

◀◀ 第 1 章 ▶▶

裁判員裁判與法庭辯護技術

高野 隆

1. 序文

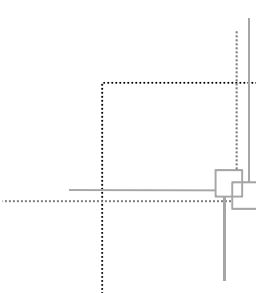
日本憲法第 37 條第 3 項規定：「刑事被告在任何情況下皆得委託具備資格之辯護人」。這邊所指的「具備資格之辯護人」是指實質上具有辯護能力的適格辯護人（competent counsel），不是單純指有律師資格即可的意思¹。「得委託辯護人」的意思是，「不只是國家機關不能妨礙被告選任辯護人，……應該解釋為必須保障被告享有實質上接受辯護人支援的機會」²。也就是說，該項規定是保障刑事被告享有接受具備充分辯護能力的辯護人提供有效支援的權利（effective assistance of competent counsel）。「剛好有個具備律師資格的人在法庭上坐在被告旁邊，如果只是這樣的話，並沒有充分符合憲法上的要求」³。

我們律師對於身為委託人的刑事被告，負有一個職責，必須讓被告享有這個憲法上的權利，落實公正的刑事審判。日本在 2009 年 5 月開始實施裁判員制度，為了在該審理程

1 憲法的刑事程序研究會編『憲法的刑事手續』（日本評論社・1997）第 410 頁〔竹之內明〕。

2 有關被拘禁人之辯護權（憲法第 34 條）的判決：最大判平 11・3・24 民集 53-3-514、516。

3 Strickland v Washington, 466 U.S. 668 (1984), at 685.



法庭辯護技術〔第2版〕

序中能提供有效的辯護，辯護人必須具備一定程度的技術，本書針對辯護人所需的技術，試著從基礎理論及實體法的解釋論，以及法庭上的實踐面等，廣泛且全面的進行討論。如何在法律的專家（法官）以及外行人（裁判員）混合組成的事實認定者之間，進行有效的溝通？以及，什麼樣的方法才能有效說服他們？本書每篇文章皆從理論面及實務面來探討這些問題，不止是有裁判員參與審判的審判期日，對於參與任何刑事案件的法庭活動的律師們來說，本書希望能成為實務上的指南。

前面提到為了委託人而存在的法庭辯論技術方法論，本章雖然為本書的總論，但將稍微抽離這個觀點，改從比較全面性的觀點來討論在裁判員參與審判的案件中，法庭辯護技術的重要性。技術論的基礎是政策論，我認為將政策論明確化，可以讓我們更清楚知道我們所追求的法庭辯論技術的方向性。在我們這個世代，必須開拓法庭辯論技術的歷史上嶄新的一頁，而成功的關鍵就是對於這個任務的歷史性意義要有所自覺。在這次的刑事司法改革中，裁判員制度具有什麼意義呢？我們學習法庭辯護技術並且加以實踐，對於今後的刑事司法制度的演進，又將會帶來什麼樣的影響呢？我想在新的審判程序開始前，先從制度論的觀點來確認法庭辯護技術的定位。為了法庭辯護技巧將來能有發展成果，亦即，為了將來所有的刑事被告，我相信有必要在現在這個時候先思考這些問題。

II. 職業法官制度所帶來的產物

日本從明治初年以後開始發展近代的刑事審判制度，從此以後幾乎都由職業法官來決定被告有罪或無罪。除了在西元 1928 年至 1943 年實行陪審法的這 15 年以外，完全沒有一般人參與事實認定。這在世界歷史上來說是非常獨特的現象。但日本就在這 150 年的期間形成了刻板觀念，認為事實就是由職業法官來認定的。

