公判前整理程序及審判中律師之角色與活動

演講者／小坂井 久 *　譯／邱鼎文 **、陳思帆 ***

摘要

日本引進裁判員制度後，為因應素人參與刑事審判，刑事訴訟審理也產生很大的變化，強調審判應依循「言詞審理」、「集中審理」、「直接審理」的基本原則，並儘可能落實「當事人的主張、出證均以法庭活動為中心，由審判者依據法庭中見聞的證據形成心證」的「公判中心」理念。此一審判實務變革，也對辯護人構成極大挑戰。於準備程序階段的任務是提出有效的辯護方針，要先即時請求檢察官開示證據，充分檢視證據後建構己方的案件理論（Case Theory），之後敘明預定主張的事實與提出調查證據的聲請；至審判程序階段，包含開審陳述的進行、物證與書證的調查、對證人的交互詰問、辯論等程序事項，辯護人都必須審慎思考如何有效使裁判員瞭解己方主張並形成心證，也須持續精進法庭技術，如：如何有效彈劾、適時異議等課題。本文嘗試以一位長年投入刑事辯護的律師觀點，闡述在素人參與審判情境下，辯護人所面臨的挑戰與難題；最後並探討目前裁判員案件審理的現狀，及對實務運作如何真正貫徹此一制度的根本理念，提出反思與建議。

關鍵字：直接審理主義、核心司法、證據開示、主張明示義務、嚴選證據、案件理論（Case Theory）

*　律師。

**　司法院刑事廳調辦事法官。

***　臺灣臺北地方法院法官。

壹、公判前整理程序中辯護人之角色與活動（邱鼎文、陳思帆 譯）

各位好，我是在日本從事律師工作的小坂井久，我從 1981 年開始擔任刑事辯護律師的工作，大概有 37 年，自己覺得我沒有什麼長進，今天來報告除了覺得高興外，也很惶恐。

我對臺灣刑事訴訟法的內容，只知道三個部分：第一，臺灣的刑事訴訟制度與日本大正時期的大正刑事訴訟法相同，採取職權主義的制度，此部分跟今天的主題相關。第二，關於臺灣刑事訴訟法第 100 條之 1 偵查中錄音錄影的規定，我知道是在 1998 年的一個新規定，但日本直到 2016 年才通過相似的規定。第三，有關臺灣刑事訴訟法第 245 條辯護人在場權的規定，我聽說這個規定是在 1982 年制定的，可惜日本到現在都還沒有這樣的規定，這是我個人的期望，希望能早日實現，而這部分也可能跟今天我要跟各位報告的主題有點關係。

接下來，我要跟各位報告的是關於日本裁判員制度跟公判前整理程序的成立，日本的刑事辯護律師有怎麼樣的觀感或想法？基本上來說，許多刑事辯護律師是歡迎也期待這樣的制度引進。即使已經引進了，除主張陪審論者所提出的反對論外，到現在都還是有討論是不是要讓市民參加審判這樣的制度存在，換句話說，也就是反對論從以前到現在都一直存在，這個問題牽涉到最高裁的一個判決，就是在各位摘要上的平成 23 年 11 月 16 日判決。

談到「期待裁判員審判帶來什麼？」這樣的主題，其實就是為了要實現直接審理主義、言詞審理主義及公判中心主義的目標。以往日本的刑事司法是一種「筆錄審判」，基本上跟上述的直接審理主義、言詞審理主義是完全相反的狀況。由於是以調查筆錄為中心、書面審理為中心，所以心證並不是在法庭形成，而是在法官的辦公室形成，審理的態樣就像 5 月綿綿細雨一樣，斷斷續續不斷進行。大致來說，過去的作法就是 1 個月開一次庭，也曾對一個證人花費約 1 年的時間進行 10 次公判期日，可能傳來作了幾次的主詰問，之後看完筆錄再回去作幾次反詰問，這樣的狀態，其實基本上沒有主詰問、反詰問在同一審判期日處理的想法，此實務運用明顯跟法律規定有所悖離。

希望在審判中形成心證的想法，對於刑事訴訟辯護律師來講，是一個嶄新的經驗，這個可以延伸到其他的理論，譬如像是法庭活性化、提升辯護人在法庭的辯護技術等。另外一個期待，是對當初由職業法官審判產生的現象，想要試著去克服，也就是為什麼有罪率會達到 99.9%的現象，也希望在裁判員制度引進之後會有所改變。

今天講到精密司法、核心司法這樣的概念，在我擔任這麼久的辯護律師，在 80 年代之前，其實是試圖仰賴刑事法官熟練的認定事實能力的時代。但是在 80 年代整個過程中，日本的刑

事審判被批判是一種絕望的狀態，當然另一方面也有說是非常好的制度的說法，但是在這種被批判為絕望的說法，實際上就是指責它是一種偏離刑事辯護的現象。比較會讓刑事辯護律師覺得喪氣的是，不管你付出多少的精力，提出的主張總是不被接受，刑事辯護這個領域對於一般的律師來說，好像沒有什麼魅力，常常會聽到有這樣的說法。這樣的現象也導致刑事辯護律師做得非常沒有幹勁，或者覺得作這樣的訴訟過程是沒有價值的，當然在經濟方面也是沒有吸引力的領域，我想這些可能到現在都還是沒有什麼改變。

站在律師公會的立場，從 90 年代開始創設值班律師的制度，簡單來說，就是由律師公會來支撐犯罪嫌疑人辯護，指派律師給他，這樣的制度漸漸有克服向來有罪率高的情況。這樣子努力的結果，在 2004 年法律規定方面，終於犯罪嫌疑人國選辯護制度也開花結果。同時，從律師公會的立場，是有將國民的司法參加（裁判員制度）視為一種改變情況的王牌印象。

在裁判員制度實施之前，日本公判前整理程序在 2005 年施行，要說這樣一個公判前整理程序的施行會有什麼期待的話，其實最主要還是可以從證據開示制度講起。對於證據開示制度有什麼樣的期待？可能要對日本的刑事訴訟法有一些理解。剛剛說過，跟臺灣一樣，日本大正刑事訴訟法規定要把偵查卷證送到法院，這個現象一直到 1949 年昭和刑事訴訟法的時候才作改變。

