

# 關於性侵害犯罪防治法 17 條釋憲案意見書

賴芳玉 2020.02.04

## 壹、【前言】

關於性侵害犯罪防治法第 17 條之違憲審查前，謹基於下列原則及理解，以回復鈞院所提爭點(如貳)：

被害人享有司法上被平等、合理對待的人權，司法是「所有人的正義」(Justice for All)體現之處。正義的體現，不唯實體法，尚包含程序法。因此，訴訟權上，被告與被害人人權確實存在著衝突。故關於被告對被害人詰問權限縮之合憲性討論，不僅為釋字 636 號解釋所提比例原則而已，更應包含被害人人權之承認。謹敘明如後：

一、憲法第 16 條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第 8 條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利，此為司法院釋字第 582 號解釋。是以，被告詰問權固為憲法保障人權，惟司法院釋字第 636 號解釋復提及：「惟為保護證人不致因接受對質、詰問，而遭受生命、身體、自由或財產之危害，得以具體明確之法律規定，限制被移送人及其選任律師對證人之對質、詰問權利，其限制且須符合憲法第二十三條之要求。」職是，被告對證人之對質及詰問權在憲法第 23 條之合理範圍非不得不為限制。

二、聯合國大會 1985 年 11 月 29 日第 40/34 號決議通過「犯罪與權力濫用受害者基本正義基本原則宣言」(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)，該宣言關於司法及公平對待(Access to justice and fair treatment)6(b)在不損及被告並符合國家刑事司法制度，提供適當訴訟階段出庭申訴其觀點和關切事項以供考慮；(c)在整個法律過程中向受害者提供適當的援助；(d)採取各種措施，盡可能減少對受害者不便，必要時保護其隱私，並確保被害人及其家屬，及為他們作證之證人安全而不受威嚇和報復；足徵被害者在司法程序上享有公平合理對待的人權，實現其對正義的期待與司法程序被公平對待的尊嚴與平等權。

三、實務上，性侵害案件具有特定性別的特殊性，必須審酌性別平等的司法措

施。依行政院衛生福利部保護服務司所公佈之性侵害通報案件，以 2018 年通報案例為例，女性受害者高達 81%，若聚焦 18 歲以上受害者，女性受害者比例高達 92%；**性侵害案件被害者在性別議題上反應出特定性別族群的特殊性，應無疑義。**又國內外研究指出性侵害案件加害者之再犯率高(參衛福部 2017 年性侵害案件再犯率極危險因子之委託研究案)，故關於受害者恐懼自己作證或控訴遭到被報復或再度被侵害的情況，自比其他犯罪類型之受害者，顯然更加嚴重且具有更多實證研究說明。

按，國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等，此為憲法增修條文第 10 條所揭櫫。聯合國 1979 年消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women，以下簡稱 CEDAW）締約各國譴責對婦女一切形式的歧視，協議立即用一切適當辦法，推行消除對婦女歧視的政策。為此目的，承擔：

- (a) 男女平等的原則如尚未列入本國憲法或其他有關法律者，應將其列入，並以法律或其他適當方法，保證實現這項原則；
- (b) 採取適當立法和其他措施，包括在適當情況下實行制裁，以禁止對婦女的一切歧視；
- (c) 為婦女確立與男子平等權利的法律保護，通過各國的主管法庭及其他公共機構，保證切實保護婦女不受任何歧視；
- (d) 不採取任何歧視婦女的行為或做法，並保證政府當局和公共機構的行動都不違背這項義務；
- (e) 採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女的歧視；
- (f) 採取一切適當措施，包括制定法律，以修改或廢除構成對婦女歧視的現行法律、規章、習俗和慣例；
- (g) 廢止本國刑法內構成對婦女歧視的一切規定。

