

## 最高法院函

中華民國 93 年 11 月 3 日  
台文字第 0930001020 號

受文者：司法院

主旨：本院適用 鈞院釋字第五八二號解釋，對該號解釋是否具有溯及之效力等問題，發生疑義，謹請 鈞院大法官補充解釋。

說明：

### 一、本號解釋有無溯及效力之疑義

司法院大法官解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條、第七十九條第二項及憲法增修條文第五條第四項前段所明定。此種解釋權，為抽象的解釋，其效力如何，憲法、憲法增修條文、司法院大法官審理案件法及相關法律均無明文規定。依釋字第一七七號、第一八五號、第一八八號、第一九三號及第二〇九號解釋意旨，司法院大法官所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之；除解釋文另有明示，或依人民聲請所為之解釋，對該聲請人據以聲請解釋之案件，有溯及之效力外，原則上自解釋公布之日起向將來發生效力。釋字第五八二號解釋僅謂本院三十一年上字第二四二三號、四十六年台上字第四一九號判例及其他相同意旨判例「與上開解釋意旨不符部分，應不再援用。」但自何時生效，則未明白釋示，依前引司法院大法官解釋所示之原則，應解為自公布之日即九十三年七月二十三日起發生效力。惟展閱本號解釋揭櫫憲法保障人民訴訟基本權及正當法律程序之意旨，及闡述之二十四年修正刑事訴訟法第二百七十三條（解釋理由書並引十七年七月二十八日制定公布之刑事訴訟法第二百八十六條）關於刑事被告詰問權等規定，共同被告對被告本

人案件之審判，當自三十六年十二月二十五日憲法施行，甚至自二十四年（或十七年）修正刑事訴訟法施行之日起，即應以證人之身分令其具結陳述，始得採其陳述為不利於被告本人之證據，庶符解釋之本旨；準此，本院前述相關判例，是否應解為自選定時起，即「與上開解釋意旨不符」，自始「應不再援用」，不無疑問。何況釋字第五八二號解釋所揭槩刑事被告對證人之詰問權，乃普世價值之基本人權，對此普世價值之基本人權受到侵害所為之救濟，不應因訴訟案件確定與否，或訴訟之進行程度不同，而為兩歧之處理。如謂釋字第五八二號解釋類同於法律修正，應適用法律不溯及既往之原則，則本號解釋將僅限於聲請解釋之個案之救濟可能性，有其意義。對於其他已確定案件，或繫屬本院尚未終結之第一、二審法院已踐行當時有效法定程序之案件，排除於救濟途徑之外，不但與其揭示刑事被告對證人之詰問權，乃憲法保障之人民訴訟基本權及正當法律程序所保障之權利，且屬普世價值之基本人權之本旨不符，亦顯然有悖於公平法院之理念。查法律不溯及既往之原則，固為法治國家之基本原則，但此一原則並非全無例外，尤以人民之生命及身體自由等憲法上權利，遭受違反普世價值基本人權之刑事訴訟程序侵害時，更應有例外之規定。德國聯邦憲法法院法第七十九條第一項後段規定，確定之刑事判決以聯邦憲法法院宣告為違反基本法之法規解釋為依據者，均得依刑事訴訟法規定，對之提起再審之訴；同法第九十五條第三項規定對於法律提起之憲法訴願有理由時，應宣告該法律無效，其依同條第二項提起憲法訴願有理由，如被廢棄之裁判係依據違憲之法律時，亦同，並準用同法第七十九條之規定，足資參照。釋字第五八二號解釋自何時生效，解釋文及解釋理由書均未明示，如認本號

解釋具有溯及之效力，似較符合解釋之意旨；倘謂本號解釋係自公布日起向將來發生效力，僅聲請人據以聲請解釋之個案，例外的有溯及之效力，亦應於解釋文或解釋理由書內說明該特定個案，與本號解釋公布前之其他已確定案件，及繫屬本院尚未終結之第一、二審法院已踐行當時有效法定程序之案件，何以有不同人權保障標準之具體理由，並明示前述本院相關判例「與上開解釋意旨不符部分，應自本解釋公布之日起，不再援用」；或「應明示」本號解釋意旨對於現繫屬法院尚未終結之案件或已確定之案件，如有適用上開系爭違憲判例者，「有溯及之效力」，以示明確，並釋疑慮。

## 二、相關刑事訴訟法等之規定是否抵觸本號解釋意旨及憲法之疑義

憲法第十六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。但保障訴訟權之程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟之性質，以法律為正當合理之規定（釋字第三九三號、第三九六號解釋參照）。從而刑事被告對證人之詰問，其程序如何運作進行，應依程序法即刑事訴訟法之規定行之。二十四年修正刑事訴訟法第一百七十三條第一項第三款（即五十六年一月二十八日修正同法第一百八十六條第三款）規定「與本案有共犯關係或嫌疑者，不得令其具結」，排除共犯為證人應命具結規定之適用。又同法第二百七十三條（即五十六年修正同法第一百六十六條）第一項規定：「證人、鑑定人由審判長訊問後，當事人及辯護人得聲請審判長或直接詰問之。」關於被告本人對共同被告詰問權之行使，則付闕如；第二百七十六條（即五十六年修正同法第一百六十九條）復規定：「審判長預料證人、鑑定人

