

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

從無罪推定及舉證責任檢視「刑事立法推定」概念

—兼論我國公務員財產來源不明罪

Examining Statutory Criminal Presumptions From Presumption of

Innocence and Burden of Proof

- with an Analysis of Taiwan's Property Crimes of Unknown Origin

廖彥鈞

Yen-Chun Liao

指導教授：王皇玉 博士

Advisor: Huang-Yu Wang, Ph.D.

中華民國 103 年 6 月

June, 2014

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

從無罪推定及舉證責任檢視「刑事立法推定」概念
—兼論我國公務員財產來源不明罪

Examining Statutory Criminal Presumptions From Presumption of
Innocence and Burden of Proof
-With an Analysis of Taiwan's Property Crimes of Unknown Origin

本論文係廖彥鈞君 (r00a21055) 在國立臺灣大學法律學系完
成之碩士學位論文，於民國 103 年 6 月 11 日承下列考試委員審查
通過及口試及格，特此證明

指導教授： 王皇玉

口試委員： _____

李若金

楊雲麟

王皇玉



「無罪推定不正是這樣一個常常令法官必須帶著遺憾、帶著對犯罪被害人難以交代的重擔、帶著真相永難釐清的無力感，而做出無罪判決的原則？有時無罪推定導致個案中的遺憾如此之深，常使我們忘記這個案子之所以要錯放，乃是為了不願在其他案子中錯殺。」

—釋字第 670 號解釋許宗力大法官協同意見書



謝辭

不求驚天動地，但求無愧我心——這是我撰寫本篇論文的初衷及指導方針。

這篇論文，嚴格來說無甚出奇。談的是大家耳熟能詳、倒背如流的無罪推定及舉證責任；講的是已有諸多前輩介紹過的推定概念；論的是我國目前罕有實務案例的公務員財產來源不明罪。我必須承認，從學術的角度來說，或許這篇論文並不是一篇非常厲害的著作。

但是就我個人的角度，本文卻是我目前在法律這條道路上的短暫心得及理想。它或許並非饒富新意、它所呈現的價值或許永遠無法被現實認同，但它記錄並呈現了二十五歲的我。在撰寫本文的過程中，過往的種種虛幻或真實的片段不斷在我腦海上演：大學及研究所時，老師們的諄諄教誨；修讀刑事訴訟法時，對於不公不義的憤懣；擔任實習律師時，對於實務界各種現象的感觸；到了最後，思緒甚至將我牽引至幾十年前的戒嚴時期，我看到了那年代人民臉上的恐懼、被拆散家庭人們的啜泣。修讀法律往往是一種自省和自覺的過程，我想這篇論文，對得起我腦海中那些畫面。

本篇論文發想於我大學打辯論比賽那些年，那時「公務員財產來源不明罪」是非常夯的辯題，認為不應通過本罪的持方，往往把「無罪推定」掛在嘴邊。不過礙於辯論比賽時間短暫，亦非純粹學術交流，辯士們又多不具備法律專業背景，對於無罪推定內涵本身的討論，至多僅是停留在表面，大家無法、似乎也不願意深究。那好吧，不然我來研究一下。上了研究所，終於有機會可以實現宿願。雖然因為種種主客觀因素，致使我遲至今年三月才真正有時間及心力撰寫論文，但無論如何，我還是將它趕出來了。篇幅不多，內容不廣，但我很努力地想要呈現並建構出我的想法。

這篇論文之所以能完成，首先必須感謝我的四位恩師。感謝王皇玉老師，謝謝您在我孤立無援時接納了我，還允准我撰寫出這麼一篇滿紙荒唐言的論文，更給予我諸多寶貴的意見和建議；感謝王兆鵬老師，雖然最後沒能跟著您一起完成這篇論文，但您在指導我的兩年當中，我從您身上學習到了諸多做人處事以及研究學問的精神及態度；感謝楊雲驊老師，大學時期修習您的刑事訴訟法實例演習，開啟了我對於刑事訴訟法的興趣及熱情，沒有您的教導，我不會走到今天，更感謝您在我口試時的批判與指教，讓我的論文能變得更好；感謝李茂生老師，上您的課總是心情愉快（雖然過度抽象的東西我往往聽不大懂...），也感謝您在我口試時不吝給我當頭棒喝，讓我知道再理想的事物，也必須要有實現可能性。

感謝劉家丞、阿饒、朗東學長，謝謝你們在我撰寫論文時，常常與我討論，讓我激發出更多的想法。雖然劉家丞過度中肯的建議，往往讓我有種「該死，論文又要大修了」之感。

感謝台灣大學法律學院霖澤館 1810 研究室的室友們：立涵學姊、儀珊學姊、道樞學姊、靖琳學姊、榮庭學長、萬承珣如伉儷、禹宏、岱芸以及當兵中的哲涵學長，謝謝你們在我寫論文時陪伴在我身邊，並不時的嗆我，讓我的寫論文生活充滿了樂趣（笑）。

感謝所有曾參加我論文研討會的朋友、同學、學弟、學妹們，你們的支持終於讓我完成了這篇論文，如果你們未來辦研討會需要一些魯蛇來助陣，記得找我，我的好朋友。

感謝彥渤學長、振斌、大胖，謝謝你們一天到晚陪我打電動，讓我抒發不少寫論文的壓力。總有一天，我們能夠幹掉最難的電腦！

感謝鼎王、宋董、良神、易志、京鴻、榮禎、靖雅、子茵、皇其、濬帆、小貴（按姓名筆劃排列），謝謝你們陪我打屁閒聊，讓我度過了人生中最緊湊的幾個月，你們（包括女生）永遠是我最好的兄弟。


最後我要感謝我的家人和女友，感謝爸爸、媽媽、外公、外婆、子瑩、文瑄，謝謝你們在我一無所有時，始終不疑不惑的陪伴在我身邊，給予我支持及鼓勵，忍受著我的情緒化和壞脾氣。感謝家人維持我的經濟來源，讓我能安心地寫完論文、完成學業；感謝文瑄一直照顧著我，修改我的英文摘要，還陪我演練口試及論文研討會。有你們的陪伴，非常幸福，希望你們可以永遠陪在我身邊，我會傾盡全力讓你們以我為榮，我愛你們。

口試的時候，李茂生老師和楊雲驊老師都質疑我這篇論文在實務上的實現可能性太低，我欣然接受這樣的批評；不過我覺得，在我還保有研究生身分、尚未進入實務的大染缸前，維持著高度理想性，對我而言倒也不見得是壞事。希望二十年後、三十年後，回首眺望這篇論文，我能夠挺直腰桿、正眼直視，絲毫無愧於自己當年寫下的這些文字。

敬，二十五歲的自己。

2014 年 6 月 23 日，寫於板橋

摘要



無罪推定，一個修習刑事法者耳熟能詳的帝王條款，自 2003 年正式訂入我國刑事訴訟法當中後，正式揭示我國之刑事訴訟程序採行無罪推定原則。據此，被告在刑事程序中被推定為無罪，應由檢察官對於被告之犯罪事實盡舉證責任，而釋字第 556 號解釋，亦肯認了檢察官應盡證明被告犯罪之舉證責任的憲法位階。然而，在現實上，由於特定犯罪之隱匿性、蒐證之困難性，檢察官對於被告犯罪之舉證常有困難，故國外刑事法學發展出「刑事立法推定」概念，在特定舉證困難的犯罪中，直接藉由立法推定之方式，減輕或轉換在無罪推定原則下檢察官應盡之舉證責任，藉此達到犯罪追訴之目的。然而這種立法模式，亦致生了是否違反無罪推定原則之高度疑慮。

為釐清上述問題，本論文首先將先介紹現今學說對於無罪推定原則、舉證責任內涵之討論，包含其概念緣起、分類、兩者之關聯性及有無例外等；進一步本論文將確立無罪推定原則在我國法應有之內涵為：檢察官應對於被告之犯罪事實，盡完全之舉證責任，且不應容許以立法方式減輕或轉換檢察官之舉證責任。

確立了上述的架構後，本論文將進而分析刑事立法推定概念。刑事立法推定包含了三種推定類型，就終局推定，本論文認為應視此種推定是否減輕檢察官之舉證責任，以判斷是否違反無罪推定原則；就強制推定，本論文認為此種推定直接將原本檢察官應證明之事實轉由被告負擔，違反無罪推定，而美國法對於此種推定的限縮方式，不是將架空此種推定，就是仍可能違反無罪推定，歐洲人權法院之限縮見解，則過於寬鬆及恣意，亦有檢討空間；最後，就任意推定，因為並未涉及檢察官舉證責任的減輕或轉換，與無罪推定並無直接違背，惟若欲引進至我國，則須審慎考慮其與我國訴訟制度的相容性，以及其本身法定證據主義性質

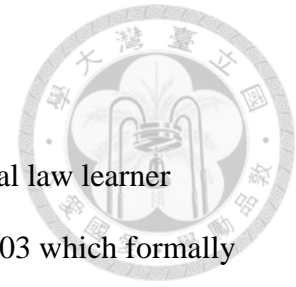
的妥適性。



最後，本論文將以我國公務員財產來源不明罪為例，著重討論本罪之刑事立法推定性質，以及本罪與無罪推定原則、檢察官舉證責任之衝突。就結論而言，本論文認為在現行法的解釋下，本罪係屬我國法上的「強制推定」規定，違反無罪推定並不當致生冤獄風險；至於其他可能的合憲性解釋途徑，不是超脫逾越條文文義，就是必須具有更多實證基礎或背景資料，始能論斷得否為此解釋。因此在本罪修法改動條文文字，或是提供更多實證基礎或資料以擴展新局之前，本論文仍傾向於廢除本罪，始不違背無罪推定原則。

關鍵字：無罪推定、舉證責任、刑事立法推定、終局推定、強制推定、任意推定、財產來源不明罪

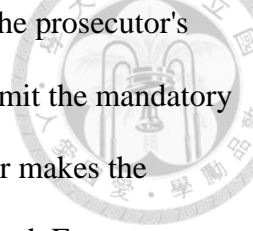
Abstract



The presumption of innocence, a king provision that every criminal law learner knows well, was enacted to Taiwan' s Criminal Procedure Law in 2003 which formally declared that criminal defendants in our country are under its protection. Accordingly, the defendant in criminal procedure is presumed innocent, and should the prosecutor take responsibility for proving the defendant's guilt which was also confirmed its constitutional status by Constitutional Interpret (CI) 556. However, due to the confidentiality and the difficulty of introducing evidence in some specific crimes, the prosecutor is sometimes hard to prove the defendant's guilt in practice. In this case, foreign criminal procedure law developed "statutory criminal presumptions" to reduce or reverse the prosecutor's burden of proof in certain crimes, yet also lead to a question that whether statutory presumptions violate the presumption of innocence or not.

To clarify the above question, first of all, this article introduces scholars' discussion of the presumption of innocence and the burden of proof including their origins, classifications, relevance and the possibility of exceptions. Furthermore, this article claims that the content of the presumption of innocence in our country is : " The prosecutor should take the entire responsibility for proving the defendant's guilt. In addition, it is not allowed to reduce or reverse the prosecutor's burden of proof by legislation".

Based on these grounds, this article will further analyze and examine statutory criminal presumptions, which include the following three types: First, the conclusive presumption, whose violation of the presumption of innocence depends on whether it reduces the prosecutor's burden of proof. Second, the mandatory presumption, which



disobeys the presumption of innocence because of shifting a part of the prosecutor's burden of proof to the defendant. U.S. Supreme Court's opinion to limit the mandatory presumption by applying "beyond a reasonable doubt" standard either makes the presumption useless or makes it still unconstitutional; on the other hand, European Court of Human Rights' view to restrict the mandatory presumption is quite loose and reckless. Third, the permissive presumption, non-involvement in reducing or reversing the prosecutor's burden of proof, does not directly violate the presumption of innocence; however, once introduced to our country, we should consider its suitability according to our institution of legal procedure.

Finally, this article will take Taiwan's property crime of unknown origin as an example, emphasizing its nature of statutory criminal presumptions as well as the conflict between this crime and the presumption of innocence. This article holds that under the explanation of the existing law, this crime is a mandatory presumption, violating the presumption of innocence and increasing the risk of wrongful conviction. The other possible constitutional explanations, nonetheless, either goes beyond the context of the Article or needs more information to confirm its respective appropriateness. Therefore, not until the context of this crime is modified or being sufficient empirical information to break new ground, this article still inclines to abolish this crime in order to correspond with the presumption of innocence.

key words : presumption of innocence, burden of proof, statutory criminal presumptions, conclusive presumption, mandatory presumption, permissive presumption, property crimes of unknown origin

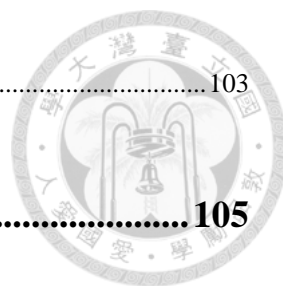
簡目



第一章 緒論	1
第一節 問題意識及研究動機	1
第一項 無罪推定在我國艱辛之發展歷程.....	1
第二項 追訴犯罪之利器—刑事立法推定.....	2
第三項 我國公務員財產來源不明罪之立法.....	3
第二節 研究方法與論文架構	4
第一項 研究方法.....	4
第二項 論文架構.....	5
第二章 無罪推定與舉證責任	7
第一節 無罪推定原則概說	7
第一項 意義及發展.....	7
第二項 適用時點.....	10
第三項 作用及影響.....	11
第二節 刑事舉證責任	14
第一項 提出證據責任及說服責任之分類.....	14
第二項 客觀舉證責任及主觀舉證責任之分類.....	18
第三項 我國實務之分類.....	20
第三節 無罪推定與舉證責任之關聯	31
第四節 無罪推定與舉證責任之例外?	33

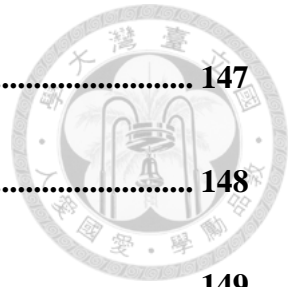


第五節 本文見解	34
第一項 刑事法體系的起點：保護法益及構成要件的建構.....	34
第二項 無罪推定及舉證責任之功能及範圍.....	37
第三項 我國實務舉證責任方法下具體程序的建構.....	57
第四項 小結.....	61
第三章 「刑事立法推定」概念在比較法之適用	63
第一節 推定概說	63
第一項 推定之意義.....	63
第二項 推定之目的.....	64
第三項 推定與推論.....	64
第二節 刑事立法推定概說	65
第一項 基本內涵.....	65
第二項 刑事立法推定之分類.....	66
第三節 比較法見解	68
第一項 概說.....	68
第二項 美國聯邦最高法院見解.....	70
第二項 強制推定之歐洲人權法院見解.....	79
第四節 本文見解—刑事立法推定適用於我國之妥適性	87
第一項 三種推定類型之釋義.....	88
第二項 終局推定.....	88
第三項 強制推定.....	92
第四項 任意推定.....	97



第五項 小結	103
第四章 我國公務員財產來源不明罪.....	105
第一節 我國刑事立法推定及舉證責任轉換概說	105
第二節 財產來源不明罪概說	108
第一項 修法沿革	108
第二項 保護法益	109
第三項 構成要件	111
第三節 「刑事立法推定」概念於本罪之運用	116
第一項 財產來源不明罪與刑事立法推定	117
第二項 是否違反無罪推定原則	119
第四節 實務案例	121
第一項 台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號判決	122
第二項 台中地方法院 102 年度訴字第 2318 號判決	126
第五節 本文見解—我國公務員財產來源不明罪之分析檢討	128
第一項 本罪為轉換舉證責任之強制推定	128
第二項 本罪違反無罪推定原則及檢察官舉證責任	132
第三項 實務見解評釋	137
第四項 其他解釋途徑之可能?	140
第五項 小結	146
第五章 結論	147

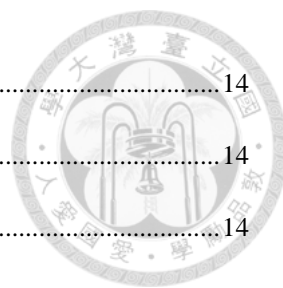
第一節	無罪推定、舉證責任及刑事立法推定.....	147
第二節	我國公務員財產來源不明罪.....	148
第三節	未來展望：一種面對犯罪追訴的嶄新態度.....	149
	參考文獻.....	154



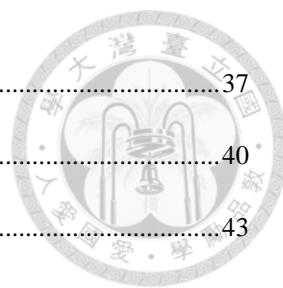
詳目



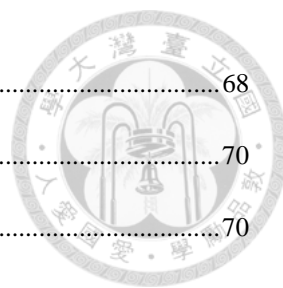
第一章 緒論	1
第一節 問題意識及研究動機	1
第一項 無罪推定在我國艱辛之發展歷程.....	1
第二項 追訴犯罪之利器—刑事立法推定.....	2
第三項 我國公務員財產來源不明罪之立法.....	3
第二節 研究方法與論文架構	4
第一項 研究方法.....	4
第二項 論文架構.....	5
第二章 無罪推定與舉證責任	7
第一節 無罪推定原則概說	7
第一項 意義及發展.....	7
第二項 適用時點.....	10
第三項 作用及影響.....	11
第一款 影響對嫌疑人權利干預.....	11
第二款 禁止有罪推定.....	11
第三款 無自證己罪義務.....	12
第四款 舉證責任.....	12
第五款 有罪判決應達毫無合理懷疑之確信.....	13
第六款 傳播媒體之制約.....	13
第二節 刑事舉證責任	14



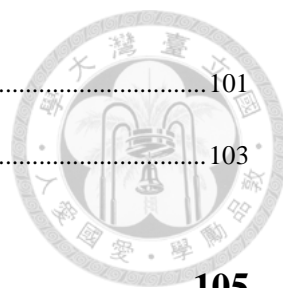
第一項 提出證據責任及說服責任之分類.....	14
第一款 概說.....	14
第一目 提出證據責任.....	14
第二目 說服責任.....	15
第二款 舉證責任之範圍.....	16
第二項 客觀舉證責任及主觀舉證責任之分類.....	18
第一款 概說.....	18
第一目 客觀舉證責任.....	18
第二目 主觀舉證責任.....	19
第二款 舉證責任之範圍.....	19
第三項 我國實務之分類.....	20
第一款 形式舉證責任及實質舉證責任.....	20
第二款 職權主義時期.....	21
第三款 改良式當事人進行主義時期.....	22
第一目 實務見解的發展.....	22
第二目 學說見解的討論.....	30
第三節 無罪推定與舉證責任之關聯.....	31
第四節 無罪推定與舉證責任之例外？.....	33
第五節 本文見解.....	34
第一項 刑事法體系的起點：保護法益及構成要件的建構.....	34
第一款 保護法益的確立.....	34
第二款 構成要件的建構.....	35
第三款 刑法謙抑性下保護法益及構成要件之關係.....	36
第二項 無罪推定及舉證責任之功能及範圍.....	37



第一款	刑事程序法之功能目的及防止冤獄的價值取向.....	37
第二款	我國無罪推定及舉證責任內涵及功能之釐清.....	40
第三款	無罪推定原則下檢察官舉證責任之範圍.....	43
第一目	先決問題的釐清—提出證據責任或說服責任的區分與否.....	43
第二目	檢察官舉證責任之範圍.....	44
第四款	無罪推定及舉證責任之例外?.....	49
第五款	無罪推定及舉證責任的立法面與程序面.....	53
第一目	立法面—禁止為轉換或減輕檢察官舉證責任之立法.....	53
第二目	程序面—檢察官在實際訴訟程序應盡完全舉證責任.....	56
第三項	我國實務舉證責任方法下具體程序的建構.....	57
第四項	小結.....	61
第三章	「刑事立法推定」概念在比較法之適用.....	63
第一節	推定概說.....	63
第一項	推定之意義.....	63
第二項	推定之目的.....	64
第三項	推定與推論.....	64
第二節	刑事立法推定概說.....	65
第一項	基本內涵.....	65
第二項	刑事立法推定之分類.....	66
第一款	終局推定.....	66
第二款	強制推定.....	66
第三款	任意推定.....	67
第三節	比較法見解.....	68



第一項 概說	68
第二項 美國聯邦最高法院見解	70
第一款 <i>Tot v. United States</i>	70
第二款 <i>Leary v. United States</i>	72
第三款 <i>County Court Of Ulster County, New York v. Allen</i>	74
第四款 <i>Sandstrom v. Montana</i>	76
第五款 小結	77
第二項 強制推定之歐洲人權法院見解	79
第一款 概說	79
第二款 <i>Salabiaku v. France</i>	80
第三款 <i>Hoang v. France</i>	82
第四款 <i>Janosevic v. Sweden</i>	85
第五款 小結	86
第四節 本文見解—刑事立法推定適用於我國之妥適性	87
第一項 三種推定類型之釋義	88
第二項 終局推定	88
第一款 視情形判斷是否違反無罪推定	88
第二款 美國聯邦最高法院見解檢討	91
第三項 強制推定	92
第一款 違反無罪推定及檢察官之舉證責任	92
第二款 美國聯邦最高法院見解檢討	93
第三款 歐洲人權法院見解檢討	94
第四項 任意推定	97
第一款 法定證據法則的幽靈	97
第二款 任意推定於我國訴訟制度下之妥適性	98



第三款 美國聯邦最高法院見解檢討.....	101
第五項 小結.....	103
第四章 我國公務員財產來源不明罪.....	105
第一節 我國刑事立法推定及舉證責任轉換概說.....	105
第二節 財產來源不明罪概說.....	108
第一項 修法沿革.....	108
第二項 保護法益.....	109
第三項 構成要件.....	111
第一款 行為主體.....	111
第二款 行為客體.....	112
第三款 主觀構成要件.....	113
第四款 客觀構成要件.....	113
第一目 得命公務員說明之主體.....	113
第二目 說明前提.....	114
第三目 說明義務及說服程度.....	114
第四目 說明範圍.....	115
第五目 行為性質.....	115
第三節 「刑事立法推定」概念於本罪之運用.....	116
第一項 財產來源不明罪與刑事立法推定.....	117
第一款 肯定說.....	118
第二款 否定說.....	118
第二項 是否違反無罪推定原則.....	119
第一款 肯定說.....	119



第二款 否定說	120
第四節 實務案例	121
第一項 台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號判決	122
第一款 判決摘錄	122
第二款 判決見解整理	125
第二項 台中地方法院 102 年度訴字第 2318 號判決	126
第一款 判決摘錄	126
第二款 判決見解整理	127
第五節 本文見解—我國公務員財產來源不明罪之分析檢討	128
第一項 本罪為轉換舉證責任之強制推定	128
第一款 保護法益及處罰基礎之釐清	128
第二款 本罪為轉換舉證責任之強制推定	130
第二項 本罪違反無罪推定原則及檢察官舉證責任	132
第一款 冤案風險提高	132
第二款 對學說見解之批判	133
第三項 實務見解評釋	137
第一款 保護法益及立法目的不明	138
第二款 不當將偵查成本的增加視作入罪化理由	138
第三款 錯解說明財產「來源」之本質	139
第四款 說明財產「來源」亦屬舉證責任減輕	139
第四項 其他解釋途徑之可能？	140
第一款 純粹違反行政義務？	141
第二款 違反公務員誠實申報財產義務？	142
第五項 小結	146

第五章 結論.....	147
第一節 無罪推定、舉證責任及刑事立法推定.....	147
第二節 我國公務員財產來源不明罪.....	148
第三節 未來展望：一種面對犯罪追訴的嶄新態度.....	149
參考文獻.....	154



圖表目錄



【圖 2-1】我國現行刑事訴訟實務舉證責任體系.....	29
【圖 2-2】本文所採之刑事訴訟舉證責任體系.....	60
【圖 2-3】本文之刑事法、無罪推定及舉證責任體系架構.....	62
【圖 3-1】美國聯邦最高法院之刑事立法推定檢驗架構.....	79
【圖 3-2】歐洲人權法院之強制推定檢驗架構.....	87
【圖 3-3】強制推定毫無合理懷疑標準之疑義.....	94
【圖 3-4】任意推定合理關聯基準之疑義.....	103
【圖 4-1】我國財產來源不明罪之強制推定結構.....	131



第一章 緒論

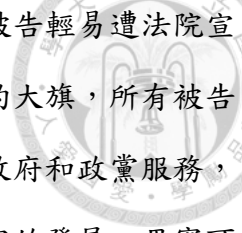
第一節 問題意識及研究動機

第一項 無罪推定在我國艱辛之發展歷程

無罪推定，一個普世皆知、法律人朗朗上口的原則。在現代法治國家，無罪推定已如帝王條款般，拘束著立法者、司法者，甚至一般人民。無罪推定原則最基本的定義為：任何人在被法院判決有罪前，皆應被推定為無罪，這個基本公式衍生出諸多下位原則，包括不自證己罪、國家對於被告犯罪之舉證責任、防止媒體預斷以及有罪心證之毫無合理懷疑門檻等。這些原則及理論，皆是在防止刑事被告，在未受有罪判決前，受到將其等同於有罪的任何不當侵害，不論侵害之源是來自國家、媒體或個人。

雖然無罪推定原則是如此為人所廣泛熟知，並且被幾乎所有民主法治國家所採用，但對於其內涵的詮釋跟實踐，卻因各國刑事訴訟發展歷程及學說見解的不同而有異。在英國法系國家，無罪推定原則並非絕對原則，包括像是舉證責任轉換或精神障礙抗辯，一般咸認可以突破無罪推定原則之封鎖，例外將舉證責任轉換予被告承擔；歐陸諸多國家亦肯認，為了追訴犯罪目的，得對舉證困難之犯罪類型，將證明自己無罪的舉證責任轉嫁予被告；亦有許多學者認為，其實刑事訴訟程序中，檢察官所扮演的角色及功能，本質上就是有罪推定，故此亦為無罪推定之例外。

在我國，長達近四十年的戒嚴及白色恐怖歲月，為我國刑事訴訟暨無罪推定的發展歷程，蒙上一層闕黑殘酷的可怖陰霾。在那個時代，憲法的基本權利章節淪為一張廢紙，人民無時無刻處於可能遭逮捕的狀態，遑遑不可終日；被逮捕之




後，既沒有無罪推定，亦無公平審判，在國家機器的宰制下，被告輕易遭法院宣布為叛亂分子，進而被處以極刑。在那個時代，打著國家安全的大旗，所有被告刑事權利的保障，不是付之闕如、就是束之高閣，司法只為了政府和政黨服務，三權分立窄化為行政權獨大。在那個時代，刑事訴訟及無罪推定的發展，毋寧可說是停滯的。

解嚴以後，隨著人民法治觀念的進步，以及國內諸多法律人前輩的努力，我國的刑事訴訟法制，才從零開始，一點一滴的朝向人權保障的方向進行建構。然而，這並不代表著我國刑事訴訟發展的春天已經到來，自解嚴至今所發生的種種冤獄爭議，突顯出雖然我國刑事訴訟法制的外觀已經邁向正常民主法治國家，惟隱藏於人權面紗之下，是我國刑事實務仍保有威權色彩的殘酷真相。不斷發生的違法訊問、檢察官的濫行聲押起訴、法官在卷證併送下難以遏止的有罪預斷，以及媒體毫無克制的不當報導，為我國無罪推定的發展平添了諸多阻礙。顯見我國無論是刑事訴訟法具體條文的細緻化和人權化，抑或是實質上對於無罪推定原則的尊重，皆仍有頗大的進步空間。

由於無罪推定原則在各國的實踐皆不一致，在上開脈絡下，本文將考量我國特殊之國情及歷史，試圖描摹及重新確立我國無罪推定原則在舉證責任領域應有之內涵及架構，並釐清檢察官舉證責任之範圍。此部分的論述亦將成為本文的核心支柱，並將以此檢驗後續的刑事立法推定概念及公務員財產來源不明罪。

第二項 追訴犯罪之利器—刑事立法推定

採行無罪推定及證據裁判原則的多數法治國家，常碰到一個難題是：在對於被告的定罪必須仰賴證據，而在有罪判決前皆須推定被告無罪的前提下，於特定舉證困難之犯罪，常會發生因國家無法提出證據證明被告犯罪，而被告又受無罪



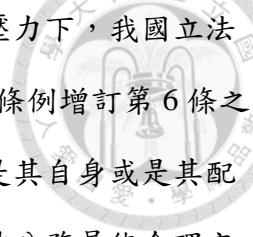
推定保障，最終只能無罪釋放被告的情況。這種情形可能導致的最嚴重結果就是犯罪追訴受到打擊，進而影響所謂公平正義之實現。此時，諸多國家發展出了一個取巧的方法，即仍在證據裁判原則下，突破無罪推定之限制，對特定犯罪以「刑事立法推定」(statutory criminal presumptions)的方式，減輕或轉換檢方之舉證責任，以達到犯罪追訴之目的。

刑事立法推定是美國法的用語，主要包含三種規範方式：終局推定(conclusive presumption)、強制推定(mandatory presumption)及任意推定(permissive presumption)。終局推定係終局性的強制陪審團以基礎事實「擬制」最終推定事實，不容許被告舉反證推翻；強制推定雖亦強制陪審團以基礎事實推定最終事實，卻容許被告有反證推翻的空間；而任意推定僅僅只是容許、並非強迫陪審團以基礎事實推論最終事實，且本身並不涉及舉證責任轉換，被告之犯罪事實仍須被證明至毫無合理懷疑之程度。

這三種推定模式，提供給了諸多歐美國家追訴犯罪的利器，若碰到現實上的舉證難題，且此難題並非單一個案時，立法者即會出動，以立法方式替偵查機關搭蓋一條定罪的捷徑。然而，由於刑事立法推定本身與無罪推定及檢察官舉證責任之潛在衝突性，歐美國家的司法者仍試圖對於刑事立法推定，以各種標準予以限縮，避免刑事立法推定徹底侵蝕並撼動無罪推定的基石。是以，無罪推定及舉證責任，與刑事立法推定兩者間之關係為何？是否衝突？歐美國家對於刑事立法推定之界限為何？是否妥適？凡此亦皆為本文欲討論之重點。

第三項 我國公務員財產來源不明罪之立法

在無罪推定之相關內涵及下位原則皆尚未發展完全的情況下，我國卻預先碰到了上述舉證困難的窘境，尤其是在貪污犯罪，由於條文本身要求對價性的要件，



而對價性卻常屬隱匿之事實，造成貪污犯罪追訴不利。在民眾壓力下，我國立法者借鏡了英國、香港、新加坡等立法例，於 2009 年在貪污治罪條例增訂第 6 條之 1「公務員財產來源不明罪」，將涉嫌貪污犯罪之公務員，無論是其自身或是其配偶、未成年子女下來源不明之財產，皆推定為係貪污所得，除非公務員能合理交代來源，否則皆將論以本罪。

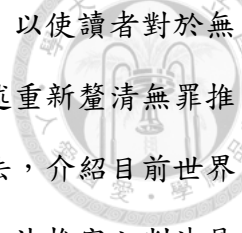
本罪於增訂之前，即遭來學者的普遍抨擊，認為本罪違反無罪推定原則及檢察官應盡之舉證責任，不當將舉證責任轉嫁予刑事被告承擔；惟立法者無視這些批評，認為既然英國、香港等現代法治國家或地區存有此法例，我國目前亦有相關舉證責任轉換之立法，顯見無罪推定本非絕對原則，仍執意通過本罪。通過之後，學界反而改持肯定態度，有贊同立法者見解認為無罪推定並非絕對者、有認為本罪根本不涉及舉證責任移轉者。之後由於實務上完全沒有被告遭本罪起訴或定罪，立法者復於 2011 年修正本罪，以擴張本罪之適用範圍。

就本文立場而言，本罪具有典型的「刑事立法推定」性質，無疑是我國無罪推定及舉證責任發展的試金石。是以，本文亦將簡介本罪之相關概念，包括保護法益、構成要件，以及學說、實務上對於本罪性質的探討，尤其係是否涉及舉證責任轉換或違反無罪推定；進而，本文將重新釐清本罪之保護法益，並以此法益檢視本罪是否構成舉證責任的移轉，最後再以無罪推定檢驗本罪，並同時檢討目前學說及實務之見解，以及其他解釋途徑之可能。

第二節 研究方法與論文架構

第一項 研究方法

本文將先採用文獻分析法，蒐羅相關國內外期刊論文、碩士論文及參考書籍，



整理歸納目前無罪推定、舉證責任及刑事立法推定之學說見解，以使讀者對於無罪推定及舉證責任有一概略的認識及綜覽，亦有利於本文於後述重新釐清無罪推定及舉證責任之內涵及範圍；接著，本文將採用外國法制參考法，介紹目前世界上兩大權威法院—美國聯邦最高法院、歐洲人權法院對於刑事立法推定之判決見解，包含案例事實及法院之意見，歐洲人權法院部分並將著重於對於轉換舉證責任之強制推定的介紹；進而，本文將運用演繹法，從上述各種理論，結合目前我國的刑事訴訟發展歷史及狀況，推導出本文認為無罪推定及舉證責任，在我國應有之內涵及範圍，並以此架構檢驗刑事立法推定概念之妥適性，以及我國公務員財產來源不明罪之正當性。


第二項 論文架構

本文主要架構如下：

首先，第一章為緒論，本文將說明本篇論文之問題意識、研究動機、研究方法及架構，以使讀者對於本文有基礎的認識及瞭解。

第二章為無罪推定及舉證責任概述。本文將概為整理目前學說上對於無罪推定及舉證責任之介紹，無罪推定部分包含其概念內涵、適用範圍、作用及影響；舉證責任部分則擬從目前學說上曾討論之三種類方式切入，概述此三種類方式之內涵，以及應舉證之範圍為何；分別簡介完兩個概念後，本文將進而說明學說上認為兩者間之關聯為何？以及兩者是否有其例外？最後，在本文見解部分，將總結上述之討論，從我國之刑事法體系出發，推導出無罪推定及舉證責任在我國應有之內涵及架構，並結合我國實務現況，嘗試建構具體的實踐方法。

第三章為刑事立法推定之介紹與分析。本文將先簡述「推定」概念之意義及



功能，再說明何謂刑事立法推定，終局推定、強制推定及任意推定，三者之概念內涵及意義分別為何。接著，本文將以世界上兩個具權威性之法院——美國聯邦最高法院、歐洲人權法院之見解，分析並探討刑事立法推定在美國及歐洲運用之界限。在本文見解部分，將以第二章所確立的無罪推定及舉證責任體系，檢驗刑事立法推定概念若引入我國，其與無罪推定原則及檢察官之舉證責任是否相容，同時並分別對於美國及歐洲的限縮基準本身做出分析及批判。

第四章為我國公務員財產來源不明罪的介紹及分析。由於我國近期較具刑事立法推定性質的犯罪規定，即為公務員財產來源不明罪，故本文將在本章著重探討公務員財產來源不明罪，包含本罪之立法沿革、保護法益、構成要件等、國內學者對於本罪是否具有舉證責任轉換性質、是否違反無罪推定之相關討論，以及現行實務上的相關見解。在本文見解部分，將分析財產來源不明罪之性質，確立本罪實屬舉證責任轉換之強制推定立法，再檢驗本罪與無罪推定及檢察官之舉證責任間的相容性，並同時對於目前學說及實務見解提出批判，最後亦嘗試賦予本罪不同的解釋途徑，探索本罪從與無罪推定的衝突中解套的可能性。

第五章即為結論。本章之主要內容即係歸納整理全篇所強調之重點，並重申本文所認為無罪推定及舉證責任在我國之應有內涵，以及在此脈絡下，將刑事立法推定引入我國法制的妥適性，現行公務員財產來源不明罪的正當性。同時，本文亦將嘗試對於犯罪追訴提出一個嶄新的態度，提醒人們在追求真相、實現正義的路途上，亦同時須將國家機器視作另一個危險源，以避免在一味追求犯罪追訴之時，卻使國家重新披上威權專制的外衣。



第二章 無罪推定與舉證責任

第一節 無罪推定原則概說

第一項 意義及發展

無罪推定最基本的意義為：被告在被刑事法院證明有罪前，應被視為無罪，此一原則係為防止被告在依法定程序判決有罪前，遭受如同已認定其有罪的對待。¹學者認為，此係憲法法理中人性尊嚴之具體化，與刑事實體法的罪責原則，同樣係保障被告於有罪判決前免於受到權利干預，而視為在程序上對罪責原則之保障。因無罪推定原則與被告之公平程序權與防禦權息息相關，對於被告可能受到國家不當侵害而言，此原則係一項有效的、及早的與持續性的限制。²

依據學者的整理³，無罪推定在英美法系國家之理論來源，有認為可溯及至古代羅馬法的「有疑時利益歸於被告」(in dubio pro reo)原則；亦有人主張此原則最早出現於英國的習慣法：在英國刑事訴訟法的證據法則當中，刑事訴訟當事人地位平等，法官以獨立、公正第三人的立場依法居中裁決，起訴一方的指控須達到排除一切合理懷疑程度，始能使法官形成被告有罪之心證，英國法之無罪推定原則即係發源自此。之後，在1215年的英國大憲章、1628年的權利請願書⁴，皆有

¹ Tadros & Tierney, *The Presumption of Innocence and the Human Rights Act*, 67 *The Modern Law Review* 402 (2004); 楊雲驊，新法下檢察官的舉證責任及法院的調查義務—評最高法院九十一年度第四次刑事庭決議，*月旦法學雜誌*，89期，2002年10月，頁234。

² 黃惠婷，無罪推定原則之探討，*月旦法學教室*，50期，2006年12月，頁95。

³ 蕭仰歸、陳荔彤，論無罪推定原則於國際人權法之規範與實踐，*台灣國際法季刊*，8卷4期，2011年12月，頁166-168。

⁴ 英國大憲章第39條：「任何自由人，如果未經同級之貴族依法裁判，或經國法判決，不得被逮捕、

無罪推定之精神。1935 年的 *Woolmington v. DPP* 一案，最終確立了無罪推定原則在英美法系的地位，法院判決認為檢察官必須證明被告之犯罪成立，被告並無證明其為無辜之責任。⁵論者評釋此判決將檢察機關的舉證責任比喻為為童話中具有關鍵意義的金線 (golden thread)，引為最重要的證據規則之一。⁶

大陸法系國家，在啟蒙時期以前，認為嚴重的犯罪嫌疑係對秩序的嚴重破壞，而為了回復這種破壞，可透過澄清嫌疑的無罪證明，必要時甚至可以刑求取得供述，藉此「洗清污穢」。⁷為檢討此種現象，義大利哲學家貝加利亞在 1764 年於其著作「犯罪與刑罰」中亦主張：「無論是什麼人，在法官下判決前，他都不會被認為有罪。……假若犯罪並非確實之事實，則苛責無辜者一事豈不是件嚴酷之事？因為所有未被證明犯罪的人，於法之前都應被認為是無罪。」⁸一般皆咸認此為無罪推定原則於大陸法系發展之濫觴。1948 年的世界人權宣言於第 11 條亦納入此原

監禁、沒收財產、剝奪法律保護權、留放或加以任何其他損害。」權利請願書：「……任何人，除非依法律正當程序之審判，不論其身份與環境狀況如何，均不得將其驅逐出國，或強迫使其離開所居住之采邑，亦不得予以逮捕、拘禁或取消其繼承權、或剝奪其生存之權利。」翻譯參考自蕭仰歸、陳荔彤，前揭註 3，頁 167。

⁵ 原文：“The prosecution must prove the guilt of the prisoner, there is no...burden laid on the prisoner to prove his innocence and it is sufficient for him to raise a doubt as to his guilty.” see *Woolmington v. DPP* [1935] A.C. 462.

