

刑事審判（程序法）與裁判憲法審查 與談意見

吳 燦

(2021.12.04)

相關條文

▶ 憲法訴訟法

◆ 第59條第1項

人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。

◆ 第61條第1項

本節案件於具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之。

相關條文

▶ 日刑訴法第405條

對於高等法院所為第一審或第二審判決，得以下列事項為理由，提起第三審上訴。

一、違反憲法或解釋憲法有誤。

▶ 2021年金字塔刑訴法草案

第378條之1

判決有下列情形之一，得為上訴(第三審)之理由：

一、牴觸憲法或所適用之法令牴觸憲法者。

釋字第789號解釋漏接之議題

—性侵害案件之詰問，實務採使被告看不見證人（被害人）作證姿態之方式是否合憲？

◆本案聲請人曾○○於聲請書參、二，指出：

「縱然被害人經傳喚到庭聲請作證，由於實務上法院所採取之**隔離措施**，**被告方完全無法觀察到被害人作證的情形**，僅有法官得以觀察，一律完全封鎖被告『面對面』的權利，並未依個案情形，而採取對被告權利侵害程度較小的措施，……確有侵害被告之對質詰問權。」

◆一、二審法院實際運作情形，是否如聲請人所述？（實地查證結果）

◆刑事被告詰問對其不利之證人，係屬憲法上之權利（司法院釋字第384、582、636號解釋。美、日則入憲）

◆被告詰問權之內涵，除充分享有詰問對其不利證人之權利外，尚包括(一)**被告有於證人作證時目視證人之權利**，(二)被告有使證人作證時看見自己的權利。（王兆鵬，美國刑事訴訟法，2004年9月，372頁）

- ▶ 賦予被告目視證人及使證人看見被告之權利目的，在於：
 - ◆ 藉由證人於審判期日當庭所行之詰問程序，得以看到證人之姿態，及使證人因為看到被告而為真實之陳述，以保障證言之可信度，俾使法院依其言詞陳述語氣及反應等**態度證據**，進而確保事實認定之正確性。
 - ◆ 證人陳述時，如使被告與證人面對面，得以直接觀察證人之表情、態度，提升揭露其虛偽證言之可能性，並且可以引出更正確之證言，而有助於反對詰問權之有效行使，此乃保障被告與證人直接面對面此種程序之價值所在。

- ◆被告之詰問是否必須在法庭中，於訴訟關係人在場時，以「面對面」(face to face)進行為限，此涉及被告詰問權雖係憲法保障之基本權利，是否即意味著絕對不可限制？
- ◆美、日兩國因為係直接在憲法明文保障被告之詰問權，因而也產生了以遮蔽措施進行隔離詰問之合憲性。

▶ 美國聯邦最高法院 1990 年Maryland v. Craig案

- ◆ 本案被告被控在其開設之幼兒園性侵6歲小女孩，檢察官依據專家證言，以被害人看見被告會情緒激動無法自由陳述為由，向法院聲請依據當時的馬里蘭州州法規定，以視訊方式調查被害兒童。
- ◆ 法院因而安排該被害證人、檢察官及被告之辯護人在另室進行詰問程序，在證人看不到被告之情況下，經由單向電視傳送至法庭供法官、陪審員及**被告視聽（可以看到證人作證之姿態）**，被告本人亦可以利用耳機與辯護人對話聯繫。
- ◆ 辯方主張既非當面詰問，即與憲法增修條款第6條保障被告對質詰問權之規定有違。

▶ 聯邦最高法院認為：

- ◆ 憲法增修條文上開規定係以確保證言之真實性為目的，本案除了兒童作證時看不見被告外，其他對質詰問條款之核心要件，如宣誓、反對詰問、**觀察證人作證態度等等，均已具備**，已足以充分保障證言之真實性。
- ◆ 至於被告與證人「直接面對權」並非憲法增補條文第6條規定不可或缺之要素。本案依州法為考量重要公共利益而採此取證方式，符合上述目的，尚非違憲。

▶ 日本最高裁平成17年4月14日判決

- ◆ 本案被告趁友人不在之際，施暴並強制性交友人之妻。第一審名古屋地裁依據刑訴法第157條之3、第157條之4之規定，採行視訊傳送及遮蔽措施，同時在被告與證人及旁聽人與證人間設置遮蔽物，以被告無法看到證人的方式，訊問被害人(證人)，經一、二審判決有罪。
- ◆ 被告上訴至第三審，主張刑訴法第157條之3併用第157條之4違反憲法第82條第1項、第37條第1項公開審判原則及侵害第37條第2項前段被告詰問權之保障。