說到從大正刑事訴訟法到昭和刑事訴訟法之間對於證據開示制度的影響，簡單來說，一進到新的刑事訴訟法之後，變成沒有所謂證據開示制度，簡單的反映就是在最高裁判所作成的裁定，昭和 34 年 12 月 26 日這一系列的裁定。起初是如果檢察官沒有聲請調查的證據就不用開示這樣的理論，所以辯護人就這一類的證據，沒有辦法受到任何的開示，一直到昭和 44 年 4 月 25 日作出新的裁定見解，變成進入證據調查程序後，在有限度的情況下，法院可以基於它的訴訟指揮權，就個別的證據作出證據開示命令，透過法院依職權證據開示命令，才得到一些限定性的開示。

我從 1981 年開始擔任辯護律師的工作，對於昭和 44 年這樣一個裁定內容，感覺到現實上只能做到一個勸告的程度，如果真的要依照這個裁定做到由法院裁定開示的地步，其實在那個時候是非常少的。我自己本身雖然有遇到過用勸告的方式請檢察官開示的例子，但是還沒有經歷過有請法院正式下裁定命檢察官開示的經驗。這跟剛剛所提到造成斷斷續續審理的結果，可能也跟證據開示是有關的，當時因為如此而主張全面開示論的人也是非常強烈，作為一個現實問題來講，因為有上述的這些問題，在 2004 年創設公判前準備程序中的證據開示制度之後，

基本上日本的刑事辯護律師非常歡迎。

實際上，施行後實務運作方面在一開始的時候，檢察官是可以看得出來採取比較死板的對應方式，慢慢的不是採取限定開示的方向，而是漸漸作擴大適用。對於這些證據開示要件的解釋方面，慢慢也有放寬的現象。簡單來講，檢察官進行任意開示的狀態也漸漸增多。但是這是在一般的案件，如果是在比較強烈爭執對立的案件中，這些條文的解釋在現在還是成為問題，對於是不是應該開示的法律要件的解釋，未必已經有了定見。

但是，證據嚴選方面也產生一些問題。因為向來聲請調查證據是相當廣泛的提出請求，如果嚴選的話，其實有好的一面，同時也會帶來比較不好的一面。現在有關於交付證據一覽表這樣一個規定，在 2016 年也制定了，關於一覽表的部分，其實在實務現場也有各式各樣的爭論，也就是說，這樣的規定到底是不是足以作為證據開示的線索？也就是松、竹、梅（上、中、下）的問題。

一覽表本身是就偵查的類別跟手法，為了要判斷這些內容而製作的書面，如果只有記載偵查報告書的標題，是下等的，也就是「梅」的層級；這個如果它足以讓你判斷這樣的內容，則比較算是上等，也就是「松」這個層級的內容。無論如何，這樣的一覽表是不是足以作為證據開示的線索，才是評判分類的目的。以辯護人的立場來講，會是希望原封不動可以拿到電子的資料，今天從濵田老師的報告中才發現，原來警方是把電子資料交給檢方，再製作一覽表，所以今天來好像也聽到蠻不錯的事情，可能這樣的內容對於辯護人來講比較有益處，可以作為線索。

再來要跟各位報告有關於爭點整理跟證據整理的部分。首先，有關辯護人要明示預定主張的義務，這個規定跟日本刑事訴訟法證據限制的規定，也就是明示義務跟失權效相結合的話，會不會有侵害緘默權跟被告防禦權的問題？這個問題最高裁判所在平成 25 年 3 月 18 日的裁定中已經作出闡釋，認為沒有構成侵害。第二，是有關於辯護人明示預定主張義務的範圍到底到哪裡？這個是有爭論的，就這個問題，最高裁判所在平成 27 年 5 月 25 日的裁定中有作一些說明。第三，關於聲請調查證據的限制（失權效的規定），這在日本刑事訴訟法規定的要件是指非有不得已的事由而不能提出證據調查聲請的情況，可是就「不得已之事由」的解釋方式也是有爭論的，譬如像彈劾證據的部分就是一個例子。

有關公判前整理程序辯護人活動，一開始是關於辯護人跟犯罪嫌疑人間事前討論的部分，這部分也是對於確認辯護方針有相當大的關係。

從 2016 年 6 月 1 日起，犯罪嫌疑人國選辯護制度已經作成適用所有被羈押案件的規定，也就是說，在這樣的程序中，必須給犯罪嫌疑人辯護人。無論如何，在適用裁判員的案件，身體自由如果受到拘束（被羈押後），從犯罪嫌疑人階段開始起，就應該指定國選辯護人，在私選辯護人的案件中也有這樣的問題，從起訴前的階段，就會思考到在審判中應該是採取怎麼樣的辯護方針。在偵查階段的辯護活動，我想不是今天所要討論的主題，只是隨著偵查中的錄音錄影制度的形成，現在關於指定辯護人這部分的運用也逐漸擴大，最後成為可以有效行使緘默權的基礎。

在日本作一個辯護人，要怎麼樣建立在審判中的辯護方針？在研習的時候我是這樣思考，在沒有看到證據的時候，就不要採取太固定的意見，不要把它確立下來會比較好。因為從案件當事人處所取得資訊的種類、質量有各式各樣的情況，跟當事人作溝通也有各式各樣的情況，對於案件的形象並不是很清楚的狀況也經常會出現。進入公判前整理程序的階段，應該要先存著一張白紙的感覺，一步一步依照程序規定確立案件理論的辯護方針，是有必要的。

在起訴後公判前整理程序的階段，辯護人應該要作什麼？當然是在已經接受檢察官開始聲請調查證據後，請求檢察官交付證據一覽表。首先，檢察官會提出記載預定證明事實的書面，接著會開示聲請調查的證據，在這個階段當然要先看過檢察官所開示的這些證據一一檢討，再照著證據清單的記載，看有沒有可以聲請開示類型證據的部分。就請求開示的實際作法，有各式各樣的爭論，我認為大致的共識是就類型證據開示的請求，如果可以的話，最好是一次就全盤性的進行，這在證據管理上也會變得比較簡單一次就結束比較好。

