

強制猥褻罪不罰未遂？ ——從臺高院110年上訴字第1257號 判決談起

趙萃文*

要 目

壹、問題意識

貳、案例爭點解析

- 一、強制猥褻罪之「猥褻」
定義
- 二、強制猥褻罪之「行為」
定位
- 三、「猥褻行為」之內涵與
判斷標準
- 四、強制罪與強制猥褻罪之
強暴概念為不同層次
問題
- 五、強制罪之法益內涵與強
制猥褻罪之法益內涵
- 六、本案意圖為出於情慾之
滿足

參、本案例之問題所在——兼 評高院判決

- 一、本案被告犯意之定性，
其行為已達強制猥褻
既遂
- 二、判決將應適用於強制猥
褻罪之行為移轉至強制
罪身上
- 三、強制猥褻未遂以強制罪
相繩，將衍生價值領域
之分化與衝突
- 四、強制猥褻罪處罰未遂犯
具正當性，應罰及未遂
方不致輕重失衡

DOI：10.6460/CPCP.202208_(32).02

本篇文章業經雙向匿名審查通過。

* 空中大學助理教授，輔仁大學法學博士。

五、司法社群保守主義，缺乏和社會的對話之窗

肆、結 論

一、本案已達剝奪被害人意思自主權程度，應從重論處

二、若受制於司法保守解釋，強制猥褻罪應增訂未遂犯之處罰

三、強制猥褻未遂立法後或將產生的解釋論上問題

四、國民法官法提前實施，並擴及刑法性犯罪案件

摘 要

本文旨在以現行強制猥褻罪未罰及未遂之法律真空問題為論述基礎，考察「猥褻」概念之發展軌跡與學說理論演變，就臺灣高等法院題旨判決予以評價，提出隨著性強制犯罪保護法益之內涵調整，司法實務恐難再依傳統判例法則一體適用，為避免與實際情況脫節，宜發展一套可遵循之新的解釋取徑，繼而反思現行性強制犯罪概念內涵與保護架構是否有重構必要，及如何成為可能？

傳統植基於「妨害社會風化」，所生成的性強制犯罪概念內涵與保護架構，於現今保護性自主決定權法益前提下，已無法有效地解釋並解決「妨害性自主」之規範性意涵；司法在闡釋性強制犯罪時，應符合國人對性自主活動的認知與想像，以框架出性自主決定權的本質核心範疇，作為捍衛守護性自主決定權之判斷準據。

本文的結論是，強制猥褻罪存有保護不足現象，亦即可罰性的漏洞，需要被填補，應調整現行解釋論基礎，進而改變性強制犯罪的司法論證和判斷標準，朝向更彈性且適應社會真實脈絡轉變；若短期難以改變司法文化下，修法將強制猥褻未遂犯納入處罰，填補此一法律漏洞，亦不失為一折衷辦法，深盼能提供一些啟發性意義。

關鍵詞：強制猥褻罪、未遂犯、猥褻、性犯罪、國民法官法、強制罪

Mandatory Impunity for Attempted Indecent Assault? – Concurrently Comment on the Taiwan High Court’s Criminal Judgment 110 Shangsuzi No.1257

Tsuey-Wen Chao*

Abstract

The purpose of this article is to discuss the current legal vacuum of unpunished and attempted compulsory indecent crimes, to examine the development track and theoretical evolution of the concept of “indecency”, to evaluate the subject judgment of the Taiwan High Court, and to propose the protection of legal interests with sexual coercive crimes. To adjust the connotation, judicial practice may no longer be applied in a unified way according to the traditional precedents. In order to avoid being out of touch with the actual situation, it is advisable to develop a new set of interpretation methods that can be followed, and then reflect on whether the connotation and protection framework of the existing compulsory crime concept

* Assistant Professor of National Open University; Doctor of Laws, Fu Jen Catholic University.

are important. necessary, and how is it possible?

Tradition based on “obstructing social morality”, and the conceptual connotation and protection framework of sexual coercive crime generated cannot effectively explain and solve the normative meaning of “impairing sexual autonomy” under the premise of today’s protective discretionary rights and legal interests; When the judiciary interprets sexual compulsory crimes, it should conform to the people’s cognition and imagination of sexual autonomy activities, and frame the essential core categories of sexual autonomy as the criterion for defending the guardianship of sexual autonomy.

The conclusion of this article is that there is insufficient protection in the crime of compulsory indecency, that is, the loophole of punitiveness, which needs to be filled. The basis of the current interpretation theory should be adjusted, and then the judicial reasoning and judgment standards of the crime of sexual compulsory crime should be changed to be more flexible and adaptable. The real context of the society has changed; if it is difficult to change the judicial culture in the short time, the amendment of the law to include the punishment of attempted indecent assault to fill this legal loophole can be regarded as a compromise solution, and I hope to provide some useful suggestions.

Keywords: Forced Indecency, Attempted Offender, Obscene, Sex Crime, The National Judges Act, Compulsory Crime

壹、問題意識

本文以臺灣高等法院110年上訴字第1257號判決為主軸，探討以國家法律管制人民與性強制相關之侵害身體活動，藉由法律規範達到教義或誠律指示，維護每個人的法益慣常運行，成就吾人享有不受侵害性質之權利。

本案緣自被告男子吳○○於2019年5月27日晚間開始埋伏，於翌（28）日5時45分許見一落單女子A女，自後方抱住，以手勾住其脖子、摀住嘴巴往巷裡拖行，欲強吻摸胸，因被害人A女奮力掙扎並大聲呼救，遂未得逞¹。檢察官因現行《刑法》強制猥褻罪不罰未遂，用強制罪起訴，桃園地方法院依強制罪判處吳某拘役40日²，臺灣高等法院認為判刑過輕，改判5月徒刑定讞（均得易科罰金）³。

細查法院判決書，本案輕判最大理由在於，檢察官僅

¹ 本文原本引用媒體新聞論述本案，審查委員提及應查詢判決書系統，避免僅憑網路新聞造成事實可能被誤導之嫌，忽略法院運用證據所為之事實認定，謹遵示修正。細查本案起訴書（桃園地檢署108年度偵字第17292號）及第一、二審判決書，與新聞內容大致相符，引據新聞報導僅為表明裁判已受輿論非議，國人對本案判決之回應和感受，社群的聲量自不容忽視，更何況我國司法公信及裁判品質早已飽受質疑，為免引發誤會，以下個案事實皆以判決書所載內容為依據論述；另本案檢察官起訴書甚為簡略，且為一、二審援用，觀其內容主要是以警方監視器畫面來論證被告對女性性攻擊行為，並直接帶出因刑法強制猥褻不罰未遂，故論以強制罪之結論。本文論述完全尊重檢、院方根據監視器畫面所作事實及心證認定，僅針對犯罪事實涵攝到適用罪名部分為一法理上論述，並提出個人淺見。

² 臺灣桃園地方法院109年度審訴字第1790號判決。

³ 臺灣高等法院110年上訴字第1257號判決。

以刑法第304條第1項之強制、第277條第1項傷害罪嫌起訴，起訴書載述：「犯嫌基於妨害A女行動自由之強制及傷害犯意，自A女後方抱住A女，以手勾住A女脖子及摀住A女嘴巴，將A女往巷裡拖，以此方式妨害A女自由行動之權利，並造成A女受有右臉挫傷、左下唇紅腫及右大腿瘀青等傷害，吳某欲親吻A女及撫摸A女胸部，因A女不從，奮力反抗，欲掙脫逃跑，並大聲尖叫呼救，致吳某未能得逞（刑法未處罰強制猥褻未遂）……」⁴，文末並提到「末請審酌被告以隨機擄人方式侵害告訴人A女之人身自由，除對告訴人造成莫大心理創傷外，對社會治安亦將造成恐慌，惡性非輕，建請從重量刑，以示懲儆。」

一審法院因被告於準備程序中自承犯罪，進行簡式審判程序，依強制罪處拘役40日，如易科罰金以新臺幣1,000元折算1日。檢察官認為判刑太輕不服上訴，二審法院認為，被告以「隨機擄人」方式選擇被害人，對社會大眾造成極度恐慌，復於擇定犯案對象後，即強制拖行至空無一人之停車場，以強暴方式妨害告訴人之行動自由，使告訴人A女因而受有右臉挫傷、左下唇紅腫及右大腿瘀青等傷害，並使告訴人於此期間處於極度驚恐狀態，對告訴人造成莫大心理創傷，因而撤銷改判；依強制罪判處有期徒刑5月，如易科罰金以1,000元折算1日。承審之二審法官既然認為被告隨機擄人方式，以強暴方式將告訴人強制拖行至

⁴ 楷體字為本論文作者強調所加。

空無一人之停車場，使告訴人於此期間處於極度驚恐狀態，對告訴人造成莫大心理創傷，對社會大眾造成極度恐慌，因而撤銷改判；但卻未就被告是否構成強制性交未遂這個根本性問題加以釐清，而有不敷事實需求之憾。本案二審之判決雖大幅加重，但認事用法、量刑仍多有議論空間，類此「事實移轉」、「罪名遷徙」和「刑度優惠」案例，雖論述矛盾、判斷失據，並且可能衍生潛在仿效危機，能帶來多大的修正與撼動，後續值得觀察。

按「規範」係一種當為命題，即人們能經驗到，反覆出現且帶有規律性之行為；而律法乃人類社會行為之一種規範，內容包括應為之命令規範及禁為之禁止規範，用以衡量人類之行止及準繩，具準則性及拘束性。類此社會性之建構，被稱之為社會規範或簡稱規範，刑法即為其中之代表，以法典方式為條理性之建構。規範之制定，殆有一些依據，古人認為一係天理、一係民情；刑法在各種規範中最引人注意，蓋因其預設了最基本之是非準則，並以國家力量來維繫，所以，刑法立法自古以來就是政策選擇結果。

將法律作為一個歷史和社會實在領域觀察，馬克斯·韋伯（1864-1920）之法實證主義，即係把法律來源於可觀之社會事實看待，認為規範僅係手段，如倫理道德，法益才是目的，如保護之價值。規範包括法規範及社會倫理規範等，以社會倫理規範為例，其規範性要素自然具有倫常要素，如：重婚、誹謗死者、挖掘墳墓、盜取屍體等

罪，無不具婚姻價值、家庭倫常、孝思憶念及生命禮儀等禮教色彩⁵。

按規範本係用以約束、控制自己感情和行為之力量或工具；所謂活用規範，即係應清楚瞭解任一規範之原來意義與目的，於今是否仍係那種意義、那種目的，原初之意義和目的與現下之情況或需要是否相合？本案從檢方起訴到院方一、二審判決，認事用法及法理上均不無可議之處，究為釋義學分析問題？亦或立法政策選擇？本文分析刑法「猥褻」之定義，隨著性強制犯罪保護法益之內涵改變，傳統判例法則已不符實需，爰提出調整現行解釋論基礎，改變性強制犯罪之司法論證和判斷標準，朝向更應社會真實脈絡之方向轉變，以發展可資遵循之新的解釋取徑；繼而反思現行性強制犯罪概念內涵與保護架構，是否有重構必要？若短期難以改變司法文化，修法將強制猥褻未遂犯納入處罰，或可填補此一法律漏洞。

貳、案例爭點解析

本論文係以強制猥褻罪是否不罰未遂作為軸心，故擬先將相關之概念先予探究與解析，以協助論述之推進，並作為討論後續判決所生問題之基礎。

一、強制猥褻罪之「猥褻」定義

猥褻概可歸納為二，一為屬於社會法益的善良風俗，

⁵ 平野仁彥、龜本洋、服部高宏，法哲學，2007年4月，頁27。

其中包括合理的性秩序及性道德，如公然猥褻即是，二為社會善良風俗及個人之性自由，而以保護個人之性自由為主，如強制猥褻，且在1999年修法前皆規定告訴乃論，是其最大特色⁶。

在現行刑法主要有三個罪名涉及猥褻，分別是第224條強制猥褻、第234條公然猥褻及第235條陳列販賣猥褻物品罪。實務及學者間通說對於猥褻之解釋，一直遵從最高法院解釋「在客觀上足以引起人之性慾之行為」，認為此三罪猥褻概念相同，即指姦淫以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言（最高法院27年上字第558號、45年台上字第563號、63年台上字第2235號判例），凡在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾者，即可評價為猥褻。

承襲最高法院見解，學者陳煥生、劉秉鈞教授認為，凡在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾者，即可評價為猥褻。林山田教授認為，猥褻行為乃性交以外一切滿足自己性慾，或足以挑逗他人引起性慾之色慾行為，故如其行為在客觀上不能遽認係基於色慾之一種動作，且又不致逗引他人之性慾，行為人主觀上又不能滿足其本人之性慾，即非猥褻行為。甘添貴教授認為，行為人如主觀上具有表現性慾之意念，客觀上得認該行為是屬於表現性慾動作者，即可認為猥褻行為；至猥褻行為是否

