

第二章

舉證責任

從事訴訟者，莫不知「舉證之所在，敗訴之所在」。91年2月8日修正公布的刑訴法，確定我國改採當事人進行主義，修正後§161 I 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。」立法理由指出：「為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴……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責任。」然何謂提出證據責任？何謂說服責任？

壹 舉證責任介紹

提出證據責任（burden of producing evidence）及說服責任（burden of persuasion）之概念，係源自於英美法。某造當事人負有「提出證據責任」時，即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，亦無須經實體審理，即得作出對其不利的判決。而所謂的「說服責任」，乃負此責任者，必須說服裁判者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，則裁判者必須就該待證事實作出其敗訴的判決。

就說服責任而言，裁判者有時會被說服至確信無疑的程度，有時僅被說服至「半信半疑」的程度，裁判者也可能被說服至介於二者之間「大致相信」的程度。就裁判者被說服的「確信」程度而分，說服責任又可分為「毋庸置疑（beyond a reasonable doubt）」、「證據明確（clear and convincing evidence）」、「證據優勢（preponderance of evidence）」等三種不同程度。

所謂「毋庸置疑」，乃負此舉證責任者，必須說服裁判者至確信、無合理的懷疑其主張可能為不實的程度。而「證據優勢」之說服責任指負此舉證責任者，就待證事實所提出的證據，僅需較對造更具說服力，即為優勢，即已盡其舉證責任，至於是否能使裁判者達到確信無疑則非所問。「證據優勢」所表彰者為對於待證事實的「存在」，較「不存在」更為可能。而所謂的「證據明確」，¹為較「證據優勢」程度高，較「毋庸置疑」程度低，係介於二者間的一種證明程度，即如其文字所述，必須明確且有說服力的證據證明。若以具體的例子說明上述的差異，如甲負「證據優勢」的舉證責任，必須提出證據證明待證事實，對造乙提出證據反駁，裁判者綜合雙方證據，認為甲所提出的證據較乙更具些微說服力，甲即盡其「證據優勢」的舉證責任，裁判者應為甲勝訴判決。若甲所負為「毋庸置疑」的說服責任，而所提出的證據雖較乙更具說服力，但仍使裁判者懷疑（必須為合理的懷疑，不得為無理的懷疑）待證事實可能非真實，則甲雖已達到「證據優勢」或「證據明確」的責任，但未盡「毋庸置疑」的責任，裁判者必須為甲敗訴判決。

貳 我國法之舉證責任

一、舊法之職權主義

我國昔為職權主義，法院依舊法§163 有依職權調查證據的義務，並無所謂當事人負有提出證據責任的概念。當事人未提出證據時，法院不得驟為對其不利的判決。過去實務認為當事人若未提出證據，法院非但不得為其敗訴的判決，且應代該當事人提出證據詳為調查。如最高法院 64 年台上字第 2962 號判例：「事實審法院應予調查之證

¹ 「證據明確」通常用於民事或行政訴訟中，剝奪個人權利所用的舉證責任標準。John W. Strong, McCormick on Evidence 576 (West Publishing, 4th ed. 1992).

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三百九十七條第十款之違法。」25年上字第3706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，要難遽為無罪之判斷。」

就上述最高法院25年上字第3706號判例，筆者過去為文批評其違反無罪推定原則：該判例要求法院在為無罪判決前，應盡一切調查證據之能事。除非盡此能事，仍不能發現任何犯罪嫌疑，否則不能「遽為」無罪判決。亦即無罪判決，應以非常的確信，無合理的懷疑始得作出，要求被告說服法院其為無罪之責任，且須到毋庸置疑的程度，違反「無罪推定」的原則。上二判例，至90年9月4日最高法院第7次刑庭會議始決議不再援用。

