

憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決重點提示 【未到庭證人警詢陳述之證據能力案（二）】

【判決日期】

2023-08-04

【主筆大法官】

蔡宗珍。

【案由】

聲請人認各所受不利確定終局判決所適用之刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款、第 3 款等規定，抵觸憲法，分別聲請解釋憲法、法規範憲法審查。

【本件裁判重點提示】

要旨	內容
審查原則	
應保障刑事被告享有充分之防禦權，包含於審判中對證人對質、詰問，以爭執其證詞真實性之權利	<ol style="list-style-type: none">1. 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，包含於審判中對證人對質、詰問，以爭執其證詞真實性之權利。2. 證人未到庭接受對質、詰問之審判外陳述，原則上不得作為被告有罪之證據。
立法者得以法律設定適當之要件而為例外規定，使未到庭證人之，例外具證據能力	<ol style="list-style-type: none">1. 惟立法者基於發現真實之憲法上重大公共利益，2. 就法院有必要以未到庭證人之審判外陳述作為論斷被告有罪之證據之情形，3. 如被告無法對未到庭證人行使對質、詰問權所生防禦權損失，於訴訟程序上有適當之衡平補償機制，4. 使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障，5. 且該等未經被告對質、詰問之審判外陳述，非為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據等前提下，6. 非不得以法律設定適當之要件而為例外規定，使未到庭證人向檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，即警詢陳述，得例外具證據能力。7. 法院亦不得以未經對質詰問證人之警詢陳述為認定被告有罪之唯一或主要證據。
系爭規定一及二(刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款及第 3 款)，尚不抵觸憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之意旨	
系爭規定一及二，原則上得適用於各類刑事案件	<ol style="list-style-type: none">1. 系爭規定一及二係為實現刑事訴訟發現真實之目的，賦予該警詢陳述有證據能力，得為證據。2. 其乃刑事訴訟法第 159 條第 1 項所定之例外規定。

	3. 性質上屬原則上得適用於各類刑事案件之一般性規定。
系爭規定一及二應從嚴設定其適用要件，並確保被告充分享有受法院公平審判權利	<p>1. 法院依系爭規定一及二之規定，而認定未到庭證人之警詢陳述得為證據者，被告於刑事訴訟上原可享有之防禦權，即因其無從對該未到庭證人行使對質、詰問權而有減損。</p> <p>2. 立法者就系爭規定一及二除應從嚴設定其適用之法定要件，以確保其為證據取得上之例外性與最後手段性外，並應確保被告仍充分享有受法院公平審判之權利。</p>
系爭規定一及二，足使其為刑事訴訟上採為證據之例外與最後手段，並已衡平考量發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判之權利	<p>1. 就系爭規定一及二之法定要件而言，警詢陳述得例外為證據之要件，須符合相關警詢陳述經證明具有可信之特別情況，以及該警詢陳述證據為證明犯罪事實之存否所必要之要件。</p> <p>2. 法院欲依此規定而以未到庭證人之警詢陳述為不利於被告之證據者，須經適當之調查程序，依證人作成警詢陳述時之時空環境與相關因素綜合判斷，是否足資證明該警詢陳述非出於強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾所作成；</p> <p>3. 此外，並應斟酌作成警詢陳述相關情況及陳述內容，是否足以認定縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況。</p> <p>4. 檢察官對此應負舉證責任，指出證明之方法。</p> <p>5. 被告對此並得行使各種防禦權以充分爭執、辯明其法定要件之存否。</p> <p>6. 該警詢陳述須為證明犯罪事實之存否所必要之證據，因而為訴訟上採為證據之例外與最後手段。</p>
系爭規定一及二減損被告之防禦權，則對於被告之防禦權損失，即須於刑事訴訟程序中予以相當之平衡補償	<p>1. 系爭規定一及二減損被告之防禦權，則對於被告之防禦權損失，即須於刑事訴訟程序中予以相當之平衡補償，例如：</p> <p>(1) 於未到庭證人之警詢陳述證據能力有無之調查程序中，被告即得對警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人行使詰問權，</p> <p>(2) 並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，</p> <p>(3) 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。</p> <p>2. 另法院於後續審判期日調查證據程序中，亦應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失；包括：</p> <p>(1) 在調查證據程序上，強化被告對到庭證人之對質、詰問權；</p> <p>(2) 在證據評價上，法院尤不得以未到庭證人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，而應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。</p>

【裁判主文】

- 一、刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款及第 3 款規定：「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。……三、……所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。」係刑事訴訟上為追求發現真實而將未到庭證人之法庭外陳述採為證據，

致減損被告防禦權之例外規定。法院於適用上開規定時，除應從嚴審認法定要件外，並應確保被告於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障；且未經被告當庭對質、詰問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之陳述，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據，俾使發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判權利之保障間獲致平衡。於此範圍內，上開規定尚不抵觸憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之意旨。

