

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

性侵案件之證據法則——判決分析與展望

Evidential Rules in Sexual Assault Cases:

Court Decisions Analysis and Prospect

王俊凱

Jun-Kai Wang

指導教授：薛智仁 博士

Adviser: Chih-Jen Hsueh, Ph. D.

中華民國 108 年 1 月

January 2019

謝辭

不確定是大四下學期或是研究所一年級的刑事法專題研究課，薛智仁老師曾經對上討論課的我們說：「我希望各位未來在寫論文的時候，能夠抱持著要好好解決一個問題的想法，寫出一本有誠意的論文。」老師隨後也具體的說明了一些如何進行研究的心態與方法。當時的我覺得老師這段話，真的是莫大的鼓舞，如果跟著薛老師應該可以好好地對自己有興趣的問題做出有趣的研究，之後修了幾門老師的課，覺得老師討論問題的方式非常精闢而層次分明，又散發學者風範，因此後來在 2016 年的時候，略帶緊張的帶了這本論文最初的一點發想去找老師簽指導單。老師在簽完名後，在討論論文的過程中跟我說：「我是一個嚴格的老師，你找我當指導就要有覺悟喔。」當時我還沒有寫論文，不知道老師所說的嚴格到底是甚麼概念，後來在一年多的寫作過程中，確實是感受到了老師對論文架構和邏輯論證的嚴謹要求，並且讓我從中發現自己論述時常重複、繁雜、邏輯也時有跳躍（正如我在本論文中批評法官們的用語，現世報呀），更有欠缺細心的問題，替老師添了不少麻煩，更認清自己的能力與局限。但是老師仍然耐心的對我進行建議，也鼓勵我應該要對自己更有信心，在我焦慮是否能畢業的時候提醒我應該要專注在完成這本論文中，更以老師自己人生上的經驗開導我，使我能夠一步一步地完成這本論文，非常感謝薛智仁老師。

論文口試時，從成功大學、中興大學趕來的李佳玟老師與陳俊偉老師，均給予我非常實質的建議，陳老師指出的比較法問題以及論文論證結構的問題，李老師則是對補強法則以及文獻回顧與本論文的寫作必要性做出提醒，兩位老師的意見都非常精闢且可貴，使我發現自己論文的缺點，並把它盡可能的修改完成，對於老師不辭路途遙遠、並且非常認真的閱讀我的論文並給出精彩的意見，在此致

上我的謝意。

研究生生活中，最好的戰友就是同為刑法組的同學們，以及和我在同研究室
的同學、學長姊弟妹。

R04 刑法組的夥伴們，真慧、育賢、宗奇、冠儀、家萱、育瑄、婷勻、鈺
菁、致廷、庭毅、詠歲、敬宇、品婕、承融、維哲、明杰，各位的鼓勵與陪伴，
以及討論論文互相砥礪（互相以論文進度傷害彼此），是這條路上不能缺少的燃
料，也非常感謝在 1801 及其他在霖澤 8 樓的各位常常提供我文獻資料以及零
食，特別於此再次感謝 Mona 學姊、真慧學姊、宗奇學長和育賢大大（為了不要
看起來重複，綽號和稱謂用起來！）。

同為薛老師學生的仲宇、安安、佑軍，還有其他的學弟妹們，在我們自己門
內的討論會上面曾經給予的意見，尤其是曾經進入過司改國是會議的佑軍提出很
多我沒有接觸過的思考方向，對這本論文的構思相當有幫助，非常感謝。一起論
發、一起口試的黃奕欣學姊，革命同袍的這些經驗，這些論文的關卡是我們一起
闖過的，非常感謝學姊的提醒與照顧。

研究室 1803 的朋友們，因為我待得太久的緣故，這三年以來成員略有變
化，但大家都是我能夠撐過這段時間的支柱。活力充沛又親切聰明的學妹慧文、
亭瑋，還有冷靜體貼的立蓉，非常感謝這段時間的陪伴。佳茵與彥丞雖然已經作
為先鋒離校，但和你們一起在研究室認真的過程也很愉快。岱純先搬去了 2419，
但坐在你隔壁的時候也頗受你的照顧，銘感於心。振寧總是擔當研究室最好笑與
最黃色代表，但其實也有顆溫暖的心，接下來論文也要加油 R。黃琪早在當年法
律營開始，就一直是認真負責熬夜代表，出國前認真工作與研究、出國回來認真
寫論文，也常常跟我一樣有腸胃炎的問題，是很堅強的戰友。終於要謝到的尤昱
婷，是我在大學與研究所最好的朋友之一，不論是在生活方面、學業方面，我們

都分享很多，也彼此鼓勵，你讓我見證堅持與努力能夠得到最好的回饋，謝謝台大商法尤美女，妳會是一個很成功的好律師的。

應該很少人會感謝高中社團的，但我要特別寫一下，感謝建中講演社 97 字，尤其是在聚會還是常見到的鏗榆、沛元、馬叔、泓毅、郁翔、腿哥、美國人，每次和你們吃飯兼討論議題，都能夠得到新的啟發，感謝你們。

大學以來的朋友們，雖然現在不一定還像以前那麼好，但是途中一起經歷的學習歲月、互相扶持的記憶猶新，是一段值得珍惜的歲月。

接下來要特別感謝對我的論文有卓著貢獻的王琮儀同學。因為年紀稍微比我大一些，又已經當完預官，已經是比較成熟的大哥，因此不論是在生活、與朋友相處、乃至課堂報告與論文寫作，我都常常受到照顧。這本論文在寫作過程中無數次的詢問過琮儀的意見，得到你許多的建議與鼓勵，又曾經無償的聽取我的報告數次，勞苦功高，再次感謝你。

昕婕是一路看著我從論文大綱開始，被老師整體大修架構，又更改無數次內容，一字一字堆積出來的人。在我怠惰的時候提醒我、失落的時候鼓勵我、並且擔任隨時隨地的諮詢委員，在心情不好的時候更是最好的傾聽者。即使自己很忙碌，也不忘時時關心我，在我想逃避的時候把我拉住叫我堅持，如果不是妳陪伴，我沒有辦法完成這本論文，真心的感謝妳，剩下的千言萬語就留待以後了。

最後也要感謝我的家人，爸媽和姑姑雖然偶爾會裝作漫不經心地問我甚麼時候畢業，但也從來沒有逼迫我一定要在幾年級前畢業，無條件地提供我經濟資助和家庭溫暖。表姊和妹妹也在家務方面替我擔待很多，非常不好意思。最後的最後，我想要感謝我的祖母，我都叫他阿嬤。在阿嬤還在世的時候整個家都在阿嬤

的照顧下感受到無比的溫暖與疼愛，但我總覺得阿嬤是最疼我的，阿嬤重病的時候我才剛考上研究所，很遺憾沒辦法讓阿嬤看我穿碩士袍的樣子。現在我終於可以畢業，拿到碩士學位了，希望在天上看著的阿嬤也很開心。

這本論文能夠完成，也必須感謝這個社會與人們給予臺灣大學的學生的資源，以及前人對於民主制度、言論自由、學術自由的爭取和。雖然並不盡善盡美，但是希望能夠以我的棉薄之力，達到拋磚引玉的效果，讓更多人能夠重視性侵害的議題，並期待能夠讓臺灣這片土地上的人能夠生活得更美好。

2019.01 王俊凱

於霖澤 1803 研究室

摘要

性侵害犯罪案件的審判，向來被認為是較為困難的案件，也曾產生許多疑義。如果法院審判此種案件所運用的證據法則出現問題，將導致判決的妥適性動搖。我國學說多半集中在討論性侵害犯罪構成要件的適當性，而針對證據法則之研究，也著重於外國法、或僅止於無罪判決之分析，對於我國佔絕大多數的有罪判決，並未詳細釐清。

一般而言刑事訴訟事實認定過程中，運用證據法則時產生問題的因素，包括對於鑑定人以及證人的證據調查未盡完善、或者對於部分證據過於注意導致認知偏誤，使法官自由心證的結果遭到扭曲；而性侵害案件因為強暴迷思或其他的刻板印象，更容易出現認知偏誤現象。此外，亦有學說認為，構成要件的基準如果不採用強制手段必要說，則會因為側重被害人內在心理狀態，產生認定的浮動而致使事實認定更為複雜困難。

本文欲透過分析我國近年性侵害犯罪之判決，理解我國的性侵害犯罪案件中，法官所適用的證據法則，並且發掘其中真實發生的疑難，以驗證與檢討上述造成事實認定產生問題的因素。本文分析民國 105 年、106 年最高法院性侵害案件的判決以及其事實審判決後，發現其問題主要可以分為三個階層，強暴迷思的問題亦滲入三個階層造成不同程度的影響。證據調查與證據能力層次，出現的問題包括取得兒童或精神障礙者等脆弱被害人之供述時，警察、檢察官誘導或使用偵查輔助娃娃與其他詢問方式過度暗示，家屬過度介入供述等，以及對於鑑定報告的調查過程與待證事實之設定具有瑕疵。證據評價層次，法院對於兒童、精神障礙者為被害人時，較易信任其供述，而使用被害人患有創傷後壓力症候群之鑑定報告，推論其被害陳述憑信性時，則有可能陷入循環論證，法院更有過度評價藥劑殘留於被害人體內之鑑定等問題；最後心證形成層次，法院錯誤適用超法規補強法則，不僅並未得出合

理且具說服力的證據結構，反而造成其運用和構成要件事實無關聯性的證據認定被告構成要件該當，如此自由心證運作的結果，無法排除所有對被告有罪的合理懷疑。

對於改變構成要件的基準是否能改善事實認定，本文認為，強制手段必要說之適用並不會減低證明困難、積極同意模式也並未在程序中提供被害人更多保障，因此並非理想的事實認定改善策略。

基於判決的分析，本文指出真正應該從事的是使法官接受證據構造論與證據相互影響論的想法，並在進行性侵害審判時，首先建立證據核心，再進一步以其他資訊進行核對驗證，以一定步驟認定事實。具體而言，針對鑑定報告的濫用，應該落實使鑑定人到庭接受訊問的制度，釐清其施作鑑定的原理與過程，並且注意前提資訊應該與之隔離；而被害人供述取得的問題，則應該採納 NICHHD 所建議的詢問方式，建立使被害人能安心供述之環境。為確保證據的互相影響效應能被適度控制，應該貫徹準備程序中，由受命法官排除無證據能力證據之規定，並限制其他未參加準備程序之法官之閱卷權限，避免違法取得或其他不適格的證據污染審判者對其他證據的評價。最後，針對心證形成時可能的偏誤，應該改革判決的格式，要求法官將所認定事實與所依憑證據即推論過程詳細對應，放棄團塊式寫作，以使法官有自我省察的機會；並配合檢察官改革起訴書狀的格式與論告方式，圖像化的建構檢察官認為被告有罪的證據與事實之關聯性，以提供法院更有結構的判斷依據。

關鍵字：性侵害、證據法則、事實認定、自由心證、認知偏誤、證據構造論、證據相互影響論

Abstract

The trial of sexual assault criminal cases has always been considered very difficult and has generated many questions. If the court wrongfully applies the rules of evidence in the trial of such cases, it will lead to poor judgments. Theories in Taiwan focus mostly on the appropriateness of the sexual assault elements, while the research on the law of evidence only analyses foreign law or the acquittal cases. Rules of evidence used in most of the guilty cases of sexual assault have not been clarified.

Generally speaking, the factors leading to the error of fact finding in criminal proceedings, including the lack of complete investigation of the expert witness and the victim, or the excessive attention to the partial evidence causing cognitive bias, will result in the distortion of Free Evaluation of Evidence through Inner Conviction. Sexual assault cases are more likely to be cognitively biased because of rape myths or other stereotypes. In addition, some scholars believe that if the force model is not taken, which means the compulsion element of crime in sexual assault is not required, it will be more complicated and difficult in fact finding procedures since the court will focus on the internal psychological state of the victim and give uncertain judgements.

This thesis intends to analyze the judgments of sexual assault in Taiwan in recent years, understand the rules of evidence applying to the court decisions in sexual assault cases in Taiwan, explore the actual problems, and verify whether the factors mentioned above are reliable. By collecting and analyzing the Supreme Court decisions in sexual assault cases in 2016, 2017 and their trial on matters of fact, the problems can be mainly divided into three levels. The problem of rape myths also permeates at these three levels and causes different degrees of influence.

In the level of evidence investigation and the admissibility of evidence, problems might be generated while inquiring vulnerable victims such as children or people with mental disorders, including the misuse of anatomically correct dolls, excessive hints, detection or suggestion by the police or prosecutors, and over-intervention of confessions by victim's family members. Furthermore, the investigation procedures in the identification process and the establishment of *factum probandum* might have flaws.

The problems in the level of evidence evaluation includes the court's belief that testimonies of child and mentally handicapped victims are more likely to be trustworthy, inferring the evidence of the victimization simply by using the victim's identification report of post-traumatic stress syndrome, which may fall into a circular argument, and over-evaluating the identification of drug residues in the victim's body.

In the level of making decision, the court's application of the corroboration rule does not result in a reasonable and convincing evidence structure, but instead using evidences not related to the element of crime in sexual assault. The operation of the Free Evaluation of Evidence through Inner Conviction cannot rule out all reasonable doubts about the defendant's guilt.

Based on the analysis above, this thesis argues that because the force model application won't mitigate the difficulty of proof, and the "only yes means yes" model does not provide the victim more protection in the procedure, changing the criteria for the element of crime in sexual assault, as some scholars suggest, is not an ideal way to improve fact finding in court.

What should really be done is to make the judges accept the evidence construction theory and *The Cross-Influence of Evidence*, follow certain steps in the fact finding when conducting sexual assault trials, and establish evidence cores to further verify other

information. Specifically, to reduce the misuse of identification reports, the appraiser should be inquired in court to clarify the principle and process of the identification, and the premise information should be isolated from it.

To solve the problem of the victim's testimonies, the method of inquiry suggested by NICHD should be adopted, which establishes a safe and comfortable environment for the victims when they were testifying.

In order to ensure the effects of the mutual influence of evidence can be controlled to a certain extent, the court should implement the evidence segregation measures in the law of Preliminary Proceeding. That is to say, the examining justice is the only one to determine evidence permissibility. After Preliminary Proceeding, other judges in the same case but have not participated in the Preliminary Proceeding will only have the authority to examine the case file and evidence-permissibility- guaranteed evidence, so as to ensure the illegally obtained evidence or other unqualified evidence will not pollute the evaluation of other evidence.

Finally, in order to avoid the bias of the decision making, the judges should have their opportunity to self-examine. The format of the court's judgment should be reformed, and the judges should be required to correspond evidence with factum probandum rather than keep the ill-structured writing during inference process. Last but not least, prosecutors should also reforming the format and method of indictment, and visualize the correspondence structure between facts and evidences so as to make the court believes the defendant is guilty.

Keywords: Sexual Assault, Rules of Evidence, Fact Finding, Free Evaluation of Evidence through Inner Conviction, Cognitive Bias, Evidence Construction Theory, The Cross-Influence of Evidence

目錄

第一章 前言	1
第一節 研究動機	1
第二節 論文結構	7
第三節 名詞解釋與定位	8
第二章 性侵害犯罪之事實認定困境	10
第一節 事實認定論與自由心證	10
第二節 自由心證失靈的可能原因	13
第三節 性侵害案件特殊的事實認定瑕疵原因	15
第四節 性侵害犯罪構成要件是否為造成事實認定困難原因？	21
第五節 小結	23
第三章 性侵害相關判決事實認定分析	25
第一節 我國實務事實認定標準	25
第二節 我國實務判決事實認定問題	27
第一項 證據調查與證據能力判斷階段	27
第一款 兒童或少年為被害人	27
第二款 被害人具有精神障礙	34
第二項 證據評價階段	39
第一款 創傷後壓力症候群鑑定報告之使用	39
第二款 藥劑檢測的推論	45
第三款 被害人身體傷痕鑑定之解釋	49
第四款 涉及刻板印象或強暴迷思的判決	51
第五款 被害人供述前後不一、或與客觀情況不相合致之其他情形	53
第三項 心證之形成階段	59
第一款 對被害人供述的補強法則	59
第二款 誣陷可能性的檢討	61
第三款 測謊鑑定作為有罪心證的最終補強	62
第三節 問題之整理	64
第四章 我國實務對性侵害犯罪之事實認定疑義	66
第一節 性侵害犯罪事實認定態樣舉隅	66

第二節 形成有罪判決的證據法則疑義	67
第一項 證據調查及證據能力層次的濫用與錯誤	67
第一款 兒少、精神障礙者等脆弱被害人之供述證據調查	67
第二款 被害人患有創傷後壓力症候群之鑑定報告的調查問題	70
第二項 判決中之證據評價的過與不及	73
第一款 兒童、精神障礙者供述的評價	73
第二款 被害人患有創傷後壓力症候群證據之評價	74
第三款 被害人體內驗得藥劑殘留反應的過度推論	78
第三項 心證形成違背論理法則、經驗法則	80
第一款 法院並未注意論理法則之侷限	81
第二款 超法規補強法則的正當性	82
第三款 判斷前後不一之供述的可信性時流於恣意	86
第三節 強暴迷思以不同面貌滲入事實認定過程	89
第一項 被害人過去性經驗與社經地位的調查與評價	89
第二項 事發後情狀——當事人反應	93
第三項 被害人誣陷被告的可能性檢討	96
第四節 總結我國性侵害犯罪審判的現況與問題	99
第五章 法官事實認定的改善策略	101
第一節 以程序的角度評析改變構成要件標準是否為解決方法	101
第一項 性侵害犯罪判決中如何論述實體構成要件	101
第一款 脅迫認定的困難	102
第二款 宗教詐術手段	103
第三款 未以口頭表達意願的模糊案例	105
第二項 判決對其他違反其意願方法之解釋與事實認定的關係	106
第一款 宗教詐術案件顯示實務對於「違反其意願方法」之解釋態度	106
第二款 我國判決對違反意願要件之不同論述不影響事實認定適當性	108
第三項 外國性侵害犯罪之法律修正與其事實認定之論述與經驗	110
第一款 德國性犯罪之修正——採違反意願模式	110

第二款 加拿大——採取積極同意基準的範例-----	118
第四項 改變構成要件標準並非解決事實認定瑕疵之方法-----	120
第一款 強制手段必要說在程序方面並未優於其他標準-----	120
第二款 積極同意基準與違反意願基準對被害人地位的保護差異 不顯著-----	122
第三款 小結-----	124
第二節 性侵害犯罪事實認定論之建議-----	125
第一項 證據構造論以及證據相互影響論-----	125
第二項 性侵害案件事實認定論基本態樣-----	130
第三項 具體程序進行之證據法則建議-----	133
第一款 強化質疑鑑定報告之能力、考量引入專家證人及證據隔 離措施-----	133
第二款 被害人之訊問程序的改善-----	138
第三款 核心證據之確保與準備程序的證據排除-----	142
第四款 判決理由書寫方式以及檢察官實質舉證之改革-----	145
第六章 結論-----	150
參考文獻-----	154

第一章 前言

第一節 研究動機

性侵害案件¹，在審判實務上屬於最難以證明的犯罪之一。尤其是只有加害者與被害人兩人的場合，欠缺當時在現場的第三證人、多半只能提供事前或事後背景資訊；未必會留下其他的實物證據，即便被告在被害人身體內留下了精液或精子，而被醫療機構比對 DNA 序列發現符合被告身分，也僅能直接證明雙方有性行為發生，不能證明有無性侵害的發生。

根據衛生福利部統計資料顯示，中華民國 105 年度性侵害通報案件受暴人數總計 8,141 人，其中 18 歲以下計 5,214 人占 64%，熟識者性侵比率約占 72%，陌生人性侵比率僅佔 4.88%，另 23.2% 通報資訊不清楚，106 年度性侵害通報案件受暴人數總計 8,214 人，18 歲以下計 5,241 人，佔 63.5%，熟識者性侵比率約占 73.1%，陌生人性侵比例僅佔約 4.8%，22% 通報資訊不清楚，顯示性侵害案件多為熟識者性侵害²。熟識者性侵的案件中多半未使用事後顯然可見的強暴手段，被害人和被告之間有家庭關係、曾為伴侶、友人或其他情感交往，又無法從案件的發生地點找到關鍵的客觀跡證（其他案件得以仰賴的監視器、行車紀錄器錄影畫面在性侵害案件中，存在的機率極低），也因而在性侵害案件中，事實非常難以回溯建構，需要仰賴大量的供述、佐以法院、檢察官、辯護人的經驗法則的交流、衝突，才能夠整理出基本的事實。即使調查蒐集許多證人與證詞，但仰賴供述證據，基於人類記憶的不可靠性等不穩定因素，證據的調查若不詳細而急於做出結論，冤錯案件可能會出現³。

¹ 本文使用「性侵害」一詞作為對妨害性自主罪的總稱，除了因分析的實務判決可能包括乘機性交或與幼童性交罪之外，更為重要的理由是，為避免給予讀者一種本文採取妨害性自主罪之基本構成要件應該採強制手段必要說的印象，因此不使用「強制性交罪」作為該犯罪行為的描述句。

² 衛生福利部網頁新聞稿，<http://www.mohw.gov.tw/cp-16-11859-1.html>（最後瀏覽日：07/23/2018）；衛生福利部保護服務司統計資訊，<https://dep.mohw.gov.tw/DOPS/lp-1303-105-xCat-cat02-1-20.html>（最後瀏覽日：07/23/2018）

³ 臺灣高等法院 104 年度再字第 3 號刑事判決，呂介閔被指訴殺害其女友、並且判決理由中以被害人乳房上之咬痕鑑定為被告有罪證據之一，事後因 DNA 鑑定排除該處所採集的生物跡證和呂介閔

近年來，諸如天主教輔仁大學心理系的性侵未遂事件⁴等校園內性侵案件或約會性侵案件層出不窮，除了學生之間的性關係問題，小說《房思琪的初戀樂園》問世之後，關於師生之間的熟識者性侵的案件也再度受到熱烈的討論，雙方當事人熟識，平時的相處模式及雙方的社會關係，成為認定是否存在強制性交、乘機性交、或權勢性交等情事的阻礙，也掀起了社會上對於這些性行為態樣，是否為性侵害的討論、爭辯⁵。「違反意願之方法」究竟是什麼，竟會影響到性侵害的成立與否，人們開始理解，原來性侵害事件並不像往常的想像，只會發生在暗巷中被歹徒襲擊的單一情境。即便已經劃分出意願違反的範圍，如何證明被告性侵被害人，證明被害人意願被違反，如前所述，仍然是難題，眾說紛紜。從引起白玫瑰運動的女童性侵案件以降，爭議圍繞被害人的意願認定，如何藉由確實將侵害他人性自主的犯罪者定罪，藉以保護潛在的被害人，另一方面又能維護正當法律程序，以無合理懷疑的證據論理定罪、或者將無法被證明犯罪之被告釋放而能保護被告權利，兩種正義之間的平衡兼顧，更是令人絞盡腦汁。

我國曾經為了解決性侵害犯罪的問題，進行法制的革新。近期最重大的修正，於民國八十八年修改《中華民國刑法》，將妨害性自主罪章獨立於妨害風化罪章之外，並修正第二二一條等條文，除了因應性別意識前進，性別平等的倡議逐漸獲得重視，同時也欲改正在民國八十八年修法前，因構成要件明文規定需致使不能抗拒，導致解釋時，被害人面臨性侵必須抵死相抗，否則難以構成犯罪⁶，造成被害人可

之同一性而無罪。

此外，陳龍綺被控訴為乘機性交之共犯並判決有罪確定，然而以新的 DNA 鑑定技術，重做 DNA 鑑定後，也足以排除其涉案可能，改判無罪，判決請見：臺灣高等法院臺中分院 103 年度再字第 1 號刑事判決。

⁴ 聯合新聞網(01/26/2017)，輔大心理系性侵事件 學弟男大生判刑 3 年 6 月，<https://udn.com/news/story/2/2254423>（最後瀏覽日：17/11/2017）；該案於民國 107 年 3 月 22 日最高法院駁回上訴後判決被告構成第 225 條之犯罪（乘機性交罪）定讞，參照最高法院 107 年度台上字第 678 號刑事判決。

⁵ 參照喬瑟芬，性侵，每張網都可能漏接（一）受害者敘事與司法變遷，端傳媒網頁，<https://theinitium.com/article/20160926-opinion-josephinehsu-sexualharrasment/>（最後瀏覽日：06/04/2018）

⁶ 當時性侵害犯罪仍規定於妨害風化罪章，其構成要件如何解釋適用，參閱蔡墩銘（1986），《刑法各論》，修訂四版，頁 352-354，臺北：三民。

能受到更大傷害的不正義情形，目的在使審判重心離開被害人的反抗強度、集中在被告的行為與被害人意願。然而許多學者批判，修改之後的條文，著重於被害人之內在想法，繫於其浮動的主觀而使法安定性受到動盪，對性侵害審判的證明造成更大的負擔⁷。我國的性侵害犯罪基本構成要件，關於「其他違反意願之方法」的解釋，至今學說見解仍分歧：有強調強制手段必須存在才能彰顯自由法益侵害者；有認為應以被害人反應於外的意願被違反、或因被告之行為陷入無助情境並與之性交，作為構成要件標準，即違反意願基準；亦有主張性行為前應以合理方式確認他方意願，否則即構成要件該當的積極同意基準，以上幾種標準，何者應作為我國性侵害犯罪之構成要件，仍在爭執不休。當年法律修正的目標達成了一部份，但是在審判實務判決中，仍然有案件證明困難，論理不清，違反意願之方法的標準擺盪等問題，顯見我國目前仍有許多性侵害犯罪審判得以改進的空間，應該再度進行詳細的檢討。

目前我國對性侵害犯罪的研究，在法益論⁸、實體法構成要件解釋論⁹、以及根基於實體法構成要件解釋的立法論¹⁰等方面，著述頗豐；也有許多從社會學、女性主義或犯罪學、刑事政策等面向觀察性侵害犯罪的論著¹¹。針對程序法的研究，多

⁷ 林山田（2003），〈性與刑法——以強制性交罪為例〉，《臺灣本土法學雜誌》，第3期，頁48。林東茂（2000），〈評刑法妨害性自主罪章之修正〉，《月旦法學雜誌》，第51期，頁78。

⁸ 如：趙若傑（2015），〈性/自主——重新思考妨害性自主罪的保護法益〉，國立政治大學法律學系研究所碩士論文；廖宜寧（2014），〈乘機性交猥褻罪的規範適用問題：以精神障礙者之性自主權利為中心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；林志鍵（2006），〈性自主？性桎梏？——我國刑法性自主犯罪之分析與批判〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁹ 見：許玉秀（2003），〈妨害性自主之強制、乘機與利用權勢——何謂性自主？——兼評臺北地院九一年度訴字第四六二號判決〉，《台灣本土法學雜誌》，第42期，頁37-53；李聖傑（2010），〈刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」之適用思考〉，《政大法學評論》，第115期，頁1-54；黃惠婷（2010），〈證明「違反意願」非強制性交罪之必要條件——簡評九九年度台上字第四八九四號判決與九九年刑事庭第七次會議決議〉，《台灣法學雜誌》，第161期，頁194-203；高金桂（2011），〈強制性交罪的強制力行使——高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析〉，《月旦法學雜誌》，第189期，頁251-262；蔡聖偉（2016），〈論強制性交罪違反意願之方法〉，《中研院法學期刊》，第18期，頁41-109。

¹⁰ 林山田，前揭註7，頁235；薛智仁（2000），〈強制性交罪（刑法第二二一條第一項）修正之研究〉，《刑事法雜誌》，第44卷第1期，頁98；徐偉群（2011），〈需要翻轉的不是法律，是法界的知識狀態——強制性交罪修法應該停止〉，頁3。；蔡聖偉（2016），〈臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範——現行法制的介紹以及未來修法的展望〉，《月旦刑事法評論》，第3期，頁5-23。

¹¹ 王曉丹（2014），〈性暴力法制的歷史交織——一個性別批判的觀點〉，《軍法專刊》，60卷2期，頁21-40；沈伯洋（2010），〈犯罪事件中女性主體的形塑〉，《犯罪與刑事司法研究》，第15

半為各論，如檢討性侵害被害人減少陳述作業流程的研究¹²、兒童性侵事件中兒童被害人供述的研究¹³、介紹美國法中關於性侵害證據法則之研究¹⁴，較為宏觀的是關於性侵害無罪率較高的原因分析與政策建議¹⁵等。

以上關於證據法則的研究中，關於美國的性侵害證據法則研究，集中於性侵害中的強暴迷思，而且關注的焦點在美國法及其審判實務之問題，對於我國的性侵害案件所使用之證據法則並未進一步驗證。

學說中亦曾有關於檢討我國性侵害犯罪案件的事實認定問題，文獻曾檢討被告無罪判決中常用於判斷有無性侵害的經驗法則，依照學者的整理，計有：

1. 被害人與被告平日的互動關係。
2. 以事發前情境推測事發當時被害人的意願。
3. 事發當時有無積極呼救、抗拒或逃跑。
4. 有無外傷顯示遭受強制力。
5. 被害人事後的情緒反應。
6. 被害人沒有在第一時間將事情予以揭露或報警、驗傷。
7. 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，尤其是是否盡力避免和被告接觸與離開現場及被告。
8. 其他與犯罪無關的因素促使被害人做出指控等八種類型的推斷方式¹⁶。

該研究確實揭示許多鮮少為人注意的面向，並且提出如果因為被害人並未馬

期，頁 117-173；甯應斌（2012），〈評女性主義在性侵修法爭議中的觀點〉，《月旦法學雜誌》，第 205 期，頁 263-273。

¹² 王燦槐（2005），〈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》，第一卷第一期，頁 111-136。

¹³ 見陳昱如、周榛嫻（2016），〈從兒童性侵害案件看兒童性同意權與證述能力〉，《刑事政策與犯罪研究論文集》，第 19 期，頁 201-226；吳維雅（2007），〈「你相不相信孩子」？——論兒童性侵害案件中之兒童證人及專家證人兼評台灣高等法院 92 年少連上訴字第 218 號刑事判決〉，《檢察新論》，第一期，頁 131-151。

¹⁴ 參閱陳又寧（2010），《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。

¹⁵ 林志潔、吳耀宗、金孟華、劉芳伶、王士帆等（2017），《性侵害案件無罪原因分析之研究——以強制性交案件為中心》，法務部委託研究報告。

¹⁶ 林志潔、金孟華（2012），〈「合理」的懷疑？——以女性主義法學觀點檢視性侵害審判之偏見〉，《政大法學評論》，第 127 期，頁 146。

上呼救、或者事後並未出現恐慌、逃避被告的反應，就認為被害人是虛假指訴、誣陷被告，乃是對性侵害被害人、加害人與加害行為等概念的錯誤認知，亦即強暴迷思所導致的錯誤事實認定。然而該研究著眼 2000 年 1 月 1 日至 2010 年 2 月 28 日之無罪判決進行分析，著重於批判這些建立在「性別刻板印象」而導致「無罪判決」的經驗法則。

此外，106 年由學者們完成的法務部委託研究計畫，因應性侵害犯罪的無罪率較高，而針對性侵害案件無罪的原因進行分析，發現主要的無罪原因，是因為「被害人、證人之供述前後或相互是否有不一致或矛盾」，因此將被害人的供述更完整且可信的呈現於審判中至為重要，為達成此目的，法律必須營造對被害人友善的環境。並且根據其分析，提出改善方式：新增性侵害犯罪防治法第 15 條之 2，規定專業人士加入訊問，以可信的司法訊問一次性的擷取被害人供述，並兼顧被告對質詰問權行使、加強被害人參與訴訟之權利、對被害人交互詰問程序的改善，包含在對質詰問時保障弱勢被害人、以及對於律師倫理規範的再建立等¹⁷。該研究固然提出了許多對於性侵害無罪判決原因的解釋，並且亦根據其發現提出對應，但僅關注無罪判決之結構，而對為數更多的有罪判決，其中的證據法則與事實認定之間的結構並未詳細檢視，我國亦相對缺乏該類型的研究，雖民國 107 年有碩士論文研究性侵害犯罪的有罪判決的證據結構問題，但其著眼點為針對被害人供述的超法規補強法則運用、以及驗傷診斷書與 PTSD 鑑定對審判的影響¹⁸，雖踏出重要的一步，本文認為仍不足以鳥瞰整體性侵害犯罪審判的全貌。

目前我國對性侵害犯罪的研究，對於歸納法院如何進行事實認定並進行判決，其中所產生的問題、建議實務未來應如何運用證據法則等，較無著墨，此外，從程序法的觀點來看，構成要件標準的選擇，究竟對於事實認定與心證形成的影響為何，討論多半一語帶過，或欠缺詳盡的現狀分析支撐。根據本文的猜測，可能是因為我

¹⁷ 林志潔、吳耀宗、金孟華、劉芳伶、王士帆等，前揭註 15，頁 158-175。

¹⁸ 張至柔（2018），《性侵害常見有罪認定證據構造之檢討——以被害人指述、驗傷診斷書與 PTSD 為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

國性侵害審判的案件類型過於分歧、事實複雜而整理困難；或者因為學界對於構成要件的實體法爭議興趣豐富，投入較多，因此導致對於從程序法角度觀察性侵害犯罪事實認定的研究空缺。應該要從事更為系統化而全面的檢視判決主要構造，並分析其間問題，始能初步構想改善的方法。

除了無罪的判決之外，有罪判決也應該有研究的必要性，除了其數量更為繁多之外，被告的權利保障也相當重要，如果有冤錯案件發生，更是對司法的運作與信用有相當的傷害。因此，我們必須掌握有罪判決中，真實存在的問題，才有可能針對這些問題加以解決，平衡保障被告與被害人的權利，並且維持司法的公正性。法官進行刑事訴訟程序，如證據能力禁止規定、以及嚴格證明程序的適用，現實上是不是足以使法官的自由心證運作受到足夠的程序擔保？抑或是在評價證據之證明力時，有何因素導致法官的認知有所偏誤？即便判決本身的結論可資贊同，其中程序的進行、乃至法官自由心證的運作也應該仔細檢視，若是以瑕疵的證據法則進行性侵害犯罪的審判，將導致誤判的危險居高不下。實情為何，必須研究性侵害犯罪之判決，才能以觀察之結果分析出我國的證據法則，在證據能力與證據調查方面、乃至證據評價方面，究竟有何問題，始能針對其結構，思考適當的解決方法。

關於構成要件的解釋路徑，除了其本身對法益保護的周全性以及刑罰範圍的適當性需要討論之外，和性侵害犯罪審判的事實認定程序的互動關係，是重要的問題，構成要件的解釋選擇，是否確實會影響證明的複雜程度以及法官心證的偏向，尤其令人好奇。強制手段必要說假設，採取意願模式，尤其是積極同意模式，將會使得性侵害的範圍極度擴張，並且仰賴被害人主觀而界線模糊，使得適切且正當的事實認定工作變得更加困難¹⁹。果真是如此嗎？是否存在另一種可能性：性侵害構成要件解釋策略，並不會導致事實認定的難度因而有所增減，僅是視角與評價的不同，導致著重的方向有異。另一方面，倡議我國性侵害犯罪應該採取積極同意標準作為判斷依據者，主張積極同意基準因為預設被害人並不同意性交，而不需要像違

¹⁹ 林東茂，前揭註7；林山田（2005），刑法各罪論（上），增訂五版，頁234-235，臺北：元照。

反意願基準下，使被害人負擔在訴訟中說明自己是例外符合不同意性交的情況，對於被害人保障更佳²⁰，以上假設，為本文所欲驗證及批判。

第二節 論文結構

證據法則的運用，即是在刑事審判程序中，對於法官以自由心證評價證據、為事實認定的一套框架。本論文從概括而言自由心證的前提要件，其運作方式以及刑事訴訟法等法律對自由心證的限制開始，接續整理審判中造成自由心證與事實認定產生瑕疵的一般性原因，再將文獻中提出性侵害犯罪審判中特別容易造成事實認定瑕疵的因素羅列，梳理目前我國在性侵害犯罪審判的證據法則運作可能有的問題，以及部分學說對問題來源的解釋，下一步，將以近年來實務如何進行性侵害犯罪之審判，逐一檢視現存於審判實務中的事實認定問題。以最高法院民國 101 年到 104 年公布之的「具參考價值判決」所明示的標準，觀察民國 105 年度及 106 年度的性侵害犯罪案件的最高法院判決與其原事實審判決（包含更審），判決理由中普遍存在的問題為何，印證文獻所提及的性侵害犯罪審判中證據法則的疑慮。檢驗的步驟，先從釐清案件事實前後概要，接著觀察法院在使用上開最高法院所揭示的標準，如何將證據用於推論證明構成要件事實存在，將審判中的問題統整，呈現其大體的樣貌，並區分成證據調查與證據能力層次、證據評價層次、心證形成層次之三階層結構，呈現在不同的程序進行階段的問題，以便針對各個階段檢討應該如何改進，才能使性侵害犯罪審判中的證據法則，適用於事實認定時能夠更為適當並有效；批判目前我國的性侵害審判的現況的同時，本文也想從程序法的觀點，檢視目前我國法院的事實認定的效率與妥適性，是否確實會受到使用不同構成要件解釋標準影響。

如果要適切的評論實務如何解釋適用性侵害的實體構成要件，除了掌握我國目前判決中適用構成要件的現況，參考外國立法例以及其實務運作情況，借鑒他國

²⁰ 李佳玟（2017），〈說是才算同意（Only Yes Means Yes）——增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議〉，《臺北大學法學論叢》，第 103 期，頁 72-73。

面對性侵害案件的難題時如何處理，對於反思我國的實務運作將有相當的幫助。近期有一些國家將其性侵害審判的法律做出修正，由原本較為關注強制力是否存在，轉向關心被害人的意願是否被違反，其中的代表便是德國，在 2016 年大規模修訂刑法時，德國將性侵害罪的構成要件大幅修改成為違反意願基準。也有一些國家更早轉向認定被害人的意願、進一步採取積極同意基準，例如加拿大。

由於德國屬於大陸法系國家的典型代表，且德國的刑事法向來是我國刑法主要的比較對象，除了立法草案外，學說和實務也經常以德國的規範為重要參考，且德國於 2016 年修法之前，對於性侵害罪的基本構成要件應該維持強制手段必要說、或者走向違反意願基準甚至是積極同意基準，已經有較為深入的研究與論爭，其中也包括構成要件基準對於程序進行的影響，因此參考德國法的討論，對於我國是否應該改採其他解釋路徑以解決事實認定難題，具有參考價值。

加拿大則是早期採取積極同意基準的代表，並且是由案例法持續的深化判斷同意是否存在的判斷標準，實務在積極同意基準下累積一定數量的判決，必然已經有適用該標準之後的程序問題，可供我國參考有關採用積極同意基準的實質利弊。

本文欲整理近年性侵害犯罪判決中所面臨的問題，並且參考文獻針對事實認定與自由心證的難題所提供的意見，例如證據構造論、證據相互影響論，以及對於證據應如何調查及評價的見解，與判決分析後發現的審判中問題進行對應，針對各階層的困境，提出本文認為較佳的改善策略。

第三節 名詞解釋與定位

證據法則，係本論文對於法官如何進行判決中事實認定的原則與具體方針的統稱，其中包含證據能力的規定，以及如何評價證據之證明力的框架，其範圍涵括了本文較常使用的名詞：事實認定與自由心證，於此一併解釋。

所謂事實認定，本文將之定位為：在刑事訴訟進入準備程序後，包含證據能力之認定、進入審判庭後證據之調查，包括檢辯雙方對證據之意見交流，以及法官對

這些證據所形成的評價，最後綜合這些對個別證據的評價形成心證的過程。而自由心證，就我國法而言，則是指法官在符合刑事訴訟法規定的前提下，能依照證據調查的結果與法庭辯論之意旨，自主判斷其證據價值，並合於經驗法則與論理法則地作出有罪或無罪判決。換言之，自由心證指的是法官對於所能掌握的合法證據資料，進行證據評價並達成合於經驗法則與論理法則的結論，而包括證據能力禁止規定、以及合法的調查程序規定，都是進行自由心證的前提要件²¹。

本文判決分析將區分證據能力階層、證據評價階層以及心證形成階層，觀察法院關於證據調查的問題，以及運用經驗法則與論理法則，形成有罪確信時所發生的偏誤或盲點，整理文獻提出的可能解決方案，試圖針對上開問題提出程序上的建議，以期改善我國之性侵害犯罪審判。

²¹ 林鈺雄（2013），《刑事訴訟法（上冊）》，頁 488-493，臺北：元照。

第二章 性侵害犯罪之事實認定困境

第一節 事實認定論與自由心證

刑事案件中，事實認定以及自由心證的運作，是整體判決得以形成、斷定被告有罪或無罪的關鍵因素。我國刑事訴訟法學者就刑事審判之事實認定，提出以下見解：

「犯罪之事實認定除須著重於真實之發現外，在某些程序上更應考量程序之要求，所涉及層面並非僅限單純的法律論，為求正確之事實認定，相關學術領域如：心理學、歷史學或社會學等方面之探討，亦為不可或缺。同時，事實認定之問題原本屬於相當實務之問題，且屬於實體法學和程序法學交錯之領域，任何領域的專家皆可能因為事實之認定過於實務與複雜而容易將此問題擱置不談。」²²

由此可見，事實認定本身複雜且涉及多種專業，單以法律專業不足以解決社會上千變萬化的問題。刑事案件之犯罪事實認定，現行刑事訴訟法，根據證據裁判主義，要求法院依法定程序以證據進行裁判，並且是使法官對證據之證明力本於確信自由判斷的前提，同時對於被告有無罪推定原則的保護規範²³。由此可知，我國關於事實認定中的證據評價以及認定有罪與否，交由法官自由心證。刑事訴訟法體系本有證據能力及調查規定作為自由心證的前提，以及其運作時應有的框架，對法官之心證形成進行指導並予以限制。我國刑事訴訟法於第 155 條第 1 項規定：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則與論理法則。」此為自

²² 黃朝義（1999），〈論證據與事實認定〉，《法學叢刊》，第 44 卷第 1 期，頁 105-106。

²³ 葉志飛（2003），〈刑事訴訟自由心證主義之研究〉，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 12。

由心證原則於我國刑事訴訟法明文採用的依據，也是少數直接指引事實認定方針的條文之一。然而，自由心證一詞，不僅社會一般大眾易生誤解，認為其意指「法官得隨心所欲判決被告有罪無罪」，許多法律學習者乃至法律專業人士亦對自由心證原則的內涵有所忽略。但身為解釋適用法律、並且可能對人民造成惡害的法律執業者，如果連試圖理解其他重要的專業、並且盡可能梳理出說服他人的事實認定方法也不願付出努力，徒以法官獨立審判、「我心如秤」，曲解自由心證之意涵，不但有礙認事用法的正確性，且將使法官之論證說服力更形薄弱，而招致司法判決的適正性及接受度降低。

所謂自由心證原則，伊始僅是相對於「法定證據原則」產生的概念，亦即法官不再因某個法定的證據存在即必須判決被告有罪，「自由」意味著並非被法律拘束於必須以某項證據作為定罪標準之意。自由心證原則被創造出來的核心價值存在於：對於各種證據基本上平等看待，不會有任何證據類型的法評價必然優先於其他證據，採用的證據具備何等證明力，在並未違法的前提下，由承審法官自由判斷。因此，必然會犧牲一定程度的法律安定性，畢竟審判的法官都是人，不同人即使面對相同證據，其形成事實認知的過程也會有所不同、甚至有大相逕庭的結果。也因此，法律制度對於自由心證原則必須要有許多的擔保措施，來確定法院所為的判斷是適當且符合程序、實體正義的。依照論者整理，應有依當事人主義所為之擔保、依嚴格證明所取得之擔保、依合議制審判所取得之擔保、依上訴審及非常救濟程序所為之擔保、依非職業法官參與審判之擔保、依鑑定制度所為之擔保、依爭執證據證明力所為之擔保、依有罪判決理由說明所為之擔保²⁴。

當事人進行主義，何以做為法官自由心證之擔保？法官在為證據評價時，應有一定的限制範圍，例如，論定被告有罪時，需要達到一定程度的確信，以英美法而言須達到：「毫無合理懷疑（超越合理懷疑）」（*beyond a reasonable doubt*），排除所

²⁴ 葉志飛，同上註，頁 113-166；林鈺雄（2001），〈自由心證：真的很「自由」嗎？〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 27 期，13-38 頁；石井一正（2010），《刑事事實認定入門》，第 2 版，頁 14，東京：判例タイムズ社。

有對被告有罪的合理懷疑，形成有罪心證之確信，且依照當事人進行主義或改良式當事人進行主義，原則上應由檢察官提出證明被告有罪之證據，以說服法院達到被告有罪確信之心證；否則法院應該認定控方並未提出足以證明被告有罪之證據，未能推翻被告之無罪推定，而判決被告無罪。如此一來，即可限制法院擅行糾問，由立場相異之當事人充分提出肯定與否定犯罪之證據，再由法官作為公正第三方評價之，達到控制自由心證適用範圍的效果。其他的擔保自由心證適當與正確性的方式，有從自由心證之客體確保，形同自由心證之前提，如嚴格證明程序，得以確保法院並未恣意採證、鑑定制度之建構，使當事人雙方得爭執證據之證明力，而非僅由法官獨自裁斷等²⁵；有從自由心證之主體（法官）監督為之，例如上訴制度和非常救濟制度，以多層次審級救濟作為監督、以及有罪判決之理由說明，使法官面臨外界檢視之壓力，約束自身的恣意心證形成等²⁶。論者強調，自由心證程序中限制的面向，如：證據資格（證據能力規定、嚴格證明程序）作為適用自由心證的前提；論理法則及經驗法則，作為自由心證的內在拘束；法律明定的證據法則，作為外在的界線；基於憲法所保障程序基本權的法理，推演而出的對於自由心證的限制，如緘默不利評價禁止原則，都是為了建構一套適當、且保障憲法所明訂權利的一套事實認定程序而設計²⁷。不過，即使有上述的限制與擔保，作為自由心證的前提，法院進行自由心證時，往往因為一些結構的因素，而無法為適當的事實認定，更何況，即使作為自由心證之前提或擔保的規定，例如規定證據能力以及排除證據之刑訴條文，以及如何進行調查證據之規定，實際上也並未完全落實，又因為前端的程序保障不足，導致法官對於證據的評價因此受到影響。因此，進行事實認定時，不僅要確保前提要件的證據能力以及證據調查程序的妥適性，同時亦應該建立一套可使法官遵循的評價證據之框架，始足以將我國刑事審判證據法則的體系進一步完善化。

²⁵ 葉志飛，前揭註 23，頁 132-139。

²⁶ 葉志飛，前揭註 23，頁 142-144。

²⁷ 林鈺雄，前揭註 24，頁 10-11。

第二節 自由心證失靈的可能原因

《不平等的審判》一書中，對於被害人或被告被標籤而可能有的偏頗認定，將會對審判有極為重大的影響，有深刻的描寫和舉例說明。關於以證人作為證據方法而產生瑕疵，尤其是被害人指認一事，確實是刑事司法制度下可預期的結果：因為人的記憶原本就有限制與缺陷。我們以為它像是錄影機以及它的錄像一般具完整的可重現性，因此預期正常人的記憶都是正確且前後一致的。但其實不然，它會相當程度地受到每個人的理解力和專注力的限制。當我們並未將某物品放置在我們視線的焦點時，常會不自覺的將該物的資訊忽略²⁸。刑事程序中的證人正是面對著這樣的挑戰：從事發時直至偵查階段，相關人事物的關聯性通常不清晰，因而證人不見得將注意力放在該資訊之上；如果事件的發生會引發強烈的情緒或者有強烈的衝擊，例如暴力犯罪，更可能會使人無法記清周遭的情況。記憶不是完整不變的，它們會經過修改或重新安排。如果我們接收到了某些新資訊，很可能會將它和自己所記得的部分融合在一起，甚至會記得自己不曾經歷過或看過的事物。這些不實的記憶，通常不是人們自己編造的，而是根據我們所預期或希望發生的事，有邏輯的發展成我們的記憶。記憶的形成過程中，很容易受到心理或身體壓力的影響；除此之外，其他人提供的新資訊和暗示（尤其是在指認過程中所為的暗示），不僅可能會助長原本證人的印象，甚至可能會製造假記憶，這一點，在小孩、老人以及總是迎合別人的人身上特別容易出現²⁹。

如果法官和其他事實認定者（如檢察官）並不知道記憶可能會被影響或降低正確度，就可能因為相信有足夠的確保機制，而輕忽地使用了錯誤的證人供述證據，導致不理想的審判結果。認知性晤談，被認為可以一定程度的解決這個問題，至少可以減少因為暗示或強烈要求的壓力下，扭曲其原本持有的記憶而取得有問題的

²⁸ 作者於書中引用 UCLA 的實驗：於 UCLA 的心理系館中，僅有 24% 的師生記得最近的滅火器於何處。但只要被提醒之後，幾乎所有人在相隔一段時間之後的詢問中都正確指出最近的滅火器位置。

²⁹ Adam Benforado (著)，堯嘉寧 (譯) (2016)，《不平等的審判》，頁 156-157，台北：臉譜出版社。

供述³⁰。當一個法律適用者知道證人的可信度會遭受如此多的考驗，應該考慮採取更多縝密的推論和調查，以做出合乎邏輯、較貼近真實的判斷。

再者，所謂「真實」真的是恆常不變、毫不動搖的嗎？我們以為的真實，很可能是被塑造的、甚至我們在觀察所謂真實的時候，已經形成一定的印象，忽略與心證不符的資訊，或者曲解它們。當我們碰到某些和我們立場或信念不同的人，會產生衝突感，為了維持我們自己的論點，通常選擇懷疑跟我們意見不同的人，而較少會採取重新評估證據或者質疑自己的客觀性的做法，也將盡力尋求維持自己本來立場的論據。雖然我們的判斷看似客觀中立，但其實不然，人們共有的背景和經驗，形塑出我們對何者才是客觀的真實的認定標準³¹。

另一方面，部分法院判決在接收被害人陳述的時候偏向相信被害人的供述提供的「故事」，初衷或許是要破除強暴迷思或者為被害人討回公道，但是若證據調查未盡或論理欠缺邏輯必然性，使被告陷入不利的地位，反有違反無罪推定原則之嫌，如前所述，性侵害犯罪的審判中，普遍欠缺得以直接推認構成要件該當證據，此種傾向更值得注意。直接證據與間接證據、輔助證據的堆疊，如何可以達到有罪確信的證明門檻，應該具備邏輯性的事實認定階層。學者批評：間接證據的整體考察法，可能只是為了遮掩個別證據被採用在審判中作為定罪依據的問題，導致機率命題的論證變成粗製濫造的結果。如果我們用間接證據的堆疊，並且以機率數據來累積，則只要有足夠多項的間接證據，勤奮拼湊之下就可以達到百分之百的證明力。然而，這種累進數據的堆疊真的是合理的邏輯推演方式嗎？重點仍在於證據鍊的鏈結之間的邏輯必然性或其他可能性中的窮盡排除³²。

雖然警察、檢察官、法官大部分都是在自己的崗位上兢兢業業，試圖完成法律交代給他們的任務，然而因為一些心理及認知上的因素，導致立意善良之人所為之

³⁰ Adam Benforado (著)，堯嘉寧(譯)，同上註，頁 163。

³¹ Adam Benforado (著)，堯嘉寧(譯)，前揭註 29，頁 125

³² 陳志龍(2009)，〈超越合理懷疑與證據證明〉，《臺北大學法學論叢》，第 69 期，頁 203-206。

事不見得良善。可能的原因來自所謂的「認知偏誤」³³，比如說人們傾向認知自己所為都是正確的，一旦形成這樣的認知，就會不斷尋找資訊、證據支持自己的意見。要解決認知偏誤，必須要確實知悉偏誤出現的癥結在何處，並且試圖以外部監督與內在約束來減少偏誤，可能需要透明化整個程序過程，結構性地使審判者與其他參與程序者互相監督，以及促使法官自我反思心證如何形成³⁴。

第三節 性侵害案件特殊的事實認定瑕疵原因

性侵害案件中，有別於其他刑事案件，具有其特殊的事實認定問題。首先，關於事實認定者——法院自身的問題，現實中性侵害案件從 100 年到 104 年判決平均定罪率雖然較其他種類案件偏低，仍然有接近百分之九十之譜³⁵。法官可能會在無意之間信賴檢察官之起訴內容而導致誤判、或因為存在「反正有上訴審可供救濟」的心理而輕忽、或者就某些案情有刻板而定型化的認定，忽略個案的特性、過度評價自白和供述的重要性、因為出現突破性的證據過度評價其可信性，以致扭曲其他證據應有的評價、甚至有可能對於無法以證據驗證之事實，和其他部分可被證明之事實全數予以包括認定，一部可證明則全部可信賴，此種認定方式似乎無法達成對被告有罪合理確信之心證，以上這些問題均應慎重處理。法官對被害人和加害人的刻板想像，很可能屬於強暴迷思，使法官的思考路徑變成慣性，欠缺系統化且注意細節的縝密思考。強暴迷思，美國學者將其定義為：一種對於性侵害、性侵被害人以及性侵加害人的預設的刻板印象或錯誤觀念³⁶。或有解釋成是一種錯誤、但卻廣

³³ 關於認知偏誤之介紹，國內文獻可參考：金孟華（2018），〈證據相互影響論——以刑事證據法為中心〉，《中研院法學期刊》，第 23 期，頁 171-218。文中對於認知的確認偏誤、光暈效應等，受到某些先行資訊影響而導致資訊接受人內在心理評價的偏移有詳盡論述，並引用許多外國心理實驗作為根據。

³⁴ Brandon L. Garrett（著），張芷盈、何承恩（譯）（2014），《路人變被告：「走鐘」的刑事司法程序》，頁 457-468，臺北：新學林出版。

³⁵ 林志潔、吳耀宗、金孟華、劉芳伶、王士帆等，前揭註 15，頁 18-20。

³⁶ Martha R. Burt, *Cultural Myths and Supports for Rape*, 36 JPSP 217,217 (1980).

