

正當防衛案例之抗辯與舉證 於國民參與刑事審判中之實踐

莊杏茹*

摘要

國民與法官共組審判庭聽審案件，於動態的刑事審判程序，協力重建實體，檢驗證據、詮釋法律而為證據評價，調和經驗法則與論理法則之適用於認事用法，同求發見真實，對實施國民參與刑事審判制度，別具深意。更不能忽略法庭活動以攻擊防禦斷疑生信之程序功能，審判庭聽聞證人證言，檢驗證據，於兩造攻防之間獲致心證，評議審理形成之爭點，檢驗直接證據與間接證據之關聯性，審酌檢方舉證與辯方抗辯的合理與可信性，循法定表決原則，作成判決，確認刑罰權存否及其範圍，實生有司法可視化之效果，強化公平審判與正當程序，無障決疑定獄。並以判決妥為說理，使法理與爭點相互涵攝，可受社會公評、得為司法審查，充實評議作成可視性判決的重要內涵，建立司法問責之信賴基礎，決疑慎獄之至意，當是國民參與刑事審判，充分衡酌訴訟舉證與法律見解遇合相稱形成事實確信，所負之制度性任務。

關鍵詞：無罪推定、超越合理懷疑、審前整理程序、舉證責任、積極抗辯、防禦、證據評價

DOI: 10.3966/168067192024120048003

投稿日期：2023年12月1日；接受刊登日期：2024年11月26日

* 東海大學法律學研究所博士。

請勿公開散布

目次

壹、前言	一、活絡法庭攻防——重視證據、證明與證明責任
貳、日本裁判員審理正當防衛 案例研究	(一)針對爭點對抗攻防
一、日本最高法院正當防衛狀 況性之法律見解分析	(二)法庭審理形成心證
(一)日本最高法院平成29年 裁定	二、法官指揮訴訟督促證明 活動
(二)法庭活動與正當防衛狀 況性判斷	(一)法官程序指揮權之行使
二、日本裁判員裁判案例：令 和3年7月8日長崎地方法 院判決	(二)法庭中立評價證據
(一)事實概要	三、裁判員裁判與司法可視化
(二)本案爭點	(一)日本司法可視化之原意
三、正當防衛案件之抗辯與 舉證	(二)重新詮釋司法可視化
(一)實務見解	肆、從模擬邁向實踐——國民法 官模擬法庭評議問題研究
(二)正當防衛之抗辯與舉證問 題析論	一、審究法庭辯論攻防進行定 罪科刑之評議
參、日本裁判員制度實踐之 回響	(一)舉證與抗辯
	(二)評議之核心
	二、表決兩造爭執之證據與事 實爭點
	(一)證據評價與認事用法
	(二)刑罰裁量法制化之基礎
	伍、結語



壹、前言

刑事訴訟程序係為實現刑法目的而設之程序，為求確定刑罰權存否及其範圍，刑法就實體法律關係設抽象規定，是故實體真實非經訴訟程序無以實現¹。舉證抗辯、無罪推定、不自證己罪原則在實務與理論層面連帶錯縱複雜的問題²，三者互動影響，此間刑事訴訟舉證責任議題，復涉起訴與抗辯之主張負擔不同，原無固定分配標準³，現行刑事訴訟程序續之以改良式當事人進行模式，法庭審理，兩造互為攻擊防禦，以求真實發見，確保程序基本權，乃是國民參與刑事審判的核心任務。為落實國民參與刑事審判之目的，本於公平法院之精神，當事人主導證據調查之刑事審理程序，闡明待證事項與舉證之計畫，有助審判者掌握證據與待證事實之整體輪廓，並依職權曉諭當事雙方於調查證據程序主動、積極出證、說明證據內容，爰此，本文以正當防衛案件為例，分析施行國民參與刑事審判制度之後，被告積極抗辯主張其他事實、或主張阻卻構成要件該當、阻卻違法、阻卻或減輕責任事由，就此為積極抗辯亦應充分說明，指出證明方法，為刑事程序之進行求得真實發見，並藉國民參與刑事審判制度之實踐發展論理基礎，在判例法系與歐陸法系合流發展之影響下，形成被告證人適格理論。

日本實施裁判員參加刑事審判法逾十年，對刑事程序法制、刑事司法審判帶來挑戰，新式審理程序牽動舉證與抗辯對審判心證形成的功能性定位，從起訴到判決，檢察官向審判庭證明被告犯罪，

¹ 陳樸生，刑事訴訟法實務，重訂5版，頁116-117（1991年）。

² 陳運財，刑事訴訟之舉證與推定，收於：刑事證據法則之新發展——黃東熊教授七秩祝壽論文集，頁455-459（2003年）。

³ 李學燈，證據法之基本問題，頁52（1982年）。

兩造對抗，進行審理程序，依證據裁判，重建實體，發見真實。公平審判、正當法律程序原則究竟如何在法庭實踐，攸關證據法則繼受移植的實踐轉折，闡釋審判庭與檢辯三方程序互動、證明負擔（Burden of Proof）與積極抗辯（Affirmative Defense）問題，亦是刑事程序法繼受判例法系與歐陸法系訴訟理念，調和真實發見的重大進程⁴。是以日本司法實務自裁判員制度施行以來，同求落實上訴審查復尊重裁判員裁判，由日本最高法院與下級審法院積極修正、補充實務見解⁵，導引適用裁判員審理之案件對法律解釋適用與程序進行之影響⁶。裁判員參與刑事審判與法官同為認事用法，深奧的法律解釋復涉及訴訟攻防之舉證與抗辯，自制度實行前的模擬審判乃至進入實踐階段，成立正當防衛與否、現在不法之侵害如何判斷，一直是學界與實務同認的難解問題⁷。實因正當防衛規範內涵之法學概念與法感情共同判斷的危險情狀抽象未明，容有導入社會良識參與

⁴ Damaska Mirjan, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, 45 AM. J. COMP. L. 839, 839-41 (1997).

⁵ Masahito Inouye, *Citizen Participation in Criminal Trials and Reformation of Criminal Justice in Japan*, p. 85 United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (UNAFEI) ANNUAL REPORT FOR 2017 AND RESOURCE MATERIAL SERIES NO. 105 RESOURCE MATERIAL SERIES No. 105 | Resource Material Series | Publications | UNAFEI, https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No105/No105_11_VE_Inouye.pdf (最後瀏覽日：2024年5月24日)。

⁶ 朝山芳史，裁判員裁判特集，国民と刑事手続の関わり，法学教室，12月号（No.507），頁29（2022年）。

⁷ 酒卷匡、河本雅也，刑事裁判の变革と法律家の新たな役割，法学教室，No.399，頁93（2013年），田岡直博、出口聡一郎，正当防衛の成否が問題となった裁判例の分析：裁判員裁判における争点整理の実情を探る（特集1裁判員裁判で正当防衛を争う），季刊刑事弁護，96号（通卷96号），頁19-35（2018年）。井田良，正当防衛をめぐる議論の現状対抗行為に先行する事情と正当防衛状況（特集1裁判員裁判で正当防衛を争う），季刊刑事弁護，96号（通卷96号），頁10-18（2018年）。

判斷正當防衛情狀發生之餘地，使防衛正當性、有無防衛過當之評價明確化。特別是刑罰規範用語涉及不確定之法律概念，本應就受規範者得以理解及可預見之標準解釋，始符合刑法解釋之明確性要求，跨越法域，求之實踐，至應同此法理。是以裁判員參與刑事審判制度歷經十載實踐，日本司法實務因之對正當防衛之法律見解更有修正⁸，職是，日本最高法院於2017年4月26日作成第二小法庭平成28（あ）307號裁定（最決平成29年4月26日刑集71卷4号275頁，下稱平成29年裁定），立於裁判員參與刑事審判之實踐，開展從訴訟進行之理念，評價正當防衛之方向，此一回應不惟充實法律見解與社會發展對話的內涵，更為訴訟舉證與法律見解實踐之遇合立說，可認係日本司法實務支持裁判員審理判斷的指針，對社會與司法同具重大意義⁹。

因之，本文據於比較法研究觀點，就國民參與審判正當防衛案例，觀察國民參與刑事審判制度發展，探討被告抗辯與檢方舉證所涉正當防衛狀況性之審理及評議議題。首以日本裁判員裁判為例，參考日本最高法院見解，討論法庭攻防實效，分析正當防衛案件所涉法律解釋適用與訴訟抗辯舉證遇合之論理¹⁰，被告提出積極抗辯事

⁸ 日本實務對法益侵害急迫性之相關見解迭經修正，從攻擊防禦武器對等的觀點討論「對急迫不正之反擊行為防衛手段具有相當性」參見最判昭和44年12月4日刑集23卷12号1573頁。本身侵害招來對手反擊，不成立正當防衛，對被害人之反擊行為與正當防衛成立與否之論述，參閱最判平成20年5月20日刑集62卷6号1786頁，補充解釋急迫不正侵害之要件，參閱最決平成29年4月26日刑集71卷4号275頁。

⁹ 2009年日本裁判員參加刑事審判法正式施行，日本司法實務循依裁判員制度實踐，對正當防衛案件中關於犯罪構成要件所繫屬之不確定法律概念之解釋適用，由日本最高法院作成平成29年裁定，對下級審闡釋侵害急迫性之判斷，係重要之考慮要素，應於訴訟活動判斷，整體考量防衛行為，有助涉及私人實力行使的事實特徵與情狀判斷，本文另於貳、(一)深入論述。

¹⁰ 檢辯積極攻防，有助裁判員法庭釐清事件始末，判斷對抗時點之急迫性，就案

項主張正當防衛，檢方舉證說服責任及辯方抗辯之證明程度之爭議，除略述歷來實務與學界意見，國民參與刑事審判制度既實現以法庭審理為中心，應思考對審程序功能，發揮對抗進行之程序利益。次歸納分析裁判員參與刑事審判之程序變革及其後續效應，說明國民參與刑事審判對程序進行之影響。就正當防衛案件之審理，法官有效進程序指揮，督促攻防，考量社會事實情況，與國民共同判斷攻擊與對抗之間行為擴張與限制的合理性。順次歸納討論日本裁判員參與審理之訴訟法效，承續比較法制研究心得，繼之內容分析方法（Content Analysis）以司法實務舉辦國民法官模擬審判之研討紀錄為文本分析，參考模擬審判形成之問題意識，論述國民法官制度既從模擬審判邁向實踐，建立以法庭為審理中心之審判模式，兩造於法庭各應完足履行證明與答辯，釐清爭點，至關評議如何針對兩造攻擊防禦評價證據得其證明力，說服審判庭而為定罪、科刑之表決，本於定罪科刑程序法制化之運作，以啟國民法官制度續行。

貳、日本裁判員審理正當防衛案例研究

一、日本最高法院正當防衛狀況性之法律見解分析

（一）日本最高法院平成29年裁定

檢察官訴追犯罪，提出犯罪事實證據起訴被告，就刑罰權存在及其範圍之事實負舉證責任，而被告抗辯其行為出於正當防衛，作為阻卻違法事由，復提出相當之反證，建立優勢證據（preponderance

件所涉正當防衛狀況性、現在不法侵害之情狀、防衛有無過當，妥為認事用法，此皆與證據檢驗有重大相關，本文欲分析「現在」不法之侵害與「急迫」不正之侵害，呈現於法庭審理時抗辯舉證應有之程序效益，不另論日本實務與學說研究正當防衛之實體刑法爭議，並此說明。

evidence) 之程度，乃屬美國法就被告提出積極抗辯所應履行之證明責任與證明程度之實務實踐，與日本司法實務與學說見解尚屬有間，究日本法實踐以言，被告毋庸證明至無合理懷疑，惟其形成爭點提出證據仍屬必要，舉證責任隨即移轉至檢察官，由檢方舉證證明該行為非正當防衛¹¹。日本傳統實務認為，正當防衛係出於緊急狀況之行為，限於無法期待受有公權力保護時，以個人對抗行為排除侵害而例外容許。然而，現在不法之侵害有無防衛正當性，實具高度抽象規範概念，兩造證明責任如何，法無明文。就正當防衛成立與否及是否防衛過當，事實認定微妙，容有由審判者考慮證據精密程度、犯後現場證據保全情狀、與被告具體犯行有關之證據保全等職權判斷之空間¹²，至行為者預期侵害產生對抗行為之情況，有無符合侵害急迫性要件，則訴諸實體刑法解釋射程之範圍。平成29年裁定係日本最高法院在裁判員制度施行十年後所作，具體揭示在綜合考慮客觀情狀的判斷架構下，為辨明對抗行為之正當化事由，應檢討考慮事件發生前有此行為之全部情況，肯定事實審審理之重要性不言而喻。

平成29年裁定就正當防衛狀況性之法律見解重視社會事實與法律規範之調和，具體對應事件狀況，闡明判斷正當防衛之狀況性應

¹¹ 日本學界與實務對被告提出正當防衛之抗辯，刑事訴訟程序進行之抗辯與舉證研究，參閱陳運財，同註2，頁455-456。又除正當防衛外，日本刑法第230條之2明定處罰名譽毀損罪，亦涉被告抗辯免責事由之證明，日本實務認為，若被告對名譽毀損罪責之成立抗辯有免責事由，關於被告所述事實真實性之證明責任須就其非行事實之狀況證明形成證據優勢程度，本文略此說明，不另深入討論與實體刑法規定有關之證明問題，日本實務見解參閱東京高判昭和28年2月21日高刑集6卷4号367頁、東京高判昭和41年9月30日高刑集19卷6号683頁，三井誠編，判例教材刑事訴訟法，4版，頁486（2011年）。

¹² 遠藤邦彦，正当防衛判断の實際，刑法雜誌，50卷2号，頁315（2011年）。

具下列九要素¹³，1.行為人與相對方從前關係，2.預期侵害之內容、3.侵害預期程度、4.侵害迴避容易與否、5.前往侵害地點的必要性，6.停留在侵害場所的相當性、7.對抗行為之預備情況（特別是有無準備凶器、凶器的特性等）、8.實際侵害行為內容與預期侵害之異同、9.行為人考量面臨侵害時之狀況及意思內容，行為人係基於利用該機會積極向對方為加害行為的意思，而面對侵害等情況。考量行為人面臨侵害時的狀況及當時的意思內容、行為人緊急狀況下對公權力機關請求保護不能期待，容許私人對抗行為。觀之日本最高法院闡明本於客觀事實，整體判斷有無侵害急迫性，實可體認；種種實體論述涉及防衛正當性之情狀，非舉證無以致之，非答辯難以形成心證。爰應本之訴訟進行觀點，以整體證據攻擊防禦重建當時情狀，形成事實基礎，審酌侵害時點，循守證據裁判意旨，判斷正當防衛成立與否，至屬當然。

「現在」、「不法」、「侵害」之情狀現象結構正當防衛狀況的基礎事實，如何依兩造主張分別釐清爭執，判斷正當防衛容許範圍，檢驗證據，乃是法庭審理之重點。裁判員法庭於審理程序產生判決心證，被認係日本裁判員制度實施後最劇烈的變化¹⁴。超越合理懷疑的證明是刑事審判使人信服的理由，形成合理懷疑的標準也提供無罪推定具體的內容本質¹⁵。補充成立正當防衛、侵害預期的妥當性之闡釋，由事實審法官指揮訴訟，檢辯各依準備程序提示之證據，攻防於法庭，以利裁判員法庭審查評議，可說是日本最高法院

¹³ 最決平成29年4月26日刑集71卷4号275頁。

¹⁴ 裁判員制度10年の総括報告書令和元年5月最高裁判所事務総局，https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/file/r1_hyousi_honbun.pdf（最後瀏覽日：2024年5月24日）。

¹⁵ *In re Winship*, 397 U.S. 363 (1970). See also, Jon O. Newman, *Beyond "Reasonable Doubt"*, 68 N.Y.U.L. REV. 979, 984-85 (1993).

