

從刑事政策論刑法妨害性自主罪之立法變革

中正大學犯罪防治研究所副教授 高金桂

一、妨害性自主罪之修法要點

一九九九年三月三十日，立法院以相當神速的程序，完成刑法部份條文修正案的三讀程序，¹同年四月二十一日經總統公佈施行。此次刑法增修之範圍，為刑法自一九三五年公佈施行以來，修正範圍最廣的一次，包括總則及分則共 49 個條文（以分則為主，總則只涉及兩個條文），分則部分包括因法律概念（姦淫→性交）之變更所為之配合修正。另刑法施行法亦配合增修兩個條文。²又此次之刑法增修，其草案是來自於立法委員之提案，³而非政府機關（法務部或司法院）之提案。⁴其中有關性侵害之立法增修，可謂增修範圍最多，影響層面最廣的部分。茲將妨害性自主罪之增修要點分述如下：

- 1.增列妨害性自主罪之罪章：將原屬妨害風化罪之性侵害各罪（§§ 221-229）仍留置於第十六章，但章名變更為妨害性自主罪，以彰顯其對自由權、身體不可侵犯權及性自尊的侵害。⁵而將血親性交罪、性媒介罪、公然猥褻罪、散布猥褻物罪（§§230-235）等典型侵害公法益之

¹ 但觀其審議之歷程，其草率之程度不禁令人心驚膽戰。一讀會之審查，參與之立委寥寥無幾。二讀前之法案的黨團協商，其有關之立法理由外人無從得知其詳，形同議價。按：一九九九年一月公佈施行之立法院職權行使法規定，為協商議案或解決爭議，得進行黨團協商（§68 I），經協商之議案於廣泛討論時，除經黨團要求依政黨比例派員發言外，其他委員不得請求發言（§73 I）；由於前述規定，使得法案更可能未經深度及充分之討論，即蒙混過關。

² 本次刑法增修範圍包括：（1）增定「性交」之立法解釋，以替代刑法及特別刑法之「姦淫」概念（§10V）；（2）增訂對妨害性自主罪加害人之裁判前的治療處分（§91-1）；（3）增訂公共危險罪之構成要件，包括危害交通安全罪、放射線危害公安罪、危害建築物安全罪、環境犯罪等；（4）將原妨害風化罪（第十六章）分割為妨害性自主罪及妨害風化罪，並大幅度變更原強姦罪及猥褻罪之構成要件（5）增訂買賣人口罪（§296-1）；（6）增訂妨害私密罪之構成要件（§315-1~§315-3）。

³ 刑法之研修，原為法務部之執掌，法務部就刑法研修案，通常經由行政程序銜同司法院向立法院提出草案。一九九九年之立法院職權行使法，明文規定政府機關及立法委員均得提出法律案（§8 II）。故設計及提出法律草案，亦屬立法委員之職權。

⁴ 行政機關早已著手刑法之研修，且過程相當嚴謹。自一九七四年起，法務部的前身（司法行政部）已組成刑法研修委員會，一九八三年完成總則草案，一九八四年完成分則草案，一九九〇年由行政院銜同司法院送立法院審議。其間在法務部及行政院往返多次，可見其慎重之程度。立法委員之自行提案，有些應是抄自行政院之草案（這部份品質大致沒問題），有些是立法委員之構想（這部份因欠缺充分討論及專業參與，品質堪虞）。

⁵ 一讀會原將侵害性自主罪移置於妨害自由罪之後，而增列第二十六章之一（條號為§308-1~308-13），以示其侵害自由權及侵害個人法益之本質。但黨團協商時，仍將其留置於第十六章。

- 犯罪，移置於所增列之第十六章之一，仍名為妨害風化罪。
- 2.於總則中增列「性交」之立法解釋（§10V），以替代刑法分則中相關條文（不以妨害性自主罪為限）所使用之「姦淫」的概念，故刑法及特別刑法中有涉及姦淫概念者，也一併變更。⁶
 - 3.調整強姦罪之構成要件，將使用藥劑之行為移置於加重構成要件，將「致使被害人不能抗拒」之行為程度刪除，致未來實務上認定強姦行為之暴力使用程度，恐添增困難。行為客體不再限於婦女，男性亦得為被害人。另在表面上降低法定刑，由五年以上（十五年以下）降低為三年以上十年以下之有期徒刑。
 - 4.調整原輪姦罪⁷之構成要件，而成為加重強制性交罪之加重要件，另增加其他七種加重強制性交之要件，其法定刑為無期徒刑或七年以上有期徒刑，較原強姦罪為重；故表面上強制性交罪雖降低了法定刑，但因過度擴張加重要件，實質上形同全面加重強姦罪之法定刑。
 - 5.刪除原§223 強姦殺人結合犯之條文，將其移置於§226-1，並增加結合犯之基本構成要件（加重強制性交、強制猥褻、加重強制猥褻、乘機性交、乘機猥褻），另結合構成要件增加重傷害罪，使結合犯大量擴張，並將絕對死刑調降為死刑或無期徒刑。
 - 6.刪除原準強姦罪（§221 II）及準強制猥褻罪（§224 II）之規定，將其移置於§227 中，而與姦淫及猥褻幼年男女罪並列。
 - 7.擴張利用權勢性交或猥褻罪（§228）之純正身分犯的身分要件，即擴張該罪之適用範圍。其中身分要件增加了教育、訓練、醫療三項。
 - 8.刪除原所有性侵害犯罪皆須告訴乃論之規定，只維持配偶間犯強制性交罪及未滿十八歲之人犯姦淫或猥褻幼年男女罪，仍須告訴乃論（§229-1）。

