

# 從性自主權思考刑法的性行為

李聖傑\*

## 目 次

- 壹、問題存在與研究思考
- 貳、妨害性自主罪章之體系分析
  - 一、行為進行態樣區分之各罪
  - 二、保護法益的分析
  - 三、小結
- 參、性行為與性的行為
  - 一、性行為與性的行為之區隔的刑法思考
  - 二、性行為的本質
  - 三、性自主權在刑法中的價值分析
- 肆、結論

關鍵字：性犯罪、性自主、性自主權、性行為、性的行為、妨害性自主、猥褻、性交、性自主權的當然侵害、性自主權的擬制侵害

投稿日：九十二年五月十九日；接受刊登日：九十二年六月十七日

\* 德國雷根斯堡法學博士，現任中原大學財經法律學系助理教授。

本文承蒙兩位匿名審查委員惠賜許多寶貴修正意見，受惠良多，謹此致謝。

## 壹、問題存在與研究思考

自從刑法第十六章在一九九九年四月二十一日被冠以妨害性自主罪的章名，並將原來在舊法中涉及所謂侵害社會善良風俗之行為的相關規定，另外增列為第十六章之一，而以妨害風化罪來加以規範後<sup>1</sup>，國內刑法學者近乎一致性的將「性自主權（Das Recht der sexuellen Selbstbestimmung）」作為我國刑法第十六章之各個犯罪類型所要保護的主要法益<sup>2</sup>。關於性自主權作為妨害性自主罪章之基本保護法益的思考，可以分別從規範的形式表現與妨害性自主行為的實質內涵兩方面來加以驗證，在形式的規範上，不但從罪章名稱（妨害性自主）

<sup>1</sup> 有關該次刑法部分條文之立法過程與修正內容，參閱林山田，《刑法的革新》，頁 259-263，台北市，學林（2000）。至於刑法第十六章之一妨害風化罪章之存在適當性的思考，則非為本文討論的範圍。

<sup>2</sup> 參閱林山田，《刑法各罪論上冊》，頁 191，台北市，自版（2002）；黃榮堅，刑法增修概說，台灣本土法學，第 2 期，頁 205（1999）；林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正，月旦法學，第 51 期，頁 72（1999）；許玉秀，強吻非強制猥褻？，月旦法學，第 90 期，頁 305（2002）；陳子平，從強吻案談強制猥褻罪，台灣本土法學，第 42 期，頁 84（2003）；盧映潔，從強吻案談起，台灣本土法學，第 42 期，頁 94（2003）。事實上修法之前即有學者以性的自主來詮釋強制性行為保護的法益，陳志龍，婚姻關係存續中夫對於妻為強制性交是否構成強姦罪（刑法第二二一條第一項）之研究，刑事法雜誌，第 31 卷第 6 期，頁 8（1987）。惟國內有學者雖亦肯定性的自主概念，但對所謂妨害性自主之行為是否可以完全脫離社會公序，似乎仍執保留態度，參閱甘添貴，《刑法各論上冊》，頁 362，台北市，五南（1992）；同作者，《體系刑法各論》，第一卷，頁 262，註釋 1，台北市，自版（2001）。

的表達可以推知，從第十六章與第十六章之一編排的系統解釋，也應該能得到相同的思考，因為有關風俗與性秩序的規範，在法典的規範中，已經透過這一次修法，將之納入刑法第十六章之一妨害風化的罪章中<sup>3</sup>。其次在妨害性自主的行為內涵解釋上，此次修法將婚姻關係存續中配偶間之強制性交的行為規定為告訴乃論的犯罪行為，更可以認為是保護法益中「性自主權」與「性秩序」分離的表現。

性自主權的強調，特別是將性犯罪之法益保護的內涵脫離所謂「性秩序與性風俗善良與健全」的維護，而不再使其被支配於妨害風化的認定，是一種整體社會價值認知反省的呈現，和德國相比，從妨害風化到妨害性自主的價值過渡，在我國儘管多用了十六年的時間<sup>4</sup>，但是如果對照德國現行刑法第十三章「違反性自主決定之刑法行為」中所有條文的規定，我國將妨害性自主的行為與妨害性秩序的行為，從保護法益作為上位概念而分離，並在規範時以二個獨立罪章分別出現的立法思考，是更加凸顯了對性自主權所應該有的重視，可以將其看待為對性自主權之保護非常具體的宣示<sup>5</sup>。

<sup>3</sup> 雖然在日本刑法學界對於妨害性自主的行為是否能夠完全脫離社會性風俗與性秩序的思考，仍然存有不同的看法，參閱陳子平，從強吻案談強制猥褻罪，台灣本土法學，第 42 期，頁 84-85（2003），然而就我國刑法第十六章與第十六章之一的章名所表達之處罰的犯罪行為而言，應可認為立法者在立法時，已經有將性自主權之保護與性秩序之保護分離的認識。

<sup>4</sup> 德國刑法第十三章早期曾以侵害風俗的犯罪（Sittlichkeitsdelikte）規範有關性犯罪的行為，然而在一九七三年經過第四次刑法修正法（4. Gesetz zur Reform des Strafrechts）的頒布後，即確定其刑法第十三章所規範者為違反性自主決定之刑法行為（Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung）。

<sup>5</sup> 例如德國現行刑法將有關性交易的犯罪行為（Prostitutionsdelikte）亦納入

對於個人權利的保護與適當法益的維護而言，此次刑法修正的精神與方向無疑是進步的，就這一點，相關學者、社會團體以及立法者的努力，的確是值得肯定的。然而，當我們進一步了解立法的三讀過程與檢視相關條文規定所表達的規範內涵之後，對於立法程序的草率與粗糙，卻著實令我們訝異<sup>6</sup>。有關新法中不當之法律用語的檢討與改進，學者間已有多所建議<sup>7</sup>，但是即便如此，如果考慮到性自主權概念的特殊性，以及相關性犯罪行為所應該具有的不法內涵，則不難發現，事實上在我國刑法第十六章所規定之各罪行為的處罰，對性自主權的全部彰顯仍有一段距離，甚至有時所處罰的行為與性自主權沒有太大的關聯，例如對於刑法第二二七條有關與稚童或幼年人性交或猥褻行為的進行所規範之行為的處罰，是法規範對於性自主權之瑕疵存在的擬制，在考量行為所可能侵害的法益，以及完全貫徹性自主權的思考時，其實應該有比所謂妨害性自主罪章更為適當的定位。再者，若是把性自主權的強調，更加入刑法存在的目的性（法益保護），

---

該法第十三章的規範範疇（§§ 180, 180a, 181, 181a, 184a, 184b StGB），確實存在有保護法益定位不明的疑慮。

<sup>6</sup> 此次修法的三讀過程，曾有學者為文詳述，參閱林山田，性與刑法—以強制性交罪為例，台灣本土法學，第 2 期，頁 51（1999）。

<sup>7</sup> 參閱林山田，性與刑法—以強制性交罪為例，台灣本土法學，第 2 期，頁 43 以下（1999）；許玉秀，妨害性自主與打擊錯誤，台灣本土法學，第 2 期，頁 115-116（1999）；黃榮堅，刑法增修概說，台灣本土法學，第 2 期，頁 208（1999）；林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正，月旦法學，第 51 期，頁 73 以下（1999）；李茂生，刑法第十條中有關性交的定義，刑法修正草案學術研討會報告，台灣大學法律學院刑事法研究中心主辦，台北（2003）；余振華，對性犯罪之刑罰規定的再檢討，月旦法學，第 96 期，頁 88 以下（2003）。

與刑法規範的性質（最後手段性以及刑罰必要性）一併思考時，尤其可以了解到對於性自主權的討論，除了刑法的理論之外，可能牽涉的範疇其實也應該包括性別社會學與犯罪社會學的觀點。特別是在定義或者處罰「違反性自主決定之刑法行為」時，以刑法的功能不在於創設規範的角度而言，這類的嘗試幾乎已經是一種接近負荷超載的刑法課題。

在相關的思想中首先可能遭遇的問題是，在我國刑法中對於所謂性自主權的保護，究竟是表達了何種行為的禁止，換句話說，在刑法第十六章的罪章名稱高舉妨害性自主的概念之後，是否其所呈現的犯罪類型的規定，也合乎社會價值對妨害性自主行為的認知，而這些規範的彰顯是不是都恰如其份的符合了刑法所特有的性質；其次進入的考量是，透過對什麼樣的人類行為加以制裁，可以達到上述規範的實現。對於這些問題的討論，本文將以我國刑法第十六章中所處罰之犯罪行為的體系分析作為思考的出發，並企圖在犯罪類型的體系分析中，找出現有妨害性自主罪章之個別條文規定所要具體保護的法益，以及依其論理邏輯應該由刑法制裁的行為。所謂「應該由刑法制裁」的探究，除了從刑法規範性質著手，無可避免的必需碰觸對該行為本質的討論，以期使得相關性犯罪行為之規範與處罰，有更符合刑法正義的存在基礎。並希望藉由本文不成熟的嘗試，給予所謂性自主權的保護另外一種方向的思考。

## 貳、妨害性自主罪章之體系分析

由於性自主權概念的特殊性，使得妨害性自主行為在解釋上不易明確，對於刑法第十六章之體系結構的形成，也因為切入點的不同，基本上至少可以存在有兩種不一樣的分析方法，一種是從現行刑法所規範的制裁行為來加以思考，而對已經存在的犯罪行為作類型化的區分；另外一種則是從法益保護的角度出發，把從社會價值的認知中應該由刑法所呈現的規範找到，再以法益的分類判斷，更細緻地將罪章中所規定的犯罪類型作體系化的整理<sup>8</sup>。為了能夠確實掌握我國刑法對於有關性犯罪行為在修法後所應該呈現的概念意涵，並從性自主權的保護來了解各個不一樣的犯罪類型有可能涉及的不法內容，以下分別以上述兩種不同的思考，作為體系基礎結構之區別設計，並利用體系分析的結果進行交叉比較，以尋求我國刑法第十六章規定中，處罰的行為與保護的法益之間真正具有刑法價值的關聯。

