

## 釋字第 582 號解釋協同意見書

許玉秀大法官 提出

多數意見之解釋結論與解釋理由，本席敬表支持，惟受理解釋之依據、違憲解釋之必要性、證據能力暨證明力之憲法論述，因囿於體例而無法詳盡。本協同意見嘗試補敘多數意見無法於解釋文及解釋理由詳載之程序審查準據，並細繹實體審查時未能充分論述之憲法依據，或可杜絕可能之疑慮，而有利於本號解釋之理解。

### 壹、程序審查

- 一、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二則刑事判例與三十年上字第三〇三八號、七十三年台上字第五六三八號及七十四年台覆字第一〇號三則刑事判例之關係

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兩則刑事判例（註一）（以下簡稱三十一年暨四十六年等二則判例）旨在確立共同被告不利己陳述之證據法則，以共同被告不利於自己之供述，固然可以作為他共同被告犯罪之認定依據，然仍應調查其他必要證據，以察與事實是否相符。最高法院三十年上字第三〇三八號、七十三年台上字第五六三八號及七十四年台覆字第一〇號三則刑事判例（以下簡稱三十年、七十三年暨七十四年等三則判例）則係關於被告自白之證據法則，旨在補充闡明刑事訴訟法第一百五十六條第二項之意旨。所謂被告之自白，綜合刑事訴訟法第一百條及第一百五十八條之二第一項之規定以觀，專指被告之有罪認諾，不包括其他不利於己之陳述（註二）。所謂共同被告不利於己之陳述，則包括共同被告自認有罪之被告自白，以及其他不利於己之陳述。三十年、七十三年暨七十四年等

三則關於被告自白之判例，旨在闡明自白以外其他必要證據之證明力，三十一年暨四十六年等二則關於共同被告不利陳述之判例，則同時說明共同被告之不利己陳述，對於證明其他共同被告之犯罪與否，既具備證據能力，其證明力之調查，亦應與被告之自白相同，而不得作為認定其他共同被告有罪之唯一依據。是以就證據證明力之操作而言，上開五則判例意旨完全相同。

## 二、受理解釋之依據及解釋範圍

判例之得為違憲審查客體，因其位階等同命令，迭經本院大法官解釋在案（註三）。至於該判例是否為判決之基礎，而得為聲請解釋之客體，本院一向採取實質援用理論。亦即，判決縱然未援引判例字號，若依裁判所持見解，可判斷確為裁判之基礎（註四）即可。所謂「依裁判所持見解，可判斷確為裁判之基礎」，應包括已援引判例要旨及裁判之論理與判例之論述相同者。如判決使用之用語與判例要旨內容如出一轍（註五），或摘取判例要旨之段落，自屬已援引判例要旨無疑，縱然所使用之文句與判例文句未盡一致，其論理脈絡與判例之論述相同者，亦屬已援引判例為裁判之基礎。蓋判決製作之嚴謹程度或為文之習慣互有不同，如判決所使用之語句不同於判例要旨，即認為判決未援用判例，一則縱容用語不嚴謹之判決，形同打擊用語嚴謹之判決；二則製造判決利用不相同之文字，使判例有規避違憲審查之機會。

本件聲請案所指摘之終審判決（即最高法院八十九年度台上字第二一九六號判決），確如聲請理由書所指，並未具體指明上述五則判例字號，亦未明白覆述判例要旨，然仍應肯定判決實質援用該五則判例所確立之證據法則，作為認定被告有罪之依據。其理由有四：其一，上訴理由指摘原審判決

違背上開三十一年上字第二四二三號判例，終審判決以「原判決對於犯罪之證據已盡調查之能事，論述業已詳述所憑證據」予以回應（註六），用以反駁原判決違背判例之指摘。其中所謂「於犯罪之證據已盡調查之能事」，於指摘未依法調查證據之上訴，雖常見於最高法院駁回上訴之裁判理由中，然其具體意涵應自判決論述證據法則之脈絡中解讀之，因其具體意涵與判決認定犯罪事實之證據取捨息息相關。查終審判決據以作為判決基礎之證據（即原審所調查之證據），包括二位其他共同被告之自白與不利於本件聲請人之陳述、其他人證之陳述，以及勘驗所得之證據，則其認定原審「於犯罪之證據已盡調查之能事」，自可理解為與「已調查應調查之其他必要證據」同義，而認定終審判決以上開判例為判決之基礎。其二，本件聲請案之終審判決業經提起四次非常上訴，惟皆遭駁回（註七）。非常上訴理由皆以終審判決違背上述關於共同被告及被告自白之判例，非但未審酌自白多處矛盾之瑕疵，且未調查其他應調查之必要證據，而指摘判決違背法令。最高法院駁回非常上訴之判決，則針對非常上訴之理由，明白援用相關判例字號及判例要旨，敘明判決認定三位共同被告之罪責，非僅憑共同被告之不利己陳述及被告之自白為唯一證據，且其所援用之輔助證據，與卷內相關資料，亦無不符，而認為終審判決並無違背法令之情形。換言之，駁回非常上訴之判決，明白肯定終審判決以上述判例為裁判基礎。其三，本院曾函詢最高法院（司法院祕書長秘台大一字第○九三○一○一一八四四號函），本件聲請案之終審判決是否援用該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二則判例，該院回函（最高法院臺文字第○九三○○○○二九三號函）於陳述判決所倚為裁判基礎之證據後，即逕行論結終

審判決未援用此二判例，僅適用刑事訴訟法第一百五十六條第二項之規定，而未說明作成結論之理由。查函文詳述判決援為裁判依據之證據，包括二位其他共同被告之自白及不利於本件聲請人之陳述、本件聲請人不利於己之陳述、其他人證之不利陳述，以及勘驗所得之證據，並指明三位共同被告曾依當時有效施行之刑事訴訟法第一百六十三條第二項及第九十七條之規定，行使詢問權及對質。則終審判決調查與評價證據之程序，與二則共同被告不利陳述之判例所闡明之證據法則完全相符，最高法院如欲堅持判決未援用上述二則判例，實應詳述其所堅持之理由何在，否則無法取信於人民。更有甚者，本件聲請人縱有代其他共同被告租車之陳述（此實為聲請人唯一之不利己陳述）（註八），該陳述雖可認係不利於被告自己之供述，然並非被告認罪之自白，就聲請人之犯罪事實而言，應無適用刑事訴訟法第一百五十六條第二項之餘地。退萬步言，如最高法院將被告不利於己之供述亦理解為被告之自白，且假設其所提出之其他證據已可認定為該規定所稱之必要證據，則其所謂刑事訴訟法第一百五十六條第二項為裁判之基礎，即係根據判決關於證據法則之論述脈絡，而為實質之推論，蓋因終審判決全文既未引用刑事訴訟法第一百五十六條第二項條文之條號，亦未載明條文之內容，或引述與條文有關之文字。其四，就本件聲請人以外之其他共同被告而言，確實可認為刑事訴訟法第一百五十六條第二項之規定以及三十年、七十三年暨七十四年等三則判例為終審判決之基礎。綜上論結，本件聲請解釋之五則判例皆應認定為終審判決之裁判基礎。

倘如不同意見書所言，最高法院八十九年度台上字第二一九六號刑事判決並未援用上述五則判例，則應亦未適用刑

事訴訟法第一百五十六條第二項之規定，然捨上述五則判例及刑事訴訟法第一百五十六條第二項之規定，該判決即無其他證據法則足為依循。準此，該判決豈非既未依據法律明文、亦未遵循判例揭示之證據法則，而處被告以極刑？則其判決豈非明顯違背法令？另聲請人就法務部審核死刑案件執行實施要點有違憲疑義，亦補充聲請解釋，惟查上開實施要點雖於任何死刑定讞之案件，皆須遵照以決定是否暫緩死刑之執行，然上開實施要點之規定，與聲請人據以聲請解釋之確定判決之作成毫無關聯，非確定判決所直接適用或應適用之法令，不符司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，依同條第三項之規定，本院自應不予受理。

### 三、本件解釋確實涉及違憲疑義

如前所述（本意見書壹、一），三十年、七十三年暨七十四年等三則關於被告自白之判例，旨在闡明自白以外其他必要證據之證明力，而三十一年暨四十六年等二則關於共同被告不利陳述之判例，則同時說明共同被告之不利己陳述對於證明其他共同被告之犯罪與否，既具備證據能力，其證明力之調查亦應與被告之自白相同。

#### (一)證明力之論述與違憲審查

五則判例當中關於證明力之論述，乃本諸刑事訴訟法第一百五十六條第二項之意旨作成，其要旨為被告出於任意所作之認罪供述，不得作為證明被告有罪之唯一證據，尚應調查其他必要證據，以察與事實是否相符。所謂被告自白不得作為證明被告有罪之唯一證據，其前提乃被告自白為任意自白，而後方有得否為唯一證據之可言。如非出於任意之自白，即屬違反個人意願而自白，自法治國之自主原則而言，應不得為證據，亦即，應無

