

憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決

不同意見書

黃昭元大法官提出
謝銘洋大法官加入

[1] 本判決延續司法院釋字第 789 號解釋之結論及理由，以合憲限縮解釋的方式，宣告刑事訴訟法第 159 條之 3（下稱系爭規定）第 1 款及第 3 款後段規定，於符合主文第 1 項所定要件的範圍內合憲，從而承認「死亡」及「所在不明而無法傳喚或傳喚不到」之未到庭證人，於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為陳述（下稱警詢陳述），得為證據，而為傳聞證據法則之例外。

[2] 本席在釋字第 789 號解釋之所以支持其主文，主要是因為該號解釋之審查標的為性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款，涉及性侵害犯罪被害人之審判外陳述，有其特殊之處。本席在上開解釋所提出的協同意見書第 1 段即已表明：

...本席考量性侵害案件對於被害人之身體、心理、隱私等權利之侵害、被害人於事後常有之心理創傷、被害人出庭作證所可能造成的二度傷害，以及性侵害案件被害人多屬女性，被害女性經常是處於相對弱勢，而有結構性不平等的事實上歧視等特殊性質，本席認為：立法者針對性侵害案件之被害人，在訴訟程序上給予不同對待及特別保護，並於符合一定要件下，例外承認被害人之審判外陳述（如警詢陳述）得有證據能力，而為傳聞法則的例外。在此範圍內，本席可以支持本號解釋之（部分）合憲宣告。...[原文之註省略]

[3] 因此本席在上開協同意見書第 3 段隨即指出：

...本號解釋的審查標的也不包括刑事訴訟法第 159-1 至 159-5 條，有關刑事訴訟法上傳聞證據例外得為證據的各項規定。故與系爭規定關係密切的一般規定（特別是刑事訴訟法第 159-3 條），...由於其構成要件亦有所不同，因此本號解釋之結論或理由也無從一律適用於上述其他法律規定。換言之，本號解釋雖然宣告系爭規定於一定範圍內合憲，但這並不意謂其他法律規定，如刑事訴訟法第 159-3 條，當然得依本號解釋之相關理由而為合憲宣告。...

[4] 本判決所審查的系爭規定係有關傳聞證據法則之一般性規定，而性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定則屬特別法。如果說針對後者之特別法規定都要以附加條件、限縮解釋的方式，才能宣告其於一定範圍內合憲，則就系爭規定之一般性規範所附加的合憲條件，自不應更為寬鬆。

[5] 釋字第 789 號解釋就性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款所定被害人警詢陳述，係要求應符合以下幾個要件後，始承認其證據能力：(1) 客觀上不能詰問、(2) 最後手段性、(3) 特別可信性、(4) 衡平補償措施（參該號解釋理由第 5 至 7 段）。此外，上開解釋更進一步限縮其證明力，即 (5)「不得作為唯一或主要證據」（參該號解釋理由第 7 段）。

[6] 系爭規定第 1 款所定之證人已經死亡，第 3 款後段則係「所在不明而無法傳喚或傳喚不到」，上開解釋所附加的第 (1) 和第 (2) 個要件基本上已無適用餘地。另外就上述 (4) 衡平補償措施及 (5)「不得作為唯一或主要證據」，本判決所持立場和上開解釋大致相當，也大致一樣空泛。然值得特別討論並比較的是關於 (3) 特別可信性的要件部分。

[7] 就特別可信性部分，釋字第 789 號解釋在理由第 6 段中強調：「...基於憲法保障刑事被告訴訟上防禦權之意旨，上開警詢陳述應經全程連續錄音或錄影...」。本判決理由對於警詢陳述之製作過程，則完全未提及、更未要求必須「全程連

續錄音或錄影」，而僅於理由第 33 段就衡平補償措施泛稱「... 被告...並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明未到庭證人之警詢陳述是否存在特別可信之情況，而得為證據...」，似乎是就系爭規定所定傳聞證據之證據能力，採取更為寬鬆的容許標準。

[8] 就此，聲請人一於其聲請書也明白主張：刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項規定僅限於訊問被告時，始須全程錄音，同為犯罪嫌疑人之共犯，若以證人身分接受詢問，則可規避此全程錄音之要求，侵害憲法第 16 條保障之訴訟權及憲法第 8 條第 1 項正當法律程序保障。（參本判決理由第 4 段之摘錄聲請意旨）本判決對此主張，於理由中並未正面回應，致有本判決立場是否比釋字第 789 號解釋之要求更為寬鬆的上開困惑。

[9] 按釋字第 789 號解釋係於 109 年 2 月 27 日公布，同年 1 月 15 日修正公布施行之刑事訴訟法已修正第 192 條，明定第 100 條之 1 第 1 項規定於證人之訊問準用之。故依刑事訴訟法第 196 條之 1 第 2 項準用第 192 條，再準用第 100 條之 1 第 1 項，被告以外之人於司法警察官或司法警察訊問時，依刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項之現行規定，於訊問證人時，原則上亦「應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。」

[10] 然上開刑事訴訟法之修正後規定，係於 109 年 1 月 15 日始公布施行，並非本判決五件聲請案各該確定判決當時所適用之法律。又依各該聲請案原因案件之歷審判決觀之，這五案當時在實務上應該均未全程錄音錄影。是縱認本判決就「全程錄音錄影」的要求與釋字第 789 號解釋相同，並未倒退，然本判決既然認為系爭規定須在符合這項要件的范围內，始符合憲法保障訴訟權之意旨，則本庭能否以後來才出現的新規定為據，而宣告本判決五件聲請案所指摘之系爭規定，「在修法前」已經符合憲法意旨？