⁶ 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 127-128。

⁷ 蕭仰歸、陳荔彤，前揭註 3，頁 167-168；貝加利亞著，李茂生譯，犯罪與刑罰，協志工業叢書，2 版，2007 年 4 月，頁 40-50。

⁸ 貝加利亞著，李茂生譯，前揭註 7，頁 40-41。

則，足見無罪推定目前應屬普世價值。⁹



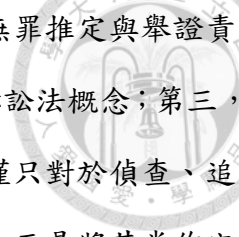
我國於 2003 年，始通過刑事訴訟法第 154 條第 1 項規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」希冀藉此導正社會上預斷有罪之觀念，並就保障被告人權提供法律基礎¹⁰；2009 年我國通過之公民政治權利國際公約，於第 14 條亦明定：「受刑事控告之人，未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。」2010 年通過之刑事妥速審判法第 6 條則規定：「檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無法說服法院以形成被告有罪之心證者，應貫徹無罪推定原則。」顯見我國目前確為奉行無罪推定之國家無疑。

論者認為，無罪推定約略具有以下三種意義：¹¹第一，基於公平裁判之理念，

⁹ 世界人權宣言第 11 條：「凡受刑事控訴者，有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。」

¹⁰ 立法理由謂：「按世界人權宣言第十一條第一項規定：『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，例如意大利憲法第二十七條第二項、土耳其憲法第三十八條第四項、葡萄牙憲法第三十二條第二款等，我國憲法雖無明文，但本條規定原即蘊涵無罪推定之意旨，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，從而檢察官須善盡舉證責任，證明被告有罪，俾推翻無罪之推定。**」此亦足見我國的刑事訴訟法，最起碼於 2003 年以前，不具有明確的無罪推定精神，相較於西方國家數百年的無罪推定發展歷程，我國目前實仍屬無罪推定發展的初期階段。

¹¹ 陳煜昇，刑事訴訟程序中無罪推定原則之研究，國防大學管理學院法律學系碩士論文，2011 年，頁 11。



將無罪推定提升至憲法層次加以保障之基本權概念；第二，將無罪推定與舉證責任之關係併為論述，在證據法導出該原則之適用界限與內涵的訴訟法概念；第三，關於被告之人格及自由應予尊重以及應受人道對待之觀念，惟僅只對於偵查、追訴及審判機關為教條式的宣示，即不將無罪推定視為強制規範，而是將其當作宣示性原則。論者並分析，前兩種意義係英美法國家所強調，第三種意義則係職權主義之大陸法系國家所採之見解。

第二項 適用時點

無罪推定究應於何時開始適用，我國刑事訴訟法並未有明確規定，有論者主張無罪推定之主要功能既在於避免未經嚴格的證據調查、證明及辯論程序而被恣意定罪，則無罪推定之適用起點，為被告進入法庭的那一刻；在犯罪偵查過程中，因與定罪尚無直接關聯，並無無罪推定適用，只要執法人員有懷疑嫌疑人涉有犯罪之相當事由存再即可予以逮捕、羈押或搜索¹²；亦有論者主張無罪推定適用於被告有保護需要之起訴時¹³；另有主張始於追訴程序的發動，即追訴機關對於特定人產生犯罪嫌疑時。¹⁴

無罪推定之結束時點，我國法雖規定為「有罪確定」，但此有罪確定僅指一審事實審的有罪確定，還是包含二級事實審，甚至三級法律審？在採陪審制之英美國家，犯罪事實之認定僅於第一審程序中進行與認定，第二審之審理目的在於指摘第一審程序，故無罪推定原則原則上僅適用於第一審；然論者認為，因我國第二審採覆審制，可推翻第一審判決，無罪推定原則仍適用於我國第二審判決前¹⁵；

¹² 蔡秋明，前揭註6，頁128。

¹³ OLG Koeln NJW 1987, 2682, 2684. 轉引自黃惠婷，前揭註2，頁96。

¹⁴ Paeffgen, SK-stPO, Vor § 112 Rn. 26. 轉引自黃惠婷，前揭註2，頁96。

¹⁵ 黃朝義，無罪推定—法與思系列，五南，初版，2001年8月，頁5以下。

另有見解認為，若被告於判決最終確定前若皆推定為無罪，則判決最終確定前之下級審有罪判決，豈非全部違法？因此較合理的解釋為，被告於第一級事實審中被認定有罪後，無罪推定原則即告消失、無存在餘地，現行第 154 條之規定，「確定」二字實屬不當，並非無罪推定之原意。¹⁶

第三項 作用及影響

茲依學者之整理，將無罪推定之作用及影響分述如下：¹⁷

第一款 影響對嫌疑人權利干預

依我國刑事訴訟法第 456 條規定：「裁判除關於保安處分者外，於確定後執行之。」故刑罰之執行必以有罪確定為要件。無罪推定原則限制對尚未定罪的被告施以具有自由刑性質的干預，即禁止在判決確定以前，執行以有罪為前提的任何處分或將被告視為有罪。

第二款 禁止有罪推定

實務見解認為，被告否認犯罪所持辯解縱不成立，若非有確實證據，足證明對被告犯罪已毫無合理懷疑，不能遽為有罪認定¹⁸；且犯罪事實應依證據認定之，不得僅以被告之反證不成立，持為認定犯罪之論據¹⁹；另外，犯罪事實是否可信須

¹⁶ 蔡秋明，前揭註 6，頁 129。

¹⁷ 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，3 版，2013 年 4 月，頁 14-16；郭吉助，無罪推定原則於檢察官職權中之體現—以實施偵查、提起公訴及實行公訴為中心，檢察新論，4 期，2008 年 7 月，頁 185-186；黃惠婷，前揭註 2，頁 97-100。

¹⁸ 最高法院 92 年台上字第 1475 號刑事判決。

¹⁹ 最高法院 21 年上字第 474 號刑事判例。

參酌各方面情形，不得以推測理想之詞作為科刑判決之基礎。²⁰



第三款 無自證己罪義務

無罪推定不僅適用於審判之證據認定階段，也適用於偵查程序。尤其對被告之訊問或詢問，基於不自證己罪，刑事訴訟法第 95 條第 2 款規定被告享有緘默權之保障，此與第 156 條不正訊問方法禁止為一體兩面，前者係消極保障，後者係積極保障。質言之，刑事訴訟法賦與被告享有緘默權利，禁止國家追訴機關不惜一切代價取證，並由緘默權引伸出被告沒有義務配合不利於己之刑事追迫。²¹

第四款 舉證責任

刑事訴訟法第 154 條立法理由謂：檢察官須善盡舉證責任證明被告有罪，以推翻被告無罪之推定；第 161 條立法理由則謂：鑒於我國刑事訴訟法制度設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人地位對被告進行追訴，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舉證責任；速審法第 6 條亦規定，檢察官對於起訴之犯罪事實應負提出證據責任及說服責任，若檢察官所提出之證據不足證明被告有罪，或其指出之證明方法無法說服法院形成有罪心證，應貫徹無罪推定原則。是以，無罪推定原則下，證明被告有罪之舉證責任在於「國家」，被告無需負擔舉證責任，而代表國家追訴犯罪之檢察官則須盡力推翻被告無罪之推定，如此結論被視為無罪推定之結果。²²

²⁰ 最高法院 20 年上字第 958 號刑事判例。

²¹ 黃惠婷，前揭註 2，頁 98。

²² 黃朝義，前揭註 17，頁 14-16；郭吉助，前揭註 17，頁 185；黃惠婷，前揭註 2，頁 98-99；不同見解，參楊雲驊，前揭註 1，頁 234-235。



第五款 有罪判決應達毫無合理懷疑之確信

學者認為，在無罪推定原則下，法官的有罪判決確信必須是在毫無合理懷疑下認定事實為真實，即使有高度的可能性亦非確信，實務見解即認：「按犯罪事實之認定，應憑證據，如未能發現確實之證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎；又犯罪事實所憑之證據，無論係直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有合理之懷疑而得確信為真實之程度，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達此程度而尚有合理之懷疑時，本諸無罪推定之原則，自應為被告無罪之諭知。」²³是故實務見解亦肯認，國家之所以對於被告犯罪事實之證明須達毫無合理懷疑之程度，其上位概念係因無罪推定原則。²⁴

第六款 傳播媒體之制約

學者亦認為²⁵，大眾傳播媒體因對民眾資訊取得擁有龐大影響力，愈是在一個法律意識薄弱的社會，保護個人的人格權越顯重要，故應肯定無罪推定原則應適用於大眾傳播媒體的報導行為。據此，國家應關切媒體報導是否逾越應有界限，媒體對涉嫌人不能有任何偏見的報導，其在有罪判決尚未確定前的任何有罪主張，不管事後主張是否正確，在無罪推定原則的要求下皆應自制或制止。

²³ 最高法院 92 年台上字第 1457 號刑事判決。

²⁴ 黃惠婷，前揭註 2，頁 99；惟王兆鵬教授採不同見解，氏認為無罪推定僅係使舉證責任由檢察官負擔，並無法推導出此舉證責任須達毫無合理懷疑之程度，毫無合理懷疑門檻的真正理由，應是在於刑事訴訟法寧可讓有罪之人逍遙法外、亦不能讓無罪之人無辜受害的價值取向，詳後述，參王兆鵬，刑事舉證責任理論—由英美法理論出發，台灣大學法學論叢，28 卷 4 期，1999 年 7 月，頁 177-180。

²⁵ 黃惠婷，前揭註 2，頁 99-100。



第二節 刑事舉證責任

關於刑事訴訟法之舉證責任，學者間有不同之分類，大致可分為美國法所採之「提出證據責任」及「說服責任」分類，以及德國法所採之「客觀舉證責任」及「主觀舉證責任」，我國實務則是以「形式舉證責任」及「實質舉證責任」之用語作為標準。茲將比較法上兩種分類方式，以及我實務運作情形，大致介紹如下：

第一項 提出證據責任及說服責任之分類

第一款 概說

有論者參考美國法之見解，將舉證責任分為「提出證據責任」(burden of producing evidence)及「說服責任」(burden of persuasion)。茲將兩種責任之意義、功能及適用範圍分述如下：²⁶

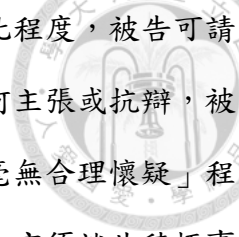
第一目 提出證據責任

所謂「提出證據責任」，係指負此責任者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，即得做出對其不利的判決。²⁷

具體而言，審判開始後，檢察官有先提出證據證明被告犯罪事實之責任，且最少須證明至「表面證據」(prima facie case)程度，即若採信該證據，在無相反

²⁶ 以下整理自王兆鵬，前揭註 24，頁 169 以下；吳巡龍，刑事證據法入門：第一講 刑事舉證責任的分配，月旦法學教室，54 期，2007 年 4 月，70 頁以下；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 以下；吳巡龍，舉證責任與法院依職權調查證據，檢察新論，12 期，2012 年 7 月，頁 178 以下。

²⁷ 王兆鵬，前揭註 24，頁 169。



證據下，可據以認定其所證明之事為真實；檢察官若未證明至此程度，被告可請求法院逕為無罪判決。檢察官舉證完畢後，若被告選擇不為任何主張或抗辯，被告無任何舉證責任，由法官或陪審團判斷檢察官是否證明至「毫無合理懷疑」程度；惟被告若另提出積極事實，用以反駁檢察官之主張，則被告亦須就此積極事實「提出證據責任」，例如被告提出「積極抗辯」，主張其行為是出於正當防衛、心神喪失、強制狀態等，此時被告即應提出足以認為上開事實為合理可能之證據，否則即推定沒有阻卻違法或阻卻、減免罪責事由；惟被告提出證據責任之門檻應比檢察官低，以「有合理懷疑」程度為已足。²⁸

第二目 說服責任

所謂「說服責任」，則係指負此責任者須說服裁判者相信其所提出之證據，並相信其主張為真實的責任，若無法說服裁判者其主張為真實，則裁判者必須就該待證事實做出其敗訴判決。²⁹學者認為，說服責任可依裁判者被說服的「確信」程度，分為「毫無合理懷疑」(beyond a reasonable doubt)³⁰、「證據明確」(clear and convincing evidence)、「證據優勢」(preponderance of evidence)等三種不同程度。「毫無合理懷疑」係指須說服裁判者至毫無合理懷疑其主張可能為不實程度；而「證據優勢」係指就待證事實所提出的證據，僅需較對造更具說服力，即已盡其舉證責任，證據優勢表示對於待證事實的「存在」較「不存在」更為可能；而所謂「證據明確」則係介於「毫無合理懷疑」及「證據優勢」兩者之間，必須明確

²⁸ 吳巡龍，刑事證據法入門：第一講 刑事舉證責任的分配，月旦法學教室，54期，2007年4月，頁76-77。

²⁹ 王兆鵬，前揭註24，頁169；吳巡龍，前揭註28，頁76-82。

³⁰ 王兆鵬教授原文以及國內普遍將此譯為「無庸置疑」，惟本文以為「毫無合理懷疑」的用語，不僅與英文原文之語意較為貼近，亦與我國實務用語相符，為行文方便，乃以「毫無合理懷疑」門檻稱之。

且有說服力的證據證明。³¹



王兆鵬教授認為，在刑事訴訟法中，檢察官就待證事實的說服責任必須達毫無合理懷疑之程度，此並非係導因自無罪推定原則，蓋無罪推定僅係推定被告無罪，並未解釋檢察官為何必須證明至「毫無合理懷疑」，而不是「證據優勢」或「證據明確」；亦非係為在資源不均等的訴訟結構中，維持檢察官與被告的對等，因要求檢察官須就被告犯罪事實證明至「毫無合理懷疑」程度，實與資源不均等並無關聯，檢察官擁有之資源，不會因檢察官高度之舉證責任程度而有所減損；真正的理由，應係藉由使檢察官負毫無合理懷疑之高度說服責任，提高被告被定罪的門檻，進而降低被告被誤判為有罪的機會。王教授進一步認為，此即在表示刑事訴訟理論，寧可選擇讓有罪者逍遙法外，也不要讓無罪者被誤判為有罪，即「與其殺不辜，寧失不經」之精神。³²

第二款 舉證責任之範圍

美國法³³要求檢察官對於犯罪之構成要件，有提出證據責任，且所提出之證據須說服裁判者達「毫無合理懷疑」程度，亦即根據檢察官所提出證據，毫無合理懷疑被告可能為無辜之人；且檢察官此時之責任，並非對於每一項證據證明到毫無合理懷疑程度，而是對構成犯罪的每一項要素證明到毫無合理懷疑程度。若被告主張阻卻違法（justification）或阻卻罪責事由（excuse）時，美國法一般規定被告須就此負「提出證據責任」，待被告就上開事實提出全部證據後，法院必須判斷被告是否已提出足夠證據，至於提出證據之門檻，則因各州法律規定不同而有異。若被告未提出證據，或提出證據未達法律規定程度，法院將指示陪審團不得考慮

³¹ 王兆鵬，前揭註 24，頁 169-171。

³² 王兆鵬，前揭註 24，頁 177-180。

³³ 以下參考自王兆鵬，前揭註 24，頁 171-173。



阻卻違法或阻卻罪責事由之主張。

待兩造盡其提出證據責任，才有說服責任問題。美國聯邦最高法院見解指出，依憲法「正當法律程序」，檢察官除須對「構成要件該當性」負說服責任，且說服程度尚須達「毫無合理懷疑」之程度；對於阻卻違法及阻卻罪責事由，各州之規定不同，有規定被告須就此負說服責任，據此，若被告未能就有阻卻違法事由或阻卻罪責事由之「存在」，說服陪審團至毫無合理懷疑之程度，應為對被告不利之認定；亦有州要求檢察官須就此負說服責任，則若檢察官未能說服陪審團被告之阻卻違法或阻卻罪責事由之「不存在」，達到毫無合理懷疑程度，則應對被告為有利之認定。

學者認為，基於無罪推定原則，犯罪之構成要件，應由檢察官負提出證據責任及說服責任，該無疑義；惟就阻卻違法事由及阻卻罪責事由而言，應由被告負提出證據責任，而由檢察官負說服法院阻卻違法或阻卻罪責事由不存在的責任，理由如下：³⁴首先，就無罪推定原則而言，若檢察官盡其舉證責任證明被告構成要件該當後，被告之無罪推定即被推翻，此時要求被告須提出證據證明阻卻違法或阻卻罪責事由存在，不違反無罪推定原則；再就舉證責任一般分配原則而言，對於阻卻違法或阻卻罪責事由之事實，被告最容易得到知識或證據，自應由被告負提出證據責任。

被告雖須就阻卻違法及阻卻罪責事由存在負提出證據責任，未必須負說服責任。學者認為，檢察官於刑事訴訟中所負責任，應是證明被告有可罰性及國家得施刑罰於某一特定被告，當被告提出證據證明阻卻違法或阻卻罪責事由存在，即係否認犯罪、否認國家得以刑罰加諸其身，檢察官未履行其於刑事訴訟中所負證

³⁴ 王兆鵬，前揭註 24，頁 181-182。

明被告有可罰性之責任，自仍應就阻卻違法或阻卻罪責事由之不存在，負說服責任，且說服程度並應至「毫無合理懷疑」之程度，以防止無辜者被誤判為有罪。是故依學者的見解，構成要件該當性須由檢察官負提出證據責任及說服責任，違法性及罪責，則須由被告負提出證據責任，再由檢察官負說服責任。

第二項 客觀舉證責任及主觀舉證責任之分類

第一款 概說

相對於美國法之提出證據責任及說服責任，有論者則係採德國法之舉證責任分類，將舉證責任分為「客觀舉證責任」及「主觀舉證責任」，茲分述如下：³⁵

第一目 客觀舉證責任

客觀舉證責任係指：當訴訟程序之「最後」，法官無法認定要件事實，待證事實仍屬不明時，應由何方負擔不利益之問題。客觀舉證責任只問那些是為了達成訴訟目的法律要件事實，是否處於不明狀態，至於應由「誰」來澄清這個事實，則非所問，而應由主觀舉證責任決定。

再者，在刑事訴訟程序，本於有疑則利被告原則，法官有罪判決必須本於自由心證對於犯罪事實達到「確信」之程度，才足以做成有罪認定；若訴訟最後，被告之犯罪事實處於不明狀態，法院即應為對被告有利之認定，即無罪判決。換言之，刑事訴訟之客觀舉證責任，由擔任控方之檢察官承擔。惟論者認為，此確信的真實，頂多只能達到理論上的高度可能性，亦有論者認為此確信心證相當於

³⁵ 以下整理自林麗瑩，刑事法下的舉證責任—有疑則利被告原則、被告不自證己罪原則，月旦法學雜誌，133期，2006年6月，頁7-9。



上述美國法的「毫無合理懷疑」證明。³⁶

第二目 主觀舉證責任

主觀舉證責任則係指：在「訴訟進行中」，要件事實的認定必須透過各種直接、間接事實來累積，多數時候更須藉由經驗法則與論理法則推論要件事實，這些用以累積或打擊要件事實的待證事實，通常由對其有利的一方負主張及證明之責任，此即所謂主觀舉證責任，例如刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定，不僅指檢察官應負犯罪事實至訴訟最後仍有不明時，認定犯罪事實不存在之客觀舉證責任；亦指犯罪成立的所有要件事實，應由檢察官主張與提出證據證明之。³⁷

一般認為，在職權進行的訴訟制度，法院不待當事人主張及舉證，即有依職權調查之義務，故當事人間並無主觀舉證責任³⁸；惟在改良式當事人主義下，作為控方之檢察官，仍對被告之犯罪事實負有主觀舉證責任，並舉出證明之方法，此觀刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定，即可得知。³⁹

第二款 舉證責任之範圍

採客觀及主觀舉證責任分類的學者，就犯罪階層體系之構成要件該當性、違法性及罪責，個別應由誰負舉證責任，有不同之見解。就構成要件該當性而言，

³⁶ Vgl. Kokott, Beweislastverteilung und Pronoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten 1993, S. 17. 轉引自林麗瑩，前揭註 35，頁 8。

³⁷ 林麗瑩，前揭註 35，頁 9-11。

³⁸ Vgl. Kokott, a.a.O.(Fn. 20), 12f.; Feigen, Die Beweislastumkehr im Strafrecht – Geldwäche, Vermögensentziehung, Hehlerei – de lege lata et ferenda 1998, S. 37, 47f. 轉引自林麗瑩，前揭註 35，頁 9-10。

³⁹ 林麗瑩，前揭註 35，頁 10。

學者皆認為應由國家同時負客觀舉證責任及主觀舉證責任；惟就阻卻違法及阻卻罪責事由而言，有論者則認為，雖然阻卻違法、阻卻罪責事由的客觀舉證責任，仍在控方，惟該等事由之存在，應由有利之一方即被告負主觀舉證責任⁴⁰；另有論者認為⁴¹，違法性及罪責，與構成要件該當性相同，皆屬犯罪成立要件，應被國家證明至有罪確信程度，無論如何不能課予被告舉證責任，若最後事實仍不明時，法院應對被告為有利認定，即判定為阻卻違法事由或阻卻罪責事由存在，故被告不構成犯罪。⁴²

第三項 我國實務之分類

第一款 形式舉證責任及實質舉證責任

觀察我國刑事訴訟之實務及立法用語，多係以「形式舉證責任」及「實質舉證責任」作為舉證責任之分類標準，依照學者的詮釋，形式舉證責任其實類似於「提出證據責任」及「主觀舉證責任」⁴³，強調調查程序過程中，為避免承擔不利益判斷之一方當事人，於程序中提出證據的責任⁴⁴；實質舉證責任則近似「說服責

⁴⁰ 林麗瑩，前揭註 35，頁 11。

⁴¹ 林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則—歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，145 期，2010 年 2 月，頁 148。

⁴² 其實嚴格來說，林鈺雄教授本身根本否定主觀舉證責任之存在必要性，亦即只有一種舉證責任，即客觀舉證責任，自亦無判斷違法性、罪責之主觀舉證責任應由誰負責任之需要，參林鈺雄，檢察官之「舉證責任」—兼論刑事訴訟之修法方向，刑事程序法研討會（一）：刑事訴訟法改革對案，2000 年 10 月，頁 41。

⁴³ 楊雲驊，前揭註 1，頁 236。

⁴⁴ 陳運財，論刑事訴訟證據法則之修正—評司法院刑事訴訟法部分條文立法總說明，律師雜誌，255 期，2000 年 12 月，頁 28。

任」、「客觀舉證責任」，係指審判期日證據調查結束後的一種「結果責任」。形式舉證責任及實質舉證責任適用之範圍，可依「職權主義時期」及「改良式當事人進行主義時期」作為分水嶺，茲分述如下：⁴⁵



第二款 職權主義時期

我國刑事訴訟法第 161 條、第 163 條第 1 項，於 2002 年 2 月修法以前原分別規定：「檢察官就被告犯罪事實，有舉證責任。」「法院因發見真實之必要，應依職權調查證據。」傳統實務本於職權主義，認為法院既依第 163 條第 1 項，有調查證據之義務，是故檢察官就被告犯罪事實，僅負「形式舉證責任」，而由法院負「實質舉證責任」。參考過往實務見解，檢察官所負之形式舉證責任，僅須使法院得有「合理可疑近於確信之程度」，即盡其責任，法院為發見真實之必要，仍應依職權調查證據，以盡法院之實質舉證責任。⁴⁶

學說上對此批評甚深，有論者從根本上否定形式舉證責任之存在價值，認為形式舉證責任，不過係由客觀舉證責任推演而出，本身欠缺自主性，故僅係實質舉證責任之反射作用，無獨立意義⁴⁷；亦有論者認為，在對被告之犯罪事實進行認

⁴⁵ 合先敘明者，由於我國究應採當事人主義、職權主義、改良式當事人主義，以及在這些訴訟結構下法院及檢察官所扮演的角色為何，並非本文所討論之重點，因此以下僅著重介紹目前我國實務運作之現況，以使讀者對我國刑事訴訟既有之舉證責任規則有一概略了解，對於學說上之不同見解或批判，則將較為簡略。

⁴⁶ 最高法院 80 年度台上字第 1065 號刑事判決：「按刑事訴訟法第一百六十一條檢察官就被告犯罪事實固負有舉證責任，但其舉證祇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，法院為發見真實之必要，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，不得遽為無罪之判決。」

⁴⁷ 陳運財，前揭註 44，頁 28；林鈺雄，前揭註 42，頁 41。

定的法庭活動中，殊難想像檢察官之提出證據責任有「已盡」的時候，不論在何種立法例，縱檢察官於此一階段之地位或職權不同，但並無檢察官「已脫離此案件」的審判方式，此亦於我國法要求檢察官須蒞庭實施公訴之規定不符；再者，檢察官本於客觀性義務，對被告之有利不利應一律注意，並須藉上訴以監督法官判決，更有再審、非常上訴之可能，是以舊法實務認為檢察官僅須使法院對被告犯罪事實有合理懷疑即盡其形式舉證責任，顯有未當。⁴⁸

第三款 改良式當事人進行主義時期

第一目 實務見解的發展

壹、刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 2 項之修法

刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 163 條第 2 項於 2002 年分別修正為：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」「法院為發見真實，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。」一般咸認此係代表我國往「改良式當事人進行主義」邁進之修法，據此，法院原則上並無依職權調查證據之「義務」，僅有調查證據之「權利」，而應由檢察官對於被告之犯罪事實負實質舉證責任。

貳、最高法院 91 年第 4 次刑事庭決議

對於上開修法，最高法院 91 年度第 4 次刑事庭決議進一步闡示如下：「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一百六十一條(下稱本法第一百六十一條)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』，明訂檢察官舉證責任之內涵，除應盡『提出證據』之形式舉證責任(參照本法修正前增訂第一百六十三條之立法理由

⁴⁸ 楊雲驊，前揭註 1，頁 235-238。

謂『如認檢察官有舉證責任，但其舉證，仍以使法院得有合理的可疑之程度為已足，如檢察官提出之證據，已足使法院得有合理的可疑，其形式的舉證責任已盡...，』)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。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。同條第二、三、四項，乃新增法院對起訴之審查機制及裁定駁回起訴之效力，以有效督促檢察官善盡實質舉證責任，藉免濫行起訴。」

上開決議即係肯認，新法下檢察官除負有形式舉證責任、提出證據責任，亦應負有說服法官確信被告犯罪事實存在之說服責任、實質舉證責任；惟因法官依刑事訴訟法第 163 條第 2 項，有調查證據之權利或義務，則此法官之調查權利或調查義務，與檢察官之實質舉證責任間之關係為何，在實務上仍有爭議，故下述最高法院 100 年第 4 次刑事庭決議乃針對上開疑義做出補充解釋。

參、最高法院 100 年第 4 次刑事庭決議

最高法院 100 年第 4 次刑事庭決議謂：「檢察官未盡舉證責任，除本法第一百六十三條第二項但書規定，為維護公平正義之重大事項，法院應依職權調查證據外，法院無庸依同條項前段規定，裁量主動依職權調查證據。是該項前段所稱『法院得依職權調查證據』，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。」

據此，最高法院 100 年第 4 次刑事庭決議延續了 91 年第 4 次刑事庭決議之見解，即檢察官必須盡其舉證責任，包括提出證據之形式舉證責任，以及說服法院至確信程度之實質舉證責任；檢察官若未盡上開責任，除非有第 163 條第 2 項但



書之情形，否則法院即無庸主動依職權調查證據。若事實未明有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時，法院仍得主動依職權調查證據。

肆、最高法院 101 年第 2 次刑事庭決議

100 年第 4 次刑事庭決議出爐後，雖然對於檢察官及法院間的舉證責任範疇有了一個看似明確的劃分，然而對於法院依第 163 條第 2 項但書應依職權調查證據之範圍，尤其是對於「公平正義之維護」之解釋，仍有爭議，101 年第 2 次刑事庭決議進而做出以下決議：「……刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書所指法院應依職權調查之『公平正義之維護』事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相抵觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩序理念。」⁴⁹故依 101 年第 2 次刑事庭決議，法院依第 163 條第 2 項但書應依職權調查證據之範圍，僅限於「利益被告之事項」。

⁴⁹ 最高法院 101 年第 2 次刑事庭決議之決議結論全文：「無罪推定係世界人權宣言及公民與政治權利國際公約宣示具有普世價值，並經司法院解釋為憲法所保障之基本人權。民國九十一年修正公布之刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書，法院於『公平正義之維護』應依職權調查證據之規定，當與第一百六十一條關於檢察官負實質舉證責任之規定，及嗣後修正之第一百五十四條第一項，暨新制定之公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法、刑事妥速審判法第六、八、九條所揭示無罪推定之整體法律秩序理念相配合。盱衡實務運作及上開公約施行法第八條明示各級政府機關應於二年內依公約內容檢討、改進相關法令，再參酌刑事訴訟法第一百六十三條之立法理由已載明：如何衡量公平正義之維護及其具體範圍則委諸司法實務運作和判例累積形成，暨刑事妥速審判法為刑事訴訟法之特別法，證明被告有罪既屬檢察官應負之責任，基於公平法院原則，法院自無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務。則刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書所指法院應依職權調查之『公平正義之維護』事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相抵觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩序理念。」

而在如此的解釋下，100 年第 4 次決議亦修正為：「本法第一百六十三條第二項前段所稱『法院得依職權調查證據』，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。但書所指『公平正義之維護』，專指利益被告而攸關公平正義者而言。至案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院得依刑事訴訟法第二百七十三條第一項第五款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請，並藉由告訴人、被害人等之委任律師閱卷權、在場權、陳述意見權等各保障規定，強化檢察官之控訴功能，法院並須確實依據卷內查得之各項直接、間接證據資料，本於經驗法則、論理法則而為正確判斷。因此，非但未減損被害人權益，亦顧及被告利益，於訴訟照料及澄清義務，兼容並具。」

伍、實務目前的實踐

對於刑事訴訟法第 161 條檢察官應負之舉證責任及上開最高法院決議，實務上目前之具體實踐，皆係以下述這段文字所闡釋之見解為主：「……又基於無罪推定原則（Presumption of Innocence），被告犯罪之事實，應由檢察官提出證據（按即提出證據責任【Burden of Producing Evidence】），並指出證明方法加以說服（按即說服責任【Burden of Persuasion】，刑事訴訟法第 161 條第 1 項參照），使法院達於確信之程度（按即達「超越合理懷疑」【Beyond A Reasonable Doubt】之心證程度），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（按即結果責任），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（按即不自證己罪特權【Privilege Against Self-Incrimination】），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（刑事訴訟法第 161 條

之1參照)，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，而不負說明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（最高法院76年台上字4986號判例、100年度台上字第6294號判決意旨參照）。⁵⁰

據此，實務認為，依照刑事訴訟法第161條第2項，檢察官須對被告之犯罪事實負提出證據責任及說服責任，被告若否認犯罪，基於不自證己罪特權，原則上皆不負任何舉證責任；惟於訴訟進行過程中，若檢察官之舉證將使被告受不利易判斷，被告為主張犯罪構成要件事實不存在而欲提出有利於己之事實時，仍須負提出證據責任，然被告此責任僅需動搖法院因檢察官舉證使法院所形成之不利心證，並無說服法院確信該有利事實存在之必要。簡言之，檢察官對於被告之犯

⁵⁰ 參台灣高等法院102年度上訴字第2352號刑事判決、103年度上易字第99號刑事判決、102年度金上訴字第34號刑事判決、102年度重上更（二）字第53號刑事判決、102年度上訴字第2955號刑事判決；最高法院亦謂：「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，被告否認犯罪，固並不負任何證明責任；然於訴訟進行過程中，苟卷存事證已足致被告受不利益之判斷，被告自需就其否認犯罪所為有利於己之辯解，提出或聲請法院調查，以證明該有利事實有存在之可能，此即被告於訴訟過程中所負提出證據，以踐行立證負擔之形式上舉證責任，其雖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，而毋庸達於說服法院確信該有利事實存在之必要，但仍須足以動搖法院因卷存事證對被告所形成之不利心證，否則，法院自得逕依卷證而為對被告不利之判斷。此與被告否認犯罪事實所持之辯解，縱屬不能成立，仍非有積極證據足以證明其犯罪行為，不能遽為有罪之認定，尚無扞格。」參最高法院102年度台上字第1411號刑事判決、100年度台上字第7041號刑事判決、100年度台上字第6294號刑事判決。

罪事實須負提出證據責任及說服法院至毫無合理懷疑心證之說服責任；惟被告則僅須對於有利於己之辯解負提出證據責任，並動搖法院之不利心證即可，不須說服法官其所提出之辯解確實存在。



陸、對於違法性、罪責的舉證責任

至於對於違法性、罪責部分的舉證責任，目前實務見解或可以最高法院 101 年台上 6005 號刑事判決為代表，本判決認為：「又依刑事訴訟法第一百六十一條第一項規定，檢察官就被告犯罪事實，固應負舉證責任，並指出證明之方法。但檢察官之舉證，足使法院形成被告有相當於犯罪構成要件事實之心證時，即可推定其違法性及責任之存在，如被告主張有阻卻違法、阻卻責任或其他相類之有利事實時，即應由被告就該事實之存在負提出證據之責任，倘被告對於所提抗辯事由未盡提出證據資料之責任，法院無從調查，即難認其抗辯之事由確屬存在，因而不能為被告有利之認定，乃屬當然，此與被告不自證無罪之原則並無牴觸。」即結論上認為檢察官僅須對於被告構成要件事實負提出證據責任，且若檢察官已盡此舉證責任，即推定被告具違法性及罪責，並轉由被告對於有阻卻違法或阻卻罪責事由存在負提出證據責任；若被告未盡此責任，即認定抗辯事由不存在。另外，對於違法性、罪責之說服責任，是否亦由被告負擔，本判決則未明確說明，似可認為違法性及罪責之說服責任，仍須由檢察官負擔。

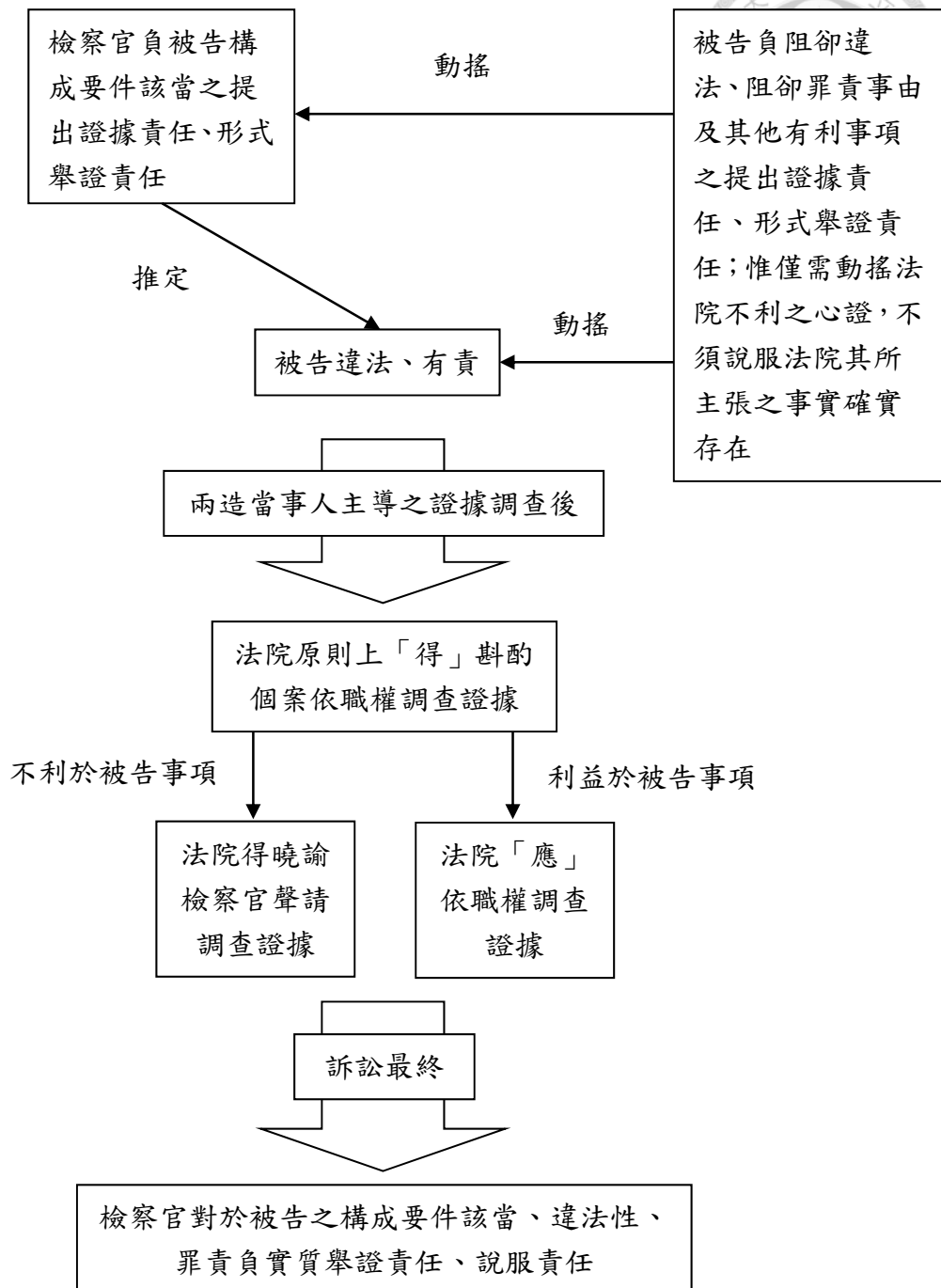
柒、小結

結合刑事訴訟法第 161 條、第 163 條修法後之實務見解，包括最高法院 91 年第 4 次刑事庭決議、100 年第 4 次刑事庭決議、101 年第 2 次刑事庭決議，以及上開眾多實務判決，應可得知，我國目前已與美國法之舉證責任理論大致相當。原則上由檢察官負對於被告構成要件該當負提出證據責任（形式舉證責任）及說服責任（實質舉證責任），若檢察官已使法院對於被告犯罪構成要件該當有相當心證，即推定被告違法、有責，此時即轉而由被告對於違法性、罪責或其他有利事

實負提出證據責任，至於違法性、罪責之說服責任，則仍由檢察官負擔，至此皆與美國法大致相同。



我國與美國法仍有差異的地方在於，我國法院並非完全退居被動，而仍保有依職權得或應調查證據的範圍，即在兩造當事人主導之證據調查完畢「後」，此時法院得依個案情形，斟酌調查證據，或是在利益被告之事項，法院有依職權調查證據之義務。至於案內存在形式上不利於被告之證據，惟檢察官未聲請調查者，得由法院依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款規定，曉諭檢察官聲請調查證據。茲將我國實務上之舉證責任體系圖示如下：



【圖 2-1】我國現行刑事訴訟實務舉證責任體系

第二目 學說見解的討論

對於實務認為應由檢察官負實質舉證責任部分，楊雲驊教授批評⁵¹，檢察官須為舉證不足結果負責之實質舉證責任概念，本係適用在民事訴訟程序，惟民事訴訟主要係就私法關係上的權利義務紛爭做解決，刑事訴訟程序涉及公益性甚深，檢察官在刑事訴訟之任務亦非限於使被告獲判有罪，而是對案件的正確判決。就算判決結果認定被告無罪，亦不應視為檢察官的「不利益」或「敗訴」；被告被判為有罪，亦不能認為係檢察官的「勝訴」，故實質舉證責任之概念，並不能完全切合檢察官在刑事訴訟下之特殊地位及功能；林鈺雄教授則認為，依照我國現行刑事訴訟的構造與規定，檢察官適用嚴格的客觀性義務，例如檢察官依第 26 條應準用法官迴避的規定、檢察官依第 344 條第 4 項得為被告利益而提起上訴及再審、檢察總長依第 441 條亦得為被告利益提起非常上訴，故檢察官非一造當事人，而是負有客觀性義務的法律守護人角色，立法者藉由檢察官的角色，同時揭示刑事訴訟與民事訴訟的重大區別。是以，林教授認為，檢察官負有舉證責任，並不等於法官「不得」或「不應」調查證據。⁵²

對於最高法院 101 年度第 2 次刑事庭決議部分，學說上爭議更鉅，大致可歸納出以下反對理由：第一，誤解無罪推定及公平法院內涵。論者認為本決議口號式攀附無罪推定及公平法院原則，惟無罪推定並未規範法官有無依職權調查證據之義務，亦不違反公平法院原則。若謂法院依職權主動調查不利於被告之證據即違反無罪推定及公平法院，則包括德國在內之諸多採職權主義國家，將皆違反無

⁵¹ 楊雲驊，前揭註 1，頁 238-240。

⁵² 林鈺雄，檢察官的掘墓人？—綜評四組最高法院爭議裁判，月旦法學雜誌，207 期，2012 年 8 月，頁 66-70。

罪推定及公平法院⁵³；第二，以司法決議凌駕立法。蓋第 163 條第 2 項但書之立法文字將「公平正義之維護」將「被告之利益有重大關係事項」並列，若公平正義之維護亦指利益被告之事項，則後段「被告之利益有重大關係事項」之文字豈非成為廢話？可見此種解釋方式故意扭曲立法原意，違反權力分立⁵⁴；第三，區別基準不可行，更可能違反法官中立性原則。在證據調查之前，往往無法得知有利或不利，且若法官預先進行證據之評價，即可能生「預斷」問題，進而違反證據預先評價禁止及法官中立性原則。⁵⁵

第三節 無罪推定與舉證責任之關聯


在大致介紹無罪推定及舉證責任之相關理論內涵、分類、學說及實務見解後，進一步本文將探討兩者間之關聯性問題。

學說普遍認為，基於無罪推定原則，刑事被告在判決確定前皆被推定為無罪，

⁵³ 林輝煌，刑事法院職權調查證據之界限—評最高法院 101 年第 2 次刑事庭會議針對刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書之決議，法令月刊，63 卷 11 期，2012 年 11 月，頁 7-10；吳巡龍，前揭註 26，頁 190；何賴傑、許澤天、楊雲驊、林麗瑩、尤伯祥等，法官調查義務的範圍—以最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議為中心座談會紀錄，台灣法學雜誌，197 期，2012 年 4 月，頁 82-114，何賴傑教授、許澤天教授、楊雲驊教授、林麗瑩檢察官發言部分；蔡碧玉，法官的職權調查義務 vs. 公平法院—評最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議，檢察新論，12 期，2012 年 7 月，頁 172-173；林鈺雄，前揭註 52，頁 56-57；張升星，公平法院的中立假象—從最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議談起，檢察新論，13 期，2013 年 1 月，頁 168-182。

⁵⁴ 林輝煌，前揭註 53，頁 10-13；吳巡龍，前揭註 53，頁 191；蔡碧玉，前揭註 53，頁 10-13；何賴傑、許澤天、楊雲驊、林麗瑩、尤伯祥等，前揭註 53，楊雲驊教授發言部分。

⁵⁵ 林輝煌，前揭註 53，頁 17-18；吳巡龍，前揭註 53，頁 190；蔡碧玉，前揭註 53，頁 173；林鈺雄，前揭註 52，頁 57。



故證明被告之犯罪事實存在之責任在於國家。國家應舉出充分之證據，推翻對於被告無罪之推定後，始能達成將被告定罪、實踐國家刑罰權之目的。是以，國家之所以在刑事訴訟中應負擔舉證責任，其上位概念即係導源自無罪推定原則。⁵⁶此所謂國家，在英美法體系之當事人進行主義下，即指檢察官；在歐陸法體下之職權主義下，則同時包括檢察官及法官。我國實務亦採相同見解，此觀 2002 年 2 月修正之刑事訴訟法第 161 條第 1 項立法理由：「鑑於我國刑訴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...」及最高法院 91 年度第 4 次刑事庭決議：「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」等文字即可得知。

惟楊雲驊教授認為，檢察官對於犯罪事實之舉證責任，與無罪推定原則並無關聯。蓋訴訟接近終局起訴事實存否仍處於不明狀態時，無罪推定固發揮了保護、有利被告之功能，但其位階係直接從憲法保障的法治國要求而來，與檢察官要否負「舉證責任」以及負如何的舉證責任等制度係由立法者藉由立法所形成的責任分配，並無直接關聯；再者，檢察官要負舉證責任的前提，在於檢察官對於被告犯罪事實的「高度確認」，而非「推定無罪」，但按照無罪推定原則所要求的內容，即保護被告在依法定程序判決有罪之前不受如同有罪對待的內涵觀察，檢察官之舉證責任正與無罪推定原則抵觸；且在判決被告有罪確定前，檢察官亦受允許對被告為強制處分及起訴等「有罪認定」之行為。是以，實務見解謂「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」之說法值得商榷。⁵⁷

⁵⁶ 黃惠婷，前揭註 2，頁 98-99；林鈺雄，前揭註 41，頁 147；蕭仰歸、陳荔彤，前揭註 3，頁 179；郭吉助，前揭註 17，頁 185；蔡秋明，前揭註 6，頁 126-128。

⁵⁷ 楊雲驊，前揭註 1，頁 234-235。

第四節 無罪推定與舉證責任之例外？



上述無罪推定及檢察官之舉證責任，有無例外？黃朝義教授認為，無罪推定原則須在被告之防禦利益與追訴之公共利益間取得平衡，一味癱瘓追訴之公共利益，將致使追訴無效，此亦非無罪推定之原始涵義。據此，偵查中的逮捕、羈押、搜索、扣押等強制處分，在須進行司法審查的前提下，即得在被告之防禦利益及追訴之公共利益間取得平衡。⁵⁸依此見解，黃教授似認為逮捕、羈押、搜索等強制處分，可能構成無罪推定之例外，僅係因皆須司法審查，縱與無罪推定有所衝突，亦是接受的平衡點。⁵⁹另外，楊雲驊教授也認為，基於檢察官負舉證責任之前提，本在於檢察官對於被告犯罪事實之「高度確認」，故檢察官之起訴及舉證本質上就是有罪推定；且在判決被告有罪確定前，檢察官亦受允許對被告為強制處分及起訴等「有罪認定」之行為⁶⁰，此皆得視為無罪推定之例外。

貪污治罪條例第 6 條之 1、第 10 條的立法總說明則認為：無罪推定並非絕對原則，包含英國、歐盟、新加坡，皆存在有罪推定之立法例，我國勞動基準法第 81 條第 2 項亦為著例。另外，在具備舉證責任轉換之必要性、檢察官舉證之困難性、合理關聯性或被告反證容易性等條件下，得允許將舉證責任轉換至被告。⁶¹

⁵⁸ 黃朝義，前揭註 17，頁 231-232。

⁵⁹ 另就蔡秋明檢察官的觀點，因氏認為無罪推定之適用時點係始於案件進入法院時，偵查期間並無無罪推定原則適用，故在其見解下，亦不存在所謂無罪推定「例外」問題，參蔡秋明，前揭註 6，頁 128。

⁶⁰ 楊雲驊，前揭註 1，頁 234-235。

⁶¹ 參貪污治罪條例第 6 條之 1、第 10 條立法總說明第一點、第四點，立法總說明中所提及之勞動基準法第 81 條第 2 項，其條文全文為：「法人之代表人或自然人教唆或縱容為違反之行為者，以行為人論。」



最後，邱忠義法官主張，無罪推定原則並非絕對排斥舉證責任之轉移，蓋從無罪推定原則之發展歷程觀之，無罪推定原則真正排斥者，是對嫌疑人施加酷刑、非人道待遇或刑求逼供，如果偵審人員無不法取供之行為，則只要檢察官就被告之犯罪構成要件事實已盡實質舉證責任，提出足以使法官達到有罪判決之確信或毫無合理懷疑之心證時，若被告再不提出有利主張及證據，即將依法被判決有罪。故刑事實體法上，只要無不法取供行為，檢察官若已舉證法定之正面表列犯罪構成事實，被告即有特定辯解之作為義務，這種實體法的作為義務等同於訴訟法上的抗辯或辯護，與無罪推定原則無違。另外，外國立法例及我國現有法制實務皆有舉證責任轉移之規定，顯見舉證責任之倒置及轉換並非不可接受。⁶²

