定權限之國民參審制。<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp> 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

開審理言辭辯論、控訴原則、司法獨立等審判理念。區分法官中立，決定法律適用，判決處刑與陪審團發見真實的任務功能，以當事人訴訟對抗之運作方式，建立判例法的證據法則²³⁴，刑事司法的目的在於勿枉勿縱，美國人民信任以當事人對抗的訴訟構造強化刑事司法的信任，主導發見真實的責任，決定有罪或無罪²³⁵。陪審團與法官權力分立各司其職，規範傳聞法則，處理傳聞例外，避免司法預斷，排除不適格證據並適用自由心證排除形式證據²³⁶，深深影響實體刑法的證據開示與評價，分別事實與法律，切割犯罪主觀構成要件與客觀構成要件，使陪審員接受法官諭示，區分認事與用法。只是陪審制的原則與結構間的緊張關係，在歐陸法系國家產生另外一個明顯的問題：在何種範圍之內，歐陸法系國家對英美法系當事人主導進行訴訟配合陪審制，發展出的陪審員與法官權力分立體系可以廣泛接受²³⁷？

第一款 法系傳統與參與態樣

二次戰後，日本刑事訴訟法受英美法影響，於 1948 年將原歐陸法系職權進行之訴訟結構調整為接近當事人進行模式的訴訟構造²³⁸，採行起訴狀一本原則，亦藉此排除審判主體因接觸公訴卷證可能產生的司法預斷，切割起訴與審判，以兩造當事人為主體，於法庭攻防，發見真實，為此日本增訂審前整理程序之規定，由兩造在審前即對等參與準備程序²³⁹，並規範偵查主體開示證據之範圍，提升兩造在審判中武器平等地位，落實當事人進行之訴訟原則，又為順利推動裁判員制度，配合修正刑事訴訟法相關條文²⁴⁰。訴訟構造與公民參與刑事審判態樣之對應關係實已因實踐而脫離陪審採行當事人進行、參審制與職權進

²³⁴ Stephen C. Thaman, *Europe's New Jury Systems: The Case of Spain and Russia*, 62 *Law & Contemp. Probs.* 233 (1999).

²³⁵ *United States v. Nobles*, 422 U.S. 225, 230 (1975) (quoting *Berger v. United States*, 295 U.S. 78, 88 (1935), and citing *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 709 (1974)); *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78, 82 (1970); *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 234 (1960) (Frankfurter, J., dissenting).

²³⁶ Stephen C. Thaman, *supra* note 234, at 233; John H. Langbein, *Historical Foundations of The Law of Evidence: A View From The Ryder Sources*, 96 *Colum. L. Rev.* 1168 (1996).

²³⁷ *Id.* at 235.

²³⁸ 日本司法實踐仍有別於美國當事人進行模式之訴訟構造，參閱井上正仁著，陳運財譯，*日本刑事訴訟法當事人進行主義之採行及其發展*，法學叢刊，第 44 卷第 2 期，2002 年 4 月，頁 10 以下。

²³⁹ 日本刑事訴訟法第 316 條參照。

²⁴⁰ 相關修正案參閱 <http://www.moj.go.jp/content/000003767.pdf> 最後瀏覽日 2011 年 7 月 10 日。

行配合之原始分類。

本文認為，1923 年日本初行陪審制，當時日本刑事訴訟結構深具強烈職權色彩，實與陪審傳統密接於當事人對抗辯論，發見真實之思維有別，2009 年裁判員參加刑事審判法實施，訴訟程序卻仍沿襲戰後調整修正之當事人對抗訴訟理念，對應實踐。初步看來；裁判員制度之實效尚不遜於陪審經驗，除日本實踐之外，前述採陪參審雙軌並行之丹麥，其訴訟模式結合當事人進行與職權進行雙元 (Dual) 特質，陪審、參審之別在於案件類型與表決方式，就此而論，訴訟構造未必決定公民參與刑事審判態樣，若認採行職權進行模式的國家傾向適用參審制，採行當事人進行模式的國家傾向適用陪審制度，並非妥適，要說明訴訟構造如何決定審判體制，或分析二者關連性，不若另立於落實直接主義，拒斥傳聞法則，改革筆錄書卷審理之觀點，思考陪審制與參審制何者有利妥速審判、訴訟經濟，擔保真實發見。

美國陪審實踐瑕瑜互見，以司法民主為法理基礎，宣示主權在民、避免國家權力濫用，由國家公民監督法官與辯護人的法庭活動，支持國家法治正當性，都是陪審特質與受肯定的優點。陪審團根據良知與個人對案件的最佳認識為裁定，不只是陪審團權利更是義務²⁴¹，不過陪審團秘密評議，所作裁定不附理由到底是陪審的優點還是缺點，立論不一，特別是基於公民參與審判的角度反省，評議程序如此設計是否得以取信公眾不無疑問²⁴²。美國陪審團不參與量刑，但採參審制之國家，由法官與公民共同作成判決，陪審員與參審員之參與權限、參與方式內涵顯然不同。

美國陪審制度相較於歐陸法系國家所發展的參審制度在某些方面對陪審員有較多的支配控制²⁴³。陪審員無須就個人意見提出理由，陪審團不必解釋裁定如何作成，因此陪審員如對證據理解有誤，不易明顯從所作裁定中發現。法院在陪審裁定有罪無罪之後，另行宣判，判決係法官職責，不過美國各法域司法

²⁴¹ Chris Kemmitt, *Function Over Form: Reviving The Criminal Jury's Historical Role As A Sentencing Body*, 40 U. Mich. J.L. Reform 93 (2006).

²⁴² Colleen P. Murphy, *supra* note 17, at 740.

²⁴³ Elizabeth F. Loftus & Edith Greene, *Twelve Angry People: The Collective Mind of the Jury*, 84 Colum. L. Rev. 1425, 1428-1429 (1984).

實踐已有所調整，某些特殊案件允許陪審團對判決提供建議，少數州法域則允許陪審於重案判決科刑(jury sentencing in all felony cases)，使陪審團代表的社區價值共同反應於犯罪認定與量刑判斷，不過也有批評聲浪認為司法判決必須受有訓練及經驗累積。另類特殊現象出現在死刑案例，大部分的州法域皆允許陪審員參與死刑判決，陪審團得就處死刑或無期徒刑之間評價刑罰加重、減輕之條件²⁴⁴，如果陪審參與非死刑案件之判決，亦受允許依法定刑之最高上限決定最高刑度，雖然美國聯邦最高法院對此不表贊同²⁴⁵，但這似乎說明各州司法實踐不再執著傳統陪審團與法官分司認事、用法的分工方式，陪審制是公民參與刑事審判的態樣之一，法官與陪審團之合作模式應乎司法實踐與社會變遷而調整嵌合，並無固守法制傳統必然性。

陪審成效不彰、司法成本沉重，美國刑事司法體系在重罪審判部分更依賴聲名狼藉的認罪協商制度²⁴⁶，聯邦政府有高達95%以上起訴的刑事案件以認罪協商終結²⁴⁷，州法域內的情況也相去不遠²⁴⁸。然而認罪協商制度只是刑事司法的選項，而不應侷限於認罪協商²⁴⁹，這樣的發展結果也許是始料未及。美國陪審員評議過程之獨立性與參審制合議庭之合議不同，經過秘密評議之後所作的陪審裁定不附理由，缺乏預測可能與問責性，是陪審不受干預的特質；也是陪審的缺點。陪審團秘密評議應受尊重，但完整的說理過程是判決的保障，對應今日社會文明高度發展情況，免除陪審裁定說理的必要，缺少說服力，更無從得知認定證據是否有誤、法官諭示是否得宜、審判活動是否存在其他問題，除了陪審的正當性，還有判決問責性問題必須面對，如果陪審裁定必須完整說理必然要面對上訴司法審查之問題，而此又有違陪審審判原則²⁵⁰。是以當事人進行模式的

²⁴⁴ Kimberly A. Mottley, David Abrami and Darryl K. Brown, *The Jury's Role In Administering Justice In The United States: An Overview of The American Criminal Jury*, 21 St. Louis U. Pub. L. Rev. 99,108 (2002).

²⁴⁵ *Spencer v. Texas*, 385 U.S. 554, 568-69 (1967).

²⁴⁶ 被告放棄陪審在美國法之效果為法官審理，然而本文特別要說明，從實踐結果看來，被告寧為程序利益選擇認罪協商，也不願進入冗長的審判程序。合理的審理期間、訴訟經濟等法效問題，應在研議抉擇公民參與刑事審判態樣時一併討論。

²⁴⁷ *United States v. Booker*, 543 U.S. 220, 274 (2005).

²⁴⁸ Jeffrey Standen, *Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines*, 81 Cal. L. Rev. 1471, 1474, 1484-1485 (1993).

²⁴⁹ John H. Langbein, *Land Without Plea Bargaining: How the Germans Do It*, 78 Mich. L. Rev. 204 (1979).

²⁵⁰ *United States v. Spock*, 416 F.2d 165, 181 (1st Cir. 1969); *Gray v. United States*, 174 F.2d 919, 923-24 (8th Cir. 1949).

訴訟構造並非訴訟程序本體與現象的表徵而已，更附著民族意志，文化價值、政治意識型態，不斷警惕國家與人民，實踐正當法律程序，確保公平審判。

第二款 法律文化與社會價值對法制之影響

美國陪審制為司法民主化的社會圖騰，殖民地的歷史經驗感受使開國先賢有感於權力濫用將造成個人恐懼，認定國家機關刑罰權之有無及其法定程序，不應集中於法官個人，為對抗國家不法壓迫，故有罪無罪之認定付由陪審團評決。當代刑事司法受法系傳承與社會文化價值影響至深，現今民主社會與傳統封建不能相提並論，司法民主化非我國刑事訴訟體制改革主要論據，但得將司法民主化作為發展公民參與刑事審判制度的補充性論述，從制度設計展現司法民主內涵，參考陪審制公眾參與，審判分工與權力分配精神，為我國研議公民參與刑事審判制度定位公民權限、責任之合理分配，惟慮及實踐流變²⁵¹，陪審由公民獨立認定事實，作成裁定，判斷有罪無罪，無須說理，必須考量是否因之使公民心理負擔過重，如何救濟糾正等問題，參與範圍設限並非不可，但陪審任務限於發現事實，若建立司法公信係公民參與刑事審判制度建置目的，則公民與法官地位對等，充分溝通，進而以量刑合理化，減少公眾對犯罪之畏怖，日本裁判員制度，形成溝通式司法程序，由公民與法官共同審理、評議，決定刑期，解決陪審認事用法不易區分之困難，程序效率似較具合理性。蓋程序參與、事實認定、量刑判斷，皆有助公民瞭解刑事司法，增強人民公共意識，我國在法制設計時當一併考慮參與範圍與實效，乃至由公民與法官共同審酌具體事證後判決量刑，使被告及被害人同知量刑結果係參審庭之客觀判斷，透過司法實踐，公眾亦得據以知之量刑係參審公民與法官合議結果，非出於任何個人之主觀評價，避免量刑恣意之爭議，或可能因此減少不服量刑之上訴案件。

美國陪審員實質參與審判，表現公民參與公共事務之社會意義，值得肯定。

²⁵¹ 21 年上字第 1991 號判例謂：適用陪審制之案件，陪審團原有判斷事實之職權，故陪審團之答覆，除與提出公判庭之證據，顯不相符者，得移付他陪審團更新審判程序外，法院所為之判決，應本其答覆之結果，以為認定事實之基礎，此觀於反革命案件陪審暫行法第十三條及第十四條之規定，自可了然。本則判例於 92 年 1 月 21 日經最高法院九十二年度第二次刑事庭會議決議不再援用，並於 92 年 2 月 21 日由最高法院依據最高法院判例選編及變更實施要點第九點規定以 (九二) 台資字第 00-00 號公告，按本判例雖已不再援用仍得爰引為法制發展適用之參考，法院就陪審裁定無法審查，移付他陪審團更新審判程序可能造成刑事妥速審判之障礙。

如果公民在審理程序中無足輕重，其意見不拘束法官，仍無法避免司法審判證據心證形成主觀之流弊，體制設計並非妥當，更可能阻礙公民參與刑事審判制度之實踐，陪審員參與範圍止於認事，作成有拘束力之陪審裁定，法律效果強大，不受司法審查，雖使陪審制一息尚存，不過，何為認事階段、何為用法階段，分別不易，且陪審結果不附理由，司法救濟復受限制，與我國司法傳統對立，一但引進，益增考驗司法公信與實效等問題，此外陪審成本高昂，國家負擔可以預見，適用得失之衡平自當審慎。丹麥雖採陪審與參審雙軌制，陪審運作採定罪、量刑之分工方式，表決方式與參審不同²⁵²，此外二者少有分別，仍以參審為主。而日本曾制訂陪審法，亦有實踐經驗，陪審團獨立評議不受法官影響，雖是司法民主權力分立的制度特質，卻始終是日本人民的疑慮。時光流轉，縱在今日亦難獲認同，如何避免陪審法失敗的前塵，日本另立裁判員參加刑事審判法並非無因。

第六節 結語

本文認為，以公民權之社會參與特質為基礎，將公民經驗價值呈現於審判活動，檢驗形式法規範(Formal Law)，均衡司法權行使，有助犯罪偵查、審判活動、刑罰執行之合理判斷。公民參與刑事審判之態樣應採參審制，使公民實質、對等參與審判活動。蓋司法、社會、公民三方之共同任務乃是戮力建立審判信度，發展對審判程序有效的審判實益，為有助三方成本，使認定事實及證據證明力之判斷標準由社會與司法共同擔保，落實事實審理，以有效解決訴訟程序冗長，無法有效進程序之問題。特別是，我國現行刑事訴訟法採修正之當事人進行模式，然訴訟構造仍具歐陸法系特質，參照歐陸法系國家施行之參審制，研議對應現行訴訟法制變動較小之參審模式，使公民與法官溝通合議，發揮參與審判之功能，應係公民參與刑事審判制度之首選，而不做他選。

從比較法觀點，分別觀察檢討不同法域實踐公民參與刑事審判面對處理的問題狀況，可以發現，無論採陪審制或參審制，同須考量成本問題。但國家與公眾應了解價格與價值並不相同，特別是司法成本與刑事審判的時間勞費壓力問

²⁵² 關於公民參與刑事審判之參與規模、表決原則及其意義，本論文另於第五章參審法庭組成理論及表決原則關聯性探討。

題，亦有其他解決改善，增益實效之辦法²⁵³，司法信度因實踐累積，故不宜以成本過高為由拒絕公民參與刑事審判。公民參與刑事審判的參與型態決定公民對司法功能認知，更引導公民社會對司法判斷的認同，從而落實公平審判的訴訟理念。犯罪追訴與量刑同是司法的重要任務，公民參與刑事司法之實踐，可期待因參與產生的信任價值，支持無罪推定，建立司法正當性基礎，使社會衝突解決的價格成本降低。當然公民參與刑事審判制度存在更根本重要的意義是：如果被告可能是法秩序顛覆者，對立於社會價值，而檢察官與法官分別代表國家獨立行使職權與公平審判的司法利益，辯護人則為維護被告正當程序與訴訟權而存在；另一方面，公民如何為個體權利保護，免除集體秩序受犯罪威脅，使公平審判受確信，協力實現社會公義責任，當是發展公民參與刑事審判制度之社會價值。

發見真實的過程在於公判辯證、說服與溝通。日本裁判員制度設計強調漸近式的參與功能²⁵⁴，將改革的理想與制度可行性一併檢討，思考裁判員遴選、參與權限、責任負擔、連續開庭條件是否具備、傳播媒體影響力、上訴救濟，乃至更深沉的憲法合憲性等問題，最後決定裁判員與法官審理合議之參審模式，目的係為反應公民意識於司法，形成法曹三方與公民審議合作之溝通式司法，值得關注。雖裁判員制度實踐日短，但係就日本現行刑事訴訟制度相嵌之理念規劃，雙重實施起訴審查會法與裁判員參加刑事審判法，使日本公民從起訴開始，參與訴訟主張與立證辯論活動，終於判決評議，立於主體地位實質參與審判，擔保發見真實，公平審判之功能實效，其立法思維內涵值得參考。要言之，我國公民參與刑事審判之態樣選擇，應超越法制原始對抗封建人權壓迫之思維，而以公民權之實踐為核心，強調公民參與擔保正當程序及公平審判之社會價值，定位公民參與審判之目的功能，則採用參審制度在使整體審判活動較為經濟、妥速，復增益審判信度與效度，更能具體表現國家司法主權體制的實質意義。

²⁵³ 提高起訴品質，對刑事訴訟程序進行亦可節省許多時間勞費，參閱王兆鵬、吳從周，板橋地方法院實驗「當事人進行主義」之實證研究，台大法學論叢，第30卷第5期，2001年9月，頁96。

²⁵⁴ 「裁判員制度之意義，在擴大國民參與審判之過程，藉由反映其感受於裁判內容，來加深國民對於司法之瞭解與支持，使司法能得到更堅實的民意基礎」，三井誠，日本之裁判員審判運作與課題，司法院「日本裁判員制度施行現狀」專題演講會議資料，2011年4月，頁1。

第四章 公民參與刑事審判適用案件範圍研究

第一節 前言

司法院研議公民參與司法審判法制由來已久¹，不同時代對公民參與刑事審判的目的有不同的詮釋，我國刑事政策決定試行公民參與刑事審判之目的原為使國民直接參與刑事審判，促進司法民主化²，晚近則為提升司法之透明度，反映人民正當法律感情，增進人民對於司法之瞭解及信賴³，研議歷程轉折，實應與刑事訴訟目的並同反省思考，求諸實踐。因之，認事、用法本應衡酌社會通念，探求立法真意，以契合一般通常人之法律感情，不得拘泥於形式上之文字，為機械式之解釋，而悖離正常觀念，方為社會接受，更為司法實務所支持⁴，法律理想與實踐分離落差，成為公民社會與司法實踐之間最大的障礙。宜反省刑事案件引進適用公民參與審判，到底應是原則還是例外。若是原則，應如何設定短、中、長期目標，規畫普遍施行，若是例外，如何設定公民參與刑事審判案件適用類型，有助公民對司法審判之認同，使法制不致背離立法目的，論證何種案件最適合公民參與審判，避免法制建置與社會期待矛盾。

從公民權公平性、權利性的特質與公民參與刑事審判之目的思考，制度設計應求普遍適用。但期待制度有成，涉及國家政治經濟、社會文化、司法體制，主客觀複雜因素，難期一一評價，施行之初，宜檢視特定案件先行適用之可能。基於受公民監督之必要性、保護人民免受公權力不當迫害之觀點、反映社會文化意識活動之案件，優先列入公民參與刑事審判制度適用範圍⁵，呼應公民參與刑事審判制度之立法意旨。如果公民參與刑事審判制度功能首先定位為「強化人民對司法之信任」，則必先思考，人民是否對所有的司法判決都不信任？或僅對部分犯罪類型之判決不信任？對何種犯罪類型之判決不信任？因之，若僅為強化

¹ 自民國 76 年開始，司法院即先後提出「刑事參審試行條例草案」、「專家參審試行條例草案」、「國民參審試行條例草案」，「人民觀審試行條例草案」。

² 96 年 8 月 15 日國民參審試行條例草案第二稿第 1 條參照。

³ 101 年 6 月 14 日觀審試行條例草案第 1 條立法參照。

⁴ 92 年台上字第 893 號判例，98 年台上字第 7578 號裁判，97 年台上字第 6856 號裁判、98 年台上字第 7793 號裁判參照。

⁵ 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，第 180 期，2010 年 5 月，頁 141。

人民對司法之信任，則適用公民參與刑事審判之案件範圍，實不應加以限制，而宜採行所有案件全面適用公民參與刑事審判制度。復從司法民主化之觀點分析，所有案件亦應依比例實質分配適用公民參與刑事審判制度，表現司法民主化理念⁶。不過，相對考慮公民負擔、法院設備、經費支出等資源分配問題，務實面對資源限制情況，累積司法公信之目的若要達成，可在現階段開始公民與法官協力溝通參與司法審判之基礎，部分開放適用公民參與刑事審判案件，有助弭平法律與社會可能存在的落差，以折衷方式漸次達成立法目的。故研究從國家、社會、個人不同的觀點面向，整合競合之區分方法，分析外國立法例，討論我國實踐現象與困境，構思限縮適用案件之輪廓，解釋分類優先適用案件因素，說明適用之目的與意義，建議明確適用範圍。

本章首先概述外國立法體例⁷，討論近年持續進行司法改革之國家擇定適用公民參與刑事審判案件之理念與類型，進行比較檢討。從質(Qualitative)與量(Quantitative)概念分析我國事實審法院判決類型，整理司法實務實證資料，區分罪名、案件數量，分類彙整我國實務判決聚訟爭點，參考國際人權法論述，說明案件適用公民參與刑事審判之理由。此外，從案件性質與司法運作負擔思考我國適用公民參與刑事審判之合理性，論述全部適用之困難，分類擇定適用範圍之問題，為更精緻說明案件適用可行性，深化研究主題之問題意識，另提出訴訟法原則、程序適正之觀點，探討適用公民參與刑事審判的適用案件態樣，從參審公民觀點、被告觀點、司法資源觀點、案件內容本質與國際法對國內刑事司法之影響，建立分析架構。

因特別刑法範圍廣泛，囿於研究規模，故以普通刑法為主，擇以具代表性之公務員貪瀆犯罪特別法進行研究，分析過瀘最高法院判例、最高法院、高等法院判決論及社會通念、社會價值之案件類型，何種案件判決論理強調社會通念、社會價值，衡酌社會常情及經驗法則，在不悖離國民法律感情與認知下，就社會一般生活經驗予以案件評價有無逾越社會相當性，而與社會連結，分析

⁶ Marijke Malsch, *Democracy in The Courts Lay Participation In European Criminal Justice Systems* 23 (2009).

⁷ 適用公民參與刑事審判之外國立法例複雜多樣，本章僅以第一審採公民參與刑事審判者為限，研究適用公民參與刑事審判之外國立法例。

選定適用之對象案件，思考如何使公民、社會、司法同因公民參與刑事審判制度而受益。除實質累積司法信用性之外，是否得因公民參與刑事審判使判決接受度提高，降低上訴率，減少司法案量負擔。此外，國際法對國內法發展影響日深，國際刑事司法議題公共化之發展不能忽略，我國參與重要國際組織長期受限，如何使我國在艱難的國際局勢下仍得以其他有效方式，協力維護國際社會法律秩序，面對國際社會急於解決的公共議題，除實體法之國內立法規範外，更應思考回應國際公約立法呼籲加強各國國內社會參與，有效防制嚴重國際犯罪問題，作為具體回應國際法呼籲以公民社會參與協助各國刑事司法之防制措施，積極履行國際公約之義務，整理研究所得，提出建議。

第二節 以重罪適用為主的外國立法例

第一項 義大利

義大利是歐陸第一個由歐陸法系體制調整改採當事人進行訴訟模式的國家，刑事訴訟體制受兩大法系傳統約束。刑事訴訟制度改革乃是義大利在二十世紀最重要的司法改革活動。本屬歐陸法系的義大利從1963年開始進行司法改革，目的在於強化刑事被告程序利益之保護，建立公平法院形象，以迅速審判之訴訟新制解決案件量成長問題⁸。公民參與刑事審判之權利為義大利憲法所保障，公民之參與權限與法官相同，叛國罪與被告起訴求刑超過24年之罪都必須由陪審審判⁹。不過司法改革並未對陪審制度另有創新，唯一的例外是審判庭(Corte d'Assise, court of assise)組成方式改變，改採混合參審模式(Hybrid Panel)，由6名公民與2名職業法官組成審判庭，唯仍審理謀殺罪與被告起訴求刑超過24年之主要犯罪¹⁰，司法改革改採參審制除強調司法民主，更致力使參審公民實質參與刑

⁸ 歐陸諸國或採陪審或採參審，各自發展具國家特質之公民參與刑事審判制度，無法一一介紹，比較檢討。其中義大利刑事訴訟法修法之背景與修法方向與我國極為相似，該國司改之所以引起世人注意，乃是因為義大利是第一個從大陸法系職權糾問的訴訟模式改為英美法系當事人進行模式的歐陸國家，將陪審改為參審制，並修正刑事訴訟制度，故本文以義大利為例，說明該國參審案件之設計與實踐，有關義國刑事訴訟制度改革之研究參閱吳巡龍，由義大利改革刑事訴訟制度之經驗檢討我國的修法方向，台灣本土法學雜誌，第39期，2002年10月，29-43頁。Michele Panzavolta, Reforms And Counter-Reforms In The Italian Struggle For An Accusatorial Criminal Law System, 30 N.C. J. Int'l L. & Com., Reg.577, 577-622 (2005).

⁹ Marijke Malsch, supra note 6, at 53.

¹⁰ Michele Panzavolta, supra note 8, at 592.

事審判，有權參與判決說理，參審員與法官一起理性判斷事實與法律，作成判決¹¹。持平而言，義大利原來的刑事訴訟法Rocco Criminal Procedure Code係沿續法西斯Mussolini時代的產物，在審前階段(Pre-trial)即由法官密行糾問，審判者職權糾問，與偵查者無所分別，審判僅是確認偵查所得之形式，為此義國試圖修正原刑事訴訟法，以新的刑事訴訟制度矯正過度強調公訴偵查、被告防禦權嚴重受限、乃至廢止陪審制度等缺失¹²，是故若從破除法西斯威權秘密偵查、倚重書狀之觀點而言，義國改陪審(Jury)為參審(Hybrid Panel)，朝向直接審理、公開審理，言詞辯論，以公判檢驗證據，保障被告詰問權，進行訴訟構造改革¹³，其司法改革主張司法民主自有歷史意義。

義大利採行參審制以來，審、檢、辯與國家公民都因之增加許多負擔¹⁴，除參審員個人參與時間之耗損，對參審員說明程序進行、證據能力之說明、審判活動進行，都必須耗費相當時間，參審案件逐年增加，司法負荷日沉，刑事訴訟體制亦面對改革壓力，配合義大利刑事訴訟改革，1988年10月24日義大利國會通過新刑事訴訟法(Codice di Procedura Penale)，改革後的刑事訴訟構造採當事人進行模式，與原糾問(Inquisitorial)色彩強烈的訴訟體系不同¹⁵，特別是1989年新法施行後，檢察官接手審前階段，雖由檢、警共同進行偵查，但除非被告在警詢中獲辯護人協助或放棄緘默權保障，否則被告的警詢筆錄在審判中不得為證據，立法試圖調整檢辯在程序對抗過程中權力失衡的現象，2000年之後，甚至開放辯護人得聯絡證人，自行蒐證，取得證人書面陳述(Affidavit)，用以彈劾¹⁶。審

¹¹ Id. at 593.

¹² Giulio Illuminati, *The Accusatorial Process From the Italian Point of View*, 35 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 297,306 (2010).

¹³ Id. at 309-310; Giulio Illuminati, *The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)*, 4 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 567, 567 (2005).

¹⁴ 義大利之參審模式混合法國與德國之參審特質，難以分類其參與態樣為單一屬性。See also John D. Jackson and Nikolay P. Kovalev, *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*, 13 Colum. J. Eur. L. 83,98 (2006-2007).

¹⁵ 移植法律系統超越法律文化，1988年義大利的刑事訴訟改革不惟對該國法文化造成影響，更深入影響其憲法法庭，義國國會立法試圖強化被告個人權利，憲法法庭則以判決強調在審判程序發見真實，有關義大利移植當事人進行模式造成的爭議論述參閱 William T. Pizzi; Mariangela Montagna, *The Battle To Establish An Adversarial Trial System In Italy*, 25 Mich. J. Int'l L. 429 (2004).

¹⁶ Luca Marafioti, *Italian Criminal Procedure: A System Caught Between Two Traditions, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (Studies in International and Comparative Criminal Law) Hart Publishing (Editor: John Jackson, Maximo Langer, Peter Tillers, 83 (2008).

判成為訴訟活動的核心，採言辭辯論、直接審理原則，在法庭評價種種情狀證據，法官角色丕變，強調保持空白心證，不再倚重偵查卷證，審判前更不能接觸卷證，明定法官收到之起訴資料為起訴書、對被告附帶請求民事損害賠償的範圍，起訴資料不能包括偵查所得證據¹⁷。

配合1989年新刑事訴訟法之施行，刑事訴訟制度全面調整，嚴格區分起訴與審判階段之不同，義大利刑事審判分成三階段，第一階段法官處理預審偵查事宜(Preliminary Investigation)，第二階段法官處理預審公聽(Preliminary Hearing)，決定案件是否進入審判，第三階段則為審理案件之法官。預審偵查法官、處理預審公聽之法官、審理法官之人選必須分別，這樣的制度設計係為避免法官心證受污染¹⁸，顯然亦可使起訴審查具實效，減少濫訴，而由司法自行控管進入實質審理的案件數量。除非證人不能到庭接受詰問，否則判決過程不得用適用偵查卷證資料，除法官之外，公訴檢察官與辯護人皆得接觸偵查卷證資料¹⁹。法官不再職權主導證據調查，偵查階段之卷證資料亦非適格之證據，適用美國式證據排除法則，傳聞證據之適用更受限制，法官仍可提問，但證據開示的責任落在公訴檢察官與辯護人身上，由兩造提出證據於法庭攻防，對被告不利的證據，唯有在法庭開示、檢驗，方能視為證據，落實對被告詰問權的保障。因訴訟新制使審判期日延展，法院負擔增加，爰此，義大利乃務實調整限縮參審案件範圍。

義大利採重罪參審的立法體例；現行參審案件80%至90%為殺人、恐怖案件、黑手黨案件、屠殺案、傷害致死案件、使人為奴隸罪²⁰。值得注意的是某些特殊的幫派犯罪深具地域色彩，黑手黨在南義縱橫百餘年，挑戰司法與警政，甚至對執法人員生命造成嚴重威脅。西西里島的Palermo重罪院有85%參審案件皆與黑手黨難脫干係，被告人數眾多，每次開庭使法庭幾乎容納不下，堪稱一

¹⁷ William T. Pizzi; Mariangela Montagna, The Battle to Establish An Adversarial Trial System In Italy, 25 Mich. J. Int'l L. 429, 435 n19 (2004).

¹⁸ Id. at 436 n21.

¹⁹ Giulio Illuminati, supra note 12, at 306.

²⁰ 參閱日本最高裁判所事務總局編(2002)「陪審・參審制度イタリア編」司法協會，海外司法參加論叢，第4部イタリア參審制度の現状とまとめ
<http://saibanin.net/updatearea/staffcolumn/archives/date/2010/10> 最後瀏覽日 2011年8月4日。

絕。此外值得注意的是，義大利參審案件的審判期日日益冗長，而之所以延長，不應歸因於準備程序是否充分、或檢察官起訴品質是否有瑕疵，而是案件的複雜與特殊性隨社會變化，使重案參審的司法政策發生始料未及的後果。恐怖案件、黑手黨案件急速成長，參審案件與日俱增，連帶使審判期日不斷延長，實非義大利司法政策所預期。

從義大利司法資料觀察²¹，自2001年7月1日至2002年6月30日，以一年為期估算，每年刑事審判案件的開庭次數約368,320次，其中包括少數的重罪院參審案件，約461件，參審案件的比例約為0.13%。義大利之參審案件限於叛國罪、殺人罪、屠殺罪、強盜罪、與奴隸有關之犯罪等重罪，前開罪名由義大利重罪院進行審理，以重罪適用為基礎，在司法實踐過程逐步擴張案件適用範圍，1975年將與毒品有關之犯罪、1989年將殺人未遂案件、1999年將加重強盜罪與加重恐嚇罪陸續排除於參審案件適用範圍之外，依實踐調整參審案件適用範圍。重案參審一直是義大利司法政策的基本考量，制度設計限定公民參與刑事審判之案件類型，而非全面適用。基於司法成本、案量負擔、公民參與意願降低等原因，義國參審案件範圍不得不為修正調整，而之所以必須限縮重案參審的主要理由仍係成本考量，且公民關心參與刑事審判的熱潮略退，但在實踐過程中司法體制立場開放，不斷調整回應司法實務與社會參與情況，修正案件適用範圍，並未因噎廢食，應可肯定。

第二項 日本

在日本，刑事檢討會主導司法改革，研議參審制度多年，也存在許多爭議問題，而重罪審判適用裁判員制度卻是刑事檢討會最早達成的共識。刑事檢討會就適用裁判員制度之案件提出三法案，以重罪審判案為範圍供立法研議之參考。A案係以現行法定合議案件為主，由3名法官合議案涵蓋由183類犯罪類型，至少處一年有期徒刑²²。參考2000年日本司法收案實況，若依此標準則適

²¹ 有關義大利司法資料研究說明參閱日本最高裁判所事務總局編（2002）「陪審・參審制度 イタリア編」司法協會，海外司法參加論叢，第4部イタリア參審制度の現状とまとめ <http://saibanin.net/updatearea/staffcolumn/archives/date/2010/10> 最後瀏覽日 2011年8月4日。イタリア參審制度の現状とまとめ

²² Investigation Committee, Zaimai ichiran [Summary of applicable crimes] (Mar. 11, 2003), at <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai14/14siryou1-1.pdf> Applicable

用裁判員制度之案件將有 4569 件，68910 名被告，約佔案件量 6.7%²³。B案的設計以被處死刑或無期徒刑之案件為適用範圍²⁴，涵蓋 55 種犯罪類型，包括殺人、強制性交致被害人於死、強盜致死、縱火燒毀現住物等，B案從屬於A案之設計，適用範圍已包括在第一案設計，對照 2000 年日本司法收案實況，若依此標準適用裁判員制度之案件將有 2348 件，約佔案件量 3.4%²⁵。C案的案件適用範圍最小，僅適用於國際性犯罪致被害人死亡，有 41 種犯罪類型符合適用此一設計²⁶，C案設計和A、B案的設計理念不一致。如以 2000 年日本司法收案實況看來，只有 789 名被告約佔案件量 1.14%將適用裁判員制度²⁷。值得注意的是裁判員制度刑事檢討會綜合B、C兩案提出另案補充適用²⁸，補充設計案案件適用涵蓋B案但小於A案，折衝和緩A、B案適用衝突問題，其所評估適用的標準為每年適用裁判員制度之案件為 2880 件，約佔刑事案件量 4.1%²⁹。

強調由不同社會生活背景之公民與法官共同審理案件，是日本公民參與刑事審判表現在刑事司法架構的民主代表性特質³⁰。雖然日本立法例主要並非強調司法民主，但在立法過程中，適用裁判員審理案件的各種法案提案爭議卻不在於各提案案件適用範圍是否有實質的不同，而是到底何種案件適合於來自社區的裁判員審判而非專業法官³¹。裁判員制度刑事檢討會慎重思考適用裁判員

Crimes]. 最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。

²³ Kent Anderson, Mark Nolan, Lay Participation in the Japanese Justice System: A Few Preliminary Thoughts Regarding the Lay Assessor System (saiban-in seido) from Domestic Historical and International Psychological Perspectives, 37 VAND. J. TRANSNAT'L L. 935, 950-951(2004).

²⁴ Investigation Committee, Saibanin seido ni tsuite [Concerning the Lay Assessor System] (Mar. 11, 2003), at <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai13/13siryou1.pdf> [hereinafter Lay Assessor Proposal]. 最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。

²⁵ Kent Anderson, Mark Nolan, supra note 23, at 951.

²⁶ Investigation Committee, Zaimai ichiran [Summary of applicable crimes] (Mar. 11, 2003), at <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai14/14siryou1-1.pdf>. 最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。

²⁷ Investigation Committee, Shiryo 1-3 [Attachment 1-3] (Mar. 11, 2003), at <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai14/14siryou1-3.pdf>. 最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。

²⁸ Chairperson Masahito Inouye, Kangaerareru saibanin seido no gaiyo nitsuite [Concerning the Lay Assessor System Outline Under Consideration] (Oct. 28, 2003). At <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai28/28siryou1.pdf> [hereinafter Inouye Addendum]. 最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。

²⁹ Kent Anderson, Mark Nolan, supra note 23, at 951-952.

³⁰ Marijke Malsch, supra note 6, at 23.

³¹ 裁判員制度刑事檢討會（第 14 回）議事錄 <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai14/14gijiroku.html> 最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。

審判的案件數量與程序，如以廣泛適用裁判員制度的角度，委員傾向適用前述A提案，反之，委員若認應限縮裁判員制度之適用則多支持C案，研討過程產生的諸多爭議多專注在裁判員制度適用案件量之討論，在日本現行司法狀況之下如何修正預算，使法庭發揮經濟效率程序，再次說明施行裁判員制度不為保障被告權益，而是鼓勵民主參與及公平正義³²。

裁判員參加刑事審判法配合評估法定刑輕重與司法體系負擔，最後決定以被告所犯為死刑、無期徒刑之罪、日本法院組織法第26條第2項第2款所列之死刑、無期徒刑或最輕本刑一年以上有期徒刑等罪³³，故意致被害人死亡等案件，為適用裁判員制度審理案件之對象，顯見制度折衷設計適用案件之範圍，係以國民高度關心之重大犯罪為原則，考量適用案量屬司法體系得負荷之範圍，除有助減輕國家財政負擔，亦不致使裁判員制度之實踐對司法體制衝擊太大，對法庭審理活動造成影響，透過司法實踐，尊重裁判員本於多元觀點，以經驗法則、論理法則，參與直接審理所發見之事實，與法官合議作成之判決落實無罪推定理念³⁴。

第三節 我國公民參與刑事審判案件適用類型分析

第一項 從參審公民之觀點分析適用類型

案件審理包括事實、法律、社會價值與文字釋義，整體程序難以完整分離切割，證據價值判斷應注重證據之合理性，將其適用於審判過程，證據法學者Damaska更直指發見法律與發見事實合併之難處，終極能受證明為真實的客體應屬合理，只是證明力之合理性受文化決定，使法律與事實二者分野模糊³⁵，特別

³² JRC Report, [Act for the establishment of the Judicial Reform Council], Law No. 68 of 1999, available at <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>, at ch. IV, pt. 1(3) ("The new participation system is to be introduced not for the individual defendants, but rather because it has important significance for the general public and as an adjudication system."). 最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。

³³ 日本裁判員參加刑事審判法第2條參照。

³⁴ 日本裁判員參加刑事審判法實行以來（直至 2012 年 2 月），上訴審廢棄發回 54 件，一審獲判無罪，二審逆轉改判有罪一件，被告因違反麻醉藥品管制被起訴，一審經裁判員審理，判被告無罪，檢方不服提起上訴，二審法院認判決違反經驗法則，改判被告有罪，平成 24 年 2 月 13 日，最高裁第一小法廷，平 23（あ）757 号判例參照。

³⁵ Mirjan Damaska, Rational And Irrational Proof Revisited, 5 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 25,25-28 (1997).

是證據法則與法律體系的歷史文化內涵密接，不應將之粗劣地由判例法系移植於歐陸法系，或將任何法系內涵之重要程序原則任意接枝移植於他法系³⁶。歐陸法系有具體的成文法規範，其司法重視處理案件的一致性(Cross-Case Consistency)與判例法系受判決先例拘束不同，而無論判例法系與歐陸法系訴訟法結構有如何重大之不同，兩大法系如何消長，實踐皆應調和公民一般經驗(Common Experience)，使司法規範貼近社會實體世界的文化內涵，將證據判斷論理由公民與法官共同擔保，形成審判心證，支持無罪推定原則。

故適用公民參與審判的對象案件類型首從公民參與訴訟程序之觀點分析、思考兩大問題爭點：一、公民社會常識、經驗法則對審判定罪論理之支持性與妥當性，二、社會對司法存疑，往往是因為案件具高度爭議、被告不認罪、被告抗辯自白任意性等問題，自白真偽不明，遽予採用，對刑事訴訟風險極大³⁷，若涉被告處以極刑或重刑，其證據評價、乃至自白內容之合理性，更應由公民與法官同依經驗法則、論理法則，判斷真實信用，形成心證。特別是偵查不公開，在偵查中檢察官以減輕刑罰為辭，取得被告自白，若有此情況被告自白實無證據能力；此外，如被告自白內容有事後立證之必要，其立證可能性應由法官公民共同擔保，由公民與法官共同檢驗實施偵查程序過程中，因採證技術之困難與限制所取得偵查自白之補強，對立證內容具客觀性意義，亦可因公民參與刑事審判，調和法官承襲偵查心證，續行審判之慣行，避免以偵查心證製造證據，減少人權侵害之危險。

就證據法則而言，事實之認定、證據之取捨與證據之證明力如何，係事實審法院裁量判斷之職權，惟其裁量判斷不應悖於通常之人日常生活經驗定則，或當然存在之法則。憲法第 8 條正當法律程序兼具刑事追訴程序之正當與實體法之合理，刑事制裁之界限如能由公民參審者之生活知識經驗，調和立法意旨與司法解釋之晦暗不清，當有助社會通念客觀性與刑法構成犯罪要件之具體詮

³⁶ 如果樂器與演奏者不同，法律的音樂聽起來就不一樣。”if the instruments and the players are not, the legal music will sound different”. Mirjan Damaska, A Bridge Between Legal Cultures, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan DamaÅ;ka 34 (Editors: John Jackson, Maximo Langer, Peter Tillers 2008) .

³⁷ 陳樸生，刑事證據法（重訂四版），三民書局，1997年5月，頁384。

釋³⁸。犯罪事實對立於法律社會規範應依證據認定之，而證據之證明力不得違背經驗法則及論理法則，所謂經驗法則，係指社會上一般人基於日常生活經驗認為當然之一定規則，而非少數人特殊行為之準則或個人主觀上之推測³⁹，為克服司法主觀擅斷之疑慮，在審判活動認定證據價值部分更有公民參與審查之必要。

司法審判強調判決基礎具社會通念，惟社會通念或社會價值之內涵要素非法院職權專屬或依個人自由心證判斷。若犯罪之構成要件具規範性，除應就行為人之主觀犯意、行為時之客觀情事，本於邏輯推理為綜合判斷外，仍須異時異地，以社會常情及經驗法則為司法論斷之基礎，故由公民與法官並將社會常情、人民法律情感及刑罰目的為整體考量，應有助社會通念客觀化⁴⁰；使社會常情與司法判決相符，並有助公民表達社會通念於審判程序之參與，在不悖離國民之法律感情與認知下，就社會一般生活經驗予以評價，彰顯刑事立法本旨，而為公民社會所接受，應是設計公民參與刑事審判對象案件適用範圍必須審慎判斷的要件。

第一款 反映社會價值判斷

本文以「社會通念」為關鍵字，檢索得最高法院刑事裁判78件⁴¹、高等法院裁判126件⁴²，以「社會價值」為關鍵字，檢索得最高法院刑事判例1件、最高法

³⁸ 社會通念一詞定義並非明確，主觀要件是否該當的判斷，例如：意圖、故意、過失當然也可能涉及「社會通念」、「社會價值」的判斷，本文無意申論構成要件之概念與理論，只是立法原則除記述性的構成要件要素之外，亦包括規範性的構成要件要素，而規範性的構成要件要素須根據法價值、文化的價值尺度加以判斷，故本文從規範論點深入探討特定案件類型，說明法官與公民針對具體事實共同為價值判斷，如何定義社會價值、社會通念有充分溝通之必要。

³⁹ 31上1312判例參照。

⁴⁰ 「司法院人民觀審制度調查之研究」民意調查報告書指出：有高達69.4%民眾認為民眾跟法官一起審判、討論、一起決定最後的判決會讓判決更符合社會常識。

<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp> 最後瀏覽日2011年8月4日。

⁴¹ 檢索所得相關判決有違反貪污治罪條例、違反槍砲彈藥刀械管制條例、違反毒品危害防制條例、違反藥事法等罪、違反著作權法、偽造文書、妨害名譽...等等。就社會通念之論述，司法意見認：「實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪必然反覆實行之常態及社會通念等」，檢索過程也發見，有相關判決強調罪數判斷不能無限擴張，強調評價數罪與否之法律立證與社會通念，惟罪數問題非本文研究重點，不納入討論，先此敘明。

⁴² 資料來源：法源法律網 <http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY02.aspx> 最後瀏覽日2011年8月4日。

院刑事裁判28件、高等法院判決20件⁴³。最高法院、高等法院刑事裁判說理論及社會通念之裁判類型極多，本文將社會價值、社會通念表現於司法實務判決理由彙整分類，從受公民監督與反映國民文化意識活動之觀點，導入客觀社會通念價值判斷，說明公民參與刑事審判適用之類型案件。司法實務既然深知社會通念、社會價值對於整體法秩序支持之必要性，如何使抽象論述成為實體客觀的說理基礎，自應有對應之方法。來自社群的公民參與審判對於社會通念、社會價值的具體化、合理化都有助司法體系與社會共榮共存的調和與發展。

檢索結果發現；最高法院、高等法院裁判說理強調「社會價值」者有23件為與違反公職人員選舉罷免法有關之賄選案件⁴⁴。助選行為與賄選行為如何認定，實為可從公民觀點評價區分行為人為該等行為之合理性；對於有投票權人，行求、期約或交付財物或其他不正利益，約其不行使投票權或為一定之行使者，係涉賄選罪嫌，「若以於競選期間，致贈一定價值之物品請求支持某特定候選人之助選行為，不問物品之種類、性質、交付及接受者雙方主觀上有無認識所收受財物係屬「賄賂」等情，一律論以行賄罪處斷」，應衡酌社會現實，而非任憑一己主觀之見畫分「標準」，否則難免與社會認知產生落差。對價關係認定困難，如何反映社會常情⁴⁵、社會價值⁴⁶並非司法優位承載之標準，如何明確規範賄選之構成要件，如何認定亦引發許多討論⁴⁷。

⁴³ 同前註。

⁴⁴ 91年3月28日修正「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」，將違反組織犯罪條例案件、以強暴、脅迫或其他非法方法介入公共工程之案件、侵害他人財產法益或破壞社會經濟秩序，被害法益達新台幣一億元以上者、案情繁雜或社會矚目之貪污案件及賄選案件，皆納入重大案件列管。

⁴⁵ 本研究以社會常情為關鍵字，檢索得最高法院刑事判例1件，最高法院刑事裁判19件，高等法院刑事裁判44件，刑事法律問題座談4件，資料來源法源法律網 <http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY02.aspx> 最後瀏覽日2011年8月4日。

⁴⁶ 以社會價值為關鍵字，檢索得最高法院刑事判例1件、最高法院刑事裁判28件、高等法院裁判20件，資料來源法源法律網 <http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY02.aspx> 最後瀏覽日2011年8月4日。

⁴⁷ 參閱司法院36年院解字第3703號解釋、最高法院21年上字第369號判例、最高法院27年9月19日會議決議、法務部賄選犯行例舉，法務部98年9月1日法檢字第0980035753號函核備。

一、參與民俗節慶、廟會、婚喪喜宴，贈送禮金、禮品顯與社會禮儀相當者。

二、為選舉造勢活動提供參加民眾適度之茶水、簡便餐飲者，如一般飲料、簡易性之炒米粉、便當等。

三、為選舉造勢活動製作臨時性、簡便性之衣帽供助選人員作為辨識之用，例如印有候選人姓名、號碼或政黨名稱之運動帽、圈型帽、背心等。

四、日常觀念認不具相當價值之贈品，如門聯、桌曆、日曆、月曆等。

刑法妨害投票罪章與公職人員選舉罷免法處罰之行賄罪⁴⁸，如何認定、賄選行為之成立與否，除應就行為人主觀犯意及共犯犯意聯絡等心理狀態、行為時之客觀情事為綜合判斷外，仍須因時因地，衡以社會常情及經驗法則作為論斷之基礎，更應參酌情節、手段、型態戕害吏治之程度及對社會秩序、風氣之影響等一切情節予以認定，將反映民眾社會常識於審判⁴⁹，顯然有助對價關係與利益交換之判斷，因為國家公民對於認定同儕行為(Reasonableness of Citizen Conduct)之合理性並非困難，而從訴訟法觀點而論，無論供述證據或情況證據，若從表面觀察，判斷是否與要證事實具關連性，受客觀的事物間關係拘束，而關連性係事務間論理的經驗關係，公民生活經驗對對價證明力關連性檢驗，有助推理闡明特定要證事實存否，綜合本證判斷。

賄選行為人行求、期約、交付之賄賂或不正利益，與約使投票權人為投票權一定行使或不行使間，須有對價關係。賄賂、不正利益、對價關係到底是生活經驗認知還是法律語言定義⁵⁰，常因法官對「社會常情」、「社會價值」之經驗認知有異，使判決論理不同，但賄選行為係社會生活事實，對公民並非難以理解，從公民的觀點、生活經驗補充檢驗「對價關係」，可以支持司法實務取捨判斷以昭公信，並與社會價值密接，使法官就個案的觀察與結論無違經驗法則，進而依公民理解信賴的經驗論理使個案推理、演繹的邏輯規則適當可信。

投票行賄與受賄雙方主體間，主觀上對於「投票權約為一定行使或不行使」

五、單純動員群眾，以車輛載運往返競選活動會場。

⁴⁸ 妨害投票罪之處罰除普通刑法外尚有公職人員選舉罷免法之特別法訂有妨害選舉罷免之特別處罰規定，本文就賄選案件所犯普通刑法、特別法法條不一細分，研究行文通稱行賄罪、賄選案件。

⁴⁹ 92年台上字第893號判例謂：「賄選罪係以對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使為構成要件。亦即須視行為人主觀上是否具有行賄之犯意，而約使有投票權人為投票權一定之行使或不行使；客觀上行為人所行求期約或交付之賄賂或不正利益是否可認係約使投票權人為投票權一定行使或不行使之對價；以及所行求、期約、交付之對象是否為有投票權人而定。上開對價關係，在於行賄者之一方，係認知其所行求、期約或交付之意思表示，乃為約使有投票權人為投票權一定之行使或不行使；在受賄者之一方，亦應認知行賄者對其所行求、期約或交付之意思表示，乃為約使其為投票權一定之行使或不行使。且對有投票權人交付之財物或不正利益，並不以金錢之多寡為絕對標準，而應綜合社會價值觀念、授受雙方之認知及其他客觀情事而為判斷參照。」

⁵⁰ 92年台上字第2773號判決參照。

之意思表示達成合致，客觀上則透過賄賂之標的移轉，作為銜接行賄與收賄對價關係之橋樑，而成就相對立之主體間各該犯罪之構成要件。賄選係影響公眾對社會公平感受的不法行為，大小選舉活動「賄聲賄影」不是新聞，一般選民若對這樣的社會現象表示司空見慣，不以為意其實是對法規範、乃至民主價值最大的挑戰，本文認為法律難以明定賄選行為事實之實質判斷標準，審判者應盡其認識能力予以合理判斷，公民之生活接近社會事實，要釐清當事人之立證與辯論，應從事實關係之相互價值之比較著手，判斷對價關係與利益交換之合理性與關連性、要證事實存否，確保審判證據之客觀性，求諸公民觀點，擔保法院判斷，有助實體發見之真實與信用，茲以事例說明如下。

針對一般選民所為賄選行為與社會生活密接，犯罪態樣光怪陸離，是否賄選買票，就「單純之文宣品」或試圖左右選民投票意向之「賄選物」，各級法院認定即有落差。法律涵攝如何理解人類社會生活事實與觀念規則，分析現象原因，建立社會與司法共同允許與禁制的邏輯衡有事理之常，歸納實務見解；就公職人員選舉罷免法第 90 條之 1 第 1 項賄選罪所交付之財物或不正利益，並不以金錢之多寡為絕對標準，而應綜合社會價值觀念、授受雙方之認知及其他客觀情事而為判斷，正說明將公民的社會常識反映於司法審判是必要且正確的認識。最高法院刑事判決 100 年度台上字第 3693 號⁵¹對二審法院採認被告將洗碗精當為文宣品之辯解顯不認同。最高法院認謂：「若認單價不高之日常用品皆不可能成為賄選之賄賂，則將使選舉淪為以文宣之名，行賄選之實之戰場。今天你送洗碗精，明天我送洗衣粉、鹽、糖、醬油，市價都超過三十元、四十元甚至五十元，但因是日常用品，所以被認為價值低微，祇要大批採購、購入成本價低於三十元，就不構成賄選，可以大方發送，選民不再以政見良窳為投票之條件，而是以有無贈品當作投票與否之決定時，此對抱著民主真諦初衷或無資力購買大批贈品之參選者，是否顯失公平？對台灣民主政治之發展，不啻為一大隱憂。在此民生物品價格飛飆之趨勢下，若有不發送日常用品文宣之參選人，

⁵¹ 系爭案件事實爭點說明：台灣高等法院台中分院中華民國一〇〇年五月十九日第二審判決（一〇〇年度選上訴字第七一六號認為：「洗碗精是價值低微之日常用品，不足以動搖或影響由（有）投票權人之投票意向」及「被告信賴成本價是二十五元」等語，採認被告等將洗碗精當為文宣品之辯解。檢方上訴則認：被告因信賴法務部函示價值三十元以下之單一宣傳品，難認涉有賄選罪之意旨，而為被告無罪之諭知，其所為論斷與經驗法則與論理法則有違。

與另一贈送洗碗精、洗衣粉、柴、米、油、鹽、醬、醋、茶等日常用品之參選人競選時，誰能謂該發送低單價之贈品，不足以動搖或影響有投票權人之投票意向？第一審判決上開認定，顯與經驗法則有違」。從判決理由分析，最高法院前開判決見解立於經驗法則之上而非世俗財貨價格如何，值得肯定，惟同是「洗碗精、洗衣粉、鹽、糖、醬油」等日常用品，如果地方法院與高等法院所採之證據相同，卻有心證不同、看法不同之判決，不同審級之法院本於經驗法則認定是否為賄選罪所交付之財物或不正利益，生此重大歧見，實應警惕。

第二款 經驗法則與證據評價

判斷有無賄選最重要的是如何認定、證明對價關係存在。本文認為：認定對價關係必須考慮現實社會生活中對價之轉換與加工問題。各級法院就同一事實認定不同，易生爭議，實因經驗現象並非套套邏輯說理所能涵蓋。故使賄選認定標準游移，由上級審法院統一見解，應僅係法律之統一解釋，事實認定應有社會價值觀一致性與適應性之平衡，無統一解釋之餘地，否則即有可能因不同的個案事實衍生司法主觀主義流弊。抽象的社會價值與法律意義，應由立法目的與法律體系整體關聯性觀點相互支持，確認個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，若使法規範意義及適用範圍，由公民在參與審判時反映一般人民日常生活方式與經驗，判斷案件以期發見真實，實有助補充法律明確性原則之判斷。否則，審級立場的判決見解變化不但衝擊保障社會集體的權利與個體與體制平等關係，更可能動搖公民對司法信心。

事實上，除了司法判決的審級事實認定分歧之外，調查賄選亦難訂定起訴標準。法務部過去曾認定卅元以上就算賄選⁵²，後來因為發生有人檢舉「候選人提供炒米粉、貢丸湯，而引發爭議⁵³，最高檢察署乃補充解釋；如果是請炒米粉、貢丸湯、便當飲料等「適度」餐飲，因不具對價關係，不構成賄選」⁵⁴、「假

⁵² 法務部 90 年 10 月 8 日法九十檢字第 036885 號函所列「賄選犯行例舉」貳揭示：「以文宣附著於價值三十元以下之單一宣傳物品」

⁵³ 以日本為例，任何人關於選舉活動，不得以任何名義提供飲食物（茶點除外），日本公職選舉法第 139 條訂有明文。

⁵⁴ 賄選犯行例舉參閱法務部 98 年 9 月 1 日法檢字第 0980035753 號函。

借募款、聯誼活動或其他相類理由，提供免費或自付額與成本顯不相當之餐飲或流水席」⁵⁵之行為是否構成賄選，則仍須視具體個案情形審慎依法認定之。對照司法院三十六年院解字第三七〇三號解釋更認為：「候選人於投票時以車輛接送選舉人，或為備餐而約其為投票權之一定行使者，自屬違法」、「單純動員群眾，以車輛載運往返競選活動會場」，則尚不足以構成賄選行為，檢方舉證責任、證明方法與法院判斷社會經驗、習慣之感受，對判決確信影響重大。院檢不同調，偵查資料如何在審判中被評價亦是重點，司法實務如何判斷對價關係一直備受關注。

對價關係之認定不逸於經驗法則，經驗法則，係指社會上一般人基於日常生活經驗認為當然之一定規則，而非少數人特殊行為之準則或個人主觀上之推測。如何使司法見解不致偏離社會價值與國民感情，符合立法者所代表之國民全體總意志與法律公平正義之本旨，反映我國司法審判制裁犯罪與人權保障之評價，得藉公民依一般社會認知之經驗法則參與刑事審判、討論、量刑，使判決不但合於法理且與一般社會法律感情相合，不致與社會常情脫節，另生情輕法重、或法重情輕之事。如以反映國民文化意識活動之賄選案件為國民參與刑事審判對象案件，當有助司法判決確認社會通念與社會價值與行為合理性，使規範內容之適用不致生立法與司法見解不同之落差，案件繫於公眾週知之社會事實及經驗法則基礎上，司法行為本於社會通念，參與公民不致因不知法律或不夠客觀而排斥參與刑事審判，亦是決定適用之對象案件不應忽略的問題⁵⁶。

第二項 從被告觀點分析適用類型

犯罪事實應依證據認定，證據之證明力，由法院本於確信自由判斷，但不得違背經驗法則及論理法則，刑事訴訟法第 154 條、155 條定有明文，經驗法則在

⁵⁵ 參考司法院 36 年院解字第 3703 號解釋、臺灣高等法院 85 年度上更（一）字第 582 號判決。法務部司法實務研究會第 52 期法律問題。最高法院檢察署編「檢察官查察妨害總統副總統及公職人員選舉有關刑事及選舉訴訟法令輯要」。98 年 7 月 28 日「研訂賄選態樣規範會議」結論。

⁵⁶ 參閱「司法院人民觀審制度調查之研究」民意調查報告書之研究結果顯示民眾認為自己不知法律嚴重影響參與刑事審判之意願。<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp>，最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。陳恭平、黃國昌、林常青，台灣人民對於國民參與審判之態度---以 2011 年《紛爭解決行為實證研究》預試調查結果為基礎，台灣法學雜誌，第 177 期，2011 年 6 月，15-27 頁。

訴訟法上之作用有二，一是認定法律，二是認定事實。何為合理證據、如何為合理判斷，缺乏客觀標準，若僅以審判者主觀的經驗而為裁判恐有擅斷之嫌⁵⁷。我國刑事訴訟立法例混合當事人對抗與職權特色，在卷證併送下，審理活動與起訴蒐證存在接力關係，如何使檢察官履行舉證責任，又不侵害被告受無罪推定保護之原則及其辯護權行使，兩造武器對等，有賴國家與公民共同衡平，使證據證明力由公民與法官互為擔保，建立發見真實的有效性。

特別是就對犯集會遊行案件之「被告」而言，被告之為被告，係其與國家、社會思想意思對立，從其防禦立場而言，被告係正當主張憲法保障之基本權，從檢方論告以觀，被告乃是平穩秩序的破壞者，訴訟主體相互在訴訟上的權利義務關係界限模糊，法律狀態浮動，更應予當事人辯論證據證明力之機會平等、客觀、合理，使當事人及其他訴訟關係人協助法院發見真實。故從保護犯集會遊行案件被告之觀點分析，其基本權行使的價值衝突，當力求排除審判者主觀國權經驗作用，以求客觀普遍之經驗支持，避免國權主導的審判態度。被告到底是合理主張權利還是會秩序對立者？公權力強行干涉權利行使是否合於比例原則？或公權力已干預個人表意自由，至應由公民與法官共同判斷事實與證據的適合程度，權衡個人主張表意自由的過程與法秩序衝突關係，被告是否已成為不利公共秩序之行為人，作成判決，謹慎避免審判者因職權認識，影響被告受公平審判權益，此外，從保護人民免於受公權力不當迫害之觀點，亦應由公民參與判斷執法是否與維持公共秩序的目的對稱，將集會遊行事件列入適用公民參與刑事審判案件，以求衡平判斷公共秩序之維護與個人表意自由。故本文從公民權具公共參與之民主特質，以及犯集會遊行事件之被告個人權利行使觀點，分析集會遊行案件適用公民參與刑事審判理由。

第一款 檢驗權利主張與社會失序之衝突

集會、遊行涉及集體意見的表達與溝通，其價值在於形成、表達政治意見的民主功能，但民主利益的法律基礎在掌權者行政權的規範內運作，使集會結

⁵⁷ 陳樸生，同前註 37 書，頁 430-431。

社權附麗於政治自由的法律保護而使實際適用充滿爭論⁵⁸。聚眾不解散不能視為示威，聯合國公民與政治權利國際公約明白規定第 21 條集會自由權，其實踐解釋係由人權事務委員會形成判例見解使之明確化，而人權委員會認為，集會遊行之申請，在 6 小時之前為通知即可⁵⁹。在我國犯集會遊行案件之被告尚有觸犯妨害公務、侮辱公署罪之虞⁶⁰，觀察 10 年來司法統計資料，妨害公務罪的科刑人數雖有起落，近年更迫近千人，成長態勢明顯⁶¹。

集會遊行被認為具有容易感染及不可控制的特質，對社會治安可能產生潛在威脅，何種情況謂係有明顯事實危害國家安全、社會秩序或公共利益定義模糊，有欠明確，且為保護國家安全而限制人民集會結社，就國際人權法層次而言，只有在整個國家遭受政治或軍事威脅嚴重之情況方得允許。例如在動盪不安的政治氛圍，證明其以暴力號召推翻政府或違反公民與政治權利國際公約第 20 條鼓吹宣傳戰爭煽動仇恨之規定⁶²，否則國家對任何集會採預防性禁止，應屬例外。事實上，集會必須構成對人、物、社會有具體威脅時方得限制，否則預防性禁止對民主社會是否必要不免令人生疑⁶³。特別是政府高權以武力驅散集會乃具最後手段性，此一手段須是所有溫和方式都不具成效時，方得依比例原則為之。刑罰效力強大非行政處分可以比擬，若因參與集會遊行被認定為係國家安全、公共安全或社會秩序之對立者，接受國家刑事審判，如何認定被告係依法行使權利，且非出於主觀判斷，至關被告權益保障，不應自由心證，造成審判之失出或失入，甚且可能淪為政治之工具，亦當非司法所願見⁶⁴。

我國集會遊行法第 11 條第 2 款規定：有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者申請室外集會、遊行不予許可。若對集會遊行之干預無須

⁵⁸ 集會自由曾係憲法審查的客體，參閱大法官釋字 445 號解釋。

⁵⁹ Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary 2nd Revised Edition 485 (2005).

⁶⁰ 相關實證研究參閱鄭善印、王家敏，集會遊行法修正案及相關判決之研究，警政論叢第 9 期，2009 年 12 月，頁 20。

⁶¹ 妨害公務罪第一審科刑人數 90 年為 943 人，91 年 866 人，92 年 846 人，93 年 548 人，94 年 694 人，95 年 760 人，96 年 823 人，97 年 873 人，98 年 900 人，99 年 995 人。

<http://www.judicial.gov.tw/juds/report/Sf-6.htm> 最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。

⁶² Manfred Nowak, *supra* note 59, at 490.

⁶³ 不予許可集會遊行之情形，參閱集會遊行法第 11 條規定。但大法官釋字 445 號認為許可制於偶發性集會、遊行殊無適用之餘地。

⁶⁴ 台灣高等法院 83 年度上易字第 5278 號判決參照。

明示，由行政機關根據一般法定授權獨立採取行政措施，使警察機關有權自行判斷、驅散威脅公共秩序和公共安全的示威遊行，並非具體適法。警察機關的行政裁量權擴大是因為對群眾惡性的恐懼，但是否允許為了國家安全、公共安全或公共秩序對群體集會自由施以限制，有必要就個案具體審查。防止混亂或犯罪並不同於公共秩序之保護，當參與集會、遊行之被告行使其集會、言論之權利與自由，被認定係國家安全、公共安全、公共秩序之對立者，必須接受刑事審判時，都應留予國家公民判斷，何為集會遊行所造成之不利益、是否為民主社會所得以忍受之範圍，加入一般社會大眾思維共同判斷有無危害社會秩序、妨礙公共利益、破壞公共秩序之情形，使司法判斷基準正當合理，確定具體法定限制、干預處罰之必要性及其類型，當可有效保護人民基本權不受公權力不當侵害。

大法官釋字第 445 號解釋肯定集會遊行許可制的合憲性，並強調集會遊行的「許可條件」不涉及集會遊行之目的與內容，那麼若純屬「時間、地點、方式之管理方式，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍」，此一論述非無批評，而批評亦非無據⁶⁵，集會自由是以行動為主的表現自由，對於不易利用媒體言論管道之眾人，為公開表達意見之直接途徑，集體意見之參與者使集會、遊行發展成「積極參與國家意思形成之參與權」，故兼有受益權之性質⁶⁶，也是必須被重視的公共事務參與途徑。國家除了承認集會結社權，更須保護集會結社權。違反集會遊行事件的法定刑多在兩年以下⁶⁷，在訴訟法上要發動刑罰權追訴集會遊行事件之被告，就法益保護的目的而言，如何明確、嚴格區別到底是國家侵害人民合法的集會結社權；或是參與集會遊行者危害國家安全、社會秩序、公共利益，違反法律規定，法律規範行為與社會事實的對立，使公民判斷成為價值保障與秩序維持的重要指標。

第二款 決定干預必要性與容認程度

⁶⁵ 廖元豪，敵視集會遊行權的集會遊行，月旦法學教室，第 58 期，2007 年 8 月，頁 6-7。廖元豪，把街頭還給基層異議者！—重省集會自由與集會遊行法，台灣本土法學雜誌，第 85 期，2006 年 8 月，頁 1-4。

⁶⁶ 大法官釋字 445 號解釋理由書。

⁶⁷ 集會遊行法第 29 條、30 條、31 條參照。

從實務判決觀察，集會遊行事件的被告被判有罪，多因三次不從警察舉牌警示次數，被訴犯集會遊行法第 29 條不依命令解散集會經制止而不遵從罪。然而同是三次不服舉牌行政處分，雖舉牌時間間隔不同，司法判決結果亦不相同，有擔心社會脫序，肯定警察執法「乃處罰其一再不遵從解散及制止之命令，如再放任而不予取締，對於他人或公共秩序若發生不可預見之危險」⁶⁸，亦有不同見解認被告無罪⁶⁹。舉牌間隔時間從五分鐘以下到六十分鐘以上⁷⁰，立法限制人民基本權利，限制之範圍，應求明確，以防止行政機關恣意擴充其界限⁷¹。集會遊行事件的被告與國家機器的地位客觀上除了對立，更不均衡，參與集會遊行是國家主權者的表意行為，如果主流的聲音與價值表現在立法，集會遊行表達的可能是另一制度化的公民主權活動，特別是以批判國家為主的公眾行為，由公民參與審判區別集會遊行係暴力或有其正當性，使法律不致成為鎮壓手

⁶⁸ 台北地方法院 96 年易字第 1801 號裁判：「郭○○因不滿美國在臺協會臺北辦事處處長楊甦隸，於民國九十五年十月二十六日公開發表要求臺灣在秋天之前通過軍購案之言論，竟基於集會之犯意，未向主管機關即臺北市政府警察局大安分局申請集會許可，……，以發表反軍購演說、表演行動劇等方式表達抗議，經臺北市政府警察局大安分局瑞安派出所副所長王○○依法於同日上午十時零五分許，第一次舉牌「警告」下令解散集會活動，並以擴音器告知行為違法，惟郭○○等人仍持續發表演說，同時於現場發送群眾抗議標語牌及香蕉，王○○乃於同日上午十時二十分許，第二次舉牌「命令解散」，並以擴音器告知行為違法要求解散，惟郭○○等人仍繼續發表演說及表演行動劇，且現場群眾情緒逐漸高昂，並向警方丟擲香蕉，王○○乃於同日上午十時三十分許，第三次舉牌「制止」，復以擴音器告知行為違法要求立即解散，郭○○明知該集會活動業經警方三次舉牌命令解散，仍率眾集結上址拒不遵從，直至同日十時五十分許活動結束，在場集結之群眾始逐漸散去。」；台北地方法院 94 年易字第 709 號裁判：「經主管機關現場指揮官即當時之中正第一分局副分局長王○○先後於同日中午十二時二十分許，以擴音器告知渠等三人行為已違反集會遊行法並舉牌「警告」；同日中午十二時二十五分許，再以擴音器告知行為違法並舉牌「命令解散」；同日中午十二時三十分許，以擴音器告知行為違法並舉牌「制止」後，均不遵從解散。」臺北地方法院 95 年易字第 617 號判決：「業經臺北市政府警察局中正第一分局仁愛路派出所副主管曹明德於九十四年七月五日十時五十五分許、及同日十時五十七分，先後二次舉牌「警告」、及「命令解散」後，因被告未遵守解散命令，經曹明德於同日十一時十五分第三次舉牌「制止」，被告復拒不遵從，仍率領現場群眾繼續舉行違法之集會活動，直至同日中午十二時二十五分，嗣潘○○宣布活動結束，在場集結群眾始陸續散去等情，認被告以前揭消極之不作為，拒不遵從主管機關所為之行政處分，而有違反集會遊行法第二十九條之犯罪故意。」臺灣臺中地方法院 92 年簡字第 147 號：「被告二人未經許可，於臺中縣政府前廣場之公共場所，首謀為室外集會之行為，經主管機關之臺中縣警察局豐原分局分局長三次舉牌制止、命令解散、制止，仍不遵從而繼續舉行集會，核均係犯違反集會遊行法第二十九條之罪」。

⁶⁹ 臺北地方法院 95 年易字第 617 號判決：「業經臺北市政府警察局中正第一分局仁愛路派出所副主管曹明德於九十四年七月五日十時五十五分許、及同日十時五十七分，先後二次舉牌「警告」、及「命令解散」後，因被告未遵守解散命令，經曹明德於同日十一時十五分第三次舉牌「制止」，被告復拒不遵從，……，認被告以前揭消極之不作為，拒不遵從主管機關所為之行政處分，而有違反集會遊行法第二十九條之犯罪故意」。本件被告獲判無罪。

⁷⁰ 鄭善印、王家敏，同前註 60 文，頁 18。

⁷¹ 李建良，論公益概念具體化在立法及法律適用上之原則，憲政時代 12 卷 3 期，1987 年 1 月，頁 86 以下。

法，可以和緩國家對集會遊行者的敵對意識，亦有助司法判決反應公眾對集會遊行事件的適法性認識。

本文認為，集會遊行事件的被告到底是主張個人權利，還是街頭暴民？參與審判的公民有必要就自身生存空間之平穩祥和、公平合理考量個人參與集會、遊行權利與其他法益間之均衡維護。確認何謂「已對公共秩序發生不可預見之危害時際」、「自我能忍受的公共秩序對立程度與不利益」；判斷國家是否尊重人民集會遊行之自由。公民親為見聞，認定檢察官如何舉證與案件有關之危害國家安全、社會秩序、公共利益之情狀證據，被告及辯護人辯解，證人到庭證述等一切程序與事證，判斷事實與證據適合程度，形成判決心證，使集會遊行案件之司法判決為公民社會共同支持，不致侵害人民合法權利之行使，使訴訟事實之界限與訴外事實之認識與判斷不生錯亂，自有助形成人民對法院裁判公正性感受。

第三項 從案件內容分析適用類型

參考司法院統計處按罪名分類公布之第一審刑事訴訟案件科刑人數資料，可以發現，近10年來妨害名譽及信用案件急遽增加，民國90年至100年間受科刑人數成長近三倍⁷²。妨害名譽及信用罪之犯罪態樣可分公然侮辱、誹謗、侮辱誹謗死者、妨害信用等四類，皆為告訴乃論案件，我國現行有告訴乃論罪與非告訴乃論罪，惟告訴乃論罪之分類無「客觀」之理由，觀其立法，本質上並非法律要件的解釋問題，而係與法律內涵結合社會、文化價值判斷問題，特別是在妨害名譽罪侵害他人自由或國家社會安全法益，必須以公權力干預時，係權利保障之實現對立衡平的價值判斷過程，主要在反射立法意志與司法解釋的調和適用。

為務實使適用公民參與刑事審判案量合理可行，並從案件性質內容討論適用公民參與刑事審判範圍，除前述目前地方法院收案量極大的妨害名譽案件應思考限於特殊妨害名譽案件，調整法院審理負擔之外，亦應以考慮案件性質內容為主，附加罪名法定刑輕重、被告所犯涉及死刑且影響國家主權，對社會深遠的特

⁷² <http://www.judicial.gov.tw/juds/report/sf-4.htm> 最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。

定案件問題等因素，因其具侵害性之社會事實關係，訴追犯罪的公共利益有公民參與審判之必要，說明適用理由，茲分別以案件內容涉及公共利益與可受公評之概念、法定刑內涵、影響國家社會深遠，為國民高度關心三大規範目的為立論依據，說明依案件性質內容分類，實質考量適用公民參與刑事審判之理由。

第一款 案件內容涉公共利益與可受公評之概念

公民與政治權利國際公約第 19 條表意自由(Freedom of opinion and freedom of expression) 之規範被認係公約核心，也是公約權利內涵保障的檢驗標準，更是公民參與自由人權保障的經典概念。同條第 1 項規定：個人有保持意見不受干預之權利 (Everyone shall have the right to hold opinions without interference) ，此一權利包括個人精神領域的意見自由與公共事務的表達自由。2011 年 7 月聯合國人權事務委員第 34 號評議再次強調；公民與政治權利國際公約之締約國無論於行政、立法、司法部門，乃至其他政府公權力都必須尊重表意自由，此構成國家義務，使個人與實體充分享有公約保障的表意自由⁷³。政治、科學、歷史、宗教道德在內之表意自由都必須受保護，若將此類表意自由犯罪化，將個人逮捕、羈押、審判、監禁，造成個人之污名化都有違公約人權保護原則⁷⁴，承繼國際法的人權保障基準，我國憲法第 11 條明文保障言論自由為人民之基本權，肯定意見表達屬主觀價值展現，必須確保言論自由之最大活動空間，特別是特定類型的妨害名譽罪曾為我國違憲審查的客體⁷⁵，妨害名譽罪之立法理念本於國民守法精神、對他人權利尊重之態度，更不許享有財富者即得任意誹謗他人名譽，故未將誹謗罪除罪化。如何使言論自由受最大限度之保障，而不致引發社會爭議，判斷妨害名譽與否的價值衡量的過程，必須妥慎區分不同的生活事實與社會發展狀況，調和言論自由之保障與個人名譽之維護。惟目前妨害名譽案件收案量對實務審理負擔極大，訴訟案量沉重，有必要將適用對象案件再予特定，調整篩選與公益無涉之案源，排除毀損、貶低個人名譽為目的妨害名譽案件，二來表現公民參與規範性構成要件，判斷社會文化價值之重大目的，應限於表意

⁷³ General Comment No. 34, CCPR/C/GC/34, para. 7.

⁷⁴ Mpaka-Nsusu v. Zaire, No. 157/1983; Primo Jose Essono Mika Miha v. Equatorial Guinea, No. 414/1990.

