

論國民參與刑事審判制度的 合憲性爭議^{*}

——以日本裁判員制度之相關合憲性 討論為借鏡

張 永 宏^{**}

要 目

- | | |
|------------------------------------|-------------------------------------|
| 壹、前 言 | 四、國民主權原理可否逕自作為國民參與刑事審判制度的合憲性依據？ |
| 貳、日本就國民參與刑事審判制度合憲性討論之演變 | (一)基於國民主權，國家有義務一定要引進國民參與審判制度，否則即屬違憲 |
| 參、憲法沉默的真意探尋——我國憲法是否拒絕國民參與刑事審判制度的出現 | (二)國民參與刑事審判制度既然是基於國民主權而來，乃當然合憲 |
| 一、憲法沉默的幾個可能 | |
| 二、憲法條文義上的觀察 | |
| 三、制憲史的觀察 | |

DOI: 10.3966/102398202013090134005

* 感謝匿名審查委員詳細審閱，所為指正及建議對於本文之用語正確及論理完整性均有極大助益，本文已參照修正，惟文責仍由作者自負，先予敘明。

** 臺灣高等法院刑事庭法官，政治大學法律學系博士。

投稿日期：一〇一年十月十九日；接受刊登日期：一〇二年四月十八日

責任校對：蘇淑君

<p>五、小 結</p> <p>肆、法官身分保障與國民刑事參與審判制度的關係</p> <p>一、身分保障規定的射程範圍</p> <p>二、身分保障規定所隱含的憲政原理</p> <p>伍、法官獨立性保障與國民刑事參審制度之關係</p> <p>一、法官獨立性的定義</p> <p>二、法官獨立性的界限</p> <p>(一)參與審判之國民是否為憲法意義上的法官</p> <p>(二)個別法官職權獨立之內部界限</p> <p>(三)個別法官職權獨立之外部界限</p> <p>三、國民刑事參審制度對於維護職業法官獨立性之正面意義</p> <p>四、參與審判一般國民之獨立性</p> <p>(一)課予參與審判之國民維護獨立審判的義務</p> <p>(二)避免外界干涉參與審判國民之獨立審判</p>	<p>(三)其他有益於參與審判國民獨立審判之規定</p> <p>陸、人民訴訟權保障與正當法律程序</p> <p>一、憲法上訴訟權保障與正當法律程序的相對關係</p> <p>二、正當法律程序與司法權建制的憲政原理</p> <p>三、國民參與刑事審判制度與正當法律程序</p> <p>(一)不給予參與審判的國民直接決定判決結論的權力</p> <p>(二)給予被告選擇是否適用國民參與刑事審判制度的權利</p> <p>(三)要求參與審判國民的素質</p> <p>(四)針對部分審判內容，不給予參與審判國民決定的權力</p> <p>(五)讓職業法官一定程度地具有決定或影響評議結論的控制力</p> <p>(六)在上訴審保留職業法官審查的機會</p> <p>柒、結 語</p>
--	---

摘 要

對於國民參與刑事審判制度（陪審、參審等）已經存在於制度中數百年以上的國家而言，合憲性的問題似乎並不存在，但對於日本、韓國、臺灣等東亞民主國家而言，因為憲法中似乎沒有預留國民參與刑事審判制度的空間（憲法沉默），也欠缺此種制度的法律傳統，所以合憲性的問題變得非常巨大。本文以為，我國憲法的沉默並不代表制憲者拒絕國民參與刑事審判制度，但也不代表憲法接受任何形式的審判制度。至於憲法容許國民參與刑事審判制度的底線為何？則應該從憲法條文中有關司法權、刑事被告權利的相關規定中尋找。讓具備解釋、適用法律專業的法官成為法院的當然構成員，且能充分發揮其功能，以確保抽象的法律能夠在具體個案中被正確地解釋、適用，本文認為乃是我國憲法對於司法權建制及刑事被告權利保障的基本要求，故應以此為前提，進行後續的制度設計，始能謂為合憲。

關鍵詞：國民參與審判、陪審、參審、觀審、合憲性、違憲、法官獨立、身分保障、正當法律程序

壹、前言

不論在刑事審判中採取何種形式的國民參與刑事審判制度（陪審、參審或其他），亦不論參與審判之國民以何種方式選任、產生，不可諱言的是，參與審判之國民不是職業法官。蓋他們既非以法官為常業，亦非通過一定的考試或訓練，甚至完全不具備法律專業知識，對於我國此種長久以來習於由職業法官專責刑事審判的法體系，如果要讓這些非職業法官的國民參與審判，即難免產生齟齬之感，這樣的感覺，恐怕不能單純以「不習慣」、「瞧不起人民」或「職業法官本位主義作祟」來解釋，其中一個可能的原因，即為「國民參與刑事審判制度的合憲性爭議」。亦即此制度是否有違憲之虞？當然，合憲性爭議有時候只是反對此制度論者表面上的理由，真正深層的理由（例如擔心一般國民參與審判會造成審判品質低落、憂慮國家財政負擔沉重，或是職業法官擔心其職權遭受剝奪、侵犯等）則未必如此理性或集中，但不可諱言的是，合憲性爭議往往是最有「殺傷力」的理由，此觀我國過去研議參審制度均告功敗垂成，即可窺知一二，在我國重新開啟國民參與刑事審判制度之立法討論之際¹，實有必要重新認識、釐清國民參與刑事審判制度之合憲性界線。

相較於職業法官，參與審判之一般國民有以下特點，而這些特點即為國民參與刑事審判制度引發合憲性爭議的原因：

一、參與審判之一般國民不具備終身職等相關身分保障。

¹ 司法院曾經先後提出刑事參審試行條例草案（1994）、專家參審試行條例草案（2006）、國民參審試行條例草案（2007），均因為違憲爭議而胎死腹中，司法院因此改弦更張，提出性質為「無評決權的參審制」之「人民觀審試行條例草案（2012）」，期望藉此迴避違憲爭議，但外界亦有倡議應逕自引進英美陪審制，或日本裁判員制度之聲浪。

二、參與審判之一般國民不具備法律專業知識、審判經驗。

三、參與審判之一般國民之獨立性要求、保障之程度不及職業法官。

國民參與刑事審判制度的合憲性爭議，涉及憲法的解釋，包括制憲者對於此種制度的態度、國民參與刑事審判制度與審判獨立的關係、與人民基本權利的關係等，而其根源，尚牽涉到憲法上「法官」、「法院」的解讀。蓋我國憲法第八條第一項中段規定：「（人民）非由法院依法定程序，不得審問處罰。」第十六條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」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。」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。」第八十二條規定：「司法院及各級法院之組織，以法律定之。」亦即我國憲法除了明文規定刑事審判應由「法院」進行外，對於刑事法院之組成中「法官」為何義？是否除了法官之外，還容許其他非法官之人加入審判？等等，均無明文規定。故我國憲法是否容許引進國民參與刑事審判制度？將因論者對上開條文意涵，以及條文間相互關係的解釋不同，而出現不同的結論。

對照鄰近之日本，自戰前陪審制實施以來，即有合憲性爭議，一九九九年以降，學界因應裁判員制度之引進，就國民參與刑事審判制度之合憲性所進行的討論更相當豐富，甚至該國最高裁判所也已經在二〇一一年底作成裁判員制度合憲之判決，對於我國而言，日本學界、實務界之看法，實可提供深入剖析引進國民參與刑事審判制度之合憲性爭議的借鏡。

本文將先概述日本就國民參與刑事審判制度合憲性討論之演變，並參考日本提出之相關議題，嘗試由文義、制憲史，乃至立憲精神等面向，探討吾國制憲者對於國民參與刑事審判制度的基本態

度；接著會進一步逐一檢討憲法個別條文，如憲法第八十一條（法官身分保障）、第八十條（法官獨立性保障）、第八條（正當法律程序）、第十六條（人民訴訟權保障）對於刑事審判程序的要求等，以之確認正當法律程序在刑事審判中的具體要求——「司法權建制之憲政原理」（司法院釋字第四三六號解釋用語）為何？引進國民參與刑事審判制度後，如何才能符合「司法權建制之憲政原理」？

國民參與刑事審判制度之合憲性爭議，雖主要集中於是否抵觸「司法權建制之憲政原理」，而與前述憲法第八十一條、第八十條、第八條、第十六條之解釋有關，然引進國民參與刑事審判制度後，因需一般國民參與審判，勢必亦需賦予一般國民參與審判之義務，因此亦將造成國民之負擔。此等負擔之附加，是否有違憲之虞？當然亦值得探討，然因篇幅之故，本文無法一併敘及，亦此敘明。

又本文所謂之國民參與審判，係指在既有法官之上，再加入一般國民之審判構造，依Jackson & Kovalev之分類²，即包括「陪審型（The Jury Model）」及「合作法庭模式」（The Collaborative Court Model, Mixed Court, Mixed Tribunal）在內，但為避免討論偏離主題，本文所謂之國民參與審判，並不包括另一種「純粹素人法官模式」（The Pure Lay Judge Model）³，純粹由國民主導審判，而無法官參與之審理型態。

² John D. Jackson & Nikolay P. Kovalev, *Lay Adjudication and Human Right in Europe*, 13 COLUM. J. EUR. L. 83, 95-100 (2006/2007).

³ 如英格蘭之治安法官（magistrates）、蘇格蘭之治安法官（justice of the peace）、法國之近鄰法官（juges de proximité）。

貳、日本就國民參與刑事審判制度合憲性討論之演變

日本於一九二八年至一九四三年之間，曾經短暫地實施過國民參與刑事審判制度，該制度雖名為「陪審法（大正陪審制）」，但與真正的陪審制之間仍有相當之歧異。其中最明顯者，即為法官凡認為陪審團評決（稱為「答申」）不可採者，不論其情節輕重，即得重新組成陪審團再行審理（第九十五條）。考所以有此規定，主要是因為當時之明治憲法第二十四條明定：「日本臣民享有之受依法律所定法官審判之權利，不受剝奪。⁴」另第五十七條亦規定：「司法權由以天皇之名、依據法律之法院行之。」其時憲法學者美濃部達吉認為，此規定應解為由天皇任命之法官審判，故如讓非職業法官之一般人民參與審判，即屬違憲；又明治憲法第五十八條第二項亦規定：「法官除因受刑法之宣告或懲戒處分外，其職務不得免除。」此被視為法官獨立之保障條文，若讓法官受陪審團意見之拘束，即有侵害法官獨立之虞，亦屬違憲，若不進行修憲，則陪審法僅能採取「法官單純聽取陪審員意見，但不受其拘束」之方式⁵。足見日本近代第一次引進國民參與刑事審判制度之時，違憲之爭議即已存在。

日本於第二次世界大戰後，重新制訂憲法（昭和憲法），就國民的司法權利，規定於憲法第三十二條及第三十七條第一項，其中第三十二條規定：「任何人，在法院受審判的權利不得被剝奪。」

⁴ 韓國憲法就「國民的司法權利」之規定，與日本戰前明治憲法之規定相當類似，韓國憲法第27條第1項規定：「所有國民擁有接受由依憲法、法律所定之『法官』，依據法律審判之權利。」亦將國民的司法權利侷限於「受法官審判」，故純以條文文義來看，韓國引進國民參與刑事審判制度產生違憲爭議的可能性，即高於臺、日兩國。

⁵ 三谷太一郎，政治制度としての陪審制——近代日本の司法權と政治，頁150，2001年。但美濃部達吉嗣後改變其見解，認為正統之陪審制亦不違憲。

另第三十七條第一項規定：「所有刑事案件，被告擁有受公平法院迅速公開審判的權利。」值得注意的是，在描述國民乃至於刑事被告的司法權利時，昭和憲法捨棄戰前明治憲法之「法官審判」用語，改為「法院審判」，故戰前之解釋方式，似不適用於戰後新憲法。加上日本戰後制訂新憲時，曾經有陪審制度應否入憲之討論，參與制憲之政府官員多次發言不反對陪審制度，而戰後制定之裁判所法第三條第三項更有「本法規定，無礙於另以其他法律於刑事審判設置陪審制度。」之規定，對於戰後的日本而言，引進陪審制度，或是其他的國民參與刑事審判制度，似乎並無合憲性之疑慮。

然而，戰後日本憲法學界針對國民參與刑事審判制度的合憲性論爭，並未因而停歇。主張合憲者，可以木村龜二為代表，其所持之理由，乃在於戰後昭和憲法就人民之司法權利，已經不再限於「法官審判」，而是改為「法院審判」，加上憲法第七十九條第一項僅規定最高裁判所之組成，從反面解釋，下級審法院之組成，並無特別之限制，故參與審判之一般國民縱使並非「憲法意義上之法官」，但仍可以成為法院之一員⁶。

相對於此，以兼子一為首的違憲論者，則主張：一、新憲法並未明文承認陪審、參審制度；二、陪審、參審制度可能侵犯法官的獨立性保障（日本憲法第七十六條第三項明定法官應依據良心獨立行使其職權、僅受憲法及法律之拘束）；三、依憲法上法官身分保障規定（日本憲法第七十八條規定，法官除因受審判、身心故障致無法執行其職務而受裁定之情形外，非經公的彈劾不得罷免；法官之懲戒處分，不得由行政機關為之），可推知憲法無意讓一般國民參與審判。戰後的憲法學者，亦多支持違憲論之見解，而認為：「法官做最後結論乃是憲法要求」（宮沢俊義）、「承認參與審判

⁶ 木村龜二，新憲法と人身の自由，頁53，1948年。

國民的意見有決定判決結論權威的制度，違反憲法原則」（清宮四郎）、「不可剝奪被告受有資格（專業考試及格）之法官審判之權利」（伊藤正己），至多僅能接受「被告有拒絕接受陪審、參審之權利，且法官不受參與審判國民意見拘束」的國民參與刑事審判制度（附條件合憲論）⁷，此一見解，厥為戰後五十餘年間，日本憲法學界就國民參與刑事審判制度之通說⁸。即使是較近期的憲法學者，如竹下守夫、高橋和之等人，在裁判員制度尚未完成立法之前，亦採取此種看法⁹。

一九九九年，日本設立司法制度改革審議會，該會於二〇〇一年六月向內閣提出意見書，倡議應引進以參審制為主軸之裁判員制度後，其任務完成；繼由裁判員制度・刑事檢討會進行制度之具體設計，並於二〇〇四年一月提出「骨格案」，於二〇〇四年五月完成裁判員制度之立法。值得注意的是，裁判員法並未以制度設計規避上述違憲爭議，其不但未賦予被告拒絕接受裁判員審判之權利，更重要的是，3名法官與6名裁判員享有完全平等的投票權，除了法律所定之特殊情形外，僅憑裁判員之意見亦可能終局地決定判決結論¹⁰。因此，裁判員制度必須面對憲法學界前述根深蒂固的違憲論

⁷ 中原精一，陪審制度と憲法論の輪郭，法律時報，61卷2号，頁71以下，1989年2月。

⁸ 長尾一紘，裁判員制度と日本国憲法，現代刑事法，32号，頁31，2001年12月。

⁹ 竹下守夫、高橋和之，於「座談会・司法制度改革審議会中間報告をめぐって」之發言，ジュリスト，1198号，頁62-63，2001年4月。

¹⁰ 日本裁判員法第67條規定，評議時，必須至少有1名法官之贊成意見，始能為被告有罪之認定，或決定刑之量定。若欠缺法官之贊成意見，自不能為被告有罪之判決，面對此種「評決不能」之狀態，日本通說認為應該為無罪之判決，故反過來說，如果裁判員的意見為無罪、且已經達到過半數多數決所需之5票以上時（如裁判員6名或5名均主張無罪），縱使法官均主張有罪，該法

見解，經日本學者分析，裁判員制度之憲法課題，約有以下幾點¹¹：

一、憲法並未明文肯認國民參與刑事審判制度，是否代表憲法有意地排斥此等制度？又例如日本憲法第七十六條第一項規定：「所有司法權，歸屬於最高裁判所及……下級裁判所。」第七十九條第一項規定：「最高裁判所……由法官構成。」第八十條並規定下級審法官之任期及身分保障，依此等規定，可否認為憲法係要求司法權歸屬於「純由法官組成」之最高法院及下級審法院？

二、裁判員制度是否會侵害憲法第三十二條、第三十七條第一項明文保障之「人民受審判之權利」、「被告受公平法院迅速公開審判之權利」？又裁判員制度是否會違反憲法第三十一條推導出來的「正當法律程序」？

三、裁判員制度是否會侵害憲法第七十六條第三項所保障之「法官獨立」？

四、裁判員制度是否會違反憲法第七十六條第三項「禁止設置特別法院」之規定？

五、裁判員制度使國民負有擔任裁判員職務之義務，是否違反憲法第十八條後段之「不負苦役」之規定？

上述論點於裁判員制度開始施行之後，即不斷成為被告上訴時之主張，截至最高裁判所針對上述論點於二〇一一年十一月十六日作成大法院判決前，東京高等裁判所做出高達13件裁判員制度合憲之判決。

院亦應為被告無罪之判決。

¹¹ 長尾一紘，同註8，頁32；棟居快行，「裁判員」制度の憲法問題，月刊司法改革，20号，頁31，2001年5月；西野吾一，最高裁時の判例——最高裁平成23年11月16日大法院判決，ジュリスト，1442号，頁84，2012年6月。

二〇一一年十一月十六日，日本最高裁判所針對主張裁判員制度違憲之上訴意旨，以全員參與之大法廷作成裁判員制度合憲之判決¹²。此一判決實有「一槌定音」之效果，日本國民參與刑事審判制度引發之憲法爭議，在「裁判員制度」此一前提下也暫告平息¹³，而此判決之立論詳實、結論明快，也深受論者之肯定¹⁴，甚至不贊成裁判員制度立法宗旨及制度設計之論者，亦贊同該判決之結論¹⁵。簡單歸納本判決要旨，約有以下看法：

一、從世界各國立法例、日本憲法制訂經過，以及日本憲法之相關規定，並不能認為日本憲法完全排斥國民參與刑事審判制度。

二、從合議庭之構成、裁判員之選任、法官與裁判員之權限、審理、評議等規定觀之，裁判員制度已可在制度上充分地保障公平法院本於法律及證據為適當之審判，而可確保憲法所定、實現適正刑事審判之各種原則，故裁判員制度並不致侵害被告之憲法權利。

