

司法院釋字第 789 號解釋抄本



司法院公布令·····	1
解釋文及解釋理由書·····	1
黃大法官虹霞提出之協同意見書·····	7
蔡大法官明誠提出之協同意見書·····	15
林大法官俊益提出之協同意見書·····	28
許大法官志雄提出之協同意見書·····	41
黃大法官瑞明提出之協同意見書·····	49
詹大法官森林提出之協同意見書·····	56
黃大法官昭元提出，許大法官志雄加入之協同意見書·····	62
楊大法官惠欽提出之協同意見書·····	76
謝大法官銘洋提出之部分不同意見書·····	84

釋 解

司法院 令

發文日期：中華民國109年2月27日

發文字號：院台大二字第1090005410號

公布本院大法官議決釋字第 789 號解釋

附釋字第 789 號解釋

院長 許 宗 力

司法院釋字第 789 號解釋

解釋文

中華民國 94 年 2 月 5 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定：「被害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、因性侵害致身心創傷無法陳述者。」旨在兼顧性侵害案件發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人之正當目的，為訴訟上採為證據之例外與最後手段，其解釋、適用應從嚴為之。法院於訴訟上以之作為證據者，為避免被告訴訟上防禦權蒙受潛在不利益，基於憲法公平審判原則，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，強化被告對其他證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以被害人之警詢陳述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。於此範圍內，系爭規定與憲法第 8 條正當法律程序及第 16 條訴訟權之保障意旨均尚無違背。

解釋理由書

聲請人曾○逸因涉及對未成年人之強制性交罪，經檢察官提起公訴，臺灣臺北地方法院以 95 年度訴緝字第 110 號刑事判決判處有期徒刑 6 年。聲請人上訴後，臺灣高等法院 96 年度上訴字第 220 號刑事判決改判處有期徒刑 3 年 10 月，嗣經最高法院 99 年度台上字第 1975 號刑事判決以聲請人上訴不合法，予以駁回確定。是本件聲請案，應以前開臺灣高等法院刑事判決為確定終局判決。聲請人認確定終局判決適用之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定，以被害人向司法警察所為陳述為認定聲請人有罪證據之一，侵害其受憲法保障之訴訟權與正當法律程序，向本院聲請解釋憲法。經核與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款人民聲請解釋憲法之要件相符，應予受理，爰作成本解釋，理由如下：

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

基於被告受憲法保障之訴訟上防禦權，其於審判中對證

人對質、詰問之權利，應受最大可能之保障。基此，被害人未到庭接受詰問之審判外陳述，原則上不得作為證據。於性侵害案件，立法者為減少被害人受二度傷害等重要利益，而以法律為例外規定，承認被害人向司法警察所為陳述具證據能力，如其規定足以確保審判外陳述作為證據之最後手段性，且就被告因此可能蒙受之防禦權損失，有適當之衡平補償，使被告仍享有充分防禦權之保障，即與憲法第 8 條正當法律程序原則及第 16 條訴訟權之保障意旨無違。

性侵害案件多發生於私密封閉而少有第三人在場之環境，被告於刑事訴訟程序上常需藉由對質、詰問以辯駁被害人證詞之可信性及真實性；惟性侵害案件被害人卻可能因須面對被告、揭露個人私密資訊及重複陳述受害情節，而加劇其身心創傷。94 年 2 月 5 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定：「被害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、因性侵害致身心創傷無法陳述者。」（本款於 104 年 12 月 23 日修正公布，僅為文字修正，下稱系爭規定）係考量性侵害案件之特性，以實現刑事訴訟發現真實，並兼保護性侵害犯罪被害人之目的，明定被害人因性侵害致身心創傷，無法於審判中陳述者，法院就被害人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述（下稱警詢陳述），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，乃刑事訴訟法第 159 條第 1 項之特別規定，具例外規定之性質，其解釋、適用，自應依循前揭憲法意旨，從嚴為之。

依此，所謂「因性侵害致身心創傷無法陳述」，係指被害

人因本案所涉性侵害爭議，致身心創傷而無法於審判中陳述。基於憲法保障刑事被告訴訟上防禦權之意旨，刑事被告詰問證人之機會應受到最大可能之保障，是系爭規定應僅限於被害人因其身心創傷狀況，客觀上已無法合理期待其就被害情形到庭再為陳述者，始有其適用。有爭議時，法院應依檢察官之舉證為必要之調查（如經專業鑑定程序、函調相關身心狀況資料），被告亦得就調查方法、程序與結果等，行使陳述意見、辯論與詰問相關證人、鑑定人等防禦權，以確認被害人於開庭時確有因性侵害致身心創傷無法陳述之情狀。被害人之具體情況尚未能確認者，法院仍應依聲請盡可能傳喚被害人到庭。於個案情形，如可採行適當之審判保護措施，例如採被害人法庭外訊問或詰問，或利用聲音、影像傳送之科技設備等隔離措施而為隔離訊問或詰問等（性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項參照），以兼顧有效保護被害人與刑事訴訟發現真實之需求者，系爭規定即尚無適用餘地。

其次，系爭規定所謂「經證明具有可信之特別情況」，係指性侵害案件，經適當之調查程序，依被害人警詢陳述作成時之時空環境與相關因素綜合判斷，除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外，並應於避免受性別刻板印象影響之前提下，個案斟酌詢問者有無經專業訓練、有無採行陪同制、被害人陳述時點及其與案發時點之間距、陳述之神情態度及情緒反應、表達之方式及內容之詳盡程度等情況，足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言。檢察官對此應負舉證責任，指出證明之方法。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，被告於此等證據能力有無之調查程序中，亦得對被害人警詢陳述之

詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人、鑑定人等行使詰問權，並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明被害人警詢陳述是否存在特別可信之情況。

刑事訴訟為發現真實，並保障人權，除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務（刑事訴訟法第176條之1參照），包括犯罪被害人在內。而為確保被告訴訟上之防禦權，經傳喚作證之證人，原則上應依法到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。證人經傳喚而未於審判時到場者，被告即無從對其對質、詰問，有不利於被告防禦權之虞。是性侵害案件，被害人無法到庭陳述並接受詰問，而例外依系爭規定以合於前述意旨之警詢陳述作為證據者，於後續訴訟程序，為避免被告訴訟上防禦權蒙受潛在不利益，法院基於憲法公平審判原則，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，強化被告對其他證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以被害人之警詢陳述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。

綜上，系爭規定旨在兼顧發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人等重要利益，其目的核屬正當；倘被害人之警詢陳述，於符合前開意旨之前提下，業經法院為必要之調查，被告得行使各種防禦權以充分爭執、辯明其法定要件之存否，並為訴訟上採為證據之例外與最後手段，且訴訟上就被告因此蒙受之詰問權損失，已有適當之衡平補償，並非屬被告有罪判決之唯一或主要證據，則於此範圍內，系爭規定即與憲法第8條正當法律程序及第16條訴訟權之保障意旨均尚無違背。

性侵害案件之被害人於刑事訴訟程序上必須詳細陳述受

害情節並揭露隱私，已須承受極大痛苦，若於程序中須一再重複陳述受害細節，往往對其身心形成鉅大煎熬與折磨。此於未成年被害人尤然。基於國家對犯罪被害人之保護義務，於性侵害案件，尤其涉及未成年被害人者，檢察官應盡可能及早開始相關犯罪偵查程序，並以適當方式對其為第一次訊問，避免被害人於審判前即須反覆陳述受害情節，併此指明。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明

詹森林 黃昭元 謝銘洋 呂太郎

楊惠欽 蔡宗珍

釋字第 789 號解釋協同意見書

黃虹霞大法官提出

沒有真實發現即沒有被害人保護，還可能造成冤抑；而對質詰問為刑事真實發現重要利器，並係刑事被告受憲法保障之基本人權。

傳聞證據與對質詰問是現代刑事訴訟制度之重要議題，本件聲請案直接涉及此二議題，應受理並作成解釋，大法官責無旁貸。也因為本席認此等議題對刑事訴訟發現真實之目的、公平正義之實現極具關鍵，所以戒慎。本件解釋僅以性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定（下稱系爭規定）為審查客體，審查範圍、解釋效力均不及於系爭規定相關之刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，因之本席雖認為系爭規定及其相關刑事訴訟法規定之合憲性均非無可議之處，如為違憲宣告非不妥當，惟就系爭規定部分，慮及性侵害犯罪之特殊性（私密性及多係發生於非陌生人如親友間），應儘可能避免受害人重覆受詢問之二度傷害等，尤其多數意見並非為無條件合憲之宣告，即已設定如解釋文所示之諸合憲前提條件，特別是已強調：「法院尤不得以被害人之警詢陳述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。」即已顧及本席之底線即真實發現及兩難時寧縱勿枉，故本席勉予同意本件解釋之結論。惟關於相關理由部分，則認有不盡相同處，也有認宜補充之處，爰提出本協同意見書，將本席擔任刑事辯護工作 30 餘年經驗所見，暨過程中得自王兆鵬教授、林鈺雄教授等大作、許玉秀大法官在本院釋字第 582 號解釋協同意見書、吳燦法官在法官學院擔任講座講稿等相關見解，以及歐、美、日相關法例裁判，尤其歐洲人權法院最新相關裁判之啟發，所形成之淺見，簡要補充如下：

一、本件爭議關鍵為未於審判中到庭接受被告、其辯護

人詰問之被害人警詢陳述，屬審判外陳述（傳聞證據），系爭規定例外賦予其證據能力，系爭規定有無侵害人民受憲法第 8 條及第 16 條保障之人身自由及訴訟基本權，是否違反憲法正當法律程序原則？

二、大法官說了算！本院解釋有拘束全國各機關及人民之效力，大法官有詳予說理之義務。本件解釋理由書第 2、3 段為後續論理及結論之大前提。由第 2 段前半段觀之，是直接由公平審判原則與肯定被告之對質詰問權為基本人權下手，固可支持。惟此一問題除了涉及公平審判原則外，同時也與法院直接審理原則有關；而不論公平審判或直接審理原則均係憲法正當法律程序原則之核心內容。本件解釋理由書第 2 段未提及直接審理原則，似可增列之。又本段前半段係簡要引據本院釋字第 582 號解釋等意旨，肯定對質詰問權屬被告受憲法保障之基本權，亦表同意；但其後半段也未另詳予論述，即指由正當法律原則落實於刑事訴訟制度為證據裁判原則與嚴格證明法則而已。本席以為本段末，若能加上：「是證據裁判原則與嚴格證明法則均屬憲法正當法律程序之一環，證據裁判原則並係憲法法定程序暨訴訟權之核心內涵，而嚴格證明法則則係證據裁判原則之核心概念。另所稱受公平審判之基本權，應包含法院直接審理原則在內，亦屬當然。」等文字，似可更明確說明證據裁判原則等在憲法上之意義，同時引入與本件解釋相關之直接審理原則。

三、又例外賦予傳聞證據證據能力與被告之對質詰問權之妨礙間有必然關聯嗎？以刑事訴訟法第 159 條之 1 規定為例，此等傳聞證據經賦予證據能力後，不表示即可豁免（由刑事訴訟法第 159 條之 2 規定亦可得知），即無需於審判中到庭具結接受被告、其辯護人之詰問，亦即傳聞證據例外規定不當然妨礙被告對質詰問權之行使。因此，有必要先進一步說明系爭規定如何妨礙被告之對質詰問權，暨因此所生衝突，為何及應以被告對質詰問權之保障為優先；次再說明為

何採取合憲限縮及此如何為合理，並其限縮條件等。基此：本席認為若在大前提論述中，即於理由書第3段更詳細論述，比如適當加入下列文字，對充分說理或有助益：

1、證據裁判原則之主要意義，包括積極面為：犯罪事實應由法院依證據認定之；消極面為：無證據者，法院不得認定犯罪事實，即不得為被告有罪之判決（刑事訴訟法第154條第2項規定參照），此與無罪推定原則相呼應。嚴格證明法則應解為無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為法院判斷之依據；且證據經依法禁止或未經法院合法調查者，原則上俱應無證據能力，而非僅無證明力而已。又被告不但無自證己罪責任，且犯罪事實之舉證責任在檢察官，被告亦無自證無罪責任。

2、上開法院直接審理原則為刑事勿枉勿縱底線要求下，發現真實目的所必要，包括各項用以判斷犯罪事實之證據應於審判期日由法院直接審理之。以人證為例，證人（含以被害人為證人者）應於審判期日到庭，並於陳述前具結，以擔保其於該審判期日所為之陳述為真實，否則其證言無證據能力，不得作為證據（刑事訴訟法第158條之3規定參照）。加之，如前所述，刑事被告對證人之對質詰問權，既為憲法所保障之被告基本權，其意並指證人於審判中，應依法定程序，到場具結（以擔保其陳述之真實性）陳述，並接受被告之對質詰問，其陳述始得作為被告犯罪事實之判斷依據（本院釋字第582號解釋解釋文第1段參照）；而詰問證人之目的在測試其信用性及證言之真實性，而且被告之對質詰問已然係刑事訴訟程序中，用以排除偽證、發現真實之最重要利器。從而被告於審判中對證人之對質詰問之機會，不得被剝奪，至少應受最大可能之保障，始符刑事訴訟程序所應追求之真實發現暨應避免冤枉被告之使命底線。

3、或謂傳聞證據法則規定（相關排除及例外）各國立法例容有不同，故此等規定核屬立法形成自由範疇。惟各國立

法規定不盡相同，固屬事實，但不因之即得推論傳聞證據規定係屬立法形成自由範疇。且由憲法優位原則觀之，直接審理原則、被告之對質詰問權、無罪推定原則及被告無自證無罪責任等俱屬憲法位階，而包括系爭規定在內之傳聞證據法則之原則及例外規定，俱屬法律位階，故系爭規定及其他傳聞證據法則規定俱應不得牴觸直接審理原則及侵害被告對證人之對質詰問權，當然也不能違反無罪推定原則及使被告負自證無罪責任。

4、準此，就傳聞證據中，證人（含以被害人為證人，下同）審判外不利被告之陳述，尤其未經具結者，若有該證人未能於審判期日到庭具結作證並接受被告、其辯護人對質詰問之情形者，此等審判外之陳述含記載此等陳述之書面，原則上本即應因與直接審理原則不符，及剝奪（或至少嚴重妨礙）被告對質詰問權之行使，極不利真實之發現，並極可能造成冤抑，原應認其為無證據能力，始與憲法正當法律程序之意旨無違。

5、然則若上述傳聞證據確為法院判斷犯罪事實所必不可缺（不但其陳述須係針對犯罪事實之存在而為，且係絕對必要）者，則基於刑事訴訟之真實發現，也應儘量避免縱放，以實現公平正義並保護被害人之目的，因此，如有足資彌補平衡之措施，譬如以嚴格條件限制而適當容許此等傳聞證據例外取得證據能力，此種規定也似非絕對無附條件合憲可能。關於上開嚴格合憲條件之設定，應注意傳聞證據例外之正當性原以對被告對質詰問權之保障為重要基礎，而在證人未能接受被告、其辯護人至少一次詰問，且該證人之審判外陳述係針對犯罪事實存在而為，又屬法院判斷犯罪事實所絕對必要之情形，確已生被告保護與被害人保護二法益衝突之困境。於此情形，基於刑事罪疑唯輕原則，只能寧縱勿枉，始符憲法第 8 條及第 16 條保障人民基本權之意旨；因此，如遇此情形，傳聞例外須向對質詰問保障調校，亦即其準繩

應為對質詰問保障而非傳聞例外。從而若欲以記載證人審判外陳述之書面作為證據，替代證人到庭具結之陳述者，由於針對此等書面（如警詢筆錄）之調查程序，包括勘驗該書面（筆錄）制作過程之影音資料、傳訊相關制作者、在場人等等，充其量只能證明此等書面之記載正確（內容與陳述人之陳述相符）、暨該書面之制作過程無不法，但無法證明陳述人之陳述內容與事實相符（真實性）；而陳述內容之真實性乃得成為法院判斷基礎依據之證據資料應必備之前提，是：

(1) 首須以能滿足直接審理原則中證人具結規定所欲達成之確保審判外不利被告之陳述，即所指訴犯罪事實存在之陳述內容為真實可信(truthfulness and reliability)之目的，暨被告對質詰問權行使所能發揮之排除偽證、發現真實主要功能等為共同前提。比如證人於審判外雖曾為犯罪事實存在之不利被告之陳述並經記載於警詢筆錄，惟此等筆錄不但不能為全部或一部犯罪事實存在認定之唯一或主要證據，並筆錄中所載證人之陳述，須有其他適當並足以形成該等犯罪事實存在確信之補強證據，以佐證該審判外陳述內容之真實性，所稱補強證據，¹應不包括聽聞證人審判外關於犯罪事實存在者之再傳述，因為此等再傳聞至少不具任何增強證人陳述內容

¹ 何謂必要之主要證據及補強證據？例如：以違反被害人意願為犯罪構成要件（如刑法第 221 條強制性交罪）之情形，除被害人本人須曾於警詢中為違反其意願性交之陳述，並其陳述經記載於警詢筆錄（主要證據）外，另有案發時之現場影音資料、因違反被害人意願致在被害人之身體留下之跡證、案發時或緊密連接時，目擊案發狀況之證人於審判期日到庭具結並接受被告對質詰問之陳述（補強證據）佐證被害人陳述之真實性。反之，若上述警詢筆錄並無關於犯罪事實存在之被害人陳述（本件原因案件應屬此種情形），或被害人稱違反其意願性交之記載（根本無主要證據），而由被害人以外、非目擊案發情形之人含被害人之親友或制作筆錄之警員，作證其曾於案發後甚至筆錄作成前後聽聞被害人陳述（僅係再傳聞而已），則因此等人並非在場直接與聞犯罪事實之人（直接證人），亦與刑事案件待證之間接事實（如目睹被告滅證）、輔助事實（就原因案件言，比如目睹被告於案發前曾有駕駛汽車行為）無關，故此等被害人之親友、制作筆錄之警員不具人證資格，根本不能證明犯罪事實存在，其陳述既不構成得由法院據以判斷之主要證據，也非補強證據。至上述警詢筆錄有被害人稱違反其意願性交之記載（有主要證據），且同樣由非目擊者證述其曾聽聞被害人陳述之情形，則因其等非為犯罪事實之目擊者，充其量係轉述(echo)被害人之陳述而已，對被害人關於犯罪事實存在陳述之真實性，沒有任何增強作用，故亦非所稱補強證據。

真實性之作用（佐證法則）。

(2) 次並應無違無罪推定原則及不得使被告因而須負自證無罪責任。

(3) 另還應遵守義務法則（最後手段性原則）即善盡各種調查方法以促使真實得以呈現，公平正義得以實現。

(4) 防禦法則（如就例外規定所定要件之是否成就詳為充分調查及給予被告充分防禦機會等）。

5、此外，於例外准許以書證替代人證情形，凡書證調查應踐行之程序、書證所含證人陳述任意性之確保，及其他屬證據法則暨直接審理原則之一般性要求者，均應依法處理，並給予被告及其辯護人陳述意見等充分防禦之保障（防禦法則），乃屬當然。

