

# 從德國刑事參審制度看司法院 「人民觀審試行條例草案」的基本問題



楊雲驊

## 壹、德國的參審制度

- 一、刑事參審法庭的規範層面
- 二、刑事參審法庭的實際層面

## 貳、司法院「人民觀審試行條例草案」的疑慮

- 一、人民參審違憲？—職業法官受「獨立審判，但非獨佔審判」之保障
- 二、法定法官原則的疑慮
- 三、行政命令定管轄案件範圍與授權命令明確性
- 四、觀審員之資訊接觸
- 五、觀審員所觀審者係半套的「特別程序」？

## 參、結語

## 壹、德國的參審制度

### 一、刑事參審法庭的規範層面

19世紀中葉，幾乎所有德意志邦國都引進陪審法院（Schwurgericht），以審理重大刑事案件。隨後，1879年10月1日施行的德意志帝國法院組織法，一方面為中度犯罪設立參審法院，參審員平等地與職業法官一起決定所有犯罪事實暨刑罰問題，另一方面則設置每三個月開庭一次的陪審法院。在基本法下，依據德國法官法（DRiG）第45條之1規定，在刑事司法領域的榮譽法官稱為「參審員」（Schöffe）。參審員，與職業法官原則上平等之獨立法官地位，與職業法官共同參與各邦區法院參審法庭（Schöffengericht）以及地方法院刑事庭（Strafkammer）之審判程序。參審員得透過行使發問權等權利積極參與審判，就罪責與刑度問題也與職業法官

享有同等決定權，並且對於判決之評議表決享有與職業法官相同之表決地位。參審員也與職業法官同樣僅受「法與法律」之拘束，獨立行使職務。準此以觀，依德國法的法律構想，參審員絕對不只是一是「二等法官」或是「職業法官的配角」而已。

但基於訴訟資源以及審級救濟等考慮，並非所有刑事法庭均有參審之設計<sup>1</sup>，例如起訴之罪為兩年以下自由刑者，即由區法院之獨任職業法官審理。參審員參與刑事訴訟程序之規定，如案件管轄法院係區法院，則由一位職業法官、兩位參審員組成參審法院，審理檢察官起訴罪名為有期徒刑四年以下之罪之第一審程序。對該判決不服，則上訴到邦地方法院，由一位職業法官、兩位參審法官組成「小刑事庭」審理。較重之罪（例如殺人罪等）之第一審審級，由邦地方法院

1. 見 Beulke, strafprozessrecht, 12. Aufl., 2012, S. 34 ff.



管轄，由三位職業法官、兩位參審法官組成「大刑事庭」審理。對該判決不服，只能上訴聯邦最高法院之法律審（Revision，由五位職業法官組成，不採參審制）。涉及國家安全案件之第一審，則由邦高等法院管轄，由五位職業法官組成，亦不採參審制。除非另有特別規定，在主審程序內，參審員與職業法官享有同樣審判職權（法組第30條第1項），因而關於罪責與刑罰，參審員皆得參與判決評議，並享有相同表決權（法組第192條以下）。在主審程序內，縱使不須言詞辯論也與判決無關之裁定，參審員亦享有與職業法官相同權限（法組第30條第1項）。但不是在主審程序內之裁定，則只有職業法官才能為之（法組第30條第2項）。

由於參審員之地位與職業法官幾乎相同，因此德國對於參審員的基本法律規定部分在德國法官法第44條至第45條之1，另一部份則在法院組織法（GVG）第28條至第58條。此外，少年法院法（JGG）對於少年事件程序另有參審員的特別規定（如第33條至第33條之2、第35條等）並稱為少年參審員（Jugendschöffe）。而在德國刑事訴訟法（StPO）內，也有一些規定值得注意，例如刑事訴訟法第31條規定「法院職員之迴避」於參審員準用之。若干司法部發佈之行政命令，例如刑事程序與罰鍰程序規則（RiStBV）第126點內亦有參審員之規定。

贊同平民法官參審的支持者，大多數以1879年德國法院組織法施行當時已提出的理由為據。支持者主張，將身為國民一分子之平民設置為平民法官，可以強化大眾對司法之信賴，刑事判決也不應是「與世界和生活脫節的」（welt- und lebensfremd）法律人之專屬作品，而應是在「未受法律訓練的」參審員協助之下，以常人能理解的語言宣判。換言之，應避免發生「與人民疏離的刑事司法」。此外，支持者認為參審員也有助於法院取得資訊，舉例來說，當審判案件牽涉犯

