

如何敲開憲法法庭之門 —從20年來的扣關篳路藍縷談起

錢建榮

最高法院(調辦事)法官

台中律師公會

2024/8/3

自我介紹

- 輔大法律法律研究所公法碩士
- 台大法研所（公法組）博士候選人
- 司法官37期（任職法官滿25年，超過19年在刑事庭）
- 曾任：
 - 台東地院刑事庭法官
 - 桃園地院民事執行處法官、刑事庭法官、兼審判長（4年）、第一代行政訴訟庭法官（4年）
 - 臺灣高等法院法官（5年）
 - 兼任司法院懲戒法庭法官（不滿2年）
- 現任
 - 最高法院刑事庭法官（2021/8/26到職調辦事）
 - 東吳大學法律系刑事訴訟法案例解析兼任講師

自我介紹(聲請釋憲史)

- 1. 釋字第636號解釋(檢肅流氓條例)聲請法官之一
- 2. 釋字第687號解釋(稅捐稽徵法)聲請法官
- 3. 釋字第711號解釋(藥師法)聲請法官
- 4. 釋字第718號解釋(集會遊行法)聲請法官之一
- 5. 釋字第745號解釋(所得稅法)聲請法官
- 6. 釋字第751號解釋(行政罰法)聲請法官之一

(不是釋752喔：刑訴376條違憲)
- 7. 釋字第790號解釋(毒品危害防制條例)聲請法官之一

(不是釋792喔：買毒等於賣毒判例違憲)
- 8. 釋字第797號解釋(行政程序法) 聲請法官之一

(無緣的釋字第812號解釋：強制工作違憲)
- 9. 112年憲判字第13號判決(毒品條例第4條第1項販賣第一級毒品罪)
- 10. 113年憲判字第3號判決(刑法第309條公然侮辱罪)
- 11. 114年憲判字第？號判決？(刑法第168條、刑訴第186條³)

看得出違憲門道在哪裡？

- 最高法院111年度台上字第206號偽證案
- 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、未滿十六歲者。二、因精神障礙，不解具結意義及效果者。」

舉輕以明重的類推？

從具結到類推(混用嚴格證明法則)

- 最高法院102年9月3日 102 年度第 13 次刑事庭會議（一）
- 院長提議：被告以外之人於偵查中經檢察官非以證人身分傳喚，其未經具結所為之陳述，證據能力如何，有甲、乙、丙、丁四說：
- 甲說：依刑事訴訟法第一百五十八條之三規定，無證據能力。（參考本院九十四年台上字第九一三、四〇五六號、九十五年度台上字第三九七九號、九十六年度台上字第六五九八、七〇八八號、九十七年度台上字第八四、七八二、九十八年度台上字第七七一七號判決）

- 乙說：非以證人身分傳喚即無刑事訴訟法第一百五十八條之三之適用，應適用同法第一百五十九條之一第二項規定，除顯有不可信之情況者外，有證據能力。（參考本院九十六年度台上字第三五二七號、三八二七號、九十七年度台上字第二七八五號、九十九年度台上字第二二九六、三二三二號、一〇〇年度台上字第八四〇號判決）
- 丙說：分別情形而為適用。在共同被告或共犯於偵查中向檢察官未經具結所為之陳述，採乙說，適用刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定，原則上有證據能力。同一情形，在被害人、告訴人等，則採甲說，適用同法第一百五十八條之三規定，無證據能力。

- 採丁說，文字修正如下：
- 參酌刑事訴訟法第一百五十九條、第一百五十九條之一之立法理由，無論共同被告、共犯、被害人、證人等，均屬被告以外之人，並無區分。
- 本此前提，凡與待證事實有重要關係之事項，如欲以被告以外之人本於親身實際體驗之事實所為之陳述，作為被告論罪之依據時，本質上均屬於證人。
- 而被告之對質詰問權，係憲法所保障之基本人權及基本訴訟權，被告以外之人於審判中，已依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問者，因其信用性已獲得保障，即得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。

- 然被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中（以下簡稱警詢等）或檢察官偵查中所為之陳述，或因被告未在場，或雖在場而未能行使反對詰問，無從擔保其陳述之信用性，即不能與審判中之陳述同視。
- 惟若貫徹僅審判中之陳述始得作為證據，有事實上之困難，且實務上為求發現真實及本於訴訟資料越豐富越有助於事實認定之需要，該審判外之陳述，往往攸關證明犯罪存否之重要關鍵，如一概否定其證據能力，亦非所宜。

- 而檢驗該陳述之真實性，除反對詰問外，如有足以取代審判中經反對詰問之信用性保障者，亦容許其得為證據，即可彌補前揭不足，於是乃有傳聞法則例外之規定。
- 偵查中，檢察官通常能遵守法律程序規範，無不正取供之虞，且接受偵訊之該被告以外之人，已依法具結，以擔保其係據實陳述，如有偽證，應負刑事責任，有足以擔保筆錄製作過程可信之外在環境與條件，乃於刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定「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。」

- 另在警詢等所為之陳述，則以「具有較可信之特別情況」（第一百五十九條之二之相對可信性）或「經證明具有可信之特別情況」（第一百五十九條之三之絕對可信性），且為證明犯罪事實存否所「必要」者，得為證據。係以具有「特信性」與「必要性」，已足以取代審判中經反對詰問之信用性保障，而例外賦予證據能力。
- 至於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，而與刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之規定有間。

- 細繹之，被告以外之人於偵查中，經檢察官非以證人身分傳喚，於取證時，除在法律上有不得令其具結之情形者外，亦應依人證之程序命其具結，方得作為證據，此於本院九十三年台上字第六五七八號判例已就「被害人」部分，為原則性闡釋；
- 惟是類被害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。

誰是輕、孰為重？

- 因此，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。
- 檢討：
 - 1. 根本是把嚴格證明法則的158之3，與傳聞法則的例外混淆不分
 - 2. 濫用舉輕明重的類推法理。

混用嚴格證明法則與傳聞法則致命傷

之一

- 正確的其實是乙說：
- 非以證人身分傳喚即無刑事訴訟法第一百五十八條之三之適用，應適用同法第一百五十九條之一第二項規定，除顯有不可信之情況者外，有證據能力
- 刑事訴訟法第一百五十八條之三規定：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。」所謂「依法應具結而未具結者」，係指檢察官或法官依刑事訴訟法第一百七十五條之規定，以證人身分傳喚被告以外之人（證人、告發人、告訴人、被害人、共犯或共同被告）到場作證，或雖非以證人身分傳喚到場，而於訊問調查過程中，轉換為證人身分為調查時，

乙說正確理解嚴格證明法則

- 此時其等供述之身分為證人，則檢察官、法官自應依本法第一百八十六條有關具結之規定，命證人供前或供後具結，其陳述始符合第一百五十八條之三之規定，而有證據能力。
- 若檢察官或法官非以證人身分傳喚而以告發人、告訴人、被害人或共犯、共同被告身分傳喚到場為訊問時（例如刑事訴訟法第七十一條、第二百十九條之六第二項、第二百三十六條之一第一項、第二百四十八條之一、第二百七十一條第二項、第二百七十一條之一第一項），其身分既非證人，即與「依法應具結」之要件不合，縱未命其具結，純屬檢察官或法官調查證據職權之適法行使，當無違法可言。

問題癥結

- 人證調查程序的具結規定為何適用於檢察官？
- 偵查中必須向檢察官具結的背景與文化思維
- 法國、德國、美國、日本關於檢察官的定位
- 德國法制與境外取證的經驗分享....
- 直面馬蜂窩：檢察官是否為(司)法官？
- 誰敢來掛聲請違憲審查的鈴鐺？

《釋憲達人》、《另類法官》 的媒體封號

- <https://tw.appledaily.com/headline/daily/20141126/36230040>/廢《流氓條例》獲封「釋憲達人」
- <https://tw.appledaily.com/headline/daily/20170209/37546206>/法官錢建榮 獲封「聲請釋憲達人」
- <http://www.chinatimes.com/newspapers/2014051900358-260106>錢建榮：終結違憲法令
- <https://www.peopo.org/news/253113> 終結違憲法令--錢建榮法官釋憲甘苦談
- <http://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5081435>另類法官 用憲法挑戰國家

我的聲請釋憲之路

- 1. 台東地院時期：
 - 萌芽(流氓條例 + 兇器、販毒判例)
- 2. 桃園地院刑事庭時期：
 - 成熟
 - (1)受命法官階段：**釋字636**(不受理:交通準用刑訴法、終身吊銷駕照、動產擔保交易法刑罰)
 - (2)兼任審判長階段：**釋字687**、**釋字718**(不受理:販毒判例、凶器判例、吸毒決議、販毒死刑法律)
 - (3)地院行政訴訟庭時期：獨任法官階段：**釋字711**、**745**、**751**、**797號**(不受理：換照繳清罰鍰、吊扣銷各級駕照)

我的聲請釋憲之路

- 3.高等法院時期：
 - (1)釋790(不受理：再戰凶器判例、醫療法行為、被排除在釋812之外的強制工作、強制戒治「有無繼續施用毒品傾向評估標準紀錄表」、檢察官的具結權)。
 - (2)憲法訴訟法施行
 - 112年憲判字第13號判決：宣告毒品條例第4條第1項違反罪刑相當性原則而違憲
 - 113年憲判字第3號判決：刑法第309條公然侮辱罪合憲限縮
- 4.最高法院時期：
 - 再次挑戰刑法第168、刑訴第186條，檢察官的具結權。

桃園地院任受命法官時期

- 從2006年開始聲請違憲審查之路：四個聲請案
- 1.挑戰道路交通管理處罰條例第62條、第67條關於終身吊銷駕照之規定；
- 2.挑戰道路交通管理處罰條例第89條關於交通聲明異議案件準用刑事訴訟法之規定；
- 3.挑戰動產擔保交易法第38條以下之刑事處罰規定；
- 4.僅有檢肅流氓條例聲請成功！
- 25件流氓 + 17件動擔 + 16件道交(13+3)=58件未結案件 = 考績乙等
- 成功不必在我(不必在大法官)：上述三件聲請案表面上失敗，實質上卻都成功促成法令修正或廢止。 19



聲請違憲審查成功的解釋(1)

- 釋字第636號解釋(2008/2/1)
- 聲請標的：檢肅流氓條例全部
- 宣告違憲條文：**第2條第3、5款；12條；13條第2項但書**
- 聲請書籲：本條例對於「社會秩序維護之意義」，
（釋字第384號解釋理由書語）可謂「功成身退」，
如其存在，不僅無助於社會形貌，重存足以為臺灣邁向
維護本條例各已牴觸比例原則，而絕對為臺灣邁向
存在者是條文違憲之時，害人權為憲法原則，應當廢止之。
立法者早日廢止之。．．．
「人權立國」之指標案件。
- 2009/1/21本條例廢止

聲請緣起

- 一從一則流氓冤案講起：何需100萬美元的《桃色交易》
- 服務台東地方法院期間對流氓的一個承諾
- 法官錢建榮 小星星指示司法黑暗（法治時報81期 2011/12/01出刊）
- <https://lawpaper.tian.yam.com/posts/44801502>
- 忍受警分局長的訕笑
- 沒有這個忍辱負重的聲請案就沒有流氓條例第三度宣告違憲與壽終正寢(前兩次的違憲宣告：釋字384、523)
- 一個聲請案找到志同道合的司改夥伴
- 法官論壇上一則表示受不了的宣言，引來台中地院郭書豪法官的併肩加入（一通陌生的來電...）
- 兩年不結案的堅持（釋字590號解釋效應更不敢結）
- 法官的憲法意識與司法改革的困境

判例大？還是法律大？

小法官

錢建榮

挑戰最高法院

前言

憲法八十條規定，法官「依據法律」獨立審判，但是，實務上，卻是「非依據判例，法官不得獨立審判！」

憲法八十條明確規定，法官是「依據法律」

獨立審判，但，在實務上，卻完全不是這麼回事！

蔣介石在台灣實施戒嚴，當時的司法環境是：命令與法律抵觸者，法律無效，法律與憲法抵觸者，憲法無效；然而，誰也想不到，時至今日，蔣介石的戒嚴精神尚存，當法官在審判時，若發現「判例」與「憲法」抵觸者，憲法無效，一切以最高法院作成的「判例」為準。

判例躍居評斷首要
本末倒置亟待釋憲

司法官37期結業的桃園地院法官錢建榮，看不下去這種荒謬事，

院「判例」的無上權威性。

結果，大法官釋憲決議出爐，亦即釋字687號文，該文內容能明確看到，大法官會議再次實施「集體暴力」（已過世大法官黃越欽之用語，乃其針對530釋憲案的感想），並以「切鳳梨」的手法處理

687號釋憲聲請，也就是將該案分成「頭、尾」兩部，各別處理。

常吃鳳梨的人都會知道，鳳梨的「頭」比較甜，「尾」比較酸，懂得該竅門的人，吃鳳梨時，都會挑「頭」的部分來吃，會酸的「尾」則留給別人吃。

錢建榮法官提出釋憲的重點是：



憲法法庭下判斷
斷鳳梨判斷

「得罪」最高法院，是酸澀的，就像鳳梨尾，所以，大法官會議決定，留給後人處理。

另一部分是「稅法」（47條第一款）條文違憲，那是「法律」問題，得罪「法律」沒人會吭聲，說不定還會有掌聲，比較甜美好吃，算是鳳梨頭，所以，大法官們以票決

個大法官都能接受，不少大法官就正式在釋憲文中，寫出相當不以為然的心中壘塊。

陳新民 李震山 很相挺
肯定錢建榮 擇善固執

大法官李震山直接在意見書上明白「戳破」問題所在：「之所以如

何謂流氓？

- 第2條：本條例所稱流氓，為年滿18歲以上之人，有下列情形之一，足以破壞社會秩序者，由直轄市警察分局、縣（市）警察局提出具體事證，會同其他有關治安單位審查後，報經其直屬上級警察機關複審認定之：
 - 一、擅組、主持、操縱或參與破壞社會秩序、危害他人生命、身體、自由、財產之幫派、組合者。
 - 二、非法製造、販賣、運輸、持有或介紹買賣槍砲、彈藥、爆裂物者。
 - 三、霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事、欺壓善良或為其幕後操縱者。
 - 四、經營、操縱職業性賭場，私設娼館，引誘或強逼良家婦女為娼，為賭場、娼館之保鏢或恃強為人逼討債務者。
 - 五、品行惡劣或遊蕩無賴，有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者。²⁴

流氓定義違反法律明確性原則

- 釋字第636號解釋理由書
- 本條例第2條第3款規定之欺壓善良、第5款規定之品行惡劣、遊蕩無賴均屬對個人社會危險性之描述，其所涵攝之行為類型過於空泛，非一般人民依其日常生活及語言經驗所能預見，亦非司法審查所能確認，實務上常須與強暴、脅迫、恐嚇等行為或與同條文其他各款規定合併適用。此基本構成要件所涵攝之行為內容既不明確，雖第五款另規定「有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣」，亦不能使整體構成要件適用之範圍具體明確，因此上開欺壓善良及品行惡劣、遊蕩無賴之規定，與法律明確性原則不符。

剝奪對質詰問權非憲法之所許

- 釋字第384號解釋理由書：
- (修正前)同條例第12條第1項規定：「警察機關及法院受理流氓案件，如檢舉人、被害人或證人要求保密姓名、身分者，**應以秘密證人之方式個別訊問**之；其傳訊及筆錄、文書之製作，均以代號代替真實姓名、身分，不得洩漏秘密證人之姓名、身分」。第二項規定：「被移送裁定人及其選任之律師**不得要求與秘密證人對質或詰問**」，不問個別案情，僅以檢舉人、被害人或證人要求保密姓名、身分，即限制法院對證人應依秘密證人方式個別訊問，並剝奪被移送裁定人及其選任律師**與秘密證人之對質或詰問**，用以防衛其權利，俾使法院發見真實，有導致無充分證據即使被移送裁定人受感訓處分之虞，自非憲法之所許。

修法後仍然不准對質詰問

- 本條例第12條第1項規定：「法院、警察機關為保護本條例之檢舉人、被害人或證人，於必要時得個別不公開傳訊之，並以代號代替其真實姓名、身分，製作筆錄及文書。其有事實足認檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，法院得依檢舉人、被害人或證人之聲請或依職權拒絕被移送裁定人與之對質、詰問或其選任律師檢閱、抄錄、攝影可供指出檢舉人、被害人或證人真實姓名、身分之文書及詰問，並得請求警察機關於法院訊問前或訊問後，採取必要之保護措施。但法官應將作為證據之筆錄或文書向被移送裁定人告以要旨，訊問其有無意見陳述。」

剝奪對質、詰問及閱卷權 過度侵害防禦權，違反比例原則

- 釋字第636號解釋理由書
- 本條例第12條第1項僅泛稱「有事實足認檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞」，而未依個案情形，考量採取其他限制較輕微之手段，例如蒙面、變聲、變像、視訊傳送或其他適當隔離方式為對質、詰問（證人保護法第11條第4項參照），是否仍然不足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳述意見，即驟然剝奪被移送人對證人之對質、詰問權以及對於卷證之閱覽權，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，而與憲法第23條比例原則之意旨不符，有違憲法第8條正當法律程序原則及憲法第16條訴訟權之保障。

情節重大感訓3年

- 第6條第1項：經認定為流氓而其情節重大者，直轄市警察分局、縣（市）警察局經上級直屬警察機關之同意，**得不經告誡，通知其到案詢問**；經合法通知，無正當理由不到場者，得報請法院核發拘票。但有事實足認為其有逃亡之虞而情況急迫者，得逕行拘提之。
- 第13條第2項：法院審理之結果，認應交付感訓者，應為交付感訓處分之裁定，**但毋庸諭知其期間**。
- 第19條：感訓處分期間為一年以上三年以下。但執行滿一年，執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證報經原裁定法院許可，免予繼續執行。

- 釋字第636號解釋文
- 本條例第2條關於流氓之認定，依據正當法律程序原則，於審查程序中，被提報人應享有到場陳述意見之權利；經認定為流氓，於主管之警察機關合法通知而自行到案者，如無意願隨案移送於法院，不得將其強制移送。

- 釋字第636號解釋理由書
- 於先執行刑罰、保安處分已滿三年時，因可完全折抵，即無須再執行感訓處分，而無過度限制人民身體自由之疑慮；
- 但於先執行刑罰、保安處分未滿三年時，**因感訓處分之期間未經諭知，無從計算可折抵之期間**，如將上開第19條規定解為應再繼續執行至少一年之感訓處分，可能使受感訓處分人之身體自由過度遭受限制。
- 是上開第13條第2項但書之規定，有導致受感訓處分人身體自由遭受過度限制之虞，相關機關應予以檢討修正之。³¹

聲請前在法官論壇向大法官誓師

- 標題：Re: 大法官解釋狠推刑事訴訟制度一步
作者：水平不高的建榮
日期：93/07/28 11:50:43
內容：
- 對質詰問權既然被「提升」為憲法上的基本權利，依據憲法第二十三條之文義及基本權「本質內容保障」理論，祇能「限制」，不能「剝奪」！
- 諷刺的是，釋字384已經明白宣示了，立法者修訂檢肅流氓條例第十二條時，仍然訂有「剝奪」的違憲條款，尤有甚者，性侵害犯罪防制條例、組織犯罪防制條例、兒童及少年性交易防制條例等均有類似的違憲規定，司法院既然還大剌剌的寫在刑訴159的立法理由內。
我實在受不了流氓條例，近來準備聲請釋憲，祇希望大法官在釋字582以後，能「吾道一以貫之」...

