

人民觀審制之建構（五）

司法院刑事廳 林廳長俊益
林法官信旭 著

壹、前言

貳、人民觀審制之優點

參、觀審法庭之組成

肆、適用人民觀審制之案件（以上，第 58 卷第 3 期揭載）

伍、被告對人民參與審判有無選擇權

陸、觀審員及備位觀審員

柒、候選觀審員（以上，第 58 卷第 4 期揭載）

捌、觀審員及備位觀審員資格要件

玖、辭退事由

拾、觀審員及備位觀審員選任方式及程序

二、候選觀審員到場前之程序（以上，58 卷第 5 期揭載）

拾壹、觀審員解任

拾貳、觀審員、備位觀審員及候選觀審員之保護（以上，58 卷第 6 期揭載）

拾參、準備程序

一、觀審審判程序之應有特色

二、觀審案件與準備程序關係

- (一)、應行準備程序之理由
- (二)、合併行觀審審判之案件亦應行準備程序
- (三)、被告應於準備程序到庭
- (四)、提前充實被告之辯護人依賴權
- (五)、準備程序與選任程序之關係

三、觀審員不參與準備程序

四、準備程序與預斷排除關係

五、準備程序之基本方針與處理事項

- (一)、基本方針
- (二)、處理事項

六、當事人與辯護人之協力義務

- (一)、檢察官方面
- (二)、被告方面
- (三)、辯護人方面

七、證據裁定

- (一)、證據裁定之必要性
- (二)、證據裁定之主體及其救濟
- (三)、應為證據裁定而未為裁定

(四)、已為證據裁定但未為證據調查

八、準備程序終結後之法律效果

(一)、撤回傳聞證據之同意

(二)、聲請證據調查失權效

(三)、準備程序與羈押關係

九、公開行準備程序

拾參、準備程序

一、觀審審判程序之應有特色

觀審員、備位觀審員（以下如無特別指明，觀審員一詞均包含備位觀審員）犧牲工作、生活到庭參與審判，如無法事先預見負擔程度及審理時程，恐難獲得人民協力。如審理終了時間浮動不定，或人民須長時間參與審理，可能演變成僅有時間餘裕之退休人士或無職待業者始可能參與審判之非常態結果，顯與跨領域廣納人民多元意見之觀審制度旨趣相違。因此為確保人民得以實質參與，引進人民觀審制後，審判程序除仍應維持究明案件真相，保障被告權利等刑事審判基本原則外，允宜注入下述對應元素，形塑嶄新之審判風貌：

1、爭點明確化，審理充實化：

法院於第一次審判期日前如能事先整理爭點，以爭點為中心進行審判程序，嚴選證據，攔阻不必要之證據資料流入審判程序，應能避

免觀審員混亂困惑，觀審員即能於公判庭中以眼觀耳聽輔以簡單詢問方式，理解審判內容，形成正確心證，先作判斷。反之，如未行準備程序，於案情失焦，爭點擴散之情況下，使人民長時間到場參與審判，對觀審員而言，定會增加痛苦指數，難以期待實質參與審判。

2、審判活動淺顯易懂化：

對刑事裁判不具專業知識之觀審員而言，如控辯雙方未能以易於理解可能之方法陳述主張及展現證據，觀審員恐難為實質評議。因此，審檢辯三方者應以觀審員得以迅速完全領會理解方式進行訴訟行為¹，落實口頭、直接主義。

3、迅速審結減輕人民負擔：

審判程序應連日接續開庭，嚴謹控管審理時間及日程表，於合理時間內迅速集中審結，盡可能減輕參與審判人民生活、經濟及精神各層面之負擔²，使觀審員確實集中心力於案件爭點，保持新鮮記憶，不間斷一氣呵成以形成心證。

二、觀審案件與準備程序之關係

(一)、應行準備程序之理由³

¹ 秋山敬，〈争点整理・証拠厳選等に関する諸問題(上)〉，判例タイムズ 1311 號，2012 年 2 月 1 日，第 69 頁。

² 大島隆明，〈公判前整理手続の概要〉，刑法雜誌 47 卷 1 號，2007 年 11 月，第 54、55 頁；日本最高裁判所事務總局刑事局，〈模擬裁判の成果と課題〉，判例タイムズ 1287 號，2009 年 3 月 15 日，第 8 頁。

³ 非觀審適用對象案件，刑事訴訟法（以下稱刑訴法）第 273 條第 1 項係規定，法院「得」於第一次審判期日前，行準備程序/。亦即，法院不必然應行準備程序。

實施人民觀審制後，審判程序應先雕塑調整成：(1)案件爭點明確化；(2)審理內容充實化、時程迅速化，法庭活動淺顯易懂化；(3)觀審員負擔減量化，俾觀審員實質參與審判，實現人民參與審判旨趣。基此，準備程序相對於觀審審判程序，即有如跳遠競賽前之助跑準備動作，是以法院於第一次審判期日之前，自「應」行準備程序，其主要理由如下：

1、準備程序是觀審審判程序得以發揮實效之重要關鍵：

刑事裁判迅速集中化，不僅可縮短審判時程，減輕參與審判人民負擔，更可使觀審員保持新鮮記憶，進行實質評議，形成適正心證。然為進行以爭點為中心之集中連日審理，實現充實迅速刑事裁判，如未事先於第一次審判期日前行準備程序，整理案件爭點、嚴選證據及擬定明確合理審理計畫，實無以為功⁴。足見，適用觀審之案件，準備程序與審判程序有如緊密咬合之前後齒輪關係，為人民觀審制不可欠缺之重要前提機制。甚可以說，準備程序乃適用觀審案件得否順利運行之重要關鍵⁵，攸關人民觀審制能否發揮其應有之實效。

2、準備程序預估審理時間係判斷候選觀審員聲請辭退之審酌因素：

準備程序應擬定審理計畫，精確預估審理時間，候選觀審員得預

⁴ 辻裕教，〈刑訴法等の一部を改正する法律(平成 16 年法律第 62 号)について(1)〉，法曹時報 57 卷 7 號，2005 年 7 月，第 76、77 頁。

⁵ 酒井邦彦，〈公判前整理手続の実施状況－施行 1 年を振り返って〉 判例タイムズ 1229 號，2007 年 3 月 15 日，第 33 頁；鯨越溢弘，〈裁判員制度と公判前整理手続－争点整理・証拠開示を中心として〉，法律時報 77 卷 4 號，2005 年 4 月，第 35 頁。

見審理時程，調整工作、家庭及生活作息，或考量負擔是否過鉅而聲請辭退，法院亦可將審理時間列為聲請辭退是否正當合理之審酌因素⁶。

3、縝密的準備程序係防禦策略成功之不二法門：

對被告及辯護人而言，於準備程序階段決定防禦方針，擬定向觀審員訴求之重點，俾於後續審判程序順利開展觀審員易於瞭解之訴訟活動，亦有助於被告防禦權之落實行使⁷。

4、準備程序係決定是否行觀審審判之前置程序：

(1)、觀審草案第 5 條第 2 項規定，是否行觀審程序，以檢察官於準備程序終結前主張之起訴法條為準，是為盡早確定公訴案件所涉法條是否為觀審草案第 5 條第 1 項射程所及，法院自應行準備程序，以決定案件後續程序走向軌道。

(2)、觀審草案第 6 條第 1 項設計 4 款排除適用觀審程序事由，雖同條項未限縮法院應於準備程序終結前判斷裁定之。但法院如能於準備程序終結前，事先調查審認案件是否有同條項所定不宜行觀審程序事由，即毋庸通知候選觀審員到場，甚或抽選出觀審員後，再裁定不行觀審審判之無益程序浪費。

(3)、觀審草案第 7 條第 1 項規定，檢察官以被告犯應行觀審審判之罪

⁶ 山上圭子，〈公判前整理手續の運用〉，刑法雜誌 47 卷 1 號，2007 年 11 月，第 79 頁。

⁷ 岡慎一於〈「裁判員制度座談會 法曹三者の構想」〉座談會之發言，法學セミナー 623 號，2006 年 11 月，第 11 頁。

與非應行觀審審判之罪，而合併起訴者，應合併行觀審審判。但關於非應行觀審審判之罪，法院得於「第一次審判期日前」，經踐行意見聽取程序後，裁定不行觀審審判。足證，法院如未先行準備程序如何聽取兩造意見，調查並裁定合併起訴之非應行觀審審判之罪是否不行觀審程序？

(4)、法院於準備程序終結前可斟酌案件審理時間、內容、性質等相關因素，與檢辯兩造於準備程序討論選任觀審員所須時間、應通知到場候選觀審員人數，應否選任備位觀審員及其人數⁸。

(5)、為調查候選觀審員與案件有無特殊關係、有無同種犯罪經驗，接觸瞭解案件程度，法院得於觀審員選任期日使用「當日用調查表」⁹，供法院及檢辯兩造迅速查明候選觀審員有無觀審草案第 15 條所定之不適格事由、第 13 條第 10 款之偏頗不公正事由，以縮短選任程序時程。為此，法院可於準備程序時，曉諭檢辯兩造提出或討論「當日用調查表」應調查詢問事項為何。

5、日、韓立法例之實效印證：

日本裁判員法第 49 條規定，法院應於第一次公判期日前，就裁判員對象案件行公判前整理程序（相當於觀審草案之準備程序）；於第二次大戰前施行之大正陪審法第 35 條規定，陪審對象案件，審判

⁸ 池田修，〈解說裁判員法—立法の経緯と課題〉，2005 年 7 月 30 日初版 2 刷，第 96 頁。

⁹ 楡井英夫，〈「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則」の概要と選任手続の具体的イメージ〉，ジュリスト 1340 號，2007 年 9 月 1 日，第 80、82 頁。

長應指定公判準備期日。韓國國民參與刑事審判法第 36 條第 1 項前段亦規定，被告依第 8 條規定表明適用國民參與審判意思時，審判長應將適用案件交付行公判準備程序。足見，參照日、韓 2 國人民參與審判立法例，準備程序確是人民參與審判之必備前提。

為此，觀審草案第 37 條第 1 款、第 39 條第 1 項序文規定：行觀審審判案件，為使觀審員易於理解實質參與，並避免造成其時間與精神上過重負擔，法院「應」於第一次審判期日前行準備程序，法官、檢察官及辯護人更應於準備程序，進行詳盡之爭點整理。

其次，於維持刑訴法第 264 條第 3 項卷證併送規定之現狀下，為遮斷受訴法院全體法官單方繼受偵查機關檢送卷證資料，避免心證傳遞將審判程序操作成重現偵查紀錄內容之不公平質疑，盡量縮短觀審法庭成員間之資訊落差，擔保觀審員得以對等實質參與審判，觀審草案第 39 條第 1 項序文另明文規定：「法院·『應』·以法官一人為受命法官」，而非刑訴法第 279 條第 1 項所規定：「為準備審判起見，『得』以庭員一人為受命法官·使行準備程序」（亦即於刑訴法規定下，得由合議庭三名法官行準備程序）¹⁰。準此，觀審審判之法院自不得由受訴法院全體法官行準備程序。

（二）、合併行觀審審判之案件亦應行準備程序

¹⁰ 日本裁判員制，基於適用案件之性質，實務上似多由合議庭 3 名法官擔當公判前整理程序，參杉田宗久，〈日本における裁判員制度の手續と運用〉【2013 年 1 月 31 日講演原稿】，第 4 頁。

除有刑訴法第6條第3項前段裁定移送上級法院合併審判及觀審草案第6條第1項、第7條第1項但書所定裁定不行觀審程序情形外，依觀審草案第7條第1項前段規定，與應行觀審審判案件（以下稱觀審案件）合併之其他非應行觀審審判之罪（以下稱非觀審案件），均應合併行觀審審判。

茲有疑義的是，合併審判之非觀審案件是否亦「應」行準備程序？按觀審草案第7條第1項前段規定，合併審判之非觀審案件應「行觀審審判」，第39條第1項序文規定，「行觀審審判」案件應行準備程序，而非規定第5條第1項之案件應行準備程序，足見，第39條第1項序文之規範範圍，應不侷限於第5條第1項之觀審案件。又觀審案件與非觀審案件經合併起訴者，案件內容及證據資料可能多具關連性，基於前述觀審案件應行準備程序旨趣，合併審判之非觀審案件亦應行準備程序¹¹。

（三）、被告應於準備程序到庭

觀審草案第39條第1項序文規定，「法院應『傳喚被告』到庭，行準備程序」，同條第4項更明定，「當事人不到庭者，不得行準備程序」，因刑訴法第3條規定，當事人謂檢察官及被告。足徵，觀審草案設計被告係準備程序不可欠缺之必要程序主體。

¹¹辻裕教，〈「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(3)〉，法曹時報60卷3號，2008年3月，第30頁。

相對於刑訴法第 273 條第 5 項之規定「第 1 項之人（被告包含其中）經合法傳喚，無正當理由不到庭者，法院得對到庭之人行準備程序」。準此，被告縱未到庭，法院亦得不受影響而行準備程序。又參照日本刑訴法第 316 條之 9 第 1 項規定，被告固得於公判前整理程序到庭參與，惟基於以下理由，被告雖未到庭，法院亦得行公判前整理程序：