第五節 本文見解

第一項 刑事法體系的起點：保護法益及構成要件的建構

本文以為，要確切釐清無罪推定及舉證責任在我國刑事法體系之功能及範圍，必須要從更上位階的實體法保護法益及構成要件建構談起，以確立究竟無罪推定及舉證責任等程序法概念，所應貫徹之實體法價值為何？⁶³

第一款 保護法益的確立

因刑罰規範之任務在於保護法益，故刑罰規範的目的審查，就是法益審查。若欠缺保護法益之正當理由，則刑罰規範即係赤裸裸侵害人民基本權之法律。而

⁶² 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，164期，2009年1月，頁92-97。

⁶³ 當然，限於篇幅以及本文論述重點，保護法益及構成要件理論多如繁星、充滿爭議，本文自然無法完全將其完整介紹，此處之保護法益理論，主要係以本文認為較為明確的許玉秀教授之見解為主。

當行為人受憲法保障之基本權遭到限制或剝奪，憲法之所以可以容忍而不出面干涉，必定是因為此種對基本權之限制及剝奪，將為憲法帶來相同或更高位階利益，而憲法所能獲得之利益，即係人民基本權能獲得保障、憲政秩序不遭受破壞。是以，若刑罰規範所要保護利益和憲法所保護之利益相同，憲法自然不會否定刑罰規範之目的正當性，故保護法益必須與憲法之基本權或憲政秩序法益連結。⁶⁴

現行刑法規範中各類犯罪類型所保護之法益，包括生命、身體、自由、財產、秘密、名譽、公共安全、國家權力有效運作、憲政秩序等，皆可在憲法上找到對應法益。⁶⁵而這種導源自憲法基本權保障及憲政秩序之保護法益理論，亦為本文所認為保護法益存在之正當性基礎及界限。⁶⁶

第二款 構成要件之建構

確立了保護法益概念後，進而談到構成要件理論。一般認為，刑法構成要件是整體行為事實的不法判斷標準，其內容必須對於具體規範的事項，能完全予以

⁶⁴ 謹參考釋字第 594 號解釋許玉秀大法官部分協同意見書。

⁶⁵ 許玉秀教授舉例：刑法對生命及身體法益之保護，來自憲法對生存權保護；對財產權保護則來自憲法對財產權、工作權保障；而對秘密和名譽保護，則係來自憲法對隱私權和人性尊嚴保障；對胎兒保護，也就是孕育中、成長中生命之保護，則是來自憲法對生存權保障；另外如公共危險罪之保護法益，則是來自於對社會大眾生命、身體、自由、財產等複合法益之多重侵害；而瀆職罪保護國家權力機關運作之公正廉潔，亦涉及人民平等權及憲政秩序之保障。

⁶⁶ 鄭逸哲教授亦係從法治國憲政體系中尊重人權及基本權之保障，進而確立生命法益、身體法益、自由法益、名譽法義和財產法益，得以作為適格之法益；惟就超個人法益部分，即國家法益及社會法益，氏認為保護國家及社會，只是做為保護基本權的方法，真正目的仍為保護基本權，故嚴格而言，國家法益及社會法益，僅係保護法益的「方法」，並非保護法益的「目的」，參鄭逸哲，「法益刑法」概念下的「構成要件」和「構成要件適用」，軍法專刊，54 卷 6 期，2008 年 10 月，頁 103-104。

包攝。從構成要件規範對象觀察，具體存在的行為事實係由行為意思所發動，轉化成行為，而對於一定的行為客體所為之侵害行為，且必須對保護法益有所侵害，如此方得以視之為犯罪行為，進而受到構成要件評價。構成要件形成要素則主要係以行為、行為客體及侵害法益為規範基礎，刑法唯有規範造成侵害關係之行為，確定法益侵害確實由行為所致，行為與侵害間具有因果關係存在，此時行為方得為構成要件規範的範圍。準此，構成要件的基礎內容須具備四個基礎要件：行為、行為客體、保護法益、行為與侵害間之因果關係。⁶⁷

第三款 刑法謙抑性下保護法益及構成要件之關係

在分別闡釋了本文所採之保護法益及構成要件理論後，進一步討論兩者間之關聯性。本文以為，刑法作為一個以保護法益為最終目的之規範，無論係構成要件之建構或解釋，以及後續在程序法之具體實踐，包括事實認定及涵攝等，皆應以保護法益為核心，否則即有悖於刑法規範藉由刑罰手段保護法益，進而達成憲法保障人民基本權及憲政秩序之根本任務。

是以，一個實體法上犯罪規定之建構步驟，理論上應該是先確立本罪之保護法益，以釐清本罪後續在構成要件設計及解釋上的具體依循，而此保護法益必須回歸憲法基本權保障或憲政秩序維護，並不得逸脫憲法所設下之界限；進而，在構成要件之建構上，考慮到刑罰對於人民法益侵害的嚴厲性、標籤性以及基本權

⁶⁷ 柯耀程，財產犯罪之構成要件形成—以強盜罪構成要件為例，月旦法學雜誌，163期，2008年12月，頁5-7。柯教授進一步將構成要件之建構分為兩種形式：第一，將行為形式予以類型化，即將同類的行為手段與形式，透過一個整合性的行為要素，將此類行為統一在該構成要件下，我國刑法分則大多即係將犯罪類型之構成要件採取這種分類方式；第二，侵害法益類型化的方式，即將侵害法益屬於同類者，歸類在同一性質的構成要件當中，例如德國刑法的犯罪類型分類，即是採取這種法益類型化的方式。

保障，刑法謙抑性將是一個不可忽視的檢驗標準。準此，無論是構成要件行為、行為客體、行為主體、行為結果等要素，皆必須基於刑法謙抑性，緊緊環扣著保護法益進行設計，不得恣意的擴張處罰範圍，故在本文的想法中，構成要件的設計有其必須依循的步驟和界限，並非立法者恃其裁量權限所能任意決定。

第二項 無罪推定及舉證責任之功能及範圍

確立了刑法保護法益及構成要件之理論基礎和界限後，進入程序法層次。首先，本文擬從刑事程序法在刑事法之規範定位及功能，確立刑事程序法作為國家實現刑罰權手段之功能；再來，本文將在這樣的結構下，深入討論無罪推定原則及舉證責任，在程序法中應發揮之作用及具體範圍。

第一款 刑事程序法之功能目的及防止冤獄的價值取向

在討論程序法之目的時，不論任何法領域，一個普遍的說法是程序法之目的在於實現實體法的精神及價值，這當然是一種相對抽象及空泛的說法，應針對不同法領域做不同的具體闡述，始能釐清程序法的建制方向。就刑事法領域，程序法所應實現之價值，毋寧在於實現刑法所確立之國家之刑罰權。然而，考慮到國家權力的強大及可怕，刑罰權的實現勢必有其界限，故學者通常以「發現真實」及「保障人權」，大致描繪刑事訴訟法所應具備之兩個目的。⁶⁸本文以為，衡諸我

⁶⁸ 就發現真實與保障人權之關係而言，一般並不會明確區分兩者間是否具從屬關係，而係認為兩者皆屬於刑事訴訟法目的之一，似處於一種平行關係；然而本文認為，兩者間之關聯若缺乏明確的定位，將在兩者間發生衝突，產生處理方式模糊的困境，例如違法強制處分所取得之物證，違反人權保障但有助於發現真實。若得確立兩目的間之關聯，即有助於在此種衝突個案，提供一個解決方式之價值依歸。本文以為，考慮到刑事訴訟法作為「憲法之測震儀」(Roxin 教授語)其限縮國家權力的本質，以及其所設下之諸多偵查、審判程序之要件限制，明顯可以推知，立法者認為保障人權係國家發現真實之「前提」條件，亦即僅有在符合刑事訴訟法所設法定程序的前提下，國家才可

國刑事訴訟的歷史，刑事程序法在人權保障及發現真實層面，應樹立一重要指導原則為「避免冤枉無辜被告」。



蓋我國過往戒嚴時期，政府以國家安全為名實行白色恐怖，踐踏及打壓人民基本權利，造成不計其數的冤獄受難者⁶⁹；解嚴以後，威權的靈魂仍包藏於舊有的刑事訴訟法規及實務當中，復發生了邱和順案、江國慶案、蘇建和案、徐自強案、盧正案、鄭性澤案等冤獄案件。⁷⁰因此，在我國的國情以及刑事訴訟傳統下，避免讓無罪之人被判為有罪，有其根本性的意義，不僅提醒吾輩不能忘卻我國過去「寧枉勿縱」、濫權追訴處罰的刑事訴訟史，也促使刑事訴訟法的立法者，為達到避免

以對被告進行偵查、審判，進而至最後執行刑罰等發現真實之程序。若國家在進行刑事訴訟程序時，不遵守法定的程序要件，無疑逾越了人民藉由立法方式為國家設下的執行刑罰權界限，進而使國家發現真實以執行刑罰的正當性受到震盪。在這樣的脈絡下，當遇到兩者衝突的案例時，考慮到保障人權係屬發現真實的前提，似應較傾向於保障人權一方作相對應的處理及解釋。

⁶⁹ 關於我國白色恐怖期間之受難者，實際人數究竟為何，眾說紛紜。民進黨執政時期，行政院新聞局曾主張白色恐怖之政治受難者逾 20 萬人，參自由時報電子報，白色恐怖受難者 政院推估逾 20 萬人，2007 年 7 月 12 日（網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/jul/12/today-p5.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 30 日）。綠島人權紀念碑公園所展出之白色恐怖受難者最新名單，則包括已知獄中死亡名單 54 人、槍決名單 1,061 人、受難者名單 7,200 人（包含獄中死亡人數及槍決人數）、所涉案件未被歸類或命名之「生教所」名冊及其他名單 972 人、所涉案件未被歸類或命名之其他名單 124 人，共 8296 人，資料來源：綠島人權文化園區網站（網址：<http://2009greenisland.blogspot.tw>，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 30 日）。

⁷⁰ 當然，目前真正幾乎毫無爭議為冤案的應為江國慶案，但其他案件，考慮到每個案件中所呈現之證據皆極有爭議，被告的有罪認定根本不是毫無合理懷疑，在本文見解下，這種缺乏足夠證據卻下有罪判決之案件，應亦為冤案之範疇。



冤獄之目的，在刑事程序設下更多國家動用暴力的要件及界限。⁷¹

避免冤獄之指導原則，在實體法上的依據即為罪責原則的具體實現，因唯有具罪責者，始為國家刑罰權行使的對象，不具罪責者，國家無論如何不得以暴力處罰；在程序法上，這個指導原則亦影響並創造出諸多刑事訴訟法之原理原則，包括證據裁判原則⁷²（為避免冤獄，犯罪事實必須有證據始得認定）、不自證己罪原則⁷³（不得強迫被告自證己罪）、補強法則⁷⁴（不得僅憑被告或共同被告自白及判決被告有罪）、傳聞法則（具有瑕疵之供述證據不得使用）、毫無合理懷疑之有罪心證門檻（要求僅有在毫無合理懷疑下始得判決被告有罪），以及無罪推定原則（被告應推定無罪，由國家證明被告有罪）等，皆是透過被告程序權利之保障，進而達到避免冤錯假案的最高目的。⁷⁵在這樣的脈絡下，本文將進一步分析及釐清我國無罪推定原則的實質內涵及範圍。

⁷¹ 本文寫作之際，時值太陽花學運，鎮暴警察以維持秩序之名，持警棍及警盾，暴力毆打手無寸鐵、高呼和平的靜坐學生，不僅有違比例原則，更讓人想起戒嚴時期的國家暴力惡靈，顯示對於國家及公權力的提防及戒備，若是稍有鬆懈，國家權力就會利用空隙，掙開枷鎖、傾巢而出，不啻令人膽顫心寒。

⁷² 刑事訴訟法第 154 條第 2 項：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」

⁷³ 刑事訴訟法第 98 條：「訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」第 156 條第 1 項：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」

⁷⁴ 刑事訴訟法第 156 條第 2 項：「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」

⁷⁵ 但並非所有程序性權利皆出於自避免冤案之目的，例如證據排除法則，排除國家違法取得但客觀真實的證據，其目的即在於限制國家權力並嚇阻不法。

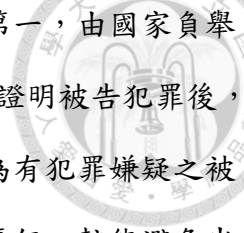
第二款 我國無罪推定及舉證責任內涵及功能之釐清

無罪推定原則最原始的內涵僅是：刑事被告在被判決有罪前，皆應被推定為無罪，後來在世界上各法治國家長久以來的學說演變及實務推進下，無罪推定在今日的刑事法領域，已經具有帝王條款般的地位，並派生出許多具體化的原則。之所以推定刑事被告無罪的理由，本文以為主要即在於避免冤獄。若被告在未判決前即被推定為有罪，無疑是允許國家縱未經審判，亦可對被推定有罪的被告施以刑罰，造成冤獄的高度可能；同時，相對於被告而言，無罪推定也為擁有公權力及無窮無盡資源的國家，設下一較高的訴訟義務，致使程序的發動必須始於國家，有助於避免手無寸鐵的被告承擔證明無罪失敗的風險；最後，無罪推定也盡可能阻絕掉在被告被判決有罪前，所有實質上將其視為有罪的不利對待。這些無罪推定的具體內容及功能，即在昭示著無罪推定之最終目的及功能在於：盡可能避免無辜被告因國家的蠻橫權力受到迫害。

進一步而言，無罪推定原則亦導出了一個重要下位原則：國家對於被告犯罪的舉證責任。⁷⁶從字義面上解釋，此為當然之理，蓋若被告被推定為無罪，關於犯罪事實的舉證責任即不可能在被告一方，否則無疑會產生被告雖然推定無罪、但若無法舉證自己無罪仍將受有罪判決的矛盾，實質上仍等同於推定被告有罪。是以，由國家對被告之犯罪事實負舉證責任，是無罪推定原則下刑事訴訟證據法則的必然解釋。

除了字義面的解釋外，要求國家負舉證責任之實質理由，仍在於「防止冤獄」，

⁷⁶ 必須強調，無罪推定原則所導出之下位內涵，並不單只有國家之舉證責任一項，尚包含其他面向，例如判決前禁止對被告為等同有罪之對待、不自證己罪原則，甚至避免媒體預斷等，只是在本文論述主題下，較偏重對於國家舉證責任之闡釋。



此可以從國家負舉證責任所產生之效果推導而出，分述如下：第一，由國家負舉證責任，為國家在行使刑罰權的道路設下障礙，致使國家必須在證明被告犯罪後，始得處罰被告；避免國家挾其龐大資源及公權力，恣意對其認為有犯罪嫌疑之被告執行刑罰。第二，由國家負舉證責任，相較於由被告負舉證責任，較能避免出錯。蓋舉證責任規則在訴訟法的主要意義毋寧在於：確認釐清事實真相之責任主要在何方當事人身上。國家擁有無窮無盡之資源及強制處分公權力，相較於被告，國家蒐集、調查證據以釐清事實真相之能力更強，由國家負舉證責任，將使真相更容易被釐清、被告遭誤判可能性更低。第三，由國家承擔犯罪事實存否不明確時的敗訴風險，相較於由被告承擔，有助避免冤獄。蓋舉證責任理論尚有一個重要意義，即在待證事實存否不明確時，藉由舉證責任分配規則，確定由何方負擔不利益，以避免法院無法下判決之情形。在刑事訴訟領域，若此負擔由被告承擔，將使被告之犯罪事實在尚未達毫無合理懷疑程度下，即得對被告下有罪判決，致增加無辜被告受害之風險；而若此責任由國家承擔，最後事實不明確時，法院雖必須對被告下無罪判決，有可能讓實際有罪者逍遙法外，卻能因此避免無辜被告受到有罪判決，符合刑事訴訟法及無罪推定之價值權衡。⁷⁷

綜上，無罪推定得導出國家舉證責任，而國家舉證責任有助於避免冤獄，符合本文前述之最高指導原則。然而，正如楊雲驊教授所指出者，無罪推定原則導源自憲法法治國原則，此與是否係由「檢察官」來負此舉證責任之立法者形成之責任分配，並無必然關聯。質言之，本文認為，無罪推定雖能導出「須由國家對被告犯罪事實負舉證責任」，但不必然表示應負此舉證責任之主體非是檢察官不可。在職權主義架構下，法官應本於發現真實之義務，依職權調查被告犯罪與否，而檢察官則應與法官協同發現真實；而當事人主義下，檢察官立於與被告對抗地位，

⁷⁷ 英國 W. Blackstone 爵士著名法諺：「寧可讓十個有罪之人逍遙法外，亦不能讓一人無辜受害。」

("It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer.")

須負提出證據責任及說服責任，法官則完全位居客觀中立第三人之角色。然而，不論是何者架構，在無罪推定的要求下，皆應由國家來負擔證明被告犯罪事實的舉證責任，至於此「國家」之舉證責任，係由檢察官單獨負責，抑或法官及檢察官協同承擔，則取決於立法者究係採職權主義或當事人主義的訴訟架構，與無罪推定原則無必然關聯。⁷⁸

我國之立法者及實務，率皆認為我國刑事訴訟法係採折衷之「改良式當事人主義」制度，並在立法理由、實務判決及決議中，大量使用了「檢察官應負實質舉證責任」等文字，姑且不論此制度實施於我國妥適與否，但在我國既定的訴訟架構下，受無罪推定原則影響而須對被告負犯罪事實之舉證責任主體，應屬檢察官無疑。

上述無罪推定原則及國家舉證責任之闡述，亦可見於司法院大法官的釋字當中，因而得以肯認無罪推定原則及國家舉證責任在我國之憲法位階，例如釋字第 653 號解釋理由書、釋字第 654 號解釋理由書：「……基於無罪推定原則，受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者，原則上並無不同。」釋字第 665 號解釋理由書：「……無罪推定原則不僅禁止對未經判決有罪確定之被告執行刑罰，亦禁止僅憑犯罪嫌疑就施予被告類似刑罰之措施，倘以重大犯罪之嫌疑作為羈押

⁷⁸ 與此相關者，本文認為，有罪判決之毫無合理懷疑心證門檻，但並非係導因自無罪推定原則。蓋正如王兆鵬教授所言，無罪推定僅係推定被告無罪，對於心證門檻為何並未著墨，從國家應對被告負擔舉證責任本身，亦無法推導出此責任必為「毫無合理懷疑」之高度門檻，因此毫無合理懷疑的心證門檻雖亦係為防止冤獄，但其概念內涵及理論基礎，必須另外建構。本文以為，毫無合理懷疑的心證門檻，應可從憲法第 16 條保障人民訴訟權下之公平審判權推導而出，惟現今學說實務，包含大法官釋字在內，雖大多援引有罪判決須有毫無合理懷疑的確信心證之結論，卻缺乏對其在「我國法」下應有內涵及法律基礎的直接論述，此為較可惜之處。

之唯一要件，作為刑罰之預先執行，亦可能違背無罪推定原則。」以及釋字第 556 號解釋理由書：「……此項犯罪行為依法應由代表國家追訴犯罪之檢察官負舉證責任。」



第三款 無罪推定原則下檢察官舉證責任之範圍

第一目 先決問題的釐清—提出證據責任或說服責任的區分與否

我國法檢察官舉證責任之範圍為何？是否包括犯罪三階理論之所有層面，即構成要件、違法性、罪責？首先必須釐清，是以何種舉證責任之分類方式討論此問題。蓋有德派學者如林鈺雄教授、楊雲驊教授即認為，主觀舉證責任、提出證據責任皆是客觀舉證責任的反射，本身沒有獨立存在的價值，即只存在一種舉證責任，即客觀舉證責任。若採此見解，則在訴訟過程中，究竟是由何方對於哪一層次盡舉證責任並不重要，重點只在於在訴訟最終被告之所有犯罪事實（包含構成要件、違法性、罪責），是否已被證明至毫無合理懷疑程度。此時，便無判斷舉證責任範圍之必要性。惟若採「主觀—客觀」、「提出證據責任—說服責任」甚或「形式—實質」等舉證責任分類方式之學說，即有必要釐清訴訟過程中，構成要件之三個階層分別應由何方當事人負證明責任。

本文以為，究竟應採何種舉證責任的分類方式，訴諸國家究欲往職權主義邁進，抑或當事人主義傾斜，本文並不認為兩者有必然優劣之別，端視立法者在衡量我國情勢之後，如何建構我國刑事訴訟法制。若採「主觀舉證責任、提出證據責任無用論」，則僅須判斷訴訟最終時，被告之構成要件該當、違法性、罪責，是否已被證明至毫無合理懷疑程度；惟若係採現今我國多數實務學說仍將舉證責任分類之見解（舉證責任區分說），仍須釐清主觀舉證責任或提出證據責任之範圍。

⁷⁹以下本文即以舉證責任區分說為前提，進一步討論檢察官對於構成要件、違法性及罪責，是否皆須負提出證據責任及說服責任。



第二目 檢察官舉證責任之範圍

壹、構成要件、違法性、罪責在程序法上的等價性

本文主張，若採舉證責任區分說，基於上述避免冤獄之目的，犯罪之構成要件、違法性、罪責，皆仍應由國家同時盡提出證據責任及說服責任，理由如下：首先，構成要件涉及被告不法之核心，無論採何種見解，皆認應由國家負提出證據責任加上說服責任，當無疑義。而就違法性及罪責而言，亦同樣應由國家負提出證據責任及說服責任，除了因為上述本文認為國家舉證責任得避免冤獄的三個理由，在違法性及罪責亦同樣適用外，更根本的理由為：三者同屬構成被告犯罪的要件，故三者證據法上並無差別待遇的必要。

詳言之，依照刑事訴訟法第 161 條第 1 項，檢察官對於被告「犯罪事實」應負舉證責任，並指出證明方法，故檢察官應舉證之範圍自屬被告完全之「犯罪事實」，而非部分的犯罪事實。美國法傳統上雖然將「犯罪」(crime，構成要件該當)及「抗辯」(defense，包括正當防衛及欠缺辨識能力等阻卻違法及阻卻罪責事由)嚴格區分，並適用不同之證據法理⁸⁰；惟在我國刑事法體系，構成要件、違法性、

⁷⁹ 本文以為「主觀舉證責任—客觀舉證責任」、「提出證據責任—說服責任」、「形式舉證責任—實質舉證責任」的分類方式，實際意義的差異不大，提出證據責任、主觀舉證責任或形式舉證責任，所指涉者皆是在訴訟進行時，應由特定一方當事人須負證明對自己有利事實之舉證責任，若無法盡此舉證責任，將承擔在特定事實上法院作出不利於己方事實認定之風險；而說服責任、客觀舉證責任及實質舉證責任，則是指在訴訟終局時，若待證事實的存在與否仍屬不清，則應由何者承擔待證事實無法證明之不利益。為行文方便，以下統一以提出證據責任及說服責任之分類名稱說明。

⁸⁰ Jeffries & Stephan, *Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law*, 88 Yale L.J.

罪責三者，縱使在犯罪三階理論的功能及階層不同，但我國學說實務率皆認為此三要件皆屬構成「犯罪」不可或缺的一部分，則三者證據法則上並沒有差別待遇的必要。基於檢察官須對於被告之「犯罪事實」負舉證責任，自不能僅容許檢察官僅提出證據證明被告構成要件該當，即得認為檢察官已盡其證明被告構成犯罪之舉證責任；而應由國家對於被告完全之犯罪事實，同時負提出證據責任及說服責任，否則即難認檢察官已盡其依刑事訴訟法所定之舉證責任範圍。⁸¹

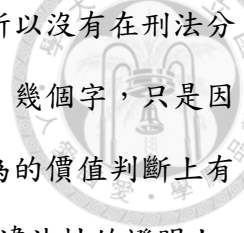
貳、可能遭遇的質疑

若採此見解，可能遭遇到的第一個質疑是：實務及學說普遍認為，被告之行為若該當犯罪構成要件，即「推定」被告違法、有責，例如最高法院 101 台上 6005 號判決即認為：「……但檢察官之舉證，足使法院形成被告有相當於犯罪構成要件事實之心證時，即可推定其違法性及責任之存在，如被告主張有阻卻違法、阻卻責任或其他相類之有利事實時，即應由被告就該事實之存在負提出證據之責任」，故若認為檢察官須就違法性及責任負舉證責任，似違反了構成要件該當的「推定違法、有責」之意義。

本文以為，所謂構成要件該當後即推定違法、有責，一方面本係有爭議的問題，另一方面亦僅係實體法上的說法，程序法上不見得要做相同解釋。就前者而言，學說上本有採二階論者如黃榮堅教授認為，構成要件該當性與違法性本無區分必要，因為在利害衝突是既存事實的情況下，為了正當防衛而殺人和沒有殺人，

1325, 1328-33(1979); Fletcher, *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, 77 Yale L.J. 880, 883-86 (1968).

⁸¹ 準此，王兆鵬教授認為，若檢察官得以舉證被告構成要件該當，被告之「無罪推定即被推翻」；然而，若被告之犯罪在我國必須全部通過構成要件該當、違法性、罪責的檢驗，則為何檢察官僅須舉證被告構成要件該當，即得推翻被告之「無罪」推定？似有疑義。



或者殺死一隻蚊子皆無不同，只要合理，價值皆屬相同。而之所以沒有在刑法分則每一個條文加上「在沒有正當防衛或緊急避難等等的情況下」幾個字，只是因為便利性和技術性考量，並非兩者有何不同功能或在是決定行為的價值判斷上有不同等級。⁸²若採此見解，應亦不會認為檢察官在構成要件該當及違法性的證明上，有何區分的必要。另一方面，縱使肯認構成要件該當的推定違法、有責功能，這也僅係實體法上的解釋，其主要功能在於賦與犯罪檢驗的三階理論各階層之意義，亦即當我們認定行為人之行為構成要件該當後，在刑法上面我們會給予他們已侵害法益的評價，而由於在一般情形下，此種侵害法益的行為通常即會構成犯罪，故先推定其違法性；然而，在程序法上面，不見得要與實體法做相同解釋，因為很清楚的，一個人構成犯罪在我國就是必須全部通過構成要件該當性、違法性、罪責的檢驗，而檢察官作為我國法下司職「犯罪追訴」之訴訟當事人，自然就是應該證明被告構成「犯罪」，而不是僅係構成「一部分的犯罪要件」。⁸³

採此見解可能遭遇的另一個質疑是：阻卻違法事由及阻卻罪責事由，被告最有能力取得相關知識，要求國家負此責任，不符合舉證責任一般規則；再者，阻卻違法及阻卻罪責事由，有時屬「消極事實」，要求國家須舉證這些事由「不存在」，有窒礙難行之處。首先，本文以為，刑事訴訟之舉證責任分配規則，本非在探討何方當事人舉證較為容易，否則豈非所有國家舉證較為困難之犯罪，皆得將舉證責任轉嫁給被告承擔？須知，刑事訴訟舉證責任之考量重點在於限制國家權力及避免冤獄，此與一般民事訴訟舉證規則側重當事人間程序公平本不相同，縱係採當事人主義之國家，國家之舉證責任就結論來說亦較被告為重。則考慮到避免冤獄的最高指導原則，要求國家負舉證被告無阻卻違法及阻卻罪責事由，並不違反

⁸² 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，4版，2012年3月，頁184-185。

⁸³ 其實在我國實務判決當中，從未明白宣示我國犯罪體系應採學說之三階理論，這種實務上對於犯罪體系的模糊態度，或許也為了本文見解提供了附著空間。




「刑事訴訟法」的舉證責任規則。

再者，所謂阻卻違法及阻卻罪責事由被告最有能力取得相關知識的說法亦有疑問，蓋違法性、罪責與構成要件同為構成本案犯罪事實的一部分，為何構成要件該當性部分，被告較不易取得相關知識；違法性及罪責部分，被告卻較易取得相關知識？質言之，對於被告而言，為何有無正當防衛事由，比有無開槍殺人更容易舉證？理論上來說，若檢察官善盡偵查義務，對於上開兩個事實，應皆有能力掌握才是。若認國家不須證明違法性及罪責要素，無疑是鼓勵檢察官在不知被告是否有阻卻違法或阻卻罪責事由的前提下起訴被告，實有悖於我國檢察官應負之客觀性義務。

肆、對於違法性及罪責的舉證方法

至於國家對於消極事實的舉證方法，本文以為並未如想像中一般困難。首先，對於消極事實的舉證，本非無先例，例如現行犯罪規定中的不作為犯，檢察官亦須證明被告未為法律要求之行為，是故對於消極事實的舉證，並非不可能或不可想像。在不作為犯之例，檢察官可藉由證明被告係在從事「其他行為」，排除被告從事法律要求行為之可能；違法性及罪責的舉證亦復如是，若能證明被告係在神智清醒下基於不構成阻卻違法事由的情狀為構成要件該當之行為，例如情殺、仇殺等，此時檢察官即能完成對於被告違法且有責的舉證責任。

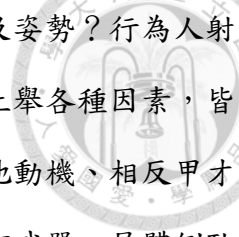
進一步而言，所謂檢察官應對於違法性及罪責盡舉證責任，亦非謂檢察官須將「所有」阻卻違法及阻卻罪責事由一一條列並排除後始能達成；本文以為重點僅在於檢察官對於被告犯罪事實的形塑是否具體。蓋國家欲將被告定罪，本須形塑被告之犯罪事實，包括被告犯罪之對象、時間、地點、動機、發生經過、行為及結果等，當國家將犯罪事實確認到足夠具體的程度，通常也隱含了本案無阻卻



違法或阻卻罪責事由。舉例而言，甲被控殺害乙，若國家只將被告之犯罪事實證明至：「甲於2014年3月31日於忠孝東路殺害乙」，至多只能證明至甲該當殺人罪構成要件；惟若國家得將被告犯罪事實證明至：「25歲之甲於2014年3月31日，因意圖報復乙搶奪其女友，在神智清醒下，持槍於忠孝東路向乙射擊，造成乙之死亡結果」，則此事實不僅證明了甲構成要件該當，同時亦證明了甲既非出於正當防衛、緊急避難等阻卻違法事由，亦非存有欠缺辨識能力等阻卻或減輕罪責事由，此時國家對於被告構成要件該當、違法性及罪責之舉證責任，即屬完成。簡言之，有無證明違法性或罪責要素，僅僅是犯罪事實有無證明至足夠具體程度的問題，非謂國家必須條列並一一檢驗所有成文及不成文的違法性或罪責要素，始能謂國家已盡其違法性及罪責的主觀舉證責任；同時，從上舉之例，要求國家盡違法性及罪責之完全舉證責任，亦有督促國家必須盡可能釐清被告犯罪事實全貌之反射利益，而這些事實的確認，不僅與被告犯罪的成立有直接關係，更將成為後續量刑及刑罰執行的考量依據。

或有論者認為，若採此見解，則遇到特定案件時，將可能遭致無法定罪的窘境，例如某一凶殺案發生於荒郊野外，僅知甲殺害乙，惟甲抗辯其殺乙係基於正當防衛，現場無任何目擊證人，被害人乙的手上亦未持有任何武器。簡言之，沒有任何證據顯示乙對於甲有現在不法侵害，此時檢察官若無法證明甲行為無阻卻違法事由，豈非要將甲無罪釋放？

本文以為，姑且不論上舉案例發生的機率大小，所謂「完全沒有任何證據」毋寧是種表象的說法，縱使現場沒有任何客觀物證或人證，理論上而言，從被害人及行為人在案前、案後的各種客觀情狀，亦有推知案件過程的可能性，例如甲與乙之間是否有怨仇？被害人乙是否有欲至甲於死地的動機，進而逼使甲必須正當防衛？乙遭甲殺害的方式為何？是從正面開槍、背面開槍，甚或是處決式開槍



（後兩者幾近可排除正當防衛的可能性）？被害人倒臥的角度及姿勢？行為人射擊的距離、方位及彈道？在現代鑑識科技如此發達的情況下，上舉各種因素，皆非無調查之可能性，若檢察官得證明：被害人乙並無致甲於死地動機、相反甲才有殺害乙的動機，兩人距離間隔數十公尺，乙手上亦未持有任何武器，屍體倒臥的角度及姿勢，足以證明乙生前並未處於攻擊狀態，此時檢察官對於甲違法性之證明，即已達到無合理懷疑的程度，若甲亦有罪責，自得將甲定罪。

退萬步言，假設上舉各種客觀情形都處在混沌不明狀態：乙確實有殺害甲的動機，兩人之間距離不到十公尺，乙死亡時的姿勢「似乎」顯示乙生前正處在進攻狀態，完全不確定甲的行為是否係出於正當防衛時，則國家究竟有何正當性能將甲以從事「犯罪行為」為由，限制甚至剝奪甲的生命、身體等基本權利？

其實，無論本文如何窮盡出犯罪案件的各種調查方向，現實上一定存有被告的犯罪行為無法證明的可能，但這種情形也不是違法性及罪責所獨有，縱使是要求檢察官僅須舉證被告構成要件該當，被告仍可能抗辯被害人並非其所殺害，而是已逃逸無蹤的他人所為，當此可能性無法排除（非幽靈抗辯情況），被告之構成要件該當即未達無合理懷疑程度。重點是，若此時我們基於避免冤獄之目的，認為應該判決被告無罪，則在同屬犯罪要件的違法性及罪責上，又有何差別待遇的必要？結論是，本文以為，縱使係對違法性及罪責，檢察官亦應負提出證據責任。

第四款 無罪推定及舉證責任之例外？

有論者認為，無罪推定及國家之舉證責任應有例外，例如判決前為保全證據所為之拘捕、羈押，甚至檢察官之整體偵查行為，皆是在推定被告有罪的前提下始能進行；再者，特定犯罪中被告之舉證能力遠較國家為高，例如貪污犯罪或內線交易等財經犯罪，基於其隱匿性，國家顯難進行蒐證及舉證，此時轉由被告負




擔舉證其無罪的責任，亦有助於發現真實及犯罪偵查。本文認為，在我國的刑事訴訟脈絡下，不應允許任何無罪推定之例外，理由如下：

首先，從我國刑事訴訟歷史觀之，無罪推定原則不應存在例外。蓋如前所述，我國在戒嚴時期長年忽略無罪推定及各種刑事訴訟基本原理原則，打著國家安全旗號厲行白色恐怖，濫權對人民進行追訴、處罰，致生大量的冤獄；解嚴以後，威權的遺毒亦未消逝，各種違反人權的冤案仍層出不窮，這顯示了我國尚未真正蛻變為一個尊重人權的法治國家，若允許無罪推定有例外存在，難保過往踐踏人權、枉顧無罪推定的歷史，不會藉由無罪推定例外的嶄新面貌再度復辟。因此，堅守無罪推定的底線，將為立法者、執法者、司法者設立一道防火牆，有助刑事訴訟人權的維護。

第二，從我國法制傳統及實務見解觀之，無罪推定亦不應存在例外。大法官釋字第 556 號解釋、第 653 號解釋、第 654 號解釋、第 665 號解釋，所有提及無罪推定及國家舉證責任之處，皆未明文承認無罪推定有其例外，國內之實務見解，也從未透過法律續造創設無罪推定之例外；且諸多外國立法例雖承認例如立法推定及精神抗辯者得構成無罪推定例外，例如英國、香港、新加坡等，但這些國家通常皆為大英國協法系國家，並都有「國會至上」的立法傳統，我國並未有此傳統，不當然能為同樣解釋。甚至從我國過往蔑視無罪推定原則的種種先例觀之，更不能承認無罪推定有其例外。

第三，檢察官於判決前所為之偵查行為，包括對被告之拘捕、搜索、羈押等，直至後來之起訴行為，並不能解釋為係無罪推定原則之「例外」。蓋無罪推定的要求係在被告被判決有罪前，應推定其為無罪，不受「等同於有罪」的對待，並非被告在判決有罪前，遭受任何一絲不利益，即謂國家「違反無罪推定」或是構成



無罪推定之「例外」。上述種種檢察官之偵查、起訴行為，並非推定被告有罪，否則檢察官當應直接執行刑罰；再者，拘捕、羈押、搜索等行為，其目的本質上係為保全證據，並非係為處罰被告，亦與被告受有罪判決後，遭罰金刑、自由刑或死刑剝奪基本權，在侵害基本權的程度上有落差，並非等同於有罪之對待。除此之外，在行政法領域，亦有許多允許國家在特定要件下得拘束人民人身自由之規範，例如行政執行法第 17 條之限制住居、拘提、管收等；甚至在民事案件，債權人在特定情況下亦得聲請法院拘提、管收債務人。上舉之例，一般皆不會認為違反「無罪推定」或是構成「無罪推定的例外」，刑事訴訟的干預基本權行為，亦應作相同解釋。

第四，在舉證困難之特定犯罪，轉換或減輕檢察官之舉證責任（不論是提出證據責任或說服責任），不符合刑事訴訟法基本法理及避免冤獄之指導原則。⁸⁴首先，如前所述，刑事訴訟法重視國家權力之限制及避免冤獄，並非單純係以證明之難易度決定舉證責任之歸屬。再者，本文上述避免冤獄之三大理由，在舉證責任轉嫁給被告時，將受到影響，進而害及防止冤獄之目的。就增加國家實現刑罰權限制之功能來說，若舉證責任轉嫁給被告，將降低國家刑罰權行使之門檻，使國家實現刑罰權的道路更加通行無阻；就避免事實認定錯誤之功能而言，論者可能認為，在國家舉證困難之特定犯罪，將舉證責任轉嫁給較瞭解事實經過的被告，

⁸⁴ 必須說明，本文認為不論是「轉換」或「減輕」檢察官之舉證責任，皆不在無罪推定容許之列。所謂的轉換或減輕，兩者之差異在於，轉換係將原本檢察官應盡的舉證責任，轉嫁由被告負擔，亦即犯罪之要件並沒有因此而從法典消失，只是證明該要件之訴訟主體由檢察官轉為被告；而「減輕」檢察官之舉證責任，固然包含了「轉換」檢察官舉證責任（因為檢察官所需要證明的要件變少、負擔減輕），但並不以此為限，減輕舉證責任尚包括單純簡化犯罪要件的「擬制」類型，此時檢察官本須證明的犯罪要件，將直接從法典中消失。簡言之，「減輕」包含「轉換」，而兩者皆將違反我國法下無罪推定及舉證責任之應有內涵。



反而有助釐清真相。然而本文以為，這種說法誤解「較瞭解事實經過」及「較能證明事實經過」的差別，並不可採。

申言之，刑事訴訟法藉由舉證活動發現真實之機制，其設計原理並非在於誰較「瞭解」事實經過，而是建立在誰較能「證明」事實經過⁸⁵，法院在意的是證據的堆疊及推論，並非其中一造之片面說詞。因此，相較於兩造「瞭解」何事，在刑事訴訟中更具決定性無疑是兩造能夠「證明」何事。據此，本文並不否認，在特定較具隱匿性犯罪，國家比起一般犯罪更難藉由事後調查瞭解事實全貌，此時實際經歷整起事件的被告，固然較國家更為知悉來龍去脈；然而，要在刑事訴訟上「證明」一段事實至毫無合理懷疑程度，無法僅靠被告一人之說詞，須仰賴各種客觀證據，並以經驗法則及論理法則推論之。而被告與司法或偵查機關不同，被告不僅不具強制處分的權力，平時亦無法隨時預料日後可能遭刑事追訴而保存所有經歷事件的證據，故被告縱使了解情況，並不代表其能在訴訟上「證明」其所經歷之事實。

相對於被告，國家雖然在此類特定犯罪，較難以瞭解事實經過，然而國家所具有之無窮無盡資源及公權力，並不會因為犯罪類型的不同而有異。國家仍然可以藉由搜索、傳喚、通知、拘捕、通訊監察、羈押等各式各樣的強制處分，蒐集或保全證據。因此，縱使被告在特定犯罪中，較國家機關更瞭解事實經過，其蒐集證據以舉證之能力仍然較國家弱。將舉證責任轉嫁由被告負擔，而被告之舉證能力又顯不如國家，最後的結果不僅可能離事實真相更遠，更可能因被告舉證能力的欠缺，增加被告無辜受害之風險。

最後，舉證責任的第三個功能為：避免在訴訟最終事實不明時冤枉被告。若

⁸⁵ 刑事訴訟法第 154 條第 2 項：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」

允許無罪推定有例外，將致使訴訟最終事實不明時，不利益由被告承擔，造成國家在尚未證明被告之罪責至毫無合理懷疑時，即得對被告定罪，亦增加無辜被告遭誤判之可能性。



綜上，基於我國刑事訴訟歷史、法制結構、實務見解、對於現行檢察官偵查行為的釐清、避免冤枉的最高指導目的，本文認為在我國法的脈絡下，無罪推定原則及國家之舉證責任不應存在例外，國家無論是何種犯罪，皆必須盡其舉證責任證明被告有罪，否則即有違無罪推定原則。

第五款 無罪推定及舉證責任的立法面與程序面

在釐清無罪推定在我國的內涵後，本節將討論無罪推定及舉證責任的兩個面向，即立法面及程序面，此亦為本文與多數學者見解不同之處。承上所述，無罪推定及舉證責任在我國應有之內涵為：在避免冤獄的指導原則下，檢察官應對於被告構成犯罪的所有要件負提出證據責任以及說服責任；且此原則在我國不應有任何例外，亦不能容許立法者藉由立法減輕或轉換檢察官舉證責任，實質上規避無罪推定及舉證責任之要求。上述對於無罪推定及舉證責任內涵及功能之闡釋，可開展出兩個層面：「立法面」及「程序面」，茲詳述如下：

第一目 立法面—禁止為轉換或減輕檢察官舉證責任之立法

壹、射程範圍及檢驗基準

所謂的立法面指的是，無罪推定及舉證責任在立法層次對於立法者進行刑法條文設計及建構時的約束功能，立法者既不能為有罪推定的立法，亦不得藉由立法方式減輕或轉換檢察官舉證責任。具體而言，立法者轉換或減輕檢察官之舉證責任，可能有兩種模式，以下以殺人罪為例，說明此兩種模式的規範態樣：


首先，依照現行殺人罪規定，若欲對被告為殺人罪之有罪判決，國家理論上必須證明以下構成要件：A：殺人行為。B：死亡結果。C：殺人行為與結果間之相當因果關係。D：殺人故意。⁸⁶若國家對其中一個要件的證明無法至毫無合理懷疑程度，即不應對被告下有罪判決。此時即有以下兩種減輕檢察官舉證責任之方式：

第一，立法明文推定或擬制型。即立法者直接立法明文規定「推定」或「擬制」其中一個或數個要件，減輕檢察官之舉證責任，例如將要件改為：若客觀上被告確有殺人行為，且被害人之死亡結果與被告之行為有相當因果關係，即推定被告有殺人故意，該當殺人罪之構成要件，再轉由被告證明其不具殺人故意；或甚至在檢察官證明被告客觀構成要件該當的情況下，直接擬制被告具有殺人故意而構成殺人罪，這兩種途徑皆因立法者藉由立法推定及擬制的方式，減輕了檢察官的舉證責任，實質上規避了檢察官舉證責任的要求，並提高了冤獄的風險，本文認為違反無罪推定。

第二，構成要件轉化型。即立法者不直接以「推定」或「以...論」之文字，明確表示本罪係屬推定或擬制立法，而係將舉證責任之減輕「轉化」為形式上的構成要件，例如將殺人罪的要件改為：「行為致人於死者，經檢察官要求其說明非出於故意，無正當理由未為說明、無法提出合理說明者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」⁸⁷此時，構成要件在形式上即轉為：A：殺人行為。B：死亡結果。C：行為與結果間之相當因果關係。D：經檢察官要求其提出合理說明非故意。E：無正當理由未為說明或無法提出合理說明。表面上而言，如此的規範模式

