

會台字第 9792 號曾君聲請解釋案爭點之意見

*中華民國法官協會理事 邱忠義法官

一、性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款(下稱系爭第 17 條規定)設定之被害人警詢陳述得為證據之規定，並無牴觸刑事被告於憲法上應享有之受公平審判權利之虞

按釋字第 582 號解釋，刑事被告對證人之對質詰問權，係憲法第 16 條所保障之防禦權之一，俾受公平審判之保障；而正當法律程序下之刑事審判採證據裁判原則，並以嚴格證明法則為核心，證據取得「證據能力」後經「合法調查」，始得作為法院判斷「證據證明力」之依據。至於被告之對質詰問權，是屬於證據能力「合法調查」層次的問題，除客觀上不能受詰問者外，審判中仍應依法踐行詰問程序。亦即，憲法所保障之權利並非全然不得限制，若能證明有更大的公共利益存在，立法者仍得在符合憲法第 23 條之特定條件下限縮基本權利的行使。

性侵害犯罪防治法第 17 條第 1、2 款所定，被害人於審判中有：因性侵害致身心創傷無法陳述（第 1 款），或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（第 2 款）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，得為證據之規定，主要是奠基於上開客觀不能受詰問之考量，例如：有證據顯示被害人遭性侵害後已罹精神疾病，再度接獲傳票或開庭將造成精神上莫大壓力或對病情有嚴重影響時，客觀上實難期待其能到庭陳述意見，故為避免性侵害犯罪之被害人一再地面對性侵害犯罪之加害人，重覆陳述案情，再度產生、持續加深或擴大心理創傷及煎熬¹，乃規定如上，立法者為了保障更大的公共利益，在符合憲法第 23 條之特定條件下限縮基本權利的行使（適度限縮詰問權之行使），屬立法形成自由之範疇。

相類似規定，例如刑事訴訟法第 159 條之 3²，此規定亦係顧及被

¹ 併參司法院第 52 期、54 期司法業務研究會專輯，第 3 則，2003 年 5 月。

² 刑事訴訟法第 159 條之 3：

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。

告以外之人在審判中存在著客觀不能到場或陳述之情形，而特設之傳聞法則例外，同屬於釋字第 582 號解釋所謂「客觀上不能受詰問」之例外情形。

質言之，法院綜合一切情狀審酌後，若認為被害人出庭受詰問不具客觀可期待性時，倘要求強行傳喚甚或拘提到庭，此非且無實益，反將對被害人造成二度傷害，實非立法之初衷。

應加說明者，系爭第 17 條規定對被告防禦權之行使只是適度的限制，並非剝奪，被告雖無從對被害人面對面行使對質詰問權，惟仍得在審判時請求勘驗錄音或錄影內容、透過中間人以書面提問³或是詰問間接證人⁴等方式，有充分且適當的機會來挑戰被害人警詢陳述的證據能力，無礙於公平審判之確保。而應加注意者，系爭第 17 條規定僅涉及警詢陳述之證據能力有無問題，並不是指證據「證明力」的高低，關於證明力，法院若欲判決被告有罪，仍須有其他補強證據，經各項證據相互印證、互為補強後，認被告有罪心證已達到「超越合理懷疑 (Beyond a Reasonable Doubt)」時，始能為有罪之判決，此項操作，並無抵觸刑事被告於憲法上應享有之受公平審判權利之虞。

從而，系爭第 17 條規定雖適度限制被告對質詰問權之行使，然此係基於被害人保護之更大公共利益，於符合法文所設之特定要件時，例外承認被害人之審判外陳述具證據能力，至於證明力高低如何，仍必須有其他證據相互印證、互為補強始足當之，此為立法形成自由之展現，與比例原則尚無不合。

二、系爭第 17 條規定所稱「證明具有可信之特別情況」、「證明犯罪事實之存否所必要」、「因性侵害致身心創傷無法陳述」、「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」，宜參照傳聞例外之認定標準

系爭第 17 條規定之立法理由指出，該條係參考刑事訴訟法第 159

³ 例如美國德州曾經立法設定特定年紀以下的特定犯罪被害人，於有法定原因無法出庭作證時，法院可考慮由司法詢問員作為中間人，訴訟雙方當事人可向該中間人提出書面問題，並得持續書面往來直到釐清所有問題。這種由中立的第三人協助雙方以書面詰問的方式，亦是一種可參考的選擇。見李佳玟，司法詢問員的證據法問題（四），法務通訊，2973 期，2019 年 10 月 4 日，第 4 版。

