

人民觀審制之建構（六）

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，請參閱第 58 卷第 3 期）

伍、強制適用被告無選擇權

陸、觀審員及備位觀審員

柒、候選觀審員（以上，請參閱第 58 卷第 4 期）

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、候選觀審員到場前程序（以上，請參閱 58 卷第 5 期）

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，請參閱第 58 卷第 6 期）

拾參、準備程序（以上，請參閱第 59 卷第 1 期）

拾肆、觀審審判程序

一、審檢辯三者行觀審審判程序之應有基本立場

- (一)、讓觀審員易於理解，實質參與審理
- (二)、合理時間完成審理，減輕觀審員之審判負擔
- (三)、縮短法官與觀審員間之資訊落差
- (四)、維持發現真實及保障人權之基本要求
- (五)、發揮公平法院之功能

二、審前說明

- (一)、審前說明之重要性
- (二)、檢辯參與審前說明程序之爭論
- (三)、審前說明事項之分析
- (四)、審前說明事項之補充

三、開審陳述

- (一)、開審陳述之旨趣及功能
- (二)、開審陳述之時期及方式
- (三)、開審陳述之基本方針
- (四)、開審陳述與準備程序書狀之關係
- (五)、開審陳述之範圍
- (六)、開審陳述之資料
- (七)、未為開審陳述之法律效果

一、審檢辯三者行觀審審判程序之應有基本立場

人民觀審制是人民參與審判之制度，以隨機抽選之方式產生，讓不具法律專業知識，無審判實務經驗，沒有餘裕時間之觀審員、備位觀審員（以下如未特別指出，觀審員一詞包含備位觀審員者）參與單一個案審判。人民觀審制得否順利推動，責任不在於人民¹，完全繫諸於審檢辯三者，是否確實真心讓人民有尊嚴地參與審判。為此，審檢辯進行觀審程序訴訟行為，允宜確立下述之基本立場：

（一）、讓觀審員易於理解，實質參與審理

人民觀審制由人民與法官共同參與審判之核心事項，允宜建構在參與審判之人民得以簡易理解裁判之前提基礎上。觀審員非職業法官，囿於本身時間、能力之實際界限，實難以期待觀審員於審判程序外閱覽全部訴訟紀錄，理解書面證據之內容，更不可能要求觀審員如專業法官一般，詳閱分析書面證據資料，進行嚴謹地認定事實之作業。準此，觀審審判程序面貌之形塑，檢察官及辯護人（以下稱檢辯）應揚棄傳統偏重書面陳述之訴求模式，改於公判審理程序中，利用言詞陳述，全面說服觀審員及法官，徹底實踐讓觀審員易於了解之法庭活動，讓觀審員僅僅經由公判庭證據調查過程，依憑檢辯雙方在程序上之主張及舉證活動，即得獲知形成心證之必要資料，積極參與評

¹ 四宮啓於〈制度設計に市民の観点をどう活かすか〉裁判員制度座談会之發言，法學セミナ 623 號，2006 年 11 月，第 26 頁。

議，確保觀審員得以實質有效地參與審判，毋庸另於開庭外再研閱書面卷證資料²。特別是，基於「無罪推定」及「不自證己罪」二項原則，檢察官應就犯罪事實舉證證明至不容有合理懷疑之確信程度，為讓觀審員形成適正之心證，檢察官就個案情節及重要爭點，應為完整適切之主張及舉證。法官進行觀審審理程序時，似宜注意觀審員理解案情之程度，適時運用訴訟指揮技巧，引領照料觀審員，充分利用中間討論或終局評議程序，與觀審員進行溝通交流，釐清觀審員可能之疑惑，就觀審員參與判斷事項，傳達簡潔易懂正確訊息。

(二)、合理時間完成審理，減輕觀審員之審判負擔

根據日本裁判員制度實施前所作民意調查之結果，一般民眾參與審判意願之日數，1日也不想參與者占29.1%，3日以內者占38.9%，4-5日者占7.8%，6-10日者占1.6%，11日以上者占3.5%³。由此可見，連續開庭超過4日者，人民參與審判之意願，隨之遽降。況且，觀審員集中於審理內容之時間及保持記憶、心證之時間，均有一定之限界。因此，為縮小妨礙人民參與審判之作用力，並考量人民參與審判之集中力、記憶力界限，審檢辯三者應以爭點為中心，致力

²神山啓史・岡慎一，〈模擬裁判から見た審理の課題〉，法律時報81卷1號，2009年1月，第7頁。

³株式会社NTT データ経営研究所，〈裁判員制度の制度設計等に関する調査研究報告書—「裁判員制度についてのアンケート」の実施と分析—【概要版】〉，2006年3月，第29頁，瀏覽網址：<http://www.saibanin.courts.go.jp/topics/pdf/houkokusyo.pdf#search='裁判員制度の制度設計等に関する調査研究報告書'>。

於案件核心之迅速集中審理，將開庭次數壓縮在必要最小限度範圍內，以減輕觀審員參與審判之負擔及不安感⁴。其具體操作方向允宜充分利用準備程序篩選並整理重要爭點事項，剔除枝微末節或無關緊要之瑣碎周邊事項，嚴選最佳證據，將調查證據之「質」及「量」盡量控制在觀審員得以簡易理解之範圍內，落實連日開庭，貫徹集中審理原則（由齒科治療模式轉向外科手術方式）⁵。

（三）、縮短法官與觀審員間之資訊落差

觀審員與法官立於同等地位，共同參與審判，均得就有罪、無罪及量刑參與判斷，為避免形成心證之基礎歧異，影響論罪科刑判斷，進而損傷人民參與審判之旨趣，關於證據內容之資訊，法官與觀審員間應共通對等，儘可能地縮小落差，且應於審判庭上完成調查證程序⁶。

（四）、維持發現真實及保障人權之基本要求

為配合觀審員之素人本質，觀審審判程序應徹底落實連日、公判中心、直接及言詞審理原則，並為相應的準備程序，但絕對不能因強調素人觀審員，而墮落成「拙速」審判，犧牲刑事審判務必發現真實

⁴ 吉丸真，〈裁判員制度の下における公判審理及び評議のプラクティス〉，ジュリスト 1322 號，2006 年 11 月 1 日，第 111 頁。

⁵ 今崎幸彦，〈共同研究「裁判員制度導入と刑事裁判」の概要—裁判員制度にふさわしい裁判プラクティスの確立を目指して〉，判例タイムズ 1188 號，2005 年 11 月 15 日，第 9 頁；酒卷匡，〈裁判員制度の導入に向けて—裁判員制度の意義と課題〉，法學教室 308 號，2006 年 5 月，第 12、13 頁。

⁶ 今崎幸彦，〈裁判員裁判における複雑困難事件の審理—司法研修所における裁判官共同研究の概要〉，判例タイムズ 1221 號，2006 年 12 月 1 日，第 6 頁。

