

### 第三章 刑事訴訟舉證責任之探究

#### 第一節 舉證責任之意義

證據法係以規範證據認定事實為主之法律上依據。舉證責任為證據法上的重要概念之一，關於其內涵及範圍，英美法制與歐陸法制向來有不同認知，而我國學者與實務見解亦有各種不同解讀。英美的學者以「提出證據責任」與「說服責任」來加以分析；歐陸的學者則以「形式(主觀)舉證責任」與「實質(客觀)舉證責任」來加以討論。我國刑事訴訟法第 161 條規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證據方法。」惟至於舉證責任之內涵及範圍為何，則無進一步規定。為了對此證據法上重要概念有更深入之瞭解，本文擬就不同之角度來探究，以理解「舉證責任」之本質，討論其在刑事訴訟上之意義，並就英美法制與歐陸法制對於「舉證責任」不同的說明，來作一比較分析兩制度有何相似或相異之處。

##### 第一項 英美法制

美國“Burden of Proof”一詞，其包含兩個部分，其一為「提出證據責任」(Burden of Producing Evidence)；另一為「說服責

任」(Burden of Persuasion)<sup>1</sup>。英美法所以會有提出證據及說服責任概念的區別，不能忽略其特殊的法制背景——陪審制度。英美的陪審制度，係當事人一方提出證據，對方可以表示異議，由法官裁決。如果法官認為該證據是適格的且有關連的，即駁回對照的異議，將該項證據列為記錄，交由陪審團衡量其價值及證據力。其中前半部當事人對法院提出證據的行為，就是「提出證據責任」；後半部陪審團衡量證據力的部分，則為「說服責任」。此種區別正係源自於英美法上特殊之陪審制度而來，英美法以「當事人進行主義」加上「陪審制」，認為當某造當事人負有「提出證據的責任」時，有義務向法院提出相當證據，證明待證事實。若無法提出相當的證據，則法院無待審核證據的真實性及證明力，亦無須經實質審理，即得作出對其不利的判決。而所謂的「說服責任」，乃當證據提出後，即交由陪審團來衡量其價值及證明力強弱，此時必須由負有「說服責任」者來說服裁判者（法院或陪審團），使之相信其所提出的證據，並相信其主張為真實的責任。若不能說服裁判者其主張為真實，則裁判者

---

<sup>1</sup> 依美國法學會模範證據法典第一條第二、三兩項之定義：「稱事實之舉證負擔者，謂當提供充分之證據，以支持發見該事實之存在時，該負擔即告解除。」「稱事實之說服負擔者，謂當決定事實存否之裁判機關，由於充分證據之說服以發見事實存在時，該負擔即告解除。」參照 Edmund M.Morgan 著，李學燈譯，證據法之基本問題，教育部出版，初版，1960年12月，頁46。  
學者李學燈認為「吾人從日譯用舉證責任一詞，如依原文，實譯為證明負擔」，參照上述書。「Burden」一詞雖應翻譯為「負擔」較妥當，但由於「舉證責任」為我國法條用語，故本文乃從之。

必須就該待證事實作出其敗訴的判決<sup>2</sup>。

## 第一款 提出證據責任

### 一 提出證據責任之意義

提出證據之責任，係指主張某一事實之當事人，就其主張事項之成立，有提出證據為相當證明之義務，亦即主張待證事實之一方，有提出證據以證明該事項成立或存在之義務。訴訟中之當事人，莫不希望自己勝訴，因此當事人提出證據之目的，無非是要求法院為有利於其之認定或避免法院為不利於其之認定。而法律要求當事人提出證據，當事人為求法院為有利於其之認定或避免法院為不利於其之認定，自應盡力提出之，否則法院即會課與該當事人一定之法律效果。而提出證據責任既為舉證責任內涵之一，亦是如此。即當事人滿足提出證據責任之目的，均是為求法院為有利於其之認定或避免法院為不利於其之認定，故當事人一旦未達成法律之要求，法官自應為不利於該當事人之認定<sup>3</sup>。

在訴訟中，當事人為了避免遭受不利益判決，其中一方主張某

---

<sup>2</sup> 參照王兆鵬，刑事訴訟講義（二），元照出版，二版一刷，2003年4月，頁219。

<sup>3</sup> John Willian Strong, supra note 20, at 569. 轉引自林俊宏，刑事舉證責任論—以美國法為借鏡，2005年6月，輔仁大學法律學系碩士論文，註70，頁24。

特定事實，為使該主張得以成為有效爭點，負有向法院提出足以支持該主張的相當證據之責任，即為提出證據責任，如果負有提出責任之一方對於某一待證事項未履行「提出證據責任」，就該事項而言，即不能成為有效爭點，對方否定或反駁該事項成立之舉證責任即自始不發生，法院得逕為對其不利的認定<sup>4</sup>。提出證據責任是因為採取當事人進行的訴訟模式下，審判者由法官與陪審團組成，前者職司法律的判斷，後者負責事實的認定。因此，對於事實的爭點存在與否，必須提出於法庭而使陪審團判斷。

## 二 檢察官之提出責任

檢察官主張被告犯罪，審判開始後，檢察官有先提出證據證明被告犯罪事實的責任。檢察官舉證完畢時，最少需證明至「表面證據」程度<sup>5</sup>(*prima facie case*)，使法院在表面上確信其事實之存在，以滿足法官對於證據之證據能力、及證據與待證事實之間關連性的要求，否則該證據不得提出於法院。亦即若採信該證據，在無相反

<sup>4</sup> 參照吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學雜誌 133 期，2006 年 6 月，頁 26。

<sup>5</sup> 參照吳巡龍，同前註 4，頁 27；或譯為「表面的確實情況」、「概約證據」、「概約證明」，係指在無相反證據存在的情況下，通常有此證據即可據以認定犯罪成立之證據資料。若控方無法提出大約足可認定被告犯罪成立之概約證據，被告應即獲判無罪。參照蔡秋明，舉證責任—兼論刑事被告之地位及其舉證義務，台灣本土法學 55 期，2004 年 2 月，頁 116。

證據情形下，可據以認定其所證明之事為真實的程度，此乃檢察官的「提出證據責任」，檢察官若未能證明至表面證據（概約證據）的程度，被告可請求法院逕為無罪判決。蓋在英美法之訴訟制度，審判雖由法官主持，但事實認定係由非職業法官之陪審團組成，為使陪審員能夠理性的認定事實，若證據不能使陪審員理解者，即不應允許其提出。所以檢察官必須先提出「大概之證據」，使法官先對於證據資格、證據必要性之要求，能加以審查者，否則就不能提出於法院。此一「大概之證據」通過法官的責任，即為「提出證據責任」<sup>6</sup>。因檢察官對被告犯罪行為負有「說服責任」，故對於犯罪構成要件的所有要素均負有「提出證據責任」。對於消極事實之不存在，若屬法律明定之犯罪構成要素，檢察官對於該事實之不存在亦負有舉證責任<sup>7</sup>。