二、聲請人一至五就上開規定之聲請均駁回。

三、聲請人一及三其餘聲請均不受理。

四、聲請人四及五有關暫時處分之聲請均駁回。

大法官就主文所採立場		
主文項次	同意	不同意
第一項	許宗力、蔡焜燉、黃虹霞、吳陳鐸、蔡明誠 林俊益、許志雄、張瓊文、黃瑞明、詹森林 呂太郎、楊惠欽、蔡宗珍	黃昭元、謝銘洋
第二項	許宗力、蔡焜燉、黃虹霞、吳陳鐸、蔡明誠 林俊益、許志雄、張瓊文、黃瑞明、詹森林 呂太郎、楊惠欽、蔡宗珍	黃昭元、謝銘洋
第三項	全體同意	無
第四項	全體同意	無

【判決理由】

壹、事實概要及當事人陳述要旨【1】

一、聲請人一【2】

聲請人一因販賣第一級毒品案件，經臺灣高等法院 100 年度上訴字第 122 號刑事判決論罪處刑。聲請人一不服，提起上訴，經最高法院 100 年度台上字第 4344 號刑事判決以其上訴不合法上之程式，予以駁回確定。是本件聲請案，應以上開臺灣高等法院刑事判決，為本庭據以審查之確定終局判決（下稱確定終局判決一）。上開法院審理時，就證明聲請人一是否完成毒品交易之待證事實，以關鍵證人遭通緝，於審判中經傳喚及拘提未到為由，依刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款規定（下稱系爭規定一），認定該證人於司法警察人員調查中所為陳述（下稱警詢陳述）具證據能力。聲請人一認確定終局判決一所適用之系爭規定一及刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項規定，牴觸憲法，依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定，於中華民國 107 年 10 月 23 日聲請解釋憲法。【3】

其主張意旨略以：系爭規定一容許剝奪被告對質詰問之訴訟防禦權，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；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等語。【4】

二、聲請人二【5】

聲請人二因販賣第一級及第二級毒品案件，其中關於販賣第一級毒品罪部分，經臺灣高等法院花蓮分院 106 年度原上訴字第 60 號刑事判決維持原審論罪處刑之判決而駁回其上訴。聲請人二再提起上訴，經最高法院 107 年度台上字第 4468 號刑事判決，以其上訴不合法律上之程式，予以駁回確定。是本件聲請案，應以上開臺灣高等法院花蓮分院刑事判決，為本庭據以審查之確定終局判決（下稱確定終局判決二）。上開法院審理時，就證明聲請人二犯行存否所必要之證人，以其另案遭通緝中，多次傳喚、拘提未到為由，依系爭規定一，認定該證人之警詢陳述具證據能力。聲請人二認確定終局判決二所適用之系爭規定一牴觸憲法，依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定，於 109 年 9 月 21 日聲請解釋憲法。【6】

其主張意旨略以：系爭規定一容許尚未行使訴訟防禦權、未辯明真偽之供述為判決之證據，剝奪被告與證人對質詰問以及被告辯明供述證據真偽之權利，違反憲法實質正當法律程序原則要求，侵害其受憲法第 8 條及第 16 條所保障之權利；且系爭規定一僅以信用性要件，即容許剝奪被告之對質詰問權，顯已侵害被告應受憲法第 8 條人身自由權保障之基本權益及第 16 條訴訟權保障之公平審判之權利等語。【7】

三、聲請人三【8】

聲請人三因共同製造第二級毒品案件，於歷審裁判後，經臺灣高等法院高雄分院 108 年度上更（一）字第 4 號刑事判決論罪處刑。聲請人三提起上訴，經最高法院 109 年度台上字第 4032 號刑事判決，以其上訴不合法律上之程式，予以駁回確定。是本件聲請，應以上開臺灣高等法院高雄分院刑事判決，為本庭據以審查之確定終局判決（下稱確定終局判決三）。上開法院審理時，以證明聲請人三犯行存否所必要之證人另案遭通緝中，無法傳喚、拘提其到庭為由，依系爭規定一，認定該證人之警詢陳述具證據能力。聲請人三認確定終局判決三所適用之系爭規定一、刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款、第 2 款、第 4 款及最高法院 102 年 9 月 3 日第 13 次刑事庭會議決議（下稱系爭決議），牴觸憲法，依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定，於 110 年 3 月 9 日聲請解釋憲法。【9】

其主張意旨略以：刑事訴訟法第 159 條之 3 規定係移植自日本刑事訴訟法之傳聞例外規定，然其明顯比日本刑事訴訟法規定寬鬆；實務運作結果，無形中即承認警詢筆錄比較有效。另系爭決議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，因而侵害其受憲法第 8 條及第 16 條規定所保障之人身自由及訴訟權。且系爭決議以解釋方式架空刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定，亦已牴觸憲法第 23 條規定之法律保留原則等語。【10】

四、聲請人四【11】

聲請人四因強制性交而故意殺人案件，於歷審裁判後，經最高法院 98 年度台上字第 3507 號刑事判決，以其上訴無理由而予以駁回確定（下稱確定終局判決四）。聲請人四以歷審裁判均曾以業經執行死刑完畢之同案共同被告之警詢陳述為證據為由，認確定終局判決四所適用之刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款規定（下稱系爭規定二）有違憲疑義，於 111 年 4 月 28 日聲請法規範憲法審查與暫時處分。【12】