四、犯罪被害人之陳述被引為證明犯罪事實存在之證據者，除其證據能力無爭執外，犯罪被害人於審判中原則上有到庭具結作證，接受被告、其辯護人對質詰問之義務，因為其為一種證人（刑事訴訟法第 176 條之 1 規定參照）。對於人證，由法院依法傳喚、盡力促其到庭並為依詢問陳述，屬法院之職責；就為證人者言，事關公益，屬為公民應盡之義務，故證人經合法傳喚而無正當理由不到庭者，尚有處罰及強制其到庭之規定（刑事訴訟法第 178 條規定參照）。惟此等處罰及強制證人到庭之規定，並未排除被害人，是否全然妥當？似值斟酌。本席以為被害人既被認其為被害人之地位，被害人縱使不可放棄其追訴權，難道全然沒有默秘權、沒有不陳述之自由嗎？本席以為就已表明不擬追訴之被害人，應考慮以使其承擔不積極到庭陳述之不利益（包括其審判外陳述無證據能力或證明力），即兼顧被告保護之方式處理，而勿就其不到庭行為為處罰或強制。

五、系爭規定係以「必要」為前提，本件解釋理由書就此無任何說明。本席以為應指警詢筆錄中被害人之陳述已具

體述及犯罪事實存在，即具關聯性而有證據價值，且為認定犯罪事實存在所不可或缺者而言。若不具關聯性，即不具證據價值（如原因案件之被害人唯一警詢筆錄），或由其他證據已足證明犯罪事實存在，則應不得例外賦予此等筆錄證據能力。

六、關於何謂系爭規定所稱「經證明具有可信之特別情況」，係理由書第 6 段之內容，並未限定於無外部干擾之情形。查我國普通法院實務上多數裁判稱指無外部干擾因素，但已有判決（最高法院 103 年台上字第 2182 號及第 4086 號刑事判決）認含陳述內容之真實性。本席認為應非指無外部干擾之情形，且應含陳述內容之真實性，理由如下：

1、非出於不當外力干擾乃一切證據具證據能力之前提，故應不是具有可信之特別情況，此由系爭規定相關之刑事訴訟法第 159 條之 3 所仿日本刑事訴訟法第 321 條及該法第 325 條（規定應調查無外部干擾情形）併列對照，亦可知之。

2、相近文句亦見於刑事訴訟法第 159 條之 2，該條之具可信之特別情況，顯然應不能排除內容之真實性，而且毋寧應指係關於內容之真實性。

3、本件解釋理由書第 4 段一開始即已肯定對質詰問目的在測試證人證言之真實性，且由刑事訴訟法第 156 條第 1 項「被告之自白，非出於強暴……之方法，且與事實相符者，得為證據。」舉輕以明重，應可對照得出證人之陳述亦須有佐證證明所述與事實相符（並足以形成有罪之確信），才有證據價值、證據能力。

4、其餘關於陳述之時空環境之例示部分，也是一般應審酌之事項，與有無不當外力干擾同，亦應非關特信性之判斷。本席認為其判斷標準應在是否足以證明陳述之可信性！從而，因陳述內容若不真實，無何可信性可言，故應含陳述內容之真實性。

5、又若不作此種解讀，即肯定記載未經證明與事實相符，未經對質詰問之被害人審判外陳述之警詢筆錄之證據能力，可能導致舉證責任轉換至被告或不當擴大自由心證範圍，實質違反無罪推定原則及使被告負自證無罪責任，顯非妥當。

七、理由書第9段略併述及性侵害案件之特性、被害人之身心創傷痛苦，暨國家對被害人之保護義務，在兼顧發現真實之目的及犯罪嫌疑人防禦權保障下，間接肯定減述作業，並認應由檢察官儘早介入，親為第一次訊問，本席敬表贊同。惟本件解釋未能進一步建議立法者考量立法責成檢察官，應於被害人無客觀不能陳述情形下，使犯罪嫌疑人、其辯護人有機會對質詰問被害人，以使性侵害案件被害人儘早脫離痛苦，解免其於審判中須出庭接受對質詰問之義務，即以之為對質詰問權之衡平補償措施之一，殊甚可惜。立法者應可考量之。

八、對他人尤其犯罪被害人及無辜被告之痛苦，應本同理心理解及悲憫之，乃生為人類包括全體司法人員如法官，普遍具有之天性。又法官工作不但不應妨礙此一天性，且於相關作為含裁判書類中，應勿吝於同理心之自然流露，期於冰冷之訴訟程序中，適當注入溫暖及予人關懷。只是刑事法官以裁判實現被害人保護及追求公平正義時，有必須嚴格遵守之底線，即在嚴格證據法則下，在縱枉兩難時，寧縱勿枉。這不是為偏袒壞人（除了經確定終局裁判認定無罪之被告已然承受受訴之深切痛苦外，在無罪推定原則下，在法院確定裁判認定被告有罪前，受刑事訴追指為被告者也可能痛苦，且不應即被指為壞人或遭受過當歧視），是為避免冤枉，而且若未能堅守真實發現底線，因而錯判使真凶逍遙法外，那被害人之冤也未昭雪，何來被害人保護可言？！謹併此說明。

釋字第 789 號解釋協同意見書

蔡大法官明誠 提出

本號解釋以合憲性限縮解釋方式，為兼顧性侵害案件被害人保護與被告對證人（包括犯罪被害人在內）之對質詰問權，試取得其平衡點。此一解釋之結論，自有現實發展情況之特殊考量，固有所本。但在合憲性解釋之限縮要件論述上，關於刑事訴訟法上傳聞法則之例外，就證人法庭外之警詢陳述而言，一般性規定與性侵害案件之特殊性規定，兩者間究竟界線何在，頗值得再推敲，爰提出協同意見書如下：

一、被告對證人之對質詰問權

被指控犯罪的人（刑事被告）有權當面挑戰、質疑指控他的人（指控人(accuser)、不利證人(Belastungszeugen)），亦即對質詰問權，已是現代法治國憲法、刑事訴訟法或國際公約之定則。¹刑事訴訟審判時，原則上對證人之供述，應賦予被告請求對質詰問之權利，亦經本院釋字第 384 號解釋²及第 582 號解釋³所肯認。以刑事案件發現真實之目的而言，原

¹ 參照林鈺雄，對質詰問例外與傳聞法則例外之衝突與出路—歐洲人權法院與我國最高法院裁判之比較評析，臺灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 95；林輝煌，對質詰問權與傳聞法則—比較法之探索（上），法令月刊第 58 期第 4 卷，2007 年 4 月，頁 7；司法院釋字第 582 號解釋理由書。

² 實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，……被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利……。〔司法院釋字第 384 號解釋參照。〕

³ 憲法第 16 條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之

則上應賦予被告對質詰問證人之機會。惟對質與詰問兩者究係相同權利，或屬兩種不同權利。從刑事訴訟法第 97 條及第 184 條第 2 項有關對質規定，第 166 條、第 166 條之 1 至之 7、第 167 條及第 248 條第 1 項有關詰問規定觀之，將「對質」權與「詰問」權兩者分開規定，就文義解釋而言，兩者規範概念及內容有所差異，採取類似兩種權利之見解。⁴學說上則有將對質詰問合為一種權利，將之稱為質問權或對質詰問權。以上兩項說法，有所不同，如不問以上用語定義之差異，暫將之合稱為對質詰問權，以利行文。

從比較法觀察，美國憲法增修條文中有明文規定，被告有與對造之證人對質詰問之權利(to be confronted with the witnesses against him) 或不利證人之對質詰問(Confrontation of Opposing Witnesses)，此即所謂美國憲法第 6 增修條文之對質詰問條款(Confrontation Clause of the Sixth Amendment to the United States Constitution)。1965 年美國聯邦最高法院於 Pointer v. Texas 案判決認為依憲法第 14 增修條文之正當程序條款(due process clause)，被告對質詰問證人之權利，係屬基本權利(fundamental right)，適用於各州。⁵此適用正當程序原

一，且屬憲法第 8 條第 1 項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。（司法院釋字第 582 號解釋參照）

⁴ 參照王兆鵬，刑事被告的憲法權利，臺北：作者發行，1999 年 3 月，頁 142 以下。

⁵ 參照 Sue Davis, Corwin and Peltason's Understanding the Constitution (Belmont, CA: Wadsworth Cengage Learning, 2008), p.373; Robert B. Davis, Constitutional Law - Pointer v. Texas - Guarantee of an Accused's Right to Confront the Witnesses against Him in a State Proceeding

則，作為基本權利之違憲審查，值得思考。除有例外情況（例如死者臨終之陳述、已移居國外之證人在審判前所提出之供述等）以外，證人所提出證據如未經對質詰問，原則上該證據無法使用。

1980 年聯邦最高法院就 *Ohio v. Roberts* 案作出判決⁶，認為法庭外之陳述(out-of-court statements)，如其具有充分之「可信性標記」(an adequate “indicia of reliability”；有譯為「真實性標記」)，得以推斷出可信性，該證據可歸屬於傳聞法則根深蒂固的例外(where the evidences falls “within a firmly rooted hearsay exception”)。⁷亦即如具備「特定之可信性擔保」(particularized guarantees of trustworthiness)，則具有證據容許性。因此，在具有可信性之情況下，得例外不給予被告詰問之機會。2004 年美國聯邦最高法院於 *Crawford v. Washington* 案之判決，改變前述見解，認為前開判決所採之可信性標記，不足以替代交互詰問(an adequate substitute for cross-examination)，亦即基於對質詢問條款(Confrontation clause)，原則上應給予被告對於證人之法庭外供述，有面對

According to Federal Standards, SMU Law Review, vol.19 Issue 3, 632(1965). 此係針對 1965 年美國聯邦最高法院有關憲法保障證人對質詰問權之 *Pointer v. Texas* 案判決(380 U.S. 400 (1965))，肯認憲法第 6 增修條文所保障權利之程序適用各州，有如 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)有關警方逮捕及審訊犯罪嫌疑人時，應及時提醒之所謂「米蘭達告誡」(the Miranda warning)之貢獻，故有認為 *Pointer v. Texas* 判決，亦屬最著名美國聯邦最高法院判決之一。

⁶ 參照 *Ohio v. Roberts* 案, 448 U.S. 56(1980).

⁷ 就美國聯邦證據法所承認的傳聞例外而言，聯邦巡迴法院及大多數學者的見解認為，除概括傳聞例外規定之外，證據法中全部列舉的傳聞例外皆為根深蒂固的例外。參照王兆鵬，前揭註 4 書，頁 171-172。

面(face-face)⁸之「對質詰問」機會。⁹美國刑事訴訟程序係採當事人進行原則，與職權調查原則或我國所採之改良式當事人進行原則，故有所不同，惟對於證人之法庭外供述，是否應給予被告或辯護人對質詰問之機會，其應予相同之標準。抑或對質詰問權之承認與限制，¹⁰是否因法系不同而有不同標準，均屬值得探討之問題。

二、證人對質詰問權之例外規定

對質詰問權雖屬被告憲法層次上的權利，若有正當理由，仍可能受到限制。例如刑事訴訟法第 159 條之 1¹¹至第

⁸ 刑事被告與證人面對面的權利，為憲法所保障的基本人權，目的在維持審判程序的公平，及發現事實。……美國聯邦最高法院認為，一般人比較會在人的背後，捏造事實誣蔑他人，比較不會當著人的面前如此，因此使證人與被告面對面，……此權利能達到幫助發現真實的目的。參照王兆鵬，前揭註 4 書，頁 149-150。

⁹ 2004 年 *Crawford v. Washington* 案之判決，限縮 *Ohio v. Roberts* 案之見解，認為基於對質詰問條款，證人法庭外之供述(out-of-court statements by witnesses)，不問該供述是否被法庭認為可信，除非證人無法陳述且被告有事前交互詰問證人之機會外，不得作為證據。

¹⁰ 美國限制對質詰問權的方式可分為：1.對質詰問程序的治癒，2.得取代對質詰問的傳聞例外，3.對質詰問權內容的限縮。詳參吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外—美國與我國裁判發展之比較與評析，臺灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 117-122。

¹¹ 我國刑事訴訟法第 159 條之 1，係參考日本刑事訴訟法第 321 條之立法例，亦即該傳聞證人之供述，須具備可信之特別情況（所謂特信性或信用性）及作為證據之必要性，則例外不給予被告詰問之機會。有關日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之立法目的，係為替代反對尋問之信用性之情況的保障之存在，且該供述作為證據之必要性之要求，就傳聞例外要件所為之典型性規定。又就前述傳聞例外規定，係屬於嚴格之例外要件。參照高田卓爾、鈴木茂嗣編，刑事訴訟法 4，第一審 317 條-第 350 條，東京：三省堂，1995 年 9 月 10 日 1 刷，頁 149；田口守一，刑事訴訟法，東京：弘文堂，2006 年 2 月 15 日 4 版補正版 4 刷，頁 403-404。

159 條之 4¹²及本號解釋涉及之 94 年 2 月 5 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定：「被害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、因性侵害致身心創傷無法陳述者。」（本款於 104 年 12 月 23 日修正公布，僅為文字修正，下稱系爭規定），限制被告之對質詰問權，是故引發是否違反憲法所保障公平審判原則之疑義，亦即例外規定之合憲性問題。

從比較法觀察，對照前述英美法對於詰問權之重視，即以傳聞證據排除為主要原則，惟實際上另設傳聞法則¹³之例外，如依美國證據法則規定，設有 20 餘種之例外，此例外規定之多，可見傳聞證據，雖原則上排除作為證據（傳聞禁止），但不容忽視其因案件之特殊（例如證人死亡或因有正當理由而無法陳述等），而設有不少傳聞法則之例外情形（傳聞容許）。證人審判外之陳述，如符合傳聞例外(hearsay exceptions)，依證據法規定得為證據（具證據能力），若使用此種證據，因未經被告對質詰問，仍有侵害被告對質詰問權與否之疑慮？此問題又可能涉及對質詰問權之理論基礎。

¹⁴例如，美國有些州為保護少年證人，或性犯罪的被害人，

¹² 刑事訴訟法第 159 條之 1 至之 4 所列舉之各項傳聞例外規定，考其立法論據，概認為此類傳聞陳述，因具有可信性之情況擔保，且有其證據之必要性，雖未經被告對質詰問，仍認有證據能力。詳參各該條新增理由。參照林輝煌，同註 1 文，頁 7。

¹³ 英美傳聞法則之創設，兼具證據法及憲法之意涵，就證據法上之意義而言，乃在排除不可信之傳聞證據；在憲法上之意義而言，在於落實被告對質詰問權之保障。參照林輝煌，同註 1 文，頁 6。

¹⁴ 學說上有下列六種理論：一、最狹義的對質詰問理論，二、證人產

以立法規定此類證人得於法庭外作證，透過電視傳訊、對證人詢問或詰問。聯邦最高法院於 1988 年 *Coy v. Iowa* 案判決中認為，上述保護證人之方式，雖不違反被告詰問權，但可能違反被告之對質權—使證人面對面目視自己之權利。其後有些案件，例如 1990 年 *Maryland v. Craig* 案，聯邦最高法院認為因個案之特殊情形，限制被告與證人對質面對面的權利，並不認為違憲。¹⁵

三、從比較法觀察歐洲人權法院實務運作

本號解釋考量性侵害案件之特質（特殊性），並基於系爭規定作為刑事訴訟法第 159 條之 3 之特別規定之規範目的及意旨，且參酌歐洲人權法院之見解，作出合憲性限縮之結論，顯示其係採取較為折衷之立場。本號解釋就被告對不利證人詰問之例外規定，強調其須具備正當理由及平衡補償措施，固有所本，且有學說採納。惟歐洲人權公約之規範內涵，¹⁶隨著實務上不斷案例之出現，就歐洲人權公約第 6 條第

生理論，三、真實性理論，四、主要證據理論，五、防止政府濫權，六、當事人進行主義的訴訟防禦權理論。美國聯邦最高法院早期採取真實性理論，在 2004 年以後則採取防止政府濫權論。參照王兆鵬，美國刑事訴訟法，臺北：元照，2004 年初版，頁 379-382。

¹⁵ 參照王兆鵬，前揭註 4 書，頁 148-149。

¹⁶ 歐洲人權公約(European Convention on Human Rights, ECHR)（全名為歐洲人權及基本自由保障公約，European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms），在第 11 號議定書施行之後，廢止歐洲人權委員會，擴大歐洲人權法院之權限（接收歐洲人權委員會之功能與職權），及允許個人得直接向該法院提起訴訟。其係國際上第一個得由個人以內國法院之終局確定判決作為訴訟標的，請求該區域性國際法院（即歐洲人權法院，European Court of Human Rights）救濟之人權公約。參照黃士元，性侵害案件對質詰問權之限制與補償—從歐洲人權法院的實踐觀察（上），司法周刊，1661 期，第 2-3 版，2013 年 9 月。

3 項 d 款規定，歐洲人權法院實務上已有作出不少之判決，且其所提出判斷標準或原則，不盡一致，仍有再加以探究及申論之必要。

就歐盟人權保障之實務上，歐洲人權公約（下稱公約）之對質詰問權保障，規範基礎為公約第 6 條第 1 項併合第 3 項 d 款¹⁷，該公約第 6 條第 3 項 d 款規定被告原則上有面對不利證人之機會，以對其發問並質疑證詞之可信性，亦稱請求對審程序權(Anspruch auf ein kontradiktorisches Verfahren)。¹⁸本於上開規範基礎之結合運用，歐洲人權法院關於申訴內國程序不當限制或剝奪質問權之案例，採取整體觀察之審查方式，如內國踐行程序整體而言，其仍屬公平者，則不違反公約。再者，歐洲人權法院審查內國法院是否違反質問條款時，特別在於補償平衡(counterbalancing)之程序要求。¹⁹法院須審查該程序整體（包含證據程序）是否公平²⁰。於一定情

¹⁷ 歐洲人權公約第 6 條通稱為公平審判權利之保障，公約第 6 條第 1 項規定一般性對法院程序及近用法院之要求，第 2 項規定無罪推定原則，第 3 項規定法制國刑事程序必須實現之最低標準。參照 Helmut Satzger 著，王士帆譯，國際刑法與歐洲刑法，臺北：元照，2019 年 10 月 2 版 1 刷，頁 341。

¹⁸ 質問權雖是武器平等原則最重要之展現，但違反質問要求，並不當然造成程序之不公平。參照 Helmut Satzger 著，王士帆譯，前揭註 17 書，頁 351-352。

¹⁹ 參照林鈺雄，性侵害案件與對質詰問之限制—歐洲人權法院與我國實務裁判之比較評析，臺灣法學雜誌，188 期，2011 年 11 月，頁 63。

²⁰ Der Gerichtshof prüft, ob das Verfahren insgesamt, also einschließlich des Beweisverfahrens, fair war.(EGMR 22.11.2001 – 39799/98, Rn. 4 – Volkmer/Deutschland.) 另參照 The European Court of Human Rights (Third Section), , sitting on 22 November 2001, DECISION AS TO THE ADMISSIBILITY OF Application no. 39799/98 by Roland VOLKMER against Germany.

況，縱使不強制證人出席公開審判庭，原則上其應予被告詰問(Befragung des Zeugen)之機會，亦即給予充分且適當之挑戰及詰問不利證人之機會(an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him)，須就程序之整體予以評斷(Gesamtwürdigung des Verfahrens)，如欲對被告之詰問權加以限制，須有限制之正當理由(Ausreichende Gründe für Beschränkungen; gute Gründe; a good reason for the non-attendance)與程序及證據評斷之補償(Kompensation im Verfahren oder bei der Beweiswürdigung)。²¹

就此，歐洲人權法院發展出所謂之三階層（或稱三步驟）審查。亦即，法院於審查無對質詰問可能性所生陳述之可使用性 (die Verwertbarkeit der ohne Konfrontationsmöglichkeit zustande gekommenen Aussagen) 時，有採三步驟審查原則。歐洲人權法院於 2011 年之 Al-Khawaja 案判決即採此三步驟審查原則，有將之稱為「卡瓦賈」審查原則(Al-Khawaja-Tests)²²，亦即下列三步驟²³：

²¹ 參照 Schmitt, in; Meyer-Großner/Schmitt, Strafprozessordnung, 58., Aufl., München:Beck, 2015, Anh 4 MRK Art.6 Rn.22-22g.

