

台灣刑事辯護律師協會意見書目錄

壹、前言、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 1

貳、證人之合法調查與證人審判外陳述之證據能力

一、 證人之調查，必於審判中到庭具結陳述，經被告詰問，並由當事人及辯護人等就證言互為辯論，使法院形成心證，始能謂為合法，而後採為認定犯罪事實之依據、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 1

（一） 人證係法定證據方法，基於正當法律程序原則，須經法院本於直接審理、言詞辯論、公開審判等原則，依刑事訴訟法所定方式合法調查，其證言始得供作認定犯罪事實之用、 、 、 、 P. 1

（二） 為確保被告之詰問權，並符直接審理原則，證人於審判中應到場具結陳述，接受被告詰問，並依言詞辯論原則由當事人及辯護人等就證言互為辯論，始得謂經法院合法調查、 、 、 、 P. 3

（三） 綜上，證人之調查，必於審判中到庭具結陳述，經被告詰問，並由當事人及辯護人等就證言互為辯論，使法院形成心證，始能謂為合法，而後其

證言始能作為認定犯罪事實之依

據、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 5

二、 就被告被訴犯罪事實之調查而言，被害人本質上仍屬

證人，應到庭依法具結陳述並經被告詰問，始得謂經合法

調查、 、 P. 5

三、 證人之審判外陳述得具備證據能力之法定例外，應從

嚴解釋、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 6

(一) 證人之審判外陳述若有證據能力，將侵害被告

之對質詰問權，且不利其訴訟上充分防禦，而有損其

公平受審之權利，自應依法律保留原則，以法律有明

文規定者為限、 、 、 、 、 、 P. 6

(二) 規定證人之審判外陳述得作為證據之法定例

外，應從嚴解

釋、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 7

1. 證人審判外之陳述若例外取得證據能力，必係作為定

罪證據使用，使審判朝有利定罪之方向傾斜。為確保

無罪推定原則之落實，此等法定例外自應從嚴解

釋、 、 、 、 、 、 、 P. 7

2. 基於保障被告之對質詰問權以保證審判之公平、正當，亦應嚴格解釋此等法定例

外、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 9

(三) 於證人之審判外陳述得具備證據能力之法定例

外情形，證人除客觀上不能受詰問者外，仍應到庭接

受被告詰問、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 9

(四) 本諸此等法定例外應從嚴解釋之原則，鈞院釋

字第 582 號解釋所稱「客觀上不能受詰問」，亦應從

嚴解釋、認定，以免掏空對告之對質詰問

權、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 10

四、 刑事訴訟法第 159 條之 1 作為證人之審判外陳述得具

備證據能力之法定例外，應從嚴解釋，必證人到庭陳述並

接受被告詰問，該條規定之審判外陳述始得作為定罪證

據、 、 、 、 、 P. 10

(一) 證人之審判外陳述縱符合刑事訴訟法第 159 條

之 1 所定要件，仍應到庭陳述並接受被告詰問，否則

不得作為定罪證

據、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 10

(二) 若證人並未到庭陳述並接受詰問，則其審判外陳述縱符合刑事訴訟法第 159 條之 1 所定要件，仍不得作為定罪證據、 、 、 P. 11

(三) 目前實務對刑事訴訟法第 159 條之 1 的解釋，使被告終將被迫傳喚不利證人進行主詰問，形同迫其自證己罪，而且嚴重侵害被告的訴訟上防禦權、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 12

1. 司法實務目前認為，被告以外之人於審判外向另案法官或檢察官所為之陳述，在陳述者經本案被告詰問前，屬未經合法調查之證據，原則上非為無證據能力而禁止證據之使

用、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 12

2. 上述實務見解使被告終將被迫傳喚本應由檢察官傳喚的不利證人來進行主詰問，形同迫其自證己罪，而且嚴重侵害被告的訴訟上防禦

權、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 14

五、 審判外製作之證人訊問筆錄並非證人之審判外陳述，也不能轉化為文書證

據、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 16

(一) 審判外製作之證人訊問筆錄並非證人之審判外
陳述、 、P. 16

(1) 目前無論是在偵查或審判階段，訊問筆錄均如
同審判筆錄僅記載要旨，並非逐字逐句精確記載訊問
者與受訊問者雙方之陳
述、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 18

(2) 訊問筆錄所記載之陳述要旨，實係訊問者或筆
錄製作者對受訊問者所述之傳述，乃至就陳述本旨為
何之判斷、意見甚至猜測，無異其等於職務上製作之
報告、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 19

(3) 實為職務上報告之訊問筆錄，既未能曲盡受訊
問者在訊問過程中所表達意思之全貌，也遠未完整記
錄訊問過程之情
狀、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 19

(4) 受訊問者在筆錄上簽名、蓋章或捺指印，實際
上只是附和訊問者或筆錄製作者之職務上報告，並不
能使該等報告當然轉化為受訊問者之陳
述、 、 、 、 、 、 、 、 P. 21

(二) 審判外製作之訊問筆錄不能轉化為文書證

據、 、 、 、 、 P. 22

1. 人證與文書是並列之法定證據方法，各有不同之法定

調查程序，不容混為一

談、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 22

2. 審判外製作之證人訊問筆錄，不可作為文書證據取代

證人到庭，否則人證盡可於審判期日前轉化為文書，

如此不僅違背直接審理原則，並且侵害被告之對質詰

問權、 、 、 、 P. 24

3. 刑事訴訟法第165條第1項所稱可為證據之卷宗內筆

錄，原則上不及於審判外製作之證人訊問筆

錄、 、 、 、 、 、 P. 26

參、對鈞院所詢爭點題綱之意見

一、題綱 1、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、

P. 26

本會意見：

- (一) 為保障被告之對質詰問權及審判之公平、正當，證人

之審判外陳述得具備證據能力之法定例外，既應從嚴解

釋，則此等法定例外之合憲性亦應嚴格審

查、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 27

(二) 性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款作為被害

人審判外陳述得作為定罪證據之法定例外，係為提高性侵害案件之定罪率而設，其合憲性自應嚴格審

查、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 27

(三) 這兩款規定過度侵害被告之對質詰問權及公平受審

權，因而違反比例原

則、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 27

1. 法院適用這兩款規定之結果，必剝奪被告對被害人之

對質詰問

權、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 28

2. 這兩款規定之預設，是性侵害犯罪被害人與被告或其

他證人之性質不同，於審判外陳述之任意性無虞，因

而其於警詢及檢察事務官訊問時製作之筆錄得依本條

規定取得證據能

力、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 28

3. 以上預設，不足以支持本條規定作為證人審判外陳述

取得證據能力之法定例外，反而對被告之對質詰問權

及公平受審權造成不必要之侵害，違反比例原

則、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 30

- (1) 性侵害犯罪被害人與其他證人之性質不同，
須受法律特別保護而得以其警詢或檢察事務官詢問之筆錄作為定罪證

據？、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 30

- (2) 性侵害被害人與其他證人相比，較無發生逼供或違反其意願迫其陳述情事之可能，所以警詢或檢察事務官愛詢問之筆錄較之其他犯罪類型，特別可信？、 、 P. 31

- (3) 這兩款規定創設被害人審判外陳述得作為定罪證據之法定例外，卻使用高度不明確之文字，致該等陳述易於跨過證據能力門檻，降低了定罪障礙、 、 、 、 、 P. 32

- (4) 這兩款規定之立法目的與所使用之手段間，不具合理必然之關聯，無法通過比例原則之審查、 、 、 、 P. 33

- (三) 本條第 1 款規定違反直接審理原則及無罪推定原則、 、 P. 35

二、 題綱 2、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 36

本會意見：

- (一) 於被害人警詢陳述之證據能力調查程序中，應由檢察官負實質舉責任，被告至少應享有全程在場權、完整的閱卷權、有利證據之聲請調查權、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 36

- (二) 被害人之警詢陳述不等於其警詢筆錄，除經被告同意得以提示筆錄方式調查外，法院應調取被害人警詢之錄音或錄影，依刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項所定方式調查、 、 、 、 、 P. 38

