

釋字第 592 號解釋部分協同、部分不同意見書

謝在全大法官 提出

本件多數意見所通過之解釋，關於應受理部分，本席敬表贊同，但對於實體部分之解釋，本席未敢同意，爰就前者提出協同意見，就後者提出不同意見書如下：

一、問題源起

本件係本院釋字第五八二號解釋之補充解釋，可見本號解釋之源起是來自釋字第五八二號解釋。就聲請該號解釋之案件，本席認為該號解釋所涉及之原因案件判決並未適用最高法院三十一年上字第二四二三號及四十六年台上字第四一九號判例，該案當事人（即被告）之聲請釋憲，不符合司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，故不應受理（註一）；至於受理後之解釋，本席認為該二判例亦無違憲問題，其理由要言之：（一）、該二號判例係在當時之刑事訴訟法對於共同被告不利於己之陳述，得否以及如何方可採為其他共同被告犯罪之證據，未設規定下，適用當時刑事訴訟法所表示之見解。此為關於刑事訴訟法當時之刑事訴訟政策及法律見解之問題，不生違法，更無違憲之問題（註二）。（二）、依當時刑事訴訟法第一百八十六條第三款規定，於本案有共犯關係者，不得令其具結，是以縱使依證人程序處理，對之行使詰問權，共同被告亦有說謊之權利，易言之，能否以詰問程序擔保其證言之真實性，要非無疑。更有甚者，欲對共同被告或其他證人依現行刑事訴訟法行使詰問權之程序時，依當時刑事庭法官承辦刑事案件之負擔量（註三），不只為院檢人力所難能負荷，而且法庭等硬體設備也難敷其需求（註四）。是以判例依據當時之法律適用，並衡量實務之情況，以共同被告不利於己陳述之任意性，及補強證據之存在，擔保證言之真實性，要屬當時最能

保障其他共同被告人權所運用之證據法則。(三)、或謂上開判例易遭誤用，然九十二年九月一日施行之修正刑事訴訟法不僅已將前開第一百八十六條第三款規定刪除，且就對證人詰問之程序予以增修，設詳細之規定（該法第一百六十六條至第一百六十七條之七參照），更於同法第二百八十七條之一、之二分別增設，共同被告之調查證據或辯論程序之分離或合併規定，以及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證人之規定。是共同被告之陳述，應依如何之調查程序方有證據能力，已有明文可據，若仍恐誤用，於解釋中指明即為已足。故本席曾提出合憲性解釋之參考文字（註五），惜未獲接受，造成實務之衝擊，衍生今日需補充解釋之問題。

二、聲請補充解釋受理之依據

最高法院聲請本件補充解釋，係依本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、第一百四十七號等解釋理由。查本院大法官會議第二十九次會議臨時動議第一案決議及依據該決議作成之釋字第二十七號解釋，均係作成於「司法院大法官會議規則」時期，就聲請案件應否受理程序問題所表示之見解，於大法官會議法及司法院大法官審理案件法公布後，似已不足為據。至上開第一百十八次會議決議，及據該決議作成之釋字第八十二號、第一百四十七號等解釋，則係作成於大法官會議法施行時期，該決議所指大法官會議法第四條，其第一項規定，與現行司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款規定完全相同。而補充解釋雖係本院大法官依大法官會議法、司法院大法官審理案件法及其釋憲職權所創設之釋憲特殊類型（註六），然上開審理案件法第五條已增設第二項規定，本院並作成釋字第三七一號、第五七二號及第五九〇號解釋。是於各級法院法官聲請補充

