

阻卻犯罪成立事實的被告提出證據責任？

——最高法院111年度台上字第1842號
判決評釋



許澤天
成功大學法律系教授

摘要

犯罪係構成要件該當且違法與有責的行為，只要相關事實在法庭調查後依然在心證上無法產生確信，即有罪疑唯輕的適用。法院從卷證資料或訴訟過程知悉或顯然知悉有關排除犯罪的事實的證據需要調查，縱使被告未提出任何聲請，仍應主動調查。不過，擬予調查的證據必須具有假設經過調查，將合理懷疑可能改變法院對於事實的認知，才應調查。

目次

- 壹、事實摘要
- 貳、爭點
- 參、法院見解
- 肆、評析

DOI: 10.53106/27889866040207

關鍵詞：舉證責任、罪疑唯輕、阻卻犯罪事由、職權調查、無罪推定

壹、事實摘要

B女於檢察官訊問時已稱：我是身心障礙，我有身心障礙手冊，我是過動方面的身心障礙等語，並於第一審、原審時分別提出其中華民國身心障礙證明附卷可稽。然B女於第一審及原審審理期間，在有辯護人協助之情形下，均未據以主張其有刑法第19條之免責或得減輕其刑之事由。且B女到案後於108年3月15日檢察官訊問時，就訊（詢）問人員有關訴訟程序事項之告知及實體事項之問題，均能確切回應及答辯，已如前述，並無不能溝通或充分陳述情形；其後於法院審理時亦無不同。則卷內雖有前述身心障礙證明，然因B女接受詢問、訊問時之反應，並無異常，其本人或辯護人亦未明確主張或陳述其已因第一類輕度障礙等級（ICD診斷：F90.2）而欠缺前述能力，使法院得有合理懷疑。

貳、爭點

被告是否應就無責任能力或減輕能力的事實負有提出證據的責任？

參、法院見解

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，並指出證明方法。固揭示檢察官就被告之犯罪事實應負提出證據並說服之實質舉證責任；然有關被告行為時是否存在阻卻責任之事由（實），應否轉換舉證責任由主張有該等事由之當事人負擔，我國刑事訴訟法並無明文。惟被告受無罪推定及罪疑有利被告原則之保護，無須就自己之無罪舉證，自不應令其負擔阻卻責任事實存在之舉證或說服責任。但一般而言，阻卻事由之存在，應屬例外，且被告較檢察官容易知悉，欲證明該等事由不存在，在舉證上亦較困難。因此，要求檢察官自始就阻卻責任事由之不存在負舉證責任，即屬過分及無益之負擔；僅當被告主張有該等事實或提出一定之證據，並因而使法院得有合理之懷疑時，法院始須曉示檢察官對該等事實之不存在負說服之責任，或依刑事訴訟法第163條第2項但書規定為調查；若被告於審理中並未明確主張阻卻責任事由存在，或雖已主張但並未因陳述或因提出相關證據而使法院得有合理之懷疑時，法院自無曉示檢察官負前述說服責任，或依職權為調查之義務。

肆、評 析

一、需要證明的犯罪事實

刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）第154條第1項明定「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」而被告是否能否被判有罪，取決於已經證明，倘若不能證明即應諭知無罪判決（刑訴法第299條第1項、第301條第1項）。並且，證明係指法院對於被告犯罪事實已經達到無合理懷疑的確信程度，只要對於犯罪事實是否存在仍有合理懷疑，即應依照判決無罪。

檢察官代表國家追訴犯罪，自應秉持毋枉毋縱的客觀性義務（刑訴法第2條），自無所謂被告有罪為勝、被告無罪為敗的問題¹，強調「舉證之所在、敗訴之所在」的民事舉證責任概念，自不宜套用至刑訴法。但因刑訴法第161條第1項的舉證責任概念，已在法典中援用多年，宜從刑事證據法觀點掌握其內涵究竟為何，而不宜斷然捨棄。故該條項「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」其中所謂的舉證責任，係針對法院審理後對於犯罪事實依然無法形成確信，因仍存在合理懷疑必須作出無罪判決，因此內涵上與罪疑唯輕原則並無不同，係所謂的客觀舉證責任，亦與英美法的說服責任（burden of persuasion）相當²。