在檢察官開示類型證據後，當然要就這些證據進行檢討，確認檢察官聲請調查證據的證據能力或有沒有調查的必要性，也就是證據意見這個部分要加以確定。實際上，依照證據意見來確定審理計畫的情形非常多，這些因為息息相關，所以辯護人要怎麼表達證據意見，非常的重要。一般來講，辯護人應該建立剛剛所講的案件理論（Case Theory）的內容，也就是說，經過檢察官開示聲請調查的證據，以及辯護人請求開示類型證據，檢討這些被檢察官開示證據的內容，透過這些證據加以整合，構築辯方的辯護方針，這個就是達到建立 Case Theory 的狀態，這些最遲應該在公判前整理程序終了前完成。

當然，在爭執無罪的案件，既然檢察官已經起訴，聲請調查證據在某種程度上會朝有罪方向顯示，但是例如在已經自白的情況，對自白任意性有所質疑，或自白可信性有疑問時，以這些主張作為前提，就可以建立案件理論。在有目擊證人證言、科學鑑定的狀況時也都相同，這

一些拿來立論有沒有證據能力或證據價值，可以作這些檢討的話，就可以變成一個案件理論。

在不爭執犯罪事實，而請求酌量情狀的案件中，也應該建構案件理論，特別是被告在爭執犯罪情狀的案件，也是如此。無論如何，要在公判前準備程序終結前完成案件理論，是一個理想，還是要盡可能把它完成。

辯護人遇到檢察官處理證據開示爭議而不開示的情況時，包括檢察官回答不存在這種證據的時候，應該積極活用請法院裁定開示的規定。請求裁定開示制度在施行後的短暫期間，有增多的現象，數年後就漸漸穩定下來，件數也逐漸減少。但隨著所謂證據一覽表的交付，可能會重新使請求開示增多的情況，我從作為一個日本辯護律師的直率感覺來說，舊法（大正刑事訴訟法）時代，類似臺灣法制的開示方式是具有壓倒性的優點。在日本大正刑事訴訟法雖然是卷證併送，但有爭論這樣的偵查卷證未必就是偵查卷證的全部，這種想法我聽說臺灣也有，也就是懷疑警方隱匿證據的狀況，可能會有這樣的議論。在日本從大正刑事訴訟法進入昭和刑事訴訟法，曾有短暫的期間似乎是進入證據開示的寒冬時代。在日本雖然在剛開始，類型證據開示跟主張關連證據開示是受到辯護人的歡迎，有它歷史的緣由，如果就被告權利的保障以及防禦權來講，其實還是全面開示的制度是比較好的。不全面開示有它的理由，就是要防止弊害的想法，但是我認為就辯護人來說，即使看了全部證據要作虛偽的辯解，也不容易成功。

接著，我要說的是有關於辯護人明示預定主張的部分。這部分我覺得基本上是限於最低限度必要的內容即足，這樣的想法是反映在，如果對於檢察官所提出預定證明事實非常細節性、詳細的承認或否認的話，這樣的作法是不太正確的。明示預定主張，其實只要能夠制定審理計畫，應該就夠了。辯方所提出的預定證明事實，反過來就是一個反駁檢察官的事實，當然是要伴隨著聲請證據調查，而成為法律規定義務的範圍，但其餘的部分，只要大致上記載到重要的間接事實就可以了，我認為這應該是明示預定主張的對象。但是，這樣的程度，每個說的會有相當差異，也就是說這一點未必已經有了定論。

剛剛跟各位報告過平成 27 年 5 月 25 日最高裁的裁定，因為這個有點複雜，所以在這邊就不詳細說明。但是既然有規定提出證據的責任，法律規定也要先明示主張，所以如果以案件說明的話，譬如在主張正當防衛的情況，就現在急迫不法的侵害以及其他要件存在的事實，要加以表明，或者是在主張責任能力的部分，也是相同。至於不在場證明的部分還有一些爭論，但基本上這個也是應該要明示的對象。當然，如果在審判的時候沒有預定的主張，我認為全面的爭執也是沒有關係。

關於明示預定主張部分，不只是剛剛所講的這一些，關於跟聲請開示主張關連證據這部分的關係，也要加以思考。當然具體明示主張會比不明示的接受到主張關連證據的開示容易，這個大概是比較容易了解的。但是證據開示本來就是以開示類型證據作為基本型態，主張關連證據的開示充其量是一種補充性的性質。簡單的說，只要好好的接收到類型證據的開示，要請求開示主張關連證據就比較不常見。

再來是有關於聲請開示主張關連證據的部分，這是為了準備反證，因為日本刑事訴訟法第316條之32，有關公判前整理程序結束前必須提出證據調查的聲請，而受到法律的拘束，所以必須要在規定的時限明示主張並且聲請調查證據。因為有失權效的規定，所以要明示預定主張而聲請調查證據，就不會遺漏有關應該聲請調查的證據；但是，如果是比較細瑣的間接事實的話，會因為沒有明示到這個部分，就可能有漏未聲請調查證據的疑慮，所以這個部分是要特別注意的。因為有失權效的規定，在公判前整理程序終結前，除了有不得已的事由外，必須在此之前就要提出證據調查的聲請。如同剛剛提到的，在彈劾證據的情況，是不是該當所謂不得已的事由，也是有爭論的，實際判斷上也比較不容易。

有關於主張關連證據的開示部分，有一個重要的議題，也就是關於偵查備忘錄要不要開示的問題，這在講義第53頁部分，有日本最高裁三個重要的裁定案號，對我們來說都要注意。這三個裁定主要是提到關於偵查機關就偵訊狀況加以記載的偵訊備忘錄，這個偵訊備忘錄記載偵訊時的時間跟受偵訊人的狀況，是用來判斷偵訊任意性的證據，而這樣的證據該不該開示，成為爭論的課題。附帶說明，日本以前是完全沒有錄音錄影的狀況，所以調查偵訊任意性時，必須要用到這些備忘錄，因此就日本實務操作面來說，這三個最高裁的裁定是非常重要的。