⁶ 但刑法§285 傳染花柳病罪中之姦淫概念，並未同步變更，此應為立法上之失誤。

⁷ 原輪姦罪（§222）之構成要件為：二人以上共同犯前條第一項（強姦）或第二項（準強姦）之罪而共同輪姦者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。

二、性交之立法解釋

(一) 以性交代替姦淫

依刑法§10 第 5 項新增之規定，所謂性交，是指下列之性侵入行爲：(1) 以性器進入他人之性器、肛門、口腔之行爲；⁸ (2) 以性器之外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門之行爲。⁹以性交替代姦淫，其立法理由爲：「姦淫一詞，其義爲男女私通、男女不正當之性交行爲，有放蕩淫亂之意涵，對於妨害性自主罪之被害人而言，實在相當不堪。」這樣的立法理由，並無充分的說服力。因刑法評價的客體，是行爲人之行爲及結果。姦淫，是一個具有非價判斷的法律概念，它是用以判斷加害人之行爲及其結果(違反被害人意願之性行爲)，本不具有對被害人做非價判斷的用意。

這樣的性交概念，可以包括下列的行爲樣態：(1) 原姦淫所指涉的男對女性器官接合的行爲(也是結果)；(2) 男對女之肛交、口交之行爲；¹⁰ (3) 男對男之肛交、口交之行爲；(4) 女對男之性器官接合的行爲；(5) 女對男之肛交、口交之行爲；(6) 男對女以其他身體部位(手指)或器物進入其性器官或肛門之行爲；(7) 女對男以其他身體部位或器物進入其性器官或肛門之行爲。花樣之多，看來似乎琳瑯滿目，其中(2) - (7)，原應屬猥褻之範圍。

前述之行爲樣態，第(4)種似乎不該當性交之概念，因性交涉及性器官(身體、外物)進入他人身體之行爲，女性之性器官並無法進入男性之身體，充其量只能加以包圍。第(5)種，女對男之肛交、口交之行爲，由於女性生殖器官之特性，似乎永遠不可發生。第(6)、(7)兩種行爲，本屬典型之猥褻行爲，立法者將其界定爲性交，圖使行爲人能受到較重之強姦罪的處罰，其立法動機似乎受到少數特例之影響，

⁸ 立法者對性交之想像力既是這麼豐富，在此似乎可再增加鼻子、耳朵兩項。

⁹ 一讀之修正案，原在分則中做個別的立法解釋：「肛交、口交或意圖滿足性欲以異物插入生殖器或肛門者，以性交論(準性交)。」黨團協商結果，將其調整並移置於總則。

¹⁰ 這種行爲原本屬於典型之強制猥褻行爲。

及國內曾發生以尖銳竹棍插入女童生殖器及以帶酒之酒瓶插入被害人生殖器之案例；立法者可能擔心此類案例若論以強制猥褻罪，對加害人太過寬容；事實上，該類特例可依殺人罪（既未遂）或重傷害罪（既未遂）來加以處罰，其罪責遠比強制性交罪為重（重傷害處五年以上十二年以下有期徒刑，強制性交處三年以上十年以下有期徒刑）；故如此的立法，反有可能發生重罪輕罰，也添增實務上適用法條之困擾。

從前述分析可之，過度擴張性交之範圍，可能致生一些困擾，包括：（1）原本強制猥褻既遂與強姦未遂區分已有相當的困難，修法後這種困難度可能更高（例如隔著褲子猛摸他人之下體）；¹¹（2）原本可依殺人或重傷害罪加以論處之行爲，未來是否適用強制性交罪論處，將滋生疑義；（3）有些在事實上很難想像可能發生的行爲，亦納入性交範圍，欠缺規範之實用性。

（二） 性交概念之中立化

原本姦淫不只限於男女性器官之接合，它同時也是具有價值判斷之法律概念，限於指稱法律所反對的性行爲例（如與有配偶之人、與幼年人、與近親、違背被害人意思性行爲），不包括配偶間之性行爲。新法以中立化之性交概念，替代原本之姦淫，最重要的目的是將配偶間之性行爲亦可論以強制性交罪（在其他要件完備之下）。有關此等立法之妥當性，容後再述。

三、 強制性交罪之疑義

（一） 構成要件

舊法：對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，致使不能抗拒而姦淫之者，爲強姦罪，處五年以上有期徒刑。

¹¹ 林東茂：評刑法妨害性自主罪章之修正。月旦法學，No.51,1999,S.77。

新法：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。

（二）有待討論的問題

1. 行為客體

新法將行為客體由婦女改為男女，旨在強調男性亦得為本罪之被害人，容或有男女平權之考量。但若行為人以強制力對難以確定男女身份之陰陽人實施性交，則有關行為客體之該當性，在判斷上將有困難，故宜將行為客體改為「他人」。¹²否則，對陰陽人之強制性交，恐只得依本罪之不能未遂（客體不能）來加以處罰，有欠刑法保護之公平性原則。

