第三章　國民參與審判與上訴審構造之關聯

第一節　國民參審審判之歷史成因

若由一般國民參與程序或影響司法審判之強度來區分，制度上可能有人民公審、陪審、參審、陪審與參審混和及觀審等不同之方式。人民公審方式，多出現在司法落後社會或獨裁政體，本文認無說明及討論之必要。綜觀全球之司法審判歷史，國民參審制度最早濫觴於西元前 6 世紀，由古雅典著名政治家、法律家及詩人梭倫（Solon）所建立之赫里埃（Heliaia）陪審法庭，其等乃從年滿 30 歲，擁有良好聲譽、未積欠公部門稅賦並自願之古雅典居民中抽籤選出共 6000 名，經過宣示（Heliastic Oath）就任之審判官（dikastes）所組成，主要設置目的在使市民得以透過最樸實、最直接的良知及正義，去評判個別之犯罪事實。後來演變出所謂的民眾法庭（dikasteria），審理人民對執政官判決之上訴案件。其後，中古世紀歐洲因封建王國建立，君主或假借君權神授，為維持其權利之正當性，對異議者以宗教方式進行所謂的神意審判，司法權由王權或由國王指定之貴族獨攬，刑事制度呈現裁判專斷、審理秘密及刑罰殘酷之變態結果，人民對抗暴政的呼聲四起，因此在 1789 年法國大革命後，歐陸各國興起全球第一波司法民主化浪潮，法國於 1790 年起重新引進英國之陪審制度，希臘於 1844 年、德國於 1848 年[80]、俄國於 1864 年、西

[80] 德國係受法國 1848 年 2 月革命之影響，是年 5 月 18 日在法蘭克福聖保羅教堂召開國民會議，首先決議採用「陪審制」，各邦隨後相繼施行，但實際施行結果困難重重，遂於 1877 年 1 月 27 日之法院組織法及同年 2 月 1 日之刑事訴訟法採行陪審及參審併行制度，規定重罪才行陪審制，輕罪及微罪均採「參審」，至 1924 年 1 月 24 日之法院組織法才全面採用參審制，廢除陪審制。

班牙於 1872 年、義大利於 1873 年都建立了「陪審制」。到了 19 世紀末時，幾乎所有歐陸國家都建立不同形式的陪審制度，換言之，這一波之國民參與審判風潮，是與政治民主化風潮一致，主要是為了對抗君主專政及威權。在此時期「陪審制」之建立，恰為司法「民主化」之象徵之一。然二戰時期因歐陸法西斯主義盛行，西班牙、德國、義大利相繼廢除陪審制或採取限制陪審制度。

時至 21 世紀，在落實民主化及國民主權之迫切要求下，並基於提高刑事司法的民主正當性及增加司法信賴（程序透明性及審判親民性）之目的，日本於平成 26 年即西元 2004 年通過「裁判員法」，經過 5 年準備時間於 2009 年 5 月起正式實施，迄今正好滿 10 年；韓國亦於 2005 年由「司法制度改革推進委員會」提出「國民參與刑事審判」法律草案，於 2008 年 1 月 1 日起試行，同年 2 月 12 日即在大邱地方法院進行韓國司法史上第一次國民參與審判，迄今也超過 11 年。如前言所述，我國自民國 83 年以來，司法院開始研議國民參與審判制度之可能性，是年完成「刑事參審試行條例草案」，在施啟陽院長任內暫時停擺後，又於 88 年轉向制定「專家參審試行草案」，期望透過引進專家之「專業知識」來補充法官審理案件專業知識之欠缺，其立法目的是從判決結果正確之角度考量，無關於國民主權之落實或契合一般民眾之法律感情。時至 96 年再轉向至「國民參審」，推出「國民參審試行條例草案」，研議由人民參與審判之可能性[81]。近年來，因部分法官受賄或操守問題，且又出現若干爭議性判決

[81] 當時草案第 28 條規定國民參審法庭由原合議庭法官 3 人及參審員 4 人組成合議庭行之。

[82]，長年以來司法受「黨國操控」不當傳聞而飽受非議的形象，或受政治人物操弄而偏低司法信任度，更形每況愈下。故馬英九總統在任期間，於 101 年起啟動「人民觀審制」模擬法庭，企圖挽救司法民心，惟其成效有限，依司法院 104 年度人民對司法認知調查結果顯示，受訪民眾對於：「法官多能審判獨立，不受政治力干擾」、「法官多能盡力對罪犯做適當的判刑」、「法院判決多能讓被害人獲合理補償慰藉」、「上法院是解決爭議最公平方式」、「法院對窮人及有錢人的判決標準相同」等提問之認同比率均未達 50%[83]。但對於人民參與審判之主要好處，受訪民眾卻高達 90.3%均認為可以「讓審判過程透明，避免黑箱作業及司法不公的疑慮」，其他諸如「人民更能瞭解法院審判程序及判決內容」、「訴訟程序更嚴謹，更保障當事人權利」等好處，均獲得高達 8 成以上民眾普遍認同，如「判決結果更貼近民意」、「法官開庭態度會變好」亦分受 75.7%、66.8%民眾的肯定[84]。因此，將來採行較「觀審制」由國民參與介入強度更高之「參審制」，來增加審判之清晰透明及親民性，提高民眾對司法之信賴，實屬刻不容緩，亦為我國司法改革之必然趨勢，箭在弦上，不得不發。

第二節　國民參審的憲法功能及意義

---

[82] 如 99 年 9 月 25 日之白玫瑰運動，起因法院於對兒童性侵，應否確認是否違反其自主意願之爭議，見 Wiki 百科。

[83] 其中「法院對窮人及有錢人的判決標準相同」之認同比率僅 19.4%。同時期由中正大學犯罪研究中心所做之「全國民眾犯罪被害暨政府維護治安施政滿意度調查」，高達 8 成比率不信任司法能公正審判。

[84] 資料來源，取自司法院刑事廳於 105 年 10 月 3 日在法官學院舉辦「人民參與審判國際研討會」之開幕演講報告內容。

美國聯邦憲法增修條文第 6 條規定刑事被告有受公平「陪審團」審判的權利[85]，且實際運作下，若對於被告有罪與否有爭議之情形，原則上就會以陪審制進行審判。因此，採用陪審團審判之憲法基礎，並非民主化的展現，而是基於人民權利保護之目的。早在 1787 年美國憲法制憲過程中，James Wilson[86](1742-1798）即已倡言為了減少政府對於人民的壓迫，陪審制應予保留。聯邦最高法院則在 1979 年之 Burch v. Louisana 一案中說明陪審團制度目的是「藉由提供護衛對抗貪污或過於熱衷的檢察官及可能自我中心、有偏見的法官，避免政府壓迫人民」[87]等語。換言之，從美國憲政制度來理解，所謂審判之「民主化」或主權在民等抽象口號，並非採行僅次於人民公審強度之「陪審團」審判制度的主要精神或目的，陪審團主要係為了保護人民權利，制衡司法濫權（包括檢察官及法官），提升審判品質以追求個案正義而存在。

我國憲法第 77 條雖規定司法院為國家最高司法機關，掌理民、刑事及行政訴訟之審判及公務員之懲戒，另於第 80 條及第 81 條規定法官應獨立審判及享有身分保障等事項，未如上開美國憲法賦予「陪審」即由人民審判之直接合憲地位，因此或有學者認為如實施人民參審，而非採取低強度之「觀審」（只審不

---

[85] 依美國憲法第 6 修正案，被告除受公平陪審團審判權利（right to an impartial jury）外，還包括了：迅速公開審判（right to a public trial without unnecessary delay）及受律師協助（right to a lawyer）、知悉控訴者及控訴事實與證據（right to know who your accusers and nature of the charges and evidence against you）之權利。

[86] 美國建國國父與獨立宣言及憲法簽署人之一（He was one of the Founding Fathers of the United States and a signatory of the United States Declaration of Independence and the United States Constitution.）。

[87] 441 U.S. 130.135(1979).

判），將有破壞憲法關於司法權之分配或危及司法獨立運作的制度條件，是有違憲之虞。另有我國司法高層亦直指若採取「陪審制」將有嚴重違憲之嫌[88]；如人民參與審判之過程讓法官有相當程度的審查權，即無違憲之疑慮[89]。惟有學者分析認為憲法第 77 條雖將司法權交給司法院，卻未清楚規定如何行使司法權，而是以第 82 條規定「司法院及各級法院之組織，以法律定之」，將進行審判之組織形成權交給立法者，而無直接規定法院的組成及法官之資格，意即憲法並無明文排除由人民參審之可能。並從我國制憲沿革及釋字第 436 號解釋就「軍事審判法」之合憲性理由，演繹得出憲法並無限制由非職業法官行使審判權，屬立法者自由形成空間之結論，但必須不能違反司法獨立、公平審判原則與刑事訴訟之正當程序要求，主張人民參審的憲法功能定位，乃節制司法與提升司法審判品質[90]。

是以，司法院 96 年 8 月 15 日版「國民參審試行條例草案」[91]第 2 條及目前送立法院審查之國民參審法草案第 3 條均在說明

---

[88] 見自由時報電子報 106 年 2 月 17 日報導司法院長對陪審制之意見，網址為 news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/1977782。

[89] 見司法院秘書長呂太郎因被提名為大法官於 108 年 6 月 25 日在立法院之發言。惟日本最高裁判所大法庭平成 23 年（2011）11 月 16 日平成 22（あ）1196 號判決以 7 大理由認為「裁判員制度」無違背日本憲法相關規定，其中指出「人民參與刑事裁判強化民主基礎，與完成憲法所規定之人權保障，基於證據認定事實，確保個人權利與秩序之刑事裁判，絕非立不相容之關係。此點，參照具有陪審制或參審制之歐美諸國經驗，基本上亦可得到印證…而有關人民參與司法制度之合憲性，則取決於具體設計之制度是否抵觸實現適正裁判諸原則而定…憲法係容許人民參與審判，而在採用人民參與司法制度時，只要足以確保上述諸原則，不論係陪審制或參審制，其內容係委諸於立法政策而定」。

[90] 見林春元，司法與不信任，憲政時代季刊，第 43 卷第 3 期，第 393 至 395 頁。其結論與上開日本最高法院判決意旨相同。

[91] 張永宏於其「論國民參與刑事審判制度之第二審上訴構造」論文（刊登於政大法

欄載明「我國向由法官…審判…對特定案件規定由國民與法官組成特別法庭共同審判，自應有法律依據，並應賦予『國民參審法』…之特定名稱」等語。惟關於國民參審之立法目的，前者第 1 條僅抽象揭示「增進司法之民主化」唯一目的，後者於第 1 條則揭櫫「提升司法之透明度，反映國民正當法律感情，增進國民對司法之瞭解及信賴，彰顯國民主權理由」等等積極目的與期望，似皆未提及美國憲法對「陪審制」所具有之保護被告權利、制衡司法濫權之功能[92]。意即，我國「參審制」之建立目的，係從「司法者」本位角度出發，期望參審制建立後，能增進國民對司法之瞭解及信賴，與美國維持「陪審制」之運行，係為了抑制司法濫權以保障被告權利之角度思考，兩者高下立判，自不待言。但此立法目的，卻真實反映目前我國司法受民眾輕視或不信任之無奈，亦不言可喻。即便國人對法官之信賴度不高，社會上主張實施「陪審制」之呼聲，亦未曾間斷停息，惟從我國司法高層近來之發言研判，目前司法院對國民參與審判制度之立場，還是傾向於國民法官之集體決定應有某程度的法官介入或節制，無法完全放手由國民直接審判。

第三節　國民參審制度概述

承前所述，國民參審法院之組合及組織成員，在我國之法制，屬立法者自由形成空間，解釋上已趨無疑義。惟第一審審判程序究竟採取陪審、參審或兼取兩者優點之混合制，必然亦與上

學評論第 113 期）稱此草案為第二稿。條文內容及說明，可參見上開論文之附錄及吳景欽著「國民參與刑事審判制度」一書之附錄三。

[92] 同註 90 林春元論文第 389 頁，認為國民參審的憲法功能定位於節制司法與提升司法審判品質。

訴審發生連動效果，因此探討參審制之上訴審相關問題前，本文認為宜先究明各種制度之架構及操作上之差異或現狀，茲擇要簡述如下。

一、美國陪審制

①權利及適用對象：依據美國憲法第 6 增修條文之規定，人民有受公平陪審團之基本權利，而非「義務」，因此被告可以放棄接受「陪審團」審判而由職業法官審判，但無要求僅受職業法官審判之憲法權利。惟依聯邦刑事訴訟規則（Federal Rules of Criminal Procedure）第 23 條 a 規定，當被告以書面請求放棄由陪審團審判權時，應得檢察官之同意及法院之准許，否則均應進行陪審團審判。又聯邦最高法院於 1937 年 D.C v.Clawans 案[93]中排除「輕罪」採用陪審團之審判。何謂輕罪或重罪？聯邦最高法院則在 1970 年 Baldwin v.New York[94]案中確認以起訴法條之最高刑度是否超過 6 個月為基準來區分輕罪或重罪，如無法定刑度之犯罪，例如藐視法庭罪，則以宣告刑作為標準。

②審判分工：由法官處理法律之爭議（issue of Law），陪審團決定事實爭議（issue of fact），是對陪審案件之普遍認知。詳言之，犯罪構成要件事實存否由陪審團決定，包括由陪審員考慮「事實認定」即起訴罪名之各項構成要件事實是否存在及「適用法律」即將陪審員認定之事實涵攝至法官給予之法律指示。亦即，罪名中任何構成要件事實存在與否或構成要件是否充分成立，均屬陪審團決定

[93] 300 U.S.617(1937).
[94] 399 U.S.66(1970).