- 1、公判前整理程序為整理爭點及證據之訴訟準備手續，一般而言，辯護人均能事先與被告充分溝通以進行訴訟活動，不致違反被告意思而為訴訟行為。因此，被告縱未於公判前整理程序到庭，辯護人亦得根據與被告協商情形盡責參與公判前整理程序¹²。
- 2、如強制被告應於公判前整理程序到庭，反使該程序難以靈活機動運作，被告如有出庭必要，法院可依日本刑訴法第 316 之 9 第 2 項規定傳喚被告出庭，被告不必然到庭之設計，實質上並無任何弊害¹³。
- 3、公判前整理程序之處理事項是對應檢察官主張舉證之答辯及意見陳述，辯護人具有法律專門知識，足以防禦被告利益，強制被告到庭僅徒增被告之負擔而已。縱認被告有出庭必要，僅須要求被告於最後

¹² 日本司法制度改革推進本部事務局，〈「刑事裁判の充実・迅速化について（その 1）」の説明〉，2003 年 5 月 30 日，第 4 頁，瀏覽網址：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai19/19siryou1-2.pdf>。

¹³ 日本弁護士連合会裁判員制度実施本部編，〈公判前整理手続を活かす一新たな手続のもとでの弁護実務〉，2008 年 11 月 20 日 1 版 2 刷，第 32 頁。

公判前整理期日到庭，確認案件爭點及證據整理結果即可¹⁴，實毋庸要求被告須於歷次公判前整理期日到庭。

惟基於以下理由，我國操作模式似不必與日本採相同方式處理：

- 1、準備程序對被告具有重大利害關係，參與準備程序有助於被告知悉程序進行開展情形，被告到庭得與辯護人直接確認答辯主張及聲請調查證據方向。法院為澄清辯護人主張意旨，更可隨時向被告確認本意，避免被告日後主張訊息傳達錯誤溝通未盡，增加程序混亂及紛爭發生機會。足見，被告到庭參與準備程序，除足以保障被告行使防禦權之機會外，亦有助於盡速終結準備程序，順利開啟後續審判流程。
- 2、被告係最明瞭案件情節之人，為整理案件及證據之重要爭點，觀審草案第 39 條第 1 項第 3 款、第 2 項規定，受命法官得對被告為必要訊問，如被告未到庭，受命法官自無從訊問被告，整理案件及證據之重要爭點。
- 3、準備程序係攸關裁判結果之重要程序，重要性不亞於審判程序¹⁵。依刑訴法第 281 條第 1 項規定，被告既應於審判期日到庭，基於價值判斷上之一致性，被告亦應於準備程序到庭。

綜上，就辯護人答辯主張及準備書狀記載內容，為達確認被告意

¹⁴大島隆明，〈公判前整理手續に関する冊子の作成・配付について〉，判例タイムズ 1192 號，2006 年 1 月 1 日，第 11 頁。

¹⁵ 綠大輔，〈公判前整理手續—証拠の開示、争点の整理〉，法學セミナ 679 號，2011 年 7 月，第 114 頁。

思之目的，被告自應於準備程序到庭，如被告無正當理由而不到庭，法院得依刑訴法所定進行拘提等強制處分¹⁶，自不待言。

(四)、提前充實被告之辯護人依賴權

觀審草案第 39 條第 1 項序文規定，「行觀審審判之案件，法院『．通知辯護人到庭』，行準備程序，」；同條第 4 項規定，「第 1 項之辯護人不到庭者，不得行準備程序」。相較於刑訴法第 31 條第 1 項之強制辯護僅限於「審判中」¹⁷，顯然觀審草案將被告接受法律專門家援助時點提前至準備程序階段，以充實被告之辯護人依賴權。茲分析其理由如下：

1、保障被告訴訟防禦權：

準備程序之目的在於整理案件及證據爭點，被告應明示主張及聲請調查證據，且被告所提主張及聲請調查證據，對日後審判程序走向甚至裁判結果均有重大影響，被告於準備程序階段，如為錯誤主張或不當聲請，對被告可能釀成重大不利益。由於明示之主張及聲請調查證據須具備法律專門知識始得有效行使，準此，對被告防禦具有決定性影響之準備程序階段，為保障被告得適切有效行使防禦權，受辯護人援助自是不可欠缺。

¹⁶ 岩倉広修，〈公判前整理手続の實施(進行)に関する問題〉，判例タイムズ 1295，2009 年 7 月 1 日，第 11 頁。

¹⁷ 1982 年 8 月 4 日之立法修正理由為：修正本條第 1 項，於第 2 句增列「於審判中」4 字，第 4 句增列「審判」2 字，以示本條之規定僅適用於「審判程序」。

2、實現爭點整理實效性：

如無法根據準備程序階段檢察官揭示之主張及聲請調查證據，就本身證據及辯解，基於法律觀點以整理分析形式進行主張舉證，將難以充分實現爭點及證據整理；尤其於被告在押受拘禁時，或可能導致被告羈押長期化傾向，為儘速完成準備程序目的，於準備程序階段自應強化保障被告之辯護人依賴權¹⁸。

鑑於觀審案件準備程序之重要性，並對照觀審草案第5條第4項及第39條第4項等相關規定，足以探知觀審草案第5條第4項之「審判中」文句，應與刑訴法第31條第1項之「審判中」立法詮釋脫勾，採用擴張解釋，將其射程距離延伸至準備程序。

因辯護人是準備程序不可欠缺之訴訟參與人，如有下列情形，無論基於防止準備程序停滯導致訴訟遲延，或保障被告防禦權及受迅速審判權利，或擔保國家刑罰權適正行使，法院均應為被告指定辯護人：

- (1)、被告未選任辯護人。
- (2)、被告雖有選任辯護人，然辯護人無正當理由未到庭。
- (3)、辯護人雖有到庭但未經法院許可擅自退庭。
- (4)、法院依法院組織法第92條前段規定禁止辯護人辯護。

其次，為保障被告之辯護人依賴權，於準備程序階段充分準備，

¹⁸ 瀧野貴生，〈日本刑訴法インターネットコンメンタル第316條之4〉，2012年4月版，瀏覽網址：<https://www.lawlibrary.jp/inkom/LawFrame.aspx?type=151>。

儘早終結準備程序，法院似得參考日本刑事訴訟規則第 177 條、第 178 條第 2 項、第 3 項、第 217 條之 4 前段規定，於觀審案件繫屬法院時，以適宜方式告知被告於準備程序階段：

- (1)、得選任辯護人，如因貧困或其他事由無法選任時，得請求法院指定辯護人。
- (2)、無辯護人不得行準備程序。
- (3)、要求被告於指定期間內回答是否選任或聲請法院指定辯護人。
- (4)、被告如未於指定期間內回覆或選任辯護人時，法院得立即為被告指定辯護人。

(五)、準備程序先於選任程序之關係

觀審草案第 21 條以下及第 39 條第 1 項分別規定，法院應於第一次審判期日之前，行「觀審員選任程序」及「準備程序」，未明確界定二程序先後關係。惟基於上述應行準備程序理由，考量觀審員身體、精神負擔，個案性質，避免觀審員受到干擾請託等相關因素，法院宜基於負擔最小化及擔保裁判公平性目的，於觀審員選任期日終了當日、隔日或橫跨周末方式，隨即進行觀審審判程序¹⁹。足見，基於事

¹⁹ 大野正博，〈裁判員制度の現状と課題：刑事訴訟法の視点から〉，法政論叢 47 卷 1 號，2010 年 11 月 15 日，第 232 頁；日本最高裁判所製〈裁判員選任手續のイメージ案〉，2006 年 11 月，第 8 頁亦建議，如為通常案件，宜於上午終了裁判員選任程序，下午隨開始進行審理程序，瀏覽網址：http://www.courts.go.jp/saikosai/vcms_lf/80702010.pdf#search='最高裁判員イメージ'。

物本質觀點，準備程序期日應先行於觀審員選任程序期日²⁰。

三、觀審員不參與準備程序

引進人民參與審判之出發點，在於反映人民健全社會常識，觀審員自應參與審判程序、中間討論及終局評議。惟觀審員似無參與準備程序之可能性及必要性，其理由如下：

1、準備程序應較觀審員選任期日先行，法院行準備程序時，尚未選出觀審員，自無從要求觀審員參與準備程序。

2、行準備程序之目的在於整理爭點及證據裁定，非為形成實體心證之證據調查程序，對於觀審員心證形成，並無直接明顯關連性，觀審員自無參與必要性。且整理爭點及證據裁定事涉高度法律專業技術，觀審員是否有能力判斷，殊有疑義。

3、為順暢迅速進行審判程序，當事人及辯護人於準備程序須明示預計於審判程序提出主張之事實，法院應曉諭兩造聲請調查證據，整理爭點及擬定充實審理計畫。何況加上當事人及辯護人之庭外準備活動期間，準備程序可能難以連日進行，甚或無法迅速終結²¹，準備程序或將進行數月之久。準此，考量參與審判人民負擔，實不宜要求觀審

²⁰ 田口守一，〈刑事訴訟法〉，平成20年4月30日第4版補正版1刷，第269頁。

²¹ 日本自2009年5月21日開始實施裁判員制度迄2012年10月底止，適用裁判員適件之平均公判前整理程序期間為6.1個月，參最高裁判所，〈裁判員裁判の実施状況について（制度施行～平成24年10月末・速報）〉，第7頁，瀏覽網址：

http://www.saibanin.courts.go.jp/topics/pdf/09_12_05-10jissi_jyoukyou/h24_10_sokuho_u.pdf。

員參與長時期之準備程序。

4、審判長得利用審前說明程序，說明準備程序整理爭點及證據最終結果，並於不污染觀審員心證前提下，一併說明準備程序進行經過，當事人及辯護人更得依觀審草案第51條設計之開審陳述，向觀審員說明待證事實與聲請調查證據之關係。足證，觀審員縱未參與準備程序，觀審草案亦已設計觀審員可知悉準備程序經過及結果之配套機制。

綜上，觀審草案第44條第3項明定，觀審員於準備程序期日無須到庭。

四、準備程序與預斷排除之關係

觀審草案第39條第1項序文規定：「行觀審審判案件，法院應於第一次審判期日前，以法官一人為受命法官，行準備程序。」；第43條第1項、第2項規定：「法院應於準備程序終結前為證據裁定，裁定前受命法官得為必要之調查」；「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」。可見，觀審草案係採取由受訴法院法官主持準備程序整理爭點，並由法院為證據裁定之方案（以下稱法院擔當模式）。並不採準備及審判程序法官分離，並由準備程序法官專責整理爭點及證據裁定（處分）之機制（以下稱準備專責法官模式）。

法院擔當模式建制下，於第一次審判期日前，係由擔當審判程序之受命法官主持準備程序，並由法院為證據裁定。由於法院於第一次審判期日前有一定程度接觸卷證資料，故有論者認為該模式可能違反預斷排除原則，削弱公判中心主義，同時衍生法官與觀審員間資訊情報不對等疑慮²²。分析其理由如下：

1、基於預斷排除原則，參與本案審理判斷者，應盡可能於審判開始前階段，儘量不接觸卷證資料，且預斷排除目的既在防止判斷者援用不具證據能力證據，為事實認定及決定刑罰，擔當審判程序法官如參與準備程序，法官為判斷證據是否具有證據能力，不可避免於第一次審判期日之前多會接觸瑕疵證據內容，顯難以空白心證狀態蒞臨第一次審判期日。足見，法院擔當模式似與預斷排除原則有間²³。

2、法院為證據裁定，多會檢視聲請調查證據價值性高低，審酌當事人主張合理性，檢討是否有調查必要性，以致於第一次審判期日前，實質上多已就案件形成一定程度實體心證，與預斷排除原則不免處於難以兩立之緊張關係²⁴。

²² 日弁連司法改革實現本部，〈「裁判員制度」の具体的制度設計要綱〉，2002年7月31日，第23、24頁；自由法曹団，〈裁判員制度はどうあるべきか—自由法曹団の提言—〉，2002年9月，14頁。

²³ 瀧野貴生，〈裁判員制度と刑事手続改革〉，法律時報76卷10號，2004年9月，第33頁；大久保太郎，〈「刑事裁判の充実・迅速化」所感—司法制度改革審議会最終意見を読む〉，判例時報1765號，2002年1月11日，第13頁。

²⁴ 綠大輔，〈公判前整理手続—証拠の開示、争点の整理〉，法學セミナ679號，2011年7月第113頁；田淵浩二，〈裁判の迅速が公判の形骸化にならないために—公判前整理手続・即決裁判を対象に〉，法學セミナ630號，2007年6月，第28、29頁。

3、證據能力及證據調查必要性既係於第一次審判期日前，在觀審員未參與準備程序中判斷決定，不論為任意性或必要性判斷，於該階段所獲知之情報資料，並無對應設計對證明力判斷不生影響之擔保機制。且涉及證據周邊情節在僅有法院知悉情況下，法官與觀審員間自有情報落差之嚴重不對等情形，觀審員得否確實對等實質評議，實難謂無疑，毋寧說準備專責法官模式或較為理想²⁵。

4、法院於準備程序為證據裁定，具有劃設證據調查範圍，及審查證據證明力及信用性功能，決定審判程序界限及方向，使法官判斷具有形成力。足見，法院參與準備程序固得提升審判效能，但實質上無疑是審判程序之提前運作，並非僅止於單純之整理爭點及證據而已²⁶。

5、法院擔當模式下，觀審員僅能參與調查法院認有調查必要及有證據能力之證據，同時只能於法院篩選之爭點及嚴選之證據架構中形成心證，由於法院於準備程序業已接觸證據形成心證，而有誘導觀審員之高度可能性，致使審判程序弱化成確認法官心證之空洞場域，顯已違背人民參與審判制度旨趣²⁷。