2. 行為

強制性交罪（§221 I）之構成要件將舊條文中藥劑之使用移植到加重強制性交罪（§222），構成要件行為部份，增加了「恐嚇」及「其他違反其意願之方法」，並將原修飾（約制）暴力手段之「致使不能抗拒」加以排除，使強制性交罪經由構成要件行為及結果的雙重擴張，強制性交罪成立的可能性大為增加。該罪未來的適用，可能面臨一些困境，例如：

（1）排除「致使不能抗拒」之對暴力行為的制約，則輕度脅迫（威脅利誘，而被害人半推半就）下的性交恐也將成立本罪，將使本罪與利用權勢性交罪（§228）之間的界線可能不明不白。

13

（2）以其他違反其意願之方法而為性交，亦得成立本罪。則有一方堅持他人要待保險套，他方未戴，是否亦可成立本罪？一方主張進出，他方卻採旋轉方式，是否亦可成立本罪？實質

¹² 林山田：刑法各罪論，1999,S.206。

¹³ 一讀會之版本在本罪及強制猥褻罪之行為方面均有「致使難以抗拒」之限制要件，黨團協商時將此行為限制要件刪除，這勢必添增未來實務上犯罪判斷之困擾，基於罪疑唯輕之原則，恐仍會便宜了加害人。實則，即使維持「致使難以抗拒」之要件，因其界限不明，仍難有客觀之判斷標準。參見林山田著前揭書，S.207。

上，本罪所應處罰的，是「違反他人意願之性交」，而非「違反他人意願之方法」。¹⁴

- (3) 若 A 強迫 B 以自己的手指伸進性器手淫，供 A 觀看，則因 B 係以手指伸進自己性器，A 又未以身體部位進入 B 之性器，是否可論以強姦罪（或其間接正犯）？對此一問題，成立本罪或其間接正犯似乎有困難，因 B 並未受到他人性器官或其他身體部位之侵入。又若 C 強迫 D 以手指進入其性器，為 C 手淫，是否可成立本罪（就 C 而言，係進入自己性器，恐也難論以本罪之間接正犯）？

3. 刑法內部之系統性的考量

原強姦罪與強盜罪在構成要件的結構上完全相似（強制猥褻亦是），均為雙行為犯，其中強姦含實施暴力+姦淫，強盜含實施暴力+奪取財物；亦為雙結果犯，其中強姦含妨害自由+侵害身體（性侵入），強盜含妨害自由+侵害財產法益。兩罪可謂極為調和的立法結構。

強盜之所以與搶奪與竊盜有別，乃在於行為人有施加暴力，且暴力須達特定之客觀的程度（被害人失去抗拒力或不敢抵抗），否則，只能退而求其次，論以恐嚇取財或竊盜罪。這是在罪刑均衡原則考量下的設計，充分合乎理性原則。原強姦罪之結構亦復如此，須行為人暴力之行使達特定之客觀程度，方得論以強姦罪；暴力（含惡害通知）之行使若已達對被害人絕對心理強制之程度，只能退而求其次，論以乘機姦淫（§ 225）或利用權勢姦淫罪（§ 228）。今強制性交罪將暴力行使程度之限制要件刪除，使刑法內部構成要件之系統性受到破壞，在犯罪判斷上與他罪（特別是利用權勢性交罪）發生混淆，易添增實務上之困擾。¹⁵

4. 罪刑均衡原則的考量

¹⁴ 故本條宜修正：「對於男女以強暴、脅迫...或其他非法方法，致使其不能抗拒而為違反其意願之性交...」。

¹⁵ 在刑事政策上，強調刑法規範及刑法論理應謹守「體系內的無矛盾性原則」（*intrasystematische Widerspruchsfreiheit*），即規範體系的和諧性及對稱性。就此而論，§ 221 之修法有違此一原則。見 Heinz Zipf: *Kriminalpolitik* (2. Aufl.)，1980，S.10。

乘機性交罪（§225）之構成要件為：利用他人因心神喪失、精神耗弱、身心障礙或其他相類似之情形，不能或不知抗拒而為性交，其法定刑為三年以上十年以下有期徒刑。而該罪被害人之處於不能或不知抗拒的狀況，限於非由行為人所引起者為限，而係被害人本人（例如酗酒或吸毒）、自然原因（天災或疾病）、或無犯意聯絡之第三人所引起，行為人並無施加任何暴力之前置行為，故其不法內涵遠較強制性交罪為輕。強制性交罪為雙行為犯，且行為人有施用暴力之前置行為，其不法內涵明顯較重，兩者之間有如強盜與竊盜之差別。新法調降強制性交之法定刑，而與乘機性交一致，明顯失衡，故應同時調降乘機性交及乘機猥褻之法定刑，但立法者在此未加考量，是一個疏失。

四、 加重強制性交罪之檢討

（一） 構成要件

§222 將原輪姦罪之加重構成要件加以擴充，另增加七個加重構成要件：(1) 二人以上共同犯之者；¹⁶ (2) 對十四歲以下之男女犯之者；(3) 對心神喪失、精神耗弱或身心障礙之人犯之者；(4) 以藥劑犯之者；(5) 對被害人施以凌虐者；(6) 利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具犯之者；(7) 侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者；(8) 攜帶凶器犯之者。並增設未遂犯之處罰。

