

法規範憲法審查聲請書

聲 請 人 最高法院刑事第五庭

為聲請法規範憲法審查事：

主要爭點

規範偽證罪刑責的刑法第 168 條(以下稱系爭規定一)，將證人、鑑定人、通譯「於檢察官偵查時」的供前或供後具結，與「於執行審判職務之公署(法官)審判」併列為構成要件，其保護的法益有無不同？對於刑事審判之被告，是否違反憲法第 7 條的平等原則？所謂「於檢察官偵查時」應如何解釋，有無將偵查程序的偵查正確，與審判程序所代表的司法公信混淆之嫌？

就刑事被告而言，如證人應於偵查程序向檢察官具結，並賦予偽證罪刑事處罰效果，客觀上很難要求證人於審判程序中，推翻其於偵查程序所為之證言。是否會侵害刑事被告於偵查，甚或審判程序中防禦權的正當行使，而有違憲法第 8 條的正當法律程序，並侵害被告基於憲法第 16 條保障的訴訟權？

刑事訴訟法第 186 條第 1 項(以下稱系爭規定二)明定證人應命具結之義務，並未排除偵查程序中，檢察官所為的訊問調查，是否有違反當事人進行主義之精神？又證人應具結的法定調查程序，屬法院嚴格證明法則下的法定義務，偵查程序與審判程序不同，偵查中不受嚴格證明法則的要求，且偵查中由檢察官要求證人具結，卻不可能踐行證人調查程序的核心規定：交互詰問程序(偵查中屬雙面關係，原則上不會有三面關係的對審程序)，導致與審判程序混淆，甚且有誤將檢察官定位為法官之嫌，有違憲法第 8 條的正當法律程序要求。

審查客體

刑法第 168 條：

「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、

通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。」

刑事訴訟法第 186 條第 1 項：

「證人應命具結。但有下列情形之一者，不得令其具結：一、未滿十六歲。二、因精神或其他心智障礙，致不解具結意義及效果。」

原因案件

本庭審理本院 111 年度台上字第 206 號李承道被訴偽證罪案件，依第二審（臺灣高等法院臺中分院 110 年度上訴字第 730 號，下稱原判決）所認定之犯罪事實：李承道明知其於民國 107 年 7 月 28 日、9 月 8 日、9 月 17 日，在臺中市○區○○○街○○號綠蓋茶飲店旁與鍾孟穎見面，向鍾孟穎所拿取之第二級毒品大麻，係其與鍾孟穎合資購買。竟基於偽證之犯意，於 108 年 3 月 18 日下午，臺灣臺中地方檢察署（下稱臺中地檢署）108 年度他字第 1213 號案件偵查中，以證人身分應訊時，供前具結虛偽證稱：其於 107 年 7 月 28 日、9 月 8 日、9 月 17 日，在臺中市○區○○○街○○號之綠蓋茶飲店旁，分別以新臺幣（下同）1,200 元、1,000 元、1,000 元代價，向鍾孟穎購買第二級毒品大麻共計 3 次等不實之陳述，於案情有重要關係之事項，為顯然與事實不符之陳述，足以影響臺中地檢署檢察官對於鍾孟穎涉嫌販賣第二級毒品案件偵查、判斷之正確性。嗣鍾孟穎所涉販賣第二級毒品案件，經檢察官起訴後，李承道於臺灣臺中地方法院 108 年度訴字第 1139 號案件審理中，始具結證稱係與鍾孟穎合資購買大麻等節，而為不同證詞，鍾孟穎因而經判決無罪確定。

應受判決事項之聲明

刑法第 168 條關於偽證罪之刑事處罰，其中關於證人、鑑定人、通譯，於檢察官偵查時，供前或供後具結，而為虛偽陳述部分；刑事訴訟法第 186 條第 1 項關於人證調查證據程序，證人應命具結之規定，並未排除於偵查中檢察官訊問證人之適用，均有違正當法律程序，違反法

官保留原則，侵害刑事被告之訴訟防禦權，並與刑事訴訟法採行當事人進行原則之精神有悖，應定期失效。

事實及法律上之陳述

一、系爭規定一即刑法第 168 條，侵害被告訴訟防禦權

刑法第 168 條規定：「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑」。其構成要件除「執行審判職務之公署審判時」，尚包括「檢察官偵查時」，均得構成偽證罪。