此外，其第 47 屆會議(2010)第 28 號一般性建議：締約國在《CEDAW》第 2 條之下的核心義務，「16.締約國有義務尊重、保護和實現婦女不受歧視的權利，確保婦女的發展和進步，以改善其處境，實現法律、事實或實質的男女平等。締約國應確保不對婦女實施直接或間接歧視。對婦女的直接歧視，包括明顯以性或性別差異為由，實施區別待遇。對婦女的間接歧視，係指法律、政策、方案或做法看似對男性和女性並無偏頗，但實際上造成歧視婦女的效果。因為明顯中性的措施並未考慮原本存在的不平等狀況。此外，因為不承認歧視的結構、歷史模式，以及男女之間不平等的權力關係，可能使現有的不平等狀況因間接歧視更為惡化。」

職是之故，如在司法程序維持形式中立，卻忽略原本存在不平等狀況的司法措

施，招致被害者在透過司法控訴時發生不利之影響，恐有《CEDAW》所指性別歧視之疑慮。

貳、 基於上述受害者及性別平等權等原則及理解，回復下列 鈞院爭點之意見如後：

〔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。

個人以為並無牴觸刑事被告於憲法上應享有之受公平審判權利，理由如下：

一、

系爭規定為傳聞法則之例外規定，相當於刑事訴訟法第 159 條之 1、159 條之 2、159 條之 3、159 條之 4、159 條之 5 有關傳聞證據例外有證據能力之規定，亦即符合一定要件的情形下，傳聞證據具有證據能力，經法院於審判中以該傳聞證據呈現的證據方法，踐行刑事訴訟法的證據調查程序。

實務上，性侵害案件通常為書證或減述方案之全程錄影帶，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否，即符合證據法則。至於如何證明具有可信之特別情形，諸如受害者於警詢證詞有無誘導汙染之虞等(如筆錄鑑定)。而是否符合系爭規定，實務上或有調取相關社政個案管理資料報告或受害者心理諮商報告、精神科醫生診斷證明書，或透過專家證人之交互詰問等。

既然系爭規定之證據仍需透過司法調查證據之檢驗，且實務上尚難僅以受害者供述證據作為唯一證據（最高法院 29 年度上字第 3105 號、32 年上字第 67 號判例、40 年度台上字第 86 號判例、52 年台上字第 1300 號判例、61 年台上字第 3099 號判例、76 年台上字第 4986 號判例），此皆屬被告公平審判權之體現。

二、

性侵害受害者常存伴隨創傷後壓力症候群，Ruch(1994)研究 172 位受害者資料： The Sexual Assault Symptom Scale II (SASS-II)創傷六向度：安全恐懼(safety fears)憂鬱(depression)自責(self-blame)情緒不穩(lability)身體恐懼(somatic fears)司法恐懼(criminal justice system fears)；復因傳統性別文化對於女性之貞操意識存在嚴厲的檢視(諸如檢屍就是夜店文化，影射飲酒女性不值得受到性自主權之保護等)，使性侵害受害者更加深對司法恐懼。

因此斟酌上述性別因素，為降低性侵害受害者之恐懼及避免二度創傷，性侵害犯罪防治法有相關之特別規定。諸如第 16 條第 4 項限制被告詰問內容，不得詰

問或提出有關被害人與被告以外之人之性經驗證據，但法官、軍事審判官認有必要者，不在此限。該規定即係參考美國強暴盾牌條款，因早期性犯罪案件審判，多以女性過往性行為證據，作為證明女性貞潔與否之關鍵證據，並影響陪審團判斷女性是否同意與被告為性行為，或是其證言是否屬實。致被害者女性認為一旦提出告訴，便開啟審判被害者，而非被告接受審判，故有強暴盾牌條款之制定，以避免此情形發生。另性侵害犯罪防治法第 16 條之隔離訊問、第 17 條因創傷或壓力致無法完整陳述等規定，均係考量性侵害被害者及性別文化之特殊性所為之立法。

換言之，性侵害被害者女性因受到傳統性別文化影響，加深性侵害之創傷而難以在審判庭重複陳述性侵害過程，故系爭規定將被害者之特殊狀況納入傳聞法則之例外，此為司法應考量、並相對地應提出符合性別及被害者在程序上應處置之友善措施，以合乎性別平權與被害者人權之體現。