我國判例過去有類似說服責任的概念。最高法院20年上字第893號判例：「認定犯罪事實，須憑證據，為刑事訴訟法所明定，故被告犯罪嫌疑，經審理事實之法院，已盡其調查職責，仍不能發現確實證據足資證明時，自應為……無罪判決。」73年台上字第3892號判例：「法院……若經為必要之調查，其所獲得之證據資料，仍不足為該被告有罪之論證時，即應為無罪之諭知。」在過去職權主義的刑事訴訟制度下，雖然法院不得因檢察官未盡提出證據之責任，而作出對檢察官不利的判決。但當法院盡調查證據之能事，仍不能認定被告有罪（檢察官所主張），此時法院必須作出對被告有利的無罪判決，亦即不相信檢察官所主張。此等於將說服法院被告有罪的責任置於檢察官一方，若未能說服法院，則法院必須作出負說服責任一方不利的判決，亦即對檢察官不利的判決。

實務不但有說服責任的概念，甚至有「毋庸置疑」說服程度的判例。如最高法院76年台上字第4986號判例：「無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一

程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法。」也就是說，判決被告有罪，必須證明犯罪要件到確信為真實之程度始可。如法院對犯罪要件之該當有合理之存疑時，因而為被告無罪之判決，並無不當。此判例等於要求檢察官對法院負「毋庸置疑」的說服責任，若未盡此高度的說服責任，必須為檢察官敗訴的判決，宣告被告無罪。

對於犯罪之「合理懷疑」，法院無澄清辨明之義務，如最高法院 73 年台上字第 3892 號判例：「法院只須判斷已被起訴之被告是否為真實之犯罪行為人，若經為必要之調查，其所獲得之證據資料，仍不足為該被告有罪之論證時，即應為無罪之諭知。至該項犯罪事實，究係何人所為，則無查明之義務。」

二、改良式當事人進行主義

我國於 91 年、92 年參考當事人進行主義之精神，修正舉證責任之規定。§161 I 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。」立法理由指出：「為確實促使檢察官負舉證責任及防止其濫行起訴……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責任。」如未盡提出證據的責任，應依舉證責任法理，對其為不利之判斷。至於說服責任，檢察官仍應負毋庸置疑的高度說服責任，法院始能為被告有罪判決。

在朝向當事人進行主義修正後，最高法院亦已依上述法理，重新對舉證責任作出解釋。最高法院 92 年台上字第 128 號判例言：「刑事訴訟法第一百六十一條已於九十一年二月八日修正公布，其第一項規定：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，或其指出之證

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。」

上述判例代表我國舉證責任之現行實務見解：（一）舉證責任分為提出證據之責任、說服責任（破除我國學說對舉證責任名稱之混亂）。（二）檢察官對於犯罪事實，同時負有提出證據及說服之責任。（三）就提出證據責任而言，只要檢察官所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，法院即應為被告無罪判決，原則上無須再為調查。²（四）就說服責任而言，檢察官必須說服法院形成被告有罪之心證，否則法院必須為無罪判決。（五）上述判例雖未說明檢察官說服責任之程度為何，然依法理及最高法院 76 年台上字第 4986 號判例，檢察官仍必須說服法院至「毋庸置疑」的心證程度。

民國 99 年 5 月 19 日公布之「刑事妥速審判法」§6 又重申、強調上判例意旨：「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，或其指出證明之方法，無法說服法院以形成被告有罪之心證者，應貫徹無罪推定原則。」

三、憲法標準

92 年釋字第 556 號解釋宣示：「組織犯罪防制條例第三條第一項及第二項所稱之參與犯罪組織，指加入犯罪組織成為組織之成員，而不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立，至其行為是否仍在繼續中，則以其有無持續參加組織活動或保持聯絡為斷，此項犯罪行為依法應

² 最高法院 93 年度台上字第 1228 號判決：「未查檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，刑事訴訟法第一百六十一條第一項定有明文。原審於九十二年十月三日裁定：『……黃○○與陳○○究如何謀議共同運輸第一級毒品？如何謀議共同意圖販賣而持有第一級毒品？黃○○共同運輸及意圖販賣而持有第一級毒品所得利益是否相當？又黃○○就上開犯行有何行為分擔？均尚有未明，應由檢察官負舉證責任。』等語，檢察官於九十二年十月十三日收受裁定，就上開各節，迄未為任何具體舉證，更未指出證明之方法。此外，復查無其他積極證據足證……犯行，即屬不能證明。」