三、憲法既然已經容許裁判員制度，則裁判員制度對於法官獨立為適當之限制，法制上並無不許之理。

四、實施裁判員審判之合議庭歸屬於地方裁判所，對此第一審判決不服，則可向高等裁判所及最高裁判所提起上訴，故該合議庭並非特別法院。

¹² 最高裁平22(あ)1196号，刑集65卷8号，判例時報，2136号，頁5，2012年3月。

¹³ 其後雖有被告另主張裁判員制度未賦予被告程序選擇權係屬違憲，但最高裁判所以裁判員制度並不違憲，故無庸給予被告選擇權為由，駁回被告主張，請參見最高裁判所第2小法廷2012年1月13日平22(あ)1299号判決。

¹⁴ 平良木登規男，裁判員裁判の合憲性——最高裁平成23年11月16日大法廷判決，刑事法ジャーナル，32号，頁139，2012年5月；西野吾一，同註11，頁88。

¹⁵ 新屋達之，国民の司法参加・裁判員制度の合憲性，法律時報，84卷10号，頁128，2012年9月。

五、從裁判員制度之立法宗旨，以及設有辭任規定、裁判員可支給日旅費等，足認擔任裁判員並非憲法第十八條所指之「苦役」。

值得注意的是，我國憲法與日本現行憲法有許多相似之處，例如：(一)憲法並未明文承認國民參與刑事審判制度（憲法沉默）；(二)憲法明文保障被告之司法權利（憲法第八條、第十六條）；(三)憲法保障法官之獨立性及身分保障（憲法第八十條、第八十一條）等，故日本裁判員制度前述合憲性議題，亦非常可能成為我國將要面對之問題。

參、憲法沉默的真意探尋——我國憲法是否拒絕國民參與刑事審判制度的出現

一、憲法沉默的幾個可能

長期存在國民參與審判制度的法體系，例如美國、英國或德國，鮮少出現國民參與審判制度的合憲性爭議。當然，其中有些國家已經在憲法中明文保障國民參與審判制度，例如美國¹⁶、奧地

¹⁶ 美國憲法第3條第2項第3款前段規定：「除彈劾事件外，所有犯罪之審判，均應以陪審行之。」憲法第6條修正案規定：「於所有之刑事追訴，被告擁有於犯罪發生地之州及依法律事先規定之地區，受公正之陪審進行迅速公開審判，並受告知其被訴案件之性質與原因之權利。」以上為刑事審理陪審（小陪審）之憲法條文，並藉由憲法第14條修正案正當法律程序之規範，將陪審之權利保障擴及於州法院（*Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968)）；又憲法第5條修正案前段規定：「非經大陪審團提起公訴，人民不應受判處死罪或會因不名譽之罪而被剝奪部分公權之審判。」則為起訴陪審（大陪審）之憲法條文；另憲法第7條修正案規定：「在引用習慣法的訴訟中，其爭訟訴訟標的超過二十美元者，當事人有權要求陪審團審判；任何經陪審團審判之事實，除依照習慣法之規定外，不得在合眾國任何法院中重審。」則為民事陪審之

利¹⁷，對於此等國家而言，實施國民參與審判制度自不致產生違憲爭議¹⁸，甚至若不實施還會造成違憲的懈怠，或人民憲法上訴訟權利之抵觸¹⁹。

此外，長期存在國民參與審判制度、卻未在憲法中規定國民參與審判制度的國家，亦很少產生合憲性爭議。可能原因之一，就是因為國民參與審判制度出現的時間早於憲法，憲法制定者縱使不打算將既存的國民參與審判制度明文規定在憲法內，亦無意透過憲法來排斥國民參與審判制度的存在，此時憲法即使保持沉默，乃一種「默認的沉默」。例如德國基本法與法國第五共和憲法雖均未於憲法條文中明文規定參審制度，但德、法兩國的參審制度卻是早於上開憲法而存在，故可以視為憲法上的默認²⁰。以德國為例，一八四九年之法蘭克福憲法業已規定重罪案件由陪審法院審判，一八五〇年之普魯士憲法亦規定重罪、政治犯罪、關於出版之犯罪由陪審審判，雖然一九一九年之威瑪憲法未再於憲法中明定何種犯罪應行陪

憲法條文。

17 奧地利聯邦基本法第91條第2項、第3項規定：「應依法律規定科處重罰之犯罪，及所有政治犯罪及輕罪情形，應由陪審員就被告之犯罪下判決。其他可罰行為之刑事訴訟程序，應科處之刑罰逾越法律所定限度者，應由參審法官（即參審員）參與審判。」

18 但亦有主張美國憲法僅主張陪審入憲，而不及於其他國民參與的形式，故如果引進治安法官（magistrate）即屬違憲，對此聯邦最高法院在North v. Russel案（North v. Russel, 427 U.S. 328 (1976)）主張，如果更審程序（a de novo trial）有具備法律專業的法官主審，則治安法官制度即不違憲，參見蘇永欽，從憲法及司法政策角度看參審及其試行，憲政時代，20卷3期，頁29，1995年1月。

19 蘇永欽，參審是毒藥還是補藥？——從憲法及司法政策角度看參審及其試行，載：司法改革的再改革，頁74，1998年。

20 採行參審制之德國、法國、奧地利、丹麥、挪威、瑞典等國，除奧地利之外，均未於憲法中對於參審制或陪審制設有任何規定。

審，但仍於第一〇四條規定商事法官（一種專家參審制）、參審員及陪審員不受身分保障。故現在的德國基本法縱使已無參審制之相關條文，但證諸憲法的發展史，應解為係有意將參審制度委諸立法²¹。易言之，該等國家的制憲者認為，是否允許國民參與審判，乃立法政策的問題，應授權法律來決定，而非憲法中一定要規範的事項²²。

但對於憲法制定之時並無國民參與審判制度的國家而言，除了制憲者打算未來要引進國民參與審判制度，並將之提高至憲法層次，而於憲法中明文規定外，一般而言，若未於憲法中明文規定國民參與審判制度，即不能比照前述「默認的沉默」來看待，而應該歸類為「忽略的沉默」，甚至是「拒絕的沉默」。如果解為「拒絕的沉默」，表示制憲者不希望司法制度中出現國民參與審判制度，亦即憲法預定「僅」得由具備「職業法官身分」之人從事刑事審判工作，換言之，憲法將審判庭的組成列為「憲法保留事項」，此時若引進國民參與審判制度，即與制憲者的原意違背，若不進行修憲，則有違憲之可能。

又如果解為「忽略的沉默」，則有兩種可能性：一是制憲者於立憲時並未將國民參與審判制度列入考慮，故憲法上關於司法之相關規定，即欠缺了國民參與審判制度的「預留空間」，亦即「無意的忽略」；另一是制憲者雖有慮及國民參與審判制度，但基於種種考量（諸如經費、國情等），認為如果將國民參與審判制度入憲，恐怕會造成不必要的困擾，但日後若時機成熟，制憲者亦無排斥國民參與審判制度之意，此不妨稱為「有意的忽略」，但不論是何種

²¹ 平良木登規男，国民の司法参加，法律のひろば，54号，頁37，2001年8月。

²² 土井真一，日本国憲法と国民の司法参加——法の支配の担い手に関する覚書，載：岩波講座・憲法4——変容する統治システム，頁258，2007年。

情形，憲法均不致排斥由立法機關制定容許非職業法官之人參與刑事審判之法律，亦即與前述「默認的沉默」相同，係將刑事審判庭的組成視為「法律保留事項」或「立法政策問題」²³，而非拒絕司法制度中出現國民參與審判制度。

二、憲法法條文義上的觀察

憲法制定之時並無國民參與刑事審判制度，又未於憲法中明文規定此等制度時，解釋上既然包括「拒絕的沉默」與「忽略的沉默」兩種可能，而兩種態度又會對國民參與刑事審判制度產生截然不同的結論（前者違憲、後者合憲），故如何正確解讀制憲者真意，即會成為問題。

我國憲法中關於司法制度的條文，除了規定於第七章者（第七十七條至第八十二條）外，另還包括憲法第八條、第九條、第十六條、第二十三條等條文在內，上述條文中，無一明確提到國民參與審判制度，故我國憲法對於國民參與審判制度採取「沉默的態度」，厥為不爭的事實。

但一般而言，憲法的沉默，通常不能逕自解釋為「拒絕的沉默」，蓋憲法原本即不太可能會對一個制憲當時不存在的制度，特別加以明文規範²⁴；更何況，憲法作為基本大法，關於個別制度之立法事項，往往均採取沉默之態度，除非此一制度之立法理由明顯即欲抵觸憲法，否則尚難謂未經憲法明文規範之制度，一經立法即已違憲，換言之，不得徒以憲法對於某一制度之「沉默」，逕認憲

²³ 笹田栄司，裁判員制度と日本国憲法，法律時報，77卷4号，頁25，2005年4月；平良木登規男，於「座談会・裁判員制度導入の是非をめぐって」中之發言，現代刑事法，32号，頁11，2001年12月。

²⁴ 平良木登規男，同註21，頁38。

法對此制度即已預設否定立場²⁵。實則立法者所為之各種審判體系及訴訟制度的設計，原則上屬於政策裁量權之範圍，釋憲者對此率多以最高度之尊重²⁶。

再者，憲法第八十二條規定：「司法院及各級法院之組織，以法律定之。」明示憲法就各級法院（包括狹義的、審判意義上的法院）應如何構成，係採取法律保留而非憲法保留，授權立法機關自由決定，則立法者倘決定立法引進國民參與刑事審判制度，從憲法第八十二條規定來看，憲法亦無斷然不許之理。

三、制憲史的觀察

再回顧我國近代制定憲法的過程，雖然部分民間草案，如康有為的「中華民國憲法草案」（一九一三年）、省憲聯治運動期間的「浙江省憲法草案」、「四川省憲法草案」（一九二一年至一九二三年）等，曾有陪審制度入憲之條文，但除此之外，從清末以來，所有政府草擬之憲法草案，均無國民參與審判制度之相關規定²⁷，甚至於現行憲法制定過程中，亦未見國民參與刑事審判制度應否入憲的相關討論²⁸。

但值得注意的是，我國現行憲法是以一九三六年的「五五憲

²⁵ 笹田榮司，同註23，頁25。

²⁶ 陳新民，憲法學釋論，頁392，2011年修訂7版。事實上有關審級制度具體內容的設計，大法官就採取相同的立場，請參見司法院釋字第512號、第574號解釋。

²⁷ 繆全吉編，中國制憲史資料彙編——憲法編，1990年；張耀曾、岑德彰編，中華民國憲法史料，1981年。

²⁸ 國民大會秘書處編，（制憲）國民大會實錄，頁387以下，1946年；仲崇親，中國憲法的變遷與成長，頁193，1995年；荆知仁，中國立憲史，頁459，1984年；喬寶泰，中華民國憲法與五五憲草之比較研究（上），頁73以下，1978年。

草」為藍本，經過一九四〇年「國民參政會憲政期成會」提出修正案，及一九四三年「憲政實施協進會」提出修正意見，由政治協商會議於一九四六年擬定修改憲草十二項原則及「政協憲草」後，同年由國民大會完成制憲²⁹。上述「五五憲草」、「國民參政會憲政期成會五五憲草修正案」、「政治協商會議憲草修改原則」、「政協憲草」中雖均無國民參與審判制度之相關規定，但一九四四年五月提出之「國民參政會憲政實施協進會對五五憲法草案之意見」共計三十二點中，第十四點即述及「陪審制度應否採行，不必列入憲法。」³⁰顯見在現行憲法的制定過程中，「陪審制度」應否入憲，確實曾經成為討論的對象³¹，而所謂「陪審制度應否採行，『不必』列入憲法」，從文義來看，顯非制憲者不希望司法制度中出現陪審制度，而是制憲者於制憲時雖然有考量到陪審制度，但基於種種考量（諸如經費、國情等），不願將此等制度拉高到憲法層次「入憲」，足認我國憲法對於國民參與審判制度係採取「有意的忽略」之態度。

至於我國立憲前所討論之國民參與審判制度，雖幾乎均侷限於「陪審制」，但此應與陪審制較為論者所知悉、且與民主政治有較強烈的關聯性有關，並非意謂同為國民參與審判制度的參審制，即不在制憲者「有意的忽略」之範圍內，併此敘明。

²⁹ 雷震原著、薛化元主編，中華民國制憲史——制憲的歷史軌跡（1912-1945），頁78、116，2009年。

³⁰ 國民大會秘書處編，同註28，頁275。

³¹ 例如1943年11月12日，憲政實施協進會第1次全體會議中，擔任該會委員的王雲五（1888年至1979年）提出「請提前實行陪審制度」案，並經決議送請政府注意。參見香港大公報，百年歷史頭條及社評，網址：http://www.takungpao.com.hk/history/history_news.asp?news_id=138262，最後瀏覽日：2012年8月5日。

四、國民主權原理可否逕自作為國民參與刑事審判制度的合憲性依據？

我國憲法第二條規定：「中華民國的主權屬於國民全體。」此即主權在民、國民主權之原理，而與我國乃民有、民治、民享之民主共和國（憲法第一條）的基本理念，相互呼應³²。在界定憲法對於國民參與刑事審判制度採取何種態度時，同為民主國家、於憲法中明確昭示國民主權的日本³³，即有論者以此種「國民主權」的角度出發，認為刑事審判應以貫徹國民主權原理為最重要的目標，但現行的刑事審判，乃由職業法官代替國民行使審判權，故僅能認為是代議式民主或間接民主，當代議式民主或間接民主無法符合國民主權的要求時，即應以「直接民主」行之，刑事審判的情形亦無不同，故國民參與刑事審判制度，應理解為「國民主權的貫徹」³⁴。執此說的論者，在面對國民參與刑事審判制度與憲法的關係時，大致約有以下兩種主張：

(一)基於國民主權，國家有義務一定要引進國民參與審判制度，否則即屬違憲

持此說之論者認為唯有引進國民參與刑事審判，才能算是符合國民主權的要求，故凡屬民主國家，為了彰顯國民主權，當然有義務要引進國民參與刑事審判制度，甚至不僅是刑事審判，所有司法權的行使，包括民事訴訟、行政訴訟，都有義務要讓國民參與，才

³² 陳新民，同註26，頁74。

³³ 日本國憲法第1條規定：「天皇為日本國之象徵，亦為日本國民統合之象徵，其地位乃基於擁有主權之日本國民之總意。」

³⁴ 鯨越溢弘，刑事司法と市民参加，載：刑事司法改革と刑事訴訟法（上卷），頁98，2007年。

符合民主國家的要求。此即法國政治學家托克維爾（Alexis de Tocqueville）所指：「（陪審制）應該看成是國民主權的一種型態，當人民的主權被放棄時，陪審制也就應該完全被排斥。」³⁵

然而，此一見解將國民主權的「實現方式」做了過度狹隘的界定，使其說服力連帶受到考驗。首先，縱然以「國民主權的實現」來理解國民參與刑事審判制度，但基於現實（經費、訴訟經濟）考量，實際上亦不可能讓所有刑事審判均進行國民參與刑事審判，面對此種現實，論者若謂國民參與刑事審判只要象徵性的出現在部分刑事案件中即可，等於是說國民主權只要象徵性地在部分治權中實現即可，與此說原本的大義凜然、不可妥協即形成強烈對比；其次，民主國家中所有國家權力雖然都來自國民的授權，但並非所有國家權力的行使，都必須要有國民的「直接參與」才能合憲，「間接影響」的情形亦所在多有，此種情形在立法、行政領域中均不乏其例。故日本學者即有認為縱使是從「國民主權」的角度來界定國民參與刑事審判制度，也不等於該制度就是憲法上一定要採行的制度，仍然是「憲法政策判斷」後可以自行決定要不要採行的制度³⁶。換言之，在民主國家，基於國民主權原理，司法審判雖然一定要獲得國民的支持、授權才能存續，但並不是一定要有國民的直接參與才能成立³⁷。

（二）國民參與刑事審判制度既然是基於國民主權而來，乃當然合憲

持此說之論者，雖然未必主張「凡民主國家一定要引進國民參

³⁵ Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (2 vols, 1961), p. 285. 轉引自三谷太一郎，同註5，頁34。

³⁶ 土井真一，同註22，頁273。

³⁷ 羽瀨清司、井筒徑子，裁判員制度と我が国の刑事司法の展望，載：小林充、佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（下卷），頁460，2006年。

與刑事審判制度」，但一旦引進國民參與刑事審判制度後，由於此乃國民主權在刑事審判中的具體實現，亦即國民係基於國民主權原理而參與審判，而為最民主的司法制度，故在合憲性的問題上，乃當然合憲，而無任何違憲之虞³⁸。

倘依此說論點，既然基於國民主權原理而讓國民參與審判即屬當然合憲，自無再逐一檢討憲法上相關條文（如憲法第八條、第十六條、第八十條、第八十一條）及具體制度內容，以確認國民參與刑事審判制度之合憲性的必要。但合憲性的問題似非如此簡單，「基於國民主權原理而讓國民參與審判」有無條件上的限制？是否任何形式之國民參與刑事審判制度均包含在內？主張此說的論者，顯然亦不可能一概給予肯定的答案。

實則本於國民主權原理所生的制度，其範圍極為廣泛、種類亦極為多樣，但任何制度，縱使宣稱是本於國民主權原理而生，如果要通過「合憲與否」的檢驗，絕不是只要高喊「國民主權」即可輕易過關的，蓋「國民主權」雖然是民主國家權力來源的正當性基礎，卻不是民主國家中所有制度的正當化依據，一個制度是否合憲，除了應該先界定憲法對於此制度的基本態度或要求，接下來還應該要將制度內容逐一與憲法中的要求進行比對，而「國民主權」在這些檢驗中是使不上力的³⁹。簡單地說，「國民主權」只是國家權力的本源，接下來國家的權力就會進行分化、精緻化，亦即「國

³⁸ 木村龜二，同註6，頁53；日本弁護士連合会「国民の司法参加」に関する意見，司法制度改革審議会第30回配付資料，別紙3，2000年9月12日，網址：<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai30/30bessi5.html>，最後瀏覽日：2012年10月2日；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，11期，頁271、277，2012年1月。

³⁹ 相同見解，參見大石和彥，「国民の司法参加」をめぐる憲法問題，白鷗法学，18号，頁137，2001年11月。

民主權」之後，還有「權力分立」；以司法而言，司法有其固有使命，憲法的功能在於使這些固有使命能夠被達成，而國民參與刑事審判制度是否合憲，即在於能否與司法固有的使命調和而不生矛盾、衝突，一味高喊國民主權、忽視制度對於司法固有使命的傷害，這樣的國民參與刑事審判制度，一樣無法通過合憲性的檢驗。

