

# 憲法法庭 112 年憲判字第 6 號判決協同意見書

呂太郎大法官提出

—刑事審判的眼裡，應容不下被告冤屈的一粒沙—

## 壹、刑事確定判決認定事實的確定性

在審判獨立及自由心證主義的現行法制下，每位法官就事實所作成的判斷，都是獨立的、不受干涉的，不但其他國家機關例如行政、立法、考試或監察機關必須尊重，不能加以否決或變更。即便是其他司法機關，除訴訟當事人不服裁判時，得依審級救濟的規定，由上級法院撤銷或廢棄外，其他法院也不能否決或變更。這是法治國原則下，作為「法律代言人」的裁判，當然應具備的共通效力，刑事判決更是如此。

以本件涉及的刑事判決而言，某被告的行為是否符合立法者所要規範的構成要件事實，一旦於確定判決中為判斷者，即具有確定性，不能隨意改變。法律上即必須以此判斷的事實為基礎，作成被告有罪或無罪的宣示。若確定判決所判斷的構成要件事實存否，欠缺確定性而可以隨時改變，等同法律規定可隨時改變，就回到比拳頭大小的蠻荒時代，稱不上法治國了。

## 貳、現行法下之罪證有疑利歸被告原則與再審<sup>1</sup>

### 一、罪證有疑利歸被告，是刑事審判無可動搖的鐵則

---

<sup>1</sup> 為避免國家誤判侵害人民權利，故為受判決人利益而聲請再審，在法治先進國家普遍採行，但關於得否為被告不利益而聲請再審，涉及法院判斷的正確性與對被告二重追訴問題，則多採禁止或限制的立場。例如美國、日本及法國，即禁止對受判決不利的再審，我國與德國雖並採對受判決人不利的再審，但其條件較對受判決有利的再審嚴格。

眾所周知，在法治國原則下，人民的行為是否構成犯罪，以及若構成犯罪應如何處罰，都必須事先以法律明白規定，此即罪刑法定主義，我國刑法也在第 1 條規定開宗明義宣示此一原則。

在罪刑法定主義下，罪證有疑利歸被告，是當然的結果。因為刑法是規定何種行為構成犯罪以及犯罪如何處罰的法律，當然是以立法者所預想、將來可能發生的行為作為規範的對象，而非對過去已經發生的事實為描述。刑法的法條結構，通常是以「……者，處……。」的形式為之，其中，「……者」是立法者「假設」會發生的行為（構成要件事實），至於「處……。」則是發生了該行為時，國家應如何處置的決定（法律效果）。可知刑法是一個「假設命題」（其他實體法也是如此），必也立法者所「假設」的事實（構成要件事實）「真的」發生了，「假設的命題」滿足了，才能進入命題的結論，就是國家如何處置的問題。以刑法第 271 條第 1 項規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」第 277 條第 1 項規定：「傷害人之身體或健康者，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。」第 320 條第 1 項規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。」為例，「殺人」、「傷害人之身體或健康」、「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產」，就是立法者預想會發生的行為，一定是這樣的行為「真的」發生了，才有如何處罰的問題。如果該「假設命題」所預想的行為（如前述殺人、傷害、竊盜的行為），沒有「真的」發生，根本不是立法者所要處罰的行為，當然不能依前開

規定予以處罰。因此當有證據證明被告並無立法者預想的犯罪行為時，應為被告無罪的判決，本不待論。即便不能證明被告確實無該行為，只須不能證明被告有該行為，亦應為被告無罪的判決，此有刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 301 條規定可資參照。

換句話說，在證明被告有犯罪行為與證明被告無犯罪行為之間，縱然存在被告「可能」犯罪或被告「可能」未犯罪的兩疑情況，也不能因懷疑「被告可能犯罪」，而為不利於被告的判斷（有罪）；而是應懷疑「被告可能未犯罪」，而為有利於被告的判斷（無罪）。

## 二、確定判決基礎證據動搖的再審

罪證有疑利歸被告的原則，不但是刑事法院作成判決時，應遵守的原則，也是判決確定後，據以檢驗應否准許對確定判決聲請再審的重要原則。

如前述，構成要件事實一經法官於確定判決中為判斷者，即有確定性。然而，法官判斷構成要件事實成立，必須依據法律所允許的證據（刑訴法第 154 條第 2 項及第 155 條第 2 項規定參照）。所謂證據，是犯罪行為所留下的蛛絲馬跡，例如人證、物證、現場、通話紀錄等，法官必須依據這些蛛絲馬跡，推論（判斷）案發當時的真實情況如何。然而，時光不可能倒流，已發生的事實也不會重演，案發後所留下的跡證，也必然是破碎的、片斷的。因此，法官對犯罪事實是否成立所為的推論（判斷），至多僅能做到「接近」歷史的真實，無論如何都不可能是歷史真實的重現。故裁判所認定的事實，雖然應該具有確定性，但並非如歷史的真實一般