⁸⁶ 必須重申，依本文見解，理論上國家尚須舉證被告之行為無阻卻違法或阻卻罪責事由，惟在此先僅就構成要件部分討論之。

⁸⁷ 此處所舉之規範模式乃係參考自我國財產來源不明罪。



並非立法推定及擬制，檢察官仍須證明 A 至 E 之要件，始得將被告定罪；實質上，這種規範模式減輕了原本殺人罪檢察官須證明被告有殺人故意之舉證責任，將此責任藉由要求被告提出不具殺人故意之合理說明，實質上轉由被告承擔。本文以為，這種「假構成要件之名、行舉證責任轉換之實」的規範方式，實質上因仍減輕了檢察官的舉證責任，而有違無罪推定原則的要求，故此種規範模式仍須受到無罪推定及檢察官舉證責任之拘束。惟若採此見解，可能遭受的質疑是，要如何釐清系爭犯罪要件確屬規避某一其他犯罪舉證責任之規定？亦即，如何戳破國家藉由形式化的構成要件規避舉證責任的謊言？本文以為可分為以下檢驗步驟：

第一，先確立本罪之保護法益及不法內涵為何。就上舉之例，若系爭規定之保護法益及不法內涵，本係根源於「行為人經檢察官要求合理說明而未為合理說明」本身，則以此作為犯罪構成要件，自無何減輕舉證責任之虞，因為此種命說明而未說明之情況，本是系爭規定的不法內涵所在；然而，由於殺人罪之保護法益係生命法益，不法內涵所在則為行為人之殺人行為，故行為人是否經檢察官要求後合理說明，當不屬於本罪之不法內涵核心。

確立了系爭刑法規定之保護法益及不法內涵後，下一步則是必須檢驗：**本罪之所有構成要件，是否合乎在「刑法謙抑性」下構成要件應有的建構範圍。**同以上舉之例，若本罪之保護法益及不法內涵在於生命法益及殺人行為，在刑法謙抑性下，應有之構成要件設計應為：行為人有殺人行為、發生殺人結果、兩者間有因果關係，且有殺人故意，此為構成要件設計時的應有範圍。若構成要件「逸脫」此範圍而做設計，即有可能係國家藉構成要件設計，規避無罪推定原則。

然而，光是構成要件的设计脫逸了應有的建構範圍，並不足以證明國家確有減輕自身舉證責任之行為，因為這種設計也可能是「加重」檢察官之舉證責任。

因此，必須再實質上判斷：新的構成要件，與原本在刑法謙抑性下的構成要件設計相較，檢察官的舉證責任更輕。此時，即可確立系爭規定的構成要件，實質上係為規避無罪推定下檢察官舉證責任之立法者的謊言。另外，究應如何判斷檢察官之舉證責任是否實質上減輕，本文以為應綜合一切情狀，依社會常理、經驗法則，並參考訴訟實務以判斷之。若被取代之要件係主觀要件，或是如賄賂罪之對價關係等具隱匿性質之要件；而取代它們的要件，使國家不須針對主觀心態或對價關係等直接進行舉證，皆應傾向於實質上減輕檢察官之舉證責任，違背無罪推定原則。

貳、實體法原則及無罪推定、舉證責任之可能競合

當然，若採上述檢驗基準，在檢驗過程中，勢必將遭遇到實體法各種原理原則的檢驗過程，例如法益保護原則、刑法謙抑性、罪責原則等，此時即可能產生系爭規定同時違反實體法上諸如刑法謙抑性、程序法上無罪推定及檢察官舉證責任之競合情形。就本文立場而言，並不認為此種競合情形有何衝突性，蓋刑事事實體法關注的重點，在於藉由解釋學的方式，盡可能限縮國家刑罰權行使的界限；而刑事程序法下無罪推定及舉證責任關注的重點僅在於：國家是否藉由立法方式規避其應盡的舉證責任要求。當一犯罪規定本身脫逸刑法謙益下之立法應然範圍，且其亦產生了實質減輕檢察官舉證責任之效果，本有可能同時違反兩原則。是以，違反實體法原則，與違反程序法之無罪推定、舉證責任，在本文脈絡下是可能同時發生、且並非矛盾的。

第二目 程序面—檢察官在實際訴訟程序應盡完全舉證責任

在確立無罪推定及檢察官舉證責任在立法面的要求後，進而談及程序面。所謂程序面係指，在我國無罪推定及舉證責任的檢視下，檢察官在「實際訴訟程序」應完成的目標。就檢察官而言，其必須證明所有法定犯罪之要件，包括構成要件、違法性、罪責，並對這些要件同時負提出證據責任、說服責任。



有一個問題是，檢察官是否須受到上述立法面上實質檢驗基準的束縛？本文以為，檢察官須要做的、也僅能做的，就是依照法定的犯罪要件盡完全的舉證責任（只是犯罪要件包含違法性及責任要件），蓋檢察官本不職司立法，其職責僅在依法追訴犯罪，且檢察官在我國法下亦不具聲請釋憲之權利，故實無法期待檢察官對於一個違反無罪推定及舉證責任之條文，依照無罪推定及舉證責任理論進行檢視，蓋縱使檢察官認定系爭規定有違反無罪推定之虞，其亦未具有能處理此事之權能⁸⁸，此部分的責任應在於立法者身上。是以，在無罪推定及舉證責任的程序面，檢察官僅須負擔法定犯罪要件之舉證責任，即為已足。

第三項 我國實務舉證責任方法下具體程序的建構

介紹完本文所採之無罪推定及舉證責任體系後，應有必要大致描繪在本文理論下我國刑事訴訟進行之具體程序；惟因本文之重點並不在於當事人主義或職權主義間之辨正，故以下僅以我國「現行實務」所採之改良式當事人主義的舉證責任方法，對於檢察官、被告、法官在刑事訴訟程序各自之角色、功能進行說明。

首先，在立法層次，立法者應恪守無罪推定及舉證責任之憲法要求，不得以立法方式轉換或減輕檢察官之舉證責任，否則所制定之犯罪規定即有違憲疑慮。就實際訴訟程序，在起訴時，由於檢察官對於被告之犯罪事實之全部須負提出證據責任，故檢察官於起訴時應提出證據證明被告之構成要件該當、違法且有責；惟此門檻應僅以我國之起訴門檻即為已足，即刑事訴訟法第 251 條「足認被告有犯罪嫌疑者」，實務上認為此起訴門檻為「被告之犯行很可能獲致有罪判決」而言

⁸⁸ 雖然「檢察機關」依照我國司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款，若其行使職權、適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議時，或適用法律或命令發生牴觸憲法之疑義者，仍得聲請釋憲，惟無論如何，此並非個別實行訴訟的檢察官之職權。



⁸⁹；惟若檢察官所提出之證據，顯無成立犯罪之可能，依照刑事訴訟法第 161 條第 2 項起訴審查之規定，即可能逕遭裁定駁回。⁹⁰

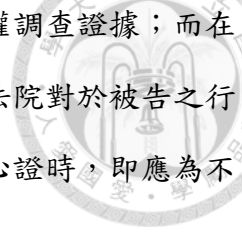
進入到審判程序，檢察官對於被告犯罪事實負提出證據責任之具體方式，即係提出被告構成要件該當、違法且有責之證據⁹¹，若檢察官未提出證據證明被告之行為該當任何構成要件；或檢察官雖已提出被告構成要件該當之證據，惟卻未提出任何被告違法且有責之證據，皆應認檢察官未盡其提出證據責任，毋待被告反證，法院即應直接為不利於檢察官之無罪判決。若檢察官已提出證據證明被告構成要件該當、違法且有責，即已盡其提出證據責任；被告此時得單純否認犯罪，不作任何主張或抗辯，亦得基於為自己辯護而提出證據，惟並未有何舉證責任可言。⁹²待兩造當事人主導之證據調查完畢後，依照最高法院 101 年第 2 次刑事庭決

⁸⁹ 參台灣高等法院 92 年度上易字第 432 號刑事判決、100 年度抗字第 760 號刑事裁定、台灣高等法院花蓮分院 99 年度抗字第 78 號刑事裁定。

⁹⁰ 實務上對於刑事訴訟法第 161 條第 2 項起訴審查規定「顯無成立犯罪之可能」，認為此係指「院在第一次審判期日前，審查檢察官起訴意旨及全案卷證資料，依據經驗法則及論理法則，客觀上一目了然即可立即判斷檢察官舉出之證明方法根本不足認定被告有成立犯罪之可能者而言。」參台灣高等法院花蓮分院 99 年度抗字第 78 號刑事裁定；相關評釋，參黃翰義，從實證法論我國起訴審查制度之存廢，月旦法學雜誌，135 期，2006 年 8 月，頁 116-125。

⁹¹ 依王兆鵬教授、吳巡龍檢察官之見解，此處之提出證據責任，應達「表面證據」之程度；惟我國實務目前尚無針對提出證據責任之門檻表達見解之例。

⁹² 實務上雖然認為，若檢察官之舉證足以使法院對於被告形成不利之心證，此時被告對於有利於己之事實，仍須負提出證據責任，以動搖法院之不利心證，然而本文以為，實務此見解在我國法的解釋下有所不當，蓋所謂提出證據責任，在美國法上係指：負此責任者，須提出證據證明其主張之事實存在，否則法院得逕為不利之認定。然而，一方面我國刑事訴訟法第 161 條之 1 僅係規定被告「得」就被訴事實指出有利之證明方法，顯見被告為被訴事實提出有利於己之證據，僅係其權利，



議，法院此時即得斟酌個案情形、被告有無受實質辯護，依職權調查證據；而在有利於被告之事項，法院更應依職權調查證據。訴訟最後，若法院對於被告之行為構成要件該當、違法且有責，無法全部形成毫無合理懷疑之心證時，即應為不利於檢察官之無罪判決。

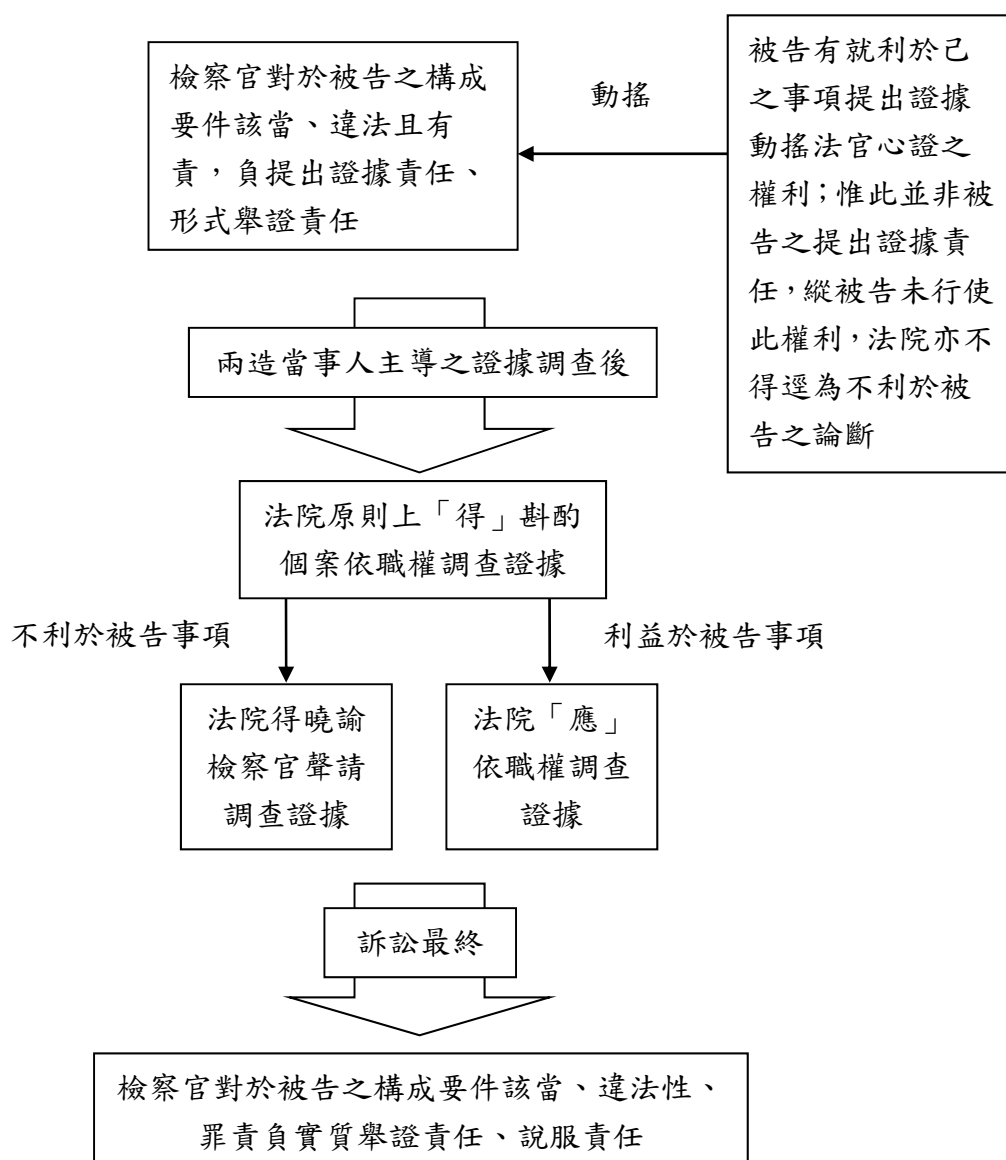
須要特別解釋的是實務上常出現的「幽靈抗辯」問題，例如甲遭起訴持有毒品，惟甲於審判中辯稱此毒品為其友人「阿炮」遺落於甲家中，甲主觀並不知情，惟是否真有阿炮其人並無法確定。⁹³若採本文見解，則檢察官是否須就被告所提出之所有幽靈抗辯皆予調查排除，始得盡其舉證責任？

本文以為，重點僅在於檢察官是否對於被告之犯罪證明毫至無合理懷疑程度，若檢察官已達成此目標，被告之抗辯，若不足形成自身可能無罪之合理懷疑，則檢察官之舉證仍屬成功，法院仍得對被告為有罪判決；反之，若被告之抗辯確實能使法院合理懷疑自身無罪，法院即不能對被告下有罪判決，乃屬當然，故本文之見解與目前實務對於幽靈抗辯的處理，並無太大差異；本文跟現今實務唯一的

並非其義務；另一方面，由於我國並非完全之當事人主義，法官在刑事訴訟當中仍有調查證據之職權，尤其是對於有利被告之事項，更有依職權調查證據之義務（第 163 條第 2 項後段、最高法院 101 年第 2 次刑事庭決議參照），自不得僅因被告未提出有利於己之證據，即逕為不利於被告之論斷；再者，要求被告必須對有利於己之事項負提出證據責任，在客觀上雖存有此證據、惟被告卻因缺乏知識及能力提出時，若逕為不利於被告之論斷，亦將與無罪推定及舉證責任避免冤獄之目的相違。是以，在我國法下，較合理的解釋為：被告對於有利於己之事項，不負任何提出證據之責任，而僅有依法向法院指出有利之證明方法之「權利」，縱被告未行使此權利，法院依照第 163 條第 2 項，仍應依職權調查有利於被告之證據。

⁹³ 相關評釋，參吳巡龍，前揭註 26，頁 39-41；吳巡龍，幽靈抗辯的刑事舉證責任，月旦法學教室，41 期，2006 年 3 月，頁 40-41。

差別僅在於：基於 101 年第 2 次刑事庭決議及現行法規定，此種被告對於自身有利事項的抗辯，不能夠解釋為係「提出證據責任」，而只能夠解釋為係一種「辯護權利」，縱使被告未確實提出證據證明該對自身有利之事項，亦不能謂被告當然失權，若該事項確實有調查關聯性、調查必要性及調查可能性，仍無法免除法院基於刑事訴訟法第 161 條第 2 項後段依職權調查證據的義務。茲以下列圖表整理本文認為我國現行法及實務下應有之舉證責任架構：



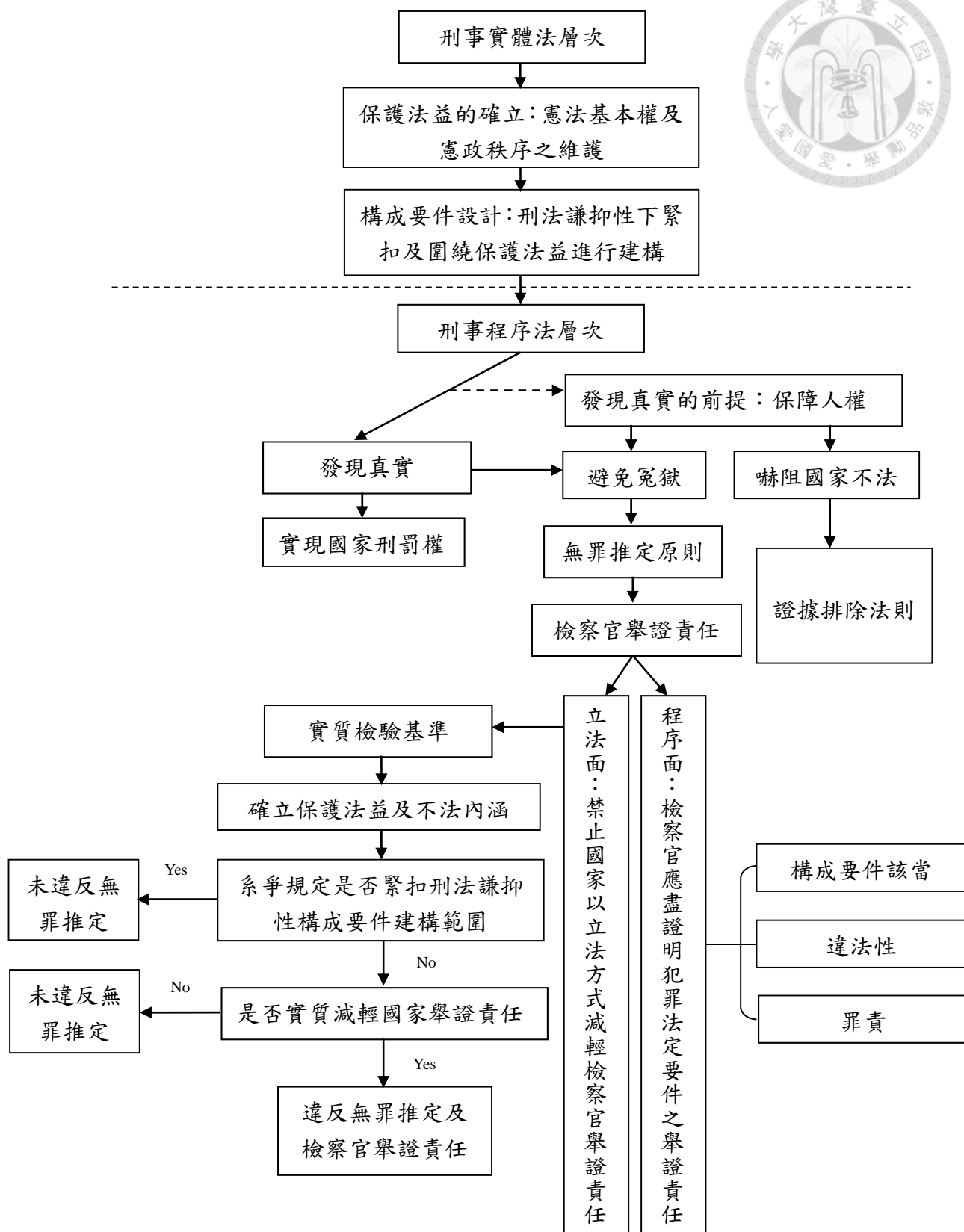
【圖 2-2】本文所採之刑事訴訟舉證責任體系



第四項 小結

到此為止，可以短暫下一個小結：在實體法層次，刑法的目的在於保護法益，而保護法益之目的在於實現憲法保障人民基本權及憲政秩序之意旨。據此，任何犯罪規定在設計構成要件時，首先必須確立該罪之保護法益為何，而該保護法益必須得以回歸至憲法的基本權保障或憲政秩序維護，始有正當性；確立保護法益後，基於刑法謙抑性，系爭犯罪的構成要件必須緊扣著該罪的保護法益，謹慎且精準地劃出處罰範圍。

在程序法層次，刑事訴訟法之目的在於促使國家在保障人權的前提下發現真實，實現刑法保護法益的精神，而考慮到我國長久以來不人道的刑事訴訟歷史，我國刑事訴訟法應以「避免冤獄」為最高指導原則。基此，無罪推定原則，要求檢察官必須毫無例外的對被告犯罪事實負舉證責任，並承擔被告犯罪事實存否不明確時的不利益結果。基此，在立法面，立法者不能立法減輕或轉換檢察官應盡之舉證責任；在程序面，檢察官亦應針對犯罪之法定要件—構成要件該當、違法且有責，盡提出證據責任及說服責任。茲用下方圖表簡單表示本文的刑事法體系、無罪推定及國家舉證責任的架構：



【圖 2-3】本文之刑事法、無罪推定及舉證責任體系架構

第三章 「刑事立法推定」概念在比較法之適用

以下本文將說明「刑事立法推定」(statutory criminal presumptions) 概念，包括其概念內涵、比較法見解，以及我國相關立法例尤其是公務人員財產來源不明罪的運用概況。為求論述之完整性，本文擬先介紹刑事訴訟法上「推定」的意義及目的，進而再論及各國立法者係如何藉由立法推定之方式，解決訴訟實務之困境，最後再論述本文見解。

第一節 推定概說

第一項 推定之意義

依照美國法學者的解釋，所謂「推定」(presumption) 係指在訴訟程序中（不限於刑事訴訟程序），允許從一個事實的證明，作為另外一個相關事實的足夠證據，除非當事人可以舉證推翻該相關事實存在⁹⁴，例如：當事人雙方就契約的必要之點意思表示合致，則推定契約成立。通常而言，「推定」都是對國家有利的，目的主要在於避免特定要件事實的舉證困難⁹⁵。

在法律用語中，被推定存在的事實，稱為「推定事實」(fact presumed)；已經被證明、並用以推論推定事實存在的事實，則稱為「基礎事實」(basic fact) 或「已證明事實」(fact proved)。⁹⁶美國 Thayer 教授對於推定的定義及目的，有以下簡潔而清楚的詮釋：推定有助於推論以及論證，它在一定的調查目的下，假設特定事

⁹⁴ Comment, *Criminal Presumption and Inference Instructions*, 6 Willamette L.J. 497, 498(1970).

⁹⁵ *Id.* at 498.

⁹⁶ Comment, *Presumption, Assumptions, and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview*, 79 Yale L.J. 165(1969).

實真相。推定可能立基於一般經驗、任何一種可能性，或僅僅是基於政策或便利性。」⁹⁷



第二項 推定之目的

依據上述 Thayer 教授的定義以及論者之整理，創設推定之最主要目的，大致可分為：「促進訴訟」、「舉證公平性」、「避免無法證明之窘境」、「公共政策」。⁹⁸促進訴訟目的係指，推定將促使程序之利用、進行或運作更有效率及迅速，減少在程序上付出勞力、時間及費用；舉證公平性則是因存有某些原因，基於原來舉證責任分配，對於當事人證明特定事實之存在或不存在，實屬困難，甚至於不可能時，依據原先之分配要求當事人負舉證責任有欠公允；避免無法舉證之窘境係因該等事實本質上難以證明，無論是何造當事人，對於該等事實之證明，在實際上確屬不能或有很高難度，推定將有助於解決此種窘境；最後，就公共政策而言，有些推定係基於「實質的政策」(substantive policy)理由所創設，藉以鼓勵或不鼓勵某些行為（非指訴訟上的行為）或達成其他法律上目標。

第三項 推定與推論

須注意者，「推定」不可與「推論」(inference)混為一談。推論是在考慮過已知事實後，依邏輯及推理所推斷出之結論，並不依法強迫事實審做出特定結論，事實審並擁有依照個案事實情況做出結論的裁量權；惟推定卻是在不同事實間，

⁹⁷ 原文為：“Presumptions are aids to reasoning and argumentation, which assume the truth of certain matters for the purpose of some given inquiry. They may be grounded on general experience, or probability of any kind; or merely on policy and convenience.” See J. Thayer, *A Preliminary Treatise On Evidence At The Common Law* 314(1898).

⁹⁸ 以下整理自林俊宏，刑事舉證責任論—以美國法為借鏡，輔仁大學法律學研究所碩士論文，2005年，頁133-136。

展現出一個法律認可的關聯性，係在確立某些特定事實後，由法律指導事實審所為之推論。⁹⁹



第二節 刑事立法推定概說

第一項 基本內涵

刑事立法推定 (statutory criminal presumptions)，自 20 世紀初開始，成為幫助美國檢方追訴犯罪之利器，並成為美國刑法的一部分，其目的為幫助檢察官在證據不足的情況下，藉由刑事立法推定，僅須提供較容易提出的證據，即得允許陪審團藉由基礎事實進行推論。在對於刑事被告的權利保障日益完善時，刑事立法推定被視為：「為抗衡法院不斷擴大給予刑事被告憲法保護的本能反應」 (“An instinctive response to counterbalance the expanding constitutional protections afforded criminal defendants by the courts.”)。¹⁰⁰

依據證據法上的效果，刑事立法推定可以分為三種：「終局推定」(conclusive presumption)、「強制推定」(mandatory presumption) 及「任意推定」(permissive presumption)，將於下述詳細介紹。

⁹⁹ 儘管推定及推論在理論上有其差別，然而在「任意推定」的情況，雖然表面上而言是一種推定，但實質上仍是一種推論，詳後述。

¹⁰⁰ Comment, *Statutory Criminal Presumptions: Proof Beyond a Reasonable Doubt?*, 7 Valparaiso University L. R. 147, 151(1973); Notes, *The Unconstitutionality of Statutory Criminal Presumptions*, 22 Stan. L. Rev. 341, 341(1970).



第二項 刑事立法推定之分類

第一款 終局推定

首先，終局推定係指，若提出基礎事實 A，則推定事實 B 必須終局的被認定，也就是說被告無法推翻推定事實，通常只能攻擊事實 A。終局推定常被立法機關基於不同的目的而使用，例如被用做同一犯罪的不同定義。學說幾乎一致的認為，終局推定適切來說並不是證據法的一部分，而已成為法律本身的實質內容，故其本質上並非推定。¹⁰¹

在我國，終局推定的其實即是一種「擬制」或「視為」，通常以「以……論」或「視為……」的法條文字態樣出現，例如刑法第 329 條準強盜罪¹⁰²、刑法第 241 條第 3 項準略誘罪¹⁰³、刑法第 283 條聚眾鬥毆罪¹⁰⁴、刑法第 323 條準動產之定義¹⁰⁵、刑法第 348 條之 1 準擄人勒贖罪¹⁰⁶等。

第二款 強制推定

強制推定係指，陪審團在被告無法提出反證推翻時，「必須」藉由基礎事實認

¹⁰¹ *Id.* at 152; Brosman, *The Statutory Presumptions*, 5 Tul. L. Rev. 17, 24 (1930).

¹⁰² 刑法第 329 條規定：「竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者，以強盜論。」

¹⁰³ 刑法第 241 條第 3 項：「和誘未滿十六歲之男女，以略誘論。」

¹⁰⁴ 刑法第 283 條：「聚眾鬥毆致人於死或重傷者，在場助勢而非出於正當防衛之人，處三年以下有期徒刑，下手實施傷害者，仍依傷害各條之規定處斷。」

¹⁰⁵ 刑法第 323 條：「電能、熱能及其他能量，關於本章之罪，以動產論。」

¹⁰⁶ 刑法第 348 條之 1：「擄人後意圖勒贖者，以意圖勒贖而擄人論。」

定推定事實，然而一旦被告提出反證，陪審團即不被強迫必須認定推定事實。與終局推定相異的是，強制推定仍容許被告反證推翻的空間，僅係將舉證責任轉換予被告；但終局推定卻是終局性的認定推定事實，不容許被告反證推翻。¹⁰⁷

論者認為，由於刑事案件應由檢察官負舉證責任，強制推定這種轉換舉證責任的性質，在使用於刑事案件時將構成合憲性的疑慮。因為對於被告的定罪，可能並未將所有構成犯罪的要件證明至毫無合理懷疑程度，此將因而違反刑事被告的正當法律程序權利。據此，美國聯邦最高法院將在下述的案件中對於強制推定做出合憲性的限縮，以合乎毫無合理懷疑標準。¹⁰⁸

在我國，轉換舉證責任的強制推定，例如組織犯罪條例第7條規定，犯同法第3條之罪，對於參加組織後取得之財產，未能證明合法來源者，除應發還被害人外應予追繳、沒收。即係一律推定參與組織犯罪之被告參加組織後取得之財產，皆處違法所得，並轉由被告證明此財產係屬合法來源，否則即予追繳沒收。此種轉換舉證責任予被告之立法，在刑事立法推定的脈絡下，應屬強制推定無疑。

第三款 任意推定

最後，任意推定¹⁰⁹允許—but不要求—事實審從檢察官已證明的基礎事實推論最終的事實，並沒有對被告施加任何形式的舉證負擔，此時基本事實可能形成最終事實的表面證據（*prima facie*）。任意推定雖僅係允許陪審團藉由基礎事實進行

¹⁰⁷ Comment, *supra* note 100, at 152.

¹⁰⁸ Jacobson, *Mandatory and Permissive Presumptions in Criminal Cases: The Morass Created by Allen*, 42 U. Miami L. Rev. 1009, 1012-13 (1988).

¹⁰⁹ 有論者將「*permissive presumption*」譯為「自由推定」，參林俊宏，前揭註98，頁147-150。此處翻為「任意推定」，主要係基於我國法「強制規定」及「任意規定」之習慣用法。



推論犯罪事實，本身並不轉換舉證責任予被告，但被告若沒有提出證據反駁，最後仍可能因為陪審團的此種推論而遭定罪。¹¹⁰

舉例而言，假設一個犯罪包含三個要件：A、B、C，而法律規定從事實 A 及事實 B 的證據，可以推論出事實 C。在這樣的情況下，法院將指示陪審團它們可以、但非必須，從基礎事實 A、B 推論出推定事實 C。¹¹¹

然而，論者也認為，任意推定實質上並非一種真正的推定，而僅是一種「推論」，因為這種推定是任意性而非強制性的，主要目的僅係在為陪審團指出一個理所當然的推論，以避免陪審團沒有注意到而忽略了此關聯性。¹¹²考慮到任意推定之性質在於職業法官對於來自社會各階層陪審團的提醒及指導，由於我國目前刑事案件之審判，不論係事實認定或法律適用皆由職業法官為之，故我國目前並未有類似於任意推定的規定。

第三節 比較法見解

第一項 概說

基於刑事程序的嚴厲性，終局推定及轉換舉證責任的強制推定，雖甚少被使用在美國刑法當中，但即使是任意推定，由於它允許陪審團藉由基礎事實對於被告之犯罪事實進行推論，被告若無法舉出反證推翻，仍有可能承擔被定罪的風險，

¹¹⁰ John E. Stumbo, *PRESUMPTIONS—A VIEW AT CHAOS*, 3 Washburn L. J. 182, 187-90 (1963); Comment, *supra note 100*, at 152-53.

¹¹¹ Jacobson, *supra note 108*, at 1012.

¹¹² *Id.*

這仍然提供了在無罪推定保護下的刑事被告，須提出證據證明自己無罪的誘因。¹¹³

同時，由於美國立法機關基於犯罪追訴之目的，不斷在刑事法創設出立法推定，藉此免除及減輕檢察官的舉證責任，卻忽略了刑事立法推定在刑事訴訟法中和「毫無合理懷疑」標準、無罪推定原則之衝突。¹¹⁴是以，美國聯邦最高法院於1943年的 *Tot v. United States* 判決（下稱 *Tot* 案）確立「合理關聯」基準（*rational connection*），藉此對於刑事立法推定設下憲法上之界限¹¹⁵；之後聯邦最高法院又陸續以 *Leary v. United State*（下稱 *Leary* 案）¹¹⁶、*County Court Of Ulster County, New York v. Allen*（下稱 *Allen* 案）¹¹⁷ 等判決，更為細緻在任意推定及強制推定區分其合憲性標準。最後，在 *Sandstrom v. Montana*（下稱 *Sandstrom* 案）¹¹⁸ 判決中，聯邦最高法院亦針對終局推定做出解釋，認為應一律禁止之。

無獨有偶的是，針對強制推定，大西洋另一岸的歐陸各國，也大量利用此種立法轉換檢察官舉證責任的方式，達到各國犯罪追訴之目的，包括英國、法國、荷蘭、瑞典、挪威、愛爾蘭等現代化法治國家，皆存有為數甚多之強制推定。¹¹⁹ 歐盟超國家性的歐洲人權法院（*European Court of Human Rights, ECHR*），亦以諸多

¹¹³ Comment, *supra note 100*, at 151-52.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ 319 U.S. 463 (1943).

¹¹⁶ 395 U.S. 6 (1969).

¹¹⁷ 442 U.S. 140 (1979).

¹¹⁸ 442 U.S. 510(1979).

¹¹⁹ 在歐洲人權法院脈絡下，並不採用「刑事立法推定」之用語，而將重點置於舉證責任轉換之實質意義，惟本文基於行文方便，在討論歐洲人權法院見解時，亦沿用美國法「刑事立法推定」之用語。

判決對於各國強制推定的立法設下界限，其中又以 1988 年的 *Salabiaku v. France* 判決（下稱 *Salabiaku* 案）為指標性裁判，並確立了歐洲人權法院以「爭點重要性」（take into account the importance of what is at stake）及「被告防禦權維護」（maintain the rights of the defence）作為強制推定之合理界限。¹²⁰ 其後，歐洲人權法院更於特定類型案件，附加考慮了系爭規定立法目的與手段的比例性。

本文以下即以美國聯邦最高法院及歐洲人權法院，關於「刑事立法推定」之重要判決及見解為核心，大致介紹比較法上對於此種立法模式之界限。

第二項 美國聯邦最高法院見解

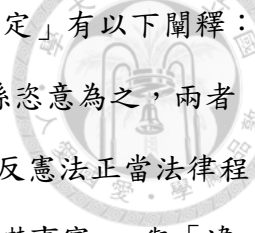
美國聯邦最高法院對於刑事立法推定之見解，以 *Tot* 案針對任意推定所確立之「合理關聯」基準、*Allen* 案針對強制推定所確立之「毫無合理懷疑」標準，以及 *Sandstrom* 案針對終局推定所確立之一律禁止見解，作為主要的檢驗機制。茲將相關事實及法院見解介紹如下：

第一款 *Tot v. United States*

1938 年的美國聯邦槍械法第 901 條，不僅禁止曾有暴力犯罪前科之人，藉由州際交易收受任何槍械或彈藥；更進一步將有暴力犯罪前科之人持有槍械或彈藥之行為，皆推定為係在進行違法運送（ship）、輸送（transport）或收受（receive）。曾有暴力犯罪前科的本案被告 *Tot*，在 1938 年 9 月 22 日因為偷竊香菸在住處遭逮捕，警察逮捕他時，在他的住處發現一把自動手槍，*Tot* 遂被控違反上開聯邦槍械法第 901 條之規定而被定罪。¹²¹

¹²⁰ ECHR, *Salabiaku v. France*, 1988, Series A no. 141.

¹²¹ *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943).



Tot 上訴至美國聯邦最高法院，聯邦最高法院對於「立法推定」有以下闡釋：若基礎事實與最終推定事實間，因為欠缺一般經驗下的連結而係恣意為之，兩者間即不具「合理關聯性」(rational connection)，這個推定將因違反憲法正當法律程序而無效。¹²² 本案中，「曾有暴力犯罪前科者持有槍械」之「基礎事實」，與「違法運送、輸送或收受槍械」之「推定事實」間，因不具有一般經驗的合理關聯性，是故聯邦槍械法第 901 條，因違反正當法律程序，實屬違憲。

在 Tot 案當中，聯邦最高法院確立了立法推定的「合理關聯」基準，並以此作為往後數十年相關爭點的定見。然而，合理關聯基準在發展初期，無論如何不是一個足夠具體的明確法律概念，致使在 Tot 案後出現了許多運用上的疑義¹²³，直到

¹²² 原文為：“Under our decisions, a statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if the inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connection between the two in common experience. This is not to say that a valid presumption may not be created upon a view of relation broader than that a jury might take in a specific case. But where the inference is so strained as not to have a reasonable relation to the circumstances of life as we know them it is not competent for the legislature to create it as a rule governing the procedure of courts.” See *Id.* at 467-468.

¹²³ 例如，在 1965 年同一年發生的 *United States v. Gainey* 案（下稱 *Gainey* 案）及 *United States v. Romano* 案（下稱 *Romano* 案），涉及之事實幾近相同的情況下，聯邦最高法院卻以合理關聯基準，做出了前者合憲、後者違憲的不同結論。在 *Gainey* 案中，法律允許陪審團因為被告出現在酒廠當中，推論他正在「經營」(carry on) 酒廠，除非被告對於他出現在酒廠的理由，給予陪審團一個滿意解釋，聯邦最高法院認為，「在場」及「經營」間，符合合理關聯基準之檢驗，故本案係屬合憲；惟在 *Romano* 案中，法律則授權陪審團藉由被告出現在酒廠中，推斷被告曾「擁有」(possession)、
「監管」(custody)、
「控制」(controll) 酒廠，聯邦最高法院卻認為本案違憲。聯邦最高法院對兩案間的差別待遇做出的解釋為：*Gainey* 案之所以合法，乃因被告出現在酒廠，是一個足夠證明「經

1969 年的 *Leary v. United States* 案（下稱 *Leary* 案），聯邦最高法院才對合理關聯基準做了更細緻的說明及闡述。



第二款 *Leary v. United States*

1965 年 12 月 20 日，本案被告 Leary 開車載著他的兒子、女兒（兒女皆為青少年）及另外兩個人，從紐約前往墨西哥猶加敦度假。12 月 22 日，他們開車跨越美國德州及墨西哥間的國際橋梁，卻被墨西哥海關拒絕入境，他們遂折返回美國，停在美國的檢查站向海關人員說明情形，並宣稱並沒有從墨西哥帶來任何需要通報的東西。調查員請他們下車，檢查車子內部，卻在車子的地板上看到了疑似大麻的物品。調查員隨即收到搜索車子及乘客的允許，並在車子地板、後車廂找到少量大麻，搜索 Leary 女兒的調查員，更在他女兒身上發現了一個裝著大麻及三根大麻菸蒂的鼻咽盒。¹²⁴

Leary 被起訴三項罪名：第一，故意違法走私大麻至美國；第二，違反「麻醉藥品進出口法」（Narcotic Drugs Import and Export Act）規定，故意違法運輸（transportation）、幫助運輸（facilitate the transportation）以及隱匿（concealment）違法進口或攜帶進美國的大麻；第三，違反「大麻稅法」（Marihuana Tax Act），未支付大麻稅法之交易稅，而故意運輸、隱瞞以及幫助運輸大麻。地方法院駁回第一項關於走私的起訴，陪審團判決後兩項罪名有罪，在上訴審，上訴第五巡迴法

營」的證據，因為任何出現在那裡的人，非常可能與非法釀酒業有關聯；然而，若要證明被告曾「擁有」該酒廠，僅僅只是「出現」在現場，並無法顯示被告對於酒廠的作用，此要素與「擁有」間的連結太過微弱且恣意，故依合理關聯基準，即屬違憲。See *United States v. Gainey*, 380 U.S. 63 (1965); *United States v. Romano*, 382 U.S. 136 (1965); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6, 35-36 (1969).

¹²⁴ *Leary v. United States*, 395 U.S. 6, 11 (1969).

院亦維持原判¹²⁵，案件來到聯邦最高法院。



聯邦最高法院認為本案主要有兩個爭點：第一，以大麻稅法將 Leary 定罪，是否違反 Leary 之不自證己罪特權？第二，麻醉藥品進出口法規定，若被告持有大麻，推定該大麻是違法進口或攜帶進美國、而被告知悉違法進口或攜帶之事實，除非被告得舉反證推翻。此規定是否侵害被告之正當法律程序？¹²⁶

就第一個違反不自證己罪之爭點，因與本文所討論之重點無關，茲不贅述，結論上聯邦最高法院採肯定見解，即本案以大麻稅法將 Leary 定罪確實違反其不自證己罪特權；就第二個爭點，聯邦最高法院再度提及了 *Tot* 案之「合理關聯」基準，並進一步為以下闡釋：一個刑事立法推定，除非可以實質擔保在「基礎事實」中，「推定事實」發生的可能性大於不可能，否則該規定皆為不合理且恣意的，將因而違憲。¹²⁷ 本案中，聯邦最高法院閱覽諸多資料後，認為美國國內使用的大麻中，由美國本土所生長的大麻亦佔有大量比例，因此 Leary 所持有之大麻（基礎事實），係由違法進口或攜帶（推定事實）的發生可能性，並未大於該大麻係由美國本土生長的可能性，故系爭規定應不具合理關聯而屬恣意，違反憲法之正當法律程序。

128

¹²⁵ *Id.* at 11-12.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ 原文：“...that a criminal statutory presumption must be regarded as ‘irrational’ or ‘arbitrary,’ and hence unconstitutional, unless it can at least be said with substantial assurance that the presumed fact is more likely than not to flow from the proved fact on which it is made to depend.” See *Id.* at 36.

¹²⁸ *Id.* at 47-52. 關於 *Leary* 案「可能多於不可能」標準之詳細闡述，請參閱林俊宏，前揭註 98，頁 144-146。

聯邦最高法院在 *Leary* 案中留下一個伏筆是：因為本案系爭規定在「合理關聯」基準下已屬違憲，故法院不需要再進而探討，一個刑事立法推定是否同樣也需要通過「毫無合理懷疑」標準的有罪判決心證門檻。¹²⁹言下之意，聯邦最高法院似認立法推定可能有兩道檢驗門檻：第一，合理關聯基準，若立法推定連合理關聯基準都無法通過，將直接違憲，毋庸再為任何審查；第二，所有刑事有罪判決要求的毫無合理懷疑心證門檻。聯邦最高法院在 1973 年的 *Allen* 案，對於上開兩種檢驗門檻之關係，有了更進一步的說明。

第三款 *County Court Of Ulster County, New York v. Allen*

三個成年男子及一位名叫 Jane Doe 的 16 歲女子，在 1973 年 3 月 28 日下午，因為在紐約高速公路超速而被攔停。警察從車窗中發現，車內疑似有兩把大口徑的手槍、約六磅的彈藥。這些槍械彈藥橫放在前座一個打開的手提袋，以及 Jane Doe 前座位置旁邊。Jane Doe 承認手提袋為她所有。警察敲開後車箱，在後車箱內亦發現機槍以及海洛因。¹³⁰因紐約州法規定，在汽車內出現的槍械，推定為係占有車輛之人所有，檢方遂以持有槍械、毒品起訴四人。四人的辯護人皆爭執系爭規定，因無法證明槍械與他們當事人間之關係，違反憲法正當法律程序而違憲。¹³¹對於上開爭執，歷審的認定皆不一致，案件進入到聯邦最高法院。

聯邦最高法院認為，在刑事案件中，任何刑事訴訟法規定之合憲性，皆必須以毫無合理懷疑基準加以檢驗，並進而將立法推定區分為任意推定及強制推定。任意推定允許、但不強制事實審從檢察官已證明的基礎事實「推論」最終的事實，並未對被告施加任何形式的舉證負擔。因為任意推定讓事實審可以自由決定是否

¹²⁹ *Id.* at 36.

¹³⁰ *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140, 143-44 (1979).

¹³¹ *Id.* at 144-45.

為此推論，並不轉移舉證責任予被告，故任意推定僅有在不符合「合理關聯」基準時，因為可能使陪審團產生認定事實錯誤的風險，才將影響毫無合理懷疑基準的適用。¹³²



而強制推定則係使事實審「必須」由基礎事實推論最終事實，除非被告舉反證推翻，否則法院被強制做出對被告不利的事實認定，甚至以此對被告定罪。故強制推定不僅會影響毫無合理懷疑基準的適用、更將撼動它的地位。聯邦最高法院認為，既然檢察官依據憲法必須負擔證明被告有罪至毫無合理懷疑的舉證責任，即不得將本案的定罪皆仰賴於一個強制推定，除非該規定所列之「基礎事實」及「推定事實」間本身即有毫無合理懷疑的關聯性。¹³³

簡言之，聯邦最高法院認為，若立法推定為任意推定，因不具強制轉換舉證責任之效果，適用 *Tot* 案、*Leary* 案之合理關聯基準即可；若為強制推定，因已轉換舉證責任，該規定之「基礎事實」及「推定事實」間，須有毫無合理懷疑之關聯性，方與憲法正當法律程序無違。據此，聯邦最高法院認為¹³⁴，基於本案的系爭規定只有在某些情況下會適用，甚至在被告沒有提出積極證據反駁的情況下，陪審團也可以忽略系爭規定，故系爭規定應屬任意推定，僅須通過合理關聯性基準的檢驗，即為已足。而本案中，槍械係放在所有被告一覽無遺的車子地板或座位上，藉此推論所有被告皆充分意識到槍械的存在、並有能力及意圖使用及控制手槍，應有合理連結，故本案符合合理關聯基準而合憲。

¹³² *Id.* at 156-59, 167.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Id.* 141-42, 167.