接下來要談到有關課題的部分，大概有三個。第一，是指公判前整理程序肥大化（長期化）的問題。長期化的原因，依據我的經驗應該有幾個原因，譬如在比較難度高的案件中，可能因為證據開示的因素而花費太多的時間，有時候因為有爭執而必須請法院裁定，也花費不少時間，而成為長期化的原因，特別是有爭執之後，甚至還用到即時抗告、特別抗告等，這些都會讓時間拖長。但是我剛剛所講的問題，如果採取全面開示的方式，基本上一定可以解決。其實也有人指出長期化的原因是因為辯護人太晚表示預定主張，我覺得這也跟證據開示有相關。今天也談到很多透過檢察官的任意開示來圓滿解決問題的情況，實務上確實也有做到，這樣的作法可以進而對照所謂的證據一覽表，而解決開示的問題，但不能都憑任意開示的方式來解決。不能只以任意開示就滿足，要好好的進行聲請開示類型證據，接著再聲請開示主張關連證據，

要依正規的途徑來處理。

接著要跟各位講的是有關於證據嚴選的問題，會不會是另外一個陷阱？濵田老師也講過，利用書面統合的方式，也讓證據減少，但是我還是提出一些問題。

談到嚴選的問題，就像剛剛提到統合偵查報告書或者是合意書面，最後它其實不是使用原證據而是用二次性資料在審理中調查，這樣雖然讓資訊可以減量、瘦身，可是也有可能之後才想到有什麼問題存在而沒有發覺。也就是說，裁判員透過這些刪除後的資訊來判斷時，也有可能用自己的想像來填補這些空白的部分。在統合、合意的過程中所刪除的證據本身存有一些事實，可能會造成實際上發生跟判斷本身的結果會有一些差異，在這樣的案例存在之下，就可能因為要追求簡明易懂的方向，而產生遺漏重要事實的結果，所以簡明易懂未必就是不容挑戰的真理，把它目的化可能會有點疑問。

第三點要跟各位報告有關法院的態度。其實一直有質疑法院是不是在公判前整理程序中就有形成心證的問題。民事案件的辯論跟準備程序中，當然法院在進行程序時有可能有一些心證形成，但是公判前整理程序跟民事的辯論準備程序是不一樣的，也有法官存有想把爭點盡可能在公判前整理程序加以窮盡、濃縮的想法。另一方面，對照雙方主張來決定審理方針的過程中，禁止法院不可以先存有任何的心證，這樣的一個想法其實是有點困難的，而且姑且不論整個辯論全意旨是不是存在，心證本來就是除了在審判時形成外，是不能夠預先存在的，所以這個問題是非常嚴重。

我也曾經聽說一個非常有名的前法官說：「一方面如此強調起訴狀一本主義、預斷排除原則，但到了引進公判前整理程序後，突然又說這樣作並不違反起訴狀一本主義、預斷排除原則，這樣的見解佔了大多數，實在是令人驚訝。」無論如何，我覺得身為法院的立場來講，應該不要過度細緻的去窮盡整理爭點，審理應該還是保有相當的空間加以組成，因為是採取當事人進行主義，所以在公判前整理程序，應該是要交付給當事人自行處理爭點和證據的問題。另外，公判前整理程序，也有可能造成跟裁判員之間情報落差的問題。

我曾經聽過某個資深的律師跟法院說：「我不會再主張了，我也沒有這個義務。」，一旦這個資深辯護人這樣說之後，法官就不再請他釋明，可是這個法官卻對比較年輕的律師要求他要釋明、整理爭點，這樣的情況是比較特殊的。

貳、審判中辯護人之角色與活動（陳思帆 譯）

介紹關於裁判員刑事審理辯護技術的問題時，我想先提到一個叫做「NITA」的單位，這個單位可以翻譯為「全美法庭技術研究所」，這個法庭技術研究所於法庭的實際辯護技術，有非常深的研究。

NITA 在美國是屬於一個律師團體所成立的組織，據我所知，它已經成立大約有四十年的時間，英文為「The National Institute for Trial Advocacy Training」，這一個組織長年以來從事有關法庭技術的知識、經驗及法庭活動的實際方法的精進，一直在各地從事實際模擬、演練型的研究。

日本的律師團體，主要是「日本律師聯合會」，另外包含我所屬的「大阪律師公會」自從日本確定引進裁判員制度以後，自 2005 年開始至現今（最近一次應該是 2017 年）持續邀請「NITA」組織來從事教學工作。我在初期的時候也曾經接受過「NITA」的研修，接受從美國邀請來日本的講師教授的課程，之後也曾擔任講師的工作。

當然像這樣的研修內容是蠻困難的。為什麼說很困難？因我們模擬演練法庭活動需要很多的技術方法，主要是要探討如何在法庭當中進行生動、活潑的言詞表現方式，如何在法庭上進行有活力、非常有張力的陳述。舉例來說：訓練在法庭上的陳述者站在法庭的中央與事實認定者，也就是坐在審判席上的人面對面，用所謂「眼神對眼神直接交流」（Eye Contact）的方式來進行口頭的陳述。

當然在法庭上進行「眼神對眼神直接交流」的言詞陳述，在日本，是大家過去比較不習慣的做法，所以也有人不太喜歡這樣的方式，覺得這是否是過度的表演活動。以我過去的經驗，我在法庭上也曾經運用這樣的方式來進行辯護活動，結果我遇到的法官裡面，大概分成兩種類型：一種是會直接面對我的眼睛，兩邊有眼神的交流；另外一種是頭低低的，不管怎麼樣，都不會看我。

當然也有一些比較保守的法官，比如高等裁判所的某個法官可能比較保守一點，會覺得就是要遵從我（法官）的訴訟指揮，不准你（律師）站在法庭的中央進行陳述，當然那是一個比較傳統的做法，不過以現在來講，日本法庭活動上也漸漸接受像這樣子站在法庭的中央，正對著審判者進行陳述的方式。