對裁判員參加刑事審判法制實踐的重要回應。

因之，正當防衛是否成立向由審判庭依職權判斷，事實審對主觀意思如何認定，有無積極加害意思、侵害之預期等要件，無不牽涉證據檢驗於重建實體，以求發見真實之審理過程，特別是行為動機、合理發動正當防衛時點、當時情狀、要證事實及其他關聯性證據，兩造究如何攻防答辯，說服責任是否完足，左右程序進行得積極攻防或消極應對，對判決結果有終極影響力，不宜忽視事實審法院進行準備程序之效果。

從審判體系觀察，第一審法院定位為事實審法院，以發見真實為目的，就判斷是否成立正當防衛，平成29年裁定提出審酌侵害預期程度、加害人與被害人先前關係等事實要素，嘗試引導事實審法院本之常識為據，循證據架構，評價證據，理解正當防衛事件之全貌，實也進一步闡明，法院解釋適用法律時，應於審理程序藉訴訟攻防使法律所定犯罪構成要件該當與否明確化。就此，日本學界早有體認，從司法研究進行模擬審判乃至裁判員參加刑事審判法施行，對裁判員認事而言「積極的加害意思」依然難解¹⁶。但日本最高法院仍將判斷急迫性要件是否合於規範內涵之重任，賦予第一審事實審法院，實是重視訴訟攻防之法效，以具體詮釋法律見解內涵。在實體法解釋前提下，肯定第一審事實審法院督促兩造就裁判員參與審理之案件進行縝密的審前整理。

¹⁶ 三代川邦夫，論說：正当防衛に関する最決平成29年4月26日（刑集71卷4号275頁）について，学習院法務研究，13号，頁183（2019年）。成瀬剛，「証拠の関連性」概念による主張と証拠の整理（特集刑事証拠法の課題），法律時報，92卷3号（通卷1148号），頁5-11（2020年）。

（二）法庭活動與正當防衛狀況性判斷

關於正當防衛案件之審理，法官進行準備程序，整理爭點，聽取檢辯之主張，分類整理證據，類此激烈爭執案件，兩造主張實涉攻防策略。證明犯罪及反證防禦必要、重要之證據皆應在準備程序階段提出¹⁷，審理時，檢辯雙方須於啟始陳述階段提出肯否正當防衛行為之主張或抗辯，此係審前整理程序證據與爭點之結果¹⁸，審前準備程序以兩造所提爭點與證據為認事用法之基礎，故事實審法院得從具有法律上意義與推認過程合理性兩方面具體考察¹⁹，雖被告無須自證己罪，但為防禦所必要之答辯，乃是辯護工作之重要內容，又檢察官與辯護人之蒐證能力存有落差，涉及證據有無關聯之證據容許性，法官在準備程序准駁證明所須而與待證事實有關之證據，對確保公平審判至關重要，也牽涉後續辯護策略與檢方舉證安排，故正當防衛狀況之事實存否應以證據架構之關聯性為敘事、提示證據充分說服、證明，督促兩造於準備程序建立證據架構，依證據性質設定證明之方法手段，妥適說明正當防衛狀況²⁰。

審理應釐清有無假設性預期之侵害，因之產生對抗行為，注意對抗行為先行的利益衝突情狀是否合於成立正當防衛，而積極的加害意思宜從客觀事實綜合情狀，充分考慮侵害急迫性判斷要件，於審理攻防過程提示，使國民能意識到實體法上應有的判斷方向²¹。對事實審法院而言，有無侵害急迫性之判斷，係考慮是否成立正當防

¹⁷ 松尾浩也【監修】，松本時夫、土本武司【編集顧問】，池田修、河村博、酒卷匡【編集代表】，*條解刑事訴訟法*，5版，頁859（2022年）。

¹⁸ 同前註，頁861。

¹⁹ 成瀬剛，同註16，頁6。

²⁰ 田岡直博、出口聡一郎，同註7，頁27。

²¹ 最決平成29年4月26日刑集71卷4号275頁。

衛的重要因素，亦是判斷正當防衛成立與否最困難的關鍵，被告抗辯成立與否，應訴諸於建立系統性的證據架構，檢驗證據關聯性，訴訟活動則須全盤思考，對「現在不法之侵害」之防禦行為是正當防衛或防衛過當？正當防衛與防衛過當的界限如何判斷，是否得藉檢驗直接、間接之證據予以評價，是故，檢察官不僅必須證明被告犯罪，其攻擊亦須完全否定辯護人所提抗辯理由，就辯護活動而言，辯護人對正當防衛時點、反擊時間的間隔，可能亦關涉反擊之必要性與攻擊行為之強弱，辯護策略如何掌握爭點，準備防禦，就檢方舉證妥適答辯，仍應訴諸精查客觀的證據於準備程序²²。使審判庭得考慮與事實情狀相關之各類型證據，充分理解檢辯對立立場，孰者有其正當性，以判斷是否成立正當防衛。

平成29年裁定意旨揭示從動態的訴訟攻防程序釐清可預見性問題，法庭審理檢視證據內容信憑程度之重要性。事實審法院宜於審前整理程序進行爭點整理，就「防衛意思」與「防衛情狀之區別」之抗辯舉證分類證據，從訴訟法觀點區別處理實體法法律見解之適用與個案舉證認事問題，進行事實審審理，深入分析兩造主導準備程序形成的證據體系，分就與刑罰權存否有直接關係之事實、與刑罰權範圍有關之事實等兩大部分，審查證據，整理結果，形成兩造各對主張提出證明的責任意識²³，方能使裁判員法庭就證據內容明確判斷是否成立犯罪，持守可罰範圍，依經驗法則、論理法則評價舉證與抗辯之證據認識，合議擔保超越合理懷疑之心證形成，就訴訟程序實現刑罰的目的而言，釋明罪刑法定與刑罰明確性兩大原則之

²² 伊達高志郎，被告人に正当防衛が成立するとの合理的な疑いが残るとして無罪となった事例，刑事弁護，110号（通巻110号），頁139（2022年）。

²³ 齋藤司，証拠法の基本的思考プロセス（刑事訴訟法の思考プロセス），法学セミナー，通号753号，頁111（2017年）。

實踐，對審判實務運作實具深遠意義。

二、日本裁判員裁判案例：令和3年7月8日長崎地方法院判決

（一）事實概要

公訴事實略以：被告A（當時51歲，男性，身高170公分、體重75公斤，曾為職業拳擊手，無前科）被控以右手毆打被害人V（當時56歲，男性、身高175公分、體重80公斤）頭部撞擊地面致傷，後因外傷性腦挫傷去世，起訴求刑五年。

本案發生於長崎縣佐世保市之離島，A（下稱被告）、B、C與V（下稱被害人）四人係共同生活在離島宿舍之光電事業從業人員，被害人為被告、B、C三人之主管，被告與B二人係事實上之夫妻關係。平成30年9月11日晚間七時許，渠等四人參加宴會，被害人喝得爛醉後與C爭執，同日晚間十時許，回到宿舍之後產生紛爭，在宿舍小廚房，被害人將B從後面抱住襲胸，壓制騷擾B三分鐘之久，又對B出言輕蔑，B不堪受辱，告知被告上開情事，被告乃獨自去找被害人理論，要求其向B道歉。

被告供稱，前去碼頭找尋被害人係因擔心被害人酒醉落海，或與住民產生衝突，雖在碼頭附近找到被害人，但被害人酒醉，不願同返，被告亦表示受被害人攻擊細節部分已不復記憶，不過被害人攻擊其肩膀、手背內側10次以上，乃「反射性的以右手向前攻擊」（即本件攻擊行為），擊中被害人臉部，致被害人摔倒後仰面倒地，左後腦著地，成一大字形，倒在地上。本件對抗與反擊行為的事實關係乃是發生於碼頭被告與被害人之間的衝突，惟此部分除被

告供述之外別無其他證據²⁴，嗣後被害人因傷害致死。就被害人攻擊部分，檢察官主張：被害人攻擊行為不存在、無被害人攻擊被告之證據、無被告受攻擊之跡證，且被害人在宿舍時已受壓制，對被告無攻擊意思。關於防衛情狀之審理，裁判員法庭參酌鑑定報告，認為：被告受攻擊程度之供述信用性不能直接排除，且鑑定結果顯示被告存有因攻擊行為所受之損害。關於攻擊之跡證，分由D醫師鑑定被告受攻擊的痕跡與E牙科醫師鑑定被害人攻擊之程度²⁵。

(二)本案爭點

①是否認為被害人有攻擊行為，對攻擊存疑

②有無正當防衛之情狀：被害人是否攻擊被告，屬急迫不正之侵害、認有防衛意思之狀況

③被告行為是否超過正當防衛許可防衛之程度

法院針對上述三爭點作成判斷，關於爭點①部分，認為被害人之攻擊行為仍然存有疑問。關於爭點②部分，不認為沒有正當防衛之情狀。關於爭點③部分，不認為有超過正當防衛許可防衛之程度。綜上，裁判員法庭認為，不能證明被告防衛行為不成立，依罪證有疑利歸被告之原則，判決被告無罪。

²⁴ 長崎地方法院判決並未完全否認被告供述之可信性，惟被告自白有無信用性，仍應參考其他補強證據為斷，本件偵查中所作被告未具結之供述，審判中如何辨明有無虛偽不實之陳述，除參考其他補強證據（例如鑑定報告），裁判員法庭須踐行言詞審理、交互詰問，另就被告審理中直接應答之內容並言詞態度為檢視，判斷被告供述是否可信，應予採用。檢驗被告自白真實性及可參考之限度，很難有明確的分水嶺。關於被告的證人適格研究參閱，堀江慎司，被告人の証人適格論，法律時報，86卷10号（通卷1077号），頁54、58（2014年）。

²⁵ 伊達高志郎，同註22，頁138。

審判者對犯罪事實有無之合理懷疑須有所依據，檢辯雙方舉證防禦之變化消長，牽動影響審判庭認事與法律見解之適用，因之漸次形成犯罪有無之心證、可罰與不可罰的行為界限。本件被告與被害人互有攻擊與反擊行為，相關跡證，皆訴諸鑑定報告，檢驗攻擊行為與對抗行為之傷害程度。嗣後被害人發生死亡結果，類此傷害致死案件，被告供稱因被害人酩酊大醉，有暴力傾向，抗辯因其面對被害人突然的攻擊行為²⁶，所採對抗行為屬正當防衛，並無過當。檢察官起始陳述後，兩造於法庭發動攻防，證明負擔設定於起始陳述階段，說服責任乃是固定，貫徹程序終始，同於證明負擔，兩造爭執辯論，使推定發揮功能，辯論程序中檢察官負強烈說明責任²⁷，審判庭應審究證據之「質」與「量」，兩造各持之主張、抗辯是否充分可信，本之法庭事實認定的具體化進展，形成判決心證。審判長指揮訴訟，進行審理，檢方就辯方抗辯正當防衛之案件，如何證明、說服「積極的加害意思存在」應逐為提示，列舉、整合直接或間接證據，重建先行行為發生之情狀。辯方則應具體抗辯「正對不正無讓步之必要」對應具體事件情狀之基礎²⁸，辯論終結後，裁判員法庭得據法庭審理產出心證。

蓋辯護人積極抗辯，屬防禦權行使之一部，目的為鞏固審判心證，如何就有利被告積極抗辯事項另行提出證據，合理說明防衛行為之正當事由，當是法庭活動應釐清之重點。檢察官依偵查所得，

²⁶ 突發性攻擊行為對生命產生威脅、形成如何之防禦情狀，存在判斷是為正當防衛或防衛過當之餘地，審判庭面對兩造言詞答辯，審慎衡酌證據，重建攻擊行為與防衛行為間之事實情狀，釐清兩造爭執的行為態樣，於審理程序形成兩造主張有無正當化事由。

²⁷ DOUGLAS WALTON, BURDEN OF PROOF, PRESUMPTION AND ARGUMENTATION 99 (2014).

