

性侵害案件無罪原因分析之研究
——以強制性交案件為中心

研究成果

法 務 部 編 印

中華民國 106 年 1 月

性侵害案件無罪原因分析之研究

——以強制性交案件為中心

受委託單位：台灣科技法學會

研究主持人：林志潔教授

協同主持人：吳耀宗教授、金孟華助理教授、劉芳伶助理教授、
王士帆助理教授

研 究 員：江欣曄、臧韻雯、林帝辰、闕士超、蔡心雅、蔡馨伊、
陳夢翔

研究期程：中華民國 104 年 12 月至 105 年 10 月

研究經費：新臺幣柒拾萬陸仟元

法務部 委託研究

中 華 民 國 1 0 6 年 1 月

(本報告內容純係作者個人之觀點，不應引申為本機關之意見)

目錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究緣起與目的.....	1
第二節 研究範圍.....	2
第三節 研究方法與限制.....	2
一、文獻資料蒐集與整理.....	2
二、實證判決分析.....	3
三、舉辦焦點團體座談會.....	4
第四節 研究步驟與執行進度說明.....	5
一、研究步驟.....	5
二、執行進度說明.....	5
第二章 問題意識.....	7
第一節 性侵害犯罪之起訴率與定罪率.....	7
一、美國.....	7
二、日本.....	11
三、德國.....	15
四、我國.....	17
第二節 實體法的規範與討論.....	21
一、美國法.....	21
二、日本法.....	25
三、德國法.....	36
第三章 實證研究分析.....	41
第一節 判決分析與量化成果.....	41
一、前言.....	41
二、按犯罪類型區分無罪原因.....	49
三、按被害人類型區分無罪原因.....	58
四、特殊判決.....	65
五、小結.....	83
第二節 質性訪談與文字記錄.....	84

一、第一次焦點團體座談.....	84
二、第二次焦點團體座談.....	88
三、小結.....	94
第四章 建議政策與解決方案.....	97
第一節 引進附加訴訟（訴訟參與）制度.....	97
一、附加訴訟（訴訟參與）.....	97
二、被害人特有權利.....	100
三、證人之律師扶助權.....	102
四、訊問性侵被害證人之特別規定.....	103
第二節 推行起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）制度.....	104
一、前言.....	104
二、起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）簡介.....	105
三、起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）報告書的證據能力與證明力.....	108
四、被害人指述／鑑定證人證言的證據能力及證明力.....	109
五、小結.....	113
第三節 對質詰問權在性侵害案件中的限縮.....	114
一、美國刑事訴訟程序基本流程.....	114
二、對質詰問權在性侵害案件中的限縮.....	115
三、專家證人的使用.....	126
四、訴訟外紛爭解決機制.....	131
五、小結.....	133
第四節 再建律師倫理規範以減少交互詰問制度對性侵案件之衝擊.....	134
一、前言.....	134
二、律師之真實義務論.....	136
三、對質詰問權之本質與限制.....	141
四、合法性規範與倫理性規範.....	148
五、小結.....	150
第五章 結語：修法建議與結論.....	157
第一節 從美國法之觀點.....	157
第二節 從德國法之觀點.....	161
第三節 從日本法之觀點.....	169

一、交互詰問中之被害人保護與真實發現	170
二、論律師之真實義務.....	171
三、對質詰問權與弱勢證人之保護	171
四、性侵害案件減少被害人重複陳述方案與交互詰問	172
五、依法捍衛被告權利.....	172
六、律師倫理性規範之再建.....	174

表目錄

表 1. 研究執行進度表	6
表 2. 美國不同犯罪類型被害人向警方報案比例	7
表 3. 美國 FBI 自 2005 年至 2014 年間不同犯罪類型破案率	9
表 4. 美國聯邦地方法院對性侵害與一般犯罪之起訴且判刑人數比較	10
表 5. 日本刑法犯的主要罪名別起訴率的推移	13
表 6. 日本起訴率最高與最低之罪	13
表 7. 德國 2014 年司法追訴定罪率統計（不含少年刑法在內）	15
表 8. 德國 2014 年其他罪名的司法追訴定罪率（本報告僅擇選常見罪名）	16
表 9. 我國 2005 年至 2016 年第 1 季之「性侵害事件通報案件數」及「通報單位通報件數比例」	18
表 10. 我國 2006 年至 2015 年之「一般案件」和「性侵案件」之平均定罪率比較	19
表 11. 我國地方法院檢察署主要罪名起訴人數及結構比	19
表 12. 我國地方法院檢察署主要罪名起訴比率及定罪率	20
表 13. 加州刑法典第 261 條規定	22
表 14. 德州刑法典第 22.011 條規定	23
表 15. 德州刑法典第 22.021 條加重性侵害罪	24
表 16. 日本刑法對性侵害犯罪之規定	29
表 17. 德國刑法性侵害犯罪之規定	36
表 18. 被告與被害人所占性別比例	45
表 19. 被告之身分類型	46
表 20. 被害人之身分類型	48
表 21. 刑法第二百二十一條之無罪原因	49
表 22. 刑法第二百二十二條之無罪原因	51
表 23. 刑法第二百二十二條各款之無罪原因	53
表 24. 刑法第二百五條第一項之無罪原因	56
表 25. 一般被害人之無罪原因	58
表 26. 特殊被害人之無罪原因	60
表 27. 特殊被害人分類後之無罪原因	62
表 28. 建議修正與新增我國性侵害防治法之相關規定	160
表 29. 建議修正與新增我國刑事訴訟法之相關規定	163

中文摘要

研究團隊受法務部委託，承接法務部 104 年「性侵害案件無罪原因分析之研究—以強制性交案件為中心」之委託研究計畫案。本研究重點包含：

1. 分析審判與偵查中可能影響無罪判決之相關因素；
2. 研究性侵害案件定罪率較低之原因及提高定罪率之方法；
3. 特殊被害人指述之證據能力與證明力的審認標準；
4. 省思我國妨害性自主罪章與相關程序之立法，並提出修法方向。

本計畫首先檢視美、日、德三國性侵害犯罪之起訴率與定罪率，經過比較後，研究團隊發現除了日本以外，若跟美、德相比，我國定罪率取得之表現並不遜色。本計畫再從比較法的觀點，探討該三國之相關立法例與學說見解，希望以此確立本研究之問題意識。經過檢視，研究團隊認為在實體法上我國法與美、日、德三國之立法方式皆係以性自主權的保護為核心，並無重大差異。美國學界及各州立立法者雖有考慮是否應採取「積極同意」立法模式，但相關討論仍在激烈辯論中，研究團隊因而不將此作為政策建議。取得此初步結論後，本計畫將研究重心放在實證研究以及程序法上之討論。

在實證研究的部分，本計畫資料的來源係經由法務部篩選後所提供之民國 101 年至 103 年全國各級法院判決，所涉法條限於刑法第二百二十一條、第二百二十二條及第二百二十五條第一項。本團隊已分析共 904 筆判決，並按照「被害人類型（一般被害人與特殊被害人）」與「犯罪類型（第二百二十一條、第二百二十二條及第二百二十五條第一項）」進行分析，並發現「J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾」為所有分析的主要無罪原因。

綜合以上比較法與實證研究，研究團隊認為可考慮引進類似德國之附加訴訟（訴訟參與）制度、推行起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）、建立訴訟外紛爭解決機制、增加更多專業倫理規範以限縮性侵害案件被告的對質詰問權、加強律師自律機制等，並建議修訂我國性侵害防治法與刑事訴訟法有關被害人訴訟參加之部分，以保護性侵害案件之被害人。

關鍵字：無罪原因、特殊被害人、附加訴訟、起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）、對質詰問權

Abstract

This project, AN ANALYSIS OF NOT-GUILTY VERDICTS: A FOCUS ON SEX CRIMES, is sponsored and authorized by the Ministry of Justice. The main purpose of the project is to:

1. Analyze what are the reasons that may lead to acquittal during investigation and trial;
2. Find out why the conviction rate for sex crime are lower than other crimes and to propose possible solutions;
3. Observe how courts determine the admissibility and value of statements of vulnerable victims;
4. Review criminal law or other related laws or regulations to suggest a direction of reform.

This project begins with a survey on the indictment rate and conviction rate of sex crimes between the United States, Japan and Germany. The research team observed that, comparing to the US and Germany, the conviction rate of sex crime is not particularly low in Taiwan. The research team also reviewed the substantive criminal laws of the three countries and concluded that the criminal statutes in these countries are similar to the Taiwanese criminal law, which focuses on the protection of sexual autonomy. The research acknowledges that, in the U.S., there are discussions of adopting an “affirmative consent” model of sex crimes, however, this proposal is very controversial. As a result, the research team decides not to endorse the affirmative consent model in this project. With these preliminary findings, the research teams turns to focus on verdict analysis and procedural rules.

The scope of the verdict analysis is the 904 verdicts decided between 2011-2014 provided by the Ministry of Justice. The charges involved in these verdicts are §§§ 221, 222 and 225I of the Criminal Code. These verdicts include the decisions decided by district courts, high courts and the Supreme Court nationwide. The research team analyzed these verdicts from two different approaches—types of victims (general vs. vulnerable victims) and types of crimes (§§§ 221, 222 and 225I). It concluded that the most common reason for acquittal is “J. inconsistent or contradict statements of victims and witnesses.”

In conclusion, the research team proposes that it is necessary to allow victims to participate the litigation, to allow medical team to appraise the mental conditions of

vulnerable victims at early stages after the crime occurs, to develop diverse alternatives for dispute resolution, to limit the confrontation rights of defendants in sexual offenses and to enhance self-discipline of defense attorney. The research team also suggests that Sexual Assault Crime Prevention Act and The Code of Criminal Procedure should be partially amended to provide protection for sex crime victims.

Keywords : reasons for acquittal 、 vulnerable victims 、 Nebenklage 、 early examination 、 confrontation right

政策建議

- 一、 在實體法的部分，美國學界及各州立法者對於刑法是否須改採「積極同意」仍在激烈辯論中，研究團隊因而不將此作為政策建議。另外，本次研究範圍僅限於刑法第二百二十一條、第二百二十二條與第二百五條第一項，根據實證研究之成果，並綜合考量美國法、日本法與德國法之觀點，研究團隊認為我國實體法並無修訂之必要。
- 二、 在程序法的部分，研究團隊建議參考美國聯邦證據規則第四百一十二條之規定，修正現行性侵害防治法第十六條第四項，認為除法定例外之待證事項外，被告及其辯護人詰問被害人性經驗所得之證據，應無證據能力。研究團隊另建議，性侵害犯罪防治法應增訂第十五條之二，在偵查階段針對特殊被害人設置一特殊訪談機制，以減低證言前後不一之風險。**(主辦單位：衛生福利部)**
- 三、 在程序法的部分，為了創造友善的訴訟環境，並鼓勵被害人參與訴訟，研究團隊亦建議參考德國刑事訴訟法「附加訴訟（訴訟參與）」之制度，讓性侵害案件之被害人得以參加公訴程序。相關修法可參考我國立法委員於2013年所提出之「犯罪被害人之訴訟參加草案」。**(主辦單位：司法院)**
- 四、 而研究團隊亦認為，我國律師倫理有再造之必要。我國以律師自治作為大方向、大原則，並以「實務指針」的方式加以落實。法務部亦可開辦專業職訓課程、強化指導律師機能，達到公正文化之培養與傳承。透過「外在之社群制裁」與「內在之個體反省」，讓性侵害案件律師對於不當辯護行為，得以自律性的強制力加以排除。**(主辦單位：法務部)**
- 五、 經由2016年4月15日與2016年8月22日之兩次焦點團體座談，並配合判決實證研究結果，就醫療與社工部分，本研究團隊建議：第一、應建置責任醫院，對於驗傷專業給予醫護人員基礎和進階的訓練。第二、強化社工資源，以大幅降低被害人因流程轉換或不諳程序或專業導致的心理衝擊或陳述不一。**(主辦單位：衛生福利部)**

第一章 緒論

第一節 研究緣起與目的

近年來隨著性別平等、人權意識的興起，加上聯合國兒童權利公約、公民與政治權利國際公約以及經濟社會文化權利國際公約明揭保護兒童之意旨，我國社會與相關團體針對婦女與兒童的性侵害案件也逐漸重視與關注，對於判決結果是否適當並符合公平正義，亦掀起廣泛的關注與激辯。從民國 80 年代的「女權火照夜路」至民國 99 年的「白玫瑰運動」，訴求女性與孩童應免於性侵害的侵犯，皆是在此一社會脈絡下所誕生，而這些聲浪也讓我國刑法對於性侵害案件的規範是否合乎普遍民眾對於司法與社會正義的期待，留下了疑問與反省的空間。

由於性侵害案件特殊性，牽涉社會倫理基本價值，易使社會大眾高度聚焦於法院判決結果，進而影響人民對司法的信賴及觀感。刑法妨害性自主罪章之案件大多欠缺直接證據，多採用被害人指述作為主要之判決基礎，以典型強制性交罪為例，在程序法上因檢察官負有舉證責任，須舉證被告以強制力等方法「違反被害人意願」而為性交，惟被害人的意願為主觀認知，難以存在客觀證據以資證明，故檢方往往承擔較多之敗訴風險。

在牽涉兒童或智能障礙者等特殊被害人的性侵害案件，其對於意願表達或在偵查及審判中的供述，皆可能面臨表達能力不足或缺等問題，而使得檢察官舉證因此更加困難。在證明特殊被害人的意願上，實務見解認為為保護未成年人的身心健全發展，一概將未滿 7 歲幼童認定為無同意性交之能力，認為即使未滿 7 歲幼童同意性交，亦是無意義之意願表達，雖保護未成年人的身心健全發展，然被害人若為 7 歲以上之兒童仍會面臨意思能力與意願表達能力受質疑、其陳述證明力不足等問題。又智能障礙者的意思表達能力，非如未成年人有大致可判斷的空間，亦可能隨時處於波動之狀態。然法官對兒童或智能障礙者之觀察，多限於審判期日間所見所聞，故此類案件亦須仰賴社工、輔導老師、心理諮商師、醫生等專業人員的協助，以進行整體細膩之觀察，然而很多時候，就算透過專家的協助，也難以重現案發當時的情形。上述性侵害案件的種種問題，正是性侵害案件較一般案件而言，無罪率較高之原因。

為落實性別平等、人權保護以及符合民眾對於司法與社會正義的期待，本計畫欲分析性侵害案件之無罪定讞判決，並提供相關實證研究作為將來修法

之參考。本計畫擬將實證研究按照「被害人類型(一般被害人與特殊被害人)」與「犯罪類型(刑法第二百二十一條、第二百二十二條、第二百五條第一項)」進行分析，並試圖找出此等案件中常見的無罪因子。此外，本計畫亦擬研究美國、日本、德國與他國之立法設計，重新省思我國相關實體法或程序法有無修改之必要，例如該如何評價性侵害案件中特殊被害人指述的證據能力和證明力？是否須給予被害人程序法上的特殊地位或權利？彼等問題皆為本次委託案所欲探究的內容。

第二節 研究範圍

本研究團隊受法務部委託，承接法務部 104 年「性侵害案件無罪原因分析之研究——以強制性交案件為中心」之委託研究計畫案。承徵求說明書之研究目的，本研究重點包含：

1. 分析審判與偵查中可能影響無罪判決之相關因素
2. 研究性侵害案件定罪率較低之原因及提高定罪率之方法
3. 特殊被害人指述之證據能力與證明力的審認標準
4. 省思我國妨害性自主罪章與相關程序之立法，並提出修法方向

在比較研究的部分，本研究團隊已獲法務部同意，將主要針對美國、日本與德國相關實體暨程序法規進行探討，並參諸相關學說見解提供討論。在實證分析部分，研究團隊根據法務部提供之 101 年至 103 年間定讞之強制性交案件(刑法第二百二十一條、第二百二十二條、第二百五條第一項)進行編碼、歸納、分析，並統計該類案件判決無罪的原因，探討是否可歸諸於檢警詢(訊)問技巧的欠缺，或相關法規及制度有無修正的必要。

第三節 研究方法與限制

研究團隊參照徵求說明書之建議，採用「文獻資料蒐集與整理」、「實證判決分析」和「舉辦焦點團體座談會」等研究方法進行分析，然而各項研究方法皆有其限制與困難，須相互參照方能釐清本委託研究計畫案的完整脈絡，故下文將併同研究方法與研究限制說明之：

一、 文獻資料蒐集與整理

研究團隊廣蒐「比較法(以美國、日本、德國為主)」與「我國法」的相關文獻，包括專書、文章、研討會資料、判決書狀、立法理由和時事新聞等，探

討彼等國家有關妨害性自主罪章的實體與程序法規範，並於期末報告中提出外國立法例的特色制度與相關實務、學說探討，以期作為我國修法之借鏡。

文獻資料蒐集與整理的優點，在於可以降低針對同一議題進行重複研究的時間、成本浪費，並從既有資料所提供的內容，更進一步地深入探討該項議題，如同站在巨人的肩膀般，藉由不斷地累積、挖深，可以向所欲研究之目標或重點不斷前行。然而，此一研究方法亦有其侷限，包括文獻的蒐集不易和主題偏在性等問題。例如德國在跨年夜性侵案後，出現許多修正相關法規的聲浪與批評，然而此等討論過於新穎且未臻完善，以致在文獻的蒐集上出現相當困難。又例如各國文獻在探討特殊被害人的制度保障時，多偏以兒童作為論述主體，有關智能障礙者的討論或特殊保護則相對較少。

二、實證判決分析

研究團隊的分析資料來源，係經由法務部篩選後所提供，判決範圍包括全國各級法院（即地方法院、高等法院及其分院、最高法院和軍事法院），時間限制為 101 年至 103 年間的定讞判決（包括有罪定讞和無罪定讞），所涉法條則是以刑法第二百二十一條、第二百二十二條、第二百五條第一項為主。刪掉重複、他案後的判決總數共計 904 件。

本次委託研究計畫案的判決分析因子，是先參照林志潔教授和金孟華助理教授於 2011 年所發表文章「合理的懷疑？—以女性主義法學觀點檢視性侵害判決之偏見」中所歸納的既有因子，並在多次討論、修改後，逐漸擴張成現有之 23 項因子。考量有罪判決和無罪判決所使用的證據多有重複、論述多屬一體兩面的情形，研究團隊採用「開放性」用詞的敘述方式設計彼等因子。

研究團隊並按照徵求計畫書的內容，將判決分成「犯罪類型」與「被害人類型（一般被害人與特殊被害人）」分析，藉此統計彼等類型的無罪判決原因。而在期中報告審查會後，研究團隊蒙獲審查委員的寶貴建議，故另針對被告與告訴人性別比例、被告與告訴人之身分關係等進行資料分類，希望能多提供一些相關數據成果供未來研究之用。

實證判決研究的優點，在於可以量化法官在心證形成時所考量的要素，並從數據結果中得知彼等判決的概括情形，進而作為將來修法或政策決定時的考量，例如在特殊被害人的無罪判決中，時常會同時出現「J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾」和「L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強」的因子，即可知悉特殊被害人出現前後不一致指述的情形甚高，且並無其他補強證據可以資證明。然而實證判決研究亦有其侷限，蓋法官對於各項證據的證明

力顯難有量化之可能，且去脈絡化的數據結果難以呈現法官在個案審酌時遇到的困難與心境轉變，特殊判決或見解因為具有稀少性，因此也難以從數據結果中顯現。有鑑於此，研究團隊特於期末報告中增加「特殊案件討論」的目次，藉由簡要敘述犯罪事實與判決內容，解決前開所提及的研究限制，期以供各界先進未來研究或討論之用。

三、 舉辦焦點團體座談會

研究團隊按照徵求說明書的研究方法與研究步驟，於期中報告撰寫前、後各舉行一場焦點團體座談會，並廣邀我國各界先進針對我國性侵害案件之偵辦、法制修正提出新的思維與建議。舉辦焦點團體座談會的優點，在於補充前二研究方法的不足，藉由實務工作者的專業建議與自身經驗，可提供研究團隊從不同角度重新探討期中報告及期末報告的內容，並藉此調整研究方向，俾利於研究成果之展現。

第四節 研究步驟與執行進度說明

一、 研究步驟

本研究委託計畫案自 104 年 12 月 16 日起至 105 年 8 月 15 日止，共計 8 個月的期限，後法務部於 105 年 6 月 28 日發函同意，將履約期限展延至 105 年 10 月 15 日，共計 10 個月的期間。研究團隊按照研究步驟執行，共分為以下三大階段：

1. 階段一：文獻整理、比較法研究分析與第一場焦點團體座談會
2. 階段二：實證分析、期中報告撰寫及第二場焦點團體座談會
3. 階段三：分析研究所得、研擬具體政策、撰寫結案報告

在階段一的部分，研究團隊先進行相關文獻資料的蒐集與整理，針對研究目的與範圍進行初步的資料彙整，並擬舉辦第一次焦點團體座談會，聆聽各界先進對於彼等文獻的建議與想法。在階段二的部分，研究團隊擬進行實證判決的分析，並將研究成果供作第二次焦點團體座談會討論之用，藉此與階段一所做的文獻蒐集與資料相互參照。在階段三的部分，研究團隊擬彙整前開階段所取得之豐富資料，進行分析與具體政策的研擬。

二、 執行進度說明

在文獻資料蒐集與整理的部分，研究團隊廣蒐「比較法（以美國、日本、德國為主）」與「我國法」的相關文獻，包括專書、文章、研討會資料、判決書狀、立法理由和時事新聞等，探討彼等國家有關妨害性自主罪章的實體與程序法規範，並於期末報告中提出外國立法例的特色制度與相關實務、學說探討，以期作為我國修法之借鏡。另外，研究團隊尚針對彼等國家性侵害犯罪之起訴率與定罪率進行數據蒐集，藉此知悉其司法制度的實施成效與概況，以輔助我國未來相關制度變革之用。

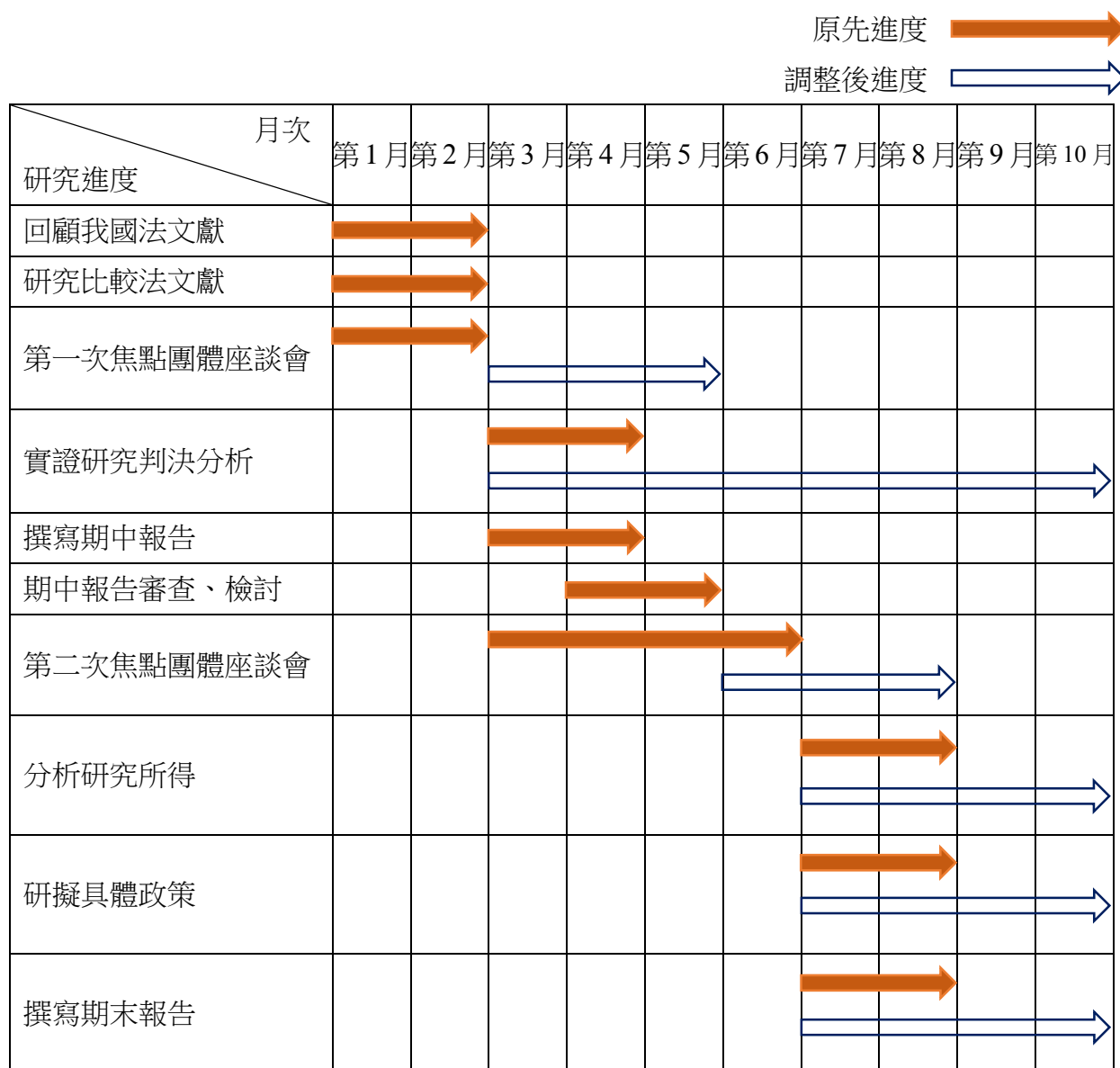
在實證判決分析的部分，研究團隊分別於 105 年 2 月 24 日、105 年 4 月 7 日、105 年 4 月 22 日和 105 年 5 月 19 日向法務部取得判決光碟四片，並陸續於 105 年 7 月 15 日、105 年 7 月 27 日、105 年 7 月 28 日、105 年 7 月 29 日、105 年 8 月 1 日、105 年 8 月 2 日、105 年 8 月 5 日、105 年 8 月 8 日、105 年 8 月 16 日、105 年 9 月 14 日、105 年 10 月 3 日取得補充判決。

在舉辦焦點團體座談會的部分，第一次焦點團體座談會的舉辦時間為 105 年 4 月 15 日，舉辦地點為中央警察大學科學館及刑事鑑識大樓，與會貴賓為

臺灣高等法院 林恆吉庭長、臺灣高等法院 許辰舟法官、臺灣高等法院檢察署 陳正芬檢察官、臺灣臺北地方法院檢察署 許鈺茹主任、刑事警察局刑事鑑識中心 程曉桂主任、新北市政府警察局海山分局偵查隊 黃鴻芳小隊長、前桃園市家庭暴力暨性侵害防治中心 鍾佩宜社工督導。

第二次焦點團體座談會的舉辦時間為 105 年 8 月 22 日，舉辦地點為國立交通大學管理二館，與會貴賓為臺大心理系暨研究所 趙儀珊助理教授、勵馨基金會 王玥好副執行長、勵馨基金會 楊菁惠督導、聯合醫院兒童青少年精神科 林亮吟醫師和士林地方法院檢察署 孟玉梅主任。

表 1. 研究執行進度表



第二章 問題意識

研究團隊為了聚焦問題意識，故於本章先行探討美國、日本、德國之現行司法實況與立法制度，並與我國相互比較，以利實證研究與後續政策研擬之討論。

第一節 性侵害犯罪之起訴率與定罪率

一、美國

性侵害是完美的密室犯罪，除了被害人指述外，顯難找到充分證據以證明有性侵害行為的存在。此類案件不僅犯罪黑數高，其逮捕率（arrest rates）、起訴率（prosecution rates）和定罪率（conviction rates）亦屬偏低。根據 2014 年之「美國刑事犯罪被害人調查」，發現性侵害案件被害人於 2004 年的報案率為 29.3%、2005 年的報案率為 35.1%、2012 年的報案率為 28.2%、2013 年的報案率為 34.8%、2014 年的報案率為 33.6%¹。然而在 2005 年至 2010 年時，警方僅針對 12% 的性侵害案件會逮捕犯罪嫌疑人，白宮婦女和女童事務委員會則表示，此類案件低逮捕率的原因可能出自警方的強暴迷思、被害人的片段供述，或被害人受創傷壓力症候群不願陳述以致無法續行調查等²。

表 2. 美國不同犯罪類型被害人向警方報案比例

犯罪類型	2004 年	2005 年	2012 年	2013 年	2014 年
暴力犯罪	50.3%	45.8%	44.2%	45.6%	46.0%
強制性交 / 性暴力犯罪	29.3%	35.1%	28.2%	34.8%	33.6%
強盜罪	60.6%	55.4%	55.9%	68.0%	60.9%
傷害犯罪	50.1%	44.9%	43.7%	43.4%	44.6%
其他	60.8%	59.6%	58.6%	55.5%	54.9%
嚴重暴力犯罪	62.8%	59.0%	54.4%	61.0%	55.8%

¹ JENNIFER L. TRUMAN, LYNN LANGTON & BJS STATISTICIANS, CRIMINAL VICTIMIZATION, 2014 (2015), <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cv14.pdf>.

² THE WHITE HOUSE COUNCIL ON WOMEN AND GIRLS, RAPE AND SEXUAL ASSAULT: A RENEWED CALL TO ACTION (2014), https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/sexual_assault_report_1-21-14.pdf.

財產犯罪	39.2%	38.7%	33.5%	36.1%	37.0%
------	-------	-------	-------	-------	-------

資料來源：美國司法統計局

在美國，有關兒童受性侵害之責任通報，主要訂於兒童虐待預防與處理法（Child Abuse Prevention and Treatment Act³，縮寫為 CAPTA），兒童虐待預防與處理法提供資金予各州，藉以支持兒童虐待之預防、評估、調查、起訴和治療活動，以及資助公共機構和非營利組織的示範計劃和項目。

該法將虐待和忽視兒童的主要特點分為四種不同類型：忽視、身體虐待、心理或情感虐待和性虐待，其中將性虐待定義為：「不只插入性行為，包含自慰、口交，愛撫、偷窺、接觸性行為、接觸或參與色情與其他形式的商業性剝削。性虐待施虐對象通常為年齡較大之兒童，受害者通常心智尚未健全至可理解該行為之涵義，或是對該行為表示同意⁴。」

而根據美國健康與人類服務部兒童局（Department of Health & Human Services Children's Bureau）公布之規定⁵，具責任通報義務之專業人員包含教師，校長和其他學校人員、醫生，護士和其他衛生保健工作者、心理諮詢師，治療師和其他精神健康專業人士、兒童保健提供者以及警察、檢察官等執法人員。在何種情形下，責任通報者必須提交通報因各州之規定而有所不同。在通常情形下，當通報者在其執法崗位上，懷疑或有理由相信，有兒童正被虐待或忽視時，該責任通報者便有義務須提交通報。或是通報者依其專業知識，觀察到兒童在某情形下將導致受損害之結果時。也必須立即提交通報。

美國起訴率在相關官方機構未公開的前提下，難以窺知一二，僅能從其他文獻轉載得知，例如美國聯邦調查局（Federal Bureau of Investigation，簡稱 FBI）所提供之破案率（clearance rate⁶）顯示，自 2005 年至 2010 年間，彼等案件的犯罪嫌疑人至多有四成左右的機率得以破獲。然而破案率尚涵蓋「犯罪嫌疑人遭逮捕」或「主管機關續行調查」的情形，故未能直接指稱破案率即等同起訴率的結

³ 42 U.S.C. § 5101 (1989).

⁴ WORLD HEALTH ORG. & INT'L SOCIETY FOR PREVENTION OF CHILD ABUSE AND NEGLECT, PREVENTING CHILD MALTREATMENT: A GUIDE TO TAKING ACTION AND GENERATING EVIDENCE (2006), http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43499/1/9241594365_eng.pdf.

⁵ CHILD WELFARE INFO. GATEWAY, MANDATORY REPORTERS OF CHILD ABUSE AND NEGLECT (2015), <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/manda.pdf>.

⁶ 根據美國 FBI 官網的名詞定義，所謂「破案率」是指犯罪嫌疑人至少符合下開情形其中一種：（1）犯罪嫌疑人遭逮捕；（2）相關主管機關受理被害人報案，並展開調查；（3）犯罪嫌疑人遭起訴。

果⁷。

表 3. 美國 FBI 自 2005 年至 2014 年間不同犯罪類型破案率

年分	謀殺	強盜	重傷	侵入住宅竊盜	竊盜	汽機車竊盜	強制性交／性暴力犯罪	
2014 年	64.5%	29.6%	56.3%	13.6%	23.0%	12.8%	83,309 (修正後定義)	38.5%
							16,456 (修正前定義)	39.3%
2013 年	64.1%	29.4%	57.7%	13.1%	22.4%	14.2%	54,598 (修正後定義)	40.6%
							34,271 (修正前定義)	40.0%
2012 年	62.5%	28.1%	55.8%	12.7%	22.0%	11.9%	73,574	40.1%
2011 年	64.8%	28.7%	56.9%	12.7%	21.5%	11.9%	72,666	41.2%
2010 年	64.8%	28.2%	56.4%	12.4%	21.1%	11.6%	73,934	40.3%
2009 年	66.6%	28.2%	56.8%	12.5%	21.5%	12.4%	76,276	41.2%
2008 年	63.6%	26.8%	54.9%	12.5%	19.9%	12.0%	78,919	40.4%
2007 年	61.2%	25.9%	54.1%	12.4%	18.6%	12.6%	78,740	40.0%
2006 年	60.7%	25.2%	54.0%	12.6%	17.4%	12.6%	80,400	40.9%
2005 年	62.1%	25.4%	55.2%	12.7%	18.0%	13.0%	82,118	41.3%

資料來源：美國聯邦調查局

另外，美國官方亦未直接提供相關定罪率的數據，研究團隊亦僅能從其他文獻轉載或整理得知。根據美國聯邦地方法院所提供的犯罪人數顯示，2014 年性侵害犯罪被告共 3,289 人，其中 3,070 人遭起訴並判刑，故其定罪率應為 93%，其他數據結果也依此類推計算⁸。

⁷ U.S. Department of Justice Federal Bureau of Investigation, *Crime in the United State*, <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2010/crime-in-the-u.s.-2010/clearances> (last visited Dec. 11, 2016).

⁸ United States Court, *Statistics Table for the Federal Judicial*,

表 4. 美國聯邦地方法院對性侵害與一般犯罪之起訴且判刑人數比較

年分	性侵害犯罪			起訴且判刑人數比例	一般犯罪 (如謀殺、強盜、重傷等)			起訴且判刑人數比例
	未起訴人數	起訴且判刑人數	總人數	%	未起訴人數	起訴且判刑人數	總人數	%
2015 年	177	3,009	3,186	94	7,923	72,204	80,127	90
2014 年	219	3,070	3,289	93	7,709	76,835	84,544	90
2013 年	191	3,091	3,282	94	7,478	83,104	90,582	91
2012 年	177	3,154	3,331	94	8,165	87,116	95,281	91
2011 年	192	2,881	3,073	93	9,350	92,823	102,173	90
2010 年	171	2,638	2,809	93	8,740	89,373	98,311	91
2009 年	176	2,665	2,841	93	8,743	88,438	97,181	91
2008 年	212	2,293	2,505	91	9,028	83,564	92,592	90
2007 年	150	1,966	2,116	92	9,162	79,472	88,634	89
2006 年	144	1,672	1,816	92	8,549	80,084	88,633	90
2005 年	120	1,624	1,744	93	8,418	78,925	87,343	90

資料來源：美國法院數據報告網站

承上開數據（詳參表 3）可知，美國性侵害案件受害者向警方通報的比例有逐年增加；起訴率雖未有直接數據，但相關文獻指出其起訴率仍屬偏低⁹；而在進入聯邦地方法院後的性侵害案件，則是與一般案件相比有較高的定罪率。

<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/statistical-tables-federal-judiciary> (last visited Dec. 11, 2016).

⁹ 在起訴率的部分，因為美國未公開相關數據，所以無從得知全國性侵害犯罪的起訴情形，但可從部分研究報告得知，美國的起訴率仍屬偏低。Leslie D. Robinson, *It Is What It Is, Recognition of Acquaintance Rape*, 6 AVE MARIA L. REV. 627, 627(2008).

二、日本

日本所謂性犯罪主要係指其刑法第二十二章所定重婚以外各罪，主要有強制猥褻與強姦罪。前者係指以暴行或脅迫對 13 歲以上之女子為猥褻（日本刑法第一百七十六條），後者係指以暴行或脅迫姦淫 13 歲以上之女子者（日本刑法第一百七十七條前段）。對未滿 13 歲之女子，即使未使用暴行或脅迫而與之姦淫亦同（日本刑法第一百七十七條後段）。若趁人之心神喪失或不能抗拒，或使之心神喪失或令其不能抗拒而違者，為準強制猥褻或準強姦罪（日本刑法第一百七十八條）。此外尚有集團強姦（日本刑法第一百七十八條之二），強姦致死（日本刑法第一百八十一條第二項），集團強姦致傷（日本刑法第一百八十一條第三項）。強制猥褻與強姦罪係告訴乃論，但至今被害人死傷或集團強姦者則為非告訴乃論之罪。

首先關於性犯罪逮捕率，在日本之統計上，並不使用所謂逮捕率之指標，而係使用所謂「檢舉率」為指標，此處所謂「檢舉」係指，「警察受理被害人報案後，開始進行偵查，其結果得以順利特定犯罪嫌疑人並解決該案」之謂¹⁰，而相對於警方受理報案的件數，在其中有多少件順利被解決之數字比率，則稱之為檢舉率。故日本所謂「檢舉率」應相當於我國所謂「破案率¹¹」，順利破案（檢舉）之案件，其中很高的比率當然是會順利逮捕被告，但是其中有一部分被告也可能是自動到案而非經逮捕，但不論何者，只要是順利破案（檢舉）者，就意味著警方已經順利確保被告到案或可得到案。而就日本性犯罪之「破案率」（逮捕率+到案率），從 1946 年（昭和 21 年）以降一貫高達 80% 以上，但是 1998 年（平成 10 年）以降卻持續低下，在 2002 年（平成 14 年），僅剩 62.3%，這是戰後最低紀錄，不過其後又有上升的傾向，在 2014 年（平成 26 年），破案率達 88.0%，比前年還上升 5.5pt¹²。總之，性犯罪之破案率，一貫來看，是比諸一般刑法犯全

¹⁰ 當年度警方所「認知」的犯罪件數為分母，當年度警方之犯罪「檢舉」件數為分子，相除後乘以一百，即為檢舉率。所謂「認知」係指警方經由被害人報案或他人通報等途徑而掌握知悉有犯罪事件存在之謂。所謂「檢舉」是指特定犯罪嫌疑人以進行調查（主要係偵訊，日本採偵查機關雙主體制，除檢察官外，警察亦為偵查主體，而非檢察官之輔助機關，所以警察對犯罪嫌疑人所為之訊問，亦稱為偵訊）之謂。為了特定犯罪人以進行調查而依法強制拘束犯罪嫌疑人之人身自由則為「逮捕」，檢舉雖然往往最後會發展成逮捕，但也有自動到案或經犯罪嫌疑人出於任意性之同意而為「任意同行」的情況，所以檢舉並不等於逮捕。

¹¹ 我國所謂破案率，係指警察機關或相關執法機關成功偵破案件特定犯罪嫌疑人的數目與收到報案數目的比例。對照以觀，應與日本所謂檢舉率的概念相近。

¹² 平成二十七年版犯罪白書第 6 編/第 2 章/第 1 節/1，犯罪白書網站：http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/62/nfm/n62_2_6_2_1_1.html（最後點閱時間：2016 年 12 月 11 日）。

體之破案率更高的¹³。

依據官方統計資料，1984年（昭和59年）為止，強姦的起訴率¹⁴約莫50%左右，1985年（昭和60年）以後超過60%，1996年（平成8年）之後接近70%¹⁵。而強制猥褻的起訴率也有逐年上升之跡象，昭和50年代前半（1975年～1980年）大約30%左右，50年代後半升至40%左右，進入平成之後，除了1991年（平成3年）至1994年（平成6年）較低外，皆超過50%，2000年（平成12年）則超過60%。又就強姦與強制猥褻作成不起訴處分之理由多係由於兩罪為告訴乃論之罪而被害人撤回告訴之故¹⁶。

而依據2015年（平成27年）版犯罪白書，2014年（平成26年）檢察廳終局處分人員之中，強姦有1,290人（比2013年少19人，即下降1.5%），強制猥褻有3,586人（比2013年多51人，即增加1.4%）¹⁷。其中強姦之部分，起訴有448人，起訴猶豫（類似於我國緩起訴制度但不全然相同）有52人¹⁸，不起訴有

¹³ 同前註。

¹⁴ 起訴率之計算公式為「起訴人員／（起訴人員＋不起訴人員）×100」。

¹⁵ 平成14年版犯罪白書第5編/第3章/第1節，犯罪白書網站：

http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/43/nfm/n_43_2_5_3_1_0.html（最後點閱時間：2016年12月11日）。

¹⁶ 同前註。

¹⁷ 平成27年版犯罪白書第6編/第2章/第2節，犯罪白書網站：

http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/62/nfm/n62_2_6_2_2_0.html（最後點閱時間：2016年12月11日）。

¹⁸ 起訴猶豫係指犯罪嫌疑事實雖已明確，但考慮到犯罪嫌疑人的性格、年齡以及境遇，又兼及犯罪的輕重、情狀以及犯罪後之狀況等，檢察官認為沒有起訴的必要而為不起訴處分。其法律依據為日本刑事訴訟法第二百四十八條，並參照日本之事件事務規程（法務省訓令）第七十五條第二項第二十號，亦有相關規定。日本的刑事訴訟法第二百四十八條：「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。」（中譯：依據犯人的性格、年齡以及境遇，犯罪的輕重以及情狀併及於犯最後的情況，而不以訴追為必要時，得不提起公訴。）日本的事件事務規程第七十五條第二項註書「不起訴裁定の主文は、次の各号に掲げる区分による。」（中譯：不起訴處分裁定之主文，依據如次各款所揭示者區分）同條項第二十號：「起訴猶予：被疑事実が明白な場合において、被疑者の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないとき」。（中譯：起訴猶豫：於【犯罪】嫌疑事實明白之情況，依據【犯罪】嫌疑人的性格、年齡以及境遇，犯罪的輕重以及情狀併及於犯罪後的情況，而不以訴追為必要時）基上可知，日本之起訴猶豫，有兩點異於我國緩起訴制度之特徵：其一，日本之起訴猶豫並沒有犯罪種類之限制，簡言之，依據法律所定，在日本，連殺人罪也可能起訴猶豫，相對於此，我國緩起訴有罪種之限制（我國刑事訴訟法第二百五十三條之一參照），其二，日本之起訴猶豫並沒有猶豫期間的設置，這是因為日本的不起訴並未如我國的不起訴具有所謂實質的確定力之故，詳言之，在日本，所謂的起訴猶豫，其實就是一種不起訴，按日本的不起訴本來就沒有實質的確定力，即便是一般的不起訴，在法律適用上以及理論上，不起訴後即便沒有新事實或新證據亦得再行起訴，只不過，日本之檢察實務斷不會如此行而已（換言之，同一案件不起訴後又再行起訴，多半是因為有新事實或新證據），就這層意義來說，起訴猶豫，就其效力而言，從形式

703 人，移送家庭裁判所有 87 人，而關於強制猥褻之部分，起訴有 1,459 人，起訴猶豫有 161 人，不起訴有 1,569 人，移送家庭裁判所有 397 人¹⁹。強姦之起訴人數，在 2000 年（平成 12 年）到 2005 年（平成 17 年）之間約莫在 1,000 人前後移動，其後，持續減少²⁰。而強制猥褻的起訴人員近年來約莫在 1,400 人前後移動²¹。

又依據 2015 年公布之平成 26 年檢察統計年報之表 12「刑法犯的主要罪名別起訴率的推移」（刑法犯の主な罪名別起訴率の推移）²²所示，強制猥褻與強姦的起訴率之推移如下：

表 5. 日本刑法犯的主要罪名別起訴率的推移

表12節錄	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年	2014年
強制猥褻・強姦	53.8%	53.3%	51.4%	49.6%	47.3%	43.4%

資料來源：平成 26 年檢察統計年報之表 12

由上表可知，雖日本性犯罪之定罪為 99.9%左右，但是其起訴率約莫一半，近年來更有降低之趨勢。又與其他罪名別之起訴率相較，屬中等，並非屬高起訴率，也非屬低起訴率。依據下表 6 所示，起訴率之最高與最低分別如下：

表 6. 日本起訴率最高與最低之罪

表12節錄	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年	2014年
公務執行妨害	61.3%	63.0%	58.8%	58.9%	57.0%	56.4%
汽機車過失致死傷等	9.7%	9.5%	9.3%	9.4%	9.5%	10.2%

資料來源：平成 26 年檢察統計年報之表 12

又 2015 年（平成 27 年）版犯罪白書則指出 2014 年（平成 26 年）的起訴率，強姦僅 37.2%（比 2013 年降低 6.2pt），強制猥褻則為 45.8%（比 2013 年降低 3.1pt）²³。又同年之起訴猶豫率，強姦為 10.4%，強制則為 9.9%，跟一般刑

觀之，與一般的不起訴在理論上以及法制面上並無區別，此點與我國法之設計也相當不同。

¹⁹ 前揭註 15。

²⁰ 前揭註 15。

²¹ 前揭註 15。

²² 結果の概要，日本法務省網站：<http://www.moj.go.jp/content/001156588.pdf>（最後點閱時間：2016 年 12 月 11 日）。

²³ 前揭註 15。

法犯全體之起訴猶豫率（50.6%）相比，顯然較低²⁴。

日本之定罪率原為 99.9%以上²⁵，日本實施裁判員制度後，其定罪率並無顯著變化，以整體而言仍維持 99.9%左右²⁶。不過，依據司法研修所報告書所示，裁判員制度下，性犯罪²⁷之量刑有較之前加重之傾向，而無罪率卻出乎意料之外，約減少 0.1%左右²⁸。簡言之，日本之定罪率，不論一般犯罪，或性犯罪，都顯然比臺灣高。因為定罪率已經很高了，所以沒有針對性侵害無罪判決定罪率高低的研究，故難以再做進一步比較。

²⁴ 前揭註 15。

²⁵ 日本的有罪判決數自從 1957 年公開統計數字以後，有罪率年年高達 99%以上。而日本之有罪率計算，即有罪件數為分子，全部判決件數為分母，相除後乘以一百，具體計算可上網參照日本法務機關或司法機關所公布統計資料，例如日本之法務省所公布平成 27 年版之犯罪白書的第 2 編/第 3 章/第 1 節的 2-3-1-1 表

（<http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/62/nfm/images/full/h2-3-1-01.jpg>，最後點閱時間：2016 年 10 月 6 日）有公布平成 17 年（2005）到平成 26 年（2014）之全部確定判決之件數以及無罪之件數，以平成 26 年來看，無罪僅 116 人，全部判決有罪人數為 337,794 人，337,794 減去 116，即有罪者為 337,678 人，再除以 337,794，再乘以 100，就得出 99.9%。其他年度計算亦會得到同樣數值。

²⁶ 裁判員裁判実施狀況の検証報告書，平成 24 年 12 月，日本最高裁判所事務總局，http://www.saibanin.courts.go.jp/vcms_lf/hyousi_honbun.pdf#search='%E8%A3%81%E5%88%A4%E5%93%A1+%E7%84%A1%E7%BD%AA%E7%8E%87+%E7%B5%B1%E8%A8%88'（最後點閱時間：2016 年 12 月 11 日）。

²⁷ 裁判員裁判之適用案件於裁判員法第二條第一項定有明文，即同條項第一款以法定刑為準，該當於死刑或無期徒刑之罪即有同法適用，此處所謂之性犯罪，除日本刑法第二十二章所定強制猥褻致死傷罪，強姦致死傷罪及集團強姦致死傷罪外，尚有同法第三十六章所定強盜強姦罪以及強盜強姦致死罪。

²⁸ 近平澤修，時の刑法改正と重罰化について-総論上の問題を中心に，中央学院大学法学論叢，27(1/2)，27-50，頁 17（2014）。

三、德國

本研究計畫乃針對刑法第二百二十一條普通強制性交罪、第二百二十二條加重強制性交罪和第二百二十五條乘機性交罪為研究對象。以下，以德國刑法（StGB）與我國上述罪名比較能相對應的條文規定為說明對象，合先敘明。

若問對應我國刑法第二百二十一條普通強制性交罪、第二百二十二條加重強制性交罪和第二百二十五條乘機性交罪的德國法條文，答案是實際上無法完全對應。原因一來是我國法與德國法性侵犯罪的犯罪構成要件細節略有不同（見貳之對照表），再者，德國並無獨立的猥褻罪，德國法的「性行為」法律定義（§ 184h StGB），並不是定義「性交」，其所稱「性行為」涵蓋我國法認知的猥褻行為。在此意義下，德國性強制罪（§ 177 StGB）就包含我國法理解的強制性交罪與強制猥褻罪。如勉強要談兩國法的對應關係，比較適合以德國刑法第 177 條第 1 項、第 177 條第 2 項至第 4 項、第 179 條作為比較對象。

德國刑法這三項罪名的定罪率以及與其他犯罪類型的定罪率相比，依德國聯邦統計局（Statistisches Bundesamt）於 2016 年公布的 2014 年司法追訴定罪率統計（不含少年刑法在內²⁹），數據如下：

表 7. 德國 2014 年司法追訴定罪率統計（不含少年刑法在內）

罪名	條文依據	受判決人數	有罪人數	定罪率
性強制罪 Sexuelle Nötigung	§ 177 I StGB	616	342	55.52%
加重性強制罪 Sexuelle Nötigung in besonders schweren Fällen	§ 177 II- V StGB	650	451	69.38%
對無抵抗能力人之性 濫用罪 Sexueller Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen	§ 179 StGB	252	160	63.49%

資料來源：Statistisches Bundesamt

²⁹ Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/ThemaRechtspflege.html> (last visited Oct. 6, 2015)。

表 8. 德國 2014 年其他罪名的司法追訴定罪率（本報告僅擇選常見罪名）

罪名	條文依據	受判決人數	有罪人數	定罪率
竊盜罪	§ 242 StGB	107,434	94,280	87.76%
謀殺罪	§ 211 StGB	158	129	81.01%
輕傷罪	§ 223 StGB	48,645	35,485	72.95%
背信罪	§ 266 StGB	1,818	1,269	69.80%
殺人罪	§ 212 StGB	458	293	63.97%
強盜罪	§ 249 StGB	1,513	964	63.71%

資料來源：Statistisches Bundesamt

單就 2014 年統計數據來看，尚未能得出「德國性侵犯罪之定罪率遠低於其他犯罪」的推論，充其量，只表現出「德國普通性強制罪之定罪率」（55.52%）低於加重性強制罪（69.38%）和對無抵抗能力人之性濫用罪（63.49%），也低於竊盜（87.76%）、輕傷（72.95%）、殺人（63.97%）等本報告擇選之罪名。另外，德國加重強制性交罪之定罪率（69.38%）卻高於殺人罪（63.97%）和強盜罪（63.71%）。準此，恐怕難以泛稱德國之性侵犯罪定罪率明顯低於其他犯罪類型。

四、我國

首先，在通報率的部分，我國近十年來之性侵害事件通報案件數逐年增加，且通報單位多以教育、警政及醫院為主，若以 2015 年為例，該年性侵害事件通報案件共 16,630 件，教育單位的通報件數比例為 34.67%、警政單位的通報件數比例為 26.01%、醫院的通報件數比例則係 25.11%。我國通報案件數量及通報單位之所以會增加，是因為性侵害犯罪防治法在民國 91 年及 94 年修正時增訂「義務通報」的條文，要求醫院、診所、警察、社政、教育及衛生單位在受理性侵害犯罪有關事務時，「應」即通報當地主管機關³⁰，是故現今數據已有相當幅度之增長。

我國近五年地方法院檢察署偵查終結起訴人數總計 106 萬 9,024 人，前五項罪名所占比率依序為公共危險罪、毒品罪、竊盜罪、傷害罪和詐欺罪。相較之下，妨害性自主罪僅占 1.0% 左右³¹。另觀察近五年地方法院檢察署偵查終結案件起訴率及執行裁判確定案件定罪率，可發現 100 年至 104 年起訴比率為 42.08%，各年的變動幅度不大。其中，「起訴率」最高者為搶奪強盜罪，其次依序為賭博罪、妨害風化罪、公共危險罪及違反槍砲彈藥刀械管制條例。而「定罪率」最高為公共危險罪，其次依序為賭博罪、違反家庭暴力防治法、毒品罪及竊盜罪³²。相較之下，性侵害案件近五年平均起訴率約莫為 48.22%，近五年平均定罪率約莫為 88.85%，近十年平均定罪率則是 88.91%，與其他案件相比，數據表現相對較低³³。

³⁰ 中華民國 91 年 05 月 17 日修正性侵害犯罪防治法第 6 條之 2：「醫院、診所、警察、社政、教育及衛生單位受理性侵害犯罪有關事務時，應即通報當地直轄市、縣（市）主管機關性侵害防治中心。前項通報之內容，應徵得被害人、法定代理人或依法負責執行監護事務者之同意；其不同意者，應以犯罪事實或犯罪嫌疑人資料為限。」；中華民國 94 年 01 月 21 日修正性侵害犯罪防治法第 8 條：「醫事人員、社工人員、教育人員、保育人員、警察人員、勞政人員，於執行職務知有疑似性侵害犯罪情事者，應立即向當地直轄市、縣（市）主管機關通報，至遲不得超過二十四小時。通報之方式及內容，由中央主管機關定之。前項通報內容、通報人知姓名、住居所及其他足資識別其身分之資訊，除法律另有規定外，應予保密。」。

³¹ 法務部法務統計，各主要罪名起訴比率與定罪率統計分析，頁 1-2，http://www.rjtd.moj.gov.tw/rjtdweb/common/WebListFile.ashx?list_id=1417（最後點閱時間：2016 年 10 月 6 日）。

³² 同前註，頁 3。

³³ 法務部法務統計，檢察統計，地方法院檢察署執行性侵害案件裁判確定情形，<https://www.moj.gov.tw/fp.asp?xItem=126021&ctNode=23435&mp=001>（最後點閱時間：2016 年 10 月 6 日）。

表 9. 我國 2005 年至 2016 年第 1 季之「性侵害事件通報案件數」及「通報單位通報案件數比例」

單位 年份	合計 (件數)	113 專線	防治 中心	教育	社 政	勞 政	警 政	司 法	衛 生	診 所	醫 院	憲 兵 隊	其 他
2005 年	7,188	5.83	—	11.25	3.05	—	39.02	—	—	—	38.51	—	2.34
2006 年	8,075	8.17	—	13.77	3.60	—	34.01	—	—	—	36.74	—	3.70
2007 年	9,375	5.83	0.68	11.25	3.05	0.17	39.02	0.57	0.14	0.18	38.51	—	0.60
2008 年	10,260	8.17	0.66	13.77	3.60	0.10	34.01	2.13	0.02	0.12	36.74	—	0.67
2009 年	11,619	10.87	0.62	15.59	4.25	0.13	31.22	0.53	0.16	0.19	35.37	0.03	1.03
2010 年	13,434	16.38	0.71	17.44	4.43	0.12	27.36	0.42	0.11	0.16	31.83	—	1.04
2011 年	16,563	14.94	0.65	20.49	4.58	0.15	25.79	0.43	0.13	0.22	31.08	0.01	1.52
2012 年	18,670	14.11	0.63	25.85	4.53	0.63	22.98	0.40	0.14	0.31	29.05	0.04	1.33
2013 年	17,048	9.84	0.48	33.47	4.63	0.45	21.84	0.44	0.29	0.46	27.05	0.01	1.04
2014 年	17,613	7.48	0.75	33.66	5.05	0.39	24.34	0.64	0.24	0.42	25.84	0.02	1.19
2015 年	16,630	6.11	0.68	30.12	4.46	0.47	22.64	0.94	0.14	0.55	24.10	—	1.10
2016 年 第 1 季	3,042	5.66	0.64	34.35	5.41	0.60	25.00	0.93	0.14	0.51	25.80	—	0.96