或共同被告於被告前不能自由陳述者，得於其陳述時，命被告退庭。但陳述完畢後，應再命被告入庭，告以陳述之要旨。」將共同被告與證人、鑑定人併列為獨立之證據方法，但與證人、鑑定人應令具結者有別；而有關詰問權之行使對象，亦不包括共同被告在內，甚且於被告本人前不能陳述時，得命該被告退庭，而於共同被告陳述完畢後，再命其入庭，告以陳述之要旨。相同法制之德國刑事訴訟法，亦規定有共犯嫌疑者，不得令其宣誓作證；被告之訊問及證據之調查由審判長為之，審判長應許可檢察官、被告、辯護人及參審員訊問之聲請，但共同被告間之相互訊問，不予許可；共同被告或證人因被告本人在場，而有不為真實陳述之虞等情形者，得命被告本人暫時離庭；在一定情形下，並得以朗讀法院過去之訊問筆錄代之，為直接審理之例外（參照德國刑事訴訟法第六十條第二款、第二百三十九條、第二百四十條、第二百四十七條第一項、第二百五十條、第二百五十一條、第二百五十七條第一項）。足見九十二年二月六日修正刑事訴訟法施行前，立法機關本於刑事訴訟採職權主義之立法原則，衡量訴訟之性質，就證人與共同被告等證據方法之調查程序及要件所為規定，與相同法制之德國刑事訴訟法並無二致，且為合理正當。

前述刑事訴訟法規定共同被告為獨立之證據方法，但無庸具結陳述，亦未賦予被告詰問權，並得隔離訊問，而以告以陳述要旨之方式踐行調查證據程序，揆之釋字第五八二號解釋揭示之憲法意旨，尚有扞格。解釋理由書亦謂二十四年修正刑事訴訟法第一百七十三條第一項第三款之規定「不僅有害於真實發現，更有害於被告詰問證人之權利的有效行使，故已於九十二年二月六日刪除；但於刪除前，法院為發現案

件之真實，保障被告對證人之詰問權，仍應依人證之法定程序，對該共犯證人加以調查。」既認被告對共犯證人之詰問權，乃憲法第十六條所保障之人民訴訟基本權，且為憲法第八條第一項明定之正當法律程序所保障之權利，則此項「更有害於被告詰問證人之權利的有效行使」之規定，自亦牴觸憲法保障之人民訴訟基本權，並違背正當法律程序，何以未於解釋文內併為違憲之宣告，以貫徹其解釋之初衷？二十四年修正刑事訴訟法第二百七十三條第一項及第二百七十六條之規定亦然。現行刑事訴訟法施行法第七條之三但書規定「修正刑事訴訟法施行前已依法定程序進行之訴訟程序，其效力不受影響。」明定九十二年二月六日修正刑事訴訟法施行前，法院已依法踐行之訴訟程序，包括相關證據法則之適用在內，效力不受影響（並參照立法理由），其中關於共犯證人不得令其具結及未賦予被告詰問權部分，同有違憲之疑義。倘司法院大法官認前述刑事訴訟法之相關規定與憲法意旨不相牴觸，不為違憲之宣告，則法院依據合憲且當時有效之刑事訴訟法所踐行之訴訟程序，自為憲法第八十條所保障，本院三十一年上字第二四二三號、四十六年台上字第四一九號判例及其他相同意旨判例，有何牴觸憲法之問題。

九十二年二月六日修正刑事訴訟法施行前，我國刑事審判採職權主義，證據之調查及其證明力之判斷，屬法院之職權，與英美法由陪審團認定事實者迥異。二十四年修正刑事訴訟法第二百七十三條第一項規定，證人、鑑定人由審判長訊問後，當事人及辯護人「得」聲請審判長或直接詰問之。故當事人及辯護人對於證人、鑑定人之詰問僅有補充性，且非強制性，與英美法以當事人間相互攻擊、防禦為主軸者，亦有不同。現行刑事訴訟法採行改良式當事人進行主義，檢

