

從兒童性侵害案件看兒童性同意權與證述能力

陳昱如*、周愷嫻**

目 次

- 壹、研究背景與問題
- 貳、文獻探討
- 參、訪談司法及精神醫學實務界的看法
- 肆、建議

摘 要

民國 99 年引發白玫瑰運動的兩起兒童遭性侵害案件，案件中之被害兒童過於年幼，法官以「客觀上難以證明有違反其意願之方法」等理由，難以認定性侵加害人為強制性交罪，後以「與未滿 14 歲之男女為性交」定罪，導致社會大眾的批判，最高法院即以 99 年第 7 次刑庭決議來解決紛爭，但此決議並未根本探討兩案件中，兒童性自主權、性同意權與證述能力問題。本文透過訪談兩位法官、兩位臨床心理師及一位精神科醫師，希望從實務界、跨領域的角度，討論兒童是否能行使自身性自主同意權之判斷依據、兒童證人證詞及專家學者鑑定對於法院認定兒童性同意權的影響因素。研究發現，多數受訪者認為國家需限制兒童性自主權，但在兒童性侵害案件中，最難以證實是否違反其意願；且兒童證言可信度難以判斷之下，法院定罪仍多仰賴頗有侷限性的生物跡證。另一方面，專家證人之鑑定報告，僅為法官參考佐證。在目前研究與實務困境無法解決下，年齡似乎是認定兒童強制性交罪較為客觀無爭議的基準線。根據研究發現，本文建議未來對於兒童性侵害案件，被害人未

* 陳昱如，臺灣高雄少年及家事法院心理輔導員，國立臺北大學犯罪學研究所碩士，
E-mail: ariel77716@hotmail.com。

**周愷嫻，國立臺北大學犯罪學研究所所長，美國紐約州立大學社會學博士，
E-mail: sjou@mail.ntpu.edu.tw。

滿十二歲者，適用刑法第 222 條，已滿十二歲至未滿十四歲者，法院實施強制專家鑑定，以判定其性行為同意權。此外，法院應該致力提高兒童證詞偵訊技巧並建立專家鑑定制度。

關鍵字：兒童性侵害、兒童性行為同意權、兒童證人、專家證人

Understanding Children Sexual Consent and Testimony

Chen, Yu-Ju*, Jou, Su-Syan*

Abstract

Two cases of child sexual assault that triggered White rose movement in 2010, child victims were too young and it was hard to prove their sexual consent, the judges ruled that “no objective and subject evidence indicated the sexual conduct was against the child’s will” and convicted offenders based on Criminal Code 227, instead of 222. Due to the criticism from the public, the Supreme Court called for the 7th criminal divisions meeting in 2010 to solve the disputes. This paper interviewed 2 judges, 2 clinical psychologists and a psychiatrist and intended to understand how to determine children sexual consent and improve their witness credibility and reliability.

The paper found that most of interviewees agree that the State should restrict children sexual behavior, however, based on the current legislation, the courts need to prove victim’s content as a main criteria to convict the offense. In child sexual assault cases, one of the most difficult part in the trials is to determine the child’s consent. Courts usually prioritize the forensic evidence first and ambiguous about the creditability and reliability of children’s testimony. Furthermore, expert reports are used as a referenece without any legal binding. This paper suggests a revision of legal sexual consent age. Children under 12 should be seen as no sexual consent liability, and age between 12-14 should be subject to psychiatric compulsory evaluation on their ability to consent their sexual conduct. Further, courts could improve their techniques of interviewing child victims and establish an expert evaluation system.

* Chen, Yu-Ju, Taiwan Kaohsiung Juvenile and Family Court psychology counselor, Master of National Taipei University Graduate School of Criminology, E-mail: ariel77716@hotmail.com

**Jou, Su-Syan, National Taipei University Graduate School of Criminology Professor,
E-mail: sjou@mail.ntpu.edu.tw

Key Words: children sexual assault, children sexual consent, children witness, expert witness

壹、研究背景與問題

2010年2月6日，男子林某在高雄地方圖書館旁，將一位六歲女童抱坐在其左大腿上，使女童面向其右腿，並將左手繞過女童背部環抱，旋即再以右手伸入女童所著運動長褲內，隔著內褲撫摸女童陰部，並以右手中指插入女童性器內性交得逞，其後遭民眾喝止，並以現行犯遭警方逮捕。檢方依最輕本刑7年以上的「加重強制性交罪」起訴，求刑7年10月。高雄地方法院，於一審判決¹時，依據被告自白並未使用暴力，且證人指出並未見女童有反抗的動作，且亦無哭泣求救，因此，法院認定林某無客觀明顯的使用強暴、脅迫等強制力手段，犯行「未違反女童意願」，改依刑法227條，3年以上、10年以下的「與未滿14歲男女性交罪」，判處3年2月徒刑，引發社會民眾的不滿。

2006年3月29日，男子吳某至友人位於高雄市住處打麻將時，因到場之牌友共有5人，被告吳某遂主動退出牌局，然其卻帶一位牌友之未滿4歲女童外出遊玩，騎乘機車將女童載至吳某住處，脫去女童內褲，進而以手指、眼鏡及吸管等物插入女童之性器，對其強制性交得逞。本案於高雄地方法院一審時，以女童偵訊時之筆錄清晰可採，對於關鍵情節皆能詳細描述，判被告吳某有期徒刑4年6個月，後上訴至最高法院高雄分院，法官亦採信女童證詞，且被告吳某之測謊未通過，遂重判吳某有期徒刑7年2個月。然而，在2010年8月5日，最高法院合議庭審判此案²時，認定「女童的證詞、驗傷診斷書均無法證明被告有違反女童意願」，以「實際上未違反意願，只能成立對未滿十四歲男女性交罪」為由，將二審判決撤回並發回更審。

兩起於2010年發生，判決經媒體、網路報導後，引起一連串撻伐及連署、抗議活動。多數民眾認為6歲女童無法理解何謂「性交」進而去抗拒，且3歲女童哭喊不要，當然表示違反其意願。此二件法院判決使長久以來民眾所信賴之公平正義瞬間瓦解，網友成立「正義聯盟」，與民間團體於2010年9月發起「白玫瑰運動」³，

¹ 高雄地方法院99年度訴字第422號判決參照。

² 最高法院99年台上字第4894號判決參照。

³ 925白玫瑰運動，正義聯盟官方新聞網，2010年9月20日，網址：<http://www.xteam.tw/329>。「白玫瑰運動」是三十萬人為關心孩子未來跟婦女的安全而起，我們希望以柔和並對所有參與活動的人的安全為最高指導原則，因此謝絕所有有政治目的或者是政治熱愛者的加入。畢竟，我們在乎的孩子跟婦女是沒有標籤、沒有藍綠的，他們的安全需要我們一起維護，所以太過激進的活動跟言詞，對孩子也是一種傷害。於民國99年9月25日於總統府前凱達格蘭大道上街「柔性」抗議，以穿黑衣、不喊口號、不舉白布條，「只有手持象徵孩子純潔的白玫瑰，悼念司法已死」，活動訴求為：一、建議妨害性自主的保護對象：(1)由七歲以下擴大十四歲以下。(2)身心障礙者。二、關於孩童受性

其用意係為保護兒童及身心障礙者免於遭受性侵害危險，並提出修法方向、預防性侵害措施等。最高法院為彌平眾怒、解決「對6歲女童為性交不能以加重強制性交罪論處」的困局，特地召開刑庭決議決定對未滿7歲的幼年男女為性交，無論有無實行具體違反其意願之方法或行為，一律當成第222條的加重強制性交罪處理⁴。

備受輿論爭議之2起案例，被害女童為3歲及6歲，其究係不知抵抗，還是同意發生性交行為，此不無疑問。在現行法制下，高雄地方法院及最高法院的判決並無違背法令之情形，但年齡如此小的兒童是否瞭解「性」行為的意義，而應賦予性自主權？若性侵害兒童的案件，經常因法條規範而遭輕判，自然對於潛在加害人毫無嚇阻效果。故，能提出對於性侵害被害兒童同意權之判斷是本文的期許。

