第三章　德、日刑事訴訟其他預斷及偏見防止之態樣

刑事訴訟為排除審判者之預斷及防止偏見，在實定法上，除了法官迴避制度、參與偵查中強制處分聲請之法官不得辦理同一案件之審判[20]等之外，因訴訟原則之不同，而採取不同之手段，在此要介紹日本及德國之立法例：

一、日本當事人進行主義原則下之預斷防止

日本之刑事訴訟審判程序特別強調預斷排除，即所謂預斷排除（防止）原則。該原則之內容基本上是指在公開審判之審理期日前，不允許受訴法院法官接觸決定有罪或無罪之證據。具體而言，在第一次審判期日開始前：①有關羈押處分，由受訴法院法官以外之法官行之（刑事訴訟法第 280 條、刑事訴訟規則第 187 條第 1 項但書[21]）。②請求調查證據時期之限制（依刑事訴訟規則第 188 條規定：在公判期日前得請求調查證據，但在進行公判前整理程序之情形除外，第一次公判程序前不得為之。即第一次公判程序前不得請求調查證據之限制）。③更廣義而言，檢察官、辯護人在開頭陳述之際，禁止陳述有使法官產生偏見的事項（刑事訴訟法第 296 條、刑事訴訟規則第 198 條第 2 項及同法第 20、21 條之迴避制度[22]）。總而言之，預斷排除原則是排除不公平審判之程序上擔保。預斷排除等本身雖然沒有問題，但在事前準備部分，是否會使準備程序空洞化，特別是在起訴狀一本主義

[20] 我國法院組織法第 14 條之 1 參照。
[21] 同規則第 2、5 設有例外規定。
[22] 原田国男前揭「大コンメタ-ル刑事訴訟法 244 頁。

下尤值注意。以當事人進行主義為基調之日本刑事訴訟，迄於第一次公判期日前徹底的排除預斷，採行起訴狀一本主義（刑事訴訟法第 256 條第 6 項），亦即透過禁止將卷證一併送交法院，還有禁止在起訴狀內記載有預斷之虞之事實，以防止法官對事實關係懷有偏見，在結果上有損公平審判[23]。

關於最高裁判所昭和 27 年 3 月 5 日之判決，是在詐欺案件之起訴狀內記載有詐欺之前科，最高裁判所認為提起公訴之程序違法，判決駁回檢察官所提起之訟訴（刑事訴訟法第 338 條第 4 款），其理由是說「法院事先對於相關案件不應抱有先入為主之觀念，應以白紙般的狀態出席第一次公判期日，順著之後的審理依據證據解明案件之真相，以此達成公正判決之訴訟程序，實現直接審理主義及公判中心主義之精神，暨經由訴訟程序確保法官之構成（裁判官の構成），同時以此也保障法官客觀中立性的重要目的。亦即關於公訴之犯罪事實，有可讓法官產生預斷之虞的事項，不許在起訴狀內記載，起訴狀內記載相關事項時，將此解釋因此而生之違法性，在性質上不能治癒[24]」。的確，從當時各法院所宣示之裁判例經常可以看到不必要且多餘之記載。不能否定此現象會產生不必要的爭點，同時招致糾紛。由此意義來看，如果是欲殺一儆百的話，該裁判例的法效就有討論空間，但是不該否定這樣的結論。因為如後所述，給法官帶來難以抹去的預斷、及對事前準備程序的影響是令人擔憂的。

但前揭最高裁判所判決內少數意見表示：「刑事訴訟法第 256 條第 4 項、第 296 條等規定，對缺乏法學教育、裁判經驗，

[23] 平良木 登規男著「當事者主義と予断排除」田宮裕博士追悼論文集下卷 330 頁。

[24] 刑集 6 卷 3 號 351 頁。

且不提出證據而進行事實認定之陪審法院而言，才應該將該程序違法解釋為絕對違法。相反地，因職業法官並不會照單全收起訴狀之記載、檢察官及被告等人之陳述，且會基於證據裁判主義，以合法調查所得之證據作為事實認定之基礎。縱使違反上開規定，並不會如多數說所擔心的明顯影響判決」。學說上有指出關於上開大法庭之意見「過於敏感的解釋關於前科的法院預斷防止是有疑問的，因為如果在第一次公開審判期日後，有請求具保停止羈押之情形，法院在審酌時，當然必須調查被告前科之有無。因此，調查前科這一點，未必一定是在對該案件已得心證之後[25]」。參照後所述德國刑事審判，在單純由職業法官為審判時，並無遮斷偵查與審判間證據資料或心證之機制，似亦採相同之看法。

