

# 司法詢問在兒童性侵害案件之應用 ——以美國法為借鏡\*

金 孟 華\*\*

## 要 目

壹、前 言	(三)以兒童為核心的談話方式
貳、美國兒童司法詢問技術之發展背景	(四)透過訪談搜集外部證據
一、McMartin托兒所案	(五)建立適切的訪談核心目標
二、Bobby Fijnje案	二、兒童司法詢問程序
三、Kelly Michaels案	(一)初期階段
參、兒童司法詢問之基本原則與程序	(二)核心爭議階段
一、兒童司法詢問之基本原則	肆、美國法下司法詢問的證據法定位
(一)避免使用過多「焦點式問題」進行詢問	一、司法詢問員為專家證人
(二)透過訪談測試不同的假設	二、司法詢問所得之陳述為傳聞例外

\* 本文作者曾於2018年於萬國法律第220期、第221期擔任共同作者發表「兒童妨害性自主案件中司法詢問員之定位——兼論我國引進兒童倡議中心之可能性」一文，本文在前文的基礎之上，繼續深化研究，將討論核心移轉至偵查階段，同時擴大研究範圍，包括司法詢問技術在社會科學的討論、司法詢問員的定性、美國與挪威之國外立法例的討論以及釋字第789號的相關論述。有關前文請參見，闕士超、金孟華，兒童妨害性自主案件中司法詢問員之定位——兼論我國引進兒童倡議中心之可能性（上），萬國法律，第220期，2018年8月，頁102-118；闕士超、金孟華，兒童妨害性自主案件中司法詢問員之定位——兼論我國引進兒童倡議中心之可能性（下），萬國法律，第221期，2018年10月，頁106-122。

\*\* 陽明交通大學科技法律研究所副教授，美國杜克大學法學博士。  
投稿日期：一一一年三月八日；接受刊登日期：一一二年一月十三日

三、在審判中使用司法詢問陳述須經對質詰問

(一)證詞型陳述的判斷

(二)司法詢問之成果屬證詞型陳述

(三)對質詰問的替代措施及其限制

伍、司法詢問的證據法定位的再思考

一、Crawford案框架適用在兒童性侵害案件之問題

二、外國法上的新嘗試

三、以有被告參與的司法詢問作為對質詰問之替代方案

陸、司法詢問技術在我國兒童性侵害案件之應用

一、司法詢問員的鑑定人性質

二、司法詢問與傳聞法則及對質詰問權的關係

三、突破現行對質詰問權的框架

(一)三個可能的立法方向

(二)司法詢問員的品質管控

柒、結 論



## 摘 要

兒童司法詢問技術是一套以兒童發展為核心，擷取兒童證詞之技術。司法詢問員並非為特定一造服務，其目的在於發現真實，並減少審判因兒童證人記憶上的限制而陷入困境之機會。本文從司法詢問技術本質著手，認為司法詢問員應屬鑑定人或鑑定證人。司法詢問所得之陳述雖是傳聞證據，但與審判中之證詞相較，此傳聞陳述明顯具有較高的可信性，此項特質與法律上之傳聞法則以及對質詰問權原本之設計均有潛在的衝突之處。本文認為司法詢問技術有助於使性侵害案件兒童被害人審判外證言，構成傳聞法則與對質詰問權的雙重例外，透過案發後第一時間進行訪談，並讓被告與審檢辯三方提早參與，可滿足對質詰問權之要求，同時減少兒童被害人參與後續程序必要性，但此方案有賴司法詢問員之品質管控與提升。

**關鍵詞：** 司法詢問、記憶、傳聞法則、對質詰問權、兒童性侵害



## 壹、前言

性侵害犯罪防治法第15條之1第1項規定：「兒童或心智障礙之性侵害被害人於偵查或審判階段，經司法警察、司法警察官、檢察事務官、檢察官或法官認有必要時，應由具相關專業人士在場協助詢（訊）問。但司法警察、司法警察官、檢察事務官、檢察官或法官受有相關訓練者，不在此限。」依照立法理由，本新增條文制定的目的是參酌兒童權利公約以及身心障礙者權利公約之程序保障要求，並「為提升兒童及身心障礙者司法對性侵害案件特殊性之專業，並維護弱勢證人之司法程序權益及證言可憑信，爰依公約意旨參酌英美關於弱勢證人之規定，增列專家擔任司法詢問員之制度。」

兒童性侵害案件在實務上向來是一個難題。兒童性侵害案件與所有的性侵害案件一樣，往往發生在私密的環境中，難有其他證人，多數的情況下也不會留有物證。因此，執法人員在偵辦案件時，多半需要仰賴被害人自己的陳述，而取得可信的被害人證詞就成為偵查階段最重要的工作。然而，與一般性侵害案件不同的是，兒童被害人因其本身的特性，證詞的取得非常困難，而這項特性也成為實務上處理特殊被害人性侵害案件的最大困境。除了有難以取得的問題以外，就算耗費大量人力時間而取得證詞，司法實務上也常因為證詞的品質不佳而面臨不知該如何評價該證詞可信度的困境。有部分涉及兒童的有罪判決也被質疑被害人證詞是在偵查人員使用錯誤的、誘導的訊問方法後所產生的，經過法院引用後最終形成冤罪<sup>1</sup>。

性侵害犯罪防治法第15條之1之規定，目的就在於突破這樣的困

<sup>1</sup> 參見許倍銘案，台灣冤獄平反協會，<https://twinnocenceproject.org/case/許倍銘/>，造訪日期：2021年1月6日。「本案被害人為心智年齡約三歲之中度智能障礙兒童，不具有完整陳述與思辨之意思表達能力，其陳述是否能作為判斷依據，已有疑慮。經律師調閱警詢錄影，發現筆錄並未真實記載被害人對於警詢問題之第一時間回覆，反而當時在場陪同之社工、員警與被害人母親，有誘導詢問與提供封閉式問題供被害人回答等重大瑕疵。」參見陳昭如，無罪的罪人：迷霧中的校園女童性侵害案，2019年7月，頁14-46。

境，試圖透過專業人士的輔助，在司法程序中，以客觀可信的訪談方式，取得被害人證詞，並確保被害人證人的證詞可信度。司法詢問機制強調以科學上已被證明的可信程序針對兒童被害人進行詢（訊）問，避免使用暗示性或是威脅、利誘的手段，同時考慮兒童的特性，避免使用過度複雜或是不明確的問題，盡可能地讓兒童自然地、獨立地進行陳述。

然而，司法詢問引進至今，法律人對於這個新制度仍感到陌生，不論是針對技術的內涵、司法詢問員的角色定位、訪談成果在後續訴訟中的應用，都有許多可以深入討論之處。本文目的即在探討這些司法詢問制度之相關疑義。本文主要比較的對象是美國，原因在於司法詢問技術在美國發展已久，有廣泛的研究與討論，美國在一九八〇年代曾經發生過許多兒童性侵害案件，引起全國的關注，在這些案件中，對兒童進行訪談的人通常沒有經過特別訓練<sup>2</sup>。這種程序下所最後得出之證詞，往往虛虛實實，在司法程序中讓人不知應如何評價。為了因應這個問題，美國開始逐漸重視司法詢問技術，同時美國各地也開始出現所謂的「兒童倡議中心」（Children's Advocacy Center）培訓訪談人員並且實施司法詢問技術<sup>3</sup>。因此，作為司法詢問制度的先行者之一，美國的經驗應足以提供作為我國之借鏡。

本文想要回答的問題是司法詢問技術在兒童性侵害案件的司法程序中，在實務上所產生的疑義，包括司法詢問員在證據法上的定性為何？經司法詢問所獲得之資料，與傳聞法則以及對質詰問權之間的關係為何？最後，相關的法律設計應該如何做調整方能使得司法詢問技術發揮最大效益，同時兼顧被告與兒童被害人之權益？本文認為，要

<sup>2</sup> Victor I. Vieth, *The Forensic Interviewer at Trial: Guidelines for the Admission and Scope of Expert Witness Testimony Concerning an Investigative Interview in a Case of Child Abuse*, 36 WM. MITCHELL L. REV. 186, 187 (2009).

<sup>3</sup> *Id.* 闕士超、金孟華，兒童妨害性自主案件中司法詢問員之定位——兼論我國引進兒童倡議中心之可能性（下），萬國法律，第221期，2018年10月，頁110-111。

回答前述這些問題，最重要的前提是必須要先掌握司法詢問技術的內涵，由於法律專業社群對於司法詢問技術的內涵並不一定熟悉，因此，本文首先將在第貳部分介紹兒童司法詢問技術之發展背景，並且在第參部分簡單提要兒童司法詢問之基本原則與程序。第肆部分將以美國法作為比較對象，討論美國法下兒童司法詢問的證據法定位，在美國法下，司法詢問員應屬專家證人，詢問所得為傳聞證據，且需在審判中經過對質詰問。第五部分針對美國法的處理方式進行反思，檢討現行證據法將司法詢問所得作為傳聞證據並要求被害人在審判中接受對質詰問之框架，本文認為以有被告參與的司法詢問作為審判中對質詰問的替代方案，或許才是科學上以及法律上更適合的作法。第陸部分嘗試針對我國的相關制度提出建言，本文首先參考美國法的觀點，認為司法詢問員應屬鑑定人或鑑定證人，且在我國的證據法框架下，司法詢問所得之內容一樣會面臨對質詰問權的挑戰。本文主張在立法論上，應嘗試鬆動對質詰問權的既有樣貌，在偵查前階段就使用司法詢問技術固化兒童被害人之證言，並透過法院以及當事人的提前參與，減少審判中對質詰問的必要性，此方案有機會在被害人保護、被告權利以及發現真實之間達成更好的平衡。最後則為結論。

## 貳、美國兒童司法詢問技術之發展背景

### 一、McMartin托兒所案

美國在一九八〇年代發生了一連串的疑似兒童性侵案件，當中要屬McMartin托兒所案最為有名<sup>4</sup>。McMartin案發生在一九八三年的美國加州，起因是一位學生家長Judy Johnson指控托兒所的職員Raymond Buckey對其兩歲半的兒子為性侵害行為，Johnson指稱，McMartin托兒所的經營者有在進行邪教儀式，內容包括獻祭嬰兒、雞姦、以及喝

元照出版提供 請勿公開散布

<sup>4</sup> 李佳玟，司法詢問員的證據法問題(一)，法務通訊，第2970期，2019年9月，頁3。

鮮血。但是警察並無找到相關證據佐證，因此警察決定對目前有小孩正在托兒所就讀以及曾經就讀過該托兒所的200個家庭進行問卷調查，問卷中指稱Raymond Buckey是一位潛在的兒童性侵犯，並要求家長詢問兒童在托兒所中是否有發生過不尋常的事情。問卷結果顯示並無異狀，但檢察官並不因此放棄，而是要求家長進一步詢問兒童，檢察官同時鼓勵家長帶著兒童前往一個兒童性侵害診所接受詢問。受訪兒童一開始並沒有陳述任何有關性侵害的問題，但之後逐漸改變證詞。訪談過程中，負責訪談的診所工作人員使用誘導性的詢問方法，並且在聽到符合他們期待的證述時，給予受訪兒童獎勵。最終，診所訪談了400名兒童，當中有369名兒童指稱他們被托兒所的7名職員性侵害。在審理的過程中，檢察官陸續撤回其中5名被告的起訴，在經過三十三個月的審理，共傳喚124名證人以後，陪審團針對剩餘2名被告做出32個無罪認定，13個懸而未決的判決<sup>5</sup>，而這13個懸而未決的判決都是針對Raymond Buckey。檢方指派2名新的檢察官繼續針對尚未有結論的8個罪名進行追訴，此時檢方所認定的被害人已從369人減至3人，但最後仍未能說服陪審團做出一致的決定，法官最後只能做出無效審判（mistrial）的決定。本案從最一開始到一九九〇年結束，共進行了超過六年，花費1,300萬美元，是美國歷史上花費最多且為期最久的刑事案件，被告中被羈押時間最久的人時間長達五年，而最後沒有任何一個被告被認定有罪<sup>6</sup>。

<sup>5</sup> 意指陪審團無法達成一致決的情況，英文為hung jury。

<sup>6</sup> Meredith Felise Sopher, "The Best of All Possible Worlds": Balancing Victims' and Defendants' Rights in the Child Sexual Abuse Case, 63 FORDHAM L. REV. 633, 656 (1994); Angela R. Dunn, Questioning the Reliability of Children's Testimony: An Examination of the Problematic Elements, 19 LAW & PSYCHOL. REV. 203, 212-13 (1995); Madeline L. Porter, From on the Stand to on Tape: Why Recorded Child Victim Testimony Is Safer, More Effective, & Fairer, 22 U.C. DAVIS J. JUV. L. & POL'Y 37, 48 (2018).

## 二、Bobby Fijnje案

另一個案件是一九八九年Bobby Fijnje案，Bobby Fijnje當時是一位十三歲的青少年，當時他家所屬的教會是佛羅里達州南邁阿密Old Cutler教區。他當時常自願在教會活動期間幫忙照顧年幼的兒童。案件的最一開始是一位三歲的兒童跟父母表示害怕與Bobby相處，父母將該兒童帶去進行心理諮商，在經過訪談後，兒童指控Bobby對其性侵害。隨著事件逐漸發展，Bobby一度被控性侵害高達21名兒童。Bobby在一九八九年八月被逮捕，被逮捕後的幾個小時內就自白。最終，檢方主要憑藉對受害兒童的訪談錄影紀錄、家長及心理師的證詞以及Bobby的自白進行起訴。本案最具爭議的證據是Bobby的自白以及兒童的訪談證言。針對前者，被告提出專家證人說明因Bobby是一位糖尿病患者，在數個小時沒有進食的情況下，低血糖很有可能會影響Bobby的心智能力，此外，Bobby自己也提到，他當時沒有想這麼多，他唯一的目標就是要透過任何方式離開那間訊問的房間，然後回家找爸爸媽媽。兒童證人的錄影紀錄就更具爭議了，被告發現兒童證人的指控都與重複性、暗示性的詢問方式有關。本案從偵查審判經歷將近兩年，在一九九一年五月，陪審團評議結束，認定Bobby被控罪名全數無罪。在審判結束後，檢察官收到本案陪審團所寫的一封信件，內容提到陪審團希望本案能夠促成政府建立相關的政策與指令，使得兒童性侵害事件的詢問與調查，能夠避免產生相互矛盾或是受到污染的證言<sup>7</sup>。

## 三、Kelly Michaels案

第三個案件是發生在一九八五年的Kelly Michaels案。案發的地點是一個叫做Wee Care的托兒所，當時有一位小男孩在看病的時候被醫師測量肛溫，然後對醫師說了一句學校老師也會這樣對他，當被問到是哪位老師時，他說是Kelly。雖然沒有任何實體證據，但是學校仍然

<sup>7</sup> Frontline, The Child Terror, <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/terror/> (last visited: 2020.08.20).