（verdict）之核心領域。法官充其量僅能就證據之證據能力有無或證據應否排除等先決問題決定之，至多只能「指示」陪審團有關「罪名成立要件」在法律上判斷之基準為何，而不能涉及或介入事實之判斷或該事實是否符合法律基準之認定。於陪審團決定被告有罪後，原則上由法官在法定刑範圍內決定被告之刑種及刑度。若法官之量刑超過原法定刑度時，聯邦最高法院在 2000 年 Apprendi v. New Jersey[95] 案中認為當某事項經立法部分明定為「刑罰加重條件」時，即應由陪審團認定該要件事實是否存在，法官逕予認定刑罰加重條件存在，則侵害被告受陪審團審判之權利。此外聯邦最高法院在 2004 年 Blakery v. Washington[96] 一案認為就量刑超過「聯邦量刑準則表」最高刑度之事實，若被告否認時，亦應由陪審團認定之。

③陪審團之組成：一般而言，陪審團是由 6 至 12 名陪審員所組成[97]。聯邦法院之陪審員選任方法，通常有相應之成文法規定[98]。首先，從選民名單或其他名冊中隨機抽出足夠數量之候選陪審員後，寄送陪審員資格表（juror qualification form），原則上先由法官將未滿 18 歲、未在轄區居住滿 1 年、不能讀寫說英語、有精神或其他身體疾

[95] 530 U.S.466(2000).

[96] 541 U.S.36(2004).

[97] 關於聯邦案件，依聯邦刑事訴訟法第 23 條規定如雙方當事人同意，陪審員得少於 12 人。在若干州法院層面，有直接規定陪審員少於 12 人者，亦有規定被告可以選擇少於 12 人之陪審團；在 1970 年 William v.Florida 案中，聯邦最高法院確立陪審團可減至 6 人，如減至 5 人則侵害被告接受公平陪審團審理之憲法權利。另外在 1979 年 Burch v.Louisina 案中，聯邦最高法院認為 6 人陪審團之案件，必須以全體一致意見為裁決，如以 5 人多數意見裁決是違憲。

[98] 如 1968 年之聯邦陪審團選任及服務法（Jury Selection and Service Act;JSSA）。

病不能勝任陪審員或有相關刑事案件及重罪前科者，予以排除，除被允許辭任者，就都會收到法院寄送之傳喚狀（summons），成為候選陪審員（venire）集合於法院，進行所謂「遴選詢問或預先審查（日文稱之忌避）」（Voir Dire）程序，事前候選之陪審員通常會收到系爭案件之簡介，而法官及檢察官、律師亦會閱讀陪審員填寫的基本資料，透過面對面的詢問個別陪審員之資格或特定意見，「拒卻」[99]有預斷或偏見可能之候選人，不予選任為陪審員。拒卻之方法，分為附理由（excuse for cause, challenge for cause）及不附理由（excuse without cause, peremptory challenge）2 種。前者，是以候選人具有範圍限定、容易證明且係法定之偏見事實為基礎的理由予以拒卻，請求法院不予選任。法院對這種拒卻的主張是否允許，有完全之審查權限，但法院之決定是否妥當亦受上級法院的審查，審查之標準採取前述「無害錯誤」法則[100]。後者之拒卻，則無須理由或得以任何理由為之，但例外的是，聯邦最高法院在 1986 年 Batson v. Kentucky 案件中表示，檢察官僅以候選陪審員的種族因素而使用不附理由之拒卻，是違反美國憲法第 14 條增修條文的平等保護原則[101]。

---

[99] 見我國草案第 28 條說明欄之用語。

[100] 聯邦最高法院在 1968 年 Witherspoon v.Illinois 案認定，檢察官以 47 位候選陪審員對於死刑有本於良心之躊躇為理由予以拒卻，則此陪審團之判決違憲，惟我國草案第 32 條規定「關於選任程序之裁定，不得抗告」。

[101] 此後在 1994 年 J.E.B v.Alabama 案中，聯邦最高法院進一步禁止基於陪審員之性別偏見作為拒卻標準，否則亦違反平等保護原則。

④採用陪審案件之比例：如上所述，重罪（feloney）之被告要求採用陪審團審判，固屬美國憲法保障之權利，但根據統計資料顯示，刑事案件最終採用陪審團審判之比例大約僅佔 3%[102]，因為如果僅有 3 分之 1 的刑事被告堅持接受陪審團審判，也就足以使美國整個刑事訴訟制度癱瘓崩潰，因此約有 90%的刑事案件，重罪被告可能與檢察官認罪協商，以換取檢察官減罪或減刑之協議，輕罪被告則在罪狀認否手續就逕為有罪答辯（plea of guilty）或不予爭執答辯（no contest），均無庸進入事實審理程序，直接由法官量刑做出判決。即便，進入審判程序之約 10%刑事案件，或因被告有效放棄陪審團審判，改以法官審判（bench trial），避免冗長且耗費金錢之訴訟程序。

二、德國參審制

①適用案件對象：如前所述，德國自 1924 年 1 月 24 日起全面改採「參審制」，在區法院（Amtsgericht）層級設置參審法院（庭），原則上由 1 名職業法官擔任審判長，及 2 名參審員所組成（德國法院組織法第 28、29 條），審理由獨任法官審判（預期刑度不超過 2 年有期徒刑或自訴案件之輕罪案件，見德國法院組織法第 25 條規定）以外之案件，因德國法院組織法第 24 條第 2 項明文限制區法院不得判處超過 4 年有期徒刑，因此在區法院層級之「參審法院（庭）」審理者，是 2 年以上至 4 年以下或重罪案件（最低刑度 1 年以上有期徒刑）之案件，「參審法院

[102] Working Paper for Bureau of Justice Statistics, May 2010, NCJ 228944.

（庭）」是比獨任法官高階的審判庭[103]。另在邦地方法院(Landgericht）層級設置「小刑事庭」（Kleine Strafkammer），亦由 1 名職業業法官與 2 名參審員組成，負責審理區法院判決之事實審上訴。邦地方法院所設置之「大刑事庭」（Groβe Strafkammer），負責受理預期刑度 4 年以上有期徒刑或對兒童實施性犯罪致死、強制猥褻或強姦致死、謀殺、故殺等列舉之 25 種罪名之第一審案件（德國法院組織法第 74 條第 1、2 項），無論職業法官人數 2 或 3 名（德國法院組織法第 76 條第 2 項），但必有 2 名參審員加入審判[104]。

②審判合作：在審判期日，參審員執行法官全部職務，其與職業法官擁有相同之表決權，且應與職業法官作出審判期日所必要之裁判（德國法院組織法第 30 條第 2 項規定審判期日外必要之裁判，由法官作出）。故在言詞辯論程序中，參審員完全參與調查證據，可與法官一樣訊問被告、證人及鑑定人，並不受時間次數或內容之限制。實際上運作的結果，參審員不是沒有問題，就是不敢提問，也或許恐怕自己提出的問題顯得愚蠢，以致鮮少有參審員主動訊問。關於案件事實之認定與法律效果之評議，參審員必須參與表決，不能棄權（德國法院組織法第 195 條），且依

[103] 德國漢堡邦地方法院 Dr. Britta Erbguth 庭長在司法院舉辦「人民參與審判國際研討會」之書面報告（2016 年 10 月 3 日至 5 日），見會議手冊第 53 頁。

[104] 依法國參議員 jean-rene Lecerf 於 2011 年 5 月 4 日以法律委員名義向該國參議院提出之報告顯示歐洲國家如德國、法國、西班牙、丹麥、挪威、斯洛文尼亞、瑞典、義大利於重罪或所列舉之特定案件均有實施國民參審之情形，參審法庭均由職業法官與人數不等之國民參審員組成。比較表可參閱 http://www.senat.fr/rap/110-489/110-489.html。

據德國刑事訴訟條例第 263 條規定，關於被告有罪與否之認定及有罪之法律效果，即任何不利於被告之決定，須取決於 3 分之 2 以上之多數，而非僅是過半數之同意。是在區法院層級之參審法庭或邦法院層級之「小刑事庭」，理論上，因參審員人數多於職業法官，且掌握決定之票數，行表決時是有可能參審員之意見蓋過審判長即職業法官之意見，實際上亦曾經發生[105]。而「大刑事庭」之參審員僅 2 人，職業法官有 2 至 3 人，參審員之票數無法自行決定審判結果，而僅具攔截之效果。蓋於 3 名職業法官意見一致之情況下，仍須至少 1 名參審員同意法官之見解，方能作出不利於被告之判斷（因為 5 分之 3 尚未達 3 分之 2 之法定門檻）；反之，在職業法官僅 2 人的場合，若要達到 3 分之 2 之法定門檻，勢必參審員 1 人認同職業法官 2 人之一致意見，或職業法官 1 人反對另名職業法官之意見，倒向認同參審員 2 人之一致見解。關於法律效果之評決問題，德國法院組織法第 196 條第 3 項規定第 1 句規定，當評議中被告刑度高低有兩種以上不同意見，而均未達所需之多數票時，則最重刑度的票會累加至較輕刑度之票數，直到達到法定票數為止，例如由職業法官 3 人及 2 名參審員組成之參審法庭，參審員 A 認為被告合理刑度為有期徒刑 1 年，參審員 B 之量刑為有期徒刑 2 年，3 名職業法官之量刑依序為 5、4、3 年，均無未達法定所需之多數票數，則由最重刑度票數依序累加至次重票數至 2 年有期徒

[105] 同註 103 頁數及第 58 頁記載 Erbguth 庭長回憶其任職期間，曾因 2 名參審員以強而有力之論點說服其改變意見。

刑（參審員 B 之量刑）超過法定門檻，評決結果應科處有期徒刑 2 年；依同條項之第 2 句規定當評議刑度高低只有兩種以上不同意見時，此時則採取較輕刑度之意見。例如：職業法官 3 人均一致認為被告應判處有期徒刑 2 年，參審員 2 人則認為應量處有期徒刑 1 年為合理，因 2 組意見均未達法定門檻，且無從依前句方式形成多數，即應評決量處有期徒刑 1 年。除此以外，參審法院與獨任法官關於訴訟程序之進行或調查證據，並無不同。

③參審員之選任：德國參審員之資格，依其法院組織法第 31 條規定，以德國人為限。經判決不具擔任公職資格者，或曾故意犯罪被判處 6 個月以上有期徒刑，或正被犯罪偵查且該罪可導致喪失公職資格者，均不得擔任參審員（德國法院組織法第 32 條）。至於 25 歲以下、70 歲以上，於制定建議名單時不居住在法院轄區、身體不健康、財務不健全及特定公職人員均不應選任為參審員（德國法院組織法第 33、34 條）。特定職業之人如政治人物、國會議員、醫護人員或年滿 65 之人，或經釋明如執行參審員職務會嚴重損害其經濟生活基礎者，則得依第 35 條規定拒絕受任命為參審員。參審員之選任，以 5 年為期，選任不採取如英美陪審員採個案抽籤方式為之，而是由邦（區）地方法院院長，按其法院預計之案件數量，以預計每人在 1 年不參加超過 12 個通常庭審日為計算標準，先算出主參審員及輔參審員之所需人數（德國法院組織法第 43 條），再由地區行政單位制定參審員（候選人）建議名單（其人數為前述預計主參審員人數之 2 倍以上），經過地區代表大會 3 分之 2 多數決通過，並公告建議名單，

