

最高檢察署

檢察官提案予刑事大法庭聲請書

(110 年度台庭聲字第 1 號)

檢察官 洪泰文

陳瑞仁

蔡秋明

吳巡龍

林俊言

黃則儒

法律爭點

爭點一：被告與告訴人有夫妻關係但已分居，因涉嫌對告訴人強制性交被起訴犯刑法第 221 條第 1 項之罪嫌，被告該次性行為是否「違反被害人意願」之判斷，應以被害人對該次性邀約是否拒絕為準（「被害人表意說」，亦即被害人「說不就是不！」）？或尚應綜合考量「雙方平日互動情形」、「性行為模式」等因素綜合判斷（「綜合判斷說」）？

爭點二：若被害人拒絕被告該次性邀約，被告認識該次性行為「違反被害人意願」，是否必需達確定程度，始構成該罪？或對「違反被害人意願」有認識，但未達確定程度，亦構成該罪？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實	1
貳、本案下級審對上開法律爭點之見解	2
一、臺灣花蓮地方法院 108 年度原侵訴字第 22 號判決	2
二、臺灣高等法院花蓮分院 109 年度原侵上訴字第 10 號判決	5
三、小結	8
參、聲請提案予刑事大法庭之理由	8
一、所涉及之法令	8
二、外國立法例	9
(一)美國法	10
(二)德國法	15
(三)日本法	19
(四)小結	21
三、我國學說	22
(一)「違反意願」的判斷標準	22
(二)「違反意願認識」未達到確定程度，不阻卻故意	25
(三)行為人「包攝錯誤」，不阻卻故意	26
四、法律見解歧異之裁判	29
(一)妨害性自主罪採「低度強制手段說」或「強制手段不必 要說」	29
(二)「違反被害人意願」之判斷標準採「被害人表意說」或 「綜合判斷說」	30
1. 被害人表意說	31
2. 綜合判斷說	33
(三)行為人對「違反意願認識」，是否需達到確定程度	34
1. 不確定故意說(行為人對「違反意願認識」，不必達確定	

程度)	34
2. 確定故意說	35
五、該歧異見解對於裁判結果之影響	37
六、本署見解	37
(一) 判斷是否「違反意願」，應以「被害人表意說」為標準	37
(二) 本案被害人清楚拒絕被告本次性邀約，並無「隱晦不明」之情形	39
(三) 行為人對「違反被害人意願」有認識，但未達確定程度，並不阻卻故意	41
(四) 行為人縱有「包攝錯誤」，亦不阻卻犯罪之成立	43
(五) 行為人無論係基於性慾望或其他意圖，均構成本罪	46
肆、結論	47
伍、附件清冊	49

最高檢察署檢察官提案予刑事大法庭聲請書

110 年度台庭聲字第 1 號

聲請人 最高檢察署檢察官洪泰文

被告 BS000-A108034A

上列被告因妨害性自主案件，經臺灣高等法院花蓮分院於中華民國 109 年 11 月 30 日為第二審判決（[109 年度原侵上訴字第 10 號](#)），檢察官已於法定期間內提起上訴，本檢察官認為原判決所持足以影響裁判結果之法律見解，就爭點一最高法院刑事庭先前裁判見解已產生歧異，且有原則重要性；爭點二有原則重要性，均認有統一見解之必要，爰聲請提案予刑事大法庭，茲將理由分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

臺灣花蓮地方法院 108 年度原侵訴字第 22 號判決認定與法律爭點相關之本案事實：「BS000-A108034A 號（真實姓名年籍詳卷，下稱乙男）於民國 108 年 3 月間為代號 BS000-A108034 號（真實姓名年籍詳卷，下稱甲女）之夫（二人於 108 年 11 月 25 日離婚）。甲女於 108 年 3 月 18 日 6 時 20 分許，至乙男位於花蓮縣秀林鄉（地址詳卷）之現居處談離婚事宜。乙男竟基於強制性交之接續犯意，強行將甲女由該居處大門拉進屋內之床上，不顧甲女正值生理期，違反甲女之意願，以生殖器插入甲女之陰道內，對之強制性交 2 次得逞，並致甲女受有頸部 4 處抓傷（2X4 公分、3X4 公分、2X3 公分、2X2 公分）、左胸部抓傷（3X2 公分）、右胸抓傷（1X4 公分）、左肩胛抓傷（1X3 公分）、右後腰抓傷（1X8 公分）、左前臂抓傷（1X4 公分）、陰部 11 點鐘方向新淺層表皮撕裂傷（0.1X1 公分）等傷害；嗣乙男以機車搭載甲女外出用餐後，行經佛教慈濟醫療財團法人花蓮慈濟醫院時，因甲女腹痛至該醫院急診，經醫護人員詢問後，甲女告以當天有遭強制性交一事，始於醫院驗傷採檢，復報警而循線查獲。」

臺灣高等法院花蓮分院 [109 年原侵上訴字第 10 號](#) 系爭判決除被告對該次性行為違反告訴人之意願有無認識外，其餘未作與第一審判決不同之認定，系爭判決表示：「(四)綜上，縱係為婚配夫妻，任何一方之性意思自主決定權，仍應予尊重及保障，然性自主意思是否遭受壓抑，應考量夫妻間平日互動情形、性行為模式。本案被告向來以強勢方式主導夫妻性事，既尚存有因不解或誤會告訴人內心真意，而與之為本案性交行為之可能性，因欠缺主觀之犯意，自無法遽以本罪相繩。」

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣花蓮地方法院 108 年度原侵訴字第 22 號判決：

「(三) 被告雖辯稱 108 年 3 月 18 日當日未與告訴人為性行為，只有扶告訴人進去睡覺云云（見本院卷第 207 頁），惟告訴人外陰部棉棒與陰道深部棉棒均檢驗出與被告型別相符之男性 Y 染色體 DNA-STR，業如前述。且告訴人當天至慈濟醫院驗傷時，全身皆有新傷，而其陰部除陳舊性撕裂傷外，於 11 點鐘方向亦有新淺層表皮撕裂傷，有慈濟醫院 108 年 3 月 18 日受理疑似性侵害事件驗傷診斷書可憑（見本院不公開卷第 33 至 35 頁），參以告訴人證稱當天以前已經回娘家一段時日，108 年 3 月 18 日是約好要談離婚事宜（見本院卷第 266、271 頁），被告亦稱告訴人 3 月初離開後就沒有回來等語（見偵卷第 29 頁），足見被告於 108 年 3 月 18 日當日確實有與告訴人為性行為，被告辯稱當天未發生性行為云云，實與事實不合。

(四) 被告係以違反告訴人意願之方式對告訴人為性交行為：

- 1、按刑法第 221 條之妨害性自主罪將其犯罪行為態樣，增加「恐嚇」一種，於「強暴、脅迫、催眠術」之羅列範圍，以強調所欲保護之法益為性意思之自主權；復因原「致使不能抗拒」

之要件，過於嚴苛，導致學說上有「被害人必須冒著生命危險，奮勇強力抵抗侵害之一方，加害人始會構成犯罪」之爭辯，乃更將此要件刪除，並將原來之「他法」，修改成「其他違反其意願之方法」，表明任何違反被害人自由意志之性交行為，皆成立本罪，以符合性自主法益受保護之精神，可見其實已偏向個人法益之保障。然則性交行為，絕大部分係在隱密之環境中進行，究竟是出於合意或違反意願，一旦發生爭執，雙方立場相反，不免淪為各說各話，須考量諸多背景、問題，例如雙方熟識程度；年齡差距；教育水平；健康狀態；精神狀況；平日互動情形（包含性關係與模式）；有無出於好奇、金錢、諂媚、誘惑、討好、歡悅、刺激、報復之性交動機；所採手段之合理性；事發時間、地點是否符合社會通念之適當性；性侵過程中之求救機會把握；事畢雙方關係之變化；可有出現創傷後壓力症候群現象（含刻意選擇性地遺忘不愉快之被害經過）；報案時機係立刻、不久或遲延；報案背景出於主動或被動、遭慫恿或須對他人有所交代；對立之雙方，對於測謊鑑定之配合或排斥及結果；辯方訴訟策略是否視證據顯現程度，而逐步供承，然堅守一定之底線；民事調解、和解達成之原因和目的等，在客觀的經驗法則、論理法則支配下，依照當前社會通念加以綜合判斷。

- 2、告訴人於偵查及本院審理時，均已明確證稱被告當天對其為性交行為乃違反其意願，於審理時亦證稱：「被告壓我跟脫我衣服，剛好那天生理期，他比較壯，壓住我的頭叫我口交，用他生殖器拍我臉，我沒有口交，他就直接做了。」、「（你有無同意與被告發生性行為？）你覺得別人要性行為會用暴力嗎，用暴力我怎麼會接受，我早上是去跟他講事情的，哪有人把自己弄得全身都是傷。」、「（你當下是否對被告感到害怕？）很怕，因為他隨便一敲我可能就沒有了。」告訴人證述時復因思及案發過程，

以至於情緒激動、哭泣，經審判長諭知暫休庭平緩情緒後，始能繼續進行交互詰問程序（見本院卷第 267 至 276 頁）；再徵諸告訴人當天恰逢月經期間，有慈濟醫院 108 年 3 月 18 日受理疑似性侵害事件驗傷診斷書之紀錄可佐（見本院不公開卷第 33 頁）；及告訴人當天至被告住處係與被告談論離婚事宜，業據告訴人陳明在卷（見本院卷第 266 頁），被告亦供稱：甲女當天是來講離婚的事，甲女從 3 月初離開後就沒有回來等語（見偵卷第 28 至 29 頁），足見 108 年 3 月 18 日當日被告及告訴人之婚姻關係雖尚存續中，然依告訴人所陳，其等彼時已幾無夫妻情誼，而係分居及洽談離婚之階段，依其等當時之關係及告訴人適逢月經來潮之情形，難想像告訴人會同意被告對於其為性交，被告未經告訴人同意，逕壓制告訴人而違反其意願，強行以生殖器插入告訴人之陰道內，對之性交行為，自己妨害告訴人之性自主決定之意思自由，而屬違反告訴人意願之方法無訛。又告訴人雖嗣後驗傷時，經發覺全身有多處抓傷，然告訴人於審理時證稱被告沒有打伊，性侵過程用蠻力，又親又咬等語（見本院卷第 275、278 頁），則告訴人所受傷勢尚無從遽認係被告對告訴人施以強暴及不法腕力所壓制造成，附此敘明。

- （五）至辯護人質疑告訴人何以未向被告住處鄰居或用餐時路人求救云云（見本院卷第 292 頁），然而性侵害被害人遭侵害後，其對外表現之方式本就因人而異，無論學歷高低、資力、社會經歷多寡，均不一而足，更無所謂一般社會想像之「典型被害人」形象，自不能以被害人未大聲呼救、事後未驚慌報警，即逕認並無性侵害之事實，否則可能助長性別刻板印象、助長強暴迷思（rape myth），實則性侵害案件中絕大多數為「熟識者性侵」（acquaintance rape）類型，被害人面對熟識者之侵

害，感到一時不知所措，甚至隱忍，生活態度表面上一如往常而無異樣，在實證研究中亦不乏其例。本案告訴人甲女於事發後，未於第一時間表現出一般所謂「理想被害人」所應有的行為反應，例如大聲呼救或報警處理等情，難認與經驗法則相違，反而與「熟識者性侵」之犯罪類型中一般被害人第一時間反應相同，即為顧慮自己與他人名譽與利害關係、不確定自己未來會發生何事等諸多情緒下，不知應如何處理較為周全，理智會陷於茫然甚至驚恐，因而無從為激烈抗拒或反應。此等反應與「陌生者性侵」犯罪類型之一般被害人於事後選擇立即求援，尋求安全感及肯定慰藉的心態截然不同，是尚難以告訴人於案發後未立即對外求援之反應，即認其係同意被告為性交行為，辯護意旨此部分辯詞，洵非有據。

三、……

參、論罪科刑：

一、……核被告所為，係犯刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪。被告於密接時間內，本於同一強制性交之犯意，接續對告訴人為性交行為 2 次，顯係基於單一犯意接續所為，侵害單一法益，應包含於一行為予以評價，為接續犯，而論以一罪。至告訴人身上之傷勢，告訴人證稱並無另遭被告毆打，而係性侵過程所致，應為該強制性交行為所包括，不另論以傷害罪。」

二、臺灣高等法院花蓮分院 [109 年度原侵上訴字第 10 號](#) 判決：

「(一)告訴人就其遭被告強制性交之經過，於警詢時證述：於 108 年 3 月 18 日某時，在花蓮縣秀林鄉（新家，地址詳卷）大門口，當時因為談離婚事宜而發生衝突，他（被告）將我從大門口強拉進去房間，被告不顧我還在生理期間，將我拖至房間床上內，將我衣服全部脫掉，將他的生殖器插入我的生殖器，本來他一直壓我要我幫他口交，但我因為強力反抗，沒有成功，

