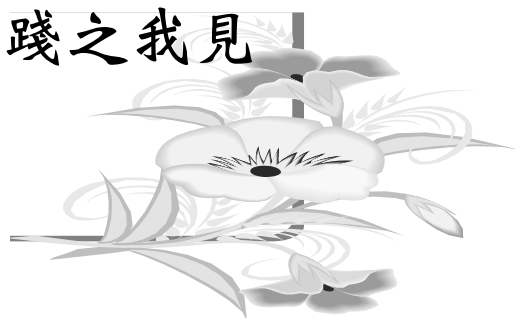


刑法妨害性自主罪 修法後司法實踐之我見

王如玄



壹、緣起

婦女救援基金會、現代婦女基金會及臺北律師公會婦女問題研究委員會自民國（以下同）79年起，即針對有關婦女人身安全議題嘗試研修法令不夠周延之處，以期能有更好的法律規範來處理有關婦女人身安全問題。彼時即將所謂婦女人身安全議題分為四大類，一為強姦（現改為性侵害）、一為性騷擾、一為家庭暴力、一為娼妓制度（現改為性工作）問題。時至今日，陸續制訂了性侵害犯罪防治法(85)、家庭暴力防治法(87)、性騷擾防治三法（包括 91 年性別工作平等法、93 年性別平等教育法及 95 年性騷擾防治法）、修正了刑法妨害性自主罪章(88)以及社會秩序維護法第 80 條(100)，相關問題在立法或修法上或多或少皆已有所進展，當然隨著時代的進步也還有很多陸續可以討論的空間。

其中性侵害案件是對婦女造成傷害最為劇烈的人身安全議題，由長期以來協助受暴婦女之現代婦女基金會於 83 年整合

各方意見及相關法律規定（包含刑法、刑事訴訟法、法院組織法、醫師法、出版法、受害人補償法等），在鄧如雯殺夫案發生後（註 1），以特別立法方式透過其董事長即潘維剛立委提出性侵害犯罪防治法草案於立法院，以求周延。

惟性侵害犯罪防治法草案提出立法院後，立委諸公關懷重點反而放在諸如夫妻間有無成立強姦罪可能等爭議性條文，以致尚無共識形成，所以一直未能完成立法程序。迨彭婉如命案發生後，始喚起朝野之注意、關懷此一議題，但在三黨及法務部意見折衝下，彼時先將涉及刑法部分按下，而就原草案中其餘有關社會福利法規及程序上對被害人之保護等部分 85 年先予討論通過（註 2），至於有關性侵害犯罪之實體法修正部分，則至 88 年刑法條文部分修正時才一併修正。

貳、刑法妨害風化罪章之修正

88 年 3 月 30 日完成刑法第十六章妨

害風化罪章條文修正案三讀程序，並經總統於 88 年 4 月 21 日公布施行，主要修正內容：

1.將強制性交等性侵害犯罪行為自「妨害風化」罪章中抽離，另立「妨害性自主」罪章，擺脫「色情」、「貞操」等錯誤聯想，以彰顯其保護個人自由法益之真義。換言之，重點在於做為一個人，對自己的身體有控制權，對自己的性有自主決定權，不論男性或女性皆然，而不再以社會善良風俗與否來看待女人的性。

2.去除「強姦」、「姦淫」污名字眼，改為「強制性交」、「性交」中性用語。

3.被害人不限婦女，包括男、女兩性。不只男對女會構成強制性交罪，男對男、女對女、女對男亦有構成本罪之可能。

4.性交行為指非基於正當目的所為之性侵入行為，包括以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為，及以性器以外之其他身體部位或身體以外之器物進入他人之性器或肛門之行為。也就是包括肛交、口交、手指插入、異物插入等性行為。不再以處女膜破裂與否、貞操是否被奪等舊有觀念來看待性侵害。

5.原來「至使不能抗拒」之要件改為「違反其意願」。因該要件常被被告律師拿來質疑被害人是否已盡力抵抗，以替加害人脫罪或減輕罪刑的利器，因此，實際在審判的不是「加害人的強制行為」，反而變成「被害人的抗拒行為」，對被害人而言非常不公平，而且，對婦女而言，沒有理由要求婦女必須冒著生命或更大傷害的危險拼命抵抗，所以這次修法也修正了這個要