²⁸ 田岡直博，出口聰一郎，同註7，頁26。

認被告有罪，應予起訴，最重要的是提示證據，說服裁判員法庭攻擊行為有加害意思，非屬正當防衛、或該等防衛情狀並不存在，次是證明防衛行為過當。正當防衛事由係被告所提之抗辯，防衛當時情狀被告明確可知，完全說明亦符合辯護利益，無損其防禦權之行使，而為補強抗辯，其提出欲證明正當防衛事由存在之證據亦須明確。檢察官於審理程序應說服裁判員法庭否定被告之抗辯，相關證據不合社會事實，有悖於社會常情，不具社會相當性，難認成立正當防衛。

誠如前述，檢辯積極攻防，有助審判庭對事件與證據產生的種種懷疑在審理程序釐清，由裁判員法庭衡酌兩造之抗辯與攻擊是否容有合理懷疑。被告係程序主體，本件依判決書所載，防衛當時情狀除被告供述之外別無其他證據，裁判員法庭之疑慮似只能訴諸鑑定報告釋疑²⁹。然而，以被告供述為證，同時呈現被告證人適格之問題，亦應思考，本於直接審理，言詞辯論之訴訟理念，應如何檢視被告法庭上行為或抗辯，始認其答辯合理。被告自白是否可信，則應審酌其他相關聯之補強證據，至被告的證人適格性問題，或藉本案被告自白及行為的手段方法³⁰，由審判庭評價。以本件為例，裁判員法庭認為，被告並未否認其未涉案，惟抗辯其反擊行為屬正當防衛，故不能否認被告供述的可信度。

舉證責任之於程序進行的內容複雜，檢察官的舉證內涵部分繫

²⁹ 例如，鑑定報告勘驗被害人因傷致死之部位、傷勢範圍等是否有助釐清加害意思存否。

³⁰ 被告供稱，本以雙手抱頭防禦，但被害人之攻擊並未停止，乃以右腳踢被害人膝蓋，攻擊對手之手肘及下盤，不難看出格鬥搏擊運動的動作方式。關於被告攻擊手法之敘述，參閱伊達高志郎，同註22，頁136。

於與辯方假設性抗辯的對話過程³¹，蓋因推定表現證據價值，但推定本身非屬於任何一種證據形式，法庭進行證據調查乃是檢視推定效果的重心³²，亦可能牽涉辯論情況證據、行為方法手段之實施，需經法庭審理查明，針對攻擊防禦檢驗特定情狀，證明是否該當犯罪行為，使裁判員法庭理性的心證累積來自評價證據之質與量³³，以相當證據數量或以攻防強化證據質量，有利審判庭審理直接證據與間接證據關聯性之參考補充，形成心證消長，使判決論理針對證據，客觀審查訴訟活動中兩造關於不透明的證明效果部分之辯論，確認特定事實，判斷犯罪成立與否，權衡兩造證明效果之相對優越性。

雖檢察官主張被告與被害人攻擊與反擊程度有別，且被告曾是職業拳擊手³⁴，對抗行為強烈，其反擊行為超過正當防衛許可之防衛程度。惟裁判員法庭並未接受檢察官說明被告與被害人雙方攻擊與防禦強度有落差的主張，也不認為被告在年齡、體格與職業等方面較被害人更具優勢。判決書指出：被告從事職業拳擊乃屬三十年前

³¹ WALTON, *supra* note 27, at 241.

³² *Presumptions, Burden of Proof, and the Conflict of Laws Note*, 43 HARVARD LAW REV. 1134, 1136, 1143 (1930).

³³ 正當防衛行為之認定應分從攻擊與防衛之質與量分析，參閱遠藤邦彥，同註12，頁309。以本文研究之令和3年7月8日長崎地方法院判決為例，防衛行為是否具相當性涉及事實情狀之證據認定，裁判員法庭進行事實審理應予釐清，法庭中，兩造究竟如何抗辯舉證，消長彼此的證據負擔，能否提出證據釐清特定之爭點，對程序進行具重要意義。

³⁴ 被告過去曾係職業拳擊運動員，20歲退休戰績7戰7勝3次擊倒對手（KNOCK OUT），令和3年7月8日長崎地裁令2（わ）27号判決參照。蓋無證據或僅憑推測不得為裁判之基礎，雖檢察官既認被告秉於過去從事拳擊職業運動之經歷，其防禦行為對被害人有防衛過當之嫌，但此部分未見檢察官積極指出證明方法，延請拳擊專業人員到庭說明拳擊活動攻擊人身要害問題，以利判讀鑑定報告。蓋檢方之證明責任不僅是證明被告犯罪，尚須證明被告對抗行為非屬正當防衛，是以被告抗辯正當防衛，無疑延展檢方舉證範圍，於此範圍內之防禦效果自是法庭審理評議之重點。

之往事，此後未有特殊運動經驗，不能因此即認反擊行為強烈，且被害人之攻擊行為事出突然，然被告對抗行為只有一次，未使用任何凶器，係以徒手反擊，不能證明正當防衛不成立，被告防衛程度並未逾越³⁵，判決被告無罪。

三、正當防衛案件之抗辯與舉證

(一) 實務見解

正當防衛案件之審理除涉實務法律見解之適用變更或補充，訴訟上亦牽動該當正當防衛狀況抗辯舉證之證明議題，復有被告之證人適格性、被告答辯對稱性等深層訴訟法爭議。日本最高法院平成29年裁定就是否成立正當防衛補充傳統判例見解，使裁判員法庭據此具體要素，審酌檢辯攻擊防禦之爭點與證據，判斷是否成立正當防衛或屬防衛過當。從審判對象而言，日本檢察官裁量設定審判範圍，特定受害者因之致死的加害行為、被告犯罪行為及犯罪之具體事實，檢察官判斷被告犯行之證據，具體行為該當犯罪構成要件，明白予以起訴。而審判範圍由檢察官職權設定，目的係為實現刑罰權，並予被告具體防禦之機會³⁶。檢察官主導控訴，就偵查事證依職權設定審判範圍，綜合證據基礎布局，準備訴訟，決定訴追攻擊方向，積極回應抗辯，必須充實實質性證據之運用，補強證據數量不足之憾，蓋證據品質及其說服力若能提升，則決定性的證據及證據爭點對確認有無積極加害意思、正當防衛情況存否，或生有加重結果或防衛過當之關聯性判斷，而有強大證明效力。審判對象劃定後，起訴當時的證據界限，經兩造攻防答辯，訴訟發展經法庭審理，犯

³⁵ 日本最高法院認為：就防衛程度部分，應審查攻擊防禦之情況並考慮武器對等觀點。參閱最判昭和44年12月4日刑集23卷12号1573頁。

³⁶ 酒卷匡，刑事訴訟法，2版，頁271（2020年）。

罪與犯罪事實之具體證據、基礎認識、證明之可能、心證形成與確信如何發生推移變動，應指揮訴訟進行，詳實審查兩造就證據所為攻擊防禦，發見真實，辨明犯罪成立與否。

辯方主張正當防衛乃是重要之積極抗辯，為期抗辯發揮效果，即應就防衛行為之正當性（Offers Evidence of Justification）提出證據，且其主張之積極抗辯必須合於邏輯，表現於事實，所提證據亦應受公正之評價³⁷，若此，檢方之證明責任不僅須證明被告犯罪，尚須證明被告對抗行為非屬正當防衛，而被告抗辯正當防衛，要與法律見解應合，無疑延展檢方舉證範圍，於此範圍內之攻擊防禦是否有效可信自是法庭評議重點。且因實施國民參與刑事審判制度之後，審判重視兩造對抗攻防，非僅是提示書類供述或藉閱讀書類而形成心證，是以審理應釐清爭執，判斷辯方所提積極抗辯，程序進行中基於被告辯護意旨必須充分釋明正當化情況（Circumstances of Justification），要求由被告本人口頭答辯³⁸，而除非被告提有抗辯，否則被告並無負擔（Burden）³⁹。

故而，從程序進行之觀點研究正當防衛案例，首重於舉證抗辯過程所提證據重建所謂「正當防衛」行為之發生始末，表現正當防衛之狀況性，落實證據裁判原則，以期客觀詮釋法律見解。質言

³⁷ IAN DENNIS, *THE LAW OF EVIDENCE* 450 (6th ed. 2017); *Burden of Proof of Justification*, 17 *HARVARD LAW REV.* 208 (1904). Stephen M. Everhart, *Putting a Burden of Production on the Defendant Before Admitting Evidence That Someone Else Committed The Crime Charged: Is It Constitutional?*, 76 *NEBRASKA LAW REV.* 272, 285 (1997).

³⁸ *Burden of Proof of Justification*, *id.* at 208-09. 日本學界亦有認被告就此提出爭點責任應為意見陳述，具體主張可供調查之證據方法或調查途徑。參閱陳運財，同註2，頁458。

³⁹ *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987).

之，就法規範界限而言，何種證據得以充分證明犯罪成立，應思考所欲證明之事實與證據分類如何妥適運用於法庭證明活動⁴⁰。亦即欲求諸國民良識予以判斷的法庭證據究有哪些、兩造又應如何揭示、證明，始得有助審判庭正確認事用法，特別是辯方所提與正當防衛所涉之積極抗辯應具體回應或有證據或並說明，對抗檢方舉證，使審判庭藉法庭攻擊防禦活動充分檢驗證據與待證事項之嵌合。本件檢察官曾引用平成29年裁定，主張被告行為不成立正當防衛，且其防衛行為過當。值得思考；裁判員法庭聽審證據，就本案事實關係之釐清，評價防衛正當與否、防衛情狀、方法手段之判斷涉及證據內涵及對抗行為之相當性，辯方所提防禦及證據是否合於平成29年裁定闡釋之正當防衛要件，復調和法規範與證據認識，合於經驗法則、論理法則，而為評價之實踐效果。

觀之平成29年裁定意旨，檢辯應集中攻防有無積極加害意思及正當防衛之情況存否等兩大要件。檢察官欲證明被告有積極的加害意思，必須考慮包含先行行為在內之行為全貌，配合提示證據，說明確有「積極的加害意思」存在，亦即準備程序進行爭點整理時，依案件特質整合偵查蒐證之認識，分類提出與事實有關之證據，以不同的證據作用，支持所提證據之說服性。特別是急迫不正之侵害行為終了，正當防衛的情況隨之消失，即不成立正當防衛，亦不可能成立防衛過當⁴¹。程序進行中得強調被告預期得以逃離卻不逃離、或是得向警方求援卻未向警方求援，有效反擊辯護人所提抗辯不合理，說服裁判員法庭該等對抗行為非必要且不相當⁴²。至辯護人既抗

40 齋藤司，同註23，頁110。

41 遠藤邦彥，同註12，頁308。

42 田岡直博、出口聡一郎，同註7，頁27。

辯行為出於正當防衛，則須全力準備正當防衛情況證據⁴³，掌握行為時間序列，說明防衛狀況之發生、何以有反擊行為，乃至反擊程度，急迫狀況下權利保護必要性之本質有別於加害意思，證明防衛之正當性狀況確實存在，以建立審判庭判斷防衛行為產生的基礎事實。此乃日本最高法院闡釋；從程序攻防活動提供裁判員法庭對實體法規範的判斷方向之當然理解。法官判決必須說理特定的證據、證言適用或排除之理由，闡明評議爭點討論之共識或歧見，以呼應刑事訴訟法規範證據之證明力，由法院本於確信自由判斷，而不違背經驗法則及論理法則。

以本件為例，審判中，檢辯互為攻防，裁判員法庭參酌鑑定報告及鑑定人意見，衡酌事案關係，進而分別審查被害人之攻擊程度與被告之對抗程度，判斷正當防衛情狀存否、防衛行為之正當性，認為檢察官提出的證據不能證明被告有罪⁴⁴，於此觀之，檢察官請求醫師鑑定人提出之鑑定報告及意見，實質影響檢察官所欲證明之事實與提示證據之程序安排。被害人死亡係被告對抗行為之結果，但被告強力攻擊被害人，造成被害人口唇部位受傷，亦為辯護人所不爭執，至被害人因傷害致死，則係被害人因被告反擊行為摔倒，頭部撞擊地面，引起腦震盪而死亡。考慮被害人受攻擊後唇齒動搖的

⁴³ 檢察官提出預定證明記載書面、進行證據開示之後，辯護人有相對應提出預定主張之義務，例若抗辯正當防衛等辯護策略皆屬之，辯護人應就此表明具體主張，不得遲至審判期日始具體表明，否則即屬違反主張明示義務並生失權效問題，參見日本平成27年5月25日第二小法庭判決，刑集69卷4号636頁。酒卷匡，公判前整理手續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，22号，頁224（2015年）。

⁴⁴ 本案發生於離島碼頭，攻擊、防禦行為之發生，除被告供述之外，別無其他證據可知事件發生之全貌，或因蒐證不易，證據之質與量皆薄弱，故檢察官訴追證明犯罪，更須掌握所提證據之性質。

受傷狀況，裁判員法庭綜合鑑定意見，認被告對抗行為並非強烈，而衝突行為之前被害人飲酒酩酊，酒精亦係影響腦震盪之原因。對證明被告非出於防衛急迫不正之侵害容有合理懷疑，本件成立正當防衛，判決被告無罪。

按重視科學根據，鑑定證據之信用性受法院肯定，審判職權認定事實之實質證據，必慎重為之，係日本實務所持態度⁴⁵。正當防衛案件之審理，或涉社會事實生活之複雜性，到底是完全的防禦行為或是預想的反擊行為、有無急迫、其情有無過當，適用何種證據或證明方式向裁判員法庭表現被告確有積極加害意思，都須要求兩造就特定抗辯說明或依所為之主張舉證，審查證據實質表徵的證明力，釐清爭議，經受規範者共同理解判斷，充填法律明確性原則，審查「對抗時點」之形成，於審判程序辨明事實情狀，妥為法律之解釋與適用，以求認事，就證據舉證抗辯，建立判斷正當防衛之實體標準，避免文義性概念內容恣意擴張或類推，加諸各存差異之個案。

(二)正當防衛之抗辯與舉證問題析論

就日本法而言，公訴事實之設定屬檢察官權限，故檢方所負證明責任以與犯罪成立要件有關事項為限，檢方就犯罪成立提出證明責任，至被告提出阻卻違法事由之抗辯形成爭點責任⁴⁶，檢方應竭力攻擊，以盡舉證責任。本文認為，雖法規範設有被告不自證己罪特

⁴⁵ 日本實務對鑑定書與鑑定信用性所持見解，參閱酒卷匡，刑事訴訟法判例の動き，平成30年度重要判例解説，2019年4月臨時増刊（No. 1531）究論ジュリスト，頁168（2019年）。

⁴⁶ 日本學界與實務見解，參閱三井誠，刑事手続法Ⅲ，頁64-66（2004年）；酒卷匡，同註36，頁477；小木曾綾，檢察官の証明責任，法曹時報，73卷第7号，頁15、17（2021年）。同為判例法系的英國實務與學界亦有相同見解，DENNIS, *supra* note 37, at 452.

