

人民觀審制之建構（二）

司法院刑事廳 林廳長俊益
林法官信旭 著

壹、前言

貳、人民觀審制之優點

參、觀審法庭之組成

肆、適用人民觀審制之案件（以上，第58卷第3期揭載）

伍、強制適用被告無選擇權

一、肯定選擇權之理由

二、否定選擇權之理由

陸、觀審員及備位觀審員

一、觀審員及備位觀審員共通權限

（一）、參與審理調查證據程序

（二）、參與中間討論程序

（三）、參與法令解釋、訴訟程序及證據能力判斷事項？

（四）、第一次審判期日前應否賦予閱卷權？

二、觀審員固有權限

（一）、請求審判長代為訊問或由審判長准予直接訊問

（二）、就事實認定、法律適用及量刑陳述意見

三、觀審員、備位觀審員共通義務

- (一)、宣誓義務
- (二)、出席到場參與審判義務
- (三)、依法公平誠實執行職務義務
- (四)、保守司法公正信譽義務
- (五)、守密義務

1、守密義務旨趣

2、守密義務是否僅限於參與裁判案件終了前？

3、守密義務期間

4、得否發表參與審判感言？

四、觀審員固有義務

- (一)、遵循法官合議決定之法令解釋等義務
- (二)、出席終局評議陳述意見義務

五、觀審員、備位觀審員支領日旅費權利

柒、候選觀審員

一、義務

- (一)、據實填載送交調查表及陳述義務
- (二)、到場參與選任程序義務
- (三)、守密義務

二、支領日旅費權利

伍、強制適用被告無選擇權：

關於被告得否選擇人民參與審判涉及對人民參與審判之目的、實體客觀評價及當事人之信賴感與意識¹。不論於我國之人民觀審試行條例草案（以下簡稱觀審草案）研制期間，甚或是日本裁判員法之研議階段，應否賦予被告選擇權，似皆是制度一大爭論焦點。

一、肯認選擇權之理由

認為應賦予被告選擇權之理由如下：

(1)、人民參與審判相較於職業法官裁判，或許較能將人民之健全社會常識活用至裁判之中，但不可否認的是，由於一般素人並無法律專業知識及審判經驗，因此尚難認為沒有對此制度仍存有疑慮者，於疑慮尚未全然解消前題下，似不宜強制被告適用。

(2)、被告乃權益直接受影響之人，如賦予被告選擇權，對其權利將有更多重保障，更可一併解消人民參與審判與職業法官裁判是否有國家不平等給付之違憲疑慮²。

(3)、憲法保障被告受職業法官公正裁判之權利，人民參與審判並無優位於被告上開權利之理由，一般素人參與審判人數如又多於職業法官，法官權能已大受稀釋，與憲法原先規劃設計略有偏離，受法官公

¹ 愛知正博，「裁判員制度」管見，中京法學 38 卷 3・4 號（2004 年）第 516 頁。

² 椎橋隆幸、戶松秀典於「裁判員制度と日本国憲法座談會」之發言，判例タイムズ 1146 號（2004 年 6 月 1 日）第 18、19 頁。

正裁判權利是否仍被確實保障似難謂無疑，被告對素人參與審判亦可能心存不安，準此，自應賦予被告選擇自己認為公正裁判體之權利³。

(4)、人民參與審判對於一般人民或制度面而言，固或具有重要意義，但以此為由剝奪被告受法官裁判之權利，說理似難認為充分正當，而且人民參與審判之基本理念，與其說是在強調制度本身之公益性質，毋寧說應更重視受裁判被告私的利益之自我決定，因此自應賦予被告選擇適用與否之權利⁴。

(5)、傳統職業法官審判模式既然仍繼續存續，於引進人民參與審判制而有複數審判型態存在狀態下，自應賦予被告選擇判斷對自己有利之權利⁵，如不賦予被告選擇權，強制被告適用不願使用之人民參與審判制，被告恐難信服裁判及接受服刑，遑論更生復歸社會⁶。

(6)、社會批評恐龍法官原因多為量刑不妥輕縱被告，導入人民參與審判反映人民意識感覺之場合，重刑化傾向實非不可想像，可見人民參與審判對於被告確蘊含有不利可能性，自應給予被告選擇權。

(7)、人民參與審判是否牴觸憲法第 80 條法官依據法律獨立審判原則，並非全然毫無疑義，被告本人如決定選擇適用人民參與審判制，

³佐藤文哉於「裁判員制度をめぐる座談會」之發言，ジュリスト 1268 號（2004 年 6 月 1 日）第 45 頁。

⁴柳瀬昇，裁判員制度の立法學（2009 年 12 月 25 日第 2 刷）第 241、243 頁；西野喜一，裁判員制度批判（2008 年 10 月 10 日初版 1 刷）第 100 頁。

⁵日弁連司法改革実現本部，「裁判員制度」の具体的制度設計要綱（2002 年 7 月 31 日）第 5 頁。

⁶五十嵐二葉，刑事司法改革はじめの一步—裁判員制度のための導入具体的手続モデル—（2002 年 4 月 30 日 1 版 1 刷）第 128、129 頁。

由於是在被告承諾下實施人民參與審判，應可大幅減低違憲性疑慮⁷，於違憲疑義未完全解消前提下，冒然強制適用，似難謂允洽。

(8)、人民參與審判制度如未獲青睞運用，並非導因於賦予被告選擇權，毋寧是未獲人民理解及支持，如能改善人民參與審判制度，爭取人民認同及理解，人民參與審判制度自能生根茁壯⁸，而非強制被告適用。

(9)、伴隨人民參與審判制度之導入，於人權保障上人民參與審判模式對於被告或有過於苛刻之可能性，為不使人權保障倒退，實有承認被告選擇權之必要性⁹。

二、否定選擇權之理由

認為不應賦予選擇權之理由如下：

(1)、人民參與審判似得理解為，針對刑事案件該公共議題，創設一般素人與法官協力進行討論之公共場域，同時經由公共議題之討論，得以期待涵養人民公共德性。因此，與其強調人民參與審判為被告之權

⁷西野喜一，裁判員制度批判（上），判例時報 1094 號（2005 年 11 月 11 日）第 10 頁。又韓國憲法第 27 條第 1 項規定：全體國民有受憲法及法律所定法官裁判之權利，本條所指之法官一般是意指經由憲法及法律所定資格及程序所任命，保障物的及人的獨立之法官，而且於憲法制定當時，並未預想到人民以陪審員身分參與審判，因此，於韓國似有不小聲音認為，僅有屬於司法部門之職業法官才是憲法上的法官，人民如以相當於法官的身分參與審判，則非無可能有違憲之虞，是為迴避該違憲疑慮，韓國所採策略之一即是於其國民參與刑事判決法第 5 條第 2 項規定，被告未聲請時，不行國民參與審判，參韓寅燮，学界から見た韓国の国民参与裁判（韓国の国民参与裁判），法學セミナ 55 卷 4 號（2010 年 10 月）第 38、39 頁。

⁸ 青年法律家協會辯護士學者合同部會，裁判員制度をめぐる諸問題（2009 年 1 月 30 日）第 7、8 頁，瀏覽網址：<http://www.seihokyo.jp/kikansi/090130gougai.pdf>。

⁹ 青年法律家協會弁護士學者合同部會，「裁判員制度に関する政府素案(たたき台)」に対する意見書（2003 年 5 月 21 日）第 2 頁，瀏覽網址：<http://www.seihokyo.jp/>。

利，毋寧應更重視人民參與審判對於一般人民及裁判制度本身所具有之重要意義。準此以觀，人民參與審判既係人民參與刑事審判涵養公民德性之重要場域，自應使該公共場域充分發揮機能，維持制度創設目的，如因被告意思封鎖喪失該機會，似不免有反於導入人民參與審判之旨趣¹⁰。

(2)、如立於審議式民主主義觀點，為一般人民創設及維持公共討論場域，應該當於憲法所規定之公共利益，且該公共利益似應優先於被告之選擇權。因此，被告之選擇權為自由國家之公共利益所限制，應亦是被容許的¹¹。

(3)、固或有主張為迴避違反憲法第 16 條、80 條、81 條之疑慮，應賦予被告選擇權。但一般人民以不具評決權之形式參與審理，並不抵觸憲法第 80 條之法官獨立審判原則¹²，更無減損更易刑事審判諸原則，影響法官身分獨立，自難認為違憲，可見主張賦予選擇權之立論似難認無問題存在。又如認加入觀審員之法院組織違反憲法，則將違反憲法之法院組織選擇權賦予被告應亦難被容許¹³，而且如認為人民參與

¹⁰ 柳瀨昇，裁判員制度の立法學（2009 年 12 月 25 日第 2 刷）第 241、243、244 頁；司法制度改革審議會意見書－21 世紀の日本を支える司法制度－IV 国民的基盤の確立（2001 年 6 月 12 日）第 4 頁，瀏覽網址：
<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/iken-4.html>。

¹¹ 柳瀨昇，裁判員制度の立法學（2009 年 12 月 25 日第 2 刷）第 244 頁。

¹² 西野喜一，日本国と裁判員制度（上），判例時報 1874 號（2005 年 1 月 11 日）第 13 頁；大久保太郎－司法制度改革審議會最終意見を読む－，判例時報 1750 號（2001 年 8 月 11 日）第 29 頁。

¹³ 青野篤，裁判員制度の憲法學的一考察－裁判員制度合憲判決（東京高等裁判所 2010 年 4 月 22 日を踏まえて，大分大學經濟論集 62 卷 5・6 號（2011 年 3 月）第 215 頁。

審判制有違憲疑慮，為何會因被告選擇即治癒轉為合憲，其理由為何亦實令人費解，況國家設計一有違憲疑慮之人民參與審判制度，藉由被告之選擇，再將該違憲風險轉嫁交由被告承擔，而以禁反言理由，反駁被告之違憲主張，似亦非立憲國家應有之光明作為。

(4)、於觀審制該人民參與審判架構下，法官仍全程參與裁判過程，且最終判決結果，仍由法官決定，不受參與審判人民多數意見拘束，與非適用觀審案件僅由職業法官審理案件無殊，依然確保均質安定之公平裁判特質，且因人民之意見得補充職業法官之人生經驗及智識，應可期待適正妥適之裁判¹⁴。足見，觀審制度並無剝奪被告受法官裁判之權利，肯認選擇權之觀點，就此點而言似難認有據。

(5)、如因對於人民參與審判制度整體評價過低難以利用，或對於素人信賴不足等因素，一旦導入選擇機制非無可能造成利用者過少之憂慮，使人民參與審判制度形骸枯死化¹⁵，同時不利於制度之評鑑，遑論確立我國人民參與審判之最終走向。準此，選擇權制既可能使人民參與審判制度之存立陷於危殆不安之風險，重視制度存續而不賦予選擇權之機制，自難認為無理¹⁶。

¹⁴ 土田和博，正念場を迎えた司法改革--自民党司法制度調査会報告を契機として，法律時報 72 卷 8 號（2000 年 7 月）第 188 頁。

¹⁵ 韓國之人民參與審判制，為避免違憲爭議，賦予被告選擇權及撤回權，但因被告請求適用率過低及撤回率過高，而造成人民參與審判制活性化之障害，而有人民參與審判制枯死化之危機，參趙炳煊著「韓国における国民参与裁判制度の『最終モデル』に関する論争およびその展望」，載於岡山大學法學會雜誌 61 卷 1 號（2011 年 8 月）第 171 頁。