資料來源：2005-2006 年資料來自內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2007-2016 年資料來自衛福部保護服務司_性侵害事件通報案件統計。

表 10. 我國 2006 年至 2015 年之「一般案件」和「性侵案件」之平均定罪率比較

	2006 年	2007 年	2008 年	2009 年	2010 年	2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	2015 年
一般案件	95.7%	96.0%	95.9%	95.4%	95.6%	96.1%	95.9%	96.3%	96.7%	96.6%
性侵案件	91.1%	89.2%	87.9%	88.2%	88.2%	90.5%	89.7%	89.3%	88.3%	86.6%

資料來源：法務部統計_檢察統計指標_地方法院檢察署執行性侵害案件裁判確定情形

表 11. 我國地方法院檢察署主要罪名起訴人數及結構比

項 目 別	100年-104年		100年		101年		102年		103年		104年	
	起訴人數	結構比	起訴人數	結構比	起訴人數	結構比	起訴人數	結構比	起訴人數	結構比	起訴人數	結構比
總 計	1,069,204	100.00	211,783	100.00	203,760	100.00	208,262	100.00	219,121	100.00	226,278	100.00
公 共 危 險 罪	284,898	26.65	45,610	21.54	46,278	22.71	56,075	26.93	69,605	31.77	67,330	29.76
不 能 安 全 駕 駛 罪	268,288		42,087		42,791		52,825		66,454		64,131	
毒 品 罪	206,433	19.31	42,960	20.28	43,025	21.12	40,305	19.35	37,779	17.24	42,364	18.72
竊 盜 罪	120,643	11.28	25,110	11.86	23,434	11.50	23,169	11.12	23,713	10.82	25,217	11.14
傷 害 罪	102,571	9.59	19,548	9.23	19,921	9.78	20,004	9.61	21,162	9.66	21,936	9.69
詐 欺 罪	56,887	5.32	13,526	6.39	11,558	5.67	10,102	4.85	10,138	4.63	11,563	5.11
賭 博 罪	47,079	4.40	9,921	4.68	9,772	4.80	9,063	4.35	8,872	4.05	9,451	4.18
偽 造 文 書 印 文 罪	33,528	3.14	7,574	3.58	6,921	3.40	6,734	3.23	6,509	2.97	5,790	2.56
妨 害 自 由 罪	20,329	1.90	4,157	1.96	4,127	2.03	4,067	1.95	3,907	1.78	4,071	1.80
侵 占 罪	13,121	1.23	2,685	1.27	2,708	1.33	2,928	1.41	2,501	1.14	2,299	1.02
妨 害 風 化 罪	12,054	1.13	2,776	1.31	2,489	1.22	2,510	1.21	2,034	0.93	2,245	0.99
殺 人 罪	11,997	1.12	2,517	1.19	2,433	1.19	2,302	1.11	2,356	1.08	2,389	1.06
妨 害 性 自 主 罪	11,310	1.06	2,356	1.11	2,472	1.21	2,260	1.09	2,175	0.99	2,047	0.90
妨 害 名 譽 及 信 用 罪	9,291	0.87	1,896	0.90	1,910	0.94	1,798	0.86	1,905	0.87	1,782	0.79
家 庭 暴 力 防 治 法	9,254	0.87	1,824	0.86	1,877	0.92	1,820	0.87	1,744	0.80	1,989	0.88
毀 棄 損 壞 罪	8,411	0.79	1,671	0.79	1,648	0.81	1,529	0.73	1,707	0.78	1,856	0.82
背 信 及 重 利 罪	7,915	0.74	2,053	0.97	1,699	0.83	1,640	0.79	1,272	0.58	1,251	0.55
槍 砲 彈 藥 刀 械 管 制 條 例	7,838	0.73	1,614	0.76	1,520	0.75	1,568	0.75	1,411	0.64	1,725	0.76
搶 奪 強 盜 罪	7,433	0.70	1,949	0.92	1,612	0.79	1,277	0.61	1,369	0.62	1,226	0.54
恐 嚇 及 擄 人 勒 贖 罪	6,505	0.61	1,557	0.74	1,245	0.61	1,293	0.62	1,193	0.54	1,217	0.54
贓 物 罪	5,925	0.55	1,730	0.82	1,275	0.63	1,132	0.54	866	0.40	922	0.41
貪 瀆 罪	4,738	0.44	814	0.38	943	0.46	929	0.45	1,292	0.59	760	0.34

資料來源：法務部_法務統計_各主要罪名起訴比率與定罪率統計分析

表 12. 我國地方法院檢察署主要罪名起訴比率及定罪率

單位：%

項 目 別	100年-104年		100年		101年		102年		103年		104年	
	起訴 比率	定罪率	起訴 比率	定罪率	起訴 比率	定罪率	起訴 比率	定罪率	起訴 比率	定罪率	起訴 比率	定罪率
總 計	42.08	96.33	41.67	96.09	41.17	95.94	41.91	96.30	42.88	96.74	42.71	96.56
公 共 危 險 罪	61.08	99.75	54.55	99.75	57.00	99.74	61.76	99.69	64.27	99.77	65.64	99.78
毒 品 罪	57.23	97.92	55.12	97.89	58.04	97.68	57.46	97.86	58.05	97.99	57.72	98.18
竊 盜 罪	55.02	97.83	56.05	97.89	54.94	97.83	53.73	97.82	54.68	97.85	55.61	97.76
傷 害 罪	31.90	96.38	32.02	96.38	30.96	96.24	31.33	97.12	32.38	96.26	32.77	95.93
詐 欺 罪	20.81	91.66	23.51	93.01	21.04	91.57	19.64	89.38	19.08	92.57	20.54	91.30
賭 博 罪	62.35	98.67	63.12	98.53	63.10	98.91	62.08	98.64	61.64	98.41	61.74	98.84
偽 造 文 書 印 文 罪	32.89	90.77	37.61	90.78	31.34	91.24	32.74	90.06	33.74	91.99	29.17	89.55
妨 害 自 由 罪	28.23	90.59	30.75	91.20	29.43	91.09	28.00	91.71	26.58	89.84	26.70	89.08
侵 占 罪	17.35	93.98	19.37	93.36	17.91	94.53	18.26	94.88	16.21	93.98	15.15	93.03
妨 害 風 化 罪	61.55	96.37	63.48	97.61	65.67	96.00	61.58	96.72	59.04	96.52	57.56	94.82
殺 人 罪	33.51	93.31	35.10	92.63	33.34	93.70	32.76	93.77	33.24	93.60	33.13	92.93
妨 害 性 自 主 罪	48.22	88.85	51.83	90.39	51.79	89.65	47.38	89.21	46.18	88.28	43.95	86.52
妨 害 名 譽 及 信 用 罪	15.93	86.25	17.82	88.64	16.68	85.28	15.30	86.95	15.45	86.94	14.66	83.91
家 庭 暴 力 防 治 法	59.23	98.48	61.33	98.68	61.48	99.21	59.17	98.55	57.24	98.18	57.27	97.76
毀 棄 損 壞 罪	21.54	92.57	22.10	92.96	21.58	90.83	19.26	93.19	21.82	93.73	22.95	92.19
背 信 及 重 利 罪	22.53	86.84	28.20	88.53	23.78	86.78	21.63	90.29	19.53	85.18	18.92	81.69
槍 砲 彈 藥 刀 械 管 制 條 例	60.53	93.87	61.39	93.59	59.63	93.75	61.08	93.77	58.09	92.85	62.18	95.57
搶 奪 強 盜 罪	69.31	95.15	70.46	94.01	69.01	95.84	67.89	94.91	70.42	95.65	68.19	95.90
恐 嚇 及 擄 人 勒 贖 罪	34.16	88.65	33.44	91.28	32.10	88.75	33.96	88.29	35.76	89.27	36.18	84.88
贓 物 罪	44.09	93.64	50.26	95.44	44.35	93.51	41.57	93.72	37.67	91.94	43.95	92.03
貪 瀆 罪	36.80	70.98	32.39	75.06	39.81	74.07	32.90	72.73	43.84	70.29	34.20	66.63

資料來源：法務部_法務統計_各主要罪名起訴比率與定罪率統計分析

第二節 實體法的規範與討論

一、 美國法

傳統美國法上性侵害犯罪客觀構成要件通常包括：一、性交行為；二、男性對非其配偶的女性為之；三、使用強暴、脅迫；四、違反被害人意願。經過了數十年的修法，性侵害犯罪的規範模式漸漸放寬，並且朝向性別中性的方向前進，例如擴大性交的定義，使被害人不限於女性，並且廢除或修改婚姻關係中的豁免權（marital exemption）。同時也改變性侵害犯罪的名稱，從過去所使用的「強姦」（rape）改為現在所常見的「性行為犯罪」（criminal sexual conduct）或是「性侵害犯罪」（sexual assault）。過去強暴、脅迫的要件通常附帶著要求被害人「竭力反抗」（utmost resistance）的條款，這樣的條款在今日也已不復存在。雖然絕大多數的州都還同時保留著「強暴脅迫」與「違反被害人意願」兩項要件，但也有一些州更進一步將強暴、脅迫的要件完全廢除，完全貫徹「性自主權」的想法，改以違反被害人意願作為性侵害犯罪所規範的核心要件。而學界的多數見解則是普遍認為應該要廢除強暴、脅迫的要求³⁴。

至於主觀構成要件，在傳統普通法（common law）的思維下，性侵害是一種「屬於一般主觀要件的犯罪」（general intent crime），所謂的「一般主觀要件」（general intent）係指，就算行為人沒有期待達成某種特定的犯罪結果，只要為特定行為就足以該當犯罪。就性侵害犯罪而言，在主觀要件上，檢察官只要證明到行為人有與被害人為性交之故意即可，至於性交行為是否在結果上因為違反當事人意願而構成性侵害，不在證明主觀要件的範圍內。

至於行為人對於被害人同意與否的認知能否作為有效抗辯的事由，針對這個問題各方見解不一。傳統見解認為，不論行為人的錯誤解讀是否合理，訴訟中行為人不容許以錯誤解讀作為抗辯；有的法院則容許行為人可以以「合理的」錯誤解讀作為抗辯，此時，因為審判中裁判者必須判斷被告在解讀被害人行為上是否屬「過失」（negligent），如果是基於過失的錯誤解讀，依然可以處罰，此時審判在實質上會將性侵害犯罪轉化為過失犯罪；還有一說則是認為原則上可以以錯誤解讀作為抗辯，但錯誤解讀是基於「輕率」（reckless）時，不在此限³⁵。過失與輕率差別在於前者比較偏向客觀判斷行為人的認知是否合理，後者則是偏向從行為人主觀上認定其是否莽撞地忽略被害人是否有同意。

此外，也不乏學者提出一些針對性侵害犯罪實體法的修法構想。例如，著

³⁴ David P. Bryden, *Redefining Rape*, 3 BUFF. CRIM. L. REV. 317, 320-23 (2000).

³⁵ *Id.* at 325.

名的學者 Susan Estrich 主張，應增設性侵害犯罪的「過失犯」，同時，以「不即是不」(no means no) 作為核心價值，判斷行為人的行為是否具備合理性³⁶。相較於「不即是不」只是要求行為人提升注意義務，否則即有可能構成過失，另一位著名的學者 Steven Schulhofer 則是更積極地主張，應將性侵害犯罪定位為欠缺「積極同意」(affirmative consent) 的性交行為，此外，應該保留傳統性侵害犯罪的強暴、脅迫要件，而將性侵害犯罪區分為有強暴脅迫與無強暴脅迫的性侵害犯罪³⁷。前者對合法的性與違法的性提供了明確且可以操作的界線，後者則是避免裁判者在沒有強暴脅迫的情況下，被迫於無罪以及性侵害犯罪間做選擇。甚至有學者主張應該在熟識者性侵害的情況中增設「無過失責任」的性侵害犯罪，理由是熟識者性侵害通常發生的原因是基於當事人間的信賴，信賴導致被害人的警覺性降低，因此應由法律課予行為的一方較高的注意義務³⁸。

美國各州規範性侵害犯罪立法模式不盡相同，以加州刑法為例，性侵害犯罪主要是規定於加州刑法典第 261 條³⁹(Penal Code Section 261)，簡要條列如下：

表 13. 加州刑法典第 261 條規定

條文依據	法條內容
§ 261(a)(1)	被害人因為心理或生理上的殘障而無法同意之情形。
§ 261(a)(2)	性侵害犯罪的原型，以強暴脅迫違反他人意願。
§ 261(a)(3)	以藥物使被害人無法抗拒之情形。
§ 261(a)(4)	利用被害人不知或不能抗拒之情形。
§ 261(a)(5)	對被害人隱瞞或欺騙身分之情形。
§ 261(a)(6)	以恐嚇安全之方式作為強制手段。
§ 261(a)(7)	以利用公權力作為強制手段。

資料來源：研究團隊自行整理

³⁶ See SUSAN ESTRICH, REAL RAPE (Harvard Uni. Press, Oct. 1988).

³⁷ STEPHEN J. SCHULHOFER, UNWANTED SEX: THE CULTURE OF INTIMIDATION AND THE FAILURE OF LAW 272 (Harvard Uni. Press, 1998).

³⁸ Beverly Balos & Mary L. Fellows, *Guilty of the Crime of Trust: Nonstranger Rape*, 75 MINN. L. REV. 599, 607 (1991).

³⁹ Cal. Penal Code § 261(a).

依加州刑法典 Section 261 之規定，違反 Section 261 之刑度為 3 年、6 年或 8 年。法院會依照個案具體的情事決定處罰。

加州刑法典中唯一的性侵害加重規定是針對未成年人，如果性侵害被害人為未滿 14 歲之人，而犯 Section 261(a)(2) 之罪，則可處 9 年、11 年或 13 年之有期徒刑。如果性侵害被害人為滿 14 歲之未成年人，而犯 261(a)(2) 之罪，則可處 7 年、9 年或 11 年之有期徒刑。如果性侵害被害人為未滿 14 歲之人，且年齡小於行為人 7 歲以上，而觸犯 Section 261(a) 各罪名，依加州刑法典 Section 269 之規定，可處 15 年以上有期徒刑至無期徒刑。

德州性侵害犯罪則是規定於德州刑法典 (Penal Code) Section 22.011，該州針對性侵害的定義，依據 Section 22.011(a) 係指未獲同意之性行為，而所謂未獲同意，其態樣包括：

表 14. 德州刑法典第 22.011 條⁴⁰規定

條文依據	法條內容
§ 22.011(b)(1)	以物理上的強暴或暴力為之。
§ 22.011(b)(2)	以恐嚇安全的方式為之。
§ 22.011(b)(3)	利用被害人不具有意識或是無法抗拒時為之。
§ 22.011(b)(4)	利用被害人因心理疾病而無法表態。
§ 22.011(b)(5)	利用被害人不知性侵害正在發生之時機。
§ 22.011(b)(6)	以藥物影響被害人。
§ 22.011(b)(7)	以恐嚇任何人安全的方式為之。
§ 22.011(b)(8)	利用公權力作為強制手段。
§ 22.011(b)(9)	醫療照護者利用被害人對其之依賴性作為強制手段。
§ 22.011(b)(10)	神職人員利用被害人對其之依賴性作為強制手段。
§ 22.011(b)(11)	利用工作職位作為強制手段。

資料來源：研究團隊自行整理

⁴⁰ Tex. Penal Code § 22.011(b).

上述罪名係屬第二級重罪（Second Degree Felony Punishment），依照該法 Section 12.33，可處 2 年以上 20 年以下有期徒刑。除了一般性規定以外，該州州法也針對加重事由於 Section 22.021 定有加重性侵害罪，加重事由如下表。加重性侵害犯罪屬於第一級重罪（First Degree Felony Punishment），依照該法 Section 12.32，可處無期徒刑，或 5 年以上 99 年以下有期徒刑⁴¹。

表 15. 德州刑法典第 22.021 條⁴²加重性侵害罪

條文依據	法條內容
§ 22.021(2)(A)(i)	造成重傷或意圖造成被害人死亡。
§ 22.021(2)(A)(ii)	使被害人恐懼可能造成任何人之死亡或重傷等情況。
§ 22.021(2)(A)(iii)	使用致命武器。
§ 22.021(2)(A)(iv)	與另一人共同實施犯罪行為。
§ 22.021(2)(A)(v)	以特定藥物為之。
§ 22.021(2)(B)	被害人未滿 14 歲。
§ 22.021(2)(C)	被害人為老年人或屬殘障人士。

資料來源：研究團隊自行整理

⁴¹ Tex. Penal Code §12.32. (原文：FIRST DEGREE FELONY PUNISHMENT. (a) An individual adjudged guilty of a felony of the first degree shall be punished by imprisonment in the Texas Department of Criminal Justice for life or for any term of not more than 99 years or less than 5 years. (b) In addition to imprisonment, an individual adjudged guilty of a felony of the first degree may be punished by a fine not to exceed \$10,000.)

⁴² Tex. Penal Code § 22.021(2).

二、日本法

以下分別介紹強制猥褻與強姦罪，準強制猥褻與準強姦罪，集團強姦⁴³之實體法上的構成要件與學說實務之狀況。

1. 強制猥褻與強姦罪

強制猥褻以及強姦罪，其類型有二，對 13 歲以上之女子為之，須有暴行或脅迫，對未滿 13 歲之女子，即使未有暴行或脅迫，而係在該女子之同意之下為猥褻或與之姦淫，亦該當於強制猥褻與強姦罪⁴⁴。

又強姦罪之客體在文義上僅限於女性，但強制猥褻則無此限制。姦淫係指男性性器插入女性性器，故強姦罪之主體原則上為男性，但是學說上之有力說認為女性可以間接正犯之方式單獨犯之，此說將強姦罪解為擬制身分犯⁴⁵。通說認為強制猥褻與強姦罪之保護法益為被害人之性自主（性的自由⁴⁶），此外，亦有見解認為，主要雖在保護性自主，但令人產生性的厭惡以及羞恥的情感而有害正常的性感情亦為其保護法益之一環⁴⁷。近年來則有學說主張，應以人性尊嚴或女性人格之統合性為保護法益⁴⁸。相對於此，另有學者認為，通說所謂的性自主，係指不會成為違反本人的意思而成為他人所決定之性行為的客體之自由，換言之，應將之解為享有拒否權之性自主，故此，即便不理解性之意義的幼兒也享有這裡所謂的性自主，在此意義上，自然包括所謂正常的性情感或人性尊嚴在內⁴⁹。

(1) 暴行與脅迫

前述之暴行與脅迫，依據實務與通說之見解，認為，並不需要達到強盜罪之壓制反抗的程度，只要致令被害人顯然難以反抗的程度就為已足⁵⁰。所謂顯然難以反抗，係依據個案被害人之年齡、性別、素行、經歷以及行為之日、時、處所四周環境等具體情事加以考量，在實務上認為，即便是一般正

⁴³ 集團強姦罪係在 2004 年所新設（第 178 條之 2，2005 年 1 月 1 日施行），此乃肇因於當時所發生之大學生集團強姦事件等兇惡性犯罪。

⁴⁴ 大谷實，刑法講義各論，成文堂，第 4 版，頁 121（2013）。

⁴⁵ 山口厚，刑法各論，有斐閣，第 2 版，頁 109（2010）。

⁴⁶ 同前註，頁 105。

⁴⁷ 大谷實，前揭註 44，頁 116。

⁴⁸ 辰井聡子，「自由に対する罪」の保護法益—人格に対する罪としての再構成，刑事法・医事法の新たな展開（上）—町野朔先生古稀紀念，信山社，頁 425（2014）。

⁴⁹ 參見佐藤陽子，「性犯罪」，法学教室 418 号，頁 22-23 以及頁 22 之註 11（2015）。

⁵⁰ 山口厚，前揭註 40，頁 107、110；最判昭和 33.6.6 刑集 126 号，頁 171。但有少數說認為需要達到壓制反抗的程度（滝川幸辰，刑法各論，世界思想社，頁 40（1951）），相對於此，也有學說主張只要有暴行脅迫即可不問其強度如何（植松正，刑法概論 II 各論，勁草書房，頁 190（1975））。

常性交也可能伴隨出現的程度不算強的有形力行使，也可能該當此處所謂的顯然難以反抗⁵¹。不過，也有實務見解認為，被告所使用的有形力跟一般性交所使用者並無二致，而否定強姦罪的成立，例如廣島高判昭和 53 年 11 月 20 日判時 922 號第 111 頁，被告將左手搭在被害人的肩膀上拉往自己身邊然後欲強吻被害人的唇，同時又將被害人壓倒在駕駛座上，然後壓在被害人身上，被害人哭著要被告停止，不過，本件裁判認為本件被告的言行是要跟被害人合意性交而非強姦⁵²。

至於強姦與強制猥褻之暴行與脅迫在程度上有無區別，有認為，強制猥褻的暴行與脅迫跟強姦罪不同，只要有侵害任意性就為已足⁵³。相對於此，則有認為兩者在程度上並無區別的必要，只是強制猥褻可能出於突襲性的⁵⁴，但強姦在邏輯上則比較難成立出於突襲性的情況而已⁵⁵。

(2) 強姦行為與猥褻行為

強姦係指強制姦淫，如前所述，僅指男性性器插入女性性器之性行為，而猥褻則為此種行為以外，有刺激性慾或使之產生性亢奮而且有害普通人的正常的性的羞恥心，而反於善良的道義觀念之行為⁵⁶。也有學者認為，強制猥褻之本質仍是侵害性的自我決定權⁵⁷。而具體來說，例如，接吻或撫摸陰部或乳房，抑或將異物插入肛門，或隔著衣物來回摸臀部皆屬之，此外，實務上認為，拍攝被害人之裸照，或將精液射在或沾黏在被害人身上，抑或在被害人面前露出陰莖，或偷窺他人裸體等行為，皆屬於猥褻⁵⁸。

不過有疑問的是，猥褻是否以性的意圖為必要？實務上認為，被告係以報復之目的而拍下被害人 23 歲的女子之裸照，並無「刺激性慾或使之產生性亢奮之性的意圖」，而認為不構成強制猥褻罪⁵⁹。通說亦從之，認為猥褻罪屬於傾向犯。相對於此，學說則有認為，條文上根本沒有要求「性的意圖」，而且行為人主觀上有無此種意圖根本與保護被害人的性自主或羞恥的情感無關，再者，要斷定有無此種意圖，不可避免的必須進入行為人的無意識的

⁵¹ 佐藤陽子，前揭註 49，頁 23 以及同頁之註 15。

⁵² 佐藤陽子，前揭註 49，頁 23。

⁵³ 大谷實，前揭註 44，頁 119。

⁵⁴ 大判大 14・12・1 刑集 4・743 認為趁隙觸碰對方的陰部或抓弄乳房等輕微的暴行亦屬於侵害對方的任意性而構成強制猥褻。

⁵⁵ 佐藤陽子，前揭註 49，頁 24。

⁵⁶ 名古屋高裁金沢支判昭和 36 年 5 月 2 日下刑集 3 卷 5=6 号，頁 399。

⁵⁷ 內田文昭，刑法各論，第 3 版，頁 158（1996）。

⁵⁸ 參照佐藤陽子，前揭註 49，頁 24-25，以及同頁之註腳 24-28 索引實務判決。

⁵⁹ 最判昭和 45・1・29 刑集第 24 卷第 1 號第 1 頁。

內心世界，此有違構成要件之明確性要求⁶⁰。

2. 準強制猥褻與準強姦罪

準強制猥褻以及準強姦罪係趁人心神喪失或不能抗拒，抑或使其陷於心神喪失或不能抗拒而為猥褻或姦淫行為。心神喪失係指精神或意識的障礙兒致使喪失對性行為（不限於性交，包括撫摸性器等）之正常判斷能力；而不能抗拒係指心神喪失以外在心理或物理上不可能抵抗或顯然難以抗拒的狀態⁶¹。實務上認為姦淫只有 4、5 歲智能程度的女子，構成趁人心神喪失而為姦淫⁶²。但是通說認為這裡所為心神喪失跟刑法第三十九條第一項所謂的無責任能力的心神喪失不同，例如重度精神耗弱者雖然不具刑法上的責任能力，但是若其能理解性交之意義，即便與之性交也不構成趁人心神喪失而為姦淫之準強姦罪⁶³。而所謂抗拒不能是指心神喪失以外的心理或物理上不可能抵抗或顯然難以抗拒之狀態，例如實務上認為，利用被害人半睡半醒的狀態，使其誤信行為人為自己的情夫而行姦淫者，該當這裡的抗拒不能而成立準強姦罪⁶⁴。而醫生利用患者對其之信賴，宣稱與之性交為治療的一部分，患者誤信，而任其姦淫，實務上認為成立準強姦罪⁶⁵，又牧師對信徒的少女宣稱，如果不跟他性交就會墮入地獄，少女很害怕，只好屈從，實務上也認為成立準強姦罪⁶⁶。相對於此，亦有學說認為，此時患者或信徒既然都理解所為者乃性交行為而為同意，應該不成立準強姦罪⁶⁷。不過，另有學說批評，此處的問題不是有沒有同意或同意有效與否，而是有無該當抗拒不能之問題⁶⁸。

3. 集團強姦

集團強姦罪是在 2004 年所增訂，因為其較諸通常的強姦更為惡質，所以定為非告訴乃論，而且在法定刑上也較重，日本刑法第一百七十八條之二規定 2 人以上於現場共犯第一百七十七條或前條第二項之罪者，處 4 年以上附勞役之有期徒刑。

⁶⁰ 大谷實，前揭註 44，頁 118。

⁶¹ 大谷實，前揭註 44，頁 122。

⁶² 東京高判昭 51・12・13 東時第 27 卷第 12 號，頁 165。

⁶³ 大谷實，前揭註 44，頁 122。

⁶⁴ 亦可參照仙台高判昭 32・4・18 高刑集第 10 卷第 6 號，頁 491；広島高判昭 33・12・24 高刑集第 11 卷第 10 號，頁 701。

⁶⁵ 大判大正 15・6・25 刑集 5 卷，頁 285。

⁶⁶ 京都地判平成 18・2・21 判夕 1229 號，頁 344。

⁶⁷ 山中敬一，刑法各論，第 2 版，頁 151（2009）。

⁶⁸ 林美月子，錯誤に基づく同意，刑事法學の現代的狀況—內藤謙先生古希祝賀，有斐閣，頁 38 以下（1994）。

所謂現場，係指犯罪實行的場所或社會通念上與之為一體之場所⁶⁹，而本罪只要求在現場有 2 人以上之人在場為已足。換言之，縱令僅有其中 1 人為姦淫行為，亦可該當，不過，所謂在場，是否要求必須始終、同時在場？則學說上見解分歧⁷⁰。又本罪在場之人係共同正犯關係，必須有共同實行的意思聯絡方足以成罪。故此，若僅僅是偶然地在現場的 2 人，其間並無意思聯絡，而在同一現場對同一被害人各別實行姦淫行為者，並不會該當本罪⁷¹。

⁶⁹ 佐藤弘規，刑法等の一部を改正する法律，ジュリスト 1285 号，頁 35（2005）。

⁷⁰ 大谷實，前掲註 44，頁 124。

⁷¹ 大谷實，前掲註 44，頁 124-125。

表 16. 日本刑法對性侵害犯罪之規定

條文依據	法條內容
第二十二章 猥褻、姦淫及重婚罪	
第一百七十四條	(公然猥褻)
第一百七十五條	(猥褻物頒布等)
第一百七十六條 (強制猥褻)	對十三歲以上之男女、以暴力或脅迫為猥褻行為者，處六個月以上十年以下附勞役之有期徒刑。對未滿十三歲之男女為猥褻行為者亦同。
第一百七十七條 (強姦)	以暴力或脅迫姦淫十三歲以上之女子者為強姦罪，處三年以上之附勞役之有期徒刑。姦淫未滿十三歲之女子者亦同。
第一百七十八條 (準強制猥褻及準強姦)	趁人之心神喪失或不能抗拒、又或使其心神喪失或不能抗拒而為猥褻行為者，適用第一百七十六條所定。 趁女子之心神喪失或不能抗拒、又或使其心神喪失或不能抗拒而為姦淫行為者，適用前條所定。
第一百七十八條之二 (集團強姦等)	二人以上於現場共犯第一百七十七條或前條第二項之罪者，處四年以上附勞役之有期徒刑。
第一百七十九條 (未遂罪)	第一百七十六條至前條之未遂犯罰之。
第一百八十條 (告訴乃論)	犯第一百七十六條至第一百七十八條之罪以及其之未遂犯，若無告訴，不得提起公訴。 前項規定，於二人以上於現場共犯第一百七十六條或第一百七十八條第一項之罪又或其之未遂犯，不適用之。
第一百八十一條 (強制猥褻等致死傷)	犯第一百七十六條或第一百七十八條第一項之罪又或其之未遂犯而致人死傷者，處附勞役之無期徒刑或三年以上附勞役之有期徒刑。 犯第一百七十七條或第一百七十八條第二項之罪又或其之未遂犯而致女子死傷者，處附勞役之無期徒刑或五年以上附勞役之有期徒刑。 犯第一百七十八條之二之罪或其之未遂犯而致女子死傷者，處附勞役之無期徒刑或六年以上附勞役之有期徒刑。
第一百八十二條	(淫行勸誘)
第一百八十三條	削除
第一百八十四條	(重婚)

資料來源：研究團隊自行整理

4. 修法動態—2015 性犯罪之罰則的檢討會之彙整報告書

性犯罪之罰則改正，除於參眾兩院之法務委員會的累次附帶決議中要求加以檢討外，平成 22 年（2010 年）12 月 17 日內閣決議之第 3 次男女共同參與謀畫基本計畫中亦有加以檢討。平成 26 年（2014 年）10 月，法務大臣指示檢討性犯罪之罰則，成立關於「性犯罪之罰則的檢討會」（性犯罪の罰則に関する検討会），從 10 月開始為期約 9 個月的檢討，共開 12 次會，檢討結果並彙整為報告書（性犯罪の罰則に関する検討会取りまとめ報告書）公布週知⁷²。其中與本次法務部委託項目有關之論點主要有六：其一，強姦罪是否應改為非告訴乃論；其二，公訴時效應否廢止或停止；其三，對配偶亦可成立強姦罪之明示規定之要否；其四，強姦罪等之暴行、脅迫要件是否應加以緩和；其五，是否應針對利用地位或關係性所為性交創設新的處罰類型；其六，是否提高性交之同意年齡。以下分述之：

(1) 強姦罪是否應改成非告訴乃論

強姦罪乃對於性自由之犯罪，其保護法益有兩種理解可能：其一，單純的違反被害人意思之行為；其二，對侵害被害人之人性尊嚴的行為，若理解為前者，本罪之僅係人際往來（コミュニケーション）之問題，本質上非重罪，若理解為後者，則屬重罪，檢討會中以後者為共識展開議論⁷³。檢討會以及公聽會之多數意見皆贊成強姦罪應該改為非告訴乃論。其理由如下：

A. 減輕被害人之負擔

公聽會中有意見指出，是否要訴追不應由被害人決定而應由檢察官決定，以減輕被害人之身心負擔。例如，公聽會中就有被害人表示，現行之告訴乃論制度給予其極大的身心負擔⁷⁴。尤其，在被告係相識之人時，此種負擔更

⁷² 此報告書提出後，岩城光英法務省之首長在 10 月 9 日就性犯罪之嚴罰化之刑法改正綱要向法制審議會提出諮詢，預計於 2016 年秋季臨時國會提出。法案之內容主要有四：其一，將強姦罪之法定刑下限提高；其二，改為非告訴乃論；其三，加強對未滿 18 歲之被害人的保護；其四，消彌男女差別，準性交行為亦在處罰之列。強姦罪法定刑の下限引き上げへ 性犯罪嚴罰化目指し法制審に諮問法相，産経ニュース，<http://www.sankei.com/affairs/news/151009/afr1510090023-n1.html>（最後點閱時間：2016 年 10 月 6 日）；強姦罪など性犯罪の罰則強化、非親告罪化など、刑法改正案は 2016 年秋以降提出へ法相諮問，宮崎信行の国会傍聴記，<http://blog.goo.ne.jp/kokkai-blog/e/30c46d32ef09813582e84958fb8d8349>（最後點閱時間：2016 年 10 月 6 日）。

⁷³ 性犯罪の罰則に関する検討会，「性犯罪の罰則に関する検討会」取りまとめ報告書，平成 27 年 8 月 6 日，頁 2。日本法務省，<http://www.moj.go.jp/content/001154848.pdf>（最後點閱時間：2016 年 10 月 6 日）。

⁷⁴ 同前註，頁 4。

大，被害人常常會覺得反正就這樣了，真的要告嗎？還是自己隱忍下來算了⁷⁵。不過在公聽會中也有從被害人的立場表示即使已經逮捕犯人，想到要在審判程序中面對加害人浪費時間，還是撤回告訴好了。所以還是維持告訴乃論比較好⁷⁶。

雖檢討會中多數意見贊成改為非告訴乃論，不過有意見指出，即便改為非告訴乃論，也應該尊重被害人之意見，如被害人明示反對提起公訴，制度上應保障之⁷⁷。對此，多數見解認為，強姦罪如果被害人不願追訴，則不會配合偵查，若此，根本難以證明犯罪，就算沒有制度性保障，按照現行實務，也會不起訴，除非是事證明確，沒有被害人的供述也能充分證明之案件，而檢察官又認為有起訴的必要，才會反於被害人的意思提起公訴，這種情況，應該好好地跟被害人溝通，以為妥善處理。所以結論上認為改為非告訴乃論後也沒必要特別在制度上保障被害人的意思⁷⁸。

B. 減少追訴之困難

如前所述，日本強制猥褻以及強姦罪的起訴率約莫只有 50%左右，且近年以來有逐漸降低的趨勢，而不起訴的原因有大半是因為被害人撤回告訴，如果加上根本沒有提出告訴者，則犯罪黑數應該更大。所以檢討會中有指出，現行法將性犯罪定為告訴乃論，旁人發現內情也很難通報，而且性犯罪之被害人也常會產生內在的混亂，自責或有羞恥感，而認為是自己的錯，如此一來便難以提出告訴⁷⁹。除此之外，被害人還可能害怕加害人報復而不敢提出告訴⁸⁰。且精神科的臨床醫學發現，其實被害人多半還是希望處罰加害人，如果改為非告訴乃論，可能會增強被害人提告的勇氣⁸¹。

又在實務上，告訴乃論之制度設計已經變成加害人脫罪的有利武器，即加害人之辯護人會運用兩手策略，一方面提出和解金換撤回告訴，一方面利用被害人不懂法律的恐懼心理而迫使其撤回告訴⁸²。另外，如果被害人是未成年，而加害人為其生母之丈夫或交往對象時，因為生母不想離婚也不想分

75 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 3。

76 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 3。

77 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 5。

78 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 5。

79 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 3。

80 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 3。

81 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 3。

82 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 5。

手，被害人實際上很難提出告訴⁸³。

(2) 強姦罪質之釐清

實務上常見到被害人因顧慮到自己的名譽而不想提告⁸⁴。事實上，現行法將強姦罪定為告訴乃論也是基於保護被害人名譽，但檢討會中指出認為被強姦係不名譽的這種想法本身就有問題⁸⁵。因為該感到可恥的應是加害人，而非被害人。而且被害人之名譽或隱私之侵害問題在非告訴乃論之集團強姦或強姦致死致傷罪中也同樣會發生，所以重點不在於告訴乃論或非告訴乃論。換言之，要保護被害人之名譽或隱私，不應用非告訴乃論之方式來處理，正本溯源之道，應該設計相對應的制度來保護被害人之名譽或隱私⁸⁶。

另現行法認為強姦罪中多數係起因於微妙人際關係的交際問題，故此不應無視當事人的意思而強制偵查或審判，相對於此，集團強姦或強姦致死傷罪則非人際問題，故前者定為告訴乃論，後者定為非告訴乃論，但檢討會中指出即使是一對一的強姦也有很多是跟人際問題無涉的事例，且國民一般認為強姦係屬於重大犯罪，故檢討會之多數立場認為應改為非告訴乃論⁸⁷。

(3) 公訴時效應否廢止或停止

現行法之下，強姦罪的公訴時效期間為 10 年，強制猥褻罪的公訴時效期間為 7 年，如被害人為未成年人，雖然知道受害也知道加害人為誰，例如，子女為父母所害，因為跟加害人之間存有支配與被支配的關係，而無法提告。又或被害人年幼，根本不知道已經被害，自然無法提告，為保護未成年人，有認為是否應將性犯罪之公訴時效規定廢止或停止⁸⁸。

對此，多數意見傾向否定說，其認為長時間經過後，證據已經逸散，恐怕難以發現真實，反而造成冤獄，而且僅有性犯罪廢止時效制度，也非妥當。而且如果改為非告訴乃論，透過兒福機構的協助，應改可以幫助通報未成年受性侵案件，如此一來，應該沒有必要廢止時效制度或另設時效停止制度⁸⁹。而且就算廢止時效制度或另設時效停止制度，若沒有證據也無法將加害人繩之以法，所以正本清源之道，還是應該在制度上設計如何能早期發現兒童受

83 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 5。

84 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 4。

85 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 4。

86 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 5。

87 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 4。

88 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 7。

89 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 8-9。

性虐待案件，並協助兒童如何在法庭上順利正確的供述⁹⁰。

(4) 對配偶亦可成立強姦罪明示規定之要否

檢討會中有指出，日本刑法第一百七十七條雖未將配偶除外，不過實務上實際的運用，囿於社會一般認為結婚的話當然會行房，等於賦予妻子性交應諾義務，所以對妻子幾乎不會成立強姦⁹¹。雖然學說上多數認為對配偶當然可以成立強姦罪，不過這種觀念在一般人以及第一線的偵查員中尚未充分滲透⁹²。跟警察提告被丈夫強姦，通常會碰釘子⁹³。

相對於此，也有認為沒有必要作此明示。因為對配偶可以成立強姦為學說一致見解，而且也有高等法院的判決先例肯認對配偶成立強姦罪⁹⁴。檢察實務上，就配偶強姦之案件雖鮮少有加以起訴者，但這並不是因為認為刑法第一百七十七條無適用在配偶，而是因為證明困難⁹⁵。如果沒辦法證明婚姻關係已經產生破綻，那要證明不同意行房就很難，自然沒有辦法起訴，反之如果可以證明婚姻關係已經有所破綻，那要證明不同意行房就比較容易⁹⁶。這在警察的處理也是一樣⁹⁷。而且社會上或許存在有認為對配偶不成立強姦的誤解，而導致有所謂被害黑數，但這也不是設明示規定就可以解決，而應該加強民眾法治教育⁹⁸。

(5) 強姦罪等之暴行，脅迫要件是否應加以緩和

強姦罪的暴行與脅迫的要件，在男女共同參與謀畫會議與對女性之暴力的專門調查會中也指出有檢討的必要⁹⁹。而最高法院昭和 33 年 6 月 6 日也曾判決以「其暴行或脅迫之行為，縱使若單純地僅就該行為觀察之而未達右揭程度（顯然使其難以抗拒之程度）者，如配合上對方之年齡、性別、素行、經歷等，或其所為之時間場所四周的環境，或其他具體的情事，使對方不能抗拒或使其顯然難以抗拒者即為已足¹⁰⁰。」。

90 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 9。

91 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 10。

92 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 10。

93 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 10。

94 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 11。

95 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 11。

96 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 11。

97 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 11。

98 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 12。

99 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 18。

100 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 18。

但檢討會中有指出，事實上，各法院對於各該要件之認定相當嚴格，導致本來應處罰之事件變為無罪，故有認為應放寬暴行與脅迫要件，且若要放寬，準強姦罪的心神喪失與不能抗拒的要件也要一併檢討¹⁰¹。基本上，希望廢除此等要件，如果有困難的話，強姦罪的本質是不同意性交之罪，現行法上強姦以及準強姦罪的要件中有暴行、脅迫、心神喪失、不能抗拒之外，應檢討追加不同意性交的類型化要件，例如突襲、用計、威逼、藥物之使用、被害人之知能障礙等。此等追加，如果難以放在刑法典中，可以考慮跟駕駛汽機車致人死傷行為處罰法一樣（自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律），另行制定特別法¹⁰²。

不過，檢討會中多數意見反對，其認為，現行實務透過暴行與脅迫的認定來達成確實反於被害人意思確信，如果將此要件廢除，即便是無法確信是否確實反於被害人的意思的案件也會遭到處罰，有違「有疑惟利被告原則（疑わしきは被告人の利益¹⁰³）」。

且實務上，關於強姦罪，已經非常廣泛地認定暴行與脅迫要件，就算不該當於暴行與脅迫，如果有不能抵抗的情事，也能成立準強姦罪¹⁰⁴。如果除此之外的不同意性交也全數加以處罰，等於要求辯方必須證明經同意的反證，此將與現行訴訟構造有所齟齬¹⁰⁵。併指出，英國的強姦罪以不同意為要件，暴行與脅迫並非要件，熟識者之間的性犯罪的通報因此增加，而同意的有無認定上容易有爭議反而讓有罪率下降，從此點來看，暴行與脅迫要件的廢止未必有利於被害人保護¹⁰⁶。並認為暴行與脅迫的要件是事實認定問題，如果認定不當也不是改正刑法就可以處理的，應該加強法官的教育與研修，尤其應加強彼等對被害人心裡的認識等精神醫學上的知識¹⁰⁷。

(6) 是否應針對利用地位或關係所為性交創設新的處罰類型

雖然多數見解反對廢除暴行與脅迫要件，但其中有主張若加害人利用其與被害人之間具有一定的地位或關係性¹⁰⁸而為性交的情形，應放寬暴行與脅

¹⁰¹ 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 18。

¹⁰² 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 18。

¹⁰³ 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 18。

¹⁰⁴ 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 18。

¹⁰⁵ 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 18。

¹⁰⁶ 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 18。

¹⁰⁷ 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 19-20。

¹⁰⁸ 所謂一定的地位或關係性係指親子或親屬間的撫養關係、師生關係、雇用關係、身心障礙者設施的職員與受人所者的關係醫病關係、運動教練或協會幹部與選手間的關係（性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 22）。

迫要件，或以其他要件取而代之，即以地位或關係性為要件創設新的犯罪類型¹⁰⁹。

對此，有反對意見認為，利用地位或關係性的性交，應可構成現行的準強姦罪，而且就算有一定的地位或關係性也可能有真摯的同意，僅因為此種地位或關係性的存在就推定不同意，恐怕有道德刑法的問題¹¹⁰。不過也有指出，現行的準強姦罪以心神喪失或抗拒不能為要件，可能會出現處罰的漏洞，立法上可以考慮針對雖非不能抗拒但難以抗拒的情況加以類型化，於此情形，即使沒有暴行與脅迫也可以處罰¹¹¹。擔任性犯罪偵查的偵查官也表示，確實有些案子實際上與強姦罪具同樣可罰性的行為，但現行法卻無法處罰¹¹²，例如從小時候就被生父或養父性侵，當初根本無法意識到自己被侵害，就這樣一直持續被姦淫，這段時間根本沒有任何暴行或脅迫，難以構成強姦，又沒有辦法證明有不能抗拒的情事，也無法構成準強姦，頂多以兒童福祉法違反來處理¹¹³。

109 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 21。

110 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 21。

111 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 21-22。

112 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 22。

113 性犯罪の罰則に関する検討会，前掲註 73，頁 22。

三、德國法

1. 德國刑法性犯罪規定——法條翻譯

德國刑法分則編第 13 章規定「妨害性自主罪章」(Dreizehnter Abschnitt. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung), 共 28 個條文: §§ 174 -184h StGB。依條文的法益保護方向, 可分成六種類型:

- 狹義妨害性自主: §§ 174a Abs. 2, 174c, 177, 178, 179 StGB
- 妨害兒少性發展: §§ 174, 176, 176a, 176b, 180, 182, 184 ff. StGB
- 機構依賴性之權勢濫用: §§ 174a Abs. 1, 174b StGB
- 經營性交易: §§ 180a, 181a StGB
- 散布色情文書: §§ 184, 184a, 184b, 184c, 184d StGB
- 對他人性暴露: §§ 183, 183a, 184e StGB

與我國普通強制性交罪、加重強制性交罪及乘機性交罪對應的德國現行刑法條文(德國 2016 年 9 月下旬有修法, 但尚未生效), 細節雖略有出入, 仍可對照如下:

表 17. 德國刑法性侵害犯罪之規定

我國刑法	德國刑法 ¹¹⁴
第二百二十一條 普通強制性交罪 對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者, 處三年以上十年以下有期徒刑。 前項之未遂犯罰之。	§ 177 I StGB 性強制罪 對他人以 (1) 強暴、 (2) 對生命或身體之現時危害施以脅迫, 或 (3) 利用被害人任由行為人擺佈的無助處境, 強制其與行為人或第三人為性行為或要求其對行為人或第三人為性行為者, 處一年以上自由刑。
第二百二十二條 加重強制性交罪 犯前條之罪而有下列情形之一者, 處七年以上有期徒刑: 一、二人以上共同犯之者。 二、對未滿十四歲之男女犯之者。	§ 177 II StGB 加重性強制罪 特別嚴重情形, 處二年以上自由刑, 通常指: (1) 侵入被害人身體 (2) 數人共同犯之 § 177 III StGB (加重構成要件)

¹¹⁴ 以下僅摘譯德國刑法條文與本報告相關部分, 非逐字中譯。

<p>三、對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者。</p> <p>四、以藥劑犯之者。</p> <p>五、對被害人施以凌虐者。</p> <p>六、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者。</p> <p>七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。</p> <p>八、攜帶兇器犯之者。</p> <p>前項之未遂犯罰之。</p>	<p>處三年以上自由刑：</p> <p>(1) 攜帶武器或危險工具</p> <p>(2) 為使用暴力或威脅以阻止他們反抗而攜帶其他工具</p> <p>(3) 使被害人處於嚴重有害健康之危險</p> <p>§ 177 VI StGB (加重構成要件)</p> <p>處五年以上有期徒刑，</p> <p>(1) 使用兇器或危險工具</p> <p>(2) 被害人身體受重傷或有死亡危險</p> <p>§ 177 VI StGB</p> <p>減刑條款：Abs. 1, 3, 4 情況輕微者，應減刑。</p>
<p>第二百五條 乘機性交猥褻罪</p> <p>對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。</p> <p>對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。</p> <p>第一項之未遂犯罰之。</p>	<p>§ 179 StGB 對無抵抗能力人之性濫用罪</p> <p>I/II. 對於他人利用無反抗能力 (Widerstandsunfähigkeit) 而為性行為或使他人對第三人為性行為</p> <p>III. 特別嚴重情形，處一年以上自由刑</p> <p>IV. 未遂犯罰之</p> <p>V. 處二年以上自由刑</p> <p>(1) 侵入被害人身體</p> <p>(2) 數人共同犯之</p> <p>(3) 使被害人處於嚴重有害健康或顯著損害身心發展之危險</p> <p>VI. 前項情節輕微者，處一年以上十年以下自由刑</p> <p>VII. 第 177 條第 4 項第 2 款、第 178 條準用之。</p>

資料來源：研究團隊自行整理

2. 德國強制性交罪之新立法

(1) 德國聯邦會立法進展

2016年7月7日上午，德國聯邦議會(Bundestag)通過強制性交罪新法，法案名稱為「改善性自主保護—刑法修正案」(Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung)¹¹⁵，大幅修改德國聯邦政府2016年3月提出的修正草案(Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹¹⁶)。新版的性刑法，於2016年9月23日已由德國參議院(Bundesrat)審議通過，待德國總統簽署後公布生效¹¹⁷。

(2) 重大修正：刑法第177條第1項增訂「違反可辨識之意思」

德國司法部原本只有意微幅修改刑法強制性交罪，後因科隆(Köln)除夕夜性侵等事件影響立法氛圍¹¹⁸，德國聯邦議會才大舉修改性侵害犯罪條文。所修正的條文中，尤其是德國媒體一直報導新法落實「被害人說不就是不」精神的吹捧氛圍下，刑法學界主要聚焦在德國刑法第177條第1項普通性強制罪。

德國現行刑法第177條第1項是性強制罪的基本條款¹¹⁹，其規定：「對他人以(1)強暴、(2)對生命或身體之現時危害施以脅迫，或(3)利用被害人任由行為人擺佈的無助處境，強制其與行為人或第三人為性行為或要求其對行為人或第三人為性行為者，處一年以上自由刑。」。新法則規定為「違反他人可辨識之意思而使其與行為人或第三人為性行為或要求其對行為人或第三人為性行為者，處六月以上、五年以下有期徒刑」(Wer gegen den erkennbaren

¹¹⁵ 德國聯邦議會通過之法案：

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Beschlussempfehlung_%C2%A7177.pdf;jsessionid=C44C3F38CC8D1D96EF58C6ACDC616890.1_cid289?__blob=publicationFile&v=1 (最後點閱時間：2016年10月6日)。

¹¹⁶ 德國聯邦政府送交之草案全文：

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_SchutzSexuelleSelbstbestimmung.html;jsessionid=C44C3F38CC8D1D96EF58C6ACDC616890.1_cid289?nn=6712350 (最後點閱時間：2016年10月6日)。

¹¹⁷ 相關連結如：

<https://www.juris.de/jportal/portal/t/2jj/page/homerl.psm?nid=jnachr-JUNA160902039&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp> (最後點閱時間：2016年10月6日)。

¹¹⁸ 中文相關報導、介紹：1、Friede Taube，〈「不」就是「不」！德國議會通過性犯罪新法〉，德國之聲(Deutsche Welle)，2016/07/07，<http://goo.gl/II DN6C>；2、蔡慶樺，〈不要就是不要—德國修法強化保障身體自主權〉，天下雜誌「獨立評論@天下」，2016/07/12，<http://opinion.cw.com.tw/blog/profile/289/article/4517>；3、廖宜寧，〈德國性侵害犯罪條文修正簡評〉，PNN公視新聞議題中心，2016/07/16，<http://goo.gl/KQFI10>。

¹¹⁹ Vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., 2016, § 177 Rn. 4.

Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.)。犯罪構成要件兩相比較，可明顯看出，新法刪除舊法列舉之 3 種強制手段，改成單單以「違反他人可辨識之意思」(gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person) 進行性行為作為強制性交罪的構成要件。

德國聯邦眾議院公布的立法理由表示¹²⁰，被害人意思在性自主犯罪居於核心地位，為了保障被害人性自主意思，在判斷是否構成強制性交罪一事上，不以行為人完全壓制被害人反抗之意思為必要條件，只要行為人對被害人可辨識之反對意思置之不理，即該當強制性交。以被害人「不要」即為以足，成為強制性交罪尊重被害人自主意思的基本原則，這是立法理由稱此為所謂「不要就是不要」(Nein- heißt-Nein) 的立法方案。依照新法，被害人可辨識的反對意思是一般強制性交可罰性的連結因素，立法理由說，「反對意思是否可辨識，乃從客觀第三人角度加以評價。假如被害人於行為時清楚(口頭)表達反對意思，或可得推論其有反對意思(例如哭泣或對性行為加以抗拒)，對於客觀第三人而言，被害人應有可辨識的反對意思。至於被害人拒絕的理由為何，在所不問¹²¹。」；被害人的性自主意思所受到的保護，包括變更其原先表達的意思，即「不問先前是否已同意性行為、與性行為者關係為何或有所約定和對價¹²²。」。行為人主觀上對於性行為是在違反被害人客觀可辨識之意思下，而具有間接故意(容任發生)時，便已滿足強制性交的主觀構成要件¹²³。

德國刑法新法第 177 條第 1 項增加「違反他人可辨識之意思」，觀察上述立法理由的敘述，其說理在法理上站得住腳，因為，若被害人「同意」性行為，哪來的侵害性自主呢？強制性交罪一定是以違反被害人意願為固有、客觀要素，一旦被害人同意性交，該同意便發生阻卻強制性交客觀構成要件要素的效力，屬於「排除構成要件的同意」(tatbestandsausschließendes Einverständnis)。如此說來，造成德國修正刑法第 177 條第 1 項的肇因，是德國現行法的性強制罪不以被害人反對意願為要件嗎？這顯然是誤會，原因

¹²⁰ BT Drucksache 18/9097, S. 22.

¹²¹ BT Drucksache 18/9097, S. 23.

¹²² BT Drucksache 18/9097, S. 24.

¹²³ BT Drucksache 18/9097, S. 24.

一來，德國現行刑法第 177 條第 1 項本來就有「強制」之要件，二來，對於強制要素的理解，德國通說（含德國聯邦最高法院裁判）認為，處罰強制性交罪在尊重被害人反對意思，強制性交罪必然以違反被害人意願為要件¹²⁴；在判斷上，如果被害人反對意思在性行為過程持續存在，就是強制其接受性行為¹²⁵，被害人在持續強制下未有外在的反抗行為或放棄反抗，並不能據此否定被害人內在的反對意思¹²⁶。職是之故，德國刑法學者對於性強制罪增訂「違反可辨識之意思」的評價，有人說出「新法是『廢話』（Das neue Gesetz ist „Unsinn“）」，因為修正之前，「不就是不」在德國性強制罪本來就理所當然的¹²⁷。

¹²⁴ Fischer, StGB, 63. Aufl., 2016, § 177 Rn. 4.

¹²⁵ BGHSt 45, 258.

¹²⁶ Frommel, in: Kindhauser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB, 4. Aufl., 2013, § 177 Rn. 30; Laubenthal, Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2012, Rn. 163.

