

①

出國報告（出國類別：訪問學者）

②

- 陪審制度及參審制度優劣比較之研究——以日本裁判員裁判制度之主張明示義務與證據調查議題為中心
- 日本檢察審查會運作之實務研究

③

服務機關：臺灣新北地方檢察署

姓名職稱：黃佳彥檢察官

派赴國家/地區：日本

出國期間：108年9月2日至109年8月21

報告日期：109年11月20日

摘要

第一部分：第一章說明日本刑事訴訟程序制度改革背景。第二章說明公判前整理程序與主張明示義務，包括日本證據開示制度，爭點整理與主張明示義務的關係，以及公判前整理程序的法律效果，並介紹日本方面關於如何限制為新主張的相關討論。第三章著重裁判員裁判的證據調查，由檢察官實行公訴實務工作的觀點會抱有關心，且未來於我國也可能發生爭議的相關議題，包括統合偵查報告、證據關聯性、必要性與如刺激性證據等延伸議題、證據採否的判斷時期、以及證人測試等問題，均逐一予以說明。本文結論建議主張明示義務應明確規定於國民法官法施行細則或應行注意事項等子法，次應彙整外國法制關於證人測試具體進行方式的指導準則與倫理規範，最後是應盤點檢討國民法官法沿襲刑事訴訟法條文用語，在國民參與刑事審判的情形下，是否足以承載已然轉變的概念內涵，而為有效的概念工具，以為日後修正之準備。

第二部分：日本 2009 年 5 月 27 日修正檢察審查法施行後，採取強制起訴搭配指定律師的制度。前者問題點為起訴標標準不統一與對被告程序保障不足，後者有實際擔任指定律師經驗者指出偵查能量有其侷限，且由於人力支援、費用支出事實上須由檢察機關提供協助，指定律師的偵查指揮權不明確，並有事實上無法進行足夠的補充偵查的風險，值得我國注意與參考。

目錄

第一部分 陪審制度及參審制度優劣比較之研究

第一章 緒論	3
第一節 研究目的與過程	3
第二節 日本刑事訴訟制度改革背景簡述	4
第二章 公判前整理程序與主張明示義務	15
第一節 公判前整理程序的新設	15
第二節 證據開示	19
第一項 制度目的	19
第二項 階段開示的構造	22
第三項 日本不採事前全面開示的理由	24
第一款 防止逾越開示必要性而產生的個別弊害	24
第二款 有助於公判準備與爭點整理	25
第三款 使當事人進行制合理、健全地運作	27
第三節 爭點整理	28
第一項 爭點的形成與被告方明示預定主張的關係	28
第二項 被告方預定主張明示義務與緘默權	33
第三項 被告方明示預定主張的範圍	35
第四項 被告方明示預定主張的程度	39

第五項 所謂ケース・セオリー (case theory)	41
第三節 公判前整理程序的法律效果	42
第一項 限制聲請調查新證據	43
第一款 法規依據與基礎概念	43
第二款 「不得已之事由」的判斷架構	44
第三款 彈劾證據的適用問題	46
第二項 限制被告方為新主張	47
第一款 立法階段的討論	47
第二款 對於新主張的一般因應方式	48
第三款 對於詢問被告階段出現新主張的因應方式	50
第一目 問題所在	50
第二目 最高裁平成 27 年 5 月 25 日第二小法庭決定 ..	54
第四節 小結——兼評我國國民法官法之問題	60
第三章 裁判員裁判的證據調查	65
第一節 裁判員裁判中檢方舉證的核心概念	66
第一項 證據嚴選	67
第二項 關於人證優先於書證	68
第一款 被告偵查筆錄與被告詢問	69
第二款 證人偵查筆錄與證人詰問	71

第三款 小結	72
第二節 關於統合偵查報告	73
第一項 統合偵查報告的性質與目的	73
第二項 關於統合偵查報告的注意事項	76
第三節 證據關聯性、必要性與延伸議題	80
第一項 證據關聯性、必要性	80
第一款 證據關聯性的概念內容	81
第二款 證據調查必要性的概念內容	82
第三款 證據調查必要性的判斷架構	83
第二項 刺激性證據	83
第一款 問題概況	84
第二款 判斷架構	85
第三項 訊問錄音、錄影紀錄媒體的證據使用	86
第一款 問題概況	87
第二款 判斷架構	88
第四項 科學證據	90
第五項 證據關聯性、調查必要性的調查方法	90
第四節 證據採否的判斷時期	92
第一項 於公判前整理程序中判斷證據採否有困難	93

第二項 保留證據採否的判斷認屬相當	93
第五節 證人測試（証人テスト）	95
第一項 證人測試的必要性與問題點	96
第二項 對敵性證人的證人測試	98
第三項 不當的證人測試與可能的對策	98
第一款 日本判決案例	99
第二款 美國法相關討論	100
第四章 結論暨心得與建議	103
參考文獻	107
 第二部分 日本檢察審查會運作之實務研究	
一、前言	113
二、強制起訴制度概要與問題	114
（一）制度概要	114
（二）關於起訴標準	115
（三）對被告程序保障不足	117
三、指定律師實務運作情形	119
（一）關於組織、硬體等行政事項	119
（二）關於補充偵查	121
四、結語	122

参考文献	122
------------	-----

第一部分

第一章 緒論

第一節 研究目的與過程

國民法官法甫於 109 年 8 月 12 日經總統公布，我國於國民法官法施行後將首次採用起訴狀一本主義，徹底以當事人進行制實施訴訟活動，這對原本卷證併送、職權主義模式的我國刑事訴訟制度，將是前所未有的大變革。在此變革下，檢察官的工作面貌將有如何改變？為因應這些改變，應預先進行哪先基礎工程，即是本文研究目的。我國國民法官法相當程度參考日本裁判員裁判制度，日本裁判員裁判制度也是改革過往實務運作累積的問題而產生，討論歷時甚長，制度施行迄今也已逾 10 年，不論實務、學說，均累積豐富討論素材，有相當參考價值。

筆者赴日後即與日本早稻田大學稗田雅洋教授取得聯繫，經稗田教授引介，旁聽相關刑事法課程，並蒐集相關學術文獻資料，參與日本一橋大學、早稻田大學刑事研究會，並在稗田教授陪同下實際前往東京地方裁判所旁聽裁判員裁判案件之完整審理過程，審理結束後並與審判長榆井英夫座談，深獲啟發。

惟日本裁判員裁判制度相關討論議題極多，舉凡裁判員的組成方式、刑事司法核心理念、公判前整理程序、公判審理、與實體法的關係、精神鑑定議題、上訴審等等，累積文獻數量龐大，資料極為豐富。本文囿於時間與能力的侷限，實難以全面、通盤處理，故選擇本文認為最具優先性的議題。其次，實務工作者重視概念的工具性質與面臨實際問題的處理步驟，故本文內容亦著重介紹日本法下相關議題涉及的概念工具與判斷架構。

以下先於本章第二節簡述日本刑事訴訟制度改革的背景，第二章針對公判前整理程序與主張明示義務，介紹包括日本證據開示制度，

爭點整理與主張明示義務的關係，公判前整理程序的法律效果等問題。第三章著重裁判員裁判的證據調查，由檢察官實行公訴實務工作的觀點會抱有關心，且未來於我國也可能發生爭議的相關議題，逐一進行說明。最後提出本文結論。

第二節 日本刑事訴訟制度改革背景簡述

於日本論及刑事訴訟制度改革議題，論者多以平野龍一氏於1985年提出之「現行刑事訴訟的診斷」一文為討論起點。該文指出當時日本刑事司法存有下列主要問題：①「相較於歐美法院為『判斷有罪、無罪的場所』，就日本¹法院，稱其為『確認有罪的場所』亦不為過」；②「日本刑事訴訟的實質在於偵查程序，且該偵查程序為檢察官、警察官進行的糾問程序，這是日本刑事訴訟的特質」；③「日本的裁判屢屢被稱為『筆錄裁判』，但是並非意指在公判庭²中由筆錄獲得心證，……，如果將調查證據認為是取得心證的行為，於日本，調查證據可以說是在法官的房間、住家中進行，在那裡偵查的結果被對照著公判的結果進行審查。」；④「不論是傳聞法則或直接審理原則，都是以『藉由公判取得心證』³為前提的制度；但是於日本因為欠缺這樣的前提，（上述傳聞法則或直接審理原則的意義）⁴便單純地被理解為對證據能力的限制，而且由實務觀點來看，還是沒什麼理由的限制。

¹ 平野龍一氏為的日本學者，為文探討日本刑事裁判制度問題，因此提及日本部分，是以「我が国」（即我國）一詞予以指示。筆者為行文方便，並避免誤解，於翻譯時直接使用「日本」一詞，本文以下內容，有相同情境者，均為相同處理。

² 日文「公判」指刑事裁判中，於公開法庭，法官在檢察官、被告、辯護人等在場情形下，審理被告有罪或無罪的程序。教育部國語辭典亦有「公判」之條目，且我國實務自最高法院以降，也多有直接於判決中使用「公判」的例子，故本文不另翻譯名詞，行文時直接使用「公判」一詞。

³ 此處雙引號為筆者所加。

⁴ 括弧及其內文字為筆者所加。

這是因為如果是審查偵查的結果，則將偵查文書全部提出而予以審查，毋寧是合理的。」；⑤「我認為日本的法官與其他司法關係人員，其實並不將法庭視為適合於使真實顯現的場所。一般人對對方敘述真實，是在只有 2 人的場處，打開心防毫不隱瞞說明的時候；在法庭這樣的公開場所，出於許多方面的考慮，不過是各自陳述而已。所謂的法庭不過是一個儀式，讓人說想說的話，因此所謂的真實，也就是在之後一邊參照法庭上的模樣進行思考，同時靜靜地閱讀筆錄，藉由兩相對照，才能獲得的東西吧」；⑥「但是，把在美國及德國認真地於公判庭取得心證一事視為僅僅是教條主義是對的嗎？筆錄其實也出於『種種的考慮』而包含了許多非真實的內容。法官認為在自己的房間就可以看穿此事，其實是自信過剩了，實際上大部分都只是配合檢察官、警察官的想法而已不是嗎？」⁵

在上述平野龍一的論文提出之後，日本實務界及學界有越來越多人嘗試將日本刑事訴訟的特質一事作為批判、檢討的對象，進行解析。其中法官石井一正於 1987 年提出「我國刑事司法的特色與其功過」一文，將日本刑事司法的特色歸納為：①由具統一性的官僚營運（由日本警察廳、檢察廳至裁判所均屬之）；②於公判前的階段，基於發現實體真實的強力要求而進行充分偵查，並以應該說是達到有罪確信的高度嫌疑為要件，慎重進行起訴；③於公判階段，仍然是基於發現實體真實的強力要求，進行以大量書證之證據調查為中心的審理，就其結果寫成詳細的判決書。⁶

另外，學者井上正仁於 1989 年，在司法研修所年度刑事實務研

⁵ 以上內容引自：青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』（日本評論社，2013 年）5-6 頁。

⁶ 青木（註 5 書）8 頁。

究會中，以「對刑事裁判的建言」為題發表演講，按程序階段說明日本刑事司法的實態：「偵查活動以嫌疑人的訊問為中心，極其綿密進行，……與各外國相比，破案率整體較高，有效果、具效率。且不只警察，檢察官本身也參與偵查活動，就嫌疑人、重要參考人再次訊問，只限於自行確認嫌疑，有了有罪確信，且判斷於刑事政策觀點有益處的案件才起訴。……這樣在檢察階段慎重地區分、篩選的結果，於公判的有罪率是可誇耀超過 99%，於各外國均無前例的高比率。其次，公判審理對象不只是犯罪事實，並及於犯行的動機、原委、背景情事、包括被告的成長過程、家族成員、學經歷、前科等所謂情狀的廣泛事實。因此，先前綿密偵查所得的偵查筆錄等書證被大量作為證據使用。這些書證於公判庭的證據調查方式，多數情形是告知要旨。實際上則是法官之後精查其內容以取得心證。……另外，公判並非每日連續開庭，而是兩週一次或一個月一次這般空出間隔開庭。……或許也因為如此，（法院會）⁷做成詳細的公判筆錄，法官即以這樣的公判筆錄與書證等龐大的書面資料為基礎，做成具詳細事實認定與量刑判斷內容的判決書。……於二審法院基本上為相同情形，爭執事實認定與量刑而非法律問題的情形頻繁，二審法院以訴訟紀錄為中心，就這些點為審查，廢棄原判決時自行為新的事實認定與量形的情形也不少。另外，上述整體過程，其營運是由各自具相當統一性的官僚組織的公家機關負責進行，素人之一般國民參加的程度極小這一點，與各外國相比，可以說是特色。」此後，上述演講所描繪的日本刑事司法狀況，即為討論日本刑事司法改革論者間的共同認識。⁸

⁷ 括弧及其內文字為筆者所加。

⁸ 青木（註 5 書）10-11 頁。

關於上述現象的成因，依檢察官（日後出任最高裁判所法官）龜山繼夫之分析，其認為日本形成以書證為中心的審理模式是肇因於①實務直接審理、言詞審理原則無法落實，以及②精密偵查、嚴格起訴的傳統。前者的原因又可分為①-1 程序區別不徹底。①-2 審理中的供述不安定。

關於①-1 部分，落實直接審理、言詞審理的程序，勢必提昇參與人員的負擔，因此有必要嚴選真正有爭執的案件行集中審理。但由於日本就有爭執與無爭執案件，在程序上的區別並不徹底，且隨時有轉向正式審理程序的可能性，導致所有案件實質上均要求與正式審理程序相同的證據調查與心證形成；（沿襲日本戰前即存在的重視筆錄現象，）⁹案件在偵查階段，便產生「總之先製作筆錄」的情況，「重視筆錄」此一傾向也自然定著於實務運作之中。關於①-2 部分，源於避免面對面傷害他人情感的國民性，證人於公判中面對被告時，供述內容會明顯有所保留，此情形在實務上甚為顯著，且第一次公判前證人訊問制度的限制很多、使用不便，作為替代手段，便形成依賴檢察官偵訊筆錄的狀況；被告供述部分則因為被告於法庭中無須宣誓，可任

⁹ 括弧及其內文字為筆者所加。日本刑事程序中所謂「調書」，一般是直譯為「筆錄」。然而必須說明的是，我國一般理解的筆錄，原則上是有進行訊問，便須製作筆錄，且筆錄的內容呈現為一問一答，逐句紀錄。案件移送地檢署後，上述原則作法的落實程度，相信是更為徹底。於日本，在偵查階段，並非有進行偵訊就一定會製作筆錄，而且筆錄是由從事偵查之人員（警察、檢察官）就供述者所述內容，擇其認為必要者，以敘事體裁撰寫，另外筆者亦見過同一份筆錄中，就關鍵問答的部分，以一問一答方式呈現，其餘部分以敘事體裁撰寫的情形。換言之，於日本偵查階段，是否製作筆錄、筆錄內容呈現方式，都是由從事偵查的人員，由偵查的視角，依案件內容、偵查進度來決定，並無固定格式。關於日本這種敘事體裁筆錄成為通例的緣由，以及刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款檢察官偵訊筆錄的傳聞例外規定，在要件上較為寬鬆，在適用上也相當緩和的原因之歷史考察，可參考青木（註 5 書）100 頁以下，對照我國實務中檢察官偵訊筆錄迄今的運用，極富參考價值。

意陳述，一般認為信用性較低，另一方面自白筆錄的證據能力廣泛被承認，於是偵查機關追求自白，將自白筆錄化，毋寧是當然的結果。

關於②部分。精密偵查、嚴格起訴為日本偵查機關的傳統，對行使起訴權限的檢察官個人而言，也是當然的職業倫理。其次是刑事司法系統效率問題，刑事司法的目的是確實區分出應處罰的犯罪者，並迅速施加處罰。如何投入最少的成本而最大限度達成該目的，便是刑事司法系統效率值的衡量指標。關鍵為上述區分應在偵查階段或審判階段進行的刑事政策問題。由效率的觀點而言，在偵查階段進行區分的整體社會成本較低。再者，降低起訴門檻乃至於無罪率上升，市民的一般感情能否容許也是問題。於日本，提起公訴被認為和有罪判決的嚴重程度相近，反面而言，當無罪判決出現時，提起公訴面對的非難程度也很高。綜合上述問題點，以基於精密偵查的高度心證為要件，就提起公訴權限嚴格運用的實務作法，毋寧是系統要求下的當然結論。

10

綜合上述內容觀之，如果我們要簡明扼要地理解當時日本刑事司法制度的狀況，可歸納為：於偵查階段，偵查密度高，以嫌疑人訊問為中心進行細密的證據蒐集，配合檢察官起訴裁量權限廣泛與獨占刑事追訴地位的制度背景，由檢察官就所蒐集到的多樣證據進行檢討，選擇有高度預期可獲得有罪判決的案件起訴，起訴門檻幾達有罪確信門檻。於審判階段，如為被告自白的案件，偵查階段做成的被告自白筆錄及參考人供述筆錄等書面資料成為證據的中心，以相對較短的期間完成證據調查並做成判決；如為被告否認的案件，則回歸刑事訴訟

¹⁰ 以上龜山繼夫分析之內容，參考青木（註5書）20-25頁。

法原則，以證人詰問為中心進行證據調查，但需要相當的時間。不論何者，法院均是基於精密的事實認定做成判決，實際上法官取得心證的方式逸脫「在公判庭調查證據獲得心證」的刑事訴訟原則，且判決有罪的比率超過 99%。¹¹

上述現象被稱為「精密司法」，並因其導致審判階段程序流於形式，而並視為應予修正的現象。與「精密司法」相對，當前日本刑事司法裁判員案件的實務現狀則被稱為「核心司法」。如果比較審判階段中「精密司法」與「核心司法」二概念的異同，前者是指於日本刑事司法制度改革前，大量依賴書證，精密解明事實及基此所衍生逸脫於公判庭獲得心證等實務運作模式；後者則是指應該只在事件的核心部分，即決定犯罪事實之有無及量刑的必要範圍內行審理、下判斷，並回歸以公判為核心的實務運作模式。¹²

¹¹ 稗田雅洋「ブックレビュー 酒巻匡編著『刑事証拠開示の理論と実務』」判例タイムズ 1326 号（2010）70 頁。

¹² 上述關於「精密司法」、「核心司法」的概念內容及對比，參考：堀江慎司ほか「一座談会—『裁判員制度 10 周年を迎えて』」法の支配 194 号（2019）8-11 頁。應特別說明者為，「精密司法」與「核心司法」二概念所指範圍雖有重疊，但並非完全相同。簡言之，精密司法與核心司法的概念範圍指涉的對象至少有「①哪個程序階段」及「②事實認定」兩個面相，後者可再細分為「②-1 事實認定的方式（即如何蒐集證據、認定事實時依憑什麼形態的證據）」與「②-2 事實認定的密度（認定事實的項目多寡與細節程度）」。「精密司法」與「核心司法」常見的比較，主要出現在審理階段（①）由庭外閱讀書證回歸公判調查人證以取得心證（②-1），認定事實內容由綿密詳盡轉為聚焦犯罪事實、量刑有關的重要事項（②-2）。至於精密司法關於「在偵查階段以訊問為中心之偵查手段進行綿密調查」的部分，較無相對應的核心司法的討論。另外，若直觀認為上述二概念間可直接區別優劣，亦可能存有誤解。於上述座談會紀錄中，檢方代表和田雅樹檢察官即表示：「……被稱為精密司法的作法是不一定是錯的，是不同的問題。於討論裁判員制度時，特別於立法理由部分有相當議論，但我認為並不是因為精密司法是錯的，因為到目前為止的裁判方式是奇怪的，所以導入裁判員制度。……精密司法有精密司法的價值，但因為對一般人而言有理解困難之處，而司法如果難以瞭解，會與國民有所背離，無法獲得國民信賴，因此藉由針對重大事件，經國民參與，進行國民容易理解的裁判，以構築國民信賴的基礎，我認為這是裁判員制

上述分析、議論作成之後，日本逐步展開司法改革的進程，1999年7月內閣設置司法制度改革審議會，2001年6月司法制度改革審議會向內閣提出最終意見書；2001年11月通過司法制度改革推進法，2001年12月內閣設置司法制度改革推進本部；2002年3月日本內閣閣議決定通過司法制度改革推進計畫，依次實踐，進行各相關法律制度的修正與新設。其中與本文最為相關者為2004年的刑事訴訟法修正及裁判員法¹³的新設，於裁判員制度施行前，2005年11月先行施行公判前整理程序、新證據開示制度，2006年11月起嫌疑人國選辯護制度開始階段施行，2009年5月27日裁判員制度施行。¹⁴

日本裁判員法第1條固然規定該法立法目的為「增加國民對司法的理解及提升信賴」。然而由上述內容可知，日本刑事訴訟改革其背後其實蘊涵日本各界對過往刑事訴訟所呈現「精密司法」現象的反省，以及相應而來希冀實務運作往「核心司法」模式位移的追求。

以上擇要介紹了日本刑事訴訟制度改革中，筆者認為與後續裁判員制度的產生及運作方式，最為重要、關聯性最深的背景，亦即「精密司法」的現象。須加以說明的是，所謂「現象」指的是事實呈現的狀態，也可以理解為所處結構中各因素運作所產生的結果。精密司法的現象之所以會形成，是因為日本刑事司法各層面，本存在形成、支

度的出發點。」(上述堀江ほか文9頁【和田発言】)。此處牽涉的是日本偵查模式是否應改變，日本導入裁判員制度的根本理由為何，並連結裁判員案件的訴訟進行方式應否擴及職業法官案件等問題。自結論而言，日本目前多數意見認為偵查階段應於法制上充實偵查機關可運用的調查方法，於事實認定面維持精密司法的運作模式；至於核心司法概念下的訴訟運作模式是否應擴及於職業法官案件，則有不同議論，並無明確共識。

¹³ 全名為「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」。

¹⁴ 青木(註5書)2-3頁。關於日本司法改革歷程與時序。另可參考：首相官邸，「司法制度改革のあゆみ」，<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/enkaku.html>，(2020年11月20日)

撐精密司法模式持續運作的結構因素。更進一步而言，倘就這些結構因素逐一釐清，每一個經解明的因素，便會有相對應的改革議題。這也是刑事訴訟制度整體作為一個有機體，結構內的各項因素會互相牽扯、互相影響的結果。我們必須注意，一般而言，刑事訴訟制度的目的，至少兼負發現真實與保障人權兩者，及如何謀求兩者間的平衡。比較法上外國法制的單一部分法規或制度，必是根植於其之所以可行其他相關連制度結構之上，如果忽略刑事訴訟制度整體作為一個有機體的事實，就外國制度的單一部分，將其獨立，與背景結構或運用實態切割，亦未與我國制度整體通盤予以比較，即用以評論本國制度，或供作本國制度修正的參考，勢必會產生理論不一致或現實上運作困難的問題，其結果可能是使改革不具成效，也可能是喪失不同刑事訴訟目的間的平衡。¹⁵

本文囿於篇幅，無法詳述日本刑事訴訟制度改革牽涉的全數議題，但基於上述基礎認知，於本章最後羅列日本學者青木孝之所整理、有關日本刑事訴訟制度改革的各項議題¹⁶，作為本章的結尾，期能有助於讀者理解日本刑事訴訟制度改革的相關議題全貌。

一、 實體刑罰法規相關論點：

- (一) 合於時代潮流的新犯罪構成要件的創設：①對應惡質、危險交通犯罪的構成要件的創設、②對應組織性犯罪的法律的制定、③共謀罪的創設；

¹⁵ 相同理解可參考日本司法改革制度審議會中法務省所提意見。法務省，「『国民の期待に応える刑事司法の在り方』について」，<https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai26/26siryou3.html>，(2020年11月20日)。

¹⁶ 其中部分議題或已有定論或已法制化，部分議題仍在持續討論中。

- (二) 主觀要件舉證責任負擔的減輕。
- 二、 偵查、追訴相關論點：
 - (一) 偵查辯護的充實與強化：①嫌疑人國選辯護、②公設辯護人制度、③辯護人接見交通權的擴大、④偵查的可視化（偵訊狀況的錄音、錄影、辯護人在場等）；
 - (二) 對偵查階段供述筆錄過度依賴的修正：①司法交易制度之導入¹⁷、起訴前證人訊問制度的活用¹⁸、③對檢察審查會賦與大陪審機能、④通訊監察等新證據收集手段的創設；
 - (三) 檢察官起訴裁量的修正。
- 三、 公判階段相關論點：
 - (一) 占多數之無爭執案件的處理；
 - (二) 使集中審理成為可能的公判前程序：①新的爭點整理程序的創設、②證據開示的擴大、③保釋的運用
 - (三) 連日開庭的確保：①公設辯護人制度、②訴訟進行協力義務的法定化、③訴訟指揮權的強化與明確化；
 - (四) 直接審理、言詞審理原則的實質化（筆錄利用的限制

¹⁷ 刑事訴訟程序中，檢察官與涉有犯罪嫌疑之人達成協議，以涉有犯罪嫌疑之人為某種訴訟上的協力行為作為條件，檢察官就其所涉刑責提供某種優惠的訴訟上處理者，用白話的說法來理解，即是所謂「司法交易」的概念。我國就此概念形諸法律明文者，為刑事訴訟法編之一協商程序之規定，國內亦普遍翻譯為「認罪協商」制度。由「認罪協商」之名稱及上述刑事訴訟法編章規定以觀，顯是以被告承認犯罪換取一定輕刑度之刑罰與沒收範圍為基本概念。而日本「司法取引制度」討論範圍則擴及協力型的交易內容，亦即檢察官與證人協議，不追究證人刑事責任，換取證人同意於「他人刑事案件」的審判中為一定內容之證述，且現階段實際法制化者，也為此種類型的司法交易。此與我國上述認罪協商之概念未盡相同。故此處不採認罪協商之翻譯而直譯為「司法交易」。

¹⁸ 指提起公訴，公判開始前，透過法院訊問證人的程序。

- 與嚴格化)：①自白的任意性判斷之嚴格化、②偵訊狀況的可視化、③檢察官偵訊筆錄特信性判斷的嚴格化；
- (五) 公判供述信用性擔保：①使證人於公判庭中容易為證言的措施、②被告證人適格之承認、③偽證罪運用的活性化；
- (六) 被害人主體性的強化、當事人化：①公判中的主體性之賦予、②作為付隨處分的損害賠償命令制度；
- (七) 事實認定者的組成與事實認定過程的紀錄：①對刑事公判的國民參與、②判決書簡化、③與上訴審的關係。

19

¹⁹ 青木(註5書)55-72頁。

第二章 公判前整理程序與主張明示義務

第一節 公判前整理程序的新設

前述精密司法時期下的日本刑事司法實務，於一般刑事案件的處理，整體而言固然不失迅速，但在一部分的否認案件，特別是受矚目的特定重大案件，被視為有顯著長期化的傾向；在國民的認識裡，特定重大案件的長期化被誤解為刑事案件普遍的問題，而產生刑事案件審理非常延遲的印象。司法制度改革審議會即指出，即使一般的案件大部分均迅速地進行審理，但在國民注目的特別重大案件，僅第一審的審理就需要相當長時間的情形，並不少見，這種刑事審理的遲延，成為傷害國民對刑事司法全體信賴的原因之一，因此有必要檢討謀求刑事裁判充實、迅速化的對策。¹

