

正本

釋憲聲請書

原確定終局判決案號： 最高法院 109 年台上字第 4032 號刑事
判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年上
更一字第 4 號刑事判決

聲 請 人： 郭哲男 住詳卷

代 理 人： 林石猛律師

梁志偉律師

為聲請人違反毒品危害防制條例事件，認最高法院 109 年台上字第 4032 號刑事判決(原審臺灣高等法院高雄分院 108 年上更一字第 4 號刑事判決)所實質援用最高法院 102 年 9 月 3 日第 13 次刑事庭總會決議關於被告以外之人未經具結之偵訊筆錄有證據能力之法律見解及刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，致聲請人於憲法上所保障之人身自由權及訴訟權遭受不法侵害，有抵觸憲法第 23 條規定之法律保留原則等疑義，爰依司法院大法官案件審理法第 5 條第 1 項第 2 款規定，提出解釋憲法聲請事：

壹、前言

- 一、刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權，以符合法治國原則之基本價值，始與憲法保障人民自由及權利之意旨無違背，此為 大院歷來解釋所闡明之核心理念(參諸釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號及第 789 號解釋意旨)。本件原因案件警方最初查扣之鋼夾(起訴書及第一審判決均誤載該鋼夾係在所謂製毒工廠內扣得，迨至上訴審及更一審確定判決始更正該鋼夾係於黃 之住處中所查扣，惟該處在空間上顯然與製毒工廠欠缺關聯性，益徵本件仍有合理懷疑存在)，並自系爭鋼夾上採得聲請人之指紋，後經檢察官起訴，歷審判決並以此作為認定聲請人涉犯製造第二級毒品之重要證據。
- 二、參諸第一審判決認定：「…其中租予被告郭哲男之房間內，扣得郭哲男所有如附表一所示之物品，其中疑為過濾毒品之器皿上，扣得夾住紗網之鋼夾…」(參後述附件 4，第 12 頁)，原認本件涉案之器具及犯行是否存在，仍有相當合理懷疑值得深究，惟至前審判決則改論：「…被告郭哲男另向黃 租用 路 號之黃 住處 1 處房間(即客廳後第 1 間房間)作為堆放過濾、篩檢甲基安非他命之器皿…。」(參後述附件 5，第 7 頁)，甚至更一審確定判決復謂：「…被告若未參與，證人黃 豈有讓不相干之人進入不足為外人道之存放違法物品之房間，並在上開殘留在過濾毒品器皿上鋼

夾上採得被告之指紋…」(參後述附件 2, 第 14 頁), 並經原確定終局判決論以:「…製毒器具及毒品既係放置於房間內, 若上訴人未參與製造毒品, 而係黃 與他人所為, 當無任由不相干之上訴人出入該房間; 且留有上訴人指紋之鋼夾, 已夾在放置有篩網的塑膠盒上…」(參後述附件 2, 第 7 頁)。

三、惟查, 系爭鋼夾並非在製毒工廠查扣, 而係在黃 住處內扣得, 空間上顯然與本案製毒工廠並無關聯性。至於鋼夾上何以沾染被告之指紋, 衡諸聲請人與證人黃 相識已久, 多次至證人黃 住處打麻將、泡茶, 使用鋼夾固定麻將桌或茶葉包裝, 因而碰觸鋼夾留下指紋, 此並非一般人日常生活經驗上所難以理解、想像的事項。甚至, 現場查扣鋼夾多達 32 個, 倘鋼夾為製毒器具, 何以僅有一個鋼夾沾有聲請人之指紋? 再觀諸鋼夾並非製毒所必須之器具, 即便鋼夾上留有被告指紋, 亦無法證明聲請人參與犯罪, 亦無法證明該枚指紋係在起訴書所指犯罪時間內留下, 既無毫無合理懷疑之證據可證明聲請人有曾使用系爭鋼夾製造第二級毒品之犯行。

四、承上, 縱使檢察官認為系爭鋼夾之指紋與本件具有關聯性, 則如何具有關聯性、何以鋼夾與其他第二級毒品之用具間存有密不可分之關連, 均應由檢察官負擔舉證責任, 否則檢察官既未能指出扣案鋼夾上之指紋與本案發生之時間、地點有何關聯性, 依照關聯性法則, 系爭留有聲請人指紋之鋼夾一

支即非適格之證據，而無證據能力。實則，本件原因案件之歷審判決對上情未予詳查，逕以與聲請人處於對立緊張關係之證人李 警詢、偵查中未經具結之陳述為證據，其證詞之證明力顯然薄弱，再加上就其指述聲請人涉犯製造第二級毒品罪之事實並無其他適格之補強證據，依據證據裁判法則及無罪推定原則，本應對被告為無罪之諭知！

