

司法院大法官會台字第 9792 號  
曾君聲請釋憲案法律意見書

國立成功大學法律系

李佳玟

2020.1.20

摘要

性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款，設定性侵害被害人警詢陳述得為證據，因為陳述是在司法警察面前做成，此一前提限制了本條「特別可信情狀」的範圍，法官至多只能確認證詞做成時不存在負面因素，難以正面確認該證詞特別可信。本條所設定的要件不足以彌補被告詰問權的侵害，因此侵害被告接受公平審判的權利，本條因此有違憲的疑慮。同樣的問題也出現在刑事訴訟法第 159-3 條之上，大法官因此不能單獨宣告性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款違憲，否則將衍生出其他問題。

只是本條的違憲問題並非無可彌補，大法官可參考歐洲人權法院之規定，要求檢察官就被害人之警詢陳述提供實質與重要的補強證據，此種做法其實也見諸於最新修訂之美國聯邦證據法則 807 條剩餘例外。事實上，我國最高法院先前早已就被害人陳述建立超法規補強法則，如果司法實務能夠確切地在個案中要求實質的補強證據，系爭規定的操作結果並不違憲。然而，正因為我國最高法院早已就被害人陳述建立超法規補強法則，反而衍生適用上的疑問，這是大法官採取這個解套方式不能不注意的問題。

本意見書另外認為，本釋憲聲請雖然是針對性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款與第 2 款，但提供大法官一個難得的機會檢視現行刑事訴訟法關於傳聞例外規定的合理性，這個釋憲聲請也可能促使立法者籌劃其他更能兼顧被告防禦權與被害保護的程序。為了避免大法官因為擔心不足以保護性侵害被害人而容忍違憲的傳聞例外，連帶錯失改革的契機，本意見書因此提供其他可能的做法，以為參考。

問題一：

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，有無牴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，請具體指明。

### 【說明】

一、系爭規定無法讓法官在個案中尋求具有憲法意義的可信性擔保

#### 1. 討論基礎

與系爭規定最為相關之被告詰問不利證人的權利，被普遍認為是刑事被告的基本權利，而為公平審判最基本的程序要件之一。如果說給予被告詰問權，是從兩個面向促成審判的公平：（1）任何對被告不利的證人都應該要到庭面對被告，並接受被告的質疑，對被告來說，這樣的審判定罪程序對她/他才算公平；以及（2）對被告不利的判決，必須建立在經過被告詰問檢視的證據之上，這樣的有罪判決對被告來說才算公平，也可以避免誤判冤獄。若因現實或政策因素，不得限制或剝奪被告面對面詰問證人的權利，引入審判外陳述（傳聞證據）時，制度上至少要有其他的方式能夠替代詰問程序，正面地確認證詞可信，避免被告因無法面對面詰問證人而有冤抑。

#### 2. 外國法比較

就這個問題，美國聯邦最高法院與歐洲人權法院的處理方式不同。美國重視審判外證詞本身是否因為某些因素因而特別可信，普通法傳統上存在「根深蒂固的傳聞例外」（firmly rooted hearsay exception）。至於那些不是根深蒂固的傳聞例外，在 1980 年 *Ohio v. Roberts* 這個標竿性判決裡<sup>1</sup>，美國聯邦最高法院給了事實審法官判斷其他審判外陳述之可信度「是否存在特別的擔保機制」（“particularized guarantees of trustworthiness”）的權限。但在 2004 年 *Crawford v. Washington* 一案裡<sup>2</sup>，美國聯邦最高法院取消事實審法院這個判斷權限。理由是，*Roberts* 案所許可的判斷，會讓審判外陳述是否具有證據能力不可預測。因為審判外陳述究竟是否可信，取決於法官考慮的因素以及他對每個因素的重視程度。美國聯邦法院特別挑出那些當初做出之主要目的是在「證明過去的事件是否發生，為未來的刑事追訴做準備」的審判外證詞，特別是那些由執法人員偵訊所取得的證詞，只有在被告先前有機會對該證詞進行交互詰問的前提下，該審判外證詞才可以在證人無法到庭時被引入到審判內，成為審判者考量被告有罪無罪的基礎。美國聯邦最高法院認為，針對這類為了未來程序而做的證詞，只有給予被告交互詰問的機會才

<sup>1</sup> *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 66 (1980).

