

被告之說服責任—以議員詐領助理費案說明

編目 | 刑事訴訟法

出處	月旦法學雜誌·第301期·頁30~42	
作者	吳巡龍最高檢察署調辦事檢察官	
關鍵詞	提出證據責任、說服責任、「過半程度」或「優勢證據」	
摘要	<p>一、我國已引進兩造對抗制度及「提出證據責任」、「說服責任」的概念，但在對抗制度下不只是檢察官須負舉證責任，同樣地被告也有「提出證據責任」、「說服責任」的義務。雖如果被告只是單純否認，當然即沒有舉證責任，但被告如果為避免法官形成有罪心證而提出積極抗辯，此時仍有提出相當證據並將以證明的需要。</p> <p>二、我國刑事訴訟法第161條之1雖僅規定「被告得就被訴事實指出有利之證明方法」至於證明程度為何，則急需司法實務予以闡明，本文見解以為，我國被告的「說服責任」應以「過半程度」為當。</p>	
重點整理	前言	<p>一、我國於民國(下同)91年1月17修正刑事訴訟法第161條第1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」，該條立法意旨並說明「鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任」。從此立法意旨可知，我國已引進英美法系兩造對抗制度（我國稱為「當事人進行主義」）「提出證據責任」及「說服責任」區別的概念。</p> <p>二、然於對抗制度下，不僅檢察官負有「提出證據責任」及「說服責任」，被告同樣有「提出證據責任」及「說服責任」。被告如果單純否認犯罪，當然沒有舉證責任；但被告為避免法官形成有罪心證，也有為實施防禦的權利，如果被告進一步提出積極抗辯，被告為證明其抗辯為真實，除法律規定不須舉證之情形外（例如已為公眾周知、於法院已顯著或法院職務上已知的事實），應仍有提出相當證據的需要。我國刑事訴訟法雖未對被告之舉證責任有具體規範，而僅於刑事訴訟法第161條之1規定「被告得就被訴事實指出有利之證明方法」，至於應由檢察官或被告就被告抗辯事由的真實性負說服責任？其證明程度為何？以上皆須司法實務予以闡明。</p> <p>三、本文即以議員詐領助理費案為例，用以解釋被告於何種情況應負「說服責任」，並主張被告的「說服責任」應以「過半程度為適當」；</p>

<p style="text-align: center;">重點整理</p> <p>我國關於被告舉證責任的實務及學者見解</p>	<p>前言</p>	<p>且如被告無正當理由而於上訴審始提出積極抗辯，應減損其抗辯事由之可信性。</p>
		<p>一、依刑事訴訟法第 161 條規定，檢察官對於構成要件該當性（包括主觀構成要件、客觀構成要件）、犯罪加重要件、處罰條件存在之事實負舉證責任；而刑事被告得保持緘默，不負自證己罪之義務，此部分應無疑義。</p> <p>二、臺灣高等法院 95 年度上訴字第 4124 號判決乃屬第一件清楚說明被告於何種情況負「提出證據責任」之判決：「按依舉證責任分配標準，被告提出『幽靈抗辯』，此為被告否認為犯罪主體或否認有犯罪故意，屬構成要件該當性之抗辯事項，被告不負終局的『說服責任』，但該事由有利於被告，且被告對於該積極主張之事實有『特別知識』，比較知道何處取得相關證據，即應由被告負『提出證據責任』，若被告能證明至『有合理懷疑』程度，舉證責任即轉換，而由檢察官就抗辯事由不存在負舉證責任，並證明至『無合理懷疑』程度；若被告對幽靈抗辯舉證未達此程度，雖理論上其抗辯有可能性，但尚不成為有效抗辯，檢察官並無責任證明該抗辯事實不存在，法院就該爭點應逕為不利於被告之認定」而此判決見解後來並為實務見解所廣泛接受，如最高法院 102 年度台上字第 1411 號判決等皆採相同見解。</p> <p>三、就被告是否負部分「說服責任」此問題，雖有部分實務見解係採否定見解，如最高法院 107 年度台上字第 3910 號判決：「認定犯罪事實應依證據，為刑事訴訟法所明定，故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。而被告否認犯罪，並不負任何證明責任，僅於訴訟進行過程中，因檢察官之舉證，致被告將受不利益之判斷時，被告為主張犯罪構成要件事實不存在而提出某項有利於己之事實時，始需就其主張提出或聲請法院調查證據，然僅以證明該有利事實可能存在，而動搖法院因檢察官之舉證對被告所形成之不利心證為已足，並無說服使法院確信該有利事實存在之必要。此為被告於訴訟過程中所負僅提出證據以踐行立證負擔，而不負說服責任之形式舉證責任，要與檢察官所負兼具提出證據與說服責任之實質舉證責任有別」。</p> <p>四、然而，在我國已採行當事人進行制度下，就被告是否負部分「說服責任」之問題，如仍採「全部否定」之見解實非妥適，且參酌美國、日本立法例亦非採「全部否定」之見解。就此問題因我國尚未有一致之見解，故於類似案情中常因見解分歧而生歧異之判決，此又以議員侵占助理費案為甚。</p>