在進入正題之前，我想再說明一下我個人的經驗，就我個人而言，大概已經有兩年左右的時間沒有從事裁判員審判案件的辯護了，主要的原因是，適用裁判員的案件，如殺人未遂案件，

在偵查階段是強制辯護案件，如果沒有辯護人，也會由國選辯護人來替他辯護，但也可能偵查之後變成比較輕的傷害案件。另外還有在偵查時是強盜致傷，可是偵查之後變成以單純的強盜案件起訴，本來在偵查中是屬於適用裁判員審理的猥褻致傷案件，偵查結果被以比較輕的單純猥褻案件起訴等類型。另外，如果認為被告是精神上有疾病而犯案，基於醫療觀察法的規定，會以治療其疾病為優先的目的性考量強制送醫治療，而不會以適用裁判員的案件起訴。

因此，實際上我擔任過偵查中辯護的案件中，也有相當的經驗是在偵查階段的辯護之後，變成比較輕的罪名來起訴，或是偵查過後變成不起訴，這也可以說是一個成功的辯護。我目前手上沒有正確的統計數字，但我聽說，在偵查的階段，被檢察官用適用裁判員審理的罪名立案偵查的案件當中，大概只有不到一半的案件會被正式以裁判員案件起訴。

其實在濵田教授的演講也有提到，在日本的檢察實務上應該是有盡可能去抑制、避免以裁判員案件來起訴的傾向。為什麼會這樣？主要的原因是這樣的案件非常費力、費時，一旦以適用裁判員審理的案件起訴，大概需要花費兩至三倍的時間與精力進行訴訟。以我自己從事過去裁判員辯護案件的經驗來講，辯護人為裁判員案件辯護的負擔也很重，與一般的案件比起來，進行裁判員審理案件的辯護，應該要花費至少一倍的時間與精力。

接下來正式進入到我今天的主題，首先提到裁判員案件的審判程序有哪一些辯護活動？首先為「針對檢察官起訴案件的內容進行陳述」。當然因為接下來在證據調查前階段有所謂開審陳述的存在，所以實際上被告對於案件的陳述，也就是對於本案的辯解，一般實務上都是用非常簡單的方式來進行，就是只有簡單陳述主要想要表達的內容。在一些比較複雜的案件，辯護人也會準備作為本人陳述用的事前書面，然後再去朗讀這樣的書面。這種書面朗讀的做法到底是否適當，對於裁判員的宣傳能否發揮的效果，是有議論的空間。

接著進入「開審陳述」部分，辯護人的開審陳述在原則上，是在檢察官進行完開審陳述之後緊接為之，基本原則是陳述說明清楚辯護方接下來要提出如何的反證，可以說是提出己方出證計畫的平面剖面示意圖。當然根據不同的個案，也未必全都採用單純說明自己預定主張的故事，即所謂「故事型的說明方式」，在不同的個案也可能會考慮運用到所謂的「議論型」或是「爭點型」的陳述方式。

另外，提到在開審陳述中使用提供給裁判員的要點摘記，到底應該運用什麼手法去設計要點摘記，這個部分在不同的律師間，有不一樣的做法，基本上是提供要點的方式，跟檢察官的做法，原則上是一致的。當然，在日本推行裁判員審判制度的初期階段，有關如何對裁判員進

行有效、有力的開審陳述，因為開審陳述是新的制度，大家會認為這是對裁判員最早進行法庭上直接言詞表達的場面，所以受到極大的重視。

關於該如何進行讓人印象深刻的開審陳述，必須考慮檢、辯雙方運用了相當多的精力及時間去投入開審陳述的意義何在，因為開審陳述並不是在進行證據調查或是辯論，也並非是以開審陳述去決定最後審判的結果，而且如以開審陳述品質的好、壞就可以決定審判的結果，也會變得非常嚴重。所以，拼命進行一個非常讓人印象深刻、戲劇性開審陳述，也被提出來檢討其中是不是有一些不見得適當的地方。以目前現況而言，在日本的審判庭上，不管是檢察官或辯護人，一般都是用比較淡泊、平實的方式來進行開審陳述。在這個意義上，目前日本檢、辯雙方都不會像過去一樣，花費太多的精力、時間在開審陳述上。

開審陳述本質上並不是辯論，所以原則上「不作議論、也不為論證」，而是忠實傳達要主張的事實。借用濵田教授的比喻，如同一部電影的預告片一樣。另外，要如何有效進行開審陳述？在日本最近比較受到大家矚目的方式，是一個稱為「讓人心中怦然心動、有所期待的開審陳述」（思わせぶり冒陳）的方式，是在開審陳述中先不敘述完整主張，而先故意引起別人的期待，讓人心裡產生種怦然心動的期待感。

該如何進行書證的調查？原則上，書證的調查是以朗讀為原則，亦即，依照法律規定，作為法定證據調查方法，為了要在法庭上讓審判者直接形成心證，原則上不是告知書證的要旨，而是應該要朗讀調查證據內容範圍全文。就所提出來的書證與在審判庭當中所展現出來的內容，原則上應該是要一致的，二者內容有落差的情況，原本並不是在設想的範圍內。因此，可能就必須要考慮根據自己出證的需要，提前在公判前整理程序階段，就針對要調查的書證，考慮諸如先由檢、辯雙方作成合意書面，並決定這就是將來要在法庭上展現的內容。

接著進入到法庭上證人的詰問，我們從整體上來看，不管是所謂的主詰問也好或者是反詰問也好，在裁判員審理當中，法庭上的詰問活動會變成整個審判庭審理活動的主角，就這一點來看，此與實踐裁判員審判以前有非常大的不同。我們可以說，在這種證人詰問模式之下，其實較過去是更真正、更直接貫徹傳聞法則。另外，也落實了直接審理主義、言詞審理主義，及以法庭活動為中心的「公判中心主義」，可以說在裁判員審理引進之後，確實法庭活動變得更加地活潑、生動。