泛且恆久的被人接受、並用於否認或者正當化男性對女性的攻擊行為的態度或觀念³⁷。在美國之研究中，得出美國社會中廣為人接受的強暴迷思包括：被害人需為被強暴負責、強暴案僅發生在某些類型的女性（黑人、印地安人）身上（而不認為周邊的朋友會被性侵、或小男孩會被性侵）、強暴案是（被害人的）操弄手段、對（被害人）聲稱強暴的不信任（因為一個健康的女人只要真的想，必然可以抵抗強暴）³⁸；另有該國學者於研究中指出強暴迷思的幾個要素：被害人自找的、被害人想要、被害人撒謊、不是真的強暴（沒有真的抗拒）、加害人不是有意的（無法控制性衝動）、強暴是偏差事件³⁹。帶著許多對女性的不信任和敵視，自然也就不會尊重個人性自主，如果在審判中或偵查中，事實認定者持這些強暴迷思的論點應用於認事用法之中，將侵蝕對整體性自主的保護與性侵害防治。文獻提及法院於認定被告無罪的判決中，也有不少經驗法則運用帶有性別刻板印象，如以被害人事後並未逃避和被告見面、或者事發時並無積極呼救、抗拒或逃跑等，致使被告無罪的判決結論具有疑慮。

國內曾有學者針對大學男女是否認同強暴迷思做實證研究，發現即便是就讀大學男性，仍然持有顯著較高於大學女性比例的性別刻板印象和強暴迷思，反映出在大學之前、甚至在大學內，性別平等教育的成效仍有待加強、社會對性別平權的認知仍嫌薄弱，尤其是在對加害者的迷思的認同度尤其高⁴⁰，這或許也是臺灣仍存在相當多的熟識者性侵的原因，男性雖然不認同受害者自作自受等對受害者的強暴迷思，但對加害人並不具人格的特殊性，人人都可能成為加害人的假設較為排斥，或許是因為男性想排除這種自身可能為性侵加害者的可能性。在對於受害者迷思方面，也許可以將該實證研究做為我國強暴迷思的情況較諸外國較為輕微的依據，然而該研究的研究對象是大學生，年齡層和實際從事偵查、審判工作的法官、檢察

³⁷ Diana L. Payne, Kimberly A. Lonsway & Louise F. Fitzgerald, *Rape Myth Acceptance: Exploration of Its Structure and Its Measurement Using the Illinois Rape Myth Acceptance Scale*, 33(1) JRP, 27,29(1999).

³⁸ Martha R. Burt, *supra* note 36, at 223.

³⁹ Diana L. Payne, Kimberly A. Lonsway & Louise F. Fitzgerald, *supra* note 37, at 51, 59.

⁴⁰ 黃軍義（2013），〈強暴迷思的認同與延伸〉，《應用心理研究》，第 58 期，頁 83。

官的平均年齡相差不少，成長的時空背景與受教育的內容可能也大不相同⁴¹，再者，研究顯示加害者迷思仍然普遍存在於男性的意識形態中，因此以該研究結果，認為審判者已經逐漸脫離早年的性別刻板印象，尚嫌速斷。

值得注意，近年在學界及實務界，對於性侵害後被害人患有創傷後壓力症候群的討論與適用越來越多，似乎逐漸呈現一個輪廓：被害人如果患有創傷後壓力症候群，則極有可能他確實受到了嚴重的性侵害才產生這樣的傷害，因此其指訴可信。似乎也是早期較少見的對被害人的特質的一種刻板的歸類。

兒童與少年受性侵害的案件，除了刻板印象之外，基於兒少的保護需求，以及兒童的心智發展未成熟，一般的調查方式並不足以妥善的解決案件。兒童或少年為被害人的性侵害犯罪，於我國的性侵害犯罪案件超過半數。根據行政院性別平等會調查資料顯示，我國 105 年度性侵害案件通報被害人年齡比例，12-18 歲之被害人佔所有比例中的 54.5% (4437 / 8141)，6-12 歲者佔 7% (592 / 8141)，6 歲以下者佔 2% (185 / 8141)，在所有的被害者總數中，未成年人的比例佔了過半的百分之六十三點五，為最主要的受害族群，其中未滿十二歲者也佔了總數中將近百分之十的比例。幼童為性侵被害人的案件是偵查者與審判者普遍認為性侵害犯罪中最困難的案件，主要的問題來自對幼小被害人的訊問。諸如被害人對於性自主之理解不足以致回答出現困難、被害人家長或社工等周邊人士影響被害人供述甚至代為回答、偵訊者利用輔具娃娃或其他詢問技巧時，為了取得具體供述，為誘導式詢問等等，往往導致被害人供述前後不一、邏輯矛盾，但是依一般人所謂「常識」，兒童是不會隱藏自我、最真實的群體，對其供述的真實性，一般而言都會被接受甚至深信不疑。如此一來，究竟如何取捨證據，何時應適用有疑惟利被告原則，正是法院認定事實備感困擾之處。面對兒童被害人，司法程序中的訊問者因欠缺相關專業，即便知悉兒童容易受誘導，仍難以避免詢問者將想得到之答案暗示予被害人，使被

⁴¹ 西元 1996 年時，行政院教育改革審議委員始將「兩性」平等教育的概念納入新課綱中。見 <http://teach.eje.edu.tw/9CC/discuss/discuss4.php> (最後瀏覽日：08/21/2018) 較早接受教育者，可能較無法從正規教育中普遍接觸性別平等概念之影響。

害人供述，不過法院稱此為「記憶誘導」，有時仍然認定如此取得的證據，具備證據能力⁴²。實務上為了改善被害人供述品質，開發出偵查輔助娃娃提供偵訊者使用。美國於 1990 年代開始普及，我國則於 2012 年內政部公開發表具有男女性別及性器官的偵查輔助娃娃作為工具，輔助兒童證人提供證言，以順利取得被害人有品質的供述。不過學說上提出，對 5 歲以下孩童使用偵查輔助娃娃，其受暗示或產生錯誤或不正確連結的可能極高，且兒童特別容易受到暗示性語言植入記憶而影響其認知，甚至高度反映出詢問他的成人所預設的想法⁴³。已經設定目標後，再向孩童詢問，先入為主的印象影響，往往會導致謬誤的事實認定，而產生冤罪⁴⁴。外國及本土文獻均指出，兒童證人，受暗示的影響較高、記憶容易遭到扭曲、因為詢問人的話語而導致兒童證人的證言被嚴重干擾⁴⁵。

另外，民國 101 年內政部家庭暴力及性侵害防治委員會委託台灣警察學術研究學會研究，出具之實證研究報告《性侵害問題之調查研究》，針對檢察官與法官

⁴² 最高法院 106 年度台上字第 1191 號刑事判決，內容節錄：「檢察官或檢察事務官、司法警察官、司法警察對於證人之訊問或詢問，除禁止以不正方法取供以擔保其陳述之任意性外，對於其訊問（詢問）之方式，刑事訴訟法並未明文加以限制。因此，訊問（詢問）者以其所希望之回答，暗示證人之誘導訊問（詢問）方式，是否法之所許，端視其誘導訊問（詢問）之暗示，是否足以影響證人陳述之情形而異。如其訊問（詢問）內容，有暗示證人使為故意異其記憶之陳述，乃屬虛偽誘導；或有因其暗示，足使證人發生錯覺之危險，致為異其記憶之陳述，則為錯覺誘導，為保持程序之公正及證據之真實性，固均非法之所許。然如其之暗示，僅止於引起證人之記憶，進而為事實之陳述，係屬記憶誘導，參照刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項第 3 款規定於行主詰問階段，關於證人記憶不清之事項，為喚起其記憶所必要者，得為誘導詰問之相同法理，則無禁止之必要，應予容許。又兒童性侵害偵訊輔助娃娃係被複製成人體各部位器官之柔軟布娃娃，司法調查或偵、審機關人員使用此偵訊輔助娃娃作為輔助被害兒童陳述之工具，在於利用此類無生命之道具，藉由適當之線索與問題，俾改善年幼之被害者（尤其是二歲半至五歲半之幼童或智能有缺陷之兒童）對於所遭遇之性侵害事件描述或表達能力之不足，並緩和其驚窘之情緒，使被害兒童得以回想或重演過往事情之經過，經由簡單之口語對話或非口語之方式而為意思之表達。旨在引起被害兒童之記憶，進而為事實之陳述，在類型上屬於記憶誘導，依上開說明，尚非法所不許。」

⁴³ 陳慧女（2014），〈偵訊輔助娃娃在兒童性侵害案件的使用〉，《全國律師》，第 18 卷第 12 期，頁 53、55；Elizabeth Loftus & Katherine Ketcham（著），林淑貞（譯），（1999），《辯方證人》，頁 201-203，臺北：商周。

⁴⁴ Thomas Darnstädt（著），鄭惠芬（譯），《法官的被害人：德國冤案事件簿》，頁 168-171，新北：衛城。

⁴⁵ 有關兒童證言問題之外國文獻，參見：

Irwin A. Horowitz., Thomas E. Willging. & Kenneth S. Bordens, *The psychology of law: Integrations and applications* (2nd ed) . NY: Longman(1998).

外國文獻翻譯，前揭註 44，《法官的被害人》、前揭註《不平等的審判》、前揭註 43，《辯方證人》；國內文獻如：吳維雅，前揭註 13；陳昱如、周榛嫻，前揭註 13。

之質性訪談、亦從被害人角度來觀察法官、檢察官於程序處理中的作為與不作為。訪談的內容雖然只是個別執法者或人民之經歷或看法，但在某程度上亦足以反映現實面的執業盲點及困境。法律執業者於訪談中提及，被害人常常會被其他因素，例如社工或家長所鼓動或促進而做出供述，會使法律執業者懷疑被害人供述可信度，由訪談內容看來，法官及檢察官多半認為性侵害的審判異常困難，並且在困難案件時，會將被害人的痛苦情緒表達，做為具有一定份量的的心證憑據⁴⁶。在該報告中，受訪法官也表示在其執業經驗中，關鍵的專家鑑定可能會直接翻轉對被告有罪無罪的認定⁴⁷。雖然訪談對象並非全體檢察官及法官，但可以看到，在面對被害人聲淚俱下、痛苦不已的指控，更容易引發檢察官及法官的同情心以及發揚正義的意識。該研究報告中，檢察官在訪談中說明其認為在報案中有許多是假性的性侵害，可能係誣告，甚至對該情況有 5 至 6 成的預設⁴⁸。

除此之外，也有論者以社會學、女性主義的角度批評，性侵害審判程序在現今社會脈絡下，依然有一部分集中於凝視「被害人的性別展演是不是符合主流性別價值而值得保護」，並且往往是來自男性的視角、欠缺女性經驗於其中⁴⁹，凡是不符合「理想被害人」的情節，都可能成為不成立強暴的原因之一⁵⁰。在某些情境下，被害人必須通過警詢、偵查庭、準備程序甚至審判中的交互詰問等刑事追訴程序，對其人格、生活歷史的層層檢驗，而後法院始足以判斷被告是否確實有違反意願遂行性交。

法院所持經驗法則，將影響其論理。如果法官欠缺性別意識，忽略自身具備的強暴迷思，而未注意警察、檢察官甚至法官自身詢問取供時的立場預設與暗示、未建立判斷供述證據的法則，則警察、檢察官或法院於程序中再度傷害被害人的可能

⁴⁶ 范國勇、謝靜琪、陳建宏、周偉傑（2012），〈性侵害問題之研究調查〉，內政部家庭暴力與性侵害防治委員會委託研究報告，頁 132。

⁴⁷ 范國勇等，同上註，頁 134。

⁴⁸ 范國勇等，前揭註 46，頁 128。

⁴⁹ 王曉丹（2010），〈聆聽「失語」的被害人——從女性主義法學的角度看熟識者強暴司法審判中的性道德〉，《臺灣社會研究》，第 80 期，頁 181-182。

⁵⁰ 同上註，頁 191。

性仍然會居高不下，被告的辯護人也將盡力將審判的詰問導向攻擊被害人一方，再者，錯誤的經驗法則，會使性別刻板印象和傷害藉由法庭活動，重複擴散到社會，使有類似經驗的女性卻步，而不願將自身受害情形求助於刑事追訴機關與司法機關。學者更以實證研究呈現被害人在程序中可能遭受的傷害與不平等，如「半推半就」的性文化想像、理想被害人形象的塑造、「強暴／浪漫」之間的模糊以及曖昧性等，均會造成被害人在偵查、審判中遭受不友善或不平等的待遇⁵¹。曾有實務家根據其審判經驗及觀察認為：

「約會強暴或熟識者強暴占有所有性侵害案件之百分之六十至百分之七十，兩者之關係以熟識之朋友（含男女朋友）、同學、同事、家人（含父母親）居多。由於加害人與被害人間存在某種形式的社會關係，過程中加害人通常將被害人的抗議或反對解釋為不確定意志的鼓勵(subtle encouragement)，或者自我欺騙地認為，被害人說『NO』其實是說『YES』，且一般社會大眾也容易誤解其等之關係或僅注意到其等存在的社會正常關係，因此一旦上述之人之間發生約會強暴或熟識者強暴事件，許多人均難以置信，被害人在此等案件中亦容易受到誤解。」⁵²

犯罪嫌疑人，往往會主張雙方性行為出於合意，甚至可以敘說出一整段「兩情相悅」的交往與性行為發生的過程。當告訴人（被害人）的指訴欠缺其他有力證據時，司法人員於這類案件必須根據有限的證據認定事實，到底是性侵害，還是仙人跳，或者根本是情投意合，但報案原因另有隱情。在具體情況中，各個事實認定的參與者的意見常南轅北轍，因為立場不同，對於同一個外在行為，有不一樣的解釋和規範評價⁵³。所謂的供述一致性、合理性，有女性主義法學者認為，我國在性犯

⁵¹ 王曉丹，前揭註 49，頁 184-197。

⁵² 蘇素娥（2006），〈審判約會強暴及熟識者強暴〉，《全國律師》，第 10 卷第 5 期，頁 35。

⁵³ 王曉丹，前揭註 49，頁 164。

罪的審判上，所謂的供述內容的一致性、合理性，猶多半係以男性經驗或男性中心為主的經驗法則認定⁵⁴。

由於性侵害犯罪常發生於除了被害人與加害人之外別無他人之場合，性行為亦多半具備相當之隱密性，物證經常欠缺，對於被害人供述及加害人供述的倚賴程度相較於其他犯罪類型更高，上述可能出現的性別刻板印象、或因被害人特質引發審判心理上出現偏誤，將可能在性侵害犯罪的審判中更形凸顯。除此之外，新的刻板印象包裹著科學證據的糖衣進入審判庭、兒童等脆弱被害人的供述證據調查困難等因素，均屬於性侵害犯罪特別容易出現事實認定瑕疵的因素。

更有學說指出，性侵害犯罪案件特別複雜與困難，原因可能來自於放棄了強制手段必要性。採取意願模式而非堅持強制手段的存在，將會使得構成要件該當性之檢討繫於被害人的主觀，標準將浮動而導致事實認定的困難度提高，也會混亂原本的妨害性自主條文架構，放寬強制性交罪構成要件解釋的結果將使案件數量及調查的複雜程度飆升，使實務無法應對。除此之外，針對違反意願基準以及積極同意基準的選擇，也有學說認為，因為保護界線的設計，就保護被害人而言，積極同意基準較為優越。本文想要從程序的觀點，自我國判決的現實案件審判狀況的觀察與分析，綜合比較法之經驗，驗證以上學說見解。

第四節 性侵害犯罪構成要件是否為造成事實認定困難原因？

我國刑法第 221 條文字「其他違反其意願之方法」之解釋，學說主要可以區分為三種論述方式，分別為強制手段必要說、違反意願基準說、積極同意基準說。這些學說爭議，有關證據法則與事實認定者，集中在兩個假說：其一，強制手段必要說認為只要是以意願為主要判斷標準者，將會造成法院必須判斷被害人的內在主觀意願，證明困難並且浮動性太大，不利事實認定；其二，積極同意基準說認為，違反意願基準的解釋，因為預設人們對於性交為同意的態度，例外表示不同意時，

⁵⁴ 王曉丹，前揭註 49，頁 167、180-181。

對方才構成性侵害，將使被害人在法庭負擔說明自己符合被違反意願性交的例外，是一種加重責任⁵⁵。

關於第一個問題，詳細而言必須要驗證：是否必須要求強制要素存在，始可以加強法院進行加害人所從事的行為細節的調查，而非集中於難以捉摸的被害人主觀意願⁵⁶？支持強制手段必要說者認為，目前刑法總則規定未明文訂定處罰過失，即屬不罰，適用意願（違反意願或積極同意）基準，等於將所有的性濫用納入強制性交之範疇內，將使得過失妨害性自主也被納入強制性交罪⁵⁷的範疇，如此一來，恐違反罪刑法定原則。強制手段必要說的倡議學者雖各自對強制手段內涵的解釋各自不同，有主張仍應跟隨強暴、脅迫、恐嚇等前導例示概念⁵⁸、也有主張足以優越支配被害人的低度強制手段即可⁵⁹、甚至有認為是利用既有的強制狀態⁶⁰，不過均同樣強調必須堅守強制手段與侵害性自主結果，以及兩者間的目的手段關聯性作為妨害性自主罪的界線⁶¹，始不違反法治國原則中的法明確性原則，且足以避免過於複雜的事實認定難題、也不會過度擴張刑罰。相反，意願模式支持者則反駁：

⁵⁵ 李佳玟，前揭註 20，頁 111。

⁵⁶ 主張維持強制手段要件者，認為本罪的構成要件行為，應以類似於該條文列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等強制方法為必要，否則將會失去妨害自由的本質、並且有架空乘機性交罪、利用權勢性交罪的可能，使妨害性自主罪章的原始立法結構崩解，為了符合強制性交罪的立法意旨以及體系編排，應該要將行為人的行為限縮於上開例示的類似強制手段範圍內。除了體系融貫的理由之外，支持維持強制手段作為要件的學者亦認為若無須強制性手段，可能會因為以被害人主觀的「違反意願」證言，無客觀證據之下，難以確認是否成立強制性交罪。持此論調者，包含：甘添貴（2015），《刑法各論（下）》，修訂四版，頁 237；陳子平（2017），《刑法各論（上）》，第三版，頁 208-209。

⁵⁷ 由於係引用強制手段必要說的論述，因此將性侵害之基本罪名稱為強制性交罪。

⁵⁸ 黃榮堅（2011），〈2010 刑事法回顧—慾望年代，慾望刑法？〉，《臺大法學論叢》，第 40 卷特刊，頁 1795-1842。也有認為應該重新檢討我國法條關於性侵害強制手段程度的要求，見：高金桂（2011），〈強制性交罪的強制力行使——高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析〉，《月旦法學雜誌》，第 189 期，頁 259-260。

⁵⁹ 李聖傑（2004），〈妨害性自主：第三講-類型闡述〉，《月旦法學教室》，23 期，頁 104；王皇玉（2013），〈強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，42 卷 2 期，頁 398 以下、頁 424。

⁶⁰ 蔡聖偉（2016），〈論強制性交罪違反意願之方法〉，《中研院法學期刊》，第 18 期，頁 65-90；蔡聖偉（2018），〈最高法院關於性強制罪違反意願要素的解釋趨向〉，《月旦法學雜誌》，第 276 期，頁 18。

⁶¹ 林山田（2005），刑法各罪論（上），增訂五版，頁 226，臺北：元照；盧映潔（2017），《刑法分則新論》，第十二版，頁 371-372，臺北：新學林；甘添貴（2000）〈強制性交罪之評析與適用〉，收於：《刑事思潮之奔騰—韓忠謨教授紀念論文集》，頁 332；薛智仁（2000），〈強制性交罪（刑法第二二一條第一項）修正之研究〉，《刑事法雜誌》，第 44 卷第 1 期，頁 98。

因為強暴、脅迫等行為未必會留下跡證，必須倚靠當事人相互衝突的供述來判斷是否存在該行為，所以採取或不採取強制模式，都不會對證明的困難度有明顯的差異。因此，觀察判決中特別對其他違反意願之方法此一構成要件有所論述的判決，其實認定有無跟著有顯著改變，乃本文所欲驗證。

第二個問題，因為主張積極同意基準說的學者，提到積極同意基準對於被害人的保障，較違反意願基準更為周全，違反意願基準，因為原則預設人對於性交的態度為同意，其例外是一方表示拒絕時，他方仍執意為之，會構成性侵害，如此將會為被害人帶來不必要的負擔，比如開口拒絕後才構成性侵害的負擔、訴訟中要證明自己符合例外規定的負擔等⁶²。本文想從程序面來觀察，究竟採取較為偏向積極同意的基準，對於被害人的程序地位等保障是否確實有較為改善？此外，我國畢竟並未明文採取積極同意基準，因此更需要借重比較法的經驗作為佐證。

第五節 小結

我國刑事訴訟法，就事實認定的證據法則，雖然已經有關於證據能力規定、以及交互詰問等證據調查程序，作為法官自由心證的前提擔保，而且就自由心證本身亦有論理法則、經驗法則之框架，以及自白補強法則的要求等規定，限制法官自由心證的範圍。但是仍然有法官容易忽略證據之間的互相影響、或忽視證據與犯罪事實之間的結構，而產生認知偏誤，造成自由心證失靈的普遍現象；而在性侵害犯罪中，對於特定脆弱被害人的保護需求、以及強暴迷思滲入刑事程序等現象，更容易造成上述的認知偏誤影響法院判決結果。此外，學說有討論強制手段必要說是否較能解決性侵害犯罪的事實認定困難、以及違反意願模式在程序上是否給予被害人較多的負擔等，本文欲藉由以下的判決分析，釐清真正的問題所在，並且嘗試提出解決的方法。

⁶² 李佳玟，前揭註 20，頁 73。

第三章 性侵害相關判決事實認定分析

我國法院判斷被告有無違反被害人意願而為性交時，證據法則運用的情形，也就是我國事實認定實際運作的整體狀況，必須先行釐清，鳥瞰其整體，始能觀察我國判決之事實認定的問題何在，以及反思構成要件標準與程序進行的關聯性。

首先，本文將從最高法院所選出的具參考價值判決出發，以其所建立的抽象標準為著眼點，觀察民國 105 年、106 年的最高法院判決及其事實審判決，以及部份早於此段時間宣判，但近年有較多引用數的最高法院判決，如何運用證據法則認定事實，呈現其自由心證。試圖從中觀察法院就性侵害犯罪審判中，認定事實的標準形成與演變，與最高法院於具參考價值判決中提及的標準的關係，於其後再提出對於這些認定事實方式的批判與建議。因此本文擬先提出最高法院針對事實認定的現行標準，接著分析近年性侵害犯罪判決呈現實務近況，從起訴事實羅列開始，接著找出該事實審法院判決所依憑的主要核心證據，並且觀察其如何針對這些證據進行論述，對辯方的質疑、或者上級法院的發回理由，事實審法院如何回應，檢視目前法院對性侵害犯罪的認定樣貌，從中攫取常見的事實認定難題。本章節擬將先行整理判決，分析評論則留待第四章一併為之。

第一節 我國實務事實認定標準

近年最高法院選出重要判決，作為各級法院認事用法的參考，依層次區分為證據調查與證據能力層次、證據評價層次以及最後的判決心證形成。

證據調查與證據能力層次，最高法院針對非被害人及被告的證人，說明了應如何將之採為證據之基礎⁶³，明示為了佐證被害人證詞之有效性或憑信性，社工或心

⁶³ 最高法院 101 年度台上字第 3903 號刑事判決要旨摘錄：「刑事訴訟法第一百六十條規定「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據」，其所謂不得作為證據者，應僅限於單純之意見及推測，倘證人之意見或推測事項，係基於一定具體之實際經驗事實，而具備合理性之事物者，即非所謂之意見，而仍應認其具有一般之證據能力。原判決就社工員李○○在原審更審中對其介入陪同、輔導 A 童經過之證述，因係李○○本其親身見聞之直接觀察及每年約受理

理輔導人員就其親身經歷對被害人之觀察或者對通案背景的專業意見，可為鑑定證人或鑑定人，其供述因而可以被納入審判作為補強被害人供述之證據；反之，僅僅轉述和被害人對話所聽到的被害人經驗，則屬於傳聞，不得做為證據。最高法院在判斷被害人的供述證據是否具有憑信性，可藉由被害人的周邊人士之供述，然而必須注意是否是證人對被害人的親身觀察、或者是社工或輔導人員之專業意見，始能作為被害人供述之補強證據。並且，最高法院明白指出創傷後壓力症候群之鑑定以及測謊鑑定，可用於判斷被害人指訴的可信性以及被告抗辯的可信性。

關於證據評價，最高法院指出案件欠缺關鍵性的客觀證據時，應該進行哪些間接證據的調查，推論案發當時的情形。應該特別注意雙方的熟識程度、社經地位、平時的互動模式、性交的動機為何、被告所採手段的合理性（包含中途變卦卻欲罷不能、撕衣、咬傷、痛毆、相關照片顯示之表情）、事發當下被害人有無求救、事發後被害人有無及時報案、報案動機、雙方的關係變化、並得調查被害人案發後是否罹患創傷後壓力症候群、雙方對測謊的態度以及測謊結果、辯方策略有無隨證據揭示而逐步承認或堅守一定底線、和解做成的目的與過程等，始足以綜合判斷。最高法院特別指出，被害人之指訴，目的係欲使被告遭受追訴、處罰，因此憑信性較毫無關係的一般證人低，自應詳細調查，若與卷內其他證據資料相齟齬，不得輕易採信⁶⁴。

在證據評價後，心證形成階段，最高法院闡釋罪疑惟輕原則之法理與個案之具體適用，如果判決從未具體查明：被害人所言的「被告之性侵害行為」具體動作為何、且並未說明證人證稱被害人向證人哭訴，其遭被告強迫簽寫借據，和指稱遭被告以強暴方法性交未遂之間有何關聯性，即屬「判決理由不備」之違法⁶⁵。並且，被害人的供述因為目的在於使被告受刑事追訴與懲罰，可信度受到一定程度的削

四十至五十件個案之實際經驗等為基礎，所為A童指述遭上訴人強制猥褻應係真實之證言，既係基於合理體驗之事實所形成，即非單純私見或臆測，而認具證據能力，並以之作為A童指述遭上訴人強制猥褻之補強證據，按之前揭規定，即無不合。」

⁶⁴ 最高法院 104 年度台上字第 1066 號刑事判決要旨。

⁶⁵ 最高法院 101 年度台上字第 2696 號刑事判決。

弱，必須要具備非被害人供述證據之補強證據存在，始能以被害人之供述作為被告有罪之根據⁶⁶。

了解目前我國最高法院對性侵害案件認定事實的程序所發表的見解與標準之後，本文接下來將分析最高法院 105 年及 106 年的性侵害犯罪判決，並呈現目前我國性侵害犯罪案件審判的現狀與問題。由於我國法院的刑事案由仍然將性侵害犯罪稱為強制性交罪，於法源法學資料庫搜尋時以「強制性交」為關鍵字、並擴及乘機性交、與幼童或少年性交等罪名，輔以其原審各級法院之判決，以及在該等判決中曾經引用的更早期判決、分析近年判決中的事實認定判決及法律審判決（若其事實審判決不公開，則僅從法律審判決觀察），共計 285 個案件（法律審與事實審判決加總，近 600 個判決），檢視實務在 103 年（105 年上訴至最高法院者，有部分案件原審繫屬日在 103 年）左右到 106 年，性侵害犯罪審判中，法官適用證據法則，認事用法的判斷要素與方向。

第二節 我國實務判決事實認定問題

在探討判決整體的認定事實的問題前，應將我國之判決實務，具體上如何將最高法院所言因素用於審判中。為了便於整理，以判決中較為凸顯的問題作為分類標準，區分成證據調查與證據能力層次、證據評價層次、以及最後的心證形成層次。

第一項 證據調查與證據能力判斷階段

第一款 兒童或少年為被害人

第一目 使用偵查輔助娃娃

最高法院 106 年度台上字 1191 號判決撤銷原二審無罪判決，發回更審，最

⁶⁶ 前揭註 64 之判決要旨。

終判決被告有罪。檢方起訴事實主要為：被害人指訴被告（被害人母親同居人的友人，被害人稱之為「乾爹」），於其住處，徒手壓制被害人強使其吸吮被告之生殖器。被害人於接受詢問時尚不滿五歲。法院主要認定被告有罪依據，係被害人之供述與其母親就案發後與被告、被害人互動情形的供述證據。檢察官詢問被害人時，以言語描述被告和被害人口交一事，並且使用偵訊輔具娃娃探知是否該事件為真，被害人於使用娃娃時表現出的雙方互動為擊打代表被告之娃娃，辯護人質疑：按照偵查之筆錄，被害人供述中**除了被檢察官暗示的部分外，並無獨立表述性行為之發生**。最高法院認為此屬記憶之誘導，檢察官詢問時為之，係為喚醒被害人之記憶，並不違法而有證據能力。法院判決援引被害人母親質問被告時，被告「支支吾吾」，作為補強被害人供述之用，對於被害人之供述和其母對於案發情境和時間的齟齬，認為是細節，無礙指訴。

最高法院 105 年度台上字第 2188 號刑事判決，起訴主要事實為被告將左手或右手伸入被害人之性器官、並有觸摸其性器官之猥褻行為。被害人案發時六歲，被告為其堂哥。法院主要依據之證據為被害人供述、被告承認曾有碰觸過被害人的供述，以及作為補強的被害人母親針對被害人反應的言詞、被害人母親與被告父親的通訊軟體對話等證據。辯護人主張：被害人於警察使用偵查輔助娃娃時，其供述無法辨識是「伸進衣物」或「伸入陰道」，可見被害人根本無法具體指訴案情；被告之右手掌因為車禍而神經線斷裂、完全失去功能，但被害人於警詢時先陳稱上訴人「用沒壞的那隻手摸我」，檢察官詢問時又稱上訴人「用右手摸我」，顯受誤導或知覺、記憶錯誤。不過，最高法院判決主要依憑被告於原審已有部分認罪之供述（撥開內褲而為猥褻行為），且被害人與被害人母親並無構陷之嫌、被害人之母親和被告之父的通訊軟體對質之對話等周邊間接證據資料，並解釋被害人因年幼難分左右，但始終稱被告是以沒有受傷的手觸摸自己的性器官，而肯定被害人指訴的可信性，判決被告有罪。

最高法院 105 年度台上字第 1100 號刑事判決，起訴之主要事實為，被告將手指放入被害人性器官、並且將陰莖放入被害人口腔，共計兩次。被害人年僅三歲，被告為其祖父。法院據以判斷被告有罪之證據，主要是被害人供述、沾有黏稠液體的衛生紙（但沒有驗得與被告之 DNA 序列相符之 DNA 跡證）為核心，並且以被害人之祖母與母親供述被害人下體紅腫且有黏稠物，並且有異常反應與話語，作為補強。

辯護人質疑：被害人祖母與母親個別陳述發現被害人有被性侵的跡象（下體紅腫且有黏稠物）的時間相隔數日，犯罪時間的可信度存疑、並認為該所謂黏稠之物，在進行 DNA 序列比對檢驗後並未發現符合被告之 DNA 細胞，無法推論被告該當構成要件。被害人於指訴之犯罪時，年僅三歲，能否有足夠認知能力，表達能力而適於使用偵查輔助娃娃，三歲幼兒的供述能力能否自然的完整且流暢的供述親吻、撫摸、「辦事情」、抓香腸、香腸放進伊嘴巴等情事？是否是受到祖母的引導？且被害人就有無抓過被告之「香腸」，偵查中稱有抓過兩次，第一審又改稱並無抓過、且當庭描繪之香腸，顯非成年男性之生殖器。

就此問題，身為心理系教授的鑑定證人亦表示，被害人對於數字及時間久暫的概念尚屬薄弱。然法院最終認為，若非親身經歷，被害人並無可能陳述如起訴事實的情節，其指訴真實性可堪信任，依然維持被告有罪之認定。

第二目 家屬或陪詢者對供述的影響

最高法院 106 年度台上字第 3382 號刑事判決，起訴事實大略為，被害人為 7 歲以上 14 歲以下之兒少，被告於其住所，將陰莖插入被害人陰道遂行性侵。法院主要依憑證據為：被害人的供述、以及醫院驗傷結果中被害人的小陰唇內部紅腫破皮潰瘍及左側會陰部潰瘍等傷勢檢驗報告，不過警察檢驗案發現場的毛巾、

衛生紙以及被害人的陰道口及深處均未驗得符合被告 DNA 序列之精子細胞。辯護人爭執：被害人於警詢時受到母親干擾，且在準備程序和審判中常以「不知道」、「忘記了」答詢，如此反應何以不足為被告有利之認定，法院未有明確交代。

被害人在審判中於隔離室內三度流淚，法院據以認為其在審判程序中面臨壓力無法陳述、而認為警詢中較為可信的依據。此外，被告在警詢時陳述有將陰莖和被害人陰道口接觸並射精⁶⁷。

最高法院 105 年度台上字第 176 號刑事判決（以及其原審，臺灣高等法院臺南分院 103 年度侵上更(一)字第 47 號刑事判決），起訴事實大略為被害人甲女指稱被告，即安親班老師於安親班教室內，以手指插入被害人陰道，對其性侵。法院所憑證據，以被害人供述以及新營醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷證明書為主，加上安親班同學針對被害人事後於安親班內行為的供述（以影音光碟呈現）、安親班負責人的供述、以及被害人家長針對事發後被害人情況的供述為輔助判斷。

⁶⁷ 其他此類型案件，顯露家長影響被害人的情況如：

最高法院 106 年度台上字第 3251 號刑事判決，辯護人質疑本件是由於被告的前案紀錄才被判有罪。最高法院判決理由寫道本案被起訴的原因係因為被害人姑姑就被害人之妹被性侵之前案詢問被害人時，被害人始吐露該情，據此認為「未有案發後立即主動揭露、設詞指訴或自始欲使上訴人受刑事訴追處罰之情事，尚非臨訟指述，並非子虛之論據」無被告自白，但是對於被害人前後略有不同、不復記憶之供述何以可採信，辯護人雖曾爭執，但因為事實審判決均為不公開，無法判斷是否有所偏向。被害人接受測謊，就被告有無對其進行性交，回答「有」，且無不實反應，法院以之作為補強證據。

最高法院 105 年度台上字第 3373 號刑事判決，被害人受警詢時有明顯的暗示與誘導。就被性侵時有無流血、時間發生等，其實應該算是關鍵事實，法院仍然認為，陳述中基本事實並未有前後不合而屬穩定，就何謂基本事實也並未詳加論述，顯然並未明確說明被告有罪理由之證據關連與結構。

最高法院 102 年度台上字第 299 號刑事判決中，被害人於事發時年僅三歲，辯護人指摘被害人於受精神鑑定過程中，關於案情部分均保持沉默，而由被害人母親代為回答，醫師之判斷結果自然有受干擾；又被害人之父母在知悉事發後 7 日找人對被告砸店、9 日後始為驗傷等情，為被告辯護。然而法院以被害人指訴、被害人處女膜傷勢之檢驗報告證據（有兩家醫療機構出具意見，傷勢情形不一，法院認定婦產科診所設備不如大型醫療院所，因此採認後者之意見），以及精神鑑定報告、被害人父母供述作為補強，認定被告有罪。然而如此證據是否足以推翻無罪推定假設，容有疑義。

辯護人為被告辯護主要為：被害人的證述過程中，一直誤認另外兩名約十五歲之青少年也是老師、且該二位少年也有佩戴黃色框眼鏡之特徵。為何上開二位少年並未被排列指認，有指認瑕疵。除了被害人下體傷勢本身不似被性侵害之傷勢，更指出驗傷診斷證明書所敘明的傷勢，和被害人母親供述以及實際書寫診斷書之醫師所供述有所出入。被害人甲女於警詢時原指稱對其性侵害之男老師係「胖胖的」，但經其母乙女在旁提醒應係「高高瘦瘦的」，甲女始改稱該名男老師係「高高瘦瘦的」，有誘導申證之嫌疑。被害人母親乙女原本陳稱其在被害人右大腿抹藥、而後又陳稱是在陰部抹藥。被害人受詢問時，無法順利證述犯罪現場當時有何人在場，經乙女提示後，原本還反駁乙女、而後又附和乙女陳稱當時只有被害人與某位男老師。

法院則認為被害人就其如何遭被告為強制性交、猥褻行為之時間、地點、次數、態樣均極明確，並無前後矛盾或混淆不清之處，其證述之內容應屬可信，且被害人無須虛構被性侵而自毀清譽。針對前後不一之供述，法院認為即使告訴人和證人的供述或因記憶模糊、身心受創而試圖遺忘過去、或詢問之一問一答方式導致表達有所不同，言詞有些許出入，然基本事實若與真實性無甚妨礙，即足以採為認定被告構成犯罪之依據。被告和被害人間有長幼關係、且被害人年紀幼小，未有男女情感因素存在，應無合意性交可能；被害人處女膜未有受傷，可能是因為被害人年幼回復能力強，或者手指未完全插入之結果，不足為對被告有利之認定，以驗傷報告中陰部附近有紅腫的診斷，作為認定被告確實以手指侵犯被害人性器官的佐證，並採信被害人供述，認定被告有罪。

最高法院 105 年度台上字第 2720 號刑事判決，本案經兩次更審（臺灣高等法院 104 年度侵上更(二)字 20 號判決、臺灣高等法院 103 年度侵上更(一)字 25 號），各次判決對被告有罪無罪之判斷反覆不同。起訴事實略為，被告為被害人之父親，被害人指訴自兒童時期至青少年時期，被告不顧被害人反對持續對其性

侵。證據結構主要以被害人的供述作為核心，加上被害人的輔導老師之證詞，以及被害人測謊並未呈現不實反應之報告作為補強。

針對民國 91 年的犯罪指訴，最終事實審法院（更二審）認為該次犯罪事實被害人之供述有瑕疵且欠缺補強，無法證明被告犯罪。但被害人指訴 97 年 7 月、100 年 9 月之兩次犯罪事實，更二審法院認為並無瑕疵。

更一審判決被告無罪之理由為：被害人翻供陳稱是因為被告太嚴格才誣陷之，陳述與被告為性交之情境，初始稱是用拜託與引誘方式、又稱性交可改運、又有稱是被告硬壓上床，前後供述不一，又在審判中稱處女膜傷勢是因為和他人一夜情而生，認為被告是否構成性侵害仍無法排除疑問，判決無罪。最高法院並未認同更一審之判斷，再度發回更審後，更二審有罪判決中，判決理由認為，檢察官偵查中要求被害人具結時，被害人曾明確拒絕供述，顯示被害人該翻供可能不實，又證人高某（被害人之輔導老師）證稱：被害人曾和她說，被告曾要求被害人若在法庭被問及性經驗，就要說曾經和他人發生一夜情，和被害人自身在審判中翻供內容一致；被害人在警詢之後一段時日的檢察官詢問以及審判中的具結陳述中，陳述之所以在警詢和偵查中謊稱被告未性侵，係因為被告威脅說要喝農藥，要跳樓，要死給伊看，判決最末以被害人接受測謊並無不實反應為補強。

第三目 創傷後壓力症候群鑑定報告與兒童被害人

最高法院 105 年度台上字第 732 號刑事判決（事實審判決為臺灣高等法院 104 年度侵上更(二)字 17 號判決，與原二審及一審判決事實認定內容差距不大）起訴之事實大略是，被害人被其父親（即本案被告）於被害人與其母親之住處，以及社區的速食餐廳的廁所內多次性侵，初次被害時為國小三年級，未滿十四歲；犯行集中在國中三年級前，但被害人於歷次的偵訊中，其中一次曾經供述被告犯行持續至大學。判決以被害人指訴為主，並以被害人母親之供述、被害人精

神鑑定報告以及被告之測謊鑑定作為補強認定被告有罪之依據。

辯護人主要指摘如下：被害人所稱的事發地點前後不一，可否採信其供述即有疑問，以及被害人創傷後壓力症候群鑑定內容：「A女精神鑑定報告作成時間為102年3月27日，距A女所述最後一次遭性侵害之101年12月11日，已距離3個多月，且於A女之精神狀態，記載：「在整個過程並未出現哭泣或情緒激動」，關於A女之個人生活史及疾病史，僅說明A女「對人際關係變得不信任」、「易怒」、「緊張」等，及A女自述係至101年12月11日遭上訴人企圖性侵害後，始出現睡眠障礙，並未提及A女於91至98年間因受性侵害後有呈現「逃避、情緒起伏、警覺性增加、睡眠障礙」等符合創傷後壓力症候群之診斷，亦無病歷資料可查A女該段期間之精神狀態如何；又依A女過去之就醫紀錄，顯示其曾被診斷為注意力不足過動症，則未見上開鑑定報告釐清上述A女國小、國中時期之精神狀態，是否與該過動症有關。3.上開鑑定報告敘述「A女在夢境或回憶裡不斷再度經驗創傷事件相關片段；會逃避與創傷事件有關任何刺激，且有著一般反應性麻木；常處在警覺狀態，失眠……」。上述情形自國小延續至今，高中時期曾因為與A女父親沒有聯絡而稍微好轉……」等語，但觀諸該報告有關個人生活史及疾病史之敘述，並未提及A女於國小、國中階段有該等精神狀態，則鑑定結果所稱上開精神狀態「自國小延續至今」，即屬無據，自無從作為原判決所認91年至98年間犯罪之補強證據。」辯護人也為被告主張不在場的可能性，指出被告在被害人所指被密集性侵的時日，身在高雄或外島，相隔時間甚長才能返家和被害人相處，和被害人供述中頻繁的性侵情事難以相符。

法院最終認定被告有罪，因為被害人通報案情乃因母親聽聞其夢話，始由母親陪同報案，並無誣陷動機，基本上供述可信，並且以其精神狀態之鑑定，作為被害人指訴被告罪行之補強，又以當時被害人年紀幼小、對時間、次數及空間概念尚未完整建立，解釋其供述中事發時間地點無法對應的瑕疵。最後，法院將被告測謊呈現不實反應，當作補強被告犯行屬實的證據。

第二款 被害人具有精神障礙

第一目 創傷後壓力症候群鑑定報告與精神障礙之被害人

最高法院 106 年度台上字第 3166 號刑事判決繼續維持原二審臺灣高等法院臺中分院 103 年度侵上訴字第 90 號刑事判決之見解。被害人為輕度智能障礙者。起訴的主要事實為：被告為市場內和被害人家相鄰攤商之業主，因而認識被害人，利用被害人智能缺陷機會，誘使被害人至被告之住處，壓住被害人身體、親吻其嘴巴、胸部、褪去其衣物褲子後，觸摸其胸部與生殖器、並將陰莖插入被害人陰道。法院認定被告有罪，主要以被害人自身之供述為核心，又以社工做成的「性侵害案件減少被害人重複陳述作業訊前訪視紀錄表」、被害人出現創傷後壓力症候群反應的鑑定報告做為所憑補強證據。

本案件於最高法院 105 年度台上字第 318 號刑事判決，撤銷高等法院判決的理由中，指摘被害人就事發當時有無反抗，前後供述不一，並且因為社工所作之「性侵害案件減少被害人重複陳述作業訊前訪視紀錄表」中紀錄：「被害人供述無法完整敘述事情，僅會用單詞、單句回應問題，欠缺時間概念，需要母親從旁協助支持解釋問題」，認為原審之辯護人質疑被害人於警詢中被母親影響供述，並非無稽；被害人指訴之事發日期和次數，檢察官偵訊時為暑假期間中一次，法院踐行履勘程序至被害人指稱之被害地點時，又改稱從暑假到冬天都有，幾乎每三天一次，至少十幾次、準備程序時又稱暑假中有三次，關於被侵害的次數供述不一致，另外辯護人亦提出就被告於被害人所指訴期間中究竟有無上班出勤，具不在場證明一事，應調查證據查明之。但經過更審後，最高法院 106 年第 3166 號刑事判決面對辯護人質疑更審判決使用創傷後壓力症候群之鑑定報告，具體敘明：更審時經由身為大學心理系助理教授之鑑定人對其語文概念形成、語文習得知識及語文推理之認定、以及醫院醫師對其有創傷後壓力症候群之診斷，認為其

供述不一的原因是基於語言能力不足、以及創傷後的逃避反應所致，其基本事實陳述仍足以認為其指訴為真，並且認為不論被告有無於該時間出勤，仍然不能排除其在場可能，維持更審對被告有罪之認定。

第二目 家屬介入指認或供述

最高法院 106 年台上字第 2577 號刑事判決，被害人為精神障礙者。起訴事實為被告將被害人拉入工廠的鐵門內，關上鐵門使其陷入不自由且害怕之狀態，並進行性侵。法院所採的主要證據為被害人供述，並以被害人親屬供述、新北市智障者家長協會志工的供述為補強。辯護人主要爭執點包含：被害人供述前後不一（針對被告當日穿著、事發當時周邊情況等）、並未檢驗出被告之 DNA；且被害人被詢問時，其胞姐陪訊並在旁補充、幫助回答，有誘導暗示之嫌；目擊被害人被拉入工廠的證人，證稱鐵門並未拉上，和被害人供述不符；測謊時被告精神狀態是否正常有爭議。

惟法院認定被害人為心智缺陷者，不會捏造事實，並以新北市智障者家長協會與被害人接觸之志工對其日常與人互動情形證述作為其指訴之補強證據；就被害人供述不一情況，法院則以其供述和客觀事證相符，而認定縱使有供述不一，亦不影響指訴之真實。