五、然本件原因案件既經判決確定，聲請人希冀沉冤昭雪，僅得以原確定終局判決及更一審確定判決所實質援用之最高法院102年9月3日第13次刑事庭總會決議，認為被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，基於「舉輕以明重」原則，例外取得證據能力之法律意見為釋憲客體。蓋最高法院吳燦院長關於本決議之意見亦表示：「我國傳聞法則規定，就傳聞之例外的規範仍有不足，在此情形下，僅能以類推適用之傳聞例外方式解釋證據能力，這部分需要藉修法加以解決」（參「提升裁判品質－苗栗地院邀吳燦庭長談傳聞法則」一文，刊載於司法週刊第1900期，107年5月11日，第4頁），顯示本決議之法律意見確有牴觸憲法第23條所揭示法律保留原則之違憲疑義，盼求 大院垂憐予以受理審查並作成違憲立即失效之宣告，以匡正刑事訴訟證據裁判法則之真意，並使聲請人之人身自由及訴訟權得以確實回復。

貳、聲請解釋憲法之目的

查聲請人所涉違反毒品危害防制條例之原因案件，迭經最高法

院109年台上字第4032號刑事判決確定(下稱原確定終局判決，附件1；原審臺灣高等法院高雄分院108年上更一字第4號刑事判決，下稱更一審確定判決，附件2)，觀諸原確定終局判決所實質援用之最高法院102年9月3日第13次刑事庭總會決議表示：「被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有『特信性』、『必要性』時，依『舉輕以明重』原則，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。本院九十三年台上字第六五七八號判例，應予補充。」(下稱系爭決議，附件3)，乃限制人民憲法上所保障之人身自由及訴訟權之決議，審酌原確定終局判決所實質援用上開決議之內容，已違反憲法第23條規定之法律保留原則，嚴重侵害聲請人受憲法第8條及第16條規定所保障之人身自由及訴訟權，經聲請人窮盡訴訟程序仍未能獲救濟，祈請 大院作成宣告系爭決議違憲且立即失效之宣告，俾使聲請人之基本權利得獲保障。

參、疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、原因案件事實

(一)緣更一審確定判決認定聲請人與黃 、綽號「帥哥」及「黑仔」等真實姓名年籍均不詳之成年男子，共同基於製造第二級毒品甲基安非他命之犯意聯絡，由聲請人透過黃 於103年7月1日向李 承租坐落屏東縣檳榔園內土地及其上之工寮作為製毒工廠後，由黃 將聲請人、「黑仔」、

「帥哥」等製毒所需器具、設備、原料搬運至上開製毒工廠，聲請人復交付黃 紅外線夜視鏡 1 支由黃 負責在工寮外把風示警，聲請人、「黑仔」、「帥哥」則在上開工寮內將購得之原料依比例加入強酸進行鹵化反應，再加入不詳化學物質於桶內攪拌，並通入氫氣進行氫化反應，製得含甲基安非他命、麻黃鹼、假麻黃鹼成分之液體，繼將上開液體加熱，同時摻入不詳化學物質，製成甲基安非他命晶體，並將已製成之甲基安非他命成品、半成品、篩檢甲基安非他命工具用之鋼夾、篩網、塑膠盒、杓子及分裝甲基安非他命用之夾鏈袋、電子磅秤等工具，藏放於黃 在屏東縣住處。嗣警方於同年 7 月 12 日 22 時許，見黃 、「帥哥」及「黑仔」在 一段工寮現場，欲上前逮捕時，遭其等查覺立即分頭逃逸，但仍於當日 22 時 35 分，將黃 在住處前拘提到案，並在黃 上開住處該房間內查獲上開物品，警方隨即於翌（13）日上午 9 時 7 分，在 一段工寮內查獲聲請人等所製造之第二級毒品甲基安非他命成品、半成品及製毒工具等物；嗣因黃 、李 之供述，及警方在黃 之上開住處房間內，採得聲請人在夾著篩網器皿之鋼夾上之指紋，並經黃 及李 之供述而查獲。

(二) 上開情事，由臺灣屏東地方法院檢察署檢察官偵查起訴，經臺灣屏東地方法院作成 105 年度訴字第 275 號刑事第一審判決(附件 4)，認定聲請人犯共同製造第二級毒品罪，聲請人

不服依法提起上訴，雖經臺灣高等法院高雄分院作成 106 年度上訴字第 780 號刑事第二審判決(下稱前審判決，附件 5)撤銷原第一審判決，猶認定聲請人犯共同製造第二級毒品罪，聲請人仍不服前審判決依法提起上訴，經最高法院作成 107 年度台上字第 4335 號刑事判決(附件 6)撤銷前審判決發回更審，復由臺灣高等法院高雄分院作成更一審確定判決(同附件 2)，仍認定聲請人犯共同製造第二級毒品罪，聲請人不服再依法提起上訴，終經最高法院作成原確定終局判決駁回上訴而告確定。