及保障人權之基本要求⁷。何況適用觀審程序之案件，多為重大刑事案件，涉及被害人死亡、重傷害，被告經判定為有罪時，多可能須面臨死刑、無期徒刑或重度刑之有期徒刑等嚴厲刑罰，觀審審理及判決之內容品質，如較完全由法官審理非適用觀審案件低劣，實非讓人民參與審判對初衷。

(五)、發揮公平法院之功能

刑事被告有受公平法院審判之權利，為保障被告刑事程序之基本權利，法院不得與當事人有利害關係或就具體個案存有預斷偏見，應保持公平中立客觀第三者之立場⁸。為發揮公平法院之功能，除法院組織外，法院為訴訟指揮時，亦負有不得使觀審員存有預斷或偏見之義務，以排除其等受到不當影響。

為此，人民觀審試行條例草案（以下稱觀審草案）第 37 條、第 38 條規定，行觀審審判案件，為使觀審員易於理解、得以實質參與，並避免造成其時間與精神上之過重負擔，審檢辯三者應為下列事項之處理：

1、於準備程序，進行詳盡之爭點整理。

2、於審判期日之訴訟程序，進行集中、迅速之調查證據及辯論。

⁷ 最高裁判所事務總局刑事局，〈模擬裁判の成果と課題--裁判員裁判における公判前整理手続、審理、評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方〉，判例タイムズ 1287 號，2009 年 3 月 15 日，第 8、9 頁。

⁸ 野中俊彦等 4 人共著，〈憲法 I〉，平成 17 年 6 月 30 日第 3 版 10 刷，第 404 頁；佐藤幸治，〈憲法〉，平成 9 年 11 月 25 日 3 版 7 刷，第 599 頁。

3、於中間討論、終局評議，進行足使觀審員釐清疑惑之說明，並使其完整陳述意見。

4、審判長指揮訴訟，應注意法庭上之言詞或書面陳述無使觀審員產生預斷之虞或偏見之事項，並隨時為必要之釐清或闡明。

二、審前說明

(一)、審前說明之重要性

法院之審判程序，係法律專業背景之法官依法律所定進行之程序，素人之觀審員如何能與法官共同進行審判程序，銜接之關鍵在於審判長之「審前說明」，係觀審員得以安心放心且有尊嚴地參與審判發揮制度設計功效之重要程序，茲說明其設計理由如下：

1、人民參與審判在於反映人民清新觀點及法律感情，但因人民對法律專業並不清楚，為避免人民審判可能之判斷違誤，自有必要於開始審判前向觀審員為適切之說明⁹。

2、觀審審理程序之前，對參與審判人民先行說明，可引領人民了解刑事審判程序及必要相關之法律規定，提高參與關心度及滿足感，減少因法律專門性不足所生之不安，讓人民安心放心參與審判程序。

3、公判審理前，素人如不事先知曉應適用法律，參與證據調查，恐有事倍功半之疑。毋寧以分次說明方式，於公判審理前即對參與審判

⁹ 守屋克彦，〈自白の任意性および信用性に関する説示〉，刑事弁護 52 號，2007 年，第 70 頁。

之素人分次依序說明，較有助於實質參與審理。否則，迨審判最終階段，始對參與審判人民進行說明，其等能否於短時間內消化理解龐大資訊？實難謂無疑。

4、審前說明之程序得以減少參與審判人民之偏見及困惑，有助於其等進行證據評價，形成適正心證。

5、準備程序係人民參與審判之必備前提程序，經準備程序整理案件及爭點之結果，法院可釐清本案核心關鍵，審前說明僅描述案件輪廓及基本概念，並無觸及證據實體內容，法院決定說明事項，並無何困難。

6、審前說明程序更可促使法官重新確認檢視刑事審判基本原則，有助於上述基本原則之深化及落實。

因此，觀審草案參酌日本立法例，於第 47 條第 1 項規定，審判長進行觀審員宣誓程序後，應向觀審員說明觀審審判程序流程等相關事項。

(二)、檢辯參與審前說明程序之爭議

日本裁判員法第 39 條審前說明條款，係編排在「裁判員選任程序」章節，構成選任程序之一部，依裁判員法第 32 條第 1 項規定，審判長為審前說明時，檢辯應出席到場（依同條第 2 項，僅於法院認

有必要時，得命被告在場)，檢辯如未到場，選任程序為不適法¹⁰。分析日本裁判員法設計檢辯應於審前說明程序到場之理由，略為：為保護候選裁判員隱私，裁判員選任程序並不公開行之，但為確保選任程序適正性，兩造法律專門家到場參與，應能最低限度擔保選任程序正當性。且檢辯對審前說明本身亦多寄予高度關心，檢辯於審前說明時到場，不僅得檢視審前說明之內容，更可避免審前說明與後續開審陳述相互歧異而對裁判員造成混亂¹¹。

相對，我國觀審草案則係將審前說明規定在第 4 章「觀審審判程序」第 3 節「審判期日」，與日本裁判員法體例編排顯有不同。說明時點，依觀審草案第 47 條第 1 項立法說明，係於「第一次審判期日之前」，審判程序尚未開始。且因審前說明時點係在觀審員選任程序終結之後，對選任有效性已不生任何影響，檢辯於審前說明時到場，並無何意義。參以韓國國民參與刑事審判法第 42 條第 2 項之審前說明，亦係編排在同法第 4 章第 2 節「公判程序」之中。準此，於立法政策上，似無必然應仿照日本裁判員法，將審前說明排列編入選任程序，強制規定檢辯應於審前說明時到場。惟因審前說明有可能影響觀審員形成判斷¹²，於嘉義、士林地方法院觀審模擬審判交流座談會時，

¹⁰ 日本大阪高等裁判所平成 23 年 1 月 26 日判決。

¹¹ 岡田悅典，〈裁判員選任手續における説明・宣誓の手續と檢察官・弁護人の出席〉，2011 年 10 月 25 日，速報判例解説 9 号 177 頁

¹² 後藤昭等 4 人共著，〈実務家のための裁判員法入門〉，2008 年 6 月 30 日，1 版 2 刷，第 81 頁。

與會辯護人亦時有質疑審判長可能利用審前說明，偷渡行銷法官想法，致觀審員難以空白心證蒞臨公判庭。是為消除類此不公正聯想，檢辯如要求於審前說明時到場，為免生不必要之誤會或困擾，審判長似可允許之。至於被告如亦要求於審前說明時到場，審判長似宜一併審酌觀審員之心理精神負擔等相關因素，慎重決定之。

(三)、審前說明事項之分析

基於方便觀審員適度理解及防止混亂之出發點，觀審草案第 47 條第 1 項規定，審判長應說明事項如下：

1、觀審審判之程序：

法院依觀審草案第 22 條第 2 項寄發觀審制度概要說明書及通知候選觀審員到場參與選任程序時，前後二次均會介紹觀審審判程序流程，候選觀審員到場參與選任程序時，法院相關人員亦會再次介紹觀審審判之審理流程。因此，審判長似毋庸就審判程序為過度詳細之解說。