⁷⁵ 大法官釋字 509 號解釋。

事實在公共事務的範疇之內，且所涉與公眾利益相關之案件為適用，以求立法效益。

一、言論自由與個人名譽保護衝突問題

社會發展多元化，各種價值判斷之言論皆應容許發聲，不宜因意識型態預設立場，更不應運用公權力加以鼓勵或禁制，保全支持言論自由之市場機制，得辯明真理，此等言論若是對可受公評之公益事件為評論，縱然係對政府施政措施尖銳批判，不留餘地，仍應受憲法保障。蓋維護言論自由，促進政治民主及社會之健全發展，與個人名譽可能遭受之損失兩相衡量，顯然有較高之價值⁷⁶。是以案件內容性質與重大公共利益有關，特別是以媒體為被告之案件，為使媒體監督政治、社會活動之功能得以發揮，避免寒蟬效應，應由公民參與審判，衡量個案所涉憲法利益與社會利益衝突，確認立法者為兼顧言論自由與名譽權保護所創設之「真實性」及「公共利益關連性」兩項標準之法律保障如何，保留司法審查的空間，避免使法律的功能單純二分為開放或禁止。

妨害名譽類型之一的誹謗罪於刑法第311條訂有明文，係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由，目的即在維護善意發表意見之自由，賦予善意發表言論，對於可受公評之事為適當評論之絕對保障⁷⁷。強調「真實性」與「公益性」原則，是否成立誹謗罪，首須探究行為人主觀上究有無相當理由確信其所指摘或傳述之事為真實之誹謗故意，憲法對於「事實陳述」之言論，係透過「實質惡意原則」予以保障，對於「意見表達」之言論，則透過「合理評論原則」，而為實務所遵循，誹謗行為所引起的社會爭議，基本上屬典型的基本權衝突問題。而無論個人之言論自由或媒體之新聞自由皆係民主社會核心價值，二者分界如何、法律保障的內涵如何、乃至其真實性或公共性，皆容有廣大的裁量空間，特別是被告係新聞媒體從業者，具公共形象，其報導內容之真實性或公共性存有爭議，告訴人或原告無法同藉媒體力量及時反擊澄清⁷⁸，媒體傳播模式改變，傳播力量更是驚人，二十四小時持續播放的效果、乃至連續密集於期日間公開傳送訊資訊，其影

⁷⁶ 大法官釋字 509 號解釋吳庚大法官協同意見書參照。

⁷⁷ 誹謗罪實體法內涵複雜，其定位釋論，並非本文研究重點，本文以基本權衝突問題為立論基礎，分析公民參與判斷與公共利益有關之誹謗行為標準(Standards of Conduct)，謹此說明。

⁷⁸ *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 344 (1974).

響力與傳統印刷出版，隨手可得之傳播習慣是否能同等評價？或有切割討論之必要，是司法與時俱進，建立言論自由與個人名譽保護衝突問題受嚴格信賴之當代議題⁷⁹。從事件發生之時點與名譽受妨害者之回應，判斷「真實性」與「公益性」原則背後的邏輯意義，更有必要由公民衡量被告傳播媒體審查「資料來源」的時間流程，評價真實惡意與傳播出版習慣之關聯，所有情境條件對應的合理比例原則，確定言論自由與個人名譽有效保護之範圍。

要言之，言論自由之情節內容係反映國民文化意識的重要社會活動，而新聞媒體本應參與公共事務之監督討論，特別是在政治領域，媒體評論報導係基於監督公權力之行使；對公共事務、政府施政乃至公務員個人討論評價，攸關重大公共利益，故不應設限⁸⁰，惟媒體傳播效應無遠弗屆，撰文、刊登、公開討論未經查證虛實之內容而生貶損他人名譽之害，是否得主張屬新聞自由？或為監督公共事務乃至公眾人物，而默許誇大渲染⁸¹？實務認須有「相當理由」確信為真實，否則僅憑一己之見逕予杜撰、揣測、誇大，甚或以情緒化之謾罵字眼，在公共場合為不實之陳述，達於誹謗他人名譽之程度，即非不得以誹謗罪相繩⁸²。名譽係個人在社會生活中所受評價，基於公益與社會生活型態多樣發展情況之考量，如何謹慎區分不同的生活事實，進行細緻之權衡決定，更是言論自由與人格基本權二者衝突能否衡平，避免寒蟬效應的重要關鍵，若妨害名譽案件內容涉及公共利益或可受公評之公共議題，容許公民共同檢驗言論自由與個人名譽保護之衝突與限制，明確監督公眾應關心之事項，定位一般性事件與公益事件之分別，具權利保障之必要性。

⁷⁹ David A. Logan, All Monica, All of The Time: The 24-Hour News Cycle and The Proof of Culpability in Libel Actions, 23 U. Ark. Little Rock L. Rev. 201,212-213 (2000).

⁸⁰ 法治斌，新聞報導與誹謗罪：一個憲法觀點，收錄於人權保障與司法審查，1995年，頁71。

⁸¹ 臺灣高等法院96年度上易字第2306號刑事判決謂：「媒體或其從業人員，因係民主社會國家制衡其他三權之利器，本於監督公共事務與公眾人物之立場，更應受言論自由之保障，顧其無相同或類似於司法之調查權，倘其報導，確係基於某些聽聞得到之資訊，又有其他蛛絲馬跡可以印證，縱然事後查證結果，並不確實，仍難遽行推認其報導之初，係輕率不為查證，逕謂存心誹謗，而令負刑責。另參酌大法官釋字509號解釋文吳庚大法官協同意見書，「對於政府公共政策及政治人物之品操，縱然以不留餘地或尖酸刻薄之語言文字予以批評，仍受憲法言論自由之保障，無以誹謗罪相繩之餘地」。故衡諸本件被告之言論，雖有誇大渲染之情，要屬其個人公信、職業道德及新聞倫理問題，仍應可推定其所為之陳述，乃出於善意，並對可受公評之事為合理之評論，以期發揮監督公權力行使之目的，應為不罰。

⁸² 臺灣高等法院97年上易字第2181號裁判。

二、法官審理妨害名譽案件面臨之考驗

從訴訟法原理論之，事實有能證明其為真實與否之問題，所謂真實性之證明規定，屬刑事訴訟法上舉證責任倒置之特別規定，大法官釋字第509號解釋特別闡明國家維護言論自由之義務，刑法第 311 條規定之各該事由是否相當乃認事用法問題，為審理相關案件法院之職責，如何擔保無毀損名譽惡意而適當、合理、有據之言論、可受公評與公益有關之政府機關、法人、個人活動如果只取決於法官個人心證，是否是司法判決最有效可信的模式，值得討論⁸³。

立法者以事實陳述之「真實性」以及「公共利益關連性」兩項基準權衡言論自由之保障⁸⁴，惟言論自由乃人之外在表現自由，不免與他人之自由權利發生衝突，為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，言論自由亦有其界限，如何調和受害人之名譽，維持言論自由之適度活動空間，乃涉及利益、價值權衡比較，及何者優先受到保護，何者應居於退讓之地位，此問題反應於我國憲法下位階規範之刑法，即為刑法第 310 條及第 311 條之規定，首先對於公然侮辱人之言論以刑法第309條制衡；次為保護意見之公開、交流，僅在意圖散佈於眾，單純指摘傳述貶損他人名譽之事實時，始克成立刑法第310條之誹謗罪，至意見評論持平適當與否，應由社會大眾評價選擇⁸⁵。判斷誹謗罪首應辨別所發表者言論究屬「陳述事實」或「發表意見」，特別是妨害名譽的舉證責任乃訴訟法上證明之問題，原告與被告所負證明程度與標準，因原告是否為公務員、或是公共人物不易決定，乃至原告具公務員復為公共人物其雙重身分所負舉證責任之內容⁸⁶，言論自由對其人格身分之影響，更是法官審理妨害名譽案件面臨之考驗。

⁸³ 台灣高等法院 100 年上易字第 2598 號裁判：「參照釋字第 509 號解釋，行為人就其發表演論所憑證據資料，雖非真正，但其提出過程並非因惡意或重大輕率，而有相當理由確信其為真正，且應就所提出之證據資料，說明依何理由確信所發表演論內容為真實，始可免除誹謗罪責；若行為人就其發表演論所憑之證據資料原非真正，而其提出過程有惡意或重大輕率情形，且查與事實不符，只憑主觀判斷而杜撰或誇大事實，公然以貶抑言詞散布謠言、傳播虛構具體事實為不實陳述，而達於誹謗他人名譽程度，自非不得律以誹謗罪責。」

⁸⁴ 有關真實性證明之論述，參閱陳運財，刑事訴訟之舉證責任與推定，收錄於刑事證據法則之新發展--黃東熊教授七秩祝壽論文集，2003 年 6 月，頁 486-488；林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第 509 號解釋，台大法學論叢，第 32 卷第 2 期，2003 年 3 月，頁 67-104。

⁸⁵ 台灣高等法院 90 年上易字第 1390 號裁判。

⁸⁶ New York Times, 376 U.S. at 279 80 (holding that the public official plaintiff must prove falsity and actual malice); Gertz, 418 U.S. at 347 (requiring private figure plaintiffs to prove some level of fault

同具判例法系傳統的英美兩國，對妨害名譽罪的舉證責任規範並不相同⁸⁷。英國社會因襲封建傳統，向來階層分明，豁免王權不受批判，國會為政治、社會秩序之穩定，要求原告之舉證責任寬鬆，由被告負擔妨害名譽之舉證責任。而美國曾為英國殖民地，封建王權遺害殖民地避之惟恐不及，為確保個人言論自由、出版自由不受集權政府打壓，言論自由成為最優位之憲法價值，發展真實惡意原則，有關言論自由之真實推定，使原告負擔沉重舉證責任⁸⁸。惟如何界定原告與被告二者不同之證明方式，不能違反無罪推定原則，或將敗訴負擔之舉證責任轉嫁於被告，宜以證據之優越性為之⁸⁹，蓋刑事訴訟並無所謂舉證責任轉換問題，妨害名譽罪亦復如是，故英國已依實踐修正妨害名譽罪之舉證責任規範⁹⁰。為堅守憲法保障言論自由之精神，衡平個人人格名譽之保障，避免法院自由心證，出現審查擅斷之失，審理應注意如何以適正的程序調和基本權之保護，有關真實性部分被告之證明程度如何，所謂「確實之資料根據」是否具相當理由，實屬事實爭點，應援引公民意見，加入一般人之通常經驗判斷真實惡意之證據，更重要的，誹謗行為人在訴訟程序中為己所為之證明活動，無須與檢察官所負實質舉證責任相同，誹謗罪之被告關於刑法第310條第3項所定真實性之證明方法得自由證明，其證明程度以有相當理由確信其所指摘之事為真實為已足，此即無舉證責任轉換或背離無罪推定之問題⁹¹，故此證明活動必須審查明確的證據，決定真實惡意的證明標準，涉及要求原告證明被告以媒體公器為虛偽報導，具真實惡意，或與原告主張其言論為公眾所關心，對可受公評之事為適當之評論，建立評價證明妨害名譽之正當法律程序，至應有公民參與之必要。

從訴訟法證明觀點立論，妨害名譽罪多涉個人內心事實，無從以有形犯罪痕跡確知犯罪，證明之對象具消極、浮動、抽象特徵，而關於個人精神作用，難查

to recover, at least where speech is on a matter of public concern); *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767, 775, 777 (1986) (holding that plaintiffs in both public and private figure cases concerning matters of public concern bear the burden of proof of falsity).

⁸⁷ Elizabeth Samson, *The Burden To Prove Libel: A Comparative of Traditional English and U.S. Defamation Laws and The Dawn of England's Modern Day*, 20 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 771, 777-778 (2012).

⁸⁸ *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-80 (1964).

⁸⁹ 陳運財，前註 84 文，刑事訴訟之舉證責任與推定，頁 489。

⁹⁰ Elizabeth Samson, *supra* note 87, at 783.

⁹¹ 陳運財，前註 84 文，刑事訴訟之舉證責任與推定，頁 492-493。

於對外部事實認識、認識內容、認識程度⁹²。若從個案判斷，妨害名譽的訴訟模式更涉及不同的審查標準，結合國際法與比較法實踐之說理，歐洲人權法院更明白承認；價值判斷的真假無法證明⁹³，為避免名譽、隱私的價值標準限於審判者主觀認識，由公民參與認定證據價值之評價，應屬必要。法律釋義與審查標準的客觀性至應求諸國民文化意識，妨害名譽是否成罪，從案件內容分析涉及媒體、言論自由領域之界限與個人隱私權、名譽權之侵害判斷，若委由來自社區之公民依經驗法則判斷法律可以允許的干預目的，似較由職業法官審理認定更為妥適⁹⁴，審查言論自由權利保護的過程不應由法院獨立創設，特別是妨害名譽的範疇，難以建立一致性、有效性的規範，而應從正當法律程序思考定位言論自由，對客體提供實質保護⁹⁵，由公民擔保衡平審查言論自由真實陳述之責任，而非混淆視聽之妨害名譽言論，實是以訴訟程序支持言論自由之實體規範得以實踐之重要方法。

三、衡平公益性與真實性之判斷

除國際法與憲法理念之外，個人言論自由權之保障亦可分從刑事訴訟法與刑事實體法分別觀察其實踐條件。為體現憲法保障人民言論自由權利，立法者以刑法第 311 條規範以善意發表言論之各款情形，為誹謗罪之阻卻違法事由，然其是否基於善意，乃應就具體事件而為客觀之判斷，而非純就評論者或被評論者之立場判斷。除媒體對公共事務、公務員、公眾人物報導產生的妨害名譽及信用案件外，若該妨害名譽案件深具社會爭議，其所關涉非僅被告與告訴人之個人主觀感受，如何另從事件本身是否具有值得反覆討論，引以為戒的社會及歷史價值思考，而使判決意見寬容開放，使兩造躁釋矜平，從歷史與法律間

⁹² 陳樸生，註 37 書，頁 108。

⁹³ *Lingens v. Austria*, Application No. 9815/82, Judgement of 8 July 1986 In the Court's view, a careful distinction needs to be made between facts and value-judgments. The existence of facts can be demonstrated, whereas the truth of value-judgments is not susceptible of proof. <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/565> 最後瀏覽日 2011 年 8 月 4 日。

⁹⁴ 高雄地方法院 90 年易字第 1995 號判決：「言論自由為民主憲政與自由社會之基石，並以政治性言論尤甚，故法乃賦予政治性言論更寬的空間，所以政治性言論之內容，只要有證據顯示其具合理性能證明為真實已足，尚勿庸經法院嚴格之證明……」。

⁹⁵ Susan M. Gilles, *Taking First Amendment Procedure Seriously: An Analysis of Process in Libel Litigation*, 58 Ohio St. L.J. 1753, 1753-1758 (1998).

的關係判斷妨害名譽與否，更是艱難⁹⁶，依聯合國人權事務委員會第 34 號評議揭示：不得將書籍、報紙、影音視聽內容對歷史意見表達入罪化的見解⁹⁷。司法實務對個人行為合法與否、合於限制與否等判斷，實應容許公民參與評價表意自由對誹謗行為造成之威脅。

蓋誹謗行為是指「指摘或傳述足以毀損他人名譽之事」，至於所指摘或所傳述的事實，其真偽並非所問。但在具體個案中，被告對於指摘或傳述之事，在主觀上是否確信為真正，經常對誹謗犯意之認定造成影響，實務多要求被告提具證據檢驗是否該當誹謗行為⁹⁸，若被告所提證據具「相當理由」，則為無罪判決。被告之證明活動若以所提證據具「相當理由」，說服審判者，此相當理由之證據資料實有必要反映社會通念之客觀性，與真實性之證明負擔審查基準相同，避免真實性證明條款之解釋與適用與立法意旨分歧、傷害被告不自證己罪特權。

立法者對人格權、名譽權之保障必須注意對稱性原則，除給予受侵擾的個人人格名譽權益適當之保護，滿足國家履行保護義務的基本要求，另一方面亦須維持言論自由的適度活動空間，不得對其造成過度之干預限制，必須慎重判定價值權衡之標準⁹⁹。表意自由之保護範圍影響國家公民對公共事務之參與及其公民權之合法行使，維護公共表意空間本是民主法治社會對多元意見應有的尊重寬容態度，若濫用言論自由，已侵害他人自由或國家社會安全法益而須以公權力干預時，則係對言論自由限制的立法考量問題，承續大法官釋字 509 號之意旨，在具體事件中發生基本權衝突，尤其是在政治性領域對政府施政措施，縱然以不留餘地或嚴苛無情之批判，仍應受法律保障，否則將影響政治意見形成過程的根本重要性，國家應戒慎干預人民意見自由，故要能合理評論判斷案

⁹⁶ 台灣高等法院 88 年度上易字第 793 號判決：「…在記載本案判決的理由時，本院須就「歷史」與「法律」間的關係，揭示以下的意見，做為全案的判斷基準與說理……」；所謂「言論」在學理上，可分為「事實陳述」及「意見表達」二者。「事實陳述」始有真實與否之問題，「意見表達」或對於事物之「評論」，因屬個人主觀評價之表現，即無所謂真實與否可言。憲法對於「事實陳述」言論，係透過「實質惡意原則」予以保障，從未聞事實須區分法律事實與歷史事實，且審判所面對的事實本就是已發生的歷史事實，刑事追訴程序就是確定事實的歷史真實性的工具，法律說理評價的是事件而非時代，如此說理難以定紛止爭。

⁹⁷ General Comment No. 34, CCPR/C/GC/34, para. 12.

⁹⁸ 台灣高等法院 93 年度上易字 1486 號判決、台灣高等法院 92 年度上更（二）字 519 號判決。

⁹⁹ 大法官釋字 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書、吳庚大法官協同意見書參照。

件是否構成妨害名譽之依據，特別是對公務員、公眾人物、有關公共事務之討論，更有必要由公民參與審判，確定特定的干預之目的，此外，以媒體為被告之案件，影響日常意見之形成，其判斷不應排除公民之理解與認識，且此類案件多屬法定刑較輕之微罪，或處罰金、有期徒刑一年以下，法定刑最高的妨害信用罪也在兩年以下，似可仿效外國立法例，將此類微罪案件列入參審案件適用範圍，交由公民審理¹⁰⁰。

第二款 依法定刑輕重特定適用案件範圍

雖然各國公民參與刑事審判案件的適用範圍不同，但以重罪為陪審或參審案件的適用原則，可說是各國公民參與刑事審判制度的共同特徵¹⁰¹。司法院參酌各國立法例，彙整不同法域實踐資料，多年來陸續提出各種公民參與審判制度草案，規畫公民參與刑事審判，開啟刑事訴訟參與者改革的新課題。

對照司法院先後研議之國民參審試行條例草案、人民觀審試行條例草案可知，公民參與刑事審判案件採重罪適用原則，係司法政策一貫立場。司法慮及參與成本認為：公民參與刑事審判制度，在我國屬初步實行，適用罪名不宜過廣，爰明定限於地方法院第一審，經檢察官提起公訴之特定重大案件；以被告所犯最重本刑為死刑或無期徒刑之罪之案件，經檢察官提起公訴，且被告為無罪之答辯者，地方法院得依職權或當事人之聲請，裁定行國民參審¹⁰²。實務構想蓋因國民參與刑事審判被認係特別之訴訟程序，應僅適用於具爭執性之特定案件，若被告於第一次審判期日前，已為有罪之陳述者，排除不予適用國民參審制度，並規定限被告為無罪答辯者，始得開啟國民參審之審判程序，而國民參審案件之罪名，應以起訴書所載者為準，縱於依國民參審程序審理後，認定所犯非該條例規定之罪名，或被告於審理中為有罪之陳述，或案件有應為程序裁判之情形，均不影響國民參與審判程序之合法性，仍應依國民參審程序終結

¹⁰⁰ 法國、英國都設有專屬公民審理微罪之參審庭。See Sean Doran & Ruth Glenn, Lay Involvement In Adjudication, Research Report NO. 11, Review of The Criminal Justice System In Northern Ireland (2000) http://www.nio.gov.uk/lay_involvement__in_adjudication.pdf 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。

¹⁰¹ Ethan J. Leib, A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries, 5 Ohio St. J. Crim. L. 629 (2008).

¹⁰² 國民參審試行條例草案第 6 條、觀審試行條例草案第 5 條。

之¹⁰³。司法實務考量司法資源限制問題，支持重罪參審的理念也表現在現行研議的觀審試行條例草案¹⁰⁴，從刑罰權角度而言，被告所犯最重本刑為死刑、無期徒刑之罪，係被告與國家權利義務關係具體化、合理化之程序，為避免國家權利恣意行使濫用，重刑評價不應專斷，除犯罪事實有無，尚有情狀問題，如何使之周延詳密，作出公平裁判，係審判義務斷證結果，故重罪參審原則有助提昇司法信賴，亦非無可取。

參照我國司法統計依年別分類之地方法院刑事案件辦理概況資料，檢視新收與舊案累計積案量可知；收案量與結案數仍存有相當大的落差，若以普通刑法為限，將近 10 年地方法院刑事第一審案件終結罪名情形之分類表列分析¹⁰⁵，觀察被告被科處死刑或無期徒刑之罪者，其人數皆在百人以下，參考地方法院重大刑事案件裁判結果之罪名分類¹⁰⁶，重大刑事案件終結件數平均約 225 件，實頗契合司法院歷來研議相關公民參與刑事審判條例草案將案件限縮適用之意旨，如何使現實司法資源得以支持公民參與刑事審判制度之實踐，有效落實重大案件集中審理、進行交互詰問，應是司法實務評估運作是否可能、得收成效的重點。若案件全面適用，不予設限，尚非現行審判實務得以支應，故司法政策為司法利益，理性選擇特定重罪為適用對象，以限縮適用為務實考量，可以理解，但限縮適用是否應由重罪先行試辦，仍有其他問題因素須一併考量，確保議案之可行性。

地方法院重大刑事案件裁判結果：以死刑與無期徒刑之裁判結果為例¹⁰⁷

年度	死刑人數	無期徒刑人數	合計
----	------	--------	----

¹⁰³ 2006 年 12 月擬訂「國民參審試行條例」草案初稿，隨後舉行相關公聽會。國民參審試行條例草案（稿）立法說明參照。國民參審試行條例草案（稿）第 6 條立法說明參照。

¹⁰⁴ 觀審試行條例草案第 5 條。

¹⁰⁵ 參閱司法院司法統計年報資料 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。

¹⁰⁶ 地方法院重大刑事案件若以普通刑法為限，罪名包括強制性交猥褻而故意殺被害人(226-1)、強制性交猥褻而致被害人於死(226.1)、殺人既遂(271.1)、殺害直系血親尊親屬(272.1)、強盜結合罪(332)、擄人勒贖既遂罪(347.1)、擄人勒贖既遂而致人於死或重傷(347.2)、擄人勒贖結合罪(348)。

¹⁰⁷ 資料來源：司法院司法統計年報資料 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>，最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日，合計部分為作者自行累加。

100年	7	42	49
99年	7	53	60
98年	7	76	83
97年	8	112	120
96年	6	127	133
95年	5	176	181
94年	26	238	264
93年	27	188	215
92年	41	179	220
91年	28	114	142

地方法院重大刑事案件裁判結果（終結件數）按罪名別分類¹⁰⁸

年度	強制性 交猥褻 而故意 殺被害 人 (226-1)	強制性 交猥褻 而致被 害人於 死 (226.1)	殺人 既遂 (271.1)	殺害直系 血親尊親 屬(272.1)	強盜 結合 罪 (332)	擄人 勒贖 既遂 罪 (347.1)	擄人 勒贖 既遂 而致 人於 死或 重傷 (347.2)	擄人勒 贖結 合罪 (348)	合計
100年	1	1	119	7	24	6	-	2	160
99年	3	-	125	5	25	8	-	1	167
98年	1	-	152	3	28	19	-	1	204
97年	2	-	147	9	33	24	-	2	217
96年	3	1	191	3	42	27	1	-	268
95年	-	-	181	3	49	35	-	3	271
94年	4	1	178	3	45	35	2	5	273

¹⁰⁸ 圖表內容之分類限於犯普通刑法之罪名案件。

93 年	4	1	166	4	50	27	-	5	257
92 年	11	1	224	5	55	44	-	3	343
91 年	5	2	191	2	28	25	1	1	255

第四項、從司法審查與司法資源觀點分析適用類型

從司法資源觀點分析適用類型首應注意質(Qualitative)與量(Quantitative)兩大要素，考量有限的司法資源分配案件適用類型，強化公民參與刑事審判之效果。質的部分應依適用目的、案件性質特徵為分類，補充實務實踐爭議，避免證據價值之認定、判斷流於司法主觀之失，強化司法公信，而能妥速審理，量的部分則應依訴訟經濟，合理評估法院收案量、處理案件時間負擔問題，謹慎排除可能不利實務運作之風險。

92 年 9 月刑事訴訟制度新增簡式審判，93 年 4 月開始實施認罪協商程序，以求加快地方法院刑事案件審理速度，案件平均結案日數亦有遞減現象¹⁰⁹，雖然收案量起落不定，變化極大，但收案量不斷成長係不爭事實，且收案、結案之間非依自然定律得以調整，實務運作上收案量與結案件數存在相當落差。司法院統計年報資料顯示；近十年來，地方法院一般刑事案件收案量都在二十萬件以上，近年更是屢創新高，99 年地方法院刑事新收案件數總計達 439,733 件，100 年之新收案件數更高達 443485 件¹¹⁰。而為維護刑事審判之公正、合法、迅速，保障人權及公共利益，確保程序公正適切，妥慎認定事實，維護當事人及被害人之正當權益，我國於 99 年實施刑事妥速審判法，規範自第一審繫屬日起已逾八年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，經被告聲請，法院審酌是否因訴訟程序之延滯，或因被告之事由、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係、其他與迅速審判有關之事項得酌量減輕其刑¹¹¹，以求具體實踐迅速審判的作為、救濟訴訟程序不當遲延。如何使第一審事實審審判具實效性，刑事妥速審判法成為正當法律程序的保障機制，面對收案不斷

¹⁰⁹ 參閱司法院司法統計年報資料 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。近五年地方法院刑事案件平均結案日數由 95 年之 66.9 日逐年下降至 99 年之 57.9 日。

¹¹⁰ <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。

¹¹¹ 刑事妥速審判法第 7 條。

成長的變數，個案特質、犯罪情狀，錯綜複雜，要將審判期日之計算量化，合理控制，困難重重。如何堅持公平審判的精神，妥速審理案件，成為第一審法院實踐妥速審判法的壓力。

第一款 法制沿革與適用展望

從法制史查考，1906 年沈家本、伍廷芳草擬之「刑事、民事訴訟法」260 條，其中即曾包括陪審員專節 27 條，惟此立法鮮少客觀實施結果供後世評價¹¹²。觀察法制發展歷程，南京國民政府以政治競爭為目的，曾於民國 18 年（1929 年）公布施行「反革命案件陪審暫行法」共 28 條。在「暫行反革命治罪法」施行期間之「反革命案件」¹¹³，適用該法規定。實際法制運作為期 3 年，此一期間以法律手段定義「反革命」，係政權掌控統治的工具，以特定「反革命案件」適用陪審制進行審理程序，處理政治犯，可說是以法律手段保衛政權合理化的作為。「反革命」案件的政治意涵使反革命案件陪審暫行法採「黨員陪審制」，限定「25 歲以上的中國國民黨員具有陪審員資格」¹¹⁴，此種政黨推薦模式參與司法方式，雖亦散見於歐陸國家的公民參與刑事審判制度，但以黨員對黨的忠誠與黨義認知，判斷「反革命」的刑事審判法制，顯見陪審員的主觀工具性強烈，與基於普遍性公民權保障的集體司法參與本質不同。使反革命案件陪審暫行法，雖有陪審之名，但政治性格強烈，司法色彩稀薄。

時空變化倏忽百年，政治威權瓦解，經濟型態消長，世界各國法律傳統都受到民主制度人權保障思想的挑戰。本文無意深論政治與司法的關係，或政治刑法的發展，掌權者將政治反對勢力、政治異議分子視為仇寇威脅，透過對立法掌控，鎮壓異己，立法入罪，將之定位為反對顛覆政府的政治犯、思想犯，施以刑事制裁的刑法規範。但仍須說明，內亂、外患罪犯罪行為所涉及之受害主觀範圍廣大，造成社會動盪，製造法律不容許之風險，其對立之對象既是國家機

¹¹² 參閱「我國刑事訴訟法可否部分採酌陪審制度」座談會中姚瑞光發言，法律世界，II 期，64 年 11 月，頁 21-22。

¹¹³ 凡以破壞國民革命為目的，而對國民黨及國民政府有敵對或謀叛之行為者，為反革命罪。參閱廣州國民政府反革命裁判條例第 1 條之規定。

¹¹⁴ 相關論述參閱劉恆奴，革命/反革命—南京國民政府時期國民黨的法律論述，收錄於 2008 法律思想與社會變遷，王鵬翔主編，中央研究院法律學研究所籌備處（專書）7，2008 年 2 月，頁 255-304。

器，也包括社會公序，屬侵害國家法益之特別類型，惟國民安全是否等同於國家安全；對人民基本權之行使產生影響，容有公民參與審查之必要¹¹⁵，一旦法律秩序與政治統治行為的規範關係可能面對衝突之時，被告被控以違反法律秩序之方法顛覆政府，以司法解決內亂、外患罪，係具政治色彩之價值判斷，司法立場動見觀瞻更須慎斷。

反對政府體制是否即反對國家，或只是個人表意自由之方式，有思想規範之疑慮，必須一併須注意內亂、外患罪採取的暴力行為可能威脅國土安全 (Homeland Security)¹¹⁶、外國勢力、境外敵對勢力從事破壞行為、恐怖活動有危害國家安全之虞 (National Security Threat)¹¹⁷，革命、反革命乃至恐怖活動、反恐怖主義無疑反映國土安全、國家安全概念維護的詮釋思維變遷，當前國際恐怖主義毀滅性強的暴動行為跨國蔓延¹¹⁸，反恐怖活動為當今國際社會高度重視，也成為社會潛在之高度風險，各國對恐怖活動莫不戒慎恐懼以保護公民安全¹¹⁹，內亂罪、外患罪為維護國家領土安全秩序之法規範，從傳統到現代，再次見證時代發展對司法實務運作認定傳統與非傳統「動搖國本」、「威脅國家生存」之行為客體其政治目的、訴諸暴動之犯罪，法律解釋適用之挑戰。在當代國土安全維護概念之下，內亂、外患行為衝擊社會秩序，國土安全並與重大公共利益有關，被告若犯內亂、外患罪，雖係直接侵害國家法益，其受害者將是無可數計的公眾，乃至於社會安全，為維護公共秩序，堅持法律制度運作之常態，調和國土安全，國家安全與人權保障，累積公民社會風險共同管理的法律經驗，應對照比較法之實踐，有必要使內亂、外患罪受國家公民共同監督審查，形成裁

¹¹⁵ 蕭淑芬，反恐、國安與人權保障之衝突—日本相關法制之制定及其爭議，月旦法學，第 132 期，2006 年 5 月，頁 65。

¹¹⁶ 刑法第 100 條，意圖破壞國體，竊據國土……。

¹¹⁷ 刑法第 101 條，以暴動犯前條第一項之罪……。

¹¹⁸ 張中勇，美國「九一一」事件後國土安全作為對台灣安全的啟示，<http://www.taiwanncf.org.tw/seminar/20021020/20021020-4.pdf> 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。Neil Vidmar, When All of Us Are Victims: Juror Prejudice and 'Terrorist' Trials, 78 Chi-Kent L. Rev. 1143 (2003). 反恐戰爭、社會風險與司法政策，三者互為因果，為社會實體共同承受，論述參閱李佳玟，風險社會下的反恐戰爭一文，收錄於在地的刑罰·全球的秩序，元照出版，2009 年 1 月。

¹¹⁹ 國土安全問題為國際社會高度重視，而國土安全、國家安全係為公民保護(Civil Protection)之重要國家政策，相關論述 Justice, Freedom and Security in Europe since 2005: An extended report on the evaluation of the Hague Programme http://www.europa-nu.nl/id/vi7jgtc28pyu/justice_freedom_and_security_in_europe 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。

判確信¹²⁰。

第二款 地方法院實務運作問題分析

司法若認公民參審者係自一般國民中選任產生，不宜課予過多、過重之負擔¹²¹，卻又規畫將被告所犯最重本刑為死刑、無期徒刑之案件適用公民參與刑事審判制度，顯未慮及公民參與者深層心理壓力問題。但從地方法院收案量交叉比對參考重大案件結案、收案情形¹²²，研議重罪先行適用公民參與刑事審判之構想，確實因案量較少，而有對地方法院運作影響衝擊較小之優點，惟處理案量負擔外，仍須一併注意地方法院審判實務如何與現行訴訟制度嵌合之問題。基於建立堅強的第一審為事實審中心之理念，要採公民參與重罪刑事審判，準備程序、集中審理必須嚴謹，而非限縮公民參與權限。第一審法院一定要落實集中審理，否則審判期日可能因之延展，案件審理終結所須日數是否因之延長亦未可知¹²³，而無論輕罪或重罪，若係被告對案件有爭執之「疑案」，特別是重罪「疑案」，程序公正適切、妥速正確審判，復使被告心服，社會信任，三者不可或缺。

重罪疑案終結案件所須日數更難預估¹²⁴，若是「重罪」復屬「疑案」，因當事人對犯罪事實成立與否有爭議，案件經有罪判決確定，被告受處重刑的可

¹²⁰ 基於保護人民免受公權力不當迫害之觀點，有必要將內亂、外患罪案件列為公民參與刑事審判之對象案件。參閱陳運財，註 5 文，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度；Peter Duff, *The Limitation on Trial By Jury*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 604 (2001); Peter Garde, *The Danish Jury*, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 87 (2001).

¹²¹ 觀審試行條例草案第 6 條立法說明參照。

¹²² 司法統計資料 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。

¹²³ 參考司法院司法統計年報資料，終結案件中平均一件所須日數：2001 年為 94.84 日，2002 年為 95.51 日，2003 年為 92.46 日，2004 年為 75.16 日，2005 年為 73.22 日，2006 年為 66.90 日，2007 年為 62.93 日，2008 年為 61.68 日，2009 年為 61.46 日，2010 年為 57.86 日。結案件中平均一件所須日數雖在 10 年之間明顯縮短，但近 5 年地方法院刑事訴訟案件上訴維持率除 96 年微幅下降外，整體而言仍呈遞增趨勢，98 年 73.2% 為近 5 年之新高，99 年略降為 70.8%。

¹²⁴ 觀審試行條例草案第 6 條雖規定行觀審審判之案件，案件情節繁雜或需高度專業知識，非經長久時日顯難完成審判，法院得依職權或當事人、辯護人、輔佐人、觀審員、備位觀審員之聲請，於聽取當事人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定不行觀審審判。但此規定賦予法院過大的職權裁量空間，實與重罪參審理念相違，在被告不認罪之情況下更有必要付交公民參與刑事審判，以彰顯司法對事實認定、法律之適用及量刑之公正，而利制度推行。

能性極高，影響當事人權利甚大，若只為訴訟經濟將重案交付公民參與審判，為求「妥速審判」，未能確保正當程序，判決結果未為當事人、社會共同接受，當事人不服上訴，反而更增司法成本。若公民參與者之任務為參與審判、中間討論，終局評議，並就事實之認定、法律之適用及量刑陳述意見，審判期日長短、結案期限、司法成本、資源分配等相關問題都不能輕忽，制度推行之初，採重罪適用原則，若使法院職權排除受重罪起訴之疑案，恐使「信賴司法」、「提昇人民對法院裁判公正性之感受」之制度立法目的、理想，成為陽春白雪，不得不慎。

法與時俱進，曾有司法研究認為刑事案件因法律修正致地方法院各類案件收案量互有消長，歸因於刑事公訴新收案件占第一審訴訟案件約為 94%，刑事起訴率過高，係部分當事人濫訟，故除研修制度、提升功能外，對於新興增加之量多額少案件當另尋他途處理¹²⁵。刑事案件遽增為原因複雜，基層法院收案總量不能管控，起訴審查範圍如何、起訴門檻不明、起訴審查證據法則適用、證據補正問題，易生實務運作之困擾與審檢爭議¹²⁶，冰凍三尺非一日之寒，社會生活型態改變，地方法院案件審理負荷日益沉重乃屬事實，審判品質與審判期日延宕不但對當事人訴訟權與上訴審同生影響，司法體系如何兼顧程序正義與實體正義，達成公平審判的任務，一直是各界矚目焦點，特別是收案與結案不可能自然調整平衡，以 2010 年地方法院實務運作為例，2010 年地方法院刑事第一審終結被告人數為 198,159 人，依罪名別排序以妨害風化罪所占比率 1.31% 為最低¹²⁷，被告人數 2599 人，終結件數為 1930 件¹²⁸。刑法第 16 章之 1 妨害風化罪共有條文 7 條，何以妨害風化罪之結案率偏低，原因不明，不過風化罪章中涉及強制猥褻、公然猥褻、猥褻物品涉及規範性構成要件要素之認定問題，時引社會議論卻也是不爭事實。

¹²⁵ 司法院近五年訟源消長之探討 http://www.judicial.gov.tw/juds/1_source5.htm 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。

¹²⁶ 陳運財，起訴審查制度之研究，月旦法學雜誌，第 28 期，2002 年 9 月，頁 28 以下。

¹²⁷ <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。

¹²⁸ 依司法院統計處 101 年 3 月 5 日函復研究者之說明；謂結案之定義參照依民刑事事件編號計數分案報結實施要點第 69 條之規定，法院依法報結對於被告為科刑、免刑、無罪、免訴、不受理及管轄錯誤之判決、檢察官於第一審辯論終結前者撤回起訴者之第一審訴訟案件。各罪名別比率計算方式為各罪名別占總被告人數之比率，僅列出所占比率較高的前十大罪名，其餘歸入其他。計算方式：妨害風化罪 被告人數 2,599 / 總被告人數 198,159 x100 =1.31% <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。

一、司法與社會文化價值判斷落差問題

近十餘年來性犯罪議題時引社會關注，相關法條也因此多次修法，究其原因，實因性犯罪型態不同與以往，而人民對妨害風化之內涵與保護法益亦有不同理解所致。實務認定紊亂，判決時生爭議，故有修法之議，進而引起立法討論¹²⁹，實務卻又因修法產生適用爭議，修法、執法與社會法感情難脫干係，本文無意就實體法規範猥褻之構成要件其法律釋義深入論述，但從司法體制之觀點與其因社會壓力而形成刑事司法決議，解釋猥褻¹³⁰，不如思考「風化」到底是一種社會價值標準，還是一個法律命題，特別是性騷擾防治法將乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為，明列為性騷擾之行為態樣，如何證明「猥褻」；或是認定是「性騷擾」；「強制猥褻」與「性騷擾」二者如何區別，實務認定並不一致，同樣是「其他違反其意願之方法」，說理亦有不同；有認為「...由於行為人採取了此等強制手段、造成被害人不得不屈從的情形，從而對被害人進行性侵犯的行為，強制猥褻規定的行為不法內涵與刑度才得以相當。

職是，若加害者係對被害人施以輕微性侵害行為，且於瞬間結束，此種手段的實施是一種相對短暫、被害人無從立即反應的情形，等到被害人發覺被侵犯時，該侵犯行為多半也已結束，即與強制猥褻罪之構成要件不符，無法以強制猥褻罪相繩。而「性騷擾防治法」既已將乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為，明列為性騷擾之行為態樣，自應認定為性騷擾行為。」¹³¹，亦或認之「其他違反其意願之方法而為猥褻」並不以類似於該條項前段所列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等方法為必要，只要行為人以任何違反被害人意願之方法而為猥褻之行為者即屬之」¹³²。本文建議，流動性的猥褻意念應由國民文化意識填補解釋，將「風化」爭議案件類型化區分，回應公民參與刑事審判立法目的，使公民依經驗法則、論理法則辨明情況與供述，協助確定社

¹²⁹ 陳子平，台灣刑法有關性犯罪修改的相關議題，法學新論，第 18 期，2010 年 1 月，頁 19-21。

¹³⁰ 最高法院 99 年度第 7 次刑事庭會議決議、最高法院 97 年度第 5 次刑事庭會議決議。

¹³¹ 臺灣高等法院臺中分院 96 年上易字第 529 號刑事判決。

¹³² 臺灣高等法院臺中分院 92 年上易字第 1066 號刑事判決。

會行為事實評價，擔保認定事實所憑之證據與其認定之理由，非出於事物之偶合或個人主觀推斷，而與事理有違。

二、公民參與反應社會通念

有關風化之罪係因妨害風化，破壞社會性價值秩序，具倫理可非難性。然隨社會發展、風俗變異，使「風化」成為不確定的法律概念，如何認定時有不同，判斷是否妨害風化不能一成不變，尚須兼顧公序良俗，為使社會風化與法律明確性原則相符，猥褻多次成為司法審查之客體¹³³，與猥褻有關之規定分見於妨害性自主罪章與、妨害風化罪章，猥褻與否的論述脈絡，不易判定，且更應避免司法抽象說理流於恣意，否則只會製造不同認定標準的判決，使不確定的定義要素演繹不明確的概念，形成司法詮釋與社會通念之落差。

司法不足勝任定義「風化」、「猥褻」的普遍標準¹³⁴，文化本不應有霸權主流，但在多元社會文化中，所謂普通一般人的感受不容易確定，如何使社會多數人的普遍認同具體化，當可藉由公民參與刑事審判，反應通常經驗法則，檢驗何謂侵害社會共同價值秩序之猥褻行為，確認其是否為受規範者所得預見，從公民認知的社會行為了解「猥褻」，何為社會集體所容許與不容許，使猥褻行為客觀反應社會通念，並在司法領域形成公民認同之社會基礎。雖然司法資源有限，但刑事訴訟除定紛爭止爭之外更須公平、公正、發見真實，如果疏導訟源也是刑事訴訟制度改革的課題之一，衡平訴訟經濟與司法正義的兩難，絕非以限制輕罪上訴為手段即能達成所謂維持法安定性，而所謂法安定性亦非堅持訴訟法制不變就能永續，聽訟的本質不在擁有主觀的法律專業為判斷，而是維持價值中立態度超然¹³⁵，參考司法院公布之近 5 年高等法院刑事第二審案件終

¹³³ 大法官釋字 623、617、407 號解釋參照。

¹³⁴ 至少美國司法是很懇切的承認各州的公共意象標準不同，不能強制求取一致性標準。Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973) at 32;33. The Court stated that "[i]t is neither realistic nor constitutionally sound to read the First Amendment as requiring that the people of Maine or Mississippi accept public depiction of conduct found tolerable in Las Vegas, or New York City." "People in different states vary in their tastes and attitudes, and this diversity is not to be strangled by absolutism of imposed uniformity."

¹³⁵ 王兆鵬，台灣刑事訴訟法制之回顧與前瞻，律師雜誌，第 273 期，2002 年 6 月，頁 30。

結情形可知，若非修法之故，撤銷原判決所佔比例仍高於駁回上訴之比例¹³⁶，在司法人力資源有限情況之下，起訴審查機制無從發揮，又無法限制第一審收案量，司法體系如何有效疏導訟源，仍可從案件內容本質為類型化分析，另尋他途有處理訟事。

就妨害性自主罪章與妨害風化罪章所規範的犯罪類型看來，與猥褻有關的犯罪案件極多¹³⁷，猥褻之文義解釋時有爭論，實務除文義解釋，又以體系解釋、立法解釋及歷史解釋支持法律見解，但社會卻常對法官認定的猥褻、強制猥褻之程度與不確定性充滿疑惑不滿¹³⁸，當司法說理釋義不足以說服社會大眾，如何將社會通念表現於司法裁判，成為公民參與刑事審判的理性目的，司法政策實可擇定認定時引社會爭議之強制猥褻案件，由公民參與審理，支持立法意志，充分反應社會通念。蓋是否屬猥褻、是否有傷風俗、強制程度、實施手段之判斷，無不涉及主觀感受，是故強制猥褻之輕重、情狀之心證宜由公民與法官共同評價形成。且「猥褻」本質上非法律要件之解釋，而是評價性之不確定法律概念，構成猥褻，係於規範性構成要件的判斷，隱身法條背後尚有立法意義、社會感情與文化價值判斷問題，應尊重社會多數共同價值所為之判斷，如何「依當時之社會一般觀念定義猥褻」，可將評價任務交付公民，由公民依據「一般人」的觀念、當代價值，判斷個別案件的事實態樣，衡酌具體案情，決定入罪之必

¹³⁶ 近5年高等法院刑事第二審案件終結情形，於95年至96年間，以撤銷原判所占比率最高，96年撤銷原判比例高於駁回上訴11.5個百分點，然96年7月因刑事訴訟法增訂上訴書狀應敘述具體理由，上訴書狀所敘理由非具體，法院應以判決駁回之，致97年駁回上訴比例大幅上升，99年達53.85%，撤銷原判及撤回上訴比率則分別為38.09%、7.90%。
<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 最後瀏覽日2013年1月12日。

¹³⁷ 參考99年地方法院刑事第一審案件裁判結果按罪名別之分類；妨害性自主罪終結件數為1669件，其中強制性交猥褻終結件數為1648件、強制性交猥褻之殺人或重傷害終結件數為3件、妨害風化罪終結件數為1930件、意圖營利性交猥褻罪有1580件，製造散布持有陳列猥褻文字圖書物品則為301件。

¹³⁸ 刑法強制猥褻罪之成立，以行為人施以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反被害人意願之方法，作為構成要件。所謂「其他違反其意願之方法」，係以足以造成被害人性決定自主意願受妨害之任何手段、方法均屬之，已如前述。但行為人之求歡試探舉動，倘於客觀上不能認為足以造成被害人性決定自主意願有所妨害時，要屬性騷擾之範疇，尚無逕以上揭刑責相繩之餘地（最高法院95年度臺上字第908號判決意旨參照）。「行為人係以猥褻手段但不具強制性。若加害者係對被害人施以輕微性侵害行為，且於瞬間結束，此種手段的實施是一種相對短暫、被害人無從立即反應的情形，等到被害人發覺被侵犯時，該侵犯行為多半亦已結束，即與強制猥褻罪之構成要件不符」。98年簡上字第532號參照，強制猥褻亦可能涉及被害客體意思能力有無之判斷，參閱100年台上字第6267號，其他相關判決參閱93年度訴字第1042號裁判、93年度訴字第1042號裁判、95年度訴字第238號裁判。

要性。

第五項 國際法對國內刑事司法之影響

公務員貪瀆犯罪以不同的方式，穿越古今依存於不同的社會，其成因多樣複雜，本就是比較法上廣受討論的議題。如何定義「貪污」依文化內容與社會經濟實體發展狀況而不同。國際反貪污組織將「貪污」定義為：「濫用公權力以謀取私利」(the misuse of public power for private profit)¹³⁹，公務員貪瀆犯罪的成因多樣且複雜，早期國際法上之貪污罪研究多側重於賄賂罪(Bribery)¹⁴⁰，從供給與需求兩方面進行立法防制¹⁴¹，同步規範供給(Bribe-Givers)與取得(Bribe-Takers)之行為人¹⁴²。在國際法上賄賂罪不但排除競爭、造成壟斷，更阻礙企業跨國投資意願，隨公務員貪瀆行為跨國牽連的趨勢發展，國際法國內法化影響日深，無論實體法及程序法之規範均應就立法特徵思考實踐效果。

特別是貪污的範疇比賄賂更為廣，內容包括政治壓力、社會影響、心理強制及其他敲詐勒索(Extortion)¹⁴³。應注意貪污未必是金錢利益的取得，更可能由個人藉權力濫用而獲利¹⁴⁴，因此國際反貪污組織將貪污界定為：「濫用受委託權力謀取私利」(the misuse of entrusted power for private benefit)。在此定義之下，「貪污」涵蓋任何濫用職權獲取不當利益之行為¹⁴⁵，滋養社會階層發展的不

¹³⁹ 國際反貪污組織又稱國際透明組織(Transparency International, TI)，該組織試以跨國實證分析建立貪污指標，對貪污定義有所調整，參閱 OECD 網頁 http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/296/Transparent_tables.html 最後瀏覽日 2011 年 3 月 9 日。

¹⁴⁰ James Wolfensohn, Plenary Address at the 9th International Anti-Corruption Conference 3 (Oct. 10, 1999) (noting that corruption was the unspoken "'c' word"), available at http://www.transparency.org/iacc/9th_iacc/papers/day1/plenary/dnld/d1pl_jwolfensohn.pdf 最後瀏覽日 2013 年 1 月 12 日。Alan Doig, Dealing with Corruption: The Next Steps, 29 Crime L. & Soc. Change 99, 100 (1998).

¹⁴¹ Steven R. Salbu, Symposium Fighting International Corruption & Bribery in the 21st Century: A Delicate Balance: Legislation, Institutional Change, and Transnational Bribery 33 Cornell Int'l L.J. 657, 658 (2000).

¹⁴² Id. at 674-675; 685.

¹⁴³ Id. at 686-687; Lawrence W. Newman, The New OECD Convention and Bribery, N.Y. L.J., 3 (1999).

¹⁴⁴ David H. Bayley, The Effects of Corruption in a Developing Nation, 19 W. POL. Q. 720 (1966) Bayley, (defining corruption as the "misuse of authority as a result of considerations of personal gain, which need not be monetary").

¹⁴⁵ Saladin Al-Jurf, Part Two: Citizens, National Governments, and International Financial Institutions: Changing Conceptions of Development in the 1990s, 9 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 193, 196

公平與不正義，侵害國家提供基本行政服務及施政能力，不透明的公共行政無法使人民有效獲利，更嚴重的還可能造成跨國投資怯步，全球化系統性影響及超國界犯罪流動擴散快速，迫使各國政府共同面對貪污犯罪國際化問題，形成共識，以國際合作締結多邊公約之措施，提出立法建議，制定法律上推定貪污犯罪類型，跨國打擊貪污犯罪，從憲法維護正當程序及國際人權法的觀點，國際法架構對貪瀆犯罪之重視已影響國內立法與實務實踐，不容忽視，本文無意探討國內法中公務員執行職務過程涉及侵占及賄賂等實體犯罪類型規範，另從國內法立法受國際法影響之因素，思考程序法原理與貪瀆犯罪之偵查及追訴程序的正當性及有效性對被告權利侵害可能性，論述適用公民參與公務員濫用職權、貪瀆案件之必要，有助衡平可能侵害被告不自證己罪之特權，調校官官相護的刻板印象。

第一款 聯合國反貪腐公約對國內法貪瀆罪之擴散效應

聯合國反貪腐公約(United Nations Convention Against Corruption, UNCAC)於2005年12月15日生效，建立全球反貪污法律架構，公約就貪污行為入罪立法分為兩部分；第一部分強調貪污罪強制立法之必要性，第二部分則為任擇性立法建議，要求締約國考慮將特殊的貪污行為入罪化。締約國負強制立法義務者(Obligations to criminalize: mandatory offences)為第15條賄賂本國公務員、第16條第1項賄賂外國公務員或國際公共組織官員、第17條公務員貪污、挪用或以其他類似方式侵占財產、第23條犯罪所得洗錢行為、第25條妨害司法公正¹⁴⁶。若締約國國內法就公約規範的貪污不法並無人罪規定，則有必要使內國法律與聯合國反貪污公約之法律架構合致，履行公約義務。此一部分強制立法是全球合作實踐打擊貪污犯罪直接面對的問題。此外公約要求締約國必須考慮(Obligations to consider criminalization: non-mandatory Offences)將第16條第2款賄賂外國公務員或國際公共組織官員、第18條交易上具影響力、第19條職權濫

(1999) (stating that the World Bank's definition of corruption is "the abuse of public office for private gain"); Philip B. Heymann, *Democracy and Corruption*, 20 *Fordham Int'l L.J.* 323, 325 (1996) (describing corruption "as secretly receiving private benefits to affect a decision that is supposed to be made in the interests of others and uninfluenced by private gain").

¹⁴⁶ Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption, at 177

http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/06-53440_Ebook.pdf 最後瀏覽日 2010 年 7 月 17 日

用、第20條公務員財產來源不明、第21條經濟、金融、商業等私部門賄賂、第22條經濟、金融、商業等私部門侵占、第24條藏匿贓物等貪污行為立法入罪化。公約義務就強制立法條文提出規範貪污犯罪基準，但締約國可自行就前開相關犯罪更行精緻立法¹⁴⁷。

參之公約要求貪污罪強制立法態樣與建議立法規定，可以預見，各國國內法對貪污之定義將日益嚴密，漸次擴張規範範圍¹⁴⁸。是以本文認為：國家立法規範提出有效預防性措施，採法律上之推定，處理未能合理說明系爭財產來源之問題，認為此等貪瀆案件有制定法律上推定的高度必要性，就此犯罪類型法律上推定正當化事由之心證判斷應由公民審查。蓋此涉及貪瀆之證明程序具備合理關聯性、被告反證容易性、反證之證據優越性以及推定之效果要件，在審判程序中有必要由公民參與判斷兩造在法庭活動的抗辯攻防，衡平舉證與訴追犯罪間關係，茲從貪瀆犯罪問題、實務訴追現況、訴訟法舉證責任觀點，深入論述如下。

一、防制貪瀆立法與無罪推定原則衝突關係之檢討

國家公共事務透明公平的需求、社會、文化對官僚貪瀆濫權的態度，是法律規範控制的正當基礎。國民卻往往存留官官相護的封建印象，公務犯罪涉及公務員濫權直接侵害國家法益、公務員濫權殃及公眾，及傷害對人民的保護等三類，其保護之正當性基礎與公共利益有關，故國際法與國內法同等重視。公務員貪瀆犯罪從普通刑法分類，主要為賄賂罪（刑法第121條至123條）及圖利罪（刑法第131條）；在特別刑法則為貪污治罪條例¹⁴⁹，我國為澄清吏治對防制貪瀆之刑事立法規範嚴峻，是否增訂財產來源不明罪曾在國內引起極大爭議，蓋因入罪化的刑罰效果有限，咸認有牴觸無罪推定及不自證己罪之虞，我國雖非聯合國反貪腐公約之締約國，始終堅持基於國際社會成員責任，對公約負履行義務，回應聯合國反腐敗公約立法要求。

¹⁴⁷ Id. at 179.

¹⁴⁸ <http://theory.people.com.cn/BIG5/49150/49153/8085991.html> 最後瀏覽日 2010 年 7 月 17 日。

¹⁴⁹ 本文不在研究公務犯罪問題或其貪瀆類型，為行文之便稱公務員瀆職犯罪、濫用職權罪為貪污罪。

我國除對聯合國反貪腐公約之必要性與任擇性立法建議積極回應¹⁵⁰，發展合於刑事法原理且與國際防制貪瀆立法體例接軌的配套措施之外，要落實聯合國反貪腐公約可行性與執行策略，必須一併注意公務犯罪的共同點在於侵害公眾對國家的信賴關係，乃至公眾對國家組織體制完整的信賴，聯合國反貪腐公約第13條特別強調社會參與(Participation of Society)的重要性¹⁵¹，認為應推動公共部門以外的個人、團體，社區組織，積極參與預防和打擊貪瀆，並提高公眾對瀆職、濫用職權的存在、根源、嚴重性及其所構成的威脅的認識。如何規畫開展有助於不容忍貪瀆的公眾宣傳活動，支持社會參與，反映法治國原則，實係公約法律內涵對預防性措施、貪污犯罪入罪與執法、國際合作、不法所得追索四大核心議題之外，常受忽略的本位問題。

國際情勢艱難，我國要落實公約基本要求，進行跨國合作，思考在正當法律程序下提升偵查及追訴貪瀆犯罪的實效，基於全球化犯罪防制共識，強調聯合偵查的重要性，在證據蒐集和證據移交、偵查、凍結、扣押、沒收貪污不法所得、引渡等方面進行司法合作，並不容易。如何向國際展現我國肅貪決心，爭取認同與支持，有助國際司法互助事務之開展。國家有必要採取適當措施促進公民社會參與反貪瀆行動，增加公眾對貪瀆結果威脅影響之認識，達成國家防制貪瀆行為的要務¹⁵²，參與公共事務乃公民之權利更是義務，提高公眾對公務員履行職務的責任認識係聯合國反貪腐公約締約國會議通過之決議¹⁵³，2009年，聯合國反貪腐公約締約國第3屆會議於多哈舉行，會中通過之第2次決議亦重申：根據公約第7條至第13條之規定，宣導廉正、透明、責任文化，預防貪瀆應是社會所有利益相關者與公部門共同承擔之責任¹⁵⁴，國際法承認公民社會

¹⁵⁰ 立法院於2011年6月通過修正貪污治罪條例，並增訂財產來源不明罪。

¹⁵¹ 聯合國反貪腐公約第13條參照。

¹⁵² In accordance with article 13, States parties are required to take appropriate measures to promote the participation of civil society, non-governmental organizations and community-based organizations in anti-corruption activities and to make efforts to increase public awareness of the threats, causes and consequences of corruption. See Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption, United Nations Publication, http://www.unodc.org/pdf/corruption/CoC_LegislativeGuide.pdf 最後瀏覽日2013年1月12日。

¹⁵³ Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption Third session Doha, 9-13 November 2009. Implementation of resolution 3/2 CAC/COSP/2009/15 <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session3/V0988538e.pdf> 最後瀏覽日2013年1月12日。

¹⁵⁴ Id.

參與乃防制貪瀆之必要措施，規畫公民參與公務員瀆職犯罪以及濫用職權案件之刑事審判工作，有助司法證明，並受信賴，更與貪瀆防制立法理念相符¹⁵⁵，除立法之外，我國司法亦應務實視此為我國落實聯合國反貪腐公約之執行策略。

二、本文見解

國際法對防制貪瀆犯罪課題之影響，除從實體法立法密度檢討，亦應從程序法原理分析，就當事人訴訟對抗理論而言，立證程序受當事人處分權之分配，於立證必要性與立證責任之分配承認事實上推定法理存在，事實之推定與事實之認定尚存落差¹⁵⁶，應受公民合法之監督，合理限制證據價值，擔保真實發見。特別是被告所犯為貪污治罪條例第6條之1財產來源不明罪，屬比較法上廣受討論的議題，應從憲法維護正當程序及國際人權法的觀點予以檢討釐清。承前所述，此罪係呼應國際法立法之產物，規範被告就財產來源負說明義務，是否有違被告不自證己罪原則不無爭議。經檢察官或法院於偵查、審判程序中，命本人證明來源合法而未能證明者、無正當理由未為說明、無法提出合理說明，或說明不實者，視為犯罪所得，應予追繳、沒收，此種法律上強制推定係依立法政策而設置，能否被正當化，有無抵觸無罪推定，在實踐上自應加入公民之社會通念共同判斷，衡平監督證據法責任與防禦問題，以示法律傳統與當代社會共同尊重證據證明的容許態度。

從比較法觀察，將舉證責任轉換條款適用於特殊類型之貪瀆犯罪，並非法所不許¹⁵⁷。但立法不能只著眼防堵個案，而抵觸無罪推定原則、傷害正當法律程序與被告訴訟權。就刑事訴訟程序而言，要證明系爭財產與貪瀆行為之關係確屬不易，若有追訴貪瀆案件高度必要性，而因被告反證失敗，即規範法院「應推定」該系爭財產為貪瀆所得，仍有抵觸無罪推定及過度限制法院於個案中為合理

¹⁵⁵ 聯合國反貪腐公約認為為採取防治貪瀆有效措施，國家應使公眾認識瞭解公共行政運作之透明，實與公民參與刑事審判法理相同。supra note 152, In accordance with article 10, States parties are required to take such measures as may be necessary to enhance transparency in its public administration, including with regard to its organization, functioning and decision making processes, where appropriate.

¹⁵⁶ 陳樸生，同前註 37 書，頁 451-452。

¹⁵⁷ 陳運財、林志潔，行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，防制貪瀆犯罪修法動向之檢討。

自由心證之虞¹⁵⁸。立法者既認財產來源不明罪有受法律推定正當化之必要，已使被告陷於不利之地位，侵害被告緘默權，且「來源不明」之證明程度如何未有明白規範，為避免法院認定證據價值及證明力之心證浮濫，以求舉證公平與合理關聯，應交由公民確認、補充被告舉反證是否容易、合理，是否應受追訴處罰，依經驗法則支配之社會事實關係，詳細各別觀察財產來源合法性，由公民參與監督，維護程序適法，以求實質正當，合理證明，減少司法實務形成心證的不確定性，有助保障被告公平審判權。

第二款 國際人權保護議題公共化

全球化架構影響之下，人口遷徙活動更為普遍，流動快速的勞動力為滿足市場需求，使人口販運來源多樣而複雜，人口販運犯罪黑數已是國際專注議題，此一嚴重犯罪類型嚴重損害人性尊嚴，為國際社會高度重視。社會生活方式持續改變，跨國遷移日漸頻繁，國際間勞動、婚姻移民數量成長已有顯著的變化；奴役販賣人口、監禁或以其他方式嚴重剝奪人身自由行為，使人無居住遷移自由，行動受掌控，工時長又無職業選擇自由，受看管拘禁於處所，已失去普通人格者應有之自由，違反國際法人權保障基本原則，成為國際刑法規範客體。從 1998 年聯合國設立國際刑事法院(International Criminal Court)法定法院管轄案件可知；當代國際社會共同譴責危害人類罪，而奴役販賣人口行為更被認為係國際法上最嚴重的犯罪類型之一¹⁵⁹。

人口販運犯罪不法利益龐大，所涉人口販運犯罪行為人往往跨越國境，已非單一國家內部之事務，跨國人口販運問題惡化使人權保障深受不利影響，因此聯合國特別通過打擊跨國組織犯罪公約(United Nations Convention Against Transnational Organized Crime)，並制定有關「關於預防、禁止和懲治販運人口特別是婦女和兒童行為的補充議定書(Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children)」，該議定書除明確定義「人口販運」之外，亦規範被害人保護及各種預防人口販賣國際合作措施，顯示國際

¹⁵⁸ 同前註。

¹⁵⁹ 國際刑事法院羅馬規約(Rome Statute of the International Criminal Court) 第 7 條第 2 項。

社會對此問題之重視。但有關防制跨國人口販運問題，因牽涉層面廣泛，涉及國內跨部會權責，必須有效統合協調，並與非政府組織及民間團體密切合作，方有成效¹⁶⁰。

我國刑法對使人為奴隸罪、使人居於類似奴隸之不自由地位及買賣、質押人口等犯罪本有處罰規定，法定刑依妨害自由之犯罪態樣而為分別，將之同置於妨害自由罪章。實務認為所謂奴隸，必須使人居於不法實力支配之下¹⁶¹，或繼續在他人不法實力支配之下，喪失自己之行動與意思之自由，聽任他人指使，受非人道之待遇，從事勞苦工作之人。而所謂居於類似奴隸之不自由地位，係指雖非奴隸，但其所受非人道之待遇與行動不自由之情形，與奴隸相類似而言¹⁶²。從近年地方法院妨害自由案件結案量看來：2011年妨害自由結案件數為2965件，其中使人為奴隸及買賣質押人口案3件，2010年妨害自由結案件數為2815件，其中使人為奴隸及買賣質押人口4件，2009年妨害自由結案件數為2734件，其中使人為奴隸及買賣質押人口8件，使人為奴隸及買賣質押人口結案量極少¹⁶³，既然實務案量不多，何以我國致力防制人口販運罪行，成效卻未與消除人口販運基準相符，致受非議，其中頗有矛盾，值得注意¹⁶⁴。

為保護人口販運被害人之個人尊嚴，保障其人身與財產安全，給予人道待遇，並有效防制人口販運犯罪，我國正視國際刑事議題公共化問題，依聯合國2003年「預防、禁止和懲治販運人口(特別是婦女及兒童)議定書」之精神，在法制面，於2009年制定人口販運防制法，強化奴役販賣人口行為之規範保護密

¹⁶⁰ 行政院防制人口販運現況及成效報告 [http://www.mofa.gov.tw/webapp/public/Data/publication/Prevention%20of%20Trafficking%20in%20Persons\(C\).pdf](http://www.mofa.gov.tw/webapp/public/Data/publication/Prevention%20of%20Trafficking%20in%20Persons(C).pdf) 最後瀏覽日 2013 年 2 月 22 日)。

¹⁶¹ 32 年上字第 1542 號判例。

¹⁶² 31 年上字第 1664 號判例，32 年上字第 1542 號裁判，臺灣高雄地方法院 93 年矚訴字第 1 號判決參照。

¹⁶³ 相關司法統計資料參閱司法院網頁 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>，但司法統計資料特別法之結案資料未顯示，人口販運防制法案件，無法確認係無收案或尚未結案（最後瀏覽日 2013 年 2 月 22 日）。

¹⁶⁴ 美國國務院甚至在 2005 年公布之「年度人口販運報告」(Annual Report on Trafficking in Persons)，將我國評等由第一級(Tier 1)調降為第二級(Tier 2)，2006 年復將我國調降為第二級觀察名單(Tier 2 Watch List)，嚴重衝擊我國人權保障記錄，參閱行政院防制人口販運現況及成效報告

[http://www.mofa.gov.tw/webapp/public/Data/publication/Prevention%20of%20Trafficking%20in%20Persons\(C\).pdf](http://www.mofa.gov.tw/webapp/public/Data/publication/Prevention%20of%20Trafficking%20in%20Persons(C).pdf) 最後瀏覽日 2013 年 2 月 22 日)。

度，積極回應人口販運防治之國際人權保護議題，防制人口販運行為、保護被害人權益，除實體立法措施，最重要的是如何有效確定國家刑罰權。「人口販運」犯罪態樣侵害法益特殊¹⁶⁵，包括國家法益、社會法益、個人法益，且有不容分割的可罰性，至應從重處罰¹⁶⁶。從犯罪現象觀察，人口販運並非單一問題，政府相關部門對於防制人口販運之作為並未能有效加以整合，不但缺乏對人口販運被害人之辨識及保護措施，對於所謂「蛇頭」之人口販子，多係以強制罪或妨害自由等罪名起訴等，人口販運乃嚴重侵害人權的犯罪行為，不法剝削勞動人力，重創國家形象，實應加強國民對於防制人口販運議題之認識與瞭解，因為公民在日常生活中本就有許多機會接觸、來往透過經貿、通婚、勞動工作來台的外籍人士，除協助發現潛在人口販運與人口偷渡犯罪問題，使人為奴隸罪之立法，在於處罰行為人對於被害人人格之貶抑，物化被害人，並將人而視如物品，置於自己實力支配之下。公民參與此類犯罪行為具體現象與表現情況之立證資料、立證方式判斷，有助法院履行審判義務，且人口販運、使人為奴隸案件與公共利益、國家形象有關，如何保護至應由公民參與。

本文以為：人權意識提高，從公民生活經驗認定是否將被害人任意拘禁於特定處所、強迫被害人為不合理之勞動工作、對其生活是否有客觀上苛刻對待，乃至對其有拘束自由或令其喪失普通人格者應有自由之行為，判斷所受是否非人道待遇、行動不自由之情形，非不能勝任。協助國家公民認識人口販運與人權保障問題相關性，應予重視，透過參與司法實踐，可使我國公民於社會生活中再次接受人權法治教育，如何著手致力從預防、查緝起訴及保護三大面向，防制人口販運問題、消除不合理之剝削勞務行為。法制面部分，除提升偵查效能，亦應使公民意識人口販運與人口偷渡之不同，人權保障無國界，人性尊嚴保障亦不得商品化，我國現查獲之人口販運案件不多，但此類案件極受國際關心矚目，有受國

¹⁶⁵ 人口販運防制法就人口販運之定義除意圖使人從事性交易、勞動與報酬顯不相當之工作之外，尚包括摘取他人器官，法益保護密度顯較刑法第 26 章規定更高，參閱人口販運防制法第 2 條規定。此外尚可能涉及我國刑法第 231 條、刑法第 231 條之 1、第 233 條、第 277 條、第 278 條、第 296 條、第 297 條、第 296 條之 1、第 302 條、第 304 條，除人口販運防制法之特別法外，與人口販運與人口販運有關之性交易犯罪，特別法部分則有兒童及少年性交易防制條例第 23 條至第 25 條及第 31 條、勞動基準法第 5 條及第 75 條、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 15 條及第 79 條等、入出國及移民法第 53 條、護照條例第 23 條至第 25 條等，包含性剝削及勞動剝削之處罰，不再一一列舉說明。

¹⁶⁶ 陳正芬，歐洲人口販運之現況與展望—以德國為中心，檢察新論，第 3 期，2008 年 1 月，頁 206，209-210。

民普遍關心重視之必要，將人口販運案件列入公民參與刑事審判之案件適用範圍，就案量部分，應不致生實務審理之負擔，而有助公民認識國家法律保障之權利，瞭解人權保護的真諦，對外來移民以人道相待，在參與正當程序的維護及關懷犯罪被害狀況的歷程中，落實建構我國公民人權法治觀念價值，協力公部門防制跨國人口販運犯罪問題。

第四節 比較檢討

第一項 從外國立法例檢討重罪適用原則

義大利與日本同採重罪參審立法例，死刑、無期徒刑之案件同在日本裁判員制度適用範圍之內。裁判員制度研議之初，日本法曹三方對檢察官求處死刑案件之適用問題存有不同意見，檢、辯各有堅持。檢方認為：應考慮裁判員對死刑之意向，將其支持與否之態度列入質問事項，辯方則本於尊重個人思想信仰自由之立場，反對質問¹⁶⁷。除裁判員個人思想信仰自由可能影響量刑判斷之爭議外，為使重罪參審的立法體例具體實踐，日本裁判員參加刑事審判法更創「區分審理」程序，調和重罪審判所需之審判期間¹⁶⁸，實驗性的區分審理程序是否有妨礙犯罪證明之虞或對被告之防禦權致生不利益之影響，成敗尚不足為論，值得密切觀察，檢驗實踐結果。

相對我國而言，刑事妥速審判法明文保障被告之速審權¹⁶⁹，準備程序能否落實、能否速行集中審理，有助公民參與刑事審判，訴訟程序之進行。我國研議無拘束力之「觀審制」，亦採重罪參審立法例；司法既知公民參審者係於一般國民中選任產生，不宜課予過多過重之負擔，故案件情節繁雜或需高度專業知識，非經長久時日顯難完成審判者，不由公民參審者與之，卻仍研議將被告所犯最重本刑為死刑、無期徒刑之罪之案件納入公民參與刑事審判適用範圍，或基於司法成本考量；但採重罪參審，暫不論極端刑罰對一般公民的沉重壓力、

¹⁶⁷ 陳運財，日本裁判員制度的觀察報告兼評人民觀審試行條例草案，第 67 屆司法節學術研討會會議資料，2012 年，頁 22。

¹⁶⁸ 日本裁判員參加刑事審判法第 71 條以下參照。

¹⁶⁹ 刑事妥速審判法第 7 條規定參照。

公民風險管理問題，落實準備程序、集中審理，使公民參與刑事審判亦有助司法資源合理使用與實效，相關訴訟程序問題更不能大意，否則也可能對司法運作更增負擔。

若制度立法目的只為有助國家公民對法院裁判公正性之感受，提升司法信賴度，公民參與刑事審判之範疇何須以被告所犯為死刑、無期徒刑之重罪為規畫核心？蓋重罪參審雖然是各國公民參與刑事審判的主流政策，然採重罪參審原則實著眼於成本考量，採行公民參與刑事審判制度總被認為拖垮國家財政，限縮於重案，實因重案量少，雖減輕國家財政負擔，卻也使制度式微成效不彰¹⁷⁰。就理念而言，司法政策重視公民對於司法之理解，欲提升公民對司法之信賴，是國家法治進步，洞識人權保障的文明成就，但被告所犯最重本刑為死刑、無期徒刑之罪之案件未必全然交付公民參與，若是一定要採公民參與重罪審判，應在被告不認罪的情況下交由公民參與刑事審判，當具深意。然而，被告不認罪，極有可能疑點甚多、情節複雜、情況證據撲朔迷離，若又因屬疑案，而由法院職權判斷不適委由公民參與，是否可期人民因而感受法院公正妥適之審判，進而有效提升人民對司法之信賴，要非無疑。

第二項 制度運作問題分析

司法信賴無價，但公民參與審判的成本仍應理性估算，此一龐大負擔若只是為體認司法清明，使人民信賴司法，發揮法治教育功能，增進社會對司法的了解，則發展公民參與刑事審判制度是否是解決前開問題的唯一方法，不無疑問，但司法公信與社會價值相互依存支持，若司法執法不受肯定，且使司法專業之辛勞無解，不受認同，必須一併考慮長期累積的社會態度將影響司法支持社會結構穩定的功能，二者權衡，審慎決定公民參與刑事審判的適用範圍。

義大利從每年刑事審判案件開庭次數統計，決定重罪適用參審之比例，再依實踐成果與實務條件，修正適用參審的對象案件。日本在設計裁判員制度適用案件研議過程中，分別從質與量思考對象案件適用問題。就質的部分，以反

¹⁷⁰ Sally Lloyd-Bostock and Cheryl Thomas, *The Continuing Decline of the English Jury, World Jury System* 63 (Neil Vidmar ed., 2000).

映國民知識為前提，思考何種案件最適合來自社區的裁判員參與，法院收案現況與適用案件量如何衡平等問題。考量司法實務運作，對照國內法院總收案量，考慮依相當比例決定適用案件，儘可能使裁判員制度推行順利，不致成為司法實務的負擔，首先解決司法內部對制度推行的衝擊與疑慮，協調實務支持動力，在量的部分，制度設計當時預計全國一年適用案量約 2000~2500 件，占地方法院管轄案件 2~3%，最後決定適用之案件比例為 4.1%，最合於司法實務運作得承受之範圍¹⁷¹，值得參考。我國地方法院近十年年收案量平均為 369656 件，年結案平均為 413980 件¹⁷²，案量沉重，緣此，全國一年適用案量比例之設定應保守為宜，若以地方法院管轄案件 1% 估算，分別參考年收案量平均值、年結案平均值，預計全國一年適用案量仍在 3600 件至 4000 件上下，3000 件至 4000 件的參與審理基準數是否為妥適，尚須考慮案件所須審理期間，因此參與案件類型之設定更須謹慎。

此外，我國應雙重思考法制持續存在的必要性，使之不僅有助減輕司法體系負擔，復因公民實質參與司法審判活動，改變公眾對司法的觀感。使公眾與司法相互理解支持，公民參與刑事審判制度才能可長可久，發揮功能，達成制度建置之目的。為免造成公民參審者過重負擔，擔保程序價值復助訴訟經濟，化解實務對制度實行的憂慮，在研議公民參與刑事審判案件適用之議題，我國應思考配合實務收案狀況，限縮選定案件適用範圍、確定適用案之妥適比例，累積實務資料做為日後參與案件開放或限縮之參考。制度試行之初，案件適用比例無須過高，宜考慮評估影響實踐之因素，以決定適用優先性，例如：何種案件的收案量大，可因公民參與審判之程序經過，維護法秩序之和平，有助日後疏導訟源，達成犯罪預防之目的，何種案件可求取其程序單純，平均而言，其參與審判日數對公民不生過度負荷，有助審判品質之提升，參與何種案件之審理將使公民有感於司法裁判之公正性，使判決之接受度提高，當優先妥當規畫。

¹⁷¹ 司法院網站，日本裁判員制度現況與課題 <http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp> 最後瀏覽日 2013 年 2 月 22 日)。

¹⁷² 地方法院刑事案件收結件數（按年別分）：2001 年新收 329240、終結 328747；2002 年新收 330610、終結 333053；2003 年新收 312719、終結 323758；2004 年新收 291514、終結 291841；2005 年新收 312702、終結 311995；2006 年新收 347426、終結 343635；2007 年新收 447131、終結 443494；2008 年新收 445679、終結 441365；2009 年新收 439753、終結 444492；2010 年新收 439733、終結 437693 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 最後瀏覽日 2013 年 2 月 22 日)。

第三項 適用案件類型之建議

從參審公民、被告、司法資源負擔、案件內容本質、國際法國內化等多元觀點整合、競合，分析公民參與刑事審判適用案件；實不應因司法成本，侷限主張重罪適用原則。前開建議不只是純然將人民法意識具體化的政策性思維，更代表司法與立法完整嵌合的制度獨特公益參與特質，本文檢討實務經驗與判決論證，配合訴訟理念與實體規範分析，確認公務員瀆職犯罪、濫用職權罪、反集會遊行、妨害公務、賄選、妨害名譽、強制猥褻等案件，罪名類型雖非死刑、無期徒刑、有期徒刑十年以上之重罪，具有受公民監督、保護人民免受公權力不當迫害、反映國民文化意識活動之意義¹⁷³，有助使公民理解法律程序之社會成本問題，判斷罰與不罰、處罰程度，修正社會成本，使之極小化，實可研議列入我國公民參與刑事審判範圍，進而表現在我國國際人權保護議題公共化之法效，茲表列分類適用之理念特徵，並歸納說明適用之原則意義如下：

犯罪類型	案件適用類型因素分析						國際法對國內刑事司法之影響
	從參審公民之社會參與觀點		案件內容		從被告權利保護之觀點		
	應受公民監督	保護人民免受公權力不當迫害	反映國民文化意識活動	國民關心之重大犯罪	司法審查、資源、案量負擔之觀點		
外患罪	V	V			V	V	
內亂罪	V	V			V	V	
公務員瀆職罪	V						V
濫用職權罪	V						V
賄選案件			V				
妨害名譽罪章案件（涉及公共利益與可受公評、適當評論等原則者			V				

¹⁷³ 陳運財，註 5 文，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度，頁 141。

為限)							
強制猥褻案件			V		V		
違反集會遊行罪		V				V	
妨害公務罪		V				V	
被告所犯最重本刑為死刑或無期徒刑之罪名案件				V	V		
使人為奴隸罪					V		V
人口販運案件					V		V

一、國際公約強調國家應推動公共部門以外的個人積極參與預防打擊貪瀆，由公民共同監督公務員瀆職犯罪、濫用職權罪，參與審判，可成為我國具體落實聯合國反貪腐公約之執行策略。而奴役、販賣人口問題傷害國家尊嚴，侵蝕憲法人權保障價值，更須由公民社會共同參與防制。國際社會已意識到貪瀆、人口販運犯罪已經不再是局部問題，而是一種影響所有社會和經濟的跨國現象，以公民參與公務員瀆職犯罪、濫用職權罪、人口販運犯罪之審判，為公平審判、正當法律程序之擔保¹⁷⁴，縱國際情勢困難不利我國參與國際組織，但仍可表現我國對國際社會法秩序之關心，客觀的國家司法形象係發展國際合作追訴跨國犯罪之基礎，有助跨國尋求程序及證據方面的偵查效率、進而合議引渡條件，開創國際司法互助空間及參與國際組織之機會。此外特殊重罪，例如海盜罪，在國內法與國際法上同具重大意義，託付公民參與審判，宣示國家主權，對國家社會影響深遠。

二、反集會遊行、妨害公務案件必須注意維護公共秩序與主張個人權利之衡平。在兩造對抗的訴訟理念下，被告之舉證義務與檢察官不同；檢察官就集會遊行事件之被告犯罪事實負責實質舉證責任，其證明方法必須明確，而被告有不自證己罪特權，對刑事被告而言無舉證責任分配問題¹⁷⁵，違反集會遊行法之案件法定刑不高，且非強制辯護案件，被告若未聘有辯護人，缺乏有效之辯護防禦，其

¹⁷⁴ 以公民參與刑事審判制度為人權保障機制，參閱 John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *supra* note 14, at 91.