五、小 結

從憲法條文明確規定法院之組成授權予法律制定，以及上述制憲史的觀察，固然可以得出憲法對於國民參與審判制度採取「有意忽略」的態度，亦即不採行任何國民參與審判制度雖無不可，但反面觀之，憲法亦不排斥出現國民參與審判制度。

然而，若謂任何形式的國民參與審判制度，只要是由法律制定，就沒有違憲之虞，則似嫌過度樂觀。故至多僅能謂憲法對於司法制度的基本態度，是授權法律決定，但仍有一些重要的憲政原理，是國民參與審判制度之法律所不能違背的。

申言之，憲法縱使未排斥由非職業法官之一般國民參與刑事審判，惟現行憲法本於「司法權建制之憲政原理」、「正當法律程序」，就司法制度的內涵，仍有其一定之要求，其中包含保障法官之獨立性（憲法第八十條）、保障人民之訴訟權利（憲法第八條、第十六條）、獨立公正的審判機關與程序等在內（司法院釋字第四三六號解釋文參照），故並非任何內容、形式之審判制度，均無違憲之虞。亦即「憲法之沉默」雖可給予國民參與審判制度存在之空間，但仍不能得出憲法對於審判制度「空白委任」，由法律「恣意」定之的結論⁴⁰，倘審判制度之具體內容業已侵犯法官之獨立性、正當法律程序、刑事被告之訴訟權利時，則仍有違憲之可能。

⁴⁰ 田口守一，參審制度の憲法論，現代刑事法，27号，頁31，2001年7月。

故即令就「憲法的沉默是否代表憲法的拒絕」此一問題，在解釋我國憲法後，可以先採取否定之態度，亦即可以容許立法機關進行國民參與審判制度的立法行為，然仍應進一步詳細探究憲法對於司法權作用之要求、亦即立法時必須遵守的底線為何。

前述日本最高裁判所二〇一一年十一月十六日號大法廷判決針對該國之憲法沉默，首先陳明：「憲法上，於刑事審判時，是否容許國民參與司法此一與刑事司法的基礎有關的問題，應該要綜合憲法所採行的統治基本原理、刑事審判的各項原則、包含憲法制定當時的歷史狀況在內的憲法制定經緯，以及憲法相關規定之文理進行檢討以資判斷。」而在透過世界各國立法例、日本憲法制訂經過，以及日本憲法之相關規定等檢驗，確認憲法並不排斥國民參與刑事審判制度後，即緊接表示：「因此，若國民參與司法，與為了實現適正的刑事審判的各項原則間能夠充分調和，憲法在解釋上，即無禁止國民參與司法之理，故國民參與司法的合憲性，應取決於具體設計的制度，與為了實現適正的刑事審判的各項原則之間有無抵觸。換言之，一般而言，憲法允許國民參與司法，但若採行國民參與審判制度，唯有上述各項原則獲得確保，包含陪審制或參審制在內，始可解為其內容可委諸立法政策決定。」即同此旨。

肆、法官身分保障與國民刑事參與審判制度的關係

一、身分保障規定的射程範圍

我國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。」上開條文中關於法官之任期、薪俸與身分保障之規定，對於暫時性參與審判之一般國民而言，本質上並無適用之可能。以此

觀察，制憲者既然明文規定法官之任期、薪俸與身分保障，似乎隱含了要「完全」由具備身分保障的法官進行審判之意，是以讓欠缺上述保障之一般國民參與審判，即不符合制憲者原本的設計。與我國憲法上述規定有相似規定之日本，即有學者認為既然憲法僅規定「法官」，而對於國民參審制度未為任何規定，亦即有將審判排他地、完全僅交由法官處理，而不容許國民參審制度存在之意⁴¹。

惟按憲法上有關法官任期、薪資與身分保障之規定，實係僅針對職業法官而設計，亦即以法官作為長期性、固定性工作之人而設計。考所以需有上開保障，誠如美國開國元勳漢彌爾頓（Alexander Hamilton，一七五七年至一八〇四年）在*The Federalist Papers*（一七八八年）中所言，支配某人生活之糧者，即可支配該人之意志⁴²，若有外力得以輕易危及法官作為生活憑藉之職業或薪俸，恐將影響其裁判之內容，因此，必須保障職業法官之身分與報酬，以維繫其公正性；固然，即使未設有上開保障，法官亦理應秉持良心、公正地執行審判工作，但所謂值得信賴的裁判，不僅係指其裁判實質內容之客觀公正，亦兼含其「外觀」，誠如英國法諺所言：「公正不僅是應該被達成，還應該被看到其達成。（Justice must not be done; it must be seen to be done.）」換言之，於憲法中明文給予職業法官上開保障，亦具有對外公開宣示：「職業法官不致屈服於對於其身分或薪資可能行使權限或影響力之政治部門或司法行政部門之壓力」的意義，亦即從「外觀」塑造其獨立性、公正性；相對於此，本屬於一般國民，非以法官為其職業，僅因個別案

⁴¹ 西野喜一，*日本國憲法と裁判員制度（上）*，判例時報，1874号，頁5，2005年1月；陳新民，同註26，頁711。

⁴² 長谷部恭男，於「裁判員制度と日本國憲法」座談會中發言，判例タイムズ，1146号，頁11，2004年6月。

件之需要，一時性參與審判，於案件審理結束或短暫之任期結束後即回歸為一般國民身分者，固非能完全排除其參與審判期間遭受外界壓力或意思支配之可能，但既非以法官為業、又無薪俸，究與職業法官之前提不同⁴³，故給予參與審判之一般國民身分或薪資保障，顯無必要。進而言之，上開針對職業法官所設之身分、薪資保障之憲法條文，既係為彰顯「職業」法官之獨立性、公正性而設，自不能以此作為憲法排斥一般國民參與審判的論證依據⁴⁴。

以下再舉我國法制現狀以說明之。首先，司法院大法官依憲法第七十八條、第七十九條第二項規定，掌理「解釋憲法，及統一解釋法律及命令」，性質上自亦為憲法第八十條規定之法官（釋字第601號解釋參照），惟依司法院組織法第四條規定，大法官除了得由資深職業法官出任外，亦容許其他原來不具職業法官身分之人（如曾任立法委員、大學主要法律科目教授等）出任；且雖然大法官在任期中應受憲法第八十一條等規定之保障（釋字第601號解釋參照），但大法官為任期制（憲法增修條文第五條第二項、司法院組織法第五條）而非終身職，除資深職業法官轉任者外，無例外地於任期屆滿後即喪失法官身分，此與憲法第八十一條開宗明義規定「法官為終身職」有明顯歧異，但終究不能執此否定大法官亦為憲法上的法官。以此觀之，憲法第八十條（法官獨立性）與第八十

⁴³ 同前註，頁11。

⁴⁴ 參見平良木登規男，同註23，頁9；蘇永欽，參審制度有無違憲之研究，律師通訊，113期，頁22，1989年2月；土井真一，同註22，頁262。以此觀之，雖然司法院釋字第162號解釋、第539號解釋均將憲法第80條之獨立性要求與第81條之身分保障合併觀察，強調第81條對於第80條之功能性意義，惟該二解釋之對象均為職業法官（行政法院評事、公務員懲戒委員會委員、免兼庭長之法官等），自不能執此謂憲法第81條之身分保障乃擔任審判工作者之前提要件。

一條（法官身分保障）間，並無想像中緊密的連結關係存在。

同樣的情形，也出現在最基層的候補、試署法官身上，蓋憲法第八十一條雖規定：「法官為終身職。」然而，法官法第九條第六項規定：「對於候補法官、試署法官，應考核其服務成績；候補、試暑期滿時，應陳報司法院送請司法院人事審議委員會審查。審查及格者，予以試署、實授；不及格者，應於二年內再予考核，報請審查，仍不及格時，停止其候補、試署並予以解職。」另司法人員人事條例第十條第四項規定：「前三項候補、試暑期滿時，應分別陳報司法院或法務部審查其品德操守、敬業精神及裁判或相關書類。候補審查及格者，予以試署，不及格者，延長其候補期間一年；試署審查及格者，予以實授，不及格者，延長其試署期間六個月；候補、試署因不及格而延長者，經再予審查，仍不及格者，停止其候補、試署，並予解職。」故候補、試署法官必須經過成績考察始能取得實任法官資格，且可能因為候補、試署成績不及格而遭解職（免職），亦與憲法第八十一條：「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。」的規定明顯有間，但即令如此，事實上目前候補、試署法官所從事的工作，與實任法官並無不同，亦不能謂候補、試署法官即非憲法意義上的法官。

大法官會議就律師懲戒委員會之定位，也可以佐證上述論點。依律師法第四十一條、第四十三條規定，律師懲戒機關共有二個階層的組織，第一層為「律師懲戒委員會」，對於此委員會決議不服者，得向第二層之「律師懲戒覆審委員會」請求覆審，其中「律師懲戒委員會」係由高等法院法官3人、高等法院檢察署檢察官1人、律師5人，共9人組成，而「律師懲戒覆審委員會」則係由最高法院法官4人、最高法院檢察署檢察官2人、律師5人、學者2人共13人組成，前述二個委員會中的律師、學者，均非受有身分保障之人（至檢察官雖享有身分保障，但非審判意義上的法官），若謂唯有純由

具備身分保障之職業法官構成者始能稱為法院，則上述「律師懲戒委員會」、「律師懲戒覆審委員會」，似均不能稱為法院。對此，司法院釋字第三七八號解釋認為：「依律師法第四十一條及第四十三條所設之律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會，性質上相當於設在高等法院及最高法院之初審與終審職業懲戒法庭，與會計師懲戒委員會等其他專門職業人員懲戒組織係隸屬於行政機關者不同。律師懲戒覆審委員會之決議即屬法院之終審裁判，並非行政處分或訴願決定，自不得再行提起行政爭訟。」亦即縱令完全沒有身分保障之人，亦非不得組成憲法意義上之法院。該號解釋理由書中更明指：「所謂法院，固係指由法官所組成之審判機關而言，惟若因事件性質在司法機關之中設置由法官與專業人員共同參與審理之法庭或類似組織，而其成員均屬獨立行使職權不受任何干涉，且審理程序所適用之法則，亦與法院訴訟程序所適用者類同，則應認其與法院相當。人民依法律之規定就其爭議事項，接受此等法庭或類似組織之審理，即難謂憲法上之訴訟權遭受侵害。」明確認為法官與專業人員共同參與審理，且符合一定條件者，仍屬憲法上的法院，雖然本號解釋似乎是僅為專家參審、職業懲戒法庭等專業法庭「解套」而為，但不妨基此解為，凡因「事件性質」需要，亦可容許職業法官與非職業法官在符合獨立性制度保障與正當法律程序等要求下，組成合議庭共同審判，而所謂非職業法官，自包含一般國民在內。

同樣地，軍事審判法修正前軍事審判法庭之定位，也可以作為佐證之用。我國軍事審判法自一九五六年施行至一九九九年修正為止，均採行「軍官參審制」，修正前軍事審判法第十三條第三項規定：「本法稱審判官者，謂軍事審判官及軍官參與審判者。」亦即雖無軍事審判法所定軍法官身分、任職於軍事審判機關擔任軍事審判官職務者，但只要具備軍官身分，即得參與軍事審判之初審審判

（覆判庭只有在提審或蒞審時，始採軍官參審，修正前同法第三十七條參照），又修正前同法第三十四條規定：「合議審判庭審理現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪者，其審判官以軍事審判官及軍官充任之，除審判長外，軍官之人數不得超過二分之一。前項規定參與審判之軍官，對於被告犯罪事實涉及專門技術之案件，應具有該項技術之專長。」第三十二條第一項規定：「合議審判之軍事法庭，以階高、資深者為審判長。由軍官充任之審判長，其階級不得低於被告。」換言之，若審判長由參審軍官而非軍法官任之時，參審軍官之人數可能超過合議審判庭的二分之一，而審判案件若無涉專門技術時，參審軍官之資格即無任何限制。

此一制度，係立於軍事審判權係統帥權的具體運用，而非司法權之一部分來立論，其後司法院釋字第四三六號解釋，改採國家刑罰權之概念以詮釋軍事審判權，要求行使軍事審判權時應符合正當法律程序、司法權建制之憲政原理及比例原則，並基此宣告軍事審判法之相關上訴救濟制度違憲，但針對前述軍官參審制有無違憲的問題，該號解釋僅表示：「為貫徹審判獨立原則，關於軍事審判之審檢分立、參與審判軍官之選任標準及軍法官之身分保障等事項，亦應一併檢討改進，併此指明。」亦即雖然要求落實軍法官之身分保障，但對於同樣參與審判，甚至人數可能多於軍法官、並膺任審判長之參審軍官，則未一併要求需有「身分保障」，其後行政院因應本號解釋而提出之軍事審判法修正草案，其中軍官參審制雖因立法院反對而消失，但上述釋字第四三六號解釋仍然明確地告訴我們，即使讓不具身分保障的人參與刑事審判，並不會當然造成違憲的效果。

由上討論可知，憲法所以賦予職業法官高度的身分保障，乃為了確保職業法官的獨立性與公正性，但身分保障的強度，並非不能視實際的需要（如前述大法官、候補、試署法官）而予以調整；甚

至對於暫時性擔任審判工作之人，亦可完全不給予任何身分保障而使其參與審判，均足以印證身分保障僅係針對職業法官而設，而非任何擔任審判工作之人均需具備的前提要件。

二、身分保障規定所隱含的憲政原理

即使身分保障是為了維繫職業法官的獨立性、公正性而設，不能以此推論憲法完全排斥非職業法官之一般國民參與審判。但我國憲法特別規定「職業法官」之「身分保障」，除了確保職業法官之獨立性與公正性（重點在「身分保障」）外，本文認為另有「司法權建制之憲政原理」存在（此時重點在於「職業法官」）。申言之，所以給予職業法官身分保障，實乃因制憲者對於職業法官之存在與功能有所期待，前開大法官解釋中，即使律師懲戒委員會、修正前軍事審判法庭均允許不具身分保障的非職業法官參與審判，但仍然「同步」維持了職業法官的參與，更臻明確。姑且不論職業法官身分保障的強度是否需要與憲法第八十一條等量齊觀（如前述大法官、候補、試署法官之身分保障強度即低於憲法要求），但至少在此建制之下，吾人實可斷言，具備身分保障之職業法官，乃各級法院（審判意義上的、狹義的法院）當然的構成員。

為何司法權建制之憲政原理中要求職業法官為法院的當然構成員呢？本文認為，此涉及了審判制度演進過程中對於「專業」的高度要求。蓋人類社會經過數千年的演進，及至今日，民主國家咸認「三權分立」之必要性，且行政權應受到立法權的監督，立法權應受到憲法之制約，而司法權則追求專業化、獨立化與公平性，以在具體個案中實現立法機關制定之法律。為達成上開使命，審判者必須以由立法機關制訂、事前存在、抽象而客觀之「法律」為判斷解決紛爭之唯一標準，且隨著時代演進，實體法律愈趨完備，審判者亦更需具備解釋適用法律所需之專業知識，以及對於法律之遵從

感，以之形塑司法之「正統性」(Legitimacy)。

相較於一般國民，職業法官往往具備一個重要特質，即「在具體個案中解釋、適用抽象法律之專業能力」，固然，職業法官未必當然等同於專業法官，專業法官也未必即需以審判為唯一職業，但既然給予職業法官如此豐厚的身分保障，除了確保其公正性之外，當然更蘊含有專業性之要求存在，故吾人仍能謂職業法官往往即為具備審判所需專業之人，至少與從一般國民中產生之陪審員或參審員相較，絕大多數情形下，職業法官在解釋、適用法律方面的專業能力，均遠較一般國民來得優良。而此等審判所需之專業，即為形塑司法正統性不可或缺的因素。

綜上所述，即使有關法官之身分保障僅係為了確保職業法官之公正性而設，不適用於暫時性擔任審判職務之一般國民，從而不能以憲法上法官身分保障之條文，據為憲法否定國民參與審判制度之依據。但反面觀之，從憲法所以特別給予職業法官身分保障，也可推論出：由於憲法重視職業法官具備適用法律的專業，始特別給予身分保障，而給予渠等身分保障，即是為了審判時有渠等的「實質參與」，故職業法官解釋、適用法律的專業，係現代司法制度所不可或缺的要素⁴⁵，在我國憲法存有法官身分保障規定之前提下，任

⁴⁵ 佐藤榮治等，司法制度改革，「國民的基盤の確立」部分井上正仁之發言，頁339，2002年。德國學者Christian Hillgruber亦認為：「獨立性是身為法官的法律效果，而非其前提要件，同樣地，中立性與法院程序原則的遵守並非法官地位的要件，毋寧是行使司法權之法官應遵守的要件，從權力分立的角度來看，得以行使審判權之法官的要素主要是：相較於其他權力部門具有組織法上的獨立性；最後，具備法律專業知能(Rechtsgelehrtheit)雖然不是所有『法官』都必須具備的要件，因為作為德國法院組織法制的傳統制度，基本法實際上默認參審法官(Laienrichter)的存在，然而，司法權的行使原則上仍應遵循法學方法，將立法者制定的一般抽象法規範圍適用於特定具體的個案上，此種方法的操作以具備一定的法律專業知能為前提，因此，參審法官通

何國民參與審判制度，均必須使職業法官成為法院之基本且必要之構成要素，始能謂為合憲。

從司法院釋字第二九五號解釋（一九九二年三月二十七日解釋）中，亦可窺知類似的思維。會計師法於二〇〇七年十二月二十六日修正前，關於會計師懲戒委員會及會計師懲戒覆審委員會之組成，僅於修正前第四十五條規定：「會計師懲戒委員會及會計師懲戒覆審委員會之組織及程序，由中央主管機關擬訂，報請行政院核定之。」而依當時有效之「會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會組織及審議規則」第二條規定：「會計師懲戒委員會（以下簡稱懲戒委員會）設委員9人，由財政部部長指派5人，函請行政院主計處指派主計官1人，審計部指派審計1人，法務部指派參事1人及經濟部指派商業司司長為委員，並於部派委員中指定一人為主任委員。」第十九條規定：「覆審委員會置委員7人，由財政部部長指派3人，函請最高法院指派庭長或推事1人，最高法院檢察署指派檢察官1人，行政院主計處指派副主計長及審計部指派副審計長為委員，由財政部次長為主任委員。」亦即除了覆審委員會中有1名職業法官外，懲戒委員會全體委員及懲戒覆審委員會其他委員中，均無職業法官。職此，釋字第二九五號解釋即謂：「財政部依會計師法規定，設置會計師懲戒委員會及懲戒覆審委員會。會計師懲戒委員會因財政部交付懲戒而對會計師所為懲戒決議，係行政處分，被懲戒之會計師有所不服，對之聲請覆審，實質上與訴願相當。會計師懲戒覆審委員會所為覆審決議，相當於最終之訴願決定，無須再對之提起訴願、再訴願。依上開說明，被懲戒人如因該項決議違法，認