聲請書末段的呼籲

- 所以一口氣針對至少13個條文聲請解釋，目的無非欲促使有關機關留意本條例在違憲上的「千瘡百孔」，聲請書結論強調本條例於我國法秩序下，已因違反比例原則而無存在之必要：「關於對立法事實判斷之審查，即使認為本條例係為維護治安而制定，惟其侵害的係人身自由基本權，應採取最嚴格審查標準，至少立法者對於當時甫自動員戡亂終止、解除戒嚴，進入平時法治的年代，本條例應尚有其存在之必要是尚難遽斷立法者的判斷非正確，自足通過適合原則之要求，

聲請書末段的呼籲

- 惟經過數年的民主法治進程，大法官釋字第384號解釋質疑5分之1以上的條文違憲時，其有無繼續存在之必要，即足令人懷疑，
- 尤其檢肅流氓條例過去最為自豪的整肅幫派等犯罪組織之功能，已於1996年為組織犯罪防制條例所取代，其餘流氓行為均足為刑法或刑事特別法所含括，聲請人以為，至少自組織犯罪條例公布施行後，本條例之存在已難通過適合性原則的檢驗。惟若自其所能達到餘存之威嚇效果，尚難對於治安目的未曾達成部分助益或效果，

聲請書末段的呼籲

- 至於在適合性原則下審查立法者對事實的預測，聲請人認為，至少立法者選擇以非平時法制之規定適用於平時法制，換言之，以侵害人民基本權激烈甚且有違憲之虞之手段，來試圖達成維護治安之目的，已有預測錯誤之虞。
- 為避免人民基本權利被基於錯誤預測所採取限制基本權之手段繼續「侵害」下去，立法者應盡其配合事實變遷檢討改進之義務。**這裏所謂的檢討改進，自亦包括是否廢止本條例在內**。至於本條例的制度目的及功能，本可由其他現行法律所取代，甚且本條例造成現行法律其他齷齪之處，**自難謂非無**其他侵害較小之立法方式，更難謂足通過對於人身自由基本權侵害的狹義比例原則的利益衡量審查。

三位大法官交叉提出兩份協同意見書回應我的呼籲

- 大法官許宗力、林子儀及許玉秀部分協同意見書（摘錄）：「由於針對同時構成刑事不法之流氓行為，於刑事訴訟程序之外，再次進行感訓處分程序，將違反一事不再理原則；針對未達犯罪程度之流氓行為，施以感訓處分，又明顯不合比例，而單這兩項關鍵性的違憲就已足以癱瘓整部感訓處分體制之運作，是本席等認為，系爭檢肅流氓條例，無論要件再怎麼修的更為明確，程序修的再怎麼正當，刑罰、保安處分與感訓期間再怎麼修的可以互相折抵，都屬徒勞的局部手術，難以去除整個感訓處分制度的違憲印記」等語。

許玉秀大法官： 《透明的法袍—大法官解釋意見書》



擋住人權的違章建築

- 許玉秀大法官自序(感慨)：「本號解釋同時採取違憲、合憲闡釋、警告性裁判等多種解釋模式。大法官之所以必須如此煞費周章，因為整部檢肅流氓條例，就像是破壞法制景觀的一個違章建築。雖然有些人認為，還可以用它來遮風避雨，但是它卻蓋在防火巷上面，擋住了公眾逃生的出口。新國會如果不想復辟舊時代、期許開啟新時代，為了人權環境的安全，還是儘快拆了擋住人權防火巷的違章建築吧！」《透明的法袍—大法官解釋意見書》
- 美國紐約大學Jerome A Cohen（孔傑榮）教授、陸梅吉教授為此撰書—邁向法治：台灣「流氓」制度的興廢與中國大陸「勞動教養」的未來。



紐約大學亞太法律學院
US-Asia Law Institute
new york university law school

邁向法治 台灣流氓制度的興廢 與 中國大陸勞動教養的未來

孔傑榮 (Jonathon A. Cohen)

陸梅吉 (Margaret E. Lau)

陳玉潔、陳雅真

譯

專家推薦

「孔傑榮教授長期關心東亞民主法治與人權保障的發展與實踐，對於台灣如何從威權統治轉型為民主憲政制度，如何逐步推展法治、積極保障人權，尤有親身的觀察與認識。他一直希望能讓更多的世人知道台灣近年在這方面的成就，也希望台灣的經驗，能有助於中國大陸的法治建設。他與陸梅吉教授合著的這本書，正是實踐他心願的第一本書。」

—林子儀，中央研究院法律學研究所特聘研究員兼所長

「《檢肅流氓條例》幾乎經不起所有違憲審查標準的檢驗，包括正當法律程序原則。大法官三度宣告違憲，突顯『感訓處分』制度難以除去的違憲印記。廢止這部惡法是我在刑事庭生涯最大的心願，本書全面性觀照《檢肅流氓條例》的實務運作與違憲審查過程，是非常鮮活的人權教材，期盼有朝一日也能看見中國大陸的『勞動教養』制度走入歷史。」

—錢建榮，台灣桃園地方法院法官

「在這本重要著作裡，兩位不同世代、研究中國的著名學者孔傑榮與陸梅吉教授，以台灣2009年廢止《檢肅流氓條例》及其更為廣泛的法制改革成就為例，疾呼中國在新一代領導人及其帶領下，應當汲取台灣的經驗。『邁向法治』一書除了是學術上的經典之作外，若中華人民共和國的人民要獲得他們所應

面臨與數字、效率掛帥的行政管考 拉距的內在困境

- 此階段四件聲請書均集中在2005年底及隔年初密集提出，其實與管考壓力有很大的關係：
- 當時我的庭長因為「非常不滿」我有高達數十件的案件，均以聲請大法官解釋為由裁定停止審理而不能終結，認為此種作法形同「已宣判但未交付原本」，「放話」如果年底不提出聲請書，就要將我列入考績乙等。
- 在這之前，我已經因為未結案件過多（裁定停止審理案件仍列入未結案件）、遲延案件過多（因為撰寫聲請釋憲書耗時，加上不願法官被矮化為「科員」，始終不能也不願以簽呈請准將該等案件列為「視為不遲延案件」），連續兩年遭桃園地方法院列⁴⁰為立結／笙汰官。

面臨與數字、效率掛帥的行政管考 拉距的內在困境

- 如果連續第3年列入乙等，財產上的損失事小，名譽事大，往後真不知還有誰會相信筆者為「適任」法官？
- 現在回想那段將近一個月，每天埋首聲請書製作的「晨昏相連」（不是「晨昏顛倒」），幾無睡眠的日子，若不是出於對人權及憲法意識的堅持，恐怕早已放棄。

4G 14% 23:30

CP687



狃拉判例威力



61 / 61 HP

41.7kg
體重



1.08m
身高

1419

星星沙子

79

狃拉的糖果

強化

1600

2

出奇一擊

雪崩



聲請違憲審查成功(?)的解釋(2)

- 釋字第687號解釋(2011/5/27)
- 聲請標的：稅捐稽徵法第47條；69年台上字第3068號、73年台上字第5038號判例
- 僅宣告第47條法律違憲；判例部分不受理。
- 理由：釋字371號解釋，法官僅能聲請「法律」違憲。判例不是法律。
- 大法官也不敢宣告判例違憲。
- 100/6/14最高法院100年度第5次刑事庭會議，不再援用上述兩判例。理由：不合時宜。
- 2012/1/4修正第47條「徒刑」修正為「刑罰」
- <https://lawpaper.tian.yam.com/posts/44801502>

一份被迫聲請判例違憲的嘗試

- 司法院大法官釋字第687號解釋
- 一份破紀錄，最多大法官—11位大法官—提出意見書的解釋（9份意見書。僅次釋字689號的10份意見書）...
- 一份只看解釋文、理由書，絕對不知道大法官在爭執甚麼的解釋...
- 一份不惜惹惱立法權宣告法律違憲，也要捍衛最高法院權威的解釋...
- 一份學界、社會討論最少，卻可能對司法改革及人民權利最重要的解釋...

大法官許宗力、林子儀意見書

- 本席等與多數意見背後之論理固然觀點不同，但肯認一般法院法官對判例具有之違憲審查權的立場則一，多數意見倘能剴切說明其理據，本席等將尚存敬意，或勉能異中求同。
- 但展現在文字上，多數意見的沈默與保留卻令人痛心之至。其一方面取巧地暗示下級法院法官可以藉由說理，鬆動判例之拘束力，也藉此避免今後下級法院法官直接向本院提出對判例合憲性之質疑；但另方面，卻對法官在審判時面對判例可能違憲時的難題絲毫不顧，今後法官在「依憲法及法律獨立審判」及「為法安定性應受判例拘束」的雙重義務下，應如何審判而不致招致違憲、違法裁判之指摘？

- 而欠缺解釋之明文，豈仍可期待下級法院法官於確信判例違憲時，「以身試法」地在個案判決中詳細說理後拒絕援用？
- 善解本號解釋（釋字第687號）多數意見的弦外之音，係在避免進一步鞏固判例對法官的拘束力，而非指判例不受違憲審查。本席等切盼下級法院法官對憲法的忠誠，終能劃開多數意見沈默的鐵幕，履踐其真意。
-

～大法官許宗力、林子儀

許宗力、林子儀意見書(註9)

- 本件聲請人之事例所透露的訊息值得深思。聲請人擔任候補法官時雖已在裁判中詳述最高法院判例在個案中應限縮援用的理由，**但仍因法律見解與判例歧異、限縮判例之適用等由，遭書類審查評定不合格的結果**，並經公務人員保障暨培訓委員會再申訴駁回。這個事件固然僅是個案，並涉及候補法官非實任法官，但候補法官所行使的權力仍舊是「依據法律獨立審判」的審判權，如果判例僅是供作辦案參考，換言之，法官可以基於對法的合理確信而選擇參考或不參考，則書類審查委員在法官已敘明其法的確信的前提下，絕無再以其違反判例而評定其書類審查不合格的餘地。此外，對實任法官而言，作成與判例歧異的判決，雖不致對其法官身分造成不利影響，但仍可能間接地影響其判決維持率及考績評等。

- 判例及決議並不是必然的惡，不能被接受的是違憲的判例與決議，而不是所有的判例與決議。
- 肯定判例或決議的拘束力，才是維護審判體制的正確態度，**如一方面絕對肯定，一方面不准審查**，才是腐化審判體制，危害審判體制的作法。

～許玉秀大法官

- 多數意見未能把握易轍良機，仍然持固舊見解，讓判例可繼續庇蔭於法院審判體系之下，不允許法官對之聲請解釋，使得審判獨立原則繼續蒙塵，並無助於人權保障及憲政秩序之維護，誠然相當可惜。
-

～李震山大法官

- 一個法官之驚，足引全社會之驚；一法官之懼，更是整個國家司法之慟！
- 而造成法官之驚之懼之來源，如果真為判例制度，吾人何不勇敢割捨我國此植根於憲政時代以前、仍屬法律渾沌開創期的判例「強制力」之特徵，讓判例不再掛上最高法院「權威」的符號，...。判例視為後輩法官的「良師益友」，具有純粹參考價值的「軟法」性質，是否才會真正的受到所有法官的衷心肯認與歡迎乎？

～陳新民大法官

其實

- 聲請釋字687號解釋背後的更大野心
- 是為了能終結**販毒判例**的違憲聲請案鋪路.....

桃園地院審判長時期的聲請案

- 聲請集遊法的事前許可制違憲(釋字718)
- 挑戰販毒四判例合憲性
- 挑戰攜帶兇器竊盜判例合憲性
- 挑戰最高法院毒品三犯決議合憲性
- 均經大法官依釋字371號解釋不受理：**法官只能聲請法律違憲，不能聲請判例、決議違憲。**
- 挑戰毒品危害防制條例第4條死刑違反ICCPR第6條之合憲性，聲請補充解釋釋字476號，也功敗垂成。

法官(內部)獨立的最大困境 —最高法院判例、決議的箝制

- 一、大恐龍的判例練就小恐龍的判決
- 二、不惜犧牲罪刑法定仍要媚俗的最高法院
- 三、判例要旨化的危機
- 四、非統一歧異判決的最高法院決議性質
- 五、判例象徵的司法倫理
 - (一) 最高法院法官無不以其判決被選編為「判例」為此生最大的榮耀。
 - (二) 違背判例 = 不尊重最高法院 = 大逆不道 = 不重倫理
 - (三) 吳庚大法官的名言：最高法院出身的大法官不是來解釋憲法的，而是來保護他們的判例的。

違背法律意旨的販毒判例

- 販賣毒品四判例
- 25年非字第123號判例：禁煙法上之販賣鴉片罪，並不以販入之後復行賣出為構成要件，但使以營利為目的將鴉片購入或將鴉片賣出，有一於此，其犯罪即經完成，均不得視為未遂。
- 67年台上字第2500號判例：所謂販賣行為，並不以販入之後復行賣出為要件，祇要以營利為目的，將禁藥購入或賣出，有一於此，其犯罪即為完成。上訴人既以販賣圖利之意思購入速賜康，雖於出售與某某時，已議定價格尚未交付之際，即被當場查獲，仍屬犯罪既遂。（68年台上字第606號、69年台上字第1675號同此意旨）

違背法律意旨的判例

- 禁煙法第6條規定：「製造鴉片或其代用品或販賣或意圖販賣而持有或運輸者，處一年以上五年以下有期徒刑，得併科五千圓以下罰金」。
- (禁煙法沒有未遂犯規定)
- 禁煙法第6條至少有四個不同罪名：
- 「製造鴉片或其代用品」罪、「販賣鴉片或其代用品」罪、「意圖販賣而持有鴉片或其代用品」罪、「運輸鴉片或其代用品」罪。換言之，該條除處罰製造、販賣、運輸三種犯行外，同時也處罰意圖販賣而持有犯行，四者法定刑均相同。而同時將「意圖販賣而持有」與「販賣」態樣同列於同一法條，處以相同法定刑。

歷史、體系及文義解釋

- 25年非字第123號判例的真意：
- 「禁煙法上之販賣鴉片罪」係指該法第6條中段的「販賣或意圖販賣而持有鴉片」罪。
- 所謂「並不以販入之後復行賣出為構成要件」，係指販賣鴉片罪除同條所定的「販賣」構成要件外，**尚包括另一種販賣罪的構成要件**，即**「不以販入之後復行賣出」的意圖販賣而持有鴉片罪的構成要件**。
- 因而判例所指「但使以營利為目的將鴉片購入或將鴉片賣出，有一於此，其犯罪即經完成，均不得視為未遂」，自然係指二者均須「以營利為目的」，而「以營利為目的將鴉片購入」者，成立意圖販賣而持有的販賣鴉片罪；「以營利為目的將鴉片賣出」者，亦係成立販賣鴉片罪。
- Q：販賣的「販」是買或賣？

毒品危害防制條例犯罪階段

- 區分既遂、未遂、意圖販賣而持有（即預備犯）有輕重不同處罰：
- 依第一級至第四級的法定刑重輕不同（第一級部分仍有死刑）
- 製造、運輸、販賣(§4)，第6項處罰未遂犯
- 意圖販賣而持有(§5)
- 以第一級為例：
 - 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；（未遂得減一半：15年以上的有期徒刑）
 - 意圖販賣而持有第一級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑；

「買」或「賣」傻傻搞不清楚？！

- 混淆犯罪行為階段：
- 上述四則判例顯然混淆販賣毒品罪的既、未遂及預備行為認定標準，置法律明文區分犯罪階段而為輕重不同處罰之效果於不顧，而將原屬預備犯之意圖販賣持有毒品犯行，或僅著手而不遂之未遂犯行，竟當作販賣毒品既遂罪處罰，已違反植基於憲法第8條正當法律程序，其中實體法內涵之「罪刑法定原則」（釋字第384號解釋參見），並且導致毒品危害防制條例第4條「販賣」毒品罪之刑法罰法律，違反法律明確性及刑罰明確性原則

「買」或「賣」傻傻搞不清楚？！

- 負有法律最終解釋權限的最高法院，只堅持適用該判例，卻疏於與案例事實合併觀察，更未能同時檢視、配合當時法令之規定及其體系，以深究其義，導致僅能望文生義，進而誤解該判例長達七十餘年之久，之後又據此衍生同意旨的三則判例，也就不足為奇。
- (詳請參見錢建榮，「買」或「賣」搞不清楚？！(上)(下)，月旦法學，210、211期，2012年11、12月)



2011至2012年間的聲請 全被大法官不受理

- 查其聲請意旨，有關糾爭規定部分，聲請人並未具體指明該規定有何抵觸憲法之處。至有關指摘本院上開院解字解釋及糾爭判例就「販賣」所為之解釋或見解違憲部分，則因本院院解字解釋及糾爭判例並非法律，非屬本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九〇號解釋所闡釋法官得聲請解釋之客體。是本件聲請，核與首開解釋所定之聲請解釋要件不合，應不受理。
- 結論：法官不准聲請，但人民可以聲請判例、決議違憲

留給最高法院自己廢

- 101年8月7日第6次決議：不再援用販毒四判例
- 101年11月6日第10次決議：從一律構成販賣「既遂」改為一律構成販賣「未遂」
- 決議沒有「個案事實」為討論基礎的弊病
- 不再援用違法違憲判例，卻來了違法違憲的決議！
- 為何最高會突然自我反省？
- 要聽爆料嗎？....