三、 題綱 3、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 39

本會意見：

- (一) 「證明犯罪事實之存否所必要」根本無法發揮證據能力門檻之功能、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 39
- (二) 「因性侵害致身心創傷無法陳述」若欲發揮證據能力門檻功能，則有無此等狀態，須經醫學或相關專業鑑定，且被告對該鑑定報告應享有完整之資訊獲取權，並有權詰

問實施鑑定

者、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 39

(三) 第二款所稱身心壓力，以因被告於偵、審過程中之行

為所致者為限，並應經相關專業鑑定，並非法院可憑自己

之生活及審判經驗判

斷、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 40

四、 題綱 4、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 41

本會意見：

(一) 性侵害犯罪防治法第 16 條雖剝奪被告之對質權，並

限制其詰問權，但相較系爭規定係侵害較小之手段，自應

優先於系爭規定適

用、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 41

(二) 若一律先行傳喚被害人出庭陳述未果後，始進入被害

人警詢陳述之證據能力調查程序，將使審理之進行缺乏效

率，且繫於被害人陳述之意願，並不可

行、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 42

五、 題綱 5、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 43

本會意見：

本題雖於論理上或有其價值，但於實務上鮮有操作可能，自

無解被告之對質詰問權遭系爭規定剝奪之違憲

性、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 43

六、 題綱 6、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 44

本會意見：

系爭規定係為提高性侵害案件之定罪率而將舉證責任倒置，

迫使被告必須自證無罪，違反無罪推定原則。縱於被害人警

詢陳述之證據能力調查程序乃至證據調查程序，保障被告對

證人、鑑定人之詰問機會，仍遠不足以保障被告公平受審之

權利、 、 、 、 、 、 、 、 、 P. 44

壹、前言

綜觀鈞院題綱所詢，俱與性侵害犯罪被害人於警詢及檢察事務官詢問時所為審判外陳述，是否具備證據能力乃至應如何合法調查有關。被害人於被告被訴性侵害案件，乃被告以外之人，依鈞院釋字第 582 號解釋之意旨，本質上屬於證人，對其陳述之調查，亦應依人證之法定程序進行。為能完整說明本會對於鈞院題綱所詢問題之意見，乃有必要先就證人之合法調查與證人審判外陳述之證據能力及調查方法等主要問題，先予說明於本意見書第貳部分，再依第貳部分所得結論，於第參部分就題綱所詢問題逐一表示意見。

貳、證人之合法調查與證人審判外陳述之證據能力

一、 證人之調查，必於審判中到庭具結陳述，經被告詰問，並由

當事人及辯護人等就證言互為辯論，使法院形成心證，始能謂

為合法，而後採為認定犯罪事實之依據：

（一） 人證係法定證據方法，基於正當法律程序原則，須經法院本

於直接審理、言詞辯論、公開審判等原則，依刑事訴訟法所定

方式合法調查，其證言始得供作認定犯罪事實之用：

1. 刑事審判基於憲法正當法律程序原則，應依證據認定犯罪事

實，即採證據裁判原則。證據裁判原則以嚴格證明法則為核心，亦即認定犯罪事實所憑之證據，須具證據能力，且經合法調查，否則不得作為判斷之依據。所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除，始能具備。如證人須依法具結，其證言始具證據能力；被告之自白，須非出於不正之方法，始具證據資格。所謂合法調查，係指事實審法院依刑事訴訟相關法律所規定之審理原則（如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則）及法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序，上旨經鈞院釋字第 582 號解釋於理由書闡示甚明。

2. 刑事訴訟法第 154 條第 2 項：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」及第 155 條第 2 項：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」之規定，即刑事訴訟法依憲法上正當法律程序原則之要求，明定證據裁判原則及嚴格證明法則之明文。
3. 人證係我國刑事訴訟法上之法定證據方法（參見第一編總則第十二章證據第二節人證），依前揭鈞院解釋意旨，須經法

院本於直接審理、言詞辯論、公開審判等原則，依刑事訴訟法所定之人證調查方式，其證言始得供作認定犯罪事實之用。

(二) 為確保被告之詰問權，並符直接審理原則，證人於審判中應到場具結陳述，接受被告詰問，並依言詞辯論原則由當事人及辯護人等就證言互為辯論，始得謂經法院合法調查：

1. 憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障。刑事被告對證人有詰問之權，即屬該等權利之一。刑事被告享有此項權利，不論於英美法系或大陸法系國家，其刑事審判制度，不論係採當事人進行模式或職權進行模式，皆有規定（如美國憲法增補條款第 6 條、日本憲法第 37 條第 2 項、日本刑事訴訟法第 304 條、德國刑事訴訟法第 239 條）。西元 1950 年 11 月 4 日簽署、1953 年 9 月 3 日生效之歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第 6 條第 3 項第 4 款及聯合國於 1966 年 12 月 16 日通過、1976 年 3 月 23 日生效之公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political

Rights) 第 14 條第 3 項第 5 款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。在我國憲法上，不但為第 16 條之訴訟基本權所保障，且屬第 8 條第 1 項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」、對人民身體自由所保障之正當法律程序之一種權利。故，被告詰問證人之權利既係訴訟上之防禦權，又屬憲法正當法律程序所保障之權利。此等憲法上權利之制度性保障，有助於公平審判及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的，以上各旨亦經鈞院釋字第 582 號解釋理由書詳予闡明。

2. 依前揭鈞院解釋意旨，為使刑事審判公平、正當，刑事被告享有對其不利證人之詰問權，故刑事審判對人證之調查，應在確保被告對證人之詰問權的前提下進行。為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。
3. 法院為保障被告之詰問權，並符直接審理、言詞辯論原則，應依法使證人到場，告以具結之義務及偽證之處罰，命其具結，接受當事人詰問或審判長訊問，據實陳述，並由當事人

及辯護人等就詰、訊問之結果，互為辯論，使法院形成心證

1。

(三) 綜上，證人之調查，必於審判中到庭具結陳述，經被告詰問，並由當事人及辯護人等就證言互為辯論，使法院形成心證，始能謂為合法，而後其證言始能作為認定犯罪事實之依據。

二、 就被告被訴犯罪事實之調查而言，被害人本質上仍屬證人，

應到庭依法具結陳述並經被告詰問，始得謂經合法調查：

被害人之指述，係以使被告受刑事訴追為目的，其於被告案件之審判程序，乃被告以外之人，就被告被訴犯罪事實之調查而言，其本質上仍屬證人，不僅其被害指述應依人證之法定方式調查，亦即應到庭依法具結陳述並經被告詰問，始得謂為合法，而後得作為認定被告犯罪事實之依據，且我國司法實務尚且一向認為其指述具有較高之虛偽風險，因此發展出超法規之補強法則，要求事實審法院應調查其他證據以審認其陳述是否與事實相符（原最高法院 52 年台上字第 1300 號及 61 年台上字

¹ 刑事訴訟法第 280 條：「審判期日，應由推事、檢察官及書記官出庭。」及第 292 條第 1 項：「審判期日，應由參與之推事始終出庭；如有更易者，應更新審判程序。」係直接審理原則之明文。蓋直接審理原則既在使法官親炙證據而得其心證，自須要求法官始終在庭，以求心證之延續，並因法官之心證無法遞移或承繼，故一旦法官更易，即須更新審判程序。

第 3099 號刑事判例參照)。

三、 證人之審判外陳述得具備證據能力之法定例外，應從嚴解釋：

(一) 證人之審判外陳述若有證據能力，將侵害被告之對質詰問

權，且不利其訴訟上充分防禦，而有損其公平受審之權利，自應依法律保留原則，以法律有明文規定者為限：

證人之審判外陳述，若得於證人未到庭或到庭後拒絕陳述、未能陳述之情況下作為證據使用，已不免侵害被告之對質詰問權乃至公平受審之權利；若證人之審判外陳述係於證人到庭接受詰問之情況下，得併同證人在庭之陳述作為證據，形式上雖被告之對質詰問權仍得行使，惟因該等審判外陳述作成之際，被告並不在場，無從明瞭並確保陳述當時之外在環境及情況是否足以確保陳述之任意性及真實性，從而使該等陳述取得證據能力而作為定罪證據，被告實仍常陷於難以充分防禦之窘境。綜上所述，此等例外情形將侵害被告之對質詰問權，且將不利其訴訟上充分防禦，而有損其公平受審之權利，無論何者，均有法律保留原則之適用，而須限於法律明定之情形，故刑事訴訟