常只是具有法律專業知能之專職法官（Berufsrichter）的陪席（Beisitzer），而非自為決定」，見Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2007, Lfg. 51, Art 92 Rn. 66-69，轉引自陳愛娥，人民參與審判之憲法爭議，司法院研議人民觀審制度系列專題演講，2011年。

為損害其權利者，應許其逕行提起行政訴訟，以符憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨。」亦即明認懲戒委員會及懲戒覆審委員會並非憲法意義上之法院，相較於前述釋字第三七八號解釋認為律師懲戒覆審委員會之決議即屬法院之終審裁判，顯有明顯之歧異，本文認為其緣由，並非僅止於律師懲戒覆審委員會與會計師懲戒覆審委員會之「隸屬機關」或「適用程序」不同而已⁴⁶，最主要的原因，乃是否有法院必須具備的基本構成員——職業法官之實質參與⁴⁷，換言之，若缺少職業法官之實質參與，即不能稱為憲法意義的法院。

伍、法官獨立性保障與國民刑事參審制度之關係

一、法官獨立性的定義

我國憲法第八十條規定：「法官須超出黨派之外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」此即為憲法上所規定之法官獨立性原則。司法院釋字第五三〇號解釋亦謂：「憲法第80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，明文揭示法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉；法官之身分或職位不因審判之結果而受影響；法官唯本良知，依據法律獨立行使審判職權。審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要

⁴⁶ 依司法院釋字第378號解釋意旨，是否設於司法機關之中？審理程序所適用之法則，是否與法院訴訟程序所適用者類同？亦為會計師懲戒委員會與律師懲戒委員會定性不同之依據。

⁴⁷ 本文認為所以不能承認會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會係憲法意義上之法院，還有一個原因，即當時有效之會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會組織及審議規則僅為行政命令，卻得以規範該二委員會之委員組成，亦不無可能違反法定法官原則，併此敘明。

原則。」

近代（十八世紀）以來司法權的重要原則之一，即為司法權之獨立，亦即審判不受政治上壓力等外部壓力之干涉，必須徹底地基於法律、嚴正且公平地進行。蓋國家所行之審判，對於受審判國民之權利將產生重大影響，若因外部壓力而產生不公正之審判，將對於國民之合法權利產生顯著侵害，進而使國民對司法權的正當性產生質疑。故司法權之獨立，與司法之高度專業化相同，均有助於確保公正而妥適的審判，維護人民的訴訟權利，並形塑司法之正當性。本此以觀，法官獨立性之保障不妨視為確保公正而妥適的審判、保障人民訴訟權利的手段，而前述法官之身分保障，則更僅為保障職業法官獨立性的手段，甚至法官獨立性保障亦非終局的價值，而有其手段規範上的意義⁴⁸。

又所謂司法權之獨立，具有兩個層次的意義，亦即個別法官職權上之獨立（即我國憲法第八十條所規範者），及法院組織獨立於其他國家機關以外之獨立（亦即所謂司法機關之獨立，又稱為廣義的司法權獨立，即釋字第五三〇號解釋所指：「為實現審判獨立，司法機關應有其自主性」）。

所謂司法機關之獨立（廣義的司法權獨立），即將「司法行政權」委諸法院行之，蓋若將法官之人事行政、法院之內部規則等維持司法權運作所必要之行政事務，另交由法院以外之國家機關行使，則該機關即有可能藉此對於審判施加壓力、進行干涉⁴⁹，故司法機關之獨立，其目的仍是在於保障審判之獨立，亦即法官職權上之獨立，故法官職權上之獨立，顯係司法權獨立之核心。

⁴⁸ 蘇永欽，同註19，頁80。

⁴⁹ 日本學者就該國憲法中司法獨立，亦採相同解釋，參見浦部法穂、大久保史郎等著，現代憲法講義1講義編，頁246，1997年2版。

而所謂法官職權上之獨立，則係要求法官不受法律以外因素之拘束、干涉，僅依循法律進行審判之意。甚至當法官個人之宗教上、倫理上、政治上意見或信念（即法官個人主觀之良心）與作為法官時應具備之「良心」（即作為法官之客觀良心）衝突時，基於法官職權上之獨立性，亦應將個人之宗教上、倫理上、政治上意見或信念斷然拋棄。蓋法律之解釋並非僅止於本質性的理論認知，更有實踐性的價值判斷，換言之，法律固然無法為絕對客觀的解釋，而僅係比較性、相對性的客觀，但正因仍有其客觀性存在，故法官面對法律解釋時，若率以其個人之宗教上、倫理上、政治上之意見或信念進行解釋，置「作為法官客觀之良心」於不顧，則已屬於悖離法律之解釋。例如，法官基於個人宗教信仰之信念反對死刑，因此凡下級審所為之死刑判決，不問情節均一律撤銷，或法官基於個人倫理上之信念反對離婚，故凡訴請離婚者一律駁回，甚或法官認同一夫多妻制，因此重婚行為人均宣判無罪等，此均為不能容許存在之法律解釋，故日本憲法學者認為：法官於解釋法律之際，必須努力掙脫個人之主觀上信念或意見，以求對於法律之客觀上意義為公正之理解⁵⁰。

綜上所述，法官所以受獨立判斷之保障，即係為了能夠在審判的場合忠實地「重現」憲法與法律之規範內容，在此情形下，包含法官自身在內、任何人之個人意願均不能介入其中，亦即以依法審判之「法治主義」作為依歸，排除「人的支配」⁵¹，以此觀之，法官之獨立，亦不可解釋為「獨立自主」，而係受到法律規範強烈拘束之一體兩面⁵²。簡言之，法官獨立之真正目的，就是在確保「依

⁵⁰ 宮澤俊義、芦部信喜，全訂日本國憲法，頁605，1979年2版。

⁵¹ 大石和彥，同註39，頁139。

⁵² 棟居快行，陪審制の憲法問題——司法權の獨立を中心として，成城法學，61

據法律審判」，就此，本文將進一步剖析之。

二、法官獨立性的界限

(一)參與審判之國民是否為憲法意義上的法官

司法院釋字第三九二號解釋文謂：「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，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。」又釋字第六三九號解釋文謂：「憲法第8條所定之法院，包括依法獨立行使審判權之法官。」上二段文字，係指法院為法官之聚合，所謂法官，則係指「具備獨立性保障、有審判權之法官」，但何謂「法官」，仍必須有更明確的定義。具有身分保障之職業法官，係屬憲法意義上之法官，自不待言，除此之外，如果非職業法官之其他任何人，都可被視為憲法意義上的法官，亦即其地位與職業法官相同，則讓一般國民參與職業法官之審判，與完全由職業法官組成合議庭，並無不同，自無問題；但如果一般國民並不能被視為憲法意義上的法官，卻與職業法官一起審判，甚而要求職業法官受其意見之拘束、干涉，即可能產生侵犯職業法官獨立性的問題。

德國參審制之下的參審員被稱為名譽職法官（榮譽法官、Ehrenamtliche Richter）、義大利參審制之下的參審員則被稱為市民法官（giudice popolare），故直接將參與審判的國民亦稱為法官，似乎即可解決問題。亦即若將參與審判的一般國民亦定位成憲法意義上的法官時，合議庭的所有法官（包括職業法官與被視為「業餘（素人）法官」的一般國民）各自獨立行使職權，與一般由職業法官組成的合議庭並無不同，當然也就不會產生侵害法官獨立的違憲

号，頁53，2000年3月。

問題⁵³。

對此，日本憲法大家美濃部達吉於其所著「改訂第五版憲法撮要（1932）」一書中稱：戰前日本憲法第二十四條（內容為：「日本臣民享有之受依法律所定『法官』審判之權利不受剝奪」）中所指「法官」並不以官吏為限，故陪審團之結論即使會拘束法官，亦不致違反憲法⁵⁴。以此觀之，似乎可以將參與審判的國民視為實質意義上的法官⁵⁵。但此一解釋似嫌推論過於簡單，換言之，參與審判的一般國民真的可以直接視為「憲法上的法官」嗎？

從我國現行憲法的規定來觀察，憲法中提到「法官」兩字的條文，僅有憲法第八十條及第八十一條，而這兩條雖然是針對「法官」的保障或誡命而規定，但似乎亦可作為反推「憲法意義上法官定義」的根據。但這兩條所推導出來的法官定義卻並不相同，如果從憲法第八十條來看，凡是超出黨派之外、依據法律獨立審判、不受任何干涉的人，就符合憲法定義上的法官，但從憲法第八十一條來看，則必須是受有終身職、職務、薪俸保障的人，才符合憲法定義上的法官。針對運用憲法第八十條、第八十一條來反推法官定義所生的上述歧異，司法院釋字第十三號解釋雖謂：「憲法第八十一條所稱之法官，係指同法第八十條之法官而言（下略）。」似乎有意將兩條文中之法官作同一的理解，但本文認為，此號解釋的主體

⁵³ 常本照樹，司法權——權力性と国民参加，公法研究，57号，頁75，1995年10月；常木照樹，國民の司法参加と憲法，ジュリスト，1198号，頁163，2001年4月。

⁵⁴ 長谷部恭男，同註42，頁6。日本戰前曾實行陪審制，但當時之陪審法第95條規定：「法院認為陪審之答申為不當之時，不問訴訟進行至何程度，得以裁定將該案件更付其他陪審評議。」完全否定陪審團答申（評議結論）對於法官之拘束力。

⁵⁵ 奧村文男，裁判員制度の批判的考察，憲法論叢，11号，頁7，2004年12月。

乃是法官身分保障（憲法第八十一條）之適用範圍，解釋文只是將憲法第八十條（法官獨立性保障、廣義之法官）作為憲法第八十一條（狹義之法官）的前提要件而已，釋字第十三號解釋所指憲法第八十條與第八十一條之法官，其範圍仍不相同。

對此，學者有主張憲法第八十一條是僅針對職業法官的規定，憲法第八十條才是憲法定義上法官的依據，換言之，參與審判的國民，既係以審判為任務，只要能夠超出黨派之外、依據法律獨立審判而不受任何干涉，就可以認為是憲法上意義的法官⁵⁶。誠然，憲法第八十一條所指的法官，乃是以組織法上的法官，亦即職業法官為限，已經本文析論如前，故憲法第八十一條並不適於作為憲法意義上法官之標準，換言之，所謂憲法意義上的法官，並不以曾否接受特別之考試或訓練、具有任官資格、受到身分保障等等組織法上的標準為據⁵⁷。但如果執此觀點，直接跳入「任何人均能成為憲法意義上的法官」的結論，則似嫌推論過度，反而有一種「以實然為應然」（誰審判誰就是法官、誰被稱呼為法官誰就是法官）的感覺。同理，如果任何人，只要具備超出黨派之外、獨立審判而不受任何干涉的保障，即可以成為憲法上意義的「法官」，似乎也過於樂觀看待憲法對於法官的要求。

本文以為，雖然憲法第八十條法官獨立性保障的最主要意旨，乃是在權力分立之原則下，昭示司法權的作用，以及法官的職責（司法院釋字第三七一號解釋參照），但亦可從此規定中，尋找憲法意義上法官的根據。其觀察之重點，乃在於其中的「依據法律審

⁵⁶ 蘇永欽，同註44，頁22。相同見解，見林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第三冊），頁111，1982年修訂初版，且林氏對於憲法第81條之「法官」定義，亦界定為「負審判之責之法官」，見林紀東，同註，頁125。

⁵⁷ 日本學者就該國憲法有採相同見解者，參見香城敏磨，裁判員制度の合憲性，現代刑事法，61号，頁26，2004年5月。

判」。蓋憲法第八十條規定法官須「超出黨派之外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，此一規定既是對於法官的保障（即釋字第三七一號解釋所指之「司法權的作用」），也是對於法官的誠命（同解釋所指「法官之職責」），上述「超出黨派之外」、「依據法律審判」、「獨立審判，不受任何干涉」等保障與誠命，實可以進一步區分為二類，其中一類，乃是吾人所熟悉之「法官獨立」，亦即憲法第八十條中「超出黨派之外，獨立審判，不受任何干涉」等規定，此等規定若作為對於法官之誠命來看待，實屬任何人均可能達成，而非僅有職業法官始能成就之要求，亦即屬於較為「形式性」之要求。然而，「依據法律審判」，則與上述誠命之性質不同，蓋要達成此一誠命，除了必須要有遵從法律之意願（良心）之外，更必須有依據法律審判之能力，亦即在具體個案中妥適解釋、適用抽象法律（包含實體法與程序法）之能力，此為普遍認為一般國民欠缺者，亦適為職業法官所具備者，故屬較為「實質性」之要求，蓋如果僅有「超出黨派之外、獨立審判而不受任何干涉」之權力分立「外觀」，而無「依據法律審判」的權力分立「實質」，司法將無法獲得為何必須獨立的正當性基礎，法官亦失去何以能被稱為法官之正當性基礎。因此，本文雖然亦同於前述學者見解，認為憲法第八十條可以作為憲法意義上法官之定義依據，但更著重於其中「依據法律審判」之規定，換言之，我國憲法意義上之法官，不僅要能「超出黨派之外，獨立審判，不受任何干涉」，更要能「依據法律審判」，亦即能夠在具體個案中妥適解釋適用抽象法律，始屬相當⁵⁸。

⁵⁸ 學者亦有採與本文相同立場，主張憲法第80條之重點在於「依據法律審判」，而謂：「依憲法第80條，法官既須依據法律審判，審判權也必須交給有相當法學訓練而有適用法律能力的實質法官行使。」參見蘇永欽，同註

以此立論為基礎，併同前述身分保障所隱含的憲政原理之觀察，本文認為，所謂憲法意義上之法官，既非憲法第八十一條之「終身職保障」所能涵括，亦非憲法第八十條之「超出黨派之外，獨立審判，不受任何干涉」所能把握，憲法意義上之法官，其定義之範圍正好介於較狹義的憲法第八十一條、與較廣義的第八十條上述規定之間，且是吾人追尋憲法第八十條、第八十一條等規定背後隱含之憲政原理時，所發現的「最大公約數」，亦即「具備在具體個案中妥適解釋、適用抽象法律之專業能力之人」，此即為憲法意義上法官之要件。反觀從一般國民中隨機抽選而擔任審判之人，實可謂多未具備在具體個案中妥適解釋、適用抽象法律之專業，故顯非屬於憲法意義上之法官。前述釋字第三七八號解釋理由書，將構成律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會之成員，區分為法官與專業人員（最高法院檢察署檢察官、律師、學者），另釋字第四三六號解釋將軍事審判機關之成員區分為「軍法官」與「參與審判軍官」，均可視為此種見解的具體展現。此外，日本東京高等裁判所二〇一〇年針對裁判員有無違憲所為之判決⁵⁹，認為：「憲法（中略）並未禁止『法官以外之人』亦成為下級法院之構成員。」前述日本最高裁判所大法廷二〇一一年判決謂「（裁判員制度）肯認『法官』乃刑事審判的基本支柱，故憲法所定刑事審判的各項原則之確保方面，並無任何障礙困難」顯亦採取此一見解。以此觀之，參與審判之一般國民，並不是憲法意義上的法官。

然而，必須要特別指出來的是，不論是釋字第三九二號解釋文所謂：「『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。」或釋字第六三九號解釋文所謂：「憲法第八條所定之

18，頁31。

⁵⁹ 平成22年（2010年）4月22日平22（う）42號判決。

法院，『包括』依法獨立行使審判權之法官。」均僅指憲法意義上之法官必須要是法院的「構成人員」而已，並不能夠擴大解釋為「除了法官之外，不容許其他非法官之人參與審判工作」，這不僅可以從該二號大法官解釋的用語中推導出來，更可以從同院的前述釋字第四三六號解釋（軍法審判）並不排斥非憲法意義上之法官參與審判中，得到印證。

但即令如此，既然參與審判的一般國民並非憲法意義上的法官，讓非憲法意義上的法官，與憲法意義上的法官（職業法官）立於相同地位參與審判，是否會侵害該憲法意義上法官的獨立性，或是危害到法官獨立性保障背後潛在的憲法上法理，即成為爭論所在。

（二）個別法官職權獨立之內部界限

審判之核心工作，包含認定事實、解釋法律、適用法律、量刑等。就事實認定而言，由於我國不採取法定證據主義，而係採取與之相對的自由心證主義，故除了法律規定欠缺證據能力而應排除之證據外，其餘證據之證據力、乃至於事實之認定，均由法院依據經驗法則與論理法則，本於確信自由判斷⁶⁰。故在事實認定的領域，除了應該遵守證據能力相關規定、依循嚴格證明法則及確信（超越合理懷疑）心證之要求外，尚無忠實地「重現」憲法與法律規範內容之需要存在，反而是更需要審判者本於論理法則與經驗法則進行判斷。基此，前述為了在審判的場合忠實地「重現」憲法與法律之

⁶⁰ 最高法院92年度臺上字第2282號判決意旨：「刑事訴訟法就證據之證明力，採自由心證主義，由法院本於確信自由判斷，惟法院之自由判斷，亦非漫無限制，仍不得違背經驗法則及論理法則。」另刑事訴訟法第155條第1項亦規定：「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。」