是以，縱然系爭規定因彰顯性別平權與被害者人權而有限制被告行使詰問權，並在合乎系爭規定經證明為可信之前提下，自合乎憲法第 23 條之規定。

## 〔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？

一、

如前所述，為證明警詢筆錄之可信性，被告自可請求將警詢筆錄及全程錄影踐行調查證據程序，實務上，亦有將該筆錄囑託相關機關鑑定作為證據方法，或傳訊減述方案之在場專家(醫療人員或社工)作專家證人，並進行交互詰問以辯明證詞有無遭到誘導等情。

二、

實際上，無罪推定原則下，如被害人因創傷無法到庭陳述或經過交互詰問之檢視，依系爭規定雖可能將警詢筆錄作為證據，但並非當然對被告不利，蓋被害人警詢筆錄多無法預見被告答辯，是以最初之警詢筆錄難以回應被告事後所為辯解之內容，復無法在審判中透過交互詰問補充說明，以致審判中難以取得足以認定被告有罪之確信。

此部分可徵諸內政部衛生福利部委託研究案：《影響妨害性自主案件審理過程與判決結果之實證研究》：

「為了減少妨害性自主犯罪被害人進入司法程序後可能遭受的二度傷害，法院

已經盡量做到了減少被害人重複出庭訊問，但是從我們訪談、觀察的結果來看，被害人若不親自出庭作證，或不逐次、多次的說明，而全權讓蒞庭公訴檢察官發言，不盡然對被害人有利，理由是有關案發前後、案發時的種種細節或矛盾，除被告外，被害人應最為清楚，蒞庭公訴檢察官不如偵查檢察官清楚，面對歷次開庭時被告、被告委任代理人、證人或專家提出的疑點，減少被害人出庭次數，使得被害人可能無法在法院上陳述自己的意見或陳述前後矛盾或與被告說詞不一之處，同時，法官也漏失一些詳細觀察被害人情緒狀態、創傷症候群症狀或被害人與加害人互動時之肢體語言、情緒波動之機會。」(參該報告第 55、56 頁)

足徵實務上法官多透過交互詰問過程評價被害者供述證據之可憑信，若被害者因身心狀況無法到法庭陳述或到庭難以陳述者，並非當然損及被告防禦權，反而更不利於被害者，縱判決結果不利於被害者之期待，但為避免被害者因為控訴而在身心潰堤之情形下，程序上依然遭到交互詰問程序之壓力與質疑，使其受到更深的傷害，故在程序不得不優先保護被害者權益。

### 〔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？

個人認為此宜交由實務個案判斷。

實務上被害者未到庭陳述並經交互詰問者為少數案例，且如前所述，關於「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」多以減述方案錄影帶、社會局個案管理資料、精神科醫生診斷證明書或專家證人等證明系爭規定之特殊形況，雖或有實務採取寬鬆之作法，但此既有第三審法院檢視事實審法院認事用法，有其救濟之程序，似非立法上問題。

### 〔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？

一、

個人認為並無以立法制定實施之先後順序的必要。蓋：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，並無實施之先後順序關係，其立法精神本即不同階段的保護性措施，到庭後依第 16 條採行隔離訊問及變音處理，無非慮及被害人情緒過激或擔心遭到報復而無法完全陳述之設計措施(日前刑事訴訟法修正案也比照性侵害犯罪防治法類似之規定，參刑事訴訟法第 248-3、271-2)；而系爭規定，則處理到庭後經過隔離仍因身心狀況無法陳述，或經傳喚時即已存在難以到庭的身心狀況。

二、無需特別明文規定一律先行傳喚到庭。蓋。

如為系爭規定第 2 款情形(即：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)，即與第 16 條情形相同，均係到庭後之處置，至於系爭規定第 2 款，實務上亦係被害人收到傳票後方提出無法開庭之醫師證明或其他證明。

