

憲法法庭 111 年憲裁字第 1696 號 不同意見書

黃大法官瑞明提出
詹大法官森林加入
謝大法官銘洋加入

本件聲請人主張性別平等教育法第 35 條規定：「(第 1 項)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 2 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 項下稱系爭規定)有違憲疑義，憲法法庭多數意見決議不受理，本席認為本件聲請案具有受理之價值，爰提出不同意見如下：

壹、本件聲請案之事實大要及聲請人之主張

一、本件聲請案之緣由：

本件聲請人甲（下稱聲請人）於 A 國小擔任特殊教育老師，負責該校之特殊教育業務，包括為校內需接受特殊教育之學生實施轉銜智力測驗。乙女為該校學生，乙女與家人駕車出遊時，乙女之母聽聞乙女之話語覺得有異，追問乙女後，乙女說出學校老師也曾把鳥鳥給她吃，乙女之母乃告知乙女之導師，再經導師詢問乙女後，通報高雄市性侵害防治中心及高雄市政府警察局婦幼隊。

A 校性別平等教育委員會成立調查小組所作成之調查報告(下稱性平會調查報告)，認定聲請人明知乙女為未滿 12 歲、中度智能不足之兒童，竟基於故意對兒童乘機性交之犯意，利用乙女因智能障礙，無法理解性侵害本質及所代表之意義而不知抗拒，於施測過程中對乙女為性交行為。

案經臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查起訴，經臺灣高雄地方法院認聲請人故意對兒童犯乘機性交罪處有期徒刑伍

年拾月。聲請人上訴後，最後經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（確定終局判決）駁回上訴，復經最高法院以不合法駁回上訴而告確定。

二、聲請人主張：

聲請人主張大致為：確定終局判決適用系爭規定而認「該調查報告應屬刑事訴訟法第 159 條第 1 項『法律有規定』之傳聞證據法則之例外，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）。」將性平會調查報告視為法定傳聞證據法則之例外，而得作為有罪判決之證據，已嚴重限制甚至剝奪聲請人之對質詰問權，侵害聲請人受憲法第 16 條所保障之訴訟權，並違反憲法第 8 條正當法律程序等。

貳、本席認為本件應受理審查之理由

一、將性平會調查報告認定為法定傳聞證據法則之例外，似已成為法院實務之通說

確定終局判決將性平會調查報告認定係屬法定傳聞證據法則之例外，故不必經對質詰問即有證據能力，如此之認定對於被告之權益影響甚大。然而採此見解者，並非僅確定終局判決，確定終局判決於判決理由中已指出該見解係參照前開最高法院判決。而於確定終局判決之後，實務上尚有甚多判決採此見解¹，可認法院將性平會調查報告認屬法定傳聞

¹ 如臺灣桃園地方法院 109 年度侵訴字第 56 號刑事判決：「性別平等教育法第 35 條第 2 項明定：『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』。是以校園所設性別平等教育委員會調查小組對校園性侵害、性騷擾或性罷凌事件調查後所出具之調查報告，例如調查訪談紀錄係依法調查、製作及蒐集所得之資料，依據性別平等教育法，具有法律上證據適格之效力，而屬刑事訴訟法第 159 條第 1 項『法律有規定』之傳聞證據例外，應認有證據能力」（最高法院 99 年度台上字第 5942 號判決、107 年度台上字第 3058 號判決、108 年度台上字第 564 號判決意旨參照）。」其中需特別值得注意者，最高法院 108 年度

證據法則之例外，似已具有通案效力，於訴訟程序對被告權益之影響甚大，自有受理之必要。

二、依系爭規定之文義尚不得認性平會調查報告屬法定傳聞證據法則之例外

刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」是為傳聞證據法則之規定，至於傳聞證據法則之例外規定，即「除法律有規定者外」，最明確者規定於刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 5，規定在各種條件之下，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述「得為證據」之情形。例如第 159 條之 1 第 1 項規定被告以外之人於審判外向法官所為之陳述得為證據；第 159 條之 1 第 2 項規定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外，得為證據；其他自第 159 條之 2 至第 159 條之 5，分別規定各種不同情形下之傳聞證據法則之例外，各該規定均有共同點，即各法條皆規定「得為證據」之用語，於符合各法條所定特別要件之證據始得為傳聞證據法則之例外²，雖未經審判

台上字第 564 號判決：「本案學校性平會會議紀錄、校園性騷擾事件調查報告書、申復決定書及調查訪談紀錄等文書，係學校性平會及調查小組依性別平等教育法規定，於調查過程所製作，虛偽之可能性甚小。依刑事訴訟法第 159 條之 4 規定，均有證據能力。」認性平會調查報告該當刑事訴訟法第 159 條之 4 之例行性文書，詳待後討論。