另外，在審理的實態上，不論是英美或歐陸法的各國，刑事裁判一旦開始審理即連日開庭至審理終結而一口氣地進行，這種方式是一般的形態，證人詰問是緊接主詰問之後進行反詰問，以取得綜合的心證；相較於此，日本方面則為分散地安排審判期日，主詰問期日與反詰問期日之間間隔相當期間，反對詰問以觸及相當細節內容的形式持續不斷，並連結到審理的長期化。另外，因為除了經檢察官聲請調查的證據以外，其他檢察官手邊持有的證據，對辯護人行證據開示的範圍極為有限；因此，特別於大規模、複雜困難的案件，辯護人往往採取於檢察官舉證完畢前，不使爭點明確，以及就檢察官聲請調查的證人，於反詰問時針對弱點詳細予以指摘的辯護方針；檢察官為應對

¹ 稗田雅洋「ブックレビュー 酒巻匡編著『刑事証拠開示の理論と実務』」判例タイムズ 1326号(2010) 69-70頁。

此情況，就反詰問時辯護人可能攻擊之處，便試圖於主詰問時提前予以鞏固。其結果詰問者並非針對本來應該使證言重點於法庭中顯現一事投注努力，反而無意義地流於細瑣。這也連結到審理的長期化。²

司法制度改革審議會意見書總結上述，指出：在審理開始前的階段，雙方當事人的主張未明確化、爭點未整理，審理計畫因而無法訂立，開始審理之後，也未能聚焦於重點進行審理是問題的所在；所以，為了能盡可能連日開庭、連續進行審理，須訂立明確審理計畫，故須建立由法院主宰進行的新的準備程序。並且，相較於透過偵查充分蒐集證據進行追訴的檢察官，實際上辯護人方面往往無法進行充分的證據蒐集與準備，如果不能將檢察官所掌握的證據，在一定範圍內，向辯護人方開示，使辯護人在此基礎上行充分準備，使主張明確，便無法行有效的爭點整理，因此應該使證據開示的時期、範圍等相關規則，藉由法令予以明確化，以及為使規則具有實效，於新的準備程序中應設計必要時，由法院裁定是否開示的制度。於此基礎上，同審議會意見書提出「公判原則上應連日開庭，為確保其實效性，應採取必要措施」、「為求直接審理、言詞審理實質化，應檢討相關制度應然的樣貌」、「為求充實、圓滑的訴訟進行，應檢討擔保法院訴訟指揮實效性的具體措施」等建議。另一方面，同審議會意見書並建議為強化司法的國民基礎，應於刑事訴訟程序導入一般國民能與法官分擔責任、共同合作，就裁判內容主動、實質參與的國民參與刑事審判制度；就真正有爭執的事件，以當事人充分的事前準備為前提，經連日開庭的集中審理，在法院適當的訴訟指揮之下，當事人針對已明確化的爭點進行鮮明的舉證活動，以謀求實現具效率且有效的公判審理，也與導入國民

² 稗田（註1文）70頁。

參與刑事審判制度一事相結合。因此，在上述背景下，證據開示制度的整備與公判前整理程序的創設即成為必要。³

依上述審議會意見書揭示的內容，我們可以確認，公判前整理程序的作用為整理爭點、證據，以確立公判的審理計畫，用以確保審理階段能達成集中審理（連日開庭、就爭點進行有效率的審理），於裁判員制度下，則與進行國民易於理解的證據調查一事相連結。證據開示制度則是擔保檢察官與辯護人彼此間的實質平等，以及於公判前整理程序中有效進行爭點、證據整理的措施。嗣後，公判前整理程序制度在裁判員裁判制度施行前，於 2005 年 11 月即先行施行，目的即是為使法院、檢察官、律師三者，累積公判前整理程序中爭點、證據整理的運用經驗，以求日後裁判員案件上路時，能實現計畫性、集中性且易於理解的裁判。⁴

關於日本實務中公判前整理程度運作的日程與耗時概況，最高裁判所先於裁判員法施行 3 年後之 2012 年 12 月公布該 3 年間實施狀況的檢證報告書（統計至 2012 年 5 月），另於 2019 年 5 月公裁判員法施行 10 年實施狀況的總括報告書（統計至 2018 年 12 月）。依 3 年檢證報告書，不含鑑定與追加起訴的自白案件，且審理日數在 4 日內者，公判前整理程序呈現階段與日數如下：①起訴至檢察官提出預定證明事實書狀、請求調查證據的期間是 19.4 日，②其後至辯護人明示預定主張的期間是 36.7 日，③其後至指定公判期日的期間是 40.5

³ 稗田（註 1 文）70-71 頁。該文並提及，相較於專門處理刑事案件的法官、檢察官，日本缺乏專門從事刑事案件律師為實際情況。以民事案件為工作中心的律師在應對公判準備與期日指定時即有困難。因此，審議會意見書也觸及公設刑事辯護制度之充實與強化等議題。

⁴ 稗田（註 1 文）72 頁。

日，④其後至第 1 次公判期日的期間是 62.1 日，此類案件公判前整理程序平均花費的時間 158.7 日。⁵依 10 年總括報告書，自白案件公判前整理程序的平均花費月數逐年數據為「2.8 月、4.6 月、5.0 月、5.2 月、5.4 月、5.4 月、5.8 月、6.5 月、6.4 月、6.1 月」，否認案件公判前整理程序的平均花費月數逐年數據為「3.1 月、6.8 月、8.3 月、9.1 月、8.5 月、8.5 月、10.1 月、9.1 月、10.0 月、10.0 月」由上述逐年平均花費月數的統計數字來看，公判前整理程序有越趨長期化的情形。⁶

目前日本實務運作，起訴後檢察官在 2 週左右提出預定證明事實與請求調查證據的書狀，且在起訴後約 1 週或 10 日的階段，會進行法院、檢察官、辯護人三方會談，其後由檢察官與辯護人彼此反覆行證據開示、交換主張，證據開示部分，如前所述，檢察官不待辯護人請求即主動為任意開示已是目前日本實務的普遍作法。辯護人已明示主張後，檢察官一般多在此時進行將檢方請求書證予以統合⁷的作業，隨著整理進展、爭點逐漸聚焦，已可預期審理所需的概略日數時，法院便會預約暫定的公判期日，藉由如此目標的設定，有計畫地繼續爭點及證據的整理。又依裁判員規則⁸19 條規定，法院原則上至遲於距

⁵ 朝山芳史「裁判員裁判における公判前整理手続の運用」安廣文夫編『裁判員裁判時代の刑事裁判』（成文堂・2015 年）61 頁。

⁶ 詳細的統計數據見於「裁判員制度 10 年の総括報告書」「裁判員裁判実施状況の検証報告書」。分別參考：裁判所「裁判員制度 10 年の総括報告書【図表】」https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/file/r1_diagram.pdf，（2020 年 11 月 20 日）；裁判所「裁判員裁判実施状況の検証報告書【図表 1-55】」https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/file/diagram_1-55.pdf，（2020 年 11 月 20 日）。

⁷ 此即「統合偵査報告」。詳後述。

⁸ 全名為「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則」。

裁判員選任程序 6 週以前必須寄出通知裁判員候補者的傳票，實務上法院多於確定暫定公判期日可以行審理時，指定公判期日，再利用至上述至選任程序開始前的時間，處理完爭點及證據整理。⁹

以上已簡單介紹公判前整理程序新設的背景、想要處理的問題、以及實務上運作的時程概況。以下將依序介紹日本關於證據開示、爭點整理與主張明示的相關實質討論。

第二節 證據開示

第一項 制度目的

日本於二戰後因受外界壓力，刑事訴訟制度改弦易轍，告別歐陸系職權主義，改採起訴狀一本（卷證不併送）及當事人進行等制度。

當事人進行的核心要素為：由當事人即檢察官及被告或辯護人（而非法院）取得訴訟進行活動的主導權，負擔舉證活動的責任與義務。檢察官就起訴狀所記載主張的公訴事實，進行積極的舉證活動，防禦的被告一方對檢察官主張的事實，質疑存有合理懷疑、進行舉證，法院根據這些內容思考、判斷檢察官主張事實是否能被證明。以上訴訟模式即為有爭執事件的典型訴訟形態。在此種訴訟模式中，證據明顯偏在檢察官側，其次，檢察官在偵查階段蒐集的案件相關聯資料，即使在第一次公判期日以後，也不是全部顯在化，而是應該選擇就待證事實而言為必要不可或缺、所謂的最佳證據（best evidence）¹⁰進行

⁹ 島田一「裁判員制度導入による刑事裁判の变革と課題について」法の支配 194 号（2019）75-76 頁。朝山（註 5 文）64-65 頁。

¹⁰ 必須注意的是，於日本的討論脈絡下，最佳證據除了指證據可證明待證事實的核心部分這一面向以外，也包括針對相同待證事實有關連性的不同證據，何者的證明效果較佳此一向。例如，就被告自白一節，是聲請調查供述筆錄或聲請調查供述時的錄音錄影內容，何者有較佳的證明效

舉證；同時配合起訴狀一本（卷證不併送）制度，禁止法院承繼偵查階段所蒐集的完整偵查紀錄，避免法院以此為直接心證形成的素材。在此背景下，於 2005 年新證據開示制度施行前，的過往問題在於證據開示範圍過窄，被告方的防禦準備受到相當限制。¹¹就此，日本最高裁判所固然以解釋的方式，創設基於法院訴訟指揮權的證據開示命令，但由於是採取於個別事件中，透過法解釋處理的路徑，並無法徹底解決問題。在此意義下，新公判整理程序中的證據開示制度即是要將相關證據開示的規則實定法化。¹²

關於日本新設證據開示制度的立法目的，司法制度改革推進本部裁判員制度、刑事檢討會及辯護制度檢討會委員酒卷匡指出：日本過往有關證據開示的討論，都是從被告方防禦準備的充實此一觀點加以論述，然而於美國各法領域，公判前開示制度（pre-trial discovery）生

果。

¹¹ 日本舊刑事訴訟法的證據開示範圍包括：①檢察官請求證物的事前閱覽、②檢察官請求書證的事前閱覽、③檢察官請求證人的姓名、住所的事前告知。且由於對攻防兩方而言，均有對對造之舉證彈劾及準備提出反證的需求，因此證據開示是兩造當事人對等被賦予的權利（參照日本刑事訴訟法第 299 條）。證據開示的功能之一為：在當事人進行的構造下，檢察官為就待證事實進行舉證而請求調查的證據，預先令被告或辯護人得知其內容，以進行彈劾的準備。而上開證據開示的範圍最明顯的問題在於：如果檢察官聲請調查證人的偵訊筆錄時，被告方可以閱覽偵訊筆錄此一書證，縱然嗣後檢察官因被告方不同意該偵訊筆錄作為證據而撤回調查之聲請，或轉而聲請傳訊證人，被告方仍可知悉證人預定證述的內容；但當檢察官最初即直接聲請傳訊證人時，其法律上的事前告知義務僅有③，雖然實際上存在檢察官非正式地認可被告方閱覽偵訊筆錄的情形，但法律上被告方並無事前知悉預定作證之證人於偵查階段所為供述內容的權利，這一點對被告方的防禦即有所不足。另外，即便偵查全部紀錄偏在檢察官側以及檢察官選別證據一事，是當事人進行下的基本構成原理，並不當然意味其為不當的制度設計，但依上開日本舊刑事訴訟法的證據開示範圍，若屬檢察官未聲請調查的證據，即不在開示之列，被告方因此喪失知悉可能有利於自身主張的證據資料存在的機會。參酒卷匡「証拠開示制度の構造と機能」酒卷匡編著『刑事証拠開示の理論と実務』（判例タイムズ社・2009 年）3-6 頁。

¹² 酒卷（註 11 文）3-8 頁。

成、發展的主要導因是在於抑制公判審理中的突襲性舉證活動、提升公判審理進行的預測可能性與計畫性、避免不必要的審理活動以及因新舉證活動而產生的審理遲延，藉此謀求公判審理程序的迅速、充實與效率化。於英國，公判中爭點的事前劃定與審理的迅速、效率化也是公正審判(fair trial)的內涵。日本的證據開示制度即是以「繼續性、計畫性且迅速進行充實的公判審理」一事為目標，被設定為「以整理事件爭點及證據為目的的公判準備」中必要不可或缺的要素而加以導入。¹³

參照上述，我們可以將證據開示制度的立法目的理解為①充實被告方的防禦準備，與②透過對事件爭點及證據的整理，使公判審理迅速、充實、效率化兩點。下一步應釐清兩者的位階問題。就此，酒卷匡進一步說明其看法。其認為於刑事訴訟程序中，以憲法保障的刑事被告防禦上的基本權，以及為達成實質擔保基本權目的的程序上保障無疑具有極高的價值，因此①不僅僅是②的反射效果而已。但必須留意的是，在連日開庭、集中審理的訴訟形態中，欠缺事前告知的突襲性舉證活動與無法預期的新爭點的產生，如果在當事人進行的訴訟中頻繁發生，結果若非對手方單方面地產生致命打擊，便是為了防止此情形而只能中斷審理；而且一般而言，在連日、持續進行的公判審理過程中，也難以同時進行確實、充分的公判準備；甚者，亦無法以法院主導的職權主義式發現真實的方式應對這樣的問題。基於上述情事，採當事人進行的各國，為了公判審理的適當正確、迅速、充實、與效率化，咸認公判前證據開示與事實的爭點整理、畫定為不可欠缺。而日本刑事訴訟法的證據開示制度，即是在未不當限制、縮減上述憲法

¹³ 酒卷（註 11 文）9 頁。

價值及程序保障的範圍內，將證據開示制度應有的第一順位機能設定在「事件之爭點及證據的整理」(即②)。¹⁴

第二項 階段開示的構造

日本刑事訴訟證據開示制度的構造如下：¹⁵

- ① 檢察官先向法院、被告及辯護人明示「預定證明事實」(即擬於公判期日以證據證明的事實)，並應聲請調查用以證明該事實的證據(下稱請求證據)，同時為請求證據之開示。檢察官於此階段已明示主張及舉證之證據構造【參日本刑事訴訟法¹⁶第316條之13、第316條之14】。
- ② 檢察官依被告、辯護人的請求，開示與請求證據相關聯的類型證據。¹⁷(下稱類型證據)【參刑訴法第316條之15】。
- ③ 被告、辯護人受請求證據、類型證據之開示後，須表明對檢察官請求證據的證據意見【參刑訴法第316條之16】。如果被告、辯護人有預定證明事實與其他預定於公判期日提出之事實上及上律上的主張，應向法院、檢察官明示其主張(預定主張明

¹⁴ 酒卷(註11文)10頁。

¹⁵ 在當事人進行的訴訟制度下，法規設計的形式呈現當事人雙方對等的構造，亦即檢察官所持有的證據對被告方開示，被告方所持有的證據，也對檢察官開示。然而由於蒐證能力的先天差異，證據開示制度的意義，實際上多著重於檢察官所持有的證據的開示。本文為便利讀者理解，以下亦多以檢察官方面的證據開示為中心，進行說明。

¹⁶ 以下於引用日本刑事訴訟法個別條文的場合，均將日本刑事訴訟法簡稱為「刑訴法」。

¹⁷ 所謂類型證據，指為判斷檢察官請求證據的證明力，可認為具重要性的證據。例如檢察官聲請傳喚證人，該證人偵查階段的筆錄，經被告方事前檢視，可能發現得據以彈劾證人證明力的相關內容，因此證人偵查階段的筆錄即為典型的類型證據。

示義務)¹⁸【參刑訴法第 316 條之 17】，有預定證明事實時，應聲請調查用以證明該事實的證據，同時開示此部分證據【參刑訴法第 316 條之 18】。

- ④ 被告方明示公判時預定提出之主張後，檢察官依被告、辯護人的請求，開示與被告主張相關聯之證據(下稱主張關聯證據)。
【刑訴法第 316 條之 20】。
- ⑤ 檢察官及被告、辯護人於必要時，依上述程序，行主張及證據調查請求的追加、變更。【刑訴法第 316 條之 21、刑訴法第 316 條之 22】。
- ⑥ 法院於公判前整理程序終了之際，與檢察官及被告、辯護人確認案件的爭點及證據整理的結果。【刑訴法第 316 條之 24】。¹⁹

如上述流程所示，於公判前整理程序中，透過當事人雙方明示預定於公判中所為之主張，及聲請調查用以證明其主張的證據，以整理爭點及證據，並訂定明確的審理計畫。其中，檢察官在①階段明示主張及舉證的整體構造，是為爭點整理的基礎，其次，為了能於公判前整理程序中行充分的爭點整理，更重要的是被告方應明示擬進行反論的預定主張的。為了擔保這一點，日本刑訴法除於第 316 條之 17 規定被告方明示預定主張、請求調查證據的義務外，另於第 316 條之 32

¹⁸ 有關「預定主張明示義務」的內涵，詳後述。

¹⁹ 伊藤栄二「公判前整理手続①—争点整理等—檢察の立場から」三井誠等編著『刑事手続の新展開(下)』(成文堂・2017年)68-69頁。就證據開示制度構造之被告方觀點的說明，可參考：遠藤邦彦「主張関連証拠開示請求における主張明示の程度」酒卷匡編著『刑事証拠開示の理論と実務』(判例タイムズ社・2009年)221-222頁。

設有公判前整理程序終結後聲請調查證據的限制（詳後述）。²⁰

上述法律規定固為「請求證據→類型證據→主張關聯證據」的三階段開示模式，然而日本實務經過長期的運作磨合，現時檢察官不待被告、辯護人請求，於提出證明預定事實書面的同時，除開示請求證據以外，就類型證據部分，即先行任意開示，於多數案件中，即使不該當類型證據的要件，也以任意開示的形式盡可能的開示證據的作法，已屬一般普遍的作法。²¹換言之，現時日本實務，請求證據與類型證據的開示合而為一，加上後續的主張關聯證據的開示，實際上呈現「二階段的證據開示」模式。亦即檢察官明示主張、證據構造，並開示此部分請求證據、類型證據（第一階段）；被告方受請求證據、類型證據的開示後，即應明示其預定於公判中所為之主張。被告方已明示主張後，檢察官再依被告方的請求，開示與被告方主張可能有關聯的證據（第二階段）。

第三項 日本不採事前全面開示的理由

日本採階段開示，而不採事前全面開示的理由可歸納為以下三點：①防止逾越開示必要性而產生的個別弊害。②有助於公判準備與爭點整理。③使當事人進行制合理、健全地運作。以下分論之。

第一款 防止逾越開示必要性而產生的個別弊害

檢察官持有的各式各樣證據中，有些證據資料存有不適合開示的弊害，故制度設計上應有合理的限制。就個別證據倘予以開示，其弊

²⁰ 伊藤（註 19 文）69 頁。

²¹ 菅野俊明「裁判員制度施行 10 年を迎えて②－檢察の立場から」法律のひろば 72 卷 7 号（2019 年 7 月）25 頁。

害之有無、程度，日本刑事訴訟法將第一順位的判斷委由實際上保管證據，可直接進行檢討的檢察官；若是否開示仍有爭執，進一步將最終判斷委由法院裁定。不論何者，就證據是否開示，均是就「基於被告方防禦準備目的，該個案證據資料的開示必要性」與「因該個案證據資料經開示而有產生弊害之虞的內容及程度」予以比較衡量。典型者例如：因開示證據而產生脅迫證人、湮滅罪證行為的風險能被具體確認，或是能預期其蓋然性更加提高的情形；經請求開示的關係人偵查階段筆錄記載存有與個案審理無關的、涉及個人秘密、名譽、隱私事項的情形；對現進行偵查之其他案件而言，經請求開示之證據涉及應維持秘密之重要事項的情形；因揭露事件偵查發端之檢舉人情報，可預期將對檢舉人產生不當影響的情形等。另外更一般性的、為確保未來刑事司法制度的健全、合理運用，或是確保高度要求秘密的公共利益，這樣的情形也可能存在。²²

第二款 有助於公判準備與爭點整理

證據開示制度以有助於事件之爭點及證據的整理為重要政策目的，立法政策包括①將訴訟關係人的行動導向透過當事人相互間交換主張而發揮爭點整理效果的方向，②確保被告方防禦準備的必要核心部分的同時，事先排除可預見的、逾越必要性而阻礙政策目的的情事。階段性開示的構造即是根基於上述二者的產物。

在第一階段，藉由檢察官請求證據的事前告知，以及對請求證據

²² 酒卷（註 11 文）12-14 頁。應特別說明的是：日本討論證據開示的脈絡是由極窄的開放範圍逐步放寬，因此討論事前全面開示的可能性時，會將防止逾越開示必要性而產生的個別弊害納入討論範圍。其實，關於防止因開示產生的弊害而限制個別證據的開示一事，即使在只有一階段的證據開示模式，也有其必要。

之彈劾、證明力評價有重要性的類型證據之開示，被告方知悉檢察官請求證據的內容，檢討、判斷其證明力、爭執其信用性等防禦準備的法律上必要需求已獲得基本滿足，而有能力擬定應為如何反證的防禦計畫，建構法律上、事實上的具體主張與支持主張的證據調查聲請與舉證計畫的基本方針。在第一階段下，被告方具體明示其主張、與檢察官間的對立點變得明確後，進入第二階段，透過請求開示主張關聯證據，使被告方就其主張相關之積極防禦準備而言，得發現有用的資料。被告方主張內容越具體，檢察官持有的主張關聯證據分配與被告方供其利用的可能性就變得越高。因此，證據開示的階段構造，對被告防禦準備之法律上必要的充足而言，並無欠缺，且帶有促進被告方主張內容具體化，從而有助於爭點的確定與具體化的機能。²³

如果我們以被告的防禦方法作為標準來區分，請求證據、類型證據是屬於與檢察官舉證活動有關係的證據，受開示的目的是檢討檢察官的舉證內容，屬於被動的防禦準備（典型者，例如檢視如何彈劾請求證據證明力）；而主張關聯證據是脫離檢察官的舉證範圍，與被告方積極提出反證的主張有關係的證據，受開示的目的是檢討有無可支持被告方主張的情形，屬於極積的防禦準備（例如找尋被告不在場證明的佐證、主張檢警違法搜索等）。在第一階段，檢察官明示主張與舉證構造，被告方取得足以檢驗檢察官舉證內容的資料，建立其答辯架構，藉由雙方均明示主張與舉證架構，使爭點明確。在第二階段，被告方主張內容越具體，主張關聯證據的開示請求便越明確，以此促進主張內容具體化，也減少與主張無關聯的資料混入，以避免爭點擴

²³ 酒卷（註 11 文）14-15 頁、稗田（註 1 文）73 頁。

散。

第三款 使當事人進行制合理、健全地運作

將阻礙當事人進行主義刑事程序健全運作的因素予以排除，是日本刑事訴訟制度不採事前全面開示檢察官所持有與事所件相關聯證據的理由之一。依當事人進行主義之精神，首先，檢察官手邊保留的與事件相關的證據、資料，並非全無限定均應該經由證據開示制度分配與被告方。²⁴其次，在法院無法事先檢討卷證資料的當事人進行訴訟制度下，避免因不正訴訟活動而阻礙事實認定者正確地發現真實，是原則性的要求，制度設計即應思考如何防止不正的虛偽主張或捏造反證等情事。這是因為，如果這樣的不正行為可以輕易達成，當事人進行主義健全運作的基礎即遭破壞，且就發現真實目的將存有重大障礙。就檢察官所持有的證據，事前全面開示存有一定程度提高上述弊害蓋然性的風險。日本法採用二階段證據開示請求的構造，使被告方先明示其主張一事，即是以去除上述弊害風險為目的。亦即，有助於判斷被告請求證據證明力的類型證據、正當的與被告方主張相關聯的證據，為防禦準備的確有開示必要性。但是被告方事前全面檢討檢察官所持有的全部證據（例如為彈劾被告方虛偽主張、舉證而可能利用的證據），進而建構彼此無矛盾，檢察官難以提出彈劾、反證的虛偽主張與辯解，以及嘗試植基於虛偽主張的舉證，並非不可能。相對於卷證併送下法院已事先檢討卷證資料，力求發現真實的職權主義式審理模式，前者的風險蓋然性可以說是更高。因此日本採取二階段開示構造，使被告方先提出具體的主張，進而探索與其主張有關聯、有可

²⁴ 依酒卷的見解，典型之例為檢察官對事件所做的法律分析、意見等工作成果，依 work product 法理，基本上應排除在開示範圍之外。參酒卷（註 11 文）16 頁。

能有助於積極防禦的證據，除滿足防禦必要外，也同時發揮防止被告方捏造虛偽主張弊害的功能。²⁵

簡言之，二階段證據開示的構造重要的功能是促使被告方提出具體主張，而非全面閱覽證據後再行攀附，用更白話的說法就是降低被告方以看圖說故事的方式提出虛偽主張或建構虛偽的舉證等不正行為的風險。

第三節 爭點整理

第一項 爭點的形成與被告方明示預定主張的關係

公判前整理程序之重要目的為整理爭點與證據，然而何謂「爭點」，其實未必清楚。

以起訴單獨犯之殺人既遂事件為例，假設公訴事實為「被告於○年○月○日○時（特定時間），在○○市○○區○○路○○號被害人住宅前巷道（特定地點），基於殺人之犯意，持刀戳刺被害人腹部，致被害人死亡（實行行為內容）。」被告辯解有多種可能態樣。例如：①公訴事實所指時、地，被告根本不在現場，被告並非行為人，應為無罪；②公訴事實所指時、地，被告雖然在現場，但並沒有殺人行為，應為無罪；③被告雖然持刀刺中被害人致被害人死亡，但實際情形是被告為了防衛而揮刀，偶然刺到被害人，被告沒有殺人犯意，應只成立過失致死或傷害致死罪；④被告確實持刀刺被害人，但被告無殺人犯意，應只成立傷害致死罪。對應不同的辯解，個案中爭執重點事項也隨之不同。例如於①，重點為被告的不在場證明；於②，重點為犯人與被告之同

²⁵ 酒卷（註 11 文）15-18 頁。

一性識別問題；於③，重點為實行行為態樣、被告有無殺人故意、阻卻違法事由的存否、甚至依被告主張，也可能涉及被告行為時的精神狀態；於④，客觀事實無爭執，重點為被告主觀上故意的內容，並視辯解是否觸及阻卻違法、責任事由而變化。顯而易見，同樣的殺人既遂的公訴事實，因被告辯解不同，爭點數量、各爭點的輕重、深淺均會有所不同。我們可以說，所謂爭點是隨著被告方的主張——尤其是主張內容的具體化——而形成，沒有被告方的主張，就無法形成有意義的爭點。²⁶

其次，明瞭爭點形成的重要性，有助於我們正確地理解爭點明確化的問題。倘以我國實務運作情形為例，依我國刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 3 款，準備程序處理事項固然包括「案件及證據重要爭點」，然而在筆者實行公訴的經驗中，法官於準備程序中所行爭點整理僅止於「辯護人對公訴事實之全部，或個別事項表示予以爭執」的程度，並非少數，亦即法官就公訴事實分段逐一詢問被告是否承認，由被告、辯護人表示承認或否認（爭執或不爭執）後，即進入下一階段就起訴書所列證據，逐一確認被告方證據能力意見，進而再詢問檢辯雙方有無聲請調查證據、調查方法與次序另外，辯護人以書狀說明答辯內容者固然有之，但具體化程度不一，僅表示否認公訴事實而未說明其主張內容者亦有之。甚且，當事人——尤其是辯護人——於準備期日庭期當庭提出書狀者，甚為常見，法官及當事人多在未完全消化書狀內容的情形下繼續進行準備程序。²⁷準備程序終結後進入審理程序時，