決定展開調查。當學校開始訪談有接觸過Michaels的兒童時，這些兒童的證詞提到了一些難以置信的情節，例如Michaels會把吃飯的刀子、叉子、湯匙餐具、電燈泡、樂高玩具插入他們的肛門或是性器官；要求兒童們在Michaels以及彼此身上塗抹花生醬以及果醬，再要求學生舔乾淨；跟Michaels發生性交、口交；在地板上排便；吃大小便。受訪兒童們提到這些行為發生的地點是在音樂室、體育教室、餐廳、午休教室以及浴室。Michaels甚至會在鋼琴座位上、地上以及餐桌上大小便，再用這些排泄物製成蛋糕叫學生吃掉。好幾位受訪兒童提到這些事情發生的時候，他們有跟父母及托兒所其他大人說，而且有的時候托兒所的其他大人也在場。許多兒童說Michaels威脅他們如果跟父母講的話，他們的父母會受到傷害。聯邦調查局將這些餐具拿去採驗，並沒有發現任何對被告不利的證據。同時所有大人也都無法佐證補強兒童的發言<sup>8</sup>。

Michaels一審被認定性侵害20名兒童，共115條罪名，被判處四十七年有期徒刑<sup>9</sup>。紐澤西州上訴法院在審理本案的時候提到這些兒童的受訪過程具有高度的暗示誘導性。受訪過程中，特定與性相關的資訊與知識是透過問題「灌輸」給受訪兒童；兒童被要求必須要協助警方破案，且被威脅說如果不說的話，會把兒童的不合作告訴其他同學；訪談人員會告訴兒童說其他人已經講出來了，甚至告訴受訪兒童別人說了些什麼。此外，負責訪談的人強調Michaels是個「壞人」，必須要將其關起來大家才會安全。訪談過程中也使用了玩偶以及餐具等其他道具，並要求受訪兒童展示Michaels「可能」用什麼方式欺負小朋友。許多受訪者是在看到這些道具以後才講出Michaels到底做了什麼事。法院認為這些作法促使兒童使用想像力，其真實性是令人存疑的<sup>10</sup>。本案法院最後將原判決撤銷，Michaels獲得釋放，該撤銷判

<sup>8</sup> State v. Michaels, 625 A.2d 489, 495-96 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1993).

<sup>9</sup> *Id.* at 492.

<sup>10</sup> *Id.* at 511.

決在一九九四年獲得紐澤西州最高法院的維持<sup>11</sup>。

由於一連串引發社會矚目的案件都涉及兒童訪談方式的妥適性，美國學界開始逐漸注意到這個問題<sup>12</sup>。過去所使用的方式會出現問題是因為執法單位為了要能夠與兒童溝通，高度仰賴心理健康領域的實務工作者，而實務工作者在訪談兒童時，所使用的方法是以治療為目的所設計的方法。這種方法最大的問題就是暗示誘導性，隨著法院開始認定過去所使用的這些方法不應被使用在刑事案件的調查，學界開始認知到或許應該要用不同的思維與技巧訪談疑似被侵犯的兒童<sup>13</sup>。一九九〇年美國兒童性侵害專業學會（The American Professional Society on the Abuse of Children）提出第一份提供給實務的準則，一九九二年時學界又提出兩種新的模式，強調以特定技術擷取證人記憶。這些早期發展是現今美國各種兒童司法詢問準則的原型。

## 參、兒童司法詢問之基本原則與程序

### 一、兒童司法詢問之基本原則

所謂對兒童司法詢問，是指：「一種對兒童發展具有敏感度且法律上具有妥適性，針對性侵害指控或暴力之事實進行搜集的方法。訪談是由一位經過合格訓練的中立專業人士所進行，使用研究及實務所發展出之技巧，並成為更廣泛的偵查工作的一環<sup>14</sup>。」專業社群間普遍認為，司法詢問的最佳時機是在兒童疑似被侵犯後，越快進行越

<sup>11</sup> State v. Michaels, 642 A.2d 1372, 1385 (N.J. 1994).

<sup>12</sup> Michael E. Lamb, Yael Orbach, Irit Hershkowitz, Phillip W. Esplin & Dvora Horowitz, A Structured Forensic Interview Protocol Improves the Quality and Informativeness of Investigative Interviews with Children: A Review of Research Using the NICHD Investigative Interview Protocol, 31 CHILD ABUSE & NEGLECT 1201, 1202-03 (2007).

<sup>13</sup> Chris Newlin, Linda Cordisco Steele, Andra Chamberlin, Jennifer Anderson, Julie Kenniston, Amy Russell, Heather Stewart & Viola Vaughan-Eden, Child Forensic Interviewing: Best Practices, JUV. JUST. BULL., Sept. 2015, at 3.

<sup>14</sup> *Id.*

好，並且在過程中進行錄影<sup>15</sup>。主要的原因是兒童容易受到暗示誘導的影響，在整個處理程序中，兒童常經過多次詢問，家長、老師、醫師、輔導人員或是警察，都是暗示誘導的可能來源。研究顯示，就算是使用輕微的暗示誘導詢問技巧，都有可能增加錯誤指控的機率<sup>16</sup>。因此若要避免兒童受到暗示誘導的污染，應該要盡可能地在第一時間使用司法詢問。

目前這個領域有非常多不同功能的訪談準則，包括「最佳準則備忘錄」(The Memorandum of Good Practice) 以及「逐步詢問」(The Step-Wise Interview) 是許多後續準則的前身。「認知訪談」(The Cognitive Interview) 強調的是幫助回復記憶的技巧。「敘事解讀技巧」(The Narrative Elaboration Technique) 目的則是協助兒童建構出一個有條理的敘事，將重點放在人物、地點、事件、聽到什麼對話以及當時的感覺；「十步驟調查訪談」(The Ten Step Investigative Interview)，是一種概括簡化版的準則，適合訪談新手使用<sup>17</sup>。目前美國最重要且廣為人知的司法詢問準則包括非營利組織CornerHouse所建立的RATAC<sup>TM</sup>準則，以及美國衛生與公眾服務部(United States Department of Health and Human Services) 下所創設之研究單位「國家兒童健康與人類發展機構」(National Institute of Child Health and Human Development) 所建立的NICHD準則<sup>18</sup>。無論這些對話準則的

<sup>15</sup> Lamb et al., *supra* note 12, at 1202-03; John E. B. Myers, Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion 14 U.C. DAVIS J. JUV. L. & POL'Y 1, 49-55 (2010); Stephen J. Ceci, Martine B. Powell & Gabrielle F. Principe, Children's Memory and Testimony, in MODERN SCIENTIFIC EVIDENCE: THE LAW AND SCIENCE OF EXPERT TESTIMONY § 16:37 (David L. Faigman, Edward K. Cheng, Jennifer L. Mnookin, Erin E. Murphy, Joseph Sanders & Christopher Slobogin eds., 2019-2020).

<sup>16</sup> Cylinda C. Parga, Legal and Scientific Issues Surrounding Victim Recantation in Child Sexual Abuse Cases, 24 GA. ST. U. L. REV. 779, 789-90 (2008).

<sup>17</sup> DEBRA ANN POOLE, INTERVIEWING CHILDREN: THE SCIENCE OF CONVERSATION IN FORENSICS CONTEXTS 174-78 (2016).

<sup>18</sup> Victor I. Vieth, Unto the Third Generation: A Call to End Child Abuse in the United States within 120. Years, 28 HAMLIN J. PUB. L. & POL'Y 1, 24 (2006).

細部設計為何，其背後的許多基本概念是相通的，由於本文並非司法詢問專業領域的文章，因此以下擬以非常簡略的方式介紹常見的共通原理原則以及主要訪談程序，參考文獻主要為Debra Ann Poole教授所著之《Interviewing Children: The Science of Conversation in Forensics Contexts》專書，並佐以其他輔助資料。此部分雖然本文盡可能縮減，但是仍有相當篇幅，而本文認為這些介紹是必要的，因為制度面的設計必須切合司法詢問技術的技術本質，因此在進入法律上的討論之前，認識司法詢問技術的內涵是重要的。

#### (一)避免使用過多「焦點式問題」進行詢問

訪談過程中，有可能出現兩種問題類型，包括最安全無虞的「開放式問題」(open-ended question)，例如：「把所有發生的事情跟我說」、「接下來發生什麼事?」、「可以告訴我更多嗎?」。第二種問題類型是「焦點式問題」(focused questions)。這類問題有不同的暗示誘導程度，可分為三個子項目，包括「細節回憶問題」(recall-detail questions)、「選擇型問題」(option-posing questions)以及「暗示誘導問題」(suggestive prompts)。細節回憶問題通常指的是人事時地物的追問，包括：「這是什麼時後發生的?」、「他碰你哪裡?」。選擇型問題則包括選擇題或是非題，例如：「你是在樓上、樓下，還是其他地方?」、「你有哭嗎?」。暗示誘導問題則是將兒童還沒有提及之資訊在問題中提出<sup>19</sup>。

訪談時，原則上應盡可能使用開放式問題進行詢問，只有在用盡開放式問題而仍缺少關鍵細節時，才能考慮使用細節回憶問題。如果使用完前兩種問題仍有重要細節遺漏，才可以使用選擇型問題。至於最後一種暗示誘導問題，原則上應該避免使用<sup>20</sup>。

<sup>19</sup> POOLE, *supra* note 17, at 12-13.

<sup>20</sup> 黃翠紋、溫翎佑，司法詢問架構運用於兒童性侵害案件偵查之重要性與展望，刑事政策與犯罪研究論文集，第21期，2018年10月，頁341；黃柏霖、許華孚、劉育偉，參與兒童性侵害案件之歷程探討——以司法詢問員為例，青少年犯罪防治研究期刊，第12卷第1期，2020年6月，頁87。

這種設計的原因在於，心理學研究指出，跟開放式問題相比，焦點式問題整體而言容易鼓勵兒童進行猜測並且提供錯誤的記憶<sup>21</sup>。這當中牽涉許多複雜的原因：首先是兒童對於具有權威者的提問，通常會採取合作的態度，就算是兒童認為問題本身並不合理，他們還是會盡力給一個答案，而且不會顯露出自己的不確定。相較於焦點式問題，採取開放式的問題讓兒童有更多空間可以自主地就其所知進行對話，而有助於降低兒童受到壓力而猜測之風險<sup>22</sup>。

焦點式問題的第二個風險在於，兒童對語言本身的掌握度不足，不能用成人的觀點去推定兒童皆能理解問題，或是用成人的方式去理解兒童的答案。與開放式的問題相較，焦點式的問題通常含有更多資訊，使用更多概念、文字與文法結構，這些都可能使受訪兒童感到困惑，繼而提供不正確的訊息<sup>23</sup>。

第三個風險在於記憶運作的基本模式，人們的記憶並不是恆定的，每次我們試圖回想特定事件時，都會影響記憶的內容，記憶中相關聯的事件會與新資訊融合在一起，記憶中的空缺則會自動被大腦中既存的資訊與知識填補<sup>24</sup>。有學者形容，記憶的運作模式不是像一座圖書館，而是像維基百科（Wikipedia）一樣，每次有人調取一個主題時，都有可能變動該主題的內容。當我們使用焦點式問題的方式提問時，問題中隱藏的資訊一方面有可能可以促使人們正確回憶事件的內容，但另一方面也可能同時啟動類似事件的記憶，使得人們錯誤回憶事件的內容<sup>25</sup>。

第四個風險是「來源監控錯誤」（source-monitoring error），來

<sup>21</sup> POOLE, *supra* note 17, at 14.

<sup>22</sup> *Id.* at 14-15.

<sup>23</sup> *Id.* at 15.

<sup>24</sup> See Elizabeth F. Loftus & John C. Palmer, Reconstruction of Automobile Destruction: An Example of the Interaction Between Language and Memory, 13 J. VERBAL LEARNING & VERBAL BEHAV. 585, 586-88 (1974). 實驗顯示大腦會自動以既存之資訊與知識填補記憶空缺，讓記憶變得更合理。

<sup>25</sup> POOLE, *supra* note 17, at 15-16.

源監控形容的是一個回溯記憶來源的過程，人們是透過一些情境因素來判定記憶的確切來源，而這項技能是在成長的過程中慢慢習得的。相對的，兒童的來源監控能力較為薄弱，兒童時常在習得某種資訊以後，馬上忘記該資訊的來源為何。有研究曾針對四至五歲的兒童進行實驗，研究人員首先對受測兒童說故事，故事內容包含著許多新奇的情節，說完故事以後馬上問兒童說：「對於故事中的新奇資訊是原本就知道的還是今天才剛學習到的？」結果顯示，兒童們傾向回答他們一直以來都知道這些資訊，而且其他兒童也一樣都知道這些資訊。另一個實驗則先由研究人員對兒童講述一個故事，故事內容涉及一個男性肢體碰觸到兒童，講完故事後，竟有超過25%的七歲兒童以及9%的八歲兒童回報說在現實生活中，講故事的男性助理有對他們為肢體接觸。如果是使用「是與否」的問句來詢問時，會有約三分之一的受測兒童回答他們有被碰觸，而且許多兒童還能添加許多碰觸的細節。心理學研究告訴我們，對兒童提問時，如果採取焦點式問題的方式詢問，容易觸發到相類似的其他記憶時，非常容易導致兒童產生來源監控錯誤的問題<sup>26</sup>。

焦點式問題的最後一個風險則是容易產生虛構故事。兒童有時候會透過想像力講出情節誇張或是完全沒有根據的故事。有實驗顯示，研究人員在訪談兒童後，詢問受訪兒童：「我們今天在玩遊戲時，我有沒有觸碰到你這張圖片上的任何一個部位？」儘管兩人自始至終都沒有肢體接觸，還是會有兒童回答說他有被碰觸，甚至有人可以編出貌似可信的故事，例如，有受試兒童說：「研究人員的手有伸過來看我有沒有發燒。」發展程度越低的兒童，越有可能虛構故事。由於焦點式問題中，問題本身透露較多的資訊，也就容易喚起受訪者記憶中不相干的記憶，因此也就較容易觸發虛構故事的風險<sup>27</sup>。



<sup>26</sup> *Id.* at 16-17.

<sup>27</sup> *Id.* at 17-18.

## (二) 透過訪談測試不同的假設

除了避免過度以焦點式問題進行詢問以外，對兒童為司法詢問尤其強調訪談者的存疑態度，因此測試不同假設的可能性是司法詢問的重要特性，也是賦予司法詢問可信度的重要要素<sup>28</sup>。司法詢問不應該只是讓兒童重新敘述一遍曾經揭露過的問題，而是要去探索這些揭露的根源是什麼<sup>29</sup>。測試可分為宏觀的主要爭點測試，以及微觀的文意釐清。所謂主要爭點的測試係指，司法詢問者應該採取存疑的態度，應盡量將個案情境下其他合理的可能性列出，考慮除了性侵害的可能性以外，還有什麼其他可能性。例如，在性侵害案件中，對兒童訪談時應該要考慮是否大人錯誤理解兒童的陳述，或是兒童是否在說謊等其他可能性<sup>30</sup>。

在微觀的層次，司法詢問員必須排除兒童在文字的使用上的模糊不清之處。性侵害案件中，兒童常使用各種不同的字彙來表示身體部位或是性行為，此時司法詢問員應該要試圖釐清這些字彙的確實含義，避免模擬兩可的解釋<sup>31</sup>。也有研究指出，年紀較輕的兒童很難在訪談過程中保持專注，也很難有效搜尋記憶，他們很有可能單純因為聽到特定他們理解的單字或是詞彙，就加以回覆，而不去考慮到整個問題的內容究竟為何<sup>32</sup>。因此，若不經驗證地採納兒童的回應，有可能會產生錯誤理解的風險。一個例子是，兒童在回答車子是什麼顏色的時候，有可能會從其視角回答車子的內裝顏色，而不是一般成人所認知的的外部顏色，換言之，兒童可能不能理解通常在詢問車子顏色時，言下之意其實都是指外部顏色而非內部顏色。

在案件處理過程當中，訪談者的記憶可能是有限的，訪談者可能會誤會兒童的陳述，關鍵訊息有可能沒有被完整記錄下來，針對這些

<sup>28</sup> *Id.* at 30; Newlin et al., *supra* note 13, at 10.