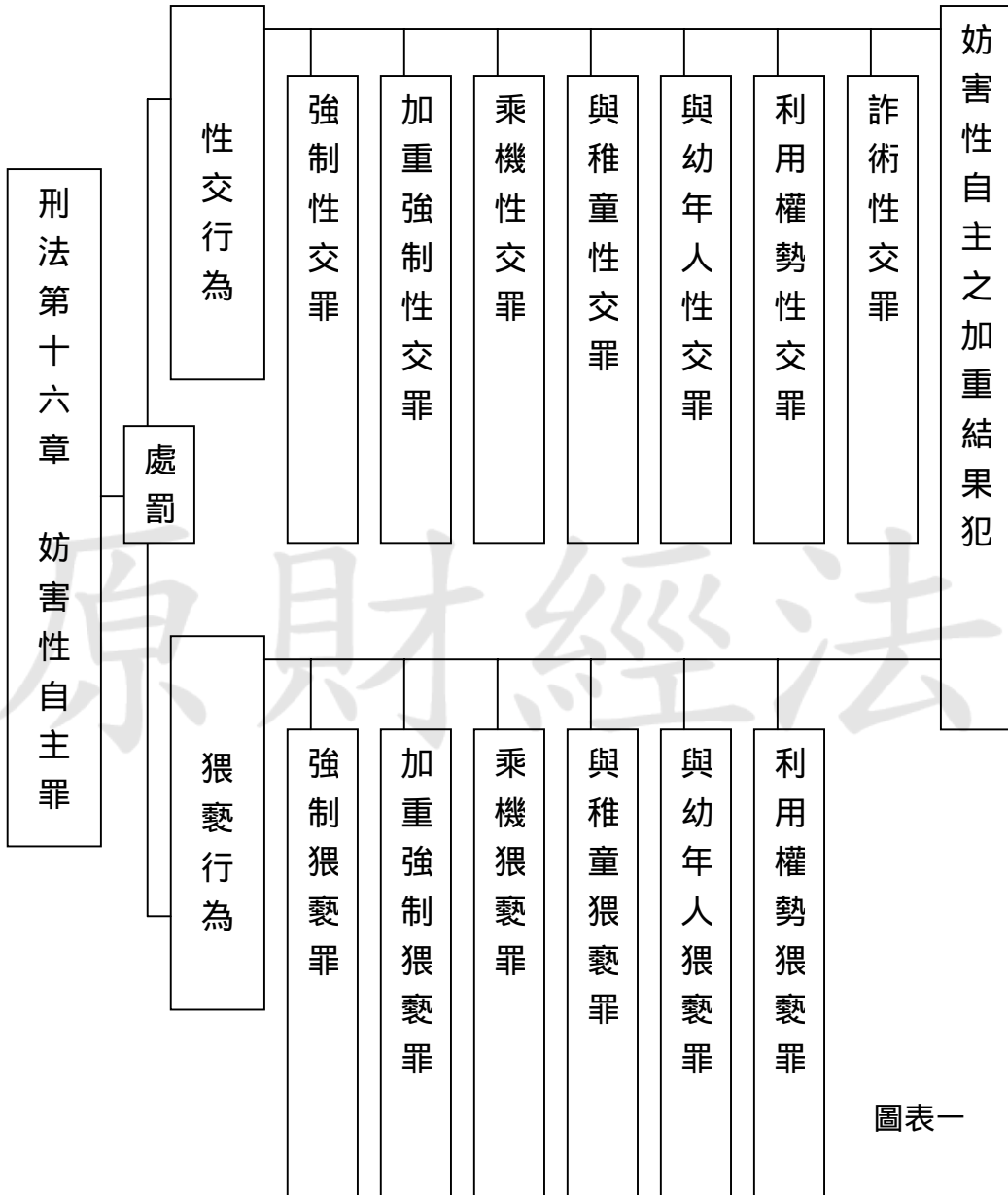
### 一、行為進行態樣區分之各罪

依現刑法第十六章的規定，所謂妨害性自主之行為進行的態樣，主要可分為兩大類 - 性交與猥褻行為，如果以此二行為作為妨害性自

---

<sup>8</sup> 一般而言，在其他罪章的犯罪型態之體系分析，多半可以單純從刑法所保護的法益概念著手，直接評價該法益之侵害行為的不法內涵，或更進一步分析各罪間基本構成要件與加重、減輕之變體構成要件的關係，惟本罪章所保護的法益 - 性自主權本身即存有相當的闡釋空間，換句話說在沒有進一步分析罪章中各罪的關係前，妨害性自主之行為態樣的討論，即可以影響體系成立的結構。

主罪章分析的基礎判斷，則刑法第十六章所規範的所有犯罪類型可以在打破法條的排列次序後，重新以行為是否為性交或猥褻行為的制裁作為初步的區隔標準，將現行刑法第十六章的犯罪類型調整為，處罰行為人之性交行為的進行與處罰行為人之猥褻行為的進行；屬於處罰行為人之性交行為的有：（一）強制性交罪（第二二一條第一項）、（二）加重強制性交罪（第二二二條第一項）、（三）乘機性交罪（第二二五條第一項）、（四）與稚童性交罪（第二二七條第一項）、（五）與幼年人性交罪（第二二七條第三項）、（六）利用權勢性交罪（第二二八條第一項）、（七）詐術性交罪（第二二九條第一項）；屬於處罰行為人之猥褻行為的有：（八）強制猥褻罪（第二二四條第一項）、（九）加重強制猥褻罪（第二二四條之一）、（十）乘機猥褻罪（第二二五條第二項）、（十一）與稚童猥褻罪（第二二七條第二項）、（十二）與幼年人猥褻罪（第二二七條第四項）、（十三）利用權勢猥褻罪（第二二八條第二項）與（十四）妨害性自主而殺害或重傷被害人罪（第二二六條之一），除了上述各罪外，刑法第十六章另外在第二二六條規定妨害性自主之加重結果犯。為了讓這種將性交行為與猥褻行為作為上位分析的個別犯罪型態之間的關係，能夠有一目瞭然的理解，以下特別將各罪間的體系結構列表圖示如下：



圖表一



針對此一妨害性自主之犯罪類型體系的形式觀察，似乎我們可以得到一個初步概念：就我國刑法而言，所謂妨害性自主的行為，在犯罪行為的設計上，事實上不是處罰性交就是猥褻，換句話說，整個性自主權的侵害行為是被限定在所謂性交與猥褻的進行<sup>9</sup>。如果這一個概念是被接受的，繼續出現的邏輯是：在修法時立法者儘管意識到性自主權本身是一種獨立而具有刑法價值的法益，但是有可能侵害此一法益的行為樣態，立法者則認為只有性交與猥褻二種行為才可以動用到刑法來制裁，其次再經由性交或猥褻之行為進行時的各種不一樣的行為情狀，給予不同的刑法評價，而賦予不同的刑罰制裁。

此一體系思考的呈現有可能是受到舊有刑法規定 - 妨害風化罪章的影響，因為在修法前的刑法第十六章，亦主要以姦淫與猥褻行為的存在，作為妨害風化的犯罪處罰。而在本次妨害性自主罪的修訂思考中，修法後有關姦淫行為與性交行為之涵攝範圍的比較，也往往是學者對於性犯罪論述的重點之一，相關文章在介紹此次增修條文的內容時，基本上多會加入刑法第十條第五項的討論<sup>10</sup>。然而事實上修法時從「姦淫」到「性交」的名詞過渡，除了使得妨害性自主的對象，不再如舊法第二二一條之規定僅限於婦女，而可以擴大到男性之外，其他修法後所存在的刑法上的意義，不過是表達所謂「性交」並不僅止於以往刑法學說或實務所理解的男女性器官的接合，而是也包括身體

<sup>9</sup> 因此有刑法學者在犯罪行為之闡明時，直接以姦淫罪與猥褻罪作為區的上位概念，參閱甘添貴，《刑法各論上冊》，頁 362 以下，台北市，自版（2002）。

<sup>10</sup> 參閱黃榮堅，*刑法增修概說*，台灣本土法學，第 2 期，頁 205-206（1999）；林東茂，*評刑法妨害性自主罪章之修正*，月旦法學，第 51 期，頁 76-77（1999）。

其他部位或利用工具的侵入<sup>11</sup>。對於修法時所高舉的性自主的思考，在本文圖表一有關犯罪類型的分析中，並沒有能夠看到修法前後有太大的改變。討論至此，則問題漸漸可以聚焦到一個隱約出現的思考，如果修法時所謂社會價值對性自主權獨立存在的反省，只是表現在罪章名稱的改變或性交概念的擴大<sup>12</sup>，那麼性自主權成為刑法獨立法益的實現，想要透過我國現行刑法第十六章的規定來進行，顯然還有相當的困難，因為不論是性交行為或猥褻行為的進行，都只是可能侵害性自主權的一種方式，在刑事立法的思考上，如果未能仔細探究妨害性自主權之行為本質的特性，而只是將所謂性交行為的概念擴大，不僅模糊了性交與猥褻行為的界線，也使得對性自主權尊重所應該存有的核心價值的討論，都失焦在「性交」或「猥褻」的概念分析中，尤其是現行刑法既然標榜性自主權的保護，對於有關犯罪類型所侵害之法益作更細緻的分析，便存在有刑法論理的必要性。