另外，根據衛生福利部的統計：於2015年，0歲至未滿6歲兒童性侵受害者有235人；6至12歲的兒童，則有903人遭到性侵。為數不少的案件，在實務審理時，礙於其犯罪之隱密性，案發現場除當事人外，鮮少有其他人在場，再加上被害人常不願讓他人知曉被害事實而延遲報案，或現場證物遭破壞而蒐證困難等因素，此種案件經常只能仰賴被害人之單一證詞，與被告之供述相互對抗。然而兒童其理解、表達能力均尚在發展階段或導因於性侵害事件身心受創所致，無法清楚指述犯罪事實的時間、地點及行為方式，因此，如何確保兒童證詞之可信性，如何判斷兒童證詞是否可信之議題也格外重要。

貳、文獻探討

一、兒童性自主同意權的行使能力

在現實情況中，最高法院99年第7次刑庭決議所劃分的7歲與14歲，其年齡的範圍在身心發展上有極大差距，在認知與意思表達能力上亦明顯不同，所以本文認為以決議內容以7歲與14歲作為兒童及少年的劃分界線有不妥之處。本文引述下列性心理發展的相關理論與見解，並以此作為基礎，探討幾歲的孩童應能對性具有

侵害之後，在偵查庭到每一審的準備庭、審理庭及言辭辯論庭，建議皆應有兒童心理專家全程陪同受害者出庭。三、針對不適任法官的評鑑與退場，不受憲法終身職保障。

⁴ 最高法院99年第7次刑庭決議參照。決議內容最後採取丙說，內容如下：「倘乙係7歲以上未滿14歲者，甲與乙合意而為性交，甲應論以刑法第227條第1項之對於未滿14歲之男女為性交罪。如甲對7歲以上未滿14歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿7歲者，甲均應論以刑法第222條第1項第2款之加重違反意願性交罪。」即對未滿14歲之人性交均以加重強制性交罪為處理原則，被害人在7歲以上未滿14歲者，若能證明被害人有合意時則例外適用第227條與幼年男女性交罪，被害人若未滿7歲者，則因認定其為無同意能力人，故沒有例外，一律認定已妨害被害人性自主決定之意思自由，均論處第222條之加重強制性交罪。

認知，且產生對於性有表達意願與否的能力。

精神分析之父佛洛伊德（Sigmund Freud）以「性」的概念為軸心論點發表人格發展理論，其認為在青春期（男生約在 13 歲，女生約在 12 歲以後）會開始了所謂的兩性期發展，男、女童的性器官漸趨成熟，心理與生理也各自顯現出各自的性別特徵，兩性的各項差異日趨顯著。性需求轉向同年齡的異性，開始有了兩性生活的理想，與婚姻家庭的意識，人的性心理發展漸趨成熟。

瑞士認知心理學家皮亞傑（J.P. Piaget）之認知發展理論（Cognitive Development theory）亦認為形式運思期（12 歲-成年）始能表現出抽象思維能力和從可得到的信息做出結論之歸納能力。皮亞傑表示當兒童進入青春期，許多人可以熟練解決假設命題並使用演繹邏輯作為系統性解決問題的方法：若 A，則 B。即便如此，個體仍有差異性存在，甚至有些個體認知發展並不會到達形式運思期。因此，年齡大的兒童不見得較年齡小的兒童之語言證明力就提高，也因為其他因素，即使兒童認知能力處於較高發展階段亦不等於證詞可信。只是隨著兒童認知能力發展到不同階段，其思考模式及對世界的解釋就不同，瞭解其認知發展階段能夠幫助判斷語言證明力的程度，理解兒童真正所要表達的意思為何。

美國心理學家 Kohlberg 認為，七歲以後的兒童會開始知道因為身體結構的差異，所以與異性在性別上有所差別，並且知道自己與同性之間的相同之處，也因為身體結構上的不同，所以兒童會對性別的概念有更深入的理解，瞭解男女生基本上具有生殖器的差異存在，並且會對生殖器相同的同性產生性別認同，並影響與性別有關的行為，對於自己的性別多半給予正面的評價。

按性心理發展理論，7 歲左右的兒童方能對自己的「性別」產生認同，並且了解男女之間的性別差異，但需要到 12 歲的青春期中，心理與生理才會漸漸顯現出各自的性別特徵，此時兒童的認知能力若能獲得充分的發展和統合時，便能培養出功能良好的運思能力，能對世界運行的事物進行解釋，而性器官成熟後，男女亦會對自己的性別角色產生理解，去完成社會期待的行為與思考模式，性心理發展漸趨於成熟固定。兒童一般須至青少年期（約 12 歲）時認知能力才發展完全、對性自主權始有初步理解，在此之前的兒童無法完全理解「性」的意義，甚至不知道什麼是性交行為，故探討其對於性交同意與否之判斷，或賦予其完整的性自主權並無意義，因年幼兒童對於性之意願不明或不知同意，容易形成「無法證明同意亦無法證明違反意願」之判決盲點。

二、兒童證述能力

(一) 兒童記憶可否採信？

美國著名的鑽研認知與記憶的心理學家 Loftus 在多年擔任辯方證人的經驗中，以其對記憶的研究，發現到有不少被誤判的案件，Loftus 根據多年的研究認為，記憶的改變通常是不自覺的，記憶的扭曲也是漸進的過程，不是思考之後的結果，孩童可能受到暗示而有扭曲的記憶，成人的記憶也可能充滿矛盾(林淑貞譯，2001)。顯然依據記憶所為的陳述常與事實有所出入，更何況是出自於注意力及知覺力較成人更為不足的兒童。

Newton and Hobbs (2015) 亦進行了一個模擬記憶受損對於回憶兒童性侵害資訊有無影響的研究，該研究參與者為 144 名成人(包含 71 位男性、73 位女性，年齡層為 18 歲至 31 歲)，參與者皆閱讀兒童受性侵害的故事後，第一階段的測驗讓參與者分為回憶講述完整的真實故事(真實組)、講述故事但將兒童受性侵害資訊忽略(忽略組)、講述故事時刻意誇大兒童受性侵害資訊(犯罪組)、假裝根本無法回憶故事(未排練組)等共 4 組，經過一週之後，再進行第二階段測驗，讓所有參與者回憶並敘述上次閱讀的兒童受性侵害故事，結果發現，相較於真實組的回憶表現，忽略組、犯罪組和未排練組確實較少正確的細節報告，顯示第一階段的操弄將影響第二階段的記憶精確性，因此 Newton 等人認為延遲揭露事件的時間(未排練組)以及模擬記憶受損的狀況(忽略組或誇大組的形式，本文認為是記憶受教導、隱瞞或竄改的情形)，則對事件的真實記憶將產生負向影響，即使是對成人亦如此。顯示在兒童受性侵害案件中，如果因為恐懼和尷尬使得被害兒童延遲揭發性侵害案件，或受到外力影響，使被害兒童創造新的錯誤故事去誇大或忽略性侵害事件的真實情況，都將使得被害兒童較難再回憶並陳述案件的真實內容。

(二) 兒童證言是否更易被暗示？

Loftus 曾做過一個實驗，將輕微的創傷記憶植入兒童受試者，在兒童家人的暗示下，請兒童受試回想自己約 5 歲時在大賣場走失的經驗，但這件事其實已確認從未發生。起初受試兒童對於該經驗沒有任何印象，幾天之後，兒童對於這件事卻有了鉅細靡遺的回憶。後續的研究以更多受試者為樣本(24 名)，研究發現約有 25% 的受試者經過訪談後，會無中生有的記起自己走失的經驗。上述研究的比率驚人，顯示兒童容易出現記憶植入的現象，記憶的表徵並不若成人固定，且容易遭到扭曲。這個研究其實也顯示了兒童順從性的問題，兒童比起成人更具順從性，更想討好研究者，會更容易接受錯誤訊息。兒童容易順從於成人的信念，是因為他們往往認為當研究者問他們問題時，其實早就知道答案，就像生活中其他的問題一樣。年幼的

兒童更是難以理解別人知道什麼或不知道什麼，因為他們尚未脫離自我中心的認知模式，因此，年幼的兒童更容易順從於暗示性問題。整體而言，3-5 歲的孩子是最容易受到暗示的一群，年紀較長的孩子則相較之下較不易受暗示。