¹⁷⁵ 陳運財，註 84 文，刑事訴訟之舉證責任與推定，頁 473 以下。

舉證能力難期與代表國家行使追訴權之檢察官相提並論，不能因其舉證無能，拙於舉證，居於訴訟劣勢，而受處罰，相對而言，執法是否適法與社會之忍受程度，交付公民共同判斷，正可表現社會價值與公權力執法的對稱性臻於合理，保護公民免受不當公權力之壓抑。

三、賄選嚴重影響公眾對社會公平正義之感受，一般選民若對這樣的社會現象表示司空見慣，不以為意，其實是對司法無言的抗議，不能坐視。審級不同的法院對相同的證據認定分歧，必然造成社會疑慮，也是司法客觀形象最嚴峻的挑戰，公民參與審判將世俗經驗帶入審判活動，以社群活動之認識演繹、歸納判斷真實，賄選案從社會文化聯結法律價值作成判決，開啟司法與公眾之雙向思維對話，以社會力擔保法之實現，提高司法評價效度，可成為公民參與刑事審判之代表性類型。

四、法是社會規律，「猥褻」一詞包括不確定的法律概念與流動的社會通念，具倫理性，難有類型性的觀察方式。應避免司法主觀之認識，無法接近社會通念所認識之真實事實。判決認定之事實其實質如何、應具何憑信為之，程序法並未特別規定，認識能力因認識者不同亦存有一定界限¹⁷⁶，為避免認識能力之瑕疵與不充分，審判者基於認識能力判斷認識證據資料，應與公民充分溝通，運用經驗法則與論理法則，認定取捨。司法任重道遠，縱不計毀譽，就強制猥褻案件之審理，仍應參考社會價值，文化意識，判斷強制之程度與猥褻冒犯認定標準，實現公民反應社區意識於法律問題的基本理念¹⁷⁷。

五、公民參與刑事審判制度功能，除反映社會法律感情，參酌公民參與者之多元意見外，亦應思考當前實務面臨案量沉重負擔問題，公民參與刑事審判法制如能配合疏導訟源，將使法制功能極大化。將告訴乃論之妨害名譽罪列為公民參與刑事審判案件之適用範圍，除有助法庭證明程度之客觀化，亦可分擔沉重的案件量，促進司法資源合理使用應屬可採。蓋妨害名譽罪為告訴乃論，案件量逐年成長，國家將刑罰追訴條件由有告訴權人決定，從兼顧預防與公共利

¹⁷⁶ 陳樸生，同前註 37 書，頁 447-448。

¹⁷⁷ Jeffrey Abramson, *We The Jury: The Jury System And The Ideal of Democracy* 89 (2000).

益維護之必要性思考，公民參與妨害名譽案件之審理可瞭解訴訟經濟、刑罰追訴有效性問題，對司法而言，可收避免濫訴之功，就參與刑事審判者而言，心理上亦不致有過度負擔。

本文必須特別說明，公民參與刑事審判適用案件類型範圍各國立法例有別，參酌外國立法例，案件適用對象多以重罪為主，其因乃在個案不同，剝奪人身自由之刑期難以客觀量化，若將刑期長短由單一個人決定，要非妥適，法律被視為確認正義的形式，特別是重刑制裁非使被害人得利，而是加諸行為人之重大不利，從美國Harry Kalven 與 Hans Zeisel兩位學者於1966年進行的芝加哥實證研究結果可以發見，若被告得以選擇是否接受陪審審判，犯謀殺罪等重罪之被告棄權之比例極高，被告多半自知個人過去素行不良，寧可放棄接受陪審審判，特別是被告所犯案件在社區犯眾怒者更有此傾向¹⁷⁸，雖該研究時間距今已遠，但是此一研究發見之現象，仍須謹慎面對。

考量我國國情，實無庸以法定刑之輕重為制度適用之標準，如何抉擇適合公民參與刑事審判之案件，亦應考量莫因此憑添一般國民心理負擔，而應以公民對社會公共事務之關心參與為基礎，重視受國民監督之必要，保護人民免於受公權力濫用之恐懼，及反映國民文化認知必要等案件為適用¹⁷⁹。當然也不能忽略，政經環境、社會意識型態等因素，是否不利案件類型付由公民參與審判，例如，某些特殊的貪瀆、賄選個案，可能成為輿論關注焦點，難免引發質疑，預斷偏見鬆動被告受公平審判權利。雖然確定判決本就可受公評，若慮及審判結果受抨擊，挑戰司法清明公正，更須嚴謹保障制度設計與程序之適正性，在公民參與刑事審判制度下，被告受公平審判之權利如何擔保，在於以正當程序強化被告程序參與權利，當事人對抗訴訟進行的判例法傳統與陪審審判關係密切，其經典特徵拒卻制度¹⁸⁰，有助組成公正的陪審團，且因當事人有參與選任陪審員之機會，可促進其對於陪審團評決的信賴¹⁸¹，若採行參審制，仍得允許兩造以拒卻制度調和

¹⁷⁸ 殺人及強暴案則分列第二，Harry Kalven, Jr., Hans Zeisel, *The American Jury* 26 (1971).

¹⁷⁹ 陳運財，註 5 文，國民參與刑事審判之研究－兼評日本裁判員制度，頁 141。

¹⁸⁰ 拒卻制度分附理由拒卻(Challenges for Cause)與不附理由拒卻(Peremptory Challenge)，其特質將另文分析說明。

¹⁸¹ 陳運財，註 5 文，國民參與刑事審判之研究－兼評日本裁判員制度，頁 144。

公民之選任與勝任，公民參與刑事審判與法官同組合議庭，二者互為擔保，避免證據評價流於恣意，被告若有充分程序參與權，自應確信公平審判。

我國就公民參與刑事審判制度之研議，向來以重罪適用為規範重心，除重罪之外，國外實證經驗更說明，若案件內容涉及評價之開放性、合理性不確定之法律概念，有必要將公民代表的社會價值反應於司法審判，可有助衡平司法判斷失之武斷¹⁸²，從我國司法實務判決內容分析結果觀察，此種實證思維更支持本文研究主張案件適用有必要跳脫公民參與重罪審判之立法例，另從訴訟法之角度思考，以舉證責任、經驗法則、論理法則之判斷為核心，強化證據能力有無之證明活動應受公民監督、保護人民免受公權力不當迫害、反映國民文化意識活動三大理念，確立公民參與刑事審判制度之立法精神，擔保當代刑事司法裁判證明力之判斷信用性。

第五節 結語

刑事訴訟法的目的、理念、構造、機能、運作，呈現國家法系傳統色彩與法域特質，複雜多樣。刑事程序進入審判活動之後，法曹三方相互關連牽動，應同時考慮到與其他訴訟行為、法律效果的關係，隨時注意彼此相對嵌合。公民參與刑事審判適用案件範圍之研議，對於刑事訴訟制度運作具潛在影響力，關於我國公民參與刑事審判案件之適用類型，除應參考其他法域的經驗現象，面對實踐爭議，反省處理對我國現行制度帶來衝擊影響之問題，亦應整建實質理性的公民參與刑事審判制度與保障人性價值尊嚴的社會空間，累積司法信用性，期因公民參與刑事審判，減少對司法非理性的負面批評。如果僅僅單純參考外國立法例，考慮司法成本，移植重罪參審原則，為我國公民參與刑事審判制度的適用案件範圍，未必有效解決實務長期埋藏累積之困難，也恐怕難以處理司法文化排斥制度運作的隱憂。

多年來，司法院曾分別推動三部公民參與刑事審判之試行條例草案，始終

¹⁸² 美國陪審案件適用範圍極為廣泛，非限於重罪，其實踐經驗效果之研究為美國聯邦最高法院所重視，研究公民之判斷與司法專業判斷之必要性與合理性實證經驗論述，參閱黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，第 194 期，2011 年 7 月，82 頁以下。

無法克服滯礙完成立法，難期具體實踐之日，在全面施行公民參與刑事審判制度的理想與爭議之間，務實折衷以時間限定、地點限定的試行模式，先行運作，評估排除全面適用公民參與刑事審判制度之困難，漸次擴張適用案件範圍，或能使制度更具可行性¹⁸³。本文以為：立法二元發展，可將輕罪與重罪分別類型化，試行公民參與刑事審判，比較檢討適用效果。基於應受國民監督觀點之公務員瀆職犯罪以及濫用職權罪、保護人民免於受公權力不當迫害的違反集會遊行、妨害公務案件、反映社會文化意識活動賄選案件、妨害名譽、強制猥褻等案件，都具地方法院的收案普遍性特徵。另外，配合參考近年收案件數之均值，研擬參考數據基礎，評估地方法院案量承受負擔實況，制度設計應預計若將公民參與刑事審判案件限量適用，以全國地方法院年收案量的1%為實施原則，是否對地方法院管轄案件收案產生壓力，現行司法資源是否得以因應。因此，務實規劃得普行於各地方法院之適用對象案件，應較指定試行法院審理重罪案件更能收立法實效，日後其成效評估不但較為客觀，更可層累案件審理經驗，相互對照各法院收案類型之相同與不同，研究分析在實踐經驗的困難與實效之上，徐求調整，建立改進基礎，以期制度建置代表的公共利益更臻完善，減少理想與理念實踐的落差¹⁸⁴。

司法判決的正確性無從檢驗，對受判決之被告只有服與不服的心情，影響整體公民社會形成信與不信的態度。從我國公民參與刑事審判立法草案的時光線索可以發現，過去公民參與刑事審判制度的立法目的是為「促進司法民主化」，現在是「為提升司法之透明度，增進人民對於司法之瞭解及信賴」，雖同屬立於司法民主化之基礎上開放公民參與刑事審判，但司法制度改革的問題意識，已有轉變。顯示公民參與刑事審判制度發展，係從社會集體對司法的情感聯結為主要訴求，非以被告為主體為其正當程序之維護而規劃。這並非是公民參與刑事審判制度刻意忽略被告的程序利益，而是現行刑事訴訟法本應以被告為訴訟主體，保障其於正當法律程序之下接受公平審判之權利。

¹⁸³ 三井誠，司法制度改革と刑事司法（特集司法制度改革の展望）ジュリスト 1170 号，平成 12 年 1 月，42-46 頁，有斐閣；前大法官楊建華先生亦曾表示擇定一、二試行法院，續以司法解釋評估司法實踐爭議之見解，司法院參審試行條例研究資料彙編（二），1994 年 6 月，頁 153。

¹⁸⁴ 公民參與刑事審判之公共利益包括：妥速實現刑罰權、藉由參與審判程序，增進人民對於司法之瞭解與信賴，見人民觀審試行條例草案第 6 條立法理由說明。

公民對法院裁判公正性之感受植基於自律負責的公民社會，價值與價格意義不同，為了堅持司法公正清明形象，我們的社會也許要負擔更多的成本，而這沉重高額的財務支出，到底是社會的成本還是社會的成就，端看各法域如何實踐。如果我們期待制度是表現國家發展進步的價值，故強調重視人民對法院裁判公正性之感受，乃人民信賴司法之重要關鍵，那麼適用案件類型就更應思考如何使公民在審判中反應社會共同價值，對應制度立法目的，思考公民參與刑事審判的案件類型設計，使立法獲效，以待時間累積社會公信。



第五章 參審法庭組成理論及表決原則之關聯性

第一節 前言

本章論述公民參與審判之參審庭組成結構配置比例與參與表決原則問題¹，分從參審法庭組成理論、實踐與表決原則說明參審庭組成比例、表決原則與無罪推定之關聯性。公平審判是司法活動的核心，客觀上，確保審判庭公正不偏繫於審判庭如何選任、組成、審判庭組成比例與審判庭職權，法定職業法官與公民合議的比例，係公民參與刑事審判的核心問題之一。法理不同，各國對參審庭職權設計亦因之不同，惟參審庭組成比例如何應如何配置，雖與訴訟法理無涉，但從統計模式分析實攸關公平審判之客觀性、合理性，公民與法官的比例仍可從外國立法例得到啟發，以比較法之實踐經驗、理論深入思考設計參審庭之組成規模、公民與法官參與比例、表決方式對被告權益之影響。特別是陪審團規模與一致決原則之實踐意義，有助發展參審法庭之組成比例、表決方式及溝通模式之說理，值得深入探討參審法庭組成理論，表決方式對正當法律程序、公平審判之擔保作用。

參與資格、參審庭組成規模、表決方式，態樣複雜，但就審判任務之履行，從參審庭成員選任開始，針對訴訟構造內涵從抽象到具體、層累相扣，維護正當法律程序，進行公平審判，則為公民參與刑事審判之重要內涵。雖然移植國外實踐未必妥適，但歸納國外司法實踐發展之參與規模與表決方式說理，組成比例與表決原則是任意、偶然，或對審判另有深意，有助反省國家刑罰權之合理性，參考實證經驗分析，進而使無罪推定原則客觀化、超越合理懷疑的定罪標準可昭公信，實是公平審判的終極意義。

文中首先說明參與資格與選任問題，原則上，基於普遍參與資格所遴選的公民有權實質參與審判，例外發展拒卻制度，賦予當事人有權排除某些特定公民參與審判，拒卻制度之功能與目的，係為避免司法審判流於主觀，強化當事人地位，卻衍生若干問題，在比較法上深受議論。次者詳述參審庭表決原則，參審合

¹ 行文分類通稱行參審制國家之參審法庭為參審庭，而陪審審判亦屬公民參與刑事審判的態樣之一，另稱美國陪審員參與審判之組成為陪審團。

議表決不只是司法審判權作用程序，更有社會肯認基礎，應採絕對多數決、過半數決或三分之二多數決、四分之三多數決為表決方式始為合理客觀，宜考量公民參審人數、參審庭規模而決定，不應任意形成，否則不免背離公民參與刑事審判擔保公平審判、支持無罪推定，促進司法民主化之理念。最後，歸納論述表決原則與無罪推定問題，分析檢察官與被告間存在不對稱上訴權之法理，參審員的權利與義務係建構公民參與功能得以發揮的基礎，參與人數與表決方式有助評議時間經濟、評議效果、被告權益保障，乃至司法形象更得客觀確信。有效客觀的審判庭設計，使公民參與刑事審判功能極大化，刻畫表決控制比例的安全界限，確立社會客觀可接受的表決定罪標準，發揮公民與法官共同評議擔保判決之功能，結論公民參與刑事審判與我國刑事訴訟構造、理念、社會發展情況應有之適用嵌合規範。

第二節 參與資格與選任問題

第一項 參與資格

跨越法域觀察，公民參與刑事審判，組成參審庭，參審庭組成態樣極多，其中差異主要在於參審庭組成規模與成員數²。參審庭成員爭議問題首重參與代表性問題，而此問題須從參與資格身分與成員人數，分別說明。有關參與資格部分，立法例上有基於公民資格身分普遍參與審判之設計，亦有不同政府機構、政黨、社會利益團體推薦模式而擔任參審員之規範³。本於公民權，參與刑事審判之公民未必能證明其參與即係代表社會大眾，但就參與目的而言，制度設計係期待參審者代表一般群體(General Population)，以普遍公民之觀點調和、矯正專業審判可能潛隱的偏見預見，故有立法例就參與資格設限，排除特定職業⁴，乃至具有法律知識之人⁵，實施隨機選任之方式，除維持審判庭獨立平等，更為強調公民參與刑事審判制度反應社會通念之立法目的。

² Sanja Kutnjak Ivkovic, Exploring Lay Participation in Legal Decision-Making: Lessons From Mixed Tribunals, 40 Cornell Int'l L.J. 429,432 (2007).

³ John D. Jackson and Nikolay P. Kovalev, Lay Adjudication and Human Rights in Europe, 13 Colum. J. Eur. L. 83,102-103 (2006-2007).

⁴ Marijke Malsch, Democracy in The Courts Lay Participation In European Criminal Justice Systems 35 (2009).

⁵ Sanja Kutnjak Ivkovic, supra note 2, at 432.

強調參審庭之組成必須具代表性、以具代表性的參審庭組成平衡潛在的主觀偏頗問題，是否具實質意義，必須從各國實踐歷程分別觀察其必要性，不能一概而論。所謂代表性實為人口組成特質，而從國家內部國民組成可分類為年齡、職業、種族、性別、乃至教育程度，不同的人口階層。從外國立法例回顧公民參與刑事審判制度之發展，參與資格限制問題確實是制度理念實踐的阻礙，各法域內可能存在族群、性別、財產資力、教育普及程度問題，成為立法排除參與之理由，使特定群體被拒斥於參與刑事審判制度之外，故此議題曾存在相當爭議⁶。爾後各國或因政經社會局勢改變，族群對立和緩趨向融合，逐步開放公民普遍參與。甚至在美國某些州法域已開放律師、法官豁免參與陪審審判之規定⁷，不過從實踐經驗歸納歷來討論參與代表性、參與性民主何以成為比較法研究重點，對公民參與刑事審判制度之實效仍有啟發，不應忽略。

從國家的人口組成特質為理解，傳統國家由複合民族組成，強調參與比例代表性固非無見，因為代表性是不同的社會團體參與審判互相對話的基礎，故審判庭重視其成員自社區客觀選出，組成具代表性，有助支持司法正當性⁸，特別是不同性別參與審判，性別互動之影響力使性別參與有不可替代性⁹，不應使特定族群或人口有系統的被排除於參與審判。此外，透過司法實踐擴張參與公民之資格，消除非必要之參與限制是法律與時俱進的表現¹⁰，值得反省注意的是族群¹¹、性別之特質是否對審判結果造成影響，或特定性質之案件因族群、性別之不同見解有異¹²，在實踐過程中可能出現參審庭組成性別比例問題，必須留意持續觀察，至少美國的實踐經驗與研究都顯示，性別差異確實影響審判結果，只是影響程度不同¹³。這是單純只有美國面臨的問題、或是公民參與刑事審判

⁶ Nancy Jean King, *The American Criminal Jury* 62 *Law & Contemp. Prob.* 41,54-56 (1999).

⁷ Neil Vidmar, *Historical and Comparative Perspective on the Common Law Jury, World Jury Systems*, 28 (Edited by Neil Vidmar 2000).

⁸ Marijke Malsch, *supra* note 4, at 21-22.

⁹ Andrew D. Leipold, *Constitutionalizing Jury Selection in Criminal Cases: A Critical Evaluation*, 86 *Geo.L.J.* 945,959 (1998).

¹⁰ 例如，1928年日本陪審法規定，有閱讀能力之三十歲以上男子始具有擔任陪審員之資格，對照2004年日本之裁判員參加刑事審判法第13條以下有關選任資格之規定，日本人民參與刑事審判之資格顯已放寬許多。美國陪審員參與資格擴張論述見 *Id.* at 951.

¹¹ Nancy J. King, *Postconviction Review of Jury Discrimination: Measuring the Effects of Juror Race on Jury Decisions*, 92 *Mich L. Rev.* 63, 75-80 (1993).

¹² 審判法院就案情依職權組成限定性別參與之陪審庭，已經少見，相關論述參閱 Neil Vidmar, *supra* note 7, at 28.

¹³ Andrew D. Leipold, *supra* 9, at 962.

可能普遍存在的經驗現象、是否成為障礙、可否避免；自應一併思考，調整解決。否則，我國憲法第 7 條明定無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。平等原則不惟適用於被告，亦使審判者同受規範，如何迴避此一問題產生爭議，自是我國實施公民參與刑事審判得從比較法經驗思考合理規範參審庭組成與性別中立的重要問題。

時至今日，國家公民參與審判的普遍適格性已成為典範¹⁴，更以選舉人名冊隨機選任公民參與刑事審判，嘗試解決參與代表性問題，可受肯定¹⁵。雖仍有部分國家須先由政黨、團體推薦公民人選，始具備參與審判之資格，但畢竟是少數¹⁶，未必獲得普通認同，必須注意的是，基於公民資格普遍參與的意義本係反應社會的一般特質，建立法院與在地事件的情感與有效領域之聯結 (establish a vital link between the courts and the affective and effective world of local affairs)¹⁷，但從國外實踐經驗看來，年齡、職業類別就參與審判出現集中性特徵，易言之，特定年齡層與特定職業類別參與率較高¹⁸，或因各國辭卻選任之法定理由不同，故出現此特殊區域性現象。而此參與集中性特徵是否因其人口特質，可能形成特定群體意見，表達社會價值，當另研究分析。惟此亦說明隨機取樣之選任方式無法保證參與者具代表性，如何避免年齡、職業類別集中化問題，使公民參審者之年齡、職業類別、乃至其他人口特質之參與代表性有失均衡¹⁹，可能影響公民反應社會通念的立法理想受挫，就辭退事由之設計必須審慎規範，確保參與刑事審判之公民因普遍參與之機會，具反應社會價值之代表性與參與義務之認識，確保參與率，明確規範法定辭卻理由，方能呈現有效的公民參與代表性。

¹⁴ Neil Vidmar, supra note 7, at 2-4.

¹⁵ Cynthia A. Williams, Note, Jury Source Representativeness and the Use of Voter Registration Lists, 65 N.Y.U.L. Rev. 590, 593;599-601 (1990).

¹⁶ Marijke Malsch, supra note 4, at 37,39.

¹⁷ Shapiro, M. Courts: A Comparative and Political Analysis, 57(1981). Sean Doran & Ruth Glenn, Lay Involvement In Adjudication, Research Report NO. 11, Review of The Criminal Justice System In Northern Ireland (2000) http://www.nio.gov.uk/lay_involvement_in_adjudication.pdf 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

¹⁸ Marijke Malsch, supra note 4, at 35;37;171.

¹⁹ 我國人民觀審試行條例草案第 16 條第 6 款因工作上、家庭上之重大需要致執行觀審員、備位觀審員職務顯有困難得拒絕參與之規定及第 9 款其他經司法院規定之情形。是否潛藏參與者人口特質失衡之危險值得觀察。

第二項 不附理由拒卻制度

第一款 不附理由拒卻制度之發展

選任陪審員乃是組成陪審團最重要的工作。與其說是陪審員選任，不如說是陪審員適格性如何為檢辯雙方所接受，認定其適任陪審工作。兩造在審判開始之前有權拒卻任何個人擔任陪審員，參與審判，分附理由拒卻(Challenges For Cause)及不附理由拒卻 (Peremptory Challenge)兩種類型。與陪審制相互依存的不附理由拒卻制度是陪審發展史的一大特色，在採行陪審制度的國家，不附理由拒卻權之法理被理解為公平審判的實質要素²⁰。以該機制監督平衡陪審員選任程序，組成公正的陪審團，是陪審法制強調審判庭公正不偏的基本理由。

不附理由拒卻制度之歷史由來已久，溯源於羅馬帝國時期即允許適用於刑事審判²¹。西元 1250 年至西元 1300 年間；不附理由拒卻首次出現適用於英國死刑重罪²²，原由檢方專屬，僅限於死刑重罪得行使不附理由拒卻。早期在英國普通法域之實踐；死罪重犯得享有限的不附理由拒卻，而檢方行使不附理由拒卻則不限次數²³，而後，重罪被告甚至可行使高達 35 次不附理由拒卻陪審員之機會，被認為有延遲訴訟之危險²⁴。在美國，1790 年美國國會制定法律，使叛國罪之被告得以行使 35 次不附理由拒卻，被處死刑之被告亦得行使 20 次不附理由拒卻，其後實踐適用之次數分就被告與檢察官略有調整。1946 年施行的 Federal Rules of Criminal Procedure Rule 24(b) 規定，檢方就死刑案行使之不附理由拒卻次數明訂為 20 次，與被告相同，俟後，州法院亦同此適用²⁵。不同的州法域就

²⁰ Phyllis Novick Silverman, Comment: Survey of The Law of Peremptory Challenge: Uncertainty in The Criminal Law, 44 U. Pitt. L. Rev. 673 ,673(1983).

²¹ Batson, 476 U.S. at 119 (Burger, C.J., dissenting) (citing William Forsyth, History of Trial by Jury 175 (1852) (explaining that the Romans used the peremptory challenge in criminal cases).

²² William T. Pizzi & Morris B. Hoffman, Jury Selection Errors on Appeal, 38 Am. Crim. L. Rev. 1391, 1412 (2001).

²³ Barbara L. Horwitz, The Extinction of The Peremptory Challenge: What Will The Jury System Lose By Its Demise? 61 U. Cin. L. Rev. 1391, at n23 (1993).

²⁴ Joshua E. Swift, Note: Batson's Invidious Legacy: Discriminatory Juror Exclusion And The "Intuitive" Peremptory Challenge, 78 Cornell Int'l L.J. Rev. 336(1993); Batson v. Kentucky, 471 U.S. 1052, Chief Justice Burger, joined by Justice Rehnquist, dissenting."In all trials for felonies at common law, the defendant was allowed to challenge peremptorily 35 jurors, and the prosecutor originally had a right to challenge any number of jurors without cause, a right which was said to tend to 'infinite delays and danger.

²⁵ William T. Pizzi Morris B. Hoffman, Jury Selection Errors on Appeal, 38 Am. Crim. L. Rev. 1391, 1415 (2001).

不附理由拒卻陪審員之次數限制不同，聯邦法院端視犯罪性質規定不附理由拒卻陪審員次數²⁶，重罪被告得行使 10 次不附理由拒卻，檢察官則為 6 次²⁷。在美國，不附理由拒卻幾乎普遍適用於所有刑事審判案件，審判開始前被告辯護人或檢察官得行使附理由拒卻或不附理由拒卻，被譽為以人性待人犯的柔性條款²⁸，守護美國憲法第 6、7 增修條文對被告接受陪審審判的憲法權利。除支持美國憲法揭示保障的公平審判，更提供對兩造當事人的平等保護。而今除美國之外，歐洲理事會(Council of Europe)會員國皆允許檢方與被告附理由拒卻法官、陪審員，且有 9 個國家允許被告與檢方行使不附理由拒卻制度，保障被告接受公平審判庭的審理²⁹，從實踐結果觀察，無論是英國、美國、歐陸國家，拒卻制度已為陪審制與參審制共同接受，其目的與功能就訴訟結構之調整對應，深入分析，檢視其存在有無必要及其正當性。

第二款 公平審判的調和機制

受陪審團公平審判之權利是美國憲法保障之正當程序，1911 年美國國會依

²⁶ Joshua E. Swift, *supra* note 24, at 336.

²⁷ FED. R. CRIM. P. 24(b).

(b) Peremptory Challenges. Each side is entitled to the number of peremptory challenges to prospective jurors specified below. The court may allow additional peremptory challenges to multiple defendants, and may allow the defendants to exercise those challenges separately or jointly.

(1) Capital Case. Each side has 20 peremptory challenges when the government seeks the death penalty.

(2) Other Felony Case. The government has 6 peremptory challenges and the defendant or defendants jointly have 10 peremptory challenges when the defendant is charged with a crime punishable by imprisonment of more than one year.

(3) Misdemeanor Case. Each side has peremptory challenges when the defendant is charged with a crime punishable by fine, imprisonment of one year or less, or both.

²⁸ Swain v. Alabama, 380 U.S. 202, 212 (1965). Justice White wrote that: It was thought that peremptory challenges were allowed at common law in capital felonies only. Thus Blackstone states: "[I]n criminal cases, or at least in capital ones, there is, *in favorem vitae*, allowed to the prisoner an arbitrary and capricious species of challenge to a certain number of jurors, without showing any cause at all; which is called a peremptory challenge: a provision full of that tenderness and humanity to prisoners, for which our English laws are justly famous."

²⁹ 在比利時，兩造最多可拒卻 6 名陪審員；在丹麥，在一般案件被告與檢方各得拒卻 2 名陪審員不包括參審員，如為政治案件則為 4 名，在法國，檢方在 *cour d'assises*(刑事法庭)得拒卻 4 名陪審員 在上訴法庭 *cour d'assises d'appel* 得拒卻 5 名陪審員，被告則可在 *cour d'assises*, *cour d'assises d'appel* 分別拒卻 5 名陪審員、6 名陪審員；在希臘，公訴檢察官與被告各有 2 次拒卻權；在 Malta，檢方與被告被允許有 3 次不附理由拒卻之機會，但案中被告如果超過 3 個，每個被告各有 2 次 *peremptory challenges*。特別的是在挪威，檢察官與被告只有 1、2 次拒卻權 (each may exclude one or two potential jurors) 在俄羅斯，檢察官與被告只有 2 次拒卻權，如有數被告，則拒卻權之行使依雙方多數決或抽籤合意為之。在西班牙、挪威檢察官與被告被允許有 4 次拒卻權；在瑞士雙方可在 *cour correctionnelle* 拒卻 4 名陪審員在 *cour d'assises* 拒卻 8 名陪審員。See John D. Jackson and Nikolay P. Kovalev, *supra* not 3, at 104.

憲法第6增修條文之內涵為兩造創設附理由拒卻權³⁰。從實踐觀察，行使附理由拒卻之原因包括對被告或被害人有偏見、具親屬關係，或因新聞媒體報導對該案案情知之甚深，拒卻次數不限³¹。唯附理由拒卻之行使雖不限次數，但僅限於特定範圍；且必須向法院釋明理由。例如受拒卻之陪審員過去曾涉及包括被告、辯護人、檢察官、證人、被害人在內之訴訟³²。不附理由拒卻使兩造同有機會參與決定陪審員的選任程序，此係對當事人與社區證明接受陪審員審判的最大實質公平性，更是保護被告安全的重要權利³³。因行使不附理由拒卻剔除陪審往往根據常識、經驗，而非出於理性，使得不附理由拒卻權之行使被用於有目的將種族、性別排除於陪審團之外，反而失去保障審判公正不偏的基本價值，而備受批評³⁴。

以Batson v. Kentucky為例，美國最高法院大法官Thurgood Marshall甚至力主只有廢棄不附理由拒卻制度才能消除陪審團選任過程產生的種族歧視問題³⁵。實務對不附理由拒卻制度意見不一，有認為如果辯護人對於陪審員所知有限，僅依個人主觀刻板印象拒卻陪審員，實不利公平審判，甚至也有主張應排除檢察官行使不附理由拒卻³⁶。大法官Marshall更認為不附理由拒卻與平等保障條款相互矛盾³⁷。惟不附理由拒卻權之本質即令行使之人無須敘明原因、不必質詢、不必由法院控制，即行排除潛性可能偏頗的陪審員³⁸。在Batson v. Kentucky案中，美國聯邦最高法院認為，依平等保護條款(Equal Protection Clause)行使不附理由拒卻，有利平等保護兩造當事人之訴訟權益，產生無偏頗的陪審團，貫徹公平審判，增強訴訟主體程序參與性，使當事人接受審判程序無所遺憾，而今美國各州法域都承認兩造行使不附理由拒卻，只是各州規範行使之次數不同，但

³⁰ William T. Pizzi Morris B. Hoffman, supra note 25, at 1391.

³¹ J. Shontavia Jackson, Comment: Peremptory Challenge: Striking Down Discrimination in Arkansas's Jury Selection Process. 59 Ark. L. Rev. 93, n 28 (2006).

³² Id.

³³ ("Although "there is nothing in the Constitution of the United States which requires the Congress [or the States] to grant peremptory challenges,' nonetheless the challenge is "one of the most important of the rights secured to the accused.") (quoting Stilson v. United States, 250 U.S. 583, 586 (1919); Pointer v. United States, 151 U.S. 396, 408 (1894)).

³⁴ Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79, 87 (1986).

³⁵ 476 U.S. 79 (1986) at 102-03 (Marshall, J., concurring).

³⁶ Anne Bowen Poulin, The Jury: The Criminal Justice System's Different Voice, 62 U. Cin. L. Rev. 1377, n 295 (1994).

³⁷ Turner v. Murray, 476 U.S. 28 at 108 (Marshall dissenting).

³⁸ Swain v. Alabama, 380 U.S. 202, 220 (1965).

最重要的是，許多州依Federal Rule 24(b)兩造不對稱(Asymmetry)原則賦予檢察官少於被告之不附理由拒卻次數³⁹。

美國殖民初期，不附理由拒卻對被定罪的被告提起上訴救濟有極重大的意義，人權法案保障刑事被告諸多權利，但並未保障受定罪的被告有上訴權，各州法域雖承認判決違背法令之上訴，但卻少見上訴成功發回更審⁴⁰。就美國司法實踐經驗而言，謹慎的辯護人小心適用不附理由拒卻保護其當事人，而非在極短的時間內，面對陪審選任工作，提出附理由拒卻，以當事人的命運為賭注。從判例法系傳統看來，不附理由拒權本係為人民訴訟利益之程序保障，在選任陪審團過程中，行使不附理由拒卻，消除兩造對陪審員主觀產生的不適任印象，強化被告對刑事審判程序的公平性認知⁴¹。肯定人民獲得公平審判庭審理的機會不能遮斷，保障正當程序權利。判例法實踐說明程序處分權與公平審判的關係，以實質充分的程序處分權擔保強制適用陪審審判的公平性，縱無程序選擇權，亦不影響被告的公平審判權，而具積極參與程序之重要意義。

第三款 比較檢討

比較法上同時存有附理由拒卻與不附理由拒卻制度，用以調和審判庭組成之主觀色彩。拒卻制度係源於判例法系結合陪審制度的一大特色，但採參審制之國家亦仍移植適用⁴²，如何實現公平審判，必須有層累縝密的設計，防止預斷、發見真實，方能發揮制度設計的功能效用。各法域規範不附理由拒卻行使次數不同，或依所犯罪名刑度規範不附理由拒卻行使次數，乃至有檢、辯雙方行使次數不對稱之現象。拒卻制度非使檢、辯雙方以歧視性方式行使權利，阻撓參審庭之組成，成為拖延訴訟之策略。對任何國家而言，司法都存在效果與成本問題，回首法制沿革，特別是某些重大犯罪，大部分的美國人都堅信拒卻制度之存在對被告、被害人乃至於整體社會、犯罪審判之權利有其必要性⁴³。不附理由拒卻制度

³⁹ William T. Pizzi Morris B. Hoffman, *supra* note 25, at n126.

⁴⁰ *Id.* at 1416-1417.

⁴¹ Regina Schuller & Neil Vidmar, Symposium on Comparative Jury Systems: The Canadian Criminal Jury, 86 Chi.-Kent L. Rev. 497,503 (2011).

⁴² 日本裁判員參加刑事審判法第 34 條、36 條參照。

⁴³ Judith Heinz, Note And Comments: Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada, 16 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. 201, 243 (1993).

在我國公民參與刑事審判立法過程中曾受忽略⁴⁴，亦未重視附理由拒卻制度對選任公民參審者之重要性，蓋因制度於不同法域實踐毀譽參半，有無必要適用不附理由拒卻，本應仔細斟酌⁴⁵。只要設計得宜，避免在審判前對陪審員有過多非必要之質問，或過度強調審判庭組成的代表性問題，不附理由拒卻制度之運作未必產生爭議⁴⁶。附理由拒卻與不附理由拒卻何以同時出現於跨法域實踐？若未法定不附理由拒卻之行使次數，而僅規範行使不限次數之附理由拒卻，是否即足以保護被告之正當程序權，值得討論。

肯定不附理由拒卻之理由有二：一來可使辯護人尋求理由排除不適參與本案審判之陪審員過程經濟⁴⁷，復節省上訴法院之時間，並允許法官較能寬容接受陪審員公正的意見主張⁴⁸，對我國而言，刑事訴訟法定有法官自行迴避與聲請法官迴避之事由⁴⁹，執行職務有偏頗之虞者，亦得聲請法官迴避。而所謂『足認其執行職務有偏頗之虞者』，係指以一般通常之人所具有之合理觀點，對於該承辦法官能否為公平之裁判，均足產生懷疑；且此種懷疑之發生，存有其完全客觀之原因，而非僅出諸當事人自己主觀之判斷者，始足當之⁵⁰。實務咸認，所謂有具體事實足認其執行職務有偏頗之情形；係指法官與訴訟關係人具有故舊恩怨等關係，其審判恐有不公平者而言⁵¹。應迴避而未迴避其判決當然違背法令，構成上訴理由，故不附理由拒卻之基本功能尚可視為聲請公民參審者迴避之規定，其功能有二；其一、公民隨機選任，參與刑事審判，且不論參與人數之多寡，公民參審者與被告、訴訟關係人是否具有故舊恩怨之關係，實無從查察，與本案審判無

⁴⁴ 2007 年研議之國民參審試行條例草案並未規畫不附理由拒卻權。

⁴⁵ 以英國為例，不附理由拒卻之行使本極為寬鬆，頗招遲滯訴訟之怨，故由國會立法，漸次限縮適用，1974 年修法，原重罪被告得行使 7 次不附理由拒卻，1977 年再度修法，減為 3 次，Criminal Justice Act of 1988 生效之後，自 1989 年 1 月 5 日起，英格蘭之被告已不再行使不附理由拒卻。See Judith Heinz, *supra* note 43, at 201.

⁴⁶ Regina Schuller and Neil Vidmar, *supra* note 41, at 504.

⁴⁷ 刑事妥速審判法嚴格規範侵害被告速審權之效果，為避免訴訟程序延滯，辯護人、法院、當事人皆有協力妥速審判之義務，採行公民參與刑事審判亦應思考如何速決選任，以利審判程序進行。

⁴⁸ Judith Heinz, *supra* note 43, at 201.

⁴⁹ 2007 年研議之國民參審試行條例草案第 3 條第 2 項規定，參審員行使審判權時，原則上與法官有相同職權，刑事訴訟法關於法官迴避之規定，於參審員自應準用，爰於第 1 項訂明。第 35 條刑事訴訟法關於法官迴避之規定，於參審員準用之。參審員與被告或被害人、告訴人、告發人現有或曾有僱傭或同居關係者，亦應自行迴避。

⁵⁰ 79 年台抗字第 318 號判例參照。

⁵¹ 19 年抗字第 285 號判例參照。

關，亦無必要費時查察，否則徒增法院負擔。惟被告、訴訟關係人與公民參審者庭上相對，當下知之，故有必要以不附理由拒卻消除有害審理之疑慮，擔保審判公平，使被告有充分之程序參與權。

一、不附理由拒卻制度之評析

不附理由拒卻制度歷史由來已久，其行使無須理由、無須解釋、不受司法審查，確保當事人對選任陪審員程序之公平⁵²，信任陪審員公平履行陪審義務，制度存續與否，評價不一，或認其存在有助促成當事人進行訴訟程序之公義，亦有助兩造接受陪審裁定之公平性與終極性⁵³，亦認此制度易遭濫用排除不同的種族、性別參與者，而若要解決附著於不附理由拒卻的選任歧視問題，只能極端訴求廢除此一制度⁵⁴。審查不附理由拒卻之適用更被評為有害不附理由拒卻制度，蓋因附理由拒卻與不附理由拒卻功能不同，不附理由拒卻旨在補充附理由拒卻無法排除之預斷偏頗參與之者，不利公平審判⁵⁵。持平而言，公民基於公民權參與刑事審判本應免於任何歧視，被排除參與審判，確有可能因不附理由拒卻制度之存在而使公民權實踐存有瑕疵，故久受比較法研究者批判，認此有害公民平等參與司法之精神⁵⁶。

訴訟策略運用產生之問題，與制度本質功能無關，不附理由拒卻受濫用，以之排除不同種族、性別參與審判活動，自當檢討約束⁵⁷，德州大學法社會學學者Mary R. Rose以不附理由拒卻參與審判之公民為樣本，從受拒卻者觀點，進行質性實證研究，說明不附理由拒卻的選任程序對公民之保護，並有利於當事人對

⁵² Swain v. Alabama, 380 U.S. 202,212(strikes -- challenges without cause, without explanation and without judicial scrutiny -- affords a suitable and necessary method of securing juries which in fact and in the opinion of the parties are fair and impartial)

⁵³ Arielle Siebert, Batson v. Kentucky: Application to Whites and the Effect On the Peremptory Challenge System, 32 Colum. J.L. & Soc. Probs. 307,310-311(1999).

⁵⁴ Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79, 103 (1986) (Marshall, J., concurring) I nonetheless write separately to express my views. The decision today will not end the racial discrimination [*103] that peremptories inject into the jury-selection process. That goal can be accomplished only by eliminating peremptory challenges entirely.

⁵⁵ Stephen I. Shaw, Case Note: Batson v. Kentucky: The Court's Response to the Problem of Discriminatory Use of Peremptory Challenges, 36 Case W. Res. 581,591(1986).

⁵⁶ Id at n41.此外，美國學者指出不附理由拒卻受辯護人濫用，排除不同種族、性別參與審判之問題，參閱 Antony Page, Batson's Blind-Spot: Unconscious Stereotyping and The Peremptory Challenge, 85 B.U.L. Rev. 155 (2005).

⁵⁷ Id. at 257-261.

抗的訴訟程序，拒卻與否係公民參審者是否為兩造當事人接受的問題，不能單純因實務濫用制度而否定之⁵⁸。有趣的是從研究分類可知：「不附理由拒卻」是當事人權利行使結果，從公民感受而言，參與者個人並未覺得拒卻參與是不公平的對待，且理解自己因何受拒卻，其原因係可歸類於法庭行為表現、個人法律經驗、個人特質；包括年齡、職業、性別、乃至不能說的理由(Cannot Say)，而與個人參與司法之能力高下無關⁵⁹，有近半數的受訪者(47%)認為自己受拒卻是個人特質問題(Personal Characteristics)⁶⁰，研究也指出參與者之法庭表現緊張、服用藥物等因素，係受不附理由拒卻參與審判之原因⁶¹，然而，卻沒有受訪者表示因受拒卻而有參與權利受損之感受。

不附理由拒卻制度存否，不在制度是否受濫用，而應考慮刑事訴訟理念、訴訟結構如何定位發展，當事人對抗的訴訟模式與職權進行訴訟模式之制度運作，同求依正當法律程序落實公平審判，在力求發見真實、解決爭端的基礎之上，刑事訴訟程序到底有那些方法、措施是兩大法系得共融共通，確保無罪推定而無矛盾的原則。拒卻制度是當事人對抗進行訴訟程序的一大特色，以之確保陪審裁定發見真實之公平性為兩造接受，更督促專業法官；避免其不願將被告主觀認為有偏頗之虞的陪審員依附理由拒卻方式除去⁶²，再次表現公民與法官互為公平審判，正當程序擔保者之意義。然而誠如前述，正反意見過度討論行使不附理由拒卻之動機，流於意識型態之爭，反對者認行使動機出於種族、性別之歧視，無善意可言，有害公平審判，支持者認此有助調和審判庭組成的客觀性，前開議論互見長短。選任程序本於客觀公正本不應排除任何公民參與，否則不免在審判上造成法定法官原則的緊張關係，故請求不為選任亦應客觀合理，原則上應以附理由拒卻排除不適任之公民。惟公民與專業法官參與身分不同，是否適任應受兩造監督，若僅得由專業審判者自行決定與誰共行審判，與權力分立制衡、司法民主意旨有間。

⁵⁸ Mary R. Rose, Symposium: III. The Jury In Practice: A Voir Dire of Voir Dire: Listening To Jurors' Views Regarding The Peremptory Challenge, 78 Chi.-Kent L. Rev. 1061,1064-1066 (2003).

⁵⁹ Id. at 1067;1084.

⁶⁰ Id. at 1080.

⁶¹ Id. at 1075-1079.

⁶² Arielle Siebert, supra note 53, at 309.

不附理由拒卻係在平等基礎上相對排除不適任之參與者，對兩造而言亦有阻卻預斷之心理效果，組成獨立不偏的審判庭，蓋預斷干擾證明力評價標準，不利兩造於審判中武器平等對抗。而非使特定種族、性別無法參與審判，公民參與刑事審判之選任程序屬審判合議體組成的技術性問題，而與專業法官受客觀、抽象公平分案原則之拘束有別。選任程序雖是技術性規範，仍與恣意裁判禁止原則息息相關，附理由拒卻與不附理由拒卻同是選任程序的調整機制，特別是不附理由拒卻具有輔助調和審判庭形式上被預設為公正客觀的原始性格，其根本目的就是為排除國家恣意操控審判的風險。

二、本文對於不附理拒卻制度之見解

本文必須強調，研究不附理由拒卻無須過度專注討論其行使動機如何，參審公民基於公民權之普遍適格性，推定其有能力公正無偏參與審判，不過推定適格與舉證不適任之問題必須衡平處理。法院立於司法行政立場亦無須判斷兩造行使不附理由拒卻制度之動機，而應兼顧考慮其舉證拒卻、行使拒卻理由之合理性與拒卻審查之時效經濟，對審判程序指揮有無影響，為具體擔保審判權行使不受妨害，貫徹法定法官原則，適格之公民參審者人數眾多，就選任細節問題，容許以精簡方式排除可預見、不必要的程序障礙，使審判公平、迅速，確保程序安定性，應立法保留。公民無法預知何時參與審判，對公民參審者而言當然存有不確定感，不利生活工作之安排，但其參與審判並非常態性而係單一性案件，這也是公民參與刑事審判表現公民參與公共服務之特質，公民來自社群，為分案與參與客觀性不受操弄，不宜提早於一年之前公告周知「年度公民參審者」，蓋對程序主體者而言到最後一刻方知參審者誰，除確保公民參審者事前不受任何外力之影響，亦減少被告懷疑審判是否受干涉、控制之心理負擔，當然無法預知何時參與審判，公民生活可能因之受影響，惟此應落實集中審理，使審判於合理期間內迅速完成，減少公民日常生活之不便⁶³。

⁶³ 惟立法例上德國參審制因參審者具任期保障，每年通常參與審判服務 12 日，且須於週末接受數週職前教育，因參審員係於任期內依排定順序參與審判，故法官有必要於年度開始時，從參審員名冊，於公開法庭以抽籤方式決定參審員參與審判之順序，此與本文所論參與一次性審判、無任期制之公民參與刑事審判又有不同，特此說明。

被告係訴訟程序主體，其處分支配權利應受承認並予確保，使訴訟當事人之主觀感受與客觀權利同受尊重。定罪判決要使被告心服並非容易，公民參審者選任過程中，被告表現其程序參與權也許無助發見真實，但程序參與權有助刑事審判程序正義規範功能，若從審判結果被接受與提高程序參與權(Participation Right)二者關係聯結討論，也可降低被告對國家主導審判程序可能擅斷的疑慮。另一方面，公民參與刑審判既是權利也是義務，國家須照顧兩造當事人公平參與訴訟程序之基本權與參與審判公民之隱私權，如未慮及於此，亦將有損社會對公民參與刑事審判之認知與必要。

公民參與刑事審判法定普遍性選任資格係基於參與者之公民權，而公民參與者之選任要件雖已在形式上受立法限制，但仍存有隱性危險因子⁶⁴，可能引起訴訟程序障礙，不利程序進行。適格參與之公民亦須考慮其是否適任，一但程序開始，不宜更換參審公民，此乃正當法律程序之精神，為貫徹正當法律程序，進行公平審判，應允檢、辯雙方即刻基於公民之法庭行為表現，請求排除不適任公民，除去高風險參與者，避免審判開始後發生程序障礙，必須更換參審公民之情形。蓋訴訟程序的愈後階段所為之法官更易，影響當事人權益越大，憾動法定法官裁判權利愈深，且公民與專業法官身分不同，任何公民之變動可能性應先慮之，循法律保留位階，避免以備位參審者充任續行審判，立法若依比例原則約束得行使不附理由拒卻之次數，避免公民參審者中途更易情事，非以干預公民權之行使為目的，尚無侵害公民權之疑。

三、附理由拒卻與不附理由拒卻並存之必要性

在比較法上，附理由拒卻限於特定範圍；例如受拒卻者與當事人之間曾因事涉訟，且必須向法院釋明理由為法官所接受，為訴訟經濟，使公民參與刑事審

⁶⁴ 法官是否適任尚有法官法評價約束，公民不適任問題亦應預防處理。某些隱藏性的精神障礙問題可能流於顏色行止，例如：「因精神障礙或其他心智缺陷，致不能勝任職務，不得被選任參與審判」，不附理由拒卻制度之存在有助調整公民參與者生理、心理潛在疾病因素問題，特別是心神喪失問題抗辯之處理，蓋因精神障礙包括心理與生理之認知狀況，具沉默特性，參與者本人是否有義務告知罹有身心疾病、隱有精神障礙、或因正使用藥物，有暫時性精神障礙、可能發生暫時性精神障礙，此涉公民個人隱私，無公開之必要，不予告知亦未違法，但未告知法院個人事由卻可能對審判程序之正當性、妥適妥速，造成影響。

判之程序進行順利，明文規定不附理由拒卻之行使，實有司法利益，更有助公民參與刑事審判順利施行，不惟可能避免因不服參審員之參與產生不服判決之理由，提起上訴⁶⁵，亦滿足不附理由拒卻擔保客觀審判庭組成之目的。然而為防止不附理由淪為拖延訴訟之策略，使訴訟進行受延宕，應當合理規範兩造行使次數，兩造在審判中武器平等⁶⁶，自無須另分別行使次數之多寡，惟拒卻次數應依參審庭之組成比例、案件類型、法定刑之輕重，分別決定。以美國為例，司法實務認為，陪審團成員若少於6人不利團體評議，且有害辯護，更不具代表性⁶⁷，若非死刑重罪不附理由拒卻之行使次數亦應縮減⁶⁸。原則上，若以公民6人與3名法官組成合議庭，則宜賦予檢察官及被告，各有3次不附具理由請求裁定不選任之權⁶⁹，此外被告、辯護人如能證明參審員因主觀因素不應參與審判⁷⁰，仍得以參審員與案件有關為不適任事由，附理由聲請為不選任之處分。

不附理由拒卻與附理由拒卻並存有助調和因選任錯誤產生的審判瑕疵與治療問題，係選任程序調和重要機制。在美國，陪審員選任程序開始之前，地方法院即先行發放問卷，確認是否有任何因素影響候選陪審員履行公平審判之態度，**如果陪審員在法官訊問之下，顯有嚴重疑慮，無為公平審判之可能**，不適任審判，若在選任程序，被告行使附理由拒被法官駁回，使被告必須改用不附理由拒卻，係傷害被告受美國憲法保障之正當法律程序⁷¹，選任錯誤當然構成上訴理由⁷²，故是否因未能妥適排除不適任之參審者，乃至成為上訴理由之爭點

⁶⁵ William T. Pizzi and Morris B. Hoffman, *supra* note 25, at 1391.

⁶⁶ 美國某些州法域內，被告與檢方行使不附理由拒之次數並不對稱，被告得行使之次數多於檢方，惟若有共同被告，被告之拒卻權係與他共同被告共用，亦有國家將不附理由拒卻權保留被告專屬，參閱 Neil Vidmar, *supra* note 7, at 34.

⁶⁷ 美國研究認為陪審團成員少於6人不利團體評議，且有害辯護。See *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 232 (1978) Kimberly A. Mottley, David Abrami, And Darryl K. Brown *The Jury's Role In Administering Justice In The United States: An Overview of The American Criminal Jury*, 21 St. Louis U. Pub. L. Rev. 99, 101 (2002).有關參審庭之比例配置與表決原則論理，本論文另於第六章詳述。

⁶⁸ William T. Pizzi and Morris B. Hoffman, *supra* note 25, at n123.

⁶⁹ 行使不附理由拒卻之次數，應不違比例原則，日本裁判員參加刑事審判法第36條參照。

⁷⁰ 例如參審員與被告、被害人、告訴人、告發人現有或曾有僱傭或同居關係者，都可能是形成預斷的原因理由，有必要排除。以 *State v. Grega*, 721 A.2d 445, 481 (Vt. 1992)一案為例，因參與審判之公民表示認識檢方證人，該檢方證人曾為被告驗傷，基於認識並尊重該醫師證人，如果醫師證人出錯，該陪審候選人表示將非常失望。此種陪審候選人之個人態度亦被認為是有排除之理由。

⁷¹ *United States v. Martinez-Salazar*, 528 U.S.304 (2000).

⁷² 例如 *People v. Scott*, 566 N.Y.S.2d 399 一案因陪審候選人在選任程序中向法院表示，有親友任偵查工作，聽親友提過偵查內容，當該陪審候選人被問起與親友間的關係是否影響其公平審

問題應仔細考慮⁷³，但最重要的是；第一審法院對被告附理由拒卻之准駁是否錯誤，應依案件內容情況，判斷顯著影響被告權利之程度如何，是否有違憲法保障之正當法律程序。在選任程序中對到庭之參審員個別進行訊問，是否僅須消極確認參與資格⁷⁴，無須就參審員是否有為不公平審理之虞為必要之質問⁷⁵，乃至有必要積極確認到庭參與選任之參審員個人價值態度，確保參審庭組成是否可能偏頗，傷害公平審判，茲以United States v. Martinez-Salazar一案⁷⁶，說明選任程序中法院審查附理由拒卻、不附理由拒卻，法官所為裁定對被告之影響與正當法律程序之關聯。

United States v. Martinez-Salazar 一案因法官未能排除不適任之候選陪審員，致使被告被定罪，被告不服因而提起上訴。Abel Martinez-Salazar 與另一共犯因販毒與持有槍械被起訴，陪審名冊完成後，法院針對候選陪審員進行問卷調查，問卷問題提問：「是否知悉有任何事可能影響其擔任公正陪審之能力」，其中有一名候選陪審員 Don Gilbert 回應：我支持檢方(I would favor the prosecution)。因 Don Gilbert 在問卷中如此回答，法官乃對其再進行必要質問與確認，「所謂個人支持檢方」之真意，是否即不能聽取證據、依據法官諭示認定事實，投票將被告定罪，候選陪審員 Don Gilbert 回答仍十分模糊，經法官與 Don Gilbert 討論，他表示：「不，我想我的意思是一切都是平等的，我可能偏向檢方」。法院向 Don Gilbert 解釋，檢方對被告負舉證責任，審判必須超越合理懷疑，方能將被告定罪，辯護人問 Don Gilbert，檢察官與辯護人，他覺得哪一邊有錯，Don Gilbert 說他支持檢察官，其他大部分人也應如此想，至少大多數人也傾向此一想法，被告被帶上法庭一定犯了錯，法院向 Don Gilbert 解說無罪推定原則，

判之能力，陪審候選人表示：「希望不會、不知道」，因該案與謀殺兩名員警有關，故上訴審認為，被告未能行使附理由拒卻，使而行使不附理由拒卻，因原審法院之誤，致使被告不附理由拒卻權耗盡，有必要發回更審(a new trial is necessary)。

⁷³ 若參審員參與審判時與法官有相同職權，刑事訴訟法關於法官迴避之規定及其法律效果，於參審員有準用之必要。

⁷⁴ 觀審試行條例草案第 26 條規定。

⁷⁵ 日本裁判員參加刑事審判法第 34 條規定：裁判員等選任程序中，審判長，為判斷裁判員候補者，於從事職務預定期間內，是否該當第 13 條規定？是否屬於依第 14 條規定無法擔任裁判員者？是否該當於第 15 條第 1 項各款或第 2 項各款或第 17 條各項所揭事由？或是依第 16 條規定聲請辭退裁判員時，是否該當同條各項事由？或是有為不公平審理之虞？得為必要之質問。

⁷⁶ 528 U.S. 304 (2000).

Don Gilbert 告訴法院無罪推定只是理論，Don Gilbert 表示會遵照法院諭示，他也實在不知道該怎麼辦。法庭討論完畢後，被告與辯護人向法院聲請有理由拒卻 Don Gilbert 擔任本案陪審員，但檢方反對，檢方認為法院應駁回該聲請，理由為被告已知該候選陪審員之想法，且 Don Gilbert 已表示遵照法院諭示，辯方再無理由拒卻之。法官駁回被告附理由拒卻之聲請，被告只好改行使不附理由拒卻權，終將其所有的 11 次不附理由拒卻耗盡。其後被告被定罪，被告不服提起上訴。The Ninth Circuit 法院撤銷原判決，上訴法院認為，不附理由拒卻權並非美國憲法保障之權利，美國憲法第 6 修正條文保障 Martinez-Salazar 之公平審判權未受侵害，不過本案仍然改判，蓋因被告不附理由拒卻權無法行使，有害正當法律程序，前述選任程序之訊問、拒卻審查、如何拒卻不適任之參審者等問題，影響救濟程序，應如何處理，實應警惕注意。

以美國與日本為例，兩國分別適用陪審制與參審制，實行時點雖有先後，但一致保存附理由拒卻與不附理由拒卻制度，為求落實公平審判之本旨⁷⁷，對附理由拒卻，美國法有及時抗告制度，陪審員選任問題成為上訴理由更是平常⁷⁸。日本裁判員參加刑事審判法第 34 條第 4、6 項則規定，若檢察官、被告或辯護人裁判員候補者有為不公平審判時，有附理由拒卻權。依同法第 35 條之規定，並得聲請異議，聲請異議，準用刑事訴訟法關於即時抗告之規定。選任問題得否抗告、行使附理由拒卻准駁之審查，影響上訴理由，至關被告正當法律程序與訴訟權之保障。法院對到庭之公民參審員個別進行訊問⁷⁹，此訊問係確認公民態度是否存有預斷、是否足勝任公正無偏審判的重要程序⁸⁰，特別是我國研議公民參與刑事審判立法立場傾向採納重罪參審體例，更不應忽略拒卻制

⁷⁷ 日本裁判員參加刑事審判法第 34 條、第 36 條參照。美國學界與實務雖有廢止不附理由拒卻制度之聲傳出，惟本文以為：美國實踐問題主要因其國家人口組成為複合民族國家，從經典判決 *Batson v. Kentucky* 一案可知，宿命性的種族問題隱於美國移民型社會結構，不可歸責於不附理由拒卻制度之失，在我國地理環境密接，人口稠密情況下，如何善用此一制度，發揮迴避功能，不宜忽略。

⁷⁸ Steven Shavell, *The Appeals Process as a Means of Error Correction*, 24 *J. Legal. Stud.* 379, 421 n.80 (1995). The ubiquity of jury selection issues in appeals is thus not surprising. See also Joy Chapper & Roger Hanson, *Understanding Reversible Error in Criminal Appeals Final Report* 38 (National Center for State Courts 1989). <http://lawweb.colorado.edu/files/vitae/hanson.pdf> 最後瀏覽日 2013 年 6 月 30 日。

⁷⁹ 觀審試行條例草案第 26 條參照。

⁸⁰ 在美國陪審名冊完成後，針對候選陪審員進行問卷調查，確認選任陪審候選員態度是否公正不偏，乃選任重要步驟，故為俄羅斯、西班牙所繼受，Stephen C. Thaman, *Europe's New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia*, 62 *Law & Contemp. Prob.* 233, n33 (1999).

度之程序處分權有助支持公民參與刑事審判正當程序的重要性。

我國研議公民參與刑事審判制度雖有不附理由拒卻之規定，惟僅由檢、辯雙方各得行使3次⁸¹，復將附理由拒卻選任之範圍明文化，且為杜爭議，不得抗告⁸²，限縮選任問題之救濟，干預被告權利行使方式，從外國立法例就拒卻制度之立法與實踐過程觀察，不得及時抗告，似有失公平審判之程序正當性。雖不得抗告有利訴訟程序妥速進行，但若不得抗告，而以之為由上訴理由，另由上訴審查，限制被告合理之程序保障與救濟，是否有違憲法第8條正當程序之意旨，非無疑問。此外，上訴審之目的乃在救濟錯誤，被告以參審員不適任所產生之選任問題，對法院裁判聲明不服，屬憲法正當程序及訴訟權保障之內容，而上訴第三審以判決違背法令為限，應依刑事訴訟法第379條第1款法院之組織不合法⁸³、或第2款依法律或裁判應迴避之法官參與審判為理由，進行審查，有助個案具體救濟，當一併思考審查。

持平而言，陪審評議獨立、秘密，就算只是一名陪審員有瑕疵，致使選任錯誤，但是評議不公開，無從評價該不適任之陪審員在評議程序中到底發揮何種影響力，乃至影響被告定罪與否。此乃可預見之有害錯誤，基於憲法保障被告之正當法律程序，應使當事人於程序中有救濟機會，以抗告為之。至於發見在後之選任瑕疵問題，特別是公民參與者有受賄情事，或有損公平審判之虞，則應另敘明理由，提起上訴，由上訴審審查判斷得以治癒的標準為宜。此外公民參審者對死刑的態度意向如何、是否應由法院在到庭參與選任之參審員個別進行訊問時併與質問，質問結果是否提供檢、辯方參考，若未提供參考，對審判結果是否有害，在比較法上別具意義，必須慎重。法院提供的選任參考資訊勢必影響當事人判斷決定選任參審員時應適用附理由拒卻或不附理由拒卻⁸⁴，但如何

⁸¹ 表面上看來審判中武器平等，兩造不附理由拒卻權似應一致，惟我國研議公民參與刑事審判制度採重罪參審體例，多為強制辯護案件，檢察官有專屬之不附理由拒卻權，亦得自由行使不附理由拒卻，但事實上被告之不附理由拒卻與附理由拒卻權之行使，實為辯護人與被告所共用，蓋因辯護人之個人因素亦可能影響被告之不附理由拒卻與附理由拒卻權行使之分配，如此規定是否屬武器平等，值得討論。

⁸² 觀審試行條例草案第26條及其立法理由參照。

⁸³ 依30年上字第129號判例意旨，所謂法院之組織不合法，係指參與審判之人員，不依法律所定之人數組織者而言，與選任瑕疵無關。

⁸⁴ 陳運財，日本裁判員制度的觀察報告--兼評人民觀審試行條例草案，第67屆司法節學術研討會會議資料，頁21。

避免因法院的錯誤影響參審法庭之組成，亦應本於正當法律程序之原則，在刑事司法發動過程，對被告予以充分之程序保障，應是不附理由拒卻與附理由拒卻並存之重點。

第三節 參審庭之成員比例配置與表決原則論理

第一項 參審庭結構配置分析

第一款 陪審團成員數問題之說理

從十四世紀以來，判例法系的陪審團成員始終維持由 12 人組成⁸⁵，傳統判例法系國家，例如英國、美國、加拿大、紐西蘭、澳洲等國採行陪審制，仍多維持基本模式，以 12 名陪審員組成陪審團，參與刑事審判工作。但並非所有採陪審制之國家皆由 12 名陪審員組成陪審團，以歐陸為例，陪審團成員數不一，採陪審制之日內瓦為 6 人，奧地利為 8 人，瑞典、西班牙為 9 人，挪威為 10 人⁸⁶，歐陸國家的陪審團組成從 6 到 10 人不等，惟陪審人數皆不低於 6 人，顯然無論歐陸或美國陪審成員數以 6 到 12 人為基本架構參與陪審審判，應進一步思考公民參與人數對審判結果之司法法理、社會認同、被告權利保障與救濟是否具有充分正當之支持基礎。

一、參與人數之意義改變－從參與必要性到參與功能性

美國憲法第 3 條、增修條文第 6、7 條只揭示陪審的憲法地位，並未就陪審團組成人數為明確規範，司法實務向來透過實踐，不斷修正補充陪審員與陪審審判的社會功能與司法目的。直到十九世紀，美國聯邦最高法院在 *Thompson v. Utah* 一案⁸⁷，首次明確表示 12 名陪審成員的必要性。兩名被告因偷了一隻小牛，在猶他州被依竊盜罪起訴，其中一名被告 *Thompson* 接受陪審審判而被定罪，

⁸⁵ 成員數出或出於歷史偶然，但其宗旨係以多數維持公平法院之中立形象。參閱 *Williams v. Florida* 399 U.S. 78, 106-108. See Chief Justice Burger and Justices Black, Douglas, and Brennan concurred in Justice White's opinion respecting jury size.

⁸⁶ John D. Jackson and Nikolay P. Kovalev, *supra* note 3, at n58.

⁸⁷ 170 U.S. 343 (1898).

但陪審團成員僅有 8 人，雖然符合猶他州憲法規定，但被告卻認為此不足法定陪審團人數，提起上訴，被猶他州最高法院駁回，故被告向聯邦最高法院提起上訴，聯邦最高法院區別陪審員(Jury)與陪審審判(Trial By Jury)的概念，否決猶他州最高法院認為 8 名陪審員與 12 名陪審員所發見之事實並無不同之見解，確認立憲者以 12 名陪審員一致定罪為處罰原則，保障刑事被告生命、人身自由，係被告之憲法上權利。

直到 1970 年 Williams v. Florida 一案⁸⁸，聯邦最高法院基於功能性考慮，修正見解，不再堅持 12 名陪審員的必要性。陪審成員數的合理性透過實務說理，不再是單純的歷史偶然，就實踐經驗而言，美國陪審團規模組成介於 6 至 12 人之間，依犯罪性質區分陪審團組成規模，美國聯邦最高法院支持州法院得以陪審員 6 人進行刑事審判⁸⁹，聯邦最高法院認為：12 人陪審之模式不是美國憲法保障陪審審判的要件，更進一步說明，陪審團由 6 人或 12 人組成對促進評議實效、強化陪審團代表性、免於外力恐嚇並無分別實益⁹⁰，但少於 6 人組成陪審團，因組成人數過低，就參與評議並無實效，且有害被告接受陪審公平審判的正當法律程序⁹¹。美國聯邦最高法院雖然只堅持陪審成員數不得少於 6 人，且放寬認定陪審團組成人數對評議的影響力，但此見解不斷受到實證研究挑戰與學界批判⁹²，縱陪審成本挑戰司法利益，聯邦最高法院亦不應允許各州法院放寬陪審人數之違憲行為⁹³，憲法承諾的人權保障如何在限縮陪審人數的條件之下有效履行，也開啟美國學界對陪審組成規模的實效研究。

⁸⁸ 399 U.S. 78 (1970) Justice White, writing for the Court, reversed the trend of Thompson and Patton and held that "the 12-man panel is not a necessary ingredient of trial by jury. [T]he essential feature of a jury obviously lies in the interposition between the accused and his accuser of the common sense judgment of a group of laymen... The performance of this role is not a function of the particular number of the body that makes up the jury.

⁸⁹ Williams v. Florida 399 U.S. 78 (1970).

⁹⁰ Id. at 101.

⁹¹ Ballew v. Georgia, 435 U.S. 223 (1978).

⁹² Valerie P. Hans, The Power of Twelve: The Impact of Jury Size and Unanimity on Civil Jury Decision Making, 4 Del. L. Rev. 1, 7-8(2000); Valerie P. Hans & Neil Vidmar, Judging The Jury 165-76 (1986); Lempert, Uncovering "Nondiscernible" Differences: Empirical Research and the Jury Size Cases, 73 Mich. L. Rev. 643 (1975); Michael J. Saks, Jury Verdicts: The Role of Group Size And Decision Rule (1977); Zeisel & Diamond, "Convincing Empirical Evidence" on the Six Member Jury, 41 U. Chi. L. Rev. 281 (1974).

⁹³ Developments in the Law: The Civil Jury: IV. Unshrinking The Federal Civil Jury, 110 Harv. L. Rev. 1466 (1997).

二、合理的參與人數有助參與實益

美國採行陪審制，由陪審員擔任事實發見者的角色，經評議之後，依表決結果作成有罪無罪之裁定，組成規模、表決方式與陪審制之職權特色三者相嵌，聯邦最高法院的意見主要是為陪審實踐經驗結果補充說理，使之無悖於美國憲法保障正當程序，公平審判之理念。聯邦最高法院的說理提醒司法實務不能只重訴訟經濟，減少參與人數，降低參與成本，毫無標準，必須維持公民參與人數之合理規模，方得使公民參與刑事審判具實益。

理論上，由規模較大的參與人數判斷相同、特定的資料，有助邊際錯誤之發生，但此僅得為參考，蓋審判實務本應另行考慮證據與法律之評價、陪審意見懸而不決(Hung Jury)等問題，不能依此結論參與規模越大，陪審裁定正確率越高。值得特別留意的現象是美國各州多就死刑、求處重刑等案件維持 12 人陪審之模式，其餘刑事陪審微罪案件，各州對參與人數已略有調整，但亦維持至少有陪審員六人聽審⁹⁴，如兩造同意減少陪審團成員，陪審員仍不得少 6 人⁹⁵，顯然司法實務對陪審團組成規模維持 6 人的底限有所堅持，更非得以任意限縮調整，否則不利證據評價合理性、關聯性，當事人訴訟權益之均衡維護，亦有害司法利益。蓋此參與規模一但破壞，勢必要面對更多實證檢驗，其結果恐非釋義說理所能釐清，係公民參與刑事審判制度形成時應慎重審酌之要素。

第二款 參審庭成員數問題分析

採參審制國家，參審庭之組成繼受陪審團成員數之概念，由法官與公民共同組成合議庭，同時擴大公民參與審判活動範圍。若以歐陸為例，歐陸採參審制之國家其參審庭規模分殊複雜，參審庭結構難以類型化區分。德、法兩國之參審制分別為歐陸諸國師法，德國參審制廣受繼受⁹⁶，典型的德國地方法院參審庭由法官 1 人、參審員 2 人所組成，上級審區法院之參審庭則由法官 3 人、

⁹⁴ David B. Rottman ET AL., State Court Organization 1998 278, Table 42 (2000)
<http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/sco98.pdf> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

⁹⁵ Id.

⁹⁶ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, supra note 3, at 97.

參審員 2 人所組成，職司重罪審判。John D. Jackson and Nikolay P. Kovalev 於 2007 年發表之研究指出，在歐陸，移植德國式參審制之國家至少有 19 國，雖移植德國參審制、參考德國參審庭之組成模式，但歐陸各國就公民在參審庭的參與人數，仍各有不同。芬蘭與瑞典之參審庭由法官 1 人、參審員 3 人所組成，瑞典上訴法院則另由法官 3 人、參審員 2 人組成參審庭。奧地利之參審庭由法官 2 人、參審員 2 人所組成。此外，亦有另就法定刑之輕重決定參審庭之組成。以保加利亞為例，若判刑可能逾 15 年有期徒刑者，參審庭由法官 2 人、參審員 3 人所組成，在波蘭，若法定刑逾 25 年有期徒刑者，參審庭由法官 2 人、參審員 3 人所組成⁹⁷。另一參審制典範國家，法國，參審庭職司審判法定刑 10 年以上之重罪，其參審庭組織歷經多次改革，現行參與模式參審庭由法官 3 人、參審員 6 人所組成，就公民參與比例而言，此種參與組成被認為顯然優於德國⁹⁸。值得注意的是丹麥在 2008 年完成司法改革之後，陪審案件的審判庭組成也產生根本性的變動，第一審法院之審判庭由法官 3 人與陪審員 6 人共同組成，高等法院之審判庭則由法官 3 人與陪審員 9 人所組成⁹⁹，丹麥改造後的實踐模式似亦間接承認美國聯邦最高法院見解，肯定參與規模對審判庭組成具有實益，支持不得少於 6 人參與組成審判庭，復區別審級救濟功能，將上訴審之參審庭組成擴大，但仍保留 12 人制之審判庭結構，對審判庭組成與程序之適法性及合目的性皆具重要意義。

陪審、參審理念不同，公民參與權限亦由各國依訴訟構造設計，故參與人數應就各國規畫公民參與刑事審判之立法意旨、適用案件類型，妥適決定雙審判主體組成比例與合議庭規模，不可率然形成。從前述陪審制、參審制實踐經驗、立法體例可知，法官與公民人數應依何比例構成，較為適當、各國實踐規模不同，裁判合議體之構成在比較法制上具有多元發展的特徵¹⁰⁰。基本上可

⁹⁷ Id. at n72.

⁹⁸ Id. at 97-99.

⁹⁹ Lars Bo Langsted, Peter Garde, *Criminal Law in Denmark*, 3rd Revised Edition 205;208 (2010).

值得注意的是，丹麥在進行司法改革之後，仍保留陪審制度，惟僅有少數案件適用陪審，運作方式亦改由法官與陪審員共同完成評議與裁定說理，此一變革，顯與傳統陪審制中陪審獨立評議，作成裁定之分工不同。該國陪、參審之重要分別除所適用的表決方式不同之外，在陪審案件中法官專職法庭活動，兩造合意證據之容許性皆由法庭判斷，表決方式由法官與陪審員共同擔保，表決方式對被告不利，無罪開釋被告須六位陪審員中有四位，三位法官中有兩位，表決無罪，方得開釋被告，參審制則採三分之二多數決。

¹⁰⁰ Ethan J. Leib, *Commentary: A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic*

依案件法定刑刑度調整分類參審庭結構，重罪交付規模較大之參審庭審理，輕罪交付規模較小之參審庭審理¹⁰¹。然而，參審與陪審之主要分別在於參與內容方式而非結構規模，此乃公民參與刑事審判制度求其實效應予重視之問題。參審庭的組成意義在於落實公平審判，而公平審判之形上理念如何透過訴訟構造設計，從抽象到具體，層累具象化，自應從與參審合議庭組成規模、實質職權、表決方式一併檢驗。

若公民無法實質參與審判，則參與人數多寡再非所問。惟從審判庭組成而論，可以肯定適用公民參與刑事審判之案件，原則上，若由法官及參審員組成參審法庭，共同審理案件，公民參與人數至少應有 6 人為宜，以確保參與實益，特別是重大案件，應由公民 6 人與法官 3 人合議裁判始足當之，若將明案、疑案審理程序分流處理¹⁰²，被告對起訴事實無爭執且已認罪之案件，似宜從現行法官人力調度員額思考調整參審庭結構。本文以為，無論從形式或實質效果，理想的公平參審庭結構配置應使公民參與者有助司法利益，實證研究支持成員規模較大之審判組成體可超越個體偏見，得到較客觀之結果¹⁰³，故參審庭之組成有必要參考實踐經驗與說理，至少應有 6 人¹⁰⁴，而非任意形成，以 5 人組成陪審團，被認有失陪審功能，5 人以下更不足論，縱係為求司法經濟，亦不應使公民參與審判流於形式，失其實效，徒有參與之名。特別是陪審成員數減少，恐將使無辜被告被定罪風險增加，如何法定公民參與人數更應審慎¹⁰⁵。

Countries, 5 Ohio St. J. Crim. L. 629 (2008).

¹⁰¹ 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，第 180 期，頁 143，2010 年 5 月。此外，法國參審制度亦做此分類。

¹⁰² 參閱刑事訴訟改革成效評估委員會總結報告 <http://www.judicial.gov.tw/revolution/101.1.11.刑事訴訟總結報告.doc> 最後瀏覽日 2012 年 5 月 1 日。

¹⁰³ Ballew v. Georgia 435 U.S. 223,233-234 (1978). (the smaller the group, the less likely it is to overcome the biases of its members to obtain an accurate result. When individual and group decisionmaking were compared, it was seen that groups performed better because prejudices of individuals were frequently counterbalanced, and objectivity resulted. Groups also exhibited increased motivation and self-criticism. All these advantages, except, perhaps, self-motivation, tend to diminish as the size of the group diminishes. Because juries frequently face complex problems laden with value choices, the benefits are important and should be retained. In particular, the counterbalancing of various biases is critical to the accurate application of the common sense [*521] of the community to the facts of any given case.)

