

最高檢察署 108 年度上字第 3638 號

檢察官行言詞辯論聲請書

(追加理由書)

檢察官 蔡瑞宗

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

法律爭點

爭點一：檢察官起訴被告利用擔任議員之機會，於公費助理名冊上記載未實際在職之某甲姓名及每月支領金額，送交議會，致不知情之承辦公務員陷於錯誤，而依其申報之金額如數核發，涉犯貪污治罪條例第5條第1項第2款公務員利用職務上之機會詐取財物罪。被告承認上開事實，於第一審認罪；因不滿量刑上訴，於第二審主張其實際聘用之助理為某丙，其領取之助理費實際交給某丙，被告沒有不法所有之意圖。應由檢察官或被告就被告上開抗辯之真實性負舉證責任？其心證程度門檻為何？

爭點二：承上，被告於103年12月25日、104年1月1日、105年6月1日分別3次於公費助理名冊上記載某甲姓名及每月支領金額，並於105年7月1日(第4次)於公費助理名冊上記載某甲及某乙姓名及每月支領金額，使議會承辦公務員登載不實而按月如數核撥助理費，應論以一罪或四罪？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實	1
貳、本案下級審對上開法律爭點之見解	3
一、臺灣新竹地方法院 106 年度訴字第 317 號判決認為：	3
二、臺灣高等法院 106 年度上訴字第 3010 號判決認為：	4
三、小結	8
參、聲請行言詞辯論之理由	9
一、爭點一	9
(一)與爭點相關之法律規定及立法理由	9
1. 貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款	9
2. 刑事訴訟法第 161 條、161 條之 1	11
(二)以名義上助理請領助理費再交給實質助理，是否構成詐 取財物罪？	11
1. 肯定說	12
2. 否定說	14
3. 小結	17
(三)外國立法例關於刑事舉證責任的規定	18
1. 美國法	18
2. 德國法	26
3. 歐洲人權法院	28
4. 日本法	30
(四)我國刑事舉證責任分配學說	31
1. 由被告提出證據，法院依職權調查	32
2. 由檢察官負舉證責任	33
3. 小結	34
(五)我國關於被告舉證責任的實務見解	35

(六)本署見解	37
1. 意圖犯以法律有明文規定者為限	37
2. 以名義上助理請領助理費後交給實質助理應由被告負 說服責任	39
3. 被告說服責任應達過半證據程度	41
4. 本案被告就其「積極抗辯」未盡說服責任	42
二、爭點二	44
(一)犯罪競合之學說	44
1. 意思說(犯意標準說)	44
2. 行為說(行為標準說)	44
3. 結果說(法益標準說)	44
4. 構成要件說(構成要件標準說)	44
5. 綜合說	45
6. 認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數	45
7. 由行為單、複數出發處理競合論	45
(二)我國實務見解	47
1. 數罪併罰	47
2. 以接續犯僅論以一罪	48
(三)本署見解	49
1. 時間間隔是判斷接續犯密接性的重要標準	49
2. 本件被告 4 次行為時間間隔相當長、明顯可分，應論 4 罪	50
三、言詞辯論之必要性	50
肆、結論	50
伍、附件清冊	52

最高檢察署檢察官行言詞辯論聲請書(追加理由書)

108 年度上字第 3638 號

聲請人 最高檢察署檢察官蔡瑞宗

被告 陳栢維

上列被告因貪污案件，經臺灣高等法院於中華民國 108 年 6 月 20 日為第二審判決（[106 年度上訴字第 3010 號](#)），檢察官已於法定期間內提起上訴，本檢察官認為原判決所持法律見解有原則重要性及統一見解之必要，應行言詞辯論，茲將理由分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

原審判決事實係認：「(一)被告陳栢維自民國 95 年 3 月 1 日至 107 年 12 月 24 日當選並連任三屆新竹縣縣議員……陳栢維與謝○棋為自小結識之朋友，陳栢維於 99 年 1 月 6 日開始聘用謝○棋為公費助理（謝○棋經臺灣新竹地方檢察署檢察官另為不起訴處分確定）至 101 年 11 月 22 日止，謝○棋於 101 年 11 月 23 日赴中國大陸地區另行就業而未繼續擔任助理。……其二人亦明知新竹縣議員之公費助理補助費用均由新竹縣議會編列預算支付，及謝○棋業於 101 年 11 月 23 日起赴大陸地區長期工作，已不在新竹縣議會從事助理業務……，2 人接續共同基於使公務員登載不實文書之犯意聯絡，隱瞞謝○棋已於 101 年 11 月 23 日起離職之事實……，而仍按月向新竹縣議會陳報謝○棋為其公費助理，自 101 年 12 月 1 日起至 106 年 2 月 28 日止，每月 3 萬元（包含代扣之勞健保費用）之公費助理補助費……，又接續於 103 年 12 月 25 日、104 年 1 月 1 日、105 年 6 月 1 日及 105 年 7 月 1 日，在新竹縣議會，將虛偽記載『謝○棋仍為陳栢維公費助理、每月支領金額 30,000 元』等不實事項之『新竹縣議會陳栢維議員公費助理名冊』送交新竹縣議會，致使不具實質審查權之……承辦公務員陷於錯誤……，而將謝○棋虛偽擔任公費助理每月支領 3 萬元薪資

及年終獎金之不實事項，按月登載於職務上所掌之 104 年 1 月至 105 年 12 月之「新竹縣議會陳栢維議員公費助理薪資清冊」、「新竹縣議會陳栢維議員公費助理勞健保費清冊」、「新竹縣議會陳栢維議員暨公費助理委託整批匯款代存員工薪資總表」、103 年至 105 年之「各類所得扣繳暨免扣繳憑單」，並按月代扣勞健保費用後，匯款至謝○棋於 99 年 1 月間提供設於臺灣土地銀行湖口分行帳號 000000000000 號帳戶（下稱系爭土銀帳戶），將歷年所領得的 171 萬元用以支付其他有聘用而實質上支薪的議會助理，足生損害於新竹縣議會對於補助議員遴用公費助理費用公款管理、核銷及勞健保費用計算之正確性。

（二）陳栢維及陳○錦均明知縣議員之公費助理補助費用係由新竹縣議會編列預算支付，及陳○錦僅於 105 年 7 月 1 日起從事未受有薪資對價之陳栢維之議員助理工作約 1 至 2 周而已，不曾擔任受有薪資對價之陳栢維公費助理等情，復共同基於前述接續使公務員登載不實文書之犯意聯絡，先由陳○錦於 105 年 5 月底至 6 月初某日，在其位於新竹縣湖口鄉 00 街 00 巷 00 號之居所，交付其國民身分證影本、中國信託商業銀行經國分行帳號 000000000000 號帳戶（下稱中信帳戶）之存摺、印章、提款卡暨密碼等由陳栢維持用，陳栢維嗣於 105 年 7 月 1 日，在新竹縣議會將虛偽記載「陳○錦為陳栢維公費助理、新聘生效日 105.07.01、每月支領金額 25,000 元」等不實事項之「新竹縣議會陳栢維議員公費助理名冊」送交新竹縣議會，致使不具實質審查權之……承辦公務員陷於錯誤，為形式之審查，誤認陳栢維確實自 105 年 7 月 1 日起，以每月 2 萬 5,000 元之薪資聘用陳○錦為公費助理，而將陳○錦虛偽擔任公費助理每月支領 2 萬 5,000 元薪資及年終獎金等不實事項，按月登載於職務上所掌之 105 年 7 月至 105 年 12 月之「新竹縣議會陳栢維議員公費助理薪資清冊」、「新竹縣議會陳栢維議員公費助理勞健保費清冊」、「新竹縣議會陳栢維議員暨公費助理委託整批匯款代存員工薪資總表」，並按月代扣勞健保費用

(共計 1 萬 2,597 元)後，並逐月匯款至上述中信帳戶，將所領得的 21 萬 8,750 元，發給其他所聘用實質上有支薪的議會助理，足生損害於新竹縣議會對於補助議員遴用公費助理費用公款管理、核銷及勞健保費用計算之正確性。」

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣新竹地方法院 [106 年度訴字第 317 號](#) 判決認為：

「二、論罪科刑：(一)論罪：

1. 被告陳栢維部分：按貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務機會詐取財物罪，以依據法令從事公務之人員利用職務上之機會，詐取財物，為其構成要件。所謂利用職務上之機會，係指假借職務上一切機會，予以利用者而言。而所利用之機會，並不限於職務本身固有之機會，即使由職務上所衍生之機會，亦包括在內，且此機會，不以職務上有決定權者為限，因職務上衍生之申領財物者，亦包括在內（最高法院 [99 年度台上字第 1062 號](#) 判決參照）。查被告陳栢維利用擔任議員之機會，先後於公費助理名冊上記載已未實際在職之謝○棋，以及從未實際擔任公費助理工作之陳○錦，並各自載明謝○棋、陳○錦每月支領金額之記載送交新竹縣議會，並致不知情亦不具實質審查權之行政人員陳○文、出納人員林○美等承辦公務員陷於錯誤，而依被告申報之金額如數核發，核其所為，係犯貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之公務員利用職務上之機會詐取財物罪，以及刑法第 214 條使公務員登載不實罪。被告陳栢維與陳○錦就事實欄一所載之利用職務詐取財物罪及使公務員登載不實罪部分，有犯意聯絡及行為分擔，應成立共同正犯。被告陳栢維上開所為利用職務上機會詐取財物、使公務員登載不實等行為，均係基於單一使公務員登載不實以詐領款項的目的，乃一行為同時觸犯數罪名，為想像競合犯，應依刑法第 55 條規定，從一重以貪污治

罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上機會詐取財物罪處斷。又被
告陳栢維雖係於 103 年 12 月 25 日、104 年 1 月 1 日、106 年(按：
應係「105 年」之誤繕)6 月 1 日、105 年 7 月 1 日分別於公費助理
名冊上記載謝○棋及陳○錦之為其公費助理，然其係為一整體之詐
取助理費計畫，被告陳栢維係接續基於此一整體之犯罪計畫犯意，
分別為記載及詐取公費助理薪資之行為，應論以一罪。」

二、臺灣高等法院 [106 年度上訴字第 3010 號](#)判決認為：

「理由、貳、甲、

三、核被告陳栢維所為係犯刑法第 214 條之使公務員登載不實罪。被
告陳栢維利用擔任議員之機會，先後於公費助理名冊上記載已未
實際在職之謝○棋，以及從未實際擔任公費助理工作之陳○錦，
並各自載明謝○棋、陳○錦每月支領金額之記載送交新竹縣議會，
並致不知情亦不具實質審查權之行政人員陳○文、出納人員林○
美等承辦公務員因而為不實之記載，致影響文書之正確性，被告
陳栢維分別與謝○棋、陳○錦有犯意聯絡及行為分擔，應論以共
同正犯。被告陳栢維乃基於一個犯罪計畫所為多次、相同犯行，
是雖於 103 年 12 月 25 日、104 年 1 月 1 日、106 年 6 月 1 日(按：
應係「105 年」之誤繕)、105 年 7 月 1 日分別於公費助理名冊上
記載謝○棋及陳○錦為其公費助理，惟此乃議員同時就其所申報
多數助理費用接續、制式的使登載不實申領行為，屬整體犯罪計
畫內之部分犯行，應論以一罪。……

乙、被告陳栢維不另為無罪諭知部分

……

三、訊據被告陳栢維堅決否認有利用職務機會詐取財物犯行，於準備
程序辯稱(略以)：我都有超支支付助理，我也跟原審法官說過
實質如何使用助理費，法官問我領我薪水的人有誰，為何不改到

他的名字，我說他（葉○華）有黑道的背景，他有實質幫過我，後來法官就不問，只問我要不要認罪，我後來就認罪，因為想說可以緩刑等語。於審理期日復辯稱（略以）：實質上有聘用超支的助理，每位助理都有他的人際關係，我需要他們的人際關係來幫我們做好服務的工作，例如葉○旺是理事長，所以我去找他來服務我沒有照顧到的鄉親；羅○香的班底有幾百人，當然要作為我們服務的樁腳來發揮我們人脈來源；沈○堂擔任總幹事在基層幫忙我的工作，而不是只有在協會作我的服務；徐○圓開店找我幫忙，我認為他的人脈也很廣，後來有機會我給他5、6千元請他幫我找人脈；至於黃○才從警界退休之後成立協會，他幫人服務的案件是要跟人家收錢的，否則他的協會要賺什麼？但經過我每個月固定給他費用，他就不會再跟我的選民收費，這也是我選民工作。至於葉○榮，一個黑道出來的人，我還要他去開檳榔攤，只好我出面去承租店面，他沒有固定收入，剛好我的助理出國，我就把這個工作先給他領，只有我敢跟地下錢莊談判，在湖口只有我陳栢維敢去碰，我這麼認真處理事情卻說我是貪污，葉○榮本來被管訓，但是已經都解除了，他今天開了30幾家檳榔攤，在地方做的很好，這就是他們的力量，我覺得我每月花3萬元很值得，至於他有沒有報稅那是他個人的事情，錢我確實是有給他。至於年節、春節獎金，尤其是葉○榮我每年還會帶他出國，我還會給10萬元給他當作獎金，他幫鄉親辦完事情也不收紅包，我就是按月給他3萬元薪水，包含春節獎金等語。

四、……本條項性質上係屬詐欺罪之一種，故其犯罪構成要件，應以行為人（即依法令從事公務人員）有意圖為自己不法所有之「主觀犯意存在」，並表現於外，在客觀上有利用其職務上可乘事機，而使相對人陷於錯誤，致交付財物，以遂其獲取不法所有犯意之目的者，始克相當（最高法院 [93年台上字第1353號](#)、[第1854](#)

