

憲法法庭 114 年憲裁字第 5 號裁定不同意見書

尤伯祥大法官 提出

謝銘洋大法官 加入

陳忠五大法官 加入「一」部分

本件聲請人因審理最高法院 111 年度台上字第 206 號偽證罪案件，就裁判上應適用之刑法第 168 條之偽證罪（下稱系爭規定一），關於處罰證人、鑑定人、通譯於檢察官偵訊時，供前或供後具結而為虛偽陳述部分；刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 186 條第 1 項「證人應命具結」之規定（下稱系爭規定二），未排除於偵查中檢察官訊問證人、鑑定人、通譯之適用，認為均有違正當法律程序，違反法官保留原則，侵害刑事被告之訴訟防禦權，並與刑訴法所採當事人進行原則之精神有悖，因而聲請法規範憲法審查，聲明請求本庭判決該二系爭規定於上開範圍內定期失效。

雖然聲請人據以支持其請求之事實及法律上主張，係分就系爭規定一侵害被告之訴訟上防禦權及系爭規定二違反正當法律程序而析論，惟，綜觀其聲請意旨，其有關係爭規定一違憲之主張，要係系爭規定二應排除而未排除於偵查中檢察官訊問證人、鑑定人、通譯之適用，以致被告難以對業

於偵查中依檢察官之命具結之證人、鑑定人、通譯進行實質有效之反對詰問，故系爭規定二若果有聲請人主張之違憲情事，則系爭規定一亦必隨之於此範圍內違憲，從而可見本件聲請之核心問題，係憲法是否允許偵查中檢察官訊問證人、鑑定人、通譯時命其等具結？本席基於以下理由，認為聲請人就此核心問題所提之主張及論證，並無謬誤，故本件堪認已符合法院聲請法規範憲法審查之要件。

本件聲請所指違憲疑義，涉及於檢察官得於偵訊時令證人、鑑定人、通譯具結之現況下，對審制度之當事人對等原則能否落實，乃至被告公平受審之權利是否獲得必要之保障，進而據偵查中具結之陳述所為有罪科刑判決，是否符合憲法第 8 條第 1 項所定人民「非由法院依法定程序，不得審問處罰」之意旨，暨該二系爭規定是否過度干預證人之自由等問題，對於落實憲法對人權之保障，具有根本性意義，應予受理，爰提出不同意見如下。

一、於刑事司法程序，命證人、鑑定人、通譯具結係專由法

院行使之權力：

（一）憲法第 8 條之正當法律程序下之具結，係法院對證人、鑑定人、通譯之合法調查程序之一環。該等人員

唯有在接受法院調查時，始應具結：

人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序，不得審問處罰，憲法第 8 條第 1 項定有明文。又憲法第 16 條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利。故就刑事被告而言，本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，應享有依實質正當之法律程序，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（司法院釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號、第 654 號、第 762 號、第 789 號解釋及憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決參照）。

司法院釋字第 582 號解釋理由書第 3 段曾指出，依正當法律程序原則進行之刑事審判，採證據裁判原則，犯罪事實應經嚴格證明，專以具證據能力且經合法調查之證據作為判斷之依據。所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除，始能具備。如證人須依法具結，其證言始具證據

能力。所謂合法調查，係指事實審法院依刑事訴訟相關法律所規定之審理原則（如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則）及法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序；如對於證人之調查，應依法使其到場，告以具結之義務及偽證之處罰，命其具結，接受當事人詰問或審判長訊問，據實陳述，並由當事人及辯護人等就詰、訊問之結果，互為辯論，使法院形成心證。

由以上說明可知，憲法第 8 條之正當法律程序下之證據裁判原則，乃指法院應依有證據能力之證據，且於審判中依刑事訴訟相關法律所規定之審理原則及各種證據之調查方式，踐行調查程序後，始得認定犯罪事實。從而，憲法第 8 條之正當法律程序下證據裁判原則所稱之具結，係法院對證人之合法調查程序之一環，證人唯有在接受法院調查時，始屬作證，而須由法院告以具結之義務及偽證之處罰，命其具結後，接受當事人詰問或審判長訊問。鑑定人本質上仍屬人之證據方法，對於鑑定人之調查，除有特別規定外，原則上適用或準用關於人證之規定（刑訴法第

166 條至第 170 條及第 197 條規定參照)。而通譯係輔助法院或非通曉國語之當事人、證人或其他有關係之人理解訊答內容或訴訟程序之手段，不能獨立於證人以外單獨調查。故，鑑定人及通譯如同證人，僅於接受法院調查時具結。