並且用他嘴巴吸我脖子、胸部，後來他先出去拿水後，又返回房間再將他的生殖器插入我的生殖器 1 次（不公開警卷第 15 頁）。另於原審中證述：我過去老家時，被告與姑姑坐在門口喝保力達，姑姑說好好談，被告問我要不要喝，我喝了 2 杯，講完後跟被告到新家，被告在新家門口惹我、摔我包包，我們拉扯，因一直靠近大馬路，我說不要這樣，後來他用拖、抱、拉把我帶到房間（原審卷第 266 頁）；3 月 18 日 6 點多，我是先坐計程車到新家，再下車走到老家，早上 6、7 點被告本來說要去上班，他看到我就不去了，我們在老家講到 7、8 點，又回到新家門口一直廬；被告以一般男人強行用蠻力拉女生的方式拉我，最後是在我背後把我抱進房間，進房間後沒有講離婚的事，直接壓跟脫衣服，被告沒有打我，但很粗魯做他想做的事（原審卷第 272 頁、第 270 頁、第 274 頁、第 275 頁）。由告訴人上開證述可知，被告係於當日「上午 7、8 點左右」，在被告現居處大門口鄰馬路旁，遂行強制手段，將告訴人以拖、拉、抱之方式強行帶入屋內，並即實施性交行為。但此情與告訴人另述：被告弄我的時候是「上午 10 點多」（原審卷第 270 頁），及告訴人案發當日告知醫護人員事件發生於 108 年 3 月 18 日「10 時 30 分」（不公開原審卷第 33 頁）之時點，顯然不符，告訴人此部分陳述有矛盾之情。

(二)告訴人另證述案發地附近早餐店老闆娘有看見被告將她拖進屋內，她有向該人呼救，但該人並未理會（偵卷第 36 頁，原審卷第 274 頁）。經傳喚告訴人所述目睹上情之證人解淑珍證述：伊的店是距離被告新家最近的早餐店，伊開設的早餐店對面有○○國小，被告的新家距離早餐店大概是一間房子再一個小巷（本院卷第 135 頁至第 136 頁）；早餐店除禮拜天休息外，開店時間是從早上 6 點到 10 點或 10 點半；伊沒有

見過告訴人與被告夫妻有吵架或肢體暴力行為，也沒有發生過告訴人因兩人吵架向伊求救情形等語（本院卷第 134 頁至第 135 頁），並無法印證告訴人上開證述。而依告訴人所述情境……以案發當天是一般上班（學）日，地點就在馬路旁、學校對面，即使證人解淑珍礙於鄰居情誼不願涉入被告與告訴人家務事，但在大庭廣眾、公眾得以聞見之情狀下，被告倘有告訴人所述之強制行為，且經告訴人呼救，他人豈會就此攸關人命安危之事坐視不管？且告訴人如遭被告以拖、拉之方式強行帶入屋內，何以當日檢傷結果也未見告訴人有挫、瘀之傷勢？故告訴人指述其遭被告以強制力帶進屋內乙節，誠屬可疑，無法遽採。

（三）再依告訴人證述：被告長期想要做性行為時，都不會經過我的同意，不會管我是否生理期或小孩在旁邊，就直接強壓我實施性行為（警卷第 17 頁）；被告對性的需求比較頻繁，就算有小孩在也不會避諱，被告性行為幾乎都沒有經我同意，有時會肛交；最後這次比較激烈，以前月事來他要就是要等語（原審卷第 265 頁、第 280 頁）。可見告訴人與被告夫妻間行房，長時間係由被告以主動且具某程度腕力之強勢，告訴人予以順從之模式行之。而告訴人對於其被施以強制力帶進屋內為第 1 次性交行為乙節，並不能證明，已如前述，依告訴人證述：這次被告沒有打我，但很粗魯做他想做的事，過程中用蠻力，從胸部一直親又用咬的（原審卷第 275 頁、第 278 頁）；要做第 2 次性交前我順著被告，被告說現在再做一次，就帶我去花蓮吃東西等語（原審卷第 268 頁），則在告訴人未明確將反對性交意思彰顯於外，被告依循先前模式，對告訴人為激情式之性交行為，尚難認被告有明知卻違反告訴人意願之情事。又告訴人明確證稱，這次性行為比較激烈，但被告沒有打我，則檢傷發現告訴人頸部 4 處抓傷、左胸抓

傷1處、右胸抓傷1處、左肩胛抓傷1處、右後腰抓傷1處、左前臂抓傷1處、陰部11點鐘方向新淺層表皮撕裂傷等，以傷勢部位及程度，不排除係性交過程所致之微傷。

(四)綜上，縱係為婚配夫妻，任何一方之性意思自主決定權，仍應予尊重及保障，然性自主意思是否遭受壓抑，應考量夫妻間平日互動情形、性行為模式。本案被告向來以強勢方式主導夫妻性事，既尚存有因不解或誤會告訴人內心真意，而與之為本案性交行為之可能性，因欠缺主觀之犯意，自無法遽以本罪相繩。」

三、小結

綜上，本案第一審臺灣花蓮地方法院108年度原侵訴字第22號判決綜合判斷認為：告訴人逢月經期間，當天至被告住處係與被告談論離婚事宜，且本件性行為導致其多處受傷，認定被告係以違反告訴人意願之方法為性行為。

本案第二審臺灣高等法院花蓮分院[109年度原侵上訴字第10號](#)判決則認為：本案被告向來以強勢方式主導夫妻性事，既尚存有因不解或誤會告訴人內心真意，而與之為本案性交行為之可能性，因欠缺主觀之犯意，無法遽以本罪相繩。

參、聲請提案予刑事大法庭之理由

一、所涉及之法令

刑法第221條規定：「(1)對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。(2)前項之未遂犯罰之。」本條係於民國88年4月21日修正公布，修法理由以：「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』」。

最高法院 [106 年度台上字第 117 號](#) 判決對本罪保護法益解釋：「又刑法第十六章『妨害風化罪』於八十六年四月二十一日章名修正為『妨害性自主罪』修正說明：原刑法第二百二十一條至第二百二十九條所規定之強姦與猥褻之行為所侵害的法益，乃是個人性自主決定權及身體控制權。所謂個人性自主權及身體控制權，係指每個人對於涉及己身之性事務有自由決定之權利，可拒絕他人之干涉與支配，只要此等權利受到侵犯，即可要求國家介入保護，對侵犯者施以處罰，是以性自主之內涵為個人對性的自主決定權及身體自由權，刑法妨害性自主罪章，即為保護上開權利而設。行為人是否成立妨害性自主罪責，自以有無妨害被害人之性自主權及身體控制權為斷。」

刑法第 229-1 條規定：「對配偶犯第二百二十一條、第二百二十四條之罪者，或未滿十八歲之人犯第二百二十七條之罪者，須告訴乃論。」是以本罪行為客體包括夫妻、配偶，男女朋友當然也包括在內。

本罪實行行為包括手段行為及目的行為，手段行為包括「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法」，目的行為「性交」依刑法第 10 條第 5 項規定：「稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」

二、外國立法例

以下就我國比較立法例時經常參考之美國法、德國法、日本法相關規定，分述如下：

(一)美國法

美國政府因採聯邦制，聯邦刑法及各州刑法對性侵害之規定及要件均不同，而強制性交案件主要以州法追訴處罰，涉及聯邦政府(例如在聯邦監獄或海軍基地內犯之)才以聯邦刑法處理。美國聯邦法 18 U.S. Code § 2242 為基本性侵害罪，規定：「任何人在海軍基地、聯邦政府屬地、聯邦監獄或其他依聯邦政府主管機關指示或契約之戒護機構，知悉且(1)以脅迫、恐嚇方式與人為性行為，或(2)與人為性行為，且性行為之對象有下列情形之一：(A)不具評估性行為之能力；(B)因身體殘障無法拒絕或無法表達不願意；或為該行為而未遂，處無期徒刑……。¹」因聯邦性侵害保護法之對象僅限於與行為人有權力服從關係者，與我國刑法第 221 條保護對象係針對無權力服從關係之一般人不同，故美國聯邦法不適合作為比較對象。

美國各州對強制性交罪之規定及要件並不相同，其中紐約州係採對被害人保護較為週到之「積極同意模式」²，與我國不同；加州法對強制性交罪則採「強制模式」，與我國相似；加州 Penal Code § 261(a)(2)規定「違反被害人意願」為強制性交罪構成要件要素之一，加州 Penal Code § 263 後段規定：「性侵入無論程度如何輕微，均

¹ 18 U.S. Code § 2242, "Sexual abuse. Whoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in a Federal prison, or in any prison, institution, or facility in which persons are held in custody by direction of or pursuant to a contract or agreement with the head of any Federal department or agency, knowingly—

(1)causes another person to engage in a sexual act by threatening or placing that other person in fear (other than by threatening or placing that other person in fear that any person will be subjected to death, serious bodily injury, or kidnapping); or

(2)engages in a sexual act with another person if that other person is—

(A)incapable of appraising the nature of the conduct; or

(B)physically incapable of declining participation in, or communicating unwillingness to engage in, that sexual act;

or attempts to do so, shall be fined under this title and imprisoned for any term of years or for life."

² New York Penal Law § 130.25, "A person is guilty of rape in the third degree when:

1. He or she engages in sexual intercourse with another person who is incapable of consent by reason of some factor other than being less than seventeen years old;

2. Being twenty-one years old or more, he or she engages in sexual intercourse with another person less than seventeen years old; or

3. He or she engages in sexual intercourse with another person without such person's consent where such lack of consent is by reason of some factor other than incapacity to consent..."

關於「積極同意模式」、「強制模式」之區別，請參本聲請書參、三、李佳玟教授部分之介紹。

足以構成本罪。³」均與我國法相同；因此本聲請書以下美國法係以加州刑法強制性交罪作為參考比較對象。

加州刑法強制性交罪依行為人是否與被害人有配偶關係分別規定，Penal Code § 261 規定無配偶關係之強制性交罪：「(a)對無配偶關係之人為性行為，且有下列情形之一，構成強制性交罪：(1)該人因精神障礙或生長、身體殘障無法為合法之同意，且為行為人所知悉或合理地應該知悉；(2)以武力、強暴、脅迫、威脅、恐嚇對該人或他人施以立即不法之身體侵害，而違反其意願；(3)因酒醉、麻醉劑、或任何管制藥物無法抵抗，且為被告所知悉或合理地應知悉；……⁴」

同法第 261.6 條規定：「(第 1 項)起訴第 261 條無配偶關係強制性交罪、第 262 條有配偶關係強制性交罪……等罪時，若被害人是否同意有爭議，『同意』應指在自由意志下以行為或態度的積極配合……。(第 2 項)目前或先前有約會或婚姻關係均不足以構成『同意』。(第 3 項)本條之規定對證據能力及『同意』之舉證責任，均不生影響。⁵」

³ California Penal Code § 263, “The essential guilt of rape consists in the outrage to the person and feelings of the victim of the rape. Any sexual penetration, however slight, is sufficient to complete the crime.”

⁴ California Penal Code § 261, “(a) Rape is an act of sexual intercourse accomplished with a person not the spouse of the perpetrator, under any of the following circumstances:

(1) Where a person is incapable, because of a mental disorder or developmental or physical disability, of giving legal consent, and this is known or reasonably should be known to the person committing the act. Notwithstanding the existence of a conservatorship pursuant to the provisions of the Lanterman-Petris-Short Act (Part 1 (commencing with Section 5000) of Division 5 of the Welfare and Institutions Code), the prosecuting attorney shall prove, as an element of the crime, that a mental disorder or developmental or physical disability rendered the alleged victim incapable of giving consent.

(2) Where it is accomplished against a person’s will by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the person or another.

(3) Where a person is prevented from resisting by any intoxicating or anesthetic substance, or any controlled substance, and this condition was known, or reasonably should have been known by the accused....”

⁵ California Penal Code § 261.6, “In prosecutions under Section 261, 262, 286, 287, or 289, or former Section 288a, in which consent is at issue, “consent” shall be defined to mean positive cooperation in act or attitude pursuant to an exercise of free will. The person must act freely and voluntarily and have knowledge of the nature of the act or transaction involved.

A current or previous dating or marital relationship shall not be sufficient to constitute consent where consent is at issue in a prosecution under Section 261, 262, 286, 287, or 289, or former

依美國法，舉證責任包括「提出證據責任」與「說服責任」，負「說服責任」之一方需先盡到「提出證據責任」，否則其主張不能成為有效爭點。檢察官主張被告犯罪，審判開始後，檢察官有先提出證據證明被告犯罪事實的責任，檢察官舉證完畢時，最少需證明至「表面證據」程度（*prima facie case*），亦即若採信該證據，在無相反證據情形下，可據以認定其所證明之事為真實的程度，此乃檢察官的「提出證據責任」，檢察官若未能證明至表面證據程度，被告可請求法院逕為無罪判決（*directed verdict of acquittal*）。因檢察官對被告犯罪行為負有「說服責任」，故對構成要件的所有要素均負有「提出證據責任」。加州法 *Penal Code* § 261(a)(2) 明文將「違反被害人意願」列為強制性交罪的犯罪構成要素，檢察官對於被告「違反被害人意願」應負舉證責任。

檢察官舉證完畢後，被告若選擇沈默，不作任何主張或抗辯，則被告沒有任何舉證責任，由法官或陪審團判斷檢察官是否證明至「無合理懷疑」程度之「說服責任」。若被告提出無罪答辯或答辯其所犯為較輕罪名時，其抗辯方式分為「構成要件不該當」抗辯（*negating defense*）及「積極抗辯」（*affirmative defense*）² 類。亦即，被告主張某項構成要件要素不該當時（例如檢察官起訴被告殺人，被告否認有殺人犯意），如檢察官已提出足夠支持其主張之「表面證據」，被告為求勝訴，另提出積極主張，用以反駁檢察官之主張，亦負「提出證據責任」，其心證門檻需達足以產生合理懷疑之程度。被告若另提出「積極抗辯」（*affirmative defense*），例如主張其行為是出於正當防衛（*self-defense*）、心神喪失（*insanity*）、強制狀態（*duress*）、酩酊狀態（*drunkenness*）、陷害教唆（*entrapment*）、被害人挑釁（*provocation*）等等，此時被告即負有「提出證據責任」與「說服

Section 288a.

Nothing in this section shall affect the admissibility of evidence or the burden of proof on the issue of consent.”