最高法院 106 年度台上字第 2520 號刑事判決，涉及指認程序的問題。被害人於精神鑑定後為中度精神障礙，智能程度約相當於六歲，被告為其鄰居，起訴事實大略為，被告趁被害人經過其住處門口，強拉其進入其住宅內，壓制於沙發上接續將陰莖插入被害人陰道及口腔，遂行性交並射精在被害人口內，而後被害人和其妹妹談及上情，始由被害人叔叔、爺爺帶同尋找加害人並報案。法院主要依憑證據為證人之指認與對案情之供述，並以被害人親屬對於被害人事後情狀的供述、被害人

精神鑑定報告，作為補強證據。歷審判決，如臺灣高等法院臺中分院 106 年度重侵上更(二)字 1 號判決、最高法院 106 年度台上字 84 號判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度侵上更(一)字 9 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1230 號刑事判決中，辯護人屢次提出對指認的質疑如：被害人甲女於偵查及第一審審理中關於重要情節，如上訴人（即被告）是否用手指戳甲女下體、親吻甲女胸部、是否有射精於甲女口腔、對甲女乘機性交之次數等，前後供述不一；被害人已有勃起障礙、且具三尖瓣膜疾患，無能力壓制被害人而為性交；並且同年稍晚（101 年 12 月）另有一次被害人被乘機性交之案件，本案被告與該另案之被告長相相近，有可能指認混淆；且被害人之指認過程由叔叔及社工陪同，挨家挨戶尋找被性侵之地點、確認地點後，依據門牌由警察找到屋主，並取得其照片，在警局內由社工陪同以觀看單一照片方式指認，不符合目前警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領的規定，指認程序有瑕疵。

最後法院認為，被害人為精神障礙者，記憶與表達能力不若常人，雖就被告有無將手指放入被害人體內前後供述不一，然而就被告於沙發上將性器插入其陰道內、口腔內之指訴則均為一致，不得因細節矛盾有所出入，即認為被害人所述不可信。尤其因為本案中係因為被害人下體疼痛而告知其妹，始被發現疑似性侵害，又依照被害人於彰基醫院之精神鑑定，被害人僅能供述具體發生之事件，無法陳述包括時間長短、性交等抽象概念，被害人能力明顯不足為有目的之說謊、編造事實，法院正因如此，即使供述內容略有前後不一，仍然足以認定被告有罪。

第三目 被告與被害人均為精神障礙者

最高法院 105 年度台上字第 2474 號刑事判決與原審（臺灣高等法院 104 年度侵上訴字第 167 號刑事判決），被告與被害人均為某基金會舉辦之兩性教育課程之學員，其中學員均為智能障礙者，雙方因而認識且被告知道被害人心智狀態。課

程結束後，被告與被害人相約，被告於公園之公廁以及被告之住處地下室，以陰莖插入被害人之陰道與肛門，遂因而被起訴強制性交罪。法院主要以被害人供述為主、另有被告、被害人兩人之精神鑑定等證據資料為補強。

辯護人根據被告於受精神鑑定時，醫師評估被告容易受誘導、暗示，會依暗示者所說的話回答等，質疑關於被告部分自白，不足以做為違反意願之強制性交或乘機性交之有罪認定依據；另一方面被害人陳稱老師有教導身體私密部位不能給人觸摸、若被觸摸要大聲呼救、報警等，但法院卻認定被害人因為智能障礙不知反抗。最終法院無從認定被告有無以違反意願之方法為之，主要是因為從被害人供述中，關於意願被違反的部分，受暗示可能性高、關於第四次性侵警詢時其大哥和警員暗示詢問被害人「是否」被摸胸部和陰部，被害人才對偵訊輔助娃娃做這個動作，且對於第五次性交有無同意供述反覆等因素，綜合以上，法院認為被告之犯行僅該當乘機性交罪。

第四目 其他案例

最高法院 105 年度台上字第 3420 號刑事判決，撤銷原二審認定被告強制性交及強制猥褻均有罪之判決發回更審。被害人為中度智能障礙、且有肢體障礙，被告為其伯父，起訴之事實為被告將被害人拉到自己之房間，取下被害人義肢並強行壓制，以陰莖摩擦被害人生殖器，遂行強制猥褻，被害人的指訴中包含手指插入陰道。

原判決被發回原因是判決文本身邏輯矛盾，在理由中一方面認定被告有強制性交意圖，但後面認定以陰莖摩擦被害人外陰部強制猥褻得逞；另外於論述為何無法檢出被告 DNA 或其他跡證時，則一方面認定以手指進入陰道較難驗得客觀跡證、且時間已過兩個月、另一方面又寫到被告僅以陰莖摩擦外陰部，並無以手指或陰莖插入，認定究竟有無強制性交之行為時前後矛盾。辯護人亦於審判中指摘，被害人於本案中關於次數、如何進行、有無反抗等，偵查審判中更因記憶不全而多稱忘記。

法院以被害人之精神鑑定顯示，其能對事物作概略性描述，但對於細節、時序及詳細內容難有完整精確描述，認定被害人供述有些微不一，但是該供述瑕疵是因為智能不足而造成，並非不實陳述⁶⁸。並且因為被害人的祖母表現迴護被告（被告為其子），對於發現被告和被害人躺在床上時反應如何前後供述不一，審判中被害人祖母供述，刻意隱去原本在警詢中有追打被害人並詢問雙方有無性交之事，而認定被告構成強制猥褻罪⁶⁹。

最高法院 105 年度台上字第 1549 號刑事判決，最高法院認為有可再查明之處，撤銷原判決發回高雄高分院，後做成臺灣高等法院高雄分院 105 年度侵上更(一)字第 1 號刑事判決。案件起訴事實大致如下：被害人是中度智能障礙及肢體障礙者，原本證稱是因為被告以神怪之事相告，因此聽信雙修身體會變好之語，始和被告性交。

辯護人認為，觀察被害人與被告之聯絡過程，狀似親密，臨床心理衡鑑認定被害人患有長期慢性思覺失調症，然而鑑定報告亦顯示其有部分自保能力（智力測驗 91 分，於加害人未經同意碰觸時，會推開加害人的手），且不排除有扭曲事實之可能。被害人和被告的聯絡訊息顯示雙方似乎有感情因素。

原判決中認定被告有罪的原因，乃是因為被告自己也承認有告以被害人神怪之事，陰陽調和可以調整身體等等。

更審判決中法院則認為，根據證人之供述，乃至雙方平時相處之照片合影，雙

⁶⁸ 檢方所提出證據並未實質對被害人之供述補強者，另有最高法院 106 年台上字第 409 號刑事判決，被告對心神障礙者為強制性交。爭點為：因為被害人於驗傷時抗拒醫護人員而無法檢查陰道內部有無受傷，就被告究竟有無將手指插入被害人下體無法以其陰道內傷勢判斷；被害人於受害隔日仍去該宮廟。法院認為因為胸部處仍有驗出被告 DNA、醫護人員對外陰部受傷情狀之供述、被害人見到被告之反應，仍然認定被告有罪。

⁶⁹ 同類型判決，被害人就被害的情節供述不一，但被法院認為不符合之處為枝微末節，如：最高法院 106 年台上字第 75 號刑事判決，被害人為精神障礙者。辯護人為被告辯護：被害人證述口交地點，究係在同一地點抑或他處，何時告知被告其要回家、要至新城靈糧堂，內褲有無遭被告脫下等細節前後供述不清楚且不一致；然而法院認為就被告違反被害人意願強壓頸部，遂行口交部分均供述一致，不同之處細微、並以被害人無誣陷動機、被害人家屬觀察被害人反應後之供述證據等作為補強，認定被告有罪。最高法院認為被害人雖陷入精神障礙，但仍具有一定的智識，因此指訴可信。

方的感情已經發展成近於情侶關係。且被害人於前案就已經主張被告有以神怪之事相欺而性交，認為其受到性侵，並於 101 年 9 月 30 日提告，本案發生日期已為 102 年 2 月，若稱被害人當時仍因為被告之神怪之語壓制性自主，邏輯上有所矛盾，而認定被告無罪。

第二項 證據評價階段

第一款 創傷後壓力症候群鑑定報告之使用

第一目 創傷後壓力症候群鑑定——證明被害人可信

最高法院 105 年度台上字第 3123 號刑事判決，起訴之事實大略為，被告與被害人為網友，被告駕車與被害人見面，搭載被害人至河濱公園，並明知被害人為 14 歲以上未滿 18 歲之未成年人，仍壓制其自由並遂行性交，事後被害人趁隙打開車門哭泣、被告開車駛離十分鐘後，才返回搭載被害人回家，返家後被害人告知家人而後報案。

認定被告有罪之主要證據為被害人供述，以及精神科醫師之診斷與鑑定作為其補強。辯護人與被告之主張主要有：被害人指訴時稱被告掐住其脖子、壓制其肩膀，但事發當日即驗傷並無驗得傷勢。被害人的供述、與證人（即其家屬）聽得之被害人供述，有所不同，做為佐證之簡訊內容也已滅失；此外關於被害人在案發後，被告已經離開案發現場，有機會先行離開時，竟願意等待被告折返再乘坐被告的車，返回自家住處的理由，若以被害人害怕自己離開、不認得返家路線，且物品留在被告車上為解釋，並不充分。

法院認為未有受傷痕跡不代表被害人所述的強暴行為沒有發生，被害人在被告離去之後仍陷於驚慌狀態，且年僅 15 歲、人地陌生且身無分文，為求回家，容忍被告搭載也符常理。並以被害人就診於精神科的訪談與診斷，認為其患有創傷後壓力症候群，補強被害人供述可信度，判決被告有罪。更二審判決，醫師業已聲明醫學上無法證明被害人說明之真偽，法院仍以醫師陳述中認為受訪談時被害人陳

述過程可信賴，認為被害人供述可信⁷⁰。

最高法院 105 年度台上字第 2015 號刑事判決以及其公開之事實審判決（臺灣高雄地方法院 104 年度侵訴字第 19 號刑事判決，二審高雄高分院判決並未公開），起訴事實包含被告載著被害人至賓館假借拿取物品、後於房間內強迫被害人口交、事後又在其住處要求被害人為其口交，被害人因先前拒絕無效、害怕被告生氣對其不利，隱忍屈從。

判決理由使用的證據群包含：驗得被告精液 DNA 的衛生紙，用於佐證雙方有發生性行為、及被害人之供述為核心，加以對被害人之心理衡鑑之報告作為其供述之補強。

辯護人質疑被害人為被告口交後擦拭吐出精液之衛生紙團，為何未驗得被害人唾液 DNA、以及被害人事後反應如常並無特殊反應，是否為虛假指訴。實施 DNA 鑑定之鑑定人於審判中陳述，如果一方 DNA 含量大於另一方 DNA 含量十倍以上，

⁷⁰ 這些案件也有部分涉及調查鑑定報告時程序有所疑義，例如本件判決，再被最高法院指摘之前，並未傳喚實施鑑定之人在審判庭澄清鑑定意見並接受詢問，直到更二審法院始為補正。類似本案，以創傷後壓力症候群之鑑定作為補強被害人供述，卻無達到無合理懷疑程度者，如最高法院 105 年度台上字第 2615 號刑事判決（原事實審：臺灣高等法院臺南分院 104 年度侵上訴字第 434 號刑事判決）：

被害人為 13-14 歲之少年，被告為被害人母親之前男友。辯護人質疑被害人母親供述不一，「A 母既謂親眼目睹上訴人性侵甲女，卻又於一週後，仍偕同知情之甲女前來與上訴人三人投宿於高雄○○別館的同一房間內，此不僅違反經驗法則，況且 A 母後來對上訴人作出犯罪行為，恰足以彈劾證人 A 母先前證言之憑信性。」；被告也請求調查通聯紀錄，調查是否為 A 母打電話請求告以被害心悸，請求被告載被害人去醫院，而非 A 母陳稱被害人因未看到被告而心悸，始送醫院。不過，被告一面跪求原諒、一面以手機通訊威嚇 A 母改口供，足以作為不利認定。

被害人之母親 A 母於事後更改口供的原因，可能是和被告感情生變，毋庸迴護之故。

原判決法院僅以被害人言談中提及自己變骯髒、被別人碰過等語，加上曾經急診而轉看精神科，而認為被害人有創傷後壓力症候群。除此之外，本判決也以被告之測謊鑑定結果為呈現不實反應作為補強。整體而言因為被告的抗辯與行為有顯不合理之處，法院心證偏向被害人陳述屬實尚屬合理。不過辯護人質疑，A 母的言詞變化與被害人就醫後的反應、以及仍然和被告、A 母一同出遊，仍有值得懷疑之處，尚未達毫無合理懷疑程度。

最高法院 105 年度台上字第 2253 號刑事判決，以及其事實審臺灣高等法院高雄分院 104 年度侵上訴字第 27 號刑事判決，也是以精神鑑定報告，作為佐證被告有性侵行為之依據，但並未具備邏輯上的必然性和融貫性。被害人為 13 歲之青少年，主要證據為其供述、以及作為佐證的日記、精神鑑定報告。本案根據之一的證據日記，被辯護人指摘是報案前一個月才開始書寫，有專為本案所作之嫌，此外，辯護人也指摘被害人接受詢問時，有微笑、撒嬌等反應，是否表示誣告被告可能？本案最有疑義者，是法院利用被害人之精神鑑定報告，依照其病徵，推論「益見甲女確因本案遭被告性侵而產生精神上之創傷無疑。」

極有可能無法驗出，法院因此認為辯護人之質疑，並未動搖針對衛生紙之檢驗報告足以證明被告將陰莖放入被害人口腔並射精的認定。法院並利用心理衡鑑之鑑定意見中，被害人屬於容易逃避問題、自我防衛心較低、壓抑的類型，認定雖然被害人並無明顯創傷後壓力症候群症狀，但仍不排除可能遭受性侵害，作為補強認定被害人供述可信之依據。

最高法院 105 年度台上字第 1975 號刑事判決，起訴事實大略為，被告為被害人姑姑的男友，趁被害人在其房內之機會，褪去其衣物並觸摸被害人生殖器，後以在網路上公開被害人私密照片作為威脅，迫使被害人與之性交。本判決以被害人作為主要依據，亦以其姊姊等親屬之供述證據、姐姐與祖母對質的錄音音訊、及創傷後壓力症候群之鑑定結果、家防中心心理師作成之諮商記錄做為補強認定依據。辯護人指摘被害人供述就時間地點與事後態度均違反常情，且證人就何時何地知道被害人被性侵之供述也前後不一等。

原審(即臺灣高等法院臺南分院 104 年度侵上訴字第 70 號刑事判決)之認定：「據上開台南市立醫院鑑定結果及台南市政府家庭暴力暨性侵害防治中心指派心理師對己○為個別諮商內容，可知己○於案發後確罹有創傷後壓力症候群、重鬱症等情，而上開創傷後症候群症狀之發生，又與本案性侵害事件有所關連，據此更足以說明己○前開指述並非無稽，可資採信。」以時間上的近接性判斷被害人(即引用判決理由中己○)確實受被告性侵而導致創傷後壓力反應。雖然被害人之姑姑(與被告為男女朋友關係)，以及被害人祖母二人均對被告做出有利之供述，例如被害人是因為想搬出去才陳述該被害情境等語，然而法院由被害人之姊姊與祖母對質時的錄音等證據，認定祖母與姑姑等人有迴護、幫被告掩蔽之情。法院另以偵查時多名證人就何時聽聞被害人被性侵之情形供述大體一致，證人所述案發後情境和被害人所述核對一致，並且援用台南市立醫院心理衡鑑、家防中心心理師個別

諮商紀錄以及雙方測謊鑑定報告作為補強被害人供述之證據⁷¹，認定被告有罪。

第二目 創傷後壓力症候群鑑定——逃避反應作為被害人供述之解釋

最高法院 106 年台上字 1763 號判決則認為被害人供述只有些微不一，就犯罪構成要件核心事實多為一致，難謂被害人之指訴為虛偽不實，因而再將判決被告無罪的臺灣高等法院花蓮分院 105 年度侵上更(二)字第 2 號刑事判決⁷²撤銷發回。起訴事實大致為，被害人離家出走，後承租被告所有之雅房，被告由此和被害人搭上關係，依憑其房東身分之便利與優勢地位，三度在被告租與被害人雅房內違反其

⁷¹ 類似案件，如最高法院 105 年度台上字第 1741 號刑事判決（原審臺灣臺中地方法院刑事判決 103 年度侵訴字第 236 號），認被告有罪之主要理由僅以：兩人無仇怨，被害人不可能無端構陷被告，且本來被害人也欲息事寧人，是因為被害人住處鄰居看到被害人之情狀，幫忙報警處理才發現案情；雖被告原審時有部分不利於己供述（原審審理時坦承有事實欄一所示強制性交及於事實欄三所示時間地點進入甲女住處，因甲女拒不讓其觸碰，其乃打甲女一巴掌，其當日有摸甲女乳房等供述），且抗辯也有不合理之處，本案也以被害人符合創傷後壓力症候群症狀之鑑定報告作為補強，認為被害人所述可信。

除此之外，也有法院使用社工的個案報告表中的個案心理創傷評估量表及訪談後，認定被害人有創傷後壓力症候群作為被害人供述之補強者。例如最高法院 106 年度台上字第 1391 號刑事判決，被告及被害人為同校同學。被害人及證人（被害人之妹）於警詢中陳述較為詳細，歷審判決（含少年事件）中則較多有呈簡略、甚或改稱忘記、不想說、不願回想當時情境等情，足認其等或因時間經過、記憶混淆、心理創傷等因素，無法或不能為完足之陳述，因此認為警詢中陳述較為可信。面對辯護人稱被害人與證人之間警詢較有分歧、歷審中則漸趨一致等質疑，法院以被告測謊呈現不實反應、被害人係被動報案而無誣陷之動機、且於家暴防治中心之社工面前經歷填寫個案心理創傷評估量表與多次心理諮商後判斷被害人確實有創傷後壓力症候群等，作為輔助被害人供述有受到性侵害之憑信性之用。另外值得質疑的是，最高法院調警詢中有社工及家長陪同，因此不會有過度的壓力而較為可信，以及援用社工以量表測驗後認定被害人有創傷後壓力症候群作為被害人供述之補強證據。

臺灣高等法院 105 年侵上訴字第 147 號刑事判決，被告既利用宗教之力量、又在事後於被害人尿液中檢出毒品 MDMA 成分。自被害人供述中無從得知被告是否有將藥物給予被害人使用，且被害人本身有施用毒品之紀錄，因此高等法院認為不能證明被告對被害人施用藥物以遂行性交，認定其僅成立乘機性交罪。雖主要認定被告構成犯罪之依據尚屬合理，惟其中關於被害人具創傷後壓力症候群的判斷依據中，被害人自承於案發前一年即有持續就診於精神科，本有憂鬱情緒、失眠及自傷行為等情、唐姓證人也陳述不排除被害人之反應係來自於和男友吵架等原因，法院仍認定被害人之創傷反應來自於本次案件而作為補強。

⁷² 然而更二審判決理由中，原第一審審判時，被害人初始供稱不記得被告對其做了甚麼不愉快的事，而係檢察官於審判中提示警詢筆錄，始供述如警詢筆錄所載。第三次乘機性交部分，檢察官甚至於詰問時提示當時被害人說醒來後走路下體會疼痛，被害人始稱警詢時所稱屬實。並且就強制性交、乘機性交等罪行，警詢時說前後共只有三次，審判中交互詰問初始卻說不記得，後又稱不只三次，但這三次最清楚記得；然而究其供述，對所謂「最清楚的犯行」也供述不清。另就該乘機性交時是被告將使人陷入昏沉之藥偽裝成止痛藥給被害人服用、或是在吃了被告提供的食物後才陷入意識不清，被害人也供述不一。更二審認定被害人的情緒反應激烈，和逃家輟學、與家庭不睦等情事亦有關聯，未必是因為被害人受性侵之情緒反應。

意願與被害人性交。原判決有罪之事實審法院認定之依據，包含被害人的供述、被害人友人之供述，最高法院於撤銷發回之理由中清楚表明，被害人之供述選擇性遺忘等情形，是否是基於其性侵害創傷後症候群，應該送請鑑定。「查上開 B 女之飽受驚嚇、驚恐，或選擇性遺忘，或不願說出事實全貌等情緒反應，是否即為精神醫學界所謂之性侵害創傷後症候，容有探求餘地。實情如何，攸關可否為 B 女上開證言憑信性之補強，自應送請精神科醫師依其專業判斷並出具完整之心理衡鑑報告以憑判斷。」⁷³。

臺灣彰化地方法院 105 年度侵訴字第 74 號刑事判決⁷⁴（台灣高等法院台中分院 106 年侵上訴字第 116 號判決不公開，上訴第三審時被二審法院程序裁定駁回，可見該見解被維持），起訴事實主要為，被害人兩人為未滿 14 歲之兒少，被告為其姨丈公，利用被害人二人至其住處，各自單獨於二樓臥房、一樓客廳沙發之機會，違反其意願，強行扳開被害人 A 之大腿將陰莖插入被害人陰道、以及強行將陰莖插入被害人 B 的口腔，事後因為被害人兩人不願致姨丈公住處，在祖母詢問下將案發經過寫在日曆紙上告知，始報警而後偵查起訴。法院依憑證據，以被害人指訴為核心，家屬之供述、以及被害人創傷後壓力症候群之鑑定報告為補強證據。

⁷³ 最高法院 106 年度台上字第 3166 號刑事判決中，也認定被害人之供述不一來自於其創傷後壓力症候群的逃避反應，見第四章第二節第二項第二款第二目之整理。

⁷⁴ 類似於上開判決者，如臺灣高等法院 101 年度侵上訴字第 330 號判決中，雖因被告抗辯其和被害人性交是為矯正其性向、被害人並未反抗等語殊不可採，而認定被告有罪，但法院援用社工所述被害人有創傷後壓力症候群之判斷作為補強證據。

另有以急性壓力反應造成審理時不願供述之解釋者，如最高法院 106 年度台上字第 2024 號刑事判決及其原審，臺灣高雄地方法院 104 年度侵訴字第 82 號刑事判決（二審不公開，故以地方法院判決為主），辯護人認為被害人稱被告有將被害人從浴室中公主抱到房間、並違反其意願性交，該空間狹小，實難以違反被害人意願將之公主抱至房間，而就被害人所指訴被告以手指插入被害人體內遂行強制性交之過程，被害人於審判中受訊問時，被抱至房間之過程多稱遺忘該狀況、事後由證人姑姑檢查陰部傷勢而非醫師檢查，且兩人對於何時檢查之供述亦不合致，法院仍認為被害人供述前後一致、並調查甚多證據欲證明被害人並無誣陷被告之動機，具可信性，雖遭辯護人主張被害人於鑑定時創傷反應可能係虛偽、且被害人於事後有進行援交等行為實屬品行不端，故其證述可信度不高等質疑，仍認為檢察官所主張之事實與證據足資證明被告有罪。然而，本案判決援用創傷後壓力症候群之診斷，因而認定就審理時不願回應問題或陳稱不記得，係因急性壓力反應之「避免談論」症狀所致，並且法院直接以之不願回答問題係因為壓力反應造成，則為何在警察前與檢察官前不會有此反應，無法交代。

辯護人指摘，主要是被害人 A 年紀仍屬幼小，被性侵應該會留下陰道撕裂傷、另外兩名被害人都並未在返家時即告訴外祖父母，指訴情狀可疑。

法院判決反駁辯方、認定被告有罪的理由主要為：被害人陰道沒有撕裂傷不見得沒有性侵害；被害人事後僅以日曆紙告訴家人，是為了保護自己而非誣陷被告，與一般性侵受害人為了家庭聲譽、避免家庭破碎之情形相符；被害人 A 女、B 女於案發時年幼，因與被告之親戚關係導致內心衝突、矛盾心理（怕說出遭被告性侵實情，恐導致親戚間感情變壞），對本案性侵事件感到羞愧、自責，及因受創傷所採取之迴避心理，A 女、B 女於警詢時遂未能說出全部事實，尚符合常情。並且有草屯療養院及彰化基督教醫院針對其創傷反應鑑定為證。

第三目 鑑定報告本身做成的過程及提供之資訊

最高法院 106 年台上字 1207 號判決之原審判決（即臺灣高等法院 104 年侵上訴字第 236 號判決），被害人於事發時為未滿 14 歲之兒少，被告為其表舅。起訴事實為，被告於被害人三、四歲之間不顧被害人以手推、搥打等反對而連續以陰莖侵入口腔方式為性侵、並在被害人國小三到五年級之間某日，亦不顧被害人反對以陰莖侵入被害人陰道為性侵。

判決的主要依據為：被害人供述為核心，並以亞東醫院之心理衡鑑照會及報告單（心理師所作）及醫師所開立精神鑑定報告書（含鑑定證人醫師之證言）、被害人親戚對其案發之後反應的供述、被告之測謊報告等，作為補強之用。

最高法院指摘臺灣高等法院 104 年侵上訴字第 236 號判決於使用該鑑定報告時，將判斷被害人證言是否可信交由醫師判斷，以醫師就被害人的心理鑑定結論，因為被害人的情緒反應判定其患有創傷後壓力症候群，而就其中對話與反應，認定其證言可信度高，將屬於法院應為之證據證明力取舍判斷之職權，委於鑑定機關，有判決違背法令問題。並且，依據心理師所作之心理衡鑑照會及報告單，和醫師最後作成的鑑定結論有部分齟齬：被害人之創傷心理反應究竟有無可能來自於訴外

人 D，心理師的報告單中，依據被害人之反應，就訴外人 D 對其性侵一事保持沉默，其受測動機偏低且作答草率，以目前衡鑑所得資訊，無法判斷其的 PTSD 症狀究竟是由被告或是訴外人 D 性侵造成。並不能排除被害人係因為訴外人 D 的行為所致、甚至不能排除被害人是否有誇大症狀之心理測驗結果。原二審法院直接使用醫師之意見，甚至未將另一份報告製作人以鑑定證人的身分傳喚至法庭調查，有應調查證據為予以調查之違背法令。最高法院發回後，臺灣高等法院 106 年度侵上更(一)字第 6 號判決中，法院認為被害人供述針對被告何時對其性侵害等重大事實，包含事發時間、地點、被告所採取之動作、當時房內有無其他人等，前後供述難以相合，疑義甚大。並且使用鑑定報告，不但囑託之事項不應由鑑定人判斷，經過再次檢視鑑定所憑據資料與對醫師詰問之原審記錄後，面對辯護人詰問為何心理測驗時和晤談時被害人反應顯有不同，其解釋是在同一天施測、因而對被害人造成雙重傷害導致供述內容不穩定；然而施測日根本不在同日，經辯護人提示之後，醫師始改口因為被害人並未在心理師面前吐露真實心聲，其後因為面對醫師詢問時才卸下心防云云，該醫師出具的「被害人的創傷後壓力症候群係因為被告行為所產生、且依其反應其證言具備可信度」的意見，被更一審法院認為並非經過合理推論做出報告，因此否定原二審法院之認定，判決被告無罪。

第二款 藥劑檢測的推論

最高法院 101 年度台上字第 6576 號刑事判決⁷⁵，起訴事實係被害人與友人及被告出遊後，至被告之住處休息，並使用 K 他命，兩名訴外人乘被害人陷入藥劑反應昏沉不醒，與之性交，而後被告於房間內找尋被害人後發現其陷入昏迷，亦乘機與之性交。被害人體內並未驗得與被告與訴外人精子細胞基因序列相符之殘留細胞。法院主要所憑證據，以藥劑殘留於被害人體內的檢驗報告、被害人供述為核

⁷⁵ 本判決後於最高法院 102 年度台上字 4173 號刑事判決中確定。雖並非民國 105 年、106 年所做成，但根據法源資訊網的整理，其引用次數已達 133 次，為 102 年後常引用的判決。

心，並且以被告等人之供述、在案發地點活動的證人（其中一名被告之親人）供述為補強認定的證據。

最高法院雖指摘原審就被害人供述和其他證人供述之間有所齟齬，被害人初始指稱，三名加害人是一起將被害人拉進房間並且輪流遂行性交，但隨後再說是兩名訴外人對之性交之後，被告才進來房間並且對被害人遂行性交，前後情形有所出入，且也和證人羅某（其中一名被告的兄長）於房門外所見不同。然而發回更審後做成臺灣高等法院 102 年度侵上更(一)字第 1 號刑事判決，事實認定相較原二審幾乎並無變動，最後最高法院仍於 102 年判決被告有罪定讞。

法院認為被害人前後供述不一的原因是 K 他命（氯胺酮，Ketamine）之藥效，造成幻覺或意識模糊，因而即便部分供述內容前後變異，仍足以認為被害人指稱服用 K 他命兩小時之後，遭受被告乘機性交的指訴為真，而雖然對於訴外人兩人有無乘機性交，被害人無法清楚供述，不過因為兩人已經自白，故在另案（少年案件）也認定構成要件該當⁷⁶，此為法院於判決時所已知之事實。

最高法院 106 年度台上字第 1195 號刑事判決及其原審臺灣高等法院台中分院 104 年度侵上訴字第 31 號判決⁷⁷，被告被起訴加重強制性交罪，法院認定其構成加重強制性交未遂，並適用刑法第 27 條中止未遂減免其刑。起訴事實是被告欲追求被害人，並在網路上購得某種據稱可以增進異性好感的藥物，摻入被害人飲料中，

⁷⁶ 類似判決，見最高法院 106 年度台上字第 857 號刑事判決與其原審臺灣高等法院臺中分院 105 年度侵上訴字第 23 號刑事判決。被告涉及使用 FM2（俗稱強姦藥丸）而對被害人為性侵害。對被害人身體檢查後發現其身體有 FM2 之藥物殘留反應。最高法院認為，被害人就發生性行為之過程於警詢、原審審判中雖證述前後尚無矛盾、惟二審審判對質詰問時卻無法明確指出是否被告有以手指探入其陰道。疑點在於：事後仍在體內殘留的 FM2 含量，逆推事發當時被害人之精神狀態，能否確切知道當時情狀、被害人供述是否信實？雖被告在使被害人飲用摻有藥物之礦泉水前，已在家中持刀脅迫被害人使其隨同被告至旅館，不能不謂被告已經有強制性交犯行，然而就藥物使用之反應，判決中既已受到辯護人抗辯，即應查明之。

⁷⁷ 被告並未爭執著手，而抗辯其僅有乘機性交之故意之案件，見臺灣高等法院 103 年度侵上訴字第 142 號刑事判決。被害人被檢測出安眠藥劑反應，加以被告無法提出解釋其抗辯「使被害人服藥是意圖紓解其痛苦」、卻駕車將被告從北海岸載到位於桃園之汽車旅館並遂行性交行為。被告辯稱其只是乘機性交，否則不必大費周章從北海岸到桃園；然而被告於警詢自承被害人曾經說「不要」等語而被告仍與之遂行性交，事後也未爭執警詢筆錄的證據能力，因此法院仍然認定被告成立強制性交罪。

並欲將被害人載走發生性行為，但事後因被害人身體狀況不好，將被害人送歸其男友處。在被害人體內驗得多種藥物反應（檢驗尿液發現內含 FM2 之代謝物、局部麻醉劑、以及四級毒品之代謝物）。被告承認投放藥劑於被害人飲料中，但不知該藥物含有 FM2 等成分。法院採用證據以被害人供述、被害人體內檢驗出 FM2 代謝物的檢驗報告、被告的抗辯為核心，並且加上補強證據：被害人的男友之供述、被害人母親之供述為判斷。

辯護人指摘，被害人與被告雙方供述的矛盾處，在事前互動：被害人於醫院驗傷時曾陳述，在本案發生前曾經和被告有性交行為，但是被告卻陳稱在案發前兩人未曾性交。案發時是在被害人不知去向的兩個小時，詳細調查後無法證明被告於此其間有對被害人進行任何性交之動作，判決中也無發現時衣著如何、有無其他異狀的調查，且有被害人之男友打電話與被害人簡短對話；事後被告和被害人母親談和解時的道歉和自認，被認為是害怕會被直接解送警局而順從被害人母親話語而為之。

法院認為施用藥劑即已該當性侵害之著手實行，被告所稱的「認為該藥物可以促進與異性之感情」抗辯乃屬無稽。並認為被害人係因藥物之作用產生之暫時性失憶效果而無法完整回憶、錯亂，其指訴仍屬可信，認定被告仍構成以藥劑性侵未遂，但得適用中止之規定⁷⁸。

最高法院 106 年度台上字第 523 號刑事判決與其原審臺灣高等法院高雄分院 104 年度侵上更(一)字第 11 號刑事判決，被告有三人，被害人更多達七名，七人均為同一國中之學姊學妹，且驗得體內藥劑殘留，涉案人數眾多，主要證據結構，除

⁷⁸ 類似判決，與著手與否、性交意圖相關的爭點，可見：最高法院 105 年度台上字第 1736 號刑事判決（原審臺灣高等法院 104 年度侵上訴字 212 號判決），雖被害人身上驗得安眠藥物之反應，但從雙方事前聯絡看來，似乎是情侶約會互動，也無法證明藥劑是否是被告所施加、抑或違反被害人意願、或者欺騙被害人而使被害人服用，被害人在警詢就被告如何拿出毒品，有供述不一，且被害人在警詢時稱自己當時有拿出一粒眠，由此觀之，是否當事人雙方事前就已知道該藥劑存在，且默示同意施用。法院之論理並無釐清以上疑點。

了蒐得被告持有藥品且扣押在案，並且驗得被害人體內有毒品代謝物，並以多名被害人的供述互相核對。

被告三人坦承於事發現場的汽車旅館包廂房內提供被害人等摻入 bkMDMA⁷⁹等藥物之飲料或香菸。不過，辯護人指出，其中一名被害人李某，於第一次警詢時並未指稱有性侵、第二次警詢時始詳細供述未事先得知飲料中摻有毒品而被性侵害，並且另外有謝某與鄭某(被害人之一)證述，被害人李某告知她們與其他學妹可能會有人給藥、並且若有人塞錢的話要統一交給李某等語，加上被告乙辯稱李某曾經多次往返該汽車旅館包廂，綜合以上資訊，認為被告乙違反意願、欺瞞李某使其喝下含毒品之飲料以遂行性交之情境，並無法證明為真。辯護人更指摘：關於李某對被告乙之指訴，有前後範圍不一的問題，依照法院對被告丙強暴潘某的犯罪事實認定，因為潘某自身前後指訴範圍不同、且和潘某男友之證述不合而被判決無罪，被告乙也應比照辦理，判決無罪，不過，法院仍認為，因被害人之間的指訴大致符合，並未有難以解釋的矛盾，而大部分採信檢方所指的犯行，判決被告等人有罪。

最高法院 105 年度台上字第 1104 號刑事判決，其案件起訴事實略為：被害人與被告有達成 2000 元作為幫被告按摩的對價之合意，先行在被害人酒杯中放入 FM2，致使其昏昏欲睡，便帶著被害人一起至被告住所，並遂行性交，或者被告在住處將 FM2 摻入藥燉排骨給予不知情的被害人食用，而遂行性交。原審判決（臺灣高等法院 104 年度侵上訴字 232 號判決）以被害人體內驗得 FM2 代謝物反應、以及被害人之供述作為主要依據，並且將證人說明被告與被害人有約定出外按摩等情事、被告於測謊鑑定中呈現供述不實反應作為補強。

⁷⁹ 正式名稱為：亞甲基雙氧甲基卡西酮 (Methylone)，是一種中樞神經興奮劑，屬於毒品危害防制條例第二條規定之第三級毒品，作用與 MDMA 或甲基安非他命類似，無醫療用途，服用一定劑量後，即會產生瞳孔放大、興奮、過度流汗、坐立不安、喋喋不休、牙關緊閉、磨牙、噁心及嘔吐等副作用，並且亦會造成焦慮、現實脫離感、短期記憶缺損、精神病、幻覺、自殺意念等心理副作用。合成卡西酮類具強烈成癮性，若停止使用會產生憂鬱、焦躁、顫抖、睡眠障礙、妄想等症狀，導致強烈的渴藥心理。

最高法院對原審判決有以下質疑：並未敘明被告之犯行，而泛稱「以其生殖器、身體其他部位或持不明物品放入 A 女生殖器內」，被最高法院認為無從判斷是否有適用法則之違誤。另外被告自稱亦有服用 FM2，最高法院認為若依其供述在小吃店飲酒過程就已經服用 FM2，應該為在小吃店時就會陷入昏睡，使原審法院認定被告抗辯不可採，但關於被害人，原審法院則認為在小吃店服用，並不會在小吃店陷入昏睡，理由矛盾，且被告此一抗辯攸關是否可能在小吃店使被害人服用 FM2 之可能。被害人陳稱於被告住處吃完藥燉排骨後即立刻陷入昏睡。依照原判決認定於吃飯時用藥，藥效高峰應在小吃店內及或者離開小吃店前往被告住處的路上發作，但何以被害人和被告在監視錄影畫面中，直至步出小吃店尚未出現互相攙扶、精神不穩等情？

更審判決（臺灣高等法院 105 年度侵上更(一)字第 4 號刑事判決）維持有罪認定，和前次事實審認定不同之處，在於其認為被害人服用藥劑的時點，是在被告家食用藥燉排骨之時，並主要以：被告迴避被害人有無食用藥燉排骨的問題、且被告之父為迴護被害人也證稱並無聽到瓦斯聲、可以從其房門看到被害人躺在其子床上衣著整齊等語，於法官勘驗現場照片後，發現無法從被告父親之房門看到廚房與被告房間情況，其供述顯有迴護其子等情事，判斷被告的抗辯無理由，且維持原來二審以測謊鑑定呈現不實反應作為補強。

第三款 被害人身體傷痕鑑定之解釋

臺灣高等法院臺中分院 103 年度侵上訴字 176 號刑事判決雖為不公開之判決，但從其上訴至最高法院之判決（即 105 年度台上字第 3132 號刑事判決）的發回理由，可知其起訴事實：被害人在指訴時原本有指出訴外人與被告共兩名嫌疑人，但檢察官僅起訴被告，因為被害人指訴訴外人乘機性交之時間為 1 月 3 日前，驗傷時發現處女膜有 5 點鐘方向舊裂傷、而本次案件是 1 月 30 日後始發現並驗傷發現 3、6、8 點鐘有舊裂傷，較原先驗傷時有不同的傷口，而在 1 月 3 日後訴外人已經

不可能再次犯案（已被羈押）。

法院主要依據，即被害人處女膜傷勢兩次驗傷的不同情形對比，以及被害人之供述。

最高法院撤銷原判決發回更審的理由，係因為原審法院跟隨檢方的認定，主要以被害人驗傷之客觀傷勢，以及就該傷勢的鑑定意見為依據。但兩次鑑定報告的傷口檢驗判讀結果不同，且第二次檢驗為何就 5 點鐘方向的舊傷並無檢出，亦欠說明，台中高分院判決並未查明該鑑定報告的內容差異的原因何在，逕行將該鑑定報告作為被告有罪依據、更別無證明被告有罪之依據，造成違背法令之疑義⁸⁰。

最高法院 106 年度台上字第 25 號刑事判決中，歷經兩次更審判決。起訴事實約略為：被告為被害人（民國 85 年出生，案發時未滿 14 歲）之堂叔，於民國 91 年及 93 年間，兩度將被害人帶至其住處，利用體型之絕對優勢並以空間隔絕，將被害人置於其大腿上，以陰莖插入被害人陰道性侵得逞。

更一審法院的判決（即臺灣高等法院高雄分院 102 年度侵上更（一）字第 20 號刑事判決），採取之證據為：以被害人之供述就被害之事實部分均供述一致、醫院認定「被害人腹部傷痕為直線，咬痕應該為圓弧形」之鑑定，認定人體成長之後可能將圓弧形拉成直線而認定被告確實曾以嚙咬造成被害人傷害、被害人處女膜傷痕之驗傷紀錄為主要認定之依據，並以有關被害人患有慢性創傷後壓力症候群之鑑定、輔導老師對被害人輔導之紀錄、等作為補強證據，推認被害人所述的性侵害情事確實存在，認定被告有罪。

然而更二審即臺灣高等法院高雄分院 104 年度侵上更（二）字第 2 號刑事判

⁸⁰ 法院使用傷痕鑑定報告評價出現問題，還有以下例子：最高法院 105 年度台上字第 3477 號刑事判決，在本判決有罪定讞前，曾經發回更審，發回判決為最高法院 104 年度台上字 1970 號判決。原二審臺灣高等法院高雄分院 103 年度侵上訴字 122 號判決以被害人雖為性工作者，然而仍受性自主之保護。不因被害人警詢時神色自若不似一般受害者而有所不同，固然正確。然而由最高法院其後整理，可知被害人之供述仍有前後不一之情，無法產生毫無合理懷疑之定罪論理。原審法院主要以被害人受有陰道內部擦傷，若經合意性交不會產生該傷害，而認定有性侵害之發生，鑑定報告意見之內容並未提供足夠之經驗法則作為此認定之依據，屬於無效推論。

決指出，被害人陳述所指被告性侵害當時之位置、姿勢，兩人性器是否接合等重要情節，前後並不一致、且被害人於審判中自始就是否有性器接合、均稱不清楚或不確定，甚至自稱係因為檢警只要其回答是或否，因此在警詢和偵查時如此供述。在詢問施測精神鑑定之醫師及觀看學校的輔導紀錄後，發現被害人之壓力來源多樣、來自家庭、學校朋友的壓力也極有可能是原因。此外更二審法院認為，關於被害人腹部直線的傷痕之鑑定內容，作成的兩份鑑定中，有一份鑑定人意見認為，無法判斷是否是咬痕，因此認為更一審判決判斷有誤。更二審因此判決被告無罪，並由最高法院維持，判決確定。

第四款 涉及刻板印象或強暴迷思的判決

最高法院 106 年度台上字第 3241 號刑事判決及其原審臺灣高等法院 104 年度侵上訴字第 240 號刑事判決，起訴事實大略為，被告與被害人原先是約定性交易，但對於先給付款項或後付有所爭執，於是被告持刀使被害人與之性交，並拒絕付款。

雖然辯護人主張，被害人求救之次數和時間點前後供述若有出入，但法院認為在被脅迫時要求被害人記下求救之時機和對象實強人所難，並且案發現場有扣得一把藏匿於廁所面紙盒架的水果刀。本案判決中，對於被害人要求被告戴保險套，認定被害人是為了自我保護，並詳加論述被害人於警察詢問時並未非常驚慌，乃因警察到來已足確保安全。⁸¹

臺灣高等法院臺中分院 105 年度侵上訴字第 125 號刑事判決，起訴事實約略為：被告為計程車司機，於搭載被害人時未依照被害人指示，反將之載至人煙罕至之工廠附近，不顧被害人手腳掙扎，並且以言語恫嚇後，對被害人遂行性交。法院

⁸¹ 類似情況，審判法院詳查被害人延遲報案之原因，不以被害人為性工作者而對其供述有不利認定。參見臺灣高等法院高雄分院 105 年度侵上訴字第 50 號，被害人為性工作者，第一時間不敢驗下體的傷，因為醫院會報性侵、警察會來查，會被發現性工作之事實，法院因而並不認為被害人延遲報案係因為事後要構陷被告所致。

主要依憑證據為，被告部分自承之供述、被害人供述、臺中醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷書、以及監視器畫面拍攝計程車駕駛路線等。法院反駁辯護人質疑「被害人反應不似一般性侵受害者」⁸²的說詞，認定被害人之所以未極力反抗、高聲呼救，是因為不願激怒被告以免遭受更嚴重傷害，指訴前後一致而可信，判決被告有罪。

最高法院 106 年度台上字第 3032 號刑事判決，被告是外籍勞工的仲介，被害人身分為外籍女子，起訴事實為被告會趁被害人要轉換雇主時的空檔，將被害人帶到旅店性侵，再送被害人至下一個雇主處。主要證據為被害人指訴（包含被告以仲介身分，告以「記得你的孩子在印尼需要錢」等語迫使被害人屈從於仲介對其工作之實質影響力），補強認定依據為被害人的雇主陳某證稱確實在某幾次回家工作前有拖延、事後去婦產科檢查也有異狀作為。

原審法院認為，被告陳述兩人發生關係有合意，卻難以合理解釋為何數次發生性行為都是在被害人幫傭僱傭期滿，至下一雇主處之前的倉促時間，將被害人載至旅館進行性行為，且被害人雇主陳某也對其有所戒心等情。最高法院就原審判決被告無罪的認定，認為應該再查明被害人說詞是否可信，撤銷原判決發回更審，原因來自事後被害人就雇主的性侵行為有較為積極的蒐集內褲、衛生紙、陰毛等證據，又在事件經過的一年餘之後始報案，而被最高法院懷疑可能是虛假指訴。

最高法院 106 年度台上字第 55 號刑事判決，歷經八次更審始確定，案件發生時為民國 92 年，前後延宕 14 年，起訴事實為被告欲將小吃部的坐檯小姐帶出場，強行塞給小吃部 2 千元，但小姐並不願配合，被告則另行搭載被害人，被害人為了

⁸² 節錄臺灣高等法院臺中分院 105 年度侵上訴字第 125 號刑事判決理由中的一段：「辯護意旨中所提及甲○若極力抗拒被告強脫其衣褲，何以未見其他傷勢、何以衣物未見破損等語明顯出於性別刻板印象而為之主觀臆測。況甲○於原審審理時陳述當察覺被告圖謀不軌時，其告訴自己要冷靜，不要大吵大鬧，不要激怒被告以免遭殺害，其當時很害怕遭殺害等語（見原審卷第 155 頁、第 156 頁），辯護人將甲○面對此重大危險時，以維護自身生命安全為第一考量下，所表現出之冷靜、勇敢行為，任意曲解為其係與被告合意為性交易云云，明顯不當而無可採。」

安撫其情緒而上車，但被告將其載到被告所有之工寮，並以暴力攻擊被害人、加上以鐵棒脅迫被害人始之就範，遂行性侵。

主要判斷依據為雙方之供述，並以小吃部的客人作證為補強。法院判斷被告有罪的重要理由之一為，被告自我抗辯的供述，警詢中並未承認性交行為、於偵查始供陳雖有性交行為，但是發生性行為的原因是雙方為性交易，前後矛盾，被告抗辯顯不可信，被害人指訴並無矛盾而具憑信性。

第五款 被害人供述前後不一、或與客觀情況不相合致之其他情形

最高法院 106 年度台上字第 1657 號刑事判決⁸³，事實審判決均不公開，被害人為外籍人士，被告為其丈夫，起訴事實為被告於其住家廁所強逼被害人與之性交。判決主要依據是被害人供述，並以被害人小孩之供述，作為補強。

辯護人主要為被告抗辯之理由為：被害人前後供述不一致、甚至要求逐句更改警詢筆錄，原本警詢時證稱自己不用通譯、審判時因為辯護人詰問為何未以性侵害

⁸³ 其他例子如：最高法院 106 年度台上字第 745 號刑事判決中，最高法院認為，被害人指稱兩名被告接續行強制性交，並且原審判決認定兩者有共同強制性交（222 條）應該再重新查明，因為被害人對兩者接續的狀況和中間有無間隔等等均無法清楚解釋、供述不一。其後做成更審判決臺灣高等法院臺中分院 106 年度侵上更（一）字第 2 號刑事判決仍然續二審認定，以兩名被告於訴外的 Line 對話有認錯道歉、且自承作了不對的事為主要認定依據。並且以被害人親友聽聞其自述被性侵情況時的觀察被害人神情語氣等情況作為佐證；法院認定被害人不可能在兩名男性同在的情況下與其中一人合意性交，就被害人供述不一之部分，認為僅為細節。

最高法院 106 年度台上字第 398 號刑事判決，關於事發地點與時間，於警詢、偵查、審判中供述不一，且法院原審判決中提及被害人之「日記」，但該日記做成日期並非事發時，而是事後而做。法院認為縱使被害人就事發時地有供述不一，係案發時被害人尚屬年幼，且在短時間內多次搬家，惟搬家地點均不脫原地址同一巷弄等原因，且日記確實非當日所記之事實，而係為告訴而於筆記本下記下之事實，等同於被害人書面供述，原判決也並未將之作為事實認定之證據，因此維持被告有罪之判決。被害人縱有前後不一供述，也未必能對被告為有利認定。

最高法院 106 年度台上字第 71 號刑事判決及撤銷發回後高等法院做成臺灣高等法院 106 年度侵上更（一）字第 5 號刑事判決，主要爭議在被害人所指控被告以刀抵住其脖子或腹部以威脅被害人，究竟是在進飯店前或是到飯店內仍然持續，前後供述矛盾。然而就被害人與被告之供述勾稽之後，被告也承認在進飯店前的車上有持刀威脅被害人，但其在飯店外已丟棄；被害人則一直認為被告有帶著刀械，推敲之下，被害人以為被告一直帶著刀，亦有可能。在確認被害人有處於被告之脅迫情境下、甚至頸部已經出現刀片造成血痕，有受理疑似性侵害事件驗傷診斷書為證，為何還需特別確認被害人在飯店中有無被持刀威脅？可能係由於被害人和被告曾有三次性交易「試車」之情事存在，對被害人之指訴較難以信任。

之用詞製作筆錄，被害人始宣稱自己對於中文理解能力不足，其後又在上訴審主張一審法院審理中的證詞，意思與其本意不同而需修改，足見被害人假借其語言不通，掩飾其告訴之不實，其所述殊不足採。被害人詢問警察有關被告人獄後監護權的問題，可認為其有構陷被告人獄之動機。辯護人更指出，案件發生現場若確實有因為強制性交遭受破壞，於警察第一次到場時就應該要求蒐證，而並非於事後（相隔近一月）報警時始要求蒐證。

法院則認為：雖被害人所述關於遭被告強制進入浴室之方式、次數，所著衣服遭扯壞之情況等細節部分，前後略有差異，但此細節是因為語言隔閡所致，關於在住處遭被告違反其意願而對其性交過程等基本事實之陳述始終一致，自不得僅因被害人前後所述關於性侵害部分細節未臻一致，即否認其主要內容陳述之真實性與可信度，且被害人之兒子的供述亦可佐證其說法，不得因為被害人有爭取孩子撫養權的意圖，率斷被害人於本案誣陷被告，因此認定被告有罪。

