

## 釋字第 789 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官 提出

刑事訴訟法上傳聞法則係指被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，原則上不得作為證據，惟刑事訴訟法設有例外規定（刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 5 規定參照），而本號解釋之標的為 94 年 2 月 5 日修正公布之性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款規定：「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者。」（本款於 104 年 12 月 23 日修正公布，僅為文字修正，下稱系爭規定），就性侵害案件之特殊性，規定在某些情形下，被害人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述（下稱警詢陳述），不必於審判程序中經過對質、詰問，即具有證據能力。因系爭規定內容簡略，實務上最高法院對於何時能適用系爭規定，將被害人之警詢陳述認定為證據，態度寬嚴不一。本號解釋試圖在保障刑事被告對證人（即被害人）於審判時之對質詰問權，與保護性侵案被害人，使其免受二次傷害之間，取得最佳之平衡點。審查結論認為系爭規定在一定條件下合憲，本席尚可同意，並補充意見如下。另因 DNA 鑑定為性侵害案件之關鍵證據，就本案發現之問題應具共通性，亦加以討論。

### 一、確定終局判決認定之犯罪事實、其證據及聲請意旨大要

本件確定終局判決所認定之犯罪事實略謂：「曾○○於民國 91 年○月○日下午○時許，駕駛不明車號之自用小客車，行經台北市○○區○○路○段○巷巷口附近，適有未成年之

A女……參加○○活動結束後，獨自行走於該處，曾○○見A女單身且年幼可欺，竟基於妨害自由及強制性交之犯意，先將A女強行拉進其所駕駛之汽車內，矇住其雙眼，將其載往不詳地點……予以強制性交得逞，再駕車將A女送回上址後逃逸。」確定終局判決之依據除相關證人之證詞外，主要證據基礎為調查局及刑事警察局之DNA鑑定報告。確定終局判決論述的DNA鑑定報告共有4份：1、91年刑事警察局鑑驗書，為系爭案件發生後所作；2、93年刑事警察局鑑驗書，為92年曾○○涉嫌另案妨害性自主案，經警採集其唾液送驗後，發覺曾○○唾液之DNA型別與91年刑事警察局鑑驗書所載A女內褲精子細胞層DNA型別相同；3、95年調查局鑑定通知書，為臺灣臺北地方法院（下稱地方法院）審理時送請調查局鑑定後取得，及4、96年調查局鑑定通知書，為臺灣高等法院（下稱高等法院）審理時送請調查局鑑定後取得。

聲請人釋憲聲請意旨略謂：「本件依性侵害犯罪防治法之運作實務，聲請人無從知悉被害人之年籍資料……聲請人就陷於無法做出有效辯護的困境……聲請人唯一可能的辯護方式，就是親眼見到被害人……也才能有機會解釋A女之內褲上所留存DNA型別之體液的可能來源……」故認系爭規定剝奪了其辯護權，而侵害了刑事被告受憲法保障之訴訟基本權。

## 二、DNA鑑定報告作為性侵害案件證據之問題

幾乎所有性侵害案的有罪判決都將DNA鑑定報告作為有罪判決之關鍵證據，本案亦不例外。而聲請人釋憲聲請之主要訴求為其未能理解何以其DNA會在本案被害人內褲內被發現，而尋求對質詰問的機會。本席認為由本案歷審判決對於DNA鑑識報告之論述透露出如下值得探討之處：

（一）地方法院送請調查局鑑定之證物與高等法院送請調查局

鑑定之證物不同，鑑定結論不同，惟兩法院均為有罪判決。

1、地方法院送請調查局鑑定內褲等證物，而取得 95 年鑑定通知書，地方法院判決指出「固僅於被害人內褲上檢出被害人 DNA，而未再驗出任何男性 DNA 反應，此有法務部調查局 95 年 10 月 2 日調科肆字第 9500453180 號鑑定通知書一份附卷可稽」，但其仍為被告有罪之判決，理由為「DNA 鑑定報告本即會因鑑定人採樣位置之差異、及採集樣本是否足夠等鑑定條件而有不同之結果，自難以此逕認內政部警政署刑事警察局 93 年 2 月 17 日刑醫字第 920216898 號鑑驗書之鑑定結果有何不可採信之情形。」足見法院實務上仍然優先採信警察機關所作之鑑定意見。