總是由職業法官獨占認定事實的權限，致使日本刑事審判程序形成了獨特的演進。用一句簡單的話來說，就是認定事實的程序本身，已經變成無視法律規定，而以法官為本位——讓法官好做事——的程序。在現代日本的訴訟中，認定事實的主要舞台並不在法庭上。事實並不是在公開的法庭上，而是在法官的辦公室或書房認定的。法官不是在法庭上審酌證據獲得心證，而是關起來在自己房間裡一個人閱讀卷證後獲得心證的。這種只專心在「重讀一遍卷證」的審理方式，松尾浩也表示：「在世界上幾乎沒有類似的東西，我心中覺得奇怪的疑問漸漸加深」，松尾並且以達爾文的進化論來比喻，將日本這種獨特的事實認定方式，取名為「加拉巴哥群島（Galapagos）現象」⁴。訴訟卷宗是記錄已經進行過的審判期日的東西，主要應該是作為上級審法院在審查事實審程序時的資料（參照日本刑事訴訟法第 377 條～第 382 條）。不管是刑事訴訟法或刑事訴訟規則，都沒有規定事實審的法官應以「閱讀卷宗」的方法來認定事實。那麼，為什麼這會變成日本認定事實的標準作法呢？

4 松尾浩也「刑事訴訟の課題」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点〔第 3 版〕』（有斐閣・2002）第 7 頁。

我想大概是因為以下的原因吧。

證人訊問必須在公開的法庭上進行。可是，負責很多案件而且必須同時處理這些案件的法官，並沒有充裕的時間可以為了一個案件，一個一個地問很多證人。因此就變成，今天先問 A 先生 1 小時，1 個月後再問 B 先生 1 小時，以這樣的方式開很多次庭詢問，之後再將記載這些證詞的筆錄彙整起來閱讀。法官閱讀證詞筆錄是在實際聽過證詞的好幾個月後，有時是好幾年後，當時聽到證詞的印象這時候幾乎都已經消失了。不止如此，中途換法官，新法官在證人作證時不在現場，對於證人本身或作證的態度完全沒有任何印象，只看證詞筆錄就對證詞加以取捨並宣判的情況，變得很稀鬆平常。

法律規定證據文書的證據調查程序應在審判期日朗讀之（日本刑事訴訟法第 305 條、第 307 條）。這個方法當然只能在審判期日的時候進行。檢察官聲請的龐大文書，如果要在法庭上全部朗讀，勢必需要很多的審理時間。如此一來，其他案件的審理時間就會不夠。所以就省略了朗讀程序。在法庭上省略證據文書的朗讀，只「告知要旨」⁵並取

5 1950 年修正的日本刑事訴訟規則第 203 條之 2 規定，審判長「認為適當時」，可以告知證據文書的「要旨」以「取代朗讀」。根據立法者的說明，要朗讀全部的證據文書通常很困難，因此實務上經常便宜行事省略朗讀，為考量朗讀需具備可行性且正確地被執行，因此修訂規則（最高裁判所事務總局『刑事訴訟規則の一部改正の規則等説明書』（1951）第 23 頁-第 24 頁）。最高法院判例認為，這個規定是將刑事訴訟法第 305 條規定的證據調查方法（朗讀）「符合目的性地簡化」，應為合法（最 2 小決昭 29・6・29 裁判集刑事 96-335）。但我認為國會所制定的法律規定，不容許最高法院用規則來「簡化」。就算接受「告知要旨」也是一種「朗讀」的這種詭辯，法律仍然要求法官必須在法庭上基於告知要旨來形成心證。因此，在這個刑事訴訟規則之下，在法庭上所告知的要旨也應該「至少需達到使法官可以獲得確切心證的