其主張意旨略以：確定終局判決四所適用之系爭規定二僅以證人(含共同被告作為證人)死亡者，作為被告對質詰問權之例外，未區別證人之死亡是否因國家權力所造成而為不同規定，且未規定法院得否採納未經被告對質詰問、已遭國家槍決證人之不利證述，作為被告有罪論斷之證據，致令證人因遭國家槍決死亡，無法受詰問所致事實不明之不利歸由被告承擔，不符憲法第 16 條訴訟權及第 8 條第 1 項正當法律程序之保障等語。

【13】

五、聲請人五【14】

聲請人五因殺人案件，於歷審裁判後，經最高法院 100 年度台上字第 3905 號刑事判決，以其上訴無理由而予以駁回確定(下稱確定終局判決五)。聲請人五以歷審裁判均曾以業經執行死刑完畢之同案共同被告之警詢陳述為證據為由，認確定終局判決五所適用之系爭規定二有違憲疑義，於 111 年 4 月 28 日聲請法規範憲法審查與暫時處分。【15】其主張意旨略以：確定終局判決五所適用之系爭規定二僅以證人(含共同被告作為證人)死亡者，作為被告對質詰問權之例外，未區別證人之死亡是否因國家權力所造成而為不同規定，且未規定法院得否採納未經被告對質詰問、已遭國家槍決證人之不利證述，作為被告有罪論斷之證據，致令證人因遭國家槍決死亡，無法受詰問所致事實不明之不利歸由被告承擔，不符憲法第 16 條訴訟權及第 8 條第 1 項正當法律程序之保障等語。

【16】

貳、審理程序與受理要件之審查【17】

按人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得自用盡審級救濟之最終裁判送達後翌日起之 6 個月不變期間內，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；憲法訴訟法(下稱憲訴法) 111 年 1 月 4 日修正施行(下同)前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定；聲請法規範憲法審查案件，聲請人所受之確定終局裁判於憲訴法修正施行前已送達者，6 個月之聲請期間，自憲訴法修正施行日起算；其案件得否受理，依修正施行前之規定；聲請憲法法庭裁判，其聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理，憲訴法第 59 條、第 90 條第 1 項、第 92 條第 2 項及第 32 條第 1 項定有明文。次按人民、法人或政黨聲請解釋憲法，須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，始得為之，大審法第 5 條第 1 項第 2 款亦定有明文。【18】

查聲請人一至三之聲請案均於憲訴法修正施行前即已繫屬，其受理與否，應依憲訴法修正施行前之規定，即大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定決之。另聲請人四及五之聲請所據之確定終局判決四及五，均於憲訴法修正施行前即已送達，聲請人四及五並於該法修正施行日起算 6 個月內提出法規範憲法審查之聲請，其受理與否，亦應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定決之。【19】

聲請人一至三就系爭規定一之聲請，及聲請人四與五就系爭規定二之聲請，核均與大審法上開規定所定要件相符，應予受理；又本 5 件聲請案上開部分之聲請，均涉及刑事訴訟法第 159 條之 3 本文規定，僅適用之款別不同，其法規範與爭議仍屬同一，爰依憲訴法第 24 條第 1 項規定合併審判。【20】

聲請人一另就刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項規定、聲請人三另就同法第 159 條之 3 第 1 款、第 2 款、第 4 款規定及系爭決議聲請部分，查該等規定或決議均未為確定終局判決一、確定終局判決三所適用，自均不得為聲請解釋之客體。是聲請人一及三此部分之聲請，核均與大審法上開規定所定要件不合，應不受理。【21】

參、審查標的【22】

刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款及第 3 款規定：「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。……三、……所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。」（即系爭規定一及二）。【23】

肆、受理部分形成主文之法律上意見【24】

一、審查原則【25】

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，包含於審判中對證人對質、詰問，以爭執其證詞真實性之權利（司法院釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號、第 654 號、第 762 號及第 789 號解釋參照）。證人未到庭接受對質、詰問之審判外陳述，原則上不得作為被告有罪之證據。【26】

惟立法者基於發現真實之憲法上重大公共利益，就法院有必要以未到庭證人之審判外陳述作為論斷被告有罪之證據之情形，如被告無法對未到庭證人行使對質、詰問權所生防禦權損失，於訴訟程序上有適當之衡平補償機制，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障，且該等未經被告對質、詰問之審判外陳述，非為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據等前提下，非不得以法律設定適當之要件而為例外規定，使未到庭證人向檢察事務官、司法警察官或司法警察（下稱司法警察人員）調查中所為之陳述，即警詢陳述，得例外具證據能力。換言之，符合上開前提要件之例外規定，即與憲法第 8 條正當法律程序原則及第 16 條訴訟權保障意旨無違（司法院釋字第 789 號解釋參照）。

【27】

法院基於刑事發現真實之目的，有以未到庭證人之警詢陳述為證據之必要者，即應本於上述憲法要求，解釋、適用相關法律規定；其除應從嚴認定未到庭證人之警詢陳述得具證據能力之法定要件是否該當外，就被告因此所蒙受之防禦權損失，應審究被告是否於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，因而於訴訟程序整體而言仍享有充分防禦權之保障；此外，法院亦不得以未經對質詰問證人之警詢陳述為認定被告有罪之唯一或主要證據（司法院釋字第 789 號解釋參照），始符前揭憲法保障之意旨。【28】