¹⁰⁴ Williams v. Florida, 399 U.S. at 103.

¹⁰⁵ Ballew v. Georgia, 435 U.S. 223 (1978) at 232-33. The Court did mention that, as jury size decreases, the risk of convicting an innocent defendant increases.

就司法而言，合法妥速審結裁判，是國家獨占訴追、刑罰制裁，作為法益與公共秩序保護者的公義任務。從社會而言，審判的意義不僅在於發見真實，更是犯罪與處罰適當與否之聯結，除非被告已認罪，對起訴事實無爭執之明案，法院得裁定以法官 1 人、裁判員 4 人組成合議審理及裁判¹⁰⁶，否則隨意增減審判庭組成必然有損公民參與擔保正當程序與公平審判之客觀性義務。

第二項 無罪推定與表決原則論理

在隨機取樣的情況下，統計大數法則說明增加樣本，同時也增強支持正確表示¹⁰⁷。審判的結果由社會共同承擔，正確判決、誤判與縱放都是審判可能的結果，社會共同負擔縱放與誤判的系統性代價，此一瑕疵存在的必然性係因審判是事件回溯過程，客觀、具體的證據不足、證據調查合法性爭議、證據滅失之遺憾，都是審判活動可能面對的問題，也是社會成員必須認識、接受的司法處境，而公民參與審判也有助強化證明力的判斷標準，擔保排除合理懷疑。

希臘之公民參與刑事審判模式極為特殊，基於以社會為陪審之概念 (Society-As-Jury)，被告定罪與否係由社會直接決定，公民全體直接行使參與公共事務的權利，不代表廣大社群，故其參與母數極大，甚至多達上千人數，此乃以社會全體為樣本之設計¹⁰⁸，以社會全體認定的真實為標準，定義有罪無罪，可說是極為罕見之實踐經驗，究其核心理念仍是承認縱放與誤判的可能性難以避免，特別是陪審團不附理由，以所發見之事實為認定犯罪之基礎，對錯無從檢驗，定罪與否是判決的重要問題，故以多數參與求取社會集體對審判程序之信任。如果由三人組成合議庭聽證相同的證據，一人認為有罪，一人認為無罪，一人不置可否，究竟何人意見正確？但訴諸社會表決可得出結果，是故，只有社會能定罪，具跨階層代表性 (Cross-Sectional Representation) 的陪審員來自社會，社會構成定罪相關標準，故陪審規模必須是可信的社會整體樣本，陪審規模與表決方式的邏輯意義與定罪的誤判風險，同為美國司法實踐與實證

¹⁰⁶ 陳運財，註 101 文，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度，頁 131-149。

¹⁰⁷ George C. Thomas III and Barry S. Pollack, Rethinking Guilt, Juries, And Jeopardy, 91 Mich. L. Rev. 1,5 (1992).

¹⁰⁸ Id. at 4.

研究所重視¹⁰⁹。如何依正當法律程序形成合理懷疑被告有罪的標準，須依證據證明力具體為評價¹¹⁰，此一原則實與合議庭組成與表決原則密切相關。

公民參與刑事審判的表決設計，在陪審制部分，美國陪審團一致決原則可說陪審制的重要象徵¹¹¹。在參審制之下，評議表決方式則依參審庭規模、法官與公民合議的比例關係，對定罪採多數決、相對多數決、絕對多數決，規範不一。法國參審庭規定，定罪標準為三分之二多數決，德國表決模式則以多數決為定罪標準。參審庭組成問題除觀察比較構成主體設計與參審庭規模，重點應在規模不同的參審庭組成與判決結果之表決關係，能否以表決原則有效呼應無罪推定的承諾。在憲法正當程序之下，參審庭組成及表決方式如何落實無罪推定原則，就參審庭組成規模而言，何種規模應採一致決，三分之二多數決、絕對多數決、對無罪推定原則是否造成影響、何種組成規模與表決方式對落實無罪推定原則具實質意義，實可參考陪審團組成人數與參與權限理念，分析各種表決方式採定罪表決、定罪否決之意義，說明雙重危險禁止之內涵，據此法理，進一步討論上訴制度的立法方向。

第一款 一致決原則

陪審裁定一致決原則(Rule of Unanimity)幾乎是陪審審判的同義字，也是判

¹⁰⁹ 美國聯邦最高法院就陪審規模與表決論理見 *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1972); *Burch v. Louisiana*, 441 U.S. 130 (1979)，相關研究參閱 George C. Thomas III and Barry S. Pollack, *supra* note 107, at 11-13.

¹¹⁰ See *Ethyl Corp. v. EPA*, 541 F.2d 1, 28 n. 58 (D.C. Cir. 1976) (stating that “It may be that the ‘beyond a reasonable doubt’ standard of criminal law demands 95% certainty [internal cites omitted]. But..., a preponderance of the evidence demands only 51% certainty.”); *Brown v. Bowen*, 847 F.2d 342, 345-46 (7th Cir. 1988) (suggesting that certainty of 90% or more is sufficient to meet the reasonable doubt standard). There is yet another standard of proof that might be used in some instances. Although these three standards are sufficient for purposes of our analysis it is worth noting that in the past there have been other standards. In fact, there was at one time a standard even higher than the reasonable doubt standard. See Anthony M. Morano, *A Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule*, 55 B.U.L. Rev. 507, 511-19 (1975) (arguing that prior to the articulation of the reasonable doubt standard, a higher standard existed that required proof beyond any doubt). Indeed, there is, in theory, a continuum of standards of proof, but in practice only three. See Khanna V.S., *Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?*, 109 Harv. L. Rev. 1477, 1516 n. 210 (1996); See also, *Sullivan v. LTV Aerospace and Defense Co.*, 82 F.3d 1251, 1260 (2d Cir. 1996) (noting that “[t]he familiar burden of proof standards occur along a continuum with ‘preponderance of the evidence’ at one end and ‘beyond a reasonable doubt’ at the other. The ‘clear and convincing evidence’ standard falls somewhere in between.”).

¹¹¹ 美國採行陪審制，各州法域之陪審表決原則上採一致決，相關資料參閱 David B. Rottman ET AL., *supra* note 95, at 278.

例法肯定的一般法律原則¹¹²，實踐於判例法系民、刑事審判，時間超過六百年¹¹³，陪審裁定是陪審審判過程中重要的程序，從法制發展觀察，在英國 Edward III (1327-1377)時期陪審審判達成一致決裁定並非必要，直到Edward IV (1461-1483)時期方成為法規範。在美國陪審一致決裁定原則最早適用於 Carolinas, Connecticut, Pennsylvania等數州¹¹⁴，不過值得注意，陪審一致決裁定原則並非美國憲法正當法律程序條款之要求¹¹⁵。

作成一致決的裁定意味著陪審員不是就法庭活動開示的證據表示個人意見，而是出具集體意見。一致決裁定原則增加作成決定的困難，陪審裁定的模式有三種：有罪、無罪、懸而未決，如果陪審團無法作成一致認定有罪或一致認定無罪之裁定，當另組陪審團，繼續程序，直至陪審團作成裁定。是以被告必須面對一個懸而未決的不確定程序，辯護費用與國家司法成本都因而增加，如果被羈押，對被告而言除了辯護費用還有人身自由受剝奪，實有必要深入探究為什麼陪審團只能在有罪或無罪之中做限制性的選擇？然而定罪又比無罪裁定更困難，相較於多數決原則，一致決裁定原則有利於被告¹¹⁶。

陪審員基於超越合理懷疑，決定被告有罪或無罪，是陪審審判程序的重要過程。在 *Apodaca v. Oregon*一案，三名在*Apodaca*被控重罪的被告已分別被定罪，被告主張他們被依 10:2，不一致的陪審裁定定罪，違反憲法第 6 增修條文與正當法律程序¹¹⁷。為此，美國聯邦最高法院於 1972 年宣布支持州法庭刑事陪審團對定罪無須達成一致決¹¹⁸，也否定一致決原則非憲法正當法律程序要求陪審員來自公正跨階層(Fair Cross-Section Requirement)的先決條件。在*Apodaca v. Oregon*一案美國最高法院承認陪審裁定一致決原則實難考證¹¹⁹，就好像陪審團

¹¹² *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404, 408 (1972) (plurality opinion) (stating that unanimity "had become an accepted feature of the common-law jury by the 18th century").

¹¹³ R. L. M, *Criminal Procedure--Majority Verdicts in Criminal Trials*, 40 *Tenn. L. Rev.* 91 at n1. (1972).

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356, 359 (1972).

¹¹⁶ Edward P. Schwartz and Warren F. Schwartz, *Symposium Positive Political Theory And Public Law: Decision Making by Juries Under Unanimity and Supermajority Voting Rules*, 80 *Geo. L.J.* 775 (1992).

¹¹⁷ *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S.

¹¹⁸ *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1972); *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404 (1972).

¹¹⁹ *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 407 (1972).

必然由 12 名陪審員組成出於歷史偶然，何以由 12 名陪審員組成已不可考¹²⁰，此亦非陪審團組成之要件¹²¹。只有極少數的州允許微罪(Misdemeanor)定罪不必依循一致決裁定¹²²，但大部分的州法域都還是要求陪審裁定須達成一致決¹²³，重罪案件，特別是死刑案件，一致決原則更普遍為維持死刑之各州法域所接受¹²⁴。

美國最高法院就陪審裁定一致決原則曾提出四個歷史解釋為說理：首先，在無程序保障的情況之下一致決要求有其必要性，以增加裁定正確性¹²⁵，次則與當代陪審審判制度之前身Compurgation審判有關¹²⁶，當事人之一方受有 12 名陪審員的背書，判定其有罪或無辜，第三個理由則基於中古守舊心態，認為正確的觀點只有一個，正確的裁定當然須一致，最後一個理由則認為係立法者要求，一致性決定拘束社區，更呈現反對判決出於個人之必要性¹²⁷。前開數理由在今天看來對於是否保留陪審裁定一致決原則沒有太多說服力，不過Justice Stewart力主陪審員與一致決原則的互補作用實係確保刑事陪審發揮功能，避免盲從預斷，防止證據明確卻開釋被告，或以不適格的證據將被告入罪，係有助擔保遴選出的陪審員保持公正不偏的具體措施¹²⁸。在陪審裁定不附理由、無從審查的傳統之下，陪審人數對證據證明力的確信具客觀意義，陪審人數、一致決原則是對證據證明力的最大擔保，將被告入罪與否的決定提供社會具體認識與理解基礎。

¹²⁰ Williams v. Florida, 399 U.S. 78, 88-90 (1970) ("In short, while sometime in the 14th century the size of the jury at common law came to be fixed generally at 12, that particular feature of the jury system appears to have been a historical accident, unrelated to the great purposes which gave rise to the jury in the first place.").

¹²¹ Williams v. Florida, 399 U.S. 86 (1970).

¹²² See IDAHO CONST. art. I, § 7 (five-sixths vote); MONT. CONST. art. III, § 23 (two-thirds); OKLA. CONST. art. II, § 19 (three-fourths); TEX. CONST. art. V, § 13 (three-fourths).

¹²³ George C. Thomas III and Barry S. Pollack, supra note 107, at n11.

¹²⁴ Arizona、Connecticut、Florida 死刑案仍維持 12 人陪審之模式，且由陪審團以一致決為之。David B. Rottman ET AL., supra note 94, at 278.

¹²⁵ Apodaca v. Oregon, 406 U.S. 407 n2 (1972).

¹²⁶ Compurgation 審判是普通法系法制史上曾經適用的審判方式，被告在特定人數的鄰人朋友前被宣告無罪，這些人稱 compurgator，依不同的起訴罪名，compurgator 的人數不同。被告如果自認無辜必須尋求足夠的 compurgator 到法庭擔保其信用性。Morris B. Hoffman, The Case for Jury Sentencing, 52 Duke L.J. 951, 960, n.30 (2003); Emil J. Bovel III, Preserving the Value of Unanimous Criminal Jury Verdicts in Anti-Deadlock Instructions, 97 Geo. L.J. 251, n 53(2008).

¹²⁷ Emil J. Bovel III, supra note 126, at 260-261.

¹²⁸ Apodaca v. Oregon, 406 U.S. 388 (1972). (Stewart, J., dissenting).

第二款 表決原則之爭議

被告定罪與否應採一致決或多數決、決定表決的理論依據何在？充滿爭議。1972年Johnson v. Louisiana一案，陪審團中有9名陪審員投票同意依Louisiana法之規定將犯下搶奪罪的Johnson定罪¹²⁹，陪審裁定表決結果9:3，為Louisiana憲法(Louisiana Constitution)與刑事訴訟法(Code of Criminal Procedure)承認。被告不服州終審判決向聯邦最高法院提出上訴移審令(Writ of Certiorari)，被告抗辯，定罪須由12名陪審員依一致決原則為之，未依一致決原則定罪，不符合聯邦憲法增修條文第14條正當法律程序條款保障的合理懷疑標準，為支持被告的正當法律程序權，刑事案件應提供實質證明力標準，法院應闡明正當法律程序，要求陪審為一致裁定。但聯邦最高法院認為，州法並未否決刑事案件的正当法律程序，而是免除陪審一致決的必要性¹³⁰。但是在另外一個案子Burch v. Louisiana¹³¹，最高法院可就不支持由6個陪審員組成而作成5:1的陪審裁定。Burch是兩名共同被告之一，被控公然陳列猥褻圖畫罪，對其中一名被告陪審團達成一致決裁定。6名陪審員另對Burch個人作成5:1的裁定。最高法院支持Louisiana州縮減陪審團的成員數為憲法所許，但更進一步，當非一致決(Nonunanimous)裁定已威脅聯邦憲法原則內涵，任何優位的州法利益都必須退讓¹³²。

Rehnquist大法官大聲疾呼，要有明確的憲法界限區別9:3與5:1的正當性¹³³，為什麼6名陪審員組成的陪審團作裁定就必須依循一致決，12名陪審員依接近75%之比例所作裁定就可以為聯邦憲法所接受？如果9:3的裁定支持被告定罪是可以肯定的決定，那麼9:3的裁定支持被告無罪應該也是可以肯定的決定¹³⁴，不過無罪是一個實體概念，某些州法域要求陪審裁定必須依循一致決原則，9:3構成陪審懸而未決，如此一來，第二次的陪審審判將違反二重危險禁止條款(Double Jeopardy Clause)¹³⁵，然而若是州法庭只公布陪審團懸而未決，而未

¹²⁹ Johnson v. Louisiana, 406 U.S. 358 (1972).

¹³⁰ Id. at 359.

¹³¹ Burch v. Louisiana, 441 U.S. 130 (1979).

¹³² Id.

¹³³ Burch, 441 U.S. at 137.

¹³⁴ George C. Thomas III, An Elegant Theory of Double Jeopardy, 1998 U.Ill. L. Rev. 827,840 (1988). (developing concept of "verdict equivalence").

¹³⁵ George C. Thomas III and Barry S. Pollack, supra note 107, at 2.

公布陪審表決結果，並非妥當¹³⁶，特別是因為證據不足致生隱性的陪審懸而未決，美國憲法第 14 增修條文正當法律程序條款就是要求公布陪審表決，結果避免二重危險的權利基礎¹³⁷。

回應Rehnquist大法官大聲疾呼的問題，對裁定持不同意見的陪審員是否對該陪審團所做成的陪審裁定構成合理懷疑？如果陪審員係事實發見者，到底要有多少個陪審員持不同意見才能確定「合理懷疑」的命題應予肯定？美國最高法院說理也含糊不清。在Johnson v. Louisiana一案只說是 9 名陪審員構成實質多數¹³⁸，3 名陪審員的不同意見可不可以彈劾裁定的正當性，似乎又回到裁定是群體意志還是陪審實體理論的路線之爭，一致決裁定爭議並無定論，贊成者認為此有助司法正義，評議遲延有冠冕堂皇的理由，同使被告與社會對於定罪與否較能接受，亦保護被告不受政府壓迫，尊重理性的不同意見，還有，更重要的無罪推定原則，失入寧失出，寧可開釋有罪，不願將無辜入罪，反對意見則認為，裁定是妥協的結果，根本無關共識，一致決也不符合民主運作原則¹³⁹，然而最令人存疑的是，一致決原則並非美國憲法的內涵精神，如果被告接受陪審審判權利源於憲法第 6 增修條文之憲法基本權保障，何以州法院的陪審裁定不受一致決原則拘束，聯邦最高法院則否？陪審團對被告定罪是否必須達成一致決裁定充滿爭議，一致決原則是否是陪審裁定的正當性基礎值得討論¹⁴⁰，但更須反省陪審團一致決裁定是否係刑事案件運作合理懷疑標準所必須¹⁴¹。

在Patton v. United States一案¹⁴²，被告因共同行賄罪受訴，在審判開始後不久，12 名陪審員中有 1 人因病無法繼續履行職務，被告同意由其餘 11 名陪審團成員完成陪審工作，而 11 名陪審達成認定被告有罪之一致決裁定，被告因之被處有期徒刑，故向第 8 巡迴上訴法院 (The Circuit Court of Appeals for the Eighth Circuit) 就被告與檢方在審判開始之後是否得合意由 11 名陪審員續行審理之問

¹³⁶ Burks v. United States 437 U.S. 1 (1978).

¹³⁷ George C. Thomas III and Barry S. Pollack, supra note 107, at 30.

¹³⁸ R. L. M., supra note 113, at n35.

¹³⁹ Id. at 98-99.

¹⁴⁰ Edward P. Schwartz & Warren F. Schwartz, And So Say Some of Us ... What To Do When Jurors Disagree, 9 S. Cal. Interdis. L.J. 429, 437,451 (2000).

¹⁴¹ Johnson v. Louisiana, 406 U.S. 356,391-392 (1972).(Douglas, J., dissenting) (unanimity requirement necessary for operation of reasonable doubt standard in criminal cases)

¹⁴² Patton v. United States, 281,287,298 U.S. (1930).

題提出上訴。美國聯邦最高法院認為，陪審(Jury)的意義在於為一致決裁定，而非「12個人」組成¹⁴³。雖有研究結果認為，表決規則與裁定正確性沒有明確性關聯¹⁴⁴，只是，要求一致決的結果更耗成本¹⁴⁵。但另有見解認為，陪審裁定設定一致決機制的主要目的乃是為了避免錯誤的定罪，若陪審團對被告定罪與否無法達成一致決，最值得注意的恐怕是將使被告更有可能被定罪，因而提高被告定罪率¹⁴⁶。然而實際上，陪審團懸而不決多導致檢察官撤回起訴，而非另組陪審團再行裁定¹⁴⁷，這個現象提示一個司法權行使的重要思維想法，英美法系區分起訴與審判和歐陸法系司法權偵查、審判承續作用性格顯然有所不同，誠如前述，如果檢方起訴的「相當理由」、所提證據不能使認定事實者形成「心證確信」，就不應續行訴追，在當事人對抗下的訴訟活動，似乎也有拘束公訴權濫用的效果¹⁴⁸。

Kalven與 Zeisel兩位學者以 1966 年芝加哥實證研究資料說明：在州法域內大約有 5%的刑事陪審無法作成一致裁定¹⁴⁹，從 1980 到 1987 年，情況似乎略有改善，比例降到 3%，然後又上升到 6%¹⁵⁰，陪審懸而未決的情形多發生在都會區，而這些州法域內的個人開支明顯又較全國個人開支平均值要高，陪審成本更為沉重，雖然Kalven與 Zeisel研究認為，陪審裁定無論是採一致決或多數決裁定原則，都和定罪與否無關，只是一致決之要求容易造成陪審懸而不決的狀況¹⁵¹。不過Thomas III與 Pollack於 1992 年就Kalven and Zeisel研究發表進一步分析指出，美國聯邦最高法院在美國憲法利益的成本之下允許裁定非一致決與陪審團成員減縮原則，已增加司法經濟風險，因陪審團錯誤的裁定將被告定罪，將

¹⁴³ Patton v. United States, 276,281,288 U.S. (1930).

¹⁴⁴ Ethan J. Leib, Supermajoritarianism and the American Criminal Jury, 33 Hastings Const. L.Q 141, 141-144;148 (2006).

¹⁴⁵ Alvin K. Klevorick & Michael Rothschild, A Model of the Jury Decision Process, 81 J. Legal Stud.141, 141 (1979).

¹⁴⁶ Edward P. Schwartz & Warren F. Schwartz, Decision Making by Juries Under Unanimity and Supermajority Voting Rules, 80 Geo. L.J. 775,784-87;803 (1992).

¹⁴⁷ Richard A. Primus, When Democracy Is Not Self-Government: Toward A Defense of The Unanimity Rule For Criminal Juries, 18 Cardozo L. Rev. 1417, n2 (1997).

¹⁴⁸ 這個實踐軌跡也可以從日本檢察審查會的改革方向看出來，對案件追訴負責之人非檢察官，而是檢察審查會，甚至是國民，即使未為有罪判決仍應接受國民態度。三井誠著，陳運財譯，日本檢察制度與檢察審查會之動向發展，法學新論，第 21 期，2010 年 4 月。

¹⁴⁹ Harry Kalven, Jr. & Hans Zeisel, The American Jury 461 (1966).

¹⁵⁰ Jason D. Reichelt, Standing Alone: Conformity, Coercion, and the Protection of the Holdout Juror, 40 U. Mich. J.L. Reform 569, 582; 615 (2007).

¹⁵¹ Jeffrey Abramson, We The Jury: The Jury System And The Ideal of Democracy 198 (1994).

使無辜受追訴處罰的人民增加。Thomas III與 Pollack研究認為：依陪審團規模、不同的成員數設出排除標準，在不超過 5%或更高風險的裁定錯誤風險之下¹⁵²，Rehnquist大法官說的那條界線也應該被畫出來，而如果依Johnson v. Louisiana一案，9:3 裁定有罪的標準，那麼州法庭都應允許 9-3, 10-2 或 11-1 的無罪裁定，法官應公布陪審表決結果，而不應再組新的陪審團審理，避免二重危險¹⁵³，茲摘錄Thomas III與 Pollack研究圖表如下對照參考。

準確模式(開釋有罪被告的風險結構圖)

SAMPLE ACCURACY MODEL (SAM)

Risk That Particular Configurations for Guilt Result When Society Would Acquit

(All figures rounded to nearest 1/10 percent)計算到小數點下一位

Risks of Error 錯誤風險

陪審團規模	裁定	多數決	
		多數決	三分之二多數決
Jury Size	Verdict	Majority	Two-thirds
5	5-0	1.6%	8.7%
5	4-1	10.8%	35.0%
6	6-0	.8%	5.8%
6	5-1	6.2%	26.3%
7	7-0	.4%	3.9%
7	6-1	3.5%	19.5%
7	5-2	14.4%	46.7%
8	8-0	.2%	2.6%
8	7-1	2.0%	14.3%
8	6-2	9.0%	37.7%
9	9-0	**	1.7%

¹⁵² 如果陪審團成員數為 8 人，6-2 的裁定多數決比例為 9.0%，陪審團成員數為 9 人，7-2 的裁定多數決比例為 5.5%，陪審團成員數為 10 人，7-3 的裁定多數決比例為 11.3%，陪審團成員數為 11 人，8-3 的裁定多數決比例為 7.3%，陪審團成員數為 11 人，8-4 的裁定多數決比例為 13.4% 都應該排除。George C. Thomas III and Barry S. Pollack, supra note 107, at 32.

¹⁵³ George C. Thomas III and Barry S. Pollack, supra note 107, at 32.

9	8-1	1.1%	10.4%
9	7-2	5.5%	29.9%
9	6-3	17.2%	55.8%
10	10-0	**	1.1%
10	9-1	.6%	7.5%
10	8-2	3.3%	23.4%
10	7-3	11.1%	47.2%
11	11-0	**	.8%
11	10-1	.3%	5.4%
11	9-2	1.9%	18.1%
11	8-3	7.3%	39.3%
11	7-4	19.4%	63.1%
12	12-0	**	.5%
12	11-1	.2%	3.8%
12	10-2	1.1%	13.8%
12	9-3	4.6%	32.2%
12	8-4	13.4%	55.1%
12	7-5	29.1%	75.6%

** = less than 0.1%.

本文無意深入檢驗討論Thomas III與 Pollack研究之正確性，惟藉此深省表決原則之合理設計必須符合正當法律程序。若以 12 名陪審員組成陪審團，作成一致決，此定罪原則被認為是錯誤風險最低的表決方式¹⁵⁴，也可說是支持建立堅強事實審之安全機制，惟其司法成本極高，若發生陪審懸而不決之情況，必須另組陪審團重行審理，造成審判期日極大之負擔。多數決表決原則(Simple Majority)則因一但面臨陪審表決意見緊張的態勢，其正當程序之前提假設必先

¹⁵⁴ Id. at 19.

受質疑¹⁵⁵。絕對多數決(Supermajority)減少定罪之影響，遷就支持無罪推定原則。此種表決方式被認為係有助證明超越合理懷疑之定罪標準，但定罪前提仍關乎證據能否證明何者有罪，而不是決定一種定罪的控制標準。

表決原則與公民參與刑事審判之選任程序具對應性調整功能。如果在選任程序仍無法確保排除某些主觀不適任的公民參與者，採絕對多數決原則可說是另一種控制不同意見產生的機制，使正確意見的出現率高於妥協意見¹⁵⁶。從前述美國司法實踐經驗看來，表決原則與陪審團規模之間的問題，確實不容忽視，抽樣理論分析研究指出減少陪審團成員影響對裁定的預測與正確¹⁵⁷，如果無罪推定不只是一個實體問題，更可能以陪審團規模與表決原則將心證形成標準化，理論上，增加參與人數，建立超越合理懷疑之共識，降低風險，對於避免錯誤係具實質意義，故參與人數應有合理的數據依據，且不宜過少，否則將影響評議結果之確信，使公民參與刑事審判的理性目的受挫。

第三項 比較檢討

何種事實應受嚴格證明、何種事實允受自由證明，學說無法闡明，標準也難求一致，審判發見認定之事實有實體法上事實與程序法上事實，實體法上事實依嚴格證明之證據認定，但實體法範圍難以認定¹⁵⁸，如果刑事追訴審理判決是區分有罪與無罪的程序，從法實證(Positivist)概念分析，無罪推定不是一個實體問題，而是透過參與者程序參與檢驗判決的理論模型，理論上，參與母數越大，錯誤的機率越低，不過為避免社會虛耗，司法資源浪費，仍應理性決定參與樣本數建立參審庭規模。表決過程中定罪的正反意見過度接近，是隱性的審判瑕疵，表決原則如何呼應參審庭規模使審判有效可信，宜參照比較法的立法理念，實踐產生的爭議問題與統計模式文獻分析，檢視不同的參與規格比例、表決方式，探討何種審判庭組成規模對應之表決方式有助保障被告的公平審判權，在無罪推定的理念下，分析定罪表決方式是否對被告再度形成持續受追訴之風

¹⁵⁵ Id. at 13.

¹⁵⁶ Harold J. Rothwax, *Guilty: The Collapse of Criminal Justice* 215 (1996). Ethan J. Leib, *Supermajoritarianism and the American Criminal Jury*, 33 *Hastings Const. L.Q.* 141,147 (2006).

¹⁵⁷ Saks & Marti, *A Meta-Analysis of the Effects of Jury Size*, 21 *Law & Hum. Behav.* 451, 463 (1997).

¹⁵⁸ 陳樸生，*刑事證據法*（重訂四版），三民書局，1997年5月，頁122-123。

險，以理論客觀歸納建立參與規模與表決方式的說理與邏輯，而非任意形成，有助公平法院昭社會公信，使參審庭運作與實現社會正義、公平審判之目的聯結，對決定我國公民參審人數與審判庭組成係務實理性之作法。

第一款 公民與法官共同擔保表決結果

一致決定罪原則並未完全被否定，至少從當代國際刑事司法理念看來，接受審判庭以一致決作出判決，應是原則，若無法達成一致意見時，則以多數決為判決，評議未能達成一致決，所作之裁判應包括多數意見和少數意見公開於法庭¹⁵⁹。本文以為，理想的參審庭結構與合理表決原則對現代社會具有雙重重大意義。一是將憲法國民主權原理表現於當代司法民主化溝通合意過程，蓋公民不因成員多數壓制表決結果，法官不因法律專業主導操控公民意見，社會認識與法律專業相倚，彼此意見可能未必相同，但皆是判決不可獲缺的要素，多數意見必有公民與法官之合意，使公民與法官互為審判擔保，而非單純的司法表決民主。二是反應社會對無罪推定理念之認同，及其是否合於憲法正當程序之實質內涵，使參審庭之組成規模與表決方式成為確信有罪、證明超越合理懷疑之擔保機制。如何建立「超越」合理懷疑的定罪標準，在於參審合議庭組成規模、在於表決原則¹⁶⁰。

表決原則之合理性與參審庭之規模比例密切相關，理論上，公民與法官聽證相同的證據，業經完整充分的審議溝通，對犯罪事實之認識不應出現太大的意見落差，不過為使無罪推定原則有公信基礎，表決原則之設計應避免可能出現對立緊張之表決比數，傷害無罪推定原則的正當性。以日本裁判員參加刑事審判法為例，第一審參審庭以公民 6 人、法官 3 人，共 9 人組成合議庭，表決方式採絕對多數決，以參與決定者過半數以上之同意，且包含雙方意見在內之合議體過半

¹⁵⁹ 國際刑事法院羅馬規約(Rome Statute of the International Criminal Court) 第 74 條。

¹⁶⁰ 比較法上關於有罪心證形成之用語，英美法稱之被證明為超越合理懷疑 (Beyond Reasonable Doubt) 之證明為其形式；德國法係以「幾近確實之蓋然性」稱之。日本最高法院則名之「高度蓋然性」，而其內容除應基於「達到未遺留反對事實存在可能性之程度」之確實意向外，並應有「充足證明犯罪之確信判斷」(日本最高裁判所昭和 48 年 12 月 13 日判決)，所謂高度高度蓋然性若將其解為事件機率，則審判庭成員數與表決原則應是客觀檢驗事件之重要判斷基準。

數多數之意見定之¹⁶¹。日本最高法院立於公民與法官充分溝通的基礎上，以平成 22(あ)1196 號判例，重新詮釋司法民主化的意義，接受法官與裁判員認知可能不同之結果，強調憲法既然容許人民參與司法，即無必然認為同屬合議庭成員之法官所持多數意見，必為裁判之結論¹⁶²。此一實踐說理發人深省，以合理的參審庭結構與表決原則支持超越合理懷疑的定罪確信，是國家制裁的謙抑思想與社會協助犯罪被害回復秩序信念合致的結果¹⁶³，日本實務高度尊重公民與法官合議溝通結果，重視司法之國民性基礎，使國民健全的社會認識反映於裁判內容，支持真實係社會與司法溝通判斷之結果，非僅止於法院觀點所發見之真實，落實裁判員制度實踐目的，殊值肯定，此一論據更提醒我國應慎重檢討引進公民參與刑事審判的實質理性意義為何，就整體刑事訴訟制度之規範設計，妥適思考。裁判員制度實施之後，日本檢方對裁判員所作無罪判決，多不再行上訴，對我國而言，更應同此反省檢察權訴追、上訴的法理與政策，使刑事訴訟構造與實踐論理一貫，以表決原則彰顯「公民與法官共同擔保表決結果」之司法判決，督促檢察官履行實質舉證責任，善進說服責任，使社會接受理解無罪推定原則。

除第一審構造影響上訴審設計外，參審庭結構與合理表決原則應與上訴救濟並同思考論述，如果第一審採參審制，第二審採覆審制之情況下，第二審上訴結構同採參審制並非不可¹⁶⁴。然而陪審裁定、參審判決，上訴審如何審查？上訴審是否必須同採公民參與刑事審判制度？從比較法觀察，各國立法體例不同，在判例法系，陪審裁定具終極性效力(Verdict Finality)，美國陪審裁定，終止檢方對無罪判決另行上訴、對同一罪名再行訴追、一罪不得二罰，成為禁止二重危險(Double Jeopardy)的基本法理¹⁶⁵，此一效力到底是終止公權力濫用，還是衡平對被告權益保護，見解不同¹⁶⁶。

¹⁶¹ 日本裁判員參加刑事審判法第 67 條參照。

¹⁶² 日本裁判員制度運作，一名法官加上四名裁判員意見，即形成「包含雙方意見在內之合議體過半數多數之意見」，卻也可能發生「兩名法官」加上二名裁判員意見被排除之現象，這種情況應該是不同意見過度對立，表決比數可能過於接近，產生的爭議。相關說理參閱日本最高法院大法廷平成 22(あ)1196 號判例。

¹⁶³ 本文以為，雖評議不公開，但似可考慮將參審合議表決結果公開，若第一審被告受無罪判決，公開表決結果至屬必要，此與傳統法官三人合議定罪意義不同，或可使不對稱上訴有更強的法統基礎，合理終止檢察官上訴權。

¹⁶⁴ 陳運財，論國民參與刑事審判與上訴制度之變革，月旦法學雜誌，第 215 期，2013 年 4 月。

¹⁶⁵ George C. Thomas III, *supra* note 134, at 827;829.

¹⁶⁶ Westen, *The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections on Government Appeals of Criminal Sentences*, 78 Mich. L. Rev. 1001, 1062 n.211 (1980).

依據回溯性資料以求發見事實，認定事實，本存在不確定性與認識錯誤之危險。本文無意為陪審裁定終極效力之法效定性，只是思考被告第一審獲判無罪之後，檢方上訴，苛論陪審裁定認定事實錯誤、或是參審合議庭認定事實有誤是否有其正當性。因之，檢方具相當理由即行起訴被告，真實發見而為論罪乃屬審判權之作用，「審判心證的有罪確信」與「相當理由足認有犯罪事實」，自有程度上之不同，檢察官負實質舉證責任，到底是舉證責任未完足或是審判者認定事實錯誤，殊難想像。特別是在公民參與擔保審判權行使的情況之下，二審結構定位在上訴理由部分應強調原判決之法律錯誤問題¹⁶⁷，諸如判決不適用法則或適用不當等法定原因，使審判者為判決負責，具有強大的司法利益。蓋二審若不採公民參與刑事審判制度，而因事實認定不同，上訴審法官另行成心證，否決第一審參審法庭判決結果，難免引發爭議，似只能依司法實踐徐圖補充說理¹⁶⁸，2009年施行裁判員制度之日本亦面臨此一難題¹⁶⁹。特別是我國在刑事妥速審判法施行之後，形成檢察官對無罪判決上訴之限制¹⁷⁰，上訴制度之合理性、正當性都有必要從參審庭組成及其職權聯結說理，使審檢分隸權責明確，進而以公民參與刑事審判的成員人數、表決方式具體論述檢察官與被告上訴權內涵之差異，阻卻檢方對無罪判決上訴，使檢方上訴障礙無悖於正當程序與社會正義。

第二款 有效的參審庭組成與表決原則之意義

Neil Vidmar 與 Valerie P. Hans兩位學者的研究早已注意到發見犯罪事實具侷限性之問題。絕對發見真實的難度備受考驗，與其說是發見真實不如反省如何解釋、證明其為真實¹⁷¹。引進公民參與刑事審判，擔保發見真實之結果來自公開審理，依正當程序，使兩造在攻防過程驗證證據證明力與合理性，而非由專業

¹⁶⁷ 從上訴理由、援引證據資料範圍、審理方式與第三審係撤銷發回或自為判決，為個案尋救濟之研究，參閱陳運財，刑事訴訟之改革及其課題，月旦法學雜誌，第100期，註24，2003年9月，頁84。

¹⁶⁸ 日本情況即是如此，日本平成24年2月13日，最高裁第一小法廷，平23(あ)757号判例參照。有關上訴問題，將另深入探討。

¹⁶⁹ 後藤昭著，林裕順、李怡修譯，裁判員審判事實認定爭議之上訴救濟，東海大學主辦，國民參與刑事審判制度學術研討會會議資料，2012年5月。

¹⁷⁰ 刑事妥速審判法第8、9條參照，對於無罪判決與有罪判決之上訴論理將另文說明。

¹⁷¹ Neil Vidmar & Valerie P. Hans, *American Juries: The Verdict* 129 (2007).

審判者單純確認檢察官推論性的起訴卷證可信與否。

本文認為：有效的參審庭組成與表決原則支持建立超越合理懷疑的定罪標準，成為實踐檢證基礎，對於詮釋體系正義，呈現以公判為中心，公平審判的結果，具有支持無罪推定原則的重要意義。參審庭組成與表決原則相互輝映之理念，也可從丹麥司法改革結果尋求線索與啟發。2008 年丹麥完成司法改革，依法定刑輕重，調整陪審與參審庭規模，由獨任法官與 2 名參審員審理簡易案件。除參審組成規模之調整，亦就表決原則進行修法，值得注意的是，丹麥現行法制，陪審表決仍堅採一致決，參審表決原則則不受一致決之拘束。一審參審庭由參審員 6 人法官 3 人組成，採三分之二多數決，必須包括 4 名參審員與 2 名法官表決定罪，未達法定表決基準應開釋被告¹⁷²。二審參審庭由參審員 9 人法官 3 人組成，以 6 名參審員與 2 名法官表決定罪，未達法定表決基準亦應開釋被告。此一修法結果，將參審庭規模依審級不同，分別定為 9 人與 12 人，似乎與美國司法實踐肯定的陪審規模基本理念相符，也為上訴審救濟法理提供正當性基礎¹⁷³。法國之上訴審(cours d'appel, Courts of Appeal)同由公民參與刑事審判，只允許第一審受有罪判決之被告提起上訴，於上訴審另組新參審庭進行審理¹⁷⁴。此外，也值得注意德國的參審制，其特徵之一係由法官主導，參審庭組成以法官為主，公民為輔，允許上訴審查糾正下級審錯誤，故容許檢方就參審庭所為無罪判決、有罪判決皆得提起上訴¹⁷⁵。

¹⁷² 丹麥舊制之參審庭由參審員 5 人、法官 2 人組成，無分參審員、法官之表決意見之分配，採多數決。

¹⁷³ 有關被告對參審事實認定不服之救濟法理與參審庭規模關係將另分析論述。

¹⁷⁴ 法國檢察官的上訴權受節制，可依量刑不當或判決不合法(against the insufficiency of sentence or against a conviction perceived to be vitiated by illegality) See Bron Mckillop, Review of Convictions after Jury Trials: The New French Jury Court of Appeal, 28 Syndey L. Rev. 343 (2006).

¹⁷⁵ 德國參審庭由法官主導，要求說理，自由上訴做為調整解決公民參與刑事審判之風險，參閱 John H. Langbein, Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Fill the American Need? (1981). Faculty Scholarship Series. Paper 535, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/535. 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。本文以為，德國參審制之參與規模明顯與美國不同，參與方式更與美國陪審制不同。就提起上訴之必要性與正當性，另形成實踐特徵。德國參審庭以法官主導評議，參審員人數少且以法官為主體，糾正第一審錯誤，自不應歸責於公民參審員之參與，而檢察官為公益代表，為達成刑事司法之任務，監督法院裁判為正當之法律適用，故容許其就有罪判決與無罪判決為上訴，繼續國家作用，為至明之理，就美國與德國上訴容許法理之別，謹此簡要說明。

檢察官起訴與司法審判乃是刑事訴訟程序的兩大體系性任務，日本與義大利等歐陸法系國家，刑事審判設有被害人參加制度¹⁷⁶，我國並無被害人參加制度，關於檢方對無罪判決是否得以上訴之問題，本文認為：應使公民與法官合議的集體決定成為限制檢方對無罪判決上訴最堅強的法理，死刑判決更須以一致表決為之，檢方作為公益代表人，在公民與法官共同作成社會判斷之約束下，其剩餘之追訴權，僅得依原判決違背法令提起上訴。而其中判決約束力關鍵，是公民成員數是否具有效可信，是否同具表決權，承擔刑罰後果的主體是個人、是整體社會，國家繼續性的追訴作為是否妥適，不是院、檢的意思是否合致，而是刑罰權的發動是否合理正當。若上訴審亦採公民參與刑事審判制度，則上訴參審合議庭組成比例宜有所調整，維持法官3人，將公民參審者之參與人數增為9人，使合議庭組成擴充為12人，明定包含雙方意見在內之四分之三多數決，採四分之三多數決得以保障少數意見，就表決可能發生的實際情況與表決規則之關係觀察，以12人為基礎，包含法官與參審公民雙方意見在內之四分之三多數決方式，表決可能出現9-3, 10-2, 11-1, 12-0等結果，至少由9-3判定有罪之對稱性表決，統計誤差標準有助說明、支持罪疑為輕原則之客觀化¹⁷⁷，Thomas與Pollack於1992年發表的統計研究模型可供參考¹⁷⁸，此一研究說明司法經濟、司法利益必須與參審庭規模可接受之誤差值同時考量，蓋因所有利害關係是由被告負擔接受¹⁷⁹，不得不慎。

Thomas 與 Pollack 之統計研究不立基於陪審員有無能力判斷證據的觀點，另建立實證模型，依機率理論配合美國聯邦最高法院實務見解，提出一個值得重視

¹⁷⁶ 有關日本的被害人參加制度，參閱日本刑事訴訟法第316條之33至第316條之39規定。以義大利為例，被害人得見正義實現(Seeing justice done)並獲損害賠償，乃被害人之利益，有關被害人對於無罪判決是否得以提起上訴之問題，雖有廣泛討論，但並無定論，實務見解更不一致，惟憲法法庭(Corte Costituzionale)肯定私人(Parte Civile)上訴權並未消滅。See Luca Marafioti, *Italian Criminal Procedure: A System Caught Between Two Traditions, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan DamaÅ;ka* 88, n28 (John Jackson, Maximo Langer, Peter Tillers eds, 2008).

¹⁷⁷ George C. Thomas III and Barry S. Pollack, *supra* note 107, at 28.

¹⁷⁸ 社會科學統計一般要求信心水準95%，也就是在統計檢定中虛無假設是真，卻遭拒絕的可能性是5%，亦即第一型風險係數值是5%。George C. Thomas III and Barry S. Pollack的研究主要在於比較不同陪審團結構配置與表決關係，而非計算實際誤差，本文認為，以實證資料檢驗美國聯邦最高法院對陪審規模是否合憲之說理，雖是陪審團規模與表決方式之研究，仍值得參審庭組成配置、參與比例、表決原則參考。該研究指出9-3風險係數值是4.6%，10-2是1.1%，11-1是0.2%，摘錄George C. Thomas III and Barry S. Pollack研究圖表於下。See also George C. Thomas III and Barry S. Pollack, *supra* note 107, at 26.

¹⁷⁹ *Id.* at n109.

的研究結論：陪審審判係對刑事案件之證據所作之社會判斷(Social Judgment)，陪審裁定受一致決傳統拘束，若因陪審團成員人數規模不當，可能出現意見表示貼近無罪，卻未能達成一致決的危險結果。以合議庭 9 名成員規模為例，公民 6 人，法官 3 人，若是出現合議表決 7：2 判決無罪，成員間雖未達成一致意見，卻可推知陪審團成員對犯罪認識與否已形成高度確信，再組陪審團可能有害被告受二重危險禁止的保護，對於 7：2 判定無罪之裁定應視為無罪判決，我國雖無二重危險禁止規範，但訴訟模式既已向當事人對抗訴訟之方向進行調整，自應一併注意處理當事人對抗體系的相關法效，檢討檢察官與被告上訴權內涵之差異。

本文再次強調，參審法庭之規模及表決原則應從實證觀點判斷，依正當程序，決定判決有罪的標準，以之支持刑事判決對無罪推定之說理，進而合理形成檢察官對事實誤認提起上訴門檻。特別是我國採公民參與刑事審判制度，若僅限於第一審事實審法院所審理之重罪，更應落實第一審集中審理，同時考量刑事妥速審判法第 8 條、第 9 條對無罪上訴之規定，嚴謹規範表決原則，擔保事實誤認，排除可能發生的訴追風險與實踐爭議。有關參審法庭之規模及表決原則，除參考美國聯邦最高法院支持陪審團成員至少應有 6 人，否則無代表性之說理，加上我國合議庭法官 3 人，使參審庭規模合理、經濟且具代表性，對應參審成員數 9 名，將表決原則定為四分之三多數決。蓋表決原則與表決人數互相牽制，表決定罪是合議庭共同的意思表示，合議庭成員若係 9 人，表決原則不宜定為包括雙方意見內之過半數之絕對多數決，避免因爭議過大，意見對立，多數法官與多數公民意見相持不下之情況，例如：定罪表決出現 5：4 之情況，1 名法官與 4 名公民認定有罪，2 名法官與 2 名公民認定無罪，造成不必要的緊張與無罪推定的信用障礙。

如果參考美國聯邦最高法院容許 *Johnson v. Louisiana* 一案，9:3 裁定有罪的標準，以包括法官與公民雙方意見在內的三分之二多數決定之，似無不合理，而丹麥的立法例，也採此規定，但在丹麥，兩造對於第一審判決，無論是事實問題不服或法律問題不服，皆有權提起上訴¹⁸⁰，只是 Thomas 與 Pollack 之研究認為，

¹⁸⁰ *Criminal Law in Denmark* 作者之一更表示應限制檢方對事實認定不服提起上訴。Lars Bo Langsted, Peter Garde, *Criminal Law in Denmark*, 3rd Revised Edition 210 (2010).

就參與規模而言，出現 7：2 是極不妥適的表決結果，認此表決已然高度貼近無罪之認識，但卻因未達成一致意見，使被告可能要面對再受訴追的二重危險，若參考此一研究，採四分之三多數決，將法官與公民對犯罪認識與否已形成高度確信之 7：2 判定無罪，視為無罪判決之統計模型，似可合理表現公民與法官依大數法則，互為公平審判結果之擔保精神，以社會判斷為基礎，建立阻卻檢察官對無罪判決提起上訴之法理。

審判、處罰具有不可分離之關係，將公民與法官平等合作溝通之判決結果，作為上訴審參審庭規模設計與表決說理，終止追訴範圍內之國家作用，或可為司法與社會所理解¹⁸¹。本文特此說明，羅馬法所發展的證明力法則 (Roman-Canon Rules of Proof) 與知識密接，從哲學觀點而言，知識來自於觀察與經驗要求，而非權威，案件證明力涉及經驗情況與法律原則，夾雜理性與非理性轉換的評價標準，將認知經驗展現於法庭活動，形成審判心證，係社會實體重要的建構過程。發源於十二世紀羅馬法程序的認識論 (Epistemology) 與大數證明 (Numerical Proof)，曾在歐陸法系居程序法主流地位，或許於今已有改變¹⁸²，在拿破崙法典的影響力之下，被告自白成為證據之王，取代大數擔保法則，成為發見真實之重要方法，但結構大數證明理念的知識態度，配合公民參刑事審判制度，乃是發見真實所不容忽視的原則，特別是面對推論性的證據，在職權訴追的訴訟構造之下，審判者如何評價無罪推定的拘束程度，更應戒慎，若採當事人對抗進行訴訟，則大數證明雖非證據法則的基本要求，但其表現有效的參審庭組成與表決原則之意義，確實是避免審判對證據擅斷最重要的擔保。

第四節 結語

從國家觀點論司法權行使之合理性，國家應依正當法律程序，進行審問處罰，平等保護被告程序權益，使之接受公平審判。對被告本人而言，其面對司法審判，訴求公義之對象除國家司法定罪與否，如尚有社群之寬恕，有助其於判決

¹⁸¹ George C. Thomas III and Barry S. Pollack, *supra* note 107, 28-29.

¹⁸² Mirjan Damaska, *Rational and Irrational Proof Revisited*, 5 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 25,35 (1997).

確定、接受刑罰之後回歸社會生活。

因此國家從審判活動開始即應不斷思考落實公平審判之機制設計，一切為求毋枉毋縱。如何使審判心證空白，不受污染，就組成公平審判庭部分，無論陪審或參審，強調法官與公民，雙審判主體互為職權行使之擔保。在強大的國權效果之下，被告無權選任法官審判本案，依法定法官原則擔保審判獨立與審判庭的形式客觀性；而就實質客觀性部分，重視公民參審者基於公民權普遍參與之特質，代表社會，發揮部分監督制衡的功能。職是，被告對審判庭雖無程序選擇權，但在公民參與刑事審判制度下，為建立被告服膺公平審判之基礎，以拒卻制度為調和，強化被告程序保障，被告得拒卻其主觀認定不適任之公民參審者，有助被告對審判庭的信任，確保其公平審判權，衡平審判庭單純強調形式客觀性的刻板印象。

實質、正確的陪審表決原則，係正當程序之要求¹⁸³。參考美國陪審實踐經驗與實證研究，歸納公民參與刑事審判的參與規模與表決方式之原則方法，應重視如何適用實定法的證據法則，將抽象形上的人權保障、無罪推定概念具體化，落實在公民參與判斷的證據基礎上。陪審員是否具代表性，並非所有法域實踐陪審審判的主要爭點，惟陪審表決原則如何、一致決裁定原則是不是自由的保障、監督無罪推定的機制，有必要深思，更重要的是公民參與人數不宜過少，合議庭規模若是太小，極有可能出現分歧意見爭執緊張過度接近的表決結果，使定罪確信模糊。因此，如何以審判庭規模與表決原則建立大數原則擔保無罪推定，當是公民參與刑事審判之重要目的。美國陪審一致決裁定原則最重要的實踐意義在於：陪審團發見真實所作裁定並非闡述個人意見的判決，陪審員個人對於有罪無罪，定罪與否的心證形成如果有所改變，到底是因為聽聞同儕的何種意見而有所改變、或是互動溝通，能正式、終極性的形成聽審後的共識，具體反映社區代表性，使 12 名陪審員基於一致決所作之裁定，成為檢察官的追訴障礙。雖然時代實質改變陪審制度的意義，但對於國家是否發動刑罰制裁，美國聯邦最高法院賦予保障陪審審判權時代意義之說理，認為陪審員立於個人與國家權力

183

之間，更有保存必要¹⁸⁴。

另外，美國刑事被告與檢察官之間有不對稱之上訴權，被告得為有罪判決提起上訴救濟，而檢察官對無罪判決之上訴權則薄弱受限，以之相應於美國憲法規範之二重危險禁止(Double Jeopardy)，約束誤判與訴訟成本¹⁸⁵。除了避免訴追風險，減少訴訟成本之外，此種不對稱之上訴權實與陪審制度、陪審表決方式密切相關。定罪狹義的實證意義係將有罪、無罪之判定限縮於陪審團聽證之結果(the evidence that a jury can hear)、超越合理懷疑的證明力、辯護品質、排除不適任陪審成員、提供被定罪的被告上訴機會、被告獲判無罪則不許檢方上訴。本文認為，犯罪與處罰都必須從社會的角度思考，美國陪審制將公民定位為事實發見者，當具代表性的社群成員以一致性的表決認定被告無罪，表示社區同儕也願意接納被告重返社群，國家刑罰權還有什麼發動處罰的意義？代表國家刑罰權追訴者的檢察官更沒有上訴的正當性。我國在採行公民參與刑事審判制度之後，如何尊重社會價值對公義判決之認定，權利救濟之衡平，及被害人社會心理療癒過程中面對司法體制的態度，本於憲法第 8 條正當程序內涵，有助使第一審獲判無罪的被告不再暴露於國家追訴風險之下，當是我國刑事訴訟第二審再造應思考的問題，更是國家司法聯結公民社會實踐無罪推定理念的合理基礎。

最後，本文再次強調，無罪推定原則被承認為重要普世價值，非止於形上論述，如何合理詮釋，使之具體實踐，並受接納是刑事審判的重要使命。在實定法的實踐原則下，透過公民參與刑事審判，使來自社會、具代表性的公民，面對開示於審判庭的適格證據，依合理的表決原則，與法官踐行正當程序，擔保無罪推定形上概念之具體化、理性化，其意義是參與人數與數據表決以大數呈現的客觀擔保。參審法庭之組成與參審員職權定位問題，反應國家格局，也看出各法域考量的司法利益不同，法定參與人數使證據評價有效，以表決原則擔保判決可受確信。雖然陪審制苦心孤詣以一致決原則擔保公平審判，可以肯定，但審判除了信用性，還必須妥速有效，陪審達成一致決裁定的成本可能費時冗長，代價過

¹⁸⁴ United States v. Booker 543 U.S. 220 (2005). forced the Court to address the question how the right of jury trial could be preserved, in a meaningful way guaranteeing that the jury would still stand between the individual and the power of the government under the new sentencing regime.

¹⁸⁵ 有關不對稱上訴研究參閱陳運財，不對稱上訴之初探，檢察新論，第 9 期，2011 年 1 月，頁 65-87。See also, Vikramaditya S. Khanna, Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights: What Purpose Do They Serve? 82 B.U.L. Rev. 341,342 (2002).

高，真正的判決實效亦無法客觀臧否。我國刑事審判方略，應本於國家、社會與個人如何認識、實踐審判公義與無罪推定的重點，規範公民參與人數、表決原則，本文建議在參審合議制度下，依審判庭成員 9 名之規模，成員各具對等、實質表決權，適用四分之三多數決之表決原則，保障少數意見不受排除，督促檢察官實質舉證，履行說明責任，由法官與公民共同擔保以論理及經驗法則形成心證，檢證無罪推定，使參審法庭組成與參審員職權有助司法效益，而不致使參與流於形式，復支持訴訟構造與審級救濟說理，落實無罪推定理念。



第六章 公民參與刑事審判權限與義務之理論及實踐

第一節 前言

公民參與刑事審判制度之法理不同，影響公民參審者產生方式，亦因之影響參與權限之開放、限縮與參與審判義務的拘束範圍。基本上，參審制之發展係對陪審實踐缺失所為之修正，各法域規範狀況不一，故本章不詳述制度細節分別，專以陪審與參審主要分別特徵之一：公民參與審判之權限與參與義務為分析研究重心，立於比較法觀點，以美國陪審制度與日本裁判員制度為例，檢視陪審制與參審制運作下公民參與審判權限與參與義務衝突等相關問題。

美國各州法域規範陪審權限不同，證據能力有無問題主要由法官決定，各州對是否允許陪審員化被動為主動，擴張陪審程序參與權爭議極大，蓋當事人主導訴訟進行，重點在於言辭過程，陪審員應集中心志，聽取證人陳述，察言觀色，不宜分心記錄筆記，特別是筆記記錄錯誤，必然影響評議，因此，部分論者認為此陪審角色改革嚴重威脅當事人進行的訴訟精神¹。同時，就證據調查部分，公民是否得直接詰問證人、被告、或透過法官為之，各州法域分別有所修正調整。本章擬就有關陪審權限部分之討論以評議為主，附帶簡要說明陪審員是否得以提問、記錄筆記、訊問證人、評價兩造爭執證據能力有無等陪審改革及實踐狀況。陪審制度之下，法官與公民職權分工，陪審評議獨立，祕密進行，法院無從干涉，參審制則由法官與公民同組參審法庭，合作溝通進行評議，兩種評議模式利弊得失如何，係本章分析重點之一。

此外，公民參與刑事審判權限與發見真實之任務有關²，採參審制之國家，參審員職權與陪審員不同，參審員權限如何調整定位，得參考國外司法實踐與實

¹ Neil Vidmar & Valerie P. Hans, *American Juries* 130 (2007).

² 公民參與刑事審判之議題長久受國外實證研究關注，但國外實證研究以陪審為主，似較少探論歐陸法系法庭(Continental Court)如何獲致公平正確之審判結果。Richard O. Lempert, *Anglo-American And Continental Systems: Marsupials And Mammals of The Law*, *Crime Procedure And Evidence in A Comparative and International Context: Essays In Honour of Essays in Honour of Professor Mirjan DamaÅka* 404 (John Jackson, Maximo Langer, Peter Tillers eds 2008).

證研究，思考公民實質參與之必要與理由，討論公民與法官對證據判斷之問題，探論公民是否勝任審判、不能勝任之相關因素係公民能力不足或程序參與設計不良，為公民是否能實質有效參與審判工作履行職務，提供立論基礎，進而檢討陪審制與參審制對審判中立界限之影響。

另一方面，本章亦從跨法域實踐討論公民參與刑事審判之言論自由及守密義務問題，反省公民參與審判之後，面對言論自由基本權與守密義務衝突問題及規範必要性，衡平處理參與義務衝突爭議。進而比較檢討有關公民參與刑事審判權限與義務實踐的重要爭點問題：一、陪審、參審評議方式爭議，二、如何解決評議權力分配與分工問題，三、量刑問題應由法官專司或開放參審公民合議。最後，從比較法觀點討論陪審員與參審員的言論自由與參與義務衝突問題，依實踐分析陪審員與參審員之角色定位與審判職權不同，公民參與刑事審判之權限與義務應如何衡平規範，不因參與審判致使個人基本權受不當之限制。

第二節 陪審評議與證據評價

陪審與大陸法系法官職權訊問之訴訟模式不同，陪審審判中兩造主導進行交互詰問，嚴格拒斥傳聞，由陪審團聽取兩造對立辯證，公平評價證據，司法正義之實踐在於如何要求陪審員履行任務，陪審團如何溝通發揮陪審功能³。美國陪審團被定位為被告與追訴者之間的裁判團體，將定罪與否之評議程序視為社區參與，團體共同擔負決定有罪無罪之責任⁴，故評議乃是陪審重要工作，在當事人進行模式的訴訟理念之下，陪審團中立聽審，不得接觸私人資料或外部資訊，見聞兩造法庭攻防結果，形成對證據之認識判斷，審判中不得提問、不能記錄、不能討論證據⁵，因此，亦有陪審員見證法官一句不問、中立聽審的態度，

³ Anne Bowen Poulin, *The Jury: The Criminal Justice System's Different Voice*, 62 U. Cin. L. Rev. 1377, 1381 (1994).

⁴ *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78, 100 (1970) the essential feature of a jury obviously lies in the interposition between the accused and his accuser of the commonsense judgment of a group of laymen, and in the community participation and shared responsibility that results from that group's determination of guilt or innocence.

⁵ 聯邦證據法未許陪審員在審判過程積極參與。See Federal Rule 611(1)(a) states that "The court shall exercise reasonable control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to (1) make the interrogation and presentation effective for the ascertainment of the truth"陪審員中立聽審，程序進行中與兩造攻防全無互動，備受批評，迭有改革之聲，如

頗生微詞⁶，成為陪審改革處理的要點。

第一項 1990 年 Arizona 州陪審改革議題

在當事人對抗訴訟制度下，法庭程序如何強化陪審發見真實的角色功能，討論陪審改革議題，一直是美國司法實務關注的重點。1990 年起，Arizona 州首開先河改變陪審職權，使陪審員在開庭時得以質問證人，筆記法庭審理活動，甚至在終結辯論前提早法官對陪審曉諭評議進行。此後陸續有三十餘州法域，開始各種不同類型之陪審改革(Jury Reform)，並持續進行研究，目的係強化陪審員參與審判的積極功能，陪審員與法官對此變革多持肯定態度，值得注意的是辯護人反而不適應陪審員主動性的角色調整，也許是辯護工作必須回應陪審提問，擴張攻防範圍，故評價不一⁷。

持平而言，「被告」的刻板印象從追訴到審判程序，都具爭議，若提早使陪審團接觸討論「被告」，可能對被告不利，故傳統陪審審判對陪審團在法庭中的權限極度限縮，陪審員禁止記錄庭訊筆記、訊問證人，禁止法庭筆記也許是避免陪審員在審判過程中未專注「聽審」、「聽證」，不過若是案件複雜冗長，在集中連續進行的美國公判體制下，要持續專注聆聽兩造攻防答辯，形成心證，若一時分心，未能理解相關爭點，也對陪審員造成考驗，此外，不能訊問證人是否有礙發見真實、影響陪審員對證據的理解，這些禁制其實也反面解釋陪審評議的意義，透過評議，陪審員個人可檢視在聽審中疏忽的情節爭點，合理推知何以評議重視集體討論、傾聽同儕意見的深意。

另一方面，法官是證據容許性控制的監督者，美國複雜的證據法則，增強司法對陪審員的支配，過濾不適格的證據污染審判，避免陪審員形成預斷。陪審

何在當事人進行訴訟構造之下使陪審員更積極參與審判，成為陪審改革的主題。Valerie P. Hans, *The Jury's Role In Administering Justice In The United States: U.S. Jury Reform: The Active Jury And The Adversarial Ideal*, 21 St. Louis U. Pub. L. Rev. 85, 592-93; 596(2002).

⁶ Carrie Lynn Thompson, Member of the Standing Jury Committee, *Should Jurors Ask Questions in Criminal Cases? Minority Report*
http://www.courts.state.co.us/userfiles/File/Court_Probation/Supreme_Court/Committees/Jury_System_Standing_Committee/minorityreport.pdf(最後瀏覽日 2012 年 6 月 6 日)

⁷ 陪審改革研究參閱 ARIZ. S. CT. Comm. On More Effective Use of Juries, *Jurors: The Power of 12* (1994), available at <http://www.supreme.state.az.us/jury/Jury/jury.htm> (last visited Aug. 29, 2004). 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

團在刑事審判中依據證據認定事實，乃至有權拒絕適用法律。定罪與科刑為二分之程序，陪審員不參與量刑，惟一例外是在死刑判決中，允許陪審員就被告科處死刑或無期徒刑提供建議⁸。就角色功能定位而言，陪審員主要係觀察審判程序中兩造攻防，證人態度，評價證據價值，評議表決，而非積極參與訊問證人或調查證據，在裁定作成之前，陪審團心證不允許受傳聞證據與被告前科污染，被認為有助裁判實效與正確⁹。

從陪審評價證據之法系傳統可知，審判證據資料，因證明方向不同，有利於檢方者亦有利於被告者，審判者中立聽審，如何形成確信、避免矛盾、恣意判斷，少見司法裁量，由陪審員立證特定、具體之事實，擔保、增強事實判斷之真實性，解決事實爭議。但陪審運作方式依實踐逐有調整趨向，感染若干歐陸法系審判色彩，各州法域實務因此略有改革變動，允許陪審員有限度提問或在特定範圍內提問¹⁰，乃至開放陪審員詰問證人¹¹，澄清法律問題與事實爭議，種種改變，旨在強化陪審員對證言之理解能力，提高程序參與性，使陪審員在審判過程中更為積極主動，可說是陪審改革之重點，顯然陪審員消極的參與審判，不利評議，實效甚低，是以美國司法實務亟思修正，調整被動的陪審角色，惟若陪審員欲質問證人，須先遞送問題，由法官先行過濾陪審員之提問內容，且其提問必須取得辯護人之同意¹²，從前述陪審員參與方式之調整不難看出參審實踐對陪審運作的影響，藉由參考參審員的法庭活動，進行陪審改革，強化陪審員參與評議的能力。

第一款 評議程序與陪審員解任問題

陪審員在審判前對案件保持空白的心證，對案件一無所知，在美國，大部分的陪審員都受指示，直到正式評議前，不應與陪審同儕討論證據¹³。評議

⁸ Kimberly A.Mottley, David Abrami, Darryl K.Brown, The Jury's Role In Administering Justice In The United States: An Overview of The American Criminal Jury 21 St. Louis U. Pub. L. Rev. 99, 105 (2002).

⁹ Douglas G. Smith, The Historical And Constitutional Contexts of Jury Reform, 25 Hofstra L. Rev. 377, 483(1996).

¹⁰ Nicole L. Mott, Symposium: III. The Jury In Practice: The Current Debate on Juror Questions: "To Ask or Not To Ask, That Is The Question" 78 Chi.-Kent L. Rev.1099,1100 (2003).

¹¹ State v. Fisher, 789 N.E.2d 222 (Ohio 2003); State v. Costello, 620 N.W.2d 924 (Minn. Ct. App. 2001).

¹² Kimberly A.Mottley, David Abrami, Darryl K.Brown, supra note 8, at 103.

¹³ 不過容許陪審員討論證據之時點已有實驗性改變，See Shari S. Diamond, Neil Vidmar, Mary Rose, Leslie Ellis & Beth Murphy, Inside the Jury Room: Evaluating Juror Discussions During

(Deliberations)為陪審之最後結論程序，亦表現陪審制度提供公民參與刑事審判最實質重要的價值。陪審團進行評議前，由法官視實際個案內容，向陪審團為必要之曉諭(Instruction)，協助陪審團判斷，惟如何曉諭，曉諭內容為何，係由法官決定¹⁴。故評議定罪與否之效果，與其說是陪審員與證據方法的關係或陪審員是否知法，不如說是法官曉諭對陪審評議具有關鍵性的影響力¹⁵，法官曉諭與陪審裁定息息相關，若法官對陪審懸而不決之發生有顧慮，更不願宣告mistrial，法官曉諭內容必然更為周延，甚至具強制性，乃至被批評對評議程序發生不必要之影響¹⁶。如果陪審團不明白法官曉諭內容，極有可能發生陪審懸而不決之情形，或是評議時間無限延長等問題，致使司法成本增加，故如何將法官曉諭標準化¹⁷、指揮程序進行，使法官對陪審團之曉諭發揮正面效果，限制法官對陪審評議之影響，而仍使陪審團成員皆充分參與評議討論，發揮評議功能，實為一大考驗。

案件於兩造辯論結束、法官對陪審團曉諭之後，陪審團即進入評議室，進行評議¹⁸。評議時，由陪審長(Presiding Juror)任主席，陪審員個人得分析審理案件之證據，發表意見，期使與其他陪審員達成一致之認知，作成裁定。大多數法域允許陪審團成員自行選任陪審長主持評議，因此陪審長被認為是最有可能影響陪審團整體評議進行與結果之人，也被質疑左右陪審裁定表決¹⁹。法官曉諭與陪審長人選可說是陪審評議實效能否發揮之變數，卻因評議程序秘密，難有擔保機制，更無法判斷陪審員陳述意見是否因之受限或受拘束，看似獨立秘密的評議過程若形成特定社會階層操縱公共參與的矛盾，值得警惕²⁰。評議陪

Trail, 87 Judicature, 54-55 (2003).

¹⁴ 法官曉諭陪審團與評議有關之法律規定與意義，如何認定故意、舉證說明責任、證明標準，參閱黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，194期，2011年7月，頁76。

¹⁵ Robert G. Boatright and Beth Murphy, How Judges Can Help Deliberating Juries: Using the Guide for Jury Deliberations, 36 Court Review 38,39 (1999).

¹⁶ Id.

¹⁷ 有關法官曉諭標準化之研究參閱 Robert G. Boatright & Beth Murphy, Constructing a Guide for Jury Deliberations, 82 Judicature (1999).

¹⁸ 評議指引參閱 American Judicature Society (1999) Behind Closed Doors: A Guide for Jury Deliberation. Chicago, IL: American Judicature Society (Wisconsin court version available online at <http://www.wicourts.gov/services/juror/docs/deliberate.pdf>). 最後瀏覽日 2013年3月22日。

¹⁹ Robert G. Boatright and Beth Murphy, supra note 15, at 39.

²⁰ 陪審程序與社會階層對評議形成的影響非本文討論重點，但此一現象對實踐經驗仍具深意，不容忽視，如何使評議結果平等公正自然產出，而非表現特定、單一社會階層之經驗特徵或意見，從1970年開始即引起美國實證研究許多討論，蓋因評議過程主要在於傾聽他人意見而非自我意見之展現。參閱 Erin York Cornwell & Valerie P. Hans, Representation Through

時間不受限制，法官亦不參與評議程序，審判期日長、案件複雜、檢察官起訴精密與否、被告人數多寡、詰問到庭證人等因素，都可能使評議時間延展，既要使陪審獨立評議，又要顧及不具法律專業知識的陪審團集中爭點評議，控制時效，並不容易，評議時間過長，難免對陪審員造成負擔，影響參與意願。

評議開始之後得否解任陪審員係司法實踐之一大爭議，茲以United States v. Brown一案為例²¹，說明美國陪審審判期日評議時間冗長，陪審員不勝困擾，自請解任，乃至成為上訴理由之實例。Bernard Spriggs擔任陪審員，業已參與 13 週審判活動與 5 週評議工作，卻向法官遞送字條，表示無法繼續陪審工作，法官傳喚Bernard Spriggs到庭，確認其辭任評議之原因，為避免過度質問，影響評議秘密，法官也未能確認Bernard Spriggs不履行陪審的正當理由為何，就依聯邦刑事程序規則²²，將不履行職務的Bernard Spriggs以有正當理由(for just cause)為由准其不履行陪審工作，在Bernard Sprigg解任 3 週後，也就是審判開始後的第 21 週、評議開始 8 週後，由其餘 11 名陪審員作成裁定判被告有罪，被告不服提出上訴。

D.C. 巡迴法院將判決發回，認為Bernard Sprigg無正當理由，不宜被解任。有無解任理由依個案判定，除非證據明確有正當理由²³，例如疾病、身體狀況等個人因素，有解任必要²⁴，否則一但評議開始，為確保評議秘密性，法官不得解任陪審員或中斷評議，以防有礙評議進行²⁵，法官若認為有解任候補陪審員(Alternate)之必要者，則須於程序開始前為之²⁶。從實踐經驗論之，陪審員參與審判之種種行止，均與司法公正密切相關，全程參與審判期日之訴訟程序而無中斷，貫徹終局評議更是重要，此除避免不必要之勞費，更保障司法審判獨

Participation: A Multilevel Analysis of Jury Deliberations, 45 Law & Soc'y Rev. 67,669-71(2011).
²¹ 823 F.2d 591 (D.C. Cir. 1987).

²² Fed. R. Crim. P. 23(b). Court Order for a Jury of 11. After the jury has retired to deliberate, the court may permit a jury of 11 persons to return a verdict, even without a stipulation by the parties, if the court finds good cause to excuse a juror.

²³ Federal Rule of Criminal Procedure 並未定義何謂正當理由(Just Cause)及其標準。

²⁴ Alison Markovitz, Jury Secrecy During Deliberations, 110 Yale L.J. 1493,1518(2001).

²⁵ Id. at 1494. 法官以正當理由解任陪審員，可能引起陪審懸而不決或 mistrial 之問題，本文以為，為貫徹法定法官原則，表現正當程序之要求，嚴格確保被告之公平審判權，摒除恣意、不當之任何外力，干涉整體審判活動，無法定正當事由，不應使法院職權解任陪審員。

²⁶ Federal Rule of Criminal Procedure 24(c).

立，不受任何干涉，故不應放寬法院解任公民參審者之職權，案件進入評議程序後，無論時間多麼冗長，為尊重陪審評議秘密之空間，與陪審認定事實之結果，嚴格限制外力干預、介入、控制、認定陪審結果之可能²⁷，可說為維護陪審員依證據認定事實，履行審判職務盡最大努力。

本文以為，評議開始之後不得解任陪審員是堅守審判獨立應然的正當法律程序。無論係採陪審制或參審制，案件繫屬於法院，法院分案處理之後，選任參與審判之公民，組成參審法庭，公民即被授予審理本案權限，參與審判之公民依法獨立行使職權，係表現法定法官原則的重要特徵²⁸，司法不應恣意不當變更審理案件之法官，同此法理，法院亦應避免審判開始之後更換參審公民之行為，非有明確正當之理由，否則無權更換原審理該案之參審公民，以免違反正當程序，破壞公平審判，至若恣意干預解任公民行使審判職務，侵害被告接受公平審判權利，則應透過上訴救濟為之²⁹。

第二款 評議之獨立性與秘密性

陪審團透過評議過程進行實質具體的證據討論，故評議是陪審員實質參與刑事審判的重要關鍵。評議無關陪審員個人觀點、利益、喜好，而是作成裁定的評議程序如何有效理性、評議程序是否存在妥協、所作裁定是不是妥協性的裁定。不過聯邦最高法院更在意參與評議的人數，認為陪審參與評議的人數對評議品質造成影響，陪審人數少未必使參與評議之陪審員更積極評議，反而有

²⁷ Federal Rule of Evidence 606(b), (b) During an Inquiry into the Validity of a Verdict or Indictment.

(1) Prohibited Testimony or Other Evidence. During an inquiry into the validity of a verdict or indictment, a juror may not testify about any statement made or incident that occurred during the jury's deliberations; the effect of anything on that juror's or another juror's vote; or any juror's mental processes concerning the verdict or indictment. The court may not receive a juror's affidavit or evidence of a juror's statement on these matters.

(2) Exceptions. A juror may testify about whether:

(A) extraneous prejudicial information was improperly brought to the jury's attention;

(B) an outside influence was improperly brought to bear on any juror; or

(C) a mistake was made in entering the verdict on the verdict form.

外力(an outside influence)包括藥物、酗酒，United States v. Conover 一案有數個陪審員在審判期日的午餐時間喝酒 United States v. Conover, 772 F.2d 765 (11th Cir. 1985), Tanner v. United States, 107 S. Ct. 2739 (1987). Tanner v. United State 則因陪審員使用大麻影響評議程序，引發爭議。

²⁸ 法定法官原則內涵包括各法院審判庭之管轄與組成，應由立法保留建立法秩序，參閱大法官釋字 665 號解釋，陳春生大法官部分協同意見書。

²⁹ 陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，法官協會雜誌，第 11 期，2009 年 12 月，頁 60。

礙正確結果之產出³⁰，異身別體的個人在評議中形成共同的意思表示，既能呈現團體動力過程結果，復能保護陪審員個人表意之隱私性³¹，進而維持陪審評議獨立性，其實質的支配力量來自陪審對證據之認定與宗教道德約束，司法應予尊重³²。

陪審制度重視陪審團對證據之評價，尊重陪審獨立評議結果。但就有罪無罪之事實認定、犯罪行為之責任程度取決於陪審員個人對行為之解釋，陪審員的個人經驗可能影響陪審團成員對證據認定之態度³³，陪審員必須依被告陳述推論開放解釋行為發生的原因，決定行為可非難或容認，決定案件的人證物證是否具可信性，值得注意的是，美國實踐經驗發見，特別身分影響陪審員對證言信用性之認定，若是遇有員警出庭作證，陪審員因其具國家公職身分，傾向相信員警之證言，故法官曉諭陪審員時皆特別提醒陪審員，就員警之證言須與他證人之證言一視同仁對待³⁴，此外，「超越合理懷疑」之概念並非陪審員所不能理解，由陪審團所形成超越合理懷疑的定罪證據證明力標準，高於法官本於職業訓練之判斷，甚至對檢方舉證責任之要求更為嚴格³⁵，縱非出於法律訓練，公民參與審判能力未必遜色。

評議是個人與群體互動溝通的過程，重視不同社經背景的陪審成員對證據評價之多元意見，透過溝通討論，減少個人主觀預斷，從外部行為觀察，陪審團可能受法官曉諭與選任陪審長之影響，內部行為之影響力則可能來自個體成員性別角色、種族背景、社經地位等多元因素，對陪審參與、討論程序互動效果不同³⁶。在美國，評議不是司法科層體制的產物，而是陪審團社經特質對話結

³⁰ *Ballew v. Georgia* 435 U.S. 223 (1978).

³¹ Alison Markovitz, *supra* note 24, at 1517.

³² 由陪審員宣誓之誓詞可知，陪審員基於信仰，本於尊重人性與公義，向上帝宣誓受陪審義務之拘束，故司法應尊重陪審員履行義務獨立性。參閱 Clay S. Conrad, *Jury Nullification* 238-239 (1998).

³³ Kim Taylor-Thompson, *Empty Votes in Jury Deliberations*, 113 *Harv. L. Rev.* 1261, 1274 (2000).

³⁴ *Id.* at n82.

³⁵ Neil Vidmar & Valerie P. Hans, *supra* note 1, at 150.

³⁶ 成員組成特質對評議內部行為影響非本文主要研究內容，僅藉此說明複合民族國家以公民參與審判，設有獨立評議機制，實踐公平審判理念，強化司法正當性，存在理想與實踐之落差，在實證問題論證上，分析制度缺失，將認事與用法二分之權力制衡設計，似宜面對實踐爭議調整。以社會人口經濟階層因素討論美國陪審評議問題之實證研究，參閱 Erin York Cornwell & Valerie P. Hans, *Supra* note 20, at 667.