得文書，之後在自己有空的時間仔細閱讀後形成心證，這種方式對於必須要處理很多案件的法官來說當然是很方便的方法。

這種便宜之計——應該說是「脫法」或「無法」——變成稀鬆平常後，對於犯罪偵查的方法也產生影響。因為法律規定的「朗讀」被省略掉了，所以可以一次將大量的證據文書放入卷證中。這使得檢調人員有誘因去製作長篇且細密的筆錄。檢調人員做的筆錄越長越細密的話，在法庭上的證詞也必須越長越細密⁶。然後法官就變成要閱讀長篇細密的供述筆錄或證詞筆錄並寫出長篇細密的判決書。而為了可以寫出如此長篇細密的判決書，又反過來要求必須提出長篇細密的筆錄。我國的刑事審判被稱做「審理庭中心主義」，核心價值在於法官藉由審理庭上所聽聞的證詞來形成心證。但這個刑事審判卻演化成「書面中心主義」，變成法官主要在蒐集書面資料，並從中選擇材料來撰寫判決書。這個書面中心

程度」(法曹會編『刑事訴訟規則逐條說明(第2編第3章審判)』(法曹會・1989)第118頁)。然而，事實上在法庭所進行的「告知要旨」是非常簡略的，只聽這樣的要旨是無法獲得心證的。大部分的情形是說明的程度只有跟聲請調查證據書(「證據等關係卡」)的「舉證意旨」欄中的記載一樣，有些甚至連這種程度的說明都省略掉。其實不管是哪種情形，一開始都已經設想法官會在開庭後，再「閱讀」被提出的證據文件。

- 6 記載法庭外所為之陳述的文件為傳聞證據，也就是所謂證詞的「代替物」(以前也叫做「代替證詞的文件」)，可是現在實務上卻變成檢察官一開始就聲請調查供述筆錄，只有在辯護人不同意該證據調查方法時，才改成聲請傳喚供述者當證人。似乎在現代反而是證詞變成供述筆錄的「代替品」一樣。在2004年刑事訴訟法修正時，新增第316條之15第1項第5款就是以這樣的實務為前提所制定的規定，不止是普通法(common law)法系的法律專家無法理解，大陸法系的各國法律專家恐怕也無法輕易了解這條規定的意思。

主義就是被稱做「精密司法」的現況⁷。

審理不是一氣呵成的進行，而是被細分成很多段一點一點進行。比起現場的證詞，記載在證詞筆錄上的文字更具有重要的意義。不管在法庭上口沫橫飛的辯論多麼具有說服力，法官在寫判決書的時候都已經忘光光。所以比起言詞辯論，寫在紙上的「辯論要旨」更重要。對於必須同時處理很多案件的法官來說，當然會覺得與其在法庭上傾聽辯論，不如閱讀書面還比較方便。於是，法律人就變成比較重視如何寫出好的書狀的技術，而不重視如何在法庭上辯證的技術。司法訓練所幾乎沒有教相關的法庭辯護技術。其實，現在的日本又有幾個實務家可以教法庭辯護技術呢？

因為職業法官獨占事實認定所衍生出來的現象，不是只有上述的日本獨特的事實認定制度而已。在日本，很多人認為認定事實是法曹的專門技術之一。這在進行認定事實的法官之間，可以說是形成了一種集團性的確信，非常根深蒂固的想法。法官之外的法律人——檢察官或律師——之中，也有很多這種想法的信奉者，認為「區分法律人與非法律人的分水嶺就是認定事實」⁸。

7 如果嚴格遵守「朗讀」此一法律要件的話，就不會演變成這個可以稱做「精密司法輪迴」的現象。如果我們認為供述筆錄必須要拿來在法庭上全文朗讀，讓法官在法庭上聽聞以形成心證的話，檢調人員應該會製作出可以讓人一聽就懂的供述筆錄吧。這種供述筆錄必須又短又容易理解才行。但是不管是多麼簡要的書面，只靠朗讀可以達成的效果有限。如此一來，檢察官就會思考，比起朗讀供述筆錄，還不如直接讓法官聽取供述者本人的聲音還比較有用。而且供述者講的內容也必須簡明扼要。這樣一來，不管辯護人是否同意調查證據文書，檢方主要提出的證物就會以證詞為主。因此，法律要求「朗讀」證據文書，這不止是有關證據調查方法的技術性規定，更負有關鍵性的重要任務，就是要實現訴訟的審理庭中心主義及言詞審理主義。