²² EGMR 15.12.2011 – 26766/05, Slg 11-VI Rn.147 – Al-Khawaja ua/Vereinigtes Königreich. 2020 年歐洲人權法院判決繼續延用此一審查原則，可資參考。例如 EGMR (Dritte Sektion), Urteil vom 28.01.2020 - 10355/09, 14358/11, 12934/12, 76458/12, 25684/13, 49429/1, BeckRS 2020, 805, "The principles to be applied in cases where a prosecution witness did not attend the trial and pre-trial statements were admitted as evidence have been summarised and refined in the Grand Chamber judgments Al-Khawaja and Tahery (cited above, § 152), and Schatschaschwili (cited above, § 118). According to these principles it is necessary to examine in three steps the compatibility of proceedings, which led to a conviction, with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention."

²³ 參照 Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf/Stefan König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechts-

1. 證人法庭外之陳述（證人於被告不在場之陳述）容許作為證據方法有無正當理由？²⁴
2. 證人法庭外之陳述是否為被告定罪之唯一或主要根據？²⁵
3. 有無充分平衡補償因素，以整體確保程序公平性？包含重要之程序上確保，以補償因容許未經對質詰問之法庭外陳述所生之防禦障礙。²⁶

konvention, 4. Aufl., 2017-beck-online, EMRK Art.6 Rn.146.

- ²⁴ Gab es gute Gründe für die Abwesenheit des Zeugen und für die Zulassung seiner Aussage als Beweismittel? 引用歐洲人權法院判決之英文用語“there was good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness’s untested statements as evidence”，以供對照。以下有關三步驟原則之英文之三個註解，引自 EGMR (Dritte Sektion), Urteil vom 28.01.2020 - 10355/09, 14358/11, 12934/12, 76458/12, 25684/13, 49429/1, BeckRS 2020, 805.
- ²⁵ War die Aussage des abwesenden Zeugen die alleinige oder entscheidende Grundlage für die Verurteilung des Angeklagten? 且引用歐洲人權法院判決之英文用語，“the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant’s conviction or carried significant weight and its admission might have handicapped the defence”，以供對照。
- ²⁶ Gab es hinreichende ausgleichende Faktoren, einschließlich gewichtiger prozessualer Absicherungen, um die Hindernisse für die Verteidigung zu kompensieren, die durch die Zulassung der nicht überprüften Aussage entstanden sind, und um die Fairness des Verfahrens insgesamt zu sichern? 引用歐洲人權法院判決之英文用語，“there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair. The extent of the counterbalancing factors necessary in order for a trial to be considered fair would depend on the weight of the evidence of the absent witness. The more important that evidence, the more weight the counterbalancing factors would have to carry in order for the proceedings as a whole to be considered fair”，以供對

此三步驟審查原則之判斷因素，除有無正當理由及充分平衡補償因素 (sufficient counterbalancing factors to compensate; hinausreichende ausgleichende Faktoren)外，另強調該證據之重要性，其係屬定罪之唯一或主要（決定性）證據(the sole or decisive basis for the applicant's conviction)。2015年，歐洲人權法院 *Schatschaschwili v. Germany* 案之大法庭判決²⁷，對此三步驟審查原則予以修改，德國法院判決亦注意此等原則之要求，並為判決所引用。²⁸學說上有認為此三階層（步驟）審查原則之個別因素之關係，在多數歐洲人權法院判決中，並無完整且清楚之論述。其中有些判決，以不符合第一階層之要件，即逕認違反公約。惟另有從程序之公平性 (Die Fairness des Verfahrens; the fairness of proceedings)考量，

照。以上可見，為使審判被認為公平，有關平衡補償因素之必要範圍，係以未到庭證人之證據之分量為對照觀察。證據越重要，為使整體程序被認為公平，應使平衡補償因素越有分量。所以其係屬天平式之整體公平衡量。

²⁷ EGMR GRAND CHAMBER, CASE OF SCHATSCHASCHWILI v. GERMANY(Application no. 9154/10), JUDGMENT STRASBOURG, 15 December 2015; EGMR(GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 48 ff.; im Kammerurteil unter Rn. 33 ff.. 票數為 9 比 8 票，是以較少比數通過，認為德國違反歐洲人權公約規定，可見其存有分歧之意見。

²⁸ 參照 Helmut Satzger 著，王士帆譯，前揭註 17 書，頁 354-355。該判決將前述三步驟審查原則予以適度調整，因而有認其所為調整，將前述侵害對質詰問權之三階段審查原則中第三步驟之證據評價，不再是在第三階層之獨立審查因素，該判決將第二與第三審查階層對調，並將證據評價作為一種平衡補償因素，而納入第二審查階層。因此，得作為欠缺質問之補償因素者，特別是指僅賦予有限之證明力、以補強證據來謹慎調整證明力及嚴謹之證據評價，例如不利證人在警察或偵查官面前之陳述。亦即，新近判決將第 2 步驟與第 3 步驟予以對調或結合審查。

認須就所有三階層加以判斷。²⁹不問是否採完整三步驟（或階層）判斷方法，如參考前述歐洲人權法院所提出之判斷標準，實不容忽視有關正當理由及平衡補償因素之判斷步驟。

參考前述歐洲人權法院判決之見解，對於傳聞證據，在一定要件下，得以限制被告之對質詰問權。因此，關於允許被告對質詰問權限制之例外情形，不因普通法系(a common-law system)與大陸法系(continental-law systems; 或稱歐陸法系)而有不同，僅是普通法之交互詢問（或稱「對詰問」或「反對尋問」）原則之範圍(the scope for exceptions to the principle of cross-examination)，可能比大陸法系（例如德國法）較為廣泛，故兩者可能產生不同之例外情況及適用原則。例如參考 *Schatschaschwili v. Germany* 案之歐洲人權法院大法庭之見解，認為有關證人在警察或偵查時所為陳述之證據審查法則，應適用同一原則。³⁰因此，不問何種法系，基於憲法公平審判之要求，前述有關三步驟之審查原則，可採

²⁹ 參照 Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf/Stefan König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, a.a.O., EMRK Art.6 Rn.146f..有認為歐洲人權法院 *Al-Khawaja* 案判決，弱化對質詰問權，但針對人權最低要求而提出之 *Al-Khawaja Tests*，原則上仍被作為典範(mustergültig)，亦為德國法院所運用，例如 BverfG NJW 2010, 925/926; BGHSt 51/150/151f.; 46, 93/106; BGH NStZ-RR 2009, 212f..(參照 Diana Thörnich, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und der unerreichbare (Auslands-)Zeuge: Appell zur Stärkung des Konfrontationsrechts bei präjudizierender Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren Zugleich Besprechung von EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), ZIP 1/2017, S.39f., 47, 55.

³⁰ 參照 Helmut Satzger 著，王士帆譯，前揭註 17 書，頁 355，其採取 EGMR(GK), *Schatschaschwili v. Germany*, Urt. V. 15. 12. 2015, Nr. 9154/10, Rn.108.

為判斷法庭外陳述之證據能力之標準。

四、正當理由與平衡補償因素概念之繼受及未來法院實務上之挑戰

被害人未到庭接受詰問之審判外陳述，原則上不得作為證據。由於性侵害案件之特殊性，系爭規定對於被害人無法到庭陳述並接受詰問，而例外以警詢陳述作為證據者，傳聞例外之採用之審查標準，特別是引進訴訟上平衡補償程序作為判斷因素，係本號解釋之特色。惟因該要件目前尚未明文規定，如何參考外國經驗，妥適運用於我國法院審理性侵害案件之證據調查及證據評價上。對照前述歐洲人權公約第 6 條第 3 項 d 款有關被告對不利證人詰問之規定，保障被告對質詰問權，在文義上並未特別明確規定訴訟上平衡補償要件。惟如前所述，因歐洲人權法院實務上之肯認，亦成為重要之審查要件。比較系爭規定，其亦未明定在訴訟上須具備平衡補償要件。其中就對質詰問之限制，因須在程序上作出整體審查其「程序公平性」，以符憲法保障人民訴訟權及公平審判之要求。特別是平衡補償被告喪失對質詰問機會之損失。關於平衡補償，目前在歐洲人權法院實務上，不問其採取多少步驟之審查原則，均屬於相當重要之審查步驟。但在個案如何認定其在訴訟上有無給予充分平衡補償之情況（例如是否使證人在審判前之程序，受到被告或辯護人之詰問，或因性侵害案件之特殊性，而得以減輕其補償之分量等），以平衡限制詰問對被告所造成之不利益，值得再探究之。是於本號解釋之後，如何運作此一要件，尚待未來實務及學說繼續發展，以補其不足，且期望能發展出更具體之審查基準或適例，以供實務上應用。

此外，本號解釋另外提出有關係爭規定之解釋及適用，因屬例外規定，應從嚴為之，究竟如何從嚴之解釋及適用、最後手段性等概念為何，將來法院於個案適用時如何妥適運用，尚待時間考驗，以觀察其成效。

又基於刑事訴訟追求真實之發現³¹，例如刑事訴訟法第13條、第97條第1項、第184條第2項等規定，均揭櫫發現真實必要之目的，本號解釋除強調真實發現以外，並呼籲兼顧被害人之保護，此理想目標固無庸置疑，惟在立法論及解釋論上，如何在兩者之間取得平衡點，亦屬未來立法者及法院實務之挑戰。

³¹ 有認為發現真實沒有人否認它對審判的重要性。惟所謂的真實是一種擬制的真實，是一種法律上的事實，不一定是真正的事實。從真實是一定要發現和真實發現不可能，就會出現不同的結果。假如真實發現不可能，就會比較偏重於程序上的公理。刑事訴訟法由被告權利出發，其重心從發現真實慢慢轉向權利保障。參照王兆鵬，當代刑事訴訟法理論之發展，載於王兆鵬主編，當代刑事法學之理論與發展，蔡墩銘教授榮退感念專輯，臺北：學林文化，2002年9月1版，頁195以下。

釋字第 789 號解釋協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋係【性侵害犯罪被害人警詢陳述之證據能力案】。

本件聲請人，因涉嫌對未成年人犯強制性交等罪，經法院判決有罪確定¹。聲請人認確定終局判決適用中華民國 94 年 2 月 15 日修正公布之性侵害犯罪防治法（下稱性防法）第 17 條第 1 款規定：「被害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、因性侵害致身心創傷無法陳述者。」（本款於 104 年 12 月 23 日修正公布，僅為文字修正，下稱系爭規定）以被害人警詢陳述為認定聲請人有罪證據之一，侵害聲請人受憲法保障之訴訟權與正當法律程序，向本院聲請解釋憲法。經核與法定要件相符，本院爰於受理後作成本解釋。

本案釋憲結論採**合憲性限縮解釋**，認系爭規定，在符合一定要件（系爭例外規定從嚴解釋及採行衡平補償措施）下，與憲法第 8 條正當法律程序原則及第 16 條訴訟權之保障意旨均尚無違背。所謂一定條件，是指兼顧性侵害案件發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人的同時，**要求法院基於憲法公平審判原則**（所生的**訴訟照顧義務**²），在訴訟程序（證據能力有無的調查程序及隨後的審判程序）中，使被告享有「**充分**」防禦權的保障。這是刑庭

¹ 臺灣臺北地方法院 95 年度訴緝字第 110 號刑事判決判處有期徒刑 6 年，聲請人上訴後，臺灣高等法院 96 年度上訴字第 220 號刑事判決改判處有期徒刑 3 年 10 月，嗣經最高法院 99 年度台上字第 1975 號刑事判決以聲請人上訴不合法，予以駁回確定。

² 請參見，林鈺雄著，刑事訴訟法（上冊），自版，2017 年 10 月 8 版 2 刷，頁 261，略以：「法院負有訴訟上之照料義務，基於此項導源於公平審判原則的義務。」

法官依刑事訴訟法規定本應有的作為，目前實務上的操作，最高法院向來都是如此要求，所以本席對這項釋憲結論，敬表同意，但因解釋理由還有值得說明的地方，所以提出協同意見書，作為補充。

貳、本號解釋的釋憲爭點

本件聲請釋憲案，有二項釋憲爭點，分別說明如下：

一、性防法賦予被害人警詢陳述得為證據之規定，有無違憲？

性侵害案件的審判中，被害人因性侵害致身心創傷**無法到庭陳述**，被告不能對被害人行使其受憲法保障的對質、詰問權，在無其他證據可證明其犯罪事實時，立法者基於發現真實與保護被害人的目的，以系爭規定明定被害人的警詢陳述得為證據的規定，是否違憲？

二、被告無法詰問被害人，法院未採行衡平補償措施，有無違憲？

被告因被害人無法到庭陳述，致無法詰問被害人，因此可能蒙受防禦權的損失，法院如未採取適當的衡平補償措施，有無違憲？

參、性侵害案件的特殊性

本號解釋是就性防法的法律規定進行違憲審查，該法以性侵害案件為規範對象，對性侵害案件的特殊性，自應有一番認識。當聆聽性侵害犯罪被害人訴說創傷過程時，專業人士會說：「我們會小心翼翼地戴手套，把他們當成脆弱的易碎品來對待。」由此可見，性侵害犯罪被害人是何等的脆弱！多麼需要我們保護他們！被害人難以言說的心理創傷，我們真的能理解嗎？

就本席曾任臺灣高等法院刑庭性侵害案件專庭及少年專庭法

官（92 年至 96 年間，參與審判 50 多件妨害性自主案件）的審判經驗，性侵害犯罪被害人在審判中大都不願再回想、不想再述說過往被性侵害的情節，因為被害人一想到被性侵害就情緒激動、嚎啕大哭，一說到就痛苦萬分、掩面痛哭，性侵害對被害人的創傷真的非常的嚴重³，影響被害人一輩子！大法官作成本號解釋能夠理解這種情形，所以於解釋理由首先釋示：「性侵害案件被害人卻可能因須面對被告、揭露個人私密資訊及重複陳述受害情節，而加劇其身心創傷」，表明性侵害犯罪被害人與一般犯罪被害人不同（前者想忘記；後者想記起，設法記得被害情節，希望在法院訊問時，能一五一十講清楚，說明白），性侵害案件確實有其特殊性！這是我們處理性侵害案件時，一定要謹記在心！

肆、本號解釋的射程範圍

本件聲請解釋案於 109 年 2 月 4 日舉行公開說明會時，爭點題綱一提及系爭規定及性防法第 17 條第 2 款，並涉及刑事訴訟法第 159 條之 3，惟本號解釋僅就系爭規定作成部分合憲的解釋，其理由如下：

一、本件聲請釋憲意旨，僅就原因案件確定判決所適用的系爭規定而為聲請，系爭規定以被害人「無法（到庭）陳述」為規

³ 再舉實務上判決所載理由以印證之。1. 被害人 A 女於法院審理時，部分答以：我不太記得了等語，或以臥在指認室桌上哭泣、搖頭、雙手撫頭不語等方式拒絕陳述；A 女於偵查中證述：媽媽說這件事不要讓弟弟妹妹知道，也不要讓外公知道，媽媽說如果外公知道的話，會將被告趕出去等語（引自臺灣臺北地方法院 108 年度侵訴字第 59 號判決理由）。2. 被害人 A 女於審判中到庭後，於詰問時出現不語及躲在應訊台下，不願接受詰問之情事陳述（引自臺灣臺北地方法院 104 年度侵訴字第 22 號判決理由）。3. 被害人答稱：「我不要再說了（哭泣），可以看我之前作的筆錄好不好」等語，且情緒激動，不時低頭哭泣表示忘記了，不願再回想當時過程（引自臺灣臺北地方法院 100 年度侵訴字第 86 號判決理由）。4. A 女於對部分詰問內容，答稱：「我不敢講，那時候就爸爸要我來媽媽這邊，我都不敢講，現在又要我一直講（哭泣）」等語，且情緒激動，不願再回想當時過程（引自臺灣臺北地方法院 98 年度訴字第 1716 號判決理由）。

範對象，而性防法第 17 條第 2 款規定：「到庭後因身心壓力於訊問或詰問時無法為完全之陳述或拒絕陳述」，則係以被害人「到庭後」無法為完全之陳述或拒絕陳述為規範對象，二款規範的對象不同，是以本件釋憲客體仍僅限於系爭規定，而不及於上開第 2 款規定。

二、系爭規定的立法理由⁴雖敘及「參酌刑事訴訟法第 159 條之 3 規定」，但因該條是就一般刑事案件而為規定，而性侵害案件有其特殊性，已如前述，系爭規定立法理由亦敘明「並考量被害人與被告或其他證人之性質不同」，且系爭規定與該條第 2 款規定「二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者」的內容要件，也有不同，所以本件解釋客體仍限於系爭規定，而不及於刑事訴訟法第 159 條之 3，合先敘明。

伍、本號解釋的審查基準

本號解釋首先揭示：本於憲法，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（包含對證人之對質、詰問之權利）。本號解釋強調憲法公平審判原則，於訴訟上應保障刑事被告享有充分的防禦權（包含對證人之對質、詰問之權利等），以此作為本號解釋的審查基準原則。

對於性防法規定被害人警詢陳述得為證據之規定，有無違憲？本號解釋揭示 2 項審查基準：

⁴ 立法理由：參酌刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，並考量被害人與被告或其他證人之性質不同，幾無發生逼供或違反其意願迫其陳述情事之可能，倘被害人其身心已受到創傷致無法陳述，……被害人於檢察事務官、司法警察官或司法警察之調查過程中所為之陳述，具有可信之特別情況，認筆錄內容可信，且所述內容係為證明犯罪事實之存否所必要者，此項陳述應得採為證據，以避免被害人必須於詢問或偵訊過程中多次重複陳述，而受到二度傷害，爰予修正。

(一)最後手段性原則：於性侵害案件，立法者為減少被害人受二度傷害等重要利益，而以法律為例外規定，承認被害人警詢陳述具有證據能力，該規定是否足以確保審判外陳述作為證據的最後手段性？

(二)衡平補償原則：就被告因此可能蒙受之防禦權損失，是否有適當的衡平補償，使被告仍享有充分防禦權之保障？

如符合上開 2 項審查基準，於此範圍內，系爭規定即與憲法第 8 條正當法律程序原則及第 16 條訴訟權之保障意旨無違。

陸、本號解釋的審查方法

本號解釋的審查方法，採整體觀察法，乃參酌歐洲人權法院判例所示的整體觀察法⁵，依憲法公平審判原則為基準，就系爭規定賦予性侵害被害人警詢陳述得為證據，整體觀察刑事訴訟程序（證據能力有無的調查程序及隨後的審判程序）中，被告訴訟上防禦權是否「已有充分」的保障。如被告不能對被害人對質、詰問，而被告訴訟上防禦權「仍有充分」的保障，於此範圍內，系爭規定則屬合憲。

柒、本號解釋的釋憲意旨

本號解釋的釋憲意旨如下：

- 一、本號解釋首先釋示：系爭規定「旨在兼顧性侵害案件發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人之正當目的，為訴訟上採為證據之例外與最後手段，其解釋、適用應從嚴為之」，強調系爭規定為「例外」規定，依「原則從寬，例外從嚴」的法理，