### 三 被告之抗辯主張與提出責任

檢察官舉證完畢後，被告如果選擇沈默，不作任何主張或抗辯，則被告沒有任何舉證責任，由法官或陪審團判斷檢察官是否證明至「無合理懷疑」程度，惟於某些情況下，檢察官在證明某些事實之後，若被告未提出任何解釋，可能將形成有罪推論。質言之，在某些案件，依照常理，被告本有解釋之義務，例如持有失竊贓物

<sup>6</sup> 參照張哲倫，論審判中檢察官之舉證責任，1998年6月，中興大學法律學系碩士論文，頁15。

<sup>7</sup> 參照吳巡龍，同前註4文，頁27。

之被告，即負有解釋其來源之義務，否則將會被推論為具有故意持有贓物罪之犯罪認識，若被告有任何正當事由，法院即會諭知最好提出說明，否則即使得持有盜贓物為檢察官起訴的唯一證據，陪審團仍「得」以之作為有罪判決之基礎。在此情況下，可稱提出證據責任移由被告負擔<sup>8</sup>。

在刑事訴訟程序中，被告基於無罪推定的原則，並不負有自證無罪之責任，惟被告為了自身利益，防禦自己受到判決有罪之危險，有為自己提出有利主張或作有利舉證之權利。對於檢察官所提出的證據，可提出得以反駁該證據之有利證據，亦即提出反證來對抗檢察官所提出證明被告有罪的本證，以稀釋審判者對己產生有罪之認定。也就是說，雖然「提出證據責任」通常由對犯罪事實負「說服責任」之檢察官開始，如果檢察官已提出足夠支持其主張之「表面證據」程度（概約證據），被告為求勝訴，另提出積極事實，用以反駁檢察官之主張，亦負「提出證據責任」<sup>9</sup>。

被告「提出證據責任」的門檻比檢察官低，以「有合理懷疑」（a reasonable doubt）的程度為已足，被告若不能提出證據證明至「有合理懷疑」的程度，雖理論上其抗辯仍有可能性，但因未盡其「提出證據責任」，尚不成為有效抗辯，法院無須加以考量，僅需

---

<sup>8</sup> 參照蔡秋明，同前註 5 文，頁 117。

<sup>9</sup> 參照吳巡龍，同前註 4 文，頁 27-28。

考慮檢察官所提出之證據是否足以為有罪判決。否則若被告任意抗辯，檢察官均有舉證責任，將導致被告藉胡亂抗辯拖延訴訟、而檢察官無從舉證證明抗辯不實之窘境<sup>10</sup>。至於被告對於所提抗辯未盡其「提出證據責任」時，其效果為何？應認為其效果僅止於此等抗辯不成立，檢察官無須舉證反駁而已，並不能因此而直接認定被告為有罪。

## 第二款 說服責任

因為英美法系採取陪審制度，因此對於被告有罪與否是由陪審團決定，故檢察官所提之證據，必須達到說服陪審團確信被告確係有罪，而後由法官量刑。因此，檢察官為證明被告有罪所應負擔之整體證明義務，稱為「說服責任」。亦即，說服責任乃說服裁判者（法官或陪審團）相信其所主張事實為真正的責任。說服責任係指何造當事人應負擔未說服陪審團之危險的法則<sup>11</sup>，若不能說服裁判者其主張為真實，則必須承擔敗訴判決。因無罪推定原則，且被告無自證己罪之義務，證明被告符合犯罪構成要件行為之說服責任當然由檢察官始終負擔，檢察官若未盡說服責任，被告將受無罪判決，此部分並沒有舉證責任轉換之問題。質言之，說服責任並不會隨訴訟程

<sup>10</sup>參照吳巡龍，同前註4文，頁29-30。

<sup>11</sup>參照張昌邦，刑事訴訟之舉證責任（上），軍法專刊19卷12期，1973年，頁16。

序之進行而產生移轉，與提出證據責任有別。

檢察官「說服責任」的程度為何？就裁判者被說服的「確信」程度而分，美國法將說服責任分為「無庸置疑」（或譯為「無合理懷疑」，Beyond a Reasonable Doubt），「證據明確」（Clear and Convincing），「證據優勢」（或譯為「過半證據」，Preponderance of Evidence）等三種不同程度。就刑事訴訟言，美國法要求檢察官對犯罪構成要件，有提出證據的責任，且所提出的證據自形式觀之，必須說服裁判者至「無庸置疑」（無合理懷疑）程度。檢察官對構成要件犯罪事實每一要素，必須提出足夠的證據，讓一般理性的裁判者，能認定構成要件該當到無庸置疑的程度。亦即根據檢察官所提出的證據，無合理懷疑被告可能為無辜之人。不能認定犯罪構成要件該當到無庸置疑的程度時，則法官應逕為被告無罪判決。此時審判即告結束，被告甚至無須提出證據反駁檢察官的指控，案件亦無須交付陪審團作實驗審議<sup>12</sup>。

## 第二項 歐陸法制

形式的舉證責任與實質的舉證責任係由歐陸法系國家所發展出的用語，最早將兩個面向加以命名分析者，係德國學者 Julius Glaser，其認為：「因刑事訴訟存有『疑則有利於被告』原則，所以，

<sup>12</sup>參照王兆鵬，同前註 2 書，頁 219-222。



僅『實質的舉證責任』概念是妥當的，向民事訴訟領域『形式的舉證責任』概念並不存在<sup>13</sup>」。歐陸法系雖然未如英美法系陪審制度區分為提出證據與說服階段，惟一般仍認為舉證責任的概念，在程序進行的階段與審理終結階段應分開來思考，前者為形式舉證責任，後者為實質舉證責任。依學者之見解<sup>14</sup>，所謂形式舉證責任，指訴訟上的舉證責任，係指當事人提出證據之責任，屬於訴訟程序之範圍，亦即當事人為避免因為不能證明某事實之存在，至受不利益裁判之危險，而負擔證明此項事實並提出證據之責任，屬於當事人於訴訟進行過程中有無必要提出證據之問題，其重在證據之提出，相當於民事訴訟法上習稱之「主觀的舉證責任」。所謂實質舉證責任，指實體上舉證責任，係依當事人所提出或法院依職權所調查之證據，未能使裁判者獲得確信時，該當事人仍應負擔其不利益裁判之危險，屬於實體上之問題，相當於民事訴訟法上習稱之「客觀的舉證責任」。

### 第一款 實質(客觀)舉證責任

實質(客觀)舉證責任，在意義上，係指某一待證事實存在與否之證明，未能明確達成時，舉證者將受到不利益判斷之法律上責任（即受負擔或危險）<sup>15</sup>。其旨在處理待證事實至審理最後時點仍然無

<sup>13</sup> J.Glaswe,Handbuch des Strafprozesses,1883,S.364f;derselbe,Beitrage zur Lehre vom Beweis im Strafproze ,1883,S.85ff. 參照張哲倫,同前註6,頁18,註17。