¹²⁷ 德國 Kiel 大學法學院教授 Frommel 女士接受 Deutschlandradio Kultur 訪問：
http://www.deutschlandradiokultur.de/sexualstrafrecht-das-neue-gesetz-ist-unsinn.1008.de.html?dram:article_id=359391（最後點閱時間：2016 年 10 月 6 日）；其他德國學界意見，可參見註 114 引用文獻內之介紹。

第三章 實證研究分析

第一節 判決分析與量化成果

一、前言

為求理解判決分析之結果，研究團隊將於下文先行敘明研究範圍、研究方法與分析因子，俾有助於理解判決分析之過程與限制，故部分內容將與第一章緒論有所重疊。另外，承第一次審查會議之建議，研究團隊亦針對被告與告訴人之性別比例、被告之身分類型、告訴人之身分類型進行量化分析，希冀能善用判決資源，以提供未來相關研究之助益。

1. 研究範圍

研究團隊的分析資料來源，係經由法務部篩選後所提供，判決範圍包括全國各級法院（即地方法院、高等法院及其分院、最高法院和軍事法院），時間限制為 101 年至 103 年間的定讞判決（包括有罪定讞和無罪定讞），所涉法條則是以刑法第二百二十一條、第二百二十二條、第二百五條第一項為主。

法務部提供判決總數（即檔案編號數）共 975 筆，案件數（即統計處序號數）共 348 件，扣除一些不宜列入計算之樣本，例如延長羈押裁定、上訴駁回裁定、他案、撤回上訴無判決書、更正判決誤寫之裁定等，可供分析且本團隊目前已分析之判決總數為 904 筆判決，案件數為 328 件。

2. 研究方法

本次判決分析所採用的方法，於研究之初係以雙盲、雙校閱之方式進行交叉比對，因此「一筆判決」會先經由「兩名」研究助理分別分析，再由「第三名」研究助理從前兩名助理的分析中，尋找相同、相異之處，並聽取前兩名研究助理的意見後彙整，以求判決分析之客觀性。惟依此方式分析完前 91 筆判決後，因判決數量龐大，囿於時間與計畫人力之限制，決定捨棄雙盲、雙校之方式，一筆判決僅經由一位助理分析。幸而經由前期累積之雙校分析、討論溝通等過程，計畫中各助理之分析標準已較統一精確，而能順利分析其餘 813 筆判決資料。

細究各研究員分析標準之統整過程，在前 91 筆雙校分析時，第三校的研究員得以觀察到不同研究員就相同判決分析的結果差異，即據以提出討論、修改因子並將因子描述更細緻化，俾使全部參與實證研究之研究員能做出標準統一的分析。如三校研究員發現，當法院就「被害人與被告事發後談和解之過程」列入有無罪考量時，有些研究員會將其歸入第一版因子中之「G.被害人事後與被告的互

動關係會影響法院對於事實的認定，尤其是否盡力避免和被告接觸與離開現場及被告」，而有些研究員會認為該因子之典型情形，係著眼於被害人與被告間之情感連絡，與以解決紛爭為目的之和解性質不同，故將之列入第一版因子之「H.其他」，並以「被告與被害人談和解」或相似之語句描述之。經研究員們與主持人們討論過後，考量法院會從談和解的過程中，以被害人對被告之反應去推測被害人於事發時的意願，且雙方談和解亦為事發後互動之一種行為態樣，故刪除 G 因子之後段，改為「G.被害人事後與被告的互動關係」，並向所有研究員說明。

又如法院將被害人性器或處女膜有無撕裂傷列入考量時，有些研究員會將其歸入第一版因子中之「H.其他」，並以「性器／處女膜有無破裂」或相似之語句描述之，但有些研究員會將其列入第一版因子之「D.有無外傷顯示遭受強制力」，此係因當時該因子之用語「外傷」一詞不夠明確之故，經討論後將描述增補為「D.肢體、性器或處女膜有無外傷顯示遭受強制力」。後經主持人們反覆思量後，考量肢體外傷與遭受強制力的連結較高，而性器、處女膜之傷口則未必與遭受強制力有關，一般合意性交也有一定可能性造成性器、處女膜之傷口，故再將此因子細分為兩個因子，分別為「I.被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為」、「G.肢體有無外傷顯示遭受強制力」，使各研究員在分析時有明確標準可依循。

除了注意因子標準之統一性外，各研究員對判決結構亦有約定之統一模式。由於本研究目的係為探討性侵害案件之無罪原因，為探究法院得心證之理由，分析時係擷取各判決「實體事項」中接續於「惟查」、「經查」、「查」後之論述，予以歸納、編碼、分析。雖本研究欲探究者為「無罪原因」，為確保各研究員於分析判決時理解各案件全貌，並求研究之完整性與精確性，亦一併分析「有罪判決」之判決原因，但於統計時則僅計算無罪判決之原因。理論上，無罪原因可見於「無罪判決」、以及維持無罪判決之「上訴駁回判決」中，但由於我國最高法院採法律審，故其所作出之「上訴駁回判決」內容大多係摘錄高院判決，判決原因則多為上訴理由不備、上訴程式不合法，因此未納入本次研究計算中。而最高法院所作出之「撤銷發回判決」則大多係針對部分證據取捨提出質疑，由於撤銷發回判決並未實際就被告有無罪為論斷，撤銷發回判決原因亦無法定性為無／有罪原因，是故也未納入本次研究計算中。

判決分析樣本中，有部分判決係數案件於同一訴訟程序中共同進行之情形，亦即一個判決中出現數位被告或數位被害人。在我國刑事訴訟法之概念下，被告數目非單一，或犯罪事實非單一，均為數案件，為符合此原則，並求計算標準一致，針對含有數被告或數被害人之判決，研究團隊選擇以案件為單位來計算無罪

／有罪原因。故若係含有數案、將數被告之無罪／有罪原因一併論述、或將同一被告對數被害人之無罪／有罪原因一併論述之判決，該一併論述之因子會乘上被告、或被害人人數（亦即該判決所含之案件數），加倍計算。

3. 分析因子說明

於研究進行之初，分析因子係參考林志潔教授與金孟華助理教授於2011年所發表文章「合理的懷疑？—以女性主義法學觀點檢視性侵害判決之偏見中」中使用的8項因子。在閱讀判決過程中，若發現原有因子無法涵蓋之判決原因，研究團隊會編列該段判決文字到「其他」，並以一句話簡述該段判決原因。當各種「其他」因子累積到一定數量後，研究團隊便會將常見因子編列、歸納為固定因子。期間經歷數次修正，共有五種不同版本（舊有版本請參所附光碟之附錄一），最後定案之因子則列表如下：

- A. 被害人與被告事發前之平日互動關係
- B. 以事發前之情境或被害人個人特質推測事發當時被害人的意願
- C. 事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑
- D. 被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷
- E. 被害人事後的情緒反應或是否出現壓力創傷症候群
- F. 被害人事後與被告的互動關係
- G. 以被害人與被告之身型大小比例或肢體有無外傷顯示遭受強制力
- H. DNA 鑑定或精液採樣是否顯示有性交行為
- I. 被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為
- J. 被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾
- K. 被害人之證述是否因其智力、精神或年齡認為有瑕疵
- L. 除被害人證述外，是否有其他事證足以補強
- M. 被害人對被告有無誣陷之動機（被害人證述的可信性憑證）
- N. 被告供述是否有不一致或矛盾
- O. 證人證言轉述自被害人，是否具補強證據之適格
- P. 測謊結果是否足以可信
- Q. 以被告事後行徑推測其對合意之認知
- R. 其他

S.以教育程度、日常或在校表現判定有無性自主的決斷能力

T.以事發前及當下被害人之身體平衡、飲酒或用藥量、表達能力、記憶清晰度判定其是否有性自主之決斷能力

U.以被害人在審判中的談吐及表現判定有無性自主的決斷能力

V.被告坦承不諱，核與證人證述或其他事證相符

W.法院是否認為鑑定報告或社工評估足以顯示被害人缺乏性自主之決斷能力

除了 R 以外，上開 A 至 W 等 23 項固定因子，多採取「開放性」用詞的設計方法，如是否、有無等，以便能共通使用於「有罪判決」和「無罪判決」的分析中。另外，有鑑於刑法第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十五條第一項的的犯罪構成要件有別，因此部分因子無法普遍性地呈現在各項判決分析中，如分析因子 B 僅會出現在刑法第二百二十一條與第二百二十二條中，分析因子 S、T、U、W 則主要會出現在刑法第二百二十五條第一項中。

4. 被告與被害人所占性別比例

承第一次審查會之建議，研究團隊另針對此 328 件（案件數）判決進行性別比例的統計。而在同一個統計處序號下，可能會出現複數被告與被害人之情形，因此研究團隊採同一被告與同一犯罪事實的方式計算，經最終統計後之被告共 366 人、被害人則為 368 人。

表 18. 被告與被害人所占性別比例

被告 (n=366)	有罪判決	無罪判決	兼具有罪、無罪判決	比例
男性 (n=361)	46 人	251 人	64 人	98%
女性 (n=5)	1 人	4 人	0 人	2%
被害人 (n=368)	有罪判決	無罪判決	兼具有罪、無罪判決	比例
男性 (n=15)	4 人	9 人	2 人	4%
女性 (n=353)	50 人	245 人	58 人	96%

資料來源：研究團隊自行整理

在有罪判決中，男性在 47 名被告中共計有 46 位（所占比例為 97.8%），女性在 47 名被告中僅有 1 位（所占比例為 2.1%），可見性侵害案件之被告仍以男性為大宗。相較之下，男性在 54 名被害人中僅有 4 位（所占比例為 7.2%），女性在 54 名被害人中共計 50 位（所占比例為 92.5%），亦徵性侵害案件之被害人多以女性為主。而在上開 4 位男性被害人中，其中 2 位是一般被害人，其中 1 位是 14 歲以上之未成年人，另 1 位則是為 7 歲以上未滿 14 歲之未成年人。

在無罪判決中，男性在 255 名被告中共計有 251 位（所占比例為 98.4%），女性在 255 名被告中僅有 4 位（所占比例為 1.5%），可見男性較女性更容易成為性侵害加害者的角色。相較之下，男性在 254 名被害人中僅有 9 位（所占比例為 3.5%），女性在 254 名被害人中共計有 245 位（所占比例為 96.4%），可見女性較男性更容易成為性侵害被害者的角色。

整體而言，男性在 366 名被告中共計有 364 位（所占比例為 98%），女性在 369 名被告中僅有 5 位（所占比例為 2%）。男性在 368 名被害人中僅有 15 位（所占比例為 4%），女性在 368 名被害人中共計有 353 位（所占比例為 96%）。

5. 被告之身分類型

承第一次審查會之建議，研究團隊亦針對此 328 件（案件數）判決進行身分

關係的統計。身分關係分為「陌生人」與「熟識者」性侵，然而亦有判決並未明確記載被告與告訴人間關係，故另設計「未記載」之分類。

表 19. 被告之身分類型

身分關係 \ 判決結果	有罪判決 (n=47)		無罪判決 (n=255)		兼具有罪、無罪判決 (n=64)	
	男性	女性	男性	女性	男性	女性
陌生人性侵	13	0	45	0	8	0
熟識者性侵						
父母親	6	1	21	0	11	0
祖父、爺爺	0	0	1	0	2	0
公公	0	0	1	0	0	0
兄弟姊妹、親戚	1	0	20	0	6	0
(前)男女朋友 或(前)夫	2	1	23	1	5	0
母親或祖母同居人	4	0	5	0	4	0
鄰居	4	0	15	0	4	0
長輩	4	1	22	0	6	0
朋友、同事	3	0	66	0	7	0
網友	0	0	5	0	0	0
師長	5	0	1	0	2	0
雇主	0	0	5	0	5	0
其他	1	0	15	1	3	0
未記載	0	1	8	0	1	0

資料來源：研究團隊自行整理

在有罪判決中，陌生人性侵所占比例為27.6%，熟識者性侵所占比例為70.2%，未記載者所占比例為2.1%，可見在性侵害案件中的加害者多為熟識者。若更進一步細分，在熟識者性侵的各項分類中，數量由高至低的排序分別為「父母親」、

「師長」與「長輩、鄰居、母親或祖母同居人」。

在無罪判決中，陌生人性侵所占比例為 17.6%，熟識者性侵所占比例為 79.3%，未記載者所占比例為 3.1%，可見在性侵害案件中的疑似加害者亦多為熟識者。若更進一步細分，在熟識者性侵的各項分類中，數量由高至低的排序分別為「朋友、同事」、「(前) 男女朋友或(前) 夫妻」與「長輩」。

整體而言，陌生人性侵所占比例為 18%，熟識者性侵所占比例為 79.3%，未記載者所占比例為 2.7%。若更進一步細分，在熟識者性侵的各項分類中，數量由高至低的排序分別為「朋友、同事」、「父母親」、「長輩」、「(前) 男女朋友或(前) 夫妻」與「兄弟姊妹、親戚」。

6. 被害人之身分類型

承第一次審查會之建議，研究團隊在按照被害人類型進行無罪原因分析前，先行統整所有被害人（包括有罪判決、無罪判決、兼具有罪判決及無罪判決者）之年紀與智能狀況，茲區分為「一般被害人」與「特殊被害人」。

所謂一般被害人是指 20 歲以上之非心智障礙者，特殊被害人則按照年紀（未滿 7 歲、7 歲以上至未滿 14 歲、14 歲以上之未成年人）及心智狀況進行區分，並考量同時兼具未成年身分與心智障礙者之情形。

表 20. 被害人之身分類型

被害人分類	數量	比例
一般被害人	152	41.3%
特殊被害人		
未滿 7 歲之未成年人	22	6%
7 歲以上至未滿 14 歲之未成年人	100	27.1%
14 歲以上之未成年人	29	7.8%
橫跨未滿 7 歲與 7 歲以上至未滿 14 歲之未成年人	3	0.8%
橫跨 7 歲以上至未滿 14 歲到 14 歲以上之未成年人	5	1.3%
心智障礙者之成年人（輕度、中度、重度）	43	11.6%
未滿 7 歲之心智障礙未成年人（輕度、中度、重度）	2	0.8%
7 歲以上至未滿 14 歲之心智障礙未成年人（輕度、中度、重度）	6	1.6%
14 歲以上之心智障礙未成年人（輕度、中度、重度）	6	1.6%
總計	368	100%

資料來源：研究團隊自行整理

承上開圖表所現，一般被害人占性侵害案件告訴人的比例為 41.3%，特殊被害人占性侵害案件被害人的比例為 58.6%，可見研究團隊本次研究判決有過半數的被害人皆為特殊被害人。其中，在特殊被害人的各項分類中，數量由高至低的排序分別為「7 歲以上至未滿 14 歲之未成年人」、「心智障礙者（輕度、中度、重度）」和「14 歲以上之未成年人」。

二、按犯罪類型區分無罪原因

研究團隊在可供分析且已分析之 904 筆判決中，計算出 601 件無罪判決，其中刑法第二百二十一條共計有 242 件、刑法第二百二十二條共計有 274 件、刑法第二百五條第一項則有 85 件。以下研究團隊將針對上開無罪判決，區分刑法第二百二十一條、第二百二十二條與第二百五條第一項，以不同犯罪類型進行各項無罪原因之統計與分析。

1. 刑法第二百二十一條之無罪原因

刑法第二百二十一條共有 242 件無罪判決，無罪判決因子共計 970 項。其中，無罪判決因子數量由高至低，數量最多者為「J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾」；次多者為「D.被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷」；再其次為「C.事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑」，其他排序如下表。

表 21. 刑法第二百二十一條之無罪原因

無罪因子 (n=970)	數量	比例
J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾	167	17%
D.被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷	87	8.9%
C.事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑	82	8.4%
G.以被害人與被告之身型大小比例或肢體有無外傷顯示遭受強制力	74	7.6%
L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強	71	7.3%
F.被害人事後與被告的互動關係	64	6.5%
A.被害人與被告事發前之平日互動關係	57	5.8%
B.以事發前之情境或被害人個人特質推測事發當時被害人的意願	57	5.8%
E.被害人事後的情緒反應或是否出現壓力創傷症候群	56	5.7%
I.被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為	55	5.6%
R.其他	46	4.7%
N.被告供述是否有不一致或矛盾	36	3.7%

O.證人證言轉述自被害人，不足為信	35	3.6%
P.測謊結果是否足以可信	26	2.6%
H.DNA 鑑定或精液採樣是否顯示有性交行為	24	2.4%
M.被害人對被告有無誣陷之動機（被害人證述的可信性憑證）	23	2.3%
Q.以被告事後行徑推測其對合意之認知	4	0.4%
V.被告坦承不諱，核與證人證述或其他事證相符	4	0.4%
K.被害人之證述是否因其智力、精神或年齡認為有瑕疵	2	0.2%
S.以教育程度、日常或在校表現判定有無性自主的決斷能力	0	-
T.以事發前及當下被害人之身體平衡、飲酒或用藥量、表達能力、記憶清晰度判定其是否有性自主之決斷能力	0	-
U.以被害人在審判中的談吐及表現判定有無性自主的決斷能力	0	-
W.法院是否認為鑑定報告或社工評估足以顯示被害人缺乏性自主之決斷能力	0	-

資料來源：研究團隊自行整理

由上表可知，被害人之證述是否有瑕疵仍影響法院心證甚鉅。尤其是在長期性侵的情況下，被害人若未能明確記憶指控性侵的時間、地點與次數（如僅陳述每周至少一次，連續三年），以致證述出現前後矛盾、錯置或遺漏，便會影響法院心證認定。另外，概括因子「R.其他」共有 46 項，其中部分原因與被害人有關，如「被害人疏忽刪除重要錄音證據」、「被害人為護士應知悉保存證據之重要卻疏忽」、「被害人拒絕進行測謊」、「被害人證述所指之情狀不合常理」、「被害人本具有同性戀傾向」、「被害人坦承分手後對被告仍有情愫」及「被害人認為非男女朋友為性交行為即該當刑法強制性交罪」等；亦有部分原因出自檢警的疏失，如「警方未即時採證」、「檢察官概略以『多次』起訴」；其他原因尚包括「被告與被害人相處時間過短，無法從事上開性侵行為」、「被告不具有主觀犯意」、「被告受傷無法對被害人施加強制手段」等。

2. 刑法第二百二十二條之無罪原因

刑法第二百二十二條共有 274 件無罪判決，無罪判決因子共計 924 項。其中，無罪判決因子數量由高至低，數量最多者為「J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾」；次多者為「I.被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為」；再其次為「L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強」，其他排序如下表。

表 22. 刑法第二百二十二條之無罪原因

無罪因子 (n=924)	數量	比例
J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾	163	17.6%
I.被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為	115	12.4%
L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強	112	12.1%
O.證人證言轉述自被害人，不足為信	67	7.2%
R.其他	65	7%
K.被害人之證述是否因其智力、精神或年齡認為有瑕疵	60	6%
P.測謊結果是否足以可信	51	5.5%
E.被害人事後的情緒反應或是否出現壓力創傷症候群	50	5%
D.被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷	49	5%
F.被害人事後與被告的互動關係	32	3%
A.被害人與被告事發前之平日互動關係	31	3%
N.被告供述是否有不一致或矛盾	26	2.8%
M.被害人對被告有無誣陷之動機（被害人證述的可信性憑證）	25	2.7%
C.事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑	24	2.5%
H.DNA 鑑定或精液採樣是否顯示有性交行為	20	2.1%
G.以被害人與被告之身型大小比例或肢體有無外傷顯示遭受強制力	15	1.6%

B.以事發前之情境或被害人個人特質推測事發當時被害人的意願	7	0.7%
T.以事發前及當下被害人之身體平衡、飲酒或用藥量、表達能力、記憶清晰度判定其是否有性自主之決斷能力	4	0.4%
U.以被害人在審判中的談吐及表現判定有無性自主的決斷能力	3	0.3%
Q.以被告事後行徑推測其對合意之認知	2	0.2%
W.法院是否認為鑑定報告或社工評估足以顯示被害人缺乏性自主之決斷能力	2	0.2%
S.以教育程度、日常或在校表現判定有無性自主的決斷能力	1	0.1%
V.被告坦承不諱，核與證人證述或其他事證相符	0	-

資料來源：研究團隊自行整理

由上表可知，被害人之證述是否有瑕疵仍影響法院心證甚鉅，而無罪因子「I.被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為」則排名第二，第三則是「L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強」。

另外，概括因子「R.其他」占刑法第二百二十二條的第五名，其中部分原因與被害人有關，如「被害人服用藥物可能出現幻覺」、「被害人無法配合作創傷症候群之鑑定」、「被害人無客觀上之正當理由不到庭」等；亦有部分原因出自檢警的疏失，如「偵查中之證述未具結」、「警方指認過程有瑕疵，其正確性有疑慮」、「因被告智能障礙無法理解警詢之問題故無法為不利被告之認定」等；其他原因尚包括「難以區分係因何種原因及何人所造成創傷症候群」、「測謊只能證明有性交，不能證明時間與次數」、「性侵害事件驗傷診斷書無法確認時點與次數」等。

表 23. 刑法第二百二十二條各款之無罪原因

無罪因子	222I① (n=47)		222I② (n=570)		222I③ (n=239)		222I④ (n=39)		222I⑦ (n=13)		222I⑧ (n=16)	
	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例
A.被害人與被告事發前之平日互動關係	1	2%	18	3.1%	8	3.3%	3	7.6%	0	-	1	6%
B.以事發前之情境或被害人個人特質推測事發當時被害人的意願	1	2%	1	0.1%	1	0.4%	1	2.5%	2	15.3%	1	6%
C.事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑	1	2%	7	12%	13	5.4%	1	2.5%	2	15.3%	0	-
D.被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷	2	4%	31	5.4%	11	4%	2	5%	0	-	3	18%
E.被害人事後的情緒反應或是否出現壓力創傷症候群	3	6%	31	5.4%	13	5.4%	2	5%	0	-	1	6%
F.被害人事後與被告的互動關係	1	2%	15	2.6%	10	4.1%	2	5%	2	15.3%	2	12%
G.以被害人與被告之身型大小比例或肢體有無外傷顯示遭受強制力	0	-	6	1.0%	8	3.3%	1	2.5%	0	-	0	-
H.DNA 鑑定或精液採樣是否顯示有性交行為	0	-	11	1.9%	6	2.5%	2	5%	0	-	1	6%

無罪因子	222I①		222I②		222I③		222I④		222I⑦		222I⑧	
	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例
I.被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為	5	10%	82	14%	22	9.2%	3	7.6%	1	7.6%	2	12%
J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾	12	25%	97	17%	46	19%	6	15.3%	0	-	2	12%
K.被害人之證述是否因其智力、精神或年齡認為有瑕疵	2	4%	43	7.5%	15	6.2%	0	-	0	-	0	-
L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強	8	17%	69	12%	29	12%	4	10.2%	2	15.3%	0	-
M.被害人對被告有無誣陷之動機（被害人證述的可信性憑證）	0	-	20	3.5%	2	0.8%	2	5%	0	-	1	6%
N.被告供述是否有不一致或矛盾	4	8%	13	2.2%	6	2.5%	2	5%	0	-	1	6%
O.證人證言轉述自被害人，不足為信	0	-	48	8.4%	18	7.5%	1	2.5%	0	-	0	-
P.測謊結果是否足以可信	0	-	41	7.1%	8	3.3%	2	5%	0	-	0	-

無罪因子	222I①		222I②		222I③		222I④		222I⑦		222I⑧	
	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例
Q.以被告事後行徑推測其對合意之認知	0	-	0	-	1	0.4%	0	-	0	-	1	6%
R.其他	7	14%	37	6.4%	15	6.2%	2	5%	4	30%	0	-
S.以教育程度、日常或在校表現判定有無性自主的決斷能力	0	-	0	-	1	0.4%	0	-	0	-	0	-
T.以事發前及當下被害人之身體平衡、飲酒或用藥量、表達能力、記憶清晰度判定其是否有性自主之決斷能力	0	-	0	-	1	0.4%	3	7.6%	0	-	0	-
U.以被害人在審判中的談吐及表現判定有無性自主的決斷能力	0	-	0	-	3	1.2%	0	-	0	-	0	-
V.被告坦承不諱，核與證人證述或其他事證相符	0	-	0	-	0	-	0	-	0	-	0	-
W.法院是否認為鑑定報告或社工評估足以顯示被害人缺乏性自主之決斷能力	0	-	0	-	2	0.8%	0	-	0	-	0	-

資料來源：研究團隊自行整理

3. 刑法第二百二十五條第一項之無罪原因

刑法第二百二十五條第一項共有 85 件無罪判決，無罪判決因子共計 321 項。其中，無罪判決因子數量由高至低，數量最多者為「J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾」；次多者為「L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強」；再其次為「D.被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷」，其他排序如下表。

表 24. 刑法第二百二十五條第一項之無罪原因

無罪因子 (n=321)	數量	比例
J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾	40	12.5%
L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強	30	9.3%
D.被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷	24	7.5%
A.被害人與被告事發前之平日互動關係	22	6.8%
N.被告供述是否有不一致或矛盾	19	5.9%
O.證人證言轉述自被害人，不足為信	18	5.6%
C.事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑	18	5.6%
I.被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為	17	5.3%
B.以事發前之情境或被害人個人特質推測事發當時被害人的意願	14	4.3%
E.被害人事後的情緒反應或是否出現壓力創傷症候群	14	4.3%
H.DNA 鑑定或精液採樣是否顯示有性交行為	13	4%
K.被害人之證述是否因其智力、精神或年齡認為有瑕疵	13	4%
P.測謊結果是否足以可信	13	4%
R.其他	13	4%
F.被害人事後與被告的互動關係	10	3.1%

S.以教育程度、日常或在校表現判定有無性自主的決斷能力	10	3.1%
T.以事發前及當下被害人之身體平衡、飲酒或用藥量、表達能力、記憶清晰度判定其是否有性自主之決斷能力	9	2.8%
U.以被害人在審判中的談吐及表現判定有無性自主的決斷能力	7	2.1%
G.以被害人與被告之身型大小比例或肢體有無外傷顯示遭受強制力	6	1.8%
W.法院是否認為鑑定報告或社工評估足以顯示被害人缺乏性自主之決斷能力	6	1.8%
M.被害人對被告有無誣陷之動機（被害人證述的可信性憑證）	5	1.5%
Q.以被告事後行徑推測其對合意之認知	0	-
V.被告坦承不諱，核與證人證述或其他事證相符	0	-

資料來源：研究團隊自行整理

由上表可知，被害人之證述是否有瑕疵仍影響法院心證甚鉅，而無罪因子「L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強」則排名第二。法院在判斷是否該當「不能或不知抗拒」時，會使用到無罪因子 S、T、U、W，因而彼等因子在刑法第二百二十五條第一項中所占比例較其他犯罪類型高。

另外，概括因子「R.其他」的部分也顯較其他犯罪類型少，與被害人有關者為「被害人記住被告身體特徵不足證明有性交行為」、「由被害人事後與被告間互動，推斷被害人仍具有性自主之決斷能力」；其他原因尚包括「衣服凌亂或穿反，並不足證有性侵行為存在」等。

三、按被害人類型區分無罪原因

如前所述，研究團隊在可供分析且已分析之 904 筆判決中，計算出 601 件無罪判決，其中一般被害人共計有 261 件、特殊被害人則有 340 件。以下研究團隊將針對上開無罪判決，區分一般被害人與特殊被害人，以不同被害人類型進行各項無罪原因之統計與分析。

1. 一般被害人之無罪原因

一般被害人共有 261 件無罪判決，無罪判決因子共計 971 項。其中，無罪判決因子數量由高至低，數量最多者為「J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾」；次多者為「D.被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷」；再其次為「C.事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑」，其他排序如下表。

表 25. 一般被害人之無罪原因

無罪因子 (n=971)	數量	比例
J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾	158	16%
D.被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷	90	9.2%
C.事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑	84	8.6%
G.以被害人與被告之身型大小比例或肢體有無外傷顯示遭受強制力	72	7.4%
F.被害人事後與被告的互動關係	66	6.7%
B.以事發前之情境或被害人個人特質推測事發當時被害人的意願	62	6.4%
L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強	60	8.9%
E.被害人事後的情緒反應或是否出現壓力創傷症候群	59	6.0%
A.被害人與被告事發前之平日互動關係	55	5.6%
I.被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為	47	4.8%
N.被告供述是否有不一致或矛盾	45	4.7%
O.證人證言轉述自被害人，不足為信	36	3.7%
H.DNA 鑑定或精液採樣是否顯示有性交行為	30	3.0%

R.其他	27	2.7%
P.測謊結果是否足以可信	24	2.4%
M.被害人對被告有無誣陷之動機（被害人證述的可信性憑證）	21	2.1%
Q.以被告事後行徑推測其對合意之認知	5	0.5%
V.被告坦承不諱，核與證人證述或其他事證相符	5	0.5%
T.以事發前及當下被害人之身體平衡、飲酒或用藥量、表達能力、記憶清晰度判定其是否有性自主之決斷能力	4	0.4%
K.被害人之證述是否因其智力、精神或年齡認為有瑕疵	2	0.2%
S.以教育程度、日常或在校表現判定有無性自主的決斷能力	0	-
U.以被害人在審判中的談吐及表現判定有無性自主的決斷能力	0	-
W.法院是否認為鑑定報告或社工評估足以顯示被害人缺乏性自主之決斷能力	0	-

資料來源：研究團隊自行整理

由上表可知，告訴人之供述是否有瑕疵仍影響法院心證甚鉅。而無罪因子「K.被害人之證述是否因其智力、精神或年齡認為有瑕疵」是指因酒醉致指述有瑕疵之情形；相較之下，無罪因子 S、U、W 的比數皆為 0 項。

此外，概括因子「R.其他」共有 27 項，其中部分原因與告訴人有關，如「被害人為護士應知悉保存證據之重要卻疏忽」、「被害人本具有同性戀傾向」、「被害人在性交過程中自行使用按摩棒」等；部分原因與被告有關，如「被告面對被害人審判外質問既未否認，也未承認」；其他原因尚包括「被告與被害人相處時間過短，無法從事上開性侵行為」、「被告不具有主觀犯意」等。

2. 特殊被害人之無罪原因

特殊被害人（即未滿 7 歲之未成年人、7 歲以上至未滿 14 歲之未成年人、14 歲以上之未成年人、心智障礙者與兼具者）共有 340 件無罪判決，無罪判決因子共計 1,088 項。其中，無罪判決因子數量由高至低，數量最多者為「J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾」；次多者為「I.被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為」；再其次為「L.除被害人證述外，

是否有其他事證足以補強」，其他排序如下表。

表 26. 特殊被害人之無罪原因

無罪因子 (n=1,088)	數量	比例
J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾	183	16.8%
I.被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為	129	11.8%
L.除被害人證述外，是否有其他事證足以補強	121	11.1%
R.其他	81	7.4%
O.證人證言轉述自被害人，不足為信	74	6.8%
E.被害人事後的情緒反應或是否出現壓力創傷症候群	68	6.2%
K.被害人之證述是否因其智力、精神或年齡認為有瑕疵	67	6.1%
P.測謊結果是否足以可信	62	5.6%
D.被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷	51	4.6%
A.被害人與被告事發前之平日互動關係	49	4.5%
F.被害人事後與被告的互動關係	33	3%
C.事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑	29	2.6%
N.被告供述是否有不一致或矛盾	28	2.5%
M.被害人對被告有無誣陷之動機（被害人證述的可信性憑證）	24	2.2%
H.DNA 鑑定或精液採樣是否顯示有性交行為	21	1.9%
B.以事發前之情境或被害人個人特質推測事發當時被害人的意願	17	1.5%
G.以被害人與被告之身型大小比例或肢體有無外傷顯示遭受強制力	14	1.2%
S.以教育程度、日常或在校表現判定有無性自主的決斷能力	13	1.1%
U.以被害人在審判中的談吐及表現判定有無性自主的決斷能力	10	0.9%
W.法院是否認為鑑定報告或社工評估足以顯示被害人缺乏性自主之決斷能力	8	0.7%

T.以事發前及當下被害人之身體平衡、飲酒或用藥量、表達能力、記憶清晰度判定其是否有性自主之決斷能力	5	0.4%
Q.以被告事後行徑推測其對合意之認知	1	0.09%
V.被告坦承不諱，核與證人證述或其他事證相符	1	0.09%

資料來源：研究團隊自行整理

由上表可知，被害人之證述是否有瑕疵仍影響法院心證甚鉅，其中在以兒童為被害人之家內性侵，兒童時常會在審判中翻供，故此項因子的數量較高。而在特殊被害人中，「O.證人證言轉述自被害人，不足為信」的數量顯較一般被害人多出一倍的數量，蓋特殊被害人往往難以自行蒐證，或在第一時間進行驗傷，通常是藉由輔導老師、同儕所發現。

另外，概括因子「R.其他」共有 81 項，占特殊被害人無罪因子的第 4 名；其他「R.其他」的因子則較不具一致性，故不加以贅述，僅於下表呈現各種特殊被害人無罪因子及其所占比例。

表 27. 特殊被害人分類後之無罪原因

無罪因子	未滿 7 歲 之未成年人 (n=134)		7 歲以上至未滿 14 歲之未成年人 (n=440)		14 歲以上 之未成年人 (n=147)		心智障礙者 (n=367)	
	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例
A. 被害人與被告事發前之平日互動關係	3	2.3%	15	3.4%	12	8.1%	19	5.1%
B. 以事發前之情境或被害人個人特質推測事發當時被害人的意願	1	0.7%	1	0.2%	7	4.7%	8	2.1%
C. 事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑	2	1.5%	5	1.1%	8	5.4%	14	3.8%
D. 被害人有無在第一時間將事情予以揭露、報警或驗傷	6	4.6%	27	6.1%	6	4%	12	3.2%
E. 被害人事後的情緒反應或是否出現壓力創傷症候群	11	8.4%	32	7.2%	7	4.7%	18	4.9%
F. 被害人事後與被告的互動關係	4	3%	8	1.8%	6	4%	15	4%
G. 以被害人與被告之身型大小比例或肢體有無外傷顯示遭受強制力	1	0.7%	3	0.6%	0	-	10	2.7%
H. DNA 鑑定或精液採樣是否顯示有性交行為	1	0.7%	9	2.0%	4	2.7%	7	1.9%

無罪因子	未滿 7 歲 之未成年人		7 歲以上至未滿 14 歲之未成年人		14 歲以上 之未成年人		心智障礙者	
	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例
I. 被害人有無處女膜破裂或性器受傷，是否足以證明有性交行為	24	18.4%	58	13%	11	7.4%	34	9.2%
J. 被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾	20	15.3%	73	16%	20	13.6%	66	17.9%
K. 被害人之證述是否因其智力、精神或年齡認為有瑕疵	13	10%	29	6.5%	7	4.7%	18	4.9%
L. 除被害人證述外，是否有其他事證足以補強	15	11.5%	55	12%	12	8.1%	39	10.6%
M. 被害人對被告有無誣陷之動機（被害人證述的可信性憑證）	2	1.5%	18	4.0%	2	1.3%	2	0.5%
N. 被告供述是否有不一致或矛盾	1	0.7%	13	2.9%	6	4%	8	2.1%
O. 證人證言轉述自被害人，不足為信	12	9.2%	36	8.1%	5	3.4%	21	5.7%
P. 測謊結果是否足以可信	14	10.7%	29	6.5%	5	3.4%	14	3.8%

無罪因子	未滿 7 歲 之未成年人		7 歲以上至未滿 14 歲之未成年人		14 歲以上 之未成年人		心智障礙者	
	數量	比例	數量	比例	數量	比例	數量	比例
Q.以被告事後行徑推測其對合意之認知	0	-	0	-	0	-	1	0.2%
R.其他	4	3%	28	6.3%	25	17%	28	7.6%
S.以教育程度、日常或在校表現判定有無性自主的決斷能力	0	-	0	-	1	0.6%	12	3.2%
T.以事發前及當下被害人之身體平衡、飲酒或用藥量、表達能力、記憶清晰度判定其是否有性自主之決斷能力	0	-	0	-	1	0.6%	4	1%
U.以被害人在審判中的談吐及表現判定有無性自主的決斷能力	0	-	0	-	1	0.6%	9	2.4%
V.被告坦承不諱，核與證人證述或其他事證相符	0	-	0	-	1	0.6%	7	1.9%
W.法院是否認為鑑定報告或社工評估足以顯示被害人缺乏性自主之決斷能力	0	-	0	-	0	-	1	0.2%

資料來源：研究團隊自行整理

四、特殊判決

承前開研究方法與限制所言，實證判決研究有其侷限，蓋法官對於各項證據的證明力顯難進行量化，且去脈絡化的數據結果難以呈現法官在個案審酌時遇到的困難與心境轉變，特殊判決或見解因為具有稀少性，因此也難以從數據結果中顯現。有鑑於此，研究團隊特於期末報告中增加「特殊案件討論」的目次，藉由簡要敘述犯罪事實與判決內容，解決前開所提及的研究限制，期以供各界先進未來研究或討論之用。

1. 處女膜重要嗎？

性侵害案件為密室犯罪，除了被害人證述外，鮮少有其他直接證據可以證明性侵害行為的存在。除了供述證據外，法院在此等案件中多以有無「出現壓力創傷症候群」、「肢體或性器外傷」、「精液或 DNA 採驗」、「處女膜破裂」或「測謊鑑定」等，作為被害人證述的補強證據。即便法院肯認彼等證據具有證據能力可於審判中使用，但是該如何評價或認定彼等證據的內容便有相當爭議，進而影響其證明力的高低。本文於此將先探討法院在性侵害判決中，數次出現對於「性侵／交行為後處女膜是否會破裂」的認知歧異，再進一步探討處女膜若破裂後，倘若「再與被告以外之人發生性行為」，是否會影響法院心證的認定，故以下將從此二主題分敘之：

(1) 性侵／交行為後處女膜是否會破裂呢？

被害人 A 女指稱，其自國小六年級（91 年初某日）起，母親的同居男友便會在半夜溜入其房間，除撫摸 A 女胸部與性器外，尚會用手指插入其性器內，無視 A 女以咳嗽、挪動身體或用手撥開的方式表達其不意願。在 A 女國中一年級時，被告甚至以其性器插入的方式進行性侵害，隔天早上 A 女發現其下體有流血。後被告持續以撫摸、擁抱、以其性器插入 A 女性器的方式直到 93 年 8 月間，A 女後於 93 年 10 月告知其學校輔導老師，該性侵害事件方浮出水面。

本件被害人 A 女雖於審判中有翻供，但真正影響判決結果者乃是 A 女的處女膜在長達近乎數十次性侵害行為後，竟無出現破裂的情形。承審士林地方法院認為即便 A 女處女膜仍然完整，但有可能是因為被告以手指或性器插入 A 女下體的時間短促未及深入、或被告手指纖細等因素，以致 A 女處女膜未受影響，最終仍做出有罪判決之諭知。高等法院亦同士林地方法院的見解，然而最高法院在 98 年度台上字第 5470 號判決中卻表示：「上訴人對

A 女性侵害『至少十次以上』，非僅猥褻，則 A 女處女膜仍保持完整而未破裂，似非常態。原判決未以 A 女處女膜完整，而認其未受性侵害或僅屬猥褻行為，反以 A 女指訴遭性侵害後處女膜仍完整之醫學上或然率極低之例外情況，推論 A 女有遭上訴人性侵害，所為判斷，難謂與論理法則無違。」因而撤銷發回該判決。對此，更一審法院詳述其理由後仍為有罪判決之諭知，其表示刑法上之「性交」僅須以性器進入他人之性器即屬該當，並不以被害人之處女膜是否破裂為認定依據，況 A 女僅係 14、15 歲之未成年少女，其性器官發育未臻成熟，就處女膜是否因性侵害而破裂一事之證據評價，自不能與一般成年女子等同視之，故當不能僅以 A 女之處女膜仍為完整，即認被告並無對其強制性交之情事。被告上訴後，最高法院在 100 年度台上字第 2857 號判決中，並未針對處女膜未破裂一事表達意見，僅係從 A 女論述有瑕疵仍須補強證據的角度再次撤銷發回。更二審法院除再次引用侵入時間短促致未及深入和性器官發育未臻成熟的論述，亦引用台灣法律網高 OO 醫師所撰寫的相關文獻佐證，表示性侵／交行為後處女膜是否會破裂，仍須考量女子的年齡。更二審法院的旁徵博引並未獲得最高法院的支持，最高法院 100 年度台上字第 5919 號判決反而批評該文獻為傳聞證據，顯有採證不合證據法則之違法，另表示被告當時正值壯年，具有豐富性經驗，是否可能前後多次均無故未以手指或性器官深入 A 女之性器官？仍饒有研求之必要，似不能完全排除被告未以手指或性器官進入 A 女性器官之可能性，並曉諭更審法院應送鑑定後，再次撤銷發回該判決。最後，更三審法院撤銷原判決改判無罪，並表示 A 女指訴遭被告性侵害後處女膜仍完整之醫學上機率極低，況於被害人 A 女指訴尚有可質疑處，基於犯罪事實應依嚴格證據認定之情形下，能否以 A 女處女膜完整，即認被告有為此強制性交之犯行，實堪置疑。後全案於 101 年 8 月以無罪判決定讞，自被害人 A 女告訴其學校輔導老師後，近乎長達八年的時間。

暫且不論被告是否真有性侵被害人 A 女一事，高等法院與最高法院就「處女膜未破裂」一事的爭執，來來回回已過八年的時間，當初 14、15 歲的少女也已成長為 22、23 歲的成年人，其心理的掙扎、精神的磨耗、與家人間的緊張、對訴訟程序的等待，這些情緒伴隨她的成長，對一名青少年會造成何種影響，實在難以想像。當然，同樣的情形也有可能發生在被告身上。法院的審判具有非常強大的公權力，它不僅可以代表國家對犯罪行為人進行制裁與譴責，它還可以左右社會觀感與一般人對於某件事情的評價。假設是有罪判決的結果，即表示被告須背負著「性侵害犯罪者」的臭名；假設是無

罪判決的結果，即表示 A 女須接受他人對其供述進行誣陷、捏造或說謊的指摘，任一結果對審判中的當事人都有切身重大的影響。因此對於「性侵／交行為後處女膜是否會破裂」的爭議，法院更應審慎待之，方能對個案做出更適恰的評價。

學者張瑋心於其 2014 年的文章中指出，我國法院為擔保兒童證言之可信，長久以來依憑女童處女膜的檢驗報告，作為判斷女童是否遭受性侵害的重要證據。然而，該項醫學鑑定早已經證實有侷限性，因此美國法庭上幾乎不見辯方以兒童處女膜沒有裂傷作為抗辯之理由¹²⁸。另觀察本案更三審法院的判決內文，其囑託臺灣大學醫學院附設醫院的鑑定結果表示：「一、依 A 女所述遭性侵害方式、次數、期間，仍有可能使 A 女之處女膜於檢查時看起來為完整的樣子。」此一結果亦未否認 A 女有遭受性侵害的可能。雖說「性侵／交行為後處女膜是否會破裂」仍須仰賴專業醫師或相關實證醫學的持續研究，但是在此一爭議尚未釐清或證實前，法院對此一證據的審認標準為何？可否以醫學上蓋然率極低的論述推斷並無性侵害的可能呢？又如「獨立法醫專業團體」（Independent Forensic Expert Group）於 2015 年的文章所言，處女膜有無破裂的證據評價，僅能針對女性被害人為之，而且通常僅能針對未婚女性方有其適用的可能，因此這種證據評價本身就具有相當的歧視性¹²⁹。除此之外，處女膜有無破裂的檢驗通常是在未得女性同意或是在女性無法明確表示同意的情況下進行，更遑論採用「兩指測試法則」（two-finger test）容易造成被害人心理上極大的壓力與痛苦¹³⁰。此篇文章是由 35 名來自 18 個國家的專業法醫人員所共同撰寫，更甚言之，若從醫學的角度觀之，處女膜完整與否無法證實先前是否有性侵／交行為的存在，亦無法確認侵入物為男性性器或其他部位、物品，處女膜未破裂不代表被害人沒有性侵／交行為，反之亦然。因此，處女膜有無破裂的檢驗，應不具有可供證明的價值¹³¹。從實證判決研究的量化數據可知，我國法院仍多仰賴處女膜有無破裂的檢驗作為輔佐，但使用此種證據卻是一種靠運氣的嘗試，倘若處女膜有破裂，法院即可堂而皇之地作出有罪判決的認定，倘若處女膜未破裂，即便有罪心證的法院也須絞盡腦汁地說明。而對於性侵害案件的被害人呢？假設真有性侵害

¹²⁸ 張瑋心，引介美國司法實務就性侵害兒童案件之「傳聞法則之例外」，軍法專刊，第 60 卷第 1 期，頁 97（2014）。

¹²⁹ Independent Forensic Expert Group, *Statement on Virginity Testing*, 33 J. FORENSIC LEG. MED. 62, 63 (2015).

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ Sinead Ring, *Sexual Offense Complainants and Credibility: Why Virginity Testing is Pointless*, 79(6) J. CRIM. L. 385, 388 (2016).

犯罪的事實，看到法院爭執自己的處女膜有無破裂，她們會做何感想呢？為什麼我的處女膜會復原？為甚麼我當初不再多積極掙扎些，好讓被告的手指、性器或使用的插入物可以造成更大的損害呢？

由是可見，我國司法制度實有認真思量處女膜檢驗報告的證據能力與證明力的必要，方能避免前開問題與困擾的產生。當立法者一再修改性侵害防治法對於律師交互詰問內容與方式的限制，以避免「二度侵害」的產生，或許法院可以從證據取捨的角度著手，讓審判體系不會成為真正傷害她們的推手。

(2) 交男朋友、結婚是否真的有差？

被告為被害人 B1、B2 的父親，其於嘉義國術館工作。B1 指稱在 88 年 9 月至 89 年 9 月間及 91 年 9 月至 92 年 9 月間，被告都會以推拿的名義，將 B1 叫至推拿工作室中進行性侵，B1 憚於父親的角色，所以於事發當時不知如何拒絕，僅有在事後委婉地向被告表示她不願再進行推拿按摩。後 B1 於 96 年即 16 歲時奉父母之命結婚，上開情事於 B1 友人江 OO 的姐姐發現後，打電話至 113 始揭開。

另外，B2 指稱在 93 年 9 月到 94 年 9 月間，被告時常在其工作室對 B2 的脊椎尾部、鼠蹊部、大腿內側、膝蓋後方、小腿內側和腳底板進行按摩，並會把 B2 上衣脫去，在其胸部上進行推拿，按摩鼠蹊部時也會把 B2 內褲脫掉。後於 94 年 9 月到 95 年 9 月間，被告也是在某次幫 B2 進行推拿按摩時，將其性器插入 B2 性器內，B2 當下有推開被告並不斷掙扎。後因被告曾對 B2 友人 A 女為相同行為，B2 在 A 女告知其經歷後，B2 方向 A 女表示被告曾對其亦有性侵、猥褻行為。

本件 B1、B2 於審判中都有翻供，亦有如測謊、處女膜檢驗的補強證據，然而本案 B1、B2 較明顯的區別，則是在性侵害後是否有與他人發生行為。姊姊 B1 稱其於 10 歲起便受父親性侵，時間長達數年，後 B1 在 16 歲結婚，與他人發生性行為，之後該案才進入訴訟程序；相較之下，妹妹 B2 是在國中時，該案便予揭發，是故在處女膜破裂的認定上，法院似有不同的見解。

臺灣桃園地方法院認為，B1、B2 的處女膜皆有破裂，前者事後有與他人為性行為，後者則無法證明檢查前是否與被告以外之他人有過性行為，且 B1、B2 驗傷日期與指稱最後一次性侵害分別距離一年半及三年的時間，故無法率認前開驗傷結果必與被告有所關連，即難以此遽為有利或不利於被告之認定。一路上訴到最高法院後，最高法院在第一次撤銷發回判決中，並未

對上開處女膜破裂一事表達意見，惟更一審法院則是在其論理中表示：「B1 於驗傷前，因已結婚而有與他人為性行為，是自難遽認上開驗傷診斷結果係證人 B1 指被告對其性交所導致，而為不利於被告之認定。……另 B2 處女膜有陳舊性撕裂傷約 1 公分，於 6 點鐘方向等情……，且除被告外，B2 並未與任何人有過性經驗乙節，亦據證人即被害人 B2 於原審供明在卷，是上開 B2 處女膜之陳舊性撕裂傷係因被告以陰莖插入其陰道所致，亦與一般以陰莖插入陰道，將造成處女膜撕裂傷之常情相符。」更一審法院並未重申檢驗日期與最後一次性侵害行為的關係，反而著重在 B1、B2 是否有與他人發生性行為的論述上。被告上訴至最高法院，辯稱診斷證明書距原判決認定被告最後一次對 B2 為性侵害之時相去已有三年，故不可單據該診斷證明書作為補強證據。對此，最高法院 102 年度台上字第 1972 號表示：「核與原判決認定被告自 94 年 9 月至 95 年 6 至 7 月間對被害人 B2 為強制性交之行為，相距固有三年多，然卷內並無被害人 B2 與遭他人為強制性侵害之相關證據資料。」，因而駁回被告上訴意旨。

誠如前文所述，處女膜有無破裂的檢驗通常僅能針對未婚女性為之，蓋遭性侵害後與被告以外之人為性交行為的女性，其處女膜的裂傷或性器傷痕往往無法提出強而有力的說服。因而有論者以為，法院在性侵害案件中採用處女膜有無破裂的檢驗報告只會加深「強暴迷思」的現象，蓋僅有處女才會有處女膜破裂的情形，所以法院的認定會強化「僅有處女才會遭受性侵害」的迷思。以上開檢驗報告來推斷法院陷於強暴迷思的結論稍嫌論斷，但本件更一審法院確實在論理的過程中，似放大檢視被害人事後是否與他人發生性行為的過程，此一判決會讓被害人錯以為，遭受性侵害後，為保存證據，被害人實不應與他人發生性行為呢？且被害人尚須向法院舉證證明，自己在遭性侵害至進入訴訟程序的這段過程中，被害人並無與被告以外之人進行性行為呢？

由是可見，處女膜有無破裂的檢驗報告具有相當的侷限性：一者在處女膜未破裂的情形，似無法直接導出不存在性侵害犯罪行為的推論；二者在處女膜有破裂，但是事後與他人發生性行為的個案中，處女膜破裂的檢驗報告亦不具有相當之證明力。是故，司法體系將來在考量使用處女膜有無破裂的檢驗報告時，仍須重新省思該項報告的證據能力與證明力。

2. 過失性侵

臺灣花蓮地方法院 103 年度侵訴字第 22 號的案例事實是：被告與被害人甲女為同棟住戶，被告於 102 年 12 月 8 日凌晨 1 點以其左手強行伸進甲女衣服內撫摸其胸部，並用右手中指強行插入甲女之下體，對之為強制性交行為 1 次。後於 102 年 12 月 8 日上午 7 點，被告再次以相同手法對甲女為強制性交行為 1 次，甲女並表示她有以拉扯方式表達不意願，當下後頸部亦遭被告抓傷。本件承審法院最後為無罪判決之諭知，並在其論理中採用 OO 學院性別平等教育委員會的調查結果，該結果表示：「被告因誤解甲女原意及肢體反應，進一步對甲女做出符合法律規定要件的性侵害行為，以整體結果而言，被告之行為宜以『過失』而非『故意』論定。」進而引發何謂「過失性侵」的討論。

承審法院雖未直接引用「過失性侵」的用詞，惟其表示：「根據該項報告所調查之事實，被告於 102 年 12 月 8 日凌晨 1 點之行為，主觀上應無故意違背甲女之意願而為性交行為。」參諸我國刑法第二百二十一條第一項之規定：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」又同法第十二條第二項規定：「過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」是故在我國現行法下，並未處罰「過失性侵」的行為，本件法院雖擬認為被告主觀有過失，但據罪刑法定原則，該過失性侵行為並不具有可罰違法性。

除「過失性侵」是否具有可罰性的爭議外，「過失性侵」首要遇到的困難便是該如何「定性」過失性侵的內涵，我國刑法第十四條區分「有認識過失」與「無認識過失」，前者是指行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者；後者則是指行為人雖非故意，但按其情節應注意、能注意而未注意者。按此脈絡，在「有認識過失性侵」的情形，是否即指被告應能預見該性交行為的發生會違反被害人的意願，但在性交行為的當下，被告仍確信上開情形不會發生；在「無認識過失性侵」的情形，又是否即指被告應有取得被害人同意的注意義務，且在為性交行為的當下，被告亦能注意其負有上開義務，卻疏忽向被害人詢問其意願狀態。若從客觀歸責的理論切入，被告則是在性交行為的當下，因為未詢問被害人意願，進而製造法所不容許的風險，並在性交行為的過程中實現上開風險的內容。「犯罪者主觀」本難以客觀證據堆砌，在相對極端的心理狀態上，或許較有舉證的空間，但是上開如此細膩的主觀變化，對於檢察官的舉證責任似造成過大的負擔與不便。另外，男女在為性行為的過程中，不一定會明白以口頭或書面表示其合意之意思，倘若肯認「過失性侵」的內容，則上開法律的構成要件是否會影響前開行為，難以探究。而何種行為應歸屬於「有認識過失性侵」與「無

認識過失性侵」的內容，則考驗法院與檢察官對於個案事實和法律概念的交錯適用與理解。

國外著名學者 Susan Estrich 主張，應增設性侵害犯罪中「過失犯」的概念，同時應以「不即是不」作為判斷性自主意願的核心價值，進而認定行為人的行為是否具備合理性¹³²。Steven Schulhofer 則主張，應將性侵害犯罪定位為欠缺「積極同意」(affirmative consent)的性交行為，此外，應該保留傳統性侵害犯罪的強暴、脅迫要件，而將性侵害犯罪區分為有強暴脅迫與無強暴脅迫的性侵害犯罪¹³³。亦有學者從轉換舉證責任的角度，認為被告要為其主觀認知負舉證責任，以證明在當下的那個情境，任何人都能客觀合理且基於誠實信用地相信被害人是出於自願¹³⁴。

澳洲學者 Dale Smith 評析維多利亞省 Section 38(2) of the Crime Act 1958 的內文，並認為該法條實隱含「possibility recklessness」、「indifferent recklessness」和「inadvertence recklessness」等三種過失性侵的概念，所謂「possibility recklessness」是指被告注意到被害人可能不會同意該性行為，「indifferent recklessness」則是指被告對於被害人有無同意表示漠不關心，最後「inadvertence recklessness」則是指被告從未考量過該行為是否會違反被害人的同意¹³⁵。此三種情形都是被告疏忽履行「詢問被害人是否同意」的注意義務，惟層次上亦有些差別：在第一種情形，被告處於「有認知」該項注意義務存在的心理狀態，並有足夠時間和機會能夠履行該項義務，卻認為不詢問被害人意願並不會違反其注意義務，故類似我國「有認識過失」的概念¹³⁶。在第二種情形，被告雖處於「有認知」該項注意義務存在的心理狀態，且有足夠時間和機會能夠履行該項義務，但卻對於是否要履行該項注意義務漠不關心、毫不在乎¹³⁷。在第三種情形，被告則是處於「完全不認識」其負有該項注意義務的心理狀態，但是此種認知違反一般社會的期待與常理。Dale 並表示，此三種區分並不是沒有模糊的空間¹³⁸，因此判斷上仍須更加細膩或累積更多法院判決予以佐證。

3. 男生也會被性侵嗎？

承前開「判決分析與量化成果」的前言所述，性侵害案件被害人仍主要是

¹³² SUSAN ESTRICH, *supra* note 36.

¹³³ STEPHEN J. SCHULHOFER, *supra* note 37, at 272.

¹³⁴ Dale Smith, *Reckless Rape in Victoria*, 32 MELB. U. L. REV. 1, 1(2008).

¹³⁵ *Id.* at 2.

¹³⁶ *See id.* at 9-11.

¹³⁷ *See id.* at 7-9.

¹³⁸ *See id.* at 4-7.