加以，實務上當被告否認警詢筆錄之證據能力時，檢察官方將傳喚被害人當作調查證據方法，惟如被害人因身心狀況無法到庭並提出證據時，方有系爭規定第 1 款之情形。從而，立法上並無先一律傳喚被害人之必要性。

又，倘若立法規範一概傳喚被害人，而被害人因身心狀況無法到庭，是否將使被害人遭到科罰、拘提，同時因拘提到庭後確實仍無法陳述，方依系爭第 2 款將警詢筆錄始有證據能力？縱被害人未遭到拘提，卻因被告之加害行為導致被害人身心狀況嚴重受害，行為退化至難以到庭陳述，反而使被害人在警詢控訴之筆錄毫無證據能力，對被害人未有任何補償性的作法，任令被害人之控訴取決於被害人本身「勇敢到庭陳述」，此對被害人是否過於嚴苛？在被害人人權與被告人權間是否嚴重失衡？

三、未查，此問題意識顯有學術界相類似的意見。有學者引用歐洲人權法院關於 *A.L.v.Finland* 案件之觀點，認為性侵害案件應有「較佳防禦手段優先性原則」，亦即為了證人保護目的，而無法採取對被告「最佳」的防禦手段之際，基於防禦法則，應優先考慮其他可能的「次佳」(參林鈺雄，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，2013.12)。

該案為 2001 年被害人母親報案，指其 14 歲女兒遭到親戚性侵害。被害者在社工陪同下接受警詢，被告否認。檢方提出錄影帶為證，內容為醫學專家對被害人進行的兩次訪談，地方法院並傳訊專家證人，以此做成有罪判決，該案經申訴至歐洲人權法院。最後歐洲人權法院認為被害人之證詞為有罪判決唯一的

直接證據，補償平衡措施仍有不足，芬蘭法院並未提供足夠的程序擔保，讓被告有向不利證人提問的機會，芬蘭政府違反公約第 6 條第 1 項結合第 3 項第 d 款規定。

但個人以為歐洲人權法院針對芬蘭法院對於被害人能否接受庭訊或其他較不打擾方式問題未進一步詢問專家或其他調查，核與系爭規定指出符合該款並經證明警詢筆錄之可信性的情形是否相同，已有可議。再者，我國性侵害案件亦非以被害人供述為唯一證據，已如前述貳、一。

學者建議：「以專家意見做為限制質問的基礎，不應該僅考慮被害證人親自出庭的二度傷害，也應同時評估是否連隔離措施都無法踐行，才算完整。」

在此補充說明實務狀況，隔離措施與傳聞法則例外之立法制度雖都在處理避免被害人二度創傷，但實際上仍為不同態樣。隔離措施(系爭規定第 16 條)包括陌生人間性侵害被害人之隱私保護(擔心被報復)、被害人在被告面前因恐懼或情緒過激難以陳述等情，使其處在不同空間仍得以對質，而傳聞法則之例外(系爭規定第 17 條 1、2 款)，更著重於被害人案發後確實因身心嚴重受創如身心障礙者的弱勢證人般因認知及陳述能力退化等情而難以陳述或無法陳述，如強令其到庭，其危害程度難以評估，亦無法進行訊問或詰問。在此前提下始例外允許警詢筆錄具有證據力。

是以，實務上被害人在得知被傳喚，即便法院通知書上均有附記隔離詢問的設備、社工陪同等權益說明，被害人仍然因身心狀況無法到庭，並提出相關事證，已如前開學者所述「同時評估隔離措施都無法踐行」，併此敘明。

#### 〔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？如兩不妨礙，則系爭規定是否仍存有侵犯被告對證人詰問的問題？

個人以為在立法上，兩者不妨礙，被告仍得傳喚被害人，在實務上，僅係被害者有無正當理由拒絕到庭而已。

#### 〔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？

個人以為被告在無罪推定原則下已享有公平之防禦權，且如前所述(問題二之二)，被害人如無法到庭，並不當然等同對被害人有利，而對被告不利之結論。