<sup>14</sup> 參照陳樸生,刑事證據法,1992年10月,頁307。

<sup>15</sup> 參照黃朝義,刑事訴訟法《證據篇》,元照出版,2002年11月,頁217。

法確定或未經證明時的法律效果問題。就實質（客觀）舉證責任的面向而言，法院的裁判直接取決於客觀上「什麼事被澄清了」，而非主觀上「什麼人澄清了這件事」，換言之，只要法院審理後，對於待證事實仍未形成明確心證時，則應依舉證責任的分配規則，判決負實質（客觀）舉證責任者敗訴<sup>16</sup>。

在訴訟程序上，舉證之當事人雖已盡其舉證之責任，惟最後待證事實之真偽仍不明時，舉證之當事人自然將受到不利益之判斷，而此受不利益判斷之當事人負擔，即是此所稱之實質舉證責任。質言之，實質（客觀）舉證責任在本質上，其概念所呈現者並非僅屬舉證之行為上負擔，而是要求負實質舉證責任之當事人（檢察官），對於訴訟之無罪結果，將負敗訴者責任之證明準則<sup>17</sup>。其預定了當事人兼孰就該待證事實負責，即孰應證明該待證事實否則將受法院不利益之判斷，因此乃有認為實質（客觀）舉證責任為一「結果責任」<sup>18</sup>。

## 第二款 形式(主觀)舉證責任

所謂形式(主觀)舉證責任，係指在訴訟程序進行的過程中，有

<sup>16</sup> 參照林鈺雄，檢察官之舉證責任—兼論刑事訴訟法之修法方向，月旦法學雜誌 50 期，1999 年 7 月，頁 99-102。

<sup>17</sup> 參照黃朝義，同前註 15 書，頁 218。

<sup>18</sup> 參照陳運財，刑事訴訟之舉證責任與推定，收錄於《刑事證據法則之新發展—黃東熊教授七秩祝壽論文集—》，學林出版，2003 年 6 月一版，頁 440。

受不利益判斷之虞的當事人，為免承擔該不利益之判斷，所為舉證行為之負擔，而於程序中提出證據之責任<sup>19</sup>。例如：被告認為法官的心證可能已達到無合理懷疑的程度，為其免除法院為不利於其之判斷，被告勢必向法院提出對己有力之證據，以動搖法院之心證，避免招致有罪判決；或者是檢察官之舉證無法達到無庸置疑程度以證明被告有罪，檢察官為了降低被告獲判無罪之結果發生，必須再進一步提出其他被告犯罪之證據。因此，形式(主觀)舉證責任的這種提出證據的責任，屬於程序的面向，不斷的受到實體面之影響，而呈現在訴訟狀態下，可謂實質舉證責任之程序上的反映。質言之，訴訟的實體依證據的累積而不斷地浮動變化，隨法官的心證形成，當事人依其對法官心證的預測，以決定應否進一步提出對自己有力的證據，經由訴訟程序之具體進行，所產生當事人必須證明事實之觀念。所以雙方當事人皆有此負擔，其皆係隨訴訟的經過依敗訴的危險在當事人間移動，而非如實質舉證責任始終固定於一方<sup>20</sup>。

### 第三項 概念之比較檢討

訴訟結構區分為當事人進行及職權進行二種模式，在絕對的職權進行模式中，因訴訟程序的進行均由法院為之，法院負有依職權調查證據，以積極發現真實之義務，如不能證明被告犯罪者，應為

<sup>19</sup>參照陳運財，同前註 18 文，頁 440；黃朝義，同前註 15 書，頁 221。

<sup>20</sup>參照張哲倫，同註 6 文，頁 21。

無罪判決。因此，就檢察官及被告而言，無庸討論實質舉證責任之概念，舉證責任認為主要係於民事訴訟程序中所存在之問題。惟現今的立法例實多為二種體制之融合，差異僅在於偏重職權進行或當事人進行而已，故在討論職權進行（亦即偏重職權進行色彩）的訴訟體制中，實質舉證責任固無討論之必要，形式舉證責任的意義仍有其價值及必要性。相對地，若訴訟結構採行當事人進行原則（亦即偏重當事人進行色彩）之下，則有必要使用舉證責任之概念，以釐清法院與檢察官之角色扮演，貫徹公平之審判。

而造成英美法制與歐陸法制對於舉證責任概念有如此不同的說明，主要係基於不同訴訟結構之特性所致，英美法制採取當事人進行之訴訟模式，且有其特殊之陪審制度為背景下，當事人一方負有「提出證據責任」時，有義務向法院提出證據以證明待證事實，而開啟陪審審判，當證據提出後，有說服陪審團確信其所主張事實為真正的「說服責任」，若不能達到說服其確信時，則必須承擔敗訴判決。歐陸法制則多以職權進行為其主要架構，所謂「形式舉證責任」係指在證據調查程序的過程中，當事人為避免承受對自己不利之判斷，於程序中提出證據之負擔；若提出之證據對於待證事實的存否，仍未使法院獲得確信時，舉證之當事人應負擔受不利益判斷之法律上地位，則為「實質舉證責任」。有學說<sup>21</sup>認為，實質的舉

---

<sup>21</sup> 參照團藤重光，新刑事訴訟法綱要七訂版，七訂版第二〇刷，創文社發行所，1979年4月，頁240。

證責任及形式的舉證責任，與英美法上所謂的說服責任及提出證據責任可謂相當。另有認為<sup>22</sup>，若將兩大法系的證明責任概念視為相當，則有誤會，蓋實質的舉證責任與說服責任固屬同樣的概念，均是指承受不利益判決之法的地位；惟提出證據責任係以陪審裁判為前提的證據制度，可說是由英美法陪審制所衍申出來的特殊觀念，與形式舉證責任或許具有某些程度的相似性，但並非同一概念。本文茲就兩大法系的證明責任概念之間的關係，為如下之說明：

### 一、相似之處

首先第一點，英美法制與歐陸法制的證明責任中均包含了事實真偽不明的不利危險負擔，亦即無論是說服責任或實質舉證責任均是源自避免法官在事實不明確時，無從為裁判之情形發生，事先預定了於法官無法確認事實時，由某造當事人（檢察官）承擔該事實真偽不明之不利益。

第二點，英美法制的提出證據責任與歐陸法制的形式舉證責任，均是強調當事人為避免法官對其不利判斷而提出證據之負擔，且均含有「使訴訟前進」之概念存在，再者，其證明程度均較輕，不須達到無合理懷疑之程度。亦即英美法系的檢察官提出表面成立之證據使法官受理案件，並進一步把案件交由陪審團進行裁判；歐陸法系的檢察官為了削弱法官對其不利之心證，而必須進一步積極提供使法官認為被告罪責極有可能成立的證據，就此法官即須依職