女性，僅在極少部分的案例中方出現男性被害人的身影，而臺灣高雄地方法院 100 年度侵訴字第 167 號則屬一例，其公訴事實整理如下：被告於 100 年 5 月 19 日凌晨 3 時許騎腳踏車經過某路口，巧遇當年 19 歲之被害人甲男，被告藉故問路而與甲男搭訕聊天，並佯以甲男彎腰駝背，幫其整脊按摩為由，遂帶甲男至某公園座椅上，並以甲男身上有髒漬為由，誘使其至公園內之殘障廁所，隨即將廁所門上鎖且關燈，趁廁所內一片漆黑時，被告違反甲男意願迫其為被告口交，再強行將其性器插入甲男肛門內。被告事後陪同甲男從廁所走出，待被告離去後，甲男立即至派出所報案。另被告於 100 年 9 月 3 日上午 10 時許，騎腳踏車經過當年 15 歲之被害人乙男，並以載乙男上學為藉口，在途中誘使乙男至附近棒球場圍牆邊，強迫乙男為其口交，未料當時尚有路人經過，被告並偕同乙男至附近公園內廁所，再次強迫乙男為其口交。被告事後騎腳踏車載乙男返回原處，乙男旋即報警。

一審法院判被告對甲男與乙男成立強制性交罪嫌，二審法院則是認為被告對甲男的部分無罪，被告對乙男的部分有罪。觀察此二法院的論理脈絡，可知影響法院心證的最重要因素有二，分別是「年齡」和「性傾向」。

在年齡的部分，法院認為甲男、乙男的年齡不同，在事發當時應有不同的抗拒表示。被告辯稱甲男在為其口交和肛交的過程中，皆未大聲呼叫或向外求援，因此表示該性交行為應無違反甲男的自主意願。一審法院認為甲男年僅 19 歲且為在學學生，社會經驗、遇事處理能力均不足，且衡情一般男子對於可能遭受性侵害之防範警覺性及反應力較低，況甲男前已打玩網路遊戲 30 小時，體力已近耗盡、思考反應力降低，是甲男於突遇被告對之為本件強制性交行為，未能及時反應、抵抗，尚與常情事理無違。然而二審法院卻有不同見解，其認為甲男為年滿 19 歲之人，高中畢業、智能正常，其應可表達「不同意」與被告為性交之意，因而認定甲男所述有違常情。相較之下，乙男雖承認其在性交過程中並未喊叫，但一審與二審法院咸認為：「本件乙男年僅 15 歲，年幼識淺，體型、力氣均不如被告，並其主觀認為男性遭性侵，是一件很丟臉的事情，故對於被告突來之超出其辨識能力性侵害行為，且在被告優勢體力壓制下，尚難以被告未毆打乙男，及乙男未予喊叫，即遽認乙男係出於自願。」

在性傾向的部分，警察曾詢問甲男：「你的性向是傾向男性還是女性？你坦白講沒關係。」。當時甲男表示：「應該是女性吧。」其後於審判中另陳：「我的性向正常，我在警詢時稱『傾向女性』，是我喜歡女生的意思。」。相較之下，法院在審判中訊問乙男性傾向時，乙男回覆：「我的性傾向正常，並不是『同志』。」。可見甲男的兩次回覆中，其中一次較曖昧、不確定，乙男的回覆卻十分堅定。性

傾向是否會影響法官心證呢？此一觀察在二審法院的判決中較為明顯，二審法院以甲男可能為具有同性戀傾向之人，且其性交過程中未有反抗之舉，因而認定被告與甲男間可能為合意性交的關係。

此一判決點出兩項非常重要的議題，一者是男性性侵害案件被害人可能會出現異於女性性侵害案件被害人的舉止，且此類案件的數量遠少於法院可以做出普遍性觀察與結論的可能，因此在證據的認定或採用上，須衡諸個案情形仔細審酌，而不該逕以男性性侵害案件被害人行為異於常情而做出無罪判決的論知。其二，在同性的性侵害案件中，檢警或法官應該或可否詢（訊）問被害人的性傾向為何呢？大部分的性侵害案件都是男性被告對女性被害人之為之，在這種性侵害案件中，除非有特殊個案情形，否則法院並不會詢問女性被害人的「性傾向」為何；但是在男性被告與男性被害人的性侵害案件中，卻頻頻出現被害人是否為「同性戀」或「同志」的討論，倘若性侵害案件是以違反被害人意願為主要的判斷依據，理當僅須判斷該性交過程有無違反被害人意願即可，毋庸另論被害人的性傾向為何，即便該案男性被害人具有同性戀傾向，亦應無礙法院對於有、無罪心證的判斷，蓋同性戀也會是性侵害案件的被害人。推敲檢警、法院之所以會詢（訊）問被害人的「性傾向」，可能出自對於同性戀的不理解或迷思，蓋男性同性戀多喜尋求刺激，所以容易與陌生男子發生一夜情？此等迷思實然是對同性戀的誤解與歧視。

在異性戀霸權的我國社會中，仍有人以為同性戀是一種心理疾病，並容易將同性戀與愛滋病相互聯想，因而產生恐同的情緒或排斥感。觀察被害人甲男與乙男在警詢和審判中的回答，其亦皆以「性傾向正常」來表達他們做出「喜歡女性」的決定。同性戀並非「性傾向不正常」，長年以來他們扮演弱勢者的角色，並在政策的渲染下受到汙名化與歧視對待。性別多元化是世界的潮流，我國司法制度與審判環境亦應尊重不同性別、性傾向的當事人，倘若檢警及法官詢（訊）時，讓當事人感受到「原來我說出自己具有同性戀傾向是一件不利益的事情」，進而造成其心理上的壓力，便會影響當事人證詞可信性與辯護人的訴訟策略。是故，同性的性侵害案件數量雖少，但是實具探討之重要性。

4. 談和解要說什麼？

臺灣高等法院臺南分院 101 年度侵上訴字第 396 號的案件事實是：被告於 99 年 8 月 8 日邀請被害人 A 女與其他友人至臺南某招待所聚餐，待眾人先行離去後，A 女亦向被告表示離去之意，未料被告見狀旋將門鎖按下、鎖住，以阻擋 A 女離去，後被告強拉 A 女以「背對方式」按坐在其大腿上，脫下 A 女內褲並

欲將性器插入 A 女性器中，但該次插入卻無法順利進入，被告便隨手拿起身旁的啤酒瓶，將瓶內啤酒潑向 A 女下體後，欲再將其性器插入，但仍未果，被告便將空酒瓶插入 A 女性器中，A 女表示當下她痛得大叫，但被告不顧 A 女抵抗，仍以空酒瓶持續抽插 1、2 分鐘，後被告再次以自己性器插入 A 女性器中。待被告射精後，A 女獨自離開招待所。被告另於 99 年 8 月 27 日下午至 A 女工作場所，向 A 女道歉稱：「當天做事比較衝動」、「失禮，有什麼條件可以說出來」等語。

被告與被害人事後的互動，往往會影響法院心證，尤其是「談和解」的情形，往往涉及道歉、金錢賠償，進而引發被害人是否具有誣陷動機的爭辯。對此，本案承審法院卻認為，「衝動」後之行為以及「道歉」之原因甚多，並非僅止強制性交一種可能。而被告於「衝動」後實施何等行為？被告因何等行為「請求 A 女原諒」？此等情形未能說明，不能逕以上開用詞據認為被告對 A 女有性侵行為的存在。此一判決啟人疑竇之處，即是被告和被害人在談和解時，是否應明確使用「遭受性侵」一詞，而不能使用其他較含糊而不確定的字眼？然而，硬性要求談和解時須使用「性侵」一詞，顯有實際操作的困難與不實用性。此一判決或許偶一為見，但其內容仍具有警世作用。

5. 指認與證據保存的瑕疵

在部分性侵害案件判決中，研究團隊亦發現檢警在證據蒐集與保存的過程中出現瑕疵，法院因而排除該項證據的證據能力或證明力。以下將分成「被害人指認程序瑕疵」與「證據保存的瑕疵」兩部分，簡要分敘之：

(1) 被害人的指認瑕疵

被告於 89 年 7 月 22 日晚間 8 時許，駕駛深色自小客車行經臺北市 OO 區 OO 國小網球場旁，見當時年僅 12 歲的被害人 A 女獨自走在路上，被告將 A 女攔下並質問為何毆打被告妹妹，A 女表示其並未毆打之，被告即以「如果說沒有，要殺掉你」等語恐嚇，後強拉 A 女上車，被告再以「不要抬頭，不然殺掉你」等語恫嚇之，使 A 女不敢抬頭、不敢求救。被告後駕車將 A 女載至附近車行地下道，再利用該處路燈未亮，光線昏暗，少有人經過注意之機會，命 A 女脫去衣褲，旋強行舔 A 女胸部及下體，並令 A 女為其口交，繼之將其性器插入 A 女性器中。事後被告載 A 女離開現場時，又恫嚇稱：「不得報警、不得回頭看，否則要殺掉你」等語。至 A 女返家後，方將上情告知母親，並由母親陪同就醫報警偵辦。A 女雖旋至萬芳醫院驗傷及採集檢體，然檢體部分均無法驗得足資辨識犯人人別之 DNA 型別，指紋亦無法比對出

犯人人別，故遲未破案。

嗣於 91 年 7 月 12 日下午 3 時 10 分許，另名未滿 14 歲之女童即 B 女，亦於臺北市 OO 區遭人擄走性侵，B 女當晚即由家屬陪同向警方報案，並至醫院驗傷及採集檢體，當時雖採得疑似犯人之 DNA 型別，然因無可資比對之對象，故亦不知犯人為誰。時至 98 年 1 月 30 日，本案被告與另名女子即 C 女性交，而為 C 女申告性侵，警方即採集被告 DNA 型別建檔，竟發現上揭 91 年間 B 女該案採得之犯人 DNA 型別與被告相符，被告後亦坦認性侵 B 女犯行，檢察官遂將其提起公訴。檢察官認為該案之犯罪手法及地緣關係與 89 年間 A 女遭性侵害一案有諸多雷同之處，且 A 女再經警方通知於 98 年 10 月 18 日至 OO 分局照片指認時，亦指證犯人正係被告無誤。

承審本案之臺北地院 99 年度訴字第 2034 號判決首認，被害人或目擊證人對於犯罪嫌疑人之指認，於證據法上本屬直接證據，具有極高度之證據價值，然對於犯罪嫌疑人之指認，自不得有不符「正當法定程序」之情況發生。我國現行刑事訴訟法中，並未有關於指認程序之規定，目前司法警察(官)調查犯罪所為之指認，係依內政部警政署所發布之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」與法務部修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」。又為避免發生因指認錯誤之錯判冤獄，法院在事後審查犯罪嫌疑人的指認過程中，應審酌：一、犯罪時，指認人見到嫌犯人之機會如何？二、犯罪當時，指認人注意嫌犯人之程度如何？三、指認人於指認前，對嫌犯人身高、體態等特徵描述之準確程度如何？四、於嫌犯人識別程序中，指認人指認嫌犯人之確信程度如何？五、自犯罪發生迄至進行嫌犯人指認識別程序時，其間隔時間如何？等因素，進而作為取舍證據之標準。然觀察「臺北市政府警察局文 OO 第 OO 分局指認犯罪嫌疑人紀錄表」，卻發現員警實際上並未在 A 女指認前，先使 A 女陳述犯人特徵；其二，員警固曾向 A 女說明照片內「有的是嫌犯、有的不是嫌犯。」但並未告知照片中亦有可能全無犯人；另外，員警甚至先向 A 告稱本案係因警方於他案已查得犯嫌，因其手法及案情均與本案甚為相似，故懷疑此他案犯嫌正係本案被告；最後，警方布置之 9 張照片中，「被告照片」即占 4 張，其餘 5 張照片分屬面貌顯不相同之 5 名不同男子，可見此種照片布置方式甚可能對 A 女產生暗示該相似面容照片之男子正係犯人之不當誘導結果。員警於 A 女實施指認過程中，違背上開指認規則之法定程序，且實質上亦嚴重影響 A 女指認陳述之正確性及可靠性，是 A 女警詢指認陳述不能認為具有「特別可信性」。依前述規定，「不」具證據能力。

1997年至1998年間，我國曾接連發生4起性侵女大學生事件，當時媒體轟動一時，檢警依從被害人指認，將一名23歲超商紀姓店員起訴，當時紀男不僅自白，還在媒體面前下跪說其願意娶其中一名被害人為妻。檢察官未等DNA檢驗結果，即起訴紀男並求處死刑，紀男旋即遭受羈押共296日。未料，在紀男遭受羈押期間，又有女研究生和張姓女學生受害，嫌犯拿礦泉水或汽水瓶插入被害人下體，見下體流血後再性侵，手段之殘忍，令時人聞之色變。之後東海之狼銷聲匿跡，直到2011年5月時，一名女子控告海巡署中部巡防局士官長廖O余對其性侵，警方採集廖O余的DNA進行比對，竟意外驗出其與東海之狼的檢體相同。軍事法院一審判廖O余16年，二審判20年，廖O余不服，上訴臺中高分院，合議庭認為他惡性重大，依舊維持20年有期徒刑判決定讞¹³⁹。由上開新聞可知，指認錯誤所造成的誤判，實然影響社會與司法公正性鉅深，美國大法官Brennan亦曾稱錯誤指認為「惡名昭彰且不可信賴」(notoriously unreliable)的證據¹⁴⁰。

然而，在此等性侵害案件中，被告為被害人所不熟稔之陌生人，在無錄像影帶或他目擊者見聞性侵案件的限制下，使用「被害人指認」亦有其必要性。因而法院該如何「正確」認識「被害人指認」的性質，檢警單位該如何正確進行「被害人指認」程序，實乃彼等案件中首應探討的重要問題。

指認可分成「庭外指認」(out-of-court identification)和「庭內指認」(in-court identification)，前者是指檢警對被害人所為的指認程序，後者則是指進入法院後，由法官對被害人所為的指認程序。根據美國聯邦證據法Rule 801(d)(1)(c)的規定，「庭外指認」不受傳聞法則的限制，此乃美國立法者在肯認審判外指認的特殊性後，權衡「庭外指認的必要性」與「使用傳聞證據所可能帶來的風險」下所為的政策決定。若探究其實，「庭外指認」理論上應為傳聞證據的一種，但之所以將其排除在傳聞法則之外，乃是因為允許先前的指認證據進入審判程序後，可以減少證人因時間經過而為錯誤指認或無法記憶嫌犯長相而造成之錯放，也因此「庭外指認」的證據價值通常較「庭內指認」來得高¹⁴¹。在美國法的概念下，指認陳述除了要通過「傳聞法則」的檢驗外，尚須經過「正當法律程序」的檢驗，即是採用「門山指認法則」

¹³⁹ 地方中心，「東海之狼藏軍中13年 援交傳播洩了底重判20年」，東森新聞，2013年12月29日，<http://www.ettoday.net/news/20131229/311208.htm> (最後點閱時間：2016年8月16日)。

¹⁴⁰ 陳祐治，「一種惡名昭彰之證據：目擊者指認」，檢察新論，第13期，頁3(2013)。

¹⁴¹ 金孟華，以心理學研究建構我國指認證據的評價方式，中研院法學期刊，第13期，頁288(2013)。

來擔保指認證據的可信度。在 1977 年的 *Manson v. Brathwaite* 案中，聯邦最高法院表示：指認不因採用「單一指認」而當然違反正當法律程序，相較之下，「庭外指認」的可信賴度才是決定指認証詞是否具有容許性的關鍵因素。法院進而表示，「庭外指認」是否足資信賴則應採「綜合判斷法則」(Totality of Circumstances) 予以審酌，其重點包括：一、犯罪發生時，指認人有無觀看行為人之機會？二、指認人於案發時注意行為人之程度為何？三、指認人先前對行為人特徵描述之準確度如何？四、指認時指認人之確定程度為何？五、犯罪發生時與指認時相距時間之長短？惟門山指認法則並不是對所有指認證據都有適用餘地，其前提要件是警察有使用暗示性的指認程序，倘若被告是對證人本身記憶有所疑慮，此時僅能在交互詰問程序中降低其證據價值¹⁴²。

在我國現行法的規範下，「庭外指認」並未當然排除於傳聞法則之外，若想要使用警詢中被害人所為之指認陳述，尚須符合刑事訴訟法第一百五十九條之二的規定，亦即當「庭外指認」與「庭內指認」出現不一致時，法院欲採用「庭外指認」的陳述則須另符合「可信性」和「必要性」的情形。此外，我國法規並無類似「門山指認法則」的規定，因此該如何擔保與評價該「庭外指認」的可信賴度則有疑問。我國法院觀察相關法規付之闕如，已多次於判決中明白採用「門山指認法則」的內涵，如最高法院 96 年度台上字第 3480 號判決與本案判決皆如是。法院已在逐年判決中，加強對於「被害人指認」的認識與審判思維，然檢警單位是否能正確履行正當法律程序中對於「指認程序」的要求，實有研求之必要。研究團隊僅此提出「雙盲設計」(double-blind design) 的方法，讓進行執行指認程序之檢警，不知道其所認定的嫌犯究為何人，藉此降低檢警違反「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」或「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」相關規定之風險¹⁴³，並要求檢警更應詳實紀錄並保存證人在第一時間對嫌犯的描述¹⁴⁴，已避免承諾效應 (Commitment Effect)¹⁴⁵ 的影響。

(2) 證據保存的瑕疵

在前開同一案件中，被害人 A 女雖旋至萬芳醫院驗傷及採集檢體，然

¹⁴² 金孟華，前揭註 141，頁 310-311。

¹⁴³ 金孟華，前揭註 141，頁 304。

¹⁴⁴ 金孟華，前揭註 141，頁 299。

¹⁴⁵ 所謂「承諾效應」是指人類做了一個選擇，或是採取一個立場以後，來自個人或是人際之間的壓力會驅使著我們的行為與該承諾一致，以便合理化自己先前的決定。金孟華，前揭註 141，頁 301。

檢體部分均無法驗得足資辨識犯人人別之 DNA 型別，指紋亦無法比對出犯人人別，後由 OO 分局承辦員警李 OO 領回後不久，即將置放檢體之採驗盒送交臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心存置保管。直至 98 年該案審理時，臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心始將該檢體採驗盒送還 OO 分局，惟該採驗盒內現僅存「肛門棉棒」、「陰道棉棒」、「陰道抹片」、「肛門抹片」、「口腔抹片」、「口腔細胞棉棒」、「A 女指甲」、「半截式背心式內衣」等檢體（另置有採集工具「指甲剪」及「梳子」、供比對用之 A 女唾液），惟均已嚴重腐敗發霉且難以辨識。因此，承審法院在審判中表示：「案發 10 年餘後之今日再次鑑定，檢體部分仍無法檢得足資鑑定犯人人別之 DNA 跡證，指紋部分更與被告不符。是本案現已無任何生物跡證足資判定性侵 A 女之犯人為誰。」

由上開實務判決可知，我國證據保存的問題仍有待解決，否則便會發生性侵害事實雖存，但卻沒有任何證據可以使用的窘境，且此種瑕疵尚可歸諸於人為因素所致，實然破壞被害人與社會對於檢警或執法單位的信賴。雖說我國近年生物跡證蒐集與保存已有相當進步，然相關證據與程序法規仍可參照外國立法例而與時俱進。

DNA 鑑定被評價為性侵害案件中最有效的利器，美國也發展出以「性侵害證物儲存盒」(rape kit backlog)的方式進行證據蒐集與保存。然而自 2002 年至 2007 年間，美國官方（執法）單位皆未能完整保存與紀錄上開儲存盒，以致被害人採用 DNA 鑑定的成效不彰。1994 年時，美國立法通過《DNA 鑑定法》(Identification Act)，該法正式授權美國聯邦調查局 (Federal Bureau Investigation，簡稱 FBI) 可依法使用特定資料庫使用 DNA 鑑定。後於 1998 年時，FBI 建立「DNA 數據系統」(DNA Index System)，讓全國相關單位可透過該系統向 FBI 進行申報、紀錄、搜尋與保存，並允許執法單位下載有關犯罪者之 DNA 基因資訊。截至 2013 年，美國全 50 州皆有使用上開系統¹⁴⁶。2004 年時，美國立法通過「黛比史密斯法案」(Debbie Smith Act)，此名稱是為了紀念一名遭受陌生人性侵後所存活下來的女子，該法案授權檢察機構每年可花費至多 1 億 5 千萬元美金進行「性侵害證物儲存盒」中的 DNA 測試與比對，直到 2008 年為止，該法案另撥款進行相關軟硬體設備的擴充與訓練。2005 年時，反暴力侵犯法 (Violence Against Women and Department of Justice Reauthorization Act) 規定各州應確保性侵害案件被害人有機會可以免費實施相關 DNA 蒐證與檢測，即便該名被害人明示拒絕相關執法單位的後

¹⁴⁶ Myka Held & Juliana McLaughlin, *Rape & Sexual Assault*, 15 *Geo. J. Gender & L.* 155, 162 (2014).

續偵查。美國更進一步發展出「匿名性侵害證物蒐集組」(Jane Doe Rape Kit) 的概念，准許性侵害案件被害人在進行生物跡證搜集時，毋庸透漏自己的個資或相關資訊，並允許侵害案件被害人可已在事發過後一段時間再進行呈報。2011 年時，美國通過「性侵害案件鑑識證據登記法」(Sexual Assault Forensic Evidence Registry Act, H.R. 1523，簡稱 SAFER)，更新 Debbie Smith Act 的內容，其要求各州政府須監督「性侵害證物儲存盒」的相關程序與時程，並建立全國資料庫以追蹤個別證物儲存盒的檢驗與保存情形，該法案另要求美國檢察單位須定期報告上開儲存盒在刑事性侵害案件中的使用成效。2013 年時，歐巴馬亦將 LGBT 群體(此一簡寫是由 lesbians、gays、bisexuals 和 transgender 所共同組成)納入 SAFER 的保護中¹⁴⁷。

6. 兒童被害人的無／有罪原因

本研究於實證判決分析過程中，發現在被害人為兒童之案件中，可觀察出許多兒童被害人證詞的特殊性。有些判決會因兒童易受環境影響之特性，而對兒童之證詞可信性存疑，成為無罪原因之一；相反的，有些判決因考量兒童本身記憶力、陳述能力之侷限性，即使指述內容不夠完整或有些微矛盾處，法院仍肯認其證詞之證明力，而做出有罪判決。本研究挑出被害人為未滿 7 歲未成年人之判決，統整兒童被害人證言之特殊情況與法院見解，以下分別臚列兒童證述相關之無罪原因、有罪原因並分述之。

(1) 兒童證述相關之無罪原因

A. 警詢、偵查、審判中指述不一致

如第二次焦點座談中專家所述，在被害人為兒童的案件中，常見兒童在經歷警詢、偵查、審判等過程後，反覆翻供的情形，可能係因受身旁成年人之意見影響，或在家內性侵的案件中，不願親人離家服刑等心理因素影響。除被害人就被告有無對其為性交行為翻供外，法院亦會因被害人對於事發前後細節有關之證述矛盾，而認其證詞不可採信。

臺灣屏東地方法院 100 年侵訴字 47 號判決即有此兩種被害人指述前後不一致之類型，該案件在一審認定被告無罪，上訴到高等法院後亦以無罪判決定讞。

關於有無性交行為之翻供，節錄判決文字如下：「就被告邱 OO 如何對 A 女性交，證人 A 女於警詢、偵查及原審審理中均證稱：邱 OO 將尿尿的地方放到我尿尿的地方，(審判長問：邱 OO 有無將尿尿的地方放到妳嘴巴?)

¹⁴⁷ *Id.* at 163-164.

「沒有」等語，惟此不僅與證人即 A 女之生母 B 女於偵查及原審審理中結證稱：A 女說「邱 OO 脫我的褲子，叫我吃他的下體」、(問：A 女有跟妳說邱 OO 有要她吃他下體嗎?)「有」等語明顯不符，亦與 A 女個案總匯報告所載由證人即社工鄭 O 庭記錄「案主(A 女)表示『叔叔會叫她吃叔叔下面、男生的那個東西』」等情不符。A 女在社工、生母面前，以及警詢、偵查中均稱被告有要求其口交之行為，惟在審理中審判長詢問時卻又否認有該等情事。因實證判決研究方法本身之極限，本研究無法從判決資料推敲該案中 A 女翻供之原因，惟透過此判決以及本研究中之質性訪談資料，可知此等翻供情形為兒童受性侵害案件關鍵之無罪原因之一，應進一步探究案件處理程序中有無避免之可能性。

而關於事發前後細節有關之證述矛盾，該判決有分別就「遭性侵害時是否有喊叫拒絕」、「遭性侵害時被告有無親吻行為」、「被告有無告以不得宣張性侵」、「遭性侵後有無告知他人」等細節，細述被害人對於這些細節在案件處理之不同階段證述不一致之情形，而認被害人指述證明力不足。摘錄同一判決之文字：「對於遭性侵害時是否有喊叫拒絕一事，證人 A 女於警詢時證稱：(問：妳有沒有喊說很痛，還怎樣?)「我有哭而已」等語，(問：妳有沒有一直撥說不要?)(搖頭)，(問：妳都沒有喊嗎?說不要?)(搖頭)；於偵查中稱：(問：躺到床上有喊救命嗎?還是不敢喊叫?)我有說「不要」這樣等語，前後證述明顯矛盾。」此係針對被害人事發時有無喊叫拒絕之部分，而因判決原文引述大量證詞，恐占過多篇幅，故僅在節錄遭性侵害時被告有無親吻行為有關之判決原文：「對於遭性侵害時被告邱 OO 有無親吻 A 女一節，A 女於警詢時證稱：(問：邱 OO 叫妳躺在他的床時，他嘴巴有沒有親妳的嘴巴?)(點頭)；於本院審理中證稱：(問：他有無親妳的身體?)「沒有」等語，前後證述明顯相悖。」。在此案件中，就被害人指述之證明力認定部分，二審完全肯認一審之見解，並駁回上訴、維持無罪判決。惟兒童對於事發時之細節，例如被告是否有親吻行為，是否有能力細膩地記住，應有疑問。且細究警詢中與審理中的問句，一為「他嘴巴有沒有親妳的嘴巴?」，另一為「他有無親妳的身體?」此兩問句是否相等亦有疑問。

B. 兒童可能係順應問話者而為指述

基於兒童的記憶、陳述能力與一般成年人之不同，以及兒童易受環境影響、順從身邊成年人之特性，有些法院判決會認為兒童之陳述未必能作為對被告不利之認定。例如臺灣高雄地方法院 100 年侵訴字 36 號判決：「惟該鑑定書又於鑑定結果(四)就 B 男童此案而言，其於鑑定過程中對案情之陳述

(較被動、含糊)確有可能肇因於時間久遠、或反覆被相關人員詢問類似問題誘導而產生困惑、或有其他考量(如擔心被告被關、或擔心被報復)等……由上開鑑定書內容,無法以 B 男童有無「創傷後壓力症候群」確實認定 B 男童是否受有性侵害,亦無法確實認定 B 男童關於以第三人稱之投射故事取得與被告間摸小雞雞跟吃小雞雞是否因反覆被相關人員詢問類似問題誘導而產生困惑之陳述……。」該案件之上訴審(臺灣高等法院高雄分院 101 年侵上訴字 94 號判決)亦維持相同見解,並補充:「本件 B 男童既因有搓弄生殖器之行為遭發現,前復有遭被告責罵、肢體毆打,而對被告有負向之情感與畏懼,自難以排除 B 男童為掩飾、轉移、淡化其「搓弄生殖器」此種不被認為好的行為,而將其與被告一同觀看成人影片所獲影像經驗、夾雜想像,始為「與阿伯互玩小鳥、互含(咬)小鳥」陳述之可能,並於其後相關人員一再詢問類似問題及在問題設計不同情況下,呈現出其因觀看成人影片之影像經驗、夾雜想像,致無法明確陳述事實、陳述反覆不一之結果。」。

C. 兒童可能並未理解問話者之問題

基於兒童理解能力之有限性,法院在審酌警詢、偵查或社工問話紀錄內容時,亦會考量問話者對兒童提出之問題內容,是否能精確傳達意思、使兒童理解而為相應之陳述。例如臺灣屏東地方法院 100 年侵訴字 61 號判決:「證人 B 女於警詢中證稱:「他在我國小一年級的時候和今年 100 年 3 月底的某個星期六,脫我的褲子摸我尿尿的地方,還有用手指插入我尿尿的地方」等語,而其於第 2 次警詢所證,亦係國小一年級(即 98 年 9 月至 99 年 8 月間)係遭被告以手於內褲外部撫摸猥褻,並無同有手指性侵之情事,故證人 B 女所證應係在國小一年級遭被告以手撫摸猥褻,在 100 年 3 月底遭被告以手指插入性侵。惟參酌其於偵訊中檢察官訊問之問題為「阿公是否在你國小 1 年級時某日,及 100 年 3 月的某日,他先把妳的褲子脫掉後撫摸妳的下體,然後再用手插入妳的下體」,除與 B 女警詢所證不符外,更未就國小 1 年級及 100 年 3 月間 2 次遭性侵害之情節加以區別,是訊問時年僅 8 歲之 B 女更難針對此籠統、混雜問題各自回答,致其形成被告曾於國小一年級及 100 年 3 月間 2 次以手指插入性侵之證述,是否可遽論被告有 99 年 8 月間之強制性交行為,不無疑義。」該案件中檢察官起訴意旨認在 100 年 3 月某日及 99 年 8 月間某日,被告共對 B 女為兩次強制性交行為,而法院基於前開所述之原因,僅對被告在 100 年 3 月某日之行為判決有罪,而認檢察官所提出之證據無法證明 99 年 8 月間被告有強制性交之行為。由此可知,警察於警詢中、檢察官偵查中之訊問技巧,對於日後筆錄能否成為有證明力之證據,具有關

鍵性之影響力。

(2) 兒童證述相關之有罪原因

A. 兒童無法詳為證述各次細節，與常情無悖

同樣是考量兒童記憶、陳述能力之有限性，亦有從另一觀點看待此特性之判決，例如臺灣屏東地方法院 100 年侵訴字 61 號判決：「證人 A 女雖於警詢、偵訊中就被告對其猥褻、性交模式得以證述明確，然無法一一清楚證述被告各次係對其以何種方式猥褻、性交，參酌證人 A 女於案發當時僅為 6 歲之幼童，對時間之概念及各次事件歷程掌握度本屬薄弱，實難強求其回憶、歸納後證述各次遭猥褻、性交之時間及內容，致無法詳為證述各次細節，自與常情無悖，且其既於警詢中一再表示被告曾對其為多次性侵害行為，與被告於警詢、偵訊中供承伊確在其住處有多次對 A 女為猥褻、性交行為乙節互核無誤，堪認被告確有對 A 女為此犯行」，同一判決中面對 A 女之妹妹 B 女之證述不一，亦採相同認定「顯見 B 女確有刻意遺忘、逃避討論、避免碰觸等創傷反應，且其在案發初次接受員警對案情詢問時，難免因對程序不熟悉，或因詢問者尚未與其建立信任感，在其內心抗拒及自責情感下，面臨此類敏感問題時，趨於保留，僅部分透露案情，此種反應在受性侵害之成人尚可能發生，更何況為 8 歲之稚齡兒童，實不得謂其前後部分證述不一而認其所述不實。」並未因兒童證言內容不夠具體，而認無證明力，反而因兒童之特性，更加地不去否認其證詞之可信度。

B. 以兒童使用語言之自我理解含意解讀其證詞

對於性侵害案件之情節描述，有時涉及人體器官、性行為等兒童未必能理解、使用之詞彙，故法院在審酌兒童證言時，亦有參酌鑑定人意見、兒童發展心理學相關之資料，來解讀兒童之證言，例如臺灣高等法院 94 年上訴字 2213 號判決：「A1 雖於臺北市立婦幼醫院接受治療及鑑定時，確曾向醫師表示：「OO 君媽媽和蔣 OO 尿尿給我吸」、「他把尿尿的地方放在我尿尿的地方及嘴巴，還把臭臭尿在裡面」等語，然查：(1)依鑑定人林 O 容於原審證稱：「他（按指 A1）不會用下體這兩個字，他會說是尿尿的地方，說出生理學上的名稱應該是不可能的」等語（原審卷(一)第一五二頁），A1 所指之「尿尿的地方」意指下體、生殖器甚明。兒童使用之話語有其自我之理解含意，「在兒童早期詞彙中普遍表現出詞的使用範圍的擴張（Over Extension）」（前開著作第二九八頁參照），A1 在該兩句話所使用之動詞即「尿」、「吸」二字，未能以成人角度解釋該二字之表面意義。雖無法探求 A1 何以有不同動詞之使用，然參諸 A1 於接受臺北縣政府家庭暴力暨性侵害防治中心之心

理評估時，曾指著布娃娃對鑑定人林 O 容表示：有人用尿尿的地方碰觸其下體（原審卷(一)第一四七頁），本體觀察 A1 所述之前開兩句話，其所表達之意思，應係指被告曾將生殖器放入其嘴巴。」法院引用之「前開著作」，為李丹主編、五南圖書出版公司發行之「兒童發展」乙書。

五、小結

研究團隊經分析歸納後，若將特殊判決、包羅於「R.其他」因子中的各少數因子等一併考量，發現性侵害案件之無罪原因可歸納為超過三十種。惟在如此多樣之無罪原因中，「J.被害人、證人之證述前後或相互是否有不一致或矛盾」因子不論在按犯罪類型區分時的各犯罪類型中、以及在依被害人類型區分時之各類被害人案件中，均為最大宗之無罪原因。

此乃肇因於性侵案件中供述證據為主要證據，此研究結果亦徵被害人證述之瑕疵在性侵害無罪判決中扮演之要角。由此可知，若欲提高性侵害案件之定罪率，如何避免證人證述、尤其是被害人指述之瑕疵，將是無可迴避的議題。在我國刑事案件處理架構下，被害人一路上從警詢、檢察官偵訊、到法院審理，被迫不斷重述受害之經過，反覆被詢問被告的侵害行為方式、有無親吻、有無口交等等過程細節，並不斷地被挑戰，不僅造成被害人沉重之心理負擔，亦增加前後指述不一致的蓋然性。故在程序上如何減少被害人反覆陳述被害過程之次數、檢警法官如何問訊、制度上如何之設計能輔助被害人清楚完整陳述並盡量減低再度傷害之程度，乃須進一步探討之重要問題，將於質性訪談、建議政策與解決方案之章節中進一步討論解決方法。

第二節 質性訪談與文字記錄

一、第一次焦點團體座談

第一次焦點團體座談會的舉辦時間為 105 年 4 月 15 日，舉辦地點為中央警察大學科學館及刑事鑑識大樓，與會貴賓為臺灣高等法院 林恆吉庭長、臺灣高等法院 許辰舟法官、臺灣高等法院檢察署 陳正芬檢察官、臺灣臺北地方法院檢察署 許鈺茹主任、刑事警察局刑事鑑識中心 程曉桂主任、新北市政府警察局海山分局偵查隊 黃鴻芳小隊長、前桃園市家庭暴力暨性侵害防治中心 鍾佩宜社工督導。

林恆吉庭長發言

1. 最難認定的是家暴性侵，被害人一人該如何對抗家族呢？家暴性侵可能是長期，所以被害人可能從小就被性侵，導致證詞會是籠統的說詞（如可能是從小四、小五開始，一個星期大概兩次），這樣法官就很難去判斷開始時間和次數。家暴性侵被害人的陳述能力也可能有問題，語言水準，對文字的掌握，詞不達意如：睡覺、睡醒、睡著就不一樣。又是否受到創傷症候群？家暴可能好幾個親屬對其性侵，則如何認定哪一個？證詞也可能不一致，媽媽表達了立場後小女兒感受到就更改說詞。
2. 最高法院是法律審，無法感覺審理法官對直接審理感知的認定。
3. 檢察官起訴門檻大概都認為 60%，檢察官在偵查階段若能對兒童的語言水準和心智能力程度鑑定，才能確定偵訊的問題設計符合其可回答的水準。
4. 被害人陳述也要有補強證據，社工的證述均可當證據，且法官認為可信度高。性侵害案件的舉發方式、查獲方式（如偶發的可信度就高）、旅館服務生的觀察、被害人和被告的身體跡證、員警或旁人的觀察，都可以作為補強證據，如媽媽發現女兒有服用避孕藥等觀察。
5. 檢方在偵辦時能調被告和被害人的通聯記錄，如被害人是否有對外求救、生物跡證、驗傷單等，希望檢察官將來能夠對這些證據一一說明每樣證據的證明力為何。

許辰舟法官發言

1. 法律要求法官須依照證據認定事實，但這種要求在證據少時就很難處理。
2. 陌生人性侵案件較為容易判斷，熟人性侵就很難。一般性侵案件連供述證據取得都很困難，在被害人為智能不足者或兒童時那就更加困難。
3. 補強證據的蒐集是法官審理時的困難，若檢方可及早做，就可以補強。否則通聯紀錄六個月後就無法保留。又如鑑定本應在偵查中做，到審判中做已經太久了。

陳正芬檢察官發言

1. 起訴並不能夠量化，因此無法回答問題集的內容。
2. 檢察官針對被告辯護律師提出的質疑，我們一定會去補足。
3. 依我過往的經驗，檢察官感覺會判有罪，但法官判無罪的情形很少。
4. 最難辦案的是兒童性侵，其次是中或重度智障、夫妻、性工作者、外籍幫傭。
5. 兒童陳述能力不強，我們是否可去做心理鑑定？但卻會產生經費問題，地檢署無此經費，要請高檢署撥款，以及辦案期限。
6. 性侵害犯罪是密室案件，所以除了被害人指述、心理的跡證、還需要補強的是間接證據（第一次接觸被害人的人的證詞如旅館櫃臺人員、通聯紀錄）。測謊鑑定也可以作補強證據，且因為測謊無法逼迫，尚須被告同意，故可以在審判中使用。
7. 將來制度改進的方向：是否交互詰問權仍交給被告，但有無可能不給被告辯護律師來問？因為辯護律師時常會說出傷害被害人的問題。
8. 被害人有些超乎預期的行止，檢察官在偵訊時都要先弄清楚。
9. 不起訴的案件比起訴多很多，因為偵查庭蒐集到的證據是沒有被公開檢驗的，所以檢察官起訴時會是具有十足有把握的，但這些證據在審判中卻質疑，如驗傷單裡有新傷和舊傷，傷單後來就成為爭點，倘若肛門裂傷是舊傷，脖子上若照被害人指述，應會有傷，但結果沒有，最後法院就會因此判無罪確定。另一案件的情形是，起訴時有傷單，但下體的傷卻是舊傷，因此也無法判定有沒有性侵害的行為，最終也是無罪確定。
10. 另外，在第二百二十二條的狀況，下藥難以證明，通常因為檢體沒有採足的關係。

許鈺茹主任發言

偵辦家內性侵案是非常困難的，若被害人是兒童或心智缺陷就困難十倍，若是不合作的被害人就困難百倍，試分享一例，說明何謂不合作的被害人：單親媽媽帶著 16 歲以下未成年女兒，住在中低收入戶的福利住宅，媽媽又帶著孩子的舅舅住。有一天，孩子懷孕了，社工知道就通報，於是相關程序因而啟動。偵查中，被害人說跟她發生關係的對象是 16 歲不知名的網友，不知如何聯絡，依被害人所述本件似為告訴乃論之罪，但被害人表示不想提告，只想把孩子生下來。社工查訪後發現性侵害被害人的竟然是舅舅，因為其他人若不知道他們的關係，都會以為舅舅和被害人是一對情侶。本案檢察官說：基於尊重被害人的身體自主權，我們讓被害人生，但要持續關懷她，最後少女生產時，檢方要求醫生進行 DNA 採樣，當時醫生說不要，因為他害怕被病人告。於是檢察官開了鑑定許可書後，醫生才願意進行 DNA 採樣。舅舅因為有性侵害前科，DNA 資料庫裏頭有建檔，所以一經比對後，發現果然是舅舅的孩子。本案雖被害人未如實陳述案情，加害人亦未到案，檢察官仍依 DNA 比對結果及其他事證起訴，後來舅舅逃亡被通緝，目前一審尚未判決。本案能被起訴，是網絡的成功。尤其社工的警覺心，以及檢察官的契而不捨。後來發現家庭功能不彰，所以找警察至學校將少女帶走安置。網絡的合作是非常重要的，社工的積極和敏感、檢察官的積極偵查作為和科學證據如微物跡證的比對，能使非常困難的案件，也會有成功破案的一天。性侵害案件中即使有迷思，敏感的檢察官還是可能找到突破的點。

程曉桂主任發言

1. 第一線員警的許多觀念現在都已經改變，比起以前進步很快，過去很著重人的供詞，但現在已經改變。
 2. 現在採用測謊鑑定的案件，一半以上都是針對亂倫、心智障礙、兒少等案件。
 3. 若要採藥毒物鑑定，則須視現場有無保存可行鑑定的物品。
 4. 網絡很重要，但如何要讓經驗可以持續傳承，人員的久待則是需要重視的問題，而不是一直輪調。
 5. 我國有關 Rape kit 等證據保存的制度都有，現在一年約有 1,700 個。
-

黃鴻芳小隊長發言

1. 若是告訴乃論的案件，還沒提告會暫緩送驗，而不會只是待在警局裡。
 2. 警政署都會要求警察人員接受相關訓練，因為警察是第一線接觸被害人的，若要成功起訴和定罪，事證蒐集與筆錄的製作就非常重要，至於該如何讓事證蒐集更為完整？考量案件的狀況很多，沒有辦法一一說明。
 3. 蒐證雖在第一時間，但若不是當時立刻發生，蒐證就會有困難。若當場報案就還好，但若時間超過太久就有事實困難。
 4. 倘若一個報案確定是性侵案件，派出所就不能做相關詢問筆錄，必須移給專責單位處理，例如有一 21 歲女子從高雄來會網友，來分局報案說被網友帶到附近公園廁所性侵，調帶、陪同驗傷是標準流程，但是要製作筆錄時被害人就說累了，不要製作，當時要查對話記錄也被刪掉了。本案有許多矛盾之處，例如兩點發生為何五點才報案？且警員調帶後發現顯不可能是性侵。
 5. 創傷徵候群一定是存在的，但是跟時間和對象有關，尤其家內性侵。
 6. 有時候，雖然案件最後的結果是不起訴或無罪，但對被害人而言，至少有司法移送，對證據的保存以及他們心裡的感受，就會好很多。
-

鍾佩宜社工督導發言

1. 最難的案件依序是幼童的性猥褻、中重度的智能障礙案件、知覺失調症。
 2. 網路合作十分重要，尤其是責任醫院，因為他是所有網路成員第一個接觸被害人的。
 3. 婦幼案件的敏銳度要如何累積和傳承，是非常重要的與亟需重視的一個問題。
 4. 針對兒童和心智障礙者，我國有相關減少重述要點可資參考。
 5. 性侵害症候群有時候會導致性濫交的結論，反而導致司法上不利。
 6. 性侵害的安置有時是對被害人很大的折磨，因為孩子會想回家。有時候因為孩子和家屬見面後，到法庭就翻供，結果就非常不利於小朋友。
 7. 對被害人的理解夠不夠也是另外一個問題，我們對於被害人為何會做出這樣的行為，不是每一個案件都有足夠的時間可以去理解，是否可以修正相關制度，讓社工可以有機會了解前因後果？
 8. 鑑定的時間很重要，有時治療後，就很難客觀的鑑定。
-

二、第二次焦點團體座談

第二次焦點團體座談會的舉辦時間為 105 年 8 月 22 日，舉辦地點為國立交通大學管理二館，與會貴賓為國立臺灣大學心理系暨研究所 趙儀珊助理教授、勵馨基金會 王玥好副執行長、勵馨基金會 楊菁惠督導、聯合醫院兒童青少年精神科 林亮吟醫師和士林地方法院檢察署 孟玉梅主任。

林亮吟醫師發言

1. 我贊成要全程錄音錄影，特別是心智障礙者或者兒童，其實他們非常受現場氛圍與問句的影響，所以只是摘錄的話是無法清楚看到他回答問題的脈絡。小孩子證詞前後不一有好多個因素，除了前面所講的之外，還有發展的因素，例如問了一個他無法回答的問題，或他發展上無法理解的問題，那就一定會不一致。
2. 以我所理解，我覺得特教老師的專長不是在詢問、會談上面，他們的專業其實是在擬定兒童的教育訓練，所以那個跟司法的脈絡上其實是很不一樣的；然後就如同社工的角色是串聯資源，保護兒童、思考兒童的福利，那與在司法情境裡面取得客觀的證據與事實不一樣；而精神科醫師的限制則是，我們常常很熟悉他的主觀經驗，就是他陳述中的一個他心理上去因應這個事件的一個反應方式，可是在客觀事實上的一個判別上還是要有點司法醫學的訓練，才有辦法做這件事情，所以我覺得在專業上還是需要大家往外跨一步，有一些灰色地帶要再去拓展的。
3. 早鑑目前有幾個困難，一個是普遍對我們臨床工作者來說，會覺得檢察官跟兒童建立關係的能力弱於我們，可是對於法律的構成要素他們比我們清楚，所以通常我們會把法律構成要素放在比較建立關係之後再去問細節，那檢察官在這個地方的敏感度可能不及我們的經驗。後來因為檢察官也非常忙，所以大概通常在早鑑的業務裡面，後續假如有一些討論要再工作，我目前看到的幾個早鑑的個案都是交給合作的醫療團隊進一步去做比較詳細的評估。然後第二個我要講的困難還是在，對我們來說去理解這個兒童的發展經驗與發展能力以及他的現況，這種描述相對沒有困難，可是這個發展描述當它陳述出與法律事件相關的經驗的時候，哪一些東西可信，可信到什麼程度，哪一些內容是怎麼樣，這個其實是在早鑑的業務裡面被團隊有最多的討論，就是哪一些話、哪一些語言是符合他的發展，他的可信性是比較高的，或是他的正確性相對的效度是比較好的。所以你會看到我們寫的早鑑報告大概很少說「絕對百分之百」，我們會寫以他的發展能力與他能回溯的可能性是相當高的，但是即使你仔細問孩子，其實還是有一樣的問題，就是因為孩子會被觸發的經驗、記憶，尤其是多次侵害

行為的，他其實每一次會跟你陳述的那個前後脈絡還是會有差異，所以當他在談事件的時候我們會覺得這個性受虐事件是發生的，可是每一次發生的脈絡可能是不一樣的時候，那些細節就會有前後不一的情況。

4. 對於兒童有沒有性意識概念跟他有沒有同意的能力是兩件事情，他可能有隱微的性別的概念，性行為是怎麼樣是很不一樣的，他有性意識不等同於他知道要去對抗、抗拒或是不同意，因為那個概念跟行為界線（**Behavior Boundary**）或心理邊界（**Psychological Boundary**）在心理學上面其實是很不一樣的發展要素跟元素，那個發展階段其實是漸進式的。
5. 不少兒童其實他受到性侵後沒有創傷的反應，這個是在臨床上不少見。那我們也知道在風險概念裡面，假如這個兒童處在風險中比較久，他有創傷的機會高，就是說創傷其實跟多數因素有關，比如說你被性侵害的時間，他被侵害脅迫的程度，他身體受到創傷的狀態，然後他跟這個加害人的關係等等的很多因素有關，所以創傷的產生它是一個過程，它不是有或沒有的問題。有些孩子他就要到安全環境中他才會出現創傷反應，像我最近看的一個孩子就是這樣，而且他創傷出現的時候你發現就波濤洶湧，然後錯置，他把那個創傷跟這個創傷連在一起，然後你看到的現象是他可能也被性侵，可是你假如仔細去抽絲剝繭就發現說不是，可是我們花了半年的時間才把這個過程給釐清，所以創傷其實還會有一個演進的過程，就是說他可能在急性壓力的時候他的反應跟他慢性化又不一樣，所以的確你在不同階段看到他的時候，判斷就會不一樣，但是那個只是當時的現狀（**status quo**），它不代表他一直都是這樣。然後第二個創傷相關的問題是，創傷到底跟性受虐有沒有關係，當然有一些孩子是可以判斷有關係的，可是不是每一個孩子都可以判斷有這樣的關聯，因為我們知道受到性虐待的孩子有六到七成也受精神虐待、身體虐待，所以那個創傷可能還跟身體的、精神的或言語的受虐有關，所以你很難講說這個創傷一定跟性有關，但至少可以證明一件事情，這個加害人跟他的關係是很不好。

趙儀珊助理教授發言

1. 我個人是認為應該要全程錄音錄影，因為我看到的筆錄與錄影的譯文會差很多。因為警察打筆錄不可能把所有內容全部紀錄，都是刪減版，所以他記載的或是有在筆錄裡的内容有可能是造成前後不一的問題。警察邊進行筆錄邊問問題，可能僅對於兒童被害人所言合理的部分才打進筆錄，其餘就省略未記載，或是二選一等節錄部分而已。這樣看他是怎麼被問的，是否有重複同一個問題，

小孩子可能一開始講的跟最後講的有落差，但是說他出庭講的跟筆錄沒有記載到的做比對，一定是對被害人不利的。

2. 在美國是由這位專業人士他自己問被害人，他的東西是可能有證據能力，但是專業人士協助訊問、交互詰問，這是完全不一樣的角色。簡單來說，像我每一次陪同，我扮演的角色其實是一個通譯，所以我具結會有兩份，專家鑑定人還有通譯。
3. 因為現在我們討論整個司法詢問員還有專業人士，其實最擔心的是證據能力的問題，誰問才有證據能力，所以我個人的想法還是不要太依賴專業人士，我們的警察、檢察官後來很多已經就開始自己問了，因為有上過一些相關的課程，所以我反而是覺得這個司法詢問員本來是想依循美國的作法，但是是因為美國有這樣一個兒童證言中心 (Children's Advocacy Center)，所有的專業會聚集在這一個地方，有檢察官隨時 on call 到場，警察也是，也有精神科醫師、臨床心理師、社工，很多相關的專業，但是他們是固定在那裡處理性侵害案件。他們就會有一個司法詢問員 (Forensic Interviewer)，有案子的時候就只會有這個司法詢問員在問，其他人都會在單面鏡後面觀察，然後檢察官可能會提示他說問某些問題，通常就是一些構成要件的問題。當時當然就有討論說是不是要引進這個，但我覺得太快了，因為我們光資源，把這個中心要設在哪裡，然後這個司法詢問員是司法院的人還是社福體系的人，這些問題後來都沒有辦法達到共識，所以後來民間團體就先去推行專業人士制度，至少把訊問需要特殊訓練的這個概念提出來。
4. 很多法官、律師甚至檢察官會覺得說前後不一證明了這個被害人在說謊，而不是他可能是說錯，我覺得我們很少去區分說他有故意要說謊，還是他說錯、記錯，還是他被引導出來、被誘導出來，還是他是因為被問重複的問題而出來的，所以我還是覺得回到要去看原始資料的影像或是筆錄，就是要看這個人是怎麼被問的。
5. 我們國內的問題主要是司法人員對不同心理精神醫學領域的理解其實是很有限的，法官他沒有辦法區分諮商心理、臨床心理、精神科還有我們一般的心理學家，這是還蠻可怕的事情，因為他可能做了很多諮商評估或再加一個創傷鑑定進去，然後他下的結論是因為他有創傷所以他的可信度很高，他的邏輯是這樣子。然後通常我會做鑑定是已經到高院，可是那個可能在一審的時候就已經有這樣的一個結論，後來法官可能自己覺得好像又有點問題所以他又再做第二次鑑定，就浪費了很多資源。那另外一個浪費資源的情況是，醫院做精神鑑定，

或是做確定是有無創傷、有無被性侵的可能性，那他們可能說最後的結論是無法判斷，這法院沒有辦法接受，就會再送另外一家醫院做鑑定，那這個醫院就覺得說很無奈，我們花了很多力氣完成一個鑑定，但是法院一定要看到這個正相關的結論。

王玥好副執行長發言

1. 現在相關民間團體就是想要推司法詢問員，這一個理想上的期待就是說他對性侵害的問題無論是司法或是被害人本身，有一定的熟悉的程度，既了解被害人年齡、身分的屬性，又了解這樣犯罪的類型。而社工本身也有新、舊手的經驗問題，對於一些心智障礙者的個案也會遇到專業不足的困難，有時須藉助特教老師的協助，社工的專長應該是在連結資源，而不是本身就是什麼都會。
 2. 等到案件揭發後，會有太多干擾因素進來影響，所以我覺得在早期干擾還有那麼多的時候，相對地他的可信度就會比較高。
 3. 我之前聽過臺大婦產科醫師華筱玲，她提到說我們現在對於定義是採取「接觸」還是「接合」，就是說要插進去才構成，或是說如果有接觸到外陰部即可，我們的生殖器是不是也有包括外陰部，還是只有陰道。他也有可能沒有進入陰道，但是他就是在外部，那這到底有沒有構成呢？那次聽華醫師是說，有的法官是採取嚴格的插入才算，所以就會變成說這個部分可能在法律的定義大家看起來是不太一樣的。因為假設是接觸，他也許處女膜並不會有傷痕。
-

楊菁惠督導發言

1. 為了確保筆錄的證據性，所以要錄音錄影，可在我們的實務經驗操作，也比較少聽聞有拿錄音錄影當作比對的，都是以紙本筆錄來跟他在地檢署做的筆錄來做比對，看證詞有沒有一致。
 2. 錄音錄影有個好處，是有時候很多非口語的地方是很難用筆錄去呈現或是被忽略的，透過影片就可以比較到位。還有一個很大的問題是，通常會看到錄音錄影檔的就是在場的被害人、社工跟員警，那影片會再調出來的機會是還蠻不高的，那再來社工的流動性也蠻高的，那能不能跟到最後偵查與審理程序的社工也是一個問號，這個東西能不能做一個配搭也是一個需要克服的問題。
 3. 社工在訊問被害人當下的話是會協助問題的釐清，因為有些孩子是聽不懂問題的，或是說與事前去瞭解的情形不太一樣時，我們會協助女警再去確認一下那個問題。再來就是情緒的安撫，因為有些孩子或是有些創傷較重的被害人，他
-

們有時候情緒高漲的時候是無法回答問題的，所以我們會代替他們向警方要求暫時休息一下，避免情緒影響他問訊的一個品質。

4. 社工針對司法訊問的專業訓練，其實沒有到那麼的到位，可是我們會針對這位社工服務的族群來一個專門的訓練課程，主要是以一個比較大宗的族群或是比較需求性的特殊範疇來進行訓練。
 5. 就剛剛針對專家證人的部分，以我這邊的經驗有一個案子，他是被雇主性侵害，可是他沒有在事件後馬上求助。只是說我要提的是說，我覺得有時候那個脈絡性我不確定在司法訊問裡面能不能放到裡面做一個參酌，因為在我的經驗，如果說當檢察官願意去聽那個被害人當時為何不去求助，把這個脈絡找出來，其實我覺得反而可以增加他起訴判有罪的可能性。
 6. 針對處女膜的採證，其實對被害人來講我們知道很多都是二度的創傷，原因是採證的醫生通常都是男醫師，他們通常也不會解釋接下來採證的程序，所以在侵害事件之後他們馬上就是要讓一個外人做陰部的採證，其實對被害人來講是一個蠻大的創傷。
-

孟玉梅主任發言

1. 如果這個錄音錄影是想要取代到庭證述，就要克服、處理現行刑事訴訟法關於傳聞證據的證據能力的規定問題。但前面兩位老師所講的是，如果我們發現這個小孩子所講的前後不一致，可是不見得他在說謊，或者沒有發生這件事情，那這個錄音就是可能有助於鑑定或是還原當下的狀況，所以就視這個錄音錄影的用途是什麼。如果是要強制全程錄音錄影的話，我就會比較擔憂被害人是否能夠坦然接受，如果他抗拒的話我們要如何讓他不覺得這是一種二度傷害，這也是要考量的點。
 2. 我認為其實現在一個很重要的關鍵就是，大部份的檢察官在第一次的詢、訊問裡面這部分的專業可能不太夠，那它有沒有很大的專業，其實也沒有，就問到說彷彿那個場景重現，不能夠有些東西講的不清不楚，你沒有那個 sense 就跳過去，然後你自己就覺得是那樣，所以就要盡量讓他確定，如果你第一次的筆錄看過之後好多東西是空白的，你要自己去添些素材才會覺得是合理的，那是你自己想出來的而那些東西就可能會產生變化，因為接下來被害人再講的時候可能那塊就會不一樣，可是那樣的不一樣可能就會成為認知的前後不一，所以我覺得第一次的訊問非常重要，可是他有沒有什麼重大的學問，其實對於一個能夠陳述的被害人來講我認為沒有，就只是你問的細膩度。另外在問的這個過程
-

裡面，當然你要考量被害人的感受，就是你不要用質問他的方式，可是碰到他講的不合理的情形時，就要用一種「那如果是這樣的話你為什麼沒有做什麼」這樣的一個方式，提供他說明解釋的機會。那整個程序訊問完畢後，這份筆錄基本上我認為常常我就不需要再傳第二次、第三次，那這個第二次要傳的話其實就是因為被告提出了一個東西是足以推翻告訴人前面所講的。但是碰到一種狀況是困難的，就是精神、智能障礙跟太小的小孩子，那碰到這樣的小孩子我們也是試著用他那個程度的言語去跟他溝通，那小朋友進到談話室的時候一定會有社工跟家長，甚至有他的輔導老師，就是他最親近、最依賴、最能夠理解他話的人會進來，可是談了兩三句話就發現，他是一個很排斥陌生人的人，對他來說我就是一個陌生人，他不願意跟我講話，那這時候幾次的幾個問題發現他很排斥的時候，基本上我就會打住，我就會尋求別的方式。那這時候就是我覺得需要專家進來，但是我有一個疑問，有時候是要你跟他有一定的互信關係，他才會回答理會你，坦白講這時候我不知道專家在現場的時候，有沒有辦法在很短的時間就跟他建立起信任關係，這時候要去怎麼樣處理這樣的一個問題。或者是，也許去跟媽媽商量說我們換個場景，我們就會想不同的方式，其實在克服小朋友或智能障礙者其實它的方法非常多，當然專家絕對是一個，但是就是變成說我們隨時要去因應這些情況。其實訊問的檢察官他對於被害人特質的了解，以及怎樣的一個訊問筆錄才足夠，這樣子的敏感度是要有的。

3. 被害人會用一些法律名詞，例如對我「性侵害」，接下來可能又換了一個名詞，可是他對他自己所用名詞的內涵其實是不清楚的，接下來可能有說他對我毛手毛腳的諸如此類，就是說在我們的解讀上面，他的用字一直在轉換、變化。所以我每次都跟警察講說你不要讓被害人講法律用語，告訴我具體的行為就好，這也是我們在問時要有的敏感度。
4. 其實你一份證詞你要能夠讓法官相信，或者是說經這個被告被判有罪，要達無合理懷疑的程度，當然一切都要合乎所謂的經驗法則，當然每個人的經驗法則不同，我這邊經驗法則並不是一個刻板的那個東西，但是基本上他還是有一個大部份人會有的經驗。
5. 有很多東西我們看似覺得說也許一個一般常人的反應會做這樣的事情但他當下沒有這麼做的時候，至少我一定提出來，請他能夠回述說明一下，讓他有一個可以把這樣子的一個情境重新去讓我知道的機會，至少我是會這麼做，不會直接就認為說你當下的這個反應就是不合理的。但是有時候他確實也說不出所以然來，然後我們也不斷地用各種開放式的空間、狀況，那當他都沒有辦法給

一個說法，也是有這樣子的一個狀況。

6. 其實我們在實務上要聚焦出來，要鑑定的東西是什麼，就像您剛才提到那個唐O山的案子，其實我一邊聽的時候我就有一個納悶跟金老師差不多，就是如果是要回溯整個過程，那就是我詢問者檢察官該問的嘛，就是你被害的過程。那我需要鑑定的是說，像斯德哥爾摩症候群這種，明明一般可能就會覺得說你對我這麼壞我可能避之唯恐不及，我為什麼還跟你黏在一起，這時候就可能需要專家告訴我說有一種心態叫作斯德哥爾摩症候群，然後是在什麼狀況下會發生，這樣子可以讓檢察官、法官相信說這樣子的一個發生不是截然地不合常情，所以專家要鑑定的可能是這些東西。
 7. 我覺得處女膜的傷痕鑑定只是一種證據的型態，但是我們現在大概不會用說比如驗傷診斷證明書上寫說是陳舊性裂痕，就認為說他說的性侵這個事情不存在，因為不見得有這個關聯性。但是如果是新痕而且那個驗傷的時間跟他所講的被侵害的時間是相近的，那就一定有證據能力。
 8. 我覺得這樣的一種交互詰問對小朋友跟智能障礙者，是非常不好的，可是我們現在刑事訴訟程序裡面，更重視的是被告權益的保障，所以在這種狀況之下，我們可能會希望請法官來詢問、訊問，而不是說用詰問。
-

三、小結

在 2016 年 4 月 15 日與 2016 年 8 月 22 日之兩次焦點團體座談中，多位專家均指出專業醫療院所與社工的重要性。配合判決實證研究結果，就醫療與社工部分，本團對建議如下。第一、應建置責任醫院，驗傷本身就是一種專業，並非任何診所或一般急診可以處理，且性侵害的驗傷可能因為被害人的特殊性如兒童被害人、智能障礙被害人或因家內性侵的被害人而可能需要輔佐以其他專業知識，建立責任醫院並給予醫護人員基礎和進階的訓練有其必要。第二、強化社工資源。社工與本團隊所建議的司法詢問員、早期鑑定等制度功能不同，且具有互補性。性侵害犯罪的司法處理流程中涉及許多單位，包括最早通報的警察體系、驗傷治療的醫療體系、到進入司法檢察官的偵查、起訴，乃至於最後的法院審判系統，期間被害人必須面臨不同單位和專業的機構，而社工的角色其實在幫助被害人串連這些程序、給予支持，並適時予以解說和給予心理的協助。若在流程中欠缺社工，或社工更換過於頻繁，或者一位社工必須處理過多案主，將大幅減損社工扮演的支持角色，也可能導致被害人於程序中感覺無依或驚慌。若要降低被害人的不安感，並充

分協助被害人在各不同程序轉換間的適應度，必須強化社工能量並給予社福單位固定的資源，將可能大幅降低被害人因流程轉換或不諳程序或專業導致的心理衝擊或陳述不一。

第四章 建議政策與解決方案

第一節 引進附加訴訟（訴訟參與）制度

察看德國聯邦統計局對 2014 年犯罪定罪率之統計，難以泛稱德國之性侵犯罪定罪率明顯低於其他犯罪類型，已如上述。儘管如此，德國文獻認為¹⁴⁸，性侵案件好發於密室且行為人為熟人或親人，性侵被害人在性侵審判程序往往是唯一或關鍵證據，這通常會導致無罪判決。因為被害人不願面對加害人，也不願在偵審人員面前揭露自己的受害歷程，而即便出庭應訊，只要證詞不明確或有歧異，均容易導致被告獲得無罪判決的結果。除了及時保全性侵犯罪之跡證外，如何提升被害人出庭作證誘因，鼓勵被害人出庭，讓其感受司法追訴不是單純只想利用被害人的「證人證詞」來實現國家刑罰權，卻不顧及被害人因協助追訴而承受的二次傷害，成為德國追訴性侵程序上的關切之處。總言之，德國立法者設計被害人保護的規範，提供被害人（尤其是性侵犯罪之被害人）周全的訴訟權利，以鼓勵被害人積極參與刑事程序，同時避免被害人有成為國家追訴犯罪之利用品的感受。整體觀之，德國法思維是從「被害人保護」轉向到「被害人參與」¹⁴⁹。

在此理念下，關於德國程序法就性侵犯罪被害人之保護及參與機制，可從四方面談起，分述如下。

一、附加訴訟（訴訟參與）

1. 概念與功能

性侵案件之被害人可以利用「附加訴訟」（Nebenklage）制度¹⁵⁰。附加訴訟規定在德國刑事訴訟法第 395 條至第 402 條，其提供某些特定罪名的犯罪被害人，例如性侵害犯罪之被害人（德國刑事訴訟法第 395 條第 1 項第 1 款），有機會以私人地位參加檢察官之公訴程序。德國法同樣有自訴程序（參見德國刑事訴訟法第 374 條以下），附加訴訟並非自訴程序，當被害人選擇成為附加訴訟人，並無權自行開啟審判，而是只能加入檢察官已開啟的公訴程序。這意味著，一來，附加訴訟從屬於公訴，二來，偵查程序並不適用附加訴訟。

¹⁴⁸ Herrmann, Sexuelle Gewalt gegen Kinder und Frauen, Teil 3: Verfahrensrechtliche Besonderheiten aus Sicht der Opfer von Sexualstraftaten, StRR 2010, 250.