二、本庭之判斷【29】

查系爭規定一及二係為實現刑事訴訟發現真實之目的，明定被告以外之證人因已死亡，或其所在不明，致無法傳喚或傳喚不到者，法院就該證人於司法警察人員之警詢陳述，得於證明其具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要之前提下，賦予該警詢陳述有證據能力，得為證據，其乃刑事訴訟法第 159 條第 1 項所定：「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。」之例外規定，性質上屬原則上得適用於各類刑事案件之一般性規定。【30】

系爭規定一及二既係針對被告以外之人於審判中，因已死亡、無法傳喚或傳喚不到之情形而為規定，則被告對該證人自無從於審判程序中行使對質、詰問權，以爭執其證詞之真實性與憑信性。如法院依系爭規定一及二之規定，而認定未到庭證人之警詢陳述得為證據者，被告於刑事訴訟上原可享有之防禦權，即因其無從對該未到庭證人行使對質、詰問權而有減損。是系爭規定一及二係為追求發現真實之憲法上重大公益，而減損被告防禦權之規定。基於首揭被告依憲法第 8 條及第 16 條規定所應享有之受法院公平審判之權利，及於刑事訴訟上享有充分防禦權之保障意旨，立法者就系爭規定一及二除應從嚴設定其適用之法定要件，以確保其為證據取得上之例外性與最後手段性外，並應確保被告仍充分享有受法院公平審判之權利。【31】

就系爭規定一及二之法定要件而言，其所設定之警詢陳述得例外為證據之要件，除須屬相關證人因已死亡，或所在不明而於審判程序中無法傳喚或傳喚不到，致無法到庭陳述之情形外，尚須符合相關警詢陳述經證明具有可信之特別情況，以及該警詢陳述證據為證明犯罪事實之存否所必要之要件。從而，法院欲依此規定而以未到庭證人之警詢陳述為不利於被告之證據者，除應審慎嚴謹判定未到庭證人是否確已死亡或所在不明，而無法傳喚或屢傳不到，致無從取得該證人當庭陳述之證詞，不得不仰賴該證人之警詢陳述證據外，尚須經適當之調查程序，依證人作成警詢陳述時之時空環境與相關因素綜合判斷，是否足資證明該警詢陳述非出於強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾所作成；此外，並應斟酌作成警詢陳述相關情況及陳述內容，是否足以認定縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況。檢察官對此應負舉證責任，指出證明之方法（司法院釋字第 789 號解釋理由參照）。被告對此並得行使各種防禦權以充分爭執、辯明其法定要件之存否。再者，該警詢陳述須為證明犯罪事實之存否所必要之證據，因而為訴訟上採為證據之例外與最後手段。就此而言，系爭規定一及二法定要件之設定，足使其為刑事訴訟上採為證據之例外與最後手段，並已衡平考量發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判之權利。【32】

惟系爭規定一及二既使未經被告當庭對質、詰問之未到庭證人之警詢陳述得為證據，致減損被告之防禦權，則對於被告之防禦權損失，即須於刑事訴訟程序中予以相當之平衡補償，使被告於刑事訴訟程序整體而言，仍享有充分之防禦權保障，始符憲法公平審判原則之要求。基此，法院於適用系爭規定一及二時，就被告因此無從對該等證人行使對質、詰問權所生防禦權損失，即應審認被告是否已於整體訴訟程序上享有相當之防禦權補償，而使其未能對未到庭證人行使對質、詰問權所生之不利益，獲得適當之衡平調整。例如，於未到庭證人之警詢陳述證據能力有無之調查程序中，被告即得對警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人行使詰問權，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。另法院於後續審判期日調查證據程序中，亦應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失；包括在調查證據程序上，強化被告對到庭證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以未到庭證人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，而應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。【33】

綜上，系爭規定一及二係刑事訴訟上為追求發現真實而將未到庭證人之法庭外陳述採為

證據，致減損被告防禦權之例外規定。法院於適用上開規定時，除應從嚴審認法定要件外，並應確保被告於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障；且未經被告當庭對質、詰問之未到庭證人於司法警察人員調查中所為之陳述，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據，俾使發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判權利之保障間獲致平衡。於此範圍內，上開規定尚不牴觸憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之意旨。聲請人一至五就上開規定所為聲請，核均無理由，應予駁回。【34】

伍、聲請暫時處分部分【35】

聲請人四及五另聲請暫時處分部分，查其法規範憲法審查之聲請既經本庭判決，自己無為暫時處分之必要，其聲請應併予駁回。【36】

陸、結論【37】

一、系爭規定一及二係刑事訴訟上為追求發現真實而將未到庭證人之法庭外陳述採為證據，致減損被告防禦權之例外規定。法院於適用上開規定時，除應從嚴審認法定要件外，並應確保被告於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障；且未經被告當庭對質、詰問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之陳述，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據，俾使發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判權利之保障間獲致平衡。於此範圍內，上開規定尚不牴觸憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之意旨。【38】