⁶ 參閱周治平，刑法各論，1968年9月，頁433。

會刺激或滿足自己或他人性慾，是否會引起他人羞恥或嫌惡感及是否違反善良性道德觀念，則非所問。黃源盛教授認為，行為人如在主觀上具有表現性慾之意念，且客觀上得認該行為係屬於表現性慾之動作者，即得認為猥褻行為。許玉秀教授認為，除了行為人利用他人為工具，實施引起或滿足性慾行為外，使被利用工具因而感受侵犯，也是猥褻行為特徵；猥褻因而是，性交以外，一切足以引起或滿足性慾而使人厭惡或恐懼的行為。林東茂教授認為，強制猥褻不以接觸身體為必要，即使沒有身體接觸，被害人的身體主控性也可能喪失，行為人的性需求並因而得到滿足；只要強制手段是為了滿足性慾，行為人全程掌控被害人配合自己的性慾，這就是強制猥褻⁷。

而較近期司法實務判決認為所稱猥褻行為，指客觀足以刺激或滿足性慾且與性之意涵有關，而侵害性自主決定權及身體控制權，並不以行為人主觀犯意在滿足其個人性慾為必要，主張猥褻成立並不以行為人主觀上有滿足個人性慾為必要（99年台上字第3850號判決）。另有判決（100年台上字第4745號判決）卻認為刑法所處罰違反意願猥褻罪、乘機猥褻罪，是指姦淫以外，基於滿足性慾之

⁷ 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，7版，2020年8月，頁320；林山田，刑法各論（上），5版，2006年11月，頁241；甘添貴，刑法各論（下），4版，2015年5月，頁255-256；黃仲夫，刑法精義，犁齋社，修訂33版，2020年9月，頁628；許玉秀，強吻非強制猥褻？，月旦法學雜誌，90期，2002年11月，頁309；林東茂，刑法綜覽，增訂8版，2016年3月，頁2-71。

主觀犯意，以違反被害人意願、乘被害人不能或不知抗拒之方法所為，揆其外觀依一般社會通念，咸認足以誘起、滿足、發洩人之性慾，而使被害人感到嫌惡或恐懼之一切行為而言，主張需基於滿足性慾之主觀犯意始可；可見司法實務上尚未趨同發展一可資依循的明確準則。

觀諸立法史之說明，1912年《暫行新刑律》第23章「姦非及重婚罪」，第283條「原案注意」載述：猥褻行為，指違背風紀未成姦以前之行為而言，與第285條之「姦淫」、第289條之「犯姦」不同；另「補箋」復稱：猥褻者，除姦淫以外凡有關人類生殖、情慾之行為，違背善良風俗者皆是。原案謂未成姦以前之行為，尚失之隘；此種猥褻行為，在異性間（男女）固能成立本罪，同性間（男與男、女與女）之行為，及單獨之行為（手淫），亦在本條猥褻範圍內，惟本律不採處罰單獨行為之規定而已⁸。

事實上1999年刑法修正後，妨害性自主罪章已修正為屬侵害個人法益之性自主犯罪。故所謂猥褻應是指，凡以一般人皆會明顯感到性的厭惡感、羞恥心之方式侵害被害人之性自由行為而言，至於是否得以刺激或滿足自己或他人性慾，則非所問。但陳列販賣猥褻物品罪之「猥褻」，本身並非行為，主要在於保護未成年人性人格發展，其概念應與猥褻行為容有區別！因此，許澤天教授認為大法官

⁸ 吳經熊編，中華民國六法判解理由彙編（刑法之部），1947年，頁373。

釋字第617號對散布猥褻物品罪之「猥褻」闡釋，應可援用至公然猥褻中之猥褻概念，卻無法直接套用到強制猥褻罪⁹。

觀諸最高法院上開解釋對於猥褻定義為何，亦無法解釋，僅能以排除法，即「性交以外在客觀上足以引起人之性慾之行為」。但須強調的是，現行法不同罪名中使用之「猥褻」用語，其在解釋上需視保護法益之差別而有所調整¹⁰，更且由於猥褻方式千變萬化，情節輕重懸殊。因此，1999年修法將一些情節較重猥褻行為，移至強制性交領域去處罰¹¹。惟林東茂教授及楊智傑教授則認為此三罪猥褻概念皆不相同¹²，各異其旨。所謂猥褻，在現行法之下，自指除性交以外之一切表現性慾之行為；至於何種表現性慾之行為，得認其為猥褻？應依當下社會一般人之健全常識即社會通念，就客觀行為事實加以認定。本案被告主觀上具有滿足性慾之意念，且在客觀上深夜對被害人環抱、勾脖等行為，已可認係屬於表現性慾之動作，即得認為猥褻行為，本文亦持此見解。

⁹ 許澤天，刑法分則（下）——人格與公共法益篇，2019年9月，頁239。

¹⁰ 蔡聖偉，親吻與猥褻——評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決，裁判時報，41期，2015年11月，頁46-48。

¹¹ 參中華民國刑法總則修正草案公聽會會議記錄彙編（第二冊），蔡碧玉司長發言，法務部印製，2001年12月，頁31。

¹² 林東茂，同前註7，頁2-279；楊智傑，猥褻是形容詞還是動詞？，臺灣法律網，2008年8月1日，<https://www.lawtw.com/archives/371865>（最後瀏覽日：2022年2月14日）。

關於散播猥褻物品之「猥褻」二字，大法官曾有二號解釋。先是釋字第407號說明所謂猥褻出版品，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」；嗣釋字第617號更具體說明，猥褻資訊或物品之「猥褻」，係指含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之資訊或物品，刑法第235條並處罰對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為。從這兩號解釋，均可看出大法官認必須客觀上足以刺激或滿足觀覽者性慾，才該當散播猥褻物品罪之猥褻；由於此二號解釋所釋示之猥褻係放置於媒介平台供人觀看，且對成年人觀賞、閱覽性方面之影片、圖畫亦是憲法所保障之重要人格自由，當然必須容忍較大尺度。至於公然猥褻罪之猥褻，因係現場觀覽，在尺度上即不同於散播猥褻物品罪，必須予以限縮解釋。

綜上，強制猥褻罪所謂之「猥褻行為」，因本罪之保護法益為性的自由，應當然比公然猥褻罪（第234條）中之猥褻概念的涵義要廣，允宜將強制猥褻罪理解為不僅係對性自由之侵害，同時讓人產生對性的厭惡或羞恥，而有害於正常之性情感者，亦包括在內。日本於平成16（2004）年為更大力度地保護性自主，提高了刑法強制猥褻與強制性交等罪之法定刑，其強制猥褻亦處罰未遂犯

（第179條）。但針對性風俗之犯罪，如公然猥褻、散發猥褻物品罪等，判例考量到憲法之表意自由（第21條），於一定限度內，對猥褻性的判斷趨於緩和，亦即判例傾向於限定處罰猥褻（最判昭44・10・15刑集23・10・1239；最判昭58・3・8刑集37・2・15），殊值參考。

具爭議者為，第221條之強制性交及第224條之強制猥褻，係嚴重侵害被害人之性自主權，且位於刑法妨害性自主罪章，與第234條公然猥褻及第235條陳列販賣猥褻物品罪性質上截然不同，性交或猥褻行為人是否必須具有滿足或刺激自己或他人性慾之傾向？學界有持肯定看法者，如林東茂教授認為以器物插入肛門或陰道之行為，如欠缺此等傾向，僅能論以「傷害罪」¹³；而甘添貴、盧映潔及蔡聖偉教授等則持反對見解，對傳統猥褻之法律定義形成挑戰，認為本罪並未要求行為人之主觀性意圖、性傾向之必要，對於被害人之性自主保護，亦不應依憑行為人是否有此傾向而生差異結果，更何況實務上亦難以判斷行為人是否具此傾向，此等見解已不符現行刑法之規範意旨，有幡然改圖之必要¹⁴。

惟部分實務及學說，認為此三罪猥褻概念皆相同；凡在客觀上足以誘起他人性慾，且主觀上足以滿足自己性慾

¹³ 林東茂，同前註7，頁2-68、84。

¹⁴ 甘添貴，刑法各論（下），修訂3版，2014年2月，頁256；盧映潔，由強吻案談起論我國刑法第二二四條強制猥褻罪之猥褻行為的界定，台灣本土法學雜誌，42期，2003年1月，頁98-100；蔡聖偉，同前註10，頁45。

者，始能該當¹⁵；如是見解，不無定調偏失、視域錯誤之微瑕，相互夾纏不清，造成許多匪夷所思，違反社會基本常識之判決。如一名男子深夜見便利商店無其他客人，緊緊摟住女店員強吻一分鐘，最高法院91年台非字第168號判決，竟認為「被告抱住告訴人時，僅吻其臉頰，並未以性器摩擦告訴人身體，或上下其手撫摸告訴人身體，在客觀上尚不足以引起告訴人之性慾，亦不足以滿足被告個人之性慾，故尚與猥褻之構成要件有間……。」觀諸刑法之強制猥褻罪，其犯罪目的乃是以其他性主體為洩慾工具，係侵害被害人之性自主權，即妨害被害人性意思形成、決定之自由；試問，被害人在非平和，而係受干擾或暴力對待之狀態下，除了心生驚恐、張皇失措外，豈會有被挑起或滿足性慾情事¹⁶？而女子遭強吻，欲提告強制猥褻時，竟還得客觀上挑起或滿足了自己性慾，寧是有理？試問：若果有被害人遭受強吻，因而感覺到己身性慾被挑起，則在心情歡悅情狀下又怎會去提告？更別說實務上亦難判斷被害人是否被挑起或滿足性慾，如是之說理顯然荒謬，無

¹⁵ 在學說方面，許多刑法學者之教科書，大凡出現猥褻字眼，便將大法官所揭「客觀上足以刺激或滿足他人性慾」援引進去，而法官們可能在學時受這些教科書影響，亦繼續援引，致未慮及強制猥褻罪修正前，屬於妨害風化罪，其保護之法益為社會之善良風俗。修正後，著重於保護性自主之法益，擺脫過去悖德犯罪之定位，與修正前之猥褻概念，已難以契合，爰此現象實有必要改正調整。

¹⁶ 從而，此之「在客觀上足以誘起他人性慾」之猥褻行為，應以被害人以外之其他一般人為判斷標準，若要求以「被害人已否燃起性慾」作判斷，殊難想像。

須言詮。

類此判決不勝枚舉，如2007年8月一名男子在大賣場對一名婦女襲胸10秒鐘，卻被地院法官判決認為不構成強制猥褻罪，理由在於告訴人A女遭被告觸摸胸部之際，尚未及感受到性自主決定權遭妨害，侵害行為即已結束，且接觸時間甚短，客觀上並無足以引起「他人」之性慾，與刑法強制猥褻罪行為人出於猥褻故意，主觀上滿足自己情慾，客觀上足以引起他人性慾之要件尚屬有間，因而認為不構成強制猥褻罪¹⁷；惟二審就本案之「強制行為」則認：「被告利用上開特賣會場情況，對A女為猥褻行為，A女在左右前後均無法挪移之情況下，遭被告持續抓捏左側胸部10秒，可見A女顯已不能抗拒被告所實施之猥褻行為，被告所實施之手段，核與刑法第224條前段所列舉之所謂強暴、脅迫等相當之其他強制方法，足以壓制被害人性自主決定權，並已違背A女意願，自該當於刑法第224條所謂其他違反其意願方法之行為態樣」；參合對照可發現，關鍵在「強制行為」是否存在，是否已不能抗拒？另判示所稱「他人」，如指被害人，依常理顯然不通，若指客觀第三人，於被害人遭受猥褻時，干「第三人」是否引起性慾何事；從目前司法裁判見解，大抵將公然猥褻罪與

¹⁷ 孫英哲、劉榮輝、吳慧玲，襲胸10秒鐘判無罪 法官：時間短 不足以引起性慾，蘋果日報，2007年8月29日，<https://tw.appledaily.com/headline/20070829/COQ6JCKWNYFRAX34GAIDZTI3XU/>（最後瀏覽日：2022年2月14日）。

陳列販賣猥褻物品罪之猥褻概念，直接套用到強制猥褻罪，並不能符合時代之真實狀態，而生與現實違和之情事¹⁸。

綜上，現行法在不同罪名中所使用之猥褻用語，其在解釋上應視保護法益之差別而有所調整。猥褻與否？要從罪名本質及其保護之法益綜合評價¹⁹。有學者認為，就行為之整體過程判斷是否具有最低限度之性關聯²⁰，依行為

¹⁸ 蔡明亮先生執導之電影「天邊一朵雲」，影片中男女主角裸露體毛、口交畫面，一刀未剪於戲院公開上映，該片除代表我國角逐奧斯卡金像獎最佳外語片外，更榮獲柏林影展「最佳藝術貢獻銀熊獎」等多項國際影評大獎。足證觀覽者對於器官之裸露或性愛行為之影像，並非當然產生厭惡或羞恥感。

¹⁹ 事實上，各罪規範之客體不一，猥褻不等於出版品，猥褻亦不等於傳布。更且，如第227條對幼童性交猥褻罪與第221條強制性交罪保護法益即不相同，前者保護幼童之整體發展，防止孩童之整體發展受到過早之性經歷所影響，後者則保護性自主決定全，不宜混淆。並參蔡聖偉，同前註10，頁46-48。