，具有不可動搖的絕對性，法官據為判斷的證據不同時，其所推論出的事實，可能就會有所不同。

因為法官於判斷構成要件事實是否成立時，必須斟酌一切的證據，所以單純從邏輯來說，縱然於判決確定後發現為被告有罪的確定判決，其判決所憑的證據中，有出於偽造、變造或虛偽的情形，也未必當然會對判決的結果產生影響，除去該偽造、變造或虛偽的證據，法官仍可能依其他證據為被告有罪的判斷。然而，該偽造、變造或虛偽的證據，既然已經成為法官判斷構成要件事實是否成立的成分之一，就無法從確定判決本身割裂出偽造、變造或虛偽的證據，對判決判斷事實有如何程度的影響。因此，偽造、變造或虛偽證據的存在，已足以使人對被告是否應受有罪判決的全部，產生懷疑。基於法治國原則下罪證有疑利歸被告的原則，應許對該為被告有罪的確定判決再審，重新斟酌於除去上開偽造等證據後，應如何判斷構成要件事實是否成立（刑訴法第 420 條第 1 項第 1 款及第 2 款規定參照）。

同理，當發現確定判決所無的「新證據」或「新事實」<sup>2</sup>時，該「新證據」或「新事實」，雖然不是確定判決判斷的基礎。然而，如果加入該「新證據」或「新事實」，有推翻原確定判決判斷的可能性時，也會使人對原確定判決為被告有罪的判斷，產生懷疑，基於同一理由，自應准許對確定判決聲請再審（刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款規定參照）。

---

<sup>2</sup> 在人們生活經驗中，經常透過「已知的事實」（如燈管有無發光、借據上所書寫的文字），推論「未知的事實」如何（如是否通電、有無借貸）。這樣推論的過程中，「已知的事實」就成為「未知事實」的證據。因此，嚴格而言，證據本身也是一個事實（例如指紋、證言、鑑定意見、血跡、DNA、通訊內容、現場狀況……等等），是一個人們所知的事實。

### 三、參與程序的執法人員失職的再審

當發現參與確定判決案件調查、偵查或審判的人，就該案件有違法失職的行為時，可認其蒐集的證據未必周全，或其所為判斷未必公正客觀。無論何者，均可認為追訴被告犯罪行為的過程，已欠缺信賴性，確定判決為被告有罪的判斷，也會使人產生懷疑，基於同一理由，自應准許對確定判決聲請再審（刑訴法第 420 條第 1 項第 5 款規定參照）。

### 四、為避免不同法院判斷矛盾的再審

在真實的世界，所有事實的發生或消滅，都離不開時間因素，在具有因果關係的不同事實間，必然有其發生先後的時間序。因此，不可能同時存在某一事實，既發生又不發生的矛盾現象。

如前述，法院的職責，就是在判斷立法者所預先構想的事實是否發生，並進而依據判斷宣示個案應有的法律效果。任何法院就其受理的案件所為判決，都是法律的代言人，宣示該個案事實應有的法律效果。然而，法院就被告有無犯罪行為所為判斷，性質上都是法院依據事發後現存的證據所為推論，只能說法院的判斷「接近歷史的真實」，而非歷史的真實。基於審判獨立及自由心證主義，法院所為的事實判斷，除依審級制度受上訴法院的審查外，即使其他法院亦不得加以撤銷或變更。因而就同一事實或相關聯的事實，在不同法院的確定判決中為矛盾判斷，不但理論上會存在，實際上也存在。如此結果不但將造成法律秩序的矛盾與錯亂，也會大大偏離一般人民所體會「事實真相只有一個」的生活經驗，造成人民對於法院裁判公平性的疑慮，自然應予避免。因此

，現行法乃規定，如果本案如何判斷，是以其他法院判斷的結果為前提的話，那麼在其他法院為判斷前，受理本案的法院得暫時停止審判，以待其他法院的判斷（如刑訴法第 295 條及第 297 條、民事訴訟法第 182 條第 1 項及行政訴訟法第 177 條等規定參照），於其他法院作成判斷後，再就本案為判斷，避免矛盾判斷的發生。同理，如本案確定判決所憑的其他法院的判斷，已依確定裁判變更者，如繼續維持本案的確定判決，可能造成本案與他案判決的矛盾，自非所宜。故就受有罪判決確定的被告而言，若本案是為被告有罪判決所憑的他案判斷已變更者，則他案判決的變更，亦足以使人對於本案的有罪判決，產生懷疑，自應准許受有罪判決的被告，聲請再審（刑訴法第 420 條第 1 項第 4 款規定參照）。