6、準備程序縱認不是形成心證過程本身，但實與心證形成過程相連結，認為法院接觸卷證不致產生預斷之觀點，恐是一過度信賴法院而

²⁵ 水谷規男，〈裁判員の力を最大限に引き出すために〉，刑事弁護 41 號，2005 年，第 14 頁；鯉越溢弘，〈裁判員制度と公判前整理手続—争点整理・証拠開示を中心として〉，法律時報 77 卷 4 號，2005 年 4 月，第 39 頁。

²⁶ 春日勉，〈集中審理と迅速な裁判—訴訟指揮権拡大と裁判の合理化は何をもたらすのか〉，法政研究 76 卷 4 號，2010 年 3 月，第 281、282 頁。

²⁷ 自由法曹団，〈裁判員制度についての意見書〉，2009 年 2 月 17 日，第 17 頁。

欠缺制度性擔保公正裁判之空洞論述²⁸。而且法官與觀審員間剖析證據之知識、能力原即有不小差距，觀審員如察覺法官業已事先接觸證據，存有相當定見，於評議時恐難對抗法官意見。再者，法官與觀審員就案件實體內容如有證據資料不對等現象，實已欠缺足以對等形成心證之最低限水平條件²⁹。

綜上，法院擔當模式建制下，法院為判斷證據能力及證據調查必要性，接觸證據內容實無可避免，已抵觸預斷排除原則。為完全封鎖法院預斷可能性，似宜由準備專責法官行準備程序，不僅得消除預斷偏見及觀審法庭成員間資訊不對等質疑，復可由準備專責法官於第一次審判期日前，積極探知當事人及辯護人關於事前準備之情報資訊，自由接觸卷證資料³⁰。

惟法院擔當模式應不必然與預斷劃上等號，亦不必然會使審判、評議流於形式，其理由如下：

1、準備程序係為擬定明確審理計畫，充實迅速進行審判程序，以整理案件及證據爭點為其目的，法院並非為從當事人所提主張及證據形成心證，認為法院一接觸當事人所提主張及證據即立即會形成心證之

²⁸ 川崎英明，〈公判前整理手續と証拠開示〉，載於村井敏邦等3人編「刑事司法改革と刑訴法，下卷」，2007年7月25日1版1刷，第6頁。

²⁹ 參裁判員制度・刑事檢討會（以下稱刑事檢討會）第19回議事概要，2003年5月30日，第3、4頁，瀏覽網址：<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai19/19gaiyou.html>。

³⁰ 酒卷匡，〈刑事裁判の充実・迅速化--争点整理と証拠開示手續の構築〉，ジュリスト1198號，2001年4月10日，第148頁。

觀點，似有過於跳躍之疑³¹。易言之，法院於準備程序整理爭點及證據裁定，於必要範圍內，縱有接觸當事人所提主張及證據，並不因此即形成實體心證，故法院為擬定審理計畫，獲知必要情報資訊，應不當然就該案件產生預斷³²。

2、預斷排除原則主要在於斷絕法院繼受偵查機關檢送之卷證紀錄，就案件抱持片面預斷蒞臨審判程序之不公平現象。惟就準備程序本身而言，法院係於整理爭點擬定審理計畫必要限度內，於兩造當事人對等參與程序中，聽取當事人主張並為證據裁定，並非單方一造說服程序。兩造當事人參與之聞問程序更難理解為是承繼接棒偵查階段犯罪嫌疑之訴訟活動，自無損及法院之公正性及中立性。準此，法院如於必要範圍內，接觸案件或證據內容，而為一定程序判斷，自難認有抵觸預斷排除原則³³。

3、基於無罪推定原則，於任何訴訟階段，並無「無罪預斷」問題，於制度設計層面，反應致力於構築防止專為形成有罪心證之調節機

³¹ 椎橋隆幸，〈公判前整理手續の在り方について〉，刑法雜誌 47 卷 1 號，2007 年 11 月，第 96、99 頁。

³² 井上正仁，〈「考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について」の説明〉，2003 年 11 月 11 日，第 3 頁，瀏覽網址：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai29/29siryou2.pdf>；

大島隆明，〈刑事裁判の改革と裁判所の当面の課題〉，ジュリスト 1300 號，2005 年 11 月 1 日，第 46 頁。

³³ 日本最高裁判所事務總局，〈裁判員制度，刑事裁判の充実・迅速化，檢察審査会制度の在り方についての意見〉，2002 年 9 月 24 日，第 9 頁，瀏覽網址：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai7/7siryou21.pdf>；大澤裕，〈「新たな準備手續」と証拠開示〉，刑法雜誌 43 卷 3 號，2004 年 3 月，第 76 頁。

制。於準備程序整理爭點及證據裁定，法院聽取兩造意見及相關證據說明，其目的僅在擬定充實審理計畫，並非在於預斷有罪方向。在觀審草案第 39 條第 4 項被告、辯護人不到庭，不得行準備程序規定下，更不致於僅有檢察官一造參與之不對等狀況下，行準備程序之情形。足證，法院擔當模式似尚難認有涉及形成法院有罪心證之疑慮³⁴。

4、預斷係指接觸證據而形成有罪判斷，惟法院於準備程序階段基於當事人主張，正確掌握爭點，進行證據裁定，樹立充實審理計畫，並非為偷渡企求取得有關案件實體之心證，僅是為安排準備周全之審判程序，顯無未經合法證據調查程序形成一定心證之外象。且法院於準備程序針對當事人兩造聲請調查之證據，曉諭表明待證旨趣、詰問事項，就各個傳聞書面，確認是否有刑訴法第 159 條之 5 第 1 項之同意旨，所碰觸者乃是待證旨趣、詰問事項及同意意向，並非證據本身。足證，法院縱於準備程序階段知悉當事人主張，掌握公訴事實爭點所在，似尚難直接連結認有預斷之虞³⁵。

5、法院擔當模式運作下，參與準備程序之法院，固有可能獲知觀審員不知悉之情報訊息，二者間確非無可能產生資訊落差，但完全消除觀審法庭成員間之事實上資訊落差，似難謂可能。又依觀審草案第

³⁴ 安原浩，〈審理の充実・迅速化のための方策について—争点整理のための証拠開示を中心に〉，法律時報 74 卷 7 號，2002 年 6 月，第 46 頁。

³⁵ 酒卷匡，〈刑事裁判の充実・迅速化—争点整理と証拠開示手続の構築〉，ジュリスト 1198 號，2001 年 4 月 10 日，第 149、151 頁；長沼範良，〈事前準備と予断の防止〉，法學教室 266 號，2002 年 11 月，第 119、120 頁。

50 條第 1 項規定，訴訟程序上判斷既非觀審員職務，係由法院為之，法官與觀審員間不可避免會產生一定資訊落差，類此資訊落差於開始審判程序後，更非無可能發生。但因法院僅能基於審判程序調查所得證據資料裁判，不可援用此等落差資訊形成心證，亦不得於後續終局評議階段，使用未經顯現於審判程序之證據資料，更不得以此不當引導觀審員，或展現優勢立場。足見，法院既然不是基於準備程序所獲知之資訊形成心證，觀審員縱未獲知此等資訊，於事實認定及量刑方面，此等落差似不具任何意義³⁶，亦無多大弊害。

6、行準備程序目的既為充實迅速及活絡化審判程序，由受訴法院主持準備程序，毋寧較為效率經濟³⁷。參照日本於昭和 30 年代前半期之民事訴訟法修正案，亦曾設計「準備口頭辯護機制」，由不同庭別分工負責整理爭點及進行證據調查，但因實體審理法官未參與爭點整理，以致後續多不得不再開啟準備程序³⁸。足見為迴避想像上之預斷可能性，另設準備專責法官，惟專責法官事前準備結果，似未必得運用於後續審判程序，而有不切實際及難以期待順遂運作之憾。何況，

³⁶ 川出敏裕，〈公判前整理手続，ジュリスト 1268 號〉，2004 年 6 月 1 日，第 74 頁；井上正仁，〈「考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について」の説明〉，2003 年 11 月 11 日) 第 3 頁，瀏覽網址：<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai29/29siryou2.pdf>。

³⁷ 日本法務省，〈裁判員制度・刑事検討会における当面の論点に関する意見〉，2002 年 9 月 24 日，第 3 頁，瀏覽網址：<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai7/7siryou20.pdf>。

³⁸ 西村健，〈公判前整理手続創設および連日的開廷の法定化の経緯〉，刑事弁護 41 號（2005 年）第 21 頁。

人民參與審判成功關鍵之一即在於實現集中連日審理，準備專責法官所為事前準備及審理計畫既可能不為受訴法院接受，致受訴法院於審判程序進行中，可能須另行期日間準備程序，致觀審審判陷於浮動不安狀態，於迅速審結及評議上非無可能造成相當障害之風險³⁹。

7、受訴法院於準備程序時針對案件爭點、複雜程度、審理流程及預估審理時間等擬定審理計畫與審判程序階段形成實體心證，似非不得區隔分別。且準備程序目的既係為篩選爭點，以備於審判程序時針對爭點集中審理，由受訴法院先行準備程序，嗣於審理程序階段依據爭點進行訴訟指揮形成心證，毋寧較為適切更有效率⁴⁰。

查準備程序出發點在於經由事先充分縝密準備，使審判程序充實集中化，並非取代或使審判程序形骸化⁴¹。且預斷排除原則主要著眼點在於防止法院單方繼受偵查機關移送卷證資料形成片面心證之不公平現象，如於整理爭點必要限度內，兩造當事人對等參與前提下，聽取整理當事人主張，於證據裁定必要範圍內適度檢視確認證據，既非片面承受一造當事人心證，更非判斷證據信用性而就案件實體形成心證，似難認有違反預斷排除原則該命題⁴²。況於準備程序所為之爭

³⁹ 稻川龍也，〈公判前整理手續の実務〉，山梨学院ロー・ジャーナル 6 號，2011 年 7 月 30 日，第 128 頁。

⁴⁰ 參刑事檢討會第 19 回議事概要（2003 年 5 月 30 日），第 3、4 頁，瀏覽網址：<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai19/19gaiyou.html>。

⁴¹ 長沼範良於「国民の司法参加・刑事司法 一(鼎談・意見書の論点④)」之發言，ジュリスト 1208 號，2001 年 9 月 15 日，第 119 頁。

⁴² 日本最高裁判所，〈国民の刑事司法の在り方〉に関する裁判所の意見，2000 年 7 月 25 日，第 3 頁，瀏覽網址：<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai26/26siryou5.html>；井上正仁於「国

點整理、證據裁定及審理計畫，既決定審判程序走向及證據調查方向，由擔綱審判運作之受訴法院行準備程序似有其必要性，亦較為妥適。

綜上，觀審草案採取法院擔當模式，似尚難認為無理。至於如擔慮法院繼受偵查機關片面心證形成偏見，或許正本清源之道，應是檢討刑訴法第 264 條第 3 項卷證併送制度，檢討是否引進起訴狀一本主義，從根本上切斷偵查與審判傳統接棒思維，而非選擇難認實際或可能無實益之準備專責法官機制。

五、準備程序之基本方針及處理事項

(一)、基本方針

導入人民參與審判制度後，為實現簡明易懂、適正迅速裁判、減輕參與人民負擔及解明案件真相等基本目的，參照日本為施行裁判員制度配合增訂之「公判前整理程序」實施經驗，法院行準備程序時，似可參酌以下基本方針：

1、準備程序目的在於擬定適合人民參與之合理審判計畫，並於第一次審判期日前明確預估終結審理所需日數，法院不宜抱持且戰且走心態，怠忽整理爭點及證據裁定，視審理風向再決定後續審理節拍，使

民の司法参加・刑事司法 一(鼎談・意見書の論点④)」>之發言，ジュリスト 1208 號，2001 年 9 月 15 日，第 120 頁；辻裕教，〈裁判員法・刑訴法〉，2005 年 7 月 20 日初版 1 刷，第 24 頁。

審判程序陷於混亂停滯⁴³。

2、人民參與審判終究不容許審理時間無限制拖長，為實現適正迅速審判，法院應針對案件核心選擇最佳必要證據，嚴選證據時除應削減證據數量外，亦應針對證據本身適度瘦身，使參與審判人民不致陷入證據資料過多旋渦當中，易於集中注意力，在公判庭形成正確心證。惟嚴選證據不等同單純減證據，法院應不可將解明訴訟核心部分之必要證據亦一併削減，以致無法拼湊案件全貌，剝奪人民參與判斷權，甚於審判期日衍生再啟聲請調查證據之情⁴⁴。

3、受訴法院應基於爭點整理及證據裁定必要最小限度內，接觸卷證資訊，不宜於準備程序階段檢驗證據具體證明力，更不宜將準備程序肥大化成公判先行之預審程序，侵害被告受公平法院審判之權利⁴⁵。

4、準備程序雖有助於實現充實迅速審判程序，惟為力行集中審理，準備程序本身不免須耗費相當時間⁴⁶。考量被告受迅速審判權利、在押被告人身自由、被害人情緒，及人民參與審判因強調言詞主義，須盡量保持證人等訴訟關係人之記憶新鮮度等因素，參照日本刑訴法第316條之3第1項規定，法院允宜致力於儘速終結準備程序。又為縮

