

法律意見書

主旨：

謹就性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款(下稱系爭規定)所涉憲法上疑義，提呈台北律師公會(下稱本會)之法律意見，敬供大院大法官卓參。

說明：

一、謹依 大院秘書長民國(下同)109 年 1 月 2 日秘台大二字第 1090000022 號函附件之釋憲聲請書及爭點題綱辦理。

二、性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款等規定之適用，均應先行傳喚被害人到庭，並依人證之法定調查程序接受被告之對質、詰問；被害人之警詢陳述僅限於被害人有「客觀上不能受詰問，使審判程序中發生事實上無從對被害人為直接審理之原因」時，始得例外承認具有證據能力：

(一) 按司法院大法官會議釋字第 582 號解釋文(下稱釋字第 582 號解釋)：「憲法第十六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，且屬憲法第八條第一項規定『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。

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。被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。最高法院三十一年上字第2423號及四十六年台上字第419號判例所稱共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪（事實認定）之證據一節，對其他共同被告案件之審判而言，未使該共同被告立於證人之地位而為陳述，逕以其依共同被告身分所為陳述採為不利於其他共同被告之證據，乃否定共同被告於其他共同被告案件之證人適格，**排除人證之法定調查程序**，與當時有效施行中之中華民國二十四年一月一日修正公布之刑事訴訟法第二百七十三條規定牴觸，並已不當剝奪其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，核與首開憲法意旨不符。」，及該號解釋理由書：「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（本院釋字第442號、第482號、第512號解釋參照）及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的。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。至於被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第一百五十九條第一項參照），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。」

之意旨，刑事被告對於證人對質、詰問之權利，係憲法第 16 條保障之訴訟權及憲法第 8 條保障之正當法律程序，除有客觀上不能受詰問者外，於審判中，應依法踐行人證之詰問程序。如未使該被告以外之人立於證人之地位、依人證之法定程序，到場具結並接受被告之詰問而為陳述，逕以該被告以外之人之陳述，採為認定被告犯罪事實之證據，排除人證之法定調查程序，即不當剝奪刑事被告對質、詰問之權利，而與憲法第 16 條及第 8 條保障人民訴訟權及正當法律程序之意旨不符。

- (二) 性侵害犯罪防治法第 17 條之規定，源於 86 年 1 月 22 日制定之性侵害犯罪防治法第 15 條：「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。前項被害人之陳訴得為證據。」，舊法之立法理由敘明：「智障及兒童性虐待案件之加害人常是其親人或鄰居，智

障者及兒童常因害怕被報復或責怪而不敢陳述，故為保障其安全及勇於作證，將幼兒與被告、被告律師隔離有其必要性。爰將智障被害人與幼兒被害人同採審判保護措施之規定。」，可知立法之初係為保障智障及十六歲以下被害人之安全，並使其勇於證述所設。俟 94 年 2 月 5 日性侵害犯罪防治法修正，系爭規定調整條次為第 17 條，並修正為：「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。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者。」。該次修正理由謂：「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。」，可知系爭規定係為避免性侵害被害人必須於刑事訴訟程序中多次重複陳述而受到二度傷害，容許於該條各款規定之情形，法院得逕以被害人之警詢陳述認定犯罪事實，以免被害人因多次重複陳述而受到二次傷害。

- (三) 惟按，被告以外之人（含被害人）於審判外之陳述，即便依法律特別規定得作為證據，除客觀上不能受詰問外，仍應於審判中依法踐行詰問程序，乃釋字第 582 號解釋理由書明確揭示之原則。另參刑事訴訟法第 159 條之 3 立法理由：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中之陳述（含言詞陳述及書面陳述），性質上屬傳聞證據，且一般而言，其等多未作具結，所為之供述，得否引為證據，素有爭議。……如被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中之陳述，係在可信之特別情況下所為，且為證明犯罪事實之存否所必要，而於審判程序中，發生事實上無從為直接審理之原因時，仍不承認該陳述之證據適格，即有違背實體真實發見之訴訟目的」，係以審判程序中發生事實上無從對證人為直接審理之原因，作為例外承認證人審判外陳述具有證據能力之前提。
- (四) 因此，性侵害犯罪防治法第 17 條所謂「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」，其性質即審判外