## 二、保護法益的分析

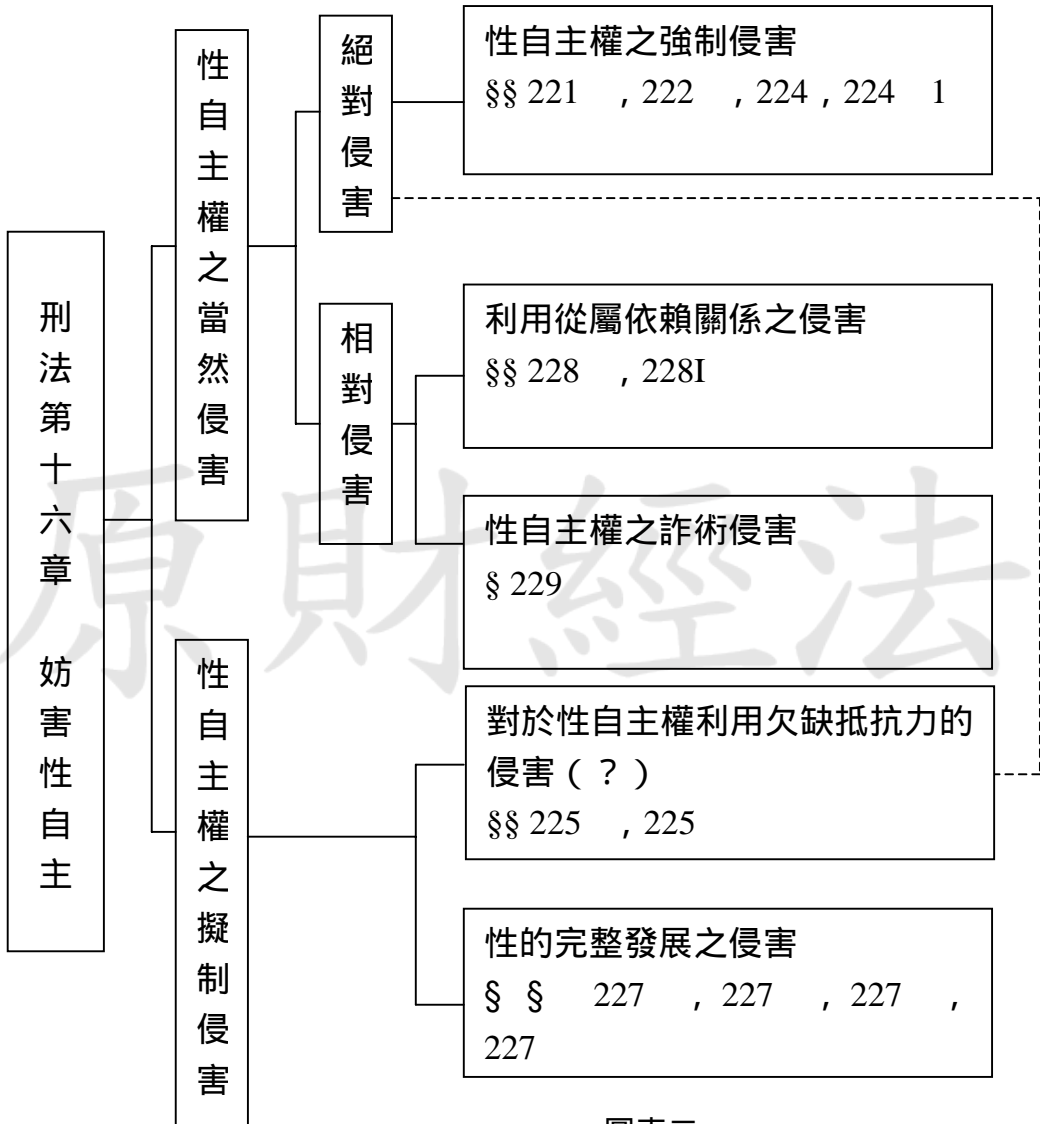
性行為的進行，一般來說是存在於兩個人間的行為，也因為是兩個人的行為，如果性行為的進行當中，有一方是沒有意願的或者意願是有瑕疵的，那麼在性自主權的保護傘下就可能可以成為刑法的討論對象。也因此論理中，事實上我們是可以先不去探究性自主權被侵害時，行為人具體實施的行為方式（例如究竟是性交或猥褻），而純粹以現行刑法的處罰規定的呈現，用性自主權被侵害的程度作為基本

<sup>11</sup> 黃榮堅，*刑法增修概說*，台灣本土法學，第2期，頁206（1999）。

<sup>12</sup> 比較舊法第二二一條至第二二九條與新法第二二一條至第二二九條之規定，可以發現，其實所謂罪章的新設，在全面犯罪行為的的設計思考上，只是將大部分的構成要件行為，由姦淫或猥褻修訂為性交或猥褻。

的思考，來檢驗我國刑法妨害性自主罪章之各罪的保護法益。將這樣的分析思考表現在現行刑法時，則依照我國刑法第十六章各個犯罪類型之具體規定所可能保護的法益，以及各該法益被侵害的狀態和程度，可以將所謂妨害性自主的行為，以行為人實行犯罪行為時是否明顯違背被害人之意願，而對我國刑法第十六章所規範的犯罪行為，區分為性自主權當然的侵害與性自主權擬制的侵害兩大類。為了讓這種以法益受到侵害程度，來作為分析的罪章整體結構，有比較簡明的鳥瞰性的認識，在沒有對各個犯罪行為處罰要件及相互間之關係作更細緻的闡明前，本文嘗試先以結構圖的方式將刑法第十六章所存在的個別犯罪類型，表現如下：

# 中原財經法學



圖表二

### （一）性自主權之當然侵害

所謂對性自主權之當然侵害，指的是在犯罪類型的設計中，行為人行為的進行依照構成要件的行為情狀，可以被認定為是屬於明顯違背了被害人的意願，而直接對被害人有關性的自我決定權利產生了侵害。對於以性的自主權為保護法益的犯罪類型而言，這是妨害性自主行為所可能出現的最基本的侵害態樣，嚴格來說，原則上在所有的妨害性自主權之犯罪類型的設計中，行為人的行為都應該符合此一條件，然後再依各侵害行為所出現之不同程度的不法內涵，給予不一樣的刑法非價判斷。

將妨害性自主的行為，從保護法益被侵害的狀態，大分為對於性自主權之當然侵害與擬制侵害，主要的考量在於，如果我們已經不再將違反他人意願而與他人性行為的進行，認定為是對於整體社會的善良風俗與公共秩序的危害，而是如刑法第十六章的章名所揭示的，是進入對於個人性自主權的保障時，則妨害性自主行為的思考已經不能與性自主權的存在分開。在沒有更深入的探究性自主權的概念之前，就其性質存在的基本內涵而言，其實已經可以確定的是，所謂的性自主權根本是無法脫離被害人自主意識維護的強調。找到了這一個侵害性自主的共通的思考點後，在被害人自主意識之貫徹的前提下，對於各罪間存在的體系思考，我們可以以行為人的行為是屬於被害人意識之直接違背或是透過立法者的擬制違背，來作為對於性自主權當然侵害與擬制侵害的區分。就我國現行刑法第十六章之規定而言，除了刑法第二二七條與第二二五條所規範之行為，是因為被害人不能認識或

不能抗拒性侵害行為的進行，而被擬制有妨害性自主的情形外<sup>13</sup>，其餘在解釋上均可列入行為人之行為係直接違背了被害人之意願，而屬性自主權當然侵害的範疇。

至於對於性自主權當然侵害的行為中，按現有刑法第十六章所規定之犯罪類型，又可以依照被害客體存在可能支配之意思自由的空間多寡，再分為性自主權之絕對侵害與性自主權之相對侵害，在這一個體系架構，現行刑法第二二一條第一項強制性交罪、第二二二條第一項加重強制性交罪、第二二四條第一項強制猥褻罪及第二二四條之一加重強制猥褻罪之規定，皆因為在條文適用的解釋上行為人行為（不論是性交或猥褻行為）的實施，必需在具體事實上存在有以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他相類似的舉動，使得被害人無法可以拒絕行為人之侵害行為<sup>14</sup>，而可以將之納入性自主權之絕對侵害。至於刑法第二二八條第一項利用權勢性交罪、第二項利用權勢猥褻罪以及第二二九條第一項詐術性交罪之規定，則在對照性自主權之絕對侵害的狀態，至少可以認定不管是利用權勢性交、猥褻罪或者是詐術性交罪，其實被害人在行為人的侵害行為進行時都還能夠保有相對的自主意識空間，也就是說，對於行為人行為的實行，被害人或者因為處於權勢的劣勢，又或者因為受到行為人之詐騙誤認其為自己之配偶，而不存在有完全無瑕疵的意識決定空間，但是就具體事實而言，被害人的性的自主決定權儘管沒有完全自由，卻存在有拒絕行為人行為進行之可能性，因此在犯罪體系的類型分析中，將之列為性自主權的相對侵害