<sup>29</sup> *Id.* at 34.

<sup>30</sup> *Id.* at 30-32.

<sup>31</sup> *Id.* at 33.

<sup>32</sup> Newlin et al., *supra* note 13, at 4.

限制或錯誤，受訪兒童有時候又不一定會指正訪談者，可能導致錯誤繼續存在，在後續訪談中持續發酵。因此存疑態度在整個案件處理過程都是重要的<sup>33</sup>。

### (三)以兒童為核心的談話方式

司法詢問是以兒童為核心的訪談方式，比方說前述強調應採取開放式問題而盡可能避免焦點式問題，其中一項重要目的在於將對話的主導權移轉到被詢問兒童身上，盡可能地由兒童決定要討論什麼內容且由兒童定義文字。同時，訪談者也必須觀察評估被詢問兒童的情緒、認知能力與發展程度擬定訪談策略，建立一個友善安全的環境讓兒童願意揭露敏感訊息。詢問員會將這樣的精神貫徹在訪談的過程中，例如詢問員會注意穿著，避免透過服飾建立權威；改變說話的習慣，避免過於強勢的視線接觸，以兒童可以理解且鼓勵兒童說話的方式進行溝通，給予兒童充分的時間回應，透過回應讓兒童知道訪談者鼓勵他繼續講下去；以適合受訪兒童的語言程度進行溝通，重視問題的清晰度，一次問一個問題，減少代名詞與困難的字彙，隨時注意是否有誤解產生<sup>34</sup>。

### (四)透過訪談搜集外部證據

司法詢問員在進行訪談時，必須同時要試圖搜集被害人證詞以外之外部證據，包括尋找物證、其他可能的證人，以及其他任何可以在訪談之外加以探索之資訊。這些「補強證據」(corroborative evidence)的探索不只能大幅度地增加被害兒童證言的可信度，同時也減少被害兒童在程序上之負擔。司法詢問員必須考量被害人的年齡、案件的性質，以及案件中其他相關的資訊選擇應該要試圖探索哪些主題以搜集外部證據<sup>35</sup>。

 元照出版提供 請勿公開散布

<sup>33</sup> POOLE, *supra* note 17, at 34.

<sup>34</sup> *Id.* at 36, 76-77.

<sup>35</sup> *Id.* at 36-37.



### (五)建立適切的訪談核心目標

司法詢問的核心目標當然是要以可信的方式向被害人或證人擷取與案件相關的資訊，但是這個核心目標在細部的操作上並沒有那麼容易，司法詢問員在訪談過程中必須仔細聆聽受訪者、觀察評估受訪者的狀態、思考接下來的問題、考慮有哪些不同的可能性，這個過程對於訪談員會造成相當大的認知負荷。因此，當訪談員碰到計畫外或想像外的回應時，有可能會無法意識到該回應的重要性，進而為相對應之措施。比方說如果司法詢問員訪談的核心目標是為了確認某兒童是否被某嫌犯性侵害，那麼在訪談過程中就很有可能會忽略該兒童是否被其他成人性侵害的資訊，或是該兒童是否知悉該嫌犯性侵害其他被害人的資訊。相對的，若將核心目標設太廣也不行，因為這會導致訪談的打擊面過廣。司法詢問員必須依照案件的實際情況決定訪談的核心目標為何，一旦確定訪談目標，在訪談過程中必須時時提醒自己的訪談核心目標，以避免忽略重要資訊或是失焦。因此，一個可能的核心目標應該是要釐清受訪兒童是否受到性侵害，並且在受訪者透露犯罪行為以後，探索是否有其他行為人或是被害人<sup>36</sup>。

## 二、兒童司法詢問程序

### (一)初期階段

司法詢問者必須在訪談之前進行一些初步安排，比方說：選擇一個兒童最不會感到疲倦的時間進行訪談，釐清兒童可能提到的人名嘗試瞭解受訪兒童。同時搜集與訪談相關之資訊，包括兒童的姓名綽號等基本資料、兒童的發展程度、瞭解兒童是否有特定的疾病、兒童的文化背景與熟悉語言、家中成員、在家中是如何使用形容身體部位以及在家庭中與性有關的日常作為（例如是否涉及裸露或是性教育）。此外，當然還有包括系爭性侵害指控之相關資訊。司法詢問者同時必

<sup>36</sup> *Id.* at 39.

須擬定前述所提及到的核心目標以及思索其他的可能性<sup>37</sup>。

訪談的空間也必須要經過設計，過去常認為一個對兒童友善的環境現場會擺放玩偶玩具，但現在透過研究我們知道玩偶玩具會分散兒童的專注力、激發兒童的想像力，對於訪談可能造成負面影響。除了避免讓兒童分心以外，選擇訪談空間其他較為重要的要素包括：傢俱、裝飾必須考慮到兒童的年齡、現場必須安靜、安全，同時在功能上方便錄音錄影<sup>38</sup>。

正式開始訪談時，訪談者會先自我介紹並開始建立親和感（*rapport-building*）。在這階段中，一般成年人很容易開始透過一連串的問題，讓兒童習慣以簡答回應，例如你今年幾歲？幾年級？等等，這對於促進兒童完整陳述顯然有不利影響。相對的，司法詢問準則通常會要求訪談者在此階段不管是提問或是追問，都儘量以開放式問題提出，讓兒童能夠練習成為講話的主角<sup>39</sup>。接著會與兒童針對訪談的基本規則進行溝通，包括要求兒童根據自身經驗作敘述；當不知道問題的答案時，說「不知道」是可以的；當不理解問題時，可以發問；當訪談者弄錯什麼的時候，可以指出訪談者的錯誤<sup>40</sup>。有的訪談準則會建議訪談者與兒童在此階段，讓兒童答應只針對事實進行陳述，有研究顯示這種「事實與謊言」的討論有助於兒童陳述事實<sup>41</sup>。建立親和感以及傳達完基本規則後，要透過練習讓兒童熟悉這些規則，並且讓兒童習慣針對一個非系爭的特定事件進行完整描述<sup>42</sup>。訪談者也可以在初期階段，在進入正題前，搜集更多背景資訊，包括同住之人、家人、朋友、照顧者的相關資訊<sup>43</sup>。

<sup>37</sup> *Id.* at 80-82.

<sup>38</sup> *Id.* at 83-84.

<sup>39</sup> *Id.* at 86-87; Newlin et al., *supra* note 13, at 8.

<sup>40</sup> *Id.* at 89.

<sup>41</sup> Newlin et al., *supra* note 13, at 8.

<sup>42</sup> POOLE, *supra* note 17, at 97-98.

<sup>43</sup> *Id.* at 103.

## (二)核心爭議階段

在完成初期階段以後，訪談就進入系爭事件的詢問階段。這時訪談者一樣必須使用開放式提問，告訴受訪兒童現在進入了另一個話題，此一步驟的重點在於提出核心爭議。為了保護兒童證詞的可信度並且判斷虛構故事的風險，提問的內容本身，不可以涉及系爭案件的細節。此外，訪談者也必須注意到使用的語言不可以讓兒童認為可以用猜測的方式回答。很重要的一點是，訪談者必須要提醒自己，如果因為開放式詢問，導致兒童沒有陳述任何關於系爭案件的資訊，也是可以被接受的結果<sup>44</sup>。因為司法詢問本來就不保證可以獲得疑似案件的相關資訊。提出核心爭議後，訪談者應促使兒童在不受干擾下，進行自由陳述。兒童結束以後，訪談者可請求兒童重複自由陳述的內容，不僅是為了釐清陳述內容，更是讓兒童有機會再陳述中加入更多的細節。如果兒童描述的方式是一件日常中會重複發生的通案性的內容，訪談者必須追問兒童回憶特定事件之內容。只有在兒童顯然無法針對特定事件提供更多內容時，訪談才會進入下一階段<sup>45</sup>。最後，則進入提問與釐清步驟，訪談者必須在此階段追問細節、測試不同的可能性、釐清前後不一的陳述，同時探索是否有可能找到更多的人證或是物證<sup>46</sup>。此階段的訪談可以使用較多的焦點式問題。如果兒童的回應是簡短的，訪談者可以使用兒童所使用的字彙提出焦點式問題進行追問<sup>47</sup>。但是非常重要的一點是，使用完焦點式問題以後，訪談者在處理不同的議題時，應該不斷地回到開放式的提問，讓整個詢問過程成為一個開放式提問以及焦點式提問的循環<sup>48</sup>。

實務上常見到訪談者使用偵訊娃娃作為輔助工具，然而學界對於偵訊娃娃的使用是存有顧慮的。一個經典的研究安排三歲與四歲的兒

<sup>44</sup> *Id.* at 110-14.

<sup>45</sup> *Id.* at 115-20.

<sup>46</sup> *Id.* at 136.

<sup>47</sup> Newlin et al., *supra* note 13, at 10.

<sup>48</sup> POOLE, *supra* note 17, at 67, 125.

童進行健康檢查，其中一部分的受試者有接受例行的性器官檢查。檢查完以後進行訪談，訪談中有使用偵訊娃娃。研究人員請受試者使用玩偶說明剛剛醫生是怎麼碰觸受試者的性器官。結果顯示，許多沒有被碰觸的受試者回答說有被碰觸；許多有被檢查性器官的受試者錯誤回報醫生有將手指伸入受試者的性器官或肛門。接著，研究人員將聽診器以及湯匙交給受試者，詢問受試者醫生是如何使用這些工具。結果顯示，部分受試者將聽診器放到性器官上，部分受試者將湯匙插入性器官及肛門中，或是用湯匙敲擊性器官。實際上在身體檢查過程中，沒有發生以上情事<sup>49</sup>。

使用輔助工具協助兒童作證最大的問題在於兒童有時候會忘記主要詢問的題目是什麼，同時也時常無法抑制與現場詢問主題無關的想法，容易進入思緒的漫遊狀態，在這樣的情況下很容易在「物品的直觀效應」下，指向輔助工具的任一部位，或是在不加思索的情況下，讓玩偶做出其本身就可能做出的行為（例如把手指插進玩偶身上的洞裡）<sup>50</sup>。也有研究顯示，兩歲半到四歲的兒童，無法將玩偶視為是自己身體的替代品<sup>51</sup>，這顯示這個年齡層的兒童似乎只能將偵訊娃娃視為是單純的玩具。也因此，美國國家兒童倡議中心（National Children's Advocacy Center）在二〇一五年認為偵訊娃娃不應該作為標準程序的一部分<sup>52</sup>，僅能在兒童已經揭露被虐且其他可以釐清事實的選項都已耗盡時，才能例外使用。一個較安全的作法是先使用開放式問題，然後再使用偵訊娃娃確認兒童的答案<sup>53</sup>。

最後，實務上也常看到家長與訪談者共同對兒童進行訪談，然而

<sup>49</sup> Maggie Bruck, Stephen J. Ceci, Emmett Francouer & Ashley Renick, *Anatomically Detailed Dolls Do Not Facilitate Preschoolers' Reports of a Pediatric Examination Involving Genital Touching*, 1 J. EXPERIMENTAL PSYCHOL.: APPLIED 95, 101-05 (1995).

<sup>50</sup> POOLE, *supra* note 17, at 149.

<sup>51</sup> Ceci et al., *supra* note 15.

<sup>52</sup> 黃翠紋、溫翎佑，前揭註20，頁340。

<sup>53</sup> POOLE, *supra* note 17, at 149.

為了減少干擾，通常不鼓勵家長、學校人員以及其他人在訪談的現場，就算需要輔助人，最好也是透過遠距設備參與，避免進入受訪兒童的視線<sup>54</sup>。

## 肆、美國法下司法詢問的證據法定位

### 一、司法詢問員為專家證人

從以上對於司法詢問的技術本質來看，司法詢問是一種以可信方法擷取兒童證人證詞之專門技術。司法詢問員所產生之詢問內容，涉及司法詢問員的專業判斷與解讀，訪談程序本身具有一定程度的彈性，不論是評估受訪者的發展程度，到測試不同假設、搜尋外部證據，甚至要問哪些焦點式問題，每一步其實都涉及司法詢問員的裁量與判斷。司法詢問員是透過跟被害人親身的觀察與互動搜集資料，再以自身之專業進行分析釐清所得之資料，最終產生一份兒童被害人證人證詞。這個證詞原本只存在於兒童的記憶中，一般人無法解讀，是透過司法詢問員的技術而取得。因此，這些技術上的特性，使得司法詢問員較接近美國法上的專家證人，而非單純的證人或是通譯。

美國法上針對專家證人容許性的標準規定於聯邦證據法第702條。條文規定所謂專家證人是指：「科學技術或是專業知識可以協助事實認定者瞭解證據或是判斷爭點事實」，但其證述必須符合三個要件，包括：「證述必須立基於足夠的事實與資料」、「證述來自於可信的原理及方法」、「將可信的原理及方法套用在本案事實」<sup>55</sup>。更具體而言，美國聯邦法院在操作條文時考慮的是美國聯邦最高法院在Daubert以及Kumho Tire兩案中所設下的五項彈性參考判斷標準，包括：該理論或技術是否可被測試、是否經過同儕審查、是否知道錯誤率、是否有標準作業程序，以及是否在相關專業社群取得普遍接受之

<sup>54</sup> *Id.* at 166.

<sup>55</sup> Fed. R. Evid. 702.

地位<sup>56</sup>。

從兒童司法詢問的技術內涵來看，應可通過美國證據法上專家證人容許性之檢驗。兒童司法詢問在學術上的基礎是自一九八〇年代以來的心理學研究以及實務發展經驗，學術以及實務雖然衍生出許多不同的訪談準則，但是如同本文前述所介紹之內容，此專業領域已具備許多經同儕審查之共通性原則以及程序，且這些原則與程序亦已受到相關專業領域之普遍接受<sup>57</sup>。比較容易受到質疑的是錯誤率這個要素，在實務上就算是正確地實施兒童司法詢問，確實仍然有可能導致錯誤的結果，但是基於司法詢問技術的本質，我們很難判斷現實世界中有多少案件在經過司法詢問後產生錯誤結論。因此錯誤率確實是司法詢問員作為專家證人在容許性判斷上的限制。不過，美國聯邦最高法院所設下的判斷因素既不是專家證人容許性的最低標準也不是最高標準，而只是參考的彈性標準<sup>58</sup>。錯誤率這項要素真正的關鍵應該是，讓事實認定者能夠瞭解技術的本質以及錯誤的可能。因此，實務上可以以解說替代錯誤率的說明。司法詢問員作為專家證人的適格性，已為美國許多州所肯認<sup>59</sup>。

然而，真正的關鍵是司法詢問員作為專家證人可以提出什麼樣的專家意見？由於司法詢問的技術核心在於以客觀可信的方式擷取兒童證言，而不是受性侵兒童的心理分析，因此司法詢問員理論上不應該對於受訪兒童究竟有無實際上被性侵這個實體上的爭點進行意見的陳述<sup>60</sup>。司法詢問員作為專家證人可以提供的證述，應該是幫助事實認

<sup>56</sup> Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137, 149-50 (1999); Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc., 509 U.S. 579, 592-94 (1993).