責任」。被告無論提出「構成要件不該當」抗辯或「積極抗辯」，若未盡到「提出證據責任」，其答辯均不能成為有效爭點。

所謂「積極抗辯」，一般是指被告對擁有特別知識之阻卻違法或阻卻責任或減免罪責事由，可被公平地被要求負舉證責任之抗辯⁶。因此，「積極抗辯」通常對構成要件該當事實並不爭執，但主張有阻卻違法或阻卻、減免責任之事由⁷。被告主張「積極抗辯」，應先提出足以認為阻卻違法或阻卻、減免責任之抗辯為合理可能之證據，此為被告之「提出證據責任」，若被告無法提出足夠支持其抗辯之證據，即推定沒有阻卻違法或阻卻、減免責任事由。若被告對於構成要件不該當的抗辯事項擁有特別知識，美國法亦可能將之列為積極抗辯，例如「案發時被告在犯罪現場以外之處所」(alibi)、基於善意(good faith)持有贓物、同意(consent)性交等等。被告主張「得他方同意」而性交，屬於積極抗辯，此時被告就該同意應有舉證責任。因為該等事由不僅有利於被告，且被告對於該事由應該擁有特別之知識，故被告就該事由存在負「說服責任」。

被告「說服責任」舉證程度無庸至「無合理懷疑」程度，一般僅以「過半證據」為已足⁸。加州證據法第 500 條明文：「除法律另有規定外，主張某一請求或抗辯之一方，對於攸關該請求或抗辯之事實之存在或不存在，負說服責任。⁹」加州有罪判決雖然依照 In re

6 Martin v. Ohio, 480 U.S. 228, 230 (1987) (An affirmative defense is defined to be “an excuse or justification peculiarly within the knowledge of the accused, on which he can fairly be required to adduce supporting evidence.”).

7 State v. Cohen, 568 So. 2d 49, 51-52 (Fla. 1990) (“an ‘affirmative defense’ is any defense that assumes the complaint or charges to be correct but raises other facts that, if true, would establish a valid excuse or justification or a right to engage in the conduct in question. An affirmative defense does not concern itself with the elements of the offense at all; it concedes them.”).

8 Stephen Michael Everhart, *Putting a Burden of Production on the defendant Before Admitting Evidence that Someone Else Committed the Crime Charged: Is It Constitutional?* 76 NEB. L. REV. 272, 289 (1997). United States v. Deleveaux, 205 F.3d 1292, 1298-99 (11th Cir. 2000) (holding defendant’s assertion of an affirmative defense may require the defendant to prove the defense by a preponderance of the evidence).

9 California Evidence Code, §500, (“Except as otherwise provided by law, a party has the burden of proof as to each fact the existence or nonexistence of which is essential to the claim for relief or defense that he is asserting.”).

Winship 案，以「無合理懷疑」為心證門檻，對於被告的「說服責任」，加州證據法第 115 條另規定：「除法律另有明文外，說服責任以過半程度為已足。¹⁰」

被告提出「合理且誠實地誤認不違反被害人之意願」答辯，可阻卻被告犯罪之成立，屬「構成要件不該當」抗辯(negating defense)，被告應先負「提出證據責任」證明被害人對行為人之性邀約態度「模稜兩可」，其中被告誤認其性邀約不違反被害人之意願是否合理應從客觀情狀判斷，被告是否真有此誤認則應從被告主觀意識判斷。

以加州最高法院 People v. Williams 案¹¹為例，本案不爭執之事實為：被害人 Deborah 到舊金山市收容之家暫居，被告 Williams 為該收容之家員工，某日上午在收容之家外面偶遇被害人，閒聊後一起散步並用餐，被告問被害人是否要看電視(按：被害人在收容之家看電視很不方便)，即帶同被害人至附近旅館租房間。被害人證稱：進到房間內發現該房間沒有電視，被害人欲離開，被告阻止她離去並打她左眼臉，她說：「NO」，被告將她推倒床上並性侵得逞，被告要給她 50 美元，她拒絕並離去，隨即報案。被告證稱：Deborah 到房間後，主動親吻、擁抱被告並脫衣，被告脫去自己衣物後，Deborah 愛撫被告陽具幫助其勃起，性交後 Deborah 要求被告給她 50 美元，被告不願意，Deborah 即出言侮辱並威脅要告他性侵，被告乃掌摑 Deborah 臉部。

本案第一審判決被告犯加州法 Penal Code § 261(a)(2)強制性交罪，上訴法院因第一審法官未就被告是否「誤認不違反被害人意願」之相關注意事項指示陪審團，而撤銷原判決。本案上訴至加州最高法院，加州最高法院認為：被告提出「誤認不違反被害人意願」答辯，應先提出能證明「被害人對行為人之性邀約態度模稜兩可、導致行為

¹⁰ California Evidence Code, §115, (“...Except as otherwise provided by law, the burden of proof requires proof by a preponderance of evidence.”).

¹¹ People v. Williams, 841 P.2d 961 (Cal. 1992).

人合理地、善意地誤認不違反被害人意願」之實質證據(the defense unavailable as a matter of law unless there is “substantial evidence of equivocal conduct that would have led defendant to reasonably and in good faith believe consent existed where it did not.”¹²)。女性並不因為與男性到旅館就喪失性自主權¹³，本件被告證詞與被害人證詞完全不同，被告未能盡到「誤認不違反被害人意願答辯」之提出證據責任，該答辯不成為有效爭點，法院不必就該答辯相關注意事項指示陪審團，因而撤銷第二審之判決，被告行為構成強制性交罪確定。

本案判決後，聯邦第 7 巡迴法院在 Tyson v. Trigg 案亦採相同見解，該案被告聲請上訴美國聯邦最高法院，美國聯邦最高法院駁回聲請而確定¹⁴。若干其他州法院很快採相似見解¹⁵，例如 Georgia 州上訴法院在 Johnson v. State 案¹⁶認為：行為人使用強制力即否定了「誤認不違反意願答辯」的可能性(“that proof of the element of force negate any possible mistake as to consent”)，第一審法院不必對該答辯之注意事項指示陪審團。

(二)德國法

德國刑法第 177 條第 1 項規定：「違反他人可辨認之意願，對其實施性行為或任由其實施性行為，或促使其對第三人實施性行為或忍受第三人對之實施性行為者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。¹⁷」德

¹² People v. Williams, 841 P.2d 961, 966 (Cal. 1992).

¹³ People v. Williams, 841 P.2d 961, 967 (Cal. 1992).

¹⁴ Tyson v. Trigg, 50 F.3d 436 (7th Cir. 1995), cert denied, 116 S. Ct. 697 (1996).

¹⁵ Commonwealth v. Fionda, 599 N.E.2d 635 (Mass. App. Ct. 1992); Tyson v. State, 619 N.E.2d 276 (Ind. Ct. App. 1993); Johnson v. State, 419 S.E.2d 96 (Ga. App. Ct. 1992).

¹⁶ Johnson v. State, 419 S.E.2d 96 (Ga. App. Ct. 1992).

¹⁷ Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

國刑法第 177 條第 2 項規定：「對他人實施性行為或任由其實施性行為，或促使其對第三人實施或忍受第三人對之實施性行為，而有下列情形之一者，亦同：1. 行為人利用他人無法形成或表達反對意願的情形，2. 除行為人確定得有他人之同意外，行為人利用他人因其身體或心理狀態於形成或表達意願顯著受限的情形，3. 行為人利用措手不及的時刻，4. 行為人利用被害人若抵抗將會遭受明顯的惡害脅迫的情境，或 5. 行為人以脅迫施以重大惡害之方式，強制他人從事或容忍性行為。¹⁸」德國刑法第 177 條第 3 項規定：「未遂犯罰之。¹⁹」德國刑法第 177 條第 4 項規定：「若被害人因疾病或殘障而無法形成或表達意願，處 1 年以上有期徒刑。²⁰」德國刑法第 177 條第 5 項規定：「有下列情形之一者，處 1 年以上有期徒刑：1. 對被害人施以強暴，2. 對被害人施以對身體或生命現實危險之脅迫，或 3. 利用被害人任憑行為人宰制的無助情境。²¹」德國刑法第 177 條第 6 項規定：「情節特別重大者，處 2 年以上有期徒刑，有下列情形之一者，原則上為情節特別重大：1. 行為人對被害人實施性交行為或任由其對己實施

¹⁸ Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn

1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,
2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert,
3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt,
4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder
5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.

¹⁹ Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(3) Der Versuch ist strafbar.

²⁰ Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(4) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

²¹ Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(5) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter

1. gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet,
2. dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder
3. eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.

性交行為，或類似之特別貶低被害人的性行為，尤其是伴隨侵入身體之性行為(強姦)，或 2. 數人共同犯之。」²²

德國刑法第 184h 條第 1 款規定：「本法所稱性行為，僅限於在各別保護法益之觀點下具有相當重要性者。」²³所謂性行為指，當行為人的外在表現行為依一般理解可以看出其與「性」之間的關聯時，即可認定為性行為，因此，不限於性交²⁴。德國刑法第 177 條區分所謂的性侵犯(sexueller Übergriff)、性強制(sexuelle Nötigung)及強制性交(Vergewaltigung)。性侵犯規定於該條第 1 項，即違反被害人可辨認之意願的性行為；性強制規定於該條第 2 項，指雖看不出被害人反對的意願，但被害人無法或不可能表達其意願，與第 1 項的性侵犯不同，只要基於被害人的狀況或體質不可能形成該反對的意願，第 2 項規定不要求違反被害人的內在意願²⁵。該條第 5 項為第 1 項及第 2 項之加重構成要件，內容包括對被害人施以強暴、對被害人施以對身體或生命現實危險之脅迫或利用被害人任憑行為人宰制的無助情境²⁶。強制性交規定於該條第 6 項第 1 款，指行為人對被害人實施或任其對已實施性交或類似之特別貶低被害人的性行為，尤其是伴隨侵入身體之性行為，此為量刑事由的規定²⁷。本文就是否「違反被害人意願」之判

²² Strafgesetzbuch (StGB) § 177

(6) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder

2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

德國刑法之中譯，均係參照「何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月」以及「徐久生譯，德國刑法典，北京大學出版社，一版第 1 刷，2019 年 10 月」之內容。

²³ Strafgesetzbuch (StGB) § 184h

Im Sinne dieses Gesetzes sind

1. sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind,

²⁴ Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Beck'sche Kurz-Kommentare, 63. Aufl. 2016, § 184h Rn. 3.

²⁵ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 177 Rn. 5-6.

²⁶ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 177 Rn. 13.

²⁷ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 177 Rn. 21. 此外，以德國刑法第 177 條而言，加重構

斷標準，僅討論德國刑法第 177 條第 1 項之規定²⁸，並使用「與性有關聯的行為」取代「性行為」的用語。

德國刑法第 177 條係保護性自主的自由，及於婚姻、也無論行為人及被害人的性別²⁹。德國刑法第 177 條第 1 項將「說不就是不」明文化，保護性自主免於侵犯之法益，依該條第 1 項之立法理由，是保護被害人隨時改變其意願的自由，無論先前是否曾給予同意、也無論行為人與被害人之間的關係或可能的約定或對待給付³⁰。

在「違反可辨認之意願」的要件下，首先必須根本上存在被害人的反對意願，這在實務上從證據評價的角度常有疑問。此外，該反對的意願必須在犯罪時間點可辨認，而該可辨認的反對意願應由客觀第三人的角度來判斷，該第三人需知悉全部情況的重要事實。決定性的是，被害人有對行為人傳達反對意願³¹。當被害人於犯罪時間點以口頭方式明確地表達反對意願，或以可得推知的方式，例如哭泣或反抗來表達反對意願，該反對意願即可辨認³²。

對於與性有關聯的行為之前提要件、反對意願以及客觀上可辨認性，有間接故意即足³³，亦即行為人認知到被害人反對的意願或至少認為被害人可能有反對的意願且容任與性有關聯的行為之發生³⁴。只要行為人認為反對意願的真正性是可能的，而承擔實現構成要件的風

成要件包括行為人攜帶武器或其他危險工具(第 177 條第 7 項第 1 款)、行為人為了透過強暴或施以強暴之脅迫來防止或制伏他人之抵抗而攜帶其他工具或藥劑(第 177 條第 7 項第 2 款)、行為人使被害人陷入健康嚴重損害之危險(第 177 條第 7 項第 3 款)、於行為時使用武器或其他危險工具(第 177 條第 8 項第 1 款)、於行為時對被害人之身體施以嚴重虐待(第 177 條第 8 項第 2 款 a))或透過犯行使被害人陷入死亡危險(第 177 條第 8 項第 2 款 b))。

²⁸ 就違反意願之方法是否需有強制手段、低度強制手段，或不需要強制手段之法律問題，由德國刑法第 177 條第 1 項之規定觀之，可知並沒有要求任何強制手段。而同條第 2 項、第 5 項、第 7 項及第 8 項規定了強度不等、由低度至高度的各類型強制手段，並分別有 6 月以上 5 年以下、1 年以上、3 年以上、5 年以上有期徒刑等不同的刑度。

²⁹ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 177 Rn. 1.

³⁰ 原文為：「Geschützt ist die Freiheit des Opfers, jederzeit seinen Willen zu ändern, unabhängig von einer zuvor erteilten Zustimmung, von der Beziehung der Beteiligten oder etwaigen Abreden oder Gegenleistung.」 BT-Drs. 18/9097, S. 23. BeckOk StGB/Ziegler, 46. Ed. 1.5.2020, StGB § 177 Rn. 8.

³¹ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 177 Rn. 19. BT-Drs. 18/9097, S. 22.

³² BT-Drs. 18/9097, S. 22-23.

³³ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 177 Rn. 21-22.