[11] 其次，依本判決意旨，上開錄音錄影之要求，僅是法院綜合考量並據以評價警詢陳述是否具特別可信性的一個因素而已，並非必然之要求。又縱使將上述刑事訴訟法之修正規定亦納入本判決意旨之內，然就全程錄影部分，仍非原則性要求，而是「必要時」之額外措施。現行法之規定，與本席所要求之「全程連續錄音並錄影」，仍有不同，也仍屬不足。此項要求，固然形式，看似無大用。但以我國警詢實務而言，應該還是有大家心知肚明的無用之用。

[12] 再者，即使認為系爭規定就上開特別可信性部分在實質上是部分違憲，然由於本判決係採合憲限縮解釋的宣告方式，依向來實務，聲請人就其原因案件仍無個案救濟之可能，這也是本庭常以「合憲限縮解釋」取代「部分違憲宣告」的負面作用。就同樣涉及共同被告不利己陳述（所謂他白）之證據能力及應踐行之正當程序所生憲法爭議，釋字第 582 號解釋則是採取違憲宣告方式，正面宣告：

...最高法院 31 年上字第 2423 號及 46 年台上字第 419 號判例所稱共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪（事實認定）之證據一節，...與當時有效施行中之中華民國 24 年 1 月 1 日修正公布之刑事訴訟法第 273 條規定牴觸，並已不當剝奪其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，核與首開憲法意旨不符。該二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。

從而使該號解釋聲請人（亦屬死刑犯）得以經由檢察總長提起非常上訴，而獲再審機會。嗣經多次再審，終於在釋憲成功 12 年後，改判無罪確定。先不論就算有程序救濟後，實體上是否無罪尚屬未定。與釋字第 582 號解釋相比，本判決之採合憲限縮解釋，無異是雲淡風輕、不著痕跡地將此一程序救濟之門輕輕關上，對於聲請人及違憲審查之救濟功能而言，實在都是不可承受之輕輕放下。

[13] 其次，刑事共同被告對於其他共同被告之不利陳述，性質上雖亦屬證言，而有與證人對質、詰問證人權之適用，此亦為釋字第 582 號解釋所強調並確立者。然在共同被告於陳述後死亡或因所在不明而無法傳喚或傳喚不到之情形，上述對質、詰問權已經落空，而難以有效補償。然在實務上，刑事共同被告為求卸責、拖延偵查及審判、挾怨報復、甚至由於執法者之不當或非法影響（例如刑求），致蓄意錯誤陳述、指認之情形，時有所聞。換言之，就共同被告不利於其他共同被告之警詢陳述，常有其特殊的虛偽風險，故就其證據能力之特別可信性，是否應（或仍）繼續採取一樣寬鬆的標準，而承認其證據能力，恐怕有更徹底檢討並修正的必要。

[14] 尤其是法定刑包括死刑的重大案件，就其訴訟程序（包括偵查及審判）所適用的正當程序要求，實應更為嚴密。如果說基於無罪推定原則，就認定有罪之證據，必須達到「無合理懷疑」(beyond reasonable doubt)之程度，始具有證明力。則就死刑案件主要證據之證明力，理應更高於無合理懷疑；¹且就其證據能力，也同樣應提高要求。故就系爭規定所涉之傳聞證據適用於死刑案件時，就其特別可信性本即應提高其要求，而非如本判決之放寬要求，甚至可以考慮就死刑案件，更徹底的排除傳聞證據之證據能力，以免造成不可回復之人命損失。是就系爭規定之合憲限縮解釋而言，限縮的方向應該是排除或限制此等傳聞證據於死刑案件之適用；至少應就其特別可信性，增加具有操作可能性的具體要求，以限縮傳聞證據之適用，而不是如本判決般之開大門，並為之灑花、

¹ 學說有主張於死刑案件，就其有罪證據之心證，應提高到「無庸置疑之絕對確信」，而不應僅是「無合理懷疑」。參，例如，林慈偉，從冤錯案救援觀點評謝志宏案再審無罪判決，刑事政策與犯罪防治研究，27 期，頁 179-221，(2021)，DOI: 10.6460/CPCP.202104_(27).04。法務部於 2016 年發布之最高檢察署辦理爭議性死刑確定案件審查作業要點第 9 點（七）亦將「有罪心證僅達不容合理懷疑 (beyond reasonable doubt)，未達無庸置疑之絕對確信」，列為該署「爭議性死刑確定案件審查會」就是否提起再審或非常上訴，必須審查之事項。另上開要點第 9 點（三）亦將「未排除可信性較低之供述證據」列為必須審查之事項，此與本判決所涉傳聞證據之證據能力有關。

裝飾。

[15] 本判決共有五位聲請人，其中聲請人四及聲請人五均被判處死刑，然其有罪確定判決所據以認定犯罪事實的重要證據，不僅都包括其他共同被告之不利陳述，且各該共同被告都已執行死刑而死亡。然就各該傳聞證據之證據能力及證明力，亦早有不少人權團體、法律學者及律師等提出嚴重質疑。²由於本件屬抽象審查類型的法規範憲法審查，而非具體審查類型的裁判憲法審查，本庭自無從介入並審查各該判決之訴訟程序或就證據法則所持見解是否違憲，此亦為抽象審查制度之限制。然即使就系爭規定之抽象審查而言，本庭實仍可、也更應嚴肅面對並思考：在死刑案件的類型，是否應進一步限縮傳聞證據之例外容許要件？

[16] 畢竟，人命關天。

² 關於聲請人四沈鴻霖部分，參台灣廢除死刑推動聯盟，冤案救援，沈鴻霖：沒有證物，沒有真相，引自：<https://www.taedp.org.tw/topic/10646>（最後瀏覽日：2023/08/04）。關於聲請人五王信福部分，參張娟芬，流氓王信福，新北市：衛城（2022）。