接下來提到一個非常重要的部分，也就是「反對詰問」的方式，直接來說，反對詰問主要就是要提出證人矛盾之處，矛盾之處指什麼？有兩個種類：一個是有關於客觀性事實的出入，

亦即證人的陳述跟其他客觀證據之間發生矛盾、衝突；另外一個是，證人的陳述與他自己之前陳述的內容有相互矛盾與歧異的情況。

談到要如何進行反詰問的方法？如何顯現出這兩種矛盾，讓它具體化、明確化？這在技術上可以說是相當地困難。比如剛剛所提到的第二種矛盾，也就是證人跟自己之前陳述發生矛盾、歧異的情況，這時如何顯現矛盾的內容？假設這個矛盾看起來只是所謂細節性的差異與出入，並不是足以影響心證的重大差異，就算是提出這個矛盾，那也是沒有什麼效果，也沒有辦法影響到審判者的心證。所以如果反過來講，假設我們能夠凸顯出這個矛盾是涉及心證變動、牽涉到主要事實不同的重大歧異與差異矛盾的話，那就可能足以影響審判者的心證，在這一意義之下，辯護人重要的任務是，該如何在法庭上用適當的問話方式來凸顯這個矛盾是具有重大意義的。

在日本正式實施裁判員審判制度之前，專門去探討在法庭上證人詰問活動技術的書本，可以說是幾乎都沒有，不過在正式實施裁判員制度以後，就開始有大量關於探討證人交互詰問技術的一些守則、訣竅或經驗分享的書本出現。當然，原本針對檢察官的主詰問進行反詰問，其實還有一個非常重要的任務，也就是要從證人的口中引導出對於被告這一方有利的事實。引導出對被告有利事實，原本應該是在主詰問的時候去進行的事項，這時就會變成由檢、辯雙方各自對證人提出主詰問聲請的情況。不過在實際上常常會發生針對檢察官先行主詰問，而於與主詰問具有關聯性的範圍內詰問時，才引導出對被告有利的事實，所以也會出現並非雙方同時聲請主詰問，就達到目的的情況。

接下來講的可能有一點細，如果反詰問超過原本被容許進行反詰問的範圍，而遭到主詰問一方提出異議的話，依照個案具體情形，就可能會考慮到請求審判長准許辯護人可以利用反詰問的機會，就有關新的事項進行詰問的情況。當然，這樣的做法會受到《刑事訴訟法》第 316 條之 32 的限制（譯者說明：這部分涉及到日本刑事訴訟規則有關反詰問的規則，依規定反詰問原則應就主詰問所顯現、關連之事項及爭執證人證明力之必要事項行之；但經審判長許可後，得詰問支持己方主張之新事項）。

談到有關交互詰問的技巧，比如：怎麼樣利用反詰問的問題、順序，去凸顯出證人有自我矛盾的情形？就這部分，我們之前在有關律師公會所舉行的審判活動的研修當中，都有教授這樣的課程，包含進行誘導訊問這一些方法論等等，我不太清楚臺灣關於傳聞法則的規定是什麼樣的制度，不過先談到有關於日本傳聞法則的相關規定。假如有一個證人到庭，他在主詰問中

講出跟偵查階段所述不一樣的供述內容時，就是他的陳述跟之前的陳述具有相反性，也就是前後陳述不一，這個時候就是屬於一種傳聞例外的情況，可以以之前在偵查中的供述筆錄具有特別可信性為理由去調查這方面的證據。

日本過去的刑事審判制度常常被批評是所謂的「筆錄審判」，很主要的一個原因是，在日本實施裁判員審理制度之前，在檢察官面前的陳述，傳聞例外地被引進當證據的情況是非常常見的（譯者說明：在日本稱為「檢面調書」，與臺灣證據能力的規範不太一樣，比較相當於我國對於警詢筆錄的使用方式）。因為這種使用方式比較普遍，造成以筆錄審判為主的情況，在裁判員審理實施之後，法院對使用此種證據也變得嚴格，只是還是有使用的例子。

當如果檢察官的詰問已經展現出可能會聲請調查證人之前警詢筆錄的傾向時，就必須要進行反詰問，而且在反詰問時要凸顯在相反性或是特信性傳聞例外的要件尚未被證明的觀點。

關於如何進行被告訊問的話題，最好辯護人這一邊盡可能用開放性的問話方式，去引導出被告用自己熟悉的語言所說出來的話，這一點在辯護方聲請傳喚證人進行主詰問時，其實也是相同的道理，要注意用這樣的方式，讓事實認定者可以從這些陳述當中獲得確實的心證。

為了要達成這樣的目的，辯護人跟被告雙方事前的討論、協商非常重要，可以說最好、最理想的情況是，辯護人與委託者之間能夠形成一種心與心可以相互聯繫、溝通的狀態。雖然在對於犯罪事實有爭議的情況下會訊問被告，但現在即使被告本身對於犯罪事實沒有爭執，原則上也會採用「暫時先保留」的調查方式，不要去調查被告先前在偵查階段所作成的供述筆錄，這樣的筆錄叫做「乙號證」。即使這個筆錄本身沒有被爭執證據能力，也暫時不予調查，而主要以在審理中從辯護人自被告口中所問出來的話作為這個案子的證據。

在不爭執的案件也先進行被告訊問的情況下，假如訊問結束之後，已經不再具有調查「乙號證」，也就是被告之前偵查階段筆錄必要性，常常是由檢察官撤回，或是由法院駁回調查的聲請，這樣的例子也增加了。相對起來，現在裁判員審判法庭審判中，使用被告在偵查階段供述筆錄當作證據的比例，已有相當地減少。

當然，在檢、辯雙方對於犯罪事實有爭議的案件，通常會不同意使用「乙號證」當作本案的證據。不管這個爭執是爭執之前陳述是經過不正訊問而不具任意性，或者只是單純證明之前陳述的信用性，不管是哪一種情況，當然一般的調查方式是先由辯護人進行被告訊問，讓被告在法庭上陳述其故事。