罪事實或犯罪行為人之社會背景時，即屬適例。

參審員也是法官之一，自應適用法定法官原則，亦即，對於是否以及如何設置參員，必須由法律規定。倘若違反此一原則之法律規定，便會構成德國《刑事訴訟法》第338條第1款「法院之組織不合法」的絕對上訴法律審事由。如同職業法官，被遴選出來的參審員也享有法官的獨立性。參審員與職業法官一樣，受到事務獨立性之憲法保障（德國基本法第97條第1項；另參照德國法官法第45條第1項第1句），因此，參審員不受任何指示所拘束，而僅服從於法與法律。然而，職業法官同樣從基本法第97條第2項獲得的身分獨立性，即保障法官職務權利免於遭受干預，特別是任職期滿前不受解職，或不受任意調職與撤職之保障，卻無法同等落實到參審員身上。為了避免因此損及參審員之事務獨立性，普通法律層次已顧慮到此問題，故規定參審員職務期滿之前，僅有透過判決才能將其解職（德國法官法第44條第2項）。

此外，德國法官法第45條第1項之1規定的限制與不利益禁止，也有助於保障參審員獨立性。參審員行使職權之際或相關方面，不得受到限制或不利益，換言之，不應間接阻撓參審員行使職權。是以，參審員也有不受雇主工作義務拘束之權利，而禁止解雇就跟此一權利有關。在審判期日，參審員將如同職業法官一般參與程序（法院組織法第30條、第77條第1項）。參審員有直接訊問權（德國刑事訴訟法第240條第2項第1句），也必須與職業法官共同解決犯罪事實問題及法律問題，並就罪責與刑罰問題一起裁判。就此方面，參審員被賦予與職業法官相同的表決權。因此，在參審員人數居多數的法庭，理論上就有可能發生參審員投票表決推翻審判長意見，也就是不同於職業法官意見而迫使其作成有罪判決，或者相反，

參審員們認為有罪判決不公正，故違背職業法官之見解，制止其作成有罪判決。若依照德國現行對於參審制度的規定來看，理論上參審員甚至對於被告是否成立犯罪有相當大的決定權。根據德國刑事訴訟法第 263 條第 1 項的規定，對於被告不利的判決，包括責任問題上與犯罪行為上所造成的法律後果（特別是量刑的部分）是必需多數三分之二的人以上表決同意才能成立的。這意味著：一個由三名職業法官與兩名參審員所組成的審判體，例如在大刑事庭中所審理的案件中所為的判決，其成立起碼要四個人同意，因此，如果兩名參審員都反對的話，判決無法成立，而在兩個參審員與一個法官所組成的審判庭裡，例如在區法院的參審法院或是地方法院的小刑事庭裡的案件，明顯的，參審員可以以多數決來否決掉專業法官的意見。這樣設計的理由在於使司法機關不會流於專制擅斷。

## 二、刑事參審法庭的的實際層面

雖然人民參與審判有制約國家司法權力，建立司法裁判公信力等考慮，但實際層面上，畢竟受過專業訓練及擁有豐富訴訟經驗的職業法官畢竟與平民不同，以致在德國刑事參審的實際層面上，仍有不少要克服的問題。

在審判程序中，參審員與職業法官在對於訴訟當事人的訊問上，皆具有同等的權利。然而，在德國參審制實務的運作上，參審員在訊問權的行使上，並不常見，或是在同審判庭的職業法官鼓勵下，才會行使其對當事人的訊問。原因可能認為自己本身的專業知識背景不足，覺得訊問權是在非有必要的時候才能行使，致使其不願去主動為之。當參審員普遍有這樣的想法時，造成參審法院中實際上仍是職業法官在主導整個訴訟程序的進行，人民進入審判的意旨等於形同虛

設。造成這樣現象，也可能與參審員的遴選制度上有關。德國參審員在其挑選上，有其濃厚的政治意涵。具有參審員候選資格者，通常是被政黨或議會黨團所推薦。在這樣的遴選制度下所產生的參審員，有認為反而是專業的司法部門的思維更具開放性，更能容納不同的意見與聲音。此點不難理解，政黨或是議會黨團的內部運作方式，是要維持著一種完整、集體的氛圍，選出的人當然也受某程度的拘束。當這群成員從政治的領域跨入到審判庭，他們會很難適應他們有同於職業法官所擔任的審判長一樣的訊問權，因為審判長既身為整個法庭進行的主席角色，自然就這些參審員的經驗上，是應該服從的。這也是參審制運作時訊問權不彰的另一可能的因素。

當然，參審員積極的發問，亦未必就是好事，反而容易引起中立性的質疑。參審員真的踐行了其所擁有的訊問權，其訊問的內容恐怕也未盡妥適。原因在於，參審員並未非受過專業法學上的訓練與經驗，他所有的訴訟上疑惑或問題，可能就只能基於媒體報導或文學作品等來取得相關的知識。此外，在本案的事實脈絡上，由於參審員通常並沒有閱卷的權力，往往僅能就媒體報導的片段來做事實認定的基準，而很容易被操控，有流於偏頗與情緒化的危險。