[號](#)判決意旨參見)。從而，修正前本條之適用，必須行為人有意圖為自己不法所有之「主觀犯意」，否則即難成立該罪。而貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款後段「詐取財物」之用詞，更於 100 年 6 月 29 日修正為「以詐術使人將本人之物或第三人之物交付」，其修正理由略以：貪污治罪條例既為刑法之特別法，如無特殊理由或目的，基於司法效益法文應儘趨一致，宜與刑法第 339 條之條文一致，以避免適用上之疑慮及不必要之困擾。最高法院 [104 年度台上字第 3996 號](#)判決意旨因而強調：「依據本條項修正理由係在於無特殊理由或目的之前提下，方使貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款與刑法詐欺取財罪之法律效果一體適用，而刑法詐欺取財罪之成立，是否以存在財產性損失為要件，通說一方面固認為，詐欺取財罪係財產犯罪，當然應以發生某種財產上之損失為必要，但同時又將財物或財產性利益之交付（財物等的喪失）本身理解為損失。然而，在依詐術取得財物中若涉及實際正當支出，即與詐欺取財罪之情形不盡相同，因而必須具備存在實質的財產性損失此一要件，並無適用相同法律效果之必要。……是本條之成立必須行為人有意圖為自己不法所有之犯意，始足當之，亦即如所取得之財物非用於自己私用，而有實際正當支出或用途，自不應成立本罪。

……

六、經查被告陳栢維聲請傳喚 6 位證人，試圖證明所領取的上述助理補助費均有定期或不定期，以各種名義支付給 6 位證人即被告陳栢維的實質上助理……

(七) 綜上所述，各證人除證人葉○榮外，於 101 年甚或更早，至 106 年期間，亦即檢察官起訴詐取財物的這段期間，被告有不定期或定期每月給付各證人，多以車馬費名義大約 5、6 千元，而證人葉○榮之證言則是每月支領自 101 年 11 月迄今，均固定每

月給付 3 萬元，時間即為謝○棋離職的 101 年 11 月間，亦即檢察官所起訴被告詐取財物的起始時間。如證言屬實，則被告陳栢維於檢察官起訴期間所領取的助理補助費足認全數給付在上述實質助理費用，並無用以自己私人，難認有不法所有之詐欺主觀意圖。至被告陳栢維已先於原審自白詐取財物之犯行，卻於上訴本院時否認犯行，始聲請傳喚上述各證人，不免引人有畏罪而為不實陳述並勾串證人之嫌。惟查被告陳栢維於原審第一次開庭時即不否認謝○棋非其實際聘用之助理，而辯稱確實另有其人從事助理工作，「那個人叫葉○華」、「因為他本身有一些案底，不方便擔任我的助理」等語（參見原審卷第 24 頁）。是被告陳栢維並非於上訴本院後始編造證人葉○榮（原名葉○華），應堪證明。且經本院查詢葉○榮之前案紀錄，其確實有多項暴力及財產犯罪之前科，且因案入監服刑，於 100 年 12 月 6 日出監，有本院被告前案紀錄表在卷可查。足認證人葉○榮運用其曾在地方上的「黑社會」資歷為被告調解選民爭端，非無可能，以及其所稱因出監後找不到工作，於 101 年連繫上被告陳栢維，自 101 年 11 月開始支領每月 3 萬元，時間上亦無不合。有疑問者，被告於本院辯稱，因原審受命法官一再訊問是否認罪，被告害怕於起訴後再被羈押而自白犯行等語，對於從無司法法庭經驗，且偵查中已經羈押，甚且亦自白犯行，先行繳出檢察官所訴「犯罪所得」192 萬 8750 元的被告，只想先求不被羈押，因而即使原審法官並未施以不正訊問，但被告自行衡量想以自白「換取」免予羈押，並非不能想像，其後因為準備程序受命法官質以「交保就否認犯行」，檢察官並稱要重新考慮是否羈押被告等情，被告在歷經兩次準備程序的思索，「選擇」繼續自白以換取是否能宣告緩刑，亦符經驗及論理法則，被告辯稱其於原審的自白與事實不符，尚屬合理可信。而上述各證人均為被告陳栢維多年友人，其等為被

告在地方上跑行程、拉關係、牽人脈等，亦為地方議會議員的問政及生活常態，被告據此給付其等補助費，不論其名義是車馬費或津貼等，其性質就是給予實質上助理的有償給付，當屬上述「地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例」所定助理補助費得支用範圍，依前述最高法院判決及財政部函釋，被告陳栢維只要支領上限 8 萬元，且實質上有用於助理之費用，並不限非要名義上用以申報的助理不可。是被告陳栢維主觀上並無詐欺財物之犯意，客觀上亦非施用詐術之行為，難以貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之罪相繩。

七、綜上所述，基於罪證有疑、利於被告原則，檢察官所舉證據多賴被告不實之自白，難認被告所為構成貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務上之機會詐取財物罪，自應為無罪之判決。惟檢察官公訴意旨認此部分犯嫌，與經本院認定有罪之使公務員登載不實罪，有想像競合犯之裁判上一罪關係，是不另為無罪之諭知。」

三、小結

綜上，本案臺灣新竹地方法院 [106 年度訴字第 317 號](#) 判決認為：被告陳栢維利用擔任議員之機會，先後 4 次於公費助理名冊上記載已未實際在職之謝○棋，以及從未實際擔任公費助理工作之陳○錦，並載明謝○棋、陳○錦每月支領金額送交新竹縣議會，致不知情亦不具實質審查權之行政人員陳○文、出納人員林○美等承辦公務員陷於錯誤，而依被告申報之金額如數核發，係犯貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之公務員利用職務上之機會詐取財物罪，以及刑法第 214 條使公務員登載不實罪。被告陳栢維上開所為利用職務上機會詐取財物、使公務員登載不實等行為，均係基於單一使公務員登載不實以詐領款項的目的，乃一行為同時觸犯數罪名，為想像競合犯，應依刑法第

55 條規定，從一重以貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上機會詐取財物罪處斷。

臺灣高等法院 [106 年度上訴字第 3010 號](#) 判決認為：被告陳栢維所舉證人如證言屬實，則被告陳栢維於檢察官起訴期間所領取的助理補助費足認全數給付實質助理，難認有不法所有之詐欺主觀意圖。基於罪證有疑、利於被告原則，難認被告所為構成貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務上之機會詐取財物罪。惟檢察官公訴意旨認此部分犯嫌，與經認定有罪之使公務員登載不實罪，有想像競合犯之裁判上一罪關係，是不另為無罪之諭知。

參、聲請行言詞辯論之理由

一、爭點一

(一)與爭點相關之法律規定及立法理由

1. 貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款

懲治貪污條例係於民國 32 年 6 月 30 日制定公布，於 43 年 6 月 1 日施行期滿後廢止。42 年 5 月 2 日印發之第一屆立法院議案關係文書院總第一二四號、政府提案第七十九號、案由：行政院函請審議懲治貪污條例修正草案並將該條例施行期間再予延長一年案，(二) 懲治貪污條例應予延長施行之理由載明：「查刑法瀆職罪章，對公務員貪污違法行為，雖有處罰專條，惟所定刑度，及適用範圍，與實際需要，未盡切合，政府為根絕貪污，本治亂用重典之義，乃有懲治貪污條例之制定，自民國三十二年以來，雖迭經修正，而施行迄今，未嘗中輟……況該條例所處罰之罪行，頗有為刑法或陸海空軍刑法之規定所未及者，例如……同條第五款之「利用職務上之機會詐取財物」罪，……或則為刑法或陸海空軍刑法之規定所全未涉及或則雖有近似之規定，而其以範圍未與本條例各規定盡相符吻合，故在實體法之運

用上，該條例之施行期間，似亦宜予延長。¹」足證貪污治罪條例及其前身懲治貪污條例、戡亂時期貪污治罪條例固為刑法之特別法，貪污治罪條例之利用職務上之機會詐取財物罪則非刑法第 339 條詐取財物罪之特別法。

戡亂時期貪污治罪條例係於 52 年 7 月 15 日公布施行，該條例第 5 條規定：「有左列行為之一者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科五萬元以下罰金。一、意圖得利，擅提或截留公款，或違背法令招募稅捐或公債者。二、利用職務上之機會、詐取財物者。三、對於職務上之行為，要求期約或收受賄賂，或其他不正利益者。」該條例因解嚴於 81 年 6 月 30 日修正為「貪污治罪條例」，該條例第 5 條規定：「(第 1 項)有左列行為之一者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金：一、意圖得利，擅提或截留公款或違背法令招募稅捐或公債者。二、利用職務上之機會，詐取財物者。三、對於職務上之行為，要求期約或收受賄賂或其他不正利益者。(第 2 項)前項第一款及第二款之未遂犯罰之。」第 5 條第 1 項第 2 款再於 100 年 6 月 7 日修正為：「有下列行為之一者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣六千萬元以下罰金：……二、利用職務上之機會，以詐術使人將本人之物或第三人之物交付者。」修正理由表示：「第五條第一項第二款後段，『詐取財物者』，宜改為『以詐術使人將本人之物或第三人之物交付。』與刑法第三三九條之條文一致，以避免適用上之疑義。蓋貪污治罪條例既為刑法之特別法，如無特殊理由或目的，基於司法效益法文應儘趨一致，以避免適用上之不必要之困擾。」並於同年 6 月 29 日公布施行。是該次修法目的是求法律用語之統一，並未變更「貪污治罪條例利用職務上之機會詐取財物罪並非刑法第 339 條詐取財物罪之特別法」此一事實。

綜上立法沿革，並比較相關法條，可瞭解貪污治罪條例第 5 條第

¹ 參見附件 1。

1 項第 2 款比刑法詐取財物罪增加二構成要件：(1)犯罪主體限於公務員；(2)限於利用職務上之機會。但貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款未如刑法第 339 條第 1 項規定主觀構成要件要素「意圖為自己或第三人不法之所有」，亦非如貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 1 款規定主觀構成要件要素「意圖得利」，顯見立法者刻意不以「不法意圖」為貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款犯罪之構成要件要素。

2. 刑事訴訟法第 161 條、161 條之 1

刑事訴訟法第 161 條於 91 年 2 月 8 日修正公布，現行刑事訴訟法第 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。」立法理由並說明：「鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任……」。已引進英美法系兩造對抗制度「提出證據責任」及「說服責任」區別之概念。

我國刑事訴訟法對於被告的舉證責任未作明確規定，刑事訴訟法第 161 條之 1 僅規定：「被告得就被訴事實指出有利之證明方法。」被告若單純否認，當然沒有舉證責任；但被告為避免法官形成有罪心證，有實施防禦之權利，若被告進一步提出積極抗辯，被告為證明其抗辯為真實，除法律規定不需舉證的情形外（例如公眾週知、於法院已顯著或法院職務上已知的事實），仍有提出相當證據之需要，至於其證明程度為何，法律並無明文，亟需司法實務依法理闡明，並統一見解。

(二)以名義上助理請領助理費再交給實質助理，是否構成詐取財物罪？

對於民意代表以名義上助理請領助理費後，公款流向與議員職務

顯無關連項目或中飽私囊，實務及學界認為構成貪污治罪條例第5條第1項第2款詐欺財物罪，並無歧見。對於民意代表以名義上助理請領助理費再交給其他實質助理或作其他議員選民服務費用，是否構成貪污治罪條例第5條第1項第2款詐欺財物罪，依徐育安教授、羅承宗教授等解讀最高法院下述相關判決，均認為最高法院有下列不同見解²：

1. 肯定說

最高法院94年度台上字第3897號判決：「貪污治罪條例第五條第一項第二款所定之利用職務上機會詐取財物罪，係指公務員為圖取不法所得，而假藉其職務上所可利用之機會，以欺罔等不誠實之方法，獲取不應或不能取得之財物，即足當之；縣（市）議員等公職人員既屬依據法令從事公務之人員，自應受上開刑罰之規範。又依地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例第六條第一項規定：「直轄市議會議員每人最多得遴用助理六人，縣（市）議會議員每人最多得遴用助理二人。」第二項規定：「前項助理費用，每人每月支給不得超過新台幣四萬元，並得比照軍公教人員年終工作獎金酌支春節慰勞金。」其立法本旨係因議員所司地方自治立法等業務龐雜，且常涉及專業，乃有補助期使遴用優質助理，協助問政，提高議事品質之必要。惟既係補助性質，爰衡量政府財政負擔，於縣（市）議員，以補助其助理二員，並每員月支四萬元為上限，超此部分，當由議員自費處理；如實際遴用員額或所支月薪，未達該上限，則僅予覈實補助，非謂一律給予每月八萬元之補助款，任由議員將其間差額挪作他用，甚或納入私囊，此由該條例並非直接規定縣（市）議員每月均有八萬元之助理補助款自明。至內政部九十四年二月二十三日內授中民字第○九四○○三○七九八號函，所稱「如議員未向議會提報助理人員名

² 徐育安，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，345期，2018年6月14日，123頁，128-129頁；羅承宗，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，355期，2018年11月14日，11頁，16-17頁。

冊者，議會給付該筆費用時，則應以議員為對象，依法扣繳所得稅，並由議員併入取得年度綜合所得總額課稅」云者，無非祇係釋示如何核課所得稅之疑義。故議員倘利用職務上之機會，以虛報助理名額或月薪方式，詐領助理補助款，自應構成利用職務上機會詐取財物罪。原判決竟認上揭補助條例第六條係在規定議會每年編列預算補助議員之基礎，並認縣議員縱未遴用助理，議會每月仍應撥付八萬元補助費，且如議員遴用三名以上助理，於借用二名助理名義領取八萬元後，統籌分配予各助理，仍不違其立法意旨（見原判決理由五一（一）至（三）），所持法律見解已有欠當。」