<sup>22</sup> 參照田宮裕，演習刑事訴訟法，第一版，有斐閣發行所，1991年2月，頁215。

權進行調查。

第三點，由於受無罪推定原則與罪移唯輕原則的影響，英美法制與歐陸法制對被告的證明負擔都規定較為輕微，並不要求其證明自己無罪。至於阻卻違法或阻卻責任事由等事項，被告對此雖無提出證據之義務，但具有提出證據之利益。

## 二、相異之處

第一點，英美法制與歐陸法制證明責任的對象並不一致，在英美法系中，當事人提出證據的對象是法官，而盡其說服責任的對象卻是陪審團；而在歐陸法系中，當事人不論是盡其形式舉證責任或是實質舉證責任的對象均是法官。

第二點，在結果責任的意義上，英美法制說服責任與歐陸法制實質舉證責任之觀察面向不同，雖然二者均是達到事實真偽不明的不利後果分擔，但說服責任係以當事人進行為主軸之訴訟制度下產生，主要是以當事人之行為面向為觀察重點，側重點在於當事人於法庭中之活動，亦即檢察官之說服過程；而實質舉證責任則是歐陸法系採職權進行主義下之產物，其對於待證事實乃是強調法院與事實之關係<sup>23</sup>，著重事實真偽不明之效果，實際上係說明法官不能認定事實時之效果歸屬。

---

<sup>23</sup> 參照林俊宏，同前註 3 文，頁 32。

#### 第四項 我國的刑事舉證責任

與英美法制不同，我國刑事舉證責任傳統上沒有區分「說服責任」與「提出證據責任」，而以「舉證責任」一語概括之。我國法制係屬大陸法系，以職權主義為其刑事訴訟法之基礎，法院應依職權調查證據，認定事實，終不認為當事人有舉證責任，縱檢察官（或自訴人）所提出之證據，純屬推測之言，不足使法院確信其要證事實之存在，法院仍應本其職權調查證據，非至調查之途徑已窮，仍不能證明被告犯罪者，不得據為有利於被告之裁判，亦不得以檢察官（或自訴人）違背舉證責任而諭知不受理之判決<sup>24</sup>。即便於民國 56 年時，為兼採「當事人主義」而增列第 161 條「檢察官就被告犯罪事實，有舉證責任」<sup>25</sup>，冀能落實訴訟上檢察官之舉證責任，但似乎仍動搖不了法院多年來職權操作之慣性，仍以法院，對於被告之犯罪證據，應從各方面詳予調查，若非調查途徑已窮，而被告之犯罪

<sup>24</sup> 參照王湘雲，舉證責任與刑事訴訟，刑事法雜誌，第八卷一期，1964 年 12 月，頁 28。

<sup>25</sup> 其修正理由謂：「為調和職權主義與訴訟制度，發揮其精神，亦認當事人有舉證責任，以糾正職權主義之缺點，似無不可，不過刑事訴訟之目的，與民事訴訟不同，刑事被告所處之立場，與檢察官亦有差別，故一般採當事人舉證責任制度者，類皆祇認檢察官有舉證責任，而被告為保護自己利益之必要，雖許其提出證據，但不認其有舉證責任……故本條明定檢察官就被告犯罪事實負舉證責任，不特有主張責任，且有舉證責任，但法院為發現真實，仍得依本法第 163 條第一項規定，法院為發現真實之必要仍得依職權調查證據，以期發現真實。」

嫌疑仍屬不能證明，要難遽為無罪之判斷等語為其基調。至於檢察官方面，僅須於起訴時提出被告有「犯罪嫌疑」之證據已足，即便最後犯罪事實真偽不明，並無所謂敗訴負擔之問題，因此也變相導致法院以發現真實為名目，主動、積極地介入證據之調查，接續檢察官之追訴地位，嚴重抵觸其公平審判之角色。因而舊法所謂檢察官之舉證責任，仍僅止於「形式」而無「實質」可言。

質言之，過去實務判決認為當事人無所謂舉證責任之概念，當事人若未提出證據，法院非但不得為其敗訴判決，且應代該當事人提出證據詳為調查。例如最高法院六十四年台上字第二九六二號判例：「事實審法院應予調查之證據，不以當事人聲請者為限，凡與待證事實有關之證據，均應依職權調查，方足發現真實，否則仍難謂無刑事訴訟法第 397 條第十款之違法。」或者將第 161 條之規定解讀為檢察官所證明之程度，達使法院就被告犯罪事實之存在具有合理可疑的程度即為已足，故其未達確信有罪程度的剩餘空間，均屬法院職權調查義務的範圍<sup>26</sup>。例如最高法院二十五年上字第三七〇六號判例：「審理事實之法院，對於被告之犯罪證據，應從各方面詳予調查，以期發現真實，苟非調查之途徑已窮，而被告之犯罪嫌疑仍屬不能證明，要難據為無罪之判斷。」惟直到民國 90 年 9 月 4 日最高法院第七次刑庭會議，始決議上開二則判例皆不在援用。

<sup>26</sup> 參照陳運財，同前註 18 文，頁 439。



然而，以最高法院七十四年台上字第三六四五號判決為例，謂：「自訴被告犯罪者，除應具體說明被告犯罪事實外，尚應提出適於憑以認定之證據，以為法院調查審認之依據，反之被告否認犯罪就自訴人所提之證據，提出反證或證明該項事實非真實者外，就其本身並無如自訴人所指之犯罪時，因此項消極不犯罪之事實，被告無從舉證，以實其說，自不負舉證責任。」前半段所謂「提出反證或證明其並非真實」，即係形式舉證責任，而後半段「對犯罪事實不存在不負『舉證責任』」，即指實質舉證責任<sup>27</sup>。我國法雖有「形式舉證責任」與「實質舉證責任」之分，惟往昔將檢察官之舉證責任限縮於僅負使法院產生合理懷疑的「形式舉證責任」，而「實質舉證責任」屬於法院的職責。例如最高法院八十年台上字第一〇六五號判決要旨之見解，謂：「刑事訴訟法第 161 條檢察官就被告犯罪事實固負有舉證責任，但其舉證只不過使法院得有合理之可疑近於確信之程度，即盡其形式上舉證之責任，法院為發現真實之必要，仍應依職權調查證據，非調查之途徑已窮，而被告犯罪嫌疑仍屬不能證明，不得遽盪無罪之判決。」此見解認為檢察官就被告犯罪事實，依刑事訴訟法第 161 條固應負舉證責任，但僅需負使法院產生「合理懷疑的刑事舉證責任」為已足，實質的舉證責任，依刑事訴訟法第 163 條屬於法院的職責。