件。

6.強制性交分為二級，一為普通強制性交，另一為加重強制性交。即將對婦女同胞食、衣、住、行產生較大危懼感的強制性交案型，例如：下藥、利用搭乘大眾交通工具、侵入住宅等情形列為加重強制性交，提高其刑度。而對其他一般普通強制性交則降低刑度，使法官較不易因刑度太重而判不下手。

7.明示夫妻間可以構成強制性交罪，結婚不會讓一個人放棄性的自主決定權。換言之，結婚不會讓一個人變成次等公民。

8.改為非告訴乃論，表示性侵害不僅是被害人受害，更是整個社會的重大刑案，應該予以公訴，不可以讓行為人逍遙法外，甚或施壓被害人、要求被害人撤回以逃避法律制裁、繼續加害他人但配偶間性侵害及十八歲以下之人兩小無猜發生性行為，仍維持告訴乃論。

9.加害人於判決前應經診斷有無強制治療之必要。經診斷有強制治療之必要者，應命強制治療，以避免再犯。

參、刑法妨害性自主罪章修正後之司法實踐

刑法妨害性自主罪章修法後扮演著引導社會觀念改變的重要角色，要求那些直接接觸強姦被害人之刑事司法體系人員，如醫療人員、警察、檢察官、法院人員、新聞人員，必須採取更尊重被害人利益的方式；同時更扮演了非常重要教育目標，讓全民皆有一次機會，認清性侵害犯罪暴

力之本質，扭轉對被害人之錯覺或偏見，學習尊重別人之性自主權與身體控制權。

法律制定之後，社會觀念已然有所改變，被害人比較敢於採取法律行動救濟。觀諸近 10 年來強制性交罪在地檢署終結案件件數是逐年增加的。(註 3)

但在實務操作過程中，仍然引發了許多的批判，或由於審判者對於法律之修正因有於傳統觀念，尚未改變、仍有抗拒，或由於審判者對於事實認定仍建立在性別刻板印象上，以致事實認定違反合理被害者之生命經驗，即無法正確適用法律，以致於修法所期待的還給被害者公平正義之事仍有許多未足。以下試以三例為說明修法後司法實務執行之盲點及困境。

一、夫妻間之性侵害

(一) 修法意旨

我國原刑法第二百二十一條規定，「對於婦女，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或其他法，致使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪。」自該法條之構成要件觀察，犯罪客體之婦女並不以配偶以外之第三人為限，故配偶間本有該當該條犯罪之解釋餘地。惟當時我國學者通說及實務見解仍以否定說為主流，其理由如下：1.就民法而言，夫妻互負同居之義務，夫縱或反於妻之自由意思而為性交行為，實非不法姦淫可比；2.夫妻一經結婚，在法理上，足認妻方已有拋棄性交自由之默示。但 88 年刑法修法時認為，民法第 1001 條規定：「夫妻互負同居之義務，但有不能同居之正當理

由者，不在此限。」也就是說，在有正當理由之場合者，妻子本可以拒絕同居，更何況，強制執行法第 128 條第 2 項規定，命夫妻同居之判決不得請求強制執行，所以，夫妻間是可以成立性侵害犯罪。此自修法後第 229 條之 1 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」，即已明確表示配偶間可成立性侵害犯罪，只是採取告訴乃論以緩和夫妻間之家庭關係自明。

(二) 實務運作

但在司法實務上仍可見審判者試圖限縮原修法意旨(註 4)，認為：「.....然食、色、性也，男子發洩性慾，乃係正常男人之生理現象，妻子知之甚詳，若妻故意違背同居義務，拒絕與夫共營性生活，則夫如何發洩性慾？此乃屬違背人倫之事。.....為調和上開民刑法制之衝突，應認刑法保障妻子性自主權係相對的、合理的，亦即妻子依民法第 1001 條之規定，客觀上有拒絕同居之正當理由時，始能主張其有不為性行為的性自主權。.....」上前開論述實在是似是而非。蓋：若妻子無正當理由一直拒絕夫之性要求，夫可以民法第 1052 條第 1 項第 5 款不堪同居虐待中之「精神虐待」或同法條第 2 項重大事由難以維持婚姻關係為由訴請裁判離婚，另闢他途，不至於使夫進退失據、權益受損。審判者以如此理由認配偶間性侵害犯罪之成立必須大幅限縮其構成要件，實已違背 88 年修法時之修正意旨，亦可見法律修正後在司法實務