法第 159 條第 1 項乃明定：「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。」

（二）規定證人之審判外陳述得作為證據之法定例外，應從嚴解釋：

1. 證人審判外之陳述若例外取得證據能力，必係作為定罪證據使用，使審判朝有利定罪之方向傾斜。為確保無罪推定原則之落實，此等法定例外自應從嚴解釋：

（1）鈞院釋字第 582 號解釋既已闡明，犯罪事實應經嚴格證明，認定犯罪事實所憑之證據，不僅須具有證據能力，且須經合法之調查，否則不得作為有罪認定之依據。準此，倘法院審理之結果，認被告被訴之犯罪事實並不存在，而應為無罪之諭知時，因所援為被告有利之證據並非作為認定犯罪事實之基礎，而係作為彈劾檢察官或自訴人所提證據之不具憑信性，其證據能力自無須加以嚴格限制。易言之，法院諭知被告無罪之判決時，即使是不具證據能力之傳聞證據，亦非不得資為彈劾證據使用，以供法院綜合研判形成心證之參考，以上為我國司法實務在釋字第 582 號解釋作成後一向之穩定見解（最高法院 98 年台上字第 5774

號、100 年台上字第 3871 號及 106 年台上字第 3183 號
刑事判決參照）。

(2) 依上開見解，簡言之，用以定罪之證據須具備證據能力，並經合法調查，反之，諭知無罪所用之彈劾證據則無庸具備證據能力。從而，無論是擴張證據能力範圍之立法或實務見解，抑或是放寬合法調查之程序要件的立法或實務見解，實際上都是朝有利定罪之方向傾斜的作法，不僅不利被告於訴訟上之防禦，而且也危及其受無罪推定之憲法上權利。

(3) 證人審判外之陳述依刑事訴訟法第 159 條第 1 項之規定，本無證據能力，若法律特別規定得例外取得證據能力，則必係作為定罪證據使用（故同法第 159 之 2、第 159 之 3 雖有「為證明犯罪事實之存否所必要者」之文字，但實際操作的結果，必然是證明犯罪事實存在所必要），易言之，證人審判外之陳述依刑事訴訟法第 159 條第 1 項之規定，本無證據能力，若法律特別規定得例外取得證據能力，則必係作為定罪證據使用（故同法第 159 之 2、第 159 之 3 雖有「為證明犯罪事實之存否所必要者」之文字，但實際操作的

結果，必然是證明犯罪事實存在所必要），此等法定例外實係有利定罪之立法，必然不利無罪推定原則之落實。從而，不僅立法者在規定此等例外情形時應戒慎恐懼，司法實務在解釋、適用這類法定例外時，亦應從嚴，以免將定罪門檻降至無罪推定原則所允許之高度以下。

2. 基於保障被告之對質詰問權以保證審判之公平、正當，亦應嚴格解釋此等法定例外：

為確保被告之詰問權，並符直接審理原則，證人於審判中應到場具結陳述，接受被告詰問，並依言詞辯論原則由當事人及辯護人等就證言互為辯論，始得調經法院合法調查，已如前述。是依鈞院釋字第 582 號解釋，對人證之調查，以證人到庭陳述為原則。此項原則既係為確保被告之對質詰問權，並使審判符合直接審理原則，而為審判公平、正當之必要條件，則自應嚴格遵循，縱有證人審判外之陳述得取得證據能力，作為證據使用之例外情形，亦應從嚴解釋，以免輕易動搖審判之公平、正當。

（三）於證人之審判外陳述得具備證據能力之法定例外情形，證人除客觀上不能受詰問者外，仍應到庭接受被告詰問：

證人應到庭陳述接受詰問之原則應嚴守，以免證人審判外之陳述得輕易取代證人，導致一方面過度侵害甚至剝奪被告之對質詰問權，另一方面也掏空直接審理原則²，從而，縱證人於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據（刑事訴訟法第 159 條參照），惟，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，上旨亦經鈞院釋字第 582 號解釋於理由書指明。

（四）本諸此等法定例外應從嚴解釋之原則，鈞院釋字第 582 號解釋所稱「客觀上不能受詰問」，亦應從嚴解釋、認定，以免掏空對告之對質詰問權。

四、 刑事訴訟法第 159 條之 1 作為證人之審判外陳述得具備證據能力之法定例外，應從嚴解釋，必證人到庭陳述並接受被告詰問，該條規定之審判外陳述始得作為定罪證據：

（一）證人之審判外陳述縱符合刑事訴訟法第 159 條之 1 所定要件，仍應到庭陳述並接受被告詰問，否則不得作為定罪證據：如前所述，為免侵害甚至剝奪被告之對質詰問權，並免掏空直接審理原則，證人之審判外陳述得具備證據能力之法定例外，

² 在我國司法實務目前尚高度仰賴警、偵訊筆錄的情況下，若該等筆錄得以證人審判外陳述之形式輕易進入審判，則審判恐將倒退回改良式當事人進行主義引進前之筆錄審判的窠臼。事實上，雖然目前實務一向將警、偵訊筆錄等同於證人的審判外陳述，但實則二者絕不相等，理由詳後述。

應從嚴解釋，故於此等法定例外情形，證人除客觀上不能到庭受詰問者外，仍應到庭接受被告詰問。準此，刑事訴訟法第 159 條之 1：「（第 1 項）被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。（第 2 項）被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」之規定，雖係證人之審判外陳述得以具備證據能力之法定例外，惟應從嚴解釋，從而縱證人於審判外向法官所為之陳述、於偵查中向檢察官所為之陳述暨於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，符合上開條文所定要件，證人仍應到庭接受被告詰問，否則上開各該審判外陳述不得作為定罪證據。

（二）若證人並未到庭陳述並接受詰問，則其審判外陳述縱符合刑事訴訟法第 159 條之 1 所定要件，仍不得作為定罪證據：

1. 於證人客觀上不能到庭接受詰問之情形，除依同意法則經被告同意作為證據（刑事訴訟法第 159 條之 5 參照），或證人不能到庭接受詰問係因可歸責於被告之事由所致者外，基於例外應從嚴解釋以保障被告對質詰問權，並符公平審判原則，仍應認為以上各該審判外陳述不得作為定罪證據。
2. 苟證人並非客觀上不能到庭受詰問，但因檢察官未聲請法院傳喚或經法院依法傳拘未到，則此際其以上各該審判外陳

述，是否仍得依上開規定取得證據能力而作為定罪證據？如前所述，對證人審判外陳述從寬認定有證據能力，實係降低定罪障礙，使審判的天秤朝向有罪方向傾斜，危及無罪推定原則，故於上述情形，證人未到庭之不利益不應歸由被告承擔，自然也就不得作為定罪證據，否則一方面無異鼓勵檢察官濫用刑事訴訟法第 159 條之 1 所定審判外向法官、檢察官所為陳述得為證據之規定，專憑該等審判外陳述舉證，反而怠於甚至蓄意不聲請傳喚證人；另一方面，在刑事訴訟法第 159 條之 1 規定審判外向法官、檢察官所為陳述得為證據之情況下，證人未到庭之不利益若歸被告承擔，則於該等審判外陳述不利被告之情形，無異迫使被告必須自行舉證彈劾或推翻此等審判外不利陳述，亦即必須自證無罪，殊有悖於無罪推定原則，也非公平之審判。