暫撤舉證責任概念的妥適性，更為重要的實際問題，乃在如何理解刑訴法第161條第1項的「被告犯罪事實」以及刑訴法第299條第1項所稱的已經證明的「被告犯罪」。從犯罪三階審查模式角度觀察，犯罪係構成要件該當且違法與有責的行為，因此被告犯罪事實應涵蓋有關構成要件、違法性與罪責判斷的事實，只要相關事實在法庭調查後依然在心證上無法產生確信，即有罪疑唯輕原則的適用，而可能對被告為無罪判決。以構成要件該當性與違法性的關係來說，兩者皆屬犯罪判斷的實質要素，只因立法者將所欲禁止的不法行為在構成要件中加以類型化（如殺人、傷害、放火），因此該當構成要件的行為原則上已具有違法性，導致在違法性的判斷僅要審查排除違法性的阻卻違法事由，遂才有推定或表徵的用語；但此用語根本不具有證據法上的意義，如僅根據殺人事實的存在，尚不能依據經驗法則推論欠缺現在不法侵害的事實。之所以通常未就防衛事實調查，乃因未出現需要就此進行調查的線索，而非僅因殺人事實推定出欠缺防衛

¹ 林俊益，刑事訴訟法概論（上），二十二版，2022年，548-549頁。

² 舉證責任概念的其他可能理解與討論，許澤天，刑事法院調查義務與舉證責任，台灣法律人，31期，2024年1月，93-94頁。

事實³。

二、法理上待斟酌的提出證據責任概念

目前文獻對於成立阻卻違法或阻卻罪責的事實，基本上已有共識地認為只要法院在心證上對於存在該事實具有合理懷疑，以致對於犯罪事實的存在無法產生確信，皆應與判斷構成要件的事實相同，由檢察官負舉證責任，或依照罪疑唯輕原則對被告作出無罪判決⁴。本件判決也採相同看法⁵。爭議在於，被告是否應就成立阻卻違法或阻卻罪責的事實負有提出證據的責任？本件判決採取肯定看法，其理由是阻卻事由之存在應屬例外，且被告較檢察容易知悉，故僅當被告主張該等事實或提出一定之證據，並因而使法院得有合理之懷疑時，法院始須曉示檢察官對該事實之不存在負說服之責任，或依刑訴法第163條第2項但書為調查⁶。為避免讀者誤會，筆者必須先指出本件判決提到的「法院得有合理之懷疑」，乃法院是否繼續調查與阻卻犯罪成立的事實相關的證據問題，而非在整個調查證據程序結束後，依照自由心證無法產生犯罪確信的合理懷疑，必須作出無罪判決的情形。

本件判決援用的提出證據責任（burden of producing evidence）的概念，源於英美法，隨著訴訟攻防之推移、進展，由主張某一事實的一方當事人，就其主張事項成立，有提出證據為相當證明的義務；如果負有提出責任的一方對於某一待證事項未履行提出證據責任，就該事項而言，即不成為有效爭點，對方否定或反駁該事項成立的舉證責任即自始不發生⁷。倘若根據被告應就成立阻卻違法或阻卻罪責的事實負有提出證據的責任觀點，只要被告未對此事實提出證據，形成有效爭點，法院就無需審酌與調查，檢察官亦不會因此承擔「敗訴」的舉證責任。此一觀點，亦與美國實體刑法思維相結合，將犯罪行為理論分為攻擊（offense）與抗辯（defense），只要犯罪構成要件所有要素具備，即可初步認為成立犯罪，推定具有可罰性，只是該推定亦可由被告透過特定抗辯的主張加以駁斥；

³ 許澤天，刑法總則，四版，2023年，3章／編碼2。

⁴ 相關說明，許澤天，同註2，96頁。

⁵ 不同理解，林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），十二版，2023年9月，167頁（註17）。

⁶ 此一說法，亦可參考王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），六版，2023年，195頁。

⁷ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註，177頁；林永謀，刑事訴訟法釋論（中），改訂版，2010年，33頁；蔡秋明，舉證責任——兼論刑事被告之地位及其舉證義務，台灣本土法學雜誌，55期，2004年2月，115頁。

因而在美國刑法其實沒有違法性與罪責的審查，而是判斷有無正當化事由與免責事由⁸，與我國實體刑法繼受的德國法釋義學有所不同。亦即，不論構成要件、違法性與罪責，皆在過濾犯罪是否成立，都會有相關要素需要判斷——如在構成要件判斷因果關係、行為、行為情況、排除故意的錯誤、阻卻構成要件的同意，在違法性判斷防衛情狀、承諾，在罪責判斷原因自由行為；但在觀念上，即便違法性與罪責的審查偏重在排除事由，亦非將其視為抗辯，而是為了判斷行為是否具有可罰性。並且，犯罪三階判斷固然是按照構成要件該當性、違法性與罪責的順序進行判斷，後者的討論係以前者成立為前提；但在訴訟程序中，並未要求法院與當事人等必須按照如此的順序進行證據調查。

