

釋字第 789 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

109 年 2 月 27 日

本號解釋就中華民國 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（下稱系爭規定），基於其兼顧性侵害案件發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人之立法意旨，為合憲性解釋，並特別強調，未經被告於審判時詰問之性侵害犯罪被害人之警詢陳述，固得依系爭規定作為認定被告有罪之證據，惟其要件為：

(1) 系爭規定應屬例外與最後手段

(2) 應對被告採取有效之訴訟上補償措施，以為適當之平衡；此之所謂補償措施，包含：

- a. 在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權。
- b. 在證據評價上，不得以被害人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，並應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。

鑑於本院於 109 年 2 月 4 日為本案召開之公開說明會上，專家鑑定人趙儀珊教授表示略稱，性侵被害人縱經專家輔助，依舊可能因性侵害致身心創傷無法在法庭陳述（公開說明會發言速紀錄 43 頁），本席對本號解釋上開結論，認為尚堪支持，惟對本號解釋強調之前述要件，認為尚有應略予闡述必要，爰提出本協同意見。

一、系爭規定應屬例外與最後手段

所謂「系爭規定乃例外與最後手段」，係指：系爭規定之法律效果為剝奪被告受憲法保障之對被害人之詰問權，故在採取此項剝奪手段前，應先採取對被告之詰問權影響較為輕微之限制手段。亦即，縱使若讓被害人到庭接受被告詰問，將有導致被害人受二度傷害之虞，仍不得因此逕行適用系爭規定，致直接剝奪被告之詰問權，而應考慮以其他隔離措施問答的可行性，以兼顧被害人之保護及被告防禦權之行使¹。就此，最高法院 107 年度台上字第 34 號刑事判決下述裁判意旨可資參照：「刑事案件被告對證人之對質詰問權，為憲法所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪。……至於證人如係性侵害案件之被害人，除其有性侵害犯罪防治法第 17 條所規定之情形，即因性侵害致身心創傷無法陳述，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等情形外，應傳喚其到場陳述並接受詰問，且對其所為之訊問或詰問，亦可依同法第 16 條第 1 項之規定，在法庭外為之，或利用聲音、影像傳送之科技設備或其他適當隔離措施（以下簡稱『審判保護措施』），將證人即被害人與被告或法官隔離，使證人在適當處所具結陳述，並接受被告詰問，以保護被害人，並保障被告之訴訟防禦權。否則，如被害人並無上開不能陳述之情形，或未嘗試利用前述相關『審判保護措施』以保護被害人，並使被告有對證人詰問之機會，僅於審判期日向被告提示該證人於審判外陳述之筆錄或告以要旨，即採為裁判基礎，無異剝奪被告對證人之對質詰問權，而妨礙其訴

¹ 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，台灣法學雜誌，第 188 期，2011 年 11 月，70-71 頁。

訟防禦權之行使，其所踐行之訴訟程序即難謂適法。」

有鑑於此，本號解釋因而指出：「於個案情形，如可採行適當之審判保護措施，例如採被害人法庭外訊問或詰問，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等（性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項參照），以兼顧有效保護被害人與刑事訴訟發現真實之需求者，系爭規定即尚無適用餘地。」（本號解釋理由書第 5 段）簡言之，適用順序上，性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項優先於系爭規定。

再者，即使有系爭規定適用餘地，基於系爭規定之例外性與最後手段性，在認定被害人有無系爭規定所稱「因性侵害致身心創傷無法陳述」之情形時，仍應採嚴格標準。例如，就系爭規定所指被害人無法陳述之情形，不僅應有醫療及社會專業人士之鑑定意見為依據，且該專業意見須足以支持被害人於「審判期日之相當期間內」有此情形，始足當之。因此，被害人雖曾經臨床心理師輔導，且該心理師出庭證稱被害人不適合再作證，但該心理師對被害人所為之輔導迄審判期日已逾 9 年，則其可否據 9 年前之輔導而判斷被害人目前之心理狀況，即非無疑²。

二、被害人審判外之警詢陳述，不得作為被告有罪判決之唯一或主要證據

按被告之自白，縱使非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符，仍不得作為有罪判決之唯一證據，而應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，刑事訴訟法第 156 條第 1 項、第 2