（三）目前實務對刑事訴訟法第 159 條之 1 的解釋，使被告終將被迫傳喚不利證人進行主詰問，形同迫其自證己罪，而且嚴重侵害被告的訴訟上防禦權：

1. 司法實務目前認為，被告以外之人於審判外向另案法官或檢察官所為之陳述，在陳述者經本案被告詰問前，屬未經合法調查之證據，原則上非為無證據能力而禁止證據之使用：

就刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項：「被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。」及第 2 項：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」之規定，與直接審理原則及被告之對質詰問權之衝突，司法實務目前的穩定見解雖認為，被告之反對詰問權，屬憲法第 8 條第 1 項之正當法律程序及第 16 條所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪，但為與該條規定所謂「得為證據」之用語調和，乃一方面指出被告得以詰問證人，以被告或其辯護人在場為前提，故就本案被告而言，事實上難期有於另案法官審判時及檢察官偵訊時行使反對詰問權之機會。另一方面，則根據該項規定所謂「得為證據」之用語，指出並不因被告未能於另案法官審判時行使反對詰問權，即得認該審判外向法官或檢察官所為之陳述無證據能力，不容許作為證據。未經被告行使詰問權之審判外向法官或檢察官所為之陳述，應屬未經完足調查之證據，非謂無證據能力，不容許作為證據。只是事實審法院為保障被告之反對詰問權，案內遇有此類未能賦予被告行使詰問權之供述證據，即應依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款、第 8 款及第 171 條規定，於準備程序期日訊明、曉諭當事人是否聲請傳

喚該被告以外之人，使被告或其辯護人有對之行使反對詰問權之機會。倘被告明示捨棄詰問者，應記明筆錄，以杜爭議（最高法院 95 年台上字第 6675 號、99 年台上字第 4233 號、100 年台上字第 3067 號、100 年台上字第 4126 號等判決參照）。綜上見解，司法實務目前認為，被告以外之人於審判外向另案法官或檢察官所為之陳述，在陳述者經被告於本案審判程序詰問前，應認屬於未經合法調查之證據，原則上非為無證據能力而禁止證據之使用。

2. 上述實務見解使被告終將被迫傳喚本應由檢察官傳喚的不利證人來進行主詰問，形同迫其自證己罪，而且嚴重侵害被告的訴訟上防禦權：

依以上實務見解，在陳述之人經被告於本案審判程序詰問前，其於審判外向另案法官或檢察官所為之陳述，既屬未經合法調查之證據，則本於嚴格證明法則之要求，自不得作為定罪證據使用。單就形式觀察，如此結論似無不利於被告，惟，實際上並未解決刑事訴訟法第 159 條之 1 與直接審理原則及被告對質詰問權的衝突，以下說明之：

- (1) 由於上開見解肯定該等於審判外向另案法官、檢察官所為陳述有證據能力，因此檢察官在向法院提出該等審

判外陳述時，形式上已指出證明被告犯罪之方法，事實審法院因此有調查、審酌之義務。復因上開見解認為在被告行使反對詰問權之前，該等審判外陳述雖有證據能力但未經合法調查，事實審法院因此陷於必須合法調查該等有證據能力之審判外陳述的窘境。為了脫困，法院或者曉諭當事人傳喚，或者職權傳喚，陳述之人到庭陳述以滿足被告之詰問權。

(2) 若法院曉諭檢察官傳喚，則因現行刑事訴訟法並無任何規定賦予此類曉諭有法律效果，檢察官若拒不遵曉諭，不會有任何不利益，因此實務上檢察官將此類曉諭當作馬耳東風的情形，數見不鮮，到頭來問題還是沒有解決，法院只好改為曉諭被告聲請傳喚。若被告遵諭聲請傳喚，則是傳喚對己不利之證人，不唯形同自證無罪，而且勢須對不利證人進行主詰問，殊難認能有效進行詰問及防禦。

(3) 若被告也拒不聲請（被告既無自證己罪之義務，自然沒有任何義務傳喚對己不利之證人），法院只好職權傳喚，但這樣的職權傳喚形同為檢察官盡實質舉證責任，並非刑事訴訟法第 161 條第 1 項及第 163 條第 2 項規定

所許，事實審法院因此進退維谷。最高法院為解決如是困境，因此近年來認為，若被告或其辯護人經事實審法院曉諭聲請而仍不聲請傳喚陳述之人，則視為捨棄詰問權，法院即得使用該審判外陳述作為定罪證據（。目前實務上是將該等審判外陳述與筆錄等同，進而將筆錄當作證據文書調查，惟，這是嚴重誤解，理由詳後述）。

（4）綜上所述，目前的實務見解終將使被告被迫傳喚本應由檢察官傳喚的不利證人來進行主詰問，不僅形同自證己罪，而且嚴重侵害被告的訴訟上防禦權。

五、 審判外製作之證人訊問筆錄並非證人之審判外陳述，也不能轉化為文書證據：

（一）審判外製作之證人訊問筆錄並非證人之審判外陳述：

1. 按，我國刑事司法實務製作訊問筆錄之法律依據，係刑事訴訟法第 41 條第 1 項：「訊問被告、自訴人、證人、鑑定人及通譯，應當場制作筆錄，記載下列事項：一、對於受訊問人之訊問及其陳述。二、證人、鑑定人或通譯如未具結者，其事由。三、訊問之年、月、日及處所。」及第 43 條之 1 第 1 項：「第四十一條、第四十二條之規定，於檢察事務

官、司法警察官、司法警察行詢問、搜索、扣押時，準用之。」之規定。至審判筆錄之製作依據，則是同法第 44 條第 1 項：「審判期日應由書記官製作審判筆錄，記載下列事項及其他一切訴訟程序：一 審判之法院及年、月、日。二 法官、檢察官、書記官之官職、姓名及自訴人、被告或其代理人並辯護人、輔佐人、通譯之姓名。三 被告不出庭者，其事由。四 禁止公開者，其理由。五 檢察官或自訴人關於起訴要旨之陳述。六 辯論之要旨。七 第四十一條第一項第一款及第二款所定之事項。但經審判長徵詢訴訟關係人之意見後，認為適當者，得僅記載其要旨。八 當庭曾向被告宣讀或告以要旨之文書。九 當庭曾示被告之證物。十 當庭實施之扣押及勘驗。十一 審判長命令記載及依訴訟關係人聲請許可記載之事項。十二 最後曾與被告陳述之機會。十三 裁判之宣示。」³。

2. 依刑事訴訟法第 41 條第 1 項第 1 款所定「對於受訊問人之訊問及其陳述」等語，訊問被告、自訴人、證人、鑑定人及通譯所製作之筆錄，採取問答方式記載，因此筆錄從外觀為

³ 準備程序製作筆錄之法律依據系第 273 條第 4 項：「」惟因準備程序依法原則上不得調查證據，因此實務上較少以準備程序筆錄所載陳述作為審判外陳述之情形，故於此尚不須特別將準備程序筆錄納入討論之脈絡。

形式上觀察，是訊問者與受訊問者之對答內容，目前司法實務因而將筆錄所載訊問內容等同於受訊問者之審判外陳述。

惟，基於以下理由，此種理解實屬誤會：

(1) 目前無論是在偵查或審判階段，訊問筆錄均如同審判

筆錄僅記載要旨，並非逐字逐句精確記載訊問者與受訊問者雙方之陳述：

目前司法實務在製作審判筆錄時，依刑事訴訟法第 44 條第 1 項第 5 款至第 8 款之規定，均僅記載要旨，相應地同法第 46 條：「審判筆錄應由審判長簽名；審判長有事故時，由資深陪席法官簽名；獨任法官有事故時，僅由書記官簽名；書記官有事故時，僅由審判長或法官簽名；並分別附記其事由。」乃明定當事人或其他出庭之人無庸在審判筆錄簽名、蓋章或捺指印。雖然同法第 41 條第 1 項並未規定訊問筆錄得僅記載要旨，但目前無論是在偵查或審判階段，訊問筆錄均如同審判筆錄僅記載要旨，並非逐字逐句精確記載訊問者與受訊問者雙方之陳述。