更重要的是，我國法依然採取職權探知原則⁹，法院如果從卷證資料或訴訟過程知悉或顯然知悉有關阻卻違法或阻卻罪責的事實的證據需要調查，縱使被告未提出任何證據聲請法院調查，法院仍應主動調查，檢察官本於客觀義務（刑訴法第2條）亦應聲請法院調查。不過，法院無法漫無邊際地任憑想像發動調查，而只有對該知悉或顯然知悉的某一特定證據方法，假設經過調查後，將可能改變法院對於事實的認知，才有介入調查的根據與義務，而本件判決提到的「被告主張該等事實或提出一定之證據，並因而使法院得有合理之懷疑」，指的就是法院有發動調查的根據，如予調查，具有改變事實認定的合理可能性，只是不應侷限在被告提出而已，更不應要求被告有提出義務。

就本件判決的背景事實來說，卷內雖有身心障礙證明，然因被告接受詢問、訊問之反應，並無異常，且考量具體犯行種類（共同強制性交未遂）後，並未發現其他讓法院認為調查後，具有動搖被告行為時具有責任能力的心證的合理懷疑的證據，自無調查必要。

三、被告提出證據的本質為權利

被告並無任何積極提出證據來脫免指控的法律義務，反而是有權利依法請求調查有利的證據，並得就被訴事實指出有利的證明方法（刑訴法第161-1條）。只是，當被告在審理中未提出有利於己的證據聲請法院調查，法院可能因此不知該證據而無法履行調查義務，以致無法動搖既存證據產

⁸ 美國實體刑法與其對抗制訴訟的證明觀點結合甚深，學者比喻為扮演尾巴的訴訟法，是動扮演狗的實體法，Markus D. Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005. 139 f.

⁹ 相關討論，許澤天，同註2，87-93頁。

生的有罪確信，則法院的有罪判決並無違反調查義務可言，而被告被判有罪的原因乃因其在事實上未對自身利益採取足夠的保護措施¹⁰，並非其在法律上未履行提出證據的責任。不過，基於訴訟照料義務，法院應告知被告得請求調查有利之證據（刑訴法第95條第1項第4款），其陳述有利之事實者，應命其指出證明之方法（刑訴法第96條）¹¹，並曉諭為證據調查之聲請（刑訴法第273條第1項第5款）。

無罪推定原則在證據法上的意義，是強調國家有義務蒐集證據證明被告有罪，被告不需要提供任何證據為自己辯白，且在最後無法證明被告有罪時，必須宣告被告無罪¹²。如像本件判決般地援用「阻卻事由之存在應屬例外，且被告較檢察容易知悉」的經驗角度，要求被告負積極提出證據的責任，豈不是要求被告自證無罪。況且，「構成要件該當性」在日常經驗上亦屬例外情況，何以要讓檢察官負有舉證責任？被告對於該當構成要件的事實也較檢察官容易知悉，何以要讓檢察官負有舉證責任？若用此「例外」與「容易知悉」的角度思考舉證問題，更可不當地宣稱：「為何別人都未被調查，而只有例外調查被告，知道自己是否犯罪的被告自應舉證說明自己不成立犯罪」，而完全偏離無罪推定的國家舉證精神。

四、結 論

本件判決認為被告應就成立阻卻違法或阻卻罪責的事實負有提出證據的責任，其與我國法依然採取職權探知的原則不相符合，且與實體法的犯罪理論脫離，並有牴觸無罪推定原則的疑慮。亦即，法院如有具體根據認為證據調查將可能改變既有心證時，縱使被告未提出任何證據聲請法院調查，法院仍應主動調查。不過，法院並無義務釐清僅具想像可能的事實，而只應澄清具有根據的疑點，如無具體影響責任能力判斷的證據，法院無須進行調查。♣

 相關文獻 ◀ 月旦知識庫 www.lawdata.com.tw，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 lawwise.com.tw

¹⁰ Volks/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., 2021, § 24 Rn. 7. 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，22頁稱此為「事實上的舉證責任」。

¹¹ 這裡所謂的「應命」，係法院的義務，而非被告有指出證明的義務，林俊益，同註1，560頁。

¹² Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl., 2015, Rn. 301.