最高法院 106 年第 158 號判決與其事實審判決，起訴事實大略為，被告於菜市場廁所、以及 KTV 的廁所內，強力壓制被害人並與之性交。判決理由之證據主要為被害人之指訴，並以被告自承曾經和被害人有親密接觸、案發地點市場與 KTV 相關人員的證詞、以及被害人具有創傷後壓力症候群等作為補強。

最高法院認為，因為被告僅自承在 7 月 26 日有親吻、撫摸被害人，被更一審之高雄高分院 104 年度侵上更(一)字第 10 號判決認定是強制性交的自白，並非合理的推論；7 月 17 日之案發現場，市場廁所門的喇叭鎖有沒有換過，事關被害人所指被告強行打開門之證言是否可信，應該查明。在 7 月 27 日所發生的 KTV 性侵事件，被害人陳稱被告當時坐在馬桶上，要求被害人坐到其身上完成性交，此種情況是否為強制性交，亦應調查清楚。被害人男友針對 7 月 26 日於 KTV 事發經過之供述，並無法對被害人指訴補強（在其敘述中，被害人有去三次廁所，最後一次去了一個小時，被害人男友在外等候；然而竟未發現異狀），二審法院卻採用該

證據作為補強被害人供述之用。另外就作為補強證據之創傷後壓力症候群的鑑定意見，醫師並未掌握被害人有吸食毒品之行為（被害人蓄意隱瞞），則是否是因為吸食安非他命影響鑑定之結果？

雖最高法院提出以上質疑，發回更審，但更審判決，法院除了 7 月 24 日之指訴事實，因為被害人自己無法解釋清楚而被推翻之外，其他事實認定與原二審判決並無明顯差異。⁸⁴

最高法院 105 年度台上字 2348 號刑事判決作成後，該案件經歷更一審（臺灣高等法院臺中分院 105 年侵上更(一)字第 12 號判決，全文並未公開），於最高法院 106 年度台上字第 3761 號刑事判決再度發回更審。起訴事實大略為：被害人因為廟會認識被告，被害人會照顧被告之女為雙方認識之背景，被害人於車禍受傷後，被告以要炮製草藥給被害人服用療傷為由，搭載被害人至被告住處，被告強力壓制、並施以強暴手段致使被害人左胸壁挫傷，欲與之性交，但並未既遂。定罪之證據，以被害人之傷勢鑑定報告、被害人指訴（第一次報案時僅指訴傷害罪）為主要部份，而證人（即被害人親戚），供述關於事後由該親戚出面和被告談判之經過，以及員警對詢問被害人之過程的供述用以推論其供述的一致性以及情狀，作為補強。

辯護人為被告辯稱，被害人審判中陳稱一開始就指訴性侵害與猥褻，與事實不符。因為被害人初始指稱，受傷係因車禍、以及被告毆打所致，一開始並未指訴性侵。

不過，106 年最高法院判決的發回理由中寫道：「倘如被告於原審上訴所辯案發當日係 A 女穿著寬鬆裙裝、未著內褲，摩擦其下體挑逗，遭其推開，始胡鬧報警，而非如有 A 女所指訴其企圖強制性交，被告何須應 A 女要求去找 A 女所指之親戚

⁸⁴ 類似於上開判決，有應澄清之疑點仍未澄清者，如最高法院 106 年度台上字第 398 號刑事判決，被害人關於事發地點與時間，於警詢、偵查、審判中供述不一，且法院原審判決中提及被害人之「日記」，但該日記做成日期並非事發時，而是事後而做。法院認為縱使被害人就事發時地有供述不一，係案發時被害人尚屬年幼，在短時間內多次搬家，惟搬家地點均不脫原地址同一巷弄等原因，且日記確實非當日所記之事實，而係為告訴而於筆記本下記下之事實，等同於被害人書面供述，原判決也並未將之作為事實認定之證據，因此維持被告有罪之判決。被害人縱有前後不一供述，也未必能對被告為有利認定。

介入協調？」且因為被告也承認有找這位親戚協調，認為被害人所述可信，再度撤銷更一審的無罪判決，推翻更一審認定被害人之中上腹或下腹、右手腕、右大腿、右胸、右前臂、右臍骨、右上腹、右下腹等全部傷害都可能是來自車禍而非性侵之認定，改認被害人原本就陳稱胸部挫傷是因為被告毆打才導致傷害，也因而不能排除被害人確實因為被告之強暴行為而導致傷害。針對本案，最高法院 105 年台上字第 2348 號判決指出的疑點：「且如確係上訴人欲對之為強制性交，A 女於當下，係如何趁隙衝出房門？且衝出房間後，何以未立即逃脫現場，猶能在上訴人住處撥打電話報警，並坐待警員到場，反是上訴人離去自己之住家，至警員到場後始回；與上訴人於警詢稱：『她（A 女）經常到我家無理取鬧，她一來我家，我就跟著出門，盡量不要惹到她。』（警局卷第二頁），於原審稱：『如果我要性侵她，她就不會在我家報警，還在我家等警察過來。』（原審卷第三七頁）之情形相近。」並未為後來的事實審判決所採。⁸⁵

最高法院 106 年度台上字第 564 號刑事判決與被撤銷發回之原審臺灣高等法

⁸⁵ 同樣最高法院屢次發回，對高院的事實認定幾乎沒有影響者，見最高法院 105 年度台上字第 1331 號刑事判決（及原審臺灣高等法院 105 年度侵上更(二)字第 5 號刑事判決等）：被害人為酒店小姐，被帶出場至汽車旅館，是否構成性侵害，是各審級判決認定歧異的可能。最高法院雖一再提出疑問，高院判決均一致認為有罪。被告抗辯中，指出除了在酒店已經付款的出場費外，其出旅館後就接到電話，表示要被告交付一筆費用，以彌補帶被害人出場性交易的金額，不但有未顯示號碼之人打來、被害人同日自己也打電話催款，質疑被仙人跳。被害人指證被性侵、與離開汽車旅館的時間於警詢和偵訊、審判時不一致（11 點性侵 15 點離開；9 點性侵 13、14 點離開；審判中被詢問時是快中午的時候離開），且解釋再打電話給被告的原因是要找回自己的項鍊。被害人承認性交過程中有女上男下之姿勢，但是因為被告將他拉回來。且被害人於當日三度打電話給被告（通聯記錄），似乎和其自稱只有打電話給被告一次要跟他討回項鍊，有所矛盾。原判決中以被害人供述當日 10 點有學校考試，因此不可能和被告進行合意性交，但此點可否作為對被告不利之認定，亦有疑問，光是該供述的可信度就有問題。且被害人之經紀人和被害人通聯記錄對話的時間長短與聯絡頻率，與雙方供述的內容均不相合（通聯的時間有一通超過 5 分鐘，若被告壓制被害人，怎可能發生如此情形；被害人和經紀人均稱在性行為發生的中前段仍有一次通聯，但通聯紀錄時間和被害人證稱被性侵之時間無法吻合），原審認定被告有罪的依據相當薄弱。有趣的是，最後一次更審，量刑上出現緩刑，並且附有使被告給付被害人金錢之負擔，似乎是二審法院也沒那麼篤定被告之犯罪。另有如同本案件中，被害人指訴和實際調查的客觀證據有所出入，但法院並未對檢察官提出的證據質疑。最高法院 105 年度台上字第 3123 號刑事判決，於本次確定判決前已發回更審二次。被害人主張被告掐住其脖子並壓制其肩膀，但事發當日即刻驗傷並未驗得該傷勢。被害人的供述、與證人聽得之被害人供述，似有不同。

院 104 年度侵上訴字第 195 號刑事判決，起訴之事實大致為：被告與被害人為父女關係，被告佯裝要對被害人性教育，播放 A 片後褪去被害人衣物，不顧其反對，違反其意願而為性交。主要依憑之證據為被害人之供述，以及被害人對於案發時的錄音，其他補強證據包含被害人同學從旁聽聞其受害情形的供述、輔導老師對被害人事後反應的證言、家屬對被害人事後反應的供述等。

最高法院認為有疑而撤銷原判決之理由主要為：被害人所持的所謂案發時錄音檔案，並未聽見被告之聲音，只有被害人之聲音，憑信性有待調查；被害人所述案發時間為 100 年 2 月，為被害人高一上學期期末之後，則同班同學證人所言於高一上學期聽聞被害人供述被性侵之證言可信性存疑並且該證人所稱聽聞被害人講述遭性侵之事，並未有針對其情緒反應、行為表現之描述，似乎是單純轉述，不足以補強被害人供述。不過，最終事實審法院仍判決被告有罪，主要是因為被害人供述主要事實均為一致，且輔導老師認為被害人有創傷後壓力症候群，被事實審法院認為可以補強被害人之供述；被告接受測謊且並無不實反應，但是法院認為不足為被告有利認定，判決中提及被告曾經有為保護令所限制，又再度接近被害人母親與被害人，以之作為被告對被害人具有惡意的判斷基礎⁸⁶。

最高法院 105 年度台上字第 1564 號刑事判決（以及原審臺灣高等法院臺中分院 103 年度侵上訴字第 150 號刑事判決），起訴事實狀況約略為被告等人與被害人進行「國王遊戲」，且被害人於後陷入酒醉狀態，而與被告三人發生性關係，檢察

⁸⁶ 相類於以上兩個判決，倚靠之證據多半為傳聞證據者，可見最高法院 105 年度台上字第 1005 號刑事判決與原審：臺灣高等法院 104 年度侵上訴字第 257 號刑事判決）被害人 14 歲以上未滿 18。事發時間被害人供述不一，時間如何記得也有疑問，犯罪當時被告之子去上學或因為其他原因而不在場等情事也有不一等等。然而被告與其友性證人就被害人如何能看到其身體特徵，如胸口刺青及陰莖入珠等，所提出之解釋前後不一。在此種雙方均有供述不一的情況下，哪一方可信，應該視何方的供述不一的部分較接近核心事實，而更影響對這件事的可信度而定。案發時間、被告之子不在案發地的原因等，似乎較為枝微末節。被害人關於被告性器官的入珠特徵的供述過於詳細，不論被告與被告之子提出如何之情況證據試圖說服法院，其知道被告身體特徵之可能性有其他可能，均無法撼動法官之心證。雖然結論上尚稱可接受，但論理過程並非毫無瑕疵。僅以被害人知悉被告陰莖入珠的情形，未必足以達到無合理懷疑。

官以刑法第 222 條第 1 項（共同強制性交罪）起訴。主要援用的證據包含被害人之多次供述（曾有翻供稱並未發生性侵害乙次）、被告等人就事情前後的供述，並以社工作成的「性侵害案件減少被害人重複陳述作業訊前訪視紀錄」、被害人父親供述、被告與被害人父親談判當日的見證者證人供述等作為補強。

原審判決被告等人無罪的理由中，已經調查許多有關被害人供述是否有邏輯性、是否符合現實之周邊證據，包含：調查被害人當日未去學校，待在被告等人宿舍，且被告等人離去後仍不離開；被害人似乎在案發時有服用 K 他命和大量酒精，其證稱在性侵事件的前端仍記憶清楚，可信性可能降低；被告與被害人父親談和時在場的其他證人，於接受檢察官訊問時，陳述其實被告三人和解時並無向被害人父親承認犯罪之意，原審法院分析，被告三人可能受到被害人家長壓力（甚至有受到黑道威脅的可能）、和其女兒有過多性接觸而自認理虧並道歉。且被害人於偵查中曾有翻供說三人並未性侵害，但又在審判中陳稱是因為收受其中一名被告父母給予之和解金，所以才撤回指訴。被害人之供述品質的判斷，若對於性侵的細節記得非常清楚，則在各次供述中（已經去除翻供的那次），對性侵之順序供述有誤、有無吸食含有 K 他命的菸品也供述不一的情形就足生懷疑。可以從被害人的友人作證供述中發現，被害人在和朋友討論案情時，尚無法確定是否遭人性侵，隨著時間過去，案情反而記得越來越清楚。且對於翻供是基於雙方和解，但就雙方如何談成和解、哪一方主動欲以和解方式解決事件，均供述為被告方提出和解，與事實有出入，證人庚（被害人朋友，帶被害人去和被告等三人見面談和解）表示，當時被害人說如果可以用錢解決，就不用讓家人知道，當時談和解的時候被告三人均否認犯罪，基於以上資訊，原審法院認為無法排除對被告構成性侵害的合理懷疑，判決被告無罪。

最高法院指摘原審法院並未傳喚作成紀錄之社工調查被害人（甲女）陳述狀態及身心狀況之所得，並且要求原審法院調查是否被害人有創傷後壓力症候群，又被害人當時因飲酒陷入感官較為遲鈍、意識模糊的狀態，是否是因此無法記得被害細

節，並非虛言構陷亦應調查。基於以上理由，最高法院質疑原審無罪判決，而發回更審。

最高法院 101 年度台上字第 2696 號刑事判決，其主旨在檢討有疑惟利被告原則於性侵害犯罪審判之適用。因為被最高法院選為具參考價值判決，該判決被引用次數頗高（截至 2019 年 1 月共被引用 236 次⁸⁷）。

起訴事實大略為，被害人為了不動產的契約至被告住處洽談，為被告拉進廁所內，欲脫下被害人調整型內衣遂行性侵而未果，最後要求被害人寫下貸款借據，始放被害人離去。最高法院質疑，案件中被害人指訴只能建構起被害人和被告在廁所有激烈拉扯，並試圖扯掉其調整型內衣等事實、雙方發生拉扯的地點，也並無法使原判決有力推認被告確實要強行對被害人性交，距離證明被告有性侵害意圖並達著手，仍有一定差距。即使最高法院明示認為原審判決應該要提出更堅實的論證，否則應予被告無罪判決；但最後更審判決（臺灣高等法院臺南分院 101 年度侵上更(一)字第 59 號刑事判決）仍然以幾乎雷同的證據與認定內容，主要因為被害人指證非常堅定，且並未有構陷被害人之動機，判決被告有罪，並經最高法院駁回上訴而確定。

第三項 心證之形成階段

第一款 對被害人供述的補強法則

為了要追求真實和公平的審判，最高法院早在 95 年度台上字第 6017 號判決就已對被害人之供述需要補強提出明確見解：

⁸⁷ 見法源法律網判決查詢，<http://fyjud.lawbank.com.tw/list.aspx>（最後瀏覽日：01/24/2019）。

「被害人就被害經過所為之陳述，其目的在於使被告受刑事訴追處罰，與被告處於絕對相反之立場，其陳述或不免渲染、誇大。是被害人縱立於證人地位具結而為指證、陳述，其供述證據之證明力仍較與被告無利害關係之一般證人之陳述為薄弱。從而，被害人就被害經過之陳述，除須無瑕疵可指，且須就其他方面調查又與事實相符，亦即仍應調查其他補強證據以擔保其指證、陳述確有相當之真實性，而為通常一般人均不致有所懷疑者，始得採為論罪科刑之依據，非謂被害人已踐行人證之調查程序，即得恣置其他補強證據不論，逕以其指證、陳述作為有罪判決之唯一證據。」⁸⁸

而在此判決後，最高法院進一步強調和刑事訴訟法第 156 條第 2 項相同法理，應有補強證據之必要性、且該補強須為被害人供述有別之其他證據、且與被害人供述有關聯性，並應經嚴格證明程序，始能將被害人供述採為被告有罪依據⁸⁹。而後，最高法院全面性歸納虛偽危險性高的證人，均應適用補強法則：

「在對立性之證人(如被害人、告訴人)、目的性之證人(如刑法或特別法規定得邀減免刑責優惠者)、脆弱性之證人(如易受誘導之幼童)或特殊性之證人(如祕密證人)等，因其等陳述虛偽危險性較大，為避免嫁禍他人，除施以具結、交互詰問、對質等預防方法之外，尤應認為有補強證據以增強其陳述之憑信性，始足為認定被告犯罪事實之依據。」⁹⁰

以上整理的諸多判決，都試圖要滿足這個最高法院的要求，列出許多「補強證據」並據以論述，為何被害人指訴可信而認定被告構成性侵害。

⁸⁸ 最高法院 95 年度台上字第 6017 號刑事判決。

⁸⁹ 最高法院 99 年度台上字第 6305 號刑事判決

⁹⁰ 最高法院 104 年度台上字第 3178 號刑事判決。

第二款 誣陷可能性的檢討

我國有相當數量的判決，於判決理由中檢討被害人是否有誣陷的可能，舉例如下：

「……證人A女就在住處內被告如何幫其催眠看前世今生，及如何透過催眠、念咒、秘宗等方式，擁抱A女、撫摸其下體，進而於A女全身無力之情況下，乘機性交得逞等情節，證述甚為詳盡。而證人A女、唐○琪分別於偵查、審理時，皆以具結擔保其等證詞之真實性，其等與被告間並無任何仇恨恩怨，果非確有其事，衡情應無無甘冒誣告或偽證之處罰，而設詞誣陷被告之理。而證人A女與被告相識不到3日，僅係命理師與客人間之緣，雙方並無感情之基礎，衡情A女應無同意與被告為合意性交之理。再者，證人A女於96年6月14日凌晨約2時許醒來後，隨即聯繫男友並報警處理，參酌被告供述：現在還沒有與A女補償或賠償，也沒有其他民事訴訟等語(見本院卷第196頁)，難認A女是為了錢財而刻意誣陷被告。佐以證人A女之證述與其餘補強證據相符(詳後述)，是渠等所為上開證詞，值堪信實。」⁹¹。

「……再參以本件係因被告戊○○向A父坦承上開性交之情始查獲，並非甲○主動至警局報警，倘若甲○確要誣陷被告辛○○，大可於案發當日即主動報警處理；況衡之社會常情，涉及妨害性自主罪，仍為極不名譽之情事，故大多選擇隱匿顯少大肆張揚，而依目前社會通念，會涉及妨害性自主罪乃屬非常態性之社會事實，正常情況下，苟無何跡證，鮮有人會任意指控別人涉犯妨害性自主罪，甲○對此亦難謂全無羞澀隱忍而不欲張揚之感受，是其應無故意誇飾事件情節，設詞攀誣被告辛○○之必要。」⁹²

「……經審酌證人A女(編按：即被害人)原與被告不相識，係因被告主動

⁹¹ 臺灣高等法院 105 年侵上訴字第 147 號刑事判決。

⁹² 臺灣彰化地方院法 102 年度侵訴字 45 號刑事判決。

提議包養始相識，A 女應無誣陷被告之動機，衡情無虛構此有損自己名節之情事。再參以證人即家庭暴力防治中心社工黃家茵於偵查中及原審審理時證稱：（被告以影片脅迫被害人性交一事）……衡諸證人黃家茵身為社工，其與被告亦無夙怨，諒無設詞誣陷被告之理，其證言應堪採信。」⁹³

觀察其論述，主要以被害人與被告並無財產糾紛與其他仇怨，且性侵害事件將影響情名譽關係重大，如非實情，斷無動機報案指訴被告，以自身清白作賭注。

第三款 測謊鑑定作為有罪心證的最終補強

最高法院 106 年度台上字第 1943 號刑事判決及其原審臺灣高等法院臺中分院 104 年度侵上訴字第 161 號判決，主要事實略為：被害人甲女為未滿十四歲且有身體障礙、心智缺陷，被告為其伯父，趁甲女於甲女住處玩遊戲之時，伸手撫摸甲女之胸部與陰部，並趁甲女涉世未深且智能不足，以家長身分遂行性交得逞。法院認定事實，主要依據被害人之供述，加上姐姐與母親對其事發後反應的供述、被告經測謊鑑定結果呈現有不實反應等，作為判斷之補強。

雖辯護人曾指出，被害人針對案發情節，供述前後有所出入，但法院並不認為有影響其認定之事實。觀諸甲女能夠主動具體描述出把玩「麻將遊戲」時遭被告性侵過程，且其復能證述麻將之種類足見其所述確有所憑，甚且甲女又能具體描述精液及射精過程，依其年齡及智能程度，若非親身經歷，衡情應無想像虛構之可能。且甲女在受詢問時向檢察官發問如關心被告是否被關等情，並無虛構動機。加以甲女指訴被告，是因為母親與姐姐先發現甲女與被告互動可疑，經詢問甲女才被動供述。因此法官認為，雖然被害人有輕度智能障礙，但法院認為其並非無基本的判斷能力，可以認知男女的性器官，雖然記憶能力或有欠缺，但並非虛假或難以相信。此外，本案經囑託刑事警察局進行測謊鑑定，該局鑑定結果認為：「受測人（被告）於測前會談否認被害人為渠口交時有壓被害人的頭，經測

⁹³ 臺灣高等法院 105 年度侵上訴字第 157 號刑事判決(最高法院 106 年 2195 號判決之原審)

試結果，呈不實反應」，以該鑑定報告認定被告所述不實，補強被害人指訴⁹⁴。

最高法院 106 年度台上字第 2292 號刑事判決與被維持的臺灣高等法院臺南分院 105 年侵上訴字 577 號判決，起訴之事實約略為：被害人 A 女 12 歲、B 女 9 歲，二人為堂姊妹，被告為二人之遠房親戚，乘自己和 B 女父親相約喝酒後留宿或被害人 A、B 到被告工寮遊玩之機會，仗其與 A 女、B 女熟識且為長輩，不顧被害人反對之意思，先後對 A 女 B 女為手指插入陰部或陰莖插入陰部等行為。

判決以兩名被害人供述內容並將其互相核對作為核心，並以被害人 B 女母親與父親對於兩名被害人反應之供述、其中一名被害人測謊鑑定並未呈現不實反應，作為認定之補強。

辯護人指摘被害人供述前後不一者包含被害人於警詢時稱有明確被告告知不要、並且閃躲但被壓制，於審判中卻改稱「我忘記這次怎麼表達我不願意發生該次行為，我忘記有無推被告或說不要了」，並且被害人 A 女所指之犯行部份發生於臥床，A 女與其親弟同睡，其弟於被告侵害 A 女時何以毫無知覺？

事實審法院認為被害人供述具可信性的理由為，因被害人年幼，細節不吻合並非供述不實，並且被告本有可能繞開 A 女之弟遂行犯罪，並且被告抗辯不曾與被害人於其工寮玩耍、A 女是因為和男友發生關係害怕被父母責罵才誣指被告均不可採，而認為被害人所述較為合理，以雙方的年齡差距與身分，並無因感情而合意性交之可能，最後並以兩名被害人測謊報告一人未有不實、一人無法辨認真偽作為被害人證言之補強。

⁹⁴ 同以測謊鑑定報告，補強認定被告罪行者，可見：最高法院 105 年度台上字第 1902 號刑事判決，被告為被害人父親。判決依據僅有被害人供述、輔導老師供述及同學供述、以及被告測謊不實之鑑定報告。輔導老師、同學的供述都是在復述被害人說法，雖然並非被害人主動和輔導老師陳述案情，而是老師層層詢問才吐露，但亦不能排除是經過輔導老師引導，被害人才決定如此陳述。被告測謊不實之鑑定報告是除了被害人指訴之外之唯一可以指出被告有罪之依據，但測謊的不穩定性及可重現性，早已頗受質疑。

第三節 問題之整理

整理判決時，將各個判決分類至三個階層，主要是突顯該判決在某一階段有其特殊的問題，不過，同一判決也常出現複數的事實認定階層的問題。最高法院所提出的標準，雖被事實審法院形式上的遵從並運用，然而本文發現，其實際運作仍產生不少疑義，名存而實不至，甚至該標準本身的正當性基礎亦可質疑。

被歸類於證據調查與證據能力判斷階層的判決，主要呈現的問題是兒童或精神障礙者為被害人時，利用偵查輔助娃娃取得供述可能有過度暗示或誘導的問題、以及家屬介入過深，可能使被害人供述不符合傳聞例外的特別可信性，導致其供述證據的證據能力已經有疑問、在證據調查時也往往未被仔細檢視，進一步影響證據評價甚至波及法院對其他證據的解釋。

證據評價階段，則涉及創傷後壓力症候群的鑑定常被用於推論被害人的供述可信性，但其中卻有可能有循環論證的問題，以及並未徹底釐清鑑定人所施測的方法與過程而由法院恣意認定鑑定內容、藥劑檢驗的鑑定報告與被害人傷痕鑑定報告亦同上，有並未釐清鑑定人施測的內容的問題，並且導致法院的推論過快或忽略對被告有利的細節、以及部分判決中涉及刻板印象與強暴迷思滲入證據評價，可能造成被害人（或被告）無端被懷疑、在被害人供述前後矛盾時，因為選擇相信被害人而忽略反於其指訴的細節。

在心證形成階段，從判決整體觀之，法院秉持對被害人供述憑信性的不信任，而提出超法規之補強法則，要求若以被害人供述作為定罪證據，必須有該供述以外之證據補強以證明被告有罪，本文第三章所整理判決，大部分均適用該法則。此外，判決前段常會檢討被害人是否誣陷被告做為作為檢討被告有無性侵害行為的前提、並且在無可以其他證據更有力的證明被告有罪時，援用被告的測謊鑑定報告做為補強之用。

其階層間相互連結的關係，何以同一判決會出現多個階層的問題，詳細的證

據法則漏洞與本文的評價，將於以下第四章一一說明。

第四章 我國實務對性侵害犯罪之事實認定疑義

第一節 性侵害犯罪事實認定態樣舉隅

由上開判決分析，本文得以梳理實務大致上是如何進行事實認定。首先，第一種態樣，客觀證據齊全，例如同一案件中，具備監視器畫面證明被告進入被害人房內、被告進行性交時竊拍被害人私密照片、毆打被害人致傷、DNA 比對檢驗符合被告之精蟲細胞 Y 染色體型別等，足以建構完整的犯罪事實，並且被害人指訴也與客觀事實相符⁹⁵。此情況多半還會伴隨被告之自白，因此事實之認定無甚疑義，上訴最高法院大都只是爭執量刑。

第二種態樣，雖然未有足夠的客觀證據，但作為證據核心的被害人指訴等供述證據前後一致性高，綜合周邊背景的調查，被害人供述被檢證具備可信性，並且被告的抗辯常會隨程序進行而節節退讓，削弱其可信性⁹⁶。

以上這兩種判決態樣是常見於我國性侵害審判內，較無疑義的判決。

然而，實務上也時有所見一些判決事實認定態樣有相當的疑義。例如：以指認以及被害人供述作為核心，但指認程序中證人受有過度的暗示等瑕疵，在案件初始已經埋下對被告是否確實為犯罪人的疑問；或針對被害人指訴取得過程出現檢警誘導暗示、家屬干預回答的情形，無從保證被害人陳述是否自由且未受扭曲；或者在驗證供述證據時，過度評價如創傷後壓力症候群等鑑定意見；最後在心證形成時並未注意上開事實認定過程的疑慮，法官錯誤相信自己對證據評價以及補強效果的判斷，導致判決結果並未排除合理懷疑。以下將區分成證據調查與證據能力層次、證據評價層次以及心證形成層次，探討我國事實認定的疑義。

⁹⁵ 參考 106 年度台上字第 3736 號刑事判決以及其原審臺灣高等法院臺中分院 106 年度侵上訴字第 73 號刑事判決。

⁹⁶ 如最高法院 105 年度台上字第 2883 號刑事判決以及其原審臺灣高等法院花蓮分院 104 年度侵上訴字第 28 號刑事判決。

第二節 形成有罪判決的證據法則疑義

第一項 證據調查及證據能力層次的濫用與錯誤

首先是關於證據調查層次，法院在兒童、少年或精神障礙者為被害人時，並未詳細考慮在取證階段被害人可能受暗示與誘導的影響過深，而使供述證據不符合特別可信性；另外，針對被害人創傷後壓力症候群的鑑定，也出現待證事實不明確、甚至將被害人供述可信性判斷直接委由鑑定人進行判斷的情況。

第一款 兒少、精神障礙者等脆弱被害人之供述證據調查

兒少為被害人之案件，常因事發時與報案時點相距較遠，客觀、實物證據全部滅失，僅能倚靠被害人之供述證據、以及其周邊人士觀察被害人日常生活有無異常之供述，其供述調查程序之進行若有瑕疵，影響不可小覷。

我國刑事訴訟程序進行中，因為兒童面對陌生人時常無法順利做出供述，社工、警察、檢察官會在詢問時藉助偵訊輔助娃娃。然而，雖然已經有關於輔具娃娃使用時機與方式的外國實務經驗，透過學者論著引入，但我國迄今仍未有標準化的輔具娃娃使用準則，而仰賴個別實務工作者參與各地的工作坊、自行吸收使用輔具娃娃的知識進行偵訊，期待能夠解決原來詢問取得兒童供述的困難，在資訊來源不一、以及實務工作者並無餘力額外學習時、手邊又無簡易的參考資源，只能靠自己摸索，仍然不能避免強力誘導、影響孩童的供述⁹⁷。從本文分析的我國近年性侵害判決理由來看，若忽略兒童供述易受誘導，而傾向遵照詢問人意思以言語回應的情況，尤其在被害人過於年幼而無法明白使用娃娃是在進行遊戲或者問話時，將無法確保其供述係出於本身之記憶，還是被詢問者或家屬的意見所取代，不應允許使用。如果要使偵訊輔助娃娃發揮其應有功效，除了應該規範其適用範圍、使用準則，在程序前端使第一線訊問被害人的工作者能夠更加掌握訊問的要領之外，在程序後端，使辯方掌握質詢檢警使用輔具娃娃等方式詢問被害人的方法，例如質疑詢問時有

⁹⁷ 陳慧女，前揭註 43，頁 52。

無過度暗示、誘導等，保護被告權利、阻止不實的事實被建構，也是非常重要的。

此外，被害人的家長或其他親屬，為了保護兒童，偵查中兒童被詢問時通常會隨身在側，部分案件中，家屬對被害人供述的干擾，使證詞的可信程度堪慮，法院如何得以認定該等證據足以通過刑事訴訟法第 159 條之 2 或第 159 條之 3 的對於傳聞證據的特別可信性標準，往往未經說明；事後也鮮見審判庭對於被害人供述可信度的仔細調查（如傳喚實際從事詢問之警察、檢察官出庭接受詰問），採證的嚴格證明程序有瑕疵。

在兒童或少年為被害人的案件中，除了供述的調查程序瑕疵，造成其證據適格性發生問題之外，若採取該證據作為判斷的依據，往往也會使其他的證據原本應有的評價遭到扭曲。證據調查層次的錯誤，將影響證據評價層次，導致證據評價有所偏誤，最後會可能會導向荒誕的心證形成。

與兒童少年為被害人類似，精神障礙及智能障礙者的供述也有較一般證人容易受誘導影響的傾向，部分案件中也有警察或檢察官以偵訊輔助娃娃為工具詢問精神障礙的被害人。法院對此類被害人供述的評價，尤其被害人具有智能障礙的情形，被認為沒有能力杜撰虛構事件細節，所指訴內容為真實的蓋然性高。誠然，被害人在精神或智能障礙時，其供述前後不一，較容易讓人聯想到其原因源自於被害人個人的認知與表達能力，而非編造謊言構陷被告，法院從而並不認為被害人供述不一影響其供述可信度。然而如最高法院 106 年度台上字第 3166 號刑事判決中，陪伴之親屬有影響被害人供述之嫌疑、被害人於關鍵事實有前後供述不一致之情況，法院直接認定創傷後壓力症候群的反應之一的逃避反應⁹⁸為供述不一之原因、並以被告接受測謊呈現不實反應之報告作為補強證據之用，卻未能解釋為何僅就該部分逃避而有供述不一之情況，論理法則之應用有未盡清楚說明之處。有的判決如最高法院 106 年台上字第 2577 號刑事判決，甚至並未解釋被害人供述矛盾的部

⁹⁸ 關於創傷後壓力症候群的症狀反應及概況，可見以下第四章第二節第一項第二款。逃避反應指患者因為接受該創傷的強烈衝擊，為了自我保護，將會對類似該創傷原因事件的現象或回憶有逃避、無法面對的反應。

分為何不影響被害人之指訴而對被告不利認定，而以被害人之人格證據、被告測謊呈現不實反應等周邊證據的堆砌，試圖建立被害人可信、被告不可信之事實。這些判決針對親屬在旁幫助供述、甚至代為回答，並不認為會影響供述之真實，然而從外國文獻來看，外國實務上確實有家人過度影響被害人供述，而導致錯誤指訴的情況⁹⁹。我國審判實務並未注意被害人之供述容易受到家屬在旁暗示影響內容之危險性，也忽略精神障礙者本身在認知與表達方面，和詢問一般人能得到的回應的經驗法則並不相同，甚至在指認階段，家屬對被害人的指認進行明示或者直接介入，並未受到實施詢問者的制止。法院的想像中欠缺另一種可能性：縱使被害人並未說謊，其供述也未必符合事實，可能是在家屬不斷反覆詢問之中，被植入了被害記憶，或順著家屬的想像說出一段被害的故事。

綜合以上，兒少為被害人以及精神障礙者為被害人，在證據調查與判斷證據能力有無的階段，共通點在於：部分判決於取得供述的過程中有嚴重的誘導與他人的干預，法院卻並未處理該問題，援用被害人受干擾的供述證據作為被告有罪的依據；另外，在被害人認知與表達能力有所欠缺的情況下，在指認被告時若無遵照可靠的嚴謹程序，將導致偵查單位先射箭，再暗示被害人自己將靶畫上去、甚至是由被害人家屬介入指認，呈現偵查單位或家長對於犯行與犯人的預斷，從證據調查階段影響到證據評價階段的公正性。

不過，根據性侵害犯罪防治法第十五條，確實有規定被害人可以於偵查與審判中可以陪同被害人在場，並且可以陳述意見，如何能兼顧本條於刑事追訴程序中保護脆弱被害人的意旨，以及排除家屬的暗示與過度影響而能夠擔保被害人的供述品質，是值得深思的問題。

⁹⁹ 雖該部分是針對兒童受到家人影響，然精神障礙者往往被認為認知能力及表達能力與兒童相近，故依此為例。前揭註 44，頁 189-218。

第二款 被害人患有創傷後壓力症候群之鑑定報告的調查問題

「被害人有無創傷後壓力症候群（Post-Traumatic Stress Disorder，PTSD）之心理鑑定」、「性侵害案件減少被害人重複陳述作業訊前訪視紀錄」等證據，屬於醫師或心理師、施作心理衡鑑以及訪談之後，以及社工於報案後進行訪視後，判斷被害人因為受到性侵害而有創傷後壓力症候群的證據資料。實務界早在民國 92 年就有判決使用創傷後壓力症候群之診斷作為判斷依據¹⁰⁰，在最高法院 94 年度台上字第 2873 號刑事判決作成後逐漸增加，而今在判決中已是常見的證據資料¹⁰¹。若存在此等證據，對於個案之中是否確實存在性侵害罪行的證明效果不一而足，並且可能隨著具體個案中的背景而用於不同的待證事實。被害人患有創傷後壓力症候群的鑑定報告，目前在實務上多用於輔助證明被害人的受害陳述為真，少部分是提供法院新的經驗法則：對於被害人供述前後略有不同，是因為其症狀中有逃避創傷情境的反應。

創傷後壓力症候群，除了焦慮、恐懼、無助以外，常見的症狀尚包括：抑鬱、沮喪、睡眠飲食習慣改變、抱怨不明的身體不適而拒絕工作、羞愧感、罪惡感、喪失自信心、無法集中注意力、對兩性互動與態度有所改變、酗酒或藥物成癮、容易發怒、性功能障礙、於夢中驚醒、過度的警戒、對於類似犯罪情境中之事務敏感，並試圖迴避之、對於其他事物反應遲滯等等¹⁰²。文獻上另有主要區分為四種主要的徵狀：創傷事件再現、逃避行為、警覺度增加、存活者的罪惡感¹⁰³。

在國外的實證研究中，確實有許多個案被害人會出現創傷後壓力症候群的反應，學說藉由歸類整理，逐漸發展以性侵害創傷症候群（Rape Trauma Syndrome，

¹⁰⁰ 最高法院 92 年度台上字第 4968 號刑事判決。

¹⁰¹ 本文所查找的 285 個案件中，有 42 個案件於事實審中，使用創傷後壓力症候群的鑑定作為證據，或由最高法院發回時要求原審法院調查被害人是否患有創傷後壓力症候群，比例上已接近百分之二十。

¹⁰² 黃富源（1999），〈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 243。

¹⁰³ 徐畢卿、黎士鳴（1999），〈認識創傷後壓力症候群〉，《護理雜誌》，第 46 卷第 6 期，頁 14。關於存活者的罪惡感則是和性侵害較無關係，是災難後的創傷後壓力症候群才有的現象。

RTS) 做為性侵害被害人出現壓力症候群的分類統稱，並且曾經在美國法院審判依弗萊法則 (Frye Rule) 與道柏法則 (Daubert Test)¹⁰⁴ 判斷性侵害創傷症候群之相關證據資料，能否用於證明被害人有無同意的判斷時，出現相當歧異見解，主要分成鼓勵引用使更多證據進入審判庭、以及不應引入 RTS 之鑑定作為認定被害人所述為真兩種立場¹⁰⁵。

創傷後壓力症候群之鑑定強化、印證被害人所供述有關該次傷害造成其壓力或痛苦，可能是想要直接以「受害後的普遍反應」推導或加強被告有受性侵害的認定；但反面觀察，這樣的運作邏輯也可能會為被告所用，例如以「既然被害人沒有展現特別痛苦、受傷害的『普遍樣態』，就代表被告並無對被害人為強制性交之行為」資為抗辯¹⁰⁶；並且，以受害後的普遍反應作為被害人可信性的補強，反而可能會使被害人之供述的調查在審判中失焦，而集中在被害人之事後反應以及人格特徵¹⁰⁷。

在我國國內的性侵害罪審判，鮮見區分 PTSD 和 RTS，多半均以創傷後壓力症候群稱呼之，有些案例因為被害人具備 PTSD 而認為被告確實有以具強制力手段壓制被害人的意志，並使其內心受到極大衝擊，足以作為被告有性侵害行為之補強證據¹⁰⁸；有些案例中鑑定顯示 PTSD 症狀未必是被告該次行為所造成，可能是長期家暴行為或其他生命事件所致，但是並不足以推翻法院認定被告有違反被害人意願為性侵害行為的心證¹⁰⁹；有些案件被害人並無出現 PTSD 反應，但法院基於鑑定報告之敘述，認為性侵害被害人本來就未必有 PTSD 症狀出現，或是被害人年幼，

¹⁰⁴ 弗萊法則 (Frye Rule) 與道柏法則 (Daubert Test) 均為美國實務判斷科學方法進入審判作為證據的容許性，所創設的法則。道柏法則較後出現，將弗萊法則不夠明確的問題再度闡釋清楚，其後將詳細介紹，

¹⁰⁵ 陳又寧，前揭註 14，頁 83-85。

¹⁰⁶ Susan Stefan, *The Protection Racket, Rape Trauma Syndrome, Psychiatric Labeling, and Law*, 88 Nw. U. L. Rev. 1271, 1328-1329 (1994).

¹⁰⁷ *Id.* at 1324.

¹⁰⁸ 此種判決數目頗多，如：臺灣高等法院臺南分院 103 年度侵上訴字第 208 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 106 年度侵上訴字第 116 號刑事判決、最高法院 106 年度台上字第 2012 號刑事判決、

¹⁰⁹ 見最高法院 106 年度台上字 1046 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1992 號刑事判決。

未有能力表達、無法呈現症狀反應，因此不得因為沒有觀察到被害人的創傷後壓力症候群症狀，反面推論而對被告為有利認定，依然認為被告構成性侵害¹¹⁰。

被害人經心理衡鑑後被認為患有創傷後壓力症候群或具備該傾向，和證明是否曾經有系爭性侵害行為存在，並不存在邏輯的必然性，因為人面臨壓力或重大事件而出現異常反應有多種可能原因，不見得是因為受到性侵害，再者，每個人面臨突發事件的承受能力及反應都未必相同，受到駭人的攻擊後為了繼續維持日常生活而強自壓抑、故作正常的人也所在多有¹¹¹。如果被害人不表現出痛苦、懷疑自己甚至歇斯底里的樣子，因此被質疑不是真正的受害者，意味著女性若堅強、冷靜自持、奮力主張自己權利的話，將被質疑假受害而另有動機。雖然如此，因為該症狀代表了被害人曾經經過重大創傷、甚至因此可以解釋被害人因逃避反應而會導致部分供述缺漏的問題，也因此在外國實務與本國實務中都被援用。判決中，法院將創傷後壓力症候群的診斷用於輔助被害人所述案情為真實，或解釋被害人之供述不一，係因為性侵害創傷後壓力症候群的逃避反應造成，而法院自身並非心理學專業，僅閱覽鑑定報告文書，恐難期待法院能精確理解專家之意。本文認為，直接將創傷後壓力症候群之鑑定報告用於補強被害人供述可信，未經將實施鑑定之人傳喚至審判庭接受辯護人以及法官的詢問，無從確認其經驗法則之內容，在證據調查階段為嚴重的瑕疵。

更甚者，法院若將被害人是否可信，於囑託鑑定之公文中，明白交由醫師於判斷創傷後壓力症候群時一併判斷，則已經形同將證據評價責任，轉嫁給醫師，顯然違背刑事訴訟法第 155 條第 1 項，證據之證明力應由法官判斷之明文，無法達成國家給予司法權以公正第三人之姿實行審判的目的。因此，法院於囑託鑑定時，特別是針對創傷後壓力症候群的鑑定，不得將判斷被害的供述可信性等事項，委由專

¹¹⁰ 最高法院 101 年度台上字第 1307 號刑事判決（及原審臺灣高等法院臺南分院 99 年度上訴字 28 號判決）

¹¹¹ 李明濱、廖士程（2002），〈創傷後壓力症之診斷與治療〉，《台灣醫學》，第 6 卷第 3 期，頁 389。

家判斷，僅能要求專家提供經驗法則，說明被害人可能的反應，輔助法院判斷其供述內容。

第二項 判決中之證據評價的過與不及

第一款 兒童、精神障礙者供述的評價

部分判決對兒童或精神障礙者為被害人之供述出現不一致時，未經詳細論證，即以其不一致部分屬於細節而認定無礙指訴的正確性。在相信兒童供述的前提之下，似乎對於兒童或少年的供述不一，有較高的容忍度，認為其記憶不清可能是基於年幼，因此可以忽略其供述中的不一致，以指訴中較穩定部分為認定依據。然而，從最高法院 106 年度台上字第 1664 號刑事判決（以及原二審判決臺灣高等法院 105 年度原侵上訴字第 5 號刑事判決）中，可觀察到被害人供述不一的原因，確實有很多歧異可能性。該案程序進行過程，被告雖有警詢中部分自白，然而被害人在警詢和一审審判中有關案發情形陳述不一致，在審判中證人訊問時，否認警詢中指訴的被害地點和時間，但法院調查認為係被害人不願父親受刑罰、或甚至受到周遭人的壓力始翻異供詞。針對翻供原因，法院查明係因被害人之母與被告（被害人父親）對其勸說、施加壓力，始於審判中供述被害時間為已滿 14 歲時，但又與被告所自白之犯行時間不相符，於此判決中詳細論述被害人供述不一的情境與原因，查明被害人的供述不一可能源自於承受家庭的壓力。證明被害人供述前後矛盾的可能性很多，自然應該詳加考量。

同樣觀察 105 年度台上字第 1549 號刑事判決與其更審判決，因為被害人為中度智能障礙，似乎使得法院對其供述不一較為寬容，其指訴之事發時間，已經晚於被害人對同一被告的另一以類似手段為性侵案的報案時間，仍然以自己被神怪之事壓制思考能力作為指訴被告性侵之內容，不符合邏輯。或許可認為，面對被害人的心智缺陷，容易使法院對其供述更為注意，心證門檻亦隨之移動。有些被害人為兒少的性侵害犯罪判決，雖然從周邊證據觀察，欲確認被害人的指訴為

真著實困難，但將其供述與被告的抗辯做綜合比對之後，將發現被告的抗辯多處不符現實情境或禁不起推敲，反而使被害人貼合客觀事實的供述更為凸顯。也就是說，法院並非完全不可能藉由清楚的證據結構建立，比對各供述證據以及情況證據，判斷被害人指訴可信性，只是必須注意被害人本身供述與被告自辯、甚至其他周邊環境的前後關係與邏輯成立可能。

關於詢問時的暗示與誘導，縱使警察或檢察官於訊問時的暗示、或者被害人家屬影響被害人的供述，不會因違反刑事訴訟法關於傳聞例外的規定而使供述被判斷欠缺證據能力，然而在證據評價層次，暗示將使容易受影響之兒童所提供的供述證據，證明力被削弱，需要綜合更多的周邊證據，以證明被害人並未受到暗示之影響為可信，否則將以有疑慮之證據推論被告之犯罪事實。被害人供述不一，法院多半會以被害人年幼而記憶易受影響、且不一致之處多為細節為解釋，然而這樣的解釋往往也無法自圓其說，既然幼兒記憶難以倚靠，那以之作為證據，是否有違反有疑惟利被告原則？除非法院貼合被害人前後不一供述部分，以客觀證據、被告之抗辯與其他證人的供述，詳細論述為何不影響供述之可信，否則僅以被害人並無動機誣陷被告、被害人家屬對被害人反應的觀察、社工對被害人之創傷評估、或者被告測謊未通過等證據做為補強，非但無濟於事，更突顯有罪判決證據結構的鬆散。

在兒少性侵案件中所謂「**雖供述部分前後不一致，然基本事實尚稱同一**」的基本事實一致性，似乎特別容易被法院所肯定，較少見尋求另外的佐證，值得特別注意。即使被害人為兒童的供述本來就比較容易有殘缺或前後不一，法院不但有能力，並且應該綜合其他證據作詳細的關聯性考察，詳細調查可能供述不一的因素，尤其應該注意暗示、誘導的危險因素，以免做出錯誤的判決。不能因被害人年幼無知、不會編造謊言，而逕認被害人供述前後不一無礙指訴真實性。

第二款 被害人患有創傷後壓力症候群證據之評價

第一目 創傷後壓力症候群鑑定使用——證明被害人指訴可信

法院對被害人供述之可信度，常以被害人有情緒反應激烈及患有創傷後壓力症候群，作為輔助。雖然被害人遇到違反意願而與他人發生性行為，的確有可能有極激烈之情緒反應；然而，被害人即便出現重大情緒反應而被精神科醫師鑑定為具有創傷後壓力症候群，是否即足以補足供述證據堆砌後不能認定事實真偽的缺口？毋寧只是法院拿來做為別無他法可用時的殺手鐮，堆砌出徒具數量的證據，以避免違反最高法院已經明示的「補強法則」。多數法院將「被害人患有創傷後壓力症候群」作為證據，所欲證明的待證事實，是為了以被害人確實有受到強力衝擊後的症狀，推論「被告確實有違反被害人意願而與之性交」的被害人供述為真。即使法院並非以被害人是否可信作為委任鑑定的原因，以被害人具有創傷後壓力症候群的症狀反應，作為推論被害人確實有受到性侵害的補強證據，推認力仍然存疑。因為在臨床上創傷後壓力症候群的判斷是以「創傷確實存在」作為基礎，加以認定被害人是否因為該創傷而有病徵、作為心理治療之指引，以之認定被害人確實有被性侵害，有循環論證之嫌。濫用創傷後壓力症候群鑑定，在證據能力層次以及評價層次造成連續性的問題，甚至有可能因為醫師等專業人士的鑑定，具備科學背書的外觀，使得法官在評價其他證據的時候，受到該鑑定報告的外溢效應影響¹¹²。

更甚者，使用該種鑑定報告試圖證明被告確有構成性侵害犯罪，一旦濫用此種證據蔚為主流，將使沒有出現該等反應、或並未被醫師診斷認定具有該症狀的被害人，其指訴內容陷入被懷疑的不利處境、或者也可能會使一旦出現有該等症候反應，法官心證隨之偏向被告構成性侵害犯罪。關於創傷後壓力症候群鑑定的使用，美國有學者認為，若廣泛的接受創傷後壓力症候群作為有性侵害的證據，將會使得那些在經歷過性侵的被害人，因為並未在偵查的檢警面前或審判中展現「普遍的受害樣

¹¹² 持此見解者，請見張至柔（2018），《性侵害常見有罪認定證據構造之檢討-以被害人指述、驗傷診斷書與 PTSD 為中心》，頁 128，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

貌」，容易使陪審團或其他事實發現者認定其與被告之性行為並未以違反其意願的方式發生¹¹³。該文認為，被害人症狀與性侵害創傷後症候群一致，並不適合作為被害人意願被違反的證據，否則只是再度強加被害人必須展現病態、可憐的形象的迷思，可能有將被害人的反應取代被害人的證言成為性侵事實發現的證據的危險。並認為性侵害壓力症候群之診斷，僅能用於說明被害人在性侵害迷思下被認為前後不連貫或是不尋常之行為¹¹⁴。從該文的視角認為性侵害壓力症候群可以解釋在被害人供述前後不連貫或是不尋常之處，固然是得以限制實務過於寬泛使用該證據資料的做法，但也應該注意，並非被害人患有創傷後壓力症候群，就必然能夠解釋被害人的供述矛盾。

第二目 創傷後壓力症候群鑑定使用——以逃避心理解釋供述不一

有判決認為被害人在警詢時無法順利供述的事實，係因為受創傷所採取之迴避心理，並針對被害人為何會出現此一現象，委託醫療院所做出鑑定，顯現被害人確實有逃避被告與該情境之情況。藉由鑑定人，闡明創傷後壓力症候群的症狀之一的「逃避行為」，提供一種不同於原先想像的經驗法則，並非被害人供述矛盾就是代表說謊，可能因為被害人的心理無法承受重複陳述受害情境所致。