<sup>57</sup> Vieth, *supra* note 2, at 190-96.

<sup>58</sup> Kumho Tire, 526 U.S. at 150.

<sup>59</sup> See e.g., Harper v. State, 2019 Ark. App. (2019); Ward v. State, 836 S.E.2d 148 (Ga. Ct. App. 2019); State v. Critchfield, 290 P.3d 1272 (Idaho Ct. App. 2012); State v. Gaona, 270 P.3d 1165 (Kan. 2012); State v. Brown, 937 N.W.2d 146 (Minn. Ct. App. 2019); State v. Collins, 163 S.W.3d 614 (Mo. Ct. App. S.D. 2005); State v. Lee, 304 Neb. 252, 934 N.W.2d 145 (2019).

<sup>60</sup> Myers, *supra* note 15, at 42-43.

定者正確理解司法詢問之過程與成果，包括什麼問題才是符合受訪兒童的發展程度、訪談中所使用的各種不同的問題、為什麼要使用道具等等。這類陳述並沒有直接涉及本案的實質爭點，而僅是幫助事實認定者評估應如何評價司法詢問後所得出之兒童證言<sup>61</sup>。

## 二、司法詢問所得之陳述為傳聞例外

美國證據法原則禁止傳聞證據進入法庭，主要是因為法庭外的陳述未經具結，陳述者也未經交互詰問，因此無法擔保該陳述的可信性。兒童證言在適用傳聞法則時會顯得有一點格格不入，因為在兒童證言的情形，跟審判外的訪談相比，可能反而是法庭中的證詞，較不具有可信性。這是因為實務上法庭本身的環境可能會對兒童造成壓力、兒童可能無法理解法律程序、兒童可能會在公開場合羞於啟齒隱私、指控對象很有可能是朋友、家人、長輩而對兒童產生壓力，當然兒童的記憶也有可能隨著時間經過而導致記憶越來越模糊<sup>62</sup>。無怪乎美國多數州都有立法明定特殊之性侵害案件兒童證言之傳聞例外<sup>63</sup>。

以佛羅里達州為例，在兒童性侵害事件，如果兒童法庭外之陳述具有特別的可信性，且該兒童出庭作證，或是雖無法出庭作證（unavailable as a witness）但是有其他補強證據之情況，該兒童法庭外之陳述即可作為傳聞之例外。考慮可信性時，法院得考慮兒童生理及心理的年齡、成熟度、犯罪態樣與期間、行為人與被害人之關係、指控內容的可信性、兒童被害人本人的可信性，以及其他合適的要素。而所謂無法出庭作證則應包括一旦出庭作證，該兒童有受到情緒

<sup>61</sup> Vieth, *supra* note 2, at 208-09.

<sup>62</sup> State v. Jones, 772 P.2d 496, 499 (Wash. 1989).

<sup>63</sup> SUSAN R. HALL & BRUCE D. SALES, COURTROOM MODIFICATIONS FOR CHILD WITNESSES: LAW AND SCIENCE IN FORENSIC EVALUATIONS 49 (2008); 另請參見，闕士超、金孟華，兒童妨害性自主案件中司法詢問員之定位——兼論我國引進兒童倡議中心之可能性（上），萬國法律，第220期，2018年8月，頁106。

上或是心理上傷害的實質可能性之情形<sup>64</sup>。另參考密西西比州之規定，法條中有特別提到，判斷兒童證言的可信性時，法院應考慮在取得證言時是否有使用暗示誘導的技巧<sup>65</sup>。

這樣的立法設計是可以理解的，傳聞證據會被排除是因為證據法上認為法庭中的陳述具有較高的可信度，傳聞證據無法在法庭中接受檢驗，因此不被認為是可信的證據。可是如果當審判外的陳述在「本質上」就比審判中的陳述還具有較高的可信度時，從傳聞法則的角度來看，似乎就沒有必要堅守證詞必須是法庭中陳述的要求。相同的例子還有美國聯邦證據法第801(d)(1)(c)條關於目擊證人的規定，該條文規定如果目擊證人出庭接受交互詰問，則其先前在法庭外的指認陳述即不會構成傳聞證據，這也是因為目擊證人在法庭外的指認陳述，跟法庭中的指認陳述相比，前者本質上具有較高的可信度。因此，在性侵害案件兒童證言的情境下，只要有機制（例如，出庭接受交互詰問或是其他補強證據）能夠擔保兒童在法庭外證詞的可信度，即不需要強行以傳聞法則禁止之。

在美國法下，對質詰問權與傳聞法則之間的關係向來是討論的重點。美國聯邦最高法院在Ohio v. Roberts一案中認為，傳聞法則的例外不一定代表構成對質詰問權的例外，只有當傳聞陳述符合「根深蒂固的傳聞例外」（firmly rooted hearsay exception）時，才會同時構成對質詰問權的例外。如果不是根深蒂固的傳聞例外，則該傳聞陳述必須具備「特別可信的保證」（particularized guarantees of trustworthiness），方可成為對質詰問權的例外<sup>66</sup>。因此，在Ohio v. Roberts案的框架下，若傳聞證人無法出庭作證，傳聞陳述有可能憑藉可信的這項要素同時

<sup>64</sup> Fla. Stat. Ann. § 90.803(23). See also, e.g., Kan. Stat. Ann. § 60-460(dd); Minn. Stat. Ann. § 260C.165; Mo. Ann. Stat. § 491.075; Okla. Stat. Ann. tit. 12, § 2803.1; Vt. R. Evid. 804a; Wash. Rev. Code Ann. § 9A.44.120; N.J.R.E. 803(c)(27); Ga. Code Ann., § 24-8-820.

<sup>65</sup> M.R.E. 803(25).

<sup>66</sup> Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56, 66 (1980).



取得傳聞法則以及對質詰問權的例外<sup>67</sup>。然而，美國聯邦最高法院在 *Crawford v. Washington* 一案中，針對對質詰問權做出全新的解釋以後，在美國證據法的脈絡下，基於兒童證言本質的特性，傳聞法則的考慮已成為次要問題，決定是否有容許性真正的門檻在於以下將討論的對質詰問權要求，此部分容後詳述。

### 三、在審判中使用司法詢問陳述須經對質詰問

#### (一) 證詞型陳述的判斷

美國聯邦最高法院在二〇〇四年的 *Crawford v. Washington* 案中，推翻了 *Ohio v. Roberts* 案的判斷標準，改以系爭法庭外之陳述是否為「證詞型陳述」(testimonial statement) 作為判斷標準。本案中，被告的主要抗辯是正當防衛，被告是在被害人拿出武器後才刺殺被害人的。現場的證人是被告的妻子，妻子在偵查中所為的陳述有損被告正當防衛之抗辯。審判中證人選擇主張拒絕證言權，檢察官則使用偵查中之證人陳述作為證據，原審法官認定因證人在本案例中同時是共犯，依該州州法規定，該審判外陳述因違背證人本身之利益，而構成傳聞之例外。原審法官同時認定該陳述具有特別可信之情形，而構成對質詰問權的例外。被告主張，原審准許檢察官使用該證人法庭外的陳述，已侵犯其對質詰問權<sup>68</sup>。

聯邦最高法院認為，對質詰問權的目的跟傳聞法則一樣是為了取得可信的結果，但是與傳聞法則不一樣的地方在於，對質詰問權強調的是必須要以對質詰問這個特定的方法來評估可信。因此，對質詰問是可信的程序性保障，而非實質保障<sup>69</sup>。而所謂證詞型陳述，是指該

<sup>67</sup> See *State v. Townsend*, 635 So. 2d 949, 956-57 (1994).

<sup>68</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 40 (2004); 亦有學者將 testimonial statement 譯為「證明性傳聞」，請參見張明偉，傳聞例外規定之檢視——以公務員職務製作文書與公證文書為中心，臺北大學法學論叢，第121期，2022年3月，頁138。

<sup>69</sup> *Id.* at 61.

陳述的目標是為了作為刑事犯罪追訴所使用且具有一定程度的正式性與要式性（formality）<sup>70</sup>。法院認為，所謂證詞型陳述，至少包括證人在預審程序（preliminary hearing）、大陪審團程序、審判程序以及警詢之先前陳述，都包括在內<sup>71</sup>。在Crawford案所設定的新標準下，法律上對於證詞型陳述的保障是絕對的，只要一個傳聞陳述落入證詞型陳述的範疇，就一定要經過對質詰問的檢驗方具有容許性<sup>72</sup>。

在後續的案件中，美國聯邦最高法院針對「證詞型陳述」提供更多指引，在Michigan v. Bryant<sup>73</sup>案中，該院發展出所謂「主要目的」（primary purpose）法則，認為一個陳述光是在作成時有預期到該陳述將成為刑事偵查或起訴使用是不夠的，必須要該陳述作成的主要目的是為了使用於刑事偵查或起訴<sup>74</sup>。在該案中，警察訊問受到槍擊的被害人並指認為人，法院認為此時該陳述作成的主要目的是為了處理一個「正在進行的緊急事件」（ongoing emergency），因為警察訊問的目的是為了追捕在逃槍擊嫌犯，並避免發生進一步的公共危險。此外，訊問的環境也是一個不正式的環境，因此不構成證詞型陳述<sup>75</sup>。在Ohio v. Clark<sup>76</sup>一案，學校老師發現兒童身上有疑似傷痕，對兒童進行發問，兒童指出行為人對其施虐。美國聯邦最高法院認為，本案中兒童的陳述並不構成證詞型陳述，因為該陳述作成的主要目的顯然不是為了要進行犯罪的偵查，且此項認定不會因為老師依法有通報義務而有所不同<sup>77</sup>。實務上，美國聯邦法院系統至今曾認定為係屬證詞型陳述的審判外陳述的例子包括：共同被告的陳述、大陪審團證

<sup>70</sup> *Id.* at 51-52, 61-62.

<sup>71</sup> *Id.* at 68.

<sup>72</sup> GRAHAM C. LILLY, DANIEL J. CAPRA & STEPHEN A. SALTZBURG, PRINCIPLES OF EVIDENCE 299 (2019).

<sup>73</sup> Michigan v. Bryant, 562 U.S. 344 (2011).

<sup>74</sup> 李佳玟，前揭註4，頁41。

<sup>75</sup> LILLY, *supra* note 72, at 300-01.

<sup>76</sup> Ohio v. Clark, 576 U.S. 237 (2015).

<sup>77</sup> LILLY, *supra* note 72, at 301-02.

詞、共同被告量刑前的陳述（*allocution*）、警察不具名線人的陳述、不具有緊急性的報案電話、警察在犯罪現場針對毒品數量的紀錄、鑑識單位專為訴訟準備之報告<sup>78</sup>。

### （二）司法詢問之成果屬證詞型陳述

在Crawford案之後，司法詢問所取得的證詞，在兒童沒有出庭作證的前提下，就算能夠成為傳聞法則的例外，也必須通過對質詰問權的檢驗。實務上，美國已有許多法院認定司法詢問成果是證詞型陳述，兒童必須要出庭接受交互詰問，因為就算司法詢問不是由警察負責詢問，司法詢問員也不是偵查機關的手足，但其行為仍構成整體調查程序的一環，而訪談的主要目的亦是為了後續審判搜集證據<sup>79</sup>。有少部分實務見解認定司法詢問不構成證詞型陳述，但是這些判決的客觀條件都有其特殊性，法院強調的是個案中司法詢問程序的獨立性，亦即與執法單位或是司法偵查程序的脫鉤<sup>80</sup>，或是強調該次詢問的保護或治療功能<sup>81</sup>。

在此應特別注意的是，美國法上的對質詰問權，向來只保護對質詰問的「機會」，並不保證被告可以「有效」行使對質詰問。在U.S. v. Owens一案中，被害人因為頭部受傷對記憶造成影響，雖然在醫院時曾對調查局探員證述被告的身分，但是他出庭接受交互詰問時，卻證述他不記得他曾經在調查局探員前證述有看到攻擊他的人是誰，也不記得這個記憶的來源是否是住院時來訪的人們告訴他的資訊，同時

<sup>78</sup> *Id.* at 306.

<sup>79</sup> See *State v. Richmond*, 935 N.W.2d 792 (S.D. 2019); *People v. Sharp*, 155 P.3d 577 (Colo. Ct. App. 2006), cert. dismissed, (Mar. 30, 2007); *State v. Baker*, 300 P.3d 696 (Mont. 2013); *State v. McCoy*, 459 S.W.3d 1 (Tenn. 2014); *State v. Hooper*, 176 P.3d 911 (Idaho 2007); *Marquis v. State*, 242 So. 3d 86 (Miss. 2018); *In re N.C.*, 74 A.3d 271 (2013); *State v. Snowden*, 867 A.2d 314 (2005); *People v. Harless*, 22 Cal. Rptr. 3d 625 (Cal. App. 6th Dist. 2004); *State v. Blue*, 717 N.W.2d 558 (N.D. 2006); *State v. Justus*, 205 S.W.3d 872, 881 (Mo. 2006).

<sup>80</sup> *Jordan v. State*, 80 So. 3d 817, 828 (Miss. Ct. App. 2010).

<sup>81</sup> *State v. Buda*, 949 A.2d 761, 780 (N.J. 2008); *State v. Arnold*, 933 N.E.2d 775, 786 (Ohio 2010).

他也忘記到底誰有來醫院裡探視過他<sup>82</sup>。被告最終被認定有罪，上訴時主張因被害人記憶喪失，其對質詰問權受到侵害<sup>83</sup>。聯邦最高法院認為，只要被告有機會讓事實認定者瞭解證人有哪些缺陷，對質詰問的目的即以達成。對質詰問一個失去記憶的證人當然不會每次都是成功的，但是成功的對質詰問並非憲法上的保證，因此認定本案中，被告既然在訴訟中已經點出證人的記憶缺陷，以及他的記憶很可能受到醫院來訪證人的污染，就不能再主張其對質詰問權受到侵害<sup>84</sup>。

這樣的觀點，在Crawford案後，仍然受到下級法院的維持。在U.S. v. Kappell案中，被告被控性侵2名兒童，被害人在法庭外對心理治療師以及醫師表示曾受到被告之性侵害。審判時，2名被害人分別為八歲及五歲，在被告不爭執的情況下，透過閉路電視在獨立房間接受交互詰問，然而針對許多問題，2名被害人回答了但是無法提供細節，或是根本沒有回應。被告最後因性侵兒童被判處無期徒刑<sup>85</sup>。第六巡迴上訴法院引用Owens案，認為本案中沒有對質詰問權的問題，因為實際上Kappell有機會面對指控他的證人，也因為對質詰問權受到滿足，因此法院採納2名兒童被害人法庭外的陳述，並無缺失<sup>86</sup>。

### (三)對質詰問的替代措施及其限制

在Crawford案的論述中，聯邦最高法院有提到，要讓審判外證詞型陳述具備容許性，除了證人出庭作證以外，如果證人在審理中基於各種原因無法出庭（unavailable），且被告在審前曾有「先前機會」（prior opportunity）對證人進行交互詰問，也可以滿足對質詰問權的要求<sup>87</sup>。在兒童性侵害的案件中，兒童常因為認知能力的限制或是避免受到二度傷害而「無法出庭」，但實務上，就算法院認定兒童無法

<sup>82</sup> United States v. Owens, 484 U.S. 554, 556 (1988).