證據能力。出於任意之被告自白，雖非無證據能力，然如得為認定被告有罪之唯一證據，則將使被告成為對己不利之證據，此與「被告不得作為不利於己之證據方法」之不自證己罪原則（註九）牴觸。惟究竟被告自白是否確實未作為證明被告有罪之唯一證據，並非取決於判例是否有此宣示，而取決於其他必要證據之證明力，如欲審查判例是否符合憲法上不自證己罪之原則，即應審查判例對於其他必要證據之闡明，是否不致使被告自白在證據法則之操作過程，淪為證明被告有罪之唯一證據。是以判例所謂補強證據之意涵，亦屬違憲審查之範圍（註十）。

## （二）共同被告不利己陳述之證據能力與違憲審查

三十一年暨四十六年等二則判例首揭共同被告不利於己之陳述，得為認定其他共同被告犯罪之證據，乃先確立共同被告不利於其他共同被告之陳述，具有證明其他共同被告犯罪之證據能力，而後說明其證明力應受限制，不得專憑該不利陳述，為其他共同被告犯罪事實之認定。亦即共同被告之不利陳述，與被告自白相同，均不得作為認定被告有罪之唯一依據，仍應調查其他必要證據，以察明共同被告之不利陳述是否屬實。關於證明力之論述，與三十年、七十三年暨七十四年等三則判例相同，不贅。關於三十一年暨四十六年等二則判例將共同被告不利於己之陳述採為其他共同被告犯罪之證據之論述，其涵義有二：一者，於被告、證人、鑑定、勘驗及文書之外，另行創設法律所未規定之證據方法（註十一），即共同被告；二者，將共同被告視同被告之證據方法，國內相關文獻多半如此解讀（註十二）。第一種涵義與第

二種涵義互相連結，於被告、人證、鑑定、勘驗及文書之外，另行創設共同被告之證據方法，固然違反法定證據方法，迴避原屬於人證之證據方法，而有害被告之防禦權，然因法律並未規定任何關於共同被告之調查方法，因此排除共同被告之證人地位之後，其於證據法上之證據地位，即等同於被告。第二種涵義進而導致將共同被告之不利陳述或自白，視同被告之自白，非但有濫用「被告」此種法定證據方法之嫌，且於被告未有自白時，以共同被告之自白，充當被告之自白，致被告緘默權形同虛設。此二涵義皆違反嚴格證明法則，而嚴格證明法則屬於證據裁判原則之核心概念，證據裁判原則復屬於憲法法定程序暨訴訟權之核心內涵，本院大法官已於釋字第三八四號解釋明揭斯旨（註十三）。是以審查共同被告不利陳述之證據能力，關係被告訴訟權之保障及正當法律程序之維護。

綜上論結，本件聲請解釋之判例，確與憲法之爭議有關，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，多數意見之受理決定，洵屬正確。

## 貳、實體審查

多數意見認為，依據最高法院三十一年暨四十六年等二則判例，共同被告不利於己之陳述得作為認定其他共同被告犯罪之依據，係將共同被告視同被告（證據方法），將共同被告之不利陳述，擬制為被告之自白，排除共同被告原應具備之證人身分，使其他共同被告無法行使證人之詰問權，乃係以命令剝奪被告依法定證據方法所應享有之防禦權，違背憲法第二十三條法律優位及法律保留原則，並抵觸憲法第八條正當法律程序之規定，且與憲法第十六條保障刑事被告訴訟權之意旨不符。至於三十年、七十三年

暨七十四年等三則判例，本於刑事訴訟法第一百五十六條第二項規定之意旨，以補強證據闡釋所謂其他之必要證據，尚未違背證據裁判原則，而與憲法第八條及第十六條之規定並無牴觸，僅需澄清補強證據非依附於被告自白之補充性或次要性證據。本席支持多數意見之結論，爰詳述支持之理由如后：

#### 一、本號解釋之憲法依據

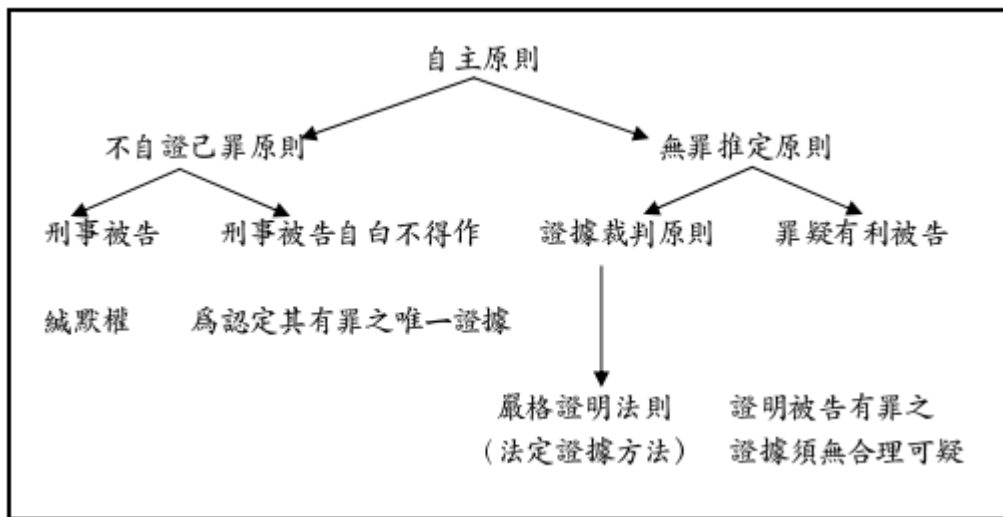
##### (一)法治國之自主原則與平等原則

於遠古糾問制度之下，被告乃訴訟客體，法官為被告之辯護人（註十四），自無所謂被告防禦權可言。隨著法治國思想之發展，於現代職權主義與當事人主義之刑事訴訟制度中，依據法治國之自主原則（Autonomieprinzip）（註十五），被告逐漸獲得訴訟主體之地位。法治國之自主原則，源於確認人有自主能力，既然人人皆能自主，必然能控制自己之行為，則僅於因自己之故意或過失造成他人法益受害時，方受處罰，此乃刑事實體法上之罪責原則（刑法第十二條規定參照）。程序法上，如不能證明被告有故意或過失造成他人法益受害，即不能為被告有罪之認定，此即無罪推定原則（Unschuldvermutung／Presumption of Innocence）。換言之，憲法上之自主原則在刑事訴訟法上之第一層意義，乃無罪推定原則（註十六）。無罪推定原則復有雙層涵義：其一，未有證據證明被告曾有犯罪事實之前，推定被告為無辜，亦即沒有證據證明，不能認定犯罪，此即犯罪依證據認定之證據裁判原則；其二，證明被告有罪之證據，必須無合理可疑（註十七），否則，即應作有利被告之認定，此即所謂罪疑有利被告原則（in dubio pro reo）（註十八）。



自主原則於刑事訴訟法上之第二層意義，則為被告之不自證己罪原則。不自證己罪原則即禁止被告背叛自己，而成為對己不利之證據方法（註十九）。基於國家所當然承認之個人人格自由，被告並非訴訟客體而係訴訟主體，被告既為訴訟主體，即有權決定是否以及如何捍衛自己在訴訟上之權利，而不自陷於不利之地位。不自證己罪原則（*nemo tenetur seipsum accusare*）亦有兩層意義：其一，關於被告自白之證據能力，賦予被告緘默權，且被告之緘默不得據以作為不利於被告之認定（註二十）；其二，關於被告自白之證明力，被告不利於己之供述，包含被告之犯罪自白，均不得作為認定被告有罪之唯一證據。所謂被告之緘默權，乃是被告不得被迫為不利自己之陳述，然基於自主原則，應准許被告任意為不利自己之陳述，亦即，基於法治國之自主原則，不自證己罪原則之意涵，僅限於禁止強迫被告為不利己之陳述，而不禁止被告之任意陳述，是以被告之非任意自白，不具有證據能力，被告之任意自白，非不得作為認定被告有罪之證據，亦即，具有證據能力。惟若僅以被告之任意自白，作為認定被告有罪之唯一依據，則復抵觸禁止被告背叛自己之法則，故禁止以被告之任意自白，作為認定被告有罪之唯一依據。

法治國自主原則衍生無罪推定與不自證己罪原則，可以圖示如後：



基於法治國之自主原則，被告享有訴訟上之自主權，即作為訴訟主體之防禦權，諸如上述之緘默權（刑事訴訟法第九十五條第二款參照）、共同被告間之對質與詢問（刑事訴訟法第九十七條參照）、詰問證人之權利（刑事訴訟法第一百六十六條以下參照）、委任辯護人以加強防衛力量之權利（刑事訴訟法第二十七條以下參照），以及保全證據之權利（刑事訴訟法第二百十九條之一參照）等，皆能使被告於訴訟上與可以倚靠國家機器之原告 - 公訴機關，享有武器上之平等地位，而有受公平審判之機會。憲法上保障刑事被告之防禦權，即等同於保障其訴訟權，保障刑事被告之訴訟權，即等同於保障其於訴訟上與他造平等之權利地位。是以審查刑事被告之訴訟權是否受保障，亦等同於審查其訴訟平等權，而有平等原則之適用。