---

<sup>13</sup> 有關刑法第二二五條之擬制的闡明，見本文貳、二、（二）性自主權之擬制侵害。

<sup>14</sup> 黃榮堅，刑法增修概說，台灣本土法學，第2期，頁208（1999）。

<sup>15</sup>。換句話說，在性自主權相對侵害的行為事實中，被害人對是否聽任行為人行為的進行，在論理上仍有拒絕的可能性，被害人或許因為經過特殊的利益權衡，也或許因為所接受的行為訊息有瑕疵，而使得性的自主意識受到干擾。性自主權的絕對侵害與相對侵害的區分，表達了即使是行為人的行為明顯而直接的違背了被害人有關性行為的自主意願，但因為斟酌被害人於侵害行為進行時，其自由意識的貫徹是受到不一樣的壓制，而給予行為人的行為不一樣的犯罪評價。以同一罪章之個別犯罪類型的體系安排而言，這些具有不同不法內涵的犯罪行為自然應該被區分出來，如此才能夠透過犯罪類型的區隔，更精確的表達出應該被特別強調為不同的罪刑思考。

對於妨害性自主的行為在性自主權當然侵害的架構下，另外區分絕對與相對的侵害，並不會與新法中只要是「違反被害人意願」即可該當妨害性自主的行為之解釋，產生理解上的矛盾。因為就個別的犯罪類型而言，性自主權的侵害儘管會因為不完全一樣的犯罪行為的實行，有著不一樣的不法內涵的表現，但是在同一罪章的規範中，至少

---

<sup>15</sup> 修法後有學者認為詐術性交行為之處罰已經失去時代需要的存在意義，而多建議刑法第二二九條應予廢除，參閱林山田，《刑法各罪論上冊》，頁 228，台北市，自版（2002）；林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正，月旦法學，第 51 期，頁 75（1999）。其實刑法第二二九條所處罰的行為是，行為人以詐術使人相信其為婚姻關係中之配偶，並利用其被相信為配偶的身分進行性交的行為，也就是被害人誤信行為人為其配偶，而與之性交，學者主張本罪應予刪除時，多以法事實的存在難以想像，而認為本條之設立，少有刑法實益，然而可以再討論的是，如果行為人以詐術締結無效之婚姻，而使被害人相信雙方存有婚姻關係同居的義務，並與之為性交的行為，在性行為的絕對自主權的思考上，則本條之存廢，似乎仍然存在有極大的辯證空間。

應該存在有一個共通法益的保護，以免個別犯罪行為的處罰，在解釋上產生相互矛盾的衝突。而且個別的行為規範透過整個罪章的系統解釋，不僅有助於維持刑法分則中條文闡釋的體系一貫性，還可以使得文字用語在解釋或適用時有一致的概念<sup>16</sup>。至於對於同一罪章中基本的共通法益的提出，以及個別犯罪的不同不法內涵的表達，除了應該在刑法的解釋中被特別注意，更要直接顯示在刑事立法的貫徹。

在性自主權的絕對侵害與相對侵害的區分當中，事實上我們可以在很清楚地在犯罪類型的體系分析中，看到對於性自主權的強制侵害（刑法第二二一條第一項）與對於性自主權利用從屬依賴關係（第二二八條第一項）或使用詐術之侵害（第二二九條第一項）的不一樣的行為不法內涵。但是在現行刑法法條規範的表現上，除了在犯罪類型的設計時，立法者確實明顯給予性交行為與猥褻行為不一樣的刑法評價外，對於所謂性自主權當然侵害的不同類型的不法內涵的呈現，我們卻只能從刑法第二二一條第一項（強制性交罪）與第二二八條第一項（利用權勢性交罪）中不一致的刑罰規定，推論立法者應該也認識了其所具有的不一致的不法內涵。至於同樣是對性自主權存在之相對侵害的詐術性交罪（第二二九條第一項），在比較其法定刑的刑度時，我們卻看不到所謂的「個別犯罪的不同不法內涵，應該要被直接貫徹在刑事立法」的思考，因為從強制性交罪與詐術性交罪之刑罰比較，根本看不出來立法者知道其應該要在刑法的規定中表達不法內涵區隔的任務。如果立法者以為對於性自主權的強制侵害（絕對侵害）與詐術侵害（相對侵害），其不法內涵不需要區分而可以在刑法的規範上

---

<sup>16</sup> 參閱林山田，《刑法通論上冊》，頁134，台北市，自版（2001）。



作相同的非價評價時<sup>17</sup>，那麼讓人不能理解的是，對於強制侵害性自主權的行為與利用權勢關係壓制性自主權的行為，立法者既然已經在犯罪行為規範的表現上，將利用權勢關係壓制性自主權的行為給予較低的不法評價<sup>18</sup>，為什麼對於有可能侵害性自主的猥褻行為，立法者卻獨漏依照立法者的體系思惟應該有比「利用權勢機會猥褻」較高之不法內涵的「詐術猥褻」行為的制裁，而只處罰了行為人利用權勢機會猥褻的行為（第二二八條第二項）。

## （二）性自主權之擬制侵害

將刑法第二二五條與第二二七條之規定，當作是刑法對行為人之行為，擬制的侵害被害人性的自主權的思考，原因在於不論是第二二五條所處罰之利用被害人無抵抗能力之乘機性交或猥褻的行為，或是第二二七條對於稚童或幼年人的性交或猥褻的行為，就構成要件的规定而言，事實上我們沒有辦法很清楚地看到，條文的文意規範有對於行為人在犯罪時，其行為必須是明確違背了被害人之性行為的決定意識的必要要求，嚴格來說，甚至在刑法第二二七條所制裁之對於稚童或幼年人為性交、猥褻的行為過程中，行為人往往還可以舉證行為進行時，行為人與所謂的被害人雙方確實存在有行為的合意。在這裡刑法之所以處罰行為人的行為，事實上在大部分的情形，都是擬制被害人於行為人的性交或猥褻行為的進行時，被害人對於雙方性行為的

<sup>17</sup> 依照刑法第二二一條第一項與第二二八條第一項所規範的法定刑的比較，立法者顯然是將此二種不一樣的犯罪行為，給予一致的不法內涵的評價。

<sup>18</sup> 就法定刑的比較，可以得知在犯罪類型的設計時，立法者認為刑法第二二八條第一項利用權勢機會性交罪之行為不法內涵比刑法第二二一條第一項強制性交低。

進行是不同意的，也就是說，行為人的行為還是被認為是侵害了被害人對於性行為支配的自由意識，至於將之擬制為不同意的原因，刑法第二二五條與第二二七條有不同的立法政策的思考。

有關於刑法第二二五條的規定，學者間多認為其規範的重點應該是在於，行為人是利用了被害人處於無抗拒能力或不知抗拒之情況下，而對被害人施予性侵害的行為<sup>19</sup>，至於在構成要件該當的判斷上需要被特別強調的是，對於被害人陷於不能抗拒或不知抗拒的狀態，其原因必須非行為人之故意行為所造成<sup>20</sup>。依照此一規範目的所為的解釋，則構成要件中所謂心神喪失與精神耗弱，都必須將被害人所可能擁有之抵抗可能性，作為解釋乘機性交猥褻罪之乘機情狀的認定。關於抵抗力的存在判斷，在實務上有多起判例將「單純之熟睡」認為是心神喪失之相類情形<sup>21</sup>，然而有學者以為事實上熟睡的男女，一旦有人趁其睡覺時欲對其為性交行為，必然驚醒而為抗拒，因此上述情形應該在事實的認定上解釋為沒有所謂「欠缺抵抗力」的行為情狀，並進一步認為「單純之熟睡狀態，實不宜解釋為本罪之心神喪失相類之情形」，因此主張此類實務判例的見解有變更的必要<sup>22</sup>。

---

<sup>19</sup> 參閱陳志龍，酒不罪人，人自罪，月旦法學，第75期，頁13（2001）；許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢－何謂性自主？，台灣本土法學，第42期，頁29（2003）。

<sup>20</sup> 參閱林山田，《刑法各罪論上冊》，頁216，台北市，自版，（2002）；許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢－何謂性自主？，台灣本土法學，第42期，頁32（2003）。

<sup>21</sup> 43台上404；48台上910。

<sup>22</sup> 參閱林山田，《刑法各罪論上冊》，頁217，台北市，自版（2002）。

對於刑法第二二五條乘機性交猥褻罪的適用，是不是應該如多數學者所強調的意見，是以被害人喪失抵抗力作為前提思考，其實也關係著該條行為客體的適用範圍的闡明。關於第二二五條行為客體的認定，有學者將其區分為不知危險存在與知道危險存在而無法逃離二種不同的情形<sup>23</sup>，這兩種不同情狀的行為客體雖然在行為人之侵害行為進行時，都處於沒有抵抗的狀態，但是就被害人實際上可能想要進行抵抗的強烈程度，也就是行為人的行為是否明顯違背被害人之性的自主意思，卻可以存在有完全不同的理解。在可能想像的案例事實中，至少我們可以作出以下兩種不一樣情狀的設計：

1. 某甲趁著某乙酩酊大醉，對之進行性交。

2. 某乙被歹徒捆綁，歹徒逃逸後，適有某甲經過而發現被捆綁無法動彈之某乙，乃利用其無法反抗，與之性交。

上述兩種情形，如果只是從性自主權的違背來看，我們不能排除至少在第一種情形有可能發生被害人於酒醒時，完全不反對行為之人行為的情形。然而即使是這樣，在抽象的法秩序上面，為了對性的自主權有圓滿的保護，在行為客體的意識無法被確實知道時，立法政策將擅自與其發生性行為的狀態擬制為性自主權的違背，是符合性自主概念的保護，而可以被一般的社會價值所接受，並因此成為刑法的規範。但是緊接下來馬上要處理的問題是，這一種被害人性自主意識違背的擬制，有沒有可能被推翻。關於這一個問題，如果從刑事立法政策的思考出發，則解釋的重心應該在於我們怎麼看待此一擬制的效力，關於刑法的擬制效力，如果可以揚棄「視為」的想法而以「推定」