<sup>83</sup> *Id.* at 556-57.

<sup>84</sup> *Id.* at 559-60.

<sup>85</sup> United States v. Kappell, 418 F.3d 550, 552-53 (6th Cir. 2005).

<sup>86</sup> *Id.* at 554.

<sup>87</sup> Crawford, 541 U.S. at 53-54.

出庭，透過先前機會進行交互詰問而成功取得容許性亦非常不容易<sup>88</sup>。因此，在多數的情況下，兒童證人都仍須出庭作證。

為了減少兒童證人因出庭所受的負面影響，美國多數州均有以閉路電視進行作證的選項<sup>89</sup>。美國聯邦最高法院早在一九九〇年的 *Maryland v. Craig* 案中就肯認兒童證人可能因為司法程序而受到創傷。法院認為，為減少創傷機會，使用單向閉路電視進行對質詰問是合憲的。在判決中，法院雖然肯認「面對面」進行詰問的重要性，但是同時也認為在維繫「重要公共政策」以及「確保程序可信」的前提下，對質詰問權中「面對面」的要素是可以讓步的<sup>90</sup>。然而，實證上卻顯示，許多檢察官不願意使用 *Craig* 案所提供的遠距作證保護，主要是因為檢察官認為讓被害兒童出庭作證最能確保定罪。此外，現實上遠距設備的不足以及減少被告可能的上訴理由均是檢察官較少使用遠距訊問的因素<sup>91</sup>。

## 伍、司法詢問的證據法定位的再思考

從以上討論可知，在美國證據法上，司法詢問員本身為專家證人，且可以通過聯邦證據法第702條之門檻，學說上並無疑義。至於司法詢問員所詢問出之內容，是證人在法庭外所做的陳述，原應屬於傳聞證據而應被排除，但由於兒童性侵害案件本質上的特殊性，各州法多經由立法上的例外規定使其通過傳聞法則的檢驗，因此對於透過司法詢問員取得之陳述，在證據法上傳聞法則的檢驗已不是主要的門檻，學界討論的重點轉向司法詢問所取得的證詞與對質詰問權之間

<sup>88</sup> See *State v. Contreras*, 979 So. 2d 896, 911 (Fla. 2008); *State v. Henderson*, 160 P.3d 776, 782-83 (Kan. 2007); *People v. Stechly*, 870 N.E.2d 333, 366 (Ill. 2007).

<sup>89</sup> Myrna S. Raeder, *Distrusting Young Children Who Allege Sexual Abuse: Why Stereotypes Don't Die and Ways to Facilitate Child Testimony*, 16 WIDENER L. REV. 239, 259 (2010).

<sup>90</sup> *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836, 850 (1990).

<sup>91</sup> Raeder, *supra* note 89, at 260.

的關係。

### 一、Crawford案框架適用在兒童性侵害案件之問題

按照Crawford案後的實務見解發展，美國實務見解認為司法詢問是犯罪偵查行為的一部分，因此仍定位為證詞型陳述，陳述之證人必須出庭經對質詰問，該陳述方取得容許性。然而，在學術上許多論述對於這樣的實務見解發展並不滿意，提出各種不同限縮證詞型陳述範圍的論述，有的見解認為，某些發展程度較低的兒童或許根本不具備足夠的能力進行法律上的「證詞型陳述」<sup>92</sup>；有見解認為，兒童法庭外的陳述有可能包括各式各樣不同的內容，應該將這些法庭外的陳述進行切割，只有「指認」類型的陳述才算是法律上的「證言型陳述」<sup>93</sup>；有見解主張法官應該在個案中，透過法庭外陳述的錄影，考量兒童的年齡、智力以及經驗，判斷兒童證人是否理解其陳述的可能使用目的，以決定該證人是否具有提供證詞的能力<sup>94</sup>；有見解認為，法院應該考慮兒童被害人與被告的關係，如果被告選擇被害人是因為可以合理預期，或透過行為促成被害人之後難以出庭作證對其指控，此時應認為被告已放棄對被害證人的對質詰問<sup>95</sup>；最後，也有論者主張，如果法庭外陳述是透過司法詢問完成的，考慮公共政策以及案件

<sup>92</sup> Richard Friedman, *Grappling with the Meaning of "Testimonial"*, 71 *BROOK. L. REV.* 241, 272 (2005).

<sup>93</sup> Kimberly Y. Chin, "Minute and Separate": Considering the Admissibility of Videotaped Forensic Interviews in Child Sexual Abuse Cases After Crawford and Davis, 30 *B.C. THIRD WORLD L.J.* 67, 98-99 (2010).

<sup>94</sup> Andrew Darcy, *State v. Buda: The New Jersey Supreme Court, the Confrontation Clause, and "Testimonial" Competence*, 40 *SETON HALL L. REV.* 1169, 1214 (2010); Christopher Cannon Funk, *The Reasonable Child Declarant After Davis v. Washington*, 61 *STAN. L. REV.* 923, 957-59 (2009); Andrew W. Eichner, *Preserving Innocence: Protecting Child Victims in the Post-Crawford Legal System*, 38 *AM. J. CRIM. L.* 101, 108-11 (2010).

<sup>95</sup> Thomas D. Lyon & Julia A. Dente, *Child Witnesses and the Confrontation Clause*, 102 *J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY* 1181, 1201 (2012).

實際上之需求，應將兒童司法詢問之成果作為對質詰問權之例外<sup>96</sup>。

以上這些美國學者的論述，都是在Crawford案後，學術上提出來的調整方案。美國學者會想要盡可能地限縮性侵害案件中，兒童證言接受對質詰問的機會。究其原因，大致上可以分為兩個類型的理由，首先，是保護性侵害案件之兒童被害人免於經歷審判程序可能對其所造成之二度傷害。有一個著名的實證研究，在兩年的時間內，觀察218名曾經受到性侵害之兒童，研究發現參與審判對於兒童來講不僅是有壓力的，同時有可能構成長期的影響。若將有作證的兒童證人與沒有作證的兒童證人相比，有作證的兒童在審判結束後七個月不論是在情緒上或是在行為上的恢復都較為緩慢。其中多次作證、缺乏母親照顧或是案件中缺乏補強證據的被害人，尤其嚴重。該研究也觀察到，兒童作證時，最恐懼的是面對行為人，該研究中受訪的兒童表示，難以在法庭中正眼面對被告，看到被告的時候，痛苦的回憶會一一浮現，也有受訪兒童表示害怕被告報復或是整個程序就像是一場惡夢一樣。兒童恐懼的程度越高，越難以在庭審中陳述清楚完整的證詞，而這些都會連帶影響事實認定者如何評價兒童證言的可信度<sup>97</sup>。

第二種類型的理由是考慮兒童在發展上的限制，使用Crawford案所設下的對質詰問框架處理性侵害案件中的兒童證人已不是最佳方案<sup>98</sup>，原因如下：

第一，若要擷取可信的資訊，司法詢問顯然比審判中的對質詰問更有優勢。司法詢問通常比審判更接近案發時間，因此兒童受到來源監控錯誤的機會也比較低，等到開始審判時，兒童已歷經警詢、偵訊以及司法程序外各式各樣的訪談，每一次的訪談都是潛在的記憶污染

<sup>96</sup> Jonathan Scher, *Out-of-Court Statements by Victims of Child Sexual Abuse to Multidisciplinary Teams: A Confrontation Clause Analysis*, 47 *FAM. CT. REV.* 167, 173 (2009).

<sup>97</sup> Porter, *supra* note 6, at 44-46.

<sup>98</sup> Rachel Zajac, Sarah O'Neill & Harlene Hayne, *Disorder in the Courtroom? Child Witnesses Under Cross-Examination*, 32 *DEVELOPMENTAL REV.* 181, 182 (2012).

來源，因此審判中對質詰問所得出之證詞，在品質上很難與司法詢問相提並論。

第二，對質詰問的技術本質亦與兒童證人格格不入。依照詰問證人之規範，針對友性證人進行主詰問時，不得誘導詰問，但是針對敵性證人進行反詰問時，則可以誘導詰問<sup>99</sup>。實際上，因為敵性證人比較難以預測，因此在訊問時原則上應為誘導詰問以控制證人<sup>100</sup>。但是面對兒童證人，誘導詰問無疑的是最應該避免使用的手段，因為誘導本身會大幅增加錯誤證詞的可能性，因此審判中常見的交互詰問技巧不但無助於發現真實，對兒童證人來講甚至還可能形成錯誤的來源。

第三，法律專業人士所進行的交互詰問，通常會使用複雜的語言，包括複雜的文法、多面向的問題、負面表述或是子句，這些都有可能造成兒童理解上的困難。

第四，交互詰問必須強調資訊的清楚特定，包括時間、頻率、期間、方向與距離，無論從記憶或是專注力的角度來看，這些都不是兒童所擅長的內容<sup>101</sup>。

第五，在交互詰問中，兒童證人當然也會被挑戰記憶不清、錯誤指控、受到他人的暗示誘導，甚至是說謊<sup>102</sup>。這些訴訟技巧或攻防都會對兒童形成壓力，強化提問者之權威感，增加錯誤供述的風險。

第六，交互詰問時必須在法庭中進行，法律上似乎假設法庭所給予人們正式嚴肅的感覺，有助於增加供述的正確性。但這項假設並不適用於兒童，有實驗結果顯示，當七至九歲的兒童針對同樣的事實，

<sup>99</sup> See FRE Rule 611(c): “Leading Questions. Leading questions should not be used on direct examination except as necessary to develop the witness’s testimony. Ordinarily, the court should allow leading questions: (1) on cross-examination; and (2) when a party calls a hostile witness, an adverse party, or a witness identified with an adverse party”; 我國刑事訴訟法第166條之2第2項：「行反詰問於必要時，得為誘導詰問。」

<sup>100</sup> Zajac, *supra* note 98, at 184.

<sup>101</sup> *Id.* at 185.

<sup>102</sup> *Id.* at 183-84.



分別在設有單面鏡以及麥克風的小房間以及法庭中回答問題時，在小房間內兒童針對開放式提問能提供更多重要資訊、針對特定問題回答的正確率更高、較少以「不知道」或是「不」作為答案<sup>103</sup>。實驗室外，一項紐西蘭的針對現實世界中審判的逐字稿進行分析，結果顯示，當兒童在面對辯護律師的交互詰問時，鮮少提出疑問，經常嘗試回答不明確或不合理之問題，其中，有75%的兒童在作證時曾改變至少一次觀點<sup>104</sup>。這顯示對兒童來講，類似法庭這種法律上被認為是「正式」的環境，並不一定可以提供品質更好的證據。

因此，讓兒童證人在法庭中接受交互詰問會使得詰問結果變得非常不確定，有可能產生幾種程序上不樂見的結果，包括在主詰問時，兒童可能因為發展條件上的限制，所以無法說出足夠的資訊甚至是與先前陳述不相一致的資訊，繼而減低自己的可信度；或是在反詰問時，因為受到誘導，全盤推翻先前陳述或是提出與其他證據不相符之證詞。兩者都有可能提升誤判的風險。

## 二、外國法上的新嘗試

由於詢（訊）問兒童證人與對質詰問權在基本概念上的扞格，同時司法詢問技術已逐漸成熟，美國也開始思考有沒有可能在兒童性侵害案件中以司法詢問員突破Crawford案的框架。德州就曾經嘗試做出改變，該州於二〇一一年通過刑事訴訟法第38.071條，該條a款規定，兒童在起訴前法庭外的陳述如果經中立的第三人（neutral individual），以獨立的（detached）方式針對事實的經過進行完整的詢問，則該陳述具有容許性；b款規定，如果是在起訴後進行詢問，兩造可以以書面請求該中立的第三人以相同方式對兒童代為詢問<sup>105</sup>。

<sup>103</sup> Paula E. Hill & Samuel M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 MICH. L. REV. 809, 831 (1987).

<sup>104</sup> Rachel Zajac, Julien Gross & Harlene Hayne, Asked and Answered: Questioning Children in the Courtroom, 10 PSYCHIATRY, PSYCHOL. & L. 199, 199 (2003).

<sup>105</sup> Tex. Code Crim. Proc. Ann. art. 38.071 (West 2011); 李佳玟，司法詢問員的證據法問題(二)，法務通訊，第2971期，2019年9月，頁3-4。

德州的立法者在當時，希望透過法條文字的設計，將a款的情形定位成是非證述型陳述，將b款的情形納入Crawford案中聯邦最高法院所設定的對質詰問權例外，也就是透過書面提出問題，再由司法詢問員代為詢問的方式，讓被告在審前曾有「先前機會」(prior opportunity)對證人進行交互詰問。但是立法者的努力，在同年就被德州最高法院推翻，法院認為第38.071條中，以書面問題由司法詢問員代為詢問的方式，不足以代替對質詰問權，司法詢問員是中立的第三人，不能代表被告，而被告又不在場，因此不能說被告的對質詰問權已被滿足<sup>106</sup>。該州最高法院坦言，這樣的解釋對於特殊證人來講，會造成沉重的代價，但這個代價是憲法及聯邦最高法院所要求的<sup>107</sup>。論者批評，德州最高法院在本案中針對對質詰問權的解釋，不僅過度嚴格，也沒有顧慮到被害人因為出庭作證可能遭受的傷害。同時，實務上被告律師可以在司法詢問員進行詢問時，透過單面鏡觀察並追問問題，詳細程度並不輸對質詰問，法院顯然沒有意識到司法詢問才是更適合擷取兒童記憶的技術，因此這樣的解釋雖維護了形式上的對質詰問權，但卻犧牲了兒童證言的正確性<sup>108</sup>。

無獨有偶，與德州相同的概念也出現在挪威。以挪威刑事訴訟法第239條規定，在對性侵案件中的特殊被害人進行交互詰問時，法院得指定一名「專業適格者」(well-qualified person)來協助特殊被害人進行交互詰問或是在法官的監督下以訪談的方式代替交互詰問。所謂特殊被害人是指十四歲以下之兒童以及智能障礙者。此程序原則上必須在警方接收案件後兩週內進行<sup>109</sup>。在此程序中，法官、被告與被告律師、檢察官會在一間房間，特殊證人和該名專業適格者會在另外一個房間，而法官所在的房間可以透過視訊設備，同步觀察與聆聽特殊被害人和專業適格者的對話。接著，專業適格者會開始詢問特殊被

<sup>106</sup> Coronado v. State, 351 S.W.3d 315, 328-29 (Tex. Crim. App. 2011).

<sup>107</sup> *Id.* at 329.

<sup>108</sup> Porter, *supra* note 6, at 58-61.

<sup>109</sup> Section 239 of the Criminal Procedure Act (Norway).