二、歷經訴訟程序

- (一) 聲請人針對上開原因案件經依法定程序提起救濟，迭經歷審刑事訴訟程序之法院裁判，終由最高法院作成原確定終局判決認定聲請人之上訴意旨：「係就屬原審採證、認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，且仍為單純事實之爭辯外，復對於不影響於判決本旨之枝節事項，再加爭執，均非適法之第三審上訴理由。綜上，應認本件上訴人之上訴違背法律上之程式，予以駁回。」(參原確定終局判決第 9 頁)，從程序上駁回聲請人之上訴而告確定。
- (二) 聲請人因認原確定終局判決及更一審確定判決所實質援用之系爭決議，涉有違反憲法第 23 條規定之法律保留原則，嚴重侵害聲請人受憲法第 8 條及第 16 條規定所保障之人身自由及訴訟，致聲請人受憲法保障之權利受侵害等違憲疑義，爰依

司法院大法官審理案件法(下稱大審法)向 大院提起解釋憲法之聲請。

肆、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、程序部分

(一)按大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」，可知倘人民因權利遭受不法侵害提起訴訟而未能獲得救濟，就確定終局裁判所適用之法規範，認有牴觸憲法之疑義，即得依本條款規定向 大院大法官聲請解釋憲法。次按釋字第 698 號解釋理由書指出：「系爭裁定以聲請人未具體表明臺北高等行政法院 96 年度訴字第 517 號判決有何不適用法規、適用法規不當或其他違背法令之情形，而認上訴為不合法，從程序上裁定駁回上訴，應以上開臺北高等行政法院判決為本件聲請之確定終局判決。」，足見 大院對「確定終局裁判」係採「實質認定」之判斷標準。

(二)復按釋字第 374 號解釋理由書指出：「最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相

當，許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋」，本於保障人民基本權利之憲法意旨，將最高法院所作成之「決議」評價為相當於命令之屬性，得以作為 大院審查之客體。

(三) 第按釋字第 582 號解釋理由書表示：「本聲請案之確定終局判決最高法院八十九年度台上字第二一九六號刑事判決，於形式上雖未明載聲請人聲請解釋之前揭該法院五判例之字號，但已於其理由內敘明其所維持之第二審判決……認定聲請人之犯罪事實……核與本件聲請書所引系爭五判例要旨之形式及內容，俱相符合，顯見上開判決實質上已經援用系爭判例，以為判決之依據。該等判例既經聲請人認有違憲疑義，自得為解釋之客體。」，而將確定終局裁判未記載字號之判例見解，以該等判例業經「實質援用」於確定終局裁判為理由，納為 大院之審查客體並作成解釋。

(四) 查聲請人就上開原因案件經依法定程序提起救濟，迭經歷審刑事訴訟程序之法院裁判，終由原確定終局判決駁回聲請人之上訴而告，業已用盡審級救濟程序。又原確定終局裁判以聲請人之上訴違背法律上之程式予以駁回，則依上開 大院釋字第 698 號解釋理由書之意旨，應認原確定終局判決及更一審確定判決均屬大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定之確定終局判決。

(五) 復就聲請人之聲請客體及 大院之審查客體而論，本件前審判決關於原因案件證人李 之供述證據能力意見略以：「按

被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：
(三)、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款定有明文。共同被告身分所為關於該他人犯罪之陳述，因不必擔負偽證罪責，其信用性顯不若具結證言，即與前開規定之要件不符，惟衡諸共同被告於警詢或檢察事務官調查時所為之陳述，同為無須具結，依同法第 159 條之 2 規定，卻於具有特信性與必要性之要件時，即得為證據，若謂此偵查中之陳述，一概否認其證據能力，無異反而不如警詢之陳述，顯然失衡。從而，此未經具結之陳述，依舉輕以明重原則，本於同法第 159 條之 2、第 159 條之 3 等規定之同一法理，得於具有相對或絕對可信性之情況保障，及使用證據之必要性時，例外賦予其證據能力（最高法院 102 年 9 月 3 日第 13 次刑事庭總會決議參照）。本件證人李因另案通緝中，無法傳訊到案，惟其於 103 年 7 月 31 日偵訊時所為之陳述時（未具結）有辯護人在場，較無受到不當外力干擾之可能，亦具有特別可信，且與待證事實具有必要性及關連性，認亦具有證據能力。」（參前審判決第 4 頁至第 5 頁），乃援引系爭決議作為認定證人李 偵訊時未具結所為之陳述具有證據能力之基礎。