9年後...

釋字第792號解釋(2020/6/19)

- 釋字792號
- 解釋文：最高法院25 非字第123號刑事判例稱：「.....販賣鴉片罪，.....以營利為目的將鴉片購入.....其犯罪即經完成.....」及 67年台上字第2500號刑事判例稱：「所謂販賣行為，.....祇要以營利為目的，將禁藥購入.....，其犯罪即為完成.....屬犯罪既遂。」部分，與毒品危害防制條例第4 第1項至第4項所定販賣毒品既遂罪，僅限於「銷售賣出」之行為已完成始該當之意旨不符，於此範圍內，均有違憲法罪法定原則，牴觸憲法第 8 條及第 15 條保障人民人身自由、生命權及財產權之意旨。

判例廢止前的適用個案仍得聲請

- 釋字792號解釋理由書：
- 7個人民聲請釋憲
- 系爭判例一及二雖經最高法院於101年8月7日、8月21日、11月6日101年度第6次、第7次及第10次刑事庭會議以不合時宜為由，而決議不再援用，惟前開7件確定終局判決均作成於上述刑事庭會議之前，並分別適用或實質援用系爭判例一或二，而論處聲請人等觸犯98年或92年毒品條例第4條之販賣毒品既遂罪。是聲請人等之聲請，核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第5條第1項第2款要件相符，均應受理。

釋字792號解釋理由書

- 文義解釋：前開條文構成要件中所稱之「販賣」一詞，根據當前各版本辭典所載，或解為出售物品，或解為購入物品再轉售，無論何者，所謂販賣之核心意義均在出售，均非單指購入物品之行為。
- 第4條本身體系解釋：本條所指之「販賣」毒品行為嚴重程度，應與製造及運輸毒品相當。所謂製造毒品係將毒品從無至有，予以生產，進而得危害他人；而運輸毒品係從一地運至他地，使毒品流通於他地，產生危害。基於同一法理，販賣毒品罪，應在處罰「賣出」毒品，因而產生毒品危害之行為，蓋販賣須如此解釋，其嚴重程度始與上述製造與運輸毒品之危害相當。

釋字792號解釋理由書

- 毒品條例整體體系解釋：第4條本身體系解釋立法者於衡量不同態樣之毒品犯罪行為，及所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性後，於本條例第4條第1項至第4項、第6項、第5條及第11條，將販賣毒品、持有毒品之行為，建構出「販賣毒品既遂」、「販賣毒品未遂」、「意圖販賣而持有毒品」及「持有毒品」四種不同犯罪態樣之體系，並依行為人對該等犯罪所應負責任之程度，定其處罰。
- 是依據前開規定所建構之體系，毒品條例第4條第1項至第4項所定之「販賣毒品既遂」，解釋上，應指銷售賣出之行為已完成者而言，不包含單純「購入」毒品之情形。

釋字792號解釋理由書

- 歷史解釋：自現行毒品條例前身，即44年6月3日制定公布之戡亂時期肅清煙毒條例（下稱44年煙毒條例），就販賣、持有毒品之行為，即採區分「販賣毒品（或鴉片）」、「販賣毒品（或鴉片）未遂」、「意圖販賣而持有毒品（或鴉片）」及「持有毒品（或鴉片）」四類不同之罪名迄今皆未有變動。....足見從44年之後，立法者有意將販賣毒品及持有毒品之犯罪，予以細緻化區分，自始至終，均無意將單純「購入」毒品之行為，以「販賣毒品既遂」論處。

釋字792號解釋理由書

- 由是可知，不論依文義解釋、體系解釋及立法者之原意，毒品條例第4條第1項至第4項所定販賣毒品既遂罪，僅限於「銷售賣出」之行為已完成，始足該當。如有悖於上開意旨，擴張或增加法律規定所無之內容，而擴增可罰行為範圍，即與憲法罪刑法定原則有違。
- 強力推薦詹大法官森林提出，黃大法官虹霞加入第一、貳、參、伍、陸部分之協同意見書
- 某友人：雖然大法官解釋沒有提到錢錢的名字，但整個解釋都是錢錢的身影。

走了違憲判例，來了違憲決議

- 其後最高法院於101年11月6日以101年度第10次刑事庭決議（一）認為販賣未遂與意圖販賣而持有毒品罪，有法條競合之適用，而謂：「所謂販賣行為，須有營利之意思，方足構成。刑罰法律所規定之販賣罪，類皆為(1)意圖營利而販入，(2)意圖營利而販入並賣出，(3)基於販入以外之其他原因而持有，嗣意圖營利而賣出等類型。」
- 從行為階段理論立場，意圖營利而販入，即為前述(1)、(2)販賣罪之著手，至於(3)之情形，則以另行起意販賣，向外求售或供買方看貨或與之議價時，或其他實行犯意之行為者，為其罪之著手。而販賣行為之完成與否，胥賴標的物之是否交付作為既、未遂之標準。

走了違憲判例，來了違憲決議

- 最高法院101年11月6日101年度第10次刑事庭決議（一）：...行為人持有毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始持有之目的，抑或初非以營利之目的而持有，嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之要件該當，且與販賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰，該意圖販賣而持有僅不另論罪而已，並非不處罰。此觀販賣、運輸、轉讓、施用毒品，其持有之低度行為均為販賣之高度行為所吸收，不另論罪，為實務上確信之見解，意圖販賣而持有毒品罪，基本行為仍係持有，意圖販賣為加重要件，與販賣罪競合時，難認應排除上開法條競合之適用」

我在高院多起判決中的簡評及提醒

- 實務見解下意圖販賣而持有毒品仍為意圖犯？
- 殊不論此新決議的見解，因為採法條競合說的結果，仍有可能架空意圖販賣而持有毒品罪之適用空間，而將舊判例的「一律視為販賣毒品既遂」改為新決議所稱之「一律視為販賣毒品未遂」，仍有類型化不足之憾，至少最高法院至今仍認為意圖販賣而持有毒品罪之成立，係以「以意圖販賣營利以外之原因而持有毒品，例如為施用、受贈或寄藏而持有，嗣後始起意販賣者而言」（最高法院82年度台上字第4018號、6285號、83年度台非字第184號、91年度台上字第2048號判決意旨）。
- （例如高院105年上訴3031號、108上訴2744號判決）₇₁

台灣高等法院108上訴2744號判決

- 殊不論108年1月4日修正公布法院組織法，於最高法院增設大法庭制度作為統一法律解釋的機制，並刪除第57條即最高法院決議的法律依據，而以大法庭取代決議，最高法院的決議制度頓失合法及正當性，從而過往最高法院的決議是否仍能有效拘束下級審，已有疑義。
- 最高法院101年11月6日以101年度第10次刑事庭決議（一）既然是在上述錯誤且不再援用的判例見解影響預備犯判斷成立之下所生，在尚無大法庭判決產生之前，事實審法院自得基於個案事實的不同，表示法律見解，不受該最高法院決議之拘束。

台高院108上訴2744號判決

- 上述最高法院採法條競合說的結果，認為意圖營利而販入（應為「購入」，販者，賣也，只有販出，不會有販入）毒品，即同時構成(1)意圖營利而販入，及(2)意圖營利而販入並賣出罪的著手，顯然是再次架空本條例第5條預備犯成立的空間。
- 蓋意圖營利而販入，如果根本尚無特定或可得特定的買受毒品之人，就是典型的預備犯；如果因為已有特定買受人或有可得特定的買主，行為人據此意圖營利而買入毒品，準備賣給已顯現或將顯現的買主，其所為成立販賣罪的著手，則不為過。

台高院108上訴2744號判決

- 換言之，意圖營利而買入毒品，仍應視是否已有顯在的買受人以判斷有無著手，如尚無具體買受人者，行為人買入毒品的準備就是為日後如尋覓到買主再賣出，這只能成立預備犯。
- 最高法院101年度第10次刑事庭決議（一），不區辨個案事實有無具體毒品的買主，形同將上述四則舊判例的「一律視為販賣毒品既遂」，轉化為「一律視為販賣毒品未遂」。不僅仍有類型化不足之憾，更同樣有混淆立法者已預設的犯罪階段的處罰之虞，並讓本條例第5條的預備犯立法，再次淪為違憲違法的陰謀或意圖犯立法，操作上不可不慎。

促成最高法院提案大法庭

- <https://tps.judicial.gov.tw/tw/cp-1025-38299-f4fd7-011.html>
- 本院刑事第四庭審理吳振揚違反毒品危害防制條例案件，關於「被告意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，究係論以販賣毒品未遂罪，抑或意圖販賣而持有毒品罪？」之法律問題，經該庭評議後所擬採為裁判基礎之法律見解，本院先前裁判具有積極歧異，認有應予統一之必要，乃依法以徵詢書徵詢本院其他各庭之意見，於徵詢期滿，本院有3庭同意該庭見解，另有5庭不同意。故上開法律問題，本院各庭見解顯有歧異之情形。該庭於評議後，依法院組織法第51條之2 第1項第2款之規定，以裁定將此法律問題提案予本院刑事大法庭裁判，以統一法律見解，本院刑事大法庭業已受理。⁵

大法庭推翻決議改變見解(2021/5/5)

- 最高法院109年台上大4861號 大法庭裁定
- 行為人意圖營利而購入毒品，其主觀上雖認知係為銷售營利，客觀上並有購入毒品之行為，惟仍須對外銷售，始為販賣行為之具體實現。此之對外銷售，自買賣毒品之二面關係以觀，固須藉由如通訊設備或親洽面談與買方聯繫交易，方能供買方看貨或與之議價，以實現對特定或可得特定之買方銷售；至於對不特定人或特定多數人行銷，進行宣傳、廣告，以招攬買主之情形（例如在網路上或通訊軟體「LINE」群組，發布銷售毒品之訊息以求售），

最高法院109台上大4861號裁定

- 因銷售毒品之型態日新月異，尤以現今網際網路發達，透過電子媒體或網路方式宣傳 販毒之訊息，使毒品之散布更為迅速，依一般社會通念，其惡性已對於販賣毒品罪所要保護整體國民身心健康之法益，形成直接危險，固得認開始實行足以與販賣毒品罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，已達著手販賣階段；然行為
- 人意圖營利而購入毒品後，在尚未尋找買主前，即為警查獲，既未對外銷售或行銷，難認其意圖營利而購入毒品之行為，與該罪之構成要件實現具有必要關聯性，即非屬著手販賣之行為，應僅成立意圖販賣而持有毒品罪。

最高法院109台上大4861號裁定

- 至於行為人意圖營利，因買主之要約而購入毒品，或先向不特定人或特定多數人行銷後，再購入毒品等情形，就其前後整體行為以觀，前者已與可得特定之買方磋商，為與該買方締約而購入毒品行為，已對販賣毒品罪所保護之法益形成直接危險，與銷售毒品之實現具有必要關聯性；後者則與意圖營利購入毒品後，對不特定人或特定多數人行銷之情形無異，均已達販賣毒品罪之著手階段，自不待言。
- 綜上，行為人意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，其主觀上雖有營利之意圖，客觀上亦有購入毒品之行為，但其既未對外銷售，亦無向外行銷之著手販賣行為，自難認已著手實行販賣毒品，應論以意圖販賣而持有毒品。⁷⁸

桃院行政訴訟庭時期

- 趕鴨子上架的 釋字711號
- 迴響最大的 釋字745號
- 出人意料的 釋字751號
- 其後，一律吊銷駕照、越級吊銷駕照、不當連結禁止原則(繳清罰鍰才能領車)等3件聲請，都被不受理
- 僅有行政程序法的寄存送達案被受理，作成釋字797號，但大法官竟認為合憲...。



聲請違憲審查成功的解釋(4)

- 釋字第711號解釋(2012/7/31)
- 聲請標的：藥師法第11條侵害職業自由
- 宣告違憲，一年後失效
- 目前修法中
- 本件大法官行言詞辯論：司法院官網/影音專區/憲法法庭(併案聲請)
- <http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20130613/210137/>

藥師法修法 執業自由仍未解 法官憂再度違憲

- <http://www.storm.mg/article/33541>
- 藥師限於一地執業引發違憲爭議，經大法官釋字第711號在去年(2012)7月31日解釋，認為《藥師法》第11條違反憲法第23條比例原則與憲法第15條保障工作權的法意，判定1年後失效。其中1名聲請人、桃園地方法院法官錢建榮依據釋憲結果，6月30日判決原告藥師勝訴，主管機關桃園縣政府敗訴。
- 立法院則於6月27日進行修法三讀，將原來已違憲的《藥師法》第11條「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限」，修改為藥師執業以一處為限，並應在所在地主管機關核准登記之醫療機構、依法規定之執業處所或其他經主管機關認可之機構⁸²為之，

法官憂再度違憲

- 並應在所在地主管機關核准登記之醫療機構、依法規定之執業處所或其他經主管機關認可之機構為之，但列出例外但書，而但書執行業務之辦法，由中央主管機關定之。
- 對於立法院修法結果，錢建榮感到失望。他認為，修法雖開了例外的窗，但還是沒有回應到全案發生的源頭狀況，輕則影響藥師本身無法因應突發緊急情況，造成壓迫藥師成為「血汗勞工」的殺手；重則造成病患的就醫領藥權益嚴重受損，反有害大法官所言「重大公益」。

法官憂再度違憲

- 修正藥師法第11條但書：但於醫療機構、藥局執業者，有下列情形之一，並經事先報准，得於執業處所外執行業務：一、藥癮治療或傳染病防治服務。二、義診或巡迴醫療服務。三、藥事照護相關業務。四、於矯正機關及經中央主管機關公告之無藥事人員執業之偏遠地區，執行調劑業務。**五、其他經中央主管機關認定之公益或緊急需要。**
- 第11條第2項：前項但書執行業務之辦法，由中央主管機關定之。

法官憂再度違憲

- 桃園地方法院 101 年度簡字第 45 號判決(2014/6/30)
- 將藥師區分為「藥品製造業藥師／非藥品製造業藥師」，前者仍須限於一處執業，仍有違平等原則之虞。
- 但書第五款之「其他經中央主管機關認定之公益或緊急需要」者，「緊急需要」非僅指客觀上的因素，尚包括，甚至此方為重點，即因出於藥師個人的「傷病或其他個人因素請假之情形」，應准許在登記執業處所外執業，例如代班或其他特殊情形之兼職在內。中央主管機關基於新法第二項授權制定執行業務辦法，不可不慎，否則仍有違反釋字第七十一號解釋意旨之嫌，其再次經大法官宣告違憲，並非不能想像。⁸⁵

衛生福利部公告「藥師於執業處所外執行業務管理辦法」(2014/9/24)

■ 重點說明如下：

- 一、明定事先報准及藥師越區前往執業處所外執行業務之適用規定。
- 二、為兼顧藥師工作權益及執業品質，明定藥師於執業處所外執行業務應遵循事項。如被支援及支援者原執業之醫療機構或藥局之藥師人力、工作總時數等限制。
- 三、明定藥癮治療或傳染病防治服務、義診或巡迴醫療服務，所稱服務，指執行藥品調劑業務。
- 四、緊急需要應包含專任藥事人員因傷病或其他因素請假之情形，所稱請假，係指法律規定之請假、休假。

改朝換代大法官的新氣象：釋字745號



聲請違憲審查成功的解釋



聲請違憲審查成功的解釋(5)

- 釋字第745號解釋(2014/3/21)
- 主角是林若亞，不是林志玲
- <https://www.youtube.com/watch?v=LLiglJ5uGZQ&feature=share>
- <http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS>NNWSSoo2.aspx?id=254517>
- <http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS>NNWSSoo2.aspx?id=254519>

釋字第745號解釋聲請書摘要

- 試再舉一例，所得稅法第17條之特別扣除額規定中，薪資所得者僅限於其子女就讀大專以上院校者，始得每年扣除二萬五千元之教育學費特別扣除，而薪資所得者「本人」之進修則不得主張扣除教育費用（聲請人自己就讀台灣大學法律研究所博士班的學費即不得為扣除額）；反之，依執行業務所得查核辦法第20條規定，執行業務者得將其「本人」之進修訓練費列為費用（如果就讀博士班者為律師，卻可以列為必要費用扣除）。其間之不合理，不言可喻。

釋字第745號解釋聲請書摘要

- 結論：從事模特兒行業者，其演出、代言或是走秀之所得，如被劃歸為薪資所得，其相關治裝費、美容保養費等必要費用，竟不准如執行業務所得者予以扣除，即便其相關費用遠遠超過薪資所得特別扣除額度，法制上亦不得舉證扣除。其違反平等原則、租稅公平、量能課稅比例原則甚明。
- 聲請人以為，所得類型分類應確實反映各類所得之稅捐負擔能力，禁止造成各類所得之間不平等的差別待遇。重點仍在應符合量能課稅原則，稅課之核徵應依納稅人之稅捐負擔能力為衡量標準，故所得類型除了其本身性質不須扣除成本費用以外，其他所得類型均應准許扣除成本費用，以求符合量能課稅原則。⁹¹

釋字第745號解釋聲請書摘要

- 而執行業務所得、薪資所得同屬勞動性所得，於付出勞力的過程中，納稅義務人均會支出成本費用，只是或多或少。何以執行業務所得可減除成本費用，薪資所得卻不准扣除。薪資所得雖可依據薪資所得特別扣除額來扣除稅額，卻因為齊一式的規範，根本不符合理實際費用支出情形。現行所得稅法僅為求稅捐稽徵機關之稽徵經濟，而以薪資所得特別扣除額作為取代薪資成本費用扣除，嚴重違反憲法上量能課稅及比例原則，侵害納稅義務人基於憲法第十五條所保障之生存及財產權。

釋字第745號解釋聲請書摘要

- 本於量能課稅原則，所得課稅應以收入減除成本及必要費用後的客觀淨值，而非所得毛額，作為稅基。此項要求，於各類所得之計算均應有其適用。定額扣除額為必要費用之總額推估，亦應符合上開要求。主管機關考量薪資所得者與執行業務所得者是否為自力營生之不同，固得就各自得減除之必要費用項目及最高額度等為合理之不同規範。然現行法令為兼顧稅捐稽徵成本之降低與量能課稅原則，准許執行業務所得者得按必要支出項目及額度減除必要費用，以計算執行業務所得。
- 兩相對照，系爭規定一及二關於薪資所得之計算，僅許定額扣除，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，形成顯然之差別待遇。₉₃