上開判決似乎混淆了檢察官與法官之角色，尤其是調查證據程

---

<sup>27</sup> 參照張哲倫，同前註 6 文，頁 25。

序中「舉證責任」與「調查證據」的相互關係<sup>28</sup>，因為在控訴原則之下，檢察官必須蒞庭實施公訴，盡其證明義務，並就被訴事實與辯方進行論辯，若由法官自己來「舉證」，再與辯方進行論辯，無異回復到糾問制度，則控訴原則下三方訴訟主體關係（法院、檢察官、被告）即淪為空談。再者，所謂的形式（主觀）舉證責任，係指調查過程中為免承擔不利益之判斷的一方當事人，於程序中提出證據的責任，本屬實質舉證責任之反射作用，而法院釐清真實之結果，被告犯罪是否已能證明，若未能證明，法院自應為無罪判決，本屬無罪推定原則之要求，無庸引進檢察官舉證責任之概念，更無形式舉證責任的問題存在<sup>29</sup>。

現行刑事訴訟法第 161、163 條已於民國 91 年 2 月 8 日修正公布，將以往我國的「法官職權調查主義」的訴訟模式，導向「改良式的當事人進行主義」，重要的影響在於，規定檢察官除了就被告之犯罪事實負舉證責任外，並應指出證明之方法，法官只就當事人雙方證據不足，為了維護公平正義或與被告利益有重大關係事項時，才依職權介入調查證據，限縮法院之證據調查範圍，以避免法院與檢察官在法庭活動上角色之混淆，亦即法院證據調查權之發動，自應解釋為補充當事人證據調查之不足，屬於第二次、補充性質。此一重大修正之影響不可謂不大。其中第 161 條第一項規定：「檢察官

<sup>28</sup> 參照林鈺雄，刑事訴訟改革對案系列研討會—檢察官之舉證責任，月旦法學，第 50 期，1999 年 7 月，頁 102-103。

<sup>29</sup> 參照陳運財，同前註 18 文，頁 449。

就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」立法理由並說明：「鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任，爰將本條文字修正為『檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。』並列為第一項，明文規範檢察官舉證責任之內涵，除證據之提出外，另應就被告犯罪事實，指明道出其證明方法，以說服法官，藉此督促檢察官善盡實行公訴之職責。」本文認為此處似乎已引進了英美法制「提出證據責任」與「說服責任」的概念，且新法已明確定位檢察官為一造當事人，須負舉證責任，而法院僅在檢察官舉證範圍內，進行補充性之調查。當證據調查結束，犯罪事實真偽仍不明時，法院自應為被告無罪之判決，檢察官須承受此敗訴負擔。

此外，於刑事訴訟法第 161、163 條修正後，91 年 4 月 30 日最高法院九十一年度第四次刑事庭會議決議亦對第 161 條提出說明，謂：「為貫徹無罪推定原則，檢察官對於被告之犯罪事實，應負實質舉證責任。刑事訴訟法修正後第 161 條第一項規定『檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法』，明定檢察官舉證責任之內涵，除應盡『提出證據』之形式舉證責任外，尚應『指出其證明之方法』，用以說服法院，使法官『確信』被告犯罪構成事實之存在。」故第 161 條第一項規定確立檢察官就被告之犯罪事實負「實質舉證責任」，檢察官乃原告當事人，此之實質舉證責任，敗

訴之不利益負擔，乃一結果責任。反映於證據調查程序中，檢察官應負第一次「形式舉證責任」。如檢察官無法舉證證明被告有罪達確信之程度，法院應為被告無罪判決<sup>30</sup>。另外，上開決議亦說明了：「此『指出其證明之方法』，應包括指出調查之途徑，與待證事實之關聯及證據之證明力等事項。」此處係指檢察官必須就各該證據提出說明，藉以說服法院，認為各該證據已達特定之證明力，使法院產生無庸置疑之心證，而為被告有罪之判決。本文認為根據最高法院九十一年度第四次刑事庭會議決議對於「指出其證明之方法」之說明以及修正後刑事訴訟法第 161 條加註「指出其證明之方法」之文字，均是強調檢察官之說服責任，以落實檢察官之實質舉證責任。

至於在新法實施後實務上之運作情形，本文發現在絕大多數判決中，對於檢察官舉證責任之闡述，主要仍源自第 161 之修正理由，普遍認為「刑事訴訟法第 161 條已於 91 年 2 月 8 日修正公布，修正後同條第一項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其闡明之證明方法，無從說服法官以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知」（最高法院 92 年台上 128 號判例）。換言之，檢察官除依法須提出被告之犯

<sup>30</sup> 參照陳運財等人，台灣刑事法學會編著，學林文化出版，2002 年 9 月，頁 59-60

罪證據，更有指出證明方法之說服義務。此判例之見解，在本文所蒐集之所有判決中，不論是形式引用或實質引用，絕大多數之判決文中均能發現<sup>31</sup>，儼然成為目前最高法院之代表性見解。

不過，亦不乏判決仍強調法院調查證據之「義務」，例如 93 台上 3272 判決稱：「，原審就上開張三格偽造有價證券案卷內，有關被告參與犯罪之不利事證，未予斟酌調查；又本件起訴書之犯罪事實欄已載明被告販賣之空白支票，其『退票金額尚在統計中』等旨，因該項統計之情形如何，攸關被告販賣之空白支票，是否業經簽發使用，而與偽造有價證券罪之成立與否，至有關聯，原審未依職權命檢察官提出其統計之結果及證明被告犯罪之方法，即以檢察官未善盡舉證責任，認不能證明被告犯罪而為無罪之諭知，難謂無調查職責未盡之違法。」此判決所指摘原審有未依職權調查之違法，然何以原審「應盡其職權」調查，在本案中則未見詳細說明。不過，如以第 163 條第 2 項法院之補充性調查之規定觀之，本文中起訴書所載「退票金額尚在統計中」乙事，如已有檢察官所提出之證據資料可稽，原審法院卻未為補充性之調查，則最高法院之指摘，應屬合於新法意旨，與前述 92 台上 128 號判例見解不生衝突；反之，如該應調查之證據係超出檢察官之舉證範圍所為之指摘，則不免與新法意旨有違。

---

<sup>31</sup> 例如 93 台上 987、93 台上 3574、94 台上 794、94 台上 685、95 台上 1443、95 台上 2332 等判決。

## 第二節 無罪推定與舉證責任分配之爭議

### 第一項 無罪推定原則 (Presumption of innocence) 概念

「無罪推定原則」(Presumption of innocence) 在刑事訴訟程序裡可謂屬於一共識概念，其出現在刑事程序及證據法之指導原則上，具有重要意義，直接影響著舉證責任之分配。世界人權宣言第十一條第一項謂：「凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。」此一規定，乃是對於「無罪推定原則」之宣示。而我國則是規定於刑事訴訟法第 154 條第一項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪<sup>32</sup>。」將原本實質上已經存在的無罪推定原則再予以明文化，以

<sup>32</sup> 該條修正理由：「按世界人權宣言第 11 條第一項謂：『凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。』此乃揭示國際公認之刑事訴訟無罪推定基本原則，大陸法系國家或有將之明文規定於憲法者，例如義大利憲法第 27 條第二項 土耳其憲法第 38 條第四項 葡萄牙憲法第 32 條第二款等，我國憲法雖無明文，但本條規定原即蘊含無罪推定之意旨，爰將世界人權宣言上揭規定，酌予文字修正，增訂為第一項，以導正社會上仍存有之預斷有罪舊念，並就刑事訴訟法保障被告人權提供其基礎，引為本法加重當事人進行主義色彩之張本，從而檢察官需善盡舉證責任，證明被告有罪，俾推翻無罪之推定。」明白揭示我國對於無罪推定原則之採認。