確切而言，因為診斷方法的先天限制，源自病患主訴而進行判斷的創傷後壓力症候群的病徵存在本身，對於被害人所述的性侵害事實是否存在，並不具有強而有力的推論效果¹¹⁵。該鑑定至多能作為詳細比對供述之後，供述若有前後不一時，以該病徵解釋被害人供述不一的原因。而若要直接以被害人供述前後有缺漏，是源於被害人的創傷後壓力症候群病徵，需要一些實質的理由，比如說被害人從警詢到審判中對某段事實的供述時總是有類似反應、或者該前後不一的缺漏是來自於武器

¹¹³ 陳又寧，前揭註 14，頁 86-87。

¹¹⁴ 陳又寧，前揭註 14，頁 102。

¹¹⁵ 見本文第四章第二節第二項第二款第二目，臺灣彰化地方法院 105 年度侵訴字第 74 號刑事判決。

焦點的反應等¹¹⁶，並且應該探詢專家意見。有些法院在以被害人有創傷反應作為解釋其供述前後不一、或者作為被害人供述可信的補強時，欠缺專家出庭接受訊問或再次提供書面意見做為基礎，而流於恣意或法官自行猜測。在被害人陳述模稜兩可時，被害人具有較強烈情緒反應或類似創傷後壓力症候群之情形，對於法院而言似乎是重要之判斷輔助，並且最終使法院認定被害人的供述較為可採。然而可質疑的是，被害人如果在審判時因為創傷而不願供述，那為何在警詢之供述仍具有特別可信、而無創傷後的逃避反應？法院欲使用被害人在警詢以及檢察官偵查詢問時對被告之不利供述，同時審判中又有不同於偵查中的供述，若要以創傷後壓力症候群的逃避反應作為解釋，至少必須確保被害人在警詢及檢察官詢問時，沒有受到家屬言詞影響以及檢警之暗示，以及被害人關於某段事實始終語帶保留等情況，才具說服力，否則不具備推論效果。

臺灣彰化地方法院 105 年度侵訴字第 74 號刑事判決，是援用創傷後壓力症候群之鑑定報告作為證據較為合理的判決先例。起訴事實大略為，被告基於其為被害人之姨丈公的身分，於兩名被害人到其住處時，在二樓臥房以及客廳為性侵行為，而後因被害人拒絕再到被告住處，被外祖母責罰後於日曆紙上寫下被害之情，始由外祖父代替向警方報案。被害人為未滿 14 歲之青少年，主要的證據為被害人之供述、被害人周邊人為其事後反應的供述、以及創傷後壓力症候群之鑑定意見。面對被害人供述些許不一致，法院積極的調查被害人之精神鑑定，並確認被害人有逃避該事件之反應，作為解釋被害供述或有不同之處，確實是被害人因創傷始終難以啟齒之部分。雖判決理由後段以該創傷後壓力症候群的反應可證被害人痛苦並非虛假，並無構陷被告之情事而認為被害人供述可信，是否合宜仍有待商榷；然而法院詳細探究被害人供述前後不一的原因，並以該精神鑑定作為佐證，較為符合論理法則。

¹¹⁶ 關於武器焦點之反應，大致上可以說是證人如果觀察案發現場時參考 Elizabeth Loftus & Katherine Ketcham (著)，林淑貞 (譯)，(1999)，《辯方證人》，頁 277-278，台北：周周。

第三款 被害人體內驗得藥劑殘留反應的過度推論

法院調查事後被害人尿液檢驗或其他檢驗出麻醉性藥物或中樞神經興奮藥物，以及該藥物的人體代謝後殘留量，其目的在於查明：被害人於案發之前，有無施用該藥物，且藥物效果是否可能持續到案發時，以及藥效於該時點可能造成的影響，進而推論被害人針對案發時的供述的可信度，以及被告抗辯的可信度。當被害人供述就事發當時的狀況，尤其是雙方互動情形供述出現前後供述不一時，法院若認定被害人當時已陷入藥物反應而無法清楚認知，此一認定必須要有更為詳細的證據調查，例如：應命施作藥物檢驗者作為鑑定人出於審判庭接受詰問，釐清該藥物於體內作用時是否會出現被害人所述失去意識的情況，抑或函文另委請專家出具意見等，否則無法正確的評價該檢驗報告。然而即便函查專家之後，也未必能夠得到被害人當時究竟是清醒或毫無意識的確切答案，此時法院應注意被害人供述和客觀事實的對照關係，假設在服藥後較近的時間內，理應屬於藥物消化過程，被害人供述自身意識不清；但距離服藥後數個小時，卻能清楚知悉被告當時從事何種違反意願而性交之動作，並不合於藥物於人體的機轉，被害人所述的真實性也會隨之有所動搖¹¹⁷。我國法院判決在這種案件類型的認定，有特殊的邏輯跳躍問題。法官就科學檢測，特別是人體生理反應，欠缺學習機會，並不具備可質疑醫療機構的能力，而傾向輕信單一專家出具的意見，以及檢察官所持的推論。最後未將該鑑定報告與其他案件的事實與證據進行綜合評估其合理性，以藥劑檢驗報告作為證據，甚至可以直接認定達成性侵害之著手行為¹¹⁸，屬於科學證據的誤解，使判決出現科學背書的假象。參照臺灣高等法院 102 年度侵上更(一)字第 1 號刑事判決、與最高法院 106 年度台上字 523 號判決，即使已經可證明被害人身上驗得藥劑反應或被證明自被告處取得並服用藥物，仍需詳細比對藥物反應和供述之間的關係、或者是被害人

¹¹⁷ 見第三章整理之最高法院 101 年度台上字第 6576 號刑事判決。

¹¹⁸ 見第三章整理之最高法院 106 年度台上字第 1195 號刑事判決及其原審台灣高等法院台中分院 104 年度侵上訴字第 31 號判決。

及證人就事件之情況的供述互相參照後，才能作出成立何罪或無罪的判斷。判決雖然不是以藥劑做為唯一的判決標準，但仍有在此環節因為藥劑存在而明顯傾向認定被告有罪，難保不會如最高法院 106 年台上字 523 號判決一般，對於同樣是否該當犯罪仍具合理懷疑的各個被告，卻做出不同的判斷，留下許多可質疑之處。

較為理想的判斷方式，可見臺灣高等法院臺南分院 103 年度侵上訴字第 956 號刑事判決¹¹⁹，被害人雖被驗出有藥品反應，但法院綜合其供述與其他佐證，認定不能證明被告有罪。雖然被害人尿液檢驗確實有檢出 FM2 之藥物殘留，但是由於旅館的證人明白證述，被害人和被告有說有笑地走入大廳、互動親密，若如被害人所言，在進飯店前就已經被施以藥劑陷入意識不清中，即和證人所述不合，證人並無說謊之動機且有監視錄影畫面可以輔助佐證；佐以被害人與被告之間的通聯記錄、警員於接受被害人報案時，被害人並未陳述被性侵、而是控訴被下藥後盜走財物等周邊情事，認定被害人和被告有交往情事，但被告於兩人於飯店休息後，基於強盜之犯意，另行施藥盜走財物。該判決中雖被害人身體有驗出施用 FM2 後殘留代謝物，但法院詳查被害人和被告的相處模式、周邊證人供述，而認為不能證明被告有違反被害人意願而性交。由此判決可知，即便被害人身體檢驗報告，驗出 FM2 藥物反應，仍必須詳加調查被告與被害人之供述。以被害人供述建立的核心證據結構，如果有其他間接證據足以動搖其完整性，則法院必須另外調查證據或以交互詰問等程序試圖排除該動搖，以補足證據構造的完整性，否則不得謂構成犯罪之理由充分。

對被害人體內藥劑殘留代謝物的鑑定報告過度評價，將有錯誤形成有罪心證的高風險。法院於被告涉及使用藥劑於被害人身體時，除必須了解藥劑的對人體作

¹¹⁹ 類似判決，見臺灣高等法院臺南分院 106 年度侵上訴字第 328 號刑事判決，被害人被驗出甲基安非他命確定；但有無強迫、引誘、欺瞞，不能證明；法院認為合意性交：並無伺機逃走未為呼救、並未不同意共同前往非公共場所；在被告未有任何強迫動作或威嚇言語下，直接聽從被告所言，褪去衣褲並進入浴室洗澡，過程中毫不避諱讓被告目睹其裸體，沖洗完畢後，亦未立即穿上衣褲，反仍以裸體狀態逕坐於被告身旁，可知雙方已不無合意發生性行為之徵兆，實際上在二人性行為過程中，甲確亦無抵抗被告之動作；裸照亦無驚慌之表情。

用可能為何、體內半衰期及作用之高峰持續時間外，並且應該將人體受藥劑機轉作用後的反應，與被害人之供述、被告供述相互印證核對，始能進行可信性之判定，否則無法對判決被告有罪提出信實的理由。

第三項 心證形成違背論理法則、經驗法則

論理法則，是對於事物之歸納及演繹方法之思考所得的推理原則，使用此推理原則，常能獲致正確之結論；經驗法則為基於吾人日常生活經驗而來，屬於一種客觀普遍之定則，可為大多數人接受，絕非主觀或狹隘之個人意見¹²⁰。而理想之中，綜合兩種法則，可以將個別證據評價，整合成一個前後融貫的構成要件該當的論述。

經歷過證據調查階段和證據評價階段後，最後法官綜合所有的證據評價，形成有罪或無罪之心證。法官將所得心證書寫於判決理由時，若未注意其認定之事實的前後關係以及與證據之間的關聯性，很容易做出理由矛盾或說明不清的判決。被害人之供述，作為性侵害犯罪最重要的證據來源，必須更為詳細的爬梳其前後脈絡。適用補強法則時，未注意補強證據和構成要件事實有無關聯性而一味堆砌，導致認定有所疑義、甚至與客觀事實不符的荒腔走板認定。由判決整理可以知道，若是將違法取得而欠缺憑信性之證據引入審判、調查時不顧程序正當性、忽視證據欠缺與待證事實的關聯性，或者評價證據時出現偏差，法官將連帶地形成謬誤的心證。

本文認為，經驗法則與論理法則，實際在運作上是密不可分的，如果法院對於所謂大多數人共同認同的經驗已有偏誤，因為法官對於某項經驗法則的認知出現問題，導致其判決理由並不符合論理法則，而論理法則的建構如何為之，必須是藉由一段一段的經驗法則來填充推論的每個過程。當然，也有可能論理法則本身被法院曲解，比如在書寫判決理由時，雖然法官依憑所能掌握之證據進行推論，無法達到排除所有合理懷疑的程度，卻因為內在的心證已經形成，法院因此不顧論理不足的

¹²⁰ 參照最高法院 90 年度台非字第 90 號刑事判決。

問題，將被告定罪。

從證據調查階段就產生瑕疵，能建構的經驗法則有很高機率隨而產生問題，將一步步地在評價階段以及心證形成階段更為偏差；不過也有些案件乍看之下證據調查與單一證據的評價層次並無明顯疑義，但最後的整體判決看起來欠缺一貫的邏輯，或仍無法消除合理懷疑，判決無法符合論理法則。觀察 105 年、106 年最高法院的判決與其原審，共 285 個案件（於法源資源網中搜尋關鍵字強制性交後所得之結果，多數案件含複數事實審，僅以同一犯罪事實計算案件數量），包含證據調查問題、證據評價問題以及心證形成問題，案件曾經有疑義的事實審者共 79 個，其中 16 個判決，雖在證據能力以及證據評價方面未有明顯可指摘部分，但被害人之供述前後不一、或者與客觀證據些許不符，在未經詳細解釋之下，法院卻認定被害人指訴雖有瑕疵，仍不掩其真實，認定被告有罪。容易造成心證形成時整體出現疑問的原因，本文認為有以下幾點：

第一款 法院並未注意論理法則之侷限

性侵害犯罪之審判，如果案件非以身體暴力壓制意願，沒有身體上可見之傷痕可供認定性侵害事實依據，則法院必須以事發前情境，推論被害人指訴的違反意願情節是否「合理」。對事實發現者來說，欠缺實物、可驗證之跡證如：傷痕、錄影畫面等等，對於事件發生當下的情狀，就必須要靠著交互詰問等調查方法，驗證供述證據，並且將情況證據與供述比對，以建構事實樣貌。但必須要注意的是，可能有部分的認定是邏輯跳躍、過度重視某證據而忽略相反的資訊、混入大量性別刻板印象、或者因為被害人狀態而預設其指訴可信。

從判決分析看來，在被害人供述被辯方指摘有所矛盾時，法院經常使用其他的周邊證據作為補強，試圖回應對該供述內容品質的質疑。不過首先，在證據調查階段已經錯誤的引入證據，或證據評價時對證據有過度的評價，要在心證形成階段得到無瑕疵的心證，是不可能的。再者，即使在前兩階層並無明顯問題，若法官並未

有證據結構的觀念，無法邏輯一貫的將其認定的事實與證據結合，且說明其間關聯性，其判決的適當性容易產生瑕疵。如果法院在審判性侵害案件的時候，並未留意案件本身的事件脈絡、以及證據用於推認事實時，應有的結構，則非常有可能導致判決並不符合論理法則。

第二款 超法規補強法則的正當性

最高法院指出作成判決時，不得單獨倚靠被害人指訴之供述證據判斷被告有罪無罪，應該有外於該供述的其他證據資料配合，形成無合理懷疑的確信心證，並承接數十年前的判例¹²¹，進一步闡釋因為此類證人的證言因為其立場與被告對立，其目的在使被告被追訴受處罰，不實可能性高，應有補強性法則之適用¹²²。

學者評論，對於供述證據的可信性判斷，必須根據證言本身的細節、邏輯性、前後一致性認定其品質；確認具備基本品質後，則應根據證人本身的智識能力以及其對被觀察客體（例如被告的身體特徵、周遭環境的情形等）的機會，認定他有無可能做出這樣的證言¹²³。一味強調被害人供述普遍具有高度虛偽性，會不會使法院忽略應該審慎檢視非被害人之證言的細節與邏輯性？法院進行事實認定時，應該著眼的是建立具有邏輯性的論述根基，始足以判斷被告有罪無罪。因為對某一證據種類的不信任，要求法院援用此一類型證據，不論其來源與品質，均要求一定需要其他證據補強的正當性又在哪裡？如果只是單純因為心態上的不信任，則有可能陷入歧視之中。

被告之自白的補強法則，明定於刑事訴訟法之中，除了因為歷史因素：國家為了取得自白曾有無數侵害人權的追訴行為，立法者恐懼該供述證據乃因國家機關因為正義或真實的追求，對被告施予不正之壓力，反而斲傷原本欲追求的真實與正

¹²¹ 最高法院 52 年度台上字第 1300 號判例：「惟查告訴人之告訴，係以使被告受刑事追迫為目的，是其陳述是否與事實相符，仍應調查其他證據，以資審認。」

¹²² 最高法院 104 年度台上字第 3178 號刑事判決。

¹²³ 薛智仁（2016），〈促成性交易罪及補強法則之適用範圍—評臺灣高等法院 104 年度上訴字第 1553 號判決〉，《中原財經法學》，第 37 期，頁 147-149。

義，為了降低追訴機關對於被告自白勢在必得的動機、並且落實不自證己罪原則，規定不得以之作為唯一的定罪依據而必須有其他補強證據；此外，由於被告的自白，並不像其他證人的供述，能夠藉由和被告對質詰問等措施，擔保其可信性，因而必須要求另外的補強證據作為其擔保。

但相對於此，被害人的供述，是基於證人地位所發，因此其實可以透過具結、被告對質詰問權的保障，對其可信性有一定程度的擔保，和被告的供述地位並不相同，欠缺類推的可比性¹²⁴。再者，最高法院對於不可信的證人類型的危險因素，偏重在說謊動機或易受暗示等面向，不過，證言不可信的原因顯然並非僅止於此，觀察、記憶、陳訴錯誤的危險並未被考慮¹²⁵。而且這些情形，如果經過對質詰問與交互詰問，應該更容易被法院所發現，但最高法院的態度顯然是認為，刑事訴訟程序的擔保並無法解決這些危險因素，因此才要求額外的補強證據。對於可疑證言的類型化之恣意性，甚至因為最高法院保有自行挑選特定危險因素，並要求補強的權責，最終可能使最高法院隨其意主動擴大超法規補強法則的危險¹²⁶。如果透過被害人供述可以通過憑信性的檢驗而具備證據能力，其品質又確實可以建構邏輯縝密的證據鍊，有什麼堅實的理由認定被害人供述一定要額外的補強？如果我們要對被告的權利有更完善的保護，應該是從證據鍊完整性的嚴謹要求著手，而不應該欠缺正當理由地，針對屬於證據鍊其中一環的被害人供述，要求補強證據。否則，將造成對特定被害人群體歧視的結果。加拿大刑法在 1983 年修法時，正是為了回應當時的批評：加拿大刑法繼受英國法制度，該制度進入現代已經被認為不夠重視性侵害，特別是對被害人指訴要求補強證據，蘊含認定女性在性侵害案件的指訴具有普遍的不可信性、使女性指訴性侵時有額外的負擔。為了避免這種不平等的結果，因而刪除了關於性侵害犯罪除了被害人供述之外要有補強證據的規定¹²⁷。

¹²⁴ 薛智仁，同上註，頁 144、150-151。

¹²⁵ 薛智仁，前揭註 123，頁 149。

¹²⁶ 薛智仁，前揭註 123，頁 151。

¹²⁷ Janine Benedet, *Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal: The Roots of Ewanchuk and the Unfinished Revolution*, 52 ALTA. LAW REV. 127, 131 (2014).

姑且不論運用被害人供述作為定罪依據，要求必須有補強證據之正當性，著重在最高法院試圖改善性侵害犯罪證據稀少、論理無法排除合理懷疑的作為，但觀察事實審法院運用補強法則的現實狀況，果真恪遵最高法院的上開見解，將其他證據，如事發前之背景、事發後情狀等，綜合考量以印證被害人供述嗎？抑或是幫法院預先形成的確信尋找先射箭再畫靶的依據？最重要的關鍵，在於甚麼才是適格的補強證據。最高法院已經就補強證據提出標準：「所謂補強證據，則指除該陳述本身之外，其他足以證明犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，且該必要之補強證據，須與構成犯罪事實具有關聯性之證據，非僅增強告訴人指訴內容之憑信性。是告訴人前後供述是否相符、指述是否堅決、有無誣攀他人之可能等情，僅足作為判斷告訴人供述是否有瑕疵之參考，因仍屬告訴人陳述之範疇，尚不足資為其所述犯罪事實之補強證據。¹²⁸」，補強證據的要點是足以證明犯罪事實確有相當程度真實性，而與構成要件事實有關連性，僅是增強告訴人的供述內容憑信性，尚不足為所謂補強證據。

法院因補強性法則之要求，致力於尋找任何可能當作被害人供述之補強的證據，不論是聽聞被害人講述案情的親人作為證人、或是被害人患有創傷後壓力症候群之鑑定、被告接受測謊之報告等作為被害人所言可信之證據，反而使得更重要的判斷基準，例如被害人所述內容是否和客觀證據合致、詢問過程有無因暗示等行為而造成證言扭曲等被法官所輕忽。如果沒有思考證據的串聯如何能對應事實的認定，即便調查數量繁多的其他非被害人供述之證據，亦無法幫助法院做出妥適的事實認定，而僅是給上級法院一個訊息：本次審判已經調查很多證據，請勿撤銷發回浪費司法資源。縱然上級法院察覺問題而撤銷判決發回更審，又會使被告與被害人再度進入刑事程序的壓力情境之中，且距離案發時曠日持久，重現真實的可能性隨之降低。即使以上開這些證據，建立起雙方互動的背景輪廓，對於構成要件該當性而言，充其量僅是間接事實，僅能就客觀事實及雙方就事發時的供述等主要事實為

¹²⁸ 最高法院 105 年度台上字第 1582 號刑事判決。

輔助。而我國判決中使用的所謂「補強證據」，大部分都是在幫助法院增強被害人供述可信度，僅是對於被害人供述的輔助證據，並不符合所謂的補強證據的要求。因而，不論堆積多少這類型的證據，只是重複對於被害人供述進行輔助，並非以其他和構成要件相關聯的證據來補強被害人的指訴。

此外，在性侵害案件之中，常見以「事發時背景與情境」作為推測性交當時是否具強制力，或者是否有違反意願情形的論據，因為因為性侵害案件中欠缺實物證據、目擊證人或其他補強證據的可能性較高，情況證據重要性隨之提高，需要以周邊人士之供述來建立法院對於雙方相處情境之認知。然而，事實認定者應該知悉，以後設之證人詢問、情況證據資料欲推知事發當時或事發前的情境，即便重建一定的事發背景概況，也一定是斷片式、受到證人視角侷限的樣貌，畢竟人的記憶力並不如電腦穩定，甚至有被事後發生的事件、畫面干擾而受逆向影響的可能性。

所謂「事發後之時間地點是否符合社會通念」，是法院時常用於判斷被害人指訴性侵發生、以及被告提出的抗辯，是否合理的標準。不過，符合社會通念的經驗法則，其實並不穩定，例如「再參諸案發上開市場女廁內地點雜亂，應非係兩情相悅男女所選擇之親密地點，則被告所辯A女是自願的云云，亦難採信。」¹²⁹，此種想當然耳的推論，頗為武斷，因此在使用該證據時，前提應該是已先建立整體證據的結構，才足以判斷在個案中是否確實可以推認雙方不會在該時地發生性行為，而間接可以補強被告確實違反被害人意願的認定。

補強法則還有一種危險：提供法院藉口，因為找不到額外的補強證據，就放棄進行說明與論證，判決被告無罪。而如果要求法院必須要拚湊出補強證據，很可能導致反效果，只是形骸化的適用這個法則，提出一些看似足以補強的證據，其實根本對本案被告是否構成要件該當毫無推認效果，反而可能因此產生論理矛盾或瑕疵。

針對被害人供述要求超法規補強法則本身即有正當性問題，即使可以因為最

¹²⁹ 見：臺灣高等法院高雄分院 104 年度侵上更(一)字第 10 號刑事判決之判決理由貳 一、1.(1)。

高法院試圖以更齊全的證據以利於發現真實的正義目的，淡化其正當性欠缺的問題，但觀察法院在性侵害犯罪案件中實際運作補強法則，不但模糊了補強證據和輔助證據的差距，使得整體事實認定失焦，更隱含了使法院忽視被害人供述本身問題、未窮盡調查可能性的危險。

第三款 判斷前後不一之供述的可信性時流於恣意

本文於第三章整理的判決，有相當比例，面對辯護人或上級法院對於前後不一的指訴為何可信的質疑，認定不合致的部分屬於細節無礙指訴，卻並未交代為何此部分屬於細節，也不見盡力調查此部分供述的詢問，證據結構的鬆散導致論理模糊；也有最高法院撤銷原本已經構成合理認定的原審判決，要求事實審法院調查推認被害人的供述可信度的輔助證據。眾多細節不一致的供述，無法建構合理的證據主幹，連帶的也會使其他證據沒有補強心證的效果。於是，推認被告有罪的論理，並不能貫徹法治國刑法及刑事訴訟法的有疑惟利被告原則，儼然是自由心證的失靈現象。

相對於此，實務當然也有相對明確建立被害人供述主軸，並進一步連結各證據的判決、或者因為檢察官所能提供的證據，並無法建立完整證據結構證明被告犯罪，法官最後嚴守無罪推定原則判決被告無罪。例如最高法院 106 年度台上字第 1273 號刑事判決，同樣以被害人供述做為主軸，被害人警詢、偵訊、審判中證詞針對起衝突的原因，是被告要求口交遭拒、要求手淫遭拒、或因被告喝酒而起爭執，供述矛盾；被害人下體有無被抓傷流血、供述也不一，檢方以及證人並無法提供合理的解釋，因此被告被判無罪。另外，臺灣高等法院 105 年侵上訴字第 276 號刑事判決則因為被害人和周邊證人所供述之事發情況和被害人自身供述無法合致，而認定被害人所言不可採信，雖被害人有重度憂鬱及焦慮傾向，但因為除本次控訴事件外，被害人另有許多生命重大事件，法院認為不能作為被害人供述之佐證。且本案因維

持一審無罪判決，依照速審法規定，全案於二審終結。即使被害人供述有前後矛盾或供述不一、遺漏部分事實等情況，在查明具體情形之前，尚不能妄下判斷其供述欠缺可信性、但自然也不能輕忽供述矛盾，顯示其欠缺穩定品質的問題。以上案件，法官貫徹有疑惟利被告原則，詳細調查供述內容後，發現其內容矛盾，再與其他情狀證據比對，若亦無法解釋其不一致，更無其他證據足以證明被告有罪，即判斷被告無罪。顯示如果事實審法院做出足夠努力，還是可以完成論理完整的判決。

使用測謊鑑定報告的案件，在判決理由中，測謊鑑定報告，常見於理由的最末段，而且該案件通常欠缺足以強而有力推論被告有罪之證據，顯示法院採取測謊鑑定報告當作證據，常是在前階段窮盡調查仍無法以無合理懷疑的論述認定被告有罪時，法官放在判斷犯罪是否成立的天秤上最後的砝碼。

在性侵害審判中的測謊，大部分都可被歸類為被告有無和被害人性交的測謊，以及有無違反被害人意願與之性交的測謊兩類。

我國實務對於測謊鑑定的證據容許性，較為主流的意見認為，只要：**「形式上若符合測謊基本程式要件，包括：(一)經受測人同意配合，並已告知得拒絕受測，以減輕受測者不必要之壓力。(二)測謊員須經良好之專業訓練與相當之經驗。(三)測謊儀器品質良好且運作正常。(四)受測人身心及意識狀態正常。(五)測謊環境良好，無不當之外力干擾等要件」**即具備證據能力，並應符合適當待證事實之需求，例如施測僅針對可驗證存在與否之事實而非內在評價進行詢問，始具證明力。然而根據學者整理，亦有最高法院判決持反對見解，認為測謊鑑定欠缺科學證據應有的「再現性」品質，而不應賦予證據能力。可認為在此議題上，實務雖有較為主流的見解，但仍未有定論¹³⁰。縱使如此，性侵害犯罪的判決中，仍有相當數量使用了測謊鑑定作為證據。

¹³⁰ 石宜琳（2012），〈測謊證據能力重新評價與定位〉，《法學叢刊》，第 57 卷第 2 期，頁 111-112。

檢察官為了攻擊並無從事性行為之抗辯，常會聲請被告就有無性交進行測謊。而法院也會同意該證據的使用，補強檢察官主張被告和被害人進行性交的論述¹³¹。此外，為打擊被告的抗辯，檢察官也會聲請法院委託鑑定單位測謊以證明被告「未違反意願性交」的抗辯所言不足採用；但正如同學說中反覆提及，測謊鑑定所依賴的身體反應測試，和是否確實說謊的關聯性可能有太多的阻斷、干擾因素存在，並且許多判決中也解釋，對個別案件中的某一段事實是否得以使用測謊，需要看該事實是否大部分涉及受測人的個人主觀評價，受委託施測單位將以該事項屬於個人主觀內心活動、以測謊之測驗方式難以探知是否說謊，而認為法院委託的待測內容不宜施測¹³²。這也解釋了至少在性侵害犯罪中，許多和被告是否有違反意願而和被害人性交的事實都涉及雙方當事人的主觀意志，測謊技術無法適用於斯；以其他的證據推測，也有相當的難度。

從判決的分析中得知，許多將被告測謊呈現不實反應納入判決理由的判決只是將測謊不實當作最末的補強證據¹³³；有些判決在被告測謊並無不實的狀況下，仍認為其不足以彈劾被害人的證詞及其他客觀證據、無法支持被告的事實版本，判決被告有罪¹³⁴。法院很少能夠藉由測謊的結果來判斷事實是否存在，尤其是針對較為主觀的問題更是如此。「被告有無違反被害人意願」此一待證事實，以測謊作為判斷的證據方法，是完全不可靠的，檢辯雙方應該避免聲請，即便有聲請，法院也不得允許。測謊證據，應該只能在偵查階段做為偵查方向的參考。

綜合以上分析判決理由的結果，法院心證的形成，如果對於證據之間的互相影響欠缺認知，並未建立證據的主幹以及該主要證據群和所認定的犯罪事實之間的邏輯關聯，則圍繞其周邊的間接證據群，對於事實的推認將毫無幫助，反而混淆整個證據調查與評價的運作過程。建立穩固的核心證據主軸，才能正確評價其他的證

¹³¹ 請見：臺灣高等法院臺南分院 99 年度上訴字第 28 號刑事判決。

¹³² 請見：臺灣高等法院臺中分院 104 年度侵上訴字第 163 號刑事判決。

¹³³ 臺灣高等法院花蓮分院 104 年度侵上訴字第 28 號刑事判決、

¹³⁴ 最高法院 106 年度台上字第 564 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 104 年度侵上訴字第 63 號刑事判決。

據。

第三節 強暴迷思以不同面貌滲入事實認定過程

強暴迷思的影響力，可能貫穿整個事實認定、自由心證的運作流程，從證據採取與否、證據如何評價到最後心證是否有罪，均可能受到這個因素的影響，因此本文將之獨立一節討論。

第一項 被害人過去性經驗與社經地位的調查與評價

關於被害人之事前背景等調查，尤其是針對過去的性經驗，論者引用美國訂定性侵害被害人保護法的目的，如果毫無限制地將被害人的過去性經驗以及社會地位等人格相關證據，經調查引入審判程序，會造成對被害人的二度傷害，對事實認定而言，也會因為證據不具備和構成要件的相關性，且摻有偏見而失焦¹³⁵。參照美國聯邦證據法第 412 條與各州的性侵害受害者保護法中，均規定排除被害人過去性行為證據，目的在於將性侵害審判的重心由「被害人是否值得保護」朝向「被告所為之行為」、並且係為了「避免被害人的私生活成為審判的中心」。不過，為了平衡被告的防禦權以及盡可能蒐集證據以發現真實的想法之下，仍然有法律明文的例外允許情形。美國各州性侵害證人保護法排除之規定，以採法定例外模式的密西根州為例，原則禁止將被害人過去性行為之證據納入審判之中，例外則限於(一)被害人與被告過去的行為或是(二)證明精液、懷孕或疾病的來源（是不是被告）；且「與本案事實相關」而「其歧視性不重於證據價值」，始可納入審判中。程序上，密西根州更規定必須經過法院非公開的聽證程序，亦即，法院只有在符合法定例外之情況下，方能衡量該證據是否有歧視性不重於證據價值，被認為是法院裁量權限

¹³⁵ 陳又寧，前揭註 14，頁 37-38。原文請參照：Jason M. Price, *Constitutional Law—Sex, Lies, and Rape Shield Statutes: the Constitutionality of Interpreting Rape Shield Statutes to Exclude Evidence Relating to the Victim's Motive to Fabricate*, 18 W. NEW ENGL. REV. 541, 550 (1996).

較為限縮的模式¹³⁶。允許被害人過去的性行為納入證據能力，會不會使「被害人同意」失去其特定與不可移轉性？有學者認為，決定是否允許使用被害人過往性經驗時，要考量的就是：「即使該名女子曾經明確表達拒絕，女性的聲譽、與第三人的互動等是否足以使人合理的相信他同意為性行為？」在同意應為特定而無法轉移的前提概念下，「即使女性甚麼也沒有說，她的聲譽以及對第三者的互動也不足以作為被告判斷本件情況中她是否同意進行系爭性行為。」¹³⁷在使用被害人過去性行為經驗作為證據之時，性別的偏見特別容易藉此滲入性侵害犯罪的審判之中，對被害人的傷害可能性大幅的增高、也會使法院審判性侵害犯罪時陷入經驗法則上的錯誤；因此不能毫無限制的使被害人過去性經驗納入審判程序，以免為達成探求是否個案中確實有強制性交事實存在的目的，卻以傷害被害人為手段；何況以過去和他人的性經驗去推知系爭性行為當事人的想法，非常可能失準，人對於性的同意與否的態度，會隨情緒或情境而變化，因此以過去和他人的性行為經驗來做為推知本次性行為情狀的證據，對於發現真實並非有效。

我國就關於被害人過去性經驗的證據是否得引入審判中，於性侵害犯罪防治法第 16 條第 4 項中規定：「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、軍事審判官認為有必要者，不在此限。」可知我國立法者也注意到在審判程序中引入被害人過去性經驗證據，可能過度侵害被害人人格權、並且對真實之發現未必有效。最高法院 104 年度台上字第 3698 號刑事判決特別指出，本條項所指之「有必要者」，判斷上可參考美國聯邦證據法第 412 條 (b) (1) 之三種例外規定，並且應依個案事實認定之¹³⁸。

¹³⁶ 陳又寧，前揭註 14，頁 37-46。

¹³⁷ Michelle J. Anderson, *From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law*, 70 GEO. WASH. L. REV. 51, 112(2002). 翻譯參考：陳又寧，前揭註 14，頁 56。

¹³⁸ 最高法院 104 年度台上字第 3698 號刑事判決：……性侵害犯罪防治法第十六條第四項規定：「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。但法官認為有必要者，不在此限。」立法目的在避免混淆待證事實、侵害被害人隱私及造成其二次傷害。但法官認為有必要者，則可例外允許之。此之所謂「有必要者」，判斷上可參考美國聯邦證據法第 412 條 (b) (1) 之三種例外規定，即 1.提出被害人與被告以外之人性行為之證據，如係證明系爭精液、傷害或其他生理上證據之來源者。2.所提出被害人之性行為證據，如係被害人與被告過去之性行為，用以證明被害人出於同意者。3.如排除該證據，顯有違反保護被告憲法上之權

在面對發現真實與顧及被害人感受及其權利兩者的平衡之下，參考美國法對於被害人過去性行為史的排除規定，例外在對於案件構成要件事實有重大關聯性、例如目的在於證明精液、懷孕或疾病的來源；或者係被害人過去與被告之性行為，用以推測系爭性行為本身是否為被告以違背被害人意願之方式所遂行，確實是可行的方向。然而我國最高法院判決於接受此種作法時，舉例之中卻有不甚理想之處：「……被告提出被害人曾提出不實之性侵害控訴而事後撤回控訴之證據；被告提出被害人曾於類似情況下，同意與他人為性行為之證據等是。」其實，即便是被告和被害人之前的性經驗，也不見得能夠直接推知被害人於此次性行為之中有無被強制、意願有無被違反，至少要在背景事實幾乎毫無變化的情況下才有推論的實益；況且所謂在類似情況下同意與他人為性行為之證據，欠缺明確性。欲以往昔同意推知現在同意的歸納法，邏輯實非縝密，反而可能造成對被害人的標籤化、以法律非難其性自由的行使。

有些實務判決遵從上開見解，排除被害人和其他人之性接觸經驗作為證明被害人有無被性侵的證據¹³⁹。在本文近年的判決，因為我國的性侵害防治法規範，較少有檢討被害人和被告以外之人的性經驗被調查，不過，有些案例是被害人以前曾經對其他的親人提起性侵害告訴，已經為不起訴處分，法院於程序中曾經因此討論被害人是否有可能對被告為不實指訴¹⁴⁰。

除了調查被害人的性經驗做為證據之外，審判中亦曾見被告提出自身性能力障礙抗辯，自稱身體情況及與他人為性互動的可能性，不可能性侵被害人。不過法院多半不採信，認為性能力障礙常是被告自己向醫師主訴，且面對不同刺激會有不

利者。此種情形，需依個案事實而定，例如：被告提出被害人曾提出不實之性侵害控訴而事後撤回控訴之證據；被告提出被害人曾於類似情況下，同意與他人為性行為之證據等是。是以，除符合上開例外容許之規定，性侵害犯罪之被告或其辯護人不得提出有關被害人與被告以外之人性經驗證據，即使提出，因屬與待證事實不具關連性之證據，法院亦不應加以審酌。

¹³⁹ 最高法院 106 年度台上字第 2000 號刑事判決。辯護人援引被害人指訴另一名被告性侵卻僅被判判決乘機性交罪，認為本案亦應如此，但法院反駁之，認為兩者是不相關的事件。

¹⁴⁰ 如本文引用之臺灣高等法院 106 年度侵上更(一)字第 6 號判決，被害人曾經指訴過被告(表舅)以外之其他親戚(生父)對其性侵害。

同的反應，更有判決直接指出法定構成要件並不一定以陰莖勃起插入始構成性侵害，手指侵入或異物侵入亦該當性侵害，已經不再認為加害者只會因為性衝動才會進行性侵，而對加害者與被害人之間權力關係有更為多樣的想像¹⁴¹。

部分判決會因為被告的攻擊防禦方法，參入對被害人社經背景的調查。常見者如，被害人是性工作者、坐檯小姐¹⁴²。除了前所提及的最高法院 106 年度台上字第 55 號刑事判決外，在 105 年的最高法院判決中，部分判決亦涉及酒店或小吃店服務人員被帶出場，而後發生性行為，是否成立性侵的爭議。爭點多集中在被告聲稱是和被害人合意為性交易、將小姐帶出場之費用即已包含性交易，事後反而有其他人向之討要其他費用是仙人跳；被害人一方則多半會供稱出場費用並不合性交易，並有酒店之經理、其他同事作為證人證明該點。法院採信被害人就此之供述，並認為被告刻意將被害人帶入被告實力支配範圍，而壓制被害人意願遂行性交，屬於違反他人意願之性侵害。法院不會將被害人身分為酒店小姐、甚至已經被帶出場，而認定其必然屬於同意性交。在調查背景之後認為被告有壓制其意願之行為，而判決有罪。然而這也是一個難題，在這類案件中，證人等包含酒店經理，本來就很可能和被害人是同樣利益結構，甚至即便已經並非共享利益，也可能要隱藏酒店或聲色場所媒介性交易之情事，以免入自己於罪。關於出場費是否屬於性交易之對價，可能需要額外的證據來加以證明，不能僅以工作人員之供述認定為準¹⁴³。除了社經地位之外，被害人在其人生經歷中有說謊傾向，也曾見辯護人作為一種攻擊被害人可信性的根據。

雖然可以藉由此種調查獲得多樣的輔助證據，但如果對於證人的人格評價、或對社經地位的刻板印象，會經由調查間接證據或輔助證據進入審判，那麼就不得不

¹⁴¹ 例如臺灣高等法院臺中分院 104 年度侵上訴字第 170 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 105 年度侵上訴字第 14 號刑事判決等。被告提出自身器質性陽痿，無法和被害人為性行為茲為抗辯，均為法院認定係事後翻異、脫免罪責之詞。

¹⁴² 參照：最高法院 106 年度台上字第 3815 號刑事判決、最高法院 105 年度台上字第 1331 號刑事判決等。

¹⁴³ 參照：最高法院 105 年度台上字第 1331 號刑事判決、最高法院 105 年度台上字第 665 號刑事判決等。

謹慎。若不準確的要求證據所能指向的待證事實，以及該事實和證明被告有無該當構成要件之間的關聯，法院容易將擴大性別刻板印象或社會地位的歧視納入審判，甚至對於被害人的形象產生標籤化，導致許多被害人不願提出指訴，害怕於司法體系中受到二度傷害，而成為妨害性自主犯罪黑數提高的因素。

在案情陷入晦暗不明，需要調查被害人與被告供述合理性時，尤其是關於雙方對性行為是否合意，法官常透過觀察雙方平常的互動模式和本案涉及的性行為的比較進行認定。在近年的判決中，時常會以通訊軟體（例如 Line 的通訊紀錄、Facebook 的訊息紀錄等）的電磁紀錄呈現在審判庭中。使用這類證據時，除應詳細調查證據能力是否適格，排除偽造可能、確認對話日期和本案接近而有推論效力之外，也應該注意有無過度推論或誤解的問題，不能直接作為推斷構成要件事實之根據¹⁴⁴。

第二項 事發後情狀——當事人反應

辯護人於性侵害犯罪審判中常提出質疑：被害人有無在第一時間將事情予以揭露或報警、驗傷。根據文獻所整理的實務見解，曾有法院判決基於被害人並未第一時間揭露受害情況，即認為被害人所指訴之性侵害犯行並不存在¹⁴⁵。然而，本文觀察的判決中，面對辯護人質疑被害人並未第一時間將遭受性侵之情事揭露，大部分採取將被害人在現實上可能不願及時揭露被害事實的情況，詳為調查的作法，而未因此對被害人供述為不利認定¹⁴⁶。

¹⁴⁴ 如：最高法院 106 年度台上字第 2879 號刑事判決，以被告傳給被害人之 LINE 通訊軟體訊息對話截圖，證明被告確實以自殺相脅，使被害人與其見面。最高法院 106 年度台上字第 1988 號刑事判決，試圖以 LINE 訊息的截圖，佐證被告確實以違反被害人意願之方法為性交，但辯護人抗辯，此僅能證明權勢性交，但因為截圖已滅失，無法再行調查。

¹⁴⁵ 見林志潔、金孟華，前揭註 16，頁 36，文中所引用之台北地院 89 年度訴字第 273 號判決、高雄地院 94 年度訴字第 240 號判決、台中地院 89 年度第 1066 號判決。搜尋該等判決字號，均為依法不得公開之案件，僅能自文獻之整理中看到部分判決摘錄。

¹⁴⁶ 參照臺灣高等法院高雄分院 105 年度侵上訴字第 50 號判決。於該判決中，法院詳細調查被害人為何並無在事件發生伊始即對下體進行驗傷而進入性侵害報案程序：原因乃被害人為經營性交易行業之人，因社工所言若做檢查而進入疑似性侵害報案，可能會使警方查緝其性交易、且因懼怕被家人知悉而不欲多生枝節，故並無針對下體驗傷、而僅針對身體其他部位傷害進行驗傷。顯

文獻曾批判法院會以被害人反應如常、保持和被告之互動等情形，作為認定被害人供述不可採信之依據¹⁴⁷，從 105 年及 106 年最高法院判決及其原審判決觀之，實務上已有許多判決會詳細推敲被害人反應為何與所謂的「正常」反應不同，而試圖建立新的經驗法則，正在解構被害人都被化約成「充滿恐懼或憤怒其他情緒、而很快的呼救、尋求協助、告知親近之人」的齊一樣態，呈現被害者的多樣性，本文認為是值得肯定的。

關於被害人未在第一時間將被性侵之情事予以揭露一事，我國法院的經驗法則，已非如以往，傳統貞操和被害人自找的這類刻板印象逐漸淡化。以往可能會認為：被害人指訴較為遲疑，代表可能是合意性交後因其他因素而心生不滿、繼而指訴被告性侵。現今社會對性別的認知逐步走向多樣化，也可能使法院有不同的視野，詳細調查個案中被害人的實際情況。

有些判決，針對未滿 18 歲的少年人，法官會認定因被害人年少，智識經驗與反應不及成年人，並未呼救的表現仍屬正常，並非被害人蓄意構陷。被害人為年齡十四至十八歲之間的少年人，經驗不足、在面對性攻擊的應對能力可能會較為生疏、不懂保護自己，因此不能因為其事後沒有及時呼救、報警、驗傷而否認其有受到性侵害¹⁴⁸。此論述方式本意在於保護較為年少的被害人，固然立意良善；不過卻恐怕會使閱讀判決者萌生以下推論：成熟的女性因為處理感情以及性行為關係的能力比較強，因此，在遇到猝然、強烈的性攻擊，不會因為驚慌恐懼而不知所措，將會按部就班的呼救、報警、驗傷，一旦欠缺這些「合理」的行動，則足以懷疑被害人是因為特殊原因，將合意性交扭曲成為違反意願，指訴被告犯下性侵害之罪行。表達一種成年女性的「理想被害形象」，在案發之後一定會及時去驗傷、報警、並且害怕的跟身邊的人哭訴，一旦沒有如此，就可能不是「真正的受害者」，因而並非

示在具體個案中，被害人未於第一時間出面指控受性侵害是有非常多可能性存在，可能有許多現實面的顧慮。類似判決，見臺灣高等法院高雄分院 101 年度重侵上更（二）字第 7 號。

¹⁴⁷ 見林志潔、金孟華，前揭註 16，頁 36。

¹⁴⁸ 如：最高法院 106 年度台上字第 39 號刑事判決、臺灣高等法院 105 年侵上訴字第 246 號刑事判決、臺灣高雄地方法院 104 年度侵訴字第 83 號刑事判決等。

刑法保護的對象。

被害人於遭受性侵如此重大事件的衝擊，可能會有情緒上的激烈動搖，也因此，法院亦會調查：被害人於案發後，是否確實有重大情緒轉折或其他異於平時反應之舉動¹⁴⁹，意圖據以證明確有可能發生該等違反意願之性侵害事實。但也必須注意，被害者情緒的重大波動，未必即是因為性侵害事實確切存在，僅能推論被害人在該段時間中，受到外界強烈的刺激而已，事實認定時，自然應該配合其他情境證據，始能有推斷力，不能以此被害人事後情狀驟然認為被告有罪。

與被害人情緒相關者，應特別注意法院使用創傷後壓力症候群的鑑定，屬於以被害人事後反應來推測其指訴可信度，常見的一種類型，也是在證據能力層次、證據評價層次就常遭到誤用的一種證據，已如前述。使用創傷後壓力症候群鑑定，將造成一種以科學為判決理由背書的外觀，更可能會造成反向的偏見產生：「如果不具備創傷後壓力症候群反應，是不是意味著被害人其實根本沒有被侵害？」因此，法院援用該證據資料時，必須謹慎為之。

調查關於被害人情緒反應的輔助證據時，常以被害人的周邊人如親屬、伴侶、朋友或老師、同事等人的供述作為資料來源，用於補強被害人的供述可信度，因為其供述內容通常涉及被害人在其面前之情緒表達，法院也因此常援用該類型供述作為被害人確實有受性侵害之重大影響的論證依據。判決中常見辯護人爭執親友的供述僅為重複被害人所言，不具證據能力，但法院認為該供述內容就被害人之情緒反應如：哭泣、恐懼、失眠，親屬從旁觀察而得到的感受，屬於親身經歷之事實仍可作為補強被害人供述之用，駁斥辯護人的質疑，肯認該供述之證據能力。不過，更應思考的是，使用這類傳聞證據，說明證人觀察到的被害人情緒反應，究竟可以對被害人之供述有多少的補強推認力，畢竟，被害人產生異常情緒反應的原因有多種可能，家屬的觀察究竟如何能對被害人供述可信度為補強，鮮少判決進一步論證。

¹⁴⁹ 相關判決可見：最高法院 106 年台上字第 75 號刑事判決、最高法院 106 年度台上字第 1664 號刑事判決與其原審臺灣高等法院 105 年度原侵上訴字第 5 號刑事判決、最高法院 105 年度台上字第 3477 號刑事判決等。

第三項 被害人誣陷被告的可能性檢討

105 年、106 年的性侵害犯罪的判決，判決的實體理由中，第一段常檢討被害人（通常也是告訴人）是否有誣陷被告的動機與嫌疑。法官於理由中說明被害人無誣陷被告的動機與可能性，如果可認定被害人沒有誣陷之行為跡象以及動機，則進一步論述被告之行為是否構成性侵害。於此際，被告的抗辯會被納入該供述證據檢討的參考，部分被告將主張被害人虛構事實，並且提出被害人和其合意性交的故事版本。發現事實者（無論是警、檢、院），在運用經驗法則判斷當事人供述是否合乎邏輯時，可能摻入許多個人對性別之間互動的既定印象與經驗，而這通常是建立在社會普遍對於性別相處的固定想像上，忽略個案當事人之間的個別互動模式與內心狀態。

最高法院 104 年度台上字第 1066 號刑事判決中，最高法院提出：有無其他非強制的性交動機（出於好奇、金錢、諂媚、誘惑、討好、歡悅、刺激、報復等）作為判斷依據。有無其他動機，和違反意願性交一事究竟有何關聯性，值得最高法院特別列為重要參考依據？似乎最高法院的想像中，雙方進行接觸並且有親密舉動時如果有基於以上這些非強制的性交動機，就不太可能演變成為性侵害，於此同時被害人若又提出告訴，很可能是在構陷被告。

所謂的其他動機，在判決中會化約成被害人是否有可能因為某種原因，例如與被告有仇怨，為報復被告而虛構被告性侵害之事實。法院往往在探查被害人並無社會一般認為可能會造成構陷被告動機的情況後，認為被害人供述基本具備可信度。不過，假設被告和被害人其中一方沒有說謊，另一方就必然有蓄意隱匿或陳述不實，可能具有邏輯上的謬誤。姑且不論人內心的動機能不能以簡單的調查探知，有時雙方均認為自己沒有說謊，但是事實卻未必均如自己主張，尤其是在究竟有無違反意願的認定上，雙方可能對同一事實有全然不同的評價，供述言詞自然也南轅北轍；根據心理學的研究顯示，人的記憶會因為事後的暗示而重構，很有可能供述者以為

是真實情境，其實已經被他人影響而重製了記憶，造成雖然所有人都沒有刻意說謊，卻出現偏離事實的供述¹⁵⁰。

由本文判決的整理觀察，法院第一步會先處理被害人在警詢筆錄、檢察官訊問和各級審判中陳述是否前後一貫、言之成理而無矛盾¹⁵¹，供述證據的最主要品質判斷，當然也是來自於其言詞本身的邏輯性、以及和其他證據之間的融貫性，因此從處理的先後順序而言，法院先行處理該供述的品質，是相對正確的。若有部分不合乎「事理邏輯」或前後矛盾，則可能會被認為其可信性有疑義，而法院將檢討被害人與被告有無其他的爭執、利害衝突，導致其有誣陷被告的動機。