上之落實，尤其是性別平等觀念之建構及真正實踐消除對婦女一切形式歧視公約施行法之精神，仍有待更大的努力。

二、違反意願與否之判斷基準

以民國 99 年引發各界對以未成年人為性侵害犯罪對象討論的白玫瑰運動為例。

(一) 修法意旨

修正後的刑法妨害性自主罪章對以未滿 14 歲者為性侵害對象的犯罪分為二種型態：第 1 類是違反意願，構成刑法第 222 條第 1 項第 2 款加重強制性交罪，處 7 年以上有期徒刑；第 2 類是未違反意願，構成刑法第 227 條第 1 項對未成年人性交罪，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑。換言之，對未滿 14 歲者為性交，不論是否違反其意願皆為犯罪行為，僅是依其採用之手段不同，對未滿 14 歲者所造成之傷害有程度上之差異，而有不同的刑責。其中第 2 類本就是為了補充第 1 類規定的保護不足而設計的。考慮到幼童的判斷能力有瑕疵或根本欠缺，在法律上不能完全當真，也才有 227 之設計。第 2 類當然也是性侵害犯罪。

(二) 實務運作

如以白玫瑰運動引起討論的司法個案觀之，不論是高雄地院 99 訴 422 判決（註 5），抑或是最高法院 99 臺上 4894 判決（註 6），均認被告構成犯罪，僅是適用法條為刑法 222 條（7 年以上有期徒刑）或 227

條（3 年以上 10 年以下有期徒刑）不同。上開二則判決當然有應該討論之處。不過問題重點必須釐清。社會各界最大的關切是認為未滿 14 歲者沒有性行為的同意能力，所以一定是違反其意願，不管情形如何，只要對未滿 14 歲者為性交皆應以刑法 222 條加重強制性交罪論處。嗣後最高法院也在 99.09.07 回應民意做出 99 年第 7 次刑事庭會議決議認為：「倘乙係七歲以上未滿十四歲者，甲與乙合意而為性交，甲應論以刑法第二百二十七條第一項之對於未滿十四歲之男女為性交罪。如甲對七歲以上未滿十四歲之乙非合意而為性交，或乙係未滿七歲者，甲均應論以刑法第二百二十二條第一項第二款之加重違反意願性交罪。」以平息眾怒。

(三) 再反思

平心而論，這樣的結果有部分肇因於社會大眾對刑法所謂違反意願與否定義的誤解。究竟未滿 7 歲者有無意願表達之可能？按此處之意願（要或不要）與同意（必須具有法律上的行為能力）定義一樣嗎？我們試想日常生活中我們與未滿 7 歲者間之互動，強迫他吃飯和騙他吃飯對他的影響一樣嗎？當陌生人識著想要抱他時，他會不會有意願表達？強抱或誘之以利抱他，他的反應一樣嗎？未滿 7 歲者真的沒有表達意願的能力嗎？再者，違反他的意願和未違反他的意願對他為行為，對他的影響或傷害是一樣的嗎？如果是違反他的意願的性行為，他整個日常生活應該都會受到重大影響，但如果不是違反他的意願

的性行爲，當下他是沒有被害意識的，一直等到有一天他瞭解性行爲之意義之後，他才發現他被害，而此時他被害的程度取決於這個社會對此一事件之價值評判。

其實刑法在制定及修正時已依行爲對被害人所造成傷害之層次不同而異其刑罰。當最高法院刑庭決議不論手段如何，對未滿 14 歲者爲性交一律論以刑法 222 條加重強制性交罪，其邏輯演譯，就像我們在財產犯罪中認爲用偷的（5 年以下有期徒刑）和用強盜的（5 年以上有期徒刑），犯罪嚴重性都用同樣刑責一樣，或許符合當時社會氛圍，但卻已逸出罪刑法定主義之要求。

事實上這二個判決最應該被檢討的地方，不是法規範的問題，而是事實認定的問題（註 7），是審判者在認定是否違反被害者意願時，違反一般人民日常生活經驗。未違反意願和未爲反抗是二回事，法院認爲有反抗才能算是不願意是不符生活經驗的。一個人在受到侵犯的時候，不採取反抗行動，確實不等於他願意接受侵犯。他可能因爲害怕而不敢反抗，爲了保命而不敢喊叫，或叫不出來，但在心理上當然是排斥的、是抗拒的，當然是違反其意願的。