最高法院[104年度台上字第3732號](#)判決認為：「依內政部上開函覆內容可知，地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例所定之議員助理補助費，自始即非屬議員實質薪資範圍，必須議員已實際遴用助理者，始得依上開補助條例規定支給助理費用，如以虛報助理名額或月薪之方式核銷助理補助款，應有詐取補助費之問題，被告自九十五年三月一日擔任議員起至內政部九十八年六月三十日內授中民字第○九八○七二二○八八號令公布止，主觀上縱使誤認助理補助費之性質係實質補助，而欠缺不法所有意圖，然於內政部上開公文公布後，對於以虛報助理名額或月薪之方式核銷助理補助款，有詐取補助費之問題，自應有所認識，其於九十八年六月間，知悉台中縣議會為因應內政部九十八年六月三十日內授中民字第○九八○七二二○八八號令之內容，而要求每位議員須填具「台中縣議會議員自聘公費助理遴聘異動表」、「聘書」提報予議會，並決定自九十八年八月間起，直接將議員助理費撥付至助理本人帳戶後，以事實四之（一）至（四）所示之虛報助理名額或月薪方式，詐領助理補助款，該詐領之部分自有不法所有意圖等旨綦詳（見原判決第十六頁第一至十一行、第十七頁第九行至倒數第一行、第三十頁第十三行至倒數第八行），核其論斷與經驗、論理法則均無違誤。」

最高法院106年度台上字第2999號判決認為：「原判決認定上訴人有其事實欄所載利用職務機會詐取財物之犯行等情，已詳載所憑之證據及認定之理由。並就上訴人否認犯罪所辯，予以指駁。復依憑調查所得之證據資料說明：（一）地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例所定之議員助理補助費，非屬議員實質薪資範圍，必須議員已實際遴用助理，始得依該條例規定支給助理費用，如以虛報助理名額或月薪之方式核銷助理補助款，即有詐取補助費之問題。故議員倘利用職務上之機會，以虛報助理名額或月薪方式，詐領助理補助款，自應構成貪污治罪條例第5條第1項第2款利用職務上之機會詐取財物罪。」

2. 否定說

最高法院 97 年度台上字第 5246 號 判決表示：「貪污治罪條例係為嚴懲貪污，澄清吏治而制定，其中第五條第一項第二款之利用職務上之機會詐取財物罪，性質上屬於詐欺罪之一種，自以行為人有意圖為私人不法所有之主觀犯意為必要，倘行為人欠缺不法所有之主觀犯意，縱其行為未依法定程序為之，除按其情節另成立其他罪名，應依各該罪名論處外，要難論以貪污治罪條例第五條第一項第二款之罪。檢察官上訴意旨雖指稱：被告與潘○福有統籌分配之協議部分，固可認為無不法所有之意圖，但與陳○興之間並無統籌分配之協議，即不能將此部分之差額挪作他用（即統籌勻支助理費用）等語。惟原判決以：被告擔任台南縣議會第十四屆縣議員期間，形式上雖依規定向台南縣議會申報陳○興、潘○福二名助理，每月請領八萬元（每名四萬元）助理補助費。但被告為加強選民服務，實際上除聘任陳○興、潘○福為助理外，同時在台南縣鹽水鎮、柳營鄉設立服務處，另聘任李○星、沈○海為各該服務處之助理，並與潘○福、李○星、沈○海簽訂協議書，約定向縣議會領取之助理補助費由被告統籌分配，不足部

分由被告彌補。而陳○興之月薪及年終獎金為三萬元（第二年調整為三萬二千元），潘○福之月薪為二萬元（嗣後調整二萬三千元），李○星之月薪為一萬五千元，沈○海之月薪為二萬元（嗣後逐次調整為二萬二千元、二萬三千元）。亦即被告分別與陳○興、潘○福、李○星、沈○海約定之月薪，每人均未達四萬元，但每月支出之助理薪資合計達八萬五千元以上，已逾其向縣議會所領取之八萬元，因認被告所辯無私人不法所有之意圖，堪予採信等情，已詳為說明。……檢察官上訴意旨，仍執陳詞，就原審取捨證據、認定事實職權之適法行使，及原判決理由已予說明之事項，持憑己見為不同之評價，任意指摘為違法，並非適法之第三審上訴理由。」

最高法院 [103 年度台上字第 4374 號](#) 判決認為：「又依原判決事實五(一)、(四)之記載，上訴人於向議會申報聘用助理、核銷助理補助費後，嗣後聘用工讀生陳○吟、黃○益（即黃○尹）所支付之薪資及給付詹○郎之交通費，均得核銷助理補助費。足見聘用之助理，不以向議會申報者為限。」

最高法院 [107 年度台上字第 1241 號](#) 判決認為：「(一)、按地方民意代表費用補助條例係於 89 年 1 月 26 日經總統以 (89) 華總一義字第 8900021160 號令制定公布全文 10 條，並自公布日起施行，該條例第 6 條原規定：「(第 1 項)直轄市議會議員每人最多得遴用助理 6 人，縣(市)議會議員每人最多得遴用助理 2 人。(第 2 項)前項助理費用，每人每月支給不得超過 4 萬元，並得比照軍公教人員年終工作獎金酌支春節慰勞金。」該條文於 95 年 5 月 17 日經總統以華總一義字第 09500069801 號令修正公布為：「(第 1 項)直轄市議會議員每人最多得遴用助理 6 人，縣(市)議會議員每人最多得遴用助理 2 人。(第 2 項)前項助理補助費用總額，直轄市議會議員每人每月不得超過 24 萬元，但助理每人每月支領金額，最多不得超過 8 萬元，縣(市)議會議員每人每月不得超過 8 萬元，並得比照軍公教

人員年終工作獎金酌給春節慰勞金。」本次修正之立法意旨為：原議員助理費用標準，在總經費不變下，取消薪給齊一限制，俾能因應個別議員對助理工作質量之多元需求。如議員所需助理工作屬全方位專業性質，議員即須限縮助理聘請人數，始足以高薪網羅是類人員；如議員所需助理工作屬事務性質，則須調降薪給，方能符合實際需要。即揭示「總額不變，彈性多元運用」之原則。嗣上開規定於 98 年 5 月 27 日經總統以華總一義字第 09800135141 號令修正公布：「（第 1 項）直轄市議會議員每人得聘用公費助理 6 人至 8 人，縣（市）議會議員每人得聘用公費助理 2 人至 4 人，公費助理均與議員同進退。（第 2 項）前項公費助理補助費用總額，直轄市議會議員每人每月不得超過 24 萬元。但公費助理每人每月支領金額，最多不得超過 8 萬元，縣（市）議會議員每人每月不得超過 8 萬元。公費助理適用勞動基準法之規定，其相關費用，由議會編列經費支應之，並得比照軍公教人員年終工作獎金酌給春節慰勞金。」本次修正之立法意旨有二：「一、第 1 項之直轄市議會議員及縣（市）議會議員公費助理聘用上限分別改為 6 至 8 人及 2 至 4 人，並增訂任職與議員同進退之規定。二、比照立法院組織法第 32 條公費助理模式，第 2 項增訂公費助理適用勞動基準法規定之相關費用由議會編列經費支應。」從上開規定可知，議員公費助理之經費雖由議會編列經費支應，然而對於公費助理之資格、工作內容、時間、場所均未有所規範，原則上悉由地方民意代表自行決定。且銓敘部復認為公費助理係由議會議員自行聘用，適用勞動基準法規定，非屬依聘用人員聘用條例或行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法進用之約聘僱人員，不受公務員服務法第 14 條不得兼任他項公職或業務之限制。另依地方民意代表費用補助條例第 6 條於 95 年 5 月 17 日之修正意旨「總額不變，彈性多元運用」原則觀之，本條規定並非在限制議員遴用助理人數及助理薪資之待遇，而係在規範議會每年編列預算以補助每位議員遴用助理費用之上限，倘議

員所聘用之助理人數超過 4 人，應不在禁止之列，僅公費助理補助費用之總額不得超過 8 萬元。至於助理費用之核銷方式，主管機關內政部於 98 年 5 月 14 日邀集相關機關（單位）召開研商會議後決定直轄市議會及縣（市）議會議員助理費之撥付方式，比照立法院立法委員助理費撥付方式，由議員提交助理名單並載明助理補助費額數及助理本人帳號後，再由議會直接撥付至助理本人帳戶，以避免衍生不必要之疑慮。可見議員助理補助費並非議員之實質薪資，必須議員已實際遴用助理，始得依該條例規定支給助理補助費用。若議員所聘用之公費助理於具領補助費後，依議員之指示，而將部分補助費交予議員，致助理補助費並非全然用以支付議員向議會所申報之公費助理薪資，而有名實不符之情形，雖議員可能涉及使公務員登載不實公文書情事，惟若該助理補助費係流向與議員職務有實質關聯之事項，而非挪為私用，例如用以支付其他超出公費助理人數上限之助理薪資，而欠缺不法所有意圖者，自與貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上之機會詐取財物罪之要件不符。此與議員實際上並未聘用助理，而虛報該未聘用之助理（即所謂人頭助理）以詐領核銷助理補助費之情形尚有不同，自不可相提並論。」

3. 小結

值得注意的是，最高法院 [94 年度台上字第 3897 號](#) 判決與最高法院 [97 年度台上字第 5246 號](#) 判決是同一案件，最高法院見解由肯定說改為否定說；最高法院 [103 年度台上字第 4374 號](#) 判決與最高法院 [104 年度台上字第 3732 號](#) 判決係同一案件，學界解讀均認為最高法院本案係從否定說改為肯定說³。本署認為上開二說各有道理，對此不持立場，只促請最高法院統一見解，俾下級審有所適從。

³ 徐育安，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，345 期，2018 年 6 月 14 日，123 頁，128-129 頁；羅承宗，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，355 期，2018 年 11 月 14 日，11 頁，16-17 頁。

惟意圖犯應由法律明文規定，而貪污治罪條例第5條第1項第2款立法上並未明文規定為意圖犯，上開否定說實務見解之性質係法院依照法律規範目的來限縮解釋，司法機關認為被告若將詐領之錢實際交付他人作選民服務，沒有不法所有意圖，不構成犯罪，故性質上該抗辯應屬於「超法規阻卻違法」事由。本署因此認為應探究者，檢察官、被告或法院對此抗辯事由「以名義上助理請領助理費後交給實質助理」之存在或不存在負舉證(調查)責任。

(三)外國立法例關於刑事舉證責任的規定

1. 美國法

美國法「舉證責任」(burden of proof)一詞有二個意義，廣義的「舉證責任」包括「提出證據責任」(burden of producing evidence)與「說服責任」(burden of persuasion)；狹義的「舉證責任」則與「說服責任」同義⁴。美國聯邦證據法對舉證責任之規定較簡單，而加州證據法規定較詳細、清楚，因此以下引用聯邦法及加州證據法說明。

(A)、檢察官的提出證據責任

當事人一方主張某特定事實，為使該主張得以成為有效爭點，負有向法院提出足以支持其主張有相當證據之責任，稱為「提出證據責任」，若未履行「提出證據責任」，該主張即不能成為有效爭點，法院得逕為對其不利之認定⁵。故通常主張有某項積極事實之一方，應先負「提出證據責任」，舉證之前，對方並無舉證反駁義務。例如加州證據法第110條對「提出證據責任」即定義：「提出證據責任係當事

⁴ See Miguel A. Mendez, Presumptions and Burden of Proof: Conforming the California Evidence Code to the Federal Rules of Evidence, 38 U.S.F. L. Rev. 139, 142 (Fall, 2003).

⁵ Patterson v. New York, 432 U.S. 197, 230-231 (1977), (“The State normally may shift to the defendant the burden of production, that is, the burden of going forward with sufficient evidence “to justify [a reasonable] doubt upon the issue. If the defendant’s evidence does not cross this threshold, the issue – be it malice, extreme emotional disturbance, self-defense, or whatever – will not be submitted to the jury.”).

人一方有提出足夠證據的義務，以免就特定爭點受到不利認定。⁶」加州證據法第 550 條規定：「(a) 某特定事實若無其他證據存在，法院就該事實將受不利認定之一方，對於該事實有提出證據之責任。(b) 對於特定事實有說服責任之一造，對該事實需先負提出證據之責任。⁷」

具體言之，因檢察官主張被告犯罪，審判開始後，檢察官有先提出證據證明被告犯罪事實的責任，此種程序稱為 prosecution's case in chief。檢察官舉證完畢時，最少需證明至「表面證據」程度 (prima facie case)，亦即若採信該證據，在無相反證據情形下，可據以認定其所證明之事為真實的程度，此乃檢察官的「提出證據責任」，檢察官若未能證明至表面證據程度，被告可請求法院逕為無罪判決 (directed verdict of acquittal)。因檢察官對被告犯罪行為負有「說服責任」，故對構成要件的所有要素均負有「提出證據責任」。

(B)、檢察官的說服責任

「說服責任」乃當事人一造使裁判者於證據調查後採信其主張之舉證責任，加州證據法第 115 條明文：「說服責任係當事人一方藉由證據使事實裁判者或法院就某事實建立必要心證程度的義務。⁸」因無罪推定原則，且被告無自證己罪的義務，證明被告為構成要件行為之「說服責任」當然由檢察官負擔，檢察官若未盡「說服責任」，被告將受無罪判決。

檢察官「說服責任」的程度為何？美國法係把心證程度依高低秩序分為下列三大門檻：「無合理懷疑」(beyond a reasonable doubt)、

⁶ California Evidence Code, §110, (“Burden of producing evidence” means the obligation of a party to introduce evidence sufficient to avoid a ruling against him on the issue.”).

⁷ California Evidence Code, §550, (“(a)The burden of producing evidence as to a particular fact is on the party against whom a finding on that fact would be required in the absence of further evidence. (b) The burden of producing evidence as to a particular fact is initially on the party with the burden of proof as to that fact.”).

⁸ California Evidence Code, §115, (“Burden of proof” means the obligation of a party to establish by evidence a requisite degree of belief concerning a fact in the mind of trier of fact or the court. ...”).