2、觀審員、備位觀審員之權限、義務、違背義務之處罰：

(1)、權限部分：觀審員應對事實認定、法令適用及量刑陳述意見，依據法律獨立行使職權，不受任何干涉、於審判程序進行中經審判長許得直接訊問證人、鑑定人等。

(2)、義務部分：觀審員應負公正誠實執行職務、保守秘密、宣誓、出席到場參與審理、評議、陳述意見、遵照法官法令解釋、聽從審判長

訴訟指揮等義務。

(3)、違背義務之處罰：違背保守秘密義務，得處 1 年以下有期徒刑、拘役或新台幣 10 萬元以下罰金（刑事罰）；違反宣誓、到場、陳述等義務，得裁罰新台幣 3 萬元以下罰鍰（行政罰）。

至於法官單獨評議時，觀審員得否在場，依觀審草案第 56 條第 4 項規定，係委諸於合議庭全體法官判斷之，是審判長似尚無必要於審前說明時就觀審員得聽取法官評議部分一併提及。

3、刑事審判之基本原則：

刑事審判之基本原則應委由審判長說明，其理由為：如由檢辯兩造說明刑事審判之基本原則，如兩造說明方法歧異，恐使觀審員產生混亂。又參照日本裁判員規則第 36 條規定，為使觀審員摒棄先前接觸之審判外資訊，明瞭檢辯兩造主張舉證之本質差異及刑事審判必要舉證程度，審判長似應就「證據裁判原則」、「舉證責任」及「刑事證明程度」等刑事審判基本原則解說之。至於上述 3 原則以外之其他刑事審判基本原則（如證據排除法則等），對法律知識淺薄之素人而言，考量其等吸收能力，一次填鴨式大量說明，理解效果如何，似有疑義。且其他刑事審判原則如確有說明之必要性，審判長亦得伴隨訴訟程序之開展進行，於適當時點，利用中間討論機制，向觀審員說明之¹³。

¹³ 齊藤啓昭等 7 人共著，〈裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の解説〉，法曹時報 61 卷 5 號，2009 年 5 月，第 108、109 頁。

4、被告被訴罪名之構成要件及法令解釋：

(1)、觀審員職權之一為「事實認定」，而事實認定須以一定法令解釋為前提，始得審認社會事實，故法令解釋作為事實認定之出發點。又適用法令之際，關於成立要件之基本理解是不可欠缺之前提，由具有法律專門知識之審判長對於素人之觀審員，於必要限度內，平易說明法令解釋內涵，是制度的必然設計¹⁴。

(2)、向來刑事法解釋學過於精緻，對於觀審員而言，恐難以理解運用，由於在人民觀審審判架構下，觀審員有必要充分理解判斷對象及規則，形成個人意見，參與評議，審判長於審前說明階段，對觀審員提示案件事實之法令判斷概述，有助於增進觀審員理解案情及實質參與評議¹⁵。

(3)、觀審草案第 50 條第 1 項、第 58 條第 2 項、第 4 項分別規定，法令解釋專由法官合議決定之，審判長認有必要時，應向觀審員為法令之解釋，觀審法庭全體成員前後二階段第一步驟討論結束後，觀審員應以審判長之法令解釋說明為基礎，就認事用法及量刑個別陳述意見。導入人民參與審判元素後，嚴謹解釋犯罪構成要件，保持理論統一性、整合性之基本原則仍應貫徹落實。法令解釋判斷，既劃歸為法

¹⁴ 橋爪隆，〈裁判員制度のもとにおける刑法理論〉，法曹時報 60 卷 5 號，2008 年 5 月，第 1、2 頁。

¹⁵ 佐伯仁志，〈裁判員裁判と刑法解釈の在り方〉，ジュリスト 1417 號，2011 年 3 月 11 日，第 110、111 頁；中谷雄二郎，〈佐伯報告に関する若干のコメント〉，ジュリスト 1417 號，2011 年 3 月 11 日，第 116、117 頁。

官專權事項，分析實務裁判先例，歸納歷來審判實務之判斷基準，以平易明確形式，將裁判先例核心內容提示傳達予觀審員，自是審判長之必要作業。

5、本案事實與法律之重要爭點：

- (1)、審判長於審前說明時應否說明本案爭點，日本實務界似多認為：日本刑訴法中已設計罪狀認否、開審陳述、公判前整理程序結果揭示¹⁶，及階段闡明案件爭點及證據關係等相關程序，基於當事人進行、公判中心主義等觀點，審判長僅須於開庭前視個案說明起訴狀記載意義等即可，事實與法律爭點宜由當事人於適當程序階段說明闡釋之¹⁷。
- (2)、惟因觀審員多為不具法律專業知識之一般素人，復因未參與準備程序，與法官間不免存有一定程度資訊落差，觀審員如未能適度把握爭點，恐難以理解審理內容實質參與審判。再者日本刑訴法是利用公判前整理程序結果揭示手續，將爭點說明安排在公判程序，亦非全未說明爭點。是為平衡異質裁判體成員間之資訊不對等情形，同時將準備程序爭點整理結果接軌至公判審理程序，觀審草案之設計應屬可行。

6、審判期日預計進行證據調查之範圍、次序、方法及預估所需之時

¹⁶ 日本刑訴法第 316 條之 31 第 1 項規定：行公判前整理程序案件，於前條程序（被告及辯護人開審陳述）終了後，裁判所依裁判所所定規則，於公判期日應說明公判前整理程序之結果。

¹⁷ 最高裁判所事務総局刑事局，〈模擬裁判の成果と課題—裁判員裁判における公判前整理手続，審理，評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方〉，判例タイムズ 1287 號，2009 年 3 月 15 日，第 19、20 頁。

間：

為使觀審員掌握證據調查節奏及預估審理時程，安排調整工作、家庭事務，審判長自應就證據調查計劃事項說明之，俾觀審員有預測性，較能安心參與審判。

7、其他應注意之事項：

如介紹評價證據憑信性之檢查表重要項目¹⁸，審理途中如有任何不明瞭事項，觀審員得隨時利用中間討論程序，向法官請教，觀審員因生病或其他臨時重要事故無法出席到場時，請適時與法院聯絡等。

（四）、審前說明事項之補充

考量觀審員對審前說明事項之理解吸收能力，單次說明大量審理資訊，效果可能不盡理想¹⁹，對觀審員亦可能造成過重負擔。因此，觀審草案第 47 條第 2 項規定，審判期日之訴訟程序進行中，審判長認有向觀審員說明前項所定事項之必要時，應行中間討論，配合訴訟程序進度，適時說明之。又因審前說明內容有左右訴訟走向之可能性，審判長似宜注意避免造成觀審員誤解或有不公平對待兩造產生爭議之不當說明。