¹⁶ 柳瀨 昇，共和主義的展開としての司法制度改革--討議民主主義理論に基づく裁判員制度の意義の再定位，法學政治學論究 67 號（2005 年）第 180 頁。

(6)、又主張被告有選擇權立論點之一可能係適用人民參與審判乃被告之權利，被告自得拋棄該權利。惟按觀審草案第1條明定人民觀審制之目的為，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，可見，被告適用觀審審判似非受保護之法律上權利，祇不過係國家設計觀審制之反射利益而已，因此，認為被告有選擇權之觀點，似亦難認有據。

(7)、堪稱陪審制之代表國家—美國¹⁷，聯邦憲法修正案第6條第2項固規定：於刑事訴追全部案件，被告有受公平陪審公開迅速裁判之權利¹⁸，明示受陪審審判為被告之憲法上權利，但該國聯邦訴訟規則第23條a另規定，經法院承認及檢察官同意，被告始得以書面放棄陪審審理¹⁹，可見縱認受人民參與審判為被告之憲法上權利，國家亦非不得限制行使該權利。又老牌陪審制國家—英國，則就正式起訴之重大犯罪，規定應於刑事法院適用陪審審理，並不承認被告之選擇權²⁰，加拿大國則就法定最高本刑5年或逾5年有期徒刑之犯罪，規定被告有受陪審審判之權，但上位法院專屬管轄之犯罪，並不因被告單方意思即得選擇由職業法官審理，僅限於被告及檢察官兩造同意時，始得由

¹⁷全世界刑事陪審案件中約有80%係在美國進行，如以數量而言，美國被冠以陪審制之代表國家應不為過，天野聖稅，裁判員制度の違憲性，相模女子大学紀要72號（2008年）第70頁。

¹⁸北原仁，合衆国の占領と憲法：各国憲法と連邦領組織法の法文対照表，駿河台法學25卷1號（2011年）190頁。

¹⁹參裁判員制度・刑事検討會（以下簡稱裁判員検討會）第2回配付資料4「諸外国における陪審制度に関する資料—米国における陪審制度関係条文（仮訳）第21頁」，瀏覽網址：<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai2/04.pdf>。

²⁰森谷和馬，対象事件の範囲，刑事弁護33號（2003年）第31頁。

法官審理（加拿大刑事法第473條、第558）²¹。至於實施參審制之國家，原則上多不承認被告之選擇權²²。查人民觀審制係以參審制為基準，如將其歸類為參審制應亦不會過於牽強，因此，與其他實施參審制國家相較，不承認被告有選擇權，應難認有突兀之不協調感，更且參照美、英、加3國立法例，縱認受人民參與審判為被告之權利，亦非不得以法律限制被告選擇行使之。

(8)、實施陪審制國家賦予被告選擇權理由之一為，對於陪審判決原則上不得上訴²³，但於人民觀審制之下，對於觀審法庭之判決，受裁判之被告仍得依刑事訴訟法相關規定，向二審法院請求救濟，並無不得上訴之問題存在，可見賦予被告選擇權之理由於我國並不全然存在。

(9)、日本最高裁判所第二小法庭於2012年1月13日平成22(あ)1299號判決中明確表示，如能制度性保障公平法院基於法律及證據為適正之裁判，縱未賦予被告選擇適用裁判員制度審理與否之權利，亦難認違反憲法保障被告受公平法院裁判之權利²⁴。查於人民觀審制下，職業法官仍係法院組成之基本構成要素，不僅未減損更動刑事裁判諸原則，更強化落實其機能，是參照上開日本最高裁判所之觀點，縱未賦

²¹辻川靖夫，カナダの刑事陪審--陪審員選任手続を中心として(1)，判例タイムズ 1214 號(2006年9月15日)第35頁。

²²如實施參審制之德、法、義大利及基本型態為參審制之日本裁判員制，則均不承認被告有選擇權，參日本最高裁判所編ナビゲーション(2011年9月改訂版)第86頁；佐藤博史，東京三回会「制度要綱試案」の意義，刑事弁護 10 號(1997年)第135頁。

²³天野聖稅，裁判員制度の違憲性，相模女子大学紀要 72 號(2008年)第70頁。

²⁴參日本國最高裁判所網頁，網址：<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120113111705.pdf>。

予被告選擇適用觀審制與否之權利，應亦難認有悖於憲法第 8 條、第 16 條之規定。

自開始構思人民觀審制起，針對應否賦予被告選擇權之爭論，似不因觀審草案完成定調而落幕休止，積極、消極說旁徵博引，似處於對峙互不相讓態勢。但：

(1)、如認人民參與審判型之人民觀審制，對被告可能造成不公平，甚侵害被告之刑事基本人權，而須賦予被告選擇權，惟縱賦予被告選擇權，似並不因此即可解消人民觀審制之本身缺陷。足見，肯定選擇權之論者認人民觀審制有瑕疵而須賦予選擇權，然賦予選擇權又不能化解治癒瑕疵，準此以觀，肯定說似難謂無無理矛盾之疑²⁵？

(2)、為確保組成公平法院，刑事訴訟法設有法官自行及聲請迴避機制（刑事訴訟法第 17 條、18 條），相對觀審草案就觀審員亦設有相同之不適格事由制度（觀審草案第 13 條第 1 款、第 15 條），且為解消當事人之可能不安疑慮，另設有不附理由拒卻制度（觀審草案 27 條），又加入觀審員裁判體之判決，就結果而論，縱偶有可能對被告為不利益之裁判，但既是在人員組成及其他方面均無偏頗之虞之法院所為之裁判，自難認是非公平法院之裁判。足證，似尚難因觀審員加

²⁵ 渡辺直行，裁判員制度の理念的位付けと、憲法との関係及び今後の検討課題についての一考察，修道法學 28 卷 1 號（2005 年 9 月 30 日）第 34 頁。

入裁判體，即遽認該裁判體變質成非公平法院²⁶。準此，觀審法庭之組成既仍是公平法院，足以保障被告公平法院裁判之之權利，則縱未設計選擇權對被告而言似難認有何不利，更難以想像設計選擇制之必要性為何。

(3)、人民參與審判對被告是否確實不利，似亦無實證可佐²⁷，且觀審制之基本架構，既由法官為最終決定，自不會發生法官之存在實質上不具任何意義之情況，顯無侵害被告受法官裁判權利之疑義。

(4)、如嚴格貫徹被告程序選擇權，則為何被告僅能選擇適用與否，而不得為部分選擇，即事實認定部分適用人民參與審判，量刑部分由職業法官判斷？如再進一步延伸，為何被告不得選擇其認為最公平有利之特定法院，而須受限於刑事訴訟法所劃定之管轄規則？

(5)、適用觀審案件有選擇權，非適用觀審案件僅能依循國家所鋪設之職業法官審判軌道，是否反會令人產生重罪、輕罪不平等待遇之疑惑？

(6)、尤有甚者，採取選擇權之觀點，是否意味著刑事訴訟法設計之簡式審判及簡易程序，均有漠視被告程序選擇權之疑義，而有重新檢討

²⁶ 日本東京高等裁判所平成 22 年 10 月 26 日平成 22 年（う）1391 號判決；最高裁判所大法庭昭和 23 年 5 月 5 日昭和 22 年（れ）171 號判決（刑集 2 卷 5 號 447 頁）。

²⁷ 韓國自 2008 年 1 月 1 日開始實施人民參與審判，迄 2011 年止，無罪率為 8.4%，遠高於同一期間全國法院一般刑事案件 3.3% 之無罪率，參金炯料，韓國國民參與審判之回顧與前瞻-以國民參與審判實施後法曹三者之角色變化為中心（2012 年 5 月 29 日）第 22 頁。

修正之必要²⁸？

綜上，觀審草案設計強制適用不賦予被告選擇權似難認為無理。

陸、觀審員及備位觀審員

一、觀審員及備位觀審員共通權限

(一)、參與審判調查證據程序

人民為社會常識之鑑定人，法官則因受限於出身養成及司法官僚封閉體系等相關因素，不可否認人生社會經驗似有其侷限性，是為於裁判中反映一般社會知識及經驗，減少司法官僚精英偏見，實現更優質正義²⁹，裁判組織體自有加入人民參與元素之必要性。又人民既加入成為裁判組織體之一員，為使人民發揮健全社會常識，形成適正心證，實質參與決定裁判內容，針對人民得以觀審員身分參與判斷之事項，應使其具有等同接近陪席法官之權限，參與觀審案件審判調查證據程序³⁰。反之觀審員如未參與，依觀審草案第 48 條規定，則不得進行該程序。

觀審員既有參與審判調查證據之權限，自有權參與自朗讀案由起迄辯論絡結之整體審理程序。準此，觀審員利用五官作用勘驗證物觀察證

²⁸ 依刑事訴訟法第 273 條之 1 第 1 項、第 449 條第 1 項、第 2 項規定，適用簡式審判及簡易程序似均不以經被告同意選擇為必要。

²⁹ ケント・アンダーソン，外国の常識から見た「裁判員制度」，法律時報 76 卷 2 號（2004 年 2 月）第 37、38 頁。

³⁰ 石丸俊彦等 4 人共著，刑事訴訟の実務（上），平成 17 年 8 月 22 日第 3 刷，第 98 頁。

物之存在及狀態³¹、聽聞觀看證據書類內容固無論矣，亦得參與詰問證人、鑑定人、通譯，訊問被告及言辯論告程序。

至於備位觀審員固非正規觀審員，惟因選任備位觀審員之目的在於觀審員不能執行職務時，得無縫接軌即刻遞補，同時避免更新審理有害訴訟經濟，對其他觀審員造成負擔。基此，備位觀審員應與觀審員有同等之參與審判調查證據程序權限，但關於訊問證人、鑑定人、通譯，被告或被害人部分，因備位觀審員之本質界限，似應微調與觀審員為差別處理（詳下述二、（一）觀審員特有權限）。

（二）、參與中間討論程序

人民觀審制為人民參與型之刑事司法制度，擔任觀審員之人民大多為不具法律常識及審判經驗之一般社會大眾，為使觀審員積極執行職務實質參與審判，審判長除應於公判期日前善盡審前說明義務外，於公判審理中基於下理由，審判長似亦應適時進行中間討論，促進提升觀審員之認識理解：

(1)、利用中間討論程序，審判長得以淺顯易懂方式適切詳盡說明案件爭點、相關連法令及其解釋，回答觀審員質問，聚焦提示審理重點，相互理解各自問題意識、討論時點之心證程度及方向性，於法官與觀

³¹ 公判期日調查證物具有勘驗之性質，參石井一正，刑事実務証拠法，2007年7月10日第4版2刷，第343頁。

審員間形成共通認識，形塑容易陳述意見之氛圍³²。

(2)、於調查證據後觀審員記憶仍然新鮮之適當時點，審判長如能適時進行中間討論，可整理證據調查旨趣、問題點，使後續終局評議順利充實效率進行³³。

(3)、案情較為複雜之案件，於公判審理程序中，如未行中間討論，於辯論終結後進行終局評議，觀審員不僅未充分整理證據資料，記憶又可能趨於模糊，恐僅能根據片斷記憶陳述印象。尤其在難以樂觀期待觀審員認真閱讀龐雜訴訟筆錄喚起記憶前提下，觀審員得否實質參與評議實難謂無疑。準此，為避免發生類此事態，於公判理程序中自有行中間討論之必要性³⁴。