二、聲請人一至五就上開規定之聲請均駁回。【39】

三、聲請人一及三其餘聲請均不受理。【40】

四、聲請人四及五有關暫時處分之聲請均駁回。【41】

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【意見書】

憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決

協同意見書

詹森林大法官提出

林俊益大法官加入

112 年 8 月 4 日

本判決（下稱 112 憲判 12）對本案之審查標的，即刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款（112 憲判 12 稱為系爭規定二）及第 3 款（112 憲判 12 稱為系爭規定一），基於該二規定發現真實之立法意旨，為合憲性限縮解釋，而特別強調，被告以外之證人，已死亡、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到時，法院適用該二規定，仍以其審判外之警詢陳述，作為論斷被告有罪之證據者，應具備之要件為：（1）系爭規定一及二應屬例外與最後手段；（2）應對被告採取有效之訴訟上補償措施，以為適當之平衡，又所謂補償措施，包含：a. 在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權。b. 在證據評價上，不得以該被告以外之人在警詢之陳述，作為被告有罪判決之唯一或主要證據，並應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。

本席以為，112 憲判 12 之主文，原則上尚堪支持，惟關於系爭規定二部分，112 憲判 12 之理由有待補充，且因該規定牽涉本案聲請人四及五之生命權，尤應特別關注，爰提出本意見書。壹、聲請人四及五聲請法規範憲法審查之歷程及其主張

一、原因案件之歷程

（一）聲請人四部分

依最高法院 98 年度台上字第 3507 號刑事判決（即 112 憲判 12 所稱之確定終局判決四），聲請人四於民國 78 年 9 月 15 日，與黃 A、黃 B 犯共同侵入住宅強制性交而故意殺被害人罪（刑法第 226 條之 1 前段、第 222 條第 1 項第 1 款、第 7 款）。警察循線查獲黃 B 到案，黃 A 與聲請人四則均潛逃無蹤。

黃 B 經最高法院於 79 年 5 月 18 日判決上訴駁回，死刑確定，且隨即於同年 6 月 2 日執行。嗣後，黃 A 於 79 年 12 月 31 日，遭警方緝獲到案，並經最高法院於 80 年 8 月 9 日判決上訴駁回，死刑確定，同年 21 日執行¹。

聲請人四（即第三位共犯）逃匿逾 13 年後，始於 92 年 3 月 26 日經警緝獲，並經最高法院 7 次發回更審後，以確定終局判決四駁回上訴，判處死刑確定。

聲請人四於 111 年 4 月 28 日向憲法法庭聲請法規範憲法審查與暫時處分，其聲請理由略為：歷審裁判適用系爭規定二，以業經執行死刑完畢之同案共同被告黃 A 及黃 B 之警詢陳述為證據，惟該規定有違憲疑義。

（二）聲請人五部分

依最高法院 100 年度台上字第 3905 號刑事判決（即 112 憲判 12 所稱之確定終局判決五），聲請人五於 79 年 8 月 10 日與陳 A，犯共同連續殺人罪（被害人為兩名已下勤、上身穿著便衣之警員，於本件命案發生日之凌晨 3 時許，在命案現場之卡拉 OK，由店東殷勤招待之）。

陳 A 已於 81 年 8 月 6 日經最高法院 81 年度台上字第 3823 號刑事判決駁回上訴，判

¹ 參閱臺灣高等法院臺中分院 94 年度上重更(三)字第 58 號刑事判決事實一、理由一、(二)及(三)。

處死刑確定，同年月 20 日執行。聲請人五逃匿逾 16 年後，始於 95 年 10 月 10 日經警緝獲，並經最高法院 3 次發回更審後，以確定終局判決五駁回上訴，判處死刑確定²。

聲請人五於 111 年 4 月 28 日向憲法法庭聲請法規範憲法審查與暫時處分，其聲請理由略為：歷審裁判適用系爭規定二，以業經執行死刑之同案共同被告陳 A 之警詢陳述為證據，惟該規定有違憲疑義。

二、聲請人四及五對系爭規定二之主張

聲請人四及五均認為：系爭規定二未區別證人（含共同被告作為證人）之死亡是否因國家權力所造成，且未規定法院得否採納未經被告對質詰問、已遭國家槍決證人之不利證述，作為對被告有罪論斷之證據，致令因「證人遭國家槍決死亡、無法受詰問導致事實不明之不利益」歸由被告承擔，係對被告基本權保護不足，顯已牴觸憲法第 16 條訴訟權之保障及憲法第 8 條第 1 項之正當法律程序³。

貳、適用系爭規定二之最後手段性及例外性部分：被告以外之人經執行死刑者，其警詢陳述之證據能力

對於聲請人四及五前述「系爭規定二未區別死者之死亡是否因國家權力所造成」之違憲指摘，112 憲判 12 並未交代隻字片語。

本席以為，以「系爭規定二所稱之死亡係國家公權力造成」為由，主張該規定於此情形下，有牴觸憲法保障訴訟權之意旨及違反憲法正當程序，尚嫌概括，且難謂符合系爭規定二發現真實之立法目的。

蓋，聲請人四及五所指其各自原因案件共同被告之死亡，雖係國家執行死刑所致，但在死刑於我國迄今仍未被宣告違憲之現狀，執行死刑乃合法之公權力行使，尚不得以之非難國家，更難據以推論該共同被告死亡前之警詢陳述，一律不得為證據。