第四款 *Sandstrom v. Montana*

美國聯邦最高法院在釐清了強制推定與任意推定的合憲性界限後，仍剩下一個懸而未決的問題是：刑事立法推定中的「終局推定」，是否亦有其合憲性問題？聯邦最高法院在本案 *Sandstrom* 案的判決中，對於終局推定表示了意見。

本案基礎事實如下：1976 年，18 歲的被告 Sandstrom 自白供認致被害人 Jessen 於死，基於該自白及其他證據，被告被控故意殺人（deliberate homicide）。在審判中，被告主張雖然他確實致被害人於死，但他並不具殺人之故意，故不構成故意殺人罪。被告主要的答辯理由在於法院指派的兩位心理健康專家的證詞，兩位專家皆向陪審團描述了被告在犯案時的心理狀態，被告的律師主張兩位專家的證詞顯示：被告的人格障礙因為涉取酒精的關係而惡化，並不具備故意殺人的認知或意欲。法院指示陪審團：一人對於其自願行為所產生之通常結果，依法皆推定為有故意（下稱系爭指示）。被告的辯護人雖然反駁系爭指示轉移了對於「故意」要件的舉證責任，故違反了被告的正當法律程序權利，惟卻遭法院駁回，陪審團之後判決被告故意殺人罪成立。¹³⁵

被告上訴至蒙大拿州最高法院，但法院維持被告之定罪，並表示雖然藉由推定的方式「轉移」（shift）舉證責任予被告係禁止的，但「分配」（allocation）部分的舉證責任予被告卻是允許的。在系爭指示下，被告唯一的舉證責任只是提出證據證明他並非故意，此應僅為舉證責任之分配，並未違反被告之正當法律權利。案件後來到聯邦最高法院。

聯邦最高法院認為，陪審團對於系爭指示可能有兩種解釋可能，第一種是將

¹³⁵ *Sandstrom v. Montana*, 442 U.S. 510, 512-14 (1979).

系爭指示解釋為「終局推定」，即終局性的認定被告具有故意，不容被告反證推翻；另外一種則是解釋為係一種舉證責任的轉移（強制推定），仍容許被告反證推翻，惟在兩種解釋下，皆應認為係屬違憲。首先，若解釋為終局推定，因為此種推定下，國家不須將被告構成犯罪的所有要件，證明至毫無合理懷疑程度，此與無罪推定要求檢察官證明犯罪所有要件的任務相衝突，並實質上消除了「故意」做為犯罪要件之一的性質；再者，終局推定亦入侵了專屬於陪審團的認定事實功能及職權，故聯邦最高法院認為，若系爭指示屬於一種終局推定，將侵害被告的憲法權利，實屬違憲。¹³⁶

縱係將系爭轉移解釋為係一種舉證責任的轉移，即將系爭指示視為一種強制推定，聯邦最高法院亦認為此種舉證責任的轉移，仍違反了國家應將被告犯罪的所有要件證明至毫無合理懷疑程度之義務，故亦侵害了被告的正當法律權利。因此，不論是何種解釋方式，本案皆屬違憲無疑。¹³⁷


聯邦最高法院在本案中表示了其對於終局推定的見解，即因終局推定違反了國家證明犯罪所有要件之義務，且不當侵入了陪審團認定事實的專屬職權，應一律禁止之。

第五款 小結

以上，大致介紹美國聯邦最高法院自 1943 年 *Tot* 案以降，立法推定之相關見解及分類。聯邦最高法院不斷重申一個原則：檢察官無論如何應將被告犯罪的所有要件證明至毫無合理懷疑程度，否則即屬違憲。進而，聯邦最高法院乃將刑事立法推定區分為強制推定、任意推定及終局推定，並區分不同類型而異其合憲性

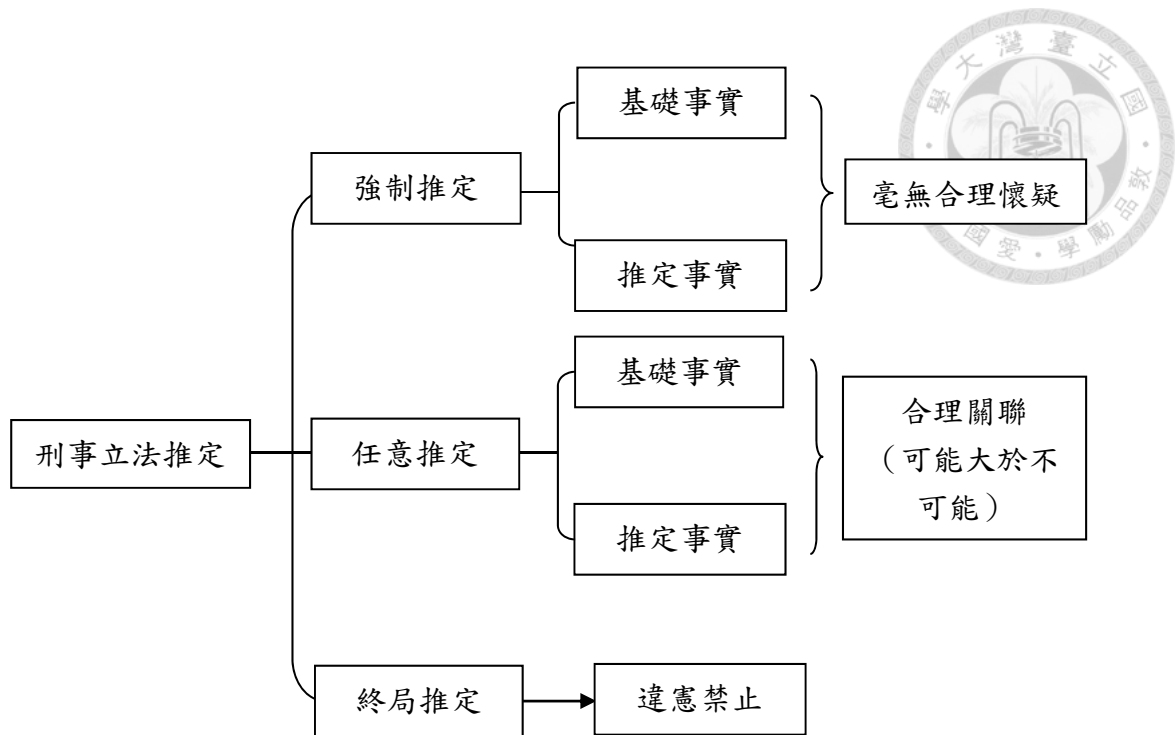
¹³⁶ *Id.* at 521-524.

¹³⁷ *Id.*



限制：若屬強制推定，因已將舉證責任轉換至被告，並強制規定法律效果，為符合毫無合理懷疑之標準，該規定之基礎事實及推定事實間，必須有毫無合理懷疑之關聯性，否則即屬違憲；若屬任意推定，因不涉及被告舉證責任轉換，亦不強制裁判者須作此認定，僅須符合 *Tot* 案及 *Leary* 案之合理關聯基準，推定事實在基礎事實中發生的可能大於不可能即為已足；接著，若為終局推定，聯邦最高法院在 *Sandstrom* 案中，認為此種推定因違反無罪推定及檢察官證明犯罪所有要件至毫無合理懷疑之義務，並不當入侵陪審團認定事實之專屬職權，應一律違憲。¹³⁸茲將聯邦最高法院就立法推定之見解，整理如下方圖表：

¹³⁸ 較有趣者，聯邦最高法院雖然在 *Sandstrom* 案中，亦提及了轉換舉證責任之強制推定，結論上卻與 *Allen* 案不同。*Allen* 案認為強制推定僅須基礎事實與推定事實間，具毫無合理懷疑的關聯性，即屬合憲；惟 *Sandstrom* 案卻認為，轉換舉證責任之強制推定，因違反了犯罪之所有要件皆須由檢察官證明至毫無合理懷疑程度之原則，應認皆屬違憲，相關評釋參林俊宏，前揭註 98，頁 150-153。本文以為，兩案判決之見解，雖然表面上或有不同，惟本質上皆係在闡述及重申一個原則：犯罪之所有要件皆應由檢察官證明至毫無合理懷疑。據此，*Allen* 案的見解，何嘗不是此一原則的體現？蓋若基礎事實與推定事實間本具毫無合理懷疑的關聯性，則倘檢察官已證明基礎事實至毫無合理懷疑程度，實質上等同於亦將推定事實證明至毫無合理懷疑，因而亦不違反「檢察官應證明所有要件至毫無合理懷疑」之原則。是以，*Allen* 案的見解或可視為 *Sandstrom* 案見解的「補充解釋」（雖然嚴格來說，*Allen* 案判決的時間點較 *Sandstrom* 案稍早），兩者間不見得互斥，即強制推定原則上因違反檢察官證明所有要件至毫無合理懷疑的責任，違憲而不得使用；惟若基礎事實與推定事實間具毫無合理懷疑關聯，仍將因符合檢察官的舉證責任，而取得合憲性基礎。



【圖 3-1】美國聯邦最高法院之刑事立法推定檢驗架構

第二項 強制推定之歐洲人權法院見解

第一款 概說

歐洲各國為減輕特定犯罪中檢察官之舉證責任，亦大量使用了刑事立法推定中「強制推定」的立法模式，藉此在特定犯罪將舉證責任轉換予被告負擔。此爭議於歐洲人權法院的實踐，主要係在歐洲人權公約(European Convention on Human Rights, ECHR, 下稱公約)第6條第2項公平審判原則之無罪推定原則的脈絡下討論。亦即，所有受公約拘束之國家，國內所設置之強制推定，在適用於國內被告時，是否違反「刑事被告在被依法證明有罪之前，應被推定無罪」之無罪推定原則？歐洲人權法院更在 *Salabiaku* 案當中強調：歐洲人權法院的任務並非在判斷內國法之法律規定是否符合公約，而僅係判斷該規定「適用於被告」時，是否違反公約。



由於上開審查範圍的局限，歐洲人權法院即非如同美國聯邦憲法法院涉及「強制推定」規定本身之審查，而僅在乎具體個案適用問題。以下本文即從指標型裁判 *Salabiaku* 案為起點，大致介紹歐洲人權法院對於強制推定所設下之限制及界限，亦即「爭點重要性」及「被告防禦權維護」；進而提及歐洲人權法院運用此基準之後續判決，以使讀者對歐洲人權法院之強制推定見解有更清楚的瞭解。¹³⁹

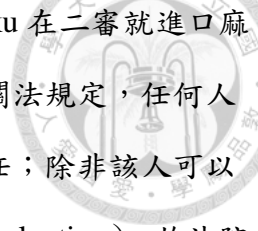
第二款 *Salabiaku v. France*

1979 年 7 月 28 日，本案被告 *Salabiaku* 被電報通知前往機場領取一個航空包裹，根據 *Salabiaku* 的說法，他本來預期這包裹裡面裝的是他在航空公司工作的親戚寄來的非洲食物樣品。因為他找不到包裹，直接向機場詢問，機場人員帶他找到一個上鎖且沒有名字的行李箱。機場人員建議他不要拿，因為裡面可能藏有違禁品，但他仍然拿了行李箱，並在出關時選擇不須通報乘客的綠色通道。海關人員接著拘留了 *Salabiaku*，並打開行李箱，發現食物下面有一個焊接的假底部，藏有 10 公斤的大麻葉及種子，*Salabiaku* 聲稱他只是在機場人員建議之下誤拿了行李箱，對於大麻的存在並不知情。1979 年 7 月 30 日，航空公司致電 *Salabiaku* 的房東，通知他有一個上面登記 *Salabiaku* 姓名及地址的包裹，被誤寄至布魯塞爾，包裹打開後，發現裡面裝了一些食物。¹⁴⁰

Salabiaku 之後被起訴違法進口麻醉藥品以及走私違禁品。前罪部分，*Salabiaku* 在一審被定罪，惟二審考慮到確實有一個裝有食品的包裹被寄到布魯塞爾，無法

¹³⁹ 歐洲人權法院相關判決的介紹及評釋，參林鈺雄，前揭註 41，頁 150-152；尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換—以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法律學系碩士班碩士論文，2011 年 7 月，頁 54-74。

¹⁴⁰ ECHR, *Salabiaku v. France*, 1988, Series A no. 141.



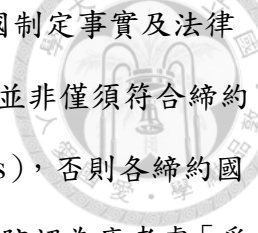
排除 Salabiaku 相信行李箱內確無麻醉藥品的可能性，故 Salabiaku 在二審就進口麻醉藥品部分被改判無罪；惟就後罪走私違禁品部分，因法國海關法規定，任何人持有違禁品進入法國而未向海關申報時，被推定為具有法律責任；除非該人可以證明有不可抗力的特殊事由（a specific event of force majeure exculpating），故法院認為，Salabiaku 客觀上既然確實攜帶違禁物品進入法國，且其不聽機場人員的建議，亦未事先確認行李廂內物品，並不具不可抗力事由，應認為 Salabiaku 確實構成走私違禁品罪；其後法國最終審法院亦維持 Salabiaku 的定罪。

Salabiaku 因對於法國內國法院判決不服，遂向歐洲人權委員會提出申訴，主張系爭海關法之規定違反公約第 6 條第 2 項之無罪推定原則，且系爭規定創造出一個「幾乎無法推翻的推定」（almost irrebuttable presumption），致使 Salabiaku 被定罪。¹⁴¹

法國政府及歐洲人權委員會認為，基於公約之無罪推定原則係保障刑事被告在「依法」證明有罪前，皆應被推定無罪；而系爭海關法走私違禁品罪之要件，既僅須被告客觀上「持有違禁品入關」即構成本罪，則本案中 Salabiaku 被證明客觀上持有違禁品入關，自己該當法國海關法持有違禁品入關罪之要件，應屬「依法」被證明有罪，並無違反無罪推定原則問題；再者，歐洲人權委員會認為，系爭法國海關法規定，並沒有創造一個不可推翻的有罪推定，而是一個「可推翻的事實及法律上推定」（a rebuttable presumption of fact and liability），此推定由法國案例法嚴格定義，並可由系爭規定的性質予以正當化，這意味系爭海關法規定，僅係舉證責任之「分配」（sharing），並非「倒置」（reversal）。¹⁴²

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.*



案件進入到歐洲人權法院，法院認為公約雖不禁止各締約國制定事實及法律上推定之規定，惟公約第 6 條第 2 項無罪推定原則之「依法」，並非僅須符合締約國的內國法即可，仍應受有拘束而有合理界限（reasonable limits），否則各締約國即可輕易藉由立法方式架空無罪推定。此合理界限，歐洲人權法院認為應考慮「爭點重要性」（importance of what is at stake）及「被告防禦權維護」（maintain the rights of the defence）。再者，歐洲人權法院也強調，法院的任務並非在判斷締約國的國內立法本身是否符合無罪推定原則，而是在於判斷該立法規定適用於刑事被告時，是否違反無罪推定原則。

就本案而言，以維護被告防禦權之觀點，系爭海關法規定雖然推定客觀上持有違禁品入關者即構成本罪，但依法國海關法第 369 條及過往實務見解，本罪被告仍得舉反證主張減輕罪責（extenuating circumstances），或具不可抗力事由而無罪，是以被告之防禦權應有充分維護；再者，系爭海關法規定雖不以行為人有故意為要件，法國法院仍認定 Salabiaku 具有「故意」，顯示出法國法院對於系爭規定的謹慎運用。由上，系爭海關法規定，應未違反公約第 6 條第 2 項之無罪推定原則，Salabiaku 的申訴並無理由。¹⁴³

歐洲人權法院在 Salabiaku 案中，確立了強制推定轉換舉證責任之合理基準，即爭點重要性及被告防禦權之維護，此標準在下述 1984 年發生的 *Hoang v. France* 案中（下稱 *Hoang* 案），亦有了具體的呈現。

第三款 *Hoang v. France*

1984 年 1 月 3 日，Hoang 與四個來自香港、柬埔寨及越南的人在巴黎被捕。Hoang 和其中兩個人，從一家旅館中出現，並攜帶兩袋海洛因及兩個天秤。警察搜

¹⁴³ *Id.*

索 Hoang 曾經造訪過的公寓時，發現武器及 5 公斤咖啡因，另外兩個人進而被逮捕。自 1983 年底警方監控及盯哨以來，Hoang 等人皆在籌備與香港來的人士進行海洛因交易。1984 年 3 月 25 日，Hoang 等人被起訴製造、持有及供應海洛因。

¹⁴⁴Hoang 等人雖在一審因證據不足被判無罪；惟巴黎上訴法院卻以違法進口違禁品將 Hoang 等人定罪；最後，Hoang 向終審法院上訴，亦遭駁回。Hoang 遂以法國海關法第 369 條第 2 項¹⁴⁵、第 373 條¹⁴⁶、第 392 條第 1 項¹⁴⁷及第 399 條¹⁴⁸規定，違反公約第 6 條第 1 項、第 2 項之公平審判原則及無罪推定原則，向歐洲人權法院提起申訴。¹⁴⁹

歐洲人權法院重申了 *Salabiaku* 案當中，對於以立法推定轉換舉證責任之合理界限：「爭點重要性」及「被告防禦權維護」。然而，歐洲人權法院並不會針對 Hoang 所申訴之法國海關法該系爭四條規定，做出是否合乎公約之裁判；而僅是判斷當該系爭四條規定適用於被告時，是否違反公平審判及無罪推定原則。就本案法國

¹⁴⁴ ECHR, *Hoang v. France*, 1992, Series A no.243.

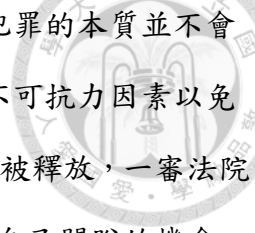
¹⁴⁵ 法國海關法第 369 條第 2 項規定：「法院不得因被告欠缺故意而將被告無罪釋放。」

¹⁴⁶ 法國海關法第 373 條規定：「在扣押違禁品訴訟中，舉證沒有犯罪的責任在於其擁有違禁品被扣押者。」

¹⁴⁷ 法國海關法第 392 條第 1 項規定：「持有走私物品之人被視為負有逃避海關之責任。」

¹⁴⁸ 法國海關法第 399 條第 1 項規定：「任何人以任何方式參與走私犯罪、未申報進口或出口，皆應與實行犯罪之人處以相同刑罰，並喪失第 432 條所定之權利。」第 2 項規定：「以下應被視為參與上開犯罪：一、企業所有人及成員、保險人、被保險人、金錢借貸人、物品所有人或直接幫助逃避海關之人。二、任何以任何方式對於犯罪有貢獻之人，或與所制定出之逃避海關計劃目的一致之人。三、任何故意隱瞞走私行為，或意圖幫助逃避刑罰或曾經購買、持有，甚至在海關區外，以走私或未申報進口之方法取得物品之人。」

¹⁴⁹ ECHR, *Hoang v. France*, 1992, Series A no.243.



法院的判決而言，巴黎上訴法院就該系爭四條規定表示：海關犯罪的本質並不會剝奪被告任何防禦可能性，持有違禁品的被告仍可以藉由證明不可抗力因素以免責。Hoang 雖曾在 1984 年 1 月 7 日遭羈押，但已於 1984 年 3 月被釋放，一審法院亦判決其無罪，他一直被推定無罪，且有各種依法提出反證替自己開脫的機會，Hoang 事實上並沒有被剝奪防禦方法。在海關法第 399 條下，他可以嘗試宣稱他的行為是出於必要或是一個不可避免錯誤的結果，故他的推定責任並非不可推翻。巴黎上訴法院認為他的行為既非出於必要，他也沒有提出一個不可避免錯誤的抗辯。¹⁵⁰

進一步而言，巴黎上訴法院的定罪判決，並非基於 Hoang 所質疑之海關法的任何推定規定。巴黎上訴法院列舉出所有情事並考慮所有事實，注意到 Hoang 在 1984 年 1 月，用自己的車輛載運一位重要的毒品交易者去不同商店購買鹽酸；Hoang 在更早以前，亦出現在毒品藥頭攜帶咖啡因所進入的公寓當中，而 Hoang 也同意帶兩人去毒品交易的現場；最後，雖然他並沒有親自持有海洛因，但這只是因為警方的干預，因此是基於他無法控制的理由。¹⁵¹上開事實顯示了上訴法院確實衡量了所有呈現的證據，謹慎做出評估，並基於法院的發現將 Hoang 定罪，而非係利用任何系爭四條規定所創設的推定。是故，Hoang 向歐洲人權法院之申訴，歐洲人權法院認為並無理由。

綜上，歐洲人權法院在本案中具體適用了 *Salabiaku* 案所確立之合理基準，著重探討「被告防禦權之維護」，則考慮到法國內國法院並沒有阻斷 Hoang 任何防禦機會，亦未利用系爭規定之推定方式將 Hoang 定罪；而係考慮個案事實及證據，謹慎的做出判決，歐洲人權法院據此認為，本案法國適用海關法將 Hoang 定罪，

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*

並沒有違反公平審判原則及無罪推定原則。¹⁵²



第四款 *Janosevic v. Sweden*

除了上述「爭點重要性」及「被告防禦權維護」之考慮因素外，歐洲人權法院尚在 *Janosevic v. Sweden* 案（下稱 *Janosevic* 案）提出一個新的衡量因素：推定規定本身「立法目的與手段間之比例性」。¹⁵³

本案被告 *Janosevic* 是一名瑞典公民。1995 年秋天，斯德哥爾摩的稅務機關對於 *Janosevic* 的計程車公司展開調查，在 1994 年課稅年度的報稅表發現一些違規。稅務機關在 1995 年 12 月提出一份審計報告，並請 *Janosevic* 陳述意見，*Janosevic* 質疑這份報告並請求更進一步的調查。考慮審計結果以及 *Janosevic* 所提出的意見後，稅務機關在 1995 年 12 月 22 日、12 月 27 日向 *Janosevic* 課徵增值稅、就業稅和所得稅。此外，*Janosevic* 提供的報稅表顯示的資訊，被認為是不正確的，因為 *Janosevic* 公司的營收是由一個任意的評估程序算出，稅務機關命令他須視稅收類型，支付總共 20% 或 40% 的特別附加稅。1996 年 3 月，*Janosevic* 基於稅務機關在某些文件中對於被告營收的計算存在不一致，請求稅務機關重新考慮這個決定。1999 年 2 月，稅務機關維持原本的決定。*Janosevic* 遂提起救濟程序。¹⁵⁴

本案涉及了複雜的稅法及行政法問題，就與本文相關的刑事責任部分，瑞典稅務犯罪法律規定：納稅人對於稅務機關，未履行提出正確且相關資訊的義務，政府得對其課附加稅（在瑞典法律中此具刑罰性質）。*Janosevic* 爭執系爭規定違

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ 原文：“the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.”

¹⁵⁴ ECHR, *Janosevic v. Sweden*, RJD 2002-VII.

反無罪推定原則，因為系爭規定對於被告創設出了一個幾乎無法推翻的舉證責任負擔。歐洲人權法院雖然注意到，系爭規定並不要求納稅人須具有故意或過失，但在某些情況下，提供不正確的資訊仍不會構成刑事責任，例如在資訊本身有問題或其他特殊情況下的情有可原事由，或是課徵附加稅明顯不合理時。再者，依 *Salabiaku* 案之見解，締約國在適用刑事立法推定時，必須考慮爭點重要性及被告防禦權維護，並且，締約國的立法目的與手段間必須有合理的比例性（reasonably proportionate）。¹⁵⁵

本案中，歐洲人權法院承認 Janosevic 面對一個難以推翻的推定，然而他並不是完全沒有防禦方法，他可以證明他有情有可原的特殊情況，或稅務機關課徵附加稅明顯不合理，藉此脫免罪責；但他卻只是堅稱他在報稅表所提供的資訊是正確的。另外，歐洲人權法院也考慮到國家稅務事務之財政利益，稅收是國家最主要收入來源，稅務系統原則上須仰賴納稅人提供的資訊，若該資訊有誤或不完全，稅務系統將無法正確發揮功能。政府每年須處理大量報稅表，為確保一個可預見及統一的程序，毫無疑問須要依照標準化的規定進行處罰。考慮到系爭規定仍使被告有防禦之可能，以及一個有效的稅務系統對於國家財政利益的重要性，歐洲人權法院認為系爭刑事立法推定並未逾越合理界限，因而無悖於無罪推定原則。¹⁵⁶

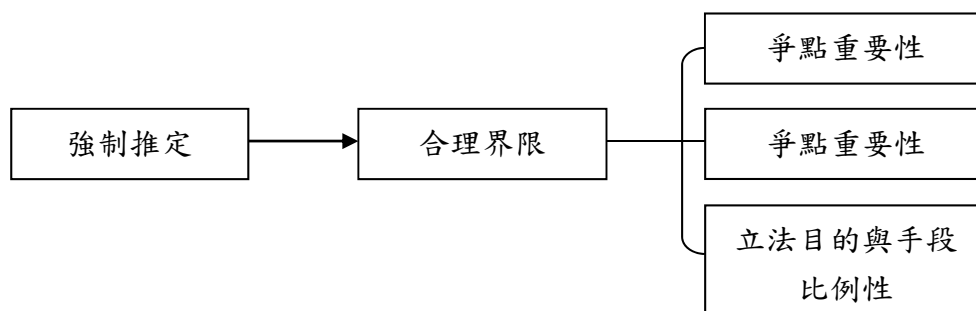
第五款 小結

以上大致介紹了歐洲人權法院對於以強制推定轉換舉證責任之見解。原則上，歐洲人權法院並不對締約國之相關規定本身是否違反公約第 6 條第 2 項無罪推定原則加以審查；而僅審查系爭規定在運用於刑事被告時，是否違反無罪推定原則。又違反無罪推定原則與否，應有合理界限，不能僅僅是以締約國國內之定罪程序

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.*

是否依照國內法為斷，須考慮「爭點重要性」及「被告防禦權維護」。運用此基準下，基本上只要在將系爭規定適用於被告時，被告有提出防禦及抗辯的可能，歐洲人權法院便認為與無罪推定原則無違，例如 *Salabiaku* 案及 *Hoang* 案，歐洲人權法院即以被告有防禦機會及可能卻未提出防禦，進而認為並不違反無罪推定原則。歐洲人權法院更於 *Janosevic* 案中，提出除了上開合理基準外的另一個判準：系爭規定之立法目的與手段間的「比例性」，並認為考慮到稅務系統對於國家財政的重要性，系爭稅法規定縱使創設推定轉換舉證責任，亦不違反無罪推定。本文將歐洲人權法院之見解大致整理如下方圖表：



【圖 3-2】歐洲人權法院之強制推定檢驗架構

第四節 本文見解—刑事立法推定適用於我國之妥適性

以下，本文乃以前述本文所確立之無罪推定及舉證責任體系，檢驗「刑事立法推定」之概念，並檢討美國及歐洲人權法院關於立法推定之見解。須先說明，由於本文是以「我國」應有之無罪推定及舉證責任體系，檢驗比較法之概念，故本節所呈現出的主要意義，並非在於刑事立法推定在美國或歐洲適用時，是否違反無罪推定或舉證責任；而係在於刑事立法推定概念，若適用於我國時，是否違反我國之無罪推定及舉證責任。



第一項 三種推定類型之釋義

必須先釐清者，雖然美國法上刑事立法推定概念，包含終局推定及任意推定，惟此兩者本質上並分真正的推定。推定的意義在於，若一方證明了基礎事實，裁判者即必須認為推定事實存在；此時另一方必須提出反證推翻基礎事實和推定事實，否則即將承擔不利益之結果。是以，推定必須產生舉證責任轉換的效果，否則即非真正的推定。

惟終局推定係在檢察官證明基礎事實後，直接「擬制」推定事實存在，被告對於推定事實存在完全無法推翻，僅能夠反證推翻基礎事實，美國學說咸認終局推定已成為法律實質內容的一部分，並非真正的推定；而任意推定則完全不會產生舉證責任上的任何效果，僅係提醒陪審團在檢察官證明基礎事實後，得為「推定事實存在」之「推論」(inference)，但縱使是陪審團不為此推論，亦無何違法可言，被告亦無須負擔反證推翻之舉證責任，故任意推定僅係一種「推論」，本質上亦非推定。

由於在美國法上仍將終局推定及任意推定歸納為刑事立法推定之一種，基於論述便利性，以下仍將終局推定及任意推定納入討論範疇，合先敘明。

第二項 終局推定

第一款 視情形判斷是否違反無罪推定

再次重申，本文所採之無罪推定及舉證責任之內涵為：檢察官對於被告犯罪事實，應盡百分之百完全之提出證據責任及說服責任，且不容許立法者以立法方式減輕或轉換檢察官之舉證責任，否則即違反無罪推定。就終局推定而言，此種終局性的以基礎事實認定被告犯罪事實，在我國法無疑是一種「擬制」，但是否違



反無罪推定，仍須視這種擬制規定之目的，究係為減輕檢察官之舉證責任，抑或是基於其他實體法或刑事政策的理由。

例如我國刑法第 329 條準強盜罪規定：「竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者，以強盜論。」即以「竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫」之基礎事實，認定構成推定事實強盜罪之構成要件事實，然而此並非係為減輕國家之舉證責任，而係基於這種「竊盜後施以強暴脅迫」之態樣，本質上與「強暴脅迫以實行竊盜」之強盜罪不法內涵相當，故在刑法上無須做區別對待，此為法律解釋上的理由。¹⁵⁷另外，刑法第 241 條第 3 項準略誘罪規定：「和誘未滿十六歲之男女，以略誘論。」以和誘未滿十六歲男女之基礎事實，強制認定構成違背意願的略誘，亦非基於減輕舉證責任之理由，而係考慮到未滿十六歲的男女因心智並不成熟，對其進行和誘，雖取得其同意，但因被害人心智脆弱且不成熟，在刑事政策上應與違反對方面意願的略誘罪同視。上舉這些立法規定，雖其妥適性或有爭議，然而由於該等立法並

¹⁵⁷ 釋字第 630 號解釋理由書（節錄）：「查刑法第三百二十九條準強盜罪之規定，將竊盜或搶奪之行為人為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證而當場施強暴、脅迫之行為，視為施強暴、脅迫使人不能抗拒而取走財物之強盜行為，乃因準強盜罪之取財行為與施強暴、脅迫行為之因果順序，雖與強盜罪相反，卻有時空之緊密連接關係，以致竊盜或搶奪故意與施強暴、脅迫之故意，並非截然可分，而得以視為一複合之單一故意，亦即可認為此等行為人之主觀不法與強盜行為人之主觀不法幾無差異；復因取財行為與強暴、脅迫行為之因果順序縱使倒置，客觀上對於被害人或第三人所造成財產法益與人身法益之損害卻無二致，而具有得予以相同評價之客觀不法。故擬制為強盜行為之準強盜罪構成要件行為，雖未如刑法第三百二十八條強盜罪之規定，將實施強暴、脅迫所導致被害人或第三人不能抗拒之要件予以明文規定，惟必於竊盜或搶奪之際，當場實施之強暴、脅迫行為，已達使人難以抗拒之程度，其行為之客觀不法，方與強盜行為之客觀不法相當，而得與強盜罪同其法定刑。」



非係為減輕檢察官之舉證責任，縱有疑義，在無罪推定立法層次的檢驗下，亦未違反無罪推定原則。

然而，刑法第 283 條聚眾鬥毆罪規定：「聚眾鬥毆致人於死或重傷者，在場助勢而非出於正當防衛之人，處三年以下有期徒刑，下手實施傷害者，仍依傷害各條之規定處斷。」有論者認為，本罪係為解決在多數人參與鬥毆導致有人死亡受傷時，因場面混亂，常導致因果關係的舉證困難，故藉由立法的方式，擬制所有參與群毆之行為人，皆須為了最後的死亡、傷害結果負責。¹⁵⁸若依此種解釋脈絡，則在無罪推定立法面的檢驗基準下，即有因減輕檢察官舉證責任，而違反無罪推定原則。畢竟，縱使在結果上確實有人死傷，惟一律擬制所有參與鬥毆者皆須為死傷結果負責、忽視個別行為人之行為與該死傷結果間之因果關係，仍可能致生

¹⁵⁸ 林山田，刑法各罪論（上），元照，修訂5版，2006年11月，頁154以下；薛智仁教授在結論上雖然認為本罪不應以舉證困難作為立法基礎，惟薛教授並非係從無罪推定的角度切入，薛教授認為，立法者在決定可罰性範圍時，原本就是考量了處罰與不處罰的相對利益，甚至可能是完全與刑法目的無關的政經社因素。如果司法資源的消耗，已經達到我們願意在人民自由空間上作讓步，立法者作為民主原則下的國民代表，沒有義務忍受證明困難所導致司法資源過度消耗的不利益，應可容許刪除難以證明的要件（例如因果關係），此毋寧更符合國民託付給立法者的任務。只是其認為就聚眾鬥毆罪而言，一來，聚眾鬥毆的事實情況很多，並非每種情況都會有證明困難問題，例如人數較少的鬥毆，舉證相對容易；二來，參與者之間可能存在參與犯的關係，幾乎無法想像攻擊的多數人間存不在共同正犯；三來，因為還有其他阻卻違法和阻卻罪責等事由，必須仰賴群毆事實的確認，僅構成要件減少因果關係，解決證明困難範圍有限；且就我國司法實務來說，真正適用聚眾鬥毆罪的情況亦少之又少。故其認為，聚眾鬥毆舉證困難帶來的司法資源消耗，尚未達到須使人民在自由空間讓步的情形，故不應以此作為立法理由，參薛智仁，參與群毆行為之處罰基礎與立法，新學林，一版，2002年9月，頁55以下；薛智仁，聚眾鬥毆之研究，刑事法雜誌，44卷4期，2000年8月，頁104以下。



行為人須為非己所為之結果負責之冤獄風險。

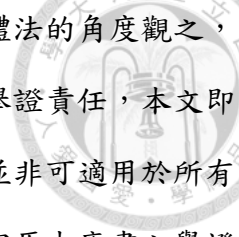
總之，終局推定是否違反無罪推定原則，無法一概而論，必須探究系爭終局推定之規定，是否係為減輕檢察官舉證責任以斷之。若系爭規定係因實體法解釋或刑事政策等其他理由所設，並不違反無罪推定原則；反之，若系爭規定係因現實上舉證困難的理由，以擬制的方式減輕檢察官的舉證責任，即有違反無罪推定原則及國家舉證之虞，應屬違憲。

第二款 美國聯邦最高法院見解檢討

美國聯邦最高法院在 *Sandstrom* 案中認為，在毫無合理懷疑門檻的要求下，終局推定使檢察官不須針對被告構成犯罪的所有要件證明至毫無合理懷疑之程度，而實質上消除了「故意」作為犯罪要件之一的性質，更入侵了專屬於陪審團的認定事實功能及職權，故認為若法官對於陪審團的指示是一種終局推定，將侵害被告的憲法權利而違憲。就結論而言，本文贊同聯邦最高法院就本案之立場，蓋本案之法官直接向陪審團指示一人對其自願行為所發生之通常結果，皆應被推定有故意，若將此解釋為終局推定，即被告完全無法舉反證推翻此故意，則實質上免除了檢察官對於被告具有犯罪故意之舉證責任，在本文見解下，將因減輕檢察官之舉證責任，因而違反無罪推定及檢察官之舉證責任。¹⁵⁹

然而，本文亦認為，本案所揭示之原則，尚非可放諸四海皆準，蓋如本文前面所述，一個終局推定，雖然有可能係為減輕檢察官之舉證責任；惟亦有可能僅

¹⁵⁹ 在本案當中，若將法官之指示解釋為終局推定，實質上免除了「故意」作為犯罪要件之一性質，則在我國刑事法體系當中，亦可能遭致違反「罪責原則」、「刑法謙抑性」等實體法原則之非難，此時將與違反無罪推定及舉證責任，產生實體法與程序法之競合；惟在本文見解中，此種橫跨實體法與程序法之正當性疑義，不僅是可以想像、也是可以接受的。



係基於解釋學或刑事政策上之目的所為之擬制，後者可能從實體法的角度觀之，其立法妥適性或許仍有爭議，然而若實質上並未減輕檢察官之舉證責任，本文即認為並沒有違反無罪推定及舉證責任。因此，本文以為本判決並非可適用於所有終局推定之類型，唯有該終局推定之規定，實質上減輕了檢察官原本應盡之舉證責任時，本判決之結論始有適用空間。

第三項 強制推定

第一款 違反無罪推定及檢察官之舉證責任

強制推定會直接產生轉換舉證責任之效果，檢察官在證明基礎事實後，舉證責任將轉換至被告，若被告無法舉反證推翻，事實審將被「強迫」認定推定事實存在，以持有槍械為例，若將我國持有槍械罪「改造」為一強制推定之規定，可能的立法模式即為：若在被告之住所或居所發現槍械者（基礎事實），推定為該槍械為被告所持有（推定事實），此時若被告無法舉反證推翻該槍械並非由其所持有，將強制認定被告成立持有槍械罪。

在我國法無罪推定的內涵下，本文以為不應承認立法者得以強制推定方式，轉換犯罪構成要件之舉證責任予被告。同樣以舉證責任之三個防止冤獄功能來檢視強制推定：首先，強制推定減輕檢察官舉證責任，將原本應由檢察官所負之舉證責任，轉嫁由被告負擔，致使國家對於被告的定罪更為容易，無庸贅言；第二，國家相較於被告，更具有取得及保全證據之權力及動機，自更有調查事實、釐清真相的能力，將舉證責任轉嫁給被告，無疑提高因真相未釐清使無辜被告受到冤枉之風險；第三，舉證責任轉換予被告，意謂著在訴訟最終待證事實存否不明確時，由被告承擔不利益，結果將使國家在被告犯罪之所有要件尚未全部被證明至毫無合理懷疑時，即得對被告定罪，同樣也可能提高冤獄風險。



在上開持有槍械之例，持有槍械之構成要件本應為檢察官須舉證被告確實持有槍械，僅僅只是證明在被告住、居所發現槍械，並不當然可以認定該槍械確屬被告所持有，因該槍械仍有可能係其他人遺留於被告家中，被告未必知情。若得允許國家僅以在被告家中發現槍械之事實，直接認定該槍械為被告持有，當被告因自身舉證能力有限，無法舉反證推翻（事實上，若係他人有心誣陷，故意將槍械丟在被告家中，被告根本不知從何推翻），又須承擔舉證失敗的不利益時，將產生冤獄之高度可能，違反無罪推定避免冤獄之最上位目的；相反，要求檢察官須直接舉證該槍械係由被告在知悉的情況下所持有，將使舉證的不利益交由較具證明能力的國家承擔，有助於避免冤獄，因而合乎無罪推定藉由舉證責任的分配防止冤獄的憲法機制。

也因為上述強制推定與無罪推定及舉證責任間的衝突關係，美國法對於強制推定設下了一個高度門檻：基礎事實與推定事實間，須具有「毫無合理懷疑的關聯性」，藉此限縮強制推定的適用。姑且不論這個原則本身其實已經架空了強制推定的實益（詳後述），由於本文以為，在舉證責任的分配上，無論如何不應由被告承擔犯罪事實不存在的舉證責任，因此在立法規定本身，即不應允許轉換舉證責任的明文設計，自毋庸再以毫無合理懷疑的門檻限縮。結論是，強制推定在我國法的脈絡下，因違反無罪推定原則及檢察官之舉證責任而違憲。

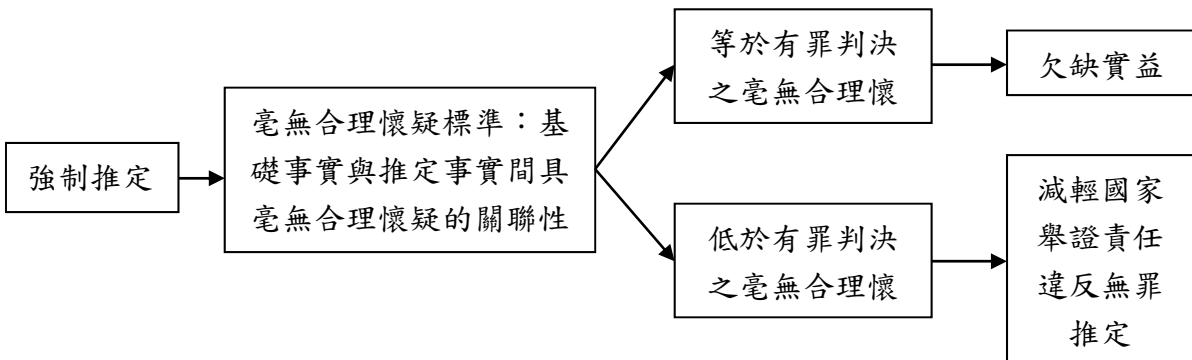
第二款 美國聯邦最高法院見解檢討

美國聯邦最高法院在 *Allen* 案中，認為強制推定因轉換檢察官之舉證責任，有抵觸毫無合理懷疑標準之虞，故其將這種推定的合憲性，限縮在基礎事實與推定事實之間，必須具有「毫無合理懷疑的關聯性」。如上所述，本文以為，在我國無罪推定及舉證責任的脈絡下，任何立法轉換或減輕檢察官舉證責任都是違憲而不



應允許的；除此之外，美國法上這種限縮方式，本質上不是使強制推定的立法實益趨近於零，就是可能規避無罪推定下國家應盡之舉證責任。

申言之，美國聯邦最高法院強調，基礎事實與推定事實間，必須具有「毫無合理懷疑之關聯性」，這種轉換舉證責任之規定始屬合憲，惟若此「毫無合理懷疑之關聯性」與有罪判決之毫無合理懷疑門檻相同，則縱使沒有強制推定轉換舉證責任的明文規定，國家若證明基礎事實，因推定事實本與基礎事實間本具有無合理懷疑關聯，陪審團得直接認定被告有罪，被告之無罪推定亦將因檢察官舉證至無理懷疑而被推翻。多增加一個強制推定的法律規定，本身並不會為被告的定罪帶來實益。強制推定會產生實益的情況，僅會發生在基礎事實與推定事實間的毫無合理懷疑關聯，「低於」判決被告有罪的毫無合理懷疑標準時，因實質上仍減輕了檢察官的舉證責任，強制推定才有實益可言。然而，依本文見解，若此毫無合理懷疑之關聯性低於判決被告有罪的毫無合理懷疑門檻，因實質上減輕了檢察官之舉證責任，仍違反了無罪推定及國家之舉證責任。茲圖示如下：



【圖 3-3】強制推定毫無合理懷疑標準之疑義

第三款 歐洲人權法院見解檢討

緊接著檢視歐洲人權法院之見解。歐洲人權法院在結論上雖然不概括禁止以



強制推定轉換舉證責任的規範方式，但必須考慮「爭點重要性」及「被告防禦權之維護」，同時必須參酌系爭規定之立法目的與手段之比例性。本文以下分別檢討之：

首先，在本文無罪推定及舉證責任的脈絡下，犯罪的所有要件皆應由檢察官盡舉證責任，不得轉換由被告負擔，始能盡可能避免冤枉無辜被告。因此，本文當然不贊同各國轉換舉證責任之強制推定，最起碼若此種規定存於我國時不應贊同。