---

<sup>23</sup> 參閱許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢 - 何謂性自主？，台灣本土法學，第 42 期，頁 32（2003）。

的擬制作為刑法所有有關於擬制的解釋，相信更能符合刑法的謙抑思考<sup>24</sup>。至於第二種情形，在罪章「妨害性自主罪」的思惟下，有學者以為其本質與刑法第二二一條都是明顯違反被害人意思，可以被等同看待<sup>25</sup>，但是也有學者認為刑法「第二百二十一條以及第二百五五條的規定，一個是使用手段壓制被害人可能的反抗而為性交，一個是利用被害人既存無法反抗的機會而為性交，二者在自由權利侵害的意義上，應該並非等量，所以其法定刑未做區分似乎有違衡平原則」<sup>26</sup>。對於這一問題的處理，無法極端的從刑法論理的絕對主觀或絕對客觀的角度來加以解決，純粹從性自主權的侵害以及被害人的利益維護而言，的確很難證明被害人被行為人以強制的方法性交或猥褻所受的心理創傷，和陷於危險因無法逃離致發生被性交或猥褻的痛苦<sup>27</sup>，真的有明顯的差距或有什麼不同。對於這個問題，或許我們應該再想想看，刑法第二二五條之規範所要表達的重心到底是什麼，換句話說，如果行為人的行為符合了規範的要求，那麼保護了被害人什麼樣的法益不受侵害。如前文所述，在罪章名稱的系統思考下，基本上所有的妨害性自主的行為都須要以違背被害人的性的自主意識為要件，但是

---

<sup>24</sup> 參閱李聖傑，因果關係的判斷在刑法中的思考，中原財經法學，第8期，頁123-124（2002）。

<sup>25</sup> 參閱許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢 - 何謂性自主？，台灣本土法學，第42期，頁32（2003）。

<sup>26</sup> 參閱黃榮堅，刑法增修概說，台灣本土法學，第2期，頁208（1999）。

<sup>27</sup> 例如被害人穿過窄門，被門卡住，進出不得之際遭性交或猥褻，此一案例乃學者為闡明所謂知道危險而無能力逃離危險所創設，參閱許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢 - 何謂性自主？，台灣本土法學，第32期，頁32（2003）。

如果我們作反向思考，設想有一行為人的行為確實已經明白的違背了被害人的性的自主意識，會不會只是因為被害人受侵害時是由於行為人利用了被害人已經不存在有抵抗的能力，而會使得行為的不法內涵因此降低。答案可以是否定的，因為性自主權的侵害還是明顯而直接的發生。至於將其與強制性交或猥褻行為以所謂身體自由的侵害作為區隔，而認為強制性侵害的行為除了違背了被害人的性自主意識，更是侵害了被害人的身體自由的利益的說法，也還是可以討論的。如果我們換個角度看性自主權，其實就法益本質而言，本來身體自由的利益就不當然是性自主權保障的必要部分，舊條文之強姦罪的構成要件曾以行為人的行為必須使被害人「不能抗拒」為構成要件要素，在修法時也因為被害人利益的考量與性自主的強調，而被改為「違反其意願的方法」，其間雖有學者提出不同意見<sup>28</sup>，但是如果可以因此找到性自主權保障的真正意涵，這樣的規定反而有助真正人類性價值的突顯。

討論至此，處罰侵害性自主權行為的規範核心漸漸出現，在性自主意識真正被突顯時，性自主權的保障，就其根本的思考，不在於性自主的權利被什麼樣的行為破壞或是在什麼情況下被侵害，真正的規範核心應該是，所有的人都應該正視並且絕對尊重每一個人在每一個時刻所表達出來的性的自主意識。也因為這個規範核心的建立，刑法第二二五條可以就客體不同拆解為兩部分，當客體不能知道或不知道危險存在而無法表達其自主意願時，則行為人的行為可以被認為是擬制的侵害了性自主權的存在，而如果當客體知道危險的存在卻因失去抵抗能力無法逃離時，則行為人的行為是屬於明顯違背了被害人之性

---

<sup>28</sup> 參閱林山田，《刑法各罪論上冊》，頁 206，台北市，自版（2002）。

自主意識的表達，是性自主意識的直接而當然的侵害，此時從妨害性自主罪的保護法益而言，其不法內涵的認定並不必要與擬制的侵害性自主權的行為作相同要件的理解。當刑法第二二五條在體系架構以及規範內涵的解釋，以行為人的行為是否明顯或擬制的違背被害人之性自主意識加以區分時，則對於本條構成要件中所規定之「身心障礙」的客體認定，也同樣因為「不知抗拒」之擬制要素的存在考量，而應該作符合目的性解釋的限縮，也就是說，所謂「身心障礙」及其相類之情形，在立法者擬制行為人之侵害行為是屬於違背了被害人之性的自主意識的思考下，應該是指專指智慮障礙的範疇。

至於本文在圖表二將刑法第二二七條列入了性自主權侵害的擬制，是遷就現實刑法第十六章的類型規定。事實上在第二二七條的適用上，應該有與第二二五條完全不同的立法思考。對於與稚童或幼年人發生性行為之處罰，其主要的理由在學說的呈現上，皆認為是對於人類完整之性的成長以及青少年身心健康的保護<sup>29</sup>，希望透過性的擬制侵害的制裁使得對兒童與青少年的保護滴水不漏<sup>30</sup>。其中有關本條之行為手段的進行，一般皆認為以和姦行為為限<sup>31</sup>，如果與刑法第二二二條第一項第二款之規定作為比較，將本條的適用行為排除強制手段或其他違背行為客體之意願的行為進行的解釋應該是屬於當然解釋，換句話說，只有當行為主體與行為客體之性行為的進行是在雙方和意

---

<sup>29</sup> 參閱林山田，《刑法各罪論上冊》，頁 218，台北市，自版（2002）；Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, § 10, Rn. 4; Joecks, Studienkommentar, S. 302 u. 305; Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, § 20, Rn. 4.

<sup>30</sup> Vgl. Heinrich Laufhütte in: Leipziger Kommentar, Vor § 174, Rn. 8.

<sup>31</sup> 50 台上 1092。

的情形下，才符合本罪構成要件的前提思考而有成立本罪的可能。這樣的辯證結果顯然與所謂妨害性自主為行為人的行為違背了被害人的性的自主意識有相當程度的距離。學者間常以本罪的客體知識與發育未臻成熟，而否認其同意與他人為性行為之承諾能力<sup>32</sup>，關於被害人的同意或承諾，在刑法上所產生的犯罪判斷效果，往往因為不同的刑法立法思考，而產生不一樣的解釋。一般而言是否造成犯罪的排除，則至少可以有阻卻構成要件與阻卻違法兩種不同效果的同意<sup>33</sup>，如果當犯罪的不法內涵或刑法非價（負價值）在構成要件的描述中必須有行為人的行為與被害人意思相反的意涵要求時，則被害人的同意可以排除構成要件的該當<sup>34</sup>（tatbestandsausschließendes Einverständnis）。國內有學者認為此種同意僅涉及事實上的問題，因此只要具有自然之意思能力，即為已足<sup>35</sup>。當社會對於性侵害的行為所可能破壞的法益，已經從善良風俗跳脫到要性自主權的保護，那麼對於未滿十六歲之人自己支配性的意識，是不是要完全的漠視，而以年齡的統一劃分，否定其所有有關於性的行為之自主權，其實應當可以由整體社會的性價值與男女的性生理成長，作更深入的研究。如果我們在學說上甚至

---

<sup>32</sup> 參閱蔡墩銘，《刑法精義》，頁 552，台北市，自版（1999）；褚劍鴻，《刑法分則釋論上冊》，頁 654，台北市，台灣商務（1996）；甘添貴，《刑法各論上冊》，頁 370，台北市，五南（1992）。

<sup>33</sup> Vgl. Wessels/ Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 9, Rn. 366 u. 370.

<sup>34</sup> Vgl. Wessels/ Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 9, Rn. 366; BGHSt 23, 1.

<sup>35</sup> 「同意者只要具有自然上意思能力...例如未滿七歲的小孩，也可以放棄事實上之對物之持有關係，相對人基於同意取走該物之行為，並不該當於普通竊盜罪之構成要件」，林山田，《刑法通論》，頁 283，台北市，自版，增訂七版（2001）。

看得到未滿七歲的人在某些犯罪的判斷上，都可能存在有排除構成要件的事實上的同意能力<sup>36</sup>，那麼在妨害性自主的罪章中，全面的否定未滿十六歲之人有關性之意識能力而認為只要與之發生有性的行為，即擬制為妨害性自主，反而得不到刑法解釋時一貫的系統思考。既然認為與幼年人性行為之實行是妨害了被害人將來的健全人格的發展，那麼事實上我們不是在處罰行為人所謂妨害性自主的行為，而是針對行為人的行為會造成被害人完整的身體與心裡健康成長之傷害的危險，來加以規範並予制裁。由於是對於身體權的保護，行為人自然不能以已經獲得被害人的同意或者沒有違背被害人之性自主的意識，而主張自己的行為應該可以被允許。在刑法的相關規定中，其實對於類似法益也有保護的規定<sup>37</sup>，如果可以正本清源地將此一妨害性自主的擬制，同樣以抽象危險犯的犯罪型態出現，但定位為傷害行為的概念<sup>38</sup>，相信不但使得性自主權整體概念的運用更有說服力，對於未滿十六歲的幼年人的完整的身心發展，也可以有更大的保護。如果能夠這樣的理解刑法第二二七條的保護法益，則實在看不出來法條有區分未滿十四歲與十四歲以上未滿十六歲二種幼年人的必要性<sup>39</sup>，至於被害幼年人的年齡界定，也應該由整體社會的價值改變的事實思考，讓年齡的認定更切合法益保護的精神<sup>40</sup>。