先進國家如德國、美國或日本國，證人在「檢察官偵查時」所為證述，均不會成立偽證罪，刑事訴訟採當事人進行主義的國家，檢察官為一方當事人固毋論，即使係職權進行主義為主的國家，如德國，亦有與我國刑事訴訟法第 3 條類似之規定：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告」，不論何者，均有武器平等原則的適用。

武器平等原則首見於司法院釋字第 665 號解釋理由，憲法第 16 條保障被告的訴訟權，更是基於第 8 條正當法律程序的要求。依據正當法律程序原則，確保實質有效的司法救濟，因而有公平審判原則。所謂公平的審判，建立在公平的遊戲規則之上，公平的遊戲規則基礎，在於參與者有平等的機會，也就是獲得遊戲資源的機會均等，這就是所謂的武器平等原則（參見許玉秀大法官釋字第 654 號解釋協同意見書）。

偽證罪成立的前提，必須證人於供前或供後「具結」，蓋具結係擔保證言真實性的形式要件，依據刑事訴訟法第 187 條第 1 項規定：「證人具結前，應告以具結之義務及偽證之處罰」；同條第 2 項另規定：「對於不令具結之證人，應告以當據實陳述，不得匿、飾、增、減」。「不令具結之證人」與「不得令其具結之證人」，意義上仍有不同，後者係刑事訴訟法第 186 條第 1 項但書第 1、2 款所定「未滿

十六歲」及「因精神或其他心智障礙，致不解具結意義及效果」，為不得令其具結之證人。除此之外，依據刑事訴訟法第 186 條第 1 項前段「證人應命具結」之規定，凡列為證人者，強制均須具結。立法理由謂：具結之作用，係使證人能在認識偽證處罰的負擔下據實陳述，以發見真實，故原則上證人應負具結之義務，而得免除此項義務者，應以無法理解具結之意義及效果者為限。

刑事訴訟法第 186 條於 56 年 1 月 28 日修正公布前，原於第 2 項規定「於偵查中訊問證人得不令其具結」（參見修正前第 173 條第 2 項），顯係賦與檢察官或證人選擇不具結而為證述的權利。惟修正刪除本條項，其理由謂：「本條將原文第二項『於偵查中訊問證人得不令其具結』之規定予以刪除，其理由謂，因於偵查中訊問證人得不令其具結，流弊所及，檢察官遂有以此種未經具結之證言為基礎而起訴或不起訴者，而法院審判時如須採用此種證言，勢非再行傳訊不可，故新法將該項規定連同本法第 196 條但書一併刪除，以昭慎重，且以減少證人所受之拖累」¹。

刑事訴訟法第 187 條第 2 項，所謂「不令具結之證人」，除現行本即「不得令其具結之證人」外，原尚包括檢察官於偵查中訊問證人，依其裁量不令具結者，如此，證人本尚有選擇具結與否的權利，惟 56 年 1 月 28 日修正公布後至今，檢察官於偵查中訊問證人，除符合同法第 186 條第 1 項但書之規定外，一律均須具結，而隨同即有刑法第 168 條偽證罪之處罰效果。

殊不論刑事訴訟法第 196 條，早已從原規定：「證人在偵查中或審判中，已經合法訊問，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚」，修正為現行規定：「證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚」。除

¹ 林鈺雄主編，學林分科六法，刑事訴訟法，2005 年，頁 A-284。轉引自黃惠婷，現行偽證罪規範之缺失與建議，軍法專刊，63 卷 6 期，2017 年 12 月，頁 65。

立法理由明白揭示：證人惟有在法官已經合法訊問之前提下，始得不再行傳喚，以與傳聞法則之理論相符。

為保障被告憲法上對質詰問權，不論是依據司法院釋字第 582 號解釋，或本院向來判決意旨（如本院 95 年度台上字第 6675 號判決），偵查中訊問證人，如未賦予被告對質詰問權之保障，審判中必須補正此程序上之欠缺。

換言之，於檢察官偵查中必須具結證述之證人，其證言如涉及被告犯罪事實是否成立，原則上於審判中仍必須到庭具結證述，行交互詰問程序，並使被告有與之對質詰問之機會。此時，證人會有兩次具結後所為之證述，偵查及審判中所為之證述如有前後不一，甚至矛盾，即須面臨偽證罪之處罰，是否合理？