McAuliff, Lapin and Michel 等學者（2015）亦進行一項有趣的觀察實驗，去檢視被害兒童如果身邊有支持者陪伴出席法庭時，是否會影響陪審員之觀感。其以 200 位符合陪審團資格的社群團體（男女各 100 位），拆成兩組去觀看一位 11 歲女童在法庭上陳述遭性侵害之證言的 DVD，一組觀看的影像畫面中有一位中年白人女性支持者坐在該女童旁邊，偶爾兩人會有眼神接觸，但沒有任何互動或是碰觸；而另一組觀看的影像畫面則沒有任何人陪伴女童出席。研究結果發現，擔任陪審員的參與者認為當支持者存在時，被害兒童的陳述較不精確和不可信賴，且觀看有女性支持者組別的參與者更相信該女性支持者可能曾經指導被害兒童如何陳述，且在出庭陳述前曾花大量時間和被害兒童在一起。因為參與者通常會期待兒童應該出現緊張、不安和流淚的語言或語言的行為，然而支持者的存在會與違反參與者之期待程度呈現正相關，故研究顯示僅僅有支持者坐在被害兒童旁邊，就可能不經意的影響到他人對於兒童證詞的精確度及可靠度之信任程度，故社會大眾普遍認為兒童證詞受到污染與教導的可能性很大，也許這是兒童證詞較少被法庭採納的原因之一。

（三）詢問方式易誘導兒童證人？

依兒童心理學研究，孩童之記憶是較成人為差，發生錯誤記憶的意外亦較多，且比較容易受到暗示影響，尤其年紀越小的兒童更容易受到引導式問題的影響，容易把現實與想像相混淆，用自己虛構的內容來補充記憶中殘缺的部分，把主觀臆想的事情，當作自己親身經歷過的事情來回憶，這種現象並不意謂孩童說謊，而是孩童心理發展不成熟的表現，因此兒童證人縱然可能並未說謊，但其證言卻不具可信度，原因就在於他們的記憶容易受到誤導，當真實與想像融成一體時，不只是兒童，連專家都分不清。在實務上如何減少詢問時對於兒童證言被誤導與污染，已經變成一種必要的課題。

Schaaf, Bederian-Gardner and Goodman（2015）對於 4 歲及 6 歲的兒童能否遵照指示去忽略錯誤資訊進行研究，第一階段先讓所有參與研究的兒童進行遊戲事件，經過兩個禮拜之後，在第二階段的記憶詢問前，將兒童拆成 3 組，一組為沒有接收到任何錯誤資訊的兒童，一組為兒童之父母有給予該遊戲事件的錯誤資訊，一組為兒童之父母雖給予該遊戲事件的錯誤資訊，但詢問者有指導並提醒兒童不要按照他們父母提供的資訊來回答，研究結果發現兒童確實非常容易受到錯誤資訊的誤導，但是詢問者的指導與提醒，能夠幫助被誤導的兒童提取原始的遊戲事件記憶，而且

6歲的兒童效果比4歲的兒童更顯著。因此Schaaf等學者認為，重複的誘導詢問和兒童困惑的心情，會讓兒童以為錯誤的資訊才是詢問者想聽到的，錯誤資訊也會漸漸損害兒童的真實記憶，因此會促使兒童提供錯誤資訊，但事實上兒童的真實記憶仍有保存的可能，此研究顯示詢問者的詢問方式是有助於提高兒童證詞正確度的，經過指導與提醒勿以該錯誤資訊回答，是有辦法讓兒童提取真實記憶的。

三、專家證人對兒童性侵害案件之鑑定標準

性侵害案件中的專家作證，專家可就背景資訊、既存個案資料、專業上之評估等三方面來發展並提供其對兒童之所不敢揭露遭受侵害原因之意見，更重要的是讓檢察官、法官瞭解性侵害的基本概念、兒童遭性侵害的症狀等，以協助其瞭解這類創傷的學理與臨床徵候。

目前文獻上提及兒童性侵害被害後創傷文獻中，Finkelhor & Browne (1985) 以創傷動力模式 (traumagenic dynamics model) 指出，性侵害事件對於兒童受害人在認知與情緒能力方面的影響，並指出會有四大部分的影響：

1. 創傷的性經驗 (traumatic sexualization)：兒童經歷到性傷害後，對於性態度和性感受產生扭曲的觀點而產生創傷性的性行為。因在其遭受性侵害的過程中學習到透過性行為可以獲得注意，使性行為成為一種手段、工具，於是造成了性關係混亂或從事性交易；另一部分也可能發展為恐懼、害怕或厭惡性行為，影響個人的性功能，以至於成年期無法發展正常性關係和親密關係。
2. 汙名化的自我 (stigmatization)：被害人感受到自己是「壞、髒、丟臉、不清白」等訊息，形成負向的自我概念，使之常處於自責、羞愧、罪惡感、壓抑的憤怒等情緒，失去信任的能力，並且可能會發生藥物濫用或自傷等無法自主行為觀點。
3. 被背叛的經驗 (betrayal)：被害人發現所依靠的人並不值得信任，他原來所依靠的重要他人，卻因為相信他而遭受到性侵害，尤其是遭受熟人或親人性侵時，會令受害者難以再對人產生信任，對自我、權威人物、世界的看法與信任感皆受到影響，受害者容易形成憤怒、敵意、孤立隔離、阻礙了人際親密關係的建立。
4. 無助感的自我 (powerlessness)：性侵害事件會讓受害者對自己的身體失去控制感，無力感也伴隨著被侵犯的強烈恐懼感而來，尤其是被權威性的人物侵犯時更是如此，如果事後受害者的控訴不被相信、反遭指責等二度傷害，將使被害者的無力感更加沉重；尤其兒童本身就是較成人為弱勢，在生活上需要很多的依賴和協助，當性侵事件發生在童年時，由於加害者對孩童生活上

擁有某些控制力，特別當加害者是兒童身邊的重要他人，這都更將形成兒童的無助感。依據臨床經驗提出的兒童性侵害創傷鑑定方式。

學者 Sgroi (1982) 亦提出兒童性侵害症候群 (child sexual abuse syndrome, CSAS) 概念，將兒童性侵害概念化為是成人運用其權威與權力去壓迫兒童，使其在性方面順從，致其在情緒上、發育上、認知發展上受損，受害兒童會認為身體上的傷害是無可彌補或逆轉的，並伴隨著恐懼、罪惡感、憂鬱、沮喪、低自尊與社交技巧低落、壓抑的憤怒、失去信任的能力、失控損壞物品的行為、模糊的家庭角色界線、偽早熟與無法完成發展任務、無法自主等反應，此症候群包括 20 項有關兒童遭性侵害的行為指標。

此外，創傷後壓力症 (Posttraumatic Stress Disorder, 簡稱 PTSD) 相關研究發現，兒童遭受到性侵害是相當高壓力的創傷事件，若兒童出現符合 DSM-V 有關於創傷後壓力症的診斷標準，亦可作為推斷兒童性侵害案件確實度的評估向度，其基本特質是在暴露於某種極度創傷性的壓力源之後所發展出的特徵性症狀，其診斷標準包括：

1. 曾經直接的或間接的遭遇某種極具威脅性的壓力源，個案對這些事件的反應出現強烈的害怕、無助感或恐怖感受，在兒童身上則為出現混亂或激動現象；
2. 持續再度體驗此種創傷經驗，其重複體驗的形式包括常出現充滿痛苦的回憶或是反覆性的夢見此種痛苦經驗，更嚴重的患者會表達其出現解離反應；
3. 持續逃避與此創傷有關的刺激，會盡力逃避與創傷有關的思想、感受或談話，或是逃避會引發創傷回憶的活動、地方或人們；個案也可能逃避回想其創傷事件的重要部份，透過對外在反應減少的神經麻木現象減緩痛苦；或是個案會出現對先前喜愛的活動降低興趣或減少參與，以及出現對他人疏離的現象等；
4. 與創傷事件相關的認知上和情緒上的負面改變，始於或惡化於創傷事件之後，例如無法記得創傷事件的一個重要細節、持續負面情緒和扭曲的認知，導致責怪自己或他人、無法感受正面情緒等；
5. 持續有警醒度增加的症狀，而在創傷發生之前並不存在；例如個案很難入睡或是很難集中注意力，或因此一再作惡夢，或是出現過份警覺、或過度驚嚇反應、或是容易發怒等情形；
6. 表現完全症狀的時間超過一個月；
7. 此障礙已經造成個體臨床上的重大痛苦，或損害個體社會、職業或其他重要領域的功能；
8. 困擾無法歸因於某物質的生理效應 (例：藥物或酒精) 或另一身體病況所致。