¹⁸ 內田暁，〈カナダ・オンタリオ州連邦上位裁判所における刑事陪審員に対する説示の在り方,工夫について--連邦上位裁判所裁判官研修会(Education Seminar)に参加して〉，判例タイムズ 1205 號，2006 年 5 月 15 日 第 67 頁。

¹⁹ 日本最高裁判所刑事規則制定諮問委員会，〈裁判員法 39 条の説明の基本的考え方〉，平成 20 年 3 月 21 日，瀏覽網址：

<http://www.courts.go.jp/saikosai/iinkai/keizikisoku/siryoy190523/index.html>。

三、開審陳述

(一)、開審陳述之旨趣及功能

觀審審判程序異於通常審判程序之一大特徵，即在於參考日本裁判員法第 55 條、刑訴法第 296 條、第 316 條之 30 之規定，引進「開審陳述」制度。回溯觀察日本刑訴法採用開審陳述制度之初始目的，係因第二次世界大戰後，日本刑訴法走向當事人進行主義，於第 256 條第 6 項引進「起訴狀一本主義」，經由檢察官開審陳述，對不明瞭案件詳細內容之法官，提示案件初步藍圖，使法官知悉案件全貌，容易指揮訴訟及進行證據裁定；同時對被告揭明具體防禦對象，使被告適切規劃防禦態勢，進行效率充實之審理程序²⁰。

因觀審草案第 45 條第 1 項採行「改良式卷證併送」機制，開審陳述應能提供法官易於指揮訴訟之機能。特別是，開審陳述對完全或幾近不瞭解案件內容，初次蒞臨公判庭之觀審員而言，有如街道地圖一般，具有形塑案件基礎印象，理解案件整體概要，知曉全盤路程位置，同時提供觀審員俯瞰後續證據調查之全般構造，益加正確理解緊接展開之證據調查意義，並繼續集中意識於證據調查整體²¹。

審判長於公判審理前雖應依觀審草案第 47 條規定進行「審前說明」程序，然檢辯及被告於調查證據前，如依觀審草案第 51 條規定

²⁰ 高田卓爾，小野慶二編，〈刑事訴訟法の基礎〉，昭和 50 年 7 月 1 日初版 1 刷，第 269 頁。

²¹ 四宮啓，〈冒頭陳述〉，判例タイムズ 1254 號，2008 年 1 月 15 日，第 74 頁；高野隆，〈冒頭陳述とが何か〉，刑事弁護 51 號，2007 年，第 28 頁。

就待證事實、聲請調查證據之範圍、次序及方法，聲請調查之證據與待證事實之關係為開審陳述，與審判長前述審前說明程序相乘相加結果，觀審員應更能明瞭待證事實焦點，知曉兩造舉證方針、證據調查全貌與證明待證事實意圖，使後續審判程序順暢進展²²，進而於公判庭形成適正心證。

依觀審草案第 51 條所借鏡之日本刑訴法第 310 條之 30 條規定，被告及辯護人為開審陳述並不以經法院許可為必要，法院應不得拒絕之，故同條第 2 項規定，被告、辯護人「應」於檢察官為前項開審陳述後，準用前項規定，向觀審法庭說明之，法院並無裁量餘地。惟依本條立法理由及被告方面開審陳述目的，似以被告及辯護人「有」主張待證事實或聲請調查證據時，始「應」為開審陳述，如全無主張或聲請調查證據時，即得不為開審陳述²³。

（二）、開審陳述之時期及方式

被告及辯護人開審陳述之時期及次序，日本傳統實務援依刑事訴訟規則第 198 條第 1 項規定，多認為毋須於檢察官開審陳述後即刻接續為之，俟檢察官舉證終了，被告方面開始行舉證活動之際為之，亦無不可。惟日本於導入公判前整理程序之後，日本刑訴法第 316 條之 30 條似改變實務多數操作模式，規定應行公判前整理程序之裁判員

²² 荻野鑑一郎，〈冒頭陳述について〉，判例タイムズ 44 號，1955 年 1 月 15 日，第 8、9 頁。

²³ 裁判員制度実施大阪本部，〈公判前整理手続〉，2007 年 11 月 30 日 1 版 5 刷，第 212 頁。

適用案件，被告及辯護人應於檢察官開審陳述後接續為之²⁴。反觀我國，觀審草案第 51 條第 2 項規定，被告及辯護人應於檢察官開審陳述後，向觀審法庭陳述說明。開審陳述規定又係參照日本刑訴法第 316 條第 30 所制定。且緊接行之，與檢察官開審陳述相對比，應更能突顯案件爭點，有助於後續審理程序之進行。因此，適用觀審程序案件，被告及辯護人之開審陳述，自應接續於檢察官之後為之。

開審陳述時，檢辯宜否交付「書面要旨」？對此採否定說者認為：將書面要旨交予參與審判之人民，受交付者之注意力往往為書面記載內容所牽引，致生輕忽聽取言詞陳述傾向，阻礙形成適正心證，開審陳述時應僅得以言詞方式為之，似不宜提出書面要旨²⁵。惟肯定說認為：對於全無審判經驗之觀審員而言，徒憑聽聞述說得否充分掌握開審陳述內容，似有疑問。認真聽訟者或會筆記陳述重點，跟不上進度者恐會漸行漸遠，且書面內容僅摘列要旨，應不致危及觀審員形成適正心證。因此，本文基於促進觀審員理解審理核心觀點，認為肯定說所見較為允洽²⁶。至於書面要旨形式，如能併用系統圖或樹枝圖等方式，或更能促進觀審員理解吸收。惟因書面要旨可能涉及訴訟關係人隱私，甚指涉評議內容事項，得否允許觀審員攜出法院，法院似宜慎

²⁴ 法曹會，〈刑事訴訟規則逐條說明〉，平成 10 年 2 月 20 日，1 版 4 刷，第 92 頁；辻裕教，〈刑事訴訟法の一部の改正法律平成 16 年法律第 62 号ついて〉，法曹時報 57 卷 8 號，2005 年 8 月，第 108 頁。

²⁵ 河津博史，〈弁護人の冒頭陳述・最終弁論のあり方〉，刑事弁護 43 號，2005 年，第 28 頁。

²⁶ 松尾浩也，〈刑事訴訟法・上〉，平成 5 年 1 月 30 日補正 3 版 4 刷，第 227 頁。

重處理。

附帶一提的是，開審陳述具有說明案件概要、揭示舉證方針及指引證據調查之機能，惟因法院審判範圍係以檢察官起訴犯罪事實為據，於該範圍內負有審判義務。又鑑於訴訟程序動態發展性格，原認無調查必要或未預見事實，亦可能伴隨訴訟程序開展嗣認有調查必要情形，觀審草案或刑訴法亦未設計證據調查失權效條款。因此，通說似認為，開審陳述並無限制法院審理範圍效力，更無限縮證據調查範圍機能²⁷。