規範內容（具體個案中妥適解釋、適用抽象法律），而必須加以保障之法官獨立性，在事實認定之部分，即似無如此強烈之要求。

況就事實認定所應使用之論理法則而言，長期接受法學邏輯訓練之法官，通常比一般國民為優秀，但另一個事實認定的重要基準——「經驗法則」則未必如此，故日本學者即認為，長期從事審判業務之人，對於事實認定所累積之經驗法則，與其說是「一般社會通念」，不如說是「職業通念」；反之，參與審判之一般國民即為社會上之一般人，而所謂社會通念即係社會上一般人之行動或看法，也許法官亦確有竭力瞭解職業通念以外之一般社會通念的努力，但就參審員而言，則只需捫心自問遇此情形如何看待處理即可⁶¹。故經常困擾我國實務界之「社會一般通念」，諸如義憤殺人罪之「義憤」（最高法院（下同）九十二年度臺上字第七〇〇〇號判決）、不能抗拒之程度（八十七年度臺上字第一一九七號、八十二年度臺上字第三六六九號、八十一年度臺上字第八六七號判決）、中止未遂與障礙未遂之區別（八十四年度臺上字第四四二八號判決）、公司實際負責人（七十八年度臺上字第八十九號判決）等，一般國民的見解當可符合一般社會通念、達到更合於經驗法則之結論，正如學者所言，職業法官可能因為自己是專家之故，往往容易陷於錯誤，而一般國民倘基於健全的社會常識，反而可能提出較正確的判斷⁶²。

然而，刑事審判中之事實認定，實無法完全脫離「法律解釋」之範疇。換言之，僅有法律經「解釋」後被視為犯罪構成要件者，與之相關之事實始有加以「認定」之必要（例如侵入住宅竊盜案件中，被告是否為夜間侵入住宅事關是否構成加重竊盜，而所謂「夜

⁶¹ 棟居快行，同註52，頁56。

⁶² 田口守一，同註40，頁31。

間」經解釋係指日出前、日落後，故被告侵入住宅之時間是否為日出前、日沒後始有認定之需要）；再者，刑事審判中之「法律適用」，更係將事實認定與法律解釋結合之作用，亦即將抽象的法規範具體地適用於個別案件中，亦與法律解釋有密切之關係。

故倘將事實認定、法律適用徹底切離於法律解釋之外、將事實認定、法律適用全部交由法官以外之一般國民專權審理，即使仍讓職業法官保留法律解釋的職權，但法律解釋有可能會遭架空，此際保障法官獨立性之原始目的（即維繫「依據法律審判」），即有遭受侵害之危險，進而可能造成被告受憲法保障之訴訟權利受到不當侵害。故在承認「解釋法律」為法官之專權事項後，本文認為仍不能將事實認定及「法律適用」完全交由非職業法官之人恣意為之。

為了符合上述要求，制度設計上容有各種可能的「控制方案」，例如德國參審制雖然讓法官、參審員共同進行法律解釋、事實認定與法律適用，但在許多方面（如讓法官獨有閱卷權，參審員不參與準備程序）給予法官優越於參審員的權限；日本裁判員制則將法律解釋權保留給法官獨立行使，僅將事實認定、法律適用、量刑交由法官與一般國民共同為之（裁判員法第六條），且不利於被告之評決，必須有至少1名法官贊成始能成立（裁判員法第七十六條第一項），使一般國民在協助法官進行事實認定與法律適用之同時，法官亦可確保法律解釋以及進而適用法律時之正確性⁶³，又例如美國陪審制除了要求陪審團必須遵照法官於諭示（instruction）時之法律解釋以進行事實認定及法律適用外，更允許法官以特別評決（special verdict）或附特定問題的一般評決（general verdict accompanied by answer to interrogatories）取代習用的一般評決（general verdict），以限制或控制陪審團法律適用的權限，或者法

⁶³ 笹田榮司，同註23，頁28；土井真一，同註22，頁266。

官可以在陪審團評決前，即自行做出即決判決（summary judgment）或指示陪審團做出特定之指示評決（directed verdict），甚至允許法官排除陪審團既有評決而直接做出相反判決（judgment notwithstanding the verdict, J.N.O.V.）或解散舊陪審團，重新組成陪審團再行審理（order a new trial）⁶⁴，均為維繫「法官就法律專業上獨立性」之適例。

（三）個別法官職權獨立之外部界限

法官之職權上獨立，除了在內部界限上，限於確保法律的正確解釋與適用之外，而在外部界限方面，亦非意謂只要法官自己認為此為「正確解釋與適用法律」，即可「全然不理會他人意見、聽憑個人判斷」之意。蓋法官於審判過程中，仍須廣泛聽取證言及檢察官、被告、辯護人、告訴人、被害人之意見，始能做出判斷，有時甚至需受到渠等主張之拘束；再者，法官職權上之獨立，亦非賦予個別法官「唯一且終局的決定權限」之意，基於法律規定，法院行使司法權本即伴隨有相當之制約⁶⁵。故通說認為，法官獨立並非形式上之絕對獨立⁶⁶，例如為了維持合議制運作、審級制度或法律之安定性，即可對於法官獨立為一定程度之限制⁶⁷。例如純由職業法

⁶⁴ 黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，194期，頁78，2011年7月。但僅限於陪審團於評議之過程中有不公正之事實，或其評決明顯地對於證據之評價錯誤，始得評決與證據顯現之事實出現明顯歧異時，始能解散舊陪審團，重新組成陪審團再行審理，參見土井真一，同註22，頁264。

⁶⁵ 笹田栄司，同註23，頁26；柳瀬昇，裁判員制度の憲法理論，法律時報，81卷1号，頁64，2009年1月。

⁶⁶ 常本照樹，於「裁判員制度の可能性と課題」座談會中之發言，法律時報，77卷4号，頁14，2005年4月。

⁶⁷ 西野喜一，日本国憲法と裁判員制度（下），判例時報，1874号，頁6，2005年1月。

官組成之合議庭，少數意見法官仍需遵守合議庭之多數意見⁶⁸（法院組織法第一〇五條）；又如受管轄錯誤移送之法院，需受管轄錯誤確定判決之拘束；再如下級審法院，需受上級審撤銷發回判決意旨之拘束等，均係於具體個案中使個別法官對於法律之見解受到拘束，但亦無違反法官獨立之虞⁶⁹，日本學者甚且認為，法官在持不同意見時仍遵循上開限制，乃法官對於法律之遵從⁷⁰。綜上所述，如果為了確保司法的功能，而以法律對於法官獨立等司法權之行使進行一定程度的制約，並非不被容許⁷¹。

與專由職業法官組成之合議庭中，少數意見之法官仍需遵守合議庭多數意見之情形相似，國民參與刑事審判之合議庭中，參與審判之國民既然亦為合議庭之一員，以合議庭整體觀之，持少數意見之法官，自亦應受到包含參與審判國民之意見在內的多數意見拘束，此為採行合議制所必然之結果，尚不能以此認為侵害法官職權之獨立性⁷²。

進一步分析，法官獨立乃是為了達成「公正審判」的各種「手段」之一，在與「達成公正審判」的其他手段（如審級制度、多數決）發生衝突時，法官獨立並沒有「當然優於」其他手段的道理，而是應該與其他手段取得「調和」，此即法官獨立所以存有外部界

68 此時即令負責撰寫判決書之法官係持少數意見之法官，亦需依多數意見撰寫判決書，並於判決書中忠實地反映評決的結論。

69 兼子一、竹下守夫，裁判法，頁117，1999年4版。

70 笹田榮司，同註23，頁26。

71 中村睦男，日本における司法制度改革の最近の動向，司法院2011年3月9日演講，頁6。

72 佐藤榮治等著，同註45，頁345；常本照樹，同註53，頁163；片山智彥，裁判員制度における裁判所の構成の合憲性，載：平和・生命・宗教と立憲主義，頁77，2005年。

限的理由。而讓一般國民參與審判，也是有助於達成「公正審判」的手段之一，即使在一般國民參與審判之後，法官的個別意見無法成為案件的最後結論，但在法官獨立本即設有外部界限的前提下，亦不能謂已侵害法官獨立。

就上述外部限制，日本實務家中有持反對意見，而認為：所以上述少數意見法官需遵守合議庭之多數意見、下級審法院需受上級審撤銷發回判決意旨之拘束，乃因為拘束之來源亦為職業法官，故不認為有侵害法官獨立之虞。相反地，在國民參與審判制度之下，職業法官所形成之多數意見若因未達整個合議庭之多數而無法成為判決的結論時（例如在日本裁判員制度下，由法官3人與裁判員6人組成合議庭，其中：1.法官2人主張無罪，但另一名法官及4名以上裁判員主張有罪時，應為有罪判決；2.法官3人均主張有罪，但5名以上裁判員主張無罪時，應為無罪判決；3.法官2人主張有罪，但1名法官及4名以上裁判員主張無罪時，應為無罪判決），即有侵害法官獨立之虞⁷³。

上述見解，實係誤解了法官職權上獨立的意義，而將「職業法官團體的獨立」與「個別法官的獨立」劃上等號，亦即其認為如果是來自於職業法官團體對於個別法官的制約，即無侵害法官獨立性之危險。但何以來自於職業法官團體之制約即無侵害法官職權獨立的違憲問題？則欠缺更進一步的說明。況若「職業法官團體」背後尚有司法行政指揮監督權等壓力存在時，來自「職業法官團體」之制約往往即成為侵害個別法官職權上獨立的元兇。

綜上所述，法官之獨立性保障不僅在內部界限方面，限於法律之解釋與適用；在外部界限上，亦非不能為了其他立法者認為更重要的利益而進行限縮，例如當立法者認為這些限制有助於達成更公

⁷³ 西野喜一，同註67，頁10。

正而妥適的審判，或有助於形塑司法的正統性時，一如前述為了維持合議制運作、審級制度或法律之安定性等緣由一般，即無不允許此等制約存在之理⁷⁴。日本最高裁判所二〇一一年十一月十六日判決就裁判員制度有無違反該國憲法保障之法官獨立時，即謂：「裁判員法既係憲法所容許之國民參與審判之法制化成果，在裁判員法規定之評決制度之下，即使有時會出現法官必須遵從與其本身意見相異之結論，但此乃合於憲法而受法律拘束之結果，自無違反憲法第七十六條第三項（按：法官獨立保障）可言。」即值參考。

但對於法官之獨立性進行外部制約時，亦非全然無任何限制，其限制之底線，與前述法官獨立性之內部界限——「確保抽象法律在具體個案中被正確地解釋、適用」息息相關。申言之，引進國民參與審判制度後，為了確保制度之價值（達成更公正而妥適的審判、形塑司法的正統性等），而對法官獨立性進行必要的制約，使法官的意見無法逕自成為判決的結論，尚非當然不許，但如果「法律的正確解釋、適用」此一「法官獨立性保障」之「核心功能」受到結構性的破壞，則仍有侵害法官獨立性保障之虞，甚至使法官獨立的規定因而形同具文。

日本最高裁判所二〇一一年十一月十三日大法廷判決，針對該國裁判員制度有無侵害憲法第七十六條第三項所保障之法官獨立時，表示：「本來，憲法第七十六條第三項乃藉由保障法官職權行使之獨立性，保障法官不受外界之干涉或壓力，能夠基於法律公正中立地進行審判，在裁判員制度之下，關於法令解釋有關之判斷或訴訟程序有關之判斷，均屬法官之職權，即係藉由讓法官作為審判的基本支柱，以求能實現基於法律公平中立的審判，以此觀之，裁判員制度尚不能謂已違反本項規定之旨趣。主張違反憲法第七十六條第三

⁷⁴ 相同見解，參見土井真一，同註22，頁268。

項之見解，係認為讓人數是法官2倍（譯按：裁判員法庭由法官3人及裁判員6人組成）的一般國民參與而構成審判體，在以多數決形成結論之制度下，將可能出現審判被一般國民的情感性判斷所支配，與僅有法官進行審判之情形產生不同結論的情形，法院本來應該達成的保障被告人權之功能即無法達成，故此種審判體之構成乃憲法上所不容許的。但是，如果在讓國民參與審判的情形下，仍然要求法官的多數意見即為判決結論的話，則肯認國民參與司法的意義中非常重要的部分就可能會被抹殺消弭，既然憲法已經容許國民參與司法，則不應該解釋為審判體部分構成員之法官多數意見即為判決結論。如前所述，評決的對象既然已經受到限制（譯按：裁判員不參與法令解釋），且裁判員法已經規定審判長必需於評議之際進行充分地說明，且評決亦非採行單純多數決，而是要求在多數意見中至少要有一名法官之意見加入，故可謂已經從被告權利保障的觀點進行充分的考慮，即使與僅有法官審判的情形結論上或有不同，但尚不能謂為憲法上所不容許的審判體構成。」亦值參考。

三、國民刑事參審制度對於維護職業法官獨立性之正面意義

在司法機關獨立、但法官又屬於司法行政官僚體系中一員的情形下，司法機關固然被視為替法官抵抗、阻擋行政、立法部門之壓力與干涉、維護法官職權獨立之守護者，但有時侵害法官職權上獨立者，反而是司法行政。

茲借用日本憲政史上關於法官職權獨立之「天津事件（又稱湖南事件）」與「吹田默禱事件」為例，說明司法行政此種既保護又干涉法官職權上獨立之微妙角色。

一八九一年五月，訪問日本的帝俄皇太子（即後來的尼古拉二世，一八六八年至一九一八年）於滋賀縣大津市遭負責沿途警備之巡查津田三藏行刺負傷，當時日本政府唯恐造成與帝俄關係惡化，

遭受帝俄報復，認為應適用當時刑法第一一六條皇室罪（對天皇、三后、皇太子加害或圖謀加害者處死刑）論處津田罪責，並應由皇室罪特別管轄之大審院特別裁判部法官負責審理，當時任職大審院長之兒島惟謙（一八三七年至一九〇八年）認為皇室罪中之「皇太子」係指日本之皇太子而非外國之皇太子，不應適用皇室罪，挺身向政府主張：「法官之職務獨立，即使是大審院長亦不得干涉，政府自不得對於司法進行不法之干涉。」甚至在政府說服承審法官成功後，再度親自說服承審法官接受其見解，雖最後仍由大審院特別裁判部審理，卻未適用皇室罪，而依普通殺人未遂罪判處津田無期懲役判決，此即「大津事件」。在一片盛讚兒島為「護法之神」「護法偉人」聲中，兒島身為大審院長，卻藉由強力運作干涉欲決定審判之方向，亦係事實，故兒島之行為亦已侵害了法官職權之獨立⁷⁵。

「吹田默禱事件」為一九五三年大阪地方法院審理「吹田騷擾事件（即韓戰中以在日、韓僑及學生為主，為阻止美軍攻擊北韓軍隊，而暴力滋擾在日、美軍設施基地之事件）」時，佐々木哲藏審判長並未制止被告在法庭上為慶祝韓戰停戰而拍手、為戰死者默禱等行為，事後國會之法官訴追委員會以審判長之訴訟指揮怪異為由，著手進行調查，對此日本最高裁判所認為業已侵害司法權獨立，抗議上開調查，但當此事件告一段落後，最高裁判所卻向全國法官發表「關於法庭之威信」為題之通告，對於佐々木審判長上開訴訟指揮行為深感遺憾，雖然該通告斷然宣稱「本通告當然不會對於吹田事件之審判產生任何影響」云云，然學者認為立於司法行政頂點之最高裁判所發出具規制性意義之通告，實具有重大之影響力，將侵害法官職權上之獨立，最高裁判所對於「法院獨立於其他

⁷⁵ 浦部法穂，新版憲法學教室Ⅱ，頁25，1996年新版。

國家機關」此一意義下之司法權獨立，雖然展現了敏銳的反應，但對於更重要之「法官職權上獨立」卻甚而遲鈍⁷⁶。

以上例證，除了說明司法機關的獨立只是法官職權獨立的手段，司法機關的獨立不等於法官職權獨立之外，也顯示出司法機關即使獨立，獨立的司法機關仍可能侵害法官之職權獨立。在司法行政可能成為侵害法官職權上獨立之干涉或壓力時，讓一般國民參與刑事審判，可以使法院之判斷過程更為透明，故司法行政權欲控制法官之職權獨立性將變得更為困難，因此國民參審制度於此意義下，反可強化法官職權之獨立性⁷⁷。

四、參與審判一般國民之獨立性

參與審判的國民實際審判的時間甚短，並非以從事審判為其固定職業，故「暴露」於外界壓力而侵害其獨立審判的時間，亦較職業法官為短暫，故其獨立性保障當然不需與職業法官等量齊觀。但即令如此，國民於參與審判之際仍應保持其獨立性，並應在制度設計上維護其獨立性，一般而言，約有以下幾種可能的方案：

(一)課予參與審判之國民維護獨立審判的義務

例如日本裁判員法第八條規定：「裁判員應獨立行使其職權。」第九條規定：「裁判員應依循法律公平誠實地行使其職務。裁判員不得洩漏第七十條第一項所規定之評議秘密及其他職務上得悉之秘密。裁判員不得為有損害對於審判公正性信賴之虞的行為。裁判員不得為有害其品味之行為。」韓國國民參與刑事審判法第十

⁷⁶ 同前註，頁32。

⁷⁷ 常本照樹，同註53，頁75；常本照樹，同註66，頁14；長尾一紘，同註8，頁32。

二條第二項、第三項亦規定：「陪審員應遵守法令，獨立且誠實地遂行其職務。陪審員不得洩漏職務上知悉的秘密，或為有害於審判公正之行為。」參與審判的國民倘進而受賄，更有相應的刑罰規定（如韓國國民參與刑事審判法第五十九條）。亦即一方面要求參與審判的國民必須獨立行使其職權，另一方面透過「保守評議秘密」的要求，維護法庭中其他審判者（法官及參與審判國民）的獨立性，且對於違反上述義務者，施予刑罰處罰。

此外，對於基於特定政治立場、職業立場或利害關係而可能無法獨立審判的國民，除了在選任程序中以法定事由加以排除（如日本裁判員法第十七條、第十八條、韓國國民參與刑事審判法第十九條、第二十條）外，亦可依當事人之聲請（附理由或不附理由均可）加以拒卻，以此方式事前加以防範，甚至於該人獲選任為陪審員或參審員之後，仍可以有「無法獨立審判之疑慮」為由，事後予以解任（如日本裁判員法第四十一條第一項第七款、韓國國民參與刑事審判法第三十二條第一項第四款）。