(臺灣精神醫學會譯，2014)

綜合前述研究發現，兒童受到性侵害後的創傷症狀，有其脈絡與證據可證實，若法院委由專家鑑定，仍可以從報告中找到兒童性同意權的佐證證據。

參、訪談司法及精神醫學實務界的看法

本文希望能從司法及精神醫學的實務運作中，瞭解實務界係如何看待被害兒童證言、如何採納專家證人鑑定報告、如何判斷加害人有違反被害兒童性自主意願及如何確認兒童心智能力足以行使性自主同意權等問題，希冀結合兩領域的觀點與衝突去正視引發社會衝突之法律問題。故以立意取樣方法選取受訪者，透過與司法人員及心理諮商輔導人員的一對一深度訪談(in-depth interview)方式做為資料蒐集方式，以了解其對於兒童法律及心理相關之實務經驗、個人主觀詮釋，以及對性侵害被害兒童心智狀態的主觀經驗，蒐集訪談資料以資訊飽和為原則，本文選取研究對象：曾處理過兒童遭受性侵害事件經驗之專業人士，包含兩位資深法官、一位精神科醫師、一位兒童心智科臨床心理師，以及一位有輔導性侵害加害人、被害人豐富經驗之心理師擔任受訪談者。

經文本分析受訪者之訪談逐字稿後，分析歸納如下：

一、國家仍需限制兒童性自主權

為何國家以法律強制限制幼年人自由行使性自主的權利？受訪者一致認為，兒童對於「性」根本缺乏自主能力。人的自由意志如果受到干涉，行為及思想就會變得不自由，此干涉力量如果來自他人，則刑法會對此限制他人自由的行為人加以處罰，例如第221條強制性交罪、第228條利用權勢性交罪；而如果人因處於精神疾病、心智能力欠缺等因素而意志不自由，他人卻利用這個「自我干涉」之狀態遂行其願，則刑法亦會介入處罰，例如刑法第225條趁機性交罪；按照此理，由於幼年人生理及心理尚未發展成熟，對於性的概念與意涵認知尚未健全，因此對自身的權利無法充分理解，類似處於一種「自我干涉」的意志不自由狀態，所以不論幼年人同意或不同意，只要行為人知道對方是對性處於無知狀態的幼年人，而仍執意與其發生性關係時，立法者為了保護年幼孩童身心健康發展權不受侵害，則會對行為人進行懲罰，此即明定第227條與幼年之男女性交罪之原因。因此，法律為了保障對性無知的人，不惜採取「禁止」的方式，正是要防止人的無知被有惡意動機之他人所利用，雖然年齡不是一個最好的劃分方式，但卻能畫出一條界線，藉由醫學、心理學的概念，說明過早性行為對於幼年人生心理的可能危險性，並「推定」幼年人尚無法有充足

的時間去學習各種性知識。

本文受訪者普遍認為身心發展尚未健全的男女，因心理抵抗能力弱，皆提及兒童受到性侵害將會出現Finkelhor與Browne創傷動力理論中的4大概念，例如創傷的性經驗將影響被害兒童在成年時，無法發展正常性關係和親密關係、社會加諸的污名化自我，使被害兒童產生負向的自我概念、家內或熟人性侵將產生被背叛的經驗，破壞兒童安全感及信任感的建立、無助感的失序生活將讓被害兒童失去控制感等情形，故性侵害行為將對被害兒童之身心發展、人際關係、自我價值觀形成重大負面影響與扭曲，甚至造成性偏差之心理疾病，為保護兒童身心健康的完善發展的立場，故本文受訪者皆支持國家以刑罰介入兒童性侵害案件是被社會所期待的。

二、兒童性侵害案件，「違反意願之強制手段」為構成要件之一

刑法第221條於1999年修正前，稱為強姦罪，條文內容為：「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...姦淫未滿十四歲之女子，以強姦論。」刑法修正後，稱為妨害性自主罪，條文內容為：「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性交者...」⁵。同時於第227條增訂第1項：「對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」第227條第1項之修正理由為：「現行法第二百二十一條第二項「準強姦罪」，改列本條第一項。」如上所述，修正後的第221條係將強制性交罪之構成要件從「不能抗拒」至「違反意願」，被害人是否抵抗已不在考量之列，即使未曾抵抗，只要手段達違反意願之程度即可成立犯罪。手段達到違反意願之程度，與不能抗拒一樣，都是一個程度上之形容詞，與「是否違反意願」及「是否得被害人同意」有明顯之不同，既然如此，在認定上應採客觀之立場而非主觀之立場，換言之，應係以「客觀上手段是否達到可能違反被害人意願之程度」作為判斷標準，而非以「被害人是否表現出違反意願之意思或行為」作為判斷標準。

然而，本文在訪談過程中，受訪法官雖會盡量表示其是願意相信被害兒童的遭受性侵害的陳述，但只要問及有關論罪科刑依據的問題時，都會表明是否成立強制性交罪的真正考量點，就在於有客觀證據能證明行為人有使用「強制手段」達到性交之目的，亦即該「其他違反意願之方法」如何違反被害兒童之意願需要被證明，

⁵ 當年第221條的修正理由為三點：1、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」。2、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。3、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」。

該方法必須與強暴脅迫的手段等同，且與接續的「性交結果」具有因果關係，因此法官認為鑑定項目除了鑑定有無發生性交結果外，也必須看加害人在進行性行為的過程中使用何種「強制力」，據此法官才會認定成立刑法第221條強制性交罪，如果客觀上行為人沒有強制手段，且被害兒童如果沒有表示不願意發生性關係，或根本沒辦法對性表達同意與否（過於年幼）時，則法官無法判斷加害人之性交行為係違反被害兒童意願。

經過訪談發現，我國實務界確實仍如同台灣大學法律學系副教授陳昭如教授所述⁶，縱使修法後刪除「不能抗拒」之敘述，法官於認定是否違反當事人意願時，卻仍著重於當事人是否能抵抗而不為之、或有抵抗但未盡力，反而使「不能抗拒」成為一種「幽靈構成要件」。如果客觀上沒有以物理或心理手段壓制被害人之行為，在「罪疑唯輕原則」拘束下，則不可認定行為人有違反被害人性自主權之意願，這種將「未為抗拒」、「聽任擺佈」視為「沒有違反意願」的見解，完全忽視了性侵害往往發生在權力關係不對等的條件下，對被害人性自主意願的忽略、積極或消極的壓制，不一定是強暴脅迫式的強制，當事人也不一定（甚至很難）會積極反抗，這並非性侵害女童案的特例，而是強制性交案件判決中常見的狀況。

以往的實務見解⁷並非全然無法變通，亦有法官認為，既然手段有無達不能抗拒之程度，應依社會一般觀念判斷，那麼，手段有無達到違反意願之程度，也應依社會一般觀念判斷。本文文獻探討之高雄地方法院99年度訴字第422號判決及最高法院99年台上字第4894號判決2個案例，依3歲、6歲女娃之年紀、精神狀態、知識程度，只要不是正面說出「我要性交」、「我同意被你下藥」，都應認定為違反意願（基本上3歲、6歲的幼年人也不太可能說出這些話）。例如還不會自己穿、脫衣服的幼年人，行為人強行脫其衣褲，並將手段、異物進入其性器官，恐怕就已經達到了「強暴」的程度。