釋字第745號解釋聲請書摘要

- 此項差別待遇，與薪資所得者之是否為自力營生並無必然關聯。又現行單一定額之薪資所得特別扣除額規定，未考量不同薪資所得者間之必要費用差異，過於簡化，對於因工作必要，須支出顯然較高之必要費用者，確會產生適用上之不利差別待遇結果，致有違量能課稅所要求的客觀淨值原則。在此範圍內，系爭規定一及二之差別待遇手段與其目的之達成間欠缺合理關聯，而與憲法第7條平等權保障之意旨不符。相關機關應自本解釋公布之日起二年內，依本解釋之意旨，檢討修正所得稅法相關規定。

用憲法挑戰體制

- 另類法官 用憲法挑戰國家（天下雜誌618期，2017/3/5）
- 他提出的所得稅法釋憲案，造福
- 540萬的受薪階級；他也讓檢肅
- 流氓條例被宣告違憲，自此廢除
- ，流氓一罪不二罰。在他眼裡，
- **流氓與上班族無異。人權與正義，**
- **如何拿捏？**
- 他甚至踩在邊界上，放了有罪的犯人，只因證據是違法搜證。問他，明明知道犯人有罪，還放人，不怕被罵是恐龍法官嗎？「每個案子堅守無罪推定原則和正當法律程序，其實就是保障每個人，因為每個人都有可能成為國家的被告，」他堅持，這樣才能保護所有的人。



高等法院時期首件：意外的意外

- 毒品危害防制條例第17條：
- I 犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。
- II 犯第四條至第八條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。
- (109年7月15日修正前：犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。)

高等法院時期首件：意外的意外

- § 12 II : 意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。
- 意圖供製造毒品之用、供栽種之用、意圖販賣而持有或轉讓，而栽種罌粟、古柯或大麻種子(§ 12至14)
- 自白或供出來源，能否適用§17條減刑或免刑？
- 思考方向：
- 獨缺§12至14是否合理？有無類推§17條的空間？（解釋論，法官可為合憲性擴張或限縮解釋）
- 如果立法者係有意遺漏而不包括，是否違反平等原則？（立法論，只能聲請大法官憲法審查）

第一個意外

- 最高法院堅持：明示其一、排除其他，並無類推§17空間。
- 個案判決是否違憲？舊制並無個案違憲審查。
- 本想自己為合憲解釋適用§17條減刑，但不可能維持
- 剛好得知其他法官聲請釋憲，併案聲請
- 釋字790號解釋，就§17 I 部分不受理，僅解釋§17 II 且認為合憲。解釋文：毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑規定，未包括犯同條例第12條第2項之罪，與憲法第7條保障平等權之意旨，尚無違背。
。

第二個意外： 3個法官比不過1位人民

- 釋字第790號解釋(2020/3/20)宣告第12條第2項違反罪刑相當性而違憲：相關機關應自本解釋公布之日起1年內，依本解釋意旨修正之；逾期未修正，其情節輕微者，法院得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一。
- 解釋文：對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由權所為之限制，與憲法罪刑相當原則不符，有違憲法第23條比例原則。

釋字第790號解釋理由書

- 所稱「栽種大麻」，其具體情形可包含栽種數量極少至大規模種植之情形，涵蓋範圍極廣。
- 基於預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設定較高法定刑，但其對構成要件該當者，**不論行為人犯罪情節之輕重，均以5年以上的有期徒刑之重度自由刑相繩**，法院難以具體考量行為人違法行為之危害程度，對違法情節輕微之個案（例如栽種數量極少且僅供己施用等），縱適用刑法第59條規定酌減其刑，最低刑度仍達2年6月之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。¹⁰⁰

罪刑不相當的豈止種大麻？！

- 毒品危害防制條例第4條第1項：販賣第一級毒品罪刑違憲聲請案
- 110年度憲三字第23號(高院刑二庭聲請併案)
- 為審理臺灣高等法院108年度原上訴字第95號毒品危害防制條例案件，認應適用之中華民國104年2月4日修正公布之毒品危害防制條例第4條第1項規定，違反憲法第15條、罪刑相當原則、公民與政治權利國際公約第6條，並認司法院釋字第476號解釋有重新檢討而變更解釋之必要，聲請解釋案。
- 107年度憲二字第331號(主案)

我（們）的聲請理由大綱

- 一、販賣第一級毒品處以死刑，侵害憲法第15條保障之生存權
- 二、販賣第一級毒品處以死刑，有違罪刑相當性及比例原則
- 三、釋字第476號解釋該變更了

借(釋字790號)力使力 試擬罪刑不相當的違憲理由

- 同樣是毒品犯罪，同樣是罪刑不相當。
- 大法官如願貫澈釋字第790號解釋的邏輯與脈絡，套用在系爭販賣第一級毒品罪（第二至四級亦有相同問題，但唯有第一級毒品罪的法定刑有所調整，其他毒品種類的法定刑始有可能順勢配合調整），
- 解釋理由已然形成：
- 所稱「販賣毒品」，其具體情形可包含販賣數量極少至大規模交易之情形，涵蓋範圍極廣。
- 基於預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設定較高法定刑，但其對構成要件該當者，不論行為人犯罪情節之輕重，均僅有死刑、無期徒刑之重度刑相繩，竟無自由刑之可能，¹⁰³

- 法院難以具體考量行為人違法行為之危害程度，對違法情節輕微之個案（例如販賣數量極少且僅供同儕施用等），縱適用刑法第59條規定酌減其刑，最低刑度仍達15年有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。
- 是第4條第1項對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由權所為之限制，與憲法罪刑相當原則不符，有違憲法第23條比例原則。¹⁰⁴

- 最後聲請人要再次引用許宗力大法官於釋字第669號解釋協同意見書，作為本段論述的結論：
- 「人民在刑事訴訟程序中面對嚴酷刑罰的恐懼、面對無謂刑罰的怨懟，立法者是否能體會？
- 本席不憚其煩，再次懇切呼籲立法機關務必檢討特別刑法中重刑規定之構成要件是否嚴謹、刑度是否合宜，期許見樹不見林的重刑迷思終有終結之一日，讓刑罰在我國早日成為名實相符的『最後手段』」。
- （喚起大法官的榮譽感、同理心）

果然挑戰成功！

112年憲判字第13號判決(2023/8/11)

- 112年憲判字第13號【販賣第一級毒品案】主文
- 一、毒品危害防制條例第4條第1項前段規定：「.....販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。」立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量，惟對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。

- （接續一）司法院釋字第476號解釋，於此範圍內應予變更；相關機關應自本判決公告之日起2年內，依本判決意旨修正之。
- 二、自本判決公告之日起至修法完成前，法院審理觸犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一。
- 三、另鑑於同條例第4條第1項前段規定所適用之個案犯罪情節輕重及危害程度差異極大，一律以無期徒刑為最低法定刑，有過度僵化之虞，相關機關允宜檢討其所規範之法定刑，例如於死刑、無期徒刑之外，另納入有期徒刑之法定刑，或依販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處罰。
- 四、聲請人八其餘聲請不受理。

人云亦云的媒體反應

- 憲法法庭的禮物？ 販毒將輕判 反毒政策成空言
- 販賣第一級毒品的毒犯，從自白、適用刑法第59條、再到憲法法庭13號判決強制再減刑二分之一，將從死刑或無期徒刑，改判成七年半有期徒刑。熟悉獄政的人都了解，法院判七年六個月刑期，經過累進處遇、假釋、縮刑等減免，最後被告服刑大約三年就可出獄。
- 販賣第一及毒品還要再減刑二分之一，反而，販賣第二級毒品者，依毒品危害防制條例第四條規定，法定刑為無期徒刑或十年以上有期徒刑，沒有「再減刑二分之一」的優惠，未來，豈不成了賣第一級毒品判得比賣第二級毒品還要輕！
- 憲法法庭徹底破壞毒品危害防制條例的刑度層級設計 908

這正是我聲請的目的之一： 破壞層級設計 開啟連動修法

- 聲請書結論：只要第一級毒品罪不合理的法定刑範圍有所調整，連動的第二至四級毒品的法定刑就必須調整，整部毒品危害防制條例不合理且幾無類型化的粗糙立法，才有可能獲得重新檢討的空間（例如僅以毒品級別區分法定刑是否合理，都能一併檢討）。
- 甚且就犯罪情節類型化，例如區分組織販毒、暴力販毒，規模、數量、獲利龐大者，始有處以重刑必要，其他一般性如施用毒品同儕間獲利甚微的販賣，實無處以如此重刑之必要。
- 而參與販賣情節輕微者，如原因案件的被告，實在沒有理由只因代販賣主嫌交付毒品，自身毫無獲利，動用刑法第59條減刑，卻仍然要處以有期徒刑15年或7年6月

最高法院對憲法法庭判決的回應

- 販賣第二級毒品
- 最高法院112台上3132號判決
- 最高法院112台上3591號判決
- 於販賣第二級毒品之犯罪，若不論行為人犯罪情節之輕重，均以所定重度自由刑相繩，致對違法情節輕微之個案，亦可能構成顯然過苛處罰之情形。是以法院審理是類案件，應考量其販賣行為態樣、數量、對價等，以衡酌行為人違法行為之危害程度及其所應負責任之輕重，倘認宣告最低法定刑度，尚嫌情輕法重，自應適用刑法第 59 條規定酌減其刑，始不悖離憲法罪刑相當原則之誠命，以兼顧實質正義。

- 販賣第二級毒品
- 最高法院112台上2567號判決
- 憲法法庭就現行販賣第一級毒品之法定刑，...具體指示於修法完成前，法院仍得再為減輕其刑至二分之一，以為調節。是在無其他法定減輕其刑之事由下，犯販賣第一級毒品罪之最輕量刑得為有期徒刑7年6月。相較於此，毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，不論係修正前之法定最輕本刑有期徒刑7年，或現行法定最輕本刑有期徒刑10年，已重於販賣第一級毒品罪，得論處之有期徒刑7年6月或過於接近，而有違反罪刑相當，牴觸比例原則、平等原則之虞。

■ 最高法院112台上2567號判決

- 以販賣第二級毒品，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，甚或僅止於施用毒品友儕間互通有無之情況，所造成危害社會之程度顯然有別，販賣第二級毒品罪之法定最低本刑卻同為上述有期徒刑7年或10年，如有過苛之虞，自得參酌上述憲法法庭判決意旨，依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，而適用刑法第59條規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑妥適，始符罪刑相當及比例原則。

販賣第三級毒品呢？

- 最高法院111台上2158號判決（112/11/9）
- 相較於此，毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪，修正前後之法定最輕本刑均為7年以上有期徒刑，已與販賣第一級毒品罪得論處之有期徒刑7年6月過於接近（且與未減輕刑罰前之販賣第二級毒品無異），而有違反罪刑相當，牴觸比例原則、平等原則之虞。
- 以販賣第三級毒品，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，甚或僅止於施用毒品友儕間互通有無之情況，所造成危害社會之程度顯然有別，販賣第三級毒品罪之法定最低本刑卻為有期徒刑7年，實有過苛。自得參酌上述憲法法庭判決意旨，依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑妥適，始符罪刑相當及比例原則。

將憲法法庭意旨內化於第59條，與直接或類推適用憲法法庭意旨逕為減刑不同

- 與112年度台上字第4683號 並無牴觸
- 憲法法庭112年憲判字第13號判決之效力，僅限主文及其主要理由，並僅以宣告適用上違憲之範圍為限，於此之外無從比附援引於其他販賣毒品罪，或單以該判決為據，置刑法第59條所設要件於不顧，逕適用該條規定減刑。蓋因解釋憲法並就法規範之合憲性為審查，而為合憲與否之宣告，係憲法法庭專有之權力，其行使且須謹守權力分立之界限。法院如就個案應適用之法律有違憲確信，自應依法聲請憲法法庭為合憲性之審查，尚不得以類推適用或比附援引憲法法庭判決之方法，解免其聲請義務，或任意擴張憲法法庭判決效力，逸脫法之拘束。

■ 112年度台上字第4683號

■ 而前引憲法法庭判決主文第二項創設之減刑事由，已係憲法法庭尊重立法者就毒品刑事政策之優先評價特權，本於司法自制，就販賣第一級毒品罪違憲部分所為替代性立法，係過渡期間保障人民之基本權不受違憲侵害所必要之權宜措施，其效力範圍亦僅限於此，不宜任意擴張。原判決就楊宥騰部分未適用刑法第59條酌減其刑，既已論敘說明其尚無情堪憫恕之事由，未予減刑，即無不合，要無所指應審酌而未審酌憲法法庭前引判決意旨、適用法則不當之違法。

再沒有比法務部更怠惰更不尊重 憲法法庭的行政機關

- 法務部於2024/7/11公告修正草案第17-1條：「犯第四條第一項之販賣第一級毒品罪者，其行為態樣、數量、對價等情節輕微，顯可憫恕，認為依刑法第五十九條規定減輕其刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。但曾經有罪判決確定者，不在此限。」
- 「微量販毒」判太重！法務部公告修法草案 司改會：有違憲疑慮
- 聲明 | 法務部立法草率 修法後仍有違憲疑慮——針對法務部《毒危條例》草案之意見(2024/7/18)

聲請目的二：廢死

- 對照我國對於第一級毒品的立法，不僅保有死刑，且僅有無期徒刑，不區分任何販賣情節輕重，豈能還在懷抱那個非民主時代的清朝治亂世用重典的遺緒。距離釋字第476號解釋已有22年，大法官如仍拘泥於當年解釋所設下的門檻，不願重新考慮變更解釋的必要，未來臺灣法治、人權焉能有更向前大步走的可能！
- 毒品危害防制條例第4條第1項的販賣第一級毒品罪的死刑刑罰，違反公政公約第6條的生命權保障，至少在死刑未全面廢除前，僅能適用於「最嚴重之罪行」，即限縮於「剝奪或侵害生命法益的犯罪」、「蓄意且造成致命或極端嚴重後果之犯罪」，

聲請目的二：廢死

- 依據聯合國人權事務委員會及相關案例的說法，包括最新的第36號一般性意見，至少絕對不應適用於任何毒品犯罪。
- 兩公約施行法生效迄今超過10年，該是重新檢討釋字第476號解釋的時候了，將並未侵害生命法益的毒品犯罪，其中的死刑宣告違憲，併同時檢討修正毒品犯罪體系甚不合理的嚴刑重罰法律，刻不容緩。

漏未判決的112年憲判字第13號

- 黃昭元大法官不同意見書：
- 再者，本判決對系爭規定法定刑中之死刑規定，也視而不見，未予任何審查。按系爭規定所處罰之「製造、運輸、販賣第一級毒品」行為，並非直接侵害他人民生命法益之犯罪行為。
- 立法對此種犯罪行為科以死刑，就違憲審查而言，不論最後的審查結論是合憲或違憲，其實都有值得詳細並深入論述的價值。
- Q：終審法院有已受請求之事項未予判決之違法，怎麼救濟？可否聲請補判？

去年聖誕節(行憲紀念日) 憲法法庭的言詞辯論

- 憲法法庭激辯「爆粗口」要不要判刑！法官：不能用《刑法》處罰講實話的人(2023/12/25)
- 公然侮辱爭議今辯論 最高院法官質疑講實話也要被國家刑罰？(2023/12/25)
- 懲罰爆粗口就是干預言論自由？馮光遠讚憲法法庭今激辯精彩(2023/12/25)
- 公然侮辱除罪激辯 法官：若真是娼妓雜碎 為何不能罵(2023/12/26)
- 公然侮辱罪傷害言論自由讓檢察官變「道德警察」？憲法法庭言詞辯論(2023/12/26)

- 大法官詹森林則何種情況構成公然侮辱非常好奇，追問法官錢建榮「**你認為可以當著眾人的面說她是『娼妓』嗎？**你覺得罵人『娼妓』違法嗎？如果說一個妻子因為不聽先生的話才會被照3餐打」，或是「丈夫被妻子家暴還被人家罵『衰小』，是否構成公然侮辱罪？」
- 錢建榮則回說，如果一個人真是「娼妓雜碎」為什麼不能罵？他強調，「**如果符合事實就不會構成傷害，只會損害內在感情，或許可以訂在《刑法》隱私權條文裡....**誹謗在處罰『講假話』的人，公然侮辱其實是在處罰『講實話』的人，如果心裡受傷可以去求償，但國家不能用公權力處罰講出實話的人。」

- 法務部副司長簡美慧舉理，如有人罵她「婊子」，雖未連結事實，難道不影響人性尊嚴？
- 對此，最高法院法官錢建榮認為，一個罪連法益都講不清楚，怎可能符合法明確性？假設對方真的認為某人是「娼妓、雜碎」為什麼不能罵？此時，詹森林打斷問錢建榮，你認為可以當著眾人的面說她是娼妓？
- 錢建榮肯定表示「我真的這樣認為」，國家沒有理由動用刑罰權去處罰一個講出內心實話感受的人，侮辱跟誹謗最大的不同是，侮辱常處罰講實話的人，誹謗在處罰講假話的人，講內心真實感受，讓對方感到內在名譽受損，是一個不確定法律概念去解釋一個不確定的法律概念的侮辱，會變成有修養的法官聽不進去，比較粗俗的法官又能接受，導致個案會有人有罪有人無罪。

大法官認定合憲但限縮適用 憲法法庭113年憲判字第3號

■ 憲法法庭113憲判3號【公然侮辱罪案（一）】 (2024/4/26)

■ 主文

一、...刑法第 309 條第 1 項規定：「公然侮辱人者，處拘役或 9 千元以下罰金。」所處罰之公然侮辱行為，係指依個案之表意脈絡，表意人故意發表公然貶損他人名譽之言論，已逾越一般人可合理忍受之範圍；經權衡該言論對他人名譽權之影響，及該言論依其表意脈絡是否有益於公共事務之思辯，或屬文學、藝術之表現形式，或具學術、專業領域等正面價值，於個案足認他人之名譽權應優先於表意人之言論自由而受保障者。於此範圍內，上開規定與憲法第 11 條保障言論自由之意旨尚屬無違。