⁵ 請參閱，林鈺雄：「對質詰問例外與傳聞法則例外之衝突與出路」，臺灣法學雜誌，第 119 期（2009 年 1 月），頁 91-115；林鈺雄：「性侵害案件與對質詰問之限制——歐洲人權法院與我國實務裁判之比較評析」，臺灣法學雜誌，第 188 期（2011 年 11 月），頁 53-74。

解釋系爭規定的法定要件，不得擴張解釋或類推解釋，且已無其他證據可用，非用不可，具有最後手段性。原則上，符合前揭第 1 項審查基準所示的最後手段性原則的要求。

二、本號解釋繼而釋示：「法院於訴訟上以之作為證據者，為避免被告訴訟上防禦權蒙受潛在不利益，法院基於憲法公平審判原則，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。」基於憲法公平審判原則，課以法院訴訟照顧義務，法院應採取有效「訴訟上」補償措施，適當平衡被告無法詰問被害人的防禦權損失，符合前揭第 2 項審查基準的衡平補償原則的要求。

三、本號解釋嗣並釋示「法院應採取有效之訴訟上補償措施」有二：「包括（一）在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權；（二）在證據評價上，法院尤不得以被害人之警詢陳述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。」

四、本號解釋最後釋示：「於此範圍內，系爭規定與憲法第 8 條正當法律程序及第 16 條訴訟權之保障意旨均尚無違背」。所謂「於此範圍內」，是指符合「最後手段性原則下，系爭規定從嚴解釋」且「採取有效的訴訟上衡平補償措施」二要件。系爭規定，如有符合上開二要件，即屬合憲。換言之，系爭規定是否合憲，完全繫之於法院的作為（有無從嚴解釋及有無採行訴訟上的衡平補償措施）。

捌、系爭規定的違憲審查

一、系爭規定的立法目的

本號解釋理由敘明：「系爭規定，係考量性侵害案件之特性，

以實現刑事訴訟發現真實，並兼保護性侵害犯罪被害人之目的」，此乃因系爭規定參酌刑事訴訟法第 159 條之 3 規定（立法理由強調實體真實發現之訴訟目的⁶），及性防法第 1 條明定該法之立法目的為「為……保護被害人權益」而來。

二、系爭規定明定被害人警詢陳述，得為證據的要件有三：

（一）審判中因性侵害致身心創傷無法陳述者

1. 在審判實務上，法院都會先依檢察官或被告之聲請而傳喚被害人到庭作證，法院善盡依法傳喚義務，經數次傳喚被害人均未到庭時，就會傳喚被害人的親人或社工人員，以調查被害人無法到庭的原因（即學理上所謂**義務法則**）為何，被害人無法到庭，是否肇因於可歸責於國家的事由所致（即學理上所謂**歸責法則**）。是以本號解釋理由乃謂：「被害人之具體情況尚未能確認者，法院仍應依聲請盡可能傳喚被害人到庭。」
2. 所謂「因性侵害致身心創傷無法陳述」，本解釋特別闡述，係指被害人因本案所涉性侵害「爭議」，致身心創傷而無法於審判中陳述，並指出「無法陳述」之內涵，「係指被害人因其身心創傷狀況，客觀上已無法合理期待其就被害情形到庭再為陳述者，始有其適用」。例如，被害人因性侵害致罹嚴重的憂鬱症、恐慌症、思覺失調症、創傷後壓力症候群（PTSD）等精神疾病，需要長期服用抗憂鬱劑、抗焦慮藥劑而客觀上處於無法陳述的情形，此際如何可能傳喚被害人到庭接受被告的對質、詰問？至於被害人

⁶ 刑事訴訟法第 159 條之 3 立法理由稱：被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中之陳述，係在可信之特別情況下所為，且為證明犯罪事實之存否所必要，而於審判程序中，發生事實上無從為直接審理之原因時，仍不承認該陳述之證據適格，即有違背**實體真實發見之訴訟目的**。

是否因性侵害致身心創傷無法陳述，是一種客觀狀態，實務上法官都會參酌精神科醫師的診斷證明、心理師諮商報告、專業鑑定報告、社工個案報告或紀錄、身心障礙手冊等，必要時法院也會囑託專業人士鑑定，或傳喚鑑定人、專家學者到庭說明被害人審判時的身心狀況，經過嚴謹的程序，判斷被害人是否因性侵害致身心創傷無法陳述。此有最高法院 108 年度台上字第 2900 號判決⁷，可資參照。是以本解釋理由說明：「有爭議時，法院應依檢察官之舉證為必要之調查（如經專業鑑定程序、函調相關身心狀況資料）」。

3. 基於憲法保障刑事被告訴訟上防禦權之意旨，刑事被告詰問證人之機會應受到最大可能之保障，被告雖無法詰問被害人本人，但就「因性侵害致身心創傷無法陳述」的法定要件事實，法院應給予被告充分辯明的防禦機會，被告仍得就調查方法、程序與結果等，行使陳述意見、辯論與詰問相關證人、鑑定人等防禦權，以確認被害人「於開庭時」確有因性侵害致身心創傷無法陳述的情況。就此而言，被告享有充分辯明的防禦機會（即法理上所謂防禦法則）。

⁷ 108 年度台上字第 2900 號判決：原判決已說明：B 女於事發後罹患創傷後壓力症候群，且出庭之事為其主要壓力來源，經醫師評估 B 女若出庭，無法有效表達，而 B 女於民國 107 年 9 月 6 日開庭後其焦慮徵狀惡化，有憂鬱情緒，狀況欠佳，如需在法庭上陳述或交互詰問，有高度可能因為精神徵狀，無法完全陳述或表達，建議不出庭以減低壓力，有卷附臺北市立聯合醫院函暨病情說明表、病歷資料、診斷證明書、心禾診所函暨病歷資料、診斷證明書可稽。參佐證人即身心科醫師陳建廷之證述，其臨床診斷上，B 女在提及本案時，如何會表現出驚慌害怕、表達受限，及作嘔反應等明顯創傷後壓力症候群之病症，且就此病症之表現症狀一致等語，並比對 B 女於 107 年 2 月 22 日偵訊時，經檢察官提示上訴人 2 人照片請求指認之際，B 女即出現情緒失控、大聲哭泣之情形，及於 107 年 9 月 6 日至臺灣士林地方檢察署犯罪被害人補償審議委員會開庭時，僅詢問與本案事件相關連之事，B 女即出現過度換氣、持續哭泣、噁心嘔吐，無法回答問題之情形，亦有卷附上開偵查筆錄、第一審法院勘驗補償事件開庭情形光碟之勘驗筆錄可考。綜上，可認 B 女確有因性侵害致身心創傷無法陳述之情事。

（二）經證明具有可信之特別情況

1. 系爭規定所謂「經證明具有可信之特別情況」，雖係參考刑事訴訟法第 159 條之 3 序文之用詞，惟此一用詞，用於系爭規定，自應有其符合性防法立法目的要求的特別內涵。
2. 本號解釋理由敘明：「係指性侵害案件，經適當之調查程序，依被害人警詢陳述作成時之時空環境與相關因素綜合判斷，除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外，並應於避免受性別刻板印象影響之前提下，個案斟酌詢問者有無經專業訓練⁸、有無採行陪同制度⁹、被害人陳述及案發時之時間間距、陳述之神情態度及情緒反應、表達之方式及內容之詳盡程度等情況，足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言。」上開解釋所述，只是提供法院判斷是否具有可信的特別情況的參考因素，但實際個案情形，不以此為限。重點在於，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而言。實務上，最高法院判決要旨已經累積確實可行的判斷因素，可供參考，此部分實務上應不成問題。
3. 檢察官對此應負舉證責任，指出證明之方法。

⁸ 性防法第 14 條規定：法院、檢察署、軍事法院、軍事法院檢察署、司法、軍法警察機關及醫療機構，應由經專業訓練之專人處理性侵害事件。前項專責人員，每年應至少接受性侵害防治專業訓練課程六小時以上。第一項醫療機構，係指由中央衛生主管機關指定設置處理性侵害事件醫療小組之醫療機構。

⁹ 性防法第 15 條規定：被害人之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬、醫師、心理師、輔導人員或社工人員得於偵查或審判中，陪同被害人在場，並得陳述意見。前項規定，於得陪同在場之人為性侵害犯罪嫌疑人或被告時，不適用之。被害人為兒童或少年時，除顯無必要者外，直轄市、縣（市）主管機關應指派社工人員於偵查或審判中陪同在場，並得陳述意見。

4. 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，被告於此等證據能力有無之調查程序中，自得對被害人警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人、鑑定人等行使詰問權，並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明被害人警詢陳述是否存在特別可信之情況。就此而言，被告也享有充分辯明的防禦機會。

（三）為證明犯罪事實之存否所必要¹⁰

三、系爭規定：初步判定合憲

關於系爭規定的違憲審查，從其立法目的到 3 個法定要件的審查，均已告一段落，本號解釋就此審查結果似可認為「綜上，系爭規定旨在兼顧發現真實與有效保護犯罪被害人等重要利益，其目的核屬正當；倘被害人之警詢陳述，於符合前開意旨之前提下，業經法院為必要之調查，被告得行使各種防禦權以充分爭執、辯明法定要件之存否，並為訴訟上採為證據之例外與最後手段。」然多數意見，認為如此解釋，無法凸顯平衡被告無法詰問被害人所生防禦權損失的補償措施之重要性，非把衡平補償措施的要求，和系爭規定的違憲審查綁在

¹⁰ 最高法院 102 年度台上字第 3187 號判決理由：此在性侵害犯罪防治法第 17 條就被害人於檢察事務官或警詢所為審判外陳述，因有該條所定二款情形之一，而在具備「特別可信性」及「必要性」要件時，例外認其具有證據能力之情形，亦同。原判決理由係以被害人乙女警詢之審判外陳述，因具備「特別可信性」及「必要性」之要件，乃認依刑事訴訟法第 159 條之 2 及性侵害犯罪防治法第 17 條第 2 款規定，應具證據能力。然乙女就其本件遭性侵害之主要情節，除警詢之指訴外，渠嗣於偵查中亦兩度到庭對之供證屬實。則乙女本件遭性侵害之主要情節，除其警詢陳述外，既經其於偵查中供證無誤，則能否認其警詢之審判外陳述，具有除此別無其他相同內容供述可資替代之「必要性」要件？不無疑問。原判決於理由內對此未詳予審認，且就乙女該警詢之審判外陳述，如何具備「必要性」之要件乙節，未為任何論敘說明，即認其應具證據能力，而採為上訴人犯罪論據之一，尚嫌理由不備。

一起，無法顯現被告無法詰問被害人所生防禦權未受充分保障的違憲狀態，因此系爭規定審查至此，尚不下判斷，待下一節有關衡平補償措施的憲法要求論證後，才下定論！

玖、不能行使詰問權損失之平衡補償措施

1. 多數意見認為，系爭規定在符合上開解釋意旨之範圍內，肯定系爭規定雖屬合憲，惟被害人無法到庭陳述，造成被告無法詰問被害人，與憲法保障刑事被告訴訟上充分防禦權之本旨有違，應設法避免被告訴訟上防禦權蒙受潛在不利益，是以本解釋理由再闡述：「性侵害案件，被害人無法到庭陳述並接受詰問，而例外依系爭規定以合於前述意旨之警詢陳述作為證據者，於後續訴訟程序，為避免被告訴訟上防禦權蒙受潛在不利益，法院基於憲法公平審判原則，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。」

2. 關於採取有效之訴訟上補償措施，本解釋指出下列二個面向：

(1)、在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權。

例如，①法院可適時曉諭被告得聲請傳喚可否定警詢陳述內容之相關人證出庭作證，行使其對質、詰問之權利。②於檢察官聲請可能採用與被害人警詢陳述內容相近，且審判時出庭接受詰問之補強人證（如被害人事發後第一時間聽聞被害人說詞或目睹事發前後情況之人）、專家證人、鑑定人等，曉諭被告得對該等人行使對質、詰問權。③當庭勘驗警詢陳述作成時之錄音或錄影資料等，曉諭被告得就警詢陳述內容的真實性、對於待證事實的可信性等，表示反對意見、予以爭執。

(2)、在證據評價上，法院尤不得以被害人警詢陳述為被告有

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。

性侵害犯罪被害人於審判外之警詢陳述，固得於符合系爭規定法定要件時作為證據，惟基於刑事被告所應享有之憲法正當法律程序之保障，避免僅以與被告立場相反，且有利害衝突的被害人單方陳述為據，即對被告論罪科刑，被害人的審判外警詢陳述自不得為被告有罪判決的唯一證據，法院仍應調查其他必要證據，以論斷罪刑。此乃目前實務上的通說見解¹¹，可謂人盡皆知，無人不曉。就此而言，此一證據評價的補償措施，在實務上，不成問題。

本號解釋行文至此，該下結論了，最後本解釋於上開系爭規定的審查結果之後，另加一段「另訴訟上就被告因此蒙受之詰問權損失，已有適當之衡平補償，且非屬被告有罪判決之唯一或主要證據」，將系爭規定符合最後手段性原則的要求、附加符合衡平補償原則的要求，終而認定，系爭規定，於此範圍內，與憲法第8條正當法律程序及第16條訴訟權之保障意旨無違。

拾、結論

平心而論，本號解釋兼顧性侵害案件被害人的保護與被告防禦權的保障。

¹¹ 最高法院101年度台上字第1175號判決要旨：刑事訴訟法除於第156條第2項規定「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符」，明文要求補強證據之必要性外，對於其他供述證據，是否亦有補強性及補強規則之適用，並未規定。判例上承認被害人之陳述（32年上字第657號）、告訴人之告訴（52年台上字第1300號）及幼童之證言（63年度台上字第3501號）應有適用補強法則之必要性，係鑑於被害人、告訴人與被告立於相反之立場，其陳述被害情形，難免不盡不實，或因幼童多具有很高之可暗示性，其陳述可能失真，此等虛偽危險性較大之供述證據，即使施以預防規則之具結、交互詰問與對質，其真實性之擔保仍有未足，因而創設類型上之超法規補強法則，以濟成文法之不足。

在性侵害案件的審判中，被害人因性侵害致身心創傷無法到庭陳述，被告因而無法對被害人行使對質、詰問權，如因此判決被告無罪，實有違刑事訴訟發現真實的目的，基於最後手段性原則，不得已賦予被害人警詢陳述得為證據。

被告因無法詰問被害人，確實蒙受憲法保障防禦權不充分的損失，本號解釋乃酌採歐洲人權法院判例所示的衡平補償原則，以資平衡被告無法詰問被害人所生防禦權的損失。

釋字第 789 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

94 年 2 月 15 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定：「被害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、因性侵害致身心創傷無法陳述者。」（本款於 104 年 12 月 23 日修正公布，僅為文字修正，下稱系爭規定）明文揭示傳聞法則之例外。本號解釋運用合憲性解釋方法，釋示系爭規定在符合一定條件之範圍內，尚不違憲。其苦心孤詣，獲此結論，而避免作成系爭規定違憲之解釋，實屬不易。惟傳聞法則與刑事被告對證人之對質詰問權息息相關，承認傳聞法則之例外，即可能造成對質詰問權之侵害。是系爭規定是否合憲，不能欠缺對質詰問權之觀照，更確切言之，必須從憲法所保障之對質詰問權角度切入探討，方能得其正鵠。多數意見固提及對質詰問權，卻輕描淡寫，語焉不詳，而未就對質詰問權之性質、射程、目的、機能及保障程度有所闡釋。又同屬傳聞法則之例外規定，刑事訴訟法第 159 條之 3 規範對象及於所有證人，而包含系爭規定在內之性侵害犯罪防治法第 17 條專就被害人（亦係證人）而設，旨在保護性侵害犯罪被害人，具有特別法性質。其強調被害人之保護，重視被害人之人權，目的正當，但被害人保護有時會與被告之人權發生衝突、矛盾，此時應如何取捨，亦成問題。本席認為此等部分皆有加以探究之必要，爰提出協同意見書。

一、歷來有關對質詰問權之解釋

本號解釋理由書表示：「本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（本院釋字第 654 號及第 762 號解釋參照），包含對證人之對質、詰問之權利（本院釋字第 384 號、第 582 號及第 636 號解釋參照）。」明白承認刑事被告對證人之對質詰問權係憲法上權利。

按對質詰問權未見諸憲法明文，而由釋憲實務予以承認，最初濫觴於釋字第 384 號解釋。該號解釋僅以寥寥數語表示，對質詰問權屬正當法律程序之一環，為被告之防禦權，若遭剝奪，將妨礙法院發現真實。其後，釋字第 582 號解釋始就該權利有所闡釋，指出：參照外國立法例及國際人權公約，刑事被告詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權；刑事被告詰問證人之權利，屬刑事被告在訴訟上之防禦權，受憲法第 16 條訴訟權之保障，且為正當法律程序之一種權利，受憲法第 8 條人身自由規定之保障。該號解釋將被告對證人之詰問權與傳聞法則結合，強調證人於審判中之陳述，須接受被告之詰問，始具有證據能力，得作為認定被告犯罪事實之判斷依據；證人於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第 159 條第 1 項參照），除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。其認傳聞法則可確保被告對證人之詰問權，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。傳聞法則之例外，以法有明文，且證人於審判中客觀上不能受詰問者為限¹。至

¹ 釋字第 582 號解釋文：「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上

釋字第 636 號解釋除重申釋字第 582 號解釋之意旨外，並主張關於對質詰問權之剝奪規定，合憲與否，應以比例原則審查。若依個案情形，採取其他限制較輕微之手段，即足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳述意見者，不得剝奪對質詰問權，否則將對訴訟上之防禦權造成過度限制，而與比例原則不符，構成違憲²。

本號解釋與上述釋憲實務之發展一脈相傳，認對質詰問權屬正當法律程序之一環，為刑事訴訟上被告之防禦權，受憲法保障。本號解釋雖未如釋字第 384 號及第 582 號解釋，直接表明對質詰問權在協助法院發現真實上之功能，但其解

應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。」

釋字第 582 號解釋理由書：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障（本院釋字第三九六號、第四八二號解釋參照）。刑事被告對證人有詰問之權，即屬該等權利之一。」「刑事被告享有此項權利，不論於英美法系或大陸法系國家，其刑事審判制度，不論係採當事人進行模式或職權進行模式，皆有規定（如美國憲法增補條款第六條、日本憲法第三十七條第二項、日本刑事訴訟法第三百零四條、德國刑事訴訟法第二百三十九條）。西元一九五〇年十一月四日簽署、一九五三年九月三日生效之歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第六條第三項第四款及聯合國於一九六六年十二月十六日通過、一九七六年三月二十三日生效之公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。在我國憲法上，不但為第十六條之訴訟基本權所保障，且屬第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』、對人民身體自由所保障之正當法律程序之一種權利（本院釋字第三八四號解釋參照）。」「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（本院釋字第四四二號、第四八二號、第五一二號解釋參照）及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的。為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。至於被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第一百五十九條第一項參照），除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。」

² 釋字第 636 號解釋理由書：「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（證人保護法第十一條第四項參照），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，而與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。」

釋內容再三強調刑事訴訟發現真實之需求與重要性，從論述脈絡可知，實蘊含相同意旨。誠然，刑事訴訟上發現真實十分重要，且為對質詰問權主要功能之一，但若僅由此理解對質詰問權，則不免失諸偏狹，未能確切掌握該權利之真諦，甚至有過度矮化該權利之虞。另釋字第 636 號解釋主張，應以比例原則審查對質詰問權之剝奪規定；反之，本號解釋並未採取同一立場。本席認為本號解釋之作法應屬允當，理由容於後述。