---

<sup>36</sup> 參閱本文註釋三十三。

<sup>37</sup> 例如我國刑法第二八六條妨害幼童自然發育罪。

<sup>38</sup> 刑法傷害罪章所要保護之身體法益，在解釋上可以完括生理的健全與心理的健康，參閱林山田，《刑法各罪論上冊》，頁101，台北市，自版（2002）。

<sup>39</sup> 同一結論參閱林東茂，評刑法妨害性自主罪章之修正，月旦法學，第51期，頁74（1999）。

<sup>40</sup> 事實上關於年齡（十四歲）的認定，在德國修法時，並沒有太大的爭論，



### 三、小結

在圖表一與圖表二所表達的犯罪類型之體系排列的交叉比較中可以知道，對於性交罪與猥褻罪的闡明，不過是在表達不同程度的妨害性自主權的行為侵害方式，處罰性交與猥褻行為是因為這些行為在沒有得到行為相對人之同意而進行時，都是侵害了行為相對人之性意識的自主空間，而被認定為妨害性自主的行為。這些妨害性自主的行為應該依照其對被害人不一樣程度的性自主意識的壓制，再被更細緻的設計為不同的犯罪類型，並集成為刑法分則的獨立罪章。一九九九年我國刑法妨害性自主罪章的修正，正代表過去長期將強制性交或猥褻等行為視為侵害善良風俗的理解，已經被拋棄，也就是說在妨害性自主罪之保護法益的認定上，所謂「社會倫理風俗與善良性秩序的維護」事實上不再被強調，而是由「個人性行為的自決意識」所取代。

有關修法之基本精神的思考與實現，尤其必須表現在個別犯罪構成要件的規範與解釋，才能使得社會價值的改變真正被貫徹。在妨害性自主行為的闡明中，關於被害人性自主意識被壓制程度的探究，不但能夠凸顯每一個不同犯罪類型之不同程度的不法內涵，更使得體系解釋有其一貫性的表達。強調性自主權的當然侵害與擬制侵害之區分，是直接以性自主權的存在與其受侵害的狀態，來區隔妨害性自主權的不法內涵，事實上也間接地闡明性自主權之保護的規範價值，並表明所謂性自主權之保護其真正意涵乃是：任何人在任何時間、任何地點都可以擁有拒絕非自己自由意識支配下之性行為進行的權利。關於非自由意識支配下之性行為的拒絕有學者從行為主體與行為客體間所存在之不正支配，以及性行為客體出現時性價值所受到之侵擾的思考

---

vgl. Heinrich Laufhütte in: Leipziger Kommentar, Vor § 174, Rn. 8.

，作為妨害性自主罪之規範價值的內涵，而將其更具體的表現為刑法的禁止規範 - 他人沒有權利對另一個個體實施足以引起性慾或滿足性慾的行為<sup>41</sup>，因此在性自主權成為刑法所保護的獨立法益時，對於性的自決自由是由性交行為所侵害或是猥褻行為所侵害的區分，似乎不能成為妨害性自主之行為的全部而繼續被當成是妨害性自主罪的主要思考或上位概念，而我國刑法嘗試在妨害性自主的行為中定義性交，不僅是創造規範，也壓縮了原來已經存在的猥褻定義的適用範疇。

其實性交與猥褻都不過是妨害性自主權存在之行為可能進行的方式，對於犯罪行為進行方式的表達，可以是事實的描述而不涉及價值規範，尤其是修法後所謂善良風俗的破壞並不是性自主權保護的考量，此時如果能以中性而不涉及社會秩序之價值意義的行為來認定所有一切可能妨害性自主權的人類舉止，則在性交與猥褻行為的解釋上，都可以在其是否真正侵害了性自主權的認定後，有更適切的運用，尤其猥褻概念的討論，也在妨害性自主行為的概念提出後，找到其解釋斟酌的基本脈絡。所謂妨害性自主的行為的認定，國內有學者即參考德國刑法在違反性自主罪章中所使用之「性的行為 (sexuelle Handlung)」，建議成為對於妨害性自主罪章中最廣泛的上位行為概念<sup>42</sup>，如果有關妨害性自主罪的討論，能夠切合其法益保護的思考，也聚焦在性的行為之本質的研究，那麼就刑法的規範性格而言，這不僅是概念分析的闡釋，更重要的是藉著概念本質的了解，而進一步實現該個別犯

---

<sup>41</sup> 參閱許玉秀，強吻非強制猥褻？，月旦法學，第90期，頁309（2002）；同作者，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢 - 何謂性自主？，台灣本土法學，第42期，頁27-28（2003）。

<sup>42</sup> 參閱盧映潔，強吻案之評釋，月旦法學，第90期，頁239-240（2002）。

罪類型之刑法規範的功能，就性的自主意識之侵害而言，所謂性的行為之本質可以更清楚的表達為「妨害性自主權之性的行為」<sup>43</sup>。

## 參、性行為與性的行為

關於妨害性自主權之性的行為的討論，馬上會碰觸到的課題是，性的行為與性行為是否為不同的概念，如果有不同，那麼在刑法的應用中，是不是有必要將這兩種概念意涵的差距，表現在刑法規範的闡明中，換句話說，如果性行為與性的行為的概念只是存在著釋義學上的差異，要不要在刑法規範的建構中強調其區隔的必要性。對於這一個問題，除了要找到這兩個概念的意義描述，更有必要在性行為與性的行為之區隔思考中，進行其不同的刑法規範價值的說明。

### 一、性行為與性的行為之區隔的刑法思考

在傳統社會一般人所認知的中性用語中，性行為與性的行為或許不存在很明顯的區隔標準，甚至在口語的表達上，性行為與性的行為的交叉反覆使用，並不會讓人覺得這兩種行為描述，有什麼本質上的差異必須釐清。在平常生活的語意理解上，人與人間的性行為的發生或性的行為之進行，都不過是性交行為發生的另一種表述方式，而所謂性交基本上是可以與生殖行為劃上等號的<sup>44</sup>。有學者因此認為就社

<sup>43</sup> 由於是對於性自主權的保障，關於妨害性自主的行為至少在應該在外觀的表現上（nach äußerem Erscheinungsbild）存在有性的連結（Sexualbezug）的認定，vgl. Lenckner/Perron in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, § 184c, Rn. 6.

<sup>44</sup> 這裡所出現的性交用語，是中性價值的情狀描述，與刑法中立法解釋所定

會一般常識的觀念，性行為是可以完全等同於生殖行為，而從法的觀點對性行為作最根本的描述是：「兩性性器官的結合」、「所謂的強姦不外是強制地將兩個生殖器官結合在一起的行為<sup>45</sup>」。同樣的想法也出現在固有自然法則的闡述中，自然法學者以為不論性行為或者性的行為的進行都應該被表達為是異性的結合而生育下一代的過程，這一個法則的運用在早期社會甚至也被認為規範了人類以外的動物<sup>46</sup>，人類社會更因為此一繁衍的目的，發展出自己的「自然的」性道德，作為種族為保持其健康與活力而施之於人類社會成員的控制系統<sup>47</sup>。但是隨著社會多元化與自由化的現象，性與生殖的必然關聯受到質疑，性的主要功能似乎已經遠遠超出有助異性結合這麼單純，在文獻上有愈來愈多的討論都指出即使是人類以外之動物所進行的性行為或性的行為，也不全然是以生殖為唯一的目的<sup>48</sup>。當動物之性行為的進行，都不再被生物學的研究者認定為是以繁衍為唯一的功能時，不管我們願不願意，把生殖作為性的唯一的正當理由的觀點，事實上在我們的社會裡已經被推翻。如果繁衍下一代的功能不再是性的行為的主要

---

義的「性交」，存在有涵攝範圍之不同。

<sup>45</sup> 參閱李茂生，刑法第十條中有關性交的定義，刑法修正草案學術研討會報告，頁6，台灣大學法律學院刑事法研究中心主辦，台北（2003）。

<sup>46</sup> Abramson/ Pinkerton 著，吳國卿譯，《美麗性世界》，頁34，台北市，經典（2000）。

<sup>47</sup> Freud 著，林克明譯，文明的性道德與現代人的不安，收錄於同作者、同譯者，《性學三論·愛情心理學》，頁231，台北市，志文（2002）。

<sup>48</sup> 例如「性行為在倭黑猩猩兼具有多重目的，從避免衝突到解決衝突、提供同情和支援」參考 Abramson/ Pinkerton 著，吳國卿譯，《美麗性世界》，頁38-41，台北市，經典（2000）。

目的，或者非生殖的性行為已經是社會認知的自然，那麼性行為與性的行為的定義應該可以透過釋義的功能加以分別，我們也不能再廣泛的將所有性的行為都認為必須是兩性的生殖器官之結合，而隨著「性的行為」的概念被擴大，其與「性行為」之界線也漸漸清楚地呈現出來。這一種概念理解差異的社會認知在刑法的運用上是重要的，在刑法有關妨害性自主權的討論上，因為涉及性自主意識的侵害，我們所關心的正是妨害性自主權之性行為與妨害性自主權之性的行為的區隔及其區隔的定義。

在還沒有討論刑法中關於性行為與性的行為之區隔界線之前，這裡先拋開此二行為本質的複雜思考，只專就刑法分則中個別犯罪類型存在時，其規範的表達所應該具有的條件來分析，並作為探究此一問題的出發點。在刑法論裡的發展中，刑法的根源 - 特別是刑法分則中個別犯罪類型的出現，與整體社會的社會倫理價值有著密切的關連性，當個別犯罪類型或是犯罪構成要件依照社會價值的理解必須成為刑法的規定時，每一個犯罪類型的呈現都可以被看待為一種獨立規範的表達<sup>49</sup>。這一種刑法規範的存在，在刑法論理中的思考一直是扮演著相當重要的角色，因為透過在刑法中所呈現之規範價值的分析，也同時提供了法社會利益（Interessen der Rechtsgemeinschaft）的保護。而刑法規範的呈現卻不可以是法社會秩序的創造，刑法規範的功能也不是讓法社會走向道德的美好，換句話說，刑法規範的存在不在於我們想要社會怎麼樣，而是對於維持法社會存在時必須怎麼樣，只有屬於維持法社會存在所絕對不能欠缺的法社會利益，才有可以成為刑法規範，而被表現為刑法所處罰的犯罪類型。因為刑法規範的存在在性

---

<sup>49</sup> Vgl. Bildung, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, S. 31f.