（二） 立法必要性之考量

前述加重構成要件中，第（1）款之要件，因二人以上共同輪姦，對被害人身心創傷勢必加重，且被害人被物化的更為嚴重；第（2）

¹⁶ 增設未遂犯處罰規定，使得原輪姦罪（無未遂）在適用上違背共同正犯刑責判斷之不合理的現象，不復存在。由於原輪姦罪不罰未遂，故須以共同正犯均需既遂方得成立該罪，若有一部份共同正犯未遂，仍依原強姦未遂處罰；既遂者若有兩人以上，適用輪姦罪，若只有一人既遂，仍依原強姦既遂罰，其餘共犯則仍論以強姦未遂。這樣的論斷，嚴重違反共同正犯之刑事責任判斷原則。

款之加重要件，因對幼年人實施性侵害，對其未來身心發展、人際信賴關係、自我價值觀會形成深遠的負面影響及扭曲，甚至有可能因心態不平衡，設計加害其他無辜者，而轉變為加害人；第（5）款加重要件，因常涉及變態的性虐待，對被害人身心直接造成重大的侵害，甚至終身難以復原；第（8）款之加重要件，對被害人存有進一步的生命、身體的危險性。故第（1）、（2）、（5）、（8）各款之加重要件，在立法上尚有相當的理由。¹⁷

其他各款之加重要件，實難以看出有何立法之必要：（1）第3款之要件，被害人於心神喪失或類似之狀況，通常已處於不能或不知抗拒之狀況，實難以想像加害人仍須施用暴力以排除被害人之抗拒能力，逕論以§225之罪即為以足，故此款為欠缺目的性之立法；（2）第4款以藥劑而犯之者，為加重要件，似欠必要性，因被害人於欠缺知覺或意識下受到強姦，絕不比目睹及感受整個受害的過程，對其身心重創來的嚴重，甚至對其創傷後壓力症狀的負面影響還更輕；（3）第6款，利用駕駛供公眾運輸交通工具犯之，似在針對駕駛計程車而犯本罪者之加重處罰，但實務上計程車司機被害的機率恐不亞於害人，且行為人若利用計程車犯罪，通常是先前偷來或搶來的，將來本罪之適用亦可能有爭議；又，利用自用車，沿路挾持被害人後強姦，是否亦應加重處罰？故本款立法理由欠充分；（4）第7款侵入住所犯本罪之加重要件，本可以依牽連犯或數罪並罰在量刑上加重處罰，宜留給實務上斟酌，故欠缺加重要件之理由。

（三）罪刑均衡原則之考量

加重強制性交罪之法定刑為無期徒刑或七年以上有期徒刑。但犯本罪因而致被害人重傷者，只處十年以上有期徒刑（§226 I 後段），其法定刑反而較輕（因不能處無期徒刑）。又在特別結果加重犯中，犯本罪因而致被害人羞忿自殺或意圖自殺而致重傷者，處十年以上有期徒刑（§

¹⁷ 林東茂教授對此各款亦加以肯定。見林註：一個知識論上的刑法學思考，1999，五南，頁114。

226 II)，因不能處無期徒刑，其法定刑也較本罪為輕。

加重強制性交罪之罰則較其結果加重犯為重，足以顯現出兩者可能：一即為本罪處罰過重，否則即為其結果加重犯罰則太輕。無論如何，這是一個重大而明顯的立法疏失，應速再修法補救。¹⁸

五、適用範圍萎縮的猥褻罪

(一) 構成要件

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，而為猥褻之行爲，構成強制猥褻罪。由於原本諸多猥褻行爲之樣態，已被立法者納入性交之範圍，故本罪之適用範圍，大幅度的萎縮。本罪經修改後，有關行爲客體、行爲（欠缺明確的限制要件）所生之疑義，與強制性交罪相當。又本罪在構造上，亦為雙行爲犯及雙結果犯，其中猥褻是行爲，亦是結果（正如姦淫）。相關之問題，與強制性交罪一樣，茲不再贅述。

(二) 不確定的法律概念

由於猥褻是一個規範性的構成要件要素，即有代價值補充的構成要件，也是一般所稱「不確定的法律概念」，故在構成要件之解釋上是一個難題。以加害人對被害人之身體接觸為例，究竟接觸被害人身體之哪些部位？又接觸之程度為何？方能構成猥褻，仍有待進一步的討論。大法官會議之解釋，曾在猥褻出版品的認定中，提出對猥褻認定之標準，也承認其為流動或相對的概念：¹⁹

「猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版

¹⁸ 這裡也顯示出提案的立法草案及先前立法準備（研究）作業上重大疏失。

¹⁹ 大法官釋字第 407 號。

自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。」

大致而言，猥褻行為可有幾個參照標準：(1) 在行為人主觀上，足以刺激性的衝動或滿足性的慾求；(2) 在被害人方面，足以引起性的刺激或性的嫌惡感；(3) 在第三人方面，足以誘發性的聯想、性的刺激或衝動。

(三) 強制猥褻既遂與強制性交未遂之界限

在修法前，強制猥褻既遂與強姦未遂之區分已有困難，修法後，兩者之區分將更難釐清。²⁰兩者之區分，在客觀事實上有高度的困難性，只能就行為人之主觀犯意去加以探究，但主觀構成要件之認定，仍須以客觀事實為審酌之依據。故兩者之區別，似乎是一種宿命式的困難。