權，但被告係就阻卻違法事由提出積極抗辯，雖其就抗辯所為之舉證責任法無明文，然則，正當防衛之抗辯與舉證之有效與可信，關乎程序進行與心證消長，尚非謂是兩造誰占勝場，舉證責任或誰與負或替與負，致生訴訟勝敗，法庭攻防之間存有區別證據效果、推論（Inference）與證明之程序進行目的，應是審判者如何評價該程序攻防效果，而能發見真實。正當防衛之正當化事由既係被告所提之積極防禦，是承認有此行為，其主張阻卻違法或阻卻責任事由，就此事由有釋明義務，且無礙其提示證據抗辯無罪，被告仍得充分行使防禦權，求取無罪判決。特別是抗辯該等行為非屬檢察官所指涉之犯罪事實，辯方竭力反擊檢方之敘事證明，說明理由及證據提示自宜具體明確。因之，積極抗辯係被告防禦的方法手段，抗辯非為遲滯程序，辯護方既然否罪，如何使抗辯有效進而能以之動搖審判心證，於攻擊防禦之間得受程序利益，豈能忽略抗辯之真正目的，此與檢察官依偵查所得提起公訴，進行訴追犯罪之舉證責任，訴訟行為之意義與目的有重大分別。抗辯或附理由或為解釋或提證據，殊難認同空言否罪即令審判庭生無罪之認識。

無罪推定乃是當事人對抗模式下的程序機制，合理連接事實與待證事實間的推定關係，目的在允許兩造武器平等，互為攻擊防禦，落實公平審判。被告既提出抗辯，若僅單純否罪，未提示證據或說明，非屬積極抗辯之訴訟行為，又如何致令審判庭確信應成立正當防衛？兩造攻防若非出於抗辯舉證之程序對審，而求推定之終極法效，被告自為之抗辯如何評價？更難想像如何抗辯正當防衛復行使緘默權，使審判庭因罪證有疑利歸被告原則而為無罪判決，乃是合理？對欲求之國民本於良識參與審判，同求發見真實之衝擊不可謂不大。古爾有別於書狀審理模式所形成之罪疑惟輕。

是以被告受檢察官起訴後，抗辯其係被動反擊，所發動之攻擊

行為屬正當防衛，應說明防衛狀況事實之客觀性，向裁判員法庭揭露內心想法，提示強烈明確之證據防禦，以遂其所提之抗辯目的。要言之，防禦行為產生之時點密接判斷防衛正當與否，防禦方式亦係判斷正當防衛之重要關鍵，被告既提出抗辯，係承認有此行為，自應令負澄清義務，若有避重就輕之情事，亦不能認此係被告無自證己罪之特權。呼應平成29年裁定闡明之狀況性，審酌證據，考慮正當防衛成立與否之重要因素應透過訴訟活動而為證據評價。國民參與刑事審判，立於法庭檢驗兩造有疑之抗辯、舉證、攻防合理可信與否，檢方舉證若未足說服、證明被告有罪，亦不能全部否定辯護主張，在罪疑惟輕原則下，審判以抗辯、舉證完足之認識，寓於訴訟程序實現實體真實，形成超越合理懷疑之確信，作出判決，故而有別於書狀審理產生心證之於罪疑惟輕原則適用之疑慮。

證據類屬以書類方式呈現者，在證據調查中有重要影響力，最常見者首推鑑定報告⁴⁷。鑑定報告係為證明相關事實爭點而提出的說明性資料，居補充支持之地位，其可信與否並無證明依據，故須訴諸審判者依背景知識評價該等呈現於審判庭之證據⁴⁸，此種沉默的證言（Silent Testimony）來自科學程序（Scientific Procedure），以人工重整修復方式發見，超越人類知覺感官的經驗世界，與傳統求諸審判者直接以知覺感官驗證證言、分析證據獲致證明的方式不同⁴⁹。本案鑑定報告是針對被害人剖驗結果之判讀，亦即以被告防衛行為

⁴⁷ 本件偵查所得資料稀薄，就正當防衛之發生、有無積極加害意思之內心想法等兩大要件，除被告供述，未得有錄影資料或其他目擊證人為佐證，欲發見真實，似只能訴諸鑑定報告。

⁴⁸ MIRJAN DAMAŠKA, EVALUATION OF EVIDENCE: PRE-MODERN AND MODERN APPROACHES (ASCL STUDIES IN COMPARATIVE LAW) 144 (2018).

⁴⁹ Mirjan Damaška, *Free Proof and Its Detractors*, 43 AMERICAN J. OF COMP. LAW 343, 353 (1995).

之結果為檢驗對象，關於鑑定，日本實務作法皆敦請鑑定人到庭，尊重專業鑑定人之法庭文化行之有年⁵⁰。若為證明與本案相關的重要事實，有證明力而左右心證之產出，更有傳喚鑑定人到庭詰問、具結之必要，專家意見雖用以檢驗證言信用性，亦涉及證據評價問題，審判庭僅能慎守經驗法則、論理法則，認事判斷，惟鑑定報告效果強大，其適用對於被訴事實認定、量刑輕重亦生重大影響，審判庭如何權衡審查，不免受到質疑，而此問題似宜訴諸明確之鑑定規範妥適監督⁵¹。

審判必須建構在準備程序所提之證據架構下，繼以兩造對抗之法庭攻防，督促審判庭除去內心疑慮，形成證明基準。本於審理所得心證，發見被告有罪與否，作成判決。證明基準繫於證據與正當防衛情狀存否之說服舉證或合理抗辯，使「積極加害意思」之判斷無違經驗法則與論理法則。檢察官若未能證明、說服被告主張的正當防衛不能成立，被告將獲判無罪，從國民對法解釋觀點探討防衛意思之認定與攻擊行為之證據與證明，當須理解，真實發見實係浮動性的心證形成過程⁵²，審判中兩造武器平等，有效的攻擊與抗辯，

⁵⁰ 日本實務審理若涉有鑑定書類之提出，鑑定人到庭報告乃是常態，法庭全員相待鑑定人到場說明並接受詢問，鑑定人由法院引導鄭重入場，不受任何人員或媒體之干擾。另參之國民法官模擬審判經驗，如何理解鑑定報告仍受相當限制，調查鑑定報告之方式，在實務上甚少傳喚鑑定人到庭詰問，致檢辯過於專注以投影片簡報提示鑑定報告，恐流於各抒己見，司法院刑事廳主編，國民參與刑事審判之理論與實務，頁11（2019年）。此一問題如何解決，應予重視，蓋鑑定報告係用以重建事實，解明疑慮，詮釋事實情狀與相關跡證之產生，或說明何種待證事實，支持補充審判心證之形成。鑑定人到庭與否，對審理程序進行證據調查具有重大意義，所提供之鑑定意見究欲證明何種事實而與何爭點有關，俟檢辯攻防之後有無必要向審判庭進一步說明爭執或疑點，解明審判庭疑問，對審判中的浮動心證消長非無影響，而非僅提具書面或由檢辯提示。

⁵¹ DAMASKA, *supra* note 48, at 144.

⁵² 伊達高志郎，同註22，頁136-139。

強化裁判員法庭的證據認識，發見有無犯罪，方能積極表現當事人主導程序進行之目的。

本案例中，辯護人受被害人家屬延聘，參加審理，因之深思實務舉證侷限困局，體認準備程序對審判攻防策略之重要性⁵³。然而，被告既主張正當防衛，所為防禦抗辯範圍內，就防衛事實基礎存在的證據，應為充分說明⁵⁴，此對立性主張，應與檢察官直接辯論⁵⁵，進而由裁判員法庭參考鑑定報告，審酌兩造答辯之合理性，依經驗法則、論理法則，綜合判斷辯論意旨是否針對爭點充分回應，或有避重就輕之情事，而未能釐清審判者之疑慮。訴訟程序調整導向當事人進行模式，係為當事人方得於審判活動，立於對等地位，公平對審，以攻擊防禦結果為消除審判者疑慮之方式，而非允由任何一方居程序之優勢，免除自我主張之答辯義務。

蓋以檢察官起訴殺人罪，被告抗辯正當防衛，檢辯主張對立，但互相並不否認有「衝突發生」之事實行為，為釐清防衛正當成立

⁵³ 伊達高志郎，同註22，頁139。

⁵⁴ 值得進一步思考的是，被告供述真實性證明之證明問題，其積極抗辯犯罪成立阻卻違法事由之證明是否應與檢察官就犯罪證明責任之舉證同一程度、或應有如何之標準，兩造似可由日本最高法院平成29年裁定闡釋的9大要素，建立證據架構主張正當防衛存與否之狀況性，分別就兩造主張證據舉證攻防，俾審判庭評議各要素之法效。

⁵⁵ 日本刑事訴訟法亦設有被害人訴訟參加制度，依日本刑事訴訟法第316條之36之規定，被害人延請參加訴訟之辯護人得對證人訊問犯罪事實以外之有關情狀事項，為爭執證人供述證明力之必要事項，此涉證據證明力之問題，惟後續針對調查反詰問情狀證據證明力部分亦應有積極辯論之必要。本案之事實認定多採被告供述，被害人延聘之參加辯護人若能積極參與彈劾，始得發揮同法第316條之36結合訴訟目的使訴訟活動發生訴訟推移之效果。參閱三井誠、酒卷匡著，陳運財、許家源譯，日本刑事程序法入門，頁221-222（2021年）。松尾浩也【監修】，松本時夫、土本武司【編集顧問】，池田修、河村博、酒卷匡【編集代表】，同註17，頁876-877。

與否之情況，若遇有關於正當防衛之積極抗辯，在判例法系，被告有提出證據之責，檢方則負說服義務⁵⁶，因之當場情狀有被告與被害人同在，正當防衛既由被告主張，防衛原因及其方法手段之施用，被告與被害人同知，此辯護主張，非出於強制，事件情狀條件應是被告心智所易於知悉之事項，相較於檢察官更適合由被告說明⁵⁷，被告當知情狀事實，似無由對自己主張保持沉默，辯方自有澄清義務，乃屬當然。

平成29年裁定闡明判斷正當防衛狀況性之法律見解，係肯定社會事實之認識與法律規範之調和，彰顯第一審法院直接審理、言詞審理之重要性。職是之故，被告提出積極抗辯其行為有正當化事由，自應具體對應事件狀況，分就與被害人之前關係，預期侵害之內容、侵害預期程度、侵害迴避容易與否、前往侵害地點的必要性、停留在侵害場所的相當性、對抗行為之預備情況有無準備凶器、凶器的特性如何、實際侵害行為與預期侵害之異同，考量面臨侵害時之狀況，行為人是否係基於利用該機會而積極向對方為加害行為的意思，面對侵害等情況，充分說明阻卻犯罪成立事由存在，再由檢察官證明、說服被告積極抗辯之正當化事由不存在，以利審判庭判斷正當防衛之狀況性存否。本文強調，正當防衛成立與否之審查如何與利或不利於被告之證據及指述內容相互印證，使之平衡或祛除證據可能具有之虛偽性，乃證據評價問題。妥適探求有無加害意思，考量情狀之供述，用以證明行為結果之關聯性，參酌各類證據，考慮是否足以釐清犯罪情節，保障供述之真實性，涉及訴訟上之證明程度如何與待證事實的信憑程度嵌合之疑問。特別是正當

⁵⁶ ANDREW STUMER, THE PRESUMPTION OF INNOCENCE: EVIDENTIAL AND HUMAN RIGHTS PERSPECTIVES 173 (2010).

⁵⁷ *Id.* at 173-74.

防衛之解釋適用關乎法律明確性原則於刑罰規範領域之具體實踐，明確與不明確之間存有「有疑惟利被告原則」適用問題，且「正當防衛狀況」難為明確之判斷基準，法律適用亦須合於證據裁判原則，為謹慎考慮事實認定，審理應分就檢辯之主張與抗辯，充分審查判斷，以法庭攻防重建防衛行為發生當時情況，判斷反擊行為正當化的情狀是否存在，進行評議，將爭點訴諸表決，使判斷是否成立正當防衛之狀況性明確化、法制化。

參、日本裁判員制度實踐之回響

一、活絡法庭攻防——重視證據、證明與證明責任

(一)針對爭點對抗攻防

日本裁判員制度施行後，對法庭審理之影響，首應思考訴訟程序轉型問題。對裁判員而言，參與審理正當防衛案件，判斷「現在」、「不法」、「侵害」乃是整合證據調查之結果。特別是兩造積極舉證抗辯「情狀」是否為正當防衛、有無防衛過當，實係法庭公開審理之重心，犯罪成立與否的證明力係在程序進行中審查兩造如何攻防答辯，形成證明標準，避免以武斷思維假設評價證據，審判須使被告、社會乃至被害人，都明確面對犯罪成立與否的證據判斷過程。

就正當防衛案件之審理，法庭活動應針對準備程序整理所得之有疑爭點，實質對抗攻防，要求兩造積極提證或明確答辯。準備程序應分就「有無積極的加害意思」、「正當防衛之狀況性」進行爭點整理，證據調查程序則以關於被害者有無積極加害意思之證據類型分類答辯、舉證，並就正當防衛狀況存否，積極說明證據與待證事項之關聯性及何以有對抗行為之產生。此外，間接事實所欲證明

之情狀，亦應要求兩造具體陳述或辯論，評價可信程度⁵⁸。檢察官之主張證明、被告對應反駁未犯罪之應訴態度，乃是法庭審理的重點⁵⁹。檢方起訴之犯罪事實與法條、被告及辯護人為是否認罪之答辯、抗辯攻擊行為出於正當防衛，係就訴訟所為之主張，雖屬正當防禦權之行使，仍有依主張提出證據、完整說明之必要，罪證有疑唯利被告之程序利益係法庭審理之結果。從準備程序伊始，兩造應考慮；如何攻防，證明正當防衛事由存在與否，進入審理程序之後，所提示的證據究係用以證明何種實體事實，才能使裁判員法庭產生認事心證。因之，證據採認與否雖係審判職權，為防止事實認定錯誤造成誤判，自須慎重評價各類證據關聯性之補強對終極事實之證明效果，檢驗兩造辯論有無不合理之處。

審理程序中檢察官積極舉證，履行說服義務，證明被告犯罪，被告之抗辯若無反證提出，得供檢驗，實難想像；裁判員法庭如何判斷兩造之一方不回應舉證的合理性，檢方又如何進一步舉證證明被告行為非屬正當防衛？針對爭點對抗攻防，此消彼長，在檢辯對抗進行之訴訟結構下，裁判員法庭如何審究辯護方有所抗辯卻不予回應防禦的訴訟策略、復肯認該等抗辯可信？程序進行中，兩造之一方對舉證攻擊毫無回應，並非代表萬無一失⁶⁰，法官有效的程序指揮，督促證據事項之辯證內涵、兩造舉證主張與抗辯理由的信用性審理，落實程序利益保障機制，從心智思維審查書狀之模式轉為可視可聽的法庭言詞辯論，而裁判員法庭評價證據並無指引，如何客

⁵⁸ 持平而論，合理懷疑應係可能情狀存在，且須以健全的社會常識加以對照判斷而屬合理，李濠松，無罪推定原則之適用——以日本裁判員制度之實務案例為中心，檢察新論，29期，頁166（2021年）。

⁵⁹ 酒卷匡、河本雅也，同註7，頁95。

⁶⁰ WALTON, *supra* note 27, at 11.