³⁴ BeckOk StGB/Ziegler, 46. Ed. 1.5.2020, StGB § 177 Rn. 9.

險，行為人就有間接故意。當被害人清楚地表示其反對意願，就算僅有口頭表示，而行為人沒有理由認為有取得被害人同意，幾乎總是應肯認行為人有間接故意³⁵。被害人矛盾的動機狀態，並不被德國刑法第 177 條第 1 項所涵蓋，因為應期待被害人在犯罪時間點明確地表示其反對意願。如果有特定狀況存在，而不能期待被害人表示其反對意願或實際上不可能表示反對意願，就是德國刑法第 177 條第 2 項規範的情形³⁶。

綜上所述，德國刑法第 177 條第 1 項規定在保護被害人隨時改變其意願的自由，無論先前是否曾給予同意、也無論行為人與被害人之間的關係或可能的約定或對待給付。該項規定之「可辨認的反對意願」應由客觀第三人的角度來判斷，且被害人有對行為人傳達反對意願。被告對於違反被害人可辨認之反對意願，有間接故意即足，亦即被告認知到被害人反對的意願或至少認為被害人可能有反對的意願且容任與性有關聯的行為之發生。

(三)日本法

日本刑法第 177 條強制性交罪規定：「以暴行或脅迫對 13 歲以上之人為性交、肛交或口交(以下稱『性交等』)，為強制性交等罪，處五年以上有期徒刑。對未滿 13 歲之人為性交等，亦同。³⁷」。最高裁判所(最高法院)認為強制性交罪係以暴行或脅迫之手段達到使被害者反抗顯有困難之程度³⁸而性交之，判斷上以被害者之年齡、性別、素行、經歷以及行為之日、時、處所四周環境等具體情事加以考量，

³⁵ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 177 Rn. 20. 若行為人沒有認知到反對意願或者他根本認為有取得同意，就有排除故意的構成要件錯誤。Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 177 Rn. 21-22.

³⁶ BeckOK StGB/Ziegler, 46. Ed. 1.5.2020, StGB § 177 Rn. 10.

³⁷ 原文是：第一百七十七条（強制性交等）十三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交（以下「性交等」という。）をした者は、強制性交等の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。十三歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。引自電子政府の総合窓口（e-Gov），<https://reurl.cc/8G7Dpo>(最後瀏覽：2020年6月2日)。

³⁸ 昭和 24 年 5 月 10 日刑集第 3 卷 6 号 711 頁，<https://reurl.cc/kd8y8K>(最後瀏覽：2020年5月19日)。

其抗拒不能或抗拒顯有困難³⁹，換言之，即便暴行或脅迫程度輕，以上諸般事項綜合考慮，認定被害人抵抗困難即成罪⁴⁰，毋庸被害人陷於反抗不能⁴¹，並以暴行或脅迫程度之客觀事實，充為被害人主觀上同意與否之標準⁴²。

強制性交罪的故意，以被告具有「以暴行或脅迫為性交」之認識為必要，不直接認定被害人之意願違反，換言之，被害人意願之違反，並非構成要件之一環，須行為人有使用暴行或脅迫的手段為性交，單純未得 13 歲以上之人同意與其性交，不會成立日本刑法第 177 條的強制性交罪⁴³。

強制性交罪為日本刑法第 22 章「猥褻、姦淫及重婚罪」的規定之一。「猥褻、姦淫及重婚罪」自明治 40 年(1907 年)制定施行以來，均未有更動，歷經 110 年，鑒於性犯罪之實情而採取對應措施，始於平成 29 年(2017 年)有所修正⁴⁴，並附帶決議 3 年後(2020 年)須再為檢討⁴⁵。2017 年主要的修正，是將「強姦」改稱「強制性交」，「準強姦」亦改為「準強制性交」⁴⁶，修法後的「強制性交罪」從告訴乃論罪改為非告訴乃論罪，刑責從 3 年以上有期徒刑，調高到有期徒刑 5 年以上，另擴大受害者範圍，不再將受害者限定於女性，處罰的「性

³⁹ 最二小判昭和 33 年 6 月 6 日(最高裁判所裁判集刑事)第 126 号 171 頁，

<https://reurl.cc/4Rbd8K>(最後瀏覽：2020 年 5 月 19 日)。

⁴⁰ 嘉門優，性犯罪規定の見直しに向けて—不同意性交等罪の導入に対する疑問—，立命館法学 2019 年 5-6 号，2020 年 3 月，54 頁。

⁴¹ 前田雅英，刑法各論講義，東京大學出版會，2020 年 1 月，7 版，102 頁。

⁴² 男女共同参画会議 女性に対する暴力に関する専門調査会，「女性に対する暴力」を根絶するための課題と対策 ～性犯罪への対策の推進～，<https://reurl.cc/yZKbnq>(最後瀏覽：2020 年 5 月 20 日)，9-10 頁。

⁴³ 2017 年新法實施後，判斷標準仍未改變。例如：前橋地方裁判所平二九(わ)五八九号、平 30.5.23 刑二部判決，判例時報 2405 号，2019 年 7 月 1 日，103 頁。

⁴⁴ 法務省，刑法の一部を改正する法律案理由，<https://reurl.cc/7XbWrN>(最後瀏覽：2020 年 5 月 20 日)。

⁴⁵ 刑法の一部を改正する法律案付帯決議，<https://reurl.cc/O1RajD>(最後瀏覽：2020 年 5 月 19 日)。

⁴⁶ 其規定相當於台灣刑法第 225 條的乘機性交罪。日本刑法第 178 條第 2 項規定：「乘他人心神喪失或不能抗拒，或使其心神喪失或不能抗拒，為性交等行為，依前條處斷。」。強制性交罪與準強制性交罪的差別，在於準強制性交罪之行為人，並未使用暴行或脅迫的手段，而利用被害人抵抗困難之狀態而性交之，參見西田典之，刑法各論(第六版)，弘文堂，2012 年，91-92 頁。

交」行為，從「插入女性性器」擴大到涵蓋肛交與口交，並新增「監護者猥褻罪、性交等罪」(第 179 條)，法定監護人如果對未滿 18 歲的未成年子女做出猥褻或性交行為，不論過程中是否有暴行或脅迫，均該當之⁴⁷。

日本法現行關於強制性交之規定與實務運作，仍囿於性的暴力犯罪，被害人之同意得阻卻違法，違反意願之不同意性交，若無暴行或脅迫手段，仍不該當強制性交罪⁴⁸，約略為我國在 1999 年修正刑法妨害性自主罪章前之規定，與我國現行法顯有差異。

(四)小結

綜上，依美國法，被告該次性行為是否「違反被害人意願」之判斷，應以被害人對該次性邀約是否拒絕為準(「被害人表意說」)；若被害人是否同意性邀約有爭議，「同意」應指在自由意志下以行為或態度的積極配合，被害人與行為人目前或先前有約會或婚姻關係均不足以構成「同意」。行為人對「違反被害人意願」認識，即使未達確定程度，亦構成該罪(「不確定故意說」)；被告提出「誤認不違反被害人意願」答辯，應先提出能證明「被害人對行為人之性邀約態度模稜兩可、導致行為人合理地、善意地誤認不違反被害人意願」之實質證據，否則其答辯不能成為有效爭點。

依德國刑法第 177 條第 1 項規定，判斷被告之行為有無「違反被害人意願」，是以被害人在犯罪時間點明確地表示其反對意願、清楚拒絕與性有關聯的行為為準，而非綜合判斷諸多背景、問題，例如平日互動情形等。且被告對於「違反被害人意願」之主觀要件，以間接故意即足，亦即被告認知到被害人反對的意願或認為被害人可能有反對的意願，仍容任與性有關聯的行為之發生。

⁴⁷ 法務省，刑法の一部を改正する法律案理由，<https://reurl.cc/V6mq1Z>(最後瀏覽：2020 年 5 月 20 日)。

⁴⁸ 嘉門優，同前註錯誤! 尚未定義書籤。，53 頁。

日本法關於強制性交罪之規定，則仍囿於性的暴力犯罪，類似我國在 1999 年修正刑法妨害性自主罪章前之規定，「被害人意願之違反」並非構成要件要素，與我國現行法顯有不同，故較無參考價值。

三、我國學說

(一) 「違反意願」的判斷標準

強制性交罪(或稱為「違反意願性交罪」)之保護法益為被害人之性自主權，其成立須「違反被害人之意願」，倘未違反被害人意願，即應阻卻本罪構成要件該當性⁴⁹。

對於「違反意願」之判斷標準，學界主張非常紛歧，有的學者從手段行為分析，例如陳子平教授認為：行為人以「強暴」方式，係指對於行為客體使用不法腕力，其程度不須達到修法前「至使不能抗拒」或「難以抗拒」程度，只須加害人以強暴手段使被害人受壓迫因而違反其意願的程度即可，「所謂『其他違反其意願之方法』係指強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切足以迫使被害人違反其意願的強制性手段行為而言，並不以達於『至使不能抗拒』或『難以抗拒』的程度，只須被害人的違反意願係因行為人的強制性的行為所導致即可；易言之，審查『其他違反其意願之方法』的有無，應以是否帶有『強制性』為主，即其強制力雖然不以達於『不能或難以抗拒』為必要，至少在客觀上已經顯示被害人受到行為人某種程度物理或心理的強制而喪失或不易對自己性自由表達……，而非以被害人主觀反應為準」⁵⁰。

另有學者與陳子平教授分析方法相近、但對行為人手段行為導致被害人性自主受到壓迫程度之高低標準之主張不同者，例如甘添貴教授採「強制手段必要說」，認為需有與強暴、脅迫相當的強制手段⁵¹；

⁴⁹ 甘添貴，刑法各論(下)，2010，238 頁；陳子平，刑法各論(上)，2019 年，225 頁；陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，2018 年，292 頁，許澤天，刑法各論(二)，2017 年，230-231 頁。

⁵⁰ 陳子平，刑法各論(上)，2019 年，225-226 頁。

⁵¹ 甘添貴，刑法各論(下)，2013 年，237 頁。

李聖傑教授則主張有類似優越支配的低度強度手段即可⁵²(實務見解將之歸類為「低度強制手段說」)。惟上開主張雖有被害人性自主受到壓迫程度之高低差異，然均相當抽象，具體案例適用時，很難區隔彼此差異。

部分學者則從被害人之意願是否被行為人不當壓抑著眼，李佳玟教授認為⁵³：性侵害犯罪之立法模式可分為「強制模式」、「違反意願模式」、「積極同意模式」及「修正強制模式」四類型，「強制模式」是指性侵害的成立以「行為人強制力的使用」與「被害人意願的違反」為要件，採此模式之立法例對強制力高低與被害人表達違反意願之程度，規定又有不同。「違反意願模式」則只要被害人拒絕行為人之性邀約，行為人仍進行，就構成性侵害；「積極同意模式」強調性行為的進行必須先得到性邀約對象的積極同意，否則即構成性侵害，避免驚嚇過度的被害人被認定為默許；「修正強制模式」則著重性交是否發生在強制情境之判斷，避免弱勢被害人被迫服從而同意性交，導致有權勢之行為人逃避責任。李佳玟教授認為我國刑法第 221 條於 1999 年修法後仍採「強制模式」，但該修法降低強制力使用手段及被害人表達違反意願程度之要求。李佳玟教授贊成「積極同意模式」，但認為應透過修法，增訂刑法「未得同意性交罪」。林志潔、金孟華教授亦持相似見解⁵⁴：主張行為人應得到被害人清楚的同意，才能排除犯罪。但彼等之主張似乎屬立法論，而非對現行法條的解釋論。

前大法官許玉秀認為⁵⁵：一切足以影響被害人意願之行為，只要被害人非心甘情願，均屬「違反意願」。蔡聖偉教授則認為⁵⁶：本罪應從性自主決定權的本質來定義被害人的意願，即被害人是否同意在該

⁵² 李聖傑，妨害性自主：第三講類型闡述，月旦法學教室，23 期，2004 年 9 月，104 頁。

⁵³ 李佳玟，說是才算同意(Only Yes Means Yes)—增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，台北大學法學論叢，103 期，2017 年 9 月，53 頁，69 頁以下。

⁵⁴ 林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革，月旦法學雜誌，182 期，2010 年 7 月，146 頁。

⁵⁵ 許玉秀，刑法的問題與對策，1999 年，284 頁。

⁵⁶ 蔡聖偉，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，276 期，2018 年 5 月，5 頁，19-20 頁。

時、該地與行為人以該種方式從事性交行為的意思決定，所謂的「違反意願」，指被害人關於是否從事該次具體性行為的選擇自由被剝奪；反之，如果被害人的性交決定可被評價為自我選擇的結果，自然沒有違反其意願可言。

吳巡龍檢察官則以實際案例說明性行為是否「違反意願」之判準應採「被害人表意說」，吳檢察官認為⁵⁷：現代刑法之通念，人不因為成為男女朋友就自動放棄性自主權，被告性行為手段是否違法，固然應依客觀情狀綜合判斷；被告性行為是否「違反被害人意願」，應以被害人意願為準，除非被害人之意思有隱晦不明情形，否則豈有綜合判斷其意願之理。以最高法院 [104 年台上 1066 號](#) 判決為例，該案被告與被害人為男女朋友，凌晨在被害人住處發生爭吵，被告涉嫌強扯被害人洋裝、束褲，欲以手指插入女方下體，女方因抵抗，手腳及私處產生抗拒傷，女方表示會驚嚇同住之女兒，被告始罷手，女方於隔日報警。被告則辯稱：因爭吵拉扯不慎扯斷女方洋裝背帶，並無性侵。該案被害人有被扯壞之衣物、驗傷單(手腳多處瘀青、小陰唇微腫及抓傷)等證據，一審、二審均判被告犯強制性交未遂罪。被告上訴至最高法院，最高法院 [104 年台上 1066 號](#) 判決採「綜合判斷說」，認為：對於是否違反被害人之意願，「於熟人被訴性侵害事件，則須考量諸多背景、問題，例如雙方熟識程度；年齡差距；教育水平；健康狀態；精神狀況；平日互動情形（包含性關係與模式）；……依照當前社會通念加以綜合判斷，才不會悖離國民的法律感情。」因此撤銷發回。臺灣高院乃請被害人測謊，因被害人通過測謊，仍判被告犯強制性交未遂罪。此後最高法院仍再三撤銷發回，高院乃改判無罪；最高法院以 [108 台上 3933 號](#) 駁回檢察官上訴、無罪確定。依「綜合判斷說」，判斷是否「違反被害人意願」，尚應綜合考量「雙方熟識程度」、「年齡差距」、「教育水平」、「健康狀態」、「精神狀況」、「平日互動情形」、

