

110 年憲三字第 26 號不受理決議不同意見書

黃虹霞大法官提出

蔡明誠大法官、詹森林大法官加入

相較於本院釋字第 582 號解釋所涉及之共犯自白之證據能力爭議，本件相關之共同被告是否宜為刑法偽證罪處罰之主體？可能是更深層並值得繼續探究之刑事法更根本之問題，大法官倉促決定不受理本件聲請，失去早日釐清之機會，真是可惜啊！

本件係臺灣高等法院刑事第二庭法官提出之聲請案，多數意見認本件聲請不符合本院釋字第 371 號等解釋所示法官聲請解釋要件，應不受理。本席基於下列理由，難以贊同多數意見，並認本件聲請符合法官聲請要件應予受理：

一、單就刑法第 168 條規定部分言：

1、不受理決議所持理由為：

查本案原因案件，被告於原審（臺灣基隆地方法院 106 年度訴字第 624 號刑事判決）因偽證案件經宣判無罪，其理由係因被告於其他案件作證之證言雖有虛偽證言等情，惟檢察官未諭知被告具有刑事訴訟法第 181 條規定得拒絕證言之權利，是該日所為之具結因瑕疵而不生具結之效力，不論其陳述是否虛偽，皆不能以偽證罪相繩。故原因案件就被告之證言未生合法具結效力之事實已明，應不符系爭規定二之構成要件。是就原因案件而言，系爭規定二有關具結後所生之實質法律效果是否有違憲之疑義，並非本案適用法律之先

決問題。

該不受理理由非僅從程序要件論是否合於受理規定，而是實質論述原因案件應否適用系爭規定二（刑法第 168 條規定），似非合適。

2、聲請人不論維持原因案件下級審裁判與否，刑法第 168 條、刑事訴訟法第 186 條及第 181 條規定，均無可避免須予適用，應無爭議。則關於與原因案件相關之刑法第 168 條偽證罪規定中所稱：「於檢察官偵查時具結」構成要件部分，確有如聲請人所稱之違憲疑義，摘錄聲請書如下：

規範偽證罪的刑法第 168 條……亦將證人、鑑定人「於檢察官偵查時」的供前或供後具結，與「於執行審判職務之法官」併同列為構成要件，其保護的法益有無不同？是否違反憲法第 7 條的平等原則？所謂「於檢察官偵查時」應如何解釋，有無將偵查程序與審判程序所代表的司法公信混淆之嫌？

就被告而言，如證人應於偵查程序向檢察官具結，並賦予偽證罪刑事處罰效果，是否會侵害刑事被告於偵查，甚或審判程序中防禦權的正當行使，而有違憲法第 8 條的正當法律程序，並侵害被告基於憲法第 16 條保障的訴訟權？

且聲請人已舉德、日法例及提出中央警察大學林裕順教授之專業意見書為憑，其聲請自屬有據，而非無受理價值。

3、尤以偵查屬刑事訴訟程序之一環，在刑事訴訟程序中，檢察官係代表國家，其與其所認定之犯罪嫌疑人均同處於一方當事人之地位，此種平等地位在審判中應無可爭議。在偵查中何獨應不然？尤其犯罪嫌疑人有默秘權、不自證己罪權，有權陳述或不陳述，為一方當事人之檢察官如何當然有權令為另一方當事人之犯罪嫌疑人就其陳述具結，以擔保

所為陳述為真？！至於刑事訴訟法第 181 條規定應諭知得拒絕證言乙節，與是否有權令具結，係不同命題，不能當然由之推論檢察官有權令未拒絕證言之犯罪嫌疑人具結。

二、另依默秘權及不自證己罪原則之作用，共同被告在其所涉刑事犯罪嫌疑偵審過程中，其地位就是被告（偵查中為犯罪嫌疑人），沒有作證人之義務；即使未拒絕作證而為證言，甚或因而有接受同案被告等詰問之義務，但也不因此動搖而使其不具被告之地位。是其原以被告地位所不需擔負真實陳述之義務，應始終存在，故其與單純之證人（客觀中立之第三人），本具真實陳述義務者，迥然有別！從而刑法第 168 條規定適用於共同被告，與上開不自證己罪原則等應有抵觸，此部分並有許澤天教授著「共同被告陳述與嚴格證明－釋字第 582 號解釋的評釋」一文可參。¹

三、本席不認為說謊係任何人包括刑事被告之權利。但是趨吉避凶是本能，逃避卸責道德上固不可取，但可以理解。是期待共同被告如單純證人般真實陳述，恐難免緣木求魚且無視人性！若因認共同被告適用刑法第 168 條規定須負偽證責任，而採信其證言，致受誤導而錯判，一點也不出人意表！就此而言，認共同被告具犯偽證罪之適格，對真實發現亦非有利。

¹ 請參見，許澤天，〈共同被告陳述與嚴格證明－釋字第 582 號解釋的評釋〉，收於春風煦日論壇編輯小組編，《刑事法與憲法對話－許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集》，頁 147，184-187、192-194 (2017)。