檢察官於偵查中，除了以訊問犯罪嫌疑人或證人之方法，直接由犯罪嫌疑人或關係人取得供述證據外，透過犯罪嫌疑人、證人、鑑定人等供述對質，亦有助釐清案情並確認偵查方向。

從而，檢察官可分別依刑事訴訟法第 97 條第 1 項：「被告有數人時，應分別訊問之；其未經訊問者，不得在場。但因發見真實之必要，得命其對質，被告亦得請求對質」、第 184 條第 2 項：「因發見真實之必要，得命證人與他證人或被告對質，亦得依被告之聲請，命與證人對質」。

所謂對質，乃於證人與證人間、證人與當事人間，或當事人與當事人間，對同一事項或相關聯事項之供述有不同或相矛盾時，為判斷供述之正確真實而使前述之人同時在場，分別輪流對疑點加以訊問，或互相質問解答釋疑。

另外，對質（詰問）與審判中法定交互「詰問」程序的差別，司法院釋字第 582 號解釋曾明確指出：「（對質）無庸具結擔保所述確實，實效自不如詰問，無從取代詰問權之功能」。換言之，「對質」相較審判程序的交互詰問，亦同屬偵查階段取得供述證據的一環。

另外，刑事訴訟法第 248 條第 1 項雖規定：「訊問證人、鑑定人時，如被告在場者，被告得親自詰問；詰問有不當者，檢察官得禁止之」。殊不論偵查實務常態，檢察官對本條項的視而不見，而幾乎難得一見於偵查中進行被告與證人對質的程序²。被告總是到了起訴閱卷後，始得知有多少證人及如何指證被告。此處的「詰問」，屬被告在偵訊中對證人、鑑定人所為質問，形式上並非於審判期日公開法庭的法官面前，又非三面關係，自不可能進行交互詰問中的反對詰問。

遑論偵查階段常無辯護人在場，即使是強制辯護的案件，亦僅限於審判程序（偵查中聲請羈押為閱卷目的而設的強制辯護，於此不論），反對詰問如非由辯護人所為，自更不可能具有反對詰問實效。因此，刑事訴訟法第 248 條第 1 項所指「詰問」，實質上應認為仍屬「對質詰問」性質，並非類如法庭審理程序的「交互詰問」。

易言之，反對詰問始為程序上最有效的發見真實的利器，但偵查程序的人證調查，容許檢察官命證人具結，卻不必，也不可能行交互詰問或有效對質，證人只因為必須具結，因而透過系爭規定一，產生偽證刑責的壓力。

審判實務的現場最清楚，證人到場所證述內容，如與偵查中所證不同，尤其是審判中證言顯有利於被告者，檢察官，甚或法官，均會「提醒」證人，於偵查中已有具結，如證述與審判中有所不符，又係與案情有重要關係之事項（例如本件原因案件的被告），勢必會有其一構成偽證罪處罰。

證人因畏懼其證述前後不一，會遭到偽證罪的追訴，選擇與偵查中證言一致的立場，方能免於偽證罪之追訴，可想而知。即使偵查中，證人不論因為警詢所生壓力，或其他不足道人等因素，而對被告為不實指控，人性畏罪使然，仍只能「將錯就錯」，於審判中續為與偵查中相符一致，但反於真實的供述內容。縱使於該審判案件裁判確定前

² 想必這也是因為偵查中證人已經具結，檢察官認為已擔保證言之可信性，自無命與被告對質的誘因。

自白其偵查中的偽證犯行。依據刑法第 172 條規定，亦僅能減輕或免除其刑，仍須遭到偽證罪之追訴處罰，對被告、證人的侵害仍在。

在偽證罪處罰偵查中具結證言的前提下，被告美其名於審判中有反對詰問的利器，實質上卻不敵偵查中早因「具結」而定錨的結論，就不難想像。

尤以偵查不公開，為檢察官於封閉的「偵查庭」偵訊證人，藉由具結、科予證人義務等強制處分之供述保全，非如法官於公開法庭為之來得可信。而法庭實際操作，證人卻必須迎合偵查中已具結卻未必真實，甚或有違反任意性的證言，有害被告訴訟防禦權，且更有違真實發見原則。國家以刑罰效果確保檢察官偵查中取得證言的證據能力，甚至證明力，但辯護人偵查中卻連自行詢問證人的依據都沒有，不僅明顯與當事人進行主義精神抵觸，更是對被告防禦權的實質侵害，有違憲法第 7 條平等原則。