基此，觀審草案第 47 條第 2 項、第 54 條第 1 項、第 2 條第 3 款分別規定，審判期日之訴訟程序進行中，審判長認有向觀審員說明事實及法律重要爭點等事項之必要時，及參與審判觀審員有更易者，除有備位觀審員遞補情形外，均應行中間討論，以釐清觀審員就程序、實體所生疑惑，適切說明並交換意見。又中間討論既為增進提升觀審員之認識理解，觀審員自有參與之權限。

³² 池田修，解說裁判員法—立法の経緯と課題，平成 17 年 7 月 30 日初版 2 刷，第 41 頁。

³³ 松本芳希，裁判員制度の下における審理・判決の在り方，ジュリスト 1268 號（2004 年 6 月 1 日）第 93 頁。

³⁴ 吉丸真，裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題，判例時報 1807 號（2003 年 3 月 11 日）第 11 頁。

又基於以下理由，行中間討論時，法官似宜避免進行調查證據之實體評價：

- (1)、中間討論目的在增進觀審員對公判審理程序及證據之理解度，而非取代終局評議。
- (2)、降低外界質疑法官可能會利用中間討論程序，偷渡自己之壓到性優勢法律專業及審判經驗，誘引觀審員作出符合自己想法之判斷。
- (3)、基於無罪推定刑事審判原則，於接觸全部證據前似應節制預斷評價，如於中間討論程序即就證據調查結果進行實體判斷，似會有背離無罪推定原則之疑慮³⁵。

(三)、得否參與法令解釋、訴訟程序及證據能力判斷事項？

於形成實體判決過程，伴隨訴訟活動開展，法院可能須就法令解釋、訴訟程序及證據能力等事項加以判斷，此等事項是否宜由人民參與陳述意見？固有認為：為完整全面彰顯人民參與審判意義，人民參與範圍不應僅侷限於事實認定、法律適用及量刑方面，證據能力之有無可能左右案件最終判斷。訴訟程序問題，認定訴訟事實亦占判斷重要部分，更與信用性判斷密切關連，實有反映人民感覺高度必要性。法令解釋部分，一般人民可利用其知識經驗使法律內涵具體化，如排除人民參與，豈非形成既允人民參與審判作出判斷，但人民竟不知提出調

³⁵ 岡田悅典，中間評議の役割と証拠評価の可能性，刑事弁護 54 號（2008 年）第 65、66、67 頁。

查之證據其原委顛末及訴訟流程走向之畸形現象。尤其刑事司法最被詬病問題即在於輕易採用自白供述筆錄及違法收集證據，人民如可參與判斷此等事項，始得以其健全常識，適正排除強取自白筆錄及違法收集證據，因此，參與審判人民應得參與法令解釋、訴訟程序或證據能力之判斷³⁶。惟因：

(1)、就本質面觀察，使一般人民理解高度專業法律知識，並以此為前提進行理性討論，似難認無一定困難度，又為讓人民得參與關於法令解釋、訴訟程序或證據能力之判斷，而要求人民須學習一定程度法律知識，恐不具有現實性³⁷。

(2)、開放人民參與法令解釋活動，受限於人民法律專業不足，職業法官縱如何尊重人民，人民恐亦難與職業法官對等討論，何況職業法官對不具法令解釋經驗之人民，說明法令解釋之成立迴旋可能性，經其等理解後再作出判斷，可能須花費相當勞力及時間，於現實層面上，似不合致迅速裁判原則³⁸。可見，為適切解釋法令，本質上似以具有相當法律專門知識為前提，而觀審員係由一般人民中隨機抽選，並非法律專門家更無法律處理經驗，由觀審員參與判斷法令解釋，恐無法

³⁶ 參裁判員檢討會第 24 回（2003 年 9 月 11 日）議事概要，瀏覽網址：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai24/24gaiyou.html>；日弁連司法改革實現本部，「裁判員制度」具體的制度設計綱要（2002 年 7 月 31 日）第 25 頁；山崎浩一，裁判員と裁判官の役割分担・裁判体の構成・評決方法，刑事弁護 33 號（2003 年）第 25 頁。

³⁷ 綠大輔，裁判員制度における出頭義務・就任義務と「苦役」：憲法 18 条との關係，一橋法學 2 卷 1 號（2003 年 3 月 10 日）第 320 頁。

³⁸ 愛知正博，「裁判員制度」管見，中京法學 38 卷 3・4 號（2004 年）第 513、514 頁。

滿足法令解釋之安定性、整合性，似難謂為允洽³⁹。

(3)、訴訟程序事項係刑事手續操作規則，對全體案件似應統合一體適用，與對應每一個案內容運用社會常識加以判斷事項性質殊異。法令解釋亦應以判例、學說等為基準建構統一整合性，以符合法定安定性要求，因此，關於法令解釋及訴訟程序問題，既屬專業判斷事項，由職業法官判斷應難認為不當⁴⁰。

(4)、從實際層面切入，要求即斷即決之法庭警察權固無待贅言，即便是聲明異議及聲請調查證據等事項，如開放人民參與此等判斷恐無法迅速作出回應，或有招致訴訟遲延之虞。尤其變更期日、延長羈押、具保、證據決定等訴訟程序判斷，多係於公判期日外為之，如要求觀審員參與判斷，恐使訴訟程序難以順暢進行發揮作用，對非法律專門家之觀審員而言，負擔亦可能過重，故觀審員參與訴訟程序問題似難認為妥當⁴¹。

(5)、參與審判人民如得參與判斷證據能力，則有可能事先接觸事後被宣告無證據能力之證據後，再進行事實認定，但考量素人專業法律能

³⁹ 松本時夫，裁判員制度の予想できる具体的運用について，法の支配 133 號（2004 年 4 月）第 42 頁；參裁判員檢討會第 4 回（2002 年 6 月 11 日）議事概要，瀏覽網址：<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai4/4gaiyou.html>。

⁴⁰ 日本法務省，裁判員制度・刑事檢討會における当面の論点に関する意見（2002 年 9 月 24 日）第 7 頁；最高裁判所事務総局，裁判員制度，刑事裁判の充実・迅速化，檢察審査會制度の在り方についての意見（2002 年 9 月 24 日）第 3、4 頁。

⁴¹ 中井憲治，國民の刑事司法參加をめぐる当面の論点，法の支配 127 號（2002 年 11 月）第 58 頁。

力及審判經驗之闕如，是否全然不受污染，而有違反預斷排除原則之虞⁴²。尤其，一般人民或許難以辨別證據能力及證明力之不同，非無可能演變成以證據具有高度信用性為由進而認定具有證據能力之反邏輯操作結果。

(6)、處理證據能力問題時，不單事實認定，另須綜合考量學說理論、比較過去同種案例及破壞令狀主義精神之程度等相關事項⁴³，職業法官對此多已累積相當多法律知識，反觀觀審員並無此方面專業背景，其等得否與職業法官共同討論實質評議，似非無疑義。

(7)、參與審判人民如須參與證據能力之判斷，即有必要參與判斷證據能力之調查及評議程序，如此審理時程似有長期化可能性⁴⁴，對於參與審判人民之負擔是否有過重之嫌。

綜上，觀審草案第 50 條第 1 項規定，關於證據能力及證據調查必要性之判斷、訴訟程序之裁定、法令之解釋，專由法官合議決定之，應係考量觀審員之非法律專家性、判斷事項之法律技術性、統一判斷之法安定性、訴訟程序之迅速處理性所為之允當設計。

至於觀審員對於證據能力及證據調查必要性之判斷、訴訟程序之裁

⁴² 日弁連司法改革實現本部，「裁判員制度」の具体的制度設計要綱（2002 年 7 月 31 日）第 26 頁。

⁴³ 參裁判員検討会第 14 回（2003 年 3 月 25 日）議事概要，瀏覽網站：
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai14/14gaiyou.html>。

⁴⁴ 日弁連司法改革實現本部，「裁判員制度」の具体的制度設計要綱（2002 年 7 月 31 日）第 26 頁。

定、法令之解釋如有疑義，審判長則可依同條第 2 項規定，行中間討論向觀審員說明之，解消觀審員之可能疑惑。

(四)、第一次審判期日前應否賦予觀審員閱卷權？

於卷證併送原則下，依刑事訴訟法第 264 條第 3 項規定，檢察官於起訴時，應將卷宗及證物一併送交法院，因我國未採準備程序法官與公判審理法官分流機制，二者乃同位一體，且為盡量縮短審判時程，減輕觀審員負擔，進行充實繼續計劃迅速之公判審理程序，於第一次審判期日前受命法官應行準備程序，整理兩造事實、法律及證據爭點，排定證據調查之項目、範圍、次序及方法，合議庭法官應判斷證據能力、證據調查必要性，及決定強制處分等訴訟程序事項，以致觀審法庭職業法官於第一次審判期日前，不可避免多少會接觸檢察官起訴時檢送之偵查卷證⁴⁵。為此，或有認為：第一次審判期日之前僅職業法官得閱覽卷證，進行準備程序及其他訴訟程序判斷，參與審判人民與法官間不可避免存有相當程度資訊落差⁴⁶，為形塑法官與觀審員對等地位，彌平資訊上之不對等，不受法官誘導實質參與審理，形成適正心

⁴⁵ 觀審草案第 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. 於審判期日行訴訟指揮。三. 第 6 條第 1 項、第 43 條第 1 項、第 2 項之裁定。四. 關於羈押、具保、責付、限制住居、沒入保證金、退保、搜索、扣押或扣押物發還、因鑑定將被告送入醫院或其他處所、證據保全、依刑事訴訟法第 105 條第 3 項、第 4 項所為之禁止或扣押及對於限制辯護人與被告接見或互通書信之裁定。

⁴⁶ 鯨越溢弘，裁判員制度と公判前整理手続--争点整理・証拠開示を中心として，法律時報 77 卷 4 號（2005 年 4 月）第 39 頁。

證避免誤判，及簡省審判長說明義務，加速審判效率，實無禁止觀審員於第一次審判期日之前接觸卷證內容之必要性。惟因：

(1)、為減輕觀審員負擔，避免舟車往返勞頓，增加外界干擾風險，於應然及實然操作面，似應於觀審員選任程序結束當日或隔日，隨即進行審判程序⁴⁷，於如此緊接時間內，似難以期待觀審員研閱卷證。

(2)、我國偵查機關向來重視文書證據，在目前卷證併送起訴程式下，繁雜龐大偵查卷宗對職業法官來說已是一大負擔，對於一般人民而言，似更無法期待其等於正常工作、生活時間外，於公判審理程序外研閱精讀卷宗，以形成適正心證⁴⁸。

