

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。