果，對司法問責性形成不同的法效，從司法判決產出的觀點檢視評議設計，無論其形式或實質運作方式皆與參審審理進行方式有極大不同。

第二項 陪審裁定不受司法審查

犯罪判斷是發見過去事件的真實性與可信性，社會將犯罪與處罰在定罪與誤判間聯結，陪審獨立評議，作成裁定，裁定是陪審團對過去事件敘述與證據評價結果，有罪或無罪，是否推導於正確的法律原則不無疑問。然而陪審裁定不受彈劾(Impeach)卻是判例法系的基本命題³⁷。歐洲人權法院管轄範圍內法域複雜，各國傳承歐陸法系、判例法系傳統，訴訟構造差異更大，審判或採陪審或採參審，陪審裁定使判決在技術性上無法滿足說理要求，成為歐洲人權法院司法審查的危險³⁸，但即使是歐洲人權法院也必須尊重各法域的司法傳統，不得任意審查各法域的陪審裁定³⁹，茲以Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom案例說明歐洲人權法院面對陪審裁定之謹慎態度，不輕易評價陪審裁定問責性問題⁴⁰。

Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom一案有兩名在英國國內法院受敗訴判決，乃向歐洲人權法院請求救濟之申訴人，其中被告Al-Khawaja(在歐洲人權法院之申訴人是原英國國內國法院之被告)係諮商診所之復健師，因犯猥褻罪被起訴，告訴人之一ST向警方為陳述後於審判前自殺身亡，預審程序(Preliminary Hearing)決定該等陳述證據能力適格，ST向警方所為之陳述應向陪審團朗讀，陪審團不但聽聞ST死前陳述的資料朗讀，也聽審ST的朋友BF與SH在法庭公開

³⁷ Torrence Lewis, *Toward A Limited Right of Access To Jury Deliberations*, 58 Fed. Comm. L.J. 195,203 (2006).

³⁸ See, e.g., *Case of Taxquet v. Belgium*, App. No. 926/05, at PP 90-92 (Eur. Ct. H. R. Nov. 16, 2010), available at <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (最後瀏覽日 2013年3月22日); *Case of Taxquet v. Belgium*, App. No. 926/05, at 47-50 (Eur. Ct. H. R. Jan. 13, 2009), available at <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> ((最後瀏覽日 2013年3月22日)).

³⁹ Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom [2009] ECHR 26766/05 (20 January 2009) at paras. 39.

⁴⁰ Al-Khawaja and Tahery v United Kingdom 一案尚涉傳聞法則與再傳聞之爭點，非本文研究重點，本文以之為例旨在說明陪審裁定不受司法審查之判例法系傳統，未因社會發展而有所動搖，而歐洲人權法院面對陪審裁定不必說理的判例法系傳統，其態度也止於接受陪審裁定已受法官充分曉諭，其餘未置一詞。See also John D. Jackson & Sarahj Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions* 238 (2012).

述說ST生前曾向他們提及的事件經過。被告辯護人於英國內國法院上訴時主張：告訴人之一審判外之陳述，未經被告或被告辯護人與之進行詰問，而該審判外陳述又是本案的唯一證據，以此證據認定被告犯罪事實，侵害被告受公平審判之權利。事實審法院於審前裁定容許該等審判外陳述得提出於審判庭，作為陪審團認定被告是否構成犯罪之證據，經陪審審理，參照該等陳述，未再行交互詰問，而將被告定罪，被告不服提起上訴，受敗訴判決，向歐洲人權法院提起救濟。歐洲人權法院對陪審裁定依據之證據適格與否未置一詞，僅表示即使英國法官陪審團的指示妥當無誤，仍無法接受未經詰問的陳述作為不利申訴人的唯一證據⁴¹。

在美國，除非能證明陪審團存有預斷，或陪審員受不當影響，否則聯邦證據法則明定陪審團無須證明陪審裁定之客觀性⁴²。美國聯邦最高法院解釋，除非有證據證明陪審員在審判或評議中使用毒品藥物(Drug)或飲酒，否則不應干預審查陪審評議⁴³，顯然聯邦最高法院重視的是評議自由，坦白表意的過程⁴⁴，高度尊重陪審裁定獨立不受司法審查之歷史價值。不過陪審裁定不附理由影響司法問責性，不免令人深省，是陪審員能力不足或是證據能力不足？基於公民參與的角度反省，在當代社會，評議程序由陪審團獨立進行，如此設計是否得以取信於公眾，不無疑問⁴⁵，然此問題宜從促進公民參與刑事審判具實質意義，發揮實質功能思考分析，而非因陪審團秘密評議、裁定不附理由質疑陪審之公正性或裁定無問責性。

⁴¹ 英國最高法院也承認，要求法官判斷特定的傳聞陳述是否是唯一定罪基礎並非可能。R v Horncastle and others (Appellants) (on appeal from the Court of Appeal Criminal Division) [2009] UKSC 14 at 89-90.

⁴² Federal Rule of Evidence 606(b) During an Inquiry into the Validity of a Verdict or Indictment.
(1) Prohibited Testimony or Other Evidence. During an inquiry into the validity of a verdict or indictment, a juror may not testify about any statement made or incident that occurred during the jury's deliberations; the effect of anything on that juror's or another juror's vote; or any juror's mental processes concerning the verdict or indictment. The court may not receive a juror's affidavit or evidence of a juror's statement on these matters.
(2) Exceptions. A juror may testify about whether:
(A) extraneous prejudicial information was improperly brought to the jury's attention;
(B) an outside influence was improperly brought to bear on any juror; or
(C) a mistake was made in entering the verdict on the verdict form.

⁴³ Tanner v. United States 483 U.S. 107 (1987).

⁴⁴ Tanner, 483 U.S. at 120; McDonald v. Pless, 238 U.S., at 267-268.

⁴⁵ Colleen P. Murphy, Integrating the Constitutional Authority of Civil and Criminal Juries, 61 Geo. Wash. L. Rev. 740 (1993).

陪審是獨立於法庭外的社會價值，制度原始設計基於功能性思考，不免因實踐出現缺失，美國聯邦最高法院顧慮瞭解陪審的脆弱與風險，要堅守司法權審判獨立的核心價值更不容易⁴⁶，畢竟陪審員來自社區，如何保護其意見之獨立性，不受任何干擾支配，使公民與法官共同踐行公平審判的任務，乃是公民參與刑事審判之重要目的，若不囿於陪審員與法官在審判活動中，分立制衡之傳統思維，陪審團獨立評議之必要性並非絕對，在訴訟程序中，司法因應實務問題，應檢討：如何避免不合理的開釋有罪被告或類此情況發生，法官有無參與餘地，共同針對事實與法律爭點進行評議，一來使評議時間不至過度冗長失效，復實現公平審判，針對證據認定事實，在判決中提出完整說理基礎，使被告得以有效行使上訴救濟權利⁴⁷，才是「評議是否應為參與審判公民專屬之任務」在今日社會首應重視的問題。

第三節 參審員權限

公民在陪審制與參審制之下，其參與職權之最大不同應是陪審團獨立判斷有罪無罪，而參審員與法官合作，成為審判合議體，就審判結果共同表決定罪與否，排除陪審審判可能發生的懸而不決情況，未分別定罪、科刑之程序，同為參審判決說理⁴⁸。然而，參審制與傳統法官直接審理、言詞審理之審判又有不同，參與模式與參審員權限規範，在各法域仍存有相當差異，上則為遵守憲法原理，次則以立法政策形成，就其主觀目的，參審員權限形式、實質之擴張或限縮，具引導法制發展定位之重要意義。質言之，無非是國民對國家機器操持權力運作不具信心，國家亦否定國民行使權利之能力，在無互信基礎上就公民與司法專業雙方參與方式、權限之調整，尋求使新的審判主體發揮參與功能，乃至聊備象徵意義⁴⁹。緣此，參審員權限之問題當從審判前卷宗資料資訊對

⁴⁶ *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965). As with any mode that might be devised to determine guilt, trial by jury has its weaknesses and the potential for misuse. However, the mode itself has been surrounded with safeguards to make it as fair as possible -- for example, venue can be changed when there is a well grounded fear of jury prejudice.

⁴⁷ John D. Jackson & Sarahj Summers, *supra* note 40, at 237.

⁴⁸ 陪審裁定大多不必說理，亦有少數例外，諸如瑞士陪審判決依法必須說理。See Stephen C. Thaman Symposium on Comparative Jury Systems: Should Criminal Juries Give Reasons For Their Verdicts? The Spanish Experience And The Implications of The European Court of Human Rights Decision In *Taxquet V. Belgium* 86 Chi.-Kent L. Rev. 613,626 (2011).

⁴⁹ 尤伯祥，論國民參與審判—以歷史與比較法的考察為基礎，檢察新論，第11期，2012年1月，頁272-273。

等、審判程序參與主動性及審判終結參審庭合議等三部分討論，茲分述如下。

第一項 從比較法分析公民與法官審判資訊對等權

法國大革命之後，歐陸諸國修正原始陪審模式，形成具歐陸法系特質之參審制，由公民與法官共同組成審理案件之參審合作法庭(Collaborative Courts)，歐陸大部分採參審制的國家其法官與參審員職權相同，只有少部分例外，不過就審判主體之審判資訊對等權卻有不同規範，某些國家允許陪審員接觸審訊(Hearing)中所提資料，西班牙與日內瓦允許陪審員接觸包括偵查卷證在內的所有證據資料，德國schoffen,法國 jures, 葡萄牙jurados及瑞典namndeman，要求參審員保持對卷證空白之心證，例外允許法官與當事人接觸卷證之特權⁵⁰，之所以限制公民接觸偵查卷證，就是擔心接觸卷證影響刑事審判直接審理與言辭辯論原則。而此原則乃是歐洲人權公約第6條第3項d款對被告詰問權之保障，確保被告刑事訴訟程序中最低限度的公平審判基準⁵¹，禁止參審員接觸卷證是避免影響參審員認定事實，對法官卻難以規範，更非因專業法官受專業訓練，不受影響係想當然耳。卷證資料之信用無所擔保，未必即為定罪證據，卷證資料併送與法官，排除參審員，審判主體資訊落差問題嚴重，準備程序又由法官主導，參審員被邊緣化的可能性大增，**審判庭為貫徹直接審理原則、言辭辯論主義之審判任務，避免司法預斷**，復使參審員得實質參與審判活動，不宜將起訴卷宗資料並送法官、參審員參考，而應落實直接審理言詞辯論原則，使法庭活動成為審判核心，至於信用可疑的傳聞證據宜由法官先於準備程序作成有無證據能力之裁定，使參審庭的目的功能有效發揮⁵²。

不過，歐陸大部分採參審制國家其法官與參審員審前都不接觸卷證資料⁵³，若要使參審制發揮功能，有利參審員程序參與理解案件事實與爭點，不能忽略準備程序之重要性與併送卷證資料的影響力⁵⁴。採參審制之國家，參審庭由法

⁵⁰ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, Lay Adjudication and Human Rights in Europe, 13 Colum. J. Eur. L. 83,110 (2006-2007).

⁵¹ Id.;Article 6(3)(d) of the ECHR.

⁵² 陳運財，國民參與刑事審判制度－兼評日本裁判員制度，月旦法學雜誌，第180期，2010年5月，頁146。

⁵³ Marijke Malsch, Democracy in the Courts Lay Participation in European Criminal Justice 57 (2009).

⁵⁴ 司法實踐累積之問題與刑事訴訟制度修正內容複雜，如何配合引入**公民參與刑事審判制度同**

官與參審員組成，參審員的人數明顯少於陪審團成員數，由法官與參審員共同決定法律與事實，法官負責指揮訴訟程序開闢，參審員與法官共同聽審，從審判活動開始即得參與質問證人，所有證據直接開示於參審庭，由參審庭成員共同檢驗，法官與參審員資訊對稱，審判前不接觸偵查卷證，於審判中形成心證。審判前接觸卷證之問題，除思考卷證資料之證據適格性、審判者得否於審判前接觸卷證資料之外，如果閱覽卷證資料之權限附著於審判權，理論上有必要使不熟悉審判工作的參審員與同為審判主體的法官之間審判資訊不致有落差，令雙方皆得接受充分審理資訊，否則將使審判者間地位傾斜失衡。

若法官得閱覽卷證資料，其實參審公民亦須相當時間閱覽卷證資料⁵⁵，然暫不討論公民閱覽卷證資料效果、應否提供公民參審者相當權限閱覽接觸卷宗資料，本文以為，審前得否閱覽起訴卷宗資料各依內國刑事訴訟法制之規定，惟將偵查所得資料於起訴時併送法院，是否使審判者形成預斷，爭議由來已久，對公民而言，閱讀起訴卷宗案牘勞形，實益如何難為評價，對法官而言，因起訴卷證併送，使偵查心證續接於審理活動，倚重筆錄審判，難依公判中心形成心證，當事人對抗辯論有名無實，有悖直接審理原則，呈現訴訟理念對立與意識型態之分歧。不應忽略此一問題對公民參與審判意願之影響，特別是長久以來，歐陸法系國家對檢察官起訴卷證抱持寬容態度，過度開放傳聞證據為審判庭所適用，審判心證在程序進行中如何堅持無罪推定理念，避免誤判，實是專業法官慎斷案情事實的重大挑戰。

雖然卷證併送制度是否撼動無罪推定原則，各方見解不同⁵⁶，但本文必須特別說明，如果提供法官審前接觸卷證之機會，使法官知悉「部分證據」，這種「部分證據」是不是足以解釋所有偵查結果的合理性，或認定偵查行為的合法性，如果是的話，「公開審理」不過徒具形式，審判似乎也不必再完整有效的詰問證人

予配套調整，當另檢討分析。

⁵⁵ Sanja Kutnjak Ivković 研究指出在 Croatia，公民參審員極少閱卷，但若事先閱讀卷證有助參審員在審判中主動提問，Croatia 的獨立性經驗應可深入思考審前準備程序如何進行，強化參審員理解、參與程序進行。Sanja Kutnjak Ivković, Exploring Lay Participation in, Legal Decision-Making: Lessons from Mixed Tribunals, 40 Cornell Int'l L.J. 429,452 (2007).

⁵⁶ 林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則，收錄於人權之跨國性司法實踐歐洲人權裁判研究（三），元照出版，2010年11月，139頁。

(Examination of Witness)。而既然我國訴訟程序混合對抗與職權的特色，司法實踐自然要面對兩種不同的訴訟理念的審查基準，是嚴謹還是嚴苛，仍須回歸問題徵結所在，起訴若非定罪，審前詰問證人與審判中詰問證人到底有何不同？證據方法到底對誰有利？檢驗證據的方法如何是為公平？而斷案決疑乃是審判重要任務，審判者要面對繁複的個案情節、攻防流動性的證明過程，在超越合理懷疑的定罪標準之下，如何避免舉證責任失衡，當是處理傳統卷證併送所應解決的問題。

如果司法官僚擅斷是所有社會可能存在的風險，偵查卷證、前科資料可能致使審判者心存預斷，而生誤判危險⁵⁷，採行公民參與刑事審判，就不能置若罔聞刻意迴避，基於預斷排除的觀點，有效防止司法官僚擅斷，必須妥當處理卷帙浩繁問題，照顧雙審判主體的資訊對等權，否則審判期日前法官因詳閱卷證，已形成一定的心證，極可能造成參審法庭程序進行評議溝通存有預斷偏見的危險，遮斷偵查資料與審判心證之連接至屬必要，而非單純區分規範參審庭成員審前閱覽偵查卷宗資料問題⁵⁸。

第二項 從 1966 年美國芝加哥研究論公民參與證據合理性判斷問題

以德國式的參審制為例，雖參審員就審判與法官有相同權限得訊問被告、證人參與評議，不過公民參與人數較少，僅有 2 人，參審員與法官意見看法少有分別，長久以來被認為，參審庭之所以有合致的見解，作成判決係參審員受法官影響所致⁵⁹。德國社會學者 S.Machura 所作德國參審實證研究說明，公民參與審判與法官共組參審庭，參審員並不想從屬於法官，而積極努力參與審判表意⁶⁰，且參審員認為自己與審判長合作關係良好，參審庭成員可說是「平等夥伴」(Equal

⁵⁷ 誤判原因の実証的研究，日本辯護士聯合會人權擁護委員會編，現代人文社，1998 年 9 月，頁 18；46；59；61，70 等。

⁵⁸ 審前閱卷問題分析，參閱陳運財，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，司法節學術研討會會議手冊，頁 31 以下。

⁵⁹ Richard O. Lempert, *Anglo-American And Continental Systems: Marsupials And Mammals of The Law, Crime Procedure And Evidence in A Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska* 404 (John Jackson, Maximo Langer, Peter Tillers eds, 2008).

⁶⁰ Stefan Machura, *Interaction Between Lay Assessors and Professor Judges in German Mixed Court* 72 *Int'l Rev. Penal L.* 451 (2001).

Partner)⁶¹。除了平等表意權有助公民積極參與之外，不具法律專業之公民其參與能力、對證據之理解如何、是否不利審判，亦應同受重視。

1966年，美國芝加哥大學法學院Harry Kalven與Hans Zeisel兩位教授在其經典研究計畫The American Jury對美國陪審員與法官就證據之理解進行深入探討分析。全美有超過500位法官參與該研究，Harry Kalven與Hans Zeisel就法官假設性裁定(Hypothetical Verdict)與陪審團實際裁定是否不同進行比較研究，回收刑事訴訟案件問卷3576件⁶²，審判之不同在於證據複雜性(Complexity of Evidence)，芝加哥報告指出，某些案例，法官深信陪審員有罪心證的證明力標準遠高於法官，如果法官與陪審團意見分歧，研究也進一步探問法官何以與陪審團意見不同，而幾乎沒有法官表示其所以與陪審員意見分歧是因為陪審員不懂證據，顯係因陪審員的標準與價值有別於法官，而陪審員之所以與法官就刑事案件判斷分歧更不能歸責於陪審員不了解證據⁶³，前開實證研究說明：陪審員之裁定係依照證據強度作成，形成心證，與是否有「長期之法律專業訓練」、「相當之審判經驗」似無相關，而更貼近證據裁判之合理性。

芝加哥研究之結果至今逾半世紀，人類物質文明高度進化，精神文明發展則難以評價。Hans教授乃於2001年、2003年於美國四法域內就重罪陪審審判再次進行時間序列對比研究，除研究法官假設性裁定與陪審團實際裁定是否不同之外，亦研究法官與陪審員評價證據強度與證據複雜性問題，與1966年芝加哥研究對照比較，兩次研究結果相似。可見證據的事物本質不脫逸於人類感官經驗世界，法官與陪審團意見不同與法律複雜無關，更與證據複雜無關，法官對陪審團所作裁定也表示滿意⁶⁴，更有法官對陪審團的能力給予正面評價並肯定其公正性⁶⁵。進一步以重罪陪審法庭為例，分析比較法官假設性裁定與陪審團實際裁定之不同，更發現陪審員對檢方的要求比法官更高，其超越合理懷疑(Beyond Reasonable Doubt)的門檻也更高⁶⁶。

⁶¹ Id. at 469-470.

⁶² 1966年芝加哥研究包括民事案件，不過民事案件並非本文研究重點，Harry Kalven, Jr., Hans Zeisel, *The American Jury* 109 (1966).

⁶³ Neil Vidmar & Valerie P. Hans, *supra* note 1, at 148.

⁶⁴ Id. at 149-151.

⁶⁵ Id. at 150-153.

⁶⁶ Id. at 150.

從美國實證研究結果細思，若將法官與公民的審判資訊分別處理，只允許法官享有卷證併送資訊先知的優勢，實非妥適，而隔離參審員接觸檢察官起訴卷證之理由若基於「未免其於開庭前預覽卷宗及證物，致對案件有所成見」，則參審庭所有成員當同受拘束，而實務更當落實直接審理、言辭辯論，使心證形成非出於卷證筆錄。否則法官與參審員資訊不對等，恐將使參審員邊緣化，更可能因心證非出於公判，易使法官與參審員對有罪無罪之認知產生分歧，影響判決，不得不慎思。

第一款 無罪推定與公民實質參與審判之必要性

大部分採參審制國家多具有歐陸法系的原始法制背景⁶⁷，審判中的被告自白雖非決定性證據，但被視為證據的重要部分，不受排除⁶⁸。以被告自白為證據可能使審判時間縮短，參審庭成員共同評價被告自白與其他證據，使參審庭作成Summary Judgment⁶⁹，故審判與評議都開放公民參與，並保障其與法官有相等權限，共同評議，平等交流意見，投票決議定罪或開釋被告。參審庭評議是審判主體對事實爭點與法律爭點達成合議，定罪科刑的過程。程序仍由法官主導，法官如認有必要，對裁判員曉諭法令解釋及訴訟程序之判斷，使參審員遵循法官曉諭，執行職務，參審員並無排除實定法之權利(Right of Nullification)⁷⁰。與法官決定有罪、無罪及量刑。參審員參與之法庭活動較陪審員密切，對照陪審職權，參審庭如此設計可說是衡平司法獨斷與公民少於法律理性的風險控制，更在促成公眾信任部分提高參審法庭對公眾揭示的透明度，某些法域將陪審制改行參審制之理由係為矯正陪審無能⁷¹，但參審庭也因此被評為易受法官意見主導，稀釋公民在審判中的權利，使公民意見淪為司法意見之附庸。

⁶⁷ Sanja Kutnjak Ivković, supra note 55, at 434.

⁶⁸ International Association of Judges, *The Role of the Accused in the Proof of Guilt: Confessions and the Right of Silence* (1997). <http://www.iaj-uim.org>; 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

⁶⁹ Sanja Kutnjak Ivković, supra note 55, at 434. 美國陪審制也有類似機制，法庭在爭點無所爭執之情況下，由法官作成 Summary Judgment 譯稱即決判決，有關陪審裁定類型說明，參閱黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，第 194 期，2011 年 7 月，頁 78 以下。

⁷⁰ 陪審拒絕適用法律權是陪審法制史上的特質，惟在當代已漸失其意義與影響，本文另於比較檢討部分簡要說明。

⁷¹ Valerie P. Hans and Claire M. Germain, Symposium on Comparative Jury Systems: The French Jury at A Crossroads, 86 Chi.-Kent L. Rev. 737,745-46 (2011).

陪審制與參審制對公民參與者的定位不同，為使公民得積極參與審判工作，在美國，陪審職權成為各州法域致力推行的改革內容，開放陪審員記筆記、提問問題，陪審改革理念顯然肯定參審員在審判活動較陪審員更能積極參與，值得參考⁷²。不同法域的經驗都說明參審員評議過程中很少與法官分持對立意見⁷³，審判者態度中立，判斷事實，理論上不應存有重大歧見，否則歧見必成社會對立失衡根源，特別是陪審員的判斷必須依循證據法則，易言之，陪審裁定應嚴格謹守證據法則規範，形成心證。不過在採參審制之法域，辯護人卻認為法官對參審評議的影響較大⁷⁴，就證人與證據信用性部分，法官被認為在評議時對參審員較具說服力⁷⁵，持平而言，前述論據值得重視，但無須假設參審員對參與證據評價能力必然唯唯諾諾，若參審員具判斷自信，且具平等評議權利，當然也影響法官表現，使法官不能小覷參審員意見，為釐清審理判斷之必要事項，應允許公民訊問證人、質問被告、詢問被害人意見、參與評價證據能力，使公民參與權限明確化⁷⁶。

一、公民參與調查證據、訊問證人、證據能力評價問題

本文認為，公民參與刑事審判應從制度功能與立法目的議定公民實質、平等之參與權限，使之實現立法意旨，而非宣示制度存在。無罪推定、證據保護與證據證明力三大原則之實踐適用，對歐陸法系國家改採當事人主導訴訟程序進行的訴訟體制，如何判斷「證據證明力」實對固有法律傳統產生重大衝擊。法律與事實因社會生活牽涉混合複雜，二者範圍界限不易畫分，使公民與法官的審判義務更難合理區別分配，除考量公民參與刑事審判之目的與功能，國家必須體認當代社會文明進步，教育程度普及，現今社會政經條件、公民的知識能力，與土地上過往的任何一段歷史時期都不同。應使公民實質參與審判，與法官互為事實、法律、證據認定、人權保障之擔保，落實無罪推定原則，不違經驗法則、

⁷² Douglas G. Smith, *Structural And Functional Aspects of The Jury: Comparative Analysis And Proposals For Reform*, 48 Ala. L. Rev. 441,502-503(1996).

⁷³ Sanja Kutnjak Ivkovic, *supra* note 55, at 441; Christian Diesen, *Lay Judges in Sweden - A Short Introduction*, 72 Int'l Rev. Penal L. 313 (2001). Stefan Machura, *supra* note 60, at 451.

⁷⁴ Douglas G. Smith, *supra* note 72, at 463.

⁷⁵ John H. Langbein, "Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?" 207-08(1981). Faculty Scholarship Series. Paper 535.

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/535 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

⁷⁶ 日本裁判員參加刑事審判法第 55 條、56 條、57 條、58 條之規定。

論理法則形成確信，依證據為裁判，履行審判職務，表達對兩造爭執證據能力有無之意見，有完整權利表意、參與表決，係尊重公民發見真實之能力，對於社會價值與司法意見的交換過程實屬必要。

司法實務應深思的是公民參與法庭審理活動補充訊問之功能如何發揮、如何節制之問題。公民進行直接、言辭審理，這個部分也是法官與公民心證溝通調整的互動過程，審判者在公開的程序如何發見真實，而非僅解決爭端，是司法公信公開證明，使正義不再是秘密的要素，特別是在證人交互詰問、被告陳述之後就證據關係之疑義，應使參審公民有反應社會認知，澄清問題之餘地，進行補充訊問，確認當事人與證據的直接關係，審判中，有必要允許公民提問，而無論是請求審判長訊問證人、鑑定人或被告，或詢問被害人，或經審判長同意後直接為之。都有助公民在程序中將注意力集中聽審⁷⁷，對證據有進一步之理解與後續評議工作效果⁷⁸。

公民係審判主體之一，其提問性質居補充性地位，法官既有程序指揮權，主導程序進行，得隨時、適時制止公民提問不當，約束妨礙訴訟之法庭行為，不致使法庭失序，公民亦得因參與審判活動自我制約，決定提問之必要，是否有助發見真實，執行職務，種種程序參與限制規定若非出於對被告權益或公民保護必要性，而係對公民參與審判能力毫無肯定之預設，並非妥適，更不能歸責提問致生法庭活動負面影響，遲延訴訟，甚至妨礙中立聽審的形象。次是在法庭審判活動後形成心證，不受外界任何干擾，與法官共同評議，表決定罪與否。評議得以審判長為主席，不須另行選任，審判長應曉諭參審公民本於良心，依據法律獨立行使表決權，不受任何干涉，由審判長說明本案事實與法律之重要爭點，整理各項證據之調查結果，經法官合議決定之證據能力及證據調查必要性之判斷，並應注意使公民為適當表達意見，為完全之評議，使其就量刑陳述其意見。為免法官過度影響公民，審判長於應謹守無罪定原則、證據裁判原則諭示舉證責任、依心證判斷證據證明力之審判法理，評議前僅得向公民

⁷⁷ B. Michael Dann, "Learning Lessons" and "Speaking Rights": Creating Educated and Democratic Juries, 68 Ind. L.J. 1229, 1253 (1993).

⁷⁸ Shari Seidman Diamond, Mary R. Rose, Beth Murphy & Sven Smith, Juror Questions During Trial: A Window into Juror Thinking, 59 Vand. L. Rev. 1927, 1930-31 (2006).

告知下列事項：(一) 被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。(二) 檢察官就起訴之犯罪事實，負有實質舉證責任。(三) 證據之證明力，應本於確信自由判斷，但不得違背經驗法則及論理法則⁷⁹。不得任意擴張法官曉諭主題、範圍，以利公民參與審理活動。

二、本文見解

我國刑事訴訟法第 273 條第 4 款規定：法院得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭，行準備程序，處理有關證據能力之意見。本文認為，為增強證據裁判之合理性，應容許公民參與證據能力爭執之判斷，理由在於我國現行刑事訴訟法制仍存職權進行色彩，證據之決定、調查與事實認定，同屬法院職權，三者均以國權為主體，易生流弊，為防止法院對證據決定權濫用，容許公民參加對證據能力判斷之意見，有助衡平現行刑事訴訟法第 158 之 4 條「實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護」，決定證據能力瑕疵得否治癒，應否賦予證據能力，與發見真實之信用及效性、合法性密接，而證據之證據能力有無、證明力之高低及事實之認定，同屬事實審法院自由判斷裁量之職權，且與經驗法則及論理法則有關，特別是自白證據能力判斷、自白任意性判斷、違法偵查所得等三大問題，被認係造成誤判的重大風險原因⁸⁰，審判確信由不容合理懷疑的立證責任支持，容許公民與法官共同審查兩造有爭執之證據能力問題，謹慎判斷情況，擔保心證不致流於恣意，至屬必要。

第二款 實質參與審判程序有利評議進行

採行參審制之法域遼闊，各自形成公民在審判中的參與權限、範圍與程度。制度推行效果、公民被設定的職權與參審者參與態度，三者交互影響，從比較法實踐尋檢答案，可以發見德國參審制的特色之一是公民參與人數不多，只有 1 或 2 人與法官共同審判、評議、裁定、判決。因顧慮若參與人數過多，公

⁷⁹ 立法理念參閱 96 年 8 月 15 日國民參審試行條例草案第二稿。

⁸⁰ 日本針對不同誤判案例深入研究，參閱誤判原因の實証的研究，日本辯護士聯合會人權擁護委員會編，現代人文社，分 1998 年 9 月，頁 73-75，頁 80，頁 379 以下。

民與法官無法充分溝通整合意見，故其制度強調以小規模的參審庭公民「實質」參與，節制法官以個人意見為中心的判決，並認為減少公民人數方能反應公民意識於司法，而非使之象徵性出席審判過程，此一觀點立意良善，卻難免顧此失彼，個體意見無法與社區整體意識或社群價值有效聯結。如何使參審制度能兼顧「實質」參與復聯結社群價值，是制度運作的正當性基礎⁸¹。

二次戰前日本陪審制發展不如預期，其經驗足茲參考警惕，2009 年日本實施裁判員制度，實施之前，該國司法改革審議委員會就參審制度實踐問題深入研議各國法制發展良窳，在「不違國家憲法意志」的概念下，完成法制建置。制度推行引起比較法研究注意，特別是審判程序參與主動性部分，亦是陪審制改革之爭點問題，避免司法過度控制公民參與者在審判中的地位，可說是參考陪審實踐困難之處，所作成的前瞻性改革，肯定公民參審員在審判中提問，並非對當事人之一方心存不利預斷，或是提早開示心證結果，而屬澄清事實爭點所必要，若有裁判員不當提問，當然也對兩造攻擊防禦方法造成影響，此一變革已然超越將公民參審者定義為監督公權力行使的法制史地位，使被告、辯護人、檢察官都必須正視新的審判主體加入後，如何以武器平等方式攻擊防禦，說服異身別體、人數增加的審判庭使之發見真實。

日本裁判員制度被國外研究者歸類於改良後的評議民主參與模式，強化法官對參審裁判員的說理，使公民實質參與整體審判程序，相較於古典的公民獨立評議模式，溝通式司法更獲得研究者正面支持⁸²，裁判員制度與其他參審制國家所採行之模式最大不同在於，經法官同意，日本裁判員有直接詰問證人權利，得訊問被告，與法官充分評議討論⁸³，如此運作並未延滯審判期日。在刑罰部分，則力求修正量刑意見分歧問題，使量刑輕重得以客觀化，並加入國民對刑罰

⁸¹ 參與人數影響上訴範圍與理由並影響上訴正當性，將另外分述，何以被告與檢方同具上訴權，縱令被告獲致無罪判決仍許檢方上訴，其法理至關審判庭結構與公民參人數，Langbein, John H., "Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?" 210 (1981). Faculty Scholarship Series. Paper 535.

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/535 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

⁸² Zachary Corey and Valerie P. Hans, Japan's New Lay Judge System: Deliberative Democracy in Action? 12 Asian-Pacific L. & Pol'y J. 72,91(2010).

⁸³ 日本裁判員參加刑事審判法第 56 條、58 條、59 條、60 條、66 條以下。

判斷的認識與想法⁸⁴。裁判員評議時間可稱合理，尚未見遲滯情況⁸⁵。完整的表意權利是公民參與刑事審判應有的本權，不應使合議庭的審判主體參與權利產生落差，在全程參與審判、資訊對等的前提之下，若公民參審者意見未能與法官見解一致，極有可能是因為二者確信有罪的心證不同⁸⁶，心證不同，更有合議溝通的必要，而非預設拒絕公民審判中所形成之不同意見，使之限於見證審判，排除其參與表決定罪之權利，衡諸刑事訴訟發見真實之目的，再問參審者因此對法院裁判公正性之感受是利或弊，要非無疑。

職是之故，本文強調，國家以權力制衡、溝通方式規範公民參與刑事審判制度運作，有助和緩司法主觀擅斷問題之內在兩大風險。一係審判者隱性的人格態度主觀意向，二係審判者對證據價值判斷外顯的主觀認識，故不宜剝奪公民實質參與權，使公民淪為程序觀察者，否則評議過程動力失衡，參審公民可能喪失表達意見之意願⁸⁷。從功能論分析參審制度發展，參審制度係為調整陪審實踐問題的產物，評議時，法官必須向參審員公開判決心證說理，與參審員一起討論判決結果，除增加公眾對司法體系之信任，亦增強對行為、結果反社會價值處罰之正當性，就司法與公眾形式上之溝通過程而言，法官並非無足輕重，參審員亦不能悖離法律，更深層的審判獨立問題，因審判主體共同參與程序終始，不因分工而發生影響審判獨立之疑慮，遮斷審判進行中任何干涉可能，更防止公民參審者錯誤地拒絕適用法律，顯然參審制避免將定罪科刑二分的評議方式，較陪審評議更獲肯定⁸⁸，運作與理念亦較得法官青睞⁸⁹，更重要的是，公民與法官充分合議，判決量刑之過程可有助和緩公民對犯罪發生之恐懼，釐清司法最後手段性之意義。

⁸⁴ 量刑原則亦以法官與裁判員特別過半之設計互為審判權行使之擔保，量刑相關論述參閱林裕順，日本「裁判員制度」觀摩與前瞻—國民主權、時勢所趨，月旦法學雜誌，第 199 期，2011 年 12 月，136 頁。

⁸⁵ 參閱本論文第三章參與態樣分析。

⁸⁶ 陳運財，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，司法節學術研討會會議手冊，2012 年 1 月，頁 32，

⁸⁷ 尤伯祥，註 49 文，頁 273 以下，就參與權設計失衡問題，難為起點而係終點提出警示。

⁸⁸ 日本裁判員制度之合議體結構、運作獲得國外研究認同，參閱 Zachary Corey and Valerie P. Hans, *supra* note 82, at 87.

⁸⁹ Sanja Kutnjak Ivkovic, *supra* note 55, at 451.

第四節 陪審員與參審員參與權限之比較檢討

第一項 評議方式

從比較法看來陪審員與參審員之參與權限設計各具特色，實踐也互見缺失。雖不宜預設各國司法實務必因制度相類而遭遇相同困難，但仍得參照各法域實踐經驗，多方設想，排除實務可能面對的問題。公民參與刑事審判的功能意義雖源於權力制衡理念，從實踐經驗分析，訴訟體制除堅持司法獨立之外，訴訟結構更應重視正當法律程序問題，究竟參審制與陪審制何者有助於實踐可信、有效的公平審判並嚴守審判獨立。形式上，就參與權限而言，參審制度重在公民與法官結為合議體，地位對等，就審判活動的參與範圍與權限顯然較陪審員寬廣。除實質參與審判工作之外，參審員亦更為主動積極，容許參與詰問。若論其缺失，參審制最大顧慮應是法官是否可能過度影響參審公民之表意，致公民附隨於法官意見，使反應國民意識的參審活動受限。惟瑕不掩瑜，參審合議體以合作形式貫穿審判，互為審判恣意擅斷之擔保，使審判獨立形象不因審判分工而受干涉挑戰，不失為補救陪審裁定無問責性之措施。

對陪審員而言，評議工作是陪審任務之中樞，法官並不參與評議，評議前法官曉諭是陪審團溝通的基礎，也是陪審團踐行正當法律程序的原則⁹⁰。雖然美國陪審團有拒絕適用法律之權利(Right of Nullification)，惟此一法則應置於美國殖民時空背景之下與美國法文化密接檢討研究，所謂陪審團拒絕適用法律(Jury Nullification)係指被告依證據證明其犯罪事實，而陪審團排除實定法之適用或違反法官關於法律適用之曉諭，評決被告無罪。陪審團拒絕適用法律之權利曾被譽為對抗專制政權或不正義拘禁的最後安全閥⁹¹，世紀之初，美國司法實踐已就此重新說理，強調陪審員必須受法官曉諭之拘束，無論陪審員個人同不同意、接不接受法律⁹²，陪審員必須遵從法官曉諭之法律，認定事實作成裁定，如果陪

⁹⁰ Jeffrey Abramson, Symposium: The 50th Anniversary of 12 Angry Men: Anger at Angry Jurors, 82 Chi.-Kent L. Rev. 591,608 (2007).

⁹¹ 雖有歐洲國家繼受陪審拒絕適用法律(Jury Nullification)，但此已漸次在陪審權限中消滅，有關 Jury Nullification 之研究參閱 Clay S. Conard, Jury Nullification (1998).

⁹² People v. Engelman, 28 Cal. 4th 436 (2002).

審員不能履行此一任務，即使評議開始仍可能被解任⁹³，不過評議事實認定過程中，陪審員若堅持己見與其他成員未能持一致見解，並不構成解任理由⁹⁴，為使陪審員積極履行義務，陪審團秘密評議，過程不公開，非陪審團成員不得進入評議室，室內不得錄音錄影，以免寒蟬效應在陪審團成員之間發酵，保留社區對司法與陪審裁定的公信⁹⁵，嚴格限制評議開始之後解任陪審員的理由，係為擔保評議獨立性，表面上的意義似乎僅是固守權力分立原則，不願法官有機會介入評議過程，實係處理實踐過程發生之問題，亦不願因備位陪審員新意見之介入，改變原陪審團建立超越合理懷疑的定罪證明標準，貫徹審判獨立的宗旨。

陪審員受法律拘束，本於良心自律，不受其他權力干涉，獨立評議，履行美國立憲者的憲政承諾⁹⁶，受美國聯邦最高法院支持，具區域法文化相對意義，但評議過程最重要的是審判主體獨立對證據評價的客觀性問題，陪審員基於公民一身專屬之身分權方得參與審判，作為司法之監督者，如果不具司法專業的公民其審判能力與司法主觀流弊同是實現公平審判的風險，應思考法官與公民如何充分溝通，理解彼此思維，就認定事實與犯罪之盲點，堅守證據裁判主義，互為正當法律程序之信用擔保，在無罪推定理念之下，作成妥適判決，完成公平審判的任務。

第二項 以溝通合作解決評議權力分配與審判分工問題

⁹³ *People v. Williams*, 25 Cal.4th 441 (2001).係有關一件強暴案之評議過程問題，評議開始之後，陪審主席遞送字條給法院；表示有陪審團成員拒絕依法官曉諭進行評議，因為該名陪審員認為法律違法，法院訊問確認該陪審員是否因認為法律違法故拒絕依法官曉諭進行評議，解任該陪審員並以備位陪審員接續評議工作，本案業經上訴至加州最高法院，加州最高法院支持前審法官之見解，認為陪審員不能依法官曉諭進行評議，即為不適任陪審工作，有解任之必要。

⁹⁴ *People v. Cleveland*, 25 Cal.4th 466 (2001).係因在評議開始之後，陪審主席遞送字條給法院，抱怨有陪審團成員不願參與評議，法官開庭訊問陪審主席，陪審主席表示，該陪審員對證據認定有不同意見，他個人與其他成員都不願繼續與之共事。法官亦開庭訊問該陪審員瞭解情況，理解該陪審自始即對證據認定與他陪審員分持不同意見，他堅持立場故不參與評議。緣此該陪審員遭到法院撤換，以備位陪審員充任進行評議。加州最高法院將二審上訴對被告之定罪發回，加州最高法院認為，法院應盡可能節制而不介入陪審解任，特別是涉及陪審員就事實認定評議，相關訊問即應行終止，且該陪審員既已表示係因證據認定問題與同儕見解不同，更不構成解任理由。

⁹⁵ *Torrence Lewis, Toward A Limited Right of Access To Jury Deliberations*, 58 Fed. Comm. L.J. 195,205-06 (2006).

⁹⁶ *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 530 (1975) cross-section requirement is "essential to the fulfillment of the Sixth Amendment's guarantee of an impartial jury trial in criminal prosecutions."

以權力分配或任務分工之理念詮釋公民參與刑事審判制度在我國發展之應然，比較法研究已提供深入討論基礎。不同的經驗現象、實踐產生的問題與處理方式，都是不可忽略的重點。司法行政監督、審判客觀性如何受公信，一直是我國司法內省極思解決的問題，今日時空環境、文明條件與美國陪審法制繼受經驗，明顯不同，陪審審判受美國憲法制度性保障，司法實務肯定陪審評議獨立，表現社會合作之精神與價值，容許陪審裁定無須說理。我國司法體系承歐陸法系傳統，如採陪審制，將法官曉諭與公民獨立評議明確區分，就審理規範之觀點，應慎重面對兩大嚴肅結構爭點問題：一、行使審判權並無法律明文規範，若由法官曉諭陪審員進行評議，亦允許陪審員所為裁定不必說理，曉諭之內涵問題牽涉被告定罪與否，似不宜視為單純屬與程序有關之細節性、技術性事項之規定，復此，司法機關本身就此審理事項之核心問題，是否有規則制定權？二、由法官曉諭陪審員進行評議，若法官曉諭屬對訴訟進行審理及判決有影響之「引導」或「建議」，司法機關預先予以規範，是否構成獨立審判之妨害或危害⁹⁷？乃至影響被告受公平審判之權利，此為我國在原歐陸法系傳統下要改採陪審制不得不慎重處理之問題。

第一款 公民獨立評議之缺失

司法權受立法權與法律之限制，司法權之運作若依賴司法行政內部規範審判行為，由法官曉諭公民參審者獨立進行評議，是否違反憲法正當程序精神及法治國原則、影響被告訴訟權、不無疑慮。若採陪審制，從審判獨立之問題探討法官對公民曉諭之法律地位，更應從憲法層次深入思辯，定位司法與立法分際，正面就「法官曉諭」之法律位階、結構，釐清其性質與效力，否則法官濫權曉諭、誤導陪審員對案件有罪無罪之認識、法官曉諭瑕疵救濟途徑匱乏、侵害立法權、規避監察院監督、是否造成人民對司法審判更不信任，乃至更成為政府機關未遵守法律規範體系的錯誤示範，使公民參與刑事審判制度令人更為存疑⁹⁸。對應檢討美國陪審評議獨立之運作與我國大法官解釋，強調促進審判事務

⁹⁷ 參閱大法官釋字 530 號黃越欽大法官不同意見書。

⁹⁸ 這些疑慮實應置於憲法理念、乃至整體法系傳統之下完整考量，抉擇我國公民參與刑事審判態樣。

之執行臻於適法、妥當及具有效率，避免法官因個人之認知有誤，不當提示，說明證據內容、價值發生偏頗之結果，謀求法律安定性及法之可預見性所必要之法理意旨⁹⁹，評議方式，似不宜由公民獨任，而應由公民與法官合議為宜，以避免陪審意見與法官意見不同之不當，關於法官曉諭的內容、時點，因涉及無罪推定原則、證據裁判原則等相關刑事訴訟法之規定，對公民參刑事審判有所影響，至應有法制化之必要¹⁰⁰。

美國陪審制度強調個人基於國家公民之身分，發揮對司法監督制衡、限制權力濫用之功能¹⁰¹。由來自社區的公民決定有罪無罪，國家決定處罰，將定罪與科刑權力二分，實踐經驗發人深省。法律問題與事實問題之切割過於複雜，若僅以法官曉諭為法律標準，要求陪審團理解案件事實、犯罪構成要件，依證據形成超越合理懷疑的心證，作成判斷有罪無罪之裁定，由陪審團獨任評議工作的風險確實存有太多不確定性，不免令人擔憂公民在審判活動中的角色功能是否可能因此受限、誤導或擴張，特別是法官操控陪審團在公判程序中接觸之證據，判斷證據能力有無之問題，成為法官專屬認定法律問題的領域，不過每個獨立個體的思考方式不同，當然對證據證明力認定的態度也不同，自自由公民本於確信依論理法則、經驗法則進行判斷。

第二款 公民與法官共同評議之優點

美國清教徒實現建國理想，憲法表現國家制度性保障，無處不見權力制衡之機制，以權力分立之法理區分認事與用法之審判分工，其訴訟構造藉證據排除法則存留法官控制陪審團空間，而非以法官取代陪審團¹⁰²，貫徹權力制衡之目的可以理解，檢視其實踐更對於公民理解司法權發動、實現具國民主權意義之審判公義，或對法官天職之信任與公民參與審判之能力認知失之有偏等議題提

⁹⁹ 大法官釋字 530 號孫森焱大法官協同意見書參照。

¹⁰⁰ 陳運財，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，司法節學術研討會會議手冊，2012 年 1 月，頁 33。

¹⁰¹ Johnson v. Louisiana, 406 U.S. 356,373 (1972).The importance that our system attaches to trial by jury derives from the special confidence we repose in a "body of one's peers to determine guilt or innocence as a safeguard against arbitrary law enforcement." Williams v. Florida, 399 U.S. 78, 87 (1970).

¹⁰² 黃國昌，同前註 69 文，美國陪審制度之規範與實證，頁 78。

供重要參考，為克服理念與實踐落差，公民參與刑事審判職務之執行內容，實應著重於如何使公民協力審判職務有正面效果，因新的審判主體加入，有助藉監督、溝通，強化人民司法受益權獲得充分有效之保障，而非僅促成公民親自觀察審判過程、理解認識法官如何進行事實認定、法律適用及量刑。

承前開陪審評議與參審評議之實踐論述，評議秘密貫徹審判獨立之精神，非審判主體無權參與評議，更無由允之在場、表意。法律的正當性是在特定的司法體系範圍內反映公民價值，而司法體系與公民價值互相影響，社會與司法對話的音量與強度取決於司法體系產生受認可判決之能力¹⁰³，因此基於以下理由，本文認為，我國為使公民參與刑事審判發揮訴訟程序實益與證據擔保之功能，應調和公民權與司法權之運用與實踐，而由法官與公民共同評議為宜。一、避免審判犯罪(Offenses)與犯罪者(Offenders)的爭點混淆參審公民的認知，評議仍需專業法律判斷及審判經驗作為基礎。二、評議民主是公民參與刑事審判研究廣泛討論如何實質參與審判的重點，公民參審者就審判程序之參與權限與法官對等，在評議程序中亦復如是，故應正面對應的機制設計問題乃是使公民參審者與法官在評議過程中互為達成定罪共識之擔保，而非限制剝奪公民參與合議，僅允之適切陳述意見，表意不表決。三、美國陪審團不必解釋裁定如何作成，陪審員無須就個人意見提出理由，然而陪審員亦非完美，雖係依法官曉諭進行評議，陪審員仍可能對證據理解有誤、對證據的知覺記憶錯誤、或誤解法官曉諭內容。這些錯誤實不易明顯從陪審裁定中發現，更難期能因陪審團體評議而矯正陪審員個人錯誤認知，如何修正評議存在之瑕疵、使評議期日經濟、有效，強化公眾對判決之確信與接受，評議過程應由公民與法官就證據認識之真實與感知互為擔保，督促證據的邏輯證明力，建立判決說理基礎之合理性。

相較於陪審制度，歐陸法系國家所發展的參審制度，在評議部分容許法官與公民有較多互動空間，當然也被認為有支配控制公民評議意見之虞，不過，公民與法官基於法律訓練與通常經驗知識，進行相互溝通，共同產生對法律問題與事實認定之合理心證，應對於陪審制由法官曉諭、陪審獨立評議之運作方

¹⁰³ Charles Nesson, *The Evidence or The Event? On Judicial Proof and The Acceptability of Verdicts*, 98 Harv. L. Rev. 1357, 1391 (1985).

式，其優點避免法官曉諭流於恣意、形成其他不當干預，有害審判獨立，並得提升審判運作之效率。此外，法官曉諭內容只是單純評議指導原則、或蘊涵達成對爭點說理的命令，我們難以預防或治癒不當曉諭對評議產生之影響，如何改良陪審認事與法官用法二分的困難，使法官與公民權限相等，發揮參審實效，實係採行參審制國家必須深思的問題。法官在評議過程中說理，排除陪審經驗中可能發生懸而不決的結果，發揮參審庭合一之經濟性，值得肯定。陪審經驗也發現陪審團獨立評議的時間過於冗長，引起更多爭議問題，法官有效曉諭可節省陪審評議時間，故參審合議係由法官與公民共同為之，法官得適時以法律說理引導參審員理解案件，回應參審員的疑問，協助參審庭成員妥當評價爭點，是共同合議的優點，但我國並非判例法系國家，在司法獨立與司法擅斷之間取得均衡，公民參與刑事審判相關司法事務之處理規範應由國會決定，使法官曉諭法制化，避免寒蟬效應在參審法庭發酵，更有助法律常態運作。

第三項 量刑問題

正典明刑是審判的核心任務，然而審判實務似乎長期迴避此一問題。量刑與有罪無罪的認定無從分割，須有充分理由與證據，否則，量刑不當導致審判不能竟其功，社會危險性更難預料¹⁰⁴。公民參與認定事實、判斷量刑，與法官互為擔保係建構公民參與審判功能得以發揮的基礎。其意義係在補強與法官共同評議，溝通認定之標準，約束心證恣意，判斷證據證明力之職權範圍，形成確信，定罪量刑，並於判決理由中敘述認定刑罰加重減輕之原因事實及其依據。值得注意的是實務認為，對犯罪情狀之憫恕係法定刑內從輕科刑之標準，而非酌量減輕之理由¹⁰⁵，從社會預防之刑罰思想而言，至應由法官與公民共同檢驗刑法 57 條所列事項與公共利益之維護，是以量刑問題應容公民參與考慮被告環境情狀，定其刑罰必要、有無及其分量，本文認為國家不是社會倫理的創造者或實現者，犯罪行為人受法律責任非難，應從社會生活經驗發展相對的他行為的可能性程度，以決定非難之「量」，故不應忽略公民參與量刑之法律責任監督，茲論述理由下。

¹⁰⁴ 許玉秀，繼往開來之刑事法學專題，月旦法學雜誌，第 214 期，2013 年 3 月，頁 227-228。

¹⁰⁵ 46 年台上 935 號判例、51 年台上 899 號判例。

一、公民參與量刑之必要性分析

實質賦予公民參與審判的職權也反應刑罰權發動的意義，此乃表現國家對被告認罪，定罪量刑處理之拘束理性。從比較法經驗觀察，國外已有許多國家重視處刑客觀量化的問題，將多重層次的刑事訴訟程序更細緻、理性化處理¹⁰⁶。反觀我國現行制度，審判者將心力放在認定被告有罪無罪部分，至於客觀量刑少為論述¹⁰⁷，檢驗量刑、刑罰之加重減輕是否得宜影響整體法秩序之正義與法感情之平衡；特別是刑罰之加重減輕兼及被告利益與不利益，對被告權益有實質影響，刑罰的代價由社會成本支應負擔，理應由法官與公民共同判斷決定，並使法官於判決書中詳細說明形成刑罰加重減輕之心證理由，使國民法律感情與公平正義之維護明確具體聯結。

從功能論分析參審制度發展，參審制使公民有參與調查證據認定事實的機會，但不限於事實認定，且更進一步反映科刑意見，檢討陪審員與參審員參與司法審判方式，參審制顯然使公民更較陪審員更為積極參與司法活動¹⁰⁸。從社會控制、刑罰理性的角度與公民參與刑事審判的目的之一併檢討；如果國家公民無法參與司法審判，反而構成對國民主權的不當限制，更被認為失去司法正當性¹⁰⁹，就清教徒移民美國的歷史背景、立國精神與社會發展過程觀察國家依權力分立理念制定的陪審制度，明白可見犯罪之構成要件具規範性係立法權限，故由陪審團決定有罪無罪，陪審員實質參與正當法律程序之實踐與法律正當之適用，就被告有罪無罪之認定由人民再次確認代議士立法意旨，也代表無人能逾越真正的立法權力，表達公民社會在公共事務參與過程中國家刑罰制裁同儕的關心，至於如何科處被告刑期，由法官決定，顯然信任國家機器仍是刑罰正義唯一的控制者¹¹⁰。而參審制度的發展係對陪審制的功能性調節，憲政架構下正

¹⁰⁶ 美國、日本與歐陸挪威的立法體例都可以明顯的觀察此一發展特徵，日本的裁判員制度設計，係由法官與裁判員共同量刑，歐陸挪威之研究參閱 Asbjørn Strandbakken, Lay Participation in Norway, 72 Int'l Rev. Penal L. 243 (2001).

¹⁰⁷ 王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照出版，2版1刷，2007年9月，頁19。

¹⁰⁸ Douglas G. Smith, Structural And Functional Aspects of The Jury: Comparative Analysis And Proposals For Reform, 48 Ala. L. Rev. 441,502-503 (1997).

¹⁰⁹ See Valerie P. Hans, Citizens as Legal Decision Makers: An International Perspective, 40 Cornell Int'l L.J. 303, (2007).; Richard O. Lempert, Citizen Participation in Judicial Decision Making: Juries, Lay Judges and Japan, St. Louis-Warsaw Trans'l 1, 9-10 (2002).

¹¹⁰ 王兆鵬，註107書，頁19。

當法律程序、公平審判、公平審判權與人權保障理念，呼應量刑要有公民參與裁量的機會。

公民參與刑事審判得區分確認犯罪事實存否之階段與審查量刑事實之階段，公民的社群經驗有助介定犯罪行為「當罰」的範圍¹¹¹，為求罪責相當，應在整體規範環境內求取合理性評估¹¹²，在量刑領域，實體法規定法定刑的上下限，對於法官如何裁量無法監督，合於比例原則的應報和受刑人教化對社會發展、貫徹立法者理念同等重要，我國立法裁量公民參與刑事審判之權限本於公民權內涵，就參與限制自應以公民權與司法權之調和為本，使參與合理有效而非處處設限剝奪，保障公民與法官權限對等之理念貫徹整體審判程序。公民參與司法除可用以審查國家檢察體制發動追訴是否妥當、監督審判主體是否偏頗不法，亦有助澄清司法活動的透明性，關於犯罪之處罰，透過罪刑法定原則及正當法律程序，可防止國家機關對於人權不當、過度干預、迫害，公民在審判程序中應有完整的審判活動參與空間，認定事實判斷有罪無罪、反應科刑意見，監督落實公平審判，使公民參審者成為「人權擁護者」，擔保判決信用性，透過程序參與，支持人民對審判結果公平合理之確信¹¹³。

二、本文見解

公民參與決定量刑乃是檢視公民參與刑事審判在當代發展是否發揮刑罰社會預防功能的重要因素之一。其目的在於深思處罰是否達成預防之目的，或是教化改變公民與社會對犯罪的恐懼與敵視立場，與法官共同擔保刑罰裁量程序不致流於恣意。從訴訟法貫徹證據判斷評價的觀點，有必要使公民參與量刑判決，確定刑罰加重、減輕之訴訟原因事實，使發動刑罰的最後手段性與比例原則，合理妥適，制約審判者恣意之危險，免受質疑。

綜合陪審制與參審制之公民參與權限經驗分析，我國應以公民權與司法權

¹¹¹ Sanja Kutnjak Ivkovic, *supra* note 55, at 429.

¹¹² 許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年9月，頁398。

¹¹³ Ethan J. Leib, *Commentary: A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries*, 5 *Ohio St. J. Crim. L.* 629, 639;640-41 (2008).

調和之理念研議發展公民參與刑事審判，貫徹公民參與刑事審判制度之實踐，否則公民權如何行使、補充司法權規範內容難免流於抽象論理，當使公民參與刑事審判之地位、權限與法官相同；從而建立審判主體因參與刑事審判同受法律保護、約束、制裁之法律基礎。就實質參與而言，審判程序中，參審員的權利，不論調查證據抑或判決量刑等，參審員應與職業法官同享對等相同的權限¹¹⁴，正因參審公民之權限與法官相同，故雙審判主體理應同受法律約束，而更有必要使公民因參與審判所受法律保護密度與法官相同，參審公民亦應準用國家賠償法第 13 條之規定，杜絕公民參與審判因之另生其他訴訟求償之困擾，有助妥適保護公民參與審判工作。

第五節 從比較法觀點論公民參與刑事審判之言論自由及守密義務

第一項 參與義務衝突

如果將陪審定位為民主機構，是一個小國會，陪審員基於主權者立場監督制衡政府活動，監督範圍當然包括司法審判。特別是陪審裁定具有一致表決結果之重要特徵¹¹⁵，一致決的集體表意形成過程亦容納個體之不同意見，是以陪審員在審判之後，自可自由公開討論陪審表決結果，就參與內容之種種發言不受限制，受美國憲法第一修正條文言論自由之保障。美國聯邦最高法院高度肯定陪審自由評議，以維持評議獨立性，亦許陪審對外發表爭點意見，思想不受箝制¹¹⁶。然而相對於法官不語的傳統及評議秘密的規定，美國陪審員對於其參與陪審工作的案件對外發表看法，係為法所許的特權¹¹⁷。陪審審判與言論自由的界限不免令人好奇，除了觀察思考在參與審判工作之後，陪審員為什麼對外發言，言論內容為何之外，陪審員回應外界對裁定的批評，其公開說明陪審經驗獲得利益是否有違倫理議題，亦值得關注，有助釐清公民參與刑事審判言論自由與守密義務的比例範圍，及其約束正當性。

¹¹⁴ 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，第 180 期，2010 年 5 月，頁 144。

¹¹⁵ 雖非所有陪審審判皆以一致決為之，但此重要原則係支持個人表意自由之重要基礎，判決結果係以一致表決為之，個人表意實為已轉化為集體意見之陳述。

¹¹⁶ *Clark v. United States*, 289 U.S. 1, 13 (1932).

¹¹⁷ 發言與不發言相較，發言更係陪審特權，參閱 *Public Disclosures of Jury Deliberations*, 96 Harv. L. Rev. 886, 899-900 n83, n84 (1983).

第一款、美國陪審員的言論自由與守密義務

陪審服務(Jury Service)在美國社會向來被認為是不被感謝的義務，陪審員對外說明陪審經驗的動機難辨，但其角色地位與辯護人不同，陪審員職務久暫限於聽審案件期間長短，只參與單一案件審理，無任期保障，不屬於任何工會，實無倫理約束之必要可言，故其言論自由與辯護人的言論自由規範密度自應予分別，無由為與律師倫理平等規範之必要。如果陪審員不願讓社會就案件之裁定結果有過多猜測，特定說明其基於證據證明力而作成判斷的過程與內容，依正當法律程序陳述己見，並無理由限制其表意自由，畢竟陪審員係居於權力制衡者之地位，參與審判活動，公民權之行使不因陪審工作而退讓，其陪審過程資訊、記錄係「合法取得」，如無不得揭露之法規範，陪審員將陪審經驗記錄，出版、出售成為法庭戲劇素材，滿足公眾對重大社會案件「知的權利」或「好奇心」，亦屬陪審員言論自由之範疇，不過，此經驗現象是否該當於對被告、被害人之侵權行為，應課予參與審判之公民嚴格守密義務，在不同國度的司法領域可能有不同的評價，特別是各國媒體環境自律性紊亂之問題，已成為隱私權、人格權保護在文明社會的破綻，參與審判者在法庭外針對個案公開議論談話、出版書面、揭露影音資料無論主觀意圖如何，國家管制有無必要，實有必要求諸於各國社會公益保障與私權維護理性，區別法益保護當否，合理判斷公民參與刑事審判的言論自由與守密義務衝突的立法規範。

在美國，陪審員出書將陪審經驗公諸於世，取得財產利益之事例不勝枚舉，甚至有陪審員在一開始被列入參與重大社會案件的陪審員名冊之後，即表示日後要將陪審經驗發表於雜誌，例如 1992 年洛杉磯暴動事件中，四名員警被控侵害黑人 Rodney King 人權的案例引起各界關注，法院在選任陪審員過程中，詢問陪審意願，即有候選陪審員表示若加入陪審工作將記錄審判過程，案件結束後發表。就此類狀況，法官是否得在曉諭時要求陪審員不要接受新聞界的邀約，渲染法庭活動經過，也成為法官曉諭是否有效、是否過度限制陪審言論自由的爭議。任何參與審判活動的公民都可能面對家人、朋友對其參與審判案件的好奇詢問，特別是爭議性大、社會矚目之案件，似乎更難避免在餐桌上被問起「陪

審團成員間沒有同意意見嗎」、「不同意見的基礎是什麼」¹¹⁸，陪審員被認為參與公共服務，履行憲法義務，總有一日必須回到社區，評議過程的秘密可信性，與軍事機密不同，並非不得公開，壓抑要求陪審員保持評議秘密，未免成為過度控制，也使公民厭倦陪審義務，懷疑司法有所隱晦。故陪審員接受媒體訪問，揭露評議內容，除非有明確立即(Clear and Present Danger)的危險，否則不得予以限制¹¹⁹。也許是美國幅員遼闊，空間領域若能維持不受干涉之自由與獨立，陪審員與司法都必須容認彼此的職權，尊重彼此在審判中的角色與功能，特別是陪審員只參與一次性的審判，對陪審員發表的評議內容只能道德勸說，不能明令禁止，所以美國聯邦最高法院始終未禁止陪審言論自由，承認公民言論自由之基本權不因參與審判而受限制。

第二款 日本裁判員的言論自由與守密義務

公民在陪審、參審制度中角色分工不同，以日本裁判員為例，裁判員與法官合議，完成審判工作，就言論自由及參與審判的守密義務衝突問題，在符合法治國比例原則要求之下，規範裁判員負守密義務其目的並非限制其憲法基本權之行使，而是考量其言論自由權利與其他法益間之均衡維護，從其身分定位、參與程度，法定約束參與審判義務內容，明確畫分權利與義務之界限，使權利與義務之約束衡平，公民須認識參與審判的義務衝突，判決後保持緘默是維護司法獨立應接受的誠命。

日本的裁判員參加刑事審判法對裁判員、備位裁判員洩漏評議之秘密或其他職務上知悉之秘密發動刑事制裁。要求裁判員參與審理之案件負擔嚴格的終身守密義務，亦不允許裁判員因職務之便取得財產上利益，或因其他利益之目的，洩漏評議秘密。明示評議過程中各法官或裁判員之意見與正反意見人數多寡不得洩密，此外陳述案件事實認定與量刑、或陳述法院如何認定事實、量刑，評論判決所載事實認定或量刑當否皆為禁止規範¹²⁰。對於只履行一次性審判任務的日本裁判員而言，言論自由受參審守密義務之約束，引發日本國內許

¹¹⁸ Id. at 886,891.

¹¹⁹ Id.

¹²⁰ 日本裁判員參加刑事審判法第 108 條參照。

多議論。採行參審制國家多對參審員設有保密義務之規範，基本上，日本要求裁判員負守密義務係為保護評議秘密，亦為保護裁判員人身安全，對裁判員約束之理由類似於英國對陪審員之約束，規範任何蔑視法庭之行為。但日本國內亦有見解認為應開放裁判員之言論自由，表現司法民主化與國民主權精神¹²¹，已有數十年實踐歷史之檢察審查會迄今亦未聞有公民參與者因洩露秘密受罰情事¹²²，援此，允許裁判員向家庭成員述說參與評議的辛勞，亦無不妥，更無對違反守密義務施刑罰之必要，緩和裁判員守密義務之限制，引發學界回響¹²³，但是否開放裁判員召開記者會表示參與經驗，質疑不少¹²⁴。

裁判員制度施行之後，日本辯護士連合會對於嚴格限制裁判員言論，及於備位裁判員之規範，使裁判員心理負擔過重，妨礙裁判員參與審判經驗普遍化發展並不認同，亦認此不利裁判員制度運作與深入研究。建言修法；主張應將義務違反處罰範圍明確化，限縮不得洩漏職務上知悉之秘密，例如評議過程中法官與裁判員表示之意見、表意之人，約束守密時間則在履行審判任務後以十年為期，開放裁判員陳述其參與案件考量之事實認定與量刑問題，或陳述有關該案件法院認定事實、量刑之立場，將裁判員參與經驗獲利除罪化，廢除裁判員洩露評議秘密處罰金刑之規定，並增設研究機構，針對裁判員制度運作進行深入研究，排除協助研究之裁判員不受守密義務之約束¹²⁵。

日本裁判員參加刑事審判法規範裁判員的保密義務是否合於比例原則，除應權衡公益與隱私權衝突，尊重整體判斷之外，尚須依裁判員之參與權限明確釐清。日本裁判員地位等同於法官，評議過程既許雙審判主體平權表意，共同以判決說理敘明心證，自無由再許裁判員藉媒體更正、答辯、議論判決，更不應容許進行其他財產交易行為。基於公益參與公共事務，裁判員雖無任期與身分

¹²¹ 河 辺 幸 雄，日本裁判員參加刑事審判法「守密義務」序說（2・完），*広島法学* 35 卷 2 号，2011 年，頁 124-126。

¹²² 元刑事担当裁判官（サポーター）守密義務を課す理由について
http://www.j-j-n.com/opinion/090601/090601_shuhigimu.html（最後瀏覽日 2013 年 2 月 22 日）

¹²³ 太田勝造，裁判員制度への人々の態度：裁判員等の記者会見と守密義務について，*University of Tokyo Law Review* 6，2011 年 9 月，頁 163-182。

¹²⁴ 太田勝造，前註文，註 5。

¹²⁵ 有關日本辯護士聯合會裁判員守密義務立法修正案參閱
<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/110616.pdf>（最後瀏覽日 2013 年 2 月 22 日）

保障，仍應同守法官不語倫理，因為實質參與審判對公民而言本就是權利也是負擔¹²⁶，又因其參與審判之案件數有限，受拘束之範圍限於評議秘密、評議外職務知悉秘密，不得洩露，令負守密義務侵害其言論自由程度並非重大，不逾社會義務所應忍受之範圍，若只為一己之私，計算利益，獲得財產、從事因審判工作得利之經濟活動，任其主張言論自由基本權之行使，對國家法益、社會法益、個人法益造成法益侵害之危險，限制其就審判案件所為之對外發言實屬合理，特別是言論自由權附著於何種參審案件更是別具意義¹²⁷，只是其拘束時間之長短可議，是否令負終身守密義務，不得公開或揭露審判活動內容及其執行法定職務，或參考案件罪名之追訴權時效與行刑權時效規定，放寬裁判員守密時間，應客觀考慮國家地理條件與社會承擔，取捨參與義務衝突，區分絕對必要之守密義務、相對必要之守密義務，參與審判、秘密評議並非裁判員的日常生活，得允許裁判員抒發參與感想，而非另行發表審判意見，日本既有實踐經驗，依實踐考慮放寬裁判員之負擔，應是尊重裁判員參與經驗之必然結果。

值得重視的是日本辯護士連合會提出為改善裁判員制度運作，應開放裁判員之參與經驗表述，協助實證研究之構想，使參與研究之公民分享、討論其裁判員參與經驗，不受裁判員參加刑事審判法約束，至屬長期發展裁判員制度應有之研究認知。惟須注意，參與裁判員制度運作改進之研究是否為裁判員審判義務之一部，若係強制要求所有裁判員皆須參與國家裁判員改進計畫，確實是有必要放寬守密義務，或使其發表與參與審判相關之言論除罪化，若由裁判員自由選擇參與國家研究計畫，則裁判員參與研究係對特定機構、特定人員，陳述研究者所要求裁判員表示對參與經驗特定問題之意見，宜視為具法定阻卻違法事由，個人守密義務範圍仍須謹慎議定。

第二項 比較檢討

¹²⁶ 日本裁判員之選任資格與法定辭卻理由，參閱日本裁判員參加刑事審判法第 13 條以下之規定。

¹²⁷ *Globe Newspapers Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 605 n.13 (1982) (Whether the First Amendment right of access to criminal trials can be restricted in the context of any particular criminal trial, such as a murder trial (the setting for the dispute in *Richmond Newspapers*) or a rape trial, depends not on the historical openness of that type of criminal trial but rather on the state interests assertedly supporting the restriction.)

是否應有客觀的法規範限制陪審員公開評議內容，在判例法系國家已有不同的實踐見解。事實上，沒有足夠的實證資料與理論支持立法限制陪審員言論自由的必要性，立法規範陪審員守密義務的實效也受質疑，也許美國更擔心立法限制陪審言論自由反而致生評議的寒蟬效應¹²⁸，權衡之下，採取尊重言論自由價值的態度。同屬判例法系的英美兩國，固守陪審傳統，但對陪審員言論自由有不同規範。英國國會立法通過約束陪審員公開揭露評議過程係蔑視法庭之行為，試圖平衡司法行政與言論自由之衝突，抑制言論自由耗損消費司法系統。但美國聯邦最高法院早已從比較法的立場說明英美兩國不同的憲法體制對言論自由的保障密度不同¹²⁹，不能因同採陪審制度即對陪審公民權利之限制採同一標準，這樣的論點除了確認國家司法對國家公民保障，不受其他國家司法審查標準支配之外，應更有深意值得思考；也就是所有的陪審員意見透過平等表決，以陪審裁定一致決之原則為擔保，若無法達成一致認定有罪無罪之共識，發生陪審懸而不決之情況，則另組陪審團為審理，陪審員抒發個人意見尚不致有害被告之公平審判權與國家公平法院之形象，而允許陪審員公開回應社會質問的機會，也許是增強陪審裁定不受司法審查而仍具合理性的方法，使陪審制度在美國憲法保障下存續且受社會認同。

本文認為，公民參與刑事審判之目的不在表現個人對司法審判結果自為評價之言論自由。惟言論自由與守密義務之規範密度應從公民參與審判之身分、參與程度，縝密構思規範必要性，使公民與法官同受約束、制裁。蓋因公民參與權限等同於法官，「審判地位」等同於法官，就個案在社會外部發言批評之言論自由訴諸於倫理性自律恐有不足，發表個案意見言論性質之危險亦非公民個人能承受，特別在國家地理環境密接的情況下，有必要為確保公民住居生活平穩不受干擾，設有保護公民參審者安全之規範及規範公民表達參與審判後經驗感想之表意管道。

從比較法觀點看來，美國與日本的實踐信念有間，關於公民參與審判後之言

¹²⁸ Note : Public Disclosures of Jury Deliberations, supra note 118, at 886.

¹²⁹ The Supreme Court, in comparing the British and American systems, has noted that "any comparison between the two systems must take into account that although England gives a very high place to freedom of the press and speech, its courts are not subject to the explicit strictures of a written constitution." *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*, 427 U.S. 539, 566, n.10 (1976).