更直接的質疑是，倘使證人於偵查中為虛偽證言，導致被告經起訴，其於審判中願意誠實以對，亦即錯誤的偵查起訴，畢竟尚非審判定罪，證人於審判中願據實以告，修正於偵查中有礙司法公正之虞的證述，其對於偽證罪所保障妨害司法公正的法益，已無侵害，甚且尚屬有功，反而卻須就其於偵查中具結所為的虛偽證述行為受罰，可知本條處罰於檢察官偵查時的具結陳述，有違憲法第 23 條之比例原則。

刑法第 168 條規定乃 24 年刑法公布施行的「時代產物」，至今從未修正。參諸我國刑事訴訟法已改採當事人進行原則為主，以及憲法第 8 條法官保留原則，檢察官不應享有強制處分權的現代思潮，實有改弦易張之必要。

二、系爭規定二即刑事訴訟法第 186 條第 1 項，違反正當法律程序

正當法律程序首見於司法院釋字第 384 號解釋，解釋理由書闡釋所謂正當法律程序的內涵，就實體法而言，雖僅提出須遵守「罪刑法

定主義」，就程序法而言，則提出諸如以下等內容（括號內為聲請人所自擬）：

1. 犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序（強制處分法定原則）；
2. 被告自白須出於自由意志（自白任意性原則）；
3. 犯罪事實應依證據認定（證據裁判原則）；
4. 同一行為不得重覆處罰（雙重危險之禁止原則、一事不再理、一事不二罰）；
5. 當事人有與證人對質或詰問證人之權利（對質詰問權之保障）（釋字第 582 號解釋重申並賦予更詳細之內涵）；
6. 審判與檢察之分離（審檢分立原則）；
7. 審判過程以公開為原則（法庭公開原則）；
8. 對裁判不服提供審級救濟。

大法官並且強調：除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。

釋字 582 號解釋除再次重申：在正當法律程序下之刑事審判，犯罪事實應依證據認定之，即採證據裁判原則（釋字第 384 號解釋）。更強調「證據裁判原則以嚴格證明法則為核心」，解釋文因而宣示：刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪。

釋字第 582 號解釋理由書另詳為闡釋：所謂合法調查，係指事實審法院依刑事訴訟相關法律所規定之審理原則（如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則）及法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序；如對於證人之調查，應依法使其到場，告以具結之義務及偽證之處罰，命其具結，接受當事人詰問或審判長訊問，據實陳述，並由

當事人及辯護人等就詰、訊問之結果，互為辯論，使法院形成心證。

據此，學者指出嚴格證明法則猶如潘朵拉盒子的「蓋子」，是啟蒙後現代證據法則的鎮箱法寶，從證據能力層次即先攔截未經合法調查的證據資料，避免其成為心證基礎；這個盒蓋有「三大法力」加持：一、僅許法院使用列舉的五種法定證據方法；二、必須依照各該證據法院的法定調查證據程序；三、應遵守直接、言詞及公開的共同審理原則³。

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」。其中經「合法調查之證據」更是嚴格證明法則的精髓，而嚴格證明法則的第一層意義就是要求法院必須遵循法律明定的五種證據方法，第二層意義就是須以各種證據方法的法定程序進行調查。如以人證的證據方法為例，除須具結外，尚須踐行立法者採行當事人進行原則下的交互詰問程序，並應予被告有與證人對質的機會（刑事訴訟法第 97 條參見）。

本院 95 年度台上字第 6096 號判決指出：「嚴格證明法則係限制法院於審判期日踐行調查證據程序時，祇能使用法定之證據方法，此法定之證據方法，一般分為人的證據方法與物的證據方法。前者包括被告、證人及鑑定人；後者則包括文書及勘驗，而此法定之證據方法須經法定之調查程序，始得據以認定犯罪事實並採為裁判之基礎。是嚴格證明法則既具有嚴格之形式性要求，對於法院調查證據之程序形成相當之限制，自僅侷限於本案犯罪事實及其法律效果等問題，更僅適用於法院審判程序中，至於並非確認犯罪事實之偵查程序則不與焉」。

換言之，要求證人必須具結的程序在嚴格證明法則下，並非規範檢察官的偵查程序，毋寧是對法官在審判程序中的要求，屬於檢察官起訴後，對於認定犯罪事實有無的法定確認程序，亦即起訴之後，形

