

## 憲法法庭 111 年憲裁字第 1696 號裁定不同意見書

黃虹霞大法官提出

妨害性自主行為應受適當刑事處罰，但刑事被告之對質詰問權應受充分保障亦屬當然！是性別平等教育法第 35 條第 2 項規定之性別平等教育委員會之調查報告是否為刑事訴訟法第 159 條傳聞證據法則規定所指「除法律有規定者」情形，當然具證據能力，即無須予被告方對質詰問權，顯然有疑義，臺灣高等法院高雄分院 102 年度侵上更（一）字第 2 號刑事判決（下稱確定終局判決）肯定之<sup>1</sup>，其見解應有可議。就此而言，本件聲請乃有受理之價值！

又與傳聞證據法則相關之妨害性自主犯罪被害人警詢筆錄之證據能力爭議，司法院大法官認有憲法價值予以受理並作成釋字第 789 號合憲限縮解釋；另亦相關之刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款規定部分爭議，亦已於 109 年經大法官決議受理在案。則本件聲請自亦應受理，大法官之案件受理標準才一貫而無前後齟齬之處。

本件多數意見認本件聲請無受理價值，本席以為不然，且因本件涉及刑事訴訟法第 159 條以下傳聞證據法則規定，與刑事被告之對質詰問權保障密切相關，爰提出本件不同意見書，謹簡要說明理由如下：

一、關於傳聞證據法則，本席曾於司法院大法官釋字第 789 號解釋，提出協同意見書，說明本席之意見在案，與本件爭議相關部分之意見相同部分，不另復贅，本件僅針對性別平等教育委員會之調查報告之證據能力部分表

---

<sup>1</sup> 此部分見解當否，最高法院刑事判決未予述及，但以被告上訴不合法駁回方式支持系爭確定終局判決，並稱「上訴人任職學校性平會之調查結果，亦與前揭事實相符」。

示意見，合先敘明。

二、本件聲請審查之客體即系爭確定終局判決認：「學校所設之性別平等教育委員會係法律所明定就校園性侵害或性騷擾事件具有調查權之單位，本件於被告及甲女就讀學校的性別平等教育委員會（下稱性平會）對本案所為之調查報告（包括調查筆錄、會議紀錄、相關輔導及處理紀錄等），均係依法製作及蒐集，具有法律上之效力。而同法（按指性別平等教育法）第 35 條規定：『學校及主管機關對於與本法事件有關之事實認定，應依據其所設性別平等教育委員會之調查報告（第 1 項）。法院對於前項事實之認定，應審酌各級性別平等教育委員會之調查報告（第 2 項）。』，因此該調查報告應屬刑事訴訟法第 159 條第 1 項『除法律有規定者』之傳聞證據之例外，且上開調查報告業經法院於審理時分別提示並告以要旨，即屬完足調查之證據，本院自得採為本件證據，而有證據能力（最高法院 95 年度台上字第 5026 號判決、99 年度台上字第 5942 號判決意旨參照）。」是系爭確定終局判決係以性別平等教育法第 35 條第 2 項規定乃屬刑事訴訟法第 159 條第 1 項所定「除法律有規定者」情形為前提，而認性別平等教育委員會之調查報告應屬傳聞證據法則之例外，並無須經行刑事被告對質詰問程序，即當然具證據能力。查因為類似見解非僅見於系爭確定終局判決<sup>2</sup>，是本件爭議非關少數個案而已，此種具有侵害人民防禦權風險之法律解釋仍是現在進行式，實有原則重要性。

---

<sup>2</sup> 相同見解如最高法院 110 年度台上字第 4066 號、108 年度台上字第 564 號等刑事判決、107 年度台上字第 3058 號暨其下級審臺灣高等法院 105 年度侵上訴字第 259 號，及最高法院 99 年度台上字第 5942 號刑事判決等。

三、自從民國 92 年刑事訴訟法修正，於其第 159 條以下引入傳聞證據法則，一方面肯認被告以外之人審判外之陳述無證據能力，另一方面又稱「除法律有規定者外」，留下例外。因此，該法則在學理及實務運作上，就其實質重心而言，乃為傳聞例外法則之內容究應為如何。大法官歷經 1、於 84 年作成釋字第 384 號解釋肯認憲法第 8 條實質正當法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就程序法而言，包括當事人有與證人對質或詰問證人之權利；2、於 93 年作成釋字第 582 號解釋辨證被告以外之人，縱為共同被告，亦須嚴格防免其未經對質詰問之審判外陳述作為認定被告犯罪事實之證據；3、於 97 年作成釋字第 636 號解釋宣告檢肅流氓條例過度限制被移送人對證人之對質詰問權違憲；至 4、於 109 年再度檢討性侵害犯罪防治法為保障性侵害被害人而賦予審判外陳述證據能力之傳聞例外規定，僅於已衡平補償被告防禦權損失之前提下合憲。在在均顯示為憲法第 8 條與第 16 條所保障之刑事被告之訴訟權與防禦權，包括對證人之對質詰問權，非於例外情況且已有衡平補償之前提下，不得任意被犧牲。

四、簡言之，對於被告以外之人，其陳述（不論審判內或審判外之陳述）被作為法院認定刑事被告犯罪事實之判斷依據者，該刑事被告均有於審判程序中，對該人（包括被害人）行對質詰問之權利。又就審判外之陳述部分，縱以法律限制被告此項對質詰問之權利，亦以其規定足以確保審判外陳述作為證據之最後手段性，且就被告因此可能蒙受之防禦權損失，有適當之衡平補償，使被告仍享有充分防禦權之保障為前提，始與憲法第 8 條正當法律程序原則及第 16 條訴訟權之保障意旨無違。