¹⁴⁹ SK-StPO/Velten, 4. Aufl., 2013, Vor. §§ 374- 406h Rn. 2.

¹⁵⁰ Insoweit vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl., 2016, Rn. 593 ff.; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2016, § 26 Rn. 77 ff.; KK-StPO/Senge, 7. Aufl., 2013, §§ 395 ff.; Kühl, Strafprozessrecht, 9. Aufl., 2015, Rn. 255 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., 2014, § 64 Rn. 1 ff.; Schöch, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 2. Aufl., 2016, §§ 395 Vor. Rn. 1 ff.

附加訴訟的功能，最近雖然提倡其在落實保護功能的理念，但不可諱言，附加訴訟的主要功能應在滿足被害人的補償和修復利益，亦即，提供被害人對其個人切身相關之犯罪有刑事程序參與權。雖然自訴也有這種功能，但畢竟自訴事實上主要是用來減輕司法負擔，就這點而言，自訴與附加訴訟難以類比。不過，附加訴訟也與自訴類似，都有滿足被害人的應報利益，即某程度取代檢察官來參與訴訟，以處罰被告為追求目標。再者，附帶訴訟也扮演私人的監督功能，這是針對檢察官而言，以避免檢察官失職或怠惰追訴。

2. 參與程序

被害人於公訴程序的任何階段都能加入，即便於判決之後，亦得為對判決上訴而聲明參與（德國刑事訴訟法第 395 條第 4 項）。參與之聲明，應以書面為之（德國刑事訴訟法第 396 條第 1 項第 1 句），且不以先前已提出告訴為要件¹⁵¹。被害人提出參與聲明後，本案繫屬法院應審查聲明人是否具有形式上之參與權，即判斷聲明人可能為特定罪名之被害人；如果是在上訴時聲明參與，則由上訴法院進行審查。參加聲明，因撤回或附加訴訟人死亡而失其效力（德國刑事訴訟法第 402 條）。

3. 附加訴訟人之權利

附加訴訟人加入公訴之後，其行使權利並不受檢察官之拘束。被害人透過聲明成為附加訴訟人而加入公訴後，會取得廣泛的程序參與權。附加訴訟人享有的審判期日之訴訟權，以在場權最受重視。而且，即使附加訴訟人在同一程序成為證人而應訊，仍不妨礙其以附加訴訟人之地位行使在場權（參見德國刑事訴訟法第 397 條第 1 項第 1 句）。換言之，一般就訊問證人應分別訊問、未經訊問不得在場的限制（參見德國刑事訴訟法第 58 條第 1 項、第 243 條第 2 項）¹⁵²，不適用於既為證人又為附加訴訟人之被害人身上。

附加訴訟人其餘訴訟權利，德國法明文列舉如下（參見德國刑事訴訟法第 397 條第 1 項第 3 句、第 4 句）：聲請法官迴避或聲請拒卻鑑定人、質問權、對審判長之命令聲明異議權、對問題聲明異議權、證據調查聲請權及陳述意見之權利。此外，除法律另有規定外，法院讓附加訴訟人享有與檢察官相同的參與及詢問意見之權利。

¹⁵¹ BGH, Beschl. v. 07.04.1992 – 1 StR 117/92, NStZ 1992, 452.

¹⁵² 類似我國刑事訴訟法第一百八十四條第一項：「證人有數人者，應分別訊問之；其未經訊問者，非經許可，不得在場。」

另外，附加訴訟制度提供無償指定律師輔助制度。就本研究計畫關心的強制性交罪與乘機性交罪（德國刑法第 177 條與第 179 條）而言，這兩項罪名的被害人如提出聲請，法院應指定律師作為其輔佐人（參見德國刑事訴訟法第 397a 條第 1 項第 1 款）。應注意，被害人於檢察官提起公訴之前，得單純以附加訴訟權人地位由律師輔佐或由律師代理（德國刑事訴訟法第 406g 條），這項被害人之權利與其之後是否有聲明參加公訴無關。

最後，附加訴訟人得獨立上訴，而不取決於檢察官意思（德國刑事訴訟法第 401 條第 1 項）。不過，附加訴訟人必須有上訴利益才能上訴，不得為被告之利益上訴。此外，附加訴訟人不得對被告刑罰或其他法律效果提出指摘，亦即，不得以請求對被告處以更高刑罰或其他法律效果而上訴（德國刑事訴訟法第 400 條第 1 項）。

4. 刑事立法政策評估

2013 年，立法院 27 名立委提案增訂「被害人訴訟參加」¹⁵³。詳言之，其擬在刑事訴訟法增訂第九編之一「犯罪被害人之訴訟參加」，規定在第五百一十二條之一至第五百一十二條之十四，結構仿自前述的德國法。提案理由提到，「依刑事訴訟法第三條規定：『本法稱當事人者，為檢察官、自訴人及被告』，是於現行刑事訴訟程序下，被害人非提起自訴，無從成為程序當事人，更非訴訟主體。以致被害人在程序上僅擔任證人，而無法與被告有相同司法程序地位，例如聲請調查證據、交互詰問、上訴權等。因此，為提升被害人地位，維護被害人權益並追求司法正義之實現，故參考德國『刑事訴訟法』中『訴訟參與制度』，希望能在我國刑事訴訟法增立『犯罪被害人之訴訟參加制度』，以茲保護犯罪被害人訴訟參加之地位與權益。」。

如前所述，被害人附加訴訟（或立委提案所稱的「訴訟參加」），目的在積極賦予被害人在公訴程序上的參與權，有獨立的訴訟權限，並不受擔任公訴原告的檢察官之意思拘束。因此，德國附加訴訟將參加權限限定在特定犯罪類型，例如性侵、暴力犯罪等，且限制於檢察官提起公訴之後，始能聲明參加，但某程度上，德國立法者已經透過附加訴訟制度，讓被害人成為「刑事程序的一位新當事人」¹⁵⁴，而非「檢察官的輔助人」¹⁵⁵。

¹⁵³ 總字第 161 號委員提案第 14840 號，《立法院第 8 屆第 3 會期第 8 次會議議案關係文書》，2013 年 4 月 10 日印發。

¹⁵⁴ Barton, Die Reform der Nebenklage: Opferschutz als Herausforderung für das Strafverfahren, JA 2009, 753.

¹⁵⁵ LR-StPO/Hilger, 26. Aufl., 2009, Vor §§ 395 ff. Rn. 2.

程序制度的取捨，均有利有弊。舉例而言，審級制度一方面維護被告的審級利益（救濟權），但另一方面可能侵害被告的妥速審判權，因為終局確定判決遙遙無期。同樣的程序利益衝突，也發生在被害人附加訴訟¹⁵⁶。由於被害人對公訴結果有個人利益，包括附帶民事訴訟的賠償利益，極可能藉由閱卷得知卷證而修正自己證詞，導致刑事程序的真實發現轉向成形式真實，甚至回復到私人一利用檢察官之公訴一報復和走向以刑逼民的歧途¹⁵⁷。

儘管對被害人附加訴訟有所疑慮，似乎不應據此全盤否定被害人參加訴訟的必要性，畢竟程序法的性質，本來具有發現真實與人權保護之間的折衝特色。就以性侵審判程序為例，即便被告詰問權是普世人權，形諸國際人權公約，惟國家也有保護被害人的保護義務，為避免性侵被害人於對質詰問受到二次侵害，不也為了考量性侵被害人利益而限縮被告面對面的質問權嗎？被害人附加訴訟是國際上趨勢，德國並不走向完全廢除的道路，反而是擴大被害人參加權限。儘管規範細節可以討論，大方向卻是不可逆行的。惟我國是否有司法資源和人力配套實施被害人附加訴訟，例如可預期會拖延（或干擾）訴訟¹⁵⁸，這是政策決定問題，有待主管機關決定。

二、被害人特有權利

刑事犯罪之被害人權益，德國刑事訴訟法在第五編第四章專章規定「被害人其他權利」（德國刑事訴訟法第 406d 條至第 406h 條）。在此背景下，犯罪被害人是獨立的程序參與人，不問其有無成為證人或利用自訴程序、附加訴訟程序¹⁵⁹。以下介紹被害人主要之訴訟權利：

1. 閱卷權

被害人最重要、但也是最受爭議的權利是閱卷權。依德國法的規定，被害人閱卷權只能透過律師來行使（參見德國刑事訴訟法第 406e 條第 1 項）。而閱卷的要件，原則上律師必須敘明被害人有知悉卷證內容的合理利益，但得聲明附加訴訟之罪名，例如強制性交罪、乘機性交罪，其被害人無須敘明合理利益。

被害人閱卷權在一定事由下，應予拒絕（參見德國刑事訴訟法第 406e 條第

¹⁵⁶ *Schroth*, Opferrechtsreformgesetz - Das Strafverfahren auf dem Weg zum Parteienprozess?, NJW 2009, 2918 f.

¹⁵⁷ Kritisch dazu vgl. Kühl, Strafprozessrecht, 9. Aufl., 2015, Rn. 257.1; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2014, Rn. 338.

¹⁵⁸ Vgl. auch Schöch, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 2. Aufl., 2016, §§ 395 Vor. Rn. 7.

¹⁵⁹ *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., 2016, Rn. 602; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2016, § 26 Rn. 100.

2 項)：1.若牴觸被告或其他人之優勢值得保護利益時，應拒絕其閱卷。2.顯示閱卷危及調查目的（包括其他刑事程序之調查目的）。3.閱卷可能嚴重拖延程序，但在特定犯罪中，例如本研究計畫關心的強制性交罪及乘機性交罪，檢察官已於案卷中註明偵查終結者，不在此限。值得注意的是上述的「危及調查目的」。當被害人可能在審判程序作為證人接受訊問時，通常認為讓他閱卷會危及調查目的，此時應避免讓被害人藉由閱卷而調整其作為證人之證詞。

關於閱卷之准否，偵查程序中及程序確定終結後，由檢察官決定之。不服檢察官決定者，得向管轄法院之偵查法官聲請裁判，但此裁判不得聲明不服；倘若是偵查程序終結後之決定，則可提起抗告。於起訴之後，由本案法院之審判長決定是否准許閱卷，對此決定得提起抗告。最後，若公布拒絕閱卷之理由可能危及調查目的時，前述之拒絕裁判得不附理由（參見德國刑事訴訟法第 406e 條第 4 項）。

2. 訴訟結果之受通知權

刑事程序終止及法院訴訟之結果，只要涉及被害人，法院應依被害人之聲請通知之（德國刑事訴訟法第 406d 條第 1 項）。除此之外，法院依被害人之聲請，通知被害人以下事項：

- (1) 是否對受有罪判決人指示不得聯繫被害人或與其往來；
- (2) 是否對被告或受有罪判決人命令或結束剝奪行動自由之處分，或者是否給予首次寬緩執行處遇或休假，當被害人闡述其正當利益，且相關人對排除通知不存在值得保護之優越利益時；在第 395 條第 1 項第 1 款至第 5 款所稱情形（這裡包含強制性交罪與乘機性交罪），及第 395 條第 3 項被害人受准許提起附加訴訟之情形中，無須闡述正當利益；
- (3) 是否再次給予受有罪判決人寬緩執行處遇或休假，當正當利益已闡述或顯然有正當利益，且受有罪判決人對排除通知不存在值得保護之優越利益時。

3. 受律師輔佐權

被害人於刑事程序得由律師輔佐或代理（參見德國刑事訴訟法第 406f 條第 1 項第 1 句）。應注意，與被告接受警察詢問之情形不同，被害人之律師於警察詢問被害人時享有在場權（參見德國刑事訴訟法第 406f 條第 1 項第 2 句）。

4. 被害人信賴之人

被害人以證人身分接受訊問時，應依其聲請，准許一名受被害人信賴人在場，但信賴人在場可能危及調查目的者，不得在場。此決定由訊問機關為之，且

對此決定不得聲明不服，拒絕之理由應於筆錄記錄（參見德國刑事訴訟法第 406f 條第 2 項）。

5. 受告知權利

對於被害人，追訴機關應盡早且原則上以書面並盡可能以其可理解語言，告知其享有之被害人權利（參見德國刑事訴訟法第 406h 條）。

三、證人之律師扶助權

證人於德國刑事程序享有律師扶助權（Zeugenbeistand：德國刑事訴訟法第 68b 條）¹⁶⁰，這不只適用於審判程序，還包括檢警機關之偵查程序（參見德國刑事訴訟法第 161a 條第 1 項第 2 句、第 163 條第 3 項第 1 句）。德國《刑事訴訟法》第 68b 條明文表示，證人有受律師扶助之權利，而且允許律師於證人訊問時在場，除非因律師在場而有危害取證目的時，才排除在場權。所稱危害取證目的，指有合理根據認定：1. 律師參與應調查之犯罪或與該犯罪相牽連之包庇犯罪、妨礙司法或贓物罪；2. 律師不只對該證人利益負有義務（而出現利益衝突），以致證人之陳述舉動受到影響；3. 律師為湮滅證據利用在證人訊問時獲得之資訊，或以危及調查目的之方式傳遞（參見德國刑事訴訟法第 68b 條第 1 項第 4 句）。

如果證人受訊問時無律師扶助，但該證人卻有值得保護之利益卻無法自己維護權利時，例如身心狀況不成熟或有障礙之證人，此時，應由國家負擔費用，為證人於訊問期間指派律師（參見德國刑事訴訟法第 68b 條第 2 項第 1 句）。值得注意者，德國立法者於此另準用被告之指定辯護規定（參見德國刑事訴訟法第 142 條第 1 項），表示在為證人指定律師前，應當給予證人於一定期限內提報律師人選的機會，若無特殊事由，審判長應指定證人提報的律師（參見德國刑事訴訟法第 68 條第 2 項第 2 句）。

最後，法官訊問證人時，扶助之律師如被排除在場，對此決定不得聲明不服（德國刑事訴訟法第 68b 條第 3 項），以避免訴訟延遲。不過，如果是檢察官命令律師不得在場，證人仍得聲請法院裁判（參見德國刑事訴訟法第 161a 條第 3 項）；依德國當年立法理由說明（BT-Drucks. 16/12098, S. 18），若是警察機關排除律師在場者，證人同樣可聲請法院裁判¹⁶¹。

¹⁶⁰ Vgl. Joecks, StPO, 4. Aufl., 2015, § 68 Rn. 1 ff.

¹⁶¹ Joecks, StPO, 4. Aufl., 2015, § 68 Rn. 6.

四、訊問性侵被害證人之特別規定

德國法針對訊問性侵被害證人，與我國法相同，也有視訊訊問（德國刑事訴訟法第 247a 條）、證人面對被告有無法陳述之虞時，不許被告在場（德國刑事訴訟法第 168c 條第 3 項），甚至不通知其證人訊問期日（德國刑事訴訟法第 168c 條第 5 項第 2 句）以及隔離訊問（德國刑事訴訟法第 247 條）¹⁶²。

應注意者，德國法另有就證人訊問「得」錄音錄影之規定（參見德國刑事訴訟法第 58a 條第 1 項）。訊問機關有決定錄音（影）之權限，而證人則有忍受錄音（影）之義務¹⁶³。訊問證人錄音（影）的規定，此於任何程序階段均有適用，即法官訊問、檢察官訊問（參見德國刑事訴訟法第 161a 條第 1 項）和警察機關之詢問證人（參見德國刑事訴訟法第 163 條第 3 項），且訊問證人之錄音（影）於一定條件下得於審判程序取代證人到庭作證（參見德國刑事訴訟法第 255a 條第 1 項），成為直接審理原則之例外。

依德國文獻說明，證人訊問錄音（影）的規定，目的一方面在讓有特別保護需要之證人免受多次訊問，尤其是青少年及性侵犯罪之被害人，二方面在保全證人證詞，避免審判階段未能訊問無法到庭之證人。因此，德國訊問證人錄音（影）規定，原則上雖屬裁量規定，但在以下兩種情形，立法者要求應錄音（影）：1. 維護未滿 18 歲之人及刑事訴訟法第 255a 條第 2 項所稱犯罪（含性侵犯罪）之被害人的值得保護利益；2. 有無法於審判期日接受訊問證人之虞，且錄音（影）對調查真相有必要時。

相較之下，我國《刑事訴訟法》本身並未就偵查程序訊問證人設有錄音（影）規定¹⁶⁴。至於審判程序，因我國刑事訴訟法第四十四條之一第一項規定「審判期日應全程錄音；必要時，並得全程錄影」，對於證人於審判中為陳述依法應予錄音或錄影。因此，我國現行法下，檢察官和警察機關訊（詢）問證人時，並無必須錄音或錄影之明文。我國實務認為這是立法疏漏，「如仍予以錄音或錄影，自非法所不許」¹⁶⁵。

¹⁶² 相當於我國刑事訴訟法第一百六十九條、第二百四十八條第二項。

¹⁶³ Joecks, StPO, 4. Aufl., 2015, § 58b Rn. 5.

¹⁶⁴ 但在若干非法律位階的法規命令或行政規則有特別規定，例如《性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點》及少年保護事件之相關規定。

¹⁶⁵ 例如最高法院 102 年度台上字第 2490 號判決：「92 年 2 月 6 日修正公布之刑事訴訟法，為使審判期日之訴訟程序能合法、妥適地進行，並使審判筆錄之記載有所憑據，杜絕爭議，增訂第四十四條之一第一項「審判期日應全程錄音；必要時，並得全程錄影」之規定；另於第一百九十六條之一第一項增訂司法警察官、司法警察於調查犯罪情形時，得詢問證人，惟第二項規定所逐一系列明準用之有關條文，其中第一百條之一及第一百條之二並未在準用之列。本法對於證人於審判中為陳述，既增訂應予錄音或錄影，然於檢察官訊問證人，及於司法警

第二節 推行起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）制度

一、前言

性侵害案件是完美的密室犯罪，除了被害人指述外，顯難找到直接證據來證明犯罪事實的存在，因此被害人指述是否有瑕疵往往影響法院心證甚鉅，此等情形在特殊被害人（即兒童和智能障礙者）的案件中，更為顯明。兒童與智能障礙者可能因其年紀、智力與精神狀況，以致其認知能力、語言表達與記憶陳述受到質疑，再加上此等案件多屬於熟識者性侵，在脅迫、親情壓力等影響下，特殊被害人不僅錯過得在第一時間報案、驗傷採證的機會，甚至會在審判中翻供，大幅增加訊（詢）問案情和製作筆錄的困難。

為了解決上開問題，部分司法實務會委請醫療機構，針對性侵害被害人進行醫療鑑定。醫療鑑定可以協助審檢在司法過程中，更加理解性侵害被害人的處境、心理與精神狀態，有助於維護性侵害被害人的司法權益，並追求真實的發現，但此一鑑定仍有以下困擾：1.進入司法程序後的性侵害案件，通常已距事發之際有相當時日，使得鑑定效果受到時間因素的影響；2.司法機關多以特殊被害人的精神狀態為鑑定內容，疏忽得以醫療鑑定判斷特殊被害人思考判斷、語言表達和記憶陳述的完整度；3.法院及檢察官對於是否委任鑑定人雖有法定裁量權，但對於何種性侵害被害人得進行醫療鑑定，審檢仍有歧異見解，影響人民對司法的信賴與期待；4.被害人在進行醫療鑑定中，仍需再次回想遭受性侵害的經驗，有重複陳述之疑慮；5.願協助進行醫療鑑定的醫院有限，且時間、流程、組成人員與成本不一，未能建立有效且完整的鑑定流程；6.社政單位未能及時有效加入醫療鑑定的過程，減少網絡合作的效用。

對此，部分社政單位提倡以「起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）」取代偵查或審判中的囑託鑑定，採取以被害人為中心的服務思維，與醫療衛生及警政單位分工合作，一同達成網絡合作的共識，以維護性侵害被害人的司法權益¹⁶⁶。最早

察官、司法警察詢問證人時，則無必須錄音或錄影之明文，此應屬立法上之疏漏。是以，檢察官於訊問證人，或司法警察官、司法警察於詢問證人時，如仍予以錄音或錄影，自非法所不許。倘遇有筆錄與錄音、錄影之內容不相符者，應參照刑事訴訟法第一百條之一第二項規定之相同法理，對該不符部分之筆錄，排除其證據能力。」最高法院 101 年度台上字第 5141 號判決：「刑事訴訟法第一百九十六條之一第一項規定司法警察官、司法警察於調查犯罪情形時，得詢問證人，惟未規定詢問證人時，亦應予錄音或錄影，是如司法警察官等於詢問證人時，予以錄音或錄影，仍非法所不許，若筆錄所載與錄音、錄影不符，宜參照刑事訴訟法第一百條之一第二項之法理，除該不符部分，應排除其證據能力外，要難以錄音或錄影內容因司法警察官等再三重複詢問及確認，導致繁瑣冗長，而警詢筆錄僅概略記載犯罪事實之主要內容，即逕認警詢筆錄所載與錄音、錄影不符而全部無證據能力。」。

¹⁶⁶ 趙善如，「高雄市性侵害案件專業團隊早期鑑定模式成效評估研究案」，頁 85（2014）。

研擬並落實此一政策的是高雄市政府社會局，其於 2010 年 4 月獲高雄榮民總醫院的支持，並共同投入起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）模式之試辦。其後，高雄榮民總醫院於 2010 年 8 月開始進行起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定），高雄地方法院檢察署也於 2011 年 3 月召開「高雄市兒童及心智障礙者性侵害案件啟動專業團隊起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）模式網絡合作座談會」，希冀促進司法單位對於此模式的認同，也因此，高雄地方法院檢察署於 2011 年 4 月起，概括委任高雄榮民總醫院及凱旋醫院為囑託起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）之專責醫療機構；而國防部南部地方軍事法院檢察署亦以囑託鑑定的方式，就個別案件委請前開醫院進行起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）¹⁶⁷。臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心則是在 2014 年建置為期兩年的「兒童及心智障礙者性侵害案件專業訊問與鑑定服務」計畫，以精進專業詢問與鑑定服務，並於 2015 年 11 月 27 日舉辦「臺北市兒童及心智障礙者性侵害案件早期鑑定試辦觀摩研討會」。

有鑑於我國起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）的公開文獻較少，目前除高雄市有相關試辦經驗，近年來臺北市與新北市亦逐漸重視，並舉辦多次訓練與檢、醫交流，而本文主要將以高雄市作為論述主軸，探討起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）之目的、定義、適用對象、執行流程與執行成效。再以我國實證判決出發，探討早期鑑定報告書的證據能力與證明力。最後再從美國法的觀點，評析我國對被害人指述的相關評價。

二、起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）簡介

1. 目的

施行起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）可以協助警政與司法人員訊（詢）問特殊被害人並製作筆錄，法院也可以被害人立即的創傷反應、智力狀況與表達能力，綜合判斷被害人指述有無瑕疵，藉以達到維護性侵害被害人的司法權益、避免被害人重複陳述、協助警政與司法人員了解被害人身心狀況、有效促進司法程序進行與發現真實等多項目標¹⁶⁸。

2. 定義

起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）並非法律或醫學上的專有名詞，亦無法規賦予其特定內涵，故其定義可觀察當時背景作為參考：特殊被害人因其年紀、智力與精神狀態的特殊性，以致其供述在司法程序中受到質疑，因而萌生以醫療、心理、社會學等專業輔助司法審判的念頭。然而進入司法程序後的醫療鑑定時間

¹⁶⁷ 趙善如，前揭註 166，頁 85。

¹⁶⁸ 趙善如，前揭註 166，頁 81。

過晚，以致造成重複陳述、記憶反覆、因果關係難以證明等困境。因此，起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）希望在進入司法程序（此指起訴或審判程序）前，先對性侵害被害人進行醫療鑑定，鑑定內容主要以「情緒狀態與創傷反應」、「理解與表達能力」等為主要項目，並以鑑定結果輔助檢察官判斷是否應予起訴，或輔助法院得出心證結果。

3. 適用對象

有論者以為起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）的對象參諸歷史因素與效用性的立場，應限於性侵害案件的「特殊被害人」；亦有者從保護司法人權的角度出發，認為應擴大及於性侵害案件的「所有被害人」¹⁶⁹。高雄市政府則限定其早期鑑定的對象年齡為 12 歲以下之兒童或（疑似）心智障礙者（不限年齡）者，其原因在於資源（如經費、醫院）有限、鑑定對象特殊困難等¹⁷⁰。

4. 執行流程

性侵害被害人或其親屬、友人向警政單位、學校、醫院等機構報案後，彼等單位會初步判斷性侵害被害人是否具有起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）當事人之適格，若符合，便會轉介到起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）之專責醫院。醫院接獲個案轉介後，須在一週內向家防中心聯繫窗口告知其可進行第一次早期鑑定的時間，並同時通知承辦檢察官¹⁷¹。

起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）團隊在第一次鑑定時，會先進行初步評估及並協助檢察官製作減述筆錄，之後至少會再進行兩次的個別評估會談及心理測驗。最後，鑑定醫院在完成鑑定後的一個月內，須將個案鑑定報告書直接函送至地檢署；另檢具鑑定費用收據及輔導建議書函送家防中心做經費核銷，同時公文副本知會警察局婦幼隊¹⁷²。

5. 執行成效

研究起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）的執行成效，可以更加理解實行起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）之必要性與有效性，進而判斷有無擴大實施起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）之可能與實益。根據「高雄市性侵害案件專業團隊早期鑑定模式成效研究評估案」，相關執行成效可概要整理如下：

- (1) 整體時間過長：研究結果發現，個案進入起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）

¹⁶⁹ 趙善如，前揭註 166，頁 81。

¹⁷⁰ 趙善如，前揭註 166，頁 82、85。

¹⁷¹ 趙善如，前揭註 166，頁 83、84。

¹⁷² 趙善如，前揭註 166，頁 83、84。

專業流程後，50 個案等候進行第一次起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）最短的天數為 2 天，等候最長的天數為 44 天，有多數的個案等候時間為 10 天，平均等候天數約 14 天，與高雄市政府社會局家庭暴力及性侵害防治中心專業團隊起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）流程提及轉介後 1 週內進行鑑定約有 1 週之落差¹⁷³。另外，等候專業團隊完成早鑑報告最短的天數為 27 天，等候最長的天數為 210 天，有較多個案等候時間為 37 天，平均等候天數約 79 天¹⁷⁴。在早鑑報告完成後送達地檢署最短的等候天數為 1 天，等候最長的天數為 122 天，有較多個案等候時間為 11 天，平均等候天數約 20 天。個案等候進行起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）至早鑑報告完成後送達地檢署過程的平均等候天數加總約 113 天，此天數約 4 個月之久，與高雄市政府社會局家庭暴力及性侵害防治中心專業團隊起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）流程提及完成鑑定後（1 個月內）提出個案鑑定報告書有些許落差¹⁷⁵。

- (2) 檢察官引用鑑定報告情形：在進行起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）時多數的期待協助是以證詞可信度為優先，其次為理解能力及表達能力，再其次為創傷後壓力疾患。然而，檢察官在處分書實際引用的項目同樣是以證詞可信度為主，但是比例上約 66%；其次則是以引用創傷後壓力疾患約 61%，；再其次是理解能力及表達能力約 42%¹⁷⁶。
- (3) 有罪判決引用專業團隊鑑定（早期鑑定）報告情形：在一審中判決有罪的 13 份判決書中，引用鑑定報告作為判斷有無「創傷後壓力疾患」（72.7%）的比例最多，其次為「證詞可信度」（54.5%），第三為「理解能力及表達能力」（36.4%）。在二審中判決有罪的 8 份判決書中，則是以「創傷後壓力疾患」（100.0%）比例最多，其次為「證詞可信度」（62.5%），第三為「理解能力及表達能力」（37.5%）。在三審中判決有罪的 5 份判決書中，則是以「創傷後壓力疾患」、「理解能力及表達能力」，及「證詞可信度」（50.0%）比例最多。總加一審、二審、三審有罪判決書中在實體方面引用專業團隊鑑定（早期鑑定）報告的項目，可發現最常引用的項目是「創傷後壓力疾患」（17 次）次數最多，其次是「證詞可信度」（12 次）、「理解能力及表達能力」（8 次）¹⁷⁷。

¹⁷³ 趙善如，前揭註 166，頁 109。

¹⁷⁴ 趙善如，前揭註 166，頁 109。

¹⁷⁵ 趙善如，前揭註 166，頁 110。

¹⁷⁶ 趙善如，前揭註 166，頁 125。

¹⁷⁷ 趙善如，前揭註 166，頁 134。

(4) 無罪判決引用專業團隊鑑定（早期鑑定）報告情形：在一審中判決無罪的 4 份判決書中，其中以「創傷後壓力疾患」及「證詞可信度」（50.0%）比例最多，其次為「理解能力及表達能力」及「其他」（25.0%）。在二審中判決無罪的 2 份判決書中，其中以「理解能力及表達能力」（100.0%）比例最多，其次為「證詞可信度」及「其他」（50.0%）。總加一審、二審、三審無罪判決書中在實體方面引用專業團隊鑑定（早期鑑定）報告的項目，可發現最常引用的項目是「證詞可信度」及「理解能力及表達能力」各（3 次）次數最多，其次是「創傷後壓力疾患」及「其他」各（2 次）¹⁷⁸。

三、起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）報告書的證據能力與證明力

在證據能力的部分，「專業團隊鑑定（早期鑑定）報告書」與偵查、審判中之「醫療鑑定報告書」的效用實無二致，差別在於前者移送期間是在檢察官起訴以前，因而產生起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）報告書有無證據能力的質疑。根據刑事訴訟法第一百五十五條第二項之規定，無證據能力或未經合法證據調查的證據，不得作為判斷的依據。又同法第一百九十八條規定，僅有審判長、受命法官與檢察官具有選任鑑定人之資格。若參諸前開所提及之早鑑流程，當警政單位、學校等機構認定被害人具有專業團隊鑑定（早期鑑定）當事人適格時，便可逕送專責醫院，之後專責醫院方通知承辦檢察官進行第一次的起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）。換言之，在此一流程的操作下，專業團隊鑑定（早期鑑定）醫院並不是受到審判長、受命法官與檢察官在個案中的個別選任，而是上開警政等機構按其地緣、醫院承案能力、被害人居所地等條件，自行裁量應送往何間醫院，因而產生是否違背刑事訴訟法第一百九十八條規定之疑慮。

實務上對於何人應有選任鑑定人的資格有不同見解，多數見解以為應採限縮解釋的方式，限定僅有審判長、受命法官與檢察官才具有選任鑑定人的資格¹⁷⁹，而此處之檢察官也應限於「案件偵查中之檢察官」始具有選任權¹⁸⁰，蓋審判中的選任權已移轉至審判長、受命法官身上，若承認檢察官仍具有選任權，則會有疊床架屋之嫌。少數見解則以為刑事訴訟法第一百九十八條僅是規範何人得選任鑑定人，而不是限定僅有何種資格的人才可選任鑑定人，所以肯認偵查中警察機關亦有選任鑑定人之資格¹⁸¹。現行實務上為了解決此一問題，多數最高法院皆肯定

¹⁷⁸ 趙善如，前揭註 166，頁 139。

¹⁷⁹ 如最高法院 94 年度台上第 7325 號判決、最高法院 92 年度台上第 3817 號判決、最高法院 93 年度台上第 1774 號判決、最高法院 95 年度台上第 4889 號判決等。

¹⁸⁰ 林俊益，刑事訴訟法概論（上），第 14 版，頁 561（2014）。

¹⁸¹ 如最高法院 94 年度台非 283 判決：「第 198 條之規定係就偵查與審判中如何選任鑑定人加以規範，並非限定僅審判長、受命推事（法官）或檢察官選任之鑑定人所製作之鑑定報告，始

檢察官可以「事先概括指定」鑑定人或鑑定機關的方式，對於轄區內特定類型的案件實施鑑定，而其鑑定報告因與檢察官選任或囑託鑑定者無異，因而肯認其具有證據能力¹⁸²。又現行實務多數肯認鑑定報告符合刑事訴訟法第一百五十九條第一項「除法律有規定者外」，因而並非傳聞供述而具有證據能力，然仍有實務見解將鑑定報告符合刑事訴訟法第一百五十九條之四之「業務性文書」之要件，進而肯認其證據能力者，併予敘明¹⁸³。

在證明力的部分，專業團隊鑑定（早期鑑定）報告如同鑑定文書般，對法院並無絕對之拘束力，否則將等同把法院採證認事之職權委諸鑑定人判斷。但是鑑定人基於其專業知識，其所言必定有一定之證據價值，如法院意見與鑑定人意見相左，則必須在判決中敘明理由¹⁸⁴。

四、被害人指述／鑑定證人證言的證據能力及證明力

誠如前文所述，專業團隊鑑定（早期鑑定）報告書可以協助檢察官、法院判斷特殊被害人的理解能力、表達能力，以及其心理精神狀態，進而做為性侵害案件中的補強證據之用。而實務上對於此種機關鑑定因無準用鑑定人具結之要求，故早鑑團隊中之精神科醫師、心理師與社工師並不須要具結，但倘若法官認為有必要，亦可傳喚其出庭報告或說明¹⁸⁵。倘若醫師、心理師或社工師實際出庭，其在起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）的過程中，憑據特別知識而知悉特殊被害人在性侵害過程的所發生的既有事實，其經指定為鑑定人後，彼等人在法庭上之地位則會以「鑑定人」稱之。而鑑定人因其欲證明的待證事項不同，其所為之供述

有證據能力。」和最高法院 93 台上 4916 判決：「內政部警察署刑事警察局（下稱刑事警察局）民國九十二年三月二十一日本刑法偵五字第 0920047117 號檢驗通知書（見偵卷第三頁），係高雄縣政府警察局岡山分局移請鑑定，而刑事訴訟法並無限定只有法院及檢察官委託始具有證據能力知明文。」。

¹⁸² 如最高法院 99 年度台上第 1237 號、最高法院 93 年度台上第 948 判決等。

¹⁸³ 如臺灣高等法院 101 年度侵上訴字第 348 號判決：「卷附馬偕紀念醫院精神科心理衡鑑報告，屬從事業務之醫師於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，且未見有何顯不可信之情況，依刑事訴訟法第 159 條之 4 規定，應得為證據。」又如最高法院 105 年度台上字第 1294 號：「此一紀錄之製作，乃屬諮商心理師於執行業務過程中所須製作之紀錄文書，且應依上開心理師法規定保存，屬刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款所稱從事業務之人於業務上所須製作之紀錄文書，除顯有不可信之情況外，得為證據。」又如最高法院 105 年度台上字第 3 號判決判決：「倘社工人員係就其所輔導個案經過之直接觀察及以個人實際經驗為基礎所為之書面或言詞陳述，即該當於證人之性質；至於經社工轉介由具有精神科醫生、心理師、相關背景之學者或經驗豐富之臨床工作者等心理衛生專業人員，就其參與被害人治療過程中有無出現待證事實之反應或身心狀況（如創傷後壓力症候群等）所出具之意見，則居於鑑定證人或鑑定人之列。此等證人、鑑定證人（或鑑定人），乃被告以外之人，其等於審判外所為之言詞陳述或書面陳述，自有傳聞法則之適用。」

¹⁸⁴ 如最高法院 82 年台上字第 2979 號判決。

¹⁸⁵ 如最高法院 75 年台上字第 5555 號判例。

證據亦有不同的法律評價：倘若是為了證明在治療過程中，特殊被害人呈現出某種身體或心理反應，此一證言則是屬於鑑定人的陳述，有法院以為屬於刑事訴訟法第一百五十九條第一項之「除法律有規定者外」，亦有法院認為有傳聞法則的適用，因而具有補強證據之適格；但倘若是為了證明在治療過程中，其曾聽聞被害人陳述性侵害的被害過程，多數法院則認為，此種陳述並非其自己親身聽聞、經歷，且與被害人之陳述具有同一性，因而不具有補強證據之適格。從美國法的觀點視之，前開最高法院見解有幾項部分值得令人重新省思：首一，告訴人指述是否真存有補強證據之必要？其二，具有同一性之累積證據，為何不具有補強證據之適格？以下將簡要說明之。

1. 告訴人指述之證據能力與證明力

我國刑事訴訟法並無禁止被害人或告訴人擔任證人之規定，是故前開人等以證人身分在審判中所為的供述，自當具有證據能力，並無疑問。然而我國實務見解向來以為，被害人、告訴人是以使被告受刑事追訴為目的，是其陳述是否與事實相符，仍應調查其他證據以資審認，實因該等證人本質上存有較大之虛偽危險性，為擔保其真實性，即應調查其他必要之證據，方可作為被告有罪判決之依據¹⁸⁶。同時就兒童被害人而言，對於無具結能力之幼童多具有很高之可暗示性，其陳述可能失真，縱施以交互詰問與對質，其真實性之擔保仍有未足，因而仍須調查其他證據¹⁸⁷。是故，在被害人為未滿 16 歲兒童的性侵害案件中，即便法院肯認被害人指述具有證據能力，但其證明力顯然非常低，需要相當足夠之補強證據才可協助法院心證之認定。

然而性侵害犯罪就是關起門來的犯罪，他不如強盜現場會有目擊者的親眼見聞，也不如毀損罪後會有實際的財產損害，如果不肯認被害人指述具有相當的證明力，我們該如何證明犯罪事實的存在呢？換言之，我們對於被害人的陳述是否均有補強證據的要求呢？從比較法的觀點視之，早於西元 529 年的查士丁尼法典（The Code of Emperor Justinian）就曾有言：「單一證人的陳述無法成罪。」此一原則稱作「數字原則」（the rule of number）¹⁸⁸。在中古世紀時，證人出庭都須宣誓，誓言代表至高無上的誠實與坦白，要求複數證人出庭，表示會有複數的宣誓，而複數的宣誓似乎更強化某一方供述或論點的真實性，因此該項原則受到大眾的青睞，並在後來許多繼受的法典中，都可以見到此一原則的再現。但愈接近

¹⁸⁶ 如最高法院 52 年度台上字第 1300 號判例、95 年度台上第 2161 號判決、99 年台上第 1497 號判決等。

¹⁸⁷ 如最高法院 63 年度台上字第 3501 號判例。

¹⁸⁸ Irving Younger, *The Requirement of Corroboration in Prosecutions for Sex Offenses In New York*, 40 *FORDHAM L. REV.* 264, 264 (1971).

現代，在社會大眾認清宣誓後的事實仍然可以被捏造，才開始從信賴證人的主觀供述轉換到使用客觀證據來加以證明，普通法便揚棄數字原則的適用¹⁸⁹。因此曾有早期的美國法院判決表示，在沒有法律明文授權下，性侵害案件中，女性被害人的證言不當然需要補強證據¹⁹⁰。而在現今美國法下，亦僅有少數州才限定性侵害案件被害人的證言必須有補強證據的存在¹⁹¹。美國法之所以會不要求補強證據，是因為他們對於被害人輾轉告知其父母、朋友、鄰居、醫師之受害過程，在法院中仍然可以提出，且非證言性證據（non-testimonial statement）亦不受到被告對質詰問權的限制，此與我國將其視作具有單一性的累積證據概念不同。事實上，美國早在 1972 年的 *State v. Stocker* 案中即表示，奧瑞岡州並沒有任何法律要求法院，應告知陪審團兒童被害人指述具有可信性的風險。1976 年的 *State v. Elmore* 案也表示，在法院給予陪審團的書面指示上亦無須加註兒童證言具有可信性風險之警語¹⁹²。換言之，美國陪審團在聆聽兒童被害人陳述時，毋庸事前知悉兒童有虛偽陳述或記憶不清的可能，因而其陳述可能會具有相當程度的瑕疵，反而是讓陪審團親自聆聽、思考與判斷個案中兒童被害人語境陳述之真偽。

2. 鑑定證人證言的證據能力與證明力

我國曾有最高法院見解（最高法院 102 年台上字第 81 號刑事判決）認為被害人指述需要補強證據，未經具結之兒童證人也需要補強證據，那麼在兒童被害人的情形下，其指述是否需要雙重的補強證據呢？對此我國法院並未有明確揭示。另外，在兒童被害人的性侵害案件中，常會出現某一情形，即是兒童在進入司法程序前，已將遭性侵害的過程告知父母、朋友、鄰居、輔導老師、醫師或其他可值信賴之人，然而當這些人站上法庭陳述，最高法院卻以為此乃與被害人指述具

¹⁸⁹ *Id.* at 265.

¹⁹⁰ *People v. Gibson*, 301 N.Y. 243, 244 (1950). “At common law, in the case of sexual offenses, it was not necessary that the testimony of the injured female be corroborated... The necessity of corroboration, if it exists at all, must thus be found in a specific statute.”

¹⁹¹ 如 2006 Alabama Code Section 15-25-34. “Before a statement may be admitted pursuant to this article on the grounds that the child declarant is unavailable as a witness, such statement may be admitted only if there is corroborative evidence of the act.”；又如 ALASKA STAT. § 12.40.110 (2014) Hearsay evidence in prosecutions for sexual offenses. “(a) In a prosecution for an offense under AS 11.41.410--11.41.458, hearsay evidence of a statement related to the offense, not otherwise admissible, made by a child who is the victim of the offense may be admitted into evidence before the grand jury if (1) the circumstances of the statement indicate its reliability; (2) the child is under 10 years of age when the hearsay evidence is sought to be admitted; (3) additional evidence is introduced to corroborate the statement; and (4) the child testifies at the grand jury proceeding or the child will be available to testify at trial. (b) In this section “statement” means an oral or written assertion or nonverbal conduct if the nonverbal conduct is intended as an assertion.”

¹⁹² 張瑋心，前揭註 128，頁 98。

有同一性之累積證據，而不具有補強證據之適格。所謂具有補強證據之適格，乃是指具有證據能力之人證、物證或書證，而該補強證據是否具有相當之補強性(充分性)則屬於事實審法院評價的空間。簡言之，法院認為這些聽聞兒童被害人陳述的證人，其證言並不具有證據能力。然而最高法院此一見解是否有理，並無疑問，蓋在證人輾轉聽聞另一證人陳述，且當另一證人因死亡、長期滯留國外、因故長期喪失記憶能力而無法到庭陳述並接受詰問時，法院基於真實之發現，而例外賦予該輾轉證言具有證據能力¹⁹³，若將兩案件相比較，則會發現法院判斷證人證言有無證據能力之標準似有相矛盾之處。詳言之，假設性侵害案件中，兒童被害人的指述前後一致、毫無瑕疵，並在進入司法程序前告知其母親，此時法院仍會以為兒童被害人的指述有證據能力但證明力低落須進行補強，被害人母親聽聞兒童被害人的陳述，乃具有同一性之累積證據，因而不具有證據能力；又假設另一偷竊的案件中，被害人說他感覺到被告將手伸進其背包，其指述具有證據能力但證明力低落須進行補強，證人甲聽聞證人乙說，證人乙在某年某月某日看到被告把手伸進被害人的背包中，爾後證人乙死亡，此時證人甲的供述具有證據能力且可以做為被害人指述之補強。如果說傳聞法則的目的，是為了彈劾掉無法確認、具有風險性的供述，那麼在上開假設的案例中，前後證據能力的判斷是否有所失衡，則不無疑問，蓋被害人母親所聽聞者乃確切、毫無瑕疵，且可在法庭中經被告行使對質詰問權挑戰的證言；而證人甲所聽聞者乃不確定、可能是空穴來風，且無法經由對質詰問的證言，相互比較後，前者之風險應較後者來得小。

對於上開實務判決，最高法院 63 年台上字 3501 號判例則表示：「證人年尚未滿 8 歲，其所為證言乃無具結能力之人之證言，雖非絕對無證據能力，然其證言是否可信，審理事實之法院，仍應為其他證據之調查，以為取捨之依據。」即是採取兒童證言「有」證據能力，只是須進行補強之見解。另外，最高法院 101 年台上字 4674 號判決則進一步提出「證據組合」之概念，其認為上開判例所指稱之「補強證據」必須係與被害幼童陳述被害之經過有關連性，但與幼童證言不具同一性之別一證據。而最高法院 102 年台上字 2130 號判決則認為，有特殊專

¹⁹³ 如最高法院 103 年度台上字第 2672 號判決：「另在審判外聽聞自實際體驗者所為陳述之「傳聞證人」（如上述乙），於偵查中或審判中到庭以言詞或書面轉述之「傳聞證言」或「再傳聞證言」，亦屬傳聞證據。此等「傳聞證言」或「再傳聞證言」，於實際體驗者（即原始陳述者），未親自到庭依人證調查程序陳述並接受當事人詰問時，其證據能力如何？法雖無明文，惟倘原陳述者已死亡、因故長期喪失記憶能力、滯留國外或所在不明等因素，致客觀上不能到庭陳述並接受詰問，而到庭之「傳聞證人」已依人證程序具結陳述，且具備特別可信性及證明犯罪事實存否所不可或缺之必要性等嚴格條件，或經當事人同意，法院復認具備適當性時，基於真實之發現以維護司法正義，本諸同法第一百五十九條之三、第一百五十九條之五之相同法理及外國立法例（日本刑事訴訟法第三百二十四條第二項、第三百二十一條第一項第三款），例外得作為證據，賦予其證據能力。」

長之證人具有專家證人之適格，其可就直接觀察及個人實際經驗，作為補強證據使用。

若從美國法的觀點視之，2004 年的 *Crawford v. Washington* 案¹⁹⁴和 2007 年的 *Whorton v. Bockting* 案¹⁹⁵，將法庭外的陳述分為「證言性陳述 (testimonial statement)」和「非證言性陳述 (non-testimonial statement)」，前者存有司法調查與起訴目的的心思，所以須經被告對質詰問權的挑戰，後者則無須經過被告行使對質詰問權。而美國已有一系列判決的積累，足以認定何種法庭外的陳述該分為證言性陳述或非證言性陳述，如性侵害案件的兒童被害人向社工人員、家人、鄰居、友人、師長、保母所為之陳述等，皆屬於非證言性的陳述¹⁹⁶。因此當這些人站上證人檯陳述時，其除了可以證明兒童被害人曾經有過的情緒反應、事後事前的互動關係、心態等，也可以證明兒童被害人曾經說過其遭受被告性侵害的內容，並不受被告對質詰問權的挑戰。至於兒童被害人所陳述內容是否真實，則留待陪審團的綜合心證認定。

五、小結

所謂起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定），是指在進入司法程序（即起訴與審判程序）前，由精神科醫師、心理師、社工等專業人員，對特殊被害人之情緒反應、智力、語言表達等進行量測，藉此達到協助警政與司法人員訊（詢）問並製作筆錄的過程，以有效促進司法程序進行與發現真實之目的。根據高雄市的實際經驗，我國起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）仍有待進步之空間，如整體時間過長、能配合的專責醫院過少等。

對於何人有選任鑑定人的資格，我國實務尚未有定見，然皆肯認檢察官可以事先概括指定鑑定機關。有關起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）報告書的證據能力，有者以為屬於刑事訴訟法第一百五十九條第一項之「除法律另有規定者外」而具有證據能力，亦有者以為可適用同法第一百五十九條之四的傳聞例外。起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）報告書亦不對法院具有絕對強制的拘束力，惟法院對專業意見採取不同見解時須敘明理由。

我國法院對於被害人指述及未經具結兒童證言須有補強證據的要求，且對於聽聞兒童被害人陳述性侵害過程之證人所為的陳述，認定為具有同一性之累積證據而不具有證據能力，自當不具有補強證據之適格。惟美國法之見解不同，美

¹⁹⁴ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

¹⁹⁵ *Whorton v. Bockting*, 549 U.S. 406 (2007).

¹⁹⁶ 張瑋心，前揭註 128，頁 85-89。

國僅有少數州對於性侵害被害人之指述須有補強證據之要求，且對於聽聞被害人陳述之證人亦准許其出庭作證，證明其曾聽聞被害人所陳述遭受性侵害的過程，並不受被告對質詰問權的挑戰，至於該內容是否真實、可值信賴，則留待陪審團最後綜合所有事證再行判斷。

第三節 對質詰問權在性侵害案件中的限縮

一、美國刑事訴訟程序基本流程

美國絕大多數的暴力或財產犯罪的犯罪偵查都是仰賴被害人向警察機關「舉報」(report)始能開始進行。根據美國法務部的調查，2006年至2010年間平均有52%的暴力犯罪未曾經被害人舉報。其中，超過三分之一(34%)未經舉報的案件是透過其他方式進行處理，例如向公司或是學校管理階層反應。另外也有將近五分之一(18%)未經舉報的案件，被害人認為案件不夠重要，不須要舉報。還有將近16%的案件，被害人認為跟警察舉報無濟於事；13%的案件被害人擔心遭受到報復而選擇不舉報。就性侵害案件而言，未經舉報率達到65%，其中多數(33%)被害人不願意解釋或是沒有特別原因而選擇不舉報，有28%的被害人則是擔心受到報復¹⁹⁷。

案件舉報後，由警察開始進行調查，調查結束後則轉交由檢察官。與我國不同的是，美國檢察官通常不介入案件的調查，起訴前係由警察主導調查程序。一旦案件移轉給檢察官，美國檢察官擁有非常寬廣的裁量權，檢察官得視案件的內容以及證據決定是否要起訴，或是透過認罪協商了結案件，抑或是選擇不起訴。

實務上，絕大多數的案件都會透過認罪協商結案。檢察官可以視證據的多寡，評估案件在法院審判時勝訴的可能性，如果案件勝訴機率不高，檢察官可以選擇以較輕之罪與被告協商，或是部分起訴、部分不起訴。換言之，檢察官通常是具有一定程度的勝訴把握時，才會將案件帶入法院審判。此外，審判過程中，檢察官也可以視案件進行的狀況與被告進行協商。就檢察官的裁量權來看，美國制度與我國迥異。

案件一旦進入審判，美國憲法保障被告受到陪審團審判的權利，陪審團各州人數不一，人數也可能取決於案件的嚴重性而有不同。兩造首先必須篩選陪審團。以附理由或不附理由之拒卻權篩選出陪審團以後，即開始進行審判，事實由

¹⁹⁷ LYNN LANGTON ET AL., VICTIMIZATIONS NOT REPORTED TO THE POLICE, 2006-2010, SPECIAL REPORT BY BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE 1-4 (2012).