（三）、開審陳述之基本方針

依日本開審陳述之實務經驗，檢辯及被告於開審陳述時，可參酌以下基本方針：

1、觀審員於審理程序之初，往往難以立即消除參與審判之緊張感，為讓觀審員正確掌握開審陳述之內容，開審陳述之本身似宜簡潔扼要，提供過量資訊，反而不利於觀審員形成心證。開審陳述固應完整含括應說明事項，但亦應維持觀審員之注意力，依美國之實務經驗，其時間多為 10 至 20 分左右²⁸。又為使觀審員適切理解陳述之內容，檢辯宜以淺顯易懂方式陳述舉證之重點，同時說明緊接下來證據調查

²⁷ 平野龍一・松尾浩也編，〈刑事訴訟法〉，1983 年 11 月 25 日新版 5 刷，第 202、204、205 頁。

²⁸ 四宮啓，〈冒頭陳述〉，判例タイムズ 1254 號，2008 年 1 月 15 日，第 78 頁。

程序之角色定位²⁹。

2、檢辯及被告為讓觀審員正確理解其主張之重點，應基於準備程序爭點及證據整理之結果，過濾不必要之資訊，掌握對造主張內容判斷分歧點，聚焦重要爭點，嚴選其主張，進行兩造爭點對焦整合之開審陳述³⁰。

3、開審陳述為後續證據調查程序之指標，為讓觀審員易於掌握案情輪廓，開審陳述時，得簡潔說明各事實相互間關係及推論過程³¹，甚「概括」觸及待證事實與證據間之關係。惟開審陳述出發點在於明示舉證對象及證據構造，銜接後續展開之證據調查程序，並非事先揭示證據內容或提示證據證明力³²，如逸脫開審陳述之範圍，過度詳細至展現證據內容或證明力程度，則有混淆開審陳述與證據調查界限之嫌。又因開審陳述時，觀審員尚未見聞證據，陳述時如夾雜證據評價，不僅無助於觀審員之充分理解，反而招致觀審員萌生混亂，是以開審陳述時，自不宜進行證據評價³³。

4、開審陳述不僅具有展現爭點之機能，亦是說服法官及觀審員之重

²⁹ 和田雅樹於〈裁判員制度実施に向けた新たな刑事裁判の在り方--法曹三者の取組〉座談会之發言，法學教室 310 號，2006 年 7 月，第 13、14 頁。

³⁰ 日本最高裁判所事務總局刑事局，〈模擬裁判の成果と課題〉，判例タイムス 1287 號，2009 年 3 月 15 日，第 22 頁。

³¹ 日本最高檢察庁，〈裁判員裁判における檢察の基本方針〉，平成 21 年 2 月，第 49 頁。

³² 水谷規男，〈裁判員裁判と刑事弁護の課題—法曹三者模擬裁判から見えてくるもの〉，刑事弁護 45 號，2006 年，第 39 頁。

³³ 小野正典，〈模擬裁判における冒頭陳述を検証する〉，刑事弁護 51 號，2007 年，第 46、47 頁；鴨良弼，〈刑事訴訟法講義〉，1981 年 5 月 30 日，新版 1 刷，第 187 頁。

要機會，檢辯及被告應基於說服有效性之觀點，鋪排開審陳述架構及內容。且開審陳述本身並非獨立存在，該程序應被定位為整體說服過程中之一部分，不得與接續進行之證據調查及最終辯論相互矛盾，三者間應相互勾稽。

5、觀審草案及現行刑訴法雖無聲請證據調查失權效之條款，檢辯及被告於審判程序審理程序時得另行聲請調查新證據。惟因觀審草案第51條第1項立法理由明確揭示，未經法院裁定認有證據能力或經法院裁定認無調查必要之證據，不得於開審陳述中提及。基此，檢辯及被告如有新證據未及於準備程序終前提出，似宜先行聲請調查證據，待法院另為證據裁定後，再依證據裁定結果為開審陳述³⁴。

（四）、開審陳述與準備程序書狀之關係

觀審草案第40條第1項、第42條第1項明定檢辯均應提出準備程序書狀，書狀共通事項為：「聲請調查之證據及其與待證事實之關係」。同草案第51條規定，檢辯為開審陳述時，亦應說明「聲請調查之證據及與待證事實之關係」，此乃基於下述準備程序書狀與開審陳述間之重大差異，而為必要之規定：

1. 本質面之差異：

準備程序書狀係為整理爭點及證據所作成之書面，經由檢辯明示主張

³⁴ 田淵浩二，〈冒頭陳述における予断排除〉，刑事弁護 51 號，2007 年，第 70 頁。

及防禦對象事實浮現形成爭點，檢辯更得視爭點整理必要性，補充記載內容，具有動態之本質。反之，開審陳述則係以準備程序爭點及證據整理之最終型態，提出在審判程序審理程序預計證明之事實陳述³⁵。又因準備程序書狀之浮動本質，準備程序書狀與開審陳述之「待證事實」不盡然完全一致。

2. 功能面之差異：

檢察官之準備程序書狀在於對法院開示檢察官舉證對象，對被告具體明示防禦對象，辯護人之準備程序書狀則在於揭示對起訴事實爭執或不爭執之事項，協力法院迅速整理案件爭點及證據。開審陳述則係藉由對觀審員展示案件概要及舉證方針，以觀審員易於了解之方式，提示待證事實得基於如何證據加以認定³⁶。

(五)、開審陳述之範圍

開審陳述之範圍，包含與檢察官起訴犯罪事實有關之直接、間接事實及訴訟法上之事實³⁷。此外，於下述情形，特別亦得於開審陳述時主張被告之前科紀錄：

1、前科紀錄構成犯罪構成要件要素之一部分時，如日本刑法第 186

³⁵ 日本最高檢察庁，〈裁判員裁判における檢察の基本方針〉，平成 21 年 2 月，第 46 頁。

³⁶ 河本雅也，〈裁判員制度実施に向けた取組の概要〉，載於法律のひろば編集部編〈裁判員制度の実務〉，平成 12 年 12 月 25 日再版發行，第 37 頁。

³⁷ 青柳文雄等 5 人代表共著，〈註釈刑事訴訟法第 3 卷〉，昭和 56 年 5 月 10 日初版 3 刷，第 160 頁。

條第 1 項之常業賭博罪（反覆為賭博行為之慣行習癖）³⁸。

2、前科紀錄與犯罪成立與否具有密接關係，如被告將其前科紀錄作為犯罪手段進行恐嚇、脅迫，而取得他人財物³⁹。

3、利用同種前科紀錄證明犯罪事實：

(1)、犯罪客觀要素業經其他證據證明，得依被告前科紀錄證明犯罪主觀要素。如以故買贓物及詐欺前科紀錄，作為知悉贓物及欺罔主觀要素之證據⁴⁰。

(2)、犯罪態樣、手法特殊之犯罪，且有多次實施紀錄時，前科紀錄之犯罪事實如有顯著特徵，且與本案犯罪事實具有相當程度類似性，利用前科紀錄本身，得以合理推論犯人之同一性時⁴¹。