- 五、本件所涉性別平等教育法第 35 條第 2 項規定之各級性別平等教育委員會之調查報告，關於所稱法院應審酌者既指事實部分，自屬被告以外之人審判外陳述範圍<sup>3</sup>，故系爭確定終局判決乃認其屬刑事訴訟法第 159 條第 1 項所謂「除法律有規定者」之傳聞證據法則例外。是本件爭議在於：性別平等教育法第 35 條第 2 項規定應否解為刑事訴訟法第 159 條第 1 項所定之「除法律有規定者」之列？亦即刑事被告於審判程序中，對該被引為其犯罪證據之調查報告，是否當然無行對質詰問之權？
- 六、由法律體系觀察，現存法律規定被告以外之人於審判外之陳述於認定犯罪事實「得為證據」者，除了刑事訴訟法本身之規定外<sup>4</sup>，尚有兒童及少年性剝削防制條例第

---

<sup>3</sup> 至於事實以外之意見陳述部分，可能與鑑定性質相近，不在上開規定範圍，也不在本件討論範圍。

<sup>4</sup> 刑事訴訟法第 159-1 條

被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。

被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。

第 159-2 條

被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。

第 159-3 條

被告以外之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、死亡者。
- 二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。
- 三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。
- 四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。

第 159-4 條

除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：

- 一、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。
- 二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。
- 三、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。

13 條<sup>5</sup>、人口販運防制法第 27 條<sup>6</sup>，上開規定所列之例外得為證據情狀，均與釋字第 789 號解釋所審查之性侵害犯罪防治條例第 17 條<sup>7</sup>規範架構類似，且均不脫離刑事訴訟法第 159 條之 3 所定被告以外之人於審判外陳述得為證據之具體情狀。而性別平等教育法第 35 條第 2 項僅規定法院就事實之認定應審酌性別平等教育委員會之調查報告而已，並未就其中所涉被告以外之人於審判外陳述得為證據之具體情狀為規定，參酌司法院大法官釋字第 789 號解釋意旨，上開性別平等教育法第 35 條第 2 項規定應非刑事訴訟法第 159 條第 1 項所定「除法律有規定者」之傳聞證據法則例外情形。而且若確定終局裁判謂該規定即為傳聞證據法則之例外規定者，參酌司法院大法官釋字第 789 號解釋意旨，該裁判適用刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定之見解亦應屬違憲。

---

<sup>5</sup> 兒童及少年性剝削防制條例第 13 條

兒童或少年於審理中有下列情形之一者，其於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據：

- 一、因身心創傷無法陳述。
- 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。
- 三、非在臺灣地區或所在不明，而無法傳喚或傳喚不到。

<sup>6</sup> 人口販運防制法第 27 條

人口販運被害人於審理中有下列情形之一者，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、因身心創傷無法陳述。
- 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。
- 三、非在臺灣地區或所在不明，而無法傳喚或傳喚不到。

<sup>7</sup> 性侵害犯罪防治法第 17 條

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。
- 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。
- 三、依第十五條之一之受詢問者。

七、至上開性別平等教育委員會調查報告是否為刑事訴訟法第 159 條之 4 規定之特信性文書部分：查所稱特信性文書應係指具有機械性、例行性、連續性、公示性等特性，而因之具有較高可信度之文書。性別平等教育委員會之調查報告本質上係為個案特予製作者，此一文書在製作時，製作者即性別平等教育委員會之成員即知悉此報告之目的係向學校及主管機關報告個案之事實。究其本質不但不具有機械性、例行性、連續性、公示性等文書之內容較製作之人記憶更為可信之特性，反而較接近因調查個案事實而由司法警察（官）製作之警詢筆錄。而警詢筆錄非刑事訴訟法第 159 條之 4 所定之特信性文書，依同法第 159 條之 2，尚須警詢筆錄記載公示之內容與審判中不符，而其先前之陳述具有較可信之特別情況，為證明犯罪事實存否所必要，且於審判中行對質詰問程序者，始具證據能力，此一原則不僅於 92 年修法後明文採納，也經實務判決一再重申<sup>8</sup>。故若欲以性別平等教育委員會之調查報告作為認定被告有罪之證據，至少應予審判中行對質詰問程序<sup>9</sup>。

八、又關於醫院診斷證明書如係為特定之目的出具，因其所記載之內容屬個案性質，故應屬被告以外之人於審判外之陳述，且不符刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款所示之特信性文書要件，亦有最高法院 95 年度台上字第 5026 號刑事判決可資參考<sup>10</sup>。是亦可作為性別平等教育委員會之調查報告因亦屬個案性質，不具上述機械性等特

---

<sup>8</sup> 請參見最高法院 111 年度台上字第 3367 號、102 年度台上字第 1297 號刑事判決。

<sup>9</sup> 林鈺雄、刑事訴訟法上冊 2022、9、11 版、第 531 頁起參照。

<sup>10</sup> 但該判決裁判要旨後段另又肯定性侵害犯罪防治法所定醫院驗傷診斷書，涉及鑑定，是否屬刑事訴訟法第 159 條第 1 項傳聞證據法則例外部分，係另一問題，不在本件討論範圍。

性，應與刑事訴訟法第 159 條之 4 所定特信性文書有別之參考。

由上以觀，系爭判決反映最高法院針對傳聞證據法則之例外之見解，即使歷經 92 年以降之法律修正、學理發展，仍然並未完全遵守憲法保障被告防禦權與訴訟權之內涵意旨。僅僅針對此種法律解釋有無侵害被告之防禦權與訴訟權言，本件自非無受理而進一步討論之空間。