然而，如系爭規定二所稱之死亡，係國家公權力造成，尤其係因執行死刑所致，則適用該規定而將死者生前之警詢陳述作為證據方法時，考量憲法保障訴訟權及要求正當程序之意旨，的確應有特別之限制。就此而言，聲請人四及五之主張，尚非全無可採。

按，系爭規定二所稱「被告以外之人死亡」，一般情形，當然係指其死亡與國家權力之介入無關。蓋國家如一方面以其公權力造成系爭規定二所稱「被告以外之人死亡」，他方面寬鬆地適用系爭規定二，以該死者之警詢陳述作為證據，從而剝奪被告對質及詰問之權利，不啻國家可利用其公權力決定是否給予被告對質詰問機會，憲法第 8 條及第 16 條所保障之被告防禦權，將完全崩潰，公平審判之憲法原則，亦必蕩然無存。

因此，被告以外之人被判處死刑時，不論其與被告之間，有無同案共同被告關係，為保障被告針對該人之警詢陳述行使憲法保障之詰問權，法院在判處死刑及法務部在執行死刑之前，應盡可能確保被告就該警詢陳述有對質及詰問之機會。

申言之，檢察官及法院，若已知悉其處理之案件尚有未到庭或通緝中之其他被告，即應對本案被告所為不利於其他被告之警詢陳述，為最嚴格之調查，俾其他被告未來在審判上，可以減少對該警詢陳述證據力之質疑；法院縱使決定對本案被告判處死刑，如有可能，在該其他

² 參閱臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更(三)字第 214 號刑事判決事實部分。

³ 參閱聲請人四及五於 111 年 4 月 27 日分別提出之法規範憲法審查聲請書，第 1 頁及第 11 頁。

被告尚未經審判確定前，應盡量延後審理程序。判處死刑確定後，死刑執行機關若知悉仍存在尚有其他被告未經審判確定之情形，則應盡量延後執行。盡量延後審理及執行，目的在盡可能使被告於未來之審判中，有對前述警詢陳述行使詰問權之機會。此項審理及執行程序之延宕，與訴訟經濟之要求，固然非無背離，但與保障被告之詰問權相比，仍屬符合比例。若檢察官、法院、死刑執行機關，未採取前述侵害被告對質詰問權較小之手段，則於被告以外之人被執行死刑後，審理被告案件之法院，即不得率然適用系爭規定二，逕以該死者之警詢筆錄，為不利於被告認定之證據；否則，即屬牴觸憲法第 16 條之訴訟權及第 8 條正當法律程序之意旨。

聲請人四之原因案件中，同案共同被告黃 B，從犯案（78 年 9 月 15 日）至死刑定讞（79 年 5 月 18 日），8 個月餘；死刑定讞至執行死刑（79 年 6 月 2 日），15 天。另一共同被告黃 A，則從犯案（78 年 9 月 15 日）至被警緝獲到案（79 年 12 月 31 日），1 年 3 個月半；緝獲到案至死刑定讞（80 年 8 月 9 日），8 個月 9 天；死刑定讞至執行死刑（同年 21 日），12 天。

至於聲請人五之原因案件，同案共同被告陳 A，從犯案（79 年 8 月 10 日）至死刑定讞（81 年 8 月 6 日），將近 2 年；死刑定讞至執行死刑（同年 20 日），14 天。

由此觀之，審理前開二原因案件之法院，於審判中，既然認定尚有未經緝獲之其他被告，卻未盡可能地延後審判或執行，且法院逕適用系爭規定二，從而剝奪聲請人四及五之防禦權，是否符合憲法保障被告訴訟權及維護正當法律程序之意旨，實有可議。

參、不得以系爭規定一及二之警詢陳述為主要證據部分

112 憲判 12 雖一再強調，依系爭規定一及二所得之警詢筆錄，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據（判決主文及理由第 28、33、34 段），惟對於何謂主要證據，卻欠缺詳細說明。

依本席所見，此之主要證據，係指法院得對被告論罪科刑之主要憑證。按被告之自白及證人之供述，深受時間、記憶、環境等要素影響，且常有前後重大差異情形，故其真實性與可信性，實務上備受爭議。有鑑於此，法院如欲對被告論罪科刑，主要即應憑藉以科學採證方式取得之證據，如：指紋、DNA 比對、聲紋鑑定、彈道比對、攝錄影機影像等。此項要求，法院於適用系爭規定一及二，而以該二規定所指之警詢陳述為證據時，尤應恪遵。

以聲請人四之案例為例，確定終局判決四認其與其他二人涉犯共同侵入住宅強制性交而殺害被害人罪，故除了該二共同被告之警詢陳述外，法院應取得其他之主要證據，包含：在殺害被害人之凶器取得聲請人四之指紋、在被害人之性器/身體上取得聲請人四之指紋或 DNA，甚至聲請人四手持凶器或尾隨被害人進入其宿舍之影像紀錄等。有前述主要證據，其他二共同被告之警詢陳述，始得依系爭規定二而亦得為證據。