## (二)憲法第八條、第十六條及第二十三條

釋字第三八四號解釋依據英美法上發展至今之正當法律程序原則，闡釋憲法第八條之法定程序，其所稱之正當法律程序，厥為司法程序所應踐行之基本原則，就刑事訴訟程序而言，其程序上所踐行之正當程序，皆以

保障刑事被告之訴訟人權為其本旨。換言之，如欲以憲法第八條所謂之法定程序踐行法治國之自主原則與平等原則，即應保障刑事被告之防禦權。賦予被告充分之防禦權，乃為使被告擁有與原告對等之武器，以求得訴訟上之平等地位，俾能獲致公平之審判。故釋字第三八四號解釋理由書自正當程序之抽象意義所闡論之證據裁判原則，即犯罪應依證據認定之原則（釋字第三八四號解釋理由書參照），亦應自被告基本人權之保障，亦即自被告訴訟上之防禦權，探究其真義。而憲法第十六條保障人民之訴訟權，乃在於保障人民受公平審判之權利，就刑事訴訟法而言，所保障者即刑事被告受公平審判之權利，因此刑事被告之防禦權，即為憲法保障訴訟權之核心內涵。據此以論，就刑事被告訴訟上之防禦人權而言，憲法第八條及第十六條互相競合，而得同時為本號解釋之憲法依據。

因三十一年暨四十六年等二則判例抵觸當時有效施行之刑事訴訟法第二百七十三條，而違反法律優位及法律保留原則，惟因縱係依法律規定，亦不得剝奪被告詰問證人之防禦權，故多數意見雖指明判例違背既有之法律規定，並未引據憲法第二十三條。

## 二、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憲之理由

### (一)證據裁判原則之核心概念-嚴格證明法則

證據裁判原則之核心概念，係嚴格證明法則。嚴格證明法則，乃謂無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷犯罪之依據（刑事訴訟法第一百五十五條第二項參照）。所謂合法調查，即踐行刑事訴訟法就被告、

人證、鑑定、文書、勘驗等五種法定證據方法所規定之調查程序。亦即，在嚴格證明法則之下，法官於審判期日踐行調查證據時，僅能使用刑事訴訟法所列舉之證據方法調查證據，以證明本案待證事實，此為證據方法法定主義（註二十一），其規範目的在於保障真實之發現，就被告而言，乃保障其受公平審判之權利。如無法律授權，任意創設新型態之證據方法、擴張或限制任何一種證據方法之適用範圍，將危及被告之防禦權，而侵害其受公平審判之權利。

三十一年暨四十六年等二則判例，逕行認定共同被告自白具有證據能力，既屬任意創設新型態之證據方法，亦屬擴張被告證據方法及限制人證證據方法之適用範圍，形同於無法律授權之下，以命令侵害被告訴訟防禦權，形式上違反憲法第二十三條規定之法律優位與法律保留原則。

## (二)共同被告屬於人證之法定證據方法

五種法定證據調查方法當中，勘驗和文書屬於非供述證據之證據調查方法，鑑定則包括供述和非供述證據兩種，鑑定人之意見屬於供述證據。被告和證人除以身體作為證據時，屬於非供述證據，其證據方法為勘驗或鑑定（例如 DNA 之鑑定）之外，皆為供述證據。刑事訴訟法上，被告以外之人，皆為證人（刑事訴訟法第一百七十六條之一參照），共同被告就自己之犯罪事實，固然具有被告之身分，對於其他共同被告之犯罪事實而言，則為與犯罪事實無關之第三人，其身分應為法定證據方法中之人證。如將人證之身分轉換為被告，由於被告作為供述證據之調查方法，本旨並非在於調查事實，而係

提供被告防禦之機會(註二十二)，則於共同被告之不利陳述得用以認定其他共同被告有罪與否之根據時，其他共同被告之防禦權，反而因共同被告受被告身分之保障而受限制。試詳述如下：

#### 1、被告與人證作為證據方法之功能與限制

被告作為供述證據之調查方法為訊問及對質(刑事訴訟法第九十七條參照)，對被告之訊問或對質，包括共同被告間之對質。一如前述，被告作為供述證據之調查方法，本旨在於提供被告防禦之機會，為保障刑事被告之訴訟權，刑事訴訟法課國家機關以告知義務(刑事訴訟法第九十五條參照)，並限制其訊問方法及時間。例如，訊問應出於懇切之態度，不得用強暴、脅迫、威脅、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法(刑事訴訟法第九十八條參照)，以保證被告得任意為自白；被告有數人時，應分別訊問，且被告有權請求與其他被告對質(刑事訴訟法第九十七條參照)；訊問被告時應告知其得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述，使緘默權之行使，得任意為之，無需經過許可(刑事訴訟法第九十五條第二款參照)；如被告放棄緘默權，因無具結義務，亦不致遭偽證罪之處罰。

對於證人之調查，則依訊問人證之程序，除法律另有規定者外，應命其具結。除依法拒絕證言外，並應經過詰問程序，其證言方才能成為認定犯罪之依據。具結之目的，在於藉由刑法偽證罪之處罰，以保證證人供述證據之真實性。詰問程序之目的則在調查證人供述證據之可靠性，證人供述證據之可靠性之所

以能透過詰問程序獲得證明，因為藉由有效之詰問程序，得以發現其他供述及非供述證據，進一步調查其他供述及非供述證據，則得以印證證人供述證據之可靠性。故人證之證據方法，係在於確定發現真實之有效方法，以保障被告之防禦權，而非在於保護證人。

關於詰問程序本身應有之功能，於職權主義或當事人主義之訴訟制度，皆無不同。如無法律授權而任意排除任何訴訟參與者之證人身分，將導致詰問程序完全遭到排除。則縱使在職權主義之下，法官亦無法依職權決定詰問程序是否進行，蓋因詰問程序之得以進行，須以有人證之存在為前提。如將原應具有證人身分之共同被告視同被告，即屬排除其證人之身分，依據舊刑事訴訟法之規定（九十二年二月六日修正公布前之刑事訴訟法），無從適用其第一百六十六條詰問證人之規定（判例作成時則為第二百七十三條），此所以最高法院回覆本院之函文，亦僅提及被告之詢問及對質，而未言及證人之詰問程序。

三十一年暨四十六年等二則判例，逕行將共同被告之不利己陳述，視同其他共同被告之自白，使共同被告受被告身分之保護，而不必接受其他共同被告之詰問，則一方面，共同被告之間往往利害衝突，其他共同被告既無法經由詰問調查共同被告陳述之真假，遭構陷之風險升高；他方面，共同被告之供述證據往往為其他應調查之必要證據提供調查之線索，姑不論法院是否怠於調查其他必要證據，共同被告之陳述對於其他必要證據之調查方向因有引導之作用，即有誤導調查方向之風險，以致無法藉由其他必要證據檢驗

共同被告陳述之真實性。再者，共同被告之不利陳述可能充當其他共同被告之自白，則縱使其他共同被告已行使緘默權，亦形同未行使緘默權，而使其防禦權遭受侵害。其他共同被告可謂陷入三重風險！

## 2、共同被告緘默權及拒絕證言權與作證義務之衝突？

刑事訴訟法第一百八十一條規定，證人因恐陳述導致自己或與自己有特殊身分關係之人遭受刑事追訴或處罰，得拒絕證言，而免除證言義務。共同被告於適用人證之證據方法時，如得依此一規定，而免除其證言義務，則其他共同被告詰問證人之防禦權豈非形同虛設？且共同被告就自己之犯罪事實亦具有被告身分，應受緘默權之保障，若使其於其他共同被告之案件居於證人之地位，是否侵害其緘默權？

查被告之緘默權，應針對其本身之犯罪事實而行使，對於其他共同被告之犯罪事實而言，如其有所陳述，即屬證人之證言，自應踐行詰問程序。惟如其未為關於自己犯罪事實之陳述，僅為關於他共同被告犯罪事實之陳述，則必須立於證人之地位，接受詰問。此於共同被告卸責構陷他共同被告之情形，尤有必要。如共同被告認其關於他共同被告之陳述，亦包含自己之犯罪事實，儘可行使拒絕證言權，其緘默權不致遭受侵害。因證人拒絕證言權之行使，必須釋明原因或具結，且須經法院准駁（刑事訴訟法第一百八十三條參照），非可任意行使，且若得拒絕證言之共同被告仍願意證言，他共同被告自亦有行使詰問權之機會，依此而論，其他共同被告對共同被告之證人詰問權，並未因拒絕證言權之設，而完全遭受剝奪。設若