³ 參見林鈺雄，蓋上潘朵拉的盒子—釋字第 582 號解釋終結第六種證據方法，月旦法學雜誌第 115 期，2004 年 12 月。

式上始有「被告」的地位形成。為此釋字第 737 號解釋，尚特別「正名」偵查程序的對象應為「犯罪嫌疑人」，而不應稱之為「被告」，理由書特別指明：「未起訴前應為犯罪嫌疑人，現行刑事訴訟法稱為被告，以下稱犯罪嫌疑人」等語⁴。

刑事程序證明犯罪事實之「證據資料」，包括事物跡證落入物理世界，呈現客觀形狀或具體樣態之「非供述證據」，例如殺人案件兇器、傷痕、血液、現場狀況或電信通話等；以及案件情狀印入人的記憶，並藉由言語表達之「供述證據」，包括目擊者、被害人或犯人等。對照非供述證據蒐集保全方法，包括搜索、扣押、勘驗、鑑定、監聽等強制處分。

對「供述」證據蒐集保全的主要方法則是傳喚及訊問，而我國刑事訴訟法則另於偵查程序以訊(詢)問主體為檢察官或司法警察(官)，而區分為：檢察官係「訊問」被告或證人(第 71 條、第 175 條以下)；司法警察(官)則係「詢問」犯罪嫌疑人或證人(第 71 條之 1、第 196 條之 1)。

此與德國或日本法是區分偵查及審判程序的對象，而有不同稱呼，我國顯然將檢察官與法官均視為司法權性質(一般統稱為司法官)，不無混淆兩者角色的疑慮。

實則，偵訊對象之定位應該僅有「犯罪嫌疑人」與「犯罪嫌疑人以外之人」之別，但我國現行刑事訴訟法制就檢察官偵查階段，對於犯罪嫌疑人以外之人的供述證據保全，係全然比照法官訊問「證人」之職權。例如，期日的傳喚、通知(第 63 條)、「證人」權義(第 175 條以下)，並且因證人具結規定之共用(第 158 條之 3)，導致法官與檢察官所製作「證人」供述筆錄之證據評價幾近相同(第 159 條之 1 參見)。

實務上關於檢察官偵查中訊問證人之筆錄，其證據能力之有無，

⁴ 法務及檢察體系出身的吳陳銀大法官，為此特別提出部分不同意見書，反駁多數意見的說法。

最常引用刑事訴訟法第 159 條之 1 的立法理由表示：「因檢察官依法有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須『具結』，而檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，因而規定除顯有不可信之情況者外，得為證據」。

足見檢察官偵查中所為訊問，已因「具結」而取得證據能力的確保。是否合理？有無侵害被告之訴訟防禦權，是否有違當事人進行主義的制度設計精神？最重要的，是否侵害被告憲法上的對質詰問權，而有違憲法第 8 條的正當法律程序及第 16 條的訴訟權保障？

依據前述釋字第 582 號解釋，有關「審判程序」對審制度下之被告防禦權，大法官強調：「被告詰問證人之權利既係訴訟上之防禦權，又屬憲法正當法律程序所保障之權利。此等憲法上權利之制度性保障，有助於公平審判及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的」。

相對於「偵查階段」被告防禦權的保障，釋字第 737 號解釋則強調：「憲法第 16 條所明定人民有訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現」。其中就偵查階段之程序構造，大法官明確指出：「羈押審查程序應否採武器平等原則，應視其是否採行對審結構而定，現行刑事訴訟法既未採對審結構，即無武器平等原則之適用問題」。

據此，保障被告正當法律程序的憲法權利，審判程序除證人應具結外，到庭接受被告反對詰問及對質詰問，更為核心重點，如此證述內容始得作為認定事實之基礎。檢察官於「偵查階段」就證人供述證據之保全，因未採行「對審制度」，僅檢察官單方面要求證人具結，卻不可能踐行交互詰問。而是否令被告對質，也是可有可無（雖然有刑事訴訟法第 248 條規定），此種僅有具結，卻無其他法定調查程序的實施，更足證明檢察官得要求證人具結的不當。此時檢察官實不應

擁有與法官一樣的程序要求權力。

檢察官得命證人具結，會混淆偵審區別、誤導審、檢訴訟定位的不同。偵查階段檢察官供述證據保全的法律依據，不適用交互詰問、質問證人的程序條文，但是檢察官與供述者交手互動、供述保全機制，卻能全然適用審判中證人權義的規定。如此立法構造，混淆「審判在證據調查」與「偵查在蒐證保全」，不同刑訴階段的程序定位。尤以，不論是當事人進行或職權進行主義的國家，實施偵查當事人一方之檢察官（刑事訴訟法第3條參見），卻可以適用屬於獨立超然中立客觀第三方的法院的權責，如此規範體例明顯不妥⁵，有偏重檢察官，更輕忽對造的辯護人權利之嫌。