「明確證據」(clear and convincing evidence)、「過半證據」(preponderance of the evidence, 或譯為「優勢證據」)。美國絕大多數民事案件以「過半證據」為勝負判決的心證門檻,亦即比較雙方所提出之證據,比較佔優勢的一方將獲得勝訴。有些民事案件(例如政府以人民為被告起訴之民事案件)以「明確證據」作為勝負判決的心證門檻,有學者及實務家嘗試將之賦予百分比,認為「明確證據」心證程度百分比大約在 70%至 80%之間⁹。

有罪判決因為剝奪人民的生命、自由權,影響至鉅,故需要更高的心證門檻才可為之,美國聯邦最高法院 1970 年在 Winship 案判決表示:聯邦憲法增修條文第 5 條、第 14 條正當程序原則要求每一個構成犯罪事實要素證明至「無合理懷疑」的程度,才可宣告被告有罪。美國 Massachusetts 州首席大法官 Shaw 在 Commonwealth v. Webster 解釋何謂「無合理懷疑」闡述:「它並非指任何可能的懷疑,因為所有人類事情,都有可能性或想像的懷疑。」¹⁰在 Victor v. Nebraska 案,法院以「不會使得一般有理性的人產生猶豫的心證程度」為「無合理懷疑」定義¹¹,目前此定義成為最普遍被接受的想法¹²。心證程度雖然很難量化,但美國陸續仍有學者及實務家嘗試將「無合理懷疑」賦予百分比,結果問卷調查發現其百分比大約在 90%至 95%之間¹³,但參考價值難以探究。

(C)、被告的提出證據責任

依美國聯邦法及州法,檢察官舉證完畢後,被告若選擇沈默,不

⁹ Elisabeth Stoffelmayr & Shai Seidman Diamond, *The Conflict between Precision and Flexibility in Explaining "Beyond a Reasonable Doubt,"* 6 PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY, AND LAW 769, 774 (2000).

¹⁰ Commonwealth v. Webster, 59 Mass. 295 (1850) ("What is reasonable doubt?... It is not mere possible doubt; because everything relating to human affairs,...is open to some possible or imaginary doubt.").

¹¹ Victor v. Nebraska, 511 U.S. 1, 20-21 (1994).

¹² See Jon O. Newman, *Beyond 'Reasonable Doubt,'* 68 N.Y.U.L. REV. 979 982 (1993) (describing 'hesitate to act' as most widely used explanation).

¹³ Elisabeth Stoffelmayr & Shai Seidman Diamond, 同註 9, 774 頁。

作任何主張或抗辯，則被告沒有任何舉證責任，由法官或陪審團判斷檢察官是否證明至「無合理懷疑」程度。若被告提出無罪答辯或答辯其所犯為較輕罪名時，其抗辯方式分為「構成要件不該當」(negating defense)及「積極抗辯」(affirmative defense)2類。亦即，被告主張某項構成要件要素不該當時(例如檢察官起訴被告殺人，被告否認有殺人犯意)，如檢察官已提出足夠支持其主張之「表面證據」，被告為求勝訴，另提出積極主張，用以反駁檢察官之主張，亦負「提出證據責任」。

以常見之被告提出不在場抗辯為例，若被告單純主張案發時不在犯罪現場，此單純為構成要件該當性的否認，並無其他積極主張，被告不用負舉證責任；若被告主張案發時伊在犯罪現場以外之某處，其性質為否認構成要件該當的抗辯，美國有些州認為此種抗辯是對檢察官舉證反駁的主張¹⁴，僅負提出證據責任；有些州認為被告對於此種抗辯事項擁有特別知識，是「積極抗辯」，被告應負說服責任¹⁵。但不論此抗辯定義上是否為「積極抗辯」，因被告主張案發時其在犯罪現場以外之處，此主張有利於被告，且被告對於此事項擁有特別知識，故被告對此項積極主張(或積極抗辯)至少應負「提出證據責任」¹⁶。

例如美國聯邦刑事訴訟規則 Rule 12.1(a) 即規定：「於接到檢察官陳明犯罪發生時間、日期、地點的書面要求後，辯方需於十日內

¹⁴ See, e.g., *Greene v. Texas*, 928 S.W. 2d 119, 125 (Tex. App. San Antonio 1996) (“Alibi is not a statutory defense and it is not an affirmative defense. Alibi is not a defense within the accurate meaning of the word, but is a fact shown in rebuttal of the state’s evidence.”); *Robertson v. Warden, Waryland Penitentiary*, 466 F. Supp. 262, 263 (D. Md. 1979) (“[A]n alibi defense is certainly not an affirmative defense.”); *Harkness v. State*, 590 S.W.2d 277 (Ark. 1979); *Williams v. State*, 671 P.2d 635 (Nev. 1983); *Christian v. State*, 555 S.W.2d 863 (Tenn. 1977); *State v. Romero*, 554 P.2d 216 (Utah 1976).

¹⁵ See, e.g., *Simmons v. Dalsheim*, 543 F. Supp. 729, 737 (S.D.N.Y. 1982) (“The defense of ‘alibi’ is plainly an affirmative defense that seeks to negate an element of the crime charged.”); *State v. Alexander*, 245 S.E.2d 633, 637 (W. Va. 1978) (“Alibi is an affirmative defense but does not relieve the prosecution of proving beyond a reasonable doubt the actual presence of the accused at the time and place of the commission of the crime when personal presence is essential thereto.”); *State v. Kopa*, 311 S.E.2d 412, 417 n.2 (W. Va. 1983) (“In West Virginia, ... alibi has long been characterized as an affirmative defense”).

¹⁶ See, e.g., *Jackson v. State*, 374 A. 2d 1 (Del. 1977).

或法院指定期間內以書面通知檢察官將會提出不在場抗辯，該通知並應陳明被告主張其案發時所在的確實地點，以及被告欲建立不在場抗辯之證人的姓名及住址。¹⁷」檢察官也應向辯方提出可以證明被告在場的證人名單及住址¹⁸。若於審判前或審判中一造臨時發現不在場證人或是在場證人者，應即時通知他造¹⁹，違反上開規定者，法院得禁止該證人作證²⁰。

被告「提出證據責任」的門檻比檢察官低，以「有合理懷疑」(a reasonable doubt) 的程度為已足²¹，若被告舉證未達此程度，法院將拒絕考慮被告所提出之該主張或抗辯²²。若被告只負提出證據責任、不負說服責任時，能證明被告案發時在其他處所至「有合理懷疑」的程度，因被告對「非犯罪主體」並無終局的說服責任，檢察官對「被告確實為犯罪主體」負有說服責任，故檢察官若無證據推翻被告抗辯時，通常表示檢察官無法證明被告有罪至「無合理懷疑」的程度，被告即應獲無罪判決²³。但被告若不能提出證據證明其「在犯罪現場以外處所」至「有合理懷疑」的程度，雖理論上其抗辯仍有可能性，但因未盡其「提出證據責任」，尚不成為有效爭點，法院無需加以考量，

17 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1 (a), (“Upon written demand of the attorney for the government stating the time, date, and place at which the alleged offense was committed, the defendant shall serve within ten days, or at such different time as the court may direct, upon the attorney for the government a written notice of the defendant’s intention to offer a defense of alibi. Such notice by the defendant shall state the specific place or places at which the defendant claims to have been at the time of the alleged offense and the names and addresses of the witnesses upon whom the defendant intends to rely to establish such alibi.”).

18 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1 (b).

19 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1 (c), (“If prior to or during trial, a party learns of an additional witness whose identity, if known, should have been included in the information furnished under subdivision (a) or (b), the party shall promptly notify the other party or the other party’s attorney of the existence and identity of such additional witness.”).

20 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1 (d), (“Upon the failure of either party to comply with the requirements of this rule, the court may exclude the testimony of any undisclosed witness offered by such party as to the defendant’s absence from or the presence at the scene of the alleged offense. ...”)

21 See *Frazier v. Weatherholtz*, 572 F.2d 994, 995 (4th Cir. 1978) (upholding a Virginia jury instruction placing on the defendant the burden of proving self-defense, “but only to the extent of raising in the minds of the jury a reasonable doubt”).

22 Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses* 4(a), 20 N.7 (1984).

23 See, e.g., *Miller v. State*, 660 S.W.2d 95 (Tex. Crim. App. 1983).

僅需考慮檢察官所提出之證據是否足以為有罪判決。

(D)、被告的說服責任

「積極抗辯」(affirmative defense) 一詞，我國元照英美法詞典將之翻譯為「肯定性答辯」、「積極的答辯」，並解釋：「指被告並不否認原告所主張之事實的真實性，而是提出其他的理由來說明為什麼自己不應承擔責任的答辯。……在刑事訴訟中，構成肯定性答辯的事由包括精神失常、醉酒、自衛、無意識行為(automatism)、不在犯罪現場(alibi)、受脅迫等。」依美國聯邦最高法院之解釋，「積極抗辯」一般是指被告對擁有特別知識之阻卻違法或阻卻責任或減免罪責事由，可被公平地被要求負舉證責任之抗辯²⁴。但如前所述，也包括少數構成要件不該當之抗辯(例如抗辯案發時被告在其他處所)²⁵。

檢察官舉證完畢後，被告若主張有阻卻違法、阻卻責任或減免罪責事由之「積極抗辯」，因為該等事由對被告有利，且被告對該事由有特殊知識，比較瞭解何處取得證據證明該事由，若使檢察官對此等事由負舉證責任，被告可能胡亂抗辯或故意隱匿證據以混淆真相，因此被告不僅負有「提出證據責任」，並負「說服責任」，且被告提出「積極抗辯」有期間限制。雖檢察官、被告均可能負「說服責任」，其心證程度門檻則有所不同。被告說服責任舉證程度無庸至「無合理懷疑」程度，一般僅以「過半證據」為已足²⁶，但也有以「明確證據」或「無合理懷疑」為心證門檻者。

24 Martin v. Ohio, 480 U.S. 228, 230 (1987) (An affirmative defense is defined to be “an excuse or justification peculiarly within the knowledge of the accused, on which he can fairly be required to adduce supporting evidence.”).

25 State v. Cohen, 568 So. 2d 49, 51-52 (Fla. 1990) (“an ‘affirmative defense’ is any defense that assumes the complaint or charges to be correct but raises other facts that, if true, would establish a valid excuse or justification or a right to engage in the conduct in question. An affirmative defense does not concern itself with the elements of the offense at all; it concedes them.”).

26 Stephen Michael Everhart, *Putting a Burden of Production on the defendant Before Admitting Evidence that Someone Else Committed the Crime Charged: Is It Constitutional?* 76 NEB. L. REV. 272, 289 (1997). United States v. Deleveaux, 205 F.3d 1292, 1298-99 (11th Cir. 2000) (holding defendant’s assertion of an affirmative defense may require the defendant to prove the defense by a preponderance of the evidence).

例如聯邦法 18 U. S. C. 17(b) 規定：「被告負精神喪失的舉證責任，證明程度為明確證據程度」²⁷。聯邦刑事訴訟規則 Rule 12.2(a) 規定被告主張心神喪失者，必須於審前聲請期間或法院所指定之期間，以書面通知檢察官，逾期原則上不得提出²⁸。加州證據法第 500 條明文：「除法律另有規定外，主張某一請求或抗辯之一方，對於攸關該請求或抗辯之事實之存在或不存在，負說服責任。」²⁹就被告的「說服責任」，加州證據法第 115 條另規定：「除法律另有明文外，說服責任以過半程度為已足。」³⁰加州刑法 1369(f) 規定：除非被告能證明心智喪失至過半程度，否則推定被告心智健全³¹。在 *People v. Laietta* 案³²，被告 Laiett 涉嫌向被害人 Friedman 恐嚇取財，起訴後，被告主張 Friedman 為警察線民，本案是陷害教唆。法院認為被告就被引誘犯罪一事負有「過半證據」程度的舉證責任。

美國聯邦最高法院在 *Patterson v. New York* 案，對被告「積極抗辯」負說服責任提出較仔細解釋，該判決影響至今。本案被告 Patterson 婚後不久即與其妻感情不睦分居，嗣因認為其妻與前男友死灰復燃，持槍至其妻住所射殺其前男友，檢察官起訴被告犯二級謀殺罪，被告提出「積極抗辯」，主張當時他情緒極度失控，應僅構成過失致死罪(manslaughter)。依據紐約州州法，行為人因合理事由情

27 18 U.S.C. 17(b) (1986), (“The defendant has the burden of proving the defense of insanity by clear and convincing evidence.”).

28 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.2 (a) (“If a defendant intends to rely upon the defense of insanity at the time of the alleged offense, the defendant shall, within the time provided for the filing of pretrial motions or at such later time as the court may direct, notify the attorney for the government in writing of such intention and file a copy of such notice with the clerk. If there is a failure to comply with the requirements of this subdivision, insanity may not be raised as a defense. ...”).

29 California Evidence Code, §500, (“Except as otherwise provided by law, a party has the burden of proof as to each fact the existence or nonexistence of which is essential to the claim for relief or defense that he is asserting.”).

30 California Evidence Code, §115, (“...Except as otherwise provided by law, the burden of proof requires proof by a preponderance of evidence.”).

31 Cal. Penal Code 1369(f) (“It shall be presumed that the defendant is mentally competent unless it is proved by a preponderance of the evidence that the defendant is mentally incompetent.”) (West 2000).

32 *People v. Laietta*, 30 N.Y. 2d 68 (1972).