2、確定終局判決認原審（即地方法院）未驗出任何男性 DNA 反應之鑑定通知書不能為被告有利之認定，理由是原審將檢體囑請調查局鑑驗前，並無任何向警察局調取證物檢體之公文資料，且原審移送之檢體項目與本案最初 91 年刑事警察局鑑驗書所載之送檢證物不符。

3、高等法院囑請調查局鑑定所得之 96 年調查局鑑定通知書，法院認鑑定結果為「DNA 型別研判為男女混合型，均與 A 女及曾○○之型別組合無矛盾」然何謂「無矛盾」？調查局鑑定通知書僅稱 DNA 型別為「被害人」及曾○○，尚未指明檢驗之內褲等檢體即為 A 女所有。經查該案訊問筆錄，高等法院於審理時詢問 A 女之母送驗之內褲胸罩是否為 A 女所有，A 女之母先回答不是，後又說內褲「可能是」。高等法院判決指出 A 女之母「於本院證稱：鑑定照片 2 份之內衣褲，因時隔 6 年，伊不能確定，但 96 年 8 月 24 日鑑定書所附之內褲照片（指本院送鑑檢體）好像是 A 女所著等語」。此固屬法院認事用法之權責範疇，但法院就內褲是否屬被害人所有，尚須以詢問 A 女之母之方式調查，亦可見被害人若於審判程序未能就證

物之指認以及 DNA 之鑑定作證，將生審判上之困難。

## （二）性侵證物之保存與鑑定程序是否足夠嚴謹之問題

查性侵案之證物（內褲、採樣之棉棒等）及 DNA 鑑定之結果為法院審判性侵案決定是否有罪之關鍵證物，然而證物之保存係由警、調機關負責，若是證物之保存與鑑定程序不夠嚴謹，證物有遭誤置、污染或混淆情事，導致鑑定結果有所偏差，將造成冤獄，形成被告與被害人之權益、以及法院之公信力同時受損之三輸局面。故性侵案之證物自警察取證、送驗、保管，歷經偵審程序，過程中可能另送其他機關檢驗，整個流程均應有堅實嚴謹之管控制度，法院才得以憑之作出正確判決。

## 三、系爭規定之要件「因性侵害致身心創傷無法陳述」之判斷必須嚴格解釋為例外與最後手段

本號解釋理由認為於性侵害案件適用此要件，至少有如下之前提：1、法院應依檢察官之舉證為必要之調查（如經專業鑑定程序、函調相關身心狀況資料），被告亦得就調查方法、程序與結果等，行使陳述意見、辯論與詰問相關證人、鑑定人等防禦權，以確認被害人於開庭時確有因性侵害致身心創傷無法陳述之情狀。2、法院應先採行適當之審判保護措施，如依性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項規定，對被害人為法庭外訊問或詰問，或利用聲音、影像傳送之科技設備等隔離措施，而為隔離訊問或詰問，若未先採行上開程序「系爭規定即尚無適用餘地」。且「被害人之具體情況尚未能確認者，法院仍應依聲請盡可能傳喚被害人到庭」此即本號解釋解釋文所稱「為訴訟上採為證據之例外與最後手段」之本旨。

確定終局判決指出「經本院函查得知，當時因 A 女表態不願意報案，亦不願意說明案情」則 A 女事後不願意至法院作證，是否「因性侵害致身心創傷無法陳述」，抑或案發之初

「原不願意報案亦不願意說明案情」之態度有其他隱情，尚有判斷之空間。除了本號解釋理由所認應先採性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項所定之程序外，參考外國之立法例，尚可考慮採用歐洲人權法院所建議之方式即：以間接方式訊問證人或以書面為之，或允許辯護律師於調查階段訊問證人等。