(2) 訊問筆錄所記載之陳述要旨，實係訊問者或筆錄製作者對受訊問者所述之傳述，乃至就陳述本旨為何之判斷、意見甚至猜測，無異其等於職務上製作之報告：

由於依刑事訴訟法第 43 條：「前二條筆錄應由在場之書記官製作之。其行訊問或搜索、扣押、勘驗之公務員應在筆錄內簽名；如無書記官在場，得由行訊問或搜索、扣押、勘驗之公務員親自或指定其他在場執行公務之人員製作筆錄。」及第 44 條第 1 項「審判期日應由書記官製作審判筆錄」之規定，實務上筆錄係由訊問者指揮書記官、親自或指定其他在場執行公務之人員製作，因此筆錄中所載受訊問者之陳述，實係訊問者或記錄者依其對受訊問者陳述之理解所為之記載。究其性質，則是該等人員對受訊問者所述之傳述，乃至其等就受訊問者陳述本旨為何之判斷、意見甚至猜測，實無異其等就該次訊問經過所為之職務上報告。

(3) 實為職務上報告之訊問筆錄，既未能曲盡受訊問者在訊問過程中所表達意思之全貌，也遠未完整記錄訊問過程之情狀：

① 除了要旨與完整陳述之落差外，受訊問者在訊問過程中之神態、舉止、語氣乃至情緒等情狀，均係判斷其所表達意思所必要之資訊。這些資訊建立了受訊問者當時何以為該等陳述之脈絡，據此脈絡，始能判斷其陳述是否具備任意性、真實性？是否出於臆測、意見或誤會提問人之意思？然而，這些資訊都很難以文字形式載入筆錄內。

② 訊問者本身逐字逐句之提問內容、對被訊問者之質疑，實務上通常不會載入筆錄。訊問者以言語、態度甚至肢體對被訊問者施加壓力，若已達不正訊問程度，自然也都不會載入筆錄中。但這些資訊同樣也是建立受訊問者為該等陳述之脈絡時所必要，自然也是判斷陳述任意性、真實性所必須，也都難以用文字形式載入筆錄。

③ 綜上可見，實係職務上報告之筆錄，既未能曲盡受訊問者在訊問過程中所表達意思之全貌，也遠未完整記錄訊問過程之情狀。

(4) 受訊問者在筆錄上簽名、蓋章或捺指印，實際上只是

附和訊問者或筆錄製作者之職務上報告，並不能使該等

報告當然轉化為受訊問者之陳述：

- ① 受訊問者雖得依刑事訴訟法第 41 條第 2 項：「前項筆錄應向受訊問人朗讀或令其閱覽，詢以記載有無錯誤。受訊問人為被告者，在場之辯護人得協助其閱覽，並得對筆錄記載有無錯誤表示意見。」之規定，對於筆錄記載之正確性表示意見，但由於其並無筆錄製作權，因此同條第 3 項：「受訊問人及在場之辯護人請求將記載增、刪、變更者，應將其陳述附記於筆錄。但附記辯護人之陳述，應使被告明瞭後為之。」僅賦予將其請求變更筆錄之陳述附記於筆錄之效果。實務上，由於大多數被告受訊問時並無辯護人在場協助，目前也未建立證人（含被告轉換為證人之情形）得選任律師為輔佐人之制度，因此受訊問者縱經告以要旨或閱覽筆錄，亦未必能理解或發現筆錄所載要旨與其陳述有無差異乃至差異何在。從而，無論受訊問者是否請求增、刪、變更筆錄之記載，其最終在筆錄上簽名、蓋章或捺指印，都只是附和訊問者或製作者

就訊問經過所為之職務上報告，並不能使該等職務上報告當然轉化為受訊問者之陳述。

- ② 受訊問者依同條第 4 項：「筆錄應命受訊問人緊接其記載之末行簽名、蓋章或按指印。但受訊問人拒絕時，應附記其事由。」之規定，在面對訊問者要求在筆錄上簽名、蓋章或捺印時，雖得拒絕，但在訊問者將拒絕事由載入筆錄的壓力下，唯恐因訊問者或製作者對拒絕事由的描述，有使檢察官或法院對其形成先入為主的不良印象的風險，因此實務上鮮有敢拒絕在筆錄上簽名、蓋章或捺印者。受訊問者在筆錄上簽名、蓋章或捺指印，至多只能認為是附和訊問者或筆錄製作者對其陳述要旨之理解及敘述，但並不因此就使其實是公務人員職務上報告之筆錄，能當然轉化為受訊問者之陳述。

（二） 審判外製作之訊問筆錄不能轉化為文書證據：

1. 人證與文書是並列之法定證據方法，各有不同之法定調查程序，不容混為一談：

- （1） 在現行刑事訴訟法上，人證與文書是並列之法定證據方法。人證是人的證據方法，須證人於審判中到庭具結

陳述，經被告詰問，並由當事人及辯護人等就證言互為辯論，使法院形成心證，其調查始能謂為合法（刑事訴訟法第 158 條之 3、第 166 條至第 170 條、第 175 條至第 196 條、第 287 條之 1、第 287 條之 2、第 288 條之 1 第 1 項、第 288 條之 2 參照）。必如是調查，被告對證人之詰問權始得確保，法院始能經由當庭察言觀色而瞭解證言之真意，並就證人誠信與否、陳述及記憶是否精確等與證詞憑信性有關之事項，經當事人等在庭之人的充分辯論，而得其心證。

- (2) 文書則是物之證據方法，若以文書之內容為證據資料，則依刑事訴訟法第 165 條第 1 項：「卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨。」之規定，應由審判長當庭宣讀或告以要旨（若有必要，亦得進行勘驗或鑑定），並依同法第 288 條之 1 第 1 項：「審判長每調查一證據畢，應詢問當事人有無意見。」及第 288 條：

「法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會。」之規定，使當事人表示意見，並予當事人、代理人、辯護人或輔佐人辯論證據證

明力之適當機會。若以文書之物理性質或狀態作為證據資料，則該文書係證物，應依同法第 164 條：「（第 1 項）審判長應將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認。（第二項）前項證物如係文書而被告不解其意義者，應告以要旨。」之規定，由審判長當庭提示使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認，並依同法第 288 條之 1 第 1 項及第 288 條之規定，使當事人表示意見，並予當事人、代理人、辯護人或輔佐人辯論證據證明力之適當機會。必如是調查，法院始能經其感官體驗及在庭人員之意見及辯論，得其心證。

（3） 綜上可見，人證與文書在現行刑事訴訟法上是不同的法定證據方法，各有不同的法定調查程序，不容混為一談。

2. 審判外製作之證人訊問筆錄，不可作為文書證據取代證人到庭，否則人證盡可於審判期日前轉化為文書，如此不僅違背直接審理原則，並且侵害被告之對質詰問權：

（1） 雖人證與文書之調查方法涇渭有別而不容混淆，惟，要之仍係使法院得經感官體驗及在庭人員之意見及辯論，而得其心證，乃直接審理原則之必然。

(2) 如前所述，審判外製作之證人訊問筆錄，實係訊問者或筆錄製作者對受訊問者所述之傳述，乃至就陳述本旨為何之判斷、意見甚至猜測，無異其等於職務上製作之報告，不能成為人證的替代品。審判外製作之證人訊問筆錄若可作為文書證據，進而經審判長宣讀或告以要旨，並使被告、辯護人表示意見及辯論後，即謂完成合法調查，則不啻繞過刑事訴訟法第 159 條第 1 項：「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。」就人證之證據能力所設嚴格限制，另開後門，實際上成為該項規定所稱之法定例外，進而該項規定欲保障被告對質詰問權及落實直接審理原則之目的勢將落空，審判外製作之訊問筆錄可輕易取代證人到庭，人證盡可於審判期日前轉化為文書證據。如是進行調查，不但作為判斷基礎之人證（證言及作證時之神情舉止）實際上並未顯出於公判庭，且法院也非本其自身感官體驗獲悉證言之內容，乃以該審判外訊問筆錄之訊問者或製作者對證人陳述要旨為何之判斷或意見，作為法官之心證，不僅違背直接審理原則，進而抵觸正當法律程序原則，而且也侵害甚至剝奪被告之對質

