

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。