(3)、隨著人民觀審制之引進，立於控訴角色之檢察官為說服觀審員及職業法官，辯護人方面為獲判有利結果，必會克盡實質舉證及積極防禦責任，落實公判中心、口頭、直接審理原則，以眼觀耳聽即可理解方式進行法庭訴訟活動，再由觀審員及法官基於在法庭調查證據之結果，形成公正心證⁴⁹，因此，觀審員於第一次審判期日前似亦無閱覽卷證之必要性。

⁴⁷ 日本最高裁判所 2006 年 11 月製訂之「裁判員選任手續のイメージ案」指導程序流程亦為：通常案件於午前終了裁判員選任程序，當日午後開始審理案件，瀏覽網址：
http://www.courts.go.jp/saikosai/vcms_lf/80702010.pdf#search=裁判員選任手續のイメージ案。

⁴⁸ 堺 徹，特集裁判員制度導入に向けて) -- (裁判員制度導入に向けた取組)，法律のひろば 59 卷 10 號 (2006 年 10 月) 第 19 頁；大久保太郎，裁判員制度案批判－司法制度改革審議會最終意見を読む－，判例時報 1750 號 (2001 年 8 月 11 日) 第 28 頁。

⁴⁹ 左藤文哉，裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について，判例タイムズ 1110 號 (2003 年 3 月 15 日) 第 5、6 頁。

(4)、偵查卷證內容，多為不利於被告之控訴資料，如讓觀審員於第一次審判期日前即事先接觸卷證，對於不具審判經驗及法律專業知識之人民而言，是否會因此形成預斷偏見，違反無罪推定原則，反而不利於被告之訴訟權益。

(5)、為避免污染觀審員心證，審判長之審前說明不得涉及證據實體評價，依觀審草案第 47 條第 1 項規定審判長僅得就觀審審判程序、觀審員權利義務、刑事審判基本原則、被訴罪名要件、本案爭點及證據調查計劃加以說明，足見縱開放允許觀審員於第一次審判期日前閱覽卷證，對於簡省審判長說明義務，加速審判效率，似難認有明顯效益。

(6)、德國參審制雖未明文禁止參審員於第一次審判期日前閱覽卷證，但實務一般操作是不允許參審員於第一次審判期日前閱覽卷證，其理由略為：事先閱覽卷證是為行準備活動而為之，在直接、口頭主義之刑事訴訟基本原則下，判決中援用之證據，限於公判程序中直接調查所得之證據，如允許參審員事先閱覽卷證，其等恐難以區別因閱覽卷證獲得之心證及在公判程序直接調查證據形成之心證；反之，參審員如以空白狀態蒞臨公判審理，不僅契合刑事訴訟原則，不抱持預斷，或能作出更公正妥當之判決⁵⁰。又法國重罪院參審法庭之審理亦力行

⁵⁰稻葉 一生，ドイツにおける刑事司法への国民参加の実情と問題点-1-，ジュリスト 973 號（1991 年 2 月 15 日）第 77 頁。

口頭主義，原則上亦禁止參審員直接閱讀案件之文書筆錄⁵¹。

綜上，基於時間性、本質性、必要性、純淨性之考量，於第一次審判期日似毋庸賦予觀審員閱卷權。

二、觀審員固有權限

(一)、請求審判長代為訊問或由審判長准予直接訊問

觀審審判程序進行中，觀審員對於證人、鑑定人、通譯或被告之應訊回答內容，可能有不盡明瞭或困惑懷疑之處，為使觀審員於後續終局評議階段，具有完整全面證據資料，充分陳述意見形成適正心證，自應給予觀審員於審判程序階段確認或深入瞭解之機會。惟因觀審員可能並未受過相關訊問訓練，訊問技巧或較為生疏拙劣，訊問內容及方式可能有曝露心證之虞，或導致審理節奏混亂⁵²，因此，觀審草案第 52 條前段規定：證人、鑑定人、通譯或被告經當事人、辯護人或輔佐人詰問或詢問完畢後，審判長得依觀審員之請求，訊問之⁵³。又為提升參與審判人民之參與感，有助形成適正心證，人民如可直接訊問想要明瞭解惑之處，應可防止產生誤解⁵⁴，因此同條後段規定：審判

⁵¹ 芦澤政治，フランスの刑事參審制度について，ジュリスト 1195 號（2001 年 3 月 1 日）第 90 頁。

⁵² 日弁連司法改革實現本部，「裁判員制度」の具体的制度設計要綱（2002 年 7 月 31 日）第 43 頁。

⁵³ 韓國國民參與刑事審判法第 41 條第 1 項第 1 款亦規定：陪審員及備位陪審員得請求審判長對被告、證人訊問必要之事項。國民參與刑事審判規則第 33 條第 1 項規定：第 41 條第 1 項第 1 款之請求訊問，應緊接於被告、證人詰問終了後，以書面為之。

⁵⁴ 稻葉 一生，ドイツにおける刑事司法への國民参加の実情と問題点-1-，ジュリスト 973 號（1991 年 2 月 15 日）第 76 頁。

長認為適當時，亦得准由觀審員直接訊問。

由於觀審員與法官未分離就坐，請求審判長代為訊問方式，似不必然限於僅得以書面為之，為確切表達觀審員問題，於不妨害訴訟程序進行前提下，以口頭方式似亦難認為不可⁵⁵。又觀審員之請求代為訊問內容如有不當，審判長基於訴訟指揮權，似應得修正問題或不為訊問⁵⁶。同理，觀審員之直接訊問如有不當，審判長似亦得禁止之⁵⁷。

雖或有認為無表決權之觀審員得於法庭上直接訊問，形同承認無裁判權之人得直接實施證據調查權，已涉及審判權之核心領域問題，且觀審員只有參與程序，提供意見之功能而已，「觀而不語」應較符合草案之立法精神⁵⁸。惟查觀審員之職權應是「既觀且語」，且觀審員如無裁判權，為何得就審判核心事項之事實認定、法律適用及量刑陳述意見？又裁判權之概念是否僅能作如此狹隘之界定，亦非無疑？因此，為體現觀審法庭成員合審協力關係，觀審草案如此設計，似難謂為無理。

⁵⁵ 韓國國民參與刑事審判制，陪審員僅得以書面方式請求審判長代為訊問，或可能係因該國國民參與刑事審判法第 39 條第 3 項規定：陪審員及備位陪審員席位設於審判長、檢察官、被告及辯護人間之左側，未與法官同席就坐，或因受限於物理上之距離，陪審員須以書面方式，請求審判長代為訊問，但因我國人民觀審制之席位設計與韓國不同，準此，請求代為訊問方式似不必然須與韓國模式相同，參今井輝幸，韓國の国民参与裁判制度－裁判員裁判に与える示唆－（2010 年 6 月 1 日初版 1 刷）第 11、12 頁。

⁵⁶ 韓國國民參與刑事審判規則第 33 條第 2 項規定：審判長為使公判程序順暢進行，必要時得修正陪審員、備位陪審員請求訊問之事項，或不為訊問。

⁵⁷ 觀審條例第 29 條第 1 項第 5 款規定：觀審員不聽從審判長之指揮，致妨害審判期日之訴訟程序之順暢進行，足認其繼續執行職務已不適當者，法院得解任之。可見審判長基於訴訟指揮權，為審判期日訴訟程序之順利進行，應可制止觀審員不當之訊問。

⁵⁸ 羅秉成，觀審是毒藥還是補藥－辯護人觀點的批判性理解，全國律師 16 卷 4 號（2012 年 4 月）第 38 頁。

依觀審草案第52條觀審員得請求訊問或直接訊問之對象，似不及於被害人，惟按刑事訴訟法第272條第2項規定，審判期日，應傳喚被害人並予陳述意見之機會，被害人所陳被害感情、處罰感情或量刑意見，法院為有罪判決時並得作為科刑之參考⁵⁹，實務運作上，被害人陳述旨趣不明確時，法官多會再加訊問。茲因觀審員得參與量刑陳述意見，是觀審員如認被害人陳述有待釐清，徵諸前述同一理由，似亦得請求審判長代為訊問或由審判長准予直接訊問⁶⁰。

至於備位觀審員因非正規觀審員，且於終局評議階段經審判長許可，亦僅得在場旁聽，不得陳述意見，因此似不宜由備位觀審員直接訊問。惟因備位觀審員將來或有遞補成為觀審員之可能性，其亦因為形成心證而參與審理證據調查程序，如備位觀審員對於證人、鑑定人、通譯或被告及被害人之陳述內容，有不盡明瞭或困惑懷疑之處，或可利用中間討論程序，向審判長提出疑問點或希望確認之處，由審判長酌斟是否代為向上述訴訟關係人發問⁶¹。

（二）、就事實認定、法律適用及量刑陳述意見

法官與觀審員共同參與審理討論評議，可將各個觀審員基於各自背景所具有之社會常識經驗，與裁判專門家之法官知識經驗及見解相互融

⁵⁹ 最高法院 95 年台上 5141 號判決參照。

⁶⁰ 日本裁判員法第 58 條亦規定，依刑事訴訟法第 292 條之 1 第 1 項規定，被害人等或被害人之法定代理人陳述意見後，裁判員為澄清其陳述旨趣，得對其等訊問之。

⁶¹ 辻裕教，「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(3)，法曹時 60 卷 3 號（2008 年 3 月）第 47 頁。

合，獲致意見交換之成果，深化人民對於司法之理解。又因職業法官受理相當多案件可能產生一定僵化性，似難認職業法官對於本身事實認定能力沒有過度自信之危險，而透過觀審員對於法官之說明討論，提出素朴疑問，應可期待檢驗該危險性，批判該慣行性。此外，不清楚量刑行情內容之觀審員感覺，就綜合量刑判斷各個斟酌事項，亦非無可能提供有用觀點，且因量刑行情本身隨著犯罪情勢變化產生流動，或有許多異常情事個案，觀審員之新鮮感覺亦有深值參考之處。準此，為使法官與觀審員共有彼此知識及經驗，將其成果反應至裁判內容，不論事實認定、法律適用，抑或量刑方面，似均應反映觀審員之健全社會常識⁶²，賦予觀審員討論陳述意見之權限。

在日本雖有論者基於以下理由認為參與審判人民不應參與量刑判斷：

(1)、運用人民健全常識可信賴獲致適切判斷，於事實認定層面固得由人民參與，但於量刑判斷層次，因須有相關行刑及矯正專門知識，且考量整體刑事裁判平等性，與其由人民直接反映處罰感情，由職業法官參酌人民感情後，依專門知識冷靜判斷毋寧較為理想⁶³。

(2)、人民參與審判旨趣在於將人民健全社會常識及感覺反映於裁判之中，而人民感覺往往即是意味著處罰感情及被害感情，媒體論調也多暗示如此方向，許多參與審判經驗者，於判決後之記者會場亦提及，

⁶²佐藤文哉，裁判員に何を期待するか，法の支配 132 號（2004 年 1 月）第 5 頁。

⁶³ 青年法律家協会弁護士学者合同部会，裁判員制度に関する政府素案(たたき台)」に対する意見書（2003 年 5 月 21 日）第 1 頁，瀏覽網址：<http://www.seihokyo.jp/>。

反映被害感情彷彿就是參與審判之使命。

(3)、量刑作業乃具有刑事政策相關專門知識及經驗之綜合判斷，其本質係建立在政策、權力作用，與人民社會生活頗有距離，亦可以說是人民難以適應之作業，尤其我國刑法，其特徵為法定刑高低幅度甚大，在如此法制度下，關於刑事裁判或刑事政策，由一般素人參與量刑，實難謂有理。