<p style="text-align: center;">我國關於被告舉證責任的實務及學者見解</p>	<p>五、例如，曾有案件雖於第一審判處被告議員犯貪污條例詐取財務罪，但於第二審翻盤改判，其主要理由為，被告於上訴二審時主張其雖有利用人頭領取助理費之事實，但領出來的錢實際上是交給有黑道背景之他人甲為被告調解選民爭端，甲亦於第二審出庭作證確有此事，檢方未就被告抗辯事由之不存在負說服責任。但此案突顯一問題係，究竟應由檢察官或被告就被告上開抗辯事由之真實性負說服責任？</p> <p>六、就上開問題，學者亦有不同見解：</p> <p>(一) 陳樸生教授認為：被告主張阻卻違法性事由及阻卻責任事由之存在，係抗辯事實，被告應證明阻卻違法性事由及阻卻責任事由的存在。</p> <p>(二) 楊雲驊教授認為：「第一六三條第二項前段規定：『法院為發現真實，得依職權調查證據』內的『得』字只是授權法院在以當事人為主導的調查證據程序裡，仍具有調查證據的權限而已，並非對於犯罪事實認定的證據，法院有權『裁量』調查或不調查」。</p> <p>(三) 王兆鵬教授則主張：「為防止冤獄，就阻卻違法及阻卻責任事由，被告有提出證據使法院合理的相信其存在的責任，但檢察官有說服法院阻卻違法或責任事由不存在的責任，且應說服到無庸置疑的程度」。</p> <p>(四) 上開學者見解，雖皆言之有理，但主張由「檢察官負被告積極抗辯事由不存在之說服責任」說理有一大缺點，亦即，使法院產生「合理的嫌疑」與使法院「合理的相信」顯屬不同心證程度。尤其在被告於第二審始提出積極抗辯，或許使法院「合理的懷疑」其抗辯事實有可能為真，但未必使法院「合理的相信」其抗辯事實為真。此說之實際運行結果恐將導致鼓勵重罪被告胡亂提出積極抗辯及偽證，且檢察官往往對於被告有特殊知識且無中生有之事，常常難有證據證明其不存在，恐使發現真實之理想難以實現。</p>
<p style="text-align: center;">本文意見</p>	<p>一、利用職務上機會詐取財物罪並非意圖犯</p> <p>(一) 意圖犯在主觀上除須具備故意之構成要件外，尚須具備法定之不法意圖，否則其犯罪即無以成立。刑法以處罰故意犯為原則，何種犯罪之主觀構成要件要素除了故意以外，還要加上「意圖」作為特別的主觀要素，以法律明文規定者為限。</p> <p>(二) 雖貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款規定利用職務上機會詐取財物罪，與刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪性質相似，惟因利用職務上機會詐取財物罪之犯罪主體限於公務員，且犯罪行為須有「利用職務上機會」之情形，故罪質較嚴重。</p>