二、對質詰問權之理論基礎

參照大法官有關解釋，對質詰問權之憲法依據，在於憲法對人身自由、訴訟權及正當法律程序原則之保障，應無疑義。惟從另一個角度觀之，對質詰問權之理論基礎，更在於其具有下列多重目的、功能及價值³：一、透過被告對證人之對質詰問程序，可提供法院有關證據（證言）之重要性及信用性之必要資訊，俾法院發揮證據評價能力，而能正當評價證據及其可信賴性，進而確保事實認定之正確性，以發現真實。二、偵查訴追機關於審判外，如何運作某類證人，經由此一對質詰問程序，其有關資訊得以披露。據此，該等政府機關於獲取證人之陳述過程中之活動，在某種程度上具有可見性；而且，這種活動原本容易潛藏之不當壓力及暗示等權力濫用，亦可遭到抑制。三、對質詰問程序本身具備內在價值，可維護被告對影響自身命運之審判程序之參加。四、此一程序以對待人之方式，亦即以被告能理解接受之方式審判，使被告之個人尊嚴獲得尊重。

³ 堀江慎司著，証人審問權の本質について（六）·完，法學論叢第 142 卷第 2 號，1997 年 11 月，頁 23、24。

歸納之，對質詰問權涉及證據法及程序兩大面向⁴。於證據法面向，所謂「傳聞法則」，即為對質詰問權在刑事訴訟上之反映（刑事訴訟法第 159 條第 1 項參照）。本號解釋理由書謂：「基於被告受憲法保障之訴訟上防禦權，其於審判中對證人對質、詰問之權利，應受最大可能之保障。基此，被害人未到庭接受詰問之審判外陳述，原則上不得作為證據。」顯然出於此一觀點。傳聞法則可否允許例外，法律所設傳聞法則之例外規定（刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 5、性侵害犯罪防治法第 17 條參照）有無問題，論者亦往往偏向證據法面向之考察，並集中於法律層次之議論，而忽視憲法論⁵。本號解釋多數意見關注於發現真實，側重證據法面向，致有關對質詰問權之憲法論述內容貧瘠，值得商榷。本席認為，對質詰問權之程序面向無寧更重要，必須嚴肅面對。對質詰問權性質上屬程序保障請求權，以追求程序正義為宗旨。其權利本身具備憲法高度，從事有關問題之思考時，必須先有此一認知，方不致出現偏差。

三、作為程序保障請求權之對質詰問權

對質詰問權係一種程序保障請求權，最根本之目的在於實踐無罪推定原則，防止自由權（人身自由）任意受限制或侵害，應受高度保障。換言之，對質詰問權係對國家刑罰權之行使為程序上之拘束，構成國家限制或剝奪人身自由時之條件，即使與真實之發現矛盾，亦應受到保障，堪稱「絕對性權利」⁶。

⁴ 河北洋介著，身體の自由，收於辻村みよ子編著「基本憲法」，悠悠社，2009 年，頁 190、191。

⁵ 堀江慎司著，証人審問權の本質について（一），法學論叢第 141 卷第 1 號，1997 年 4 月，頁 2、3。

⁶ 杉原泰雄著，基本的人權と刑事手續，學陽書房，1980 年，頁 52。

申言之，個人自由唯於例外情形始許限制或剝奪之，而程序保障請求權為該例外之條件。程序保障請求權之內容，須藉由法律規定予以具體化。因此，該法律規定實際上即為許可條件之具體設定。其規定若充分維護程序保障請求權，符合正當法律程序原則之要求，自無問題。反之，其規定若未充分維護程序保障請求權，則構成違憲。此際所以違憲，係因不能滿足正當法律程序原則之要求，並非程序保障請求權受「限制」所致，故與比例原則無關（釋字第 762 號解釋本席協同意見書參照）。

釋字第 636 號解釋略謂：未依個案情形，考量採取其他限制較輕微之手段，即驟然剝奪對質詰問權，顯已對訴訟上之防禦權，造成過度之限制，而與憲法第 23 條比例原則之意旨不符等語。徵諸前述，其以比例原則審查有關剝奪程序保障請求權（對質詰問權）之法律規定，實有未洽。本號解釋雖要求，於個案情形，如可「採被害人法庭外訊問或詰問，或利用聲音、影像傳送之科技設備等隔離措施而為隔離訊問或詰問等（性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項參照）」較溫和之方式，即無系爭規定適用餘地，但並未因襲釋字第 636 號解釋之作法，就對質詰問權問題，以比例原則審查系爭規定之合憲性。其淡化對質詰問權問題，不免弱化解釋之價值，惟因此未以比例原則作為審查原則，卻可避免與釋字第 636 號解釋觸犯同樣錯誤。

本號解釋理由書指出：「所謂『因性侵害致身心創傷無法陳述』，係指被害人因本案所涉性侵害爭議，致身心創傷而無法於審判中陳述。基於憲法保障刑事被告訴訟上防禦權之意旨，刑事被告詰問證人之機會應受到最大可能之保障，是系

爭規定應僅限於被害人因其身心創傷狀況，客觀上已無法合理期待其就被害情形到庭再為陳述者，始有其適用。」其強調對質詰問權應受最大可能之保障，符合前述高度保障之要求。而且，依其所述，系爭規定須於被告對被害人（證人）之對質詰問權客觀上已無行使之可能時，始能適用，自不生該權利受限制或剝奪之問題。至本號解釋要求，於適用系爭規定時，法院應採取有效之訴訟上補償措施，包括「在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以被害人之警詢陳述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」。其目的係為「適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失」，以符憲法公平審判原則，要非彌補被告對質詰問權受限制或剝奪所蒙受之不利益，自不待言。

四、被害人之人權保障

在近代刑事審判制度中，刑事被告、原告（檢察官）及法官三者為訴訟程序之主要角色，而犯罪被害人幾無獨自之地位，堪稱「被遺忘之人」。第二次世界大戰後，「被害人學」誕生，成為新興學問領域，被害人之保護及人權課題亦逐漸受重視⁷。我國近年來陸續出現有關保護被害人權益之立法，如犯罪被害人保護法、家庭暴力防治法、性騷擾防治法及性侵害犯罪防治法等皆是。2017年總統府司法改革國是會議更將被害人之保護列為司改主要議題之一，並達成多項結論，包括應儘速建立關於犯罪被害人保障之基本政策與法制、健全被害人保護組織與流程，以及強化「修復式司法」機制等，

⁷ 河北洋介著，同註4，頁195。

而有關機關亦將研議建立犯罪被害人訴訟參與制度、建置保護犯罪被害人專責人員、保障犯罪被害人補償請求權及訴訟程序資訊權等，列入工作計畫，足見近年來被害人之保護及人權課題備受重視。

系爭規定之立法目的，除為發現真實外，同時強調性侵害犯罪被害人之保護。其重視「被遺忘之人」之人權，值得肯定。惟刑事被告之人權，特別是居於人身自由及訴訟權之核心領域，屬正當法律程序所不可或缺之程序保障請求權，其受憲法保障，仍不可忽視或忘記。在刑事訴訟過程中，被害人之保護，應以不損及被告防禦權之範圍及程度為限⁸。要之，被害人之人權保障固然重要，但不得建立在犧牲被告人權之基礎上。單憑目的之正當性，尚不足以證立手段之合憲性。系爭規定為發現真實及保護犯罪被害人，而特設傳聞法則之例外，其目的固屬正當，但傳聞法則之例外規定若不夠嚴謹，或運用時過於寬鬆，反而有妨礙真實發現之虞，更且侵害被告之對質詰問權，與憲法保障正當法律程序、人身自由及訴訟權之意旨有違。基本上，傳聞法則之例外規定，並非單純之立法政策問題，其須經得起憲法之檢驗，於不違反「正當程序」要求之限度內，始得為之⁹。嚴格言之，依此標準，系爭規定不無違憲之嫌。惟本號解釋採較溫和之合憲性解釋方法，認定系爭規定在符合解釋理由書所示諸多條件之範圍內，尚不違憲。其兼顧犯罪被害人保護與被告之人權保障，可謂用心良苦。

⁸ 河北洋介著，同註4，頁196。

⁹ 奧平康弘著，憲法III—憲法が保障する權利，有斐閣，1993年，頁346、347。

釋字第 789 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官 提出

刑事訴訟法上傳聞法則係指被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，原則上不得作為證據，惟刑事訴訟法設有例外規定（刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 5 規定參照），而本號解釋之標的為 94 年 2 月 5 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定：「被害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、因性侵害致身心創傷無法陳述者。」（本款於 104 年 12 月 23 日修正公布，僅為文字修正，下稱系爭規定），就性侵害案件之特殊性，規定在某些情形下，被害人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述（下稱警詢陳述），不必於審判程序中經過對質、詰問，即具有證據能力。因系爭規定內容簡略，實務上最高法院對於何時能適用系爭規定，將被害人之警詢陳述認定為證據，態度寬嚴不一。本號解釋試圖在保障刑事被告對證人（即被害人）於審判時之對質詰問權，與保護性侵案被害人，使其免受二次傷害之間，取得最佳之平衡點。審查結論認為系爭規定在一定條件下合憲，本席尚可同意，並補充意見如下。另因 DNA 鑑定為性侵害案件之關鍵證據，就本案發現之問題應具共通性，亦加以討論。

一、確定終局判決認定之犯罪事實、其證據及聲請意旨大要

本件確定終局判決所認定之犯罪事實略謂：「曾○○於民國 91 年○○月○○日下午○時許，駕駛不明車號之自用小客車，行經台北市○○區○○○路○段○巷巷口附近，適有未成年之

A女……參加○○活動結束後，獨自行走於該處，曾○○見A女單身且年幼可欺，竟基於妨害自由及強制性交之犯意，先將A女強行拉進其所駕駛之汽車內，矇住其雙眼，將其載往不詳地點……予以強制性交得逞，再駕車將A女送回上址後逃逸。」確定終局判決之依據除相關證人之證詞外，主要證據基礎為調查局及刑事警察局之DNA鑑定報告。確定終局判決論述的DNA鑑定報告共有4份：1、91年刑事警察局鑑驗書，為系爭案件發生後所作；2、93年刑事警察局鑑驗書，為92年曾○○涉嫌另案妨害性自主案，經警採集其唾液送驗後，發覺曾○○唾液之DNA型別與91年刑事警察局鑑驗書所載A女內褲精子細胞層DNA型別相同；3、95年調查局鑑定通知書，為臺灣臺北地方法院（下稱地方法院）審理時送請調查局鑑定後取得，及4、96年調查局鑑定通知書，為臺灣高等法院（下稱高等法院）審理時送請調查局鑑定後取得。

聲請人釋憲聲請意旨略謂：「本件依性侵害犯罪防治法之運作實務，聲請人無從知悉被害人之年籍資料……聲請人就陷於無法做出有效辯護的困境……聲請人唯一可能的辯護方式，就是親眼見到被害人……也才能有機會解釋A女之內褲上所留存DNA型別之體液的可能來源……」故認系爭規定剝奪了其辯護權，而侵害了刑事被告受憲法保障之訴訟基本權。

二、DNA鑑定報告作為性侵害案件證據之問題

幾乎所有性侵案的有罪判決都將DNA鑑定報告作為有罪判決之關鍵證據，本案亦不例外。而聲請人釋憲聲請之主要訴求為其未能理解何以其DNA會在本案被害人內褲內被發現，而尋求對質詰問的機會。本席認為由本案歷審判決對於DNA鑑識報告之論述透露出如下值得探討之處：

（一）地方法院送請調查局鑑定之證物與高等法院送請調查局鑑定之證物不同，鑑定結論不同，惟兩法院均為有罪判決。

1、地方法院送請調查局鑑定內褲等證物，而取得 95 年鑑定通知書，地方法院判決指出「固僅於被害人內褲上檢出被害人 DNA，而未再驗出任何男性 DNA 反應，此有法務部調查局 95 年 10 月 2 日調科肆字第 9500453180 號鑑定通知書一份附卷可稽」，但其仍為被告有罪之判決，理由為「DNA 鑑定報告本即會因鑑定人採樣位置之差異、及採集樣本是否足夠等鑑定條件而有不同之結果，自難以此逕認內政部警政署刑事警察局 93 年 2 月 17 日刑醫字第 920216898 號鑑驗書之鑑定結果有何不可採信之情形。」足見法院實務上仍然優先採信警察機關所作之鑑定意見。

2、確定終局判決認原審（即地方法院）未驗出任何男性 DNA 反應之鑑定通知書不能為被告有利之認定，理由是原審將檢體囑請調查局鑑驗前，並無任何向警察局調取證物檢體之公文資料，且原審移送之檢體項目與本案最初 91 年刑事警察局鑑驗書所載之送檢證物不符。

3、高等法院囑請調查局鑑定所得之 96 年調查局鑑定通知書，法院認鑑定結果為「DNA 型別研判為男女混合型，均與 A 女及曾○○之型別組合無矛盾」然何謂「無矛盾」？調查局鑑定通知書僅稱 DNA 型別為「被害人」及曾○○，尚未指明檢驗之內褲等檢體即為 A 女所有。經查該案訊問筆錄，高等法院於審理時詢問 A 女之母送驗之內褲胸罩是否為 A 女所有，A 女之母先回答不是，後又說內褲「可能是」。高等法院判決指出 A 女之母「於本院證稱：鑑定照片 2 份之內衣褲，因時隔 6 年，伊不能確定，但 96 年 8 月 24 日鑑定書所附之內褲照片（指本院送鑑檢體）好像是 A 女所著等語」。此固屬法院認事用法之權責範疇，但法院就內褲是否屬被害人所有，尚須以詢問 A 女之母之方式調查，亦可見被害人若於審判程序未能就證物之指認以及 DNA 之鑑定作證，將生審判上之困難。

（二）性侵證物之保存與鑑定程序是否足夠嚴謹之問題

查性侵案之證物（內褲、採樣之棉棒等）及 DNA 鑑定之結果為法院審判性侵案決定是否有罪之關鍵證物，然而證物之保存係由警、調機關負責，若是證物之保存與鑑定程序不夠嚴謹，證物有遭誤置、污染或混淆情事，導致鑑定結果有所偏差，將造成冤獄，形成被告與被害人之權益、以及法院之公信力同時受損之三輸局面。故性侵案之證物自警察取證、送驗、保管，歷經偵審程序，過程中可能另送其他機關檢驗，整個流程均應有堅實嚴謹之管控制度，法院才得以憑之作出正確判決。

三、系爭規定之要件「因性侵害致身心創傷無法陳述」之判斷必須嚴格解釋為例外與最後手段

本號解釋理由認為於性侵害案件適用此要件，至少有如下之前提：1、法院應依檢察官之舉證為必要之調查（如經專業鑑定程序、函調相關身心狀況資料），被告亦得就調查方法、程序與結果等，行使陳述意見、辯論與詰問相關證人、鑑定人等防禦權，以確認被害人於開庭時確有因性侵害致身心創傷無法陳述之情狀。2、法院應先採行適當之審判保護措施，如依性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項規定，對被害人為法庭外訊問或詰問，或利用聲音、影像傳送之科技設備等隔離措施，而為隔離訊問或詰問，若未先採行上開程序「系爭規定即尚無適用餘地」。且「被害人之具體情況尚未能確認者，法院仍應依聲請盡可能傳喚被害人到庭」此即本號解釋解釋文所稱「為訴訟上採為證據之例外與最後手段」之本旨。

確定終局判決指出「經本院函查得知，當時因 A 女表態不願意報案，亦不願意說明案情」則 A 女事後不願意至法院作證，是否「因性侵害致身心創傷無法陳述」，抑或案發之初「原不願意報案亦不願意說明案情」之態度有其他隱情，尚有判斷之空間。除了本號解釋理由所認應先採性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項所定之程序外，參考外國之立法例，尚可考慮

採用歐洲人權法院所建議之方式即：以間接方式訊問證人或以書面為之，或允許辯護律師於調查階段訊問證人等。

四、系爭規定之要件：警詢陳述「經證明具有可信之特別情形」之判斷不應僅就訊問之外在環境加以觀察，必須就陳述內容為判斷：

實務上於判斷被害人於警詢之陳述是否具備「經證明具有可信之特別情況」往往僅就被害人陳述之「外在環境」加以論斷，而忽略對訊問之內容加以觀察。本號解釋指出系爭規定之法定要件之解釋、適用應從嚴為之。於解釋理由特別指出「依被害人警詢陳述作成時之時空環境與相關因素綜合判斷」、「個案斟酌詢問者有無經專業訓練、有無採行陪同制、被害人陳述時點及其與案發時點之間距，陳述之神情態度及情緒反應、表達之方式及內容之詳盡程度等情況」已明文指出應就陳述內容加以觀察。就此，本席認本院少年及家事廳之意見：「亦得由陳述內容予以推斷陳述之外部情況及陳述者之陳述情狀，例如，所述內容並非流暢，甚且對有無涉案態度出現不自然之轉折，足以推論有受不正外力干擾陳述之情況；又如所述內容自形式觀之，前後已不能銜接而矛盾，或其陳述內容顯然與客觀事證或一般論理、經驗法則不符，均可據以推論陳述者非真誠如實陳述之情狀，凡此均屬由陳述內容推斷陳述之外部情況及陳述者之陳述情狀，以判斷是否可為信用保證之適例。」¹具有參考價值。且本號解釋理由指出關鍵在於「足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言」此即以法官之判斷取代對質詰問，自應以陳述之內容為主要之觀察審查重點。本號解釋理由除特別指出應證明該警詢陳述非出於「強暴、脅迫、誤導、詐術、疲勞訊問或其他不當外力干

¹ 參司法院少年及家事廳對於本解釋案 109 年 2 月 4 日說明會所提供之意見書，頁 4。

擾」，於性侵案中應特別注意者為有無誤導或其他不當外力干擾之情形。基於此，對於本號解釋理由所指「有無採行陪同制」，亦應特別調查陪同者於被害者陳述過程中有無干擾之情況。

五、補償措施為何？

本號解釋指出如法院依系爭規定以未經對質、詰問之警詢陳述作為證據時，法院「為避免被告訴訟上防禦權蒙受潛在不利益，法院基於憲法公平審判原則，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，強化被告對其他證人之對質、詰問權」，至於「強化被告對其他證人之對質詰問權」究何所指，本席認為對於刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款有關傳聞證據之例外規定即「除有顯不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文件」得為證據之規定，即為補償措施可施行之對象。在性侵害案件，警察機關就證物之保存及 DNA 鑑定報告製作過程是否嚴謹，對於真實之發現至關重要，故應強化被告對於鑑定報告作成程序之對質、詰問權保障，以為平衡，亦即對於「除顯有不可信之情況」之認定不應過度嚴格，只要存有不可信之可能性即應讓被告有對質、詰問之機會，以求真實之發現，避免冤抑。

六、未對被害人之警詢陳述實施對質、詰問實有礙真實之發現

刑事訴訟旨在發現真實，被害人與法庭上之被告之立場未必截然對立。檢察官與被害人之立場均在發現真兇，而被告是否為真兇實有待審判程序加以認定，故對被害人未進行對質詰問實有礙真實發現，而應謹慎為之。固然為了避免對被害人造成二度傷害，而有系爭規定，但實務上亦應避免因白玫瑰事件而對性侵犯之可能冤獄給予過度寬鬆之標準，性侵犯的標籤一旦被錯誤地貼上，又如何可輕易撕下？司法審判期待的是勿枉