質上闡釋了刑法規定的客觀性，所以刑法法規有關於不法評價和刑罰的必要性，都必需按照一般社會的認知來判斷和決定。對於性行為與性的行為之區隔在刑法中應該有的思考，事實上也在上述刑法行為的不法評價及其刑罰必要性的辯證中，找到了可以遵循的標準。也就是對於性行為與性的行為之內涵決定，不能脫離社會的整體共識，至於哪些性行為或性的行為應該被刑法所規範，同樣也只能以整體社會的行為價值作為論證的檢驗。於是性行為與性的行為的本質與其在特定情狀被整體社會所賦予的負價值思考，都是在區隔妨害性自主權之性行為與妨害性自主權之性的行為時必需被討論的。

## 二、性行為的本質

就性行為的本質而言，其實沒有人可以否認，性行為是一種傳宗接代的身體動作，然而在這種生殖動作的進行過程中，人們發現了性除了本能的生殖目的外，性行為的進行也是一種快樂的來源和特殊的精神享受，在愉悅與慾求滿足的本能思考中，東方的先哲一語道出了人類對性行為應該抱持的態度—食色性也<sup>50</sup>，當性的動作被認為和吃飯一樣都是人類的本能時，其實也將口慾的滿足和性慾的享受在評價上視為同一。但是在人類社會的發展史中，我們卻可以看到人們在各個不同的社會階段中，不斷的對性給予其他的人類價值。單就性的認識，在人類發展的歷史中，性觀念至少出現了四個階段的轉變<sup>51</sup>：（一）性的盲目崇拜與嚴酷的性禁忌，例如男女生殖器的崇拜與亂倫的

---

<sup>50</sup> 孟子告子章上。

<sup>51</sup> 參閱 Freud 著，林克明譯，文明的性道德與現代人的不安，收錄於同作者、同譯者，《性學三論·愛情心理學》，頁 241，台北市，志文（2002）。

禁忌<sup>52</sup>；（二）壓制其他滿足性慾的方式，純粹將生殖作為性的唯一目的，凡是違背生育目的的性皆被定位為不道德；（三）以生育為合法的性的目標，並宣揚宗教式的禁慾主義；（四）一九六八年五月風暴後的性解放時期，主張男女平等與性自主權利，以性愛的愉悅強化性行為進行的正當性。無可諱言，西方世界性解放的風潮，的確為社會帶來了一些正面、積極的影響，例如男女自由交往的推動、性知識的普及以及提倡避孕等觀念意識的變化，都已經成為可以全面支配社會的正價值。當這些足以支配社會價值的意識，漸漸地被肯定後，我國刑法關於妨害性自主罪章的修法，無疑是宣示現有台灣社會已經正式進入後性解放時期，對於性自主的保護，國內刑法學者也提出以相互取悅的認同與歸屬感的獲得，來創造或彰顯性的價值<sup>53</sup>。

當我們注意到妨害性自主的保護法益已經發生結構性的變化，而且也正視這種變化時，那麼只要是對於性自主意識的侵害都可以是妨害性自主罪章所處罰的對象，相對的，無關於性自主權侵害之破壞性秩序或性道德的行為，就不應該再披上妨害性自主的外衣，而被納入妨害性自主自由的範疇來思考，至於性行為與性的行為其差異的闡明，則可以以整體社會價值的認知來區隔其不法內涵的存在。其中對於性行為與性的行為的解釋當然也不能背離整體社會的認知，甚至意圖創造超出社會認知的概念涵攝範圍。有關性行為的解釋，國內有學者以兩性間社會機能的差異存在，將性行為限縮在「受孕」與「射精」

---

<sup>52</sup> 血親性交的禁止不是出於生物本能，在生物科技發達的今日，其優生的考量也已經受到懷疑，關於近親通婚未必會生出智障兒的資料，請參閱 <http://www.tcmhk.com/earth/2002/oct-02/Oct15.htm>。

<sup>53</sup> 參閱許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢 - 何謂性自主？，台灣本土法學，第 42 期，頁 21（2003）。

的關聯思考<sup>54</sup>，明顯對區分性行為與性的行為賦予界線式的區隔，如此對性行為定義式的描述，確實落實了對妨害性自主之性行為概念的應用。同時性的行為也在性行為被適當定義後，告別了其與性行為長久以來的模糊連結，在這樣的前提思惟下，關於性的行為則可以以「具體案件中行為人性行為以外，一切可能侵害妨害性自主罪章中個別犯罪類型所保護的法益的行為」作為抽象性的闡明，在這個定義架構下，更表達了性的行為的三點特質：第一、性的行為一定不會是性行為，第二、性的行為必需有性自主權的侵害可能性，第三、性的行為之認定必需依存具體案例而為個別判斷。個別判斷的標準，有學者以德國刑法為參考，只要是客觀外在可以存在有性的關聯的行為皆屬之<sup>55</sup>。一般而言，只要是行為人認識其行為之具有性的關聯，都可以是性的行為的認定，至於行為人性慾是否被滿足或他人性慾是否有被激起的主觀要件，並不是判斷性的行為的要件<sup>56</sup>。在概念釋義被清楚的說明後，對所謂以性行為與性的行為作為妨害性自主權之處罰行為的思考，更是直接催化了實際運用的可能性。

---

<sup>54</sup> 參閱李茂生，刑法第十條中有關性交的定義，刑法修正草案學術研討會報告，頁9，台灣大學法律學院刑事法研究中心主辦，台北（2003）。

<sup>55</sup> 參閱盧映潔，從強吻案談起，台灣本土法學，第42期，頁94（2003）；vgl. Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, § 184c, Rn. 2; Tröndle/ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, § 184c, Rn. 4；德國實務見解 BGH NStZ 1996, 31.

<sup>56</sup> Vgl. Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 66/ 5; Joecks, Studienkommentar, S. 317.



### 三、性自主權在刑法中的價值分析

到目前為止，刑法所關心的性自主權的保障，都是在表達人類可以隨時拒絕被動的成為性的客體，因此在理解上所謂以性自主權為保護法益，事實上只是在保護人類不會成為別人洩慾的對象，換句話說只是拒絕權的保有。如果有人將正在進行（或正要進行）性行為的兩個人，以繩索加以綑綁，阻撓其性行為之完成（或繼續進行），行為人的行為在目前性自主權的保護思考中，是不會被評價為所謂侵害被害人性的自決意識，因此對於性自主權在刑法中的價值分析，可以確定的是，至少在現代刑法體系的思惟下，所謂的性自主權在刑法中是專指人類基於性的自主決定可以在任何時間、情狀拒絕他人性行為或性的行為之實行加諸於自己的權利。也因此即使婚姻關係存續，如果配偶的一方違背他方的自主意識，以強制力為性交行為時，依照目前學者通說的看法，仍然可以有強制性交罪之適用。然而一個比較沒有被人注意到的問題是，既然刑法上的性自主權是保護被害人對性行為或性的行為不進行的自我決定的權利，那麼當性自主權被侵害或是擬制的被侵害時，被害人有沒有宥恕的空間，甚至在擬制性侵害的發生後，所謂的被害人可不可以表達，事實上其於事後是接受也願意行為人之相關性行為或性的行為的進行。例如熱戀中的男女，一方趁他方酒醉時進行性交的行為，他方於酒醒知悉後，不但沒有反對，反而主動要求在神智清醒時的狀態下，再為一次同樣的行為；按照現行刑法的規定，只有配偶間的強制性交或猥褻罪以及未滿十八歲之人犯第二二七條之罪，才是屬於告訴乃論之罪，也就是說上述行為人的行為仍必須受到刑法的處罰。這樣的問題所涉及的是立法政策的思考，基本上對性自主權的保障，從當然侵害擴大到擬制侵害的想法並沒有

問題，尤其在性自主權的擬制侵害的規定中，更是直接表達了「當我們沒有得到別人的具體同意時，不可以把他人的身體當成是自己發洩性慾或是滿足性慾的對象」的刑法規範。就妨害性自主罪所保護的法益而言，這個規範的呈現，確實是刑法上性自主權的重心，也才是性自主權真正的意涵。但是就刑法的謙抑性思考而言，刑法的任務並不是在於把道德的標準貫徹在性的範疇上，而是在保護整體社會的社會秩序不會遭受到侵害或嚴重的干擾<sup>57</sup>，既然在修法時已經意識到性自主的維護是獨立的保護法益，當行為人的行為可以被證明不具備有侵擾具體個人的性自主權時，至少應該有讓所謂的被害人有決定告訴與否的權利，至於性侵害的擬制也可以透過擬制中「推定」的思考，來抑制刑法的不當擴大。在現行刑法中對於這些問題的解決都沒有處理，所謂性自主權的實現，就我國刑法而言，其實與刑法第十六章之罪章名稱所要保護的法益內涵還有一段距離。

## 肆、結論

進入結論之前，我們先來看一段中時電子報之社會綜合新聞的報導<sup>58</sup>（內容大致摘錄如下）：

### 親吻代價何其高

嘉義縣有一位廿二歲的蔡姓男子與剛認識二、三個月的女友陷入熱戀，一日因情不自禁親吻女友的脖子並擁抱她，結果被法官依猥褻

<sup>57</sup> BGHSt 23, 43f.; Horn, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vor § 174, Rn. 1.