保障被告權利，並與世界法治原則接軌之進步立法。

無罪推定原則包含了兩種意涵<sup>33</sup>，第一層法律意涵係對於被指為或列為刑事被告之人，不因被指為被告即被視為有罪的訴訟上保護，其作用係以法律規定之方式宣示，在追訴者提出充分證據證明被告犯罪之前，被指為被告之人必須被假定為未犯罪。亦即刑事訴訟程序中，受追訴之人在未經公開依法審判程序加以明確證明其犯罪之前，應認其為無罪之人。無罪推定之另一層意義，係指追訴被告犯罪之一方必須善盡舉證之責，始能將被控犯罪之被告定罪。理由係因為無罪推定原則之存在，控方（檢察官）必須舉出充分之證據，推翻對於被告無罪之推定後，始能達成將被告定罪，從而實踐國家刑罰權之目的。換言之，在起訴的刑事案件中，被告並無證明自己無罪之必要，該證明義務僅需由擔任控方之檢察官來負擔，即是由檢察官負擔被告有罪的舉證責任。無罪推定原則藉由要求檢察官負擔犯罪成立要件至無庸置疑（無合理懷疑）之舉證責任，使其對於公平審判之理念具體化。正因為如此，無罪推定此一概念支配了刑事訴訟上主要之舉證責任分配，乃將犯罪成立要件之舉證責任分配予檢察官負擔，可謂證據法上最重要的原則之一，所以無罪推定原則，可說是舉證責任制度的理論基礎<sup>34</sup>。

---

<sup>33</sup> 參照蔡秋明，同前註 5 文，頁 26-27。

<sup>34</sup> 參照王湘雲，同前註 21 文，頁 26。

## 第二項 無罪推定原則與舉證責任分配之爭議

近年來，刑事訴訟程序之進行，為求能夠落實程序中之原被告對等，以及確實達成無罪推定理念之實現，漸漸感覺到程序進行中身為當事人之檢察官，其舉證責任之重要。「舉證之所在，敗訴之所在」，此句法諺以直接道出舉證責任之分配為人所重視之原因。然眾所周知者，在刑事訴訟程序裡，自古以來存有所謂的「罪疑時為被告有利之考量原則」(in dubio pro reo [即無罪推定原則])，基本上並應該無所謂的舉證責任分配與舉證責任轉換之觀念。因此，對照此一原則時，舉證責任轉換由被告負責是否得當，乃為一不得不加以嚴肅考量之問題<sup>35</sup>。由無罪推定原則的實質內涵觀察，被告享有無罪推定之保障，以及「拒絕供述自己犯罪之特權」，被告並不需要對自己之無罪負舉證責任，另一方面，檢察官需對於犯罪事實程序上加以確實證明亦即負有舉證責任。因此，在無罪推定原則下，被告之舉證係其權利，而非義務或責任。

所謂的「舉證責任分配」，係指「實質舉證責任的分配」，亦即被分配舉證責任的當事人，在無法舉證時，應承擔不利益判決之危險。有認為我國刑事訴訟法傳統上採職權主義模式，在職權結構之下並無舉證責任制度的問題，當然也沒有舉證責任分配的問題。然而，應認為此與刑事訴訟的結構係採職權進行或當事人進行無涉，

<sup>35</sup> 參照黃朝義，同前註 15 書，頁 216。



因訴訟構造的不同顯現出有差異者，僅在職權進行下，並無所謂敗訴負擔的問題，就法院而言，為發現真實負職權調查之義務，如此釐清真實之義務猶無法證明被告有罪，自應為無罪判決；相對的，就檢察官而言，其公訴之提起具足以開啟審判程序之充足的嫌疑為已足，善盡審判期日到庭實行公訴監督裁判即可，當證據調查結束，被告是否犯罪仍真偽不明時，亦無檢察官負所謂敗訴負擔的問題。而在當事人進行的構造下，證據調查之範圍及程序由當事人主導，法院基本上不介入調查證據呈現事實的過程，僅在當事人透過調查證據所主張之事實的範圍內，釐清事實，當事人證據調查結束，犯罪事實仍真偽不明時，亦即檢察官就構成刑罰權之存在及其範圍之基礎事實，檢察官無法證明至不容有合理懷疑之程度，致法院對被告為無罪判決<sup>36</sup>。換句話說，其實無論採取所謂職權主義或當事人進行主義的訴訟制度，到了訴訟接近終局時，難免仍有就起訴事實仍舊不明的窘況，此時無罪推定原則就積極發揮了保護、有利被告的重要功能，與舉證責任分配並無直接的關聯<sup>37</sup>。

至於我國是否存有「舉證責任分配」之概念？本文認為，在上訴情形，上訴事由存在與否，由上訴人負舉證責任，因而若係被告上訴，則由被告對上訴事由負舉證責任<sup>38</sup>，此處較無爭議。除了上述

<sup>36</sup> 參照陳運財，同前註 18 文，頁 448。

<sup>37</sup> 參照楊雲驊，新法下檢察官的舉證責任及法院的調查義務，月旦法學第 89 期，2002 年 10 月，頁 234-235。

<sup>38</sup> 參照陳運財，論改良式當事人進行原則，收錄於刑事訴訟法最新增修與實踐，

上訴情形外，雖有認為被告亦應為某種程度之舉證責任分配，惟鑑於舉證責任乃基於「一切主張在未證明前推定其不成立」（即無罪推定原則）而來，應由檢察官對於被告犯罪事實自始至終需負舉證責任，不僅得以保障被告權利，且基於武器平等原則、實際技術上之需要，檢察官在法律上或事實上均處於優越地位，收集證據較被告容易，故加重其舉證責任。

惟有認為在當事人進行原則下，被告亦應為某種程度之舉證責任分配，亦即主張轉換實質舉證責任由被告負責。例如：檢察官舉證完畢後，被告若主張有阻卻違法或阻卻責任、或減免罪責事由，亦即為「積極抗辯」<sup>39</sup>時，因構成要件該當事實存在時，以有違法性、有責性為常態，故可推定違法性、有責性存在，檢察官毋須再舉證；且該等事由不僅有利於被告，被告對於該事由亦擁有特別之知識，比較瞭解何處取得證據證明該事由，故被告對於該事由存在負「說服責任」，但舉證程度無庸至「無合理懷疑」（無庸置疑）程度，一般僅以「證據優勢」為以足，但也有以「證據明確」為心證門檻者。