審判中探求誣陷可能性，反映出社會、或至少審判者認知中對於性侵害案件的告訴人或被害人的預設：他們很可能會因為某種情緒上、利益上的原因，謊稱被告性侵自己。而檢察官如果要證明被告確實以違反被害人意願方法遂行性交，必須先說服法院，被害人並沒有動機要構陷被告、且因為供述的自然性和邏輯性，憑空杜撰的可能性低，才能進一步的論證，是否確實存在被告對於被害人所為的違反意願行為。誠然，有部分判決之所以大費周章論述被害人有無誣告、構陷、杜撰故事的動機，是因為被告主張被害人係因為某種感情因素、利益因素而構陷被告入罪，法院必須去探究此抗辯是否合乎實情¹⁵²。但也不乏有法院在未經被告抗辯的情況下，逕行討論被害人有無動機誣陷被告，即便法院最終判斷被告之抗辯實屬無稽，仍無法避免將被害人的感情生活等私密事項呈現在法庭上供辯護人質疑、攻擊。應該正視的問題是，被告有無誣告的嫌疑，對於性侵害案件的刑事審判有何等重要性，致使法院普遍的於判決理由中進行檢討？是否對法院或檢察官，在審判或偵查的前段就可以因為誣告可能性高、指控純屬杜撰而迅速排除有罪可能性是相對省事的

¹⁵⁰ 如第二章所引用《不平等的審判》，關於記憶形成的編排與事後的重製，將使人的記憶和真實偏離。

¹⁵¹ 例如：臺灣高等法院臺中分院 103 年度侵上訴字第 112 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 105 年度侵上訴字第 50 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度侵上訴字第 151 號刑事判決、臺灣高等法院臺南分院 100 年度侵上訴字第 293 號、台灣彰化地院 102 年侵訴字 45 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 101 年度重侵上更（二）字第 7 號刑事判決等。

¹⁵² 例如：台灣高等法院台中分院 104 年度侵上訴字第 170 號刑事判決。

選擇，只要解釋上被害人不是故意誣告而構成誣告罪，性侵害罪不成立、也毋庸另行起訴誣告罪，整個事件就和刑事審判程序再無關係。

本文認為，雙方有無基於其他性交動機，和有無性侵害相關性極低。個人可能在各種因素和情境下和人發生性關係。然而其在發生性行為的當下有其他的心理狀態和背景，與侵害性自主，兩者並非不能並存。有其他的動機就不可能是強制性交，或證明被害人有其他動機就等於證明無強制性交之事實，兩者顯然是毫無道理的反面推論。

如果並不能從被害人的供述中觀察出誣告的可能性的案件屬於多數，那麼大多數的法院仍選擇在判決中檢討該因素，正當性何在？邏輯上若沒有必然性的話，那是甚麼樣的經驗會導致法院、檢察官必須要考量這一因素？學者由社會學、女性主義等角度切入的批判性解釋認為，因性侵害案件的被害人往往是女性，被告多是男性，性別刻板印象以及性別權力的不對等，產生對弱勢性別的壓迫，導致事實發現者傾向認為：被害人、告訴人有相當的動機（如財產、情感）誣告被告、捏造某部分對被告不利的事實、刻意忽略對被告有利的事實，或是被害人如果不符合特定的想像，就很有可能並非真實被害，最後總是阻礙那些不符合強暴迷思想像的案件的追訴¹⁵³。

如果法院持續的在判決中近乎反射性、定式性的檢討究竟被害人有無誣陷被告之嫌，而不論是否有具體事例可能支撐該猜測，那無疑是在以國家地位，對被害人進行壓迫，也並非是合理保障被告的做法。

在判決中先行檢討被害人供述或被告供述是否符合事理邏輯，未綜合其他的周邊證據，如雙方日常互動模式、事發當時特殊情境等因素判斷，很可能產生推論紊亂、和判決理由其他論述的證據與事實互相矛盾的情況，因此雖然檢討雙方供述言詞的邏輯性和前後融貫性事關重要，但在那之前，必須先行建構整個證明的藍圖

¹⁵³ 以被害女性處境以及審判中對被害者的迷思為切入者，可見：李佳玟（2005），〈近年來性侵害犯罪之刑事政策分析——從婦運的角度觀察〉，《中原財經法學》，第14期，頁43-44。王曉丹，前揭註49，頁168-169、頁188-191。

才足以判斷，並非判決初始應該論述。

當然，也有法院面對被害人供述有不一致時，不進行被害人是否有誣陷動機的分析，而會探求是否有可能以特殊的經驗法則解釋，例如被害人在警詢和審判中的陳述的不一致，乃因系爭行為當時的情境壓迫感強烈、致使被害人恐懼、驚慌而無暇注意細節等等因素納入判決考量，進而認定即便被害人陳述局部有所不一致，但「基本事實」並無重大出入而仍不得作為有利於被告的認定。

不過，法院始終未言明區分所謂基本事實、重要事實的判斷標準。若是法院帶有某種傾向，欲判被告有罪時，對被害人所言的供述接受度就提高、甚至會認為被害人供述前後若有部分不同，但「就強制性交行為之事實大致均為一致，縱有部分細節前後齟齬，亦無礙其指訴之真實」，性侵害犯罪的審判將有所偏誤。

第四節 總結我國性侵害犯罪審判的現況與問題

本文共觀察了 285 個案件，除了原審判決內容不公開的判決，如最高法院 106 年度台上字第 3382 號刑事判決等之外，均有參考至少一個審級的事實審裁判及法律審裁判，有 79 個案件，於原審的事實認定過程，其證據法則有可質疑之偏向性或錯誤，判決被告有罪之論理有疑慮，雖然其中有部分在更審判決中被糾正，然大部分判決的事實認定問題持續至最高法院，仍被認為並未違法，而加以維持。

證據調查及證據能力層次，具有兒少或精神障礙者等脆弱被害人的供述取得充斥暗示、使用偵訊輔助娃娃的程序問題、以及法院對於鑑定報告或者專家證人（如社工、心理師等）的意見，尤其是在待證事實的設定上的問題，以及並未對鑑定內容合理進行調查；證據評價層次，除了承襲自證據能力層次，納入許多有疑義的證據導致評價遭到扭曲，如使用創傷後壓力症候群之鑑定，試圖以科學證據為法院認定被害人可信之背書，過度評價該鑑定意見、因兒童或精神障礙者的供述證據有所疑義，對其供述不一致之處欠缺合理解釋、以及自被害人體內檢驗出藥劑反應，以此為根據對性侵害犯罪有罪的推論過快，而忽略細節，這些證據的錯誤評價，連

帶使法官對其他證據的評價遭到扭曲產生瑕疵；而後在心證形成階段，由於在證據能力以及證據評價層次已經受有重大偏誤，而無法產出合理、邏輯一貫的判決理由，甚至即使在前階段問題並未明顯，但在被害人或被告供述前後自我矛盾、情節遺漏時，徒具形式的適用補強法則，東拼西湊無推認力的輔助證據，或者囿於部分重要證據的影響，導致忽略反於該證據的其他證據資料，藉以判斷被害人指訴可信，認定被告有罪。

另一方面，以往在判決中較為顯著的強暴迷思雖有稍加改善，仍可從近年的判決中略為觀察到一些遺緒，在上開三個階層，均可能滲入其蘊含的刻板印象。因為被害人的特殊身分而對其供述特別有所質疑、或者懷疑某種性行為的態樣會屬於性侵害的機率很低，但數量確實已經逐漸減少；不過，確實出現了新的刻板印象的典型，例如使用被害人有無創傷後壓力症候群的鑑定報告來推認其是否可信，呈現被害人就是要表現出典型受害樣貌，否則可能並非真的被害的刻板印象、以及調查被害人可能有其他動機誣告構陷被告等，值得注意。學者曾提出，在審判中流露出的刻板印象態度，將會影響潛在被害人的報案意願，使犯罪黑數居高不下，甚至會造成被害人的二度傷害，應該避免¹⁵⁴，從判決文字中看不出來的刻板印象的影響，可能是在不同的層面影響著性侵害犯罪的偵查與審判。

由以上分析，本文認為，以嚴謹的程序確保證據的可靠性，整理案件本身的證據結構，應該是最重要的事實認定進行的前提。

¹⁵⁴ 見李佳玟（2005），〈近年來性侵害犯罪之刑事政策分析——從婦運之角度觀察〉，《中原財經法學》，第14期，頁52；陳又寧，前揭註14，頁36。

第五章 法官事實認定的改善策略

第一節 以程序的角度評析改變構成要件標準是否為解決方法

第一項 性侵害犯罪判決中如何論述實體構成要件

中華民國刑法第 221 條於中華民國 88 年修正增訂之「其他違反意願之方法」應如何解釋，學說上有許多爭論，立法理由原本只存在最簡單的目的，就是要修正原條文中的「致使不能抗拒」，其要件過於嚴格，容易造成受侵害者因為需要「拼命抵抗」才構成強姦罪，而造成生命或身體方面更大的傷害¹⁵⁵。因為立法當時並未注意、或未著重於處理「其他違反意願之方法」中的意願究竟定義為何、如何解釋違反意願的問題，致使法院適用該條文時確有分歧難解之處；學說也因此百家爭鳴、至今未休。實務上以最高法院 97 年度第 5 次刑事庭會議的決議見解認為，本罪不以強制性質為必要，但也未正面對於概括條款提出標準，僅認為只要妨害被害人意思自由而遂行性交均可構成本罪，顯示最高法院並未就此問題表示定見，留給各級法院偌大的解釋空間，僅能確定不以該條文前段的例示概念為解釋標準¹⁵⁶。

¹⁵⁵ 民國 88 年修正中華民國刑法，修正第二二一條立法理由：

一、原條文中「姦淫」一詞其意為男女私合，或男女不正當之性交行為，不無放蕩淫逸之意涵，對於被害人誠屬難堪，故予修正為「性交」。

二、強制性交罪之被害人包括男性，故修改「婦女」為「男女」，以維男女平權之原則。

三、原條文中的「致使不能抗拒」，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要「拼命抵抗」而造成生命或身體方面更大的傷害，故修正為「違反其意願之方法」。

資料來源：立法院法律系統網站：

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00054BBFD8290000000000000000A00000000200FFFFD00^04536088033000^000F6001001>（最後瀏覽日：20/09/2018）

¹⁵⁶ 最高法院九十七年度第五次刑事庭會議紀錄（節本）

〔會議日期〕：九十七年九月九日

〔討論事項〕：

一、本院九十七年度刑議字第五號法律問題提案

院長提議：

刑法第二百二十四條強制猥褻罪所謂「違反其意願之方法」，本院各庭見解不盡相同，有指行為人應有與強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓制被害人性自主決定權，始足當之；有指須出於強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外之其他一切違反被害人意願之方法，不以類似強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等方法為必要，似應予統一。

決議：

採乙說修正為：民國八十八年四月二十一日修正前刑法第二百二十四條第一項，原規定

「對於男女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而為猥褻之行為者，處……。」

以下將整理 105 年至 106 年性侵害犯罪判決的部分結果，觀察法院判決論述採用不同的構成要件標準時，事實認定與自由心證進行有無不同面貌、複雜與困難有無增減，以及對被害人或當事人的保護有無重大差異。

第一款 脅迫認定的困難

法院在判斷被告是否確實以脅迫為手段，壓制被害人的意願而遂行性交，事實上存在著困難。最高法院 106 年度台上字第 71 號刑事判決，撤銷原判決並再由高等法院做成臺灣高等法院 106 年度侵上更(一)字第 5 號刑事判決，起訴事實大致為，被告以車輛載送被害人時，以刀子抵住被害人之腹部以及頸部而使她心生畏怖，並將被害人載至汽車旅館，遂行性交。法院撤銷發回的原因包含：被告持刀的時機，是在車輛中還是兩人進到房間之後，另外該刀刃是否有繼續由被告持有到旅館房間中、或是如被告所言，只是為了角色扮演使用，進入旅館前就已經丟棄，關係到被害人於性交時是否有持續受脅迫。另外，由於被害人和被告於本案發生前曾有為了媒介性交易，由被告和被害人進行「試車」的行為，使法院考慮被告抗辯的商議包養和角色扮演說詞是否合理。由於供述中所提及的刀械，並未被尋得，造成認定被告是否對被害人進行脅迫時，法院僅能依雙方供述來判斷。最終事實審法院仍然認為即使並未將刀刃帶入房間，但因為整體而言被告持刀的危險再被害人主觀中仍然持續到房間內，仍構成脅迫，不過也可從最高法院的撤銷理由觀察，即使出現刀刃脅迫的情境，要直接判斷被告構成要件該當也並非容易。

又如最高法院 105 年度台上字第 665 號刑事判決，起訴事實大略為，被告將

所謂「他法」，依當時規定固指類似於強暴、脅迫、藥劑、催眠術或與之相當之方法。惟該條文於八十八年四月二十一日修正時，已修正為「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，而為猥褻之行為者，處.....（修正後僅有一項）。」依立法理由說明，係以原條文之「至使不能抗拒」，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要「拼命抵抗」而致生命或身體方面受更大之傷害，故修正為「違反其意願之方法」（即不以「至使不能抗拒」為要件）。則修正後所稱其他「違反其意願之方法」，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，始符立法本旨。

身為舞廳小姐的被害人帶出場，原本聲稱是唱歌與吃宵夜，但被告卻將被害人載到汽車旅館，並以言語威脅如果不聽從被告要求，就要攻擊被害人，指使被害人恐懼，而使被告得以和被害人遂行性交。辯護人為被告抗辯，帶出場費用本來就包含性交易的對價、並且被害人事後仍和被告一同至逢甲夜市吃宵夜，並不符合經驗法則等，主張雙方合意性交。法院最終以比對被害人與被告就案發事實經過，因為雙方說法南轅北轍，因此詢問被害人工作之舞廳有無性交易進行，負責人表示並非所有小姐均從事性交易等語、並且以被害人及時驗傷等資訊輔助，認為被告之脅迫並對被害人性交之行為構成性侵害。

第二款 宗教詐術手段

除了脅迫判斷的困難外，目前我國實務對於如何解釋適用其他違反其意願之方法，已經可見部分判決，以是否合理的探求被害人之意願，判斷被告是否構成違反他人意願而構成性侵害。

以宗教信仰為手段遂行性交的案件，是我國的特殊性自主侵害案例，被告藉由聲稱超自然的神秘力量，將使被害人有危險，必須與被告性交始能「逢凶化吉」，進而使遭逢生命挫折、意志脆弱的被害人同意與之性交。此種案件的特色是被害人受被告告知神鬼可能對其生命身體造成危害、或被告聲稱可以為其改變運勢、或者雙方有累世姻緣等信仰相關事項，而對被告之性行為不置可否甚至主動配合。

舉例而言，最高法院 105 年度台上字第 2573 號刑事判決與其原審臺灣高等法院臺中分院 104 年度侵上訴字第 151 號刑事判決，被害人年幼，受到來自被告的宗教影響力，對於和被告性交可以改運，以及自己和被告是累世姻緣等說詞深信不疑，因而和被告性交。法院認定被告有罪的理由，主要因為被害人供述內容一致且和客觀事證相符而無誣陷之嫌疑，被告部分自白，供稱其和被害人有性交；被害人習慣以隨身手機即時記載生活紀錄，無預見日後可能提供作證據的偽造動機；即便被害人曾有傳送關心被告、甚至含有情愫之簡訊紀錄，乃是因為當時對被告有宗教

上信賴、且年幼對情感之事認識未深，並非表示被害人出於自由意志而為性交。高等法院台中分院 104 年判決之理由中認定：「況證人乙○及甲○均證稱因相信神明、緣分及神蹟，故相信被告說詞，而與被告發生性行為……其等與被告所為之性交行為，自非屬出於自由意志之一般男歡女愛之性行為，可知被告假借因果輪迴及厄運之預告為藉詞，致證人乙○及甲○陷入被告營造之迷信情境，進而盲目相信如違逆被告所傳達之意旨，將招致不幸、難脫輪迴之苦，其內容已嚴重影響證人乙○及甲○對於事物真相之認知，而在此壓制的錯誤認知下，致使證人乙○及甲○心生畏懼而壓抑其抗拒之意願……自屬一種違反意願之方法。」

最高法院 106 年度台上字 3011 號判決與其原審臺灣高等法院 105 年侵上訴字第 176 號刑事判決，起訴事實大略為：被害人當時因運勢不順、精神狀態不穩定，因而深信與被告性交能夠「改運」，始與被告進行性行為，被告事後並要求被害人不得對外透漏，但事後被害人在接受心理治療後精神穩定，覺得自己是遭受性侵而提起告訴。被告對於教導被害人宗教儀式、提過共修之事且於檢察官指訴之時間和被害人進行性行為等情事自白，被告事後翻異之詞，尤其是指稱被害人兼為援交一事，於審判後期期日才更新提出，又無其他證據可證明，法院認為係臨訟卸責之詞，認定被告以宗教力量改運之言詞，致使被害人喪失正常判斷能力配合與之性交，該當其他違反意願之方法，構成性侵害犯罪。

最高法院 106 年度台上字第 558 號刑事判決，以及其原審臺灣高等法院 105 年度侵上訴字第 147 號刑事判決，起訴事實大略為，被告利用幫被害人算命機會，使深信命運與神怪的被害人，為了驅走身上的惡靈與霉運，同意與被告性交。因被害人當時面臨金錢與感情的問題，精神脆弱，容易受被告言詞所惑，被告又以前世緣分為由說服，而使被害人放下戒心，雖被害人體內驗得 MDMA 藥物的反應，但卻無法從指訴或其他證據中認為被告將藥物施用於被害人。最終法院是以被告整體行為如以催眠看前世今生、以秘宗法門去除鬼魅之名，致被害人意思決定之自主

能力受影響，而同意配合被告遂行性交，構成違反意願之方法，判決之認定過程，接近於檢討被告是否以合理方式得到被害人之同意。

第三款 未以口頭表達意願的模糊案例

被害人並未以口頭表明不願意、甚至有配合被告性行為之情形，屬於意願認定較為模糊的邊界案例。如最高法院 106 年台上字的 2879 號刑事判決，被告和被害人曾經有短暫交往過。被告承認於起訴所指之時、地與被害人發生性行為，然被告聲稱係被害人自行褪下衣物與之性交，認為雙方是合意。法院以雙方通訊軟體 Line 的聯絡訊息，就本次事件之前後對話為基礎（被告以死相逼、被害人極度不願見面等）、佐之性行為發生地點為浴室、雙方分手後之聯絡情況等等，否認被告抗辯。本案中由於被告抗辯被害人有具體配合行為，使被告認為被害人有所同意，法院因而調查雙方關係之事前背景和事中情境，推知被告確實有以結束生命迫使被害人至其住處等情事，並且被害人於具體情境中確實有因為該手段，影響被害人是否同意與之性交。

最高法院 106 年度台上字第 1189 號刑事判決以及其原審臺灣高等法院高雄分院 105 年度侵上訴字第 14 號刑事判決，起訴事實大致為被告佯稱要帶被害人去檢查處女膜，以保護其前男友不被被害人父母追究責任，卻駕車載被害人至汽車旅館，並且不顧被害人以毛巾掩面表示不願意，遂行性交。被告辯稱因為被害人並未表達意願，故其主觀認為雙方是合意。法院認為在此情境下，被害人已經以身體瑟縮、毛巾掩面表達意願，但被告並未注意，且被害人因年輕未知世事，事後並未及時呼救並不代表被害人未被違反意願，認定被告仍然構成性侵害。

第二項 判決對其他違反其意願方法之解釋與事實認定的關係

第一款 宗教詐術案件顯示實務對於「違反其意願方法」之解釋態度

涉及被告以宗教為詐術遂行性交案件、以及其他意願認定有模糊空間的案件，可以用來檢視實務判決面對「其他違反意願之方法」此一要件的態度，並且對照被告涉及施以脅迫手段迫使被害人與之性交的案件，得以檢視實務案件中，如果在法律解釋上採取強制手段必要說、違反意願基準以及積極同意基準，究竟對於事實認定之進行影響如何。

實務上涉及宗教詐術的案件漸多，並且逐漸有被害人表現配合被告或被告「並未」明確以強暴脅迫手段使被害人心生畏懼，法院卻認為被告以其他違反被害人意願之方法遂行性交而構成性侵害的判決，因而促進學界對以宗教作為手段遂行性交的案件的討論。關於這類型的行為，有三種主要的見解，第一種主張，宗教詐騙式的詐術性交，屬於被害人的動機錯誤或道德層次上的問題，並不成立強制性交罪¹⁵⁷。第二種見解認為，此種情況應該區分行為有無恐嚇性質處理，具有恐嚇性質的宗教詐欺，已經滿足低度強制手段，而應該構成刑法 221 條之犯罪；若無恐嚇性質，則應再觀察其詐騙內容有無和法益侵害相關聯，若和法益侵害相關則屬於「透過詐騙行為製造了一個使被害人處於無助而難以反抗或不知要反抗的不自由狀態。」而可該當其他違反意願之方法¹⁵⁸。第三種見解，學者觀察整理我國判決，並且評論：對於宗教詐術促成性交之行為，肯認其構成性侵害，並且判決被告有罪，已經成為穩定見解。該文進一步闡釋：如果將透過被害人的神鬼信仰，促成性行為的案件一律認為成立性強制罪而被處罰，是錯誤的見解，仍應該詳細分辨，該行為是否

¹⁵⁷ 涂春金、劉柏江（2012）。〈以宗教之名行騙性交是否構成強制性交罪？：兼論台灣高等法院台南分院 99 年度重上更（二）字第 78 號判決暨最高法院 99 年度台上字第 8139 號刑事判決〉，《軍法專刊》，58 卷 3 期，頁 62。強制性交的用語，沿用其原文。

¹⁵⁸ 王皇玉（2013），〈強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 42 卷第 2 期，頁 424-425。

已經使被害人落入毫無選擇空間之情境，而被剝奪性自主決定，否則處罰被害人有所選擇、並未不自由的案件，可能有以刑罰過度干預宗教自由的嫌疑¹⁵⁹。

現行實務下針對宗教詐術案件，確實如上開第三種見解所言，相當數量的判決並未提及強制手段，似乎違反意願基準的論述逐漸在我國實務中出現。本文無意在此詳細討論關於宗教詐術而為性交的案件，各種學說見解之各個面向的得失，只是欲從程序法的角度來觀察法院如何判斷宗教詐術為手段的性交行為，是否構成犯罪，正好可以檢視我國對於「其他違反意願之方法的解釋適用」，是否確實在採取某種解釋方式時，事實認定更為困難。目前在利用宗教詐欺而為性交的案件中，被告多有初始承認、或逐步退讓承認有性交，亦不爭執宗教作為手段遂行性交目的，因此爭點集中法律解釋上，以宗教、神怪、祭煞、改運¹⁶⁰之事影響被害人對是否與被告從事性交之決定的手段，是否為刑法第 221 條所稱的強暴、脅迫、恐嚇或其他違反其意願之方法。實務上已有為數不少判決，如臺灣高等法院臺中分院 104 年度侵上訴字第 151 號刑事判決，判決理由中敘明，被告聲稱因果輪迴或神怪危害等言談欺瞞被害人，已嚴重影響被害人對事物認知之真相，在此被壓制的錯誤認知下壓抑其抗拒之意願，自屬違反其意願之方法，不談強制性轉而論述嚴重影響被害人認知。因此可以認為，利用宗教詐術為性交的案型，顯示我國判決已部分採取違反意願基準。甚至在聲稱可以改運或累世姻緣等案例中，因為被告非以危害生命、身體之語句使被害人恐懼，僅是以超自然力量之言詞誘使被害人同意性交，法院於此似乎認為被告並未合理的取得被害人同意，該行為仍足以該當性侵害之構成要件。觀察這些案件的事實認定過程，被害人的前後供述不一致情形較少；反而是被告方，容易因為程序前段並未承認性交或其他因素，後段逐步承認削弱其抗辯可信性。並且，被告利用神怪信仰、運勢風水等說詞博取他人信任甚至壓抑其思考空間

¹⁵⁹ 蔡聖偉（2018），〈最高法院關於性強制罪違反意願要素的解釋趨向〉，《月旦法學雜誌》，第 276 期，頁 16。

¹⁶⁰ 祭煞、改運通常合稱「祭改」，又稱「祭解」，是一種普遍流行於臺灣等地的民俗儀式，通常會委請道士或法師為之舉行儀式，以使其運勢由厄轉順，逢凶化吉。

之情事，多有其他同受被告宗教言詞影響之人的供述作為輔助證據，因此認定時疑難較少。

有些判決採取較為廣義的強制手段說，行為人以神鬼信仰使被害人心生畏懼，仍足以清楚地以被害人供述、加上周遭同樣有受到被告以信仰作為手段博取信任之他人的供述，建構起被告以宗教信仰作為手段，而侵害被害人性自主遂行性交的事實；部分的判決接近使用修正的違反意願基準，因為被告的行為營造了對被告的無助情境，而顯然在該情境下構成對被害人的意志決定的扭曲、或類似於積極同意基準的論理，被告並未「合理的」探求並獲致被害人的同意，論以性侵害構成要件該當。由是可知，在證據資料足夠，事實認定結構分明且分析確實的情況下，出現不同論理方式的原因，大致上和法院所能掌握的事實情狀，比較符合哪一種論理基準有關，與其說法律要件的解釋標準影響審判的難易與複雜程度，不如認為是審判中事實認定的結果影響法官如何進行法律論述。做成妥適的事實認定，似乎和違反意願方法的要件標準選擇為何，關係不大。

第二款 我國判決對違反意願要件之不同論述不影響事實認定適當性

包含涉及宗教詐術的性侵害案件在內，現今的性侵害犯罪判決，就強制力是否存在，有逐漸淡化的趨勢。舉例而言，最高法院 106 年度台上字第 2879 號刑事判決及其原審判決，被告以通訊軟體 Line 告以自殺訊息而使被害人前往被告住處，並且發生性關係，判決中並未強調被告於性交時以何種具體行動壓制被害人意願、而著眼於事件發生之前被害人所遭受的情境壓力，判決被告以違反被害人意願之方法。目前，實務在使用強制手段作為論述、或者以違反被害人表示出的意願即屬構成要件該當、甚至有類似「未得同意」就構成性侵害的判決，顯示目前法院尚未有統一的標準，因應不同的情況就適用不同的論理方式。

再者，從判決整理可見，涉及被告是否以脅迫為手段遂行性交的案件，在判斷

是否構成脅迫時，法院也必須先以被害人的供述、以及(如果有的話)被告的供述，建構事件的梗概，並且加入其他證人的供述、以及其他周邊證據，檢證原本以被害人供述建構的脅迫事實是否為真，判斷上困難程度和判斷被害人有無被違反意願或陷入無助情境，無分軒輊。強制手段必要說未能更為清楚的劃分成罪範圍，也沒有減輕證明難度。

由判決分析可知，即便在我國性侵害犯罪構成要件之條文，目前仍未採取積極同意基準，仍足以保護被害人並未同意、也未表示拒絕之情況。即便採取積極同意模式，審判程序中，被告提出了被害人有具體行為使之誤認其有同意之抗辯，由於不可能直接因被害人沒有用口頭表示同意，就認定被告之行為該當性侵害，法院必須調查雙方的互動情形、事前事後來往狀態來判斷是否情境中有確實未得同意之情況，始能判決被告有罪。對於法院而言，判決出現比較多資訊涉及強制力時，形成心證將之形諸文字時，論述的方向偏向強制手段說；反之如果證據調查所涉資訊未顯露顯著的強制力度，但仍可查知被害人意志被扭曲，則傾向以違反意願基準甚至積極同意基準，作為其判決理由的法律論述。

不過，學者有提出批評，被害人所居之程序地位上，則可能有較為實質的差別，也就是審判中事實認定者於違反意願模式下，可能會傾向關注被害人如何表達意願、或為何沒有表達意願，導致性別刻板印象介入審判的可能性提高；而在積極同意模式下，因為從推定被害人同意性交、變成推定其不同意性交，較能保護不敢表達內心意願的被害人。但是，外國法經驗中，以加拿大的法制為例，採取積極同意模式，法院可能會注意被害人的反應與其狀態，確認是否有同意存在的可能性，法官著眼於此，甚至可能導致其忽略了行為人所使用的手段本質、以及加害人與被害人之間的權力落差，強暴迷思仍有可能藉此摻入法官的心證中¹⁶¹。

¹⁶¹ 蔡惟安(2016)，〈性侵法律改革作為社會變遷的觸媒：不同意、強制與不平等〉，《婦研縱橫》，第105期，頁64。上開文章為加拿大不列顛哥倫比亞大學教授 Janine Benedet 受邀於臺大法律系演講之紀實報導。本文於第五章第一節第三項將更詳細的說明，有關加拿大性侵害構成要件

由判決分析可知，法院對於構成要件基準的運用，多是在完成事實認定、心證形成後，根據情況適用適合的構成要件解釋方式。也許其他法律上或事實上效果，例如是否會影響被害人報案意願、檢察官願意起訴的比率、社會如何看待人與人間性行為互動之行為規範，才是各種構成要件真正產生差異之處。

第三項 外國性侵害犯罪之法律修正與其實事認定之論述與經驗

整理我國實務對於其他違反意願之方法的解釋適用後，本文欲從德國刑法性侵害條文修改要件成為修正的違反意願基準的經驗、以及加拿大採取積極同意基準的經驗，參考該兩國的學說如何看待構成要件選擇與程序法的互動關係，並且驗證本文「構成要件基準的改變並非解決事實認定問題的良好方法」的發現。

第一款 德國性犯罪之修正——採違反意願模式

2014 年正式生效的伊斯坦堡公約第 36 條具體言明，應將未經同意之性行為入罪化¹⁶²，對於同為歐洲理事會成員的德國而言，此誠命也促使德國內部開始討論是否應修改現行刑法，以完成公約對性刑法的要求。2015 年末的科隆跨年夜集體性侵事件後，更給予德國整體社會反思，是否應該全盤檢討現行性刑法的契機。

在前後兩個因素共同作用下，因此促成了德國於 2016 年 7 月通過了新的刑法妨害性自主罪的修正條文，修正的主要條文包含德國刑法第 177 條、第 179 條及

改採積極同意模式後，性別刻板印象仍然影響事實審法院判決的情況。

¹⁶² 伊斯坦堡公約第 36 條英文全文如下：

Article 36 – Sexual violence, including rape

1 Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalized:

- a engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;
- b engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;
- c causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.

2 Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

3 Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognised by internal law.

第 240 條，其最大的變革在於採納違反意願基準。行為人只要認識到自己違反了他方「可得辨識之意思」、而為性交行為，即構成性侵害罪¹⁶³。修正後德國刑法第 177 條，第 1 項規定：違反他人可辨識之意思，對其實施性行為或使其為之，或使其決意實施或忍受第三人之性行為或第三人對其實施性行為者，處六月以上五年以下有期徒刑，第二項規定則是有規定五種雖然並未違反他人可辨識之意思，但仍然構成性侵犯罪的態樣，依序是利用他人無法形成或表達反對之意思者、利用他人因為身體或心理狀態而重大減損形成或表達意思能力者，但已確定他人同意者不在此限、利用突襲的時刻、利用被害人若是抵抗將會受到可感受之惡害之處境、以及以可感受惡害之脅迫強制他人實施或忍受性行為¹⁶⁴。

在修法完成之前，德國刑法界就此的爭議，可以由 Tatjana Hörnle 和 Thomas Fischer 兩位刑法學者的爭論見其一斑。曾擔任法官的 Fischer，某程度上代表了德國實務界的想法；而 Hörnle 則和德國女性法律人協會（簡稱 djb）的立場相近。藉由兩者之間的爭論，本文將德國討論被害人意願問題的面向化約成：支持修改德國刑法第 177 條為違反意願基準；與反對修成成為違反意願基準而堅持強制手段存在的強制基準兩種立場。

第一目 強制模式¹⁶⁵

強制模式論者認為，強制模式或許會導致一些看似應被處罰的個案，卻無法被刑法所處罰的情狀，但是這並非漏洞，而是堅守法治國原則、刑法謙抑與斷片性的結果。或許被害人的無助狀況被行為人濫用而遂行性交的情況，應該被刑法所處罰，但是不應該是利用性強制罪本文，或許可以走向訂立過失強制性交罪來加以處罰

¹⁶³ 德國刑法典(StGB)條文原文，請見 Dreizehnter Abschnitt: Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>(最後瀏覽日：12/24/2018)

¹⁶⁴ 上揭法條全文翻譯以及解釋，請參照：薛智仁（2016），〈簡介 2016 年德國性刑法之修正〉，《月旦刑事法評論》，第 3 期，頁 75。

¹⁶⁵ 本文考量討論德國法時，我國國內的強制手段必要說的用語可能並不適當，故使用強制模式此一用語，並為和強制模式對比，以下對違反意願基準及積極同意基準，也以違反意願模式和積極同意模式稱之。

德國刑法¹⁶⁷本身已經足以保障性自主，若是按照意願模式走向，將所有利用「受害者狀態」的行為都當成是強制來處理，將會導致原本刑法對於截然二分的「強制性交」與「性濫用」兩組概念的界線不復存在，而概念的渾沌會使實務陷入混亂、無法合理的區分事例處理。若無論什麼態樣的性濫用，只要是「違反意願」，都當作是性強制，就有如將所有的竊盜罪都納入強盜罪的範疇內一樣荒謬。並且，如果將「濫用」和「強制」之間的界線消除，可能會使一些過失的侵害性自主被納入原先的強制性交罪處罰，那我們要如何去解釋過失的竊盜、過失詐欺等行為的可罰性和此處過失妨害性自主的可罰性的差異呢¹⁶⁸？支持意願模式者對刑法的斷片性不夠注重，想要透過「重要性」、「比例性」來證成刑法的修正正當性，卻又對重要性和比例性的內涵未有詳細的證立與說理，流於滿足處罰情緒。並且批評「違反意願」的解釋方式會將性強制罪定調為單一階層的犯罪構成要件，罔顧整體刑法對「強制」的雙層結構，使成立犯罪與否繫於浮動的單一層次，即被害人的主觀意願，使原先雙層結構下具有的法治國刑法之謙抑原則被忽略，讓刑法承擔自身不應該、也無法承擔的任務¹⁶⁹。

違反意願模式主張者認為：「雙層結構」是由只強調強暴手段而遂行性交的模式發展而得，因此將所有的性強制罪都框定成和強暴手段一樣的結構，是不正確的。強制模式主張者則反過來批評他們：只強調被害人的狀態，使性強制罪成為一個單層結構之罪，這和刑法體系裡其他有關保護自主權的犯罪類型格格不入，不但無法解釋為何性犯罪可以有如此高的刑度，更重要的是無法提供正當化「性自由」和其他人類自由差別化待遇的堅實理由¹⁷⁰。

¹⁶⁶ *Thomas Fischer*, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention Entgegnung auf Hörnle, 206 ZIS, (2015), S. 312 (317 ff.).

¹⁶⁷ 該文完成時，德國刑法尚未完成修正，因此指的是完成修法前的德國刑法。

¹⁶⁸ *Fischer*, (Fn. 166), S. 314.

¹⁶⁹ *Fischer*, (Fn. 166) S.312.

¹⁷⁰ *Fischer*, (Fn. 166), S. 313.

第二目 意願模式

支持意願模式者其思考脈絡，係為了因應現行德國刑法的規範模式已經不足以保護突襲的性暴力、或雖有強制力但未達現行法下所稱的「強暴、脅迫」等態樣，亦即暴行並未在程序中被證明和性行為有手段目的關聯、或並非針對生命、身體的惡害為脅迫等。

意願模式的支持者堅持，若具備以刑法保護的必要性、且符合比例性，法律即有義務要將保護範圍涵蓋該情況，以保護被害人。詳言之，社會上若有需要保護者，且現行刑法解釋下並無法使之受保護，就確實的存在立法的必要性；而使許多不同態樣的性自主侵害都適用刑法的同一構成要件，只要藉由個別加重的要件及量刑的尺度來區分處理，也可以避免罪刑不相當的結果，甚至更能使法官彈性的處理個案¹⁷¹，例如手段屬於攻擊、威脅傷害身體或生命者，適用加重規定。

第三目 立場的衝突

兩種模式的核心衝突，在於：是否因為捨棄雙層結構，導致性侵害犯罪事實認定更為浮動而產生困難、究竟性自主的保護網應該張的多大、性自主的特殊需保護性是否存在，並且其正當基礎足以支撐本罪和其他的個人自主性侵害的犯罪有不同的處理方式。

強制模式傾向於維持現行刑法結構的平衡、不應將性刑法過度突出於其他侵害自主權犯罪，藉由嚴守性自主犯罪的雙層結構性，來達成刑法斷片性的誠命。並認為以擴張刑罰範圍作為進一步保護「所謂的性自主」的作法，是讓刑法承擔無法承擔的任務，並且只是一種情緒的抒發而已。此種道德化的刑法趨勢是應該被避免的。

然而，意願模式認為性自主的保護，因為更加涉及人對自我的形成應該更為周

¹⁷¹ *Tatjana Hörnle*, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, ZIS 2015, S.1 (207f).

延，在突襲性、或其他無法確切表達意願的情狀下，違反意願他人的進行性行為，也應該要受到刑罰的制裁，藉以保護潛在的被害人。

從程序法角度出發，「增加證明困難」，是強制模式的支持者常見的對意願模式的強力批評，主張過於倚賴個人的主觀意願表達，會使證明困難化、並造成大量的錯誤定罪。但是這個批評有無切中要點，或這也是批評者「想當然耳」？支持修法的意願模式倡議者認為，強制手段的要求所能提升的證明可能性有限：強暴行為未必會留下足夠跡證、脅迫的判斷本來就倚靠當事人相互衝突的供述來判斷存否，所以採不採取強制模式，都不會對證明的困難度有可見的差異¹⁷²。本文在我國的實務判決分析之後，認同強制模式並不會有助於證明困難的解決的論述。

第四目 意願模式的分歧與德國最終的決定

在意願模式中也具有分歧的論述。除了我國國內也漸有討論的「違反意願模式（Nein heißt Nein）」與「積極同意模式（nur Ja heißt Ja）」之外，就如何滿足伊斯坦堡公約的「未得同意」，德國學說上大略有六個對「欠缺同意」的論述類型。分別是：「欠缺（共識）同意（ohne Einverständnis）」、「違反意願（gegen den Willen）」、「欠缺允許（ohne Einwilligung）」、「欠缺批准（ohne Zustimmung）」、「違反已表現出的意願（gegen den erklärten Willen）」，以及最接近被德國刑法第 177 條修正¹⁷³所採用的「違背已表達的意願，或者處於顯然欠缺准允之情境中（gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist）」¹⁷⁴

在中英文中，它們都可以粗略的被翻譯為欠缺同意；然而卻有著實質上不同的內涵和定位，也間接反映了中文的「欠缺同意」或「違反意願」在意義的歧異性是

¹⁷² Renzikowski, Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht, Stellungnahme vom 26.1.2015 (online verfügbar unter <https://www.bundestag.de/blob/357202/.../renzikowski-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 1.8.2018), S. 1(13-14ff).

¹⁷³ 德國刑法第 177 條最終並非使用「顯然」，而是「可得辨識」。

¹⁷⁴ Tatjana Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, Deutsches Institut für Menschenrechte(2015), S.5(1-28).

相當大的。不論是純粹理論、或運用於實務的推演上，它們有著各自的優缺點。鑒於我國和德國的性自主犯罪條文規定最後所採的立場並不完全相同，並且，我國國內學說對於性侵害罪的構成要件的討論，大多集中在強制手段要求的必要性、或應該全面放棄以強制手段（不論程度高低）作為「違反意願之方法」的解釋方針。對於何謂「違反意願」的定義討論與隨定義而可能有所改變的解釋論述、實務上可能遇到的難題等，討論相對稀少。因此可藉由德國學說的討論，驗證是否在改變有關意願的構成要件之解釋時，能改善事實認定的困難與增加被害人之保護。

德國學者將這六種意願認定的解釋分別羅列，且論述其在實務審判時可能遇到的問題：

(1)「欠缺同意」的缺點在於，「同意(Einverständnis)」這個詞的分歧性太高，無法確認到底是「說不就是不」或是「只有說要才是要」，法明確性有所欠缺。採取「違反意願(gegen den Willen)」太過強調被害人的內在想法，而不是在意雙方的溝通過程，對性行為的他方不公平；另一方面，單純強調同意一事，也會使行為人更會主張其誤會他方的真正意願，欠缺故意而出現錯誤，僅構成過失，使侵害他人性自主權之人脫免於罪，造成所謂的刑罰漏洞¹⁷⁵。

(2)而採取「欠缺允許(ohne Einwilligung)」和「欠缺許可(ohne Zustimmung)」則偏向採取「只有同意才是同意(only yes means yes)」的模式¹⁷⁶，對於這兩種標準的批評，學者認為，在無罪推定原則以及有疑惟利被告原則之下，雙方溝通的過程還是重要的，否則無法排除所有對被告有罪與否的懷疑，但欠缺許可(或積極同意)模式可能會使雙方在先於性行為溝通的過程以及雙方的實際

¹⁷⁵ Hörnle, (Fn. 174), S. 13-14.

¹⁷⁶ 這兩種說法都接近於積極同意模式，兩者之差距在於後者較前者更具體化、包含範圍較廣、強調即便是施以未達脅迫的惡害程度，也會欠缺有效的許可，於其後遂行性行為，將進而構成要件該當，保護範圍較前面兩種論述周全。這兩種論述模式有相同的問題，首先是實際適用上會遭到質疑，如強制模式的擁護者會批評這類完全拋棄強制要素、甚至紊亂手段結果關聯性的論述，將使實務上區分是否欠缺允許(Einwilligung)(或是許可Zustimmung)產生極大的困擾。另外，是否應該建立這種行為規範，要求行為人取得確切的同意，並假定行為人需要在性接觸的每一階段都有相當的注意義務，是否意味著要滿足沉著冷靜、自我控制等特定要件的高要求，才是正當的性交？整理來自：Hörnle, (Fn. 174) S. 16-17.

地位落差被忽略，只關注在當下是否有確認同意的行為，反而侵蝕該論述所欲達成的保護個人性自主的目的；然而，不可忽略採取積極同意模式的論述，理論上可以更全面的將幾乎所有侵害性自主的行為納入處罰，擴張保護網的理論價值。

(3)「違反已表達出的意願 (gegen den erklärten Willen)」，是落實「說不就不是」模式的一種論述，可將德國刑法原來並無處罰、但卻侵害性自主的核心的行為予以刑罰化。但是在突襲的狀況、或者當事人因為某些特殊原因，例如一開始雖然曾經表達不要之意，但在後來的具體相處中加害人帶有強制性的行為（即便未達到刑法所規定的程度），甚至會因而使被害人沉默、甚至屈從表達同意，此種論述方式在此仍會造成一些刑罰上的所謂「漏洞」。

(4)因此最後一個論述模式應運而生：「違背已表達的意願，或者處於顯然欠缺准允之情境中 (gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist)」該論述方向試圖要修正「違背已表達的意願」涵蓋不足的缺點，以觀察當事人雙方的互動背景來判斷，是否有「顯然欠缺批准」的情況，來將突襲性、以及其他未達強制手段、或手段目的之間關連性無法被證明的種種侵害性自主的態樣涵蓋入構成要件之中，同時限制可能過於寬泛的構成要件該當範圍，換句話說，只有處於被害人「顯然」欠缺准允的情況才被納入刑法規制的範圍內，減少程序上區分被告誤認他方有所同意的抗辯的困擾。同時，這套論述不同於「欠缺許可 (ohne Zustimmung)」要求行為人取得確切的同意，而認為：很多不受歡迎的性行為的前端都有一些出於自願的社交行為，如果在前階段的社交行為中當事人都積極的配合或允許行為人親密接觸，那麼在後階段，使當事人負擔一部分的表達自己不願意從事該次性行為的責任，是合理的界線劃分的責任分配，並不是苛求一定要有所謂的抵抗行為才是真正的被害人。如此將能更適當的限制構成要件的涵蓋範圍，避免過度擴張刑罰。當然這也會使眾人產生何謂「顯然」、如何證明「顯

然」的質疑，尤其在矛盾情境之中。但是此種學說的倡議者認為，這是可以被接受的，「顯然」只是做為一個限制的閥門，正如刑法其他的構成要件也常見需要解釋學運用的不確定法律概念，即使是強制手段必要說，也往往要面對是否形成脅迫、何種程度的條件語句屬於脅迫的證明或判斷困難，本種解釋並沒有特別欠缺明確性的問題。另外，論述倡議者也承認如果法律適用者仍然帶有歧視或刻板印象，則修法的成果也將會被掩蓋，但其認為這組論述足以解決問題、且較無疑義，符合比例原則¹⁷⁷。

第五目 小結

強制模式主張手段目的關聯性的雙層結構較為明確，以及批評採取意願模式關注被害人內在主觀，將導致證明困難；意願模式支持者則以刑罰的必要性與比例性，回應意願模式會揚棄雙層結構而欠缺刑罰正當性的質疑，並且從涉及脅迫的案件中仍必須一定程度關懷被害人的內在心理，來回應其實各個模式之間對於證明的複雜與難度並無顯著差異，其中主張修正的意願模式，亦即以「已經被表達（*erklärten*）」作為認定違反意願的範圍，再加上部分並未表達意願被違反但仍「顯然」不可能合乎其意願，構成性侵害的例外保護情境，學者認為更能以合乎比例原則的方式，填補德國舊刑法對於性自主保護不足的漏洞¹⁷⁸。

雖然和學說所倡導的見解並不完全相符，德國最終的決定是認為修正後的違反意願模式，其和 Hörnle 教授主張有部分不同之處，修法版本在德國刑法 177 條第 1 項規範被告違反了被害人「可得辨識之意思」即屬構成要件該當，接著第二項以五種被害人並未表達可得辨識之意思，但可見在情境中欠缺許可的情況，而框定情境中欠缺許可的範圍。以可得辨識之意思作為標準，代表著以客觀的三人的觀點，也足以辨識被害人的反對意思¹⁷⁹，相較顯然這個要件，解釋得更為明確；再加上同

¹⁷⁷ Hörnle, (Fn. 174), S. 20.

¹⁷⁸ Hörnle, (Fn. 174), S. 21.

¹⁷⁹ 薛智仁，前揭註 164，頁 76。

法條的第二項將部分並未表示出可得辨識之意思的類型納入保護範圍，將原先德國舊法的保護範圍略為加大。本文認為，此修法並不會特別增加實務上證明的困難，也稍微修正標準不明確的問題，且更能以適當、合乎比例的手段保護被害人。

第二款 加拿大——採取積極同意基準的範例

加拿大則早於大多數國家採取積極同意基準，其轉換構成要件後的實務運作與社會互動，恰可作為檢視引入積極同意基準作為性侵害犯罪基本構成要件，可能對於程序法的影響以及實際運作的問題。

即使加拿大於 1976 年將引入告訴人之性歷史證據的限制規範法條明文化，但直到 1980 年代，加拿大性侵害犯罪審判仍然常有以被害人性歷史證據作為評估被害人所指訴是否合理，顯露社會對告訴人錯誤指訴的恐懼。即便實務經歷時代進展，有少數的判決已經開始探討同意與不同意的定義與界線，也多半集中在以口頭上表達拒絕、或者肢體反抗動作為判斷基準¹⁸⁰。1992 年藉由修法，將「同意」的定義入法，意義為告發人對性行為的自願性合意（voluntary agreement），且例示（但非窮盡列舉）不能同意或不屬於真摯同意的情形，如告訴人欠缺同意能力、其表達對進行性行為或繼續性行為欠缺共識、性行為共識是由第三人所給予、或被告濫用信賴、權力或權威之地位勸誘被害人與之為性行為，如果欠缺同意，則構成性侵害¹⁸¹。在 R. v. Ewanchuk 的案件中已經確立以積極同意（affirmative consent）標準為構成要件該當的原則，具有指標意義，控方只需要證明被害人主觀層面上沒有同意就足以滿足構成要件，而不是以被害人未抵抗、未以口頭表示拒絕，就可以認定具備推測同意或默示同意¹⁸²，確立：「被告若要主張相信被害人同意，必須以採取合

¹⁸⁰ Janine Benedet, *Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal: The Roots of Ewanchuk and the Unfinished Revolution*, 52 ALTA. LAW REV. 127, 134-135 (2014).

¹⁸¹ *Id.* at 137.

¹⁸² *Id.* at 141.

理的方式探明對方意願為前提」的標準¹⁸³，同時於刑法典的第 273.2 條規定被告於以下三種情境中不得主張「主觀誤認被害人同意進行性行為」之抗辯：被告自身處於酒醉狀態、被告的相信來自其重大過失或蓄意忽略(忽略被害人不願意之徵兆)、被告已認知的情境中，被告未採取合理的措施確定被害人是否同意，作為配套措施¹⁸⁴。然而，除了無意識狀態下遭受性行為的同意可能性問題未被解決，論者認為加國的實務並未注意到，利用無反抗可能的無意識狀態對女性為性行為是男性霸權的展現，而且時至 2010 年代，加拿大仍然有性侵害案件中事實審法院認為因為被害人並未口頭表達不願、即便被告辯稱被害人和其有以金錢對價為性行為的抗辯不可採，並且被害人也供述被告尾隨其至地下室、並且以房東之身分且持有被害人鑰匙而威逼被害人等情；但一審法院仍認定因為被害人未表達意願，使被告無從判斷其同意與否，無法證明被告有罪¹⁸⁵。由此可知，即使加拿大已經明示提出如何判斷積極同意的標準，在具體適用上仍然有相當的歧異與困難。無可避免的問題是，即便採積極同意，在被告提出誤認被害人同意之抗辯時，仍需要判斷被告自稱誤認同意的供述的可信性、或者被害人自稱已表達不同意的供述是否為真，也因此無法避免審判者依照對於性的各種假設與刻板印象適用於審判程序之中¹⁸⁶，再者，新自由主義治理技術的影響下，同意的標準將會受到被害人有無風險迴避、謹慎經營個人生活等是否符合「理想被害人」的標準影響而產生偏移¹⁸⁷，刻板印象並非消失，而是從某種典型，轉換成為新的樣態，在被害人為酒醉者、逃家少年、原住民、或

¹⁸³ *Id.* at 140.

¹⁸⁴ Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46) 273.2 : It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

(a) the accused's belief arose from the accused's

(i) self-induced intoxication, or

(ii) recklessness or wilful blindness; or

(b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

¹⁸⁵ *Supra* note 180, at 142-143. 判決為 *R. v. Flaviano*, 2013 ABCA 219, 553 AR 282.