⁴³ 松本芳希，〈裁判員制度の下における審理・判決の在り方〉，ジュリスト 1268 號，2004 年 6 月 1 日，第 84、85 頁。

⁴⁴ 堀江慎司，〈刑事裁判の充実・迅速化〉，ジュリスト 1370 號，2009 年 1 月 1.1-15 日，第 128 頁、132 頁；米山正明，〈公判前整理手続の運用と今後の課題--大阪地裁における 1 年間の実施状況を参考にして〉，判例タイムズ 1228 號，2007 年 3 月 1 日，第 46 頁。

⁴⁵ 大谷直人，〈刑事手続改革の課題と展望〉，刑法雜誌 42 卷 2 號，2003 年 2 月，第 171 頁。

⁴⁶ 飯島英男於「裁判員制度をめぐって」座談會之發言，ジュリスト 1268 號，2004 年 6 月 1 日，第 31 頁。

短準備程序時間，法院似可運用「書狀先行機制」，針對爭點有無、內容及舉證計畫等，促請兩造先行交換協商，初步彙集爭點，再根據爭點複雜度、證據數量及兩造必要準備時間，開庭接續整理爭點。

5、法院為盡可能縮短人民參與審判拘束時間，固應擬定縝密審理計畫，惟毫無休息時間之審理計畫，不唯參與審判人民之集中力，訴訟當事人之集中力亦容易愈趨低下，不利於實現公判審理之充實化。尤其於證人應答較為遲緩、陳述預期外證言或為曖昧不明回答等，以致不得不大幅延長詰問時間，欠缺融通性之審理計畫，反而容易顯現破綻，難以應對。準此，擬定具有某程度餘裕之審理計畫，似不失為一無上良策⁴⁷。

（二）、處理事項

觀審案件準備程序處理事項，依觀審草案第 39 條第 1 項規定，除第 6 款所定依職權調查之證據予兩造陳述意見之機會、第 9 款之得命為鑑定或命為勘驗，為刑訴法第 273 條第 1 項所無⁴⁸，第 2 款配合觀審案件性質，調整為訊問被告及辯護人對檢察官起訴事實是否為認罪之答辯外⁴⁹，餘均無變更刑訴法第 273 條第 1 項規定。

低證據價值及欠缺關連性之證據，不僅會使觀審員混亂失焦，難

⁴⁷ 杉田宗久，〈公判前整理手續の現状と課題－裁判所の立場から〉，刑法雜誌 49 卷 1 號，2009 年 1 月，第 67 頁；秋田真志，〈弁護人の立場からみた公判前整理手續の現状と課題〉，刑法雜誌 49 卷 1 號，2009 年 1 月，第 100 頁。

⁴⁸ 惟依刑訴法第 279 條第 1 項、第 276 條第 2 項規定，受命法官行準備程序時，亦得命為鑑定。

⁴⁹ 亦即刪除「代理人」，「及決定可否適用簡式審判程序或簡易程序」。

以正確理解重要證據內容，形成適正心證，更會使審理長期化，加重觀審員負擔，侵蝕人民參與審判熱情，瓦解人民觀審制之基石。因此，法院為證據裁定及依第 1 項第 7 款規定決定證據調查範圍時，似可參照日本刑事訴訟規則第 189 條之 2 規定之精神，針對待證事實嚴選必要最佳證據，過濾重複及無助於闡明事實真相之證據，合理縮小證據調查範圍，減少證據分量，使證據調查直接連結案件核心，縮短審理時程⁵⁰。尤其，於重視言詞、直接審理原則之觀審審判程序，適度減少證據書面數量，更是不可逃避之挑戰。

又為使審檢辯三者及被告共通認識爭點及證據整理結果，連結後續審判程序，進行計畫充實審理程序，於準備程序終結時，受命法官似得參照日本刑訴法第 316 條之 24 之規定，就當事人預計於審判期日提出之主張內容、彙整之爭點、於審判期日應調查之證據及其順序、方法，審理計畫等，向當事人及辯護人確認之，確保準備程序之實效性。

其次，行準備程序時，為利於法院作成證據裁定，受命法官得否調查相關訴訟事實？日本實務就此似多認為：自白任意性與信用性判斷頗難切割，任意性判斷明顯左右起訴事實之成否，排除違法蒐集證據與否，直接連結實體心證，基於公判中心主義之觀點，不宜於準備

⁵⁰ 日本最高裁判所事務總局刑事局，〈模擬裁判の成果と課題〉，判例タイムズ 1287 號，2009 年 3 月 15 日，第 13 頁；佐藤文哉，〈裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について〉，判例タイムズ 1110 號，2003 年 3 月 15 日，第 7 頁。

程序階段提前調查⁵¹。惟我國未必應採取與日本實務相同之操作模式，其理由如下：

1、刑訴法第 222 條第 2 項規定，為「裁定」前有必要時，得調查事實，該條項所指之裁定並未將「證據裁定」排除在外。且準備程序功能之一在於篩選證據，決定審判期日證據調查範圍，法院為決定證據調查範圍，於準備程序階段實有調查關於證據能力事實之必要性。觀審草案於第 43 條第 1 項規定，法院應於準備程序終結前，為證據裁定受命法官得為必要之調查，係呼應現行刑訴法規定及實務⁵²需要所為之設計。

2、如將自白任意性及違法蒐證訴訟事實保留至審判期日再予調查，並允觀審員參與，則原應被排除之證據，證據能力雖終被否定，不得作為證據使用，但因參與審判人民業已受到無證據能力污染，難免影響心證之形成⁵³，損害裁判之公正性。

3、如將自白任意性及違法採證爭議保留至審判程序才加以調查，可能面臨下述問題：

(1)、觀審草案第 50 條第 1 項規定，證據能力判斷專由法官合議決定

⁵¹辻裕教，〈刑訴法等の一部を改正する法律(平成 16 年法律第 62 号)について(1)〉，法曹時報 57 卷 7 號（2005 年 7 月），第 89、90 頁；大阪弁護士会裁判員制度実施本部編，〈コンメンタル公判前整理手続〉，2007 年 11 月 30 日 1 版 5 刷，第 50 至 50 頁。

⁵² 最高法院 96 年度台上字第 3481 號判決要旨：證據能力有無之認定，於審判期日前，另以裁定為之，更合乎法律現制規定之精神。

⁵³ 日本弁護士会連合会裁判員制度実施本部編，〈公判前整理手続を活かす part2(実践編)〉，2009 年 1 月 30 日 1 版 3 刷，第 118 頁。

之，證據能力判斷既非觀審員職權，得否允准觀審員參與調查，不無疑義。

(2)、不准觀審員參與調查，觀審員豈不是須於法院調查時枯坐乾等，浪費觀審員之寶貴時間？觀審員既不得參與調查，則法院為何不於準備程序先予調查？

(3)、法院於準備程序調查，得於第一次審判期日前事先排除無證據能力證據流入審判庭，瘦身證據分量，減少證據提示、辯論所需時間，促成另一面向之訴訟經濟⁵⁴。

(4)、保留至審判期日才加以調查之作法，法院可能難以擬定縝密之審理計畫。縱勉強擬定，因調查證據能力訴訟事實之反射作用，審理計畫恐有浮動搖晃傾向，須為相當程度變更，因而增加審判期日之審理時間，影響人民參與審判意願。

綜上，為避免觀審員受到污染，減輕觀審員之負擔，強化有效率的進行審判程序，於我國現行刑事程序建制下，未必須採取與日本法院實務相同之操作。

附帶一提的是，準備程序階段固可運用刑訴法第 159 條之 5 第 1 項規定，使傳聞證據書類取得證據能力。惟證據資料如分散於數則書面證據，審判長縱踐行朗讀或要旨告知程序，觀審員亦恐難理解證據

⁵⁴ 張永宏，論證據裁定制度－兼從國民參與審判制度的角度思考，司法週刊 1590 期（2012 年 4 月 19 日），第 2 版。

內容。基於觀審員簡明易懂觀點，法院似可參照活用日本刑訴法第 327 條「合意書面」規定，摘錄彙整數則書面證據之必要部分，經檢辯及被告連署合成一合意書面後，於審判程序調查之⁵⁵。

六、當事人與辯護人之協力義務

審檢辯三者與被告如能於準備程序階段，充分整理案件及證據爭點，擬定以爭點為中心之審理計畫，應可於後續審判程序連日開庭，實現集中迅速裁判。反之，如當事人及辯護人未能體認準備程序係審判程序開始前之助跑準備動作，於審判程序時始突襲提出主張或聲請調查證據，法院為因應該情，可能須花費相當時日被迫中斷連日開庭計畫，增加觀審員負擔及外界干擾機會。因此，為使準備程序發揮實效，當事人及辯護人之協力義務，是不可欠缺之關鍵要素。簡言之，準備程序之成否，繫諸於當事人及辯護人之協力⁵⁶。為此，觀審草案於第 37 條第 1 款規定，行觀審審判案件，檢察官及辯護人於準備程序，應進行詳盡爭點整理；同草案第 39 條第 1 項第 1 款至第 5 款、第 2 項規定，法院為釐清起訴效力所及範圍、認罪與否、重要爭點、證據能力意見、曉諭聲請調查證據，得對當事人及辯護人訊問。

（一）、檢察官方面

⁵⁵大島隆明，〈公判前整理手續に関する冊子の作成・配付について〉，判例タイムズ 1192 號，2006 年 1 月 1 日，第 26 頁。

⁵⁶谷川恒太，〈刑事裁判の充実・迅速化に向けた検察の取組と課題〉，ジュリスト 1300 號，2005 年 11 月 1 日，第 57 頁；大島隆明，〈刑事裁判の改革と裁判所の当面の課題〉，ジュリスト 1300 號，2005 年 11 月 1 日，第 47 頁。

檢察官指出待證事實及聲請調查證據，不僅是被告及辯護人明示證據調查意見及提出答辯主張之前提，更是法院整理案件爭點及證據，擬定審理計畫之出發點⁵⁷，檢察官如遲延提出，恐會招致準備程序延宕，阻害被告方面之防禦準備。

為使案件爭點及證據整理順暢進行，檢察官提出準備程序書狀記載待證事實時，參照日本刑事訴訟規則第 217 條之 19 第 1 項規定，宜具體簡潔明示案件爭點及證據整理必要事項，同時正確載明待證事實與聲請調查證據間之關係，俾被告及辯護人得以檢察官之立證旨趣為前提，就證據能力有無、關連性及必要性等方面陳述意見，法院再參酌檢察官立證旨趣及對造意見，進行證據裁定，排定證據調查順序、時間及方法⁵⁸。為此，觀審草案第 40 條重申刑訴法第 163 條之 1 第 1 項明確規定，檢察官因準備程序之必要，應以準備程序書狀分別具體記載：(1)、聲請調查之證據及其與待證事實之關係；(2)、聲請傳喚之證人、鑑定人、通譯之姓名、性別、住居所及預期詰問所需之時間；(3)、聲請調查之證據文書或其他文書之目錄。僅聲請調查證據文書或其他文書之一部分者，應將該部分明確標示，提出於法院，明定

⁵⁷ 岡慎一，〈公判前整理手續における「争点の整理」〉，ジュリスト 1300 號，2005 年 11 月 1 日，第 62、63 頁。

⁵⁸ 水島和男，〈檢察官による証明予定事實記載書面の提出と証拠調請求、被告人・弁護人の主張明示等に関する問題〉，判例タイムズ 1296 號，2009 年 7 月 15 日，第 17、19 頁；馬渡香津子，〈公判前整理手續からみた立証趣旨のついて〉，載於植村立郎判事退官紀念論文集第 3 卷，平成 23 年 7 月 20 日第 1 刷，第 5 頁。

檢察官負有提出準備程序書狀義務。因本條已明定檢察官應以「書狀」方式提出，且其目的在使檢察官之主張及聲請明確化。準此，於觀審準備程序，似有限縮刑訴法第 163 條之 1 第 3 項以言詞方式提出之適用餘地。

其次，參照觀審草案第 42 條第 2 項規定，辯護人於準備程序期間得另提準備程序書狀補充更正，及日本刑訴法第 316 條之 21 第 1 項、第 2 項規定⁵⁹，於準備程序進行中，檢察官如有追加、變更待證事實，或有追加聲請調查證據必要時，似亦應以書面方式，向法院提出⁶⁰。另為使準備程序儘速終結，法院似亦可參照日本刑訴法第 316 條之 13 第 4 項規定，於聽取檢察官、被告及辯護人之意見後，指定檢察官應提出準備程序書狀之期限。

（二）、被告方面

1、訊問被告有無違反緘默權及不自證己罪原則之爭議

觀審草案第 39 條第 1 項、第 2 項規定，為整理爭點及證據裁定作成審理計畫書，法官得於準備程序階段提前訊問探詢被告陳述，相較現行刑訴法第 273 條第 1 項第 2 款前段文義明定僅得訊問被告是否為認罪之答辯。草案規劃之準備程序，法官訊問深度、程度顯然較為

⁵⁹ 日本刑訴法第 316 條之 21 第 1 項、第 2 項規定：第 316 條之 13 至前條規定之程序終了後，檢察官認有追加或變更待證事實必要時，應迅速向法院提出及向被告或辯護人送交追加或變更待證事實書狀，並準用第 316 條之 13 第 1 項後段之規定。檢察官為證明待證事實認有追加聲請調查證據必要時，應迅速聲請調查證據，並準用第 316 條之 13 第 3 項規定。

⁶⁰ 司法院刑訴法研究修正委員會增訂之 270 條之 6 第 2 項亦規定：準備程序終結前，有補充或更正待證事實或聲請調查證據書狀記載事項之必要時，檢察官應另提出準備程序書狀。