²⁶ 杉田宗久「公判前整理手續における『争点』の明確化」杉田宗久著『裁判員裁判の理論と実践』（成文堂・2012 年）5-7 頁、14 頁。

²⁷ 依筆者個人經驗，相較於檢察官，辯護人當庭提出書狀者佔絕大多數。究其原因，仍是因為現制採卷證併送，與辯護人須具狀說明答辯內容不同，檢察官再行補充書狀的必要明顯較低。實務

雖然可知被告方否認起訴事實，但因為被告方主張的具體內涵於準備程序階段並未明確突顯，檢察官多是自行預測案件的哪一個部分是爭執的重點與關鍵，而且面對被告方全面性的爭執，也多逐一回應，又被告方辯解屢屢變更的情形，也不在少數。²⁸在卷證併送制度下，由於法官已事前閱卷而對案情有所瞭解，而持有某種心證，且檢察官、辯護人均為法律專業人士，就哪些部分是關鍵所在，哪些部分是聊勝於無的主張，縱未言明，其實仍有相當程度的共識，故上述作法雖有一些問題，但在一定範圍內仍可運作。然而在不具法律專業的一般民眾加入審判體後，倘準備程序的結果，只確認被告就公訴事實之全部或一部承認或否認，但被告方主張的實質內容模糊不清，則民眾於個案的裁判中，將面對眾多平面化、齊頭式平等的爭點，或是散亂的、重點不明的審理內容，現實上能否不受混淆而聚焦案件核心問題做出判斷，將是巨大挑戰。

故所謂爭點，不應只是確認就某一事項檢辯雙方存有爭執而已。或者應該說，就某一事項，檢辯雙方存有爭執，只是爭點的前提，進一步仍有必要確認爭執的實質內容，亦即爭執內容的具體化。²⁹

事實上，不論刑事案件或民事案件，就證據調查一事，應針對當事人間爭執最烈部分仔細地進行，就相對較無爭議的部分，則簡單地

上，對被告方較為困擾的，應非檢察官當庭提出書書，而是檢察官事前提出與法院的書狀漏未送達被告方的問題。

²⁸ 例如起訴後，被告方第一次提出偵查中未有的新辯解，或是一審審理中，隨著調查證據程序的進行，又視證據調查的階段結果（例如證人的證述）變更其辯解，一審判決後，上訴二審，再於二審審理中提出新的辯解等情形，都是實務工作的日常經驗。

²⁹ 前裁判官植村立即稱為「實質意義的爭點」。可參考植村立即「公判前整理手續①—争点整理—裁判の立場から」三井誠等編著『刑事手續の新展開（下）』（成文堂・2017年）103頁以下。

進行，毋寧是法律工作者間的常識；正是採取這種輕重有別的證據調查方式，才可能就真正有爭執的部分行集中審理，應特別說明的是，這不僅牽涉訴訟效率的問題而已，也是因為這種方式下，心證形成較為容易。因應被告方承認、否認情形及主張的具體內容，就公訴事實的各部分異其舉證的深厚程度一事，不分職權主義與當事人進行主義，本應是不同刑事訴訟程序共同的期待。特別對裁判員裁判而言，為了不讓裁判員形成過度負擔，並且實現容易理解的審理，上述輕重有別的證據調查，更是不可欠缺的要求。³⁰

於日本，在公判前整理程序施行初期，律師界亦有認為不論所表示主張內容的具體程度，只要有表示其主張——例如就檢察官所明示關於犯罪事實與量刑判斷的必要事實，被告方主張「全部爭執」；或是對於公訴事實，被告方主張「被告無罪」——即已使爭點變得明確。這種意見其實隱含下述意涵，亦即，因被告方已表示對於公訴事實將「全部爭執」，故已該當刑訴法 316 條之 17 法文「如有預定於公判期日提出的事實上及法律上主張，必須向法院、檢察官表明」的要件，因此也不違反同條所規定的「主張明示義務」。³¹具有長年擔任法官從事審判實務經驗的學者杉田宗久即評論上述意見是將爭點過於平面地理解。其認為：表示「爭執」固然也是形成爭點的過程之一，但在具體個案中，所謂爭點尚有範圍廣狹、輕重與深淺等概念，要在加入這些要素後，以訂定審理計畫為目的的爭點整理才成為可能。如果欠缺被告方的具體主張，將只能依存檢察官的預定證明事實訂定死板的

³⁰ 杉田（註 26 文）7 頁。

³¹ 從而，理論一貫下，亦已達成刑訴法第 316 條之 3 條第 2 項所定，訴訟關係人為使充實的公判審理能繼續性、計畫性且迅速進行而負有的協力義務。

審理計畫，公判審理也會是未突顯重點的平淡審理。³²

日本亦有辯護人表明：檢察官提出的預定證明事實，其內容就犯罪事實的認定與量刑判斷的重要程度並非全部相同，不區分重要程度，就預定證明事實逐一去說明承認或否認³³，不只無益於爭點整理，還會產生對犯罪事實與量刑的判斷幾乎沒有意義的爭點。³⁴

因此，為了訂定真正的審理計畫，不僅是確認哪些部分有爭執而已，關於各爭點有如何程度的重要性一事，必須在必要最小限度範圍內顯示相關資訊。以上述殺人案的公訴事實為例，具體而言，被告方須表明：於公訴事實所示時間、地點，是否到場→如到場，是否如公訴事實所示手持刀→如持刀，是否如公訴事實所示戳刺被害人→如客觀上有此行為，是否主觀上有意為之→如屬有意為之，是否基於殺意而為。如果否認，其主張的具體內容為何？如此才能得知被告爭執哪些點，爭執到如何程度，而確認爭點的實質內容。法院與當事人間就爭點在哪、爭點相互間的定位等事項，建立共識，並透過與爭點相關的證據開示、當事人雙方相互交換、說明主張、以及請求或撤回調查證據聲請等事項的重複進行，逐步確認哪些爭點是沒有必要的爭點，即為日本刑事訴訟程序中聚焦爭點（争点を絞る）的整體流程，在此範圍內應認當事人有爭點整理協力義務。³⁵

³² 杉田（註 26 文）8-10 頁。

³³ 即前述我國刑事審判實務中，法官就公訴事實分段逐一詢問被告是否承認，由被告、辯護人表示承認或否認（爭執或不爭執）的作法。

³⁴ 菅野亮「公判前整理手続①—争点整理等—弁護の立場から」三井誠等編著『刑事手続の新展開（下）』（成文堂・2017 年）86 頁。

³⁵ 杉田（註 26 文）10-11 頁。

第二項 被告方預定主張明示義務與緘默權

日本憲法第 38 條第 1 項規定：任何人均不被強迫為不利於己的供述。一般認為該條文為刑事被告緘默權受保障的憲法依據。在此脈絡下，就刑訴法第 316 條之 17 第 1 項課與被告於公判前整理程序主張明示義務，以及刑訴法第 316 條之 32 第 1 項規定公判前整理程序結束後，除有不得已事由外，不得請求調查證據³⁶，是否違反日本憲法第 38 條一事即成為問題。

就此問題，於立法階段也有所討論，一般認為刑訴法第 316 條之 17 第 1 項並非就被告自認不利於己事項一事課與義務，實則於公判期日中是否有所主張是委諸被告的判斷，提出主張一事本身並非強迫所得結果。³⁷其後，最高裁平成 25 年 3 月 18 日第一小法庭決定³⁸，明確表示上開刑事訴訟法規定不違憲的見解。該決定認為刑訴法第 316 條之 17 課與主張明示義務與伴隨而來的請求調查證據義務，並非強迫被告承認有被追究刑事上責任風險的事項，公判期日是否為主張，是委諸被告判斷，不是強迫提出供述，因此不違反憲法第 38 條第 1 項規定。倘進一步分析該決定內容，重點可歸納如下：①被告被課與義務要明示的「預定主張」並不同於「不利於己的供述」。³⁹②固然公判前整理程序中的主張明示義務與請求調查證據義務可能對

³⁶ 亦即「準備程序後禁止請求調查新證據」，詳後述。

³⁷ 伊藤（註 19 文）73 頁。

³⁸ 最高裁刑事判例集 67 卷 3 号 325 頁。

³⁹ 雖然原則上主張與得作為證據的供述是不同概念，但必須注意的是，依刑訴法第 316 條之 9 第 1 項，被告於公判前整理程序出席並非法定義務，但若被告出席，於說明其主張時所為陳述經記載於公判前整理程序筆錄，依刑訴法第 322 條第 2 項規定，被認為有證據能力，因此依刑訴法第 316 條之 9 第 3 項規定，於此種情形，審判長在公判前整理程序開始時，須對被告為權利告知。

被告方產生心理負擔，但事實上，被告若有想影響裁判結果的主張或反證內容，縱然認為提出該主張或反證也有不利於己的可能性，於公判審理終結前被告終究是要表明該主張或反證。因此，究其實質，刑訴法第 316 條之 17 只是將主張的「時期」提前到公判前整理程序而已，並不是對被告「強迫」其主張。^③刑事訴訟程序中檢察官負有全面的舉證責任，但舉證責任處理的是真偽不明情況下，何人負擔不利益的問題，無法推導出對被告課與訴訟進行的協力義務即是違反正當法律程序而為憲法所不許的結論。主張明示義務的時期在前述請求證據與類型證據開示之後，被告方已可訂定防禦方針的時期，刑訴法第 316 條之 17 並不違反正當法律程序。⁴⁰

本文認為，被告方的主張與被告所為供述兩者是明顯不同的概念，這點在公判審理開始前的公判前整理程序中，應屬明確。公判前整理程序中，倘若由被告說明主張，固然同時存在被告的供述，但這僅是被告說出的話語同時兼具主張與供述的性質而已，並非主張與供述在概念上無法區分，且刑事訴訟程序進行中，由辯護人統合提出被告方的主張更屬常態，非必然是以被告自行供述的方式為之。又緘默權的上位概念為不自證己罪的原則，不自證己罪原則的內涵為被告無義務以積極作為來協助對己的刑事追訴⁴¹，而提出主張（與伴隨而來的證據調查聲請）既是被告方辯護的可能選項之一，目的是爭取對被告有利的判斷，本不合於「被告以積極作為協助對己的刑事追訴」的定義，認為提出主張是對被告不利，進而將課與主張明示義務一事等同於強

⁴⁰ 稻谷竜彦「刑訴法 316 條の 17 と自己に不利益な供述の強要」井上正仁等編著『刑事訴訟法判例百選第 10 版』（有斐閣・2017 年）128-129 頁。

⁴¹ 林鈺雄（2004 年），『刑事訴訟法（上冊）——總論編』，147 頁，自刊。

迫被告為不利於己陳述，這種想法並不合邏輯。尤有甚者，如同上述②所示，事實上被告方如有欲提出的主張與反證，終究要在審理終結前提出，認為提出主張的時期提前將侵害被告權益，其實是認為在準備程序階段提出主張令檢察官有機會核對、確認其內容，對被告不利，反過來說，也是意指在檢察官無法準備時，就公訴事實提出其主張與反證，對被告有利。此一說法的實質，已近於「在審理將終結前突襲式提出主張或舉證，可求取被告的最大利益」，如此擴張不自證已罪與緘默權的概念射程，顯然並不合理。

第三項 被告方明示預定主張的範圍

就被告、辯護人方面應明示的內容，刑訴法第 316 條之 17 第 1 項將「預定證明事實」及「其他預定於公判期日提出之事實上及法律上主張」併列，另對照檢察官應明示的內容，刑訴法第 316 條之 13 僅規定「預定證明事實」；顯然刑訴法第 316 條之 17 第 1 項「預定證明事實」的概念，不等同於「預定於公判期日提出之事實上及法律上主張」。這是因為刑事訴訟中檢察官對犯罪事實負舉證責任，相對於此，被告方從積極提出反證，到對檢察官的舉證進行彈劾，甚至只是否認檢察官主張的事實，其可能採取的訴訟策略範圍廣泛，並非僅有積極舉證證明某事實存在一途。依刑訴法第 316 條之 13 第 1 項本文，檢察官提出的「預定證明事實」指的是「擬於公判期日中以證據證明的事實」，於被告方的「預定證明事實」，亦應為相同解釋，指被告方擬以證據證明的事實，例如被告方為反證目的擬以證據證明存在的事實、或是被告方欲透過被告詢問來舉證的事實等均屬之。所謂「預定於公判期日提出之事實上及法律上主張」則是指提出主張，但並未一併聲請調查證據的情形。

更細部言之，積極否認——例如主張「因為沒有動機，所以沒有

殺意」；或是對檢察官個別的預定證明事實予以否認——例如主張「沒有說過『殺了你』」等，均為事實上主張的實例。事實上主張包括：①對檢察官主張事實全部或一部予以爭執的主張、②犯罪阻卻——即違法性阻卻、減少事由、責任阻卻、減少事由存在之事實的主張、③可推論檢察官主張事實全部或一部不存在的根據的間接事實、補助事實的主張、④對檢察官主張之重要間接事實、補助事實予以爭執的主張、⑤關於重要量刑事實的主張等。依刑訴法第 316 條之 17，就上述事實上主張，即使被告方無預定進行積極舉證，仍有明示的必要。而法律上主張指的是關於刑罰法令的解釋、合憲性、法令適用的主張。為法律上主張之際，可能是以特定預定證明事實為前提——例如正當防衛的主張；也可能單純僅有關法律適用的主張，例如：主張「即使以檢察官的預定證明事實為前提，也不能認為有正犯的犯意，而僅是成立幫助犯」；主張「即使以檢察官的預定證明事實為前提，也不能認為既遂，而僅止於未遂」等。⁴²

上述有關被告方應明示主張的範圍的分類，乍看之下，或許令人感到過於複雜而難以有效掌握，不過於公判前整理程序階段，應就哪些事項確認被告方有無主張一事，其實與證據構造的掌握為同一事物的不同面向，換言之，掌握證據構造，是個案中確認被告方應提出主張事項的前提。如前所述，日本所設計公判前整理程序與證據開示制度有其整體思考，按其流程，檢察官先明示舉證的構造，被告方就檢察官舉證的結構明示其主張，確認爭執哪些部分及其程度，而逐步確認爭點；特別是檢察官主要以間接事實證明公訴事實的情形(上述③、④)，此時因為公判審理的重點將置於間接事實的層次，關於檢察官

⁴² 山崎学『公判前整理手続の実務』（弘文堂・2017年）77-78頁。杉田（註26文）14-17頁。

預定證明事實顯示的主要積極間接事實，被告方就哪一部分為如何爭執，有無明示其主張，如果有預定主張的消極間接事實，有無於公判前整理程序中提出主張，便更顯重要。以下藉杉田文中設例加以說明。

於前述殺人既遂的公訴事實，被告主張事發時不在現場的案例中，如檢察官未有直接證據，根據間接證據得推認公訴事實存在的程度，即成為審理重點。此時檢察官的預定證明事中，須表明主要的積極間接事實與證明各間接事實的間接證據，可能的間接事實有：

- A. 被告從以前起即與被害人交惡；
- B. 於事件發生前幾天，有人目擊被告與被害人互相怒吼；
- C. 於事件發生 1 小時前，有人在被害人住處附近的 Y 車站看到被告；
- D. 於犯罪現場附近，發現有與被告鞋子相同的鞋印痕；
- E. 事發時，被害人住處附近之人聽到被害人喊叫「這件事到底要說到什麼時候？」；
- F. 從倒地被害人所著衣服上發現與被告事發當日所著毛衣相同的毛線；
- G. 事發 30 分後，距離被害人住處 3 公里處遺有被告皮夾；
- H. 事發 1 週後，在從被告處扣押之已洗過的毛衣上，發現微弱血液痕（DNA 鑑定結果不排除為被害人血液）。

被告方可能主張的消極間接事實則有：

- I. 被告於事發時正造訪距被害人住處 100 公尺的友人 B 家；
- J. 被告於事發前約 1 小時，因為要前往友人 B 家，自 Y 車站下車，並徒步通過被害人住處前道路（削減 C、D 推認力的間接事實）；
- K. 被告以前曾與被害人扭打，因當時的擦傷，致被害人手背少量出血（削減 F、H 推認力的間接事實）；

L. 被告在事發後不久時離開 B 家，通過皮夾遺落處返家（削減 G 推認力的間接事實）等。

在上述事例中，如果被告方強力主張 I 的不在場證明與 J、L 的附隨消極間接事實，爭執 C、D、G 等間接事實的必要性就降低；相對於此，即使被告方主張 K 的消極間接事實，但因為 F、H 是重要的積極間接事實，應可預期被告方對於 F、H 仍會強力爭執，各該間接事實也然是公判審理的重點所在。這也反映本文前述論點，僅是使爭點顯現並不足以訂定審理計畫，必須掌握當事人雙方舉證的構造，根據舉證構造確認被告方應明示的主張，進行爭點及證據的整理，日後才能進行有效的審理。⁴³

故用以判斷被告方應明示主張的範圍，也是檢察官舉證構造的重要功能之一。對應於檢察官所表明關於犯罪證明之主要事實、間接事實以及補助事實，即劃定被告方應明示主張的範圍，應認為被告方對各該事實的承認、否認，與具體的主張內容均是刑訴法第 316 條之 17 之「事實上主張」，於公判前整理程序中應予明示。另外，如後所述，由於被告詢問也是廣義的調查證據程序，因此未請求調查證據，擬以被告詢問階段中被告供述加以證明的事實（含補助事實）⁴⁴，也屬於刑訴法第 316 條之 17 的「預定證明事實」，於公判前整理程序中應予明示。公判前整理程序的整體進行概念即是當事人雙方彼此交換各自的主張後，確認哪些事實的存否成為爭點，再調整預定證明事實的構

⁴³ 杉田（註 26 文）12-14 頁、16 頁。

⁴⁴ 如後所述，這牽涉的是於公判期日，以被告供述使被告方主張內容具體化一事，亦即公判期日中被告的供述，究竟是主張，抑或是證據，界線並不明確，且容易讓裁判者混淆，因此此處更貼切的用語表現或許應為「擬於被告詢問階段中透過被告供述『顯現』的內容」。

造與檢討請求調查證據的追加與變更。⁴⁵

必須注意的是關於被告方預定彈劾檢察官請求證人信用性的事實主張，依本文蒐尋所得資料，多認為不在公判前整理程序應明示的主張範圍之列。例如被告方透過證據開示取得檢察官擬於公判期日詰問的證人的偵查筆錄，於公判前整理程序階段，或許已可預想在公判期日中將如何利用證人偵查筆錄，突顯證人前後供述內容矛盾，以彈劾其信用性。但證人於公判期日主詰問中究竟會呈現如何的證述內容，於公判前整理程序的時點還不明瞭，此時檢討是否明示此部分主張並不實際。⁴⁶不同意見則認為被告方預定於公判期日提出的彈劾主張，亦在明示範圍內，其理由為，由審理應貼合爭點進行的觀點而言，在公判前整理程序中，以檢察官的主張與請求證據作為前提，被告方進行彈劾主張與證據請求是可能的，如此進行也沒有困難，因此不應排除在應明示範圍之外。⁴⁷

第四項 被告方明示預定主張的程度

於日本制度下，被告方主張是主張關聯證據開示請求的前提，目的是公判前整理程序中爭點與證據的整理，與開審陳述或辯論程序的目的是令法院形成心證有所不同。因此，公判前整理程序中爭點與證據之整理的內容便是劃定明示預定主張的程度的基準。進一步來說，公判前整理程序的重點之一是擬定審理計畫，使裁判員能理解公判審

⁴⁵ 伊藤（註 19 文）16-17 頁。

⁴⁶ 菅野亮（註 34 文）87-88、92 頁。

⁴⁷ 宮田祥次「公判前整理手續終結後の証拠制限」植村立郎判事退官記念論文集編集委員会編著『植村立郎判事退官記念論文集第三卷【第 3 編公判前整理手續及び裁判員裁判編】』（立花書房・2011 年）30-31 頁。

理的活動與內容，由訴訟當事人的觀點而言，不論舉證或反證，重要的是：要能預測「對誰、詢問何事、詢問至如何程度」；由法院的觀點而言，重要的是：要能把握個案中檢察官的舉證構造、被告方的反證構造，及確認兩者攻防是否吻合、對應，以判斷合於爭點本質的證據調查、審理方法、時間與順序等。據此以言，被告方的主張的程度須具體至能符合上述二觀點下的爭點與證據整理的要求，同時也是以各該要求為標準，無必要表明主張至超過如此程度的具體性。⁴⁸

其次應特別說明的是，在日本二階段證據開示構造之下，於被告方提出主張關聯證據開示請求時，檢察官必須判斷主張與請求開示證據間的關聯性，如果連掌握證據內容的檢察官也無法判斷其關聯性，應認為該被告方主張過於曖昧而未達主張明示義務所要求的程度。於此會牽涉被告方主張事項的種類、性質而產生差異。例如，若被告方的主張為有關訊問過程的問題，即該主張涉及的證據資料相當程度為偵查機關所掌握者，即便被告方的主張較為概括，大部分的情形中，檢察官仍然可以預測應該採取如何的舉證方法較為適當；相對於此，若被告方主張為不在場證明此類由被告方掌握證據資料的情事，如果沒有表明其具體性，檢察官將難以想定有關不在場證明不存在的舉證內容。因此，個案中關於被告方主張的事項，由認知、調查該事項容易性的觀點出發，該事項是偏近偵查機關所掌握的領域，抑或被告方所掌握的領域，是判斷被告方主張是否已足夠具體的一個有效的指標。

49

⁴⁸ 遠藤（註 19 文）221 頁。

⁴⁹ 遠藤（註 19 文）223 頁。

第五項 所謂ケース・セオリー（case theory）

日本實務中，檢察官預定證明事實書狀的記載方式，是於起訴時先提出敘事型的預定證明事實，待辯護人就預定爭執事項為一定程度說明後，根據其內容，檢察官會再次提出明示舉證結構的（證據構造型）預定證明事實，此種型式的預定證明事實是爭點整理的實質出發點。⁵⁰關於公判前整理程序漸趨長期化的問題，常見日本檢方提及辯護人不明示就何處有問題意識，大量請求開示類型證據，且遲不說明預定主張，法院也未督促辯護人，未催促提出預定主張的情況。⁵¹

就此問題被告方的想法，或可以從所謂ケース・セオリー（case theory）——即「案件理論」來予以理解。⁵²以裁判員制度的實施為契機，日本辯護界逐漸強調應在公判前整理程序終結前確立案件理論，以及時常意識此案件理論以進行前後一貫的辯護活動的重要性。其背景即為檢察官於公判前整理程序中已明示舉證構造，並為證據開示，且於公判前整理程序終結後原則上無法追加調查證據⁵³，因此上述的辯護活動成為可能。案件理論的確立，指的是就公判期日有調查可能性的全部證據，能與辯護人尋求的結論整合性地予以說明，且這些說明內容彼此不矛盾而有一貫性，又與常識一致，而能獲得裁判員及法官的認同。為了取得能說明全部證據的確證，對辯護人而言即有必要

⁵⁰ 西谷隆「檢察官から見た裁判員裁判の運用面における課題」法の支配 194号（2019）82-83頁。大澤裕ほか「座談会：裁判員制度 10年—その成果と課題」論究ジュリスト 31号（2019年）73頁。

⁵¹ 西谷隆（註 50文）83頁。菅野俊明（註 21文）25頁。石井壯治「裁判員制度 10年—檢察の立場から—」刑事法ジャーナル 61号（2019年）65頁。

⁵² 其內涵用白話的說法其實就是「前後一貫的敘事情節」。

⁵³ 用白話的說法就是「牌都打出來了」。

儘可能事先檢討大量的證據與情報。這應該就是檢方所指辯護人對應（特別是提出記載預定主張的書狀）遲延的原因之一。日本辯護人並有認為在公判前整理程序的哪一個階段，應明示預期的主張方向至如何程度，在哪一時點能提出記載預定主張的書狀，是辯護人應主動判斷的事項，不應該因為來自法院的催促而變動。⁵⁴

固然公判期日有調查可能性的證據中，確實可能存在被告未知覺的事實，或是被告因記憶不全，故辯護人未必能從被告處獲知事件全貌，從而確立案件理論有其必要性，上述說明在一般論的層上應該也沒有異論。然而，公判前整理程序是以整理爭點、證據為目的的程序，刑訴法第 316 條之 3 所揭示立法精神要求法院應致力於儘速終結公判前整理程序，訴訟關係人並負有協力義務，事實上本不能、也不應無限制地任由當事人延後程序的進行，程序長期延宕，爭點與證據的整理無進展，證人記憶減退是直接的後果，也無法使案件爭點有效浮現，流弊甚為明顯。⁵⁵而刑訴法就相關提出主張、預定證明事實與調查證據聲請的時期與要件，均有明確規定，較諸以案件理論之名義遲不提出主張或拖延提出主張，導致程序延宕的流弊，就此問題最終回歸刑訴法規範，由法院作為公判前整理程序的主導者，適切行使訴訟指揮權以促進程序的進行，應是較合理的作法。

第四節 公判前整理程序的法律效果

公判前整理程序的目的是達成繼續性、計畫性且迅速進行充實的公判審理，其作法是當事人雙方明示主張，確認爭點，立基於各自的

⁵⁴ 宮村啓太「裁判員制度の下での今後の課題」法の支配 194 号（2019）92-93 頁、96-97 頁。

⁵⁵ 相關批評，可參考朝山（註 5 文）63 頁。

主張內容，呈現各自的舉證構造，以此為前提聲請調查證據。如果此階段進行完備，則公判期日便能依照擬定的審理計畫，聚焦於核心爭點進行審理活動。反面而言，如果主張內容或聲請調查證據內容，於公判期日中有所變更、追加，原進行的公判前整理程序的效果自然會打折扣。

事實上，在公判前整理程序導入前，舊刑事訴訟規則⁵⁶第 194 條以下即有關於爭點、證據整理的準備程序相關規定，除了證據開示制度以外，其程序規定幾乎相當於現行的期日間整理程序。但由於沒有限制變更主張與請求調查證據的規定，即使準備程序終結後，仍無法限制主張的變更與新的調查證據的聲請，爭點、證據整理的效果未能獲得保障，因此除了租稅案件等一些類型的案件以外，實際上未被活用。⁵⁷因此為確保公判前整理程序的實效，最重要的討論議題便是——是否於公判前整理程序終結後，產生限制聲請調查新證據以及限制追加、變更主張的效果。

第一項 限制聲請調查新證據

第一款 法規依據與基礎概念

刑訴法第 316 條之 32 第 1 項是公判前整理程序終結後當事人請求調查證據權限受有限制的明文規定。⁵⁸

⁵⁶ 下稱刑訴規則。

⁵⁷ 朝山（註 5 文）58 頁。

⁵⁸ 刑訴法第 316 條之 32 第 1 項原文內容如下：「公判前整理手續又は期日間整理手續に付された事件については、検察官及び被告人又は弁護人は、第二百九十八条第一項の規定にかかわらず、やむを得ない事由によつて公判前整理手續又は期日間整理手續において請求することができなかつたものを除き、当該公判前整理手續又は期日間整理手續が終わつた後には、証拠調