本案後來上訴改判被告有罪，然而第一審法院的認定仍反映早在本案發生之前的十餘年前，*Ewanchuk* 案建立的判斷標準，也並未能改變法院的固定判斷模式。

¹⁸⁶ 蔡惟安，前揭註 161，頁 63。

¹⁸⁷ Lise Gotell, *Rethinking Affirmative Consent in Canadian Sexual Assault Law: Neoliberal Sexual Subjects and Risky Women*, 41 *Akron L. Rev.: Iss. 4*, Article 3, 879, 865-898 (2008).

藥物成癮者時，法院會忽略已被建立的積極同意基準、不檢視被告是否採取合理措施確保被害人意願，而注意被害人是否屬於足以自我負責、避開性侵害風險的性主體¹⁸⁸，若不符合足以自我負責的性主體的標準，將被質疑其指訴的受害情節，例如 *R. v. M.S.*案的被害人，因止痛藥和酒精陷入昏沉狀態，並和一名剛認識的男子進入公園內部，被害人身為酒精成癮女性的人格被高度質疑的情況下，即便有目擊者聽到她反對的聲音、且也遭受呼救，仍然被法院懷疑其有以性換取被告身上皮外套的嫌疑。弔詭的是，另一種情形，若被害人並未出現在審判庭、甚至未有警詢，如同 *Ashlee* 案中的被害人，沒有被詳細詢問是否符合理想被害人標準的人格背景，反而不會使他的可信度被辯護人所攻擊而削弱、使法院將之假設為一名理智的、自我負責的主體，而認定其指訴可信¹⁸⁹。

加拿大刑法體系雖以積極同意基準為適用依據建構性侵害審判的標準，被告若欲提出誤認他方同意的抗辯，也制定有限制的規範。縱使如此，現實面的適用上仍然有事實審法院在認定被告有無取得被害人同意時，忽視應該審查被告有無採取合理的措施確認對方的同意狀態，而主要以認定被告有無採取強制手段、檢討被害人是否自陷於風險之中等等。改採積極同意基準後，仍然不免嶄露性別刻板印象與性別權力關係不對等的樣態，以及新自由主義社會中，以風險承擔作為適格公民的區分，造成新的歧視的範例由貞操等性道德，轉向階級、種族與性別權力劣勢等面向，無法擺脫好的被害人與壞的誣告告訴人的二分法刻板印象¹⁹⁰。

第四項 改變構成要件標準並非解決事實認定瑕疵之方法

第一款 強制手段必要說在程序方面並未優於其他標準

而觀察我國的實務，於本文所觀察的案件之中，僅有不到 30 個案件具有明顯

¹⁸⁸ *Id.* at 882-892. *R. v. M.S.*, [2003] A.J. No. 1516, (Alta. Prov. Ct. Nov. 27, 2003).

¹⁸⁹ *Id.* at 896-897. *R. v. Ashlee* [2006] A.J. No. 1040 (Alta. C.A. Aug. 23, 2006).

¹⁹⁰ *Id.* at 898.

事後可被觀察出強暴手段的證據，而且於此類案件中被告也有自白的情形，並非特別難以認定的案件¹⁹¹。其他案件中若涉及脅迫、恐嚇等手段是否存在，必須經過爬梳被害人供述、被告供述以及其他證人輔助佐證等調查，始能判斷被害人所稱因被告施以脅迫，壓制意願而與之性交是否為真。若採取較為嚴格的強制手段必要說，要求較強的手段施加才構成要件該當，或可讓一些案件因為欠缺強暴脅迫之跡證，而直接迅速地適用有疑惟利被告原則判決被告無罪，減輕法院的負擔，然而這種做法，可能會使許多被告利用情境壓力，使被害人迫於其實力或難以避開而屈從，其性自主已被侵害，事後卻無法找到直接明確強制力存在的證據的案件，但被告卻被認定為無罪，並非妥適。若採取較低度的強制手段說，在熟識者性侵（*Acquaintance rape*）的類型未必能找尋到足夠的客觀跡證足以證明曾有強暴、脅迫的存在，最終仍必須倚仗對被害人、加害人及其他相關人士的供述調查與詳細比對，判斷情境中是否有被害人意志遭到被告以強制性的手段壓制。面對以上情形，若欲迅速、簡化的認定被告有無施以強制力，將使許多初步看來模稜兩可、但實際上可以經由法院詳細分析供述，而認定被告有罪的案件，囫圇地使被告被排除構成要件該當，有疑惟利被告原則的射程範圍擴張，而使許多被侵害性自主的案件無法被刑法處理；加上進入司法偵查與審判程序重複的訊問、與被告對質等，施以被害人的壓力，使被害人更不願意通報案件，使犯罪黑數繼續擴大。況且，即便採取了強制手段必要說，除非採取必須有反抗傷痕等客觀跡證始能判決被告有罪的過時見解，否則仍然會因為需要判斷被害人與被告供述的可信度，則我國判決目前呈現的程序問題，如濫用鑑定結果、忽視誘導年幼或心智缺陷之被害人對證詞的扭曲、以被告測謊不實反應佐證、不論被害人供述與被告抗辯之間齟齬、藥劑殘留種類與劑量和被害人指訴情境不合致等，同樣可能出現在審判之中，導向法院作成被告有罪且充滿瑕疵的判決。因此，本文認為將強制手段必要說作為性侵害罪的構成要件標準，未必能夠達

¹⁹¹ 例如：最高法院 106 年度台上字第 2028 號刑事判決，被害人身上有刀傷血痕，被告因此自白。

成使事實認定更明確穩定的目的。

第二款 積極同意基準與違反意願基準對被害人地位的保護差異不顯著

德國有論者質疑，在積極同意基準下，更容易因為被害人同意與否的調查而陷入真偽不明，甚至對被告而言為倒轉舉證責任，需要由被告來舉證自己有取得同意，致使被告程序權利受損的疑慮¹⁹²。不過，被告在此情況下提出「欠缺故意抗辯」的可能性高，聲稱自己在試探過程中觀察認為已經有默示同意，因此即便有真偽不明的情形，也不會直接發生不利益直接歸於被告而使其敗訴的情況，並且負責證明被告並未取得同意的一方仍然是檢察官。因此積極同意基準並不會致使舉證責任倒置，而由被告主張自己無罪¹⁹³。

不過，採用違反意願基準預設當事人同意發生性行為、採積極同意基準則推定當事人不同意發生性行為的想法，在審判中所呈現的樣貌，實際上倚賴參與事實認定者的經驗，若審判者內心預設女性在性接觸的時候處於被動、若無反對則代表同意，即便立法者已經將積極同意基準納入法條要件中，對於整體的被害人的處境改善效果，可能也會因為事實認定者會使用擴張「默示同意」，而大打折扣。從訴訟的角度來看，認定意願的邊界案例中，假設被害人沒有表達意願，無法顯著從其行為中觀察其同意與否，在積極同意基準運作下，被推定為未得同意而構成要件該當；

¹⁹² *Renzikowski*, (Fn. 172), S. 9-10.

¹⁹³ 延伸討論包含，強制模式支持論者認為，如果將判斷基準轉向同意的探尋，可能會導致刑罰的極度擴張。依照本文分析的多數判決中，大多數都未提及被告徵求被害人「同意」之舉，可能是因為在取得供述時，被告有無徵求同意之行動，被視為細節不被重視，但也可能是在事件發生時，行為人確實不會主動探詢。因此可能導向這樣的猜測：臺灣的性侵害基本犯罪構成要件全面改採積極同意模式後，將會因為眾人都不會主動探詢同意，可能更容易使被告被判決有罪，而使刑罰界線過度擴張；但觀察目前的實務判決，其判決理由也會出現被告提出其主觀上認為並無違反他方意願之抗辯，如臺灣高等法院 105 年侵上訴字第 109 號刑事判決：「觀諸被告對於告訴人舉止之回應，僅係向告訴人表示『沒有關係』等語，並繼續抱著告訴人，並未有以言語威嚇或肢體強制之行為欲使告訴人就範，且依被告此等反應及後續其與告訴人之互動情形以觀，被告主觀上非無可能誤認告訴人僅係對於與其初次之肢體親密接觸表現矜持，而未至故意違反告訴人意願之程度」，若真的將條文訂立成積極同意模式，被告也會提出一些誤認他方有同意的抗辯，結果仍然是必須詳細調查被害人和被告之供述何者較符合事實。

但此時被告必然會抗辯其有採取探詢意願行為且誤認對方同意，法官需調查證據判斷被告所言是否合理。另一方面，採取違反意願基準，檢方當然也要舉證證明被害人確實有被意願違反之情狀，法官始能認定被告有罪無罪，時常也必須從周邊證據來判斷。從我國實務中被害人意願認定處於灰色地帶的案例，面對被害人因宗教信仰或其他原因，有配合被告所為性接觸的情形，必須調查被害人與被告較長期間的互動基準、參考其他證人對兩者互動的評價，才能具體認定是否構成性侵害，而法院會根據事實認定展現出的樣態，選擇適合的違反意願基準或者積極同意基準、甚至強調被告使用強制手段，進行論理，結果只是事實認定者所建構出的樣態不同（被害人意願被被告違反或壓抑而為性交/被告並未合理的探求被害人同意而為性交）而使用不同的法律論述而已。

本文試想，在調查證據判斷被告是否有採取合理方式探求合意時，法院仍然會把某些試探的行為當成是一種探詢手段、被害人的某些反應當作默示同意，更何況這些互動，現實上都非常難以在事後以證據呈現並證明；並且如果全面改採積極同意基準，加害人可能就會以軟性的壓力試圖拿取被害人的同意，而被害人可能會不知所以，進退失據，事後在程序上也更可能造成難題，可能無法如預期的保護弱勢、無法表達自我的被害人。此點，觀諸加拿大的實務判決處理結果，亦可窺知一二。根據文獻所述，加拿大在訂立積極同意基準十數年後，不僅仍然出現部分判決不予適用該標準，報案率竟也並未呈現增長趨勢，主要是因為適用法律者如警察、檢察官甚至法官，基於資源不足或無法理解新的概念，而並未改變原先處理性侵害案件的做法，仍然尋找被害人有無反抗等資訊做為判斷，忽略調查加害人有無採取探詢同意的合理行動¹⁹⁴。並且，德國學者也提出疑慮，如果程序關注的重點轉向性行為當下的同意取得與否，將可能使法院忽略當事人雙方整體社會互動的前後脈絡¹⁹⁵。從本文的判決分析以及文獻整理綜合得到的結論中，至少從審判程序角度觀察，積

¹⁹⁴ Lucinda Vandervort, *Affirmative Sexual Consent in Canadian Law, Jurisprudence, and Legal Theory*, 23 COLUM. J. GENDER & L. 395, 438 (2012).

¹⁹⁵ Hörnle, (Fn. 174), S. 17.

極同意基準和違反意願基準的論理方式，在審判程序中對於被害人保護是否周全，關係並不顯著，反而是實際進行審判的法官或檢察官進行程序的謹慎程度與性別意識更顯重要，若是欠缺合理的證據結構思考，以及與時俱進的性別意識，原本立意良善的立法容易導致扭曲。

第三款 小結

前開討論，針對我國國內實務近年的判決，在被告涉及脅迫的案件、宗教詐術案件、意願認定較為模糊案件之間的比較，可以凸顯意願認定與強制手段差異，並無從得出強制手段必要說較有利事實認定適當化、也並無跡象可判斷採取違反意願基準就對被害人增加更重的負擔；參考德國法以及加拿大法後，更確定由我國判決分析得到的結論，亦即：從德國的學說辯證中，認為強制手段必要說並未較其他兩種著重意願的標準更能讓事實認定更為簡化、清楚，同樣必須面對被害人供述可信度、以及其他周邊證據互相核對的困難，才能達成妥適認定事實、適用法律的目標；此外，從加拿大的規範適用經驗觀察，積極同意標準也未必確實能藉由推定被害人不同意性交，而當然地能妥善保障被害人的程序地位，甚至可能會使部分法院反而過度專注於當下的同意，忽略雙方的互動脈絡與權力地位差距。因此，並無法從程序面決定性侵害構成要件中，應該採取何種對於「意願」這個要素的標準¹⁹⁶。解釋構成要件的方針抉擇乃至於是否應再度修法，能解決的問題以及關注焦點，應該不在於證據調查、事實認定、判決適正性的面向，而是在性自主權的涵蓋範圍、乃至刑法是否應該承擔起塑造行為規範、改變社會對性行為態度的任務等議題。

當然構成要件的選擇會影響到訴訟上須證明的要件事實：「強制手段壓制」、「違反意願」或「欠缺同意」，但是基本上事實認定著眼的都是雙方性行為過程前後的互動與背景，僅是評價上有不同的界線劃分。要妥善處理性侵害犯罪，透過改

¹⁹⁶ 強制手段必要說雖然是意欲避開意願的要素，不過本文認為，該標準雖然欲摒棄分辨意願概念，仍然是對於意願這個要素表達了一種立場。

變構成要件的解釋，並無法有效改善造成性侵害犯罪事實認定的困難問題，毋寧從程序著手可能較為有效。

因此本文認為，改變構成要件標準並不能有效的解決事實認定瑕疵、建立更理想的證據法則，必須求諸其他更貼近證據結構的問題的改善方法。

第二節 性侵害犯罪事實認定論之建議

第一項 證據構造論以及證據相互影響論

面對證據能力與調查、證據評價等多層次法官適用證據法則，進行事實認定的難題，依前一節的討論，構成要件的修改可能並非正確的解決方式。

本文認為，首先應該基於證據結構、以及證據互相影響的理解之下，使法官知悉心證形成的極限何在、以及提供其自我檢視的方法，期許法官自我監督，在無法做成邏輯一貫、排除所有合理懷疑的判決時，得貫徹有疑惟利被告原則，在此前提之下，針對證據調查、證據評價的建議，始得以落實。

日本學說和實務，相對於臺灣，非常重視事實認定的結構。仔細研究證據構造，得以幫助法官書寫出邏輯一貫、論理清晰的判決；另一方面從辯護人角度，在為被告主張權益、以及事後上訴救濟時，掌握案件中的證據構造，能夠找到關鍵訴訟攻防重點。進行事實認定，有一定的階層性和步驟。首要必須從事的，是研究證據與事實之間的對應關係，並且先歸類何者為主要待證事實，以及得以推論主要事實的直接證據與間接證據。注意建構事實時不能有邏輯上的跳躍，最好能夠圖像化，將犯罪行為的構造和取得的證據一一做比對¹⁹⁷，並且注意事件的脈絡與證據的結構，避免將情況證據過度推論¹⁹⁸，理論上，應該以具有可再現性之證據為主，尤其是客觀證據（實物證據），因為具備科學的驗證可能性，適宜作為刑事審判事實認定之基礎。尤應注意在事實認定時應該有整體大局觀，以少數甚至單一證據的憑信性而

¹⁹⁷ 森炎著，李茂生監譯，謝煜偉、洪維德、劉家丞、孫斌、白禮維、洪士軒、趙政揚、郭亭好、顏榕、林廷翰譯（2015），《冤罪論：關於冤罪的一百種可能》，頁 35-52，臺北：商周。

¹⁹⁸ 渡部保夫（1992），《無罪の発見—証拠の分析と判断基準》，頁 177-183，東京：勁草書房；伊藤茲夫（1996），《事實認定の基礎》，頁 263-277，東京：有斐閣。

決定心證有一定風險，應詳細檢視事件的性質、事件的來龍去脈與細節、動機、現場的狀況，並且依照事件發生的時序排列，以便觀察整個事件的指訴、被告的抗辯等等是否合理，以免見樹不見林而做出謬誤的判決¹⁹⁹。

證據構造論，雖然是源自於日本學界與實務界，基於再審的特別救濟制度，用於觀察原審判決的整體判斷構造，檢視若增加新事實或新證據後，能否動搖原審判決之事實認定而值得開啟再審²⁰⁰；不過，此種分析證據構造的作法，也可以被使用於在建構整個判決論述時，應該如何將待證事實與證據結合，並且做出合理之論述。

日本學說因應再審而生的證據構造論，如何能妥適的運用在通常程序之中？首先，基於無罪推定原則、有疑惟利被告原則等刑事訴訟法上的誡命，檢察官具有實質的舉證責任，應以其基於證據的論述說服法院，使有罪之心證達到毫無合理懷疑的確信。既然如此，檢察官如欲證明訴因²⁰¹事實的存在，除應評估積極證據與消極證據的個別證明力之外，也應該就諸證據之間的有機互動關係，提出足以支撐有罪判決的證據結構設計圖或鳥瞰圖像。如此，才足以使被告與辯護人（以下簡稱辯方）獲得足夠的保障，能將檢察官所建構的此證據設計圖，作為標的進行彈劾，主張具備合理的懷疑，使檢方的證據構造受到動搖甚至崩解。如此一來，法院可更為貼切的扮演居中第三方角色，觀察檢方所建構之證據構造是否遭受辯方的動搖，若有達到動搖效果，則依照有疑惟利被告原則裁判無罪；若並未動搖則表示無合理懷疑，得判決被告有罪。

我國刑事訴訟法並未採取訴因制度以及起訴狀一本主義，和日本刑事訴訟法不同，而採取所謂「改良式當事人進行主義」之結構。如何可將源自日本學說討論之證據構造論用於我國，必須解釋。雖然我國乃採改良式當事人進行主義，然而主

¹⁹⁹ 石井一政，前揭註 24，頁 54。

²⁰⁰ 佐藤博史（1998），〈再審請求における証拠構造分析と証拠の明白性判断：名張事件最高裁決定の意義〉，收於芝原邦爾、西田典之、井上正仁編集，《松尾浩也先生古稀祝賀論文集 下卷》，頁 645 以下，東京，有斐閣；川崎英明（2003），《刑事再審と証拠構造論の展開》，日本評論社：東京。

²⁰¹ 訴因為日本刑事訴訟法上的特別要件，我國與之相類似的概念是起訴書的起訴事實，然而並未有如日本一般類似於民事訴訟法之訴訟標的的強力拘束力。

要的實質舉證責任仍然由檢察官負擔，法官僅在為被告重大利益或公平正義之必要，始能職權調查。於此情況下，由檢察官建立合理的證據證明力、以及各證據與待證事實關聯性的藍圖，用以說服法院被告有罪，亦合乎我國刑事訴訟法的誠命，同時更合乎法理的要求。即便並非全面採取當事人進行主義，仍有必要使檢察官在起訴時，至遲在審判庭陳述起訴要旨²⁰²時，將個別證據的證明力以及各證據之間的互動關聯、乃至於整體證據對於待證事實的關聯性，並且和下一階段的證據調查結合在一起，進而使法院得以如規範預想的扮演訴訟結構中立第三方的角色，決定是否調查證據，並就證據可信性交由雙方攻防後，由法院裁決，不再回歸以往形同糾問的法庭運作模式。透過檢察官建立整體證據構造的圖像，給予被告平等機會進行彈劾，使整體刑事程序得以公開可視、更為客觀，如此也能確保刑事訴訟法對被告防禦權的保障²⁰³。

將法院的實體判斷聚焦於檢方原先所敘明證據構造，有無動搖甚至崩塌，可將事實認定的過程客觀化、透明化。使原先被告無從影響的審判黑箱化現象能被抑制、防止法院之恣意認定。簡而言之，證據構造分析的目的與機能，在於使檢察官所舉證的內容更為確實並且脈絡分明，也使辯方能夠準備防禦，審判者更能清楚程序的指揮應該如何為之。不僅止於再審法庭，得以檢視前審中對於事實認定整體結構與新證據加入後的關聯性；也可使通常程序中，法院的事實認定更為清晰確實²⁰⁴。

證據構造與事實認定論的重要性，在常欠缺客觀證據的性侵害犯罪審判中更加突顯，需要擔保法院妥善運用自由心證，否則在大量的供述證據中，若起訴時檢方並未指明哪些供述和有無性侵的事實直接相關、哪些又是間接彈劾被告或被害人個人的可信度，法院將花費額外的勞力時間費用續行傳喚關係遙遠的證人，更使被告無從防禦，更甚者，如果最後法院並未自行將證據結構梳理清楚，將援用毫無

²⁰² 日本法用語為「冒頭陳述」，學者主張於該階段就應該具體明示證據和待證事實間的關係，並且影響到接下來的證據調查。

²⁰³ 川崎英明，前揭註 200，頁 231-234。

²⁰⁴ 川崎英明，前揭註 200，頁 222-225。

推認力的證據，試圖拼湊被告有罪之認定。

證據構造論，必須著重調查以及評價的順序與邏輯，以及主要證據的品質之確保。之所以特別重視主要證據，乃因為證據之間的互相影響，可能會影響心證的形成結果。學者根據心理學的決策科學研究，闡釋證據相互影響的現象。證據的價值不具絕對性，而是相對性，雖證據的本質不會改變，但卻會因為與周遭的證據互動，產生「外觀」也就是評價的改變²⁰⁵。例如自白、指認以及科學證據等，由於該等證據在實證研究中影響心證的程度很大，證據的分量極重²⁰⁶，以重力場做為比喻，因為該種證據如果作為前提資訊，其他次要資訊在與這些證據交錯觀察時，就可能因為這些證據的重力強度，造成對於次要資訊的評價扭曲，正如同黑洞的重力會使光遭到扭曲一樣²⁰⁷，例如，性侵害案件中如果 DNA 證據顯示排除被告，那麼即使不論有無自白，都不會影響定罪率，顯示 DNA 重量似乎大於自白；但如果檢察官能夠舉出使排除 DNA 和自白二者之間融貫的解釋，則定罪率又將大幅提高，顯示前提資訊的影響力道²⁰⁸。現行對於自由心證的限制，似乎並無法全然遏止證據評價遭扭曲，導致認知偏誤的現象，因此需要更細緻的程序措施擔保自由心證的適當運作。

性侵害犯罪的審判，相對於其他犯罪類型，更為倚靠供述證據，因此供述證據的調查與評價，在性侵害犯罪的證據構造中佔有要害地位，因此特別提出予以檢討。供述證據應如何評價並與其他證據綜合評價，根據日本文獻，以下分成四點討論。

首先，物證等客觀證據或者不會動搖的客觀事實與該當證據的對比，互相可以整合為一體抑或是不能，不可忽略其重要性。例如在偵查階段已為自白、卻在審判中翻供的情況，自白筆錄的信用性就是很大的爭點。於此很多判決先例使用的方式

²⁰⁵ 金孟華，前揭註 33，頁 196。

²⁰⁶ Saul M. Kassir, & Katherine Neumann, *On the power of confession evidence: An experimental test of the fundamental difference hypothesis*. 21 LAW & HUM. BEHAV, 469, 472-476(1997).

²⁰⁷ 金孟華，前揭註 33，頁 188。

²⁰⁸ 關於 DNA 證據的重量以及其與自白證據之間的關係，可見：Sara C. Appleby & Saul M. Kassir, *When Self-Report Trumps Science: Effects of Confessions, DNA, and Prosecutorial Theories on Perceptions of Guilt*, 22 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 127,137 (2016).

是，先把自白內容放在一邊，驗證取得自白過程中有無違法，並且將除了自白外的證據，也就是客觀的事實與客觀證據所呈現的樣態，釐清案發概況後，一併檢討與自白的合致性。另一方面在並無自白的情形，可將之和被告的抗辯有無可整合性做檢討。這種做法，確實有助於進行供述證據的可信度判斷，是值得肯定的作法。因為一般而言，如果陳述為真，該供述內容應該會和客觀事實呈現的樣貌一致。反之如果為虛偽陳述，在許多特定的事件（例如，被告稱並未限制被害人自由，被害人自由進出其住處，但被害人第一時間驗傷時手腳均有束帶勒痕、手機的基地台收發定位也持續在被告家中數日），就會出現供述和客觀證據或客觀事實不一致。這種方法在供述完全和客觀證據與事實具備一致性時，或反之完全欠缺一致性時，都很單純；問題出在大部分情形下，僅有部分一致或部分不一致。在這種情況下，如果和客觀證據矛盾的部分，該部供述之信用性將會削弱。不過，其他並未矛盾部分，特別是供述證據的核心會不會因而受影響或動搖，就必須要仔細地斟酌考量。因為，除了必須考慮到人的知覺、記憶、表達等本質上的不完全之外，對有些特定事情供述者自認為枝微末節忽略不談，或因種種意圖而虛偽陳述的情況。結果，在供述的一部和客觀證據之間存在矛盾時，該供述是否仍能具備連結在一起的核心部分的信用性，必須以何種經驗法則、論理法則的運用來判斷，成為了事實認定困難的原因之一。

第二，注意供述證據本身的前後關聯，對於信用性的判斷也甚為重要，尤其是供述內容的前後變化，以及其是否具有連貫性。供述取得過程，是基於非常自然的經過而取得、或經過誘導甚至是教唆而取得，兩者區別具有重要性。複數調查階段的供述，應該要將調查所得依前後的時序排列、並且依照邏輯演繹是否會出現無法吻合的情況。由此，從各階段所得的供述證據，或許也可以判斷搜查官有無對於內容的誘導甚至是唆使。檢討供述內容有無前後變化，是客觀的從供述證據的側面來判斷其信用性的良好方法，為很多裁判例所用，因為人在陳述真實的事實，對於同樣事件的發生時間、場所等供述內容，不太可能會有改變。不過這樣的作法，也有

必須注意的地方。首先，如果對於供述前後有無變化的認定欠缺謹慎，則可能陷於錯誤的判斷，對於人的表達不明確或不完整，必須明辨。換句話說，對同樣事物的供述證據，詢問的方式、以及詢問場合的氣氛，也可能會有細微的差距：或是僅有供述的表層、或僅有字面上的抽換；抑或是和前面的供述確實有內容本質上的不同。究竟供述核心是否有改變、改變的可能原因為何，需要法官進一步調查其他證據，方足以判斷。

第三，判斷供述證據信用性時，對於供述內容或供述態度，供述的具體性、逼真性、臨場感，真摯性等要素都必須全面的考量。

第四，故意虛偽陳述，可能會跟其背後的利益動機非常有關，在警方和檢察官的偵訊壓力下仍然要虛偽陳述，需要很強烈的動機與相應的利益。反之，一個人如果對於陳述某些內容有十足的動機，例如可從中得到巨大利益，卻反而供述對自己不利的內容，那此供述的可信性就較高。²⁰⁹

具體如何使司法從業人員接受證據構造論以及證據互相影響論概念，並將之運用於審判中，將於本章以下續行討論。

第二項 性侵害案件事實認定論基本態樣

立於證據構造論以及證據互相影響論的理解，建議我國性侵害案件的事實認定基本之態樣應該如下：

警察於偵查時實施被害人及證人的指認以特定被告，屬於前階段的刑事追訴程序。我國及外國的實務經驗中，指認程序曾出現重大的謬誤²¹⁰，導致不是犯罪行為人的被告蒙受冤罪，因此，在程序上必須優先檢視指認有無瑕疵。接著，鑒於客觀證據在事實認定上的重要地位，應該先確保窮盡所能找到的事發時的客觀跡證，詳細檢證確認其有證據能力，而並非偽科學，同時建構當時的空間與環境狀況、以

²⁰⁹ 上述關於供述證據調查的要點，請見：石井一正，前揭註 24，頁 56-60。

²¹⁰ 雖並非性侵害案，但我國在殺人案件的冤罪中，林金貴案是因重大的指認謬誤，造成冤獄的結果。可參見：臺灣高等法院高雄分院 106 年度聲再更(二)字第 1 號刑事裁定。

及雙方的相處狀態，作為檢驗被害人供述與被告供述的目標，每個案件中能夠被蒐集的客觀物證豐富程度不同，作為供述證據檢證對象的「標靶」當然也有不同樣態。初步比對雙方供述與客觀物證，藉以區分確定有性交事實（或性交未遂事實）和不确定有無性交事實者。

無法在前階段確定有無性交事實者，需要就有無性交或性交未遂之事實比對雙方供述。若被告抗辯並無性交事實或性交未遂事實之供述，前後有所矛盾，且被害人之供述相較被告貼近客觀事實，或者綜合其他的客觀證據可以佐證被害人的供述，則被告確實有從事該行為的高蓋然性即被建立；反之，若無法藉由雙方供述與客觀情況的比對、加上其他證人之供述得到有無性交或性交未遂之事實存在的結論，此時應適用有疑惟利被告原則，判決無罪。

確立被告與被害人之前確實於案發時發生性行為後，一併特定審判的範圍係性交既遂或未遂，下一步進入該性交行為是否以強暴、脅迫、恐嚇、或以其他違反他人意願之方式為之的檢討。此時亦必須比對雙方供述和客觀證據相結合的結果，觀察何者的供述內容較能被證明為真。舉例而言，如果被告陳述性交行為未違反被害人意願，然而對質詰問時，面對被害人陳稱其在過程中有推拒、口稱不願意等情，被告也承認該事實為真，則可認定被告確有違反被害人意願而為性交。如果就被告以強暴或脅迫手段的性交事實存在而言，已經具備強暴手段的客觀跡證如驗傷結果、甚至有被告的部分自白（如被告承認曾持刀抵在被害人身上），則被告構成性侵害犯罪的蓋然性相當高，並且已經建立相對穩固的證據構造。

相比於其他科學證據，被害人患有創傷後壓力症候群的鑑定，常被法院援用作為被害人指訴可信之證據，有著科學證據的外觀，但其實質內涵並無法支撐法院使用該證據所聲稱的證明力，因為該鑑定常係基於被害人自身的主訴，且鑑定施行者即便具備專業能力，也會受到該預設心理，而影響被害人有無創傷後壓力症候群的判斷，以此鑑定結果做為「被害人確實受到性侵害」的認定依據，可能係無效推論、甚至循環論證，援用此種鑑定意見之推認事實效果，和援用被害人自身供述或其親

屬對其被害狀態的供述，相差無幾，都欠缺和構成要件的合理關聯性，卻常因該證據冠以專家鑑定報告之光環而能成為重要的認定依據，並不合理。

供述前後矛盾不一時，究竟屬於細節無礙前後完整、抑或已經足夠質疑其供述內容，無法一概而論。以被害人之供述為例，如果有事發時間、次數、被告為侵害行為的方式、以及當時雙方的互動等事實，有複數出現前後不一的狀況，而非僅有一兩個邊緣事實，例如當時房屋內有無他人、有幾名他人等有所不同，則該供述之可信度則值得懷疑。當然，不得僅以前後不一的項目多寡為斷，法院仍應調查有無使被害人如此供述的背景因素。如果無法以客觀證據作為審判之核心，則更應確認供述本身的內容，前後的邏輯以及和其他周邊環境的比對，例如詳細調查：以被害人當時的觀察能力以及注意能力，能否發現供述所稱的被告行動等，或是查證被害人供述前後版本有矛盾的原因是否是因為詢問過程影響所致，並藉由傳喚實施詢問之警察及陪同之社工理解情況，而不應先以家屬對其反應的觀察或者創傷後壓力症候群反應來佐證被害人供述的可信性。

在供述有前後矛盾，仍未為應為的窮盡調查，了解可能造成矛盾的原因之前，因為供述證據堆砌起的證據構造本身甚有疑義，被害人患創傷後壓力症候群之鑑定報告、關於被害人情緒反應的證人供述證據、以及被告「有無違反被害人之意願性交」的測謊鑑定報告呈現不實反應，均不足填補矛盾，無法藉以認定被告有罪。除非另有可信之證人供陳其當場目擊被告確有違反意願而對被害人性交、甚至有錄影畫面等有力證據、或者另外證明矛盾情況係源自偵查時詢問、記錄之不當，否則以情緒反應的輔助證據加上前後不一的供述，作為判決被告有罪之依據，恐怕無法推翻無罪推定。反之，若被告針對案發事實前後供述矛盾的情況較多，而被害人的供述前後均為一致，且有若干符合被害人供述的間接證據作為輔助，則認定被告確實構成性侵害犯罪的蓋然性即提高。

根據證據構造論以及證據的相互影響效果，如果不在程序前階段先行建構合法的證據結構，放任偽科學以及受關鍵證據嚴重影響的證人進入證據評價，只會得

到遭到扭曲的事實認定結果，由是可知事實認定者明確掌握證據的結構以及適當採取隔離措施對於適當的事實認定的重要性²¹¹。

總結以上，進行事實認定前，應檢視證據結構並且分類，釐清該事件所能倚仗的判斷資訊以客觀證據為主，還是僅能以供述證據為主，尤其應該注意犯罪人指認是否有疑義，而且應摒除有疑慮的科學證據、或至少應該再度傳喚實施檢驗者確認證據能力。若可以客觀證據做為基底，則將供述證據詳細與之比對並貼合待證事實；若較為欠缺客觀證據，則更應將供述證據之間的前後變化與周邊背景之關係釐清，尤應注意待證事實與主要供述證據、其他輔助證據之間的對應關係，切不可在尚未釐清供述證據內容之邏輯以及調查矛盾資訊的原因前，就引用邊緣的輔助證據推論供述的可信，否則不但無法佐證被害人供述，反而將使其他證據的評價遭到不可靠的供述證據扭曲。最後，應該嚴守無罪推定、有疑惟利被告原則，無法排除所有合理懷疑時，即應判決被告無罪。

第三項 具體程序進行之證據法則建議

在程序法層面應採取哪些措施與法制修改，避免法院於判斷時囫圇吞棗地解讀被害人與被告供述，減輕偏頗認定的危險，並顧及證據互相影響的效應，進行證據構造的釐清，使判決理由論證更為詳細精準，以達成適當進行事實認定的目的，本文建議如下：

第一款 強化質疑鑑定報告之能力、考量引入專家證人及證據隔離措施

常見於性侵害犯罪中的鑑定委託，除了對於被告的精液等生物跡證是否有殘留於被害人身體或衣物上，需要送請 DNA 鑑定，以推認被告是否確實和被害人發生性行為以外，關於被害人是否患有創傷後壓力症候群、以及該病症是否影響到被害人供述的醫師或醫療院所鑑定、對被告之測謊鑑定等，為性侵害犯罪審判中常見

²¹¹ 證據隔離措施，可見金孟華，前揭註 33，頁 205 以下。

使用鑑定人證據方法的樣態。委託鑑定時法院應避免囑託鑑定人對其它證據的可信程度進行評價，而應根據鑑定報告中提供的經驗法則，自行判斷能否以該經驗法則，協助推論被告是否該當構成要件或推論其他待證事實。法院援用鑑定報告時，為避免誤解鑑定意見之意涵，應該落實我國刑事訴訟法之規定，使鑑定人至法庭上受交互詰問或由法官詢問，以釐清該鑑定意見所能提供之經驗法則的用途，以及其幫助推認構成要件事實的極限，以免法院自行對鑑定報告解讀而有錯誤。例如，不能僅由被害人被鑑定人認定患有創傷後壓力症候群，而直接將被害人之供述不一，歸因於該症候群中典型症狀之一的逃避反應，法院應該針對被害人供述前後缺漏或矛盾的疑點，詢問鑑定人其鑑定能提供何等經驗法則供法院進行判斷。此外，涉及藥劑被害人體內驗得藥品代謝物殘留的案件，關鍵在鑑定報告所顯示的客觀實況，事後於被害人體內所測得的藥物代謝殘留物的種類與推測量，是否可以支撐被害人之指訴（何時清醒觀察到被告某行為、何時陷入沉睡等），在以藥劑為手段的性侵害案件中，正是判斷構成要件該當性的關鍵。法院於此也應該特別釐清鑑定報告所能提供的經驗法則，在哪一方面有助於判斷被害人之指訴或被告抗辯的真實性及合理性。

即便是機關鑑定，也必須使實施鑑定之人於審判中接受詰問，以助法院釐清該待證事實所需的經驗法則，刑事訴訟法第 208 條第 1 項「其須以言詞報告或說明者，得命實施鑑定或審查之人為之」，應該將「得」改為「應」，機關應公開實施鑑定者之身分，使其原則上均應出於審判庭以言詞報告或說明，以期減少長年以來法院於使用機關鑑定時，並未進行鑑定人之詰問，而誤解濫用鑑定報告的風險，同時也讓辯方有機會能在審判程序中質疑鑑定之過程及結果。此外，目前能夠委任鑑定人者只有法官及檢察官，對於被告而言有欠公平，應該在檢察官或法院已經委託鑑定後，明文規定使辯方有機會聲請委託其他的鑑定單位，針對該鑑定意見送請再鑑定，檢視原鑑定報告所提供之經驗法則的科學性等影響可信度之要素，作為防禦的方法，並應設定例外禁止被告提出該證據的條件，例如使用該證據會傷害被害人等，

作為法院控制被告不會因辯護行為過度傷害被害人的閥門。

關於被害人有無創傷後壓力症候群的鑑定，目前絕大多數都被法院引用作為補強被害人之指訴可信性。創傷後壓力症候群本來係精神科醫師或心理師，用於評估如何治療處遇經歷重大事件的患者的診斷方法，並被列入美國精神醫學學會精神疾病診斷與統計手冊（DSM）之中，不僅目的不同於刑法的審判，可能達不到檢察官或法官囑託鑑定的目的，實務中發起鑑定必然是案件繫屬之後始由院方或檢方囑託，在醫師或心理師受囑託之時，就已經知道係針對被害人有無受到特定性侵害事件的影響而產生創傷後壓力症候群的症狀，進行判斷。施作者已受暗示之情形下做成之鑑定報告，作為被害人供述自身受性侵的控訴真實性的補強證據，如何產生有效之推論而不令人起循環論證之疑竇？

法官在使用鑑定人的證據方法時，如上揭例子出現誤用或過度推論，很可能是因為欠缺辯方的提醒與質疑，使法官沒有反省的機會。使辯方能夠有機會與能力質疑鑑定人之報告，是一種可能的解決方式。

現行制度下，僅有法院和檢察官可以選任鑑定人，而且鑑定人尤其在機關鑑定的情形下，可能不到庭接受對質詰問等情形，更是令辯方對鑑定人提供的資訊難以質疑並防禦。專家證人制度是一種可能增加辯方質疑檢方所提出的專家經驗法則，且可以更有效傳喚專家接受交互詰問，保障被告權利的制度。專家證人制度的倡議者認為，該制度可以促進被告與國家之間的武器平等。該制度可使檢辯雙方得以聲請法院傳喚適當的專家，出庭就專業事務提供意見，尤其是強化辯方得以傳喚專家證人作為防禦方法，釐清檢方證明被告犯罪之事實建構與經驗法則是否有瑕疵，有其正面意義²¹²。惟專家證人制度也遭受質疑，在司改國是會議中，針對部分委員提出專家證人制度改革，刑事警察局提出反對意見，主要考量由被告選任的專家，適

²¹² 吳巡龍（2010），〈鑑定與專家證人〉，《台灣法學雜誌》，第 153 期，頁 138。林裕順（2011），〈專家證人 VS. 鑑定人——概括選任鑑定之誤用與評析〉，《月旦法學雜誌》，第 189 期，頁 265。陳運財（2011），〈改善我國刑事鑑定制度之芻議——兼論專家證人之地位與功能〉，《全國律師》，第 15 卷第 4 期，頁 87-104。

格性難以確保、也可能較不客觀，改採專家證人將對鑑識人員造成更大的負擔、人力不足之下將造成鑑定延宕，以及較為貧困的被告無力聘請專家的不公平情形²¹³。但其中反駁的理由不外乎質疑被告所找的專家可能偏頗、或者鑑識人員可能人力不足等，均不能合理化不給予辯方以專家之知識經驗，防衛自己的訴訟權利一事。專家證人引入之前，當然要經過和我國改良式當事人進行主義是否能完善磨合的思考，例如是否要改採起訴狀一本原則、配合證據開示制度，以避免檢方藏私，或法官因為先閱讀某一方專家的意見而產生預斷等問題，但專家證人制度，確實是針對辯方面臨武器不平等的一個改善方法，甚至也可以促使專家出庭，使被告對質詰問等訴訟權得以被保障。本文認為，如果無法馬上進行專家證人制度的改革，則至少應該針對目前鑑定制度、尤其是機關鑑定進行改變。

我國目前就性侵害犯罪防治法第 16 條之 1 已經有所規定「於偵查或審判中，檢察官或法院得依職權或依聲請指定或選任相關領域之專家證人，提供專業意見，經傳喚到庭陳述，得為證據。」。學者指出，有些事實不見得需要以鑑定方式為之、或實施鑑定並不適宜的情況，只要專業人士於法庭提供專業意見有助於釐清證據與爭執中之事實，即有必要使法院、檢察官有權可傳喚專家作為證人²¹⁴，然而卻依然未有使被告也得以聲請專家證人之規定，如何使被告也能妥善近用專家以及其依專業提供之經驗法則作為抗辯之用，是完善刑事訴訟保障被告權利的重要環節。除了引入專家證人制度是一種選擇之外，現行能夠改善的措施，包含落實目前的刑事訴訟法關於鑑定人所為鑑定內容，藉由程序進行擔保之規定，例如對鑑定人需至法庭進行說明的規定，甚至應該明文規定鑑定人應接受交互詰問，以釐清鑑定之內容與方式，機關鑑定的情形，該機關亦應公開實際上從事鑑定之人，該鑑定人也不能拒絕具結或到庭接受交互詰問。若施作鑑定者不克親自前來法院，也不妨考慮以

²¹³ 參照民間司改會網站之「司法科學、鑑定機制與專家證人」各方案整理，<https://www.jrf.org.tw/articles/1230>（最後瀏覽日：01/18/2019）

²¹⁴ 吳巡龍（2016），〈性侵案之專家證人〉，《月旦法學教室》，第 166 期，頁 29；吳巡龍，同上註，頁 139。

視訊設備作為實施詰問的工具，重點在能夠使所有程序的主要參與者，包含法官、被告、檢方、辯護人、告訴人等均能掌握鑑定的內容，藉由交互詰問等程序，確認其鑑定之原理、內容與施作之過程與結果，並且使辯方能夠擁有平等的機會質疑機關鑑定提供之經驗法則。

除了應該使被告在鑑定程序與檢方武器平等，並落實交互詰問以擔保其適格性之外，鑑定進行的過程，也應特別注意。基於證據互相影響論，學者提出應建立證據之間的隔離措施，首先被告、證人及被害人在受詢問時不應先接觸其他人的供述，例如，證人不應先知道被告已經自白以及其他的鑑定報告內容，以免詢問時受到影響，否則如果讓證人受到該證據的影響，可能會引起光暈效應、確認偏誤等扭曲現象，使證人隨著該重要證據的內容而供述。同理，囑託鑑定時，應該注意不得將超出鑑定人執行職務必要之外的案件情節透漏予鑑定人，以免判斷受到該段案件情節的干擾、甚至遭到渲染扭曲。現行刑事訴訟法第 205 條規定，鑑定人得經許可檢閱卷證資料，但為了減少證據互相影響而使評價遭到扭曲，應該明文原則限制閱覽卷宗，例外由鑑定人敘明理由要求檢視執行鑑定必要的卷證²¹⁵。舉例而言，被害人是否有創傷後壓力症候群反應之鑑定，僅能提供法院一種對被害人供述品質不穩定的解釋，因此，鑑定人不應先知悉被鑑定人是因為性侵害案件告訴才受囑託鑑定，也不得閱覽有關指訴內容之卷證，否則容易先假設案件所指犯罪事實存在，而影響鑑定之內容。

關於鑑定人以及其鑑定內容的適格調查，學者也提出應該引入美國的道柏法則（Daubert Test）²¹⁶，指引法院檢驗鑑定人的資格，以及其根基的原理、實際施作時的過程，以及最後的結果與其推論，釐清其所提供的經驗法則，防堵偽科學進入

²¹⁵ 持此見解之文獻，見金孟華，前揭註 33，頁 205。

²¹⁶ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993)

主要被引用之內容為針對科學方法引入審判的容許標準：該理論或技術已經經實驗而可辨認真偽，在該科學領域已經過公開發表與檢視、已知或潛在的誤差、有一定控制運作的標準作業程序，且普遍為該科學社群接受。

程序而取得顯不相當的證據價值²¹⁷。對於檢察官以及法院使用鑑定報告最好的監督，莫過於使被告有機會藉由其他的專業人士提供不同的意見，使法院有不同的認定可能性，反思原先的有罪心證是否確實，也因此可以考慮擴大適用鑑定證人制度，使被告得聲請具有特殊知識之人作為鑑定證人進入審判庭，提供法院不同的經驗法則，或許是全面引入專家證人制度之前，加強辯方具備專業事項與科學經驗法則的能力，對抗檢察官的方法。

第二款 被害人之訊問程序的改善

第一目 改善訊問方式

被害人的供述雖然常為刑事程序的開端，但也應該注意避免受其他證據資料或前導資訊誤導的可能性。尤其是指認程序，詢問者即便已初步掌握被告亦不得進行暗示，否則將提高誤認的可能性；訊問時使用已知的證據資料暗示被害人，將得到受到證據資料干擾的證詞，從而無法確實掌握被害人供述的可信賴性。

被害人甚至其他重要證人之訊問，宜採取認知性晤談的方式。所謂認知性晤談，其方針為：減低以暗示性言詞詢問而影響供述內容，並且盡可能的讓被詢問人想起細節，尤其是證人為兒童或其他易受影響族群，更應營造信任感、並且引導被害人說出其原本認知中的事實，而非由詢問者預設一定方向，而引導被害人供述。精神障礙者與兒童，理解能力與表達能力較其他族群弱，並且容易受暗示影響。

此種詢問方式，也為美國衛生福利部兒童健康與人類發展中心（**NICHD: National Institute of Child Health and Human Development**）所製作的司法案件偵訊指導手冊所接受，其中詳細的羅列步驟，包含「介紹」、「建立關係」、「敘說練習」、「取得指控階段」、「真實問案階段」、「通報的信息」、「結束」，前階段的鋪陳主要是要讓受詢問人理解說實話的意思、不明白問句時應該詢問、建立信任關係並保持之後問話的順暢；真實問案階段重要的是持續使用開放式的問句，耐心等待受詢問

²¹⁷ 金孟華，前揭註 33，頁 201。石宜琳，前揭註 130，頁 106。

人自行透露。允許使用受案時通報的訊息，但為了避免使用該資訊強力誘導受訊問者，應使用開放性的問句而非由詢問者主導²¹⁸。

性侵害犯罪防制條例第 15 條，規定家屬、心理師、醫師、社工等人可以在偵查、審判時陪同被害人在場，並得陳述意見，目的是為了協助被害人在偵查、審判中接受詢問或訊問的時候，穩定心情，並幫助法院發現真實²¹⁹。但同時參與詢問或訊問時，家屬常介入被害人陳述、暗示或甚至代替被害人回答，產生扭曲其供述的危險，使其憑信性降低甚至影響整體證據結構。如何兼顧被害人保護與取得憑信性高的被害人證言，本文認為，不能禁止被害人家屬或社工等專業人士參與警察詢問或檢察官、法官訊問，但是其陳述意見目的僅限於幫助被害人情緒穩定、免於受到詢問或訊問的過度壓力，應該禁止其針對被害人供述內容進行暗示、甚至代替回答。若該等人士有此情形，即應警告，若不聽勸阻則禁止其發表意見，再犯則應隔離，重新和被害人說明後，詢問或訊問才能重啟，不過前提是在場仍有其他專業人士能夠協助被害人穩定情緒，並且詢問人能夠掌握認知性晤談的要領。

警察、檢察官詢問被害人取得供述證據，若產生前後不一的情形，除了詰問被害人之外，也可考慮傳喚原來進行詢問的警察和檢察官蒞庭針對問話的過程提供法院判斷的依據。對於供述內容，在以其他證據補強之前，應該盡可能以各種方式，如對被害人本身的交互詰問，以及對詢問取得供述者、參與詢問陪同被害人的詢問或交互詰問，確認其供述內容取得之過程，矛盾的可能理由，排除造成供述細節瑕疵的因素，確保該供述的內容品質。

第二目 重新檢討減少被害人重複陳述作業要點

²¹⁸ 鄭瑞隆（2017），〈NICHD 司法詢問技術於兒少性侵害案件之運用〉，周悛嫻等著，《刑事政策與犯罪防治研究論文集（20）》，頁 275 以下。

²¹⁹ 立法院法律系統查詢性侵害犯罪防治法 85 年版為第 13 條之立法理由：為協助被害人穩定情緒及法院發現真實，參考兒童及少年性交易防治條例第十條第一項之規定，特明定被害人之一定親屬及社工人員，得陪同被害人出席詢問。後於 94 年版，移至現行的第 15 條，並增列醫師、心理師、學校輔導老師等人為得陪同出席之人。參考網址：

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?000A6AB5BCFC0000000000000000A00000002FFFFFFA00^01237085123100^00009001001>（最後瀏覽日：01/10/2019）

實務上的「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」²²⁰，主要針對脆弱的十八歲以下兒童及少年與智能障礙者，而後擴及所有的性侵害被害人（辦法第二點，原則上所有的被害人均適用，但經社工員認為不適當或不必要者得不適用該要點）。該要點要求社工員陪同兩名員警辦理被害人之供述警詢（第十三點），應給予其親屬陪同並陳述意見之機會，若有「干擾程序進行或影響被害人情緒或自由陳述時，宜適當處理」（第十四點）並應自始至終連續錄音錄影（第十二、十三點），檢察官調查或法院審理中若對供述有疑問，應先予勘驗避免重複詢問被害人（第十七點），要求錄音影的設備具隱密性、提供「溫馨」的詢問環境（第十八點）。但該要點針對如何進行詢問、是否得以誘導詢問之規範有所欠缺。實際上其減少供述的效果，在於各通報系統不各自對被害人詢問案情，而是在警詢時，由社工員陪同進行詢問，確保詢問品質、並連續錄音錄影；當法院在調查該被害人的供述筆錄時，得以藉由勘驗錄音錄影，而減少就同一事項詢問被害人，造成二度傷害的風險。具體運作時在由社工評估並且陪同被害人接受警察訊問、也保有由檢察官藉由視訊或電話指揮的可能性，藉此能夠減少在程序的前端重複取供，根據實證研究也確實有一定的效果²²¹。然而從判決分析得知，檢察官在警詢之後會再做一次訊問，審判中法院對被害人的供述內容的疑問，無法從錄音錄影的勘驗中得到解答時，也會再度傳喚被害人接受詢問，如是，在刑事程序中就有可能至少有三次被訊問，顯示在具體案件中，減少被害人陳述作業的實施效果並不佳，無法避免多次訊問的傷害；但以更強硬的規制方式落實減少供述方案，又會使得法院難以調查被害人的指訴的合理性與邏輯性。本文認為，減少被害人在程序前端重複供述具有正面意義，正如學者所言，運作得宜的話，可使檢察官、警察以及社工體系之間整合成一個團隊，互相監