² 最高法院 107 年度第 1 次刑事庭會議決議文：「一、被告以外之人於我國司法警察官或司法警察調查時所為之陳述經載明於筆錄，係司法警察機關針對具體個案之調查作為，不具例行性之要件，亦難期待有高度之信用性，非屬刑事訴訟法第 159 條之 4 所定之特信性文書。」二、刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 警詢筆錄，因法律明文規定原則上為無證據能力，必於符合條文所定之要件，始例外承認得為證據，故被告以外之人除有同法第 159 條之 3 所列供述不能之情形，必須於審判中到庭具結陳述，並接受被告之詰問，而於符合（一）審判中之陳述與審判外警詢陳述不符，及（二）審判外之陳述具有「相對可信性」與「必要性」等要件時，該審判外警詢陳述始例外承認其得為證據。於此，被告之詰問權已受保障，而且，此之警詢筆錄亦非祇要審判中一經被告詰問，即有證據能力。至第 159 條之 3，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款被告以外之人於審判中不能供述之情形，例外承認該等審判外警

程序之對質詰問，亦得為證據。另外，刑事特別法對於被害人之警詢筆錄於一定條件之下「得為證據」，如人口販運防制法第 27 條³；性侵害犯罪防治法第 17 條⁴。另有規定兒童或少年之警詢筆錄於一定條件之下「得為證據」，如兒童及少年性剝削防制條例第 13 條⁵，法條亦均有「得為證據」之用語。

系爭規定僅規定法院對於有關性別平等教育法事件有關事實之認定「應審酌」性平會調查報告，並未規定性平會調查報告「得為證據」，在用語上已有所區隔，立法過程之討論亦無從獲得系爭規定得作為傳聞證據法則之例外之結論⁶。

三、性平會調查報告與檢察事務官、司法警察(官)所作之警詢筆錄間尚有本質上之落差

詢陳述為有證據能力。此等例外，既以犧牲被告之反對詰問權，除應審究該審判外之陳述是否具有「絕對可信性」及「必要性」二要件外，關於不能供述之原因，自應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用，以確保被告之反對詰問權。

³ 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。」

⁴ 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。」

⁵ 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。」

⁶ 參照立法院第 93 卷第 33 期院會紀錄第 163 頁，行政院提案版之理由「二、鑑於調查處理違反本法規定或校園性侵害或性騷擾事件之性別平等教育委員會或調查小組，依本法規定均應具有性別平等意識及相關專業能力，故其調查報告應符合專業，公正及中立之要求，爰於第二項明定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。」法務部回覆立法委員提問之說明，第 119 頁，「只是『審酌』，並未強制規定，也就是要尊重。」可見立法過程中並無系爭規定得作為傳聞法則例外之討論。

刑事訴訟法第 159 條之 2 規定：「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。」同法第 159 條之 3 規定：「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。」是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(即警詢筆錄)，是否得作為法定傳聞證據法則之例外，尚須審查是否具備第 159 條之 2 及第 159 條之 3 所規定之可信之特別情況及為證明事實所必要者等要件。

按學校之性別平等教育委員會以校長為主任委員，其他委員包括教師代表、職工代表、家長代表、學生代表以及性別平等教育相關領域之專家學者為委員(性別平等教育法第 9 條參照)，均非犯罪偵查之專業人員，未曾接受訊問之專業訓練，且其成立之目的係為行政調查，警詢筆錄原則上既不得作為傳聞證據，性平會調查報告與警詢筆錄具有本質上之落差，本於舉重明輕之法理，性平會調查報告在組織專業與調查目的上，皆不如警詢筆錄，體例上自不得認性平會調查報告當然為法定傳聞證據法則之例外⁷。

特別值得注意的是，對於性侵害犯罪防治法第 17 條規定，犯罪被害人之警詢筆錄於一定條件之下，得為證據之規

⁷ 學理上相同見解認為，校園性平小組之行政調查目的與司法目的不同，性平會委員或調查小組之組成背景為學校教師，且為臨時性任務小組之行政調查人員，所受之訓練自然與司法詢問員與承辦之檢察官或警察有相當大之差距。參見楊詠涵、金孟華，校園性平調查程序之改革芻議：以兒童被害人及司法詢問技術為中心，萬國法律，第 234 期，2020 年 12 月，第 49 頁。

定，司法院於 109 年作成釋字第 789 號解釋對之採限縮解釋，認為該規定「為訴訟上採為證據之例外與最後手段，其解釋、適用應從嚴為之」、「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」，於法有明定「得為證據」之情況下，該號解釋猶為如此限縮之解釋，故依該號解釋之意旨，實在沒有認定性平會調查報告未經對質詰問即得為證據之餘地。