---

民國 2002 年 9 月，學林文化出版，頁 61。

<sup>39</sup>所謂「積極抗辯」，一般是指被告對擁有特別知識之阻卻違法或阻卻責任或減免罪責事由，可公平地被要求負舉證責任之抗辯。因此，積極抗辯通常對構成要件該當事實並不爭執，但主張有阻卻違法或阻卻、減免責任之事由，這些被告所提出有利於己之辯護或抗辯，就是積極抗辯。被告主張積極抗辯，應先提出足以認為阻卻違法或阻卻、減免責任之抗辯為合理可能之證據，此為被告之「提出證據責任」，若被告無法提出足夠支持其抗辯之證據，即推定沒有阻卻違法或阻卻、減免責任事由。參照吳巡龍，同前註 4 文，頁 27-28。

並進一步主張，如果被告能盡「說服責任」，提出足夠支持其積極抗辯之證據，檢察官即負有證明沒有阻卻違法或阻卻、減免責任事由之舉證責任，為保障被告人權，避免罰及無辜，其證明亦應至「無合理懷疑」(無庸置疑)程度<sup>40</sup>，換言之，被告倘主張正當防衛事由或心神喪失事由等阻卻違法或阻卻、減免罪責事由存在時，應由被告負舉證責任。

惟本文對上述說法並不認同，蓋基於無罪推定原則與正當程序之維護，認為應由檢察官負舉證責任較為妥當，亦即舉證責任不應轉嫁於被告，被告不應因其訴訟行為拙劣而受到處罰。質言之，刑事審判程序遇被告主張阻卻違法事由或阻卻責任事由之抗辯時，關於此種事由之不存在，應由檢察官舉證<sup>41</sup>，所持之理由如下：

第一、雖然被告對於阻卻違法或阻卻責任事由具有特別認識，

---

<sup>40</sup> 參照吳巡龍，同前註 4 文，頁 32-33。

<sup>41</sup> 參照陳運財，同前註 18 文，頁 456-459；王湘雲，同前註 21 文，頁 39-40，同此見解：「刑之加重原因事實之存在，違法阻卻、妨礙犯罪成立及刑罰減免原因事實之不存在，與處罰條件之事實，均由檢察官或自訴人負舉證責任。」黃朝義，同前註 15 書，頁 225，同此見解：「犯罪成立與否之阻卻事由，在舉證上雖有問題，但在整體刑事訴訟程序中，此部分之內容當然涵蓋於構成犯罪事實之舉證範圍內，基本上，其存在與否並無特別加以探討之必要，亦即此之阻卻犯罪成立事由之不存在，仍然屬於檢察官舉證責任之事項（或範圍）。」學者王兆鵬認為：「被告須就阻卻違法或阻卻責任事由存在負證據提出責任，惟檢察官在被告盡證據提出責任後，須對其不存在負說服責任。」參照王兆鵬，刑事舉證理論—由英美法理論出發，台大法學論叢，28 卷 4 期，1999 年，頁 181-182。

但並不表示被告容易舉證。

第二、所謂犯罪事實，應指構成被告刑罰權存在及其範圍之事實，阻卻違法或阻卻責任事由的不存在，亦屬於構成犯罪要件之事實，依刑事訴訟法第 161 條第一項之規定，自屬於檢察官舉證之範圍。

第三、揆諸刑事訴訟法第 156 條第三項規定，被告如提出自白係出於不正方法之抗辯者，應由檢察官負舉證責任，關於自白有無任意性之程序事項，尚且由檢察官證明被告之自白係出於自由意志，更何況關於構成犯罪要件之一部的阻卻違法或阻卻責任事由的不存在，其證明責任更應由檢察官負擔。

第四、在過去未修法時，被告犯罪事實幾乎係由法院依職權調查，被告當時並不負有證明負擔，為何在修法後，卻須由被告負阻卻違法或阻卻責任事由之不存在的舉證責任，而使其立於更不平等之地位。

關於「阻卻違法或阻卻責任事由之不存在」的舉證問題，在實務上之運作情形為何，在遇有被告該等事由之抗辯時，是否該由被告負舉證責任？或仍由檢察官舉證被告之抗辯不存在？對此，在新法實施之後，最高法院僅於極少數判決<sup>42</sup>中有些許說明，惟均未明白表示舉證責任如何分配，並未直接對於舉證責任主體為何人表示見

---

<sup>42</sup> 在民國九十一年修法後，僅有四則判決涉及阻卻犯罪成立事由抗辯之問題，此四則判決為：92 台上 96、95 台上 4178、95 台上 4664、95 台上 4815 等判決。

解，甚至發現有判決似乎認為應由法院作職權調查，例如【95台上4815之妨害自由案】中，被告抗辯其行為合於正當防衛或緊急避難，最高法院認為，「經綜合調查證據之結果，認不可採，」等語認定被告之抗辯為無理由，可見此處說明了最高法院對此事實，仍認為屬於法院職權調查之範圍，非檢察官、被告等當事人舉證之範圍。惟本文認為，於被告主張有阻卻違法、責任之事由時，被告以透過陳述意見之方式，使其形成爭點即可，此為被告防禦權之行使，而非其舉證責任。亦即上開事由不存在的舉證責任仍應由檢察官負擔，理由已如前述。此外，以上開判決為例，若要求被告就現在存有不法侵害之客觀防衛情狀負舉證責任，對被告而言亦有舉證困難之情況，且有關犯罪事實之證據，絕大部分亦掌握在檢察官手裡，故認為應由檢察官舉證證明當時並無「現在不法侵害」之事實。再以【95台上4664之家暴殺人案件】為例，被告抗辯其患有精神疾病，行為時其精神狀態已達心神喪失之程度，雖然最高法院亦同樣未明白表示舉證責任如何分配，惟本文認為應由檢察官就其心神喪失之事由不存在負有舉證責任，蓋檢察官為確認被告之精神狀態如何，有對其實施「鑑定」之權，並依鑑定結果主張被告之抗辯不成立，而被告本身並無法對自己作「鑑定」。因此由上述之說明可知，審判中如被告提出阻卻違法或阻卻罪責事由之抗辯，對此一爭點之不存在，應由檢察官來負證明的負擔，若由被告負舉證責任是不公平的。