二、上開規定所稱「侮辱」，與法律明確性原則尚無違背

裁判違憲審查多件廢棄發回

- 主文
- 三、聲請人九聲請裁判憲法審查部分，臺灣桃園地方法院 110 年度簡上字第 573 號刑事判決關於駁回聲請人九就公然侮辱罪上訴部分違憲，廢棄並發回臺灣桃園地方法院。
- 四、聲請人十聲請裁判憲法審查部分，臺灣高等法院 111 年度上易字第 1671 號刑事判決違憲，廢棄並發回臺灣高等法院。
- 五、聲請人十一聲請裁判憲法審查部分，臺灣桃園地方法院 110 年度簡上字第 505 號刑事判決違憲，廢棄並發回臺灣桃園地方法院。
- 六、聲請人十二聲請裁判憲法審查部分，臺灣高等法院 112 年度上易字第 651 號刑事判決違憲，廢棄並發回臺灣高等法院。

113憲判3理由摘要：名譽感情不保障

- 為避免公然侮辱言論對他人社會名譽或名譽人格造成損害，於此範圍內，系爭規定之立法目的合憲。但不保障名譽情感。【46】
- 公然侮辱之文義可及範圍與適用結果可能涵蓋過廣，應適度限縮【50】
- 系爭規定之刑罰效果部分仍符合刑法最後手段性【60】
- 先就名譽感情而言，此項法益顯屬個人感情，已非系爭規定所保障之目的法益。如以系爭規定保護個人之名譽感情，不僅有違刑法最後手段性原則，亦難免誘使被害人逕自提起告訴，以刑逼民，致生檢察機關及刑事法院之過度負擔。【62】

113憲判3理由摘要：名譽人格要保障

- 然就社會名譽或名譽人格而言，如依個案之表意脈絡，公然侮辱言論對於他人社會名譽或名譽人格之影響，已經逾越一般人可合理忍受之範圍。
- 尤其是直接針對被害人之種族、性別、性傾向、身心障礙等結構性弱勢者身分，故意予以羞辱之言論，因會貶抑他人之平等主體地位，從而損及他人之名譽人格。
- 於此範圍內，已非單純損害他人之個人感情或私益，而具有反社會性。立法者以刑法處罰此等公然侮辱言論，仍有其一般預防效果，與刑法最後手段性原則尚屬無違。【63】

113憲判3理由摘要：拘役刑不妥

- 惟系爭規定就公然侮辱行為處以拘役部分，雖屬立法形成空間，且法院於個案仍得視犯罪情節予以裁量，然拘役刑究屬人身自由之限制，其刑罰重於屬財產刑性質之罰金刑，縱得依法易科罰金，基於憲法罪刑相當原則之精神，**單以言論入罪即剝奪人民身體自由，仍有過苛之虞。**
- 本於憲法保障人身自由及言論自由之意旨，系爭規定所定之**拘役刑**，宜限於侵害名譽權情節嚴重之公然侮辱行為，例如表意人透過網路發表或以電子通訊方式散佈公然侮辱言論，從而有造成持續性、累積性或擴散性嚴重損害之可能者，始得於個案衡酌後處以拘役刑。併此指明。【64】
■ (又是網路惹的禍)

兩公約禁止「文字獄」

- 《公民與政治權利國際公約》(ICCPR)第19條第3項：「本條第2項權利之行使（人人享有表意的自由，此權利包括不分國界，以口頭、文字、出版物、藝術或其他自己選擇之媒介，尋求、接收及傳遞各種資訊或思想的自由），負有特別的義務及責任。因此，為尊重他人權利或名譽、保障國家安全或社會秩序、公共健康或道德而有必要者，得以法律限制之。」
- 人權事務委員會 第34號一般性意見：各締約國誹謗法律之制定必須確保符合上ICCPR 第19條第3項之規定，並應考慮誹謗除罪化，且只有在最嚴重的案件始得適用刑事法律，而監禁絕不是一適當的刑罰。¹²⁸。

113憲判3理由摘要：無違法律明確性

- 系爭規定所稱之侮辱，依其文義，一般受規範者仍足以理解係指貶抑他人名譽之行為，亦可預見何種言語（例如髒話）常即具有此等貶抑性質，且得由法院認定之，是仍無違法律明確性原則。
- 至於法院就相同或類似用語之是否構成公然侮辱罪，判決結果或有歧異，然此亦涉及個案脈絡、權衡因素等，實為不確定法律概念之適用無法完全避免之結果。【72】

113憲判3理由：裁判違憲審查部分

- 聲請人九：辱罵「畜生啊你」
- 聲請人十：臉書頁面，張貼「○○朱，你最會說謊」之文字
- 聲請人十一：以「XXX」之穢語辱罵（XXX請自行腦補：彳匚匱）
- 聲請人十二：臉書下方不特定多數人均得瀏覽之留言處發表「痛打肥婆」

宣判當天我的臉書貼文感想

- 好在沒去憲法法庭聽判，否則當庭罵大法官三字經（請自行腦補最噁心用詞），不知道會不會被用公然侮辱罪現行犯逮捕？
- 這算不算逾越「一般人」可合理忍受之範圍？
- 113憲判3號判決，提到不保障「名譽感情」，只保障「名譽人格」（還有社會名譽）。某種程度可算是限縮在仇恨性、歧視性言論才要處罰，大法官用心良苦。
- 但三字經呢，不是發語詞的三字經喔！



三字經侵害名譽感情或人格？

- 事實審法官以後還要開展怎樣程度只到名譽感情，何種情狀始到名譽人格？
- 名譽與人格、人格與感情，到底怎麼區分呀～。
- 就怕血汗法官又要批評大法官「加法」改革，不免邊寫判決邊罵三字經。
- 還是那句話：請問罵三字經究竟罰不罰？
- 如果有的法官的「一般人」忍受標準會罰，有的法官的「一般人」則不會罰，
- 不是「一般人」的大法官真的認為沒有違反法明確性？

舊案救濟可能性？

- 至於舊案（指憲法訴訟法施行前聲請人一至八），是的，請先通過檢察總長的「一般人」標準，你才有機會去重新見識一般法官的「一般人」標準。
- 然後期待遇到一個私下愛罵髒話的法官審理？那你更是錯了，法官他自己愛罵，不代表他會讓你罵喔，因為，採「一般人」標準嘛！
- 最後，三字經幫我罵一罵。

大法官限縮於處罰仇恨性、歧視性、挑釁性言論的意圖有無成功？

- 「基於種族、宗教信仰、性別、性傾向之理由對人公然為仇恨性辱罵，構成人性尊嚴之傷害，始構成侮辱。」
- 仍然是不確定法律概念。
- 三字經、五字經？
- 填空題：X你（ ）

講一件10年前的往事： 找大法官不如自己判

- 彰化地院101易560號判決
- 罵龜兒子竟無罪--蘋果日報 20140223
- 彰化地院法官陳德池日前審理一件當眾罵人「龜仔尬（台語，龜兒子）」公然侮辱案，認為「龜仔尬」雖有負面意義，但爆粗口不等於侵害人格權，充其量只是令對方「心裡不爽」，並非名譽受損，判決被告無罪。這項判決結果引起法界爭議，有民眾不滿地說：「以後難道也可以隨便罵法官『龜仔尬』嗎？」

不必等大法官「指示」

- 陳德池主張應採「合憲性的目的限縮解釋」，意即被告口出此言無涉原告的種族、宗教信仰、性別及性傾向等，充其量只是令人產生「不堪受辱的感覺」，也就是心裡不爽，並不涉人性尊嚴和公然侮辱罪構成要件。

法官陳德池昨不願受訪。他在判決書指出，《刑法》第309條第1項公然侮辱罪的用語，為不確定的概念，有侵害言論自由，以及違反比例、法律明確性及平等原則之虞。他強調，爆粗口雖鄙俗，但屬個人主觀價值判斷表達，無對錯可言；我國以刑事手段管制人民意見表達，形同文字獄，宜仿效英、美法制採民事賠償為手段，較能遏止這類言論。

- 陳德池另曾審理罵人「賭婆、嫁出去給人幹」及罵40歲男子「給娘養的」兩件公然侮辱案，他都判被告無罪，還把這二案和「龜仔尬」案共三案向大法官聲請釋憲，希望大法官會議作成除罪化決議，但因聲請要件不符，未被受理。
- 律師李傳侯表示，為寺廟事務若指摘對方「做得不好、不用心、很差」等都沒問題，可是罵對方「龜仔尬」，就是謾罵羞辱他人，已構成公然侮辱罪。律師黃文明也認為，本案判無罪「實在有點勉強」，法官主張採「合憲性的目的限縮解釋」，應是認為罵人「龜仔尬」不在「仇視性言論」範圍內，但「這是法官想出來的，不見得其他法官會認同。」¹³⁷

二審大逆轉

- 罷人「龜兒子」一審無罪 二審逆轉判拘役20天
- <http://www.ettoday.net/news/20140701/373747.htm>
- 潘男受訪時說，「我們台語的龜兒子，這等於就是習慣語，在罷人你敢做不敢擔當，是這個意思，不是要侮辱他。」
- 法界人士認為，潘姓男子在公開場合對原告罵了龜兒子，確實有言語侮辱的動機。
- 律師鄭秀珠說，「龜兒子三個字確實，我個人覺得應該有言損、侮辱之意，如果是在公開場合的話，應該有這個可能性，而且這可能性還極大。」

違反兩公約之一：禁止文字獄

- 違反ICCPR第19條3項：「本條第2項權利之行使（人人享有表意的自由，此權利包括不分國界，以口頭、文字、出版物、藝術或其他自己選擇之媒介，尋求、接收及傳遞各種資訊或思想的自由），負有特別的義務及責任。因此，為尊重他人權利或名譽、保障國家安全或社會秩序、公共健康或道德而有必要者，得以法律限制之。」
- 人權事務委員會 第34號一般性意見並指出，各締約國誹謗法律之制定必須確保符合上ICCPR 第19條第3項之規定，並應考慮誹謗除罪化，且只有在最嚴重的案件始得適用刑事法律，而監禁絕不是一適當的刑罰。

違反兩公約之一：禁止文字獄

- 台北地院101年度簡7號判決：
- 無礙本院依照前揭ICCPR之規定及人權事務委員會第34號一般性意見之意旨，對刑法第309條為合乎上開意旨之解釋。
- 雖我國現行刑法第309條第1項公然侮辱罪之法定本刑為「拘役或300元以下罰金」，然因前開第34號一般性意見已明確指明不宜對妨害名譽罪採取監禁之方式，故本院認對被告科以罰金之刑較為妥適，併予指明。

違反兩公約之二：無覆審制度救濟

- 違反ICCPR第14條第5項：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」
- Q：刑訴376條無例外得上訴三審事由，是否違憲？
- 2013年我國國際人權報告之結論性意見與建議第65點「被告第一審法院被判無罪，而在第二審法院被判有罪，就沒有上訴救濟的機會，這違反公政公約第14條第5項的規定。專家因此建議修訂刑事訴訟法第376條，讓每位第一審法院被判無罪，但第二審法院被判有罪之被告，都有權利上訴至第三審法院」。
- Q:兩公約施行法何時生效的？

無憲法(與兩公約意識)的最高法院

- 最高法院102年台上字4532號(2013/11/7)：
 - 然刑事訴訟法第三百七十六條係屬現行有效之法律，在未經修正前，職司審判之法院，**自不得逕依上開「修訂刑事訴訟法第三百七十六條」之建議，即違反該法條之規定。**
- 聲請「最高法院聲請大法官解釋」部分：
 - 然所謂有違憲之虞，「僅係對法律是否違憲發生疑義」，並非謂對於「法律為違憲」，已達於合理之確信。...本件既欠缺「確信法律為違憲之具體理由」(釋572)，徒泛言「有違憲之虞」，即顯與上開得裁定停止訴訟程序，聲請釋憲應具備之程式不相適合，併此敘明。

為何強調釋字752號解釋 不是我聲請的？

- 106年11月16日修正前刑事訴訟法第376條：
- 下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：
 - 一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。
 - 二、刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。
 - 三、刑法第三百三十五條、第三百三十六條第二項之侵占罪。
 - 四、刑法第三百三十九條、第三百四十條之詐欺罪。
 - 五、刑法第三百四十二條之背信罪。
 - 六、刑法第三百四十六條之恐嚇罪。
 - 七、刑法第三百四十九條第一項之贓物罪。

連司法都關起門 誰救他(錢建榮)

- 先不談我國假釋撤銷程序，向來不重正當法律程序、比例原則，侵害受刑人聽審權違憲疑慮。這種一審無罪，二審大逆轉有罪確定的案件，沒給被告覆判機會，違反《公民與政治權利國際公約》第14條第5項：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」
- 我想，任何稍有理智的合議庭，來重審糟糕的高雄高分院判決，都不可能贊同他們的有罪結論，但《刑事訴訟法》第376條不許竊盜罪上訴第三審，讓被告永久喪失覆判機會。

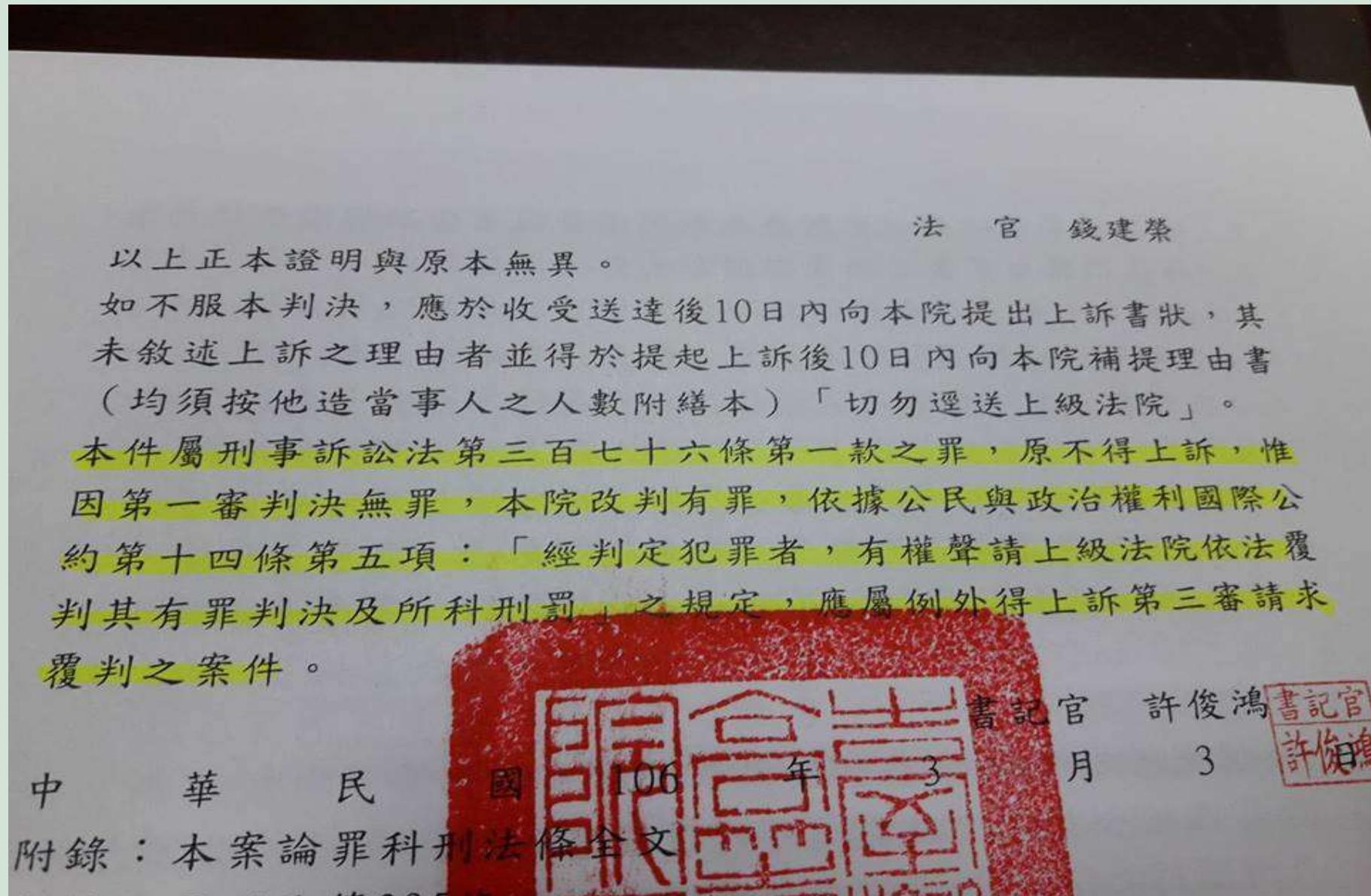
《危城》：公義被侵蝕的城邦



人權事務委員會第32號一般性意見

- 第47點：違反第14條第5項的情況不僅包括第一審法院判決如果是終審的，而且還包括在下級法院宣布無罪後，上級法院不能根據國內法覆判上訴法院或終審法院的有罪判決。
- 當一國的最高法院既是第一審又是唯一審判法院時，並不因為有關締約國最高法院進行審判這一事實而可以抵銷獲得上級法院覆判的任何權利；相反的，除非有關締約國就此作出保留，這一制度不符合《公約》。

一張司法實務圈瘋傳的相片： 台灣高等法院105上易1156號的首次嘗試



台灣高等法院105上易1156號的首次嘗試

- 二審逆轉有罪不得上訴有違《兩公約》
- 法官錢建榮判決「教示」衝撞最高法院(2017/6/1)
- 「我是故意衝撞最高法院，也提醒被告《兩公約》有這樣的規定」，錢建榮說，他在判決書這段文字用螢光筆畫線，用手機拍照傳到Line的群組，引起熱烈討論和轉傳。該判決書也變成「另類判例」。後來高院林孟皇法官也有相同的作法。
- 不過，司法院也表示，此一改革方向作法是透過法律解釋方式，使《刑事訴訟法》第376條規定契合《憲法》訴訟權保障及《公政公約》的要求，但除非這樣的見解成為實務界一致性看法，否則仍應尊重法官解釋適用法律的職權。