害人有關性侵案件的過程與細節，在專業適格者詢問完後，法官、檢察官、被告律師則有機會透過專業適格者對特殊被害人提出詢問。這個程序得不斷重複，直到所有人皆能瞭解已完成足夠的調查為止。法條中所指的專業適格者，是指曾受能取得最正確且完整資訊的最佳行為準則訓練之人，訪談的錄影可以取得法庭中之容許性。為了保護被告之利益，程序上可以進行第二次詢問，讓被告有機會挑戰第一次詢問出之結果<sup>110</sup>。

挪威模式最大的特色在於直接以審前的司法詢問取代法庭中的對質詰問，同時又將對質詰問中兩造探尋真相的要素融入司法詢問中，讓兩造的提問結合司法詢問員的專業，盡可能地發現真實，同時也讓特殊被害人儘快脫離司法程序開始復原。實務上一旦經過這套程序詢問後，鮮少有需要再次進行詢問的案例。研究顯示，司法詢問員同時替兩造提問並不會產生技術的困難<sup>111</sup>。畢竟司法詢問的技術本質，就是必須探求不同的可能性。如此方式可避免特殊被害人直接受到問題的衝擊，同時兼顧對質詰問權的程序性保障。

歐洲人權法院（European Court of Human Rights）目前尚未針對挪威模式是否符合公平審判之要求進行直接的審查，不過在二〇〇一年時，歐洲人權法院在SN v Sweden一案中的決定似可作為參考。法院認為，一個十歲兒童的警詢錄影，若是在詢問過程中被告的辯護人有充分的機會透過員警進行詢問，則該次詢問已能夠保障被告針對兒童的可信度進行攻擊並行使防禦權，因此並沒有違反歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）第6條第1項之公平審判原則以及第3項d款之對質詰問權<sup>112</sup>。在該案中，被告的律師是在警察訪談

<sup>110</sup> Phoebe Bowden, Terese Henning & David Plater, *Balancing Fairness to Victims, Society and Defendants in the Cross-Examination of Vulnerable Witnesses: An Impossible Triangulation?*, 37 MELB. U. L. REV. 539, 578-79 (2014); 李佳玟，刑事審判中的司法詢問員，政大法學評論，第164期，2021年3月，頁77。

<sup>111</sup> Bowden et al., *id.* at 579.

<sup>112</sup> *Id.*

被害兒童時，與警察討論提問問題，並透過警察對於被害兒童進行詢問，事後也透過錄音檔確認辯護人希望詢問的問題都有被警察提出，在這樣的條件下，法院明確表示，歐洲人權公約第6條的公平審判原則並不要求被告及其辯護人得以在所有案件中都透過交互詰問直接對證人提問。只要對被告的防禦權有足夠且有效的保護，性侵害案件中可以对被害人提供保護措施<sup>113</sup>，繼而認定就算在審判中被告沒有機會當面跟被害兒童對質詰問，依然是符合歐洲人權公約對於公平審判原則的要求。在SN v Sweden案中，判決並沒有提及該名負責詢問的警察是否曾經接受過司法詢問訓練，只知道透過被告的參與，警察的詢問已經可以通過歐洲人權公約公平法院原則的考驗。若以此判決作為標準，挪威法制係透過司法詢問員在審前充分的參與，以科學可信的方式進行詢問，似乎應該更有機會通過公平審判與對質詰問權的檢驗。

### 三、以有被告參與的司法詢問作為對質詰問之替代方案

綜上所述，本文認為，若考慮到司法詢問技術的逐漸發展與成熟，美國法下一律以Crawford案所建立的對質詰問架構，要求性侵害案件中兒童被害人必須出庭接受交互詰問，似乎顯得過於僵化。美國聯邦最高法院在Crawford案中認為，對質詰問權保障的是一種證詞的可信性，但是強調的是一種程序上的可信，是一種必須要透過對質詰問檢驗後建立的可信。然而，實際上，在兒童性侵害案件中，受限於兒童本身認知與記憶能力的限制，包括法庭中所使用的技巧與語言、法庭環境的壓力，以及審判時間距離案發已有相當時日等因素，審判中的對質詰問雖然容許被告面對指控他的兒童，但此時兒童的記憶及陳述往往均不完整，許多情況下兒童會選擇沉默，甚至由於大人的介入導致兒童記憶早受到污染，而被教導出大人期待兒童講的話。這些問題均會導致被告無法有效質疑被害人，使得審判中的對質詰問只剩

<sup>113</sup> SN v Sweden (2002) 39 EHRR 13, 305-06.

下形式上的意義，而無法達成原本程序上讓被告更為信服的目的。

相對的，有被告提前參與的司法詢問應該比傳統的審判中對質詰問更能達到程序保障的目的。我們必須回歸到司法詢問的技術本質來看，司法詢問主要目的是以科學可信的方法擷取性侵害案件兒童被害人之證詞，若觀察其發展之緣起，此技術更是為了避免因錯誤訪談導致冤獄目的而生，技術本質強調司法詢問員之立場中立，比方說司法詢問準則要求詢問員必須以開放式問題提問以避免誘導，必須探求兒童證言的不同解釋可能性，必須要試圖透過證言尋找其他佐證證據，以及提醒詢問員訪談不應以問出成果作為前提。這些訪談的特性與警詢或偵訊迥異，司法詢問員不帶有特定為任一方服務的立場。被告如果參與司法訪談，可以在第一時間請求司法詢問員以兒童可以接受的方式，釐清關鍵證詞，減少錯誤理解兒童證詞的發生機率。就算兒童說出對被告不利的證言，被告也可以透過即時提問，促使被害兒童即時回應，讓實務上至關重要的被害人第一份筆錄，呈現雙方的說詞，而不會導致需等至審判中被告才有機會對兒童進行對質詰問，且因兒童認知與記憶上的限制使得被告的對質詰問徒勞無功。換言之，對無辜的被告來講，透過司法詢問員進行提問，或許才是證明自己清白最好的機會。

若再從保護性侵害案件兒童被害人的角度來看，不論兒童出庭作證時法院採用什麼樣的保護措施（如單面鏡、遠距訊問），既然是對質詰問，作證的兒童必然需要重新回憶性侵害的過程與細節，同時也必須面對法庭中交互詰問的質疑，整個程序勢必會導致兒童被害人走出傷痛的時間受到遲延，甚至增加兒童被害人受到二度傷害的風險。司法詢問不會讓兒童被害人直接面對被告及辯護人，並強調與兒童建立親和感，觀察兒童的情緒、認知能力與發展程度擬定訪談策略，並致力於建立一個友善安全的環境，就算為被告向受訪者提出問題，也是以兒童可以接受的語言以及方式進行，這些都能在最大限度內避免性侵害案件之兒童證人免於受到二次傷害。此外，聯合國兒童基金會於二〇〇九年出版之《兒童被害人兼證人之刑事司法事項準則——專

家和政策制定者使用版》中，也強調兒童擁有在偵查過程中不受痛苦的權利，包括確保兒童參與程序中之尊嚴、限制兒童做重覆的陳述、減少兒童出庭次數等建議<sup>114</sup>，都與司法詢問技術相互呼應，因為司法詢問技術所強調的正是在案件初期就透過嚴謹可信的程序進行取證，緩和兒童在司法程序中不斷作證的問題。

## 陸、司法詢問技術在我國兒童性侵害案件之應用

### 一、司法詢問員的鑑定人性質

司法詢問技術本身可以視為是一種鑑識技術，透過專業人士的搜集與詮釋，以科學上可信的方式，呈現出兒童證人的記憶與證詞。從司法詢問技術的本質可知，司法詢問絕不是直白地進行詢問與對話，而是要對測試的對象量身定做擬定出一套詢問的策略，過程中要注意要以對證人友善的方式進行互動、決定何時要以什麼方式詢問問題、測試證人所述內容是否有其他詮釋的可能性等等。因此，過程中與其他具有專門知識經驗之人一樣，都有許多專業上的判斷與裁量，因此美國法上才會將其作為專家證人。實務上有將司法詢問員當作是通譯看待，似乎不妥，因為司法詢問技術與通譯大相庭徑，若將司法詢問員視為是通譯無法合理解釋為什麼司法詢問技術中諸多的判斷與裁量空間，同時若將司法詢問「矮化」恐怕也會架空立法之美意<sup>115</sup>。

因此，就司法詢問員本身來看，視證述內容的不同，應該是鑑定人或是鑑定證人。我國刑事訴訟法第198條之鑑定人或鑑定機關，係指有特別知識經驗之第三人就某事項陳述或報告其專業意見，以補充法院知識，協助法院判斷事實之情形<sup>116</sup>。從與美國法比較的角度來看，雖然我國刑事訴訟法中沒有如前述美國法上之專家證人之制度，

<sup>114</sup> 張瑋心，*兒童被害人兼證人之司法權利——聯合國文件之啟思*，軍法專刊，第60卷第4期，2014年8月，頁94。

<sup>115</sup> 闕士超、金孟華，前揭註63，頁109。

<sup>116</sup> 林俊益，*刑事訴訟法（上）*，第21版，2021年9月，頁599。

但是實務見解認為從專家證人依憑特別知識經驗陳述報告之本質以觀，屬於我國鑑定之範疇<sup>117</sup>。至於鑑定證人「係依特別知識得知已往事實之人，就其陳述已往事實以言」，其中特別知識的部分與鑑定人無異，但陳述以往事實之部分則與證人相同，故稱之為鑑定證人<sup>118</sup>。是以，在我國如果司法詢問員是針對詢問的方法、程序及內容進行證述，此時司法詢問員是屬於鑑定人，較為特殊的是鑑定人的鑑定內容中有一部分是與被害人之證詞相重疊的，因為被害人的證詞可以被理解為是被害人與鑑定人共同產出之鑑定成果。相對的，如果司法詢問員是以證人視角證述詢問過程中依特別知識得知之所見所聞，欠缺代替性，此時司法詢問員應屬於鑑定證人。無論司法詢問員是鑑定人或是鑑定證人，均屬人的證據方法，應依被告之請求出庭接受交互詰問<sup>119</sup>。

此外，司法詢問員的技術本質當中強調測試不同假設以及尋找外部證據，這兩項特質代表了司法詢問技術的中立性，司法詢問技術並不是專為訴訟中的特定一造服務，而是以可信的方法擷取兒童證人之記憶為目的，同時司法詢問員並不會在詢問之前預設立場，甚至可以接受詢問沒有結果（被害人沒有揭露犯罪事實），這種不是以「破案」為目的的特性，亦與我國鑑定人所具有的獨立性之色彩不相違背<sup>120</sup>。

<sup>117</sup> 同前註，頁606；最高法院98年台上字第949號刑事判決。需附帶一提的是，性侵害犯罪防治法第16條之1規定「於偵查或審判中，檢察官或法院得依職權或依聲請指定或選任相關領域之專家證人，提供專業意見，經傳喚到庭陳述，得為證據。」形式上司法詢問員似乎也有機會擔任此專家證人，但是若從立法理由觀之，此條文的立法目的在於破除性別刻板印象，因此與司法詢問制度關聯性較低，故本文不予處理。

<sup>118</sup> 林俊益，前揭註116，頁625；最高法院109年台上字第4553號刑事判決。

<sup>119</sup> 陳運財，改善我國刑事鑑定制度之芻議——兼論專家證人之地位與功能，全國律師，第15卷第4期，2011年4月，頁94；李佳玟，鑑定報告與傳聞例外——最高法院近年相關裁判之評釋，政大法學評論，第101期，2008年2月，頁249。

<sup>120</sup> 就此而論，我國性侵害犯罪防治法第15條之1第1項但書規定：「但司法警

目前我國性侵害犯罪防治法第15條之1針對司法詢問員所賦予的任務是「在場協助詢（訊）問」，實務在具體操作上有可能是最輕微的在場擔任類似通譯的角色，也有可能是由司法詢問員直接進行詢問。但是無論如何，從技術本質的角度來看，就算司法詢問員是擔任類似通譯的角色，實際上要怎麼轉化他人的發問與回答，要決定要使用什麼字彙語句才是當事人能夠瞭解的，這些均涉及司法詢問員的專業判斷，因此就算在實務上很多司法詢問員看起來接近通譯，但是實際上被訪談人講出來的證詞亦是經過司法詢問員的梳理，因此此時司法詢問員依然是擔任鑑定人的角色。

## 二、司法詢問與傳聞法則及對質詰問權的關係

刑事訴訟法第159條規定：「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。」此規定係我國傳聞法則之依據，與美國法一樣，目的在於保障被告對證人之對質詰問權<sup>121</sup>。因此，審判外司法詢問後取得之證人證詞，其證據性質係屬於傳聞證據，原則上不得作為證據，但依照性侵害犯罪防治法第17條規定，可能可以構成傳聞禁止之例外。該條文規定：「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。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。三、依第十五條之一之受詢問者。」從本條文觀察，在傳聞法則的層次，我國現行法與美國多數州現行法的規範在精神上是一致的，兒童被害人適用本條文的情況下，被害人在法庭外的陳述，如果具有特信性與必要性，且符合法條中三款中任何一款，此時該法庭外的陳述可以作為傳聞的例外。

元照出版提供 請勿公開散布

察、司法警察官、檢察事務官、檢察官或法官受有相關訓練者，不在此限。」似乎代表警察可以取代司法詢問員，實有再斟酌之餘地。

<sup>121</sup> 張明偉，傳聞例外，2016年4月，頁48。



不過，性侵害犯罪防治法在本質上是一個傳聞法則的規範，並沒有處理到被告憲法上對質詰問權的問題。在我國法的脈絡下，對質詰問一方面是刑事訴訟法層次的證人的合法調查程序，另一方面也是被告憲法上之權利。就訴訟法層次來看，被害人之證詞如果未經被告依照刑事訴訟法第166條第1項規定詰問，依刑事訴訟法第155條第2項之規定，評價上是未經合法調查之證據，不得作為認定事實的基礎。就憲法層次來看，釋字第582號解釋已敘明刑事被告詰問證人之權利，係屬憲法第8條所衍生之正當法律程序所保障之權利。依照性侵害犯罪防治法第17條之規定，被害人法庭外的陳述在一定條件下可以構成傳聞法則的例外，而取得證據能力。在第17條第2款的情形，因被害人實際上已到庭接受詰問，如果是從美國法的角度來看，較不會有對質詰問權的爭議，因為對質詰問權作為一種程序保障權，法律上本來就無法確保被告能夠獲得有效的對質詰問。但是如果循第1款或是第3款的規定，被害人若未經到庭接受詰問，即會產生對質詰問權之爭議。

釋字第789號解釋所處理之核心爭議即在於此，該號解釋是針對性侵害犯罪防治法第17條第1款規定：「因性侵害致身心創傷無法陳述者」而構成傳聞例外之情況，是否仍需為交互詰問進行解釋。解釋認為，本條文「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，為訴訟上採為證據之例外與最後手段，其解釋、適用應從嚴為之」，並有以下條件，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……。」從比較法的角度來看，本號解釋跟美國法上Crawford案所建立的框架有重要的相異之處，其相異之處在於，在美國聯邦最高法院目前之見解下，一旦法庭外陳述被認定為是證詞型陳述，則被告對質詰問權的保障是絕對的。本號解釋則是開了一扇窄門，讓符合性侵害犯罪防治法第17條第1款及補償機制下的傳聞證據，構成對質詰問權的例外。