緒極度失控而殺人³³，僅構成過失致死罪(類似我國之義憤殺人罪)。紐約州州法要求被告提出「積極抗辯」時，對該抗辯事由為真實負有說服責任，其證明程度為過半心證門檻。州地方法院判處謀殺罪，被告不服提起上訴，上訴理由主張州法要求被告應就「情緒極度失控」一節負說服責任，違反聯邦憲法修正案第 14 條正當法律程序。州上訴法院及美國聯邦最高法院均維持州地方法院之判決。

美國聯邦最高法院於本案表示：依英美普通法(common law)原則，被告提出「積極抗辯」時，包括欠缺違法性(justification)、欠缺有責性(excuse)及減輕罪責(alleviation)事由，應負證明責任³⁴。憲法正當法律程序僅要求檢察官對法律明文規定之犯罪構成要件要素負舉證責任，證明至「無合理可疑」程度。被告主張行為時「情緒極度失控」，屬於減輕刑責之「積極抗辯」，憲法不要求檢察官證明減輕事由之不存在，州法為避免刑事程序過度無效率、昂貴及造成結果不正義，要求被告對此負舉證責任，心證門檻為過半程度，與憲法正當法律程序無違³⁵。

33 Id. at 199 (quoting New York Penal Law § 125.20(2)(McKinney 1975))

34 Patterson, 432 U.S. 197, 202 ("In determining whether New York's allocation to the defendant of proving the mitigating circumstances of severe emotional disturbance is consistent with due process, it is therefore relevant to note that this defense is a considerably expanded version of the common-law defense of heat of passion on sudden provocation and that at common law the burden of proving the latter, as well as other affirmative defenses -- indeed, "all... circumstances of justification, excuse or alleviation" -- rested on the defendant. 4 W. Blackstone, Commentaries *201; M. Foster, Crown Law 255 (1762); Mullaney v. Wilbur, supra, at 693-694. This was the rule when the Fifth Amendment was adopted, and it was the American rule when the Fourteenth Amendment was ratified.").該判決並表示：早於 Leland v. Oregon 案 343 U.S. 790 (1952)及 Rivera v. Delaware 案 429 U.S. 877 (1976)，聯邦最高法院就表示：州法可對主張行為時心智喪失的被告要求其負舉證責任，Oregon 州法甚至規定被告舉證責任的心證門檻達無合理懷疑程度，而 Delaware 州法規定被告的舉證責任心證門檻為過半程度，該 2 案分別被聯邦最高法院宣告合憲。

35 Patterson, 432 U.S. 197, 209-210. ("To recognize at all a mitigating circumstance does not require the State to prove its nonexistence in each case in which the fact is put in issue, if in its judgment this would be too cumbersome, too expensive, and too inaccurate.... We therefore will not disturb the balance struck in previous cases holding that the Due Process Clause requires the prosecution to prove beyond a reasonable doubt all of the elements included in the definition of the offense of which the defendant is charged. Proof of the non-existence of all affirmative defenses has never been constitutionally required; and we perceive no reason to fashion such a rule in this case and apply it to the statutory defense at issue here.").

2. 德國法

歐陸法系與英美法系雖均要求檢察官對起訴事實負舉證責任至相當程度，但歐陸法系刑事訴訟制度不採對抗模式，歐陸不論德國法或法國法，皆無說服責任的規定³⁶。以德國法為例，依德國法的犯罪階層體系，犯罪構成要件該當性、違法性與有責性，同屬犯罪成立要件，也同樣適用疑利被告(即罪疑唯輕)原則。因此，構成要件該當時，不具阻卻違法事由，且被告具有責任能力，均同屬應被證明至有罪確信的犯罪成立要件；因法官負有部分調查職責，若於調查證據程序之後，依照自由心證仍然無法形成對於被告罪責的確信時，即應適用疑利被告原則³⁷。

詳言之，基於起訴法定原則(德國刑事訴訟法第 152 條、第 170 條)，檢察官於偵查結果具有提起公訴之充分理由時(即被告之行為有足夠犯罪嫌疑、有罪判決之高度可能時)，提起公訴。起訴後並擔負實施公訴之任務。德國刑事訴訟法第 244 條第 2 項規定：「法院為查明真相，應依職權，將證據調查涵蓋於對裁判具有重要性之所有事實及證據方法。」此為法院的調查原則。德國刑事訴訟法第 261 條規定：「證據調查之結果，由法院依其自由的、依全部審理所得之確信裁判之。」此為法官自由評價證據原則/自由心證。依以上規定，事實審法院應依全部審理所得之確信下裁判。若被告答辯，與緘默不同，該答辯為法官自由評價證據的範圍。對於答辯的評價要求與其他證據方法相同，事實審法院要基於證據調查結果的整體評價，來建立答辯正確與否之確信。被告為減輕自己罪責的供述，若沒有足夠依據且其真實性有疑問，事實審法官不能僅因沒有直接證據反對該減輕罪責的供述，就直接採該減輕罪責的供述為裁判基礎³⁸。

36 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 1 日，139 頁，153 頁。

37 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 1 日，139 頁，148 頁。

38 請參照德國刑事訴訟法 Karlsruher 註釋書，作者 Ott，2019 年第 8 版，德國刑事訴訟法第 261 條，邊碼 89 至邊碼 90 的說明，即 KK-StPO/Ott, 8. Aufl. 2019, StPO § 261 Rn.89-90。以及德國

依德國刑事訴訟法第 246 條第 1 項規定，「不得因為證據方法或待證事實過遲提出，而駁回證據調查之聲請。」³⁹因為這可能與刑事訴訟發現實體真實的目標相抵觸。惟為防止拖延訴訟，德國刑事訴訟法第 244 條第 3 項規定：「(第 1 句)當個別證據調查不合法時，應駁回證據調查聲請。(第 2 句)除此之外，僅於下列情況方得駁回證據調查聲請；……聲請係為拖延訴訟而提出……時。」為了促進訴訟，2017 年 8 月 17 日修正、同年 9 月 24 日生效之德國刑事訴訟法第 244 條第 6 項第 2 句至第 4 句規定「當事人聲請調查證據的期限」，該規定將聯邦最高法院先前就拖延訴訟案例⁴⁰所發展的實務作法明文化，聯邦憲法法院也已肯認該實務作法合憲⁴¹。德國刑事訴訟法第 244 條第 6 項規定：「(第 1 句)駁回證據調查聲請，須以法院裁定為之。(第 2 句)於依職權計畫之證據調查完畢後，審判長得定提出證據調查聲請之適當期限。(第 3 句)於期限屆至後所提出之證據調查聲請，得於判決中決定；但於期限屆至前不可能提出證據調查聲請者，不在此限。(第 4 句)若證據調查聲請於期限屆至後提出，應於聲請中釋明不可能遵守期限之事實。」據此，審判長依職權調查證據完畢後，可規定一個聲請調查證據的適當期限。在這個期限之後的證據調查聲請，可以在判決中說明不調查該項證據(德國刑事訴訟法第 244 條第 6 項第 3 句前半段)。

當證據調查之聲請目的係為了拖延訴訟時，修法前原可依德國刑事訴訟法第 244 條第 3 項駁回之，但因為法院原則上應在審理程序以裁定駁回證據調查之聲請，所以仍有一定程度的訴訟拖延。依新法，

刑事訴訟法 Münchener 註釋書，作者 Miesbach，2016 年第 1 版，德國刑事訴訟法第 261 條，邊碼 167 至邊碼 168 的說明，即 MüKoStPO/Miebach, 1. Aufl. 2016, StPO § 261 Rn. 167, 178。

³⁹ 本段以下德國刑事訴訟法之中譯，係參照「連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月。」之內容，並對照最新修正條文原文後所擬。

⁴⁰ 德國聯邦最高法院 2008 年 9 月 23 日刑事第一庭 484/08 裁定，BGH, Beschluss vom 23. 9. 2008 - 1 StR 484/08 (LG Münster), 即 BGHSt 52, 355。

⁴¹ 德國聯邦憲法法院 2009 年 10 月 6 日第二庭第二審查庭 2580/08 裁定，BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 6. 10. 2009 - 2 BvR 2580/08, 即 BVerfG NJW 2010, 592。何賴傑，訴訟迅速原則之具體實踐—以德國刑事訴訟晚近發展為例，月旦法學雜誌，2014 年 6 月，第 229 期，第 48 頁。

德國法院可將該沒有客觀上理由而遲延提出的證據調查聲請，評價為意圖拖延訴訟的重要表徵，並在判決中說明即可⁴²。德國刑事訴訟法第 312 條至第 332 條為上訴第二審之規定，其中第 332 條規定：「除此之外，適用第 2 編第 6 章關於審判期日之規定。」而第 2 編第 6 章關於審判期日之規定為第 226 條至第 275 條。是以，德國刑事訴訟法第 244 條關於當事人聲請調查證據之期限的規定，於第二審亦有適用。

德國刑事訴訟法第 244 條第 2 項規定法院的調查原則，該規定與我國刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定類似，但操作結果與我國炯異。易言之，德國法院因負職權調查、真實發現之義務，應依全部審理所得之確信下裁判，若判決無罪，亦係基於全部審理所得之確信，而非以檢察官舉證不足為由。遑論本案係因被告於第二審始提出積極抗辯，且被告並無至第二審始能提出積極抗辯的理由，依前述德國刑事訴訟法關於當事人聲請調查證據期限之規定意旨，被告於第二審始提出積極抗辯，可能被認定為拖延訴訟而駁回證據調查之聲請。

3. 歐洲人權法院

檢察官負擔舉證責任之原則，得否以立法方式創設例外，免除檢察官某一構成要件要素之證明責任？若可，因該要素存否不明時，被告將負擔不利益，固此等立法需有合理界限，其界限為何？林鈺雄教授就立法對舉證責任分配之影響，曾為文詳細介紹⁴³：歐洲各國均有經由立法產生之舉證責任轉換情形，其中一種立法形式，即僅以客觀事實規定某些犯罪成立要件，而不規定其主觀認知，以免除檢察官難以證明被告主觀心態的舉證困境。因歐洲人權公約簽約國包括普通法

⁴² Niedernhuber: Die StPO-Reform 2017 – wichtige Änderungen im Überblick, JA 2018, 169, 173f. KK-StPO/Krehl, 8. Aufl. 2019, StPO §244 Rn. 87d. 何賴傑，訴訟迅速原則之具體實踐—以德國刑事訴訟晚近發展為例，月旦法學雜誌，2014 年 6 月，第 229 期，第 49-50 頁。

⁴³ 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 1 日，139 頁，149-151 頁。

體系之英國及歐陸法之德國及法國，因此歐洲人權法院面對舉證責任分配及有罪心證的證明標準問題，必須跳脫不同法系舉證責任的歧異，以建立標準。

歐洲人權法院在 *Salabiaku v. France* 案⁴⁴就上開問題作出標竿裁判，以後相關裁判皆援引該裁判作為依據⁴⁵。本案事實是被告 S 受通知到巴黎機場領取一件薩伊航空某航班之包裹，S 在機場找不到包裹，便在航警協助下找到一件上鎖但無人領取的行李，行李上貼該航班標誌但沒有名字。航警依監督該行李之警察指示，建議 S 將該行李留在原處，因為裡面可能含有違禁品。然而 S 仍取走行李，並於通關時選擇走不須申報的路線，隨後遭海關人員拘留，打開該行李箱，發現食品下藏 10 公斤大麻葉及種子，S 當場辯稱其是在航警建議下誤將行李當成其包裹。兩天後，薩伊航空打電話給 S 的房東，告知有一個標有 S 姓名和住址的包裹誤寄至布魯塞爾，案經預審法官處理，打開包裹後發現裡面是食物。

S 隨後被以非法輸入麻醉藥品罪及走私違禁品罪起訴，非法輸入麻醉藥品罪部分無罪確定，因與本案爭點無關，不作討論。走私違禁品罪部分，依照法國海關法第 392 條第 1 項規定：未向海關通報而將違禁品帶入法國境內的持有人，皆被推定為有法律責任，除非持有人能證明有無法預見或避免的不可抗力免責事由。本案走私違禁品罪歷審皆為有罪判決，S 主張該法條違反歐洲人權公約第 6 條第 1 項、第 2 項的公平審判與無罪推定原則。法國廢棄法院(終審法院)認為：法院從被告持有行李箱之事實推定其走私違禁品，此種推定仍可藉由不可歸責於行為人或無法避免的事由而予推翻，本案有利被告之證據既不能推翻該推定，原判決並無違誤。S 乃向歐洲人權委員會申訴，並提交歐洲人權法院。法國政府及歐洲人權委員會多數意見認為：依照

⁴⁴ ECHR, *Salabiaku v. France*, 1988, Series A no. 141-A.