以 *Salabiaku* 案為例，系爭法國海關法推定所有客觀上持有違禁品入關之人，皆應負刑事責任，不問行為人主觀上有無故意，除非其能舉反證證明有不可抗力事由。基於罪責原則及我國通說見解，若無法證明行為人意思決定及意思活動的可非難性，刑法即失去了對於行為人的歸責基礎¹⁶⁰，因此主觀構成要件的設計及證明必不可少，故系爭規定同時免去了本罪之主觀構成要件及檢察官證明主觀要件的舉證責任；再者，系爭規定更將不可抗力及減輕罪責等抗辯事由之舉證責任，轉嫁由被告負擔。是以，系爭規定同時違反罪責原則之實體法要求及無罪推定原則之程序法要求。

在 *Hoang* 案中，雖然歐洲人權法院認為，本案因為法國內國法院審理程序，並未實際適用被告 *Hoang* 所爭執的數個海關法條文將其定罪，故不違反無罪推定；惟查本案中所涉及之海關法規定，不是直接免去國家對被告故意、過失之舉證責任，就是將舉證責任轉換予被告證明其未犯罪¹⁶¹，皆應認為違反無罪推定及檢察

¹⁶⁰ 林鈺雄，刑法總則：第十講罪責（有責性），月旦法學教室，22期，2004年8月，頁67。

¹⁶¹ 法國海關法第369條第2項規定：「法院不得因被告欠缺故意而將被告無罪釋放。」第373條規定：「在扣押違禁品訴訟中，舉證沒有犯罪的責任在於其擁有違禁品被扣押者。」第392條第1項

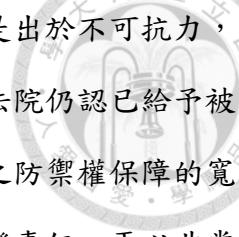
官之舉證責任。*Janosevic* 案中，瑞典稅務犯罪法律規定納稅人對於稅務機關，若未履行提出正確且相關資訊的義務，政府即得對其課徵相當於刑罰的附加稅，除非被告提出抗辯事由，此亦為舉證責任轉換之強制推定，本文認為亦違反無罪推定原則。

歐洲人權法院雖未對於上述抽象規定進行無罪推定審查，但考慮到歐洲人權法院本不概括禁止舉證責任轉換之強制推定立法，單純就上述規定「舉證責任轉換」的性質，在歐洲人權法院的見解下亦不必然違反無罪推定。當然，歐洲人權法院做為歐盟超國家性的司法機構，本須統合各締約國不同法系及制度。在諸多國家採用此種立法模式、而各國對於無罪推定的實踐及內涵又不一致時，顯無法期待歐洲人權法院將所有強制推定規定，一律宣告違反公約，因此歐洲人權法院如此相對保守的見解或許無可厚非；但最起碼在我國法下，應能對無罪推定概念做更細緻及廣泛的運用及建構。

退萬步言，縱使撇除歐洲人權法院本身不概括禁止轉換舉證責任之見解，單純檢討其限縮方式本身，亦即以爭點重要性、被告防禦權維護及立法目的與手段比例性加以限縮，亦有疑義。首先，就爭點重要性部分，即有論者認為，歐洲人權法院從未在案例中直接定義，更從未出現被法院宣告為不重要之爭點，故對次要要件歐洲人權法院似傾向從寬認定¹⁶²，最起碼就目前的實踐來說，爭點重要性暫無法發揮任何篩選或限縮舉證責任轉換之功能。再就被告防禦權維護部分，歐洲人權法院幾乎認為，只要系爭案件中之被告不是完全沒有防禦手段及機會，不論此防禦的手段是否過於嚴苛，締約國即已履踐被告防禦權保障。在 *Salabiaku* 案中，被告之防禦手段為被告必須證明其持有違禁品入關，係因不可抗力事由，此意謂

規定：「持有走私物品之人被視為負有逃避海關之責任。」

¹⁶² 尚佩瑩，前揭註 139，頁 62。



著被告縱使舉證其並無故意、過失，只要無法舉證持有違禁品是出於不可抗力，被告仍將被推定入罪。如此嚴格且難以推翻的責任，歐洲人權法院仍認已給予被告防禦可能及機會，並不違反無罪推定原則。然而，對於被告之防禦權保障的寬鬆認定，可能導致之結果就是締約國大量使用強制推定轉換舉證責任，再以非常嚴格的抗辯事由給予被告防禦機會，以形式上符合歐洲人權法院之要求，本文認為並不妥適。

最後，就立法目的與手段間比例性部分，本文認為，此更是使國家大開舉證責任轉換之門，侵蝕無罪推定原則之不當考量。歐洲人權法院在 *Janosevic* 案認為，考量稅收對於國家財政之重要性，以及政府每年所須處理的大量報稅表，在此類犯罪轉換舉證責任予被告之情形，並未違反手段與目的之比例性。這無疑是向締約國宣示：倘若系爭強制推定的立法目的足夠重要，轉換舉證責任即為一個可以採擇的手段；然而，諸如個人法益中的生命、身體法益、國家法益中的公務員不可收買性法益、社會法益中的公共危險法益等，皆對於社會秩序維護有根本的重要性，甚至嚴格來說，所有刑法的犯罪，本身皆係為實現憲法所保障之人民基本權及憲政秩序，都對於公共利益維護極為重要。若謂國家得以系爭規定之立法目的洵屬重大，即得採用轉換舉證責任之強制推定手段，將根本腐蝕無罪推定原則，亦使國家權力無限擴大，極為不當。是以，本文認為歐洲人權法院所採之限縮方式，不當擴張國家以強制推定立法轉換舉證責任之空間，並不可採。

第四項 任意推定

第一款 法定證據法則的幽靈

任意推定允許事實審在國家證明基礎事實存在後，「推論」推定事實存在，本身既不具強制力，亦不具舉證責任轉換的效果，且在最終仍須通過毫無合理懷疑

的有罪判決門檻的檢驗。由於任意推定本身並不轉換舉證責任，這種規定存在的意義通常在於提供事實審依照經驗法則及論理法則進行推論的具體參考；但由於被告的有罪事實最終仍須通過毫無合理懷疑標準的檢驗，檢察官並不會因為這種規定而減輕其舉證責任，因此並沒有違反無罪推定原則下國家舉證責任的疑慮。

對於任意推定的規定比較有意義的分析角度，或許是從「法定證據法則」的觀點切入。法定證據法則大量存在於刑事訴訟歷史當中，其核心精神在於，針對各種證據事先分門別類，以法律規定事先決定其證明力的分量；惟現今多數國家已揚棄法定證據法則，改為委諸事實審在個案中以自由心證衡諸具體情況，綜合判斷證據證明力高低。¹⁶³任意推定允許陪審團得以基礎事實推論最終事實，此種藉由事先的法定證明力規則，對於陪審團依照經驗法則及論理法則認定事實的方式進行規範，本質上也是具有法定證據法則的精神。雖然在個案上，任意推定的推論結果因仍須要受到毫無合理懷疑標準的檢驗，不見得會因為此種推論產生事實認定上的錯誤；但基於事實審本應針對個案考慮證據之證明力，此種事前設置的證明力及推論規則，只要並非放諸四海皆準，仍有可能產生事實審依此規定進行推論、卻在個案中產生錯誤認定的風險，因此美國法在適用任意推定時，乃以「合理關聯基準」進行限縮（詳後述）。

第二款 任意推定於我國訴訟制度下之妥適性

在我國現行訴訟制度及結構下，任意推定是否有引入我國之必要性？本文較傾向於否定之見解。探究任意推定的立法本質，其實主要係在於：在陪審制下，法官對於陪審團之提醒及指導，以避免陪審團忽略了基礎事實與推定事實兩者間之關聯性。蓋在美國，聯邦及絕大多數州均採三級三審，一審為事實審，二、三

¹⁶³ 對於法定證據法則之相關評釋，請參林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）—總論篇，元照，7版，2013年9月，頁484以下。

審為法律審，且基於「禁止重複審判原則」，若一審判決無罪，無論訴訟程序有無錯誤，檢察官皆不得上訴，縱使係被告所為之上訴，在二審採法律審的情況下，得上訴之理由亦較為限縮，原則上僅限於「未提出異議視為放棄法則」、「無害錯誤法則」、「當然發回錯誤」等理由¹⁶⁴，顯見在美國刑事訴訟程序，一審若產生錯誤的事實認定，可能在後續亦無法得到重新審判之機會，此時盡可能確保一審陪審團認定事實的正確性，自格外重要。

惟在我國，一方面認定事實及適用法律之職權，皆集中於法官一身，且法官本須依照經驗法則、論理法則甚至自身社會良知，依照自由心證依法獨立進行審判，而在個案當中，面對各式各樣、包羅萬象的複雜事實，此種「事前的」對於法官自由心證過程及結果的指導原則，是否能夠對於所有案件「一網打盡」？還是說只是「掛一漏萬」？皆不無質疑空間。

再者，在我國現行刑事訴訟制度及結構下，一審若產生錯誤的事實認定，由於二審採覆審制，須進行與一審完全相同之審理程序，且二審之上訴理由遠較美國為廣¹⁶⁵，故此錯誤在二審、甚至日後若發回更審之更審程序，皆有糾正之可能，

¹⁶⁴ 相關介紹，請參吳巡龍，從美國上訴制度檢討我國刑事訴訟上訴審修正草案，台灣本土法學雜誌，67期，2005年2月，頁125-131。

¹⁶⁵ 刑事訴訟法第361條第2項規定：「上訴書狀應敘述具體理由。」目前實務上對於上訴二審「具體理由」內涵之闡釋，或可以最高法院97台上892號判決為代表：「.....而所謂具體理由，必係依據卷內既有訴訟資料或提出新事證，指摘或表明第一審判決有何採證認事、用法或量刑等足以影響判決本旨之不當或違法，而構成應予撤銷之具體事由，始克當之（例如：依憑證據法則具體指出所採證據何以不具證據能力，或依憑卷證資料，明確指出所為證據證明力之判斷如何違背經驗、論理法則）；倘僅泛言原判決認定事實錯誤、違背法令、量刑失之過重或輕縱，而未依上揭意旨指出具體事由，或形式上雖已指出具體事由，然該事由縱使屬實，亦不足以認為原判決有何不當



是否仍有必要為了「避免法官忽略兩事實間的關聯性」，而藉由任意推定的規定提醒法官？此是否果真能達到避免認定事實錯誤的目的？皆非無疑義。¹⁶⁶最起碼，就目前的狀況來說，任意推定應暫無引進的必要性。

綜上，本文對於任意推定的見解為：任意推定因為並未轉換舉證責任予被告，亦未減輕國家之舉證責任，並不違反無罪推定原則及國家舉證責任。然而本文認為任意推定是法定證據法則的體現，其本質在於提醒陪審團，避免陪審團忽略基礎事實與推定事實間的關聯性。我國目前尚未有此種任意推定之設計，依照我國現行訴訟制度及結構，亦暫無引進之必要；惟若將來若欲往陪審團、二審事後審等美國制度方向邁進時，似應謹慎考慮此種立法模式與自由心證、我國國情及實務文化間的相容性和妥適性。

或違法者（例如：對不具有調查必要性之證據，法院未依聲請調查亦未說明理由，或援用證據不當，但除去該證據仍應為同一事實之認定），皆難謂係具體理由。」相同見解，參最高法院 103 年度台上字第 1014 號、103 年度台上字第 1013 號、103 年度台上字第 1002 號等諸多判決，此應為我國現行實務之通見；學說上有認為，此判決過度嚴格限制上訴二審之理由，有顛覆我國現行刑事訴訟所採覆審制之虞，相關評釋請參王兆鵬，上訴二審的鴻溝—理論與實證研究，軍法專刊，54 卷 5 期，2008 年 10 月，頁 4-9；王兆鵬，上訴二審鴻溝之填補—評最高法院 98 台上字第 5354 號判決，法令月刊，61 卷 2 期，2010 年 2 月，頁 46-49。然縱認上開見解或許過度嚴苛，惟若與美國之上訴理由相比，我國之上訴理由仍屬相對較寬，此應無疑義。

¹⁶⁶ 必須申明，本文並非認為避免事實認定錯誤之目的不重要，或是在我國已無進步空間；而是認為在我國目前已有避免事實認定錯誤的糾錯機制，而任意推定之避免事實認定錯誤之效果又有疑義時，應暫無必要引進此概念。惟若之後我國欲往陪審團等美國之訴訟制度邁進，即可依我國之國情及實務文化，深入討論任意推定在我國是否有引進之必要性。



第三款 美國聯邦最高法院見解檢討

就美國聯邦最高法院關於任意推定的見解而言，聯邦最高法院認為應以合理關聯基準加以限縮，即在基礎事實中，推定事實發生的可能大於不可能，此種任意推定始屬合憲。如上所述，由於任意推定本身並沒有轉換或減輕檢察官之舉證責任，而僅係提供陪審團一個依照經驗法則及論理法則進行推論的具體參考，故本質上並未違反無罪推定原則下檢察官之舉證責任。然而，除了上述任意推定可能具有的法定證據法則疑慮，任意推定在美國法中的運用，以及美國聯邦最高法院的合理關聯基準，亦有其不當及問題。

就任意推定在美國法中的運用而言，本文認為任意推定有可能侵蝕陪審團認定事實之權限，甚至在訴訟上造成被告實質的不利處境。雖然理論上來說，若認為系爭規定係屬任意推定，陪審團僅僅只是「得」依系爭規定進行法律允許的推論，亦不減輕或轉換檢察官之舉證責任；然而，在陪審團通常不解法律、又少有處理刑事案件經驗的情況下，這種「法律明定」的允許推論空間，比起陪審員依照自身經驗進行不確定的推論，仍然是一個相對明確且安全的途徑，並進而造成了陪審團選擇依照任意推定進行推論的心理誘因——儘管任意推定僅僅只是一種普遍性的機率概算，而非必然適用於個案事實。而當陪審團採納了這種推論，心證上必然朝向檢察官傾斜，致使被告在訴訟上陷於極為不利之處境。搭配美國刑事訴訟上訴相對不易、陪審團有無採納任意推定所定之推論，被告亦無法從外觀查之，上述的缺點將更為放大，本文認為並不妥當。¹⁶⁷

¹⁶⁷ 即便任意推定造成被告實質上的不利處境，惟無論如何此並非檢察官之舉證責任轉換或減輕，而僅僅是在訴訟過程中陪審團心證的傾斜，蓋檢察官仍須證明所有犯罪要件至毫無合理懷疑程度，缺一不可；被告亦不會因此而「必然」遭不利益之判決，考慮到舉證責任通常具有強制性質，純粹只是心證上的波動或移動，本文認為並不涉及舉證責任的減輕或轉換，故不違反無罪推定及檢察官

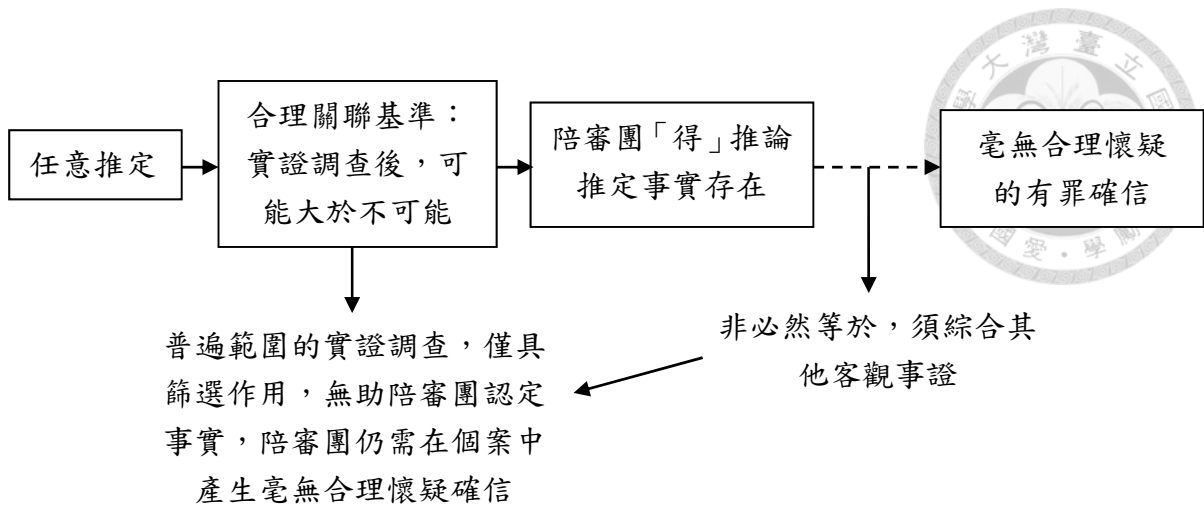


合理關聯基準尚有疊床架屋的問題。詳言之，雖然聯邦最高法院在 *Tot* 案、*Leary* 案、*Allen* 案中運用了大量統計及實證資料，證明個案當中推定事實發生的可能性大於不可能，然而這些資料的實證背景仍可能隨時空變遷而改變，這代表裁判者必須每次在個案中進行實證調查，以確定推定事實發生的可能性，重點是由於任意推定所推論的結果，仍須在最後通過毫無合理懷疑標準的檢驗，故針對任意推定本身所進行的實證調查，亦不見得可以套用於個案當中，進而產生疊床架屋的問題。

舉例而言，在 *Leary* 案當中，縱使經過調查後顯示：美國本土所消耗的大麻，生長於外國的可能性大於生長於美國，而得允許陪審團據此推論被告所持有之大麻係由國外進口；但單純是「美國本土消耗大麻大多由國外進口」的實證調查，原則上並無法產生「本案被告所持有之大麻亦為國外進口」之毫無合理懷疑確信，陪審團仍須在個案中，依據最後所呈現的各種證據，判斷被告持有之大麻是否確係自國外進口。如此一來，預先允許陪審團做此推論，對於發現案件真相而言，並沒有太大實益，因為僅憑全國情況的實證調查，並無法使被告之犯罪事實達毫無合理懷疑之程度。

基此，陪審團要麼為落實毫無合理懷疑標準，不直接以任意推定所推定之事實為結論，而係探究個案情況是否達毫無合理懷疑程度，此時任意推定本身毫無意義；要麼就是基於保守心態，選擇了法律明文允許的推論方式，此時不僅使被告陷於事實上的不利益，亦增加了冤獄發生的可能性。茲以圖表簡單說明本文對於合理關聯基準之見解：

之舉證責任。



【圖 3-4】任意推定合理關聯基準之疑義

第五項 小結

綜上，在本文主張的無罪推定及舉證責任脈絡下，大致檢討了刑事立法推定之三種推定分類，包括了三種推定引入我國的妥適性，以及比較法見解之分析討論，以下稍微整理本文之結論：

終局推定在我國法下主要以「擬制」或「視為」的樣貌出現，本文認為是否違反無罪推定，端視此種擬制是否係為減輕國家之舉證責任，抑或是基於其他法律解釋或刑事政策理由。若屬前者，即有違反無罪推定原則之虞。美國聯邦最高法院在 *Sandstrom* 案所揭示之見解，就系爭案件而言，其結論或值認同，惟若適用於其他案件，則仍須實質上判斷是否確實減輕檢察官之舉證責任，而非一律認為違憲。

就強制推定部分，本文認為因涉及舉證責任轉換，在我國法應根本禁止強制推定轉換或減輕檢察官之舉證責任，否則即有違憲之虞；美國法以毫無合理懷疑關聯限縮，不是實質架空此種推定類型，就是仍可能抵觸無罪推定；歐洲人權法

院雖以爭點重要性、被告防禦權維護及比例性，表面上限縮此種推定方式，然而由於三個要件各自之疑義，並無法真正限制締約國強制推定之立法。



任意推定只是一種推論，既不強制事實審必須做此認定，亦不轉換舉證責任，因此並不違反無罪推定及舉證責任。然而，此種推定類型因對於裁判者依自由心證認定事實的過程，提出法定的公式，可能放在法定證據法則下討論；再者，於我國目前現行訴訟結構下，並不具有引進此種推定類型之必要性。而美國聯邦最高法院之「合理關聯基準」，除了可能侵蝕陪審團認定事實權限、進而造成被告事實上的不利益處境外，因無論如何全案仍須通過毫無合理懷疑標準的審酌，故合理關聯基準實有疊床架屋的問題，本文認為並不妥當。

第四章 我國公務員財產來源不明罪



第一節 我國刑事立法推定及舉證責任轉換概說

與他國相比，我國藉由刑事立法推定擬制被告之刑事責任，或轉換舉證責任予被告之實例，其實並不多見。除卻戒嚴時期，國家機關枉顧無罪推定及各種刑事訴訟法基本原理原則之諸多亂象，自解嚴以後，較常被提出討論之知名案例，莫過於釋字第 556 號解釋宣示：就組織犯罪防制條例案件之被告，釋字第 68 號解釋及實務見解認為，檢察官僅須證明被告加入犯罪組織，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一員之見解，因有悖於檢察官之舉證責任而違憲。¹⁶⁸然而此主要係宣告實務見解的推定見解違憲，並非

¹⁶⁸ 釋字第 556 號解釋理由書：「犯罪組織存在，法律所保護之法益，即有受侵害之危險，自有排除及預防之必要。組織犯罪防制條例乃以防制組織型態之犯罪活動為手段，達成維護社會秩序及保障個人法益之目的。該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由代表國家追訴犯罪之檢察官負舉證責任。若組織成員在參與行為未發覺前自首，或長期未與組織保持聯絡亦未參加活動等事實，足以證明其確已脫離犯罪組織者，即不能認其尚在繼續參與。本院釋字第六十八號解釋前段：『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』，係針對懲治叛亂條例所為之釋示，茲該條例已經廢止，上開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。又組織犯罪防制條例第十八條第一項所為過渡期間之規定，其適用並未排除本解釋前開意旨，與憲法保障人身自由之規定並無牴觸。」學者認為，此解釋有兩大重要意義：第一，在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，也確認了無罪推定的憲法位階，參王兆鵬，大法官釋字第五五六號解釋之評

針對狹義法律之規定。



對於狹義法律規定，目前有經大法官會議提出解釋者，第一為刑法第 310 條誹謗罪之規定。蓋本條第 3 項謂：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」此法條文義致生是否係由被告自行證明其言論內容為真實之爭議，就此，釋字第 509 號解釋理由書謂：「……刑法第三百十條第三項前段規定：『對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰』，係以指摘或傳述足以毀損他人名譽事項之行為人，其言論內容與事實相符者為不罰之條件，並非謂行為人必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。就此而言，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無抵觸。」對於本號解釋，論者認為，此僅係大幅減輕行為人的舉證責任，使其不須證明其言論內容為真實，而僅須有相當理由確信其為真實，惟並非將舉證責任轉由檢察官或自訴人承擔。¹⁶⁹依此見解，若檢察官已盡行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，即推定行為人構成本罪，「轉由」行為人自行證明其言論內容確屬真實或有相當理由確信真實，且非涉於私德而與公共利益無關。

釋，台灣本土法學雜誌，45 期，2003 年 4 月，頁 55 以下。

¹⁶⁹ 釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書；柯耀程，檢視刑法誹謗罪之正當性—從釋字第五〇九解釋與新新聞觀察，月旦法學雜誌，111 期，2004 年 8 月，頁 182-183；李仁森，表現自由與名譽毀損—評台灣高等法院九十一年度上訴字第一〇八三號刑事判決，月旦法學雜誌，113 期，2004 年 10 月，頁 243 以下；石世豪，釋字五〇九號解釋的法釋義分析，法令月刊，51 卷 10 期，2000 年 10 月，頁 117-118。

另一個經大法官提出解釋之轉換舉證責任刑罰規定，則為兒童及少年性交易防制條例第 29 條。本條規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」釋字第 623 號解釋一方面認為本罪係為保護兒童及少年之身心健康及健全成長，目的洵屬正當；另一方面認為本罪之行為人，一經傳布訊息即構成犯罪，不以實際上發生性交易為必要，惟若行為人抗辯檢察官起訴之事實不真實，並「證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者」，行為人即得脫免罪責。

¹⁷⁰換言之，檢察官若起訴行為人傳布性交易訊息，行為人若抗辯檢察官所起訴者不真實，須自行證明其訊息非以傳布性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施。

¹⁷⁰ 釋字第 623 解釋理由書（節錄）：「兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定：『以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金』，乃在藉依法取締促使人為性交易之訊息，從根本消弭對於兒童及少年之性剝削。故凡促使人為性交易之訊息，而以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容者，具有使兒童少年為性交易對象之危險，一經傳布訊息即構成犯罪，不以實際上發生性交易為必要。又促使人為性交易之訊息，縱然並非以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容，但因其向未滿十八歲之兒童少年或不特定年齡之多數人廣泛傳布，致被該等訊息引誘、媒介、暗示者，包括或可能包括未滿十八歲之兒童及少年，是亦具有使兒童及少年為性交易對象之危險，故不問實際上是否發生性交易行為，一經傳布訊息即構成犯罪。惟檢察官以行為人違反上開法律規定而對之起訴所舉證之事實，行為人如抗辯爭執其不真實，並證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不具有使兒童及少年為性交易對象之危險，自不屬該條規定規範之範圍。」

至於近期最具代表性之舉證責任轉換規定，當屬我國參考他國立法例，於 2009 年增訂、2011 年修正之貪污治罪條例第 6 條之 1 公務員財產來源不明罪。本罪涉及了複雜的條文結構、刑法釋義學以及舉證責任問題，尤其是舉證責任部分，究竟本文是否涉及舉證責任轉換？有無違反無罪推定？學說上有頗大爭議，此亦為本文之討論重點所在。

本文以下即以財產來源不明罪為主軸，概述本罪之立法沿革、保護法益、構成要件、實務案例，並介紹刑事立法推定於本罪之運用，以及我國學說對於本罪之評析與批判。附帶敘明，因我國財產來源不明罪條文，除本文所關切之立法推定問題外，尚包括大量且深入之保護法益、構成要件解釋、體系架構等諸多實體法問題，惟限於篇幅及本文論述重點，本文將於簡介本罪後，將重點置放於立法推定之運用及與此相關之學說批評，以避免討論失焦。¹⁷¹

第二節 財產來源不明罪概說

第一項 修法沿革

有鑑於近十年來，貪瀆案件頻傳，我國於 2009 年效法外國立法例，於貪污治罪條例第 6 條之 1 增訂公務員財產來源不明罪，條文規定為：「有犯第四條至前條之被告，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自涉嫌犯罪時

¹⁷¹ 對於本罪諸多面向問題之深入分析，詳參邱忠義，前揭註 62，頁 78 以下；曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名(上)—評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，141 期，2007 年 2 月，頁 237 以下；曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名(下)—評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，141 期，2007 年 3 月，頁 266 以下；林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，檢察新論，6 期，2009 年 7 月，頁 79 以下；許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，台北大學法學論叢，82 期，2012 年 6 月，頁 147 以下。

及其後三年內任一年間所增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金。」

然而，由於本罪於立法後，未有任何刑事被告遭起訴或定罪，本罪復於 2011 年修法為：「公務員犯下列各款所列罪嫌之一，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自公務員涉嫌犯罪時及其後三年內，有財產增加與收入顯不相當時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金：一、第四條至前條之罪。二、刑法第一百二十一條第一項、第一百二十二條第一項至第三項、第一百二十三條至第一百二十五條、第一百二十七條第一項、第一百二十八條至第一百三十條、第一百三十一條第一項、第一百三十二條第一項、第一百三十三條、第二百三十一條第二項、第二百三十一條之一第三項、第二百七十條、第二百九十六條之一第五項之罪。三、組織犯罪防制條例第九條之罪。四、懲治走私條例第十條第一項之罪。五、毒品危害防制條例第十五條之罪。六、人口販運防制法第三十六條之罪。七、槍砲彈藥刀械管制條例第十六條之罪。八、藥事法第八十九條之罪。九、包庇他人犯兒童及少年性交易防制條例之罪。十、其他假借職務上之權力、機會或方法所犯之罪。」

第二項 保護法益

依據本文之整理，本罪之保護法益有兩種解釋可能：公務員執行職務之廉潔性，抑或公務員之誠信。採前者觀點之論者認為，公務員在涉嫌貪污行為偵查時，被發現其財產來源不明，以法律推定該財產顯然來自破壞某種法益之非法途徑，說明其法益侵害並非確定，而僅係有「高度蓋然性」；且從公務員得提出該財產來

源係屬合法以推翻推定，可見本罪並非要責難來自合法途徑之財產。本罪係先確定公務員有來源不明財產，並因違法之高度蓋然性，推定此財產係以非法途徑取得，而人民既對於公務員執行公權力有「不可收買性」及「公正性」之期待，公務員若有不明來源之財產，自應說明來源，以向人民表示其不可收買性及公正性未受到侵害，故本罪之保護法益即在確保公務員對廉潔義務之信守與公正。還原至個人法益，此種對公務員廉潔之侵害，將造成行賄個人之財產利益受到侵害、外界投資意願低落、國家競爭力下降，進而影響到人民工作權及收入等弊害。¹⁷²

惟採公務員誠信說觀點之學說認為，本罪之處罰行為係被依貪污罪嫌追查之公務員說明其財產來源之義務，故這樣的立法應是為處罰該公務員「未能履行公務員誠實申報義務」之行為，是以公務員之誠信才為本罪保護法益。¹⁷³另依釋字第 517 號解釋，違反行政法上義務究應採行政罰或刑罰，應由立法機關衡酌事件特性、侵害法益輕重及所欲達到之管制效果，以立法裁量做出判斷，若未逾越比例原則即屬合憲。財產來源不明罪以「違反說明義務」為立法理由，參考稅捐稽徵法第 41 條詐術逃漏稅捐罪通常包括一個隱匿真實收入行為，財產來源不明罪僅為危險犯，並無如逃漏稅捐對國家稅收有具體之不利益效果，其刑度應比逃漏稅捐罪稍低，以 1 年有期徒刑為基準。據此，本罪於 2009 年立法時將刑度定為三年有期徒刑，似有失之過重、違反比例原則之虞。¹⁷⁴

¹⁷² 邱忠義，前揭註 62，頁 83-84。

¹⁷³ 林志潔、黃任顯，前揭註 171，頁 92-93。

¹⁷⁴ 此處要說明者有二：第一，本罪已於 2011 年修正時將刑度加重為 5 年以下有期徒刑；第二，稅捐稽徵法第 41 條之逃漏稅捐罪為五年以下有期徒刑，論者認為財產來源不明罪應比逃漏稅捐罪「稍低」，惟爰何係以 1 年有期徒刑左右為準，似未見清楚說明；本文判斷應該是參考釋字第 517 號解釋所提及之後備軍人違反申報義務處以 1 年以下有期徒刑之故，惟考慮兩罪間之保護法益、構成要件皆不相同，是否得比照辦理，實有疑義。



第三項 構成要件

學者認為，參考各國立法例，本罪構成要件之解釋，必須注意三項前提要件：第一，行為人之財產或支出明顯超過合法收入，且差額巨大；第二，行為人依法負有說明財產來源之義務，而行為人無法說明財產來源係屬合法；第三，司法機關無法查出行為人不明財產之真實來源。¹⁷⁵以下茲就本罪之行為主體、行為客體、主觀構成要件、客觀構成要件說明如下：

第一款 行為主體

本罪之行為主體為公務員，有論者認為成立本罪之主體既有說明自己財產或支出之義務，則該公務員之身分即應為公職人員財產申報法所定有申報財產義務者¹⁷⁶，至於某些在機關內屬第一線辦理會計、採購、招標等職務之公務員，有必

¹⁷⁵ 曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名(上)一評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，141期，2007年2月，頁239。

¹⁷⁶ 公職人員財產申報法第2條：「下列公職人員，應依本法申報財產：一、總統、副總統。二、行政、立法、司法、考試、監察各院院長、副院長。三、政務人員。四、有給職之總統府資政、國策顧問及戰略顧問。五、各級政府機關之首長、副首長及職務列簡任第十職等以上之幕僚長、主管；公營事業總、分支機構之首長、副首長及相當簡任第十職等以上之主管；代表政府或公股出任私法人之董事及監察人。六、各級公立學校之校長、副校長；其設有附屬機構者，該機構之首長、副首長。七、軍事單位上校編階以上之各級主官、副主官及主管。八、依公職人員選舉罷免法選舉產生之鄉（鎮、市）級以上政府機關首長。九、各級民意機關民意代表。十、法官、檢察官、行政執行官、軍法官。十一、政風及軍事監察主管人員。十二、司法警察、稅務、關務、地政、會計、審計、建築管理、工商登記、都市計畫、金融監督暨管理、公產管理、金融授信、商品檢驗、商標、專利、公路監理、環保稽查、採購業務等之主管人員；其範圍由法務部會商各該中央主管機關定之；其屬國防及軍事單位之人員，由國防部定之。十三、其他職務性質特殊，經主管府、院核定有申報財產

要納入規範者，及申報財產是否包括配偶、子女、一定親屬等，皆應以修正公職人員財產申報法之方式，納入本罪之行為主體，即本罪得採取一種空白刑法的立法模式，將行為主體授權行政法律或命令補充之，以符合實際需要並掌握時效。¹⁷⁷

亦有學說認為，本罪之公務員不以應依公職人員財產申報法申報財產之公務員為限，而應等同於現行刑法第 10 條所列之身分公務員、授權公務員及受託公務員；另外，民意機關，尤其是中央民意代表，其法律、預算、人事同意案等審議皆涉及國家公權力行使，並與人民權利義務之重要事項息息相關，此些民意代表行使審議權收受不法利益之機會及可能性甚至比行政官更高，性質上屬於刑法第 10 條第 2 項第 1 款之「身分公務員」，不能排除在適用範圍外，否則有悖立法體系之法律適用及人民期待。¹⁷⁸

第二款 行為客體

認為本罪之保護法益為公務員職務廉潔性者，即認為本罪之行為客體為公務員職務行為之廉潔性。負有說明財產來源義務之公務員，不能說明財產來源、國家以偵查權之發動亦無法查明財產合法來源，合理的解釋即為該財產係經非法途

必要之人員。前項各款公職人員，其職務係代理者，亦應申報財產。但代理未滿三個月者，毋庸申報。總統、副總統及縣（市）級以上公職之候選人應準用本法之規定，於申請候選人登記時申報財產。前三項以外之公職人員，經調查有證據顯示其生活與消費顯超過其薪資收入者，該公職人員所屬機關或其上級機關之政風單位，得經中央政風主管機關（構）之核可後，指定其申報財產。」然本罪於 2011 年修正為公務員及其配偶、未成年子女「有財產增加與收入顯不相當時」，刪除原條文申報財產所得之相關文字，是否仍得將本罪行為主體解釋為有申報財產義務者，不無疑問，詳細評釋請參後述。

¹⁷⁷ 曾淑瑜，前揭註 175，頁 239-240。

¹⁷⁸ 邱忠義，前揭註 62，頁 85-86。

徑取得，該公務員不能說明有隱匿財產所得，妨害司法機關調查犯罪，甚至可能係在掩護其他犯罪人。¹⁷⁹惟若採本罪保護法益為公務員說明財產來源之誠信者，理論上而言，即會認為本罪之行為客體為公務員之誠信。



第三款 主觀構成要件

依據論者的整理¹⁸⁰，本罪之主觀構成要件有四說：直接故意說、故意說、故意過失說及不要說。直接故意說係指本罪須行為人明知巨額財產為非法所得，有義務也能夠說明，但為掩飾、隱瞞真實性質以逃避罪責，卻不履行說明義務；故意說則包括直接故意及間接故意，由侵害財產所有權之直接故意及侵害國家機關正常活動之間接故意構成；故意過失說認為僅需過失未說明亦該當本罪主觀構成要件；不要說則認為本罪成立無須探究行為人主觀狀態，縱被告無過錯，亦須負刑事責任。

第四款 客觀構成要件

以下茲參考學者之架構，分別就本罪之得命公務員說明之主體、說明前提、說明義務及說服程度、說明範圍、行為性質，整理學說見解如下：¹⁸¹

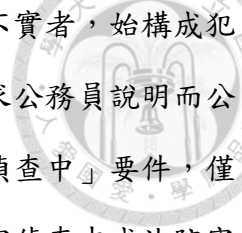
第一目 得命公務員說明之主體

本罪須係公務員於「檢察官」在偵查法條所列之犯罪過程中，要求公務員說

¹⁷⁹ 曾淑瑜，前揭註 175，頁 240。

¹⁸⁰ 李希慧，貪污賄賂罪研究，知識產權出版社，2004 年 12 月，頁 438；轉引自曾淑瑜，前揭註 175，頁 240-241。

¹⁸¹ 以下論述皆整理自：邱忠義，前揭註 62，頁 85-91；曾淑瑜，前揭註 175，頁 239-243；曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名(下)—評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，141 期，2007 年 3 月，頁 266 以下。



明不明財產之來源，公務員卻拒絕說明、未為合理說明或說明不實者，始構成犯罪。準此，法官、公務員之長官、政風機構、法院、監察院要求公務員說明而公務員未說明者，皆不構成本罪。論者並認為，本罪所要求之「偵查中」要件，僅係公務員說明義務之開始時點，並非終點，若日後被告在檢察官偵查中或法院審理時，已能合理說明或坦承係屬貪污所得，亦不構成本罪。¹⁸²

第二目 說明前提

本罪於 2009 年增訂時，原條文規定檢察官須已證明被告有犯貪污治罪條例第 4 條至第 6 條之嫌疑，並於偵查中發現公務員本人及其配偶、未成年子女自被告涉嫌犯罪時起及其後三年內任一年間所增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額，即構成公務員說明義務之前提要件。

惟依本罪於 2011 年修正後之要件，不僅將原「被告」之用語修正為「公務員」，更大舉將公務員所犯罪嫌之範圍，擴及至組織犯罪、走私、毒品、人口販運等類型之非純粹瀆職罪，並刪去「任一年間所增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額」，改為僅須「財產增加與收入顯不相當」。準此，檢察官僅須證明公務員有犯所列舉罪名之嫌疑，且於偵查中發現公務員本人及其配偶、未成年子女，自公務員涉嫌犯罪時及其後三年內，有財產增加與收入顯不相當，即構成公務員說明義務之前提要件。

第三目 說明義務及說服程度

論者認為¹⁸³，若從本罪之處罰原理，係使公務員在不能說明其不明財產來源時，縱司法機關無法證明該財產來源合法亦無法證明係貪污所得，亦得推定財產

¹⁸² 邱忠義，前揭註 62，頁 85。

¹⁸³ 邱忠義，前揭註 62，頁 86-88。

來源為非法以追究公務員刑事責任之角度觀之，此種設計並不改變檢察官對被告犯罪事實負舉證責任之刑事訴訟規則，故被告公務員之說明義務僅須達「釋明」、即大致相信程度，例如說明具有調查關聯性、必要性或可能性之大概來源即可，不須達嚴格證明之「確信」。若公務員已具體、明確說明財產來源，則其真實性為何，即轉由檢察官調查證明。

另外，構成說明義務之違反，可能分成三種情形：無正當理由未為說明、無法提出合理說明及說明不實。無正當理由未為說明係指被告對財產來源完全不為任何說明或表示無法說明；無法提出合理說明係指被告的說明不夠具體、明確，使司法機關無從查證；最後，說明不實則指被告說明之財產來源經查證並非存在。

第四目 說明範圍

公務員除說明自己增加之財產外，亦包括配偶及未成年子女所增加之財產，理由在於配偶、未成年子女在現實生活上與被告同居並共用財物，夫妻間在財產管理上互有報告義務及管理權限，而未成年子女之意思表示原則上均須由父母代為或同意，公務員即有可能將財物放於其配偶及未成年子女名下，若不予以規範，將可能有公務員利用配偶及未成年子女規避本罪處罰之虞。¹⁸⁴

第五目 行為性質

本罪行為之性質，學說上認為可分為三種：¹⁸⁵

一、 持有說

此說主張本罪係一種持有型犯罪，其行為本質係行為人「持有來源不明財產

¹⁸⁴ 邱忠義，前揭註 62，頁 88-89。

¹⁸⁵ 整理自邱忠義，前揭註 62，頁 89-91；曾淑瑜，前揭註 181，頁 266；許恆達，前揭註 171，頁 147。



之行為本身」，即持有不明財產之行為才是刑法所要處罰的根據，而非「不能說明」財產來源合法之行為。

二、 不作為說

此說則認為，本罪是對行為人「拒不說明」財產來源之純正不作為行為加以處罰，即針對「公職人員持有明顯超過其合法收入之財產」此一不法狀態之存在，法律授權檢察官得令公職人員說明來源，在以法律明定課予公務員有說明之作為義務下，其仍拒不說明之不作為，始屬本罪處罰基礎。另因不能說明包括拒不說明及虛偽說明，學說上認為此不作為形式實質上包含純正不作為犯及作為犯。

三、 複合行為說

此說認為本罪應結合上述之持有說及不作為說合併觀察，即本罪客觀構成要件包括持有不明來源財產之作為，及拒絕說明財產來源之不作為的複合。

第三節 「刑事立法推定」概念於本罪之運用

在介紹完本罪之立法沿革、保護法益、構成要件後，以下茲就本文之重點：刑事立法推定於本罪之運用作一介紹。在論述上，本文擬先探討本罪是否已轉換舉證責任，再略以本文之刑事立法推定之架構，判斷以下見解之分類；進而概述是否違反無罪推定之學說見解。

須說明者，本罪除了有違反無罪推定及檢察官舉證責任之爭議外，學說上尚有對本罪是否涉及緘默權及不自證己罪違反之討論，惟因本文之論述主題主要在於無罪推定及舉證責任部分，故以下亦集中介紹學說上對於此兩原則之分析，合先敘明。¹⁸⁶

¹⁸⁶ 關於學說上對於本罪是否違反不自證己罪及緘默權之相關討論，請詳參邱忠義，前揭註 62，頁

第一項 財產來源不明罪與刑事立法推定



關於本罪是否涉及舉證責任轉換，學說上有肯否二說。茲將兩方之見解分述如下，並附帶敘明個別見解在刑事立法推定的架構下，屬於何種類型之推定：

92-97；許恒達，前揭註 171，頁 160-164。邱法官結論上認為本罪不僅未違反無罪推定，亦未違反被告之不自證己罪及緘默權保障，理由大致與氏認為本罪不違反無罪推定的理由相同，即諸原則並非牢不可破之金鐘罩原則，且諸原則之真諦皆是在排除對於被告施加酷刑、非人道待遇或刑求逼供之行為，本罪並未達此程度；各先進國家以及我國立法例皆有相關規定；且被告於本罪須負說明義務之作用並非在於自證清白無辜，而是在於排除其行為之不法性，係屬一種辯護權，自與不自證己罪與緘默權無違。許恒達教授則係認為本罪可能有違反不自證己罪的問題，舉例而言，假設既有的貪污罪要件為「d、e、f」，而關聯事實為「d'、e'、f'」，若司法機關欲取得 d' 證據，絕對不得用強迫被告取供方式，惟本罪正是藉由刑罰強制被告在偵查程序提供原貪污罪財產來源的定罪證據，等同強制被告揭露「原貪污罪」的不利資料，進而使被告處於等同證人般必須強制陳述的地位，自有違反不自證己罪及緘默權之虞。本文以為，考慮到不自證己罪之定義為：任何人皆無義務積極配合對己不利之刑事訴追，以法律強制被告須提供可能使自己遭致貪污罪追訴風險之證據，自屬不自證己罪之射程範圍；再者，現今對於緘默權及不自證己罪之保障，早已不限於最狹義的暴力刑求，以法律方式強制被告吐實，本文認為亦應受到不自證己罪的射程範圍所及；而所謂本罪之說明義務具辯護權性質的說法，恐怕亦忽略了說明義務本身的強制性質：若被告不為合理說明，將「必然」遭受刑法處罰，此與辯護權作為一種「權利」的本質格格不入。因此，本罪除有違反無罪推定及舉證責任的問題外，本文亦較傾向於許教授之見解，即本罪亦違反被告不自證己罪及緘默權之保障。關於不自證己罪與緘默權內涵本身及射程距離之相關介紹及討論，詳參林鈺雄，不自證己罪原則之射程距離—最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌，93 期，2007 年 4 月，頁 226-236；王兆鵬，刑事訴訟中被遺忘的權利—緘默權，月旦法學雜誌，145 期，2007 年 6 月，頁 171-190。