使民眾得於 1 星期內異議（德國法院組織法第 36、37 條）。建議名單制定程序結束後，候選人名單再寄送給區法院之負責法官，針對異議及相關程序之遵守事項為準備，提送由 1 名區法院法官、1 名由邦政府指定之行政官員及 7 名社會可靠人士所組成之參審員選任委員會選出（德國法院組織法第 40 條）主參審員及輔參審員，任期 5 年[106]。參審法庭之通常庭審日期預先為全年確定之，每 1 位主參審員僅參加 1 個參審法庭之庭審，由以抽籤方式決定參審員加入各庭之順序（德國法院組織法第 45 條），在事務年度進行中所設立之參審法庭所需之參審員，由輔參審員名單中抽籤選出（德國法院組織法第 46 條）。

④參審案件之比例：承上所述，在整個德國刑事訴訟程序中，可能由參審員參審之案件，有區法院層級之參審法庭，及邦法院層級之小刑事庭（審理不服區法院判決之第二審事實上訴案件）、大刑事庭（受理預期刑度 4 年以上有期徒刑之第一審案件），或有法官指稱只有 13%的刑事案件有參審員之參與[107]。

三、韓國觀審制

---

[106] 韓國河泰榮教授將此方式稱之為陪審銀行（jurybank）。

[107] 同註 103 頁數。惟筆者於 107 年 10 月底前往德國短期進修時，曾就教於漢堡地院 Erbguth 庭長其書面報告中所謂 13%的刑事案件有參審員之參與究指何義？經其回答 13%是指非由區法院獨任法官審理以外之案件（即排除邦地方法院大小刑事庭案件），但未提供確實之官方統計數據；又前往科隆地院詢問有關參審案件之比例時，該院副院長指稱科隆地院並無如漢堡地院之統計數據，印象中約 7 成案件是由獨任法官審理；法蘭克福地院院長則稱「根據統計」區法院及邦地方法院之參審案件大約占 2 成左右。

韓國自 2008 年 1 月開始施行之「國民參與審判法」，該國學者指稱該制度並不是直接引進英美之陪審制或德國之參審制，而是透過混合及修改兩種制度之後所合成的混合體[108]。但若從國民參與審判或影響判決結果之程度而言，毋寧稱之為「觀審」（以下仍稱為國民參審）較為妥當。

①權利及適用對象：韓國實施國民參審，雖基於提高司法的民主正當性為主要目的，究其原因似乎與我國之立法背景相同，都是為了引進一般國民意見加入審判之中，以解除民眾對刑事司法所存在不信任感，重拾對司法信賴。惟囿於韓國憲法第 27 條第 1 項明文規定「所有國民，均擁有接受憲法及法律所定法官依法律審判之權利」，為避免違憲之疑慮，故自 2008 年起實施之「國民參審」，即未賦予國民陪審員之評決具有拘束職業法官判決之效力，希望經過 5 年試行評估，再確定制度之最終形態，時至 2013 年國民司法參與委員會第 8 次會議，仍決議維持「陪審團評決無法律上效力」之設計[109]，嗣於 2014 年 11 月 19 日完成韓國「國民審判刑事參與法」（下稱國參法）之修法正式施行（以下相關條文之說明亦均以此版本為依據）。是依國參法第 5 條第 1 項規定，其將所有依法院組織法第

[108] 韓國東亞大學法科專門大學院河泰榮教授在司法院舉辦「人民參與審判國際研討會」之書面報告（2016 年 10 月 3 日至 5 日），見會議手冊第 223 頁。

[109] 依韓國大法院國民司法參與委員會 2013 決定國民參與審判最終型態公聽會資料集所載，韓國中央日報、刑事政策研究院及延世大學產學協力團之民調結果，分別約有 73.9%、80.3%、74.7%之陪審員支持其等之評決僅具「勸告效」之設計，引自張永宏、王靜琳合著，韓國國民參與審判制度之現狀與展望（上）（下），司法院網頁：http://www.judicial.gov.tw/Guan-Shen/experience03.asp 最後瀏覽日期 2019 年 7 月 26 日。

32 條第 1 項（第 2 款及第 5 款除外）所定應由地方法院合議庭管轄之案件，均納入可行「國民參審」之案件。但同條第 2 項既已明文規定「被告不希望進行國民參與審判，或依第 9 條第 1 項規定受排除者，不實施國民參與審判」等語，因此，國民參審進行與否，取決於被告是否希望進行之意願。以此角度而言，韓國之刑事案件選擇採取國民參審與否則如同前述美國採取陪審團審判一樣，乃被告之權利而非義務[110]。從而，但凡前述得進行國民參審之案件，依國參法第 8 條第 1 項規定法院應以書面等方式，對於被告是否希望進行國民參審之意願進行確認。被告亦得依該條第 2 項規定於收受起訴狀繕本之日起 7 日內提出記載是否希望行國民參審意願之書面[111]。另法院自提起公訴後至公判準備期日終結之翌日止，若認有該當於國參法第 9 條第 1 項所列 4 款規定情形[112]之一，得以裁定不進行國民參審程序（即排除裁定）[113]。被告亦得於法院作出排

---

[110] 此觀之國參法第 8 條第 1 項後段「關於被告意願之具體確認方式，由大法院規則定之，但必須最大限度地保障被告接受國民參與審判之權利」等語自明。

[111] 依韓國大法院判例認為即便經過 7 日，但在第一次公判審理程序期日前，仍容許被告聲請國民參審。

[112] 該條所列舉之 4 款情形如下：

(1) 陪審員、預備陪審員、陪審員候選人或其等親屬之生命、身體、 財產有受侵害或受侵害之虞，致被認為出庭顯有困難，或依本法公正執行職務顯有困難之虞時。

(2) 有共犯關係之被告中，一部分之人不希望進行國民參與審判，致國民參與審判之進行被認為有困難時。

(3) 性暴力犯罪之處罰特例法第 2 條之犯罪被害人或其法定代理人不願進行國民參與審判者。

(4) 有其他不適宜進行國民參與審判者。

[113] 實務上運作結果，法院多以抽象之第 4 款規定裁定排除國民參審之適用，招致

除裁定或第 10 條第 1 項回復裁定時，或公判準備程序終結後第一次公判期日開始前，變更其過去之意願（國參法第 8 條第 4 項）。意即，曾行國民參審之請求，被告得撤回之。

②審判分工：如前所述，美國陪審制是由陪審團獨立認定起訴罪名之各項構成要件事實是否存在，當陪審團認定被告有罪後，方由法官決定量刑；而德國之參審法庭，則由參審員與職業法官一同認定事實，共同適用法律及量刑。但韓國國民參審之陪審團，雖由一般民眾隨機抽籤組成，並全程參與審判過程，但其「陪審團」獨立作成之評決對於職業法官不具法律上之拘束力，茲分述如下：1.關於「犯罪是否成立」之評決，依國參法第 46 條第 1 項規定審判長於「辨論終結後」，應在法庭內對陪審員進行關於公訴事實之要旨與適用法條、被告與辯護人之主張要旨、證據能力、其他應注意事項之「說示」，認有必要時，得說明證據之要旨。參與陪審員經聽取前項說示後，即應進行關於有無成立犯罪之評議，「評決前」有過半數陪審員請求時，「得」聽取審理之法官之意見，此後陪審員若全體意見一致，得以此為「一致決」。如就犯罪成立與否無法獲致「一致決」時，「應」聽取審理之法官之意見後，改以

學者之批判。且被告已聲請國民參審，法院似仍得以裁定排除，惟司法院於 101 年對韓國制度考察訪問時，與韓國首爾大學申東雲教授（即國民司法參與委員會委員長）座談時，申教授表示「即使被告聲請，法院也可裁量不適用國民參與審判，但目前大法院(即相當於我國司法院及最高法院）的立場是，若人民選用時，法院原則上不得裁定排除」，見司法院 101 年韓國國民參與審判制度考察報告第 32 頁。

多數決方式為評決。參與審理之法官，即使有於陪審員評決時出席並陳述意見，亦不得參與評決，為同法條第 3 項第 3 段所明定之。由此可知，關於有罪或無罪之評議，職業法官是完全不得參與表決，頗具陪審制之特色。2.量刑部分，依同條第 4 項規定「第 2 項及第 3 項評決為有罪之情形，陪審員與參與審理之法官共同就量刑進行評議，並陳述相關之意見。審判長應於關於量刑之討論前說明處刑之範圍及量刑之條件」等語。意即，陪審員與參與審判之法官共同進行「量刑討論」，陪審員本於同法第 12 條第 1 項規定提出「刑之量定之意見」，故就量刑部分，或認為近於參審制[114]，但本文認為僅規定量刑「討論」卻未規定應行量刑「表決」，換言之，陪審員充其量只是表示意見，當然也可以不表示意見，實與前述德國之參審制相去甚遠。且同條第 5 項明定「第 2 項至第 4 項之評決及意見，不拘束法院」，亦即參審員之評決與量刑之意見，對於法院之判斷並無法律上之拘束力，此與傳統陪審制或參審制，均大相逕庭。惟因同條第 6 項明定評決結果與量刑意見之書面，應編入訴訟紀錄中。又第 48 條第 4 項規定「審判長於宣示判決時，應告知被告陪審員之評決結果，宣示與陪審員之評決結果有異之判決時，應對被告說明其理由」：第 49 條第 2 項則規定「宣示與陪審員之評議結果有異之判決時，應於判決書中記載其理由」等語，因此，該國學者普遍認為參審員之評決及量刑意見，對於職業法官組成之合議庭雖無法律上之拘束力，但因上開明文

[114] 見張永宏、王靜琳合著前論文（上）第 1 頁。

要求（對被告說明理由、判決書記載理由）之結果，陪審團之評決及量刑意見，均形成對合議庭之「事實上拘束力」或潛在之壓力。蓋為了避免評決與合議庭心證發生歧異，在陪審員就事實評決階段，審判長及參與審理之法官，勢必更詳細且扼要地解釋相關證據法之規定，以利於陪審員正確有效地取捨證據、認定事實，或說明相關法律之適用及涵攝範圍，釐清陪審員對於評議過程所生之任何疑問，甚至在陪審員未能達成一致決之情形下，適當區分被告有利及不利的證據，協助整理判斷之依據，避免陪審員混淆誤認事實。實證上即使是關於量刑，為了增加判決之說服力，法官通常也會依第 49 條第 1 項規定記載陪審員之意見。

③陪審團之組成與陪審員之選任：

依國參法第 13 條規定，法定刑為死刑、無期徒刑之案件，如採行國民參審是由 9 名陪審員參與，其他案件由 7 名陪審員參與。但被告於整理程序承認公訴主要事實，得以 5 名陪審員參與；法院亦得斟酌案件內容，經當事人同意後，調整陪審員人數。實際上，在 5 年之試行期間以選任 7 名陪審員之案件最多，佔 57.8%，儘管是被告自白案件也有 64.6%選任 7 名陪審員，只有 9.8%的案件僅由 5 名陪審員參與[115]。其陪審員之資格，以年滿 20 歲以上之國民為限（第 16 條），亦自第 17 至 20 條規定有關陪審員之消極資格、除外或除斥或免除事由（下統稱法定失格事由）。有趣的是，國參法未如我國草案第 14 條第 12 款

[115] 同註 108 第 224 頁。

「不具高中以上或同等學歷」及第 13 款規定「不具聽說國語能力」或日本裁判員法第 14 條第 1 款「未完成學校教育法定之義務教育者」及德國法院組織法第 33 條第 5 款規定「缺乏對德文足夠掌握能力」之限制，即將不具有相當學歷及國語文能力者排除擔任陪審員之資格，立法上是否有其特殊考量？不得而知，然實證結果，陪審員之評決卻與法官之判決有極高比例之一致性，箇中原因，著實令人好奇。