- 錢建榮表示，《刑事訴訟法》376條舊條文規定，「《刑法》第61條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院」。也就是法定刑度3年以下的輕罪案件不能上訴，因第三審覺得負擔太大，財產性犯罪很多，1995年修，擴大不得上訴第三審的案件範圍，以減輕最高法院負擔。
- 但他認為，法律如果從勞逸負擔思考，而限縮人民訴訟權是不對的。關於《憲法》訴訟權，大法官釋字第396號解釋指出「審級利益不是訴訟權核心內涵」，當初是為了妥協公務員懲戒委員會的一級一審，《兩公約》規定判有罪要有覆審的機會，是在大法官解釋之後，《兩公約》施行法才生效實施，大法官有重新檢討的可能性。

不准上訴？那怎麼檢討判例

- 錢建榮表示，這類所謂輕罪案件應該要可以上訴最高法院，以前可以上訴第三審時，最高法院做了很多判例，不准上訴之後，最高法院沒有機會檢討自己的判例有許多是錯的。換言之，最高法院身為終局法律審，應該例外受理上訴，就算是輕罪，也有終審法院該表示見解的法律爭議問題。
- 錢建榮表示，他認識的一位律師，代理辯護一起誹謗案，一審無罪，二審逆轉改判有罪，就是以《兩公約》的規定為由，上訴最高法院，結果被駁回，再聲請大法官會議解釋，大法官也不受理。

司法院不能自動幫法官著想太累

- 他表示，司法院每次都自動幫法官著想太累。但民眾到法院是對法院有期待，可以說是「甜蜜的負擔」，法官要做的就是接受負擔，司法院要減輕法官負擔，應從不當管考等制度問題著手解決，而不是把案子擋在法院門外，不讓人民進來，背道而馳。
- 錢建榮分析，這類案件一年大約300多件，不是每件都會上訴，扣除緩刑、6個月以下得易科罰金案件大多不會上訴，上訴案件概估只剩一半，負擔哪裡大？況且其中有的案子，最高法院還可以表示法律見解，甚至檢討當初財產性犯罪所作不當判例，這是好事。

- 高院105上易1156號被告沒有上訴（辯護人致電小書轉達謝意...）
- 倒是最高法院法官(們)用各種方式傳達不滿：
 - 致電我的庭長
 - 透過媒體放話

熱情有理念 基本功要加強？

- 法官錢建榮 熱情有理念 基本功還要加強
- 第二個失誤處是，錢法官認為該案（台灣高等法院105年度上易字第1156號）應該可以上訴，可以上訴的理由是「本件屬刑事訴訟法第376條第1款之罪，原不得上訴，惟因第一審判決無罪，本院改判有罪，依據公民與政治權利國際公約第14條第5項：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰」之規定，應屬例外得上訴第三審請求覆判之案件。」。

- 資深法官指出：在判決書的書寫格式上，每個公務員的權力不同，法官是寫判決，書記官只是負責記錄與校對，因此，在書寫格式上，法官應將「這段理由」寫在「判決理由欄內」，不可放在「法官名字」後面，「書記官」名字之前，這樣的格式顯示的：那是書記官的提醒作業（能否上訴），不是法官的主張。
- 我的想法：教示是結論，更是指示。當然還是記載在判決書末。但既然最高法院想看理由...

這次將可以上訴的理由 寫在判決書內

- 臺灣高等法院106年上易752號判決（2017/6/30）
- 肆、被告例外得上訴最高法院之說明
- 改判決被告有罪的理由4千字
- 說明被告例外得上訴的理由8千字

- 避免突襲性無罪改有罪判決 法官錢建榮點名最高院庭長吳燦面對(2017/7/17)
- 錢建榮法官將一件損害債權案從一審無罪判決，改判有罪，這也是他審理的第二件無罪改判有罪案件。因屬《刑事訴訟法》第376條規定不得上訴第三審的判決，繼首開先例在判決書文末加註「教示」，提醒被告「依據《公民與政治權利國際公約》（以下簡稱「公政公約」）規定，應屬例外得上訴第三審請求覆判的案件」，進一步在判決書本文中說明，被告例外得上訴最高法院的法律見解，判決書全文1萬4000多字，法律見解就占了8000多字。

臺灣高等法院106上易752號判決

- 被告所犯刑法第356條之罪，其法定本刑為二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。屬刑事訴訟法第376條第1款，不得上訴第三審之罪。
- 惟依據公民與政治權利國際公約（以下簡稱公政公約）第14條第5項規定：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰」，對此規定公政公約所設的「人權事務委員會」（Human Rights Committee）**第32號一般性意見第47點**曾解釋謂：「違反第十四條第五項之情形者，不僅包含只有一個審級即終結之情形，也包括經較低審級之法院宣告無罪，而上訴法院或最終審法院判處有罪，但根據締約國內國法之規定，欠缺更上一級之法院加以覆審（覆判）之情形。」

臺灣高等法院106上易752號判決

- 在僅有一個審級作為第一審且又是唯一審級法院的國家，如欠缺由更高一審級法院進行覆審之權利，締約國並不會因該案有最高法院得以審判之事實，而抵銷此項應受覆審保障的權利；
- 相反地，除非締約國對該條項規定保留，否則上述制度設計與公約不符」。
- 簡言之，公政公約保障每個人對於其所受的有罪判決，保有可以請求至少覆判一次的權利。

發展迅速...

- 錢建榮批小罪不能上訴第三審沒道理 監察院贊同將調查(2017/7/26)
- 此法條（公政公約第14條）通過至今已7年，監察院強調，司法院遲遲沒有修正，此舉是否有侵害當事人訴訟基本權之保障，並有違無罪推定原則之虞「有進一步深入瞭解之必要」。也因此監委王美玉、仉桂美26日立案申請自動調查，深入了解此情形。

然後...大法官釋字752號就出現了

- 二審逆轉有罪不得上訴有違訴訟權 大法官宣告「違憲」(2017/7/28)
- (誰先受惠?)
- 馬英九教唆洩密案適用
- 立委柯建銘自訴前總統馬英九教唆洩密等，一審馬獲判無罪，柯上訴二審，由於馬被訴的罪都是3年以下輕罪，同樣有一旦二審改判有罪不得上訴的隱憂；釋字752號解釋文出爐，將可立即受惠。
- 在此之前，台灣高等法院法官錢建榮，曾兩度審理此類案件，從一審無罪判決案件，改判有罪，在判決書中引用聯合國《兩公約》說明該案應屬例外得上訴第三審請求覆判的案件，以「教示」提醒被告，可提起上訴第三審，也認為最高法院應該要受理。

釋字752號

- 解釋文第一段(2017/7/28)：
 - 刑事訴訟法第376條第1款及第2款規定：「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第320條、第321條之竊盜罪。」就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪判決者，規定不得上訴於第三審法院部分，屬立法形成範圍，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。**惟就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。**

釋字752號

- 解釋文第二段(2017/7/28)：
 - 上開二款所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間者，被告及得為被告利益上訴之人得依法上訴。原第二審法院，應裁定曉示被告得於該裁定送達之日起10日內，向該法院提出第三審上訴之意旨。被告於本解釋公布前，已於前揭上訴期間內上訴而尚未裁判者，法院不得依刑事訴訟法第376條第1款及第2款規定駁回上訴。

2017/11/16修正公布

- 刑訴法第 376 條
- I 下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴：一～七款
- II 依前項但書規定上訴，經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，不得上訴於第三審法院。
- (2023/6/23修正：第1項增訂為第一至九款；第2項增修文字「或發交其他第二審法院」) 第2款：刑法第277條第1項之傷害罪；第9款：毒品危害防制條例第10條第1項之施用第一級毒品罪、第11條第4項之持有第二級毒品純質淨重二十公克以上罪。

不信正義與公理喚不回

- 監察院也看不下去：啟動調查，日前公布調查結果，指二審未詳查事證，並不當剝奪黃明芳詰問權，且證人證言多所矛盾，建請法務部為此案研議提出再審或非常上訴。（2017/12/14）

https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=213&s=12682

- 同事投書質疑判決 法官告法官（2017/12/24）
- 最高法院還是二度駁回檢察總長的非常上訴...
- [最高法院107台非57號判決](#)
- [最高法院103台非352號判決](#)

終獲再審改判，維持一審無罪判決， 還以清白

- 高等法院高雄分院107年度聲再字第14號裁定
(2018/10/29)
- 高等法院高雄分院107年度再字第5號判決
(2019/7/18)
- 「漂流木冤獄」逼上絕路！黃明芳為妻小綁架富商
最終判決逆轉還清白
- 【獨家】匪從良又被逼上梁山關回籠 檢疑有冤為
他提再審獲准
- <https://tw.appledaily.com/local/20181101/VWOGCP2QUYAMJ5EGGSU7WX4BKM/>

錢建榮

法官惠存

正義
正道常在人心
義理未傳不朽

庚午年夏月
歲次人黃明芳恭書

- 許宗力大法官（司法權的運作與憲法—法官作為憲法之維護者，2007年）：
- 大法官是「憲法維護者」，但不是唯一的「憲法維護者」，大法官獨占的祇是違憲法律的廢棄權，秉持憲法意旨解釋憲法，並審查法律是否違憲。於認定法律違憲時，**聲請大法官解釋**，則是每一位法官有權並有義務為之的無可旁貸責任。
- 憲法不是大法官的禁臠，法官也肩負維護憲法重任，於維護憲法的任務上，與大法官是居於「建設性的共同伙伴關係」。

法官如何維護憲法最高性？

- 一、發揮具體法規審查功能：審查法令合憲性，聲請大法官解釋（釋字第371、572、590號解釋）
- 二、於個案中實踐合憲解釋法律原則—合乎憲法意旨之法律解釋
- (一)民事法律：基本權對第三人效力及保護義務功能
- (二)刑事及行政法律：相互影響理論

憲法訴訟法(2022年1月4日生效)

- 第三章 法規範憲法審查及裁判憲法審查案件
- 第一節 國家機關、立法委員聲請法規範憲法審查
- 第二節 法院聲請法規範憲法審查
- 第三節 人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查
(第59條至64條)

憲法訴訟法(2022年1月4日生效)

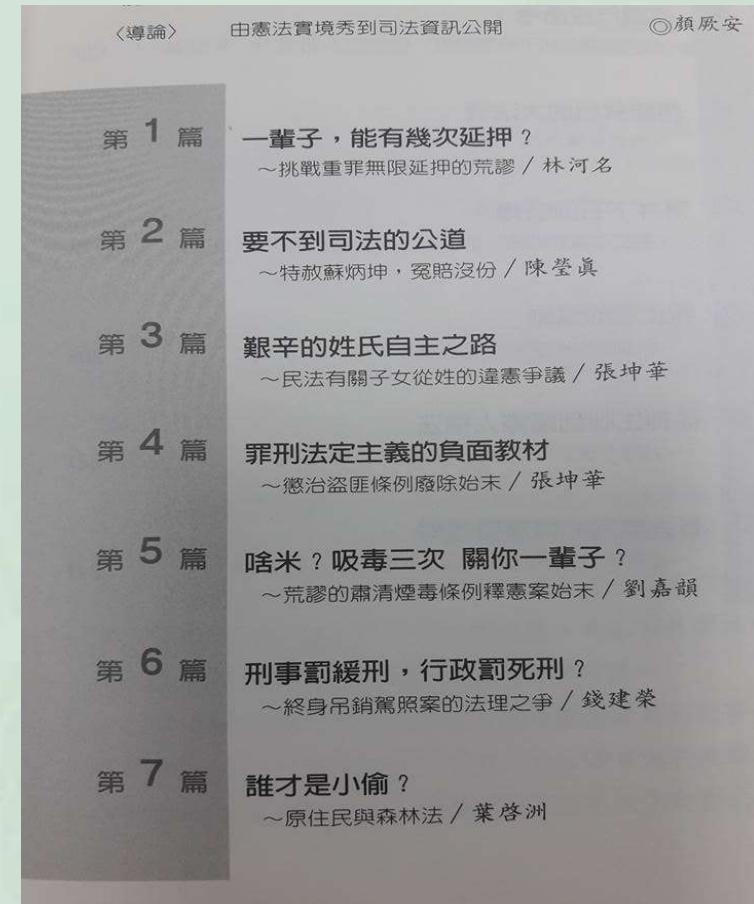
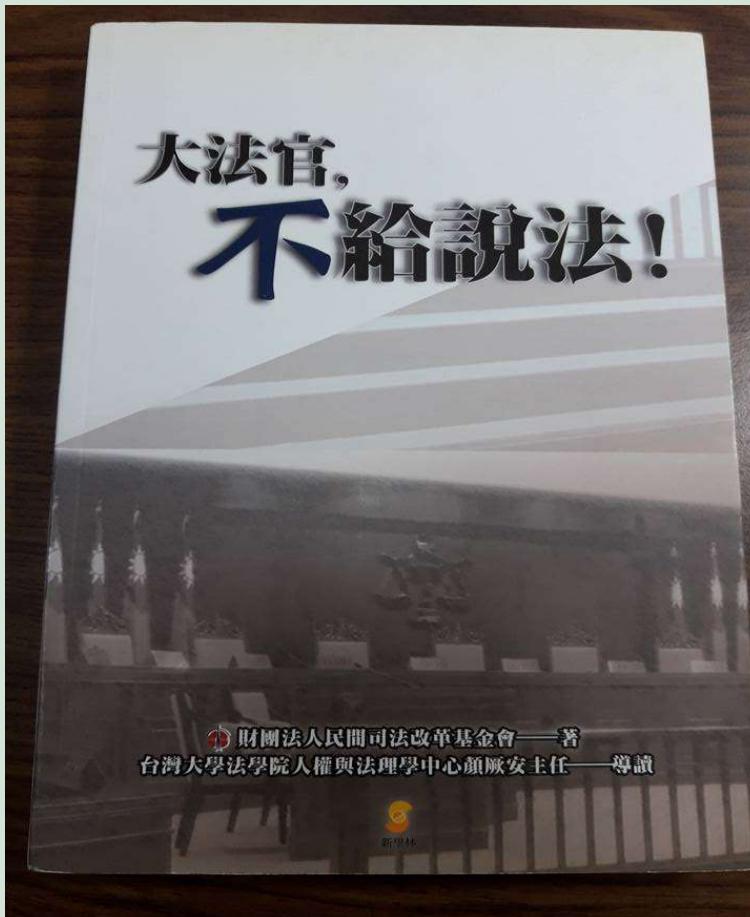
- 第59條(2023/7/7修正施行)：人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法庭為宣告違憲之判決。
- 前項聲請，應自用盡審級救濟之最終裁判送達後翌日起之六個月不變期間內為之。
- 第62條：憲法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。
- 第五十條及第五十二條規定（定期失效），於前項判決準用之。170

為何要有裁判憲法審查制度？

- 過去只能審查立法、行政權的侷限性與無奈（含淚不受理）
- 人民基本權的完整保障：實質有效的權利救濟
- 憲法(基本權)的最高性
- 臺灣變體：變相以「命令」性質審查最高(行政)法院的判例、決議
- 判例、決議被宣告違憲以後？
- 原因案件聲請再審、非常上訴仍被駁回
- 違憲但定期失效的救濟難題：原因案件當事人還是為人作嫁？(再以釋字第790號解釋為例)

大法官不給說法！

- 刑事罰緩刑，行政罰死刑？—終身吊銷駕照案，民間司改會編，《大法官不給說法》，新學林出版社，2011年9月。



釋字第780號【駕車闖越平交道處罰案】 (13年後...2019/7/26)

- 解釋文第一項(略以)：道路交通管理處罰條例第54 條第1款規定：「汽車駕駛人，駕車在鐵路平交道有下列情形之一者，處新臺幣1萬5千元以上6萬元以下罰鍰。因而肇事者，並吊銷其駕駛執照：一、……警鈴已響、閃光號誌已顯示，或遮斷器開始放下，仍強行闖越。」
- 同條例第 67 條第 1 項規定：「汽車駕駛人，曾依第54條規定吊銷駕駛執照者，終身不得考領駕駛執照。**但有第67 條之1所定情形者，不在此限。**」
- 及同條例第 24 條第 1 項第 4 款規定：接受道路交通安全講習，
- 均未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民之工作權、財產權，及憲法第 22 條保障人民一般行為自由之意旨尚無違背。

釋字第780號【駕車闖越平交道處罰案】 (2019/7/26)

- 解釋理由書：未區分違反規定者之情節輕重與結果，一律規定終身不得考照，雖有過苛疑慮（本院釋字第 531 號解釋參照），然依道交條例第 67 條之 1 規定，汽車駕駛人曾依糾爭規定一及二受終身不得考領駕駛執照處分者，符合特定條件，可依肇事所致損害之輕重，分別於處分執行已逾 6 年、8 年、10 年或 12 年之期間後，申請考領駕駛執照，對「終身不得考領駕駛執照」之限制設有緩和規定，使駕駛人有重新考領駕駛執照之機會，已非終身限制。其手段與目的之達成間具有實質關聯，未牴觸比例原則，與憲法保障工作權之意旨尚無違背。

釋字第780號解釋理由書

- 聲請人林oo於 102 年 7 月 4 日 16 時 16 分許，駕駛自用一般大貨車行經臺中市大慶街平交道，系爭平交道
- 於 16 時 16 分 38 秒列車通過後遮斷桿（器）開始升起，
- 16 時 16 分 42 秒警鈴再度響起，閃光號誌顯示，
- 16 時 16 分 46 秒聲請人駕駛車輛往前行駛，
- 系爭平交道警鈴持續響 8 秒後，
- 遮斷桿（器）下降動作於 16 時 16 分 51 秒啟動。
- 聲請人駕駛車輛於 16 時 16 分 54 秒至 16 時 17 分 0 秒間闖越平交道，並撞毀遮斷桿（器），

釋字第780號解釋理由書

- 經警員依行為時之道路交通管理處罰條例第54條第1款（下稱系爭規定一）規定舉發，並移送交通部公路總局臺中區監理所處理，經該監理所以聲請人有「警鈴已響、閃光號誌已顯示，闖平交道因而肇事」之行為，依系爭規定一、道交條例第67條第1項（原處分漏載第1項，下稱系爭規定二）及第24條第1項第4款（原處分漏載第1項第4款，下稱系爭規定三）之規定，對聲請人裁處新臺幣6萬元、**吊銷大貨車駕照、終身不得考領駕駛執照**，並應參加道路交通安全講習。
- 聲請人不服，提起行政訴訟，經臺灣南投地方法院102年度交字第40號行政訴訟判決，認原告之訴無理由駁回，聲請人提起上訴，經臺中高等行政法院103年度交上字第44號裁定，以上訴未具體表明原判決違背法令，上訴不合法而駁回上訴確定，