六、 配偶間成立性侵害罪之爭議

(一) 配偶之間可成立強制性交罪、強制猥褻罪、乘機性交或猥褻罪

新法將姦淫改為性交，原姦淫之概念本具有負面評價，排除配偶間之性行為，但變更為中立性的概念後，有關配偶間違背他方意願之性交或猥褻，將可能成立下列各罪：

- (1) 配偶間之違背他方意願的性交，可成立強制性交罪（即強姦罪）。
- (2) 配偶相互間違反他方意願而為猥褻之行為，成立強制猥褻罪。²¹
- (3) 配偶間利用他方心神喪失、精神耗弱、身心障礙或其他相類之情

²⁰ 林東茂著前揭文，S.77。

²¹ 亦有學者認為：「至於夫妻之間，是否會成立強制猥褻罪，從第二百二十九條之一僅列舉二百二十一條之強制性交罪觀之（告訴乃論），似宜解為有意排除夫妻間之強制猥褻罪。」見蔡碧玉：刑法部份條文修正文重點簡介，月旦法學，No.51，S.45。

但前述之見解，嘗試從追訴要件去推論犯罪之實體要件，在法學方法上欠缺妥當性。實則，刑法§229-1 列舉配偶間犯§221 之罪，須告訴乃論，只不過清楚地告訴我們，非配偶之間犯強制性交罪，及配偶與非配偶間犯其他各條之罪（即強制性交以外各條之罪），皆無須告訴乃論（俗稱公訴罪）。

形，不能或不知抗拒（含睡眠中）而為性交或猥褻之行爲者，可成立乘機性交或猥褻罪。

(4) 配偶間之強制性交罪為告訴乃論，但較輕之強制猥褻及乘機猥褻則為非告訴乃論。²²

(二) 與婚姻制度本質及人性基本需求之扞格

婚姻制度本就內涵性關係，認為長期居住在一起共同生活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。此外，夫妻間所發生的種種可能的性行爲爭執，在學證上恐怕也很難，勢必增添實務上的困擾。²³

民法第九百九十五條規定，當事人之一方於結婚時不能人道(即無法從事性行爲)而不能治者，他方得向法院請求撤銷婚姻關係。從這項民法上的規定可知，配偶雙方相互尋求性的滿足，應是結婚的目的之一，故全然無法滿足此一目的的婚姻，得為請求撤銷婚姻之要件。這項規定也說明了婚姻的部份常態關係，即配偶之間可互相尋求適度的性滿足，具體的說，配偶之間的性行爲，即使不具有相互容忍之義務，至少應是法律所容忍的行爲，²⁴因為性本為人性基本需求之一。試想，夫妻雙方因情投意合而結婚，相鄰而眠，其中一方突有性的意念，不顧他方之不願配合強行性交，即以強姦罪論之，無異強迫人要當個聖人，且有違民法之基本婚姻關係。就補充性作用而言，刑法只要求人不要做個大壞蛋，絕不能要求每個人都當個聖人。要人當聖人是道德上的理想，而

²² 當然亦有可能有人會有如下的主張：「猥褻是一個具負面評價之概念，故夫妻之間的性活動(性交以外者)不包括在內，故配偶之間不應生強制猥褻或乘機猥褻之問題，因而亦不必在§229-1中規定其訴訟要件。」但這樣的主張也不能證明，何以配偶間不得強制性交，但卻可以強制猥褻或乘機猥褻？若刑罰化的評價重點在強調「強制」之不法內涵，則應三者配偶間均有成罪之可能，亦應同等規定其為告訴乃論；若刑法評價的重點是「性交」，則立法者為何特別痛恨配偶間的性交，而不在意其間之猥褻行爲。

²³ 林東茂：一個知識論上的刑法學思考，1999，五南，頁114。

²⁴ 所以，刑法§239處罰通姦罪；民法§976 I第7款規定，婚約當事人之一方，於婚約訂定後與人通姦者，他方得解除婚約；又民法§1052 I第2款規定，夫妻之一方，與人通姦者，他方得向法院請求離婚。換言之，法律不只容許與配偶之間為性行爲，且限制其只能與配偶性交。其他法律(含民法)所容許的行爲，基於最後手段性原則，刑法即不得加以干涉。故配偶間發生之強制性交，刑去只能處罰其強制行爲之部分，不能將「性交」與罰在內。

非法律的事務。故刑法上這個新規定，違背了人性之基本，違反人性的法律就是惡法。

人性尊嚴在我國雖未入憲，但已普遍成爲民主憲政國家所承認的憲法位階的法律價值，它是人民之自然權利或初始權利（Urrecht）；國家在積極方面，有義務去確保國民的基本人權；²⁵在消極方面，國家對人民普遍存在的弱點，應加以寬諒、接納，而法律也應本此原則，不能要求人民承擔違背期待可能性之作為或不作為，也就是不能強人所難。就此而論，刑法規定配偶之間可成立性侵害罪，與憲法位階之法價值觀似不相容。當然，配偶間沒有義務忍受其所不願接受之性行爲方式，如口交、肛交等變態之性行爲；此等行爲，自可適用強制猥褻罪加以處罰。