觀確信說服性之陳述，但憑法庭攻擊防禦活動對應心智認事，此訴訟程序轉型之後續效應亦能體現兩造攻擊防禦之有效性，制約規範法律文義未明之疑慮，以必要之舉證與抗辯形成之效果，踐行法律解釋明確性原則。

本文強調，準備程序篩選容許之證據如何於審理程序互為支持或補充，釐清疑慮，是檢辯法庭攻防活動之要務，除對各項間接證據佐以言詞說服之必要，更因之強化有罪確信或確立無罪推定原則，賦予直接審理、真實發見更重要的意義。法庭審理時所為之言詞答辯相較於閱讀敘述性書類資料，易於兩造及時說明、回應攻防，乃至進一步以證據所表現的事實關係，由檢辯雙方進程序對話（*Dialogue Between Prosecution and the Defence*）提出抗辯或舉證，充實法律見解內涵之明確性。程序由當事人主導進行，有助強化程序主體權進行攻擊防禦，落實審判中兩造武器平等原則。惟此亦更容易出現破綻，故法庭審理中，兩造必須隨時注意，提出異議，及時釐清或補充說明，應合審判心證之消長，以是之故，審判長程序指揮權之發揮對審理心證形成之重要性，不言而喻。

至若被告主張正當防衛，供述關於防衛情況、防衛方法手段之實行，得否藉現場勘驗與鑑定報告深入調查，兩造針對爭點對抗攻防，抗辯與舉證是否合於經驗法則，不違兩造各持立場一貫性之論理，皆需藉對話性程序說明舉證，提示與特定爭點相關之證據。對檢辯雙方而言，應思考用何種方式充分於審理程序釐清正當防衛發生當時之情況，使裁判員法庭審慎辨明積極的加害意思存否、區別防衛意思等訴訟爭點，審查檢辯基於各別立場，支持、補充說明所提證據之取捨對心證評價之重要性，進而得因之判斷整體證據架構與案件重要爭點密切相關之證據關聯是否合理可信，發揮言詞審理功能。

（二）法庭審理形成心證

關於防禦情狀之爭執，檢辯應積極針對爭點攻擊防禦，使程序進行具對話性，以利各別之主張連接所欲證明之事實，形成裁判員法庭之審理心證，不應忽略程序效益對發見真實之功能。若被告積極抗辯對抗行為有其正當性，提出阻卻違法事由，檢察官欲證明犯罪事實存在，如何否定阻卻違法事由不存在，強化證明其主張，涉及證明範圍與證據關聯性問題，被告抗辯行為屬正當防衛並提出證據，即應由檢方舉證回應被告之對抗行為非正當防衛，或其防衛過當，被告積極防禦形成新爭點，活絡法庭攻防答辯，無疑也擴張檢察官在審理程序的舉證範圍⁶¹。證據用以支持補充證明效果，若對事實認識有影響，須在審理程序及時有效解明疑點，使特定事實之證明、說服合於經驗法則與論理法則，避免逸脫待證事實範圍，制約心證恣意，進而與兩造各自主張的論理一貫。然而證明負擔存在不能說服審判庭的風險，例如，不在場證明係證據或是一種事實狀態、又或是一種沉默的自白，視個案狀況或有不同，皆應由審判庭於動態審理程序配合審查直接證據或間接之關聯性證據，具體勾勒對行為有無、事件發生情狀之認識，確保審判者本諸適正程序，認事用法。

檢辯雙方於準備程序提出對立或不同之法律爭點、事實爭點，案件涉及正當防衛、強暴、脅迫、挑釁之行為或言語，舉證、抗辯內涵涉及邏輯、可能性、事實與知識的哲學意義，審判就此應有充分完整之認識，闡釋特定單一事件行為之發生始末及其責任基礎，審理調查。偵查書類或相關資料，如何呈現為可視、可聽的證據，使舉證明確充足，牽動說服負擔（Persuasive Burden）與證據負擔

⁶¹ DENNIS, *supra* note 37, at 450-51.

(Evidential Burden) 促進裁判員法庭針對相關爭點形成心證，發見事實，攻防之間未能充分說明、未能受證明的爭點及因之所產生的疑慮，必須充分評議討論，避免認事過程受制約，影響心證形成，致使判斷基準模糊。

積極舉證攻防，及時釐清爭執，加強民視與民聽參與判斷證據價值之認事過程，得調整過度倚賴閱讀偵查供述形成心證之審理方式，此亦係日本裁判員參與刑事審判力求實踐的重要理念⁶²。兩造主張檢驗辯明的範圍乃是審理重點，正當防衛案例中，防衛必要性及其程度、防禦時點之判斷，爭執狀況，多涉事實，雖極有可能使裁判員之判斷陷於困難⁶³，但訴訟上之證明問題，應於交互詰問過程，針對時間、場所接著相續性、先行攻擊行為與後行防禦行為發動的關聯性疑慮，具體攻防，法官職權指揮訴訟，隨時為必要之闡明或釐清，以利裁判員法庭審理兩造各自主張爭點、證據之可信性與證明力，乃至參考鑑定意見，詳為審酌，有助裁判員法庭秉持客觀中立態度評價證據，判斷侵害時點之反擊必要性，後續反擊行為是否過當，是否有失正當防衛之理性，落實訴訟法之對審效果。

二、法官指揮訴訟督促證明活動

(一)法官程序指揮權之行使

刑事審判進行證據調查，以證據探知事實，法律解釋適用、抗辯舉證與事實審理結果是否存在認事用法之落差，或經程序攻防在訴訟上形成罪證有疑利歸被告原則，此一問題得分別從審判庭對正當防衛之解釋與攻擊防禦之證據證明密接程度思考審酌。就此，日

⁶² Inouye, *supra* note 5, at 80.

⁶³ 遠藤邦彥，同註12，頁304。

本最高法院對於不確定法律概念與罪刑法定明確性原則之實踐，重視裁判員制度表現審判庭對司法權行使之合意，法官訴訟指揮，回歸舉證攻防，判斷證據是否與待證事實應合，程序指揮權之有效行使，實是積極督促證明活動進行之根本方法，為解明事案，適時要求辯護方就其抗辯釋明，而檢方舉證之後，辯方是否欲進一步爭執，挑戰檢方之證據，皆是法官訴訟指揮審理爭點不應忽略之程序內涵，蓋因證明力如何是否充分乃是評議之任務，惟兩造是否已盡攻防答辯之能事，避免審理未盡之缺失，則須於法庭活動具體考慮。

法官指揮訴訟，隨時為必要之闡明，除應注意法庭上之言詞或提示之書面無使裁判員產生預斷或偏見，另使審判者心生臆測，乃能落實證據裁判之程序正當性。審理程序公正、妥速進行，集中審理案件爭點，法官指揮訴訟，督促證明活動進行，掌握辯論進度，實是審判權行使之重要內涵。法官之審判行為就證據調查部分並無審判規則可遵循⁶⁴，如何妥適指揮訴訟，進行審理，於關鍵時點中斷當事人、辯護人、被告之陳述，提出問題或容國民提出問題，或依職權，命檢辯雙方就特定爭點答辯，涉及發揮審判程序指揮權之效益，法官決定：兩造自行提出之有利證據之負擔是否已免除，而該等證據能否充分形成爭點供審判庭考量之，以利事實審審理審酌其他證據⁶⁵，亦是法官照料審判庭國民成員心證形成過程之重要義務。

⁶⁴ 審判機關規章制定與審理規則之論述，參見司法院釋字第530號解釋黃越欽大法官提出不同意見書。

⁶⁵ DENNIS, *supra* note 37, at 452. 審判權行使之問題與簡化證據調查之規範目的不同。如另參考國民法官法第77條規定，證據調查已非由審判長主導，對於證據證明力之意見，亦應由當事人、辯護人或輔佐人自行決定是否個別表示意見，審判長只需適當闡明並告知當事人、辯護人或輔佐人，對於提出於法庭上之證據得表示意見。

檢察官就被告犯罪事實，負實質舉證責任，但正當防衛之抗辯係被告所提出，辯方仍應充實自我防禦權，提出證據、指出證明完全答辯是為合理。裁判員法庭在審判過程，就證據之證明力問題、如何經合法調查證據程序而為裁判基礎，當重新思考無罪推定原則之程序定位與舉證責任問題，有效進程序指揮，使攻擊防禦落實於法庭活動，求諸真實發見。蓋被告自始主張無罪，因之無涉，故無所知，是以保持緘默⁶⁶，倘是僅對特定的證據、爭點選擇性保持沉默，而拒絕說明，實為審理之要點，法官指揮訴訟，至有適時釐清之必要，對審判者在程序形成心證具有實踐上的重要意義⁶⁷。

前者狀況未必即生不利被告之心證，後者情況若發生在集中、連續的審理程序，自必留予審判庭對應其他物證、人證、情況證據裁量處斷，辨明犯行有無的空間。部分沉默的效果不能遮斷，特別係被告拒絕回應的時點與程序連動性，形成裁判員法庭認事限制，也可能成為評議討論的重點，所對應釋明的爭點是否在判決說理，仍應看兩造如何主張、答辯，致對判決心證產生影響。

⁶⁶ 長崎地方法院令2(わ)27號傷害致死案之被告於拘留2日期間受辯護指導保持緘默，參閱依達高志郎，同註22，頁137。

⁶⁷ 按兩造攻擊防禦之法效涉及犯情認定，犯罪情狀係事實之一部，犯罪事實與量刑事項如何分別或對應適用，乃屬審判結果。特別是犯後態度部分，日本刑法第66條雖規定，有應酌量之犯罪情狀者，得減輕其刑，惟酌量減輕之量刑因子抽象，故日本最高法院判例形成得予審酌之犯罪情狀，包括行為人之年齡、性格、境遇、成長、前科、犯後情形、社會影響等。參閱大判昭和8年11月6日大刑集12卷1471頁、大判昭和23年2月6日刑集12卷2号1471頁。我國刑法第57條則規定，科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，其中第10款規範犯罪後之態度亦為審酌科刑輕重之標準，且不自證己罪特權之放射效力可能涉及犯後態度之審認與實體法科刑依據如何具體評價之問題，惟此仍須以審判為中心，由事實審法院進行審理，於攻防程序審查犯罪情狀，本之全辯論意旨，審究關於緘默權行使之時點、不自證己罪特權問題，並同考慮犯後態度，審慎衡酌犯罪事實與量刑事項之適用。

（二）法庭中立評價證據

被告無自證己罪之義務，然其就訴訟所為之抗辯與不自證己罪特權不同。檢察官對被告所為抗辯，應積極說服或另回應提示相關證據質疑之。法庭審理兩造所欲證明的爭點，中立評價證據，影響心證如何形成，乃是檢辯攻防的重要空間。若被告對殺人罪之起訴抗辯正當防衛，檢方又無法從被害人處取得證言，說服義務由檢方負擔⁶⁸，是以檢察官起訴被告殺人，復防禦辯方提出正當防衛之抗辯，貫徹訴之主張進行攻防，除須說服審判庭所提示之證據證明對被告犯罪有超越合理懷疑之確信，另要說服法庭，證明阻卻違法事由不存在，實有雙重負擔。

承前所述，檢察官要以偵查結果證明正當防衛事由不存在，俾使欲說服審判庭之起訴內容合於事件經驗性，偵查所得就起訴犯罪事實、訴訟條件、法條處罰條件之認定必須更為嚴謹，以利程序進行中舉證攻防，貫徹偵查所得與公訴主張於審判，發見真實、訴追犯罪。雖刑事訴訟法對檢察官舉證責任定有明文，但對被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯，此有利於被告，是否課予提出證據釋明之義務，則未明定。就證明程度而言，「有相當理由認為犯罪」乃至審判心證形成「無合理懷疑」之確信，本就有所不同。從起訴到審判，心證浮動，證明程度難以量化，個案種種事證或有差異，就正當防衛案件而言，正當防衛所涉不法情狀之發生、侵害形成等事實與證據爭點，舉證抗辯應由兩造透過交互詰

⁶⁸ 正當防衛之抗辯於訴訟程序如何進行、兩造如何互為攻擊防禦、證據提出與證明如何適用，始能無違正當程序，仍應求諸實踐，落實準備程序，兩造積極提出涉及基礎事實之證據，並所持主張、抗辯，辯方仍應充分答辯說服審判庭。美國法上證明負擔委諸辯方之論述，參閱林輝煌，刑事審判之證明負擔及證明程度——比較法之分析，頁50-52（2011年）。

問，深入檢驗，被告就檢察官舉證起訴之犯罪既提出積極抗辯，仍應令負提出證據責任⁶⁹、要求答辯釋明，由審判庭審究證據予以判斷。若未有足夠之證據支持抗辯理由，或未能充分釋明正當防衛之情狀，亦應認無阻卻違法或阻卻責任之事由⁷⁰，落實程序依當事人主張對抗進行之攻防效果。