二、德國職權主義原則下之預斷、偏見防止

德國之刑事審判採行職權主義，檢察官提起公訴時連同起訴狀及搜集所得之證據資料（所謂一件記錄）一併向法院提出。收受起訴狀及證據資料之職業法官，首先須決定是否開啟審判程序。在第一次審判程序前，須檢視起訴狀，並詳細的審查檢察官送交之證據資料，以檢討案件是否成熟足資交付審判，倘裁定開始審判程序後，直接進入第一次審理期日，和採當事人進行主義之日本刑事審判不同。

但另一方面，德國刑事訴訟法採行極嚴格之言詞辯論主義及直接主義。職業法官雖然事先在第一次審理期日前詳細審查證據資料所呈現之證據關係，但不能以此作為判決基礎。審查證據資

[25] 岸盛一著「新刑事訴訟法要義」七版 86 頁。

料，首先是為是否開啟審判程序而審查，其次是為了職權主義的訴訟指揮作準備。亦即因為不採當事人進行主義，德國之職業法官在審判期日，必須以事先審查之證據資料為基礎，自己積極的搜集證據資料，依自己收集之證據資料獲取心證，決定有罪或無罪[26]，俾利在最初之審判期日就能進入實質之審理，同時期待法院為適切之訴訟指揮之優點，使迅速審判成為可能，有助於訴訟經濟。從而在單純由職業法官審判時，並無預斷、偏見防止原則之問題。

採行職權主義之德國因導入人民參與之參審審判制度，關於切斷偵查與審判之程序較日本更為徹底。德國在第一次審判期日前，在如後所述之「中間程序」、「準備程序」，為謀求審判期日之合理進行，詳細調查卷證資料，但充其量是為主導進行審判期日之準備，關於有罪或無罪之心證，當然是與參審員一同在公判庭獲取。德國就參審員如何獲取心證，採行澈底的言詞辯論主義、直接主義，在結果上就變成與傳聞證據極為相似之證據法則。德日最大不同之處在於德國在證據法則例外規定很少。供述以書面方式提出於公判庭方面，和日本比較是極為少數。很多的舉證就以人證為之，也就是說公判中心主義較日本刑事審判程序更加之徹底。

關於人民參與審判，對刑事裁判而言是否妥適之疑問，被譽為參審之父之下薩克森州的檢察總長ｼｭﾌﾞｳﾞｧﾙﾂｪ在積極推動參審制的同時，煞費苦心於參審員在審判期日如何獲取心證，及研究言詞辯論主義、直接主義，其基本想法影響迄今。基於「會給予

[26] 平良木 登規男著「参審制度について（続）」法学研究 69 巻 2 号 262 頁（1996.2）。

參審員難以修復的預斷」之根深柢固的信念下，參審員不得接觸採為事實認定基礎之資料，在事前自不待言，連審理進行中也被禁止。聯邦法院認為不能接觸者不只是該證據資料，甚至連起訴書之閱覽也被禁止。因為在德國，起訴狀內除如日本起訴狀記載要件之公訴事實、罪名及法條外，證據方法、搜查結果亦均有所記載[27]。

在德國波昂（ボン）地方法院之大刑事庭（以審判長為首之三名職業法官和二名參審員所組成），坐在陪席候補法官旁之參審員因該陪席候補法官有一隻手之缺陷，而為該陪席法官翻起訴書。依該參審員所述，在言詞辯論程序固然應該專心注意在公判庭努力於獲取心證，但如上開為陪席法官翻起訴書時，探頭看該陪席法官之起訴書，得知起訴書之內容。但那也只不過是在審判期日為了就搜查結果，確認與被告之意見、證人之供述是否一致而已，並非參審員個人收受起訴狀而加以閱讀。惟德國聯邦法院第二法庭於 1958 年 11 月 17 日，就「參審員之一人經由上開過程知悉就起訴書所記載內容，認為是否有損於言詞辯論主義、直接主義」之問題，該判決表示：「參審員即使在審判期日翻動書面以幫助陪席候補法官，此舉無異於閱覽起訴書之內容。參審員既是在對被告為最終判決之刑事審判程序，即不應將檢事局搜查結果製作之訴訟資料作為事實認定之證據。如依參審員之陳述，就搜查結果，確認與被告之意見、證人之供述是否一致，因搜查結果直接影響判決結果之心證，違反刑事訴訟法第 261 條所定之自由心證主義，判決結果不能免於被撤銷。」關於參審員預斷之判斷內容，並非是聯邦法院初次所認定之原則，只是對萊比錫