²⁰ 審查委員提及此之「性關聯」意義為何，許教授文中並未交代。就筆者自身理解，直白說與「性沾得到邊的」即可稱為性關聯，就以強制猥褻罪或強制觸摸罪的方法、身體部位關聯性而言，若謂握手或親吻臉頰是很正常人際互動打招呼方式，但假設有一長相猥瑣男子（當然此之猥瑣又涉及從何觀點角度切入，在客觀上被評價很醜之人可能當事人主觀上又認為自己很帥）看到美女就想去和他握手或親吻臉頰，在美女拒絕之情況下仍強要握手，即有成立強制猥褻罪之可能。或謂單純握手是否有性慾滿足之可能？本文認為在現今開放社會下，各種怪異之事無奇不有，如腳趾一般被認為不潔或有氣味，但新聞上不時可見男性嫌犯抓住女生腳掌猛吸，或竊取女性原味（未清洗）絲襪內褲猛聞，藉以滿足性慾。此「性關聯」雖極為抽象，且須考量加害人、被害人雙方相貌（同樣強握「恐龍妹或正妹」之手，前者可能是看女生不爽想弄痛她，後者極有可能出於猥褻犯意，至於人的美醜如何判斷？已故李教大師甚至可用打分數來判定，我們從媒體上報導的

之外觀可認其明顯地具有性關聯時，根本無需考慮行為人是否具有此一性傾向，亦不問被害人是否意識到其中之性關聯，即可評價為性交或猥褻。但依行為外觀具有多重解讀可能時，則應探究行為人是否具有滿足或刺激自己或他人性慾之意圖，否則難以斷定是否構成猥褻，至於被害人對此行為之性關聯是否有所意識，並不重要²¹。

二、強制猥褻罪之「行為」定位

我國刑法之修正，大抵為因應特定社會事件引發輿論效應，而展開修法動能。1999年及2005年妨害性自主罪修法，調整第10條「性交」定義，大幅擴張強制性交罪範疇，將舊法時代一些猥褻行為移列新法之性交行為。性侵害由傳統男性生殖器插入女性陰道之行為，擴張至口交、肛交，或以手指異物插入對方性器官、肛門等，均可成罪；第221條強制性交罪被害人由「婦女」修改為「男

美女帥哥，雖然實際上可能感覺根本沒那麼美，是言過其實，但總體來講也是一般人平均之上，故相對於艱深法學理論，判斷一個人美醜絕對沒那麼困難）、財力及社會地位等綜合判斷（否則就不會有人帥性高潮，人醜性騷擾一說）。美國大法官史都華（Potter Stewart, 1915-1985）也說過「我沒有辦法定義什麼是猥褻，但我一看就知道。（But I know it when I see it.）」，故「性關聯」、「猥褻」本身並非法學理論而是一事實認定，而筆者有自信本文對性關聯、猥褻所作論述，應符合目前主流社會民意。「性關聯」、「猥褻」雖抽象，但絕非不能以社會通念加以判斷。

²¹ 許澤天教授舉例：C壓倒D婦坐於其身上之行為，究係構成妨害自由（第302條、第304條），抑或強制猥褻，需視動機而定。若C意欲在D身上實施手淫，則已構成強制猥褻，無待手淫發生。許澤天，同前註9，頁237-238。

女」。自此，男對男、女對女同性間性侵害行為，甚或女性強姦男性之行為，均可納入本罪處罰射程；修法擴大了性交之範圍，而相對地縮小了猥褻罪之範圍。

當時刑法在性交與猥褻中間，曾試圖創造一個沒有稱謂之概念（如異物插入），但因其無法稱呼與描述，學者均難以接受如是三分法，最後仍回歸傳統二分法，僅係範圍有所不同，強制性交擴大而強制猥褻範圍減縮²²；就此，柯耀程教授指出，此一修正是一種犯罪類型之轉移，對強制性交屬擴大其成罪範圍，對強制猥褻則屬限縮適用範圍²³，顯示出性犯罪之實有與流變間並無一定界線，至於強制性交外之其他一切性攻擊，如強吻、摸胸、摸臀等均落入第224條強制猥褻罪範疇，造成性交與猥褻行為之概念混淆，亦造成強制性交未遂與強制猥褻既遂之難於區分。承此，有學者觀察過往司法實例對於性交與猥褻之區別，完全取決於行為人主觀之犯意，而認為如行為人意在性交，而已著手實行，且已達於用強程度，縱令未達目的，仍應論以強制性交未遂，不得論以猥褻²⁴；同理，若行為人意在猥褻，已著手實行，且已達於用強程度，縱令未達目的，仍應論以強制猥褻，不得論以強制罪。

強制性交罪與強制猥褻罪「其他違反其意願之方法」

²² 蔡碧玉，同前註11，頁31。

²³ 柯耀程，刑事法實務爭點，收於：月旦2013實務爭點與修法解析，2013年5月，頁81。

²⁴ 甘添貴，同前註14，頁254-259。

之解釋上，為維持性犯罪之雙行為犯性質，仍應要求在成立上先有違反意願之強制手段，而此之強制手段，只要能製造被害人無助而難以反抗或脫逃之「低度強制」狀態即可²⁵。

本案吳某主觀上欲為親吻及摸胸動作，具有滿足性慾之故意，深夜以強制行為對被害人A女環抱勾脖，客觀上明確帶有性關聯性的碰觸行為（強制猥褻罪之構成要件並未限定受到保護之身體部位），對此具體事實，若未充分考量被害人孤立無援的無助情境，在心理感知和環境認知上，幾已陷入任被告宰制，而喪失或減少防衛之可能性，被告縱令未利用強暴或脅迫手段亦可達致實施猥褻行為，其終究不同於一般自由領域受侵害之情形，在罪之認定上，逕適用一般妨害自由強制罪之入罪門檻，其判斷的理論基礎及正當性均明顯不足。

另觀性騷擾防治法第25條突襲觸摸罪，該條文規定：「意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金（第1項）。前項之罪，須告訴乃論（第2項）。」本罪和刑法強制猥褻罪構成要件相似。行為須以突襲之方式來實施，若被害

²⁵ 黃士軒，強制性交與強制猥褻罪中的其他違反其意願之方法——以關於利用宗教手段為性交猥褻行為類型的臺灣最近學說與實務為中心，收於：刑事法學的浪潮與濤聲：刑法學——甘添貴教授八秩華誕祝壽論文集，2021年4月，頁892-893。

人已察覺到侵襲，還揮之不去，就已屬強制手段而升格為強制猥褻罪²⁶。事實上，當初性騷擾防治法於2005年立法通過，第25條強制觸摸罪立法背景即是針對實務對強吻、強行摸胸等大多認為不構成強制猥褻，所以才立此條以彌補可罰漏洞，更可看出實務及學說對「猥褻」解釋不當所造成之遺禍²⁷。

三、「猥褻行為」之內涵與判斷標準

事實上，1999年將性侵害犯罪自「妨害風化罪」章移出，增訂「妨害性自主罪」章，即已清楚表明不論是強制性交、強制猥褻或性騷擾，保護核心法益均係被害人之性自主決定權，側重於被害人主觀意願之確保。故「客觀上是否足以刺激或滿足他人性慾」，已並非該等罪名之考量重點，實務及通說允宜更易過往見解，將重心置於探討加害人手段是否真正侵害或破壞到被害人性自主權，而非此一行為是否會讓一般客觀理性第三人亦產生性慾。惟最高法院最新判決（108年台上字第1800號刑事判決），仍強調：「強制猥褻罪，因本質上具有猥褻屬性，客觀上亦能

²⁶ 實務意見如最高法院101年台上字第308號判決、100年台上字第4578號。學說可參考盧映潔，強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？——評最高法院九十七年度第五次決議，月旦法學雜誌，171期，2009年8月，頁226；林東茂，同前註7，頁2-72；林信銘，暴露與觸摸性騷擾刑事責任之探究——以德國刑法的性騷擾規範為借鑑，高大法學論叢，14卷1期，2018年9月，頁388-390。

²⁷ 林東茂，保安處分，收於：二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，2005年4月，頁452。

引起他人之性慾；強制觸摸罪則因行為瞬間即逝，情節相對輕微，通常不會牽動外人之性慾。誠然，無論強制猥褻或性騷擾防治法第25條之強制觸摸，就被害人而言，皆事涉個人隱私，不願聲張，不違常情（後者係屬告訴乃論罪），犯罪黑數其實不少，卻不容因此輕縱不追究或任其避重就輕。」仍然執著於性侵害行為是否會引起第三人性慾，身為最高法院具有拘束下級審權力卻將重點完全倒置，委實令人遺憾。

性罪犯具特殊性、變異性，危險程度高等性格特質，從危險到實害之發生，存在動態之危險因子，其實行行為持續至某個行為時點時，其法益侵害之危險性極可能無法控制地轉化為實害，甚或加重結果。本案被告吳某物色落單女子，隨機擇定擄人，性慾沖決理智，終致侵犯身體自主、性自主，甚或侵奪寶貴生命，是類此案件經驗面之犯罪路徑²⁸。依實務見解，猥褻行為必須是一種「能夠引起性慾」之舉止，如是之判斷標準，就被害人而言，被猥褻之當下，充滿恐懼、羞辱與難堪，怎會有性慾被誘（挑）起或被刺激之反應。本案或許檢察官起訴時認為被告欲親吻被害人及摸胸，但最後並未親到或摸到，爰認為僅達未遂；抑或檢察官認為吳某雖欲親吻被害人並摸胸，兩人在「搏鬥中」縱有碰觸到女方全身，因為被告在脫被害人衣物時，主觀上並未滿足性慾，此時其一心想制服被害人，

²⁸ 沈勝昂，性侵害Deviance vs. Disorder與處遇vs.治療——神經心理的觀點，檢察新論，11期，2012年1月，頁352。

並無暇享受「性慾之滿足」²⁹。先不說經驗上吳某極有可能一邊以武力制服A女，一邊則享受抱住A女之快感，若依此見解，所有強制性交案件除既遂外皆不會成立未遂，讓性強制罪失去可預見之輪廓，此道理明顯不通，亦不符社會倫理標準。

由於法律秩序是開放且有漏洞的，法律適用者必須自己建立在個別案件中所欠缺之決定規範。其適用，非特係單純之邏輯上推論，更且是一種價值判斷之認識程序。有關事實關係之調查，應取向特定之法律構成要件，而事實關係之定性，亦應考量法規範之意旨及目的。對事實關係之特徵，按照規範意旨及任務，以合乎事理之方式，加以評價³⁰。刑法律條要因應各種不同行為態樣，規範勢必要抽象化，始能應接各式犯罪事實；更且，刑法大抵帶有非難的、譴責的負面價值特性，解釋及適用時，離不開價值判斷。既然是價值判斷，即不免有人之因素，法官在解釋律條時，便很有可能出現結論與人民預期之不一致，所以解釋就必須具可預見性與具合理性；在如是之理解下，法官之解釋便不能超乎可能之文義。

本案被告吳男以強暴方式對被害人A女實施帶有性意涵之身體碰觸侵害，依行為時、地所處場所環境，及環

²⁹ 事實上滿足性慾有多種方式，新聞上常見戀腳癖、戀物癖嫌犯偷竊女性鞋子、內衣褲、襪子狂聞或收藏或作自慰動作，對此等嫌（病）犯而言，這些行為相比實際觸摸到被害人，或許更能滿足其等之性慾。

³⁰ 陳清秀，法理學，修訂2版，2018年4月，頁342-343。

抱、勾脖、拖行等行為所顯示出來之外觀，就對立雙方之主、客觀因素判斷，均可理解、得出強制猥褻罪之處罰條件本已成就，犯罪應已既遂之判斷。起訴及一、二審判決均認係未遂，惟究難不負刑責，從而由此導出不法或罪責內涵「降低」之結論，既未考慮強度上之差異，亦不顧滅命責任之高低輕重，逕行拆解以強制罪處斷，避免產生處罰漏洞，非特為評價基準之偏差，亦不足以完整宣示被告本件犯行之不法與罪責內涵，有「情重法輕」之不平現象。

四、強制罪與強制猥褻罪之強暴概念為不同層次問題

按普通強制猥褻罪之強制手段，與強制性交罪之強制手段應是相同理解，本條規定之強制手段包括強暴、脅迫等其他違反被害人意願之方法，而所謂強暴係指以不法腕力，排除他人之抵抗，壓制被害人意願，使之就範³¹。至於其他違反被害人意願之方法，在2008年第五次刑事庭會議決議，放寬至「被害人之意思自由受到妨害」，作為

³¹ 日本通說及實務意見，性強制犯罪之強暴、脅迫似採學理上之「最狹義暴行概念」，必須以被害人「反抗顯著困難」之程度為必要（最判昭和24・5・10刑集3卷6号頁711）；但反抗顯著困難與否之判斷，未必係以手段行為本身之程度為對象，即使是輕微之有形力，但參合被害人之年齡、性別或犯行之時間、場所四周環境等客觀情事綜合判斷（最判昭和33・6・6刑集126号頁171），判斷傾向側重在被害人是否處於難以抵抗之客觀情境當中。參閱辰井聰子，「自由に対する罪」の保護法益——人格に対する罪としての再構成，收於：刑事法・医事法の新たな展開——町野朔先生古稀紀念，2014年6月，頁419-425。