<sup>2</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

是合憲的做法。

對照之下，接受不同法系國家之人民申訴的歐洲人權法院，並未在判決中區別何種類型的證詞本身高度可信，而是建立「佐證法則」，用補強證據來確認審判外陳述是否可信。若法院與國家在履行其義務的情況下，依然無法促成證人到庭接受被告面對面與全面的詰問，而被告的對質詰問的權利也因故無法充分行使時<sup>3</sup>，歐洲人權法院認為，該對被告不利的審判外陳述，不得作為被告有罪判決的唯一證據，也不得作為被告有罪的主要證據。事實審法院必須用其他證據來驗證該不利陳述的真實性，補償被告的防禦權<sup>4</sup>。這個見解，相當程度讓審判外陳述之證據能力的判斷與證明力的判斷合併。歐洲人權法院就此建立「補償平衡法則」，當程序對於被告的防禦權限制越大，佐證的要求就越高；相反地，倘若不利證詞的佐證有限，就必須賦予被告較完整的防禦機會<sup>5</sup>。

### 3. 我國法傳聞例外的規定方式

對照美國與歐洲人權法院的做法，我國傳聞例外的規定方式接近美國，著重審判外證詞本身是否特別可信。刑事訴訟法第 159-1 至第 159-4 之傳聞例外，以及本釋憲案所要挑戰之性侵害犯罪防治法第 17 條的規定裡，都有跟證詞是否可信有關的要件，雖然規定方式不一。

不過即便台灣跟美國的立法方式接近，但兩國認定何為特別可信的方式與理由卻大不相同。在美國，雖然何為根深蒂固的傳聞例外並非沒有爭議<sup>6</sup>，但那些普遍被承認的陳述類型，大致上是對應影響證詞可信度的四個因素：認知、表述、記憶與誠信<sup>7</sup>，陳述做成的狀況讓這四個因素受到正面的確保（譬如：證人是在事件發生當時，在激動的情緒下所為之陳述，會因為陳述與事件發生的時間相近，證人並沒有記憶流失的問題，證人脫口而出通常沒有造假的可能，因此這類證詞

<sup>3</sup> 依照林鈺雄教授對於歐洲人權法院判決的研究，就「內國程序是否不當限制或是剝奪被告詰問不利證人之權利」，歐洲人權法院將會審查，（1）事實審法院是否已盡傳喚、拘提證人到庭之義務，以促成證人到庭接受詰問（義務法則）；（2）事實審法院必須確認，未能予被告對為不利陳述之證人行使反對詰問權，是否非肇因於可歸責於國家機關之事由所造成，例如證人逃亡或死亡（歸責法則），以及（3）被告雖不能對不利證人進行詰問，但法院已踐行現行之法定調查程序，給予被告充分辯明之防禦機會，以補償其不利益（防禦法則）。參照林鈺雄，對質詰問例外與傳聞法則例外之衝突與出路，台灣法學雜誌，第 119 期，96-114 頁。

<sup>4</sup> 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 12 日。

<sup>5</sup> 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分析，台灣法學雜誌，第 188 期，2011 年 11 月 15 日，63-65 頁。

<sup>6</sup> See i.g. Stanley A. Goldman, *Not So Firmly Rooted: Exceptions to the Confrontation Clause*, 66 N.C. L. REV. 1 (1987).

<sup>7</sup> 學者王兆鵬指出，證詞是否可信受到下列四個因素的影響，證人對於犯罪經過的觀察認知能力（認知），證人對於犯罪事件的語言表達能力（表述），證人對犯罪事件細節的記憶能力（記憶），以及證人是否有偽證的動機（誠信）。參閱王兆鵬，傳聞法則理論—證人陳述的危險，收錄於《傳聞法則：理論與實踐》，台北：元照出版社，2003 年，5-9 頁。

被認為特別可信；或是審判外陳述是證人就醫在醫生面前所做，考量到人有追求早日康復的強烈動機，通常不可能對醫生說謊，因而這類證詞也被會認為特別可信），而非只是負面因素不存在（譬如：警察沒有刑求、誘導；在場沒有律師教唆偽證，被告家人施壓）。簡單地說，證人陳述之所以特別可信，不只是負面因素不存在，而是因為正面地對應了那幾個影響證詞可信度的因素，只有這樣，才能彌補被告被剝奪詰問權的不利益，使得審判對被告而言仍維持公平。

以此對比我國刑事訴訟法傳聞例外之規定，可發現我國立法者雖然並非沒有「審判外陳述做成情境是否正面回應影響證詞可信因素」的思考<sup>8</sup>，但從傳聞例外的條文分配來看，立法者或許更為重視審判外陳述是否在有詢問權者面前做成，以及這些人不正詢問可能性有多高（刑事訴訟法第 159-1 條至第 159-3 條）。不管立法者當初是否想要配合我國刑事訴訟法關於詢問主體的規定而有此安排，這樣的立法方式，一方面讓某些具有極高價值的審判外陳述，譬如當場印象或死前陳述，因為不是在有權詢問者面前做成，所以無法成為傳聞例外。連帶導致司法實務發展出違憲的「類推適用傳聞例外」，藉此引入有價值的審判外陳述<sup>9</sup>；另一方面，由於認定法官、檢察官不太可能違法詢問，使得與之相關的傳聞例外規定（刑事訴訟法第 159-1 條），要件過於寬鬆，該條第 2 項本質上違反訴訟公平。這樣的規定又因為卷證併送制度，甚至有被檢察官濫用，導致審判更不公平的問題<sup>10</sup>。