論自由管制與開放，須一併考量排除對他案之審理干擾、調和公民依法參與審判之保護義務等問題。有鑑於此，限制公民參審者之言論自由及守密義務規範應具必要性、目的正當性，否則與保障公民依法合理參與社會活動之特性不符，而公民因參與審判對司法應更具信心，否則制度不足存續，既以判決說理阻絕個人臆斷，自應踐行國民之責任，尊重審判獨立在公民社會公領域內的確信，禁絕惡意，不以個人意見再行個案評價，而國家約束公民表達參與審判後其經驗感想之言論自由、守密義務應確定不同之保護範疇及限制，依時空環境，建立合於比例原則的規範標準，另一方面，本文也必須強調，審判結果係共同意見形成過程，判決確定後可受公評者乃判決本身，而非將個人對判決所持不同意見之表述從法庭延伸到任何公共論壇，乃至街頭。為和緩法規對參審公民表意之拘束，可開放將公民或法官之評議意見內容、支持意見之人數或反對意見之人數、評決多數意見之人數，另以不同意見、協同意見之方式載於判決書，另許持不同意見之法官、公民公開、合法行使表達意見之權利，平等尊重不同的審判意見，表現自由之外延意義。

持平而言，要求公民因參與一次性的案件審判工作，負擔終身守密義務，尚無違比例原則，只是此種全面約束的必要性對個人基本權的損害是否深刻嚴重，有無緩和之餘地，應分別公領域與私領域，討論規範公民參審者言論自由範圍之密度與合理範圍，言論自由規範公民個人在公領域的自由表意對審判獨立、法官不語的負面侵害，其私領域生活應不受干涉，故不在規範範圍內，公民參審者私領域的言語生活動靜不受公權力干預，公權利亦無由檢驗公民參審者與配偶、家人之間的真摯聆聽與隱私談話，法規不應介入公民參審者的個人生活，是以公民參審者與配偶家人之間的討論似無規範必要，法規旨在約束公民因參與審判、參與審判後對外界發表言論，因之不當得利行為或動搖他案審理之獨立性，至應受法律嚴格制裁。若有市井傳聞涉及公民參與刑事審判情事，本不足採信，亦非法規範得以約束，原則上，不告不理，法律亦無主動檢驗傳聞之必要。

第六節 結語

事件真實重整的困難與判斷，正是刑事審判千古以來法制、社會與個人共同

面對的最大試煉。當這個試煉成為近代國家刑罰訴追的專屬權，國家、社會、個人就在人權保障的對立與控制間爭執，左右被告際遇。國家有義務創設客觀的訴訟程序，履行公平審判的任務，重重機制，應以正當程序緊連扣結，謹慎縝密。公平審判是社會接受肯定的價值判斷結果，不是主觀權力運作體系的內部認知，被告受國家訴追，從追訴到審判係持續性的國家強制作為，為避免濫訴，建立公平審判的基礎，所以許多國家從決定起訴與否，就保留公民參與司法之空間，其理在此。從比較法研究可知，司法體系透過層累客觀的設計，從底層建構正當法律程序，保障個人訴訟權。在審判過程中將個體行動、社群意識與國家作為合一，完成公平審判，是故，公民參與刑事審判對個人而言，既是權利也是負擔，其參與權限範圍及承擔義務對憲法保障個人基本權之衝突問題，都可能成為挑戰制度存續的重要因素。

在採行參審制下，本文認為其審判庭組成規模與表決原則擔保實體真實之判斷認識，評價事實與證據之適合程度，應使公民與法官結合，共同形成發見真實之心證過程，支持判決與說理合理性，故須賦予公民與法官有相同職權，參與證據調查、訊問證人、必要時並可處理證據能力的爭議。特別的是判決處刑之理由更須明確，刑期若有加重、減輕，法官與公民共同評議的說理將更形重要。個體結構國家形象，審判結構司法形象，公民的能力也代表國家的能力。本於客觀存在的經驗法則論理法則，辨別是非的能力，無涉專業，沒有高下，如果國家質疑公民參與審判的能力，對公民參與審判的權限處處約束，無疑是國家無能畏縮，自我否定，無心處理反對意見憂慮指摘的問題，虛以委蛇的做法，失去雙審判主體互為擔保、溝通合作對法制持續運作發揮實效的必要性。

另一方面，公民因參與審判所生守密義務負擔，亦不應等閒視之，公民發表參與感言與另行對審判結果表意不同，容許範圍應有法規範設明確之絕對必要規範，開放相對容許情況。原則上，公民只參與一次性審判，約束限制其公開評議過程與內容，負擔合理守密期間，合於比例原則，且保障言論自由之目的與公開審判評論意義似屬有間，公民不同意見若要公諸於世，受各界公評，應藉判決書以不同意見為表意，而非訴諸媒體傳播個人意見。至若公民終生守密義務而生心理負擔過重之慮，則宜思考公民參與審判之案件適用類型與條件，排除公民參與

審判非必要之負擔壓力，調整合於公民參與，表達公民意見之案件參與類型，而非限縮公民的審判權限或參與範圍。



第七章 論我國研議公民參與刑事審判一兼評人民觀審試行條例

草案

第一節 前言

自司法院研擬公民參與刑事審判制度以來，始終無法消除法制違憲之疑慮，合理詮釋公民參與刑事審判的法理基礎。二十餘年，草案遲滯，或出於訴諸修憲之現實困難，或因參與態樣多方意見而未有定論，但是國際社會變化堪驚，國內開明的社經環境和自由的思考空間，發揮前瞻引導作用，支持司法獨立，重視人權維護，公共利益與法秩序安定，緣以憲法第 8 條正當法律程序與第 16 條訴訟權保障的大方向開展，深化刑事訴訟法之修正與實踐，邁向司法民主化¹，此時此刻，應重新思考定位實施公民參與刑事審判的司法利益與社會價值。

有鑑於社會發展，文明進步，國民對於參與司法權運作期待日深，司法院多方考量研議，乃提出人民觀審試行條例草案²，分 6 章，81 條，擬以 3 年為期，指定士林地方法院、嘉義地方法院為試行地方法院，試行觀審審判。使公民參與刑事審判成為調和司法權與社會權運作，結合社會與公民對司法期待的重要國家司法制度，此為我國刑事司法發展之重大進程，亦係法發展與時俱進，由公民參與人權保護與社會公序維護的重大變革，特別是我國公民、社會對於是否應由自己參與審判少發議論，卻對司法時有批判，此情此景，並不陌生。因此讓國人立於與法官相同之角度，全程參與刑事審理程序，盡知司法清明，反映人民正當法律感情，增進人民對於司法之瞭解及信賴，應求精心經營準備，調整實施國民參與審判制度之問題³。

¹ 陳運財，刑事訴訟制度改革動向的省思與展望，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月，頁 159 以下。

² 司法院研議公民參與刑事審判制度已久，歷來所提方案，範圍廣泛，未見實踐，本文研究不再分別論述國內研議公民參與刑事審判之法制史料，謹此以民國 101 年 6 月司法院公告於司法院網站之人民觀審試行條例草案，為研究檢討之標的，整合研究心得論理檢驗之，為行文之便以下簡稱觀審試行條例草案。

³ 101 年 6 月 14 日人民觀審試行條例草案總說明 <http://www.judicial.gov.tw/revolution/觀審草案送>

本章從正當程序一元化的觀點檢討觀審試行條例草案所存在的缺失，以草案之規範內容與現行訴訟體系相嵌兩大問題分別檢討論述。初就法理基礎與立法目的、參與型態、適用案件類型、觀審法庭組成與表決原則及觀審員保護等核心議題，分析觀審試行條例草案主要立法原則是否合於制度發展建制之實質理性，提出建議。延伸說明公民參與刑事審判對刑事訴訟法制設計上訴審構造之正當性與合理性之影響。其次，整體法律制度之體系正義是國家司法權合法行使、法制有效運作，重要的立法考量，而觀審試行條例草案為觀審審判程序另設特別規定，在此特別立法的結構下，如何避免發生公民參與刑事審判案件與非公民參與刑事審判案件就調查程序、證據法則之規範發生制度性落差，使正當程序保障密度受質疑，破壞個人基本權無受差別待遇之平等保障，關於此項問題，當深入分析程序差異之設計目的，藉由引進公民參與刑事審判制度，併同檢討現行刑事訴訟制度問題，避免制度兩歧紛爭，從維護正當程序與刑事訴訟目的之觀點檢討，觀審案件所設計的審判程序相關條文是否合於憲法第8條第1項正當程序之要求，同時澄清論述實務運作狀況與相關問題爭點，說明應使刑事訴訟程序同軌發展，以確保訴訟程序之平等適用及法安定性。

第二節 人民觀審試行條例草案之評析

第一項 公民權實踐與立法目的

觀審試行條例草案第1條立法目的揭示：為提升司法之透明度，反映人民正當法律感情，增進人民對於司法之瞭解及信賴，特制定本條例，立意良善，但其主要設計使法官得參考公民意見，但不受公民意見拘束，公民於審判結果表意而無權表決⁴，如此規範是否穩妥，容有疑慮。由此觀審制之重要特徵可知，草案乃以法官為主體，因新審判主體加入法庭活動，調整審判程序進行，謹慎迴避違憲質疑，嚴格排除公民實質參與審判，實踐運作如何與立法目的合致，自是一大考驗。各國發展公民參與刑事審判之法理基礎不同，或源於憲法基本權之保障，或因司法政策選擇而形成⁵，我國多年來就是否引進公民參與刑事審判圍

[立法院版總說明.doc 最後瀏覽日 101年8月24日。](#)

⁴ 觀審試行條例草案第50條、59條參照。

⁵ 參閱本論文第二章論述。

於憲法第 80 條「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」文義規定之思辯，議論爭執制度是否牴觸憲法。惟公民參與司法係主權在民之表現，從比較法之發展觀察法制功能目的，公民參與刑事審判亦象徵司法民主化，兼具共同擔保正當法律程序之人權保障意義。

公民權之行使與公共參與維護公共利益有關，我國憲法應本於尊重國際條約之精神，承續公民與政治權利國際公約之公民權規範，在憲法架構下，據第 2 條國民主權、第 8 條正當程序柔性規範內涵，將公民權定位為個人基本權，以其實踐為公民參與刑事審判法制化依據，是為民主法治國家立法例上所少見，卻能實質表現國家權力對公民個人自由尊重、保護的價值，至若制度內涵設計，則以落實正當法律程序與公平審判等刑事訴訟法原則為考量，結合公民與法官之知覺、感受、意識，共同反映於法律判斷，堅持審判獨立，司法不受內外部壓力而動搖，有助審判信度與效度，立法思維進步，堪稱國家司法調和社會對個人生命自由權利保護之成就，於法並無不合。是以本文認為，以公民權為法理基礎，調和憲法變遷，有助詮釋憲法未設明文規範公民參與司法之爭議，復此考量當代人權保障與公共利益之優位性，由公民與法官同為刑事審判主體，實質合作溝通，維護正當法律程序，擔保無罪推定，無悖於憲法規範保障的價值體系。

觀審試行條例草案名稱宜與公民與政治權利國際公約呼應，闡明公民參與刑事審判之法理依據，使公約實踐具體化，定位公民參與刑事審判為檢視人權保障與社會公共利益均衡維護的重要機制，對應於民主政治與專制政權對人民基本權保障承諾，縱法律高懸「人民」之名，法院徒稱為民，而司法並無公平獨立審判之能，實有失審判公義天職。當代刑事司法兼負人權保障機能，支持社會安定，應啟蒙公民認同，參與法律實踐，非僅訴諸立法，宣告法律概念，就制度設計應著重公民與法官溝通擔保之過程，以求實踐刑事訴訟法之重要原則，強調公民參與公共事務，反映社會意識於司法審判，將本法正名為公民參與刑事審判法，闡明公民參與刑事審判助人權保障的客觀目的，實踐司法民主化的當代深意。

第二項 觀審審判表意不表決之疑義

觀審試行條例草案強調人民對法院裁判公正性之感受，乃人民信賴司法之重要關鍵，又提升人民對法院裁判公正性之感受，為提升人民對司法信賴度之不二法門。在公正、迅速的正當程序保障下，如何以有效的參與方式達成立法目的，繫乎制度設計。觀審審判之評議工作仍由法官專責⁶，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⁷，如此規範與現行運作似無不同，從立法目的、制度功能聯結判斷，此種極度限縮的表意參與方式，將有助國民、社會對法院裁判公正性之感受，殊難想像，也難認此無拘束力的觀審審判具充分論據。特別是立法理由更闡明觀審員陳述之意見，不論是否為過半數之多數，均不拘束法官，更令人難以理解此種保留所謂何來。暫不深論在審判程序中面對相同的證據資料、事件命題，何以公民的多數意見與法官意見對立，無法達成一致的審判結果，法官與公民充分溝通評議是司法判決的要素，觀審試行條例草案所定終局評議係經審判長整理觀審員之多數意見，由法官三人進行評議，強調評議係法官固有之職權行使，為維護其職權行使，並保護評議之秘密性，原則上觀審員、備位觀審員不得在場。

本文認為：如果公民參與刑事審判是對司法理解與信賴的基礎，則表意不表決的參與方式已使法制定性失據。再者，若公民陳述之意見，不論是否為過半數之多數，均不拘束法官，是否能因公民親自見聞法官指揮訴訟、檢察官舉證、被告及辯護人行言詞辯論、證人到庭證述、鑑定過程及結論、被害人陳述等一切程序與事證，而生心得，即形成司法理解信賴之基礎，值得深思，評議具司法民主化重要特質，比較法研究一再強調法官與公民充分討論的重要性，雖法系傳統不同，但法律體系配合訴訟理念，應創設合適的公民參與審判條件，促成公民與法官雙邊瞭解，共同合議，調和不同意見，而非限制參與範圍⁸，此一促使公民積極參與的理念亦是採行陪審制度之國家，針對陪審改革的重點之一，期使陪審員參與刑事審判更具意義，而此參與意義非僅限於對司法體系之

⁶ 觀審試行條例草案第 2 條第 4 款參照。

⁷ 觀審試行條例草案第 59 條參照。

⁸ Marijke Malsch, *Democracy in The Courts Lay Participation In European Criminal Justice Systems*, 23-26 (2009).

回饋，更是參與者個人對司法審判的經驗意義，且具整體社會對參與刑事審判認知經驗累積之意義。

觀審試行條例草案對觀審員與法官職權規範分工細密，堅持法官之評議乃法官就事實認定、法律適用及量刑所為之最終決定⁹。但本文必須說明，公民參與刑事審判之功能目的係在公正、迅速的正當程序保障下，以可信、有效的審判參與方式達成立法意旨。若依觀審試行條例草案研議之終局評議進行次序，先由觀審法庭之法官與觀審員就本案事實、法律爭點進行充分討論，再由觀審員就事實之認定、法律之適用陳述意見後，復由法官另行評議，確認法官就事實之認定、法律之適用之多數意見與觀審員之多數意見是否一致，既然觀審員意見不拘束法官，目的只是給予法官另行評議，決定是否採行觀審員多數意見之檢討機會，似無助於評議有效、可信，發揮公民參與審判證明司法審理公正之功能，更難預見對第一審事實審法院之運作有何司法利益。

此外法官於觀審法庭討論時，不得就事實之認定、法律之適用及量刑陳述其意見，而觀審員陳述之意見，係在法官原則上不得在場之情形下，責由書記官整理後製作意見書，並經觀審員確認無誤後簽名¹⁰，觀審法庭法官與公民二者之間是否充分溝通，不無疑問，定罪與否係由法官評議後決定，若法官評議認被告有罪者，觀審法庭就量刑討論，使觀審員就量刑陳述意見。顯然觀審審判的重點不在公民社會與司法體系是否得充分討論溝通，而認為提供公民對見證審判意見表達的機會即有助社會成員理解信賴司法。然而審判本於無罪推定原則，公平審判發見真實，故應由法官說明法律解釋及訴訟程序之判斷，協助公民於評議過程中正確依循證據認定事實，形成心證確信，釐清法律適用與事件事實間涵攝過程之辯疑，使法官與公民對犯罪實體認識的理性意見趨於一

⁹ 觀審試行條例草案第 56 條立法理由謂：為使觀審員之意見陳述能區分為「事實之認定、法律之適用」與「量刑」兩個階段，以利觀審員能區分「論罪」、「量刑」兩者區別，有條理、嚴謹地陳述其意見，並給予法官另行評議以決定是否採行觀審員多數意見之檢討機會，爰將終局評議區分為六個階段（法官評議為無罪時則僅有前三個階段），先由觀審法庭全體成員；法官與觀審員就本案事實、法律爭點進行充分討論，再由觀審員就事實之認定、法律之適用陳述意見後，復由法官另行評議，確認法官就事實之認定、法律之適用之多數意見與觀審員之多數意見是否一致，法官之多數意見為有罪者，不問觀審員之多數意見為何，均應再與觀審員進行量刑部分之討論，並由觀審員對於量刑陳述意見，觀審員陳述量刑意見後，法官另行評議，確認法官之多數量刑意見與觀審員之多數量刑意見是否一致。

¹⁰ 觀審試行條例草案第 57 條及本條立法理由參照。

致，而非排除公民參審者的多數意見¹¹，乃至架空其表決權，否則豈非印證比較法史上基於特定歷史、社會、文化背景，指證歷歷的司法擅斷缺失、司法主觀主義流弊無處不在，於今猶存，有失立法表彰國家文明進步之本旨。

觀審試行條例草案規定，為免法官於觀審法庭討論時，逕自陳述其就事實之認定、法律之適用及量刑之意見，造成法律專業及審判經驗遠不及法官之觀審員因而附從法官之意見，而無法自主、自由陳述其意見，是法官於前開情形，自不得陳述其就事實之認定、法律之適用及量刑之意見¹²；觀審試行條例草案似乎也注意到比較法上出現的法官專業主導公民意見問題，而思防微杜漸，在終局評議中設定討論次序，並限定公民依規範次序表意，法官並不在場而由觀審員全程參與，陳述意見，並互選一人為主席¹³，刻意分別法官與公民之職權，以觀審主席維持觀審員陳述意見時之穩定秩序，使觀審方式隱約雜見陪審色彩¹⁴。

賦予公民實質對等的審判參與權是實踐公民參與刑事審判應有的理念與作為，為審慎兼顧實踐與理念無所偏廢，退萬步言，將無拘束力的觀審制度定位為近程準備措施¹⁵，以試行法院之實證經驗，檢討定位國民參與刑事審判之發展型態¹⁶，互補實踐與理念產生的落差，對審、檢、辯三方乃至整體公民社會都有更大容許空間，另一方面，我國本於公民與政治權利國際公約第 25 條規範之

¹¹ 觀審試行條例草案第 59 條立法理由參照。

¹² 觀審試行條例草案第 57 條立法理由參照。

¹³ 觀審試行條例草案第 56 條參照。

¹⁴ 傳統陪審制度，評議程序設陪審主席 (Presiding Juror) 鼓勵陪審團討論，使評議內容集中於證據與法律，代表陪審團向法院反應意見，並傳達完成評議作成裁定的陪審團意思表示。由於陪審制度將法官與陪審團功能二分，法院完全不涉入陪審評議，為使評議程序順利、陪審員願意發言，自由表意，陪審主席之存在似有必要性，但亦有國家因實踐經驗發見陪審主席主導程序、影響陪審成員態度之缺失，而廢除陪審主席，陪審主席功能角色值得討論，然而更重要的是，陪審主席之存在強調陪審團評議自主性，具不受政府干涉之特質。

¹⁵ 依公民與政治權利國際公約之規定，締約生效一年內要提交第一次國家報告送人權事務委員會，之後每 4 年定期繳交報告。兩公約施行法第六條規定：政府應依兩公約規定，建立人權報告制度。總統府並宣佈成立總統府人權諮詢委員會，檢討政府機關執行業務的人權狀況、促進台灣人權與國際接軌、未來每年發表國家人權報告，非政府組織認為：兩公約施行第六條所要求的人權報告制度，應採用聯合國專家監測委員會所訂規格，並定時公布，以利民間組織編寫影子報告(Shadow Report)，監督兩公約的落實。各界肯定兩公約在國內施行絕對是一個需要長期堅持、多面向經營、分從各公私部門層次具體落實的工作，在司法部分；公民參與刑事審判制度之創設亦可定位為政府批准兩公約之後司法部門採取的具體回應作為之一。

¹⁶ 觀審試行條例草案第 79 條立法理由參照。

公民權為法理，創設調和公民參與刑事審判之參與權限，應開放公眾參與合理判斷證據、釐清事實，監督獲致證據之態度，以期澄明司法觀感，惟因制度初行，故暫訂試行期間，檢討修正¹⁷，以無拘束力的觀審制為過渡經驗觀察基礎，三到五年準備為期，配套整體改革¹⁸，使公民實質對等參與審理，與法官共同評議，作成判決結果，則為具體履行國家條約義務的重要目標。

第三項 適用案件類型分析

參酌外國立法例，公民參與刑事審判之案件適用範圍多以重罪為主，其因乃在個案不同，剝奪人身自由之刑期難以客觀量化，若將刑期長短委之單一個人決定，要非妥適，而社會與國家共同負擔維持法律秩序的壓力與代價，故藉公民與法官討論決定制裁效果，同時發揮大數擔保之意義。職是，刑事案件之審理本應有公民共同參與，不過除美國以普遍適用為基礎，依實踐陸續修正實務問題之經驗外，各國多就公民參與刑事審判適用案件之類型範圍另設規範。我國如何決定適用案件的類型，應定位公民參與刑事審判之目的，考慮國民心理與現實負擔，乃至司法成本、實務條件、收案情況，研議實效，減少爭議，特別是若觀審制度未能普遍適用於所有刑事案件，如何擇定妥適之試行類型，亦對試行成效、制度存續有所影響。

觀審試行條例草案規範適用觀審審判案件以重罪案件為主；排除少年刑事案件，並另授權司法院指定適用類型¹⁹。草案第6條另允許法院職權裁定適用觀審程序與否²⁰，同條第2項復規定法院為前項裁定，應審酌公共利益、觀審員與備

¹⁷ 觀審試行條例草案第70條立法理由謂：使一般國民參與審判之制度，在我國係屬首創初行，其利弊良窳，宜先以試行之方式予以驗證檢討，若確有成效，即宜逐步擴大適用於全國，若未見成效反生弊害，亦應有適度調整檢討之機會，是本條例經試行地方法院試行後，應即另成立人民觀審制度評鑑委員會，進行必要之調查研究，並按季評鑑，以為制度改進之參考。

¹⁸ 陳運財，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，司法節學術研討會會議手冊，2012年1月，頁35。

¹⁹ 觀審試行條例草案第5條。

²⁰ 觀審試行條例草案第6條規定行觀審審判之案件，有下列情形之一者，法院得依職權或當事人、辯護人、輔佐人、觀審員、備位觀審員之聲請，於聽取當事人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定不行觀審審判：一 有事實足認行觀審審判，觀審員、備位觀審員有難期公正執行職務之虞，或對於觀審員、備位觀審員本人或其配偶、八親等內血親、五親等內姻親或家長、家屬之生命、身體、自由、名譽、財產有致生危害之虞。二 案件情節繁雜或需高度專業知識，非經長久時日顯難完成審判。三 被告就被訴事實為有罪之陳述，經審判長告知被

位觀審員之負擔，及當事人訴訟權益之均衡維護。既已授權司法院指定重罪以外適用案件類型²¹，則應於依司法院以命令規定之範圍內綜合公益考量，明確訂定適用案件，無由另保留試行法院裁量之餘地，否則無疑在實踐上更形限縮案件適用，亦使試行變數增加，無法分析兩大試行法院在相同試行條件下，公民對觀審主要立法意旨「法院裁判公正性之感受」、「司法信賴度」、「符合法律意旨及人民法律感情之妥適裁判」、是否達成，恐難累積實踐經驗，以試行觀審審判為方法，檢討解決各方意見現存之疑慮。

第一款 觀審案件適用性問題

原則上被告所犯最重本刑為死刑、無期徒刑等重罪案件適用觀審審判，例外由法院職權裁定不行觀審審判，然而草案第6條之規定實對立於第5條強制適用之目的，復使強制適用規定失其效果，也可能因適用案件有限，難期合理檢驗觀審審判得失，第6條第1項第3款規定被告就被訴事實為有罪之陳述，經審判長告知被告通常審判程序之旨，且依案件情節，認不行觀審審判為適當，得裁定不行觀審審判，並非妥適，本條立法理由謂：案件情節繁雜或需高度專業知識，非經長久時日顯難完成審判者，自亦不宜行觀審審判。惟前開所述問題非關得否由法院以職權裁定排除案件適用，而應使準備程序充實迅速，建構審判必要的措施事項，乃至對應調整。現行訴訟程序嵌合困難之問題應行另論，非削足適履，特別是被告不認罪之重罪疑案，至關被告權益與被害人法律感情，牽動社會對司法正義之企盼，更有加入公民參與刑事審判之必要，是否得由法院職權決定，值得思考。

第二款 觀審案件適用類型區分

告通常審判程序之旨，且依案件情節，認不行觀審審判為適當。四 其他有事實足認行觀審審判顯不適當。法院為前項裁定，應審酌公共利益、觀審員與備位觀審員之負擔，及當事人訴訟權益之均衡維護。

關於第一項裁定，當事人得抗告。抗告中，停止審判。依第一項規定裁定不行觀審審判之案件，裁定前已依法定程序所進行之訴訟程序，其效力不受影響。

²¹ 司法院就觀審案件之適用類型若另以命令為之，至應參考現行實務收案情況，分類審判期日長短，對比各地方法院案件罪名分類、結案情況，乃至是否所有被告敗訴案件皆必然上訴，上訴案件原因分類研究，解決刑庭決疑之難，深入研議為宜。

草案第56條第1項第5款於終局評議設有觀審員就量刑陳述意見之規定²²，故被告就被訴事實為有罪陳述之案件，觀審員仍可參與陳述量刑意見。被告認罪則觀審審判程序應分流處理，考慮訴訟經濟，調整觀審法庭組成增減法官與公民人數，而非由法院職權排除不予適用觀審審判，否則恐削弱適用效果。唯考量我國國情，實無庸以重罪輕罪為制度適用之標準，如何抉擇適合公民參審之案件，應以公民對公民社會公共事務之關心參與為基礎，重視受國民監督之必要、保護人民免於受公權力濫用之恐懼，及反映國民文化認知必要等案件為適用²³，莫因此憑添一般國民心理負擔，我國就公民參與刑事審判制度之研議，向來以重罪適用為規範重心，除重罪之外，國外實證經驗另說明；若案件內容涉及評價之開放性、合理性不確定法律概念，有必要將公民代表的社會價值反應於司法審判，可有助衡平司法判定失之武斷²⁴。

適用公民參與刑事審判之案件類型化問題，得另以受社會理解、接受之角度研議。從我國司法實務判決內容分析結果觀察²⁵，第一審法院與第二審法院同為事實審法院，對相同之事實往往存有心證落差，認定不一。本文認為，案件適用類型之規範有必要超越公民參與重罪審判之立法思維，另從受公民監督、保護人民免受公權力不當迫害、反映國民文化意識活動三大實踐原則，將公務員瀆職犯罪、濫用職權罪、違反集會遊行、妨害公務、內亂、外患罪、賄選案件、妨害名譽及強制猥褻等案件，一併列入公民參與刑事審判案件適用範圍。一來有助確立公民參與刑事審判制度之立法精神，使法感情與法文化不致失落於當代刑事司法裁判，再者，可建立司法實證研究模型²⁶，就質與量兩大面向，深入探討，

²² 採陪審制國家，陪審員不參與量刑，惟參考澳洲實踐，陪審員雖不專責量刑，但若被告被認定有罪，陪審員仍可因被告犯罪情節足堪憫恕，表示意見，惟此亦不拘束法官。Michael Chesterman, *Criminal Trial Juries in Australia: From Penal Colonies to a Federal Democracy*, *World Jury Systems* 155 (Neil Vidmar ed 2000).

²³ 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，第180期，2010年5月，頁139-140。

²⁴ 美國陪審制度適用範圍極為廣泛，非限於重罪，其案件適用實踐經驗效果之研究為美國聯邦最高法院所重視，跨領域公民之判斷與司法專業判斷之必要性，與合理性實證經驗論述，參閱黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，第194期，2011年7月，82頁以下。

²⁵ 參閱本論文第四章，公民參與刑事審判適用案件範圍之研究。

²⁶ 觀審試行條例草案第79條規定，應設置人民觀審制度評鑑委員會，按季評鑑，以試行之實證經驗為基礎，檢討決定未來人民參與審判之型態，試行案件類型可能影響公民參與意願，本文認為，除立法規範適用之重罪案件外，尚應分類研究建立反應公民意識活動之案件，納入適用可行性評估。

對比不同案件類型之參與實益，實益如何、如何使社會與司法共同獲益。質性部分，對公民與法官而言；雙審判主體的互動效果如何、滯礙何在、何種案件溝通合作順利，有助妥速審判，何類案件雙審判主體互動困難，二者意見懸殊，難獲定見，量化研究部分，應延伸討論公民參與判之意願是否因案件不同而有所分別、何種案件類型費時日長，不利公民參與，解決審判期日經濟問題，對比研究建立適合我國公民參與刑事審判之對象案件，使司法與社會同因制度實施而受益。

第四項 觀審法庭之選任與組成

台灣環境地狹人稠，社會發展雖存在城鄉差距，但人口同質性相對偏高，族群之間較少聞對立仇恨問題，教育普及，地區教育均衡，係實施公民參與刑事審判之優勢，應可期適格之參與者普遍適任。本文無意針砭臧否各國立法異同所產生之實踐效果，只是就立法原則反應的爭點，對映我國社會、文化、地理條件特質，思索衝突問題之衡平與立法必要。在參與資格、選任部分；觀審試行條例草案以普遍參與為基礎，例外對參與資格設限²⁷，於選任程序中另設不附理由拒卻制度²⁸，拒卻制度對歐美移民社會種族結構問題，具特殊實踐意義，但並非我國規範不附理由拒卻制度之重點，在人口稠密、生活環境交錯重疊情況下，如何善用此一制度，發揮迴避功能、過濾主觀上有不適任之虞者，排除因主觀態度、利益關係、信仰約束而對審理案件生預斷的公民，在兩造對抗過程中，增強當事人程序參與權，對我國法制融合兩大法系特質之實踐深具實益，蓋因法定法官原則、法官迴避與拒卻制度同為具體擔保客觀審判庭、正當程序、公平審判的重要機制，法制繼受移植自不能掛一漏萬。

第一款 觀審法庭成員之選任

觀審試行條例草案參考外國立法例，規範附理由拒卻之範圍與不附理由拒卻之次數，意在衡平草案第 13 條第 10 款規定之「有具體事證足認其執行職務有難期公正之虞」，二者兼具，同為選任程序的調整機制。從程序參與權觀點，討論

²⁷ 觀審試行條例草案第 12 條至 16 條。

²⁸ 觀審試行條例草案第 27 條。

程序正義，對兩造而言，公平之感受在主觀部分乃是心理因素，是審判者掌控程序之問題，例如是否允許兩造提出異議，異議之准駁如何，無關兩造勝訴敗訴與否，審判者對兩造所言到底聽不聽的進去，要使被告接受不利於己之判決，應將被告程序參與權極大化²⁹。至若客觀部分，則繫於正當程序之保障於防禦權之完整性。本文無意臆測制度實踐結果，只是說明我國刑事訴訟制度深具職權色彩，程序主體也必須信任公民對證據證明力的敏感度，當事人的程序參與權，是兩造攻防的程序中心原則，其行使有保護無罪推定，拒斥預斷之防禦實益，建立程序主體對證據評價過程的信用，有助兩造之信任，由當事人主導，答辯攻防，證據開示安排公平，無偏於國權或個人，落實直接審理原則，改良職權控制的論證程序。此外，我國研議公民參與刑事審判之目的，意在有助司法證明，得以拒卻制度保障程序主體完整的程序參與權，適用案件之類型若屬易引發社會爭議討論事件，拒卻制度更可用以調和爭議，擔保審判庭履行義務的客觀性。

第二款 觀審法庭之組成

觀審試行條例草案第 3 條規定：行觀審審判之案件，由法官 3 人及觀審員 5 人組成觀審法庭，共同進行審判。考其立法理由，謂此立法例係參考韓國國民參與刑事審判法之體例。暫不論觀審意見不拘束法官之問題，由法官 3 人及觀審員 5 人，共 8 人所組成之觀審法庭，此觀審法庭之參與規模是否合理、其表決方式代表的實證意義對判決而言是否有助具體支持無罪推定原則，值得深思。從比較法觀察，陪審專司認事，重案定罪與否採一致決原則，立法例明確，參審制則依參審法庭之組成採多數決或絕對多數決，由法官與公民共同定罪量刑，參審法庭組成比例分別以參與代表性與參與實效為主要考量。從法實證主義的觀點分析，判決結果是公民與法官雙審判主體共同進行審理活動，兩造面對限定範圍內的證據互為攻擊防禦，所作成之判斷。第一審參審庭組成更與第二審上訴審構造、第二審參審庭組成密切相關，至於公民參審者依一致決原則，判斷被告無罪，其意義應認之係社會同儕接受被告回歸社群之認識與合意，遮斷檢察官代表國權繼續訴追被告的正當性，刑事審判結果因公民之參與合理、有效的限制檢方對無罪判決之上訴權，上訴制度之設計及對被告審級救濟皆有重大

²⁹ John D. Jackson Sarah J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions* 24 (2012).

影響，故採行公民參與刑事審判觀審法庭組成、參與方式、表決方式，必就比較法、跨法域實踐經驗審慎觀察，不應任意形成。

強調公民參與刑事審判應具參與代表性之立法可以見諸美國、法國、丹麥等國。重視參與實效之立法例，則以德國法制最為國內法學界熟悉。美國聯邦最高法院認為，低於 6 人組成之陪審團無參與代表性，無足可採³⁰，立於訴訟結構、訴訟目的深省，此一見解乃再度提醒，溝通、擔保正當程序、公平審判是公民參與刑事審判的重要內涵，為使公民參與有助擔保刑事訴訟原則之實踐，參與審判的公民成員數應具相當性，對應於表決原則考慮其合理性，且此組成關係之牽動影響，更涉及檢察官上訴權行使與上訴審結構設計調整問題說理，不宜等閒視之，任意形成。

公民參審者人數與審判庭組成的量化問題能否支持無罪推定的判決結果，乃是公平審判的核心問題。面對相同的證據，一致性的意見、多數表示的共同意見，具有擔保判決結果之社會支持功能，消除認定有罪或無罪的疑慮，具實證意義。從實證研究就表決可能發生的實際情況與表決規則之關係觀察，若觀審法庭分由法官 3 人與公民 6 人，9 人合組而成³¹，表決方式採四分之三多數決，但死刑判決須以一致決為之。觀審法庭 9 人以四分之三多數決表決定罪，從實證模型觀察 9:2 的表決結果，顯見成員之間對定罪與否有近乎無罪之認識，嚴格的定罪表決標準，除有督促檢察官善盡實質舉證責任、說服責任之意涵，也提供受無罪推定保護的被告因無罪判決，得被視為無罪的法律基礎，檢察官若已善盡舉證說服之責任，尚不能令被告定罪，自不得以事實誤認為由，窮盡訴追之權。本文認為，我國刑事訴訟制度混合當事人進行與職權進行的體系性特質，並朝當事人對抗理念修正發展，引進公民參與刑事審判，應搭配合理的參審庭規模與表決原則，支持超越合理懷疑的定罪確信，以公民與法官溝通作成的社會判斷為基礎，形成檢察官對於無罪判決另行上訴的門檻，建立不對稱上訴制度，定位上訴審構造，避免重複進行事實審理。

³⁰ *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223 (1978).

³¹ 表決風險分析可能出現 9-0 絕對多數決 1.7%，8-1 絕對多數決 10.4%，7-2 絕對多數決 29.9%，6-3 絕對多數決 55.8% See George C. Thomas III and Barry S. Pollack, *Rethinking Guilt, Juries, And Jeopardy*, 91 Mich. L. Rev. 28-29 (1992).

德國立法例強調公民參與實效，認為人數少有助國民實質參與討論，發揮評議功能，法制設計為求實效，立法思維更以參與任期、政黨機構推薦人選為配套，提高參與者之參與意願，落實法制目的。任期長能使國民較熟悉審判，以政黨機推薦、機構推薦之人選為參審庭成員，則被認為較有心投注於審理工作。對照我國觀審試行條例草案立法目的，重視公民參與刑事審判得有助公平審判實效或縮短審理期日使之經濟，並非法制主要立法目的，但為立法可行性與被告審級救濟權利之合理性，參與人數仍應慎重規畫。特別是參與人數與審判庭之組成應客觀化，並使審判庭組成成為具體支持無罪推定判決結果的合理基礎。故立法應強調公民參與實效、代表性更應與上訴救濟制度設計契合，減少對現行刑事訴訟法制的鑲嵌衝擊，而以之為訴訟制度調整改革之基礎，使訴訟程序進行不致發生不合理的斷裂。

第五項 觀審員參與權限與義務問題

觀審試行條例草案規定觀審員獨立行使職權，不受任何干涉，其職權為全程參與審判期日之訴訟程序、參與中間討論、參與終局評議，與法官就事實之認定、法律之適用、量刑等陳述意見³²。其參與權限與法官不同，形式上，使公民表意不表決之參與方式似乎是不生公民參與負擔之良善考慮，然而，公民參與審判對公民必生負擔，若為減輕其參與負擔，故使其參與無足輕重，此種參與權限無法解釋公民的參與必要性，或認定公民因獲得陳述意見之機會，故有助建立人民對法院裁判公正性之感受。特別是草案規定表意不表決的「觀審特質」，難以建立觀審審判問責基礎，已使制度未蒙其利，先慮其失³³，觀審制度既然肯定觀審員形成之多數意見，具有重要參考價值，然觀審試行條例草案卻規範觀審員意見不拘束法官，立法目的與參與意義衝突對立的不確定性，值得討論。

第一款 觀審員參與權限問題

³² 觀審試行條例草案第 8 條、第 9 條、第 45 條、第 56 條參照。

³³ 何賴傑，從德國參審制談司法院人民觀審制，臺大法學論叢，第 41 卷，2012 年 11 月，頁 1225-1226，2012。

觀審試行條例草案第 64 條立法理由闡明：「法官評議之決定，若與觀審員表示之多數意見不一致者，仍應於判決書中記載不採納之理由，以示對觀審員多數意見之尊重。又若未依本條規定於判決內記載不採納之理由者，屬判決不載理由，乃判決當然違背法令，而得為上訴之理由，乃屬當然」。立法理由已經明示；觀審判決中未闡明觀審員表示之多數意見不受採納之理由，係判決當然違背法令，若觀審公民之不同意見，為第一審法官判決所不採³⁴，一旦敗訴之一方提起上訴，且持觀審公民之不同意見為上訴理由時³⁵，上訴審要將如何「本於人民觀審制度之宗旨」妥適行使其審查權限³⁶？又如何參考「日本最高裁判所司法研修所於九十七年十一月十一日針對該國裁判員制度施行後第二審所發表之研究報告書所謂：裁判員審判之第一審判斷，係反映國民的觀點、感覺、知識、經驗與健全的社會常識，職業法官組成之第二審，有必要在盡可能尊重第一審之判決結果之前提下審查之」³⁷？

縱是職業法官的判決也可能在合議庭中出現不同意見，使持不同意見之審判者在判決中出具不同意見書，但專業法官所出具的不同意見書其意義只是說明其不同意見未能說服審判庭司法同僚，未必係提供上訴基礎，然而觀審試行條例草案第 64 條明定：法官之評議，與觀審員終局評議之多數意見不一致者，應於判決內記載不採納之理由。雖觀審試行條例草案為公民與法官共同完成審理程序，卻有不同意見，努力規範，但問題徵結多在確信有罪之心證程度³⁸，此乃事實認定問題，少涉法律爭點，亦是公民、社會對法院裁判公正性之感受與信賴司法之重要關鍵，公民參與刑事審判之意見係必要性、支持性，而與法官見解互為擔保，所謂「表意不表決」進退之間不免使實務、學界對觀審制度之實踐憂疑深重。特別是依刑事訴訟法第 161 條之規定，檢察官負實質舉證責任，其如何提出證據、履行說服之實質舉證責任，闡明之證明方法與待證事實之關

³⁴ 觀審試行條例草案第 64 條立法理由：「法官評議之決定，若與觀審員表示之多數意見不一致者，仍應於判決書中記載不採納之理由，以示對觀審員多數意見之尊重，並維護人民觀審制度之立法宗旨」。

³⁵ 依現行刑事訴訟法第 361 條第 2 項之規定，第二審上訴書狀僅須敘述具體理由。

³⁶ 觀審試行條例草案第 66 條立法理由謂：上訴審應本於人民觀審制度之宗旨，妥適行使審查權限，以達適正認定重要事實、救濟被告、統一法令解釋等上訴制度之功能。上訴審之重點是否應針對檢察官舉證責任為審查客體，亦值得深思。

³⁷ 觀審試行條例草案第 66 條立法理由參照。

³⁸ 陳運財，註 18 文，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，頁 32-33。

係，在新的審判主體參與審判之後，檢察官如何就起訴被告之犯罪事實舉證，說服審判主體形成有罪確信心證，避免觀審員流於糾問³⁹，使觀審員與法官客觀聽訟，更可釐清檢察官舉證責任與法院職權調查之界限。

承前所述，觀審審判所持不同意見一旦成為上訴理由，上訴審之態度如何，此問題一也。而無論第二審法院對第一審法官行觀審審判所作判決有支持或否定之結果，在觀審審判之下，社會對法院裁判公正性之感受如何，此問題二也。治絲益棼，個案救濟與觀審員參與權限問題盤根錯節，是以行當事人對抗之陪審制，陪審團職司認事，以法官曉諭(Instruction)指導陪審員何謂無罪推定與有罪確信，而參審制則由公民與法官共為評議，無如本文討論之諸多問題，觀審所謂表意不表決所產生之實務問題，非比較法研究所能預見，又因試行之觀審審判以重罪適用為主，現行刑事訴訟法未限制檢察官對無罪判決之上訴權，而刑事妥速審判法第8條、第9條強調落實無罪推定原則，對上訴規定另行設限，使第一審落實事實審判之法律地位及其重要性不可同日而語，正當程序規範，本不應是否行觀審審判而有所不同，個案救濟與觀審員參與權限規範之法理對實務實踐之影響，國家司法、公民社會，自不能不慎重以對。

第二款 觀審員參與義務問題

觀審試行條例草案課予觀審員參與審判，保持品位，不得為有害司法公正信譽行為之義務，本文從觀審員參與權限延伸論述觀審員保護密度問題，在居住環境人口稠密的條件之下，個體與家庭、社群相互依賴，傳播工具、傳播經驗的效果必然成為檢視公平審判的重要考驗。特別是觀審員言論自由部分，如何防止觀審員的餐桌討論⁴⁰，衍生有害司法公正之言論，若為貫徹觀審員之法定義務，卻因此增加個人言論自由與守密義務之拘束，應從公民參與審判之身分定位、角色功能、參與程度縝密構思其規範必要性。

觀審試行條例草案第9條立法理由說明：觀審員參與觀審審判，對於事實之

³⁹ 觀審試行條例草案第52條參照。

⁴⁰ 觀審試行條例草案第35條參照。

認定、法律之適用及量刑陳述其意見，觀審員之多數意見又可能對判決結論產生影響，是以觀審員自應比照法官，保障其依據法律獨立審判，不受任何干涉。若公民參與權限等同於法官、「審判地位」等同於法官，就個案在社會外部發言批評之言論訴諸於倫理性自律恐有不足，發表個案意見言論性質之危險亦非公民個人能承受，特別在國家地理環境密接的情況下，有必要為確保公民住居生活平穩不受干擾，設有保護公民安全之規範，蓋公民因參與審判對司法應具信心，否則制度不足存續，既以判決說理阻絕個人臆斷，自應尊重審判獨立在公民社會的確信，不過公民參與觀審審判，僅形式參與，無實質權利，觀審試行條例草案第 9 條第 3 項、第 70 條第 1 款仍科以公民守密義務，依觀審試行條例草案第 9 條規定分析規範密度，觀審員因執行職務知悉之秘密、涉及個人隱私之事項及其他依法應秘密之事項，應予保密。前項保密事項之範圍、期間，由司法院定之。觀審審判具試辦性質，對公民之保護必須重視，惟公民觀審範圍有限，如何保護而不侵害其言論自由、影響其日常生活隱私，必須正當合理。

法官不語乃審判者天職，若賦予公民對判決結果之表決權，使之實質對等參與審判，當同時考慮我國地理環境密接，媒體事業發達，如何要求公民參與刑事審判，不得為有害司法公正之行為，除令之自制，更應有效約束，考量其參與案件類型，必要時令負終身守密義務，係合理穩妥，亦因法律已嚴格限制其就審理事務對外表意，可以排除外界對觀審員不必要之干擾，且公民僅參與單一案件之審理，於評議結束後，任務即告完成，尚不至構成箝制言論自由之虞，而合於比例原則，更不逾其社會義務所應忍受之範圍。若只為一己之私計算利益，獲得財產、從事因審判工作獲利之經濟活動，任其主張言論自由基本權之行使，對國家法益、社會法益、個人法益造成法益侵害之危險，限制其就審判案件所為之對外發言實屬合理，特別是言論自由權附著於何種參審案件更是別具意義⁴¹，只是其拘束時間之長短可議，是否令負終身守密義務，不得公開或揭露審判活動內容及其執行法定職務，或參考案件罪名之追訴權時效與行刑權時效規定，應客觀考慮國家地理條件與社會承擔，取捨參與義務衝突，放寬裁判員守密時間。

⁴¹ *Globe Newspapers Co. v. Superior Court*, 457 U.S. 596, 605 n.13 (1982) ("Whether the First Amendment right of access to criminal trials can be restricted in the context of any particular criminal trial, such as a murder trial (the setting for the dispute in *Richmond Newspapers*) or a rape trial, depends not on the historical openness of that type of criminal trial but rather on the state interests assertedly supporting the restriction.")

第六項 上訴問題之檢討

觀審試行條例草案第 66 條規定：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。其立法理由謂：「為反映一般國民之觀點、知識、經驗、健全社會常識，故於第一審行觀審審判，為充分達成人民觀審制度之立法宗旨，是上訴審應本於人民觀審制度之宗旨，妥適行使審查權限，以達適正認定重要事實、救濟被告、統一法令解釋等上訴制度之功能，爰訂定本條。日本最高法院司法研修所於九十七年十一月十一日針對該國裁判員制度施行後第二審所發表之研究報告書亦謂：『裁判員審判之第一審判斷，係反映國民的觀點、感覺、知識、經驗與健全的社會常識。職業法官組成之第二審，有必要在盡可能尊重第一審之判決結果之前提下審查之。』即同斯旨，附此說明。」

草案所稱「立法宗旨」並不明確，僅強調參考日本立法例，要求職業法官組成之第二審，有必要在盡可能尊重第一審判決結果之前提下進行審查。惟日本裁判員參加刑事審判法係賦予裁判員實質參與權限，從審判到量刑，貫徹裁判員實質對等之參與方式，且應注意，日本上訴審之第二審法院採事後審查審，在原判決時點上，依原判決所調查之證據與訴訟資料，審查有無違背法令或事實誤認，與我國現行覆審制之構造大相逕庭，故日本司法實務肯定裁判員與第一審法官共同審理、評議所認定之事實作成判決，「盡可能尊重第一審之判決結果」並非無據。但觀審試行條例草案第 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，同條第 2 項亦僅規定：法官之評議與觀審員之多數意見不一致者，並應簡要說明其理由。顯然我國觀審員與日本裁判員在司法審理活動地位之定位並非一致，日本裁判員地位同於法官，具實質審判權限，上訴審構造採事後審查審，非事實審，自有必要盡可能尊重第一審之判決結果，而我國的觀審員若僅是法庭邊緣的審判見證人，何以必須為第一審裁判背書？而第一審事實審若以法官意思表示為主，未受觀審意見拘束，法理上第二審是否有必要受此規範拘束、再者，第二審是否因之受「盡可能尊重第一審之判決結果」之拘束，難以糾

正誤判，對被告訴訟救濟造成影響，乃至違反憲法保障訴訟權之精神，更須慎重思考。

我國第二審現行上訴救濟採覆審制，不限上訴理由，同屬事實審，第二審上訴審仍得依職權調查事實，觀之實務現狀，主張事實認定錯誤、認定不明乃至否認犯罪，皆實務常見之上訴理由，且案量不在少數⁴²。雖然從最高法院刑事上訴發回或發交更審案件次數及原因的司法統計資料可以發見；因事實認定錯誤不符或不明或記載不明發回，或發交更審的案件逐年遞減⁴³，但參考司法統計資料之分類，第二審指出原判決有事實認定錯誤之情形，撤銷改判，第三審上訴結果撤銷發回，仍係現行訴訟結構下案件來回久懸不決的原因之一，觀審試行條例草案苦心孤詣，以無拘束力的公民參與刑事審判方式，迴避干涉審判獨立的憲法爭議，或情有可原，但事難兩全，若第二審為發揮覆審機能，不受第一審調查範圍之限制，力求真實發見，判斷原判決有無違誤本為法所許，依觀審試行條例草案之規定，第一審判決並非出於公民與法官共同合意之意思表示，評議缺乏與社會溝通之擔保，仍是第一審事實審法官之判斷，當事人期於救濟，本得求諸審級利益之保障，在現行上訴審採覆審構造之下，草案立法強調，盡可能尊重第一審之判決結果，阻斷上訴審再行審查之問責機制與另改判之權限，似非正當。

採行觀審審判之案件仍應許之合法救濟途徑，但二審上訴若未同行觀審審判，司法實務面對不服第一審觀審判決所提上訴救濟問題，如何面對處理，應有警惕。觀之現行上訴體系，二審採覆審制，對事實重行審理，審級之間若因事實認定對立，二審法官逕推翻觀審法庭判決，另行改判，有悖觀審立法目的，其判決之法理與正當性基礎未免過於薄弱。復承前述，觀審試行條例草案未賦予

⁴² 陳運財，我國刑事訴訟上訴審構造之檢討，刑事訴訟起訴狀一本主義及配套措施（下），最高法學術研究會，2001年9月，頁795-528。

⁴³ 參照司法院2001年至2010年司法院司法統計年報資料

<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 最後瀏覽日2013年3月22日。而此事實認定錯誤、認定不明之原因自2006年後大幅改善，現行第三審係法律審，何以知之第二審已減少事實認定錯誤、認定不明之問題，支持二審所認定之事實、而第二審就事實認定錯誤、認定不明何以有所改善原因，二者皆非明確，本文特此說明，要落實第一審事實審法院認定之事實為上訴審所肯定，應以配合導入公民參與刑事審判為基礎，實質尊重公民參與審判所認定之事實為形成心證確信基礎，使司法證明受整體社會認同。

參與觀審審判之公民與法官對等共同表意、表決之權利，其意見更不拘束法官，故二審審查之客體實為第一審法官之判斷，第二審未同採觀審審判，如果要求上級審法院在覆審制度之下，針對第一審事實審所依憑的同質證據資料，建立更高的證明標準，判斷有罪、無罪，並不符合事物本質之常，特別就事實認定錯誤提起上訴⁴⁴，第二審審查必因之提高、改變心證證明標準，是否對上訴案件預設負面的評價標準，更須慎重注意⁴⁵，事實判斷錯誤的證明標準難以審查檢驗；現行刑事訴訟法未區別檢方及被告的上訴權，分設不同的聲明不服機制，並非妥適⁴⁶。

兩造皆有上訴權，以事實錯誤為由提起上訴，形式上，被告權利似未受影響，但實質上，上訴審基於既有證據，另行評價事實，上訴審審查所建立標準改變，可能形成新限制，不利被告。若被告在第一審已受無罪判決，檢察官不服提起上訴，第二審審查第一審事實認定錯誤，是否對受無罪推定的被告權利發生重大影響，不能忽略，有必要依公民與法官共同認定之事實對被告為無罪判決之結果，限制檢方上訴⁴⁷，蓋檢察官對犯罪證明，負實質舉證責任，且依刑事訴訟法之規定負客觀義務，若已窮盡舉證責任，對受無罪判決之被告自無權再行訴追，法院應以社會與司法調和性判斷與接納，終止國家對被告的訴追權。此外，上訴審審查客體非公民與第一審法官實質合議之判決，而是一審法官所為判決，觀審試行條例草案第66條規定；本於人民觀審制度之宗旨，規範二審妥適行使其審查權限，要求二審法院「尊重」第一審法院觀審審判結果，依外部的觀審試行條例草案規範解決審級見解對立的內在矛盾，極可能成為二審法院維持現行事實覆審的新困擾。

第三節 維護正當法律程序法制一元化

理論上，公平審判係由正當程序擔保而非由審判主體擔保，故不因公民參

⁴⁴ 事實誤認與判決違背法令區困難，導致事實誤認情形論述，參閱陳運財，註 42 文，頁 495-528。

⁴⁵ Kate Stith, *The Risk of Legal Error in Criminal Cases: Some Consequences of the Asymmetry in the Right to Appeal*, 57 U. Chi. L. Rev. 1,3 (1990).

⁴⁶ 陳運財，論國民參與刑事審判與上訴制度之變革，月旦法學雜誌，第 215 期，2012 年 5 月，頁 183。

⁴⁷ 有關不對稱上訴之研究，參閱陳運財，不對稱上訴制度之初探，檢察新論，第 9 期，2011 年 1 月，頁 65-87。

與刑事審判，對訴訟制度運作產生影響。但現行訴訟法制之改革從職權進行模式調整為當事人對抗模式，實踐層面上累積了諸多問題，原則上固然應於刑事程序中整體檢討修正，不過藉由引進公民參與刑事審判制度，應一併探究可能對既有的刑事訴訟制度造成何種影響，現行刑事訴訟制度有無配套修正的必要，以利引進國民參與刑事審判，落實集中迅速審理，合於正當法律程序及公平審判之本旨。故討論引進公民參與刑事審判與刑事訴訟程序的嵌合關係，首應確定公民參與審判案件與非公民參與審判案件之間，就其所適用之刑事訴訟法，力求一致，而非另設程序規範。在此意義下，現行刑事訴訟程序運作上的問題及爭議的處理，自應不分是否為適用公民參與審判之案件，就刑事訴訟法整體檢討修正。

不過觀審試行條例草案為配合行觀審審判，落實觀審案件審判期日集中審理，迅速審理，就刑事程序另設規範，與現行刑事訴訟法規定顯有不同，本文擬就觀審試行條例草案與現行刑事訴訟法之分別，與觀審審判創設性規定為檢討重心，在觀審審判與通常刑事審判程序之各別規定部分，以新型準備程序、法院於準備程序裁定證據能力有無、卷證不併送為分析重點，觀審制度的創設性規範則以當事人明示爭點義務、審判期日當事人啟始陳述義務等特定問題論述，並從刑事訴訟原則為定位，思考觀審試行條例草案內容是否有礙正當程序之維護。

第一項 觀審審判與通常審判程序之別

現行刑事訴訟法採卷證併送制度，檢察官必須撰寫起訴書，載明犯罪事實、證據與所犯法條，傳統起訴書證據欄中更必須敘明證據、待證事項及其理由，究其內容幾與判決書無二致。卷證併送制度衍生的第一個問題係使法院介入職權調查的範圍更形擴張，法官閱卷所得，往往接續、替代檢察官應盡之舉證責任，依職權調查證據，使法院澄清真實的底限進退失據，模糊檢察官舉證責任與法院調查之分際⁴⁸。復從舉證責任規範內涵分析，審、檢雙方在刑事訴

⁴⁸ 有關檢察官舉證責任與法院職權調查之界限研究，參閱陳運財，論檢察官舉證責任與法院職權調查之界限--以最高法院 92 台上 128 號刑事判例為中心，刑事證據法--最高法院學術研究叢書(16)，2008 年 12 月。

訟構造分司證明刑罰權存在與確認刑罰權存在之角色，二者在調查證據之任務不應有所混淆，審判應持開放的心證或是空白的心證有助預斷排除、堅持公平審判，中立聽審，指揮訴訟，尊重當事人聲請、主導調查證據，必要時行使法院闡明權，使兩造在審判中攻防地位對等，從刑事訴訟法制無罪推定的理念思考取捨，答案呼之欲出。

第一款 觀審審判禁止法官審前閱卷

現行改良的當事人進行制度之下，刑事訴訟採直接審理，強調保障被告詰問權⁴⁹，卻依然續行卷證併送的起訴模式，卷證是否隨起訴書狀併送討論已久，在現行卷證併送制度運作之下，訴訟理念維持職權模式，復創設當事人對抗情境，此種調整為對證據方法與被告訴訟行為有兩大影響，一是法官閱覽卷宗，承續檢察官偵查心證結果，審判者雖認自持開放中立態度，但亦可能因審判前接觸卷證，而心生預斷，二是重視書狀，忽略當事人對抗，以交互詰問為檢驗證據重要方法的實質目的，被告無從準備防禦，不利其審判地位，弱化被告應有的公平審判權，特別是此種複合性的程序法要求兩造對抗平衡，益增實踐困難度。

參考比較法實踐，我國現行刑事訴訟程序未如美國設有預審程序，要實行公民參與刑事審判制度，法官的程序指揮權如何發揮，也將對制度成敗有所影響。準備程序如何妥適處理證據能力問題、傳聞證據適用應如何嚴格限縮、落實集中審理以利法庭審判活動進行，對現行實務衝擊少，而能有更精緻的調整，強化運作信度與效度，係司法改革刑事訴訟程序不可或缺的思維，配合施行公民參與刑事審判，本應配合訴訟程序之修正檢討卷證併送制度。然而為在形式上營造法官與公民同組觀審法庭之參與意義，避免發生法官與觀審員之間存在審判資訊落差，於是，觀審試行條例草案第 45 條第 1 項規定，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。

從形式觀察此種立法例似已兼具三大優點，其一，解決雙審判主體不對稱之

⁴⁹ 陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣本土法學雜誌，第 94 期，2007 年 5 月，頁 128 以下。

審判資訊落差缺失，使公民與法官之間不存在法官有閱卷權、公民無閱卷權之問題。其二，衡酌在卷證併送制度之下，有助公民易於理解所審理之案件。蓋因起訴卷證並非發見真實之心證基礎，縱賦予參審公民閱卷權，對公民而言實係一大負擔，更重要的是，在公平法院之理念及貫徹無罪推定原則下，應避免法院於審判期日前即接觸偵查卷證，致形成對被告不利之偏見，須禁止起訴時添具足使法院產生預斷之虞之書類、物件，從而落實以當事人交互詰問為中心的審判活動。其三，從實務立場對映思考，觀審員之意見既對法官無拘束力，若僅規範在審前階段法官不得閱卷，使觀審審判程序異於非觀審案件之通常程序，尚難樂觀預期此種限制法官審前閱卷之措施有助觀審法庭裁判公正性之成效⁵⁰。

第二款 公民與法官合議溝通修正書狀審理模式

因現行起訴採卷證併送模式，法院依職權調查原則運作，第一審持職權本位思考，主導發見真實過程，致使交互詰問程序流於形式，與當事人進行證據調查實質化嚴重對立。質言之，審判主體依當事人進行的訴訟理念，宜謹守補充性的角色定位；避免逾越，主導訊問證人、主動蒐集、調查證據。蓋法官指揮程序進行，除應允兩造異議是否成立，依刑事訴訟法第 167 條之規定尚得禁止不當詰問，但實務常見因法官已詳閱起訴資料，難持中立聽審分際，在檢辯雙方進行交互詰問過程中，介入詰問進行、或不耐詰問繁瑣，中斷詰問提問之情況，影響兩造訴訟策略佈局⁵¹，故實施公民參與刑事審判應貫徹直接審理，法官與公民於審判期日前皆不得接觸偵查卷證⁵²，採行嚴格傳聞法則，限制偵查筆錄的證據能力，使參與審判之公民與法官在證人具結之前提，親聞聽審證言，兩造進行交互詰問，保障被告反詰問權，始具實質意義。

蓋證據調查出於審判庭，心證也形成於審判活動，故證據必須當庭提示，而以非證人於審判外的陳述、或以檢方提供的調查卷證為證據，證人審判外的陳述原則上不得為證據，我國現行刑事訴訟法酌採英美傳聞法則，其目的在保

⁵⁰ 陳運財，註 18 文，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，頁 31。

⁵¹ 吳冠霆，刑事案件第一審交互詰問實務問題之檢討，檢察新論，第 5 期，2009 年 1 月，頁 221-223。

⁵² 關於公民參審者閱卷與否之利弊分析，參閱何賴傑，註 33 文，從德國參審制談司法院人民觀審制，頁 1129。

障被告反詰問權⁵³。法院卻仍有調查「卷證證據」之義務⁵⁴，使檢察官舉證責任與法院職權調查之界限晦暗⁵⁵，屬傳聞例外的陳述，具有供述之性質，有助證明事實，嚴格證明法則只規範法院的審判程序，偵查活動不受拘束，如果偵訊陳述在對質詰問權已受保障、又符合傳聞例外之情況之下得為證據，實有違被告反詰問權之保障⁵⁶。又因認為基於「公平法院」之理念，法官地位超然，雖當事人未能在場，訊問證人後可要求證人具結，故法官面前之陳述筆錄具類型上可信性之情況保證，大開傳聞法則之例外⁵⁷，更違背直接審理原則⁵⁸，亦誤解「公平法院」、「公平審判」對人權保障之意義。

今日社會資訊流動傳播密集快速，大小眾傳播媒體形成的輿論批判對刑事司法發見真實、公平審判的壓力，不容小覷，判決是否因之而受影響更應戒慎恐懼。對參與審判的法官與公民而言，判斷何為具有特信性、可信性的傳聞法則例外同等困難，故應落實直接審理原則，修正卷證併送制度，禁止使用審判外的陳述為證據，建立法院、當事人、證據的直接關係，落實正當程序，特別是當事人間有爭執的待證事實、調查證人之方式採交互詰問，係用以說服法院，使審判者「確信」被告犯罪構成事實存在之重要證據方法，不宜流於形式，使法官與公民直接接觸與待證事實密接的證人，避免因心證污染濫用，使事實

⁵³ 林俊益，我國傳聞法則之研究，原載於法官協會雜誌，第5卷第2期，1-91頁，錄自月旦法學知識庫，2003年12月，頁7。

⁵⁴ 偵查卷宗資料就是事件資料(event information)，為什麼是檢察官所提出的事件資料就叫「證據」(evidence)? 證據應有證據方法與證據資料之別，法庭審判藉由證據方法，取得證據資料，形成審判心證，相關論述參閱林裕順，正當法律程序與妨害司法犯罪，人權義理之辯，月旦法學雜誌，第181期，2010年6月，頁293。

⁵⁵ 參最高法院101年度第2次刑事庭會議(一)。

⁵⁶ 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外—美國與我國裁判發展的比較評析，台灣法學雜誌，第119期，2009年1月，頁116-133。

⁵⁷ 陳運財，直接審理與傳聞法則，五南圖書出版公司，2001年11月，頁268。See also, Mirjan R. Damaška, *The Jury and the Law of Evidence: Real and Imagined Interconnections*, 5 *Law, Probability and Risk*, 255-265 (2006). When judges sit without the jury, they must decide not only on the admissibility of evidence but also on the ultimate disposition of the case. Thus, if an inadmissible item of information appears to them as persuasive, they are expected to switch to a third person's viewpoint and attempt to arrive at a decision by hypothesizing what outcome another adjudicator would reach who was uncontaminated by the forbidden information. Mirjan R. Damaška, 質疑單一的事實發見體系，法官不惟決定證據能力之有無，還必須對案件作成判決。認為無陪審系統(Juryless Systems)故未能發展廣泛的證據法則，更批評歐陸法系將法國大革命之前無陪審制的羅馬法(Roman-canon)擴張，由法官主導程序進行，基於數種理由發展許多證據法則與廣泛的證明力法則。

⁵⁸ 林俊益，註53，我國傳聞法則之研究，錄自月旦法學知識庫修正版，頁34。

認定偏頗錯誤⁵⁹。

排除預斷是公平審判的基本原則之一，除前述偵查資料併送衍生的預斷問題之外，必須更嚴肅面對的是併送之卷證中包括被告前科資料，影響審判者對被告本案裁判心證，應如何處理。我國實務允許將被告的前科資料公諸於審判庭⁶⁰，依據證據認定事實是審判工作對人類社會經驗現象的說理過程；個人經驗知識結構資訊、組織認知程序，被告本案之外的犯罪記錄不應影響本案被告受公平審判之權利。除了檢察官偵查卷證對法庭審判者的心證影響力之外，提示被告前科資料亦被證明是造成司法預斷與審判庭失之偏頗的原因⁶¹，但各國實務對前科記錄所持意見或依個案判斷而有不同之容許態度，特別是因被告本人利用自己前科素行使被害人因之心生畏怖，遂行恐嚇之能事，檢方敘明於起訴書，並不屬應禁止記載之其他事項⁶²。

然而在歐陸，各國之間對卷證併送問題之處理方式亦不一致，除非被告與辯護人對法庭主張，否則希臘與葡萄牙禁止參審員在決定有罪無罪之前接觸被告前科資料，又除非被告前科判決與處自由刑無關，否則芬蘭參審員亦不得接觸被告前科資料⁶³。歐陸國家之所以嚴防審判者得知被告前科資料，無非是為禁絕司法預斷，使審判心證不受起訴卷證之污染。無論法官或參審公民都不應於事前接觸起訴卷證，起訴卷宗更不應被視為認定有罪無罪的證據，雖第一次審判期日前起訴卷宗資料未併送於觀審法庭成員，但對承審觀審案件之法官是否仍

⁵⁹ 陳運財，傳聞法則之理論與實踐，月旦法學雜誌，第97期，2003年6月，頁86。

⁶⁰ 依我國實務運作現況，檢察官起訴時卷證一定附上被告前科紀錄表，法官一收到卷證就會看到被告前科。然而實務提供前科的「主要目的」、「最大的理由」是為了瞭解本件是否之前已經判決確定，避免一案兩判。檢察官的卷宗列前科也是一樣，有些案件會重複送到不同檢察官手中，這時就會面臨是否要併給同一個檢察官辦理，或移送其他地檢署辦理，實務常遇到賣帳戶幫助詐欺的案件，被害人遍及全台，而分別在不同地檢署提告，前科表就會有助於檢察官瞭解被告同樣案件在哪些地檢署偵查中，而決定是否都移給同一個地檢署同一個檢察官偵辦，避免被告疲於奔命。起訴卷宗載列前科不外是累犯、或前曾經犯同樣的罪，累犯是否有違刑法禁止雙重評價之原則，或應予保安處分，非本文討論目的，但前科記錄是否影響法官、觀審員之心證，應予重視，特別是罪責、量刑，如果是基於情感印象，而少客觀法律考量，是否可能因司法行政便宜之故，而有影響公平審判被告之虞，當深入思辯。

⁶¹ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*, 13 Colum. J. Eur. L. 83, 111 (2006-2007).

⁶² 林裕順，「起訴狀一本主義」再考—釐清「剪不斷、理還亂」的審檢互動，月旦法學雜誌，第177期，2010年2月，頁186-187。

⁶³ John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *supra* note 61, at 111.

知悉被告前科紀錄、對觀審員而言，被告前科問題是否為觀審法庭向觀審員說明之必要重點，或在審理過程中為觀審員所知，都必須注意被告前科資料對觀審法庭形成心證之影響力與定罪科刑程度之法效。

第二項 準備程序

準備程序係審、檢、辯三方協力法庭活動之初，刑事訴訟法第 273 條規定；法院得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭行準備程序，於準備程序中分類過濾案件明疑繁簡、整理爭點、篩選證據能力有無、安排調查證據之範圍、次序、方法⁶⁴，確認被告是否為認罪之答辯，分別適用簡式審判程序或簡易判決程序，有助被告防禦權行使，故準備程序係審判期日集中審理密集進行的前置工作，釐清法院審判範圍，也是踐行刑事妥速審判的重要基礎。

惟在現行制度下，刑事案件是否行準備程序係由法院裁量，從 93 年至 100 年 7 月間的實務資料看來，案件依通常訴訟程序審結的情形，略介於 47%~58% 之間，約有五分之三的案件需經公開法庭辯論後審結，法庭審理案件負擔沈重，未獲疏解⁶⁵。除訟源壓力之外，如何依正當法律程序衡平審、檢、辯三方關係，完成社會與被害人對正義的殷切期待、保障被告受正當法律程序審判權利，確保刑事審判應有之信度與效度，其解決之道宜從準備審判開始，解決準備程序現存問題，提升刑事案件準備程序之效能，使法院即行監督、促進兩造平等進行攻擊防禦之程序指揮權，視被告認罪與否、案件有無爭執與案件複雜性，區分明案與疑案⁶⁶，分流處理，適度調整調查證據程序方式，督促兩造將主張之爭

⁶⁴ 準備程序功能論述參閱林俊益，刑事準備程序中事實上之爭點整理—最高法院九十六年度台上字第二〇四號判決析述，月旦法學雜誌，第 148 期，2007 年 9 月，頁 247-257。

⁶⁵ 刑事訴訟改革成效評估委員會總結報告 101 年 1 月 11 日。

⁶⁶ 明案與疑案之類型說明參閱刑事訴訟改革成效評估委員會總結報告 101 年 1 月 11 日。「疑案」部分，由於被告或爭執犯罪事實成立與否；或法定最輕本刑 5 年以上的案件（絕對重罪案件）如經有罪判決確定被告受重判的可能性極高，對於被告權利影響甚鉅，縱或被告對於犯罪事實不爭執，亦一律視為爭執案件（擬制爭執），均應由當事人積極參與、主導整個訴訟程序，國家應給予周詳訴訟程序的保障，此時可設計深化當事人進行主義為主軸的訴訟程序。至於「明案」部分（輕罪或法定最輕本刑未滿 5 年之相對重罪），被告對犯罪事實既不爭執，且已認罪，被告所關心的是能否快速審結，此際採取簡單、快捷、量刑相對減輕的方式進行，若案件無辯護人為被告辯護，由法官發揮澄清、照料義務，本於職權維持程序之適法性及合目

點特定、限縮，各自提出的事實問題為何、法律問題為何，將兩造不爭之事實明確整理，闡明留待審判期日審理解決之爭點，做成審理計畫書，於準備程序終結後，儘速行集中審理，以利案件妥速審理，茲說明現行準備程序之進行方式並討論觀審試行條例草案規定之新型準備程序問題如下。

第一款 現行準備程序之進行方式

準備程序對事實爭點整理允當與否至關二審、三審事實認定是否確實與法律適用正確性判斷⁶⁷，受命法官行準備程序，處理刑事訴訟法第 273 條規定事宜，處理爭點爭理、證據能力意見、證據調查之聲請、乃至法院認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張，無一不涉憲法正當法律程序原則，而準備程序之運作影響公民參與刑事審判效果，若採行公民參與刑事審判，公民並不參與準備程序，而由受命法官完成，為避免影響參審法庭對事實認定之正確性，縮短實質審理期間⁶⁸，約束攻擊防禦方法未於準備程序提出而俟言詞辯論始行提出之突擊行為⁶⁹，確認調查證據之範圍、次序及方法，使當事人有更充裕的時間直接針對證

的性，將有助於被告早日脫離訟累。當然在不同程序之間，另設有轉軌程序以供調節。此等設計的訴訟制度改革，可稱之為「分流制刑事訴訟改革」。

⁶⁷ 林俊益，刑事準備程序中事實上之爭點整理——最高法院九十六年度台上字第 204 號判決析述，月旦法學雜誌，第 148 期，2007 年 9 月，頁 263 以下。

⁶⁸ 三井誠，日本之裁判員審判—運作與課題，裁判員裁判之實施及其對於刑事程序之影響，東海大學主辦，國民參與刑事審判制度學術研討會，會議手冊資料，2012 年 5 月。

⁶⁹ 100 年台上字第 5137 號裁判謂：「本件上訴人於第一審偵、審中，原審之上訴審、更○審審判中，及更○審之準備程序，始終未曾請求調閱台灣板橋地方法院所核發九十七年聲監字第六五四號通訊監察書及相關監聽資料，且於原審法院依刑事訴訟法第二百七十三條規定行準備程序，為「案件及證據之重要爭點」、「有關證據能力之意見」、「曉諭為證據調查之聲請」等事項之處理時，上訴人及其選任辯護人猶稱：「無」證據請求調查（見原審更○卷第六十五頁）。嗣上訴人之選任辯護人，突然於原審之審判期日，請求調閱台灣板橋地方法院所核發九十七年聲監字第六五四號通訊監察書及相關監聽資料。……原判決以本件並未以通訊監察之監聽內容為證據，認無調查之必要，已為說明，自不能任意指摘為調查未盡。事實之認定與證據之取捨，乃事實審法院之職權，苟其事實之認定及證據之取捨，並不違背經驗法則與論理法則，即不容任意指為違法而執為上訴第三審之理由」。100 年台上字第 4765 號裁判：「原審依刑事訴訟法第二百七十三條規定行準備程序，為「案件及證據之重要爭點」、「有關證據能力之意見」、「曉諭為證據調查之聲請」等事項之處理時，房順發及其選任辯護人均陳述「無」證據請求調查，並於法官訊問對於鑑定過程之錄影內容，有何意見時，房順發答稱「沒有意見」，選任辯護人則稱「不再爭執爆裂物鑑定報告之證據能力」。其後於審判期日，審判長訊問「尚有（何）證據請求調查？」時，其選任辯護人猶答稱「無」，有各該筆錄可查（見原審卷第一一五頁背面、第二○五頁）。房順發上訴意旨猶以：原審未請內政部警政署刑事警察局再予確認，有調查未盡之違法云云。係以自己之說詞，任意指摘，並非適法之第三審上訴理由。又房順發於九十九年十月十四日提出之書狀，僅請求對於有無殺傷力「請再予確認」（見原審卷第九十三頁），並未請求送法務部調查局「再予覆勘」。況扣案之爆裂物經引爆鑑定後，已無從再為第二次引爆鑑定。房順

據內容陳述意見或辯論，發揮保障被告訴訟權之效果。而提出時點是否導致訴訟延滯、或為有助真實發見之權利行使，應本於審、檢、辯三方共同維護正當程序之任務角色，亟思解決。法院應行準程序之義務，若程序調查未能完備，準備程序無法落實，兩造可能在審判期日攻防之間發生突擊，影響事實認定，迫使法院行職權調查，若未行調查遽採為論罪證據，此一瑕疵即未必適法。此外，若準備程序未能確實踐行證據開示、處理兩造對有關證據能力之意見、彙整分類準備程序中所不爭執之證據，而法官又以包裹方式為調查證據，顯然不符公平法院必須嚴格遵守程序正義之法規範要求，自不能以該等證據作為判斷嚴格事實之基礎⁷⁰。

第二款 觀審試行條例草案規定之新型準備程序

觀審試行條例草案強調使國民瞭解檢辯雙方之主張、陳述及攻防，配合調整訴訟程序，故將觀審審判案件與非行觀審審判案件，略為區隔，並認不宜在屬措施性之觀審試行條例草案中改變常態性之刑事訴訟基本原則⁷¹。而為行觀審審判創設對當事人明示爭點之義務與審判期日當事人啟始陳述等新規範，兩大新規性設計對審理程序可能造成之影響與程序正當性維護問題應予重視，準備程序乃集中審理之基礎，連帶影響審判期日，準備程度影響公民參與刑事審判之經濟性，為使觀審員在直接審理、言詞辯論的法庭活動中形成心證，觀審試行條例草案第 40 條規定由檢察官於準備程序中，向法院提出具體記載聲請調查證據及與待證事實關係等事項之準備程序書狀，以協助法院進行準備程序之必要，當事人明示爭點義務問題。

一、配套增設新型準備程序

草案第 42 條規定：辯護人對於檢察官主張證據之證據能力是否爭執，並不以起訴書記載者為限，倘檢察官於準備程序開始前，已經依第 40 條第 1 項提出

發上訴意旨以：原審未請法務部調查局再予覆勘，有調查未盡之違法云云。並非依據卷內資料執為指摘，顯非適法之第三審上訴理由。」

⁷⁰ 98 年台上字第 7408 號判決參照。

⁷¹ 人民觀審試行條例研制委員會第 6 次會議資料。

準備程序書狀者，其於準備程序書狀中所另主張之證據，亦應由辯護人於準備程序書狀中敘明對於其證據能力有無爭執之意見。兩大新設規定不但形成正當程序的挑戰，也隱藏對被告緘默權侵害之危險⁷²。當事人進行的訴訟構造下，法院儘可能不介入兩造提出證據及形成事實的過程，惟因行準備程序之必要，法官應即曉諭檢察官、被告或其辯護人就其主張之待證事項，分別聲明調查證據之範圍，整理爭點，以利擬定證據調查之順序及方式，並使兩造明瞭事實與法律主張，在準備階段即有明示爭點義務，準備程序既係審判程序之一部，但從現行刑事訴訟法第 273 條第 5 項規定準備程序之傳喚通知看來，並未規定強制辯護案件無辯護人到庭者，不得行準備程序，或可期待觀審試行條例草案第 40 條與第 42 條之規定有助全面提升辯護活動之密度，使辯護活動實踐範圍擴大，落實實質有效之辯護。

檢察官就被告犯罪事實，負舉證責任並舉出證明方法，故觀審試行條例草案規範檢方負有明示爭點之義務，與法理無悖，爭議之處在於被告受緘默權之保障，辯護工作亦不能與被告明示意思相反，被告受緘默權保障無答辯義務。以程序順利進行之司法利益為法理，在準備程序階段要求被告、辯護人有明示爭點義務是否影響辯護權、緘默權行使值得一併思考。其中涉及不自證己罪、緘默權保障範圍問題，在司法實踐過程不無爭議⁷³。被告不自我入罪之特權是持續性的權利狀態，無論後續訴追程序如何，此一特權可以對抗國家高權行為意圖引起被告自我入罪⁷⁴，被告與辯護人與檢方地位對立，在偵查中無武器平等，但在審判中對等攻防，如將準備程序定位為審判活動之始，表面上兩造同負明示爭點義務，似無爭執必要，且辯護人之地位具公益性，為司法利益，必須促進司法程序順利進行，惟辯護人對被告正當利益有照顧義務，協力被告攻防，使被告辯護權之行使與國家高權行為平行，對抗檢方舉證不足、主張無罪、免責、減刑，且被告係刑事程序之主體，至始自終同受不自證己罪特權之保障。依觀審試行條例草案之規定，要求被告及辯護人在準備程序即有明示爭點義務是否有礙不自證己罪、緘默權保障，有害被告辯護權之行使，值得密切觀察。

⁷² 陳運財，註 18 文，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，頁 31。

⁷³ Kimberly Cain Khomani, *Chavez v. Martinez: Do You Really Have A Right To Silene?* 54 *Cath. U.L. Rev.* 373,390-96, 400 (2004).

⁷⁴ *Chavez v. Martinez*, 538 U.S. 760, Kennedy, J., concurring in part and dissenting in part.