勿縱，故一方面應考量讓被害人免於一再反覆陳述及在審判程序中遭受二度傷害，但對於天平另一端，如何保障被告之對質、詰問權，以避免冤抑，亦應重視。偏向一端而生之悲劇，載之文學作品及相關論述者，已屢屢可見²。

² 參陳昭如著，無罪的罪人：迷霧中的校園女童性侵案，春山出版社，2019年7月。亦參費迪南·馮·席拉赫著、薛文瑜譯，孩子，載於罪咎，頁35至44，先覺出版社，2011年11月。另參梁玉芳、勵馨蒲公英兒少治療中心共同執筆，記得月亮活下來，勵馨社會福利基金會出版，1998年11月再版。

釋字第 789 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

109 年 2 月 27 日

本號解釋就中華民國 94 年 2 月 5 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定（下稱系爭規定），基於其兼顧性侵害案件發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人之立法意旨，為合憲性解釋，並特別強調，未經被告於審判時詰問之性侵害犯罪被害人之警詢陳述，固得依系爭規定作為認定被告有罪之證據，惟其要件為：

（1）系爭規定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；此之所謂補償措施，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，不得以被害人之警詢陳述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。

鑑於本院於 109 年 2 月 4 日為本案召開之公開說明會上，專家鑑定人趙儀珊教授表示略稱，性侵被害人縱經專家輔助，依舊可能因性侵害致身心創傷無法在法庭陳述（公開說明會發言速紀錄 43 頁），本席對本號解釋上開結論，認為尚堪支持，惟對本號解釋強調之前述要件，認為尚有應略予闡述必要，爰提出本協同意見。

一、系爭規定應屬例外與最後手段

所謂「系爭規定乃例外與最後手段」，係指：系爭規定之法律效果為剝奪被告受憲法保障之對被害人之詰問權，故在採取此項剝奪手段前，應先採取對被告之詰問權影響較為輕微之限制手段。亦即，縱使若讓被害人到庭接受被告詰問，將有導致被害人受二度傷害之虞，仍不得因此逕行適用系爭規定，致直接剝奪被告之詰問權，而應考慮以其他隔離措施問答的可行性，以兼顧被害人之保護及被告防禦權之行使¹。就此，最高法院 107 年度台上字第 34 號刑事判決下述裁判意旨可資參照：「刑事案件被告對證人之對質詰問權，為憲法所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪。……至於證人如係性侵害案件之被害人，除其有性侵害犯罪防治法第 17 條所規定之情形，即因性侵害致身心創傷無法陳述，或到庭後因身心壓力於訊問或詰問時無法為完全之陳述或拒絕陳述等情形外，應傳喚其到場陳述並接受詰問，且對其所為之訊問或詰問，亦可依同法第 16 條第 1 項之規定，在法庭外為之，或利用聲音、影像傳送之科技設備或其他適當隔離措施（以下簡稱『審判保護措施』），將證人即被害人與被告或法官隔離，使證人在適當處所具結陳述，並接受被告詰問，以保護被害人，並保障被告之訴訟防禦權。否則，如被害人並無上開不能陳述之情形，或未嘗試利用前述相關『審判保護措施』以保護被害人，並使被告有對證人詰問之機會，僅於審判期日向被告提示該證人於審判外陳述之筆錄或告以要旨，即採為裁判基礎，無異剝奪被告對證人之對質詰問權，而妨礙其訴訟防禦權之行使，其所踐行之訴訟程序即難謂適法。」

¹ 林鈺雄，性侵害案件與對質詰問之限制－歐洲人權法院與我國實務裁判之比較評析，台灣法學雜誌，第 188 期，2011 年 11 月，70-71 頁。

有鑑於此，本號解釋因而指出：「於個案情形，如可採行適當之審判保護措施，例如採被害人法庭外訊問或詰問，或利用聲音、影像傳送之科技設備等隔離措施而為隔離訊問或詰問等（性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項參照），以兼顧有效保護被害人與刑事訴訟發現真實之需求者，系爭規定即尚無適用餘地。」（本號解釋理由書第 5 段）簡言之，適用順序上，性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項優先於系爭規定。

再者，即使有系爭規定適用餘地，基於系爭規定之例外性與最後手段性，在認定被害人有無系爭規定所稱「因性侵害致身心創傷無法陳述」之情形時，仍應採嚴格標準。例如，就系爭規定所指被害人無法陳述之情形，不僅應有醫療及社會專業人士之鑑定意見為依據，且該專業意見須足以支持被害人於「審判期日之相當期間內」有此情形，始足當之。因此，被害人雖曾經臨床心理師輔導，且該心理師出庭證稱被害人不適合再作證，但該心理師對被害人所為之輔導迄審判期日已逾 9 年，則其可否據 9 年前之輔導而判斷被害人目前之心理狀況，即非無疑²。

二、被害人審判外之警詢陳述，不得作為被告有罪判決之唯一或主要證據

按被告之自白，縱使非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符，仍不得作為有罪判決之唯一證據，而應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，刑事訴訟法第 156 條第 1 項、第 2 項定有明文。準此，被害人審判外之警詢陳述，縱使符合系

² 此為最高法院 107 年度台上字第 34 號刑事判決之真實情形。

爭規定而具有證據能力，當然更不得作為被告有罪判決之唯一證據。

至於本號解釋所指「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」，以本件聲請之原因案件為例，是否有足夠之確實補強證據，以資證明本案被告確實為該案性侵行為人，實有可疑。惟礙於一般民眾無法取得系爭確定終局判決³，無從詳論，殊感無奈。

三、感言及結論

本號解釋討論過程中，各大法官意見多樣，躑躅保護性侵害被害人及維護被告訴訟防禦權之間，反覆激辯，殫精竭智，字斟句酌，來回修改，始成定案。然而，對本席而言，某程度上，本號解釋似乎僅係實務見解之重申而已。

按本院釋字第 582 號解釋揭示：「憲法第 16 條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第 8 條第 1 項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。」⁴

³ 司法院網站僅公開本案之最高法院裁判(99 年度台上字第 1975 號刑事判決)。

⁴ 此外，對受刑事不利處分之人民，不得剝奪其與證人對質詰問之權利，否則即與憲法第 8 條第 1 項保障人民身體自由之意旨不符(本院釋字第 384 號解釋)；縱使非剝奪此類與證人對質詰問之權利，而僅係予以限制，仍不得過度限制對該受不利處分人民之訴訟上防禦權，否則即與憲法第 23 條比例原則之意旨不符，而有違憲法第 8 條正當法律程序原則及憲法第 16 條訴訟權之保障(本院釋字第 636 號解釋參照)。

本於上開釋字第 582 號解釋意旨，實務裁判一再重申：「刑事案件被告對證人之對質詰問權，係被告在訴訟防禦上之重要權益，為憲法第 16 條所保障之基本訴訟權，而此項保障亦為憲法第 8 條正當法律程序規定所要求，不容任意剝奪」⁵；「刑事案件被告對證人之對質詰問權，為憲法所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪……，故法院若僅於審判期日向被告提示該證人未經對質詰問之審判外陳述筆錄或告以要旨，無異剝奪被告之對質詰問權，妨礙其訴訟防禦權之行使，且有害於實體真實之發現，其所踐行之調查程序，即難謂為適法，該等證人之陳述，即不能認係經合法調查之證據，自不得作為判斷之依據。」⁶

對照前揭最高法院裁判，本號解釋是否另有突破見解，尚待檢驗。易言之，本號解釋，對系爭規定在實務之運作，能否產生不同於迄今為止之影響，仍有待觀察；本號解釋能否強化性侵害案件被告之訴訟防禦權，更難以斷言。

對於性侵害之被害人，一般人均有不捨與同情之同理心，並期望法律儘速對加害人繩之以法，本席亦不例外。但應同時強調為：定罪科刑，應依嚴格證據法則，而非本於同理被害人之苦痛⁷。尤應切記：如因昧於同理被害人之苦痛，

⁵ 最高法院刑事判決引用類似此段論述者，不勝枚舉，其與妨害性自主有關者，例如：99 年度台上字第 3073 號、99 年度台上字第 4508 號、102 年台上字第 40 號、103 年度台上字第 3138 號、104 年度台上字第 2046 號等判決；其與其他犯罪案件有關者，則請僅參看 109 年度台上字第 288 號（違反槍砲彈藥刀械管制條例）、109 年度台上字第 53 號（違反毒品危害防制條例）、108 年度台上字第 2034 號（加重詐欺等罪案件）等刑事判決。

⁶ 參見 107 年度台上字第 2083 號（殺人等罪案件）；107 年度台上字第 1216 號（違反槍砲彈藥刀械管制條例）等判決。

⁷ 請參看，失控的同理心，道德判斷的偏誤與理性思考的價值，Against Empathy, The Case for Rational Compassion, Paul Bloom 原著，陳岳辰翻譯，商周出版，

致疏於證據法則之遵守及被告基本權之保障，不僅造成對無辜被告之誤判，更放縱真正犯罪者逍遙法外甚至繼續性侵他人。

2018 年 9 月。

司法院釋字第 789 號解釋協同意見書

黃昭元大法官提出

許志雄大法官加入

一、本號解釋意旨及本席立場

[1] 本號解釋採合憲性限縮解釋之方法，認為性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款（下稱系爭規定）所定被害人「於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述」（下稱警詢陳述）在一定要件下（參本意見書第[6]至[19]段），得為證據，因而宣告系爭規定於此等要件之範圍內合憲。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，¹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）²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。至於在具體的要件設定及操作、乃至於解釋方法上，則仍有以下補充或不同意見，故本件協同意見書其實可說是「協而不同」意見書。

二、本號解釋之審查標的

[2] 本號解釋的審查標的只有一個，即系爭規定，並不包括同

¹ 本號解釋理由書第 3 段有類似之考量：「...於性侵害案件，立法者為減少被害人受二度傷害等重要利益，而以法律為例外規定，承認被害人之警詢陳述具證據能力...」，但未提及性別平等。

² 系爭規定係針對警詢陳述之特別規定，至於被害人審判外之其他陳述，如偵查中陳述（參刑事訴訟法第 159-1 條第 2 項），如要承認其證據能力，原則上亦得依本號解釋之相關意旨，予以審查。又被害人對其他人如醫生、救護人員等之現場陳述，如作為證據，亦為傳聞證據，是否及如何承認其證據能力，則屬其他類型的傳聞法則例外，其憲法要求或界限為何，應另行討論。

條第 2、3 款。雖然同條第 2 款規定之內容及立法理由，與系爭規定有類似之處，但仍有所不同。例如同條第 2 款被害人仍有到庭，只是無法為完全之陳述或拒絕陳述。法院於此情形，得否逕依同條第 2 款規定承認被害人警詢陳述之證據能力？或應先適用同法第 16 條所定隔離訊問或詰問等方式而未果後，始得承認被害人警詢陳述之證據能力？這是系爭規定表面上所無之憲法爭點。至於同條第 3 款是否合憲的相關爭點，則與系爭規定更明顯不同。

[3] 此外，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），或其他法律之類似規定（如兒童及少年性剝削防制條例第 13 條、家庭暴力防治法第 36 條、組織犯罪條例第 12 條第 2 項等），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。就審查標的而言，本號解釋是個非常窄（narrow）的解釋，至於理由是深或淺，就留待各方解讀。

三、本號解釋之結論及方法

[4] 本號解釋採取合憲性限縮解釋的方法，認為系爭規定在所設定的要件範圍內合憲。表面上為合憲解釋，但其實應該是部分合憲部分違憲之宣告。在本號解釋所設定的各項要件之範圍內，系爭規定固然合憲。但落於上述要件之外的部分，則是本號解釋所未明示的違憲宣告。過去本院如採合憲性解釋方法，多只正面闡釋解釋標的之法令在何種要件或範圍內合憲，而未同時為部分違憲之宣告。³本號解釋亦然。故即使聲請人之原因案件事實落於合憲要件的范围之外，依向來之法院實務見解，因為本院解釋並未出現部分違憲之宣告，同

³ 參，例如，本院釋字第 617 號、第 623 號、第 656 號、第 665 號等解釋。

時也沒有違憲部分是否立即或定期失效的宣告，致聲請人仍無從獲得再審或非常上訴之救濟機會。以本件原因案件而言，依其卷證資料，如會落在合憲範圍之外，⁴即有請求非常救濟之可能，而更有同時為部分違憲宣告之必要與實益。

四、系爭規定所涉傳聞證據之證據能力

[5] 傳聞法則之例外規定應從嚴審查：基於被告之對質、詰問權及法院直接審理原則，審判外之傳聞證據原則上應無證據能力，例外始具證據能力，此即本號解釋所稱之「例外」性，這也是本案的出發點。因此本院對於傳聞法則之例外規定，自應從嚴審查。如果過於放寬傳聞證據的例外，將使法院須在承認傳聞證據的茫茫大海中，費力搜尋懸掛禁止旗幟的少數孤舟，這是反客為主。

[6] 本號解釋對系爭規定所設之合憲要件：本號解釋並非無條件承認系爭規定所定之性侵害犯罪被害人之警詢陳述得具有證據能力，而是在符合以下要件的範圍內，才是合憲。

- (1) 客觀上不能受詰問：被害人確係因性侵害致身心創傷而於審判時仍無法陳述，亦即應符合本院釋字第 582 號解所稱之「客觀上不能受詰問」之情形；（參理由書第 5 段）
- (2) 最後手段性：在程序上，法院仍應先盡力傳喚被害人出庭，或嘗試採取適當之審判保護措施，如法庭外詢問、隔離訊問或詰問（參同法第 16 條第 1 項）。如經上述努力，而被害人仍無法於審判中陳述者，始得承認其警詢陳述之證據能力，此即本號解釋所稱之「最後手段」性；（參理由書第 5 段）

⁴ 本案原因案件確定終局判決列有被害人警詢陳述為證據之一，但依卷證資料，這項警詢陳述是否有經全程連續錄音或錄影，仍有待確認。至本案被害人警詢陳述，是否已屬法院判決被告有罪之主要證據，亦有審查之必要。又如整體觀察原因案件之訴訟過程，法院考量這是性侵害案件，因此將被害人之姓名以代號取代。不僅路人甲之第三人無從得知被害人姓名，就連被告也無從得知。被告在聲請書中更宣稱他在本件原因案件之訴訟過程中，始終想不出被害人是誰？這些都涉及被告在整個訴訟過程中，是否已經獲得足夠的衡平補償，而可進行有效的防禦，也是本號解釋同時宣告部分違憲的可能實益。

(3) 特別可信性：被害人警詢陳述應具有可信之特別情形，始得承認其證據能力；(參理由書第 6 段)

(4) 衡平補償原則：如承認有證據能力，法院應採有效之訴訟上補償措施，以平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失，這可稱為衡平補償原則。(參理由書第 7 段)

除了上述有關證據能力的四項要件外，本號解釋更進一步限縮系爭規定所定被害人警詢陳述之證明力：

(5) 不得作為唯一或主要證據：即使承認被害人警詢陳述有證據能力，但在證明力上，仍不得作為被告有罪判決之唯一或主要證據。(參理由書第 7 段)

以下進一步說明本席對上述 5 個要件的看法。

(1) 客觀上不能受詰問

[7] 依釋字第 582 號解釋意旨，⁵除非證人在「客觀上不能受詰問」，否則，法院於審判中仍應依法踐行被告之對質、詰問程序。因此系爭規定所定被害人「因性侵害致身心創傷無法陳述」，應與釋字第 582 號解釋所稱之「客觀上不能受詰問」同義。在解釋上，所謂「無法陳述」應指無法出庭且無法陳述之情形，此即證人之不可得或不可用 (unavailability)。如被害人仍可出庭，但無法陳述，則屬同法第 2 款之情形，而非系爭規定情形。有關被害人是否符合上述無法陳述之要件，應由檢察官主張並證明之。在適用上，其認定時點應為審判時 (包括準備程序及言詞辯論) 之各次開庭。故如被害人於警詢或偵查時無法陳述，但之後身心狀況好轉，於審判時已可陳述，就不符合這項要件，而仍應使其出庭接受被告之對質、詰問。又法院在適用系爭規定時，亦應區別被害人是否確「因性侵害」致身心創傷無法陳述，而非出於其他事由 (如畏訟、抗拒法院審判之方式或場所、家人反對等) 致無法出庭陳述。再者，法院於認定被害人是否確「因性侵害致身心創傷無法陳述」，亦應先由醫學、心理、社工等專業人

⁵ 釋字第 582 號解釋理由書第 4 段：「...至於被告以外之人 (含證人、共同被告等) 於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者 (刑事訴訟法第 159 條第 1 項參照)，除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。...」

員鑑定，而不得單獨自行認定。至如各該專業鑑定的結果不一致，固應由法院承擔最終認定之責。但既然無法確認被害人是否在客觀上不能受詰問，且有爭議時，法院即不應逕行適用系爭規定，而應依本號解釋理由書第5段之意旨，先盡可能傳喚被害人到庭，或嘗試採行隔離或間接（書面）詰問的其他審判保護措施。

[8] 系爭規定所定之各要件中，尚有「且為證明犯罪事實之存否所必要」者，學說上有稱之為「必要性」，本號解釋對此要件並未明白審查。本席認為：系爭規定所定「且為證明犯罪事實之存否所必要」之意涵不明，難以定位。如認此項必要性要求係指該項傳聞證據是證明犯罪事實所需之主要或必要證據（證明力說），則會將證據能力的問題與證明力的問題相混淆，且與本號解釋所採（5）不得為唯一或主要證據之要件相矛盾。故如採上述證明力說之理解，本號解釋即應宣告「且為證明犯罪事實之存否所必要」之要件違憲。⁶從合憲性解釋的方法來看，「且為證明犯罪事實之存否所必要」只能理解為：由於被害人在客觀上已經不能受詰問，因此需要援引其警詢陳述為傳聞證據。故所謂必要性，實可解為與「因性侵害致身心創傷無法陳述」同義。法院是否有必要援引此種傳聞證據，完全就看被害人於審判時是否真的「因性侵害致身心創傷無法陳述」而定。如此才符合本號解釋採合憲性解釋的方法及結論。

（2）最後手段性

[9] 如果檢察官主張被害人無法出庭作證，或法院發現有此情形，在程序上，法院仍應先盡力試行傳喚被害人出庭，或

⁶ 依上述要件之表面文義之通常理解，並考量這個必要性要件是同時適用於同條第2、3款；特別是連結同條第3款時，「且為證明犯罪事實之存否所必要」實無法理解為被害人於客觀上不能受詰問之無法出庭陳述（unavailability）。故本席傾向採取證明力說，因此會宣告這個必要性要件違憲，如此本件意見書即應為部分協同部分不同意見書。然由於本號解釋對於必要性要件部分保持沉默，並未明白宣告合憲。幾經考慮，並鑑於本件意見書之主要目的並非要動搖本號解釋之可信性，因此本席仍將本件意見書定位為協同意見書。

嘗試採取適當之審判保護措施，如法庭外詢問、隔離訊問或詰問（參同法第 16 條第 1 項）。如經上述努力，而被害人仍無法於審判中陳述者，始得承認其警詢陳述之證據能力，此即本號解釋所稱之「最後手段」性。