(4)、藉由人民參與司法強化刑罰，實行嚴罰化政策，無非是將國家刑罰權之發動強化轉嫁成人民之責任，其本身具有相當大問題。且量刑乃國家應負責之權力作用，非各個人民所應承擔，人民縱是監視評價國家刑罰權行使應然面之主體，亦並不因此擔負評價責任⁶⁴。

(5)、均衡刑罰為罪刑法定主義之派生原理，亦同為憲法所保障，但一般素人並不知曉判決先例所建構之量刑基準，恐有根據本身處罰感情進行量判斷之虞，尤其在死刑或無期徒刑判斷上，如基於一般人民感情直覺發生誤判情事，事態將會相當嚴重⁶⁵，無法挽救。

但基於以下理由，似無排除人民參與量刑判斷之必要：

(1)、導入人民參與審判之意義厥在於法律專門家之法官與一般素人藉由相互討論交換意見共有各自知識經驗，將討議後成果反映於裁判內

⁶⁴ 青年法律家協會弁護士学者合同部会，裁判員制度の3年後「見直し」に向けた提言（2011年12月3日），瀏覽網址：<http://www.seihokyo.jp/11.12.03minaoshiteigen.pdf>。

⁶⁵ 諏訪雅顕，刑事司法の変革に対する危惧：裁判員制度を題材として，信州大學法學論集第4號（2004年8月31日）第67頁。

容，準此不僅止於犯罪事實認定乃至有罪、無罪判定方面，於人民高度關心之量刑層面亦有相當意義⁶⁶。

(2)、法律專門家固或認為量刑方面無何問題，但以一般人民角度觀察感覺有欠妥適之情形亦非無有，經由人民參與量刑與法官共同議論，或可使法官重新思考歷來量刑行情觀念，提供法官量刑平衡觀點，防止脫逸一般社會所認可之刑罰標準，使量刑結果更為人民信服⁶⁷。

(3)、由於量刑結果與一般人民感覺乖離，使法官常遭外界批評，立法者遂常以提高法定刑度方式回應人民批判⁶⁸，人民如得參與量刑判斷，反映人民處罰感情，或許立法者於審議修正刑事實體法時，會以更宏觀視野，審酌人民參與量刑判斷情形，而不為一時之輿情民意所受限，制定或修正或有可能違反罪刑相當原則之刑罰。

(4)、基於公平性及量刑均衡觀點，固不得因人民參與審判而完全無視量刑行情，恣意為刑之量定，既有量刑行情確應成為量刑具體基準⁶⁹，但不知悉量刑行情內容之一般素民感覺，於綜合量刑判斷審酌各個事由之際，就應為如何程度之比重評價，似能提供有用之觀點⁷⁰。況且

⁶⁶ 參司法制度改革審議會意見書（抜粹）第 10 頁，瀏覽網址：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai1/1siryou2.html>。

⁶⁷ 井上正仁於「国民の司法参加・刑事司法」座談會之發言，ジュリスト 1208 號（2001 年 9 月）第 144 頁。

⁶⁸ 山室惠於「国民の司法参加・刑事司法」座談會之發言，ジュリスト 1208 號（2001 年 9 月）第 145 頁。

⁶⁹ 松本時夫，裁判員制度と事実認定・量刑判断のあり方について，法曹時報 55 卷 4 號（2003 年 4 月）第 20、21 頁。

⁷⁰ 長沼範良，裁判員の選任・確保とその権限・義務，ジュリスト 1268 號（2004 年 6 月 1 日）第 71 頁。

量刑判斷固首應著重均衡不偏不倚，然量刑行情並非僵固不變，於量刑行情本身伴隨犯罪情勢變化趨於流動，或有較多特殊緣由之個案，實有參考人民新鮮感覺之必要性⁷¹。

(5)、一般而言，參審制之基本構架係由職業法官與參審員協力為事實認定及量處刑罰，陪審制之一般建制，陪審員僅負責判斷有罪、無罪，刑之量定係由法官為之⁷²。經查人民觀審制係以參審制為主要參考範本⁷³，肯認人民得參與量刑判斷之設計，似亦較符合體系之一貫性。

綜上，為使人民全面實質參與審判，避免人民參與審判制度被矮化成一不完整之制度，似宜由人民參與量刑判斷。

觀審草案初稿完成後之會銜階段，行政部門有認為觀審員乃法律門外漢，事實認定與法律適用均涉及高度法律專門技術，即便是法律專門家之職業法官亦多感困難，遑論從未受過訓練之觀審員，且外界批評司法多是因法官量刑與外界認知落差過大所致，因此觀審員僅參與量刑判斷，似亦是一可能選項。惟因：

(1)、刑事審判之事實認定係基於日常社會生活形成之經驗法則所為之判斷作業，不屬法官專權領域，一般人民亦得充分運用為之⁷⁴。且一

⁷¹佐藤文哉，裁判員に何を期待するか，法の支配 132 號（2004 年 1 月）第 5 頁。

⁷² 平野龍一，參審制度採用の提唱，ジュリスト 1189 號（2000 年 11 月 15 日）第 50 頁；大川隆男，マサチューセッツ州における陪審員選任手続，判例タイムズ 1150 號（2004 年 8 月 1 日）第 38 頁。

⁷³ 日本最高裁判所將法官與參審員組成一裁判體共同參與審判，參審員得陳述意見但沒有評決權之制度歸類稱之為「無評決權之參審制」，參最高裁判所，国民の司法参加に関する裁判所の意見（2000 年 9 月 12 日），瀏覽網址：<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai30/30bessi5.html>。

⁷⁴ 日本最高裁判所第三小法庭平成 22 年 4 月 27 日平成 19 年（あ）19 號判決（刑集 64 卷 3 號

般而言刑事裁判，與其說多須藉重專業知識認定，毋寧說具有根據普通常識判斷之傾向，足見，開放人民參與刑事裁判認定事實，實有相當重大之意義⁷⁵。

(2)、證據之證明力判斷既是以日常生活中之經驗法則與人類思維上之論理法則為基礎，進行符合情理與常識之證據推理，參與審判人民熟悉發生在自己生活周遭之日常生活經驗，如運用投入事實認定，或使證據推理更符合常理。

(3)、由於法學教育、司法考試與訓練之侷限性與生活型態、獨立性之要求，職業法官所擁有之日常生活知識經驗可能偏離社會上大多數人之生活經驗常識，一般人民利用其知識經驗使法律內涵具體化，或可以彌補職業法官在法律見解與適用上可能形成之僵化思維⁷⁶，反之如將觀審員權限縮至僅得參與量刑判斷，恐與導入人民參與審判旨趣相背，而肢解成一殘缺不全之人民參與審判制。

(4)、量刑判斷乃認定有罪後之作業，而行為手段、被害情節等因子均為量刑應審酌事項，此等量刑因子於事實認定階段，多會顯現提出，觀審員如不得參與事實認定及法律適用，則如何期待觀審員於量刑判斷時，得全面考量各量刑因子，為嚴謹周全之量刑判斷？

233 頁)，近藤崇晴裁判官補充意見。

⁷⁵ 熊谷弘，大陸法系諸国における陪審制の運命—その參審制化の内在的原因の研究—，昭和40年3月，第2頁。

⁷⁶ 蔡蕙芳，從人民參與刑事訴訟之功能論適用觀審制之案件，載於國民參與刑事審判制度學術研討會論文集（2012年5月）第14頁。

(5)、綜觀實行參審制之主要國家，如德、法、義及日本，參審員或裁判員之權限除量刑判斷外，亦均包括事實認定及法律適用⁷⁷。

是觀審草案第 2 條第 1 款規定，觀審員參與觀審審判、中間討論，於終局評議時，就事實之認定、法律之適用及量刑陳述意見，第 56 條第 1 項規定，終局評議時，觀審員得就事實之認定、法律之適用及量刑參與討論及陳述意見，應係一符合人民參與審判旨趣及世界主要參審制國家運作模式之合理可行設計。

三、觀審員、備位觀審員共通義務

(一)、宣誓義務⁷⁸

課予參與審判人民宣誓義務，無非為確保對於公正裁判之信賴⁷⁹，是經選任為觀審員、備位觀審員（以下本節「三」觀審員、備位觀審員共通義務，觀審員一詞如未特別指明區別，均包含備位觀審員）自應踐行宣誓義務，又因觀審員與備任觀審員職權、義務均不盡相同，備位觀審員遞補為觀審員時，依觀審草案第 46 條第 2 項規定應以觀審員身分，重行宣誓，以昭慎重。

⁷⁷ 日本最高裁判所，裁判員制度ナビゲーション（2011 年 9 月改訂版）第 86 頁。

⁷⁸ 宣誓方式，實施人民參與審判各國多有不同，依日本裁判員規則第 37 條規定，宣誓係由審判長命裁判員及備位裁判員分別起立嚴肅朗讀宣誓書，並署名用印，如不能朗讀，由書記官朗讀，宣誓書記載依據法令公正誠實執行職務；依加拿大刑事法第 631 條（4）則是由書記官命候選陪審員宣誓，書記官詢問是否使用聖經宣誓，候選陪審員選擇後，書記官朗讀宣誓或確認文句，候選陪審員再以回答：I swear, I do 等方式為宣誓或確認，參辻川靖夫，カナダの刑事陪審--陪審員選任手続を中心として(2)，判例タイムズ 1216 號（2006 年 10 月 1 日）第 77 頁。

⁷⁹ 岡田悅典，裁判員選任手続における説明・宣誓の手続と検察官・弁護人の出席，速報判例解説 9 號（2011 年 10 月）第 178 頁。

茲有疑義的是，觀審員宣誓時，檢察官或辯護人應否在場？對此日本大阪高等裁判所於 2011 年（平成 23 年）1 月 26 日平成 22 年（う）第 841 號判決表示：日本裁判員法第 40 條規定，除 32 條至 39 條（宣誓）之規定外，關於裁判員選任程序，最高裁判所得就必要事項另以規則定之，又裁判員規則第 26 條第 1 項第 11 款規定，裁判員選任程序筆錄應記載裁判員或備位裁判員拒絕宣誓及其理由，可見，宣誓乃組成裁判員選任程序之一部，因裁判員法第 32 條第 1 項規定，檢察官及辯護人應出席裁判員選任程序，是檢察官或辯護人如未出席宣誓程序，則該裁判員選任程序應難認無違反裁判員法第 32 條第 1 項之規定，是依此判決所示，檢察官及辯護人似均應於宣誓程序出席到場。日本課予裁判員、備位裁判員宣誓義務係規定在裁判員法第 39 條第 2 項，該條項係編排在裁判員法第 2 章「裁判員」第 2 節「選任」之中，因此，大阪高等裁判所認為宣誓係組成選任程序之一部，依裁判員法第 32 條第 1 項規定，檢察官及辯護人應出席到場，從文理及體系觀察，應難認為無理由。

惟就我國而言，因觀審草案第 46 條之宣誓義務係規定在第 4 章「觀審審判程序」第 3 節「審判期日」，體例上並非如日本裁判員法一般係編排在選任程序章節，第 46 條第 1 項文義又規定為：觀審員於第一次審判期日「前」，應行宣誓，參照刑事訴訟法第 285 條、第 280