⁴⁵ 關於該案之介紹，詳見林鈺雄，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 1 日，139 頁，144-146 頁。

系爭海關法，只要檢察官證明被告有「持有違禁品通關」的客觀事實，就足以構成犯罪，無需證明持有人有無「走私意圖」或過失的主觀要件，系爭規定屬舉證責任的分配。

歐洲人權法院於本案表示：事實與法律的推定普遍存在於各個法系，歐洲人權公約原則上不禁止此種推定，惟公約第 6 條第 2 項無罪推定對內國法此種推定仍有合理界限，即必須「考慮爭點的重要性」(take into account the importance of what is at stake⁴⁶)和「維護被告的防禦權」(maintain the rights of the defense)。本件系爭法條不以主觀要件為必要，法國法院從申訴人持有行李箱之事實，推定其走私違禁品，內國法院容許被告提出不可抗力抗辯，被告仍有因此獲判無罪的防禦可能性，法國法院上開有罪判決並不違反無罪推定原則。

依林鈺雄教授之研究，歐洲人權法院通常都維持內國法以立法調整舉證責任分配的判決，林教授引用國際人權法學者 S. Trechsel 對 Salabiaku 案裁判之評釋，指出本案：「結論可接受但理由值得商榷，尤其是忽略了首要的正當性理由：海關立法有其特殊性，其要求輸入物品的持有者必須確實遵守通關的形式程序，換言之，物品持有者通關時本身即負有一個特別注意義務，不可能反過來去期待海關當局證明未盡注意義務的消極事實。⁴⁷」

4. 日本法

日本刑事舉證責任分為客觀的舉證責任與主觀的舉證責任，主觀的舉證責任指爭點形成責任，指當事人希望審理某項事實時應提出一

46 依林鈺雄教授之研究，歐洲人權法院對此要件真義始終未清楚釋明。請參見林鈺雄，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 1 日，139 頁，152 頁。

47 See S. Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, 170-171. 引自林鈺雄，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 1 日，139 頁，152 頁。

定證據的責任；客觀舉證責任即「說服責任」，指事實真相不明時，將處於不利地位之一方所承擔的責任⁴⁸。

日本原則上由檢察官負客觀舉證責任，被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由時，被告有主觀的舉證責任；但對阻卻違法、阻卻責任事由之不存在，通說原則仍由檢察官負客觀舉證責任，但於可以合理推認證明事項由被告負舉證責任比較方便時，例外由被告負客觀舉證責任。例如：1. 證明不屬於刑法第 207 條同時傷害的事實；2. 證明刑法第 230 條有關損害名譽的揭發事實之真實性；3. 證明對於不知道兒童福祉法第 60 條第 3 款中兒童年齡一節無過失；4. 證明不存在爆炸物品取締法罰則中的犯罪目的；5. 證明各種處罰法人和企業主的兩罰規定中違反必要的注意義務等等⁴⁹。

被告負客觀舉證責任時，日本學說認為其證明程度只要達到優勢程度即可，不必至無合理懷疑程度⁵⁰。但日本實務對被告負舉證責任之要求較學界更高，以誹謗罪為例，檢察官已就行為人故意毀損他人名譽之事盡舉證責任，行為人抗辯其所指摘之事具有真實性及公共性，日本實務認為應由被告負舉證責任，其證明程度應達使審判者確信之程度⁵¹。

(四)我國刑事舉證責任分配學說

被告提出積極抗辯後，若已盡提出證據責任，是否應負「說服責任」？其心證程度門檻為何？我國法律既乏明文，論者主要有下列二說。

48 田口守一著，張凌、于秀峰譯，刑事訴訟法，第 5 版，中國政法大學出版社，2010 年，275 頁。

49 田口守一著，張凌、于秀峰譯，刑事訴訟法，第 5 版，中國政法大學出版社，2010 年，275 頁。

50 田口守一著，張凌、于秀峰譯，刑事訴訟法，第 5 版，中國政法大學出版社，2010 年，275 頁。

51 請參見三井誠，舉證責任的推定(3)，法學教室，第 218 期，1998 年 11 月，131 頁；引自陳運財，刑事訴訟之舉證責任與推定，收錄於「刑事證據法則之新發展—黃東熊教授七秩祝壽論文集」，學林，2003 年 6 月，489 頁。

1. 由被告提出證據，法院依職權調查

對此問題，陳樸生教授認為⁵²：我國刑事訴訟法僅規定檢察官對被告犯罪事實負舉證責任，檢察官僅需證明構成要件該當，即得推定其有違法性及有責性。至於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。

楊雲驊教授認為：司法機關以法的正確認知為其唯一、主要之目的，「在正確的事實只有一個，也就是標準答案只有一個的限制下，法院對判決有影響且有調查可能的證據如果可『裁量不調查』，以致對事實的正確認定產生影響時，法院所要達成的目的是什麼？假設法院明知某一有利(或不利)於被告之證據屬於本決議所認為『得依職權調查之證據』的範圍，且有調查之可能性，但當事人未聲請調查時，法院如可依法『裁量不調查』，則此一看法豈不與刑事訴訟法第二條第一項：『實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。』的法律誠命正好背道而馳。⁵³」因此本文認為，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。⁵⁴」

林麗瑩檢察官同此見解，認為：從當事人進行觀點而言，顯然不應由當事人一方來承擔另一方依照舉證法則所應承擔的責任，不應由檢察官對被告積極有利事項之存在或不存在舉證。如係職權進行訴訟制度，被告主張有利事實卻不積極舉證時，應由法院進行可能的蒐證及調查。我國刑事訴訟現制係在當事人進行原則下兼採職權進行，依

⁵² 陳樸生，刑事證據法，1990年，159頁、177頁。

⁵³ 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會議，月旦法學雜誌，第89期，2002年10月，233頁，242頁。

⁵⁴ 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會議，月旦法學雜誌，第89期，2002年10月，233頁，244頁。

刑事訴訟法第 163 條第 2 項後段規定：「對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之」。故被告主觀舉證責任應該由法官的職權義務加以填補⁵⁵。

吳巡龍檢察官主張⁵⁶：被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯，因該事由有利於被告，且何處可發現阻卻違法或阻卻責任事由之證據，被告應比較清楚，若由檢察官負沒有阻卻違法或阻卻責任事由的舉證責任，被告可能會隱匿相關證據，使真實無法發現，故被告應負有舉證責任。況我國已由職權進行改採兩造對抗制度，被告原則上更應就其積極抗辯事項負舉證責任。此外，對於被告利益有重大關係事項，除非沒有調查之可能性或必要性，法院亦可依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書主動依職權調查是否確實，否則可能構成刑事訴訟法第 379 條第 10 款規定「法院應於審判期日調查之證據而未予調查」之違反。被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯時，本於罪疑唯輕之精神，且被告蒐證能力較弱，參考前述相關美國法律，其「說服責任」證明程度應不以「無合理懷疑」為必要，只要到達「過半證據」已經足夠。因檢察官負有證明被告有刑事可罰性之責任，若被告能提出足夠支持其主張之證據，檢察官即負有證明沒有阻卻違法或阻卻責任事由之舉證責任，為降低誤判的可能性，其證明亦應至「無合理懷疑」程度。

2. 由檢察官負舉證責任

黃東熊教授主張⁵⁷：「形式性舉證責任既不限於那一方當事人負擔：凡於訴訟進行過程中，就某事項，欲阻止審判官形成對己不利之心證，或欲使審判官形成對己有利之心證之當事人，則需依訴訟之進展而提出有關之證據，俾供調查。」「對阻卻犯罪成立之事實，或刑之減免

⁵⁵ 林麗瑩，刑事法上的舉證責任—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，第 5 頁，17-19 頁。

⁵⁶ 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，24-41 頁。

⁵⁷ 黃東熊，刑事訴訟法論，1995 年，第 3 版，379 頁。

事由之事實，或欠缺處罰條件之事實，不僅被告得先提出證據證明，而且，通常均需由被告先為證明後，始由檢察官對上述諸事實之不存在為證明（於此情形，被告所為之證明為，在盡形式性舉證責任，而檢察官所為之證明為，在盡實質性舉證責任）。同時，形式性舉證責任之證明程度，祇要得動搖審判官之心證，或使審判官產生大概可信之心證為已足。至於與確信程度之心證相差之部分，則由法院依職權繼續為調查，或命原負有實質性舉證責任之當事人繼續為證明。」

王兆鵬教授主張⁵⁸：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。」

黃朝義教授認為：在無罪推定原則下，被告理應不被分配舉證責任，且被告有不自證己罪之權利，舉證責任應由檢察官負擔。有認為在當事人主義下，關於違法阻卻事實、責任阻卻事實，被告應負有舉證責任，將造成「罪疑時處罰被告」之結果，違反無罪推定原則，故雖屬較難證明之消極事實，即阻卻犯罪成立事由不存在之事實，仍屬檢察官舉證責任之範圍。若欲使被告負擔舉證責任時，必須存有合理性，例如刑法第 310 條第 3 項誹謗罪規定被告「對於所誹謗之事能證明其為真實者，不罰。」，即為舉證責任轉換之典型⁵⁹。

3. 小結

上開二說，固然各言之成理，但主張由「檢察官負被告積極抗辯事由不存在之說服責任」說理有一個根本缺陷，亦即：使法院產生「合理的嫌疑」(create a reasonable doubt)與使法院「合理的相信」顯屬不同心證程度。以本案言，被告於第二審提出積極抗辯，或許使法院「合理的嫌疑」其抗辯事實有可能為真，但未必使法院「合理的相信」其抗辯事實有可能為真。主張此說者(例如黃東熊教授)似將被

⁵⁸ 王兆鵬，刑事訴訟講義（二），2003 年，232 頁。

⁵⁹ 黃朝義，證據基本概念與舉證責任，警察法學，第 5 期，317 頁，349-351 頁。

告有提出證據使法院「合理的嫌疑」心證程度等同於使法院產生「合理的相信」心證程度，將鼓勵重罪被告胡亂提出積極抗辯並提出偽證，本小利大，司法與發現真實的理想將越行越遠。

況且本件涉嫌詐領議員助理費案情形，貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款立法上並未明文規定為意圖犯，應解讀為立法機關業經由立法免除檢察官對行為人「不法意圖」的舉證責任，除非該立法違憲，否則法院自應依法審理並分配舉證責任。

(五)我國關於被告舉證責任的實務見解

我國刑事訴訟法第 161 條、第 163 條修正後，最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議決議：「一、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。……」。

我國刑事舉證責任只有零星規範於實體法者⁶⁰，對於大多數實體法未規範舉證責任的事項，則應依刑事訴訟法的規定及舉證責任分配的法理來解決。依刑事訴訟法第 161 條、第 163 條條文、立法說明及上開刑事庭會議決議，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；刑事被告得保持緘默，不負自證己罪之義務，此部分並無疑義。

我國刑事舉證責任之歸屬，95 年以前實務認為只有檢察官負舉證責任，被告並無舉證責任。臺灣高等法院 [95 年度上訴字第 4124 號](#)

⁶⁰ 例如刑法第 310 條第 3 項前段規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」依該條文義，被告對於「所誹謗之事為真實」應負舉證責任。

判決是第一件清楚說明被告於何種情況負「提出證據責任」之判決⁶¹，該判決引用吳巡龍檢察官之著作，認為：「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（參見吳巡龍著，刑事舉證責任與幽靈抗辯，月旦法學教室第四十一期）。」

此後，上開見解已廣泛為我國實務界所接受，例如臺灣高等法院 [95 年度上更\(一\)字第 661 號](#)、[95 年度上訴字第 2399 號](#)、[96 年上訴 627 號](#)、[96 年度上訴字第 3139 號](#)、[96 年度上訴字第 4303 號](#)、[99 年上易字第 272 號](#)、臺灣高等法院花蓮分院 [96 年度上訴字第 257 號](#)、臺灣高等法院高雄分院 [107 年度上易字第 817 號](#)、最高法院 [100 年度台上字第 6658 號](#)、[102 年度台上字第 1411 號](#) 判決等等，均持此見解。

就被告是否負部分「說服責任」此問題，最高法院 [100 年度台上字第 6294 號](#) 判決採否定見解，認為：「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

⁶¹ 在此之前，最高法院 [93 年度台上字第 6902 號](#) 判決雖未提到被告提出證據責任，但已採類似見解：「檢察官在訴訟上就其起訴之犯罪事實縱應負責實質之舉證責任，此與被告有得主動向法院提出有利證明方法之訴訟權，係分別處於攻擊與防禦之關係，並非等同，且在論理上檢察官既認被告有犯罪嫌疑而對之提起公訴，請求依刑事訴訟程序確認國家對被告之刑罰權，倘復認檢察官於提起公訴後尚有應為被告積極蒐證以證明其並無被訴犯罪事實之職責，如此在訴訟程序上即陷於攻防角色混淆之矛盾，自難認與上述規定當事人及其職權或權利架構運作之精神相符。原判決以本件依憑上述事證，已足證明上訴人有被訴之違反稅捐稽徵法犯行，而上訴人未能提出任何憑證證明慎銑公司確將工資交付黃銘勳轉發予工人，又不能依上訴人提出其他對其有利之證明方法，為上訴人有利之認定，乃據以論罪科刑，於法自非有何違誤。」

察官蒙受不利之訴訟結果，此為檢察官於刑事訴訟個案中所負之危險負擔，即實質舉證責任。而被告否認犯罪，並不負任何證明責任，僅於訴訟進行過程中，因檢察官之舉證，致被告將受不利益之判斷時，被告為主張犯罪構成要件事實不存在而提出某項有利於己之事實時，始需就其主張提出或聲請法院調查證據，然僅以證明該有利事實可能存在，而動搖法院因檢察官之舉證對被告所形成之不利心證為已足，並無說服使法院確信該有利事實存在之必要。此為被告於訴訟過程中所負僅提出證據以踐行立證負擔，而不負說服責任之形式舉證責任，要與檢察官所負兼具提出證據與說服責任之實質舉證責任有別。苟被告依其形式舉證責任所聲請調查或提出之證據，已證明該有利事實具存在可能性，即應由檢察官進一步舉證證明該有利事實確不存在，或由法院視個案具體狀況之需，裁量或基於義務依職權行補充、輔佐性之證據調查，查明該事實是否存在；否則，法院即應以檢察官之舉證，業因被告之立證，致尚未達於使人產生對被告不利判斷之確信，而逕為有利於被告之認定，不得徒以被告所提出之證據，尚未達於確切證明該有利事實存在，遽為不利於被告之判決。」最高法院 [107 年度台上字第 3910 號](#) 判決同此見解。

(六)本署見解

1. 意圖犯以法律有明文規定者為限

按刑法之故意，係指認識犯罪之構成事實，進而決定為其行為之意思，其中決定為其行為之意思，皆有一定之遠因，即「動機」，通常動機與犯罪之成立無關，或以之為科刑時應予審酌之事項，然於特殊之犯罪，若以之為主觀之不法構成要件者，如刑法分則或特別刑法明文規定以「意圖」為成立要件之罪(英美法稱為“specific intent crimes”)，法律既明定為犯罪構成要件，故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。