（3）特別可信性

[10] 就系爭規所定之「具有可信之特別強況」（即特別可信性），本號解釋強調應「依被害人警詢陳述作成時之時空環境與相關因素綜合判斷」，而不是只看該警詢陳述之作成是否有違反正當程序的不當外力干擾。後者是所有證據之有證據能力的共同基本要件，就連審判中之陳述也應符合這項消極要求。故如要承認傳聞證據有證據能力，其認定標準自然不能如此消極。就此，本號解釋除了強調檢察官對此應負舉證責任外，另同時要求「上開警詢陳述應經全程連續錄音或錄影」，且應於審判時勘驗，而使被告得對警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人、鑑定人等行使詰問權，並表示意見。（參解釋理由書第 6 段）如果被告明白同意接受該警詢陳述之證據能力或捨棄其對質、詰問權，即無上述要求之適用。依本號解釋之上述意旨，本席認為：系爭規定所定「警詢陳述」，應目的性限縮於「經全程連續錄音或錄影，且於審判時勘驗之警詢陳述」，而不能包括未經全程連續錄音或錄影、或未於審判時勘驗之警詢陳述。不論是從被告防禦權或發現真實的觀點來看，只有經全程連續錄音或錄影之警詢陳述，才可能讓法院、被告或其辯護人等觀察、明白警詢的完整過程，包括詢問者如何發問、其與被害人間之實際互動、及在場之社工等人員與被害人、詢問者間之互動等，而不只是單單以被害人陳述之書面記錄，即據以認定是否具特別可信性。⁷

[11] 本號解釋以錄音或錄影為基礎，來檢視被害人警詢陳述是否具特別可信性的要求，難免有逐案認定、綜合判斷方法

⁷ 故就特別可信性之要件而言，本號解釋其實是認為系爭規定的這項要件部分合憲部分違憲，只是在限縮文義範圍後，在表面上只為合憲宣告。

所難以避免的恣意或不一致。如果另尋更明確、更具操作可能性的標準，或可參考美國法之要求。美國聯邦最高法院在 *Crawford v. Washington*⁸ 一案判決後，就指控性證詞 (testimony)⁹ 能否成為傳聞法則之例外，就不再適用類似系爭規定的特別可信性要件，而直接以被告在審判前是否曾有機會與證人 (包括被害人) 對質、詰問為唯一標準。¹⁰ 如有，則有證據能力；如無，則無證據能力。這是以程序保障 (procedural safeguard) 來取代觀察被害人陳述之外部情狀所必然涉及的實質評價。如採這個認定標準，則本號解釋所強調的警詢陳述應經全程連續錄音或錄影之要求，亦可不論。不過，由於美國最高法院在上述 *Crawford* 一案判決中，並未清楚界定何謂指控性證詞，且某項審判外陳述是否該當指控性證詞，常需個案認定，¹¹ 法院之標準不一，也引發諸多爭議。從結果來說，如果指控性證詞的範圍過大，則審判外陳述就較不可能成為傳聞例外；反之，如果限縮指控性證詞的

⁸ 541 U.S. 36 (2004). See Wayne R. LaFare, Jerold H. Israel, Nancy J. King & Orin S. Kerr, *Criminal Procedure* 1387 (6th ed. 2017). 按被告之對質、詰問機會原即為普通法 (common law) 之要求，最高法院上述判決將之提升到憲法位階，而受美國憲法增補條文第 6 條之保障。

⁹ 系爭規定所定之被害人警詢陳述，一定是指控性證詞。

¹⁰ 另參 Federal Rules of Evidence §804:

(b) The Exceptions. The following are not excluded by the rule against hearsay if the declarant is unavailable as a witness:

(1) *Former Testimony*. Testimony that:

(A) was given as a witness at a trial, hearing, or lawful deposition, whether given during the current proceeding or a different one; and

(B) is now offered against a party who had — or, in a civil case, whose predecessor in interest had — an opportunity and similar motive to develop it by direct, cross-, or redirect examination.

.....

但請注意上述聯邦證據規則是同時適用於民事及刑事訴訟。又美國法之所以重視指控性證詞 (testimony)，而採取如此嚴格的衡平補償原則，依本席之理解，可能是考量這類指控性證詞，其主要目的係藉由發動訴訟程序中之國家公權力，來追究被告之責任。至於被害人在醫院對醫護人員、或於求救時對他人 (包括私人或公務員) 等情境下之陳述，因另有其主要目的 (如治療、求救等)，而非透過公權力介入來開啟追訴犯罪程序，故不構成指控性證詞。

¹¹ See, e.g., *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006); *Hammon v. Indiana*, 547 U.S. 813 (2006); *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344 (2011); *Ohio v. Clark*, 576 U.S. 1 (2015).

範圍，則審判外陳述就較可能成為傳聞例外。如果從衡平補償原則的觀點來看，這項標準可說是堅持或偏好以下原則：「被告在審判時對質詰問權之喪失，只能以審判前的對質詰問權來補償」。也正因如此嚴格，致對家庭暴力、性侵害、被害人為兒童少年等類型案件之被害人相對不利。

[12] 本席認為：如果法院將上述審判前之對質、詰問，作為認定被害人警詢陳述是否具特別可信性的標準，其實可減少法院認定特別可信性的可能恣意或不一致。從正面來說，如果被害人警詢陳述已經在審判前之偵查階段中，接受過被告之對質、詰問，即可據以認定該警詢陳述具有特別可信性，而得為證據，不必再辛苦觀察、努力評價被害人警詢陳述的各種情狀。除可簡化法院認定的成本外，更可提高法院適用特別可信性要件時之可預測性和一致性。比較困難的問題是：如果從反面來看，在偵查階段未給予被告有對質、詰問機會的被害人警詢陳述，是否即當然欠缺特別可信性，而無證據能力？

[13] 就此，本席認為：如果綜合本號解釋理由書第6段有關全程連續錄音或錄影及當庭勘驗，及第7段有關衡平補償原則的意旨，或可為以下理解：如果被告在偵查中曾對被害人行使對質、詰問，則警詢陳述當然有證據能力；如否，但如警詢陳述有經全程連續錄音或錄影且經當庭勘驗，則仍可認其具有特別可信性，而得為證據。按衡平補償措施是否足夠，本即應就刑事訴訟的整個過程來評價，包括警訊、檢察官偵查及法院審判之不同階段，而非限於審判階段才有衡平補償原則之適用。是使被告於偵查中得與被害人對質、詰問，其實也可是一種衡平補償措施，且與特別可信性要件之認定密切相關。

（4）衡平補償原則

[14] 法院如承認被害人警詢陳述有證據能力，且未給予被告有對質、詰問之機會，自屬對被告對質、詰問權之直接剝奪，

並有損被告之訴訟上防禦權。就此，本號解釋參考學說上¹²所稱之衡平補償（counterbalancing）原則，在理由書第 7 段¹³闡釋：

...為避免被告訴訟上防禦權蒙受潛在不利益，法院基於憲法公平審判原則，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，強化被告對其他證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以被害人之警詢陳述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。

[15] 本號解釋所明白提及的衡平補償措施至少有二：（1）在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權；（2）在證據評價上，被害人警詢陳述不得作為被告有罪判決之唯一或主要證據。就這二項措施之實效而言，本席認為：（2）直接限制被害人警詢陳述之證明力，算是真正有牙齒、會咬人的要求，實效較強。（1）是在排除被告直接詰問被害人之機會後，以詰問其他證人（許多其實是傳聞的再傳聞證人）取代的最後保障。故（1）在實際運作上，恐怕會是聊勝於無的雞肋措施。如容本席以小人之心，度君子之腹：警察會自認詢問過程有不當外力干擾？陪同在場的社工等人員會承認自己的專業不足或不中立？

[16] 本號解釋之採取上述衡平補償原則，是受歐洲人權法院判決的影響。這個原則有幾個特徵：（1）適用範圍：整體檢視（holistic examination）整個訴訟程序，包括偵查與審判階段，以認定是否有何補償？補償是否足夠、充分？因此各個階段都可補償，本即不限於審判階段之補償。（2）規範基礎：

¹² 參，例如，林鈺雄，證人概念與對質詰問權——從歐洲人權法院裁判看我國釋字第 582 號解釋之後續發展，收於：林鈺雄，刑事程序與國際人權，頁 187、222-225（2007）；林鈺雄，對質詰問例外與傳聞例外之衝突與出路，臺灣法學雜誌，119 期，91、96-100（2009）。

¹³ 本號解釋之解釋文亦有類似文字。

以公平審判原則為上位指導概念，據以認定補償是否足夠；但似未承認被告之對質、詰問權具有憲法的獨立、核心或優位價值，而應與發現真實、被害人保護之法益等因素相互競爭，由法院綜合評價後認定之，也容許法院以其他程序保障來衡平補償被告對質、詰問權之喪失。¹⁴（3）逐案認定：上述綜合評價的方法，是突出法院的角色，要求法院應以超人法官的地位及能量，平衡並滿足被告與檢方/被害人間的公平利益。法院對後者公平一點兒，會強化發現真實的正當性，但可能會忽略程序本身的正當性；法院對被告公平一點兒，天平通常會往正當程序偏一些，因此也會同時或多少犧牲發現真實與被害人保護。姑且不論逐案認定容易流於主觀，也容易欠缺一致性，這其實是刑事訴訟所內涵的兩難。

[17] 歐洲人權法院判決所要求的衡平補償措施，大致有四個次原則要求：¹⁵（1）義務法則：法院負有優先促成對質、詰問的義務。本號解釋理由書第5段要求：「...被害人之具體情況尚未能確認者，法院仍應依聲請盡可能傳喚被害人到庭。...」應該也是類似意旨，只是本號解釋並未將這點明白列入衡平補償措施。（2）歸責法則：證人無法到庭作證並非可歸責於國家（如警察刑求共同被告證人致死）；又如係可歸責於被告，則傳聞證據即有證據能力。本號解釋並未提及這點。（3）防禦法則：應優先採取有利被告之次佳防禦手段，如偵查階段之對質詰問、隔離詰問等，而非逕行承認傳聞證據之證據能力。本號解釋理由書第5段有「...於個案情形，如可採行適當之審判保護措施，例如採被害人法庭外訊問或詰問，或...隔離訊問或詰問等...系爭規定即尚無適用餘地。」應屬防禦法則。（4）佐證法則：傳聞證據之證明力應有其他

¹⁴ 雖然歐洲人權公約第6條3.(d)明文規定被告有權詰問證人，但未明文規定對質(confrontation)，且比較是將被告詰問權看成公約第6條公平審判權所包含的被告防禦權之一環，而未突出被告對質、詰問權的獨立或優先地位。See European Convention on Human Rights §6.3.: “Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: (d) “to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him.”

¹⁵ 參林鈺雄，前註12所引之兩篇論文。

實體證據補強。至於能否作為唯一或主要證據，雖然歐洲人權法院曾以「唯一或主要法則」(the sole or decisive rule) 予以排除，但目前歐洲人權法院判決的立場已修正為：如果法院於整體觀察後認已有足夠的衡平補償，傳聞證據仍可作為唯一或主要證據。¹⁶

(5) 不得作為唯一或主要證據

[18] 本號解釋基於衡平補償原則所要求的補償措施，最有牙齒的應該就是這項：被害人警詢陳述不得作為唯一或主要證據。本席認為：被害人警詢陳述仍屬傳聞證據，因此最多只能是次要或補強證據，本席期待未來法院會走上這個方向。這也是本號解釋與歐洲人權法院判決的最主要差異。¹⁷雖然這屬於證明力，而非證據能力的問題，但本號解釋特別強調這也是用來衡平補償被告防禦權損失的重要一環，自屬上述衡平補償原則之一個次原則。

[19] 本席支持本號解釋之採取「不得作為唯一或主要證據」的嚴格要求。如果只禁止作為唯一證據，其實沒有太大作用。因為絕大多數的案件，通常會有兩項以上之證據（如微物跡證等），而不會只有被害人警詢陳述之傳聞證據。將禁止範圍明確擴及主要證據，亦可導引檢察官蒐集、提出更多的關鍵證據，而不會過份依賴被害人警詢陳述。

五、系爭規定有條件合憲之其他補充理由

[20] 本席之所以支持本號解釋以合憲性限縮方法所達成之有條件合憲之結論，最主要的考量是系爭規定屬於性侵害案件的特殊規定，這種類型犯罪的被害人，確有受到二度傷害

¹⁶ See, e.g., ECHR, *Al-Khawaja & Tahery v. the United Kingdom* (2011) [GC], para. 118, 126-147; ECHR, *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, available at <https://rm.coe.int/1680304c4e> (retrieved Feb. 26, 2020).

¹⁷ 雖然歐洲人權法院已改採較有彈性的整體檢視法，而不自始排除傳聞證據作為唯一或主要證據之可能。但法院如認某項傳聞證據，就證明犯罪事實而言，是越關鍵（如為唯一或主要）的證據，通常就會更加謹慎，也越不會承認其證據能力，至少要提高衡平補償的要求。

的明顯風險，且在被害人身分在事實上又有結構性的性別不平等問題。基於這個考量，本席可以支持本號解釋之結論。因為系爭規定是特別法、只適用於性侵害案件，略微放寬傳聞法則之例外，仍屬可容許之傾斜。故如屬傳聞法則之一般性規定（如刑事訴訟法第 159-1 至 159-5 條）或其他類型的犯罪（例如過去檢肅流氓條例之秘密證人制度¹⁸）自另當別論。

[21] 在上述有條件合憲的結論方向上，本席仍有以下想法，可以補充本號解釋之理由。

[22] 前述歐洲人權法院就衡平補償原則所發展出來的四次原則，其中之歸責法則，並未為本號解釋明白述及。在比較法上，這項歸責法則其實是常見的規範要求。特別是如證人（包括被害人）之無法出庭作證，是源自或可歸責於被告之過錯，則會沒收被告之抗辯權利，而承認相關之審判外傳聞證據，縱於審判時未經被告對質、詰問，仍有證據能力。

¹⁹

[23] 這個次原則，其實也可應用在如本件所涉及的性侵害案件或其他類似案件，特別是家庭暴力（domestic abuse）或被害人為兒童、少年的案件類型。

[24] 先就家暴案件為例，在這類案件中，加害人之加害行為通常不會只是一次性的偶然行為，而常常是持續性的加害。因此被害人在受害之後，仍會繼續處於無助、脆弱、焦慮、挫折、恐懼、不信任、不安全、自我封閉、憎惡自己等心理狀態中。換言之，家暴案件被害人很容易出現醫學上所稱之創傷後壓力症候群（Post-traumatic stress disorder，簡稱 PTSD，又稱創傷後遺症）。而此等後遺症的產生，是可直接連結並歸責於加害人被告。²⁰

¹⁸ 參本院釋字第 384 號解釋。

¹⁹ 美國法通常稱為“forfeiture by wrongdoing doctrine”。See Federal Rules of Evidence §804(b)(6)。

²⁰ 在家暴案件中，有時更會出現所謂加害後的蜜月期，亦即加害人在家暴後，會

[25] 在性侵害案件類型，其加害行為固然比較不是這類持續性的加害，而常常是一次性的加害行為。但如屬熟人間之多次、反覆性侵害，被害人事後確實也常會出現上述創傷後壓力症候群。與家暴案件相比，是有類似之處，而可適用上述歸責法則，沒收被告之對質、詰問權。又如果一次、隨機的性侵害也真的造成被害人之事後持續性創傷，亦可逐案認定後、從寬適用上述歸責法則。

[26] 不過，本席也要強調：性侵害案件或家庭暴力案件之被害人是否有上述創傷後壓力症候群，必須個案認定，不可一律假設所有被害人都會出現這種創傷，且必然持續到審判時。只是在性侵害案件或家庭暴力案件，法院可以依據明確、一致之專業鑑定意見，而從寬適用上述歸責法則。至於沒收被告就此特定傳聞證據之對質、詰問權後，仍應有其他防禦手段等衡平補償原則之適用，自屬當然。其次，在其他的暴力犯罪，如傷害、殺人、集體霸凌等，有時也會發生類似的事後持續性心理創傷，法院固可於個案認定被害人之創傷程度等，但更要注意防範不當的骨牌效應之發生。

六、結語

[27] 接受國家刑事偵查、審判中之被告，始終面臨有罪判決之可能不利益。在證據裁判原則之下，在被告所能行使的各種防禦手段中，對質、詰問證人之權，與爭執書證或物證等其他類型證據之權，實均為最有效、也最重要的防禦手段。又在無罪推定原則之下，法院本就不能先理所當然地假設被害人陳述之可信性及真實性，且在這個假設下承認傳聞證據之例外。表面上看似真誠、坦白、特別是具關鍵性的證詞，如經適當的對質、詰問，有些可能就會顯露出其錯誤陳述、甚至故意作假的真實面貌，這正是對質、詰問權也會有助於

對被害人故意示好、表達關懷、給予安慰、甚至（表面）認錯等，而以此繼續操控被害人的情緒、心理狀態。如有這種情形，當然是更可歸責於加害人被告。性侵害案件比較不會發生這種蜜月期，但加害人如利用其權勢地位、親屬家屬之長幼關係，或對相對弱勢之兒童、少年為性侵害，有時也會有類似的蜜月期操控。

發現真實的正面功能。另從正當法律程序、武器平等原則來說，對質、詰問權實為被告訴訟上防禦權之核心、關鍵。如果輕易剝奪被告之對質、詰問權，並廣泛或寬鬆承認傳聞法則之例外，將可能難以揭開傳聞證據的面紗，進而發現其錯（過失）、假（故意）、冤（結果）之所在。法院在解釋適用這類傳聞法則例外規定時，自應時時提醒自己，並保持必要的警戒。

釋字第 789 號解釋協同意見書

楊惠欽大法官 提出

本號解釋係針對中華民國 94 年 2 月 15 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定，所為之合憲性解釋。本席就解釋中關於為補償被告防禦權損失，所稱之訴訟上補償措施，暨將該等補償措施作為合憲性解釋之條件，認有再說明之必要，爰提出協同意見書。

壹、關於訴訟上補償措施部分：

本號解釋標的即 94 年 2 月 15 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款係規定：「被害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、因性侵害致身心創傷無法陳述者。」（下稱系爭規定）其係針對性侵害犯罪被害人警詢陳述之傳聞證據，例外賦予證據能力之規定。而對傳聞證據賦予證據能力，其所損及者是被告受憲法所保障訴訟權中之防禦權，尤其是對質、詰問權（下併稱質問權），故歐洲人權法院之判決乃有針對被告質問權之限制或剝奪，認為內國法院

應採取足夠之補償措施，以平衡被告防禦權損失之見解¹。為平衡被告防禦權損失，上述關於法院應採取足夠補償措施之見解，固有其重要性。惟我國究係採取實定法制，本席認為於本號解釋係採取合憲性解釋之前提下，所謂之補償措施，應係指雖實定法無明文之規範，但基於憲法之基本權保障意旨，並本於法律規範內容、目的或體系等解釋方法，所可導出者。反之，若該措施，係基於憲法之人民基本權保障意旨所必須，且非依既有之法規範所可導出者，然立法者卻未予以規定，則此等規範之不足，已非可作為合憲性解釋所要求條件之「補償措施」，而係涉及解釋標的之是否違憲問題。

本號解釋認因系爭規定，而使性侵害犯罪被害人之警詢陳述於訴訟上得作為證據，則為適當平衡被告無法質問被害人之防禦權損失，法院應採取有效之訴訟上補償措施，係包括「在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權」及「在證據評價上，不得以被害人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據」兩部分。爰將本席意見分述如下：