違反被害人意願要素之解釋，凡是悖離被害人意願之情形，皆可該當，態樣非常廣，所採行者乃是「強制手段不要說」，否定了傳統之「高度強制手段說」³²。相較於上開見解，近期108年台上字第1800號刑事判決，認傳統方式以外之手段，包含製造使人無知、無助、難逃、不能或難抗情境，可以「低度強制手段」稱之³³；本文認為避免在犯罪訴追上僅能依賴於舉證困難之被害人主觀意識，及目前條文「其他違反意願之方法」仍維持與「以強暴、脅迫遂行猥褻」相同刑度之前提下，尚不宜完全去強制化，保留強制要件，採「低度強制手段說」毋寧較為適切。日本最近趨勢，實務上對強暴脅迫之解釋門檻下降許多，強制性交罪之強暴脅迫只要係違反意思之強迫行為即可達成要件³⁴。此一理解，亦符合日本學者所指稱之一「反於被害人合意之性交，必然有最狹義之暴行、脅迫存在」³⁵。而一般之猥褻行為，通常係以突襲夾帶著「猥褻行為」同時進行，在性騷擾防治法第25條訂有「乘人不及抗拒觸摸

³² 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，頁10。

³³ 有關妨害性自主罪之成罪標準，是否要以強制要素作為本罪構成要件，及是否要以一般妨害自由犯（較高）成罪門檻，來作為妨害性自主犯罪之不法判斷標準？可參考李佳玟，說是才算同意（Only Yes Means Yas）：增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，臺北大學法學論叢，103期，2017年9月，頁61-69。

³⁴ 辰井聡子，性犯罪に関する刑法改正——強制性交等罪の検討を中心に，刑事法ジャーナル，55号，2018年3月，頁4-9。

³⁵ 井田良，性犯罪処罰規定の改正についての覚え書，慶應法學，31号，2015年2月，頁51-52。

罪」後，本條適用範圍已大幅縮小。

強制猥褻罪與強制罪為不同之犯罪類型，而有不同之法律評價，彼此性質未盡相容，亦不具垂直關係。強制猥褻罪之不法與罪責內涵較強制罪要高要重，對此具體事實，應本諸行為不法內涵之高低作為判斷之準據。從刑法有獨立之妨害性自主罪章，可知刑法已預設性自主為所要保護之（領域）法益，且對於侵害此類自主決定權之行為，課予高於一般妨害自由行為之刑罰。強制猥褻罪之行為在不法評價上，應較強制罪之行為作更高不法之評價，因其會產生強度截然不同於一般行動自由受到侵害之痛苦程度。本案被告已符合客觀行為要件之施用強制手段，違反被害人意願及為猥褻行為之緊密行為，卻逕依較輕之強制罪處斷，類如侵害一個較高位階之法益，卻以一個保護較低價值法益之罪名處罰，就實踐國家刑罰權之意義與目的而言，是否屬妥善裁斷？殊值商榷；果若基於罪疑唯輕或限定處罰範圍考量，亦宜修法增訂強制猥褻未遂犯之處罰，以明確規範要件。

五、強制罪之法益內涵與強制猥褻罪之法益內涵

有鑑於國家對於犯罪行為之反應必須合乎比例，吾人討論未遂是否具可罰性必要時，大抵認為處罰未遂行為之理由，在於維護法規範之效力，以達到保護法益之目的。因此，當行為人之行為在一般大眾心目中侵害法規範之意義較薄弱時，此一行為所引起之「制裁需求性」（Sanktionsbedürftigkeit）即會降低，至於應賦予怎樣之

法律效果，則涉及到「刑罰需求性」（Strafbedürftigkeit）評估，在行為人自行中止，表現回歸法秩序之態度，立法者亦自然可相應地規定減輕刑罰³⁶。從人類制定法律以來，無不以追求罪與罰相當為目標，犯多重之刑，判多重之罪，國家對於犯罪行為之反應必須合乎比例；因此，強制猥褻罪為真正具有高度法益侵害危險性之犯罪，其犯罪行為之結果會對被害人身心造成重大傷害，未罰及未遂，並非其所為未遂行為對一般大眾不具威脅，欠缺一般預防必要性，其行為本身之屬性自非欠缺制裁需求性。

從法益保護來看，妨害風化罪章之保護法益，傳統上均理解為社會善良風俗，即社會健全良善之性風俗道德³⁷，刑法第224條強制猥褻罪修法後，著重在維護個人之性自主意識，所要保護者為個人性決定自由之「性自主法益」，其法益內涵雖難有明確輪廓，卻是一種可以清楚理解之具體權利侵害，有日本學者謂：從犯罪惡性來看，性犯罪被害人所認為之侵害程度，將會帶著長達一生，且極為深刻之被害陰影，被稱為是「靈魂的殺人」³⁸；而第304條強制罪所要保護之法益，一般認為是保護個人之意思形

³⁶ 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，3版，2020年8月，頁172-173、177。

³⁷ 有謂善良風俗此等概念過於抽象且泛道德化，可以說沒有任何一種犯罪不是違反善良風俗，以善良風俗作為刑法之保護法益並不適合，因其根本無從檢驗個別犯罪規範存在之正當性，參閱吳耀宗，「火車性愛趴事件」與刑法誘媒性交猥褻罪，月旦法學雜誌，206期，2012年6月，頁203-204。

³⁸ 岩井宜子，性犯罪規定の見直し，神奈川法学，43卷1期，2010年，頁131-144。

成、意思決定、意思實現之自由與身體活動自由³⁹。但強制罪實行行為之態樣有二，一為使人行無義務之事，二為妨害人行使權利⁴⁰；本案被告要求被害人履行何義務？或妨害被害人行使何權利？被害人所受之侵襲性行為，其行動自由及性自主受損之痛苦程度，剝奪感特別嚴重，不同於一般妨害自由，其被害重大性已逾越社會生活上所能忍受之範圍。

鑑於二者保護法益迥然不同；而立法者形構刑事法相關規範時，就刑罰設計之基礎，毋寧係立基於對行為人責任之指摘，進而對其個人人格進行直接且具評價性之處置。此種為回應基於違犯強制猥褻規範行為之犯罪指責，為作出確認罪責之裁判，而以一個降格式處罰為應報，毋寧是「重罪輕判」，便宜了罪犯，在整體法秩序實踐中造成價值矛盾，亦不符正確刑罰之法律效果，允宜思索一個更適合之制裁效果，始有助於與社會通念相呼應。

六、本案意圖為出於情慾之滿足

依實務見解，猥褻行為必須是一種「能夠引起性慾」的舉止，依這樣的判斷標準，就被害人而言，被猥褻之當下，充滿恐懼、羞辱與難堪，怎會有性慾被誘（挑）起或被刺激之反應。本案被告對被害人已有肢體部位之接觸（自被害人後方抱住、勾脖、搗嘴），就性文化視角觀

³⁹ 林琬珊，強制罪強暴脅迫行為的判斷要素——評析臺北地方法院104年度字第43號刑事判決，法令月刊，67卷11期，2016年11月，頁59。

⁴⁰ 甘添貴，刑法各論（上），2009年6月，頁130-132。

之，其行為目的要非以傷害或妨害被害人自由為意圖，而係進行性強制求取並已滿足一定程度之性慾感覺。

本案起訴及一、二審判決，就事實部分均認定：「被告吳某基於妨害A女行動自由之強制及傷害犯意自A女後方抱住A女，以手勾住A女脖子及摀住A女嘴巴，將A女往巷子裡拖，以此方式妨害A女自由行動之權利，並造成A女受有右臉挫傷、左下唇紅腫及右大腿瘀青等傷害，吳某欲親吻A女及撫摸A女胸部，惟因A女不從，奮力反抗，致吳某未能得逞（刑法未處罰強制猥褻未遂）」云云。被告既係基於妨害A女行動自由之強制及傷害犯意，何來親吻A女及撫摸A女胸部之意圖？被告欲親吻A女及撫摸A女胸部，又怎會是基於妨害A女行動自由之強制及傷害犯意？本案意圖要係出於情慾之滿足⁴¹，觀諸去年馬來西亞籍女大生遭28歲梁姓被告擄人性侵殺害案，梁嫌為滿足私慾，於2020年9月30日晚間隨機挑選長榮大學一名落單女大生性侵未遂後，非特未知反省，反而變本加厲於10月28日晚間又於臺鐵沙崙線高架橋下，性侵殺害馬籍女大生，檢方依性侵未遂、性侵殺人、強盜殺人等罪起訴，求處死刑⁴²，顯見性強制犯罪具隨時可能升高被害人生命或身體危險之

⁴¹ 蔡聖偉教授指出，強制猥褻罪不應於構成要件故意之外，增加一個不成文之性慾目的之意圖，即行為人主觀上是否以滿足自己之性慾或刺激他人之性慾為目的，並非所問。蔡聖偉，同前註10，頁45。

⁴² 洪學廣，長榮大學外籍女大生遭擄走殺害，檢方求處凶嫌死刑，中共同訊社，2020年12月15日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202012250034.aspx>（最後瀏覽日：2022年2月13日）。

特性。日本最高法院亦有判例（最決昭和45・7・28刑集24・7・585）指出：被告二人基於強制性交意思在市區強拉女性上車，欲至5公里外工地現場姦淫，客觀危險性已清晰可見，已達著手階段⁴³。因是，強制猥褻罪之處罰要件與處罰起點，在立法及解釋上必須合理正當，才能防止遺憾一再發生。

參、本案例之問題所在——兼評高院判決

法律是一種人生及社會經驗之累積，法律規範從具體個案逐漸積累歸納而成，其實就是一種從具體到抽象之過程；而將法律規範適用到具體爭訟，則是從抽象的規範經由解釋再具體適用到個案之過程。不論是從具體到抽象，或從抽象到具體，其中之過程實際就是一種簡化⁴⁴。常人皆有與生俱來之法感，後天之教育讓吾人法感判斷能益加深刻；法院對爭議案件之評價，若引發錯愕或背離多數人之正義期待，即非允當。

遵法意識之形成，須透過個人之自我學習與啟發，並且在具體脈絡中將犯罪動機與反對動機對置，以作出行為選擇⁴⁵。刑法體系之運作，仍具有一定程度的行為指引作

⁴³ 井田良，講義刑法學・總論，2018年10月，頁401。

⁴⁴ 林子儀等，正義與慈悲【復刻版】——給法律人的一封信，2020年3月，頁29-30。

⁴⁵ 謝煜偉，論實行行為概念，國立臺灣大學法學論叢，49卷3期，2020年9月，頁1238。

用，誠如謝煜偉教授就實行行為概念指出：應該要根據不同的問題領域，去賦予行為之（法益侵害）危險性在解釋論上之意義⁴⁶。因此，當吾人在思考性強制犯罪之刑罰制裁需求時，應持較寬鬆之行為危險性來判斷結果是否被實現，不應罔顧性強制犯罪行為在經驗上危險會層升之事實，而對性自主意識有所曲解，甚或守舊心態。本文認為本案從檢方起訴書到院方一、二審判決，說理及論證上有數項可評議之處。

一、本案被告犯意之定性，其行為已達強制猥褻既遂

刑法本身作為一種行為規範，亦作為一種裁判規範，行為犯只要行為人所為合乎不法構成要件所描述之行為活動，即已完全實現該不法構成要件，例如偽證罪、醉態駕駛罪，結果犯則係指在法定構成要件中，以「行為導致特定的外界變動（結果）」為成立要件，不但必須發生結果，而且行為與結果之間必須具有「因果關係」；刑法分則大多數之犯罪均屬結果犯，例如強制性交、殺人等⁴⁷。強制猥褻罪在構成要件之審查上，若屬行為犯（舉動犯），以強制猥褻之犯意實施強暴、脅迫等強制行為時，犯罪即已完成而成立⁴⁸，若屬結果犯，則本罪之構成要件

⁴⁶ 同前註，頁1240。

⁴⁷ 林鈺雄，新刑法總則，9版，2021年8月，頁91-92。

⁴⁸ 舉動犯亦可能有未遂，如公然侮辱罪，行為人某甲意圖公然侮辱某乙，而於教室黑板欲書寫「乙是王八蛋」，正寫到「乙是王」時乙進入教室，甲隨即中止，是屬公然侮辱未遂，若書寫到「你是王八」即達既遂。日本山中敬一教授指出，舉動犯之未遂問題，若將舉動犯定