依日本刑訴法，當事人被課與應於公判前整理程序中請求調查證據的義務（如刑訴法第 316 條之 5 第 4 款規定，公判前整理程序處理事項包含使當事人請求調查證據；刑訴法第 316 條之 13 第 2 項、刑訴法第 316 條之 21 第 2 項，刑訴法第 316 條之 17 第 2 項、刑訴法第 316 條之 22 第 2 項，分別規定檢察官、被告方就其預定證明事實，追加、變更之預定證明事實，應請求調查證據）。刑訴法第 316 條之 32 第 1 項並規定公判前整理程序終結後，當事人原則上不能再聲請調查新證據，僅於當事人因不得已的事由未能在公判前整理程序中請求者，例外得再行聲請調查證據。基此，於公判前整理程序中請求調查證據為原則，程序終結後請求調查證據為例外的立法意旨非常明確。故所謂「不得已之事由」既屬例外，其解釋便不宜太過寬鬆。另外，由於刑訴法第 316 條之 32 第 2 項規定法院於認為必要時得職權調查證據，不受刑訴法第 316 條之 32 第 1 項公判前整理程序終結後原則禁止聲請調查新證據規定之限制，因此解釋上，有關如何調和「發現真實」要求的問題，與「不得已之事由」的解釋無關，而是委由上述法院職權調查證據的規定處理。

第二款 「不得已之事由」的判斷架構

承上所述，「不得已之事由」解釋上應從嚴認定，依學說討論大致可分為三類：①證據雖然存在，但有正當理由不知其存在的情況；②雖然知悉證據存在，但現實上不可能請求調查證據的情況，典型事例即為因證人現在處所不明而無法請求調查證據；③知悉證據存在，且請求調查證據亦屬可能，但在公判前整理程序中，基於另一方當事

べを請求することができない。」

人的主張與證據構造，有充分理由認為請求調查證據屬不必要的情形。

59

具體判斷架構如下：①公判前整理程序中各當事人是為如何的主張與聲請調查證據；②公判審理中浮現的證據，與公判前整理程序中所想定的證據，有如何程度的差異；③對於差異一事，該當事人的歸責性如何；據以判斷未於公判前整理程序請求調查該證據的責任，能否歸屬於現在請求調查新證據的當事人。另外應一併檢討④公判前整理程序中，根據當事人的主張與其他請求證據，考慮與待證事實的關係，當事人選擇以某證據作為證據方法，而沒有選擇以（公判期日中欲再行聲請調查的）新證據作為證據方法，是否具合理性；且須注意⑤在核心司法概念下，既是採取當事人進行的公判審理模式，公判前整理程序中的爭點設定、證據選定等事項，基本上是當事人本身的責任，因此法院的訴訟指揮⁶⁰在判斷「不得已之事由」一事上，不應納入考慮範圍內，也就是說當事人不能以「因為法院沒有適當為訴訟指揮，所以未能在公判前整理程序中聲請調查證據」等理由，主張屬於有不得已之事由，而聲請調查新證據。⁶¹

舉例而言，日本實務上慣行的證人測試⁶²如果是在公判前整理程序終結後公判中證人詰問前的期間內為之，此時發現證人陳述內容歧異；由於依刑訴法第 316 條之 14 第 2 款、第 316 條之 18 第 2 款，預期證人於公判期日中供述的內容是證據開示的項目之一，須向對造當

⁵⁹ 宮田（註 47 文）28-29 頁。

⁶⁰ 於有無刑訴法第 316 條之 32 所定「不得已之事由」此一問題討論脈絡中，這裡所謂法院訴訟指揮應相當集中於法院要求當事人釋明主張與舉證一事。

⁶¹ 宮田（註 47 文）31-33 頁。

⁶² 關於證人測試的必要性與問題點，詳如後述。

事人開示，因此可以認為在公判前整理程序中便應先進行證人測試，卻未為之，故可以認為請調傳訊該證人的當事人具歸責性。⁶³此時於判斷是否屬於「不得已之事由」應會傾向否定。

第三款 彈劾證據的適用問題

最後說明於公判期日中聲請調查刑訴法第 328 條彈劾證據⁶⁴，是否該當刑訴法第 316 條之 32 例外情形的問題。此問題與前述公判前整理程序中彈劾信用性的主張應否明示的問題相關聯。一般認為當證人於公判期日的證言，確實產生與過去供述內容矛盾的情形時，被告方為證明矛盾供述情形存在而首次聲請調查證人偵查階段筆錄，不違反刑訴法第 316 條之 32 限制聲請調查新證據的規定，這是因為當證人於公判期日做出與過去供述矛盾的供述時，在該時點，舉證的必要性與關聯性才產生，而屬於該條所定之不得已之事由。這也是日本實務判決所採取的見解。⁶⁵

不過裁判官宮田祥次如下意見值得注意。其認為，考慮於公判期日進行的實際情況，如果透過詰問彈劾成功，即無再依刑訴法第 328 條請求調查彈劾證據（即偵查筆錄）的必要；即使詰問時彈劾失敗，既然基於偵查筆錄內容進行的詰問，並未能降低證人供述的信用性，可以認為請求調查偵查筆錄也是難以發揮彈劾的效果，結果請求調查

⁶³ 宮田（註 47 文）32 頁。

⁶⁴ 刑訴法第 328 條是有關屬於傳聞證據之書面或供述作為彈劾證據的規定。條文原文內容如下：「第三百二十一条乃至第三百二十四条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには、これを証拠とすることができる。」

⁶⁵ 趙誠峰「公判前整理手続と 328 条—公判中心主義を実現するために」季刊刑事弁護 81 号（2015 年）53-54 頁。關於日本裁判的整理，可參考宮田（註 47 文）25-28 頁。

證據的必要性仍然偏低。而且必須注意，依照最高裁平成 18 年 11 月 7 日第三小法庭判決⁶⁶，依刑訴法第 328 條認可證據能力的並不是偵查筆錄全部，而是只有與公判期日的供述相反的部分而已，實際上如果以具體指摘出相反部分的方式進行詰問，依刑訴法第 328 條被認為有證據能力的、偵查筆錄的相反記載的部分，已藉由在公判期日的供述而證據化，另外聲請調查偵查筆錄的必要性不高。且在實際的訴訟過程中，當事人因為對造請求調查新的彈劾證據造成其舉證證明力降低，可預期該當事人為了彌補此一結果，將再行聲請調查證據，如此一來，公判前整理程序訂定的審理計畫也喪失意義。⁶⁷

第二項 限制被告方為新主張

相較於刑訴法第 316 條之 32 明文規定於公判前整理程序終結後原則上不得再行聲請調查證據；被告隨著偵審階段的進行，變更（甚或逐次變更）其主張的內容，是多數實務工作者經常遭遇的經驗，因此一個明顯的問題是：被告方於公判前整理程序終結後能否追加、變更其主張內容？

第一款 立法階段的討論

就此問題，日本刑事訴訟法雖未見相關規定，但其實在日本立法階段，此一問題即已經過討論。有認為應明定「限制主張效果」的規定，亦即原則上禁止於公判中提出公判前整理程序中未曾明示的主張，但該設案最終並未成為實際的立法內容。由於最終立法結果未設限制主張的明文規定，或有認為公判前整理程序終結後，仍可自由變更主

⁶⁶ 最高裁判所刑事判例集第 60 卷 9 号 561 頁。

⁶⁷ 宮田（註 47 文）30-31 頁。

張、提出新主張⁶⁸；但如前所述，公判前整理程序的旨趣為，在公判前進行充足的爭點、證據整理，且為確保這個制度目的，實際上日本刑事訴訟法已設有預定主張明示義務、禁止聲請調查新證據等制度規定。據此而言，由公判前整理程序的制度目的觀之，應認為公判前整理程序終結後不允許提出新主張，且當事人本應自制不為如此訴訟行為，方與制度旨趣一貫。更白話地說，理論上本應禁止於公判前整理程序終結後提出新主張，但由於制止被告方為新主張事實上存有困難——亦即，即使被告於公判中才自行提出新主張，就此情事欲予以限制，事實上是困難的；對於辯護人而言，當上述情事發生時，要求辯護人在無視被告主張與供述的情形下為辯護活動，實際上也是困難的——，基於如此考慮，最後才沒有將限制被告方為新主張的規定明文化。⁶⁹固然，公判前整理程序終了後，如果有充分的理由，關於主張的追加、變更，以及新的調查證據的聲請，仍有准許的可能，因此所謂限制為新主張或限制聲請調查證據，本質上都不應是全無例外的規範；但無論如何，非經常性准許為新主張的制度旨趣應該是相對明確的。

第二款 對於新主張的一般因應方式

倘就上述問題進行更細緻的討論，由於刑訴法第 316 條之 32 已規定原則禁止再行請求調查證據，因此即令被告於公判前整理程序終結後提出新主張，由於已無法請求調查新證據，其變更後的主張將缺

⁶⁸ 相關整理可參考岡慎一「公判前整理手続における主張明示と被告人質問」井上正仁等編著『刑事訴訟法判例百選第 10 版』（有斐閣・2017 年）133 頁。

⁶⁹ 伊藤（註 19 文）74 頁。酒卷匡「【刑事判例研究】公判前整理手続における主張内容を更に具体化する被告人質問等を刑訴法 295 条 1 項により制限することはできないとされた事例——最二小決平成 27・5・25」論究ジュリスト 22 卷（2017 年）225 頁。

乏佐證。⁷⁰其次，作為檢察官應適度突顯被告主張前後變遷的情形，以評價其公判中供述內容的信用性。

於此簡單介紹可能的具體作法。由於公判前整理程序著重審檢辯三方交換意見、整理爭點及證據，依刑訴法第 316 條之 7 規定，檢察官及辯護人必須於整理程序期日出席。而被告為刑事程序當事人，依刑訴法第 316 條之 9 第 1 項，有於整理程序期日出席的權利，但並無一定必須出席的義務，僅刑訴法第 316 條之 9 第 2 項規定，法院認為必要時得要求被告於整理程序期日出席。由於倘若被告由始至終均未出席整理程序期日，公判預定審理的內容，就會在被告未參與的情形下被決定，對被告的程序保障是否周延是一個問題，故有認為法院應至少在確認案件爭點及證據整理結果的整理程序期日，依刑訴法第 316 條之 9 第 2 項規定要求被告出席，確認被告對整理的結果有無異議。⁷¹

突顯被告前後主張發生變遷的前提是能在前階段即確認被告方的原主張確實為被告所提出，至於應如何達成，上述規定可供思考。亦即，檢察官如果於公判前整理程序中已發現被告方主張不明確，應善用刑訴法第 316 條之 9 第 2 項促使法院要求被告出席，再以刑訴法第 316 條之 10⁷²、刑訴規則第 208 條⁷³等程序上工具為依據，促使法

⁷⁰ 朝山（註 57 文）58 頁。

⁷¹ 朝山（註 5 文）58-59 頁。

⁷² 依刑訴法第 316 條之 10 規定，法院認為就辯護人陳述或辯護人提出之書面，有必要確認被告意思時，得於公判前整理程序期日對被告發問，或要求辯護人提出與被告連署的書面。條文原文內容如下：「裁判所は、弁護人の陳述又は弁護人が提出する書面について被告人の意思を確かめる必要があると認めるときは、公判前整理手続期日において被告人に対し質問を発し、及び弁護人に対し被告人と連署した書面の提出を求めることができる。」

⁷³ 依刑訴規則第 208 條，法院於必要時得對訴訟關係人要求釋明，或敦促其舉證；訴訟關係人

院就辯護人之陳述內容或辯護人提出之書面內容詢問被告，如求其出席而不可得，亦應要求辯護人提出的書面應與被告共同聯署，目的即在確認被告方主張、或不明示主張是出於被告個人的意思，並使該情事明確顯現於公判前整理程序期日筆錄等資料中。如此一來，一方面被告日後欲辯稱公判前整理程序中的主張是辯護人自行為之時，其難度增加，另一方面日後檢察官於審理中有舉證證明被告在公判前整理程序中主張情形的必要時，即有相關證據資料，可呈現被告歷來主張變遷的過程以彈劾其信用性。⁷⁴就此而言，在大部分的情況下，被告方即使於公判審理中提出新主張，應不致於對審理帶來太大的混亂。

第三款 對於詢問被告階段出現新主張的因應方式

第一目 問題所在

會成為問題的是，如果被告方在公判前整理程序未明示其預定主張，或明示的程度不夠具體，嗣後辯護人於公判審理中詢問被告程序⁷⁵進行時詢問被告，才首次透過被告供述的方式，具體化被告方主張

得請求審判長基於求釋明之目的發問。條文原文內容如下：「①裁判長は、必要と認めるときは、訴訟關係人に対し、釈明を求め、又は立証を促すことができる。②陪席の裁判官は、裁判長に告げて、前項に規定する処置をすることができる。③訴訟關係人は、裁判長に対し、釈明のための発問を求めることができる。」

⁷⁴ 伊藤（註 19 文）75 頁。另外，就檢察官此種作法，辯護人方有不同意見。簡而言之，明示主張有困難一事，可能出於當事人的原因，該意見認為辯護人於公判前整理程序明示的主張，是暫定的主張，經過檢討證據內容等，依刑訴法第 316 條之 22 規定，可能變更、追加。檢察官於被告詢問階段，以主張的變遷彈劾被告供述的信用性，是不當的詢問，也造成被告方明示主張內容時不得不更為慎重，而更難以提出。可參考菅野亮（註 34 文）93-94 頁。

⁷⁵ 我國刑事訴訟法就發問形式使用「訊問」、「詢問」、「詰問」三種用語，「訊問」指程序主體的發問，「詰問」專指檢察官與辯護人行交互詰問程序的發問，「詢問」散見於不同章節，實則三者的內涵均是「發問」。日本刑事訴訟法亦有「尋問」與「質問」兩種用語，概略而言，對證人的詰問，用語為「尋問」（如刑訴法第十一章章名即為「証人尋問」），對證人以外人員的發問，用

的內容，甚至被告於最終陳述階段，才具體化主張的內容。對於此種情形，如果以上述方式因應仍有不足，則應如何處理？例如侵入住居強盜案件，辯護人於公判前整理程序中僅表示如下之預定主張：「就本件侵入住居強盜案件，被害人所述遭到搶劫一事其實是假搶劫的可能性存在，具體內容將於詢問被告時予以顯現」。或是例如日本最高裁平成 27 年 5 月 25 日第二小法庭決定的案例事實，該案被告被起訴先製造假車禍，再以醫療費用名日向被害人詐欺財物。該案辯護人於公判前整理程序中提出之預定主張為「被告否認其為行為人」，關於主張的具體內容則為僅止於「被告於公訴事實記載的時間，並不在犯行現場，而是在大阪市西成區的被告住所及附近」程度說明的不在場證明。

於此應先就日本刑事審判中的被告詢問程序，做一簡單的背景說明。首先，日本二戰前刑事訴訟法第 10 章原設有「被告訊問」相關規定，現行刑訴法則無完整、制度式的規定，不過被告任意所為供述，結論上也是證據。被告是被提起公訴的對象，同時也是實際經驗被提起公訴的犯罪事實存在與否的人，透過被告詢問，其對案件的說法，不只是主張，也成為證據。但與英美法不同，日本未採取被告宣誓成為證人的制度，而是以被告的地位，在確保拒絕供述權的狀態下說明其對案件的說法。即使虛偽陳述，也不因此受到刑罰，在此意義下，其供述並無真實性的擔保。又因為舉證責任設定的關係，只要不能認為被告供述是虛偽的，實際上便產生如同被認定其所述事實存在的結

語為「質問」，如對被害人的質問（刑訴法第 292 之 2 等）與對被告的質問（刑訴法第 311 條等）。「被告人質問」是日本方面的固定用語，本文認為「質問」此詞彙的本意即為發問，無特殊意涵，且為避免誤解或增加溝通成本，以下不區分發問主體，統一將其譯為「被告詢問」。

果。這種情況某種程度下，對被告而言，是一種很方便的制度。⁷⁶

本文認為基本上關於被告供述的證據方法定義與調查方式，日本法的運作在概念上與我國承襲職權主義模式下的被告訊（詢）問仍然較為接近。而公判中被告詢問是廣義的證據調查，其法律上依據為刑訴法第 311 條⁷⁷。刑訴法第 311 條法文規定內容分別為：被告有權保持緘默，得拒絕供述（第 1 項）；被告如願意為任意供述，審判長得就必要事項詢求被告的供述（第 2 項）；及被告如願為任意供述，合議體成員、檢察官及辯護人等，得就必要事項詢求被告的供述，文義上本不涉及被告詢問的進行方式⁷⁸，實際上關於被告詢問的進行方式在刑訴法中亦無特別予以規定，實務運作上則是以仿效證人詰問的方式進行，由辯護人先為主詢問（刑訴法第 311 條第 3 項），檢察官次為反對詢問（刑訴法第 311 條第 3 項），法院再為補充詢問（刑訴法第 311 條第 2 項、第 3 項），且其調查順序是安排在調查證據程序的末尾。⁷⁹如後所述，在裁判員裁判案件，為使裁判員易於理解案件內容、形成心證，並且於審理後的評議能陳述意見，有必要減輕裁判員

⁷⁶ 三好幹夫「裁判員裁判における証人尋問・被告人質問の在り方」安廣文夫編『裁判員裁判時代の刑事裁判』（成文堂・2015 年）79 頁。

⁷⁷ 刑訴法第 311 條原文內容如下：「①被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる。②被告人が任意に供述をする場合には、裁判長は、何時でも必要とする事項につき被告人の供述を求めることができる。③陪席の裁判官、検察官、弁護人、共同被告人又はその弁護人は、裁判長に告げて、前項の供述を求めることができる。」

⁷⁸ 相較於此，我國刑事訴訟法則是直接規定於第 288 條第 3 項「審判長就被告被訴事實訊問者，應於調查證據程序之最後行之。」

⁷⁹ 須注意的是，由於刑訴規則第 198 條之 3 規定，無關犯罪事實的情狀證據之調查，與涉及犯罪事實的證據之調查，兩者應儘可能區別進行，因此日本實務常見將證據調查區分為「罪體的調查」與「情狀的調查」兩階段，於此種安排情況下，被告詢問也會有兩階段，並均安排於各階段的末尾。

負擔，具體作法是嚴選必要的證據與人證調查優先於書證調查，即是貫徹直接主義與言詞審理的原則。因此即使是被告自白的案件，關於作為審理重點的犯罪事實的重要部分，仍多進行證人的證據調查；關於被告的供述部分亦同，縱然被告方同意被告偵查階段筆錄作為證據，仍然多優先採取人的供述的調查方式，具體作法為先進行被告詢問的證據調查，如果進行被告詢問後，被告偵查階段筆錄的調查成為不必要，便撤回調查的請求，如此的運用成為常態。⁸⁰

其次，刑訴法第 293 條第 1 項規定證據調查完畢後，檢察官應就事實及法律之適用陳述意見，刑訴法第 293 條第 2 項規定被告及辯護人得陳述意見。⁸¹前者依該條法文文義，為檢察官的義務，於實務運作即為被告詢問階段後的檢察官論告。後者依該條法文文義，為裁量之事項，但在實務運作上成為慣例，搭配刑事訴規則第 211 條規定應給與被告或辯護人最終陳述機會，呈現為檢察官論告後的辯護人辯論與被告最終陳述。總結而言，我們可以將上述各階段於審理進行中的順序歸納如下：被告詢問以外的證據調查→被告詢問【辯護人主詢問→檢察官反詢問→法院補充詢問】→檢察官論告→辯護人辯論→被告最終陳述。

由上可知，被告詢問階段與被告最終陳述階段，均是在審理的尾聲。於被告詢問階段或陳告最終陳述階段，透過被告供述具體化被告方主張，對於審理的進行，有明顯不利影響。①首先，於公判前整理

⁸⁰ 池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義【第 6 版】』（東京大学出版会・2018 年）352-353 頁。

⁸¹ 刑訴法第 293 條原文內容如下：「①証拠調が終わった後、檢察官は、事実及び法律の適用について意見を陳述しなければならない。②被告人及び弁護人は、意見を陳述することができる。」

程序階段，由於被告方所示主張內容不夠具體，作為爭點，法院無法確認被告方主張的內容，以及為證明該主張所需的證據調查，檢察官也缺乏進行補充偵查的機會，無法確立例如證明「不在場證明不存在」的舉證計畫，也無法為反證的準備，從而公判前整理程序的目的難以達成。②其次，特別是裁判員裁判的情形下，公判期中詢問被告階段出現的被告供述內容，究竟是主張，抑或是證據，界線並不明確，容易讓裁判員混淆，裁判員的判斷便可能受到誤導。③在上述前提下，對檢察官而言，被告的主張內容是在被告詢問、甚至被告最終陳述等審理的最後階段才首次具體化，檢察官難以事先為反證的準備，又有不當影響裁判員的可能性，則檢察官衡量其舉證受影響的程度，一個可能的因應作法是針對首次得知的被告方主張內容，聲請調查新證據。此時，由於被告方主張內容於公判前整理程序未具體明示，應不可歸責於檢察官方，而屬例外得聲請調查新證據的情形；進一步而言，即便法院已宣示辯論終結，當事人仍可請求再開辯論，如有必要，法院也應依請求或職權再開辯論（刑訴法第 313 條第 1 項）。果若如此，其結果是原定的審理計畫化為泡影，法院又面臨須再處理組成裁判員合議體的難題。

第二目 最高裁平成 27 年 5 月 25 日第二小法庭決定

最高裁平成 27 年 5 月 25 日第二小法庭決定⁸²做成以前，日本實務上已有法院實際以刑訴法第 295 條第 1 項之訴訟指揮權限——審判長於訴訟關係人所為詢問或陳述，與已進行過之詢問或陳述重複時，或涉及與事件無關係之事項時，或有其他不相當情形時，在不妨害訴

⁸² 最高裁判所刑事判例集第 69 卷 4 号 636 頁。

訟關係人本質權利範圍內，得限制其詢問或陳述——處理上述問題。⁸³亦即透過訴訟指揮的方式，以刑訴法第 295 條第 1 項為依據，限制辯護人所為被告詢問。最高裁平成 27 年 5 月 25 日第二小法庭決定將其要件更為進一步明確化。

因該決定極具重要性，故將相關要件的說明內容譯出如下：「公判前整理程序是為繼續性、計畫性且迅速進行充實的公判審理，而整理事件爭點及證據的程序；訴訟關係人關於其實施負有協力義務以外，被告或辯護人並負有刑訴法第 316 條之 17 第 1 項所定的主張明示義務，因此，有預定於公判期日中提出的主張存在，（在公判前整理程序中）⁸⁴卻不予以明示一事，是不被允許的。這樣來看，雖然沒有限制公判前整理程序終結後的新主張的規定，無法認為當然可以限制於公判期日中依據新主張所為的被告供述；但綜合考慮公判前整理程序中被告或辯護人的預定主張的明示狀況（包含對法院、檢察官要求釋明的回應狀況）、發展至新主張產生的詳細經過、新主張的內容等各種情事，能認為已違反前述主張明示義務，且能認為關於公判前整理程序中未明示的主張，容許詢求被告供述的行為與回應詢問的被告供述，將使公判前整理程序喪失意義（例如，於公判前整理程序，無視法院已要求釋明，僅表示「預定主張不在場證明，具體內容將於被告詢問時使其明朗」如此程度的主張的情形）；於此情形，應認為根據新主張所涉及事項的重要性等，就公判期日中關於其具體內容的詢問

⁸³ 刑訴法第 295 條第 1 項原文內容如下：「判長は、訴訟關係人のする尋問又は陳述が既にした尋問若しくは陳述と重複するとき、又は事件に關係のない事項にわたるときその他相当でないときは、訴訟關係人の本質的な権利を害しない限り、これを制限することができる。訴訟關係人の被告人に対する供述を求める行為についても同様である。」

⁸⁴ 括弧及其內文字為筆者所加。

與被告供述，依據刑訴法第 295 條第 1 項予以限制是可能的。」⁸⁵

上述決定所示要件可整理如下：①可認為被告方於公判前整理程序中違反主張明示義務；②可認為允許新主張與供述將使進行公判前整理程序的意義喪失；③於判斷之際，應根據新主張涉及事項的重要性，並綜合考慮公判前整理程序中預定主張的明示情形、發展至產生出新主張的詳細經過、新主張的內容等各種情事。⁸⁶

其中，上述要件②指的是：可認為被告方的新主張與供述，已反於公判前整理程序的制度目的，從根本上破壞公判前整理程序成果。具體而言，公判前整理程序中，是基於預定主張與證據調查請求而擬定審理計畫，如果該審理計畫從根本上被推翻的情況，亦即，可預見伴隨新主張將產生新的爭點，兩當事人的舉證計畫有根本性的變更，以及隨之而來的審理中斷，繼續性、計畫性且迅速的審理無法達成等弊害。實際的個案操作將依據基礎事實內容的不同與上述要件③所示各指標的情況，而有不同判斷，不容易提出更為具體的指標。⁸⁷

更難以說明標準的是上述要件①。這是因為何謂違反主張明示義

⁸⁵ 該案事實情況為，於公判前整理程序中，對於被告方只說明「起訴書所載犯罪時間、地點，被告不在場，被告在自宅附近」而主張不在場證明，但沒有進一步表明其主張內容，法院未進一步要求釋明。公判期日中辯護人最後詢問被告時，被告才說「當天在家看電視，之後與友人約，前往赴約」，辯護人進而要求被告詳細供述，檢察官以此為公判前整理程序所無之主張，與待證事實無關而異議，一審法院認同檢察官的異議，限制該詢問。但之後被告在最終陳述時仍然陳述關於起訴書所載時地其不在場的具體內容，於此階段，一審法院並未限制被告陳述。一審判決後，被告就限制辯護人詢問部分主張訴訟程序違反法令上訴二審，二審法院認為一審法院的限制措施不違反刑訴法 295 條第 1 項，退步言之，縱使違反法令，因為並被告於最終陳述階段為陳述時，未受限制，因此前述限制措施的違法不影響判決結果。被告再上訴最高裁後，最高裁否定一審法院限制辯護人詢問的訴訟指揮行為的適法性，並說明上述判斷標準。

⁸⁶ 酒卷（註 69 文）226 頁。

⁸⁷ 酒卷（註 69 文）226-227 頁。

務的判斷，與要件②彼此關聯，並牽涉要件③中有關法院要求釋明的訴訟指揮權的行使狀況。如前所述，討論是否已盡明示主張義務，其面向應包含主張內容的具體化程度。而主張內容的具體化程度，與法院要求釋明的多寡、深淺有關，並直接涉及審理計畫的訂定，換言之，主張內容的具體化、法院要求釋明以及審理計畫的訂定三者間是互相影響的關係。

學者酒卷匡關於本號決定所為評釋，就此問題有詳細說明。以本號決定理由中所示情形為例，決定理由在闡釋上述①②要件時，特別舉出「於公判前整理程序，無視法院已要求釋明，僅表示『預定主張不在場證明，具體內容將於被告詢問時使其明朗』程度的主張」的設例（以下稱Ⓐ設例），作為具備上述要件①②的說明。但本號決定理由究竟是認為如此情形即已違反主張明示義務？還是認為主張已明示，但因缺乏具體情節，從而無助於公判前整理程序的目的，因此結論上得限制使主張內容更進一步具體化的公判期日中的主張與供述？嚴格來說決定理由的說明並不是很清楚。進一步而言，本號決定個案的基礎事實為：公判前整理程序中，被告方就預定主張表明至「被告於公訴事實記載的時間，並不在犯行現場，而是在大阪市西成區的被告住所及附近」的程度（以下稱Ⓑ設例），一審法院並未進一步要求被告方釋明其主張的具體內容，在此情形下將爭點整理為「被告是否為本件詐欺行為的行為人？」本號決定結論上認為基礎事實的情形同時不該當上述①、②要件⁸⁸，反過來說，本號決定應是認為Ⓑ設例已