然而，所有犯罪事實之舉證責任，毫無例外地全數交由追訴者

(檢察官)負責,亦可能發生問題。換言之,基於舉證上之困難或幾乎無法舉證之情形下,嗣後之裁判將可能陷入長期化,或者原本對其應該處罰者亦會因而免受處罰。為了除去上述弊害之存在,設若在某些情況之考量上,得以合理的確認被告較之於檢察官對於事實能夠認知時,則某種程度之證明責任將轉移由被告負擔之情形,並非不可能。就整體公判程序而論,應該盡量避免公判程序陷入長期化、以及不當長期化等情事之發生,因此,基於訴訟經濟之考量,存有此種可能造成時間浪費之訴訟狀態,乃有所謂一定之證明責任賦加被告予責任之作法出現<sup>43</sup>,只是若欲使被告負擔舉證責任時,必須存有合理性,否則不被容許。例如刑法第 310 條第三項規定:「對於所誹謗之事,能證明為真實者,不罰。」依法條之文義解釋來理解,被告對於真實性條款之證明應負舉證責任,亦即對於誹謗罪所指摘之事實,主張係屬真實以為阻卻違法性之理由時,似應由被告負舉證責任,有學者認為該項條文為舉證責任轉換之典型例<sup>44</sup>,惟本文認為刑法第 310 條第三項真實證明條款之規定,並非舉證責任之轉換,而是因被告已有誹謗他人之行為為前提,故必須提出必要之證據資料來證明其具有相當理由。另外,應注意的是,若過度強調被告舉證責任之結果,犯罪行為之不成立或不明確,被告會因為無法自證無罪、或舉證拙劣將被推定為有罪而受處罰,有違無罪推定原則。至於刑事訴訟法第 161 條之一規定:「被告得就被訴事實指出

<sup>43</sup> 參照黃朝義,刑事訴訟法《制度篇》,元照出版,2002年8月,初版一刷,頁50。

<sup>44</sup> 參照黃朝義,同前註15書,頁226。

有利之證明方法。」參酌該條之立法意旨，可知係賦予被告主動實施防禦之權利，以貫徹當事人對等原則，並非將檢察官應負之舉證責任轉換予被告，目的在維護被告防禦權之行駛，使被告有就其有利陳述提出證明方法之機會，故縱使被告未提出證明之方法，亦不負任何不利之負擔，檢察官就被告犯罪事實仍負有舉證責任。

總而言之，基於無罪推定原則，不論刑事訴訟之構造係採職權進行抑或當事人進行的模式，審判期日調查證據結束，被告犯罪事實無法證明者，應為被告無罪之判決，被告均不負自證無罪之責任。是以，採行職權調查原則，固不違反無罪推定原則；惟如要貫徹公平之審判，儘可能的排除審判者與被告之間的緊張關係，則使檢察官立於原告當事人之地位，就被告犯罪事實負舉證責任，亦即當審判期日證據調查結束，被告犯罪事實存在與否真偽不明時，由檢察官負敗訴結果之不利益風險，法院原則上即應為被告無罪判決，無庸踰越檢察官舉證範圍而依職權調查證據；刑事訴訟在採行當事人進行的訴訟構造下，自有必要使原告之追訴者負舉證責任。我國刑事訴訟法第 161 條第 1 項明示檢察官應就構成刑罰權存在及其範圍之事實，負舉證責任之規定，值得肯定。但刑事訴訟畢竟與民事訴訟不同，基本上並不生舉證責任分配於被告之問題，此乃因被告受無罪推定之保障，不能因其舉證拙劣而加以處罰<sup>45</sup>。

<sup>45</sup> 參照陳運財，同前註 18 文，頁 439 以下。

### 第三節 小結

在職權調查主義支配之下，本不生舉證責任分配之問題。但在採行當事人進行主義下的刑事訴訟，則仍存有舉證責任分配之爭議存在。當事人間之事實關係若發生爭執或疑義，則為主張之當事人有提出證據之義務，稱之為主觀的或形式的舉證責任；事實關係雖經當事人舉證，仍不能明瞭亦無法確定其存在時，此項未能證明之不利益結果，勢必由該當事人負擔，此即為客觀的或實質的舉證責任。而本文認為，所謂主觀的或形式的舉證責任，係指調查過程中為免承擔不利益之判斷的一方當事人，於程序中提出證據的責任，其本屬實質舉證責任之反射作用，而法院釐清真實之結果，被告犯罪是否已能證明，若未能證明，法院自應為無罪判決，本屬無罪推定原則之要求，無庸引進檢察官舉證責任之概念，更無形式舉證責任的問題存在。

我國刑事訴訟法於民國九十一年修法後，改採改良式當事人進行主義，並於刑事訴訟法第 161 條規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證據方法。」明確說明了檢察官應就構成刑罰權存在及其範圍之事實，負「實質舉證責任」，無法如同過去般未確實出庭，或將實質舉證責任轉嫁於被告，而使被告處於被推定為有罪之地位。檢察官除證據之提出外，另應就被告犯罪事實，指明道出其證明方法，以說服法官，以獲致被告有罪之判決。



不可否認的，無罪推定原則係與舉證責任具有密不可分之關係。在事實認定的過程中，基於無罪推定原則，不論刑事訴訟的結構係採職權進行或當事人進行，其所為之事實認定行為，在本質上並無不同。於審判期日證據調查完畢後，被告犯罪事實不能認定至不容有任何合理的可疑程度（即無庸置疑）時，亦即仍無法推翻對於被告無罪之推定，則法官應對被告為無罪判決。亦即因事實真偽不明所導致之不利益判斷，不應由被追訴者（被告）承擔，而應由追訴者（檢察官）承擔。另外，刑事訴訟程序基本上應並不存在舉證責任分配之問題，被告無須負有舉證責任。且鑑於舉證責任乃基於「一切主張在未證明前推定其不成立」（亦即無罪推定原則），應由檢察官對於被告犯罪事實自始至終需負舉證責任，以保障被告權利。

至於遇有被告主張阻卻違法事由或阻卻責任事由之抗辯時，本文認為，關於此種事由之不存在，亦應由檢察官負舉證責任，此不僅因為無罪推定原則所導出，而且阻卻違法或阻卻責任事由的不存在，亦屬於構成犯罪要件之事實，基於檢察官作為國家控訴官的角色及法律的強制規定，亦即依刑事訴訟法第 161 條第一項之規定，自屬於檢察官舉證之範圍。反之，若認為阻卻違法或阻卻責任事由之不存在由被告負舉證責任，雖然在某種程度上可以減輕檢察官舉證責任之負擔，但是違反了無罪推定原則之本質，蓋基於無罪推定

原則，在刑事訴訟領域無所謂舉證責任分配的問題，被告無須有負舉證責任，不能因為檢察官對於某項待證事實有舉證上困難，即將此項事實之舉證責任轉由被告負擔。而且，將造成被告因證明方法拙劣必須承受這種危險，非因其犯罪的矛盾情形，對被告甚不公平，因此，關於被告有阻卻違法事由或阻卻責任事由之抗辯時，應由檢察官負舉證責任始為妥當。在這樣的觀點下，刑法第 310 條第三項真實證明條款之規定，雖依法條文義來理解似應由被告負舉證責任，惟本文認為上開條項並非舉證責任之轉換，而是由於被告已有誹謗他人之行為的前提之下，故必須提出必要之證據資料來證明其具有相當理由，採取這樣的看法並不會違反無罪推定原則。

總而言之，我國刑事訴訟法改採當事人進行的訴訟模式，其立法目的之一係在於加強保障被告之防禦權益，以求法院之公平審判，自不應訴訟構造調整的結果，反而加諸被告較以往不利的負擔，被告不應因其訴訟行為拙劣，舉證失敗而受到處罰。