結果係為「猥褻之達成」，猥褻之達成須如何解釋即極為重要⁴⁹。

刑法之任務既被歸結為法益保護，無論行為犯或結果犯，均侵害法益。但最高法院判決指出：行為人基於滿足性慾之目的，對被害人所為之侵害行為，苟於客觀上不足認係為發洩情慾，或尚未至妨害被害人性意思自由，刑法上雖無處罰猥褻性侵害犯罪未遂之明文，然其對被害人有關性之平和狀態，不能謂無干擾，得論以性騷擾罪⁵⁰；是以，我國實務似認為強制猥褻罪屬於結果犯。惟性意圖之彰顯有正向、亦有負向，正向指足以刺激或滿足一般人性慾，負向則指足於讓一般人造成性的厭惡與羞恥感；就著手實行概念來觀察，實行行為達到刑法意義之重要性，開始進行嚴格意義之構成要件行為時，即能論以既遂。日本實務曾出現經以「發生強姦之客觀上的危險性」為基準判定著手，其最高法院就強拉女子上車載至5公里外之處性侵案例，認為當女子被具有強姦意圖之陌生男子強拉上車之際，已明顯產生發生強姦之客觀上危險性，亦即幾乎可以確定會導致強姦結果之事態，應可論以著手（最決昭和45・7・28刑集24・7・585）；否則不足以周全地保護法益。因此，本文認為應正面思考行為的危險性在既遂犯論

義為須行為終了與構成要件充足二者一致的話，舉動犯便可能有未遂。易言之，行為著手時尚未終了前，構成要件是未充足的，既然未充足便屬未遂。山中敬一，刑法總論，3版，2015年8月，頁754。

⁴⁹ 曾淑瑜，刑法分則爭點精解，2017年9月，頁345。

⁵⁰ 最高法院103年台上字第4527號判決參照。

中之尺度，若外觀上符合構成要件所要求之文義範圍，內在具備文義中蘊涵法益侵害類型上之性強制行為，即應探求體系一致之解釋線索；此一釋義學之意義是否妥適，有待檢驗。

刑法性犯罪於1999年修法時，刪除舊法強制猥褻罪之強制行為程度，須達「至使不能抗拒」之要件，代之以在手段行為概括條款之「他法」中增加「違反其意願」文句。簡至鴻博士認係藉此強調強暴、脅迫等手段行為本身即具有侵害被害人性自主之特質⁵¹；惟謝開平教授謂：必須有能夠獨立於猥褻行為之強制行為存在，透過違反被害人意願之強制行為進而施行猥褻行為，始該當本罪，亦即在構成要件之檢驗上，二者應該是可以獨立分開存在的。換句話說，若單純只有猥褻行為而無強制行為，或僅有強制行為而無猥褻行為，均不足以成立本罪⁵²。

本案被告吳某欲親吻及撫摸A女胸部，係出於主觀上之性動機，而基於強制猥褻之目的，被告所犯以妨害自由為手段之行為，應認係其強制猥褻目的行為之一部行為，為自然之一行為所涵蓋，應論以既遂。按諸常理，色狼自後方抱住女子，以手勾住脖頸、摳住嘴巴，將之往巷裡拖行等動作，其環抱動作勢必碰觸女方腹部與腰部，被害人

51 簡至鴻，刑法妨害性自主犯罪的基礎考察，收於：主體、理性與人權的彼岸——李茂生教授六秩晉五祝壽論文集，2020年6月，頁429。

52 謝開平，構成要件之結構分析——兼論襲胸案在強制猥褻罪之適用，月旦法學教室，90期，2010年4月，頁92-101。

已遭受身體上之直接侵犯，在拉扯糾纏過程中，若認未觸及被害人胸部，經驗上實難以想像；更且，強制猥褻不以接觸身體為必要⁵³，亦未侷限碰觸身體某些部位始能成罪⁵⁴，即便沒有身體之接觸，被害人之身體主控權亦可能喪失，行為人之性需求因而獲致滿足，允宜以既遂來評價該行為，否則法益即未獲充分保護。觀諸德國刑法第184h條第1款「性行為」概念，即係以行為之外在表現或根據對行為具體關聯性之通常理解作為判斷，亦即以行為在客觀上是否顯示出其與性有關為準據⁵⁵；「猥褻行為」之概念，更應如是觀之。因是，本文認為妨害性自主之猥褻，根本上即不應該適用「客觀上引人性慾」這個嚴格要件。

另從被害人觀點而言，其突然遭到摟抱、勾脖、摑嘴，嚴重侵害其性自主權並引發嫌惡，A女之身體主控性早已遭受破壞，其奮力反抗呼救，已有明顯之抵抗行為，自可證其已明白表示違反其性自主決定權。被告吳某所為妨害自由行為，已可認為是強制猥褻行為之著手開始，已超出一般人認知所能容認之強制罪法益侵害程度，與在強制猥褻行為著手之前所為之妨害自由行為，可另成立妨害

⁵³ 例如：持刀脅迫女子勿動，自行掏出生殖器強使觀看手淫，射精後始放行，應成立強制猥褻罪。參見林東茂，同前註7，頁2-71。

⁵⁴ 例如：耳朵雖非性象徵意義部位，若行為人伸出舌頭對被害人做舔耳動作，實務上最高法院99年台上字第3071號、100台上字第393號、101年台上字第308號等多項判決，判示成立強制猥褻罪。

⁵⁵ 甘添貴總主編，林東茂主編，德國刑法翻譯與解析，2018年3月，頁428。

自由罪並不相同，應該當強制猥褻罪。又A女所受左下唇紅腫、右大腿瘀青等傷害，係因吳某之環抱勾勒欲為強制猥褻所致，自屬強制猥褻行為當然發生之結果，吳某意在猥褻尋歡，殊難推定另有傷害之故意，自不宜論以傷害（而非謂被害人未告訴）。

二、判決將應適用於強制猥褻罪之行為移轉至強制罪身上

由於強制性交或猥褻罪適用範圍之限制，立法者再針對乘機性交或猥褻罪、利用權勢性交或猥褻罪、與少年或兒童為性交或猥褻罪等幾種值得保護之性自主情況，制定相關罪名；但該等犯罪均係獨立罪名，而非強制性交或猥褻罪之減輕規定；刑法自強制性交定義修正後，強制猥褻適用範圍大幅縮減，相反性騷擾防治法第25條觸摸罪案件則大幅增加⁵⁶。

刑法第304條之強制罪是輕罪，是最易發生的妨害自由罪，屬於一種截堵構成要件，行為人之強制行為，在刑法評價上究屬強制行為？猥褻行為？強盜行為？妨害自由行為等？除取決於強制行為之強制程度外，尚決定於行為人主觀犯意究為何種故意，若行為人之主觀犯意未明，無

⁵⁶ 現行學說上對《性騷擾防治法》突襲觸摸罪及刑法強制猥褻罪，雖有不同見解，惟實務上已有較一致看法，即猝不及防下伸出鹹豬手係突襲觸摸罪，若被害人抵抗仍繼續觸摸，即升級為強制猥褻罪；惟此之強制暴力手段不宜要求太高（高度強制手段），有低度強制手段即可，但行為人使用之強制與妨害性自主應有關聯性，此為本文論述之思考方向。

法認定時，才適用強制罪處斷⁵⁷，即強制罪具「截堵構成要件」（Auffangtatbestand）之功能，亦即狹義之構成要件可以滿足時，應優先適用，無法滿足時，至少可以權宜地依本罪制裁⁵⁸，讓本罪具有「兜底」之性質⁵⁹。

鑑因強制性交罪與強制猥褻罪均屬雙行為犯，行為人應有強暴、脅迫等強制行為在先，性交或猥褻行為緊隨其後。惟強制猥褻罪與強制罪在不法內涵上並不等價，所規範之倫理義務觀和規則秩序並不相同，所追求之目的及該秩序存在所依據之某個特殊信念亦非一致，行為人之思維與行為亦殊異。本案被告主觀上具有滿足性慾之意念，且在客觀上深夜以強制行為對被害人環抱勾脖等行為，剝奪A女之行動自由與抵抗可能性，進而利用如是之強制狀態實現其親吻、摸胸，已可認為係屬於表現性慾之動作。本文認為本案被告對A女所施強制，究係為進行性交之強制？抑或猥褻之強制？強制結果成立強制性交未遂？抑或不處罰之強制猥褻？對此之認定關係到刑責有無，法官並未究明，被告凌晨對落單之A女欲為強制行為，當場遂行即可，何須將A女往巷裡拖行，為環抱勾勒動作？自是已顯露對A女強制性交或強制猥褻之意圖與行為，既無「罪

⁵⁷ 曾淑瑜，刑法分則實例研習——個人法益之保護，修訂3版，2011年9月，頁110；林山田，論強制罪及其與他罪之競合之關係，刑事法雜誌，39卷3期，1995年6月，頁125。

⁵⁸ 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，增訂3版，2007年10月，頁150-151。

⁵⁹ 陳煥生、劉秉鈞，同前註7，頁320。

疑唯輕」之適用，刑罰亦無節制之必要，就此論以強制性交未遂罪，相比單純論以強制罪，應更為適當。因此，無論如何，關於強制猥褻之解釋，吾人不能遷就於不罰未遂，而去適用強制罪，必須建構一套實質且合理的評價準據。本案判決把應該適用於強制猥褻罪之行為轉移到強制罪，去除掉行為人主觀想像之認知，混淆不同類型之法益內涵，伴隨的即是價值領域之分化與衝突，無法體現大多數人的法感情。

且強制罪之強暴概念，依學者許恒達教授之意見，行為人必須行使有形力，造成行為人與被害人之間未成傷害之身體接觸，從而干擾被害人意思自由⁶⁰。本案深夜環抱強拖女子入巷道，從個人受害感受到「社會通識」，非強制性交即強制猥褻，其行為已逾越干擾被害人意思自由，而對其造成傷害，以強制罪處斷，容有未恰，法官之措置反而導致了法律制度（法律條文）運作中之諸多問題。強制猥褻罪與強制罪之解釋適用，固然並非無一定之邏輯關係，但重點在於規範必須為整體之適用，在罪刑對應之觀點下，具體事實成立何種犯罪，就必須依循該罪所定之法定刑，為具體之適用，不應將犯罪條文為割裂（移轉）適用。

⁶⁰ 許恒達，國道急煞堵車的刑事責任，月旦法學教室，220期，2021年2月，頁15。

三、強制猥褻未遂以強制罪相繩，將衍生價值領域之分化與衝突

我國刑法長期模仿德國，其妨害性自主罪章在2016年德國聯邦議會於第50次刑法修正案，根據伊斯坦堡公約第36條內容修正，採取所謂之「違反意思模式」，其第177條包括性侵犯（無強制行為但具強制內涵之犯罪型態）、性強制、強制性交等行為，另有兩個以騷擾（Belästigung）作為構成要件要素之條文，分別係第183條：「藉由暴露行為騷擾他人的男性，處1年以下自由刑或罰金。」規範透過暴露行為所為之性騷擾⁶¹；另一為第184i條：「以具性意涵之方式觸摸他人為身體而藉以騷擾者，若該行為無依其他規定而處以較重之刑時，處2年以下自由刑或罰金（第1項），情節嚴重者，自由刑之宣告為3月至5年。於多數人共同為之之情形，原則上即屬嚴重。」係規範與身體觸摸有關之性騷擾⁶²，重點在於掌握未達到刑法第184h條第1款性行為概念門檻之性騷擾行為⁶³。新法則將所有藉由與性有關之身體觸摸而騷擾他人之行為，均納入刑法加以處罰，旨在傳達「尊重他人身體之意涵」，殊值仿效。

⁶¹ 甘添貴總主編，林東茂主編，同前註55，頁413。

⁶² 甘添貴總主編，林東茂主編，同前註55，頁428-429。

⁶³ 依照德國刑法第184h條（概念規定）所稱性行為，僅指對受保護之法益係「相當重大」之行為（第1款）；參見甘添貴總主編，林東茂主編，同前註55，頁427-428。觀諸本款僅規定性行為概念之適用範圍，但概念內容為何則未規範；更且，何以僅性行為受保護之法益係「相當重大」？殺人、縱火等行為亦屬相當重大，語意欠明，是其判斷標準允宜回到「社會倫理標準」。

臺灣司法滿意度長期低迷，迨2010年間，各級法院在幾起兒童性侵案件中，或係量刑過輕，或係法官適用法條欠當引起社會爭議，公民團體乃於9月25日發動「白玫瑰抗議遊行」，要求加重對性侵加害者處罰，汰換不適任法官，並建立性侵案件專家證人制度，以維護兒童人權。最高法院為回應民眾訴求，順著民意期望決策，即火速作成99年度第7次刑事庭會議決議，將與未滿7歲兒童性交或猥褻，一律認定構成刑法第222條第1項第2款之加重強制性交或猥褻罪，擴張強制性交罪之適用，展現靈活變通之作用，雖一舉解決長久以來幼童對性行為到底有無同意能力之難題⁶⁴，卻欠缺深入而透闢之說理。東鄰日本亦有學者批評，檢視許多性強制案件，司法現實在保守態度下，解釋論上所展現出之消極與疑慮，讓人感覺仍停留在以男性為中心之傳統家父長主義立場⁶⁵。是律條框架了法官的思索，讓法官無法拓展既有法律規範觀點和理論？