⁵⁷ 吳巡龍，強制性交罪 大法庭應訂判斷標準，2020 年 6 月 13，蘋果日報，蘋果論壇，A12 版。

「性關係與模式」，惟被害人已經清楚表達「不願意」並抗拒，上列因素與被害人是否拒絕被告本次性邀約究竟有何關係？「綜合判斷說」導致被害人因為先前與被告之性行為，而被認定本件可能只是欲拒還迎，等同剝奪其性行為同意權。

綜上，我國學說對於刑法第 221 條第 1 項強制性交罪「違反意願」之判斷標準，無論從手段行為分析或從被害人之意願是否被行為人不當壓抑著眼，均以本次性行為之手段及本次性行為是否違反被害人之意願為判斷標準，而非綜合判斷雙方熟識程度、年齡差距、教育水平、健康狀態、精神狀況、平日互動情形、平時性關係與模式等等因素。

(二) 「違反意願認識」未達到確定程度，不阻卻故意

行為人之性行為縱違反被害人意願，行為人對「違反被害人意願」認識的程度為何，才不會影響故意犯之成立？刑法學通說⁵⁸認為：故意之成立，行為人主觀上所認識之內涵與法律規定之客觀事實若一致，行為人仍決意為之，即成立故意。行為人主觀上所認識之內涵與法律規定之客觀事實若不一致，即為構成要件錯誤，從而阻卻故意之成立。構成要件故意包括認知與意欲兩大要素，故意犯應認知之範圍包括所有的客觀構成要件要素，包括行為主體、侵害客體、實行行為、行為情狀等，於結果犯包括行為結果、因果關係及客觀歸責，否則欠缺故意。至於客觀處罰條件⁵⁹、量刑條件(例如特定親屬間竊盜得免除其刑)、追訴條件(例如特定親屬間竊盜須告訴乃論)及違法性認識(禁止錯誤)之錯誤，對故意犯之成立均無影響。

高金桂教授認為：行為人對於構成要件該當之行為情狀，若有認識但未能確信其是否存在，仍屬有認識；只有當行為人確信該當事實

⁵⁸ 例如林山田，刑法通論，1985 年，119 頁以下；蔡墩銘，刑法總論，2009 年，201 頁以下；林鈺雄，新刑法總則，2018，203 頁以下；張麗卿，刑法總則理論與運用，2007 年，146 頁以下。

⁵⁹ 林鈺雄教授舉例：例如刑法 283 條，聚眾鬥毆在場助勢之人，縱使對該鬥毆造成「致人於死或重傷」的結果欠缺認識，仍不妨礙故意犯之成立。林鈺雄，新刑法總則，2018，204 頁。

不可能存在，方可謂之欠缺認識；換言之，只是懷疑構成要件該當事實是否存在，仍不能謂成立構成要件錯誤而阻卻故意⁶⁰。

許澤天教授認為：強制性交罪由於必須違反被害人意願，始能成立。若行為人誤以為被害人同意，則會發生排除故意的阻卻構成要件錯誤，在被害人先前同意與行為人發生親密接觸的情形，行為人採取進一步行為，不具有本罪故意；但當被害人已經清楚表明拒絕性行為時，行為人已認為被害人可能真的有所抗拒，且對縱使違反其意願亦在所不惜時，仍具有未必故意⁶¹。

吳巡龍檢察官亦認為：若被害人拒絕被告性邀約，被告就該次性行為「違反被害人意願」一節有認識，但未達確定程度，亦應構成犯罪，先進國家之立法及實務，均持此見解。美國 Georgia 州上訴法院在 Johnson v. State 案 419 S.E. 2d 96 表示：行為人使用強制力即否定了「誤認不違反意願答辯」的可能性。加州最高法院在 People v. Willams 案 841 P. 2d 961 認為：被告提出「誤認不違反意願」答辯，應先提出能證明「被害人對其性邀約態度模稜兩可」之證據，否則其答辯無效。德國刑法第 177 條第 1 項規定及相關實務，亦由被害人是否對行為人傳達反對意願來判斷。「綜合判斷說」導致被害人因為先前與被告之性行為，而被認定本件可能只是欲拒還迎，等同剝奪其性行為同意權⁶²。

是以，我國學界主流見解係認為：行為人僅認識其性行為有可能違反被害人意願，但未達到確定程度，並不阻卻犯罪故意。

（三）行為人「包攝錯誤」，不阻卻故意

行為人對於所有與客觀構成要件相關之事實情狀有所認識，但對相關刑法規範之涵義解釋錯誤，以致於不知其行為包攝於該刑法規範

⁶⁰ 高金桂，刑法上規範性構成要件要素之探討，警政學報，26 期，1995 年 1 月，31 頁，37 頁。

⁶¹ 許澤天，刑法各論(二)，2017 年，240-241 頁。

⁶² 吳巡龍，強制性交罪 大法庭應訂判斷標準，2020 年 6 月 13，蘋果日報，蘋果論壇，A12 版。

之下，稱為「包攝錯誤」。刑法構成要件要素可分為描述性構成要件要素及規範性構成要件要素二類，描述性構成要件要素之涵意不待法官以價值判斷補充，例如傷害罪所稱「人之身體」、侵人住宅罪所稱之「住宅」；規範性之構成要件要素指必須藉由法官在個案中以價值判斷補充評價，才有辦法確定其內涵的不法構成要件要素，例如公然猥褻罪之「猥褻」、公然侮辱罪之「侮辱」⁶³。一般情形，行為人對於描述性構成要件要素的理解不至於發生錯誤，但對規範性構成要件要素則可能發生錯誤。究竟該錯誤因而得阻卻構成要件故意，或屬於禁止錯誤得阻卻罪責，學說上有不同見解。

蔡聖偉教授解釋⁶⁴：刑法分則所列出的各個條文，是立法者主觀上對法秩序想像之價值觀的具體表現，行為人只要其行為具有上述性質，就具有不法意識。當行為人為某行為時，通常很少會想到刑法上特定條文的構成要件，並進而分析各個構成要件之要素，因此大多數情形根本並無所謂之「包攝錯誤」；包攝錯誤僅可能發生在行為人為法律人之少數案例。行為人對所有構成要件要素均有可能會發生包攝錯誤的情形，而不是僅在包攝所謂的「規範性構成要件要素」時才可能發生，充其量只是發生包攝錯誤之可能性，高低比率有所差別而已。以刑法第 221 條為例，只要客觀面所有條件中包含了充足此要素的事實情狀即已足；而在主觀構成要件方面，行為人若於行為時與立法者於法典所預立的不法情狀相符，即在「知」的方面，行為人認知到其行為、客觀等要件事實即可，應認為成立故意；至於行為人是否知道其行為在法律上被稱作「強暴」、「姦淫」，對行為人所負刑責不生影響。只有在極少數情形，行為人因為不可避免之禁止錯誤而認為自己的行為合法，始影響到有責性的判斷。

⁶³ 林鈺雄，新刑法總則，2018，140-142 頁。

⁶⁴ 蔡聖偉，刑法上包攝錯誤之研究，輔仁法學，13 期，1994 年 6 月，207，217-222 頁。

林山田教授認為⁶⁵：包攝錯誤乃係行為人對於法律規範所包攝內容之誤解所形成的錯誤，此等情形行為人已經正確地認其所為之行為，所以和阻卻故意的構成要件錯誤不同，仍應構成故意犯罪。王效文教授認為：大多數的構成要件要素都是描述性與規範性要素的混合，並無絕對明確之界限。包攝錯誤不能阻卻行為人的構成要件故意，因一般人本來就不能作出精確的法律包攝。對於規範性的構成要件要素包攝錯誤，本質屬於對法律認識有錯誤，應於有責性而非構成要件層次解決，不影響故意犯之成立⁶⁶。亦即，首應區別其錯誤係可避免或不可避免，前者不影響故意犯之成立，最多只是給予量刑優惠；後者得阻卻罪責。甘添貴⁶⁷、黃榮堅⁶⁸、陳志龍⁶⁹、張麗卿⁷⁰等教授均持相同見解。

林鈺雄教授則認為：行為人對構成事實之認知，並不要求到對其行為在法律上正確評價之認識，否則，只有精通刑法的法律人才可能構成故意犯。在描述性的構成要件要素，如果行為人對該要素的理解，與法律用語內涵有別，因而產生「包攝錯誤」，此種錯誤並非構成要件錯誤，不影響故意犯之成立；對於規範性的構成要件要素包攝錯誤，主流見解為「法律外行人的平行評價」，亦即，行為人對系爭概念的理解，是否符合一般非法律之外行人的通常理解：若是，則該包攝會影響故意；若否，則行為人自以為是的解釋並無影響⁷¹。行為人對系爭規範要素為獨特解釋的情形，通常是可避免的「禁止錯誤」⁷²。

綜上，我國學界通說認為：行為人對其行為違法性有「包攝錯誤」，不阻卻故意，最多只是給予量刑優惠。

⁶⁵ 林山田，刑法通論，1993年，150頁。

⁶⁶ 王效文，規範性構成要件錯誤與禁止錯誤—最高法院相關判決評釋，台灣法學雜誌，103期，2008年2月，165頁，168頁。

⁶⁷ 甘添貴，刑法總則講義，1988年，91頁。

⁶⁸ 黃榮堅，故意的定義與定位，臺大法學論叢，28卷1期，136頁。

⁶⁹ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1992年，231頁。

⁷⁰ 張麗卿，刑法總則理論與運用，2007年，148頁。

⁷¹ 林鈺雄，新刑法總則，2018年，205頁。

⁷² 林鈺雄，新刑法總則，2018年，206頁。

四、法律見解歧異之裁判

(一) 妨害性自主罪採「低度強制手段說」或「強制手段不必要說」

刑法第 221 條第 1 項於民國 88 年 4 月修法前原規定：「對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪，處五年以上有期徒刑。」因此行為人所使用之手段須達到「至使不能抗拒」或「難以抗拒」的程度。現行刑法第 221 條第 1 項規定：對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或「其他違反其意願之方法而為性交者」，刪除「至使不能抗拒」規定，最高法院 97 年度第 5 次刑庭會議決議認為：「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……。」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。」

上開決議作成後，雖成為實務穩定見解，例如最高法院 [97 年度台上字第 6117 號](#)、[107 年度台上字第 3065 號](#)、[107 年度台上字第 3348 號](#) 等判決均同此見解。然而，因該決議沒有提出「違反意願」要素的進一步定義或客觀化，也沒有舉出任何具體事例，僅將「違反被害人

意願」與「妨害被害人之意思自由」作文字替換，對於「違反意願」具體基準究竟為何之釐清作用相當有限，學界對此迭有批評⁷³，並產生如下新的爭議。

例如對於強制猥褻罪，最高法院 [100 年度台上字第 4578 號](#) 判決採「低度強制手段說」，認為：「惟強制猥褻罪係以學理上所謂之『低度強制手段』妨害被害人之意思自由，違反被害人之意願所為，並非完全不要求強制手段之實行，所謂『低度強制手段』，係指行為人縱未施強暴、脅迫、恐嚇、催眠術，但只要行為人製造一個使被害人處於無助而難以反抗、不敢反抗或難以逃脫之狀態，達於妨害被害人之意思自由者，即屬之。」

最高法院 [103 年度台上字第 720 號](#) 判決則採「強制手段不必要說」，認為：「刑法第二百二十四條所定『其他違反其意願之方法』，在學說上雖有所謂強制手段必要說、低度強制手段說與強制手段不必要說之分，惟本院向採強制手段不必要說，亦即所稱『其他違反其意願之方法』，係指本條所列舉之強暴、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。上訴意旨以，本條所稱『其他違反其意願之方法』，應係指與所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等手段相當之任何手段而言，執以指摘原判決適用法則不當，自非可取。」

本案被告因使用強制手段為性行為，實務對於「強制手段不必要說」、「低度強制手段說」之分歧見解，在本案應不存在爭議。

(二) 「違反被害人意願」之判斷標準採「被害人表意說」或「綜合判斷說」

我國法院判斷性行為是否「違反被害人意願」(Lack of consent)

⁷³ 例如許澤天，刑法各論(二)，2017年，239頁；蔡聖偉，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，276期，2018年5月，5頁，8頁。

之標準為何？實務亦有下列不同見解：

1. 被害人表意說

此說不區別一般性侵或熟人性侵案件，均以「被害人表意說」判斷是否「違反被害人意願」。例如最高法院 [107 年度台上字第 3065 號](#) 判決強調：「再按刑法第 221 條所定「其他違反其意願之方法」，係指本條所列舉的強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願、妨害被害人之意思自由的方法，不以類似於上揭強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當方式為必要。倘被害人既已明示反對、口頭推辭、言語制止、肢體排拒，行為人猶然進行，即非「合意」，而該當於「以違反被害人意願之方法」要件。」