此外，課予證人義務亦屬強制處分性質，證人包括到場義務、具結義務、陳述義務，以及據實陳述義務，均有相應的強制或處罰措施，拘提或科以罰鍰等，均屬對於證人權利的侵害。又為避免證人虛偽陳述造成錯誤審判，進而影響國家司法權的公信，刑法對違反誠實義務者，有追究偽證之刑事責任（系爭規定一）。

因此，犯罪偵查階段關於供述證據的取得，雖異於非供述證據所定搜索、扣押等直接強制處分，但藉由上述間接課以義務方式，仍無礙其屬強制處分的本質。

關於強制處分的此等權力，交由檢察官自行發動行使，亦不符歷來大法官解釋所強調正當法律程序及法官保留原則的要求。

蓋大法官歷來解釋再三重申：「強制處分，自僅能以之為保全程序之最後手段允宜慎重從事，其非確已具備法定條件且認有必要者，當不可率然為之。是為貫徹此一理念，關於此一手段之合法、必要與否」；「以由獨立審判之機關依法定程序予以審查決定，始能謂係符合憲法第8條第2項規定之旨意」（釋字第392、653、665號解釋意旨）。

釋字第392號解釋同時指出法官與檢察官的不同：「法官行使職

⁵ 參見林裕順、偵查階段供述證據保全的法理探討，收錄於同作者，基本人權與司法改革，2010年10月，新學林，第69頁以下。

權，對外不受任何其他國家機關之干涉。其審判案件對內每位法官都是獨立，僅依據法律以為裁判；此與檢察官之行使職權應受上級長官（檢察首長）指揮監督者，功能上固不能相提併論；而法官之審判係出於被動，即所謂不告不理原則，其與檢察官之主動偵查，提起公訴，性質上亦截然有別」。偵查階段課以關係人證人義務，屬於強制處分性質，自不適於屬當事人一方的檢察官職權⁶。

另外，偵查機關藉由犯罪嫌疑人以外之人取得供述證據的行為，原則上並非出於追究供述者刑事責任的立場。並且，目擊者、受害人等證人供述的證據資料，多係協助偵查機關追訴犯罪，實不宜授權檢察官得實施強制要求到場，避免相關「友性證人」心不甘、情不願積極配合，反有所保留，有害真實。

美、日固不論，即使是職權進行主義的德國，觀其刑事訴訟法第59條、第67條規定，證人對其陳述有宣誓義務，惟僅有在法官前始得進行，於檢察官或司法警察（官）前，均不包括。

刑事訴訟法第186條第1項關於證人應命具結之規定，於檢察官偵查中及法官審判中無分軒輊一體適用，已與當事人進行主義之設計有悖，更有違正當法律程序、法官保留原則，進而侵害被告訴訟防禦權。

至於刑事訴訟法關於「證據」章、「人證」節的規定，就檢察官有權命證人具結，因而衍生有所關聯適用之例如刑事訴訟法第183條拒絕證言之許可、第187條具結前之告知，以及第196條之1僅排除司法警察（官）適用證人具結之規定等，在排除檢察官於偵查中的具結規定後，當應一併檢討修正，並未影響檢察官於偵查中仍得訊問證人之程序。

立法設計上，不應強制命證人具結。或許，賦與檢察官有所裁量權，且證人得「拒絕具結」；又如欲使證人具結，則仍應在法官面前

⁶ 至於偵查的拘提是否亦不適合由檢察官發動而全無法官保留原則，因與原因案件無關，本院尚不表示意見。

為之，我國已有的「強制處分專庭」設計，其「偵查法官」的設置，自能因應需求。

最後，檢察官於偵查中之證人，不適用具結規定之後，是否因而影響證言真實性，甚或司法公正及正確性的疑義。於起訴後的審判程序，因有傳訊證人強制須「具結」而能確保，尚無疑義；是否因而影響不起訴處分之正確性，亦因不起訴處分僅具「暫時性」，只要發現「新事實或新證據」者，包括證人推翻其偵查中不起訴前所為新證言，均得重啟偵查，112年6月21日增訂刑事訴訟法第260條第2項：「前項第一款之新事實或新證據，指檢察官偵查中已存在或成立而不及調查斟酌，及其後始存在或成立之事實、證據」，不似以往使不起訴處分具有如無罪確定判決同樣的確定力。