(六) 迨至更一審確定判決關於證人李 之供述證據能力意見則

認定：「一、被告以外之人於審判中有滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第 159 之 3 第 3 款定有明文。刑事訴訟法第 159 條之 3 所稱『具有可信之特別情況』，係指證人之陳述從客觀上之環境或條件等情況加以觀察而有較可信性者而言，是否有較可信之情形自應綜合詢、答全部過程予以觀察。二、本案證人李

因違反毒品危害防制條例案件判決確定，拒不到案而於 104 年 12 月 22 日遭通緝（見本院上更一卷第 61 頁背面、第 133 頁、第 178 頁、第 198 頁），且經本院傳拘無著，無法傳訊到案，有拘票在卷可憑（見本院上更一卷第 241 至 247 頁）。而經本院勘驗其於 103 年 7 月 10 日接受警方調查時之警詢筆錄結果：（一）警詢筆錄雖未依證人李 回答逐字繕打，而係綜合詢問內容後再行繕打筆錄內容，但詢問過程平和，無脅迫或不正取供之情事，錄音亦無間斷；（二）李 在警方詢問過程中，有提到 103 年 7 月 1 日 5 點左右說他的朋友黃 有帶一個朋友來他家找他，詢問有關檳榔園的事情，並提到要製造安非他命（見本院上更一卷第 174 頁背面），且其於警詢中證稱：黃 改名叫黃 等語（見警卷第 15 頁），因此其陳述具任意性。參以被告亦供稱與李 認識 10 幾年等語（見本院同上卷第 175 頁），當無誤指之虞，其

於另案被訴幫助製造毒品案件審理中亦供稱：警偵訊所言均未受到刑求、逼迫，都是自願的等語（見原審訴字第 640 號影印卷第 73 頁）。證人李 接受警方調查時所為陳述既未受到強暴脅迫或其他非法之方法，則其陳述係出於任意性無訛，參以所證與證人黃 上開於警詢中所稱曾帶被告拜訪證人李 詢問租地之經過情形相符，是證人李 於警詢中所陳具有可信之特別情況，且為認定被告是否參與製造毒品之必要性及關聯性，依上引刑事訴訟法之規定，自有證據能力。」（參更一審確定判決第 5 頁至第 6 頁），不再引用證人李 偵訊時未具結所為之陳述，改認定證人李 警詢時未具結所為之陳述具有證據能力，進而作為不利於聲請人之論斷基礎，並經原確定終局判決予以維持。

- (七) 實則，證人李 於警詢中之陳述經偵查中檢察官復核後作成偵訊筆錄，是其警詢中及偵查中未經具結之陳述應具有延續性及實質關聯性，前審判決所引用證人李 之偵訊筆錄，更一審確定判決固不再引用而改以警詢筆錄為證據，惟前後兩判決用以論斷證人李 於審判外之陳述具有證據能力之法律意見，均係認定證人李 之陳述「具有可信之特別情況」且與待證事實具有「必要性及關連性」，是原確定終局判決及更一審確定判決形式上雖未引用系爭決議作為裁判之依據，然其認定證人李 之審判外陳述具有證據能力之理由，與系爭決議所闡釋被告以外之人於審判外未經具結所為

之陳述，如該當「特信性」、「必要性」等要件，則例外認為有證據能力之法律見解俱相符合，可認系爭決議業經「實質援用」成為原確定終局判決及更一審確定判決「所適用」之法令，依上開釋字第 582 號解釋理由書之意旨，得由 大院受理審查其合憲性。另依更一審確定判決所載，引用刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款規定作為證人李 警詢時未具結所為之陳述具有證據能力，亦屬原確定終局判決及更一審確定判決「所適用」之法令。從而，聲請人依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定對上開聲請客體聲請 大院解釋憲法，程序上於法自無不合。

二、實體部分

(一) 系爭決議侵害聲請人受憲法第 8 條及第 16 條規定所保障之人身自由及訴訟權

1. 按釋字第 789 號解釋理由書指出：「本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（本院釋字第 654 號及第 762 號解釋參照），包含對證人之對質、詰問之權利（本院釋字第 384 號、第 582 號及第 636 號解釋參照）。為落實憲法正當法律程序原則，刑事訴訟法所建構之刑事審判制度，應採取證據裁判原則與嚴格證明法則，法院就具證據能力之證據，經合法調查程序，形成足以顯示被告犯罪之確信心證，始能判決

被告罪刑。基於被告受憲法保障之訴訟上防禦權，其於審判中對證人對質、詰問之權利，應受最大可能之保障。」

2. 查系爭決議所認：「被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有『特信性』、『必要性』時，依『舉輕以明重』原則，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。本院九十三年台上字第六五七八號判例，應予補充。」，將被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，例外認為有證據能力，實係侵害刑事被告受憲法保障之訴訟上防禦權，排除被告在審判中對證人對質、詰問之權利，使被告受到限制人身自由刑事處罰之拘束，依上開釋字第 789 號解釋理由書之意旨，已侵害聲請人受憲法第 8 條及第 16 條規定所保障之人身自由及訴訟權。