陳述，依現行刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定採納英美法之「傳聞法則」，原則上應否定其證據能力。性侵害案件之被害人仍應到庭，依「人證」之法定調查程序，接受被告之對質、詰問，否則其審判外陳述不得作為認定被告犯罪事實之證據。縱認性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款規定係為避免被害人於刑事訴訟程序中多次重複陳述而受到二度傷害所設，然其規範目的本身並不免除被害人作為證人應就其指控事實到庭作證之義務，更不足以排除憲法第 16 條及第 8 條對於刑事被告訴訟權及正當法律程序之保障。是故，性侵害犯罪防治法第 17 條各款規定均屬傳聞法則之例外，適用前提均應先行傳喚被害人到庭陳述，並於個案中以審判期日之狀態判斷是否符合傳聞法則之例外事由。僅有在被害人經傳喚後，因身心狀態無法陳述、無法為完全之陳述，或有其他客觀上不能受詰問之情形，而於審判程序中發生事實上無從對被害人為直接審理之原因，始得參酌刑事訴訟法第 159 條之 3 第 2 款「身心障礙致記憶喪失或無法陳述者」之事由及前述之立法理由，經檢察官證明被害人之警詢陳述具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要，例外承認被害人之警詢陳述具有證據能力。準此，性侵害案件均應先行傳喚被害人到庭，非有被害人客觀

上不能受詰問，在審判程序中事實上無法對被害人為直接審理之情形，不得例外肯認被害人警詢陳述之證據能力。(爭點題綱 1、3)

三、在性侵害案件，被告對於被害人之對質、詰問係發現真實必要且無可取代之方法，除非被告自願放棄對於被害人對質、詰問之權利，否則原則上被害人應依人證之法定調查程序，到場具結陳述，並接受被告之對質、詰問：

(一) 性侵害案件大多發生在私密、封閉之環境，別無第三人見聞，被害人對於被害事實之舉證十分困難。然而，基於相同之理由，被告對於被害人「主觀上同意」之舉證亦有相同困境。析言之，被告與被害人間是否具有性交或猥褻行為之主觀合意，乃性侵害案件常見之爭執類型，此種情形被告對於性交或猥褻之客觀行為並不爭執，或已有 DNA 等客觀跡證可憑，惟犯罪成立與否，取決於審判者對於被害人主觀狀態之認定，如輕易肯認被害人之警詢陳述可取代被害人之到庭陳述並接受對質、詰問，不啻僅憑被害人之警詢陳述作為認定被告行為違反被害人意願之唯一證據。

(二) 再者，被害人對於性交或猥褻行為之主觀意願，通常除被害人之說法外，少有其他客觀證明方法，亦難以藉由對其他證人或

鑑定人之對質、詰問，削弱被害人警詢陳述之證明力。實務上，被告往往只能透過對於被害人進行對質、詰問，以還原其與被害人之交往關係、事發當時之氛圍，以及彼此互動之前因後果，藉此突破被害人指訴之虛偽或瑕疵，除此之外，被告對於被害人事發當時之主觀狀態，實難期待存在其他有效之證明方法，更非詰問其他證人或鑑定人所得取代（爭點題綱 6）。因此，在性侵害案件，被告對於被害人之對質、詰問，確係發現真實必要且無可取代之方法。正因如此，除非被告自願放棄對於被害人對質、詰問之權利，否則原則上均應傳喚被害人到庭具結、陳述，並接受被告之對質、詰問。（爭點題綱 4）

- （三）至於被害人到庭後，於訊問或詰問時無法為完全之陳述或拒絕陳述，法院應依聲請或依職權適用性侵害犯罪防治法第 16 條第 1 項及第 2 項之規定，採取被害人審判保護措施，以保障被害人之安全使其勇於作證，並避免或減緩被害人因詢問或偵訊過程而受到二度傷害。然而，如經採取被害人審判保護措施，被害人仍無法為完全之陳述或拒絕陳述，此時法院尚不得逕以性侵害犯罪防治法第 17 條第 2 款之規定，遽認被害人之警述陳述具有證據能力。蓋法院經採取審判保護措施，被害人仍無法為完全之陳述或拒絕陳述者，仍無法排除被害人係因害怕偽