（二）避免外界干涉參與審判國民之獨立審判

除了要求參與審判的國民「潔身自愛」之外，阻斷外界對於個案的干預更形重要，一般而言，約有以下二種對策：

1. 對於參與審判國民的個人資料進行保密，避免為外界得知：例如日本裁判員法第一〇一條第一項規定：「任何人不得將裁判員、候補裁判員、預定選任裁判員或裁判員候補者或其預定者之姓名、住所及其他足資特定人別之資訊加以公布。曾任上述職務之人之姓名、住所或其他足資特定人別之資訊，除本人同意公布者外，亦同。」韓國國民參與刑事審判法第五十二條亦有類似規定：「除法令所定情形外，任何人均不得公開陪審員、候補陪審員或陪審員候選人之姓名、住所或其他個人資料。就擔任陪審員、候補陪審員

或陪審員候選人等職務完成者之個人資訊，於本人同意之情形下，得公開之。」對於違反者，並有相應的處罰規定。

2. 禁止基於不當目的而與參與審判的國民進行接觸，或為行賄、威脅等影響審判獨立之行為：例如禁止刑事被告接觸參與審判的國民，或以窺探評議秘密之目的接觸參與審判的國民（日本裁判員法第一〇二條、韓國國民參與刑事審判法第五十一條），對於刑事被告為行賄、威脅等行為者，亦以刑罰處罰之（日本裁判員法第一〇六條、第一〇七條，韓國國民參與刑事審判法第五十六條、第五十七條）。

（三）其他有益於參與審判國民獨立審判之規定

例如：1. 事先將某些參與審判之國民較易遭受影響而無法獨立審判之案件，例如集團暴力、政治敏感事件予以排除；2. 於評議時，先給予參審員充分發表其意見的機會，然後才由職業法官表示意見；3. 避免職業法官因事先閱覽偵查卷宗等資訊優勢，而取得較優於參審員之發言地位等等。

陸、人民訴訟權保障與正當法律程序

一、憲法上訴訟權保障與正當法律程序的相對關係

自國家擁有對於刑罰權以來，恣意、專斷之審判，往往對於人民自由造成莫大之損害，進而動搖統治的正當性，故即使是專制政體，亦會著力於避免恣意、專斷之審判出現，民主政體更著眼於此。為了達成公正審判，訴訟程序亦有一定之要求，諸如管轄恆定、司法權獨立，禁止特別法院、言詞辯論主義、公開審理主義均

屬之⁷⁸。

誠然，判決內容之正確性與否，與審理程序之正當與否，未必當然能劃上等號，但不可否認的是，審理程序愈能遵循獨立客觀的基準，愈可能接近正確之判決結論，固然，吾人亦無法想像會有一個永遠都能產生客觀、正確判決的訴訟程序存在，但基於正當程序所為之判決，仍較不循正當程序所為之判決，有更高的蓋然性能夠獲得正確結論；同時，也因為正當程序在客觀上而言，具有妥適紛爭解決的蓋然性，當事人自身固然可以認為判決內容不當，但基於正當程序之踐行，司法解決紛爭之正統性因而獲得確保，故當事人仍需依循判決之結果⁷⁹。此即為「公正的審理程序」之重要性。

憲法第八條第一項中段規定：「非由法院依『法定程序』，不得審問處罰。」而經由釋字第二七一號解釋以降的多號大法官解釋，條文中的「法定程序」已被界定為「正當法律程序」（Due Process Clause），而「正當法律程序」的內涵，更從原本由憲法第八條的人身自由受拘束時之程序要求（司法院釋字第六三九號、第五八八號、第五六七號、第五二三號、第四三六號、第三九二號、第三八四號解釋），擴及一般刑事審判或相類爭訟程序之實質正當化要求（如保障被告、被付懲戒人、受處分人之提出證據權、詰問證人權、對質權、閱卷權、採行證據法則、言詞辯論、直接審理、對審及辯護制度等，司法院釋字第六三六號、第五八二號、第四一八號、第三九六號解釋參照），故前述的「公正的審理程序」，實得為憲法第八條之「正當法律程序」所涵括。

⁷⁸ 請參見浦部法穂，同註75，頁3以下。依司法院釋字第384號解釋，則包括罪刑法定主義、自白法則、證據裁判主義、一事不再理、公開審判原則及審級救濟在內。

⁷⁹ 長谷部恭男，司法権の概念と裁判のあり方，ジュリスト，1222号，頁143，2002年5月。

由於我國學界逐漸強調「司法程序」中之「正當法律程序保障」，故與憲法第十六條「訴訟權」之範疇逐漸出現重疊。所謂「訴訟權」，不僅止於受益權，亦有防禦功能⁸⁰，蓋憲法保障訴訟權的終局目標，也許是為了要實現「實體的正義」，但實體的正義仍必須以合乎「程序正義」的方式來實現⁸¹。故訴訟權之意涵，除了提起訴訟請求救濟之權利，亦包括刑事被告行使其訴訟上防禦之權利（司法院釋字第六五四號、第六三六號、第五八二號解釋），以及受法院公平審判之權利（司法院釋字第五九一號、第五三〇號、第五一二號、第四四二號、第四一八號解釋）在內，論者即列舉：接受裁判請求權、權力分立原則、法定法官原則、兩造聽審原則、訴訟武器平等原則、自由心證主義、訴訟程序之嚴格形式、訴訟公開原則、審級救濟等，作為訴訟權之內涵⁸²，對照前述正當法律程序之內涵，不難發現兩者高度的重疊性。

大法官自第三九六號解釋於解釋文中首次使用「正當法律程序」一詞起，即將「正當法律程序」與「訴訟權」合併觀察，而謂：「懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第16條保障人民訴訟權之本旨。」其後的釋字第四一八號解釋、第四四六號解釋亦承繼同樣的論理，故「正當法律程序」即成為訴訟權之重要內涵，訴訟權之保障，當然應包括程序的正當在內。司法院釋字第六五三號解釋理由書謂：「憲法第16條保障人民訴訟權，係指人

80 宋健弘，訴訟權之研究——以行政救濟制度為中心，政治大學法律研究所碩士論文，頁113，1999年。

81 許玉秀，論正當法律程序原則(一)，軍法專刊，55卷3期，頁13，2009年6月。

82 宋健弘，同註80，頁113。

民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容。」乃大法官對彼此關係更明確的表現（司法院釋字第六六三號、第五七四號解釋意旨亦同）。

相對於此，日本憲法雖然沒有類似我國憲法第八條「法定程序」及第十六條「訴訟權」之條文，但第三十二條明定：「任何人受法院審判之權利均不受剝奪。」另第三十七條第一項規定：「所有刑事案件，被告擁有受公平法院迅速公開審判的權利。」而該國憲法學者亦謂：「所謂受審判之權利，係指所有人均有要求平等、獨立於政治部門的公平法院審判之權利，以及僅能由上述法院科處刑罰之意。⁸³」申言之，所謂「審判」，並非凡是由「法院」所進行者均可，而必須是依「適於公正解決紛爭之程序」所為之審判⁸⁴。此與我國前述對於訴訟權及正當法律程序的解釋，殊途同歸。亦證審判程序之進行必須符合正當法律程序，乃現代法治國家的普遍要求。進而言之，一個不遵從正當法律程序之法院，即無法獲得人民之信賴，縱使倡言讓國民參與審判，亦屬緣木求魚，故正當法律程序之確保，乃是國民參與審判之前提要件。

二、正當法律程序與司法權建制的憲政原理

然而，正當法律程序中之「正當」，乃極富價值判斷、相對的、社會的、進化的不確定法律概念，故正當法律程序的意涵，往

⁸³ 樋口陽一、佐藤幸治等著（浦部法穂執筆），憲法Ⅱ（注解法律学全集），頁283，1997年。

⁸⁴ 浦部法穂，同註75，頁4；長尾一紘，同註8，頁33；常本照樹，同註66，頁13。

往隨著解釋者的不同而出現人言人殊的情形⁸⁵，誠如美國聯邦最高法院大法官法蘭佛特（Frankfurter）所言：「正當程序，不同於某些法則，要非具有固定內涵，而無關乎時間、地點及情況之技術性概念……。正當程序並非機械工具，亦非碼尺，而是最精細的調整過程，其間無可避免地將涉入憲法授權開發此一過程之人（按指法官）之判斷。」⁸⁶但即令如此，正當法律程序仍應有其核心概念及射程範圍存在。在刑事審判中，諸如罪刑法定原則、罪責原則、無罪推定原則、不自證己罪原則、一事不再理原則、法官保留原則、令狀原則、比例原則等均屬之⁸⁷。但回到本文關注的重點——刑事法院究竟應該如何組成，才符合正當法律程序的要求呢？詳言之，讓非職業法官的一般國民立於與職業法官相同或平等的地位而參與審判、甚至由一般國民來決定判決的結論，是否會違反正當法律程序？恐怕還是難以回答的問題。

為了有更明確的方向可以依循，本文打算另闢蹊徑來確認正當法律程序對於刑事法院組成的要求。相較於正當法律程序，另一個概念——「司法權建制的憲政原理」，乃是大法官藉由憲法第七十

85 湯德宗，論憲法上的正當程序保障，憲政時代，25卷4期，頁25，2000年4月。論者因此有提出「剛性之正當法律程序」與「柔性之正當法律程序」之區別者，認為前者乃憲法直接明文保障之正當法律程序，不容許立法機關再以法律限制、剝奪，而後者則應參照現行法律、社會背景、犯罪實態，以及實務現況之運作，具體決定之，並由釋憲者予以充實，參見陳運財，憲法正當法律程序之保障與刑事訴訟，載：刑事訴訟與正當之法律程序，頁51，1998年。

86 *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951) (Justice Felix Frankfurter). 轉引自湯德宗，同前註，頁25。

87 許玉秀，論正當法律程序原則(♁)，軍法專刊，57卷3期，頁2以下，2011年6月；許玉秀，論正當法律程序原則(♂)，軍法專刊，57卷4期，頁14以下，2011年8月。

七條、第八十條推論出來，釋字第四三六號解釋謂：「軍事審判之建制，憲法未設明文規定，雖得以法律定之，惟軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，**並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理**」，即為其代表性見解。雖然大法官對「司法權建制的憲政原理」著墨不多（僅有釋字第四三六號解釋文及釋字第六二四號解釋理由書曾經具體引用，且均僅限於軍事審判程序），但上述解釋仍明確地告訴我們，透過憲法第七十七條、第八十條等規定，還可以推導出「司法權建制」的「憲政原理」，此一原理雖然未明載於憲法有關司法權的條文中，但只要違反了此一憲政原理，仍然可能構成違憲。故不許軍事審判被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟的軍事審判法規定，被認為違反了司法權建制的憲政原理而屬違憲（釋字第四三六號解釋文）。

「正當法律程序」與「司法權建制之憲政原理」的相互關係為何？大法官並沒有進一步闡述，但從大法官多次認為：是否賦予受不利益處分之人有依法向法院提起訴訟尋求救濟之機會，乃判斷是否侵害憲法上訴訟權、違反「正當法律程序」的重要基準（釋字第四一八號解釋、釋字第六八一號解釋參照），核與「司法權建制之憲政原理」前述的解釋對象（釋字第四三六號解釋）相當，故本文認為不妨將「司法權建制之憲政原理」視為「正當法律程序」的下位概念，亦即可以用「司法權建制之憲政原理」來確認「正當法律程序」對於司法的要求，以本文想要釐清的問題——「刑事法院究竟應該如何組成，才符合正當法律程序的要求」而言，即可從「司法權建制的憲政原理」來進行檢視。而「司法權建制的憲政原理」此一概念所憑藉的憲法第七十七條、第八十條，尤其是憲法第八十條，更是確認正當法律程序對於刑事法院組成之要求的重要工具，

從而本文前述對於憲法第八十條意涵的檢討，當然也可以用以確認正當法律程序對於刑事法院組成的要求。

三、國民參與刑事審判制度與正當法律程序

反對國民參與刑事審判制度者認為，憲法或其他法律所規範之法官養成、任命、身分保障、規制等，均係為了營造憲法所要求、得以行公正審判之法院。相較於此，國民參與審判制度僅以「反映國民正當法律感情」為理由，讓以隨機抽籤產生、並非代表國民大多數意見幾名一般國民，直接擁有與法官相同之權限，與法官共同進行審判，實難避免欠缺「公正審判」之要件⁸⁸。

本文認為，上述批判並非全屬無據。蓋從司法權建制的憲政原理，尤其是憲法第八十條的角度觀察，無論法院如何組成，「法律的正確解釋、適用」此一「法官獨立性保障」之「核心功能」均必須被維持，亦即具備解釋、適用法律專業的職業法官，乃是構成法院所不可或缺的基本要素。換言之，所謂符合正當法律程序之法院，在憲法上係以具有解釋、適用法律專業素養、在職權上具有獨立性之法官進行審判，為其基本要求⁸⁹，若此一基本要求「失守」，則國民參與刑事審判制度即不無違反正當法律程序之虞。

此外，本文認為還可再借用正當法律程序概念下位的「法官保留原則」概念來進一步闡釋此一基本要求。蓋從踐行權力分立的面向上來看，法官保留原則乃是用來保障與實踐司法權，亦即在憲法上，行使司法權的權力機關，就是法官；而從保障基本權的面向來

⁸⁸ 日本實務界人士即有採此種見解者，請參見大久保太郎，裁判員制度案批判（続）（上），判例時報，1772號，頁3，2002年3月；大久保太郎等，裁判員制度に反対する会の意見書，判例時報，1844号，頁3，2004年3月。

⁸⁹ 甲斐行夫，於「座談會・裁判員制度導入の是非をめぐって」中之發言，現代刑事法，32号，頁10，2001年12月；香城敏磨，同註57，頁26。

看，法官保留原則乃用以保障人民的基本權⁹⁰。觀諸司法院大法官歷來的解釋，舉凡羈押（釋字第三九二號解釋）、管收（釋字第五八八號解釋）、通訊監察（釋字第六三一號解釋）等侵害人身自由的強制處分，均需經由法官審問，亦即踐行法官保留原則後始得為之，則侵害人身自由之時間、強度，均遠勝於上述強制處分的刑罰權（剝奪生命、自由等），其審查程序——刑事審判，當然更應該符合法官保留的原則。且刑事審判所以應該符合「法官保留原則」的要求。此不僅是因為法官符合「中立、公正第三者」（釋字第五八八號解釋）、「客觀、獨立行使職權」（釋字第六三一號解釋）的要求⁹¹，更在於法官具備「解釋、適用法律，讓抽象的法律可以在具體個案中實現」的專業，履踐法官保留原則的實質性保障（a substantive guarantee）。

日本最高裁判所二〇一一年十一月十六日大法廷判決在檢驗裁判員制度之合憲性時，亦開宗明義地主張：「在進行刑事審判時，上述各項原則（如正當法律程序之保障、受審判之權利、令狀主義、受公平法院迅速公開審判之權利、證人詰問權、辯護人依賴權、不自證己罪權、自白法則、刑罰不溯既往原則、一事不再理等）均應受到嚴格地遵守，而此即需高度之法律專業性。憲法除了規定上述各項原則外，並且在三權分立之原則下，於『第六章 司法』中詳盡地規範法官職權行使之獨立及身分保障。綜合上述各點，實可認為憲法乃以法官為刑事審判基本支柱。」

在確立了司法權建制的憲政原理、正當法律程序中，「職業法

⁹⁰ 許玉秀，論正當法律程序原則(四)，同註87，頁14。

⁹¹ 學者即有本此立場，認為在憲法保留的規範意義下，如將刑事審判權交由不具審判獨立及身分保障之法官為之，均屬違背憲法對此之誡命，見楊雲驊，協商程序與法官保留原則，月旦法學雜誌，119期，頁28，2005年4月。

官為法院不可或缺的構成要素」後，接下來即必須面對兩個問題：其一，是否可以認為司法權建制的憲政原理完全排斥非職業法官之人參與審判？其二，如果容許職業法官以外的人參與審判，則職業法官與其他非職業法官間的相互關係為何？是否需保障職業法官具有一定程度的優越性？

關於第一個問題，如同本文先前討論的，之所以謂職業法官作為法院不可或缺的基本要素，乃旨在實現「依據法律審判」的基本要求，在滿足此一基本要求的前提下，讓其他非職業法官的一般國民參與審判，則非憲法有意排斥的制度設計，亦即並非任何形式的國民參與審判制度均屬違憲，大法官釋字第三七八號解釋、釋字第四三六號解釋就律師懲戒委員會、軍官參審制度的態度，即支持此種見解。

相反地，適度地讓國民參與審判，可以使審判更為公開透明，且藉由國民提供多角化觀點，可以修補過度強調法律專業所引發的缺點，避免審判的僵化，更可增進個別法官的獨立性，故可將國民參與刑事審判制度視為有助於實現「公平法院」、「正當法律程序」的制度，且同時為了促使國民參與刑事審判制度落實、扎根，考量參審員之時間與專業能力，自當更落實「集中審理主義」、「言詞審理主義」等正當法律程序中已有之規範，以此觀之，實難逕謂國民參與刑事審判制度即有破壞正當法律程序、侵害被告憲法上權利之危險。

然而，在設計具體制度內容時，仍必須以正當法律程序、司法權建制原理為前提進行設計，例如參與審判國民的消極資格、選任方式、解任事由、義務與處罰、上訴救濟管道等均屬之，以確保參審的國民得以獨立、中立地行使職權，且受審判的國民能否獲得廣

泛、即時且有實效的權利救濟⁹²。

日本最高裁判所二〇一一年十一月十六日大法廷判決論及裁判員制度有無侵害被告受憲法保障之司法權利時，首先逐一確認裁判員制度之各項具體程序規定，認為均已足以保障法院之公平性、判決之適正性；繼而針對具備解釋、適用法律專業的職業法官，乃是構成法院所不可或缺的基本要素此一要求，最高裁判所大法廷更明確表示：「裁判員之權限，乃與法官一同參與公判庭之審理，於評議時就事實認定、法令適用及有罪之情形就刑之量定陳述意見，並進行評決。此等裁判員參與之判斷，雖均為司法作用之內容，但未必可謂係屬必須事先具備法律方面知識、經驗始能為之的事項。（中略）另一方面，憲法所定刑事審判各項原則之確保，則委之於法官之判斷。如果考量上述裁判員制度的規範體系，除了在制度上已經能夠充分保障『公平法院』基於法律及證據進行適正的審判，同時肯認法官乃刑事審判的基本支柱，故憲法所定刑事審判的各項原則之確保方面，並無任何障礙困難。」在裁判員制度復能確保具備解釋、適用法律專業之職業法官的實質存在與發揮實效之前提下，日本最高裁判所也正式確認裁判員制度並不違反該國憲法所保障之被告司法權利。