[27] 平良木 登規男前揭「當事者主義と予断排除」335、336 頁。

（ﾗｲﾋ）法院所樹立之原則的確認，如依聯邦法院之見解，參審員在公判期日前閱覽起訴狀或卷證當然被禁止，在公判程序之開頭陳述，審判長依偵查所得證據調查之結果說明案件之詳情，使搜查結果之概要明朗亦在禁止之列，參審員接觸上開證據資料是違反言詞辯論主義及直接主義的原則[28]。

三、起訴狀一本主義、直接審理及言詞辯論主義之預斷防止與論罪及量刑二分論之預斷防止

如前所述，無論是日本之起訴狀一本主義，或德國之直接言詞主義，與論罪、科刑二分論之目的，均有預斷防止之目的。然而二分論係以切斷與犯罪事實之認定無關，且有導致犯罪事實認定錯誤之虞之前科、品性等量刑證據進入罪責認定程序為手段，純化犯罪認定程序，擔保犯罪事實之認定臻於正確妥適。而起訴狀一本主義係在排除法院在第一次審判期日前對公訴事實產生事前之預斷，因而不許法院在審判期日前接觸與論罪科刑有關之證據。因此，進入審判程序後，如不將量刑證據，與罪責證據為某種程度之區分調查，有關前科等品性證據或被害人對被告之處罰感情，仍會在不知不覺中對於事實認定者形成不當之影響，尤其是毫無審判經驗之國民法官。此乃日本雖採起訴狀一本主義，仍於刑事訴訟規則第 198 條之 3 規定兩階段調查原則之緣由。同理，德國與我國同，採卷證併送制度，參審員亦不參與是否開啟審判程序，在開啟審判程序後，亦要求心證之形成須在公判庭中基於直接審理及言詞辯論。但如不區分罪責程序之調查與量刑程序調查，參審員就應為嚴格證明之罪責認定，亦容易受到上開以

[28] 平良木 登規男前揭著「參審制度について（続）」267 頁及「當事者主義と予断排除」337 頁。

自由證明為已足之量刑證據之影響，因此，我國草擬之國民參與刑事審判法第 43 條雖導入卷證不併送及餘事記載禁止原則，仍有刑事訴訟法第 288 條第 4 項規定之適用。

四、小結

考量我國刑事審判之負載，及即將導入國民參與刑事審判，係以最輕本刑為 7 年以上有期徒刑之罪，及上開之罪以外因故意犯罪致人於死等案件為對象[29]，俱屬重罪，為防止毫無審判經驗，不嫻熟於區別嚴格證明與自由證明之證據法則之國民法官在罪責認定程序，在無意識中將易於形成偏見之品格等證據，反映於犯罪事實認定上，適用刑事訴訟法所定兩階段原則，應屬妥適。又我國刑事訴訟法第 288 條第 4 項既未設有嚴格之規定，自得視個案採徹底的兩階段論，於罪責證據調查完畢後先為中間辯論及論告，及進行中間評議與表決，若表決結果有罪時，指定量刑審判期日，開啟量刑公判程序。

惟是否所有國民參與刑事審判之案件均一律採徹底之兩階段程序？應視被告是否認罪，及聲請調查之量刑證據的多寡及證據性質彈性定之。例如在被告認罪，或量刑證據不多之案件，即無須行徹底之分離，得依目前之刑事審判般，在罪責證據調查完畢後，立即進入量刑證據調查程序，儘可能減輕國民法官之負擔。反之，若被告否認犯罪，或可能科處死刑或無期徒刑之案件，為避免偏見及預斷，宜徹底分離。

關於品格、人格等量刑證據調查之請求，由於國民法官並不參與公判前之整理程序，不致於使國民法官形成不當之偏見，且

[29] 國民參與刑事審判法草案第 5 條規定參照。

為減輕國民法官之負擔，避免增加開庭之次數，亦宜於公判期日前之整理程序提出。又訴訟程序之進行係由法院依職權進行，因如欲進行徹底之程序分離，因係對當事人有利，自無須徵得當事人之同意。至罪責認定主體與量刑主體是否應區分，既然已將程序區分，且基於訴訟經濟，以目前我國之現況應無承載之能力且無必要。