條規定，審判期日以朗讀案由為始，審判期日，檢察官應出席，是對照台、日 2 國之體系編排及文脈語句，觀審員宣誓時，檢察官及辯護人似不必然須出席到場。但為確保適正宣誓程序，擔保最低限之程序正當性，如檢察官或辯護人陳明願出席到場，審判長似亦不宜拒絕之。又有疑問的是，法院如漏未踐行宣誓程序，當事人得否以此為由提起上訴？對此或有認為：觀審草案第 65 條規定，觀審員不具第 12 條第 1 項所定資格，或有第 13 條至第 15 條所定情形者，不得為上訴之理由，揆其立法理由略為：觀審審判判決仍係由法官依循證據及法律，本於確信心證所為，是觀審員有不具備積極資格，或有消極事由者，自不能徒以此為上訴之理由，則舉重以明輕，既然觀審員不具資格時不得以此為由提起上訴，則漏未進行宣誓程序之瑕疵，似自不得提起上訴。但：

(1)、觀審審判程序仍係刑事審判程序之一環，對觀審審判判決仍非不得提起上訴，且觀審草案第 65 條僅規定，觀審員不具第 12 條第 1 項所定資格，或有第 13 條至第 15 條所定情形者，不得為上訴之理由，並未限制不得以其他程序上之瑕疵為由，提起上訴。

(2)、法院漏未踐行觀審員宣誓程序，該程序瑕疵是否不明顯重大，而可自動治癒，似難謂為無疑，又如認為難以自動治癒，為何又不允當事人以此為由提起上訴請求救濟。

(3)、踐行宣誓程序目的既在確保對於裁判公正之信賴，法院如未踐行觀審員宣誓程序，顯已損及當事人對於裁判之公正信賴，如又不允當事人得以此為由提起上訴，又如何對於當事人實現公正之裁判。

(4)、觀審員不具法定積極資格及具有消極資格，與法院漏未踐行法定宣誓程序，似非同一層次而可等量齊觀，準此，得否逕依觀審草案第65條之規定，否定當事人之上訴權利，似難謂為無疑。

至於觀審員如拒絕宣誓，依觀審草案第73條規定，得處新台幣3萬元以下罰鍰，備位觀審員經遞補為觀審員，拒絕另行宣誓者，亦同。

(二)、出席到場參與審判義務

觀審員乃觀審案件審理裁判之不可欠缺構成員，觀審員如於公判期日不到場或遲延到場，會導致無法開啟公判程序之重大後果，因此觀審員自須於公判審理中終始在場⁸⁰。然國家為何得課加人民到場參與審判義務，一般認為其理由如下：

(1)、近代立憲主義國家，國家固不可無限制支配人民，但為調整人權相互關係及增進公共福祉，在足以確保基本人權前提下，基於法之支配原理，經國會制定法律，似得課加人民各種義務。亦即，憲法僅明示最重要義務，但人民之義務並不限於憲法所列舉例示之事項⁸¹。足

⁸⁰大久保太郎，裁判員制度立法化への根本的疑問(上)「裁判員制度について」の基本部分の検討，判例時報1825號(2003年9月11日)第28頁。

⁸¹野中俊彥等4人共著，憲法I，平成17年6月30日第3版10刷，第511、512頁；伊藤正己，憲法入門，昭和49年2月20日初版13刷，第137頁。

見，憲法固未明定人民有參與審判之義務，但課加人民到場參與判義務既是為提升人民對於司法之瞭解及信賴之侵害最小不得已手段，尚難認已逾越國家支配人民之界限。因此，人民似應服從國家支配擔負參與審判義務。

(2)、為實現理性討論，解放國家獨占刑事審制權力，人民參與審判實為一必要選項。又為平等保障人民參與討論公共議題，維持理性討論之民主主義，反映多樣知識，人民相對應當支付一定代價，是以義務形式課加人民負擔一定役務，毋寧是不得不被容許的⁸²。

(3)、人民參與審判與選舉投票行為迥異，人民須花費較長時間參與審判職務，參酌人民一般現實狀況及避免僅由少數特定人民參與審判，如不課予人民到庭參與審判義務，實難以實現為維持多樣知識理性討論之制度本身。

(4)、法院是發動國家權力之場域具有公共性，應在人民參與討論下監督其運作樣態，又因會議討論體得以匯聚多樣知識及經驗，相較於單一最優秀成員應能審議出更優質結論，而有作出適切判斷之高度可能性。同理相較於職業法官審判模式，加入人民參與審判元素，由於匯集多樣人材及識見應有可能推導出更適切之結論，為實現該目的，自有課加人民到場參與審判之義務。

⁸²綠大輔，裁判員の負担・義務の正当性と民主主義，法律時報 77 卷 4 號（2005 年 4 月）第 41 頁。

(5)、人民觀審制足以增進人民對於司法之瞭解及提升司法信賴度，為一具有重要意義之刑事司法制度，有充分合理性及必要性廣泛要求人民參與司法，同時藉以公平分配人民負擔。且為擔保人民履行義務，觀審草案並不採刑事罰及直接強制措置，僅止於課處秩序罰之罰鍰（第74條第1款），符合一定事由時得請求辭退（第16條），又明定觀審案件應行準備程序以整理爭點及證據，實現集中計劃審理（第39條）、到場觀審員得請求日旅費（第11）等減輕人民負擔之具體規制，是綜合考量人民觀審制之重要性及上述相關配套建制，足證對人民課加到場參與審判義務，應得評價為順利推動運作人民觀審制之必要最小限度，似尚難認已侵犯人民之幸福追求權、思想良心自由，亦非違反人民意願之苦役⁸³。

(6)、公民與政治權利國際公約第8條第3項第1款固規定，任何人不得使服強迫或強制之勞役，但同項第3款第4目另揭載：本項所稱「強迫或強制勞役」不包括為正常公民義務一部分之工作或服役。查課加人民參與審判義務，參照前開說明似非不得認為係國家所規定之正常公民義務一部分之工作或服役，足證，該義務應非強迫或強制勞役。

綜上，基於多樣知識經驗匯聚必需性，裁判公共領域事務提交人民理性討論必要性，不存在其他替代制度維持機能性，課命人民到場參與

⁸³ 日本東京高等裁判所平成22年4月22日平成22年（う）42號判決。

審判似應有其正當性⁸⁴。

參以日本最高裁判所於2011年（平成23年）11月16日平成22(あ)1196號大法庭判決中亦表示：人民參與審判既可增進人民對於司法之理解及提升人民對於司法之信賴，強化司法之人民基礎，使人民出席參與審判，固難以否定會對人民造成負擔，但尚難認為是憲法所不允之苦役⁸⁵。

因此為實現人民參與審判之旨趣，確保觀審員選任之實效性，觀審草案第8條、第10條第2項規定觀審員應到場全程參與審判期日之訴訟程序、中間討論之規定，似難認為無據。至於違反到場義務時，依觀審草案第74條第1款、第3款規定，得裁處新台幣3萬元以下罰鍰。

（三）、依法公平誠實執行職務義務

裁判須公平適正為之，觀審員既與法官共同參與刑事裁判事實認定、法令適用及量刑事項，參與決定裁判內容之觀審員自應公平誠實執行職務，而為擔保觀審員公平誠實執行職務，觀審員自須履踐該義務。因此，觀審草案觀審草案第9條第2項規定，觀審員應公平誠實執行其職務，第10條第2項規定，觀審員公正誠實執行職務義務，於備位觀審員準用之。

⁸⁴綠大輔，裁判員制度における出頭義務・就任義務と「苦役」：憲法18条との関係，一橋法學2卷1號（2003年3月10日）第322、323頁。

⁸⁵刑集第65卷8号1285頁。

又依「法」誠實執行職務，除指觀審草案、刑事訴訟法、刑法外，尚包括以觀審員身分執行職務之相關連法令⁸⁶。

(四)、保守司法公正信譽義務

與法官共同參與決定判決內容之觀審員，如有損及信賴裁判公正之行為，會嚴重減損一般人民對於裁判公正之信賴，觀審員自應負保守司法公正信譽義務。觀審草案遂於第 9 條第 3 項規定：觀審員不得為有害司法公正信譽之行為，第 10 條第 2 項規定，觀審員保守司法公正信譽義務，於備位觀審員準用之。

妨害司法公正信譽行為，其具體內容如：與審理中之被告共同飲宴，出入不正當場所，或者對於參與審理本案之法官或觀審員以外之人，陳述其個人主觀認為應認定之事實及應量處之刑罰，或法院可能認定之事實或量定之刑罰等⁸⁷。

(五)、守密義務

1、守密義務旨趣

觀審草案第 9 條第 3 項規定，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，同草案第 10 條第 3 項規定，觀審員守密義務規定於備位觀審員準用之。考其旨趣在

⁸⁶辻裕教，「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(1)，法曹時報 59 卷 11 號（2007 年 11 月）第 108 頁。

⁸⁷辻裕教，「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(1)，法曹時報 59 卷 11 號（2007 年 11 月）第 110 頁。

於：維持裁判之公正性、信賴性、安定性、獨立性、確保自由坦率交換意見環境、避免輿論批判或遭受威脅⁸⁸，同時保護觀審員或相關利害關係人之隱私及平穩生活，阻卻媒體追問，減輕觀審員負擔，保持觀審員彼此間之信賴關係⁸⁹，使觀審員專心致力執行職務，獲致優質評議結果⁹⁰。

課加觀審員守密義務，對觀審員之言論表現自由權固難認無一定之限制，惟為確保公正裁判，擔保實現公正刑事司法，保障被告受公正審判之權利，保護被告或觀審員之隱私利益，限制觀審員之言論表現自由應係為完成上述目的之不得已合理制約手段⁹¹。

2、守密義務是否僅限於參與裁判案件終了前？

為提高人民參與審判制度透明度，擔保公正裁判，使廣大人民切身感受人民參與審判制度，對外提供豐富情報，檢驗法官是否有依據人民參與審判制度旨趣運作，法官是否強勢主導評議高壓主張己見，導入人民參與審判制度後，帶給法官如何變化等，固或有認為參與審判人民於職務終了後，應得公開表明己見⁹²。但於裁判終了後如即解除觀審

⁸⁸ 參裁判員檢討會第 15 回（2003 年 5 月 8 日）議事概要，瀏覽網址：
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai15/15gaiyou.html>；岡慎一於「刑事司法はどう変わるのか」座談會之發言，法律時報 76 卷 10 號（2004 年 9 月）第 10 頁。

⁸⁹ 綠大輔，裁判員の負担・義務の正当性と民主主義，法律時報 77 卷 4 號（2005 年 4 月）第 43 頁；酒巻 匡於「裁判員制度の可能性と課題」座談會之發言，法律時報 77 卷 4 號（2005 年 4 月）第 22 頁。

⁹⁰ 參裁判員檢討會第 25 回（2003 年 9 月 12 日）議事概要：
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai25/25gaiyou.html>。