（三）與其他法律價值觀之矛盾

又刑法之規定，若與其他法律（如民法）的價值與精神相違背，將混淆法律價值觀，形成規範體系的矛盾，不只不能解決問題，甚至製造新的社會問題或犯罪，這將嚴重違反理性原則及實用性原則。

更荒唐的是配偶之間所可能成立的乘機性交或猥褻罪，若甲某天夜春夢中醒來，禁不住對睡在身旁之迷人的配偶產生性之慾望，遂對其愛撫，將構成§225 II之乘機猥褻罪（處六月以上五年以下有期徒刑），且依§229-1規定不適用告訴乃論。此行爲之處罰遠較強制性交罪爲輕，竟爲非告訴乃論，²⁶真是輕重倒置。刑法竟然干涉到夫妻之間原本極爲正常的生活關係（甚至本爲大多數夫妻間的情調生活），嚴重違背刑法之最後手段性原則。

七、 姦淫或猥褻幼年人罪之問題

（一） 構成要件

新法將原規定於§221 II之準強姦罪（姦淫未滿十四歲之女子）及原

²⁵ 李震山：人性尊嚴與人權保障。元照，2000，頁 23。

²⁶ 林東茂教授於其大作中，曾一再提及傳統上常用的「公訴罪」，應以非告訴乃論罪（此乃爲告訴乃論之相對概念）稱之，較爲妥當，筆者從之。見林東茂著前揭書。頁 107。

規定於§224 II 之準強制猥褻罪刪除，並經文字修正後將其移置於§227（姦淫或猥褻幼年男女罪）中。其規定如下：

- (1) 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。
- (2) 對於未滿十四歲之男女為猥褻之行爲者，處六月以上五年以下有期徒刑。
- (3) 對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。
- (4) 對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行爲者，處三年以下有期徒刑。

本罪保護之法益，部分涉及性自由決定權，因幼年人身心發育尚未完全，欠缺充分之判斷能力，其同意為性交或猥褻之能力有所限制，²⁷故本罪針對不違背幼年人意思之性交或猥褻行爲，仍加以處罰。²⁸另依德國通說之見解，認為本罪所保護之法益，是少年及兒童性發展之不可侵犯性（*ungestörte sexuelle Entwicklung*），旨在防止少年兒童性觀念及性行爲發展上之墮落，不以具體危險的發生為必要，而具有抽象危險犯之性質。²⁹

（二）本罪在實務上所生之問題

1、相對犯之問題

合乎本保護客體年齡層之人，其相互間之合意猥褻行爲，分別成立猥褻幼年男女罪，而成為相對犯（亦有稱之為對合犯），固無問題。但幼年男女間發生合意之性行爲，是否能構成相對犯，恐有爭議。以十五歲之男女為例，其合意性交，男方應可成立與十四歲以上未滿十六歲男

²⁷ 見林山田著前揭書，頁 218。

²⁸ 在刑法分則絕大多數的犯罪構成要件中，被害人之同意大多可阻卻構成要件，或至少可阻卻違法（超法規之阻卻違法事由）。但對重大法益之侵害、涉及公法益之侵害、或基於少年兒童之特殊保護目的，被害人之同意並不能完全阻卻可罰性，立法上可能設有特別處罰規定，但通常會降低罰則。

²⁹ Schönke / Schröder: *Strafgesetzbuch, Kommentar* (25. Aufl.), 1995, §176 Rdn. 1。

女為性交罪（處七年以下有期徒刑），固無問題；但女方可否成立同一罪名，則基於性交之定義，恐難論以同罪，因女方並未以性器官進入他方之性器官，則似只能論以猥褻幼男罪（處三年以下有期徒刑）。³⁰

尚有一略為複雜之案例，即已婚之A若與十五歲之女子B通姦，則B是否可成立§239之相姦罪？有關此一問題，實務上認為：「相姦人如係十四歲以上十六歲未滿之女子，刑法第二百二十七條既有特別規定，乃法規競合，不成立相姦罪。易言之，十四歲以上未滿十六歲之女子與有配偶之人相姦，應認係刑法第二百二十七條之罪之被害人，不能論以相姦罪。」³¹實務上認為在前述案例中，係構成法條競合問題，且認§227為§239之特別規定（故§227排斥§239之適用）；實則，兩者在構成要件上並不存在法條競合之問題。何況，法條競合是在解決行為人方面之適用法條的難題，而非用以審查被害人之行為是否構成犯罪。故在前述案例中，A應成立通姦罪及姦淫幼女罪，兩罪合乎一行為侵害數法益之情形，故應依想像競合從一重處斷；B方面，雖係§227之被害人，但也同時是§239之行為人。

2、過失犯之問題

若行為人C誤以D為未滿十六歲之人，而D亦佯稱未滿十六歲，而發生和姦。則因D客觀上已滿十六歲，但C主觀上有姦淫幼女之犯罪，亦著手實施行為，但因行為客體不該當§227所稱之幼女，C之行為可論以與幼年人性交罪之未遂（客體不能）。這種情形，因§227有處罰未遂，犯罪判斷上較無困難。

但若C誤以D為已滿十六歲之人（特別是發育早熟者），D未滿十六歲，卻佯稱其為成年人，兩者發生和姦行為，則C之行為應如何論斷？在此等案例中，實務上認為：「凡以年齡為犯罪構成要件之一者，應依被害人實際年齡為準，不考慮犯罪人主體之認識，故本案之行為人應構