在這樣的情形下，當法庭上並沒有辦法顯現出被告本身於偵查階段所為陳述內容時，檢察

官就會聲請調查之前偵查階段的供述筆錄，當然也需要視檢察官對被告進行反對訊問時，有沒有辦法透過反訊問的方式，把所欲提出的供述內容凸顯出來（譯者說明：日本對被告訊問類似證人詰問，有主訊問、反訊問程序）。如果檢察官能從被告的口中顯現出，被告承認當時在偵查中講的特定內容屬實，在個案當中就沒有再調查之前「乙號證」的必要性，這個是相當 case by case，要看個案具體的狀況而定。

另外，當被告爭執之前陳述任意性，使自白任意性成為爭點，即所謂的「任意性審理」中，要如何設定被告訊問的程序，也是很大的問題。在有必要的情況下，依照《刑事訴訟法》第 332 條第 1 項，當任意性沒有爭議，原則上不用進行所謂自白具有任意性的舉證，如果針對這部分有爭執的情況下，原則上就必須要先證明偵查中的陳述是出於任意性，在這樣的舉證之後，才能使用偵查中的筆錄來當作證據。我們稱其為「任意性調查」的審理。於被告之前的陳述是不是具有任意性這一件事本身成為爭點的任意性審理中，如何進行有效的被告訊問、要如何設定問題等等，就成為很大的課題。

現在，適用裁判員審判的案件原則上在偵查的階段，即會對被告的供述進行錄音、錄影，這時可能法庭上的證據調查就會考慮到播放錄音、錄影的影像或是檔案，亦即鑲嵌在對被告訊問程序中進行。當然，與此有關的是，除了在調查被告自白或是之前供述任意性的階段使用之前陳述的錄音、錄影檔案，到底被告之前陳述的錄音、錄影檔案能不能作為證明被告犯罪事實存在與否的實質性的證據使用，關於這一點，在目前的實務上討論非常地熱烈。舉例來說，韓國也有同樣的爭論存在。就以日本實務來看，目前檢察官主張可以積極運用這一個資料來當作證據，不過一直到最近為止，法院還是採取比較消極的態度。

接下來要討論到第三點，有關對情狀證人的調查，這邊要提出來的是對被害人調查的方式。對於情狀證人進行訊問的方式，我認為基本上與對被告進行訊問是相同的，就是要做到能夠達成訊問者與被訊問者雙方間心與心的交流。

有關「被害人參加訴訟」的問題，對於刑事案件的辯護人來說，可以說是一個相當不容易、相當困難的課題，重點在於如何面對法庭上的被害人。基於被害人這樣的立場、角度出發，在法庭上會給予辯護人相當強大的壓力，在被告對犯罪事實沒有爭執的案件當中，就以辯護人的立場來講，往往沒有辦法直接跟被害人對立；當然，如果這個案件是屬於被告否認犯罪事實的情況，作為辯護人的角色，就是要毫不客氣地跟被害人站在對立的立場。在被害人參加訴訟情況下，原本最理想的方式似乎是有罪責的程序與量刑的審理程序，兩個程序截然二分，被害人

適當地參加之後的量刑程序，有很多論者認為裁判員審理中應該採用這種制度。

我簡單介紹另一個與被害人在審判中的地位、立場相關的課題：有一個日本最近討論比較多關於兒童被害人的問題，兒童被害人受害的情況，因為兒童的陳述能力有限，而且為了避免二度傷害，往往會採用所謂「司法面談」的方式（譯者說明：「司法面談」主要指在兒童為被害人等之案件，為避免造成兒童二度傷害，由偵查機關會同兒童福利機構人員、醫師等專家進行詢問之方法）。透過「司法面談」，由專業團隊以專業的方式取得兒童的供述內容。到底這個供述內容錄音、錄影檔案等，能不能在法庭上直接作為證據使用？如果依照法律規定，當辯護人表示「不同意」，當然就必須要把被害兒童以證人的身分傳喚到法庭上作證，只是事實上辯護人常常會面臨到一種情況，就是很難開口說出不同意使用這個證據，所以實際上是承受著必須要表示同意使用該證據的壓力。

另外，有關證人拒絕證言的情況，當然拒絕證言也可能符合傳聞例外的規定，可以使用之前的證據。以司法面談方式而取得之前供述的錄音、錄影，製作的過程因為相當嚴謹，所以裡面是具有高度的證據價值，在這種情況下，是不是就是符合傳聞例外的規定，而例外被拿來運用，這是很重大的課題。

接下來我談到第四個裁判員審理當中法庭活動的問題，是關於「異議的提出」，在證人交互詰問當中，如何提出適當的異議是非常重要的事情。辯護人應該要以手邊隨時有刑事訴訟規則，以對這個規則非常熟悉的態度來開庭。雖然在法庭上不管遇到對方提出什麼問題、不管發生什麼事情，就不斷地主張異議，這種行為完全不值得佩服，甚至會造成裁判員的反感，但是如果什麼都不說、完全不異議，這樣恐怕更不好。

當然在對證人交互詰問以外的場景要提出異議也是非常重要的，對於法院要調查證據的裁定本身如果有不服的話，應該要很明確地提出異議，這是因為在刑事訴訟上還有第二審，如果對裁定不服，將來是可以以訴訟程序違背法令的理由來提出上訴的。

接下來要提到一個問題，可能專門是屬於裁判員審理當中會發生的固有、特有的問題，也就是對於證據調查方式的異議。根據日本《刑事訴訟法》的規定，證據調查共有以下三種方式：對於書證的調查方式，採用全文朗讀的方式為原則；對於物證的調查方式，原則上是當庭展示；根據日本的判例，承認對於錄音、錄影的紀錄媒體的調查方法，則是以當庭播放的方式。

以書證調查為例，例外可以採用「告以要旨」的方式，到底在證據調查時是不是可以進行「證據說明」？能否容許及容許到何種程度？這個是有爭論的。在實務上還有一種做法是，當

庭在大螢幕上展示經完成所謂的統合偵查報告書等等的內容，然後去朗讀「證據說明」本身，進行所謂統合報告書的證據資料產生與說明的朗讀，這樣調查證據的方法，本身是否符合法律規範，可能是有疑問的。原本在法庭上的證據調查方法，應該是要事前在公判前整理程序當中獲得雙方的同意，採取這樣的方式，也就是雙方確認後的調查，像剛剛所講的數項證據之後，以投影的方式展示，然後再搭配證據說明，而這樣說明越來越深入，就好比在進行中間性的辯論一樣，此種作法是否有當也有爭議，會演變成辯方需要提出異議的情況。