解釋時，究竟是否仍有上開審理案件法第五條第一項第一款規定之適用，即非無疑。按各級法院就其受理之案件，對於所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義，而聲請釋憲時，其程序依據，於最高法院或最高行政法院應係前開審理案件法第五條第二項，其他各級法院則係本院上開解釋。詳言之，各級法院聲請釋憲或聲請補充解釋，於此範圍內，應無前開審理案件法第五條第一項規定適用之餘地。但最高法院及最高行政法院於其審判事務上具有統一法律、命令見解之職權，經法院組織法第七十八條授權訂定之最高法院處務規程第三十二條規定，民刑事各庭為統一法令上之見解，得由院長召集民事庭、刑事庭會議或民刑事庭總會議決議之（最高行政法院處務規程第二十八條亦有相類規定），決議之效力並經本院釋字第三七四號解釋理由闡釋在案。因之，最高法院及最高行政法院於審判事務上，就一般通案為統一其法令見解，作成決議時，發生適用憲法疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義者，尚仍得依前開審理案件法第五條第一項規定及本院第一百十八次決議，聲請釋憲或聲請補充解釋。本件最高法院對於本院釋字第五八二號解釋效力疑義之聲請補充解釋即係本此而為，多數意見認應予受理，自有可贊同之依據。惟審判實務之法令適用，本質上僅於受理案件後，於審理時始有其存在，亦即唯有在審理具體案件時，方有適用憲法，或適用法律發生有牴觸憲法疑義之法律適用問題（註七）。果爾，最高法院及最高行政法院於審判事務上，適用法律之聲請釋憲或補充解釋，似仍以依據前開審理案件法第五條第二項規定為之，方屬正辦，且更符合審判獨立之意旨。

三、本院解釋之效力範圍及訴訟程序之法安定性

多數意見通過之解釋文認：本院釋字第五八二號解釋之適用，應以個案事實認定涉及以共同被告之陳述，作為其他共同被告論

罪之證據者為限，固已說明第五八二號解釋適用之範圍，然除此之外，本件最高法院聲請補充解釋者，尚有「…釋字第五八二號解釋所揭禁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。…」(見最高法院聲請補充解釋函說明一部份)，解釋文對此項證人詰問權部分之聲請似未置一詞，因此將產生對聲請事項有無漏未解釋之疑問。若謂本號解釋既已指明釋字第五八二號解釋適用之範圍以上開有關共同被告者為限，是即闡明證人詰問權部分不在適用之列，果爾，無異於宣示釋字第五八二號解釋文就證人詰問權之釋示並非該號解釋效力所及之範圍，藉以縮小該號解釋於刑事訴訟實務之衝擊面，此確屬務實之態度。但查釋字第五八二號解釋，係認最高法院三十一年上字第二四二三號及四十六年台上字第四一九號判例違反憲法第十六條及第八條第一項所保障被告對證人詰問權之規定，亦即該號解釋係具體闡釋憲法上開規定之意旨，因之，性質上屬具有憲法位階效力之解釋。解釋文乃此種解釋客觀效力當然所及之範圍，不僅為我釋憲實務所是認(本院釋字第一八七號、第二一〇號解釋參照)，且為學說所從同(註八)。準此以觀，釋字第五八二號解釋文第一段前三句，依憲法第十六條及第八條第一項規定所作關於刑事被告對證人詰問權之憲法意旨闡釋(解釋理由書就此更論述綦詳)，亦應屬該號解釋效力所及之範圍，方屬的論。然本號解釋卻採不同見解，將釋字第五八二號解釋文關於證人詰問權之釋示，解為不在法院已繫屬刑事案件適用之列，亦即非該號解釋效力所及之範圍，又未說明其理由。對此，本席實難贊同。