例若檢方起訴被告，主張成立殺人罪，自應提示證據，說明殺人的方法手段，證明殺人行為之成立。被告主張傷害，又有那些既存的事實足資證明確係傷害行為，使殺人與傷害成為各依證據證明的行為結果，而不只是心智思維演繹作用的抽象結論。第一審事實審法院督促兩造攻防，證明負擔附著於檢方提出的肯定性爭點，被告若未抗辯說明，將生不利後果，攻防抗辯之間的程序作用，各自解明所持主張的不確定性，支持或否定證明力強度，建立主要事實，避免審理程序產生誤認或偏見。本文認為，兩造積極攻防，使法官訴訟指揮權更具程序意義，被告既抗辯行為出於正當防衛，審判庭應予被告直接辯明犯罪嫌疑之機會，釐清事件狀況，法官指揮訴訟，應命其就事件始末連續陳述，其陳述有利之事實亦應命其指出證明方法⁷¹，發揮程序指揮之權能，促進攻擊防禦進行。爭執情狀是否屬不法侵害，檢、辯應積極證明、說服行為與防禦情狀之必要性，由法官職權指揮證據提示，准駁異議，即時澄清疑慮，強化法庭成員對證據之認識，抑或須適時提示勘驗現場錄音及錄影內容等證據資料，印證行為階段以為認事，檢驗本證與反證的合理關聯，

⁶⁹ 我國實務認為，被告積極抗辯阻卻違法事由存在有提出證據責任，吳巡龍，舉證責任與法院依職權調查證據，檢察新論，12期，頁185-186（2012年）。

⁷⁰ 吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學雜誌，133期，頁27-28（2006年）。

⁷¹ 陳樸生，同註1，頁234-235。

據以排除或強化證據之證明力，免於空泛之爭辯，種種攻防表現的程序意義，俱強調法庭審理密接證據裁判的重要性。

證據辯證接受正反資訊，屬連續性的思考過程，法庭審理，檢驗證據，更是檢辯對立爭執、重建事實之重要程序，是故，殺人、重傷或屬正當防衛，兩造應就構成要件該當之事實，揭示證據，提出明確的主張或抗辯，進行攻防。惟信與不信是純然的心智問題，有別於外部的實體事實，國民參與刑事審判對法院審判活動的影響顯已脫離審閱起訴資料為審理之模式，檢辯雙方都必須思考，以法庭審理為中心，法庭之上，所持主張應受證明，如何被證明，乃至何種證明方法深具說服性，得引為判決論理之內涵，當是審判中攻防舉證不可忽視的重點，法官職權指揮程序進行，避免審理未盡，就調查證據部分仍應適時詢問兩造表示意見，或促進辯論，形成審判心證。

三、裁判員裁判與司法可視化

（一）日本司法可視化之原意

在日本，司法可視化原係日本辯護人和反對團體所提，意欲將詢問過程強制錄音錄影，使此不可見之過程得以「可視化」（Visualize），以抑制偵查階段警察和檢察官對嫌疑人不當辱罵詢問⁷²。惟若另從國民參與司法擔保正當程序進行公平審判之理念重新思考，就程序法發見真實之目的而論，毋寧使司法可視化之法效更有深意。裁判員制度運作十年有餘，裁判員反應國民良識於審判，與法官並為認事，同歸法律解釋適用，實進一步賦予民視與民聽之

⁷² 司法可視化在日本之本意及其源起，參閱井上正仁著，林裕順譯，日本人民參與刑事司法改革，收於：刑事政策與犯罪研究論文集(22)，頁26（2019年）。

於刑事審判可視化新的時代意義。

特別是日本最高法院平成29年裁定不惟補充正當防衛對抗的前行行為之於正當防衛事件全貌判斷之重要性，更闡明須通盤考慮事件整體狀況，對下級審法院而言，案件應從爭點整理與裁判員評議時的觀點提出侵害急迫性的判斷，乃是正當防衛成立與否須予考慮的重要因素，應透過訴訟活動為之⁷³。此一法律見解從動態的程序訴訟觀點檢驗證據、詮釋法律，進而為實體之證據評價，使國民與法官之認識，合致經驗法則與論理法則於實踐，亦發人深省實施國民參與刑事審判制度之意義。

法庭公開審理係證據重現的解析程序，評議則是分析證據價值，結構真實發現的論理過程。審理的核心重於檢驗前提事實經過與證據證明之關聯性及必要性，所涉犯罪現場狀況、犯罪過程、乃至證人所見聞，皆必須於審判活動再現。針對證據檢驗，形成攻防爭點，檢辯充分辯論與說明，有利審判心證產出，被害人、目擊證人之間的供述內容是否有出入，順就爭點事實關係之次序為評議，依相關證據爭點，評議罪名是否該當犯罪構成要件，是否成立犯罪，進而形成心證作成判決，避免終局性、一次性的對立表決，造成審判庭意見分裂，不利形成認事用法之共識，此亦附屬於裁判員參與刑事審判制度所獲致審判可視化的重要部分，評議秘密，裁判員法庭的討論意見應受尊重保護，各該討論爭點以判決說理呈現，事實關係與爭點合於經驗法則、論理法則，此等證據認識須具一貫性，如何約束對應，亦應為審判庭共同意見形成檢校過程所重視。

從日本裁判員參與刑事審判施行準備過程可知，日本實務殫精竭慮，向參與審判的裁判員說明涉及審判的法律用語、訴訟法原

⁷³ 判例タイムズ1439号，頁81（2017年）。

則，而如何向裁判員說明超越合理懷疑的確信（Beyond Reasonable Doubt）被認為是最困難的部分⁷⁴，此一核心理念亦因裁判員參與刑事審判制度之實踐，重為闡明司法可視化之真諦。蓋審判對證據有何評價結果，仍待評議表決為之，進入終局評議及判決階段，各種證據與爭點如何順次對應，以判決說理，將是法官與裁判員共同調校心證，妥為認事用法的重要時點。日本最高法院在裁判員制度施行十年之後，回應實踐，補充正當防衛要件之解釋，是以，兩造更須認知，訴訟過程中對正當防衛情狀具體抗辯提示證據，明確舉證方能說服裁判員法庭，然而，有效的舉證與辯護攻防則須有更縝密的審前準備程序，分類證據，建構理解事件的證據架構，裁判員法庭方能就證據證明力之一貫性與相關聯之證據支持性，循依經驗法則、論理法則，充分評議，結構審判所認識之實體事實。

（二）重新詮釋司法可視化

參與審判之裁判員未能在短期內閱讀大量書類資料，形成心證，偵查所得如何證明，成為理性的事實基礎，牽涉檢辯雙方將證據揭示於審判庭之表述及其方式。蓋若無書類卷證供參，必使證據受證明過程發生重大改變，何種證據必須提示實體、何類證據配合說明，適合用影像資料呈現，不同的證明方法對事實之證明與答辯產生影響，或對量刑事實判斷產生影響，或動搖判斷犯罪存在合理懷疑的確信程度，實為直接審理言詞辯論所不能忽略之司法作用，前開種種，正式從書狀審理轉為直接審理言詞辯論模式的，重新詮釋司法可視化的內涵，裁判員法庭必須落實程序保障，檢驗兩造爭執，本於證據與證明說服之過程，建立刑罰權存否及其範圍存在之

⁷⁴ Inouye, *supra* note 5, at 86. 惟此問題跨越法系存在，日後是否能夠透過當事人對審，利求取發見真實，實現國民參與刑事審判目的，落實正當法律程序，擔保公平審判，將係制度存續之一大挑戰。

基礎事實。

檢察官舉證可能存在障礙，辯護人亦應就所提抗辯或提示證據或為合理說明，若是證據不足以說服或釐清事實，對裁判員法庭獲致心證必然有所影響。審判者以兩造所提證據答辯認事用法，從起訴到審判，程序進行或生有心證消長之情況，實已重新詮釋司法可視化及其效應⁷⁵。以正當防衛案件為例，法庭審理兩造對抗攻防之爭點，有助無罪推定之程序作用，釐清證據與證明之關聯性，法庭活動亦將更趨向當事人進行模式。承續此一訴訟理念，分類、建立刑事訴訟程序證據開示類型及證明問題，乃是國民參與審判對法庭證明活動的重大挑戰。

裁判員法庭所作判決應使審判爭點與判決理由相互涵攝，完整說理，就爭點討論所採之證據或抗辯理由之信憑，乃是判決書說理核心，裁判員法庭是否能妥適評議兩造法庭爭點辯論理由與證據信用強弱，進而發見真實，都必須循公開審理程序檢驗證據，而為評議。若遇有被告不認罪、部分認罪或部分不認罪、什麼是可受證明、什麼是不能被證明的證據事項，但可說服裁判員法庭產出心證的理由，亦是經驗法則與論理法則並為調和的重點，審判庭必須理解，主觀上，「有較高的機率」未屬證明方式，若不能被證明，但在訴訟程序中依經驗法則、論理法則評價相關聯的證據，則具較高說服力，亦使可接受程度提高。不透明的審判程序，妨礙公眾對整體制度的理解和信任⁷⁶，閱讀與聽聞認知對應的證據理解方式不同，

⁷⁵ 日本學界之研究亦多從偵查的外溢效應討論偵查供述可視化議題，肯定偵查可視化確保事後檢驗證據之可能性，瀧野貴生，取調べ可視化の權利性と可視化論の現段階（小特集被疑者取調べの適正化の現在）法律時報，85卷9号（通卷1063号），頁58（2013年）。

⁷⁶ 井上正仁著、林裕順譯，同註72，頁9。

過度依賴供述書類，以閱卷心證取代法庭審理活動，形成心證，是審判不透明的原因之一，兩造若無機會及時澄清主張、對抗辯釋疑，亦有失公允，不利形成審判心證應保持之價值中立態度。

一如前述，犯罪動機、目的其程序效益係於訴訟上用以證明行為有無之手段方法⁷⁷。是以本文重申，檢方訴追、證明犯罪，辯方防禦、抗辯，兩造舉證與答辯都必須呼應審判爭點，合理支持準備程序所形成之證據架構，其證據內容關聯之一貫性，檢察官就起訴書所載犯罪事實之證明方法與證明程度是否使審判庭了解、接受，而被告又應如何防禦答辯，是為合理，從而審判庭得致心證，於判決說理。證明方法有效或無效來自攻防辯論理由是否具說服力，亦是法庭對雙方辯論內容審查的過程，兩造於公開審理程序適用各類支持或對立的證據釐清爭點，使訴訟舉證與法律見解應合為判決說理，而無偏實體正義或程序正義，實積極闡明司法可視化的真諦。

肆、從模擬邁向實踐——國民法官模擬法庭評議問題研究

一、審究法庭辯論攻防進行定罪科刑之評議

(一)舉證與抗辯

從國民法官制度之發展，思考刑事審判實務運作，不能忽略訴訟理念調整、審理模式改變，當事人主導出證，強化法庭審理，證明程度、證明之必要性與證明責任之履行對審判庭心證產出之影

⁷⁷ 被告自白動機不同，欲判定被告自白真偽，應考量自白者之屬性，尤應查證其自白內容是否已暴露行為之秘密性，即屬其個人體驗供述（非聽說）、確實非偵查機關事前得知，始足以發現真實。吳燦，刑事審判之經驗法則案例研究，收於：刑事證據法與救濟程序，頁243-244（2021年）。

響。攻防證明及審前準備程序在實體上對國民法官法庭發見事實，認事用法之影響如何、何種案件因當事人之一方舉證拙劣或舉證方式有疑，對國民法官之認事與專業法官產生用法之落差，都是評議過程可能發生的問題⁷⁸，以正當防衛案例而言，若有檢察官舉證困難、推認待證事實存在之合理性產生爭議，亦得參考模擬審判經驗形成問題意識，以利實務解決程序障礙，協力制度適用。蓋因判決心證來自法庭審理，兩造就正當防衛之抗辯與舉證責任或有輕重之爭議，於國民參與刑事審判制度實踐之下如何適用，始得無違公平原則，唯有兩造認知程序對抗進行之目的係為說服審判者，循依正當程序使審判者終極接受其主張，程序進行過程不易判斷片面兩造舉證責任因其輕重而欲達成之訴訟效果。其解決仍應以事實審理為基礎，審查兩造法庭程序積極攻防之效果，於評議程序深入討論，由國民與法官同為區別不確定法律概念所涉法律明確性之實體問題與訴訟抗辯舉證發見真實之明確性基準，妥適審查兩造抗辯舉證互為攻擊防禦之程序利益，衡酌證據、證明力與證明程度，落實罪疑惟輕原則之程序保障機制。

持平而言，評議回溯審理程序中兩造針對法律與事實爭點舉證與證明標準之可信性與有效性，作出判決。定罪科刑之討論須依爭點關聯性支持所欲證明之事實、法庭攻擊防禦效果，判斷抗辯是否可信，攻防之間到底是舉證不足、或是證據之證明力薄弱，致使事實認定困難，乃至抽象的法律見解與事實暗晦不明難以區分。經評

⁷⁸ 國民參與審理正當防衛案件，旨在釐清正當防衛狀況性涉及阻卻違法事由存否之證明力疑義，與法律見解相涉之證據如何評價，判斷犯罪有無、犯罪是否成立乃至量刑當否，乃是主要目的。至法令之解釋，依國民法官法第69條第1項規定，專由法官合議決定之。參之同法第82條規定終局評議程序，國民法官參與討論時，雖可反映國民法律感情，最終仍應由法官抉擇法律之適用。朱石炎，國民參審案件上訴審之構造，司法周刊，2022期，頁2（2020年）。

議付諸表決，依國民法官法第83條之規定，必須因之為有利被告之認定，都是國民參與刑事審判經證據調查、檢驗言詞辯論、復經終局評議所為之判斷。是以導入國民參與刑事審判，繼之牽動影響法庭活動變化，國民法官法庭進行定罪科刑評議，應就檢辯各為舉證抗辯充分辯論之結果，審查正當防衛之狀況性。