(二) 系爭決議牴觸憲法第 23 條規定所揭示之法律保留原則

1. 按釋字第 765 號解釋理由書指出：「按憲法保障之人民各項權利，除屬於憲法保留之事項者外，於符合憲法第 23 條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異。如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之。至涉及人民其他自由權利之限制者，

亦應由法律加以規定；如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則。若僅屬執行法律之細節性、技術性事項，始得由主管機關發布命令為必要之規範（本院釋字第 443 號解釋參照）。」

2. 參諸刑事訴訟法第 155 條第 2 項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」，可知在刑事訴訟程序之證據法則中，某項待證事實之調查乃法院認事用法之重要前提基礎。因而，立法者即在刑事訴訟法第十二章第一節證據篇之部分，規範證據排除法則（參刑事訴訟法第 158 條之 2 以下等規定）及傳聞法則（參刑事訴訟法第 159 條規定以下）作為判斷證據能力之具體依據。依此，「證據能力」係屬憲法第 23 條所揭示之法律保留事項，與具證據能力之證據，經公判庭踐行合法調查程序，之後始具有之「證明力」，則係屬法院自由心證採證法則之職權行使範圍，兩者性質上迥然不同，此為司法實務上所肯認之觀點。
3. 對此，最高法院 100 年度台上字第 4049 號刑事判決即明確闡明：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，即學理上所稱之『傳聞證據』，依刑事訴訟法第一百五十九條第一項規定，原則上並無證據能力，僅在法律有特別規定時，亦即符合同法第一百五十九條之一至第一百五十九條之五所規定之情形時，始例外賦予其證據能力。故法院若欲採用被告以外之人於審判外（例如警詢及檢察官偵訊）之陳述作為

證據者，必須先審酌該項審判外之陳述，是否符合同法第一百五十九條之一至第一百五十九條之五所規定傳聞證據例外具有證據能力之情形，經確認該項審判外之陳述具有證據能力後，再依法進行交互詰問程序，以使被告對該證人有對質或詰問之機會，並須於判決內說明其憑以認定該項審判外陳述具有傳聞法則例外情形之理由，其採證始為適法。若不為此項說明，遽採為犯罪之證據，即有違採證法則及判決理由不備之違法。至刑事訴訟法第一百六十六條以下所規定之交互詰問程序，係屬人證調查證據程序之一環，與證據能力係指符合法律規定之證據適格，亦即得成為證明犯罪事實存否之證據適格，其性質及在證據法則之層次並非相同，自不能僅以證人於審判中業經法院進行交互詰問之調查證據程序，即認該證人於審判外之陳述具有證據適格。」即屬適切之見解。

4. 學理上亦指出，若檢察官傳喚被告以外之人到庭，卻未命其具結而為訊問，即不符合刑事訴訟法第 158 條之 3 應命具結之規定，自難認符合同法第 159 條之 1 第 2 項所指「被告以外之人」之要件，而無從依該條規定而成為具有證據能力之證據。質言之，檢察官必須遵守刑事訴訟法第 161 條第 1 項關於法定證據方法之舉證，其所舉出之證據，始得謂刑事訴訟法之舉證，法院調查證據，亦應對於法定證據方法進行調查，始得謂進行刑事訴訟法之證據調查。交互詰問程序係法

院審理時，針對證人之證據方法所踐行之證據調查證據，交互詰問程序並不具有使偵查中未具結之供述，成為已具結之供述，原本未具結而無證據能力之證據，並不會因為在審判中進行交互詰問，而成為有證據能力之證據(參黃翰義，論檢察官對於被告以外之人未依法具結之舉證—兼評臺灣高等法院 100 年度法律座談會刑事類第 24 號提案，軍法專刊，第 59 卷第 2 期，第 106 頁，102 年 4 月；同著者，論詰問程序得否治癒共同被告審判外陳述之瑕疵—兼評最高法院一百年度台上字第六七 0 二號判決(下)，刊載於司法週刊第 1675 期，107 年 5 月 11 日)。

5. 偵審之刑事訴訟程序，依釋字第 761 號解釋理由書之意旨，涉及憲法保留事項之人身自由；釋字第 443 號解釋早已肯認罪刑法定主義，係絕對法律保留即國會保留之事項。對此，大院 吳庚前大法官針對本號解釋所建立之層級化保留體系，進而闡明：「絕對法律保留：即必須由法律自行規定，諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由之事項，又請求權之消滅時效亦應以法律定之，法律本身若未加規定，而由施行細則運行訂定者，即屬違憲(釋字第四七四號解釋)」(參吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，增訂 15 版，三民書局，106 年 9 月，第 91 頁)，則確認國家對刑事被告是否具有刑罰權存在及其範圍之刑事訴訟程序，參諸釋字第 443 號解釋及第 761 號解釋之理由書，自屬絕對法律保留之範疇(刑事訴訟法之施行法，亦須由國會以法律制定，而非授權行政機關以性質上屬法規命令之施行細則訂定，理由在此)。絕對法律保留之事