當 88 年刑法修正時，將妨害性自主罪章強制性交罪之構成要件由至使不能抗拒改爲違反其意願即構成時，在司法實務運作上即應揚棄過去傳統思維方式，不再以被害人是否有抗拒行爲來判斷是否成立犯罪，到底是那一種要有更多的證據及更細緻的事實認定，而其認定當然要符合人民

生活經驗，這才是問題徵結之所在，也是司法官訓練不足之處。

性侵害犯罪之訴追，最大的問題，迄今仍是違反意願與否之判斷，尤其是被害者爲 16 歲以上者，此時只有成立犯罪和不成立犯罪二種選項，判斷尤其重要。也是至今司法實務上一直未能前進及克服的難題。

而在親密關係中性侵害與否之判斷更是困難，常因彼此間爲情侶關係而在司法實務上被忽略，以致提出訴訟者少，而判決成立者更是寥寥無幾（註 8）。

三、強制性交既未遂之判斷

（一）向來學說及實務看法

學說上對是否強制性交既遂，學說有三：1.性慾滿足說、2.接觸說（22 上 2986）、3.接合說（58 臺上 51、62 臺上 2090）。其中以第 3 說爲通說。並認爲一部插入女陰即屬既遂，不以全部插入爲必要，處女膜有無破裂尤非所問。在 88 年刑法修正後，刑法第十條第五項明訂稱性交者，謂非基於正當目的所爲之性侵入行爲，包括以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行爲，以及以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行爲。性器定義爲何？自醫角度可以包括女性之大小陰唇、陰蒂、陰道、子宮等均屬性器。因此法院實務上在判斷既未遂時即有不同看法：有認爲男性之陰莖是否有進入女性陰道內，並非刑法上判斷有無完成性交之惟一標準（註 9）；但也

有認為如未插入女性之陰道內，僅係接觸 A 女生殖器外陰部，似屬性交未遂（註 10）。以上二種法院看法以後者為多數看法。

（二）未來期待

其實以一部插入陰道始為既遂之看法，很容易造成實務上驗傷單以處女膜有無破裂做為重點，與婦女運動想要破除性侵害犯罪以女性貞操為保護重點之陳舊思想相左，將來實務上的發展如能逐漸形成以前說為主，將為婦女運動所樂見。

肆、結語

一、他山之石

性侵害犯罪在實務上定罪之困難，很大部分來自於是否違反意願不易認定上，思考如何突破此一困境，將是未來婦女運動的重點。

正因為如此，以下三個加拿大法院判決很值得將來實務運作上認定是否違反意願之參考：

1.1999 年加拿大最高法院 711 判決 R. v. Ewanchuk：引用新修的條文規定，在認定同意與否採用了「only yes means yes」。法院認加拿大法律中沒有「默視同意（implied consent）」抗辯，強調在出於草率或故意忽視的情形下，被告並不能主張誤信，且要求被告必須採用「合理步驟」，法院在調查事實時必須考慮到被告是否有採用積極的步驟去確立同意。如果一方說了不，在繼續性接觸前必須有清楚的承

諾，亦即被告不能因原告沈默或模稜兩可的行為就認為同意存在，也不能以「試試水溫」來辯解進一步的性接觸。最高法院強調同意必須是正面的，沈默或曖昧的行為都不能構成同意。效果上，讓原本女人都處於一種同意狀態的假設，轉而成為必須有一些正面的關於承諾的證據才能說有同意存在（註 11）。

2.2005 年加拿大最高法院第 36 判決 R. v. Stender：強調同意必須是自由作出才能有法律上的效力，確認了因為壓力而生的表示並非同意，因為同意必須是出於自願的。Manitoba Court of Appeal 認為當環境產生一個「合理男性會想進一步」的情境時，必須有積極的步驟去確認同意存在。取得口頭上的同意是必須的，不能僅依賴身體的反應就認為是同意（註 12）。