最高法院 [107 年度台上字第 3348 號](#) 判決亦表示：「其違反意願之程度，並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，祇要達於妨害被害人之意思自由，即侵犯被害人之性自主權者，即可認符合「違反其意願」之要件。故如被害人對於性行為之拒絕、自衛、選擇及承諾等性自主權遭壓抑或破壞時，即應認係「違反其意願」。」

最高法院 [110 年度台上字第 1781 號](#) 判決說理更為清楚：「西元 1979 年聯合國大會通過「消除對婦女一切形式歧視公約」(以下簡稱 CEDAW)，並在 1981 年正式生效，其內容闡明男女平等享有一切經濟、社會、文化、公民和政治權利，締約國應採取立法及一切適當措施，消除對婦女之歧視，確保男女在教育、就業、保健、家庭、政治、法律、社會、經濟等各方面享有平等權利，且不限於聯合國會員國，均可加入。鑑於保障婦女權益已成國際人權主流價值，我國為提升我國之性別人權標準，落實性別平等，經立法院於民國 96 年 1 月 5 日議決，2 月 9 日總統批准並頒發加入書，明定 CEDAW 具國內法效力，並經立法院於 100 年 5 月 20 日三讀通過，於同年 6 月 8 日公布「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」。CEDAW 於國內生效是我國推動

性別平等的重要里程碑，促使我國性別人權狀況與國際接軌，兩性權益均獲得平等保障，性別歧視逐步消除。落實在性侵害事件，主要為打破以往對於性別刻板印象及普遍存在性侵害犯罪迷思。以**刑法第16章妨害性自主罪章**而言，所保護法益為個人性自主決定權，即個人享有免於成為他人性客體的自由，可依其意願自主決定「是否」、「何時」、「如何」及與「何人」為性行為，此乃基於維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展的完整，並為保障個人需求獲得滿足所不可或缺的基本權利。強調「性自主決定權」即「性同意權」，意指任何性行為都應建立在相互尊重，彼此同意的基礎上，絕對是「No means No」、「only Yes means Yes」，即「說不就是不！」、「她（或他）說願意才是願意！」、「沒有得到清楚明瞭的同意，就是不同意！」。申言之，要求性主動的一方有責任確認對方在「完全清醒」的狀態下「同意」（但排除對未滿16歲、心智障礙、意識不清、權力不對等或以宗教之名行誘騙之實者）之行為，鼓勵「溝通透明化」並「尊重對方」。因此，對方沉默時不是同意，對方不確定或猶豫也不是同意，在對方未同意前之任何單獨與你同行回家或休息，只能視為一般人際互動，不是性暗示，又同意擁抱或接吻，也不表示想要性交，即對方同意後也可反悔拒絕，無所謂「沒有說不行，就等於願意」或有「半推半就」的模糊空間，避免「性同意」成為性侵害事件能否成立的爭議點。猶不得將性侵害的發生歸咎於被害人個人因素或反應（例如不得將被害人穿著曝露或從事與性相關之特殊行業等作為發生性行為的藉口，或指摘被害人何以不當場求救、立即報案、保全證據，或以被害人事後態度自若，仍與加害者保有曖昧、連繫等情狀即推認被害人應已同意而合理化加害者先前未經確認所發生的性行為），卻忽視加害者在性行為發生時是否確保對方是在自願情況下的責任。」

最高法院 [110年度台上字第229號](#) 判決亦持相同見解，因說理與 [110年度台上字第1781號](#) 判決相同，茲不贅述。

2. 綜合判斷說

最高法院 [104 年度台上字第 1066 號](#) 案之被告與被害人具有男女朋友關係，該判決於熟人被訴性侵害事件則詳列諸多判斷是否「違反被害人意願」之因素：「性交者縱然係婚配夫妻，甚或從事性交易工作人員，其性意思自主決定權，皆可受到尊重與保障，申言之，雖為同居人、親密情人、男女朋友，倘一方無性交之意願，另一方予以違反，使其性自主意思顯然遭受壓抑，無助難抵或無從逃免，甚或無知受騙、不敢抗拒，及缺乏同意能力、不知反對而進行，皆仍成立此犯罪，其若僅為普通關係，甚至無何關係，益當如此。然則性交行為，絕大部分係在隱密之環境中進行，究竟是出於合意或違反意願，一旦發生爭執，雙方立場相反，不免淪為各說各話，何況本罪刑責實重，辯方自然極力爭議。衡諸性交，經常不免具有某程度之腕力使用，加以男性因為體格關係，多數天生具有主動、掠奪特質，而在古今中外之典籍、小說、現代之電視、電影中，更常有關於女人不少是在被動的半推半就中，或順水推舟情況下，完成性交之描述，其中表現出口非心是（或口是心非）、欲迎還拒（或欲拒還迎）等微妙、矛盾的心理和舉動；而男人則因有「生米可以煮成熟飯」、「床頭吵架、床尾和」之日常生活俚語，混淆了男性應有之正確、合法性交認知。其實，西風東漸與情色（或色情）媒體傳播結果，在今日的我國，性方面之觀念、作風、方式丕變，性事已經不再難以啟齒，男女縱情享受性虐、受虐等變態，也非新鮮，甚至自拍上網供閱，尚有利用毒品助興或遂行迷姦之事發生。如何自兩性平權、絕對尊重性交自主、歷史文化包袱、時代趨勢及新科技鑑識等各方面入手，進而發現真實，於司法實務認定上，至關重要。一般而言，在典型的陌生人性侵害案件，相對單純、容易解決；然於熟人（尤其是婚配、前夫、同居人、外遇情人、男友）被訴性侵害事件（學理上有歸類稱為「約會強暴」或「非典型強暴」者），

則須考量諸多背景、問題，例如雙方熟識程度；年齡差距；教育水平；健康狀態；精神狀況；平日互動情形（包含性關係與模式）；有無出於好奇、金錢、諂媚、誘惑、討好、歡悅、刺激、報復之性交動機；所採手段之合理性（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）；事發時間、地點是否符合社會通念之適當性；性侵過程中之求救機會把握；事畢雙方關係之變化；可有出現創傷後壓力症候群現象（含刻意選擇性地遺忘不愉快之被害經過）；報案時機係立刻、不久或遲延；報案背景出於主動或被動、遭慫恿或須對他人有所交代；對立之雙方，對於測謊鑑定之配合或排斥及結果；辯方訴訟策略是否視證據顯現程度，而逐步供承，然堅守一定之底線；民事調解、和解達成之原因和目的等，在客觀的經驗法則、論理法則支配下，依照當前社會通念加以綜合判斷，才不會悖離國民的法律感情。」

本案系爭判決臺灣高等法院花蓮分院 [109 年度原侵上訴字第 10 號](#) 判決採「綜合判斷說」，綜合考量「雙方平日互動情形」、「性行為模式」等因素，但其結論對系爭性行為是否「違反被害人意願」此前提略而不提，僅表示：「本案被告向來以強勢方式主導夫妻性事，既尚存有因不解或誤會告訴人內心真意，而與之為本案性交行為之可能性，因欠缺主觀之犯意，自無法遽以本罪相繩。」

惟系爭性行為「違反被害人意願」是行為人對「違反被害人意願有無認識」之前提，故目前實務就是否「違反被害人意願」判斷標準之歧異見解，最高法院應先統一見解，事實審法院才能據以判斷是否「違反被害人意願」及行為人對「違反被害人意願有無認識」。

(三)行為人對「違反意願認識」，是否需達到確定程度

1. 不確定故意說(行為人對「違反意願認識」，不必達確定程度)

最高法院 [110 年度台上字第 1781 號](#) 判決採「不確定故意說」：「以刑法第 16 章妨害性自主罪章而言，所保護法益為個人性自主決定權，

即個人享有免於成為他人性客體的自由，可依其意願自主決定「是否」、「何時」、「如何」及與「何人」為性行為，此乃基於維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展的完整，並為保障個人需求獲得滿足所不可或缺的基本權利。強調「性自主決定權」即「性同意權」，意指任何性行為都應建立在相互尊重，彼此同意的基礎上，絕對是「No means No」、「only Yes means Yes」，即「說不就是不！」、「她（或他）說願意才是願意！」、「沒有得到清楚明瞭的同意，就是不同意！」。申言之，要求性主動的一方有責任確認對方在「完全清醒」的狀態下「同意」（但排除對未滿 16 歲、心智障礙、意識不清、權力不對等或以宗教之名行誘騙之實者）之行為，鼓勵「溝通透明化」並「尊重對方」。因此，對方沉默時不是同意，對方不確定或猶豫也不是同意，在對方未同意前之任何單獨與你同行回家或休息，只能視為一般人際互動，不是性暗示，又同意擁抱或接吻，也不表示想要性交，即對方同意後也可反悔拒絕，無所謂「沒有說不行，就等於願意」或有「半推半就」的模糊空間，避免「性同意」成為性侵害事件能否成立的爭議點。猶不得將性侵害的發生歸咎於受害者個人因素或反應（例如不得將被害人穿著曝露或從事與性相關之特殊行業等作為發生性行為的藉口，或指摘被害人何以不當場求救、立即報案、保全證據，或以被害人事後態度自若，仍與加害者保有曖昧、連繫等情狀即推認受害者應已同意而合理化加害者先前未經確認所發生的性行為），卻忽視加害者在性行為發生時是否確保對方是在自願情況下的責任。」

最高法院 [110 年度台上字第 229 號](#) 判決亦同此見解，因說理與 [110 年度台上字第 1781 號](#) 判決相同，茲不贅述。

2. 確定故意說

我國部分法院判決未能區別被告答辯「不違反被害人意願」（consent）與答辯「不知道其性行為違反被害人意願」（honest but

mistaken belief in consent)屬於不同答辯，前者被告主張其行為並沒有違反告訴人之意願，後者被告不爭執系爭性行為確實違反被害人意願，但行為人於行為時對「違反被害人意願」並無認識。前述最高法院 [104 年度台上字第 1066 號](#) 判決採「綜合判斷說」，作為被告行為是否「違反告訴人之意願」之判斷標準，但對被告答辯「不知道其性行為違反被害人意願」，是否採同一判斷標準，並未申述。

最高法院 [109 年度台上字第 5558 號](#) 判決則以「綜合判斷說」作為判斷被告是否「知道其性行為違反被害人意願」之標準，該判決表示：「而行為人是否認識其使用之方式違反被害人之意願，則需綜合被告與被害人之關係、被害人之言語、舉止、態度、現場環境、被害人承受風險及其求助可能等一切情狀予以綜合判斷，苟若自當時雙方關係、被害人之表示、動作或消極不配合之態度，已可知悉其無進行性交之意願，即難逕擷取被害人之片段反應，任意推論被害人有與其性交之合意。」

部分下級審法院採用「綜合判斷說」時，則未能區分上開二者之差異，例如臺灣高等法院 [108 年度侵上訴字第 165 號](#) 判決採用「綜合判斷說」，認為：「五、綜合告訴人前揭所述，被告與告訴人至案發相識約一年，認識半年後告訴人方有到被告租屋處同住，如二人爭吵，可以壓告訴人上床並以性行為方式求和，是告訴人主動告知，且於本案之前亦已發生多次，嗣均能以性行為和好。又二人之吵架除吵嘴外，亦會有動手及丟東西之舉動，及被告以性行為之方式求和時，告訴人亦先會有反抗行為，且性行為亦較激烈等情，則此次二人再次為廿萬元貸款爭吵，被告循往例以告訴人要求之方式壓其上床為性行為以求和，主觀上即難認有違反告訴人之意願。」該判決究竟是認定被告性行為「不違反告訴人之意願」，或被告「不知道其性行為違反被害人意願」，語意不清、模糊兩可。

本案臺灣高等法院花蓮分院 [109 年度原侵上訴字第 10 號](#) 系爭判

決採「綜合判斷說」，認為被告該次性行為是否「違反被害人意願」之判斷，應綜合考量「雙方平日互動情形」、「性行為模式」等因素，並需達到「確定故意」（明知）程度。該判決表示：「則在告訴人未明確將反對性交意思彰顯於外，被告依循先前模式，對告訴人為激情式之性交行為，尚難認被告有明知卻違反告訴人意願之情事。又告訴人明確證稱，這次性行為比較激烈，但被告沒有打我，則檢傷發現告訴人頸部 4 處抓傷、左胸抓傷 1 處、右胸抓傷 1 處、左肩胛抓傷 1 處、右後腰抓傷 1 處、左前臂抓傷 1 處、陰部 11 點鐘方向新淺層表皮撕裂傷等，以傷勢部位及程度，不排除係性交過程所致之微傷。（四）綜上，縱係為婚配夫妻，任何一方之性意思自主決定權，仍應予尊重及保障，然性自主意思是否遭受壓抑，應考量夫妻間平日互動情形、性行為模式。本案被告向來以強勢方式主導夫妻性事，既尚存有因不解或誤會告訴人內心真意，而與之為本案性交行為之可能性，因欠缺主觀之犯意，自無法遽以本罪相繩。」

惟系爭判決並未說明是否認定本案性行為違反被害人意願，卻認定行為人對「違反被害人意願之認識」未達到確定程度，前後說理已然矛盾。

五、該歧異見解對於裁判結果之影響

爭點一最高法院已經發生歧見，且有原則重要性；爭點二有原則重要性，實務至今尚未統一見解，分別影響刑法第 221 條第 1 項強制性交罪性行為是否違反被害人意願及被告是否認識其性行為違反被害人意願之判斷，對被告及被害人權益影響深遠，並非細節問題，有提案予刑事大法庭之必要。