項，既不得由行政機關以施行細則或其他行政行為予以替代補充或擴張，亦不得以法院之裁判理由或最高法院之判例或決議予以替代補充(參最高法院104年8月11日第13次刑事庭會議決議(一))，因無法律明文授權，不再援用連帶沒收判例之決議意旨，及臺灣高等法院臺中分院105年上易字第1402號刑事判決，即指出干預處分之授權基礎不得類推適用或擴張解釋，同在闡明憲法第23條所揭示之法律保留原則在刑事訴訟程序之適用【本判決選刊於大院公報，第60卷，第1期，第313頁以下，107年1月】)。否則，與刑事訴訟程序相關之行政命令等行政行為，即屬違憲之公權力行為(參釋字第474號解釋意旨)，最高法院作成之判例或決議所為之見解，即同屬違憲。

6. 揆諸刑事訴訟法第155條第2項及同法第159條第1項既已分別明定：「無證據能力之證據，…不得作為判斷之依據。」、「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」，則除非法律規定例外之具體情形，自不得再以法院作成之判例、決議或裁判理由替代法律之規定，此為憲法第80條明定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」之憲法賦託與誠命(我國刑事審判係採專業法官制度，毋庸經由民意篩選，僅經由行政機關考訓而產生，而法律係最高民意機關所制定，也唯有法官秉於憲法賦託與誠命，依據法律獨立審判，並於審理具體個案，參司法院釋字第371號、第572號及第590號等解釋之意旨，適時摒棄惡法向司法院大法官提出釋憲之聲請(參

行政訴訟法第 178 條規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」，即為法官聲請釋憲之實定法依據），始能取得限制人民人身自由或財產權之民主正當性。否則，既有悖於憲法第 23 條之法律保留原則，並涉及違反權力分立之憲法基本原則(參釋字第 499 號解釋意旨)。

7. 現行刑事訴訟法於第 159 條第 1 項規定所謂之「法律另有規定者」，已明定於同法第 159 條之 1 至 5 等規定，則同法第 159 條之 5 第 2 項所謂「視為有前項之同意」，而得作為法律明定之例外規定，係屬法律之擬制。上開刑事訴訟法關於傳聞法則之規範，係屬法律列舉之事項，而非例示之規定，基於「明示其一，排斥其他」、「無法律、無擬制」、「例外規定解釋從嚴」等法學方法論上之基本論證思考，行政或司法機關自應受法律例外規範之拘束，否則，刑事訴訟法於第 159 條第 1 項規定「法律另有規定者」之文義豈非形同具文。因而，系爭決議容已違反刑事訴訟法第 158 條之 3(未命具結證據排除)、刑事訴訟法第 155 條第 2 項(傳聞無證據能力)不得作為判斷依據之規定，且牴觸憲法第 23 條明定之法律保留原則與司法院釋字第 499 號解釋所揭示之權力分立憲法基本原則。
8. 至於，刑事訴訟法第 159 條之 1 至 5 等傳聞法則例外規定所未列舉之事項，在法學方法論上應認係立法者有意之省略，方符刑事訴訟程序係絕對法律保留(國會保留)之事項及司

法院釋字第 761 號解釋理由書所謂：「人民身體之自由屬憲法保留之事項」之憲法意旨。司法實務上如認被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，於與警詢之陳述同具有「特信性」、「必要性」時，得例外具有證據能力，始與刑事訴訟法第 159 條之 2 及第 159 條之 3 等規定維持法理上的平衡，自應由 大院提案經由國會予以立法補充，而非由法院直接以「舉輕明重」原則或經由「類推適用」，直接擴張刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項之適用範圍兼及於未經具結之檢察官偵查筆錄(傳聞法則例外規定關於訊問主體相同下物之擴張)，或擴張同法第 159 條之 3 第 3 款之適用範圍及於未經具結之檢察官偵查筆錄(傳聞法則例外規定關於人即訊問主體的擴張)，以彌補法律規定之不足，並資以彰顯法官有優先服從憲法之義務，及克盡依法律獨立審判之職責(亦即法官須「依憲法或法律規定，應超出黨派，獨立行使職權」，參李震山，行政法導論，三民書局，第 7 版，第 186 頁，97 年 5 月)。