而在聯合國消除對婦女一切形式歧視公約消除對婦女歧視委員會 2010.7.12-30 第 46 屆會議，也在 2010.7.16 通過對 18/2008 來文發表的意見，同樣也表示：不能因婦女未實際反抗強行的性行為而假定她已經同意；並要求被告證明已採取步驟以確定指控者同意（註 13）。

3.甚且，更進一步，2011 年加拿大上訴法院做出一個當事人同意發生性行為時，其同意的內容包括那些的判決。案情是加拿大一名男子因怕女友分手故意戳破保險套誘騙女友懷孕而被認定構成性侵害罪。法院認為被告或許獲得同意發生性行為，但是他因出於欺騙動機所做出的行為，背叛了她的信任導致懷孕，即在節育措施上欺瞞、隱匿關鍵訊息而構成性侵（註

14)。

二、啓發

看到這些國外的發展趨勢，在性侵害犯罪防治的議題上，還有很多的發展空間，性的同意的內涵也可以更爲擴大，或許可以給我們一點將來運動及修法的方

向。

(本文作者為執業律師，東吳大學法律研究所兼任客座副教授，行政院性別平等委員會委員。性侵害犯罪防治法及刑法第十六章妨害性自主罪章民間版本起草人之一)

關鍵詞：性侵害、強制性交、妨害性自主

📖 註 釋

註 1：民國 82 年發生鄧如雯殺夫案固然促成了 87 年家庭暴力防治法的立法及通過，但其實也同時讓婦女團體草擬的性侵害犯罪防治法送入立法院，因為鄧如雯曾被林阿棋性侵後，才在眾人調解下嫁給林阿棋，以致後來家暴不斷。因此，當時婦女團體認爲性侵議題應優先處理。故性侵害犯罪防治法草案於 83 年即已進入立法院，但直至 85 年彭婉如命案發生後才通過。

註 2：性侵害犯罪防治法 85 年 12 月 31 日制定 20 條、86 年 1 月 22 日公布，86 年 1 月 24 日開始施行，其內容主要包括以下二個部分：

(一)社會福利法規部分，規定：

- 1.內政部應設立性侵害防治委員會（第四條）。
- 2.各直轄市政府及縣市政府應各設立性侵害防治中心（第六條）。
- 3.各級中小學每學年應至少有四小時以上之性侵害防治教育課程（第八條）。
- 4.對性侵害被害人予以醫療、心理復健、訴訟及律師費用補助（第十七條）。
- 5.對加害人實施身心治療及輔導教育（第十八條）。

(二)程序保障部分

- 1.中央主管機關應建立全國性侵害加害人檔案資料（第七條）。
- 2.醫療院所不得無故拒絕診療及開立驗傷診斷書（第九條）。
- 3.禁止新聞等媒體及政府機關所製作必須公示之文書禁止揭露被害人身分資訊（第十條）。
- 4.執法人員專業要求（第十一條）
司法院、法務部、內政部、警政署、行政院衛生署應制定性侵害事件之處理準則。法院、檢察署、警察機關指定專人辦理。專人應接受專業訓練。
- 5.強化性侵害犯罪告訴代理人權能（第十二條）
律師擔任告訴代理人時，得於審判中檢閱卷宗及證物，並得抄錄或攝影。

- 6.法院行言辯論程序前，應予告訴人陳述意見之機會。
- 7.創設陪同陳述人制度，使被害人之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親、家長、家屬或社工人員得陪同被害人在場，舒緩被害人情緒，協助被害人，並得陳述意見（第十三條）。
- 8.禁止揭露被害人過去性歷史（第十四條）
- 9.承認對幼兒及智障被害人得採法庭外及雙向電視系統訊問方式（第十五條）
- 10.審判原則不公開（第十六條）

嗣 94.1.21 全文修正時，除加強深化原立法規範外，主要增訂如下制度：

- 1.全面採強制通報，並明訂通報內容、通報人之姓名、住居所及其他足資識別其身分之資訊，除法律另有規定外，應予保密（第八條）。
- 2.增列醫院、診所對被害人診療時，應有護理人員陪同，並應提供安全及合適之就醫環境（第十條）。
- 3.為保護被害人隱私，增訂因職務或業務知悉或持有性侵害被害人姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別其身分之資料者，除法律另有規定外，應予保密（第十二條）。
- 4.擴大適用隔離措施之範圍，並規定審判長因當事人或辯護人詰問被害人不當而禁止其詰問者，得以訊問代之（第十六條）。
- 5.增設評估機制，明定經評估認有必要者，直轄市、縣（市）主管機關再行命其接受身心治療及輔導教育（第二十條第一項）。
- 6.增列觀護人對付保護管束之加害人得採取之處遇方式及執行，並得報請檢察官、軍事檢察官許可後，輔以科技設備監控（第二十條第二項、第三項、第四項、第七項、第八項）。
- 7.增設性犯罪者之登記及報到制度，以防止性犯罪者經釋放後於社區中再犯罪，以維社會大眾安全（第二十三條）。