受訪之專家學者提出之概念則較貼近一般社會通念之精神，認為以下情形皆屬於違反意願：

1. 兒童自己陳述有主動推開或撥開加害人之抗拒行為；
2. 性心理尚未成熟，根本不了解性交行為的意義之兒童，應認定其不具備對性

⁶ 陳昭如（2010）。「不能抗拒」的幽靈。蘋果日報電子專欄。取自

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20100915/32814028/>

⁷ 89年度台上字第2679號判例指出：「修正前之刑法第二百二十一條第一項規定之強姦罪，係以強暴、脅迫、藥劑、催眠或他法，至使不能抗拒而姦淫之，為其犯罪之構成要件，至是否使婦女不能抗拒，應綜合行為人及被害婦女之年齡、體型、知識程度、精神狀態、時間、地點及其他因素等情狀，依社會一般觀念判斷之。」

- 行為表達意願的能力；
3. 被害兒童雖然對性有所認知，但是加害人在實施性交行為時沒有詢問被害兒童是否願意與之性交或被害兒童根本沒有任何表意；
 4. 被害兒童被動不知所措，過程中沒有主動配合加害人之行為；
 5. 兒童認為該性交過程是一種不舒服、不愉悅的傷害經驗；
 6. 發生性行為的雙方根本沒有感情基礎。

三、兒童性侵害案件特別難以證實違反意願

由於性侵害犯罪具有隱密性，大都僅有行為人與被害人同處於私密空間下，鮮少有其他人在場，再加上性犯罪具有社會賦予的羞恥性，被害人常不願讓他人知曉被害事實而延遲報案，或現場證物遭破壞而蒐證困難等因素，造成客觀證據不足，導致日後案件偵辦及證據蒐集之困難，此種案件經常只能仰賴被害人之單一證詞，與被告之供述相互對抗，卻因缺乏客觀第三人之證詞，多形成雙方各說各話的情形，甚至有「號稱」被害人設局勒索金錢情事時有所聞。

本文訪談後亦發現，在兒童性侵害案件中有以下六點原因，導致實務上難以判定行為人實施性行為之方法，有達到違反意願之程度：

1. 由於兒童與成人年齡及體型上的差距，兒童的知識及力量遠不及成人，面對性侵害的行為，兒童僅能弱勢表達不要，少有劇烈反抗。
2. 成人對兒童進行猥褻及性侵時，通常無須使用暴力、脅迫之手段即可成功。
3. 成人多趁被害兒童年幼無知，對於性自主權缺乏防衛意識，以利誘、玩遊戲的方式來遂行性侵犯行。
4. 當被害兒童對於性缺乏認知時，對於性行為並不瞭解，兒童當然無從對行為人對其實施之行為表達同意與否，甚至根本不懂如何抗拒。
5. 性侵害案件發生時間與報案間隔久遠，犯罪行為的第一現場往往已不存在，難以取得生物跡證，而事後鑑定被害兒童心理創傷時，認定上也是充滿困難。
6. 性犯罪具有隱匿性，而兒童常因理解、表達能力或導因於性侵害事件身心受創所致，無法清楚指述犯罪事實的時間、地點及行為方式，且因刑期較重，行為人多否認犯行。

而Walsh, Lippert, Edelson and Jones等學者(2015)對於奧勒岡州三個郡532個案件檔案進行研究，並比對三個法庭的文化和處理兒童性侵害案件與其他重罪案件的審判時間長度，結果發現兒童遭性侵害案件僅有少數(18%至47%)能夠在4個月的目標時效內被解決，但相反的，其他重罪卻大部份(65%至77%)都能夠在此時效內被解決。性侵加害人性心理狀態的鑑定評估、被害兒童的法庭醫學檢驗等都會延

長審判庭期，表示在兒童性侵案件中往往僅有兒童證言作為唯一證據是不夠的，需要有其他佐證資料，而另一方面則是，兒童性侵害犯罪的刑期越來越重、公告性侵害犯罪者資訊的制度等，使得性侵加害人自白的可能性、認罪協商的機會越來越低，因此延長了法庭辯駁的審理時間，再再顯示性侵害案件確實有難以判定加害人是否違反被害人意願的情形。

四、兒童證言可信度難以判斷

在兒童性侵害案件中，行為人常常係兒童之熟識之人，且性侵害常非以暴力之方式為之，因此未必有身體上之證據足以證明犯罪，而性侵害的發生亦多半只有加害人及被害兒童在場，並無其他證人足以陳述性侵害發生之真實經過，則兒童作證與否及作證之結果即成為被告犯罪成立與否之重要關鍵。

兒童在性侵害案件之刑事審判程序中作證時，常因下列幾點因素導致法官在判斷上面臨困難：

1. 兒童因心理智能發展之不完全，其邏輯思考常未臻成熟，對於記憶歷史事件之建構能力亦較欠缺，使得兒童證人之證詞常出現瑕疵或矛盾之狀況，本文受訪法官更表明，兒童或智能不足者在對於事件的認知能力、言語表達能力上，都與成人有落差，常導致法官難以理解。
2. 兒童較成人更容易受到外界壓力之影響，可能出於對行為人作證所產生之恐懼或愧疚感而有所抗拒，導致兒童有不願陳述或可能為迎合詢問者之陳述的現象。本文受訪者皆提到被害兒童身邊的重要他人常因離婚訴訟、爭取監護權、保護家中經濟支柱、擔心親人遭到刑罰或為了向加害人索取和解賠償金等理由，而去影響兒童之證詞。進入司法程序後的多次詢問亦將汙染兒童證詞，對於性行為的負面觀感有可能是事後才被賦予的，導致兒童對於性侵害事件的記憶、看法受到改變。
3. 受害兒童因受到性侵害後所引起之焦慮、恐懼、情緒低潮、因恐同儕得知而產生之靦腆情緒，以及對性產生反感等精神狀況，更使得兒童不能及時給予完整清晰且前後一致之證言。受訪之心理醫師更提及，性侵害行為過於鮮明深刻時，兒童內心會產生防衛機轉去刻意忘記該事件，讓自己能繼續渡過往後的日子。

在目前我國實務上，因兒童關於被害過程之指訴（於警詢、偵訊及審判階段）有前後不一或記憶不清等之瑕疵之情形，在考量到被告涉嫌之罪責相當重大的同時，偏向採取較為慎重的態度，乃逕以兒童所述前後矛盾而不予採信之情形，時有

所見⁸，如本文受訪法官即認為按照最高法院的判例見解，如果僅有被害兒童的單一指述加害人之犯行，不可單憑此被害兒童證詞定罪加害人。倘若被害兒童是一個尚未發展出口語能力的被害兒童，更是連被害人供述這項證據都沒有，只要沒有其他客觀證據加以佐證，加害人又否認到底，則經驗上檢察官連起訴都很難，此無疑是司法人員面臨的一個困境。

五、法院定罪仍多仰賴生物跡證，但兒童與成人生物跡證不完全相同

基於兒童證言有易受誘導之危險成見，我國法院對於兒童證言可信性之認定，主要依憑女童處女膜的檢驗報告，作為判斷女童是否遭受性侵害的重要證據，而本文受訪者亦一致認為生物跡證優於人的供述，認定性侵害關鍵證據為：

1. 被害兒童生殖器官有直接的傷口，並且採集到加害人之 DNA 生物跡證，如毛髮、精液、指甲。
2. 攝影機錄影畫面。
3. 目擊證人為客觀中立之第三人。
4. 加害人自白犯罪，且與被害兒童的供述一致。

然而司法機關在調查性侵害案件時，經常遇到蒐集證據上的困難，因為性侵害案件之地點通常發生於私密空間，往往除了加害人與受害兒童以外，欠缺其他第三人目擊或攝影畫面，而性侵害犯罪之罪責嚴重，加害人通常皆否認犯罪，與被害兒童形成各說各話之僵局，故法院於定罪時，確實需要仰賴生物跡證之協助，惟多數受害者往往未能於受害後第一時間進行驗傷等必要的採證工作，如李建章醫師（2011）即表明性侵害案件之採證中，受虐者必須作一個完整的身體檢查看是否有肛陰部急性受傷、肛門或陰部流血、陰部有分泌物或發炎、肛門或陰部疼痛、癢、腫脹、或有瘀傷、性病、長期肚子痛、小便失禁或大便失禁，同時也要收集異物（例如陰毛、精液、唾液）或其它分泌物及檢查性病，以免證據流失，但法醫學的證據會隨著時間迅速流失，一項研究顯示超過 18 小時就無法在被害人身上取得加害人的體液、超過 48 小時甚至包括衣物都無法取得生物證據，倘若侵害已經發生超過 72