六、本署見解

（一）判斷是否「違反意願」，應以「被害人表意說」為標準

往昔司法實務對於妨害性自主犯罪，有時遷就證據，被害人若不是以最大力量抵抗並留下證據，就被認定可能只是欲拒還迎，並不是真心拒絕行為人的性要求，迭遭社會批評。對此，立法院於1999年以原條文中的「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」。

無論我國或美國之統計資料均顯示，大部分性侵害案件係發生在熟識者之間，包括男女朋友。依內政部家庭暴力與性侵害防治委員會2005年至2007年之統計，熟識者之性侵害案件依序佔全年性侵害案件之85%、89%、91%⁷⁴。而性侵害犯罪一直是犯罪黑數最高的犯罪類型之一，其中最重要的原因是熟識者性侵害案件之被害人信任司法⁷⁵。

比較我國強制性交罪實務認定是否「違反其意願」之標準「被害人清楚表意說」、「綜合判斷說」二說，本署認為以「被害人表意說」較為合理、明確。現代刑法之通念，人不因為成為男女朋友就自動放棄性自主權。加拿大最高法院在R v. J.A. ([2011] 2 S.C.R. 440, Can.)案即表示：同意必須是意識清醒的人對性邀約的積極同意，沒有預先同意這回事⁷⁶。被告性行為手段是否違法，固然應依各種情狀綜合判斷，其性行為是否「違反被害人意願」，則應就被害人意願為準，除非被害人之意思有隱晦不明情形，否則豈有綜合判斷之理？參考前述美國、德國之立法及實務，亦同此見解。

若依「綜合判斷說」，於熟人性侵案件判斷是否「違反被害人意願」，應綜合考量「雙方熟識程度」、「年齡差距」、「教育水平」、「健

⁷⁴ 內政部家庭暴力與性侵害防治委員會，統計資訊，94年至96年性侵害事件通報兩造關係統計，引自林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革，月旦法學雜誌，182期，2010年7月，144頁，161頁。

⁷⁵ Leslie D. Robinson, It Is What It Is: Legal Recognition of Acquaintance Rape, 6 Ave Maria L. Rev. 627, 628 (2008)，引自林志潔、金孟華，美國女性主義法學發展與性侵害防制法之改革，月旦法學雜誌，182期，2010年7月，144頁，161頁。

⁷⁶ 參閱自李佳玟，說是才算同意(Only Yes Means Yes)—增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，台北大學法學論叢，103期，2017年9月，53頁，65頁。

康狀態」、「精神狀況」、「平日互動情形」、「性關係與模式」等等因素（參見最高法院 [104 年度台上字第 1066 號](#) 判決），惟被害人已經清楚拒絕並激烈抵抗表達「不願意」，「雙方熟識程度」、「年齡差距」、「教育水平」、「健康狀態」、「精神狀況」、「平日互動情形」、「性關係與模式」等因素與被害人是否拒絕被告本次性邀約究竟有何關係？此說導致被害人因為先前之性行為而被認定本件可能只是欲拒還迎，等同剝奪被害人性行為同意權。

性自主的自由意思之保護，應就個別之犯罪事實認定，縱屬夫妻、情侶，或曾有性關係之對象，仍有隨時可拒絕發生或繼續發生性關係之權利。「綜合判斷說」因參考因素多元，其中許多因素與本次性行為是否「違反被害人意願」之判斷無關，且不同因素指向不同方向時（例如有的因素有利被告、有的因素不利被告），又該如何綜合判斷？此說複雜化「違反被害人意願」之判斷標準，徒增司法實務之混亂。前述最高法院 [104 年度台上字第 1066 號](#) 判決詳列諸多判斷是否「違反被害人意願」之因素，結果該案因多次上訴及撤銷發回而難以確定⁷⁷。因此，本署建議貴院統一見解，不論一般性侵案件或熟人性侵案件，均以「被害人表意說」判斷是否「違反被害人意願」，只有當有證據顯示被害人對本次性邀約之態度有「隱晦不明」之情況，才需以「綜合判斷說」所列標準判斷是否「違反被害人意願」。

（二）本案被害人清楚拒絕被告本次性邀約，並無「隱晦不明」之情形

強制性交罪之保護法益為被害人之性自主權，「違反被害人意願」為強制性交罪的構成要件，因此審判者必須判斷被害人於案發時的主觀狀態是否「違反其意願」。本案被害人對被告之性要求，堅決以行動表示拒絕，其意思表示並無「隱晦不明」或「半推半就」之情形。

⁷⁷ 請參見臺灣高等法院 104 年度侵上更(一)字第 9 號、最高法院 106 年度台上字第 1588 號、臺灣高等法院 106 年度侵上更(二)字第 7 號、最高法院 107 年度台上字第 1063 號、臺灣高等法院 107 年度重侵上更三字第 5 號、最高法院 108 年度台上字第 3933 號等判決。

本案臺灣花蓮地方法院第一審判決認定：「(三)被告雖辯稱108年3月18日當日未與告訴人為性行為，只有扶告訴人進去睡覺云云(見本院卷第207頁)，惟告訴人外陰部棉棒與陰道深部棉棒均檢驗出與被告型別相符之男性Y染色體DNA-STR，業如前述。且告訴人當天至慈濟醫院驗傷時，全身皆有新傷，而其陰部除陳舊性撕裂傷外，於11點鐘方向亦有新淺層表皮撕裂傷，有慈濟醫院108年3月18日受理疑似性侵害事件驗傷診斷書可憑(見本院不公開卷第33至35頁)，參以告訴人證稱當天以前已經回娘家一段時日，108年3月18日是約好要談離婚事宜(見本院卷第266、271頁)，被告亦稱告訴人3月初離開後就沒有回來等語(見偵卷第29頁)，足見被告於108年3月18日當日確實有與告訴人為性行為，被告辯稱當天未發生性行為云云，實與事實不合。(四)被告係以違反告訴人意願之方式對告訴人為性交行為：……告訴人於偵查及本院審理時，均已明確證稱被告當天對其為性交行為乃違反其意願，於審理時亦證稱：「被告壓我跟脫我衣服，剛好那天生理期，他比較壯，壓住我的頭叫我口交，用他生殖器拍我臉，我沒有口交，他就直接做了。」、「(你有無同意與被告發生性行為?)你覺得別人要性行為會用暴力嗎，用暴力我怎麼會接受，我早上是去跟他講事情的，哪有人把自己弄得全身都是傷。」、「(你當下是否對被告感到害怕?)很怕，因為他隨便一敲我可能就沒有了。」告訴人證述時復因思及案發過程，以至於情緒激動、哭泣，經審判長諭知暫休庭平緩情緒後，始能繼續進行交互詰問程序(見本院卷第267至276頁);再徵諸告訴人當天恰逢月經期間，有慈濟醫院108年3月18日受理疑似性侵害事件驗傷診斷書之紀錄可佐(見本院不公開卷第33頁);及告訴人當天至被告住處係與被告談論離婚事宜，業據告訴人陳明在卷(見本院卷第266頁)，被告亦供稱：甲女當天是來講離婚的事，甲女從3月初離開後就沒有回來等語(見偵卷第28至29頁)，足見108年3月18日當日被告及告

訴人之婚姻關係雖尚存續中，然依告訴人所陳，其等彼時已幾無夫妻情誼，而係分居及洽談離婚之階段，依其等當時之關係及告訴人適逢月經來潮之情形，難想像告訴人會同意被告對於其為性交，被告未經告訴人同意，逕壓制告訴人而違反其意願，強行以生殖器插入告訴人之陰道內，對之性交行為，自己妨害告訴人之性自主決定之意思自由，而屬違反告訴人意願之方法無訛。」臺灣高等法院花蓮分院 [109年原侵上訴字第10號](#)系爭判決除被告對該次性行為違反告訴人之意願有無認識外，其餘未作與第一審判決不同之認定。

足徵本案甲女自始即不願與被告發生性行為，而係遭被告以強制之方式，違反其意願為性交行為，被害人清楚拒絕被告本件性邀約，其意思並無「隱晦不明」或「半推半就」之情形。

(三)行為人對「違反被害人意願」有認識，但未達確定程度，並不阻卻故意

按刑法學通說之故意，係指行為人必須認識所有與客觀構成要件相關之事實情狀，進而決定為其行為之意思。對於強制性交案件，行為人只要認知到被害人反對的意願或至少認為被害人可能有反對的意願，而承擔實現構成要件的風險，行為人就有直接故意或間接故意。

本案被告BS000-A108034A於警訊、偵查及一審法院準備、審理程序均否認與告訴人曾發生性關係，至第二審準備程序始改口承認。系爭判決認為：「(三).....則在告訴人未明確將反對性交意思彰顯於外，被告依循先前模式，對告訴人為激情式之性交行為，尚難認被告有明知卻違反告訴人意願之情事。又告訴人明確證稱，這次性行為比較激烈，但被告沒有打我，則檢傷發現告訴人頸部4處抓傷、左胸抓傷1處、右胸抓傷1處、左肩胛抓傷1處、右後腰抓傷1處、左前臂抓傷1處、陰部11點鐘方向新淺層表皮撕裂傷等，以傷勢部位及程度，不

排除係性交過程所致之微傷。(四)綜上，縱係為婚配夫妻，任何一方之性意思自主決定權，仍應予尊重及保障，然性自主意思是否遭受壓抑，應考量夫妻間平日互動情形、性行為模式。本案被告向來以強勢方式主導夫妻性事，既尚存有因不解或誤會告訴人內心真意，而與之為本案性交行為之可能性，因欠缺主觀之犯意，自無法遽以本罪相繩。」

然而，告訴人甲女當天於慈濟醫院之驗傷結果為：「被害人最近一次月經108年3月16日；檢查結果欄顯示甲女有頸部4處抓傷(2X4公分、3X4公分、2X3公分、2X2公分)、左胸部抓傷(3X2公分)、右胸抓傷(1X4公分)、左肩胛抓傷(1X3公分)、右後腰抓傷(1X8公分)、左前臂抓傷(1X4公分)、陰部11點鐘方向新淺層表皮撕裂傷(0.1X1公分)等傷勢，有慈濟醫院108年3月18日受理疑似性侵害事件驗傷診斷書1份在卷可稽(見花蓮地院不公開卷第33至35頁)；另慈濟醫院急診檢傷護理評估紀錄表、急診病歷亦診斷甲女為「lower abdominal pain；sexual assault by husband」(見上揭不公開卷第36至49頁)。且甲女之傷勢確為新傷，亦經慈濟醫院覆以：病患至本院就診時，有就其身體傷勢拍照記錄；病患頭頸、胸腹、背臀及四肢部位抓傷皆為新傷。」等情，有慈濟醫院108年12月18日病情說明書及驗傷照片10張在卷可查(見上揭不公開卷第73至79頁)。原審判決遽認「且告訴人如遭被告以拖、拉之方式強行帶入屋內，何以當日檢傷結果也未見告訴人有挫、瘀之傷勢？」(見原審判決書第6頁第5至7行)，復認「則檢傷發現告訴人頸部4處抓傷、左胸抓傷1處、右胸抓傷1處、左肩胛抓傷1處、右後腰抓傷1處、左前臂抓傷1處、陰部11點鐘方向新淺層表皮撕裂傷等，以傷勢部位及程度，不排除係性交過程所致之微傷。」(見原審判決書第6頁倒數第4至7行)。被告於109年11月10日審判中僅承認「可能是因為我指甲太長，我們性交時弄到的傷。」(見原審卷第143頁筆錄)，然觀諸上揭慈濟醫院提出之傷勢

照片，顯非系爭判決所認「性交過程所致之微傷」。

依上述說明，本案告訴人已經明確拒絕被告本件性邀約。被告提出「誤認不違反被害人意願」答辯時，除非被告對其答辯盡提出證據責任，有證據顯示被害人對本次性邀約之態度有「隱晦不明」之情況，否則該抗辯並不成為有效爭點。被告對「違反被害人意願」有認識，但未達確定程度，並不阻卻故意。

(四)行為人縱有「包攝錯誤」，亦不阻卻犯罪之成立

故意之要求，並不包含對行為「違法性」有精確之認識；亦即，縱違法性認識有錯誤，亦不生阻卻故意成立之效果。最高法院 [101 年度台上字第 5068 號](#) 判決亦認為：「是故意之成立，以對犯罪構成事實有所認識且有實行之意願為已足，至不法意識並非故意之構成要素，縱違法性認識有錯誤，亦應循違法性錯誤之法理解決，不生阻卻故意成立之效果。」

再者，刑法分則所列出的各個條文，是立法者主觀上對法秩序想像之價值觀的具體表現，行為人只要其行為具有上述性質，就具有不法意識。以刑法第 221 條強制性交罪規範為例，只要客觀面所有條件中包含了充足此要素的事實情狀即已足；而在主觀構成要件方面，行為人若於行為時與立法者於法典所預立的不法情狀相符，即在「知」的方面，行為人認知到其行為、客觀等要件事實即可，應認為成立故意；至於行為人是否知道其行為在法律上屬於「強暴」、「違反意願」，對行為人所負刑責不生影響，應僅影響量刑而已。

行為人對法律規範「包攝錯誤」所產生之影響，我國司法實務雖較少表示意見，其中最高法院僅 [99 年台上字第 4026 號](#) 判決提到「包攝錯誤」是否影響故意犯之成立，惜未表示確切意見⁷⁸。我國第二審、

⁷⁸ 最高法院 99 年台上字第 4026 號判決表示：「上訴意旨略稱：上訴人之所以蓋用林水塗之印章於同意書上，並提出行使申請建築執照，係因建築法令變更，在急欲送件之情況下所採取之權宜措施，且係經林水塗之配偶林李守敏及自訴人林新堯之妻黃麗華代表自訴人同意後，始委託建築師辦理，即使提出申請之時不合建築法規，但事後可依建築法第三十六條之規定，補正