- ▶ 關於侵害被告詰問權之保障部分，最高裁判所認為：
- ◆ 本案調查證人之方式，雖然採取使被告無法看到證人之遮蔽措施，但被告得親自詰問證人，可以聽到證人的陳述（聲音），而且依據刑訴法第157條之3第1項但書之規定，採行此種遮蔽措施，僅限於有辯護人在場之情形，對於辯護人觀察證人作證態度並無妨礙。
 - ◆ 該條之立法目的係為減輕證人與被告面對面之強烈心理不安，而採取之特別措施，並無侵害被告反對詰問權之行使。
 - ◆ 至於視訊傳送併用遮蔽措施之情形，亦因為辯護人可以看見證人之影像，並不妨礙辯護人觀察證人作證態度，自無侵害被告之反對詰問權，因此無違反憲法第37條第2項前段規定。

▶ 日刑訴法第157條之3第1項

- ◆ 法院於詰問證人，依犯罪性質、證人年齡、身心狀態及其他事由，認為證人在被告面前（包括第157條之4第1項之情形）供述時，有受到壓迫而顯有妨害精神平穩之虞者，於認為適當時，並聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，得在被告與證人間採取使一方或彼此無法看到對方之單向或雙向遮蔽措施。但使被告無法看到證人之情形，以有辯護人到庭之情況為限。

▶ 性侵害犯罪防治法第16條第1項

- ◆ 對被害人之訊問或詰問，得依聲請或依職權在法庭外為之，或利用聲音、影像傳送之科技設備或其他適當隔離措施，將被害人與被告或法官隔離。

- ◆我刑訴法並無如日本法之規定，於詰問證人時，設有得採被告與證人遮蔽措施之總則性規定，僅於性侵害犯罪防治法第16條第1、2項等特別法，規定由法院「採取適當隔離方式」為之，其規範密度較之日本法之規定，顯然不足，而且失之空泛，欠缺明確性。
- ◆2020年1月8日增訂之刑訴法271條之2第2項：「被害人依第二百七十一條第二項之規定到場者，法院依被害人之聲請或依職權，審酌案件情節及被害人之身心狀況，並聽取當事人及辯護人之意見後，得利用遮蔽設備，將被害人與被告、旁聽人適當隔離。」此一遮蔽措施之適用要件，雖較之性侵害犯罪防治法等之規定為明確，但僅及於被害人依刑訴法第271條第2項之陳述意見，其餘則不與焉。

- ◆性侵害犯罪防治法第16條所稱利用聲音、影像傳送之科技設備或其他適當隔離措施，將被告與被害證人隔離之措施，即目前一、二審法院設置之單（雙）面鏡隔離室。
- ◆以單（雙）面鏡隔離室之遮蔽措施，如使被害人看不到被告，係為保護其不致面對被告時，因恐懼而無法為完整之陳述。因此應採僅使被告得以看到證人作證態度之方式，或至少應於有辯護人在場得以看到證人作證之態度，始得例外採行被告無法看到證人作證之遮蔽措施。
- ◆由於條文規範不夠明確，兼及實務欠缺理解被告詰問權保障之真諦，致上開隔離措施原本係對被害人出庭陳述時所得採行之審判保護措施，卻反而造成被告無法看到證人作證之情形，不無侵害被告之反對詰問權。

釋字第789號解釋樹立之標竿

—傳聞法則例外之要件應由檢察官負實質的
舉證責任

- ◆系爭解釋謂：所謂「經證明具有可信之特別情況」，係指性侵害案件，經適當之調查程序，依被害人警詢陳述作成時之時空環境與相關因素綜合判斷，足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言。
- ◆上開傳聞法則例外之絕對可信性要件，系爭解釋進一步指出：檢察官對此應負舉證責任，指出證明之方法。
- ◆系爭解釋是繼釋字第775號解釋理由，再度闡述檢察官應負實質舉證責任之標竿解釋，可供目前實務幾乎完全依職權認定之省思。