³⁰ 如此，立法者在修法程序中，所不斷強調的男女平權之主張，在此似乎無從實現。

³¹ 司法行政部刑事司台（62）刑（2）函字第073號。

成姦淫幼女罪。」³²就刑法學理而言，若被害人之年齡、性別有特別之規定，則因其為客觀構成要件事實之一部分，行為人對此等構成犯罪事實認識錯誤或缺認識，應屬於構成要件錯誤，而得以阻卻故意。故本案例中，C誤以D為成年人而與之和姦，應合乎構成要件錯誤，而得以阻卻故意；若行為人合乎過失要件，可成立過失犯。但，§227 並未罰及過失。實務上也許基於法感，認為於此等情況下，若對C不加以處罰，太過寬縱，乃形成前述之法律見解。但該見解與構成要件錯誤之理論相違逆，形同放棄主觀構成要件之判斷，足以構成違法的裁判（足以構成非常上訴之理由）。

故對於前述案例，吾人若基於法感或幼年人特別保護之必要性，實應修補法律漏洞，在§227 中增加過失犯之處罰規定，也可從而加重成人的注意義務及保護幼年人義務，而不宜在實務上扭曲刑法之犯罪判斷架構，平白犧牲長期來實務及學理辛苦所建構的理論。

3.行為客體年齡倒錯之問題

有兩個可能出現的問題，也會在實務上形成困擾：（1）A 誤以 B 為未滿十四歲之人（但 B 為十五歲之人），而與之和姦，A 之行爲應如何處罰？（2）A 誤以 B 為十五歲之人（B 實際上未滿十四歲），而與之和姦，A 之行爲應如何處罰？

於第（1）種情形，A似構成§227 I 之不能未遂（客體不服），另構成§227 III 之過失犯；因A主觀上是要犯§227 I 之罪，但客觀上卻實現了§227 III 之構成要件；故A似可依想像競合³³，從一重處斷，但因本罪未罰過失，對A似只能依§227 I 之未遂犯（客體不能）罰之。於第（2）種情形，A之行爲似構成§227 III 之不能未遂（客體不能）及§227 I 之過失犯，依想像競合只能論以§227 III 之不能未遂犯（客體不能）及§227 I 之過失犯，依想像競合只能論以§227 III 之未遂犯。若§227 設有過失犯的規

³² 新竹地檢處 64、7 座談會結論。

³³ 但想像競合，依通說之見解，除一行爲觸犯數罪名外，尚需侵害數法益。於此等情形，只要一個幼年人之保護利益受到侵害，論以想像競合亦恐有困難。

定，則這樣的犯罪判斷方式，並無法令人滿意，因與想像競合之通說上的要件並不合致。解決之道，似只有從§227 構成要件之修正下手，其修正意見將於結論中提出。

八、 詐術性交罪之問題

§229 之罪，是指行為人實施詐術，使被害人誤認行為人爲其已結婚之配偶，而容認或同意其性交行爲³⁴。在古時候，男女婚嫁全由媒妁之言及家長之意思定其終身，且結婚男女在婚前可能未曾交往，只有在洞房花燭夜方得窺知對方真面目，容或可能發生此等詐術性交罪。於現今之男女交往方式，實務上恐難以想像會再發生這種荒唐的事，故本罪之立法理由已不復存在，通說上皆主張加以廢除³⁵，但本次修法仍加以保留並做局部的修正，實在令人費解。

主張保留者，可能會有所主張，認爲雙胞胎的兄弟姐妹間，有可能發生這類行爲。雙胞胎之間（即使是同卵），並非如複製人般，可以在外貌、體型、體重、語言、體味．．．等方面完全相同，復以現今男女從交往到結婚之歷程，所累積之經驗，應難以想像有人會誤認配偶，而聽任其性交。

九、 告訴乃論廢除之疑慮

（一） 修法內容

新法將性侵害罪告訴乃論之規定刪除，只維持配偶之間犯強制性交罪，及未滿十八歲之人對幼年男女犯性交或猥褻罪者，須告訴乃論（§229-1）。但爲免劇烈的法律變動造成人民之不適應及實務上之困擾，刑法施行法增加§9-2 之規定，犯強制性交罪及強制猥褻罪，於 2000 年底仍適用原§236 告訴乃論罪之規定。

（二） 刑事政策上的疑慮

³⁴ 28 上 38 號判例。

³⁵ 林山田著前揭書，頁 226。林東茂著前揭文，頁 75。

傳統上性侵害罪規定需告訴乃論，係顧及被害人之隱私、名譽及社會生活之需要，且因傳統社會偏差之觀念（視被害人因而有瑕疵之物化觀念），又對被害人常存有錯誤的認知，甚至反而苛責被害人，故基於對被害人之特殊考量而有此規定，將是否動用刑事追訴權留給被害人決定。修法的理由，是由於社會事實之變遷，國民對性侵害罪之本質有較正確的認識，且對被害人之誤解已轉趨同情及接納，且被害人已不復因而引為羞恥及自責³⁶，因而可以推測國民及被害人均有使加害人受刑事制裁之意願。