不使共同被告居於證人之地位，則他共同被告即毫無任何詰問之機會，僅能任由共同被告不利之陳述，置自己於三重風險之中。

依現行刑事訴訟法之規定，居於證人地位之共同被告如不拒絕證言，應行具結，亦即仍有偽證罪以擔保其陳述之真實。然九十二年修正前之刑事訴訟法第一百八十六條第三款規定，有共犯、或有藏匿犯人及湮滅證據、偽證、贓物各罪之關係或嫌疑之證人，如未依第一百八十一條規定拒絕證言，不得令其具結。設若該等證人為共同被告，則無法以偽證罪之處罰，擔保其陳述之真實性。縱使如此，他共同被告仍有詰問之機會，而就其自己之犯罪事實，其防禦權仍受保障。然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等二則判例排除共同被告之證人身分，致使他共同被告此一防禦權亦遭剝奪。

綜而言之，無論係於舊法選擇保留共犯之證人義務，而免除其具結義務，抑或於新法選擇保留具結義務，而限縮證人義務，皆未完全排除共犯之證人身分。上述拒絕證言權之行使空隙，即被告防禦權之存在空間，倘共同被告不行使拒絕證言權，則其他共同被告仍可行使詰問權。果排除共同被告之證人身分，則其他共同被告於訴訟上之防禦權，即遭架空。

### 3、被告具備證人適格即可？

共同被告縱使因為自己之犯罪事實具備被告身分，而得與其他共同被告對質，然就其他共同被告之犯罪事實，究係第三人，而於訴訟程序上應居於證人之地位，其不利於被告之供述，皆應踐行詰問程序予



以調查，方能保障被告訴訟上之防禦權。有謂當事人主義之訴訟制度，准許將被告當作證人詢問，如使被告有成為證人之機會，共同被告是否應具備證人身分即無關緊要（註二十三）。此種見解乃混淆被告與共同被告之角色。蓋被告若於自己之犯罪事實，得成為證人，係准許被告放棄防衛自己之緘默權。設使排除共同被告成為證人之機會，並非排除共同被告成為自己犯罪事實之證人，而係使共同被告無法成為他人犯罪事實之證人，則他共同被告之詰問權即遭剝奪。試問准許被告放棄防衛自己之緘默權，如何等同於剝奪被告對證人之詰問權？尤其共同被告之所以為共同被告，於遭控訴為共犯之情形，乃因原告假設其與他共同被告共同經歷相同之事實，其供述之真實或不真實，可靠或不可靠，對於其他共同被告遭定罪之風險，經常高於其他種類之證人。設使此種對被告有高度風險之證人，得以逃避詰問程序，被告即面臨因粗糙之證據調查及評價程序而入罪之風險。

### (三)判例迴避人證證據方法違背憲法第八條、第十六條及第二十三條之規定

或謂三十一年暨四十六年等二則判例要求調查其他必要證據之本旨，乃欲以調查其他必要證據取代證人之詰問程序。蓋依舊刑事訴訟法第一百六十六條規定，證人之詰問係法院之職權，法院未必依職權進行詰問，且詰問程序亦可能因法官個人之主觀因素或客觀之體限制而流於形式，其發現真實之效果並不可靠，因此應命另行調查必要證據，於他共同被告方有保障。就職權主義之舊制而言，判例真意縱使在於另尋補強共同被告供

述證據之證據方法，惟另行尋求補強之證據方法，雖亦可托言保障真實之發現、保護被告之人權，究不應以剝奪被告之防禦權（對證人之詰問權）為代價，更不可以所謂應調查其他必要證據，任意取代憲法原本賦予被告之防禦權（緘默權），亦即被告未自白，不應視同被告已自白。否則，如共同被告不利己陳述之真實性及可靠性已屬可疑，所據以調查之必要證據，又有何證據價值可言？所謂保障真實、保護被告人權之目的，又如何不致落空？除此而外，賦予被告詰問證人之權利，與要求調查其他必要證據並無衝突，為另尋補強證據而剝奪被告對共同被告之證人詰問權，實屬毫無必要。是以三十一年暨四十六年等二則判例，縱使依舊刑事訴訟法之規定，亦已違背憲法第八條所保障之正當程序、第十六條對被告防禦權之保障以及第二十三條之法律保留及比例原則，殆無疑義。

至於最高法院四十六年台上字第四一九號判例（註二十四），主張其他必要證據須無瑕疵可指，探究其個案事實，係指共同被告之間，其供述應無相互矛盾之處而言。雖不妨將其他必要證據因違法取證而無證據能力者包括在內，然不應擴及於未將共同被告當作證人詰問之情形。蓋因判例要旨既指明共同被告不利於己之供述得為認定被告犯罪之依據，已明白排除共同被告適用證人之證據調查程序，因此四十六年台上字第四一九號判例所指之瑕疵，於判例有意排除證人調查程序之下，自不包括共同被告未依證人之證據調查程序予以調查之情形在內。

(四)三十一年暨四十六年等二則判例違憲後關於共同被告不利陳述之證據法則

民國九十二年修正之刑事訴訟法第一百五十六條第二項，規定共犯自白與被告自白相同，不得作為認定被告有罪之唯一證據，仍應調查其他必要證據，以察其與事實是否相符。惟犯罪未經證明之前，尚不知正犯或共犯為何人，法條規定之共犯，其實為共犯嫌疑人。共犯嫌疑人可能為共同被告，或不具有被告身分（例如未予合併起訴），不論其是否具有被告身分，就他被告而言，在訴訟法上皆屬證人，依嚴格證明法則，其供述證據皆應依人證之證據方法，即原則上應經具結及詰問之程序予以調查。具有共同被告身分之共犯嫌疑人，現行刑事訴訟法第二百八十七條之二，更已明文規定應準用人證之調查程序，依嚴格證明法則，該規定無論如何不得排除適用。因此同法第一百五十六條第二項所增訂之共犯自白規定，即應解釋為有共犯嫌疑之共同被告，就其與被告有關之供述證據，即便已經具結及詰問程序予以調查，仍應於該供述證據之外，另行調查其他必要之證據，不得以其供述證據，當作證明被告犯罪之其他必要證據；否則第一百五十六條第二項新增之規定，即可能導致同法第二百八十七條之二形同具文，嚴格證明法則亦將遭到破壞，而違背憲法第八條及第十六條以法定程序保障被告訴訟權之本旨。至於不具共同被告身分之共犯，對於被告之犯罪事實，本為被告以外之人，其自白當然必須依人證之調查方法予以調查，乃自明之理。

三、最高法院三十年上字第三〇三八號、七十三年台上字第五六三八號及七十四年台覆字第一〇號等刑事判例之真義

(一)依不自證己罪原則，被告自白不得作為有罪認定之唯一證據

西方文獻中，不自證己罪原則最早可回溯猶太教塔木德經 (Talmud)，塔木德律法謂「人與自己最親近，不入自己於罪」(註二十五)。關於該法則之基礎原理，於塔木德經註釋者之間出現不同主張。或謂人類生命屬於上帝，不得藉由自證己罪而放棄；或謂被告之自白無法保證真實，例如被告可能有精神障礙；或謂被告自白形同自殺，精神正常之人不為之；或謂不自證己罪原則乃上帝之法則(註二十六)。十六世紀時期之相關論述則多援引自然法或聖經新約，亦即或謂係基於自然法則或上帝之律法(註二十七)。一五三二年 John Lambert 被控宣導邪教之案件中，Lambert 主張不自證己罪乃思想與良知之自由(註二十八)。一六〇七年一位英國律師 Nicholas Fuller，曾根據大憲章(註二十九)，主張彼時糾問制度賦予被告宣誓並作證義務之規定違憲，蓋依強推論 (a fortiori)，自證己罪違背大憲章。文獻上稱該律師為第一位為不自證己罪原則提出理論依據之人(註三十)，直至一六四九年經 John Lilburne 一案之抗爭，不自證己罪原則方才開始具有憲法地位。John Lilburne 宣稱：「我知道依上帝的律法這是受保障的，而我想依照國家的法律，我可以倚賴我正當的防衛，而不回答你的質問，控訴我的人應該被帶來面對我，以證明他們對我的控訴。」，因而遭推崇為今日不自證己罪原則之創始人(註三十一)。

所謂「人與自己最親近，不入自己於罪」，所揭示禁止自我否定之法則。不問係自我肯定或自我否定，在邏

輯上，皆屬自己證明自己之循環論證，乃論理法則上之無效論證。上述關於不自證己罪原則之發展，其最狹隘之意義，乃無人得被迫為不利於己之證人（No person ... shall be compelled to be a witness against himself.）（註三十二），亦即被告有緘默之權。