釋字第780號解釋理由書

- 故本件應以臺灣南投地方法院上開判決為確定終局判決。
- 南投地方法院行政訴訟判決102年度交字第40號
- 聲請人主張因交通管理規定不盡完善詳實，且過於僵化，導致法院就聲請人所遭遇之情況無法作出公正合理、且合乎憲法保障人民權益之判決，並因確定終局判決所適用之系爭規定一、二及三而剝奪聲請人之謀生機會，有侵害其受憲法第 15 條保障之工作權、財產權及第 22 條保障之權利之疑義，向本院聲請解釋憲法。

又是蒼白無力的警告性裁判

- 然上開設置規則及作業程序，對於兩列以上列車交會或續行通過平交道之情形，均未就前一列車通過後警報解除，至次一列車來臨前警報啟動，**設最低之合理安全間隔時間**，致有前一列車通過後，警報解除且遮斷桿升起，卻於其後1秒之內，警報突然又立即開始啟動者（臺灣桃園地方法院 106 年度交字第 374 號行政訴訟判決參照）；
- 或有如本件確定終局判決所認定，於前一列車通過後警報解除遮斷桿升起，**至次一列車來臨前警報啟動，僅間隔4秒之情形。**

- 車輛駕駛人於警報解除且遮斷桿升起，並開始啟動車輛時，固仍應隨時注意警鈴及閃光號誌之運作情形，以便在警鈴已響，閃光號誌已顯示時暫停（道路交通安全規則第104條參照）；
- 然人之反應畢竟無法如機器般精準，且大車之駕駛人開始啟動與突然停止車輛，更需有合理之反應時間，車輛駕駛人眼見遮斷桿升起，即有可能誤判短時間內無列車通過平交道，致闖入平交道。
- 設置規則及作業程序就兩列以上列車交會通行或續行通過時，兩段限制通行之時段間，均未設最低合理安全間隔時間，

- 致在警報解除後於間隔時間極短之情形下，隨即又啟動警報，易使駕駛人誤闖平交道，造成事故，並因而受到系爭規定一及二之處罰。
- 相關機關應依本解釋意旨，儘速檢討改進，並配合現代科技設置必要之資訊、通訊等設備或其他管控機制（例如：增加平交道延時警報功能，即在列車通過平交道欲解除警報時，若發現另一列車即將在一定秒數內到達啟動點，則需發出延時警報，使原平交道警報不終止，以避免兩車管制安全間隔時間過短釀禍），併予指明。

釋字第780號【駕車闖越平交道處罰案】 (2019/7/26)

- 解釋文第二項：
- 同條例第 54 條第 1 款上開規定之適用，係以「警鈴已響、閃光號誌已顯示，或遮斷器開始放下」為要件，相關機關關於警鈴、閃光號誌與遮斷器之運作，就兩列以上列車交會或續行通過平交道之情形，未就前一列車通過後警報解除，至次一列車來臨前警報啟動，設最低之合理安全間隔時間，應依本解釋意旨儘速檢討改進，併此指明。
- 至今(2022年5月)將近3年，試問：檢討改進了沒？

李念祖觀點： 情輕法重，救濟無著，司法何用？

- <https://www.storm.mg/article/1546653?page=1>
- 其實聲請人期待大法官說他的肇事情形不必吊照至少六年，更不該終生吊照。大法官解釋中描述的事實場景更較行政法院詳盡，明確指出法規的設計有欠缺，聲請人肇事受有影響，卻仍不願說「不問肇事情狀一概吊照」的法律構成違憲；對於聲請人的救濟袖手無策，聽任聲請人受不合理的吊照制度擺布，長期無業可就。試問：明知制度有缺失，卻不提供有效救濟，失業的聲請人如何信服司法？
- 憲法訴訟法，原被認作是一項司法改革的成果。然而釋字第780號解釋竟又告訴失去工作的司機，法制闕失，司法無能為力，乃只能顯示，憲法審判，仍不到位而已！

又是聲請人為人作嫁

- 原因案件（南投地方法院102年度交字第40號）判決理由：至原告主張其自小出身於鄉村，家本窮困，從小承父嚴訓誠實為人，家無恆產，只依靠混凝土壓送車工作，維持一家生計，**購置一部混凝土壓送車即本是原告全部家產**，如蒙處置失當，原告必陷入生活危機，一家大小自無倖免等語。惟此僅屬其個人經濟事由，非關乎本件違規事實之認定及適用法律有否違誤應審究之事項，自難採為免罰之依據。況原告既係以駕駛為業，本應謹慎小心，避免違規，**當無於違規後再以影響其生計為由聲請撤銷原處分之理。**
- 只能請聲請人林OO等6年後重新考領駕照？

重新考領駕照的真相

- 受終身不得考領駕駛執照處分重新申請考驗辦法
- 第 2 條：汽車駕駛人受終身不得考領駕駛執照處分，於本條例第六十七條之一第一項各款所定期間後，符合下列條件規定者，得申請學習駕駛證及**小型車普通駕駛執照**、輕型或普通重型機車駕駛執照考驗：
 - 一、於下列所定期間內，無違反本條例第二十一條第一項或第二十一條之一第一項規定情形：
 - （一）肇事致人死亡案件，申請前十二年內。
 - （二）肇事致人重傷案件，申請前十年內。
 - （三）肇事致人受傷案件，申請前八年內。
 - （四）其他案件，申請前六年內。

如果有裁判違憲審查制度

- 主文
- 臺灣南投地方法院102年度交字第40號判決、臺中高等行政法院 103 年度交上字第44號裁定違憲，均廢棄。
- 發回臺灣南投地方法院。
- 理由：
- 條例第 54 條第 1 款「警鈴已響、閃光號誌已顯示，或遮斷器開始放下」就算合憲，但適用上違憲；甚或指出終身吊銷駕照規定合憲(並非強制)，但適用上違憲。且具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要。

法官必須警覺司法也可能是加害者

- 錢建榮專欄：法官必須警覺司法也可能是加害者



法官必須警覺司法也可能是加害者

- 張三自己種田，平日機車上會放一把鐮刀用來除草，某日騎車經過桃園高鐵站附近香蕉園，看到香蕉成熟，便拿起鐮刀割了一串香蕉，離去時被香蕉園主人攔下，張三丟下鐮刀跪地求饒，主人仍報警，檢察官起訴張三涉犯刑法321第1項第3款的攜帶兇器加重竊盜罪。法官也認為張三主觀上根本沒有行兇的意思，但最高法院的判例說客觀上有殺傷力的工具就算兇器，還是依據判例認定張三構成攜帶兇器加重竊盜罪，判了他法定最輕的6個月有期徒刑，以最低標準易科罰金一天一千元折算，張三要繳18萬元，否則就要去關6個月。

- 張三繳不起罰金，上訴第二審法院希望輕判，因為已經是最輕的刑罰，法院駁回上訴。張三還想要上訴最高法院，最高法院說竊盜罪很早就改成不能上訴第三審的案件，駁回上訴確定。
- 另外有位有竊盜前科的遊民李四，沒錢吃飯，跑到台北關渡宮的許願池，用鐵夾子伸進池子上方架設的網架，夾了70元想去買便當吃飯，被廟公當場抓住，因為是累犯，被法院以加重竊盜罪判處7個月有期徒刑，平均偷10元關1個月。彰化一位65歲的阿嬤，拿把鐮刀偷採田裡一顆價值36元的南瓜，法官同樣以加重竊盜罪判處6個月有期徒刑，易科罰金的結果要18萬元，即使法官另外宣告阿嬤緩刑，這顆「鑲金」的南瓜還是引起輿論譁然。

最高法院的違憲判例沒人奈他何

- 被罵恐龍的法官們只能無奈的說，那是最高法院判例解釋的法律，社會不懂實務不識法律，不能亂罵法官。
- 有一審法官曾裁定停止審理，聲請大法官宣告最高法院的這則判例違憲，大法官說判例反正只是命令，法官不受拘束，不能聲請判例違憲，法律又沒有違憲，不受理法官的聲請。法官就算不理睬判例，認定只構成普通竊盜罪，檢察官也會上訴，上級審還是會依判例改判加重竊盜罪確定。
- 總之，最高法院的違憲判例就是沒人奈他何，因為最高法院不會認錯，判例超越法律，凌駕憲法拘束法官，真正的憲法反而不被最高法院法官看在眼裡¹⁸⁹。

最高法院是司法體系最「牛」法院

- 如果不是「判例」，只是單純的最高法院「判決」呢？判決見解不同也只是因為我們不同庭，對同一法律有不同解釋，說這叫審判獨立，卻完全忘了最高法院賦有統一法律解釋的職責。最高法官在判例之外，樂得以審判獨立之名，各吹各的調。所以貪污治罪條例的同一個「職務」上行為，忽焉法定職權說、忽焉無邊無際的實質影響力說，視被告身分而定，你也拿他沒輒，因為他是最高法院，司法體系中最欠缺反省能力，最「牛」的法院。
- 所以殺牛當然要用牛刀！最高法院之所以不會錯，只因為他是最高，制度上沒人再能糾正他。

最高法院是司法體系最「牛」法院

- 我們看過太多最高法院扭曲法律意旨的判例及決議，上面講的「兇器客觀說」只是一個典型的例子。
- 最高法院「決議」也好不到哪去，甚至還可以用行政上的決議插手管到基於審級制度，他根本管不到的地方，這不是行政干涉審判(還越級干涉)，是甚麼。
- 下級審法官大多不敢反抗最高法院，真有法官去找大法官解釋，也有個案的人民找大法官申冤，但大法官只會重覆說，法官不能聲請最高法院的判例及決議違憲，程序上不受理；**人民的聲請案，因為法律沒有違憲問題，個案解釋法律錯誤，大法官又說他管不著。**

基本權利拘束國家三權

- 大法官代表憲法保障人民的基本權不被國家公權力的無理侵害，所謂國家「公權力」，在三權分立底下，除了立法者代表立法權制定的法律，行政機關代表行政權公布的行政命令，當然也包括法院代表司法權所為的個案裁判。
- 完整的違憲審查權當然要檢驗立法、行政、司法三權的合憲性，這就是德國基本法第一條第三項開宗明義講的，憲法基本權「拘束立法、行政及司法而為直接有效之權利」的原因；美國的聯邦最高法院代表憲法，檢驗州最高法院及下級審的個案裁判是否合憲，更是違憲審查制度的發源國。

- 臺灣的違憲審查制度，只容許人民聲請審查司法具體個案中所適用的法律或命令本身是否違憲，卻把錯誤解釋法令的個案裁判給排除在外，無視「司法個案」對人民基本權造成的侵害？
- 這究竟是如過去司法院主事者所說的：「每個法官在個案中本來就都會要求合乎憲法，也肯定會比多元組成的憲法法院來得穩當」，還是其實害怕終審法院根本沒有憲法意識的訴訟實務，會因為大法官可以開始審查司法個案，而被制度性的拆穿西洋鏡？

法官永遠不理解他可能是加害人

- 司法權也是國家行使公權力的類型，如果把違憲的個案裁判排除在憲法審查之外，法官永遠不會理解他也可能是加害人。
- 同樣是重婚案例，你依法撤銷後婚姻關係，說是保障前婚配偶，但是當後婚姻關係是「國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生」，撤銷這種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，反而嚴重影響後婚的家庭生活及人倫關係，侵害憲法22條的婚姻自由權。
- 這是28年前大法官釋字242號解釋審查「鄧元貞重婚案」說的。

- 若非大法官及時糾正了最高法院的違憲裁判，解救當時數十萬外省老兵在台灣的「違法但合憲」的重大關係，不知會釀成多少人倫悲劇？
- 這種合乎憲法意旨的裁判見解，最高法院不是不能自己寫出來，但最高法院從不認為憲法是他的事，所以最後只能倚賴大法官以憲法的眼睛來審查他們的判決，拯救老兵在臺灣不得已的婚姻關係。
- 結果最高法院還不領情，全體聯名向大法官抗議，說下不為例，不准大法官越權當「超級第四審」：如果大法官可以推翻最高法院的裁判，最高法院還能稱之為「最高」嗎？

憲法才是最高的

- 最高法院如果有憲法意識，鄧元貞重婚案不需要由大法官解釋來推翻；最高法院若願意面對司法前輩的錯誤，及體察民意與社會環境的改變，「兇器客觀說」這種侵害人權，不符人民法律情感的判例，早就廢棄不再援用了。
- 歷經高壓統治的戒嚴時代，早就習慣了憲法只是裝飾花瓶的教育，最高法院資深法官們沒有憲法保障人權的素養與思維，並非不能想像。
- 沒有憲法意識的錯誤的法律詮釋，不會因為適用過上百件類似案件就變成對的，所謂最高法院審理海商法案件會比大法官來審比較正確的說法，只是因為那些案件沒有機會接受憲法檢驗的假象罷了。

- 建立「裁判違憲審查制度」的目的絕非創設所謂第四審，而是提醒法官解釋適用法律不能超脫憲法，人權的侵害隱藏在所有法官審理的普通案件中，包括法官作成的司法決定。
- 只有法官認知司法可能是基本權的加害者，而非只是保障者，才會願意正視憲法，在乎憲法，也不會法到用時方恨少，院際協調亂更多。
- 擔心爆量聲請案件壓垮大法官？最高(行政)法院怕被大法官推翻裁判，面子無光，才會帶頭培養憲法意識，當法官都能在個案中體現憲法保障基本權的精神，不再唯判例、決議是從，大法官哪還有案件需要解釋呢？

我在高等法院的小革命

- 高等法院105上易1374號判決
- 採取「客觀說」解釋本條款「兇器」的司法個案裁判可能是違憲的。在採取有對於個案裁判進行憲法審查的國家，例如德國彼邦的「裁判憲法訴願制度」(Urteilverfassungsbeschwerde)，所謂「合法但違憲」的裁判，就是指此類法律合憲，但個案裁判卻超出合法的解釋意旨，導致違憲侵害人民基本權的裁判結果。未來司法院應研究採行增列「裁判憲法訴願制度」的違憲審查類型，否則於現行判例、決議只能有限度的經由大法官審查，例如不許各級法官針對違憲判例、決議聲請大法官解釋（釋字第687號解釋意旨參見），勢將造成人民權利保障救濟的司法審查上難以彌補的漏洞。

我在高等法院的小革命

- 高等法院107上易473號判決不同意見書(同旨：107上易1518)
附件：本庭受命法官錢建榮之不同意見書
- 三、法官不能聲請判例、決議違憲審查，最高法院又難以甚或不能變更判例、決議，應容許大法官採行裁判違憲審查以救濟司法個案違憲侵害人民基本權
- (一) 本案多數意見的根結還是在不願違背判例、決議。依據司法院大法官釋字第687號解釋及大法官諸多不受理決議，大法官認為法官僅能聲請「法律」違憲，但不能聲請「判例、決議」違憲。多數意見大法官的意思是，判例、決議既然是最高法院現行統一法律解釋的機制，有違背法律意旨或甚至違憲之虞的判例、決議，應該由最高法院循審級制度，於個案中予以變更或不再援用，

我在高等法院的小革命

- 然而，依據刑事訴訟法第376 條第1 項第2 款，竊盜及加重竊盜罪不能上訴第三審，已經非屬最高法院得管轄的案件，除非經由檢察總長聲請非常上訴，否則最高法院並無機會審理竊盜罪之案件，殊不論最高法院鮮有承認判例或決議違法而變更的實例，試問：就竊盜罪而言，最高法院如何且於何時可以有檢討自己多年前作成的違法官例、決議的機會？於是期待身為終審法院的高等法院自發性不受判例、決議拘束，回歸法律解釋適用於個案，成為目前擺脫判例、決議束縛的一種選項。然而，多數意見仍顧忌判例、決議的效力，本席只能提出不同意見闡釋如上。

- (二) 依據最高法院判例、決議，第二審即終審法院採行「毀而不越」、「越而不毀」的司法個案裁判見解，可能是違憲的。在採取有對於個案裁判進行憲法審查的國家，例如德國彼邦的「裁判憲法訴願制度」(Urteilverfassungbeschwerde)，所謂「合法但違憲」的裁判，就是指此類法律合憲，但個案裁判卻超出合法的解釋意旨，導致違憲侵害人民基本權的裁判結果。未來司法院應研究採行增列「裁判憲法訴願制度」的違憲審查類型（這也是去年即106年全國司法國是會議的結論之一），否則於現行判例、決議只能允許人民聲請大法官審查的制度下，尤其以竊盜罪少見有辯護人參與的協助下，實難期待此類刑事被告有能力向大法官挑戰判例、決議的合憲性，如此勢將造成人民權利保障救濟的司法審查上難以彌補的漏洞。²⁰¹

參與高等法院值得參考裁判的經驗

- 想起前些時候(指去年2021年中)我在高院的庭長很感慨的跟我說：你的見解真的超前實務太多，每次我提你的裁判進值參，審查委員都不能接受。
- 聽了很感動，原來庭長還是偷偷選了我的裁判去討論，都沒跟我說。
- 因為來高院第一年(2016)，聽了某庭長委員告訴我，裁判沒進入值得參考判決的決選原因：「我們都覺得你是在寫憲法，不是在寫刑訴。」
- 從此以後，我決定再也不送裁判參與評選。

民國108年7月4日以後： 判例、決議均失去法律依據及地位

- 法院組織法第57條之1：
- I 最高法院於中華民國一百零七年十二月七日本法修正施行前依法選編之判例，若無裁判全文可資查考者，應停止適用。
- II 未經前項規定停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。
- III 於中華民國一百零七年十二月七日本法修正之條文施行後三年內，人民於上開條文施行後所受確定終局裁判援用之判例、決議，發生牴觸憲法之疑義者，得準用司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋憲法。

如何反應？舉例：攜帶兇器竊盜

- 新北檢109年度偵字第7023號：
- 洪oo於108年12月26日4時32分許，騎乘車牌號碼362-MDV號普通重型機車，行經新北市五股區新五路3段121號洪儻真經營之自助洗車場時，竟意圖為自己不法之所有，基於竊盜及毀損之犯意，**持足以作為兇器使用之螺絲起子**，破壞該洗車場洗車格之5臺投幣機之鎖頭，致令不堪使用，竊取該投幣機內之零錢共新臺幣2萬5,000元，隨即騎乘上開機車逃逸。