⁴ 所謂詰問間接證人，係指被告僅得就曾經訊問過證人的警察、檢察官或其他第三人進行詰問，在證人本身真的無法出庭的情況，此亦為一種方式，例如在 M. K. v. Austria 涉及性侵的案件中，歐洲人權委員會認為法院已參考專家意見，被害人確有無法出庭的正當理由，而被告透過辯護人質問該精神專家，已足使被告挑戰被害人的證詞，故該案並無違反公約規定。見陳鈺歆，從證人保護觀點論對質詰問權之保障與運用限制，《法學新論》，第 25 期，2010 年 8 月，第 113 頁；黃士元，性侵害案件對質詰問權之限制與補償—從歐洲人權法院的實踐觀察（下），司法周刊，第 1662 期，2013 年 9 月，第 2 版，註 36。

條之 3 而訂定⁵，故個案是否符合法文所設之特定要件，亦應回歸傳聞例外之認定標準。

(一) 證明具有可信之特別情況

我國實務認為刑事訴訟法第 159 條之 3 所謂「證明具有可信之特別情況」，即「絕對的特別可信情況」，係指陳述時之外部客觀情況值得信用保證者而言，解釋上可參考外國立法例上構成傳聞例外之規定，如出於當場印象之立即陳述（自然之發言）、相信自己即將死亡（即臨終前）所為之陳述及違反己身利益之陳述等例為之審酌判斷，與同法第 159 條之 2 規定之「相對的特別可信情況」，須比較審判中與審判外調查時陳述之外部狀況，判斷何者較為可信之情形不同，更與供述證據以具備任意性之要件始得為證據之情形無涉⁶。

而判斷是否具有絕對特別可信之情況時，可注意如被害人之陳述是否為案發後出於當場印象之立即陳述、陳述時是否有外力干擾、筆錄之問答記載是否存在明顯瑕疵等；又證詞是否可信，一般而言會受到四個因素影響：知覺(Perception)、記憶(Memory)、表達(Narration)能力與真誠性(Sincerity)。具體而言，諸如證人對於犯罪經過的觀察認知能力、證人對犯罪事件細節的記憶能力、證人對犯罪事件的語言表達能力以及證人是否有偽證的動機⁷，均可作為判斷之參考。

被害人之警詢陳述，若綜合所有事實進行上述判斷後，認為可證明具有絕對特別可信之情況，即符合法文規定之可信性要件。

(二) 證明犯罪事實之存否所必要

我國實務認為刑事訴訟法第 159 條之 3 所謂「證明犯罪事實之存否所必要」，即「使用證據之必要性」，乃指就具體個案案情及相關證據予以判斷，其主要待證事實之存在或不存在，已無從再從同一供述者取得與先前相同之陳述內容，縱以其他證據替代，亦無由達到同一

⁵ 性侵害犯罪防治法第 17 條立法理由：「參酌刑事訴訟法第一百五十九條之三規定，並考量被害人與被告或其他證人之性質不同，幾無發生逼供或違反其意願迫其陳述情事之可能，倘被害人其身心已受到創傷致無法陳述，或被害人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，被害人於檢察事務官、司法警察官或司法警察之調查過程中所為之陳述，具有可信之特別情況，認筆錄內容可信，且所述內容係為證明犯罪事實之存否所必要者，此項陳述應得採為證據，以避免被害人必須於詢問或偵訊過程中多次重複陳述，而受到二度傷害，爰予修正。」

⁶ 最高法院 98 年台上字第 7015 號刑事判決、99 年度台上字第 1892 號刑事判決意旨參照。此外，據〈法院辦理性侵害案件應行注意事項〉第 10 條，「經證明具有可信之特別情況」係指陳述時之外在環境及情況具有特別可信之情形。

⁷ 王兆鵬，傳聞法則理論—證人陳述之危險，《傳聞法則：理論與實踐》，元照，2003 年，第 5-9 頁；李佳玟，前註 3 文，第 3、4 版。

目的之情形⁸。

性侵害案件因其隱密之特殊性，被害人陳述通常是犯罪事實是否存在之重要證明，若已無由再從被害人處取得相同之陳述內容，則其警詢供述一般來說符合不可再得之必要性要件。

(三) 「因性侵害致身心創傷無法陳述」以及「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」

實務上對於系爭第 17 條規定所謂被害人身心狀況之認定，並無要求一定之程序，惟法院仍負有說理義務，應於判決內說明適用系爭第 17 條規定之原因、理由⁹；然而對於說理應說至何種程度以及所採用的判斷基礎，並無劃一標準¹⁰。法院實務運作上並非自行臆測，在判斷被害人心理創傷與否及其程度為何，向來建立在專家意見（例如醫生的診斷證明）¹¹，或被害者身心突發狀況之事證（例如看到傳票後自殺或離家出走等情）的基礎上，其正當性應無疑義。