由代表國家追訴犯罪之檢察官負舉證責任。……本院釋字第六十八號解釋……併同與該號解釋相同之本院其他解釋（院字第六六七號、釋字第一二九號解釋），關於參加犯罪組織是否繼續及對舉證責任分擔之釋示，與本件解釋意旨不符部分，應予變更。」此一解釋在刑訴法上，宣告檢察官對構成犯罪事實有舉證責任，意義重大。³

在該號解釋前，實務一向認為參與以犯罪為宗旨之結社或參與犯罪組織為繼續犯。45年11月26日釋字第68號解釋：「凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明，其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加。」依此解釋，「參與」叛亂組織，在未脫離組織以前，行為皆有繼續性。⁴自此之後，實務咸認為檢察官只要證明被告曾加入組織之一員，即轉由被告證明其已「自首」或「有其他事實證明確已脫離組織」，否則仍視被告為組織之一員。消極未與組織聯絡，或未為組織活動，不足否定行為之繼續性。

上述釋字第68號解釋及嗣後之實務見解，非但違反經驗法則，也扭曲訴訟法之舉證責任。就經驗法則言：「參與」犯罪組織應包括「加入」組織及「參加」組織活動二行為而言。就「加入」行為而言，其性質為即成犯，行為於加入組織，成為組織之一員之後，行為即告終了。若行為人僅「加入」組織，於加入組織之後，即完全未參加組織之任何活動，依實務見解，即令20年之後，行為人之「加入」行為仍視為繼續，等於要行為人必須對20年前之「加入」行為負責，至為荒謬。至於「參加」組織活動而言，「參加」行為固然有

³ 本號解釋有兩項重大的意義：第一，在刑事實體法上，宣告參與犯罪組織未必為繼續犯，第二，在刑事訴訟法上，宣告檢察官對構成犯罪事實有舉證責任。詳王兆鵬，大法官釋字第五五六號解釋之評釋，台灣本土法學雜誌，45期，2003年4月，頁55-64。

⁴ 釋字第68號解釋：「凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明，其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加。如其於民國三十八年六月二十一日懲治叛亂條例施行後，仍在繼續狀態中，則因法律之變更並不在行為之後，自無刑法第二條之適用。至罪犯赦免減刑令，原以民國三十五年十二月三十一日以前之犯罪為限，如在以後仍在繼續犯罪中，即不能援用。」

繼續之性質，惟繼續犯非謂一有行為之實現，行為即永久繼續，行為得因外力排除，或行為人之意思而告終止。如略誘罪，於被誘人得救、或行為人放棄犯意令被誘人回復自由時，略誘行為即不再繼續。⁵ 同樣如妨害自由、私行拘禁、和誘罪之情形亦同。同理，參加組織活動，其行為於行為人停止參加組織之活動時，即告終了。例如行為人曾於民國 50 年參加犯罪組織之活動，但往後 20 年對該犯罪組織之活動皆未再參與，豈有要行為人負責之理。若要行為人負責，等於要行為人對 20 年前的「參加」組織活動負責，或要行為人對此 20 年間的他人參加組織活動而負責，此實違反行為刑罰理論。

再者，上開實務見解違反無罪推定原則、扭曲舉證責任規定。上開實務見解似認為：第一，檢察官僅須證明行為人曾有「加入」犯罪組織的行為，即得推定行為人有「參加」組織活動的行為。第二，檢察官僅須證明行為人曾「加入」犯罪組織或曾「一時」參加組織活動，即得推定行為人「永久」參加組織活動。所以，只要檢察官證明行為人曾「加入」組織或「一時」參加組織活動，則轉由被告證明其已自首或脫離組織，若被告不能證明，則視為被告「永久」、「參加」組織活動，而被告消極未與組織聯絡，或未為組織活動，不得作為脫離組織之證明。基於無罪推定原則，被告無證明自己無罪的責任。§161 I 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。」行為人之犯罪行為是否繼續，性質上屬於犯罪構成要件事實，應由檢察官負舉證責任證明。上述實務見解，要行為人證明未曾「參加」組織活動、未「永久」參加組織活動，等於要行為人證明無從事犯罪活動，與§161 規定暨無罪推定之精神大相悖離。⁶