陪審員或預備陪審員（第 14 條）之選任流程如下：(1)各該地方法院每年製作之陪審員候選預定名冊（法院院長得要求行政安全部長官每年自其轄區居住年滿 20 歲之國民戶籍登錄資訊中先抽選出一定數量之陪審員預定候選人姓名、年齡、姓名、住所等資訊，以電子檔傳送法院，法院再製作候選人預定名冊）；(2)當具體個案欲進行國民參與程序時，法院才從上開名冊中隨機抽選出所需必要數量之陪審員候選人，除法院知悉所抽出之候選人具有前述消極資格或除外或除斥或免除事由（下稱法定失格原因）者外，應即通知該候選人於選任期日到法院接受詢問（第 23 條第 1 項）。即便依同法第 60 條規定，受通知之陪審員候選人無正當理由未於指定期日出庭者，法院應科以 200 萬韓圜以下之罰鍰，但自施行以來，出席率仍然不高[116]。(3)雖然法定之陪審員選任期日與審判期日，有

[116] 依據韓國法院行政處 2013 年 11 月 8 日發表之統計，自 2008 年 1 月起至 2013 年 9 月止，收到傳喚通知擔任陪審員的人數共 11 萬 2897 人，實際出席比例僅 27.7%，即 3 萬 1352 人，扣除未送達及有除斥事由者，實質出席率將近 50%。釜山地院至 2013 年 4 月 26 日首次將 20 名無正當理由不出席選任庭之陪審員候

所不同，但實際之操作是，法院為了節省期日耗費，通常在案件審理當日之上午行選任程序[117]。被告須經法院之許可始得在選任程序到庭（第 27 條第 2 項），選任程序之目的在於確認陪審員候選人有無第 17 至 20 條之事由或公正判斷之資格，為此法院得詢（質）問陪審員候選人，檢察官及辯護人亦得聲請法院為必要之詢問，法院亦得命檢察官或辯護人直接詢問。而關於陪審員候選人之「拒卻」，從國參法第 28 條第 3 項「法院認陪審員候選人有第 17 至 20 條之事由或有為不公正判斷之虞者，應依職權或檢察官、被告及辯護人之迴避聲請，對該陪審員候選人為不選任之裁定」文義觀察，可知陪審員候選人可能不被選任為候選人原因分成 2 種，其一為具有第 17 至 20 條之法定失格原因，其二則為抽象的「有為不公正判斷之虞」，亦即特定候選人對於案件有偏見或成見，難其作出公正評議的情況[118]。因此，在實務運作上，先由法院依職權就特定陪審員候選人具備「法定失格」條件者進行不選任裁定，其後才依檢察官或辯護人之「迴避聲請」，進行有關「不公正判斷之虞」的處理，這樣的處理方式導致檢察官或辯護人的「迴避聲請」變成前述陪審制之「附理由之拒卻」。依前所述，在美國陪審制度下之附理由之拒卻，法院之判斷允當與否，係受上級法院的審查範圍，且

選人裁處 30 萬至 100 萬韓圜不等之罰鍰。以上均引自河泰榮 「韓國國民參與審判中的陪審員選任程序」本文及附註，見司法院「人民參與審判國際研討會」會議手冊第 299 頁。

[117] 同上註第 300 頁。

[118] 同上註第 297 頁。

適用「無害原則」為標準。但依韓國國參法第 29 條規定，駁回迴避聲請之裁定，得為即時聲明異議，但其異議裁定卻仍由作成「駁回」迴避聲請裁定之法院為之，此後對於聲明異議之裁定不得聲明不服，則殊難想像剛剛才駁回迴避之原法院，經異議後就在短時間內推翻自己之意見，這樣的設計豈有翻案之可能。故實務上通常情形，當事人於「附理由之拒卻」遭駁回後，則改以第 30 條規定之「不附理由拒卻」[119]方式作為立即救濟的手段。

④適用案件之比例：國民參審，因有別於傳統法官審判之程序繁瑣以及財政資源之耗費，故韓國施行國民參審時即預設以 1 年審理 100 至 200 件案件為目標[120]。惟因適用之案件是經被告聲請為前提，故以 2008 年首年施行之統計資料為據，可適用案件數 4287 件，聲請案件數只有 233 件，聲請比例僅 5%強；如扣除聲請經駁回、排除及未結案者，最終實際依國民參與審判結案之案件僅 64 件，佔全部可適用案件之比例約 1%而已；即便施行至 2012 年聲請適用案件數已提高至 737 件，實際依國民參與審判結案之案件數 274 件，高於當初預計目標件數，但其當年度之撤回聲請與實際結案數佔聲請案件數之比例同為

[119] 國參法第 30 條第 1 項規定「不附理由拒卻」之人數，按陪審員定額而有不同，若陪審員定額依序為 9、7、5 人，不附理由拒卻人數依序為 5、4、3 人，因此由檢察官或辯護人先聲請，應具有一定之意義，惟第 3 項規定「法院應給予檢察官、被告及辯護人交互行使不附理由聲請迴避之機會」，頗值玩味，不似我國草案第 28 條規定不附理由拒卻之人數，檢辯雙方各不得超過 4 人，由檢察官先行聲請。

[120] 見張永宏、王靜琳合著，韓國國民參與審判制度之現狀與展望（上），第 2 頁。

37%，施行國民參審 5 年以來之實際結案與撤回數之合計比例均同為 38%[121]，可見聲請國民參審之被告有近 4 成比例是事後選擇撤回，其原因為何？頗令人玩味。又實際之操作結果，法院為節省訴訟期日，通常是在審判期日當天上午進行陪審員之選任，下午即進行審判程序，辯論終結馬上評議宣判，根據統計資料顯示，其審理期間僅耗費 1 日者，佔所有實施國民參審案件之 92.6%[122]，陪審員評決與法官判決之一致率卻高達 92.2%，以致我國學者據此推論韓國的國民參審之大部分案件均集中在被告自白、案情簡單的案件[123]，果真如此，如以每年低比例之實際結案數且又集中於被告自白、案情簡單的案件情形而言，韓國想要以國民參審來達到解除民眾對刑事司法所存在不信任感，重拾對司法信賴之目標，應該是一條漫漫長路。

四、日本裁判員制

日本「裁判員」制度之緣起：前已述及，為落實民主化的司法改革之風，約在 20 世紀末期悄悄地吹向東亞，1999 年 7 月日本內閣設立「司法制度改革審議會」，經過 2 年研議、調查及討論，於 2001 年提出「司法制度改革審議會意見書-21 世紀支持日本之司法制度」（下稱意見書），總結出日本在 21 世紀必須重新探究、詮釋「司法定位」、「法曹功能」及「國民角色」三者

---

121 數據來源：大法院國民司法參與委員會，民意調查報告，2013 年，第 121 頁。

122 引自張永宏、王靜琳合著前論文（上）註 30，並指最長 2 日未超過 3 年。惟據悉最長審理日數為 5 日即釜山地院於 2011 年 5 月 23 日至 27 日進行之「索馬利亞海盜」案件。

123 同上註第 6 頁。惟河泰榮教授在其上開「韓國國民司法參與審判制度中的上訴制度」論文，則指出國民參與審判中的自白案件數量少，大部分是「否認事件」，故造成比一般案件較高的上訴比例，見上開會議手冊第 228 頁。

關係，並就此三大主軸擬定司法變革之基本方針，其中之一即為「確立國民為本之司法變革」，擬創設國民參與訴訟程序制度，提高國民對司法的信賴。而在法律草擬討論之過程中，如何引進國民參與訴訟，究竟是要回頭採陪審制或採取德國參審制[124]？日本最高法院或曾一度傾向於引進陪審制類型[125]，最後雖朝向兼採陪審、參審特色之方向，但就應制定專法或修改刑事訴訟法以及國民參與之整體審級等問題，曾有廣泛討論，基本上不外乎三種構想：第一種，如同歐陸的參審制一樣，第一、二審法院之審判體系，都引進國民參與，這樣訴訟程序被人詬病之違背言詞審理、直接審理的矛盾，大致上就可以一併消除，但自 1948 年以來施行之刑事訴訟法或自此以來所建立二審「事後審制」一貫思維，將面臨重大修正，改革工程浩大。第二種觀點，是第二審仍維持職業法官審理，但對於上訴理由應予以限縮[126]。第三種，即是採取目前之型態，即僅在刑事第一審程序引進國民參與審判，嗣於 2004 年 5 月 21 日通過「裁判員參加刑事審判法」（下簡稱裁判員法）專法，自 2009 年 5 月 21 日起施行，刑事訴訟法則維持目前現狀。

①適用對象案件：依裁判員法第 2 條規定，有關「死刑或無

---

124 日本曾於 1928 年起曾實施超過 10 年之「陪審制」，但陪審員的決議對法院無拘束力，且限制被告對於判決提起上訴。如採取德國參審制時，二審程序將改為覆審制。

125 見井田良教授於 2017 年 12 月 11 日在高雄大學之「日本的參審制度」演講內容，書面經吳俊毅教授翻譯後登載於月旦法學雜誌第 280 期，2018 年 9 月。

126 見後藤昭，裁判員制度に伴う上訴の構想，一橋法学 2 巻 1 号，2003 年，第 3 頁。其主張關於事實認定如採取職業法官與裁判員雙方多數決之情形時，限於職業法官之認定事實有錯誤之虞方可上訴；若就量刑上訴，則應限於「量刑不當非撤銷原判決顯違背正義」始可。

期懲役或禁錮之罪」、「法院組織法第 26 條第 2 項第 2 款所列之事件（即法定合議案件），而故意犯罪行為致被害人死亡之罪（第 1 款情形除外）」，除經地方法院依裁判員法第 3 條規定，本於檢察官、被告或辯護人之請求或職權裁定由「法官組成之合議庭」審理外，均「應」由裁判員參與所組成之合議庭為審理。換言之，採行裁判員參與合議審理，非如同韓國制度係被告之權利，而為被告之義務。且因日本刑事訴訟採行「訴因」制度[127]，如訴因之變更的結果，而成為上述案件，此時則應轉換程序，改採裁判員參與合議審理；反之，原為裁判員參與合議審理之案件，如在審理中因撤回或變更為非屬裁判員參審之案件，依第 5 條規定原則上仍可續行程序，無庸變換，但法院也可以裁定轉換為一般程序由獨任法官或法官行合議審理。

②審判合作：依裁判員法第 2 條第 2 項規定行裁判員參與合議庭審判之案件，合議庭組成之法官員額為 3 人，裁判員員額為 6 人，由法官中 1 人為審判長，但如於準備程序中整理出之爭點及證據，對於公訴事實並無爭議，考量案件內容及其他相關情事後，認為適當者，法院得裁定由法官 1 人與裁判員 4 人組合合議庭進行審判。其第 1 條開宗明義規定「…裁判員與法官共同『參與』刑事訴訟程序」，又於第 6 條第 1 項明定由法官及裁判員共組之合議庭處理 1.事實的認定、2.適用法令及 3.刑的量定。因此，單就裁

[127] 訴因制度，即在起訴狀必須明確記載且具體記載犯罪事實，用以特定公訴範圍。為防止審判範圍的不確定，所以有預備訴因或擇一訴因制度之發展。

判員與職業法官的對「案件」權限或角色分配來看，日本裁判員制度顯然較趨近於歐陸各國的「參審制」，惟從裁判員額倍數於職業法官之設計來看，又與參審制明顯不同。簡言之，由 6 名裁判員與 3 名職業法官共組合議庭，於審理期日在職業法官擔任審判長之訴訟程序指揮下，以負有舉證責任之檢察官所主張的公訴事實（訴因）為審理對象，經由親身體驗訴訟當事人及被告辯護人直接、言詞、交互攻擊防禦之法庭活動所得，最後以當事人之主張為出發點，共同進行檢討、評價檢察官主張事實是否足以證明超越合理懷疑之程度，而為被告有罪與否之評決[128]。關於合議庭之評議，依裁判員法第 66 條第 2 項規定，裁判員「應」出席評議並發表意見，因此可知，法律要求由素人擔任之裁判員不止是「聽審」而已，其等對於事實的認定、適用法令、刑的量定等「職責」，須表達出為何如此決定之理由。當然，由於裁判員不具有法律專業，為使其等能正確、詳實地盡其職責，第 66 條第 3 項除規定審判長認為有必要時，應在評議時，對裁判員說明由合議庭法官所為的法令解釋及訴訟程序之判斷（依第 6 條第 2 項規定，法令解釋及訴訟程序之判斷，專屬職業法官之權限；就此事項之評議，依第 68 條規定僅由合議庭法官為之，裁判員得經允許在場旁聽，並聽取其意見），同條第

[128] 日本學界對於以往由職業法官進行之評議，稱之「解明型」評議，法院立於查明案件真相的地位，從法院的立場仔細審酌當事人提出之證據，試圖釐清真相；自從引進裁判員制度後，裁判員與法官係立於對等之立場評價檢察官與辯護人之主張，稱之為「評價型」評議，見齋藤司，日本的國民參與司法（裁判員制度）與評議、表決，前揭司法院研討會會議手冊第 95 頁。