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，但因本罪犯罪主體限於公務員，且犯罪行為需有「利用職務上機會」之情形，故罪質較嚴重。但貪污治罪條例第5條第1項第2款之罪並非刑法詐欺取財罪之特別法，此從刑法第339條第1項規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處……」，貪污治罪條例第5條第1項第1款規定：「意圖得利，擅提或截留公款，或違背法令招募稅捐或公債者。」而同條項第2款規定：「利用職務上之機會、詐取財物者。」並無「意圖為自己或第三人不法之所有」、「意圖得利」之規定，立法者未將「不法意圖」列為貪污治罪條例第5條第1項第2款利用職務上機會詐取財物罪之犯罪構成要件要素，依解釋論，似非立法疏漏。

最高法院 [102年度台上字第1448號](#) 判決則認為：「行為人主觀上除須有施用詐術使人交付財物之故意外，尚須有『為自己或第三人不法所有』之意圖，始克相當，屬目的犯（意圖犯）之一種。而所謂『意圖』，即期望之意，亦即犯罪之動機，與責任要件之故意有別；意圖為自己或他人不法之所有，為利用職務上機會詐取財物罪之特別構成要件，倘行為人施行詐術使人交付財物之動機並非為自己或第三人不法所有，其犯罪亦無由成立。」該見解並被部分實務遵循。

本署尊重法院限縮解釋貪污治罪條例第5條第1項第2款規定之職權，但仍應區分立法權與司法解釋權。最高法院 [101年度台上字第5879號](#) 判決即指出：「狹義之法律解釋方法，固有文義解釋、體系解釋、法意解釋（又稱歷史解釋或沿革解釋）、比較解釋、目的解釋及合憲解釋（後五者合稱為論理解釋），及偏重於社會效果之預測與社會目的考量之社會學解釋。然典型之解釋方法，是先依文義解釋，而

後再繼以論理解釋；惟論理解釋及社會學解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義，故如法文之文義明確，無複數解釋之可能性時，僅能為文義解釋，自不待言。」最高法院 [102 年度台上字第 1448 號](#) 判決上開見解，似有未洽。

2. 以名義上助理請領助理費後交給實質助理應由被告負說服責任

我國刑事舉證責任有零星規範於實體法者，例如刑法第 310 條第 3 項前段規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」依該條文義，被告對於「所誹謗之事為真實」應負舉證責任。對於大多數實體法未規範舉證責任的事項，則應依刑事訴訟法的規定及舉證責任分配的法理來解決。

無罪推定原則係現代民主法治國家刑事訴訟的基本原則之一，在我國亦同。其義乃指刑事程序之被告在經過法定審判程序判決有罪之前，應推定其無罪。此原則與立法者藉由立法形成舉證責任分配決定檢察官對被告之「積極抗辯」是否負舉證責任無關，此種情形不論英美法系或歐陸法系皆然。

舉證責任分配基本上有下列三原則⁶²：(1) 主張待證事實者，因其有舉證動機，通常會盡力舉證，應負舉證責任。(2) 對於積極主張之事實有特別知識者，因比對方容易取得相關證據，應負舉證責任。若由對方負舉證責任，不惟事倍功半，且容易導致握有證據者將不利證據湮滅以混淆真相。(3) 凡事以常態為原則，變態為例外，主張常態事實者不負舉證責任，主張變態事實者負舉證責任。

構成要件該當事實存在時，以有違法性、有責性為常態，可推定違法性、有責性存在，檢察官無需再舉證；被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯，因該事由有利於被告，且何處可發現

⁶² Yale Kamisar, Wayne R Lafave, and Jerold H. Israel, *Modern Criminal Procedure*, (West Publishing, 8 ed. 1994) 853.

阻卻違法或阻卻責任事由之證據，被告應比較清楚，若由檢察官負沒有阻卻違法或阻卻責任事由的舉證責任，被告可能會隱匿相關證據，使真實無法發現，故被告應負有舉證責任。況我國已由職權進行改採兩造對抗制度，被告原則上更應就其積極抗辯事項負舉證責任。此外，對於被告利益有重大關係事項，除非沒有調查之可能性或必要性，法院亦可依刑事訴訟法第163條第2項但書主動依職權調查是否確實。因此，刑法第245條第2項規定：「第二百三十九條之罪配偶縱容或宥恕者，不得告訴。」刑法第275條第3項謀為同死而教唆或幫助自殺，此等「縱容或宥恕」、「謀為同死」事由均屬有利於被告的積極抗辯，且被告對該等事由有特別知識，較瞭解何處取得證據，應由被告負舉證責任。

檢察官應以法律所明定犯罪構成要件負舉證責任，對於被告所提抗辯事實之不存在不負舉證責任。被告提出有關犯罪之解釋或免責事由之證據，在性質上專屬於被告所知或被告較容易取得者，應由被告對該事由之真實性負舉證責任。被告對積極抗辯之事實經過及證據比較清楚，若要求檢察官對該事由之不存在負舉證責任將導致司法程序無效率且結果不正義，且將導致所有類似案件之被告均胡亂提出相同的「積極抗辯」，因檢察官無法證明該事由不存在，被告輕易逃避或減輕刑責，造成司法不被社會所信任，刑責無法遏止犯罪。

對於詐領議員助理費案件，本案被告既承認以名義上助理請領助理費，且有其他佐證證實名義上助理沒有實際擔任議員助理職務，被告利用職務上之機會，以上開申報不實方式詐領助理費，檢察官已經證明其行為構成貪污治罪條例第5條第1項第2款公務員詐取財物罪之構成要件。被告提出積極抗辯主張領取助理費後交給實質助理，其若能證明該節，依目前部分實務見解認為不構成本罪，本署對此見解無意見，但前提是被告應負證明責任。

3. 被告說服責任應達過半證據程度

被告主張「積極抗辯」，應先提出足以認為阻卻違法或阻卻、減免責任之抗辯為合理可能之證據，此為被告之「提出證據責任」，若被告無法提出足夠支持其抗辯之證據，即推定沒有阻卻違法或阻卻、減免責任事由。被告主張有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯時，本於罪疑唯輕之精神，且被告蒐證能力較弱，參考前述相關美國法律，其「說服責任」證明程度應不以「無合理懷疑」為必要，只要到達「過半證據」已經足夠。在此之前，法院不得將蒐集該事實有利證據之義務加諸檢察官，或要求檢察官就相反事實提出證明。因檢察官負有證明被告有刑事可罰性之責任，若被告能提出足夠支持其主張之證據，檢察官即負有證明沒有阻卻違法或阻卻責任事由之舉證責任，為降低誤判的可能性，其證明亦應至「無合理懷疑」程度。

參照我國大法官釋字 509 號解釋表示：「至刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，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牴觸。」

亦即，縱使涉及被告憲法言論自由權保護之誹謗罪，大法官仍認為被告需證明至「有相當理由確信其為真實」之程度。則本案被告提出積極抗辯「以名義上助理請領助理費後交給實質助理」，被告應就收款人實際有擔任議員助理工作及收到所有被告不實領取的助理費負「說服責任」，被告抗辯事實若屬真實，此部分舉證應無困難，心證程度應達「過半證據」程度；而非僅令被告負提出證據責任即足。

4. 本案被告就其「積極抗辯」未盡說服責任

被告提出「積極抗辯」宜有期間限制，檢察官雖負有查明對被告有利事證的客觀性義務，但被告應於偵查中適時提出，否則檢察官既認被告有犯罪嫌疑而對之提起公訴，倘復認檢察官於提起公訴後尚有應為被告積極蒐證以證明其並無被訴犯罪事實之職責，在訴訟程序上即陷檢察官於攻防角色混淆之矛盾。乃本案被告陳栢維於第二審才提出積極抗辯，依前述美國法、德國法，皆生失權效效果。我國刑事訴訟法雖無被告提出「積極抗辯」期間限制之規定，但被告陳栢維遲於上訴審始提出系爭抗辯，應影響其抗辯事由之可信性。

被告陳栢維於偵查中即自白犯罪事實，並已全數繳交犯罪所得，且被告陳栢維於偵查中自白略稱：「謝○棋出國期間，謝○棋之土地銀行提款卡由我持有、使用；陳○錦之中國信託銀行帳戶提款卡則交給我老婆（魏○華）提領，領得之薪資由我支用，林林總總，我幾乎都用在跑場選民上面」，經檢察官質之議員每月可向議會請領為民服務費，被告陳栢維復答稱：「一個月只有 9,000 元」，其在庭之辯護人亦陳稱：「被告對本案經過已自白，被告對公費助理運用認知有差距，才有這個行為」（106 年 4 月 21 日、5 月 4 日偵訊筆錄參照）等語，全未提及另有實際聘任「葉○榮」等人、或用以支付其他助理薪資等情。

原審判決理由貳、乙、六略謂：「經查被告陳栢維聲請傳喚 6 位證人，試圖證明所領取的上述助理補助費均有定期或不定期，以各種名義支付給 6 位證人即被告陳栢維的實質上助理：」，並於(一)至(六)臚列證人葉○榮等 6 人之證述內容，於(七)則謂：「綜上所述，各證人除證人葉○榮外，於 101 年甚或更早，至 106 年期間，亦即檢察官起訴詐取財物的這段期間，被告有不定期或定期每月給付各證人，多以車馬費名義大約 5、6 千元，而證人葉○榮之證言則是每月支領自

101年11月迄今，均固定每月給付3萬元，時間即為謝○棋離職的101年11月間，亦即檢察官所起訴被告詐取財物的起始時間。『如證言屬實』，則被告陳栢維於檢察官起訴期間所領取的助理補助費足認全數給付在上述實質助理費用，並無用以自己私人，難認有不法所有之詐欺主觀意圖。」等語。

關於證人葉○榮部分，原審僅查詢證人葉○榮之前案紀錄顯示其確有多項暴力及財產犯罪前科，即謂：「足認證人葉○榮運用其曾在地方上的黑社會資歷為被告調解選民爭端，『非無可能』，」（原審判決書第26頁第18行），流於臆測而未予以論斷證人葉○榮是否確係被告陳栢維之助理而有支領薪資。

再者，經檢視卷內謝○棋名下土地銀行帳戶自101年12月間起之支用情形，其提領之金額1萬元至6萬元均有、偶有5,000元，約以2萬元為多；提領日期月初、月中、月底均有；且每月次數不定，0次、1次、2次、3次均有，也有間隔2月、3月、4月、5月未提領者，帳戶內餘額最多曾累積達21萬餘元，最少僅餘800餘元；陳○錦名下中國信託銀行帳戶自105年8月4日新竹縣議會匯入第一筆薪資起，至105年12月2日始開始有提領紀錄，期間累積薪資達5個月計11萬餘元，此有各該銀行帳戶交易紀錄可考（他字第979號偵查卷第47-50頁、偵字第3396號偵查卷第208-209頁參照），實無法歸納出特定之支用規律，核與證人葉○榮證稱每月1日至10日固定領取3萬元一情相齟齬。

被告陳栢維聲請原審調查之6名證人，除證人葉○榮證稱其自營檳榔攤，有不定時為被告陳栢維處理黑暗面的社會事外，其餘5名證人均明確證稱並未擔任被告助理，只是代為跑場由被告補貼數千元至1萬元不等之「車馬費」等情，均與長期、固定、受議員指揮監督，協助辦理相關議事庶務之助理有間，自難認係受被告陳栢維聘僱之助理。

綜上，被告就其「積極抗辯」未盡說服責任，應不足動搖有罪確信。乃原審既忽略上開確實事證，且未就6名證人所述何者可採、何者不可採論斷，逕假設「如證言屬實」，則被告無不法所有之意圖云云，其判決有不備理由之當然違背法令。

二、爭點二

(一)犯罪競合之學說

競合論之目的在於對行為人的所有犯行、對犯罪不法內涵，進行充分而不過度、不重複的評價，也就是罪刑相當、禁止過度評價及禁止不足評價，以合乎一行為(一罪)不兩罰原則、一事不再理原則的法治國基本要求，主要有下列學說：

1. 意思說(犯意標準說)

以行為人主觀上犯罪意思的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人以單一的故意或過失實現犯罪，僅成立一罪；若行為人以複數的犯意實現犯罪，則成立數罪。

2. 行為說(行為標準說)

以行為人客觀上犯罪行為的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人以單一的行為實現犯罪，僅成立一罪；若行為人以複數的行為實現犯罪，則成立數罪。

3. 結果說(法益標準說)

此說是從犯罪之本質，即可罰性在於法益之侵害的觀點，以行為人所侵害法益的個數，所發生結果的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人的行為侵害一個法益(一個結果)，僅成立一罪；若行為人的行為侵害數個法益(數個結果)，則成立數罪。

4. 構成要件說(構成要件標準說)

以行為人的行為該當構成要件的個數為標準，來判斷一罪或數罪。若行為人的行為該當一個構成要件，僅成立一罪；若行為人的行為該

當複數構成要件，則成立數罪。而構成要件包含行為、行為客體、行為情狀、行為結果、犯意等要素，以構成要件為標準判斷罪數時，皆須考慮上開要素。學者余振華認為因為犯罪的成立以構成要件該當為要件，判斷犯罪的個數依據構成要件為標準，並採刑法學解釋論對構成要件該當次數為評價，是具有適正性的理論基礎，為妥當見解⁶³。

5. 綜合說

綜合考量意思、行為、結果等以決定罪數，必須建立在實質的犯罪觀念上，而非形式的構成要件論上，應以結果(法益)為中心，同時綜合審酌意思、行為等要素。學者陳子平認為應以「該當構成要件所預定之被害法益之單一性為中心，綜合考量對於該法益侵害之犯意單一性或連續性、實行行為之單一性或連續性、被害法益之同一性等等，而判斷該當構成要件之次數，以決定罪數」⁶⁴。