(二) 於刑事司法程序，只有法院有命證人、鑑定人、通譯具結之權力：

1. 具結之目的係為擔保該等人員據實陳述，以確保據其等陳述所為判斷之正確性。故唯於對案件事實存否作成終局判斷之法院面前，始應具結：

具結不僅使證人、鑑定人及通譯須擔保據實陳述，而且連結刑法第 168 條之偽證罪，故除直接限制其等之言論自由甚至內在之良心自由外，對其等之人身自由亦有潛在之不利影響，從而具結義務之課予必須通過比例原則之嚴格審查。

就具結之目的而言，係為擔保證言係據實陳述(於使用通譯之情況下，通譯之具結擔保其傳譯真實)、鑑定意見為公正誠實¹，並擔保當事人能

¹ 中華民國 92 年 2 月 6 日修正公布之刑訴法 158 條之 3 立法理由第二點：「證人、鑑定人依法應使其具結，以擔保證言係據實陳述或鑑定意見為公正誠實。」參照。

有機會對其進行有效反對詰問²。質言之，係為有助於公平審判及發見真實之實現，以確保國家刑罰權之正確行使，固可謂係為追求特別重要之公益。惟，以刑事司法程序而言，只有法院有權對犯罪事實之存否進行終局判斷並決定被告之處罰，因此除有構成傳聞例外之情形外，唯於法院就案件事實進行調查之審判程序中，證人、鑑定人於法院面前之陳述及通譯之傳譯，始有可能成為法院判斷案件事實存否之基礎（這也是直接審理原則之要求），進而有必要使當事人能進行有效之反對詰問，以充分檢驗陳述之真實性與信用性，並保審判公平。因此，就達成確保國家刑罰權之正確行使這項目的而言，唯於此等對案件事實作成終局判斷與決定之程序，證人、鑑定人之陳述及通譯之傳譯始有影響於終局之判斷與決定，進而於此等程序令該等人員具結，始屬有助於達成上述目的之必要手段。司法院釋字第 582 號解釋僅要求法院對證人進行合法調查時應命證人具結，並禁止法

² 陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用—評九四年台上字第三二七七號刑事判決，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月，第 16 頁。

院根據未經具結之證言認定犯罪事實（同旨可見刑訴法第 155 條第 2 項及第 158 條之 3），實以此之故。故，具結必然僅在法院對證人、鑑定人、通譯之調查程序中為之，唯法院始得於調查該等人員時依法命其等具結。

2. 上述命具結係專屬於法院之結論，可於德國與日本法上獲得印證：

(1) 於德國之刑事司法程序，證人是「在法官面前應陳述自己對案件事實之感受之人」³，故德國法上雖認為每個證人都有真實陳述之義務，但依德國刑事訴訟法第 59 條：「(1) 僅於因證言具有決定性意義或為引導真實證言，法院依裁量認為有必要時，才令證人宣誓。除證人於審判期日外受訊問外，證人宣誓之原因不需記明筆錄。(2) 證人宣誓個別為之，且於訊問後進行。除另有規定外，宣誓在審判期日中進行。」及第 65 條第 1 項：「證人表示，出於信仰或良知之原因不願宣誓者，

³ Claus Roxin 著，德國刑事訴訟法（Strafverfahrensrecht.Ein Studienbuch），吳麗琪譯，三民，1998 年初版，第 274 頁。

應對陳述之真實性具結。具結等同宣誓；應向證人曉示此事。」⁴只有法官方得從事令證人宣誓或替代宣誓之具結之訊問，而檢察官不得為之⁵，證人或鑑定人在檢察官偵訊時縱有虛偽陳述，並不構成偽證罪⁶。

- (2) 綜觀日本刑事訴訟法第 143 條：「除本法有特別規定之情形外，法院得以任何人為證人訊問之。」、同法第 154 條：「除本法有特別規定之情形外，應令證人宣誓。」及刑事訴訟規則第 117 條：「宣誓應於訊問前為之。」、同規則第 118 條第 3 項：「審判長應令證人朗讀宣誓書，且令其於宣誓書簽名蓋章。證人不能朗讀宣誓書時，審判長應令書記官朗讀之。」等規定⁷，可知日本之刑事司法程序亦係將證人定性為在法官面前陳述自己對案件事實見聞之人⁸，進而令證人宣誓之權限亦專