⁸ 周憐嫻（2003）蒐集 68 件刑事妨害性自主案件的無罪判決，並分析判決書闡述無罪的理由後，劃分以下主要五點：「1.被害人在警詢、偵查、審判筆錄之供述前後不一致。2.被害人之供述違反常情：通常法官認定違反常情的現象有被告與被害人體力不相當、被害人能逃卻未逃、被害人能求救卻未求救、被害人未立即報警。3.被害人受侵害後表現正常，違反常情：如正常上班、正常上學、至公共浴池淋浴、與被告共眠、共乘交通工具等。4.推定被害人有與被告進行性交易之意圖或有意願與被告發生性關係：案件中常見的情況是被害人為特種行業婦女或與被告為男女朋友、或法官懷疑被害人有其他目的（如索賠、離婚、接受餽贈等）。5.勘驗或鑑定結果無法證明被告有違反被害人意願：被害人沒有可確認犯行之傷痕、被害人未抗拒、未排斥、已有親密行為在先」。

小時，且沒有急性受傷症狀，則無須再至急診室診斷。而現今的現實狀況即是：僅有一些幸運的受侵害兒童能夠及時被帶到醫院急診室進行有關性侵的診察。

另外，李建章亦表示早期認為受到性侵害的女童處女膜直徑會比沒有遭受性侵害女童處女膜直徑來得大，可以做為證據，可是隨著每個女生的體型不同，直徑丈量會有很多重疊的灰色地帶，所以無法作為生殖器是否被插入的診斷標準。而不少研究顯示，女童確實經歷性侵害但未在 48 小時內接受醫學檢測者，其生殖器官的檢查極少有不正常之發現，特別是經由手指、口腔等性交行為幾乎不會留下痕跡。縱然女童曾遭異性生殖器插入所造成的外傷，其自身癒合能力亦相當快速，事實上，就 236 件法院判決成立兒童性侵害罪確定之案件中，有關女童生殖器的檢驗報告呈現正常者占 28%、無異狀者占 49%、疑似者占 9%、不正常發現占 14%²³。另有研究係針對 205 名平均 5.4 歲，確定經歷性侵害兒童進行檢查後發現，110 (54%) 名女孩生殖器官檢查正常，僅有 95 (46%) 名兒童明現有遭受性侵入的證據。特別是以手指插入的性交，高比例顯示處女膜正常，以性器官插入者雖較容易遺留處女膜裂傷之證據，然因插入之深淺不同，亦非絕對。

據上，處女膜之所以完整的解釋有二，一為插入物體的直徑小，如係以手指或是未完全插入，二則因兒童的癒合能力強，縱使經歷成年男性生殖器插入所造成之性傷害，還是可能完全復原。對此，李建章語重心長指出：「司法判決一定要考慮醫學證據的侷限性，又眾多兒童性侵害學者疾呼，兒童證述其自身遭性侵害之經過，依舊是主要判斷的證據，醫學界、社工界以及法學界不應太過依賴醫學證據。若單憑醫學證據，恐大部分加害者無法定罪，兒童性侵犯者多屬性人格違常，許多乃戀童癖病人，如果無法定罪強制治療，累犯比率高達 40%，勢必造成社會更多無辜兒童受害」。

六、專家鑑定與證據能力

據王燦槐 (2001) 研究發現司法人員認為評估受害者心理狀況的專家證言，可被接受作為證據，但是必須在「專家能夠出庭接受詰問或詢問」、「專家的判斷標準或依據能夠明確化、客觀化」及「能有一套引進專家證人進入司法程序之相關規定」，此時專家證言可成為被法庭接受的證據。而本文訪談結果發現目前的鑑定方式多以團體進行，由 2 位精神科醫生、1 位心理諮商師及 1 位社工師所組成，鑑定過程必須全程錄音、錄影，鑑定報告亦係由團體共同撰寫，該鑑定報告如經過法庭上原告與被告雙方的交互詰問後，則具有證據能力，法官則會就該報告在法庭上的攻擊與防禦進行認定，且必須在具體且詳細的在判決書裡面去說明為什麼還是採這個鑑定，或不採這個鑑定的理由何在，因此鑑定報告確實能夠成為法官定罪之佐證。

本文歸納兒童性侵害之鑑定團隊功能分別為：

(一) 社工人員

其功能為代替家屬陪同被害兒童進入司法程序，安撫其情緒，避免家屬汙染證詞；避免詢問時造成被害兒童二次傷害；且可成為詢問人員與被害兒童的溝通橋樑，將成人詞語換成兒童可理解的語言；再者可提供背景資訊比對被害兒童證詞是否可信；最後可全程陪同調查過程，能讓兒童證詞具有證據能力。

(二) 心理諮商師

心理諮商師可評估被害兒童的心智能力、對於性的瞭解程度、藉由詢問被害兒童心理的感受，評估其心理受傷的程度、因應社會狀況的反應及性侵害事件可能造成的影響。

(三) 精神科醫師

精神科醫師可以評估被害兒童的證詞是否具有可信度、診斷被害兒童有無創傷後壓力症候群的症狀及原因，以及診斷被害兒童的心智能力及有無精神疾病。

本文受訪者均認為，專家證人介入兒童遭性侵害案件之鑑定時，主要分為兩種，初期偵查階段的鑑定是為了看被害兒童有無遭受性侵害，釐清事實，作為判決參考；後期審判階段的鑑定是為了看被害人所受的創傷後壓力症候群有多嚴重，釐清責任，作為量刑輕重之參考。雖然鑑定報告不能斷定被害兒童創傷後壓力症候群的引發原因就是性侵害行為，但在排除其他可能的引發原因後，確實能間接推定是性侵害行為造成被害兒童之創傷，如果鑑定過程中，兒童如果能夠清楚陳述案件發生的經過，且陳述符合邏輯，則兒童的證詞是能夠作為行為人有實施性交行為的證據，然而鑑定報告無法證明行為人是否有違反被害兒童之意願，僅能交由審判者進行終局之認定。

趙善如教授等學者⁹（2014），發現早期鑑定報告多能作為一審有罪判決證據之一，且引用早期鑑定創傷後壓力疾患、證詞可信度之比例較高；全部的二審有罪判

⁹ 趙善如、陸悌、蔡景宏、張麗珠、林宏陽、郭致遠、陳婕誼、湯于萱、劉怡芳、黃楷婷（2014）。高雄性侵害案件專業團隊早期鑑定模式成效評估研究案結案報告。國立屏東科技大學社會工作系執行，高雄市政府社會局家庭暴力暨性侵害防治中心委託。以2010年8月至2014年6月底完成早期鑑定的個案作為成效評估之研究對象（截至2013年12月底完成鑑定50案，截至2014年6月底偵查終結有36人），評估早期鑑定模式對於12歲以下兒童或心智障礙者（含疑似）性侵害案件的司法權益上的保障有沒有成效與影響，由法官判決書引用早鑑報告之情形觀察發現，早期鑑定處分結果「起訴者」有21個，其中有19份（90.5%）有引用早鑑報告，沒有引用的僅有2份（9.5%），其未引用之原因為早鑑報告完成時間較處分書起訴日期晚；而早期鑑定判決「有罪」一審有13份，實體方面引用為證據有11份（84.6%），二審有8份，實體方面引用為證據有8份（100.0%），三審有5份，實體方面引用為證據有2份（40.0%）。

決皆有引用早期鑑定報告，且全部皆有引用早期鑑定創傷後壓力疾患之項目。由此可見，創傷後壓力疾患、證詞可信度為法官判決有罪之重要項目之一。然而，該研究從醫療鑑定團隊的受訪者資料分析中可得知，證詞可信度是相對難以鑑定之項目，一方面是證詞可信度本質上不易鑑定，另一方面亦缺乏標準化工具，在兒童、心智障礙者的理解能力與表達能力有限之的情況下，更是難以對證詞可信度下結論。