日本裁判員制度重視裁判員與法官溝通認事用法，國民法官制度亦同此理念，援此，國民法官規範之評議方式重視溝通，而非對抗，立法目的期由國民法官與法官溝通彼此意見，進行說服性對話，評議討論證明與科刑問題⁷⁹，審酌正當防衛案例所涉積極抗辯事項之有效性，答辯是否具說服力，使審判庭成員產生不利檢方舉證之心證。法律內在的邏輯說理就特殊案件處理特定犯罪是否成立之問題，本有其規範目的，檢辯對抗，各自提示證據為證明，從相關證據重建事件始末、事實發生曾有的真實狀態，竭力說服國民法官法庭，避免法庭成員心證逸脫兩造主張之外，評議討論證明力強弱、證據是否有效、具關聯性，足以支持證明當事人之一方所為之主張。特別是被告抗辯其行為具有阻卻違法或責任事由之案件，法官指揮程序進行，應命兩造充分辯論，竭力釐清混合法律與事實之爭點，以利國民法官法庭評議補強性證據效果，充實認事用法之內涵，藉嚴謹之評議表決原則強化個人基本權保障密度。申言之，評議審酌當事人於審理程序就加重減輕或免除其刑等事實（刑法第47條第1項及第59條至第62條）及其他有關科刑事項（刑法第57條及第58條）所為之辯論⁸⁰，有助被告聽審權之保障，審判依兩造辯論，審

⁷⁹ 國民法官法第83條表決原則表現國民與法官溝通評議結果，法規設計得避免出現法官與國民法官評議意見分裂之情況（例如3名法官與6位國民法官意見對立，表決分裂之現象）。

⁸⁰ 朱朝亮，從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題，法官協會雜誌，22

酌犯罪情狀證據，遵循法定表決方式取捨判斷，務使罪刑相當，進而闡述量刑理由，罰其應罪，使判決無違刑法之手段與目的，期論罪與科刑原則之法制化，有助落實憲法正當程序及防禦權保障。

刑事訴訟法第289條規定，證據調查完畢之後區分論罪辯論與科刑範圍辯論程序，由檢察官、被告、辯護人順次為之，俾由國民法官法庭依國民法官法第83條規定就事實及法律辯論結果進行評議。縱然被告及辯護人為無罪之抗辯，甚或提出對立於檢察官起訴罪名之抗辯理由，但犯罪之動機、目的、犯罪行為人與被害人之關係、犯罪所生之危險或損害、犯罪後之態度，或來自偵查結果，例如檢察官起訴書之犯罪事實載明：「被告徒手毆打被害人頭部，被害人因而當場倒地失去意識並受有右後枕部頭皮撕裂傷之傷害，被告看到被害人當場倒地不但沒有報警、沒有叫救護車或施以急救，更沒有等待警消人員到場，就趁現場混亂之際，先徒步之後又改搭乘捷運，自行離開現場……」⁸¹，起訴書所載涉及犯後態度，是為偵查所得，為刑之酌科加減相宜，仍應藉公開審理，審究被告、辯護人就起訴書所載內容如何答辯，使現場再現，俾審判庭審酌與事件有關之一切情狀，對科刑辯論為審查，至屬當然。

(二) 評議之核心

然則，國民法官法庭究應如何評議⁸²，實務或以犯罪構成要件為核心，逐為檢討各犯罪構成要件成立與否。或以檢察官主張之事實

卷，頁74（2020年）。

⁸¹ 臺北地方法院109年度模偵字第2號傷害致死案件（109年第2場模擬審判），檢察官起訴書所載犯罪事實參照。），<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2308-5-xCat-34.html>（最後瀏覽日：2023年11月22日）。

⁸² 國民法官法施行細則第八章終局評議（第239條至第283條）定有評議程序，至罪責、罪名事項之表決，則規定於第257條、第258條、第259條。

為核心，審酌辯護意旨，評價檢察官舉證是否容有合理懷疑⁸³。若以犯罪構成要件為核心，則阻卻違法事由或阻卻責任事由不存在，屬構成犯罪要件之事實，乃是檢察官舉證責任之範圍⁸⁴，評議之重心乃是檢察官舉證是否完足，說服國民法官法庭形成有罪心證。參之前述日本長崎地方法院裁判員法庭審理傷害致死案例，法庭認定被告反擊行為成立正當防衛，判決被告無罪。就判決書之論理分析，似可推論評議進行方式是就檢察官主張之事實，參考辯護人抗辯理由，而得心證，分別論述於判決書。我國模擬審判亦曾有實務意見認為；評議應以犯罪構成要件為核心⁸⁵，逐一討論各犯罪構成要件有無因舉證而完足證明，審查檢察官主張之事實，辯護人既抗辯被告反擊行為屬正當防衛，就檢方所提之攻擊證據有無實質答辯，其抗辯是否合理，得為有利於被告之認定，自應於審理程序審究訴訟舉證與法律見解內涵之應合，整體評價證據所涉防衛意思與防衛情狀相關之證據，抽離互為報復之互毆行為，妥為評議。是以本文重申，國民法官法庭審酌正當防衛之正當化事由是否成立，應重視被告抗辯內容是否具體合理，逐依審判爭點，審究被告供稱事件之始末或其所涉之狀況、證據，以兩造提出於法庭，經攻防驗證證據之結果評議，表決討論⁸⁶。

另外，值得注意的是審判庭究應如何評議被告之前科紀錄。前

⁸³ 此前模擬審判實務討論意見，參見嘉義地方法院109年度國審訴字第1號模擬審判案件座談會紀錄，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2095-1-xCat-44.html>（最後瀏覽日：2023年1122日）。

⁸⁴ 陳運財，同註2，頁457。

⁸⁵ 同註83，嘉義地方法院109年度國審訴字第1號模擬審判座談會紀錄，頁38-39。

⁸⁶ 朱朝亮，同註80，頁83。

科既是事實亦存在法律效果⁸⁷，實務用以調和證明法則與證明方法之適用結果，強化認定犯罪之理由，並非無足可採。然而是否容許同一性質之其他犯罪為證據，或應認前科為無關聯之事實，仍應依刑事訴訟法第289條之規定，視兩造如何主張、抗辯前科之存在。至證據與前科之關係既經兩造言詞辯論，評議宜就其所該當之犯罪類型及內涵態樣加以區分，而為判斷，審理活動中，前科若用以證明與某種犯罪事實有關，影響犯罪成立之判斷，審判庭則應另就起訴事實與抗辯理由深入評議，分依定罪、科刑之規範表決，獲致評議結果。例如，是否配合其他科學證據說明行為矯正效果，考慮有無再犯之虞，或有再犯證據，已於科刑辯論時提出，若要用以認定本案相關事實，亦須有其他證據證明特定之行為存否，如果沒有說服之理由，就必須提出更多證據證明，調整證明方法說服審判庭，乃至針對特定證據之檢驗，改變所欲證明之證據與事件關聯性的證明方法，考慮實體證據提示必要性或圖像提示之相互替代性，使審判庭接受其證明力。

二、表決兩造爭執之證據與事實爭點

(一)證據評價與認事用法

國民與法官同為評議是審判實務之重大變革，法庭審理而得心證，攻防對抗為求以程序決疑，更是國民法官法庭評議論罪科刑之核心任務。惟有效評議之先決條件仍須由檢辯積極參與準備程序，戮力法庭活動始得奏效。審理若非倚重偵查書類，法庭交互詰問、言詞辯論當更活絡，否則兩造各自主張的爭點難以釐清，而檢辯既將爭執與主張訴諸審判，應思考如何建立關聯性證據之提示、連結

元照出版提供 請勿公開散布

⁸⁷ 前科影響量刑之論述，參閱朱朝亮，同註80，頁60。

與排除，使攻擊防禦發生補充、支持證明或排除證據爭點之效果，形成定罪科刑之事實基礎。至若為無罪抗辯者，何種證據得為無罪之證明，如何為無罪之答辯，發揮消除審判庭疑慮之作用，可以有效督促審判庭成員針對爭點逐項評議，進行表決。

在證據架構下，證據爭點及所欲證明之事項得用以支持補充證據評價之效果⁸⁸，惟此前檢辯雙方參與審前整理程序，當事人之主張及其內容本身並非證據，更應注意爭點與證據對應支持的相互關聯性如何，自持何種證據，意欲證明何種情節，而與事實發見有關，法官則依證據能力、證據關聯性，容許證據是否進入審判，使兩造分別提出之主張得提示證據證明或答辯，審前整理程序之目的及公開審理之效果究否達成，即可於評議得知。

持平而言，辯護人似不可能就所有案件皆為無罪抗辯，部分有罪之答辯可能更是困難，對檢察官起訴採全面爭執或許得為辯護策略，為合於發見真實之目的，欲積極辯護仍須就證據實體為完全之防禦，消除審判庭檢驗證據產生的懷疑。訴訟上之證明係為判斷檢方起訴事實存否，亦不容有罪被告藉辯護意見之盾牌向國民法官法庭巧飾罪行。以正當防衛案件為例，辯方既提出積極抗辯，若僅是閃躲檢方攻擊，未積極回應釋疑，亦非屬經驗上之常情，有違論理法則，無助於國民法官法庭認定事實⁸⁹。審理係為釐清證據與事實之

⁸⁸ 刑事訴訟法第310條第1款規定，有罪之判決書，應於理由內分別情形記載認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。特別是基於自由心證基本觀點論之，某項證據的證明力如何，因具有高度脈絡性，因此必須在案件中合併其他因素綜合觀察，參閱蘇凱平，重新探索自由心證——以憲法與刑事訴訟法的價值衝突與解決為核心，國立臺灣大學法學論叢，49卷1期，頁357（2020年）。

⁸⁹ 實務認為證據本身存有瑕疵，在此瑕疵未能究明以前，選擇為有罪判決之基礎，難謂於經驗法則無違，本證不足證明犯罪事實時，若以反證或抗辯不成立，持為斷罪之證據，顯於經驗法則有違。吳燦，同註77，頁235。

間存在的合理關聯，如欲證明之事項及其相關事證明確，則無論爭點多寡，審判庭評價證據，發見真實並非難事，縱然個案複雜疑點甚多，若能於審前整理程序建立體系性證據架構，則無論爭點數如何，只要證據架構之證據內容前後連貫或相互關聯，得以支持兩造各別提出之主張、抗辯，以證據爭點為重建個案情節之基礎事實，有效釐清爭議，重建事件全貌，發見真實亦非不能。

若被告抗辯僅係強調無殺人之動機，否認有殺人犯意，因之「動機」在訴訟上係用以證明犯罪行為之有無，被告既否認有殺人犯意，係肯定為此行為，除非被告主張無罪，否則辯護意見需提示證據，具體主張係過失、重傷害或傷害⁹⁰，使爭點明確，協助審判庭確定審判範圍，避免一旦案件日後上訴，二審發生變更起訴法條之情形⁹¹。辯護意見未就檢察官所舉推論有殺人犯意之間接證據逐一提出意見，此時法官即應督促辯護人表示對檢方間接證據有無意見，是否抗辯提出證據與理由，使爭點明確。特別是被告與被害人就同一待證事實，各自為不同之證明與解釋，其成立與否，如何取捨調查、認其陳述有無瑕疵，使取捨證據與證據證明力之判斷，合於經驗法則、論理法則之判斷，宜經評議表決為之。

⁹⁰ 實務有見解認殺人案件提出辯護主張約可類型化為六種態樣：一、被告案發時不在現場（不在場抗辯）；二、被告雖在現場，但沒有持刀刺殺被害人（例如，主張指認錯誤等）；三、被告雖持刀作勢，但因被害人出手奪刀而誤刺（過失犯）；四、被告雖持刀刺向被害人，但無殺人犯意（犯意減輕為重傷害或傷害等）；五、被告因遭被害人毆打而反擊（正當防衛）；六、被告當時處於心神喪失或精神耗弱狀態（責任能力抗辯）等。上述各項主張不僅難以同時併存，亦難期有於審理途中隨意變更之可能性。邱鼎文，國民法官法庭運作與問題解析，司法周刊（司法文選別冊），2040期，頁3（2021年）。

⁹¹ 確認事實、整理爭點係由當事人主導，以求解明爭議，唯檢察官主張之起訴法條，法官若認有必要變更者，法官得為確認，法院於第一次審判期日前，行準備程序時，得處理起訴效力所及之範圍與有無應變更檢察官所引應適用法條之情形。國民法官法第47條第1項第1款規定參照。

（二）刑罰裁量法制化之基礎

審判庭成員溝通評議兩造爭執之證據與事實爭點，認定行為有無之證據為何，就接受該等證據之可信性得致多數意見之共識，並法理與爭點透過判決說理，深刻詮釋以司法可視化過程取得公眾信任之意義。本文認為，審判庭成員意見與結論未必自始單純二分，依證據架構形成爭點，進行評議，就各該爭點之分歧意見整合討論，所出所入，有所不同，自是當然，惟審判形成爭點之疏密，影響評議進行與判決結果，爭點若流於空泛，無關待證事實，可能受到類似陪審制一次性表決、受機率左右有罪無罪之批判，失去評議時依爭點逐為表決，嚴謹審查證據內涵之意義。

證據評價反應意識認知，難以法則規範其運作方式，事實來自證據，證據係證人證言，例外為供述性的文字書類，書證（Documentary Evidence）集合個人知識、所見所聞，就證據性質而言，書類證據未必即優於證言，證言亦未必優於情況證據，雖口語訊息即時且易於理解，更影響審判者之感受，而能投入情境，當然也易於因認知不同產生誤解，將案件特定狀況的證據評價訴諸事實審理者的邏輯與一般知識，為強化直接審理、言詞辯論之功能，減少書類證據資料流入審判庭，調和書狀審理之缺失，檢察官宜分類偵查資料，針對爭執抗辯，就質性證據與證據數量分別舉證，以妥適方式提示運用，形成證明力強弱，提升證明性證據之說服力，發揮證明效果，得使國民法官審判庭掌握爭點，理解情狀，若未於法庭攻防辯論，證據實效及其取舍，實難體現於評議。

本文重申，配合國民法官法施行，另採卷證不併送制度，此後，提示何種證據、如何提示證據、提示證據之時點等訴訟策略運用，至關審判長程序指揮權如何發揮，實對當事人對抗進行訴訟有

畫龍點睛之效⁹²，期得據此實踐形成被告提出積極抗辯時應有之訴訟作為。而為得言詞審理效果，仍需考慮檢察官所欲證明之事實是否能提示直接證據或配合間接證據，予以證明，充分說服，直接於法庭釐清疑慮。適用卷證併送制度，藉閱卷產生心證，此一缺失，架空審判，久有議論，導入國民法官參與刑事審判，既係發展當事人主導進行訴訟之信念，使法庭審判更具兩造對抗特色。特別是偵查所得呈現於法庭，證據如何有效提示，交互詰問欲表現之問題意識如何安排⁹³，經程序攻防調查證據後，爭議性證據及其證明力如何乃至罪疑惟輕原則之適用，或付諸表決，有助審判庭對當事人之一方舉證形成心證累加的證明效果，當是實務應重視的問題。

因此，評議應審究爭點，特別是兩造有爭執、各自提出對立性證據，具有如何之價值，應依綜合評價判斷及合理比較原則，定其取舍⁹⁴，應注意的是，被告為抗辯所提之證據並不違反無罪推定原則，也不同於不自證己罪原則，此證據係為貫徹法庭防禦之答辯目的，不致對審判庭得心證產生危險⁹⁵，應為評議之重點。認定犯罪事實所憑證據包括直接證據與間接證據，二者皆涉能否說服或積極證

⁹² 國民法官法第46條與刑事訴訟法第288條之3對於訴訟程序指揮之異議，有明確規定，如對審判長訴訟指揮不服，得聲明異議。言詞辯論階段或開審陳述階段，如有使國民法官產生預斷或偏頗之事項，審判長應積極介入，有助於日後上級審之程序審查。臺灣臺北地方法院110年4月16日國民法官法新制第1輪次第2場次模擬法庭座談會紀錄司法院全球資訊網，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2308-5-xCat-34.html>國民法官-實務模擬法庭(judicial.gov.tw)（最後瀏覽日：2023年11月22日），無論是國民法官法之立法理念或實務模擬審判，皆反應法官指揮訴訟對法庭審理程序進行之重要性。

⁹³ 國民法官法庭聽審主詰問的內容、反詰問的範圍、督促詰問之限制，證人對於待證事實主要內容之陳述，擔保供述之可信性。

⁹⁴ 吳燦，同註77，頁238。

⁹⁵ Stumer, *supra* note 56, at 18.