重點整理

重點整理

本文意見

(三) 惟貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之罪並非刑法詐欺取財罪之特別法，且從刑法第 339 條第 1 項有規定：「意圖為自己或第三人不法之所有」，然而立法者於貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上機會詐取財物罪之規範中卻未將「不法意圖」列為犯罪構成要件要素，故應認檢察官對利用職務上機會詐取財物罪行為人之「不法意圖」並無舉證責任。

二、被告抗辯：以人頭請領助理費後交給實質助理，應負說服責任

(一) 檢察官應負舉證責任者，以法律所明定之犯罪構成要件為限，對於被告所提抗辯事實不存在則應不負舉證責任。蓋被告所提出有關犯罪解釋或免責事由之證據，性質上屬被告所知或較容易取得者，自應由被告對該事由真實性負舉證之責。如仍要求檢察官對該事由之不存在負舉證責任，恐將導致司法程序無效率且結果不正義。

(二) 且如前述，貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款立法上應非屬意圖犯，故法院如果認為「議員將詐領之錢實際已交付予他人作選民服務，沒有不法所有意圖，不構成犯罪」，此抗辯係屬法院依照法律規範目的限縮解釋該罪，性質上應屬「超法規阻卻違法」事由。因此被告如提出此「領取助理費後交給實質助理」之積極抗辯事由，自應由被告負說服責任。

三、被告之說服責任應達過半程度

(一) 被告所提出之「積極抗辯」，應先提出足以認為，阻卻違法或阻卻、減免責任之抗辯為合理可能之證據，此即屬被告之「提出證據責任」，如果被告無法提出足夠支持其抗辯之證據，即應推定沒有阻卻違法或阻卻、減免責任之事由。如被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯時，基於罪疑唯輕精神，且參酌被告蒐證能力較弱，以及相關美國、日本立法例，其「說服責任」證明程度應不以「無合理懷疑」為必要，而只要到達「過半程度」即為已足。

(二) 況且我國釋字 509 號解釋亦曾闡釋：「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。」換言之，縱屬涉及憲法規範保護被告言論自由權之誹謗罪，大法官仍認為被告須證明至「有相當理由確信其為真實」之程度。

重點整理	本文意見	(三) 而關於本件議員侵占助理費案，被告議員既已提出積極抗辯「以人頭助理請領助理費後交給實質助理」，其自應就實際收款人有擔任議員助理工作及已收到所有被告不實領取的助理費一事負「說服責任」，蓋如被告抗辯事實屬真實，此部分舉證應無困難，心證程度應達「過半程度」。且在被告舉證之前，法院不得要求檢察官就相反事實提出證明。復因檢察官負有證明被告有刑事可罰性之責任，如果被告能夠提出足夠支持其抗辯之證據，檢察官即負有證明抗辯事由不存在之舉證責任，且檢察官之證明應至「無合理懷疑」之程度。
考題趨勢		<p>一、應由檢察官或被告就被告抗辯事由之真實性負說服責任？其證明程度為何？</p> <p>二、如以議員詐領助理費為例，被告於何種情況應負「說服責任」？被告的「說服責任」是否應以「過半程度」為適當？</p> <p>三、被告無正當事由，於上訴審始提出積極抗辯，是否應減損其抗辯事由的可信性？</p>
延伸閱讀		<p>一、徐育安(2018)〈利用職務機會詐欺財物罪之解釋與適用—以議員虛報助理補助費為主要案例〉，《台灣法學雜誌》，第 345 期。</p> <p>二、羅承宗(2018)〈論地方民代「詐領」助理費的法律責任：最高法院 107 年度台上字第 1241 號刑事判決評析〉，《台灣法學雜誌》，第 355 期。</p> <p>※ 延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！