值得注意的是，針對日本最高裁判所大法廷上述判決，論者有認為過度強調職業法官於國民參與刑事審判制度中的主導權與優越性，可能會導出陪審制違憲之結論⁹³。本文認為，陪審制並非僅讓陪審團認定事實，事實上陪審團還能進一步適用法律，若無有效之控制方案（詳見後述）足以防制陪審團誤用、惡用法律，則不受節

⁹² 陳愛娥，同註45，頁5。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實錄，頁37，2012年1月。

⁹³ 新屋達之，同註15，頁128。

制之陪審團，確實可能違反我國憲法對於法官獨立及正當法律程序之要求；同理，參審制若無適當之制度設計，致令法律適用之正確性無從確保，亦可能得出違憲之見解。

就第二個問題，則涉及到對於「職業法官解釋、適用法律的專業」以及「國民參與審判帶來的益處」兩種利益的調和、平衡，蓋愈重視「職業法官解釋、適用法律的專業」者，愈易於傾向增強職業法官的優越性；反之，愈重視「國民參與審判促進審判帶來的益處」者，則勢必傾向於減少職業法官對於審判的控制程度，何者較為妥當？無法一概而論，如何取捨，厥為立法政策上價值判斷的問題。

但不可諱言的是，讓具備解釋、適用法律專業的職業法官參與審判，雖然不是憲法對於刑事審判要求的充分條件，但卻是必要之條件；相反地，讓一般國民參與審判，在我國憲法中，則既非刑事審判的充分條件、亦非必要條件，換言之，即使於刑事審判中不採行任何國民參與審判制度，亦不致違反憲法的要求，但忽視職業法官存在的實質意義，則會違反憲法的要求。故制度設計之際的重點往往在於如何讓「職業法官解釋、適用法律的專業」不致受到結構性的折損、忽略，換言之，如何讓法學素養的因素（*rechtsgelehrtes Element*）在司法過程中占有決定性角色⁹⁴，亦即如何避免因為國民參與審判，而使得在審判庭中「職業法官雖然存在、但不具有任何實質上的意義」，即為制度設計時必須關注的重點。

為了符合上述憲法上的要求，在回到制度設計層面時，可以有各式各樣的選擇，一般而言，約有以下幾種可能的控制方案：

⁹⁴ 蘇永欽，同註18，頁31。

(一)不給予參與審判的國民直接決定判決結論的權力

這可說是效力最強的控制方案，參與審判的國民雖然可以就案件表示意見，但沒有評決的表決權，即使是參與審判國民間已經形成類似於陪審團評決的多數意見，仍不拘束職業法官，故參與審判國民的意見，對於職業法官而言，僅具有「建議」的效力，日本大正陪審制、韓國國民參與審判制度、我國的人民觀審試行條例草案⁹⁵，以及日本最高裁判所於裁判員制度立法過程中提出之建議案，均採取此種控制方案；甚至美國陪審制之下，極少被運用的「逕為無罪判決」（judgment of acquittal）⁹⁶、「即決判決」（summary judgment）、「法官無視陪審團評決而做出相反判決」（judgment notwithstanding the verdict, J.N.O.V）、「解散舊陪審團，重新組成陪審團再行審理」（order a new trial）等，也可視為屬於此種控制方案。惟即使通案性地不給予參與審判的國民決定判決結論的權力（如日本大正陪審制、韓國國民參與審判制度、我國人民觀審試行條例草案等），仍與單純的法院旁聽、街談巷議不同，蓋職業法官若不採納參與審判國民的意見，則必須解任既有之參與審判國民，重新選任一組新的國民來參與審判（日本大正陪審制），或是必須在判決時說明不採納參與審判國民意見之理由（韓國國民參與審判制度、我國人民觀審試行條例草案⁹⁷、日本最高裁

⁹⁵ 人民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。」

⁹⁶ judgment of acquittal包含指示評決（directed verdict）在內，係法官於開始審理前或調查證據完畢後，依職權或被告之聲請，逕為無罪之判決、或指示陪審團應為無罪之評決，絕大多數之情形，係法官認為檢察官舉證被告有罪之證據極不充分，不足以為被告有罪判決，參見WAYNE R. LAFAYE, CRIMINAL PROCEDURE 887 (1985).

⁹⁷ 人民觀審試行條例草案第59條第2項規定：「審判長於前項評議後，應即向觀

判所於裁判員制度立法過程中提出之建議案），在因此需額外付出更多時間勞力、接受外界檢視的心理壓力下，仍可讓參與審判國民的意見對於職業法官具有一定程度的「實質拘束力」。

(二) 給予被告選擇是否適用國民參與刑事審判制度的權利

在承認接受陪審審判為被告憲法權利的國家（如美國），基於「權利可以拋棄」的觀點，認為接受國民參與之審判是用以保護被告，故可以容許被告本於個人利害考量而放棄之（Waiver of Jury Trial）⁹⁸；但在國民參與審判存有違憲疑義的國家，則有完全不同的考量，亦即此種制度設計不啻是在「默認」特定之國民參與審判制度有可能會侵害被告的訴訟權，故讓被告以「主動聲請」進行國民參與審判之方式，「印證」被告並不認為該國民參與審判制度會侵害其憲法上的訴訟權⁹⁹，例如日本大正陪審制之請求陪審、韓國國民參與審判制度均使用此種制度設計¹⁰⁰。

審員說明之。如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。」草案第64條規定：「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。」

⁹⁸ Patton v. United States, 281 U.S. 276 (1930).

⁹⁹ 認為由國民審判是被告憲法上權利，或是認為由國民參與審判可能會侵害被告憲法上權利，此兩種思維的判別標準，除了「被告放棄而不適用國民參與審判制度（認為由國民審判是被告憲法上權利）」以及「被告主動聲請始適用國民參與審判制度（認為由國民參與審判可能會侵害被告憲法上權利）」的差別之外，也可以從「所有類型之案件均可適用國民參與審判制度（認為由國民審判是被告憲法上權利）」以及「僅有法律規定之特定類型案件始可適用國民參與審判制度（不認為由國民審判是被告憲法上權利）」來輔助判斷。

¹⁰⁰ 韓國國民司法參與委員會於2013年3月向法院提出之國民參與審判制度修正建議案，賦予檢察官聲請及法官依職權適用此制度之權力，等於實質上削弱被告聲請權之意義，值得注意，請參見張永宏、王靜琳，韓國國民參與審判制度之現狀與展望（上），司法周刊，1642期，頁2，2013年4月。

(三)要求參與審判國民的素質

大體上包括「選任前之篩選」與「選任後之訓練」兩種，希望能夠讓參與審判之國民盡可能具有與職業法官相近的「解釋、適用法律之專業能力」，或至少不要成為職業法官的「負擔」，以此符合「依據法律審判」之要求。

(四)針對部分審判內容，不給予參與審判國民決定的權力

例如美國陪審制之下，將「法律的解釋」專責交予職業法官來行使，再以「說示」讓陪審團遵循職業法官的解釋，適用法律於所認定的事實中；或是日本裁判員制度之下，將「法律解釋」由職業法官進行，再讓裁判員與職業法官一起依職業法官預先決定的法律解釋進行事實認定、法律適用與量刑，均屬適例。日本最高裁判所二〇一一年十一月十三日宣告裁判員制度合憲之大法院判決，即以「裁判員評決之對象受有限制」「法官得專責決定法令之解釋」等，執為裁判員合憲之理由。

(五)讓職業法官一定程度地具有決定或影響評議結論的控制力

與前述「不給予參與審判的國民決定判決結論的權力」相較，此種制度設計雖然讓參與審判的國民的意見可能成為判決結論，但在某些情形下，仍然讓職業法官保有最後的控制力，此種制度設計，一般而言，還可細分為以下幾種控制模式：

1. 讓職業法官在合議庭中占有人數上的優勢，以利於評決時職業法官之意見可以占較大之優勢。

2. 提高評決標準：例如德國的參審制採取三分之二的評決標準，以地方法院（Landgericht）之大刑事庭（Große Strafkammer）為例，3名職業法官與2名參審員組成的5人合議庭，若要達成評決，至少需有4名的贊成意見，故亦即3名職業法官中至少需有2名

贊成；又例如日本裁判員制度，雖然採取過半數多數決，但若要有罪之評決，則至少需有1名職業法官的贊成意見（亦即縱使6~5名裁判員主張有罪，但因缺少至少1名職業法官的贊成意見，仍僅能為無罪判決），以此作為萬一參審員的事實認定跳脫法律規範時的安全裝置，以確保審判的公正性¹⁰¹；甚至在日本裁判員制度的立法階段，更有主張必須要有職業法官多數之贊同意見（3名職業法官中2名以上）始能為有罪判決之主張¹⁰²，但如此一來，等於「有罪」的評決標準也因而被拉高¹⁰³，甚至在有罪判決的情形時，與「職業法官進行審判」並無二致¹⁰⁴。對此，有認為基於憲法保障被告「受法院公正審判之權利」，主要係指被告需「受法院公正審判始能『科處刑罰』」，故提高有罪評決標準、讓有罪判決中必須有職業法官的贊成意見，保障被告不至僅因合議庭之多數意見即受到不利益判決，在憲法上亦可取得其合理依據¹⁰⁵，但亦有反對意見認為：如果在讓國民參與審判的情形下，仍然要求法官的多數意見即為判決結論的話，則肯認國民參與司法的意義中非常重

¹⁰¹ 市川正人，國民參加と裁判員制度，法律時報，76卷10号，頁43，2004年9月。日本最高裁判所2011年11月16日之大法廷判決亦以此為裁判員制度合憲之理由之一。

¹⁰² 竹下守夫，於司法制度改革審議會第45回（2001年1月30日）會議之發言，裁判員制度・刑事検討會第6回會議資料2——裁判員制度に関する当面の憲法上の論点【資料編】，頁6，網址：<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai6/6siryou2.pdf>，最後瀏覽日：2011年6月7日。

¹⁰³ 以日本裁判員制度3名法官加上6名裁判員的合議庭為例，共計28種評議可能情形中，包含本文所述因欠缺至少1名職業法官的贊成意見致不能為有罪判決的情形在內，共有16種評議可能情形為無罪，占全部評議可能情形的57%。

¹⁰⁴ 佐藤榮治等著，同註45，頁344。

¹⁰⁵ 佐藤榮治等著，同註45，頁343。

要的部分就可能會被抹殺消弭¹⁰⁶。

3. 給予職業法官說服參與審判國民的機會：在參審制之下，職業法官與參審員共同審判，故職業法官有許多機會可以不斷透過「說明」、「解釋」來影響參與審判國民的心證，從而發揮實質上的「控制力」¹⁰⁷；相較於此，在陪審制之下，法官雖然可以藉由「說示」（*instruction*）對陪審團說明本案應適用的法律，甚至可以對陪審團評論證據（*comment on the evidence*），但僅係協助陪審團做出適當的評議，而非影響陪審團之心證，故運用上受有相當之限制¹⁰⁸。前述日本最高裁判所二〇一一年十一月十六日大法廷判決，即以裁判員制度設有審判長應向裁判員就必要之法令進行說明、並於評議時整理論點以利裁判員理解等規定，執為裁判員制度合憲之理由之一。

（六）在上訴審保留職業法官審查的機會

大多數實行國民參與刑事審判制度的國家，都傾向於尊重國民參與審判的判決，故在上訴審設計上，不是再設一個也有國民參與審判的審級，就是盡可能減少上訴審之職業法官撤銷原審判決的機會，例如將上訴審定位為事後審，甚至取消二審法院、僅能向法律審的第三審法院上訴，均屬適例；但亦有將上訴審視為避免違憲爭議的控制方案之一的看法¹⁰⁹，例如前大法官吳庚於釋字第三六八號解釋之協同意見書謂：「憲法第十六條訴訟權之保障範圍，實涵

¹⁰⁶ 日本最高裁判所2011年11月16日之大法廷判決即採此見解。

¹⁰⁷ 故有基此主張即使依參審員之多數意見逕自為有罪之決定，而未有職業法官之贊成意見，因職業法官已經有實質上的參與，亦應視為合議庭的多數決定而應予尊重，參見長尾一紘，同註8，頁33。

¹⁰⁸ *Quercia v. United States*, 289 U.S. 466 (1933).

¹⁰⁹ 竹下守夫、高橋和之，同註9，頁62-63；常本照樹，同註66，頁16。

蓋下列四項構成事實：（中略）（二）訴訟救濟途徑係由各級法院構成之審級制度，雖不排除其他先行程序（訴願程序即行政訴訟之前置程序），但至少其最後之審級應屬法院，而所謂法院，必須由憲法第81條之法官所組成，始足相當。此在若干國家之憲法，稱之為接受法律上之法官審判之權利。」固然，所謂「法院必須由憲法第八十一條之法官所組成」之見解，似嫌偏狹，惟若能將憲法第八十一條規定之身分保障，視為職業法官通常需具備的制度性保障，而職業法官又往往具備適用法院的專業來看，不妨解為「至少在審級救濟時，必須由具備解釋適用法律專業的法官來進行最後的審查。」亦即將職業法官之審查，視為訴訟救濟上的必備方案。

然而，將第一審的問題「拖延」到第二審來解決，不無將正當程序的保障取決於「當事人有無上訴」之嫌疑，以此觀之，這實在並非一個負責任的方案。蓋當事人可能因為上訴不合法、無時間、精力、金錢應付訟累而無法接受上級審的救濟，即使勉強提起上訴，若設有上訴門檻，也可能因為不符合法定上訴事由而遭駁回。故如果為了要讓第二審充分發揮「正當程序保障」守門員的角色，則不限制上訴事由、不要求律師強制代理、上訴猶豫期間長、第二審法院審查範圍廣泛、甚至可以重複調查證據以獲取心證、資為審查原審判決是否允當的上訴制度，可能才是最有效的控制方案。

最後，必須要特別注意的是，上述控制方案在維持「依據法律審判」的要求之同時，也將一定程度地侵害、減少了國民參與刑事審判制度帶來的益處，故並非所有的控制方案均需採行，始能維持「依據法律審判」的要求，仍係視立法者對於兩種利益的重視程度，而有不同之價值選擇。

又國民參與刑事審判制度除了要求「法院中法官之存在與效能」外，亦要求法院整體之公正性，故有關參與審判國民之來源、選任方式、淘汰機制、義務與處罰等，亦均需有充分之考量，但此

必須有具體之制度存在，始能進行檢視，因篇幅所限，茲省略之。

柒、結 語

十九世紀以來，國民參與刑事審判制度即被視為具有將原本受到專制君主操控的審判（尤其是刑事審判），回歸給一般國民行使的「民主主義」上的意義。而與此同時、同樣本於國民主權、民主主義思潮而制定的現代憲法，自難認為會與國民參與刑事審判制度間產生齟齬衝突，因此，不僅是英美等實施陪審制度的國家，即便是法國、德國等引進參審制度的歐陸國家，亦殊少會認為此制度的引進會產生憲法上的爭議，至多僅會認為是憲法政策（應否入憲）或立法政策（應否立法）上的問題¹¹⁰。

惟對於欠缺民主主義的思辯、鬥爭歷程，純粹僅是基於富國強兵、抵禦列強的需求而毅然仿效外國典章制度（包括民主憲法）的東亞各國，不論其目的是否是為了增進民主主義，或僅僅是為了突破既有司法制度的侷限性，一旦打算更進一步地引進國民參與審判制度，就往往會引起習於傳統「菁英司法」的反對者，以違反憲法為由提出質疑，但若對此種批判，逕以「不符民主思潮的過時看法」視之，則又忽略了現代憲法同時亦具有「自由主義」上的意義。自由主義反映在審判上，即法院不應為多數國民一時性的意見或輿論的動向所左右，應該僅受恆定、理性的憲法及法律所拘束，蓋全體國民所託付於司法的，是期望司法能依循法律及良心，超然而公正地進行審判¹¹¹，而非順從一時的民意而審判。日本學者即主張，現代民主法治國家中司法的使命，乃是充作「避免多數意見

¹¹⁰ 平良木登規男，參審制度導入のいくつかの問題点（下），法曹時報，53卷2号，頁264，2001年2月。

¹¹¹ 同前註，頁265。

之壓力使少數人之自由被窒息」的「安全瓣」，「避免國家走向偏差極端」的「調節器」¹¹²，故與其說現代民主憲法中司法應該更加民主化，以符合民主主義的思維，不如說審判在符合一定程度的民主需求（例如大法官經總統提名後，仍須經國會同意始能正式任職，又例如法院必須忠實地執行國會通過的法律），以取得其執行職務的正當性之同時，更應擔負起民主多數意見中「自由的守護者」角色。

受過法律專業訓練、富有審判經驗，被認為能夠於個案中體現抽象法律規定，而避免恣意的職業法官，即被假設為最適合擔任起「自由主義守護者」的角色，故即使法官的判決與判決當時國民多數的意見相反，但以較長遠的眼光來看，仍係基於國民的付託，為了實現國民的最大利益而為。是以，東亞各國在引進國民參與刑事審判制度之際引發的違憲爭議，不能僅以「守舊反動勢力的負隅頑抗」看待，相反地，這些爭議，反而可以讓吾人進一步深思司法在現代民主社會的定位。

從上述討論可知，我國憲法的相關規定，及因此衍生出的正當法律程序、司法權建制的憲政原理等概念中，可以得出憲法並不反對讓一般國民參與審判的初步結論；但縱令如此，從法官身分保障及獨立性保障隱含之憲政原理、正當法律程序及司法權建制之憲政原理中亦可得知，讓具備獨立性保障、受到中立、公正性等制度性擔保、且具有解釋、適用法律專業能力的職業法官成為審判庭的一員，仍然是憲法對於審判制度的基本要求，且職業法官在國民參與審判的合議庭中，不僅是形式上之存在，更必須有效發揮其被期待的功能——使抽象的法律能在具體個案中被正確地解釋、適用，而非僅止於聊備一格的裝飾角色。透過這樣的觀察，也可以讓吾人對

¹¹² 兼子一、竹下守夫，同註69，頁24。

於法官獨立、法官身分保障、訴訟權及正當法律程序等憲法要求，從原本「形式、程序」(procedural)性的理解，更向其背後的「實質(substantive)意涵」深入。

但究竟職業法官在國民參與審判的合議庭中應發揮到何種程度的功能，則涉及到各國在引進國民參與席是審判制度的同時，對於職業法官的角色定位，易言之，愈是重視職業法官的角色者，可能會採取愈保守的國民參與審判型態；反之，愈不重視職業法官角色者，愈可能會採取積極的型態。但不論如何，吾人至少可以說，上述憲法第八十一條職業法官的身分保障、第八十條的法官獨立性、第十六條的訴訟權，第八條、第十六條推導出來的正當法律程序、乃至第七十七條、第八十條引申出來的司法權建制的憲政原理等等，均不致於直接宣告「國民參與審判」本身即屬違憲，但國民參與審判之「具體制度」設計時，仍必須符合上述憲法法理之要求¹¹³，本文提出的幾種控制方案，均屬世界各國立法例中常見的作法，值得吾國日後引進國民參與刑事審判制度時借鏡、取法，以使國民參與刑事審判制度在合憲的範圍內，發揮其最大之功效。

¹¹³ 陳愛娥，同註45，頁2。

參考文獻

一、中 文

1. 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，11期，頁256-279，2012。
Yo, Boh-Xiang, Lun Guo Min Can Yu Shen Pan——Yi Li Shi Yu Bi Jiao Fa De Kao Cha Wei Ji Chu, Jian Cha Xin Lun, no. 11, pp. 256-279, 2012.
Yo, Boh-Xiang, Civil Participation in Judicial Procedure from the Perspective: History and Comparative Law, Taiwan Prosecutor Review, no. 11, pp. 256-279, 2012.
2. 仲崇親，中國憲法的變遷與成長，1995。
Chung, Chung-Chin, Zhong Guo Xian Fa De Bian Qian Yu Cheng Zhang, 1995.
Chung, Chung-Chin, Changes and Development in the Constitution of the Republic of China, 1995.
3. 宋健弘，訴訟權之研究——以行政救濟制度為中心，政治大學法律研究所碩士論文，1999。
Sung, Chien-Hung, Su Song Quan Zhi Yan Jiu—Yi Xing Zheng Jiu Ji Zhi Du Wei Zhong Xin, Zheng Zhi Da Xue Fa Lü Xue Yan Jiu Suo Shuo Shi Lun Wen, 1999.
Sung, Chien-Hung, On the Right of Litigation—Focusing on the Administrative Relief System, Master's Thesis, Department of Law, National Cheng-Chi University, 1999.
4. 林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第三冊），修訂初版，1982。
Lin, Chi-Tung, Zhong Hua Min Guo Xian Fa Zhu Tiao Shi Yi (Di San Ce), Xiu Ding Chu Ban, 1982.
Lin, Chi-Tung, A Commentary on the Constitution of the Republic of China III, 1st ed. (revised), 1982.
5. 荊知仁，中國立憲史，1984。
Jin, Chi-Ren, Zhong Guo Li Xian Shi, 1984.