與系爭規定有關之刑事訴訟法第 159-3 條所受批評相對較少。條文中要求法院調查審判外陳述做成時是否「具有特別可信之狀況」，看似接近 *Roberts* 案的要求。但若認真探究在何種情況下可構成本條之「具有特別可信之狀況」，由於本條限制證人審判外陳述是在司法警察面前做成，因而證詞做成時的可信情狀，與先前提到影響證詞可信度的四個因素大多無關，也很難有關。這樣的結構限制法官在審判時只能調查證詞做成有無外力干預（譬如證人是否受違法訊問、證人受詢問時，被告、親友或辯護人是否在場干擾），或是證人是否有與他人勾串的機會。法官至多進一步調查警詢筆錄記載是否完整、陳述人之問答態度、表情與舉動之變化，來判斷證詞是否可信<sup>11</sup>。這些情況的調查對於判斷證詞是否可信並不是沒有意義，但這些都只是證詞可信度的負面要件，負面要件不存在，僅是讓證

<sup>8</sup> 刑事訴訟法第 159-4 條的特信性文書，是現行法中唯一從「審判外陳述做成情境是否正面回應影響證詞可信的因素」的角度思考，所設定的傳聞例外類型。

<sup>9</sup> 關於傳聞法則類推適用之違憲問題的討論，參閱李佳玟，刑事訴訟法中之法理與類推適用--以南迴搞軌案為例，日新司法年刊，第 8 期，2008 年 7 月，152-158 頁；李佳玟，境外或跨境刑事案件中的證人供述證據：最高法院近十年來相關判決之評釋，國立臺灣大學法學論叢，43 卷 2 期，2014 年 6 月，489-548 頁。

<sup>10</sup> 由於現行法採取卷證併送制度，檢察官只需要將檢察官證人偵訊筆錄隨卷宗送到法院，不需要在審判時主動傳喚，就會因為刑事訴訟法第 159-1 條第 2 項之規定，該證人的審判外證詞就會自動成為法官在判決時必須考量的證據，逼迫辯方聲請傳喚對自己不利的證人到庭，檢視證詞的可信度，不僅讓誰來主詰問這個證人顯得混亂，整個操作更嚴重侵害被告受審判公平的權利。

<sup>11</sup> 參照臺灣高等法院 100 年度重上更(一)字第 119 號刑事判決。

詞的可信度達到低標，並未達到具有憲法意義的高標。

有部分最高法院的判決參考美國法，要求事實審法院在判斷「具有特別可信之狀況」時，審酌判斷審判外陳述是否「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」<sup>12</sup>，似乎想要對應證詞可信度的四個要素。但現實上來說，除了共同被告的陳述有可能會「違反己身利益」，其他兩個情境(當場印象之立即陳述、相信自己即將死亡)很難想像會在警詢中出現，所以法院還是主要以前一段所提到的負面情況為主要調查與判斷的對象。

綜合前兩段的討論，本意見書主張，刑事訴訟法第 159-3 的規範方式，無法讓法官在個案中尋求具有憲法高度的可信性擔保。若在這樣的條件下剝奪被告的詰問權，有侵害被告受公平審判的權利的問題，本條因此有違憲疑義。

#### 4. 系爭規定的問題

由於系爭規定的立法方式與刑事訴訟法第 159-3 條幾乎相同，立法理由也明確建立兩者之關聯<sup>13</sup>，因此刑事訴訟法第 159-3 條的問題，也同樣是系爭規定的問題。

必須特別指明的是，本意見書並非認為系爭規定之「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」的兩個前提，其正當性不足以讓立法者限制甚至是剝奪被告防禦權。性侵害犯罪黑數相當高，與這類被害人於被害後的創傷常常特別嚴重，或是刑事程序讓被害人承受再次創傷，被害人因此畏懼出庭作證有關。從公共政策的角度來看，立法者有義務改革程序，保護性侵害犯罪的被害人，讓被害人不會畏懼進入刑事程序。

從比較的角度來看，系爭規定之「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」，作為限制或剝奪被告詰問權的理由，其正當性不會低於刑事訴訟法第 159-3 第 2 款「身心障礙致記憶喪失或無法陳述」。兩者事實上情況接近，於適用時，都需要一定的客觀證據(例如：鑑定報告)，以確認前提要件是否滿足。甚至如果沒有系爭規定，檢察官未嘗不能引用刑事訴訟法第 159-3 第 2 款之規定，認定性侵害被害人「身心障礙致無法陳述」。若把系爭規定與刑事訴訟法第 159-3 第 4 款「到庭後無正當理