6. 認識上之罪數、評價上之罪數、科刑上之罪數

認識上之罪數係以立法者所制定之各種犯罪類型所從事之事實及類型之判斷，如具有某一罪之構成要件該當性，即成立一罪，如具有某數罪之構成要件該當性，即成立數罪。而如認識上之罪數僅為一罪，則評價上之罪數亦為一罪。如認識上之罪數為數罪，始有評價上之罪數為一罪或數罪之問題。評價上之罪數，係依禁止重複評價原則，求合於比例原則及平等原則之要求所進行判斷，並以法益侵害性作為評價之基礎。科刑上之罪數係就評價上之罪數決定如何科刑，評價上之罪數為一罪時，科刑上之罪數亦為一罪，評價上之罪數為數罪時，即有科刑上之罪數應依一罪或數罪處罰之問題，或為數罪併合論罪、或為數罪中從一重罪處斷，或為數罪以一罪論。此涉及刑罰之目的，亦即如何處罰始能符合刑罰目的⁶⁵。

7. 由行為單、複數出發處理競合論

⁶³ 余振華，刑法總論，三民，修訂三版第1刷，2017年9月，462-464頁。

⁶⁴ 陳子平，刑法總論，元照，四版第1刷，2017年9月，694-696頁。

⁶⁵ 甘添貴，罪數理論之研究，元照，初版第1刷，2006年4月，12-17頁。

犯罪競合之判斷，應先判斷係行為單數或行為複數，當不屬於任何一種行為單數類型時，即為行為複數。行為單數的類型包含自然意義的一行為、構成要件的行為單數以及自然的行為單數。行為個數是單數或複數的判斷，為刑法競合論的起始點。判定為行為單數，競合的結果就只可能是法條競合(屬於不真正競合)或想像競合(屬於真正競合)兩種。判定為行為複數，競合的結果就只可能是與罰前後行為(屬於不真正競合)或實質競合(屬於真正競合)兩種。需先有區分行為單數、行為複數的第一層，再來是區分不真正競合/法條競合的第二層，也就是排除不真正競合的情形後，最後才到成立真正競合，歸納犯罪單數(想像競合)或犯罪複數(實質競合)的第三層層次⁶⁶。

我國學界有將「接續犯」歸納為自然的行為單數，有認為「接續犯」屬於構成要件的行為單數，但在法律涵射時認為「接續犯」是「一行為」，則無異見。接續犯可分為反覆性的構成要件實現行為(例如老師拿藤條體罰學生 20 下)及相續性的構成要件實現行為(例如為毒殺被害人，在兩個月內多次利用機會在被害人的食物下毒)⁶⁷，亦無不同見解⁶⁸。

至於接續犯的判斷標準，通說認為包括下列要件⁶⁹：1. 出於單一犯罪意思；2. 實施數個同種類的行為；3. 個別舉動之間具緊密的時間與空間之關係；4. 客觀上、自第三人角度觀察亦可辨別出行為之間的相關性。但高度個人專屬性法益的侵害，不能成立自然的行為單數。

66 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，578-579 頁。

67 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，590-595 頁。

68 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，122 期，第 9 頁，第 16-18 頁；甘添貴，接續犯與連續犯之界限，軍法專刊，44 卷 2 期，1998 年 2 月，第 1 頁以下；黃惠婷，二〇〇五年刑法重要修正條文：牽連犯與連續犯廢除後罪數認定之基準，月旦法學教室，第 39 期，2006 年 1 月，第 90 頁，第 94 頁以下。

69 林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第 1 刷，2018 年 9 月，591 頁；許玉秀，不能未遂與接續犯，台灣本土法學雜誌，第 8 期，2000 年 3 月，第 128 頁，第 131 頁；陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，122 期，第 9 頁，第 16-18 頁。

其中時間的密接性雖非完全不容許有間隔，但時間間隔是判斷密接性最直接的標準⁷⁰。

(二)我國實務見解

最高法院 [92 年度台上第 4693 號](#) 判決解釋：「如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪（本院 [八十六年臺上字第三二九五號](#)、[七十一年臺上字第二八三七號](#)、[二十八年上字第三四二九號](#) 判例參照）。」此接續犯判斷標準，實務並無異見，並與學界論述相符。惟目前實務對行為人於不同時間（甚至不同年度）分別於公費助理名冊上記載掛名人頭為其公費助理，使承辦公務員登載不實而詐領助理費，應論以一罪或數罪，主要有下列四種不同見解，亟待貴院統一。

1. 數罪併罰

(A) 構成數次公務員利用職務上機會詐取財物罪

臺灣高等法院臺中分院 [104 年度上更\(一\)字第 2 號](#)（黃○珠案，經最高法院以 [104 年度台上字第 3732 號](#) 駁回上訴確定）認為：「(三) 犯罪事實四(一)、(二)、(四)部分

1. 核被告所為，均係犯貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上機會詐取財物罪、刑法第 214 條使公務員登載不實罪。

2. 被告以一行為觸犯上開 2 罪名，均應從一重論以貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務上機會詐取財物罪。

.....

(四) 犯罪事實四(三)部分

⁷⁰ 陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，122 期，第 9 頁，第 18 頁；許玉秀，不能未遂與接續犯，台灣本土法學雜誌，第 8 期，2000 年 3 月，第 128 頁，第 131 頁。

1. 核被告所為，係犯貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上機會詐取財物罪、刑法第 214 條使公務員登載不實罪、刑法第 217 條第 1 項偽造署押罪。……

2. 被告以一行為觸犯上開 3 罪名，應從一重論以貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務上機會詐取財物罪。

……

(五)分論併罰

被告黃○珠所犯 2 次行使偽造私文書罪、1 次使公務員登載不實罪、4 次利用職務上機會詐取財物罪，均犯意各別、行為互殊，應予分論併罰。」

(B) 構成數次使公務員登載不實罪

臺灣高等法院臺南分院 [104 年度上訴字第 656 號](#)(黃○案，經最高法院以 [107 年度台上字第 1241 號](#)駁回上訴確定)認為：「四、查被告 3 人以不實之事項，使議會之承辦人員，將之登載於業務上所掌之公文書，足生損害於雲林縣議會對補助議員遴用助理費用管理之正確性，故其等所為，係犯刑法第 214 條之使公務員登載不實罪。被告 3 人間有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯，其等所犯上開 5 罪，犯意各別，時間及行為均屬可以區分，應予分別論罪，合併處罰。」

2. 以接續犯僅論以一罪

(A) 構成一次公務員利用職務上機會詐取財物罪

臺灣高等法院花蓮分院 [104 年度原上訴字第 11 號](#)判決(楊○金案，經最高法院以 [106 年度台上字第 2999 號](#)判決駁回上訴而確定)認為：

「查被告利用聘用楊○暹為公費助理之職務上之機會，向花蓮縣議會提出『花蓮縣議會議員助理聘任書函』、『花蓮縣議會議員助理簡歷表』、『委託書』、『楊○暹之身分證影本』等行為，使議會每月支給助理補

助費及每年支給春節慰勞金與被告，多次利用職務詐領財物之犯行，及使議會於每屆助理名冊上登錄楊○暹為被告之助理及每年開立楊○暹之各類所得扣繳暨免扣繳憑單，多次使公務員登載不實之犯行，係利用同一機會接續而為同一性質之行為，在時間、場所上極為密接而無間斷，為接續犯而論以一個利用職務機會詐取財物罪及使公務員登載不實文書罪。……又被告以一行為觸犯上開二罪名，為想像競合犯，應從一重之利用職務機會詐取財物罪處斷。」

本案臺灣新竹地方法院 [106 年度訴字第 317 號](#) 判決採此見解，詳見前述。

(B) 構成一次使公務員登載不實罪

本案臺灣高等法院 [106 年度上訴字第 3010 號](#) 原審判決採此見解，詳見前述。

(三) 本署見解

1. 時間間隔是判斷接續犯密接性的重要標準

刑法所稱「接續犯」，係指數個在同時、同地，或密切接近時、地實施，侵害同一法益之行為，因各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全通念，認為在時間差距上，無法強行分割，在刑法評價上，以視為數個行為之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，乃將之包括視為一個行為之接續進行，給予單純一罪評價之謂（最高法院 [86 年度臺上字第 3295 號](#) 判決（前判例）、[103 年度臺上字第 4013 號](#) 判決、[104 年度臺上字第 2443 號](#) 判決、最高法院 [105 年度臺上字第 706 號](#) 判決意旨參照）。學說同此見解，前已論及。時間間隔是判斷接續犯密接性的重要標準，我國學說、實務並無歧見。

2. 本件被告 4 次行為時間間隔相當長、明顯可分，應論 4 罪

本案被告第一次使公務員登載不實日期 103 年 12 月 25 日距第 4 次犯行 105 年 7 月 1 日相距逾 1 年 6 月，縱以最寬之角度檢視是否構成接續犯，仍難認為有時間密接。我國現行實務對於吸毒犯於同日上午、下午兩次吸毒行為，尚論以 2 罪；本案被告第一次申報不實距第 4 次犯行逾 1 年 6 月，全部卻以接續犯論以一罪，恐無法使社會信服。

況被告於 103 年 12 月 25 日、104 年 1 月 1 日、105 年 6 月 1 日分別 3 次於公費助理名冊上記載謝○棋姓名及每月支領金額，與於 105 年 7 月 1 日(第 4 次)於公費助理名冊上記載謝○棋及陳○錦姓名及每月支領金額，侵害行為未完全相同，以接續犯論以一罪顯有錯誤。本署認為依罪數理論，尤其行為說、構成要件說、綜合說、由行為單、複數出發處理競合論，被告之行為應論以 4 次犯罪。

三、言詞辯論之必要性

本件上開二爭點係屬原則上重要性之重大爭議，並非細節問題，且實務經常發生；本件法律爭點雖可以書狀交換方式釐清，但經由言詞辯論及法官提問，應可幫助貴院確實瞭解雙方論點，做出較妥適之決定。

肆、結論

綜上，本署認為被告陳栢維 4 次於公費助理名冊上記載不實公費助理姓名及每月支領金額，其行為日期分別為 103 年 12 月 25 日、104 年 1 月 1 日、105 年 6 月 1 日與於 105 年 7 月 1 日，顯屬不同犯罪行為。被告陳栢維上開行為，係犯 4 次刑法第 214 條使公務員登載不實罪及貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上機會詐取財物罪；被告陳栢維上開行為同時觸犯 2 罪名，為想像競合犯，應依刑法第 55 條規定，從一重以貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款利用職務上機會詐取財物罪處斷；其 4 次犯行應予分論併罰。本案所涉法律爭點

因下級審見解分歧，且具原則重要性，實務經常發生，宜由最高法院行言詞辯論，並一槌定音，爰依刑事訴訟法第386條第1項提出聲請。請撤銷原判決，另為適法之裁判。

此致

最高法院

中 華 民 國 108 年 10 月 21 日

檢察官 蔡瑞宗
陳瑞仁
吳巡龍
黃則儒

伍、附件清冊

附件 編號	附件名稱	頁碼
1	第一屆立法院議案關係文書院總第一二四號、政府提案第七十九號	
2	徐育安，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，345期，2018年6月14日	123頁，128-129頁
3	羅承宗，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，355期，2018年11月14日	11頁，16-17頁
4	California Evidence Code, §110	
5	California Evidence Code, §550	
6	California Evidence Code, §115	
7	Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1	
8	18 U.S.C. 17(b)	
9	Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.2	
10	California Evidence Code, §500	
11	Cal. Penal Code 1369(f)	
12	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1日	139頁，144-153頁
13	德國刑事訴訟法 Karlsruhe 註釋	

	書，作者 Ott，2019 年第 8 版，德國刑事訴訟法第 261 條，邊碼 89 至邊碼 90 的說明，即 KK-StPO/Ott, 8. Aufl. 2019, StPO § 261 Rn. 89-90。	
14	德國刑事訴訟法 Münchener 註釋書，作者 Miesbach，2016 年第 1 版，德國刑事訴訟法第 261 條，邊碼 167 至邊碼 168 的說明，即 MüKoStPO/Miebach, 1. Aufl. 2016, StPO § 261 Rn. 167, 178。	
15	德國聯邦最高法院 2008 年 9 月 23 日刑事第一庭 484/08 裁定，BGH, Beschluss vom 23. 9. 2008 - 1 StR 484/08 (LG Münster), 即 BGHSt 52, 355。	
16	德國聯邦憲法法院 2009 年 10 月 6 日第二庭第二審查庭 2580/08 裁定，BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 6. 10. 2009 - 2 BvR 2580/08, 即 BVerfG NJW 2010, 592。	
17	何賴傑，訴訟迅速原則之具體實踐—以德國刑事訴訟晚近發展為例，月旦法學雜誌，2014 年 6 月，第 229 期	48-50 頁
18	田口守一著，張凌、于秀峰譯，刑事訴訟法，第 5 版，中國政法大學出版社，2010 年	275 頁

19	陳運財，刑事訴訟之舉證責任與推定，收錄於「刑事證據法則之新發展—黃東熊教授七秩祝壽論文集」，學林，2003年6月	489頁
20	陳樸生，刑事證據法，1990年	159頁，177頁
21	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會議，月旦法學雜誌，第89期，2002年10月	233頁，242-244頁
22	林麗瑩，刑事法上的舉證責任—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	5頁，17-19頁
23	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	24-41頁
24	黃東熊，刑事訴訟法論，1995年，第3版	379頁
25	王兆鵬，刑事訴訟講義（二），2003年	232頁
26	黃朝義，證據基本概念與舉證責任，警察法學，第5期	317頁，349-351頁
27	余振華，刑法總論，三民，修訂三版第1刷，2017年9月	462-464頁
28	陳子平，刑法總論，元照，四版第1刷，2017年9月	694-696頁
29	甘添貴，罪數理論之研究，元照，初版第1刷，2006年4月	12-17頁

30	林鈺雄，新刑法總則，元照，六版第1刷，2018年9月	578-579頁，590-595頁
31	陳志輝，牽連犯與連續犯廢除後之犯罪競合問題—從行為單數與行為複數談起，月旦法學雜誌，122期	9頁，16-18頁
32	許玉秀，不能未遂與接續犯，台灣本土法學雜誌，第8期，2000年3月	128頁，131頁