詰問權，並致事實審全面淪為「筆錄審判」，也是空洞化、形骸化的審判。

3. 刑事訴訟法第 165 條第 1 項所稱可為證據之卷宗內筆錄，原則上不及於審判外製作之證人訊問筆錄：

如前所述，規定證人之審判外陳述得作為證據之法定例外，應從嚴解釋。審判外製作之證人訊問筆錄，若可作為文書證據取代證人到庭，實即形同第 159 條第 1 項規定所稱之法定例外。惟，如此例外由於範圍太廣，勢將使事實審全面淪為空洞化、形骸化的「筆錄審判」，不僅全然淘空直接審理原則，並且過度侵害甚至剝奪被告之對質詰問權，因此刑事訴訟法第 165 條第 1 項：「卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨。」所稱可為證據之卷宗內筆錄，自應從嚴解釋，依憲法上正當法律程序原則及保障被告對質詰問權之意旨，解為除依同意法則經被告同意（同法第 159 條之 5 參照）外，不及於審判外製作之證人訊問筆錄。

參、對鈞院所詢爭點題綱之意見

- 一、 題綱一：性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款（下稱

系爭規定) 設定之被害人警詢陳述得為證據之規定，有無抵觸刑事被告於憲法上應享有之受公平審判權利之虞？如認為應以特定要件為合憲前提者，請具體說明之。

本會意見：

(一) 為保障被告之對質詰問權及審判之公平、正當，證人之審判外陳述得具備證據能力之法定例外，既應從嚴解釋，則此等法定例外之合憲性亦應嚴格審查：

如前所述，證人審判外之陳述若例外取得證據能力，不僅侵害被告之對質詰問權而損及審判之公平、正當，且必係作為定罪證據使用，使審判朝有利定罪之方向傾斜。為維護審判之公平、正當，並確保無罪推定原則之落實，證人之審判外陳述得具備證據能力之法定例外，應從嚴解釋，於此等法定例外情形，證人除有鈞院釋字第 582 號解釋所稱客觀上不能受詰問者外，仍應到庭接受被告詰問。而所謂客觀上不能受詰問，亦應從嚴解釋、認定，以免掏空對告之對質詰問權。

(二) 性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款作為被害人審判外陳述得作為定罪證據之法定例外，係為提高性侵害案件之定罪率而設，其合憲性自應嚴格審查。

(三) 這兩款規定過度侵害被告之對質詰問權及公平受審權，因而

違反比例原則：

1. 法院適用這兩款規定之結果，必剝奪被告對被害人之對質詰問權：

系爭規定既以「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」作為要件，則一旦法院認定這二項要件具備其一，進而依系爭規定認定被害人之警詢陳述具備證據能力，則在被害人已被認定為無法陳述、無法為完全之陳述或拒絕陳述之情況下，法院就會以被害人已「客觀上不能受詰問」為由，駁回被告傳喚被害人出庭對質詰問之聲請。是法院適用這兩款規定之結果，必剝奪被告對被害人之對質詰問權。

2. 這兩款規定之預設，是性侵害犯罪被害人與被告或其他證人之性質不同，於審判外陳述之任意性無虞，因而其於警詢及檢察事務官訊問時製作之筆錄得依本條規定取得證據能力：

- (1) 現行性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款：

「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。」規定，係該法於 94 年 2 月 5 日修正時，將原第 15 條：「(第 1 項) 偵查、審判中對智障被害人或十六歲以下性侵害被害人之訊問或詰問，得依聲請或職權在法庭外為之，或採雙向電視系統將被害人與被告、被告律師或法官隔離。(第 2 項) 前項被害人之陳訴得為證據。」之第 2 項規定，修正遞移為第一項而來。該次修正將原第 15 條之被害人範圍，由智障及 16 歲以下性侵害犯罪被害人，擴及所有性侵害犯罪之被害人。

- (2) 依該次修法之立法理由第二點所述：「參酌刑事訴訟法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。」可知，該次修法乃預設性侵害犯罪被害人與被告或其他證人之性質不同，無因逼供或違反其意願迫其陳述之可能，因此在現行刑事訴訟法第159條之3以外，再增設該項第1款及第2款，使被害人之警詢及檢察事務官詢問時製作之筆錄，得作為證人審判外陳述得據被證據能力之法定例外。

3. 以上預設，不足以支持本條規定作為證人審判外陳述取得證據能力之法定例外，反而對被告之對質詰問權及公平受審權造成不必要之侵害，違反比例原則：

- (1) 性侵害犯罪被害人與其他證人之性質不同，須受法律特別保護而得以其警詢或檢察事務官詢問之筆錄作為定罪證據？

因受犯罪侵害致被害人身心創傷無法陳述之情形，當非性侵害犯罪所獨有，不僅其他暴力犯罪也可能造成被害人無法陳述之身心創傷，甚至非暴力犯罪也有可能導致這種身心創傷；雖然除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務（刑事訴訟法第176條之1參照），但對大多數人而言，在法庭上作證都是有壓力的事情，因此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者，更可能存在於各種類型之證人，而非僅性侵害犯罪被害人有此情形。何以性侵害犯罪被害人較諸其他種類犯罪之被害人、其他類型之證人，特別受法律保護而得以其警詢或檢察事務官詢問之筆錄作為定罪證據？此等區別待遇，欠缺實質理由，已難免恣意之嫌，其立法目的與所採取手段即難謂有實質合理之關聯。

(2) 性侵害被害人與其他證人相比，較無發生逼供或違反其意願迫其陳述情事之可能，所以警詢或檢察事務官愛詢問之筆錄較之其他犯罪類型，特別可信？

① 以上對性侵害犯罪被害人與其他犯罪被害人之區別，既無實證調查可憑，也難認與目前實務一致。這個立法理由預設其他犯罪被害人較可能在受警詢或檢察事務官詢問時，遭到逼供或違反其意願被迫陳述。除非能證明我國的警察及檢察事務官在詢問犯罪被害人時，會有意識地區別是否為性侵害犯罪被害人，而後決定是否對其不正取供，否則這樣的預設根本無稽。

② 學理上而言，審判外的陳述要能成為傳聞例外，必須有特信性的擔保。特信性擔保指的就是陳述當時的環

境，使得他陳述虛偽的風險、錯誤的風險可降至最低。以上預設實係將陳述時之任意性等同於真實性或特信性之擔保，然而，不唯任意性與真實性、特信性係屬二事，不容混淆（人在完全任意的情況下自由自在的說謊或說錯，稀鬆平常），而且因被害人在警詢或檢察事務官詢問時不得令其具結，其陳述之真實性或信用性更乏擔保，由此益見這兩款規定以任意性作為將該等陳述列為法定例外之立法理由，乃出於對傳聞法則法理的全然誤解。

（3） 這兩款規定創設被害人審判外陳述得作為定罪證據

之法定例外，卻使用高度不明確之文字，致該等陳述易於跨過證據能力門檻，降低了定罪障礙：

這兩款規定創設了證人審判外陳述得作為定罪證據的法定例外，使得審判朝向有利定罪的方向傾斜，為免遭到濫用，法條文字上自應嚴謹、具體。然而，第一款所稱「身心創傷」係何所指？是否須經醫學專業鑑定該等身心創傷之存在乃至達無法陳述之程度？抑或由法院自行判斷即為已足？此外，第二款所稱「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」，顯難