此部分相當吻合本文受訪法官之看法，法院方面通常承認專家證人確實能夠輔佐法官去評估被害兒童身心狀況、心智能力及證詞可信度，但由於法官需要考量整起案件的全面性證據，所以鑑定報告僅為提供參考的一份資料，是否可採納作為論罪科刑的依據仍應由法官認定，無論採用或不採用該鑑定報告作為有罪或無罪之證據，都必須要有其他客觀證據能支持。換句話說，關於專家證人對於被害兒童之事件後的心理狀態評估，如是否違背被害人意願之鑑定報告，基本上不足以拘束法官心證，除非屬於具有高度客觀與精確的鑑定報告，如DNA鑑定，否則此等類似主觀性較強的精神鑑定報告，難對法官心證有所限制。因此，即便落實專家證人制度，恐也難左右法官的自由心證。

七、年齡作為兒童強制性交罪的基準線較為客觀一致

舊刑法第221條第2項有所謂「姦淫未滿14歲之女子，以強姦論」的「準強姦罪」；舊刑法第227條有所謂與14歲以上未滿16歲女子性交的姦淫或猥褻幼女罪，當初立法理由即是為了保護年幼孩童身心健康發展權不受侵害，因而明定只要與幼年人有性交行為就要處罰，尤其立法者將未滿14歲者視為「完全沒有同意性交的能力」，更沒有反抗能力，通常行為人只要略施手段即足可遂行性交目的，所以司法單位不用證明有無實行強制手段壓制被害兒童意願，僅須證明行為人與被害兒童有發生性交行為即可構成本罪，以解決司法實務者面對證明上的困難。

至於14歲以上未滿16歲的被害人，立法者認為他們「欠缺完整的性交同意能力」，即使行為人主張是「雙方合意」也要受到法律處罰，但這畢竟與未滿14歲的無同意能力者不同，所以法定刑不能與強制性交罪相比（舊刑法第221條第2項推定為強姦罪，刑責為5年以上，而舊刑法第227條刑責僅有1年以上、7年以下），故舊刑法體系處罰性侵害犯罪其實清楚區分「有限制力的違反其意願妨害性自主罪」（第221條、第224條）及「合意性交或猥褻罪」（第227條），除此之外，立法者也特別保護14歲以下及身心障礙者的被害人，因為他們無同意能力也無力抗拒，行為人就算不實行任何強制力，或難以證明其曾實行妨害被害兒童意願之方法，只要證明有性交或猥褻行為，就以強制性交罪或強制猥褻罪相同的法定刑來處罰行為人。

然而，由婦女團體主導的1999年修法，卻將對於未滿14歲者的「視為妨害性自

主罪」(舊刑法第221條第2項),理解成「合意性交或猥褻罪」,因而錯將保護無同意能力的14歲以下男女的處罰,移列到第227條第1、2項,使得目前刑法第227條第1項內含2種行為態樣:一種是兩小無猜的合意性交,另一種則是難以證明實行違反其意願方法的與14歲以下之人性交罪,而與14歲以下之人之強制性交罪則被放到第222條第1項第2款,成為加重刑責之要件。故只要法院適用第227條第1、2項,社會大眾即普遍認為法官是判定未滿14歲的幼童是同意與行為人性交的,故白玫瑰運動引起的群情激憤、99年第7次刑庭決議面對的困境,其實是出自當初將未滿14歲者移列到第227條的立法錯誤。

如本文之訪談結果,兒童證詞的單一指述及專家證人的鑑定報告都僅能作為判決的參考證據之一,因為法官擁有自由心證,並受到罪疑唯輕原則之限制,因此還是以客觀的影像畫面、生物跡證等證據作為主要的關鍵判決依據,又審判者在論罪科刑時,通常會受到個人主觀的影響,亦常憑依第六感、社會輿論來定罪,然而性心理發展不成熟的年幼者,現實中實難以期待其有表達願意發生性關係的可能。本文受訪者亦認為,解決困境最好的方式是像舊刑法的立法方式,直接以被害兒童的年齡,作為推定強制性交罪的劃分基準線,所有與該年齡以下之兒童發生性行為的狀況都應推定其為違反意願,此即可免除法官自由心證之困境,並提供兒童最完善的保護。故年齡的劃分有下列優點:

1. 年齡是一個明確的標準依據,事先將規則定好可以節省鑑定的程序。
2. 年齡的劃分能明確地教育民眾性自主權的界線在哪裡,一方面可以保護兒童,一方面也能夠嚇阻潛在犯罪者。
3. 能夠節制法官的自由心證,不會再因為被害兒童無法證明自己不同意加害人的性交行為,即反向推定被害兒童合意之荒謬判決。

肆、建議

一、兒童性侵害案件同意權認定標準

本文雖然企圖以兒童性心理發展成熟度作為性自主權同意能力的判斷標準,然而受訪者一致認為心智能力一直是一種不確定的法律概念,跟性有關的知識與意涵目前尚無法用科學證據的方法去界定怎樣算擁有完整認知能力,故性心理發展成熟度本身就是一項難以判定與測量的標準,因此不適合作為論罪科刑的依據。但對於究竟該以哪個年齡作為劃分基準線,受訪者則沒有一個統一的定論。

本文以2010年第7次刑庭決議的「未滿7歲之被害人認定其為無同意能力人,故

沒有例外，一律認定已妨害被害人性自主決定之意思自由，均論處第222條之加重強制性交罪」以及「被害人在7歲以上未滿14歲者，若能證明被害人有合意時則例外適用第227條與幼年男女性交罪」兩項決定為立基點，並參酌受訪者給予之意見，雖然專家證人介入鑑定評估是有需要的，但因為法律無法承受每個性侵害案件均個別化來鑑定判別，所以必須在鑑定個案上有鑑定的年齡限制，亦需要彈性應對心智發展遲緩或精神疾病等特殊狀況，故本文在此提出兩項修法之建議：

(一) 對於未滿十二歲兒童，均不具性同意權能力

2010年第7次刑庭決議以7歲作為推定兒童不具有性自主同意權能力的標準太低，且7歲至14歲之年齡差距過大，成熟程度亦無法相比，而隨著性觀念之開放與成熟、資訊流通之便利與廣泛等社會變遷，舊刑法第221條第2項以14歲作為標準又稍高。本文認為可以借用受訪者提出之以法律構成要件「知情意」的概念來理解，當兒童對於性有所認知與瞭解，意欲行使自身的性自主權，且最後在自由意志下主動決定要發生性行為時，本文即認為兒童是具備性自主權同意的能力。而受訪者普遍認為要到青春期以後的兒童才有知情意的能力，此部分與心理學文獻中的性心理發展理論之觀念吻合，唯有到青春期以後，兒童性心理成熟度才會漸趨完整，也能慢慢開始了解到性行為背後所代表的社會意涵與抽象概念，因此本文認為最佳的年齡劃分基準線為12歲，國家應採取絕對保護主義，與12歲以下之人發生性行為時，均視為行為人之性交行為違反兒童意願，而以加重強制性交罪論處，將現今刑法第222條第1項第2款改為「對未滿十二歲之男女犯之者」。

(二) 對於已滿12歲至未滿14歲兒童，採強制鑑定制度，以認定其性同意權

國家採取相對保護主義，本文建議先將現今刑法第227條第1項、第2項之條文年齡修正為「對於12歲以上未滿14歲之男女為性交、猥褻者」，並在性侵害犯罪防治法中增列第15-2條，強制要求法官在12歲至14歲的案件中，必須邀請專家證人對被害兒童的性心理認知能力的發展狀況與有無性侵害後之情緒反應進行相關鑑定，防止有認知發展遲緩的特殊個案後，再請法官依職權與心證，對案件發生時之環境與被告之外顯行為等客觀證據綜合評估，論定被告是否有以違反被害人意願之方法而為性交。

二、如何增加兒童性侵害證詞可信度

Kiefer (2011) 認為可以從下列幾點去檢驗兒童證言是否可信：

1. 兒童描述加害人的性侵害行為，能否重覆講述同一態樣。
2. 兒童陳述之內容有無出現超現實情節，是否為模仿最近看過的幾部電影劇

情，是否患有精神疾病或障礙，而想像被害經驗。

3. 思考兒童與加害人之關係，有無說謊動機、目的、或刻意維護，是否為男女朋友，轉移吵架後之不滿情緒、是否為報復父母對其處罰、或老師給予不及格成績等原因。
4. 檢驗警詢筆錄、或社工人員之詢問有無使用誘導、或誤導之技巧。
5. 案件被揭露或建立之最初原因，是否為兒童被害人主動向師長、父母、朋友、醫師等講述之事實。