至於聲請人五之情況，確定判決五認定之事實既為：聲請人五先與共同被告陳 A 密商，又基於殺人之概括犯意，將其持有之手槍交給陳 A，由陳 A 開槍射殺被害人⁴，則扣案手槍上鑑定出聲請人五之指紋，始屬「主要證據」。簡言之，法院適用系爭規定二，以已被執行死刑之陳 A 警詢時之陳述作為證據，應以尚有前述之主要證據存在，為其前提⁵。

⁴ 參閱臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更(三)字第 214 號刑事判決，事實二、三。

⁵ 惟聲請人五之原因案件中，扣案之手槍上並未鑑定出其指紋，參見臺灣高等法院臺南分院 99

肆、犯罪嫌疑人或被告逃跑，就是畏罪？

聲請人四及五，均在其所牽涉之命案發生後，逃亡多年，始經緝捕。法院審理時，對其逃亡，皆認定出於畏罪，並據為佐證，於適用系爭規定二時，認定同案共同被告供稱聲請人四及五亦為兇手之警詢陳述，得為證據。

在臺灣，時而發生下述嚴重侵害人民基本權之事件：重大刑犯發生後，警察急於破案，鎖定特定人士，認定其為嫌疑犯，遂予逮捕羈押，但嗣後證實，該特定人士與系爭刑案完全無關。最著名之實例發生於臺灣第一件持槍搶劫銀行案⁶。71年4月14日，李姓被告頭戴機車安全帽，持槍搶劫位於臺北市羅斯福路之某公營銀行分行。不久，面貌與李姓被告相似之王迎先先生，經人檢舉而遭警方逮捕、偵訊。同年5月7日，王先生藉口帶領警方尋找犯案工具及贓款，於臺北縣（現新北市）永和秀朗橋，企圖逃跑，跳下橋而溺死於新店溪。數日後，真正搶匪李姓被告遭逮捕，且立刻經交付軍法審判，同月21日被判處死刑、26日伏法⁷。

王迎先先生跳橋逃跑，不少人在該案案情大白後，將其原因歸咎於可能遭警方刑求。

然而，試問：若王先生未溺死並遭逮回，且李姓嫌犯亦未經查獲，則絕大多數之民眾、警察、檢察官及法官，如何論斷王先生之逃跑動機？答案似乎唯一：畏罪！

此由聲請人四及五歷審判決之論述，即可得證。聲請人四之最後事實審判決提及：「衡之被告(即聲請人四)係○○公司之員工，共犯黃B、黃A卻與○○公司無任何關連，苟被告未參與犯案，竟於案發後即逃亡13年餘，始終不到案接受警方調查，已非尋常……」⁸。尤有甚者，聲請人五之最後事實審判決，更多次在不同論述脈絡中強調「此外，被告(即聲請人五)於本案發生後即潛逃到大陸地區藏匿，若被告與本件殺人案無關，被告何必逃亡？當天晚上在場與本案無關之許A、李B、蔡C、吳D等人為何均未逃亡藏匿？」⁹、「被告又何須於案發後旋即逃亡潛藏境外多年？」¹⁰，及「另被告因本案發生後即逃亡至中國大陸，其畏罪之情，早已顯而易見……」¹¹等語。

前開實務經常將逃跑視同畏罪之情形，不僅王迎先命案發生當時（71年），如此；聲請人四及五所涉案件審理時（90年間），亦同；本席深恐，逾40年後之今日，仍未改變。

對此，本席雖不敢期待王迎先先生為最後之犧牲者，但衷心期盼，所有偵辦刑案之司法人員，對犯罪嫌疑人或被告之逃脫，依舊本於無罪推定原則，以平常心看待，尤其不得據以推論其當然係畏罪潛逃。

年度上重更(三)字第214號刑事判決理由貳、五、(三)。

⁶ 最近之例子則為臺南殺警案。111年8月22日上午，兩位警察執勤時，在臺南市安南區一處公墓，被監獄逃犯暨竊盜嫌疑人林姓被告持刀攻擊，不幸殉職。雖然警方於次日凌晨即逮捕兇嫌，但辦案過程中，警方懷疑詐欺通緝犯陳先生涉案，於案發數小時內，通令全國警察協助逮捕，導致陳先生及其家人經眾多網民人肉搜索及輿論審判。請讀者自行上網查看「臺南殺警案」相關報導。

⁷ 請讀者自行上網查看「王迎先冤案」相關報導。王先生無辜受害事件，引發各界強烈指責警察及司法執法過當。立法者乃迅速於同(71)年7月23日將當時之刑事訴訟法第27條「被告於起訴後，得隨時選任辯護人。」修正為：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。」

⁸ 參閱臺灣高等法院臺中分院98年度上重更(七)字第5號刑事判決理由二、(四)②。

⁹ 參閱臺灣高等法院臺南分院99年度上重更(三)字第214號刑事判決理由貳、四、(九)1。

¹⁰ 參閱臺灣高等法院臺南分院99年度上重更(三)字第214號刑事判決理由貳、五、(二)5。

¹¹ 參閱臺灣高等法院臺南分院99年度上重更(三)字第214號刑事判決理由貳、五、(五)。

伍、好友豈會拉我下水？

被告以外之人在審判外之警詢陳述，是否因其與被告具有親友關係，而有不同之證據能力，實務裁判見解，值得探究。

例如，在聲請人四之原因案件，更七審判決謂：「衡之共犯黃 B、黃 A 與被告彼此交好，於案發當天相偕前往○○公司協助被告搬卸貨物，足見互無嫌隙甚明，且共犯黃 B、黃 A 所述苟非實情，要難不謀而合，被告辯稱：因黃 B、黃 A2 人向其借錢未果，始故意亂說，挾怨報復云云，顯係臨訟杜撰之詞，不足採信。」¹²