⁸⁸ 由決定理由的內容「……前記主張明示義務に違反したものと、本件質問等を許すことが公判前整理手続を行った意味を失わせるものとも認められず……」觀之，本號決定應是認為同時不具備①與②要件。

盡主張明示義務。問題是，Ⓐ設例與Ⓑ設例實質上是否存在決定性的差異？如果認為Ⓑ設例的情形下被告方不違反主張明示義務，那麼也意謂著，當被告方於公判前整理程序中爭執被告並非行為人時，被告方只要主張到「於起訴書所載時間，被告在不同於犯案現場的『任一場所』」這樣的程度就可以了，即使在公判審理進行到被告詢問階段以前，均無證據可以作為其主張的佐證，被告方只要在審理的最後階段——用比喻的說法，以像是猜拳時，故意慢出拳的方式，在審理的最後階段才使其主張具體化也無妨。這種情況其實與設例Ⓐ的情況相同，對於達成公判前整理程序制度目的一事——諸如確認被告方具體主張與證明方式，確認檢察官方的不在場證明不存在的舉證計畫，給與檢察官必要的補充偵查機會，以整理爭點、檢討必要的證據調查的範圍，進而訂定審理計畫等——均缺乏實質意義。學者酒卷匡乃認為就本號決定的基礎事實而言，應屬於被告方在公判前整理程序就有關不在場證明的主張未充分明示內容，因而違反主張明示義務的事案。

89

最後說明要件③，本號決定另一個關鍵的基礎事實是，一審法院就被告方的主張，本來應該在公判前整理程序時，藉由要求釋明，令被告方明示、具體化，然而一審法院一方面於公判前整理程序沒有進一步要求被告方釋明其主張內容，另一方面卻在審理過程中允許了被告陳述，被告即藉由該陳述使主張具體化。如果一審法院或檢察官在公判前整理程序有要求、促使被告方提出更為具體的主張，而被告方不予以回應上述釋明的要求，本號決定結論是否會有所不同。換言之，即便個案事實雷同，倘被告方提出的主張具體程度不同，以及法院或

⁸⁹ 酒卷（註 69 文）227-228 頁。

檢察官要求釋明的強度不同，都可能導致不同的結論。整體而言，我們可以說，如果被告方於公判前整理程序中提出的主張具體程度越低，對於法院、檢察官要求釋明一事回應的程度越低，就比較容易被認為已違反主張明示義務，其於公判期日提出的新主張，同樣比較容易被認為將使已進行的公判前整理程序喪失意義。

值得注意的是，在上述要件①②以外，本號決定另外再加上要件③的判斷。其中所謂「公判前整理程序中預定主張的明示情形」、「發展至產生出新主張的詳細經過」涉及的應是「提出新主張」一事是否原可避免？當事人的可歸責程度如何？而所謂「新主張涉及事項的重要性」則牽涉法院的發現真實義務。簡單地說，日本刑事訴訟法制並非徹底的當事人進行制，在諸多面向上仍有職權主義色彩。正如前述，刑訴法第 316 條之 32 第 2 項亦保留法院於認為必要時得職權調查證據的權能。如果法院基於發現真實與公正裁判的觀點，認為新主張涉及事項，例如被告犯罪行為本身的有無⁹⁰，是案件最重要的爭點，禁止被告此部分供述，將顯著違反正義，縱使被告方違反主張明示義務，使公判前整理程序喪失意義，仍然不得不容許提出新主張的被告詢問，進而追加調查證據。

就此而論，在要件③之下，我們可以理解為，公判審理的最終目的在於正確的事實認定與量刑，新主張涉及的事項如果對事實認定與量刑極為重要，便不能限制訴訟關係人的新主張與被告的供述；如此

⁹⁰ 如前述之例，辯護人於公判前整理程序中主張「被害人是假裝遭到假劫的可能性存在」，嗣後於公判期日被告詢問階段，被告陳述「本件是我與被害人事前談好的，被害人偽裝遭搶劫」後，檢察官即以此為公判前整理程序未明示的主張，請求依刑訴法第 295 條第 1 項規定限制辯護人詢求被告供述的行為。。

一來，即使被告方違反主張明示義務，仍然無法僅以新主張此一理由予以限制，而是必須綜合考量要件③的各種情事才能判斷。這也某種程度反映公判前整理程序與公判期日的主從關係，亦即，刑事裁判程序的核心終究是公判期日，公判期日的目的是獲得正確的事實認定與量刑，公判前整理程序是「為公判期日進行準備」，而不是公判前整理程序本身成為目的。因此在上述新主張涉及事項對事實認定與量刑有重要影響的情況下，不得不犧牲已進行的公判前整理程序結果與基於該結果的審理內容，重新整理爭點，追加調查。⁹¹

第五節 小結——兼評我國國民法官法之問題

綜觀日本裁判員裁判制度，有清楚脈絡可循。裁判員裁判制度的導入目的是將刑事訴訟的樣貌從「精密司法」轉移至「核心司法」，審理對象集中於與犯罪事實及量刑相關的重要事實，審理方式回歸公判中心、直接審理與言詞審理等刑事訴訟法基本原則。為了達成以公判為中心，必須連日開庭、連續進行審理，其前提便是須訂立明確審理計畫。因此公判前整理程序的作用即為整理爭點、證據，以確立公判的審理計畫，用以確保審理階段能達成連日開庭、就爭點進行有效率的集中審理，且如後述，上述內容結合裁判員制度下的證據調查，要求易於理解、正確有效率，從而再呈現嚴選證據、人證優先於書證的等調查證據的核心概念。上述說明環環相扣，而原初的起點則回歸到「主張明示義務」。是故，主張明示義務在公判前整理程序乃至於整體裁判員裁判的制度中，均為核心，而有相當的重要性。如果沒有主張明示義務，抑或主張明示義務落實程度不夠確實，只有空洞、抽

⁹¹ 酒卷（註 69 文）227 頁。

象的主張，法院將無法有效整理爭點及證據；如果主張持續變動，則會使已整理的爭點及證據喪失意義，其結果都是法院擬定的審理計畫流於無效，自然也無法達成集中審理、公判中心的目標。往整體制度的範圍來看，這對參加審理的裁判員而言，將加深負擔，進而降低裁判員對刑事司法的評價。往個案的範圍來看，最極端的狀況是案件須重新審理，重新選任裁判員，重組合議體。

在此觀點下去看日本公判前整理程序中的證據開示制度，應可明瞭，設計階段證據開示構造的最大目標，便是促使當事人相互間交換主張、證據，促進主張內容能越趨明確、具體，以達到有效的爭點、證據的整理。

因為主張明示義務有如此重要性，主張又是請求調查證據的基礎，動輒變更主張、請求調查新證據，會使已進行的爭點、證據的整理喪失意義，故須有相對應的違反的制裁效果。就此而言，日本制度於是明文限制聲請調查新證據。但由於保留了職權主義式的被告詢問，公判期日中的被告詢問程序，屬於證據調查的一環，被告得任意陳述，但該部分供述無真實性擔保手段，便產生如果被告方於被告詢問階段，透過詢問被告、或被告自行供述提出新主張情況，應如何應對的難題。就此日本方面結合刑訴法第 295 條規定，由最高裁判決闡明主張明示義務與公判前整理程序的意義，並提出得否予以限制的判斷標準，可認為相當程度已可以因應、處理。

倘以上述認識為基礎，對照觀察我國國民法官法的內容，本文認為最大的問題是，關於被告方的主張明示義務一節，並沒有清晰明確的規定。國民法官法第 47 條規定準備程序「得訊問被告及辯護人對檢察官起訴事實是否為認罪之答辯。」第 51 條規定「檢察官、辯護人因準備程序之必要，宜相互聯絡以確認下列事項：一、檢察官起訴

書記載之犯罪事實、所犯法條及被告之陳述或答辯。」第 54 條規定「辯護人於檢察官依前條之規定開示證據後，應以準備程序書狀分別具體記載下列各款之事項，提出於法院，並將繕本送達於檢察官：一、被告對檢察官起訴事實認罪與否之陳述；如否認犯罪，其答辯，及對起訴事實爭執或不爭執之陳述。」上述各條文用語與刑事訴訟法第 273 條關於準備程序確認被告是否為認罪答辯相較，難認有明顯差異。如再對照日本刑訴法第 317 條之 17 明定明示主張義的範圍包括「公判期日預定證明事實、公判期日預定提出的事實上主張與法律上主張」可謂相當詳細，我國國民法官法就此問題的規範密度顯然不足。已長久習慣於職權主義卷證併送審理模式的我國法官，是否能明確意識到卷證不併送制度下，被告方明示主張，以及其內容的具體程度對於爭點、證據整理的重要性？特別是上述問題在模擬法庭中未必能如實顯現。這是因為模擬法庭仍是以已發生的案例事實為基礎，進行模擬，用白話的說法，模擬法庭有其劇本，既有劇本，參與人員所設想的情節，仍不脫該劇本可能的範圍，難以呈現真實案件中被告方主張隨偵查、審理的進展，改弦異轍、或持續變動關鍵細節的動態情況。

又國民法官法前身之國民參與刑事審判法草案，原參考日本刑訴法所定證據開示制度，亦採階段開示的構造⁹²，其流程為「檢察官請求證據、類型證據的開示→被告方提出準備書狀→被告方就其事實或法律上主張相關⁹³，且為準備防禦之必要者，請求開示證據。」保留完整日本證據開示制度構造。該草案有明確證據開示之階段架構，檢方請求證據開示後，被告方提出主張，再請求開示主張關聯證據，依

⁹² 參考國民參與刑事審判法草案第 53 條以下。

⁹³ 國民參考刑事審判法草案第 59 條明確使用「事實或法律上之主張」一詞。

序進行各訴訟行為，按體系解釋即使主張明示義務明確化。然而三讀通過的國民法官法卻又刪除了階段開示的構造，其實質的影響便是使被告方應有的主張明示義務一事更晦暗不明。

實則，依國民法官法第 45 條規定「為使國民法官、備位國民法官易於理解、得以實質參與，並避免造成其時間與精神上之過重負擔，法官、檢察官或辯護人應為下列各款事項之處理：一、於準備程序，進行詳盡之爭點整理。二、於審判期日之訴訟程序，進行集中、迅速之調查證據及辯論。三、於國民法官、備位國民法官請求時，進行足為釐清其疑惑之說明；於終局評議時，使其完整陳述意見。」其立法精神與日本裁判員裁判制度如出一轍，如果我們肯定明示主張是整理爭點、證據的原點，關於國民法官法中所定「答辯」的內容，便應依照本文所述主張明示義務的內容去理解。

本文必須不厭其煩地說明，主張明示義務是貫穿整個裁判員裁判制度的核心概念，舉凡整理爭點、證據，擬定審理計畫，或是如後述證據採否的判斷，均與此概念息息相關，尤其我國與日本相同，有職權主義模式的被告訊問程序，也存在被告得任意陳述，就其供述無真實性擔保手段的情形，同樣會產生公判期日中的被告供述，其性質究竟是主張，還是證據，國民法官不易釐清判斷，以及是否成為被告方提出新主張的遁入管道等具體問題，就此問題，處理前提須先使主張明示義務明確化，才有續為討論違反此義務有何不利益的基礎條件⁹⁴。因此本文建議就國民法官法訂立施行細則，或是辦理國民法官法事件

⁹⁴ 刑事訴訟法第 163 條第 1 項「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。」有可能是可資運用的規定。

應行注意事項時，應明確訂定主張明示義務及應明示事項的類型。

第三章 裁判員裁判的證據調查

本文第二章已簡要說明公判前整理程序中最重要的主張明示義務相關問題。本章將再行介紹日本方面有關裁判員制度下，關於證據調查的問題。

首先必須指出「證據調查」一詞所指涉的範圍有歧異性。刑事訴訟法中的「證據調查」，依討論前提不同，蘊涵不同層次的意義，在筆者的想法中，至少有下列幾種：①如果前提是公判庭的法庭活動，證據調查指涉的是依該證據內容的性質，應以何種證據方法出現於審判庭，踐行何種調查方式，這些關於證據方法的性質與調查的規則一言以蔽之就是「有無經過合法調查」。②當裁判主體加入非法律專業之裁判員時，有關公判庭中證據調查的討論會增加諸如以如何的表現方式有助於裁判員理解、如何避免偏見的新面向。③在職權主義的前提下，證據調查另有法院蒐集證據的意涵，例如我國法院逐步限縮職權調查範圍的見解，即是關於主動蒐集證據的範圍界限的問題。④在準備審判的角度而言，證據調查討論的是如何擇取將於公判庭進行調查的證據的標準。其次，討論裁判員裁判下的證據調查，依程序參與者基礎視點不同，一樣會有不同的層次與面向。以上所述雖非系統性地整理，但應已可顯示「證據調查」一詞指涉對象的歧異性，討論相關問題時，如果沒有持有一基礎架構，以安放各個問題所處位置，容易產生混淆。

因此，本文認為於討論「證據調查」的相關問題前，應先確認處理的是哪一個面向的問題，較容易獲得基礎共識，而助於討論的推展。以下即就裁判員裁判中的證據調查相關連問題，擇取本文認為具核心重要性、且有優先參考價值的問題進行說明，主要基於檢察官實行公訴的基礎視角，偏重檢察官關心的議題。就順序編排上，本文採取的

方式是由裁判員制度裁判體成員發生變化所衍生的實際需求切入，從檢察官的視角說明採擇、篩選證據的核心概念，最後就個別議題加以說明，如果個別議題於公判前整理程序、審理程序有不同面向，抑或是概念有所牽連、相互影響，即於撰文時一併提示、說明，且本文所選擇的議題將集中於國內尚不熟悉的部分。至於國內已有相關討論或介紹內容的部分，則不花費過多篇幅介紹。

第一節 裁判員裁判中檢方舉證的核心概念

與職業法官組成合議體相較，非法律專業的民眾作為裁判員加入合議體的組成時，具體差異為：裁判員並無如職業法官般精細閱覽證據的工作習慣，亦非熟習於進行事實認定、法律判斷，且無法進行長期審理。基於上述實際客觀限制，裁判員裁判的審理即有下列要求：①審理內容應使裁判員易於理解；②審理內容應迅速且有效率。前者如未能達成，裁判員無法有效參與評議，判決結果也因此無法反映民眾的觀點，民眾參與審判卻徒勞無功，反而更失民眾對司法的信賴。後者如未能達成，審理長期化將對裁判員帶來生活經濟面、精神面的負擔，難以集中於審理活動，心證與記憶的維持也存有困難，進一步降低民眾參與審理的意願，而使參與審理的市民來源產生侷限。上述需求與目標反映於調查證據，在①的部分，為貫徹直接主義與言詞審理，以求實現在法庭觀看、聽聞即明瞭的證據調查，更簡單地說，就是在法庭行審理活動時即形成心證。再與第②部分結合，即呈現為證據調查應集中在有關犯罪事實與量刑判斷必要之事項，且須積極避免過多的情報使裁判員產生混亂。一方面此將「待證事實」集中於真正必要的事項，不應流於細節；一方面「用以證明的證據」應採擇效

果最佳證據，並注意不過度增加裁判員負擔。¹日本檢方對應上述要求的思考為：容易理解、迅速且正確的主張與舉證。²下位概念則為「證據嚴選」與「人證優先於書證」。

第一項 證據嚴選

以導入裁判員裁判制度為契機，刑訴規則第 189 條之 2 規定，證據調查的請求，必須嚴選對應證明事實的舉證而言必要的證據為之。³所謂證據嚴選，依日本最高檢察廳於 2009 年頒布「裁判員裁判中檢察的基本方針」⁴的內容，指的是就案件犯罪事實及量刑相關的重要事實，檢察官應明確掌握事實內容與證據構造，在建構其舉證構造之同時，省思應該要以如何之證據來舉證如何之事實，替每個舉證主軸都選選最適切、最優量之證據。⁵然而本文認為，於個案中實際著手於嚴選證據時，正面描述其內涵的抽象概念固然可提供一個思考方向，但除此以外並無太大意義，因為每個個案的事實情況、主張內容與當事人實際得掌握的證據內容均有不同，如何嚴選，難以一概而論。

與此相較，如果我們從證據嚴選的概念是裁判員裁判制度開始後被重視這一背景事實出發，應該要注意到職業法官裁判與裁判員裁判的不同。亦即，過往在職業法官裁判之下，有審理空洞化的流弊，法

¹ 西田真基「証拠調べの在り方—裁判の立場から」三井誠等編著『刑事手続の新展開（下）』（成文堂・2017年）219-221頁。

² 村中孝一「証拠調べの在り方—檢察の立場—コメント 1」三井誠等編著『刑事手続の新展開（下）』（成文堂・2017年）236頁。

³ 條文原文內容如下：「証拠調べの請求は、証明すべき事実の立証に必要な証拠を厳選して、これをしなければならない。」

⁴ 下稱「檢察基本方針」。

⁵ 社團法人中華民國檢察官協會譯，日本最高檢察廳訂頒『日本裁判員裁判之檢察基本方針』，法務部編印，2018年，8頁。

官不是在審理的過程中形成心證，而是在庭後精細閱讀書證而形成心證，這種模式中，檢察官考慮的是盡可能避免遺漏，就相同待證事實有複數證據存在時，包含非屬必要不可或缺的證據均全數予以請求，提出龐大數量的證據資料，供作法官判決的素材。然而裁判員參與審理後，過多的證據資料容易使裁判員產生混淆，上述情事因而發生變化。因此，證據嚴選概念蘊涵的另一面向毋寧是如何排除不必要的證據、重複的證據，避免情報量過於龐大。⁶也就是應如何就證據進行必要的減量、濃縮與統合的問題，後述統合偵查報告即為適例，在這個觀點上，關於統合偵查報告的製作方式、有如何應注意事項等節，應是更應重視之處。

證據嚴選的另一個難題是，檢察官就某事實的證明已請求調查最佳證據，如果僅有該最佳證據並不足夠，判斷有再為補強必要者，檢察官負有舉證責任，自然應請求調查有關補強的證據；然而困難的便是這個最佳證據是否足夠，是否另須補強的判斷問題，就此實際上必須回歸舉證結構的設定與對各相關證據證明力的掌握程度，別無其他捷徑。

第二項 關於人證⁷優先於書證

首先應說明，公判中心主義指的是在公判中，基於當事人的主張與舉證形成心證是必要的，而不是在法庭以外閱讀書面而形成心證；但公判中舉證的方法並不限於人證，理論上不論哪種證據方法，如果能在公判中確實取得心證，不使用人證並無不可。具體適例為證人記

⁶ 伊藤栄二「公判前整理手続①—争点整理等—檢察の立場から」三井誠等編著『刑事手続の新展開（下）』（成文堂・2017年）78頁。

⁷ 此處所謂「人證」指到場供述作為證據內容的情形，被告、證人到場供述或陳述，均在其列。

憶已減退、性侵害被害人因作證而受到二度傷害、或是證人在遠方而須考慮其出庭負擔等，此時關於證人偵查中筆錄，如果當事人同意作為證據，並非一定須使用人證。然而理論固然如此，但在裁判員裁判中，重視人證已是明顯的趨勢。⁸

其關鍵為，相較於朗讀筆錄，人證的調查有下列優點：①直接從本人處詢問其所經歷之事，是判斷主體理解、掌握該內容的基本方法，合議體能直接詢問證人或被告至理解為止，是第一個優點。②藉由問答的組合，對判斷者而言，應詢問的事項為何等焦點會變得明確，且因為能有意識地接觸情報，從而也有助於記憶。③由於是本人在眼前陳述，對於案件的真相與實態能抱持實際的感受而予以掌握，故易形成心證。⁹

第一款 被告偵查筆錄與被告詢問

首先，關於究竟是調查被告偵查筆錄¹⁰或是進行被告詢問的選擇上，先進行被告詢問已是固定的作法。即使在自白案件中辯護人不爭執被告偵查中筆錄信用性，由於被告直接陳述較有助於裁判員理解，形成確實的心證，故仍優先採取被告詢問的調查方式；至於檢察官欲

⁸ 堀江慎司ほか「一座談会—『裁判員制度 10 周年を迎えて』」法の支配 194 号（2019）11-12 頁。

⁹ 大澤裕ほか「座談会：裁判員制度 10 年—その成果と課題」論究ジュリスト 31 号（2019 年）77 頁。應注意亦有關於人證優先的理由並非求諸「裁判員容易理解」的見解。可參考三好幹夫「裁判員裁判における証人尋問・被告人質問の在り方」安廣文夫編『裁判員裁判時代の刑事裁判』（成文堂・2015 年）77-78 頁。

¹⁰ 更具體的說，多指被告偵查中自白供述或者說不利於己陳述部分的筆錄。如果被告偵查中即否認犯罪，調查偵查中筆錄的實益自然也不高。但必須注意，討論調查某個證據有無必要的判斷，是牽連待證事實而變動，例如同樣的一份供述筆錄，其待證事實可能是其中被告不利於己陳述對應的事實，也可能是被告辯解的情況，不能一概而論。

以偵查筆錄證明的不利被告的內容，法院也會要求檢察官藉詢問被告來舉證。檢察官多在辯護人詢問後，就不足處及應彈劾處為核心進行詢問，即令公判中被告供述內容較自白筆錄有所退縮，如果不是對量刑判斷有重要意義的事項，檢察官多撤回自白筆錄的調查請求。如此作法的背景即是重視直接審理、言詞審理，認為對裁判員直接聽取被告就事件的說法，觀察被告供述態度與表情，並就疑問處詢問被告，將更容易理解事件內容。

至於否認的案件，不論辯護人是爭執偵查筆錄的信用性或爭執偵查筆錄的任意性，同樣是先進行被告詢問，檢察官再依據被告詢問的結果，檢討被告偵查筆錄就舉證而言是否確實有必要，如無必要則撤回聲請，或是將證據調查的範圍僅限於一部分的筆錄內容等情形，均相當常見。¹¹

可能的疑問是，就檢察官舉證的角度而言，當公判階段陳述與偵查階段陳述內容歧異時，固然直接在公判中質問歧異的原因，交互進行詢問，一定程度可以判斷被告於公判階段陳述的信用性；但缺乏被告正面為之的不利陳述，對於舉證的成果，是否會有影響？就此問題，如果我們回想實務工作的場景，實則被告於偵查中供述曖昧的情形並非少見，毋寧基於其他的間接事實、間接證據構築的認定更是舉證結構的支柱，簡而言之，其他證據資料已作為犯罪事實的積極證明，關於被告的供述，用白話的說法，其實是「因為有○○○【被告辯解的理由】，所以我沒有認識到○○○【即犯罪的構成要件】」¹²的辯解，而案件

¹¹ 以上參考西田（註 1 文）224-225 頁。

¹² 如果用實務上幫助詐欺案件中關於被告所述提供帳戶資料與他人的理由一事來類比，應該就可以理解。

的爭點則是要不要採信其辯解。因此，把與公判中供述相異的偵查階段供述的內容作為素材，於詢問時顯現出來，應已足夠進行充分的判斷，從而公判中將偵查階段筆錄作為實質證據進行調查的情形是有限的。¹³

第二款 證人偵查筆錄與證人詰問

其次，就證人偵查筆錄與證人詰問的選擇上，在白白的案件中，與上述重視直接審理、言詞審理的原理相同，比起朗讀偵查筆錄，多數情形進行證人詰問被認為較容易使裁判員取得正確的心證，尤其是如果能針對重點實施層次分明的詰問，比起聽聞朗讀偵查筆錄的情況，更容易就哪些是重要情報予以取捨選擇。

在犯罪事實存有爭執，特別是辯護人就被害人或共犯的偵查筆錄同意作為證據但爭執信用性的情況，裁判員必須以對立的被告以外之人的偵查筆錄與被告的公判中供述，進行信用性的判斷，於此情形，常見裁判員表達難以判斷的意見。上述情況，比起調查偵查筆錄，以被告以外之人作為關於犯罪事實的主要證人而直接進行證人詰問，能使信用性判斷較為容易，並有助於形成正確心證。另一方面，來自於辯護人的意見也認為，就事實有爭執的情況，在偵查筆錄的內容已原原本本地經過朗讀後，去主張爭執偵查筆錄的信用性，難以獲得裁判員的同感，即便是敵性證人，經詰問而發現有利被告的事實的情形也很常見，進而認為原則上應進行證人詰問。¹⁴

¹³ 堀江ほか（註8文）14頁。

¹⁴ 菅野亮「公判前整理手続①—争点整理等—弁護の立場から」三井誠等編著『刑事手続の新展開（下）』（成文堂・2017年）89頁。

即使就犯罪事實無爭執，關於量刑判斷上的核心事實，如果能由被害人直接述說，裁判員也較能對事件的核心部分鮮明地感受，而有助於正確的量刑判斷。裁判官西田真基即認為於自白事件，亦應儘可能就犯罪事實的核心部分，積極地活用人證調查。¹⁵

第三款 小結

綜合上述，在過去僅有職業法官審理的情形下，如果是被告自白的案件，由於對犯罪事實無爭執，一般可能認為審理時無再以人證的證據方法行調查的必要性，一概以調查偵查筆錄之調查書證方式進行審理即可。此種想法在裁判員裁判中已有明顯轉變。其背後有如下思考：自白事件中成為問題者為量刑，量刑的中心為行為責任，因此犯行狀況本應是審理的重點，為了能徹底把握犯行狀況以形成心證，一方面沒有證人前來作證，可能還是會有想不明白的地方，另一方面，如果沒有證人前來作證，裁判員接觸的言詞陳述，將只有被告單方面的說法，而成為只偏重被告一側的故事，因此有被害人、目擊者的話，由被害人、目擊者到場陳述，如果被害人已死亡，也沒有目擊者，則由法醫到場陳述，說明從遺體的狀況可以推測如何的事項，進一步，如果法院有疑問，則當場詢問，以這樣的形式來形成心證，比較有助於量刑的判斷。¹⁶

另外，過往當證人、被告公判期日供述內容與偵查階段供述內容，哪怕只有些許差異，檢察官就被告偵查筆錄以刑訴法第 321 條第 1 項

¹⁵ 以上參考西田（註 1 文）226-227 頁。

¹⁶ 堀江ほか（註 8 文）12 頁。稗田雅洋「司法制度改革後の刑事裁判が目指すべき姿について—核心司法と公判中心主義（直接主義）を中心に—」酒卷匡等編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣・2019 年）475 頁。

第 2 款後段，就證人偵查筆錄以刑訴法第 322 條第 1 項請求調查證據，法院接受該證據調查的情形很普遍，但在裁判員裁判中，檢察官指出偵查階段供述與公判期日階段供述差異處，進行彈劾，如果彈劾有效果，便不再請求調查偵查階段筆錄。就結論而言，裁判員裁判的案件，不論是自白案件或否認案件，均呈現人證優先於書證調查的模式，並且使公判審理中調查的書證數量大為減少。¹⁷。

第二節 關於統合偵查報告

第一項 統合偵查報告的性質與目的

刑訴規則第 198 條之 2 規定，關於不爭執的事實，訴訟關係人應檢討活用誘導訊問、刑訴法第 326 條第 1 項的同意書面或供述以及刑訴法第 327 條的合意書面，對應於案件的事實與證據內容、性質，進行適切的證據調查。¹⁸本文認為此規定即可理解為統合偵查報告的原初想法，亦即統合偵查報告處理的是如何呈現不爭執事實及其佐證，如果再稍加延伸，則觸及就這些佐證於審理庭如何行調查證據程序的問題。因此就統合偵查報告此一日本慣用名詞，中文使用者容易望文生義將其理解為例如類似我國實務中的鑑定報告一般，為某種「報告」型式的證據，這種認識可能過於狹隘，且不無誤解。