四、性平會調查報告亦不符合刑事訴訟法第 159 條之 4 所定應具備之例行性要件

最高法院 108 年度台上字第 564 號判決(請參註 1)，認「學校性平會會議紀錄、校園性騷擾事件調查報告書、申復決定書及調查訪談紀錄等文書，係學校性平會及調查小組依性別平等教育法規定，於調查過程所製作，虛偽之可能性甚小。依刑事訴訟法第 159 條之 4 規定，均有證據能力。」該判決並未明確指明適用第 159 條之 4 何款，故有必要就各款之要件加以分析。

刑事訴訟法第 159 條之 4 規定：「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。」

性平會委員並非刑法第 10 條第 2 項所稱之公務員，自不適用第 1 款規定。而第 2 款之「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」得為證據，依其立法理由⁸「因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確

⁸ 本條立法理由說明「二、公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書如被提出於法院，用以證明文書所載事項真實者，性質上亦不失為傳聞證據之一種，但因該等文書係公務員依其職權所為，與其責任、信譽攸關，若有錯誤、虛偽，公務員

之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小」，性平會調查報告係針對個案調查⁹，是亦不符合第 2 款之要件。至於第 3 款之要件「其他於可信之特別情況下所製作之文書」，其立法理由為「與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，例如官方公報、統計表、體育紀錄、學術論文、家譜等，基於前開相同之理由，亦應准其有證據能力」，立法理由例示之文書，性質上與性平會調查報告亦不相符，故上開判決認定性平會調查報告該當第 159 條之 4 之要件，論理上非無疑義。

五、系爭規定應與刑事訴訟法第 159 條規定併同審查

確定終局判決(以及實務上之甚多判決)依性平法第 35 條第 2 項之規定，適用刑事訴訟法第 159 條第 1 項除書之規定，而作出性平會調查報告係屬傳聞證據法則例外之結論，

可能因此負擔刑事及行政責任，從而其正確性高，且該等文書經常處於可受公開檢查(Public Inspection)之狀態，設有錯誤，甚易發現而予及時糾正，是以，除顯有不可信之情況外，其真實之保障極高。爰參考日本刑事訴訟法第三百二十三條第一款、美國聯邦證據規則第八百零三條第八款、第十款及美國統一公文書證據法第二條，增訂本條第一款之規定。三、從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，何況如讓製作者以口頭方式於法庭上再重現過去之事實或數據亦有困難，因此其亦具有一定程度之不可代替性，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。爰參考日本刑事訴訟法第三百二十三條第二款、美國聯邦證據規則第八百零三條第六款，增訂本條第二款。四、另除前二款之情形外，與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，例如官方公報、統計表、體育紀錄、學術論文、家譜等，基於前開相同之理由，亦應准其有證據能力，爰參考日本刑事訴訟法第三百二十三條第三款之規定，增訂本條第三款。」

⁹ 有學者認為本件聲請之原因個案，性平會在兩次針對被害人的性別訪談中，分別使用了近 91%及 82%之選擇性及誘導性問題，詳參陳慧女，性侵害案件之事實認定應審酌校園性別平等事件調查報告：從案例檢視性別平等教育法第 35 條之規定，全國律師，第 22 卷第 4 期，第 62-80 頁。

對被告之對質詰問權產生重大限制，本席認為有必要就二條文合併審查，以探究是否有違憲之疑義。按系爭規定就其文義，法院應審酌性平會調查報告，實屬當然，難以認定該規定有何不妥之處。然而法院認為系爭規定屬刑事訴訟法第159條第1項所定「除法律有規定者外」之法律，而產生性平會調查報告係傳聞證據法則例外之結論，則可能是因刑事訴訟法第159條第1項規定不夠周延之故，故可就此條規定為違憲審查客體，或加以限縮解釋，以解決現行實務適用系爭規定作為傳聞證據法則例外之問題。

參、結論

本案所涉性侵害案件，被害人為智能障礙之未成年人固然深值同情，但應警惕不可將對被害人之同情與義憤，轉化為一定要找出加害人予以重罰之心態而忽略了程序保障，江國慶案可為殷鑑。就性平會調查報告於刑事訴訟審理時，接受對質詰問，始符合證據裁判原則與嚴格證明法則¹⁰。真金不怕火煉，勿縱勿枉，一直是刑事訴訟程序應追求之目標，於所有類型之案件均應適用。

¹⁰ 司法院釋字第789號解釋理由書第2段：「本於憲法第8條及第16條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（本院釋字第654號及第762號解釋參照），包含對證人之對質、詰問之權利（本院釋字第384號、第582號及第636號解釋參照）。為落實憲法正當法律程序原則，刑事訴訟法所建構之刑事審判制度，應採取證據裁判原則與嚴格證明法則，法院就具證據能力之證據，經合法調查程序，形成足以顯示被告犯罪之確信心證，始能判決被告罪刑。」