接下來討論第三大點，也就是證據調查完畢之後的辯論階段，首先談對於犯罪行為還有爭議的情況，當然本來在可能的範圍辯論時，就應該要思考之前在準備程序當中建立己方所主張的論理；也就是說，所謂辯論是針對證據調查的整個結果去集大成而予以統合，可以說辯護人於辯護活動的全部聚焦於辯論裡，在辯論當中就要大幅度進行議論、論證，辯論可以說是要針對事實認定所謂的證據關係，就是怎麼樣的證據可以證明怎麼樣的事實構造並進行討論，然後另外要說明這些證據具有如何的信用性，也必須闡述自己主張事實關係的正確性。另外，有關法律適用成為爭議的案子，辯護人也應該討論這個爭議，並且向審判者說明清楚辯護人主張的正當性。

辯論作為一種公開成果發表的訴訟活動，在裁判員審理當中受到非常強烈的重視，在過去當然辯護人主要會提出辯護要旨的書狀給法院，會著重在辯論要旨的書面本身，可能在法庭上只有朗讀內容或是告以要旨，這樣辯護就會變成是比較重視撰寫文章的能力，而不是口語表達的能力。但是在裁判員的審判當中，對於裁判員必須要用清楚地口語表達來陳述本身想要表示的概念，這時如剛剛所提到的，比如站在法庭中央的證人席，與審判者間目光接觸、眼神交流的辯論方式來辯論的辯護人已經增加了。另外，比如運用投影片、簡報、白板或看板的方式來輔助說明辯論的方式也有增加。當然，也有人批評這樣是否有過度表演的疑慮，但就大體來講是受到好評，而且被認為在裁判員審理中具有一定的必要性。

接下來說明有關量刑部分所進行的情狀辯護。

當被告對於犯罪的情節有爭執的情形，即針對犯罪情狀、犯罪經過與犯案動機等具有直接關係的情狀辯論，在探討被告行為責任等等時，大概也會有跟罪責認定一樣的辯論。

一般情狀主要指的是與被告本身，比如他有沒有和解賠償、生活狀況，或是將來有無改過自新的意思等等，一般來講是被當作已經經過犯罪情狀審酌後，去決定量刑的大框架，在這一個框架裡面去進行微調的量刑要素。關於一般情狀的辯論，在裁判員的審理當中，比較特別的

是被告有無賠償被害人或是犯後有無表現出反省的意思，對於裁判員而言，常常會當作這是理所當然的事情，因此有可能提出這樣的辯論，本身不太具有對於被告有加分的作用。但是身為辯護人，可能還是要強烈去主張一些事情，特別是在一般情狀裡面，有一些情事與特別預防是具有密切關係的，比如被告本人犯後悔改、自新態度，在具體的個案當中，可能可以傳達很強烈的訊息給裁判員，讓裁判員願意從輕考量，因此作為辯護人的角色，應該要強烈地主張。

在裁判員的量刑當中，包含辯護人也可以獲得所謂「量刑資訊檢索系統」，「量刑資訊檢索系統」呈現的是過去類似案件的量刑傾向，具體的使用方式，比較適當的做法是在公判前整理程序階段，就由審、檢、辯討論、確定將來應該要如何使用這樣的資訊系統。另外，在辯論當中被提出來的量刑資訊系統的資料，在之後的評議程序也應該要成為討論的對象。

最後，我想要提出我個人觀察到的，將來必須要再討論與克服的四個課題，不好意思，在講義上只有列出三個：

第一，關於無罪率的問題，在裁判員制度最初實施的時候，包含律師界等等，在某程度上都期待將來無罪率會提升，不過在實際適用的結果之後，可說現況是只有微幅增加。

第二，在部分的案件也出現了所謂「嚴罰化」的傾向，由裁判員參與的量刑程度加重了，特別是跟性犯罪有關的領域，這個傾向是很明顯的，其他也有一些案件有這樣的狀況。也就是，針對無罪率並沒有像期待的大幅提升，又或者是對於部分犯罪的處罰加重的情況。作為律師的角色，將來應該要如何去應對，應該要更深刻地研討。

第三，討論到所謂裁判員主體性的問題，在這裡提出的是，在裁判員審判制度開始施行的時候，對於審判者來說是一個完全新鮮的體驗，所以當時審判法官－特別是審判長－他們都會特別去注意裁判員制度的立法目的，也就是在評議當中要盡可能地發揮裁判員的主體性，讓裁判員可以自由陳述，並跟法官討論。當然，這樣的做法在不同的程度上，也會因為個別裁判法官不同個性而有不同的差異。

最初，的確法官們都可以留意到主持評議的時候，要能確保裁判員主體性參與的討論，這可以說是法官對於落實裁判員制度的「初心」。只是隨著法官們逐漸習慣裁判員的審理，特別是主持裁判員評議的審判長，往往是具有十幾年、二十幾年經驗老練的法官，也看得出來有些法官可能產生的一種自信，這一種自信是不管是面對怎麼樣的裁判員，不管這樣的組合如何變化，我都能夠以我老練的經驗去主持與控制住這樣討論的場面。

當法官有這樣的想法時，評議實質上就會變質成在法官比較強力的主導下，以法官預想的

方式調和、順暢地進行並且終結，而這樣就會有疑慮了。我最近觀察到裁判員制度模擬法庭，也看到很多評議是只有法官、審判長及裁判員間相互地溝通討論，原本應為多方向的討論，卻演變成像教室中老師與學生的關係，我們認為有要回到裁判員制度「初心」的必要性。

我最後再提出一點，關於對裁判員經驗者的問卷調查當中，對於審、檢、辯的三方評價，裁判員普遍認為法官的說明非常清楚易懂、檢察官的說明非常棒，但對律師的說明卻往往認為非常難以理解，當然這涉及到律師辯護本質上的問題，但以律師辯護的角度，我們之後還是會繼續努力改善。