5 項更進一步規定審判長應以「裁判員容易理解的方式」對裁判員詳細說明必要之法令，並給予裁判員充分之發言機會。且因裁判員人數為職業法官員額之倍數設計，為避免「外行領導內行」之結果，就被告有罪之評決，依第 67 條第 1 項規定「必須兼含有合議庭中之法官及裁判員雙方意見且人數過半數之意見決定之」，如圖示：

表決意見	判決結果	說明
有罪：法官 3 人、裁判員 1 人 無罪：裁判員 5 人	無罪	有罪未過半數，須為無罪判決
有罪：裁判員 6 人 無罪：法官 3 人	無罪	有罪雖過半數，但法官無人主張有罪
有罪：裁判員 4 人、法官 1 人 無罪：裁判員 2 人、法官 2 人	有罪	有罪過半數，且兼含雙方意見

從上圖可知，即便法官全數一致之意見，仍欠缺「量」的優勢，若無裁判員至少 2 人之支持，無從為被告有罪之認定。這樣的設計符合引進國民意見加入審判之精神。反之，至少要有 1 名法官認定被告有罪時，才可以判決被告有罪，形成一種「安全閥」的效果，則法官之意見具有「質」的優勢，資以制衡。上開評決結果，如認定被告有罪，立即應由合議庭進行量刑之評決，依第 67 條第 2 項「就量刑意見不一時，兼含法官及裁判員雙方意見之各說均無法過半數時，其合議庭之判斷，以最不利於被告意見之數，順次算入次不利於被告意見之數，直至兼含有法官及裁判員雙方意見之過半數，並取其中最有利於被告

之意見決定之」規定，若法官及裁判員雙方均無過半數之量刑，則依如下圖之例示說明，應判處被告有期徒刑 8 年[129]：

	裁判員	法官	說明
量刑	6、7、8、8、☆10、★11 年	8、9、★11	最重 11 年、次重 10 年
變Ⅰ	6、7、8、8、☆10、☆10 年	8、9、☆10	最重與次重合計 3 票未過半數
變Ⅱ	6、7、8、8、☆9、☆9 年	8、☆9、☆9	再順次算入次重 9 年合計 4 票仍未過半數
變Ⅲ	6、7、☆8、☆8、☆8、☆8 年	☆8、☆8、☆8	再順次算入次重 8 年合計 7 票兼雙方過半

③裁判員之選任：

日本裁判員制度「審判合作」之設計，是具有歐陸「參審制」之特色，已如前述，惟就裁判員之選任，未如同「參審制」是以一定期間之任務編組，而採取「個案隨機」選出方式產生，案件審理完畢即行解散，則與「陪審制」近似。「個案」裁判員之選任，係以年滿 20 歲以上[130]，具有眾議院議員選舉資格者為對象（裁判員法第 13 條），也就是代表只有日本國人才有被選為裁判員之資

[129] 這樣的量刑評決設計，基本上與前述德國規定相同，只是量刑評決成立之比例不同而已，我國草案設計亦同。

[130] 日本制定裁判員法時曾討論是否要提高年齡下限，但最終以「涵蓋層面多樣、反應多元意見」為理由，維持以 20 歲為基準。見池田修，解說裁判員法-立法の経緯と課題，2005 年 7 月，第 45 頁。

格，惟觀之第 14 條第 1 款規定未依國民教育法完成國民義務教育者不得為裁判員，以及第 15 條第 4 款至 16 款具有法律專業人士，均不得就任裁判員之規定，可見制度設計上，裁判員雖以不具有法律專業者為宜，藉此廣納各階層之民意，但擔任裁判員至少應具備相當公民教育基礎。如同前述德國、韓國法制一般，裁判員法第 14 至 17 條或基於權力分立、平民參與、個案利害關係之排除及年齡、職業或健康因素等，亦分別規定裁判員之消極資格、禁止就職、辭退與個案迴避事由（下稱法定失格事由），均大同小異。但有學者認為平民擔任裁判員於審理期間，是直接參與司法審判之國家權力，屬兼職、非常任國家公務員作用，應禁止不具國家公務員資格者（特別是符合日本公務員法第 38 條所定消極資格者），擔任裁判員[131]。另第 18 條「法官依本法規定，認有違公平審判之虞者，就該事件不得為裁判員」之規定，即便無此明文規定，本為公平法院之基本要求，且因第 34 條已將「不公平審判之虞」列為附理由拒卻之原因之一（如下述），則此宣示性之規定，似成贅語。

茲就裁判員及候補裁判員（第 10 條）之選任流程，綜合法條規定簡述如下：(1)各地方法院依最高法院所定規則，應將明年度所需裁判員候選人數，最遲在每一年的 9 月 15 日前，根據所轄範圍市町村的人口比例分配，通

[131] 見井上正仁著．林裕順譯，日本裁判員制度現狀與課題，人民參審與司法改革，2015 年 6 月，第 394 頁。持相同意見者，見吳景欽，國民參與刑事審判制度-以日本裁判員制度為例，2010 年 11 月，第 149 頁。

知各市町村選舉委員會在 10 月 15 日前，從眾議院議員選舉人名冊中，依比例（約 300 分之 1）隨機抽選，登錄姓名、出生年月日及住所之名單送交地方法院，並由地方法院根據最高法院所定之規則，考量相關「消極資格」、「職業身分禁止」等規定，確認人員是否生存、是否仍居住於轄區，經剔除未符合規範之人員後，在 12 月底前作成裁判員候選人預定名冊【候選大水庫】[132]，其名冊有效期限為 1 年。(2)地方法院作成候選人預定名冊後，應依第 25 條規定，通知名冊中所載之人，並提供關於裁判員制度的說明書，說明擔任裁判員之權利及義務，此時受通知人如有第 16 條所定事由即得聲請辭退。(3)遇有行參審之案件，在第一次審判期日確定後，法院應預期審判時間，先決定應傳喚之裁判員候選人數[133]，再由上開名冊中依比例以隨機抽籤方式選出裁判員候選人（依第 26 條規定抽籤時必須予檢察官及辯護人在場之機會），並以傳喚書通知於選任程序期日到庭【候選中水庫】，法院為判斷候選人有無法定失格原因或不公平審判之虞，依第 30 條規定得在選任程序前，以「質問票」為必要之質問，候選人不得於質問票中為虛偽記載，若於選任程序期日前收受質問票時，應寄還或親自送還質問票。(4)至遲在選任程序期日前 2 日，審判長應將已傳喚之裁判員候選人名冊送予檢察官及辯護人，並予其等閱覽質問票影本之機會，以

---

[132] 「候選水庫」一詞，係借用井上正仁教授於 100 年 5 月 3 日在我國最高法院演講時的用語。

[133] 以 2009 年 9 月第一件東京地院由裁判員參審案件為例，當時選出 73 名參審員候選人，先為「適任調查」及「就任意願」問卷，其中就有 19 人辭退。

利選任程序期日詢問及行聲請拒卻之權。(5)選任程序期日採不公開原則，由審判長為程序之指揮，檢察官及辯護人依第 32 條規定必須出席，被告於法院認為有必要時，亦得出席。為判斷到庭之裁判員候選人，是否具有法定失格或不公平審判之虞等情事，依第 34 條規定，通常先由審判長先行質問，再由 2 位列席之法官、檢察官（被告）及辯護人依序質問，裁判員候選人面對質問內容有據實陳述之義務，若無正當理由拒絕陳述或為虛偽陳述者，得分別科處相當之罰鍰或罰金。正如同前述之陪審或觀審制之候選人拒卻制度一樣，日本裁判員法亦設有「不附理由之不選任請求」規定，明定檢察官與被告對於裁判員候選人各有 4 人之不附理由拒卻名額（第 36 條第 1 項，同條第 2 項規定候補裁判員拒卻數額為應選數額之半數）。實務上通常之操作情形是，當裁判員候選人交還之質問票經閱覽或經言詞詢問後，如發現有法定失格或不公平審判之虞之具體情事時，往往就由法院依第 34 條規定職權不予選任，次由檢辯雙方行使各 4 人之不附理由拒卻，予以剔除之，若一方猶嫌不足，方依第 34 條第 4 項為「附理由」拒卻之聲請，由審判長審酌其理由是否充分，而為准駁之裁定，駁回之裁定應附理由，如有不服，須在 24 小時內為即時聲明異議，由所屬之法院另組合議庭為裁定。而經裁定「不選任」所餘人選【候選小水庫】，若仍超法定應選人數，最後則依第 37 條規定以「抽籤」方式選出 6 名裁判員與 3 名法官共組合議庭，並選出最多 6 名候補者，

以備不時之需[134]。依統計資料顯示被通知應於選任期日到庭之裁判員候選人出席率，自 2009 年的 83.9%下降至 2017 年的 63.9%，經獲選為候補裁判員之辭退率則由 2009 年之 53.1%上升至 2017 年的 66%，這樣的趨勢，井上正仁教授指出這將成為日本裁判員制度重大的課題[135]，然對照井上教授 2011 年在我國最高法院演講指出「…接受通知出席裁判員選任程序比率超過 80%，以致通知到場出席，最後未被選任為裁判員或備位裁判員之數頗多…其中不免有『公司已請假了』、『已調整行程了』等等抱怨，故將來如何調降通知到場人數亦是必要考慮之課題」，是否即為施行多年來出席率下降趨勢之主要原因，實發人深省，亦可供我國借鏡。

④適用案件之比例：裁判員參與審判，無論選任程序及審判或評決，相較於傳統方式，均耗費相當之時間、財力及物力，實際上不可能所有案件均有所適用，立法時即預設約 2%的第一審刑事案件，適用裁判員參與審判。自 2009 年 9 月實施起，由初期的年平均 1500 件，已下降至 2017 年之 1000 件，亦佔地方法院通常第一審審判案件的 2%左右。統計至 2018 年 2 月止，適用裁判員審判案件之類型比例，依序如下：(1)殺人（22.7%）、(2)強盜致傷（21.4%）、(3)傷害致死（9.9%）、(4)放火（9.5%）、

[134] 韓國陪審員之選任程序最終無「抽籤」決定之方式，依其國參法第 31 條第 2 項規定係「反覆」為職權、附理由拒卻或不附理由拒卻之裁定程序，直到滿足法定員額為止。

[135] 見井上正仁於 2018 年 5 月 3 日在臺南地院所為「日本裁判員裁判與上訴」演講稿。所採用之統計數字則見「裁判員裁判の実施状況について」網站。

(5)覚せい剤輸入（8.0%）[136]。換言之，近 98%之第一審通常刑事案件，仍以傳統方式審結，而採用裁判員參審之第一審案件既針對上開重大案件，且經井上教授依施行以來之統計資料研究，認為施行以來，已呈現與日本傳統刑事訴訟不同之面貌[137]，大致上應予肯定。

第四節　國民參審之上訴制度

第一目　概說

由以上美國「陪審制」、德國「參審制」、韓國「觀審制」及日本「裁判員制」的基本制度之介紹及說明可知，原則上將一般國民意見參與審判或作為法院判決參考者，咸在第一審審判程序中實施，唯一在第二審程序仍施行參審者，乃德國邦地方法院所設置之「小刑事法庭」而已[138]，惟其審理之對象最重科刑不會

---

136 同上註。我國草案第 5 條明文排除毒品案件行國民參審。

137 傳統的日本刑事審判實務，遭其國內學者詬病太過注重於被告之自白與筆錄之閱讀，輕忽訴訟中直接、言詞審理的主要原則，直指法官的心證向來是在辦公室內形成，甚至於 1985 年即批評是「今日的刑事訴訟」是「かなり」（絕望的），而在素人參與審判中看到唯一出路。自從實施裁判員法以來，依井上正仁教授之分析，可歸納出以下特點：1.為使裁判員了解案情、取捨證據，審判期日前準備程序之延長化（平均 6.9 月，被告否認案件 8.8 月），但審判期日則大幅地迅速化、集中化（審判期日開始至宣示判決為止，相較於法官審判案件平均開庭 5.9 次，歷時 6.5 月；裁判員參審案件平均開庭 4.4 次，歷時 7.8 天）。2.審理之活性化、視覺化：為使裁判員從所見、所聞來瞭解案件，採取易於理解之方式辯論、證據調查，運用視聽設備及圖示，實現公判中心及言詞審理主義。3.評議時間亦有延長之趨勢，顯示裁判員需要有深思及討論之時間，避免粗率地下決定。4.無罪率（0.79%）亦比職業法官裁判之比例（0.6%）為高。