詳言之，系爭第 17 條規定所處理的是「證據能力」的問題，對於被害人身心狀況之調查，不涉犯罪事實存否之證明力層次，故採用自由證明為足¹²，亦即，此時無須踐行達嚴格證明程序之程度，惟所採為判斷之證據基礎，仍應具有一定之可信度，並綜合一切客觀情況予以判斷，例如出自社工之觀察評估、醫師之診斷證明、被害者身心之突發狀況，佐以法官之直接接觸觀察等，在沒有具體事實顯示被害人確有身心受創無法陳述之情形下，法院仍不會貿然臆測。

三、性侵害犯罪防治法第 16 條並非實施系爭第 17 條規定之前提要件

⁸ 同註 6 判決意旨。

⁹ 例如，最高法院 103 年台上字第 3114 號刑事判決理由：「...原判決未進一步說明 B 女於審判中有何因身心壓力致訊（詰）問時無法為完全之陳述所憑理由，即適用性侵害犯罪防治法第十七條第二款之規定，認為 B 女於警詢之陳述具有證據能力，並憑以認定上訴人犯罪事實，有欠允當。...」

¹⁰ 例如，臺灣高等法院 99 年上訴字第 3121 號刑事判決於適用系爭規定時，對於被害人 B 女、C 女是否出現創傷反應的判斷基礎，採用 B 女與 C 女的母親對於案發後女兒沒有安全感之情況證據，而其上訴審則予以維持：「...原判決說明衡酌 B 女、C 女出現創傷反應，及現均為學生身分，唯恐耽誤課業不方便出庭，且事證已為明確，因認無再行傳喚之必要等由，依上說明，自屬原審就個別案情之審酌結果，其裁量經核並無違比例原則。...」（最高法院 100 年台上字第 1133 號刑事判決理由）。

¹¹ 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，《最高法院刑事裁判評釋》，元照出版社，2013 年 12 月，第 241-242 頁。

¹² 類似的情況是對於刑事訴訟法第 159 條之 2 「具有較可信之特別情況」的判斷，實務認為其屬程序事項之爭議，宜採自由證明法則（臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會刑事類提案第 24 號研討結果參照）。

如前問題 1.所述，系爭第 17 條規定所涉及的是被害人警詢陳述之證據能力有無的問題，而同法第 16 條所處理的則是如何對被害人訊問、詰問的保護措施。質言之，系爭第 17 條規定之第 1 款與第 2 款，分別為「因性侵害致身心創傷無法陳述」與「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」，明顯將適用情形區分為「被害人客觀上無法出庭」與「被害人有到庭」兩種態樣，則法院對於是否傳喚被害人出庭具有裁量權（判斷餘地），若一律要求應先行強制傳喚被害人，非但無實益，反將對被害人造成二度傷害【甚至擴大或加深傷病】之虞，這是法院照料義務的顯現【併參新修正刑訴法被害人保障若干規定】。

應釐清者，系爭第 17 條規定與同法第 16 條之間，並無必然的先後順序的關係。法院若於證據能力調查時，發現被害人已因身心創傷無法陳述而客觀上無出庭可能（不具期待可能性），即應落入系爭第 17 條規定第 1 款之適用；若被害人尚有陳述可能，法院可選擇傳喚出庭並依第 16 條規定予以保護，而出庭後若發生系爭第 17 條規定第 2 款之情形，可再選擇依系爭第 17 條規定使用其警詢陳述作為證據。

綜言之，系爭第 17 條規定第 1 款是指被害人完全無法到庭陳述之情形（客觀不能），其警詢供述之證據能力的判斷問題。而第 2 款則是指被害人仍有陳述能力，只不過其陳述不自由或陳述有缺陷，此時可以運用第 16 條之保護措施加以訊問或詰問。而當系爭第 17 條規定第 2 款（警詢供述）與第 16 條（法庭供述）保護措施下之供述相一致時，系爭第 17 條規定第 2 款之警詢供述恰可與第 16 條下的法庭供述相結合，當成其證明力高低的判斷因素之一；而若系爭第 17 條規定第 2 款（警詢供述）與第 16 條（法庭供述）保護措施下之供述不一致時，系爭第 17 條規定第 2 款之警詢供述或第 16 條下的法庭供述，何者有較強的證明力，自應由法院運用經驗法則及論理法則，基於自由心證認定。