二、法院應行準備程序，作成審理計畫書

為避免發生審判期日空洞化之流弊，觀審審判案件適用新型準備程序，與現行刑事訴訟法第 273 條法院裁量決定是否行準備程序規定有別。觀審試行條例草案第 39 條第 1 項規定，法院應行準備程序之義務，以法官一人為受命法官，傳喚被告，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭，行準備程序，為下列各款事項之處理，並依整理結果，作成審理計畫書；此新型準備程序有利法院預估觀審審判之審理時間，於準備程序達成爭點集中、證據集中之目的，審判期日之訴訟程序始能進行連日、連續、密集且有效率之審理，觀審員亦能於審判期日直接經由參與證據調查而順利迅速形成心證。惟為訴訟經濟，仍宜區別被告是否認罪，分別準備程序之密度，由法院適當促進當事人準備訴訟之活動，法官曉諭檢察官、被告或其辯護人依序就其主張之待證事項分別聲請調查證據之範圍，以利法院擬定證據調查之順序及方式，使當事人或辯護人於相當期間內向他造開示其所聲請調查之證據，以利行使防禦之準備，作成有拘束力的審理計畫書，促進訴訟，觀審審判雖將準備程序法制化，但準備程序應使雙方當事人有效準備攻擊及防禦活動，並避免訴訟之遲延，關於審判期日聲請調查之證據，如何配套處理，且未設證據開示制度，並非妥適。

準備程序是觀審法庭審理活動能否發揮功效的重要關鍵，若準備程序無法落實，無法進行集中審理，恐使審理費時費日，也可能因之觀審員必須耗費更多時間理解案件事實。不論是應調查而未調查或無法調查，長久已來，事實審法院經常承受上訴審指摘審理未盡之批評，法律並未規定在審判期日之證據調查程序，當事人得否對異議處理聲明不服，準備程序若不能強化，上訴論斷未免失之過苛。日後亦不應歸咎因公民參與而使審判期日遲滯，耽誤妥速審判實效，而應注意研究法院行準備程序之成員數與權限如何，尤其是有關採用證據與否之判斷事項、範圍，檢討法院與當事人間之權利義務關係，不應忽視，篩選證據過與不及之問題，避免因不當篩選證據對發見真實造成障礙。

準備程序處理證據能力爭議係一艱難任務，卻也提供公民參與刑事審判協

力發見真實，評價證明力的容許空間，特別是審判實務對於準備程序調查認定處理有關證據能力意見不同，得否處理證據能力、在何種條件情境之下兼顧合理性與客觀性，分別處理，有探究之必要，實務認為受命法官於準備程序行其調查權⁷⁵，如此定位易使準備程序在實務運作流於形式，此外，實務也認為準備程序無適用強制辯護之規定⁷⁶，若被告不諳法律未及提出爭執，因之令負失權法效，未免有礙被告防禦權行使，但若允其於審判中再行抗辯，恐使審判期日延宕遲滯。故應強化辯護工作，要求辯護人參與準備程序，對證據有無證據能力表示意見；主張有無傳聞法則、證據排除法則、自白法則之適用問題，此外，證據調查之聲請；如聲請調查證據時，須說明與待證事實之關連性、調查範圍、次序及方法等程序踐行具法律效果⁷⁷，處處說明深化辯護工作之重要性。

三、本文見解

書狀審理並非公民參與刑事審判之常態，配合公民參與刑事審判，傳統書狀審理方式亟待改變，不宜以大量書類為呈堂證供，審判依循閱卷方式形成心證，實憑添公民審理負擔。各項證據應以交互詰問方式檢驗證據之證據能力與信用性，異議與異議處理成為檢驗證據之重要方法，使當事人主導異議，有效攻防。至於，如何確保被告辯護權之行使，落實直接審理，言辭辯論，有效進行交互詰問，協助審判者發見真實，法院於準備程序裁定證據能力有無之處理，辨明兩造有無爭執，應是準備程序之重要工作。

準備程序屬審判之一部，亦不應輕忽辯護人參與準備程序之必要，草案要求檢察官及辯護人皆應提出準備程序書狀，而未遵守該規定者，並不受「失權效」之不利益規範，且當事人仍得於審判期日聲請調查，如何督促辯護人履行提出書狀之義務，似可預期將是日後促進訴訟迅速進行之實踐重點⁷⁸。行觀審審判為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

⁷⁵ 96 年度台上字第 3418 號、第 7274 號判決參照。

⁷⁶ 97 年度台上字第 1150 號判決。

⁷⁷ 黃朝義，修法後準備程序運作之剖析與展望，月旦法學雜誌，第 113 期，2004 年 10 月，頁 12。

⁷⁸ 何賴傑，註 33 文，從德國參審制談司法院人民觀審制，頁 1128。

正確性與效率，故考量就證據之證據能力、調查必要性，先進行篩選與調查，於觀審試行條例草案第 43 條規定，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。裁定前，受命法官得為必要之調查。立法旨在避免觀審員因無法區辨證據適格問題，形成偏見，落實集中審理，但現行法對準備程序有關證據能力之裁定並無此規定，刑事訴訟法第 279 條規定，行合議審判之案件，為準備審判起見，得以庭員一人為受命法官，於審判期日前使行準備程序，以助審判程序進行，受命法官如何處理兩造對證據能力有無之爭議，也因此引發各界議論受命法官處理證據能力之權限、得否調查證據能力之疑慮，證據能力問題影響實體犯罪集中審理與審判程序以調查證據為核心之運作，如何避免無證據能力之證據進入審判庭，使參審公民受無證據能力之證據資料不當干擾，形成偏見，應是準備程序處理兩造對證據能力意見應予重視、解決之問題。

第三項 法院於準備程序裁定證據能力有無之爭議

關於證據能力有無之調查，不涉實質，究於準備程序或審判期日為之，討論極多⁷⁹，實務運作多使法院有自由斟酌之權，允法院先予調查⁸⁰。然而證據能力之所以產生爭執實與偵查程序正當性問題息息相關；不法偵查作為之情事與所得之不法效果，證據適格與否，若被告有所爭執，因自白有無任意性之判斷密接於信用性，法院須善盡證據調查職責，蓋因刑事訴訟法第 158 之 4 條有關違法蒐集證據排除與否並非絕對，而係由法院審酌人權保障與公共利益之均衡維護，依比例原則具體認定權衡為之，依權衡原則決定證據容許性必須妥當審查，特別是被告對案件有爭執之「疑案」、被告具有共同被告及污點證人之雙重身分時，證據能力之判斷更須慎重。

實務對證據能力爭議問題一向認為：「倘認容許其作為認定事實所憑之證據，對人權之侵害不大，又合乎治安之要求及現實之需要，自得認其有證據能

⁷⁹ 實務參考立法解釋，有見解認為，本條立法意旨在於當事人就證據能力有爭執時，允許法院先予調查，故法院有自由斟酌之權，參閱林俊益，受命法官處理證據能力之權限，臺灣本土法學雜誌，第 70 期，2005 年 5 月，169 頁以下。

⁸⁰ 97 年台上字第 916 號裁判、95 年台非字第 204 號裁判。

力」⁸¹。運作上，實務態度也傾向證據能力乃屬程序事項，既不涉及實體，自非僅止於聽取當事人等表示「有無」證據能力之意見而已，受命法官應予處理，並將處理結果提供合議庭審酌、決定，如有爭議，當包含就其爭議內容相關之查證，俾能將查得之資料提供合議庭判斷認定，以確實發揮省時、省事，先前準備之效能⁸²，本文認為，為貫徹直接審理原則，有助合議庭形成正確之心證，應區別證據能力之性質與類型，各為妥適處理，茲說明理由如下。

第一款 區別證據能力之性質與類型分於準備程序與審判期日處理

準備程序之目的在於爭點整理，排除預斷，進行公平審判，亦使審理程序順利開闔進行，故不涉實質調查，本於明案與疑案分流處理之原則；證據能力之爭議亦應依情況，區別證據能力之類型或性質，異其處理方式⁸³，形式上可觀察判斷與待證事實有無關聯之證據、不具證據能力、無調查必要之證據，皆可由受命法官於準備程序中聽取兩造對證據能力之意見，妥適處理，節省勞費，避免有害妥速審判。故有關證據能力之意見，法院得為必要之調查，並聽取當事人之意見後，裁定當事人聲請調查之證據不得於審判期日主張之。

為避免觀審員於審判期日參與審判時接觸之證據，摻雜無證據能力或無調查證據必要性，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，影響觀審程序，是以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，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，影響事實認定正確性或審理程序效率。觀審試行條例草案第 43 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。於裁定前，受命法官得為必要之調查。就司法利益而言此一規定使準備程序與審判期日之訴訟程序能各司其職，但卻與現行刑事訴訟

⁸¹ 100 年台上字第 4039 號裁判、100 年台上字第 6845 號 裁判、96 年台上字第 3617 號裁判、93 年台上字第 5356 號裁判、93 年台上字第 3953 號裁判，92 年台上字第 6921 號裁判、92 年台上字第 4770 號裁判。

⁸² 實務見解更認此與刑事訴訟法第 277 條受命法官得為搜索、扣押、勘驗，第 278 條得命主管機關就必要事項為報告之規定法理相通，參閱 99 年台上字第 1441 號裁判。

⁸³ 陳運財，註 18 文，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，頁 33。

法第 273 條第 2 項規定顯有不同，允受命法官傳喚相關證人到庭訊問，釐清當事人間爭執證據能力事由爭點，供合議庭判斷該證據有無證據能力⁸⁴，強調證據能力之有無，應於準備程序終結前裁定，以利後續審理計畫之擬定，惟此規定仍應考慮證據能力有無之爭議，應從客觀定其判斷基準，特別是涉及自白任意性調查之問題，應相對限制法官裁量權之作用，避免心證流於恣意，違反證據法則。

觀審審判以法官一人為受命法官，行準備程序，證據未經法院裁定認有證據能力或經裁定認不必要者，不得於審判期日主張或調查。受命法官不涉實質調查，對供述證據如何認定，宜綜合相關事證衡酌判斷，觀審試行條例草案前開規範之妥適性對實務運作造成的影響，實應審慎評估，雖然審判期日始行處理自白之任意性或違法搜集證據應否排除等有關證據能力之問題，不免造成訴訟之遲延，此外審判期日由合議庭調查自白任意性等問題，即使認為該證據無證據能力而予以排除，此時法院亦已因介入調查該項證據之內容，使心證受到污染，因此為促進審判期日迅速集中審理、貫徹預斷排除原則，強制規定法院於觀審審判準備程序終結前，就聲請或職權調查證據之證據能力有無為裁定，但是觀審試行條例草案規定聲請調查證據之必要性由法院職權裁定，法院認為不必要者，於準備程序終結前以裁定駁回，且未許抗告，嚴格限制當事人對前開處分不服之救濟權，此為缺點之一⁸⁵。再者，要求法院應於準備程序階段裁定證據之證據能力及調查必要性，則幾乎所有案件，法院皆有為此裁定之必要，源此有閱覽起訴卷宗之機會，如此運作可能不利限制閱卷之良法，也使受命法官與合議庭成員心證形成有別⁸⁶。

第二款 審判期日處理違法蒐證與自白任意性判斷問題

刑事訴訟法第 163 條規定揭發當事人調查證據主導權原則，兩造若對證據能力有爭執者，如何權衡涉及違背法定程序情節、違背法定程序時的主觀意圖、侵害犯罪嫌疑人或被告權益種類及輕重、犯罪所生危險實害、禁止使用證據對於預防將來違法取得證據的效果、偵查人員如依法定程序有無發現該程序之必然性、

⁸⁴ 觀審試行條例草案第 43 條第 2 項立法理由參照。

⁸⁵ 觀審試行條例草案第 43 條規定依同條第 1 項、第 2 項、第 4 項及第 5 項之裁定，不得抗告。

⁸⁶ 何賴傑，註 33 文，從德國參審制談司法院人民觀審制，頁 1129。

證據取得之違法對被告訴訟防禦不利之程度⁸⁷。權衡要件之判斷至關正當程序維護與偵查效性問題，如何解決違法取得問題之爭議，形成合理使用內容之具體指標，應許審判合議庭之公民與法官就個案情節，依證據資料使用目的，視其性質而分別決定。具體衡酌干預基本權利之手段與所欲達成實現國家刑罰權之公益目的是否相符，使之不違比例原則，忠實履行第一審事實審之審判義務，避免實務常見判決理由不備、調查職責未盡，理由矛盾之違法等疑慮。

此外，自白內容是否合理與論理法則、經驗法則有關，不應拘執供述內容之一貫性與統一性，須慎重從主觀情事與客觀條件考慮，若供述者其供述內容情節有所矛盾，從社會通念判斷，並無論理矛盾，當另藉經驗法則檢驗具體事實關係之妥當性分辨、承認其合理性⁸⁸，刑事訴訟是發見真實，判斷、決定真實的過程，亦須於此過程合理解決爭端，確認國家刑罰權。當事人主導程序進行的訴訟模式強調證明力在法庭由兩造交互詰問證人的過程中表現，公開審理是刑事訴訟程序的核心，無論公民是否參與審判，都不應由法官僅依偵查卷證資料獨為判斷，所有的證據都必須引用其原始形式，而非卷宗摘要⁸⁹，證明力、證明負擔、推定問題與解決實體不確定性有關，既有公民參與審判，若證據能力產生爭執、被告抗辯受刑求者，應容許觀審員就此爭執表示意見，與法官合議裁定適時進行調查⁹⁰。

第三款 正當程序之維護與偵查效果問題

從當事人參與程序進行之觀點而言，允許當事人參與證據調查，辯論證據之證明力，有助確保當事人訴訟利益，提高當事人訴訟行為之訴訟效用，更可減少實務審理未盡之憾⁹¹。刑事訴訟關於證據能力之有無，係屬程序法規範之事項，本文認為，證據能力之瑕疵得否治癒關乎發見真實與爭端實體解決，其評價合理

⁸⁷ 93 年台上字 664 號判例。

⁸⁸ 陳樸生，刑事證據法（重訂四版），三民書局，2002 年 5 月，頁 427。

⁸⁹ Mirjan R.Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* 82 (1986).

⁹⁰ 有關法院於準備程序裁定違法證據能力排除之問題論述，參閱陳運財，註 18 文，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，頁 33。

⁹¹ 陳樸生，註 88 書，頁 16-17。

性有正當程序與實質證據價值判斷兩難問題。違背法定程序取得之證據其排除或適用，至關公平審判之內涵與正當程序，違背法定程序取得之證據適用於審判未必即係忽略審判公平性，而必須注意處理違法證據未受排除於審判程序與公平審判之關聯，此乃憲法與刑事訴訟法所堅持之重要理念與所欲保護的人性尊嚴價值，使定罪或無罪之證據得受確信，國際人權公約肯定：違背法定程序取得之證據，應使兩造有機會在訴訟對抗程序中質疑挑戰，衡平國權與個人基本權保障之衝突⁹²，此一觀點受重視，從兩大法系證據法則合流，進行比較檢討，處理實踐爭議。

自白任意性、違法搜索、監聽皆是實務常見違背法定程序取得證據之爭議問題。自白性質屬供述證據之一類，將自白視為合理認定事實之資料本無不妥，惟其適用須具合理之證據內容，為保障自白內容之合理性，應求諸經驗法則與論理法則，使自白符合經驗法則與論理法則之妥當性，蓋供述一致無論理矛盾，反有虛偽之危險，而自白內容是否合理與經驗法則有關，故考察自白內容是否一致並非重點⁹³。有關自白任意性或違法搜集之證據應否排除等有關證據能力之爭議，當事人或辯護人本應有異議權，或認此問題應於第一次審判期日前之準備程序中聲明異議，由受命法官審查⁹⁴。

特別是準備程序裁定證據能力有無之問題涉及違法證據排除問題，依現行刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，法院得審酌權衡判斷是否排除，違法證據適用於審判與適法證據排除於審判之外，至關正當程序與公平審判權之確保，有必要聽取當事人、辯護人之意見，屬觀審試行條例草案第 43 條揭示「審判期日調查之證據，均應以有證據能力及調查必要性者為限」之原則，承前所論，違法證據排除、抗辯自白任意性問題，依現行刑事訴訟法之規定係由法官權衡，如何為合理之權衡，判斷人權保障與公共利益之均衡維護，事關司法正潔與嚇止不法，須充分考量及權衡各方現時及將來利益，實容公民參與判斷之空間。

⁹² John D. Jackson Sarah J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions* 188 (2012).

⁹³ 陳樸生，註 88 書，頁 426-427。

⁹⁴ 最高法院學術研究會編印，「刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度」法條化研究報告（下），最高法院學術研究會叢書（七），2001 年。

本文再次強調，證據能力之爭執與偵查程序正當性難脫干係，為預防將來違法偵查情事再度發生，並使檢察官履行所提證據具證據能力證據適格之實質舉證責任，審判程序行實體認定事實依非供述證據、供述證據種類之不同，形成心證。有關證據能力之認定，本係法院之職權範圍，法院若認證據能力爭執應審酌相關事證再行一併判斷，可容許法院於審判期日再行調查，由法官與公民共同審查，如此一來公民得因之重視正當程序維護之必要，亦督促偵查程序正當化⁹⁵，而以法官與公民本於論理法則、經驗法則共同考慮案件事實現象之特殊性，嚴格擔保證據裁判，約束心證恣意，亦避免所取得之違法證據成為誤判原因，解決刑事訴訟程序可能存在的結構性風險。

第四項 啟始陳述

啟始陳述 (Opening Statement) 與終結辯論 (Closing Arguments) 共同深植於當事人進行的訴訟傳統，更是判例法系的重要產物。啟始陳述可溯源於知名英國謀殺案 *Rex v. Orrell*，法院允許檢方為啟始陳述，陳述所有其欲主張證明之事實，此陳述方式引起司法體系注意，而將之適用於審判與上訴⁹⁶。在當事人進行的訴訟構造下，啟始陳述對刑事審判的重要性毫無爭議。美國實務界深信，啟始陳述造成先入為主 (Primacy) 的心理態度，五件案中有四件案子在完成啟始陳述之後陪審員就形成心證⁹⁷，或認為控訴案件完成啟始陳述的當下案件就算完成，更相信有百分之八十的美國陪審員在聆聽啟始陳述過程中對案件作成決定⁹⁸，亦即在有效的啟始陳述完成後，陪審員態度即有可能傾向當事人之一方，形成先入為主之印象，縱然審理活動持續進行，陪審員對啟始陳述的記憶最是鮮明，其判斷少因聽審而有所改變⁹⁹。

任何案件審判，啟始陳述都由檢方先行發動，辯方緊追在後，澄清檢方論述。啟始陳述在刑事審判中具溝通與說服之功能，必須明確、縝密，對檢辯雙

⁹⁵ 陳運財，註 18 文，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，頁 33。

⁹⁶ James R. Lucas, *Opening Statement*, 13 U. Haw. L. Rev. 349, 356 (1991).

⁹⁷ Harvey J. Lewis, *Feature: Anatomy of A Trial: Opening Statements: One Trial Lawyer's Perspective*, 48 LA Bar Jnl. 93, 93 (2000).

⁹⁸ Matthew J. O'Connor, *Opening Statement Restriction Gives Prosecution Head Start*, 56 J. Mo. B. 100, 100 (2000).

⁹⁹ Harvey J. Lewis, *supra* note 97, at 93.

方而言，不同的案件或悲或怒，可能依案件類別發動不同態樣的啟始陳述，使啟始陳述在判例法中形成心理性的過濾機制¹⁰⁰。在卷證不併送制度之下，審判者不依檢方卷宗資料形成心證，直接面對兩造，然而審判主體聽證的注意力有限，故啟始陳述有助將案件事實帶到審判庭前，引起陪審員之注意。歸納而言，美國陪審法制運作之下，啟始陳述具三大目的：首先，兩造透過啟始陳述與參與審判之公民建立合致意思，尋求公民參審者認同，作成妥適判決。次在最獲支持的觀點下說明事實與爭點，最後，依邏輯、次序建立證據圖象，引導公民作成支持己方之判斷。

以美國陪審經驗為例，在美國，啟始陳述不涉兩造在審判中所欲證明的實體爭點，事實係透過交互詰問而發見，啟始陳述在判例法系國家配合採陪審制，由陪審員認定事實的司法傳統之下，顯得重要是因陪審心證決定有罪無罪，影響訴訟成敗。就算檢方指證被告種種不法，只要辯護人能向陪審員清楚說明，未必對被告不利¹⁰¹，若在檢察官為啟始陳述之後無其他呈堂證據，辯護人更應在啟始陳述時告知陪審員，陪審員必須仔細聆聽法官曉諭，證明被告犯罪是否超越合理懷疑，故辯護人的啟始陳述是辯護人與陪審團彼此達成意思合致的重要過程。然而觀審條例為使觀審法庭能迅速掌握檢察官主張之待證事實、聲請調查證據之範圍、次序及方法、並能掌握待證事實與證據之相互關係，以利法官、觀審員實際參與審判，明定審判期日當事人啟始陳述問題，創設現行刑事訴訟法無明文規定之啟始陳述，雖使我國刑事訴訟構造更貼近當事人對抗之訴訟模式，卻與典型陪審所採啟始陳述方式不同，日後司法實踐更應考慮交互詰問如何落實之問題，單行觀審審判形式解決討論已久的卷證併送問題¹⁰²，未能落實踐行交互詰問，要在觀審成員面前拼湊審判真象，說服觀審法庭形成確信，並非妥適。

¹⁰⁰ Jeffery P. Robinson, *Opening Statement Become Opening Stories*, 30 *Champion* 18,18 (2006).

¹⁰¹ 例如當事人有犯罪前科，辯護人可向陪審團具實陳明，當事人當年方從高中畢業，因為竊車入獄服刑，已改過前愆，習得人生重要一課，現為國家好公民。參閱 Harvey J. Lewis, *Feature: Anatomy of A Trial: Opening Statements: One Trial Lawyer's Perspective*, 48 *LA Bar Jnl.* 93,95-96 (2000).

¹⁰² 觀審試行條例草案第 45 條規定：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。法官為處理下列事項，於必要之範圍內，不受前項規定之限制：一 行準備程序。二 第四十三條第一項、第二項之裁定。三 關於羈押、具保、責付、限制住居、沒入保證金、退保之裁定。

美國採陪審制，法官與陪審員各自分工，彼此並無干涉，陪審員職司認事，僅決定被告是否定罪，故美國實證研究認為：慷慨悲痛的啟始陳述對陪審員心證造成震撼影響，須由辯護人隨即澄清，兩造對抗，言詞交鋒，衡平中立聽審者對兩造的客觀印象，非無論據。但陪審與參審本質、意義、目的未必相同，我國將觀審審判之態樣定位為參審制¹⁰³，參審制之本質在於公民與法官溝通形成法律見解的過程，二者互為國家正當程序與個人訴訟權保障之擔保機制。若從被告防禦權保障觀點論之，觀審試行條例草案規定，檢方完成啟始陳述之後，要求辯護人同負啟始陳述義務，應就檢方主張之待證事實、聲請調查證據之範圍等進行說明，是否必要、或者因此有礙被告防禦權之行使¹⁰⁴，就司法實踐別具意義不應忽略，是故對被告、辯護人回應啟始陳述之規範更須合於觀審審判之程序意義，從參審實踐經驗觀察，啟始陳述的階段意義係為使審判者理解案件，而非說服法院，故以中立性言詞進行，闡明爭點為已足，無須激辯¹⁰⁵。在比較法上深具實踐歷史的丹麥採行陪審、參審雙軌制，只在陪審案件中，由檢察官依法進行啟始陳述，得同時以書面或言詞為之，方式不拘，若以書面為啟始陳述仍須於開庭時再次言詞為之，若遇有重大案件檢察官常以書面為啟始陳述，但法院不得要求辯護人於固定有限的時間之內，對檢察官所提之書面啟始陳述回應¹⁰⁶。

觀審審判引進啟始陳述，對審判者、檢方的重大變化與影響實不及對辯護人、辯護活動之深沉考驗。有效的書狀陳述與有效的言辭答辯，效果完全不同，言辭答辯係辯護風格，辯護人如何撼動陳述，傳達使公民印象深刻的啟始陳述，取代重視書狀先行，卷證併送的法庭活動，展現直接審理言詞辯論的當事人進行訴訟。觀審試行條例草案第 51 條規定，檢察官應向觀審法庭說明待證事實、聲請調查證據之範圍、次序及方法、聲請調查之證據與待證事實之關係。並於草案同條第 2 項規定，辯護人同就主張待證事實或聲請調查證據進行說明，是當事人進行訴訟體系對啟始陳述主張之事實陳述錯誤重要的制衡機制，如果在啟始陳述中，檢方主張聲請調查之證據與待證事實之關係未能具體證明、開

¹⁰³ 司法院新聞稿，人民觀審制是跨出人民參與審判穩健的第一步。

<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=98602> 最後瀏覽日 2012 年 9 月 13 日

¹⁰⁴ 陳運財，註 18 文，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，頁 31。

¹⁰⁵ Lars Bo Langsted, Peter Garde, *Criminal Law in Denmark 200* (3rd Revised Edition 2010).

¹⁰⁶ *Id.*

示，辯方可向陪審員說明對造主張不足採信，值得注意的是，雖然先人為主的印象影響陪審心證形成，但檢察官啟始陳述中的事實主張若不正確，容易被辯護人糾正，在美國，辯護人的啟始陳述若是錯誤，不易被察覺¹⁰⁷。然而無論美國或日本，因卷證不併送，以公判為中心，進行集中審理，啟始陳述屬調查證據之範圍，故檢察官於審判期日就調查證據為啟始陳述係檢察官之責任與義務，被告或辯護人基於防禦利益，無陳述義務。

本文認為，觀審試行條例草案改變卷證併送方式，復另設啟始陳述，除應強化辯護功能之外，行觀審審判更有必要配合區分明案、疑案，將程序分流處理，使雙審判主體有效溝通，協調彼此意見，針對疑案，實質增強當事人進行主導訴訟精神，善盡發見真實之使命，此外，觀審審判設計中間討論程序，期法官與公民有溝通之機會¹⁰⁸，觀審員並得於終局評議表意，此使公民參與審判之程序無分認事與量刑，種種觀審特質顯與陪審方式不同，且觀審員對審判並無表意、表決之權，觀審員心證如何形成亦無從得知，似無必要循判例法之陪審傳統，拘束辯護人須於檢察官啟始陳述後亦向觀審法庭為啟始陳述，除非，檢察官就被告前科、經歷、素行、性格情況向觀審庭詳加明，陳述有令審判者產生偏見預斷之虞，提早形成被告有罪之心證，可另使辯護人聲明異議即已足，無須使辯護人復細述與犯罪事實無關之事項，避免有害被告防禦權之行使。

第四節 刑事訴訟程序的牽動影響問題

拘束個人人身自由之處置，乃至生命權之剝奪，須依法律嚴格規範，係憲法第 8 條正當法律程序擔保個人基本權不受不法侵害之核心內涵，刑事訴訟法表現人權保障之正義與國家訴追程序正當性，應受憲法保障，故公民參與刑事審判法制之實踐，不宜定位為措施性法律，就程序另設規範，使被告所受訴訟程序規範保護密度發生落差。若要引進公民參與刑事審判，應處理現行法之下實務運作難處與滯礙問題，配合修正刑事訴訟法，使之與公民參與刑事審判制度對應實踐，刑事訴訟程序同軌發展，不致另生違反平等原則、正當程序、訴訟權保障之疑義。為使公民參與刑事審判程序與實務運作條件相合，審判妥速進行，應落

¹⁰⁷ Matthew J. O'Connor, supra note 98, at 100,101.

¹⁰⁸ 觀審試行條例草案第 50 條。

實集中審理，督促審判期日密集進行，以公判為中心形成心證，援此就論文研究心得與刑事訴訟法因實踐累積之問題，併同公民參與刑事審判之施行嵌合，針對偵查及追訴程序之影響、證據法則、上訴審結構調整定位等爭點問題提出修法大方向與原則性建議如下。

第一項 偵查辯護法制化

重罪參審是各國規範適用公民參與刑事審判之重要原則，由公民與法官共同擔保正當法律程序，使被告接受公平審判。觀察公平審判權之保障是否完整得從偵查開始，包括審判程序、上訴、直至判決確定¹⁰⁹。現行實務對偵查辯護之運作容許程度不同，法定陳述意見權亦因而受限，不免有害辯護權保障內容¹¹⁰，本文認為有必要將偵查辯護法制化，辯護人參與偵訊程序，除避免其他違法偵訊情境，亦可有助緘默權保障¹¹¹，強化被告程序主體地位。因為當被告面對檢察官在法庭前將證據一字排開，審理活動可能就只是機械式的讓被告與檢察官就關鍵性案情進行對質，而審判前的偵查程序也許早已決定了被告的命運，甚至審判庭活動也只是行禮如儀¹¹²，指定辯護、強制辯護制度擴張適用於偵查階段，不但可預防偵訊瑕疵，亦可期減少日後準備程序或審判中對證據能力有無之爭執，更可貫徹整體證據程序與證據評價衝突平衡的對立問題，有利公民與法官依經驗法則、論理法則專注評價證據證明力。

故強化辯護功能至為必要，指定辯護、強制辯護制度應擴張適用於偵查階段，並提供救濟擔保之機制，落實保障被告接受辯護人援助的機會。以緘默權

¹⁰⁹ See Lawyers Committee for Human Rights, See What is a Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice, March 2000, Lawyers Committee for Human Rights http://www.humanrightsfirst.org/pubs/descriptions/fair_trial.pdf 最後瀏覽日 2010 年 2 月 13 日。

¹¹⁰ 陳運財，台灣高等法院台中分院，101 年專題演講「論接受辯護人援助機會之保障」參考資料，頁 39 以下。

¹¹¹ 莊杏茹，正當法律程序下指定辯護制度之實踐，警察大學法學論集，第 20 期，2011 年 4 月，頁 182 以下。

¹¹² United States v. Wade, 388 U.S. 218, 224 (1967). Meredith B. Halama, Loss of A Fundamental Right: The Sixth Amendment as a mere "Prophylactic Rule", U. ILL. L. Rev. 1207,1209(1998). Brooks Hollan, Criminal Law: A Relational Sixth Amendment During Interrogation, 99 J. Crim. L. & Criminology 381, 384 (2009). 黃朝義，刑事訴訟法，一品文化，2006 年 9 月，頁 78。德國實踐也認為偵查程序是審判程序的轉軸器，參閱何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果（上）—以德國刑事訴訟法為觀察重點，政大法學評論，第 111 期，2009 年 11 月，頁 111。

保障為核心，聯結接見通信權、偵查在場權之適用，擔保犯罪蒐證所得不當發展為檢方推論性證據，發生公訴權濫用情事，確保正當法律程序。在當事人進行的訴訟理念下，公民與法官共同評價證據證明力，偵查不公開，面對檢察官密行偵查程序，被告接受辯護人援助機會之保障益顯重要，偵查程序是被告犯罪陳述開始的重要階段，偵查者對偵訊過程作成主觀記載，被告接受辯護人援助之機會自應肇始於此，不過偵查中的程序保障密度不如審判中完整，偵查中，應確立指定辯護法制，有助保護被告防禦權之行使，更可以避免違法偵查、濫權起訴等情事，確保人身自由免於不法侵害，落實正當法律程序。

第二項 起訴卷證併送問題

刑事訴訟法第 264 條之規定，檢察官提起公訴須載明犯罪事實及證據。案件繫屬法院後，辯護人即可聲請閱覽影印卷證，無辯護人之被告於審判中可預納費用請求交付卷宗筆錄影本，無論起訴前後有保全規定可用，相對於採卷證不併送之國家，要求兩造有效釐清爭點，防止突襲，另設證據揭示制度，以符合正當法律程序，公平審判之規定，實務現採卷證併送制度故無證據揭示問題¹¹³。惟卷證併送制度運作方式雖非國際法所不許¹¹⁴，或外國立法例所少見，但卻與我國刑事訴訟制度改採當事人進行模式之訴訟理念扞格。蓋偵查卷證未經檢驗，陳述者的知覺、記憶是否可信仍存疑慮風險，使審判者在審前提前接觸偵查資料，恐形成心證預斷¹¹⁵，特別是檢察官在審判中負實質舉證責任，卷證併送不能視為檢方已踐行舉證責任¹¹⁶，若審判者因接觸書狀資料，承續檢方心證，不免有偏審判中兩造武器平等對抗之公平審判原則，此外，刑事訴訟法修法既強調

¹¹³ 朱石炎，刑事訴訟證據揭示之探討---起訴案件卷證不併送之配套制度，司法院「起訴狀一本主義相關問題諮詢會議」所提出書面意見，2008 年 9 月。

¹¹⁴ 國際刑事法院程序及證據規則第 47 條 B(Rules of Procedure and Evidence Rule 47(B)).

¹¹⁵ 卷證併送之運作是否造成審判者形成預斷討論已久，審判者是否因先行接觸偵查資料形成預斷，本文無意於此深論，但須說明偵查卷宗所載傳聞書面與情況證據不利審判者對供述任意性的判斷，特別是在職權主導程序進行的訴訟構造下，法官認定事實之心證形成，若非源自於公開審理活動，而係接續偵查所得「證據」，而預先形成其心證者，此種處理證據的態度與當事人對抗進行主導訴訟，分別由陪審團認定事實，法官控制證據產出的審判方式有極大的不同，大陸法系審判者面對傳聞證據的態度明顯比判例法系寬鬆許多，從程序適正的觀點深入反省，所謂預斷排除要藉審判者在流動的訴訟程序中依自由心證為擔保，並不容易。

¹¹⁶ 陳運財，刑事訴訟之舉證責任與推定，收錄於刑事證據法則之新發展--黃東熊教授七秩祝壽論文集，學林文化，2003 年 6 月，頁 460。

朝向「改良式當事人進行」模式發展，有必要區別刑事訴追偵查資料蒐集與審判調查證據，聯結適格證據與判斷確信，落實檢察官之客觀義務，協助法院發見真實¹¹⁷。刑事訴訟之舉證責任與推定，不應流於形式或藉書類審查完成，如何使推定正當化，應思考現行實務法定起訴程式與訴訟理念落差如何配套調整，釐清檢察官舉證、說服責任、無罪推定與規範法院職權調查義務之妥適性，由公民參與督促檢察官應證明之刑罰權存在及其範圍之事實，「導正社會仍存有之預斷有罪舊念，並就刑事訴訟法保障被告人權提供基礎」¹¹⁸。

刑事訴訟法雖明定檢察官就被告起訴事實負實質舉證責任，惟第 264 條第 3 項規定卷證併送的起訴程式，實與當事人對抗的訴訟理念不符，也造成訴訟攻防活動的武器落差，為貫徹無罪推定、排除預斷及維護公平審判的訴訟核心價值，修法改採起訴卷證不併送，雖為立法院 96 年修正通過刑事訴訟法第 284 條之 1 決議內容之一，且受議論已久，偵查、起訴、審判、救濟層累相扣的正當程序實踐問題，均可直接或間接溯及於起訴時偵查卷證是否併送的關鍵問題。為避免審判者於開庭前閱覽卷宗及證物，致對案件有所成見，應以卷證不併送之規範嚴格區分偵查與審判階段，釐清追訴者與審判者角色，禁止檢察官於起訴書中援引記載足以引起法院偏見心證之內容，使舉證責任規範明確，也使審判範圍明確，除非法院認有足以影響判決結果之證據存在，且有調查可能，因發現真實之必要，法院得居於補充性地位主導調查證據，否則不宜依職權過度介入。

本文認為若改採卷證不併送，法院證據調查之責任與檢方證明責任相互對應，而非此消彼長，蓋法院對被告負照顧義務，檢察官對被告有利不利一律注意，刑事訴訟法對偵查正當性已設諸多擔保機制¹¹⁹，然而自白在實務審判具重大意義，也因此幾成為偵查重心，偵查訊問取供是否陷於侵害自白任意性之危險，逾越比例，其弊影響無罪推定原則之實踐，偵查強制力不利對無辜被告的保護，不得不慎¹²⁰，提醒世人刑事訴訟不能不計代價以求真實發見，決疑斷獄，避免誤判

¹¹⁷ 朱石炎，論證據調查，兼論最高法院刑庭 101. 1.17 決議，司法周刊，第 1581 期，2 版，2012 年 2 月。

¹¹⁸ 參閱民國 92 年刑事訴訟法第 154 條修正理由。

¹¹⁹ 陳運財，註 116 文，刑事訴訟之舉證責任與推定，頁 466。

¹²⁰ 朱朝亮，緘默權之研究，收錄於刑事證據法則之新發展--黃東熊教授七秩祝壽論文集，學林文化，2003 年 6 月，頁 317-321。

才是司法為人民信賴的主要價值。公開審理、直接審理正是為了檢驗、擔保、督促合法調查證據之程序，故審理活動應重視證據調查之過程，判決應以有證據能力之證據，經合法調查，方得為判斷之依據，形成客觀認事用法之基礎，此係採卷證不併送之主要理由，更是正當法律程序無所偏頗的實踐內涵。

依刑事訴訟法第 267 條規定，實務運作皆肯認起訴事實係潛在犯罪事實，故起訴之效力具潛在擴張性的公訴事實關係，由法院審理認定有無不可分之關係，法官依第 300 條之規定可代追訴者變更起訴法條，審判者中立聽審，其職權探知證據之義務，應係補充性質，審判中法官逕行變更起訴法條，無疑提早公開心證，認定被告有罪，現行法規定不利被告防禦權之行使，也使被告之攻防對象由檢察官轉為審判庭，實有違被告受公平審判權利，有必要以明確訴因罪數確定審判範圍，避免突襲裁判，不利防禦之公平性，起訴書之起訴效力部分，即審判之範圍應採行「訴因」¹²¹。檢察官起訴書應具體指摘構成特定犯罪事實之日、時、處所及方法，同時，該項具體事實具拘束審判者效果，除起訴事實同一性之範圍內，經檢察官向法院變更訴因，否則法院不得逕行變更法條就未經起訴之訴因而為判決¹²²。

第三項 案件分流進行準備程序

採行公民參與刑事審判應先行準備程序，準備程序之整理結果係集中審理之基礎，而除落實本案犯罪實體集中審理之外，亦可避免審判期日參審公民可能受到無證據能力之資訊不當干擾，形成偏見，惟現行刑事訴訟法規範密度仍有未足，在預斷排除與當事人進行原則運作之下，準備程序應由當事人主導進行，係其權利，亦屬其義務，本文認為，訴訟程序進行應依被告、代理人及辯護人對檢察官起訴事實是否為認罪之答辯，分流區分處理被告不認罪之疑案與被告認罪之明案，若被告認罪，依現行刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 2 款之規定，決定適用簡式審判程序或簡易程序，簡化證據調查程序，放寬傳聞法則之適用，惟被告

¹²¹ 訴因問題複雜且未與本文研究主題直接相關，不另論述，僅此簡要說明。

¹²² 修正刑事訴訟法部分：第 264 條第 2 項第 2 款、第 267 條、第 300 條；增訂第 264 條之 1，修正內容參閱立法院第 8 屆第 2 會期第 3 次會議議案關係文書，立法院議案關係文書院總第 161 號，提案第 13936 號資料，101 年 10 月 3 日印發。

不認罪之疑案應周延進行準備程序，為促進訴訟，補充現行法之不足，有必要明訂失權效規範，要求檢方提示證據清單，使準備程序成為強化妥速審判之有利條件，茲簡要分述現行狀況、進行準備程序應明確處理之證據清單、證據開示、失權效果規範如下。

第一款 證據揭示原則、證據能力爭議與失權效果之規範

一、公判前準備程序與證據開示

現行刑事訴訟法並未強制規定審判必須先行準備程序，使準備程序未能落實發揮功能，因此實務上常見當事人或辯護人未於準備程序聲請調查證據、或於準備程序聲請調查之證據承認有證據能力，當事人並未就其證據能力聲明異議，日後另以判決不適用法則及理由不備之違背法令提起第三審上訴，主張法院調查未盡，形成拖延訴訟之空間，證據調查主張之時點係實務常見訴訟遲延之原因¹²³，若將該證據用以攻擊防禦，係訴訟勝敗關鍵、即時提出終結審理，不須另行上訴爭執救濟，有助司法經濟，保全事證無滅失風險，本是當事人的努力義務，在刑事妥速審判法實施之後，保障被告速審權與審級利益已有具體規範保障，第一審事實審法院直接承受「合理審判期間」的壓力，積極有效指揮訴訟，督促兩造武器平等攻防，是法院重要的客觀義務，如何使審、檢、辯三方關係衡平，避免兩造自由提出調查證據時間與次序、審判期日分割、以分割審理及依辯論所載之筆錄下判決，破壞事實審重要的直接審理、言論辯論的集中審理過程，使審判心證形成破碎，有效指揮訴訟是準備程序的重要工作。

為使審判充實迅速，案件繫屬於法院後、第一次審判期日前，法院行準備程序整理訴訟爭點之外，日後若修正卷證併送方式，則檢察官須於準備程序提交待證事實資料，載明偵查所得之各項證據方法及其待證事實之關係，將該等證據向辯方揭示¹²⁴。而法院本其訴訟上之地位，在不違背法規明文或訴訟基本架構之

¹²³ 100年台上字第3306號判決、94年台上字第5466號判決、101年台上字第955號判決、100年台上字第1732號判決、100年台上字第5137號判決。

¹²⁴ 日本立法採起訴卷證不併送，並於2005年實施證據開示制度，有關該國證據揭示規定參閱日

限度內，須依適切之裁量而為公正之訴訟指揮，並有謀求符合目的而進行訴訟之權限與職責。原案於進入證據調查階段後，經辯護人表示具體必要性，提出命檢察官給予閱覽一定證據之意旨時，法院於審酌案件之性質、審理之狀況、請求閱覽證據之種類及內容、閱覽之時期程度與方法、以及其他情事後，如認其閱覽於被告之防禦係特別重要，尚無招致湮滅罪證、威迫證人之弊害，且係相當者，法院基於訴訟指揮權，得命檢察官使辯護人閱覽檢方所持證據¹²⁵。

二、證據能力爭議問題

另一方面，現行實務審判期日分散之情況也必須有效解決，落實集中審理，使公民參與刑事審判之審判期日經濟，行準備程序，應依整理結果，作成審理計畫書，但關於違法蒐集證據之排除以及被告自白任意性之判斷，法院如認為有綜合其他證據一併審酌之必要者，於聽取當事人及辯護人意見後，得於審判期日進行調查¹²⁶。準備程序使當事人等得以知悉證據內容，陳述有關證據能力之意見；法院分別分類彙整當事人等有爭執及不爭執之證據，區分明案與疑案之適用程序與準備密度，供為後續審判程序行實體調查證據之用，有助集中審理。基於當事人對立之訴訟原理，證據直接性與當事人間的關係密接，賦予當事人對他造當事人提出證據之異議權及法院對聲明異議之裁定權、處分權自是必然¹²⁷。

現行法未仿美國制度設及時抗告之規定，係考量實務運作條件與抗告成本。若採即時抗告制度未必有利第一審妥速審判，上訴制度亦未限制檢察官對無罪判決提起上訴，故上訴審審查仍得以檢察官舉證責任為審查客體，為避免

本刑事訴訟法第 316 條之 13 至 316 條之 27。

¹²⁵ 朱石炎，註 113 文，司法院「起訴狀一本主義相關問題諮詢會議」書面意見資料。

¹²⁶ 註 122，立法院第 8 屆第 2 會期第 3 次會議議案關係文書第 161 號，刑事訴訟法部分條文修正草案第 273 條以下。

¹²⁷ 同前註，立法院第 8 屆第 2 會期第 3 次會議議案關係文書，立法院議案關係文書院總第 161 號，刑事訴訟法第 273 條修正條文修正意見：當事人或辯護人對他造聲請調查之證據，認無證據能力者，應於第一次審判期日前，聲明異議。逾期聲明者，除因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序聲明，或不審查其異議顯有違公平正義者外，法院得逕以裁定駁回之。前項情形，法院應於第一次審判期日前，就聲請或職權調查證據之證據能力有無為裁定。但關於違法蒐集證據之排除以及被告自白任意性之判斷，法院如認為有綜合其他證據一併審酌之必要者，於聽取當事人及辯護人意見後，得於審判期日進行調查。

預斷形成，承審本案之法院不應於第一次審判期日前逕行調查蒐集本案證據，依明案疑案分流慎斷之處理方式，被告若就起訴事實為無罪抗辯之案件，並對供述證據、自白之任意性有爭議者應由法院於審判期日進行調查，以裁定決定證據是否適格。特別是關於審判期日聲請調查之證據，自應預先開示予他造當事人。檢方亦應向法院提示起訴案件證據一覽表，使檢方將預於審判期日聲明調查之證據在相當時間內預先開示於被告或辯護人¹²⁸。

三、失權效規範

刑事訴訟法規定檢察官負客觀性義務，對被告有利不利一律注意，故檢方開示之證據清單無論對檢方起訴之案件是否有利，所有相關之證據清單皆有開示必要。而辯護人應於相當期間內聲請調查他造所開示之證據，以利行使防禦準備，若逾相當時間辯護人未聲請調查應令負失權之不利後果，蓋依推定假設之定則，應使兩造之一方負訴訟遲延責任以對抗突擊，也反映在比較法實踐經驗上存在的事實，遲延提出證據調查之一方反而不利審判者對其所持心證¹²⁹，值得深思。為使準備審判之程序確能收到迅速集中審理之目的，避免當事人或辯護人拖延訴訟，有必要明定當事人或辯護人違反聲請調查證據規定之失權效果¹³⁰，惟審判期日始聲明異議之證據，係因發見在後或有不可歸責於當事人之事由，而不及於準備程序聲明者，或法院依職權判斷倘不准其聲明異議，有害公平正義之維護，法院仍應就當事人聲明異議為審查。

第二款 準備程序中應確保被告受辯護人援助之機會

配合法制化之證據開示程序，檢方負實質舉證責任，辯護人則依檢方提示之證據清單具體準備答辯防禦，形成訴訟法律爭點，以促進訴訟，有助真正落實無罪推定原則。從刑事訴訟法第273條第5項規定看來，現行法並未規定強制辯

¹²⁸ 同前註，立法院第8屆第2會期第3次會議議案關係文書，立法院議案關係文書院總第161號，刑事訴訟法部分條文修正草案第273條之3。

¹²⁹ Langsted, Lars Bo Langsted, Peter Garde, *supra* note 105, at 194.

¹³⁰ 陳運財，直接審理與傳聞法則，五南出版，2001年11月，頁12；立法院第8屆第2會期第3次會議議案關係文書，立法院議案關係文書院總第161號，提案第13936號資料，刑事訴訟法部分條文修正草案第273條，101年10月3日印發。

護案件無辯護人到庭者，不得行準備程序，實務亦認準備程序與審判期日應踐行之直接調查證據或辯論等程序迥然有異，雖辯護人未到庭，仍得行準備程序¹³¹，但為落實妥速審判，應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及效率，故法院應於準備程序區分證據能力之爭議類型與性質，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。從保障被告防禦權行使之立場論之，行審判前之準備程序，被告應有辯護人之協助，若被告未選任辯護人者，審判長應為其指定辯護人¹³²，否則依刑事訴訟法第273條第2項規定；法院於準備程序中認定無證據能力者不得於審判中提出，可能對被告防禦權致生不利，特別是檢方掌有重要證據，可能影響無辯護人協助之被告，難行防禦準備，有悖於正當法律之實質內涵。

承前所述，本文認為區分被告認罪之明案與不認罪之疑案，分流進行準備程序，整理爭點，區分有爭執部分與無爭執部分，妥善作成有拘束力之審理計畫書，有利審判妥速進行，也再重申，當事人進行的訴訟理念下，卷證併送與證據開示、證據法則必須與訴訟結構配合調整，方是符合正當法律程序精神，實踐無罪推定之積極作為。茲說明證據揭示原則、證據能力爭議與失權效果之規範等結構性問題意見如下：一、關於證據能力之聲明異議程序，準備程序中，如當事人或辯護人認為他造聲請調查之證據，有刑事訴訟法規定不得作為證據之情形、或重覆提出聲明或有其他不當情形者，得向法院聲明異議，由法院審酌該項證據得否容許提出於審判期日調查，以促進本案審理期日之訴訟進行，同時避免審判期日因審查有關自白任意性或證據排除等之爭議時，其心證受到不適格證

¹³¹ 97年台上字第6886號裁判謂：「準備程序處理之事項，原則上僅限於訴訟資料之聚集及彙整，旨在使審判程序之密集、順暢進行預作準備，非唯與審判期日應踐行之直接調查證據或辯論等程序迥然有異，且刑事訴訟法亦無強制辯護案件無辯護人到庭者，不得行準備程序之規定（刑事訴訟法第二百七十三條第五項規定參照）。乙○○所犯與公務員甲○○共同違背職務收受賄賂罪名固屬強制辯護案件，原審行準備程序時，審判長指定之公設辯護人雖未到場，然該公設辯護人於審判期日業已到庭，且原審準備程序及審判期日對乙○○詢以：「尚有何證據請求調查？」時，乙○○均回答：「沒有」，有各該筆錄在卷可稽（見原審更四卷第一宗第七十七頁背面、第三宗第四十四頁），則原審準備期日時其指定之公設辯護人雖未到庭，或公設辯護人未與乙○○討論案情，仍無礙其訴訟防禦權之行使，顯然於判決本旨無任何影響，自不得執為合法之第三審上訴理由。」

¹³² 行公判前整理程序，被告應有辯護人之援助。被告未選任辯護人者，審判長應為其指定辯護人，值得我國深思，參閱陳運財，論日本刑事司法制度之改革研究報告，東海法學，第20期，2004年6月。

據之不當影響¹³³。二、增設當事人未於準備程序聲請調查證據之失權效規定¹³⁴。三、增設證據開示制度，檢察官基於客觀義務應提示證據清單，在當事人進行對抗程序中，兩造互負證據開示之責任，因卷證不併送。被告無從知悉，以致未能及時主張或請求揭示，遂受有罪判決，顯失公平，因此，即使辯方並未主張或請求，檢方仍應將該項具有重要性之證據予以揭示，以符正當程序¹³⁵。惟檢辯兩造行證據開示，係為預防檢方將有利證據隱不提交，避免辯方突擊，其範圍採取列舉方式，但不涉細目，蓋證據開示係為貫徹武器平等原則，促進訴訟，在審判期日有效攻防，避免產生不同審判結果之合理的可能性(Reasonable Probability)，而非提前檢驗證據。

第四項 證據法則問題

證據法則之發展與訴訟制度、證據調查方法具相當關聯，歐陸法系與判例法系就刑事訴追程序的差異極大，特別是在偵查階段，歐陸法系傳統下，檢方偵查蒐證具有強大的國權基礎，國家職權進行的訴訟體制就證據發展與提示居主導地位，審判者依序控制證據產出，法庭活動著重檢驗偵查所得之證據，安排兩造當事人提出證據、如何詰問證人，相對於當事人進行模式，兩造自主發見真實之表現，歐陸法系訴訟理念被認為較為有助司法審判評價¹³⁶。在判例法系，傳聞證據法則之發展係對陪審不信任之產物¹³⁷，由當事人主導訴訟進行，兩造對抗訴訟理念，進行陪審審判，為確定事實發見者不受外來資訊干擾，第二手的知識經驗不致誤導陪審員，因陪審員參與法庭審理，證明力的方式並非中立存在，而是在兩造對立辯證過程中本於當事人的利益各自向陪審團表現，兩造關心有無虛無不實的陳述影響事實認定，**在審判過程中平等攻防，挑戰證據信用性。**

從陪審實踐觀察，陪審員聽取大部分真相，而非全部真相，也可能將未開

¹³³ 註 122，立法院第 8 屆第 2 會期第 3 次會議議案關係文書，立法院議案關係文書院總第 161 號，刑事訴訟法部分條文修正草案第 273 條第 2 項。

¹³⁴ 同前註，立法院第 8 屆第 2 會期第 3 次會議議案關係文書，立法院議案關係文書院總第 161 號，刑事訴訟法部分條文修正草案第 273 條之 8。

¹³⁵ 朱石炎，註 113 文，司法院「起訴狀一本主義相關問題諮詢會議」書面意見。

¹³⁶ Sean Doran, John D. Jackson, Michael L. Seigel, Rethinking Adversariness in Nonjury Criminal Trials, 23 Am. J. Crim. L. 1 (1995).

¹³⁷ Mirjan Damaska, Of Hearsay and Its Analogues., 76 Minn. L. Rev. 425, 428 (1992).

示資訊與內情一致之資料想像聯結，或想像此一資訊之存在，這些都是陪審團認定事實過程可能存在的危險¹³⁸。在審判者中立聽審的訴訟理念下，傳聞法則與反詰問權保障同屬當事人進行原則的核心要素，卷證不併送與反詰問權保障具有密不可分之關係，自屬當然，遮斷偵查與審判心證之連接，採行起訴時卷證不併送，對於確保被告反對詰問權具有重要意義。為貫徹審判公平性，使認定事實者之心證形成，較具預測可能性並充分滿足當事人詰問的機會，應在卷證不併送的前提之下使當事人進行交互詰問¹³⁹，有利公民在審判中觀察證人態度，判斷證言的可信性¹⁴⁰。

傳聞法則在判例法系與歐陸法系的訴訟理念、訴訟構造之下有不同的適用原因與根據。歐陸法系未似判例法系建立複雜細密的證據法則，拒卻傳聞證據。現行偵查活動係大規模地對證人與犯罪嫌疑人進行調查偵訊，透過偵訊形成筆錄等書類資料，卷宗資料在檢方起訴後由合議庭法官閱覽審理，合議庭因閱覽起訴卷證可能形成對被告有罪之心證，惟偵查中訊問證人，係為調查被告犯罪嫌疑輕重，決定是否提起公訴，其中或涉虛偽誘導、錯誤誘導、記憶誘導，故證人與被告也極有可能在法庭中翻供，做出與偵查中不一致的陳述。證人陳述不一原因極多，記憶錯漏非亦無可能，實務認為，證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院仍得本其自由心證予以斟酌，而認取捨證據及證據證明力判斷係審判職權行使¹⁴¹，法院採用證言，應以言詞訊問為原則，證人以書面代替當庭之陳述，有違直接審理原則，要難生證言效力，為確保證人真實性之回答，法院不應參照檢方訊問為調查方法，在那一個訴訟階段，依據證據形成何種證明程度，決定定罪與否，要符合基本的證明標準，司法證明要為國人信賴倚重，至應審慎處理此一問題，容由公民參與判斷該證據是否與待證事實有重要關係，在客觀上有無調查必要，而非倚重筆錄，決定書面證據可信性與必要性。

兩大法系對證據法則合流發展的共識，乃是證據證明力應在公開的審判程序

¹³⁸ Richard O. Lempert, Narrative Relevance, Imagined Juries, And A Supreme Court Inspired Agenda For Jury Research, 72 Int'l Rev. Penal L.411 (2001).

¹³⁹ 陳運財，直接審理與傳聞法則，五南出版，2001年11月。

¹⁴⁰ *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237, 242-43 (1895).

¹⁴¹ 最高法院 93 年台上字第 3031 號刑事判決參照。

中獲得證明，而非在秘密的偵訊程序中獲得證明¹⁴²。同具歐陸法系傳統的德國與法國依直接審理言詞辯論原則，配合考量相關證據，在限制性條件下容許傳聞證據¹⁴³，但在歐陸，同屬歐陸法系的荷蘭、匈牙利早已明文拒卻傳聞證據，而同屬歐陸法系，並採參審制的義大利則在刑事訴訟制度改革後，明確禁止傳聞證據¹⁴⁴。是故從比較法觀察，歐陸法系國家採行公民參與刑事審判制度，依直接審理言詞辯論原則，未能以對抗式的交互詰問方式，配合考量相關證據，而於限制性條件下，在發見真實與避免傳聞危險之間取得衡平¹⁴⁵，例外承認傳聞具可信性，容許傳聞證據確係一大考驗，但仔細對比學理研究與比較法經驗，例外容許傳聞為證據，並非法所不許，採行公民參與刑事審判制度之後，如何基於程序之適正性，考量供述價值之可信性與適用合理性，規範傳聞容許要件，限制傳聞證據之適用，避免傳聞危險，當是我國實踐判斷適用傳聞例外之類型化原則。

第一款 貫徹檢察官實質舉證責任

檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，此應包括調查之途徑，與待證事實之關聯及證據之證明力等事項¹⁴⁶。現行實務問題主要在於審判期日片段分散，未能密集連續進行集中審理，不過此種方式不利證人出庭，庭期也對證人造成身心造成負擔，導致審判已在審前閱卷，心證判斷由起訴卷證支持引導，似難區辨何種事實尚待澄清，形成審判過度倚賴信任起訴卷證之現象。前開問題狀況與經驗現象互為因果，致使審判活動只是決定起訴卷證資料之證明力程度，而非發見真實。採行公民參與刑事審判與訴訟結構、證據調查模式具對應互補關係，從證據法發展而言，承羅馬法傳統，國家高權調查之證據主導判決證明力之發展，以法律控制證據證明力的方式，在法國大革命之後已有

¹⁴² Jeremy A. Blumenthal, *Shedding Some Light on Calls For Hearsay Reform: Civil Law Hearsay Rules in Historical And Modern Perspective*, 13 *Pace Int'l L. Rev.* 93,95 (2001).

¹⁴³ *Id.* at 100; Richard S. Frase, *Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do The French Do It, How Can We Find Out, And Why Should We Care?*, 78 *Calif. L. Rev.* 539, 677-78 (1990).

¹⁴⁴ Ennio Amodio & Eugenio Selvaggi, *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, 62 *Temp. L. Rev.* 1211, 1223 (1989); Mirjan Damaska, *supra* note 137, at 425 ; Jeremy A. Blumenthal, *supra* note 142, at 100.

¹⁴⁵ 陳述者之忠誠、非出於第一手知識的認知、不復記憶、記憶錯誤等傳統三種傳聞危險參閱 Charles T. McCormick, *McCormick on Evidence* § 245 (John W. Strong ed., 4th ed.1992).

¹⁴⁶ 最高法院 100 年度第 4 次刑事庭會議。

重大修正。立此當代觀點，歐陸法系國家亦調整審判者與證據方法之關係，回應證據法則之發展變化，重視兩造對抗，強調聽審者中立評價¹⁴⁷，我國刑事訴訟法規定檢察官就被告犯罪事實，負實質舉證責任，並指出證明之方法，審判旨在判斷證據憑信，法院只得依職權補充性介入，現行刑事訴訟第 163 條第 2 項但書規定，為維護公平正義之重大事項，法院應依職權調查證據外，法院無庸裁量主動依職權調查證據，惟審理中發見，案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院得依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請，為落實法院照料與澄清義務，應刪除第 163 條第 2 項但書規定，當追訴者於調查證據程序結束，無法證明被告有罪時，法院無負職權調查之義務，得逕行判決被告無罪¹⁴⁸。

第二款 傳聞證據例外適用之容許要件應修法限縮

審判處於衝突解決程序，審判者應保持空白心證，受兩造證據提示與辯論之指導，是以陪審制度被認為有助開放兩造法庭對話，治癒任何司法糾問傾向¹⁴⁹。此一論點也指出我國刑事訴訟程序起訴卷證是否併送的根本問題。我國繼受歐陸法系訴訟傳統模式，法院向依職權主導訴訟進行，分配決定調查證據之範圍、程序方式。卻在證據法核心採英美法的傳聞法則¹⁵⁰，認為法官得持中立開放的態度，面對檢方在偵查階段調查事實作成的起訴卷證，致使兩造在法庭中過度集中回溯解釋偵查供述過程的實體記錄，與直接審理之訴訟理念有所出入，雖亦採交互詰問制度，但審判者已詳閱起訴書卷，心證不免為大量偵查供述動搖，或無心再聽取兩造進行交互詰問內容，限縮被告對質詰問權，擴張書證效力，以之取代直接審理與言詞辯論的法庭攻防，可能實然影響刑事訴訟程序可信性的擔保。

現行刑事訴訟法第159條之1第2項大幅容許檢察官於偵查中訊問證人之陳述

¹⁴⁷ Mirjan Damaska, supra note 137, at 443-445.

¹⁴⁸ 註 122，立法院第 8 屆第 2 會期第 3 次會議議案關係文書，立法院議案關係文書院總第 161 號。

¹⁴⁹ Mirjan R. Damaska, supra note 89, at 88.

¹⁵⁰ 林俊益，註 53 文，我國傳聞則之研究。

作為法庭證據，此一規定使大量的偵查資料成為適法證據，不利被告詰問權保障，使傳統判例法系與歐陸法系證據法則合流問題在我國充滿爭議，法官逕以檢訊筆錄之調查為事實認定之基礎，容以書面陳述代替言詞，自是違反直接審理原則¹⁵¹。從證據法之發展而言，承羅馬法以來國家高權調查之證據主導判決證明力之發展，以法律控制證據證明力的方式，在法國大革命之後已有重大修正。立於此當代觀點，歐陸法系國家亦調整審判者與證據方法之關係回應證據法則之發展變化，重視兩造對抗，強調聽審者中立評價¹⁵²。現行傳聞法則例外規定過於寬鬆，未經完足調查或補強，過度開放偵查筆錄卷宗適用於審判，隱有動搖憲法正當程序保障之虞¹⁵³，應儘速修正。

我國雖不似判例法國家以嚴格的證據法則規範傳聞法則容許性問題，但建立傳聞法則例外之實踐必須明確，以確保真實發見與程序公義。傳聞法則例外被適用的風險過高，因為傳聞本身也可能係錯誤，但在現行法運作下，傳聞例外之認定未受明確規範，例如，若只是因為認為人之將死其言也善，故可信其所言為真實，似乎只是主觀的心智印象，該陳述內容未經交互詰問之檢驗，不應完全肯定其證據適格性，死前陳述是否具有特信性、得以適用，宜考慮觀察所有相關證據之說服性，對照參考的情況證據保證人之將死之陳述為判斷¹⁵⁴，供述不能之證據事關事件真實，由審判者中立評價證據之理念使傳聞例外之實踐與公民參與刑事審判制度發展密切相關¹⁵⁵，公民具辨別、理解事實之能力，參與審判，在法國大革命之後已受肯定¹⁵⁶，本於國家司法利益，由公民與法官透過理性公正的心智思考，共同判斷立於相當情況之下證據是否同具可信性、及其特信性之擔保依據，確實認之合於刑事訴訟法第159條之3傳喚不能之限制要件，否則仍應傳喚檢方之證人出庭，保障被告對其行反詰問之機會¹⁵⁷。

本文認為傳聞證據例外適用之容許要件應修法限縮，信用性可疑的傳聞證據

¹⁵¹ 何賴傑，傳聞法則下證人陳述之證據能力，月旦法學教室，第9期，2003年7月，頁2。

¹⁵² Mirjan Damaska, *supra* note 137, at 443-445.

¹⁵³ 楊雲驊，反對詰問與傳聞證據，月旦法學教室，第69期，2008年7月，頁20-21。

¹⁵⁴ Bryan A. Liang, Shortcuts To "Truth": The Legal Mythology of Dying Declarations, 35 Am. Crim. L. Rev. 229 (1998).

¹⁵⁵ Jeremy A. Blumenthal, *supra* note 142, at 107-108.

¹⁵⁶ Mirjan Damaska, *supra* note 137, at 446-447.

¹⁵⁷ 陳運財，註23文，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度，頁147。

不應呈現於審判庭或適用於審判¹⁵⁸。現行法明定規範偵查不公開辦法，進行犯罪追訴之蒐證資料，在進入審判階段之後，應以公開審理程序，由審判者依證據法則嚴格檢驗評價其證明力。是以現行刑事訴訟法中證據法則傳聞認定過寬之問題，亟應配合修正，避免審判外未經詰問的陳述流入法庭，允許成為證據，影響審判心證，而嚴格限縮傳聞適用，更可督促偵查效率，在當事人對抗過程中達到尊重兩造武器平等之要求，落實交互詰問，提供兩造平等對抗之基礎，使被告得以有效挑戰檢方舉證，以完整的辯護防禦，擔保無罪推定與發見真實。

依憲法第8條正當程序內涵落實被告防禦權保障，處理傳聞例外類型與容許要件，應明確規範供述不能之正當性事由，限縮適用，使被告防禦權在追訴開始之後的任何階段，得受實質擔保，不應任由司法實踐續造傳聞例外，不當干擾被告詰問權，破壞嚴格證明法則的證據法體系。為保障被告詰問權並落實證據調查、交互詰問程序，由公民與法官透過理性公正的心智思考，綜合考慮傳聞書面及其作成之程序類型，確認傳聞來源明確性，共同判斷「立於相當情況之下證據是否同具可信性」、其可信性之擔保依據，減少適用傳聞之危險，確實認之合於刑事訴訟法第159條之3傳喚不能之限制要件，衡平適用傳聞對衝擊兩造的程度，否則仍應傳喚檢方證人出庭，保障被告對其行反詰問之機會，解決實務長年仰賴筆錄審判備受議論之問題¹⁵⁹。

第五項 公民參與刑事審判與上訴審結構定位分析

一、上訴審現行問題與未來走向

上訴制度負糾正第一審判決之司法審查義務，更是被告權利救濟之途。從外國立法例發展觀察上訴制度與公民參與刑事審判之嵌合，第二審有同採公民參與刑事審判，並加重公民在第二審的參與比例之立法，亦有維持法官專司二審審理之體例，而上訴審構造不惟從形式觀察，尚須併同考慮各國刑事訴訟法對

¹⁵⁸ 有關傳聞法則限縮適用分析，參閱莊杏茹，傳聞法則之例外探討—以刑事訴訟法第159條之1第2項為中心，刑事法雜誌第57卷第3期，2013年6月，頁125以下。

¹⁵⁹ 陳運財，註23文，國民參與刑事審判之研究—兼評日本裁判員制度，頁148。

公民參與權限、範圍與上訴理由為規範。為落實第一審公民參與之事實審功能，第二審上訴應避免成為第二次的事實審，縱因二審同由公民參與，就推翻第一審判決結果之問題，其弊在於二審審理易因之淪為更換另一群公民參與審判，改變第一審參審庭認定之事實，事實心證不同之判決結果往往是社會認識與司法認知衝突的根源，也與公民參與刑事審判本旨相悖，其失不得不慎。緣此，上訴審定位應以被告權利救濟為主，第二審法院之調查事項，應以上訴理由書具體指摘之事項為限，避免二審上訴結果推翻第一審心證之問題，在公民實質參與審判，定罪量刑的基礎上，宜將第二審上訴朝向事後審查審定位發展，由法官審查有無判決違背法令或證據法則違誤瑕疵，而不至動搖第一審公民與法官共同合議判斷之事實與說理，耗損公民參與刑事審判之司法成本。

現行刑事訴訟程序第一審採事實審，第二審採覆審制，理論上係進行兩次事實審之審理，卻也存在二審法院未傳喚證人、進行證據調查，即依一審筆錄證據自為裁判，未必完全為重複事實審理之情況¹⁶⁰。上訴審在現行制度之下建立之審查標準承原審已調查之事實與證據，審查重心在於充分合理懷疑與有罪證據是否足夠¹⁶¹，或許是審級之間法律見解不同所致，本文要討論的是：在公民參與刑事審判之後，若就同一事實爭執，請求審級救濟，二審若未重行事實審理，而原審法院裁量、衡酌之事實問題逕受二審推翻，第二審上訴審如何妥適行使審查權，發揮具體救濟個案乃至統一法令解釋功能，避免因第二審撤銷原判決，自行改判，發生第二審對事實認定心證優位之問題，不利公民參與刑事審判制度實踐，有害判決說理的正當性基礎。茲分從第二審是否同採公民參與刑事審判制度、現行上訴結構公民參與刑事審判嵌合調整等問題觀點，說明研究意見如下。

二、公民參與刑事審判與上訴審結構定位

我國二審上訴制度改革走向問題研究已久，參諸各國立法例，略可分為續審制、覆審制、事後審查審等三類，本於各國訴訟結構之分別，採行陪審或參

¹⁶⁰ 王兆鵬，事後審之事實審查，月旦法學雜誌，第 162 期，2008 年 11 月，頁 87；頁 101。

¹⁶¹ 同前註，頁 99。

審，二審上訴設計立論不一，但各有所本。覆審制被認為有助發見真實，但不符訴訟經濟，若採續審制則依原審調查所得為證，雖有助司法經濟卻也有違直接審理原則，綜合前述理由；在採行公民參與刑事審判之後，二審維持現行事實覆審，存在諸多風險，蓋上訴審救濟，原則上只能著重於法律審查，犯罪事實之認定既由下級審之公民認定，自不能再由上級審法官或上級審公民另行認定¹⁶²，不過上訴理由之規範，各國立法例不同，公民參與成員與表決原則也不一致，從正當程序、上訴救濟目的而論，歐陸若干立法例在二審亦同採公民參與刑事審判制度，調整審判庭之組成，增加公民參與人數，使司法判決與社會聯結不生斷裂，呼應公民參與刑事審判主要目的，並予個人充分之程序保障，乃是基於不同的訴訟構造所為之考量，對我國司法體制而言，第二審上訴審結構得參考國外公民參與刑事審判實踐，發展公民參與第二審審理。若二審未同採公民參與刑事審判制度，則第二審上訴應力求避免成為第二次的事實審，否則若因一、二審的事實認定心證對立，要由二審糾正改判，不利第二審上訴結構採覆審制的合理性。刑事訴訟程序進行牽連對應，在公民參與刑事審判之後，亦須考慮持續性訴訟行為的互動，故二審重構至應思前顧後，多重分析。

第一審構造影響上訴審設計，區分有罪判決或無罪判決之上訴，亦間接說明檢察官與被告上訴權內涵之差異¹⁶³。此一問題應與參審庭規模、合理表決原則及上訴救濟之法理並同思考論述。如果第一審採參審制，第二審採覆審制之情況下，第二審上訴結構同採參審制並非不可¹⁶⁴。然而參審判決，上訴審如何審查、上訴審是否必須同採公民參與刑事審判制度？本文認為，從比較法觀察；各國立法體例不同，若不採公民參與刑事審判制度，上訴審採事後審查審，法官因事實認定不同，在有罪判決部分，依其「閱卷心證」，配合有罪證據強弱，另形成「合理懷疑」之心證，否決第一審公民與法官合議判決結果，難免引發爭議，似只能依司法實踐徐圖補充說理¹⁶⁵，2009年施行裁判員制度之日本，亦面臨對

¹⁶² 何賴傑，從刑事妥速審判法之制定看上訴審之問題—政策面之檢討，檢察新論，第9期，2011年1月，頁5。

¹⁶³ 有關檢察官與被告上訴權性質不同之研究，參閱陳運財，註47文，不對稱上訴制度之初探，頁65-87。

¹⁶⁴ 陳運財，註46文，論國民參與刑事審判與上訴制度之變革，頁175-185。

¹⁶⁵ 日本情況即是如此，日本平成24年2月13日，最高裁第一小法廷，平23(あ)757号判例參照。

裁判員認定事實錯誤產生，提起上訴救濟之難題¹⁶⁶，日本以包含公民與法官雙方意見在內之合議體過半數多數之意見為表決原則，復由日本最高法院大法廷以平成 22(あ)1196 號判例說明；憲法既然容許人民參與司法，即無必然認為同屬合議庭成員之法官所持多數意見，必為裁判之結論，其論理兼顧公民參與刑事審判，實踐國民主權的權利傳統與司法民主化的現代意義，旨在彰顯日本刑事司法制度改革，確立司法國民性基礎之理念。雖與我國實踐略有不同，卻仍值得我國思考上訴救濟與無罪推定原理實踐問題，乃至於審判的中心基礎是否定位為以第二審為中心、如何使法安定性之法理與發見真實同有其正當性基礎。特別是我國的刑事訴訟程序在刑事妥速審判法施行之後，形成檢察官對無罪判決上訴之限制¹⁶⁷，上訴制度之合理性、正當性有必要與參審庭組成及其職權地位聯結說理，使審檢分隸權責明確，進而以公民參與刑事審判之合理成員數，依比例組成客觀審判庭，成員平權對等評議表決，以四分之三多數決，包含公民與法官雙方意見在內之合議體意見定之，建立超越合理懷疑之定罪基礎，使公民與法官因聽證兩造攻防，形成高度認識，共同作成之無罪判決，阻卻檢方上訴，蓋公民與法官共同發見之真實既認被告無罪，形成使檢察官對無罪判決提起上訴之障礙，自無悖於正當程序與社會正義。

從古典訴訟結構合理性、救濟正當性、實踐經驗分析，二審宜改採事後審查審，其理由除可能因日久使個人記憶模糊、回溯敘述存在錯誤風險、二審維持現制似未見有利事實發見等問題之外¹⁶⁸，更應考量上訴審查糾正誤判，保護個案獲司法救濟機會之定位，事後審查審非判斷之心證違反論理法則或經驗法則之問題，而是適法的證據被排除、不適格的證據被用作判決的基礎，以之阻斷二審心證優位，取代第一審公民參與審判之結果，故第二審上訴結構宜改採事後審查審，並發展不對稱上訴上訴制度，分別被告與檢察官上訴權之內容¹⁶⁹，基於實定法法理基礎，以公民與法官互為擔保，共同發見真實，實質參與刑事

¹⁶⁶ 後藤昭著，林裕順、李怡修譯，裁判員審判事實認定爭議之上訴救濟，東海大學主辦，國民參與刑事審判制度學術研討會會議資料，2012 年 5 月。

¹⁶⁷ 刑事妥速審判法第 8、9 條參照，對於無罪判決與有罪判決之上訴論理，另於本論文第五章參審法庭理論及表決原則關聯性說明。

¹⁶⁸ 上訴審問題研究，參閱陳運財，刑事上訴制度之改革—由日本法論我國第二審上訴之結構，司法改革十週年的回顧與展望會議實錄，中央研究院法律學研究所（籌備處）出版，2009 年 7 月。

¹⁶⁹ 陳運財，註 46 文，論國民參與刑事審判與上訴制度之變革，頁 182-183。

審判表意、表決，作成判決，實踐無罪推定。退萬步言，若第二審採事後審查審，由職業法官審查有無判決違背法令或證據法則違誤，採行片面撤銷發回的機制，即基於無罪推定之精神，固容許上訴審撤銷有罪，改判無罪；惟對於原審公民參與審理所為之無罪判決，上訴審認上訴有理由，應撤銷發回，不得逕行改判有罪，由原審重組參審法庭，依撤銷發回之理由更為審理。若是如此，則第二審上訴未採公民參與審判，亦得兼顧上訴目的並救濟誤判個案¹⁷⁰。審級救濟之法理前後呼應，用以立論刑事訴訟發見真實、無罪推定的價值，正當程序一以貫之，治本興廢，無悖於法理，糾正第一審誤判，進而以判決宣示國家追訴權耗盡，方是上訴審法理與個人訴訟權救濟相應調整，不致顧此失彼的根本理念。

三、上訴理由修正

本文認為，參照我國現行刑事訴訟法上訴第三審之理由，作為修正第二審上訴之理由，原則上當事人僅能以原判決違背法令作為上訴理由，二審上訴理由應修正為：非以「判決違背法令」為理由，不得上訴第二審，包括現行第 379 條之判決當然違背法令、第 380 條之訴訟程序相對違背法令、另外，判決後刑罰已經廢止、變更、免除或經赦免之情形（現行第 393 條第 4 款及第 5 款），因具有事後判決違背法令之性質，亦可明文列為上訴第二審之事由。此外，原判決後有符合第 420 條所定得聲請再審之情形之一，致認定事實錯誤而顯然影響於判決者，例外的得容許上訴權人據為上訴之理由，以資救濟¹⁷¹。惟基於被告訴訟權之保障、落實無罪推定原則，原審判決如有認定事實錯誤影響於判決，或科刑、宣告保安處分不當者，亦應容許被告得提起上訴，以資救濟¹⁷²。

第五節 結語

透過公民參與刑事審判，使公民參與、達成司法實現正義的社會期待，反映

¹⁷⁰ 陳運財，註 23 文，國民參與刑事審判之研究－兼評日本裁判員制度，頁 147。

¹⁷¹ 註 122，立法院第 8 屆第 2 會期第 3 次會議議案關係文書，立法院議案關係文書院總第 161 號，刑事訴訟法部分條文修正草案，增訂第 361 條之 1 至同條之 3、同條之 5 等規定。

¹⁷² 同前註 122，立法院第 8 屆第 2 會期第 3 次會議議案關係文書，立法院議案關係文書院總第 161 號，刑事訴訟法部分條文修正草案，增訂第 361 條之 4 條之規定。

公民對司法正義的價值定義，深化刑事司法為公民社會支持與理解，當是實踐公民參與刑事審判制度的重要目的¹⁷³，因此，公民之參與不應限於形式，或僅是表意而不表決的觀審，而應賦予公民對判決之實質表決權。使公民實質有效參與審判。公民參與刑事審判有助澄清現行實務困難與審級救濟定位說理，衡平落實無罪推定之擔保。檢察官既負提出證據及說服之實質舉證責任，具代表性、相當參與規模的公民與法官組成合議庭，除有助司法與公民就經驗法則、論理法則之溝通，共同評價證據認識，建立檢驗證據證明力之標準，更因特定參與規模與表決原則，演繹支持無罪推定，強化檢辯雙方舉證、證明方法、說服攻防的責任與能力。再者，具代表性的參與規模、合議的表決方式與表決原則，擔保判決確信，亦是有效阻斷檢方上訴權的基礎。另外，思考對參審合議庭判斷的救濟方式，將上訴審調整定位為事後審查審，審查判決是否因適格的證據被排除，不適格的證據被適用，使判決產生瑕疵，避免審級間因心證落差，對事實認定不同之問題，上級審亦有尊重公民參與刑事審判所為判決之法理，被告既受社群公民之認同接納為無罪判決，則應終止國家再行對無罪判決訴追，落實無罪推定原則，故使公民實質參與審理非僅具司法人權保障之意義，其表決定罪、量刑，更具聯結社會信任，支持司法判決之理性功能。

人身自由、乃至生命存續之保障係個人基本權行使不可或缺之前提，為維護國家刑事訴追程序之正當性，刑事案件本應一體適用刑事訴訟法之規定，觀審審判程序屬刑事審理活動，其程序進行自應依刑事訴訟法規範，公平審判係由正當法律程序擔保，而非審判者誰，未必因公民參與審判，即認審判具特殊性，而另設觀審審判程序之特別規定，使觀審案件與非觀審案件程序規範分離，挑戰正當法律程序保障內涵。惟司法體制依實踐困難調整，解決刑事訴訟法因實踐累積之問題，同此修正刑事訴訟準備程序之規範，解決證據法則適用問題，依審級救濟理論與實踐，調整上訴構造，落實直接審理、言辭辯論、交互詰問，平衡現實存在的審理程序與法則適用之法系繼受衝突，有效訴追，發見真實，至屬必要。