第一款 肯定說

採肯定論者認為，被告在本罪承擔舉證責任證明財產來源合法，是傳統刑事證據理論被告不承擔證明責任之「例外」，為證據理論之重大突破；並有學者認為，本罪之舉證責任轉換，係立法者在功利與正義之矛盾取捨中，最後倒向功利，將司法機關證明「現狀發源」轉為「現狀存在」，以減輕舉證責任。¹⁸⁷

本罪之立法總說明亦採肯定見解，認為本罪雖轉換舉證責任，惟若具備「舉證責任轉換之必要性」、「檢察官舉證之困難性」、「合理之關聯性」（由前提事實推認推定事實之存在係屬合理相當）或「被告反證之容易性」等條件下，應容許將舉證責任轉換至被告；且我國組織犯罪防制條例第7條第2項犯罪所得沒收亦為舉證責任轉換之規定。公務員代表國家行使職權，個人權利應受節制，因財產來源難以證明，將舉證責任轉由公務員負擔，應係維護國家利益所必要。¹⁸⁸

在本文脈絡下，由於肯定論者認為本罪已涉及刑事舉證責任之轉換，且容許公務員以提出合理說明的方式推翻此推定，故在刑事立法推定的架構下，本罪應屬「強制推定」之規定。

第二款 否定說

邱忠義法官認為，本罪要求公務員負說明義務，僅係使被告行使辯護權，而非轉換舉證責任；且本罪之說明來源不等於證明來源，證明來源須以確實、充分之證據來證明，說明來源則僅須行為人向司法機關為合理解釋即可。若司法機關

¹⁸⁷ 林亞剛、張忠國、童德華、趙慧，貪污賄賂罪疑難問題研究，中國人民公安大學出版社，2005年6月，頁259-261；轉引自曾淑瑜，前揭註181，頁267。

¹⁸⁸ 參貪污治罪條例第六條之一、第十條立法總說明第四點。

不能確實、充分證明行為人之說明虛偽，行為人說明無法被推翻，即無法認定巨額財產來源不法，是故本罪承擔舉證責任者仍屬司法機關，被告並不負擔任何舉證責任，自無轉換舉證責任。¹⁸⁹



曾淑瑜教授則認為，因本罪行為主體限於有申報財產義務之公務員，故本罪所處罰及規範者，為該公務員對未申報或所申報財產或支出予合法收入差額巨大之說明義務，此義務並非舉證責任，自無舉證責任轉換問題。¹⁹⁰

若依上開見解，因認本罪並未涉及舉證責任之轉換，故本罪之性質「至多」僅為刑事立法推定之「任意推定」；惟若採曾淑瑜教授之見解，即本罪之可罰性基礎在於公務員申報財產的說明義務，則本罪並無「從基礎事實推論推定事實」之推定性質，自非屬刑事立法推定。

第二項 是否違反無罪推定原則

介紹完關於本罪是否涉及舉證責任轉換之肯否兩說之見解，茲再將本罪是否違反無罪推定原則之學說見解分述如下：

第一款 肯定說

肯定論者認為，本罪將舉證責任推至被告，若被告提不出充足證據證明財產來源，就被推定為有罪，得對其論罪科刑，違反無罪推定原則下應由檢察官盡舉證責任之基本要求，並將間接助長偵查機關之惰性。¹⁹¹

¹⁸⁹ 邱忠義，前揭註 62，頁 95-97。

¹⁹⁰ 曾淑瑜，前揭註 181，頁 268。

¹⁹¹ 曾淑瑜，前揭註 181，頁 268。



第二款 否定說


立法總說明採否定見解，蓋無罪推定並非絕對原則，包含英國、歐盟、新加坡，皆存在有罪推定之立法例，我國勞動基準法第 81 條第 2 項亦為顯例。為有效打擊貪污，維護國家利益，有必要於特定情形下例外限制公務員上開權利。

學說上認為本罪並不構成無罪推定原則之違反者，如邱忠義法官，主要基於以下三個理由：第一，無罪推定原則真正排斥者，是對嫌疑人施加酷刑、非人道待遇或刑求逼供，如果偵審人員無不法取供之行為，則只要檢察官就被告之犯罪構成要件事實已盡實質舉證責任，提出足以使法官達到有罪判決之確信或毫無合理懷疑之心證時，若被告再不提出有利主張及證據，即將依法被判決有罪，與無罪推定原則無違。第二，外國立法例及我國現有法制實務皆有舉證責任轉移之規定，顯見舉證責任之倒置及轉換並非不可接受。第三，本罪說明義務之性質與功能，近似於阻卻違法事由之正當防衛，因違法性即係在判斷行為人之法益侵害有無「正當理由」，則由理論及實際面由被告負此類似於阻卻違法事由之舉證責任並無不可。¹⁹²

曾淑瑜教授則認為，本罪並非有罪推定，而僅係一種事實推定，即根據基礎事實推斷推定事實存在，兩者間具有密切合理之聯繫，雖然不能證明行為之具體細節，但只要這些事實及證據能夠證明一定程度之危害事實，就得以此認定行為人違反說明義務，並持有來源不法財產，此為犯罪構成問題，並非訴訟問題。¹⁹³

¹⁹² 邱忠義，前揭註 62，頁 92-97。

¹⁹³ 曾淑瑜，前揭註 181，頁 268。姑且不論曾教授將本罪歸為事實推定是否妥適，氏所說對於事實推定之見解，在本文脈絡下，實已屬刑事立法推定中「任意推定」之觀念。



在結論上認同多數見解而認本罪並未違反無罪推定原則，但理由略有不同者，如許恒達教授，氏認為可從以下幾個角度進行分析：¹⁹⁴首先，從比較法的檢視方面，認為本罪未違反無罪推定原則之論者，多援引聯合國反腐敗公約第 20 條¹⁹⁵以及英國、新加坡、香港、馬來西亞、巴基斯坦等立法例，以證明未違反無罪推定；卻忽略聯合國反腐敗公約第 20 條「在不違背本國憲法和本國法律制度基本原則的情況下」之文字，及後者多為大英國協法系國家。蓋英國法向來認為，立法規定之舉證責任移轉，係無罪推定原則之「例外」¹⁹⁶，香港、新加坡等國作為英國之前殖民國家，皆繼承了英國法容許立法推定之傳統，並認為本罪係舉證責任轉換之規定，且屬無罪推定之例外；但我國法律規定及實務發展，並不接受無罪推定原則有此例外。然而，無罪推定原則強調檢察官之舉證責任，但此程序法原則與刑法構成要件無直接關係。就本罪法條文字觀之，成立要件包括「公務員或近親持有不明財產」、「經檢察官要求說明」與「公務員未切實說明」，檢察官僅須舉證此三項要件，使法官產生毫無合理懷疑的心證，就可判處罪刑，進而滿足檢察官之舉證責任，故得認本罪之舉證責任始終規於檢察官一方，並未違反無罪推定原則。

第四節 實務案例

在本罪於 2009 年制定後，至 2011 年修法為止，皆未有任何一被告遭本罪起訴或定罪；縱使於 2011 年修法大舉擴張本罪之適用範圍後，依據本文查詢的結果，目前實務上遭本罪定罪之案件亦僅有兩件，其中一案即為眾所矚目的林益世案，

¹⁹⁴ 許恒達，前揭註 171，頁 152-160。

¹⁹⁵ 聯合國反腐敗公約第 20 條：「在不違背本國憲法和本國法律制度基本原則的情況下，各締約國均應當考慮採取必要的立法和其他措施，將下述故意實施的行為規定為犯罪：資產非法增加，即公職人員的資產顯著增加，而本人無法以其合法收入作出合理解釋。」

¹⁹⁶ *Woolmington v. DPP* [1935] A.C. 462.

判決案號為台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號判決；另一案則為台中市警局刑警涉嫌收受酒店賄賂案件，判決案號為台中地方法院 102 年度訴字第 2318 號判決。茲將兩篇判決之判決要旨摘錄介紹如下：




第一項 台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號判決

第一款 判決摘錄

首先，本號判決對於本罪之構成要件簡要分析如下：

「……1.本罪之犯罪主體必須係公務員本人，且僅該公務員本人方有依檢察官命令說明可疑財產來源之義務，非公務員本人不負此義務，故不可能成為犯罪主體。2.本罪係以公務員違反說明義務為處罰要件之不作為犯。此財產來源之說明義務，係於公務員因涉嫌犯本條第 1 款至第 10 款所列罪名，在檢察官偵查中，經檢察官命其就來源可疑之財產提出說明時，即告發生。3.檢察官命涉案公務員說明之時機，係在發現涉案公務員之『財產增加與收入顯不相當』之時。所謂『顯不相當』係一規範性構成要件，並未限定具體金額及範圍，應依個案判斷公務員所增加之財產與其公職薪俸收入是否顯不相當，亦即應以該公務員之公職薪俸為其財產增加數額之比較基準，檢視是否有不相稱金錢資源或財產之增加，不以本罪修正前所定之『當年度增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額』為唯一判斷基準。4.涉案公務員應滿足之作為義務，乃對於檢察官就其可疑財產來源提出說明命令，必須提出合理說明，且其說明必須實在，倘無法說明應有正當理由。未能滿足此等說明要求之作為義務即成立犯罪。惟是否成立本罪，與公務員所涉犯本條第 1 款至第 10 款之罪是否成立無關。5.應再予說明者，乃涉案公務員所負說明義務之射程範圍。經詳細分析公務員取得各式財物之過程，無非以下 3 個階段：公務員與交付財物者基於某特定之原因事實背景，合意成立一定之法律



關係，以之作為日後移轉財物所有權及占有之法律基礎。基於雙方合意之法律關係，財物交付者移轉該財物所有權及占有給該公務員。公務員自財物交付者取得該財物之實際支配管領權。以此而言，倘認為涉案公務員說明義務之射程範圍，包括取得該財產所由生之原因事實及法律關係，將不免產生侵害其受憲法保障之『不自證己罪特權』（緘默權）之疑慮。且依本條文義：『（檢察官）得命本人就來源可疑之財產提出說明』，可知涉案公務員僅就其可疑財產之『來源』乙事負合理誠實之說明義務。所謂『來源』，係指該財產從何處而來，亦即該財產係何人交付、自何人處取得，此等說明義務僅在使偵查機關得以確認財產交付之對象，與涉案公務員是否涉有其他罪責並非直接關聯。至於涉案公務員係基於何等原因事實，係基於何等權利義務之法律關係而取得，交付之人又係基於何等原因而交付、交付原因是否合法等問題，因直接關涉公務員有無涉及犯罪之認定，該涉案公務員應受憲法上不自證己罪之保障，是此部分原因事實應屬偵查機關負實質舉證責任之範疇，尚非本罪所定合理說明義務之範圍（此部分所涉違憲疑慮之說明詳下述）。換言之，涉案公務員說明義務之範圍，僅限於說明可疑財產之『來源』，倘拒絕說明、未能合理說明或說明不實，即應以本罪處罰（另參附圖二之圖說）。」

進而，本判決亦對本罪是否違反不自證己罪及緘默權進行闡釋，結論上並認為本罪並未違反刑事被告之緘默權及不自證己罪特權：

「……3.所謂『不自證己罪特權』，係指不得強要被告藉由自己之行為舉止（包括言詞或行動）證明自己之犯罪事實或犯罪嫌疑；而『緘默權』，則指在無罪推定原則之下，不得僅因被告單純保持緘默或拒絕陳述，即對其作出諸如『心虛說謊』之有罪事實或有罪嫌疑之不利推論。無論如何，此二權利皆在禁止國家機關強制被告或犯罪嫌疑人透露出對己不利之『犯罪嫌疑』或『犯罪事實』。反之，

倘國家機關基於合理、特定之行政目的，命令人民為特定之作為義務，且該特定之作為義務並不會直接強制被告自我揭露『犯罪嫌疑』或『犯罪事實』，則此作為義務之命令與『不自證己罪特權』及『緘默權』之保障，即無抵觸。4.本罪乃所謂陽光法案之一，其立法目的，除在積極杜絕公務員貪污牟取不法財產，以遏止公務員貪腐行為與剷除官商勾結之溫床外，其因特定職務或身分之公務員本有依法據實申報財產之義務，而在偵查機關已追查知悉公務員有未據實申報且來源可疑財產之情形，倘漠視可疑財產之存在而不究明來源，非但使公務員申報財產制度形同具文，更將過度增加偵查機關進一步究明其來源合法性之偵查成本。換言之，本罪目的，乃是為落實公務員財產申報制度，彌補單純課予行政處罰之規範不足，同時兼顧『不自證己罪特權』（緘默權）之保障，使偵查機關不致無端虛耗偵查成本，而與其他制裁貪污犯罪之刑罰規範得以相輔相成，俾達到積極防免公務員藉由身分、地位或職務之便斂取不法財產。以此而言，本院認為以刑罰手段課予公務員據實說明可疑財產『來源』之義務，尚非不合理之要求。其次，所稱『說明可疑財產來源之義務』，僅要求該公務員單純透露可疑財產係自何人或何處取得，並非強令其自證取得財產所由生之原因事實或法律關係，並不致因此直接引起公務員自證涉犯他罪之疑慮，更不足作為偵、審機關認定犯他罪之不利依據。蓋足引起公務員涉犯他罪疑慮者，係取得可疑財產之原因事實及法律關係，並非單純持有或透露該財產來自何人、何處等『來源』事實。5.綜此，本院認為本罪以刑罰手段課予涉案公務員說明義務之範圍，僅限於該可疑財產係自何人或何處取得，不及於取得該財產之原因事實或法律關係，故尚不致直接使被告陷入自我揭露『犯罪嫌疑』、『犯罪事實』，或提出不利於己『證據』之困境。在此範圍內所課之可疑財產說明義務，要無違反『不自證己罪特權』之疑慮（另參附圖二之圖說）。」



確立了本罪之構成要件及立法正當性後，本判決進而在斟酌案內所有之證據後，認定被告林益世構成公務員財產來源不明罪：

「……綜此，以下事實均堪認定：存放在上開彭愛佳中信銀行城中分行及國泰世華銀行光復分行保管箱內之金錢，並非彭愛佳之私房錢或來自伊父彭武州交付之款項，而係由被告林益世直接或間接交給彭愛佳。沈若蘭於101年7月4日攜由檢察官扣押之新臺幣1,800萬元中，其中原由沈若蘭囑託沈煥存放於高雄銀行三多分行保管箱內之新臺幣600萬元中之新臺幣300萬元，並非沈若蘭自有或由林仙保交給沈若蘭保管之款項，而係被告林益世所交付之款項。上開各筆款項既均係被告林益世所交付，則被告林益世就各款項之來源即交付對象為何人乙節，自當知之甚詳，不能諉為不知，則其於檢察官於101年10月9日偵查中命就此等款項來源提出說明時，其一概以不清楚等語回應，顯係有意隱瞞而未為合理誠實說明。七、綜上所述，被告林益世於101年10月9日就檢察官命其就上開3筆來源可疑之財產說明其來源時，故意不為合理誠實之說明，其犯行至為明確，洵堪認定，應依法論科。」

第二款 判決見解整理

本文以下大致整理本判決關於公務員財產來源不明罪之法律見解。首先，構成要件部分：第一，本罪犯罪主體必為公務員本人；第二，本罪係以公務員違反說明義務為處罰要件之不作為犯；第三，本罪之「顯不相當」係一規範性構成要件，並未限定具體金額及範圍，並應依個案判斷公務員增加之財產與其薪俸是否顯不相當，亦即財產增加數額之比較基準應為公務員之「公職薪俸」，以此檢視是否有不相稱金錢資源或財產增加，並不以本罪修正前合併申報之綜合所得總額為唯一判斷基準；第四，本罪之作為義務為公務員針對檢察官之提出說明命令，提出合理說明，且說明必須實在；第五，公務員說明義務之射程範圍，不包括財產

所由生之原因事實及法律關係，而僅限於財產從何處而來。



針對本罪是否違反不自證己罪、緘默權部分，本判決則先建立一前提：若國家機關基於合理、特定之行政目的，命令人民為特定作為義務，且該特定之作為義務並不會直接強制被告自我揭露犯罪嫌疑或犯罪事實，則此作為義務與不自證己罪特權及緘默權保障並無牴觸。據此，探究本罪立法目的，係為落實公務員財產申報制度，彌補單純課予行政處罰之規範不足，就此而言，以刑罰手段課予公務員說明財產來源之義務，並非不合理要求；再者，公務員僅須說明財產係自何人或何處取得，並非強令公務員須自證取得財產所由生之原因事實或法律關係，並不將因此引起自證己罪之疑慮，故亦不違反不自證己罪及緘默權。簡言之，法院認為，由於引起公務員涉犯他罪疑慮者，並非係該不明財產之「來源」，而係取得財產之「原因事實」，故本罪僅係要求公務員說明「來源」，並不會遭致公務員涉犯他罪疑慮，自不違反不自證己罪及緘默權。

第二項 台中地方法院 102 年度訴字第 2318 號判決

第一款 判決摘錄

本案涉及一台中市警局刑警收受酒店賄款案件，本判決對於公務員財產來源不明罪表示見解如下：

「按公務員犯貪污治罪條例第 4 條至第 6 條之罪嫌，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自公務員涉嫌犯罪時及其後 3 年內，有財產增加與收入顯不相當時，得命本人就來源可疑之財產提出說明，無正當理由未為說明、無法提出合理說明或說明不實者，處 5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科不明來源財產額度以下之罰金，貪污治罪條例第 6 條之 1 第 1 款定有明文，此罪於

98年4月22日經立法院修正通過、總統公布，於100年11月23日經立法院修正為現行條文。其犯罪主體為公務員本人，係以公務員違反說明義務為處罰要件之不作為犯，此財產來源之說明義務，係於公務員因涉嫌犯本條第1款至第10款所列罪名，在檢察官偵查中，經檢察官命其就來源可疑之財產提出說明時，即告發生；而檢察官命涉案公務員說明之時機，係在發現涉案公務員之『財產增加與收入顯不相當』之時，所謂『顯不相當』係一規範性構成要件，並未限定具體金額及範圍，應依個案判斷公務員所增加之財產與其公職薪俸收入是否顯不相當，亦即應以該公務員之公職薪俸為其財產增加數額之比較基準，檢視是否有不相稱金錢資源或財產之增加，不以本罪修正前所定之『當年度增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額』為唯一判斷基準。涉案公務員應滿足之作為義務，乃對於檢察官就其可疑財產來源提出說明命令，必須提出合理說明，且其說明必須實在，倘無法說明應有正當理由。未能滿足此等說明要求之作為義務即成立犯罪。查起訴事實認定本案查扣之上開現金為『來源可疑之財產』，尚屬有據，詳如前述，且揆諸前揭說明，辯護人辯稱：起訴書未說明被告乙○○與配偶有何財產增加之情，亦未證明扣案之現金與被告乙○○及配偶之收入顯不相當，或係其等增加之財產，被告乙○○無說明財產來源之義務，竟要求其說明來源，縱有說明不實或拒絕說明，要與法定構成要件有違等節，尚不可採。」

第二款 判決見解整理

本判決大致上延續了林益世案的法院見解，認為本罪之犯罪主體以公務員本人為限，為以公務員違反說明義務為處罰要件之不作為犯，檢察官命涉案公務員說明之時機則係在發現涉案公務員「財產增加與收入顯不相當」時。此所謂「顯不相當」係一規範性構成要件，並未限定具體金額及範圍，應依個案判斷公務員所增加之財產與其公職薪俸收入是否顯不相當，即應以公務員之公職薪俸為財產增加數額之比較基準，不以本罪修正前之合併申報綜合所得總額為唯一判斷基準。

涉案公務員對於檢察官之說明命令，須提出合理說明，且其說明必須實在，倘無法說明則應有正當理由，否則即構成本罪。惟本判決未與林益世案的判決一般，對於本罪是否違反緘默權、不自證己罪詳加論述，而係直接肯定其立法正當性。以目前實務上的見解而言，對於公務員財產來源不明罪構成要件之解釋以及立法正當性之肯定，暫皆屬一致。

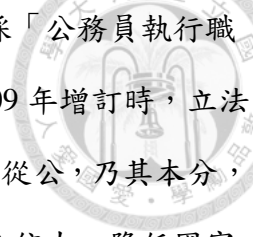
第五節 本文見解—我國公務員財產來源不明罪之 分析檢討

本文以下將以前面所採無罪推定、舉證責任及立法推定的架構，對本罪進行分析及檢討。在論述順序上，本文擬先確立本罪是否確實轉換控方的舉證責任？是否屬刑事立法推定？此可以從本罪之保護法益及不法內涵談起；進而，本文將以無罪推定及舉證責任檢驗本罪，並主張本罪違反無罪推定原則及檢察官舉證責任，應屬違憲；最後，本文認為，基於無罪推定及舉證責任，現行公務員財產來源不明罪，除非賦與其他解釋途徑或修正法條文字，否則應予廢除。

第一項 本罪為轉換舉證責任之強制推定

第一款 保護法益及處罰基礎之釐清

學說上對於本罪之保護法益有兩種見解：公務員執行職務之廉潔性或公務員之誠信。前者認為本罪之立法原理係以法律推定涉嫌貪污之公務員名下不明財產係屬違法取得，因此評價重點仍在於公務員涉有貪污之高度可能，本質上仍與賄賂罪所要保護之法益相同；而後者之見解則將非難的重點置於公務員說明財產來源的義務本身，即未能履行公務員誠實申報義務的行為。這兩者最大的差別在於，前者重在財產本身不法的高度可能，後者則重在公務員未履行財產申報義務。



本文以為，基於立法解釋、文義解釋，本罪之保護法益應採「公務員執行職務之廉潔性」較為合理。首先，貪污治罪條例第6條之1於2009年增訂時，立法理由謂：「公務員為人民公僕，薪資來自納稅人，操守廉潔，戮力從公，乃其本分，若貪污腐敗，除破壞法律秩序，腐蝕社會根基外，更影響政府公信力，降低國家競爭力。近年來貪瀆弊案頻傳，嚴重衝擊國民對政府之信賴。惟貪污具有隱密性，被發現時常已距犯罪時日甚久，證據可能已被湮滅，犯罪所得多被隱匿，查證頗為困難，影響打擊貪腐之成效。」顯見立法者由始至終欲處罰者即為貪污犯罪，僅係因公務員受有賄賂之要件查證困難，始以財產來源不明罪推定不明財產係屬不法，與公務員須負之財產申報義務無涉。

再就文義解釋，舊法規定公務員須負說明義務之前提，限於「公務員本人及其配偶、未成年子女自涉嫌犯罪時及其後三年內任一年間所增加之財產總額超過其最近一年度合併申報之綜合所得總額」，或許可以此推論本罪之行為主體為依法負有申報義務之公務員，則以公務員「未履行誠實申報義務」作為本罪保護法益，或有依據；然而，2011年修法後，公務員負說明義務之前提改為「自公務員涉嫌犯罪時及其後三年內，有財產增加與收入顯不相當」，則依現行條文，是否係須依法申報財產之公務員、申報之總額為何，皆非所問，若仍將「公務員未履行申報財產義務」作為本罪之保護法益，即會產生與條文文字扞格之處。

綜上，基於文義解釋、體系解釋，本文以為現行財產來源不明罪之保護法益，應係公務員執行職務之廉潔性¹⁹⁷，立法原理在於：涉有貪污罪嫌之公務員，國家

¹⁹⁷ 然而，本文並不概括排除「公務員未履行誠實申報義務」亦得作為其中一種保護法益的解釋途徑，只是在現行法條文字的解釋下，解釋為公務員執行職務的廉潔性，較為合理。事實上，本文以為，若欲對本罪進行「合憲性解釋」，將本罪保護法益解釋為「公務員未履行誠實申報義務」，或許是一個可以考慮的方式，然而，若欲作此解釋，即有可能須對條文文字做出更動，詳參後述。

要證明其名下財產來源係屬不法有其困難，始以法律推定方式將不明財產推定為不法財產，故歸責重點仍在於公務員名下有不法財產之行為。



第二款 本罪為轉換舉證責任之強制推定

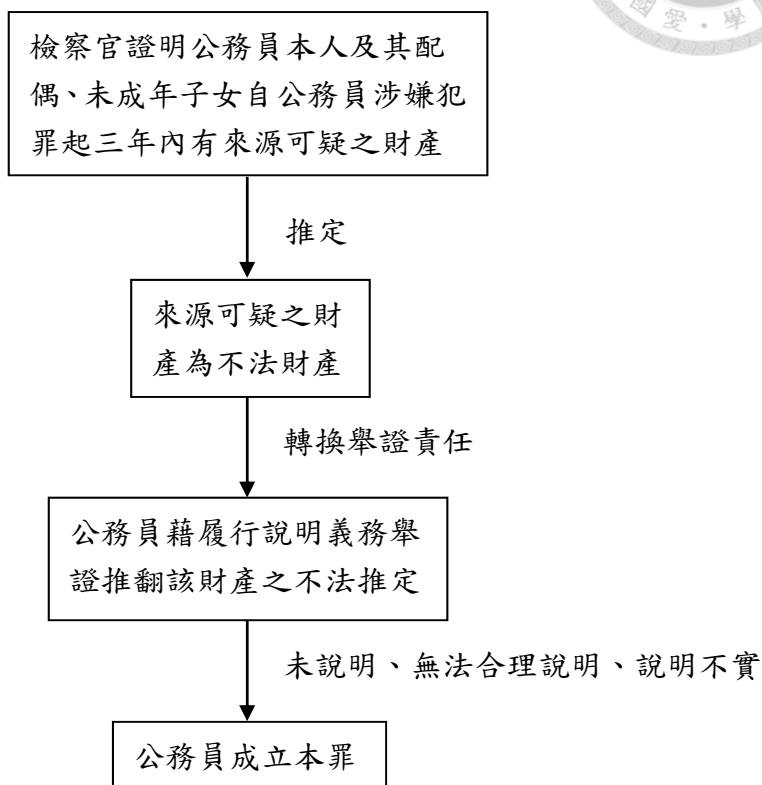
之所以必須先釐清本罪之保護法益，係因為此涉及了本罪是否為「減輕檢察官舉證責任」之立法。是否涉及舉證責任的轉換或減輕，依照本文在無罪推定立法面所採之檢驗架構，必須先確立保護法益為何，並以此為核心劃出構成要件之建構範圍，此即為國家在理論上應盡之舉證責任範疇。若與此標準相比，檢察官所需盡之舉證責任較輕，即有違反無罪推定之虞。據此，倘本罪之保護法益及評價重點在於「公務員誠實申報義務」，則從頭到尾所欲處罰及究責者，即是公務員不誠實申報財產之行為，本罪若規範公務員不誠實申報財產須負刑事責任，即未轉換或減輕檢察官之舉證責任。

惟由上所述，本文認為本罪之保護法益在於「公務員執行職務廉潔性」，則評價重點應置於公務員「不廉潔」之行為，構成要件也必須圍繞此核心進行建構。在刑法謙抑性下，本罪僅僅只是規範「公務員有來源不明財產而未說明」，尚嫌不足，因為單純有來源不明財產，有可能係合法取得，並不當然侵害公務員廉潔性；必須該財產確屬公務員之「不法所得」，廉潔性始會遭侵害。準此，本罪之構成要件設計，允許檢察官不須證明來源不明財產係不法所得，即得對未盡合理說明義務之公務員，以侵害廉潔性為由論以本罪，實質上減輕並轉換了國家證明財產不法之舉證責任。

同時，本罪藉由基礎事實：「公務員有來源可疑之財產」，認定推定事實：「公務員財產來源不法」，強制事實審在公務員無法舉反證證明其財產來源係屬合法時，必須認定公務員財產來源不法，因而構成本罪，自己涉及舉證責任轉換，應認本




罪屬於刑事立法推定中涉及舉證責任轉換之「強制推定」。茲以圖示呈現本罪之強制推定結構：



【圖 4-1】我國財產來源不明罪之強制推定結構

邱忠義法官雖認為，公務員於本罪之說明義務，僅係一種「辯護權」，並非舉證責任。然而本文以為，此見解殊值商榷，最根本的原因在於，辯護權作為一種「權利」，是否行使本屬被告之自由，刑事訴訟法並不會因為被告不行使辯護權或辯護內容不實給予被告不利負擔、甚至推定被告有罪¹⁹⁸；然而，若公務員不提出財產來源之說明，國家將得直接依法判決公務員成立財產來源不明罪，足見此說明義務之性質，本身並非一種「權利」，實質上更貼近於若不行使即必然遭受不利益的舉證「責任」。

¹⁹⁸ 至於會不會產生「事實上」的不利益，則是另外一回事，最起碼不會直接擬制被告有罪。



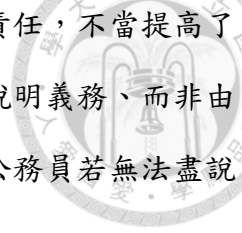
邱法官又認為，本罪要求公務員「說明」來源，並不等於「證明」來源。證明來源須以確實、充分之證據證明，而說明來源僅須行為人向司法機關提出合理解釋達釋明程度，故不能認為本罪涉及舉證責任轉換。本文以為，此見解亦不可採，理由如下：第一，立法總說明已明確揭示本罪為轉換舉證責任之立法，則依立法解釋，應認本罪係屬舉證責任轉換；第二，我國刑事訴訟之證據法則，向來沒有「說明」及「證明」之分類方式，此種分類於法無據；第三，邱法官一方面認為本罪處罰原理係先「推定」該來源不明之財產係屬非法，一方面又認為公務員所承擔者僅為「說明義務」並非「證明義務」，然而若該來源不明財產已被「推定」為不法，公務員須提出合理說明「推翻」此一不法推定始能脫免罪責，則此「推翻推定」之說明義務，若非舉證責任，實在無法在訴訟法上找到其他適當稱呼；第四，最根本的理由，本罪之保護法益為公務員廉潔性，檢察官卻僅須證明公務員有不明財產，連非法與否都無須證明，即轉由公務員須「說明」此來源係屬非法，實質上已免去及減輕了檢察官部分的舉證責任，並將此責任轉由公務員負擔。縱認並非「全面」轉換檢察官之舉證責任，亦無法否認公務員須承擔「部分」舉證責任之事實。

綜上，在本罪保護法益係公務員廉潔性的脈絡下，本罪應已實質上將檢察官證明公務員不明財產係不法所得之舉證責任，轉嫁由公務員自身承擔，並強制法官在公務員無法盡其說明責任時，「必須」認定被告構成本罪，故本罪應屬「強制推定」無疑。

第二項 本罪違反無罪推定原則及檢察官舉證責任

第一款 冤案風險提高

確立本罪已涉及舉證責任轉換，且其性質係屬刑事立法推定之強制推定後，



依本文之見解，自己違反憲法之無罪推定原則及檢察官之舉證責任，不當提高了冤獄風險。就本罪而言，尤其可能因為本罪係責令公務員須盡說明義務、而非由檢察官直接舉證該財產係不法所得，進而產生冤獄，因為此時公務員若無法盡說明義務，將逕以本罪論處。

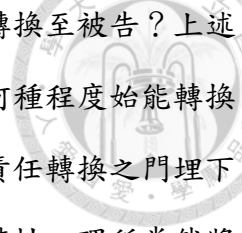
舉例而言，他人為陷構公務員於罪，匿名將巨額款項匯至公務員戶頭，致使公務員無法說明財產來源；公務員單純遺忘財產來源為何¹⁹⁹；不明財產之來源雖非貪污所得，惟係基於其他公務員無法說明的理由，例如未存至專戶之政治獻金；公務員於國外未留有證據證明之賭博所得等，雖皆非貪污所得，惟公務員仍有無法或不願交待消息來源之原因。前開財產來源雖屬「不明」，但非「不法」取得，卻因公務員不說明來源，而進一步遭推定為貪污行為所得，無異脫逸本罪保護法益為公務員廉潔性之處罰範圍，進而造成冤獄，亦違背無罪推定原則及檢察官舉證責任之目的及宗旨。

第二款 對學說見解之批判

交代完本罪之定性後，本文以下針對立法總說明及學說見解回應如下：

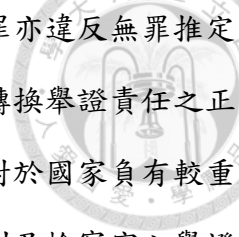
首先，立法總說明認為，本罪雖轉換舉證責任，惟若具備舉證責任轉換之必要性、檢察官舉證之困難性、合理之關聯性或被告反證之容易性，將舉證責任轉換至被告應被容許云云；惟查，為何具備上述特性，即得理所當然將舉證責任轉

¹⁹⁹ 公務員須依本罪負說明及舉證責任之前提為，其自涉嫌犯罪時及其後三年內，名下「有財產增加與收入顯不相當時」。此「顯不相當」之文字，實違反罪刑法定之明確性原則，公務員根本難以預見；究竟財產增加與收入須達何種程度，始會遭檢察官命其說明；而人類之記憶有其極限，不可能針對所有財產上的變化都鉅細靡遺的記住或留有證據，則公務員遺忘財產來源，在本罪的構成要件設計下即非無可能。



換至被告？若其他犯罪亦具備同樣特性，是否亦得將舉證責任轉換至被告？上述種種特性，與無罪推定及舉證責任之關聯為何？各種特性應至何種程度始能轉換舉證責任？立法總說明皆未置一詞，此實可能為將來大開舉證責任轉換之門埋下隱患——立法者藉由簡單的論述，即得認為特定犯罪具備上述特性，理所當然將舉證責任轉換至被告，實不妥適；再者，立法總說明以「合理關聯性」作為舉證責任轉換之界限，無疑是借助了美國法上之合理關聯基準，然合理關聯基準在美國僅適用於「未轉換舉證責任」的任意推定，若係「已轉換舉證責任」之強制推定，應適用者為毫無合理懷疑標準，立法總說明以合理關聯基準，作為已涉及舉證責任轉換之本罪立法界限，實係郢書燕說；進一步而言，若適用毫無合理懷疑標準，則本罪之基礎事實（不明財產）與推定事實（貪污所得）之間，是否已達「毫無合理懷疑」之關聯程度？考慮到本文上舉種種既非貪污所得，但來源仍屬無法證明之財產，應採否定見解，較為妥當。

立法總說明又以我國組織犯罪防制條例第7條第2項犯罪所得沒收之規定，論證舉證責任轉換在我國已有實例，故非不可接受；且公務員代表國家行使職權，個人權利應受節制，將舉證責任轉換由公務員負擔，應係維護國家利益所必要云云；惟查，並非我國有已存在之舉證責任轉換犯罪規定，非可當然論述新設立之犯罪規定轉換舉證責任即屬合法，因為更有可能的是既有規定本身之正當性亦值商榷。就組織犯罪條例第7條第2項之規定而言，本文以為完全違反釋字第556號解釋所揭示之檢察官舉證責任及無罪推定。蓋本條項規定：**「犯第三條之罪者，對於參加組織後取得之財產，未能證明合法來源者，除應發還被害人者外，應予追繳、沒收。」**如全部或一部不能沒收者，追徵其價額。」追繳、沒收依照刑法第34條皆屬從刑，故本條應為犯罪規定無疑。據此，釋字第556號解釋既認為，加入犯罪組織後是否持續參加組織活動，應由檢察官盡舉證責任，則基於同一法理，參加組織後取得之財產，亦應由檢察官舉證為犯罪所得才是，為何本條全然予以

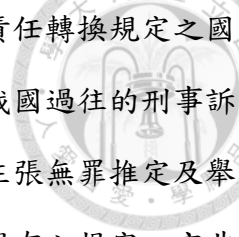


無視，推定所有參加組織後取得之財產皆屬犯罪所得？顯見本罪亦違反無罪推定及舉證責任法理，自不得以本罪為藉口，印證財產來源不明罪轉換舉證責任之正當性。另外，就公務員對國家所應負之義務部分，公務員固然對於國家負有較重之義務，但此義務無論如何不能抵觸憲法，而我國無罪推定原則及檢察官之舉證責任，既有憲法位階，當不得僅因人民具公務員身分，率予忽略。

再就邱忠義法官之見解，邱法官一方面認為本罪並未轉換舉證責任；另一方面卻又認為縱使轉換亦不違反無罪推定，則邱法官究竟認不認為本罪已構成舉證責任轉換？實屬不明；除此之外，邱法官並提出三個理由，認為本罪不構成無罪推定違反，本文一一回應：

首先，邱法官認為，無罪推定僅排斥對嫌疑人施加酷刑、非人道待遇或刑求逼供，故檢察官僅須舉證「法定」之正面表列犯罪事實，使法官達有罪判決確信即可云云。本文以為，此見解過度限縮無罪推定之適用範圍，若採此見解，則國家機關在判決前公布被告犯罪事實，形成公眾對被告之有罪預斷，因非屬酷刑或刑求逼供，並不違反無罪推定；然而現今通說見解，皆認為判決前有罪預斷的避免，實屬無罪推定之重要內涵之一，可見避免酷刑、非人道待遇，縱屬無罪推定之重要內涵，惟並不以此為限，當舉證責任的分配可能導致冤獄風險的升高時，亦應有無罪推定原則的適用。另外，若將國家之舉證範圍，僅限於「法定正面表列」犯罪事實，不僅無法解釋為何負面表列的犯罪要件，如不作為犯之不作為、阻卻違法或阻卻罪責事由等，明明皆屬犯罪要件之一環，國家卻無須舉證；亦無法避免立法機關以立法方式轉換檢察官之舉證責任、藉此規避無罪推定原則，故此部分見解亦不足採。

第二，邱法官認為，外國立法例及我國現有法制實務皆有舉證責任轉換規定，



可見舉證責任轉換並非不可接受。惟依前所述，目前設有舉證責任轉換規定之國家，多為英國法系國家，而英國具有國會至上之傳統；考慮到我國過往的刑事訴訟歷史及實務見解，我國既不須、也不應做相同解釋，反而應主張無罪推定及舉證責任並無例外，較符合我國之國情及法制精神。再者，我國現有之規定，亦非當然能證明舉證責任轉換可以接受，因為依照本文之見解，這些既有之規定，皆可能因轉換或減輕檢察官之舉證責任而違反無罪推定原則。

第三，邱法官又認為，本罪說明義務之性質與功能，近似於阻卻違法事由之正當防衛。撇開本文本來即認為縱使係阻卻違法事由亦應由國家盡舉證責任，重點是：違法性之中心思想在於「利益衡量」，亦即當人民之行為該當犯罪構成要件、已侵害法益時，是否有更重要之利益存在。然而，財產來源不明罪之說明義務，涉及該財產是否為貪污所得之證明，此實為本罪不法內涵之核心，即公務員之廉潔性有無受到侵害。故「說明義務」本屬涉及法益侵害的構成要件，並非在已確定公務員侵害法益後，拿到天秤的彼端進行衡量比較的違法性要素。此見解不當混淆構成要件該當性與違法性之概念，仍不可採。

再就曾淑瑜教授的見解，曾教授認為，本罪並非有罪推定，而是一種事實推定，僅須基礎事實與推定事實間，具有密切合理之聯繫即足。然而，所謂事實推定（presumption of fact），是指「非」基於法規範所生之推定，故並無如法律般之強制效果²⁰⁰，然而財產來源不明罪對於公務員不明財產之不法推定，一方面係來自於法律之明文規定；另一方面若公務員無法推翻此推定，將直接遭判有罪，所產生之強制效果，至為灼然，自非事實推定；再就曾教授所提及之「密切合理之聯繫」，應意指美國法合理關聯基準，惟如同本文一再重申者，合理關聯基準縱使在美國，亦僅適用於「不涉及舉證責任轉換」之任意推定，若真要採美國法之見

²⁰⁰ 對於「事實上推定」之相關介紹及評論，請參林俊宏，前揭註98，頁127-129。

解，本罪既已涉及舉證責任轉換，所應適用者為「毫無合理懷疑標準」，必須基礎事實與推定事實間，具有毫無合理懷疑之關聯性，惟本罪之基礎事實與推定事實間，顯不具有如此關聯。

最後是許恒達教授之見解，許教授認為，就本罪本身文字觀之，本罪成立要件包括「公務員或近親持有不明財產」、「經檢察官要求說明」與「公務員未切實說明」，故檢察官僅須舉證此三要件，使法官產生毫無合理懷疑心證，即可判處罪刑，故本罪舉證責任始終歸於檢察官一方，未違反無罪推定；惟許教授所言，或許較近似於本文前述無罪推定「程序面」的概念，即檢察官在刑事訴訟程序僅須盡法定犯罪要件之舉證責任，即與無罪推定及檢察官舉證責任無違；惟依本文見解，這種將舉證責任偷渡為形式上的構成要件，亦應納入無罪推定及舉證責任所限制之範圍，而屬於「無罪推定之立法面」所應限制者，否則無法防止立法者藉此方式拚命簡化須證明之構成要件，以規避無罪推定及舉證責任之要求。據此，在本文所採之檢驗架構下，本罪之保護法益既為公務員廉潔性，檢察官應盡之舉證責任，即係證明公務員之廉潔性確遭侵害，惟本罪卻僅要求檢察官證明公務員未切實說明財產來源即得以本罪論處，實質上減輕了檢察官之舉證責任，本文認為仍違反無罪推定。

第三項 實務見解評釋

去除目前實務僅有的兩判決對於本罪構成要件的解釋，實務對於本罪是否違反程序法上原理原則的討論，主要集中於不自證己罪、緘默權部分。台北地方法院 101 年度金訴字第 47 號判決（下稱本案判決）認為，若國家機關基於合理、特定之行政目的，命令人民為特定作為義務，且該特定之作為義務並不會直接強制被告自我揭露犯罪嫌疑或犯罪事實，則此作為義務與不自證己罪特權及緘默權保障並無抵觸。本案判決亦認為，本罪之立法目的在於落實公務員財產申報制度，

彌補單純課予行政罰之不足，以刑罰處罰並非不合理；且公務員僅須說明財產自何處或何人取得，非強令公務員須自證取得財產所由生之原因事實或法律關係，故不違反不自證己罪。本文認為本案判決之見解，並不合理，茲說明如下：

第一款 保護法益及立法目的不明

首先，本案判決對於本罪之定位，在於彌補公務員申報財產之行政罰效果不足，此可能有三個問題：第一，如前所述，依照文義解釋及立法解釋，本罪之保護法益應採「公務員廉潔性說」，則本案判決既認為本罪係屬公務員財產申報制度的入罪化，自係採「公務員之誠信」之見解，惟後者之見解實有不當；第二，本案判決一方面認為本罪係在保護「公務員之誠信」，另一方面卻又謂：「本罪……立法目的，除在積極杜絕公務員貪污牟取不法財產，以遏止公務員貪腐行為與剷除官商勾結之溫床……」，似又偏向保護「公務員廉潔性」之見解，則究竟本案判決認為本罪之保護法益為何？實有疑問，蓋兩者並不可相提並論；第三，縱認為本罪為上開兩種保護法益的複合，本案判決卻又未明示：公務員之財產申報僅以行政罰論處，究竟有何不足之處？畢竟，若欲認為本罪之立法目的亦包括公務員財產申報制度之保障，則在刑法謙抑性以及比例原則的要求下，國家勢必得證明原本的行政罰規範有所不足，始能進一步將申報財產義務入罪化。

第二款 不當將偵查成本的增加視作入罪化理由

再來，本案判決提及，「更將過度增加偵查機關進一步究明其來源合法性之偵查成本」、「使偵查機關不致無端虛耗偵查成本」等語，毫無疑問的已經肯認了本罪最起碼有一立法目的在於「減輕偵查機關之負擔」；然而，職司犯罪追訴的偵查機關，其存在之價值本在於偵查犯罪，耗費偵查成本本屬天經地義的當然之理，又如何能將偵查成本的增加視作一種入罪化之理由、進而允許偵查機關得規避其本應盡之職責？如此看法，值得商榷。