查不自證己罪原則之前提，乃人人有權保護自己不陷於不利地位，因此不得要求被告放棄自我防衛之權利。從而該原則之主要內涵，即不得要求被告陳述於己不利之事實，包括被告保持沉默時，不得將其沉默解釋為默認犯罪事實，此即被告緘默權之主要內涵。既然被告有權保持緘默，是否即可謂被告原本皆會為於己有利之供述，如被告不保持沉默而為陳述，有不利於自己之陳述時，即特別值得信賴？國外實證資料顯示，被告放棄保護自己而自白犯罪，可能源於各種動機（註三十三），或因審訊壓力過大，或因孤獨無助，或為減輕審訊過程所受之痛苦，或為掩護真正之犯罪人，或為交換某種利益，或因精神異常，或受誤導訊問，則僅因被告放棄權利，顯然無法立即獲得被告自白可信之結論。我國民情風俗縱使異於他國，犯罪自白之可能情況豈有不同？況所謂發現實體真實，乃為找出真正之犯罪人，如被告為掩護真正之犯罪行為人，而為不利於己之供述，則形同濫用訴訟資源，置社會於遭受真正犯罪人侵害之危機。是以若因被告任意為不利於己之供述，即認為被告放棄自衛之權利，其犯罪之自白即當然得作為認定有罪之證據，顯然欠缺足夠之實證資料以為佐證。

基於自主原則，被告得自行決定是否或如何保護自己，被告放棄自我保護或陷自己於不利之處境，並非即

應予以肯定。以自殺為例，就自主權而言，肯定人有自主權，人即得自行決定是否繼續存在於世上，自殺行為就自主原則而言，不應該遭受否定，甚至應該受到保護。然而，人類之基本權利建立於對生命之絕對肯定，自殺行為雖然符合人之自主權，然因自殺乃否定生命價值之行為，其已推翻自主原則所依附之前提，因此自殺行為無法成為受肯定與鼓勵之行為。亦即，縱然有自主權作為基礎，此種自主權縱然無法禁止，亦不能受到肯定。同理，不自證己罪原則，既然立於人保護自己存在基礎之前提上，即假設被告面對控訴，理當會陳述有利於己之事實以保護自己。惟依照自主原則，被告有權決定是否及如何在訴訟上保護自己，若被告決定陳述不利於己之事實，與自主原則並不違背，故出於任意之被告自白，法律承認其證據能力，既承認其證據能力，即不應否定其證據價值，否則承認其證據能力，即屬毫無意義。然如被告自認有罪之供述，得作為證明其犯罪之唯一證據，無疑對其陷自己於不利處境之自白行為予以肯定，則等同於推翻人應保護自己存在基礎此一前提。因此雖然法律並未禁止被告依其自由意志陳述不利於己之供述，然對於此種行為，並不予以鼓勵或肯定，從而被告之自白雖非不得作為認定犯罪之依據，卻不具備作為主要證據之價值。

## (二)刑事訴訟法第一百五十六條第二項迄今遭誤用

### 1、規定無罪，操作有罪？

三十年、七十三年暨七十四年等三則判例之意旨，與刑事訴訟法第一百五十六條第二項關於被告自白之規定並無二致，僅進一步說明其他必要證據必須

與構成要件有關，但不以能證明全部構成要件事實為必要，如僅能證明部分之構成要件事實，亦為已足。雖規定被告自白不得作為有罪認定之唯一依據，然就直接認定被告自白得為認定犯罪之證據而言，已迭遭批評，蓋因該證據法則於實務上之操作往往適得其反。亦即，正好被告之自白遭使用如證據之王，且正好用作有罪判決之唯一證據（註三十四）。針對此種批評，如若認為此乃實務操作之問題，而非法律規定或判例要旨有所不妥，則縱使辯解屬實，仍有問題未解，即為何此等規定及判例容易於操作上遭受扭曲？豈非因為此等規定提供負面操作之可能性？刑法第一百條內亂罪修改之前，反對修正之立場，亦同樣主張冤屈錯案乃實務個案操作不當所致，然如因而不事修法，可能擔保不當之操作不致持續？

## 2、被告自白之傳統為證據之王

究竟關於被告自白之規定與判例如何導致被告自白成為證據之王？如何導致實務操作背離法律規定之原意？

刑事訴訟法第一百五十六條第二項之規定，反應此地無銀三百兩之真實世界。如刑事訴訟實務上，不曾以被告自白為有罪判決之唯一依據，即無明文規定予以禁止之必要。傳統戲劇中，被告被迫畫押之畫面，可用以表現官吏貪贓枉法、昏懦無能，亦可用以表現官吏剛正不阿、清明能斷。如被告因遭刑求脅迫不得不畫押，屬於前者；如因調查證據詳實、鐵證如山（註三十五），被告無法狡辯、無所遁形，被告因而不得不俯首認罪而畫押，則屬後者。無論係前者或後者，

被告畫押意即被告已承認其犯罪事實，必待掌握被告認罪之文書，案件方才能終結。此種場景說明被告自白確為證據之王，其中道理無非在於被告可能係真正身處犯罪現場之人，係對犯罪事實有第一手資料之人，如果其言屬實，自然最能提供事實真相。

惟猶如法官對犯罪事實之認定，係法官對犯罪事實之主觀解讀一般，即便犯罪事實係被告本人所為，被告自白亦僅為被告對客觀犯罪事實之主觀解讀。真正與客觀犯罪事實發生直接連結者，係構成犯罪事實之各個片段。犯罪行為人通常雖即係貫穿所有片段事實之人，然亦屬於整個犯罪事實之部分。全部犯罪事實必須由犯罪行為人所製造出來之各個局部事實構成，例如殺人犯罪事實當中，屍體、凶器、致命傷等等，均屬構成殺人事實之局部事實。就證明殺人事實而言，該等局部事實方為證明全部事實之直接證據。而關於犯罪事實之陳述，不問係目擊證人之證言或法官之陳述，皆係陳述其對事實之認知。刑事訴訟學理上為描述證據之相對位置，將被告自白及目擊者證言稱為直接事實、直接證據，例如甲看見乙殺死丙，邏輯上被告自白及目擊者之證言與犯罪事實位置最近，其他供述及非供述證據皆屬間接事實、間接證據（註三十六）。此種分類本與證據價值毫無關係，卻製造證據法法理上之盲點，此等盲點進一步誤導證據法則之操作。

### (三)正視被告自白之證據價值

#### 1、肯定被告任意自白之證據能力及證據價值



究竟被告自白能否作為認定被告犯罪之依據？有鑑於實務上過度倚重被告自白之證據價值，國內學界迭有否定被告自白證據能力之主張（註三十七）。如前所述，被告自白乃被告對待證犯罪事實之主觀描述，如果描述為真實，則所描述之事實即屬客觀上存在。因此如能證明被告之描述為真實，則犯罪事實即獲得證明。然描述本身無法證明自己為真實；亦即以被告自白證明待證事實，乃係循環論證，違背自由心證法則中之論理法則（註三十八）。準此以論，被告自白當然不可成為證明被告有罪之唯一證據，亦不可作為證明被告有罪之主要證據。惟若被告確為犯罪之人，則其究竟係身處犯罪現場之人，一般而言，與犯罪事實關係最為密切，且為犯罪事實之主要部分，完全排除其證據價值，乃事實上不可能。如果證明犯罪事實之必要證據大致齊備，則被告之自白自可補充證明犯罪事實，尤其如欲調查其他應調查之必要證據，被告自白往往提供必要之線索。如果被告自白與犯罪事實相符，則必能提供最確切之調查方向，以尋得必要之證據，因此被告自白所可能具有之實質證據價值，的確不必完全予以推翻（註三十九）。例如甲自白殺害乙，明白描述殺害動機、殺害過程、所使用之凶器以及埋屍地點，根據甲之供述，法院尋獲屍體。然因凶器遭丟棄不復可尋，據被告供述，凶器乃其自製之刀具，市面上無法尋得，法院如根據被告之描述複製該凶器，經與屍體上之傷痕比對，完全相符，則被告之自白對於犯罪事實之確認顯然具有重要價值。

法院雖未尋獲行兇之凶器，亦非不得以被告自白補充證明其所陳述之犯罪事實為真。

## 2、否定被告自白具有較高之證據價值

審判實務上或者認為「除非係無辜者，其既實施犯罪，親自體驗犯罪之過程，倘其事後據實供述，自較完整深入且能輕易據以釐清事實，是被告於偵審中倘為不利於己之供述，即所謂自白犯罪，其證據價值應較優於證人或被害人之證詞」(註四十)。被告親自體驗犯罪事實，其供述固有可能較證人或被害人之證詞完整，而具有較高之證據價值。惟確有實施犯罪之被告，對犯罪過程之體驗未必皆最完整，例如於因果流程錯誤而結果提前或延後發生之情形，犯罪行為人對犯罪事實之體驗，即可能不如被害人或目擊證人完整。亦即，證人或被害人對犯罪事實之經歷，可能較被告完整，或至少與被告同樣完整，則其陳述亦可能與被告之供述同樣完整，或較被告之供述更完整。縱使證人或被害人僅經歷部分事實，其證言之證據價值如何，必須經過詰問程序方才能確定。而被告之供述即便十分完整，亦需經過調查其他必要證據，方才能確定被告自白之證據價值。於無其他必要證據佐證之前，無法確定被告自白是否較為可信，除非先行假設被告有罪。換言之，未經詰問程序之證人供述，與欠缺其他必要證據佐證之被告自白，根本無從比較何者較具證據價值。如若被告自白之證據價值優於證人之陳述，則共同被告之供述，其證據價值是否應該低於被告自白之證據價值？三十一年及四十六年等二則判例又何以將共同被告自白提升至與被告自白相同