本案判決理由，從本罪規範目的去思考強制猥褻罪之處罰理由與界限，對於本案認為不符合強制「猥褻」要件而不成立本罪，似乎過於狹隘，法律解釋方法是否正確，值得商榷。美國法理學家德沃金（Ronald Myles Dworkin, 1931-2013）認為，法官之判決有所謂「唯一正解」，這

⁶⁴ 雖有學者嚴厲批評本決議違反權力分立及罪刑法定主義，限於本文主題，在此不深入討論。

⁶⁵ 齊藤豊治，性刑法の改革と課題，犯罪と刑罰，26号，2017年3月，頁63。

唯一正解，是來自「陳述的一致性」；就此，蕭雄淋教授比喻類如接力小說一樣，法官是所有小說最後之結論者，而最後之結論必須來自每一個情節的合理性⁶⁶。刑法中分別各個相關構成要件之規定，基本上是以既遂犯為藍本而擬定，因此，未遂犯之處罰前提是要法律有特別處罰之明文規定（刑法第25條第2項）。本案吳某之強制行為存有主觀性意圖及性滿足之成因，以強制罪來歸責，不足以正當化其制裁。

刑法第221條修正，將強姦修正為強制性交，將部分原本屬於強制猥褻之類型，轉移到強制性交之類型，係一種「犯罪類型之轉移」，使得強制性交成罪範圍擴大，法定刑則從原本5年以上有期徒刑，降低為3年以上10年以下。本案就個別行為之成罪判斷，被告主觀上具有滿足性慾之故意，深夜以強制行為對被害人A女環抱勾脖，欲為親吻及摸胸動作，作為受評價之具體事實，在罪之認定上，法官或可就是否構成強制性交未遂部分先予以檢視審認。本案判決在未敘明何以系爭行為非出於強制性交故意所為之情況下，逕依強制罪論處，對被告之倫理責難，做了減弱對應之裁斷，有違法治國所奉行之罪責相符原則，並且，如是之刑罰不具一定程度之宣示預防效果。

⁶⁶ 絲柏客，溫城筆記——一個律師的人文世界，2006年5月，頁183。

四、強制猥褻罪處罰未遂犯具正當性，應罰及未遂方不致輕重失衡

(一)未遂犯處罰之理論基礎

未遂犯之處罰，固然以法有明文規定者為限，我國刑法分則亦有不少處罰未遂犯之構成要件，其背後之理論基礎，有採客觀未遂理論、主觀未遂理論，或折衷說（主、客觀混合）之印象理論三說：

1.客觀未遂理論：從實行行為對法益造成之客觀危險角度加以解釋，亦即未遂行為仍然具有法益侵害之客觀危險性。故如客觀上不可能會發生法益侵害之結果，自亦無處罰之必要。此說過於強調客觀面之危險，而忽略行為人主觀面之法敵對意識。

2.主觀未遂理論：從行為人主觀法敵意面向，亦即「行為人在犯罪時所表露出故意侵害法益之主觀心態」，作為可罰性依據⁶⁷。此說未針對行為人之行為並未實現構成要件部分加以考量。

3.主、客觀混合理論（印象理論）：從行為人主觀面向出發，但同時參酌一般客觀理性之第三人，是否會產生法敵對印象而動搖法秩序、法和平來判斷，即具可罰性⁶⁸。若從「危險說」角度論述未遂犯之處罰根據，則

⁶⁷ 陳子平教授認為刑法第224條強制猥褻罪之成立，主觀要件上故意之外並不以猥褻之意圖、內心傾向等特殊主觀要素為必要。陳子平，新聞刑法1，2012年6月，頁263。

⁶⁸ 蕭宏宜，未遂與犯罪參與，8版，2015年7月，頁29-32。

「抽象危險說」即為主、客觀混合理論之說法⁶⁹。

實務亦傾向於，行為人依其對於犯罪之認識或計畫，而開始實行足以實現犯罪構成要件或招致法益直接受侵害之行為者，即屬著手；惟2005年刑法修正，於第26條明白指出：「基於刑法謙抑原則，法益保護之功能，及未遂犯之整體理論，宜改採客觀未遂論。」⁷⁰已明示採取客觀未遂理論⁷¹。

(二)未遂犯處罰之正當性與必要性

法制史上，我國刑法前身晚清《大清新刑律草案》、《欽定大清新刑律》、民初《暫行新刑律》至1915年《修正刑法草案》，強制猥褻罪和強制性交罪相同，均有處罰未遂，立法者顯有一併防止之意。惟自1918年《刑法第二次修正案》以後，即將強制猥褻罪之未遂犯刪除，立法理由尚待詳考⁷²。日本刑法強制猥褻罪亦有罰及未遂犯⁷³，德

⁶⁹ 張麗卿，刑法總則理論與運用，7版，2018年9月，頁320-321。

⁷⁰ 張明偉，學習刑法——總則編，4版，2015年9月，頁253-255。

⁷¹ 雖然不罰不能未遂之法理依據在於客觀不法理論，但不能因此認為我國未遂理論採客觀不法論，因為普通未遂與中止未遂之成立與否仍取決於著手之判斷，而著手如採主客觀綜合說，即非採客觀不法理論。許玉秀，第16次修正刑法之總檢討(1)——刑事政策、刑法理論與具體適用，收於：司法院司法人員研習所94年第1期新修正刑法研討會講義，2005年4月。

⁷² 黃源盛纂輯，晚清民國刑法史料輯注（上冊），2010年7月，頁584、716。

⁷³ 日本刑法第180條參照。甘添貴總主編，余振華主編，日本刑法翻譯與解析，2018年3月，頁413。

國刑法則不罰未遂⁷⁴。從法理而言，若色狼出於色慾伸出魔爪欲強制猥褻，受害人用手或棍棒等物品擋下，雖可能輕微碰觸到被害人身體，從客觀理性第三人立場而言，應尚未嚴重侵犯被害人性自主權，論以未遂犯亦無不可。因是，強制猥褻概念上還是有成立未遂之可能性。

刑法作為裁判規範所具有之限定國家刑罰權的意義，刑罰正當性之首要核心問題在於國家得否對行為人施以刑罰，不在行為人是否應接受處罰⁷⁵。強制猥褻不處罰未遂之法律真空，讓法官無所適從，甚至產生恣意，鑑因立法論所關注者，厥在現行規制是否為法規範之理想狀態，所思索者在如何拓展既有法律規範觀點和理論，設計出合理的法律規範；因而與解釋論相較，立法論可謂少些拘束，可重構比較合理與適合當今社會之制度設計。

強制猥褻未遂罪之立法有其正當性與必要性，可從以下觀察：

1. 從處罰的妥當性觀點，性強制犯罪其法益侵害路徑大抵為線性發展，其侵害符合危險適格之條件即應介入，否則其不法結果會層升至實害或加重結果。

2. 妨害性自主是對人的價值之破壞，對人的自我決定權之剝奪，與一般之行動自由不同，基於刑事政策考量，

⁷⁴ 德國刑法第12條區分重罪與輕罪，重罪是指法定刑最輕為一年以上自由刑，其餘為輕罪。重罪未遂犯一律處罰，輕罪未遂犯處罰須有特別規定（德國刑法第23條第1項）。德國強制猥褻罪法定刑為2年以下自由刑或罰金；情節嚴重者，處3月到5年。

⁷⁵ 古承宗，刑法的象徵化與規制理性，2017年2月，頁32。

立法者致力於性自由之有效防治，性強制之保護時點不宜至實害非價（至少要提前至危險非價）。

3.現行「評價不足」或「降責評價」之結果，將引發潛在犯罪者個人行為之游引效果（Sorgwirkung），恐撼動所謂之性道德。

4.各罪之解釋與適用，宜按照立法者原本之法益設定解釋構成要件。強制猥褻有處罰未遂的正當性與必要性，從法益侵害或危險的關聯意義去評斷，在方法上或應以「社會現實」（soziale Wirklichkeit）為依憑，俾能充分反映社會發展之規制正當性與必要性，蓋因國家之任務主要在替國人建構一套安全的輔助體制，其體制結構宜指向於一種涉及個人是否及如何實踐自由權利之框架條件，法律建構與規範密度則宜完整對應到社會之運作現實，期能促進並確保個人自由權利之實踐可能。具體而言，所謂的社會運作，專指社會的具體形塑與自我再製等規範上之溝通程序，讓所有社會成員之間對彼此人格發展所需的自由領域形成相互承認或理解的認知結構，繼而以相互理解為基礎的參與條件，發展出合理且平等的社會交往模式⁷⁶。

立法論上透過對現行規定增訂未遂犯處罰條款，藉由處罰範圍之變動達到解決「處罰缺口」的問題。當然，強制性交罪已處罰未遂犯，強制猥褻罪亦有同樣的處罰必要與處罰缺口，為兼顧立體例之對稱，強制猥褻罪自有考慮

⁷⁶ 同前註，頁22-27。

增訂未遂犯處罰的餘地，另強制罪已處罰未遂犯，對個人法益造成侵害或危險程度更高之強制猥褻罪，基於比例性之法益保護及不法內涵之衡平，強制猥褻罪自亦有增訂未遂犯處罰之必要。

本案就可罰之種類與刑度觀察，強制罪處3年以下有期徒刑，強制猥褻未遂依強制猥褻既遂犯之刑度（6月以上5年以下有期徒刑）而得減輕之，如依強制性交罪未遂處罰，依強制性交既遂之刑度（3年以上10年以下有期徒刑）而得減輕之，行為所內含之不法並不等價，處罰差異頗大，為平衡刑罰與責任之關係，亦有增訂強制猥褻未遂犯之必要性。

刑法之存在，除了法益侵害之應報功能外，還有藉由刑罰之威嚇，而達到預防法益侵害之功能；現行司法實務對於著手認定之涵攝態度，例如：以性交之故意，進行強壓在床，褪去衣褲等強制行為，應認定有強制性交之著手，為強制性交未遂（99年度台上字第2516號參照），有殺人之故意，以槍枝（未上膛）瞄準被害人，應認已著手殺人，至於當時子彈是否已上膛，不影響行為人著手殺人行為之認定（94年度台上字第4926號參照），可以發現著手之認定其實不再是一個法律概念內涵問題，而是一個概念涵攝之解釋問題⁷⁷。本案出於猥褻之性慾滿足，為環抱、勾脖、拖行等強制行為，考量被告行為對客觀法益之

⁷⁷ 李聖傑，未遂行為刑法處遇之探究，月旦法學雜誌，194期，2011年7月，頁28-37。

破壞，及其具有破壞規範之主觀不法，從環境之危險情狀及女性共通之風險恐懼考量，論以強制猥褻既遂，符合社會大眾對於逾越行為規範之制裁期待，並適當展現社會對類此行為容忍程度之回應。任何具體案件之解析，都應先體系性思考，只要該當於構成要件者，都有義務被適用；本案縱令依「罪疑唯輕原則」，其適用前提必須是法官已就不成立強制性交未遂罪盡其釋明義務。

刑法第224條強制猥褻罪之成立，是否除了「猥褻之故意」之外，仍須具有「性傾向」，我國司法實務與通說見解持肯定立場。因此，在一些常見之校園「性霸凌」事件中，霸凌者強脫被害人衣物取樂時，似乎不會有「滿足、刺激性慾」之「性傾向」，不構成強制猥褻罪。日本判例亦認為，本罪係傾向犯，要求係在「刺激、興奮或者滿足犯人性慾這種性意圖之下實施」了猥褻行為，因而，即便係出於報復目的，讓被害女性裸體之後，再拍攝其裸照，亦不構成強制猥褻罪（最判昭和45・1・29刑集24卷1号頁1）。許澤天教授指出不論是性交或猥褻，行為人主觀上都必須意識到與性具有關聯性，始具有本罪故意，若係客觀上具有多義性之舉止或多重解讀可能性時，則要求行為人具備滿足或刺激自己或他人性慾之傾向意圖⁷⁸。

陳子平教授則認為本罪之處罰根據既然在於被害人「性自主之侵害」，則本罪之成立，客觀上有侵害被害人

⁷⁸ 許澤天，同前註9，頁237-239。

性自由之行為，且主觀上對此有所認識而實施者即為已足，霸凌者強脫被害人衣物之行為已該當強制猥褻罪手段行為之「強暴」，以及目的行為之「猥褻之行為」，亦即是「以一般人皆會明顯感到性的厭惡感、羞恥心之方法侵害被害人之性自由之行為」，而侵害到被害人之性自由，因此構成第224條之強制猥褻罪，亦符合第224條之1加重強制猥褻罪⁷⁹。

妨害自由犯罪與妨害性自主犯罪，依受妨害程度之不同，異其處罰輕重，其間分野，不可不辨，俾維各別處罰條文之規範功能。本案被告意圖猥褻被害人，並已侵害被害人之身體控制，已該當對於性自主法益之侵害。觀諸妨害自由罪章，第298條第1項略誘婦女罪、第300條第1項收受藏匿被略誘人罪、第302條第1項私禁或剝奪人之自由行動罪、第304條第1項強制罪等，均罰及未遂犯；為何在妨害性自主罪章，情節不下於，甚至較重於上開罪名之強制猥褻情形，竟反而不處罰未遂，寧是有理⁸⁰？