<sup>12</sup> 例如：98 年台上第 7015 號判決。

<sup>13</sup> 立法理由：「二、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。」立法者於 2005 年增訂本條時，應該沒有注意到美國 2004 年的 *Crawford* 判決。

由拒絕陳述者」相比，前者的正當性甚至更高。如果單獨只看剝奪被告詰問權的理由的話，系爭規定具有高度正當性。

讓系爭規定產生違憲疑問的，毋寧在於條文的其他部分。由於系爭規定所討論的是被害人在司法警察面前所做的陳述，這個前提限制了本條「特別可信情狀」可能調查的範圍。如同先前對於刑事訴訟法第 159-3 條的討論，在警詢時，很難存在那些能夠呼應影響證詞可信要素的情況，讓法院正面確認該證詞特別可信，以此維護被告接受公平審判的權利。本意見書之所以在論證系爭規定之合憲性時，仍跳出去比較系爭規定與刑事訴訟法第 159-3 條之差別，是因為如果單獨否定了系爭規定，卻不檢討刑事訴訟法第 159-3 條，可能產生的結果不只是不同類型案件的被告受保障的程度不一，由於刑事訴訟法相對於性侵害犯罪防治法為一般性規定，性侵害案件被害人在系爭規定被宣告違憲之後，還是可以主張適用刑事訴訟法第 159-3 條第 2 款，或甚至在審判時不附理由拒絕回應任何問題，就可以得到跟系爭規定一樣的結果。

## 5. 小結

系爭規定「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」具有限制被告詰問權的正當性，但是條文的其他部分（以受司法警察詢問為前提，限制了本條「特別可信情狀」範圍），卻不足以讓法院正面地確認證詞特別可信（而非只是確認負面因素不存在），以此維護被告接受公平審判的權利。本意見書因此認為，系爭規定的條文規定方式不足以提供憲法所要求的可信性擔保，條文本身有違憲的疑慮。但是大法官在做出違憲宣告時，不能不一併考慮刑事訴訟法第 159-3 條的問題。

## 二、宣告系爭規定違憲的另一條路：要求補強證據作為擔保

### 1. 歐洲人權法院見解的啟示

系爭規定與刑事訴訟法第 159-3 條都有違憲疑慮，應儘速修訂或甚至是完全廢除，立法者應改訂符合法理與需求的傳聞例外，避免實務繼續使用某些有違憲問題的審判外陳述，或是違憲地類推適用傳聞例外。不過，在修法之前，至少就系爭規定，歐洲人權法院的處理方式提供另一條路，法院可針對性侵害被害人的審判外陳述要求補強證據，為該陳述的可信性提供憲法所需要之可信性擔保。

### 2. 我國實務狀況

從某個角度來說，在性侵害案件中就被害人陳述要求補強證據，對我國司法實務並不陌生，我國最高法院早在 95 年台上第 6017 號判決就建立被害人陳述的超法規補強法則：「被害人就被害經過所為之陳述，其目的在於使被告受刑事訴

迫處罰，與被告處於絕對相反之立場，其陳述或不免渲染、誇大。是被害人縱立於證人地位具結而為指證、陳述，其供述證據之證明力仍較與被告無利害關係之一般證人之陳述為薄弱。從而，被害人就被害經過之陳述，除須無瑕疵可指，且須就其他方面調查又與事實相符，亦即仍應調查其他補強證據以擔保其指證、陳述確有相當之真實性，而為通常一般人均不致有所懷疑者，始得採為論罪科刑之依據，非謂被害人已踐行人證之調查程序，即得恣置其他補強證據不論，逕以其指證、陳述作為有罪判決之唯一證據。」這個主張其後在其他判決中反覆被強調<sup>14</sup>，成為現行司法實務的標準做法。即便這樣的見解不一定能完全彌補刑事訴訟法第 159-3 的違憲疑慮，畢竟並非所有的審判外證言都是最高法院超法規補強法則的適用對象，但是最高法院關於被害人的見解，起碼可以回應系爭規定的違憲疑慮。

簡單地講，我國實務針對被害人證詞建立超法規補強法則，並非特別針對性侵害被害人；我國實務於建立超法規補強法則時，也不見得意識到現行傳聞例外的規定存在違憲疑慮。但是超法規補強法則適用的結果，倒是呼應了歐洲人權法院所建立的「補償平衡法則」，給了審判外陳述一個合憲的要件。如果司法實務可確切在個案中要求實質的補強證據，系爭規定的操作結果並不違憲。