陪審團認定，法官則擔任控制法庭中資訊流通的「守門員」。兩造呈現完證據後，藉由陪審團進行評議，若評議結果為有罪判決，則進入量刑程序。

第一審判決後，上訴至二審法院的案件非常有限，上訴法院為法律審，僅針對重要的程序性瑕疵進行審理。如果上訴法院維持一審法院的判決，案件通常就此定讞，除非敗訴的一方上訴至第三審。如果上訴法院廢棄一審判決，上訴法院通常會將案件發回一審更審。各州第三審法院的案件選擇裁量權非常大，一般的情況下，除非案件涉及重要法律爭議，否則第三審法院可以不附理由駁回上訴。

二、對質詰問權在性侵害案件中的限縮

1. 司法程序對被害人造成的傷害

若以性侵害案件證據較為缺乏的本質來看，我國檢察機關過去針對性侵害案件仍能維持相當高的有罪比率，誠屬不易。依照法務部官方網站之統計數字，從 100 年至 105 年 6 月，除了 100 年有罪率較低以外，全國各地方法院檢察署辦理性侵害案件每年皆能保持 85% 以上之有罪率¹⁹⁸，而過去五年半的整體有罪率更高達 90%。若不分案件種類，我國地方法院辦理刑事案件從 102 至 104 三年中，每年有罪率皆保持 88%¹⁹⁹。因此，與一般人的認知不同，我國性侵害犯罪一旦經檢察官起訴，依照第一審的數據來看，其有罪率絲毫不輸全國一般案件有罪率之平均，仍能保持相當高的標準。

不過，雖然透過審判程序取得不錯成果，但學者間普遍還是認為性侵害犯罪是屬於犯罪黑數最高的犯罪類型。最主要的原因在於性侵害犯罪的被害人大多仍承受社會異樣眼光的壓力，另一方面性侵害案件多為熟識者性侵害甚至是家內性侵害，因此被害人尚需承擔來自家庭成員間的壓力。此外，可以想見的是就算

¹⁹⁸ 參見法務部法務統計，

http://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWEB/common/WebList3.aspx?menu=GEN_PROSECUTION (最後點閱時間：2016 年 10 月 6 日)。100 年全國地方法院檢察署起訴人數 2,370 人，有罪人數 1,919 人，有罪率 81%；101 年全國地方法院檢察署起訴人數 2,487 人，有罪人數 2,272 人，有罪率 91%；102 年全國地方法院檢察署起訴人數 2,271 人，有罪人數 2,191 人，有罪率 96%；103 年全國地方法院檢察署起訴人數 2,201 人，有罪人數 2,136 人，有罪率 97%；104 年全國地方法院檢察署起訴人數 2,066 人，有罪人數 1,779 人，有罪率 86%；105 年 1-6 月全國地方法院檢察署起訴人數 945 人，有罪人數 802 人，有罪率 85%。100-105 年 6 月，總計起訴人數 12,340 人，有罪人數 11,099 人，有罪率 90%。

¹⁹⁹ 參見司法院司法統計，<http://www.judicial.gov.tw/juds/> (最後點閱時間：2016 年 10 月 6 日)。依 102 年全國地方法院刑事第一審案件之統計，不分罪名被告人數 186,845 人，獲科刑判決共 163,875 人，有罪率為 88%；103 年全國地方法院刑事第一審案件之統計，不分罪名被告人數 201,070 人，獲科刑判決共 176,822 人，有罪率亦為 88%；104 年全國地方法院刑事第一審案件之統計，不分罪名被告人數 201,101 人，獲科刑判決共 176,494 人，有罪率仍保持為 88%。

被害人能夠承受得住來自於社會或是家庭的壓力，也會因為擔心在審判過程中遭受到二次傷害。基於這些因素，導致被害人不願或是不敢對外求助或是向執法單位報案。因此，除了思考應如何繼續提升有罪率外，或許也應該同時考慮如何使得司法程序對性侵害案件的被害人更友善、促進更多的被害人通報犯罪。

在司法過程中，被害人確實會受到二次傷害。被害人除了必須公開自己的身分以外，還必須鉅細彌遺地將案發過程說出來再讓人記錄下來，這個過程本身就是二度傷害。此外，也有研究指出，被害人在經過交互詰問後，會增加自責與懷疑。還有研究指出，出庭作證是案發後一年最大的焦慮來源，且有對執法機關通報的被害人的精神上的痛苦，通常高於選擇沈默的被害人²⁰⁰。

在司法過程中，最容易對被害人造成傷害的程序，無疑地是交互詰問程序。但是對質詰問權作為被告憲法上的權利，任何試圖限縮此項權利都必須經過審慎考慮。實際上，美國聯邦最高法院在著名的 *Crawford v. Washington* 一案中，更對於被告的對質詰問權設下了關鍵的定位，聯邦最高法院認為：在對質詰問權的要求下，審判外的指控性（testimonial）陳述，均不得作為證據，除非證人無法出庭且被告先前曾有機會對證人為交互詰問，而不問法官是否認定該證言具有可信度，因為只有以憲法上的要求檢驗過後，才能判斷證詞是否可信²⁰¹。學者指出，被告常會濫用對質詰問權的保護，例如在法庭上要求被害人為目光的交會，要求檢方提供被害人的私人信件、就醫紀錄等等，甚至有的被告要求不委任辯護人而是被告自己對被害人進行訊問，這些都是被告對被害人常見的騷擾模式²⁰²。

2. 美國法上針對性侵害案件對質詰問權的限制

被告在憲法的保護下，法律上所能對被害人提供的幫助非常有限。對質詰問權的保護，美國法上存有三個例外，第一個例外是單向閉路電視的使用。美國聯邦最高法院在 *Maryland v. Craig* 一案中，認為馬里蘭州容許性侵害案件中的兒童被害人，使用單向閉路電視進行交互詰問是合憲的。法院首先檢視了對質詰問權的核心內涵，包括：證人必須要實際在法庭中出現、證人必須具結、辯護人必須有機會對證人為交互詰問，以及事實的決定者必須能夠觀察到證人的行為舉止²⁰³。聯邦最高法院認為使用單向閉路電視只是限制了第一項特性，考量到州政府確實有保護兒童被害人的重要利益，認為對兒童被害人放鬆對質詰問權的行使方

²⁰⁰ Mary Fan, *Adversarial Justice's Casualties: Defending Victim-Witness Protection*, 55 B.C. L. REV. 775, 785-786 (2014).

²⁰¹ See *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

²⁰² Fan, *supra* note 200, at 789-790.

²⁰³ See *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836, 845-846 (1990).

式是合憲的。不過，儘管對象僅限於兒童被害人，美國聯邦最高法院仍在判決中做了許多限制。首先，法院必須認定該程序是為了避免兒童受到精神上的傷害；第二，必須有證據顯示被害人兒童在被告前受交互詰問會受到精神上的傷害；第三，該傷害必須非屬輕微²⁰⁴。法院必須在個案中針對這些要件進行判斷，只有在通過這些檢驗後，方能使用單向閉路電視。

第二個例外是在判斷針對兒童被害人的審判外陳述是否構成前述 *Crawford* 中的「指控性陳述」。在判斷一個陳述是否為指控性陳述時，最核心的判準是該陳述是否目的在於以審判外的陳述代替審判中的證述²⁰⁵。因此，如果是對警察所為的審判外陳述，原則上屬於指控性陳述，但是如果對警察所為之陳述的主要目的在於避免危難，那麼此種陳述就比較不會落入指控性陳述。據此，一個陳述是否屬於指控性陳述，最終還是要在個案中進行判斷。不過，美國聯邦最高法院近期在 *Ohio v. Clark* 一案中表示，兒童被害人的審判外陳述在多數的情況下恐怕不會落入指控性陳述，因為兒童在為陳述時大概不會想到要以這樣的陳述代替審判中的證述²⁰⁶，如果兒童被害人陳述的對象不是執法機關人員，那麼其陳述落入指控性陳述的機率就更低了。因此，針對兒童被害人的審判外陳述，雖然還是必須個案判斷，但美國聯邦最高法院實已有所放寬對質詰問權的要求。

第三個例外是美國的性侵害被害人保護法（Rape Shield Law）。係一種證據法則，散見於聯邦與各州立法條文，其主要目的均在於將與本案不相關且具有歧視性的被害人過往性經驗排除於證據外，限縮對質詰問的範圍，以達被害人隱私權保障及公平審判之要求，兼顧被害人與被告的權益。密西根州率先於 1974 年通過性侵害被害人保護法的立法。美國國會則係在 1978 年通過聯邦證據法第 412 條，原則上禁止被害人過往的性經驗作為證據進入審判程序。時至今日，美國各州都已有性侵害被害人保護的相關證據法則。

性侵害被害人保護法的作用在限制被害人性行為的相關的證言，禁止被告提出涉及被害人性生活隱私的證據。在傳統普通法的思維中，被害人貞操的剝奪是強姦罪成立的要件²⁰⁷，或許這也就解釋為什麼過去法律中男性多半無法成為強姦罪的被害人，同時也解釋為什麼法律認為夫妻間沒有性侵害成罪的可能性。因為既然罪行的成立以貞操為要件，如果被害人原本就已無貞操，這時沒有法益侵害的可能，當然不構成強姦罪。實體法的思維既然如此，程序上當然亦是如此。

²⁰⁴ *Id.* at 855-856.

²⁰⁵ *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344, 369 (2011).

²⁰⁶ *Ohio v. Clark*, 135 S.Ct. 2173, 2182 (2015).

²⁰⁷ Michelle J. Anderson, *From Chastity requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law*, 70 GEO. WASH. L. REV. 51, 61-64 (2002).

學者指出，雖然美國後來在實體法上沒有明白地繼承傳統的英國普通法的貞操要件，但是從 1900 年至 1975 年，當時的美國性侵害被告常見的抗辯，就是以被害人的欠缺貞操減低被害人可信度或是以之作為主張被害人同意的手段²⁰⁸。當時法院的邏輯在於，不貞潔的被害人已經違反了社會的規約，因此也較不會遵守法庭中所為的具結。另外，關於同意，法院認為不具有貞操的女性較可能增加同意的機率²⁰⁹。在這樣的思維下，審判的重心往往集中在被害人身上。

此項立法的推行理由主要有：(一) 社會上關於性道德 (sexual morality) 的觀念已有與普通法時代不同，允許關於被害人不貞潔的證據進入審判程序不合時宜；(二) 為了避免被害人在審判程序中受到二次性侵害 (second rape)；(三) 性侵害被害人保護法能夠平衡在判斷被害人是否對於系爭性行為有同意時的性別偏見；(四) 若欠缺新法支持，法院不可能自行行使裁量權限排除與性侵害案件不具相關性且具有偏見的不貞潔證據²¹⁰。

(1) 美國性侵害被害人保護法的四種立法模式

A. 法定例外模式

各立法模式第一種類型為法定例外模式，以 Michigan 為首，為超過半數的州所採納，是美國最為普遍的立法模式。法定例外模式原則上排除任何關於被害人過去性行為之證據，但仍允許特定之例外情況，如被害人與被告間過去的性行為等，本模式最大的特色即是立法者事先決定何種證據得例外允許於法院中提出，法院幾乎無裁量的權限。

法定例外模式下，各州對於法定例外事由有不同之處，但多數例外允許證據的類型是相同的，如多數州皆採 Michigan 之立法方式，例外允許關於被害人身上精液、懷孕或疾病的來源之證據。然而，在此立法模式下，只要被告提出之證據不符合法定例外事由，縱使法院認為其證明價值大於其所造成的歧視效果，仍不得允許提出該證據。彙整採法定例外模式的各州法律後，可歸納出以下類型²¹¹：

被害人與被告間過去的性行為證據：立法者認為此類證據具有極高的證

²⁰⁸ *Id.* at 74.

²⁰⁹ *Id.* at 75-78.

²¹⁰ 陳又寧，「美國性侵害證據法則之研究－以破除性侵害迷思為中心」，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 37 (2010)。

²¹¹ 同前註，頁 40-58；邱佳玄，「性侵害案件被害人性行為證據之合法性－以美國強暴盾牌條款為中心」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 38-78 (2014)。

據價值與極低的歧視性效果²¹²，故允許此類證據於法院提出。採行法定例外模式均允許本類型證據的提出，除了採行法定例外模式的各州允許「被害人與被告間過去的性行為」進入審判程序外，採行其他三種立法模式州也都經由法規明文或案件的累積承認「被害人與被告間過去的性行為」作為被害人性行為證據排除的例外。

被害人過往性行為，用以證明精液、傷害、懷孕、疾病來源：被害人身上證據的其他可能來源，即被告否認曾經與告訴人發生系爭性行為，而以告訴人與其他第三人間之性行為證明該第三人才是造成告訴人身體上精液、傷害、懷孕、疾病等等某些身體上後果的原因。如被告證明被害人與系爭案件具時間密集性的期間內，提出被害人曾與他人而非被告為性行為，而該他人方為精液之來源²¹³等。採法定例外模式的 25 州中的 21 州都有允許本類型證據提出的例外規定。

被害人過往性行為，用以證明其有謊報誣告之動機：為 Maryland 與 Virginia 少數州所採²¹⁴，未有此項例外規範之各州法院在面對此爭議時則立場不一，有肯點見解認為基於美國憲法第六修正案，被告對於證人有說謊動機一事應享有交互詰問之權利²¹⁵，亦有否定見解認為被告欲證明證人有說謊動機並不需要使用過往性行為作為證據而將其排除²¹⁶。

發生在被害人與第三人之間，與系爭性行為相似的性行為模式，用以證明被害人的同意：即與被害人與被告以外第三人的性行為模式相關的證據，如 Florida、Minnesota、North Carolina 等州，以及採聯邦證據法模式的 Tennessee 都允許本類型證據的提出²¹⁷。然而被害人過往行為模式證據的提出，可能暗示被害人未遵守女性應有的端莊形象，而因性別刻板印象與歧視，反造成對於事實發現的阻礙²¹⁸。

被害人過往性行為用以證明被告合理地誤認被害人的同意：基於被告因為對於事實的錯誤理解而對於性侵害行為欠缺故意的可能性，North Carolina

²¹² Harriett R. Galvin, *Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade*, 70 MINN. L. REV. 763, 815 (1986).

²¹³ 邱佳玄，前揭註 211，頁 42。

²¹⁴ MD CODE ANN., CRIM. LAW §3-319 (B); VA. CODE ANN. §18.2-67.7(B).

²¹⁵ Com. v. Joyce, 415 N.E.2d 181 (Mass. 1981); Lewis v. State, 591 So. 2d 922 (Fla. 1991).

²¹⁶ Stephens v. Miller, 13 F.3d 998 (7th Cir.); People v. Hodges, 636 N.E.2d 638 (Ill. App. Ct. 1993).

²¹⁷ FLA. ST. AT. ANN. § 794.022(2) (1994); MINN. STAT. ANN. § 609.347 (2005); TENN. R. EVID. 412 (1999); N.C. GEN. STAT. § 8C-1, RULE 412 (2009).

²¹⁸ 陳又寧，前揭註 210，頁 54。

等州允許此類型證據的提出²¹⁹。然而雖然「合理但錯誤地相信被害人同意發生性行為」與「被害人同意發生性行為」實屬兩個層次的概念，被告雖因為對於事實的錯誤理解，而對於性侵害行為欠缺故意的可能性，但此錯誤不能是基於被害人的過往性經驗，此例外所引進的證據可能架空性侵害被害人保護法之立法目的²²⁰。

用以反駁檢方提出的性行為證據：Arizona、Maryland、Virginia、West Virginia 例外允許本類型證據的提出²²¹。理由為當檢方先行將被害人過去的性行為作為爭點提出時，被告即得提出被害人過去的性行為證據作為彈劾證據。允許檢察官提出被害人過去之性行為作為證據以證明被害人之貞節時，若不允許被告以相同類型證據作為彈劾證據，顯然係忽略檢方提出此種證據對陪審團帶來的偏見影響，進而侵害被告之權利²²²。

被害人過去虛偽控訴強暴之證據：僅 Arizona、Vermont、Wisconsin 三個州將此列為例外規定²²³，但許多州之法院認為被害人過去虛偽控訴強暴之證據，並不屬於性行為之證據，被告僅係嘗試證明被害人過去有過誣告之行為，於此並無被害人過去是否為性行為之爭論，故多數認為此並未被性侵害被害人保護法所禁止，而無明列為例外事由之必要²²⁴。

作為心理或精神病專家意見的基礎：目前法定例外模式中，僅 North Carolina 有此例外規定²²⁵，被告提出被害人之性行為證據，以作為心理或精神病專家認為被害人幻想或虛構該次強暴事件之意見的基礎²²⁶。

附屬於系爭案件中的其他性行為證據：Missouri 的性侵害被害人保護法規定如果被害人過去的性行為構成「系爭案件即時的周圍情況證據」(Evidence of immediate surrounding circumstances of alleged crime) 即可允許被告提出此一證據；Kentucky 則允許「直接附屬於系爭案件的其他性行為證據」(any other evidence directly pertaining to the offense charged)。被告得提出

²¹⁹ N.C. GEN. STAT. § 8C-1, RULE 412(B)(3) (2009).

²²⁰ 陳又寧，前揭註 210，頁 55-57。

²²¹ ARIZ. REV. STATE. § 13-1421 (1998); MD. CODE ANN., CRIM. LAW § 3-319 (B) (2003); VA. CODE ANN. § 18.2-67.7 (2011); W. VA. CODE § 61-8B-11 (1986).

²²² 邱佳玄，前揭註 211，頁 68。Vivian Berger, *Man's trial, Women's Tribulation: Rape Cases in the courtroom*, 77 COLUM. L. REV. 1, 67 (1977).

²²³ ARIZ. REV. STATE. § 13-1421 (1998); 13 VT. STAT. ANN. § 3255 (2011); WIS. STAT. § 972.11 (2011); WIS. STATE. § 971.31 (2009).

²²⁴ Harriett R. Galvin, *Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade*, 70 MINN. L. REV. 763, 859 (1986).

²²⁵ N.C. GEN. STAT. § 8C-1, RULE 412(B)(3) (2009).

²²⁶ 邱佳玄，前揭註 211，頁 74。

被害人在聲稱之強暴行為發生前不久，曾因賣淫或參加集體性交而與第三人發生關係之證據²²⁷。

B. 聯邦立法模式

美國有 12 個州使用聯邦證據法（the Federal Rules of Evidence）Rule 412 的立法模式。類似於法定例外模式，聯邦立法模式原則上排除關於被害人性行為歷史的相關證據，除非該證據符合法定的例外事由。然而，同時聯邦立法模式設有概括條款，規定若排除證據將侵害被告憲法上權利時，則例外允許該證據之提出。故就算被告提出的關於被害人性行為證據，並未落入法定的例外事由時，仍得藉由此概括條款，在特定情況時允許該證據之提出²²⁸。聯邦立法模式的三大特徵為：原則上禁止任何被害人過去的性行為作為證據、於特定情狀例外允許被害人過去的性行為作為證據、於不符合例外情狀時以概括條款予法院裁量權的行使。

以聯邦證據法第 412 條為例²²⁹，依據聯邦證據法第 412 條(a)項之規定，除(b)項所列舉之例外情況外，用以證明被害人曾從事其他性行為之證據以及用以證明被害人性傾向之證據均不得進入涉及性犯罪之民事或刑事之審判程序。而聯邦證據法第 412 條(b)項所列舉之例外為：(A)被害人曾從事特定性行為之證據，其目的在證明本案被告並非精液、傷害或其他身體上證據之來源。(B)被害人曾與被告從事特定性行為之證據，其目的在證明被害人之同意。(C)若予以排除將侵害被告憲法上權利之證據。聯邦證據法第 412 條(c)項之規定，被告若欲提出(b)項所列舉之證據，須於審判期日 14 天以前以書狀提出聲請，其中須具體描述所欲提出之證據及其目的，同時將此聲請送達各當事人，並通知被害人，或其代理人或監護人。在允許證據進入審判程序前，法院須進行非公開之聽證程序，並使被害人及兩造享有參與程序即表示意見之權利²³⁰。

法定例外模式易導致個案適用上僵化而缺乏彈性，法院裁量模式則因欠缺明確標準而有裁量濫用之疑義，聯邦立法模式兼和兩者模式，目的在避免前兩種模式過猶不及的缺點。

²²⁷ 邱佳玄，前揭註 211，頁 75。

²²⁸ Helim Kathleen Chun & Lindsey Love, *Fourteenth Annual Gender and Sexuality Law: Annual Review Article: Rape, Sexual Assault & Evidentiary Matters*, 14 GEO. J. GENDER & L. 585, 594 (2013).

²²⁹ FED. R. EVID. 412.

²³⁰ 陳又寧，前揭註 210，頁 71。

C. 法院裁量模式

美國共有 7 個州採用法院裁量模式²³¹，立法授權法院判斷性行為證據的證據價值，衡量其所可能產生的歧視性效果，兩者權衡之下決定證據是否得以提出。以 Alaska 為例，法條本身並未特定何種情況下，證據得以或不得以提出之例外事由。與法定例外模式相反，立法者僅就裁量的標準予以規範，也並未給予參考的衡量準則，而係賦予法院完全裁量的空間，個案判斷證據之提出是否合法²³²。

D. 證據目的模式

證據目的模式又稱作「區分證據提出目的模式²³³」，依證據在審判程序中提出之目的，決定證據是否得以提出。證據目的模式的立法將證據區分為兩種類型²³⁴：(一)用以證明被害人同意之證據(evidence to prove consent)；(二)用以減弱被害人可信性之證據(evidence to attack the credibility of the victim)。在 California 與 Delaware，被害人的性行為歷史得以作為用以減弱被害人可信性之證據而被允許提出²³⁵；Nevada 與 Washington，性行為歷史得在有本案關聯性時，以證明被害人同意之證據方式提出²³⁶。

(2) 批評與修正

性侵害被害人保護法雖立意良善，但仍招致不少的批評聲浪。如法定證據排除模式易導致個案適用上僵化而缺乏彈性，裁量模式則因欠缺明確標準

²³¹ ALASKA STAT. ANN. § 12.45.045 (West, Westlaw through leg. passed during 2012 Second Reg. Sess. and 3rd Spec. Sess. of 27th Leg.); ARK. CODE ANN. § 16-42-101 (West, Westlaw through July 30, 2012); IDAHO CODE ANN. § 18-6105 (West, Westlaw through 2011, chs. 1-335); KAN. STAT. ANN. § 21-3525 (West, Westlaw through 2012 Reg. Sess.), repealed by 2010 Kan. Sess. Laws 148; N.M. R. EVID. 11-413 (West, Westlaw through July 15, 2012); R.I. GEN. LAWS ANN. § 11-37-13 (West, Westlaw through ch. 491, of 2012 Reg. Sess.); WYO. STAT. ANN. § 6-2-312 (West, Westlaw through 2012 Budget Sess.).

²³² Helim Kathleen Chun & Lindsey Love, *Fourteenth Annual Gender and Sexuality Law: Annual Review Article: Rape, Sexual Assault & Evidentiary Matters*, 14 GEO. J. GENDER & L. 585, 595 (2013).

²³³ 陳又寧，前揭註 210，頁 73。

²³⁴ Helim Kathleen Chun & Lindsey Love, *Fourteenth Annual Gender and Sexuality Law: Annual Review Article: Rape, Sexual Assault & Evidentiary Matters*, 14 GEO. J. GENDER & L. 585, 596 (2013).

²³⁵ CAL. EVID. CODE § 782 (2007); DEL. CODE ANN. tit. 11, §§ 3508-09 (1979); Michelle J. Anderson, *From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law*, 70 GEO. WASH. L. REV. 51, 85 (2002).

²³⁶ NEV. REV. STAT. ANN. § 48.069, 50.090; WASH. R. EVID. 412; Michelle J. Anderson, *From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law*, 70 GEO. WASH. L. REV. 51, 85 (2002).

而有裁量濫用之疑議。性侵害被害人保護法無法正確過濾具歧視性效果之證據。性侵害被害人保護法最為人詬病的缺失之一是它將過往性行為證據一律加以排除，但此亦為性侵害被害人保護法的侷限，蓋法規範雖然能夠防止陪審團接觸大部分的貞潔證據，卻無法根除性侵害迷思下，不成文貞潔要件在審判中的影響力，導致事實發現者仍可能仰賴其他無關於性行為的證據為被害人貞潔性的判斷，持續以被害人的不貞潔作為否定性侵害成罪的理由²³⁷。

性侵害被害人保護法過度保護被害人而犧牲被告憲法第六修正案權利²³⁸。此證據法則最大爭議為在保護性侵害案件被害人的同時，可能侵害了被告受憲法第六修正案所保護的對質及詰問權，特別在於法定例外模式，若性行為證據並未落入例外事由，即不得於法院中提出，法院欠缺就個案證據價值衡量判斷的裁量權限，可能導致性侵害被害人保護法在某些案件的適用結果有違憲之虞。另外，亦有學者認為部分裁判已經將「強暴盾牌條款」(rape shield law)，轉化為「強暴利劍條款」(rape sword laws)，亦即允許檢方提出被告的性行為歷史，作為其人格或貞潔證據，導致被告被陪審團認定有罪的機率上升²³⁹。

另外，美國多數州的性侵害被害人保護法久未修法，面對新時代的科技與環境，恐有無法因應時代所需之疑，如網路的發達導致社群網站的普及，被害人於社群網站上個人頁面的個人資訊、照片、生活記錄等非性行為證據，常作為減損被害人可信性之證據提出，而有陪審團錯誤地對被害人產生歧視現象，或陷入貞潔迷思之中，而影響裁判的公正性²⁴⁰，然而性侵害被害人保護法卻未對此進行修正補強，特別是在法定例外模式，將產生莫大影響。

3. 限制性侵害案件對質詰問權之討論

性侵害犯罪防制法第十六條第一項與第二項規定：「對被害人之訊問或詰問，得依聲請或依職權在法庭外為之，或利用聲音、影像傳送之科技設備或其他適當隔離措施，將被害人與被告或法官隔離。被害人經傳喚到庭作證時，如因心智障礙或身心創傷，認當庭詰問有致其不能自由陳述或完全陳述之虞者，法官、軍事審判官應採取前項隔離詰問之措施。」本條文範圍不限於兒童被害人，保護範圍比美國聯邦法大，從保護被害人的意旨來看，堪稱進步之立法。另外，同條文第

²³⁷ 陳又寧，前揭註 210，頁 76。

²³⁸ 同前註，頁 77。

²³⁹ Bennett Capers, *Real Women, Real Rape*, 60 UCLA L. REV. 826, 828 (2013).

²⁴⁰ Kim Loewen, *Rejecting The Purity Myth: Reforming Rape Shield Laws in the Age of Social Media*, 2 UCLA WOMEN'S L.J. 151, 163 (2015).

3 項規定「審判長因當事人或辯護人詰問被害人不當而禁止其詰問者，得以訊問代之。」美國係採取嚴格之當事人進行主義，因此較不可能採取與本條相同的規範方法，但若就保護被害人的立場來看，我國之規定顯然較為周全。

就性侵害被害人保護法的部分，類似的設計規定在我國性侵害犯罪防制法第十六條第四項：「性侵害犯罪之被告或其辯護人不得詰問或提出有關被害人與被告以外之人之性經驗證據。但法官、軍事審判官認有必要者，不在此限。」不過，本條規定比較像是詰問規則而非證據法則，當性侵害犯罪之被告或其辯護人提出被害人性經驗證據時，法官最多只能加以制止，如果法官沒有制止，或是不及制止，此時相關性經驗證據之證據能力並不會因此受到影響。這個部分是我國法與美國法最大的不一致之處，未來或許可以考慮增強違反本條文之效果。

此外，我國尚有訂立「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」，其中第十七點明定在偵、審時「宜先勘驗被害人詢（訊）問錄影錄音帶或電磁資訊，瞭解被害人陳述之內容，避免就同一事項重複傳訊被害人」，目的在於減少被害人重複陳述，建立友善之司法環境。不過亦有學者提醒，法院在限縮被告對質詰問權時，仍應思考是否符合最小侵害原則，例如在判斷被害人是否有身心創傷的問題時，至少應徵詢專家意見，不應僅憑臆測貿然實施。除了與對質詰問權相衝突以外，此要點也與傳聞法則相衝突。我國傳聞法則之例外與美國法相較顯然規範不足，此問題長久以來為學界所詬病。如果用美國法的想法來理解，一個非指控性的陳述（例如兒童對幼稚園老師的陳述）通過了 Crawford 的檢驗，但是卻無法通過傳聞法則的檢驗，導致被害人兒童還是必須前往法庭作證相同內容的陳述，這樣的做法顯然沒有將被害人兒童的保護考量在內。實則，美國實務上，多半將兒童證言歸類為傳聞之例外，這是因為兒童在為陳述時，通常沒有說謊的動機，性質上非常類似「處於興奮狀態下的言語」(excited utterance)。麻州甚至立法明文規定，10 歲以下兒童所述關於其成為性接觸的對象、事件發生的情境、實施性接觸之人等言論，經法官認定該兒童無法作證或不適合做證，且該陳述作成時之情境是值得信賴的時候，該陳述具有容許性。

就實務見解來看，最高法院也有見解認為在性侵害案件中，被告的對質詰問權應該為適當的限縮，認為「在客觀上有不能受詰問之事實不能情形，或待證事實已臻明瞭無再調查之必要者，亦均得視個別案情而有可容許雖未經被告之對質詰問仍無損其訴訟防禦權之例外。而此未經對質詰問之先前證詞，如已賦予被告以其他適當方式彈劾之機會，即使該證人未經被告之對質詰問，仍無違比例原則，而與不當剝奪其對質詰問權之核心價值之違法情形有別。」

除了上述規範以外，我國性侵害犯罪防制法尚有新修正之第十五條之一關於「司法詢問員」規定：「兒童或心智障礙之性侵害被害人於偵查或審判階段，經司法警察、司法警察官、檢察事務官、檢察官或法官認有必要時，應由具相關專業人士在場協助詢（訊）問。但司法警察、司法警察官、檢察事務官、檢察官或法官受有相關訓練者，不在此限。前項專業人士於協助詢（訊）問時，司法警察、司法警察官、檢察事務官、檢察官或法官，得透過單面鏡、聲音影像相互傳送之科技設備，或適當隔離措施為之。當事人、代理人或辯護人詰問兒童或心智障礙之性侵害被害人時，準用前二項之規定。」從條文內容來看，未來生效後，我國性侵害案件得由權責單位委由專業人士「協助」詢問工作，不過新修正之條文與被告的對質詰問權之間的關係為何？從文意來看感覺仍無法由專家詢問取代傳統的對質詰問，如果專家詢問不能取代對質詰問，對於減輕或避免對質詰問壓力之效果恐怕有限。

以挪威為例，該國刑事訴訟法（Criminal Procedure Act）Section 239 要求，在對性侵案件特殊被害人進行交互詰問時，法院得指定一名「專業適格者」（well-qualified person）來協助弱勢證人（vulnerable witness，如兒童被害人）進行交互詰問或是以訪談的方式代替交互詰問。如採取後者的方式，法官、被告與被告律師檢察官會在一間房間，弱勢證人和該名專業適格者會在另外一個房間，而法官所在的房間可以透過視訊設備，同步觀察與聆聽特殊被害人和專業適格者的對話。接著，專業適格者會開始詢問弱勢證人有關性侵案件的過程與細節，在專業適格者詢問完後，法官、檢察官、被告律師則有機會對專業適格者提出詢問，再由專業適格者詢問弱勢證人，這個程序得不斷重複，直到兩造皆滿意為止。前述程序原則上必須在警方接收案件後兩週內進行，且實務上一旦經過這套程序詢問後，鮮少有需要再次進行詢問的案例。如此方式可避免弱勢證人直接受到問題的衝擊，和免除須歷經交互詰問的壓力。

以專家協助進行詢問除了有助於建立一個對被害人較為友善的環境，其專業意見更有助於協助司法程序還原事實的真相。在面對特殊被害人進行詢問時，往往需要更多的時間與耐性，不能單純以一般的經驗法則進行解讀。比方說一般來講證人陳述如果前後不一，法律人多半會質疑這樣的陳述是不可信的。這樣的質疑當然有其道理，但是在面對特殊被害人時，為了要理解其真實的想法，應該要花更多的時間釐清不一致之處，或是有無不一致之特殊原因。這樣的判斷時涉及高度的專業性，與其由法律實務工作者進行，由專業人士負責詢問會是更好的處理方法。

4. 其他可能緩和對質詰問權之機制

除了前述機制以外，還有學者提出其他可能緩和訴訟中對質詰問之方式，例如，如果案件涉及易受傷害之被害人，學者提到可以對辯護律師的資格進行限制，規定只有具備一定的經驗並接受過相關訓練的律師才能擔任性侵害案件的辯護律師。這樣的機制對被告來講也是有利的，因為在沒有任何限制下被告有可能會選擇到一個經驗不足的辯護人，一旦設下辯護人資格的門檻，將可確保被告受到充分的辯護²⁴¹。學者另提出應針對易受傷害的被害人建立「保護者」制度，保護者可以在訴訟前對被害人進行充分的準備，如果被害人有特殊需求如不願意在法庭中面對被告，保護者應即時向法院反應並為因應，訴訟過程中，保護者必須仔細觀察被害人的身心狀況²⁴²，還有認為若被告試圖取得被害人個人資料作為攻擊方法，被害人應有權受到告知並取得免費之法律諮詢²⁴³。這兩個機制在概念上與後續的被害人「附加訴訟制度」接近。此外，一般而言，制度面上多希望證人在出庭時能夠憑藉著本能的反應提供答案，如此才能反映最直接最真實的答案，因此最好是不要在事前做過多的準備。不過這樣的原則在性侵害案件中應該要有一定程度的退讓。應該要讓證人在作證前能夠確切地瞭解可能被問到的問題，並且做好被挑戰的心理準備。學者也提出，可以將特定可能會嚴重影響到被害人心理狀態的資訊在事前就以書面進行「承認」，這樣就無庸在訴訟中探究這些內容的細節²⁴⁴。最後，應該在訴訟前針對所有易受傷害的被害人進行心理評估，判斷其是否適宜接受詢問或訊問，或是應該以何種方式進行。

三、專家證人的使用

1. 「性侵害創傷症候群」與「兒童性侵害順應症候群」

不分國內外，學者們發現性侵害被害人往往呈現焦慮、恐懼、無助等症狀，而該等症狀持續的期間長短不一，根據國外研究指出，有些被害人甚至在事發後 20 年仍受該事件所困擾。在精神科學上，此等症狀被歸類為創傷後症候群的一種，而統稱為「性侵害創傷症候群」(Rape Trauma Syndrome)²⁴⁵。另外，在兒童性侵害案件中，精神科學家亦發現兒童性侵害被害人會出現「兒童性侵害順應

²⁴¹ Laura Hoyano, *Reforming the Adversarial Trial for Vulnerable Witnesses and Defendants*, 2015/2 CRIM. L.R. 107, 119 (2015).

²⁴² *Id.* at 121.

²⁴³ *Id.* at 125.

²⁴⁴ *Id.* at 124.

²⁴⁵ 林志潔、金孟華，「『合理』的懷疑？——以女性主義法學觀點檢視性侵害審判之偏見運用為例之考察」，政大法學評論，第 127 期，頁 141 (2011)；亦可見於黃富源，「強、輪姦被害人特質及其創傷理論之探討」，中央警察大學學報，第 34 期，頁 241 (1999)。

症候群」(Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome, 簡稱 CSAAS) 的狀況。

在 1974 年時, Ann Wolbert Burgess 和 Lynda Lytle Holmstrom 便提出性侵害創傷症候群的兩個階段, 分別是「急性或失序階段」(acute or disruptive phase) 和「長期重整階段」(long-term process of reorganization): 前者通常是指性侵害案件發後數天至數星期的這段期間, 被害人會出現一般創傷壓力症候群之反應, 如身體痠痛、失眠等; 後者則可能持續數月到數年的時間。簡而言之, 性侵害創傷症對被害人的可能影響為: (一)生理方面: 頭痛、失眠、作惡夢、食慾降低、解尿灼熱感、會陰搔癢及分泌物增加、陰道流血疼痛、感染性病或愛滋病、懷孕; (二)心理方面: 1.情緒反應: 焦慮、羞辱、罪惡感、沮喪、憤怒、自責、無價值感; 2.行為反應: 自殺、酒精或藥物濫用、生活習慣改變、害怕獨處、沉默、偏差行為; (三)社會人際關係方面: 退縮、缺乏安全感、喪失自信心、與異性相處困難、性生活失調、人際互動障礙; (四)整體而言: 表情呆滯、驚嚇、嚎啕大哭、坐立不安、麻木無感覺。

另外在 1983 年時, Roland C. Summit 醫師便指出, 兒童遭受性侵害時可能會出現的五種反應, 分別是: 1.秘密性; 2.無助感; 3.順應; 4.對性侵案件感到衝突、遲疑、無法置信; 5.退縮。我國學者也認為受性侵害的兒童, 其行為徵象尤其比身體徵象明顯, 通常行為的徵象在遇有壓力時才會表現。異常行為包括: 惡夢、睡眠障礙、怕黑、嚴重恐懼怪獸魔鬼、懼怕特定的人或地方、年長兒童有時顯現退縮的行為: 例如洗吮拇指、尿床、和布偶扮演性活動; 要求其他小孩作性動作; 怪異、複雜、不尋常的性知識; 談論新的年長朋友、新秘密、或一些性誘導行為。不能安眠、學校成績突然退步。心理行為的影響層面會一直持續到成人, 造成憂鬱、精神官能症轉化症、行為異常、攻擊、藥物或性成癮的問題。

2. 專家證人證言的容許性 (admissibility) 要件

判斷有無出現「性侵害創傷症候群」和「兒童性侵害順應症候群」的主要目的, 係為了解決性侵害訴訟中, 被害人因為行為表現或敘事邏輯有違常人直覺, 導致可信性 (credibility) 遭受質疑的問題。亦即, 檢察官希望藉由專家證人的提出, 說明被害人一切不符合一般常人所期待的表現, 是由於身心受到創傷所致, 而非基於說謊、心虛而出現的不一致與反常行為²⁴⁶。然而, 有論者認為, 檢察官引進性侵害創傷症候群無法對於被害人的可信性有所補強, 反而將使得性侵害審判中被害人證言的證據價值受到架空。專家證人的證詞將間接暗示「性侵害事件

²⁴⁶ 同前註, 頁 88。

是否發生」的事實認定，進而取代被害人證言的內容²⁴⁷。

無論在民事或刑事的性侵害案件訴訟中，法院皆曾採納專家證人的意見。在民事訴訟中，原告可以性侵害創傷症候群的專家證詞，來幫助陪審員評估其所受之損害²⁴⁸；而在刑事性侵害案件中，檢方會引入性侵害創傷症候群的專家證言，來證明該性交行為是否違反被害人之意願²⁴⁹。然而並非所有法院皆採納專家證人的意見，如 *State v. Saldana* 案中²⁵⁰，明尼蘇達州最高法院撤銷了前審判決，理由為原審法院錯誤地採納專家證詞，該專家證詞以被害人有性侵害創傷症候群的症狀而作出被害人曾遭受性侵害的結論。明尼蘇達州最高法院認為，該專家證人的證詞對於陪審團的事實認定沒有幫助，且該證詞有所偏頗。又如 1990 年的 *People v. Taylor* 案中²⁵¹，紐約上訴法院在第二次上訴後撤銷了原審判決，法院認為原審採用性侵害創傷症候群的專家證言過度偏頗²⁵²。另外，值得一提的是，在 *People v. Bledsoe* 案中²⁵³，加州最高法院在判決結論內，提到性侵害創傷症候群症狀評估不是一個足資證明，性侵害犯罪事實是否發生的可靠科學方法。

有鑑於此，對於專家證人的證言究竟是否具有「可容許性」(admissibility)，進而可於法院中所提出，尚須回歸各州證據法之規定判斷，且由於許多州法直接採用聯邦法的規定²⁵⁴，故本文以下僅簡介聯邦證據法中有關專家證人的規範要件：

(1) 專家證人的證言須具有相關性

根據聯邦證據法 (Federal Rule of Evidence，簡稱為 FRE) 第 402 條的規定²⁵⁵，性侵害創傷症候群之專家證言須具有「相關性」(relevance)²⁵⁶。至於何謂相關性證據，其定義為：「足資證明或否定相關事實證據；或可以部分

²⁴⁷ 同前註。

²⁴⁸ *Id.* at 1367.

²⁴⁹ *Id.* at 1368.

²⁵⁰ *See State v. Saldana*, 324 N.W.2d 227 (Minn. 1982).

²⁵¹ *See People v. Taylor*, 75 N.Y.2d 277, 552 N.Y.S.2d 883, 552 N.E.2d 131 (1990).

²⁵² The court reversed the judgment in the second appeal; introduction of rape trauma syndrome evidence was not harmless error because it was introduced to prove that the rape took place, thus it was unduly prejudicial.

²⁵³ *See People v. Bledsoe*, 36 Cal. 3d. 236, 681 P.2d 291, 203 Cal. Rptr. 450 (1984).

²⁵⁴ Helen J. Landerdale, *COMMENT: The Admissibility of Expert Testimony on Rape Trauma Syndrome*, 75 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1366, 1377(1984).

²⁵⁵ Fed. R. Evid. 402.

²⁵⁶ 條文原文為：Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible.

證明或否定相關事實的證據²⁵⁷。」而法院則享有判斷有無相關性的裁量權²⁵⁸。

(2) 專家證人的證言是否會誤導陪審團

另外，聯邦證據法第 403 條規定²⁵⁹，即便該證據具有相關性，但該證據可能致生陪審團產生不公平歧視、混亂爭議或誤導時，法院可權衡使用該項證據的危險，與該證據所提供的證明價值（probative value），進而做出採用與否的最終決定²⁶⁰。此種規定可以將不正確的證據排除於法庭外，進而促進司法審判的正確性和公平性²⁶¹。如前述 *State v. Saldana* 案與 *State v. McGee* 案²⁶²，明尼蘇達州最高法院皆裁定性侵害創傷症候群專家證言對陪審團沒有任何幫助，且可能對被告產生不公平歧視的危險。明尼蘇達州最高法院認為，即使在不具專家證言的情形下，陪審團仍能就性交行為是否違反被害人意願作出評斷，且事發後被害者的情緒反應，對陪審團就案件事實之認定沒有任何助益。最終，法院認為誤導陪審團的危險無法平衡任何證詞之證明價值，故該專家證人的證言應予排除。

(3) 專家證人的證言須符合聯邦證據法第 702 條規定

美國司法制度非常仰賴科學或其他專業領域，來協助法院及陪審團做出最適恰的決定，因而聯邦證據法第 702 條對專家證人如何得出其證言有嚴格的規定，其規定：1. 專家證人的科學、技術或其他特殊知識，須有助於法院對於該項證據的了解；2. 專家證人的證詞須基於充足的事實或資料所判斷；3. 專家證人須使用可信賴的原則或方法進行認定；4. 專家證人有使用上開可信賴的原則或方法進行本案認定²⁶³。在 1993 年以前，美國採用 *Frye v. United*

²⁵⁷ Evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence.

²⁵⁸ Landerdale, *supra* note 254, at 1378.

²⁵⁹ Fed. R. Evid. 403.

²⁶⁰ 條文原文為：The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.

²⁶¹ Landerdale, *supra* note 254, at 1385.

²⁶² See *State v. McGee*, 324 N.W.2d 232 (Minn. 1982).

²⁶³ 條文原文為：A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.

States 案²⁶⁴的標準，並認為專家證人所使用的原則或方法，必須是該專業、科學技術領域之人普遍所接受者。然而此一要求不符合聯邦證據法第 702(c) 所指稱之「可信賴性」(reliable) 的要件，是故在 1993 年以後，聯邦最高法院在 *Daubert v. Merrill Dow Pharmaceuticals, Inc.*²⁶⁵ 拒絕使用 *Frye v. United States* 案的標準，以回歸聯邦證據法第 702(c) 之「可信賴性」的要件，並提出以下四種判斷方法：1. 該科學證據是否經測試；2. 該科學證據是否經具同儕審查制度之期刊發表；3. 該測試已知或潛在之錯誤率；4. 在相關科學領域中該科學證據之接受度。

3. 批評與質疑

性侵害被害人於事發當時的意願往往難以證明，也因此檢察官會藉由專家證人的判斷，認定被害人是否出現「性侵害創傷症候群」或「兒童性侵害適應症候群」，以推估被害人並無同意性交行為的主觀意思²⁶⁶。但此種判斷方式亦有其風險，蓋倘若被害人事後診斷出並無「性侵害創傷症候群」或「兒童性侵害適應症候群」，是否即當然表示被害人於事發當時有同意性交行為的主觀意思呢²⁶⁷？如在 *Henson v. State* 一案中²⁶⁸，印第安納州最高法院認為，被告所提出的專家證人證言可以證明被害人事後的情緒反應，與「性侵害創傷症候群」明顯不同，因而可以反推被害人於事發當時應有同意性交行為的主觀意思，故該專家證人證言具有可容許性，可提出於審判中使用。法院認為，如果法院僅允許檢察官提出專家證人，而否認被告提出此類證據的權利，將會非常的不公平。上開案件顯示，引用專家證人證詞來證明被害人的主觀意思，反而會建構出性侵害案件被害人於事發後「應有」或「應呈現」的形象，反而強化「強暴迷思」對性侵害被害人的誤解²⁶⁹。

不過，仍有部分種類之專家證詞在使用上是毫無疑慮的，例如，美國實務上當被告以被害人前後陳述不一或是被害人推翻自己的證詞時，檢方可以傳喚專家證人試圖「治癒」被害人證人的可信度。專家證人可以證稱相關研究顯示，兒童被害人遲延通報、陳述前後不一或是推翻證詞的情況都是被害人正常的心理反應，其實並不少見，都可以理解為是「兒童性侵害適應症候群」(Child Sexual Abuse

²⁶⁴ *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

²⁶⁵ *Daubert v. Merrill Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113 S.Ct. 2786, 2793 (1993).

²⁶⁶ Pamela Wilk, *COMMENT: Expert testimony on rape trauma syndrome: Admissibility and Effective Use in Criminal Rape Prosecution.*, 33 AM. U.L. REV. 417, 420 (1984).

²⁶⁷ 陳又寧，前揭註 210，頁 88。

²⁶⁸ *See Henson v. State*, 535 N.E.2d 1189 (Ind. 1989).

²⁶⁹ 陳又寧，前揭註 210，頁 88。

Accommodation Syndrome, CSAAS) 的一環。應注意的是，CSAAS 並無法證明性侵害是否確實發生，專家此時的功能在於「假設」性侵害確實發生，讓事實決策者瞭解兒童看似反常的行為對被害人來講其實有可能是正常的。此外，專家證人也能在一定程度上針對案件事實提供實體之證據，例如，研究發現，10 歲以下兒童如果顯現出具有攻擊性的性行為、模仿成人之性行為或是超乎正常的性知識，與性侵害具有較強的關聯性。

四、訴訟外紛爭解決機制

就政策面來看，考慮到訴訟程序中對質詰問過程針鋒相對的本質，或許訴訟本身並非處理性侵害案件的最佳途徑。近年來，美國有學者在推動以修復式司法的精神處理性侵害案件。以亞利桑納州的 RESTORE 計畫為例，該計畫的核心思想是要減少司法過程中所造成的「耗損」(attrition)。這裡所謂的耗損指的是，被害人在司法程序中所無法取得的理解與回應。多數被害人希望能夠透過程序「認可」他們的被害人身分，將檢討的重心放在行為人的行為而非被害人的行為，讓被害人能夠在安全的環境中說出自己的心聲，讓被害人的想法能夠影響案件的進行以及後續的結果²⁷⁰。這些需求在司法程序中其實是難以取得的，審判中被害人唯一面對行為人的機會就是對質詰問時，而不管法律上如何限制對質詰問權，交互詰問程序的本質就是相互攻擊，因此根本難以期待被害人在司法程序中獲得「理解」與「回應」。

RESTORE 計畫分為四大階段，第一階段是接案階段，該計畫從檢察官處接收經評估適合進入計畫的案件，以雙方同意為前提，且是被害人先同意才會徵詢被告是否同意。在評估階段雙方都有權向律師徵詢意見，費用由公部門支出。雙方同意後，被告須經專業人員評估，確定被告沒有精神方面的疾病，且適合進入該計畫²⁷¹。第二階段是準備階段，為將來的面對面會談進行準備，準備階段的時程因個案而異，關鍵在於被害人需要做好面對行為人的準備，同時被告必須理解整個程序的目的，以避免在會面過程中對被害人造成二度傷害。此外，雙方也必須要熟悉有哪些矯正的選項可以作為最後的協議內容。矯正選項包括：性侵害犯強制治療（或其他任何治療如酒癮、憤怒）、與計畫負責人每月固定進行面談、每週進行電話訪問、每季與評估委員會會談、社區服務、禁止接近被害人之命令。此外，被害人也可以選擇加入其他要求，例如：社區服務的具體方式、財物的賠償、以被害人名義捐助慈善機關、對於被告的回歸社會機制提供意見、給付被害

²⁷⁰ See Mary P. Koss, *The RESTORE Program of Restorative Justice for Sex Crimes: Vision, Process, and Outcomes*, 29(9) J INTERPERS VIOLENCE 1623 (2014).

²⁷¹ *Id.*

人的治療費用²⁷²。第三階段是面對面的會談，由經過訓練的專業人士負責進行，並由負責人下達明確的指令不得對彼此為羞辱的行為。會談先由被告對自身行為進行陳述並且承擔責任，再由被害人訴說被告的行為對其所造成的傷害，之後由雙方的家人朋友提供意見，最後則是擬定矯正計畫。如果被害人不願面對面進行會談，也可由被害人的代理人進行²⁷³。第四階段則是實際執行矯正計畫，並由評估委員會進行審查，如果有違反矯正計畫的情事出現，可終止計畫，回歸司法途徑。評估委員會是由社區成員自願者所組成，除了監督被告以外，同時也必須對被告提供必要的協助。最後，當被告通過各種評估，被告必須提出正式的道歉²⁷⁴。

RESTORE 計畫對於被害人與被告都有足夠的動機參與，對被害人來講，可以免除司法程序帶來的痛苦、可以完整說出自己的想法與故事、可以讓被告接受自己的過錯，並且參與矯正的過程。對於被告來講也有足夠的動機參與，因為一旦完成計畫內容，被告可以免除刑責、免於性侵害犯的登記、民事責任以及前科紀錄²⁷⁵。

在美國，RESTORE 計畫通常是針對非再犯、非家暴型性侵害、非暴力型性侵害以及成人間的性侵害。不過學者也認為，在設計 RESTORE 計畫時，如果要處理較為嚴重的性侵害犯罪，仍可以在維持讓被告具有參與計劃動機前提下，將刑罰納入矯正計畫中²⁷⁶。換言之，以被害人的想法做為主軸，RESTORE 計畫的矯正內容可以非常彈性。

²⁷² *Id.*

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ *Id.*

²⁷⁵ Fan, *supra* note 200, at 816-817.

²⁷⁶ *Id.* at 818.