在聲請人五之原因案件，更三審判決稱：「其他證人既與被告（即本聲請案之聲請人五）同行在案發地點飲酒作樂，關係自屬友好，應無仇怨，衡情當無在警詢時挾怨報復、設詞誣陷被告之可能。足認，上開證人於警詢中陳述之任意性、信用性均已獲確保，具有較可信之特別情況，且涉及被告有無為本件犯行，對於證明被告犯罪事實之存否具有必要性。揆諸前開規定（即刑事訴訟法第 159 條之 2）及判決（即最高法院 99 年度台上字第 2203 號判決）意旨，應認其等之警詢陳述，足以取代審判中交互詰問之可信性保證，而認其等之警詢筆錄有證據能力。」¹³

由是可見，當被告以外之人，為被告之友人時，該被告以外之人所為不利於被告之警詢陳述，法院通常即認定具有證據能力。

俗話說：「日頭赤焰焰，隨人顧性命」、「虎豹不堪騎，人心隔肚皮」、「死道友，不死貧道」。即使互為親友，在面臨利害關頭、生死之際，亦難強求顧及江湖道義，更不能期待犧牲自我、成全對方。賽局理論下之囚犯困境，一語道破上開法院論述之盲點。

有鑑於此，法院適用系爭規定二時，更應恪守其例外性與最後手段性，不因該條所指「被告以外之人」與被告具親友關係或素無恩怨，即遽然依該規定，將該被告以外之人所為不利於被告之警詢陳述，認定係屬較可信之特別情況，而具有證據能力。

陸、憲法之大哉問：面對「死無對證」之指控時，被告應享有如何之防禦權保障？

系爭規定一及二，嚴重侵害被告受憲法保障之防禦權，故審查該二規定之合憲性，應採中度以上標準。但 112 憲判 12，並未明示認定前開二規定尚屬合憲所採取之標準。

本席以為，112 憲判 12 之主文，結論上，仍可支持，但在法院適用系爭規定二，以該規定所稱之警詢陳述，作為對被告論罪科刑之證據時，對被告而言，實屬「死無對證」。對於此時之被告，在憲法上，應如何確保其防禦權？就此大哉問，112 憲判 12，是否提出可供實務依循之操作方式，或許有待時間檢驗。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

¹² 參閱臺灣高等法院臺中分院 98 年度上重更(七)字第 5 號刑事判決理由二、(二)①。

¹³ 參閱臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更(三)字第 214 號刑事判決理由壹、四、(一)。

憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決協同意見書

呂太郎大法官提出

按刑事訴訟採證據裁判主義及自由心證主義，犯罪事實應依證據認定之。證據之證明力，由法院於不違背經驗法則及論理法則之前提下，本於確信綜合全部證據，自由判斷（刑事訴訟法第 154 條第 2 項及第 155 條第 1 項規定參照）。

何種證據得作為法院綜合判斷之依據？同法第 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。」一旦有證據能力且經合法調查之證據，即得作為法院認定犯罪事實成立與否之依據。何種證據具有證據能力？立法者依被告訴訟權之保障、真實發現及公共利益之均衡，設有相當規範，以篩選之。凡不具備證據能力要件者，均一律排除在審判之外，避免對法院之自由判斷造成不當干擾。至於如何篩選，法律雖就各種證據設有各種不同篩選門檻，但原則上並未就各種證據如何篩選，定有先後順序，且一旦通過法律所設之門檻，即由法院本於自由心證判斷其證明力，並綜合所有具備證據能力之證據，為犯罪事實成立與否之認定，亦不區別通過那一門檻而進入審判之證據，其證明力有所先後。以刑事訴訟法關於被告以外之人於法院以外所為陳述為例，固區別為於法院、檢察官、司法警察所為陳述，而有不同要件（同法第 159 條至第 159 條之 4 規定參照）。但非謂以於法院之陳述為最優先之證據，其有不足時，始以於檢察官前之陳述為證據，再不足者，方以警詢陳述為證據；亦非以於法院之陳述，證明力最強，於檢察官前之陳述，證明力次之，於警詢之陳述最後（有時警詢筆錄之證明力可以優先於法院之陳述，同法第 159 條之 2 規定參照）。要言之，法律對被告以外之人於法院、檢察官、司法警察前所為陳述之證據能力，固設有不同門檻，但並無篩選時之先後次序問題，亦無通過法律所設之門檻後，在證明力上有強弱之不同問題。故採警詢筆錄為認定犯罪事實之證據，固為證據能力之例外，但並非最後手段。本判決認警詢筆錄具有最後手段性，本席尚難贊同，爰提出協同意見書。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

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之範圍內，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。重製必究！

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、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。

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。

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）。