### 3. 美國法之參照

若參照美國於 2019 年 12 月才剛生效之聯邦證據法則 807 條剩餘例外（Residual Exception）的規定，可發現用補強證據確認審判外陳述可信的做法也出現在美國，不過是以補充的方式存在。依據聯邦證據法則 807 條之規定，倘若經過整體考量，某一審判外陳述是在具有足夠可信性保障的情況下做成，該陳述又具有補強證據，在沒有其他更好證據的情況下，該審判外陳述即便不符合其他傳聞例外的規定（美國聯邦證據法則 803 條與 804 條），也不因此排除於審判之外。不過，在引入此一證據之前，必須給予他造當事人適當的通知。美國聯邦證據法則的最新規定，相當程度說明了要求補強證據與美式的傳聞例外規定方式相容。

### 4. 適用的疑問

不過，如果大法官要用附加補強證據的要求為系爭規定解套，還是必須先釐清一些問題。譬如：在性侵害被害人因創傷無法到庭接受交互詰問時，相較於那些被害人有到庭接受交互詰問的案件，法院是否必須要求檢察官舉出更多、更實質的補強證據，如此才能在被害人有到庭與未到庭之間做出區別，對後者做出更多的補償平衡？如果無法到庭的是兒童性侵害案件的被害人<sup>15</sup>，法院對於補強證

<sup>14</sup> 例如：99 年台上第 1497 號判決、99 年台上第 6015 號判決、99 年台上第 7334 號判決。

<sup>15</sup> 104 年台上字第 3178 號判決：「證據之證明力，雖由法官評價，且證據法亦無禁止得僅憑一

據的要求，會不會因為是兒童證人的緣故，而又向上加成？這樣的要求在證據本來就相對較少的性侵害案件是否可能？此種見解會不會對於性侵害的追訴製造過高的證據門檻？

如果認為這樣的問題多餘，只要能證明審判外證人證詞可信即可，這樣就能滿足憲法的要求，這樣的適用方式即便不會鼓勵所有的性侵害案件被害人都不要出庭接受交互詰問（畢竟系爭規定有適用前提），但會不會讓這個補強證據的要求，欠缺補償平衡的程序意義？矛盾的根源是否在於，我國最高法院自始就不該針對特定證詞建立超法規補強法則<sup>16</sup>？畢竟不少國家早就廢除性侵害犯罪被害人證詞或是兒童證人證詞需要補強證據的規定，這是歐美之所以提出這樣見解，或有這樣之規定的重要背景。此外，一旦系爭規定要求要有補強證據，這對刑事訴訟法第 159-3 條，甚至是 159-1 條與第 159-2 條的影響是什麼？補強法則是否會從此成為各式傳聞例外的保險規定？上述這些問題，都是我國採行歐洲人權法院的作法所必須思考與釐清的。

## 5. 小結

系爭規定的違憲疑慮可以參照歐洲人權法院之見解，透過要求補強證據的方式來達到憲法的要求。更何況我國最高法院先前早已就被害人陳述建立超法規補強法則，這樣的情況相當程度可以為系爭規定的違憲疑慮解套。然而，正因為我國最高法院早已就被害人陳述建立超法規補強法則，反而衍生適用上的疑問，這是大法官採取這個解套方式不能忽視的問題。

### 問題二：

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

個證據而為判斷之規定，然自由心證，係由於舉證、整理及綜合各個證據後，本乎組合多種推理之作用而形成，單憑一個證據通常難以獲得正確之心證，故當一個證據，尚不足以形成正確之心證時，即應調查其他證據。尤其證人之陳述，往往因受其觀察力之正確與否，記憶力之有無健全，陳述能力是否良好，以及證人之性格如何等因素之影響，而具有游移性；其在一般性之證人，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）、目的性之證人（如刑法或特別刑法規定得邀減免刑責優惠者）、脆弱性之證人（如易受誘導之幼童）或特殊性之證人（如秘密證人）等，則因其等之陳述虛偽危險性較大，為避免嫁禍他人，除施以具結、交互詰問、對質等預防方法外，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。」

<sup>16</sup> 對於超法規補強法則的批評，參見：薛智仁，促成性交易罪及補強法則之適用範圍——評臺灣高等法院 104 年度上訴字第 1553 號，中原財經法學，37 期，2016 年 12 月，143-169 頁。