⁵ 最高法院 28 年上字第 733 號判例：「略誘罪為繼續犯，當被誘人未回復自由以前，仍在其犯罪行為繼續實施之中。」

⁶ §161 之「犯罪事實」，指相當於構成犯罪要件之事實，有關行為之繼續當然為構成犯罪要件之事實，應由檢察官而非被告負舉證責任。有關「犯罪事實」之舉證責任，詳陳樸生，刑事證據法，三民，1995 年 3 版，頁 159；王兆鵬，刑事被告的憲法權利，第七章「刑事舉證責任理論」，元照，2004 年 5 月。

綜上，有「加入」組織行為者，未必有「參加」組織活動行為；「一時」參加組織活動，未必「永久」參加組織活動。依經驗法則，不能僅以行為人曾「加入」組織，即推定其已「參加」組織的活動，或「繼續」參加活動。行為人之行為是否有繼續之性質，依無罪推定原則及舉證責任規定，應由檢察官證明行為人在「加入」組織之行為外，尚有「參加」組織活動之行為，且有「繼續」參加組織活動之行為。

釋字第 556 號解釋宣示舉證責任的重要憲法原則——犯罪行為之全部皆應由代表國家追訴犯罪之檢察官負舉證責任。以組織犯罪防制條例為例：第一，不得以檢察官證明被告曾「加入」犯罪組織，即「推定」被告有「參加」組織之活動。第二，檢察官僅證明被告曾「一時」參加組織活動，不得「推定」被告「永久」參加組織活動，檢察官必須證明被告「持續」參加組織活動或保持聯絡。第三，如檢察官雖曾證明被告曾「加入」組織或「一時」參與組織活動，但被告「自首」之積極行為，或「長期未與組織保持聯絡亦未參加活動」等消極行為，都應視為被告無繼續參加組織活動之行為。被告之行為是否繼續，必須由檢察官負舉證責任。

四、舉證責任之貫徹

舊法§163 I 規定：「法院因發現真實之必要，應依職權調查證據。」若檢察官未盡舉證責任，法院仍有義務蒐集及調查一切相關證據，以證明事實真相。因為法院有接續查明事實之責任，故檢察官雖明知證據不充分，有時仍強行起訴，期待法官為其補充蒐集及調查證據。

此種實務，有許多缺點，舉其大者有二：（一）證據滅失，真相扭曲。無證據，即不能證明事實真相，而蒐集證據最關鍵的時點在偵查之初，遲至審判中始行為之，常為時晚矣。若檢察官存有「只要有

嫌疑即可起訴、法院將來會接續蒐集證據」之心理，極易在偵查時疏於或怠於蒐證，導致證據流失或湮滅，待數月或數年後的審判中，要法官再蒐集證據，幾不可能。證據滅失致真相不明，所傷害者不僅為被告，更包括被害人、司法之可信性及整體社會。(二) 法院喪失中立性及可信性。假設檢察官證明被告有罪之證據強度只有 50%，在職權主義制度下，法院為查明事實、為補充證據不足之部分，必須主動積極蒐集不利被告之其餘 50% 證據。受無罪推定之被告，在遭檢察官控訴後，原期待一中立、超然之法院解決其與檢察官間之歧異，但法官卻與檢察官同等積極，甚至更為積極地去蒐集對被告不利之證據，已非中立超然之裁判者，喪失中立性，其判決結果之可信性，勢必遭被告質疑。