除上述案型外，因刑法第 57 條第 5 款規定「犯罪行為人之品行」之概念包括被告之前科紀錄在內⁴²，就量刑事實調查及辯論時，檢察官固非不得提出被告之前科紀錄。惟檢察官於開審陳述時可否揭示被告之前科紀錄，不無疑義？依日本傳統實務及學理見解，就此問題得分為下述三說：

³⁸ 日本名古屋高等裁判所昭和 25 年 6 月 21 日判決。

³⁹ 齊藤壽郎・安村和雄共編，〈判例刑事訴訟法中卷〉，1964 年 2 月 15 日再版，第 684 頁。

⁴⁰ 藤永幸治等 3 人編，〈大コンメンタール刑事訴訟法第四卷「高楮省吾」〉，2003 年 1 月 15 日初版 4 刷，第 552 頁；最高裁判所第三小法庭昭和 41 年 11 月 22 日昭和 41 年あ 1409 號判決（刑集 20 卷 9 號 1035 頁）。

⁴¹ 松尾浩也，〈刑事訴訟法・下〉，平成 11 年 3 月 15 日補正 2 版 1 刷，第 116 頁；日本最高裁判所第二小法庭平成 24 年 9 月 7 日平成 23 年あ 670 號判決；東京高等裁判所昭和 40 年 9 月 29 日判決；和歌山地方裁判所平成 12 年 12 月 20 日判決。

⁴² 最高法院 98 年台上 7233 號判決判示：科刑（或稱刑罰裁量、量刑）資料係指刑法第 57 條或第 58 條所規定之內容，亦即科刑之標準與基礎應如何具體審酌取捨之問題。第 57 條第 5 款「犯罪行為人之品行」，當包括其之前科紀錄及品格。

1、肯定說：

量刑審酌事實與犯罪事實二者，同為證明之對象，開審陳述之射程應不限於犯罪成立事實，量刑審酌事實當然亦包括在內。且開審陳述與檢察官陳述起訴要旨之性質不同，開審陳述程序業已進展至證據調查程序階段，不必然要求排除預斷。刑事訴訟亦無區隔罪責認定及刑之量定調查程序。準此，被告前科紀錄既為量刑審酌重要事項之一，檢察官於開審陳述時揭示被告前科紀錄，應難認為違法⁴³。

2、否定說：

檢察官於開審陳述時揭示被告前科紀錄，容易導引審判者對被告為不利之認定，違反確定前提事實為刑事責任基礎之法則。又依肯定說操作結果，必然不得不容許被告舉證反駁，如此不特使待證主軸失焦模糊，審判者更難以清楚掌握事實焦點為何。因此與犯罪事實本身無涉之被告前科紀錄，於開審陳述時，應不得揭示提出⁴⁴。

3、折衷說：

被告就犯罪事實全部自白時，案件爭點僅為量刑審酌事項，檢察官於開審陳述時觸及前科紀錄，既不致使審判者就犯罪事實產生預斷偏見，被告亦不致陷於不利益，復有助於訴訟之開展進行，開審陳述時

⁴³ 栗本一夫，〈冒頭陳述に前科のある事実を述べたことの可否 刑の言渡の効力を失った前科と情状（判例研究1）〉（名古屋高裁昭和26年3月3日），判例タイムズ20號，1962年6月15日，第38頁；仙台高等裁判所秋田支部（以下審級、年號均同）昭和24年10月24日判決、名古屋25年11月15日判決、東京35年4月21日判決。

⁴⁴ 秋山規雄，〈冒頭陳述〉，刑事訴訟法の争点（新版），1991年5月版，第165頁；高田卓爾，〈刑事訴訟法〉，1990年1月20日2訂版2刷，第435頁。

揭示被告前科紀錄，應尚屬無妨⁴⁵。反之，量刑情狀事由係於犯罪成立後始應審酌之事項，被告就被訴事實如有爭執，檢察官於開審陳述時如敘及被告前科紀錄，不免使審判者產生偏見或預斷之虞，似欠允洽⁴⁶。

本文認為檢察官於開審陳述時，不宜揭示被告之前科紀錄，其理由如下：

1、被告前科紀錄，容易指向被告犯罪性向該欠缺實證根據之人格評價，易導致事實認定者陷於錯誤。尤其於審判成員加入素人參與元素後，於開審陳述時即揭示被告前科紀錄，恐使參與審判素人於審判初始即對被告抱持不良印象，更不免引發當事人間就前科紀錄內容相互爭執，反使爭點擴散失焦，致參與審判之人民陷於混亂，增加審理負擔。

2、刑事審判未區隔犯罪事實及量刑事實審理階段，與得否於開審陳述時揭示被告前科紀錄，並無必然關係⁴⁷。前述持肯定說及折衷說之日本高等裁判所立基點，係建構在職業法官審判前提下，於導入人民參與審判制度下，得否繼續維持該見解，似有疑義⁴⁸。

⁴⁵ 石丸俊彥，〈刑事訴訟の実務・下〉，平成 17 年 8 月 22 日，第 292 頁；仙台高等裁判所秋田支判昭和 25 年 4 月 12 日判決（24 年を 128 號、25 年を 150 號）。

⁴⁶ 田口守一，刑事訴訟法，平成 20 年 4 月 30 日 4 版 6 刷，第 289 頁；法曹會，〈公判手続と調書講義案〉，平成 2 年 1 月 20 日 3 訂版 1 刷，第 92 頁。

⁴⁷ 橫井大三，〈証拠—刑訴裁判例ノート(2)〉，昭和 46 年 12 月 10 日初版 2 刷，第 230 頁。

⁴⁸ 如名古屋高等裁判所昭和 26 年 3 月 3 日判決即明白表示，我國刑事訴訟制度，係「僅由職業法官裁判」，於開審陳述揭示被告前科紀錄，尚難認足使法官抱持預斷。

3、犯罪事實被證明前，即於開審陳述階段揭示有關量刑情狀之被告前科紀錄，本身恐有矛盾之虞，同時違反預斷排除原則之旨趣。且因被告自白不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要證據，足見，被告縱自白犯罪事實，尚難因此遽認為犯罪事實業經證明。準此，自不得因被告自白犯罪與否而為相異之處理⁴⁹。

4、依刑訴法第 288 條第 4 項之立法增訂理由說明：為恐與犯罪事實無關之科刑資料會影響法官認定事實之心證，則該等科刑資料應不得先於犯罪事實之證據而調查，乃明定審判長就被告科刑資料之調查，應於其被訴事實訊問後行之。循此最高法院 100 年台上 2806 號判決亦判示：被告之前科紀錄等品格證據如與犯罪事實全然無關者，為避免影響職業法官認定事實之心證，該等證據應不得先於犯罪事實之證據而為調查，．．．俾免導致錯誤之結論或不公正之偏頗效應。準此，如容認檢察官於開審陳述時揭示被告之前科紀錄，無異於調查犯罪事實之前，即事先向參與審判人民揭露被告犯罪性向該欠缺實證根據之人格評價，恐不符上述立法增訂理由及最高法院判示之意旨。