證罪責始佯裝身心創傷而無法陳述或拒絕陳述之可能。此時法院應囑託醫療或心理專業人員，以鑑定方式調查被害人是否確有身心創傷，且其身心創傷達到「客觀上不能受詰問，審判程序中發生事實上無法對被害人為直接審理」之程度，否則不得逕認被害人之警詢陳述具有證據能力。(爭點題綱 1、4)

- (四) 此外，被害人於訊問或詰問時無法為完全之陳述或拒絕陳述之原因不一而足，即便係身心創傷導致陳述困難，身心創傷之原因也有各種可能，未必係遭被告性侵害所致，惟性侵害防治法第 17 條第 2 款「因性侵害致身心創傷」之要件，於身心障礙之用語外，另行創設「身心創傷」之概念，導致該款規定與刑事訴訟法第 159 條之 3 第 2 款「身心障礙致記憶喪失或無法陳述」之規範範圍及適用關係均有欠明確。再者，系爭規定第 2 款在犯罪事實有無尚屬晦暗不明之際，即謂被害人之身心創傷係因「性侵害」所致，似有認定被告成立性侵犯行之預設立場，亦有違反無罪推定原則之嫌，謹併此指明。

四、查系爭規定之法律效果係「得為證據」，固不影響被告聲請傳喚被害人到庭進行對質、詰問之權利，然而系爭規定之立法目的及要件文義，導致實際上適用系爭規定將架空人證之法定調查程序，不當剝奪刑事被告對質、詰問之權利，而與憲法第 16 條及第 8

條保障人民訴訟權及正當法律程序之意旨不符：

(一) 承上述，本會認為在性侵害案件，被告對於被害人之對質、詰問，係發現真實必要且無可取代之方法，除非被告自願放棄對於被害人對質、詰問之權利，否則原則上均應依人證之法定調查程序，傳喚被害人到庭具結、陳述，並接受被告之對質、詰問。因此僅就性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款及第 2 款規定之文義而言，邏輯上本不影響被告聲請傳喚被害人到庭進行對質、詰問之權利。

(二) 惟查，如同本件聲請意旨所稱，聲請人於偵、審期間，一再請求傳喚被害女子到庭以便行使對質、詰問之權利，惟事實審歷審法院均依性侵害防治法第 17 條規定，以被害人因性侵害致身心創傷無法陳述為由，肯認被害人警詢陳述之證據能力，並否准聲請人傳喚被害女子到庭證述之聲請，逕以被害人之警詢陳述作為認定聲請人犯罪事實之證據，形同援引該條規定免除被害女子到庭證述之義務，並剝奪被告對於重要證人對質、詰問之權利。可見審判實務關於系爭規定之解釋及適用，實質上係以被害人警詢陳述之書證取代被害人之人證，並排除人證之法定調查程序，不當剝奪刑事被告受憲法第 16 條及第 8 條保障之對質、詰問權，確與憲法保障人民訴訟權及正當法律程序

之意旨有違。(爭點題綱 1、5)

(三) 末按，釋字第 582 號解釋理由書揭示：「被告以外之人(含證人)於審判外之陳述，即便依法律特別規定得作為證據，除客觀上不能受詰問外，仍應於審判中依法踐行詰問程序」之意旨，僅限於極其例外之情況始容許以書證取代人證之法定調查程序，係因被害人(證人)之警詢陳述，若以書證之形式進入審判程序，審判長依刑事訴訟法第 165 條第 1 項及第 288 條之 1 等規定向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨，並應詢問當事人有無意見。惟實務關於書證宣讀或告以要旨之調查程序，有效發現書證內容不實，進而削弱書證證明力之可能性微乎其微。如以書證之調查取代人證之法定調查程序，被告將無從藉由對質、詰問權之行使，核實、檢驗被害人警詢筆錄內容之真實性，甚至發生本件聲請意旨所稱，被告歷經偵、審程序，對於被害人之身分始終無從知悉、對於被害人之面貌、體徵亦無從喚起記憶，導致訴訟上防禦極其困難之極端事例。因此在例外肯認被害人警詢陳述具有證據能力之情形，更應保障被告對被害人對質、詰問之權利，以利審判程序以有效之證據調查檢驗書證之證明力。自無以書證之調查程序取代人證法定調查程序之可能，否則即有不當剝奪刑事被告對質詰問權，

而與憲法第 16 條及第 8 條意旨悖離之疑慮。(爭點題綱 1、2、
5)

五、以上，敬請 大院鑒核。

台北律師公會