五、小結

美國法上可參考的建議政策包括對質詰問權的限縮、專家證人的使用以及訴訟外紛爭解決機制。被告的對質詰問權雖係憲法上所保障之權利，但參考美國及我國法，並非沒有限制之餘地。使用科技設備限縮對質詰問權進行之方式，或是以法律限制對質詰問之內容，或是使用專家詢問模式，都能在一定程度上緩和訴訟對被害人可能造成的傷害，建立一個對被害人較為友善的環境。但是一方面限縮被告對質詰問權須謹慎為之，有賴法官在個案中進行判斷，因此除非是採取前述挪威之專家詢問模式，針對特殊被害人給予特別保護，否則法律上難以作出明確的禁制規定；另一方面，針對性侵害案件缺乏證據的問題，似乎可以透過專家證人之證詞協助法院進行決策，但是專家證詞有其局限性，法院不應過度依賴專家。最後，不管對質詰問權如何限縮，訴訟畢竟是一個劍拔弩張的場合，而交互詰問的本質就在於互揭瘡疤，互相攻擊，因此，一旦進入訴訟，難以想像被害人可以全身而退。此時國家應該考慮給予被害人另一條途徑解決紛爭，讓被害人充分地取得程序的主體性，使被害人獲得其所盼望的「理解」與「回應」。

第四節 再建律師倫理規範以減少交互詰問制度對性侵案件之衝擊

一、前言

我國刑事訴訟法於 92 年 9 月 1 日修法所引進的英美法制之「交互詰問制度」為司改所倡「金字塔型訴訟制度」之具體落實的一個重要制度²⁷⁷。所謂金字塔型訴訟制度，係將刑事訴訟程序之審級制度打造為金字塔型構造，藉由提高並堅實下級審法院之裁判品質，以圖減少上級審法院案件的數量，以圖司法資源之合理有效的分配，並促進人民權益之保障。因此，金字塔最底層即第一審「事實認定」之品質，當至關重要，故此交互詰問制度被納為金字塔型訴訟制度的重要內涵之一。即如美國證據法大師 J.H.Wigmore 所言，交互詰問乃人類為「發現真實」所曾發明的最偉大的利器，換言之，交互詰問既係發現真實之利器，自有助於提升第一審事實認定之品質。

另一方面，交互詰問制度，不僅僅是法律層次上為了落實金字塔型訴訟制度的配套規定，更是為了實踐憲法上所保障之「對質詰問權」，易言之，交互詰問制度已經超越法律層次的制度性保障，而被定位為憲法上基本人權的具體化。關於此點，即大法官會議解釋第 582 號理由書指明：「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。」要之，交互詰問制度既在落實對質詰問權之保障，即屬於憲法所保障訴訟權的內涵之一，且屬於正當法律程序保障之一環。

確實，以一般論而言，交互詰問制度既為發現真實的利器，又是憲法上所保障的訴訟權與正當法律程序之體現，但是，在某些案件類型中，交互詰問制度之運作結果，可能不僅無益於發現真實，反而有害。具體以言，在性侵害案件發

²⁷⁷ 民國 88 年 7 月間召開全國司法改革會議，針對刑事訴訟改革作成多項共識，司法院也針對各項共識，進行改革與執行，其後為檢視各項共識的執行成效，同院又成立「刑事訴訟改革成效評估委員會」，同委員會將改革前的問題歸納為「法官、檢察官、被告三方關係失衡」及「刑事司法負擔過重」二者，並以「改良式當事人進行主義」總結 10 餘年來刑訴改革之「基本理念」；其次，就改革的「具體內容」進行檢視，分為「法庭三方關係之調整」、「金字塔型訴訟制度」及「配套措施」（減輕處理案件負擔等相關改革）三大類，詳請參閱司法院網址：<http://www.judicial.gov.tw/revolution/judReform05.asp>（最後點閱時間：2016 年 10 月 6 日）。

生後，被害人在心理上往往會產生所謂創傷後壓力症，這些症狀²⁷⁸當接觸到與性侵相關或類似的情況時，被害人的情況會更加惡化，且極想逃離那種環境²⁷⁹。國內亦有論者研究指出，臺灣性侵害被害人最主要的創傷反應在於：害怕安全、擔心身體、情緒不穩與恐懼司法²⁸⁰。於此前提下，被害人以證人身分於交互詰問制度中受詰問時，往往容易因此而加劇其創傷後壓力症之病狀，而導致其無法正確認知被詰問之問題，甚或出於害怕或擔心，抑或情緒不穩或恐懼司法等創傷反應，而導致其不願意回答或為不正確的回答，更有甚者，律師作為訴訟技巧之運用，有可能利用被害人之創傷反應達到「入戲」的效果，以增加辯護的強度與說服力²⁸¹，但此種訴訟技巧的運用，卻可能使得具有創傷反應之被害人之創傷更為加劇，而導致其在交互詰問時「頻頻出錯」，而不論是被害人的「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」或「頻頻出錯」等情，此時，顯現於法庭的結果即為：「交互詰問後，『發現』被害人之陳述前後不一」²⁸²。事實上，根據本研究之實

²⁷⁸ 姚淑文、張錦麗，「『性侵害案件減少被害人重複陳述方案』推動後的結果與未來發展方向」，律師雜誌，第 301 期，頁 41（2004）：「包括個人會重複回想性侵害創傷事件，做回憶性惡夢；整個人變得麻木不關心，或是情緒很容易失控，對事情不發生興趣，不想與人親密往來，過分敏感、不安、失眠，有著生存罪惡感」。

²⁷⁹ 姚淑文、張錦麗，前揭註 278，頁 41。

²⁸⁰ 同前註；另詳可參見王燦槐，「性侵害防治中心在司法流程中的角色－減少性侵害被害人重複陳述作業之評析」，亞洲家庭暴力與性侵害期刊，第 1 卷第 1 號，頁 111-136（2004）；同氏，「性侵害被害人的心理歷程」，厚生雜誌，第 9 期，頁 9-10（2000）。

²⁸¹ 「基本上，對於律師在執行職務時，其執業上言詞及行動上運用，並不宜持太嚴厲之要求，否則其言論、表現自由及職業自由難免受到不必要之限制。尤其在法庭上係一說服之過程，動之以情，說之以理，適度『入戲』，可認為係執業上必要行為。但其以相對人之權利為代價者，仍應受到合於比例原則之限制。……對於事實上之陳述，難免係對於相對人名譽之詆毀，但就此，若律師已盡其告諭及闡明義務，則原則上應可信賴其委託人陳述，律師據當事人所為陳述而為之主張及法律評價，應無違反律師倫理問題。……若係評價性言詞，對於律師之執業而言，亦難以避免，……就此，應認為律師對於其評價性言詞，若係為維護委託人權益，應給予較大幅度之寬容。但其仍不應逾越刑法上之可容許範圍，否則，除非有阻卻違法事由，仍不能被准許。……對於律師於法庭上之舉動，亦無必要嚴格地要求其中規中矩，甚至部分諷刺性言詞亦被允許」參姜世明，「律師與事件相對人之行為規範」，全國律師，第 12 卷第 3 號，頁 111-112（2008）。此種適度入戲的執業上言詞及行動上之運用，以一般論而言，應可肯認做為辯護之必要行為而具有可容許性，但在性侵案件中，面對具有創傷反應之被害人，其可容許的界線應如何拿捏，則為值得深思之問題。

²⁸² 雖有文獻指出：The cross-examination of children and intellectually disabled witnesses can result in inconsistent and inaccurate evidence, as well as cause further trauma to victims. This is due to the nature of cross-examination, the tactics often used by counsel, the language and phrasing of questions, and the delay between the initial complaint and trial. Phoebe Bowden, Terese Henning & David Plater, *Balancing Fairness to Victims, Society and Defendants in the Cross Examination of Vulnerable Witnesses: An Impossible Triangulation?*, 37 MELB. U. L. REV. 539, 550 (2014). 交互詰問的本質會運用各種語言或質問題目的設計作為訴訟技巧的話術，而且此種在交互詰問中作為訴訟技巧所運用的話術，往往有極大的可能會造成二次傷害，不過這並非僅限於兒童或心智障礙的性侵被害人作為證人之時所獨有，即便是成年被害人亦有同樣的問題；再者，即便在其他重大犯罪案件之被害人也可能會有同樣問題，非僅限於性侵案件。

證調查結果，「被害人之陳述前後不一」亦為我國實務上性侵判決無罪之重要因子之一²⁸³。但問題是，此種從「交互詰問」所「發現」之「被害人之陳述前後不一」，若係基於被害人之「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」或「頻頻出錯」等情而生的結果，則恐非真實；易言之，必須確保被害人並無此所謂「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」或「頻頻出錯」等情，於此前提下，才能肯認「交互詰問」所「發現」之「被害人之陳述前後不一」（乃至於其他的「事實」），係屬「真實」。

那麼，接著應討論者係，要如何才能確保被害人並無所謂「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」或「頻頻出錯」等情？關於此點，可從兩個面向進行討論：其一，有無可能在制度上修正交互詰問制度，例如限制被告之對質詰問權或加強法官職權訊問或裁量權限等？其二，有無可能從律師倫理的角度來制約，例如以職業倫理規範來限制律師不得利用被害人之創傷反應（包括未達醫學上所稱創傷後壓力症之程度的「心理上的脆弱性」）為訴訟技巧，如有違反者，可能會遭律師懲戒或其他不利益？以下所要檢討者，僅限於後一面向。

二、律師之真實義務論

既然被害人所生「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」或「頻頻出錯」等情，會有礙真實之發現，那麼，從律師倫理的角度來看，首先要問，律師有無協助真實發現之義務？²⁸⁴實際上，我國律師倫理規範第十一條規定：「律師不應拘泥於訴訟勝敗而忽略真實之發現。」若依此規定，是否應解為，在我國律師有協助真實發現之義務？不獨有偶，日本之（舊）律師倫理第七條²⁸⁵也有相類似規定，不過現在於彼邦之基本職務規程中，已經刪除此一條文，換言之，已經不存有關於律師的真實義務的一般性規定了²⁸⁶。然而，律師是否負有真實義務之問題，並未因為該條文刪除而隨之解決，彼邦對於此問題之討論，於我國亦有借鏡之處，故以下擬進一步介紹、分析之。在日本，關於真實義務論的根據，肯

²⁸³ 期中報告與期末報告咸指出，因子 J 之「被害人、證人之陳述前後或相互是否有不一致或矛盾」係本次分析判決後認為是法官判斷是否有強制性交事實之重要參考因素。

²⁸⁴ 例如，我國有論者認為：「律師對當事人的忠誠並非無限上綱，仍有其界線，包括不得違反『誠實原則』，以及不得妨礙法院發現真實與追求正義。有論者指出，『誠實原則』尤其與交互詰問式的法庭活動有極密切的關連，因為法院沒有主動調查證據的權利，必須絕對依賴訴訟兩造所提出的訴訟資料來認事用法。故律師不得以對當事人的忠誠義務為由，而妨礙真相的發現。」參顏華敏，「律師倫理規範之性質與功能」，全國律師 9 卷 2 期頁 131-132（2004）。這裡所說的誠實原則就是本文所說的真實義務。

²⁸⁵ 日本之（舊）弁護士倫理 7 條：「弁護士は、勝敗にとらわれて真実の発見をゆるがせにしてはならない」（律師不得拘泥於勝敗而歪曲真實的發現）。

²⁸⁶ 谷真人，弁護士職務基本規程の制定過程と刑事弁護のあり方（特集刑事弁護活動の限界に挑む--積極的弁護のすすめ），刑事弁護 50 号，頁 37（2007 年）。

定論者有如下四說：其一，公益義務說：律師作為辯護人，在維護被告或犯罪嫌疑人之利益與權利的同時，也同時是擔任刑事司法程序順利運作之重要的一環²⁸⁷。其二，消極的真實義務說：律師身為辯護人不得積極地歪曲真實，於此意義上，應肯認律師負有消極的真實義務²⁸⁸。其三，本人基準說：若本人（被告或犯罪嫌疑人）行之，並不違法，律師基於幫助者的地位行之，亦不違法；反之，若本人行之即觸法，律師自亦不得行之²⁸⁹。其四，保護者自主判斷說：律師身為被告的保護者，應該自主判斷，是否有利於被告或犯罪嫌疑人，如果認為有利，亦可容許在某程度下違反被告或犯罪嫌疑人的意思而為自主的辯護活動²⁹⁰。

相對於肯定論，否定論則有以下兩說：其一，誠實義務純化論²⁹¹：此說認為，律師不過是被告或犯罪嫌疑人所雇用的打手（Hired gun），律師身為辯護人只有遵守一般行為規範的義務，除此之外，別無任何外在制約，自無所謂真實義務²⁹²。其二，內在行為規範論：律師從事辯護活動，必須遵從當事人主義的公正規則，且不得積極地歪曲事實，然而這只不過是律師職業倫理的內在性的行為規範制約，根本沒有必要將之獨立出來，另以真實義務論為名專作討論²⁹³。

相較於日本有肯否兩論，在我國至少於公開的文獻中，似乎未見有真實義務否定論者，但肯定論中，其具體內涵又因論者而異，其中以消極的真實義務說為一般論²⁹⁴，亦有論者近似於公益義務說²⁹⁵，或有採近於保護者自主判斷說者²⁹⁶，

²⁸⁷ 松尾浩也，刑事裁判の諸問題（研究会），法曹時報 24 卷 6 号，頁 146，大野正男の発言（1972 年 6 月）；大野正男，橋田の論理--弁護士と依頼者の間，判例タイムズ 35 卷 19 号=528 号，頁 9（1984 年 8 月）。

²⁸⁸ 佐藤博史，弁護人の真実義務，刑事訴訟法の争点（新版・ジュリスト増刊），有斐閣，頁 33（1991 年）；同氏，刑事弁護の技術と倫理--刑事弁護の心・技・体，有斐閣，頁 32（2007 年 5 月）。

²⁸⁹ 後藤昭，刑事弁護における依頼者と弁護士，日本の刑事裁判[収録]，現代人文社，1999 年，頁 129；同氏，刑事弁護人の役割，現代法律実務の諸問題[収録]，頁 649，655（2000 年）。

²⁹⁰ 上田國廣，被疑者・被告人と弁護人の関係[2]，刑事弁護 22 号，2000 年，頁 35；森下弘，刑事弁護ガイドラインへの一私案（特集刑事弁護の論理と倫理），刑事弁護 22 号，頁 40（2000 年）。

²⁹¹ 日本所謂的誠實義務論係指，律師身為辯護人對被告或犯罪嫌疑人，負有誠實履行職務之義務；相對於此，我國所稱的誠實義務，多指律師對法院負有真實義務。

²⁹² 村岡啓一，弁護人の誠實義務と真実義務，現代法律実務の諸問題（平成 8 年版）[収録]，第一法規，頁 713（1997 年）；同氏，被疑者・被告人と弁護人の関係[1]，刑事弁護 22 号，頁 25（2000 年）；同氏，刑事弁護人の役割・再考，現代法律実務の諸問題（平成 13 年版）[収録]，第一法規，頁 507（2002 年）。

²⁹³ 浦功，弁護人の義務論，弁護人の役割[1][収録]，第一法規，頁 24（2013 年）；同氏，弁護人に真実義務はあるか，刑事弁護の技術（上）[収録]，第一法規，頁 15（1994 年）。

²⁹⁴ 王惠光律師發言，參焦點對話，「律師倫理、辯護制度與檢察官偵查作為之衝突」座談會會議紀錄，月旦法學 190 號，頁 256（2011）。

²⁹⁵ 鍾若琪、陳誌雄（註 268），頁 107。律師職業倫理規範的原文為「Model Rules of Professional Conduct」，有翻譯為「模範專業行為準則」。參蔡兆誠，「加強律師倫理，搶救律師形象！」，全國律師 10 卷 9 期，頁 6（2006）。

亦或有混合此三說特點之論者，若此，就分析我國之問題上，借用日本肯否兩論各說之分類，即具有親近性與妥當性。故此，接下來的問題是，以肯否兩論之各說來討論本文之前所提出的設問——即律師作為訴訟技巧之運用，可否利用被害人因創傷反應所造成之「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」之情況，或利用創傷反應，使被害人在交互詰問時「頻頻出錯」？——又各會得出何種結論呢？

首先，從否定說來看，若採誠實義務純化論，律師不過是被告或犯罪嫌疑人所雇用的打手，其身為辯護人只有遵守一般行為規範的義務，除此之外，別無任何外在制約，若此，只要在刑法或律師法還是其他相關行政法規中，找不到相關禁止之明文規定，那麼，即便有歪曲真實之可能性，律師仍可以利用被害人之創傷反應以謀被告之利。接著，若採內在行為規範論呢？由於此論認為，律師從事辯護活動，必須遵從當事人主義的公正規則，且不得積極地歪曲事實，此乃係屬於律師職業倫理的內在性制約，問題在於「利用被害人之創傷反應」作為一種訴訟技巧，是否屬於「當事人主義的公正規則」？又究竟係屬於「積極地」或「消極地」歪曲事實呢？如果認為「利用被害人之創傷反應」作為一種訴訟技巧，係屬於一種「不公正」，那麼自在禁止之列，反之則否；同樣地，如果認為此種訴訟技巧係屬於「積極地」歪曲事實，亦在禁止範圍內。可惜的是，形式否定說並未進一步說明，要如何判斷是否公正，又區別是屬於消極或積極之基準為何。

另一方面，如從肯定論來看，又係如何呢？首先，公益義務說明確揭示以公益為中心的在野法曹義務，與以被告等之保護為中心的辯護人義務，係兩個等重的中心點，其主張基於律師在野法曹的公益地位自有真實義務，不論積極或消極的歪曲事實都在禁止之列，因此，只要有可能會造成歪曲真實，律師即不得利用被害人之創傷反應作為一種訴訟技巧。而消極的真實義務說，則與形式否定論同樣地，僅禁止「積極地」歪曲事實，因此也有著同樣的問題，亦即真實義務說也未提供如何區別消極或積極之基準。接著，本人基準說主張，若本人（被告或犯罪嫌疑人）行之，並不違法，律師基於幫助者的地位行之，亦不違法，因此，即便律師利用被害人之創傷反應進行交互詰問的結果可能會造成事實的歪曲，若將主體換置成本人，本人此種利用行為不會構成刑事犯罪或民事的侵權行為，則辯護人行之，亦無違法問題。最後，保護者自主判斷說（監督司法過程義務說），其重點，僅聚焦在辯護人與被告間的意見或方針不一致時，辯護人享有何種程度的自由進行辯護活動而已，所謂真實歪曲的問題，也僅在此一前提下作討論；於

²⁹⁶ 魏千峯（註 275），頁 33；同樣係以律師之專業性來說明律師之獨立性，參王惠光，「建立值得當事人信賴的律師業」，全國律師 13 卷 9 號，頁 21（2009）。

此意義下，此說與「誠實義務純化論」正相反對，詳言之，問題只會出現在，當關於是否利用被害人之創傷反應作為一種訴訟技巧此點，被告與辯護律師之間意見不一致時，該如何處理？如果採「誠實義務純化論」，則應以被告之意思為準，如辯護律師違背被告意志而為辯護（當被告要求利用，而律師不利用；或當被告反對利用，而律師卻利用），即有違背律師倫理之問題；反之，若採，保護者自主判斷說，則以辯護律師之專業判斷為準，問題在於，此說卻未提供基準來決定律師專業判斷的合法性界線。

誠實義務純化論與本人基準說，完全無視律師之公益性質，尤其前者將律師定位為受雇於被告或犯罪嫌疑人之槍手，實乃將律師訟棍化，實難贊同。實際上，我國亦無人採用誠實義務純化論，此點也反應在用語之上，如前所述，我國所稱「真實義務」又別名為「誠實義務」或稱「忠實義務」，要之，「真實義務」、「誠實義務」、「忠實義務」三者為「同義詞」；相對於此，日本所稱「誠實義務純化論」卻係否定真實義務，換言之，「真實義務」與「誠實義務」此兩者乃係「反義詞」。日本所謂誠實義務論，係專指律師身為辯護人與被告身為受辯護之人的執行辯護職務關係而言者，日本之律師法（弁護士法）第一條第一項規定：「律師以擁護基本人權，實現社會正義為使命。」，同條第二項規定「律師基於前項使命，必須誠實行使其職務……。」，彼邦通說將本條解釋為，在刑事訴訟之文脈下，係要求律師基於憲法與刑事訴訟法所定辯護人之地位，有效協助被告落實防禦權，為此必須誠實地行使職務，換言之，透過律師誠實地處理每個案件以行使其職務而得以擁護基本人權與實現社會正義，因此律師負有誠實義務之對象，係指被告與犯罪嫌疑人²⁹⁷。

另一方面，所謂本人基準說，係將被告或犯罪嫌疑人與律師的角色混淆，亦非可採。蓋律師作為一種專門職業，乃係為了保障被告或犯罪嫌疑人之合法權利而存在，其所欲確保者，主要係憲法所保障之訴訟權下派生的防禦權，與正當法律程序保障，於此前提下所進行之辯護活動，自受其職業倫理之規範；相對於此，被告或犯罪嫌疑人並非一種專門職業，無職業倫理規範之問題，以被告或犯罪嫌疑人為律師執行業務之基準，實非妥當。

但是另一方面，公益義務說將律師基於其在野法曹地位所生之公益義務，與其以被告等之保護為中心的辯護人義務，等量齊觀，看似兼顧律師職業的公益性質與被告受辯護權利之保障，實則有侵蝕憲法上所保障被告防禦權之虞。按辯護人制度之設計，本來係為了補強被告在法律知識上以及證據收集等能力上之不

²⁹⁷ 浦功（註 293），頁 16。

足，使其能立於與檢察官對等之地位，得以有效地行使防禦權，並確保其正當法律程序之保障不受侵蝕，若如公益義務說一般，同等地強調律師之公益義務與辯護義務，其結果可能使律師們在無法兩全之時，只好解除委任（或根本不接其認為可能難以兩全的案件），甚或選擇了所謂公益的那一邊²⁹⁸，如此一來，豈非等於在事實上，剝奪了被告受律師協助的權利，置被告於完全孤立無援的境地，而致憲法上所保障之被告防禦權遭完全架空，因此公益義務說亦非可採。

綜上所述，本研究團隊認為問題的歸結仍應回到辯護制度的原點，亦即要先釐清究竟何謂刑事辯護制度？或換句話說，刑事辯護之設計究竟所為何來？關於此點，按被告或犯罪嫌疑人，不論是法律上之相關知識或事實上的證據收集能力等，皆遠遜於有國家權力做後盾的檢察官，為了使被告等能與之立於相對等的地位，就必須保障被告等能有效行使防禦權，而刑事辯護制度就是為此而生。易言之，律師作為被告等之辯護人，其使命即在於保障被告能有效行使防禦權，要之，刑事辯護制度之目的，即在於保障被告受律師協助之權利，使其能立於與檢察官對等之地位有效行使防禦權²⁹⁹。由此可知，刑事辯護制度之根幹，在於被告或犯罪嫌疑人之「防禦權保障」，易言之，刑事辯護乃係為了被告或犯罪嫌疑人之「合法利益」所存在的制度。既然刑事辯護制度係為了保障被告或犯罪嫌疑人的合法權利而設，那麼制度的設計，就應是以「依法捍衛被告或犯罪嫌疑人的權利」為中心，自不宜採所謂公益義務說。

若以此為前提，自應否認辯護人負有所謂真實義務，關注的重點應放置在辯護人應如何「依法捍衛被告（或犯罪嫌疑人的）權利」；相對於此，若採公益義務說，看似平衡公平正義（實體真實）與被告防禦，實際上，係假公平正義之名而侵害被告防禦之權，在公平正義的這邊，已經有法院、檢察體系、警察體系，甚至包括整個國家力量以及大眾輿論或媒體，若要被告以一己之力抗之，顯然螳臂擋車、螻蟻撼樹，為了讓雙方對抗公平，才有了辯護制度之設，結果又要求律師雖身為辯護人亦要同等重視公平正義，那麼這樣的辯護制度，又能助益被告幾何呢？比喻以言，要求辯護人同等重視公平正義，等於是要求律師身在曹營（被告防禦）心在漢（公平正義實體真實），那麼對被告而言，所謂辯護制度，美其名

²⁹⁸ 早有論者指出，在當事人主義的對審制度下所謂的交互詰問中，律師往往會面臨了作為一個公民的道德義務與身為刑事辯護人的職業義務的衝突(柏木俊彥，弁護士職務責任の規範と手続，法曹の倫理と責任(上)補訂版[収録]，現代人文社，頁9-10（2006年2月），而公益義務說所謂的公益，似乎係指「作為一個公民的道德義務」之意義上的公益。又本來既然是無法兩全難以避免之等價的倫理衝突(或義務要求)，那麼，理論上，似乎不論律師選擇哪一邊，都應可認為不違反義務，只不過選擇「作為一個公民的道德義務」之公益，似乎更能對外形塑更好的律師形象，畢竟喜歡被追呼為魔鬼代言人的律師，恐怕並不多吧。

²⁹⁹ 光藤景皎，刑事訴訟法 I，成文堂，頁259（2007年）。

是強化防禦權以對抗國家追訴權力，實際上卻是讓國家可以堂而皇之地，藉由律師以公平正義之名來探知被告的「底牌」而更加弱化防禦權。

而所謂「依法捍衛被告權利」中之「依法」，實定法之規範自不待言，更重要的是律師倫理規範中，超實定法之「公正規則」之遵循。故此，接著應討論的問題是，公正與否如何判斷？關於此點，由於此處僅聚焦於律師倫理討論，故關於實定法之外在規範之公正與否³⁰⁰自不在討論之列。而針對律師倫理之內在規範公正性界定問題，以下擬從對質詰問權之行使與限制的觀點來加以討論。蓋如前述，在交互詰問程序中，律師作為「訴訟技巧」可能會「利用」被害人之「創傷反應」，如果我們認為此種「利用」並「不公平」，換言之，其不能作為一種「訴訟技巧」而被容許的話，實際上等於是限制被告的對質詰問權行使的可容許範圍。易言之，交互詰問是檢辯雙方之攻防戰，處於此消彼長之關係，對一方之限制等於對他方之保護，反之亦然；而交互詰問既然係憲法所保障之被告對質詰問權的具體化制度，那麼在思考問題時，仍應回到原點一對質詰問權的本質為何？其可否限制？而限制之正當化根據又為何？

三、對質詰問權之本質與限制

我國大法官會議解釋第 582 號雖肯認對質詰問權為憲法所保障之基本權，但此權利亦非絕對，仍有限制之可能，同會議解釋第 636 號理由書中明確指出：「為保護證人不致因接受對質、詰問，而遭受生命、身體、自由或財產之危害，得以具體明確之法律規定，限制被移送人及其選任律師對證人之對質、詰問權利，其限制且須符合憲法第二十三條之要求。」易言之，生命、身體、自由或財產等與對質詰問權，同屬憲法所保障之基本權，自無厚此薄彼之理，因此，為了生命、身體、自由或財產免於遭受危害，得以具體明確之法律規定，在憲法第二十三條之比例原則範圍內，限制對質詰問權，此即為基本權衝突與調和之問題。

以結論而言，同號解釋認為：「本條例『檢肅流氓條例』第十二條第一項僅泛稱『有事實足認檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞』³⁰¹，而未依個案情形，考量採取其他限制較輕微之手段，例如蒙面、變聲、

³⁰⁰ 實定法之外在規範的公正性問題，其實就是立法妥當性問題，須要檢討的即為現行交互詰問制度的立法論問題。

³⁰¹ 本條例第十二條第一項規定：「法院、警察機關為保護本條例之檢舉人、被害人或證人，於必要時得個別不公開傳訊之，並以代號代替其真實姓名、身分，製作筆錄及文書。其有事實足認檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，法院得依檢舉人、被害人或證人之聲請或依職權拒絕被移送裁定人與之對質、詰問或其選任律師檢閱、抄錄、攝影可供指出檢舉人、被害人或證人真實姓名、身分之文書及詰問，並得請求警察機關於法院訊問前或訊問後，採取必要之保護措施。但法官應將作為證據之筆錄或文書向被移送裁定人告以要旨，訊問其有無意見陳述。」。

變像、視訊傳送或其他適當隔離方式為對質、詰問（證人保護法第十一條第四項參照），是否仍然不足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳述意見，即驟然剝奪被移送人對證人之對質、詰問權以及對於卷證之閱覽權，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，而與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。」按此見解，以蒙面、變聲、變像、視訊傳送或其他適當隔離方式為限制，係符合憲法第二十三條比例原則之意旨，但「未依個案情形」，一律「驟然剝奪」之，則屬於對防禦權的「過度之限制」，則有違憲法第二十三條比例原則。

要之，大法官會議解釋認為，對質詰問權的本質係屬於一種憲法所保障的基本權，但並未優越於憲法所保障的其他基本權，所以，若有其他基本權與之相衝突者，仍得限制之；換言之，調和基本權之衝突即為限制對質詰問權的正當化根據。而限制對質詰問權之合憲性要件，自大法官會議解釋所示者析之，主要有下揭三者：

1. 限制對質詰問權之合憲性要件

其一，基本權衝突之危險性要件：憲法所保障的其他基本權有可能會因為對質詰問權之行使而遭受危害；其二，法律保留原則：必須有明確之法律作為限制的依據；其三，比例原則：須符合憲法二十三條所規定，比例原則之具體內涵有三，即目的之正當性，手段與目的之比例性，手段之最小侵害性，目的之正當性與危險性要件有所重疊，而手段與目的之比例性係指手段須能達成目的，且為達成目的（保護其他基本權免於遭受危害）所實施之手段（限制對質詰問權）兩者相較，達成目的所能獲得的利益必須大於實施手段所可能造成的不利益，最後，手段之最小侵害性，亦為同號大法官會議解釋所強調之部分，即在數個能有效達成目的的手段之中，應選擇限制較輕微的之最小侵害手段。

若此，欲在性侵害案件所進行的交互詰問程序中，限制被告之對質詰問權，首先要滿足的就是基本權衝突之危險性要件，易言之，於此間，究竟何種憲法所保障的其他基本權，有可能會因為性侵害犯件之被告行使對質詰問權而遭受危害？此點，詳如下述。

2. 基本權衝突

關於基本權衝突之危險性要件的問題核心係在於，是否僅能以立於證人檯的性侵被害人之生命、身體、自由或財產等憲法所保障之固有基本權有遭受危害之虞者，方能滿足此一危險性要件？易言之，在此等固有基本權之外，是否有可能針對性侵害案件之被害人特性另行導出其他的基本權，而得以在即便對被害人

之生命、身體、自由或財產等憲法所保障之固有基本權並無遭受任何危害之虞時，亦可能與被告之對質詰問權相抗衡，而進一步合憲、合法地限制被告的對質詰問權呢？

關於此點，美國最高法院曾在 *Craig* 案中，明白肯認，為了保護兒童被害人之身心健全發展的利益，可以合理地限制憲法所賦予被告享有之對質詰問權³⁰²。若此，似乎，若性侵被害人為兒童之時，所謂「兒童之身心健全發展的利益」可以獨立於生命、身體、自由或財產等憲法所保障之固有基本權之外，與被告之對質詰問權相抗衡。事實上，我國大法官會議第 664 號解釋理由書中亦指出：「人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第二十二條保障。為保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務（憲法第一百五十六條規定參照），應基於兒童及少年之最佳利益，依家庭對子女保護教養之情況，社會及經濟之進展，採取必要之措施，始符憲法保障兒童及少年人格權之要求（本院釋字第 587 號、第 603 號及第 656 號解釋參照）。國家對兒童及少年人格權之保護，固宜由立法者衡酌社經發展程度、教育與社會福利政策、社會資源之合理調配等因素，妥為規劃以決定兒童及少年保護制度之具體內涵。惟立法形成之自由，仍不得違反憲法保障兒童及少年相關規範之意旨。」而同會議第 702 號解釋更指出：「憲法第一百五十六條雖規定國家應實施兒童福利政策，然對兒童之保護並無特別之條文。本院以往解釋多由兒童身心健康及人格健全成長出發，認『為保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務（憲法第一百五十六條規定參照），應基於兒童及少年之最佳利益，依家庭對子女保護教養之情況，社會及經濟之進展，採取必要之措施，始符憲法保障兒童及少年人格權之要求』（本院釋字第 587 號、第 603 號、第 656 號、第 664 號解釋參照）。本院釋字第 623 號解釋理由另謂：『保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權（聯合國於西元 1989 年 11 月 20 日通過、1990 年 9 月 2 日生效之兒童權利公約第十九條及第三十四條參照），為重大公益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長。』此解釋雖係針對保護兒童免於從事非法性活動，然其引前述 UNCRC (the United Nations Convention on the Rights of the Child) 作為普世價值，而認國家有義務採行適當管制措施，應可作為本件解釋的論理基礎。...在憲法所規範的國家義務及 UNCRC 之下，對兒童身心安全或對其人格健全成長發展造成危害之人 (risk to children)，自應被限制接近或接觸兒童 (being denied access to children)。如教師或擬擔任教師之人有暴力或有性犯罪

³⁰² *Maryland v. Craig*, 497 U.S.836, 1990；兒童被害人兼證人之司法權利-聯合國文件之啟思。

等傾向，或有對兒童身、心有摧殘、傷害、凌辱、虐待等背景，對其嚴格限制或剝奪其擔任教師之職業選擇自由，以限制其接近或接觸兒童，確保兒童之福祉與安全，及身心健康與人格健全成長，應屬憲法第二十三條規定下的合理限制...。」

如上揭大法官會議解釋見解所示，兒童與少年等未成年人之身心健全發展的利益可立基於我國憲法所保障之人格權，又以其作為普世價值，兼引 UNCRC 為據，認為國家對於兒童及少年之身心健康及人格健全成長負有特別保護之義務，有義務採行適當措施。尤其 702 號解釋認為，雖 623 號解釋係針對保護兒童免於從事非法性活動所為者，然其引前述 UNCRC 作為普世價值，於本號解釋所處理限制教師職業選擇自由之問題上亦有適用，依此推之，在性侵害案件中，為了保護被害兒童或少年而限制被告的對質詰問權，並限制律師不能選擇利用被害人之創傷反應作為詰問技巧等議題中，亦有異曲同工之處，實際上都是以保護兒少免於接觸有害其身心安全或對其人格健全成長發展有造成危害之人、事、物為核心。若此，性侵害之被害人為兒童或少年時，在論及危險性要件之時，即便對渠等之生命、身體、自由或財產無何危害，亦可以憲法所保障之普世價值即「保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長」之利益，與被告之對質詰問權相對抗，藉此，自可限制、甚至禁止律師利用性侵害之兒少被害人的創傷反應作為訴訟技巧，或要求律師依據特定的方式（例如每次提問之字數限制，或利用圖片影像提問，或為詰問以利兒童被害人正確地理解詰問內容³⁰³），換言之，此處「保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長」即作為公正規則的一環，內化成律師倫理規範的內涵，如律師於交互詰問中所進行之辯護活動可認有害於兒少的身心健康及人格健全成長者，即屬為違背律師倫理之不公正的行為。

那麼其他屬性的被害人，又該如何？例如性侵害案件之被害人若是身心障

³⁰³ 「最令人擔憂的是，心智障礙者或其他年幼之性侵害受害者如何理解交互詰問者之詰問內容而為正確的陳述。民間團體曾經研究指出心智障礙者的訊問內容不要超過十二字以上，因為心智障礙者會無法思考句子的意思，並且建議先將具體問題、地點與人物與心智障礙者確認，再問遭受性侵害的內容，其間最好有圖片及相片輔佐心智障礙者思考，因為心智障礙者對於數字、邏輯非常欠缺，所以必須提供輔佐道具，否則心智障礙者會混淆事件的日期或內容；另學者也從兒童不同年齡之語言認知、記憶發展及溝通能力提出兒童訊問技巧。由此足見訊問的專業能力將會影響心智障礙者或兒童回答的正確性，因此若詰問者故意混淆受害者並使其陳述反覆不一的答案是非常容易達到目的，況且縱使透過交互詰問程序中的異議權，也無法讓原先心智障礙者或兒童能夠如上述學者所建議的訊問技巧以發現真實，反而因雙方的異議所生爭執或不愉快的氣氛而更容易困擾這些受害者，那麼兒童或心智障礙者性侵害案件將更不容易審理，當然將被告定罪的機率似乎可以預見逐漸下降，而事實上這些以心智障礙者或兒童為性侵害對象的加害者，才是社會上再犯率最高的族群，應是優先列入加害人處遇計畫者，若果真因交互詰問制度而錯失防治者，將是所有倡導性侵害防治工作者的遺憾。」參賴芳玉，「刑事交互詰問制度實施後對性侵害案件之衝擊」，律師雜誌，第 301 期，頁 3(2004)。

礙者（智能障礙、瘖啞人士或其他身心障礙者等）³⁰⁴。從人權發展史來看，身心障礙者長期遭受差別待遇與偏見霸凌，而在 1960 年代開始，各國開始關注此一對障礙者之人權蹂躪現象，而展現出要共築一個跨越障礙與非障礙的藩籬達成共生的時代的共同決心，這個決心的具體化則顯現在 1971 年的聯合國第 26 屆總會所通過的關於精神遲滯者之權利宣言；其後，1975 年則通過關於障礙者之權利宣言，1977 年則通過關於聾盲者之權利宣言等等³⁰⁵，其後也持續有所關注。若從此點來看，心智障礙者應與兒少作同一解釋，國家對之亦負特別保護義務。易言之，即便對渠等之生命、身體、自由或財產無何危害，亦可以憲法課予國家應掃除「障礙與非障礙的藩籬」之責務，合理地限制被告之對質詰問權。

問題是，若被害人之屬性非為兒童、少年或心智障礙者時，是否僅能以立於證人檯的被害人之生命、身體、自由或財產等憲法所保障之固有基本權有遭受危害之虞，方能滿足危險性要件？易言之，在此等固有基本權之外，是否有可能針對性侵害案件之被害人特性另行導出其他的基本權，而可與被告之對質詰問權相抗衡？關於此點，實務上所推動之「性侵害案件減少被害人重複陳述方案」所遇到的問題點，可以提供我們幾個有益的思考素材。

³⁰⁴ 關於性侵害被害人的保護，多數關注特別集中在兒童與心智障礙者之被害人，例如有文獻指出，澳大利亞司法實務有將知能障礙之兒童（性侵害被害人定義為「弱勢證人」）(vulnerable witnesses)(Phoebe Bowden, *supra* note 282, at 542.)。相對於此，亦有論者以兒童證人為弱勢證人之典型例，但不限於此，即就弱勢證人作較廣義之理解事實上，*See* Laura Hoyano, *Reforming the adversarial trial for vulnerable witnesses and defendants*, CRIM. L.R. 2015, 2, 107 (2015)。所謂弱勢的證人，並不僅限於心智障礙兒童，身心未成熟的少年或其他障礙者亦屬之，亦不限於性侵害案件之被害人。Vulnerable witnesses--Special measures: "For some witnesses the process of giving evidence in court can be particularly difficult. Children under 18 years of age, victims of sexual offences and the most serious crimes, persistently targeted victims and people with communication difficulties are some examples of people who may need special help." CPS in GOV.UK: http://www.cps.gov.uk/victims_witnesses/going_to_court/vulnerable.html (last visited Oct. 6, 2016)，特別將心智障礙兒童劃為弱勢證人，或許有其政策上的意義，亦即資源有限，當無法對所有的弱勢證人皆加重保護時，政策上選擇對心智障礙兒童優先作加重保護罷了。又 Phoebe Bowden, *supra* note 282, at 547，指出南澳大利亞檢察實務曾有案例指摘，像心智障礙兒童這樣的被害人，因為有溝通上的困難根本沒有辦法應對交互詰問的程序，在交互詰問中往往會讓這些被害人看起來就像一群不可信的證人。不過，實際上，如前所述，即便是一般正常的成人之性侵害被害人，也有可能因其遭到性侵所生創傷反應，而影響其溝通能力，使其無法好好應對交互詰問，讓他們在交互詰問過程中，看起來就像一群陳述前後不一相互矛盾的說謊者。而且，比起心智障礙兒童係顯而易見的無沟通能力或無對應能力，當立在證人檯的是一個「正常的」成人被害人，反而會更容易遭到誤解，即讓人誤以為其陳述前後不一或相互矛盾，是因為他們在說謊，而不容易意識到是因為他們受制於創傷反應其實也已經「不算正常」了。

³⁰⁵ 川上輝昭，「知的障害者の人権に関する考察——裁判事例と調査事例を中心に」，大原社会問題研究所雜誌，第514號，頁52（2001）。

3. 性侵害案件減少被害人重複陳述方案、交互詰問與傳聞

性侵害被害人於參與司法的過程中，往往容易因為重複訊（詢）問、重複陳述而遭受二次傷害，為了避免此種傷害，故有性侵害案件減少被害人重複陳述方案之推動³⁰⁶。不過，在此方案推動之後，我國因採改良式當事人進行主義，又為落實金字塔型訴訟制度，故引進交互詰問制度以及傳聞法則，此兩制度要如何與「性侵害案件減少被害人重複陳述方案」並行不悖，即屬難題，故實務上曾針對此點召開法律問題座談會如下：

「法律問題：性侵害案件減少被害人重複陳述方案，是否與交互詰問制度相衝突？有無繼續推行之必要？」³⁰⁷「研究意見：依性侵害案件減少被害人重複陳述方案所製作之警訊筆錄，於案件審理實施交互詰問制度時，該警訊筆錄似無證據能力，而於審理時仍須訊問被害人，則上開方案之目的即無法達成，高雄縣、市已在試行此方案，擬請相關單位協調此方案之可行性³⁰⁸。」

而上揭座談會之審查意見，主要可整理如下五點：其一，司法院以行政命令方式發布之「減少重複陳述注意事項」有違法律保留原則。其二，同注意事項似將內政部頒布之前開作業要點中之檢察官角色置換由少年法院（庭）之輪值法官任之，有球員兼裁判之嫌，且易啟被害人日後拒絕到庭陳述之後果。且輪值法官非必然即為審理該案之法官，日後審理該案之法官若依據同注意事項而未經再次訊問被害人，則有可能因為存有合理之懷疑而無法將被告定罪。其三，傳聞法則與交互詰問確實與減少重複陳述方案有相衝突之處。但是在無須進行交互詰問（例如：簡式審判程序或簡易判決處刑）或傳聞例外（例如：第一百五十九條之三及第一百五十九條之五）之情況下，為保護被害人，仍有推動同方案之實益。其四，雖肯認應避免性侵被害人因重複陳述而再度受創，但認為司法機關與行政機關不同，司法審判程序所進行的交互詰問係屬於調查證據程序中重要之一環，不能任意精簡，同方案實有影響交互詰問制度功能之虞。其五，現行之「性侵害犯罪防治法」、「法院辦理性侵害犯罪案件處理準則」等相關規定已經足以為相當的保護。

就上揭第一點係形式要件，確如其所指摘。按如前述，限制對質詰問權之合憲性要件有三，第一點所指摘者即欠缺合憲性之第二要件即法律保留原則；而

³⁰⁶ 姚淑文、張錦麗，前揭註 278，頁 43，以下相關說明參照。

³⁰⁷ 會議次別：司法院第 1 期少年法院（庭）庭長、法官業務研討會第 3 則，會議日期：民國 92 年 03 月 03 日，資料來源：司法院第一期少年法院（庭）庭長、法官業務研討會研究專輯，頁 130-139（2003）。

³⁰⁸ 同前註。

要解決此一問題並不困難，只要改以法律制定減少重複陳述規則即可，真正的問題在於，如何訂立符合法明確性要求，以及比例原則要求之法律，也就是實質之合憲性要件問題，而以上所指摘之第二至第五點即與此相關。首先，從第五點來看，確實有相關規定，但是否已經足以為相當的保護則有疑問，例如辯護人利用被害人的創傷反應而為詰問技巧此類情形，現行法上並無任何明文規範。接著，第四點看似有理，但問題並不在於精簡程序減少被害人陳述之次數而已，而是應該創造一個更友善合理的詰問環境，確保被害人不至於出現因創傷反應或因司法程序之二次傷害所致生的「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」或「頻頻出錯」等情，有此確保之前提下，才能認為交互詰問制度中所體現者為真正的真實。因此，問題的觀察，應從量（如何減少被害人陳述的次數）轉向質（如何讓被害人在每次的陳述都能本於自由意願所為，且不會因此受到二次傷害）。而第三點看似合理，實際上等於否定減少陳述方案的推動，按在無須進行交互詰問或傳聞例外之情形下，本來就沒有交互詰問證人或保障被告對質詰問權的問題，如此，本來就「無」陳述，哪來「減少」陳述的問題。最後，第二點的指摘雖也看似正確，但實際上，司法院發布之「減少重複陳述注意事項」並非強行法規，如果日後審理該案之法官無法形成超越合理懷疑之有罪心證，自會再次訊問被害人，應該不至於因此而生無法將被告定罪之問題。

總結上述，可得以下啟示：

其一，若將問題討論的焦點放在被害人陳述「次數」上，而非被害人「如何陳述」或「如何被問」之上，恐有問題失焦之虞。因為被害人會被傷害，恐非由於「被問太多次」，而是「不當地被問」，要之，問的不當，即便只問「一次」，也已經被傷害了。至於次數之問題，其實是必要性問題，而不能為了精簡次數而精簡，就如上揭審查意見所指摘，為了令法官形成正確的心證，被害人作為證人立席於法庭，在一般性侵案件中應可認為具有必要性，因為，性侵案件少有物證，被害人之證言往往是最重要也是最主要的證據，當然不排除某些性侵害案件，有目擊證人（例如有偷窺癖的鄰人剛好目擊性侵現場）甚至錄影帶等物證而認為顯無再行訊問被害人之必要時（例如加害人自行拍攝錄影檔案存於電腦中為檢警所扣押）。

其二，被害人「如何陳述」或「如何被問」之問題，非僅僅涉及被害人保護，在交互詰問制度下，此點也與事實認定相關，故此健全被害人為陳述以及受詰問的環境，與交互詰問制度本身並無衝突，反而是健全交互詰問制度之必要工程。

其三，若將問題討論的焦點放在被害人「如何陳述」或「如何被問」之問題上，此時應討論的課題有二：第一，如何合憲且合法地限制被告的對質詰問權？第二，律師之辯護行為的適法性、妥當性界限為何？限制被告的對質詰問權係屬於法律保留事項，而判斷律師之辯護行為是否適法、妥當，則屬於法律規範與律師倫理之雙重問題。本文僅以第二課題之律師倫理部分為討論對象，但是在討論律師倫理之必要範圍內，也會言及法律規範意義上律師辯護行為的合法性問題。於此前提下，關於第二課題，應討論的重點有二：①身為辯護人之律師，應如何詰問身為證人之被害人，才能認為是符合律師倫理之適法、妥當之行為？②如果其詰問被認為係屬於不符合律師倫理之不法或不當之辯護行為，會生如何之法效果？關於此兩點，以下擬以前述被告之對質詰問權的限制以及律師角色之定位為基礎，並從律師、被告與被害人之關係作進一步分析。

四、合法性規範與倫理性規範

刑事辯護制度之根本乃立基於被告之防禦權以及正當法律程序之保障，而交互詰問制度不但是為了發現真實，更係作為被告之重要防禦權之一的對質詰問權的具體落實。而從依法捍衛被告權利之角度來看，律師以辯護人之地位立基於法庭進行交互詰問，自係專為被告之利益，以幫助者之立場來協助被告合法地行使防禦權，而所謂專為被告之利益，係指律師應依從其專業性以及倫理性的判斷來幫助被告，而非指律師應專一遵從被告之意思，要之，對身為辯護人之行為規範有二：其一，合法性。其二，倫理性。據此，據此，前所述之「依法捍衛被告權利」，其中所指涉的「法」，即「公正規則」，亦即指外在規範的合法性具有實質正當性，以及內在規範的倫理性亦具有實質正當性。

1. 公正規則之實質正當性要件

此處所謂實質正當性係指，已經符合了可認各該規範為適正、妥當的諸要件，而此處所謂諸要件：首先，合法性規範之實質正當性要件即為前述對質詰問權限制之合憲性要件，其要件有三：其一，基本權衝突之危險性要件；其二，法律保留原則；其三，比例原則。同樣地，若要限制律師以辯護人的身分幫助被告行使防禦權，應亦同受此三要件限制，此三者既為合憲性要件，易言之，符合此三要件所立之實定法，即規範律師辯護行為之合法性限制根據，亦即合於此三要件之立法方屬於具有實質正當性的合法性規範，此種具有實質正當性之立法方可認為係屬於公正規則，反之則否。而相對於此，倫理性限制係為內在規範，易言之，此種限制並不以法律保留原則為要件，但基本權衝突之危險性與比例原則此兩者仍為其要件。不過，基本權衝突之危險性與比例原則皆為開放性要件，以合

法性規範來說，此兩要件本身並無法具體化合法性規範之內涵，其具體內涵仍有待立法者來填補，亦即以法律保留原則來具體化；問題在於，倫理性規範既不以法律保留原則要件，自然無法依靠立法者來填補其具體內涵，故要如何具體化其內涵，即為此處的問題核心。要解決此問題，要先說明倫理性規範之意義。

2. 核心規範與外圍規範

若以依法捍衛被告權利為制度設計的前提，本研究將倫理性規範區分為核心規範與外圍規範，核心規範為狹義的倫理性規範，係指「律師對被告之誠實義務」，其根據可求諸於我國律師法第一條第二項所定「律師應基於前項³⁰⁹使命，本於自律自治之精神，誠實執行職務，維護社會秩序及改善法律制度。」。所謂「誠實執行職務」之文言，亦即律師應「誠實地」處理每個案件「誠實地」行使其職務而借此來擁護「被告的」基本人權並實現社會所要求之「個案的」正義³¹⁰；而關於同條項所定其他部分，本研究將之定義為外圍規範，係指「以『他者視點』檢視『律師對被告之誠實義務』之妥適性」，所謂「他者視點」，涵括了，被害人、檢察官、法院以及公眾的視點，屬於廣義的倫理性規範。

本研究區分「合法性規範」、「倫理性規範」、「核心規範」與「外圍規範」之概念，係為了以下對應於律師倫理法典化之趨勢，能有更好的說理。按法典化本屬於合法性規範之有效性問題，即其實質正當性（法律保留）問題，而倫理性規範本不以法典化為必要（即不以法律保留原則為其實質正當性之要件），但如論者所指摘，現行律師倫理規範其實就是為律師倫理之法典化的結果³¹¹。要說法典化有何實益，首先，可將本來無國家強制力作後盾的律師倫理，賦予強制力³¹²；此外，尚有「倡議風氣」與「宣示教化」的功能，但是弔詭的是，由於法典化賦予倫理性規範以國家強制力，因此法典化（強制力）之執行可能性與明確性就會

³⁰⁹ 律師之使命第一條第一項「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命。」

³¹⁰ 惟請注意，此處筆者之理解與我國多數的理解不同，我國多數認為，所謂「誠實執行職務」之文言係指律師對法院之真實義務或稱為誠實義務。而筆者的理解，係借鏡日本之議論，如前所述，日本之律師法（弁護士法）第一條第一項規定「律師以擁護基本人權，實現社會正義為使命」，同條第二項規定「律師基於前項使命，必須誠實行使其職務……」，此與我國律師法第一條規定異曲同工，只不過日本之議論與我國作不同解，彼邦多數認為本條係要求律師誠實地處理每個案件以行使其職務而得以擁護基本人權與實現社會正義，因此律師負有誠實義務之對象，係指被告與犯罪嫌疑人，故此規定並非是律師真實義務的根據。參浦功，前揭註 293，頁 16。

³¹¹ 顏華歆，前揭註 284，頁 127。

³¹² 「法典化最重要的功能，即在於賦予規範『強制力』，而強制力的來源主要為國家權力的參與。……道德規範一旦以『法律』的形式制定，即轉化為法律規範的型態，而具有法規範的效力。必須澄清的是，專業倫理法典化不可避免的缺陷，即內容概念的高度抽象與模糊，並不影響其具有法規強制力的性質」，參顏華歆，前揭註 284，頁 131。

變得相當重要，因此在法典化中所呈現的條文便順理成章地以具有技術性的懲戒規則為主，但是如此一來，律師倫理規範所欲達成的「倡議風氣」與「宣示教化」等具有理想性之核心規範原則反而僅占少數³¹³。此點，即如論者所指摘：「『道德』與『法律』兩者本質上的差異，讓『道德入法』面臨最難克服的缺陷。若求盡量符合法律規範的形式，則道德規範的理想性與發展性就容易被割捨；若想保留道德規範的原汁原味，又無法適切回應法典化的需求。」³¹⁴此外，將倫理性規範法典化後，還會面對兩個問題：其一，以法典之內容作為倫理的「最高」標準，但由於法典要求一體適用於所有的律師，當然不可能揭櫫「最高」標準，頂多是「平均」標準，甚若法典化權力淪為少數人所把持時，所揭櫫者或許還可能是「少數的最低」標準，如此一來，反而讓核心規範之發展停滯甚至倒退；其二，法典化只能處理個別特定的權利義務關係，無法處理外圍規範，亦即就律師與社群間之概括的權利義務關係此一部份，恐難免掛一漏萬³¹⁵。

五、小結

綜上，基於正圓理論，刑事辯護律師之職責係在於依據「公正規則」來捍衛被告或犯罪嫌疑人的權利（或合法利益），並無所謂真實義務之問題，只要係依據「公正規則」而捍衛被告權利，即便其結果係反於真實，也無違背義務之問題³¹⁶。而公正規則由合法性規範與倫理性規範所組成，但是由於專業倫理規範法

³¹³ 「法律倫理法典化很重要的功能在於『倡議風氣』與『宣示教化』……律師倫理規範的制訂，可以視為律師努力塑造其執業倫理風氣的表徵，一方面凝聚律師業對其專業行為責任的看法，一方面對於新近律師更具有教育何警示的意義，尤其表現在具有理想性、宣示性的條文。對於律師倫理規範的教育與鼓舞功能，有人存疑：律師倫理規範對於最需要被教化的律師，亦即本來就不太用道德的『壞』律師而言，一點也沒有教化的意義；而對於本來就遵循一定執業倫理的律師來說，也不需要制訂律師倫理規範來告訴他們應該怎麼做。……倫理規範制訂的意義應該在於，宣示律師界要求同業成員遵守並實踐該規範的決心。而且許多倫理規範處理的問題並非『是非題』，而為『選責提』，所以違反規範不見得是『對錯』問題，而是倫理選擇得『適當性』問題。這項功能所面臨最大的挑戰。反而來自於律師倫理規範內涵日漸著重其『強制力』、『懲戒』面向的立法趨勢。」顏華歆（註 284），頁 135。

³¹⁴ 顏華歆，前揭註 284，頁 135。

³¹⁵ 「將原本屬於道德範疇的法律倫理加以法典化、規則化，亦可能帶來副作用。首先，律師將處理事務的道德判斷委由他人代勞，會造成律師在倫理思考上的怠惰。同時，律師可能將律師倫理規範內容，當成執業最低的倫理標準，並以之做為行為『是否合乎倫理』的唯一判準。這兩者的交互作用將使律師倫理的發展停滯不前，甚至後退。第二，可能也是比較嚴重的副作用是，許多屬於制度面或是『總體倫理』的問題被化約成『個體倫理』層次來處理，然而其實真正需要的是其他制度面的改革，例如律師的錄取與淘汰機制。……這個副作用牽涉到法典化就總體倫理的實踐，具有手段上的局限性。……最怕就是將總體倫理化約為個體倫理來處理，對於總體倫理的提升非但沒有幫助，尚可能承受法典化的缺陷與局限所帶來的反效果，例如『律師應提供平民法律服務』的倫理理想，並不適合以法典化的方式來實踐，應規劃為整體法律制度改革的一環，畢竟法典化所彰顯者係『個人間』、『特定』的權利義務關係，無法處理『群體與社會間』、『概括』的權利義務。」參顏華歆（註 284），頁 137。

³¹⁶ 如前所述，為了無辜者的清白而辯護，是很愉快，但大部分的辯護工作，並非如此愉快，在正圓理論下，例如，即便律師明知被告有罪，但是檢方證據不足，律師亦應以罪證有疑利歸

典化之趨勢，使得專業性規範與合法性規範相接近，而狹義倫理性規範（核心規範）僅剩虛名，甚至有停滯或倒退之危機，而致律師倫理規範之內在性制約的功能大幅萎縮。此問題要如何解決？就本研究所關心的課題而言，即在解決以下兩個具體的問題：①在交互詰問程序中，身為辯護人之律師，應如何詰問身為證人之被害人，才能認為是符合律師倫理之適法、妥當行為？②如果其詰問被認為係屬於不符合律師倫理之不法或不當辯護行為，會生如何之法效果？

針對①，由於交互詰問之進行，因案而異、因人而異，且變化萬千，因此，合法性規範之機能極其有限，而專業性規範如果經法典化，也會與合法性規範產生同樣的問題，法條有限，而案件無窮，難以羅列規範之，往往有掛一漏萬之憂，因此，本文的建議與一般論的想法—制定更多的專業倫理規範，換言之，更多的法典化—係屬相反，因為，如前所述，更多的法典化，往往也只能著墨於專業性規範之部分，而針對狹義倫理性規範則難以施力，甚至會帶來萎縮狹義倫理性規範之機能的副作用。實際上，早有論者指出，交互詰問制度所追求之公平審判（fair trials）的具體內涵並非一成不變，應與時俱進因地制宜，而傳統的交互詰問制度對於弱勢證人來說並非公平，而普通法系（common law system）最大利點之一即在於其屬於一種柔軟的體系（flexible system），而能夠對應現代社會的此種需求³¹⁷。眾所周知，普通法系又別稱習慣法系或判例法系，即其以習慣及判決為法源依據，故能應與時俱進因地制宜，而此點正為成文法所不能及，亦即法典化的最大弱點。若此，在這裡值得思考的是，是否要將律師倫理規範解釋為一種成文法典，雖多數認為「律師倫理規範具有等同於法規命令之效力³¹⁸」，但也有不同意見，認為「律師倫理規範係被處分人依律師法第十五條規定而訂定，其目的係

被告之原則為被告爭取無罪判決，此乃律師倫理所要求刑事辯護人所應履踐之職業義務。

³¹⁷ Phoebe Bowden, *supra* note 282, at 559-60. (Both Australian and overseas courts view fairness in criminal trials as “a constantly evolving concept” which changes not only from century to century but from decade to decade and according to whichever social and legal values prevail. This evolutionary capacity, together with the conception of fair trials as involving a triangulation of interests, enable reassessment of how the defendant's fair trial right to cross-examine witnesses might be implemented to overcome unfairness to witnesses often inherent in traditional modes of cross-examination. Encouragement in this endeavour can be obtained from the words of Lord Chief Justice Judge on the need for reform in relation to vulnerable witnesses “One of the great advantages of the common law system ... is that it is a flexible system, capable of steady adaptation to the needs of contemporary society”.)