次查刑事訴訟法施行法第七條之三但書之規定，乃關於刑事訴訟法修正所設之過渡規定，與本院釋字第五八二號解釋所涉時

間效力問題，兩者層次有異，雖不能相提並論，但是其面對者，均為已繫屬各級法院之刑事案件，其審理跨越新舊刑事訴訟程序法領域時，應如何適用訴訟法之問題（註九），則屬相同。蓋刑事訴訟法施行法第七條之三但書係為因應刑事訴訟法九十二年之修正而設，而其修正之重點部分即為涉及證據之傳聞法則、其排除規定及交互詰問運作方式與夫共同被告之調查證據或辯論程序之分離、調查共同被告時，證人程序之準用等重大變革（該法第一百五十六條、第一百五十九條、第一百五十九條之一至第一百五十九條之五、第一百六十條、第一百六十六條至第一百六十七條之七、第一百八十六條、第二百八十七條之一、第二百八十七之二條及該法施行法第七條之二等參照，並請見司法院、行政院致立法院函請審議「刑事訴訟法部分條文修正草案」暨「刑事訴訟法施行法部分條文修正草案」案，關於該法施行法第七條之三修正說明，立法院公報第九十二卷第八期第二一九八頁）。而本院釋字第五八二號解釋之意旨，與修正刑事訴訟法第二百八十七條之一、第二百八十七條之二以及被告對證人詰問權之規定，兩者亦恰屬相同〈本件解釋理由對此已指明在案〉。易言之，本院釋字第五八二號解釋固係在貫徹憲法保障人權之意旨，上開刑事訴訟法之修正亦係將憲法保障人權之規範予以具體落實，異曲同工，兩者毫無以異。因刑事訴訟法之上述重大變革，對於審判程序之進行將發生深遠之影響（見上揭立法院公報），立法者乃比較衡量訴訟程序之法安定性及被告權利之保障、刑事訴訟法之程序性質、刑事訴訟之目的等各種利益，斟酌實務可能遭遇之實際困難等情事，於刑事訴訟法施行法第七條之三明定：「中華民國九十二年一月十四日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，其以後之訴訟程序，應依修正刑事訴訟法終結之。但修正刑事訴訟法施行前依法定程序進行之訴訟程序，其效力不受影響」。

所謂依法定程序進行之訴訟程序「效力不受影響」，其立法理由指出：「…但為免程序之勞費，本諸舊程序用舊法，新程序始用新法之一般法則，各級法院於修正之刑事訴訟法施行前，已依法踐行之訴訟程序(包含相關證據法則之適用)，其效力不受影響，故而，對於提起上訴之案件，於修正刑事訴訟法施行前，原審法院就可得為證據之證據，已依法定程序調查者，其效力亦不受影響。…」是該條所稱「依法定程序進行之訴訟程序」，包括修正前刑事訴訟法相關證據法則之適用在內，甚為顯然。本於刑事訴訟程序之法安定性及實體正義平衡之相同考量，本院釋字第五八二號解釋之效力除僅溯及於據以聲請之案件外，該號解釋公布當日起，既僅向將來發生效力，則各級法院繫屬中之有關刑事案件在該號解釋公布前，所進行訴訟程序若有適用經宣告不再援用之上述判例者，該訴訟程序之效果亦不受影響，方符事物本旨及憲法人權價值秩序之同一判斷。蓋上開釋字第五八二號解釋所宣告不予援用之判例，係於當時刑事訴訟法未設規定下，所表示之法律見解，合於當時之法律規定，已如前述。刑事訴訟法於九十二年九月一日修正施行後，該等判例縱不合新法之程序要求，亦僅是嗣後不再援用之問題，已依舊法所進行之訴訟程序，要難指其違法。釋字第五八二號解釋與前揭刑事訴訟法之修正所涵涉之規範就證據法則有變更而言，既屬相同，立法者對此法律變動，比較衡量法安定性及個人權利保障等各種利益，已透過前揭刑事訴訟法施行法第七條之三過渡條款，在刑事訴訟法上選擇賦予法安定性較高之評價，釋憲機關作為法之嚴正解釋及適用者，自應予以尊重。因之，對此相同法規範秩序之變動，司法院大法官就各級法院正繫屬中尚未終結之刑事案件，已依舊法踐行之訴訟程序效力，亦應與刑事訴訟法施行法第七條之三但書規定，採取相同之評價，否則就法規範秩序變動前後，各級法院繫屬中尚未終結之案件，已依法