² 此為最高法院 107 年度台上字第 34 號刑事判決之真實情形。

項定有明文。準此，被害人審判外之警詢陳述，縱使符合系爭規定而具有證據能力，當然更不得作為被告有罪判決之唯一證據。

至於本號解釋所指「並應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性」，以本件聲請之原因案件為例，是否有足夠之確實補強證據，以資證明本案被告確實為該案性侵行為人，實有可疑。惟礙於一般民眾無法取得系爭確定終局判決³，無從詳論，殊感無奈。

三、感言及結論

本號解釋討論過程中，各大法官意見多樣，躑躅保護性侵害被害人及維護被告訴訟防禦權之間，反覆激辯，殫精竭智，字斟句酌，來回修改，始成定案。然而，對本席而言，某程度上，本號解釋似乎僅係實務見解之重申而已。

按本院釋字第 582 號解釋揭示：「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 1 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。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，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。」⁴

³ 司法院網站僅公開本案之最高法院裁判(99 年度台上字第 1975 號刑事判決)。

⁴ 此外，對受刑事不利處分之人民，不得剝奪其與證人對質詰問之權利，否則即與憲法第 8 條第 1 項保障人民身體自由之意旨不符(本院釋字第 384 號解釋)；縱使非剝奪此類與證人對質詰問之權利，而僅係予以限制，仍不得過度限制對該受不利處分人民之訴訟上防禦權，否則即與憲法第 23 條比例原則之意旨不符，

本於上開釋字第 582 號解釋意旨，實務裁判一再重申：「刑事案件被告對證人之對質詰問權，係被告在訴訟防禦上之重要權益，為憲法第 16 條所保障之基本訴訟權，而此項保障亦為憲法第 8 條正當法律程序規定所要求，不容任意剝奪」⁵；「刑事案件被告對證人之對質詰問權，為憲法所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪……，故法院若僅於審判期日向被告提示該證人未經對質詰問之審判外陳述筆錄或告以要旨，無異剝奪被告之對質詰問權，妨礙其訴訟防禦權之行使，且有害於實體真實之發現，其所踐行之調查程序，即難謂為適法，該等證人之陳述，即不能認係經合法調查之證據，自不得作為判斷之依據。」⁶

對照前揭最高法院裁判，本號解釋是否另有突破見解，尚待檢驗。易言之，本號解釋，對系爭規定在實務之運作，能否產生不同於迄今為止之影響，仍有待觀察；本號解釋能否強化性侵害案件被告之訴訟防禦權，更難以斷言。

對於性侵害之被害人，一般人均有不捨與同情之同理心，並期望法律儘速對加害人繩之以法，本席亦不例外。但應同時強調為：定罪科刑，應依嚴格證據法則，而非本於同

而有違憲法第 8 條正當法律程序原則及憲法第 16 條訴訟權之保障（本院釋字第 636 號解釋參照）。

⁵ 最高法院刑事判決引用類似此段論述者，不勝枚舉，其與妨害性自主有關者，例如：99 年度台上字第 3073 號、99 年度台上字第 4508 號、102 年台上字第 40 號、103 年度台上字第 3138 號、104 年度台上字第 2046 號等判決；其與其他犯罪案件有關者，則請僅參看 109 年度台上字第 288 號（違反槍砲彈藥刀械管制條例）、109 年度台上字第 53 號（違反毒品危害防制條例）、108 年度台上字第 2034 號（加重詐欺等罪案件）等刑事判決。

⁶ 參見 107 年度台上字第 2083 號（殺人等罪案件）；107 年度台上字第 1216 號（違反槍砲彈藥刀械管制條例）等判決。

理被害人之苦痛⁷。尤應切記：如因昧於同理被害人之苦痛，致疏於證據法則之遵守及被告基本權之保障，不僅造成對無辜被告之誤判，更放縱真正犯罪者逍遙法外甚至繼續性侵他人。

⁷ 請參看，失控的同理心，道德判斷的偏誤與理性思考的價值，Against Empathy, The Case for Rational Compassion, Paul Bloom 原著，陳岳辰翻譯，商周出版，2018年9月。