本文認為，如果在性侵害案件兒童被害人的脈絡下做理解，釋字第789號解釋不採取美國絕對保護的路徑，而採取設定例外的方式，是值得肯定的<sup>122</sup>。如前所述，傳統的交互詰問不僅可能對兒童造成二次傷害，也較不利發現真實，在這種情況下，被告透過審判中的對質詰問權的行使，恐怕也無助於建立美國聯邦最高法院所強調的程序可信，因此實無必要如美國法上堅守審判中對質詰問的要求。再從本文更強調的技術面層次來看，審判中固然亦可以透過司法詢問員之協助進行訊問，並搭配隔離保護機制減少兒童受到傷害之可能性，但是審判中的程序終究無法彌補時間落差所造成的問題。在本文前述關於記憶的討論中可知，詢問性侵害案件中的兒童被害人，詢問的「時機」是至關重要的因素，兒童受限於其認知能力以及記憶能力，很容易在案發後記憶逐漸淡化或是受到外部資訊的污染，因此在案發後第一時間進行司法詢問，以科學上可信之方式將被害人的記憶予以「保鮮」，並且讓被告在被害人記憶相對清楚時有機會詢問被害人問題，應該是最有機會發現真實、避免冤錯案的模式。因此，本文認為，在一定的補償機制下，性侵害犯罪防治法第17條第3款之情境與一般被害人的情況相比，前者證詞的可信度不只多一層因司法詢問所產生之保障，從保護被害兒童以及兒童特質的角度來看，也具備更多的正當性，因此同樣也應該有機會成為對質詰問權的例外。

### 三、突破現行對質詰問權的框架

#### (一)三個可能的立法方向

本文認為針對性侵害犯罪防治法第17條第1款，釋字第789號解釋所設定的有關「對其他證人之對質、詰問權」、「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」、「補強證據」等補償機

<sup>122</sup>

不過國內亦有學者批評本號解釋在一般被害人的情況下建立了不合理的證據門檻，使得定罪更加困難。請參見李佳玟，被告訴訟權與性侵害被害人保護的失衡——評司法院釋字第789號解釋，臺北大學法學論叢，第117期，2021年3月，頁213。

制在第17條第3款的情境下，理應亦均有適用。但除了大法官所強調的補償機制以外，本文認為未來更可以嘗試在立法論上，將司法詢問技術考量在內，尋求性侵害案件兒童被害人特質以及被告對質詰問權間更好的平衡。本文認為未來可考慮三個方案，這三個方案均是以司法詢問技術作為證詞可信性的擔保<sup>123</sup>，並同時兼顧對質詰問權的程序保障特性。前兩者是透過偵查中的間接對質詰問取代審判中的對質詰問，第三方案則是優化審判中的對質詰問。

第一個方案是參考德州於二〇一一年之修法以及挪威刑事訴訟法第239條將程序重心放在偵查初期的立法意旨，容許被告在偵查中就有機會為鑑定的聲請，由法官主持一個特殊取證程序，並透過作為鑑定人的司法詢問員直接對兒童被害人提問。此偵查中對質詰問權的具體作法，可以參考前述挪威的方案，由司法詢問員先行瞭解向檢辯雙方瞭解其所欲提出之問題，接著正式對兒童被害人進行詢問，並使審檢辯三方均透過單面鏡或是遠距設備同步觀察，司法詢問員可以在過程中嘗試釐清檢辯雙方之疑問，若有不足，檢辯雙方可以透過即時的提問讓司法詢問員得代為向兒童被害人進行詢問，且詢問過程應該全程錄音錄影，讓後續司法程序在被告提出異議時，有充足的資料判斷詢問過程的妥適性。又由於偵查是一個動態的過程，有必要時可以進行多次司法詢問，滿足被告對質詰問的權利。

透過這樣的設計，一方面可以賦予被告在案件初期盡可能減少被害人在偵查中受暗示誘導的風險，同時讓被告透過參與導正或回應被

123

提議應以認知訪談可以作為提高兒童證詞可信度之方法，請參見陳昱如、周愷嫻，從兒童性侵害案件看兒童性同意權與證述能力，刑事政策與犯罪研究論文集，第19期，2016年12月，頁223；有學者論述提到，釋字第789號解釋中的「補強證據」是單指對被害人證詞信用性的補強證據，由於司法詢問有助於提升被害兒童的證詞可信性，故此時似乎也可以理解成是將操作得宜的司法詢問鑑定當作是補強證據來理解，請參見謝煜偉，評析司法院釋字第789號解釋：兼論供述證據信用性之判斷，國立臺灣大學法學論叢，第50卷第4期，2021年12月，頁1894。

害人說法，兼顧事實發現與程序保障<sup>124</sup>。另一方面，在偵查初期透過司法詢問員以可信的方式進行詢問後，如果被害人沒有揭露犯罪行為，那檢察官也可以在案件初期就將案件終結，避免被告及被害人在程序中受到進一步的傷害。更重要的是，在被害人有揭露犯罪行為的情況時，若內容是可信的，且被告獲得充分的詢問機會，在偵查初期透過這個特別的取證程序由司法詢問員介入，或許在個案中也有可能透過「對質詰問權已獲保障」的觀點，並衡酌保護被害兒童之目標，免除被害人在後續偵查審判中出庭的負擔。

必須要說明的是，方案一並沒有阻絕被告後續在審判中行使對質詰問權之機會，關鍵在於此時被告必須負擔一個說明義務，說服法院為何在經過有被告參與的司法詢問以後，仍然有在審判中交互詰問之必要。同時，審判中法院在進行是否要重新傳喚被害人時，也應該考慮到被告的疑問是否可以透過勘驗偵查中之司法詢問紀錄獲得解決，或是透過傳喚鑑定人即司法詢問員獲得解答。

第二個立法論上的方案則是較為緩和的選項，此方案同樣容許被告在偵查中聲請司法詢問員之介入鑑定，一樣由司法詢問員受選任為鑑定人後主導詢問，並且讓被告有機會提問，具有在案件初期就擷取未受污染證詞以及讓被告有機會做釐清之優點，但是程序上不是由法官主導，而是維持由檢察官主導，鑑定人是在取得檢察官許可後進行詢問。此方案沒有法官的提前介入，較符合我國現行刑事訴訟法的架構，但是能夠作為取代審判中對質詰問的次佳方案的機會也降低，因此原則上被害人審判時仍須出庭作證。此方案較能與我國現行實務銜接，同時保有方案一在案件初期進行的部分優點<sup>125</sup>。

第三個方案是近期國內學者撰文建議引進所謂英格蘭與威爾斯之

<sup>124</sup> 在偵查中的對質詰問權，雖有其限制，但亦應可構成學理上所謂「次佳防禦方案」。有關次佳防禦方案，請參見林鈺雄，對質詰問例外與傳聞例外之衝突與出路，載最高法院刑事判決評釋，2013年12月，頁185-191。

<sup>125</sup> 筆者於2018年時即曾初步提出這個構想，請參見闕士超、金孟華，前揭註63，頁113。

監督者模式，監督者模式有三大階段，第一階段是讓司法詢問員在審前評估證人的溝通能力，並給予警察詢問證人之建議；第二階段是向法院提交評估報告，針對審判中訊問與交互詰問提供建議；第三階段則是審判中協助交互詰問之進行，如果兩造提出不適當之問題，司法詢問員可以向法官提出警示。此方案下，在例外情況下始由司法詢問員直接詢問<sup>126</sup>。本文認為此方案固然可行，對於現行實務造成的衝擊最小，也不會對被告的對質詰問權造成影響，同時減少兒童在程序上的負擔。但是問題在於此方案的預設模式不是在偵查中直接由司法詢問員進行詢問，因此不免弱化司法詢問員之功能，同時也更加固化兒童被害人在審判中出庭作證的要求，冒著二次傷害之風險，而無法完全取代本文所提議於偵查中由被告及被害人聲請由司法詢問員主導詢問的模式。

在對質詰問的問題上，最積極的方案一是在偵查中進行司法訪談且給予被告於偵查中透過司法詢問員行使對質詰問的條件下，容許兒童證人偵查中之證詞取代審判中之對質詰問<sup>127</sup>。個案中若兒童被害人在偵查中之證詞是透過有被告參與之司法詢問取得，且程序沒有重大瑕疵，法院得以司法詢問取代審判中被告的對質詰問。此方案下，司法詢問技術有可能成為賦予對質詰問權新生命的助力。方案二則是保存司法詢問員在案件初期就積極介入，擷取可信證詞之優點，但是不再由法官主持一特殊取證程序，並弱化其取代對質詰問的功能。方案三是对現行實務影響最小的模式，被告的對質詰問權可以受到充分的保障，但是由於預設模式不是由司法詢問員主導，因此也較弱化司法詢問技術的潛力。

本文建議我國未來應朝向前述方案一進行努力。針對兒童性侵害案件，司法體系必須要真正嘗試去瞭解被害人的特質。從本文論述的

元照出版提供 請勿公開散布

<sup>126</sup> 李佳玟，前揭註110，頁64-69、108-110。

<sup>127</sup> See Jonathan Clow, Throwing a Toy Wrench in the “Greatest Legal Engine”: Child Witnesses and the Confrontation Clause, 92 WASH. U. L. REV. 793, 794-95 (2015).

脈絡可以知道，兒童被害人受限於認知能力的限制，容易受到暗示誘導，而導致記憶產生變化，因此才會發展出司法詢問技術，讓兒童被害人證詞在案件初期就加以固化。但技術面上的這項要求，又必須考慮到法律上對質詰問權在價值上的挑戰，因此，最合理的作法就是把審判的規格，在偵查中結合司法詢問技術進行操作。方案一的缺點，除了在現行法制上因為偵查與審判的二分而略顯突兀以外，其實可以使得整體程序在被害人保護、被告權利以及發現真實之間獲得更好的平衡：對被害兒童而言，可以減少詢問次數以及來自於多方的壓力與污染，在案件初期就確認證詞，並減少出庭可能造成的傷害；對被告來講，對質詰問權可以透過審檢辯以及司法詢問員獲得高度的實現，如果兒童被害人在案件初期未受污染的證詞沒有揭露犯罪行為，被告也可以免去司法程序的磨難；對於司法系統來講，在案件初期就固化證詞，才是最科學的處理方式，無論經過司法詢問取得的證詞內容是什麼，司法都可以用比較高的信心做出判斷，而非在案發後經過冗長的程序後，仍然無法判斷真實，而陷入天人交戰。本文進一步建議，方案一可以設置在性侵害犯罪防治法第15條之1之後，作為一種有法官參與的偵查中由司法詢問員主導詢問之特殊取證程序，並敘明當事人得透過司法詢問員進行輪流、多次之提問之意旨，以提升取證程序取代對質詰問之機率。此外，同法第17條也必須新增經過方案一所取得之陳述，得作為傳聞法則例外之規定。至於對質詰問的部分則無待法條規定，可以委由法官在審理中針對個案判斷被告之對質詰問權是否已於特殊取證程序中獲得滿足。

### (二) 司法詢問員的品質管控

不可諱言的，若依照本文方案一或方案二，審判外司法詢問對於後續程序的重要性將大幅增加，因此司法詢問必須嚴格遵守司法詢問相關準則，自不在話下。個案中，若當事人有異議，法官應使當事人針對司法詢問是否符合科學標準一事行證據調查並充分辯論。除了本文所提到關於司法詢問的相關核心內容不容妥協以外，同時國內亦有

論者提出許多建議可以強化司法訊問員本身的適任性與專業性，這些機制均可作為法官在審酌司法詢問可信性時的參考要素。這些參考要素包括：「回流訓練」，讓司法詢問員持續有機會檢視自己的方法與熟練度，並讓訪談員有機會參考別人進行訪談，並獲得回饋<sup>128</sup>；國內目前對於包括偵訊娃娃在內的輔具使用，缺乏訓練與標準程序<sup>129</sup>，如果個案中有使用偵訊娃娃，應該嚴格審查其使用是否符合相關國外準則規範<sup>130</sup>；訪談具有智能障礙的兒童需要心理學與發展心理學的學術背景配合更嚴謹的準則訓練<sup>131</sup>，若不具備相關特殊訓練者，原則上亦應該推定訪談不具有可信度。最後，有論者針對政策面上，主管機關應該建立司法詢問員的實習制度與監督淘汰機制<sup>132</sup>，亦有學者呼籲應該建立本土化的司法詢問基礎研究，並持續評估NICHHD準則在我國的合適性<sup>133</sup>，從後端司法使用者的角度來看，這些品質促進機制均有助於方案一的實現。

## 柒、結 論

要正確評價司法詢問首先必須要真正瞭解司法詢問的技術本質，因此本文在結構上區分為兩大部分，第一部分先擇要介紹司法詢問技術的緣起與內涵，第二部分則以技術本質為核心，討論司法詢問技術在法律中的定位與應用。司法詢問技術不是為了訴訟中的特定一造而

<sup>128</sup> 高瑱娟、尤素芬，我國司法詢問員制度之源起及現況，社區發展季刊，第162期，2018年6月，頁94。

<sup>129</sup> 陳慧女，偵訊輔助娃娃在兒童性侵害案件的使用，全國律師，第18卷第12期，2014年12月，頁56。

<sup>130</sup> 國內有不同見解認為對於性概念缺乏認知的兒童詢問時，可以使用偵訊娃娃替代一般詢問方式，請參見陳昱如、周愷嫻，前揭註123，頁223。

<sup>131</sup> 溫翎佑、黃翠紋，臺灣推動性侵害司法詢問員制度之現況與展望，刑事政策與犯罪防治研究專刊，第21期，2019年6月，頁22。

<sup>132</sup> 黃柏霖、許華孚、劉育偉，前揭註20，頁110-111。

<sup>133</sup> 趙儀珊，探尋對台灣兒童進行司法詢問的最佳實務，應用心理研究，第72期，2020年6月，頁1；黃翠紋、溫翎佑，前揭註20，頁347-348。

誕生的，司法詢問強調的是使用科學上經驗證之方法，取得客觀可信之證詞。在過程中，司法詢問員必須配合受訪兒童的發展程度，擬定訪談計畫，使用開放式問題進行詢問，並時時檢驗受訪兒童之回答是否有其他解讀的可能性，或是是否可能找到其他物證支持兒童證言。在最大可能的範圍內，減少誤會並建立兒童證詞的可信性。

此技術上的變革在證據法上最大的影響在於，除了有助於使得性侵害案件中被害人兒童證言建構可信性擔保，並構成傳聞法則的例外，更重要的是，性侵害案件中的兒童證人的許多特性，均與審判中的對質詰問框架有扞格之處，舉凡對質詰問的進行時機已太晚、進行方式法庭中的語言不利兒童理解等問題，更不要說在審判中重複詢問容易造成兒童的二度創傷，因此審判中的對質詰問實非擷取性侵害被害兒童證詞的最佳方案。本文認為司法詢問技術在操作得當的前提下，可以使得兒童證言跳脫出傳統對質詰問的行使方式。不過，基於記憶的本質以及考慮兒童發展上的特性，並發揮司法詢問員之最大效益等多項因素，必須是在案件偵查初期就讓司法詢問員介入，並且讓被告有機會進行詢問。透過此方式，可以讓被害人的陳述在案件初期就以可信的方式取得一個相對確定的狀態，讓檢察官及被告在決定後續案件處理策略時更有所依據，避免陷入兒童證言難以判斷可信性的訴訟泥沼。綜上，本文建議應該參考美國德州以及挪威之立法例，在偵查初期就讓司法詢問員介入，並透過法院以及被告的參與，提早實踐被告之對質詰問權。當然，鑑於司法詢問員角色的吃重，制度面上應該要將司法詢問員的品質進行管控。





## 參考文獻

### 一、中文

#### (一)專書

1. 林俊益，刑事訴訟法（上），第21版，新學林，2021年9月。  
Chun-Yi Lin, *Criminal Procedure (I)*, 21th ed., New Sharing (2021).
2. 林鈺雄，對質詰問例外與傳聞例外之衝突與出路，載最高法院刑事判決評釋，元照，2013年12月，頁175-214。  
Yu-Hsiung Lin, The Conflict and the Solution between the Exceptions to the Right to Confront and Hearsay Exceptions in: *Supreme Court Criminal Case Review*, Angle Publishing, pp. 175-214 (2013).
3. 陳昭如，無罪的罪人：迷霧中的校園女童性侵案，春山，2019年7月。  
Chao-Ju Chen, *Convicting the Innocent: Doubts of Sex Abuse Cases on Campus*, Springhill Publishing (2019).
4. 張明偉，傳聞例外，元照，2016年4月。  
Ming-Woei Chang, *Hearsay Exceptions*, Angle Publishing (2016).