參審員是否有閱卷的權利，亦是一廣受討論的問題。過去德國實務判決與多數學說上，多認為參審員並無閱卷之權利<sup>2</sup>。理由在於，基於德國刑事訴訟法第 261 條與 264 條規定下所導出之直接審理原則 (Unmittelbarkeitsgrundsatz) 與言詞辯論原則 (Mündlichkeitsgrundsatz)，參審員應該沒有閱卷的權利，因為參審法庭的心證必須由審判過程中建立，故起訴前所做成的卷宗與證據清單和內容等，如在審判當中允許參審員閱覽的話，即不符合直接審理與言詞辯論的原

2. Beulke, Strafprozessrecht, S. 272, Rn. 408.

則。因為參審員並無受過法學專業之訓練，起訴前所做成的卷宗、證據清單和內容，是由檢察機關單方面所作成的書類，並未經過言詞辯論程序，不符合該兩項原則之精神。聯邦最高法院就此一問題做過判決<sup>3</sup>，爭議事實為，由於審判中陪席法官的手腕受傷，遂由隔壁的參審員幫忙翻閱起訴書，就在翻閱的同時，也數次看到了起訴書中的內容。雖然，參審員辯稱並未注意看起訴書的內容，只是想了解一下，被告的供述是否與證人的證言相一致，並未違反言詞辯論原則。但是聯邦最高法院認為，起訴書中所載之內容，是偵查機關的偵查結果，基於此一結果下的判斷，恐怕無法排除先入為主的偏見，而撤銷該案之原判決。

但禁止參審員閱覽卷宗，恐怕也會造成其與職業法官間的資訊落差更大。近來的德國實務似乎逐漸開始採取一較開放的態度。德國聯邦最高法院與德國實務運作上屬行政規則位階的「刑事程序與罰鍰程序規則」(RiStBV)皆部分開放參審員的閱卷權<sup>4</sup>，例如電話監聽譯本與耗時較長的複雜案件。有部分學說認為，針對閱卷權方面，若有讓參審員對於卷宗有調查之權利，將可以使參審員對於整個案件的全貌更為了解，進而更積極參與審判的進行。現今德國通說較傾向，至少於複雜案件，參審員應有看卷之權限，藉以掌握訴訟之實際內容，以免喪失人民參審的意義<sup>5</sup>。

## 貳、司法院「人民觀審試行條例草案」的疑慮

世界上較發達之國家，通常有人民參與司法審判之制度。例如陪審制，是由一定數量的人民組成陪審團，在審判程序中負責認

定犯罪事實的有無，而在陪審制之下，另外還配置有職業法官，負責指揮程序的進行，並且在陪審團認定被告有罪之後，進行量定刑罰之程序，如美國、英國等都是實施陪審制的國家。另有參審制，是由一定數量的人民與職業法官共同組成合議庭，一起決定犯罪事實的有無、如何適用法律、量定刑罰，前述德國、法國都是實施參審制的國家。鄰近的日本自2009年5月21日開始施行名為「裁判員制度」的人民參與審判制度，雖然並非純粹的參審制，但由一定數量的人民（例如6名）與職業法官共同組成合議庭，一起決定犯罪事實的有無、如何適用法律、量定刑罰等等，與參審制基本相同，故也可以歸類為一種參審制。

我國司法院研擬之人民觀審制度，係自一般國民中抽選產生之觀審員得以參與審理，雖可以親自見聞法官指揮訴訟、檢察官舉證、被告及辯護人辯解、證人到庭證述、鑑定過程及結論、被害人陳述等程序與事證，與一般法院旁聽者不同，觀審員雖可於進一步評議時陳述意見，但並無與職業法官相同之表決權，只有審判庭之職業法官就案件事實之認定、法律之適用及量刑方有最終決定權。僅在如法官之評議與觀審員之多數意見不一致者，應簡要說明其理由而已，以示對觀審員及人民觀審制度之尊重。此一設計不僅在我國屬新創，比較世界先進民主國家似亦屬罕見，因此，撇開政策面的諸多考慮不談，有許多基本的法理問題，值得進一步探討。