#### 四、系爭規定之要件：警詢陳述「經證明具有可信之特別情形」之判斷不應僅就訊問之外在環境加以觀察，必須就陳述內容為判斷：

實務上於判斷被害人於警詢之陳述是否具備「經證明具有可信之特別情況」往往僅就被害人陳述之「外在環境」加以論斷，而忽略對訊問之內容加以觀察。本號解釋指出系爭規定之法定要件之解釋、適用應從嚴為之。於解釋理由特別指出「依被害人警詢陳述作成時之時空環境與相關因素綜合判斷」、「個案斟酌詢問者有無經專業訓練、有無採行陪同制、被害人陳述時點及其與案發時點之間距，陳述之神情態度及情緒反應、表達之方式及內容之詳盡程度等情況」已明文指出應就陳述內容加以觀察。就此，本席認本院少年及家事廳之意見：「亦得由陳述內容予以推斷陳述之外部情況及陳述者之陳述情狀，例如，所述內容並非流暢，甚且對有無涉案態度出現不自然之轉折，足以推論有受不正外力干擾陳述之情況；又如所述內容自形式觀之，前後已不能銜接而矛盾，或其陳述內容顯然與客觀事證或一般論理、經驗法則不符，均可據以推論陳述者非真誠如實陳述之情狀，凡此均屬由陳述內容推斷陳述之外部情況及陳述者之陳述情狀，以判斷是否可為信用保證之適例。」<sup>1</sup>具有參考價值。且本號解釋理由指出關鍵在於「足以證明縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況而言」

---

<sup>1</sup> 參司法院少年及家事廳對於本解釋案 109 年 2 月 4 日說明會所提供之意見書，頁 4。

此即以法官之判斷取代對質詰問，自應以陳述之內容為主要之觀察審查重點。本號解釋理由除特別指出應證明該警詢陳述非出於「強暴、脅迫、誤導、詐術、疲勞訊問或其他不當外力干擾」，於性侵案中應特別注意者為有無誤導或其他不當外力干擾之情形。基於此，對於本號解釋理由所指「有無採行陪同制」，亦應特別調查陪同者於被害人陳述過程中有無干擾之情況。

## 五、補償措施為何？

本號解釋指出如法院依系爭規定以未經對質、詰問之警詢陳述作為證據時，法院「為避免被告訴訟上防禦權蒙受潛在不利益，法院基於憲法公平審判原則，應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失。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」，至於「強化被告對其他證人之對質詰問權」究何所指，本席認為對於刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款有關傳聞證據之例外規定即「除有顯不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文件」得為證據之規定，即為補償措施可施行之對象。在性侵害案件，警察機關就證物之保存及 DNA 鑑定報告製作過程是否嚴謹，對於真實之發現至關重要，故應強化被告對於鑑定報告作成程序之對質、詰問權保障，以為平衡，亦即對於「除顯有不可信之情況」之認定不應過度嚴格，只要存有不可信之可能性即應讓被告有對質、詰問之機會，以求真實之發現，避免冤抑。

## 六、未對被害人之警詢陳述實施對質、詰問實有礙真實之發現

刑事訴訟旨在發現真實，被害人與法庭上之被告之立場未必截然對立。檢察官與被害人之立場均在發現真兇，而被告是否為真兇實有待審判程序加以認定，故對被害人未進行對質詰

問實有礙真實發現，而應謹慎為之。固然為了避免對被害人造成二度傷害，而有系爭規定，但實務上亦應避免因白玫瑰事件而對性侵犯之可能冤獄給予過度寬鬆之標準，性侵犯的標籤一旦被錯誤地貼上，又如何可輕易撕下？司法審判期待的是勿枉勿縱，故一方面應考量讓被害人免於一再反覆陳述及在審判程序中遭受二度傷害，但對於天平另一端，如何保障被告之對質、詰問權，以避免冤抑，亦應重視。偏向一端而生之悲劇，載之文學作品及相關論述者，已履履可見<sup>2</sup>。

---

<sup>2</sup> 參陳昭如著，無罪的罪人：迷霧中的校園女童性侵案，春山出版社，2019年7月。亦參費迪南·馮·席拉赫著、薛文瑜譯，孩子，載於罪咎，頁35至44，先覺出版社，2011年11月。另參梁玉芳、勵馨蒲公英兒少治療中心共同執筆，記得月亮活下來，勵馨社會福利基金會出版，1998年11月再版。