察官對於被告之犯罪事實應負提出證據及說服之實質舉證責任，並由當事人主導證據之調查，以交互詰問為調查證據之中心，此係刑事政策改變所趨，不宜以今日之是，遽指昔日為非。二十四年修正刑事訴訟法第二百七十條第二項規定：「被告雖經自白，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」五十六年修正刑事訴訟法第一百五十六條第二項規定：「被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」九十二年二月六日修正刑事訴訟法第一百五十六條第二項增列「共犯」等文字，規定：「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」其立法意旨，係以補強證據擔保被告或共犯自白之真實性，足認確與事實相符，始得採為證據。又既稱「不得作為有罪判決之唯一證據」，即承認共犯之自白與被告之自白同屬證據方法之一，僅不得作為被告有罪判決之唯一證據。本院三十一年上字第二四二三號判例謂：「共同被告所為不利於己之供述，固得採為其他共同被告犯罪之證據，惟此項不利之供述，依刑事訴訟法第二百七十條第二項之規定，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，自難專憑此項供述，為其他共同被告犯罪事實之認定。」(四十六年台上字第四一九號判例亦同此旨)，與現行刑事訴訟法第一百五十六條第二項之規定，脈絡相沿，文義一貫，旨在強調補強證據之必要性，殊無逕以共同被告之陳述作為被告本人不利證據之涵意在內，其義甚明，其理至灼。本號解釋將之解為「將共同被告不利於己之陳述，虛擬為被告本人之自白，逕以該共同被告之陳述作為其他共同被告之不利證據」，反自陷於虛擬懸揣之議。既認本院上開判例與憲法意旨牴觸，現行刑事訴訟法第

一百五十六條第二項之規定豈無違憲之虞？又本號解釋文謂，上述二判例及其他相同意旨判例，與解釋意旨不符部分，應不再援用；及解釋理由書稱「該二判例及其他相同意旨之判例（如最高法院二十年上字第一八七五號、三十八年穗特覆字第二九號、四十七年台上字第一五七八號等），與上開解釋意旨不符部分，應不再援用。」此所謂「其他相同意旨判例」及「等」，究竟指何判例而言？尚欠明白。另繫屬本院尚未終結之第一、二審法院已踐行當時有效法定程序之案件，如有共同被告之陳述，未經依人證之調查程序並由其他共同被告行使詰問權，而以之為認定其他共同被告犯罪之依據者，是否因違反本號解釋意旨，即違背憲法正當法律程序，不當剝奪被告所享有之憲法上之訴訟基本權，該共同被告不利於其他共同被告之陳述，自始即不具證據能力應予剔除？或僅為訴訟程序之踐行，因違反本號解釋意旨而有重大瑕疵，已不能採為認定其他共同被告犯罪事實之依據，並非全無證據能力，嗣後如法院再踐行人證法定調查程序，並已予其他共同被告行使詰問權，自可本於職權，就共同被告前後所為之陳述，為證據之取捨及判斷？就此，本號解釋文中「為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。」其文義亦不明確，易滋疑義。

釋字第五八二號解釋理由書強調「為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。」進而指出「被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第一百五十九條第一項

參照)，除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。」亦即，被告對證人之詰問權以「客觀上不能受詰問者」為唯一例外，如無「客觀上不能受詰問」之情形存在，於審判中均應踐行詰問程序，始為合憲、適法。以美國、日本等刑事訴訟法制關於傳聞證據設有諸多例外之情形，與本號解釋相較，尤為遜色，亦為民主法治國家刑事立法例上所僅見。現行刑事訴訟法第一百五十九條第二項前段、第一百五十九條之一、第一百五十九條之二、第一百五十九條之四、第一百五十九條之五、第二百零六條、第二百七十三條之二，及性侵害犯罪防治法第十五條第二項、兒童及少年性交易防制條例第十條第二項、家庭暴力防治法第二十八條第二項、組織犯罪防制條例第十二條暨檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等傳聞證據之例外規定，俱與「客觀上不能受詰問」之情形，顯不相符，依本號解釋意旨，即「不得作為認定被告犯罪事實之判斷依據」，前述法律有關傳聞證據例外之規定，自足滋違憲之疑義。又刑事訴訟法第二百八十七條之二規定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告『準用』有關人證之規定。」就共同被告對於被告本人案件之審判，僅「準用」有關人證之規定，而非直接「適用」，顯未將共同被告（本質上為證人）與「證人」同視，與本號解釋意旨仍有互不相侔之處。

現行刑事訴訟法等法律之傳聞證據例外規定，如不悖於憲法有關保障人民訴訟基本權及正當法律程序之本旨，即屬立法機關衡量訴訟性質所為正當合理之規定。釋字第五八二號解釋就現行刑事訴訟法等法律之傳聞證據例外規定，增加「除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應踐行詰問程序」之要件，實質上變更法律之明文規定，有無逾越立法機關裁

量權之範圍，致與立法者設計之相關刑事訴訟法制不符，已涉及司法解釋權與立法權之權力分立問題，兩者間之分際如何，屬憲政上之重大議題，尤有待釐清，以維憲政體制。

三、本件因 鈞院釋字第五八二號解釋有無溯及之效力，及衍生前述刑事訴訟法等相關規定是否牴觸本號解釋意旨及憲法之疑義，爰依司法院大法官會議第二十九次會議臨時動議第一案決議、第一百十八次會議決議，及釋字第二十七號解釋意旨，並參照釋字第八十二號、第一四七號等解釋理由，謹請鈞院大法官補充解釋，以資遵循。

院長 吳 啟 賓