之地位？判例之所以將共同被告與被告同視，無非認為共同被告與被告經歷相同之犯罪流程，其地位不同於一般證人。然共同被告是否與被告經歷相同，必須調查其他必要證據之後，方才能知曉。未經調查其他必要證據之前，即假設共同被告與被告經歷相同之犯罪事實，豈非倒果為因？此種證據法則，類似於有罪推定之證據法則，亦即係由原告（檢察官或自訴人）決定證據操作之證據法則。九十二年修正之刑事訴訟法第一百六十一條之三規定，法院對於得為證據之被告自白，除有特別規定外，非於有關犯罪事實之其他證據調查完畢後，不得調查，即為糾正被告自白之證據價值遭過度信賴之積習。又被告遭受過度審訊壓力、被告精神不正常、被告無助、被告錯誤之認知、被告為保護其他人等等因素，皆可能影響被告自白之真實性，證人或被害人之供述亦可能因為相同理由而偏離事實，則如何證明被告自白較證人或被害人證詞可靠？何況，就審訊壓力而言，證人或被害人所承受之壓力多半遠小於被告。

#### (四)補強證據之意義

最高法院三十年、七十三年暨七十四年等三則判例稱刑事訴訟法第一百五十六條第二項之必要證據為補強證據，此種表述方式常為文獻所引用（註四十一）。上述判例關於補強證據之說明，並無牴觸法律及憲法之瑕疵。就判例製作之時空而言，其論述之嚴謹更屬難得，尤其所謂補強證據必須能擔保自白之真實性，藉以限制自白之價值云云，實已描述「必要證據」概念意涵之精要。惟長期以來，補強證據之用語常遭誤解，以為證明犯罪事實，應以

被告自白為主，而輔以其他補充性證據；補充性證據更遭理解為依附於被告自白之次要證據（註四十二）。其實依七十四年台覆字第一〇號判例所揭示之意旨，補強證據旨在擔保自白之真實性，以限制自白之證據價值，如僅屬補充性之次要證據，又如何擔保自白之真實性？其能擔保自白真實性之必要證據，必為足以重建犯罪事實而具有獨立證據價值之證據（註四十三）。所謂有獨立證據價值之證據，乃指不必依附於被告之自白，而與構成犯罪事實具有直接關聯且足以證明待證事實之證據而言，並如三十年、七十三年暨七十四年等三則判例要旨所言，非必須足以證明構成要件之全部事實不可，即使能證明構成要件之一部事實亦為已足。設非如此，刑事訴訟法第一百六十一條之三有關改變證據調查順序之規定，即無法發揮功能。

綜而言之，依據法治國之自主原則、其所衍生之不自證己罪原則與無罪推定原則、憲法第八條及第十六條核心內涵之證據裁判原則，最高法院三十年、七十三年暨七十四年等三則判例要旨包含三大重點：一、被告自白固非不得為認定被告有罪之依據，但不可為唯一之證據，且非主要證據；二、其他應調查之必要證據，非僅為補充性之次要證據，必須具有獨立證據價值之證據，其必須足以重建全部或一部犯罪事實，得為供述證據或非供述證據，然不得為共同被告或共犯之供述證據；三、該等必要證據皆須依法定證據方法予以調查。

### 參、結論：合憲解釋原則與本號解釋之結論

德國憲法學理上嘗論及「合憲性解釋」(verfassungskonforme Auslegung)之釋憲原則(註四十四)，係指釋憲機關審理系爭法規範，如該規範有合憲及違憲等多種解釋可能性時，尤其於立法者

具有高度形成自由之事務領域(如社會福利事項),法律制度之設計有多重形成可能性時,不得執意選擇違憲之結論,而應儘可能為法規範尋求合憲之解釋基礎。此項解釋原則之主要目的,在於落實權力分立原則。其主要論據有三:其一,立法機關係由來自社會各階層之民意代表所組成,其公開討論、詢答,以及強調協商以獲得共識之合議制決策程序,使其決策較其他國家機關具有更廣泛而深厚之民主正當性。其二,規範制定者(在此尤指立法機關)亦受憲法之拘束,應假定其不致有意以違憲之方式行使其權限,而恣意創設出違憲之法規範,故其所創設之規範應假定為合憲。其三,釋憲機關宣告法規範違憲,即已變更立法意旨;換言之,乃以違反立法(可能)意旨之方式,解消系爭規範之效力。如於規範有合憲及違憲等多種解釋可能性時,仍宣告規範違憲,即形同否決原屬立法機關之規範創設權限,而代替立法機關決定如何之規範內容始為正當,難免逾越規範審查機關之權限。基於以上關於權力分立原則之理解,學理上歸納「合憲性解釋」應符合三項要件:1、系爭規範有合憲及違憲等多重解釋之可能性;2、合憲之解釋結論並未超越系爭規範之文義範圍;3、合憲之解釋結論並未牴觸其他可清楚辨識之立法意旨,亦即,如有其他規範明顯禁止或排除系爭規範之合憲解釋結論時,釋憲機關即不得再選擇該合憲結論,而應宣告該規範違憲,否則仍屬變更立法者之決定,而違反權力分立原則。準此,合憲解釋原則,乃於規範違憲審查時,為尊重具有直接民主正當性之立法機關,所應採取之解釋方法。反觀司法機關之民主正當性基礎,係由民意代表制定之法律所賦予。且我國裁判先例,係由司法審判機關之裁判中揀擇抽繹部分內容,並經由司法行政權之運作而形成,其功能原在於闡釋法律規範,供審判機關適用法律、形成心證之參考,以利司法權之運作,並不在於創設法規範,而釋憲機關審查判例,

則首在審查其是否違反合憲之立法意旨。職是之故，前述針對法律規範之合憲解釋原則，即非當然適用於判例之審查。

就三十一年暨四十六年等二則判例而言，共同被告不利己之陳述得為被告有罪之認定依據，如係單獨創設共同被告一種證據方法，其法定證據程序之內涵，因於法無據而不明，其他共同被告將無從防衛；如將共同被告視同被告，則共同被告即不可能成為證人，而共同被告因受緘默權之保護，其他共同被告亦無從行使其詰問之權利，且其本身之緘默權，亦可能淪為虛設。此二種效果皆明顯違反憲法所保障之證據裁判原則，而侵害被告訴訟上之防禦權，並無合憲之解釋空間。其與三十年、七十三年及七十四年等三則判例關於補強被告自白證明力之闡釋，關係刑事實務之有效與正確運作甚鉅，多數意見體念審判實務負擔之沈重與艱辛，本於憲法基本原則，協助闡明刑事訴訟法第一百五十六條第二項所規定之「必要證據」之涵義，希冀有利於各級法院刑事證據法則之操作，以提升民眾對司法之信賴。多數意見與各級法院共同努力之深刻用心，本席敬表感佩，爰提協同意見如上。

註一：意旨相同的判例尚有：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、七十一年台上字第五九四六號、七十三年台上字第五八四七號等刑事判例。

註二：有學說將被告自白區分為被告所作有利於己與不利於己之供述（陳樸生，刑事訴訟法實務，一九九五，頁二二八）；亦有學說認為被告之自白，乃指被告對犯罪事實承認有罪，須對犯罪構成事實之全部或其大部分為承認（黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，二〇〇一，頁三四七）。就有罪之認定而言，被告於己有利之供述並無意義；區分被告自白與不利於己之陳述，則自

白尚且不得作為認定有罪之依據，舉重以明輕，僅係不利於己之陳述，自亦不得作為認定有罪之唯一證據。

註三：參照本院釋字第一五四號、第一七七號、第一八五號、第二四三號、第二七一號、第三六八號、第三七二號、第三七四號、第三八二號、第三九三號、第三九五號、第四一三號、第四一六號、第四二三號、第四三〇號、第四三七號、第四四八號、第四六二號、第四八二號、第五六九號、第五七四號、第五七六號等解釋。

註四：本院釋字第三九九號解釋理由書第一段參照。

註五：縱使用語如出一轍，亦可能為意外巧合，行文者腦中未必即有判例。然如判例確為應援引之判決基礎，而裁判者確實依據相同意旨作成判決，不應因裁判者未熟讀記憶判例字號或內容，即認為應援為依據之判例非裁判之基礎。

