

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

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。

[2] 本號解釋的審查標的只有一個，即系爭規定，並不包括同條第 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

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

聲請人之原因案件事實落於合憲要件的範圍之外，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

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。

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)

(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

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。...」

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

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。

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

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。

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。

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

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).

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

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。

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：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

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。

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。

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。

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個次原則，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。

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)。

[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

[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。

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。

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。