四、法院於證據能力調查程序以及後續書證(即警詢陳述)調查程序，宜盡力將被告防禦權之限縮降至最低，以維憲法公平審判程序之要求

縱然個案在法院審判時有客觀上傳喚不可能之困難，而使被告之對質詰問權（防禦權）受到適度限制，但此時法院仍負有盡力照顧被告防禦權的照料義務，以達憲法公平審判之要求。對此，我國法院也比照歐洲人權法院所強調的「補償平衡」之程序要求，盡力將被告防禦權的不利益降到最低。法院也依照學者所提具體建議操作，包括義務、歸責、防禦及佐證法則等四項基準，其中前三項為對證據能力層

次的要求，第四項則是對證明力層次的要求¹³：

（一）義務法則

義務法則係指，國家機關本身負有促成對質詰問的義務，故法院應先踐行傳喚、拘提等程序，始能成立對質詰問的容許例外¹⁴。

然考量到立法者既是有意透過系爭第 17 條規定明文限制被告對質詰問權之行使，以減少對被害人的傷害，其對於法院促成對質詰問之義務要求程度，亦應較其他案件來得低；況且，若被害人已有身心受創無法陳述之情形，亦可預見其並無出庭之期待可能性，即便出庭亦無實益，甚至傳喚證人之程序本身，對被害人而言亦是種壓力，例如身心已嚴重受創之被害人可能無待出庭，於收到傳票後即再次情緒崩潰，則無論是傳拘程序本身或是出庭，對於身心已受創之被害人而言均有過苛。故於性侵害案件的情況，若能判定被害人已嚴重身心受創，顯然存在無法到庭陳述之情形，法院審酌後認為可預見其已無出庭之合理期待可能，似不宜再強行傳喚拘提。

（二）歸責法則

歸責法則係指，不利證人不能到庭對質詰問，必須是非肇因於國家之事由所致，否則法院不能採納未經對質詰問之不利證詞；反之，若是可歸責於被告本身之事由，則可能構成對質詰問的容許例外¹⁵。

（三）防禦法則

防禦法則係指，即便個案符合前二項要件，法院仍應基於補償平衡之公平程序要求，盡力保障被告較佳防禦的可能性，亦即尋求「次佳防禦」的替代方案，始能構成對質詰問之容許例外¹⁶。

在性侵害案件的情況，法院適用系爭第 17 條第 1 款規定時，被告雖無從對被害人面對面行使對質詰問權，惟仍得在審判時請求勘驗

¹³ 參林鈺雄，對質詰問例外與傳聞例外之衝突與出路—歐洲人權法院與我國最高法院裁判之比較評析，《最高法院刑事裁判評釋》，元照，2013 年 12 月，第 185 頁以下；黃士元，性侵害案件對質詰問權之限制與補償—從歐洲人權法院的實踐觀察（下），《司法周刊》，第 1662 期，2013 年 9 月，第 2 版。

¹⁴ 實務見解可參考最高法院 94 年度台上字第 478 號刑事判決、95 年度台上字第 3973 號刑事判決。

¹⁵ 併參最高法院 94 年度台上字第 3453 號刑事判決、94 年度台上字第 6552 號刑事判決。

¹⁶ 併參最高法院 96 年度台上字第 4793 號刑事判決、99 年度台上字第 4087 號刑事判決。

錄音或錄影內容、透過中間人以書面提問¹⁷或是詰問間接證人¹⁸等方式，有充分且適當的機會來挑戰被害人警詢陳述的證據能力，無礙於公平審判之確保。

此外，同法第 16 條亦提供充足的其他替代選項，已如前述；故若被害人身心狀況能夠接受在採行適當隔離的情形下進行訊問或詰問，仍應考量以替代方案進行詰問的可能性。

至於第 16 條之隔離訊問或詰問的方式，其具體的適當隔離措施，除現行之科技法庭外，日前刑事訴訟法亦已修法增加審判時得利用遮蔽設備，將被害人與被告、旁聽人適當隔離之措施，並尚得參考國外作法，以其他方式進行，例如透過辯護人提問¹⁹、被告以間接在場的方式觀看詰問²⁰、透過中間人以書面提問²¹或是詰問間接證人²²等，均是可行的替代方案，除提供被害人在「出庭」與「不出庭」之間，有更多選擇可能，亦有助於法院維持公平審判及發現真實。