138 歐陸國家大都實施參審制，尤其第二審程序多採取以變更合議庭人數之設計，例如挪威、丹麥同步增加職業法官與參審員人數，法國二審增加國民陪審員人數；德國增加職業法官 1 人，參審員人數與第一審同；瑞典第二審較第一審增

超過有期徒刑 4 年，恰與其他法制以「重罪」為適用類型有所不同。實施「陪審制」者，原則上是禁止對於事實認定提起上訴或受有限制者[139]。而韓國於 2008 年起施行「國參法」，同時亦修正刑事訴訟法，但就抗訴審（即第二審）部分並無變更，其與國民參審制度相關第二審之變化並非透過刑事訴訟法，而係間接透過大法院（即相當於我國最高法院及司法院）判例及刑事訴訟規則之方式進行改變[140]。即便其陪審團之評決對於職業法官之合議庭沒有法定拘束力，已如前述，但因陪審員之參與已大幅強化了事實審之「審理程度」，因此其刑事訴訟規則強化第二審之「事後審」性格，從二個方面可見端倪。其一，規定於第二審之公判期日以：(1)上訴理由陳述及答辯陳述、(2)爭點整理、(3)證據調查、(4)訊問被告、(5)檢察官及被告意見陳述之先後順序進行（刑事訴訟規則第 156 條之 3 至之 7），藉以「上訴理由」為中心進行審理，強化上訴審之事後審性格。其二，為尊重第一審判決結果，上訴審如訊問證人應受有限制，除在調查證據之前，審

加職業法官 2 人，減少參審員 1 人。

139 法國於 2000 年 6 月 15 日以前，是不允許重罪上訴，僅得以判決違背法令上訴至最高法院（如同德國之設計），惟受 1988 年生效之歐洲人權公約第 7 議定書第 2 條前段「任何遭法庭判決有刑事犯罪之人應有權要求上一級法院對其判決或科刑進行覆判」(Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall have a right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal ）規定之影響，於 2000 年 6 月 15 日提出 2000-516 號「關於加強無罪推定和被害人權利之法律」，規定應由另一個法院對其有罪判決進行審查。故原來的重罪法庭由職業法官 3 人與 6 或 9 名陪審員組合，（上訴後）另由同一位階之法院另組職業法官 3 人與 9 或 12 名陪審員組成，故有學者指出法國之重罪法院上訴，不是真正的上訴程序，而是新的覆審程序。德國迄今未批准上開人權公約，因此仍維持現制。

140 見申東雲著．王靜琳譯，韓國的國民參與審判與刑事抗訴審之構造，月旦裁判時報，106 年 8 月，第 77 頁。

判長應告知第一審之證據關係及調查證據結果之要旨（刑事訴訟規則第 156 條之 5）外，第二審調查新事實新證據，須以：(1)於未在第一審進行調查無故意或重大過失，調查亦無延滯訴訟之虞、(2)雖於第一審已為調查，但有發現新證據，而有不得不重新訊問之情形、(3)其他判斷上訴當否有絕對必要之情形等情形為限。學者認為以上限制係將大法院 2006 年判例予以明文化，因當時已經確定「將」實施國民參審，大法院在此時期謀籌第一審公判中心主義之確定，以判例方式限制第二審訊問證人之範圍，意在限制第二審之續審性格[141]。又國民參審制實施兩年後，大法院於 2010 年判例（2009 年卜字第 14065 號強盜傷害案件）進一步針對國民參審與上訴審間之關係，明確闡述「陪審員在參與訊問證人等事實審理之全部過程後，就證人所為證詞之可信性等證據取捨及事實認定，以陪審員全體一致意見所下之無罪評決，因符合審判庭之心證而直接被採納時，第一審透過上述程序完成之證據取捨及事實認定之判斷，基於（2006 年判例所示）實質直接審理主義及公判中心主義之意旨及精神，抗訴審『除有透過新的證據調查程序發現與其相反之充分可接受之顯著事由』外，不得廢棄第一審判決」等語，因此申東雲教授認為此判例意涵了當陪審員一致評決被告為無罪時，對於審判庭是具有事實上之拘束力，並且第二審法院應儘量抑制其續審之角色。另有學者基於大法院上述判決意旨，並以韓國的國民參審，事實上是結合第一審（陪審團）與第二審（合議庭）的審判，基於向國民及被告強調國民參與審判之重要性及以迅速審判來實踐法律安定與和平、並減輕法院工作負擔等理由，建議韓國日後應修法禁止對國

[141] 同上註第 78 頁。

民參與審判之判決上訴第二審[142]。

第二目　日本裁判員法施行後之上訴審

前已述及，日本制定裁判員法時，對於二審程序是否應同步修正或限制上訴，曾有廣泛之討論，且針對如維持二審由職業法官審理之現制，「應否承認僅由 3 名職業法官構成之第二審合議庭，得審查由 6 名裁判員及 3 名職業法官共組合議庭所為第一審判決之當否？二審法院可否自為判決撤銷原判決？正當性之依據為何？」等結構性或法理上之質疑，最終研討結果雖以「第二審法院不得重新調查證據以獨自形成心證，僅能澈底地以第一審法院判決為前提，依卷證資料對『判決』是否有誤進行『事後』審查」為結論，以此作為職業法官所組合之第二審法院得以審查或撤銷第一審法院判決之正當化依據，且普遍認為第二審法院撤銷第一審判決，原則上應將判決發回或發交原審，但似乎未排斥第二審法院得自為判決之可能。就此，時任司法制度改革推進本部「裁判員制度．刑事檢討會」座長之井上正仁教授亦表示：「維持第二審僅由職業法官負責審理之現狀，但以『尊重第一審』作為基礎架構，亦即在進行第一審判決有無撤銷事由之審理後，認為應為之判決已明確時自不待言（得自為判決之意），但若更有調查證據之需要，則應發回原審，由加入裁判員之『新合議體』進行審查，事實上現在之日本刑事訴訟法即係採取此一原則，只是實踐上第二審變成續審制，與規範意旨大不相同，故回歸制度原則（即事後審），即可與裁判員制度合致」等語[143]。然依前

---

[142] 見河泰榮，韓國國民司法參與審判制度中的上訴制度，2016 司法院人民參與審判國際研討會會議手冊，第 230 至 231 頁。

[143] 見井上正仁在「裁判員制度めぐつて」座談會中發言，ジュリスト 1268 期，

述，即便日本刑事訴訟法明文規定，第二審採取「事後審」制，但實際運作結果，第二審竟有高達 12%的案件，是以第一審誤認事實為理由而撤銷。何能撤銷？必於第二審調查證據之結果，以自己形成之心證來認定事實，評價第一審之認定（心證優位說），自不待言。且被撤銷之案件竟高達 9 成以上係自為判決，鮮少發回或發交原審，致使學者認為實務上日本之刑事第二審是從「事後審」制演變為「續審式的事後審」。然引進裁判員制度後，上訴審之審查面向是否應有所不同？杉田宗久教授依制度施行 4 年以來之普遍觀察，認為第二審就裁判員審判之案件，以事實認定錯誤或量刑不當為理由撤銷者之比例，已大幅下降[144]，並指出裁判員制度開始施行不久，第二審職業法官也仍然依照過去的工作態度，將第一審行裁判員審判之判決，率以事實認定錯誤為由撤銷，直至最高裁判所 2012 年 2 月 13 日之判決後（如下述），才逐漸演變為第二審更尊重第一審行裁判員審判所為之判決趨勢。小池信太郎教授指出從裁判員制度施行起至 2014 年 5 月，總共只有 13 個案件在二審因「量刑不當」被撤銷，相較於 2006 到 2008 年的撤銷率 5.3%，裁判員案件以量刑不當被撤銷的比例僅佔 0.8%，以此數據總的來說裁判員案件之量刑裁判受到完全的尊重[145]。辻本典央教授則根據 2015 年度之統計資料指

「裁判員制度の導入」特集，2004 年 6 月，第 44 頁 。

[144] 見杉田宗久於 2013 年 1 月 28 日在司法院之「日本裁判員制度之程序與運用」演講，文稿刊登於司法週刊【司法文選別冊】102 年 6 月 20 日第 1650 期。第 33 頁指出以「事實認定錯誤為理由撤銷者：從以前法官審判之 2.6%→裁判員審判 0.5%」；以「量刑不當為理由撤銷者：從以前法官審判之 5.3%→裁判員審判 0.6%」。

[145] 見小池信太郎於 2016 年司法院「人民參與審判」國際研討會之「日本之量刑與人民參與審判」演講，會議手冊第 164 頁。

出，當年度經裁判員審判之案件共 1200 件，有 452 件上訴，其中 51 件被撤銷（11%）[146]。另井上正仁教授彙整自 2009 年至 2016 年之統計數據，詳細分析裁判員制度實施以來之上訴案件運作情形，本文整體歸納如下[147]：

①上訴率及上訴理由：實施初期，因採用裁判員審判案件幾乎都是被告自白案件，故皆是被告以量刑不當為理由提起上訴，被告上訴之比率略低於由職業法官審理之案件。2009 年 9 月至 2010 年 5 月，因最高檢察署「對於反映國民觀點、感情等之判決結果，盡可能予以尊重」之政策方針，檢察官上訴件數為零。2010 年之上訴率為 32.5%，2016 年則上升至 36.3%，自 2009 年至 2017 年整體平均上訴率為 35.8%，其中由被告上訴之比率為 98.4%，上訴理由以事實誤認（61.8%）及量刑不當（73.9%）為主。而檢察官上訴之案件，主要是針對裁判員裁判無罪或裁判員量刑大幅超出檢察官求刑或判決死刑等類型。

②二審法院態度及判決結果：早期二審法院抱持尊重裁判員制度之旨趣，維持原判決之傾向[148]，少數撤銷第一審判決之案例，是以原審判決後發生之情形（如和解成立等）為由，變更量刑。上訴案件自 2009 至 2016 年之整體平均撤銷率為 9.2%，2012 年之撤銷率為 5.3%，2016 年為 13.0%，有上升傾向，撤銷理由雖然以判決後之情狀（5.6%）為主，但亦有以事實誤認（2.6%）、量刑不當（0.9%）為由撤銷原判決之案例，而以

---

146 見辻本典央於同上國際研討會之「上訴審之審查應有樣貌」演講，會議手冊第 273 頁。

147 依井上正仁教授分別於 2011 年 4 月 29 日、2018 年 5 月 3 日在司法院及臺南地院之演講內容整理。

148 似與杉田宗久教授觀察結果不同。

事實誤認為由撤銷者，二審法院大多數是採取自為判決方式[149]。綜合以上各學者之分析，或因取材數據、觀察角度而容有不同之結果，是本文針對「事實誤認」、「量刑不當」為上訴理由之案件，各舉具指標性爭議案件，說明最高法院對於二審法院針對裁判員案件審查基準之態度，資為補充：

（一）巧克力罐案件

此即杉田宗久教授前開所指之 2012 年 2 月 13 日判決[150]，該案件事實是 2009 年 11 月 1 日被告從馬來西亞飛往東京成田機場，於入關檢查時在其手提旅行背包中發現有 3 罐「巧克力」罐，罐內藏有 998.97 公克安非他命（覚せい剤）遭當場逮捕（另查獲 5 本外國護照，其中 3 本係偽造）。被告先供稱巧克力罐是其在馬來西亞時，受不知名人士請託帶回日本。再辯稱伊受住在日本之「A 男」以 30 萬日圓代價，攜帶偽造護照回日本，而在馬來西亞收受「幾米」交付偽造護照時，「幾米」請託將巧克力罐交予「A 男」作為禮物。又改稱非受「A 男」請託，實受「B 男」之託，巧克力罐是「幾米」送給「B 男」的禮物，「B 男」現因另案走私安非他命案件，在大阪高等法院審理中。檢察官將被告以意圖販賣並輸入安非他命未遂及違反關稅法起訴，經千葉

149 日本正式實施裁判員制度前，為因應將來實施裁判員制度可能遭遇的各種情況進行研修，於 2009 年出版「裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方」（即下述司法研修所研究報告），認為二審法院要撤銷原審裁判員判決時，應以「自為判決」不發回原審為原則，合理的解釋是避免重組合議庭，負擔過重，見大澤裕等合著前揭書，2009 年，第 127 至 129 頁。