三、他山之石：德國、日本法制與實務

即使採職權調查原則的德國法制，參諸彼邦刑事訴訟法第59條第2項後段規定：「除另有規定外，宣誓在審判程序中進行」，檢察官於偵查中亦無要求證人具結權力，如有必要，必須於「偵查法官」面前，始得要求證人具結。不僅是正當法律程序的要求，更是因為具結的強制處分性質，應受法官保留原則的規範。

與我國同樣採行傳聞法則的日本國，亦復如此。日本有關偵查階段被告以外之人供述證據之保全，刑事訴訟法第223條規定：「檢察官、檢察事務官或司法警察，偵查犯罪如有必要得通知犯罪嫌疑人以外之人到場接受為詢問，或囑託其為鑑定、通譯或翻譯」。日本檢、警機關於偵查過程中若有必要，係因「同屬」偵查機關應依「同樣」規範要求犯罪嫌疑人以外之人到場接受詢問，且本項任意處分之要求如同偵訊犯罪嫌疑人得將該供述載明於筆錄。

此外，偵查過程中偵查機關依相關事實，明顯認為被告以外之關係人握有重要情資，其如不配合調查或將造成犯罪偵查重大障礙，惟

考量避免偵查機關強制處分要求供述恐害人權，並保障被告之詰問權，仍得於第一次審判期日前，經檢察官請求由法官進行證人詢問程序，而並非如我國檢察官即可要求具結，或適用偽證刑責（日本刑事訴訟法第 226 條「第一次審判期日前證人詢問之聲請」：「明顯認為握有偵查上不可或缺之情資者，對於依第 223 條第 1 項規定之偵訊拒絕到場或供述，檢察官得於第一次審判期日前向法官請求詢問證人」），而以證人身分接受法院法官詢問者，方承擔到場、宣誓，供述與真實供述義務。

日本實務，關係人等於偵查機關前雖自願供述，但顧慮在審判庭中發生前後不一供述反覆之情形，檢察官亦得於第一次審判期日前，請求由法官詢問證人（日本刑事訴訟法第 227 條「第一次審判期日前證人詢問之請求」：「參第 223 條第 1 項規定：檢察官、檢察事務官、或司法警察偵訊時自願陳述者，於審判期日陳述恐與先前相異內容時，且可認為該供述在犯罪證明上不可或缺，檢察官得於第一次審判期日前向法官請求詢問該證人」、「前項請求，檢察官應釋明有必要為詢問證人之理由以及該供述屬犯罪證明不可或缺之情」）。

經上述程序，由法官主持審訊作成之證人詢問筆錄，於審判中得以較寬鬆要件作為證據使用（參日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 1 款「法官筆錄」：被告以外之人所作供述書或記錄其供述之書面經供述者署名或蓋印，於以下所揭情形得作為證據。「法官面前供述之書面，因供述者死亡、精神或身體障礙、所在不明或在國外審判準備或審判期日不能為供述時，或供述者於審判準備或審判期日為與先前相異供述」）。

相較我國刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定，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，得為證據。證人係於檢察官偵查中具結，原則上即得為證據。不僅混淆嚴格證明法則，模糊法官與檢察官之分界，更不當強化檢察官偵查中訊問證人

的可信性，違反傳聞法則之精神。

總之，不論德國或日本法制，檢察官於偵查中均無權要求證人具結，惟如有必要，仍得於偵查中或起訴前要求證人於法官面前為具結陳述，只有法官始得要求證人具結。系爭規定二的證人、鑑定人「於檢察官偵查時」的供前或供後具結，至少應限縮解釋為「於偵查時在法官面前」的供前或供後具結，始得合憲。

四、結論

系爭規定一侵害被告訴訟防禦權，造成被告的反對詰問或對質詰問權形同虛設。系爭規定二違反正當法律程序、法官保留原則，更有混淆檢察官與法官身分之虞。

此 致

憲法法庭

公鑒

中 華 民 國 112 年 12 月 25 日

聲請人 最高法院刑事第五庭

審判長法 官 李錦樑

法 官 周政達

法 官 蘇素娥

法 官 林婷立

法 官 錢建榮

【附屬文件之名稱及件數】原因案件停止審理裁定書一件