明待證事實之關聯性，達成真實發見之目的，評議如何審究證據在訴訟上之證明，應循兩造起訴與答辯之攻防論據，詳實審查，形成接受所指出之證明方法或受說服之心證，作成綜合判斷證據之結果，使國民法官法庭審查與犯罪行為質量相當之犯情證據，依國民法官法第83條規定，判斷犯罪成立與否、確認行為可罰性及明確的可罰範圍，以法制化的表決原則裁量行為責任應有之刑度。

伍、結 語

訴訟攻防著重於犯罪事實與所犯法規範之證明過程、聲請調查之證據、及其與待證事實之邏輯關聯結構如何重現於法庭，以求發見真實。就正當防衛案件之審理，證據與證明應藉程序對抗進行斷疑生信，而無礙評議決疑定獄，本是國民參與審理兩造爭議，究明出入，法律解釋適用明確與訴訟抗辯舉證遇合之要務。法官訴訟指揮須促進檢辯攻擊防禦之程序，使之具對話性，辯護意旨應對自欲形成之爭點提出理由具體抗辯，釐清特定情狀，而非模糊虛應。防衛情況何以發生及事件經過，屬被告容易知悉之特定事實，被告既主張正當防衛，因其防衛必要得有利益，是為事件之適格證人，較檢方更明瞭當時情狀，被告若未適時陳明，或無法指出證據充分抗辯，在法庭審理落實以交互詰問為中心的理念運作下，裁判員法庭見聞檢察官、辯護人、證人乃至於被告在審理程序各類當場反應，同時參酌兩造答辯攻防，倘不能釐清疑慮，復生新疑問，亦可能造成評議定罪科刑之程序障礙，故於法庭審理，排除證據適用與否的不確定性，產生心證，此種心證形成之消長乃是貫徹直接審理、言詞審理最重要的實質效果。

欲解明審判者之懷疑、排除不確定性，落實國民參與刑事審判制度之目的，應拒斥傳聞，落實言詞審理、交互詰問，督促兩造舉

證與積極抗辯事項之攻防，嚴謹審查適格證據之數量與品質、及其與攻擊防禦之爭點關聯性，強化充分有效的證據辯證，以利評議定罪科刑程序之進行。若涉有證人證言之評價，應審慎過濾無涉發見真實之個人意見表述，復檢驗證人對待證事實主要內容之先後陳述有無重大歧異，若有同一證人對同一待證事實、前後供述不一，不同證人就同一待證事實，各為不同之供述、關係證據證明力是否有助產生心證確信，乃至另涉其他訴訟證明與論罪、科刑，證人供述如何取捨，國民法官法庭亦應於審理程序釐清，審究證言是否可信，必要時付諸表決，得審判庭之共識。證詞之真實性、是否與一般經驗相符、其信用性有無可疑、是否支持或懷疑其他類別或特殊之證據，不應忽略其重要性，特別是證言與要證事實的核心關係，涉及評價證言之證據價值，理論上，確信其為真實、相當程度可信其為真實，本就可能存在，程序法制與證據法則規範兩造各持主觀，證驗客觀事實信憑性，亦使公民社會藉公開審理理解何以為此判決及其說理，深思司法澄明可視，具問責性之意旨。

審判係於檢驗事件的證據邏輯系統下，由審判者個人與審判庭之集體共事件現象，各依證據類型所欲連結解釋之現象及意義，進行證據調查，避免忽略任何片段或受任何心智侷限，排除錯誤偏見，理性評議，形成經驗世界以客觀知識對事件事實之判斷，就審判所得心證認識深入說理，俾使審判爭點、證據、證明力之判斷無違經驗法則、論理法則，係充實司法可視化的重要內涵。特別是兩造所提主張與抗辯，既以法庭攻防為中心，檢證證據之信度與效度，由國民與法官評議判斷，循法定表決原則，確認刑罰權存否及其範圍，實為重建理性證據對話，溝通爭點認事，建立司法問責之信賴基礎，決疑慎獄之至意，當是國民參與刑事審判，充分衡酌訴訟舉證與法律見解遇合相稱形成事實確信，所負之制度性任務。

參考文獻

一、中文

- 三井誠、酒卷匡（2021），陳運財、許家源譯，日本刑事程序法入門，臺北：元照。
- 井上正仁著，林裕順譯（2019），日本人民參審與刑事司法改革，收於：刑事政策與犯罪研究論文集(22)，頁1-33，台北：法務部司法官學院犯罪防治研究中心。
- 司法院刑事廳主編（2019），國民參與刑事審判之理論與實務，臺北：司法院。
- 朱石炎（2020），國民參審案件上訴審之構造，司法周刊，2022期頁2-3。
- 朱朝亮（2020），從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題，法官協會雜誌，22卷，頁41-85。
- 吳巡龍（2006），刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學雜誌，133期，頁26-41。
- 吳巡龍（2012），舉證責任與法院依職權調查證據，檢察新論，12期，頁177-191。
- 吳燦（2021），刑事審判之經驗法則案例研究，收於：刑事證據法與救濟程序，頁231-260，臺北：元照。
- 李學燈（1982），證據法之基本問題，臺北：教育部。
- 李濠松（2021），無罪推定原則之適用——以日本裁判員制度之實務案例為中心，檢察新論，29期，頁150-167。
- 林輝煌（2011），刑事審判之證明負擔及證明程度——比較法之分析，臺北：元照。
- 邱鼎文（2021），國民法官法庭運作與問題解析，司法周刊（司法文選別冊），2040期，頁1-42。

陳運財（2003），刑事訴訟之舉證與推定，收於：刑事證據法則之新發展——黃東熊教授七秩祝壽論文集，頁437-494，臺北：學林。

陳樸生（1991），刑事訴訟法實務，重訂5版，臺北：自版。

蘇凱平（2020），重新探索自由心證——以憲法與刑事訴訟法的價值衝突與解決為核心，國立臺灣大學法學論叢，49卷1期，頁340-401。

二、日 文

三井誠（2004），刑事手続法Ⅲ，東京：有斐閣。

三井誠編（2011），判例教材刑事訴訟法，4版，東京：東京大學出版會。

三代川邦夫（2019），論說：正当防衛に関する最決平成29年4月26日（刑集71卷4号275頁）について，学習院法務研究，13号，頁179-201。

小木曾綾（2021），檢察官の証明責任，法曹時報，73卷7号，頁1-32。

井田良（2018），正当防衛をめぐる議論の現状対抗行為に先行する事情と正当防衛状況（特集1 裁判員裁判で正当防衛を争う），季刊刑事弁護，96号（通巻96号），頁10-18。

田岡直博、出口聡一郎（2018），正当防衛の成否が問題となった裁判例の分析：裁判員裁判における争点整理の実情を探る（裁判員裁判で正当防衛を争う（特集1）），季刊刑事弁護，96号（通巻96号），頁19-35。

伊達高志郎（2022），被告人に正当防衛が成立するとの合理的な疑いが残るとして無罪となった事例，刑事弁護，110号（通巻110号），頁136-139。

- 成瀬剛（2020），「証拠の関連性」概念による主張と証拠の整理（特集刑事証拠法の課題），法律時報，92巻3号（通巻1148号），頁5-11。
- 松尾浩也【監修】，松本時夫、土本武司【編集顧問】，池田修、河村博、酒巻匡【編集代表】（2022），条解刑事訴訟法，5版，東京：弘文堂。
- 酒巻匡（2015），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，22号，頁224-228。
- 酒巻匡（2019），刑事訴訟法判例の動き？平成30年度重要判例解説，2019年4月臨時増刊（No. 1531）究論ジュリスト，頁166-169。
- 酒巻匡（2020），刑事訴訟法，2版，東京：有斐閣。
- 酒巻匡、河本雅也（2013），刑事裁判の変革と法律家の新たな役割，法学教室，No. 399，頁91-101。
- 堀江慎司（2014），被告人の証人適格論，法律時報，86巻10号（通巻1077号），頁53-58。
- 斎藤司（2017），証拠法の基本的思考プロセス（刑事訴訟法の思考プロセス），法学セミナー，通号753号，頁107-114。
- 渕野貴生（2013），取調べ可視化の権利性と可視化論の現段階（小特集被疑者取調べの適正化の現在），法律時報，85巻9号（通巻1063号），頁58-63。
- 朝山芳史（2022），裁判員裁判特集，国民と刑事手続の関わり，法学教室，12月号（No.507），頁24-29。
- 遠藤邦彦（2011），正当防衛判断の実際，刑法雑誌，50巻2号，頁303-319。

三、英 文

- Burden of Proof of Justification (1904). *Harvard Law Review*, 17, 208-209.
- Damaška, M. (1995). Free Proof and Its Detractors, *American Journal of Comparative Law*, 43, 343-57.
- Damaška, M. (1997). The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments, *The American Journal of Comparative Law*, 45(4), 839-52.
- Damaška, M. (2019). *Evaluation of Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches*. *ASCL Studies in Comparative Law*. Cambridge University Press.
- Dennis, I. (2017). *The Law of Evidence*, 6th ed. Sweet & Maxwell.
- Everhart, S. M. (1997). Putting a Burden of Production on the Defendant Before Admitting Evidence That Someone Else Committed The Crime Charged: Is It Constitutional?, *Nebraska Law Review*, 76, 273-300.
- Newman, J. O. (1993). Beyond “Reasonable Doubt”. *New York University Law Review*, 68, 979-1001.
- Presumptions, Burden of Proof, and the Conflict of Laws Note (1930). *Harvard Law Review*. 43, 1134-36.
- Stumer, A. (2010). *The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives*, Hart Publishing.
- Walton, D. (2014). *Burden of Proof, Presumption and Argumentation*. Cambridge University Press.



A Case Study of Self-Defense Burden of Proof and Counterarguments: Citizen Participation in Criminal Trial Proceedings

Hsing Ju Chuang *

Abstract

In dynamic criminal proceedings, cases are heard by mixed tribunals composed of both citizens and judges who comprehensively examine the testimonies and evidence presented to reconstruct the facts. These mixed tribunals collaborate to examine evidence, applying both logical rules and practical reasoning to find facts, interpret the law, and provide legal explanations throughout the trial proceedings. In the practical context of decision-making by the mixed tribunal, the adversarial function of criminal trials, in which the prosecution and defense challenge each other's arguments, is designed to establish proof beyond a reasonable doubt. Citizens and judges on a mixed tribunal are expected to reach a decision by applying their own reasoning to the evidence and testimony presented in court. This process plays a pivotal role in determining whether to accept proof amid the arguments or counterarguments presented, particularly when evaluating a defendant's failure to testify. Legal and evidential concerns are central to deliberations, and these issues are extensively discussed among tribunal members. These

元照出版提供 請勿公開散布

* Ph. D., Tunghai University (Taiwan).

discussions address the relevance and weight of both direct and indirect evidence. Assessment of the arguments and counterarguments on which the defendant relies enables the mixed tribunal to evaluate credibility and determine the most appropriate sentence during a criminal proceeding. Mixed tribunals go beyond redefining the visibility of judicial proceedings, with a scope that includes confirmation of penalties through legitimate voting rules based on the beyond a reasonable doubt standard, thereby enhancing fairness and due process in trials. Decisions made by mixed tribunals embody the principle of judicial transparency. Mixed tribunals address specific legal concerns through a combination of legal reasoning and an evaluation of reasonable and reliable evidence. Each aspect of legal reasoning and judgment is examined within a framework of propositions and subsumption, ensuring public scrutiny and judicial review. Citizen participation in criminal trials ensures full consideration of the reliability and credibility of the provided evidence. This deliberative process enhances the visibility of decisions regarding the weight of proof. As a key systemic task, the collaborative effort of mixed tribunals emphasizes the identification of guilt and appropriate penalties, which is achieved by adhering to the burden-of-proof standards and striving to establish substantive truth. Overall, public perceptions of legitimacy are integral because they shape confidence in the legal system and ensure judiciary accountability.

KEYWORDS: Presumption of Innocence, Beyond Reasonable Doubt, Preparatory Procedure, Burden of Proof, Counterargument, Affirmative Defense, Evidence Evaluation



元照出版社提供，請勿公開散布。