## 【說明】

一、若大法官要求系爭規定之適用應以補強證據作為擔保，做合憲性解釋時

倘若大法官決定以補強證據對應系爭規定之違憲疑慮時，保障被告的防禦權，重點在於給予被告檢視與爭執「系爭規定之相關要件與補強證據是否存在」的機會。

檢察官聲請法院適用系爭規定時，必須舉證證明被害人審判外證言具有系爭規定所要求的適用前提（證人有創傷，有剝奪被告詰問權的必要）與要件（審判外陳述特別可信與必要），既有的實務見解即有參考的餘地。若對於證詞之可信性有所爭執，法院或可傳喚作證證詞的警察，或是播放證人做成證詞的錄影帶，確認詢問過程是否存在實務見解所提到的負面因素。倘若證人為弱勢證人（兒童或心智障礙者），而於警詢時依據性侵害犯罪防治法第 15-1 條使用司法詢問員協助時，系爭規定「具有可信之特別情況」的調查，就必須包括對於司法詢問程序是否符合相關操作規範，特別是詢問者是否使用誘導性的問題，詢問過程是否全程錄影錄音，使得審判者日後可以就詢問品質進行審查<sup>17</sup>。檢察官同時具有提出補強證據的舉證責任，雖然性侵害案件的補強法則仍有待發展，學界與實務界需要花更多時間探討什麼是具有性別意識與憲法的補強法則<sup>18</sup>。

針對系爭規定之適用前提與條件是否個案存在，被告就控方是否善盡舉證責任，有詰問協助法院判斷系爭規定前提與適用條件是否存在的證人的權利。詰問對象包括出具鑑定報告，證明性侵害被害人罹患創傷症候群，無法用其他的隔離設備作證，完全無法出庭的專家證人；以及在弱勢性侵害案件中，協助弱勢證人作證的司法詢問員，甚至是當時作成筆錄的警察，目的是找出讓證詞不可信的負面因素。若案件涉及弱勢證人，被告不僅可以針對司法詢問進行過程是否符合規定，詰問當初協助的司法詢問員；也可以依據同法第 16-1 條之規定，聲請法院委任另一名司法詢問員，檢視先前的司法詢問過程是否符合專業規範。

由於在未修法的情況下，合憲性適用系爭規定的方式（意即確認審判外陳述是否具備憲法所要求的可信度），是賦予控方「提出補強證據，以佐證被害人審判外陳述」的舉證義務。被告一樣有透過詰問等方式，檢視「補強證據是否具有證據能力與證明力之瑕疵」的防禦權利，也有舉證「彈劾推翻補強證據之證明能力與證明力」的防禦權利。若對系爭規定進行合憲解釋，對被害人陳述加上補強證據的要求，相當程度會讓被害人陳述之證據能力與證明力難以明確區分層次。不過這個問題恐怕就跟被告自白之證據能力與證明力一樣，法院應先確認補強標的是否存在負面不可信因素，再確認補強證據是否具備正面可信因素與負面不可

<sup>17</sup> 參閱：李佳玟，司法詢問員的證據法問題（三），法務通訊，第 2972 期，2019 年 9 月。

<sup>18</sup> 例如：陳又寧，美國性侵害證據法則之研究-以破除性侵害迷思為中心，交大科技法律研究所碩士論文，2009 年；李佳玟，性侵害創傷症候群於刑事審判之應用——評最高法院 106 年度台上字第 2009 號刑事判決，月旦裁判時報，第 70 期，2018 年 4 月，61-69 頁。

信因素，若都沒有問題，則將兩邊合併觀察，以確認補強證據是否重要與實質，該補強證據能否證明被害人陳述為真。

由於性侵害被害人警詢陳述之證據能力的有無，本就需要就證詞之內容（卷宗筆錄或是錄影帶）進行各種情況的調查，因無區分被害人警詢陳述之證據能力調查程序，以及判定其得為證據後之書證調查程序的可能性與必要。至於被告享有何等防禦權，就不再贅述。

## 二、若宣告系爭規定違憲的替代方式

由於性侵害被害人在官方調查程序中所做的證詞，不容易存在足以對應影響證詞可信度之因素（認知、表述、記憶與誠信）的特別可信情狀，滿足憲法的要求，很難為此情況設置傳聞例外規定，性侵害被害人接受被告詰問，以維護被告受公平審判之權利通常難以避免。我國立法者不見得只能陷在這裡，立法者其實可改革既有的性侵害被害人減述作業，建立一個類似外國法之審前取證程序（*deposition*），藉此改善被害人的出庭經驗。

此種審前取證程序的意義有三端，一是讓被害人減少陳述被害事實的次述，減少被害人因為再次陳述而受創傷的機會；二是證人於審判前及早取證，較能記住相關被害細節，避免因為審判的拖延，遺忘被害細節，有助於個案正義的實現，提早取證所得證詞至少可以成為控方的主要證據（*Evidence-in-Chief*）。如果在這個審前取證程序裡，被告已有對證人進行詰問的機會，這個程序尚且可以整個取代審判中的交互詰問，如此就能達到這個程序的第三個效果：讓被害人早日脫離司法程序的糾纏，專心於身心的復原。