9. 職此，刑事訴訟法第 159 條之 1 至之 5 等規定，係傳聞法則之例外，立法者既已於第 159 條之 1 第 2 項明定被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述除「顯有不可信之情況」者外(關於「顯有不可信之情況」之意涵，可參最高法院 106 年度台上字第 3561 號刑事判決：「倘一直延續錄音(或同步錄影)，而有偵訊光碟附卷，則無論係以被告或證人身分所為供述，一旦有人爭執其任意性，或筆錄內容失真，勘驗結果，若顯示確有上揭瑕疵存在，即該當於『顯有不可信之情況』，不能採憑為證。」【本判決選刊

於 大院公報，第 60 卷，第 1 期，第 109 頁，107 年 1 月 4 日】、同院 96 台上字第 5684 號刑事判決：「所謂『顯有不可信』之情況，係指其不可信之情形，甚為顯著瞭然者，固非以絕對不須經過調查程序為條件，然須從卷證本身，綜合訊問時之外部情況，例如：是否踐行偵查中調查人證之法定程序，給予在場被告適當詰問證人之機會等情，為形式上之觀察或調查，即可發現，無待進一步為實質調查之情形而言。此與具有證據能力之供述證據，其實質之證明力如何，仍待法院綜合全辯論意旨及調查證據所得，依法認定者不同。」

【本判決選刊於 大院公報，第 50 卷，第 9 期，第 86 頁，96 年 10 月 25 日】、同院 94 年度台非字第 208 號刑事判決：「倘若被告以外之人，未於審判中以證人身分依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，雖其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，具有特別可信之情況，且為證明事實存否所必要者，仍因不符合上開法定程序規定，踐行調查，自無由謂得依上開（第一百五十九條之二）規定，可為證據，而不予排除其證據能力，採為論罪之基礎。」【本判決選刊於 大院公報，第 48 卷，第 10 期，第 183 頁，94 年 8 月 31 日】，均為司法實務上值得參考之重要裁判），得為證據；而與其他在檢察事務官、司法警察官或司法警察之供述分別列舉，例外規定使特定傳聞供述得作為證據，自不得再以舉重明輕、類推適用、互相比附援引等方法擴張其適用範圍，形同例外之例外，而架空同法第 159 條第 1 項所定：「法律另有規定者」之明白規範。

10. 誠然，檢察官係偵查主體，並為刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項等例外規定所規範之公權力機關，除法官以外，係最

具法律知識之執法者，法律既已明文證人偵訊筆錄應經「具結」之程序用以擔保證人陳述之憑信性，則檢察官如未能體會立法意旨而怠於偵查程序所課予之應命具結之作為義務（參刑事訴訟法第 186 條本文規定），難認允妥。故而，系爭決議既有表示：「被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，因欠缺『具結』，難認檢察官已恪遵法律程序規範，而與刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項之規定有間」，基於法治國之依法行政原則，豈容檢察官之故意或疏忽未命證人具結，而得擴張解釋刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項或第 159 條之 3 第 3 款規範之適用範圍，進而使檢察官未經具結之證人或具共犯關係之犯罪嫌疑人之供述，例外又例外地取得證據能力，致架空刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定之明文規範（參諸最高法院 103 年台上字第 1256 號刑事判決即指出：「檢察官於偵查中，倘蓄意規避踐行刑事訴訟法第一百八十六條第一項前段所定之具結義務，對於被害人以證人之身分訊問，使其具結陳述，此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除（本院九十三年台上字第六五七八號判例參照）；必也檢察官對被害人未依人證之法定程序命其具結之情形，係經證明非蓄意規避上開具結義務者，始有類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三，或適用同法第一百五十九條之五等規定之餘地，以落實檢察官對於人證應依法具結取證之法制。」）。

11. 尤以，倘檢察官將共犯以證人身分偵訊，為期免假偵查不公開而對共犯證人行不正取供之實，違反偵查之正當法律程

序，以「保障民權為司法天職」之法院(參釋字第 725 號解釋湯德宗大法官所提出之協同意見書指出：「保障民權乃司法之天職」；「細繹憲法第八條之規定，即能體察制憲者對於法院期許之深、寄望之高！」；釋字第 761 號解釋理由書並認：「人民身體之自由屬憲法保留之事項」)，怎能不詳予體會立憲者對司法部門期許之深、寄望之高呢？準此，系爭決議關於刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款傳聞法則例外規定類推適用之結果，倘參酌最高法院於 104 年 8 月 11 日作成 104 年度第 13 次刑事庭會議(二)決議，所揭示於法律無明文共犯連帶沒收之規定前，不再援用昔日共犯連帶沒收之判例之意旨，以及司法院釋字所闡明保障民權，恪遵憲法期許法官應依法律獨立審判之誠命，系爭決議所指：「被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有『特信性』、『必要性』時，依『舉輕以明重』原則，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。」之見解，顯有違反法律保留原則之違憲疑義，祈請 大院作成違憲之宣告，使刑事訴訟之證據裁判法則及嚴格證明法則得以落實。