判例就是一則最高法院裁判

- 臺灣高等法院109年度原上易字第77號(109/12/3)
- 撤銷第一審加重竊盜罪有期徒刑8月，改判普通竊盜4月
- 此種見解可以最高法院79年台上字第5253號判決最具代表性（略以）：按本條項款所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足以對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器均屬之，且祇須行竊時攜帶此種具有危險性之兇器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要。螺絲起子為足以殺傷人生命、身體之器械，顯為具有危險性之兇器等語（本件判決原判例性質，因有案例事實查考，依據108年7月4日施行之法院組織法第57條之1第2項，其效力與未經選編為判例的最高法院裁判相同。另最高法院74年度第3次刑事庭會議決議亦同此見解，惟法院組織法第57條亦已刪除決議的法律依據）。惟採取「客觀說」的解釋，有違法解釋本條款之情：

提醒下級審不用再信「判例要旨」

- 臺灣高等法院109年度原上易字第77號(109/12/3)
- 按法院組織法業於107年12月7日修正，配合大法庭制度之立法，已可達到終審法院統一法律見解之目的，因而就現行將最高法院裁判中之法律見解自個案抽離，而獨立於個案事實之外，成為抽象的判例要旨之判例選編及變更制度自無再予維持之必要，爰刪除現行條文第57條之規定。
- 至於選編判例之規定刪除後，先前已經依法選編之判例，仍應予以明確定位，爰明定最高法院於中華民國107年12月7日法院組織法修正施行前依法選編之判例，若無該判例之裁判全文可資查考者，因無裁判所依憑之事實可供參佐，背離司法個案裁判之本質，應自本條文生效後停止適用（修正條文第57條之1第1項）。

要配合案例事實適用上級審裁判

- 其餘先前已經依法選編之判例，應回歸裁判之本質，即最高法院某一庭先前所為之「裁判」，與未經選編為判例之其他最高法院先前裁判效力相同（法院組織法108年1月4日立法總說明意旨參照）。
- 是以最高法院過往之判例及決議對於下級法院已無拘束力，自應依據個案事實加以判斷最適切之法律適用，原審判決既有如上違誤，本院自應予撤銷改判。
- 桃園地院110年度壢簡366、593號簡易判決從之。

法官的憲法意識

- 2021年8月17日即將告別高等法院的最後之作
- 錢建榮專欄：用「憲法的眼睛」看最高法院特別法之亂
- 最高法院大法庭將在8月18日（本週三）宣判轉讓第二級毒品甲基安非他命，適用法定刑較重的《藥事法》處斷後，對於自白犯行的被告，可否適用《毒品危害防制條例》第17條第2項減輕其刑？

錢建榮專欄：用「憲法的眼睛」 看最高法院特別法之亂

- 即使沒有太多人知道甲基安非他命是經公告的禁藥，更不會知道粉狀的愷他命（K他命）有別於臨床醫療合法用的注射液形態，所以被歸類為偽藥。
- 但最高法院就是沒辦法眼睜睜看著《藥事法》的刑罰不管，所以毒品圈的被告都會被法院認證就是知道上面的「常識」（知識？）。
- 轉讓微量的第二級毒品甲基安非他命或第三級毒品愷他命，除了構成毒品條例的轉讓毒品罪，同時也會成立藥事法的轉讓禁（偽）藥罪。

「重法優於輕法」原則待斟酌

- 偏偏藥事法的轉讓禁（偽）藥罪，法定最高刑就是來得比一般轉讓毒品罪為重，所以最高法院向來持「重法優於輕法」原則，認為相較於毒品條例，藥事法才是特別法（連主管機關衛福部都驚呆難以認同）。其實這只是落入「重罪優於輕罪」的思維，但是法條競合關係下的特別關係，或所謂特別法優於普通法原則，從來沒有所謂「重罪優於輕罪」的原則。
- 首先，這是想像競合犯從一重（罪）處斷的原則，最高法院恐有將法條競合與從一重罪處斷的想像競合混淆之虞；此外，特別關係重視的是「全部法優於一部法」，也就是完整評價原則。

「重法優於輕法」原則待斟酌

- 而且有太多的全部法（特別規定）或優於普通法的特別法反而是輕罪的法律，例如刑法第273條法定刑較輕的義憤殺人罪，就是刑法第271條第1項殺人罪的特別規定，而應優先適用；
- 有時特別法與普通法的法定刑相同，但基於全部法優於一部法原則，仍應適用屬全部法的普通法規定。最有名的實例就是廢止前的《懲治盜匪條例》第2條第1項第9款單純擄人勒贖（沒有撕票）罪，與修正前刑法第348條第1項擄人勒贖而故意殺被害人罪，前者為特別法，後者為普通法，兩者當時均為唯一死刑之罪，

「重法優於輕法」原則待斟酌

- 但行為人擄人勒贖而故意殺被害人，最高法院79年度第1次刑事庭會議決議認為：「刑法將擄人勒贖與殺人兩個獨立之罪名相結合成一新罪名，而加重其刑罰，此種結合型態之犯罪，自較單一擄人勒贖之犯罪情節為重，刑法第348條第1項與懲治盜匪條例第2條第1項第9款法定刑相同，依全部法優於一部法之原則，自應適用刑法處斷」。
- 還有，只有行政罰鍰效果的處罰較輕的《優生保健法》，就是刑法第289條加工墮胎罪的特別法，但優生保健法仍應優先適用。

「重法優於輕法」原則待斟酌

- 足見最高法院所謂的「重法優於輕法」，並非特別關係的判斷類型，更非判斷特別規定通用有效之基準。然而，最高法院仍然於109年12月30日作成大法庭裁定（**109年度台上大字第1089號**），維持一貫的重法優於輕法原則，要擇較重的轉讓禁藥罪論處。
- 說是採用上述原則，作為選擇法規競合適用法律的標準已久，實務運用並無困擾，在相關法律及客觀環境毫無異動之情形下，不宜驟然加以改變，以維法律適用之明確性與安定性。

誤用「法律整體適用不得割裂」

- 關鍵問題在於8月18日即將宣示的第二則大法庭裁定（109年度台上大字第4243號）。
- 因為最高法院選了《藥事法》（第83條第1項）為特別法後，104年度第11次刑事庭會議決議又援引27年上字第2615號舊判例意旨，發明所謂「法律整體適用不得割裂」原則，認為既然適用藥事法83條第1項論處，就不能割裂又去適用其他法典即毒品條例第17條第2項的規定，所以雖然被告自白轉讓犯罪，但還是不能減輕其刑。

誤用「法律整體適用不得割裂」

- 《毒品危害防制條例》與《藥事法》是兩部都有效存在的不同法律，而藥事法全文也沒有與毒品條例第17條第2項得減輕其刑的類似或衝突的規定，因而就「被告自白是否減輕其刑」這件事情，只有毒品條例有特別規定，這時候的第17條第2項就是特別法，而應該優先適用這條減輕其刑，這與被告是否適用藥事法處斷，根本兩不相涉，也不會有割裂適用法律的問題。
- 簡單的說，行為人自白轉讓微量第二、三級毒品犯罪，有兩個特別關係要比較，一個是適用哪條法律論罪；另一個是自白這件事情要如評價定刑。

誤用「法律整體適用不得割裂」

- 兩件事情並不衝突。
- 最高法院的第一則大法庭裁定堅持藥事法才是特別法，已經走錯第一步，後天宣示的第二則大法庭裁定，顯然提案庭想要變更以往不適用毒品條例減刑的判決見解，但是最高法院九個庭中，只有提案庭與第六庭認為應該改變見解，其他七個庭還是堅持以往不減刑的見解。
- 是否仍受到誤讀舊判例的影響可以想見，怕的是「將錯就錯」，又犯了第一個大庭庭裁定為了「維持法律適用明確性與安定性」的理由，不願改正。

法條競合的憲法意義

- 所以僅能適用其中一個法條論罪，其實就是基於「禁止雙重評價」的憲法原則，也就是大法官解釋所宣示的法治國一行為不二罰、同一行為不得重覆處罰原則（參見司法院大法官釋字第384號、503號、604號、636號解釋），不論是犯罪構成要件或量刑上面，總之，不能對犯罪行為宣告多重犯罪並賦予多重刑罰，反之，合理的評價基準也必須留意「充分評價原則」，法條競合特別關係下的全部法優於一部法，及上述所稱「封鎖作用」就是充分評價原則的展現。

法條競合的憲法意義

- 轉讓毒品的被告自白犯罪，立法者明定要減刑，最高法院過往卻不讓適用毒品條例減輕其刑，這才真的是犯了割裂法條適用的疑義，且過度評價被告的轉讓犯行，沒有充分評價被告應享有減輕其刑的利益。
- 期待這次最高法院大法庭裁定能推翻以往錯誤的法律適用，畢竟是否能因為自白減輕其刑，是立法者已宣示的刑事政策，更是被告最在乎的，至於要適用藥事法或毒品條例論罪或許也就不這麼重要了。

不符法律意旨的錯誤的裁判也是冤案

- 明年1月4日即將生效施行的《憲法訴訟法》特別增訂了「裁判憲法審查」的新制度（第59條、62條）：人民用盡審級救濟的案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；憲法法庭認人民聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院。
- 這當然包括最高法院的裁判，最高法院裁判以往不會錯，只是因為他的裁判不能再有其他機關審查，未來將有大法官以「憲法的眼睛」來審查，以救濟這種本來法律規定沒有違憲，只因為法官解釋適用法律的結果違反憲法法理，侵害人民基本權的個案裁判。²¹⁹

不符法律意旨的錯誤的裁判也是冤案

- 不符法律意旨的錯誤的裁判也是冤案，所謂的冤案不止是把無罪的人宣判有罪，也包括即使有罪的人被法官宣告了不該得的刑罰。一個錯誤的有罪或過度刑罰的決定，不僅是對被告財產或人身自由的侵害，更是對被告甚且其家人名譽造成難以抹滅的傷害。更別說一個普遍適用的錯誤的判決，造成的人權廣泛侵害是會危及整體司法公信的。

更具時代意義與反省能力的改革

- 建立「裁判違憲審查制度」的目的，絕非創設所謂第四審，而是提醒包括終審法院在內的所有法官，解釋適用法律不能超脫憲法，人權的侵害隱藏在所有法官審理的普通案件中，包括法官作成的司法決定。
- 因為法官也可能是憲法基本權的加害者，而非只是保障者。
- 大法官代表憲法，不再只是檢討立法院的法律或行政院的命令是否違憲，也包括司法自家人的司法個案裁判，這種宣示司法是具有反省能力的司法改革，更具時代意義及難能可貴。

最高法院 109 年度台上大 4243 號 (2021/8/18)

- 主文
- 行為人轉讓同屬禁藥之第二級毒品甲基安非他命（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年人（非孕婦），依重法優於輕法之原則，擇較重之藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪論處，如行為人於偵查及歷次審判中均自白，仍應適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定減輕其刑。
- 理由
- 一、從系爭規定之立法目的與規範體系以觀
- 二、從憲法罪刑相當、平等原則立論
- 三、從法律能否割裂適用而言

從法律能否割裂適用而言

- (一)所謂法律整體適用不得割裂原則，係源自本院27年上字第2615號判例，其意旨原侷限在法律修正而為罪刑新舊法之比較適用時，須考量就同一法規整體適用之原則，不可將同一法規割裂而分別適用有利益之條文，始有其適用。
- 但該判例所指罪刑新舊法比較，如保安處分再一併為比較，實務已改採割裂比較（本院96年度第3次刑事庭會議決議壹），而有例外。

從法律能否割裂適用而言

- (二)於法規競合之例，行為該當各罪之構成要件時，依一般法理擇一論處，有關不法要件自須整體適用，不能各取數法條中之一部分構成而為處罰，此乃當然之理。
- 但有關刑之減輕、沒收等特別規定，基於責任個別原則，自非不能割裂適用，要無再援引上開新舊法比較不得割裂適用之判例意旨，遽謂「基於法律整體適用不得割裂原則，仍無另依系爭規定減輕其刑之餘地」之可言。

大法庭神來一筆的傍論！

- 綜上所述，行為人轉讓同屬禁藥之第二級毒品甲基安非他命（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年人（非孕婦），依重法優於輕法之原則，擇較重之藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪論處，如行為人於偵查及歷次審判中均自白，仍有系爭規定自白減輕其刑之適用。
- 但就量刑而言，在重法之法定最輕本刑較輕法之法定最輕本刑為輕時，如仍得在重法之最輕本刑以上、輕法之最輕本刑之下，量定其宣告刑，即有重法輕罰之不合理現象。因此，在別無其他減輕其刑事由時，量刑不宜低於輕法即毒品條例第8條第2項所規定之最低法定刑，以免科刑偏失，始符衡平。

我在高院判決也一再強調： 輕罪對於重罪也有「封鎖作用」

- 全部法可能為輕罪，一部法為重罪，重罪的法定最低刑反而低於輕罪的最低法定刑。優先適用之全部法，雖屬輕罪，但屬重罪的藥事法第83條第1項之罪的法定最低刑為有期徒刑2月，反而低於輕罪毒品危害防制條第8條第2項的最低法定刑6月，基於衡平原則，並參照刑法第55條但書，關於想像競合犯雖從一重處斷，「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之意旨，輕罪的最低法定刑應具有「封鎖作用」，亦即就適用全部法量刑時，宣告刑即不得低於輕罪所定所規定的法定最低刑，否則無異鼓勵行為人犯重罪以博取輕罰，如此始符公平。

輕罪對於重罪的「封鎖作用」

- 適用毒品危害防制條例第8條第2項論罪之結果，不受藥事法第83條第1項法定最低刑2月之限制，而仍應以法定最低刑的6月有期徒刑為量刑基準。
- 最高法院105年度第10次刑事庭會議決議，雖然以適用藥事法第83條第1項論罪為前提，但同樣亦應有「封鎖作用」之適用，可惜最高法院決議先是在何者為特別法的擇取上走錯一步，復在是否適用「封鎖作用」，竟又再次採取不受刑法第55條但書意旨限制的有違衡平的結論，應非的論。
- Q：刑法339之4加重詐欺罪與洗錢防制法第14條第1項一般洗錢罪，想像競合從一重之前者論處，後者「併」科罰金適用否？

憲法的程序面向：正當法律程序

- 釋字第384號解釋文(1995/7/28)
- 憲法第8條第1項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」其所稱「依法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第23條所定相關之條件。

釋字第384號例示正當法律程序內涵

- 實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容。
- 實體法：「罪刑法定主義」
- 程序法：
- 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（證據裁判主義）；
- 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）；

釋字第384號例示正當法律程序內涵

- 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）（此釋字第582號、636號解釋重申並賦予更詳細之內容）；
- 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（審級制度）。
- 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。

正當法律程序的各國特色

- 美國：核心內涵就是保障聽審權
- 德國：1.基本權的程序保障功能； 2.程序基本權；
3.司法程序基本權。（參見錢建榮，延長羈押必須裁定法官親自訊問？月旦裁判時報23期，2013年10月）
- 台灣：憲法第16條(訴訟權) + 第8條(正當法律程序)
- 聽審權由憲法第16條的訴訟基本權導出，或從大法官自憲法第8條已習用的正當法律程序原則導出，俱無不可，至少可以確定聽審權或聽審原則，本有「主觀公權利」之功能，甚至不需有法律授權即得主張及行使。（例如：釋字582號把對質詰問權提升到憲法層次）

大法官解釋的聽審權濫觴與發展

- 釋字第482號解釋理由書第一段：「憲法第16條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含**聽審**、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等」。
- 釋737
- 釋762
- 釋799

民事反而超前發展？

未成年子女陳述意見權

- 憲法法庭111年憲判字第8號【改定親權事件暫時處分案】
- 二、系爭裁定三就未成年子女意見陳述權之判斷，亦與憲法正當法律程序之保障，有所牴觸【48】
- （二）有關未成年子女之家事非訟程序，均應使未成年子女有陳述意見之機會【51】
- （三）法院為交付子女之暫時處分裁定向前，應使未成年子女有陳述意見之機會【54】
- （四）就交付未成年子女之暫時處分之抗告程序，仍應使未成年子女有陳述意見之機會【57】
- （五）系爭裁定三就未成年子女陳述意見之機會，所持法律見解，牴觸憲法【59】

- 於有關定對於未成年子女權利義務之行使負擔之家事非訟程序，應基於尊重未成年子女程序主體性，使未成年子女有陳述意見之機會，此不但為憲法所保障審酌未成年子女最佳利益之正當法律程序，且已為我國現行法律所普遍採行（例如家事法第76條及第77條第1項第2款、第108條第1項、第110條第2項、第113條、民法第1089條第3項及第1097條第3項規定等）。
- 法院使未成年子女陳述意見時，應依其年齡及識別能力等身心狀況，於法庭內、外，以適當方式，曉諭裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會；必要時，得請兒童及少年心理或其他專業人士協助（家事法第108條規定參照）。

基於篇幅與課程時間

- (關於刑事訴訟程序的正當法律程序發展與運用，只能下回有緣再敘，絕對不是因為藏私^^)
- 以下討論如何製作一份憲法審查聲請書
- 以聲請法規範憲法審查為例：
- 最高法院111年度台上字第206號偽證案(請參見附件)
- 憲法法庭審理程序及書狀格式等

裁判違憲審查制度 是深具反省能力的司改宣示

- 先檢討十年前，再想十年後的司法改革(2022/4/29)
- 司法權天生具有的反多數決本質，有賴有人權與憲法意識的法官，在每個個案中，不畏民意與媒體壓力來實踐，因而已經在今年施行的《憲法訴訟法》新增的「裁判違憲審查」制度，賦與大法官可以用憲法的眼睛檢驗終審法院的裁判，這其中有三審，也有二審的裁判，可以說法官群體無不倖免。
- 大法官代表憲法，不再只專注於檢驗立法院的法律或行政院的命令是否違憲，**更包括司法自家人的個案裁判在內**，這種**司法深具反省能力的改革宣示**，更值得觀察未來十年的發展。

感謝聆聽 敬請批評指教

- 我的臉書：**Chien Jung Chien**
- 我的信箱：idachien321@gmail.com



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，在臺中市西區大墩十一街 156 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，在臺中市西區大墩十一街 156 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」而定鑄的結論，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鑑大法官，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未及調查斟酌，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