上述描述大致上是美國聯邦法規就兒童證人與被害人（18 U.S. Code § 3509(b)(1)(D)(2)(B)(iii)），以及挪威針對弱勢證人的處置方式<sup>19</sup>。英格蘭與威爾斯之《兒少司法與刑事證據法》（*Youth Justice and Criminal Evidence Act*）於2019年也開始用審前取證程序一併處理取證與交互詰問<sup>20</sup>。我國可將這個程序擴張至成人性侵害受害者，就像現行之《性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點》一樣，原則適用於未滿18歲之人與心智障礙者，但在有必要的情況下，其他成人的被害人也可以申請審判前取證。

不過必須注意的是，由於審前詰問有可能證據並未完全出現時進行，因此在有新證據出現時，被告還是應給予機會就新證據詰問證人。倘若在審前取證程序中，被告沒有機會對證人進行完全的詰問，審判中證人還是必須到庭接受被告律

<sup>19</sup> Trond Myklebust, *The Position in Norway in CHILDREN AND CROSS-EXAMINATION: TIME TO CHANGE THE RULES?* 157-158 (J. R. Spencer & Michael Lamb (eds.), Hart Publishing (June 1, 2012)).

<sup>20</sup> 英格蘭與威爾斯《兒少司法與刑事證據法》第28條自2019年6月3日起，在Leeds與Liverpool等地方法院試行。The Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 (Commencement No. 16) Order 2019, <<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2019/947/made>> (last accessed: Jan. 5, 2010).

師的交互詰問。不過不管是採行審前取證程序，或是讓證人到庭接受被告詰問，法院都必須視證人的情況與需要，適用性侵害犯罪防治法第 16 條，或是最近通過之刑事訴訟法關於被害保護的一般規定，避免被害人因作證承受額外的傷害。由於這套程序可讓被告保有依法對性侵害被害人詰問的機會，因此對於被告防禦權的保護，就是透過讓被告詰問證人的方式直接實踐。

**問題三：**

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詰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？

**【說明】**

一、若大法官要求系爭規定之適用應以補強證據作為擔保，做合憲性解釋時

就「證明具有可信之特別情況」，法院應參酌實務就本條與刑事訴訟法第 159-3 條所累積的見解來認定。至於「證明犯罪事實之存否所必要」，實務上已有合理的標準<sup>21</sup>，雖然本要件在實際個案中很少發揮篩選證據的功用。

而就「因性侵害致身心創傷無法陳述」應於審判程序前判斷，由檢察官或證人聲請，以專家鑑定報告證明（1）該被害人已因為性侵害而產生重大創傷，無法出庭作證；或是（2）在審判前就有**具體依據**，可預測該被害人有極高的可能性會因出庭作證，不管是重述被害情節，或是接受交互詰問時，產生極大創傷而無法繼續作證，導致審判中斷。若檢察官可做此舉證，法院應可自始適用系爭規定第 1 款，毋需等到發生同條第 2 款的情況，才讓證人退庭，再引用該款承認審判外陳述的證據能力。若事先已有依據可做此預測，不需要強迫證人到庭受到程序的折磨。

針對「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」，本意見書的認知是，本款的適用情況必須與前一款被害人的情況等同，意思是，都必須是因為證人出現情緒的重大創傷而無法陳述，只是這情況是在證人到庭之後才出現，如此才能正當化對於被告詰問權的剝奪，不能單純只是證人主觀感受到身心壓力因此拒絕陳述而已。基於此一定義，一旦證人在審判進行時表現出崩潰而無法回應問題的情況，此時就由審判長決定是否已符合系爭規定第 2 款。若有被告對證人的狀況有所爭議，則由法院委任專家對證人的身心狀態進行鑑

<sup>21</sup> 參閱：97 年台上第 2659 號判決，就「證明犯罪事實之存否所必要」，「指就具體個案案情及相關卷證判斷，為發現實質真實目的，認為除該項審判外之陳述外，已無從再就同一供述者，取得與其上開審判外陳述之相同供述內容，倘以其他證據代替，亦無從達到同一目的之情形而言。」

定。系爭規定這兩款的解釋，從比例原則的角度來說，必須要能跟同法第 16 條做出區隔。系爭規定之適用必須到「證人即便採取第 16 條的保護手段，依然無法在審判時陳述」的程度。

## 二、若宣告系爭規定違憲的替代方式

若為了平衡被告受公平審判的權利，也避免針對系爭規定採行補強法則，衍生種種的問題將系爭規定宣告違憲，立法者除了應建立審前取證程序，也應增強被害人的程序保護。

本意見書認為，系爭規定之所以會被認為有必要，有部分跟被害人對審判程序陌生，不清楚性侵害犯罪防治法中保護被害人的機制，因陌生而產生高度焦慮與壓力有關。司法實務不僅應善用相關的保護規定，包括依據性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項與第 2 項，在必要時使用雙向閉路電視或是對證人與被告進行隔離詰問；以及審判長可以在當事人或辯護人詰問被害人不當時禁止其詰問，由法官訊問來取代（同條第 3 項），或是在被告或其辯護人詰問或提出有關被害人與被告以外之人之性經驗證據時，適時阻止（同條第 4 項）。實務更應該在出庭前對被害人進行充分告知，令其知曉其權利，並給予其必要的法律扶助，以降低被害人對到庭接受交互詰問的恐懼，於審判中減少證人參與交互詰問的創傷。