寬鬆。對此有批評者認為：

- (1)、緘默權射程包括不為陳述自由及供述時期選擇自由，法官得於準備程序時就必要實體事項訊問被告，無異強要被告決定何時陳述，改變緘默權原有形貌⁶¹。
- (2)、為整理爭點及證據裁定作成審理計畫書，於準備程序階段對被告進行訊問，形同檢察官於尚未進行公判舉證活動前，即要求被告明示防禦方針，已違反不自證己罪原則⁶²。
- (3)、被告於準備程序階段即須應訊明示答辯主張及聲請調查證據，形成彈劾主張與實際彈劾行為，割裂成不在同一軸線異時進行之異元程序，不可避免對被告造成不利益。蓋被告方面實際彈劾活動時點係在審判程序，但提示彈劾重點係在準備程序，二者不論是在程序或時間方面皆有落差。茲因在準備程序終結，接受他造主張後，得補充提出新主張及聲請調查新證據，檢察官適得利用此機會修正克服本身主張弱點，以致被告須承受檢察官強化主張後，超過彈劾檢察官主張之積極無罪舉證負擔，似難認無違反不自證己罪原則⁶³。

本文認為上述質疑或有過慮之虞，其理由如下：

- (1)、準備程序階段是否提出主張及聲請調查證據為被告自由，被告終

⁶¹ 小坂井久，〈主張明示義務と黙秘権〉，刑事弁護 41 號，2005 年，第 78 頁。

⁶² 椎橋隆幸，〈刑事訴訟法の理論的展開〉，2010 年 8 月 25 日 1 版 1 刷，第 306 頁。

⁶³ 瀧野貴生，〈公判前整理手続の問題点〉，刑事弁護 41 號，2005 年，第 27 頁；石田倫識，〈被告人の主張明示義務に関する批判的考察—被告人の黙秘権に関する一試論〉，九大法學 91 號，2005 年 9 月，第 8 頁。

始保持沉默權利仍受保障，法官不得強制被告陳述，更不得因被告拒絕陳述，而推認被告承認犯罪事實，惟被告未拒絕而自願任意陳述時，憲法並不禁止法官訊問被告⁶⁴。可見，觀審草案設計並無改變憲法及刑事審判基本原則，應難認有違反緘默權及不自證己罪原則⁶⁵。

(2)、被告如原已預計於審判程序時提出主張及聲請調查證據，於準備程序階段回應法官訊問僅不過是於時序上提前主張及聲請調查證據，並非強制被告陳述對己不利事項，應難認有侵害緘默權及不自證己罪原則⁶⁶。

(3)、卷證併送建制下，搭配觀審草案第 40 條第 1 項規定，於檢察官明示主張及全面開示證據，被告方面得以決定防禦方針狀況整備下，在檢察官實際進行舉證活動前，設計被告提出主張及聲請調查證據制度，似難逕認與被告地位不相容⁶⁷。課加被告受訊義務，對照爭點整理及審判程序充實迅速進行目的，應亦未達不被容許之強要供述不合理程度⁶⁸。

(4)、法官雖得於準備程序時，為整理爭點及證據裁定訊問被告，請求

⁶⁴ 日本最高裁判所大法庭昭和 23 年 11 月 8 日昭和 23 年つ 25 號判決(刑集 2 卷 12 號 1498 頁)。

⁶⁵ 井上正仁，〈「考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について」の説明〉，2003 年 11 月 11 日，第 3 頁，瀏覽網址：

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai29/29siryou2.pdf>。

⁶⁶ 川出敏裕，〈公判前整理手続〉，ジュリスト 1268 號，2004 年 6 月 1 日，第 77 頁。

⁶⁷ 大澤裕，〈「新たな準備手続」と証拠開示〉，刑法雜誌，43 卷 3 號，2004 年 3 月，第 70 頁。

⁶⁸ 堀江慎司，〈刑事裁判の充実・迅速化〉，ジュリスト 1370 號，2009 年 1 月 1 日，第 127、128 頁。

被告提出主張及聲請調查證據，但並不因此改變舉證責任規則，檢察官就犯罪事實仍須證明至毫無合理懷疑之確信程度，自無違反不自證己罪原則⁶⁹。

(5)、觀審草案雖規定法院為整理爭點及證據裁定得訊問被告，但同草案並無一併設計如民事訴訟法第 276 條第 1 項之「主張失權效」，及日本刑訴法第 316 條之 32 第 1 項之「聲請調查證據失權效」條款⁷⁰，反於同草案第 43 條第 5 項規定，審判期日始聲請調查之證據，法院應先為證據裁定。足見，被告於審判程序仍得提出新主張及聲請調查證據，不因準備程序未主張及聲請調查而受限制或失權，當然不會迫使被告於準備程序時決斷是否提出主張及聲請調查證據，造成心理負擔壓縮被告緘默權及不自證己罪原則。

綜上，法官為整理爭點及證據裁定，得於準備程序訊問被告，尚難認有侵害被告緘默權及不自證己罪原則，且為發揮準備程序實效性，期待觀審審判程序順利進行，提前於準備程序階段促請被告提示主張及聲請調查證據，亦難認為不合理及欠缺妥當性。

2、被告準備程序陳述得否作為認定犯罪事實實體證據之爭議

被告於準備程序時回應法院訊問之陳述，固得作為證據裁定等

⁶⁹ 椎橋隆幸，〈公判前整理手續の在り方について〉，刑法雜誌 47 卷 1 號，2007 年 11 月，第 94、95 頁。

⁷⁰ 日本刑訴法第 316 條之 32 第 1 項規定：行公判前整理程序案件，檢察官、被告及辯護人除因不得已事由無法於公判前整理程序時聲請調查證據者外，於公判前整理程序終結後不得聲請調查證據，不適用第 298 條第 1 項之規定。

「訴訟事實」之證據（如被告於準備程序時有無刑訴法第 159 條之 5 第 1 項之明示同意）⁷¹。惟得否作為認定被告犯罪事實之實體證據，不無爭議，茲分析如下：

(1)、肯定說：

因刑訴法第 95 條第 2 款、第 455 條之 7 分別規定，訊問被告時，應告知得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述；法院未為協商判決者，被告在協商過程中之陳述，不得於本案採為對被告不利之證據。被告既明知得保持緘默，如不行使緘默權，於準備程序出於自由意志陳述，其陳述既具任意性，觀審草案或刑訴法又無明文規定被告在準備程序過程中之陳述，不得於本案採為對被告不利之證據，肯認被告於準備程序之陳述得於日後作為認定犯罪事實之證據，似非無據。易言之，法院於審判期日得將被告前於準備程序錄製之陳述筆錄作為證據使用加以調查，成為實質證據⁷²。

(2)、否定說：延伸刑訴法第 455 條之 7 之立法價值走向，而採消極之看法，其理由如下：

①、觀審草案第 39 條第 2 項之訊問目的是為整理爭點及證據裁定而確認探詢被告之意思，規劃射程並不及於調查犯罪事實具體經過及被告

⁷¹ 瀧野貴生，日本刑訴法インターネットコンメンタル第 316 條之 12（2012 年 4 月版），瀏覽網址：<https://www.lawlibrary.jp/inkom/LawFrame.aspx?type=151>。

⁷² 辻裕教，〈刑訴法等の一部を改正する法律(平成 16 年法律第 62 号)について(2)〉，法曹時報 57 卷 8 號（2005 年 8 月），第 110 頁

詳細認識內容，更無將被告應訊內容作為實體證據使用形成心證之計畫⁷³。如將本條項之訊問機能變形等同審判程序時之被告訊問，恐有抵觸準備程序爭點整理目的，甚或有混淆準備及審判程序分際功能之疑。

②、被告於準備程序時之陳述日後如有可能成為對己不利之證據，被告因有此層面心理負擔，不免多抱持警戒節制陳述，可能阻害促進爭點整理之準備程序目的，更或有妨害被告有效行使防禦權之虞⁷⁴。被告方面如有此層顧慮，而未充分明示預計於審判期日提出之主張，法院及訴訟關係人於審判期日可能須承受舉證活動失焦之負擔⁷⁵。基此，法院於準備程序階段得否充分整理爭點及證據裁定，能否盡可能縮短準備程序時程，似均難謂無疑。

③、為避免法官於調查證據之始，即對被告形成先入為主偏見，且有助於導正偵審實務過度偏重被告自白之傾向，並於理念上符合無罪推定原則，刑訴法第288條第3項規定，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。如肯認被告於準備程序之陳述得於日後作為實體證據使用，恐有削弱刑訴法第288條之3之設計機能，

⁷³ 長井秀典，〈公判前整理手續の運用の現状と課題--施行から3年を経過して〉，判例タイムズ1294號（2009年6月15日），第60、61頁。

⁷⁴ 瀧野貴生，〈日本刑訴法インターネットコンメンタル第316條之10〉，2012年4月版，瀏覽網址：<https://www.lawlibrary.jp/inkom/LawFrame.aspx?type=151>。

⁷⁵ 岩倉広修，〈公判前整理手續の実施(進行)に関する問題〉，判例タイムズ1295號，2009年7月1日，第14、15頁。

更或有法院利用準備程序以訊問方式偷渡調查案件實體內容，強要被告自白之疑。

④、刑訴法及觀審草案對被告於準備程序時之陳述得否作為被告犯罪事實之實體證據固未明確表態，惟空白沉默與積極肯定似難立即等同看待，肯定說見解於論理上或有稍嫌跳躍之疑。

本文以為：從實證法立場觀察，現行刑訴法及觀審草案確無明文規定，被告於準備程序之陳述，不得於本案採為對被告不利之證據。惟因準備程序訊問與審判程序訊問性質殊異，其界限應僅止於爭點整理及證據裁定之必要範圍內，不宜涉及犯罪事實之具體經過及被告之詳細認識內容⁷⁶。

（三）、辯護人方面

1、聯繫被告檢閱卷證

辯護人與被告聯繫面見，詳細調查確認事實關係，對辯護人之防禦活動而言，乃不可或缺之重要措施。因此，觀審草案參考日本刑事訴訟規則第 178 條之 6 第 2 項第 1 款規定，於第 41 條第 1 款規定，辯護人因準備程序之必要，應於準備程序期日前，聯繫被告，事先確定事實關係，整理爭點。

日本刑事訴訟規則第 178 條之 6 第 2 項第 1 款規定為：辯護人於

⁷⁶大島隆明，〈公判前整理手續に関する冊子の作成・配付について〉，判例タイムズ 1192 號，2006 年 1 月 1 日，第 12 頁。

第一次審判期日前，應運用聯繫面見被告「及其他關係人」等適當方法，事先確認事實關係，其中「其他關係人」，於日本實務及學界多認為：其射程除包含就繫屬個案具有專門知識之專門家及被告親友外，因事前面見為自證人處正確獲知必要事項之不可欠缺準備行為，只要不涉及教唆偽證，難認非屬依據刑事訴訟規則之適切事前準備措置⁷⁷。經相互參照比對，觀審草案似刻意未移植「聯繫面見其他關係人」部分。準此，辯護人於準備程序前得否為此類型事前準備行為，似仍有討論之空間。

又現行刑事訴訟係採卷證併送制度，依刑訴法第 33 條第 1 項規定，無待法院為證據開示裁定，辯護人於審判中即得檢閱卷宗及證物並抄錄或攝影，另為使準備程序迅速效率進行，觀審草案於第 41 條第 2 款更規定，辯護人應於「準備程序前」，即檢閱卷宗及證物，並抄錄或攝影，以釐清證據能力之爭點。

2、提出準備程序書狀

辯護人於準備程序提出答辯主張及聲請調查證據，僅係將辯護人原預計於審判期日進行之訴訟活動往前挪移，應不致妨害被告或辯護人之防禦利益。辯護人於準備程序事先明示爭執或不爭執部分，更可促使受命法官適切整理爭點，檢察官可藉此調整舉證策略，變更、追

⁷⁷ 法曹會編，〈刑事訴訟規則逐條說明—第 2 編第 3 章公判〉，平成元年 12 月 15 日 1 版 1 刷，第 19、65 頁；

加主張或聲請調查新證據，觀審員於公判審理時更可直接切入辯護人方面爭執重點，易於形成心證。足證，辯護人明示主張深切影響審理計畫之擬定，左右審判重點及審判效能⁷⁸。基此，觀審草案除於第42條第1項第3款至第5款，援用刑訴法第163條之1第1項之3款規定外，另於第1款、第2款分別規定，辯護人因準備程序之必要，應於準備程序期日前，以準備程序書狀分別具體記載：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；對檢察官起訴書或準備程序書狀主張證據之證據能力爭執或不爭執之意見。

茲因是否適用觀審程序，以檢察官於準備程序終結前主張之起訴法條為準，且準備程序處理事項之一為決定有無變更檢察官所引應適用法條之情形，觀審草案第5條第2項、第39條第1項第1款後段分別定有明文。辯護人既負有協力準備程序之義務，被告觸犯法條又涉及有無適用觀審程序，為此，觀審草案第42條第1項第6款另規定，辯護人應於準備程序書狀內具體記載對檢察官所引應適用法條之意見。

七、證據裁定

⁷⁸ 岡慎一，〈公判前整理手続における「争点の整理」〉，ジュリスト1300號，2005年11月1日，第64頁；杉田宗久，〈公判前整理手続における「争点」の明確化について—被告人側の主張明示義務と争点関連証拠開示の運用をめぐって〉，判例タイムズ1176號，2005年6月15日，第6、7頁。