應特別說明者，依刑訴法第 420 條第 1 項第 4 款規定聲請再審，與依其他事由聲請再審，其本質上的不同，在於其他法院的判斷，是其他法院於審酌於該案呈現的證據及言詞辯論意旨後所表示的意見，是宣示該他案法官對某事實的「推論」，而非該他案法官對該他案事實的所見所聞，故對於本案法院而言，該他案法院的判斷，當然不是本案據為同一事實判斷的證據。由此可知，作為受有罪確定判決的被告聲請再審的事由，並未限於確定判決所依據的證據已有變動，不同法院間矛盾裁判的避免，也可以是聲請再審的理由。

### **參、現行法下，以其他共同正犯受無罪確定判決為理由聲請非常上訴**

共同正犯是否共同實施犯罪行為，應依全部的證據為共同評價（證據共通原則）。因此，共同正犯如果於同一審判程

序中成為共同被告，並作成同一判決者，法院就共同正犯是否實施某一犯罪行為，於各共同被告間，應為一致判斷。不可能出現一方面判斷甲與乙共同實施某犯罪行為，另一方面又判斷僅有甲或僅有乙實施該犯罪行為，否則該判斷即明顯矛盾而違反論理法則，該判決也成為違背法令的判決，上訴審法院應將該判決撤銷之（刑訴法第 155 條第 1 項規定、第 379 條第 14 款規定參照），判決確定後並得依非常上訴程序撤銷，如果撤銷確定判決有利於被告時，效力並及於被告（刑訴法第 441 條及第 448 條規定參照）。

#### **肆、結論—應准許被告以其他共同正犯受無罪確定判決為理由聲請再審**

##### **一、現行法下無救濟之途**

然而，上開明顯矛盾的判斷，如果不是在同一確定判決為之，即難依非常上訴程序獲得救濟，又得開啟再審程序之事由中亦未列舉，故於現行法並無救濟之途。現行法為何就此情形，未設相關救濟程序？推其理由，或基於審判獨立及自由心證主義下，除非該判決的判斷有違背法令，否則均有不可隨意動搖的確定力，法律上無法針對判斷明顯歧異的二個確定判決，確認哪一個判決的判斷較為正確，因此無法規定應准許對另一較不正確的判決聲請再審或非常上訴。

##### **二、無罪推定、罪證有疑利歸被告原則，是法治國原則的核心**

然而，刑事訴訟程序，是確認國家對被告有無刑罰權的程序，是以國家行使統治權的形式呈現，故於程序過程，國家（由檢察官代表）與被告，雖同為當事人（刑訴法第 3 條

規定參照)，但於訴訟上的地位，並非完全平等（例如國家得對被告為各種強制處分，具有遠較被告優勢的證據蒐集能力與機會等），與民事訴訟程序當事人地位，實質上平等或非常接近平等者，並不相同。因此，如何避免刑事被告受到來自國家的不當壓迫或侵害，而違反憲法保障人權的意旨，乃刑事訴訟程序重要事項。所謂無罪推定、罪證有疑利歸被告原則，便是其中的核心。

### **三、主要證據相同下，被告得以其他共同正犯已受無罪判決確定為理由，聲請再審**

本席認為，法治國原則所要求的無罪推定、罪證有疑利歸被告原則，於被告受有罪判決確定的情形下，仍不得忽略。換言之，刑事審判雖以法官審判獨立為前提，並採自由心證為原則，確定判決所認定的犯罪事實，固不容許輕易變動。但法律規定法官就犯罪事實成立與否，應本於審判獨立原則及自由心證主義為判斷，目的在為法官能為「更接近歷史的真實」的判斷提供基礎，而非承認法官的判斷就如同神諭一般絕對不可動搖。

如前所述，現行法基於罪證有疑利歸被告原則，已承認確定判決所為犯罪事實的判斷，並非絕對不可動搖，一旦發生確定判決基礎證據動搖，或發現參與程序的執法人員失職，或可能造成與其他法院判斷矛盾等情形，均允許被告得據以聲請再審，其理由無他，上開事由的存在，足以使人對被告受有罪的判決，產生懷疑，故也。從現行法上開規定背後支持的法理，自應認為若據以判斷同一犯罪事實有無的主要的證據相同，共同正犯中有受有罪判決確定者，亦有受無罪

判決確定者，則有合理懷疑可認受有罪判決的被告，可能受到冤屈。故應從憲法保障人權的觀點，允許該被告得以其他共同正犯已受無罪判決確定為理由，聲請再審，俾重新檢視相關證據，判斷被告有無為該行為，使被告受到冤屈的可能性降到最低。就此而言，本判決的結論，自值贊同。