又開審陳述時，如提及被告之前科紀錄，為防止誤判風險，他造當事人應得即時聲明異議，請求撤回或更正陳述內容⁵⁰。

⁴⁹ 平場安治等 4 人共著，〈注解刑事訴訟法中卷〉，昭和 57 年 4 月 30 日全訂新版 1 刷，第 511 頁。

⁵⁰ 田淵浩二，〈冒頭陳述における予断排除〉，刑事弁護 51 號，2007 年，第 71 頁；庭山英雄等 3 人編，〈刑事弁護と証拠法〉，2011 年 5 月 31 日，初版 1 刷，第 56 頁。

其次，檢辯於開審陳述時，宜否陳述關於法令之意見。茲分別說明如下：

1、事實於法令上所具意義之說明：

為使觀審員理解事實主張及舉證目的，如為區別「殺人故意」或「傷害致死」，檢辯於開審陳述時，為向觀審員傳達事實於法令上所具有之意義，應得於必要最小限度法律論程度內，就「殺人犯意」及「傷害致死」等法律概念，向觀審員展開得理解區別該意義之說明⁵¹。參以日本刑訴法第 316 條之 30 亦明定，被告及辯護人於開審陳述時亦得說明「法律上之主張」，故此情形似得於開審陳述時說明之。

2、法令解釋本身有爭議之說明：

檢辯及被告各自披陳法律解釋觀點，對於非法律專門家之觀審員而言，恐徒生紛擾增加理解困難。且依觀審草案第 47 條第 1 項 4 款規定審判長為審前說明，應就法令解釋一併說明，同草案第 50 條第 1 項、第 2 項另規定，法令解釋專屬法官合議決定，法令解釋有疑義時，審判長應行中間討論，如肯認法令解釋本身有爭議時，當事人得於開審陳述時說明己方解釋觀點，似有混淆審檢辯三者權責分工之疑。因此，此疑義似以持消極見解為宜⁵²。

⁵¹ 小島吉晴・岡慎一・河本雅也於〈裁判員裁判における審理等の在り方(第 5 回)公判前整理手続,冒頭陳述,弁論,評議〉座談会之發言,ジュリスト 1338 號,2007 年 7 月 15 日,第 174、175、176 頁。

⁵² 日本最高檢察庁,〈裁判員裁判における檢察の基本方針〉,平成 21 年 2 月,第 50 頁。

3、刑事審判基本原則之說明：

開審陳述之範圍，得否及於無罪推定等刑事審判基本原則，固有論者認為開審陳述並無理由限制說明刑事審判基本原則，且刑事審判基本原則多占辯護人主張重要部分，加入人民參與審判元素後，益顯有充分說明刑事審判基本原則之必要性⁵³。惟依觀審草案第 47 條第 1 項第 3 款規定，審判長於審前說明時即會對觀審員說明刑事審判基本原則，檢辯於開審陳述時，再就同一基本原則重複說明似有累贅多餘之疑，徒增觀審員負擔。且檢辯如與審判長為相異之說明，恐會造成觀審員混亂。準此，刑事審判基本原則似應委諸於審判長之一元說明。惟為消除審判長有無充分說明刑事審判基本原則之疑慮，審判長於檢辯兩造到場前提下，始說明上述基本原則，似亦係一可能選項⁵⁴。

（六）、開審陳述之資料

觀審草案第 51 條第 1 項所參考之日本刑訴法第 296 條但書明定，開審陳述時禁止使用不得作為證據或無聲請調查證據意思之資料，陳述使法院就該案件產生偏見或預斷之虞之事項，其旨趣為不得基於未確實之證據陳述意見，誤導法官之判斷⁵⁵。在日本，關於「傳聞證據」是否歸屬日本刑訴法第 296 條但書所謂「不得作為證據之資

⁵³ 河津博史，〈弁護人の冒頭陳述・最終弁論のあり方〉，刑事弁護 43 號，2005 年，第 27 頁。

⁵⁴ 河本雅也・和田雅樹於〈裁判員裁判における審理等の在り方(第 5 回)公判前整理手続,冒頭陳述,弁論,評議〉座談会之發言，ジュリスト 1338 號，2007 年 7 月 15 日，第 172 頁、174 頁。

⁵⁵ 小野清一郎等 4 人共著，〈刑事訴訟法・下〉，昭和 61 年 6 月 29 日，新版 1 刷，第 727 頁。

料」？日本實務及學理似多認為，伴隨後續審判程序之開展進行，如被告同意或符合傳聞例外規定時，傳聞證據有可能取得證據能力，行開審陳述者，亦可聲請調查供述者本人，且於傳聞證據之證據能力有無不明前，如全然禁止檢察官基於傳聞證據為開審陳述，恐使檢察官難以利用書面證據進行開審陳述。是以，日本刑訴法第 296 條但書規定之「不得作為證據之資料」，係指業已確定為無證據能力或檢察官認無證據能力之資料，並不包含證據能力有無不明，日後有採用可能性之傳聞證據⁵⁶。

在我國，因觀審草案第 51 條第 1 項立法理由明確揭示，檢察官為開審陳述時，應以經準備程序整理者為限，未經法院裁定認有證據能力或經法院裁定認無調查必要之證據，不得於陳述中提及，以免觀審員誤解或混淆。同草案第 43 條第 6 項規定，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（開審陳述業已進入審判期日）。為避免假藉開審陳述之名，利用不得作為證據之資料誤導觀審員，立法理由之設計確有其高明之處。當然值得重視的是，於被告及辯護人全面否認傳聞證據之證據能力時，檢察官於開審陳述時所得授引之資料範圍及功能恐多受影響。

基於不得作為證據之資料而進行開審陳述時，他造得聲明異議，

⁵⁶ 三井誠，〈刑事手続法Ⅲ〉，2004 年 4 月 30 日初版 1 刷，第 275 頁；小野清一郎等 4 人共著，〈刑事訴訟法・下〉，昭和 61 年 6 月 20 日新版 1 刷，第 727 頁；田淵浩二，〈冒頭陳述における予断排除〉，刑事弁護 51 號，2007 年，第 70 頁；名古屋高等裁判所昭和 24 年 7 月 14 日判決。

請求刪除或修正違法部分。如知悉違法而未即時聲明異議時，日本學界似多認為，此種違法瑕疵因而治癒，他造當事人事後不得再行爭執⁵⁷。

(七)、未為開審陳述之法律效果

在日本，未為開審陳述之法律效果為何？日本最高裁判所、高等裁判所及學界間存有不同之看法。最高裁判所第一小法庭於昭和 25 年 5 月 11 日昭和 24(新れ)483 號判決⁵⁸表示：第一審證據調查程序，係於檢察官陳述起訴要旨、被告及辯護人陳述答辯要旨後，於同一法官面前接續為之，相較於英美法系陪審制之訴訟流程，實不具開審陳述必要性。檢察官如按照訴訟狀況適切引用已朗讀之犯罪事實，或陳述各個待證旨趣取代開審陳述，縱未為刑訴法第 296 條之開審陳述，亦難認為違法。然日本多數高等裁判所及學者似多認為，未為開審陳述之訴訟程序應認為違背法令⁵⁹。