(一)、證據裁定之必要性

觀審草案準備程序章節之靈魂係落實刑訴法第 163 條之 2 第 1 項及第 273 條第 2 項之證據裁定機制，為因應人民參與審判迅速充實審理本質要求，觀審草案第 43 條規劃設計：法院「應」於準備程序終結前，就聲請或職權調查證據之證據能力有無為裁定（第 1 項前段）；聲請調查之證據無調查必要者，法院「應」於準備程序終結前，以裁定駁回之（第 2 項）；審判期日始聲請或職權調查之證據，法院「應」於調查該項證據前，就其證據能力有無為裁定；就聲請調查之證據認為不必要者，亦同（第 5 項）；證據未經法院裁定認有證據能力或經裁定認不必要者，不得於審判期日主張或調查之（第 6 項）。

配合觀審審判特色之準備程序深化證據裁定機能之設計，但行政部門則持不同觀點，主張應予刪除⁷⁹，其理由如下：

1、證據裁定規定將使刑訴法證據章節部分規定無法適用。例如刑訴法第 158 條之 4 權衡排除法則規定，有無證據能力之認定，應由法院審理後，綜合審酌違法取證情節、犯罪輕重、對被告防禦權影響等相關因素，始能決定證據能力之有無。依觀審草案設計運作結果，在無充分證據可資審酌情況下，可預見法院將一概認為違法取得證據均無證據能力，如此恐違反權衡排除規定立法本旨，對社會治安及公平正

⁷⁹ 參行政院 101 年 5 月 28 日院臺法字第 1010132778 號函。

義，造成不良影響。

2、草案同條第 4 項固規定，因基礎事實變更法院得重新裁定，使原已宣告無證據能力之證據復活，惟因法院先後為不一致裁定，勢將於審判過程揭露心證。

3、本條已實質變更刑訴法證據法則，刑訴法第 159 條之 5 第 2 項傳聞證據擬制同意規定，勢將被淘空無法適用。觀審草案目前僅規劃在臺灣士林及嘉義 2 地院試行，依本條規定操作結果，顯產生一國二制雙重標準，有違憲法訴訟給付平等原則。

4、證據裁定規定不符訴訟經濟原則，增加採證困難度，更可能導致觀審審判空洞化，增加實務運作困難度。

行政部門基於傳統思維及實務慣行提出質疑，固非無見。惟本文認為，於加入素人參與審判元素後，為雕塑打造適合人民參與審判程序軌道，於準備程序落實證據裁定機制，應為一不可迴避之必然選項，其理由如下：

1、證據裁定規定並無逾越現行刑訴法之規制

(1)、刑訴法第 273 條第 2 項規定，於前項第 4 款（有關證據能力之意見）之情形，法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之。揆諸文義構造及先後時序，經法院認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之，足見，證據裁定時點應係於審判期日之

前。準此，觀審草案設計應於準備程序終結前為證據裁定，毋寧更契合刑訴法之立法本旨。

(2)、刑訴法第273條第1項第6款規定，法院於準備程序得處理證據調查之範圍、次序及方法，而決定證據調查範圍、次序及方法之大前提即係法院利用證據裁定篩選進入審判期日證據調查程序之證據，以擬訂證據調查方向及內容⁸⁰。如法院於準備程序終結前不得為證據裁定過濾挑選，試問法院究如何決定證據調查範圍、次序及方法。益證，現行刑訴法原已設計證據裁定機制，觀審草案僅是重申宣示而已。

(3)、刑訴法第163條之2第1項規定，當事人及辯護人聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之。配合觀察同條第2項規定，可知本條僅在宣示，法院為避免浪費無益調查程序擲節有限司法資源，得裁定駁回聲請調查證據，確無限制法院不得於準備程序終結前為證據裁定之指示。況且，法院於準備程序階段先行裁定，毋寧益使審判時證據調查程序更有效率。

(4)、最高法院96年度台上字第3481號判決明確宣示：刑訴法第279條、第273條第1項規定之準備程序，其功能在於篩選無證據能力之證據，避免無證據能力之證據進入「審判庭」，影響法院對事實認定之正確性。．．．審判庭於踐行．．．「調查證據程序前」，即應先

⁸⁰ 吉丸真，〈争点中心の証拠調べの充実を図るための諸方策(上)〉，判例時報1838號，2004年1月11日，第12頁。

就有爭議之證據是否有證據能力為評決，此觀同法第 273 條第 2 項規定：「法院（合議庭）依本法之規定認為無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之。」甚明。關於證據能力有無之認定，審判實務上雖類皆於判決書內說明其認定之理由，「但如於審判期日前，另以裁定為之」，毋寧更合乎法律現制規定之精神，俾使準備程序與審判程序之進行各司其職，避免目前備受詬病之準備程序空洞形式化，使無證據能力之證據進入審判庭，造成耗時不必要之冗長審判程序，且不違背刑訴法第 310 條之程式規定，並可收簡化判決書製作之效。足證，於現行刑訴法架構下，最高法院亦在鼓勵法院於準備程序終結前為證據裁定。

2、證據裁定是否會有行政部門所指致命缺陷之爭議

(1)、觀審草案第 43 條第 1 項後段明定，為證據裁定前受命法院得為必要之調查。刑訴法第 222 條第 2 項明定，為（證據）裁定前有必要時，得調查事實。刑訴法第 158 條之 4 權衡排除法則，立法理由固揭示 7 項審酌情節，惟該 7 項訴訟事實，應不必然遲至審判程序階段始得調查，檢察官於準備程序時，即可就證據排除等相關訴訟事實，積極舉證供法官調查⁸¹，維護證據能力，尚難認無充分證據可供法院審酌，亦不會導致法院一概認為違法蒐集證據均無證據能力之後果。易言之，是

⁸¹ 日本刑訴法增訂「公判前整理程序」章節後，法院於公判前整理程序階段，為證據裁定認有必要時，亦得調查訴訟事實，參法曹會，〈刑事訴訟法等の一部を改正する法律の解説〉，平成 22 年 7 月 30 日，1 版 1 刷，第 87、91 頁。

否排除違法蒐集證據，關鍵點在於當事人之舉證及其證明程度，與法院調查排除時段，並無必然關連性。

(2)、刑訴法第159條之5第2項之立法例似有錯誤移植及削弱被告詰問權之疑問，茲分析如下：

①、依刑訴法第159條之5第2項（以下稱傳聞擬制同意規定）之立法增訂理由，該條項係參考日本實務見解所增訂。惟日本最高裁判所第二小法庭昭和25年あ1014號判決判示：對於檢察官聲請調查之傳聞書面證據，被告及辯護人均未表示異議，於調查證據終結後，法院詢問有無意見，被告及辯護人均陳稱無意見。第三小法庭昭和28年あ1574號判決判示，就檢察官聲請調查之傳聞書面證據，法院徵詢被告意見，被告表示無異議，嗣進行證據調查程序後，法院告知被告得聲請調查反證爭執證據證明力，被告表示無證據聲請，此時始得擬制被告有同意傳聞書面證據之訴訟意思⁸²。足證，對於檢察官聲請調查之傳聞書面證據，被告方面僅表示無異議或無意見，尚難認為已有傳聞證據同意意思⁸³。尤其日本最高裁判所第二小法庭於昭和25年あ720號判決、昭和25年あ2438號判決中一再宣示，於被告否認犯罪事實之案型，不得僅因對於證據調查表示無異議，即得逕認為被告有同意傳聞書面證

⁸² 昭和26年9月28日(刑集5卷10號2131頁);昭和30年1月25日(刑集9卷1號74頁)。

⁸³ 石丸俊彥等4人共著，〈刑事訴訟の実務(下)〉，平成17年8月22日第3刷，第191、192頁。

據之意思⁸⁴。益徵傳聞擬制同意規定恐有片面截取郢書燕說之疑。又如認傳聞擬制同意規定立法移植有誤，則宣揚強調傳聞擬制同意規定之適用，豈不成為錯誤立法之幫助犯？。

②、最高法院98年度台上字第47號判決亦明確揭示：傳聞擬制同意規定，擬制放棄反對詰問權，默示同意傳聞證據取得證據能力之效果。此攸關被告防禦權之行使及法院認事用法合法性，適用上應審慎認定，不得僅以被告於法院調查證據時表示「無意見」、「對於證據調查無異議」云者，逕認被告未聲明異議，而擬制其有同意作為證據之意，否則即有適用法則不當之違誤。可見，我國最高法院亦已察覺傳聞擬制同意規定之缺陷，而宣示應審慎運用。

③、為強化保障被告對質詰問權，立法者於2003年明確引進傳聞法則，於刑訴法第159條第1項明文規定，傳聞證據原則上不得作為證據使用，如過渡強調傳聞擬制同意規定，加上被告法律知識之淺薄，顯會侵蝕傳聞法則，再度回復筆錄書面裁判，導致審判程序形骸化、儀式化及空洞化。因此，為實質保障被告反對詰問權及確保審判程序之活性化，將擬制同意視為原則化及常態化恐非一正常現象⁸⁵。

④、綜上，傳聞擬制同意規定確有上述立法移植違誤及窒息言詞、直接言詞主義之風險，為大幅消除傳聞擬制同意規定所生弊害，避免大

⁸⁴ 昭和27年11月21日(刑集6卷10號1223頁);昭和27年12月19日(刑集6卷11號1329頁)。

⁸⁵ 白取祐司，〈刑事訴訟法〉，2007年3月15日4版1刷，第383頁。

量傳聞書面證據長驅直入公判法庭，貫徹言詞、直接審理原則，反應落實證據裁定機制。

(3)、法院依草案第 43 條第 4 項規定重新證據裁定，其目的係為繼續排定後續訴訟程序，本身並不涉及證據內容實體評價，與揭露心證並無何直接關連性。且法院於審判程序時依法變更證據裁定，更可使當事人及辯護人修正攻擊防禦策略，充分對抗舉證，避免法院隱而不宣，受到突襲裁判。

3、證據裁定係人民參與審判之成功關鍵

(1)、法院如能於準備程序終結前為證據裁定嚴選證據，即可使浮動訴訟活動盡量趨於固定，同時擬定適切審理計畫，於進入審判程序後隨即進入實質審理，進行必要證據調查，縮短公判審理期間。可見，證據裁定不僅未違反訴訟經濟原則，反更能增進審判效能，且因法院係以爭點為中心進行集中審理，似殊難想像審判程序會流於空洞化。

(2)、對參與審判素人而言，要讓一個具備高度證據價值，但卻無證據能力之證據自心中完全消除，不致影響實體心證判斷，實是非常困難。同理，放任無調查必要性證據進入證據調查及辯論程序，亦會造成審理時間遲滯，使審判方向偏移歪斜。準此，為阻絕參與審判人民接觸無證據能力及調查必要性之證據，同時避免法官在與人民共同審判途中，須另行處理證據爭議，造成審判程序中斷，將證據裁定處理

時限提前至準備程序，應是人民參與審判得否順利運作之關鍵⁸⁶。

(3)、對於僅參與個案審判未受審判訓練之素人觀審員而言，儘可能阻斷接觸無證據能力證據及其詳細內容，無疑是實現適正裁判最重要配套措置。觀審員如於審判程序參與證據能力或調查必要性審理事項，恐會加長審理時間，加重觀審員負擔，容易招致觀審員混亂，不利於形成適正心證。因此，證據裁定毋寧應事先於準備程序階段解決較為允洽⁸⁷。

4、準備程序為證據裁定有無窒礙難行之爭議

不可否認於準備程序階段為證據裁定可能須面對下述其他質疑：

(1)、於準備程序階段為證據裁定，恐會使有證據價值之警詢筆錄等傳聞證據被排斥無法使用，加上訴訟浮動性格，原認無調查必要性之證據，嗣因情事變更浮現調查必要性，惟因此等證據均業經法院裁定不得於審判期日調查，實有阻礙真實發現及正確適用刑罰之刑事訴訟目的。

(2)、原認有證據能力或調查必要性之證據，亦可能因基礎事實變更，

⁸⁶張永宏，〈論證據裁定制度－兼從國民參與審判制度的角度思考（下）〉，司法周刊1590期，2012年4月19日，第2版。

⁸⁷小出鎔一，〈裁判員裁判の運用に関する2つの問題〉，專修ロージャーナル5號，2010年1月，第28至31頁。

而轉變成無證據能力或無調查必要性⁸⁸。惟因法院前已裁定准許於審判程序調查，如此除徒增參與審判人民負擔、被告訟累及審檢辯三者有限資源外，實無任何實益。觀審草案為補救上述缺失，雖另設計第43條第4項重新裁定機制，惟如放棄提前處理證據裁定之無謂堅持，容許法院得「保留」至審判程序再為裁定，即無須為此增加法院勞費治絲益棼之舉。

(3)、判斷傳聞書面特信性及取得自白供述過程有無詐欺、誘導等不正取供情事，往往與證據信用性判斷具有緊密關係，毋寧應保留至審判期日再行調查，聽取觀審員意見後，再由法官評議決定或較為妥適⁸⁹。

惟本文以為，基於以下理由，或許能回應上述質疑：

(1)、準備程序證據裁定機制為人民參與審判制度成功必要關鍵，已如前述。如將證據裁定時點保留至審判程序階段，則法院究如何擬定審理計畫方略？如何預估審理時間？於觀審員選任期日，法院如何告知候選觀審員，預估審理時程為何？如何審酌候選觀審員之辭退聲請？候選觀審員又如何調整原有作息參與審判？尤有甚者，於審判程序時程高度不安搖擺狀況下，連日開庭審理計畫可能崩壞瓦解⁹⁰，如此豈