(三) 刑事訴訟法第 159 條之 3 規定違憲疑義之說明

1. 查刑事訴訟法第 159 條之 3 規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明

犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。」，於立法理由已指出：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中之陳述（含言詞陳述及書面陳述），性質上屬傳聞證據，且一般而言，其等多未作具結，所為之供述，得否引為證據，素有爭議。惟依本法第二百二十八條第二項，法院組織法第六十六條之三第一項第二款之規定，檢察事務官有調查犯罪及蒐集證據與詢問告訴人、告發人、被告、證人或鑑定人之權限；第二百二十九條至第二百三十一條之一亦規定司法警察官、司法警察具有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據等職權，若其等所作之筆錄毫無例外地全無證據能力，當非所宜。再者，如被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中之陳述，係在可信之特別情況下所為，且為證明犯罪事實之存否所必要，而於審判程序中，發生事實上無從為直接審理之原因時，仍不承認該陳述之證據適格，即有違背實體真實發見之訴訟目的。為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，爰參考日本刑事訴訟法第三百二十一條第一項第三款之立法例，增訂本條，於本條所列各款情形下，承認該等審判外之陳述，得採為證據。」，足見本條規定係移植自日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之立法例所形成之傳聞例外規定。

2. 然參諸日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款乃規定：「前二款以外之書面，因供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明、或現於國外，無法於準備程序或審判期日供述，且其供述內容為證明犯罪事實存否所不可或缺者。但以該供述有特別值得信賴之情況者為限。」，其文義規範所要求之證明犯罪事實存否所「不可或缺者」之要件，方符合嚴格證明法則之要求，我國刑事訴訟法第 159 條之 3 規定乃明定為證明犯罪事實之存否所「必要者」之要件，明顯與其繼受之日本刑事訴訟法規定有所扞格。實則，日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款規定，是法官或檢察官以外之人面前為之書面陳述，容許其有證據能力之規定，要件比較嚴格，必須具備下列三要件：(1)傳喚不能之要件(陳述不能)、(2)證據係不可或缺之要件(不可欠缺性)，陳述人之陳述係證明犯罪事實之存否所不可或缺。及(3)可信性之情況保證要件(特信性)。日本刑事訴訟實務上，第 3 款書面因陳述之機率比較少，且如係重要之證人，檢察官一般會以「檢面筆錄」(同條第 2 款書面)呈現之故，特別是能以正人之身分傳喚其到庭陳述時，是以第 3 款書面幾乎無用武之地。反觀吾國之規定，似乎太寬鬆，實務運作結果，無形中即承認警詢筆錄比較有效，值得注意(參林俊益，刑事訴訟法概論(上)，2006 年 9 月，第七版，第 439 頁至第 440 頁，附件 7)。以上意見，適執為刑事訴訟法第 159 條之 3 規定容有違憲疑義之論據，祈請 大院審酌並

為違憲審查之基礎。

(四) 綜上，誠如聲請人於前言所述，關於本件原因案件之重要事證即系爭鋼夾，經起訴書及第一審判決均誤植該鋼夾係在所謂製毒工廠內扣得，後經上訴審及更一審確定判決始更正該鋼夾係於黃 之住處中所查扣，惟該處在空間上顯然與製毒工廠有間，足見系爭鋼夾及其上聲請人之指紋與公訴意旨所認製造第二級毒品之犯行，明顯欠缺關聯性，益徵本件仍有合理懷疑存在，歷審判決均未予查明，遽對聲請人科處 12 年有期徒刑之重刑，聲請人實難甘服。因聲請人已窮盡救濟途徑，敬請 大院垂憐聲請人之境遇，祈速作成憲法解釋以排除違憲侵害之系爭決議及刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，以昭法治，並維憲法保障聲請人之基本權利。如蒙所請，甚感德澤。

伍、關係文件之名稱及件數：

附件：釋憲聲請委任狀正本乙份。

附件 1： 最高法院 109 年台上字第 4032 號刑事判決。

附件 2： 臺灣高等法院高雄分院 108 年上更一字第 4 號刑事判決。

附件 3： 最高法院 102 年 9 月 3 日第 13 次刑事庭總會決議。

附件 4： 臺灣屏東地方法院 105 年度訴字第 275 號刑事判決。

附件 5： 臺灣高等法院高雄分院 106 年度上訴字第 780 號刑事判決。

附件 6： 最高法院 107 年度台上字第 4335 號刑事判決。

附件 7： 林俊益，刑事訴訟法概論(上)，2006 年 9 月，第七版，
第 439 頁至第 440 頁。

謹 狀
司 法 院 公 鑒
中 華 民 國 1 1 0 年 3 月 8 日

聲 請 人： 郭哲男

代 理 人： 林石猛律師
梁志偉律師