本文受訪者也對於兒童證詞可信度提供以下判斷依據：

1. 先請心理諮商師評估被害兒童的心智能力及對性的認知能力，如果被害兒童過分精確地陳述事件，或用字遣詞與自身心智能力不相符時，則有可能是被教導或污染的證詞。
2. 被害兒童或重要他人如果與加害人沒有私人恩怨，例如被害兒童沒有提到加害人有虐待他或其家人之情形，而被害兒童與加害人平常亦沒有特殊親密關係，則被害兒童缺乏動機去述說自己遭到性侵害的謊話。
3. 被害兒童是否為自發性陳述，縱然不能講出完整的人事時地物、語句不連貫或缺乏邏輯，只要能夠具體且清楚的講出一些事件的經過，而模擬的情節也與現場狀況相同，則專家證人認為可信度非常高。
4. 被害兒童有無創傷壓力症候群的精神症狀亦可輔助認定。

此外，提高兒童證詞可信度之可行做法有：

1. 詢問對於性概念缺乏認知的兒童時，可以使用輔助娃娃來替代一般詢問方式，因為成人與兒童的認知能力與表達能力有落差。
2. 運用認知訪談 (cognitive interview)，關鍵是重新創造事件發生當時的情境，並且明確避開具有暗示性或是引導性的問題。Fisher & Geiselman 等人 (1992) 提出之認知訪談程序：一開始要求證人盡量說明與事件相關的所有事情，而不直接提出具體或特定的問題。其次，請證人於腦海中重現事件發生當時的場景，避免事件的細節在開始回憶時就遭到遺漏，用重現方式將有助於證人記憶的檢索。第三，請證人以不同的時間順序回憶事件，例如先採從頭至尾的方式，接著再反過來採取由尾到頭的方式，實驗室研究也顯示這有助於證人的記憶。最後，請證人以不同的角度來看事件，如以犯人或受害者的觀點來觀看事件，以協助他們找出原本可能忽略的細節。許多研究都顯示，採用認知訪談詢問證人，對於強化證人的回憶成效卓著，也不會增加暗示性。無論偵訊者是警界新手或老手，也不分證人是成人、老年人或兒童，都同樣有

效。若可以透過受過認知訪談方法的司法警察、心理師或社工人員協助詢問，將詢問過程拍成錄影帶，將可以確實減少兒童出庭作證的機會，並且不減損其證言之價值。

3. 單次性的鑑定結果可能較易有偏頗，可運用多次遊戲治療的方式來建立關係，並探知兒童證詞前後不一致的原因。

三、建立專家證人鑑定制度

美國司法部門的犯罪被害人服務辦公室（office for victims of crime, OVC），於1997年間開始推動一個服務性侵害被害者的政策專案，期望持續培訓被稱為性侵害護理檢驗師（sexual assault nurse examiner, SANE）的專業護理人員。Campbell, Patterson, Lichty等學者（2005）認為此創新制度能在性侵害事件後，除了給予被害人人性化及尊重的照護服務外，醫療處理過程的時間也縮短（約3小時完成），且在性侵害護理檢驗師的陪伴下，被害人可以安心的完成醫療蒐證、會談筆錄及得到相關的庇護及瞭解訴訟流程等服務。

Golding, Wasarhaley, Lynch, Lippert and Magyarics（2015）亦進行一項研究，讓252個民眾擔任模擬陪審員（其中156人為女性）閱讀一個虛構的犯罪審判概要，分別為受害者為6歲及15歲的兒童被繼父強暴的性侵害案件，而起訴的證據呈現分為來自性侵害護理檢驗師（SANE）的醫療證據、傳統註冊護士（RN）的醫療證據及不呈現任何醫療證據等3種對照組。結果發現與m證據組、未呈現醫療證據組的情況比較，模擬陪審員傾向給予SANE醫療證據的案件有罪判決，且認為受害兒童證詞較其他兩者可信，而且亦較同情6歲的受害者，因此Golding等學者研究發現有SANE鑑定報告的案件，被害人願意陳述證詞的比率、蒐得有效醫療證據的品質以及起訴定罪率都較傳統護士鑑定或沒有鑑定的案件為高。本文認為未來應參考性侵害護理檢驗師的訓練政策，將此專業的鑑定人制度推廣到全國醫院急診、社區心理中心、警察救護單位以及各地方的性侵害防治中心。

參考文獻

一、中文部分

- 王燦槐 (2001)。性侵害受害者之創傷反應在司法程序中被採用之內涵研究。內政部委託研究計畫期末報告，41-43。
- 李建章 (2011)。兒童性侵害評估。台灣醫界雜誌，54 (5)，11-14。
- Loftus, E. & Ketcham, K. (2001), Witness for the defense: the accused, the eyewitness, and the expert who puts memory on trial. 辯方證人 (林淑貞，譯)。臺北：商周。(原著出版於1991年)。
- 趙善如、陸悌、蔡景宏、張麗珠、林宏陽、郭致遠、陳婕誼、湯于萱、劉怡芳、黃楷婷 (2014)。高雄市性侵害案件專業團隊早期鑑定模式成效評估研究案結案報告。國立屏東科技大學社會工作系執行，高雄市政府社會局家庭暴力暨性侵害防治中心委託。
- American Psychiatric Association (2014)。DSM—V 精神疾病診斷準則手冊 (臺灣精神醫學會，譯) (頁 143-149)。新北市：合記。(原著出版於 2013 年)。

二、外文部分

- Bradley D. McAuliff, Joshua Lapin & Sandra Michel. (2015). Support person presence and child victim testimony: Believe it or not. *Behavioral Sciences and the Law*, 33, 508-527.
- Campbell, R., Patterson, D., & Lichty, L.F. (2005). The effectiveness of Sexual assault nurse examiner (SANE) programs: A review of psychological, medical, legal, and community outcomes. *Trauma, Violence and Abuse*, 6(4), 313-329.
- Finkelhor, D. (1984). *Child sexual abuse : New theory and research*. (pp.186-187), New York: The Free Press.
- Fisher, R. P., & Geiselman, R. E. (1992). *Memory enhancing techniques for investigative interviewing: The cognitive interview*. Springfield, IL: Charles C. Thomas.
- Jennifer M. Schaaf, Daniel Bederian-Gardner, & Gail S. Goodman, (2015). Gating out misinformation: Can young children follow instructions to ignore false information? *Behavioral Sciences and the Law*, 33, 390-406.
- Jeremy W. Newton, Ph.D. & Sue D. Hobbs, M.A. (2015). Simulating Memory Impairment

for Child Sexual Abuse. *Behavioral Sciences and the Law*, 33, 407-428.

Jonathan M. Golding, Nesa E. Wasarhaley, Kellie R. Lynch, Anne Lippert & Casey L. Magyarics. (2015). Improving the credibility of child sexual assault victims in court: The impact of a sexual assault nurse examiner, *Behavioral Sciences and the Law*, 33, 493-507.

Walsh, W. A., T. Lippert, M. Edelson, & L. M. Jones, (2015). Length of time to resolve criminal charges of child sexual abuse: A three-county case study, *Behavioral Sciences and the Law*, 33, 528-545.

三、網路資料

民間正義聯盟團體 (2010)。925 白玫瑰運動 活動內容概要。正義聯盟官方新聞網。
取自 <http://www.xteam.tw/329>

陳昭如 (2010)。「不能抗拒」的幽靈。蘋果日報電子專欄。取自
<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20100915/32814028/>

衛生福利部保護服務司 (2015)。104 年度性侵害犯罪事件通報統計。取自衛生福利
部保護服務司

http://www.mohw.gov.tw/cht/DOS/Statistic.aspx?f_list_no=312&fod_list_no=4189。

Kiefer, L. (1989). Defense considerations in the child as witness in allegations of sexual abuse, Part I. Witnesses in general: How we measure credibility, http://www.ipt-forensics.com/journal/volume1/j1_1_1.htm#en3r, visited on Nov, 18, 2014.