在許多新犯罪類型都將處罰階段前置化，深夜隨機擄人予以猥褻，危懼感之蔓延擴散不宜放任其發生，為回應市民危懼感，是需要被處理之課題。而未遂犯之處罰根據在於行為侵害法益（保護客體）之危險性，強制猥褻等性

⁷⁹ 陳子平，同前註67，頁264-265。

⁸⁰ 日本刑法之性侵害犯罪法定刑較我國為重，其第176條強制猥褻罪法定刑6月以上10年以下，並處罰未遂犯。我國法定刑偏低，且不罰未遂。

強制犯罪，其行為實現不法構成要件結果具高度或然率，應有處罰未遂之必要，除非立法者之意旨認為，這種犯罪根本不分既遂未遂，行為一經著手實行，犯罪就立即成立，不會有成立未遂犯之可能性，自然亦未設未遂處罰之規定，例如：刑法第100條普通內亂罪，第101條暴動普通內亂罪，構成要件「著手」兼指既、未遂，且未遂本身已對法益造成破壞，有必要將未遂用與既遂等同視之，一旦著手即視為既遂⁸¹。尤其以本案而言，檢察官起訴及一、二審法官所認定係強制猥褻未遂之犯罪事實，而以強制罪處斷，與一般民眾之認知實存在不小差距，強制猥褻罪存有一些刑法保護之不足，亦即可罰性之漏洞，需要被填補。在短期難以改變臺灣司法文化下，或許修法將強制猥褻未遂犯納入處罰，填補此一法律漏洞，亦不失為一折衷辦法。

五、司法社群保守主義，缺乏和社會的對話之窗

蓋刑法對於犯罪事實之評價，乃以社會生活之倫理要求為其基準⁸²，其所涉及者，乃對於刑法之適用主要在於理念認知的重要性，且更求其法理之適切性，俾期實現公平法院之理念。許玉秀教授即指出：強制性交罪從妨害社會風化到妨害性自主，代表著性自主意識之覺醒及性權力之解構，背後有其深刻意涵之轉變；但在處理性自主相關

⁸¹ 張麗卿，同前註69，頁326。

⁸² 周治平，同前註6，頁621。

案件上，法官的司法意識落後於社會現實，亦欠缺風險意識，法官不能理解和操作性自主意識，便無法妥適處理妨害性自主犯罪，又對於性強制行為之危險性欠缺敏感度，便不易警覺性強制行為主體之危險性格⁸³。點出性侵害（強制）規定自修法以來，與傳統植基於社會風化的規範性義涵，已大相逕庭，以往判例法則已難套用，但法官對性自主意識欠缺定論概念，未能據以作為司法論證和衡量準據，繼而勾勒出新的解釋取徑。

事實上，刑法中各種性犯罪主要爭點大都涉及事實認定，而不在艱深之法學理論。在何種行為構成性侵、猥褻？這些行為造成被害人多大之創傷，處刑需要多久才符合正義感，皆有賴一般國民之參與審判。東鄰日本學者認為，裁判員制度應與刑法構成要件相連結，如性侵、猥褻或誹謗罪等案件，有必要反映社會通念之客觀性者，應適用裁判員制度。國內並有學者認為基於我國由職業法官審理長期未取得國民信任，從受國民監督及保護人民權益不受公權力不當侵害案件之立場來觀察，主張應以：(一)基於應受國民監督的觀點，如公務員瀆職及濫權相關案件；(二)基於保護人民免受公權力不當迫害者，如違反集會遊行、妨害公務或內亂、外患之案件；(三)犯罪之構成要件具規範性，有必要反映健全國民文化意識活動之案件如妨害名譽、強制性交、猥褻等相關案件，應適用國民參審。

⁸³ 許玉秀，重新學習性自主——勇敢面對問題，月旦法學雜誌，200期，2012年1月，頁302-323。

如此則可以兼顧國家財政負擔及平衡國民參與審判之目的⁸⁴。

刑法規範之制定、運用與解釋，需要人情世故之通達，需要對人性之充分領悟與同情。在比較法上，臺灣與日本僅隔一衣帶水，且風土民情極為相似，該國因強調國民能主體性實質參與量刑判斷，充分反映其健全之社會常識，針對性侵害犯罪等量刑常有從重傾向。日本最高裁大法庭於2011年11月16日判決即指出⁸⁵：裁判員制度之目的，要充分達成固需相當時日，但其過程本身，就實踐扎根於國民之司法而言，仍能發揮一定程度法治教育功能，具有重大意義。在近代刑法思潮強調對個人性自主權重視下，為使司法改革常民化而不淪入民粹，日本法制或可供我國修法時參考。

立法院於2020年7月通過國民法官法，預計分兩階段實施⁸⁶。觀諸其第1條明確揭橥：「希望真正能達成增進國

⁸⁴ 陳運財，國民參與刑事審判之研究——兼評日本裁判員制度，月旦法學雜誌，180期，2010年5月，頁140-141。

⁸⁵ 刑集65卷8號頁1285。

⁸⁶ 該法第5條第2項：「故意犯罪因而發生死亡結果者」，將於2023年1月1日施行；第1項「所犯最輕本刑為十年以上有期徒刑之罪」，則延後至2026年1月1日施行。又第6條規定，有下列情形之一者，法院得依職權或依聲請裁定不行國民參與審判，包括：1.有事實足認行國民參與審判有難期公正之虞；2.對於國民法官、備位國民法官本人或其配偶、八親等內血親、五親等內姻親或家長、家屬之生命、身體、自由、名譽、財產有致生危害之虞；3.案件情節繁雜或需高度專業知識，非經長久時日顯難完成審判；4.被告就被訴事實為有罪之陳述，經審判長告知被告通常審判程序之旨，且依案件情節，認不行國民參

民對於司法之瞭解及信賴，並彰顯國民主權理念。」立法目的光明正大，無可挑剔⁸⁷；為期發揮本法制度精神與功能，允宜加入性侵害犯罪等3年以上中等刑度犯罪，真正落實公民參與審判之影響力⁸⁸。針對裁判員制度適用案件，在日本亦曾引起多方討論，有認為參審制度既在審判中反應民眾的社會常識，自應從平時常見的傷害、竊盜等輕微案件適用起，對民眾較不會有沉重壓力及負擔，何況日本每年法定合議刑事案件約僅4,000件，將範圍如此限定，將減少國民參與司法之機會；亦有認為裁判員制度適用於重罪案件，因屬社會關注之案件，勢必引起媒體報導反而容易造成裁判員心理壓力，因此應從法定刑適中之案件開始適用為宜；亦有認為裁判員制度應與刑法構成要件相連結，如猥褻或誹謗罪之案件等，有必要反映社會通念之客觀性者，始適用此制度。事實上若整體考量國家財政負擔及國民參審欲藉由國民裁判員參與審判，實仍有必要對適用案件，為一定之限制，學者基於以一般由職業法官審理較不易取得信任，宜受國民監督或有保護人民權益不

與審判為適當；5.其他有事實足認行國民參與審判顯不適當。扣除少年刑事案件及犯毒品危害防制條例案件，真正能由國民法官實際審理之案件極其稀少，僅有強姦殺人、強盜殺人、擄人勒贖撕票等，案件其實極其有限，日常生活絕大多數案件仍委由職業法官審理，每年預估僅500多件。

⁸⁷ 趙萃文，劃時代的里程碑——《國民法官法》正式起步，清流月刊，30期，2020年11月，頁53-54。

⁸⁸ 何賴傑，從德國參審制談司法院人民觀審制，收於：刑事法學的回顧與展望，2015年1月，頁299。

受公權力不當侵害之案件立場，主張應以：(一)基於應受國民監督的觀點，如公務員瀆職及濫權相關案件；(二)基於保護人民免受公權力不當迫受害者，如違反集會遊行、妨害公務或內亂、外患之案件；(三)犯罪之構成要件具規範性，有必要反映國民文化意識活動之案件如賄選、妨害名譽、強制猥褻等相關案件。應係可兼顧國家財政負擔及平衡國民參與審判目的之思考⁸⁹。

肆、結 論

按人需要社會組織，人與社會組織必須互相依賴才能生存，此所以現代文明法治國家無不以法律規範，來維護人民共同生活體及其安全，並用以保護每個人平等的人權與人性尊嚴；由此導出國家究竟可以用刑罰禁止個人哪些行為？亦即何種行為是屬於國家得以刑罰制裁之可罰行為？必須先有一套理論上之判準。自啟蒙時代以還，刑法多半認為唯有與公民之間和平的、自由的共同生活不一致之行為，國家施以刑罰才具有正當性，如殺人、強制性交、強制猥褻等，如果可以不受處罰，任意殺害別人、強制性交或猥褻別人，公民之間和平的共同生活殆無可能。因此現代刑法大抵是以行為之社會損害性為連結點，國家任務即在於保護個人免受他人攻擊，並且保障個人最大之

⁸⁹ 陳運財，同前註84，頁140-141。

自由⁹⁰。

犯罪學上研究指出，強制性交犯罪是所有侵害人身自由暴力行為中，報案率最低之犯罪，被認為犯罪黑數很大，因此解釋上須非常謹慎。相同地，日本刑法第177條向來被認為犯罪黑數非常之大，平成16（2004）年早稻田大學事件「スーパーフリー事件」，一個以舉辦活動為主之校園社團，以校園為平台大規模有組織強制性交女同學，在1998年4月起對女大學生習慣性實施輪姦，受害女大學生人數超過數百人，直至2003年5月18日，有被害人向警方報案才被察覺；除早稻田大學外，還有出身自日本首都圈之東京大學、慶應義塾大學、法政大學、學習院大學、日本大學等名門大學，共計14名大學生以強制性交等罪被判刑入獄⁹¹。經統計犯案場所以深夜住宅區占7成最高，而16.83%則發生於旅社、飯店及汽車旅館等特殊營業場所。一般人均認為強制性犯罪是一種相當突發性之犯罪行為，男性犯人（可能飲酒後）充滿了性慾望與衝動，在遇到其攻擊目標，認為有機可乘後即刻下手，但美國學者阿米爾（Menachem Amir, 1931-）研究卻發現，超過7成案件係有計畫之攻擊行為，如先使受害者飲酒，然後再找合適時機著手⁹²。本案吳某亦是於夜晚埋伏了超過6個小時

⁹⁰ 林鈺雄，同前註47，頁8-9。

⁹¹ 高良沙哉，集團強姦罪の制定過程における「性的自由」論議，沖繩大学法経学部紀要，12期，2009年3月，頁2-5。

⁹² 許春金，犯罪學，修訂5版，2007年1月，頁487-489。

物色被害人，可見犯罪計畫之縝密。

「性自主權」是我國憲法第22條及大法官解釋第791號明確承認之基本權，在人類社會文化中具有不可被侵犯之象徵性意義。在近代刑法思潮強調對個人性自主權重視下，觀諸具體之社會實踐告訴我們，性強制犯罪原初以「性道德」（性風俗）或多數主觀意識情感為標的之價值保護，並未全然消退，僅係隱身於個人自由、人格權、人性尊嚴或自主決定保護之外衣下，其與人格性價值之連結實難被切斷⁹³。性犯罪具有「變動之本質」，加上「性」侵害之受害人多為女性與孩童，目前之處遇或治療操作結果似乎是無法保證「性侵害行為」之發生，可以百分之百「完全地」去除，在對於「性侵害」本質之認定時，處理上之特殊性與重要性備受關注。

本案行為人內心主觀想法，是要滿足性慾，其客觀事實即存在無數之可能性；按諸一般社會經驗，男子於凌晨突然自後方抱住陌生落單年輕女子，勾脖、搗嘴、往巷裡拖行，可能是強制性交、強制猥褻外，亦可能是強盜財物，甚或殺人狂要隨機殺人。在事實認定上，檢察官綜合

⁹³ 「性道德」乃係將社會共同體內多數人對於性和性互動之價值認知，具體化為一種人際互動規範，在共同體內被運行與實踐，從而形成一套關於性之慣習與秩序。現代社會對於性道德之認知大幅改變，但並不代表性犯罪得以完全擺脫性道德，恰巧因性道德內容本身之變遷，讓「性自主」成為了現代性道德之內涵。廖宜寧，由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理论基礎，國立臺灣大學法學論叢，49卷2期，2020年6月，頁680。

相關事證既已認定行為人想親吻、摸胸，依一般社會通念，凌晨5時於空無一人停車場，若被害人未大聲呼救，並激烈抵抗，犯行極有可能發展為強制性交行為。

按法條所述構成要件，極大部分為規範之構成要件要素，有待價值判斷之補充⁹⁴。為何法規範要特別保護「性自主」，其何以較一般性之「自主決定」要值得被挑選出來保護，就只是應該尊重他人之性自主意思嗎？這是否過於抽象？能否符合普遍性法則之要求？所以，在形塑關於性自主決定之具體行為規範時，其價值判斷、立場準則乃至立法技術都顯得十分無力。將猥褻當作詮釋性概念，追求一個更具普遍性、超驗性之權威，詮釋轉圜空間即寬裕許多，不必囿於特定社群（司法）之觀念實踐，而僅須符合每個詮釋者之根本信念，致使此一概念更適合作為裁判他人及實踐倫理正義之基礎。上開相關之見解調整及法制修正，各機關允宜善體民意，相與補漏。更且，在司法亟欲提升信譽之現下，讓國民法官制擴及至性犯罪案件，並提前實施，或可為制度設計時審慎考量之課題。