事先經由醫學或其他科學鑑定篩檢，而需仰賴法院當庭判斷。然而，法院如何判斷被告之詰問已對被害人造成致其無法之身心壓力？若無客觀標準可供法院依憑，則不僅實務運作結果隨審判長而異，而有一國數百制之奇觀，而且在通常同情被害人之輿論壓力下，難保最終不會淪為只要被害人當庭宣稱因身心壓力而無法為完全之陳述或拒絕陳述，審判長即依第二款規定將其警詢或檢察事務官詢問之筆錄引為定罪證據。若是如此，則實已幾近以被害人主觀感受作為判斷標準。易言之，被害人既可在審判外不須具結擔保陳述真實性之環境下盡情指述被告，又可在審判中憑自己主觀感受決定是否具結作證及接受被告詰問，致被告與被害人在程序上之地位顯失均衡，對被告極不公平。由於這兩款規定所使用之文字不明確，實已使該等該審判外陳述易於跨過證據能力門檻，進而降低了定罪障礙。

(4) 這兩款規定之立法目的與所使用之手段間，不具合理必然之關聯，無法通過比例原則之審查：

① 這兩款規定創設了審判外陳述得作為定罪證據之法定例外，卻使用高度不明確之文字而使該等審判外陳述

易於跨過證據能力門檻。一旦法院認定該等未經具結擔保真實性之審判外陳述具備陳述這兩款規定之要件，被告即須在無法對指述其犯罪之證人即被害人進行對質詰問之不利情況下，舉反證彈劾該等審判外陳述之真實性。如此不僅剝奪被告的對質詰問權，甚且無異令被告自證無罪，已損及被告受無罪推定及公平受審之權利。綜上可見，這兩款規定對被告訴訟權侵害甚鉅，但使用高度不明確之文字而使證據能力門檻易於跨越，而立法理由所憑卻是沒有根據的臆測，實難認目的與手段間具有合理必然之關聯，自無從通過比例原則之審查。

- ② 系爭規定係為使「因性侵害致身心創傷無法陳述」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」之被害人，得免於具結陳述及接受被告詰問，亦能使被告定罪之目的而設，惟，現行刑事訴訟法既已設有第 159 條之 1 第 2 項之規定，使該等被害人於檢察官偵訊時之陳述原則上具有證據能力，得作為定罪證據，而被告須舉反證證明該陳述顯有不可信之情況，已不免侵害被告之詰問權及公平受審

權，於性侵害犯罪防治法再增設系爭規定，不僅疊床架屋，更加劇對被告公平受審權之侵害，益難通過比例原則之審查。

（三）本條第 1 款規定違反直接審理原則及無罪推定原則：

1. 第一款規定所稱「因性侵害致身心創傷無法陳述」，形式上雖係被害人審判外陳述取得證據能力所需具備之要件，然而，「被害人確有遭受性侵害」往往是這類案件裡的先決待證事實，此項待證事實確立後，才有必要判斷「是否為被告所為」這項待證事實存在與否。
2. 準此，「被害人確有遭受性侵害」是法院須在審判終結後依據全辯論意旨判斷之實體事實。而證據能力之有無，則是原則上在準備程序進行調查之程序事項（刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 4 款及第 2 項參照）。於被告否認性侵害事實之案件，法院在判斷被害人是否有第一款之「因性侵害致身心創傷無法陳述」情事時，不僅須於準備程序由受命法官調查是否「被害人確有遭受性侵害」此項應於審判期日由合議庭全體調查之實體事項，無形中違反了直接審理原則，而且若法院決定委由醫學或其他專業鑑定被害人是否「因性侵害致身心創傷無法陳述」，則由於鑑定人或鑑定機關無權判斷是否

「被害人確有遭受性侵害」，因而此項準備程序中所為鑑定實係以此項待證事實確屬存在為前提，形同未審先判，也違反無罪推定原則。

二、 題綱 2：有關被害人警詢陳述之證據能力調查程序，以及判定其得為後之書證調查程序，被告各應享有如何之防禦權？

本會意見：

（一）於被害人警詢陳述之證據能力調查程序中，應由檢察官負實質舉證責任，被告至少應享有全程在場權、完整的閱卷權、有利證據之聲請調查權：

1. 於被告爭執被害人警詢或檢察事務官詢問時陳述之證據能力之情形，因此形成證據上爭點，法院因而應就性侵害犯罪被害人於警詢或檢察事務官詢問時之陳述，是否具有較可信之特別情況、是否具備第 1 款所稱「因性侵害致身心創傷無法陳述」，進行調查。
2. 就上開情事之存在，應由檢察官負實質舉證責任。由於該等審判外陳述侵害被告訴訟上防禦權及公平受審權至鉅，因此雖屬程序上事項，但證明程度不應以自由證明為已足。
3. 被告於此等調查程序之在場參與並進行防禦之權利，應受完全保障。為能在此程序充分、實質進行防禦，被告須能獲悉

其辯護上所需要之一切資訊，進而據以為必要之證據調查聲請。因此，其閱卷權應受完整之保障。目前司法實務上依性侵害犯罪防治法第 12 條有關被害人姓名、出生年月日、住所及其他足資識別其身分之資料應予保密，不得揭露之規定，不僅在所有文書上以代號取代被害人之姓名及年籍資料，而且有關被害人警詢或檢察事務官詢問時之陳述是否具有較可信之特別情況、被害人是否因性侵害致身心創傷無法陳述之資料，例如詢問過程之錄音或錄影、被害人之社工訪視報告及對被害人之鑑定報告，法院往往限制或不許辯護人閱覽、拷貝。缺乏上開資訊，不但被告及辯護人難以對該等審判外陳述得否作為定罪證據乙節，進行有效防禦，甚且可能導致被告至判決確定之日猶不知指述其犯罪之被害人是誰，至此已與正當法律程序嚴重齟齬的秘密證人相去不遠。性侵害犯罪防治法第 12 條所欲保密的對象，應係一般社會大眾，而非被告。若有事實足認被告獲悉被害人年籍資料後，將對被害人有所不利，依性侵害犯罪防治法第 12 條第 1 項後段或證人保護法之規定，採取保護被害人之安全措施，方屬正辦。

4. 綜上所述，於被害人警詢陳述之證據能力調查程序中，被告

至少應享有全程在場權、完整的閱卷權、有利證據之聲請調查權。

(二) 被害人之警詢陳述不等於其警詢筆錄，除經被告同意得以提示筆錄方式調查外，法院應調取被害人警詢之錄音或錄影，依刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項所定方式調查：

1. 審判外製作之證人訊問筆錄並非證人之審判外陳述，也不能轉化為文書證據，刑事訴訟法第 165 條第 1 項所稱可為證據之卷宗內筆錄，原則上不及於審判外製作之證人訊問筆錄，已如前述。因此，除依同意法則經被告同意（同法第 159 條之 5 參照），可以提示筆錄為之者外，縱認證人之審判外陳述具備得作為定罪證據之法定例外要件，亦不應將其審判外陳述與審判外之筆錄劃上等號，進而將審判外筆錄當作證據文書調查。
2. 於法院認定被害人警詢陳述符合刑事訴訟法第 159 條之 2 或性侵害犯罪防治法第 17 條所定要件（姑不論本條規定有違憲之虞）之情形，除經被告同意可以提示警詢筆錄者外，法院應調取被害人警詢之錄音或錄影（依刑事訴訟法第 192 條之規定，司法警察官或司法警察詢問證人時，除有急迫情形外，亦應全程錄音，必要時並應全程錄影。於本條規定制定

生效前，警詢實務上對證人詢問時實已普遍全程錄音或錄影），依刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項所定方式調查。

三、 題綱 3：系爭規定所稱「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詢問時無法為完全之陳述或拒絕陳述」，應如何認定？規範上有無進一步具體化的可能？

本會意見：

（一）「證明犯罪事實之存否所必要」根本無法發揮證據能力門檻之功能：

如前所述，由於僅在認定犯罪事實存在時受嚴格證明法則拘束，僅得使用有證據能力並經合法調查之證據，因此系爭規定所謂「證明犯罪事實之存否所必要」，實際上是「證明犯罪事實之存在所必要」。若法院形成被告有罪之心證，為了定罪而有使用被害人警詢或檢察事務官詢問時陳述之必要，「證明犯罪事實之存否所必要」之要件即屬具備，故此項要件根本無法發揮證據能力門檻之功能。