### 一、人民參審違憲？－職業法官受「獨立審判，但非獨佔審判」之保障

司法院選擇世界上罕見的「人民觀審」制度，而非通常歐陸國家之「參審」或英美

3. BGHSt. 13, 73, 75

4. Helmut Satzger, Die Schöffen im Strafprozess, Jura 2011, S. 524

5. 何賴傑，從德國參審制談司法院人民觀審制，台大法學論叢第41卷特刊，2012年11月，頁1209。



國家之「陪審」等制度，最主要的理由似乎在於憲法不變動的前提下，後二者之採行可能有違憲之疑慮。然而，單獨以此理由來限制人民更進一步的、更深入的參與司法運作，恐怕論理上有牽強之處。美國憲法明定受陪審團審判，為刑事訴訟被告之基本人權，固無問題。但是否憲法未有人民參與審判規定之國家，人民參與審判就有違憲疑慮？以德國為例，德國基本法內並無隻字片語提及一般人民參與審判之參審法庭（Schöffengericht），但主要依據該國法院組織法以及刑事訴訟法等法律設計、規定之參審法庭之組成、管轄範圍、權限等，從來沒有遇過違憲的質疑。何以致此？值得進一步瞭解。德國基本法第 97 條第 1 項規定：「法官獨立且僅服從法律」。第 2 項規定：「專職法官和按照計畫最終任用的法官於任職期屆滿前，只能在依據法律所規定之理由和程序為司法裁判後，方可違背其本人意願予以免職，或予以長期或暫時停職，調職或令其退職。立法可規定被終身任命的法官的退休年齡。法院設立或法院轄區發生變更時，法官可被調任其他法院任職，或退職，但應保留其全部薪酬。」第 97 條第 1 項規定所指之法官係指所有行使司法權之人，不以職業法官為限，而是包括「非職業法官」、「非按照計畫最終任用的法官」以及「經由西德與東德統一條約為司法所授權之法官」在內。此一範圍與第 2 項所指之法官係「專職法官和按照計畫最終任用的法官」不同。所以第 1 項之獨立係指「事務獨立」（sachliche unabhängigkeit der Richter），亦即主要免於行政之干預或介入<sup>6</sup>。此與第 2 項所指的職業法官享有「人事獨立」不同。人事獨立係對於事務獨立的必要制度保障，藉此可以保障法官行使職權時，不因可以隨意的免職或調

動等影響其決定<sup>7</sup>。人事之獨立性若不存在，事務獨立便無所附麗。從歷史經驗來看，藉由人事權干預司法的影響性，往往不下於個案之指令。人事獨立保障法官行使職權時，不必擔心長官的好惡而須屈從或迎合長官之意思。由以上分析可知，德國基本法第 97 條第 1 項規定：「法官獨立且僅服從法律」，係指所有行使司法權之人均需獨立不受干預以及服從法律，不以職業法官為限。

我國憲法第 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。」第 81 條：「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。」與德國基本法第 97 條第 1、2 項規定相較，其實可以發現兩國對此之規定極為類似。我國通說亦解釋憲法第 80 條保障法官之事務獨立，第 81 條則保障法官之人事獨立。按此，我國第 80 條所稱之法官應該不僅以職業法官為限，憲法也沒有強調第 80 條與第 81 條之法官必須是「同一範圍」，而是所有執行司法權力者，接受憲法保障其獨立性，亦即須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。至於哪些人屬於這裡所稱之法官，憲法並沒有親自指示或限定。所以，職業法官受獨立審判之保障，但非獨佔審判，因此，立法者如要設計包括觀審、參審，甚至是陪審的制度，只要能確保這些參與司法權力人民之「超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」之事務獨立性質，本文認為，均沒有違反憲法第 80 條的疑慮。

從另外的爭議來看，也能有相當的啟發作用。司法院釋字第 601 號涉及司法院大法官是否為憲法上之法官？大法官是否適用憲法第 80 條及第 81 條之規定？……等問題。司法院大法官由總統提名，經立法院同意後

6.Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 2007, 9 Aufl., Art. 97 Rn. 2.

7.Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 2007, 9 Aufl., Art. 97 Rn. 10.

任命，其行使職權當受事務獨立性之保障，不受任何干涉，自為憲法第 80 條規定之法官。至於大法官是否適用憲法第 81 條規定之問題，表面看來，大法官並非如職業法官般受憲法終身職之保障，而是有一定之任期，但解釋文卻是以「為貫徹憲法第八十條規定「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」之意旨而出發，認為大法官無論其就任前職務為何，在任期中均應受憲法第 81 條關於法官「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」規定之保障。可見憲法第 81 條本意為保障職業法官，任期中之大法官亦應享有相同之人事保障。此幾乎與前述德國基本法第 97 條第 1、2 項分別保障法官之事務獨立與身份獨立一樣。

因此，本文認為，職業法官係受「獨立審判，但非獨佔審判」之保障，人民以各種形式參與審判，並沒有違反憲法第 80 或 81 條的問題，人民參與之審級、方式、程序及相關要件等，係由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定即可<sup>8</sup>，屬於立法高度裁量的範圍。

## 二、法定法官原則的疑慮

德國基本法第 101 條「有權要求法定法官」包含「禁止例外法院」、「任何人之法定法官不容剝奪」以及「特別領域法院僅能經由法律創制」等內容，其中第 1 項第 2 句，亦即「任何人之法定法官不容剝奪」為主要規範，「禁止例外法院」以及「特別領域法院僅能經由法律創制」屬於其特別規定。德國聯邦憲法法院認為法定法官原則的保障，