⁹¹ 松井茂記，裁判員制度と取材・報道の自由，法律時報 77 卷 4 號（2005 年 4 月）第 47 頁。

⁹² 參裁判員檢討會第 17 回（2003 年 5 月 16 日）議事概要，瀏覽網址：

員守密義務得公開評議內容，未發表意見之其他觀審員於評議過程中陳述之意見有可能因此被公開揭露，觀審員恐因擔慮評議時所述意見遭受外界批判，無法於評議時安心自由發言，進行實質充分評議，妨害觀審員基於法律及良心判斷，且參與裁判觀審員對外所述未必皆為正確訊息，或有可能傳遞錯誤情報，損及人民對於裁判之信賴，造成裁判之不安定、崩解裁判之公正性，因此，觀審員於參與裁判終了後，似仍應負有守密義務⁹³。

3、守密義務期間

為確保刑事司法信賴性及保護利害關係人隱私，觀審員應負有守密義務，且如未於相當時間內持續保守秘密，恐使守密義務規定徒具形式不具實效性⁹⁴，固無待贅言。但觀審員守密期間似應整體綜合考量，於經過一定適當時間後解除守密義務⁹⁵，否則守密義務期間如規定過長，甚或實質上已達接近終身守密程度，基於下述理由，恐或難謂為妥適：

(1)、為研究司法應然面該公共利益及檢驗人民參與審判制度，參與審判觀審員於一定守密期間經過後，應得適度揭露參與審判經過，否則

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai17/17gaiyou.html>；飯室勝彦，裁判員と国民との関係，法學セミナー 592 號（2004 年 4 月）第 68 頁。

⁹³參裁判員検討会第 29 回（2003 年 11 月 11 日）議事概要，瀏覽網址：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai29/29gaiyou.html>。

⁹⁴長沼範良，裁判員の選任・確保とその権限・義務，ジュリスト 1268 號（2004 年 6 月）第 72 頁。

⁹⁵參裁判員検討会第 15 回（2003 年 5 月 8 日）議事概要，瀏覽網址：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai15/15gaiyou.html>。

社會一般大眾恐難以查證人民參與審判制度是否有公正運作，而且課予參與審判人民過長或近乎終身守密義務，恐會阻害擴大司法人民基礎，封鎖人民參與審判制度之實態調查可能性⁹⁶。

(2)、參與審判經驗者之聲音，具有活化改善人民參與審判制度之功能，而且人民觀審制既係人民參與型之司法制度，參與審判之經驗感想乃是社會共有共享之重要資源，如不得將參與審判心得經驗傳諸於世，實難以達成開放司法之目的⁹⁷。

(3)、透明性乃人民理解之前提，亦是提高裁判權威之法門⁹⁸，為此觀審草案第 1 條將提升司法透明度與增進人民對於司法之瞭解及信賴，為一有機前後整體聯結，準此以觀，如課加參與審判人民逾越必要性之過長守密義務，恐會與增進人民瞭解之立法目的相背反，又觀審員如因守密義務禁錮而長期保持沉默，甚或必須將其知悉之秘密帶進墓場，則期待藉由人民參與審判擴散法治教育之目的可否順利達成？是否會使歷經堅辛引進之人民觀審制有空洞化之危險性⁹⁹？

(4)、如對於有參與審判經驗之人民課予不相當長期守密義務，恐會加

⁹⁶ 長谷部恭男於「裁判員制度と日本国憲法」座談會之發言，判例タイムズ 1146 號（2004 年 6 月）第 24 頁。

⁹⁷ 參裁判員検討会第 17 回（2003 年 5 月 16 日）議事概要，瀏覽網址：
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai17/17gaiyou.html>。

⁹⁸ Mark Levin、Virginia Tice 著，榎本 雅記譯，裁判員の守秘義務--裁判員制度にかくされた陥穽，刑事弁護 60 頁（2009 年）第 96 頁；飯室勝彦，裁判員と国民との関係，法學セミナ 592 號（2004 年 4 月）第 69 頁。

⁹⁹ 川岸令和於「日本国憲法研究(第 1 回)裁判員制度」座談會之發言，ジュリスト 1363 號（2008 年 9 月）第 108 頁。

深人民負擔感，降低人民參與審判意願，所形成結果為，為強調觀審員討論優先性，而設計長期守密義務，但反因人民守密義務過重，而陷入人民躊躇擔任觀審員之二難困境¹⁰⁰。

(5)、守密規定固在確保評議自由，但同時限制參與人民之表現自由，如限制時間過長，甚或已達接近終身守密之程度，恐會有過度規制憲法保障基本人權之虞¹⁰¹，使曾任觀審員及媒體報導關係者之表現自由產生萎縮效果，能否通過比例原則檢驗，或難謂為無疑。

(6)、守密義務期間過長，觀審員之意見恐難以反映改善觀審制度及其運作，亦使檢驗法官訴訟指揮方式、評議進行情形之適正性陷於不可能，法官縱為預斷訴訟指揮或不適切評議，亦在保護觀審員隱私名義下隱沒不現，反使守密義務機制成為保護法官之護身符¹⁰²。

至於守密期間應以多長為宜，日本辯護士連合會認為：曾任裁判員者於裁判員職務終了後 10 年，敘述事實認定及刑罰量定之當否，因已不致妨害評議之意見自由表明，於社會通念上，難以與洩露評議意見行為同視，應不在違反守密義務處罰之列¹⁰³。查觀審員違反守密義

¹⁰⁰綠大輔，裁判員の負担・義務の正当性と民主主義，法律時報 77 卷 4 號（2005 年 4 月）第 43、44 頁

¹⁰¹市川正人於「裁判員制度の可能性と課題」之發言，法律時報 77 卷 4 號（2004 年 4 月）第 23 頁。

¹⁰²青年法律家協会弁護士学者合同部会，裁判員制度の 3 年後「見直し」に向けた提言（2011 年 12 月 3 日）第 12 頁，瀏覽網址：<http://www.seihokyo.jp/11.12.03minaoshiteigen.pdf>。

¹⁰³日本弁護士連合会，裁判員法における守秘義務規定の改正に関する立法提言（2011 年 6 月 16 日）第 2、3 頁，瀏覽網址：

<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/110616.pdf>。

務，依觀審草案第 70 條第 1 款規定，應處 1 年以下有期徒刑、拘役或科新台幣 10 萬元以下罰金，刑法第 80 條第 1 項第 3 款規定犯最重本刑為 1 年以上 3 年未滿有期徒刑之罪者，追訴權時效為 10 年，因洩密所生侵權行為除斥期間，依民法第 197 條第 1 項後段規定亦為 10 年，準此，設計 10 年之守密義務期間，似係一可能的思考方向。

4、得否發表參與審判感言？

觀審員未提及參與審判案件具體評議經過及參與審判人員發言內容，僅敘述參與審判經驗或感想，如：人民觀審制是一可操作制度、參與審判可拉近與司法之距離、審判長之說明易於瞭解、仔細聆聽訴訟關係人陳述進行訴訟指揮、檢辯舉證活動相當活潑、審判是一超乎想像困難工作、法院設施及審判氣氛等，因未涉及依法應秘密事項，僅就參與審判外在經過發表一般評價或感想，應難謂為法所不許¹⁰⁴。又行觀審審判法院如得於適當時間彙集參與審判觀審員之感想及批評，再以適切方式對外公布，應得即刻檢討觀審程序之適切性，發揮偵錯除錯功能，同時適度提供關心觀審審判及研究者之情報需求性，滿足社會大眾之事後檢驗要求，更或可減輕觀審員之守秘壓力¹⁰⁵。

四、觀審員固有義務

¹⁰⁴ 井上正仁於「裁判員制度をめぐって」座談會之發言，ジュリスト 1268 號（2004 年 6 月）第 42、43 頁。

¹⁰⁵ 岡慎一於「刑事司法はどう変わるのか」座談會之發言，法律時報 76 卷 10 號（2004 年 9 月）第 11 頁。

(一)、遵循法官合議之法令解釋等義務

關於證據能力及證據調查必要性之判斷、訴訟程序之裁定、法令之解釋，專由法官合議決定之，觀審草案第 50 條第 1 項定有明文，此等事項既專由法官合議決定，如觀審員對此等事項又得不遵循法官合議決定，非惟與觀審草案第 50 條第 1 項之規定旨趣相悖，恐亦使評議遂行產生障礙，阻害觀審員多數意見之形成¹⁰⁶，減損裁判之安定性，為此觀審草案第 57 條第 4 項規定，觀審員應以法官就證據能力及證據調查必要性之判斷、訴訟程序之裁定、法令之解釋為基礎，個別陳述意見。

(二)、出席終局評議陳述意見義務

引進人民參與審判目的既在反映人民健全社會常識，廣納人民多元視野觀點，觀審員自應於終局評議時出席到場，並就事實認定、法律適用及量刑陳述意見，又因觀審制特色厥在於形成觀審員多數意見，以便法官採納或適切回應，是於觀審案件如有複數爭點存在時，觀審員就前一爭點如屬少數意見或其意見為法官所不採，對於後續爭點即可拒絕陳述意見的話，則隨著各爭點逐一展開進行，參與評議觀審員可能隨之遞減，恐因此無法形成觀審員多數意見，因此觀審草案第 56 條第 2 項、第 3 項、第 57 條第 5 項規定，觀審員應於終局評議時全

¹⁰⁶辻裕教，「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(3)，法曹時報 60 卷 3 號（2008 年 3 月）第 87、88 頁。

程到場參與陳述意見，並不得因其就評議事項係屬少數意見，或其意見為法官所不採，而拒絕對次一應行評議之事項陳述意見。如違反陳述意見義務，依觀審草案第 74 條第 2 款規定，亦得裁罰新台幣 3 萬元以下罰鍰。

五、觀審員及備位觀審員支領日費、旅費權利

觀審員、備位觀審員（以下本節「五」觀審員及備位觀審員支領日費、旅費權利，如未特別敘明區別，觀審員一詞均包含備位觀審員）負有到場參與審判程序之義務，為遂行法定義務不免受有積極損失（如支出便當費、茶水費等旅費以外之雜項支出，或旅費、住宿費之支出等）或消極損失（如未到庭預期可獲得之利益），又為確保人民不受國家支配之獨立性，維持人民生活基礎，對於履行義務參與審判之人民，自有必要支付一定之補償數額¹⁰⁷。因此，觀審草案第 11 條第 1 項規定：觀審員，應按到庭日數，支給日費及旅費。

日費固具有損失補償性格，但應為一齊頭數額，不因各個觀審員有所差異，且不補償損失或逸失利益之全額，究其原因為：(1)損害額不易認定；(2)如採全額補償恐生不公平結果；(3)認定損害額業務量相當龐大，會造成法院相當大困擾；(4)人民參與審判如受有顯著不利益，得

¹⁰⁷ 綠大輔，裁判員制度における出頭義務・就任義務と「苦役」：憲法 18 条との関係，一橋法學 2 卷 1 號（2003 年 3 月 10 日）第 325 頁。

適度運用辭退機制，避免遭受過度經濟負擔¹⁰⁸。又因各觀審員住居地與法院距離不一，到場交通費自然有異，參照各級法院辦理刑事案件證人、鑑定人日旅費及鑑定費支給要點第5點第4項前段交通費採實報實銷原則，及日本裁判員規則第6條之規定，交通費自係依距離遠近、運輸狀況等核實支給 而非齊一固定數額。