應附帶說明者有四：

一、所謂「主要的證據相同」，應與判斷是否有犯罪行為所不可缺的證據相同，如僅為補強證據，即不屬之。是否為主要證據，仍應由受理再審聲請的法院，本於職權依個案認定。就此而言，刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款規定是否准許依發現新證據、新事實為由而再審，須由受理再審聲請的法院，「綜合判斷」，是否足認可變更原確定判決的立法結構，可資參照。

二、共同正犯中受有罪確定判決者，得以其他共同正犯受無罪確定判決為由聲請再審，乃是基於無罪推定、罪證有疑利歸被告原則，該受有罪判決的共同正犯，其所受有罪判決足以令人懷疑的緣故。至於受無罪判決的共同正犯，並無適用無罪推定、罪證有疑利歸被告原則的餘地，所以檢察官不得以其他共同正犯受有罪確定判決為理由，對受無罪判決確定的共同正犯聲請再審，自屬當然。

三、本判決亦不適用於民事事件，因為民事判決之主軸在解決完全立於平等地位的當事人間的紛爭，有關事實的判斷及證據蒐集與利用，適用辯論主義原則，以當事人所主張者為限，法院的確定判決，僅就訴訟標的有拘束力（民事訴訟法第 400 條第 1 項規定參照），對於訴訟標的法律關係的構成要件事實的判斷則無之，在不同的訴訟標的，法院得就

不同的事實為不同判斷。因此，即使就同一事實，不同的訴訟有不同的判斷，也是不得已而須承認的事，尚難單純以法院間有不同的判斷為理由，提起再審之訴<sup>3</sup>。

四、當事人未盡審級救濟者，不得聲請解釋憲法，憲法訴訟法第 59 條第 1 項固有明文規定。然此所謂「盡審級救濟」者，乃指依現行訴訟制度得受審級救濟者而言，若當事人未為現行制度所未允許的救濟，即不得以當事人未盡審級救濟為理由，認其聲請解釋憲法為不合法，此為當然的解釋。就現行制度而言，對刑事確定判決聲請再審，均以法律所明文列舉的再審理由為限，若以非法律所明文列舉的事由聲請再審，其再審聲請為不合法，法院應以裁定駁回之。因此，不論從避免訴訟資源浪費或人民無益訴訟之禁止，客觀上均不能要求人民應先為「必受駁回」的再審聲請，再對駁回其聲請的裁定，走完抗告、再抗告等毫無意義的救濟程序，俟駁回再審聲請確定後，始得聲請解釋憲法。就本件而言，共同正犯有受軍事法院判決有罪確定，與受普通法院判決無

---

<sup>3</sup> 應特別說明者，就民事事件而言，其他法院就所受理的不同案件，如果也必須針對同一事實為判斷時，是否必須為相同判斷，立法例上有不同模式，例如在我國及德、日等國，先後二法院均適用審判獨立及自由心證主義，因此不規定哪個法院所為的判斷較為正確或效力較強，只規定受理的法院得裁定停止程序，等待其他法院裁判結果，避免裁判矛盾（參閱後述）。相對的，在法國民法，就規定某一事實一旦經法院於終局判決（不必等到確定）中判斷，就「推定」該判斷的事實為真實（法國民法第 1350 條第 3 款規定參照，相關解說，請參閱拙著「第三人撤銷之訴—所謂有法律上利害關係之第三人」，刊載於月旦法學雜誌，第 99 期，2003 年 8 月，收錄於拙著，民事訴訟之基本理論（二），第 209 頁以下），因此，如果在不同法院也要針對該事實為判斷，就必須提出反證，否則受理在後的法院，就必須以受理在先的法院所為判斷為準。採前者的立法例，可能造成先後二個法院判決就同一事實為歧異判斷。但歧異的判斷，至少可以擔保其中之一是正確的；採後者的立法例，可以達到同一事實為統一判斷的效果，但也可能發生二個判斷都符合歷史的真實，也可能都不符合歷史的真實。就像雞蛋是不是要同一籃子的問題一樣，如果能確保某個籃子絕對堅固，那都放在那個籃子，才是正確的，但如果不能確保，究竟要賭上一把，還是分散風險，就有考慮的餘地。

罪確定歧異，並不屬於刑訴法所列舉得聲請再審的事由，從而聲請人未聲請再審，即聲請大法官解釋以為救濟，難認其未盡審級救濟。又此等事由，依其性質應屬得否再審的問題，而非得否上訴的問題，故本判決依聲請人聲請解釋以為救濟的意旨，認為於此情形應准許聲請人聲請再審，尚不生訴外裁判的問題。