在於實現法治國原則，確保當事人以及公眾對於法院之公正性以及客觀性的信賴<sup>9</sup>。此一原則在於避免司法經由司法機關的操控而受到不當影響的危險，特別在於個案審判時，經由審判法官的選任以致影響判決結果<sup>10</sup>。這種操控可能來自外在（內閣司法），也可能發生於內部（法院組織之施加影響），亦即免於遭受行政（包括司法行政）的不當干預，免於立法對於法院管轄權明顯且恣意的分配或排除等<sup>11</sup>。簡言之，法定法官原則之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。在德國，參審員也是法官，就此而言，自應適用法定法官原則，亦即，對於是否以及如何設置參員，必須由法律規定。倘若違反此一原則之法律規定，便會構成德國刑事訴訟法第 338 條第 1 款「法院之組織不合法」的絕對上訴法律審事由。

我國憲法雖未明定法定法官原則，但司法院釋字第 665 號亦認為，為確保人民得受公平之審判，憲法第八十條並規定，法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。法院經由案件分配作業，決定案件之承辦法官，與司法公正及審判獨立之落實，具有密切關係。為維護法官之公平獨立審判，並增進審判權有效率運作，法院案件之分配，如依事先訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符。已將法定法官原則最基本的內容，亦即「依事先訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業」清楚表現。

8. 司法院釋字第 574 號參照。

9. BVerfGE 4, 412, 416.

10. BVerfGE 17, 294, 299.

11. BVerfGE 3, 359, 364.



依據草案第6條規定，行觀審審判之案件，遇有「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。」、「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。」、「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。」以及「其他有事實足認行觀審審判顯不適當。」等情形時，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。

此一規定是否有違反「法定法官原則」之疑慮，尤其是造成「恣意或其他不當干涉案件分配」之可能，頗值斟酌。表面看來，雖然觀審員並非法官，且觀審員之意見並不拘束法官，此由草案第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。」即知，此係明顯不同於不同於陪審制或參審制之處。因此，案件要否行觀審，甚至法官可以個案決定排除觀審，似乎與「法定法官原則」無關。但觀審員畢竟不同於單純法院旁聽之民眾，誠如草案內第9條之立法說明：「觀審員參與觀審審判，對於事實之認定、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。」可知，觀審人民之參與審判以及意見表達等，並非對法院判決毫無影響，否則，觀審制與本有之事實審法院公開審理，允許人民旁聽審判之現制有何差異？

因此，行法定觀審程序時，觀審員之組成與參與觀審法庭，至少已經是屬於法定「法院組織」之層級，但草案允許觀審法院

職業法官自行認定「案件複雜需拖延甚久」，甚至更為抽象之「有事實足認行觀審審判顯不適當」等為由，可裁定不行觀審審判，無異等於法律允許本依據事先一般抽象之規範明定案件分配由觀審人民與職業法官共同組成之觀審法庭，在個案上卻由於職業法官之單方認定，即可排除觀審人民參與審判，回復到全由職業法官組成之法庭審判，甚至可以在審判進行到中途後，方始排除觀審人民之參與，雖然此一轉換軌道可能有助於訴訟經濟或有其他考慮，但卻也容易發生憲法定法官原則下最應禁止「恣意操控由特定法官承辦！」之風險，雖然草案同條復規定「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。」以及「關於第一項裁定，當事人得抗告。抗告中，停止審判。」但此顯然不足以充分回復「違反法定法官原則」之指責！

其次，國外行陪審或參審之訴訟制度，當然也有可能發生「參與人民遭恐嚇、威脅」或「案件複雜需拖延甚久」，甚至「有事實足認行審判顯不適當」等情況，但似乎未聞可以此為由排除原應進行陪審或參審程序！如觀審制的立法意旨在於「提升國民對於司法之理解與信賴，並使審判能融入社會法律感情」，但讓法院以及當事人等有如此大之空間可以排除觀審程序，並非妥適，更何況是允許「中途改變」，屆時恐怕更易引起疑慮！觀察草案所列各款事由，似乎司法院認為「簡單之案件（如被告認罪）無進行觀審之必要」、「複雜的案件怕觀審員不耐煩或聽不懂」，加上還有「其他有事實足認行觀審審判顯不適當」此種包山包海式的概括條款設計，簡言之，難的案件、簡單的案件，加上就算不難也不簡單的中等案件也可以以「不適當」為由排除觀審，等於所有第5條所定「應行觀審審判案件」，全部都可能遭第6條排除，回復全部由職業法官審判之現

況，這樣的立法不但前後矛盾，同時在世界上也是聞所未聞！

除了以上廣泛的排除事由外，本條第1款所稱「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。」之排除事由，才更是令人瞠目結舌。首先，按照草案法官之認事用法不受觀審員陳述意見之拘束，觀審員對判決結果沒有表決權，這是觀審制的基本立場。在此種先天限制下，被告等人去威脅、恐嚇觀審員或其親屬，實不知有何實益？其次，如果如草案所認為「觀審員之多數意見又可能對判決結論產生影響」為真，則國家反而應該想辦法保障觀審員之意見是在獨立、不受威脅的情況下作成，亦即國家機關應該善盡其憲法上之保護義務<sup>12</sup>，而不是當發生「危害之餘」時，將觀審大門一關了事，藉此來保護人民！這豈是負責任的政府於執行司法公權力時所應有之表現！至於如發生「觀審員、備位觀審員有難期公正執行職務之虞」，也應該考慮更換觀審員或備位觀審員，甚至在較為嚴重的情形，應如同刑事訴訟法第10條設計「移轉管轄」制度較為妥當，而非以排除觀審程序為優先考慮。