91 年修法採「改良式當事人進行主義」，將§163 I 規定改列第 2 項：「法院為發現真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」有爭議者，此條文之但書規定，使許多檢察官、法官認為法院仍有依職權蒐集、調查對被告不利證據之義務，致修法前後之舉證責任實務，並無顯著與實質之差異，證據不足而仍起訴之案件，時有所聞。

最高法院 100 年度台上字第 4036 號判決，要求檢察官對於連續數行為犯同一罪名之數犯罪行為（例如販賣毒品罪），不應沿襲舊習，仍「籠統以本質上祇能證明片段行為之證據資料，欲作為證明全部各行為之依據」，若有此情形，「應認並未善盡舉證責任，其中證據不夠明確、犯罪嫌疑猶存合理懷疑之部分，當受類似民事訴訟之敗訴判決」，甚至更進一步要求檢察官就此類型之犯罪，應「擇其中確實明白、無疑者，作為起訴之客體……既達成打擊犯罪目標，亦實際節約司法資源……倘竟就無益之曖昧案情，多事爭議，不唯有違無罪推定原則，且無異徒然浪費寶貴而有限之司法資源」。

最高法院也明示被告之舉證程度與舉證責任之轉換。在檢察官證明不利被告之事實後，基於無罪推定原則，被告對自己有利之事實，

只要證明至「有存在可能」之程度即為已足，無須證明至「確信無疑」之程度。此時，應轉由檢察官證明該有利被告之事實確不存在，否則法院即得為有利被告之認定。⁷ 此理所當然、極為簡易之當事人進行主義舉證責任法理，過去只存於教科書中，不見容於我國職權主義之實務，最高法院此判決之用心良苦，無非希望能根除積重難返之實務舊習。

最棘手、最困難、最有爭議之問題在法院職權調查證據之範圍。最高法院在 100 年度 5 月第 4 次刑事庭會議雖曾決議，檢察官如未盡實質之舉證責任，不得以法院應遵守§163 II 但書規定，而指摘判決有§379⑩「應於審判期日調查之證據而未予調查」之違法。惟對最關鍵之問題：法院是否有調查「對被告不利之證據」之責任？此決議仍迂迴而未直接碰觸。

最高法院 100 年度台上字第 6259 號判決，解決了此懸宕多年的問題。該判決依世界人權宣言、我國已簽定且具有內國效力之公民與政治權利公約、大法官多次之解釋，首先確立「無罪推定」乃憲法原則，被告無證明自己無罪之義務；若檢察官未盡舉證責任，法院貫徹

⁷ 最高法院 100 年度台上字第 6294 號判決：「基於無罪推定原則，被告犯罪之事實應由檢察官提出證據，並指出證明方法加以說服，使法院達於確信之程度，始得為被告有罪之認定，否則即應諭知被告無罪，由檢察官蒙受不利之訴訟結果，此為檢察官於刑事訴訟個案中所負之危險負擔，即實質舉證責任。而被告否認犯罪，並不負任何證明責任，僅於訴訟進行過程中，因檢察官之舉證，致被告將受不利益之判斷時，被告為主張犯罪構成要件事實不存在而提出某項有利於己之事實時，始需就其主張提出或聲請法院調查證據，然僅以證明該有利事實可能存在，而動搖法院因檢察官之舉證對被告所形成之不利心證為已足，並無說服使法院確信該有利事實存在之必要。此為被告於訴訟過程中所負僅提出證據以踐行立證負擔，而不負說服責任之形式舉證責任，要與檢察官所負兼具提出證據與說服責任之實質舉證責任有別。苟被告依其形式舉證責任所聲請調查或提出之證據，已證明該有利事實具存在可能性，即應由檢察官進一步舉證證明該有利事實確不存在，或由法院視個案具體狀況之需，裁量或基於義務依職權行補充、輔佐性之證據調查，查明該事實是否存在；否則，法院即應以檢察官之舉證，業因被告之立證，致尚未達於使人產生對被告不利判斷之確信，而逕為有利於被告之認定，不得徒以被告所提出之證據，尚未達於確切證明該有利事實存在，遽為不利於被告之判決。」