在裁判員制度施行前，關於不爭執的事實的舉證方式，日本曾議

¹⁷ 稗田（註 16 文）476 頁。

¹⁸ 刑訴規則第 198 條之 2 原文內容如下：「訴訟關係人は、争いのない事実については、誘導尋問、法第三百二十六条第一項の書面又は供述及び法第三百二十七条の書面の活用を検討するなどして、当該事実及び証拠の内容及び性質に応じた適切な証拠調べが行われるよう努めなければならない。」

論應積極使用刑訴法第 327 條規定的「合意書面」。¹⁹合意書面指的是將文書或預期的供述內容作為證據，基於當事人雙方合意記載其內容的書面，而原始資料必須在合意書面中予以特定，且經記載的內容是關於文書、供述內容中當事人無爭執的事實部分。²⁰

而裁判員制度實施後，採取合意書面作法的情形有限，普遍被運用的是統合偵查報告。偵查階段作成的證據書類資料龐雜、數量也很多，且於作成的時點，並不知道日後哪些事實會成為重點，原則上是盡可能蒐集資訊，候此偵查的證據資料也會包含最後得確認與案件無關的資料；如果概以原始證據的型態提出於公判中進行調查，裁判員不容易理解證據資料的內容。實務上，於案件起訴後，當公判前整理程序中辯護人已明示主張、對檢察官請求調查的證據表示其意見，檢察官便著手進行製作統合偵查報告，就經同意的書證，按待證事實濃縮、整理，以容易理解的方式記載、彙整，其性質為自原始證據衍生的二次性證據，並請求於審理時調查此二次性證據。由於原始書證的種類從報告書到供述筆錄，可能的內容包羅萬象，個案中組合的書面資料，也是依個案情形而定，因此統合偵查報告可能有各式各樣的型態，並無固定型式。²¹至於個別載入統合偵查報告的內容，一般是由檢察官將製作的原案提示與辯護人，詢問其意見，進行協議，最後就調整完成的統合偵查報告以刑訴法第 326 條同意書證的形式，引入審

¹⁹ 刑訴法第 327 條原文內容如下：「裁判所は、檢察官及び被告人又は弁護人が合意の上、文書の内容又は公判期日に出頭すれば供述することが予想されるその供述の内容を書面に記載して提出したときは、その文書又は供述すべき者を取り調べないでも、その書面を証拠とすることができる。この場合においても、その書面の証明力を争うことを妨げない。」

²⁰ 岡田悦典「統合捜査報告書と合意書面」季刊刑事弁護 70 号（2012 年）25 頁。

²¹ 岡田（註 20 文）24 頁。

理中進行證據調查。²²其典型例子為，殺人案中關於死亡時間、場所、死因、犯罪現場狀況、遺體被發現時的狀況、被告於犯行後的行動等的客觀證據，辯護人同意作為證據，以相關內容無爭執為前提，就客觀上難以變動的事實關係，從各證據擷取必要不可或缺的部分，按事項予以彙整。目的是就上述無爭執、客觀上難以變動的事實作為前提事實，以經整理的內容舉證，力求有助於裁判員理解，容易進行事實認定、量刑相關爭點的判斷，同時也達成於迅速、有效率的證據調查的旨趣。²³

至於被告或訴訟關係人的偵查筆錄內容，如果涉及犯罪事實或量刑重要事項的部分，即令偵查筆錄經同意作為證據，納入統合偵查報告的內容的情形並不常見，因為偵查筆錄是具二重傳聞性質的證據²⁴，即使是當事人雙方無爭執的內容，其記載與陳述者所言仍然可能有語氣相異之處，或是對裁判員而言難以實際感受該事實是否存在，而不易於形成正確的心證。至於無重要關係的部分，例如裁判員事件與非裁判員事件合併審理時，就量刑無重要性的非裁判員事件的被害人或共犯的偵查筆錄，或是行使偽造貨幣罪的收受對象此類個案事實無特殊內容的情形中收受者的偵查筆錄，類此情況，有認為一併將偵查筆

²² 依本文的理解，統合偵查報告是歸類在刑訴法第 327 條的合意書面或刑訴法第 326 條的同意書面，就實務運作而言，應無實質的影響。前者是檢、辯雙方合意，共同製作，後者是檢察官製作，就所製作的原本提供與辯護人確認、雙方協議其內容與形式，辯護人認可後，即在公判前整理程序中表達該報告作為證據的意見。關於刑訴法第 326 條同意書面、刑訴法第 327 條合意書面二者理論上相異處的說明，可參考岡田（註 20 文）25 頁以下。

²³ 西田（註 1 文）223 頁。岡田（註 20 文）24 頁。

²⁴ 如第一章註 9 所述，因為日本偵查筆錄的製作方式無一定形式，也不是經訊問就一定會就該次訊問製作筆錄，常見的情況是經過數次訊問，確認被訊問人供述內容後，由訊問者以被訊問者的角度撰寫一份記敘文，再給被訊問人確認內容後簽名。因此訊問者聽聞陳述後，製作出筆錄，其內容已有第一層傳聞，又是屬審判外的陳述，故又有第二層傳聞。

錄內容彙整至統合偵查報告中應無異論，亦無不可。²⁵

關於上述人的供述是否適合一併整合至統合偵查報告的問題，本文認為其實本質上就是人證調查是否優先書證調查問題，亦即若認為裁判員裁判中就與犯罪事實及量刑相關的重要事實，即便被告方已同意偵查筆錄作為證據，仍應優先採取人證調查而非書證調查，此在統合偵查報告的處理上也應為相同處理，亦即就犯罪實與量刑相關的重要事實，審理中宜以人證的方式進行證據調查，而非以彙整製作統合偵查報告的方式進行調查，目的是便利裁判員理解、有效形成心證。至於非與犯罪事實及量刑相關的重要事實的部分，如辯護人已確認彙整的內容正確，同意作為證據，以此方式有助於裁判員理解前提事實，則就統合偵查報告的製作，應無僵化運用，必定限於非供述證據的必要性。事實上由日本實務家參與座談會的議論情況來看，統合偵查報告彙整供述筆錄的內容應非特殊少見的情形。²⁶

最後，關於統合偵查報告的調查證據方法，由於統合偵查報告並無固定型式，性質上得認為同時具備書證與物證的特性。故其調查方式為依刑訴法第 305 條、刑訴規則 203 條之 2 的朗讀或告以要旨調查書證，刑訴法第 306 條的展示調查物證，或兩種方法併用。

第二項 關於統合偵查報告的注意事項

如前所述，統合偵查報告是依原始證據製作而成的二次性證據，
①其最重要的問題便是是否失去原始證據的真實性。②其次的問題是，

²⁵ 西田（註 1 文）223 頁。

²⁶ 堀江ほか（註 8 文）16 頁。

對裁判員而言，統合偵查報告蘊涵主張與證據²⁷區別曖昧不清的危險性。③第三則是，顧慮情報過多而過度裁剪證據，使得證據中必要的細節被排除。²⁸

「檢察基本方針」即說明，製作統合偵查報告時，①就原始證據內容的抽取應正確，不缺漏重要且必要的證據；且為了讓辯護人得檢證證據的正確性，以及裁判體得正確理解證據的價值，須明記所記載內容是出自於哪一部分的原始證據。②記載內容不應摻雜製作者的意見與臆測。²⁹③且不應過度整理證據內容，避免記載內容失真。上述要點的目的即是避免前述①、②的危險。至於問題③，應是個案中如何拿捏篩選尺度的問題，如果為了保留細節，使二次性證據過於龐雜，致裁判員難以理解，顯然是本末倒置。如果法院於審理過程中發現統合偵查報告未顯示的重要客觀情報，且認為屬事實認定所必要，由於此處討論的是關係客觀事實的書證，進行調查對審理計畫的影響，與調查新的證人詰問或鑑定不同，尚不至於大幅度變更審理計畫，此時應釋明要求當事人再為調查證據的聲請。³⁰

另外，對統合偵查報告所記載的內容是否能直接認定屬實一事，

²⁷ 本文認為此處的「主張與證據」，嚴格而言應是指「主張」、「證據（與證據得證明的事實）」。

²⁸ 杉田宗久「裁判員裁判における伝聞法則の運用と『分かりやすい』審理」杉田宗久著『裁判員裁判の理論と実践』（成文堂・2012年）418頁。

²⁹ 有認為統合偵查報告中摻雜檢察官的證據評價情形並非少見，具體例子多為檢察官將鑑定意見與推認事實結合，直接記載於統合偵查報告，如能按鑑定意見用語如實記載，應可避免摻入主觀評價的批評。例如，如鑑定意見為「被告的鞋子與犯人的鞋印類似」、「鞋印與被告的鞋子對照並不矛盾」則不宜直接記載「被告的鞋子與犯人鞋印一致」。此部分可參考大島隆明「裁判員裁判における証拠調べのプラクティスに関する二、三の問題」原田國男判事退官刊行會編『原田國男判事退官記念論文集-新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社・2010年）272頁。

³⁰ 杉田（註28文）418-419頁。

日本實務經驗中亦有裁判員於評議時就此提出疑問的實例。此問題的本質其實是辯論主義於刑事訴訟程序中得採納程度的問題，亦即當事人不爭執的事實，法院能否逕認為真。裁判官西田真基說明其經驗，如能適當向裁判員解釋不爭執的事實亦須有證據證明，而統合偵查報告是告事人雙方無爭執的事實，辯護人接受證據開示後，基於其結果與被告一同檢討證據後表達統合偵查報告的內容如同實際情形的意見，裁判員也多能接受、理解。³¹

與上述有關，必須注意的是，當關係人³²間供述內容有歧異，或是對事實面無爭執，但對於該事實的評價有爭執的事實關係，使用統合偵查報告將產生法院無法為適當證據評價的風險。前者例如 X、Y、Z 共犯強盜致傷案件，但各共犯分離審判的情形，此時共犯間就行為內容如有不同說法，在被告 X 的公判審理中，即使被告 X 的說詞與被害人的說詞不矛盾，檢察官與辯護人仍不適合以被告 X 與被害人的說詞內容就各共犯間實行行為的分擔一事，作成統合偵查報告或合意書面，而應就被害人、X、Y、Z 各個供述的信用性，與其他客觀證據檢討其整合性。換言之，上述以統合偵查報告、合意書面處理關係人供述歧異部分的作法，是藉當事人合意的證據，使有與該證據相異內容的證據無法被調查，然而刑事訴訟法終究未採取辯論主義，如此作法無助於裁判員正確地認定事實。後者例如被告對被害人施強暴後強取財物，並使被害人負傷的事例，即使就事實本身諸如暴行的內容、次數，均無爭執，關於該暴行的強度與態樣的惡質性的評價，仍可能有不同的意見，僅以受傷部位、方式、次數等物理性質的情報，未必

³¹ 以上參考西田（註 1 文）224 頁。

³² 此處所謂「關係人」的範圍比參與單一訴訟事件中的訴訟關係人範圍為廣。

能適切予以評價，仍應直接聽聞被害人或目擊者的供述為宜。因此所謂客觀上明確的事實，應確認事實關係是否存有爭執，或是屬於蘊涵評價問題的事實關係，如果是上述情況，仍應回歸直接審理、言詞審理的原則進行舉證。³³結論而言，上述事項均可認屬與犯罪事實及量刑相關的重要事實。因此，就與犯罪事實及量刑相關的重要事實的證明，即應優先以人證的調查方式為之，應是一明確的準則。

日本辯護人方面對統合偵查報告，並無明顯反對聲浪。³⁴但關於統合偵查報告的調查證據方法，有認為統合偵查報告仍為書證，實務上檢察官以簡報程式加註記號，動態呈現照片，並加上適宜說明的作法，已超過「朗讀」、「展示」的範圍，易使裁判員無法區別檢察官的主張與證據，從而該意見認為關於不爭執事實的舉證，仍應採取合意書面的方式為宜。³⁵就此，統合偵查報告不應使裁判員混淆「主張」與「證據」一節應無異論。但所謂以簡報程式說明與上述混淆的產生間有何因果連結，似不清楚，未接觸個案情形，亦難以評論；不過如前所述，就與犯罪事實及量刑相關的重要事實，本應回歸人證調查，如果能遵循此原則，並貫徹上述製作上的要點，統合偵查報告所涉及者，應主要限於案件的前提事實，或是無爭執、非屬爭點核心的客觀事實；又依刑訴規定第 203 條之 2，告以要旨也是法定的調查證據方法，且解釋上應也可涵蓋使用簡報程式進行的說明；退步言之，統合偵查報告的前提是辯護人確認其內容後同意作為證據，如於確認內容

³³ 稗田（註 16 文）478-480 頁。

³⁴ 堀江ほか（註 8 文）16 頁。

³⁵ 田岡直博「裁判員制度施行 10 年を迎えて—弁護士の立場から」法律のひろば 72 卷 7 号（2019 年 7 月）17 頁。

時已發現有不明確或曖昧之處，在前階段予以調整，應無特別的困難。

第三節 證據關聯性、必要性與延伸議題

現階段日本裁判員制度的討論中，有關刺激性證據的處理是一大議題。應指出者為，刺激性證據在過往職業法官裁判的場合，原則上並不成為問題，是在裁判員裁判中才成為問題。如果我們仔細瞭解刺激性證據的相關討論內容，就可以發現，刺激性證據是因應裁判員裁判的特性，作為這些特性的反映而呈現出來，其核心意義其實是裁判員裁判中判斷應否調查某一證據³⁶時，應考慮哪些要素的問題。

簡言之，裁判員裁判中職業法官在公判審理開始前，即須決定公判中要調查哪些證據，這部分的判斷裁判員並未參與，所以證據採否的判斷主體與犯罪事實及量刑的判斷主體，兩者並不一致。因此職業法官在決定證據採否之際，必須注意到非法律專家的一般民眾，對某一證據會有怎樣的 understanding，如何評價，以及會如何考慮該證據可認定的事實，從該認定事實能推認如何事實，該證據是否有助於正確的事實認定，以及是否存在會使判斷發生困難的因素等事項。³⁷

本文認為由概念作為工具的觀點出發，這便涉及原本用以判斷證據採否的概念工具是否仍足夠使用，或者應予以修正，甚至是否應該更換概念的思考。

第一項 證據關聯性、必要性

³⁶ 為行文方便，以下簡稱「證據採否」。

³⁷ 佐々木一夫「証拠の『関連性』あるいは『許容性』について—裁判員制度の下での証拠調べを念頭に」原田國男判事退官刊行会編『原田國男判事退官記念論文集-新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社・2010年）186頁。

第一款 證據關聯性的概念內容

判斷證據採否的基本概念是「證據關聯性」。在日本法討論脈絡下，證據關聯性雖無直接規定，但刑訴法第 295 條第 1 項規定審判長得就「與事件無關的事項」限制訴訟關係人的詢問，以及刑訴規則第 189 條第 1 項規定請求調查證據時應明示證據與應證明事實的關係，均可認為是肯定證據關聯性的例證。

證據關聯性的基本概念是指「證據對待證事實存在與否的判斷有幫助的蓋然性」，也就是證據與應證明事實之間的論理關係。³⁸體系上一般又區分為「自然關聯性」與「法律關聯性」。前者指某證據對於推認待證事實存在與否，存有必要最小限度的證明力，其判斷準則是依據日常生活中的論理法則與經驗法則。後者是指某證據已具備自然關聯性後，須再判斷並無使證明力評價產生錯誤的類型性危險，才認為具備法律關聯性。自白法則、傳聞法則即為法律關聯性的明文規定之例。法律關聯性是就類型性危險提出的討論，就無法律明文規定的類型性危險，是否也納入法律關聯性的討論範疇，存有不同廣狹範圍的理解³⁹，而實務上明確處理過的類型是「以被告的前科、餘罪、惡劣性格作為間接事實的犯罪事實的舉證」⁴⁰、以及「作為情狀的余罪

³⁸ 島田一・蛭原意「裁判員裁判における証拠の関連性，必要性判断の在り方」判例タイムズ 1401 号（2014 年 8 月）124 頁。

³⁹ 例如有認為「排除不當偏見」、「防止爭點混亂」、「排除對對造當事人有不公正的突襲」也可納入法律關聯性的討論範圍。可參考佐々木（註 37 文）188 頁。

⁴⁰ 例如最高裁平成 24 年 9 月 7 日第二小法庭判決，收錄於最高裁刑事判例集 66 卷 9 号 907 頁。該案討論「能否以前科作為證明犯罪事實的證據」的問題。

的舉證」⁴¹等問題。⁴²

如前所述，本文認為，實務工作者的關心面相往往是由概念作為工具的觀點來看，當進行證據採否的判斷時，上述概念作為判斷工具，能夠發揮如何效果，或者更白話地說，這些概念工具好不好使用？自然關聯性只要求最小限度的證明力，其問題顯而易見，亦即能發揮篩選效果以排除證據的範圍有限。法律關聯性定義上處理使證明力評價產生錯誤的類型性危險，其實有一定的概念操作空間，但本文認為其問題是概念用語不夠直觀，且非明文規定的類型未必有共識。

第二款 證據調查必要性的概念內容

實際上不論裁判員制度施行前或施行後，實務家進行證據採否的判斷時，更常使用的概念是「證據調查的必要性」。雖然其定義未必清晰明確，但職業法官多以「無調查證據的必要」說明不予調查的結論。關於必要性的考慮因素，依論者所列，內容甚為雜亂，例如有基於訴訟經濟的觀點、公判的爭點明確化及避免混亂而否定調查必要性；另有將證據調查的實施可能性，以及對某證據證明力過大評價的危險等考慮，納入調查必要性範疇之例；亦有論及重複舉證的限制、推認力薄弱的間接事實的排除、判斷者混亂與誤解的防止等。⁴³

如果就「必要性」概念予以解析，其原始概念中，必要性的判斷

⁴¹ 例如最高裁昭和 41 年 7 月 13 日大法庭判決，收錄於最高裁刑事判例集 20 卷 6 号 609 頁。該案討論「能否以餘罪（未被提起公訴的犯罪事實）作為關係量刑的情狀事由的舉證」的問題。

⁴² 佐々木（註 37 文）188 頁。島田等（註 38 文）124 頁。

⁴³ 島田等（註 38 文）124 頁。司法研修所編『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』（法曹会・2008 年）26 頁。成瀬剛「『証拠の関連性』概念による主張と証拠の整理」法律時報 92 卷 3 号（2020 年 3 月）7 頁。

主體是職業法官，概念內涵為職業法官於判斷的時點，參照截至該時點已形成的心證，判斷有無調查必要，從而帶有相當職權主義色彩，且裁量性質濃厚。而裁判員裁判中，關於證據採否的判斷，基本上是在公判前決定，上述必要性的原始概念在此情形即無法繼續維持，而逐步擴大其內容。⁴⁴

第三款 證據調查必要性的判斷架構

目前在裁判員裁判中，證據調查必要性的判斷架構如下，亦即綜合考慮①著重證據積極價值高低的「證據調查的必要性（狹義）」——即證據對待證事實的證明程度高低——這是事前的判斷，與過往參照判斷時點已有心證程度的必要性判斷不同；②著重伴隨於證據調查產生的弊端的「證據調查的相當性」——即防止判斷者混亂與誤解等不利益⁴⁵；以決定有無調查證據的必要性（廣義）。上述架構簡而言之，其實是就「調查證據的價值」與「調查證據的弊害」的價值衡量。此架構下判斷被委諸於法官的合理裁量，對法院而言是使用便利的概念工具，且作為證據能力的要件能要效發揮判斷功能，因此廣為法院所採納。⁴⁶

第二項 刺激性證據

⁴⁴ 大澤ほか（註9文）80頁。

⁴⁵ 既然是調查證據可能產生的弊端，則此概念可容納的類型應相當有彈性，而可適應各種可能的情况。

⁴⁶ 大澤ほか（註9文）80頁。成瀬（註43文）7頁。另有認為，以關聯性概念為基礎，應增加「容許性」概念的說法。不過就核心的比較衡量調查證據的價值與弊害的判斷方式，本文認為並無有意義的差異，無論如何，終究是概念工具是否適於使用的問題，如原有體系的概念工具已足堪使用，即無特地再行更換概念工具的必要。關於容許性的介紹，可參考佐々木（註37文）197頁以下。

第一款 問題概況

有關刺激性證據的採用與否，應是目前日本法院與檢察官間歧異較大之處。日本法的脈絡下，刺激證據指的是會給裁判員帶來精神上負擔的證據，典型者例如被害者遺體的照片、解剖照片。首先必須注意，按刺激性證據的定義，其概念邊界會持續延伸，遺體、解剖照片是典型例，往外延伸，刺激性稍弱的帶有血跡的行兇時穿著的服飾、實際使用的兇器，錄得犯行的影象檔、錄得被害人尖叫、哀嚎的錄音檔等，也可能被認為是刺激性證據。因為同一個證據是否對裁判員帶來精神負擔，其實因人而異，但為了使參與的裁判員均能順利履行其職務，法院認定哪些證據屬刺激性證據的範圍就可能從寬，進而在公判前整理程序決定調查證據的項目時，介入當事人舉證計畫的情形也會增多。常見的作法是要求檢察官使用替代證據，例如彩色相片調整大小、改為黑白相片或素描、影像檔改為使用靜止畫面、聲音紀錄改為使用譯文、兇器實物改為相片等。日本於 2013 年 5 月，在福島地裁郡山支部一強盜殺人事件的審理時，發生裁判員因看到地板表面布滿血跡的照片，聽到錄進被害人呻吟聲的通報音訊，產生急性壓力症，進而請求國家賠償的事例後，近年來法院採取上述作法的趨勢顯著增強。⁴⁷

日本檢方認為法院過度介入的理由可歸納如下：①基於證據嚴選的方針，藉由某一證據欲證明的待證事實為何，該事實與犯罪事實及量刑相關的重要事實間的關係為何，證據的證明力程度與調查必要性等節，檢方已充分檢討後，才就該證據請求調查；②原始證據如實反

⁴⁷ 菅野俊明「裁判員制度施行 10 年を迎えて②—檢察の立場から」法律のひろば 72 卷 7 号（2019 年 7 月）26 頁。

映事件原貌的程度最高，是效果最佳的證據，使用原始證據應為原則，使用加工修正以降低其刺激性的證據應為例外；③法院作法抵觸證據提出中的當事人主義、檢察官負舉證責任等刑事裁判原則。⁴⁸

本文認為刺激性證據除了帶給裁判員嚴重精神負擔的面向外，更基礎的定義與影響毋寧是：刺激性證據是屬於訴諸感情、情緒的證據；裁判員如果被過度刺激感情、情緒，可能會難於冷靜、正確地認定犯罪事實與量刑。如果由刑事審判的目的終究是在於正確認定犯罪事實與量刑的角度來看，避免裁判員無法冷靜、正確認定犯罪事實與量刑，較之動輒以減輕裁判員負擔為由要求檢察官採用替代證據，應該更具正當性。

第二款 判斷架構

承前述，正確認定犯罪事實與量刑、顧慮裁判員身心狀況，即便都是刑事訴訟程序希望達成的目標，但順位上前者顯然優先於後者。因此面對刺激性證據的處理途徑，理論的作法有相當共識，亦即：①確認該證據欲證明何事，檢討該證據是否為必要不可缺的證明手段，抑或是有其他的證明方式；②該證據具高度狹義調查必要性時，仍須檢討應以如何方式降低對裁判員精神面的衝擊。除上述諸如素描、彩色相片改為黑白相片等針對證據本身的作法以外，例如於裁判員選任程序即說明本次審理將有此類證據，請裁判員個人先行評估，或是於刺激證據的調查開始前，適時提醒裁判員，令裁判員先有心理準備，也是常見的作法。⁴⁹

⁴⁸ 大澤ほか（註9文）78頁以下。菅野俊明（註47文）26頁。

⁴⁹ 大澤ほか（註9文）80-81頁。西田（註1文）228-229頁。池田公博「証拠の整理・採否」

可以想見實務上面臨個案時，對於上述①的解釋會發生爭議，這裡牽涉兩個面向，其一是對原則與例外關係的想法不可避免會影響解釋內容，日本即有辯護人認為，刺激性證據訴諸感情與情緒，有使判斷產生錯誤的風險，因此解釋上應認為原則不具調查必要性，僅在特殊有舉證必要的情形，容許調查證據。⁵⁰其次，因為「就待證事實的證明是否有其他證據方法」，其實包含「證明的效果」的面向，不同的證據未必有相同的證明效果，且就此檢察官與法院間可能存有不同認知。此問題將涉及個案情節，須於個案中因應主張、事實與證據之間的關係，作妥善處理，無法一概而論。我國國民法官新制上路後，是否產生相同問題，尚未可知，有賴累積案例，逐步建立明確的判斷標準。

最後，與刺激性證據有關的是被害人生前照片、影像等是否適合作為證據進行調查。檢察官此類舉證，其目的是希望裁判員能實際感受被害人平素的個性、為人、生活情況與死者家屬的被害感情，作為量刑的基礎事實之一，如此限度下的舉證，應無不可。但如與遺體照片等相結合，視情節仍有可能落入刺激性證據的範圍內，則回歸上述判斷架構處理。⁵¹

第三項 訊問錄音、錄影紀錄媒體的證據使用⁵²

論究ジュリスト 31 号 (2019 年) 112 頁。

⁵⁰ 秋田真志「証拠調べの在り方—弁護の立場から—コメント 2」三井誠等編著『刑事手続の新展開 (下)』(成文堂・2017 年) 248 頁。

⁵¹ 西田(註 1 文) 229 頁。

⁵² 在日本法脈絡下，錄音紀錄媒體作為證據使用情形，可能有①作為證明自白筆錄記載之內容與調查人員證言內容的實質證據；②作為證明供述出於任意性的補助證據；③作為證明犯罪事實的實質證據；④作為證明自白內容信用性的補助證據等。此議題牽涉日本刑訴法規定的具體解釋

第一款 問題概況

被告偵查階段訊問情形的可視化——即被告偵查中訊問時的錄音錄影是日本辯護人一直強力爭取的措施，現已逐步擴大其範圍，衍生議題於日本討論極多。由於錄音、錄影如實紀錄訊問時的狀況，包括供述者的原始用詞、音色、表情、肢體動作、完整供述內容，還有訊問者的發問，供述是基於如何的發問而產生等等，有相當的證據價值，日本檢方亦有以被告偵查階段訊問時錄音錄影的紀錄媒體作為實質證據——即所謂用以證明犯罪事實或重要的情狀事實的證據——的思考與嘗試。不過與上述刺激性證據的情形類似，日本法院對於訊問錄音錄影作為實質證據使用一事，態度較為審慎。東京高裁平成 30 年 8 月 3 日判決⁵³表達視聽錄音、錄影紀錄媒體，可能對裁判員關於供述信用性的判斷產生不當的影響的意見，其理由敘及，關於偵查階段自白供述的信用性判斷應重視第三人也可檢證的判斷指標為前提，與自白供述保持適當距離，綜合內容的合理性、自然與否等，由多方面進行檢討，冷靜仔細思考；透過錄音、錄影媒體判斷供述的信用性，容易忽略供述是否自發而為此一觀點，從而可能受到判斷者認為看起來像不像陳述真實情況的主觀想法左右，流於基於印象的直覺判斷，進而有阻礙上述思考的風險。上述判決理由更簡單地理解，應是指出此種證據調查其信用性判斷容易因為太依存於供述態度而錯誤給與過大證據評價。對上述判決，檢察官西谷隆則持反對意見，其認為透過當事人適時對裁判員提醒「不要過度依賴供述態度判斷供述的信用