定程序踐行訴訟程序之效力，依刑事訴訟法施行法第七條之三但書規定「效力不受影響」，然依本件解釋意旨，則造成於該號解釋公布前已依原法定程序所進行之訴訟程序失其效力。對於相同內容之規範，就已依原法定程序所進行之訴訟程序效力，本院解釋之權衡卻完全相左，將形成規範間之衝突，致刑事訴訟法施行法第七條之三但書之合憲性，當即受到挑戰。一波未平，一波又起，豈是釋憲機關所應為？或謂上開釋字第五八二號解釋所宣示者乃普世價值之基本權利（見該號解釋理由），故其利益權衡應大於法秩序之安定，然則本院解釋對於其他亦應具有普世價值之基本人權，諸如男女平等、人身自由、宗教自由及居住遷徙自由等，對於法安定性、基本人權保障與公共利益〈包括新法令未及制訂，所可能造成之社會衝擊〉等作充分權衡後，就違憲之法令仍以定期失效之方式宣告，致使違憲狀況繼續存在，相關解釋之聲請人亦無從獲得救濟之情形，比比皆是（本院釋字第四五二號、第四五四號、第四五七號、第五二三號、第五七三號、第五八八號解釋等參照）。本件解釋基本上亦係衡酌法安定性之維持與人權之保障，卻獲致完全不同之結果，尤屬費解。是以，本席認為對於上開釋字第五八二號解釋時間效力應採與刑事訴訟法施行法第七條之三但書規定相同之處理（註十），方屬權衡人權保障、法安定性、公共利益之維護及法院審理刑事案件可能遭遇之困窘等情事，所為之最佳考量。對於此部分多數通過之意見，本席亦歎難同意。

註一：受理後所衍生之程序問題後遺症，見王兆鵬著，憲法解釋與訴訟權之保障-以刑事訴訟為中心，發表於司法院大法官九十三年年度學術研討會。

註二：日本於其憲法第三十八條第三項規定出現以前，實務上亦有相同之見解（日本大判昭一三、十二、十七大刑集十七、九四三，大判昭四、四、三〇大刑集八、三〇七，最判昭二三、二、二

七刑集二、二、一二〇參照)，並未見日本刑事訴訟法改採當事人進行主義後，認上述判例之見解是屬違憲。

註三：系爭案件於八十八年第二審判決時，各地方法院檢察署偵察案件之起訴率為百分之三八點九，於第一審八十五年判決時起訴率為百分之五十四點一（法務部統計「地方法院檢察署偵查案件終結情形」，網址 <http://www.moj.gov.tw/tpms/internet/indicator/t06.xls>）。至第二審法院八十八年判決時，當年受理之刑事案件共為兩萬六千五百零二件，當年共終結一萬九千九百四十八件，每月法官辦結之案件為三十點八八件（司法院八十八年十二月統計月報、八十九年司法業務概況第十二頁）。

註四：此應係刑事訴訟法雖早已有證人詰問權之規定，但實務上證人未經詰問，將其證言採為裁判之證據時，向未認係當然違背法令（最高法院二五年上字第一八二二號、二六年上字第一九〇七號判例參照，另見孫森焱、林永謀大法官分別於本院釋字第三八四號解釋所提之協同意見書）。所以如此之故，乃因職權主義下之證人詰問權作用在協助法院發現真實，證言之採取與否，係證據證明力問題，雖違背此項程序，於證據能力無影響；然於當事人進行主義下之詰問權係重在證據能力，凡未經賦於當事人反對發問機會之資料，不得採為認定犯罪事實之證據（其詳請參照陳樸生著，刑事證據法第十六、四五、二五六、二六三、五三三頁，五九年八月初版）。而我舊刑事訴訟法係採職權主義，於九十二年修正後係採改良式當事人進行主義，修正前後之刑事訴訟法固均有證人詰問權之規定，然其作用及效果完全不同，不可不辨。本院釋字第三八四號解釋亦僅將證人之詰問權列於理由並於對質一詞並列，或係基於相同理由。以今日刑事訴訟修正及其他司法改革後方能實現之情況責之以前之不能，亦屬憾事。