註六：文句之運用，或者彰顯判決製作嚴謹程度有別，如屬用語嚴謹不足，即應探求判決真意。

註七：最高法院九十一年度台非字第六三號、九十一年度台非字第三〇四號、九十二年度台非字第二四二號、九十三年度台非字第一二二號判決。

註八：聲請人雖坦承曾出借住處予遭其他共同被告指為共犯之黃○○，然因黃某早於犯行過程當中前往泰國，自偵查階段開始，即未現身，且於該案起訴後未久即遇害身亡，與黃某有關之陳述，黃某皆無法回應，任何與黃某有關之供述證據，就本案而言，皆無證據能力，而不得於審判庭提出。

註九：Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht-Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatz "nemo tenetur seipsum accusare", 1997, S.32 ff.; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sichselbst-

Ein Beitrag zur Geltung des Satzes "Nemo tentur seipsumprodere" im Strafprozes, 1977, S. 76, 且書中處處可見。

註十：被告非任意性自白無證據能力，以及被告任意性自白不得作為認定被告有罪之唯一證據，同時規定於日本刑事訴訟法第三百十九條及憲法第三十八條。在日本，被告自白之證明力，亦具有憲法之位階。

註十一：共同被告不利於己之陳述，亦為證據之一種，若其所涉及之訴訟客體有數個以上，其裁判之對象（刑罰權之對象）既非同一，則其所述是否與事實相符，得否採為其他共同被告犯罪之證據，仍應分別予以判斷，非可籠統為同一之觀察。因是，倘其中之一部分為真實時，應採為裁判之基礎，非謂其中有一部分與事實不符，即認全部均屬無可採取。最高法院七十三年台上字第五八七四號判例參照。

註十二：參考陳樸生，共犯與共同被告自白之證據價值，軍法專刊十一卷一期，一九六五年一月，頁十八以下；戰諭威，淺談共同被告之自白，法學評論六十卷7／8期，一九九四年八月，頁十二；林俊益，論共同被告之供述，月旦法學雜誌第二十七期，一九九七年七月，頁十七；許玉秀，共同被告的自白，收錄於刑事訴訟之運作—黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，一九九七年，頁四〇三以下；王梅英，證據能力與嚴格證明之研究，收錄於司法研究年報第二十輯，二〇〇〇年十一月，頁八十二；黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，二〇〇一年，頁三五八、五五九；林國賢、李春福，刑事訴訟法論上冊，二〇〇二年五月，頁五三三。最高法院回覆本院之函文中（本意見書壹、二），亦提及三位共同被告曾行使詢問權及對質，而未提及對共同被告進行證人之詰問。



註十三：國內刑事訴訟法文獻已注意及之。朱石炎，刑事訴訟法（上），二〇〇三年，頁一五九。被告對證人之詰問權早為國際人權條約所肯認，見歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第六條第三項第四款與公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第十四條第三項第五款。

註十四：Rogall（註九），S. 73.

註十五：許玉秀，刑法導讀，學林分科六法，二〇〇三年十二月版，頁二十一以下。

註十六：現行刑事訴訟法第一百五十四條第一項規定遭宣傳為無罪推定原則，其實乃是依法聽審原則，亦即等同於憲法上保障訴訟權之規定，該概念雖亦包含無罪推定原則，但並未明示無罪推定原則之具體內涵。故新修訂通過之刑事訴訟法，其實未將無罪推定原則明確予以規定，反而僅將世界人權宣言第十條，及歐洲人權公約第六條第一項，相當於德國基本法第一〇三條第二項所規定之依法聽審原則，於刑事訴訟法中予以明文規定。歐洲人權公約第六條第二項方為無罪推定原則之規定。德國憲法法院認為此乃法治國之基本原則（BVerfGE 19, 342, 349; 22, 254, 265.），有文獻則認為此乃憲法對人性尊嚴之保護，參考 Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte III/2, 1959, S. 987.

註十七：歐洲人權公約第六條第二項：受刑事控訴之被告於尚未依法證明有罪之前，應被推定為無罪。（Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law. / Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.）

註十八：國內文獻有譯為罪疑唯輕者（林鈺雄，罪疑唯輕原則之個案運用—以「平底煎鍋案」之因果及歸責判定為例，收錄於戰鬥的法律人，林山田教授退休祝賀論文集，二〇〇四年，頁七五以下；蔡聖偉，論罪疑唯輕原則之本質及其適用，收錄於戰鬥的法律人，林山田教授退休祝賀論文集，二〇〇四年，頁一三一以下；林山田，刑法通論上冊，二〇〇二年，頁一二八、一二九，註4；林山田，刑法的革新，二〇〇一年，頁四〇〇以下；林鈺雄，論罪疑唯輕原則，律師雜誌，第二五五期，二〇〇〇年十二月，頁六十以下；黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，二〇〇〇年，頁二八三以下；黃常仁，罪疑唯輕與選擇確定，刑事法雜誌第四十一卷第四期，一九九七年，頁二十八以下）。惟罪疑惟輕語出尚書大禹謨：「帝曰：皋陶，惟茲臣庶，罔或干予正。汝作士，明于五刑，以弼五教，期于予治。刑期于無刑。民協于中。時乃功，懋哉。皋陶曰，帝德罔愆。臨下以簡。御眾以寬。罰弗及嗣。賞延于世。宥過無大。刑故無小。罪疑惟輕。功疑惟重。與其殺不辜，寧失不經。好生之德，洽于民心。茲用不犯于有司。」有關罪疑惟輕的內涵，依書經集傳之註釋：「罪已定矣，而於法之中，有疑其可重可輕者，則從輕以罰之」，又謂：「謂法可以殺，可以無殺。殺之則恐陷於非辜，不殺之恐失於輕縱。二者皆非聖人至公至平之意，而殺不辜者，尤聖人所不能忍也。故與其殺之而害彼之生，寧姑全之而自受失刑之責。此其仁愛忠厚之至，皆所謂好生之德也」（見：趙延早，尚書真偽，一九七〇年，頁三十一；蔡沈，書經集傳，一九八六年，頁十三）。準此，其原意即證據不夠充分論以輕罪之意。然依無罪推定原則，如證據不足，必須推定無罪，不可以輕罪定之，將 *in dubio pro reo* 譯為罪疑惟輕，難免滋生誤會。*in dubio*

pro reo 乃罪有疑有利於被告之意，因為應作有利於被告之認定，故如證據無法憑藉以產生有罪之確信，即應為無罪之認定（相關用語之檢討見陳松檀，犯罪事實選擇認定之研究，政治大學法律研究所碩士論文，一九九五年，頁二一以下）。可以稱為罪疑惟輕之情形，應屬德國法制上之選擇認定（Wahlfeststellung），該制度於一八八四年已為德國刑法實務所採行，經調查可能存在多種犯罪事實之一，擇其中較輕者論罪，例如證據顯示，非竊盜即故買或收受贓物，二者必居其一，惟無法確定屬於何者，則論以故買或收受贓物罪。參照 Rudolphi, SK, 7. Aufl., 2000, Anhang zu 55/1 ff.; Trondle, LK, 11. Aufl., 1992, 1/94 ff. (Anhang zu ss 1); 陳松檀，頁二七以下；許玉秀，故意與過失競合，收錄於刑法的問題與對策，春風煦日論壇 - 刑事法叢書系列 4，頁二二四。

註十九：Rogall（註九），S. 67, 108.

註二十：德國實務與學說持此種見解，參見 Bosch（註九），32 ff.; Rogall（註九），S. 93 ff..然歐洲人權法院僅承認前者而未直接肯定後者，參見 EGMR, John Murray v. Vereinigtes Konigreich, Reports 1996-I; EGMR, Funke v. Frankreich, Serie A Nr. 256-A; EGMR, Saunders v. Vereingtes Konigreich, Reports 1996-VI。

註二一：吳祚承、許辰舟，刑事證據法則理論體系與實務研究，司法研究年報第二十三輯，二〇〇三年，頁九十一。

註二二：Rogall（註九），S.33;林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論編，二〇〇三年，頁一五二、一五三。

註二三：參考林麗瑩檢察官之發言，見「刑事非常救濟制度是否能真正發揮功能?!」研討會，司法改革雜誌第五十一期，二〇〇四年六月，頁六十二、六十三。

註二四：最高法院四十六年台上字第四一九號判決摘要：「按共同被告不利於己之陳述，固得採為其他共同被告犯罪之證據，惟此項不利之陳述，須無疵瑕可指，而就其他方面調查，又與事實相符合者，始得採為其他共同被告犯罪事實之認定。……且該歐標於四十四年十月十八日在原審供稱：他們六人都是在那裡，我拜託他們給我把木材滾下來，又稱：砍伐是我一個人，及四十五年四月十七日又在原審更審中供稱：我被羅貴等六人僱，又稱：我一人砍四株鋸成六段各等語，其先後陳述不能謂非疵瑕百出，是上訴人等與歐標究為共犯關係，抑為僱傭關係，竊伐之江母樹四株，究係歐標單獨竊取，抑與上訴人等共同所為，此與適用法律之關係極鉅，原審既未就上開各點詳為調查審認，以明是否與事實相符，此外又無其他重要證據，足以證明上訴人等確有共同盜砍木材情事，遽採為上訴人等犯罪之基礎證據……。」