150 最高裁判所第一小法廷 2012 年 2 月 13 日判決，刑事審判集 66 卷 4 号，第 482 頁。

地方法院採用裁判員審判，檢辯雙方之主要爭點在於「被告將巧克力罐攜帶入境時，對於罐內藏有安非他命乙事是否有所認識？」，裁判員審判結果認為被告從與違法藥物有關聯之人物（B 男）接受高額委託，並答應將巧克力罐轉交他人，的確有可能知道罐內藏有違法藥物，但因巧克力罐在外觀上並無異狀，本案同遭查獲之假護照係藏放在行李下方，巧克力罐併排在行李的最上層，被告被海關要求檢查放有假護照之黑塑膠袋時，以內有企業機密為由拒絕，但被要求檢查巧克力罐時馬上就同意受檢等情，綜合認定被告所辯不知其內藏有安非他命並非全然不可信，因此判決被告無罪。對此判決，檢察官以刑事訴訟法第 382 條「事實誤認」為理由，提起上訴，即便上訴理由書中未指摘第一審之事實認定有違背論理法則或經驗法則[151]之情，東京高等法院最終仍以檢察官所主張之間接事實，認定被告對於攜帶安非他命入境具有認識，因而撤銷原判決，改判被告 10 年有期徒刑併科罰金 600 萬日圓，毒品沒收之。對此結果，被告上訴最高法院，最高法院第一小法廷於 2012 年 2 月 13 日作出判決，理由中對於被告辯護律師指摘二審法院判決違反憲法第 39 條及判例之主張，僅簡單帶過，職權調查東京高等法院對檢察官以刑事訴訟法第 382 條「事實誤認」為上訴理由之解釋有誤，若不撤銷

[151] 見後藤昭，裁判員審判事實認定爭議之上訴救濟，2012 年 5 月 2 至 3 日由司法院、日本交流協會、東海大學法律學院主辦「國民參與刑事審判制度學術研討會」論文集，第 55 頁。

顯然違背正義[152]，自為判決駁回檢察官的二審上訴，且申言「刑事訴訟規定有關上訴審的構造原則上是『事後審』性質，也就是說，上訴審並不是與第一審站在同一個立場審理案件，而是以第一審當事人訴訟活動為基礎中心形成的第一審判決為對象而為事後性的審查。鑑於第一審的審理是以直接主義、口頭主義（言詞主義），對於爭點部分直接傳喚證人進行調查，並就證人供述時的態度判斷證言之可信性，綜合各項事證調查作出事實認定及判斷，因此第二審有關『事實誤認』之審查方式，應將第一審判決『審理過』的證據信用性評價及證據的綜合判斷，對照論理法則、經驗法則檢討有無不合理之處。刑事訴訟法第 382 條所指之『事實誤認』，係指第一審判決對照經驗法則、論理法則有所不相當而言。因此，上訴審判斷第一審判決有事實誤認之時，必須具體指出第一審判決之事實認定有何違反經驗法則、論理法則之處。這個做法，於第一審導入裁判員制度，貫徹落實直接主義、口頭主義之情況下，更為妥適」。針對引進裁判員審判後，上訴審對第一審判決之審查密度或應有之立場，參與該判決之白木勇法官更於判決內補充稱：「儘管當前刑事二審實務，意識到自己是事後審，仍有許多法院關於事實之認定及量刑，首先形成自

[152] 日本刑事訴訟法第 411 條：「縱無第 405 條各款所定之事由，如符合下列事由，上告法院（即第三審法院）認為不撤銷原判決，顯然違背正義時，得以判決撤銷原判決：一、有影響判決之違背法令事由。二、量刑顯然不當。三、有影響判決之重大事實誤認事由。四、有該當聲請再審之事由。五、判決後有刑之廢止、變更或大赦之事由。」。

己心證再與第一審判決之認定、量刑做為比較，如有差異，就照自己的心證，變更第一審判決，這與事後審預設之情形不同…裁判員制度實施後，上開判斷方法有改變之必要…裁判員制度係為反映裁判員種種觀點、感覺之判斷，因此，在裁判員參與之裁判，應該容許其有某一程度之認定、量刑。如果不能體認這一點，裁判員制度就沒辦法走下去了，不是嗎？在裁判員制度下，第二審應儘可能尊重裁判員參與之判斷，基於相同的理由，本判決重視第二審的事後審性質，肯認第二審的事實誤認的審查，應以第一審判決所為證據信用性之評價、證據之綜合判斷，按論理法則、經驗法則是否可以認為是不合理的觀點為之」等語[153]。學者普遍認為此判例之作成，是裁判員制度實施後關於第二審法院審查第一審判決密度之重要指標，改變並拘束日後第二審審判實務之運作方式[154]。即便亦有學者直言此判例意旨只是著眼於口頭主義、直接主義等訴訟技術上之理由，即謂應尊重裁判員之認定，相較於前開韓國大法院 2010 年判例指出「國民參審陪審員一致評決無罪之判決，控訴審得予變更為有罪者，僅限於該案經過重新的證據調查，有明顯可得出與原判決相反結論之充分且確信之情事存在者為限，否認應尊重陪審員一致之評決」，除說明對直接審理主義之尊重外，更言及國民參與審判是提高裁判的

153 判例時報 2145 號，第 13 至 14 頁。

154 見原田国男，事実誤認の意義，刑事法ジャーナル第 33 期，2012 年，第 38 頁；杉田宗久前論文；三井誠著．吳秋宏及邱鼎文合譯，日本刑事上訴審之構造及其運用，月旦裁判時報第 62 期，2017 年 8 月，第 62 頁。

民主正當性及信賴導入、無罪推定等意旨，而日本最高法院上開判例之論述，嚴格來說，在哲學解釋上顯得十分貧乏[155]。但後續之日本最高法院判例，就裁判員案件第二審關於「事實誤認」上訴理由之審查方法，均沿襲本判例揭示之「論理與經驗法則違反說」見解[156]，爾後日本多數學說、判例均以裁判員制度貫徹直接審理、言詞審理主義，作為加強第二審為「事後審」定位之說理，第二審審查範圍限於第一審事實認定有無違反論理及經驗法則之理論，亦不區分審查對象是有罪或無罪判決。

（二）寢屋川案件

本案發生在大阪府寢屋川市，A（夫）、B（妻）二人平日即共同持續性地對其等所生第三女（案發時年僅 1 歲 8 個月）施暴，復於 2010 年 1 月 27 日凌晨零時許，在其住處由 A 徒手毆打該女頭臉部、又將其頭部碰撞地板，致使該女受有急性硬腦膜下血腫之傷害，送醫急救後延至同年 3 月 7 日因腦腫脹死亡。就此事實檢察官以 A、B 二人共犯傷害致死罪起訴，均具體求刑有期徒刑 10 年。第一審裁判員法庭認為檢察官之求刑過低，對 A、B 均判處趨近於該罪法定刑上限之有期徒刑 15 年，量刑情狀考量：(1)被告二人對幼兒虐待傷害致死責任重大；(2)其行為具有危險性及惡質性，對於被

[155] 同註 151。

[156] 見後藤昭，日本刑訴二審沿革史與裁判員制度，2019 年 5 月 2 至 3 日由司法院、臺灣日本刑事法研究會、臺灣刑事法學會、臺灣法學基金會主辦「2019 台日司改政策評估學術研討會」論文集，第 44 頁。

害人之養育幾近放棄，使被害人發育不良、體重不足，在此前提下，被告二人行為態樣之評價在殺人罪與傷害致死罪的界限模糊；(3)行為所致之結果重大；(4)被告二人長期不保護且虐待幼兒，有不保護兒童之習性；(5)被告二人墮落的生活是虐兒之遠因；(6)被告二人否認犯罪，除互相推諉外，並將責任推給被害人之年僅 3 歲的姐姐（次女），態度不佳。嗣被告二人以「事實誤認」、「量刑不當」、「訴訟程序違反法令」為上訴理由，向大阪高等法院提起上訴，其中就「量刑不當」部分指摘原判決未參考「同種事案量刑檢索系統」[157]，檢索實踐慣行之量刑行情。惟大阪高等法院就此認為檢索量刑系統內之量刑效果乃是實務慣行慣用之累積，可供參考但無法律或事實上之拘束力，原審法院雖科處被告二人有期徒刑 15 年，也考量殺人罪的「量刑傾向」，且在傷害致死罪 3 年以上 20 年以下之廣泛法定刑範圍內予以裁量，並無不當情事[158]。本案上訴第三審，與前案一樣係由最高法院第一小法廷審理，認無上訴理由所指判決違背憲法、違背判例或實質違反法律或事實誤認之情事，惟就量刑部分，最高法院依刑事訴訟法第 411 條第 2 款「量刑不當，若不撤銷顯著違反正義」之規定，依職權將原判決及第一審判決撤銷，自行判決被告

[157] 同種事案量刑檢索系統，是日本審判實務將犯罪類型累積之先例集結，在自然狀況下與責任原則之責任幅度相調和，形成所謂「量刑相場」（量刑行情），期待同種犯罪同種科刑以保持量刑的公平性，作為司法內部審查量刑界限。

[158] 大阪高等裁判所平成 24 年（う）第 777 号，關於本案例判決中使用之「量刑傾向」用語，小池信太郎教授前開演講中譯為「量刑趨勢」。

A 有期徒刑 10 年、被告 B 有期徒刑 8 年。其主要理由如下：「刑法是在同一構成要件中包含多種犯罪類型，以此為前提制定出大幅度的法定刑。裁判時以行為責任為基礎之同時，考量符合該犯罪之刑度予以判決，為了這樣的目的，將透過裁判先例之累積，依照每一種不同犯罪類型而表現出的一定量刑傾向作為大概的標準，是有其必要的（裁判例の集積により犯罪類型ごとに示される一定の量刑傾向が目安【おおよその基準】とされる必要がある）。累積的裁判先例本身雖不直接構成法規範，但仍有作為量刑基準的意義…量刑要素應客觀適切地評價，結果應無損於公平性，將以往之量刑傾向納入考量範圍作為判斷，乃作為擔保該案件量刑判斷程序適切的重要要素，此點即使於裁判員案件亦同樣適用。採用裁判員制度係將國民觀點引進刑事裁判。故即使是量刑，理所當然地設想對於裁判員制度前之裁判先例所累積的結果可能作出相應的改變，這樣的想法是可以的。所以裁判員裁判時，沒有要求對制度導入前之量刑傾向要嚴密地調查與分析，且必須遵守。但仍必須保有與其他裁判相同的公平性的妥適正確結果，自不待言，合議庭在評議時對歷來大致的量刑傾向應有共通的認識，以此作為出發點深化符合該案件的評議…觀之第一審判決以：『參照同種案件以外故意致死的案件量刑傾向，關於此種案件的量刑討論，已作了完全的評議』等語，似非不能理解第一審已依照前述要求，以大致地量刑傾向作為出發點進行評議量刑。但第一審卻以：檢方之求刑，背景情狀的幼兒虐待的惡質性及兩名被告態度

的問題並未充分評價，而關於量刑檢索系統所示的量刑傾向，登錄案件數量不足無法充分檢證判斷的妥當性，如同本案的行為責任重大的兒童虐待案件，科處較以往更嚴厲之刑度，以符合法律修正或社會情事等情。第一審判決係基於以上之說明而導出大幅超過檢方的求刑，接近於法定刑上限之宣告刑，如依前述，可以明瞭第一審判決認為未必要與歷來的量刑傾向相同，超出量刑傾向量處重刑應屬妥當。第一審判決抱持改變量刑傾向的意圖量刑，以裁判員裁判的功能而言固然不能逕予否定。但是，為了使這樣的量刑判斷從公平性觀點也能獲得認同，就歷來的量刑傾向若不應作為本案前提情狀之存在事實，法院於判決中應具體地、有說服力地說明判斷之基礎…因原審判決難謂已具體地及有說服力地說明判斷根據，第一審之量刑判斷至為不當，原判決僅以第一審判決之量刑在法定範圍之內即予認同，實為不當，應認原判決及第一審判決不予已撤銷顯然違反正義」[159]。而與前案例相同之白木勇法官特別對於裁判員案件中，職業法官於量刑評議時之角色，應向裁判員為如何之說明？於判決補充：「量刑必須具備客觀的合理性，若僅基於裁判體之直覺自非妥當，無論是否係裁判員案件並無不同，作為裁判員案件之法官，有必要在參考關於量刑判例與文獻的同時，從平日研究量刑評議的現狀加以深入思考。於評議時，有必要針對個案判斷上必要事項，懇切地對裁判員說明，待其理解後才進行量刑評