註五：解釋文草案參考文字為：「最高法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旨在闡述，共同被告不利於己之陳述，不得作為有罪判決之唯一依據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，始得採為其他共同被告犯罪事實之認定。該判例並未排除共同被告得以證人之資格，依人證之調查程序，將其供述作為證據資料（中華民國八十八年四月二十一日修正公布之刑事訴訟法第一百八十八條第二項、第一百八十六條第三款參照），然無論以共同被告或證人資格予以訊問，被告對之均有請求對質或聲請詰問之權（同法第九十七條、第一百六十六條第一項參照）。是該判例於此範圍內，與憲法第十六條保障人民訴訟權之規定，尚無牴觸。又刑事訴訟法於九十二年九月一日修正施行後，法院就被告本人之案件調查共同被告時，應依同法第一百五十六條第二項及第二百八十七條之一、之二規定辦理，更屬當然，並此指明。」此係採合憲性解釋，採此方法之理由，吳庚、王澤鑑大法官於本院釋字第五二三號解釋所提部分不同意見書，就合憲性解釋之闡釋，最足供參考。再者，該解釋原則理論根據之一，乃是對立法權之尊重（許宗力大法官著，憲法與政治，收錄於同氏著，憲法與法治國行政第四七頁，一九九九年三月）。本院釋字第五八二號解釋之客體係最高法院之判例，固不涉及立法權之尊重問題，然基於本院解釋權與法院審判權之嚴格劃分，本院大法官對於法院於個案適用法律所表示之法律見解，自亦應予尊重，準此，對判例採合憲性解釋，亦具有相同之理論根據。

註六：吳庚大法官著，憲法的解釋與適用第三九四頁（九十三年第三版），吳信華著，論大法官釋憲程序中的補充解釋，翁岳生教授七十祝壽論文集上冊第七九六頁參照。

- 註七：法官於審判案件時，對於命令有違憲與否之審查權（本院釋字第一三七號、第二一六號解釋參照），故就此部分，法官應無聲請釋憲之必要。
- 註八：吳庚大法官著，前揭書第四三二頁，王和雄大法官著，違憲審查制度與司法院大法官審理案件法，法學叢刊第一八二期第二五頁，李震山著，論司法院大法官憲法「疑義解釋」與「爭議裁判」之拘束力，司法院大法官九十一年度學術研討會紀錄第一三五頁，蕭文生著，法規違憲解釋之拘束力，同前紀錄第二二六頁。
- 註九：此即學說上所稱「不真正溯及既往」之問題，詳見彭鳳至大法官著，法律不溯既往原則之憲法地位，台灣本土法學四十八期第三頁，二〇〇三年七月，李建良著，法律溯及既往與信賴保護原則，台灣本土法學二十四期第七十九頁，二〇〇一年七月，林三欽著，行政法令變遷與信賴保護，東吳法律學報十六卷一期第一三一頁，二〇〇四年八月。
- 註十：呂潮澤著，司法院大法官釋字第五八二號解釋之效力及其可能影響，法令月刊第五十五卷第九期第四頁，吳巡龍著，對質詰問權的保障與限制-釋字第五八二號解釋評析，月旦法學一一五期第一〇六頁，二〇〇四年十二月，亦採相同見解。

釋憲機關之解釋效力採取此種過渡條款之調和設計者，奧地利共和國憲法第一百三十九條第六項規定：命令因違法而被廢止或憲法法院依第四項規定宣告命令違法者，所有法院及行政機關均受憲法法院宣告之拘束。命令廢止以前已實現之事實適用該命令，但以憲法法院未於判決中另行宣告者為限。第一百四十條第七項規定：法律因違憲而被廢止或憲法法院依第四項規定宣告法律違憲者，所有法院及行政機關均受憲法法院宣

告之拘束。法律廢止以前已實現之事實適用該法律，但以憲法法院未於判決中另行宣告者為限。此項立法例足供參考。

依本號解釋宣告之時間效力，對於仍在繫屬中刑事案件可能衝擊，參見司法改革雜誌編輯部，最高法院要成為「全民公敵」嗎？司法改革雜誌五十二期第二十一頁，二〇〇四年八月；紀俊乾發言，中國時報二〇〇四年七月二十四日，A13版。又據最高法院於本院九十四年三月八日說明會指出：現正繫屬於最高法院之案件超過七千件，受釋字第五八二號解釋影響較鉅者，應係最高法院繫屬中，許多跨越新、舊刑事訴訟法時期之未結案件（例如經數次更審發回，其中有更九之重大刑案），與會法官對此憂心忡忡。可見理論易說，承辦法官面對活生生之具體個案，於作成裁判時，所承受之內心煎熬，若非終年處此情境者，實難體悟焉。