第三款 錯解說明財產「來源」之本質

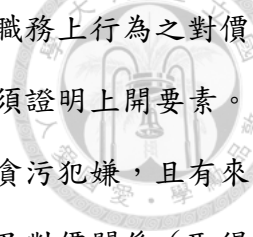
本案判決最饒富趣味的地方在於對於不自證己罪及緘默權的闡述，其嘗試用一種切割方式，將取得財產的「來源」，與取得財產的「原因事實」分別觀之，後者雖有陷己入罪而違反不自證己罪之問題，惟前者僅僅只是交代財產取自何處或何人，無陷己於罪之問題，尚不致違反不自證己罪。本文以為，此見解在形式上雖然可以區分兩者，然而在絕大多數的案件，以及現行公務員財產來源不明罪之行為主體是限於「已有貪污犯罪嫌疑」的公務員的情況下，說明取得財產的「來源」與說明取得財產的「原因事實」，並沒有本質上的差別，甚至常常畫上等號，兩者皆屬將被告以賄賂罪定罪之路的重要因素。

僅以本案為例，被告林益世與陳啟祥間，前者有收賄及洗錢之重大犯嫌，後者則已因行賄經檢察官緩起訴，在此案例當中，若被告林益世供認該不明財產係由陳啟祥處取得，此與供認兩人間有賄賂之原因事實有何不同？²⁰¹縱認兩者間仍有所落差，供認「來源」仍不等於供認「原因事實」，惟不可否認的是，交易雙方之身分，係屬交易雙方之原因事實的一部分，從不自證己罪之內涵「任何人皆無義務積極協助對己不利之刑事訴追」的角度觀之，以刑法強制被告必須協助說明自身可能涉及的犯罪事實之一部，違反不自證己罪及緘默權，甚為明顯。

第四款 說明財產「來源」亦屬舉證責任減輕

最後從本文關注的舉證責任角度觀之，本案判決所採之見解：來源與原因事實之區分說，本質上亦無法否定本罪係賄賂罪舉證責任減輕規定。蓋賄賂之事實

²⁰¹ 依照筆者的實務經驗，大多數的賄賂案件，在偵查時，檢察官通常皆已對於行賄者及收賄者的身分有所瞭解，難以證明及調查的是兩人間有無交付賄款、有無對價關係。此時若收賄者供認其財產係由行賄者處取得，此幾近於供認兩人間有賄賂關係。



係由行賄方、收賄方、兩者間交付賄款，且該匯款係公務員為職務上行為之對價關係等要素所組成，故檢察官若欲舉證公務員涉犯賄賂罪，自須證明上開要素。公務員財產來源不明罪卻允許檢察官，在僅得證明公務員涉有貪污犯嫌，且有來源不明財產時，無須再證明存有行賄方（不明財產之來源）以及對價關係（取得不明財產之原因事實），即得在公務員未提供不明財產來源時，以本罪將公務員定罪，自屬舉證責任減輕，而違反無罪推定原則。質言之，本罪藉由責令被告說明「財產來源」，並在被告無法說明財產來源時將被告論以本罪，實質上免除了檢察官證明「行賄方」及「對價關係」兩要素之舉證責任，因此仍違反無罪推定及檢察官之舉證責任。

第四項 其他解釋途徑之可能？

綜上可知，在現行法的解釋下，因本罪的保護法益為「公務員之廉潔」，則本罪將因為免除了檢察官對於「行賄方」、「對價關係」的舉證責任，違反本文架構下的無罪推定原則。因此，在現行法的解釋下，本罪將無法免於違反無罪推定之責難。有疑義者，本罪除此之外，有無其他合理可行的解釋途徑，得解決上述衝突？²⁰²本文以為可能有兩種解釋途徑，茲分述如下：

²⁰² 還是必須強調，由於本罪自立法之初即表明旗幟：本罪係為彌補原賄賂罪之不足，這揭示了立法者縱使在舉證責任及無罪推定上有所放寬，亦要追訴賄賂犯罪。對於立法者此種心態，最直接的方式即是將本罪廢除，而非再以其他解釋途徑為本罪證立正當性，否則立法者未來仍將以同樣的公式：「特定犯罪舉證困難+人民期待=立法減輕舉證責任」，將各式各樣重大犯罪之舉證責任予以減輕。然而考慮到實際面上廢除本罪的困難性，本文以下所述可謂退而求其次，即在本罪實際上無法或難以廢除的情況下，有無其他解釋途徑，可使本罪對於無罪推定、舉證責任及不自證己罪等原則之侵蝕降到最低。



第一款 純粹違反行政義務？

首先，若欲避免本罪係舉證責任減輕之指摘，最直接的方法就是為本罪賦予獨立的可罰性基礎，亦即本罪並非「其他犯罪」的舉證責任減輕規定，而係本罪本身即有獨立的不法內涵。一種非常簡單的方法是將本罪之可罰性基礎解釋為「純粹行政義務之違反」，亦即之所以對公務員論以本罪，並非係認為公務員侵害廉潔性或涉犯貪污，而係因公務員違反檢察官命其說明財產來源之行政義務，故以刑法加以處罰。

本文以為這種解釋途徑非常不妥，理由有二：第一，此種「行政便捷」之解釋方式，雖然得避免本罪被指摘為立法推定或轉換舉證責任，惟將使本罪之不法內涵降至比原先之「公務員廉潔性」更低，對比本罪五年以下的重刑，實有違反比例原則及刑法謙抑性之嫌；第二，也是最重要的理由，若採此種見解，本罪仍將違反不自證己罪原則。蓋不自證己罪原則揭示任何人皆無義務積極配合對己不利之刑事訴追，且國家亦不得藉由立法方式強制被告積極自證己罪²⁰³，若將本罪解釋為純粹行政義務的違反，無疑是藉由立法方式強制被告必須配合檢察官對其不利的追訴活動，畢竟既然是檢察官於偵查公務員涉嫌之犯罪時，命其履行之說明義務，檢察官要求公務員吐實的目的當然亦很明確——取得公務員犯罪之證據。若謂此種立法模式或處罰基礎可行，無疑允准檢察官藉由行政義務刑罰化的方式，在所有犯罪要求被告自證己罪，實質上顛覆不自證己罪及緘默權之保障。是以，本文以為此種處罰基礎及解釋途徑並不妥當，其正當性甚至比「公務員廉潔性」之見解更低。

²⁰³ 不自證己罪之概念內涵及評釋，參參林鈺雄，前揭註 188，頁 226-236；王兆鵬，前揭註 188，頁 171-190。

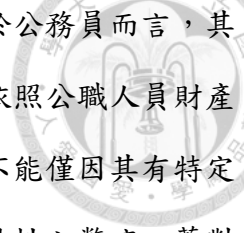


第二款 違反公務員誠實申報財產義務？

另外一個較為合理的解釋方法，則是少數學者所採之「公務員誠信說」，即認本罪之非難重點並非來自於公務員收賄而侵害廉潔性之行為，而係來自公務員違反其誠實申報財產之作為義務。

然而，如同前面所提及的解釋學上困境，若採此見解，則本罪之處罰者自應限於「有申報財產義務」之公務員，而此種公務員僅限於公職人員財產申報法所列之公務員，此與公務員財產來源不明罪之修法脈絡有違。更根本的來說，若認為本罪處罰基礎在公務員未履行其承實申報財產之義務，則依照現行公職人員財產申報法，有依法申報財產義務者，本僅限於公職人員財產申報法所列之公務員，為何非屬此類之公務員，若未涉有犯嫌，不具有申報財產之義務；惟若涉有犯嫌，則突然即有誠實申報財產義務，甚至若未盡此義務，將跳過行政罰、突然躍升至須由刑法處罰之層級？再者，公職人員財產申報法所列公務員須負說明義務之前提為「有申報義務之人其前後年度申報之財產經比對後，增加總額逾其本人、配偶、未成年子女全年薪資所得總額一倍以上者」，而公務員財產來源不明罪卻僅為「公務員犯下列各款所列罪嫌之一，檢察官於偵查中，發現公務員本人及其配偶、未成年子女自公務員涉嫌犯罪時及其後三年內，有財產增加與收入顯不相當時」，可見不明財產之判斷，不以公務員申報之財產數額為唯一基準，則財產來源不明罪之非難重點顯然不僅僅是公務員未依公職人員財產申報法誠實申報財產之義務。上述這些行政法與刑法之不一致，是本罪若採「公務員誠信」之解釋途徑，務須解決的。最後，若僅係未依法誠實申報財產，逕依公職人員財產申報法論以行政罰即可，又何必要論以刑罰？

本文以為，若認為本罪之非難重點在於「公務員之誠信」，則本罪之存在正當



性，無論如何不能與公職人員財產申報法脫鉤處理。畢竟，對於公務員而言，其名下財產應否公開、透明，又須透明、公開到何種程度，皆係依照公職人員財產申報法，原本依公職人員財產申報法沒有申報義務之公務員，不能僅因其有特定犯罪之犯嫌，即突然變得有申報義務，否則可能產生缺乏可預見性之弊病。蓋對於一無須申報財產之公務員，其既無申報財產之義務，與有申報義務之公務員相較，前者對於名下財產的交易或流通過程，自較不如後者般具有嚴格控管之誘因，此時卻因涉有某些犯嫌，突然須對於其名下財產之變動有所交代，則該公務員一方面不見得有能力說明來源，另一方面也使未有申報義務之公務員，遑遑不可終日，不知何時會突遭傳喚、進而突然產生須申報財產之義務。

因此，若認為本罪之不法內涵在於公務員申報財產之義務，則本罪之行為主體及說明財產來源之前提，亦皆須與公職人員財產申報法所規定者比照辦理：行為主體須限於依公職人員財產申報法有申報義務之公務員，說明義務前提之判斷標準，亦應以公務員申報之財產者為判斷基準，而認為本罪係公職人員財產申報法所定申報義務之刑罰規範。²⁰⁴惟因現行公務員財產來源不明罪之規定範圍（刑法上公務員+財產增加與收入顯不相當），超越公職人員財產申報法所定之範圍（有申報財產義務公務員+前後年度申報之財產經比對後，增加總額逾其本人、配偶、未成年子女全年薪資所得總額一倍以上者），且兩者在字面上之差異已無法簡單用限縮解釋加以解決，故本文以為僅能以修法為之。

然而，縱係將本罪與公職人員財產申報法綁在一起，仍有一個問題是：本罪與公務員在行政法上之申報義務，有何差別？亦即公務員申報財產之義務，為何僅依現行公職人員財產申報法規定仍有不足，尚必須以刑法規制之？

²⁰⁴ 類似於一般人民繳納稅款之罰則，原則上係採行政罰，惟若納稅義務人係以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐者，則論以刑罰。

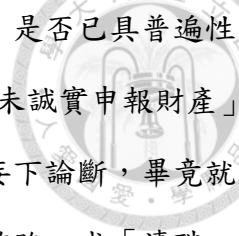


有論者可能從公務員申報財產之本質，係維持人民對於公務員執行職務之信賴角度，認為若公務員涉有貪污或瀆職，此時其誠實申報財產之義務，較一般之公務員更重，始以刑法規制之，此亦係為何現行公務員財產來源不明罪之發動前提，僅限於該公務員涉有貪污、瀆職等罪嫌。

本文以為，考慮到若本罪之保護法益若採公務員誠信，則本罪藉由要求公務員據實說明財產來源，以維持人民對公務員之信賴，無疑揭示本罪係屬「抽象危險犯」之立法，亦即由立法者直接擬制未據實申報財產之行為，具有破壞人民對於公務員誠信之信賴的危險潛在性。有論者即認為，抽象危險犯所規範之危險須依社會生活經驗已具備普遍性及必然性，而依社會共識已無法容忍，肯定了社會對於此危險不可容忍的共識，限定人民某種行動自由的刑法干預才有正當性²⁰⁵；而對於抽象危險犯「典型危險行為」之擇定，一般皆認為必須有嚴格的實證基礎及經驗歸納，始能擇定之。²⁰⁶在對於抽象危險犯的立法如此嚴謹的控管下，涉貪

²⁰⁵ 許玉秀，無用的抽象具體危險犯，台灣本土法學雜誌，8期，2000年3月，頁88-89。

²⁰⁶ 關於抽象危險犯之相關評釋，請參黃榮堅，論行為犯，現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997年3月，頁1551-1584；許玉秀，前揭註204，頁88-89；王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，159期，2008年8月，頁239-244；林鈺雄，刑法總則：第三講犯罪之基本類型，月旦法學教室，4期，2003年2月，頁59-61；謝煜璋，交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略，月旦法學雜誌，210期，2012年11月，頁115-118。抽象危險犯之立法目的，有其中一種說法係為避免在保護不特定多數人法益或超個人法益時的舉證困難，此是否違反無罪推定及檢察官之舉證責任？本文以為應區分情形觀之，首先，本文之所以在無罪推定及舉證責任採取如此嚴格之見解，無非係為了避免現實中的立法者為了舉證方便，藉由立法方式減輕舉證責任；然而，若現實上對於特定要件的存在，依照人類之現有知識及能力，根本不可能證明時，自然沒有所謂規避檢察官舉證責任的問題。準此，就超個人法益而言，一個行為究竟是否會造成國家公權力運作、財產交易制度、



公務員未誠實申報財產，對於人民對公務員信賴所產生之危險，是否已具普遍性及必然性，而依社會共識已無法容忍；以及對於典型危險行為「未誠實申報財產」的擇定，是否亦存在嚴格的實證基礎及經驗歸納？本文實不敢妄下論斷，畢竟就本罪目前之立法基礎而言，大多著重於人民對於公務員不能「賄賂」或「瀆職」之期待，而未論及人民對於公務員「誠實申報財產」之期待，而若將本罪之不法內涵解釋為公務員未誠實申報財產，勢必仍須補足後者之實證基礎，方得證立本罪。

總而言之，若將本罪的保護法益解釋為「公務員之誠信」，並將不法內涵置於公務員未誠實申報財產之行為，則現行公務員財產來源不明罪之法條規定，須比照公職人員財產申報法，對於「行為主體」及「命說明前提」部分予以修正，並且立法者須說明公務員未誠實申報財產所生之危險，是否已具普遍性及必然性，而「涉有貪污、瀆職犯嫌之公務員未誠實申報財產」在實證及經驗上，是否的確使人民對於公務員誠信之信賴產生高度之危險性，以使之成為一「典型危險行為」。在本罪尚未往上述方向邁進前，本文尚不敢妄自認為：「公務員之誠信」，確屬一個使本罪免於無罪推定、舉證責任及不自證己罪責難的合理解釋途徑。

證券交易市場秩序等超個人法益的侵害，以及造成多少程度的侵害，依照人類現有的知識及能力，根本無法量化及計算，但是可以確定若某一典型危險行為反覆實施時，有很大可能性會造成超個人法益的傾圮時，本文認為此時以抽象危險犯規制之，並不違反無罪推定及檢察官舉證責任。惟在保護不特定多數人法益時，由於理論上而言，檢察官對於行為人在行為時究竟實際上造成多少人法益侵害的危險，並非完全無法估算及證明(例如可以從行為人放火時的建築物內人數、火的延燒範圍、周圍人群等所有客觀因素加以推算)，則系爭規定免除了檢察官對行為人具不特定多數人法益侵害故意的舉證責任，本文以為亦違反無罪推定及檢察官之舉證責任。



第五項 小結

綜上所述，本文以為，由於現行公務員財產來源不明罪，保護法益應解釋為「公務員之廉潔」，本質上仍在於規制公務員貪污瀆職之行為，則基於無罪推定、舉證責任及避免冤獄之最上位目的，本罪因不當減輕檢察官之舉證責任，違反無罪推定原則，亦有違反不自證己罪之虞，應予廢除。

若將本罪解釋為「純粹行政義務之違反」，則不僅其不法內涵較「公務員廉潔性」更低，有違反比例原則及刑法謙抑性之虞，更直接違反不自證己罪原則；而若採「公務員誠信說」，現階段的條文文字，須配合公職人員財產申報法作相對應的修正，即將行為主體限於公職人員財產申報法所定有申報義務之公務員，命說明前提亦應以公務員申報之財產數額為準，以避免侵害可預見性。再者，立法者須提出足夠的實證基礎，顯示人民對於涉嫌貪污瀆職之公務員誠信的期待，已形成社會共識；且未誠實申報財產之行為，將造成人民對公務員誠信之信賴的高度危險，而足以成為一典型危險行為。在目前上述條件皆不具備的情形下，本文仍然認為，現行之公務員財產來源不明罪，應予廢除，方屬妥適。

第五章 結論

第一節 無罪推定、舉證責任及刑事立法推定



人非上帝，無法無時無刻掌握、監控生活中每一個環節；但為了達到所謂的正義，人類努力去扮演上帝，嘗試從事發後的種種細碎片段，拼湊出事情的原貌。然而，基於生長歷程、經驗法則、心思縝密程度之不同，人類在拼湊事情原貌的過程中，又可能產生錯誤，進而造成無辜之人冤枉受害、真正的犯罪者逍遙法外。為了避免這樣的情形發生，我們忍痛在發現真實的路上，立下了各種原理原則，做出了價值取捨。這個取捨的結果便是：寧可讓有罪之人逍遙法外，也不能讓無辜之人冤枉受害。在我國，基於過往種種不人道的訴訟歷史，上述這個取捨的結果必須更加受到重視，並以此作為我國刑事訴訟的最高指導原則。

在這樣的脈絡下，本文重新釐清了我國無罪推定及檢察官舉證責任之適用範圍，進而以此範圍，檢討「刑事立法推定」的概念。就結論來說，本文認為在我國現行刑事法體系，被告犯罪事實之「所有要件」，包括構成要件該當、違法性、罪責，皆應由檢察官盡舉證責任，且此舉證責任不容立法者以推定、擬制或偷渡為形式構成要件之方式轉嫁由被告承擔，方能達到降低冤獄風險之目的。而刑事立法推定中，終局推定若未涉及舉證責任之減輕或轉換，並沒有違反無罪推定及檢察官舉證責任之問題，若已涉及舉證責任減輕或轉換，仍可能違反無罪推定；強制推定因涉及舉證責任轉換，已違反無罪推定及檢察官舉證責任；而任意推定因未涉及舉證責任轉換或減輕，比較有意義的檢討脈絡，應將此種推定類型置於法定證據法則之下，並思考此種推定適用於我國之妥適性。

在比較法見解上，美國法對於任意推定適用合理關聯基準，對於強制推定適用毫無合理懷疑標準，而對於終局推定則認為應一律違憲。合理關聯基準有標準

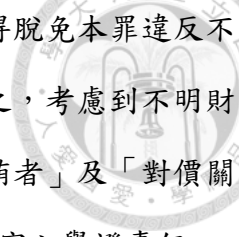
不定、侵蝕陪審團認定事實權限、造成被告不利益處境以及疊床架屋之虞；而毫無合理懷疑標準，若非完全架空強制推定減輕舉證責任之立法實益，就是仍可能因實質上減輕檢察官之舉證責任而違反無罪推定；終局推定本文亦認為亦不應一網打盡，尤其是在我國法的脈絡下，仍須檢討是否確屬減輕檢察官舉證責任之規定。

至於歐洲人權法院就強制推定所考慮之重點：爭點重要性、被告防禦權保障及立法目的及手段間比例性，使所有舉證責任轉換之規定，僅須被告有防禦可能或機會，哪怕是非常難以舉證之抗辯事由，皆得使國家取得轉換舉證責任之正當性，甚至國家尚可藉由對於立法目的重大性之闡釋，賦予轉換舉證責任之規定更多合法的空間，本文認為皆屬不當，我國亦不應做相同解釋。

第二節 我國公務員財產來源不明罪

就我國公務員財產來源不明罪規定，本文以為基於文義解釋、立法解釋，本罪之保護法益毫無疑問應為公務員之廉潔性。據此，國家自應就公務員之財產屬貪污所得，盡完全之舉證責任，本罪既將此舉證責任轉嫁由被告承擔，自應屬舉證責任轉換，而屬刑事立法推定中之強制推定。依本文見解，違反無罪推定及檢察官舉證責任，應予以廢除。立法及學說見解，若非誤認本罪未轉換舉證責任，就是對於我國之無罪推定及舉證責任不當開設例外，本文認為皆不妥適。

而實務見解，一方面認為本罪保護公務員廉潔，另一方面又認為本罪係屬公職人員財產申報法之入罪化，致使本罪保護法益陷於不確定；再者，實務上嘗試切割「說明來源」與「說明原因事實」，並認為後者才真正會使公務員有自證己罪之危險，故僅使公務員說明前者不致違反不自證己罪，此種說法忽略了在大部分情況中，公務員自承不明財產之來源，實際上等同於說明原因事實，且不明財產




之來源，亦本屬貪污犯罪事實之一部，自無法僅以此種說法即得脫免本罪違反不自證己罪、緘默權之指摘；而從本文所關注的舉證責任角度觀之，考慮到不明財產之來源亦為貪污犯罪事實一部，本罪使檢察官無須證明「收賄者」及「對價關係」，即得將公務員羅織入罪，本文仍認為違反無罪推定及檢察官之舉證責任。

從本罪其他解釋途徑觀之，將本罪之不法內涵解釋為純粹行政義務之違反，有違反比例原則、刑法謙抑性、不自證己罪之虞；而若採公務員誠信之見解，處罰基礎將置於公務員未誠實申報財產、進而侵害人民對於公務員誠信之信賴的行為，則基於可預見性，本罪之行為主體及命說明前提，勢必須與公職人員財產申報法結合，而作為公職人員財產申報法之入罪化規定。準此，本罪之行為主體須限於公職人員財產申報法所定有申報義務之公務員，命說明前提「不明財產之增加」亦應以公務員所申報之財產為標準，而上開所述已無法單純就現行法條作限縮解釋，必須予以修法，始能達成。最後，縱使將本罪作如此解釋及修正，立法者亦仍須提出相當的實證資料，足以顯示：「公務員未誠實申報財產」所造成人民對公務員誠信之信賴的侵害，已達普遍性、必要性程度，而「公務員未誠實申報財產」係屬一個經過嚴格實證基礎及經驗歸納後適格的典型危險行為。在上述所有要件達成之前，本文認為本罪並不能藉由此種解釋途徑，脫免本文認為本罪違反無罪推定及舉證責任之批判。

第三節 未來展望：一種面對犯罪追訴的嶄新態度

其實，本文耗費一整篇論文的篇幅，所想要論述的，無非提出一個反思：考慮到我國特殊的刑事訴訟發展歷史及國情，盡可能的從嚴解釋刑事訴訟法各項原理原則，藉此嚴格管控及落實我國實務對於刑事被告人權之保障，係我國所有刑事訴訟的參與者，不論是政府、法官、檢察官、律師、司法警察、調查局，甚至被告本人，皆應努力的方向。犯罪固然可怕，然而從過往的歷史可知，不受限制



的國家暴力行使，對於民主法治所帶來的傷害，往往比犯罪更為嚴重。因此，作為法律人，一方面須對於犯罪行為及犯罪者，作出法律上的回應及制裁；另一方面，也必須時時提防著國家機器是否利用「追訴犯罪」的名目，無孔不入的滲透進我們的日常生活當中。

舉證責任的減輕，乍看之下，只是減輕檢察官及法官之負擔，讓國家的犯罪追訴機器，能夠更加有效率的打擊犯罪；實則，舉證責任的減輕，代表著國家要追訴一個犯罪行為，所須受到的限制變少，檢察官可憑藉較少的證據即將被告定罪；考慮到證明被告有罪的證據越多，被告無辜受害的可能性即越小，則舉證責任的減輕，無疑代表著被告無辜受害的可能性增加，這也昭示著刑事訴訟往「寧枉勿縱」傾斜的價值取向。無論如何，本文都無法接受這種有悖於現代刑事法觀念的退步行為。

當然，支持舉證責任減輕的論者必然會說：現實上面對著諸多難以舉證的犯罪，若要求檢察官仍須盡完全的舉證責任，無疑造成法律的空窗期，犯罪者無法受到制裁，進而影響人民對於司法的信賴。然而，國家坐擁無窮無盡的資源及公權力，對於犯罪偵查的手法亦日新月異，隨著 DNA 鑑定、通訊監察、彈道鑑定、測謊、臉孔及指紋辨識等各種鑑識或偵查科技的進步，今日我們已不似古代一般須藉刑求逼供始能取證。在科技如此進步的情況下，我們所思考的，卻不是如何提升偵查的技術和方法，以因應各式各樣的犯罪手段；反而是嘗試在遊戲規則上動手腳、試圖使司法的天平傾向於國家一方，此不能不謂係國家對於其應盡責任的逃避。

重點是，當國家今日以一種正義的面貌，大張旗鼓地主張須減輕國家之舉證責任，始能讓犯罪者無所遁形時，明天和後天，國家又會以同樣正義的面貌，向

人民強調：指紋建檔²⁰⁷、大範圍監聽²⁰⁸、閉路電視（CCTV）、擴大預防性羈押²⁰⁹，甚至網路監控²¹⁰，同樣也都是追訴犯罪的利器，唯有引進它們，才能確保社會秩序及國家安全。而當人民沉浸在國家為了追訴犯罪，而努力延伸其手足的假象當中時，戒嚴及專制的復辟，將僅是時間早晚的問題而已。

²⁰⁷ 釋字第 603 號解釋（節錄）：「……指紋乃重要之個人資訊，個人對其指紋資訊之自主控制，受資訊隱私權之保障。而國民身分證發給與否，則直接影響人民基本權利之行使。戶籍法第八條第二項規定：依前項請領國民身分證，應捺指紋並錄存。但未滿十四歲請領者，不予捺指紋，俟年滿十四歲時，應補捺指紋並錄存。第三項規定：請領國民身分證，不依前項規定捺指紋者，不予發給。對於未依規定捺指紋者，拒絕發給國民身分證，形同強制捺指紋，以作為核發國民身分證之要件，其目的為何，戶籍法未設明文規定，於憲法保障人民資訊隱私權之意旨已有未合。縱用以達到國民身分證之防偽、防止冒領、冒用、辨識路倒病人、迷途失智者、無名屍體等目的而言，亦屬損益失衡、手段過當，不符比例原則之要求。」

²⁰⁸ 蘋果日報網路新聞，調局採購行動監聽 綠批恐怖，2008 年 10 月 15 日（網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20081015/31048618/>，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 6 日）；BBC 中文網網路新聞，台灣監聽案：特偵組被指監聽立法院機構，2013 年 9 月 28 日（網址：http://www.bbc.co.uk/zhongwen/trad/china/2013/09/130928_taiwan_mp_bugged.shtml，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 6 日）。

²⁰⁹ NOWnews 網路新聞，預防性羈押？ 江宜樺：針對累犯，2014 年 5 月 2 日（網址：<https://tw.news.yahoo.com/%E9%A0%90%E9%98%B2%E6%80%A7%E7%BE%88%E6%8A%BC-%E6%B1%9F%E5%AE%9C%E6%A8%BA-%E9%87%9D%E5%B0%8D%E7%B4%AF%E7%8A%AF-075855073.html>，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 6 日）。

²¹⁰ 聯合新聞網網路新聞，封鎖境外侵權網站？智財局被罵翻，2013 年 5 月 28 日（網址：http://mag.udn.com/mag/digital/storypage.jsp?f_ART_ID=457853，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 6 日）；新頭殼網路新聞，警政署認了！保二成立網軍監看輿情可敘獎，2014 年 5 月 2 日（網址：<http://newtalk.tw/news/2014/05/02/46870.html>，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 6 日）。



面對難以追訴的犯罪，本文認為不應該從舉證責任的減輕方面著手，所有刑事程序的參與者，應各自以不同的態度及面貌，共同在保障人權的前提下實現正義。做為法官，必須恪守依法審判的界限，並在人民期待與司法價值間取得平衡，尤其是對於刑事被告，唯有在檢察官盡其舉證責任，且對於被告有罪的證明達到毫無合理懷疑的程度時，方得對被告下有罪判決；作為檢察官，不能忘懷自身之客觀性義務，須在偵查的同時積極保障及維護被告之程序權利，包括辯護權、聽審權、緘默權等，而在審判中亦須盡其完全之舉證責任，不得藉由立法方式脫免自身應盡之責任；作為司法警察，除了保障被告之程序權利，亦應致力於犯罪偵查方法的精進，嘗試研發或引進各種鑑識科技，克盡其作為第一線犯罪偵查人員之職責；作為律師，應積極維護當事人權利，擔當刑事被告面對國家權力時的盾牌，抵禦所有來自於國家的不合理攻擊；而作為被告，亦不得濫用其程序權，在合法的範圍內行使自身之權利；最後，政府必須教育一般人民，犯罪追訴並不是刑事訴訟唯一的價值及目的。當一個人被無罪釋放，所代表的往往不是有罪者逍遙法外，而是國家的刑罰權無法合理正當的施加於此人之上；無罪推定亦非保障有罪者之原則，而係一種不得已的價值權衡及取捨，為的是長久的確保無辜之人不受國家之不當侵害。透過釐清刑事訴訟各參與人員扮演的角色及功能，現代化的民主法治精神，才能真正落實在這個法治歷史尚淺的年輕國家。

其實，關於舉證責任問題，追根究底，仍是我們究竟能不能夠容忍，在無法舉證被告犯罪時有罪被告可能逍遙法外這件事。刑事立法推定，其實主要也是為了防止這樣的情況，才以各種手段想方設法調整慣行的舉證責任或自由心證規則，盡可能避免有罪者逃脫法律制裁。然而，人類終究並非上帝，當我們以調整舉證責任的方式，將那些在我們眼中分明為有罪之人送進監獄時，我們終究必須面對一個事實：那就是任何人都無法百分之百肯定沒有冤獄發生。正是因為這種對於

人類極限的憂慮及恐懼，促使我們必須更為謹慎的建構舉證責任理論，以避免當我們為那看似正義的結果沾沾自喜時，實際上只是對我們的國家造成更多不可抹滅的傷害。





參考文獻


一、中文文獻

(一) 專書 (依作者姓氏筆劃排序)

1. 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），承法，2版，2013年9月。
2. 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），承法，2版，2013年9月。
3. 貝加利亞著，李茂生譯，犯罪與刑罰，協志工業叢書，2版，2007年4月。
4. 林山田，刑法各罪論（上），元照，修訂5版，2006年11月。
5. 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）—總論篇，元照，7版，2013年9月。
6. 林鈺雄，刑事訴訟法（下冊）—各論篇，元照，7版，2013年9月。
7. 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，4版，2012年3月。
8. 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，4版，2012年3月。
9. 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，3版，2013年4月。
10. 黃朝義，無罪推定—法與思系列，五南，初版，2001年8月。
11. 薛智仁，參與群毆行為之處罰基礎與立法，新學林，一版，2002年9月。

(二) 期刊論文 (依作者姓氏筆劃排序)

1. 王兆鵬，刑事舉證責任理論—由英美法理論出發，台灣大學法學論叢，28卷4期，1999年7月。
2. 王兆鵬，上訴二審的鴻溝—理論與實證研究，軍法專刊，54卷5期，2008年10月。
3. 王兆鵬，上訴二審鴻溝之填補—評最高法院98台上字第5354號判決，法令月刊，61卷2期，2010年2月。
4. 王兆鵬，大法官釋字第556號解釋之評釋，台灣本土法學雜誌，45期，2003年4月。


- 
5. 王兆鵬，刑事訴訟中被遺忘的權利—緘默權，月旦法學雜誌，145期，2007年6月。
 6. 王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，159期，2008年8月。
 7. 石世豪，釋字五〇九號解釋的法釋義分析，法令月刊，51卷10期，2000年10月。
 8. 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。
 9. 吳巡龍，幽靈抗辯的刑事舉證責任，月旦法學教室，41期，2006年3月。
 10. 吳巡龍，舉證責任與法院依職權調查證據，檢察新論，12期，2012年7月。
 11. 吳巡龍，從美國上訴制度檢討我國刑事訴訟上訴審修正草案，台灣本土法學雜誌，67期，2005年2月。
 12. 吳巡龍，刑事證據法入門：第一講 刑事舉證責任的分配，月旦法學教室，54期，2007年4月。
 13. 李仁焱，表現自由與名譽毀損—評台灣高等法院九十一年度上訴字第一〇八三號刑事判決，月旦法學雜誌，113期，2004年10月。
 14. 何賴傑、許澤天、楊雲驊、林麗瑩、尤伯祥等，法官調查義務的範圍—以最高法院101年度第2次刑事庭會議決議為中心座談會紀錄，台灣法學雜誌，197期，2012年4月。
 15. 林鈺雄，無罪推定作為舉證責任及證據評價規則—歐洲人權法院相關裁判及評析，台灣法學雜誌，145期，2010年2月。
 16. 林鈺雄，檢察官之「舉證責任」—兼論刑事訴訟之修法方向，刑事程序法研討會（一）：刑事訴訟法改革對案，2000年10月。
 17. 林鈺雄，檢察官的掘墓人？—綜評四組最高法院爭議裁判，207期，2012年8月。
 18. 林鈺雄，刑法總則：第十講罪責（有責性），月旦法學教室，22期，2004年8月。

- 
19. 林鈺雄，不自證己罪原則之射程距離—最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌，93期，2007年4月。
 20. 林鈺雄，刑法總則：第三講犯罪之基本類型，月旦法學教室，4期，2003年2月。
 21. 林志潔、黃任顯，財產來源不明罪之立法與評析，檢察新論，6期，2009年7月，頁79以下。
 22. 林輝煌，刑事法院職權調查證據之界限—評最高法院101年第2次刑事庭會議針對刑事訴訟法第163條第2項但書之決議，法令月刊，63卷11期，2012年11月。
 23. 林麗瑩，刑事法下的舉證責任—有疑則利被告原則、被告不自證己罪原則，月旦法學雜誌，133期，2006年6月。
 24. 柯耀程，財產犯罪之構成要件形成—以強盜罪構成要件為例，月旦法學雜誌，163期，2008年12月。
 25. 柯耀程，檢視刑法誹謗罪之正當性—從釋字第五〇九解釋與新新聞觀察，月旦法學雜誌，111期，2004年8月。
 26. 許玉秀，無用的抽象具體危險犯，台灣本土法學雜誌，8期，2000年3月。
 27. 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，台北大學法學論叢，82期，2012年6月。
 28. 張升星，公平法院的中立假象—從最高法院101年度第2次刑事庭決議談起，檢察新論，13期，2013年1月。
 29. 曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名(上)—評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，141期，2007年2月。
 30. 曾淑瑜，又見「因人設事，因事立法」罪名(下)—評財產來源不明罪，月旦法學雜誌，141期，2007年3月。
 31. 黃榮堅，論行為犯，現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997



- 年 3 月。
32. 黃惠婷，無罪推定原則之探討，月旦法學教室，50 期，2006 年 12 月。
 33. 黃翰義，從實證法論我國起訴審查制度之存廢，月旦法學雜誌，135 期，2006 年 8 月。
 34. 邱忠義，財產來源不明罪與貪污所得擬制之評析，月旦法學雜誌，164 期，2009 年 1 月。
 35. 楊雲驊，新法下檢察官的舉證責任及法院的調查義務—評最高法院九十一年度第四次刑事庭決議，月旦法學雜誌，89 期，2002 年 10 月。
 36. 鄭逸哲，「法益刑法」概念下的「構成要件」和「構成要件適用」，軍法專刊，54 卷 6 期，2008 年 10 月。
 37. 郭吉助，無罪推定原則於檢察官職權中之體現—以實施偵查、提起公訴及實行公訴為中心，檢察新論，4 期，2008 年 7 月。
 38. 陳運財，論刑事訴訟證據法則之修正—評司法院刑事訴訟法部分條文立法總說明，律師雜誌，255 期，2000 年 12 月。
 39. 謝煜璋，交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略，月旦法學雜誌，210 期，2012 年 11 月。
 40. 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。
 41. 蔡碧玉，法官的職權調查義務 vs. 公平法院—評最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議，檢察新論，12 期，2012 年 7 月。
 42. 蕭仰歸、陳荔彤，論無罪推定原則於國際人權法之規範與實踐，台灣國際法季刊，8 卷 4 期，2011 年 12 月。
 43. 薛智仁，聚眾鬥毆之研究，刑事法雜誌，44 卷 4 期，2000 年 8 月。

(三) 學位論文 (依作者姓氏筆劃排序)

- 
1. 林俊宏，刑事舉證責任論—以美國法為借鏡，輔仁大學法律學研究所碩士論文，2005 年。
 2. 尚佩瑩，無罪推定與舉證責任轉換—以歐洲人權法院相關裁判為借鏡，東吳大學法律學系碩士班碩士論文，2011 年 7 月。
 3. 崔雲飛，無罪推定之具體實踐—以歐洲人權法院判例法為核心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2006 年 7 月。
 4. 黃天映，從比較法觀點論刑事被告的證明負擔，國立台北大學法學系碩士論文，2006 年 12 月。
 5. 陳煜昇，刑事訴訟程序中無罪推定原則之研究，國防大學管理學院法律學系碩士論文，2011 年。

(四) 政府文書

貪污治罪條例第 6 條之 1、第 10 條立法總說明。

(五) 實務見解

1. 大法官解釋理由書及意見書

- (1) 釋字第 594 號解釋許玉秀大法官部分協同意見書。
- (2) 釋字第 556 號解釋理由書。
- (3) 釋字第 509 號解釋理由書。
- (4) 釋字第 509 號解釋吳庚大法官協同意見書。
- (5) 釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書。
- (6) 釋字第 603 號解釋理由書。
- (7) 釋字第 623 號解釋理由書
- (8) 釋字第 630 號解釋理由書
- (9) 釋字第 670 號解釋許宗力大法官協同意見書。



2. 最高法院刑事庭會議決議

- (1) 最高法院 91 年第 4 次刑事庭會議決議。
- (2) 最高法院 100 年第 4 次刑事庭會議決議。
- (3) 最高法院 101 年第 2 次刑事庭會議決議。

3. 最高法院刑事判例

- (1) 最高法院 21 年上字第 474 號刑事判例。
- (2) 最高法院 20 年上字第 958 號刑事判例。

4. 最高法院刑事裁判

- (1) 最高法院 92 年台上字第 1475 號刑事判決。
- (2) 最高法院 92 年台上字第 1457 號刑事判決。
- (3) 最高法院 80 年台上字第 1065 號刑事判決。
- (4) 最高法院 102 年台上字第 1411 號刑事判決。
- (5) 最高法院 100 年台上字第 7041 號刑事判決。
- (6) 最高法院 100 年台上字第 6294 號刑事判決。
- (7) 最高法院 101 年台上字第 6005 號刑事判決。
- (8) 最高法院 97 年台上字第 892 號刑事判決。
- (9) 最高法院 103 年台上字第 1014 號刑事判決。
- (10) 最高法院 103 年台上字第 1013 號刑事判決。
- (11) 最高法院 103 年台上字第 1002 號刑事判決。

5. 高等法院刑事裁判

- (1) 台灣高等法院 102 年上訴字第 2352 號刑事判決。
- (2) 台灣高等法院 103 年上易字第 99 號刑事判決。
- (3) 台灣高等法院 102 年金上訴字第 34 號刑事判決。



- (4) 台灣高等法院 102 年重上更（二）字第 53 號刑事判決。
- (5) 台灣高等法院 102 年上訴字第 2955 號刑事判決。
- (6) 台灣高等法院 92 年上易字第 432 號刑事判決。
- (7) 台灣高等法院 100 年抗字第 760 號刑事裁定。
- (8) 台灣高等法院花蓮分院 99 年抗字第 78 號刑事裁定。

6. 地方法院刑事裁判

- (1) 台中地方法院 102 年訴字第 2318 號刑事判決。
- (2) 台北地方法院 101 年金訴字第 47 號刑事判決。

（六）網路新聞及網站資料

1. 自由時報電子報，白色恐怖受難者 政院推估逾 20 萬人，2007 年 7 月 12 日（網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/jul/12/today-p5.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 30 日）。
2. 蘋果日報網路新聞，調局採購行動監聽 綠批恐怖，2008 年 10 月 15 日（網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20081015/31048618/>，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 6 日）。
3. BBC 中文網網路新聞，台灣監聽案：特偵組被指監聽立法院機構，2013 年 9 月 28 日（網址：http://www.bbc.co.uk/zhongwen/trad/china/2013/09/130928_taiwan_mp_bugged.shtml，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 6 日）。
4. NOWnews 新聞，預防性羈押？江宜樺：針對累犯，2014 年 5 月 2 日（網址：<https://tw.news.yahoo.com/%E9%A0%90%E9%98%B2%E6%80%A7%E7%BE%88%E6%8A%BC-%E6%B1%9F%E5%AE%9C%E6%A8%BA-%E9%87%9D%E5%B0%8D%E7%B4%AF%E7%8A%AF-075855073.html>，最後瀏覽日期：2014

- 
- 年 5 月 6 日)。
5. 聯合新聞網網路新聞，封鎖境外侵權網站？智財局被罵翻，2013 年 5 月 28 日
(網址：http://mag.udn.com/mag/digital/storypage.jsp?f_ART_ID=457853，最後
瀏覽日期：2014 年 5 月 6 日)。
 6. 新頭殼網路新聞，警政署認了！保二成立網軍監看輿情可敘獎，2014 年 5 月
2 日(網址：<http://newtalk.tw/news/2014/05/02/46870.html>，最後瀏覽日期：2014
年 5 月 6 日)。
 7. 綠島人權文化園區網站(網址：<http://2009greenisland.blogspot.tw>，最後瀏覽
日期：2014 年 3 月 30 日)。

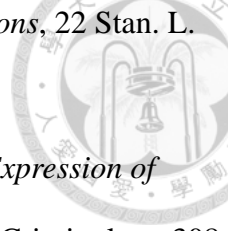
二、英文文獻

(一) 專書

J. Thayer, *A Preliminary Treatise On Evidence At The Common Law* (Boston : Little, Brown, 1898).

(二) 期刊論文(依作者姓名字母排序)

1. Ashford & Risinger, *Presumption, Assumptions, and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview*, 79 Yale L.J. 165 (1969).
2. Brosman, *The Statutory Presumptions*, 5 Tul. L. Rev. 17 (1930).
3. Dunham, *Criminal Presumption and Inference Instructions*, 6 Willamette L.J. 497 (1970).
4. Fletcher, *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, 77 Yale L.J. 880 (1968).
5. Friedman, *A Presumption of Innocence, Not of Even Odds*, 52 Stan. L. Rev. 873 (2000).

- 
6. Notes, *The Unconstitutionality of Statutory Criminal Presumptions*, 22 Stan. L. Rev. 341 (1970).
 7. Harris, *Constitutional Limits on Criminal Presumptions As an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness*, 77 J. Crim. L. & Criminology 308 (1986).
 8. Holland & Chamberlin, *Statutory Criminal Presumptions: Proof Beyond a Reasonable Doubt?*, 7 Valparaiso University L. R. 147 (1973).
 9. Jacobson, *Mandatory and Permissive Presumptions in Criminal Cases: The Morass Created by Allen*, 42 U. Miami L. Rev. 1009 (1988).
 10. Jeffries & Stephan, *Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law*, 88 Yale L.J. 1325 (1979).
 11. John E. Stumbo, *PRESUMPTIONS—A VIEW AT CHAOS*, 3 Washburn L. J. 182 (1963).
 12. McCormick, *The Validity of Statutory Presumptions of Crime Under The Federal Constitution*, 22 Tex. L. Rev. 75 (1944).
 13. Peter Coe, *Justifying reverse burdens of proof: a tale of diminished responsibility and a tangled knot of authorities*, 77(5) J. Crim. L. 360 (2013).
 14. Tadros & Tierney, *The Presumption of Innocence and the Human Rights Act*, 67 The Modern Law Review 402 (2004).

(三) 案件

1. *Woolmington v. DPP* [1935] A.C. 462.
2. ECHR, *Salabiaku v. France*, 1988, Series A no. 141.
3. *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943).
4. *United States v. Gainey*, 380 U.S. 63 (1965).

5. *United States v. Romano*, 382 U.S. 136 (1965).
6. *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969).
7. *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979).
8. *Sandstrom v. Montana*, 442 U.S. 510 (1979).
9. ECHR, *Hoang v. France*, 1992, Series A no.243.
10. ECHR, *Janosevic v. Sweden*, RJD 2002-VII.