<sup>58</sup> 中時電子報，2003年04月10日，<http://news.chinatimes.com/>

罪判處有期徒刑二個月，如易科罰金是五萬四千元。原來這女友未滿十六歲，而且兩人擁抱熱吻之事，為少女的父母所得知，憤而控告蔡姓男子涉嫌妨害性自主。蔡姓男子平日素行不錯也沒有前科記錄，只因交了一位未滿十六歲的少女而觸犯法令。法官說，少男少女談戀愛的類似案件不少，因女方未滿十六歲害得男友吃上官司的比例也很高，如果雙方有發生性關係，刑責又更重。然而法官依法行事，只能在合法範圍內，盡量量刑輕一點。法官也建議，要談戀愛時，最好先確定對方已經滿十六歲，以免吃上官司。

對於我國刑法有關性犯罪的處罰，在一九九九年告別社會善良風俗而走向性自主權的保護時，多數學者們對於立法者實現社會價值的修法方向，是持肯定的看法。而近幾年對妨害性自主的行為討論比較多的課題在開始時，也只是針對刑法第十條中有關「性交」的定義作批判。直到二〇〇二年二月台灣發生有行為人在超商強吻被害人，而其實務判決因為媒體過度簡化的報導，以致出現所謂強吻非強制猥褻的割裂式的聳人標題時，對性犯罪的問題才又重新引起學者們的注意<sup>59</sup>，其中台灣刑事法學會並曾以座談會的方式，討論相關的刑事議題。

其實對有關妨害性自主之犯罪行為的討論，真正出現的盲點是，究竟我們是不是真的已經準備好迎接所謂性自主的社會價值，如同文章裡對刑法第十六章之各犯罪類型的行為態樣所分析的呈現（圖表一），事實上現行刑法中在妨害性自主的罪章裡，不是處罰性交就是猥褻的行為，這些有如舊法中處罰姦淫與猥褻的規定，並沒有很明顯的從行為制裁的規範中，讓我們知道性自主權才是妨害性自主罪所要保

<sup>59</sup> 對於有關性犯罪的思考，國內知名法學雜誌甚至不只一次的專刊報導，分別參閱台灣本土法學，第 42 期（2003）；月旦法學，第 96 期（2003）。

護的法益。妨害性自主的思考，在西方性革命（性解放）的發生後，可以單純的認為就是「行為人沒有尊重他人對性說不的權利」，如果我們沒有這樣的認識，仍然以「一切有關風化的色慾行為」的解釋，對相關可能侵害性自主權的行為作說明，那麼光是在法益的概念呈現上，就已經偏離性自主權的價值。換個角度來想，如果我們真的已經從人類性行為的本質，認識到性自主權的內涵，請問二十二歲的成年人與十三歲的小孩談戀愛時，發生有擁抱或親吻行為時，也侵害了所謂的性自主權嗎，如果有，為什麼當這個被定義為行為客體的小孩已經結婚時，性自主權的保護不再存在<sup>60</sup>。這一切問題都是因為我們用類似立法解釋的方法來定義妨害性自主的行為，如果能以法益保護的思惟出發，具體觀察社會價值轉變的呈現，再對所謂妨害性自主的行為從本質上去探究其可以涵攝的內涵時，相信對性自主權的保護，在刑法上不會只是姦淫、性交與猥褻的思考。

---

<sup>60</sup> 參閱褚劍鴻，《刑法分則釋論上冊》，頁 627；654，台北市，台灣商務，二次增訂版（1996）。28 上 1228。

## 參考文獻

### 書籍

甘添貴，刑法各論（上），台北市：五南，民國八十一年。

甘添貴，體系刑法各論，第一卷，台北市：自版，民國九十年。

林山田，刑法的革新，台北市：學林，民國八十九年。

林山田，刑法通論（上冊），台北市：自版，民國九十年。

林山田，刑法各罪論（上冊），台北市：自版，民國九十一年。

褚劍鴻，刑法分則釋論（上冊），二次增訂版，台北市：台灣商務，民國八十五年。

蔡墩銘，刑法精義，台北市：自版，民國八十八年。

Abramson, Paul R./ Pinkerton, Steven D.著，吳國卿譯，美麗性世界，台北市：經典，民國八十九年。

Arzt, Gunther/ Weber, Ulrich, Strafrecht Besonderer Teil, Giesecking 2000

Bilding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922

Freud, Sigmund 著，林克明譯，性學三論•愛情心理學，台北市：志文，民國九十一年。

Joecks, Wolfgang, Studienkommentar, 3. Aufl., München 2001.

Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Aufl. München 1999.

Leipziger Kommentar, 19. Lieferung: §§ 174-184c, 11. Aufl. Berlin 1994.

Maurach, Reinhard/ Schroeder, Friedrich-Christian/ Maiwald, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 8. neubearb. Aufl., Heidelberg 1995.

Otto/ Harro, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 5. Aufl. Berlin 1998.

Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. neubearb. Aufl. München 2001.

Tröndle/ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 23. Aufl. München 2001.

Wessels, Johannes/ Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 31. neubearb. Aufl. Heidelberg 2001.

### 期刊、文章

李茂生, “刑法第十條中有關性交的定義,” 國立台灣大大學法律學院刑事法刑究中心 - 刑法修正草案學術研討會, 第四場報告, 台灣大學法律學院刑事法研究中心主辦, 台北 (2003)。

李聖傑, “因果關係的判斷在刑法中的思考,” 中原財經法學, 8, pp. 117-145, 2002。

余振華, “對性犯罪之刑罰規定的再檢討,” 月旦法學, 96, pp. 88-102, 2003。

林山田, “性與刑法-以強制性交罪為例,” 台灣本土法學, 2, pp.43-52, 1999。

林東茂, “評刑法妨害性自主罪章之修正,” 月旦法學, 51, pp. 70-80, 1999。

許玉秀, “妨害性自主與打擊錯誤,” 台灣本土法學, 2, pp. 115-122, 1999。

許玉秀, “強吻非強制猥褻?” 月旦法學, 90, pp. 305-311, 2002。

許玉秀, “妨害性自主之強制、乘機與利用權勢 - 何謂性自主?” 台灣本土法學, 42, pp. 16-36, 2003。

陳志龍, “婚姻關係存續中夫對於妻為強制性交是否構成強姦罪 (刑法第二二一條第一項) 之研究,” 刑事法雜誌, 31 (6), pp. 1-22, 1987。

陳志龍, “酒不罪人, 人自罪,” 月旦法學, 75, pp. 12-13, 2001。

陳子平, “從強吻案談強制猥褻罪,” 台灣本土法學, 42, pp. 83-93, 2003。

黃榮堅, “刑法增修概說,” 台灣本土法學, 2, pp. 205-209, 1999。

盧映潔, “強吻案之評釋,” 月旦法學, 90, pp. 236-240, 2002。

盧映潔, “從強吻案談起,” 台灣本土法學, 42, pp. 94-100, 2003。

## 摘 要

性自主意識的支配是修法後妨害性自主罪所保護的主要法益，文章中以該罪章所處罰的行為與法益的侵害程度兩種不一樣的思考為出發點，分別對該罪章製作出二種不一樣的犯罪類型的體系分析。在體系的交叉比較後，尤其在以法益保護為主的思惟中，本文試圖以性自主權的當然侵害與性自主權的擬制侵害為體系分析的上位概念，而分別檢驗現有犯罪類型之規範妥當性。其次在妨害性自主權行為的討論中，本文認為在刑事立法政策的考量下，不應再將焦點置於現有概念的闡釋，文章中以人類社會性觀念的變遷，探究性行為之本質以及現有社會價值對性自主權之認識，並以現有社會價值的呈現，闡明刑法妨害性自主之行為規範應有的表達。

中原財經法學

## Die strafrechtliche Sexualität im Sinne des sexuellen Selbstbestimmungsrechts

Sheng-chieh LEE

### Abstract

After amending the law, the main benefit from law in crime of interference with sex liberty has been protected by the domination of sex liberty. In this article, we mainly base on two different thoughts, punishment by this crime and inroads degree of benefit form law, to analyze two different systems of crime type made accordingly to this crime. After compared by systems, especially in the core of protection of benefit from law, we tried to examine standard propriety separately by two measures of proper inroads of sex liberty and the legal fictional inroads of sex liberty. After that, at the discussion of interference of sex liberty, we think, under the penal policy consideration, we should not concentrate to explain the existent thought. Therefore, we research the essence of sex behavior and the awareness of sex liberty in our society according to the change of human history and express a standard behavior of interference of sex liberty under penal law by existent value in our society.

Key Word : Sexualdelikte 、 sexuelle Selbstbestimmung 、 sexuelles Selbstbestimmungsrecht、 Sexualität、 sexueller Mißbrauch、 sexuelle Handlung、 Vergewaltigung