註二五：現代刑事訴訟制度上之不自證己罪原則，一般皆認為起源於十四世紀之英國刑事訴訟制度，然在西方文獻中，不自證己罪原則最早可回溯猶太教塔木德經（Talmud）。塔木德律法係猶太祭師根據摩西五經繼續研發而成，形成於西元第三至第五世紀之間，Talmud 原意為教導、學習，其後成為猶太人之第一部法典（見 Jewish Encyclopedia.com）。該律法謂「人與自己最親近，不會入自己於罪」（Rogall（註九），S. 67, 69 ff.; Lenard Levy, *Origins of Fifth Amendment*, p. 434（1968）; Goldtschmidt, *Der Babylonische Talmud*, Bd. 8, 1933, S. 495.）。此外，西元第五世紀時期，亦有宗教學者根據舊約聖經主張不自證己罪原則（Levy, 前揭書 p.21, 96.; Rogall（註九），S. 70.）。然於十三世紀初，歐洲大陸之宗教法庭所實施之糾問制度中，被告甚至有宣誓而作證言之義務（ex-officio），該制度

於西元一二三六年引進英國，西元一二四六年英國宗教法庭開始實施，並進而施行於普通法法庭，但隨即遭繫案當事人及皇室抗拒。大約於十四世紀初，英國國會通過法律禁止對平民適用此種糾問公訴宣誓（Offizialeid）之制度，從此教會和國會展開長期抗爭。一四〇一年國會立法認可此種制度，惟此後兩個世紀之久，此種糾問公訴宣誓始終擺盪於廢止和恢復適用之間，在英國始終有兩套制度並行。直至一六三七年，在一樁遭控訴印製並引進異端邪書之案例中，被告 John Lilburne 堅不宣誓，亦不作任何陳述，雖遭判刑，然成為民眾心目中之英雄，一六四一年國會終於廢止公訴宣誓制度，於一六四六年撤銷對 John Lilburne 之判決，並於一六四八年給予三千英鎊之損害賠償。不自證己罪原則真正完全確立，係在一六四九年 John Lilburne 再度遭叛亂罪之控訴，依舊保持緘默抗爭，最後遭無罪釋放之後。從此，不自證己罪原則方才開始具有憲法地位。惟該原則係於一八四八年方才真正完全經立法加以確立（詳見 Rogall（註九），S.73 ff.）。美國則於一六三七年首先於波士頓 John Wheelright 神父一案承認不自證己罪原則，而於一七八九年憲法增修條文第五條予以確立（Rogall（註九），S. 81 ff.）。在德國，直至一八〇〇年，不自證己罪原則才首次出現在文獻上（Rogall（註九），S. 93.），一八三一年經由費爾巴哈首度引進巴伐利亞刑事訴訟法草案（Rogall（註九），S. 94.）。二十世紀末，英國為對付恐怖份子，再度通過新法，對恐怖份子排除不自證己罪原則之適用。一九九八年八月十五日因一件發生於愛爾蘭 Omagh 之汽車炸彈事件，導致二十八人死亡、三百三十餘人受傷，英國和愛爾蘭政府所採取之法律對策，即允許法院自被告之沉默推斷其罪行，例如被告拒絕回答其於恐怖團體之身分，法院亦

可利用被告之緘默證實一位資深警官關於嫌犯屬於恐怖組織之控訴。人權以及犯罪被告之支持者，皆譴責此一策略，認為侵害犯罪嫌疑人受無罪推定以及獲得公平審判之權利。惟此一措施於英國及愛爾蘭獲得強烈之支持，英國國會以及愛爾蘭下議院進一步於一九九八年九月四日分別通過刑事（恐怖主義以及陰謀犯）審判法以及反抗國家之犯罪法（Stacey Carrara Friends, *An effective way to deal with terrorism? Britain and Ireland restrict the right to silence*, *Suffolk Transnational Law Review*, Winter, p.227-228 (1999))，明文排除不自證己罪原則。英國及愛爾蘭為對付恐怖份子而放棄存在數個世紀之被告緘默權，於保護人權之憲法基本精神確有未合，然其所依據者已非文明國家之憲法。在西方各國眼中，恐怖份子並非國家法律制度下之罪犯，而係敵人，緘默權所保護者乃人民，對付敵人所採取之手段為戰爭，即你死我亡之殊死鬥爭。換言之，對英國與愛爾蘭而言，恐怖份子並非應受其法律保護之人民。有德國學者將刑法區分為仇敵刑法與公民刑法，可參考 Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*，收錄於刑法之基礎與界限－洪福增教授紀念專輯，二〇〇三年，頁四十一以下（中譯見徐育安，前揭書，頁十五以下）；關於將恐怖組織當作集團犯罪之刑事政策，可參考 George P. Fletcher, *Collective Crime*, in: *Romantics at War-Glory and Guilt in the Age of Terrorism*, pp.44. (2002)，亦收錄於前揭書，頁九十三以下（中譯見鍾豪峰，前揭書，頁六十三以下）。

註二六：Rogall（註九），S. 69.

註二七：Rogall（註九），S. 77; Levy（註二五），p. 104, 458.

註二八：Rogall（註九），S. 76 f.; Levy（註二五），pp. 3. Lambert 終遭焚刑。

- 註二九：大憲章第二十九章第三十九條：「自由民非依國法（Law of the Land）而受其同輩之合法審判者，不得逮捕、禁錮、剝奪其財產、逐放於外國，或加以任何危害」。惟西元一二一五年英國大憲章揭示法定程序之要求時，並未明白觸及被告不自證己罪之原則。參考 Rogall（註九），S. 73.
- 註三十：Levy（註二五），pp. 232; Rogall（註九），S. 78.
- 註三一：John Lilburne 又道：「依照訴願權，我不必回答不利於我或與我有關的問題。」「依照英國法律，我不必回答任何與我有關的問題。」，Rogall（註九），S. 79, 80; Levy（註二五），p. 304.
- 註三二：Levy（註二五），p. 421 ff.
- 註三三：Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 3. Aufl., 1999, Rn. 726 ff.
- 註三四：蔡墩銘，刑事審判程序，一九九二年，頁二六八、三二七、三二八；陳志龍，刑事證據法則修正方向及其對案，收錄於刑事法系列研討會一，如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，二〇〇〇年，頁一一六以下；黃朝義，刑事證據法研究，二〇〇〇年，頁九十五、一四八；黃朝義，無罪推定 - 論刑事訴訟程序之運作，二〇〇一年，頁二一七以下；何賴傑，徐自強擄人勒贖殺人案評析—評最高法院九十二年度台非字第二四二號等相關判決，月旦法學雜誌第一〇二期，二〇〇三年十一月，頁二一二。
- 註三五：所謂調查詳實，可惜亦包括使用刑求之手段。
- 註三六：林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論編，二〇〇三年，頁四一七。
- 註三七：陳志龍，刑事證據法則修正方向及其對案，收錄於刑事法系列研討會一，如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，二〇〇〇年，頁一一三以下；蔡墩銘，非常上訴及再審機制的實務觀察，見「刑事非常救濟制度是否能真正發揮功

能?!」研討會，司法改革雜誌第五十一期，二〇〇四年六月，頁五十三。

註三八：相同見解見 Eisenberg (註三三), Rn. 726.

註三九：依德國刑事訴訟法被告非法定之證據方法，對被告之訊問非為調查事實，乃提供被告防禦之機會，但仍承認被告為一種實質之證據方法，被告自白可成為再審之理由（德國刑事訴訟法第三百六十四條第四款參照），參考 Rogall (註九), S. 34.

註四十：最高法院臺文字第〇九三〇〇〇〇二九三號函參照。

註四一：黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，二〇〇一年，頁三五四以下；林山田，刑事程序法，二〇〇〇年，頁三八四、三八五；陳樸生，刑事訴訟法實務，一九九三年，頁二二〇；蔡墩銘，刑事訴訟法論，一九九三年，頁二一五；蔡墩銘，刑事審判程序，一九九二年，頁三二八；陳樸生，刑事證據法，一九七四年，頁五三四以下。

註四二：最高法院臺文字第〇九三〇〇〇〇二九三號函參照。

註四三：相同見解參考周叔厚，證據法論，一九九五年，頁八七五以下。

註四四：吳庚，憲法的解釋與適用，二〇〇三年，頁五八三；王澤鑑、吳庚，釋字第五二三號解釋不同意見書；劉鐵錚，釋字第二六八號解釋不同意見書；BVerfGE 2, 266; 18, 97, 111; 53, 135, 147; Ingo von Münch, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band I, 5. Aufl., 2000, Vor 1-19/66; Walter Krebs, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band I, 5. Aufl., 2000, 19/26; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik



Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn.378; Ekkehart Stein,  
Staatsrecht,15. Aufl., 1995, S.160.