司法院推出之觀審制度草案，已屬於讓人民參與司法審判「最弱化」的制度，未料草案第6條還設計了多種可排除實施觀審的事由，不但在比較法上罕有其例，東折西扣

的結果，豈更不讓人民懷疑政府實施人民參與審判之誠意？

### 三、行政命令定管轄案件範圍與授權命令明確性

哪些案件適用觀審程序？草案第二章「適用案件及管轄」第5條除少年刑事案件外，下列經檢察官提起公訴之案件，受指定試行觀審審判之地方法院第一審（下稱試行地方法院），應行觀審審判：一 被告所犯最重本刑為死刑、無期徒刑之罪之案件。二 其他由司法院以命令定之者。

其中排除少年刑事案件以及限定觀審審判範圍需是「被告所犯最重本刑為死刑、無期徒刑之罪之案件」等，對此應屬政策裁量範圍，且考慮世界各國均非將所有案件均設計人民參與的現況，應無重大疑慮。但同條第2款卻留給司法院相當大的彈性空間，立法理由稱：「以命令指定適用之案件類型，以適度擴大人民觀審制度之適用範圍。」這種立法方式是否妥適，值得進一步探討。

按立法以授權命令方式，委由行政機關制訂法規範，本屬尋常。但在刑事法領域，可否如此廣泛之授權，確有疑義。例如依罪刑法定主義，關於犯罪行為之構成要件及其連結之法律效力（刑罰），本當依法律定之。惟釋字第522號解釋理由書認為：「立法機關得以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法之所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確，始符憲法第二十三條之意旨，迭經本院解釋在案。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相

12. 在所謂基本權的客觀面向討論上，有所謂國家負保護義務，亦即人民基本權利受到來自國家以外之第三人侵害時，國家負有相應保護措施，使人民基本權利避免受到侵害，我國司法院釋字內，多次揭示此一意旨，例如釋字第400號解釋文：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」第631號解釋文：「憲法第十二條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。」



稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。」按此，司法院歷來解釋中並不堅持以國會保留實踐罪刑法定主義，而僅要求其授權之目的、內容及範圍應具體明確。此即授權明確性之要求。

授權明確性原則指其授權之目的、內容及範圍應具體明確。該原則是關於委任立法之一般性的要求。在原則之肯認的層次，學說與實務見解有高度共識。釋字第 680 號內認為「授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定原則，以制定法律之方式規定之。法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，其授權始為明確，方符刑罰明確性原則（本院釋字第五二二號解釋參照）。其由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，即與得預見行為可罰之意旨無違，不以確信其行為之可罰為必要。」按此，懲治走私條例第二條第一項規定：「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」第三項規定：「第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」其所為授權之目的、內容及範圍尚欠明確，有違授權明確性及刑罰明確性原則，遂遭釋字第 680 號解釋認為違憲。

刑事訴訟程序雖然與實體刑法須受嚴格罪刑法定主義之要求不同，但程序之實施，對人民而言，都是一種騷擾、折磨、消耗與負擔，而實施的結果，更是可能使人民確實遭受國家最嚴厲的處罰結果，因此，相關程序的公正、合理與透明可預見，自為憲法保障之人民訴訟權所關切。對此，司法院大法官釋字內一再強調係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。刑事訴訟法第 1 條第 1 項亦明確規定：「犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。」相當程度認為追訴、處罰犯罪之刑事程序，屬於國會保留之範圍，尤其參照本草案第 6 條說明內認為應行觀審審判之案件，是否應例外不進行觀審審判者，對審判之進行及當事人權益有重大影響，自應如釋字第 443 號所稱「涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則」、以及釋字第 530 號<sup>13</sup>：「惟各該命令之內容不得牴觸法律，非有法律具體明確之授權亦不得對人民自由權利增加法律所無之限制」等之要求，對授權明確性之要求再予考慮。

#### 四、觀審員之資訊接觸

德國參審員在刑事程序以「國民一分子」的身分坐上法官席。有鑑於此，直接審理原則與言詞審理原則便格外重要，也就是

13. 釋字 530 號：「司法自主性與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標，因是最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則。最高司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之細節性、技術性事項為規定；本於司法行政監督權而發布之命令，除司法行政事務外，提供相關法令、有權解釋之資料或司法實務上之見解，作為所屬司法機關人員執行職務之依據，亦屬法之所許。惟各該命令之內容不得牴觸法律，非有法律具體明確之授權亦不得對人民自由權利增加法律所無之限制；」