在我國，觀審草案第 51 條已明定檢辯「應」向觀審法庭為開審陳述，設計開審陳述之立法旨趣，在於讓參與審判之觀審員迅速掌握兩造主張待證事實，及該事實與聲請調查證據之關係，進而明確理解

⁵⁷ 松尾浩也監修，〈條解刑事訴訟法〉，平成 19 年 9 月 30 日 3 版增補 3 刷，第 569 頁；藤永幸治原 3 人編，〈大コンメンタール刑事訴訟法〉，2003 年 1 月 15 日初版 4 刷，第 557 頁。

⁵⁸ 刑集 4 卷 5 號 781 頁。

⁵⁹ 日本名古屋高等裁判所昭和（以下裁判所審級、年號均同）25 年 2 月 9 日判決；大阪 63 年 9 月 29 日、仙台 25 年 6 月 5 日；昭團藤重光，〈冒頭陳述の欠如（高等裁判所刑事判例評釈）〉（名古屋高裁昭和 24 年 6 月 1 日），判例タイムズ 5 號，1950 年 9 月 15 日，第 15 頁；平場安治等 4 人共著，〈注解刑事訴訟法中卷〉，昭和 57 年 4 月 30 日新版 1 刷，第 512 頁。

爭點，明瞭法庭之訴訟活動，實質參與審理⁶⁰。由此可知，觀審草案第 51 條之規定，似難解為係屬任意或訓示規定。又日本最高裁判所第一小法庭上述判決結論，係針對審判庭成員全為職業法官所為之闡釋，同判決起首說明亦明確表示，如有素人參與審判，應對素人行開審陳述，是日本最高裁判所第一小法庭上開結論之前提事實，與本案型全不相容，應難援為訴訟程序適法之立論基礎。足證，檢辯如未為開審陳述，甚僅是複誦起訴事實，陳述內容過於簡單，不符開審陳述旨趣時，似均難認為訴訟程序未違背法令⁶¹。

應為而未為開審陳述，法院亦未訴訟指揮諭命為之，因刑訴法第 288 條之 3 立法理由明示，審判長有關訴訟指揮之處分，包含積極之行為及消極之不作為。準此，當事人及辯護人似得以此為由，向法院聲明異議⁶²。

茲有疑義的是，應為而未為開審陳述，當事人或辯護人亦未聲明異議，該違背法令訴訟程序是否因而自動治癒？對此於日本得分為下述三說：

1、肯定說：未為開審陳述之訴訟程序固屬違背法令，但當事人或辯

⁶⁰ 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 46 頁。

⁶¹ 伊藤博路，〈インターネットコンメンタル第 296 條〉，2012 年 4 月版，瀏覽網址：<https://www.lawlibrary.jp/inkom/LawFrame.aspx?type=151>；名古屋高等裁判所昭和 24 年 10 月 15 日判決。

⁶² 日本實務亦認為，應為而未為開審陳述，得向法院聲明異議，名古屋高等裁判所昭和 25 年 2 月 9 日判決參照。

護人如未聲明異議，該瑕疵即自動治癒⁶³。

2、否定說：未為開審陳述之違背法令訴訟程序，顯然影響判決結果，難認為自動治癒⁶⁴。

3、折衷說：案情單純無爭執之案件，且證據調查至一定程度後，當事人業已不得聲明異議，如未對違法瑕疵程序聲明異議，瑕疵應認為自動治癒。但於有爭執之複雜案件，徵諸審理經過，認有聽取開審陳述之迫切必要性時，如未聲明異議，瑕疵應不能治癒⁶⁵。

在我國，開審陳述之程序固為證據調查之指標，亦係開啟後續證據調查程序之門扇，但究非證據調查本身⁶⁶。觀審員既係基於證據調查程序直接獲得之證據資料，據為心證形成之基礎，準此，開審陳述雖為實體審理之緊密鄰接程序，惟似非實體審理本身，否定說認為欠缺開審陳述之瑕疵不能治癒，論述上似嫌過於跳躍。其次，對於以空白心證參與審判之一般素人而言，開審陳述具有引導觀審員調查證據之功能，不分案件情節及違法程度輕重，一概認為未為開審陳述之訴訟瑕疵得自動治癒之觀點，肯定說似又有過度削弱開審陳述機能之

⁶³ 石井一正，〈刑事実務証拠法〉，2007年7月10日4版2刷，第47頁。

⁶⁴ 名古屋高等裁判所昭和24年6月1日、10月15日判決參照。

⁶⁵ 橫川敏雄，〈証拠調に関する検察官の冒頭陳述及びこれを欠いた場合の効果並びに適法な証拠調を経ない証拠について（判例研究）（名古屋高裁昭和24年6月1日）〉，判例タイムズ2號，1950年5月15日，第43頁；大阪高等裁判所昭和（以下審級、年號均同）25年4月7日判決、仙台25年6月5日、名古屋24年9月20日、25年2月9日判決。

⁶⁶ 日本刑事訴訟法固將開審陳述列為廣義證據調查程序之一環，但究係與「實施調查證據程序」有別之另一程序，鈴木茂嗣，〈刑事訴訟法〉，昭和58年10月25日初版6刷，第147、148、151頁。

疑。因此，本文認為：為儘量符合避免訴訟程序陷於長期不安定狀態之法安定要求，同時回溯檢視刑訴法第 288 條之 3 聲明異議之功能，其目的原在透過當事人及辯護人之協力，使訴訟程序得順暢迅速進行之法目的性要求，如當事人或辯護人未為異議，應認未為開審陳述之瑕疵，原則上應會自動治癒。但於有爭執之複雜案件，如有聽取開審陳述之迫切必要性，未開審陳述瑕疵如會阻害後續程序公正進行，或明顯妨害被告防禦利益時，則似難認為瑕疵會自動痊癒⁶⁷，易言之，似以折衷說較為可採。至於無法治癒之訴訟程序瑕疵，是否會影響判決結果，則似係另一問題。

⁶⁷ 藤永幸治等 3 人編，〈大コンメンタール刑事訴訟法第四卷「高楮省吾」〉，2003 年 1 月 15 日初版 4 刷，第 558、559 頁；松尾浩也監修，〈条解刑事訴訟法〉，平成 19 年 9 月 30 日 3 版 3 刷，第 568 頁；名古屋高等裁判所昭和 24 年 9 月 20 日、大阪高等裁判所昭和 25 年 4 月 7 日、63 年 9 月 29 日判決參照。