¹⁷³ [Justice System Reform of Japan—For a faster, friendlier, and more reliable justice system](http://www.moj.go.jp/content/000008166.pdf)
<http://www.moj.go.jp/content/000008166.pdf> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。

第八章 結論

我國研議公民參與刑事審判歷時二十餘年，蓋因憲法就此未設明文，對公民參與刑事審判是否合憲之爭議未有定見結論，致無法訴諸實踐。然而此一問題在 2009 年我國批准公民與政治權利國際公約與經濟、社會與文化權利國際公約之後，應有嶄新理解，立論制度的法理基礎，提出論理方法，解決爭議。議者要言紛紜，限縮公民參與權限、迴避公民參與刑事審判正當性或法源疑義等相關爭議，應注入保障公民實質、對等及監督司法的觀點，反思司法與社會結合對刑事審判之實效如何、如何增益實效等課題。同時，公民參與刑事審判議題涉及各國訴訟法傳統、社會文化政經條件等，牽動整體參與制度的立法理念及具體內容，本文承續國際人權法規範法理，由憲法位階正當法律程序及公平審判的觀點檢討並研議公民參與刑事審判法制化的相關課題，爰提出研究心得如下。

一、公民與政治權利國際公約第 25 條規範之公民權條款涉及公民參與公共事務權利保障，解釋上應包括公民參與國家司法審判事務，以資釐清我國憲法對公民參與刑事審判未設明文之爭議。公民參與刑事審判之權利係為監督制衡國家權力濫用，並對犯罪侵害法益作出防衛社會的表意，除非有害國家安全，否則公民基於公民權，實質且對等參與司法審判，具社會參與意義，不應有不合理之限制。不僅如此，國家更應藉由公民權保障內容之具體實踐，確認公民參與刑事審判正當性，並依公民參與刑事審判之法源依據與邏輯說理，研議公民參與刑事審判之態樣、權限及適用公民參與刑事審判之案件類型，調和司法權與公民權之調和公民權與司法權之行使，強化司法與公民社會溝通，建立人民對國家訴追、處罰犯罪之公信力，具體肯定公民權為憲法保障之權利。

公民參與審判，不僅合於憲法國民主權原理，亦不生侵害司法權或違反審判獨立之危機，反之，因其參與功能涵蓋防止行政、立法、或出於司法本身之恣意，可為調校司法權內部司法行政干預、動搖法定法官問題之風險，另一方面，若從被告觀點而言，由同儕參與審判，擔保國家發生不合比例原則之強制手段濫用與立法者所不許的基本權侵害，由公民與法官共同參與審判，擔保正當法律程序，

以衡平被告心存國家司法擅斷之疑慮，故應使公民參與刑事審判法制化。

二、依社會發展狀況，承司法權與公民權調和發展的法理思維，維護正當法律程序、公平審判與分析判決問責性問題，乃是理性思考公民參與刑事審判態樣抉擇之基本態度。當代民主法治國家以刑事訴訟實現刑罰目的，其所採行的公民參與刑事審判的態樣如何，往往與其本身的司法組織特質、訴訟理念以及訴訟結構等因素息息相關。我國刑事訴訟立法例，歷來屬歐陸法系，以職權調查為本，晚近修法復採當事人對抗理念，故現行之刑事訴追、審判制度兼有兩大法系程序法特質，參與態樣之抉擇如何去從，應謹慎面對法系傳統嵌合問題，並同時尋求解決司法實務面對法系交流折衷下實踐的衝突。

陪審傳統依存附麗於判例法系，訴訟程序由當事人主導進行，陪審員與法官在訴訟結構中功能不同，陪審團判斷真實，評議不受干預，作成評決不附理由，受司法高度尊重且不得審查；陪審獨立評議，是判例法系本於歷史實踐對陪審審判分工之尊重，惟對陪審員缺乏足夠的司法控制，恐其判斷有違法律理性，無法問責，在比較法研究迭受批判。本文研究觀察的心得認為，司法如何強化陪審審判的理性基礎，又不失公民參與刑事審判之真義，是行陪審審判之法域司法改革的重心，而這也是多數歐陸法系國家採行參審制度，修正陪審審判實踐缺失的重要考慮。察厥脈理，判例法系與歐陸法系訴訟構造不同，程序進行、證據調查基本原則異其發展，要於歐陸法系傳統移入完全的陪審模式，實為枘鑿方圓。特別是陪審裁定不附理由，或因法制發展過程中，教育識字尚非普及，其形成原因有其時代環境因素，不宜以今日文明條件非議，但陪審裁定不附理由，無問責性，非得為司法審查客體，認事用法錯誤無從救濟，顯然對立於我國司法審判傳統，且相應於制度立法強調增進人民對司法瞭解與信賴之目的，評決無問責性的陪審制自不宜列為優先選項。

再者，我國刑事訴訟結構並非完全由歐陸法系轉向英美法系發展，僅部分參考當事人進行模式，調整訴訟理念，重視當事人地位，惟維持卷證併送的起訴程式及寬容偵查筆錄證據能力的證據法則仍不具實踐陪審制的核心基礎，再加上衡酌司法資源、社會成本等因素，強調認事用法過程由公民與法官共組之合

議庭對等實質擔保，採行參審制之適當性、可行性，可期優於陪審實踐。本文認為，公民參與刑事審判的參與型態決定公民對司法功能之認知，更引導公民社會對司法判斷的認同，從而落實公平審判的訴訟理念，且從社會預防之刑罰思想，有必要賦予公民參與量刑權限。如由公民與法官組成參審庭，使公民參與調查證據，認定事實，並依確信之證據，反映應罰性與需罰性的比例原則，參與量刑刑度、刑罰之加重減輕，更能呼應制度立法目的，形成法曹三方與參審公民於司法審理程序合作對話之溝通式司法，超越法制原始對抗封建人權壓迫之思維，合議庭成員的共同意見強調公民參與擔保正當程序及公平審判之社會價值。

三、從外國立法例看來，適用公民參與刑事審判之案件多以重罪為主，其因乃在個案情節不同，剝奪人身自由之刑期難以客觀量化，又於重罪案件中，被告個人、被害人與其身處之社會法秩序和平安穩同受影響，有高度分擔防衛社會的必要。惟公平審判係由正當法律程序所擔保，不由審判者誰獨負重任，在採行由公民與法官共組之合議庭對等實質擔保的參審制的前提下，就其適用案件的範圍而言，宜考量我國國情與實務運作狀況為分類，無庸拘泥以法定刑輕重為適用基準，蓋重罪案件可能形成國民心理負擔，參與日程之久暫也可能憑添一般國民生活壓力，故本文建議另從公民社會常識、經驗法則對審判認定事實之論理之支持性與妥當性，分類處理適用公民參與刑事審判之案件類型。換言之，應依公民對社會公共事務之關心參與為基礎，深入研究受國民監督必要性、保護公民免受公權力不當侵害、反映國民文化意識等案件內涵，歸納類型，使判決可信、有效、被接受，而能落實妥速審判，復減少上訴負擔，以有助建立法律秩序與社會秩序穩定對話平台，使制度發揮功能並有效延續。

職是，有關案件適用與適用次序優先性問題，除重罪參審之適用原則外，立法原則本身應從審判引入社會通念之意義與必要性深探，針對確定案件進行分類，研究區分案件類型，適用公民參與刑事審判與否，而非授權審理法院職權決定案件開放公民參與與否，而為評估實踐效果，宜將公民參與審判之適用案件類型區分，將公務員瀆職犯罪及濫用職權罪等案件交付國民監督；違反集會遊行、妨害公務、內亂、外患罪之案件，為保護人民免於受公權力不當迫害，應由公民與法官共同判斷被告行為是否為正當自由權利的主張或行使；至於，反映國民

文化意識活動之案件，例如賄選案件，妨害名譽案件及強制猥褻等案件，亦可思考列入公民參與審判案件之適用範圍。再者，在檢討是否將國民關心之重罪列為適用公民參審審判的案件範圍時，應同時配套檢討建立明疑案件分程序機制，特別是被告不認罪之疑案，影響被告權益甚大，若交付公民參與審判，宜整體評估案件罪名類別與審判期日日程之久暫關連性，避免因重罪疑案案情複雜，證據能力爭執過大、爭點甚多，審理日長，影響公民生活，難盡審判發見真實之責。

另外，增進人民對於司法之瞭解與信賴，其關鍵在於理解、研究國民到底對何種類型的案件審判結果最不認同、為何不認同，司法審判不受社會認同的原因，是出於民眾主觀意識不理性的個人情感，或是法意識脫逸社會通念的結果，應受研究重視。案件確定之後再無審判不受干涉、審判獨立之問題，自得受各方平議，參審合議庭如何確保同類型、同罪名、進行中的案件其判斷、量刑、不受他案批判餘波影響，將來自必要就公民參與刑事審判進行持續性研究，分析社會通念對案件平等保護、審判獨立之支持成效與利弊，持續對比研究重罪案件與非重罪案件適用效果與意義，有助思考修正或擴張適用公民參與刑事審判之案件類型。

四、無罪推定原則如何具體實踐，並受社會認同接納是刑事審判的重要使命。如果社會成員對法之本質仍以破案伏法為正義實現為唯一目的，對刑事追訴審判程序保障一無所知，公民普遍意識未解正當法律程序作為法治國家權力運作規範理念，就可能縱容權力恣意濫用。參審庭組成規模、成員比例與表決原則表現社會意見對無罪推定理念之認同，及其是否合於憲法正當程序之實質內涵。首先，就合議庭組成規模及成員比例的問題，本文認為若透過公民參與刑事審判，建立溝通式審判參與模式，使來自社會、經由一定選任程序產生的6名公民與法官3名組成具相當規模、在實證上具大數擔保意義的審判庭，加強調查證據程序，面對開示於審判庭的適格證據，共同合議，判斷證據信用性，有助於提高超越合理懷疑的確信證明程度，實踐無罪推定原則。特別是在犯罪事實之證明有爭執時，所謂本於確信自由判斷之法律意涵，更有必要藉由公民與法官共同溝通，建立經驗法則、論理法則之歸納相當性，衡平心證信賴，互為擔保，約束心

證恣意，對於建立社會信任具重要司法利益。

次就表決原則而言，一致決原則係陪審在判例法系運作的重要傳統，採一致決是否更有利於擔保無罪推定，避免誤判，無從檢驗，惟陪審員獨立評議，要達成一致決恐耗時更久，此一問題，不應忽略。反觀在參審合議制度下，依審判庭成員9名之規模，成員各具對等、實質表決權，適用四分之三多數決之表決原則，保障少數意見不受排除，並由法官與公民共同擔保以論理及經驗法則形成心證，係為合理的表決原則，同時可使無罪推定形上概念之具體化，其意義是以合理的大數法則支持參與人數與表決原則之理性判斷結果，使之較相對少數合議，更具客觀可信說理的依據。

五、公民不應僅被定位為審判觀察者，而應有完整權利表意、參與表決，此係尊重公民發見真實之能力，且對於社會價值與司法意見的交換過程實屬必要，亦是影響公民參與審判的事實審理能否落實及如何設計第二審上訴審審查結構的關鍵。使公民參與審判之權限等同於法官，二者共同行使審判職權，進行證據調查認定事實，必要時處理證據能力爭議問題，以貫徹審判雙主體互為擔保，踐行正當程序，公平審判之任務，亦可有助被告針對原判決說理不服之處提出上訴救濟。特別是被告如經認定有罪，亦應由參與審判之公民與法官共同決定量刑之刑度，因國家無法創設社會倫理標準，然其專責控制施加刑罰，犯罪行為人受法律責任非難，應注入公民社會經驗思考罪責相當性，以決定非難之「量」，故不宜忽略公民參與量刑之法律責任監督。

另一方面，公民基於公益參與公共事務，雖不具與法官相同的任期與身分保障，仍應同守法官不語倫理，因為實質參與審判對公民而言本就是權利也是負擔，至於公民參與刑事審判之後，因科以守密義務可能對其個人言論自由基本權造成相當約束的問題，故應合理分別規範其絕對禁止、相對允許之要件，但無由容許參與審判之公民或法官另藉媒體更正、答辯、議論判決，審判者因參與審理，獲知個案隱私秘密而進行其他財產交易行為，更是非法所許。

六、公民參與刑事審判係為協力踐行正當程序與公平審判，訴訟程序應一體

適用刑事訴訟法之規定，不應有與通常審判程序不同之設計，以避免因適用或不適用公民參與刑事審判的不同，造成憲法保障被告正當法律程序的密度或公平審判上的落差。現行刑事訴訟程序制度及運作上的問題，應從修正刑事訴訟法著手，一體適用於公民參與案件及非參與案件，若有必要，僅就因公民參與刑事審判可能必須進一步落實集中迅速審理以減輕公民參與負擔的範圍內，微增合於正當程序的配套措施即可。

惟在目前研議觀審試行條例草案的過程中，有下述三項可能牽動刑事訴訟程序的重要課題：一是法官得否接觸審判外之偵查卷證的問題，本文認為偵查、起訴、審判呈現國家司法權作用接力關係，審判者因起訴卷證併送，先受檢方偵查書類結果影響，有違審判心證應於審判期日經由直接審理證據調查中形成，是實踐公平審判不應忽略的問題意識。將來公民若參與刑事審判，其得否於審判前檢閱偵查卷證，如何克服與職業法官之間取得資訊的落差，自當審慎檢討。二是，刑事審判由公民與法官共同組成具相當規模之合議庭審理，說服的成員數增加且對象改變，對兩造攻防挑戰負擔加重，刑事審判期日的證據調查，固然更可落實當事人進行的訴訟理念，惟兼顧司法利益與社會成本，區分被告不認罪的疑案與被告認罪之明案，將案件適用之審判程序分流處理，除影響制度存續，也將有助破除有形與無形的參與障礙。

三是，有關證據法則的修正問題。藉由公民參與刑事審判擔保訴訟程序，可期待補強實定法之下證據法則規範的文化意義、社會認識與價值承諾。就證據能力的處理問題而言，有關自白任意性之爭執、違法證據取得是否排除、權衡公共利益與人權保障之要件辨明基準，應交付公民與法官合議判斷，蓋被告為程序主體，其訴訟利益應受保障，如因蒐證程序違法，或程序條件違背規定，有害人權，而關乎公共利益，該等證據能力有無應理性求諸公民參與共同評價，以落實監督檢警機關實施刑事程序的合法性。至於，傳聞證據的容許性問題，應修法嚴格限制，傳聞例外的設定應考慮衡平傳聞危險性與發見真實之司法目的，在運作上如引進公民參與刑事審判，由於判斷傳聞的過程包括來自日常生活經驗的歸納邏輯，如有必要法官亦得直接聽取參與審判公民之意見後，謹慎判斷適用傳聞法則之例外，以擔保傳聞信用性，調和傳聞不能再現、重現困難，致與被告詰問權行

使有所衝突之危險。另外，上訴設計則應妥善處理，刑事訴訟程序的第二審上訴應修法改採事後審查審，避免二審因採行覆審制而造成一審事實審理未能落實等運作上的流弊，若能如此，將來若採行公民參與審判，則自可同時防止二審恣意臧否第一審公民參與刑事審判結果的當否，且二審之合議庭縱未同採公民參與審判，因訴訟結構改採事後審查審之關係，亦應無礙上訴審救濟功能。

長久以來，我國刑事司法制度併合不同法系的訴訟構造、訴訟理念、訴訟程序，於正當法律程序及公平審判的實踐上，法院認定標準寬嚴錯落；上下審級法院甚至出現同一個案情節內容認定未能一致之現象，是司法的難處，也是社會的困惑。或許審判的艱鉅任務在實定法的傳統下，處理萬千個案，分別細微之同與不合，要說服社會，更是困難重重。但是，社會階層差異不影響司法公義的認識與結果，也不影響客觀的定罪與處刑，在跨法系的訴訟構造下，我國發展公民參與刑事審判制度，如何以正當法律程序，擔保公平審判，支持無罪推定，重構人權保障基準的普世適用說理，發展自覺自律的公民社會，才是法律真正的實踐，也是法律存在的理想與法律存續的原因。本文認為，對被告而言，刑事審判是個人基本權保障與社會訴求刑事制裁合法性的過程，依正當程序，經公平審判，開釋無辜，或使之接受拘束人身自由等權益剝奪的法律效果；對社會而言，則另存集體穩定社會法律秩序的公共利益，同時逐漸接納無罪推定的說理判決。因此，公民參與刑事審判應重視個人參與、社會聯結、支持司法體系，溝通式司法實踐的當代意義，司法有必要積極開放公民社會與時俱進的價值理念於裁判內容，以衡平個人權利保護、社會秩序和平以及國家司法利益之交互影響。爰之，本文深許文中所論，參酌跨法域實踐經驗，進行比較檢討之公民參與刑事審判特定議題研究心得，相待來者具體作為。

參考文獻

中文

專書

- 1.人權之跨國性司法實踐—歐洲人權裁判研究（三），2010年11月。
- 2.王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照出版，2007年9月。
- 3.王雲五著，1948大風大浪：王雲五從政回憶錄，台灣商務出版，2010年9月。
- 4.王鵬翔主編，2008法律思想與社會變遷，中央研究院法律學研究所籌備處（專書）7，2008年12月。
- 5.民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年9月。
- 6.司法院參審試行條例研究資料彙編（二），1994年。
- 7.司法的重塑--民間司法改革研討會論文集（一），桂冠出版，2000年1月。
- 8.刑事訴訟起訴狀一本主義及配套措施（下），最高法院學術研究會出版，2001年9月。
- 9.刑事證據法則之新發展-黃東熊教授七秩祝壽論文集，學林文化，2003年6月。
- 10.刑事程序與國際人權，國立台灣大學人文社會高等研究院出版，2007年12月。
- 11.刑事證據法--最高法院學術研究叢書(16)，2008年12月。
- 12.刑與思—林山田教授紀念論文集，2008年11月。
- 13.刑事妥速審判法（上冊），司法院刑事廳出版，2010年10月。
- 14.李念祖，美國憲法上「政治問題」理論與釋字第328號解釋，司法者的憲法，五南出版，2000年。
- 15.李佳玟，在地的刑罰·全球的秩序，元照出版，2009年1月。
- 16.李震山，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版，2007年9月。
- 17.何賴傑等，上訴審改革之理論與方向，如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，2000年4月。
- 18.法治與現代行政法學—法治斌教授紀念論文集，元照出版，2004年5月。
- 19.林紀東，中華民國憲法逐條釋義第三冊，三民出版，1989年11月。
- 20.林永謀，刑事訴訟法釋論（上），自版，2010年12月。

- 21.林鈺雄，刑事程序與國際人權，國立台灣大學人文社會高等研究院出版，2007年12月。
- 22.法治斌，人權保障與司法審查，月旦出版，1995年9月。
- 23.法治斌、董保城，憲法新論，三民書局，2003年9月。
- 24.美濃部達吉，林紀東譯，法之本質，台灣商務印書館，1998年2版。
- 25.陳樸生，刑事證據法（重訂版），三民書局，重訂四版，2002年5月。
- 26.陳樸生，刑事訴訟法實務（修訂第9版），自版，2004年9月
- 27.陳新民，公法學筭記，新學林出版，1993年10月。
- 28.陳運財，直接審理與傳聞法則，五南圖書出版，2001年10月。
- 29.陳運財，刑事訴訟與正當之法律程序，元照出版，1998年。
- 30.黃靜嘉，春帆樓下晚濤急，台灣商務印書館，2002年4月。
- 31.黃朝義，刑事訴訟法，一品文化，2006年9月。
- 32.湯德宗、黃國昌主編，司法改革十週年的回顧與展望會議實錄，中央研究院法律學研究所（籌備處）出版，2009年7月。
- 33.蘇永欽，部門憲法—憲法釋義的新路徑？當代公法新論（上）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版，2002年7月。
- 34.蘇永欽，司法改革的再改革，月旦出版，1998年10月。
- 35.蘇永欽，走向憲政主義，聯經出版，1994年6月。
- 35.瞿海源、鄭宏文，司法信賴的調查分析，收於澄社、民間司法改革基金會編，

期刊論文

- 1.三井誠，裁判員裁判之實施及其對於刑事程序之影響，東海大學主辦，國民參與刑事審判制度學術研討會，會議資料，2012年5月。
- 2.三井誠，日本之裁判員審判-運作與課題，司法院「日本裁判員制度施行現狀」專題演講會議資料，101年4月。
- 3.三井誠著，陳運財譯，日本檢察制度，法學新論，第21期，2010年4月。
- 4.三井誠著，陳運財譯，起訴狀一本主義與傳聞法則，律師雜誌，第232期，1999年1月。

- 5.井上正仁著，陳運財譯，日本刑事訴訟法當事人進行主義之採行及其發展，法學叢刊，第44卷，第2期，1999年4月。
- 6.王兆鵬，事後審之事實審查，月旦法學雜誌，第162期，2008年11月。
- 7.王兆鵬，台灣刑事訴訟法制之回顧與前瞻，律師雜誌，第273期，2002年6月。
- 8.王兆鵬、吳從周，板橋地方法院實驗「當事人進行主義」之實證研究，台大法學論叢，第30卷，第5期，2001年9月。
- 9.王寶輝，從司法文化窺探台灣司法倫理—淺談台灣司法反省能力。月旦法學雜誌，第188期，2011年1月。
- 10.尤伯祥，論國民參與審判—以歷史與比較法的考察為基礎，檢察新論，第11期，2012年1月。
- 11.朱石炎，論證據調查--兼論最高法院刑庭最近決議，司法周刊第1581期，2012年2月。
- 12.李念祖，實施參審制度在我國憲法上的幾個基本問題，憲政時代，第17卷，第3期，1995年1月。
- 13.李建良，論公益概念具體化在立法及法律適用上之原則，憲政時代，第12卷，第3期，1987年1月。
- 14.我國刑事訴訟可否部份酌採陪審制度，法律世界，第11期，1975年11月。
- 15.何賴傑，從德國參審制談司法院人民觀審制，臺大法學論叢，第41卷，2012年11月。
- 16.何賴傑，從刑事妥速審判法之制定看上訴審之問題—政策面之檢討，檢察新論，2011年1月。
- 17.何賴傑，偵查程序強制辯護之指定及違法效果（上）—以德國刑事訴訟法為觀察重點，政大法學評論，2009年11月，第111期。
- 18.何賴傑，傳聞法則下證人陳述之證據能力，月旦法學教室，第9期，2003年。
- 19.吳巡龍，由義大利改革刑事訴訟制度之經驗檢討我國的修法方向，台灣本土法學雜誌，第39期，2002年10月。
- 20.吳冠霆，刑事案件第一審交互詰問實務問題之檢討，檢察新論，第5期，2009年1月。

- 21.邱鼎文，國民參與刑事審判之傳聞法則與證據調查---以我國法之修正為中心，東海大學主辦，國民參與刑事審判制度學術研討會，會議手冊資料，2012年5月。
- 22.林永謀，論國民參審制之採行，憲政時代，第17卷，第3期，1995年1月。
- 23.林永謀，德國陪審、參審採行之理念上觀察，法令月刊，46卷1期，1995年1月。
- 24.林俊益，受命法院處理證據能力之權限，臺灣本土法學雜誌，第70期，2005年5月。
- 25.林俊益，論準備程序有關證據能力爭議之調查—最高法院九十四年度台上字第七二七四號判決之闡析，月旦法學雜誌，第139期，2006年12月。
- 26.林俊益，刑事準備程序中事實上之爭點整理—最高法院九十六年度台上字第二〇四號判決析述，月旦法學雜誌，第148期，2007年9月。
- 27.林俊益，刑事集中審理制，月旦法學教室，第31期，2005年5月。
- 28.林俊益，我國傳聞法則之研究，法官協會雜誌，第5卷第2期，2003年12月。
- 29.林裕順，國民參審制度「起訴狀一本主義」之研究—兼論「最高法院101年度第二次刑庭決議」，東海大學主辦，國民參與刑事審判制度學術研討會，會議手冊資料，2012年5月。
- 30.林裕順，日本「裁判員制度」觀摩與前瞻—國民主權、時勢所趨，月旦法學雜誌，第199期，2011年12月。
- 31.林裕順，「起訴狀一本主義」再考—釐清「剪不斷、理還亂」的審檢互動，月旦法學雜誌，第177期，2010年2月。
- 32.林裕順，違法蒐集證據排除法則之比較法研究—以台、日最高法院判決為中心，台灣法學雜誌，第140期，2009年11月。
- 33.林裕順，正當法律程序與妨害司法犯罪，人權義理之辯，月旦法學雜誌，第181期，2010年6月。
- 34.林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規定—歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，第147期，2011年2月。
- 35.林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第509號解釋，台大法學論叢，第32卷2期，2003年。

- 36.後藤昭著，林裕順、李怡修譯，日本裁判員制度與上訴審結構，東海大學主辦，國民參與刑事審判制度學術研討會，會議手冊資料，2012年5月。
- 37.耿雲卿，英美陪審制度簡介及其評估，憲政時代，第7卷，第1期，1981年7月。
- 38.耿雲卿，論我國宜否採行陪審制度:兼談「重罪陪審」及「專家陪審」之可行性，法律評論，第50卷第2期，1984年2月。
- 39.許玉秀，論正當法律程序原則(十四)，軍法專刊第57卷，第4期，2011年8月。
- 40.許玉秀，繼往開來之刑事法學專題，月旦法學雜誌，第214期，2013年3月。
- 41.陳子平，台灣刑法有關性犯罪修改的相關議題，法學新論，第18期，2010年1月。
- 42.陳正芬，歐洲人口販運之現況與展望—以德國為中心，檢察新論，第3期，2008年。
- 43.陳運財，論國民參與刑事審判與上訴制度之變革，月旦法學雜誌，第215期，2013年4月。
- 44.陳運財，何賴傑，李佳玟，人民觀審制之理論與實踐，台灣法學雜誌，第193期，2012年2月。
- 45.陳運財，日本裁判員制度的觀察報告—兼評人民觀審試行條例草案，司法節學術研討會會議手冊，2012年1月。
- 46.陳運財，不對稱上訴制度之初探，檢察新論，第9期，2011年1月。
- 47.陳運財，刑事訴訟制度改革動向的省思與展望，月旦法學教室，第100期，2011年，2月。
- 48.陳運財，評大法官解釋第665號，月旦法學雜誌，第176期，2010年1月。
- 49.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，第180期，2010年5月。
- 50.陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，法官協會雜誌，第11卷，2009年11月。
- 51.陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣本土法學雜誌，94期，2007年5月。
- 52.陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，第113期，2004

- 年。
- 53.陳運財，論日本刑事司法制度之改革研究報告，東海法學，第 20 期，2004 年 6 月。
- 54.陳運財，刑事訴訟制度之改革及其課題，月旦法學雜誌，第 100 期，2003 年 9 月。
- 55.陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌，第 43 期，2003 年 2 月。
- 56.陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，第 113 期，2004 年。
- 57.陳運財，起訴審查制度之研究，月旦法學雜誌，第 28 期，2002 年 9 月。
- 58.陳運財，刑事訴訟之回顧與展望，月旦法學雜誌，第 45 期，1992 年 2 月。
- 59.陳恭平、黃國昌、林常青，台灣人民對於國民參與審判之態度—以 2011 年《紛爭解決行為實證研究》預試調查結果為基礎，台灣法學雜誌，第 177 期，2011 年 6 月。
- 60.張文貞，國際人權法與內國憲法的匯流—台灣施行兩大人權公約之後，台灣人權促進會季刊—兩公約專輯，10 期，2010 年 3 月。
- 61.張文貞，人權保障與憲法解釋：對司法院大法官釋憲的期許，台灣法學雜誌，第 127 期，2009 年 5 月。
- 62.黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，第 194 期，2011 年 7 月。
- 63.黃朝義，刑事二審上訴具體理由記載與被告權利保障，中央警察大學學報，第 48 期，2011 年 6 月。
- 64.黃朝義，刑事第二審構造及其未來走向，月旦法學雜誌，第 143 期，2007 年 4 月。
- 65.黃朝義，論刑事證據法上之傳聞法則，東海法學，第 13 期，1998 年 12 月。
- 66.莊杏茹，正當法律程序下指定辯護制度之實踐，警察大學法學論集，第 20 期，2011 年 4 月。
- 67.莊杏茹，傳聞法則之例外探討—以刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項為中心，刑事法雜誌第 57 卷第 3 期，2013 年 6 月。
- 68.蘇永欽，橫看成嶺側成峰—從各別社會部門整合憲法人權體系，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月。

- 69.蘇永欽，從憲法及司法政策角度看參審及其試行，憲政時代，第 20 卷第 3 期，1995 年 1 月。
- 70.蘇永欽，參審制度有無違憲之研究，律師通訊，第 113 期，1989 年 2 月。
- 71.蘇俊雄，量刑法理與法制之比較研究，法官協會雜誌，第 1 卷第 2 期，1999 年 12 月。
- 72.廖元豪，把街頭還給基層異議者！—重省集會自由與集會遊行法，台灣本土法學雜誌，第 85 期，2006 年 8 月。
- 73.廖元豪，敵視集會遊行權的集會遊行，月旦法學教室，第 58 期，2007 年 8 月。
- 74.廖元豪，外人做頭家？——論外國人的公民權，政大法學評論，第 113 期，2010 年 2 月。
- 75.廖元豪，美國憲法學對台灣憲法實務與理論之影響——以方法論為重心，月旦法學教室，第 100 期，2011 年 2 月。
- 76.楊雲驊，投票行賄罪與訴訟法之「犯罪事實」認定——以最高法院 98 年度台上字第 5886 號判決、98 年度台上字第 4312 號判決與 99 年度第 5 次刑事庭會議（一）為例（摘要），台灣法學雜誌，第 179 期，2011 年 7 月。
- 77.楊雲驊，反對詰問與傳聞證據，月旦法學教室，第 69 期，2008 年 7 月。
- 78.葉建廷，刑事準備程序中證據能力之調查與認定—最高法院 96 年度台上字第 3481 號判決評析，檢察新論，第 3 期，2008 年 1 月。
- 79.鄭善印、王家敏，集會遊行法修正案及相關判決之研究，警政論叢，第 9 期，2009 年 12 月。
- 80.蕭淑芬，「新興人權」之保障與發展初探—我國與日本之比較，中研院法學期刊，第 4 期，2009 年 3 月。
- 81.蕭淑芬，反恐、國安與人權保障之衝突—日本相關法制之制定及其爭議，月旦法學，第 132 期，2006 年 5 月。
- 82.蔡蕙芳，從一般人民參與刑事審判之功能論適用國民參與刑事審判制度之案件類型，月旦法學雜誌，第 216 期，2013 年 5 月。
- 83.Valerie Hans 等，國際經驗對台灣研擬中觀審制之啟示，台灣法學雜誌，第 195 期，2012 年 3 月。

日文専書

1. 英米法研究 2 デュー・プロセス，東京大学出版会，1987 年。
2. 「デンマーク司法運営法」-刑事訴訟関連規定，松澤伸譯，早稲田比較法学研究所，2008 年 3 月。
3. 三谷太一郎，政治制度としての陪審制—近代日本の司法権と政党，東京大学出版会，2001 年。
4. 丸田隆，陪審裁判を考える：法廷にみる日米文化比較，中央公論新社（中公新書），8 版（2007 年）。
5. 最高裁判所事務総局編『我が国で行われた陪審裁判—昭和初期における陪審法の運用について—』司法協会、1995 年岡原昌男，『陪審法ノ停止ニ關スル法律』に就て，法曹会雑誌 21 卷 4 号，昭和 18 年。
6. 誤判原因の実証的研究，日本辯護士聯合會人權擁護委員會編，現代人文社，1998 年 9 月。

日文期刊

1. 三井誠，司法制度改革と刑事司法（特集司法制度改革の展望）ジュリスト 1170 号 平成 12 年 1 月，有斐閣。
2. 中村孝義譯，ボアソナード刑事訴訟法典草案，立命館法学 2009 年 2 号(324 号)
3. 中村宗雄，陪審制度と其公判の機微，早稲田法学 7 卷(1 号), 1927 年 7 月。
4. 太田勝造，裁判員制度への人々の態度：裁判員等の記者会見と守秘義務について，University of Tokyo Law Review 6, 2011 年。
5. 佐藤文哉，裁判員に何を期待するか，法の支配 132 号，財団法人日本法律家協会，平成 16 年 1 月。
6. 岡原昌男「『陪審法ノ停止ニ關スル法律』に就て」法曹会雑誌 21 卷 4 号、昭和 18 年（『我が国陪審裁判』所収）。
7. 河辺幸雄，日本裁判員参加刑事審判法「守秘義務」序説（2・完），広島法

学 35 卷 2 号，2011 年。

8.現代刑事法発売号 (No.27)，刑事裁判への国民の参加，2001 年 7 月。

9.高澤弘明，裁判員制度における憲法解釈問題，東洋法學，第 55 卷第 2 号，
2011 年 12 月。

英文專書

- 1.Becker, Theodore L. *Comparative Judicial Politics: The Political Functions of Courts* (1970).
- 2.Charles T. McCormic, McCormic, on Evidence (John W. Strong ed., 4th ed.1992).
- 3.Clay S. Conard, *Jury Nullification* (1998).
- 4.David L. Kirp, Mark G. Yudof & Marlene Strong Franks, *Gender Justice* (1986).
- 5.Ernesy Barker, Stalley, *Aristotle's Political Theory* (Rev. By Richard ,1995).
- 6.Harry Kalven, Jr., Hans Zeisel, *The American Jury* (1966).
- 7.Harold J. Rothwax, *Guilty: The Collapse of Criminal Justice* (1996).
- 8.Jeffrey Abramson, *We The Jury: The Jury System And The Ideal of Democracy* (2000).
- 9.John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (2005).
- 10.John D. Jackson Sarah J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions* (2012).
- 11.John Jackson, Maximo Langer, Peter Tillers(eds), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan DamaÅska* (2008).
- 12.Lars Bo Langsted, Peter Garde, *Criminal Law in Denmark, 3rd Revised Edition* (2010).
- 13.Marianne Constable, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge (New Practices of Inquiry)* (1994).
- 14.Manfred Nowak,U.N. *Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary 2nd Revised Edition* (2005).

15. Marijke Malsch, *Democracy in The Courts Lay Participation In European Criminal Justice Systems* (2009).
16. Marshall, T. H. and Tom Bottomore, *Citizenship and Social Class* (1992).
17. Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (1986).
18. Mirjan R. Damaska, *Evidence Law Adrift* (1997).
19. Neil Vidmar, *World Jury Systems: A Historical and Comparative Perspective On the Common Law Jury* (Edited by Neil Vidmar 2000).
20. Neil Vidmar & Valerie P. Hans, *American Juries: The Verdict*, 1st American (2007).
21. Sean Doran & John Jackson (eds.) *The Judicial Role in Criminal Proceedings, The Judicial Role in Criminal Proceedings* (2000).
22. Steiner et al., *International Human Rights in Context: Law, Politics & Morals* (3rd ed. 2008).
23. Shapiro, M. *Courts: A Comparative and Political Analysis* (1981).
24. Tocqueville, *Democracy in America* (George Lawrence, Trans.; J. P. Mayer, ed.; 2000).
25. Thomas Janoski, *Citizenship and Civil Society: A Framework of Rights and Obligations in Liberal, Traditional, and Social Democratic Regimes* (1998).
26. Valerie P. Hans & Neil Vidmar, *Judging The Jury* (1986).

英文期刊

1. Adrian A. S. Zuckerman, *Symposium: Probability And Inference In The Law of Evidence: I. Theories of Inference And Adjudication: Law, Fact or Justice?* 66 *B.U.L. Rev.* 487 (1986).
2. Adrian Vermeule, *Should We Have Lay Justices?* 59 *Stan. L. Rev.* 1569 (2007).
3. Alan Doig, *Dealing with Corruption: The Next Steps*, 29 *Crime L. & Soc. Change* 273 (1998).
4. Albert W. Alschuler and Andrew G. Deiss, *A Brief History of the Criminal Jury in the United States*, 61 *U. Chi. L. Rev.* 867 (1994).

5. Allen, Unexplored Aspects of the Theory of the Right to Trial by Jury, 66 Wash. U.L.Q. 33 (1988).
6. Alvin K. Klevorick & Michael Rothschild, A Model of the Jury Decision Process, 81 J. Legal Stud. 141(1979).
7. Alison Markovitz, Jury Secrecy During Deliberations, 110 Yale L.J. 1493(2001).
8. Akhil Reed Amar, The Bill of Rights as a Constitution, 100 Yale L.J. 1131(1991).
9. Akhil Reed Amar, Twenty-Fifth Annual Review of Criminal Procedure: Foreword: Sixth Amendment First Principles, 84 Geo. L.J. 641(1996).
10. Akhil Reed Amar, Double Jeopardy Law Made Simple, 106 Yale L.J. 1807 (1997).
11. Amalia D. Kessler, Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, And The Search For An Alternative To The Adversarial, 90 Cornell L. Rev. 1181(2005).
12. Andrew D. Leipold, Constitutionalizing Jury Selection in Criminal Cases: A Critical Evaluation, 86 Geo. L.J. 945(1998).
13. Andrew E. Taslitz, Just Right? Assessing The Rehnquist Court's Parting Words on Criminal Justice: Temporal Adversarialism, Criminal Justice, and the Rehnquist Court: The Sluggish Life of Political Factfinding 94 Geo. L.J. 1589 (2006).
14. Andrea Koklys, Second Chance For Justice: Reevaluation of The United States Double Jeopardy Standard, 40 J. Marshall L. Rev. 371 (2006).
15. Anne Bowen Poulin, The Jury: The Criminal Justice System's Different Voice, 62 U. Cin. L. Rev. 1377 (1994).
16. Anna Dobrovolskaia, Japan's Past Experiences with the Institution of Jury Service, 12 Asian-Pacific L. & Pol'y J. 1 (2010).
17. Antony Page, Batson's Blind-Spot: Unconscious Stereotyping and The Peremptory Challenge, 85 B.U.L. Rev. 155 (2005).
18. Arielle Siebert, Batson v. Kentucky: Application to Whites and the Effect On the Peremptory Challenge System, 32 Colum. J.L. & Soc. Probs. 307 (1999).
19. Arne F. Soldwedel, Testing Japan's Convictions: The Lay Judge System and the Rights of Criminal Defendants, 41 Vand. J. Transnat'l L. 1417 (2008).

- 20 Asbjorn Strandbakken, Lay Participation in Norway, 72 *Int'l Rev. Penal L.* 225 (2001).
21. Michael Dann, "Learning Lessons" and "Speaking Rights": Creating Educated and Democratic Juries, 68 *Ind. L.J.* 1229 (1993).
22. Barbara L. Horwitz, The Extinction of The Peremptory Challenge: What Will The Jury System Lose By Its Demise? 61 *U. Cin. L. Rev.* 1391(1993).
23. Brian L. Zavin, The Right To Appointed Counsel on Prosecution Appeals: Hard Realities and Theoretical Perspectives, 25 *N.Y.U. Rev. L.& Soc. Change* 271 (1999).
24. Bron Mckillop, Review of Convictions after jury Trials, The New Franch Jury Court of Appeal, 28 *Sydney L. Rev.* 343 (2006).
- 25 Brooks Hollan, Criminal Law: A Relational Sixth Amendment During Interrogation, 99 *J. Crim. L. & Criminology* 381(2009).
26. Bryan A. Liang, Shortcuts To "Truth": The Legal Mythology Of Dying Declarations, 35 *Am. Crim. L. Rev.* 229 (1998).
27. Charles Nesson, The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts, 98 *Harv. L. Rev.* 1357(1985).
28. Cherif M. Bassiouni , Human Rights in the Context of Criminal Justice : Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions, *Duke J. Comp.& Int'l L.* 235 (1993).
- 29..Christian Diesen, The Advantages and Disadvantages of Lay Judges From A Swedish Perspective, 72 *Int'l Rev. Penal. L.* 355 (2001).
30. Christian Diesen, Lay Judges in Sweden - A Short Introduction, 72 *Int'l Rev. Penal. L.* 313 (2001).
31. Chris Kemmitt, Function Over Form: Reviving The Criminal Jury's Historical Role As A Sentencing Body, 40 *U. Mich. J.L. Reform* 93 (2006).
32. Colleen P. Murphy, Integrating the Constitutional Authority of Civil and Criminal Juries, 61 *Geo. Wash. L. Rev.* 724 (1993).
33. Cynthia A. Williams, Note, Jury Source Representativeness and the Use of Voter Registration Lists, 65 *N.Y.U.L. Rev.* 590 (1990).

34. Daniel H. Foote, From Japan's Death Row to Freedom, 1 Pac. Rim L. & Pol'y J. 11 (1992).
35. Danny J. Boggs, The Right to a Fair Trial, 1998 U Chi Legal F 1(1998).
36. Darryl K. Brown, Jury Nullification Within the Rule of Law, 81 Minn. L. Rev. 1149 (1997).
37. David A. Logan, All Monica, All of The Time: The 24-Hour News Cyclec and The Proof of Culpability in Libel Actions, 23 U. Ark. Little Rock L. Rev. 201 (2000).
38. David Weissbrodt, The Role of The Human Right Committee In International And Developing Humanitarian Law, 31 U. Pa. J. Int'l L. 1185 (2010).
39. David S. Law, Globalization And The Future of Constitutional Rights, 102 Nw. U.L. Rev. 1277 (2008).
40. David Robinson, Jr, Perspective: The Shift of The Balance of Advantage in Criminal Litigation: The Case of Mr. Simpson, 30 Akron L. Rev. 1 (1996).
41. David H. Bayley, The Effects of Corruption in a Developing Nation, 19 W. Pol. Q. 720 (1966).
42. David Kairys et al., Jury Representativeness: A Mandate for Multiple Source Lists, 65 Cal. L. Rev. 776 (1977).
43. Deborah A. Ramirez, The Mixed Jury and The Ancient Custom of Trial By Jury De Medietate Linguae: A History And A Proposal For Change, 74 B.U.L. Rev. 777 (1994).
44. Developments in the Law: II. The Civil Jury: The Value of The Civil Jury, 110 Harv. L. Rev. 1421 (1997).
45. Department of Justice, Office of Legal Policy, Truth in Criminal Justice' Series Office of Legal Policy: Double Jeopardy And Government Appeals of Acquittals, 22 U. Mich. J.L. Reform 831(1989).
46. Donald A. Dripps, People v. Simpson: Perspectives On The Implications For The Criminal Justice System: Relevant But Prejudicial Exculpatory Evidence: Rationality Versus Jury Trial And The Right To Put On A Defense, 69 S. Cal. L. Rev. 1389 (1996).
- 47 Douglas G. Smith, The Historical And Constitutional Contexts of Jury Reform, 25

- Hofstra L. Rev.377(1996).
- 48.Douglas G. Smith, Structure And Functional Aspects of The Jury: Comparative Analysis And Proposals For Reform, 48 Ala. L. Rev. 441 (1997).
- 49 Douglas G. Smith, Citizenship and the Fourteenth Amendment, 34 San Diego L. Rev. 681(1997).
- 50.Douglas G. Levin, Saiban-in-seido: Lost in Translation? How the Source of Power Underlying Japan's Proposed Lay Assessor System May Determine Its Fate, 10 Asian-Pacific L. & Pol'y J. 199 (2008).
- 51.Edward P. Schwartz and Warren F. Schwartz, Symposium Positive Political Theory And Public Law: Decision Making by Juries Under Unanimity and Supermajority Voting Rules, 80 Geo. L.J. 775 (1992).
- 52.Edward P. Schwartz & Warren F. Schwartz, And So Say Some of Us ...What To Do When Jurors Disagree, 9 S. Cal. Interdis. L.J. 429 (2000).
- 53.Edmundo s. Hendler Social, Integration and Lay Participation: The Situation in Argentina, Int'l Rev. Penal. L. 515 (2001).
- 54.Elizabeth F. Loftus & Edith Greene, Twelve Angry People: The Collective Mind of the Jury, 84 Colum. L. Rev. 1425 (1984).
55. Elizabeth Samson, The Burden To Prove Libel: A Comparative of Traditional English and U.S. Defamation Laws and The Dawn of England's Modern Day, 20 Cardozo J. Int'L & Comp. L. 771 (2012).
- 56.Erin York Cornwell and Valerie P. Hans, Representation through Participation: A Multilevel Analysis of Jury Deliberations, 45 Law & Soc'y Rev. 667 (2011).
- 57.Elisabetta Grande, Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance, 48 Am. J. Comp. L. 227 (2000).
- 58.Eva Smith, The Danish Jury and Mixed Court System, 2001, St. Louis-Warsaw Trans'l 29 (2001/2002).
- 59.Ethan J. Leib, Commentary: A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries, 5 Ohio St. J. Crim. L. 629 (2008).
- 60.Ethan J. Leib, Supermajoritarianism and the American Criminal Jury, 33 Hastings Const. L.Q. 141 (2006).

61. Emil J. Bovel III, Preserving the Value of Unanimous Criminal Jury Verdicts in Anti-Deadlock Instructions, 97 Geo. L.J 251 (2008).
62. Ennio Amodio & Eugenio Selvaggi, An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure, 62 Temp. L. Rev. 1211 (1989).
63. Erin York Cornwell and Valerie P. Hans, Representation through Participation: A Multilevel Analysis of Jury Deliberations, 45 Law & Soc'y Rev. 667 (2011).
64. Forrest G. Alogna, Double Jeopardy, Acquittal Appeals, And The Law-Fact Distinction, 86 Cornell L. Rev. 1131 (2011).
65. Gregory W. Bowman, Supreme Court Review: Fifth Amendment -- Substantial Exculpatory Evidence, Prosecutorial Misconduct And Grand Jury Proceedings: A Broadening of Prosecutorial Discretion: United States v. Williams, 112 S. Ct. 1735 (1992), 83 J. Crim. L. & Criminology 718 (1993).
66. Gretchen Ritter, Jury Service and Women's Citizenship Before and After the Nineteenth Amendment, 20 Law & Hist. Rev. 479 (2002).
67. Giulio Illuminati, The Accusatorial Process from the Italian Point of View, 35 N.C.J. Int' L. & Com. Reg. 297 (2010).
68. Giulio Illuminati, The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988), 4 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 567 (2005).
69. George C. Thomas III and Barry S. Pollack, Rethinking Guilt, Juries, And Jeopardy, 91 Mich. L. Rev. 1 (1992).
70. George C. Thomas III, An Elegant Theory of Double Jeopardy, 1988 U. Ill. L. Rev. 827 (1988).
71. Harvey J. Lewis, Feature: Anatomy of A Trial: Opening Statements: One Trial Lawyer's Perspective, 48 LA Bar Jnl. 93 (2000).
72. Hiroshi Fukura & Mark West, Prosecution Review Commissions: Japan's Answer to the Problem of Prosecutorial Discretion, 82 Colum. L. Rev. 684 (1992).
73. Hiroshi Fukurai, The Rebirth of Japan's Petit Quasi-Jury and Grand Jury Systems: A Cross-National Analysis of Legal Consciousness and the Lay Participatory Experience in Japan and the U.S, 40 Cornell Int'L L.J. 315 (2007).

74. Ingram Weber, *The New Japanese Jury System: Empowering The Public, Preserving Continental Justice*, 4 *E. Asia L. Rev.* 125 (2009).
75. Jason D. Reichelt, *Standing Alone: Conformity, Coercion, and the Protection of the Holdout Juror*, 40 *U. Mich. J.L. Reform* 569 (2007).
76. James Vorenberg, *Decent Restraint of Prosecutorial Power*, 94 *Harv. L. Rev.* 1523 (1981).
77. Jeffrey Standen, *Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines*, 81 *Cal. L. Rev.* 1471 (1993).
78. Jeremy A. Blumenthal, *Shedding Some Light on Calls For Hearsay Reform: Civil Law Hearsay Rules in Historical And Modern Perspective*, 13 *Pace Int'l L. Rev.* 93 (2001).
79. Joanna L. Grossman, *Women's Jury Service: Right of Citizenship or Privilege of Difference?* 46 *Stan. L. Rev.* 1115 (1994).
80. Joe S. Cecil and Valerie P. Hans and Elizabeth C. Wiggins, *Symposium Issue on The Selection And Function of The Modern Jury: Article: Citizen Comprehension of Difficult Issues: Lessons From Civil Jury Trails* 40 *Am. U.L. Rev.* 727 (1991).
81. Joshua Steinglass, *The Justice System in Jeopardy: The Prohibition on Government Appeals of Acquittals* 31 *Ind. L. Rev.* 353 (1998).
82. Joshua E. Swift, *Note: Batson's Invidious Legacy: Discriminatory Juror Exclusion And The "Intuitive" Peremptory Challenge*, 78 *Cornell L. Rev.* 336 (1993).
83. John D. Jackson, *Paradoxes of Lay and Professional Decision Making in Common Law Criminal Systems*, 72 *Int'l Rev. Penal. L.* 579 (2001).
84. John D. Jackson and Nikolay P. Kovalev, *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*, 13 *Colum. J. Eur. L.* 83 (2006-2007).
85. John H. Langbein, *Historical Foundations of The Law of Evidence: A View from The Ryder Sources*, 96 *Colum. L. Rev.* 1168 (1996).
86. John H. Langbein, *Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Fill the American Need?* *Amer. Bar. Foundation Res. J.* 195 (1981).
87. John Langbein, *Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?* *American Bar Foundation Research Journal* 1959 (1981).

88. John H. Langbein, Land Without Plea Bargaining: How the Germans Do It, 78 Mich. L. Rev. 204 (1979).
89. John Langbein, Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need? American Bar Foundation Research Journal 1959 (1981).
90. John Langbein, The Criminal Trial Before Lawyers, 45 U. Chi. L. Rev. 353 (1978).
91. Joshua Steinglass, The Justice System in Jeopardy: The Prohibition on Government Appeals of Acquittals, 1998, 31 Ind. L. Rev. 353 (1998).
92. Justin Miller, Appeals By The State in Criminal Cases, 36 Yale L.J. 691 (1927).
93. Judith Heinz, Note And Comments: Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England, and Canada, 16 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. 201 (1993).
94. Kate Stith, The Risk of Legal Error in Criminal Cases: Some Consequences of the Asymmetry in the Right to Appeal. 57 U. Chi. L. Rev. 263 (1990).
95. Kate H. Nepveu, Beyond "Guilty" or "Not Guilty": Giving Special Verdicts in Criminal Jury Trials, 21 Yale L. & Pol'y Rev. 263 (2003).
96. Kent Anderson, Mark Nolan, Lay Participation in the Japanese Justice System: A Few Preliminary Thoughts Regarding the Lay Assessor System (saiban-in seido) from Domestic Historical and International Psychological Perspectives, 37 Vand. J. Transnat'l L. 935 (2004).
97. Khanna V.S., Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?, 109 Harv. L. Rev. 1477 (1996).
98. Kim Taylor-Thompson, Empty Votes in Jury Deliberations, 113 Harv. L. Rev. 1261 (2000).
99. Kimberly A. Mottley, David Abrami and Darryl K. Brown, The Jury's Role in Administering Justice in The United States: An Overview of The American Criminal Jury, 21 St. Louis U. Pub. L. Rev. 99 (2002).
100. Kimberly Cain Khomani, CHAVEZ V. MARTINEZ: Do You Really Have A Right To Silence? 54 Cath. U.L. Rev. 373 (2004).
101. Kyden Creekpaum, Note: What's Wrong With A Little More Double Jopardy? A 21st Century Recalibration of an Ancient Individual Right 44 Am. Crim. L. Rev.

- 1179 (2007).
102. Laura I Appleman, *The Lost Meaning of the Jury Trial Right*, 84 *Ind. L.J.* 397 (2009).
103. Leonard Pertnoy, *The Juror's Need to Know vs The Constitutional Right to a Fair Trial*, 97 *Dickinson L. Rev.* 627 (1993).
104. Lester W. Kiss, *Reviving The Criminal Jury In Japan*, 62 *Law & Contemp. Prob.* 261 (1999).
105. Makoto Ibusuki, *Quo Vadis? First Year Inspection to Japanese Mixed Jury Trial*, 12 *Asian-Pacific L. & Pol'y J.* 24 (2010).
106. Martha F. Davis, *Lecture: International Human Rights and United States Law: Predictions of A Courtwatcher*, 64 *Alb. L. Rev.* 417 (2000).
107. Martin B. Louis, *Allocating Adjudicative Decision Making Authority Between The Trial And Appellate Levels: A Unified View of The Scope of Review, The Judge/Jury Question, And Procedural Discretion*, 64 *N.C.L. Rev.* 993 (1986).
108. Marc M. Arkin, *Rethinking The Constitutional Right To A Criminal Appeal*, 39 *UCLA L. Rev.* 503 (1992).
109. Matthew J. O'Connor, *Opening Statement Restriction Gives Prosecution Head Start*, 56 *J. Mo. B.* 100 (2000).
110. Mary Lombardi, *Reassessing Jury Service Citizenship Requirements*, 59 *Case W. Res.* 725 (2009).
111. Mary R. Rose, *Symposium: III. The Jury In Practice: A Voir Dire of Voir Dire: Listening To Jurors' Views Regarding The Peremptory Challenge*, 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 1061 (2003).
112. Meredith B. Halama, *Loss of A Fundamental Right: The Sixth Amendment as a Mere "Prophylactic Rule"*, *U. Ill. L. Rev.* 1207 (1998).
113. Michele Panzavolta, *Reforms And Counter-Reforms In The Italian Struggle For An Accusatorial Criminal Law System*, 30 *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 577 (2005).
114. Michael Dann & George Logan, III, *Jury Reform: The Arizona Experience*, 79 *Judicature* 280 (1996).

115. Mirjan R. Damaška, *The Jury and the Law of Evidence: Real and Imagined Interconnections*, 5 *Law, Probability and Risk* 255 (2006).
116. Mirjan Damaska, *Rational And Irrational Proof Revisited*, 5 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 25 (1997).
117. Mirjan Damaska, *Of Hearsay and Its Analogues*, 76 *Minn. L. Rev.* 25 (1992).
118. Milton Seligson, S.C, *Lay Participation in South Africa From Apartheid to Majority Rule*, 72 *Int'l Rev. Penal. L.* 273 (2001)
119. Morris B. Hoffman, *The Case for Jury Sentencing*, 52 *Duke L.J.* 951 (2003).
120. Nancy J. King, *Postconviction Review of Jury Discrimination: Measuring the Effects of Juror Race on Jury Decisions*, 92 *Mich L. Rev.* 63 (1993).
121. Nicole L. Mott, *Symposium: III. The Jury In Practice: The Current Debate on Juror Questions: "To Ask Or Not To Ask, That Is The Question"*, 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 1099 (2003).
122. Pashin, *The Reasons For Reintroducing Trial By Jury In Russia*, 72 *Int'l Rev. Penal. L.* 253 (2001).
123. Peter Garde, *The Danish Jury*, 72 *Int'l Rev. Penal. L.* 87 (2001).
124. *Public Disclosures of Jury Deliberations*, 96 *Harv. L. Rev.* 886 (1983).
125. Phyllis Novick Silverman, *Comment: Survey of The Law of Peremptory Challenge: Uncertainty in The Criminal Law*, 44 *U. Pitt. L. Rev.* 673 (1983).
126. Rachel A. Van Cleave, *An Offer You Can't Refuse? Punishment Without Trial in Italy and the United States: The Search for Truth and an Efficient Criminal Justice System*, 11 *Emory Int'l L. Rev.* 419 (1997).
127. Regina Schuller and Neil Vidmar, *Symposium on Comparative Jury Systems: The Canadian Criminal Jury*, 86 *Chi.-Kent L. Rev.* 497 (2011).
128. R. L. M, *Criminal Procedure--Majority Verdicts in Criminal Trials*, 40 *Tenn. L. Rev.* 91 (1972).
129. Richard A. Primus, *When Democracy Is Not Self-Government: Toward A Defense of The Unanimity Rule For Criminal Juries*, 18 *Cardozo L. Rev.* 1417 (1997).
130. Ric Simmons, *Re-Examination The Grand Jury: Is There Room For Democracy*

- In The Criminal Justices System? 82 B.U.L. Rev. 1 (2002).
131. Richard O. Lempert, Narrative Relevance, Imagined Juries and A Supreme Court Inspired Agenda For Jury Research, 72 Int'l Rev. Penal. L. 344 (2001).
132. Richard O. Lempert, The Internationalization of Lay Legal Decision-Making: Jury Resurgence and Jury Research, 40 Cornell Int'l L.J. 476 (2007).
133. Richard S. Frase, Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do The French Do It, How Can We Find Out, And Why Should We Care? 78 Calif. L. Rev. 539 (1990).
134. Robert M. Bloom, Jury Trials in Japan, 28 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 35 (2006).
135. Robert G. Boatright & Beth Murphy, How Judges Can Help Deliberating Juries: Using the Guide for Jury Deliberations, 36 Court Review 38 (1999).
136. Roy D. Brenner, Hearsay in Federal Administrative Adjudications: An Alternative Path to Reliability 27 U. Balt. L.F. (1996).
137. Ryan Y. Park, The Globalizing Jury Trial: Lessons and Insights from Korea, 58 Am. J. Comp. L. 525 (2010).
138. Sanja Kutnjak Ivkovi, Exploring Lay Participation in Legal Decision Making: Lessons from Mixed Tribunals, 40 Cornell Int'l L.J. 429 (2007).
139. Saks & Marti, A Meta-Analysis of the Effects of Jury Size, 21 Law & Hum. Behav. 451 (1997).
140. Sarah Joseph, A Rights Analysis of the Covenant on Civil and Political Rights, 5 J. Int'l Legal Stud. 57 (1999).
141. Sean Doran, John D. Jackson, Michael L. Seigel, Rethinking Adversariness in Nonjury Criminal Trials, 23 Am. J. Crim. L. 1 (1995).
142. Shari S. Diamond, Neil Vidmar, Mary Rose, Leslie Ellis & Beth Murphy, Inside The Jury Room: Evaluating Juror Discussions During Trial, 87 Judicature 54 (2003).
143. Shari Seidman Diamond, Mary R. Rose, Beth Murphy, & Sven Smith, Juror Questions During Trial: A Window into Juror Thinking, 59 Vand. L. Rev. 1927 (2006).

144. Shari Seidman Diamond and Neil Vidmar, Comment: Jury Room Ruminations on Forbidden Topics, 87 VA. L. Rev. 1857 (2001).
145. Sheri L. Johnson, Black Innocence and the White Jury, 83 Mich.L. Rev. 1611 (1985).
146. Shontavia Jackson J., Comment: Peremptory Challenge: Striking Down Discrimination in Arkansas's Jury Selection Process. 59 Ark. L. Rev. 93 (2006).
147. Simon Chesterman, An International Rule of Law? 56 Am. J. Comp. L. 331 (2008).
148. Stefan Machura, Interaction Between Lay Assessors and Professor Judges in German Mixed Court 72 Int'l Rev. Penal. L. 451 (2001).
149. Stephanos Bibas, Originalism and Formalism in Criminal Procedure: The Triumph of Justice Scalia, the Unlikely Friend of Criminal Defendants?, 94 Geo. L.J. 183 (2005).
150. Steven R. Salbu, Symposium Fighting International Corruption & Bribery in the 21st Century: A Delicate Balance: Legislation, Institutional Change, and Transnational Bribery 33 Cornell Int'l L.J. 657 (2000).
151. Steven Shavell, The Appeals Process as a Means of Error Correction, 24 J. Legal. Stud. 379 (1995).
152. Stephen C. Thaman Symposium on Comparative Jury Systems: Should Criminal Juries Give Reasons For Their Verdicts?: The Spanish Experience And The Implications of The European Court of Human Rights Decision in Taxquet V. Belgium 86 Chi-Kent L. Rev. 613 (2011).
153. Stephen C. Thaman, Europe's New Jury Systems: The Case of Spain and Russia, 62 Law & Contemp. Probs. 233 (1999).
154. Stephen C. Thaman, The Idea of a Conference on Lay Participation, 72 Int'l Rev. Penal. L. 19 (2001).
155. Stephen C. Thaman, Questions of Fact And Law in Russian Jury Trials: The Practice of The Cassational Courts Under The Jury Laws of 1864 and 1993, 72 Int'l Rev. Penal. L. 415 (2001).
156. Stephen I. Shaw, Case Note: Batson v. Kentucky: The Court's Response to the

- Problem of Discriminatory Use of Peremptory Challenges, 36 Case W. Res. 581 (1986).
157. Stephan Landsman, The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History, 44 Hastings L.J. 579 (1993).
158. Stephan Landsman, The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England, 75 Cornell Int'l L.J. 497 (1990).
159. Stephan Landsman, Japan new System of Mixed Courts: Some Suggestions Regarding Their Future Form And Procedures? St. Louis-Warsaw Trans'L 89 (2001/2002) .
160. Susan M. Gilles, Taking First Amendment Procedure Seriously: An Analysis of Process in Libel Litigation, 58 Ohio St. L.J. 1753 (1998).
161. Takuya Katsuta, Japan's Rejection of the American Criminal Jury, 58 Am. J. Comp. L. 497 (2010).
162. Theodora Kostakopoulou, Nested "Old" And "New" Citizenships In The European Union: Bringing Out The Complexity, 5 Colum. J. Eur. L. 389 (1999).
163. Thomas M. DiBiagio, Judicial Equality: An Argument For Post-Acquittal Retrial When The Judicial Process is Fundamentally Defective, 46 Cath. U.L. Rev. 77 (1996).
164. Torrence Lewis, Toward A Limited Right Of Access To Jury Deliberations, 58 Fed. Comm. L.J. 195 (2006).
165. Twenty-Fifth Annual Review of Criminal Procedure III. Trial, 84 Geo. L.J. 1115 (1996).
166. Valerie P. Hans & Claire M. Germain, Symposium on Comparative Jury Systems: The French Jury at a Crossroads, 86 Chi.-Kent L. Rev. 737 (2011).
167. Valerie P. Hans, Citizens as Legal Decision Makers: An International Perspective, 40 Cornell L. Int'l L.J. 303 (2007).
168. Valerie P. Hans, U.S. Jury Reform: The Active Jury and the Adversarial Ideal, ST. Louis U. Pub. L. Rev. 21 (2002).
169. Valerie P. Hans, The Jury's Role in Administering Justice In The United States: U.S. Jury Reform: The Active Jury And The Adversarial Ideal, 21 St. Louis

- U. Pub. L. Rev. 85 (2002).
170. Valerie P. Hans, The Power of Twelve: The Impact of Jury Size and Unanimity on Civil Jury Decision Making, 4 Del. L. Rev. 1(2000).
171. Vikramaditya S. Khanna, Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights: What Purpose Do They Serve? 82 B.U.L. Rev. 341 (2002).
172. Vikram David Amar, Jury Service as Political Participation Akin to Voting, 80 Cornell L. Rev. 203 (1995).
173. Westen, The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections on Government Appeals of Criminal Sentences, 78 Mich. L. Rev. 1001(1980).
174. William J. Stuntz, The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice, 107 Yale L.J. 1(1997).
175. William T. Pizzi & Mariangela Montagna, The Battle To Establish An Adversarial Trial System in Italy, 25 Mich. J. Int'l L. 429 (2004).
176. William T. Pizzi & Morris B. Hoffman, Jury Selection Errors on Appeal, 38 Am. Crim. L. Rev. 1391 (2001).
177. Zachary Corey & Valerie P. Hans, Japan's New Lay Judge System: Deliberative Democracy in Action? 12 Asian-Pacific L. & Pol'y J. 72(2010).

網路資料

1. [Address in the Legal Fraternity of Bhutan by President of Danish Supreme Court, Mr. Torben Melchior on 19 October 2009 in Thimphu](http://www.missionthimphu.um.dk/en/servicemenu/News/AddressInTheLegalFraternityOfBhutanByPresidentOfDanishSupremeCourtMrTorbenMelchio)
<http://www.missionthimphu.um.dk/en/servicemenu/News/AddressInTheLegalFraternityOfBhutanByPresidentOfDanishSupremeCourtMrTorbenMelchio>
<http://plato.stanford.edu/entries/aristotle-politics>
2. Thomas Jefferson, The Papers of Thomas Jefferson 269 (Julian Boyd ed., 1958).
<http://rotunda.upress.virginia.edu/founders/default.xqy?keys=TSJN-print-01&mode=TOC>
3. The Jury and Democracy Project, <http://depts.washington.edu/jurydem/index.html>
(last visited March 10, 2007).

4. [http://www.missionthimphu.um.dk/en/servicemenu/News/AddressInTheLegalFraternityOfBhutanByPresidentOfDanishSupremeCourtMrTorbenMelchiorOn19October2009 InT.htm](http://www.missionthimphu.um.dk/en/servicemenu/News/AddressInTheLegalFraternityOfBhutanByPresidentOfDanishSupremeCourtMrTorbenMelchiorOn19October2009InT.htm)
5. The influence of human rights on judicial decision-making The Hon Catherine Branson QC Federal Magistrates Court 2009 Plenary 29 September 2009
http://www.hreoc.gov.au/about/media/speeches/speeches_president/2009/20090929_influence.html
6. Lawyers Committee for Human Rights, What Is a Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice, March 2000.
http://www.humanrightsfirst.org/pubs/descriptions/fair_trial.pdf (last visited Feb. 13, 2010).
7. Hiroshi Fukurai, 錯誤! 超連結参照不正確。 ,
8. 錯誤! 超連結参照不正確。 <http://www.moj.go.jp/content/000008166.pdf>
9. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)
<http://www.amnesty.nl/documenten/generalcomments.pdf>(最後造訪日期 2010 年 4 月 4 日)
10. 2003 台灣司法人權指標調查報告 http://www.judicial.gov.tw/juds/2_2003.doc
12. Shihoseido Kaikaku Shingikai: Dai 55 Kai Giji Gaiyo [JSRC, No. 55 Proceeding Outline] (Apr. 10, 2001),
<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai55/55gaiyou.html>.
13. [陪審制度と裁判員制度 \(国立公文書館\)](http://www.bunzo.jp/archives/entry/000985.html)
<http://www.bunzo.jp/archives/entry/000985.html>
14. 裁判員制度及び検察審査会制度についての意見募集の結果概要
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai22/22siryou1.pdf>
15. The cahier of the 51st meeting, at 122 Mar. 13, 2001, 22 Gekkan Shiho Kaikaku [Journal of Judicial Reform in Japan] 112, 117-18 (2001), available at
<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai51/pdfs/51bessi3.pdf>
16. The cahier of the 43rd meeting, Jan. 9, 2001, 19 Gekkan Shiho Kaikaku [Journal of Judicial Reform in Japan] 108, 112 (2001), available at
<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai43/43gaiyou.html>.

- 17.The cahier of the 30th meeting, Sep. 12, 2000, 16 Gekkan Shiho Kaikaku [Journal of Judicial Reform in Japan] 75-78 (2001), available at <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai30/30gaiyou.html>
- 18.JRC Report, [Act for the establishment of the Judicial Reform Council], Law No. 68 of 1999, available at <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>, at ch. IV, pt. 1(3) ("The new participation system is to be introduced not for the individual defendants, but rather because it has important significance for the general public and as an adjudication system.").
- 19.The Justice System Reform Council, for a Justice system to Support Japan in the 21st Century (hereinafter Recommendations) 101 (2001), <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdfs/iken-4.pdf>, translated at http://www.kantei.go.jp/foreign/policy/sihou/singikai/990612_e.html
- 20.Shiho Seido Kaikaku Shingikai [The Justice System Reform Council], Shiho Seido Kaikaku Ni Mukete: Ronten Seiri [The Points at Issue in the Justice Reform] 10 (1999),<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/pdfs/1221ronten.pdf>, translated at http://www.kantei.go.jp/foreign/policy/sihou/singikai/991221_e.html.
- 21.日本最高裁判所国民の司法参加に関する裁判所の意見（抜粋），平成12年9月12日第30回司法制度改革審議会。
<http://www.saibanin.courts.go.jp/shiryo/pdf/24.pdf>
- 22.Sosho Tetsuzuki Eno Aratana Sanka Seido Kokushi An [A New Mixed Court System in Criminal Procedure: A Suggestion for the Framework] (Mar. 13, 2001), available at <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai51/51bessi1.html>
- 23.法制審議会刑事法（裁判員制度関係）部会第3回会議（平成19年1月22日開催）<http://www.moj.go.jp/content/000003770.pdf>
24. 2010年(平成22年)3月19日日本弁護士連合会，裁判員裁判の全判決書の公開を求める意見書。
http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/data/100319_2.pdf 最後瀏覽日2011年6月22日。
- 25.裁判員制度に関する世論調査，平成17年2月調査
<http://www8.cao.go.jp/survey/h16/h16-saiban/1.html>

- 26.裁判員制度に関する世論調査，平成 17 年 2 月調査参加したい
<http://www8.cao.go.jp/survey/h16/h16-saiban/2-5.html>
- 27.裁判員制度の運用等に関する有識者懇談会（第 12 回）配付資料（量刑分布）
http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/saibanin_kondan/siryō_12/pdf/siryō_3.pdf
- 28.裁判員裁判の実施状況について（制度施行～平成 23 年 3 月末・速報）
http://www.saibanin.courts.go.jp/topics/pdf/09_12_05-10jissi_jyoukyou/02.pdf
- 29.参照裁判員裁判の実施状況について（制度施行～平成 23 年 3 月末・速報）
之資料與最高裁判所事務総局平成 21 年における裁判員裁判の実施状況等
に関する資料
- 30.The Legal Fraternity of Bhutan By President of Danish Supreme Court, Mr. Torben
Melchior on 19 October 2009 In Thimphu
<http://www.missionthimphu.um.dk/en/servicemenu/News/AddressInTheLegalFraternityOfBhutanByPresidentOfDanishSupremeCourtMrTorbenMelchiorOn19October2009InT.htm>
- 30.Peter Garde, The Right To Fair Trial In The Kingdom of Demark
<http://www1.umn.edu/humanrts/fairtrial/wrft-pg.htm>
- 32.European Commission For The Efficiency of Justice, Denmark, p.15
http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2010/2010_Denmark.pdf
- 33.21 世紀の司法制度を考える
http://www.courts.go.jp/about/kaikaku/sihou_21_3.html
- 34.Hon. Sandra Day O'Connor, The Importance of Civic Partnership, Future Trends in State Courts 2010, NCSC, National Center for State Courts
<http://contentdm.ncsconline.org/cgi-bin/showfile.exe?CISOROOT=/ctadmin&CISOP>
- 35.Eric Metcalfe, Rights and responsibilities, JUSTICE Journal ,Vol.4 No.2
http://www.conorgearty.co.uk/pdfs/Rights_and_responsibilities_article.pdf
- 36.Justice System Reform of Japan—For a faster, friendlier, and more reliable justice system
<http://www.moj.go.jp/content/000008166.pdf>(最後造訪日期 2010 年 2 月 14 日)

37. <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20090807a4.html>(最後造訪日期 2010 年 2 月 24 日)
39. Criminal Procedure Simplification Project, The Ministry of Justice, New Zealand
<http://www.justice.govt.nz/policy/justice-system-improvements/criminal-procedure-simplification-project-1/documents/Consultation-Proposals-relating-to-restricting.pdf> (最後造訪日期 2011 年 9 月 1 日)
40. The Jury and Democracy Project, <http://depts.washington.edu/jurydem/index.html>
(last visited Feb.14, 2010)
41. Lings v. Austria, Application No. 9815/82, Judgement of 8 July 1986
<http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/565>
42. James Wolfensohn, Plenary Address at the 9th International Anti-Corruption Conference 3 (Oct. 10, 1999) (noting that corruption was the unspoken "'c' word"), available at http://www.transparency.org/iacc/9th_iacc/papers/day1/plenary/dnld/d1pl_jwolfensohn.pdf
43. Sean Doran & Ruth Glenn, Lay Involvement in Adjudication, Research Report No.11 Review of The Criminal Justice System in Northern Ireland (2000)
http://www.nio.gov.uk/lay_involvement_in_adjudication.pdf
44. Lawyers Committee for Human Rights, What Is a Fair Trial? A Basic Guide to Legal Standards and Practice, March 2000.
http://www.humanrightsfirst.org/pubs/descriptions/fair_trial.pdf (last visited Feb. 13, 2010).
45. Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption
http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/06-53440_Ebook.pdf 最後瀏覽日 2010 年 7 月 17 日。
47. Joy Chapper & Roger Hanson, Understanding Reversible Error in Criminal Appeals, 1989 http://www.ncsconline.org/WC/Publications/KIS_AppCriUndReveErCtApp.pdf (最後瀏覽日 2012 年 10 月 12 日)
48. David B. Rottman ET AL., STATE COURT ORGANIZATION 1998

- (2000)<http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/sco98.pdf>(最後瀏覽日 2012 年 10 月 12 日)
49. Ariz. S. CT. Comm. On More Effective Use of Juries, Jurors: The Power of 12 (1994), available at <http://www.supreme.state.az.us/jury/Jury/jury.htm> (最後瀏覽日 2004 年 8 月 29 日).
50. American Judicature Society (1999) Behind Closed Doors: A Guide for Jury Deliberation. Chicago, IL: American Judicature Society (Wisconsin court version available online at <http://www.wicourts.gov/services/juror/docs/deliberate.pdf>).
51. Carrie Lynn Thompson, Member of the Standing Jury Committee, Should Jurors Ask Questions in Criminal Cases? Minority Report
http://www.courts.state.co.us/userfiles/File/Court_Probation/Supreme_Court/Committees/Jury_System_Standing_Committee/minorityreport.pdf(最後瀏覽日 2012 年 6 月 6 日)
52. 大憲章全文 <http://www.fordham.edu/halsall/source/magnacarta.html>
53. 廖福特，法務部委託研究「國際公約內國法化的實踐」計畫。
<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Data/1619311490.pdf>
54. 張中勇，美國「九一一」事件後國土安全作為對台灣安全的啟示，
<http://www.taiwanncf.org.tw/seminar/20021020/20021020-4.pdf>
55. Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption Third session Doha, 9-13 November 2009. Implementation of resolution 3/2 CAC/COSP/2009/15
<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session3/V0988538e.pdf>
56. 行政院防制人口販運現況及成效報告
[http://www.mofa.gov.tw/webapp/public/Data/publication/Prevention%20of%20Trafficking%20in%20Persons\(C\).pdf](http://www.mofa.gov.tw/webapp/public/Data/publication/Prevention%20of%20Trafficking%20in%20Persons(C).pdf)
57. 司法院司法統計年報資料 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>
58. 刑事訴訟改革成效評估委員會總結報告
<http://www.judicial.gov.tw/revolution/101.1.11.刑事訴訟總結報告.doc> 最後瀏覽日 2012 年 5 月 1 日

- 59.司法院人民觀審制度調查之研究民意調查報告書
<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp>
- 60.Keith N. Hylton & V. S. Khanna, A Public Choice Theory of Criminal Procedure, Revision of 6/2005, The Boston University School of Law Working Paper Series
Index:<http://www.bu.edu/law/faculty/papers>
- 61.Joy Chapper & Roger Hanson, Understanding Reversible Error in Criminal Appeals Final Report 38 (National Center for State Courts 1989).
<http://lawweb.colorado.edu/files/vitae/hanson.pdf> 最後瀏覽日 2013 年 6 月 30 日。
- 62.井上正仁，日本裁判員制度現況與課題，司法院 100 年 4 月專題演講。
<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform03.asp> 最後瀏覽日 2013 年 3 月 22 日。
63. 日本辯護士聯合會裁判員守秘義務立法修正案參閱
<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/110616.pdf> (最後瀏覽日 2013 年 2 月
64. 元刑事担当裁判官 (サポーター) 守秘義務を課す理由について
http://www.j-j-n.com/opinion/090601/090601_shuhigimu.html(最後瀏覽日 2013 年 2 月 22 日)

其他

- 1.朱石炎，司法院「起訴狀一本主義相關問題諮詢會議」所提書面意見，2008 年 9 月 25 日。
- 2.陳運財、林志潔，行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，防制貪瀆犯罪修法動向之檢討，2009 年。
- 3.Dr. Marina Stöger-Hildbrand, 許政賢譯，奧地利參審及陪審制度演講會議資料 2009 年 10 月，台中高等法院。
- 4.陳運財，「論接受辯護人援助機會之保障」專題演講參考資料，台灣高等法院台中分院，2012 年。