說應確保參審員能透過整體審判程序中直接且以言詞提出之證據方法，以獲致確信心證，而非讓其費時鑽研卷證及受到其他價值之影響。在此背景之下，為了避免損害德國刑事訴訟法第 249 條與第 261 條之直接審理原則與言詞審理原則，原本就不讓參審員接觸任何卷證。可是，限制參審員接觸卷證這樣的觀點，卻與法院組織法第 30 條第 1 項強調職業法官與參審員地位相同的規定，兩相逕庭。考慮該條文的構想，會發現其用意不單純只是讓參審員必須「注意」訴訟程序，以便監督法官做了什麼。其實，參審員有完整的裁判表決權，他既然承擔所有判決責任，也就應該如同職業法官一般，能夠積極參與證據調查，特別是行使發問權。因此，參審員也負有法官廣泛調查案情的澄清義務。而這樣的澄清義務，尤其是在冗長、複雜的訴訟案件，參審員唯有透過閱卷獲知案情內容，才能克盡其職。無論如何，如果限於職業法官始得閱卷，而參審員卻不能像他鄰座的職業法官同事一樣獲悉同一案情資訊，也因而難以等同地提出什麼深入和有批判性的問題，那麼，參審員自始就屈居次要地位了。如此的資訊落差，正是牴觸德國法院組織法第 30 條第 1 項表彰之價值。準此以觀，現今之德國通說主張參審員—至少在複雜之刑事程序—應享有閱卷權，應是恰當的觀點。最後還有一項可支持觀點，即參審員有義務參與審判期日之裁定，如果沒有事前閱卷，參審員通常不可能履行此義務。

實務上，如前所述，德國聯邦最高法院刑事第 3 庭就曾主張，為了讓參審員對案情有較佳的理解，給予參審員電話監聽之譯文影本並無違法可言。實務運作方面，「刑事程序與罰鍰程序規則」第 126 點規定，起訴書不得交給參審員。惟長期進行之審判期日，特別是審理廣泛或困難之案情者，得在陳述起訴書後，給予參審員起訴書影本。

草案對於行觀審審判之案件，觀審員於第一次審判期日前，除起訴書外，不得接觸卷宗及證物。立法理由對此認為：「觀審員本無須以事先接觸卷證資料為必要，況對於欠缺專業訓練與經驗累積之觀審員而言，事先接觸偵查卷證，更有因而先入為主預存偏見之虞，另斟酌觀審員之執行職務時間有限，為免造成其過重負擔，是有明定觀審員、備位觀審員於第一次審判期日前，除起訴書外，不得接觸卷宗及證物之必要，爰訂定第一項。」然而，觀審員參與觀審審判，對於事實之認定、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，一概禁止觀審員事先接觸卷證資料，是否妥當，值得斟酌。

本文認為，為使觀審員之意見較具實質意義，而可以影響判決，應該適度的給予觀審員閱卷之機會，但並非開放給觀審員全部的閱卷機會，而是可以考慮如刑事訴訟法第 33 條第 2 項，對於卷宗之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院可以視個案情形禁止之。藉此，不但讓觀審員可以融入認定事實、適用法律之程序，並且既然觀審員之多數意見可能對判決結論產生影響，如讓觀審員沒有接觸重要卷證資料之機會，形同局外人影響判決之情況，恐怕亦有違反憲法保障聽審原則之疑慮！

### 五、觀審員所觀審者係半套的「特別程序」？

如前所述，德國之參審員，與職業法官原則上平等之獨立法官地位，與職業法官共同參與各邦區法院參審法庭（Schöffengericht）以及地方法院刑事庭（Strafkammer）之審判程序。參審員得透過行使發問權等權利積極參與審判，就罪責與刑度問題也與職業法官享有同等決定權，並且對於判決之評議表決享有與職業法官相同



之表決地位。參審員也與職業法官同樣僅受「法與法律」之拘束，獨立行使職務。準此以觀，依德國法的法律構想，參審員絕對不只是「二等法官」而已。按此，德國參審員不止參與刑事審判，而且是全程參與，並且擁有與職業法官相同等值的決定權。對此德國參審員所參與者可稱為「全套」的通常程序！

本草案之立法宗旨在於「為提升司法之透明度，增進人民對於司法之瞭解及信賴」草案內亦說明：「人民觀審制度，使自一般國民中抽選產生之觀審員得以參與審理，親自見聞法官指揮訴訟、檢察官舉證、被告及辯護人辯解、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，有所心得，更可於評議時陳述意見。藉由觀審員之參與，所有審理及評議程序，當更加透明化，觀審員經由親自參與觀察審判之過程，對法官如何進行事實之認定、法律之適用及量刑，亦能有充分之認識與理解。」縱使雖無如職業法官之表決權，看似至少讓觀審員能觀察到訴訟程序之全套。