關於本號解釋多數意見認「在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權」亦屬所謂之補償措施部分，本席認為尚待釐清。我國刑事訴訟程序，被告對證人、鑑定人享有詰問權，本經法律明定（刑事訴訟法第 166 條參照），至於被告與證人之對質或證人與證人間之對質，依現行之實

¹ 林鈺雄，性侵害案件與對質詰問之限制 - 歐洲人權法院與我國實務裁判之比較評析，台灣法學雜誌第 188 期，2011 年 11 月，第 53-74 頁。

定法規定，雖係由法院主導(刑事訴訟法第 184 條第 2 項、第 169 條但書參照)，但因我國刑事訴訟法針對證據調查及心證要求係採嚴格證明法則，法官為發現真實以求獲得確信心證之必要，本會斟酌個案情形，踐行法律明定之證據調查程序，亦即進行如何程度之對質、詰問，係屬法官依據現行刑事訴訟法之明文規定，已可作為之事項。縱屬法官依法享有裁量權之對質權部分，姑不論本號解釋多數意見並未敘明「強化」之內涵，本席亦不認因被害人未能到庭對質，若又未能使被告對其他證人行使對質權，將使被告之防禦權受有重大急迫之危害(按，被告享有之詰問權，法官並無裁量權，且本院釋字第 582 號解釋亦認對質之實效不及於詰問)，致法官對被告質問權應如何行使之裁量，應通案性的認為已減縮至零。至於個案若有未准對質或詰問致影響個案真實之發現或違反法律規定，亦屬個案裁判是否違法之問題。故本席認為本號解釋中關於在調查證據程序強化對其他證人、鑑定人之質問權部分，應歸類為大法官透過解釋對個案進行程序之期待，尚與所謂之補償措施有間。本號解釋多數意見，將法有明文之事項認屬補償措施，是否反有令審判實務，滋生在現行法已明文規定之調查證據程序規範外，究應再如何強化之疑惑。

另關於「在證據評價上，不得以被害人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據」部分，雖被害人基於證人地位具結而為之陳述，不得作為被告有罪判決之唯一證據，已屬審判實務行之有年之共識(按，一般稱之「超法規補強法

則」)，而本號解釋更將之擴大為「不得作為被告有罪判決之唯一或主要證據」，然不論將具有證據能力之被害人陳述認為係不得作為被告有罪判決之「唯一或主要證據」或「唯一證據」，雖均屬我國實定法所未明文之規範，然本席認為基於憲法對於訴訟權保障之公平審判意旨，並參諸刑法第 2 條第 1 項：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」及第 155 條第 1 項：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」之規定，本於被害人就被害經過之陳述，一般而言，其目的在使被告受刑事追訴處罰，與被告係處於相反立場，其陳述之證據證明力本應較與被告無利害關係之一般證人薄弱，何況是未經被告行使質問權之被害人陳述，法官並無從自其等間質問之問答內容及互動中獲得心證等之經驗法則，應可推導出如上述之性質上屬降低「性侵害犯罪被害人警詢陳述」之證據證明力之證據評價法則，而可認其屬所謂之補償措施，但此補償措施是否宜以合憲性解釋方式附加為本號解釋之合憲條件，則涉及本號解釋之解釋標的，另詳下開「貳」所述。

另如上述，本號解釋係以「不得以被害人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據」，作為合憲解釋應附加之條件之一。其所稱之主要證據，在證據分類上，或有將主要證據對應次要或補充性證據者，但在實務裁判上究應如何操作，爰在此提出本院釋字第 582 號解釋中，關於「……基於上開嚴格證明法則及對自白證明力之限制規定，所謂『其他

必要之證據』，自亦須具備證據能力，經合法調查，且就其證明力之程度，非謂自白為主要證據，其證明力當然較為強大，其他必要之證據為次要或補充性之證據，證明力當然較為薄弱，而應依其他必要證據之質量，與自白相互印證，綜合判斷，足以確信自白犯罪事實之真實性，始足當之。……」等語供參。

貳、 關於合憲解釋之條件部分：

本號解釋標的之系爭規定，係針對性侵害犯罪被害人之警詢陳述，所為傳聞證據之例外規定。即係就符合系爭規定要件之性侵害犯罪被害人警詢陳述，賦予證據能力之規定。而本號解釋則係以系爭規定旨在兼顧性侵害案件發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人之正當目的為由，認系爭規定於該當「訴訟上採為證據之例外與最後手段」之要件，且法院以之作為證據時，須採取「在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權」及「在證據評價上，不得以被害人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據」之「補償措施」，系爭規定始符合憲法第 8 條正當法律程序及第 16 條訴訟權之保障意旨。換言之，本號解釋係採取系爭規定須符合其屬「訴訟上採為證據之例外與最後手段」及在調查證據程序與證據評價上須採取如上述之補償措施等條件，始認系爭規定係屬合憲之合憲性解釋。

按所謂合憲性解釋，係指法律文義有多種解釋可能時，

選擇最符合憲法意旨，不至於侵犯人民權利或違反權力分立之解釋。故為合憲性解釋時，解釋標的之法規範應有合憲及違憲之多重解釋可能，且合憲解釋結論不得超越解釋標的之法規範文義範圍，亦不得牴觸可清楚認知之立法意旨。另「刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事實之認定，採證據裁判及自白任意性等原則。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」(本院釋字第 582 號解釋參照)。是具有證據能力之證據，尚須經合法之證據調查程序，始得作為法院判斷之依據；至該證據之證明力，則由法院於不違背經驗法則及論理法則之範圍內，本於確信自由判斷（刑事訴訟法第 155 條參照）。我國目前之刑事訴訟法制，既將證據能力、證據調查及證據證明力分別予以明文規範，則大法官針對抽象法規為是否合憲之審查時，固可就整體訴訟程序予以綜合觀察，而為體系性之判斷，惟仍應謹守解釋標的本身所規範事項之體系界限，否則是否反會衍生有否逾越合憲性解釋界限之疑慮。

承上所述，於我國刑事訴訟程序，具有證據能力之證據，須經合法之證據調查程序，始得作為法院論罪科刑之依據；至該證據之證明力，則由法院於不違背經驗法則及論理法則之範圍內，本於確信自由判斷，且不論是證據能力、證據調查程序或證據證明力，相關之實定法均有明文之規定。故於刑事訴訟程序，證據能力有無之判斷、證據調查程序及證據證明力之評價等，固均係整體審判程序之一環，且其程序之

進行亦會有交錯，最後再綜合判斷。然如上所述，本號解釋標的之系爭規定係關於證據能力之規範，惟本號解釋就系爭規定為合憲性解釋，除附加系爭規定須為「訴訟上採為證據之例外與最後手段」之補充說明外，又及於在調查證據程序與證據評價上須採取補償措施之條件。其中針對系爭規定認為應具備「訴訟上採為證據之例外與最後手段」之條件部分，本席敬表贊同。但關於另將調查證據程序及證據評價（關係證據證明力）部分之事項，亦併認屬於「規範證據能力之系爭規定」合於憲法意旨所須具備之條件部分，本席認為在解釋方法上尚有斟酌之餘地。

雖歐洲人權法院之判決，對於性侵害犯罪被害人之審判外陳述，經內國法院裁判將之採為證據的案例中，歐洲人權法院所表示：「內國踐行的程序是否整體公平的關鍵，即在限制被告質問權之際，是否採取了足夠的補償平衡措施。」之見解，並綜合該法院相關判決關於質問權限制有無正當化事由之審查基準，亦包含有「被告防禦權是否受到相當保障（防禦法則）」及「是否存有其他重要證據（證明力層次之佐證法則）」²。然歐洲人權法院之裁判見解究係針對內國法院裁判所表示之意見，而內國法院裁判本是依據其內國規範進行整體審判程序後，所作成應否論罪科刑之判斷，是綜合歐洲人權法院裁判見解所得之審查基準或補償措施，自亦是針對內國法院裁判之判斷而為，故不論是審查基準或補償措施亦應

² 林鈺雄，性侵害案件與對質詰問之限制－歐洲人權法院與我國實務裁判之比較評析，台灣法學雜誌第 188 期，2011 年 11 月，第 53-74 頁。

是針對整體訴訟程序中的一環或全部而為。然本號解釋核係對系爭規定即抽象法規為是否合憲之解釋，而系爭規定又屬於證據能力之規範，尚與歐洲人權法院所要處理者係屬個案裁判之情事有別；且如上所述，依我國刑事訴訟法所規定之嚴格證明法則，具證據能力之證據，仍須經合法調查，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。本號解釋多數意見針對屬規範證據能力之系爭規定，為合憲性解釋，但所附加之條件中卻及於證據能力以外之調查證據程序及證據評價之事項，雖所附加之條件即前開所述之補償措施，係分屬現行法規範已有明文或依憲法意旨透過對現行法律之解釋所可得者（詳本意見書「壹」部分），但本席仍認為在解釋方法上，對於規範證據能力之系爭規定，能否推導出關於調查證據程序及證據證明力之補償措施，進而得併據以對系爭規定為合憲性解釋，實有疑問。惟因本號解釋所稱之補償措施，仍屬現行法規範已有明文或依憲法意旨透過對現行法律之解釋所可得者，故多數意見基於現行法規範體系得以推導出作為系爭規定合憲前提條件之補償措施，而本於憲法上公平審判之意旨，為適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失，並被告有否成立犯罪之論罪科刑判決又係整體訴訟程序之結果，乃將非關證據能力之補償措施，併附加為合憲性解釋之條件，其深刻用心，本席敬表感佩，爰提出協同意見如上。

釋字第 789 號解釋部分不同意見書

謝銘洋大法官提出

本件的解釋聲請人因為涉及對未成年人的強制性交罪，經檢察官提起公訴，並被法院判處有期徒刑確定，聲請人認為確定終局判決所適用的性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定，以被害人警詢陳述做為認定聲請人有罪證據，而且並未讓他有任何詰問的機會，侵害他受憲法保障之訴訟權與正當法律程序。本件主要涉及傳聞證據的例外以及與被告防禦權之間的衝突與平衡問題。

一、傳聞法則與例外

我國刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定：「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。」原則上禁止審判外的陳述（也就是傳聞證據；hearsay evidence），作為證據。只有在法律有規定的例外情形，才容許它在一定條件下，可以具有證據能力。

例外的情形就是同法第 159-1 條以下的規定，其中與本件有關的是第 159-3 條：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。」之後，為特別保護性侵害犯罪的被害人，就本條規定的情形，

2005 年修正性侵害犯罪防治法時，在這部法律的第 17 條特別規定：「一、因性侵害致身心創傷無法陳述。二、到庭後因身心壓力於訊問或詰問時無法為完全之陳述或拒絕陳述。……」也就是說：在符合這些例外規定的情形下，容許審判外的陳述，具有證據能力。這個例外規定中的第 1 款：「因性侵害致身心創傷無法陳述」（以下稱系爭規定），就是本件解釋的標的。

在上述傳聞例外規定下，產生的爭議是：系爭規定傳聞法則例外的情形和被告的詰問權之間的關係如何？是不是會限制被告的詰問權？在被害人因性侵害致身心創傷無法陳述，使得被告的詰問權實際上無法行使的情形下，證人的審判外陳述是不是仍然具有證據能力？或是在哪些情形下可以被認為有證據能力？這些都是本件解釋所要釐清的問題。

二、傳聞證據例外和被告詰問權的關係

（一）詰問權是憲法保障的權利

刑事訴訟法第 166 條第 1 項規定：「當事人、代理人、辯護人及輔佐人聲請傳喚之證人、鑑定人，於審判長為人別訊問後，由當事人、代理人或辯護人直接詰問之。……」第 167 條規定：「當事人、代理人或辯護人詰問證人、鑑定人時，審判長除認其有不當者外，不得限制或禁止之。」

刑事被告詰問證人的權利，是受憲法所保障的人民基本權利之一，特別是包括從憲法第 8 條第 1 項所導出的正當法律程序以及第 16 條所保障的人民訴訟權，這是憲法上權利的制度性保障，有助於公平審判，及發見真實之實現，以達

成刑事訴訟最重要的目的。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，證人的陳述才可以作為認定被告犯罪事實的判斷依據（本院釋字第 384 號、第 582 號解釋參照）。

（二）傳聞證據例外必須在充分保障被告詰問權的前提下，才能作為證據

傳聞證據例外的規定，和詰問權之間的關係究竟如何，是不是會因此限制被告的詰問權？對於這個問題，我國實務上的見解相當分歧。

有的最高法院判決肯定被告在上述的例外情形中仍然有對質詰問權，認為對質詰問權是被告重要的訴訟防禦權，不容任意剝奪（例如最高法院 99 年度台上字第 4087 號、107 年度台上字第 34 號刑事判決參照），但有的判決卻認為沒有讓被告進行詰問，其實並不違法（例如最高法院 100 年度台上字第 1133 號、108 年度台上字第 2900 號刑事判決參照）。

1. 本件解釋結果恐將限縮被告詰問權

在最高法院就這個問題的見解有分歧的時候，本件解釋似乎對這個問題下了定論，在解釋理由中認為：「『經證明具有可信之特別情況』，係指性侵害案件，經適當之調查程序，……足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言。……」，以及認為只能「……對被害人警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人、鑑定人等行使詰問權……」而非直接就該審判外的陳述進行詰問。也就是認為審判外的陳述縱使沒有經過對質詰問，只

要符合性侵害犯罪防治法第 17 條的規定，就具有證據能力，可以被採為證據。這個結論，顯然剝奪或限制了被告的訴訟防禦權，採取比美國和歐洲人權法院更為寬鬆的審查標準，而且將傳聞例外和詰問權的例外混為一談，是本席所無法贊同的。

固然本件解釋對於系爭規定傳聞證據的適用要件，包括如何判斷「經證明具有可信之特別情況」（特信性）與「因性侵害致身心創傷無法陳述」加以闡述。然而所舉例的「經證明具有可信之特別情況」，多是以負面陳述的方式說明審判外陳述具有可信性的一般判斷因素：「……系爭規定所謂『經證明具有可信之特別情況』，係指性侵害案件，經適當之調查程序，依被害人警詢陳述作成時之時空環境與相關因素綜合判斷，除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外，並應於避免受性別刻板印象影響之前提下，個案斟酌詢問者有無經專業訓練、有無採行陪同制、被害人陳述時點及其與案發時點之間距、陳述之神情態度及情緒反應、表達之方式及內容之詳盡程度等情況，足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言。……」充其量只有宣示「個案斟酌」，至於何謂「特別情況」則沒有充分具體的說明，實質上造成將特信性的判斷標準，降低為一般「可信性」的判斷標準，結果將減低系爭規定適用上的嚴謹度。況且系爭規定是在規範傳聞例外的要件，而非在於規定詰問權的例外，如果這樣就能架空詰問權，無異是對被告受憲法上保障的防禦權的剝奪，其結果令人憂慮。

2. 詰問權的限制必須要有具體明確的法律規定

未經過合法調查的證據，不得作為判斷的依據（刑事訴訟法第 155 條第 2 項後段參照）。因此，縱使是符合系爭規定，也必須經過合法調查，而合法調查就包括讓被告有詰問的機會，才符合直接審理原則。況且對於對質、詰問權的限制，本院過去的解釋認為：「為保護證人不致因接受對質、詰問，而遭受生命、身體、自由或財產之危害，得以具體明確之法律規定，限制被移送人及其選任律師對證人之對質、詰問權利，其限制且須符合憲法第 23 條之要求。」（本院釋字第 636 號參照）。然而不論是刑事訴訟法或是性侵害犯罪防治法的傳聞證據例外規定，都沒有具體明確規定，在這種情況下可以或應該限制被告詰問權的行使。因此系爭規定的被害人審判外陳述，理論上必須在被告詰問權充分受保障的前提下，才能作為證據。

在被害人因身心創傷嚴重而無法到庭陳述，被告事實上無從進行對質、詰問，這種情形下，被告的詰問權如何才能受到充分保障？這種事實上無法直接詰問的情形，和法律上的剝奪或限制詰問權是截然不同的。對於這種事實上無法直接詰問的情形，必須最大限度採取變通的彈性做法，包括在法庭外、利用聲音或影像傳送的科技設備或其他適當隔離措施的詰問方法（此即審判保護措施，例如性侵害犯罪防治法第 16 條的規定）、利用陪同人員或具有相關專業的司法詢問員（同法第 15 條、第 15-1 條規定）等，用以彌補被告無法直接對質詰問的不利（最高法院 107 年度台上字第 34 號刑事判決參照）。

三、應建立詰問權容許例外的認定標準以落實詰問權的保障

被告的詰問權受憲法保障，即使在傳聞證據例外的情形，也應該受到充分保障，即使在窮盡上述變通的彈性做法也還是無法直接詰問的情形，也不可以因此就貿然認為審判外的陳述具有證據能力。法院必須要在極為例外且嚴謹的情形下，才能採用未經對質詰問的證詞，而認為這些未經對質詰問的審判外陳述具有證據能力，這就是詰問權的容許例外，也才能真正落實對詰問權保障的精神。而非如本號解釋多數意見所說的，先承認這些未經對質詰問的審判外陳述具有證據能力，再事後以強化證據調查程序以及補強其證據證明力的方式試圖合理化這些本來就不應該認為有證據能力的「證據」。

其實我國最高法院不少判決過去已經參考歐洲人權法院所建立若干「詰問權之容許例外」的判斷標準，包括「義務法則」、「歸責法則」、「防禦法則」與「佐證法則」。最高法院有認為「為確保被告對證人行使反對詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並就其指述被告不利之事項，接受被告之反對詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。例外的情形，僅在被告未行使詰問權之不利益經由法院採取衡平之措施，其防禦權業經程序上獲得充分保障時，始容許援用未經被告詰問之證詞，採為認定被告犯罪事實之證據。而被告之防禦權是否已獲程序保障，亦即有無「詰問權之容許例外」情形，應審查：(1)事實審法院為促成證人到庭接受詰問，是否已盡傳喚、拘提證人到庭之義務（即學理上所謂之義務法則）。(2)未能予被告對為不利指述之證人行使反對詰問權，是否非肇因於可歸責於國家

機關之事由所造成，例如證人逃亡或死亡（歸責法則）。(3) 被告雖不能行使詰問，惟法院已踐行現行之法定調查程序，給予被告充分辯明之防禦機會，以補償其不利益（防禦法則）。(4) 系爭未經對質詰問之不利證詞，不得據以作為認定被告犯罪事實之唯一證據或主要證據，仍應有其他補強證據佐證該不利證述之真實性（佐證法則）。在符合上揭要件時，被告雖未行使對不利證人之詰問權，應認合於『詰問權之容許例外』，法院採用該未經被告詰問之證言，即不得指為違法。」（最高法院 103 年度台上字第 2182 號、103 年度台上字第 4086 號刑事判決參照），這些法則都是在確保被告的詰問權受到充分保障，避免被告的詰問權因為事實上無法行使而被任意剝奪，值得肯定。

雖然本件解釋理由有提到「法院基於憲法公平審判原則，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。……」、「法院尤不得以被害人之警詢陳述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。」似乎認為這些都只是證明力的問題。然而這樣的見解不僅忽略對被告詰問權的保障，而且採取比部分實務更為寬鬆的見解。因為只要是屬於證明力的問題，就落入法官自由心證的範圍，如此一來，法官即便不採其他證據，而以審判外陳述作為認定犯罪的唯一依據，只要在證據的認定上沒有違反經驗法則或論理法則（刑事訴訟法第 155 條第 1 項參照），法官的判決就未必違法，這樣是否能有效平衡被告被剝奪詰問權的損失，實在令人感到不安。因此提出部分不同意見書如上。