

## 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，<sup>1</sup>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

---

<sup>1</sup> 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。