但這樣的刑事政策考量，在學理及實務上仍有些疑慮。有學者認為在性侵害被害人保護措施不完備的情況下，又社會對被害人之誤解尚未完全排除，被害人面對司法偵察程序及協助追訴之意願，可能仍會有所不足，只裹足不前³⁷。亦有學者懷疑廢除告訴乃論罪是否果能提高刑事追訴的效率，反而擔心被害人之意志與感受，可能就不再受到司法上的關心，且被害人求償之可能性也可能受到影響；尤其是輕微的性侵害（如乘機猥褻），由於常發生在熟人之間，反而喪失經由社會仲裁（協商）而回復社會關係之可能性³⁸。無論如何，廢除告訴乃後，將來可否提高追訴效率，又可否使被害人更能回復正常生活，仍有待進一步評估。

（三）輕重不分的告訴乃要件

§229-1 只規定配偶間強制性交罪，需告訴乃論。則配偶之間犯不法內涵較輕之乘機性交或猥褻罪（§225），依當然解釋，即非告訴乃罪。則重罪需告訴乃論，輕罪反而非告訴乃論，顯有違相當性原則或比例原則。論者亦有謂有配偶間應不可能成立乘機性交或猥褻罪，但乘機性交罪法定刑與強制性交罪一樣，何以一個可以成罪，另一個不能成罪？（相關爭論在強制性交罪已提及）總之，這是一個令人不解的修法。

³⁶ 就此而論，基於同一社會事實基礎，吾人當可推斷被害人因而羞憤自殺的可能性已大為降低，且從因果關係理論及客觀歸責理論而言，這種加重結果之可歸責甚有疑問，故§226 II 之結果加重犯亦可廢除。

³⁷ 蔡碧玉著前揭文，頁 47。

³⁸ 林東茂著前揭文，頁 76。

十、結語

一九九九年之性侵害罪的修法，其背後的動力是婦女（女性）運動團體之訴求，希望經由刑法之修法改變婦女被歧視的地位，追求兩性平等的實現³⁹。在立法委員提案的過程中，可以看出女性立委的熱衷與男性立委的庸諾，有點向是女人對男人的戰爭⁴⁰。長期以來，婦女運動團體推動男女平權，在民法的修正上獲致豐碩的成果，就憲法價值理念加以評估，值得肯定與喝采。但追求男女平權與研修性侵害罪，實在看不出有何強烈的關連性。在立法背景上亦看不出早期在刑法性侵害罪立法上有何歧視婦女的理由。立法背後若帶有激情，可能使理性的評估減損。加以長期以來立法院之效率不彰、專業不足，至本次性侵害罪的修法過程，顯示專業準備不足、立法過程草率、立法結果混亂。針對未來這些部分的刑法研修，筆者提出以下意見：

1 性交之概念可以限縮，甚至可考慮回復原姦淫之概念，並從而排除配偶間成立強姦、乘機姦淫（性交）之可能性⁴¹。

2 加重強制性交罪應加以做適度的限縮，其法定刑與結果加重犯之間應加以調整，以合乎罪刑均衡原則。

3 強制性交罪在行為方面應加以限制（回復「致使不能抗拒」之概念），亦可參考德國刑法§177 之立法例，將行為作較精確的描述（例如「以對生命或身體之即時危險為威脅」）。另在行為人與被害人互動上，可考慮為如下的規定：「以強暴、脅迫……或他法，致使被害人不能抗拒，而容忍行為人或第三人之性行為（或姦淫），或對行為人或第三人實施性行為」。

4 強制猥褻罪方面，可配合前段同步修正。

5 由於強制猥褻既遂與強姦未遂區分不易，可參考德國之立法例，將姦淫或性交化約為「性行為」，用「強制性行為」代替強制猥褻罪（未遂犯亦罰），並適度提高其法定刑。此外，將發生姦淫結果（亦是行為），另規定較重的法定刑。

³⁹ 蔡碧玉著前揭文，頁 43。

⁴⁰ 參閱林山田：評一九九九年的刑法修正。月旦法學NO.51，頁 28。

⁴¹ 不能以外國有此立法例，我國就應無條件抄襲。每一個國家之法治，都有其特定的社會、經濟、文化、價值觀、法制史的背景，在做法律移植時，有必要在這面加以仔細的評比。

如此，使強姦成爲「強制性行爲」之加重（修正）構成要件，而成爲法條競合之特別關係⁴²。

6 與幼年人性交或猥褻可爲如下之修正：

- (1) 與未滿十六歲之人爲性交者，處一年以上七年以下有期徒刑。（基本構成要件）
- (2) 犯前項之罪，而被害人未滿十四歲者，處三年以上十年以下有期徒刑。（加重構成要件）
- (3) 與未滿十六歲之人爲猥褻行爲者，處三年以下有期徒刑。（基本構成要件）
- (4) 犯前項之罪，而被害人未滿十四歲者，處五年以下有期徒刑。（加重構成要件）
- (5) 因過失犯犯第一項之罪者，處五（三）年以下有期徒刑；犯第三項之罪者，處一年以下有期徒刑。

如採前述修正，§227 在適用上所生之困難（前第七段中已敘及），應可順利加以解決。

7 強制性交罪應加以刪除。

⁴² 法條競合之型態中，特別關係 在學說及實務上之適用最無爭議。