適用，與我國刑事訴訟法規定不盡相同，故省略詳細說明。可參考小川佳樹「取り調べの録音・録画記録媒体の証拠としての使用」論究ジュリスト 31 号（2019 年）92 頁以下。

⁵³ 判例時報 2389 号 3 頁。

性」的觀點，即可避免上述判決擔心的問題。⁵⁴

第二款 判斷架構

就此問題首應注意，舉凡錄音、錄影的實施時機、方式，日本與我國背景環境不盡相同。過度依賴訊問與偵查筆錄，以及偵查機關執著取得被告自白供述，是日本方面日趨要求擴大可視化範圍的背景之一，以錄音、錄影紀錄媒體取代偵查筆錄，在如實反映訊問過程這一觀點，紀錄媒體的調查確有其優點。相對而言，我國筆錄製作方式基本上是一問一答，較貼近訊問過程原貌，以錄音、錄影紀錄媒體作為實質證據的需求，應與日本方面不同。

其次應注意，以被告偵查階段錄音、錄影紀錄媒體為實質證據，請求於審理中進行調查，目的不外乎顯現被告偵查中曾為不利於己的陳述的事實，未明言的前提則是可預見被告於公判中不陳述該不利益事實。原裁判官之學者稗田雅洋就此有詳細說明，其認為基於核心司法的理念，調查證據的對象應限於與犯罪事實及量刑相關的重要事實，即使被告於偵查階段曾為不利於己的供述，透過該事實的證明，如果不是使有罪、無罪的判斷分歧，或是使所涉及的罪名變動，或是使量刑產生重大差異，並無必要調查公判外的供述；就直接審理、公判中心主義的觀點來看，也不樂見此情形。這點不論舉證方法是供述筆錄或訊問時的錄音、錄影紀錄媒體，均屬相同。⁵⁵因此問題的本質是公

⁵⁴ 菅野俊明（註 47 文）27 頁。西谷隆「檢察官から見た裁判員裁判の運用面における課題」法の支配 194 号（2019）86-87 頁。

⁵⁵ 事實上，我們可以想像，在核心司法的審理模式中，如果個案中偵查階段的供述內容是否容許作為實質證據進行調查一事，是訴訟關係人間爭執的重心，代表個案中可能欠缺其他有力的證據。

判外的供述⁵⁶（或者說被告偵查中不利於己的陳述）作為實質證據的必要性為何。檢察官如能具體說明，對照個案的事實內容、證據構造，不調查公判外供述，將使哪一部分事實無法證明，該情事對於犯罪的成立與否、範圍、量刑有如何影響，較之檢察官僅一般論主張供述態度的證據價值等，前者是更有效的主張方式。

如果能確認確有調查偵查中不利於己陳述的必要性，其次即進入選擇應用如何證據方法舉證的問題。錄音、錄影紀錄媒體的舉證方式，固然有其優點，但也有其缺點。法官在裁判員裁判審理及評議進行的過程中，必須在各階段確認裁判員沒有誤解證據調查的結果，或是遺漏重要的部分，如果有這種情形，必須儘早予以指出，若有必要，應進一步確認證據與證言的內容，以儘早解除裁判員對證據調查結果的誤解。⁵⁷裁判員裁判中，不必要且過度詳細的證據調查，會使裁判員關心之處偏離爭點判斷有關的重點，對於解消裁判員證據調查結果的誤解一事，將更為困難，而可能有礙正確的裁判。在進行長時間錄音、錄影紀錄媒體的調查過程中，裁判員往往各自關心不同情形下的被告的供述態度與表情，基於強烈的印象，判斷信用性，就此如果沒有以合議體全員重新確認錄音、錄影內容，將無法進行立於共通事實認識的評議判斷。且關於自白信用性的判斷，首應重視與客觀事實及其他證據的整合性，供述內容自身的合理性、一貫性等，供述態度僅是立

⁵⁶ 我國慣以「審判外陳述」指稱傳聞證據，但日本刑訴法關於傳聞法則的規定內容，包括傳聞類型與承認傳聞例外的要件，均與我國規定不盡相同，於日本法脈絡下，被告公判外的供述，原則也受傳聞法則限制。故此處為避免讀者對理解內容的前提條件有所誤會，不採「審判外陳述」的用詞。

⁵⁷ 稗田雅洋「裁判員と充実した審理・評議を行うために」川上拓一編著『刑事手続法の理論と実務』（成文堂・2020年）265—270頁。

於補充的順位，這也是多數法官就此種調查證據請求較為審慎的原因。結論而言，其認為以偵查中不利於己的陳述為實質證據確有調查必要的情況，究竟要選擇哪一種舉證方法，並不是取決於筆錄與紀錄媒體何者證據價值較高的一般論，而是應根據當事人的主張，實際確認問題所在，以選擇適合的證據方法。⁵⁸

第四項 科學證據

科學證據亦是日本方面論及調查必要性時經常舉出的議題。其問題在於，因為是科學技術的高度專業，對事實認定者而言理解其內容，實質進行評價有困難；其次，應冠以「科學」之名，可能使裁判員容易誤信、或過大評價其客觀上必為真實。不過上述風險透過對裁判員的適當提示，應可妥善處理及避免。真正成為問題的應在審判工作實際面，亦即關於科學證據，包括資料的採取過程、鑑定經過、鑑定內容等，可能產生的爭點眾多，有相當高的審理長期化的風險，且為能正確評價科學證據與待證事實間的推認關係，需具備必要的前提知識，上述各節會實際增加裁判員的負擔，從而影響法院關於證據調查價值與弊害比較衡量的判斷。⁵⁹

第五項 證據關聯性、調查必要性的調查方法⁶⁰

在公判前整理程序中決定證據採否時，首先是確認證據與待證事

⁵⁸ 以上參考稗田雅洋「取調べ録音・録画記録媒体の實質証拠としての利用について」（尚未公開發表）5-10 頁。

⁵⁹ 西田（註 1 文）230、235 頁。家令和典「裁判員裁判における科学的証拠の取調べ」原田國男判事退官刊行会編『原田國男判事退官記念論文集-新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社・2010 年）215 頁以下。

⁶⁰ 此處是以「公判前整理程序中的調查」為討論範圍，至於證據採否的判斷保留至公判期日中決定的情形，詳如後述。

實間的論理關係，此部分一般按當事人的主張內容即足以判斷，其次就調查證據的必要性，原則上當事人的請求內容也會提供可供判斷的素材。換言之，公判前整理程序中，即是以當事人的主張書面（預定證明事實與預定主張）、證據請求的內容、對造對證據請求的意見等等作為基礎資料，以各該內容為前提進行判斷。且由於對請求的當事人來說，說明具備關聯性與必要性的理由，應無特別的困難，如果經過要求釋明，仍無法說明關聯性與必要性，認為該證據的調查關聯性、必要性薄弱，而否定該調查證據的請求，應不為過。

又依刑訴法第 43 條第 3 項，公判前整理程序中為證據採否的裁定時，可進行必要的事實調查，如法院認為當事人釋明後，關聯性、必要性判斷仍有困難，理論上可以補充進行事實調查。惟於公判前整理程序中提前進行公判中的審理一事，原則上應受限制，這一方面牽涉後述證據採否的決定時期問題，另一方面應注意調查的範圍。即便是適合於公判前整理程序中審理的事項，此階段事實調查的目的不在於就實體事項取得心證，應注意不觸及證據的實體內容，即使為判斷其關聯性與必要性之有無及程度，不得不觸及實體內容，亦應止於在必要範圍以提示命令要求提出證物的程度。簡言之，應依循當事人主張進行有限度的調查，儘可能節制接觸證據實體內容的範圍，這在裁判員裁判中，為避免法官與裁判員有資訊落差上尤其重要。

關於具體的調查方法，刑訴規則第 192 條規定⁶¹，就證據調查之裁定認為有必要時，得命訴訟關係人提出證據書類或證物。例如裁判員裁判中命提出前述被害人遺體、創傷部位照片等證據的情形，即時

⁶¹ 條文原文內容如下：「証拠調の決定をするについて必要があると認めるときは、訴訟関係人に証拠書類又は証拠物の提示を命ずることができる。」

常發生。提示命令以外的事實調查方法，例如關於傳聞例外要件，於公判前整理程序實施證人詰問，此部分涉及日本刑訴法關於傳聞例外要件的具體解釋，其調查對象，例如刑訴法第 321 條第 1 項第 2 款前段的「供述不能」之確認、刑訴法第 321 條第 3 項勘驗筆錄、第 4 項鑑定書面各製作者證明各該書面之真正等，原則上也是不觸及事件實體內容的事項。⁶²

第四節 證據採否的判斷時期

裁判員裁判制度施行後有關證據採否的問題，其判斷時期是另一重點。過往的實務作法，法院並不是在公判開始前即掌握當事人雙方請求調查證據的全貌；辯護人待檢察官進行舉證後，才請求調查證據，檢察官在審理進行中適時地追加請求調查證據等情形，均屬常見。法院在審理開始之初判斷證據採否如有困難，其應對方式是決定證據調查的優先順序，就一部分證據是否調查先予以保留，從重要性、必要性高的證據開始調查證據，獲得一定心證的同時，再就原先保留的證據採否進行判斷，或是根據審理情形，對檢察官追加的證據調查、辯護人提出的證據調查，進行判斷。而裁判員裁判制度施行後，某一證據是否應於公判中調查一事，原則上須在公判審理開始前決定；且實際上，在裁判員參與、公判審理進行中的情況下，要像過往實務作法一般，根據審理的情形進行證據採否的判斷一事，有顯著困難。這也意謂裁判員裁判中，關於證據採否的判斷，相當程度須以「預測性判斷」的方式進行。⁶³

⁶² 以上參考島田等（註 38 文）136-137 頁。

⁶³ 佐々木（註 37 文）186 頁。

實務運作上，在一定情況下，容許例外，亦即於公判前整理程序先保留證據採否的判斷，待公判開始後，視審理經過再為決定，或是在審理中，才進行此部分的調查。例外情形有二，分別是「於公判前整理程序中判斷證據採否有困難」的情形，以及「保留證據採否判斷認屬相當」的情形。

第一項 於公判前整理程序中判斷證據採否有困難

有些情況下當事人的舉證活動最後能證明如何的事實，如果沒有經過公判庭實際的證據調查無法明瞭，此時應在公判前整理程序中即考慮證據調查後可能產生的多種結果，訂定能因應各種情況的審理計畫，所以就某些證據調查與否的決定先予以保留，視證據調查結果再作決定。例如檢察官請求傳訊證人，但為因應如果發生證人公判中陳述內容與偵查筆錄內容相異的情況，故於公判前整理程序中也請求調查偵查筆錄，法院就此證據之調查請求先予保留即為典型情況。其理由為，在公判前整理程序中決定證據採否有困難，且其後依調查證據的結果，也可以促請當事人撤回證據調查的請求，或駁回證據調查的請求。所以實質上是基於以防萬一的想法，就偵查筆錄的證據採否先予以保留。就某特定爭點，為提出反證而進行的證據調查，於公判前整理程序的時點，就其證據採否先予以保留，待公判期日根據本證的成立與否，再決定是否調查反證，同屬適例。

第二項 保留證據採否的判斷認屬相當

所謂保留證據採否判斷認屬相當，簡而言之是指基於某些原因，積極認為有關證據採否的事實調查與決定，應在公判期日進行——在裁判員裁判的情況中，即是認為此時應有裁判員的參與。其可能的考慮因素如下：①證據採否決定結論的重要性如何、②與證據能力相關的證據調查內容為何、③有無積極聽取裁判員意見的意義、以及④公

判期日實施證據調查有無弊害等。

就①而言，並非如前述「於公判前整理程序中判斷證據採否有困難」般，無待審理經過即可進行判斷的情形，卻仍保留判斷，原因即為該證據之調查採納與否，將直接影響案件的結論，此時進行判斷一事並不適合定位為公判準備行為的一環，故其證據採否的決定應留待公判期日進行判斷才適當。用白話的說法，就是證據採否本身即為案件重要爭點的情況。

個案中可能發生判斷困難的情況為，所謂證據重要性須至如何程度，才會被認為不應於公判前整理程序中進行調查、決定？例如預定以複數間接事實舉證的案件，理論上欠缺某一個間接事實，便可能有無罪的結果，但以此為由認為不宜在公判前整理程序中縮小間接事實的範圍，顯然並非妥當。又例如就某一重要證據，辯護人主張國家違法取證，以其主張內容為前提進行檢討認為達到證據排除的結論的可能性不高，且預期其調查將花費相當的時間與勞力的情況，就此情況應如何處理？可能有認為避免審理期日過度加重裁判員負擔，應在公判前整理程序中，就有無違反取證一事進行調查；但反面的想法則是即便機率很低，但經過調查後，發現與預期不同的情況還是有可能發生，而存有證據排除結論的可能性，因不應在公判前整理程序中調查。邊界案例的判斷並不是那麼明確。結論而言，最終勢必回歸個案情形，除了證據的重要性單一因素以外，綜合考慮其他因素以進行衡量，是可以想見的處理方式。

就②而言，指的是有關證據能力的證據調查內容，與該證據信用性判斷的舉證以及主要爭點的證據調查內容重複的情形，此時即使在公判前整理程序中進行事實調查，公判開始後，仍須重複進行證據調查，從而基於訴訟經濟的觀點，將相關調查留待公判期日進行。典型

例子如供述任意性的判斷與信用性的判斷，常有共通的事實關係。

就③而言，指的是有些事項聽取裁判員意見，反映國民法律感情有積極意義，典型者例如國家違法取證，或是受到偵查機關暴行的不正訊問的主張等，此時證據能力的決定雖非裁判員的職務內容，但一方面各該事項的性質有聽取裁判員意見的積極意義，另一方面，令裁判員知悉關於證據的爭點，聽取裁判員對證據能力的意見，亦有助於實現與裁判員進行充實評議一事。

最後就④而言，可能的情形是關於證據能力的證據調查需要耗費大量勞費，對裁判員強加過度負擔，此時綜合考上述各項要素，仍認為於公判中實施此部分證據調查的弊害過大，即可能認為保留證據採否決定並不相當。

特別應說明者為，依裁判員法第 5 條規定，證據採否的判斷是職業法官的權限，這一點並不因為證據採否的判斷保留至公判審理開始以後發生改變。但依裁判員法第 60 條規定，進行有關職業法官決定事項的審理時，得令裁判員及補充裁判員在場，依裁判員法第 68 條第 3 項規定，就職業法官職權判斷事項，得於合議時令裁判員在場旁聽，並得取取裁判員的意見。實務上即是以此方式，引入裁判員意見。

64

第五節 證人測試（証人テスト）

我國刑事訴訟制度迄今為止，基本上仍維持職權主義的架構與骨幹，關於所謂證人測試的議論狀況，幾無相關討論，然而本文認為未

⁶⁴ 以上參考島田等（註 38 文）133-136 頁。杉田宗久「裁判員裁判の公判前整理手続に関する今日の課題」杉田宗久著『裁判員裁判の理論と実践』（成文堂・2012 年）76-77 頁。

來國民法官法施行後，證人測試制度勢必成為重點，關於其具體操作如何建立規則，將是一大難題，應即早籌劃為宜。

第一項 證人測試的必要性與問題點

為了進行具效率、有效果、且容易理解的詰問，事先確認證人對案件內容認識程度及會為如何內容的證言等事項，對訴訟當事人而言有其必要性。如果設想我國日常實務中第一次接觸證人的訊問、詰問的經驗，在事前未有一定程度接觸的情況下，直接訊問、詰問證人，固然也有流暢進程序的情況，但證人不理解提問者問題，陳述詞不達意，前後語句邏輯跳躍等情況，也是相當普遍。實際上如何確保不同證人的陳述均能有基礎流暢度，並沒有一個制度性的作法，絕大程度是取決不同人員個自本身具體的理解能力與陳述能力。這種職權模式的證人訊問、詰問的場景，如果發生在適用國民法官法的案件中，國民法官是否能真正理解案件的內容，殊值懷疑。

日本方面刑訴規則第 191 條之 3 規定⁶⁵，為了能進行適當的詢問，請求傳喚證人進行詰問的訴訟當事人，應藉由向證人及其他關係人確認事實等方法，進行準備。即是訴訟當事人對友性證人進行證人測試的法規依據。有認為該規定是為訴訟當事人主詰問的事前準備而定，應儘可能為完整的調查；所謂確認事實等方法包括書面、電話照會、徵信調查、面試調查、檢討包含筆錄在內的關係證據等等，其中被認為最有效者，為事前接觸證人，確認事實，重點除關於案件內容的記憶外，也包括掌握證人的性格、智識、表現能力等，以及除去證人的

⁶⁵ 條文原文內容如下：「証人の尋問を請求した検察官又は弁護士は、証人その他の関係者に事実を確かめる等の方法によって、適切な尋問をすることができるように準備しなければならない。」

不安與心理壓迫。⁶⁶

另一方面證人測試有如下問題點。證人應按其記憶內容作證，證人測試終究是為了證人詰問進行準備，而不是以形成證言為目的的程序，故進行證人測試時，不應促使證人記憶或供述內容發生影響。指導（coaching；コーチング）如何回答、壓迫證人、教唆偽證等應被禁止，另外文獻特別提到的是，確認證人知悉預定詰問事項、一定程度的喚起記憶、使整理記憶並無不可，但應嚴禁出示筆錄指導證言內容。上述原則旨在說明證人測試目的止於確認記憶，理論上應無異論，理解亦無困難，但關鍵是①確認證人記憶，與對證人記憶產生不當影響，兩者之間的界線實際上並不明確。②關於證人測試之進行，欠缺得降低影響證人記憶風險、以及事後得以檢證內容的程序上保障措施。③不當的證人測試會使公判中心主義空洞化。日本實務上檢察官會對重要證人進行多次、長時間的證人測試，仔細洽談，視情況並會進行詰問的排練，但人的記憶容易變動，及受事後被提供的資訊、描述過程中的用詞、反應等因素影響，上述作法是否已不當影響證人的記憶，即是①的問題所在。其次，如證人供述是因不當的證人測試而鞏固，欲透過反對詰問擊破其供述也有困難，更重要的是證人測試的進行過程並不透明，對造當事人不知其具體內容，能在詰問過程中顯示者，實屬有限。⁶⁷

上述問題，理論上在檢察官或辯護人所進行的證人測試均可能存

⁶⁶ 笹倉香奈「いわゆる『証人テスト』について」一橋法学 15 卷 2 号（2016 年 7 月）694-695 頁。

⁶⁷ 笹倉（註 66 文）696-699 頁。伊藤睦「証人予定者への事前面接（証人テスト）と補充捜査の限界」法律時報 90 卷 1 号（2018 年 1 月）135-137 頁。

在，但因為偵查機關有組織性力量，問題更容易突顯。

第二項 對敵性證人的證人測試

對敵性證人——即對造當事人聲請傳喚的證人，能否進行有關反對詰問的證人測試是一個問題。就辯護人接觸檢方的證人而言，依刑訴法 299 條、刑訴法第 316 條之 14 第 1 項第 2 款均規定，檢察官聲請傳訊證人時，應向辯護人開示該證人之姓名與住居所，另刑訴規則第 178 條之 6 第 2 項第 1 款規定⁶⁸，辯護人在第一次公判期日前應藉由與被告及其他關係人會面等適當方法，事先確認事實關係。論者即以上述規定及憲法上保障被告詰問證人權利的規定為根據，持肯定見解。同理，檢察官接觸辯方的證人，為準備反對詰問，確認其供述內容，在此範圍內所為證人測試亦無不當。但事實上可想像的情況是，由於是對造訴訟當事人的證人，縱進行接觸，亦有極高的可能不獲回應。⁶⁹

第三項 不當的證人測試與可能的對策

究竟何謂不當的證人測試，於我國並無前例可循，依筆者所蒐尋日本資料的結果，所得也不算多，囿於能力，難以從正面進行說明。不過以外國法制下的案例、倫理規範或行為準則進行歸納，作為討論基礎，逐步確立證人測試的界線，是一個可能的路徑。以下首先介紹日本判決數則，再介紹美國法相關討論。

⁶⁸ 條文原文內容如下：「弁護人は、第一回の公判期日前に、次のことを行なわなければならない。一、被告人その他の関係者に面接する等適当な方法によって、事実関係を確かめておくこと。」

⁶⁹ 伊藤睦（註 67 文）136 頁。

第一款 日本判決案例

大阪高裁平成 28 年 3 月 15 日判決⁷⁰：該案被告同居人 A 是檢方友性證人，辯護人為彈劾 A 請求傳喚也與被告同居的被告胞弟 B。檢察官經辯護人同意後派警察至監獄與 B 進行會面。其後警察以 B 為虛偽供述，涉嫌隱匿人犯，取得搜索票搜索 B 的監房及保管其物品的倉庫，扣押來自被告的信件。檢察官則以 B 為嫌疑人進行訊問，訊問結果，B 變更為不利被告的陳述，審判中也為不利被告的證言。判決結論以被告偵查中的自白維持有罪的結論，但否定 B 供述的信用性，理由則指出檢察官行為已不當超過證人測試的界線，B 於審判中供述時，為免自己入罪，有迎合檢察官為虛偽供述的動機。

福井地裁昭和 48 年 7 月 17 日決定⁷¹：檢察官基於審理過程預測辯護人可能傳訊的證人，指示警察預先就該證人為偵訊，並作成筆錄。其後於審理中該證人作證後，再以上述筆錄作為刑訴法第 328 條彈劾證據，請求調查。其請求被認為違法。判決理由指出，對照檢察官的作為，事實上辯護人不可能就檢察官請求的證人，在公判前進行訊問，作成筆錄，且檢察官應在公判期日透過反對詰問去彈劾；上述作法反於公判中心主義的精神及當事人平等的原則。

東京高裁昭和 48 年 5 月 21 日判決⁷²：該案檢察官就已預定於審理中作證的辯護人方證人，於期日前另進行偵訊，而得知被告收買別的證人教唆偽證的事實。判決認為檢察官偵訊一事不違法，但也說明於證人出庭的公判庭，已有反詰問的機會，如無特殊情事，應避免於

⁷⁰ 判例時報 2306 号 137 頁。

⁷¹ 判例タイムズ 299 号 419 頁。

⁷² 判例時報 716 号 110 頁。

證人出庭期日前，另行進行偵訊。

東京地裁平成 27 年 11 月 13 日判決⁷³：該案法院認為檢察官對記憶不清的被害人提示錄得被害狀況的影像令其記憶一事，已超過證人測試的界線，而屬不當，進而認為被害人以證人身分所為證言，證據價值偏低，而不採為事實認定的依據。

就上述判決內容而言，可以發現由於檢察官有偵查權限，不當證人測試與逾越補充偵查界限即可能產生重疊。對證人進行偵訊，製作筆錄，會對證人公判中的證言產生不當的影響乃至於壓力，而不當證人測試的效果，常見者為影響證據信用性評價。

第二款 美國法相關討論

學者笹倉香奈則參考美國法，就證人測試的議題提出建言，本文擇要說明其內容如下：（一）於美國，進行證人測試是常態，但前提是不允許對證人為不適切的指導；且一般認為在特別是對檢方的友性證人的情形，發生不適切的指導的危險更高。（二）美國也有何謂不適切的指導並不明確的問題。（三）關於不能為不適切的指導的命題，①首先被認為屬檢察官倫理的問題，近年於美國，有檢察官作為準司法官的功能被強調的傾向，就此而言，不當影響證言的指導即有明顯的問題。②聯邦最高法院有判例認為，即使對證人有不適切的指導，仍可藉由反對詰問的進行，突顯該證言的信用性問題，但學說多認為所謂反對詰問的擔保手段並不充分，對於不適切的指導，以事後的反對詰問處理並不足夠，應有其他策略。③作為對策，擬定明確指導準

⁷³ 西浦善彦・宮田義晃「被害者に対して防犯カメラの映像を見せて記憶させる手法が証人テストの範囲を逸脱したと判断された事例」NIBEN Frontier375号（2016年4月）12頁以下。

則，強化檢察官的研修之外，另有就證人測試也進行錄音、錄影，以及利用法院期日前證人訊問制度等議論，亦即將證人測試的程序透明化、準則化。⁷⁴

關於擬定明確指導準則部分，依美國學者 **Roberta K. Flowers** 意見，「檢察官不論是否基於意圖，不得對證人促使、幫助、要求偽證。於考慮證人測試的方法時，檢察官應注意，雖無意圖，仍不得使證人證述就其個人相信為真實的事實以外之事。檢察官不能為下列行為：①在獲得證人完整的供述以前，不能對證人說明該事件所適用的法律與辯護人方面的主張。證人以書面或口頭供述後，也不能藉由說明辯護人方就事件的說法與適用的法律一事，影響證人的證言。②。於被告是否為行為人有爭執的事件，除了有特別情事以外，不能提供有關被告現在外觀的一切資訊。③除了基於特別情事認有必要的情形以外，不能同時對二人以上的證人進行證人測試。④法院命證人 A⁷⁵隔離後，不能使證人 A 知悉已作證之人的證言內容。就其他證人證言未顯示的事實問題雖然可以進行詢問，但檢察官不能透漏其他證人證言內容與證人 A 以前供述的內容不同，或是與證人 A 現供述的內容不同。」

76

⁷⁴ 笹倉（註 66 文）709 頁。

⁷⁵ 為避免誤解，以證人 A 代稱進行證人測試的對象。

⁷⁶ 笹倉（註 66 文）706 頁。

第四章 結論暨心得與建議

關於引入、參考外國法制一事，筆者一貫的想法是首先須正確理解外國制度、該外國制度運作的真實樣貌、該外國制度得以運作的該國社會條件；其次為清楚理解本國面臨的問題、本國不足處理該問題的制度缺陷為何，該外國制度何以能解決此制度缺陷，據此決定是否引入該制度；其後則為如何使該制度因地制宜，而進行適合我國環境的修正作業。我國常年以來，不斷引入外國法制，是否確實明瞭外國法制上述各項內容，則有疑問。又因各外國法制本有不同背景文化、法律制度，接觸者如無整體架構的概念，便可能無法安放問題於適當的位置，找到可參考的資料，體系性的認識實有必要。

本文第一章先說明日本刑事訴訟程序制度改革背景，就日本過往精密司法的實務運作模式，與現今我國實務運作模式對比，其實仍有許多相似之處。第二章針對公判前整理程序與主張明示義務，花費相當篇幅，包括日本證據開示制度，爭點整理與主張明示義務的關係，以及公判前整理程序的法律效果，進而特別介紹日本方面關於如何限制為新主張的相關討論。第三章著重裁判員裁判的證據調查，由檢察官實行公訴實務工作的觀點會抱有關心，且未來於我國也可能發生爭議的相關議題，逐一進行說明。其中統合偵查報告是有效的舉證方法，但於我國此前並無操作實例，牽涉辯護人的反應、配合，未來走向如何值得觀察。就證據關聯性、必要性與如刺激性證據等延伸議題，以及證據採否的判斷時期，檢察官擔負實行公訴，負舉證責任，對於所為各項主張，較之法院、辯護人，有必要更清晰明瞭其理論依據，清楚說明主張之理由，以形塑我國實務先例。最後證人測試關係如何於審理時順暢詰問證人，以謀求有效率、效果且易於理解的舉證，另一方面也應明瞭證人測試的界線。