³¹⁸ 顧立雄、周廷翰，「律師倫理規範之規範性與實效性—從法易通事件談起」，萬國法律，第174號，頁36（2010）。其理由為律師法第十五條第二項為委託行使公權力之規定，認為全聯會在委託範圍內有行政機關之地位，其所訂立之律師倫理規範按照行政程序法第一百五十條規定，應屬於行政機關所訂之法規命令。

為維護律師執業尊嚴及榮譽，惟性質非屬行政機關所定之法律、法規或命令³¹⁹」。又即便將律師倫理規範解釋為一種內規，屬於一種習慣法，其效力是否當然遜於國家機關所制定的法律、法規或命令³²⁰，基於律師執業的專業性規範以及狹義倫理性規範上之自治、自律原則，在自治、自律原則的範圍內，即便是內規也未必會遜於國家機關所制定的法律、法規或命令。

接下來的問題是，自治、自律原則要如何落實，並不斷提升？有論者指出：「倫理規範雖是由外而內所加的約束，惟徒法不足以自行，『自律』才是最要緊的³²¹。」並以其曾去日本辯聯會訪問之經驗為例加以說明，其謂：「民國 96 年 7 月間全聯會第一次到日辯聯參訪，這是有史以來第一次雙方的正式拜會活動。在進行交流的座談會中，我全聯會的代表曾就關於偵查中接見羈押被告所受錄音錄影監聽監視的問題，請教日辯聯。日辯聯的代表表示，在日本律師接見被告，不論禁見與否，均無任何不當限制，更不可能有管理員在旁筆記。當時有人提問，律師接見，有無發生過律師與被告當事人不當之串供、偽證或教唆偽證而被移送懲戒的情形？當時在場之日辯聯代表均面面相覷，似覺得上述提問，不可思議。他們表示，在執業經驗中，幾乎未曾有這種狀況發生。日辯聯的代表會這種反應，是因為他們尊重自己的職務，根本不會做這種事，這就是一種自律的表現。追根究柢，他律是自律無法發揮功能時才產生，其實日本律師不是沒有懲戒問題，但不能自律之律師，根本無法立足，這就是自律機制的可貴³²²。」

是的，自治、自律原則之落實與提升，說穿了，就是一種來自於該專業群體之整體文化的氛圍所施予該專業個體之壓力，當「公正文化」在該群體中已經鋪天蓋地的向下扎根時，任何違反該文化的個體，將「根本無法立足」。此種「強制力」正說明了律師職業倫理規範具有內在性制約之實效，此種「公正文化」的「強制力」看似柔軟，實際上卻更勝剛強（意指更勝於國家機關所設成文法典之強制力）；蓋如前述，一旦律師在交互詰問程序中所為發言或動作，其傷害係立即性的（不論是對被害人之二次傷害或公正規則之違反），即便其後受懲戒，也未必能盡數回復（例如公正規則之違反所造成之程序上的不利益或實體上的影響），甚或本質上無法回復（例如對被害人之二次傷害所加劇的心理創傷）。只不過針對此點，或許有可能反論以這種文化的養成要靠群體中的每個個體之修養、

³¹⁹ 公平會 99 年 5 月 19 日公處字第 99060 號處分書，轉引自顧立雄，周廷翰，前揭註 318，頁 33。

³²⁰ 同前註，公平會 99 年 5 月 19 日公處字第 99060 號處分書認為律師倫理規範非法律，其效力當然遜於公平交易法規。

³²¹ 謝文田，「實踐律師倫理規範之體認」，全國律師，第 13 卷第 9 期，頁 19（2009）。

³²² 同前註。

人生觀及見識的總合性積累，根本沒有辦法提出有效的培養方策，尤其，律師若沒當過被害人也難以體會其難處³²³。

不過，其實也未必。事實上，在日本，律師新人常詢會問律師前輩，「作為律師最重要的資質為何？」，不少前輩會回答，是「健全的想像力」³²⁴。例如，當一個律師，並沒有婚姻經驗，也沒有離婚經歷，可是卻常常會遇到離婚官司；又如律師往往沒有殺過人，卻可能會有機會為殺人犯辯護，如果一個律師沒有「健全的想像力」，自無法體認到被告如何經歷婚姻破綻以至於演變至離婚的心路歷程，也無法掌握被告如何會犯下殺人的一連串生命經歷，如此一來，殊難想像這個沒有「健全的想像力」律師真的可以傾盡全力為被告辯護³²⁵。「健全的想像力」這個素質，不只對被告而言，對被害人亦同；在日本，有不少律師相，「刑事辯護中最重要、且最深刻理解被害人的，不是警官，也不是檢察官，而應該是律師。」³²⁶這句話，當然並非意謂著律師應將被害人的利益置於被告的利益之前，而是指為被告的最大利益考量，律師應該充分理解被害人的心情，從物質以及心理兩個層面來替被害人著想，以此為前提，就從損害賠償到道歉悔過等措施，盡最大的努力，藉此，才能確實謀求被告的利益³²⁷。如果我國律師界亦能養成此種公正文化，不只是對性侵被害人而言，而係對所有被害人而言，皆屬莫大福音，且其果效，恐更遠勝於實定法或法典化的律師倫理之類。

基上，本文具體建議如下：

其一，與其法典化、細緻化、肥大化律師職業倫理規範，不如將之定位為一種基於律師自治、自律原則所訂的內規或習慣法之明文，在此意義上，或者應稱為「明文化」，而不宜使用「法典化」此一名稱。另一方面則應在憲法論的層次上，積極展開律師自治、自律原則之理論基礎，論證此種內規或習慣法之強效性。所謂強效性，一係指有可能優越於國家機關所訂立之法律或命令，另一則是指對律師之執行業務行為具有拘束力。

其二，配合律師自治、自律原則所訂立之倫理規範，不需要專注拘泥於專業性規範之部分，而應多多高舉狹義倫理性規範原則，至於專業性規範之部分，

³²³ 「職業倫理規範本身不是用考試就可以處理的，也不是一般的教育可以處理的，我只能說這是靠修養、人生觀及見識，這種培養是最困難的，我也不知道該怎樣培養起。畢竟法官沒有當過被告，律師也不太容易體會弱勢者的困難……」（研討會，完善我國法律專業之倫理規範（一）—法律人的「十誡」，臺灣法學雜誌，第 172 期，頁 64（2011）。）

³²⁴ 木村一郎，被害者との対応，現代の刑事弁護 I —弁護人の役割[收錄]第一法規，頁 257（2013）。

³²⁵ 同前註。

³²⁶ 同前註。

³²⁷ 同前註。

可以配合所謂實務指針（*practice guidelines*）³²⁸加以落實，此一建議也是現階段可行者，例如可以針對兒童、少年或心智障礙等性侵害被害人為證人時³²⁹，分別就各該詰問之進行，以詳舉個案說明之模式，訂立實務指針。在我國，法務部可以訂立模範實務指針供律師公會參考，但律師公會並不受其拘束，各地律師公會亦可自行訂立指針，並定期舉行工作坊，以檢討並交流各該指針實際運用所面臨的狀況，透過模擬案例的說明，以及實際案例的操作，不斷檢討交流精進，並達到文化傳承之目的。

其三，開辦專業職訓課程，培養專業律師並建構被害人受律師協助之體制。例如，除律師公會可以聘請專業人員開辦心理專業、婦幼專業或特教專業等律師在職訓練課程，也可以與各事務所合作提供補助供律師在外上課，並建構認證機制，如果時機成熟，可進而推展專業律師制度。

其四，建議可以強化指導律師機能，以達到公正文化之培養與傳承。現在的律師實務訓練，雖有所謂指導律師，但多半是掛名，少有真正指導什麼，若法務部在預算許可的情況下，或許可以提供經費補助，由個律師公會與各事務所合作，讓指導律師不是僅限於掛名，而是能真正提攜後進傳承香火之大能。因為前輩律師的寶貴的實戰經驗正是後輩律師培養「健全的想像力」所不可或缺的肥沃土壤，以日本經驗而言，透過前輩在個案實戰經驗中所履踐的公正文化之傳承，是最感動人心，也最為紮實。當然在日本，這種前、後輩律師之間的提攜與信賴由來已久，已經不需要人為的經費挹注或加工，可以自然而然地生成、延續，然而在臺灣，尚無此種傳承文化基底，因此一些的經費、一點的巧思，應可以達到埋種的效果，雖然待其開花，可能要花上十數年的等候，甚至更久，但是現在不灑種，那自然永遠無花開之日。

最後，關於效果的問題，即若詰問被認為係屬於不符合律師倫理之不法或不當之辯護行為，會生如何之法效果？就我國現狀而言，本來如果涉及不法，自有刑事究責或民事侵權行為損害賠償之問題，惟此為合法性規範問題，不在此處討論之範圍內。此處要處理的是，如若屬於違反倫理規範之不當行為，又該如何？如果係屬於違反核心規範，多半可以依據法典化的倫理規範或律師與當事人所簽訂的委任契約來處理，除有行政的懲處外，尚有民事賠償；問題在於，如果違反的外圍規範，在法典化的倫理規範找不到明文依據，在懲戒之根據以及如何判

³²⁸ 設立實務指針，並非本研究獨有之發想，例如：Phoebe Bowden, *supra* note 282, at 56.

³²⁹ 當然，實務指針的設立並不限於此，例如，針對具有創傷反應之成年性侵害被害人，亦有此必要；此種指針的設立也不應憲於性侵害被害人，因為並非只有性侵害被害人才會產生創傷反應，其他重大犯罪亦有可能。

斷是否該懲戒，就有困難；本來現行律師懲戒制度之妥當性也非無疑，然各該問題也非本文所關注的焦點，本文所真正關注者係，如果從倫理性規範角度來看，所謂的效果應該是追求一種社群性的外在效果，以及個體性的內在效果。所謂社群性的外在效果係指律師這個專業社群以群體力量所為的制裁或補救，而個體性的內在效果係指該律師自身反省並認識到自己的錯誤而為的自裁或補救。此種效果，前者必須是基於該社群之共識所自願遵守者，因此可能是行之有年的慣行而後明文化，亦可能是先基於社群會議的決議，待明文化後才慢慢踐行。但不論何者，皆有可能透過律師倫理規範或實務指針的型態來呈現，而原則上也是倫理規範舉其大原則與理想性方向，指針則具體化、細分化、案例化，此種社群的制裁或補救是因為社群的共識所為，故其態樣可以相當活化，已經超越了所謂懲戒的問題或層次了，以本文之檢討對象來說，如果是因為不當詰問造成被害人之二次傷害，社群制裁或補救可能要求加害律師與受害人有數次的懇談或餐敘、充分的交流，並真心的謝罪，而此次不當詰問的例子可能成為實務指針新案例，並可以要求該加害律師以經驗者的立場，成為實務指針研修課程的義務講師。而至於個體自裁或補救，則難以用實務指針的態樣來具體化，但可以在倫理規範中為原則性以及理想性的宣示，至於其「強制力」自然係來自於「同儕的壓力」，也就是前所說的，律師這個專業群體中若有強而穩固的公正文化，自然而然就會產生「有強制力的自律的力量」，因為個體時時刻刻會深深地感到，不這麼做，在這行就「根本無法立足了」。這樣的「自律性強制力」，並非天方夜譚，至少在日本的律師界中是真實的存在，甚至有時令人感到此等力量比國法制裁或行政懲處更加強大，此方為法曹倫理規範之真精神、真力量。

第五章 結語：修法建議與結論

第一節 從美國法之觀點

美國實體法的規範模式與我國雖有不同，但是可以借鏡之處有限。就客觀構成要件來看，美國多數州是將強制要件與違反當事人意願之要件並列，我國文字上雖然仍保留強暴脅迫等字樣，但是在法條結構上真正的關鍵要件是「違反當事人意願」，因此已是實質改採完全之當事人意願之判斷標準，這樣的規範方式符合「不即是不」的進步觀點。就主觀要件來看，美國各州是否容許被告以「錯誤解讀」當事人之意願作為抗辯，作法不一，傳統普通法之見解不容許被告以錯誤解讀作為抗辯，但是各州也有發展出相反見解。我國實務在操作上與後者見解較為類似，也就是被告可以主張其錯誤解讀被害人之意願，但這樣的錯誤解讀是否合理，係由法院認定，如果錯誤解讀不合理，當然構成故意。其餘刑法第二百二十五條、第二百二十七條規範模式皆與美國法類似。

近年來美國與我國皆有論者認為，應該以「積極同意」的方式取代刑法中「不即是不」的立法模式。此種聲音認為以「不同意」作為性侵害犯罪的核心要素，很容易會將不涉及強暴脅迫等暴力行為之性侵害視為是合意的性行為，同時仍然是將性侵害犯罪的審判重心放在被害人面對侵害時的反應。加州於 2014 年率先要求州立大學在調查性侵害案件時，必須採取積極同意標準³³⁰。紐約州則是於 2015 年跟進，在該州教育法中規定以及同意作為行為守則，法條中提到，積極同意指的是所有性活動之參與者的共同決意，同意可透過語言或是行為表達，但是該語言或是行為必須要「明確地」表達同意為性活動之意思。法條甚至明確規定沈默或是不抗拒本身都不代表同意³³¹。

有支持者試圖將這樣的想法納入美國「模範刑法典」中，不過負責編修該模範法典的「美國法學會」已在 2016 上半年將這樣的提案否決，反對者認為取

³³⁰ Anita Chabria, 'Yes Means Yes' Standard for Sexual Assault Moves to California High Schools, THE GUARDIAN (Sept. 10, 2015), <https://www.theguardian.com/us-news/2015/sep/10/yes-means-yes-sexual-assault-california-high-schools>.

³³¹ N.Y. Educ. Law § 6441(1): "Every institution shall adopt the following definition of affirmative consent as part of its code of conduct: 'Affirmative consent is a knowing, voluntary, and mutual decision among all participants to engage in sexual activity. Consent can be given by words or actions, as long as those words or actions create clear permission regarding willingness to engage in the sexual activity. Silence or lack of resistance, in and of itself, does not demonstrate consent. The definition of consent does not vary based upon a participant's sex, sexual orientation, gender identity, or gender expression.'"

得積極同意不是正常的性關係互動模式，且有違反被告不自證己罪之疑慮。不過支持者認為，所謂積極同意包括所有明示及暗示、行為或口語的同意，不會偏離正常互動，且積極同意也沒有改變檢察官的舉證責任，檢察官依然必須證明被告沒有取得同意³³²，而當檢察官以被害人證言證明沒有取得同意的事實，被告就此要素本來就有主觀的舉證責任，沒有違反不自證己罪的問題。刑法是否改採積極同意模式，目前在美國還在激烈辯論中，尚無定論，對於定罪率是否有影響，也未可知，由於此部分效果未明，因此暫不納入本研究之正式建議中，我國是否要採取此種立法模式，未來應由主管機關研議。

相較於實體法，研究團隊所整理出之無罪成因幾乎都是證據因素，因此，本次研究所著重之處在於程序法上有無可借鏡之處。本研究所得出的基本想法在於，性侵害案件無罪成因最重要的因素在於當事人供述前後不一或是缺乏證據，因此被害人作為最重要的證據應該要完整地呈現在訴訟程序中，以建構出一個可信的控訴。在這樣的前提下，如果被害人陳述真的有前後不一之處，法院可以在程序中透過被害人的參與加以釐清；如果真的欠缺證據，法院也比較願意在相信被害人陳述的前提下試圖透過如鑑定等方法搜集更多證據。但是若希望被害人更深入地參與在程序中，法律就必須營造出一個對被害人友善的環境。引進德國法上的被害人附加訴訟的想法是如此，討論美國法上對於對質詰問權限縮的想法亦是如此。就限制對質詰問權的部分來看，研究團隊有以下之修法建議：

- 一、目前性侵害防治法第十六條第四項規定，規範方式過於簡略，且一旦違反，沒有證據法上之效力，因此建議參考美國聯邦證據規則第四百一十二條之規定，除法定例外之待證事項以外，被告及其辯護人詰問被害人之性經驗所得之證據，無證據能力。
- 二、本次研究顯示，不論是哪一種性侵害犯罪，證人供述前後不一都是無罪判決中最常出現也是最重要的理由。本研究之徵求書中提及希望釐清性侵害案件無罪率較高的原因是否可歸責於檢警詢(訊)問技巧。從實證研究資料來看，並無法提供一個確切的答案，但是檢警與法院對被害人的詢(訊)問確實是性侵害案件類型之關鍵，盡可能透過沒有誘導性或是暗示性的詢(訊)問方式、維持當事人陳述的一致性，是檢警所應共同正視的問題。如果是一般被害人，偵查機關應特別重視如何使被害證人呈現出一個可信的外觀。而真正的難題在於特殊被害人(兒童與心智障礙者)，本次研究也顯示，法院在面對特殊被害人時，依然是以被害證人供述前後不一作為重要的無罪理由。而

³³² 金孟華，「美國性侵害相關犯罪之介紹－以紐約州法為例」，月旦刑事法評論，第三期，出刊中(2016)。

特殊被害人本質上有其記憶與陳述能力的侷限性，證言前後不一的問題更顯嚴重，因此解決此問題具有相當之迫切性。再者，特殊被害人證言有易受暗示誘導之特性，出庭接受交互詰問不但可能造成二次創傷，就發現真實的目的來看亦非最適切之訊問方法。因此，建構一特殊程序取代法庭中之交互詰問實有其必要。

- 三、本研究建議於性侵害犯罪防治法第十五條之二新增專業人士訊問之規定，本方案係參考目前起訴前專業團隊鑑定（早期鑑定）以及性侵害犯罪防治法第十五條之一有關專業人士協助詢（訊）問之概念，兼顧及被告對質詰問權之行使，在偵查階段針對特殊被害人設置一特殊訊問機制，由檢察官與辯護人共同參與，透過第十五條之一之「相關專業人士」一次性地以可信的司法訪談方式擷取被害證人之證言，一旦使用此程序，原則上後續偵審程序不應再次傳喚被害人，排除證言前後不一之風險。
- 四、使用本機制所取得之訪談紀錄，在性質上屬於檢察官之訊問筆錄，蓋專業人士訪談被害人之權利來源是來自於檢察官之授權，形同是檢察官之手足，協助檢察官進行訊問，辯護人所提出之問題亦同此理。換言之，本特殊程序在本質上是一檢辯協作過程，目的在於避免被害人受到二次傷害，並且以可信的方式取得特殊被害人證言，避免受到訴訟中任何一方之暗示誘導。而是否須使用專家訪談，是檢察官的裁量權範圍，應視案件性質彈性使用。不過需強調的是，使用專家可以保存較為可信的證言，對兩造都有益處，且符合檢察官之客觀性義務，檢察官應儘量於可行的範圍內使用此機制。
- 五、訪談（訊問）過程由檢察官主導，檢察官在被告不明時可先行啟動此機制，一旦得特定被告時，應停止訪談，通知被告及其辯護人參與訪談程序。本程序限縮被告對質詰問權之行使，對被告權利影響甚鉅，因此宜採強制辯護，於被告無選任辯護人時，由檢察官通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。檢察官得隨時透過專業人士提問，被告及其辯護人應取得檢察官同意後向專業人士提問。因本程序涉及被告之對質詰問權行使，檢察官原則上應同意被告及其辯護人之提問，或要求被告及其辯護人修正提問。若檢察官無正當理由不准被告及其辯護人提問，被告及其辯護人得於審判中主張訊問筆錄不具可信性，排除其證據能力。

表 28. 建議修正與新增我國性侵害防治法之相關規定

修正條文	現行條文	說明
<p>第十六條第四項</p> <p>性侵害犯罪之被告及其辯護人，詰問被害人之性經驗所得之證據，除下列各款情形外，無證據能力：</p> <p>一、性經驗證據目的在證明本案被告並非精液、傷害或其他身體上證據之來源。</p> <p>二、被害人曾與被告從事特定性行為之證據，其目的在證明被害人之同意。</p> <p>三、法院經衡酌提出該證據對被害人所造成之傷害以及不提出對被告防禦所形成之不利後，認為仍有提出必要者。</p> <p>第十六條第五項</p> <p>被告提出前項所列舉之證據，應於審判期日 14 天以前以書狀提出聲請。聲請書應具體描述所欲提出之證據及其目的。聲請人應將此聲請書送達各當事人，並通知被害人，或其代理人或監護人。</p> <p>第十六條第六項</p> <p>法院為前項聲請之裁定前，應命被害人及兩造表示意見。</p>	<p>第十六條第四項</p> <p>性侵害犯罪之被告或其辯護人不得詰問或提出有關被害人與被告以外之人之性經驗證據。但法官、軍事審判官認有必要者，不在此限。</p>	<p>一、本條修正。</p> <p>二、被害人性經驗證據得提出與使用容易造成被害人二度傷害，對於被害人參與程序之意願影響甚鉅。爰參考美國聯邦證據規則 412 條之規定，明定性經驗證據原則上不得提出於審判中且不得作為證據，惟法定例外情形不在此限。</p>

增訂條文	說明
<p>第十五之二條</p> <p>兒童或心智障礙之性侵害被害人得於偵查階段，由相關專業人士進行訪談。</p> <p>被告不明之情形，仍得進行訪談。但得特定被告後，應停止訪談，並通知被告及其辯護人到場。於偵查中未經選任辯護人，檢察官應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。</p> <p>第一項專業人士於訪談時，檢察官、被告及其辯護人，應透過單面鏡、聲音影像相互傳送之科技設備，或適當隔離措施觀察訪談過程。</p> <p>訪談過程應全程錄音錄影。</p> <p>檢察官或被告及其辯護人得透過專業人士向兒童或心智障礙之性侵害被害人提問。但被告及其辯護人之提問應經檢察官之許可，必要時，檢察官得命被告及其辯護人修改提問內容。</p> <p>第一項由專業人士所為之訪談內容，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。</p> <p>由專業人士訪談完成後，若無必要，不得於偵查、審判程序再次傳喚被害人作證。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、兒童或心智障礙之性侵害被害人容易隨時間經過而喪失記憶或是在詢訊問過程中受到誘導，具相當之特殊性。爰新增專家訪談制度，使特殊被害人於案件初期透過專業人士保存證言，同時透過程序參與，使被告於此程序中享有類似交互詰問之機會，使特殊被害人之證言具有較高之可信性，同時保障被告之權利。</p>

資料來源：研究團隊自行整理

第二節 從德國法之觀點

德國性犯罪刑法規範內容與我國法近似。尤其是 2016 年 9 月下旬甫通過、本報告撰寫時尚未生效的德國性侵犯罪新法，其刑法第 177 條第 1 項是性強制罪的基本條款，規定「違反他人可辨識之意思而使其與行為人或第三人為性行為或要求其對行為人或第三人為性行為者，處 6 月以上、5 年以下有期徒刑」，新修法強調以「違反他人可辨識之意思」(gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person) 進行性行為作為強制性交罪的構成要件。此一修法，引人納悶德國原本的性強制罪難道不以被害人反對意願為要件。這顯然是誤會，德國通說(含德國聯邦最高法院裁判)認為，處罰強制性交罪在尊重被害人反對意思，強制性交罪

必然以違反被害人意願為要件。職是之故，德國刑法學者對於性強制罪增訂「違反可辨識之意思」的評價，有人說出「新法是『廢話』(Das neue Gesetz ist „Unsinn“)，因為修正之前，「不就是不」在德國性強制罪本來就理所當然的。總言之，德國無論新舊法，其對性侵犯罪的基本規範，乃與我國刑法第二百二十一條第一項普通強制性交罪採取列舉規定方式，不謀而合。因此，我國性侵犯罪的實體法基礎規定，從比較德國法角度觀察，應無修正必要。

於程序法方面，若以德國法為借鏡，本報告建議我國刑事訴訟法應強化被害人的訴訟參與權利。性侵案件好發於密室且行為人為熟人或親人，性侵被害人在性侵審判程序往往是唯一或關鍵證據，一旦被害人不願或不敢出庭，這通常會導致無罪判決。因為被害人不願面對加害人，也不願在偵審人員面前揭露自己的受害歷程，而即便出庭應訊，只要證詞不明確或有歧異，均容易導致被告獲得無罪判決的結果。除了及時保全性侵犯罪之跡證外，如何提升被害人出庭作證誘因，鼓勵被害人出庭，讓其感受司法追訴不是單純只想利用被害人的「證人證詞」來實現國家刑罰權，卻不顧及被害人因協助追訴而承受的二次傷害，成為德國追訴性侵程序上的關切之處。德國立法者設計被害人保護的規範，提供被害人（尤其是性侵犯罪之被害人）周全的訴訟權利，以鼓勵被害人積極參與刑事程序，同時避免被害人有成為國家追訴犯罪之利用品的感受。整體觀之，德國法思維是從「被害人保護」轉向到「被害人參與」。在此理念下，關於德國程序法就性侵犯罪被害人之保護及參與機制，本報告已從四方面說明。其中最核心之處，在於性侵案件之被害人可以利用「附加訴訟」(Nebenklage) —或譯為「訴訟參加」—制度。附加訴訟規定在德國刑事訴訟法第 395 條至第 402 條，其提供某些特定罪名的犯罪被害人，例如性侵害犯罪之被害人(德國刑事訴訟法第 395 條第 1 項第 1 款)，有機會以私人地位參加檢察官之公訴程序。

被害人訴訟參加制度，積極賦予被害人在公訴程序上的參與權，有獨立的訴訟權限，並不受擔任公訴原告的檢察官之意思拘束，承認被害人有獨立的訴訟參與地位，讓被害人成為「刑事程序的一位新當事人」，而非「檢察官的輔助人」。這些多方位承認刑事被害人的獨立地位，其保障密度均非我國法被害人陳述意見機會(刑事訴訟法第二百七十一條)或許其擔任告訴人時委任律師代理行使閱卷權(刑事訴訟法第二百七十一條之一)所能比擬。總言之，以上德國法關於「被害人訴訟地位」的專章規定是整套規定在該國刑事訴訟法，而這正是我國目前刑事訴訟法所欠缺的。惟程序制度的取捨，利弊互見。由於被害人對公訴結果有個人利益，包括附帶民事訴訟的賠償利益，極可能藉由閱卷得知卷證而修正自己證詞，導致刑事程序的真實發現轉向成形式真實，甚至回復到私人—利用檢察官之

公訴一報復和走向以刑逼民的歧途。我國是否有司法資源和人力配套實施被害人附加訴訟，例如可預期會拖延（或干擾）訴訟，這是政策決定問題，有待主管機關決定。

假若主管機關評估後，擬推行被害人訴訟參加制度，可參考 2013 年立法院 27 名立委提案增訂之「被害人訴訟參加」草案（參見表 5-2-1³³³），欲在刑事訴訟法增訂第九編之一「犯罪被害人之訴訟參加」，規定在第五百十二條之一至第五百十二條之十四，結構仿自前述的德國法，其提案理由提到：「依刑事訴訟法第三條規定：『本法稱當事人者，為檢察官、自訴人及被告』，是於現行刑事訴訟程序下，被害人非提起自訴，無從成為程序當事人，更非訴訟主體。以致被害人在程序上僅擔任證人，而無法與被告有相同司法程序地位，例如聲請調查證據、交互詰問、上訴權等。因此，為提升被害人地位，維護被害人權益並追求司法正義之實現，故參考德國『刑事訴訟法』中『訴訟參與制度』，希望能在我國刑事訴訟法增立『犯罪被害人之訴訟參加制度』，以茲保護犯罪被害人訴訟參加之地位與權益」。上述「被害人訴訟參加」草案參考德國刑事訴訟法的訴訟參與制度，於草擬條文及立法理由均有完整敘述，可以之推動立法。

表 29. 建議修正與新增我國刑事訴訟法之相關規定

增訂條文	說明
第九編之一 犯罪被害人之訴訟參加	本編新增
<p>第五百十二條之一</p> <p>因下列犯罪之被害人、被害人死亡之遺屬，於刑事訴訟起訴後第二審辯論終結前，得以言詞或書狀向法院陳明為訴訟參加人。被害人因事實上無法向法院陳明時，得由其最近親屬代為向法院陳明為訴訟參加人：</p> <p>一、重大暴力犯罪：指刑法第二百七十一條至第二百七十三條、第二百七十七條第二項、第二百七十八條、第三百二十五條第二項、第三百二十八條至第三百三十四條、第三百四十七條、第三百四十八條及其特別法之罪。</p> <p>二、性犯罪：指刑法第二百二十一條至第二</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、為加強犯罪被害人訴訟上地位，於茲新增犯罪被害人主動參與訴訟程序之訴訟參加人地位。三、為避免過多犯罪類型之被害人皆成為訴訟參加人，訴訟參加的案件範圍以重大暴力犯罪及性犯罪為範圍。</p>

³³³ 總字第 161 號委員提案第 14840 號，《立法院第 8 屆第 3 會期第 8 次會議議案關係文書》，2013 年 4 月 10 日印發。

<p>百二十九條及其特別法之罪。刑事訴訟法第二百三十三條之規定，於前項被害人死亡之遺屬範圍準用之。</p>	
<p>第五百十二條之二</p> <p>訴訟參加人得於審判程序中隨時選任代理人。選任代理人以律師為限。選任律師為代理人，應於每審級提出委任書狀。</p> <p>前項委任書狀應於每審級提出於法院。</p> <p>訴訟參加人為未滿十六歲以之人或因智能障礙無法為完全陳述者，於審判程序中未經選任律師為代理人者，審判長應指定律師為其代理人；低收入戶之訴訟參加人未選任律師為代理人者而聲請指定，或案件有必要者，亦同。</p> <p>訴訟參加人依本法所定之訴訟行為，律師代理人亦得為之。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、現行刑事訴訟程序中對於犯罪被害人選任律師為代理之相關規定僅有告訴權人可為之。致使犯罪被害人於訴訟程序中各階段，相較於均可受律師輔助之被告，處於地位不平等之狀態，是以參考德國刑事訴訟法第四百零六條 F 項，於茲新增訴訟參加人受律師輔助之權利。</p> <p>三、刑事訴訟法第三十一條第一項規定，如有重罪、無法為完全陳述、低收入戶等情狀，為保護被告自我辯護之權利，國家有指定辯護人為其辯護之義務。基於犯罪被害人與被告訴訟上武器平等之考量，參考同條相關規定，於茲新增無法為完全陳述、低收入戶之訴訟參加人，受國家指定律師為代理人之權利。</p> <p>四、為落實律師代理之實益，於茲新增律師為代理人時，得為訴訟參加人為一切訴訟行為之權利。</p>
<p>第五百十二條之三</p> <p>訴訟參加人以律師為代理人者，得於審判中檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。</p> <p>訴訟參加人得於審判中預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與訴訟事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、基於聽審原則下被告的資訊請求權，刑事訴訟法第三十三條賦予被告及其辯護人閱卷之權利。基於犯罪被害人與被告訴訟上武器平等之考量，刑事訴訟法第二百七十一條之一第二項亦賦予告訴代理人閱卷之權利，然若被害人為訴訟參加人無此權利，將厚此薄彼，有失公允，是參考刑事訴訟法第三十三條相關規定，於茲新增訴訟參加人及其律師代理人之閱卷權相關規定。</p>
<p>第五百十二條之四</p> <p>訴訟參加人之配偶、直系血親或三親等內旁系血親或家長、家屬或法定代理人，得於審</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、刑事訴訟法第三十五條第一項規定，被告一定範圍內之親屬，得輔佐被告為陳述。</p>

<p>判程序中，經訴訟參加人之同意，向法院以言詞或書狀陳明為訴訟參加人之輔佐人。</p> <p>訴訟參加人為未滿十六歲之人或因智能障礙無法為完全陳述者，審判長應指定第一項得為輔佐人之人或由主管機關指派社工人員擔任輔佐人。</p> <p>訴訟參加人依本法所定之訴訟行為，輔佐人亦得為之。但不得與訴訟參加人明示之意思相反。</p>	<p>基於犯罪被害人與被告訴訟上武器平等之考量，參考同條相關規定，於茲新增訴訟參加人受親屬或其他人輔佐之權利。</p> <p>三、刑事訴訟法第三十五條第三項規定，法院得指定輔佐人為無法為完全陳述之被告輔佐之。於犯罪被害人與被告訴訟上武器平等之考量，參考同條相關規定，於茲新增無法為完全陳述之訴訟參加人為法院指定輔佐之權利。</p>
<p>第五百十二條之五</p> <p>審判期日應通知訴訟參加人、代理人及輔佐人到場。但經合法通知無正當理由不到場，或陳明不願到場者，不在此限。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、基於犯罪被害人與被告訴訟上武器平等之考量，參考刑事訴訟法第六十三條之規定，於茲新增訴訟參加人、代理人及輔佐人之審判期日受通知權及在場權。</p>
<p>第五百十二條之六</p> <p>法院於第一次審判期日前進行之準備程序，應通知訴訟參加人、代理人及輔佐人到場。但經合法通知無正當理由不到場，或陳明不願到場者，不在此限。</p> <p>準備程序中有關證據能力、證據調查之聲請、證據調查之範圍、次序、方法及其他與審判有關之事項，法院應徵詢訴訟參加人、代理人及輔佐人之意見。法院認為無必要者，不在此限。</p> <p>法院依刑事訴訟法第二百七十三條之一裁定進行簡式審判程序前，應詢問訴訟參加人、代理人、佐人之意見。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、現行訴訟程序未課予法院於準備程序期間通知犯罪被害人之義務，惟準備程序與證據取捨、以後的事實判斷息息相關，為加強犯罪被害人訴訟地位，避免淪於被動，於茲新增訴訟參加人在準備程序參與意權利。</p> <p>三、現行訴訟程序未科與法院裁定進行簡式審判程序前詢問犯罪被害人之義務，為加強犯罪被害人訴訟地位，避免淪於被動，於茲新增訴訟參加人在刑事訴訟法第二百七十三條之一轉換為簡式審判時之參與意見權。</p>
<p>第五百十二條之七</p> <p>訴訟參加人、代理人及輔佐人得聲請調查證據。刑事訴訟法第一百六十一條之二、第一百六十三條第一項、第一百六十三條第三項、第一百六十三條之一準用之。</p> <p>訴訟參加人、代理人及輔佐人得聲請證據保全。刑事訴訟法第二百十九條之一至第二百</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、依照刑事訴訟法第一百六十一條之二、第一百六十三條第一項、第一百六十三條第三項、第一百六十三條之一等相關規定，被告有請求法院調查證據之權利。基於犯罪被害人與被告訴訟上武器平等之考量，參考同條規定，於茲新增訴訟參加人、代理人及輔</p>

<p>十九條之八準用之。</p>	<p>佐人聲請調查證據之權利。</p> <p>三、基於發現真實與保障訴訟當事人權利之目的，刑事訴訟法新修第十二章第五節之證據保全。基於犯罪被害人與被告訴訟上武器平等之考量，於茲新增訴訟參加人準用同章節相關規定，而得以聲請保全證據之權利。</p>
<p>第五百十二條之八</p> <p>訴訟參加人、代理人及輔佐人於審判程序，經檢察官同意，可由訴訟參加人、代理人及輔佐人直接對證人、鑑定人進行交互詰問。刑事訴訟法第一百六十六條至第一百六十七條之七準用之。</p> <p>前項情形，若檢察官不同意者，訴訟參加人、代理人及輔佐人得請求法院依職權訊問證人、鑑定人。</p> <p>訴訟參加人得要求與被告、證人、鑑定人進行對質。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、為確保證言之真實並維護自身之利益，刑事訴訟法自第一百六十六條至第一百六十七條之七，就對質詰問程序有詳加規定。基於犯罪被害人與被告訴訟上武器平等之考量，於茲新增訴訟參加人準用同條相關規定，賦予其對質詰問之權。</p> <p>三、為尊重檢察官之公訴人地位，訴訟參加人之交互詰問應經檢察官同意，若檢察官不同意者，訴訟參加人得請求法院依職權訊問。</p>
<p>第五百十二條之九</p> <p>審判長於審判期日之每一項證據調查完畢後，應給予訴訟參加人、代理人及輔佐人以言詞或書面陳述事實及法律上意見之機會。</p> <p>審判長在審判期日言詞辯論時，應給予訴訟參加人、代理人及輔佐人以言詞或書面充分陳述之機會。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、依刑事訴訟程序上就被告聽審權的保障，其聽審權的內容包含請求表達之權利，亦即被告對被控犯罪之事實及法律事項有充分表達意見，此由刑事訴訟法第二百八十八條之一、第二百八十八條之二，以及言詞辯論、被告最後陳述權的相關規定（刑事訴訟法第二百八十九條、第二百九十條）可知。然反觀被害人或其相關親屬之意見卻無法在法庭上充份表達，為衡平被告與被害人在法庭上之地位與權利，增訂訴訟參加人、代理人及輔佐人於審判中之證據調查及言詞辯論時有權以言詞或書面陳述事實及法律上意見之規定。</p>
<p>第五百十二條之十</p> <p>判決應於理由中記載訴訟參加人、代理人及輔佐人之意見以及審酌情形。</p> <p>有罪之判決關於科刑與量刑事項，應載訴訟</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、依刑事訴訟程序對被告聽審權的保障，其內容包含請求注意權，亦即對被告之陳述或意見表達，審判者應詳加注意，此由刑事</p>

<p>參加人、代理人及輔佐人之意見以及審酌情形。</p>	<p>訴訟法第三百十條有關判決書理由的記載要求可推知。然反觀被害人或其相關親屬之意見卻未有相類規定，為衡平被告與被害人在法庭上之地位與權利，爰增訂判決理由中應記載訴訟參加人、律師代理人及輔佐人之意見以及審酌情形之規定。</p> <p>三、承上，刑事訴訟法第三百十條判決書理由的記載事項中，包含對刑法第五十七條、第五十八條等量刑事由審酌情形，犯罪被害人既為損害之承受者，自對法官之量刑有切身關連，故增訂判決理由中應記載訴訟參加人及其律師代理人、一般輔佐人對量刑意見的審酌情形。</p>
<p>第五百十二條之十一</p> <p>訴訟參加人對於下級法院之判決有不服者，得為被告之不利益，上訴於上級法院。</p> <p>前項上訴，訴訟參加人應委任律師為代理人。</p> <p>刑事訴訟法第三百四十八條至三百五十條、三百五十二條至三百六十七條準用之。</p> <p>訴訟參加人之上訴顯無理由者，上訴審法院得裁定駁回之。</p> <p>第四項之裁定得抗告。</p> <p>本法或其他法律規定不得上訴案件，訴訟參加人亦不得上訴。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、依刑事訴訟法第三百四十四條規定，告訴人或犯罪被害人僅得請求檢察官上訴，如檢察官未於上訴期間為上訴，別無救濟管道，為填補此疏漏，於茲新增訴訟參加人之上訴權，並準用刑事訴訟法第三百四十八條至第三百五十條、第三百五十二條至第三百六十七條相關規定。</p> <p>三、為避免訴訟參加人濫為上訴，故其上訴需委任律師代理人為之。並且於上訴審法院認為上訴顯無理由時，始得裁定駁回。</p> <p>四、現行刑事訴訟法及諸如刑事妥速審判法等其他法律中，皆有限制上訴的規定，為避免訴訟參加人之上訴權限逾越法律規定，故明文規定依本法或其他法律規定而不得上訴之案件，訴訟參加人亦不得上訴。</p>
<p>第五百十二條之十二</p> <p>訴訟參加人得為受判決人之不利益聲請再審。</p> <p>前項聲請再審，訴訟參加人應委任律師為代理人。</p> <p>刑事訴訟法第四百二十二條、第四百二十五</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、現行公訴程序並未賦予犯罪被害人聲請再審之權利，基於犯罪被害人與被告訴訟上武器平等之考量，於茲新增訴訟參加人委任律師代理人聲請再審之權利。</p>

<p>條、第四百二十六條準用之。</p>	
<p>第五百十二條之十三</p> <p>法院依刑事訴訟法第四百四十九條逕以簡易判決處刑前，得徵詢訴訟參加人、代理人及輔佐人之意見。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、現行刑事訴訟法簡易程序中並未賦予犯罪被害人主動參與法律程序之權利，檢察官得不經被害人參與、同意即逕行聲請簡易判決，與加強犯罪被害人訴訟地位之國際立法趨勢不符，於茲新增訴訟參加人於簡易程序中意見參與機會。</p>
<p>第五百十二條之十四</p> <p>依刑事訴訟法第四百五十五條之二進行協商程序時，應通知訴訟參加人、代理人及輔佐人到場陳述意見。其無正當理由不到場者，不在此限。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、現行刑事訴訟法就協商程序犯罪被害人訴訟地位之保護未臻完善，檢察官得不經被害人參與、同意即逕行協商，與加強犯罪被害人訴訟地位之國際立法趨勢不符，於茲新增訴訟參加人於協商程序受徵詢與表達意見之權利。</p>

資料來源：立法院第8屆第3會期第8次會議議案關係文書

第三節 從日本法之觀點

本件委託研究結果，從日本法之觀點，可分前期與後期加以說明。首先，就前期階段，主要係就日本之問題狀況與臺灣之問題狀況的做概括式的比較介紹；詳如期中報告，就結論而言，從臺日的實體刑法相比較，臺灣之刑法就本件委託研究之問題意識上，並未見有立法論上之顯著問題，尤其認為若放寬強姦罪的暴行與脅迫的要件，應可達到提高定罪率之此一假設，在運作上恐怕會事與願違，按如期中報告所述者，日本之關於性犯罪之罰則的檢討會中，即有指出英國的強姦罪以不同意為要件，暴行與脅迫並非要件，熟識者間性犯罪的通報因此增加，而同意的有無認定上容易有爭議反而讓有罪率下降，從此點來看，暴行與脅迫要件的廢止未必能達到提高定罪率之目的。同檢討會中並指出暴行與脅迫的要件是事實認定問題，如果認定不當也不是改正刑法就可以處理的，應該加強法官的教育與研修，尤其應加強彼等對被害人心裡的認識等精神醫學上的知識。另外，期中報告也指出，同檢討會中多數意見認為，現行實務透過暴行與脅迫的認定來達成確實違反被害人意思的確信，如果將此要件廢除，即便是無法確信是否確實違反被害人意思的案件也會遭到處罰，恐有違反有疑惟利被告原則之虞。此處指摘於我國亦同樣適合，就結論上來說，刑事實體法並無修正之必要。

又於此應補述者係，本來我國性侵害犯罪之定罪率，按政府公開的數據來看，有達到九成至九成五之間，僅就數值而言定罪率並不算低，若此，與其關注於性侵害犯罪之定罪率問題，更應該關注者毋寧是不起訴之問題。

至於在程序法之部分，就日本整體之制度而言，有關犯罪被害人之保護係採全面性的視點，而非僅聚焦於性侵害犯罪之被害人，但就個別的法條規定中，倒是有看似特別保護性侵害犯罪之被害人之規定，例如日本之刑事訴訟法第一百五十七條之四規定：「法院就下揭之人，以證人身分受詰問之情形，於認為相當之時，聽取檢察官以及被告或辯護人之意見，令證人於法官以及訴訟關係人為詰問證人而所在之場所以外之場所……，可以採取經由影像以及聲音的傳輸使其能相互認識對方之狀態下而通話的方法來進行詰問。」而其所謂「下揭之人」有三類：第一類，性犯罪被害人；第二類，兒童被害人；第三類，除前兩類以外，依據犯罪之性質、證人之年齡、身心的狀態，以及其與被告的關係等其他情事，可認證人在法官以及訴訟關係人為詰問證人而所在之場所為供述時，受有壓迫，而顯有害其精神平穩之虞者；但是對此規定是否違憲迭有論爭，學說多數認為，即便該當於第一類與第二類之人，也並非當然可以使用遠距詰問方式。易言之，要將本條作合憲性解釋，就必須解為第一類與第二類之人，亦須有第三類所稱「可

認證人在法官以及訴訟關係人為詰問證人而所在之場所為供述時，受有壓迫，而顯有害其精神平穩之虞者」之情事者，才可以適用遠距詰問規定，彼邦論者認為，若非做此解，本條即有違憲之虞。依此觀之，不難發現即便法條規定看似特別保護性犯罪被害人，然學說多數在解釋上，仍維持全面性的視點，而非僅聚焦於性侵害犯罪之被害人。要之，從日本法的觀點來看，被害人當然有立法保護之必要，但應係全面性的考量，而非僅惠及於特定犯罪一例如，性犯罪一之被害人。筆者基本上同此視點，故此不建議僅針對性犯罪被害人而為程序法之修正。

接著，就後期研究之部分，係就律師倫理規範之再建構做出具體提案，以便藉此減少交互詰問制度對性侵害案件的衝擊，舉其成果之要者，可概述如下六點：

一、交互詰問中之被害人保護與真實發現

交互詰問制度被認為係發現真實的利器，不過在性侵案件中，交互詰問制度之運作結果，有時可能不僅無益於發現真實，反而有害。具體以言，性侵被害人在心理上往往會產生所謂創傷後壓力症，其以證人身分於交互詰問制度中受詰問時，往往容易因此而加劇其創傷後壓力症之病狀，而導致其無法正確認知被詰問之問題，甚或出於害怕或擔心，抑或情緒不穩或恐懼司法等創傷反應，而導致其不願意回答或為不正確的回答，更有甚者，律師作為訴訟技巧之運用，有可能利用被害人之創傷反應達到「入戲」的效果，以增加辯護的強度與說服力，但此種訴訟技巧的運用，卻可能使得具有創傷反應之被害人之創傷更為加劇，而導致其在交互詰問時「頻頻出錯」，而不論是被害人的「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」或「頻頻出錯」等情，此時，顯現於法庭的結果即為：「交互詰問後，『發現』被害人之陳述前後不一」，事實上，根據本研究之實證調查結果，「被害人之陳述前後不一」亦為我國實務上性侵判決無罪之重要因子之一。但問題是，此種從「交互詰問」所「發現」之「被害人之陳述前後不一」，若係基於被害人之「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」或「頻頻出錯」等情而生的結果，則恐非真實；易言之，必須確保被害人並無此所謂「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」或「頻頻出錯」等情，於此前提下，才能肯認「交互詰問」所「發現」之「被害人之陳述前後不一」乃至於其他的「事實」，係屬「真實」。要之，在交互詰問程序中，使被害人不至於陷入「無法正確認知」、「不願意回答」、「不正確回答」或「頻頻出錯」等情而生陳述前後不一之「假象」，這不僅僅是被害人保護之問題，亦是確保交互詰問制度的真實發現機能之問題。

二、論律師之真實義務

律師是否負有真實義務，日本有肯否兩論，肯定論有四說（公益義務說、消極的真實義務說、本人基準說、保護者自主判斷說），否定論有兩說（誠實義務純化論、內在行為規範論）；相對於此，在我國至少於公開文獻中，尚未見有否定論者，而肯定論中雖以消極的真實義務說為主流，但細觀各說，其實多有公益義務說之精神或色彩。公益義務說似乎成為我國理解律師所負真實義務之基底，然此理論將律師基於其在野法曹地位所生之公益義務，與其以被告等之保護為中心的辯護人義務，等量齊觀，看似兼顧律師職業的公益性質與被告之受辯護權利保障，實則有侵蝕憲法上所保障被告防禦權之虞，並非可採。本研究團隊認為，刑事辯護制度既係為了保障被告或犯罪嫌疑人之「合法利益」所存在的制度，那麼制度的設計應以「依法捍衛被告或犯罪嫌疑人的權利」為中心，關注的重點應放置在辯護人應如何「依法捍衛」；相對於此，若採公益義務說，看似平衡公平正義（實體真實）與被告防禦，實際上，係假公平正義之名而侵害被告防禦之權，在公平正義的這邊，已經有法院、檢察體系、警察體系，甚至包括整個國家力量以及大眾輿論或媒體，若要被告以一己之力抗之，顯然螳臂擋車、螻蟻撼樹，為了讓雙方對抗公平，才有了辯護制度之設計，結果又要求律師雖身為辯護人亦要同等重視公平正義，那麼這樣的辯護制度，又能助益被告幾何呢？比喻以言，要求辯護人同等重視公平正義，等於是要求律師身在曹營（被告防禦）心在漢（公平正義實體真實），那麼對被告而言，所謂辯護制度美其名是強化防禦權以對抗國家追訴權力，實際上卻是，讓國家可以堂而皇之地，藉由律師以公平正義之名來探知被告的「底牌」而更加弱化防禦權。一言以蔽之，雖我國律師倫理規範第十一條有規定：「律師不應拘泥於訴訟勝敗而忽略真實之發現。」等語，然不應將之解釋為真實義務論之一般規定，而應將之解釋為一種提醒規定，即提醒律師只能依法捍衛被告或犯罪嫌疑人的權利，而不能為求勝訴違法歪曲事實。簡言之，律師的責務僅在「依法捍衛被告權利」，其中所謂的「法」係指「公正規則」，而此處所謂的規則，除了實定法等外在規範外，還包括律師倫理的內在制約。

三、對質詰問權與弱勢證人之保護

對質詰問權的本質係屬於一種憲法所保障的基本權，但並未優越於憲法所保障的其他基本權，所以若有其他基本權與之相衝突者，仍得限制之；換言之，調和基本權之衝突即為限制對質詰問權的正當化根據。而限制對質詰問權之合憲性要件，主要有三：其一，基本權衝突之危險性要件：憲法所保障的其他基本權有可能會因為對質詰問權之行使而遭受危害。其二，法律保留原則：必須有明確之法律作為限制的依據。其三，比例原則：須符合憲法二十三條所規定，比例原

則之具體內涵有三，即目的之正當性，手段與目的之比例性，手段之最小侵害性。為了解決前述一之問題，可以考慮在立法上限制被告之對質詰問權，而在合於前揭三要件下，自可正當化對質詰問權之立法限制。此一點特別在如何免於性侵被害人在交互詰問程序中受到二次傷害此一問題意識下被提及，且多數關注特別集中在兒童與心智障礙之被害人成為詰問程序中之證人時之保護，並將渠等定義為「弱勢證人」；不過，事實上，所謂弱勢證人並不僅限於心智障礙者與兒童，身心未成熟的少年或其他障礙者亦屬之；而且，本來此一問題亦不限於性侵案件之被害人，其他重罪被害人，亦有可能產生創傷反應，而同有前述一之問題。不過，特別將心智障礙者與兒童劃分為弱勢證人，仍有其政策上的意義，亦即資源有限，當無法對所有的弱勢證人皆加重保護時，政策上選擇對心智障礙者與兒童優先作加重保護。

四、性侵害案件減少被害人重複陳述方案與交互詰問

我國實務上所推動之性侵害案件減少被害人重複陳述方案似將問題討論的焦點放在被害人陳述「次數」上，而非被害人「如何陳述」或「如何被問」之上，恐有問題失焦之虞。因為被害人會被傷害，恐非由於「被問太多次」，而是「不當地被問」，要之，問的不當，即便只問「一次」，也已經被傷害了。又，本來被害人「如何陳述」或「如何被問」之問題，非僅僅涉及被害人保護，在交互詰問制度下，此點也與事實認定相關，故此健全被害人為陳述以及受詰問的環境，與交互詰問制度本身並無衝突，反而是健全交互詰問制度之必要工程。那麼，若將問題討論的焦點放在被害人「如何陳述」或「如何被問」之問題上，此時應討論的課題有二：第一，如何合憲且合法地限制被告的對質詰問權？第二，律師之辯護行為的適法性、妥當性界限為何？限制被告的對質詰問權係屬於法律保留事項，而判斷律師之辯護行為是否適法、妥當，則屬於法律規範與律師倫理之雙重問題。本研究所分擔之部分，僅以第二課題之律師倫理部分為討論對象，於此，應討論的重點有二，①身為辯護人之律師，應如何詰問身為證人之被害人，才能認為是符合律師倫理之適法、妥當之行為？②如果其詰問被認為係屬於不符合律師倫理之不當辯護行為，會生如何之法效果？就此兩點，以下將於第五點，從「律師責務應以依法捍衛被告權利為中心」此點為基本視角，簡要說明之。

五、依法捍衛被告權利

刑事辯護制度之根本乃立基於被告之防禦權以及正當法律程序之保障，而交互詰問制度不但是為了發現真實，更能夠具體落實被告重要防禦權之一的對質詰問權。而從依法捍衛被告權利之角度來看，律師以辯護人之地位立基於法庭進

行交互詰問，自係專為被告之利益，以幫助者之立場來協助被告合法地行使防禦權，而所謂專為被告之利益，係指律師應依從其專業性以及倫理性的判斷來幫助被告，而非指律師應專一遵從被告之意思，要之，對身為辯護人之行為規範有二：其一，合法性。其二，倫理性。據此，前所述之「依法捍衛被告權利」，其中所指涉的「法」，即「公正規則」，亦即指外在規範的合法性具有實質正當性，以及內在規範的倫理性亦具有實質正當性。此處所謂實質正當性係指，已經符合了可認各該規範為適正、妥當的諸要件，而此處所謂諸要件：首先，合法性規範之實質正當性要件即為前述對質詰問權限制之合憲性要件，其要件有三：其一，基本權衝突之危險性要件。其二，法律保留原則。其三，比例原則。同樣地，若要限制律師以辯護人的身分幫助被告行使防禦權，應亦同受此三要件限制。此三者既為合憲性要件，易言之，符合此三要件所制定之實定法，即規範律師辯護行為之合法性限制根據，亦即合於此三要件之立法方屬於具有實質正當性的合法性規範，此種具有實質正當性之立法方可認為係屬於公正規則，反之則否。而相對於此，倫理性限制係內在規範，易言之，此種限制並不以法律保留原則為要件，但基本權衝突之危險性與比例原則此兩者仍為其要件。不過，基本權衝突之危險性與比例原則皆為開放性要件，以合法性規範來說，此兩要件本身並無法具體化合法性規範之內涵，其具體內涵仍有待立法者來填補，亦即以法律保留原則來具體化問題在於，倫理性規範既不以法律保留原則要件，自然無法依靠立法者來填補其具體內涵，故要如何具體化其內涵，即為此處的問題核心。有趣的是，倫理性規範本不以法典化為必要（即不以法律保留原則為其實質正當性之要件），但如論者所指摘，現行律師倫理規範其實就是為律師倫理法典化的結果，而且倫理性規範有日趨法典化的傾向。確實，我們無法否認，倫理規範法定化在某程度上可解決倫理性規範之內涵具體化問題，但同時也帶來許多副作用，按法典內所能規定的，其實偏向於核心倫理性規範（係指律師在職業倫理上對被告之關係），而對於外圍倫理性規範（係指律師在職業倫理上對被害人、檢察官、法院乃至於公眾之關係）則顯得軟弱無力，甚至有害。詳言之，核心倫理性規範係針對辯護律師與被告之間的關係而言，一來，其本就屬於律師倫理的核心部分，二來，其具有個案性以及相對可確定性，且不像外圍倫理規範具有多面性、複雜性，故更適合於法典化的明確性與執行可能性之要求。如此一來，以核心倫理性規範為主幹的律師倫理規範，往往會忽略了外圍倫理性規範之重要性，甚至限縮其發展。雖然我國律師倫理規範亦有論及律師與司法機關、律師與個案之相對人，以及律師同道間的關係，但是皆淪於個案性、技術性以及片面性的規定，並無法滿足外圍倫理性規範之多面性與複雜性。更糟的是，法典化的結果，也可能導致「沒有規定就是合於

倫理規範」之誤解，若此，核心倫理性規範之內在制約的機能—不受法律保留原則之拘束，即使沒有法律明文亦有拘束力—將完全喪失。

六、律師倫理性規範之重建

借鏡日本律師實務狀況，研究團隊以為自治、自律原則之落實與提升，說穿了，就是一種來自於該專業群體之整體文化氛圍所施予該專業個體之壓力，當公正的文化在該群體中已經鋪天蓋地的向下扎根時，任何違反該文化的個體，將「根本無法立足」。此種「強制力」正說明了律師職業倫理規範具有內在性制約之實效，此種「強制力」看似柔軟，實際上卻更勝剛強（意指國家機關所設成文法典之強制力）。總結而論，本研究具體建議如下：

其一，與其法典化、細緻化、肥大化律師職業倫理規範，不如，將之定位為一種基於律師自治、自律原則，所訂的內規或習慣法之明文。另一方面則應在憲法論的層次上，積極展開律師自治、自律原則之理論基礎，論證此種內規或習慣法之強效性，若此，即有可能論證其有優越於國家機關所訂立之法律或命令之可能性。

其二，配合律師自治、自律原則所訂立之倫理規範，不須專注、拘泥於倫理性規範之專業技術部分，而應多多高舉倫理性規範之大方針及大原則等理想性之部分，至於此等理想性原則或方針之具體化，則可以配合所謂實務指針（*practice guideline*）來加以落實，此一建議也是現階段可行者，例如可以針對兒童、少年或心智障礙等性侵害被害人為證人時，分別就各該詰問之進行，以詳舉個案說明之模式訂立實務指針。在我國，法務部可以訂立模範實務指針供律師公會參考，但律師公會並不受其拘束，各地律師公會亦可自行訂立指針，並定期舉行工作坊，以檢討並交流各該指針實際運用所面臨的狀況，透過模擬案例的說明，以及實際案例的操作，不斷檢討交流精盡，並達到文化傳承之目的。

其三，開辦專業職訓課程，培養專業律師並建構被害人受律師協助之體制，例如除律師公會可以聘請專業人員開辦心理專業、婦幼專業或特教專業等律師在職訓練課程，也可與各事務所合作提供補助供律師在外上課，並建構認證機制，如果時機成熟，可進而推展專業律師制度。

其四，建議可以強化指導律師機能，以達到公正文化之培養與傳承。現在的律師實務訓練，雖有所謂指導律師，但多半是掛名，少有真正指導什麼，若法務部在預算許可的情況下，或許可以提供經費補助，由各律師公會與各事務所合作，讓指導律師不僅限於掛名，而是能真正起到提攜後進傳承香火之大能。

最後，關於效果的問題，如果律師所進行之詰問，被認為係屬於不符合律

師倫理之不當辯護行為，會生如何之效果？此處，本研究所關注之核心，係非法典化之意義上的倫理性規範效果，此處所謂的效果，應該是追求一種社群性的外在效果，以及個體性的內在效果，所謂社群性的外在效果係指律師這個專業社群以群體的力量所為的制裁或補救，而個體性的內在效果係指該律師自身反省，並認識到自己的錯誤而為的自裁或補救，此種效果，前者必須是基於該社群之共識所自願遵守者，因此可能是行之有年的慣行而後明文化，亦可能是先基於社群會議的決議，待明文化後才慢慢踐行，但不論何者，皆有可能透過律師倫理規範或實務指針的型態來呈現，而原則上也是倫理規範舉其大原則與理想性方向，指針則具體化、細分化、案例化，此種社群的制裁或補救因為是社群的共識所為，故其態樣可以相當活化，已經超越了所謂懲戒的問題或層次。以本文之檢討對象來說，如果是因為不當詰問造成被害人之二次傷害，社群制裁或補救可能要求加害的律師與受害人，有數次的懇談或餐敘、充分的交流，並真心的謝罪，而此次不當詰問的例子，可能成為實務指針的新案例，並可以要求該加害律師以經驗者的立場成為實務指針研修課程的義務講師。而至於個體自裁或補救，則難以用實務指針的態樣來具體化，但可以在倫理規範中為原則性以及理想性的宣示，至於其「強制力」自然係來自於「同儕的壓力」，也就是前所述，律師這個專業群體中若有強而穩固的公正文化，自然而然就會產生「有強制力的自律力量」，因為個體時時刻刻會深深地感到，不這麼做，在這行就「根本無法立足了」。這樣的「自律性強制力」，並非天方夜譚，至少在日本的律師界中是真實的存在，甚至，有時令人感到此等力量比國法制裁或行政懲處更加強大，此方為法曹倫理規範之真精神、真力量。