（二）「因性侵害致身心創傷無法陳述」若欲發揮證據能力門檻功能，則有無此等狀態，須經醫學或相關專業鑑定，且被告對該鑑定報告應享有完整之資訊獲取權，並有權詰問實施鑑定者：

1. 如前所述，第1款所稱「因性侵害致身心創傷無法陳述」及第二款所稱「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」所使用之文字高度不明確，且形同有罪推定，實已使該等該審判外陳述易於跨過證據能力門檻，進而降低了定罪障礙，構成違憲。若鈞院認為其不明確程度尚未臻違憲程度，則為使該款規定發揮證據能力門檻之功能，請於解釋文內指明，「因性侵害致身心創傷無法陳述」須經醫學或相關專業鑑定，且該等鑑定不得作為認定犯罪之證據，而被告對該等鑑定應享有完整之資訊獲取權，為使被告得對實施鑑定之人進行詰問，該等鑑定報告在鑑定人到庭以言詞陳述並經被告詰問前，不得作為法院認定被害人有一款情形之依據。由於目前實務見解將鑑定報告當作法定傳聞例外，因此鑑定人縱不到庭接受被告詰問，鑑定報告仍有能力，因此鈞院於解釋文內為此等宣示，有其必要。

（三）第二款所稱身心壓力，以因被告於偵、審過程中之行為所致者為限，並應經相關專業鑑定，並非法院可憑自己之生活及審判經驗判斷：

若鈞院認為第二款所稱「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」未臻違憲之程度，則為使該款規

定發揮證據能力門檻之功能，請於解釋文內指明，該款規定所指被害人之身心壓力，限於被告在偵、審過程中之行為所致，至被害人指述被告所為之犯罪行為則不在此限。否則任何性侵害犯罪被害人均得以其無法承受面對被告之身心壓力為由，主張自己無法為完全之陳述或拒絕陳述，如此打擊面過於全面，不免過度侵害被告之詰問權。至於是否因被告於偵、審之行為至身心受有壓力而無法為完全之陳述，亦應由相關專業鑑定，並非法院可憑自己之生活及審判經驗判斷。故法院遇有可能適用本款規定之情形，應先行鑑定，不應當庭即行判斷。

四、 題綱 4：性侵害犯罪防治法第 16 條對被害人出庭陳述時所得採行之審判保護措施，與系爭規定間，有無實施之先後順序關係？審判實務上，是否可能一律先行傳喚被害人出庭陳述未果後，始進入被害人警詢陳述之證據能力調查程序？

本會意見：

（一）性侵害犯罪防治法第 16 條雖剝奪被告之對質權，並限制其詰問權，但相較系爭規定係侵害較小之手段，自應優先於系爭規定適用：

為確保被告之詰問權，並符直接審理原則，證人於審判中應到

場具結陳述，接受被告詰問，並依言詞辯論原則由當事人及辯護人等就證言互為辯論，始得謂經法院合法調查，已如前述。

就保障被告之詰問權及審判之正當、合法而言，依性侵害犯罪防治法第 16 條進行之調查，被告之對質權雖受剝奪，詰問權受有限制，但至少被害人仍到庭具結後陳述，被告仍有機會對其詰問，較之系爭規定完全剝奪被告之詰問權，屬侵害較小之手段，依比例原則之要求，法院自應先踐行第 16 條所定之調查程序。惟，系爭規定之違憲性尚不因先踐行第 16 條之調查程序即可稍解，附此敘明。

（二）若一律先行傳喚被害人出庭陳述未果後，始進入被害人警詢陳述之證據能力調查程序，將使審理之進行缺乏效率，且繫於被害人陳述之意願，並不可行：

1. 被害人應以證人身份到庭具結陳述並接受被告詰問，始稱合法調查，已如前述。是於審判實務上，必於審判程序傳喚被害人出庭陳述。
2. 至被害人警詢陳述是否具備證據能力，則係程序事項，依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 4 款及第 2 項之規定，係於準備程序由受命法官處理。目前審判實務上，亦大率由受命法官於準備程序就證據爭點進行勘驗警詢影音記錄等調查。

3. 故若先行傳喚被害人出庭陳述未果後，始進入被害人警詢陳述之證據能力調查程序，實係讓案件先進入審判程序，待傳喚被害人出庭陳述未果後，再返回準備程序處理警詢陳述之證據能力調查。如此審理方式使審理之進行缺乏效率，且繫於被害人陳述之意願，並不可行。

五、 題綱 5：法院依系爭規定，認定被害人警詢陳述得為證據

後，除應進行書證調查程序外，被告得否於證據調查程序要求傳喚被害人出庭對質詰問？系爭規定是否影響被告聲請傳喚被害人為證人之權利？如兩不妨礙，則系爭規定是否仍存有侵犯被告對證人詰問權之問題？

本會意見：

本題雖於論理上或有其價值，但於實務上鮮有操作可能，自無解被告之對質詰問權遭系爭規定剝奪之違憲性：

- （一）如前所述，系爭規定既以「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」作為要件，則一旦法院認定這二項要件具備其一，進而依系爭規定認定被害人警詢陳述具備證據能力，則在被害人已被認定為無法陳述、無法為完全之陳述或拒絕陳述之

情況下，法院就會以被害人已「客觀上不能受詰問」為由，駁回被告傳喚被害人出庭對質詰問之聲請。

(二) 縱使法院准許此項聲請，並依該法第 16 條之規定予其保護措施，被害人也會理所當然地以無法陳述為由，拒絕接受詰問。法院既已有警詢陳述可資認定犯罪事實存在，也不會諭知被害人應回答被告之詰問事項。綜上，本題雖於論理上或有其價值，但於實務上鮮有操作可能，自無解被告之對質詰問權遭系爭規定剝奪之違憲性。

六、 題綱 6：被害人警詢陳述之證據能力調查程序以及後續書證

(即警詢陳述) 調查程序，如被告享有對出庭證人、鑑定人為詰問之機會，則其於此範圍內之防禦權是否仍有不足？如是，如何不足？

本會意見：

系爭規定係為提高性侵害案件之定罪率而將舉證責任倒置，迫使被告必須自證無罪，違反無罪推定原則。縱於被害人警詢陳述之證據能力調查程序乃至證據調查程序，保障被告對證人、鑑定人之詰問機會，仍遠不足以保障被告公平受審之權利。

(一) 性侵害案件由於通常發生於私密之處所，難有證人或其他證

據方法可資判斷、究明被害人指述之性侵害行為是否發生？性行為是否基於合意？因此，對於被害人而言，固常感難以舉證證明被告犯罪之痛苦，對被告而言，又何嘗不是常處於難以舉證證明其辯解（通常是基於合意而進行性行為之辯解）之窘境？

（二）系爭規定使被害人於警詢或檢察事務官詢問時所為審判外陳述，得取得能力而作為定罪證據，實係為提高性侵害案件之定罪率而將舉證責任倒置，使被告必須舉證推翻被害人審判外陳述之真實性或可信性，無異迫使被告必須自證無罪，違反無罪推定原則，自不在話下。

（三）舉證之所在，敗訴之所在。在此舉證責任導致之情況下，雖保障被告得聲請調查有利之證據，但證明自己無辜之證據在性侵害案件裡往往難得；雖得對被害人以外之其他證人、鑑定人進行詰問，但如前所述，囿於刑事訴訟法第 159 條之 1 規定被告以外之人於另案法官或檢察官訊問時之陳述有證據能力，且現行實務見解將鑑定報告當作同法第 159 條所稱之法定例外，致證人、鑑定人不到庭之不利益歸由被告負擔。縱然到庭，被告亦須對該等形式上觀察不利之證人進行主詰問，形同自證己罪。綜上所述，囿於現行刑事訴訟法對被告對證人、鑑定人之保障

本即不足，欲藉於被害人警詢陳述之證據能力調查程序乃至證據調查程序，保障被告對證人、鑑定人之詰問機會，俾使系爭規定合憲，亦純係理想推測之詞，無法與現行刑事訴訟法及實務接軌。