普通法院與憲法法庭之分工與界限

—以另案監聽及傳聞例外規範不足為例

- ▶ 另案監聽所取得與本案具有關連性或為通訊保障及監察法第5條第1項所列各罪之證據，如未於發現後7日內陳報法院審查許可，該證據有無證據能力？
- ◆ 另案監聽係在本案合法監聽過程中，意外的、偶然的獲得非屬可受監聽罪名之「另案」通訊內容，並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取得之證據。
- ◆ 學者吳巡龍認為，通保法本條項情形是已經法院核准之通訊監察，執行時發現另案內容，陳報法院應旨在避免執法人員有暗度陳倉情事，僅在確認執法人員循正當程序進行通訊監察，不應由法院在此程序中決定該另案內容有無證據能力。
- ◆ 最高法院認得於審判中，由法院依刑訴法第158條之4規定權衡判斷。
- ◆ 司法院大法官第1522次會議議決不受理案件（110年度憲二字第337號）。

◆行政院於2014年10月16日函送立法院審議之通訊保障及監察法修正案，刪除該法第18條之1，認應回歸刑訴法第158條之4規定處理。

①被告之秘密通訊自由，已因通訊監察書之核發與執行而受限制，且為達通訊監察之蒐證效果，不可能事先預知通訊內容，或僅因聽到無關內容即中斷監察，故於監察期間內獲取本案以外之內容，為實務上所難避免，法院事後審查該內容是否具證據能力，即可因應。

②第一項但書將可否作為證據提早至偵查階段審查，此階段不可能讓相對人參與及陳述意見，否則通訊監察即遭洩漏，且法院審查認可後，該內容即具證據能力，無異在法院審判前便確定，意味將來被告對該證據能力毫無爭執之機會，嚴重剝奪被告之聽審權，違反正當法律程序。

③如另案監聽所得之內容日後未經起訴，則先前法院進行審查認可之程序，顯是浪費訴訟資源，若日後起訴，則先前法院就有無證據能力審查之決定是否拘束起訴後之審判法院？如無，則先前審查程序乃是浪費訴訟資源，反之，如認審查之決定拘束在後之審判法院，豈非形成「甲法官之認定拘束乙法官心證」之不合理現象，破壞法官應就全案自我負責與獨立審判之精神。

◆美國聯邦通訊監察法規定：執行人員依令狀執行時，擷取與令狀上記載罪名無關之其他通訊內容，應儘速（as soon as possible）陳報（18 U.S.C §2517(5)）。

◆聯邦法院認為，聯邦通訊監察法第2517(5)條只是技術規定，法院僅對違法取得之證據加以排除，若執法人員依法進行通訊監察，即使原先聲請通訊監察之罪名事後查無足夠證據加以證明，仍不改變偵查機關對其通訊監察之合法性，其因此所偶然獲得關於他案之證據，縱未聲請法官事後認可，仍應容許之。

（United States v. Cardall, 773 F.2d 1128(10th Cir.1985); Unites States v. Davis, 780 F.2d 838(10th Cir.1985)，引自吳巡龍，監聽偶然獲得另案證據之證據能力—評新修通保法第18條之1，檢察新論，2014年7月，第16期，37頁）

▶ 傳聞例外法則規範不足之困境

- ◆ 美國聯邦證據法除以列舉的方式，詳列27種傳聞之例外規定，又設一「概括傳聞例外」之規定，明定任何審判外之陳述，授權法官在一定條件下，即得容許該審判外之陳述為證據，以網羅列舉規定可能之遺漏情形不同。
- ◆ 日本刑訴法於第321條至第328條設有傳聞例外之規定，於第321條第1項第3款亦有一概括傳聞例外之規定。
- ◆ 我傳聞例外法則之立法類型，並未設有如美日之概括傳聞例外條款，不敷處理所有例外情形。

- ◆例如證人於審判中轉述被告或被告以外之人在審判外之陳述，證人於審判外向法官、檢察官或司法警察以外之第三人(包括外國法官、檢察官或司法警察人員)所為之陳述，勘驗筆錄及非由法官或檢察官選任或囑託鑑定之鑑定報告，以及彈劾證據等項，究應如何處理，悉未有明文。
- ◆2003年引進傳聞法則迄今將近20年，最高法院為因應傳聞例外法則規範不足之困境，基於法之續造，就刑訴法所未規定之具類似情形者，個別類推適用於已規定之相關法條，以補遺立法闕漏。
- ◆但除「法律規定之傳聞例外」，有無存在「類推適用之傳聞例外」空間，國內文獻有持肯定見解者，有採否定說者。或不免將成為裁判憲法審查之標的。
- ◆為杜爭議，建請主管機關司法院應儘速修法「補破網」。



謝謝聆聽

敬請指教