註 3：詳見法務部網站：

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=273781&ctNode=28166&mp=001>。

註 4：臺灣高等法院 101 年度侵上訴 73 號判決：『……依民法第 1001 條規定：「夫妻互負同居之義務。但有不能同居之正當理由者，不在此限。」是除有該條但書之正當理由外，往昔不論法學界或實務界，均一致認為婚姻內涵性關係，只要有正式的婚姻關係存在，無不承認丈夫對妻子可以行使婚姻上之性權利，因婚姻為其阻卻違法之事由，縱係出於強制手段而發生性行為，最多成立強制罪，而性行為之本身，不能究辦（即不能論以強姦罪）。然因隨著性的主流意識之時代變遷，性主流意識已改變為「性自主」，我國刑法乃於 88 年 4 月 21 日修正，將妨害風化罪分

割為二：強制性交（強姦）、強制猥褻、利用權勢姦淫等罪，改稱「妨害性自主罪」（刑法第 221 條至第 229 條之 1），近親相姦、公然猥褻、散布猥褻圖畫等罪，仍稱「妨害風化罪」（刑法第 230 條至第 245 條），並將妨害性自主的犯罪，除配偶間的強制性交須告訴乃論外，其餘均修正為「非告訴乃論」，此乃著眼於婚姻制度本就內涵性關係，認為居住在一起的夫妻可以成立強制性交罪，實在難以解釋婚姻制度的本質。復因對配偶犯刑法第 221 條之強制性交罪須告訴乃論，而情節較輕之第 224 條強制猥褻罪反而為非告訴乃論罪，有欠妥洽，乃於 94 年 2 月 2 日修正刑法第 229 條之 1 規定，增訂對配偶犯第 224 條之罪者，亦須告訴乃論。再者，民法既規定在婚姻關係中，夫妻同居時互負性行為的權利與義務，然刑法卻又認為配偶（尤其是妻子）雙方均擁有性自主權，而且其性自主權係不可侵犯的，即使妻子無故拒絕履行民法第 1001 條規定之同居義務，丈夫亦不得請求強制執行或自力救濟。況刑法第 239 條前段規定，夫與其他女人通姦者，處以一年以下有期徒刑，且司法院大法官會議釋字第 147 號解釋亦闡明夫對妻負有貞操義務。然食、色、性也，男子發洩性慾，乃係正常男人之生理現象，妻子知之甚詳，若妻故意違背同居義務，拒絕與夫共營性生活，則夫如何發洩性慾？此乃屬違背人倫之事。故有學者主張可仿效瑞典刑法規定，對於分居的配偶才可能成立強制性交罪，因分居表示婚姻關係出現了很大裂縫，表示對於彼此性行為的乏味，隱指雙方高舉性自主的旗幟，如果強行發生性關係，就等於破壞了性的自主權（參林東茂撰「評刑法妨害性自主罪章之修正」乙文，月旦法學雜誌第 51 期第 77 頁）。是以，為調和上開民刑事法之衝突，應認刑法保障妻子性自主權係相對的、合理的，亦即妻子依民法第 1001 條之規定，客觀上有拒絕同居之正當理由時，始能主張其有不為性行為的性自主權。……」