#### (二)期刊論文

1. 李佳玟，鑑定報告與傳聞例外——最高法院近年相關裁判之評釋，政大法學評論，第101期，2008年2月，頁193-254。  
Chia-Wen Lee, The Admissibility of Laboratory Reports in Criminal Trials — Review of Relevant Cases by the Supreme Court in Recent Years, *Chengchi Law Review*, 101, 193-254 (2008).
2. 李佳玟，司法詢問員的證據法問題(一)，法務通訊，第2970期，2019年9月，頁3-4。  
Chia-Wen Lee, Evidence Law Issues of Forensic Interviewers I, *Judicial Newsletter*, 2970, 3-4 (2019).
3. 李佳玟，司法詢問員的證據法問題(二)，法務通訊，第2971期，2019年9月，頁3-4。  
Chia-Wen Lee, Evidence Law Issues of Forensic Interviewers II,

*Judicial Newsletter*, 2971, 3-4 (2019).

4. 李佳玟，刑事審判中的司法詢問員，政大法學評論，第164期，2021年3月，頁51-126。

Chia-Wen Lee, Forensic Interviewers at Criminal Trials, *Chengchi Law Review*, 164, 51-126 (2021).

5. 李佳玟，被告訴訟權與性侵害被害人保護的失衡——評司法院釋字第789號解釋，臺北大學法學論叢，第117期，2021年3月，頁213-282。

Chia-Wen Lee, Reversing the Imbalance between Defendant's Right of Fair Trial and the Protection of Sexual Assault Victim — Reviewing the Judicial Yuan Interpretation No. 789, *Taipei University Law Review*, 117, 213-282 (2021).

6. 高瑱娟、尤素芬，我國司法詢問員制度之源起及現況，社區發展季刊，第162期，2018年6月，頁85-98。

Chen-Chuan Kao & Su-Fen You, The Origin and Present of Forensic Interviewer in Taiwan, *Community Development Journal Quarterly*, 162, 85-98 (2018).

7. 陳昱如、周榛嫻，從兒童性侵害案件看兒童性同意權與證述能力，刑事政策與犯罪研究論文集，第19期，2016年12月，頁201-226。

Yu-Ju Chen & Su-Syan Jou, Understanding Children Sexual Consent and Testimony, *Essays on Criminal Policy and Crime Research*, 19, 201-226 (2016).

8. 陳運財，改善我國刑事鑑定制度之芻議——兼論專家證人之地位與功能，全國律師，第15卷第4期，2011年4月，頁87-104。

Yun-Tsai Chen, Suggestions to Improve the Criminal Expert Witness System — A Discussion on the Status and Functions of Expert Witnesses, *Taiwan Bar Journal*, 15(4), 87-104 (2011).

9. 陳慧女，偵訊輔助娃娃在兒童性侵害案件的使用，全國律師，第18卷第12期，2014年12月，頁51-61。

Hui-Nu Chen, The Use of Anatomically Detailed Dolls in Children's Sex Abuse Cases, *Taiwan Bar Journal*, 18(12), 51-61 (2014).

10. 張瑋心，兒童被害人兼證人之司法權利——聯合國文件之啟思，軍

法專刊，第60卷第4期，2014年8月，頁79-111。

Wei-Hsin Chang, Rights on Justice in Matters Involving Child Victims and Witnesses — United Nations Frame of Reference, *The Military Law Journal*, 60(4), 79-111 (2014).

11. 張明偉，傳聞例外規定之檢視——以公務員職務製作文書與公證文書為中心，臺北大學法學論叢，第121期，2022年3月，頁119-173。

Ming-Woei Chang, Reviewing the Hearsay Exception — Focused on the Official Document Made by a Public Officer and the Notarial Documents, *Taipei University Law Review*, 121, 119-173 (2022).

12. 黃柏霖、許華孚、劉育偉，參與兒童性侵害案件之歷程探討——以司法詢問員為例，青少年犯罪防治研究期刊，第12卷第1期，2020年6月，頁83-113。

Po-Lin Huang, Hua-Fu Hsu & Yu-Wei Liu, Research on the Operational System of Forensic Interviewer in Taiwan — From the Course of Forensic Interviewer's Participation in the Judicial Procedure of Child Sexual Assault, *Journal of Research in Delinquency and Prevention*, 12(1), 83-113 (2020).

13. 黃翠紋、溫翎佑，司法詢問架構運用於兒童性侵害案件偵查之重要性與展望，刑事政策與犯罪研究論文集，第21期，2018年10月，頁323-353。

Tsui-Wen Huang & Ling-Yu Wen, The Importance and Prospect of the Judicial Inquiry Framework Applied to Investigation of Child Sexual Assault Cases, *Essays on Criminal Policy and Crime Research*, 21, 323-353 (2018).

14. 溫翎佑、黃翠紋，臺灣推動性侵害司法詢問員制度之現況與展望，刑事政策與犯罪防治研究專刊，第21期，2019年6月，頁16-29。

Ling-Yu Wen & Tsui-Wen Huang, The Present and Prospect of Forensic Interviewer in Taiwan, *Criminal Policies and Crime Prevention*, 21, 16-29 (2019).

15. 趙儀珊，探尋對台灣兒童進行司法詢問的最佳實務，應用心理研究，第72期，2020年6月，頁1-45。

Yee-San Teoh, The Investigative Interviewing of Children in Taiwan: The Search for Best Practice Methods, *Research in Applied Psychology*, 72, 1-45 (2020).

16. 謝煜偉，評析司法院釋字第789號解釋：兼論供述證據信用性之判斷，*國立臺灣大學法學論叢*，第50卷第4期，2021年12月，頁1863-1921。

Yu-Wei Hsieh, Reviewing J.Y. Interpretation No. 789 and Rethinking the Credibility and Reliability of Victims' Statement, *National Taiwan University Law Journal*, 50(4), 1863-1921 (2021).

17. 關士超、金孟華，兒童妨害性自主案件中司法詢問員之定位——兼論我國引進兒童倡議中心之可能性（上），*萬國法律*，第220期，2018年8月，頁102-118。

Shih-Chao Chueh & Mong-Hwa Chin, The Legal Status of Forensic Interviewer in Offenses Against Sexual Autonomy Cases of Children — With Discussions of the Possibility of Introducing the Child Advocacy Center (I), *FT Law Review*, 220, 102-118 (2018).

18. 關士超、金孟華，兒童妨害性自主案件中司法詢問員之定位——兼論我國引進兒童倡議中心之可能性（下），*萬國法律*，第221期，2018年10月，頁106-122。

Shih-Chao Chueh & Mong-Hwa Chin, The Legal Status of Forensic Interviewer in Offenses Against Sexual Autonomy Cases of Children — With Discussions of the Possibility of Introducing the Child Advocacy Center (II), *FT Law Review*, 221, 106-122 (2018).

### （三）網頁文獻

- ◎ 許倍銘案，台灣冤獄平反協會，<https://twinnocenceproject.org/case/許倍銘/>，造訪日期：2021年1月6日。

Case of Pei-Ming Hsu, Taiwan Innocence Project, <https://twinnocenceproject.org/case/許倍銘/> (last visited: 2021.01.06).



元照出版提供 請勿公開散布

## 二、英 文

### (一)專 書

1. Ceci, Stephen J., Powell, Martine B. & Principe, Gabrielle F., Children's Memory and Testimony, in MODERN SCIENTIFIC EVIDENCE: THE LAW AND SCIENCE OF EXPERT TESTIMONY (David L. Faigman, Edward K. Cheng, Jennifer L. Mnookin, Erin E. Murphy, Joseph Sanders & Christopher Slobogin eds., 2019-2020).
2. HALL, SUSAN R. & SALES, BRUCE D., COURTROOM MODIFICATIONS FOR CHILD WITNESSES: LAW AND SCIENCE IN FORENSIC EVALUATIONS (2008).
3. LILLY, GRAHAM C., CAPRA, DANIEL J. & SALTZBURG, STEPHEN A., PRINCIPLES OF EVIDENCE (2019).
4. POOLE, DEBRA ANN, INTERVIEWING CHILDREN: THE SCIENCE OF CONVERSATION IN FORENSICS CONTEXTS (2016).

### (二)期刊論文

1. Bowden, Phoebe, Henning, Terese & Plater, David, Balancing Fairness to Victims, Society and Defendants in the Cross-Examination of Vulnerable Witnesses: An Impossible Triangulation?, 37 MELB. U. L. REV. 539 (2014).
2. Bruck, Maggie, Ceci, Stephen J., Francouer, Emmett & Renick, Ashley, Anatomically Detailed Dolls Do Not Facilitate Preschoolers' Reports of a Pediatric Examination Involving Genital Touching, 1 J. EXPERIMENTAL PSYCHOL.: APPLIED 95 (1995).
3. Chin, Kimberly Y., "Minute and Separate": Considering the Admissibility of Videotaped Forensic Interviews in Child Sexual Abuse Cases After Crawford and Davis, 30 B.C. THIRD WORLD L.J. 67 (2010).
4. Clow, Jonathan, Throwing a Toy Wrench in the "Greatest Legal Engine": Child Witnesses and the Confrontation Clause, 92 WASH. U. L. REV. 793 (2015).
5. Darcy, Andrew, State v. Buda: The New Jersey Supreme Court, the

- Confrontation Clause, and “Testimonial” Competence, 40 SETON HALL L. REV. 1169 (2010).
6. Dunn, Angela R., Questioning the Reliability of Children’s Testimony: An Examination of the Problematic Elements, 19 LAW & PSYCHOL. REV. 203 (1995).
  7. Eichner, Andrew W., Preserving Innocence: Protecting Child Victims in the Post-Crawford Legal System, 38 AM. J. CRIM. L. 101 (2010).
  8. Friedman, Richard, Grappling with the Meaning of “Testimonial”, 71 BROOK. L. REV. 241 (2005).
  9. Funk, Christopher Cannon, The Reasonable Child Declarant After Davis v. Washington, 61 STAN. L. REV. 923 (2009).
  10. Hill, Paula E. & Hill, Samuel M., Videotaping Children’s Testimony: An Empirical View, 85 MICH. L. REV. 809 (1987).
  11. Lamb, Michael E., Orbach, Yael, Hershkowitz, Irit, Esplin, Phillip W. & Horowitz, Dvora, A Structured Forensic Interview Protocol Improves the Quality and Informativeness of Investigative Interviews with Children: A Review of Research Using the NICHD Investigative Interview Protocol, 31 CHILD ABUSE & NEGLECT 1201 (2007).
  12. Loftus, Elizabeth F. & Palmer, John C., Reconstruction of Automobile Destruction: An Example of the Interaction between Language and Memory, 13 J. VERBAL LEARNING & VERBAL BEHAV. 585 (1974).
  13. Lyon, Thomas D. & Dente, Julia A., Child Witnesses and the Confrontation Clause, 102 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1181 (2012).
  14. Myers, John E. B., Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion, 14 U.C. DAVIS J. JUV. L. & POL’Y 1 (2010).
  15. Parga, Cylynda C., Legal and Scientific Issues Surrounding Victim Recantation in Child Sexual Abuse Cases, 24 GA. ST. U.L. REV. 779 (2008).
  16. Porter, Madeline L., From on the Stand to on Tape: Why Recorded Child Victim Testimony Is Safer, More Effective, & Fairer, 22 U.C.

- DAVIS J. JUV. L. & POL'Y 37 (2018).
17. Raeder, Myrna S., Distrusting Young Children Who Allege Sexual Abuse: Why Stereotypes Don't Die and Ways to Facilitate Child Testimony, 16 WIDENER L. REV. 239 (2010).
  18. Scher, Jonathan, Out-of-Court Statements by Victims of Child Sexual Abuse to Multidisciplinary Teams: A Confrontation Clause Analysis, 47 FAM. CT. REV. 167 (2009).
  19. Sopher, Meredith Felise, "The Best of All Possible Worlds": Balancing Victims' and Defendants' Rights in the Child Sexual Abuse Case, 63 FORDHAM L. REV. 633 (1994)
  20. Vieth, Victor I., Unto the Third Generation: A Call to End Child Abuse in the United States Within 120. Years, 28 HAMLINE J. PUB. L. & POL'Y 1 (2006).
  21. Vieth, Victor I., The Forensic Interviewer at Trial: Guidelines for the Admission and Scope of Expert Witness Testimony Concerning an Investigative Interview in a Case of Child Abuse, 36 WM. MITCHELL L. REV. 186 (2009).
  22. Zajac, Rachel, Gross, Julien & Hayne, Harlene, Asked and Answered: Questioning Children in the Courtroom, 10 PSYCHIATRY, PSYCHOL. & L. 199 (2003).
  23. Zajac, Rachel, O'Neill, Sarah & Hayne, Harlene, Disorder in the Courtroom? Child Witnesses Under Cross-Examination, 32 DEVELOPMENTAL REV. 181 (2012).

### (三) 網頁文獻

- ◎ Frontline, The Child Terror, <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/terror/> (last visited: 2020.08.20).

### (四) 其他

- ◎ Newlin, Chris, Steele, Linda Cordisco, Chamberlin, Andra, Anderson, Jennifer, Kenniston, Julie, Russell, Amy, Stewart, Heather & Vaughan-Eden, Viola, Child Forensic Interviewing: Best Practices, JUV. JUST. BULL., Sept. 2015.

# The Application Forensic Interview in Children Sex Abuse Cases: A Comparative Perspective

Mong-Hwa Chin \*

## Abstract

The child forensic interview technique builds on the knowledge of child development. It has been scientifically proved to be a reliable and effective method for collecting child statements. A child forensic interviewer is a non-partisan third party. His or her goal is to discover the truth and prevent a trial from derailing due to the child's memory limitations. This article will begin by introducing the forensic interview's technical essence and will explain that forensic interviewers should be regarded as expert witnesses. These statements may well be regarded as hearsay, but comparatively speaking, these hearsay statements are usually far more reliable than statements made inside the courtroom. This article will explore the potential conflicts between forensic interviews and the laws of hearsay and confrontation. This article concludes that forensic interviews have the potential to qualify the out-of-court statements of child victims of sexual assault to become exceptions to hearsay and confrontation requirements. Through reliable forensic interviews held immediately after the crime occurs by forensic

元照出版提供 請勿公開散布

\* Associate Professor, School of Law, National Yang Ming Chiao Tung University; S.J.D., School of Law, Duke University.

Received: March 8, 2022; accepted: January 13, 2023



interviewer, forensic interviews could meet the legal protection of confrontation and reduce the necessity of children participating in the subsequent legal procedures. However, quality control of the implementation of such technique must be taken seriously.

**Keywords:** Forensic Interview, Memory, Hearsay, Confrontation, Children's Sexual Assault