⁴ 參連孟琦譯，德國刑事訴訟法附德國法院組織法選譯，元照，2016 年 9 月初版，第 37、40 頁。

⁵ Claus Roxin 註 3 書，第 286 頁。許澤天，外部妨害司法罪的德國法簡介，月旦法學雜誌，第 265 期，2017 年 6 月，第 56 頁。

⁶ 許澤天，註 5 文，第 56、57 頁。

⁷ 黃惠婷，偽證罪可罰性之檢討，臺灣本土法學雜誌，89 期，2006 年 12 月，第 79 頁。

⁸ 陳運財，註 2 文，第 13 頁。

屬於法院（審判長）。

- (3) 德國與日本之刑事訴訟程序分別採職權進行主義及當事人進行主義，但兩國均將刑事司法程序上之作證概念限於法院面前之證言，並均明定唯有法院始得命證人宣誓或具結。可見令證人具結之權限應專屬於法院，係正當法律程序之必然，尚與訴訟程序係由當事人或法院主導進行之立法政策選擇無涉。

（三）檢察官不應有命證人、鑑定人、通譯具結之權力：

1. 偵查中檢察官令證人、鑑定人、通譯具結，不僅混淆了審判與偵查，而且顯有違反比例原則之嫌疑：
證人、鑑定人、通譯於審判外向訴訟上當事人進行陳述時，既非在作成終局判斷之法院面前所為，他造當事人也無可能在其陳述時進行反對詰問（刑訴法第 248 條第 1 項前段規定之在場被告親自詰問，僅係於不公開之偵查庭所為之有限提問，絕非反對詰問），則縱該等人員於陳述時有具結或相類之擔保言語，亦不能使法院產生信其所言真實之心證。故無論是基於直接審理原則，或是

就保障被告之反對詰問權而言，均不應令證人、鑑定人、通譯於當事人面前陳述時具結或擔保所述屬實。此等於當事人面前所為之擔保言語，縱有具結之名義，亦不能與法院面前之具結相提並論。

在採取控訴原則之訴訟構造下，偵查程序之目的係確認犯罪嫌疑人並決定是否提起公訴，惟，並非終局判斷被告是否犯罪及決定是否予以處罰之程序。因此，就提起公訴之案件而言，檢察官對證人、鑑定人、通譯之偵訊，究係以一造當事人之地位於審判外進行之證據蒐集活動，係準備審判的前階段活動⁹，迥非法院之證據調查。縱於偵訊時令該等人員具結，進而信其真實而認定被告有犯罪嫌疑，惟檢察官之心證不能作為法院之心證，法院基於直接審理原則仍須於該等人員到庭陳述時命其等具結。令該等人員於接受檢察官偵訊時具結，實屬多此一舉，混淆了審判程序與偵查程序，不僅無助於確保國家刑罰權之正確行使，而且對該等人員之前述自由權益構成不必要之過度干

⁹ 陳運財，註2文，第14頁。黃惠婷，註7文，第80頁。黃朝義，證人具結取證與證人轉為被告之省思，臺灣法學145期，2010年2月1日，第23頁。

預，顯有違反比例原則之嫌疑。

2. 偵查中檢察官令證人、鑑定人、通譯具結，亦有違反當事人對等原則之嫌疑：

憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障（司法院釋字第 582 號解釋理由書第 2 段參照）。上述對審制度下之當事人對等原則，自係法院必須遵循之審理原則。在控訴原則及三面訴訟關係之對審構造下，檢察官作為訴訟當事人，與被告立於對等地位，自應在武器平等之條件下與被告進行攻防，審判始有公平可言¹⁰。作為一造當事人之檢察官，為準備訴訟而於審判外取證時，若不僅有國家資源之奧援，且有令證人、鑑定人、通譯具結後之權力，則於卷證併送之制度環境下，此等審判外之具結，有可能使法院對檢察官偵查中蒐集之證言或鑑定意見之真實性及信用性，產生有利檢察官之預斷，進而使被告更難證明該等陳述顯有不可信之情

¹⁰ 早在司法院釋字第 654 號解釋，葉百修大法官及許玉秀大法官即已各自於協同意見書指出，武器平等原則是公平審判之基本要件。

況而不得作為證據(刑訴法第 159 條之 1 第 2 項)。

抑有進者，偵查中經具結而為虛偽或錯誤陳述之證人、鑑定人、通譯，因恐遭偽證罪之處罰，不敢於審判中改為真實正確之證言，實屬人性使然而在所難免。此種偵查中之具結，往往產生使檢察官於偵查中即「綁定」證言或鑑定意見之效果，卻不免影響被告反對詰問權之實質有效行使，非唯有害審判公平，且不利法院之真實發見。就證言、鑑定意見之蒐集及於訴訟上之提出、使用而言，檢察官因得於偵查中命證人、鑑定人、通譯具結，而較被告顯然具有優勢，因而有違反正當法律程序下之當事人對等原則之嫌疑¹¹。就此而言，聲請人主張系爭規定一因此對被告反對詰問權之實質有效行使造成不利影響，而侵害其訴訟防禦權，實不能謂全無見地。