[159] 刑事審判集 68 卷 6 号，第 925 頁。

議…為了確保量刑判斷的合理性，身為法官，於評議時應該以個案之法定刑為基礎，介紹可供參考之大致量刑傾向，作為裁判員全員共通認識才進行評議…在同種案件中究竟考慮了何種要素作為量刑判斷？為什麼會有這樣的傾向？要以怎樣的意義做為出發點？法官同時有必要對裁判員適切地說明，以使裁判員充分理解量刑傾向的意義或內容，裁判員與法官間確為實質的意見交換，才有實現量刑客觀合理之可能，經由這樣的過程，若合議庭仍然做出與量刑傾向相異的判斷，因案例的累積而使量刑傾向發生改變的話，應該說這才是反映國民感覺的量刑判斷、健全的裁判員審判之運作…使評議的適切地運作，是法官的重要職責」等語。此判例做成後，學者進一步闡釋最高法院雖未直接認定「量刑傾向」具有法規範之意義存在，但實際上卻具有一定之規範機能，因為量刑所依據之行為責任原則包含公平性的原理，故依循行為責任進行量刑也必然會要求以其他事件之量刑傾向作為基礎[160]，判決如未具體地且有說服力地說明逸脫量刑傾向之根據，即可推定其量刑判斷是基於不合理之直覺判斷，而被斷定違反責任主義[161]。

（三）南青山、松戶案件：

這兩個案件有極高度的相似性，犯罪時間均發生在2009 年，第一審之死刑判決，同經二審東京高等法院

[160] 酒巻匡，裁判員制度における量刑の意義，三井誠先生古稀祝賀論文集，2012 年，第 876 頁。

[161] 小池信太郎，量刑判断の在り方，刑法雜誌 55 卷 2 号，2016 年，第 352 號；稗田正洋，裁判員裁判と刑法理論，第 373 頁。

於 2013 年撤銷改判為無期徒刑，而日本最高法院第二小法廷亦同在 2015 年 2 月 3 日宣判，內容皆為維持二審法院之原判，駁回檢察官之三審上訴。前案（南青山）之被告，前於 1988 年間即因殺害其妻並縱火燒死 3 歲之次女，經判處有期徒刑 20 年，甫於 2009 年 5 月出監，即於同年 11 月 15 日下午 3 時，基於自己不法所有之意圖，侵入時年 74 歲被害男子之東京都「南青山」區住處，持菜刀強盜金飾並將被害人殺害逃逸。被告遭逮捕後於審判中均行使緘默權，經東京地方法院採行裁判員審理，以被告為遂行強盜目的，對毫無抵抗能力之被害人，基於強盜殺人之犯意，一擊予以殺害，犯罪態樣冷酷無情，所致犯罪結果至為重大，被告前有剝奪 2 條生命經判處有期徒刑 20 年之前科，出獄半年就基於強盜財物之目的剝奪被害人之生命，此為量刑時應特別重視之點，經慎重審酌被告之情狀，除量處死刑別無他途，因而判處被告死刑，嗣被告上訴於東京高等法院卻以被告非屬計畫性殺人，既無其他特別情狀，無量處死刑之先例因而撤銷改判無期徒刑；後案（松戶案件）之犯罪事實則為：被告前於 1984 年及 2002 年間均犯有強盜及強姦等多起案件，經法院判處有期徒刑 7 年之前科紀錄，甫於 2009 年 9 月出監，即於同年 10 月 20 日夜間至翌日清晨破曉之際，侵入千葉縣「松戶市」年僅 21 歲獨居被害女子之住處，將被害女子雙手綑綁後強盜財物，其間被告為壓制被害人反抗，持被害人住處菜刀，朝被害人胸部刺殺 3 刀，造成被害人出血性休克死亡。翌日被告復持強盜所得之信用卡盜取現

金，又為湮滅強盜殺人之罪證，返回現場以打火機引燃被害人遺體旁衣物，除燒損被害人遺體外，對現有 15 名住戶之公寓縱火，且同一時期被告另分別對 5 名婦女犯侵入住居強盜、強姦等犯行。嗣千葉地方法院採行裁判員審理，認被告於「松戶案件」中，殺意甚堅，行為態樣冷酷無情，縱火湮滅罪證有延燒住宅之危險屬極為惡質之犯行，犯罪結果重大，於「松戶案件」以外之 5 案，被告之犯行亦屬重大惡質，被告有累犯及同種犯罪前科，竟於出獄後不到 3 月再犯本案之各項罪刑，實值強烈非難，被告於短時間內反覆實施一連串犯行，顯見其反社會性格顯著且根深柢固，本案雖僅殺害被害人 1 人，難認係出於計畫性殺人，但鑑於被告之反社會性格傾向，對於被害者之對應方式，可見被告對於生命身體可能加諸重大危害的危險性等情狀，量處死刑實無從迴避。且被告難謂有深切反省，不得不謂其欠缺更生之可能性，被害人雙親對被告處罰之情緒極其劇烈（按被害人雙親透過日本被害人參加訴訟制度參與審判），鑑於以上各種情狀，量處死刑允當，因而判處被告死刑。惟此案上訴於東京高等法院後，亦同前案（南青山）一樣，認為被告之前科中並無具有殺意之行為，復無同本案之殺人犯行，本案既非計畫性殺人，因無其他特別情狀，無量處死刑之先例因而撤銷改判無期徒刑。二案均經檢方不服上訴最高法院，後案之家屬更因此籌備公聽會，而在召開公聽會前夕，最高法院作出平成 25 年

（あ）1127、1729 号判決[162]，二判決展開同一內容的一般論略以：刑罰權之行使係基於國家統治權的作用強制剝奪被告之法益，死刑異於其他刑罰，剝奪被告生命，為所有刑罰最為冷酷嚴峻，是在無可奈何的場合下使用的終極刑罰。因此，以昭和 58 年判決（按即「永山基準」[163]）及其後最高法院累積之同種判決所示，運用必須慎重。又公平性原本就是裁判內在的本質要求，適用終極刑罰之死刑之際，必須充分注意公平性的確保。本來，由於各案件量刑時應考慮之情狀或其重要性不同，與裁判先例間作詳細的案例內容比較並無意義，亦不相當，但如前述死刑是終極刑罰，適用死刑必須慎重及確保公平的觀點上而言，在同樣觀點上進行慎重檢討所得結果的裁判先例累積而成死刑選擇應考慮的各種要素，以及對於各種要素所應賦予的重要性之程度與根據加以檢討，並且在評議之際將其檢討結果作為審判庭的共通認識，以其作為出發點進行討論，是不可或缺

[162] 刑事審判集 69 卷 1 号第 1 及 99 頁。同年 2 月 9 日最高裁判所第 2 小法廷就「長野縣共同強盜殺人案件」，亦維持東京高等裁判所對其中 1 名共犯改判無期徒刑之判決。「南青山」、「松戶」及「長野」案件均由最高裁判所第二小法廷承審，審判長為同一人。

[163] 所謂永山基準，是 1968 年 10 月起連續發生在東京、京都、名古屋等地之 4 起殺人事件，被告永山當時是 19 歲青年，因家境貧困憤世嫉俗而犯罪，且主張心神喪失，經一審判處死刑後，二審改判無期徒刑，日本最高裁判所於昭和 58 年（1983）7 月 8 日撤銷發回更審，裁判中闡述判處死刑之基準，應將：(1)犯罪行為的性質、動機、態樣；(2)犯罪手段的殘虐性、侵害性；(3)結果的重大性，如被殺害人數；(4)被害遺族之感受；(5)對社會之影響；(6)行為人之年齡；(7)行為人之犯罪經歷；(8)犯後態度等各方面情狀併予考量，認其罪責重大，且從罪刑均衡及一般預防兩項觀點來看，均認為處以極刑係不得不為之情形，才可選擇判處死刑。

的。這一點無論是由職業法官或有裁判員參加的審判庭之裁判，均無變動。因此在評議中，前述累積之裁判先例中所見之考慮要素，如犯行之罪質、動機、計畫性、態樣，特別是殺害之手段方法之執拗性、殘虐性、結果的重大性，特別是被害人數、遺族被害感情、社會的影響、被告的年齡、前科、犯後的情狀等，一一列舉，作出結論時，各要素之重要程度、根據，綜合加以評價，關於確屬不得不選擇死刑之點，基於前述應予慎重及確保公平性之觀點深入的討論是有必要的。綜上，為了判處死刑能獲認可，審判庭認為死刑的選擇是不得已的判斷，有必要提出具體地、有說服力的根據，第二審應該審查第一審前述之判斷是否合理等語。而在南青山與松戶案之個案斟酌上，二裁判亦有共通之處，即在認同東京高等法院所認被害人僅有 1 人且被告並非出於計畫性殺害，難以據認死刑已達不得不為之程度。且就第一審判決所強調之被告前科部分，南青山案件之被告前雖有殺害妻女之情形，但係與妻子爭吵後殺害妻子，擔心幼女將來，被告企圖自殺同時縱火燒死幼女，如此前科與南青山案係滿足不法取財私欲之關聯繫薄弱，第一審過度重視其前科因素並非妥當；松戶案件被告之前科與同時時期所犯他罪，均無剝奪人命之情形，即便第一審重視被告於其他案件之惡質性、危險性、被告前科、反社會性格傾向等要素，亦難認為是選擇死刑之根據。學者分析指出這二個裁判與前述「寢屋川」判決有以下共通之處：(1)量刑有必要確保公平；(2)量刑與裁判先例之間的詳細案例比較並無意義，且不相當，此與「寢屋

川」判決認為量刑傾向的嚴密調查分析並無必要一事旨趣相同；(3)量刑判斷應以適合於犯罪行為的量刑程度為中心進行，這與「寢屋川」判決所強調的行為責任原則旨趣相同。但也有下列 3 點不同：(1)死刑選擇必須慎重的一般原則存在之點；(2)從裁判先例累積出死刑選擇應考慮之各要素，以及各要素的重要程度、根據的檢討結果，作為審判庭的共識，並作為出發點進行討論乙事，此與「寢屋川」判決僅止於應將大略的量刑傾向作為共識，並作為討論之出發點有所不同；(3)關於死刑是不得不的選擇有必要提出具體地、有說服力之根據，「寢屋川」判決則限於大幅逸脫量刑傾向時方有必要。學者進一步分析，是否量處死刑之案件，在永山基準建立後，向來所聚焦之各個量刑要素是審慎地一一審酌，所以在不得不判處死刑案件會忽略重要的量刑情事，幾乎是難以想像。裁判員裁判是重視市民感覺所為之主體判斷，在死刑案件中不是要構築與以往不同的量刑傾向，而是在確認這種案件是否應作成與以往相同判斷之案例中，活用市民感覺，在裁判員裁判中，死刑案件的量刑傾向朝積極運用死刑的變化一事，理論上幾乎未受到設想（日本約 7 成民眾反對廢除死刑）。反之，迴避死刑適用之情形，則在上開最高法院二裁判射程之外，基於「寢屋川」判決前例僅在大幅逸脫該案件所屬之社會類型量刑傾向時方要求應附有具體地、有說服力之理由，故於量處死刑或無期徒刑均能涵蓋在量刑傾向

的案件中，因量處無期徒刑無庸附具體地、有說服力之理由，事實上則會朝抑制死刑的方向變化[164]。

[164] 見本庄武，刑事裁判與量刑的現況，2019 台日司改政策評估學術研討會論文集，第 64 至 65 頁，該論文註 22 並列舉此後法院判處無期徒刑之個案：(1)大阪高等法院平成 29.3.9 就被殺害 2 人之無差別殺人魔事件，以計畫性低及覺醒劑中毒後遺症導致精神障礙之時點作為考量，撤銷第一審死刑判決改判無期徒刑、(2)大阪高等法院平成 29.3.10 就基於猥褻目的誘拐 6 歲女童後殺害，考量無計畫性及無性的被害等因素，撤銷第一審死刑判決改判無期徒刑、(3)千葉地院平成 30.7.6 就以猥褻目的誘拐 9 歲女童，在進行猥褻行為後殺害之案件，雖認定被告基於猥褻目的誘拐，及被告為避免被發現犯行而將女童殺害，但以無證據證明被告對此事實有所認識與計畫性殺害不能相提並論，因而宣告無期徒刑。