就結論而言，如果由待辦事項的優先順序來看，於國民法官法施行前應儘速處理者，本文認為首先是主張明示義務應明確規定於國民法官法施行細則或應行注意事項等子法。其次為應彙整英美法國家關於證人測試具體進行方式的指導準則與倫理規範。前者為爭點、證據整理的起點，與證據調查各相關議題息息相關，並為公判前整理程序終結後，限制提出新主張，限制請求調查新證據，以及於進行相關要件如何解釋運用時的前提，是裁判員裁判制度的核心概念；但國民法官法就此部分，規範內容既不明確，密度亦屬不足，法規面上亟待補強，以使其法律依據明確。就後者而言，我國於國民法官法施行後將首次採用起訴狀一本主義，徹底以當事人進行制實施訴訟活動，過往慣行著重偵查階段筆錄的偵查、公訴模式，是否仍能維持，亟待觀察。依日本裁判員裁判制度施行後的經驗，朗讀偵查筆錄在使裁判員理解案件內容的效果上，有其侷限，縱使裁判員足以明瞭案件內容，其認知的案件樣貌亦可能趨於扁平而不夠立體，人證優先於書證的情趨勢十分明顯。因此偵查階段筆錄於審理階段作為證據予以調查的情形銳減，作為審理階段提供取得心證所需資料的證據價值亦大幅減低。上述經驗對我國有很高的參考價值，在證人偵查筆錄證據價值降低的同時，審理中如何實現容易理解，流暢且能正確陳述的證人詰問，為當務之急，其前提要件則須能有效確保證人出庭，以及須與證人建立一定程度的互信關係，並注意如何不逾越不得影響證人證言的界線。

最後，國民參與刑事審判下的訴訟面貌與職業法官進行的訴訟面貌，有大幅度變更，原本可運用的概念工具內涵也會不同，國民法官法於諸多條文用語直接參考刑事訴訟法的條文用語，是否能明確顯示應有內涵而足資運用，不無疑問。本文第二章所指出國民法官法各條文所述「答辯」，不足以顯示「主張明示義務」的意義，已為一例。又例如國民法官法第 62 條第 2 項、第 3 項規定「當事人或辯護人聲請

調查之證據，法院認為不必要者，應於準備程序終結前以裁定駁回之。下列情形，應認為不必要：一、不能調查。二、與待證事實無重要關係。三、待證事實已臻明瞭無再調查之必要。四、同一證據再行聲請。」幾乎原封不動援引刑事訴訟法第 163 條之 2 規定內容。但如本文所指出，職權主義模式下的調查必要性概念，是法官於檢察官起訴之初即已接觸完整卷證，並參照當時的心證程度，判斷有無調查必要；此與與國民參與刑事審判後，法官須在未接觸證據資料情形下進行預測性判斷，綜合衡量調查之證據價值與可能弊害，明顯不同。則上述國民法官法第 62 條第 3 項的規定內容，作為概念工具，是否足以顯示必要的意涵而可供操作，實有疑問。就此而言，亦應通盤檢討國民法官法中沿襲刑事訴訟法規定之用語是否合適，並提出適當修正建議。

日本裁判員裁判制度相關討論議題極多，舉凡裁判員的組成方式、刑事司法核心理念、公判前整理程序、公判審理、與實體法的關係、精神鑑定議題、上訴審等等，累積文獻數量龐大，資料極為豐富。囿於時間與能力的侷限，實難以全面、通盤處理，有待各界先進一同加入研究探討，期能建立符合我國的制度模式。國民法官法甫立法通過，於法律施行前，各地方法院預計持續舉辦模擬法庭，有關各議題於我國仍在討論的起步階段，檢察機關應主動參與，就各議題凝聚共識，表明檢方觀點的意見，以形塑實務先例。

参考文献

以下首按文献类型，次按年份，再按五十音顺序排列。

専書

1. 林鈺雄，2004年，刑事訴訟法（上冊）——總論編，自刊。
2. 司法研修所，2008年，裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方，法曹会。
3. 酒巻匡，2009年，刑事証拠開示の理論と実務，判例タイムズ社。
4. 原田國男判事退官刊行会，2010年，原田國男判事退官記念論文集-新しい時代の刑事裁判，判例タイムズ社。
5. 植村立郎判事退官記念論文集編集委員会，2011年，植村立郎判事退官記念論文集第三卷【第3編公判前整理手続及び裁判員裁判編】，立花書房。
6. 杉田宗久，2012年，裁判員裁判の理論と実践，成文堂。
7. 青木孝之，2013年，刑事司法改革と裁判員制度，日本評論社。
8. 安文廣夫，2015年，裁判員裁判時代の刑事裁判，成文堂。
9. 井上正仁、大澤裕、川出敏裕，2017年，刑事訴訟法判例百選第10版，有斐閣。
10. 三井誠、渡邊一弘、岡慎一、植村立郎，2017年，刑事手続の新展開（下），成文堂。
11. 山崎学，2017年，公判前整理手続の実務，弘文堂。
12. 池田修、前田雅英，2018年，刑事訴訟法講義【第6版】，東京大学出版会。
13. 酒巻匡、大澤裕、川出敏裕，2019年，井上正仁先生古稀祝賀論文集，有斐閣。
14. 川上拓一，2020年，刑事手続法の理論と実務，成文堂。

期刊

1. 稗田雅洋，2010年，ブックレビュー酒巻匡編著『刑事証拠開示の理論と実務』，判例タイムズ 1326号。
2. 岡田悦典，2012年，統合捜査報告書と合意書面，季刊刑事弁護 70号。
3. 島田一、蛭原意，2014年8月，裁判員裁判における証拠の関連性，必要性判断の在り方，判例タイムズ 1401号。
4. 西浦善彦、宮田義晃，2016年4月，被害者に対して防犯カメラの映像を見せて記憶させる手法が証人テストの範囲を逸脱したと判断された事例，NIBENFrontier 375号。
5. 笹倉香奈，2016年7月，いわゆる「証人テスト」について，一橋法学 15巻2号。
6. 酒巻匡，2017年，公判前整理手続における主張内容を更に具体化する被告人質問等を刑訴法 295条1項により制限することはできないとされた事例——最二小決平成 27・5・25，論究ジュリスト 22号。
7. 伊藤睦，2018年1月，証人予定者への事前面接（証人テスト）と補充捜査の限界，法律時報 90巻1号。
8. 石井壮治，2019年，裁判員制度 10年—検察の立場から—，刑事法ジャーナル 61号。
9. 池田公博，2019年，証拠の整理・採否，論究ジュリスト (31)。
10. 大澤裕、岡慎一、小池信太郎、笹倉宏紀、島田一、西谷隆，2019年，座談会：裁判員制度 10年—その成果と課題，論究ジュリスト 31号。
11. 小川佳樹，2019年，取り調べの録音・録画記録媒体の証拠としての使用，論究ジュリスト 31号。

12. 菅野俊明，2019年7月，裁判員制度10周年を迎えて②—検察の立場から，法律のひろば72巻7号。
13. 島田一，2019年，裁判員制度導入による刑事裁判の変革と課題について，法の支配194号。
14. 田岡直博，2019年7月，裁判員制度施行10年を迎えて—弁護士の立場から，法律のひろば72巻7号。
15. 西谷隆，2019年，検察官から見た裁判員裁判の運用面における課題，法の支配194号。
16. 宮村啓太，2019年，裁判員制度の下での今後の課題，法の支配194号。
17. 堀江慎司、安東章、神山啓史、酒巻匡、和田雅樹，2019年，-座談会-「裁判員制度10周年を迎えて」，法の支配194号。
18. 成瀬剛，2020年3月，「証拠の関連性」概念による主張と証拠の整理，法律時報92巻3号。
19. 稗田雅洋，2020年，取調べ録音・録画記録媒体の実質証拠としての利用について，尚未刊出。

網路資料

1. 法務省，「国民の期待に応える刑事司法の在り方」について，撷取自司法制度改革審議会網站：
<https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai26/26siryou3.html>。
2. 首相官邸，「司法制度改革のあゆみ」，撷取自首相官邸網站：
<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/enkaku.html>。
3. 裁判所，「裁判員制度10年の総括報告書」、「裁判員裁判実施状況の検証報告書」。撷取自裁判所網站：
https://www.saibanin.courts.go.jp/topics/detail/09_12_05-10jissi_jyoukyou.html

4. 裁判所，「裁判員裁判実施状況の検証報告書」，擷取自裁判所：
https://www.saibanin.courts.go.jp/topics/detail/09_12_05-10jissi_jyoukyou.html

政府機關刊物

1. 社團法人中華民國檢察官協會譯，2018年，日本最高檢察廳訂頒『日本裁判員裁判之檢察基本方針』，法務部編印。

第二部分

一、前言

關於日本檢察審查會制度概要與，筆者曾撰寫「再議制度之改進建議—探討日本檢察審查會運作成效暨對我國法制之借鏡」¹，就檢察審查會法緣起與立法背景、制度施行概況、具體運作模式、日本各界對檢察審查會法相關問題點的討論予以介紹，並就我國適用檢察審查會制度的可能性加以檢討。該文已就檢察審查會相關議題有一概略說明。而 2004 年檢察審查會法修正案正式採納「強制起訴」搭配「指定律師」制度²，自 2009 年 5 月起施行。修正檢察審查會法施行後，揮別過往檢察審查會決議對檢察官僅有建議、勸告性質的情況，正式開啟強制起訴的篇章，打破檢察官獨占起訴判斷的權限。惟新施行的強制起訴制度，屢遭詬病強制起訴案件的有罪率偏低，且審查程序上對被告的權利保障不周，迭有反對聲浪。本文擬於後述「二、」部分，就此一問題，再予補充。其次，起訴決議作成後，就案件之提起公訴、維持公訴，由指定律師為之，其實務運作情形如何，有瞭解之必要，而明石市行人天橋事件中指定辯護師曾撰文分享其等執行指定律師的經驗，本文擬於後述「三、」部分予以介紹。本文內容如能在上述註 1 文的基礎上，更加深化我國就日本檢察審查會制度的理解，實屬萬幸。

¹ 黃佳彥(2018年),「再議制度之改進建議—探討日本檢察審查會運作成效暨對我國法制之借鏡」,『107年度法務研究選輯』,法務部。

² 日文為「『起訴議決制度』と『指定弁護士制度』」,以下除就此統一譯為「強制起訴制度」、「指定律師制度」以外,基於中文使用習慣,並便於讀者閱讀,就日文「起訴議決」、「議決書」分別譯為「起訴決議」、「決議書」。

二、強制起訴制度概要與問題³

(一) 制度概要

檢察審查會經過實體審查後，其決議類型有三種——「起訴相當」、「不起訴不當」與「不起訴相當」，前二者均是對檢察官所為不起訴處分不表認同，惟其程度有所差異，亦即「不起訴不當」是止於因偵查未盡而要求再為偵查，「起訴相當」則是除要求再為偵查外，更進一步要求檢察官提起公訴。2009年5月以前，上述檢察審查會決議僅有建議、勸告性質，對檢察官並無實質拘束力。2009年5月以後，檢察審查會第一階段審查，經檢察審查員8人以上多數做成「起訴相當」決議後，如果檢察官就案件又再次為不起訴處分，或是檢察審查會送達決議書謄本後3個月（經檢察官通知最長可再延長3個月）檢察官仍未通知檢察審查會其做成起訴或不起訴處分的情形，即進入第二階段審查（檢察審查會法第41條之2）；於第二階段審查強制委託審查輔助員提供專門法律知識以進行審查（檢察審查會法第41條之4），且於做成起訴決議時，須事先令檢察官出席而賦予陳述意見的機會（檢察審查會法第41條之6）。如果第二階段再次經檢察審查員8人以上認為起訴相當時，即為「起訴決議」（日文：起訴議決），此時應將認定的犯罪事實儘可能予以特定而記載於決議書（日文：議決書）（檢察審查會法第41條之7）。

併同強制起訴制度導入檢察審查會法的是指定律師制度。當起訴決議做成，各檢察審查會對應的地方裁判所收受議決書謄本送達後，就該事件之提起公訴、維持公訴，應指定律師為之；指定律師應儘進

³ 此部分僅簡要說明，更詳細的說明請參考黃佳彥（註1文）。

就起訴決議之事件提起公訴。又指定律師可進行補充偵查，但對檢察事務官、司法警察的指揮須委託檢察官行之（檢察審查會法第 41 條之 9、第 41 條之 10）。⁴

特別予以說明者為指定律師的補充偵查進行方式。指定律師依檢察審查會法第 41 條之 9 第 3 項行使檢察官職務，一般認為亦有補充偵查權限，但包括搜索、扣押、勘驗等強制處分幾無運用，其原因被認為在於最初警察與檢察官的偵查中一般已實施過上述強制處分，指定律師再次為強制處分的必要性不高。實際上都是進行任意偵查，但也有指定律師就被告進行訊問，製作訊問筆錄的例子。⁵

（二）關於起訴標準

有關強制起訴制度議論最為密集者，當屬所謂對「嫌疑不足不起訴處分」⁶決議強制起訴時，該部分起訴標準的問題，亦即起訴要求的犯罪嫌疑程度問題。日本檢察官一般案件起訴的標準，依司法研修所檢察官教官所編「檢察講義案」，其標準為「基於確實的證據，有能獲得有罪判決的高度預見可能」⁷；最高裁昭和 53 年 10 月 20 日第二小法庭判決曾於國家賠償事件中闡釋檢察官起訴標準，其內容略為「……起訴時或實行公訴時的檢察官心證在性質上與判決時的法官心證是不同的，將其理解為『綜合考慮起訴時或實行公訴時的各種證據資料，經由合理的判斷過程，如果有被認為有罪的嫌疑就已經足夠』

⁴ 黃佳彥（註 1 文）12-13、40 頁。山下幸夫・神洋明「檢察審査会制度改革後の運用状況と弁護士が果たすべき役割」自由と正義 67 卷 12 号（2016 年 12 月）36 頁。

⁵ 山下等（註 4 文）39 頁。

⁶ 關於前提問題「審査對象以嫌疑不足の不起訴或緩起訴為重心」的討論，參考黃佳彥（註 1 文）41-43 頁。

⁷ 司法研究所檢察教官室編『檢察講義案【平成 27 年版】』（法曹会・2016 年）68 頁。

是相當的」⁸。

另一方面，關於檢察審查會強制起訴的標準，一般認為是較檢察官起訴的標準來得寬鬆。這也在強制起訴案件有罪率較一般起訴案件為低，尤其是矚目的強制起訴案件有罪率更低的事實上反應出來。⁹

檢察官一般的起訴標準接近有罪判決的心證程度，甚為嚴格，其優點為盡可能避免起訴帶給被告的不利益以外，也有助於刑事訴訟整體有效率地運用；但另一方面其缺點為，為了迴避無罪判決而對起訴一事過於慎重，訴訟的實質轉移到偵查程序，法院變成只是確認有罪的場所，並可能產生無視被害人的立場，就社會所關注的事件喪失於法院做成公開判斷的機會，以及偵查階段過於重視自白等等問題，故一直以來均不乏呼籲適度緩和起訴標準的意見。

但檢察審查會強制起訴較寬鬆的標準，特別是小沢一郎陸山會事件經強制起訴獲判無罪後引發的爭議下，更加被提出批評檢討。有意見即認為在日本社會中，犯罪嫌疑人被起訴後，將面臨諸多不利益，即使未被羈押的在宅起訴的情形，工作的停職、撤職、名譽信用遭毀損、政治生命終結，應訴的沈重經濟、精神負擔等等，所面臨事實上的不利益層面廣範，後果嚴重；有關嚴格起訴標準下的精密司法、公判中心空洞化等問題是理論上的問題，考慮上述被告可能面臨的事實上不利益，放寬起訴標準的前提應該是先建立沒有上述不利益的社會環境，且由於強制起訴決議是要求請訴，指定律師原則上沒有不起訴的裁量權——即沒有依裁量選擇緩起訴的選項——就檢察審查會的

⁸ 最高裁民事判例集 32 卷 7 号 1367 頁。

⁹ 關於矚目案件的個別整理，可參考黃佳彥（註 1 文）19-21 頁。阿部泰隆「檢察審査会の強制起訴議決制度のあり方」自由実務ゼミナー 644 号（2016 年 2 月）38 頁。

強制起訴標準要求與檢察官相同的起訴標準是必要的。¹⁰

另有意見認為，對被告¹¹而言，原本偵查中的防禦活動已獲得一定成果，亦即獲得不起訴處分而由處罰的危險、程序性不利益、負擔中釋放，但強制起訴制度有再次推翻前述成果，令被告再次承擔前述不利益與負擔，因此，由被告的權利的視點來看，即使在強制起訴制度下，必須有抑制濫訴的門檻以保障被告。第一個門檻就是對起訴的合理性的要求，亦即由於起訴是使被推定為無罪的被告曝於處罰的危險中，並強制其承受各種程序上的不利益與負擔的處分，因此須有相對應的正當化根據、合理性根據。而起訴的合理性根據就是有合理性的證據基礎存在。¹²

有關檢察審查會起訴標準較之檢察官起訴標準應放寬的想法，以及應與檢察官標準一致的想法，兩者衝突甚難調和，蓋因兩種想法的基本價值觀就存有歧異與衝突。檢察審查會審查的對象是檢察官的不提起公訴的處分，目的是對檢察權的行使施以民主性控制，修正不當的不起訴，防止檢察官的獨斷。但當作為法律專家的檢察官已兩度判斷案件的證據不足夠、嫌疑不足，由一般民眾組成的檢察審查會推翻檢察官的判斷，事實上連結到降低起訴標準的結果，並不意外。

（三）對被告程序保障不足

¹⁰ 阿部（註9文）39-40頁。中島宏「檢察審査会と公訴のあり方」法学ゼミナー698号（2013年3月）15-17頁。

¹¹ 按日本法脈絡下的用語，起訴前偵查活動的對象為犯罪嫌疑人，俟被提起公訴後成為被告。我國法下檢察官偵查階段，偵查對象即成為被告。此處為行文簡潔，且配合我國法的用語，使用「被告」之用語。

¹² 川崎英明「強制起訴制度の改革課題と檢察審査会制度」自由と正義67卷12号（2016年12月）45頁。

承上學者川崎英明認為在強制起訴制度下，必須有抑制濫訴的門檻以保障被告的論述，第二個門檻便是在檢察審查會進行第二階段的審查過程中，被告防禦的機會應作為權利予以保障。其認為防禦權利包括對審查程序的被告參加權與辯明權，具體而言應包括於檢察審查會審查程序中，委任（含國選辯護在內）辯護人的權利、接受審查開始通知的權利、受包括不起訴裁定書在內的檢察官所持有全部資料、證據開示的權利、請求調查證據的權利、在場權與詰問權、陳述意見的權利。¹³

而目前的檢察審查會法仍無被告到場陳述意見的機制，僅在檢察審查會認為有必要時得令被告以證人身分出席，進行詢問。立法時多數意見認為在檢察審查會審查檢察官不起訴處分的情形，檢察官與被告立場一致，且由於審查對象是檢察官不起訴處分的適當與否，因此無必要給與被告陳述意見的機會。但在強制起訴制度實施後，檢察審查會的任務越發集中在深具公共性、廣受民眾矚目的案件審查中，且因媒體報導容易引起普遍性處罰情緒的氛圍，在這種狀況下，尤應避免檢察審查會的運作偏向追求處罰的功能。尤其起訴決議是類比起訴的處分，起訴決議作成後必然連結到後續提公訴，從而在檢察審查會第二階段審查時，讓被告有陳述意見機會，藉由聽取其意見，詳細檢討，避免輕率地做成認為被告犯罪的判斷一事，更有必要。於日本現制下有意見即認為，至少就實務運作面而言，於第二階段審查時，應儘可能運用令被告為證人席而予以詢問的制度而達到令被告陳述意見的結果。¹⁴在被告到場陳述意見的基本權利都尚未於檢察審查會法

¹³ 川崎（註 12 文）45-46 頁。

¹⁴ 黃佳彥（註 1 文）46-47 頁。中島（註 10 文）17 頁。田中輝和「檢察審查會問答 2015」東北

中建制的現實情況下，上述川崎英明所提出各項權利，未來將如何發展，能否落實，仍有待觀察。

三、指定律師實務運作情形

(一) 關於組織、硬體等行政事項

明石市行人天橋事件是檢察審查會法修正後，第一件檢察審查會作成強制起訴決議的案件。該案事發時間為 2001 年 7 月 21 日，神戶地方檢察廳第一波就明石市職員、警備公司共 5 人起訴業務過失致死傷罪。而成為爭議的案件是後續檢察官就明石警察署前署長、前副署長的判斷部分，於 2009 年 5 月 21 日修正之檢察審查會法施行前，檢察官已二度不起訴，檢察審查會均作成起訴相當決議¹⁵。法律施行後，檢察官再為不起訴(第 3 次)，被害人與遺族再聲請檢察審查會審查，2009 年 7 月 5 日檢察審查會作成起訴相當決議(第 3 次)，檢察官再為不起訴(第 4 次)，案 2010 年 1 月 27 日檢察審查會依修正後檢察審查會法第 41 條之 6 第 1 項作成起訴決議(第 4 次)。神戶地方裁判所在 2010 年 2 月 4 日指定 3 名指定律師，指定律師於 2010 年 4 月 20 日將前副署長提起公訴。

神戶地方檢察廳對指定律師的應對如下：①準備指定律師的辦公室；②配置檢察事務官(最初階段無特定的檢察事務官，而是指定律師就特定事項向總務部企劃調查課課長提出請求，由該部總括調配)；③指定律師提出委託搜查時(具體方式是就應偵查事項予以特定，向總務部企劃調查課課長提出請求)，該搜查之名義檢察官是由次席檢

学院大学法学政治学研究所紀要 24 号(2016 年 3 月) 30—31 頁。

¹⁵ 其中前署長已於 2007 年 7 月死亡。

察官¹⁶掛名；④要求指定律師遵守檢察官的行動準則（即法務省頒訂的事件事務規程）。

在硬體使用方面，為出入辦公室須持每年更新的入門票於檢察廳入口處提示，請總務部企劃調查課職員開啟辦公室的門，離開時須聯絡總務企劃課職員鎖門；非常勤時間的出入須事前聯絡。辦公室內電腦不連網，不能使用外接硬碟，檢索事項須請檢察事務官協助調查。因此本件指定律師實際上並未使用檢察廳提供的電腦與印表機，而是使用自己的電腦。

關於偵查卷宗與證物部分，前者保管於辦公室內書庫，後者則是提出調取條，檢察事務官會於辦公室內交付證物，其檢閱須在辦公室內為之。原卷與證物均禁止攜出檢察廳。本件 3 名指定律師經檢察廳協助，均取得卷宗資料的完整影本得以攜回事務所。

關於檢察事務官部分，最初未配置特定的檢察事務官，但經過指定律師要求後，於起訴前指定 1 名檢察事務官，起訴後指定 2 名檢察事務官提供協助。起訴前補充偵查對嫌疑人進行訊問，是由檢察事務官在場製作筆錄。起訴後進行公判前整理程序亦有檢察事務官一同出席。

關於偵查費用、鑑定費等支出，須事先與檢察廳總務部商談，就鑑定須提出記載委託對象與報酬的預算書。其中鑑定費用部分，因本案最終的死傷結果發生於 2001 年 7 月 28 日，以該時點來計算追訴權時效，應於 2006 年 7 月 28 日完成。案件爭點之一為第一波起訴之人員與本案的前副署長是否成立過失犯的共同正犯，是否屬於刑訴法第

¹⁶ 相當於我國地方檢察署的襄閱主任檢察官。

254 條第 2 項的共犯而可以停止追訴權時效。就此指定律師請 2 名學者作成意見書，這一部分的費用檢察廳原認為提出法律意見屬於也是法律專家的指定律師的職務內容之一，沒有必要再向外部專家尋求意見，而拒絕支付，費用為指定律師先行墊付。之後在公判中意見書被採納為調查對象後，檢察廳經指定律師再次請求支付費用時，即支付全額費用。

（二）關於補充偵查

本件指定律師進行的補充偵查內容如下：①在第一波起訴案件的偵查中，偵查機關未取得的，未作為證據被提出的事發前後明石警察署內照片、事發前拍攝行人天橋的錄影，指定律師與所有人聯繫，以任意提出的方式取得證據；②就第一波起訴案件的卷宗、證物，以搜索扣押令狀向神戶地方裁判所執行。③向明石警察署署員多人進行詢問調查，但並無人同意製作筆錄。④向大量人潮警備之專家之大學教授，就應行作法詢問其見解，作成檢察官筆錄。⑤就犯罪嫌疑人前副署長進行補充偵訊，有辯護人在場，出示映像等客觀資料而記錄其辯解，製作供述筆錄，辯護人亦簽名。⑥就上述法律問題請 2 名學者作成法律意見書。

就補充偵查，指定律師認為的問題點有二：①關於偵查輔助人力，較之檢察官與檢察事務官密切合作進行的偵查，指定律師的偵查能力有其界限。②偵查指揮權不明確。如果檢察廳認為相關人員派遣與偵查費用支出為無必要，指定律師所考慮的充分的補充偵查，事實上將難以進行。¹⁷

¹⁷ 以上內容均引自安原浩・中川勘太・長谷部信一「強制起訴事件指定弁護士の実務経験（指定

四、結語

檢察審查會作為對檢察官不起訴處分的監督機制，為求其制度具有實效，強制起訴制度有其意義。但強制起訴決議作成後，在檢察官已二度不起訴的情況下，後續宜由何人進行補充偵查、實行公訴，是為難題，日本制度下的指定律師不失為一可能的方式。用比喻的說法，指定律師作為代替檢察官的角色，猶如 DH 制棒球比賽中的敗戰處理救援投手，無法棄賽，只能把比賽投完（只能起訴），又無法自己進攻搶分（補充偵查困難）。尤其我國原已有再議之不起訴監督機制，如再新設類似檢察審查會之常設監督機制類型，將多軌運行，是否事倍功半，應審慎評估。

參考文獻

專書

1. 司法研究所檢察教官室編，2016 年，檢察講義案【平成 27 年版】，法曹會。

期刊

1. 中島宏，2013 年 3 月，檢察審查會と公訴のあり方，法学ゼミナー698 号。
2. 阿部泰隆，2016 年 2 月，檢察審查会の強制起訴議決制度のあり方，自由実務ゼミナー644 号。

弁護士の立場から）」自由と正義 67 卷 12 号 53 頁以下。另外，由於目前我國審理模式與日本不同，且三審結構中事實審、法律審的劃分與日本亦不盡相同，故關於指定律師提起公訴後實行公訴的部分，予以省略。有興趣的讀者可自行參考上述文獻。

3. 田中輝和，2016年3月，檢察審査会問答 2015，東北学院大学法学政治学研究所紀要 24号。
4. 川崎英明，2016年12月，強制起訴制度の改革課題と檢察審査会制度，自由と正義 67卷12号。
5. 山下幸夫・神洋明，2016年12月，檢察審査会制度改革後の運用状況と弁護士が果たすべき役割，自由と正義 67卷12号。
6. 安原浩・中川勘太・長谷部信一，2016年12月，強制起訴事件指定弁護士の実務経験(指定弁護士の立場から)，自由と正義 67卷12号。

政府機關刊物

1. 黃佳彥，2018年，再議制度之改進建議—探討日本檢察審査會運作成效暨對我國法制之借鏡，107年度法務研究選輯，法務部。