²²⁰ 全文及其修改沿革，可參考：

<http://www.rootlaw.com.tw/LawContent.aspx?LawID=A040040061003500-0941108>（最後瀏覽日：01/22/2019）

²²¹ 姚淑文、張錦麗（2004）〈「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》，301期，頁48-49。根據該研究，進入減述方案的個案與未進入的個案，次數為2.04對上2.69，具有顯著的減少。但陳述的時間和偵查階段總日數，並無顯著差異。

督有無在訊問過程中過度影響被害人、或傷害被害人；然而就法官的角度來看，減少供述方案若將供述的次數縮減至一次，但卻又有無法釐清的矛盾或關漏處，則必須要再行調查始能完成認定事實的任務。因此，徹底貫徹性侵害被害人減少重複陳述作業的前提，必須建立在前端取得供述的合作團隊的互相監督有效、且取得供述的方式應該符合認知性晤談的要求，不得積極的暗示、誘導，並應適度給予被告表示意見的機會。否則因為該供述欠缺憑信性、品質不佳，法院在程序後端必須再行傳喚被害人為證人於審判庭受訊問，不但有造成二度傷害的高危險，對於事實的釐清，可能會因為證詞受到前提資訊的污染或單純因為時間經過，效果遞減。如果沒有達成前後階段整合的配套之前，減少重複供述方案的意義，很可能也只存在於使社工和警察同步合作的層次，而對於審判中防止再行詢問被害人而造成傷害的風險並無助益。因此，透過資訊整合以及方法的指引，建立有效且足以保護被害人的詢問方式，才是真正能夠減少被害人供述的解方。

若已取得被害人之供述，詢問其他證人之供述時，應注意不得使證人預先知道被害人之全部供述內容，以免證人之供述受到被害人指訴言詞之影響。同時，如前所述，委託鑑定人針對被害人精神狀況進行鑑定時，亦應摒除被害人自身對於案情的供述，避免鑑定人受到預先資訊的扭曲。

關於補強性法則的適用，可以和減少被害人重複供述方案結合為思考。從判決分析中可見，最高法院提出對被害人供述之補強法則，運用上僅是找尋輔助證據，而非適格的補強證據，往往造成法院著眼於調查該等輔助證據，忽略應詳細調查被害人供述，並且藉由交互詰問證人本人、或者詰問各別程序中詢問被害人的偵查人員等方式，確認其內容矛盾之處有無合理解釋，並排除其不可信部分。理論而言，如果貫徹對被告的程序保障，被害人的供述，因為仍可以在程序中使被告得到對質詰問的機會，確保其憑信性，若無差別的硬性要求只要是被害人供述均應額外加上其他補強證據，反而是一種恣意的選定，恐怕產生歧視的危險。因此並無理由要求針對被害人供述要求額外的補強證據。若要保留超法規補強性法則於性侵害案件

的適用，則僅能在性侵害案件減少被害人重複供述方案實施下，而被害人只在偵查中接受一次詢問，無法在審判中以對質詰問等調查程序確保被害人供述的憑信性時，要求法院必須以其他證據作為補強（例如：傳喚施作詢問的警察、陪同的社工出庭作為證人，接受對質詰問，提供被害人供述之擔保），以作為勉強可以接受的替代保障憑信性手段²²²，不過前提是減述方案實施的過程本身符合本文前揭的正當程序，足以作為供述內容的擔保。

第三款 核心證據之確保與準備程序的證據排除

最高法院所提出，針對所謂對立性證人(如被害人與被告)的陳述虛偽可能性，而必須具備補強證據始足為認定被告有罪之依據的「補強法則」，經最高法院以最高法院 104 年度第 3178 號判決等判決再三強調後，各級判決多有援引該抽象論述為判決理由開端。觀察實務判決，所謂針對被害人之供述為「補強」，多見以其家人對其事前事後反應的觀察供述、創傷後壓力症候群的鑑定、社工師的評估與輔導紀錄，試圖證明被害人確實受到傷害因此其供述可信度高；或者以被告就有無違反被害人意願為性交之測謊鑑定結果呈現不實反應，作為被害人指訴可信的補強，其實際效果，對補強被害人指訴前後不一致的部分的合理性，或者解釋與客觀證據有所矛盾的供述證據的融貫性，簡直無法區分有補強和沒補強的差異。其原因出在這些所謂的「補強證據」，其實都只是觀察被害人本身，而和構成要件本身的關聯性很低，並不是真正適格的補強證據，而是對被害人供述的「輔助證據」而已。亦即，除了在補強性法則本身的正當性層次之外，其實法院進行事實認定時往往也只是虛晃一招，並未確實的進行補強。無法促成法院就被害人供述品質，將應調查的證據窮盡調查，反而當作一種解除證據調查義務的手段²²³，將看起來可以輔助認定被害人可信的證據寫入判決中，卻連被害人的供述可疑、矛盾之處的詰問都沒有完整

²²² 薛智仁，前揭註 123，頁 155。

²²³ 同此見解，參見薛智仁，前揭註 123，頁 152-153。

進行。不但沒有真正的進行補強，更欠缺原本應該穩定建構的被害人供述憑信性。

本文認為，除了以對質詰問等程序作為擔保供述之憑信性之外，使法院具備證據構造論的想法，以及對於證據之間互相影響的效應有所理解，將對法院如何進行證據調查、並妥善進行評價有所幫助。要求法院以建立客觀證據或具備可重現性之證據為基底的證據構造，並且將供述證據填充以驗證其真實性，更能彰顯自由心證的論證與界線。無法解決事實認定問題的根源，就在於其實法官欠缺方法或無暇仔細思考案件的證據構造的整體如何被建構，關鍵證據與證明方法為何，因此往往治絲益棼，使法官耗費多餘的時間與精力在調查於犯罪事實關係甚微的事實與證據。

本文認為，應然面應該強調：在刑事審判進行中，建立整體事件的架構時，是否邏輯一貫以及具備可檢驗性，尤其是不得已必須以供述證據作為核心的性侵害案件，更應謹慎為之。但主張物證或客觀證據作為調查的核心，並非意味走向法定證據原則，而是在自由心證的基礎之上加以限制。客觀證據也因為有假科學滲入審判中而不當然具備證據能力，或者雖具備證據能力但卻被誤解有顯不相當的證明力，導致其他的證據認定隨之出現過度評價的狀況，不過，由於客觀證據的可再現性較高，事後驗證較為可能，因此應將之置於證據構造之核心，使其他浮動可能性高的證據如供述證據，可以做為檢驗的定錨點²²⁴。許多案件欠缺足夠的客觀證據，必須倚靠被害人供述作為核心證據，從而法官對於被害人供述前後脈絡的梳理，需要格外謹慎。基於物證及被害人供述之重要性，法官宜在準備程序盡其義務判斷引入該證據是否具有合法性並排除無證據能力者，且在審判中經由調查程序使之具備證據能力，謹慎評估其證據價值。然而在並無客觀證據或客觀證據較少，而無法以之建構證據構造者，必須由供述證據作為證據構造的主幹時，應注意其本身對事件描述的邏輯性以及供述前後一致性，此處關連到其他間接證據所能提供的推認力。以被害人與被告、雙方聲請證人之供述建構起可供驗證之主要證據構造還未詳細辯證其邏輯關係前，不宜以被害人是否有說謊傾向、被害人有無和被告有仇隙、

²²⁴ 石井一正，前揭註 24，頁 56。

金錢、情感問題而認定被害人有誣陷被告的可能，或試圖以被害人或被告之人格相關的證據，判斷被害人所指訴是否為真，更不得直接將被害人與被告先前的性歷史用以做為認定本次性行為是否為性侵害的判斷依據，因為正如上所述，必須先行確保供述證據作為證據結構核心的穩定性，才能確保證據的調查不會失焦、也不會使事實認定的結果無法排除所有合理對被告有罪的懷疑。從此觀之，建立合邏輯的證據結構並詳細說明證據與認定之事實之間的關聯性，也足以擔保證據的憑信性、甚至更可以使整體的事實認定更清晰，並不是非得要使用超法規補強法則來對法官運用自由心證為事實認定進行擔保。

實證研究顯示，自白、指認和 DNA 證據等科學證據，進入審判中若無適當的程序規範，會導致法官過度聚焦於這些重要證據，並且產生光暈效應、確認偏誤，忽略其他反於這些證據的間接證據與事實。因此，這些重要的證據，如果出現虛偽、瑕疵或調查偏誤，導致冤錯、瑕疵的判決結果的危險性也會急遽提升。為了防止不合法或不正當的重要證據進入程序，避免有瑕疵的關鍵證據造成其他證據的評價在程序前端就遭到扭曲，應該落實準備程序的證據能力排除程序，讓其他的審判法官不會事先接觸無證據能力之證據。甚至有主張應建立獨立的證據能力判斷程序，由完全不會參與事實審判階段的證據能力法庭，負責判斷證據是否應該排除於程序外，文獻提出，可以參照美國在陪審團之前的證據篩選者，即「守門員法官」，在檢察官偵查與法院審判之間，利用其獨立性，作為隔絕違法證據與審判進行的閘門²²⁵。不過，近似於預審法官的設置涉及的條文更動與程序設計可能相當複雜，現階段可行性較高的是落實準備程序受命法官的獨立的證據能力判斷，將刑事訴訟法第 273 條第 2 項有關證據能力的判斷全權委由受命法官為之，經準備程序裁定無證據能力之證據資料，則應該移出法院的卷宗之中，不得再度以任何形式出現於程序。

²²⁵ 金孟華，前揭註 33，頁 203。

為達成不良證據的與其他證據的隔離，應考慮將卷宗之使用權限區分，受命法官得在準備程序進行時先行接觸起訴書以外卷證，但審判長及陪席法官除了起訴書外，則必須至審判庭期前，才能獲得全卷證資料，使參與審判的法官至少不會是全體都對證據資訊有所預斷。這必然需要配合檢察官起訴的改革，起訴書不能僅有故事，聲請證據以及其理由卻零散其中，必須將聲請證據與待證事實、以及檢察官所認定有罪的理由，以圖像化的方式呈現。

第四款 判決理由書寫方式以及檢察官實質舉證之改革

欲落實證據結構的詳細檢討與構築，本文認為進行判決寫作格式革新，是可以參考的改革方向之一。其目的在敦促法院論述案件事實時，必須在理由中伴隨著以何種證據支撐該事實認定的論證，而可期待法院更為精細的自我檢視論理過程以及證據的取舍。

倡議判決寫作格式應該革新的學者，以事實認定有相當爭議的王信福案²²⁶之證據構造作為說明，該刑事案件中，被告（王信福）被指訴為殺人之教唆犯，當時被逮捕之正犯（陳榮傑）因為被檢驗出在凶槍上的指紋等證據，被迅速的定罪並處以死刑執行完畢，而被告則逃亡海外。在偵訊中該正犯供述是王信福出聲告以「結掉那兩人」始開槍、後又曾在審判時供述被告也有開槍，其他當場的目擊證人也曾有陳述被告與正犯二人「密切耳語」，但不知其對話內容等。被告經十數年後回國受審判時，時日經過已久，物證均已滅失，而且關鍵證人一一死亡或逃逸無蹤、傳拘無著，僅依多年前正犯單獨所供前後不一之指訴，以及互有矛盾卻又未經進一步對質詰問的證人供述補強證據，即判決被告殺人教唆有罪。罔顧被告已經無法作對質詰問之困境、甚至忽略許多事後對被告有利的證詞，如目擊證人再次供述時稱並未聽到雙方耳語，當時是警察使他們這樣供述等情況，法院依然判決被告有罪。其

²²⁶ 該案件判決字號：臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更(三)字第 214 號刑事判決，以及定讞之最高法院 100 年度台上字第 3905 號判決。

實和本案被告有罪的相關證據，僅僅只有正犯說詞供稱王信福說道：「結掉他們兩人」，別無其他證據可以證明，甚至該說詞也有反覆、和其他證人證言無法相符的情形，「無疑以一枚針尖支撐起整個判決」²²⁷。

王信福案雖然是殺人案件，其構成要件與待證事實，和本文所討論的性侵害犯罪審判並不完全相同，但是該案件之證據構造以供述證據為主，且沒有非常核心的關鍵證據、供述證據有缺損或前後不一等特徵，與多數性侵害犯罪的案件若合符節。因此，學者對於王信福案這種類型的判決提出的改善建議，相當具有參考價值。

欲修正這種可能造成疑義甚至冤罪判決的審判樣態，學者提出判決格式改革的建議，認為現行的判決常以團塊式的論理完成判決理由，事實欄位先敘述整體事實，證據全部寫在程序理由欄位，並不要求主要證據與次要證據的區分，也為明確區分和構成要件有直接相關的補強證據，以及只是推論某一證據憑信性的輔助證據，同一事實究竟以哪幾個證據推論並不清楚，出現跳躍式的邏輯。部份好的判決理由，仰賴法官自身是否有意將證據與事實排列清楚。因此面臨案情複雜時容易魚目混珠、無法釐清證據與事實之間的關係也無可厚非；要解決這種易造成混亂的判決格式，應該在建構事實時將證據一一對應、區分主要證據與間接證據、輔助證據，以此詳細論證為何可以該等證據作出事實推認，使法院判決理由本身能夠環環相扣，且能夠清楚的被檢視，不但在事後可以更清楚的理解判決本身的邏輯，也可以使法官清楚的檢視自身對證據的評價，以及作成判決理由的前後邏輯關係，而不會草率的作成判決。

此外，法官在判決中並未將證據和事實認定密切連結，可能是源自於檢察官的

²²⁷ 來自《上報》對於張娟芬博士於論壇報告的報導，〈向法官提「證據結構」判決 張娟芬：會更清楚顯現出來〉，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=39241(最後瀏覽日：01/18/2019)，該論文係於2018年4月20日之春風煦日論壇2018學術研討會「刑事法與憲法的對話」中由張娟芬博士所報告，由記者整理成為本報導。春風煦日論壇2018學術研討會之影音資料，見春風煦日論壇部落格：<http://sbbs1997.pixnet.net/blog/post/225057011-%E6%98%A5%E9%A2%A8%E7%85%A6%E6%97%A5%E8%AB%96%E5%A3%872018%E5%AD%B8%E8%A1%93%E7%A0%94%E8%A8%8E%E6%9C%83%EF%BD%9C%E5%88%91%E4%BA%8B%E6%B3%95%E8%88%87%E6%86%B2%E6%B3%95>(最後瀏覽日：01/18/2019)

起訴也並未將證據與待證事實的關聯性敘明，以致法官處理案件時無從著手。若將檢察官起訴書的文書格式、以及蒞庭進行起訴要旨陳述的方式進行改變，將有改善之可能。現行檢察官起訴書篇幅較短，聲請證據證明待證事實的理由散見其中，證據資料靠著其他的呈報狀紙提供給法院，不見其結構，且在法庭上負責論告的檢察官在陳述起訴要旨時，往往以朗讀起訴書之內文結束，法院難以從檢察官起訴的文書以及論告中，理解檢察官何以認為被告有罪、證據與待證事實的關聯為何，必須靠法官自身整理案件卷宗、自行梳理證據與待證事實之間的邏輯。若可以敦促檢察官於起訴階段就整理起訴之證據結構，並且清楚表明聲請調查之證據與證明被告有罪之待證事實之間的關聯性，將可以使法院更能客觀的觀察案件的前後脈絡，以及判斷檢察官賴以起訴的證據是否足夠；另一方面，也足以使被告以及辯護人得以尋找證據，撼動原本的有罪心證的證據結構，達到保障被告實質防禦權之功效，或可降低冤錯案件及事實認定粗疏的弊病。並且，如果欲符合達成準備程序與審判程序的證據隔離，審判前除受命法官外，審判長及陪席法官不接觸全卷證資料，則檢察官的起訴書中，欲證明之犯罪事實與證據相結合的整理與邏輯關係，就更有詳細清楚敘明的必要。若擔心檢察官過於清楚的說明犯罪過程與證據內容，導致法官的證據預斷，本文認為至少起訴書應該將犯罪事實如何認定以圖像化的方式和每一環節的認定與其所依的證據連結起來，為證據清單的圖示，取代現行以表格呈現方式；至於其他的卷證資料，則可保留權限，除了需進行準備程序的受命法官外，審判長於陪席法官，直至審判庭開庭前僅有該起訴書狀，其他卷證的實質內容在審判庭當日才給予法官參考。

最後，本文欲以無罪及有罪各一案例，作為現實中可資參考的自由心證運作依據，佐證良好的事實認定並非毫無可能。臺灣高等法院 105 年侵上訴字第 109 號刑事判決（最高法院判決字號：106 年度台上字 4126 號判決）判決被告無罪。案發時，雙方一起走到淡江大學蘭陽校區散步，事後進到被告車內，兩人進行口交及以陰莖插入陰道之性行為，主要爭點在被告是否誤認被害人同意，且是基於合理的

外表徵象，而非製造壓力情境而刻意忽略被害人可能之意願表達。本案性行為發生時之客觀證據較為欠缺，法院主要以建立供述證據之邏輯性為主要證據構造構成要素。在被害人未明顯表示違反意願情況下，被告陳稱沒有察覺其真實意願，從雙方來往的過程中也無從認定被告有製造任何壓迫其自主決定的氛圍，且被害人也自承，對方並未說出任何若不與之性交即會對其不利之話語。被害人雖指訴被告使用以有點強迫之方式對其進行口交，卻無法確實說明被告強制手段究竟為何。關鍵係且被害人在被詢問能不能做愛時，就自己如何回應，警詢中是陳稱當時說：「不知道」，偵查中於檢察官面前的陳述是「可以不要嗎」，在精神鑑定時面對心理師，陳稱多次對被告說不要，供述不一，在歷次程序中之供述有逐漸加強其表達意願之強度的趨勢。法院於此已經藉由雙方供述，建構出被害人和被告確實有進行性交，且被告陳稱並不知道對方內心不願，以為雙方是合意性交，被害人一度陳稱有表達不願意，但在各階段的供述中內容並不一致，法院因而認定被告所為抗辯較為合理；被害人事後反應的調查結果，被告在通訊軟體訊息中和被害人約定要送避孕藥給被害人，且約期共進午餐，被害人並未惶急拒絕或遲疑，可證被告確實並未認知其有違反意願之情事。此外檢察官用於作為補強之證據如心理衡鑑報告、被害人有無創傷後壓力症候群之鑑定，法院以心理衡鑑不能評斷被害人是否確實被違反意願性交而僅為治療之診斷行為、且詳細論述創傷後壓力症候群之判斷係基於治療目的、且是由被害人自稱有受性侵之陳述判斷，不得做為認定被害人指訴可信之理由。貫徹以雙方供述為核心、並且詳加處理補強證據，認為檢察官提出之證據無法證明被告有罪。

最高法院 105 年度台上字第 2525 號刑事判決，業經六次更審，終於確定被告有罪，被告在偵查審判過程中，由其妻子攜帶大筆金錢，越洋與被害人和解，並要求被害人翻供以配合被告脫罪辯詞。檢方認為足以構成犯罪之證據主要是被害人提出之附有精斑、血跡之內褲、以及陰道深處採樣採得被告之精液；並且被害人之指訴與事後情況之對照等。被告方辯護人於辯護時，針對證據能力部分：被告抗辯

被害人供述時遭到通譯誘導無證據能力，經當庭勘驗後認定警詢錄音及筆錄有做為傳聞例外之合法性與必要性；實體部分：針對被害人提出之附有精斑、血跡之內褲以及陰道深處驗得被告之精液，辯護人及被告均稱被害人挾怨報復而自己製造證據、被害人長相不如被告之妻子，被告不致對其產生性衝動等言詞為抗辯，充斥歧視、與客觀事實的關聯性亦極低，僅是無端攻擊被害人之人格。被害人供述被害情況雖有翻供、且有在菲律賓做成之公證書，證明之前所指訴為挾怨報復，然法院於更六審中一一查明，調查被告曾遣人至菲律賓和被害人勾串供詞，使其在審判中翻供，被害人翻供的內容和被告所辯稱、對被害人內在想法的猜測竟完全相符，也因此被法院認定該次翻供顯有疑義。被告亦辯稱案發時被告之妻兒在家，不能為此犯行，然而被告之妻子於原審中已供述，表示那段時間攜子返回娘家，家中僅有被告和被害人，和被告所言不一致。且被告也無法解釋由被告之妻致送金錢後談成和解，之後被害人馬上改變供述的理由，甚至否認於當日有和被害人見面並和解之事，試圖以妻子陪同被告前往日本作為遮掩，於更審中始由法院調取航班記錄澄清於證人指訴當時確實雙方見面並且談妥和解。法院先行論證客觀存有之證據具備證據能力，並且駁斥被告的不在場證明、客觀跡證為偽造、以及攻擊被害人人格等辯詞，而以陰道深處組織採集之 DNA 與被告的精子細胞 DNA 序列比對符合、被害人血跡、雙方的供述與前後變化、被告以及其親屬與被害人在事發後的互動等，建構起被害人確實有和被告進行性行為、當場並無其他人、且被告射精在被害人陰道內、被害人有受傷等客觀狀況為核心，進一步檢證被害人之翻供原因，證明被害人前後供述不一是肇因於被告在裁判外以利誘影響，並以被告供述反覆、無法解釋客觀跡證和其自辯之詞無法縮合，而認定被告有罪。

第六章 結論

性侵害犯罪的審判相當困難且複雜，其原因除了來自刑事訴訟程序進行時，如果忽略使用鑑定應有的嚴謹態度而使證據評價遭受扭曲、詢問證人與實施指認時過度暗示而取得品質有疑的供述證據、以及對某些證據的極度信任、或者關注特定證據資料而產生認知偏誤，本來就容易產生錯誤的事實認定，再加上性侵害犯罪審判中的強暴迷思和其他刻板印象，使得性侵害犯罪的事實認定特別容易產生問題、做成疑義判決。突顯作為事實認定框架的證據法則的重要性。

最高法院意識到性侵害犯罪判決的困境，以具參考價值判決，表明在程序中證據調查與證據能力判斷、證據評價、以及心證形成的指導方針。不過，這些準則，除了部分自身的正當性有問題之外，在實務運作之下，並未達到原本最高法院指導法官自由心證運用的期望，留有易使事實認定困難甚至偏差的問題。

根據民國 105 年及 106 年性侵害犯罪的最高法院判決以及其事實審判決之分析，我國近年性侵害犯罪審判，形成有罪判決時，特別在兒童以及精神障礙者等脆弱被害人探詢供述時，過度誘導與暗示、以及送請鑑定時設定待證事實的偏差，具有證據調查與證據能力層次的瑕疵；在證據評價層次，則有將被害人具創傷後壓力症候群之鑑定報告或者將藥劑殘留反應過度推論者，以及繼續承接使用過度誘導所取得被害人供述導致對該供述本身錯誤信賴、更使其他證據產生確認偏誤者；即使在前面兩個階層並未出現重大疑義的判決，因為適用超法規補強法則，堆積很多輔助證據試圖補足被害人供述可信度，但卻並未詳細調查與論證其供述前後矛盾、不一致的原因，反而扭曲了法院評價其他證據的公正性，忽略和被害人供述相矛盾的證據，做成令閱讀者產生合理懷疑的判決。

法院已經注意到各方對於性別議題的重視，因此於撰寫判決時，避免使用敏感用語與論述方式，因此近年判決中已經較少有強暴迷思顯著影響有罪無罪認定的情形，但實質上可能仍然未脫免性別刻板印象影響其證據評價、以及內在心證形成。法院仍然會審酌被害人誣陷被告之可能性、以及使用被害人是否患有創傷後壓力

症候群之鑑定，判斷被害人供述是否為真，不能排除性別刻板印象以及對被害人的錯誤認知，仍然會滲入性侵害犯罪的審判之中，在程序中影響法官自由心證。

基於判決分析，本文區分成兩個階段，試圖回應分析實務所發現的問題。

首先，本文認為改變其他違反意願方法的解釋，對事實認定困境的改善幫助極有限。以宗教詐術為手段遂行性交、與涉及當事人意願但模糊難以判定的案件類型，被害人往往並沒有明確的以口語表示不願意，甚至配合被告遂行性行為，恰巧足以作為驗證：涉及意願認定的構成要件基準若改變，是否會影響事實認定適正性。將其事實認定過程，對照被害人聲稱遭到脅迫的案件，法官欲驗證被害人所稱的脅迫情狀是否存在，和判斷是否因為宗教詐術而被壓抑性自主意願，參考的證據都是供述證據品質以及事發時間地點的周邊資訊，事實認定的縝密程度與程序的保障，對於判決內容的妥適性較為重要。判決採取何種實體法構成要件的標準，僅是因為事實認定完成後，法院採取了適合其認定情境的論述。構成要件標準不同的關鍵差異，可能在於宣示保護的範圍，以及刑事程序前階段判斷案件影響被害人報案意願、檢方是否起訴等面向，凸顯出重要性。從審判程序進行的角度切入，無法判斷何種標準較為優越。因此，要解決性侵害犯罪審判中事實認定、自由心證的問題，更動構成要件標準並非有效的方法。

本文認為證據法則的改善，如現在性侵害犯罪案件審判中遇到的證據調查、評價以及心證形成所遇到的問題如何解決、乃至強暴迷思於其中的影響，應該如何減輕，是更為關鍵的。本文認為，參考日本的事實認定論以及證據構造論的學說，以及證據相互影響論，試圖提出一些更能幫助法院適正處理性侵害犯罪案件的方針。

整體事實認定的樣貌，應立基於證據構造論的認知上，建立階層性的事實認定步驟，並且正確認知證據互相影響之效果，優先詳細調查重要證據如指認、科學證據等之證據能力，並將瑕疵的指認以及涉及偽科學的證據排除於程序之外不予使用。基於可驗證性的考量，以客觀證據作為供述證據的標靶，詳細地、結構性地檢驗控方指訴與被告抗辯的合理性。尤其應該注意被告及被害人供述的品質，必先梳

理其供述的脈絡，否則無法判定多次供述前後矛盾之處是否合理或可能是虛假供述，加上補強證據或輔助證據也無助於合理認定被告有罪或無罪。

詳細而言，落實階層化的事實認定審理程序，區分成幾個階段來實踐：針對證據調查及證據能力層次，經由準備程序，交由受命法官進行證據能力的判斷，尤其應排除違背程序的指認或與待證事實無關的科學證據。囑託鑑定時，為避免鑑定人受其他證據影響其判斷，落實證據隔離，應修訂刑事訴訟法第 205 條，原則上鑑定人不得閱覽全卷，而應釋明執行業務必須閱覽之範圍，由法官准許之。並應使實施鑑定之人於審判庭接受詰問與法官詢問，以釐清其提供之經驗法則，避免法官誤用。此外，為了應對目前只允許檢察官與法官指定鑑定人的情形，應賦予被告選任再鑑定人之權能，使之有能力提出質疑關於探知認知與表達能力較弱、易受影響之兒童或者精神障礙者的供述證據，應根據美國國家兒童健康與人類發展研究所(NICHD)的司法訊問技術(Investigative Interview Protocol)的步驟，以認知性晤談方式，訊問時使用開放性的問題，維繫信任度高的環境、使被害人能自由且不受暗示的表述其認知的事實。而減述方案的適用雖非毫無意義，但應該更注意擔保被害人供述的方法，以免法官最後取得無法使用的瑕疵供述，必須再行傳喚被害人出庭接受詰問。

在證據評價層次，事實認定者的教育及心態建設上都必須修正，尤其是對重要證據的使用與評價應戒慎恐懼，必須更詳細的對被害人與被告的供述證據和客觀證據相互印證，始得作為被告有罪之論證基礎，此一部分和證據調查連動，應注意證據隔離措施。由受命法官依法履行準備程序證據能力審查與證據調查排定的工作，審判長與陪席法官審判期日前僅能閱覽起訴書，待審判期日始能取得全卷證以供審判之用，以免證據資料造成全體法官對案件有所預斷，或受到不適格證據的嚴重干擾。配套措施則需要檔案權限管理的配合，以及檢察官起訴書對證據與待證犯罪事實的緊密邏輯關聯與詳細說明。

心證形成層次除了應該在前階段落實證據能力篩選，避免整體評價受到某些不應進入審判的證據影響，更應注意建立法官對於證據構造的認知，由改革判決書

寫的格式著手，將事實列出時，應伴隨所依憑的證據與其推論過程，放棄原本的團塊式寫作模式，法官得以藉由撰寫判決時論理和證據的勾稽，重新檢驗已形成的心證。除了判決寫作格式的變更外，也應該要求改革檢察官起訴之書狀、以及審判庭中檢察官蒞庭的起訴陳述。檢察官應於起訴書狀之內文，先行將證據資料和待證事實連結，建構起本案檢方認為有罪的證據結構，並且至遲在審判庭中進行陳述起訴要旨時，即應使檢察官以圖像化方式具體敘明認定被告有罪之證據結構與理由，使不參與準備程序的法官能夠藉由閱讀起訴書即能掌握案件基本資訊，避免先閱覽全卷宗導致的證據預斷，也可以保障被告源於憲法的訴訟防禦權利。

性侵害犯罪審判中，最為關鍵的是對於證據結構、事實脈絡的詳細理解以及建構其輪廓、事實認定者的性別意識、對於性別權力關係的認知等。在此範圍內，不僅是法官對其證據法則的使用應謹慎，檢察官就建立案件進入審判程序前的證據結構整理，相當重要。被告的辯護人所扮演的角色也不容忽視，質疑被害人的說法以保護被告權利時，更需注意不應將刻板印象再帶入法庭之中，以免對加重對被害人二度傷害、甚至也不利被告自身之辯護。

除了進行程序的改革之外，審判最終亦反映了這個社會如何看待性侵害與性別權力關係的態度與意識形態。健全被害人保護的網絡，整合社會安全網體系、加強事實認定者的性別意識、還有更為全面深入的性別教育，讓所有的人明白何謂尊重、何謂性自主，是更為基礎的建設，必須刻不容緩地繼續進行，並且深化。

參考文獻

一、中文文獻

(一)專書、專論

- 甘添貴（2015），《刑法各論（下）》，修訂四版，臺北：三民。
- 林鈺雄（2013），《刑事訴訟法 上冊》，第七版，臺北：元照。
- 林山田（2005），《刑法各罪論(上)》，第五版，臺北：自刊。
- 陳子平（2017），《刑法各論（上）》，第三版，臺北：元照。
- 盧映潔（2017），《刑法分則新論》，第十二版，臺北：新學林。
- 蔡墩銘（1986），《刑法各論》，修訂四版，臺北：三民。
- 林志潔、吳耀宗、金孟華、劉芳伶、王士帆（2017），《性侵害案件無罪原因分析之研究——以強制性交案件為中心》，臺北：法務部。
- 許玉秀（2000），《刑法的問題與對策》，臺北：春風煦日論壇。
- 范國勇、謝靜琪、陳建宏、周偉傑（2012），《性侵害問題之研究調查》，臺北：內政部家庭暴力與性侵害防治委員會委託研究報告。
- 蔡德輝、楊士隆、鄭瑞隆等（2000），《約會強暴與熟識者強暴之研究》，內政部性侵害防治委員會委託專題研究計畫，臺北：內政部。
- 森炎（著），李茂生（監譯），謝煜偉、洪維德、劉家丞、孫斌、白禮維、洪士軒、趙政揚、郭亭妤、顏榕、林廷翰（譯）（2015），《冤罪論：關於冤罪的一百種可能》，臺北：商周。
- A. Benforado（著），堯嘉寧（譯）（2016），《不平等的審判》，臺北：臉譜出版社。
- T. Darnstädt（著），鄭惠芬（譯）（2017），《法官的被害人》，臺北：衛城出版。
- E. L. K. Ketcham（著），林淑貞（譯）（1999），《辯方證人》，臺北：商周。
- Garrett, Brandon L.（著），張芷盈、何承恩（譯）（2014），《路人變被告：「走鐘」的刑事司法程序》，臺北：新學林出版。

(二)期刊與論文集論文

- 陳昱如、周愷嫻 (2016),〈從兒童性侵害案件看兒童性同意權與證述能力〉,收於:
《刑事政策與犯罪研究論文集》第十九期,頁 201-226,臺北:法務部司法官學院。
- 高金桂 (2000),〈從刑事政策論刑法妨害性自主罪之立法變革〉,收於:《刑事政策
與犯罪研究論文集》第 3 期,臺北:法務部犯罪研究中心。
- 鄭瑞隆 (2017),〈NICHD 司法詢問技術於兒少性侵害案件之運用〉,收於:《刑事
政策與犯罪研究論文集》第 20 期,頁 271-288,臺北:法務部司法官學院。
- 甘添貴 (2000),〈強制性交罪之評析與適用〉,收於:《刑事思潮之奔騰:韓忠謨教
授紀念論文集》,臺北:韓忠謨基金會。
- 王皇玉 (2013),〈強制手段與被害人受欺瞞的同意:以強制性交猥褻罪為中心〉,
《國立臺灣大學法學論叢》,第 42 卷第 2 期,頁 381-432。
- 王曉丹 (2010),〈聆聽「失語」的被害人——從女性主義法學的角度看熟識者強暴
司法審判中的性道德〉,《臺灣社會研究》,第 80 期,頁 155-206。
- 王曉丹 (2014),〈性暴力法制的歷史交織——一個性別批判的觀點〉,《軍法專刊》,
60 卷 2 期,21-40 頁。
- 王燦槐 (2005),〈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 期,頁 111 - 136。
- 石宜琳 (2012),〈測謊證據能力重新評價與定位〉,《法學叢刊》,第 57 卷第 2 期,
頁 95-129。
- 朱朝亮 (2004),〈暗示訊問之使用與危險〉,《日新法律半年刊》,第 2 期,頁 28-
35。
- 李茂生 (2015),〈2014 年刑事法發展回顧:刑法謙抑性的再檢視〉,《國立臺灣大
學法學論叢》,第 44 卷特刊,頁 1507-1533。
- 李茂生 (1998),〈自白與事實認定的結構〉,收於:《權力、主體與刑事法——法邊
緣的論述》,頁 91-126。

- 李佳玟 (2018),〈性侵害創傷症候群於刑事審判之應用——評最高法院 106 年度台上字第 2009 號刑事判決〉,《月旦裁判時報》,第 70 期,頁 61-69。
- 李佳玟 (2017),〈說是才算同意 (Only Yes Means Yes) ——增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議〉,《臺北大學法學論叢》,第 103 期,頁 53-118。
- 李佳玟 (2005),〈近年來性侵害犯罪之刑事政策分析——從婦運的角度觀察〉,《中原財經法學》,第 14 期,頁 43-112。
- 李榮耕 (2011),〈證人先後不一致的陳述〉,《臺灣法學雜誌》,第 186 期,頁 197-201。
- 李明濱、廖士程 (2002),〈創傷後壓力症之診斷與治療〉,《台灣醫學》,第 6 卷第 3 期,頁 385 - 396。
- 李聖傑 (2004),〈妨害性自主：第一講——保護法益〉,《月旦法學教室》,第 19 期,頁 97-104。
- 李聖傑 (2004),〈妨害性自主：第二講——性行為與性的行為〉,《月旦法學教室》,第 21 期,頁 90- 97。
- 李聖傑 (2004),〈妨害性自主：第三講——類型闡述〉,《月旦法學教室》,第 23 期,頁 99-106。
- 沈伯洋 (2010),〈犯罪事件中女性主體的形塑〉,《犯罪與刑事司法研究》,第 15 期,頁 117-173。
- 林山田 (2003),〈性與刑法——以強制性交罪為例〉,《臺灣本土法學雜誌》,第 3 期,頁 43-52。
- 林志潔、金孟華 (2010),〈美國女性主義法學發展與性侵害防治法之改革〉,《月旦法學雜誌》,第 182 期,頁 144-161。
- 林志潔、金孟華 (2012),〈「合理」的懷疑？以女性主義法學觀點檢視性侵害審判之偏見〉,《政大法學評論》,第 127 期,頁 117-166。

- 林東茂 (1999),〈評刑法妨害性自主罪章之修正〉,《月旦法學雜誌》,51期,頁70-80。
- 林鈺雄 (2001),〈自由心證:真的很「自由」嗎?〉,《臺灣本土法學雜誌》,第27期,頁13-38。
- 林裕順 (2011),〈專家證人 VS.鑑定人——概括選任鑑定之誤用與評析〉,《月旦法學雜誌》,第189期,頁263-272。
- 金孟華 (2016),〈美國性侵害犯罪之相關介紹——以紐約州法為例〉,《月旦刑事法評論》,第3期,頁54-66。
- 金孟華 (2018),〈證據相互影響論——以刑事證據法為中心〉,《中研院法學期刊》,第23期,頁171-218。
- 吳巡龍 (2016),〈性侵案之專家證人〉,《月旦法學教室》,第166期,頁27-29。
- 吳巡龍 (2010),〈鑑定與專家證人〉,《臺灣法學雜誌》,第153期,頁136-140。
- 吳維雅 (2007),〈「你相不相信孩子」?——論兒童性侵害案件中之兒童證人及專家證人兼評台灣高等法院92年少連上訴字第218號刑事判決〉,《檢察新論》,第1卷第1期,頁131-151。
- 吳景欽 (2011),〈判決不能違背經驗與論理法則——以日本最高法院的一起性侵害判決為例〉,《司法改革雜誌》,第68期,頁43-45。
- 吳耀宗 (2007),〈鑑定人在刑事訴訟程序的角色與權利義務——兼與證人、鑑定證人相比較〉,《中央警察大學法學論集》,第12期,頁155-180。
- 徐偉群 (2011),〈需要翻轉的不是法律,是法界的知識狀態——強制性交罪修法應該停止〉,《臺灣法學雜誌》,第175期,頁1-3。
- 徐畢卿、黎士鳴 (1999),〈認識創傷後壓力症候群〉,《護理雜誌》,第46卷第6期,頁13-19。

涂春金、劉柏江(2012),〈以宗教之名行騙性交是否構成強制性交罪? :兼論台灣高等法院台南分院 99 年度重上更(二)字第 78 號判決暨最高法院 99 年度台上字第 8139 號刑事判決〉,《軍法專刊》,第 42 卷第 2 期,頁 50-64。

姚淑文、張錦麗(2004),〈「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 40-51。

高金桂(2011),〈強制性交罪的強制力行使——高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析〉,《月旦法學雜誌》,第 189 期,頁 251-262。

張麗卿(2017),〈妨害性自主罪的適用與檢討〉,《臺灣法學雜誌》,第 330 期,頁 17-28。

許玉秀(2012),〈重新學習性自主——勇敢面對問題〉,《月旦法學雜誌》,200 期,頁 302-323。

陳志龍(2009),〈超越合理懷疑與證據證明〉,《臺北大學法學論叢》,69 期,頁 187-223。

陳慧女(2014),〈偵訊輔助娃娃在兒童性侵害案件的使用〉,《全國律師》,第 18 卷第 12 期,頁 51-61。

陳慧女、林明傑(2003),〈兒童性侵害案件中的專家證人與兒童作證〉,《社區發展季刊》,第 103 期,頁 212-224。

黃軍義(2013),〈強暴迷思的認同與延伸〉,《應用心理研究》,第 58 期,頁 67-101。

黃翰義(2009),〈論證據心證主義〉,《軍法專刊》,第 55 卷第 1 期,頁 74-106。

黃富源(1999),〈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 227-261。

黃惠婷(2010),〈證明「違反意願」非強制性交罪之必要條件——簡評九九年度台上字第四八九四號判決與九九年刑事庭第七次會議決議〉,《臺灣法學雜誌》,第 161 期,頁 194-204。

黃朝義(1999),〈論證據與事實認定〉,《法學叢刊》,第 44 卷第 1 期,頁 97-109。

- 黃榮堅 (2011),〈2010 刑事法回顧——慾望年代, 慾望刑法?〉,《國立臺灣大學法學論叢》,第 40 卷特刊,頁 1795-1842。
- 黃榮堅 (1999),〈刑法增修概說〉,《臺灣本土法學雜誌》,第 2 期,頁 205-212。
- 甯應斌(2012),〈評女性主義在性侵修法爭議中的觀點〉,《月旦法學雜誌》,205 期,頁 263-273。
- 楊雲驊 (2017),〈補強證據——以性侵案件為例〉,《法務通訊》,第 2854 期,頁 3-6。
- 蔡聖偉 (2018),〈最高法院關於性強制罪違反意願要素的解釋趨向〉,《月旦法學雜誌》,第 276 期,頁 5-21。
- 蔡聖偉(2017),〈利用權勢性交猥褻罪的區辨——評最高法院 103 年度台上字第 2228 號判決〉,《月旦裁判時報》,第 56 期,頁 55-61。
- 蔡聖偉 (2016),〈論強制性交罪違反意願之方法〉,《中研院法學期刊》,第 18 期,頁 41-109。
- 蔡聖偉 (2016),〈臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範——現行法制的介紹以及未來修法的展望〉,《月旦刑事法評論》,第 3 期,第 5-23 頁。
- 蔡惟安 (2016),〈性侵法律改革作為社會變遷的觸媒:不同意、強制與不平等〉,《婦研縱橫》,第 105 期,頁 56-64。
- 薛智仁 (2000),〈強制性交罪(刑法第二二一條第一項)修正之研究〉,《刑事法雜誌》,第 44 卷第 1 期,頁 84-113。
- 薛智仁 (2016),〈促成性交易罪及補強法則之適用範圍——評臺灣高等法院 104 年度上訴字第 1553 號判決〉,《中原財經法學》,第 37 期,頁 105-169。
- 薛智仁 (2016),〈簡介 2016 年德國性刑法之修正〉,《月旦刑事法評論》,第 3 期,頁 67-80。
- 謝煜偉 (2017),〈前科、前案等類似事實與犯罪事實認定:台灣高等法院 104 年度上易字第 1439 號判決評析〉,《臺灣法學雜誌》,第 324 期,頁 3-22。

謝煜偉 (2016),〈淺談日本性刑法及近期修法動向〉,《月旦刑事法評論》,第 3 期,頁 34-53。

謝煜偉 (2016),〈刑事再審新法下的綜合判斷方法〉,收於:羅秉成、李榮耕編,《刑事再審與救濟無辜》,頁 96-111。台北:元照。

蘇素娥 (2006),〈審判約會強暴及熟識者強暴〉,《全國律師》,第 10 卷第 5 期,頁 35-43。

(三)學位論文

林志鍵 (2006),《性自主?性桎梏?我國刑法性自主犯罪之分析與批判》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

葉志飛 (2003),《刑事訴訟自由心證主義之研究》,國立政治大學法律學研究所碩士論文。

廖宜寧 (2012),《乘機性交猥褻罪的規範適用問題:以精神障礙者之性自主權利為中心》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

趙若傑 (2015),《性/自主——重新思考妨害性自主罪的保護法益》,國立政治大學法律學系研究所碩士論文。

陳又寧 (2010),《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。

張至柔 (2018),《性侵害常見有罪認定證據構造之檢討——以被害人指述、驗傷診斷書與 PTSD 為中心》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

黃致豪 (2005),《刑事審判中精神疾患證人證言證據能力標準之再建構》,東吳大學法律學系研究所碩士論文。

歐蕙甄 (2011),《性自主不自由?——論妨害性自主罪與普通妨害自由罪的差別》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

盧言珮 (2010),《論妨害性自主罪章中之他人意願》,東吳大學法律學系碩士學位論文。

謝宜儒（2012），《認知性晤談對於證人指認之影響：事件相關腦電位研究》，中原大學心理學系碩士學位論文。

二、日本文獻

(一)專書

石井一正（2010），《刑事事實認定入門》，第2版，東京：判例タイムズ社。

渡部保夫（1992），《無罪の発見——証拠の分析と判断基準》，東京：勁草書房。

伊藤茲夫（1996），《事實認定の基礎》，東京：有斐閣。

(二)期刊及論文集論文

川崎英明（2003），〈事實認定と証拠構造論の展開〉，收於：《刑事再審と証拠構造論の展開》，頁187-239，東京：日本評論社。

佐藤博史（1998），〈再審請求における証拠構造分析と証拠の明白性判断——名張事件最高裁決定の意義〉，收於：芝原邦爾、西田典之、井上正仁編《松尾浩也先生古稀祝賀論文集》下卷，頁643-697，東京：有斐閣。

豊崎七絵（2005），〈無罪事例に見る冤罪原因分析 1 状況証拠による事実認定と事実観〉，收於：村井敏邦編《刑事司法と心理学——法と心理学の新たな地平線を求めて》，頁105-146，東京：日本評論社。

本庄武（2016），〈性犯罪規定の見直し——改正案の思想は一貫しているか〉，《法律時報》，88卷5号，頁98-103。

本庄武（2016），〈「性犯罪に対処するための刑法の一部改正に関する諮問」に対する刑事法研究者の意見〉，《刑事弁護》，86期，頁114-118。

遠藤邦彦（2016），〈裁判員裁判を巡る諸問題〔大阪刑事実務研究会〕類似事実に関する証拠の許容性，関連性，必要性の判断基準〉，《判例タイムズ》，頁35-71。

嶋矢貴之（2016），〈性犯罪における「暴行脅迫」について〉，《法律時報》，88卷11号，頁66-72。

樋口亮介(2016)、「性犯罪の主要事実確定基準としての刑法解釈」、『法律時報』、88 卷 11 号、頁 87-93。

樋口亮介(2017)、「性犯罪規定の改正」、『法律時報』、89 卷 11 号、頁 112-118。

三、英文文獻

(一)專論

Horowitz, I. A., Willging, T.E.& Bordens, K. S. 1998. *The psychology of law: Integrations and applications* (2nd ed) . NY: Longman.

Lievore, D. 2003. *Non-reporting and Hidden Recording of Sexual Assault: An International Literature Review* (1 ed.).

(二)期刊與論文集論文

Anderson, M. J. 2002. From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law. *The George Washington Law Review*, 70: 51-162.

Appleby, S. C., & Kassin, S. M. 2016. When self-report trumps science: Effects of confessions, DNA, and prosecutorial theories on perceptions of guilt. *Psychology, Public Policy, and Law*, 22(2): 127-140.

Burt, Martha R. 1980. Cultural Myths and Supports for Rape, *Journal of Personality and Social Psychology* 38-2: 217-230.

Benedet, Janine. 2014. Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal: The Roots of Ewanchuk and the Unfinished Revolution. *Alberta Law Review* 52: 127-144.

Benedet, Janine. 2010. The Sexual Assault of Intoxicated Women. *Canadian Journal of Women and the Law* 22: 435-461.

Fischer, Karla. 1989. Defining the Boundaries of Admissible Expert Psychological Testimony on Rape Trauma Syndrome. *University of Illinois Law Review* 1989: 691-734.

Gotell, Lise. 2008. Rethinking Affirmative Consent in Canadian Sexual Assault Law: Neoliberal Sexual Subjects and Risky Women. *Akron Law Review* 41: 865-898.

- Hasel, L.E., Kassin, S.M. 2009. On the Presumption of Evidentiary Independence-Can Confessions Corrupt Eyewitness Identifications?. *Psychological Science* 20(1): 122-126.
- Hilgert, Noah. 2016. The Burden of Consent: Due Process and the Emerging Adoption of the Affirmative Consent Standard in Sexual Assault Laws. *Arizona Law Review* 58: 867-899.
- Jozkowski, Kristen N. 2016. Barriers to Affirmative Consent Policies and the Need for Affirmative Sexuality. *The University of the Pacific Law Review* 47: 741-772.
- Kassin, S. M., & Neumann, K. 1997. On the power of confession evidence: An experimental test of the fundamental difference hypothesis. *Law and Human Behavior* 21(5), 469-484.
- Lewis, Michelle. 2017. University Adjudication of Sexual Assault: How Affirmative Consent Can Help Close the Gap. *Southwestern Journal of International Law* 23: 351-373.
- Payne, Diana L. , Lonsway, Kimberly A. , and Fitzgerald, Louise F. 1999. Rape Myth Acceptance: Exploration of Its Structure and Its Measurement Using the Illinois Rape Myth Acceptance Scale. *Journal of Research in Personality* 33: 27-68.
- Roberts, Julian V. 1996. Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends, *Queen's Law Journal* 21: 395-421.
- Stefan, Susan. 1993. Protection Racket: Rape Trauma Syndrome, Psychiatric Labeling, and Law. *Northwestern University Law Review* 88: 1271-1345.
- Vandervort, Lucinda. 2012. Affirmative Sexual Consent in Canadian Law, Jurisprudence, and Legal Theory. *Columbia Journal of Gender and Law* 23: 395-442.

四、德文文獻

(一)專論

Hörnle, Tatjana (2015), Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB , Deutsches Institut für Menschenrechte.

(二)期刊論文

Fischer, Thomas (2015), Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention Entgegnung auf Hörnle, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2015, 206 , 6/2015, S. 312-319.

Hörnle, Tatjana (2015), Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte , Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2015, 4/2015, S.206-216.

(三)其他來源

Renzikowski, Joachim, Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht, Stellungnahme vom 26.1.2015 (online verfügbar unter <https://www.bundestag.de/blob/357202/.../renzikowski-data.pdf>)