¹¹ 學者黃朝義明確主張具結係專屬法院之司法作用，使偵查中檢察官得命具結之立法設計，不符民主常態，違反當事人實質對等原則與正當法律程序法理，恐有違憲之虞，以上參黃朝義，註 9 文，第 23、30 頁。學者陳運財則基於偵查中檢察官對人證之訊問係準備審判之前階段活動，與公開審判中透過當事人之攻防調查證人，以認定事實的性質與目的有別，而指出偵查中檢察官依法傳喚證人應命具結的規範目的並不堅強。偵查中因檢察官之傳喚，即使證人負到場具結及偽證負擔，是否過度干預被告以外之人的自由權益，基於正當程序及比例原則的觀點，頗值商榷，以上見陳運財，註 2 文，第 14 頁。學者黃惠婷亦質疑：「何以在審判庭外同為當事人的檢察官能令當事人具結？」並進一步指出在刑事程序採取卷證併送下，證人於檢察官前的具結作證，不容忽視對法官心證的影響力，見黃惠婷，註 7 文，第 80、81 頁。

3. 證人、鑑定人、通譯於偵查中向檢察官所為之陳述，雖依刑訴法第 159 條之 2 第 2 項原則上具有證據能力，但這並非令其等於接受偵訊時具結之理由：

雖然證人、鑑定人、通譯有客觀上不能受詰問之情形時，其等於審判外之陳述或有可能依刑訴法第 159 條之 1 第 2 項構成傳聞例外而得為證據使用，但構成傳聞例外之前提是審判外陳述之特信性，而具結不能作為特信性之基礎¹²。因此，不應令其等於偵查程序具結之結論，不因其等之審判外陳述可能成為傳聞例外而受影響。

4. 不起訴處分之實質確定力，亦非賦予偵查中檢察官命證人、鑑定人及通譯具結之權力的理由：

不起訴處分縱已確定，不妨礙檢察官再啟偵查，進而依刑訴法第 260 條對同一案件再行起訴。故檢察官於不起訴處分所為犯罪事實有無之判

¹² 陳運財，註 2 文，第 16 至 18 頁。代表性之相同實務見解，可參最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議就「被告以外之人於偵查中經檢察官非以證人身分傳喚，其未經具結所為之陳述，證據能力如何」之問題，所作成之決議：「被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有『特信性』、『必要性』時，依『舉輕以明重』原則，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。」及同院 103 年度台上字第 491 號刑事判決。

斷，並不具終局性，不能與法院經由審判程序所作成之判決相提並論，從而無改於偵查程序並非終局認定犯罪事實存否之程序，由不起訴處分之確定力尚不能導出檢察官有令證人、鑑定人、通譯具結之權力。

（四）綜上，證人、鑑定人及通譯之具結，既應專由法院令其等為之，檢察官則不應有此權力，則系爭規定二未排除於偵查中檢察官訊問該等人員之適用，即顯有違反憲法第 8 條之正當法律程序原則、比例原則之嫌疑，亦有因違反當事人對等原則而侵害被告公平受審之權利之嫌疑。於上述範圍內，系爭規定一亦隨之有違憲嫌疑。

二、聲請人就偵查中檢察官何以依憲法第 8 條之正當法律程序不應有令證人、鑑定人、通譯具結之權力，已提出必要之法理論證：

就偵查中檢察官何以不應有令證人、鑑定人、通譯具結之權力，本件聲請書亦據司法院釋字第 582 號解釋有關證據應合法調查之意旨，申論令證人、鑑定人、通譯具結係嚴格證明法則下對法官審判程序之要求，偵查

中檢察官不應有與法院相同權力，系爭規定二因此違反正當法律程序之違憲論據，並以德、日立法例為進一步之佐證（見其聲請書第 7 頁至第 16 頁）。其論證之過程與結構雖與本席以上見解有部分出入，但同以正當法律程序下之證據裁判原則與當事人對等原則為立論之基礎，可謂已提出確信系爭規定二何以違憲之必要法理論證。

至系爭規定一所侵害之基本權，聲請人雖主張係證人證述所涉案件被告之訴訟防禦權，而未論及該規定處罰之證人之基本權，惟，核其此部分聲請意旨，係承其系爭規定二違憲之主張，進而指出系爭規定二由於連結系爭規定一之處罰，導致被告難以對偵查中具結之證人實質有效行使反對詰問權。故聲請人有關系爭規定一何以違憲之主張，實與其有關係爭規定二之違憲論據為一整體，不應割裂觀察，而以聲請人未敘述系爭規定一如何違憲侵害其規範對象之憲法上權利為由，謂其未就系爭規定一提出客觀上形成違憲確信之具體理由。