

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。