⁸⁸ 如原因記憶喪失，於準備程序，經法院認符合刑訴法第159條之3第2款之傳聞例外，裁定證人警詢筆錄有證據能力，嗣於審判程序時，證人回復記憶不符傳聞例外要件，證人警詢筆錄之證據能力應回歸適用刑訴法第159條第1項。

⁸⁹ 陳運財，〈台灣的人民觀審制度〉，論究ジュリスト2號，2012年夏，第95頁。

⁹⁰ 米山正明，〈公判前整理手續の運用と今後の課題—大阪地裁における1年間の実施状況を

可期待觀審員安心參與審判，形成適正心證？

(2)、終局裁判係案件終局處理之裁判，基於法安定性要求，一旦作成裁判對外成立，即產生羈束力及自縛力，原法院不得自行撤銷變更。相對，證據裁定性質上為判決前之訴訟程序裁定，為訴訟程序過程中之合目的性判斷，裁定法院本身不受裁定內容拘束，為求訴訟圓滿迅速進行，原則上得自行撤銷變更，不具有自縛力⁹¹。因此，刑訴法第161條之2第2項規定，法院得於訴訟程序進行中依案情之發展，於必要時，隨時因當事人、辯護人等人之聲請，「變更」前所決定調查證據之範圍、次序及方法。基於上開同一法律上理由，觀審草案第43條第4項規定，法院依第1項、第2項規定為證據裁定後，因所憑基礎事實改變，應為不同之裁定者，應即重新裁定；就聲請調查之證據，嗣認為不必要者，亦同。足證，如能妥慎運用重新裁定機制，原無證據能力或無調查必要性之調查，均可經重新裁定機制，再次進入審判程序，上述有害真實發現及訴訟經濟之疑慮，似均能一併消除。

(3)、證據裁定屬判決前關於訴訟程序之裁定，為避免違反訴訟經濟及訴訟程序混亂，依刑訴法第404條前段不得抗告，另依刑訴法第223條規定，更得不附理由。如為重要證據且當事人激烈爭執證據能力

参考にして>，判例タイムズ 1228 號，2007 年 3 月 1 日，第 46 頁。

⁹¹ 渥美東洋，〈刑事訴訟法〉，2009 年 4 月 10 日全訂 2 版 1 刷，第 501 頁；田宮裕，〈一事不再理の原則〉，1983 年 10 月 10 日，初版 2 刷，第 348 頁；鈴木藏嗣，〈刑事訴訟法〉，昭和 58 年 10 月 25 日初版 2 刷，第 208 頁；日本最高裁判所 28 年 9 月 29 日昭和 27 年 1040 號判決，刑集 7 卷 9 號 1848 頁。

時，法院固不妨於證據裁定中附具理由⁹²。但整體相較於現行實務，法院常於判決中針對證據裁定事項長篇大論作法，法院提前於準備程序處理證據裁定，或許反能適度減少法官製作裁判書之沉重負擔，減輕法院勞費。

(4)、保留至審判程序期日，經調查證據及聽取觀審員意見後，法院再為證據裁定，恐會使審判程序相形虛胖臃腫，增加觀審員時間心力負擔，影響人民參與審判意願。尤其設計觀審員不參與準備程序目的之一，即在防免觀審員心存預斷偏見，對被告形成不利心證，保留至審判期日觀審員參與調查後，法院再為證據裁定，恐難與前述立法目的呼應契合。

(5)、警詢筆錄如符合傳聞例外規定，經法院證據裁定即可取得證據能力，作為實體證據使用。縱不符傳聞例外，如被告、證人等人於審判期日之陳述，與其等在其他場合所為之陳述相矛盾時，仍得將警詢筆錄援引作為彈劾證據使用，削弱被告及證人等人在審判期日陳述之信用性⁹³。足見，認為警詢筆錄將因證據裁定機制之導入而「大落價」之論點，似有過於靜態觀察之虞。

(二)、證據裁定主體及其救濟

1、證據裁定主體：

⁹² 石井一正，〈刑事事實証拋法〉，2007年7月10日第4版第2刷，第267頁。

⁹³ 日本最高裁判所第三小法庭平成18年11月7日平成17年あ378號判決，刑集60卷9號561頁。

最高法院94年度台上字第1998號判決判示：證據應予調查，關乎待證事實是否於案情具有重要性，甚或影響相關證據之價值判斷，已非純屬調查證據之執行方法或細節及法庭活動之指揮事項，應由「法院」以裁定行之。易言之，證據裁定涉及證據調查範圍，決定審判程序走向，為一影響被告防禦權行使範圍及方法之重要決定，性質上不宜由受命法官一人為之⁹⁴。日本刑訴法第316條之11亦規定，證據調查裁定及駁回聲請證據調查裁定，受命法官不得為之，應由法院合議裁定之。因此，觀審草案第39條第3項規定，受命法官行準備程序，與法院或審判長固有同一之權限，但第43條第1項、第2項之證據裁定，不適用之。

2、對證據裁定不得抗告

准駁聲請調查證據之證據裁定，屬判決前關於訴訟程序之裁定，無裁判自縛力，於調查證據前，法院得撤銷該裁定，調查證據後法院亦可排除證據全部或一部⁹⁵。基此，證據裁定縱有違法不當，於該階段對本案判決是否造成影響仍屬不確定狀態，判決後當事人或辯護人亦得利用上訴程序請求救濟，依刑訴法第404條前段規定，對於證據

⁹⁴ 瀧野貴生，〈日本刑訴法インターネットコンメンタル第316條之11〉，2012年4月版，瀏覽網址：<https://www.lawlibrary.jp/inkom/LawFrame.aspx?type=151>；大阪弁護士会裁判員制度実施大阪本部，〈コンメンタル公判前整理手続〉，2007年11月30日第1版5刷，第79頁。

⁹⁵ 日本刑事訴訟規則第207條規定，調查完畢之證據經判定顯然不得作為證據使用時，法院得依職權裁定排除該證據之全部或一部。

裁定應不得抗告⁹⁶。為此，觀審草案於第43條第7項明文再次宣示，對於證據裁定不得抗告。

3、得否類推適用刑訴法第288條之3第1項聲明異議之爭論

最高法院95年度台非字第204號判決判示：刑訴法第288條之3第1項規定之「證據調查處分」，係專指調查證據之執行細節或方法而言。法院對於證據有無證據能力之認定及調查與否，並非有關調查證據之執行細節或方法，被告或辯護人尚不得援引刑訴法第288條之3第1項規定向法院聲明異議。臺灣高等法院97年度上易字第2181號判決亦認：刑訴法第288條之3第1項規定，對於證據調查或訴訟指揮之處分，得向法院聲明異議。法院就證據應否調查所為之裁定，性質既非屬處分，自非得聲明異議之客體。足證，依目前實務見解，對於證據裁定似不得依刑訴法第288條之3第1項規定聲明異議。

對證據裁定既不得抗告，實務見解亦傾向不得聲明異議，完全封鎖當事人或辯護人於終局判決前不服救濟途徑。惟於現行刑訴法建制下，肯認當事人或辯護人「類推適用」刑訴法第288條之3第1項規定對證據裁定聲明異議，於法學方法上或亦係一可能之思考方法，其理由如下：

(1)、一般認為刑訴法第288條之3第1項之聲明異議制度，具有如下功

⁹⁶ 日本最高裁判所第三小法庭昭和29年10月8日昭和29し37號判決，刑集8卷10號1588頁；第二小法庭昭和30年10月29日昭和30し45號判決，刑事109號875頁。

能⁹⁷，以保障訴訟程序之公正：

- ①、當事人基於訴訟主體地位，為維護本身利益，促使法院主持訴訟程序合法化，或指摘法院訴訟程序違法爭執其效力，以實施公正程序，協力避免程序脫軌。
- ②、法院所為訴訟程序違法時，賦予當事人隨時迅速補正瑕疵機會，防止等待抗告救濟對整體程序之影響。
- ③、當事人或辯護人未聲明異議時，於一定程度範圍內，得認為瑕疵自行治癒，謀求程序安定及訴訟經濟。

足見，如賦予當事人或辯護人聲明異議機會，應可確保適法證據裁定之機能，保障當事人程序公正迅速進行權利，同時達成法院自行檢討功能。

(2)、調查證據之執行細節或方法，可藉聲明異議以求適正順暢進程序，基於舉輕以明重之法理，證據裁定之重要性遠超過調查證據執行細節或方法，似無完全禁止聲明異議之理。

(3)、如堅決否准當事人之聲明異議，加上不得抗告之本質限制，當事人或辯護人僅得留待上訴程序時加以指摘。惟原應調查而未調查之證據，可能因時間關係或湮滅佚失，致無法調查或難以保持證據新鮮度。反之，調查不應調查之證據，除增加程序浪費外，更可能使觀審

⁹⁷高田卓爾，〈刑事訴訟法〉，昭和32年10月15日第1版，第49頁。

員陷於混亂，難以形成適正心證。足見，未賦予當事人或辯護人即時異議權，有可能妨礙究明實體真實或造成訴訟程序不經濟。

(4)、日本刑訴法第309條第1項及刑事訴訟規則第205條第1項亦規定，對於證據裁定及證據排除裁定，當事人或辯護人得以違反法令為由聲明異議。足見，從比較法來看，證據裁定似無「不得聲明異議」之本質限制。

(5)、司法院「刑事訴訟法研究修正委員會」亦修正增訂刑訴法第270條之9第1項、第2項，明文承認對於證據裁定（處分），得向所屬法院聲明異議⁹⁸。

綜上，現行刑訴法就證據能力已設計傳聞法則及證據排除法則等明文排除證據能力規定，導入人民參與審判制度後，證據裁定機制益顯重要，甚可能決定訴訟結果，似有肯認當事人及辯護人得聲明異議，以檢驗證據裁定是否違法之必要性。至於技術體例上，於觀審草案明文設計固係一可能選項，惟如此或有可能衍生所謂一國兩制之疑慮（即行觀審案件對證據裁定得聲明異議，非觀審案件不得聲明異議）。因此，如刑訴法修正時程無法配合觀審草案實施日期，或可考量類推適用刑訴法第288條之3第1項規定，補強上開立法計畫上之缺陷。

⁹⁸司法院「刑事訴訟法研究修正委員會」會議資料（十二），2012年6月28日，第1頁。

(三)、應為證據裁定而未為裁定

觀審草案第 43 條第 1 項、第 2 項明定應於準備程序終結前為證據裁定，法院如違反上開規定而未為證據裁定，逕行調查證據或未調查證據即終結審理，其訴訟法律效果為何？茲就各類型分述之：

1、未為證據裁定逕行調查證據

日本仙台高等裁判所秋田支部昭和 25 年う 24 號判決認為：法院未為證據裁定逕行調查證據，該證據調查為違法程序應歸無效，不得將證據調查結果作為論罪資料⁹⁹。惟日本通說採不同意見，多數認為，此時得視為法院已默示證據裁定，或該程序瑕疵，因放棄責問權而治癒¹⁰⁰。

按證據未經法院裁定認有證據能力或經裁定認不必要者，不得於審判期日主張或調查之，觀審草案第 43 條第 6 項定有明文。法院如未為證據裁定逕行調查證據，該證據調查程序顯然違反觀審草案第 43 條第 6 項規定難認為適法，當事人或辯護人應得以聲明異議，如未異議，則可認為放棄責問權，治癒程序上之瑕疵。

2、未為證據裁定亦未調查證據即終結審理

日本實務上，對於未為證據裁定，亦未證據調查即終結審理，可否認為當事人捨棄原聲請調查之證據，有正反二說，茲分析如下：

⁹⁹ 昭和 25 年 4 月 17 日（高裁刑事判決特報 6 號 196 頁）。

¹⁰⁰ 平場安治等 4 人共著，〈注解刑事訴訟法〉，昭和 57 年 4 月 1 日新版 1 刷，第 532 頁。

(1)、肯定說：

日本最高裁判所第二小法庭昭和 26 年あ 3524 號判決及第三小法庭 27 年あ 5648 號判決認為：法院就調查證據聲請未為證據裁定，亦未調查，如法院於調查證據完畢時，當場諭知得聲請調查反證或以其他方法爭執證明力，當事人及辯護人如未表示其他爭執，或無其他證據聲請調查，應解為當事人捨棄原調查證據之聲請¹⁰¹。

(2)、否定說：

日本實務見解多數認為：法院就聲請調查證據未為證據裁定，亦無調查即宣示審理終結，訴訟程序有違反刑事訴訟規則第 190 條第 1 項之瑕疵，且不得因當事人及辯護人陳稱無其他爭執，無其他證據聲請調查，或未再次聲請調查未經裁定調查之證據，即得認為當事人或辯護人捨棄原聲請調查之證據，治癒訴訟程序瑕疵¹⁰²。

按法院應於準備程序終結前，就證據之證據能力及調查必要性之有無加以裁定，觀審草案第 43 條第 1 項、第 2 項分別定有明文，如法院未為證據裁定，亦未調查當事人聲請調查之證據即終結審理，該訴訟程序似已違反上開草案第 43 條第 1 項、第 2 項規定。且將當事人或辯護人無其他爭執或無其他證據聲請調查之陳述，逕認為捨棄原