註 5：高雄地院 99 訴 422 判決：「……被告於 99 年 2 月 6 日 7 時 40 分許，在 OO 圖書館之側面樓梯處，見甲女（未滿六歲）穿著腰部為鬆緊帶之運動長褲，一人獨自玩耍，將甲女抱坐其左大腿上，使甲女面向其右腿，以左手繞過甲女背部至左手之方式加以環抱，以右手由甲女腰部伸入其褲內，並以手指進入女童之陰道上下搓動，嗣居住上開圖書館側面樓梯處隔壁之 OOO，從住家廚房窗戶目睹被告將手伸入甲女褲內上下搓動的情影，即大叫制止並報警，經警到場查獲被告等情。…又公訴意旨認被告所為係犯刑法第 222 條第 1 項第 2 款之加重強制性交罪，惟被告辯稱案發時甲女並無反抗，其並無以暴力使甲女就範，而證人 OOO 於本院審判時亦證述：我看見被告與甲女時，甲女並無抵抗被告之動作，且無喊叫或哭泣等語（院卷 220、221 頁），核與被告所述相合；參以案發時甲女係坐在被告左腿上，姿勢重心並非十分穩固，若甲女有意掙脫被告，被告應難以在未脫去甲女運

動褲情形下，順利將右手伸入甲女褲內而為本件犯行，可見被告辯稱未以強暴、脅迫或其他違反甲女意願之方法為本案性交，尚非無據，起訴法條尚有未恰，惟起訴之基本事實同一，本院自得變更起訴法條予以審判。…」

註 6：最高法院 99 臺上 4894 判決：「……原判決事實認定上訴人與未滿十四歲之 A 女之祖母原為同事關係。九十五年三月二十九日中午十二時許，A 女之祖母攜同 A 女至其友人許○○住處打麻將，因到場之牌友共有五人，上訴人遂主動退出牌局，詎其竟萌生色念，明知 A 女係未滿十四歲之女子，竟基於對 A 女為強制性交之犯意，以帶 A 女出外遊玩為藉口，騎乘機車將 A 女載至其位於○○住處內，脫去 A 女之內褲，親吻 A 女之耳朵、胸部及下體等處，並進而以手指、眼鏡及吸管等物插入 A 女之性器，而以此等違反 A 女意願之方法，對 A 女強制性交得逞，嗣因 A 女感覺疼痛並哭喊：「不要」等語，始行住手。…是上訴人究竟係以違反 A 女意願之方法對其性交？抑係利用 A 女為其同事之孫女，且當時尚未滿四歲，年幼無知不解人事之機會予以性交？倘係前者，其所實行違反 A 女意願之方法，具體情形如何？顯然均仍欠明瞭而待釐清。原判決就此構成犯罪之重要事實，並未詳加認定，亦未載明其所憑之證據及論斷之理由，遽以加重強制性交罪論處，即有調查未盡及理由不備之違法。……」

註 7：徐偉群，從白玫瑰運動談司法改革，全國律師月刊 2011 年 04 月號。

註 8：見婦女新知基金會網站 http://www.awakening.org.tw/chhtml/news_dtl.asp?id=1052 別鬧了，法官大人—親密關係內的強暴就是強暴！

註 9：100 臺上 6649 判決：「……非基於正當目的所為之以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行爲，依刑法第十條第五項第二款規定即屬性交。因此，男性之陰莖是否有進入女性陰道內，並非刑法上判斷有無完成性交之惟一標準。女性之大小陰唇、陰蒂、陰道、子宮等均屬性器。上訴人見 A 女獨自躺在床上睡覺，竟自上方壓制 A 女之身體，強脫 A 女內褲，其手指並刻意碰觸、撫摸 A 女之陰道口附近部位達五秒以上之久，其主觀上顯係為滿足自己之性慾，客觀上其性器以外之其他身體部位已達與 A 女性器接合程度，已屬上開所指之性交行爲……。」

註 10：100 臺上 2518 判決：「……依原判決認定之事實，上訴人以其陰莖磨蹭 A 女之生殖器，並以手指撫摸 A 女之外陰部，並未插入 A 女之陰道內，僅係接觸 A 女生殖器外陰部，似屬性交未遂，原判決以上訴人之陰莖、手指直接接觸並未插入 A 女之外陰部，即屬與 A 女性器達相接合之程度，逕認上訴人性交既遂，依上開說明，自有未洽……。」

註 11：R. v. Ewanchuk, [1999] 1 S.C.R. 330, 1999 SCC 711

註 12 : R. v. Stender, [2005] 1 S.C.R. 914, 2005 SCC 36

註 13 : Vertido v. The Philippines, Communication No. 18/20081, Decision adopted on 1 September 2010, Forty-sixth session.

註 14 : R. v. Hutchinson. 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346