然事實上，觀審員並非參與觀審案件自起訴後到判決宣布前所有的程序，依據草案第 39 條以下設計，審判期日前必須進行的準備程序是「行觀審審判之案件，法院應於第一次審判期日前，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……」，很明顯的，觀審員並不參與準備程序，其理由是「且觀審員、備位觀審員絕大多數均從事各行各業，縱使無業，亦需參與家庭生活或社交活動，自不可能耗費大量時間於參與審判之上，為期渠等之參與審判，能夠充分發

揮提升司法之透明度，增進人民對於司法之瞭解及信賴，自應充分顧慮觀審員、備位觀審員之上述特質，而就現行刑事訴訟程序進行必要之配合，以使觀審員、備位觀審員易於理解、得以實質參與審判，並避免造成其時間與精神上之過重負擔。」

這樣的考慮，固可稱體恤觀審人民的辛勞，但卻會造成人民只是觀審「半套」的刑事審判程序，尤其依據憲法及刑事訴訟法規規定之嚴格證明程序將打很大之折扣<sup>14</sup>，蓋依嚴格證明程序，認定被告犯罪必須依據證據，而證據必須有證據能力，且經合法調查，始得作為判斷之依據。因此，證據是否有證據能力，絕對是審判，尤其是被告有、無罪之關鍵問題。對此，草案第 43 條認為：「是法院於準備程序所應處理之事項，首重就證據之證據能力、調查必要性先進行篩選與調查，」。草案第 39 條理由亦認為：「證據能力之有無及證據調查必要性之有無，與案件之實體認定息息相關，於行觀審審判之案件，自應由法官三人合議決之。」可是，草案之設計，卻是將證據能力判斷原則上在觀審員不得參與的準備程序中就要決定，第 43 條明示：「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。」，甚至直接影響到將來審判程序：「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之。」既然證據能力有無及證據調查必要性之有無，與案件之實體認定息息相關，甚至可說是直接影響到判決結果，卻是在準備程序中僅由職業法官就予以決定，等同於將案件關鍵問題仍是保留給職業法官「獨斷」！舉例而言，被告住家搜索到毒品，此時該毒品是否由警方合法搜索取得，還是被告方主張之

14. 司法院釋字第 582 號，刑事訴訟法第 154 條第 2 項、155 條第 2 項參照。

違法搜索，以及如構成違法搜索，是否應排除該毒品之證據能力等，想當然就是認定被告是否犯罪之主要關鍵證據，姑且不論準備程序中如何妥適處理如「亦即宜就(一)違背法定程序之程度。(二)違背法定程序時之主觀意圖(即實施搜索、扣押之公務員是否明知違法並故意为之)。(三)違背法定程序時之狀況(即程序之違反是否有緊急或不得已之情形)。(四)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(五)犯罪所生之危險或實害。(六)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(七)偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。(八)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證據能力」等複雜！困難之問題<sup>15</sup>，即便可以，就觀審員而言，無異等於在沒有參與的情況下，全盤接受已經定調的證據結果，甚至可說是實體認定之結果！雖然草案強調「惟此際均僅得就證據能力有無之程序事項為調查」但毒品有無證據能力之決定，豈會對被告之犯罪有無沒有任何關連？按此，觀審員所觀審的範圍不僅只剩「半套」，而且是他人已經決定之結果，此與草案基本意旨「提升司法之透明度，增進人民對於司法之瞭解及信賴」，恐有相當之抵觸。

## 參、結語

數十年來，臺灣的司法是完全壟斷於職業法官之手，人民充其量只能到法庭旁聽審判，毫無參與，甚至是影想的可能，這在全世界民主法治國家可說是罕有其例。近年好不容易在人民不斷的要求下，司法當局終於願意傾聽人民的聲音，希望修法讓人民有機會參與司法審判，但從司法院公布的相關草

案來看，顯然誠意不足。

而將之牽連到合憲性疑慮問題，如本文前述內容，可謂是杞人憂天、牽強附會。

即便就草案設計的觀審內容，也有諸多疑問。綜觀世界各國人民參審之立法，不論是參審、陪審制或是各種混合制，一般人民所參與者，均是「現行」且「通常」的審判程序，這樣才能達到人民監督、制衡職業法官、避免司法壟斷、封閉以及增加司法透明的根本目的。如果另外安排一套訴訟制度，即便人民只具有觀審權限而已，所觀看到的內容，已經不是「現行」且「通常」的審判程序內容，而是有別於一般訴訟程序的「特別程序」，恐怕已經讓人民參與審判的原意大打折扣，更何況，觀審員可以觀察的，只是全部程序的「半套」，而且是屬於已經大體定調的「半套」！此與德國實施之參審制，有著相當大的差距！德國參審制度強調，參審員絕對不只能是「二等法官」或是「職業法官的配角」而已，可供我國主事者深思。

(作者為政治大學法律系副教授)

15. 德國刑事訴訟法對此證據能力判斷均在審判程序，並無於審判前程序即予判斷。