¹⁰¹ 昭和 28 年 4 月 30 日(刑集 7 卷 4 號 904 頁);昭和 29 年 4 月 13 日(刑集 8 卷 4 號 445 頁)。

¹⁰² 最高裁判所第三小法庭昭和 27 年 5 月 13 日 26 年れ 1206 號判決(刑集 6 卷 5 號 744 頁);第一小法庭昭和 24 年 8 月 18 日 24 年れ 614 號判決(刑集 3 卷 9 號 1487 頁);札幌高等裁判所(以下均為高等裁判所審級判決，年號亦同)昭和 25 年う 405 號、広島 24 年う 383 號、広島松江支部 25 年う 44 號、仙台 27 年う 183 號、仙台秋田支部 24 年を 74 號、東京 27 年う 4247 號、福岡 24 年つ 1643 號、名古屋 25 年う 1142 號判決。

聲請調查之證據，似有過度解讀擬制當事人真意之虞。一般刑事案件，最高法院 90 年度台上字第 5221 號判決亦認，法院就當事人聲請調查之證據，未予調查，又未認其無調查之必要，以裁定駁回之，亦未於判決理由內予以說明，要屬理由不備之違法。因此，以上正反二說，似以日本實務多數見解否定說，較為可採。

(四)、已為證據裁定但未為證據調查

法院已為證據裁定但未為證據調查，如當事人未聲明異議，可否認為當事人捨棄原調查證據之聲請？日本實務上亦有正反二說，茲分析如下：

(1)、肯定說：

日本最高裁判所第二小法庭昭和 28 年あ 3469 號判決及昭和 28 年あ 1641 號判決認為：法院已為證據裁定，惟未為證據調查亦未撤銷證據裁定，當事人或辯護人苟未聲明異議，如無其他特別情事，應解為當事人捨棄聲請或無繼續聲請調查證據之意思¹⁰³。

(2)、否定說：

日本高等裁判所判決似一致認為：法院如已為證據裁定，惟未為證據調查亦未撤銷證據裁定，應認訴訟程序違背法令¹⁰⁴。不認為當事人或辯護人捨棄聲請或無繼續聲請調查證據之意。

¹⁰³ 昭和 30 年 11 月 18 日(刑集 9 卷 12 號 2460 頁);昭和 29 年 10 月 13 日(集刑 99 號 143 頁)。

¹⁰⁴ 仙台高等裁判所仙台支部(以下均為高等裁判所審級判決，年號亦同)昭和 24 年を 51 號、東京 29 年う 2992 號、広島松江支部 25 年う 198 號、札幌 26 年う 379 號、高松 24 年控 852 號。

按證據裁定固屬判決前關於訴訟程序之裁定，法院得變更撤銷之，但於變更撤銷前，該裁定仍屬一有效裁定，法院應受該裁定拘束調查證據。因此，法院如已為證據裁定但未調查證據即終結審理，訴訟程序應難認為適法¹⁰⁵。且於證據裁定仍係有效前提下，因當事人或辯護人未聲明異議，逕解為當事人或辯護人捨棄聲請或無繼續聲請調查證據之意，不僅於法無據，論理上並有過度擬制當事人真意之疑。

八、準備程序終結後之法律效果

(一)、撤回傳聞證據之同意

當事人可否撤回其先前同意傳聞證據作為證據之意思表示？法院辦理刑事訴訟應行注意事項第93點規定，基於訴訟程序安定性、確實性要求，若當事人已於準備程序明示同意被告以外之人於審判外之陳述得作為證據使用，其意思表示又無瑕疵可指，不宜准許當事人撤回同意。但其撤回符合下列情形時，不在此限：(1)、尚未進行該證據之調查；(2)、他造當事人未提出異議；(3)、法院認為適當。最高法院100年台上3677號、3790號判決亦持同一看法，其認：當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，即無許當事人再行撤回同意之理。基此，依上述語句脈絡闡釋，於準備程序終結後，實施證據調查程序前，當

¹⁰⁵ 日本最高裁判所第三小法庭昭和23年12月24日23年れ815號判決（刑集2卷14號1873頁）。

事人似有撤回同意之餘地。

適用觀審程序案件，撤回傳聞同意恐會使前已擬定審理計畫化為泡影，亦會造成觀審審判程序一定程度之混亂，明顯有礙實現迅速化之審理。因此，考量素人參與審判本質，應嚴格控管審理時間及落實審理計畫，受辯護人扶助之當事人明瞭觀審審判程序特質，仍於準備程序明示同意，於準備程序終結後，似不宜容認當事人任意撤回傳聞證據之同意。

(二)、聲請調查證據失權效

準備程序終結後，於審判程序可容許當事人或辯護人再次聲請調查新證據，持肯定立場時，可能會有以下問題點：

- 1、當事人或辯護人於準備程序階段可能怠忽聲請調查證據，或誤以為延遲聲請揭露證據可能有利於訴訟結果，以致法院在準備程序時難以充分整理爭點及證據，難以進行以爭點為中心之計畫集中審理。
- 2、對造當事人為準備反證，不得被迫中斷審判程序，變更審判日程，修正業已擬定之審理計畫，減損爭點整理實效性。尤其於觀審適用案件，修正審理計畫結果，審理時間可能遠遠超過當初預估日數，造成觀審員相當沉重負擔¹⁰⁶。

日本刑訴法為防杜上述不圓滿狀態，增訂刑訴法第 316 條之 32

¹⁰⁶ 瀧野貴生，〈日本刑訴法インターネットコンメンタル第 316 條之 32〉，2012 年 4 月版，瀏覽網址：<https://www.lawlibrary.jp/inkom/LawFrame.aspx?type=151>。

第 1 項規定，行公判前整理程序案件，除因不得已事由無法於公判前整理程序聲請調查者外，於公判前整理程序終結後，當事人或辯護人不得聲請調查新證據。

為使人民觀審制度順利運作，日本刑訴法第 316 條之 32 第 1 項聲請調查證據失權效規定（以下稱失權效條款），殊值借鏡參考。然僅於觀審程序設計失權效條款，於現階段恐須面臨以下質疑：

1、觀審案件適用失權效條款，非觀審案件於審判程序仍得聲請調查新證據，形式上觀之，觀審案件被告地位反不如非觀審案件被告，恐引發一國二制，司法待遇不平等之疑。

2、被告在刑事程序中享有緘默權（拒絕陳述權）與調查有利證據請求權，為行使防禦權之基本前提，屬於人民依憲法第 16 條所享訴訟保障權內容之一¹⁰⁷。憲法既肯認緘默權為被告受憲法保障之訴訟權，自不得因被告保持緘默而推斷其犯行，亦不因行使緘默權而受其他不利益處遇。惟設計失權效條款，可能引發被告於準備程序行使緘默權，竟喪失受憲法保障之調查有利證據請求權，形同以防禦上不利益為手段，強制被告於準備程序提早亮出底牌，如此無異否定緘默權為憲法上保障之權利¹⁰⁸，同時限制被告爭執權利，明顯侵害防禦權，亦與真

¹⁰⁷ 最高法院 99 年台上 1893 號判決參照。

¹⁰⁸ 日本弁護士連合会，〈裁判員制度，刑事裁判の充実・迅速化及び檢察審査会制度の骨格案に対する意見書〉，2004年2月12日，第26頁。

實發現原則相衝突。

3、被告及辯護人因考量失權效嚴厲後果，不得不於準備程序階段聲請調查得以想像之全部證據，反而有礙於證據整理目的，甚或使檢察官變更主張，利用補充偵查方式削弱打擊被告所提證據，使被告及辯護人立於進退兩難窘境¹⁰⁹。

綜上，觀審草案未倉卒設計失權效條款，現階段似不失一較為穩健謹慎作法。觀審草案雖無失權效條款限制聲請調查新證據，惟為擔保觀審審判程序得依審理計畫繼續充實進行，確保準備程序實效性，法院似可為下述訴訟指揮：

1、受命法官於準備程序終結時，參照日本刑訴法第 316 條之 24 規定，向當事人及辯護人確認案件爭點及證據整理結果，俾當事人及辯護人瞭解檢視準備程序結果，及時補充聲請調查新證據。

2、準備程序終結後，當事人或辯護人聲請調查新證據時，須向法院及他造釋明不及於準備程序聲請調查之理由，法院認為當事人或辯護人如有濫用調查證據聲請權，或其釋明顯然無理由時，似得裁定駁回聲請調查之新證據。

（三）、準備程序與羈押關係

基於準備程序功能及觀審程序連日集中審理要求，應行準備程序

¹⁰⁹ 青年法律家，〈裁判員制度をめぐる諸問題〉，2009 年 1 月 30 日，第 14 頁。

之觀審案件，羈押要件及必要性似應連動產生變化，其理由如下：

1、伴隨準備程序開展進行，爭點逐漸集中聚焦，被告不爭執事項及同意法院調查之證據，原則上應不致成為罪證湮滅對象。又因準備程序具有提前揭示被告方面主張及證據構造之功能，湮滅罪證之可能性應亦會相對減少¹¹⁰，羈押原因及其必要性自會同步降低。

2、辯護人固得與在押被告接見交通，惟因羈押法第 25 條、第 26 條之規定，接見時間、時段均有受限。因觀審案件特別強調辯護人事前準備活動，被告如因在押無法與辯護人充分溝通意見，以致辯護人事前準備活動受限，現實上恐難完成具有實質內容之爭點整理，公判審理階段更可能無法避免追加或變更主張，導致連日開庭原則有名無實化，是為保障被告防禦權及順暢實施連日開庭，被告與辯護人即時緊密交換意見實有其高度必要性¹¹¹。

基此，伴隨準備程序開展進行，法院如認被告湮滅罪證可能性已相對降低，為因應連日開庭觀審本質及活絡化辯護防禦活動，似可考量撤銷、停止羈押或同時依刑訴法第 116 條之 2 第 2 款規定，諭命被告禁止接觸共同被告、證人或鑑定人。

九、公開行準備程序

¹¹⁰ 角田正紀，〈公判前整理手續の運用について〉，載於原田國男判事退官紀念論文集（新しい刑事裁判），2010 年 4 月 30 日 1 版 1 刷，第 136、137 頁。

¹¹¹ 松本芳希，〈裁判員裁判と保釈の運用について〉，ジュリスト 1312 號，2006 年 6 月 1 日，第 148、149、152 頁；田淵浩二，〈公判前整理手續を検証する－変化の兆しはある〉，刑事弁護 48 號，2006 年 8 月，第 80 頁；日本東京地方裁判所平成 22 年 6 月 22 日平成 22 年む 1236 號裁定。

法院組織法第86條前段規定，訴訟之辯論及裁判之宣示，應公開法庭行之，刑訴法第44條第1項第5款及第379條第3款規定，審判筆錄應記載禁止公開者，其理由；禁止審判公開非依法律之規定者，其判決當然違背法令。分析公開審判理由略為：

1、司法院大法官釋字第482號解釋理由書明確宣示：憲法第16條規定之訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含「公開審判請求權」。

2、公開審判得排除司法密室黑箱作業及專斷恣意裁判，對被告保障適正程序及公正裁判，提高人民對於司法之關心及信賴，為絕對必要之近代司法要求要素¹¹²。

至於準備程序係為準備審判程序起見所行之程序，並非審判程序本身，亦無實體辯論問題，於現行法律建制下，準備程序似不必然應以公開法庭形式為之。又參照日本最高裁判所大法庭昭和42年7月5日昭和40年し98號判決，大法庭昭和23年11月8日昭和23年つ25號判決亦判示，決定刑罰權存否及範圍之刑事程序，固應以公開法庭形式為之，但為整備公判審理起見所行之準備程序，並非公判審理程序本身，非憲法第82條第1項所指之「裁判對審」，不以公開行之為必要¹¹³。

惟對被告行使防禦權及裁判結果足以造成重大影響，甚左右被告

¹¹² 兼子一·竹下守夫，〈裁判法〉，平成元年9月10日再版11刷，第248頁。

¹¹³ 刑集21卷6號764頁、2卷12號1498頁；佐藤幸治，〈憲法〉，平成9年11月25日3版7刷，第315、316頁。

命運之準備程序，如以非公開形式進行，是否與司法透明公開旨趣無間，似難認無疑¹¹⁴。且準備程序之訴訟指揮及程序（證據）決定等重要權力作用，如以公開法庭進行形式置於人民監視之下，亦可防免權力濫用之弊。因此，觀審草案第44條第1項序文規定，準備程序之進行，原則上應以公開法庭形式為之。

然因程序順利迅速進行有時恐不亞於公開程序保障之價值，公開行準備程序有可能嚴重侵害隱私權，更或有可能成為阻害被告防禦權行使之絆腳石。基此，觀審草案第44條第1項除書規定，如法律另有規定，有妨害國家安全、公共秩序或善良風俗之虞，或為期程序順利進行，經聽取當事人、辯護人及輔佐人之意見後，法院得裁定不予公開。

不公開行準備程序裁定，係屬判決前關於訴訟程序所為之裁定，其重要性不如終局判決，如許可提起抗告，恐有妨礙程序順暢進行之虞，依刑訴法第404條本文規定，原即不可提起抗告，觀審草案為杜爭議另於第44條第2項再次重申此旨。又不公開裁定，係屬「法院」職權，依觀審草案第39條第3項規定，受命法官不得單獨以「處分」形成為之。

¹¹⁴ 瀧野貴生，〈公判前整理手続と裁判の公開〉，刑事弁護60號，2009年，第62頁；大城渡，〈裁判員裁判の實際を診る－憲法学の観点から〉，名桜大学紀要15號，2009年，第9頁。