第一審判決對「包攝錯誤」討論亦少，但幾乎一致認為不阻卻故意犯成立。臺灣高等法院 [107 年度上訴字第 825 號](#) 判決即認為：「又行為人對於犯罪構成要件具有不法意識，並有意使其實現，通常即可認為行為人此一犯罪行為具有不法意識。而不法意識之內涵，並非指行為人必須精準認識其所觸犯之刑法條文為何，或是知悉違反哪一條特定刑法規定，只要行為人了解其行為是違反共同體之秩序而為法律所不允許，或就其行為之實質違法性有所知悉，即可認為行為人具有不法意識，再者，行為人對屬於構成要件要素之構成犯罪事實並無錯誤，只因對於法律規定在刑法解釋意義上之錯誤，致誤會其出於故意而在客觀上具有構成要件該當性之行為，並非刑法條款所包攝之行為而形成之錯誤，即屬包攝錯誤。行為人對於刑罰概念有所誤會而造成包攝錯誤，並不能排除構成要件故意（見林山田教授紀念論文集「刑與思」第 138 頁，林山田教授著「刑法通論」上冊增訂十版第 427、428、433、434 頁）。被告梁清錄雖認互易不為販賣所涵括，然依前揭說明，顯係對販賣之法律上意義理解有誤，惟此乃係包攝錯誤，不影響其有販賣毒品之故意及營利之意圖，且其就受被告李國華之託以毒品交換購毒者所交付之電視 1 部等自然事實有認識，並了解其行為是違反共同體之秩序而為毒品危害防制條例所嚴禁，堪認被告梁清錄具有不法意識，且此錯誤尚非不可避免，是其前揭所辯並無可採。」

臺灣高等法院 [106 年上訴字第 2837 號](#) 判決⁷⁹、臺灣高等法院臺南分院

繼承系統表以完成手續，並無行使偽造私文書犯行，所為亦不足以生損害於主管機關對建造執照之管理及林水塗之繼承人，充其量僅屬過失行為，應不成立犯罪，原判決誤認上訴人所為足生損害於公眾及他人，違背經驗法則、論理法則及民法當然繼承法則。又上訴人係因主觀上認為已得到林水塗所有繼承人之授權，自信所為並不構成偽造文書罪，屬於「包攝錯誤」，具有刑法第十六條所定阻卻或減輕罪責之事由，原判決未斟酌及此，亦有不適用法則之違誤。」

⁷⁹ 臺灣高等法院 106 年上訴字第 2837 號判決表示：「惟按行為人對於犯罪構成要件具有不法意識，並有意使其實現，通常即可認為行為人此一犯罪行為具有不法意識。而不法意識之內涵，並非指行為人必須精準認識其所觸犯之刑法條文為何，或是知悉違反哪一條特定刑法規定，只要行為人瞭解其行為是違反共同體之秩序而為法律所不允許，或就其行為之實質違法性有所知悉，即可認為行為人具有不法意識，再者，行為人對屬於構成要件要素之構成犯罪事實並無錯誤，只因對於法律規定在刑法解釋意義上之錯誤，致誤會其出於故意而在客觀上具有構成要件該當性之行為，並非刑法條款所包攝之行為而形成之錯誤，即屬包攝錯誤。行為人對於刑罰概念有所誤會而造成包攝錯誤，並不能排除構成要件故意（見林山田教授紀念論文集「刑與思」

[101 年上訴字第 349 號判決](#)⁸⁰、[臺灣高等法院 94 年度上訴字第 3835 號判決](#)⁸¹、[臺灣花蓮地方法院 102 年原花簡字第 158 號判決](#)⁸²均持類

第 138 頁，林山田教授著「刑法通論」上冊增訂十版第 427、428、433、434 頁)。本案被告雖對於「強盜」、「搶奪」之概念理解有誤，但對於其以安眠藥放入紅豆湯內予被害人飲用，以便強盜或掠取被害人財物之自然事實有認識，並符合其欲取得財物之行為目的，於是該自然事實之社會意義即具有與一般人相同評價，是被告仍具有強盜及搶奪之故意。且因被告亦知其行為是不被法律允許，故不法意識亦無欠缺，則被告上開辯解，顯無可採。」

⁸⁰ 臺灣高等法院臺南分院 101 年上訴字第 349 號判決認為：「按欠缺不法認識在刑法學說上原有故意理論及罪責理論之不同說法，然至第二次世界大戰之後，多數德國學者的通說均採罪責理論，亦即行為人主觀上欠缺不法意識而造成的禁止錯誤，僅影響罪責的程度，並不足以否定故意的存在，故仍然成立故意犯。又行為人對於犯罪構成要件具有不法意識，並有意使其實現，通常即可認為行為人此一犯罪行為具有不法意識。而不法意識之內涵，並非指行為人必須精準認識其所觸犯之刑法條文為何，或是知悉違反哪一條特定刑法規定，只要行為人瞭解其行為是違反共同體之秩序而為法律所不允許，或就其行為之實質違法性有所知悉，即可認為行為人具有不法意識。是如行為人對屬於構成要件要素之構成犯罪事實並無錯誤，只是因為對於法律規定在刑法解釋意義上之錯誤，致誤會其出於故意而在客觀上具有構成要件該當性之行為，並非刑法條款所包攝之行為者。行為人對於刑罰概念有所誤會而造成包攝錯誤，並不能排除構成要件故意（參見林山田教授紀念論文集「刑與思」第 138 頁，林山田教授著「刑法通論」上冊增訂十版第 427 至 428、433 至 434 頁）。」

⁸¹ 臺灣高等法院 94 年度上訴字第 3835 號判決表示：「又因所謂製造並不以從無至有為必要，「換裝槍管」之行為即為改造槍枝之行為態樣之一，屬製造範疇無疑，且在未經許可下，無論行為人係以何種方式將無殺傷力之玩具槍改變為具有殺傷力之槍枝，依一般人之社會通念，均不致誤認此舉具有正當理由而欠缺違法性，是就被告主觀上並非自信其行為為法律所許可，在客觀上亦無正當理由存在，故被告實無不知法律規定之情事。再者，若行為人對於所有事實情狀及其意義有完全的認識與理解，但卻因為其對於法定的構成要件要素為不正確的解釋，致使其認為所處的行為情狀非合於刑法上構成要件要素的描述，而對法律概念的範圍發生錯誤者，此即學說上所謂之「包攝錯誤」（參見林山田，刑法通論七版上冊第 332 頁），但在包攝錯誤的場合中，並不會阻卻構成要件故意，至多可能在主觀上欠缺不法意識，形成違法性錯誤；本件被告雖對於槍砲彈藥刀械管制條例之「製造」概念理解有誤，但對於其換裝貫通之金屬槍管的自然事實有認識，並且應該知道如此一來，該槍枝即具有殺傷力，此一結果亦經被告在山中試射，且符合被告換裝槍管之行為目的，於是該自然事實之社會意義即具有與一般人相同評價，是被告仍具有製造槍枝之故意，且因被告並無誤認換裝槍管成為具有殺傷力之槍枝行為是被法律允許的，已如前述，故不法意識亦無欠缺，則被告以此辯解，顯無可採。」

⁸² 臺灣花蓮地方法院 102 年原花簡字第 158 號判決認為：「按刑法第 16 條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」而立法理由則表示：按法律頒布，人民即有知法守法義務，惟如行為人具有違法性錯誤之情形，進而影響法律效力，宜就違法性錯誤之情節，區分不同法律效果。其中，(一)行為人對於違法性錯誤，有正當理由而屬無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻其犯罪之成立。(二)如行為人對於違法性錯誤，非屬無法避免，而不能阻卻犯罪之成立，然得視具體情節，減輕其刑。學理上認為「違法性錯誤」之類型包含：1.不知法規、2.包攝錯誤、3.違法性阻卻事由之前提事實錯誤等三種類型，所謂「不知法規」係指行為人不知有刑罰法規存在，而誤信自己的行為並不違法之情形；「包攝錯誤」係指行為人雖知悉有禁止自己行為之刑罰法規存在，但對該法規之解釋有所誤解；而「違法性阻卻事由之前提事實錯誤」則係阻卻違法事由之前提事實原本不存在，行為人卻誤認為存在，因而認為自己之行為被法規所允許。經查被告於警詢時辯稱：當時是地政事務所人員告知我說印章可以刻云云(見警卷第 3 頁)，又查被告於本院訊問時供稱：不知道不能刻別人的印章等語(見本院卷第 12 頁)，是被告所為之辯解係以涵括上開違法性錯誤之類型 1.不知法規及 2.包攝錯誤。惟刑法第 216 條、第 210 條、第 214 條及第 217 條規定，均係以國民得以週知的合理方式所公布、施行，而一般人民皆能處於得以認識之狀態；又地政事務所人員是否確實告知被告，法律規範允許被告實行前揭犯罪事實之行為等情，難以被告及其輔佐人片面之詞予以認定，且被告單憑地政事務所人員之意見而實行前揭犯罪事實之行為，亦難

似見解。

(五)行為人無論係基於性慾望或其他意圖，均構成本罪

按刑法之故意，係指認識犯罪之構成事實，進而決定為其行為之意思，其中決定為其行為之意思，皆有一定之遠因，即「動機」，通常動機與犯罪之成立無關，或以之為科刑時應予審酌之事項，然於特殊之犯罪，若以之為主觀之不法構成要件者，如刑法分則或特別刑法明文規定以「意圖」為成立要件之罪(英美法稱為“specific intent crimes”)，法律既明定為犯罪構成要件，故意圖犯在主觀上除須具備故意之構成要件外，尚須具備法定之不法意圖，否則其犯罪即無以成立。

從本條規定內容以觀，並未將行為人不法意圖做為主觀的構成要件，況被害人性自主之保護不應受到行為人的行為動機所左右。且行為人內心意圖為何，不僅曖昧不清，並難以證明。若除行為人故意之外，尚需將行為人犯罪動機作為成立要件，不僅勢必加深司法判斷之困難，對被害人性自主法益之保護更屬不足。

是以，最高法院 [101 年度台上字第 1739 號](#) 判決認為：「依刑法第十條第五項性交定義之立法相關過程，及刑法第十條第五項、第二款規定「稱性交者，謂『非基於正當目的』所為之下列性侵入行為：」「二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」，暨上開條文係為保護個人之性自主決定權，則關於性交行為之成立，並不以主觀上係以滿足性慾為必要，倘行為人主觀上有侵害他人性自主決定權之故意，即可認其具有強制性交之故意。」

最高法院 107 年度台上字第 1614 號判決亦表示：「然性交行為，已在刑法第 10 條第 5 項第 1、2 款明文規定其定義，只要行為人在

足認係基於主管機關之正式官方見解的信賴。職此，本件被告之犯行並無不知法規或包攝錯誤之違法性錯誤，被告及其輔佐人上述所辯，洵無足採。」

客觀上，以性器或身體之其他部位或器物進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合，即已構成，且有意不將行為人主觀上須有欲興奮或滿足性慾之性意識，納入該條項法文中，復於該法條的立法理由內，強調說明此係為維護被害人的性自主權及性尊嚴。足見「猥褻」與「性交」²行為，在行為人主觀上，需否具有欲興奮或滿足性慾之性意識，顯有不同，自不得以「猥褻」係「性交」之前階段行為，且強制性交罪之法定刑較強制猥褻罪為重，即依「舉輕以明重」法則，遽認「性交」行為，亦應與「猥褻」行為，同以行為人在主觀上須具有滿足其個人性慾為必要。」

本罪之成立，只須行為人在主觀上有以違反意願手段達到性交目的的認識，並無行為人主觀意圖或目的之限制，行為人無論係基於滿足性慾望之意圖或基於夫妻和解之意圖，其動機雖有不同，僅為量刑參考因素，均構成本罪。

肆、結論

綜上，本署認為刑法第 221 條第 1 項強制性交罪，行為人之性行為是否「違反被害人意願」之判斷，應以被害人對行為人該次性邀約是否清楚拒絕為準，只有當有證據顯示被害人對本次性邀約之態度有「隱晦不明」之情況，才需綜合考量「雙方平日互動情形」、「性行為模式」等因素；若認定「違反被害人意願」，行為人對其性行為可能「違反被害人意願」有認識，即使未達確定程度，仍構成該罪。乃原判決違背我國主流學說，復悖於主要參考國家如美國、德國之立法例及實務見解，本案所涉之法律爭點一最高法院先前有分歧見解，且見解具原則重要性；爭點二法律見解具原則重要性，實務經常發生，均應提案予刑事大法庭裁判，並一槌定音，爰依法院組織法第 51 條之 4 提出聲請。並請撤銷原判決，另為適法之裁判。

此致

最高法院

中 華 民 國 110 年 4 月 9 日

檢察官 洪泰文
陳瑞仁
蔡秋明
吳巡龍
林俊言
黃則儒

伍、附件清冊

附件 編號	附件名稱	頁碼
1	California Penal Code § 261	
2	California Penal Code § 261.6	
3	California Evidence Code § 500	
4	California Evidence Code § 115	
5	People v. Williams, 841 P.2d 961 (Cal. 1992)	
6	Tyson v. Trigg, 50 F.3d 436 (7th Cir. 1995)	
7	Johnson v. State, 419 S.E.2d 96 (Ga. App. Ct. 1992)	
8	2016年7月6日法律及消費者保護委員會之決議建議及報告，即加強對性自主保護之刑法修正草案，德國聯邦議會第18屆會期，公報18/9097。 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, 06. Juli 2016, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/9097)	22-23 頁。