茲有疑義的是，觀審員得否請求住宿費，查：

(1)、審判程序或終局評議非一日終結時¹⁰⁹，觀審員如居住地與法院遠隔，難以一日往返（如觀審員住居於嘉義縣阿里山鄉，顯難當日往返），為繼續參與審判程序或終局評議，而有住宿必要時，自應支給住宿費，不可因此使人民遭受特別犧牲。

(2)、刑事訴訟法第194條第1項前段規定：證人得請求法定之日費及「旅費」，各級法院辦理刑事案件證人、鑑定人日旅費及鑑定費支給要點第3點第1項、第2項明定：證人到庭作證，法院應給發給日費及旅費，前項旅費包含交通費及住宿費。基於同一法律概念應盡量相同解釋之原則，觀審草案第11條第1項之旅費，自包含住宿費，且觀審員到庭

¹⁰⁸辻裕教，「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(1)，法曹時報 59 卷 11 號（2007 年 11 月）第 116、117 頁。

¹⁰⁹ 日本裁判員制自2009年5月21日起迄2012年4月止，適用裁判員制案件裁判員平均職務從事日數為4.7日，參最高裁判所，裁判員裁判の実施状況について（制度施行～平成24年4月末・速報），瀏覽網址：

http://www.saibanin.courts.go.jp/topics/pdf/09_12_05-10jissi_jyoukyou/h24_4_sokuhou.pdf。因臺灣人民觀審制與日本裁判員制適用案件相近皆為重罪案件，人民觀審制如正式上路公判審理時日不止一日，似非難以想像。

遂行職務，所受待遇應不低於證人，證人既得支領住宿費，自無不允觀審員請領之理。

(3)、日本裁判員法第11條、裁判員規則第8條規定，對於裁判員亦應支給住宿費，韓國國民參與刑事審判法第15條、第9條規定，陪審員、備位陪審員及候選陪審員之住宿費，依出席必要夜數支給。

準此，於訂定日旅費相關子法時，似宜將住宿費一併列入，俾觀審員請求支領。

其次，觀審員拒絕宣誓、經合法通知，無正當理由不到場，或拒絕陳述，得否請求日費及旅費？

(1)、觀審草案第11條第1項規定，觀審員應按到庭日數，支給日旅費，可見，觀審員如未到庭，自不得支領日旅費。

(2)、按證人得請求法定日費及旅費。但被拘提或無正當理由，拒絕具結或證言者，不在此限，刑事訴訟法第194條第1項定有明文，日本刑事訴訟法第164條第1項亦規定，證人得請求旅費、日費及住宿費，但無正當理由拒絕宣誓或證言時，不在此限，查證人與觀審員既同負有具結（宣誓）、到場、陳述義務，證人違背到場、具結、陳述義務既不得請求日旅費，則基於法律體系價值判斷之一致性，觀審員如有違背，似亦不得請求。

(3)、觀審員如不履行觀審草案所定義務，依觀審草案第72條至第75

條規定，得處新台幣3萬元以下罰鍰，如仍可請求法定日費及旅費，價值判斷顯然錯亂難認合理，是觀審員如違背觀審草案所定義務，似不得請求法定日費及旅費。

又觀審員如因經濟困難，無法籌措旅費，得否請求法院預付旅費，到場參與審判程序？按刑事訴訟法第194條第2項規定，前項請求，應於訊問完畢後10日內，向法院為之。但旅費得請求預行酌給，日本刑事訴訟法第164條第2項亦規定，證人預先受領旅費，無正當理由不到場或拒絕宣誓或證言時，應返還前已受領之支給，查觀審員所擔負之角色職務既不亞於證人，自無不許請求預行酌給之理。又引進人民參與審判目的既在反應社會各階層意見，自不得因人民經濟困難封鎖其參與審判機會，而有歧視經濟困窘者之觀感，準此，觀審員如陷於經濟窘境，似得請求法院預付旅費。

柒、候選觀審員

一、義務

(一)、據實填載送交調查表及陳述義務

為調查候選觀審員是否具備積極資格，有無該當欠格、就職禁止事由，是否請求辭退、辭退理由為何，法院得使用「事前調查表」先予詢問，避免候選觀審員徒勞往返，減輕候選觀審員負擔。又為提高選任程序效率，瞭解到場候選觀審員與具體個案有無一定利害關係，是

否有為不公平裁判之虞，法院亦得使用「當日用調查表」調查之¹¹⁰。除上述書面調查方式外，法院亦可於選任期日利用口頭訊問方式，調查候選觀審員是否適格¹¹¹，候選觀審員如未就調查表據實填載或虛偽、拒絕陳述，不惟會使法院判斷陷於錯誤，可能害及觀審員之適正選任，甚而有損及裁判公正之虞¹¹²，因此，觀審草案第 22 條第 2 項後段、第 26 條第 3 項分別規定，候選觀審員應就調查表據實填載，對於法院及檢辯之訊問，不得為虛偽之陳述；非有正當理由，不得拒絕陳述。如有違反，依同草案第 72 條第 1 款、第 3 款規定，得裁罰新台幣 3 萬元。

如前所述，為適正選任觀審員、備位觀審員（以下本章「柒」候選觀審員，如未特別敘明區別，觀審員一詞均包含備位觀審員）及提高選任效率，法院得使用「事前調查表」及「當日用調查表」，其中「事前調查表」係明定於觀審草案第 22 條第 2 項，「當日用調查表」，則似為選任期日之便宜技術作法，欠缺法律明文規定，茲因違反義務之制裁，涉及人民憲法上財產權之保障，依憲法第 23 條規定，須以法

¹¹⁰ 吉田智宏，裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の概要，判例タイムズ 1244 號（2007 年 9 月）第 7 頁；楡井英夫，「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則」の概要と選任手続の具体的イメージ，ジュリスト 1340 號（2007 年 9 月 1 日）第 80 頁。

¹¹¹ 觀審草案第 26 條第 1 項、第 2 項規定，觀審員選任程序，法院得對到庭之候選觀審員個別進行訊問，以查明是否具備第 12 條第 1 項所定資格，及有無第 13 條至第 16 條第一項所定情形。檢察官或辯護人得聲請法院訊問候選觀審員，以查明前項情形。審判長認為適當者，得由檢察官或辯護人直接訊問之。

¹¹² 辻裕教，「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(2)，法曹時報 59 卷 12 號（2007 年 12 月）第 99、100 頁。

律定之或經法律授權，始得為之¹¹³，基此，候選觀審員如於「當日用調查表上」虛偽填載並向法院提出，法院得否援依觀審草案第 72 條第 1 款規定據以裁罰，似難無疑，是為消除該疑義，順利完成選任程序，似宜於觀審草案適當條文，明文規定，法院得使用「當日用調查表」調查候選觀審員是否適格。

至於觀審草案第 22 條第 2 項後段固課予候選觀審員於選任期日 10 日前將調查表送交法院之義務，惟對於違反送交義務者，似無設計罰則規定，其理由略為：違反送交義務固或會造成選任觀審員事務之不經濟，但尚不至因此使法院陷於錯誤，且提出事前調查表之前提為候選觀審員就調查事實予以回答記載，但因候選觀審員個人事由實際上難以利用書面回答之狀況亦非不可想像，如就違反送交義務課予罰則，恐有對於候選觀審員課予過重負擔之虞¹¹⁴。因此，觀審草案對違反此義務者，並無設計對應裁罰規定。

（二）、到場參與選任程序義務

基於討論審議之必要性，審議式民主主義容許對於一定權利加以制約，且為確保公正裁判，組成公平法院，擔保選任適格觀審員，候選觀審員自有到場參與選任程序之義務，相對如不課予人民到場參與選

¹¹³參大法官釋字第514號解釋理由書。

¹¹⁴辻裕教，「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(2)，法曹時報 59 卷 12 號（2007 年 12 月）第 99、100 頁。

任義務，顯難以維持審議制度¹¹⁵。又候選觀審員如得於選任程序途中自由退席，恐無法確保選任旨趣，因此，候選觀審員到場義務，當然包含到場後之在場義務，而此在場義務應延續至候選觀審員被選任為觀審員或不選任裁定之前¹¹⁶。候選觀審員如違反到場義務，依觀審草案第 72 條第 2 款規定，得裁罰新台幣 3 萬元。

(三)、守密義務

為適正選任觀審員，組成公平法院，選任期日法院或檢辯得依觀審草案第 26 條第 1 項、第 2 項規定訊問到場候選觀審員，因訊問過程或有可能涉及其他候選觀審員及訴訟關係人隱私，如未規範節制，恐使到場候選觀審員隱諱保留，影響選任適正性，甚影響訴訟關係人隱私名譽。基此，觀審草案第 26 條第 7 項規定，候選觀審員對於因他人接受訊問而知悉之秘密、涉及個人隱私之事項及其他依法應秘密之事項，應予保密。現任或曾任候選觀審員之人如違反守密義務規定，依同草案第 70 條第 2 款規定，應處 1 年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣 10 萬元以下罰金。

二、支領日旅費權利

候選觀審員既負有上述之到場參與選任程序義務，與觀審員相同，不

¹¹⁵綠大輔，裁判員制度における出頭義務・就任義務と「苦役」：憲法 18 条との關係，一橋法學 2 卷 1 號（2003 年 3 月 10 日）第 323 頁。

¹¹⁶辻裕教，「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(2)，法曹時報 59 卷 12 號（2007 年 12 月）第 96、97 頁。

免受有一定之積極及消極損失，參照前述說明，國家自應支付一定之補償數額。為此，觀審草案第 11 條規定，受通知到庭之候選觀審員，應按到庭日數，支給日費及旅費。

至於日費數額，應為一齊頭數額，交通費則應參酌距離遠近、交通狀況等因素，核實支給。又因候選觀審員到場參與選任程序，乃組成觀審法庭之前提基石，亦是人民參與審判之試金石，人民如因經濟困難，自得依一定程序請求法院預付旅費。

觀審草案第 11 條第 1 項已明定，受通知到庭之候選觀審員，應按到庭日數，支給日費及旅費，足見候選觀審員如違反到場義務未到庭，自不得請求日旅費。同理，違反據實填載、陳述及到場義務既列於同一條次¹¹⁷，基於價值判斷之一致性，如違反據實填載及陳述義務，當無請求日旅費之理。

為減輕人民參與審判負擔，提高人民參與審判意願，選任程序應盡可能於一日終結，惟因案件性質，法院不得不通知相當人數之候選觀審員到場時，選任程序於想像上即非無可能難於一日終結，觀審草案預想類此情節，於第 25 條第 2 項亦規定，法院為續行觀審員選任程序，經面告以下次應到之日、時、處所，並記明筆錄者，與已送達通知有

¹¹⁷ 觀審草案第 72 條規定，候選觀審員有下列情形之一者，得處新臺幣 3 萬元以下罰鍰：一. 明知為不實之事項，而填載於候選觀審員調查表，提出於法院。二. 經合法通知，無正當理由而不於觀審員選任期日到場。三. 於觀審員選任期日為虛偽之陳述或無正當理由拒絕陳述。

同一之效力，是候選觀審員如因選任程序無法一日終結等相關情形，而有住宿必要時，似應得向法院請求支給住宿費。