8 這句話是某位有名的法官在參加法科大學院所舉辦的實務教育研討會中，以

為了讓認定事實成為法律人的存在價值，就必須要建構一般人無法理解的特殊知識體系。二次世界大戰後的刑事法官們就傾注全力在樹立這樣的體系。結果變成刑事認定事實的相關方法論——自白或目擊證詞的可信度評價方法（注意法則研究）、根據不同犯罪類型，分類選擇情況證據來認定主要事實的方法等——發展出很細緻的討論。司法訓練所花非常多的時間在教學習司法官與實習律師認定事實的技術。是否是竊盜的犯人？是強姦或和姦？是否有殺人故意？等等的認定事實問題，認為由受過專門訓練的法官，運用這些技術，就可以毫無錯誤的進行判斷。從訴訟紀錄中找出「間接事實」，層層堆疊來認定主要事實的技術，變成好像很重要。所以所有的法曹都要在司法訓練所修得一身這樣的「技術」。日本就是以上述的思考模式在經營這幾十年來的法曹教育。

可是關於這一點有個很基本的疑問。這個適用在法曹的認定事實技術理論，對於證據（主要是自白筆錄或關係人的供述筆錄等的供述證據）的相容性做非常寬鬆的解釋，而且這個理論的架構前提是法官要閱讀龐大詳細的訴訟紀錄。可是，嚴格遵守證據法則才是認定事實的適當途徑，這才是法律人應扮演的角色才對。認定事實不是只有法律人才會的技術，認定事實應該是基於常識的說理與說服的問題。其實，自視為「認定事實的專家」的職業法官所認定的事實，倒是常常脫離常識與說理。司法訓練所教的「認定事實」，並不是認定事實（形成心證）的方法，只不過是如何寫出好的有罪判決書的方法（說明有罪心證的方法）。形成心證本身並

與談人身分所說的話。

不是什麼有體系的、有理論的東西，而是人類的直覺或者說是基於常識的意思決定過程，就結果上來說，不就是判斷者的感性問題嗎？一直以來，我們就算在心底有著這樣的疑問，卻都沒有把這問題提出來認真討論並凸顯問題所在。我們反而偏向認為有一種認定事實的方法，是可以理性分析的，是可以脫離判斷者本身的品行來論證，認為我們可以有意識的排除直覺判斷，以這種信念來實現「適當的認定事實」⁹。這是因為我們沒有選擇的餘地。法官在法庭以外的地方閱讀訴訟卷宗裡龐大的筆錄來認定事實的這個方法，我們沒有辦法撼動它，要求獨占認定事實權限的法官去嚴格遵守證據法則這件事情並不實際。在知道哪個法官承辦自己的案件的時候，大概就知道結果如何了。可是我們仍然閉著眼睛，賭看看「經過理性分析的認定事實」，除此之外，我們也沒有其他方法了。

III. 裁判員制度的目標為何？

所謂裁判員制度，簡單來說，就是將職業法官獨占事實認定的狀態打上休止符的制度。裁判員制度的前提是，完全沒有受過專業教育的普通市民也可以認定事實。否定「區分法律人與非法律人的分水嶺就是認定事實」這樣的想法。確

9 法律時報第 77 卷第 11 號（2005）的特集「變革期の刑事裁判と事實認定」中，蒐集了很多對導正事實認定有貢獻的有名實務家及研究者所參加的座談會資料及論文等。他們大多對法曹使用的認定事實技術理論給予正面評價，擔心加入一般人的裁判員制度會減損這個功能。但是，只有平田元指出，自白可信度的相關注意法則研究是「在急著制度改革的困難情況下所做的解決對策」，只是「不得已的方法」而已。平田元「事實認定の理論と裁判實務——自白の注意法則研究を中心に」，法律時報第 77 卷第 11 號第 24 頁、第 25-26 頁（2005）。