針對性侵害被害人出庭的創傷，另一個可能的做法是設置「證人中介員」（Witness Intermediary），這個制度在我國被統稱為司法詢問員，由立法者於 2015 年年底引進（性侵害犯罪防治法第 15-1 條）<sup>22</sup>。依照該條之規定，我國的司法詢問員不僅可以在偵查中協助司法警察與檢察官詢問證人，更可以在審判中協助法官對弱勢證人的詢問，甚至能在審判中協助當事人、代理人或辯護人對弱勢證人進行詰問，這在其他國家被稱為證人中介員。參考其他國家關於弱勢證人的相關規定，證人中介員/司法詢問員的存在，不僅是希望協助交互詰問順利進行（包括讓弱勢證人聽懂問題，避免證人被誘導），同時也為了緩和交互詰問對弱勢證人的壓力與創傷，避免弱勢證人在審判中因情緒挫折而無法繼續，甚至影響其他案件證人出庭以及與檢察官合作的意願<sup>23</sup>。雖然這個制度如何與我國現行刑事訴訟法的規定架接仍有不少疑問（譬如：當司法詢問員參與審判程序時，是否應具結？應以何種身份具結？審判進行時，當事人得否對於司法詢問員協助詢問的內容聲明異議？），制度若未設計妥當，也會產生被告詰問權是否不當受到侵害的疑問。

<sup>22</sup> 性侵害犯罪防治法第 15-1 條：「（第一項）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。（第二項）前項專業人士於協助詢（訊）問時，司法警察、司法警察官、檢察事務官、檢察官或法官，得透過單面鏡、聲音影像相互傳送之科技設備，或適當隔離措施為之。（第三項）當事人、代理人或辯護人詰問兒童或心智障礙之性侵害被害人時，準用前二項之規定。」

<sup>23</sup> 相關制度的介紹，See J. R. Spencer & Michael Lamb (eds.), CHILDREN AND CROSS-EXAMINATION: TIME TO CHANGE THE RULES? Hart Publishing (June 1, 2012).

即便仍有問題待解，本意見書想要表達的是，針對性侵害被害人之創傷，程序解決之道不是只能使用傳聞例外的做法而已。

至於針對那些難以用改進程序的方式，以鼓勵其接受交互詰問的性侵害被害人，立法者未來或許必須仿照美國聯邦證據法則 807 條，建立一條剩餘例外之規定。不管採取哪種立法方式，台灣現行傳聞例外的規定都有必要全面檢討。

**問題四：**

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？

**【說明】**

從比例原則的角度來看，法院應優先採取對被告詰問權侵害較小的手段。因此，性侵害犯罪防治法第 16 條與系爭規定有實施先後順序關係。倘若檢察官在審判前就可提出具體證據，證明該被害人有極高的可能性會在證人席上崩潰，導致審判中斷。法院應可自始適用系爭規定第 1 款，毋需等到發生同條第 2 款的情況，才讓證人退庭。若事先已有依據可做此預測，不需要強迫證人到庭受到程序的折磨。

**問題五：**

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？

**【說明】**

本提問邏輯似乎存在矛盾。若認定系爭規定合憲，不管是本質合憲，還是加上補強證據合憲，法院如何一方面符合比例原則的前提下，允許證人因為性侵創傷無法出庭作證，因而賦予其審判外陳述證據能力，另一方面又允許被告傳喚證人出庭？證人若能出庭作證，不是代表法院一開始根本不該適用系爭規定？只有改採審前取證程序，又未給予被告於審前取證程序完全地詰問被害人之機會時，為了保障被告詰問權，法院必須在審判程序中傳喚被害人到庭接受詰問。

問題六：

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？

【說明】

如本意見書【問題一】所分析，系爭規定以受司法警察詢問為前提，限制了本條「特別可信情狀」範圍，此種規定方式使得法院無法確認具有憲法高度的可信性擔保。若未加入補強法則的要求，法院單純調查本條前提與要件是否滿足，即便給予被告享有對出庭證人、鑑定人為詰問之機會，被告的防禦權與受公平審判之權利的保障依然不足。除非加入補強證據的要求，給予被告針對系爭條款之前提、要件，以及新加之補強證據的詰問機會，如此才能充分保障被告受公平審判的權利。