（四）佐證法則

佐證法則是對於未經對質詰問之不利陳述證明力的限制，亦即該不利陳述不得作為有罪判決的唯一證據，也不得作為主要證據²³。佐

¹⁷ 例如美國德州曾經立法設定特定年紀以下的特定犯罪被害人，於有法定原因無法出庭作證時，法院可考慮由司法詢問員作為中間人，訴訟雙方當事人可向該中間人提出書面問題，並得持續書面往來直到釐清所有問題。這種由中立的第三人協助雙方以書面詰問的方式，亦是一種可參考的選擇。見李佳玟，前註 3 文，第 4 版。

¹⁸ 所謂詰問間接證人，係指被告僅得就曾經訊問過證人的警察、檢察官或其他第三人進行詰問，在證人本身真的無法出庭的情況，此亦為一種方式，例如在 M. K. v. Austria 涉及性侵的案件中，歐洲人權委員會認為法院已參考專家意見，被害人確有無法出庭的正當理由，而被告透過辯護人質問該精神專家，已足使被告挑戰被害人的證詞，故該案並無違反公約規定。見陳鈺歆，前註 4 文，第 113 頁；黃士元，前註 4 文之註 36。

¹⁹ 例如歐洲人權法院在 1996 年的 Doorson v. the Netherlands 案中認為，為保護祕密證人，可在限制辯護人不得提出涉及證人身份相關問題、以及被告未被允許在場的情形下，由辯護人代替被告對證人提問。在性侵害案件中，若被害人能夠接受面對辯護人，此亦是一種可能的詰問方式。見陳鈺歆，前註 4 文，第 111 頁；黃士元，前註 4 文之註 33。

²⁰ 例如被告透過單面鏡或視訊轉播同步瞭解訊問詰問過程，以兼顧其在場權，見：陳鈺歆，前註 4 文，第 111-112 頁；黃士元，前註 4 文之註 34。

²¹ 例如美國德州曾經立法設定特定年紀以下的特定犯罪被害人，於有法定原因無法出庭作證時，法院可考慮由司法詢問員作為中間人，訴訟雙方當事人可向該中間人提出書面問題，並得持續書面往來直到釐清所有問題。這種由中立的第三人協助雙方以書面詰問的方式，亦是一種可參考的選擇。見李佳玟，前註 3 文，第 4 版。

²² 所謂詰問間接證人，係指被告僅得就曾經訊問過證人的警察、檢察官或其他第三人進行詰問，在證人本身真的無法出庭的情況，此亦為一種方式，例如在 M. K. v. Austria 涉及性侵的案件中，歐洲人權委員會認為法院已參考專家意見，被害人確有無法出庭的正當理由，而被告透過辯護人質問該精神專家，已足使被告挑戰被害人的證詞，故該案並無違反公約規定。見陳鈺歆，前註 4 文，第 113 頁；黃士元，前註 4 文之註 36。

²³ 實務見解參考：最高法院 94 年度台上字第 478 號刑事判決。

證法則的要求相當於我國刑事訴訟法對補強證據的要求，我國成文法雖僅針對被告自白有補強證據的規定(刑事訴訟法第 156 條第 2 項)，然實務上對於被害人的陳述，亦認為有補強證據的適用²⁴。

在性侵害案件的情況，因其本身具有隱密的特殊性，證據不易取得，故被害人之陳述往往舉足輕重；惟該陳述若未經對質詰問，且被害人同時亦具有對立性證人之性質，仍不宜作為有罪判決之唯一證據，而須有其他補強證據佐證，以符合公平審判的要求。

謹提以上意見供參。

²⁴ 例如最高法院 104 年度台上字第 3178 號刑事判決理由：「...其在一般性證人，已不無或言不盡情，或故事偏袒，致所認識之事實未必與真實事實相符，故仍須賴互補性之證據始足以形成確信心證；而在對立性之證人(如被害人、告訴人)...則因其等之陳述虛偽危險性較大...尤應認有補強證據以增強其陳述之憑信性，始足為認定被告犯罪事實之依據。...」