- Jin, Chi-Ren, *The History of the Establishment of Constitution of the Republic of China*, 1984.
6. 國民大會秘書處編，〈制憲〉國民大會實錄，1946。
Guo Min Da Hui Mi Shu Chu Bian, (Zhi Xian) Guo Min Da Hui Shi Lu, 1946.
Secretariat of National Assembly, *The True Record of (establish Constitution) National Assembly*, 1946.
 7. 張永宏、王靜琳，韓國國民參與審判制度之現狀與展望（上），*司法周刊*，1642期，頁2，2013。
Chang, Yong-Hong, Wang, Jing-Lin, Han Guo Guo Min Can Yu Shen Pan Zhi Du Zhi Xian Zhuang Yu Zhan Wang (Shang), *Si Fa Zhou Kan*, no. 1642, p. 2, 2013.
Chang, Yong-Hong, Wang, Jing-Lin, *On Civil Participation in the Judicial System in South Korea (I)*, *Judicial Weekly*, no. 1642, p. 2, 2013.
 8. 張耀曾、岑德彰編，*中華民國憲法史料*，1981。
Chang, Yao-Zen, Chen, Der-Chang, Bian, *Zhong Hua Min Guo Xian Fa Shi Liao*, 1981.
Chang, Yao-Zen, Chen, Der-Chang (ed.), *The Historical Records of the Constitution of the Republic of China*, 1981.
 9. 許玉秀，論正當法律程序原則(一)，*軍法專刊*，55卷3期，頁11-14，2009。
Xu, Yu-Hsiu, *Lun Zheng Dang Fa Lü Cheng Xu Yuan Ze (1)*, *Jun Fa Zhuan Kan*, vol. 55, no. 3, pp. 11-14, 2009.
Xu, Yu-Hsiu, *A Study on the Due Process of Law (1)*, *The Military Law Journal*, vol. 55, no.3, pp.11-14, 2009.
 10. 許玉秀，論正當法律程序原則(三)，*軍法專刊*，57卷3期，頁1-5，2011。
Xu, Yu-Hsiu, *Lun Zheng Dang Fa Lü Cheng Xu Yuan Ze (13)*, *Jun Fa Zhuan Kan*, vol. 57, no. 3, pp. 1-5, 2011.
Xu, Yu-Hsiu, *A Study on the Due Process of Law (13)*, *The Military Law Journal*, vol. 57, no. 3, pp. 1-5, 2011.
 11. 許玉秀，論正當法律程序原則(四)，*軍法專刊*，57卷4期，頁14-31，2011。

- Xu, Yu-Hsiu, Lun Zheng Dang Fa Lü Cheng Xu Yuan Ze (14), Jun Fa Zhuan Kan, vol. 57, no. 4, pp. 14-31, 2011.
- Xu, Yu-Hsiu, A Study on the Due Process of Law (14), The Military Law Journal, vol. 57, no. 4, pp. 14-31, 2011.
12. 陳愛娥，人民參與審判之憲法爭議，司法院研議人民觀審制度系列專題演講，2011。
- Chen, Ai-Er, Ren Min Can Yu Shen Pan Zhi Xian Fa Zheng Yi, Si Fa Yuan Yan Yi Ren Min Guan Shen Zhi Du Xi Lie Zhuan Ti Yan Jiang, 2011.
- Chen, Ai-Er, The Constitutional Issues of Civil Participation in Judicial Procedures, A Lecture on the Introduction of Taiwan's Civil Participation System in Criminal Procedures (The Judicial Yuan of Taiwan), 2011.
13. 陳新民，憲法學釋論，修訂7版，2011。
- Chen, Hsin-Ming, Xian Fa Xue Shi Lun, Xiu Ding 7th ed., 2011.
- Chen, Hsin-Ming, Commentary on the Constitution, 7th ed. (revised), 2011.
14. 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實錄，頁37-60，2012。
- Chen, Yun-Chai, Ri Ben Cai Pan Yuan Zhi Du De Guan Cha Bao Gao—jian Ping Ren Min Guan Shen Shi Xing Tiao Li Cao An, Di 67 Jie Si Fa Jie Xue Shu Yan Tao Hui Hui Yi Shi Lu, pp. 37-60, 2012.
- Chen, Yun-Chai, Observations on the Saiban-In System in Japan with Comments on the Drafting of Taiwan's Civil Participation System for Criminal Procedures, The True Record of Symposium of Judicial Day, pp. 37-60, 2012.
15. 陳運財，憲法正當法律程序之保障與刑事訴訟，載：刑事訴訟與正當之法律程序，頁1-60，1998。
- Chen, Yun-Chai, Xian Fa Zheng Dang Fa Lü Cheng Xu Zhi Bao Zhang Yu Xing Shi Su Song, in Xing Shi Su Song Yu Zheng Dang Zhi Fa Lü Cheng Xu, pp. 1-60, 1998.
- Chen, Yun-Chai, Criminal Procedure and Due Process of Law, in Criminal Procedure and Due Process, pp. 1-60, 1998.

16. 喬寶泰，中華民國憲法與五五憲草之比較研究（上），1978。
Chiao, Bao-Thai, *Zhong Hua Min Guo Xian Fa Yu Wu Wu Xian Cao Zhi Bi Jiao Yan Jiu* (Shang), 1978.
Chiao, Bao-Thai, *Comparative Study of the Constitution of the Republic of China and the 1936 Constitutional Draft (I)*, 1978.
17. 湯德宗，論憲法上的正當程序保障，憲政時代，25卷4期，頁3-33，2000。
Tang, Der-Zong, *Lun Xian Fa Shang De Zheng Dang Cheng Xu Bao Zhang*, *Xian Zheng Shi Dai*, vol. 25, no. 4, pp. 3-33, 2000.
Tang, Der-Zong, *On the Guarantees of the Due Process of Law in Constitution*, *The Constitutional Review*, vol. 25, no. 4, pp. 3-33, 2000.
18. 黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，194期，頁68-89，2011。
Huang, Guo-Cheng, *Mei Guo Pei Shen Zhi Du Zhi Gui Fan Yu Shi Zheng*, *Yue Dan Fa Xue Za Zhi*, no. 194, pp. 68-89, 2011.
Huang, Guo-Cheng, *Precepts and Practices of the Jury System in the United States*, *The Taiwan Law Review*, no. 194, pp. 68-89, 2011.
19. 楊雲驊，協商程序與法官保留原則，月旦法學雜誌，119期，頁25-38，2005。
Yang, Yun-Hwa, *Xie Shang Cheng Xu Yu Fa Guan Bao Liu Yuan Ze*, *Yue Dan Fa Xue Za Zhi*, no. 119, pp. 25-38, 2005.
Yang, Yun-Hwa, *Plea Bargaining and the Principle of "Richtervorbehalt"*, *The Taiwan Law Review*, no. 119, pp. 25-38, 2005.
20. 雷震原著、薛化元主編，中華民國制憲史——制憲的歷史軌跡（1912-1945），2009。
Rey, Zeng, Yuan Zhu, Xue, Hwa-Yuan, *Zu Bian, Zhong Hua Min Guo Zhi Xian Shi—Zhi Xian De Li Shi Gui Ji* (1912-1945), 2009.
Rey, Zeng, Xue, Hwa-Yuan (ed.), *History of the Establishment of the Constitution of the Republic of China (1912-1945)*, 2009.

21. 繆全吉編，中國制憲史資料彙編——憲法編，1990。
Miu, Quan-Qi, Bian, Zhong Guo Zhi Xian Shi Zi Liao Hui Bian—Xian Fa Bian, 1990.
Miu, Quan-Qi (ed.), Historical Records of the Establishment of the Constitution of the Republic of China the Republic of China, 1990.
22. 蘇永欽，參審制度有無違憲之研究，律師通訊，113期，頁22-23，1989。
Su, Yeong-Chin, San Shen Zhi Du You Wu Wei Xian Zhi Yan Jiu, Lü Shi Tong Xun, no. 113, pp. 22-23, 1989.
Su, Yeong-Chin, The Constitutionality of Lay Participation, Taipei Bar Journal, no. 113, pp. 22-23, 1989.
23. 蘇永欽，參審是毒藥還是補藥？——從憲法及司法政策角度看參審及其試行，載：司法改革的再改革，頁65-132，1998。
Su, Yeong-Chin, San Shen Shi Du Yao Hai Shi Bu Yao? —Cong Xian Fa Ji Si Fa Zheng Ce Jiao Du Kan San Shen Ji Qi Shi Xing, in Si Fa Gai Ge De Zai Gai Ge, pp. 65-132, 1998.
Su, Yeong-Chin, Lay Participation: Tonic or Poison? —On the Introduction of the Lay Participation System from the Perspectives of the Constitution and Legislative Policies, in Further Reforms of Judicial Reform, pp. 65-132, 1998.
24. 蘇永欽，從憲法及司法政策角度看參審及其試行，憲政時代，20卷3期，頁25-51，1995。
Su, Yeong-Chin, Cong Xian Fa Ji Si Fa Zheng Ce Jiao Du Kan San Shen Ji Qi Shi Xing, Xian Zheng Shi Dai, vol. 20, no. 3, pp. 25-51, 1995.
Su, Yeong-Chin, On the Introduction of the Lay Participation System from the Perspectives of the Constitution and Legislative Policies, The Constitutional Review, vol. 20, no. 3, pp. 25-51, 1995.

二、日 文

1. 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治，

- 2001。
2. 土井真一，日本国憲法と国民の司法参加——法の支配の担い手に関する覚書——，載：岩波講座・憲法4——変容する統治システム，頁235-286，2007。
 3. 大久保太郎，裁判員制度案批判（続）（上），判例時報，1772号，頁3-7，2002。
 4. 大久保太郎等，裁判員制度に反対する会の意見書，判例時報，1844号，頁3-7，2004。
 5. 大石和彦，「国民の司法参加」をめぐる憲法問題，白鷗法学，18号，頁123-172，2001。
 6. 中原精一，陪審制度と憲法論の輪郭，法律時報，61巻2号，頁70-73，1989。
 7. 木村亀二，新憲法と人身の自由，1948。
 8. 片山智彦，裁判員制度における裁判所の構成の合憲性，載：平和・生命・宗教と立憲主義，頁71-93，2005。
 9. 市川正人，国民参加と裁判員制度，法律時報，76巻10号，頁41-45，2004。
 10. 平良木登規男，座談会・裁判員制度導入の是非をめぐって，現代刑事法，32号，頁4-28，2001。
 11. 平良木登規男，国民の司法参加，法律のひろば，54号，頁36-41，2001。
 12. 平良木登規男，参審制度導入のいくつかの問題点（下），法曹時報，53巻2号，頁263-282，2001。
 13. 平良木登規男，裁判員裁判の合憲性——最高裁平成23年11月16日大法廷判決，刑事法ジャーナル，32号，頁134-141，2012。
 14. 田口守一，参審制度の憲法論，現代刑事法，27号，頁29-36，2001。
 15. 甲斐行夫，座談会・裁判員制度導入の是非をめぐって，現代刑事法，32号，頁10，2001。
 16. 竹下守夫・高橋和之，「座談会・司法制度改革審議会中間報告をめぐって」，ジュリスト，1198号，頁2-68，2001。
 17. 羽瀨清司、井筒径子，裁判員制度と我が国の刑事司法の展望，載：小林

- 充、佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（下巻），頁456-480，2006。
18. 西野吾一，最高裁時の判例——最高裁平成23年11月16日大法廷判決，ジュリスト，1442号，頁83-92，2012。
 19. 西野喜一，日本国憲法と裁判員制度（上），判例時報，1874号，頁3-14，2005。
 20. 西野喜一，日本国憲法と裁判員制度（下），判例時報，1874号，頁3-13，2005。
 21. 佐藤榮治等，司法制度改革，2002。
 22. 長尾一紘，裁判員制度と日本国憲法，現代刑事法，32号，頁29-34，2001。
 23. 長谷部恭男，司法権の概念と裁判のあり方，ジュリスト，1222号，頁140-146，2002。
 24. 長谷部恭男，「裁判員制度と日本国憲法」座談會，判例タイムズ，1146号，頁4-26，2004。
 25. 柳瀬昇，裁判員制度の憲法理論，法律時報，81巻1号，頁62-68，2009。
 26. 香城敏磨，裁判員制度の合憲性，現代刑事法，61号，頁24-29，2004。
 27. 兼子一、竹下守夫，裁判法，4版，1999。
 28. 宮澤俊義、芦部信喜，全訂日本国憲法，2版，1979。
 29. 浦部法穂，新版憲法学教室Ⅱ，新版，1996。
 30. 浦部法穂、大久保史郎等著，現代憲法講義1講義編，2版，1997。
 31. 常本照樹，司法権——権力性と国民参加，公法研究，57号，頁66-81，1995。
 32. 常本照樹，國民の司法参加と憲法，ジュリスト，1198号，頁160-166，2001。
 33. 常本照樹，「裁判員制度の可能性と課題」座談會，法律時報，77巻4号，頁4-23，2005。
 34. 笹田栄司，裁判員制度と日本国憲法，法律時報，77巻4号，頁24-29，2005。
 35. 棟居快行，陪審制の憲法問題——司法権の独立を中心として，成城法學，61号，頁51-66，2000。

36. 棟居快行，「裁判員」制度の憲法問題，月刊司法改革，20号，頁30-33，2001。
37. 新屋達之，国民の司法参加・裁判員制度の合憲性，法律時報，84卷10号，頁126-129，2012。
38. 奥村文男，裁判員制度の批判的考察，憲法論叢，11号，頁1-21，2004。
39. 樋口陽一、佐藤幸治等著（浦部法穂執筆），憲法Ⅱ（注解法律学全集），1997。
40. 鯉越溢弘，刑事司法と市民参加，載：刑事司法改革と刑事訴訟法（上巻），頁98-113，2007。

三、外 文

1. Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (2 vols, 1961).
2. Jackson, John D. & Kovalev, Nikolay P., *Lay Adjudication and Human Right in Europe*, 13 COLUM. J. EUR. L. 83 (2006/2007).
3. LAFAVE, WAYNE R., *CRIMINAL PROCEDURE* (1985).
4. Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2007.

A Study of the Constitutional Issues of the Lay Participation System in Taiwan: With Reference to Constitutional Discussions of Japan's "Saiban-In" System

Yong-Hong Chang^{*}

Abstract

For countries which have had the Lay Participation System (such as the Jury and Civil Judge System) for hundreds of years, constitutional problems seemingly do not exist. But for Far East Asian Countries, including Japan, South Korea, and Taiwan, the lack of preservative provisions of the Lay Participation System in their Constitutions, (also called "the silence of the Constitution"), the constitutional problems could be enormous. In my opinion, the silence of the Constitution does not mean that the legislators of Taiwan's Constitution refuse Lay Participation in any form, but at the same time it does not mean that they will accept Lay Participation in all forms. What is the lowest conceivable demand of Lay Participation from Taiwan's Constitution? We shall investigate the provisions of judicial authority and criminal defendant's rights in our Constitution. The substantial role of the "Judge"

^{*} Judge, Taiwan High Court; Ph. D. in Law, National Chengchi University.

Received: October 19, 2012; accepted: April 18, 2013

who has the professional ability to interpret and apply the law correctly in a tribunal, for the assurance of the abstract law can be interpreted and applied correctly in concrete cases, in my opinion, is the basic demand of judicial authority and the rights of criminal defendants in Taiwan's Constitution. By treating the basic demand as an assumption, we may then introduce the constitutional Lay Participation System in Taiwan.

Keywords: Civil Participation, Jury System, Lay Assessor System, Lay Judge System, Constitutionality, Unconstitutionality, The Independence of Judge, The Assurance of Judge's Status, Due Process of Law