一、本案已達剝奪被害人性意思自主權程度，應從重論處

性自主權從自我防衛避免受到他人決定之干預，而成為性行為客體或他人性慾之發洩工具；本案被告吳某有性意識地將被害人拖入巷內，作為猥褻之部分行為或前置行

⁹⁴ 林東茂，同前註58，頁406。

為，在評價上應可涵蓋為整體強制猥褻犯行之行為內涵；此種突如其來之侵害，造成生命或身體之危險，已逸脫社會所能接受之強制罪之法益侵害程度。故本案無論從犯案方式、時間、地點及對象，被告吳某之行為及其所造成之結果，已使被害人行無義務之事過程中，達至限制被害人性自主決定權程度，而該當本罪之既遂⁹⁵；否則，毋寧是要被害人在被侵害後再喊叫再反抗，蓋因未遂則無罰。

強制猥褻罪與強制罪基於法益保護觀點，並結合倫理上的評價，概念上並不具有同種犯罪不法內涵，相較於強制罪構成要件行為之設計而言，兩者也顯然不具有完全相同之內涵，所涉及之刑罰行為，在主觀不法要素與責任要素上不具等價性。本案被告吳某基於色慾滿足，自後方環抱女子、勾脖、搗嘴，魔爪一旦出擊，身體主控性早已遭受破壞，對其性自主權已有具體之危害，刑法第224條強制猥褻罪之主、客構成要件已該當，已構成本罪之既遂而非未遂⁹⁶。刑法第221條強制性交罪有罰及未遂，惟本案起

⁹⁵ 最高法院108年台上字第1800號刑事判決參照。

⁹⁶ 《性侵害犯罪防治法》第2條第1項規定：「本法所稱性侵害犯罪，係指觸犯刑法第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二項第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪。」據此，《性騷擾防治法》第25條之強制觸摸罪，被界定為「對他人實施違反其意願而與性有關之『性侵害犯罪以外』之罪」，個案犯罪行為必須先被評價為不構成強制猥褻罪，才進一步考慮是否成立強制觸摸罪。相同道理，本案允宜先評價不構成刑法第221條強制性交未遂罪，才進一步考慮是否成立第304條強制罪。吳燦，強制猥褻與性騷擾犯罪之界定及案例研究，軍法專刊，55卷2期，2009年4月，頁243-245。

訴書及一、二審判決書，就吳某是否具備強制性交罪未遂之該當要件？均未為任何交代，認事用法恐無法折服人心。退一步言，即便依「罪疑唯輕」（*in dubio pro reo*）原則，在強制性交罪未遂及強制猥褻罪既遂難以認定下，為保障被告從輕論以強制猥褻罪，在法律解釋方法上堪稱正確。本文所提出之解釋方法是否合理，是否具實用性，尚有待檢驗。但找出司法實務上強制猥褻罪之「界限」所在，才有開啟更全面檢討強制猥褻罪解釋適用的可能，讓本罪不僅符合律條中「應然之規範向度」，亦符合社會生活中「實然之事實面貌」。

從法社會學視角觀察，刑法之功能，或係在避免與國家所欲形塑的祥和社會相關之行為期待，因為不法行為而落空，而如是之預設，當吾人將目光停格於刑法作為一套具有引導行為意義之社會控制工具時，此一行為期待或將從一種複合性社會系統之運作條件，轉變為在社會成員之自我意識中所形塑的，具有行為控制意義之禁命與誠命要求，而衍成行為規範⁹⁷。

德國為處理嚴重性門檻所造成之處罰漏洞，在1973年第4次刑法改革法案之後，以性行為（*sexuelle Handlungen*）之用語取代猥褻行為（*unzüchtige Handlungen*），成為該國性刑法之核心概念。一個行為是否屬於性行為，係取決於從客觀之角度來觀察，此一行為在外觀上是否呈現出與

⁹⁷ 古承宗，經濟刑法的保護法益與抽象危險，刑事政策與犯罪防治研究專刊，24期，2020年4月，頁8-9。

性的關聯性，惟並非所有性行為在刑法上皆具有意義。依德國刑法第184h條第1款，應視各罪的保護法益分別認定之，僅具有一定顯著性（*Erheblichkeit*）之性行為，方屬刑法意義下之性行為。

依此，只有達到該款所設顯著性門檻（*Erheblichkeitsschwelle*）之性行為，才是刑法上所欲規範之性行為。在判斷時，應考慮該行為之種類、強度、持續時間、情狀、其他附隨情狀，及參與該行為者彼此之間的關係，當一個性行為所侵害法益的保護必要性越高，刑法為其所設立的嚴重性門檻就應越低。由於上述刑法第184h條第1款之規定，導致一些與性有關之身體接觸，因無法達到各別構成要件中關於性行為之嚴重性門檻，而在德國司法實務上被評價為構成要件不該當；爰此，在2016年德國性刑法修正之前，關於無法達到上開嚴重性門檻之性行為，係存在處罰漏洞。

2011年5月11日，歐洲各國於伊斯坦堡簽署《歐洲理事會預防與抗制對婦女暴力以及家庭暴力公約》（*Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt*，又稱「伊斯坦堡公約」*Istanbul-Konvention*），各簽署國有義務以刑罰手段來制裁所有非合意之性行為。德國為填補舊法中之處罰漏洞，聯邦司法部於2015年提出一份性刑法修正草案，新增對於突襲式性行為與利用他人擔心因反抗將遭受惡害而對其為性行為之處罰（修正草案

第179條第1項第2款、第3款），本件草案即為聯邦政府於2016年4月25日向國會提出之修正草案（第50次刑法修正案）⁹⁸。

二、若受制於司法保守解釋，強制猥褻罪應增訂未遂犯之處罰

強制猥褻罪與強制罪之危害本質並不相同，強制猥褻具有特殊危險與危害特性，較諸單純強制堪稱嚴重而不堪容忍，且其侵害有可能層升為強制性交或殺人風險，允宜強化預防效果；為避免產生保護漏洞，應調整臺灣現行之釋義學基礎，俾完足地履行保護性自主法益之義務。更且，法律邏輯上能說清楚之事，未必能符合社會大眾之經驗與常理，而司法判決僅能依據法律，若法律規範本身有問題，則判決和人民期待之落差與裂痕，即時常發生。本案或由於法官之仁慈，或出於院檢對刑法三種猥褻定義未能釐清，明顯出現遷就現實避免無罰之思考，從強制性交、強制猥褻到降格處以強制罪。如是之認定，恐有違常人最基本之邏輯常識，亦不無「事實移轉」、「罪名遷徙」和「刑度優惠」之情事，論述顯得矛盾，判斷亦不倫不類。

因應社會結構外在環境之變化，可證明女性經常受有性侵害、性強制或危險，尤其年輕的女性在經驗法則上更具有受侵害或危險之可能，反映出升高的安全保護需求，

⁹⁸ 林信銘，同前註26，頁372-374。

這樣的理解脈絡下，強制猥褻未遂行為具有可罰的不法程度，讓個別主體的生活領域和社會關係在社會交往的過程中被嚴肅看待。但此僅止於人之所以為人，要能服膺於人性尊嚴與平等法律評價下的行為決定，不得不用刑法來管制性犯罪，達成教義或戒律指示的穩定狀態；並非意味著現階段增訂未遂規範便具有百世不易之最高誠命性質，而只是傾向能希望個人能抑制自身的慾望，不去侵犯他人，方能維護每個人的身體法益。在男女權力差異依舊的現實改變之前，讓身體與性在刑法的框架秩序下相互協調去實踐個人自由。

本案依上文之分析明顯已達既遂程度，且任何客觀理性之第三人亦必定會如此認定。然而有關司法裁判文化之改變工程浩大，涉及司法官之養成考選、陪審參審引進一般市民將其社會健全知識納入裁判認定等，非本文能力所及。因是，基於保護具有憲法位階價值之特別重要法益，避免立法疏漏及司法實務上保守認定有害性犯罪之遏止，或可在立法上補足。

我國立法者就本罪放棄更為細緻的立法過程，委由司法官裁量的做法，實易導致審判者之恣意，更招致對量刑公平性之質疑。就強制猥褻罪增訂未遂犯之處罰，應為必要之選項⁹⁹。按本案中被告出於性強制之行為，其行為形

⁹⁹ 審查意見點評強制猥褻罪增訂未遂犯，是否會與本文認強制猥褻罪為舉動犯相衝突，而前後論點不一（有關舉動犯亦可能有未遂之說明，可參照前註48）。作者認為一切性犯罪修法應以尊重性自主權為核

式業已達到對被害人性自主權引發或產生不可容許風險的階段，已能滿足應刑罰性中之行為非價要求，相較於強制猥褻罪尚且罰及未遂，當無違反罪責原則之疑慮，亦無可罰性過度擴張之質疑。

三、強制猥褻未遂立法後或將產生的解釋論上問題

在強制猥褻罪不處罰未遂之現行法制下，其既遂標準又缺乏合理、細緻之界定，造成司法實務判斷難題；強制猥褻未遂立法後，亦或將產生一些解釋論上之問題，試摘要整理，臚列如下：

(一)強制猥褻未遂罪之時點應如何認定

許恒達教授認為，實行行為係指「該行為雖然還沒有辦法立即發生中間危險效果（未遂之具體危殆狀態），但行為人已經在物理空間上，侵入被害法益的保護領域內，而且從外在情狀與主觀計畫綜合判斷後，可以預期行為人將在無任何阻礙的情況下，實施屬於典型構成要件的行為」，而實行行為之認定標準為：「雖尚未實施典型構成要件行為，但從外在客觀事理狀況，足於推論行為人將足無任何障礙地實施典型構成要件的行為，該前行動階段

心，立法政策和學理都應以如何最能完善保障婦幼為最高依歸。在我國長期司法文化下，要遽然改變部分司法人員、法律學者對性犯罪之理解和認定實有困難，因此修法增訂未遂犯是一立即可行之絕佳選項。此說是否可行？仍有待法律人及社會有識之士指正。拙作若能對此重要問題朝向前邁進、向上增進一步，即堪告慰。

即符合實行行為要求」¹⁰⁰。

在定式犯罪中，基於罪刑法定原則及行為同時性原則之要求，構成要件文義範圍所劃定之「實行行為」概念，即是行為究責時點之特定。在罪刑法定原則的要求之下，實行行為的內涵，亦應該對應到各該條文文義可解讀出來的範圍；就未遂犯實行著手的判斷，謝煜偉教授主張應分成定式犯罪與非定式犯罪二類，就定式犯罪而言，行為人必須要開始進行條文文義上所要求之特定行為，如強暴脅迫、竊取等，且該特定行為須內蘊發生既遂結果（或中間結果）之類型上危險性；基於這樣的行為，連結到出現既遂結果的具體危殆狀態下，才能夠論以定式犯罪之未遂犯¹⁰¹。

（二）如何區分強制未遂與強制猥褻未遂

審查委員點評，增訂強制猥褻未遂，如何與第304條單純之強制未遂區辨，在具體適用上如何判斷，這毋寧是一個修法後的新課題。對於刑罰權形成之判斷，以及對於基礎法理之詮釋與運用，實務仍須加以琢磨，為期能正確適用法律，最高法院自會擬出一套適用標準，作為實務操作之準繩。儘管如此，本文仍試為申論，恐有失誤之虞，仍待方家法教。

刑法制裁妨害性自主行為，係為保障他人關於性意思

¹⁰⁰ 許恆達，「行為非價」與「結果非價」：論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，114期，2010年4月，頁245-246。

¹⁰¹ 謝煜偉，同前註45，頁1203、1254。

形成與決定之自由，故妨害性自主罪章對妨害性自主犯罪之處罰，依被害人性意思自由受妨害程度不同，異其處罰之輕重，與妨害自由罪章強制罪，係保護被害人意思決定自由與意思實現自由¹⁰²。本案行為人在強制手段中已顯明其性動機，該二罪行為的可罰性基礎，及行為規範本身之義務設定所欲非難之不法行為，本即是不同程度保護之原初結構，允宜明辨其間分野，俾維各別處罰條文之規範功能，有效地擔保社會成員之間合理及平等的社會交往。

觀諸最高法院判決有謂：「凡本於姦淫之意思而施用強暴、脅迫之手段者，即使姦淫尚未開始，仍不得謂非著手強姦。原判決既認定上訴人圖姦某氏，而掩住其口，挾持其脅肋，使不得聲張掙脫，則其強姦行為自屬已經著手」（25年上字第2103號）；因而「上訴人之行為目的在姦淫，並非單純之猥褻，以某女之掙扎脫身，未遂其姦淫之目的，依刑法第221條第1項、第3項及第26條論處，並無違誤。」（42年上字第431號）；是以，姦淫與猥褻非程度不同，而係本質有異，前者侵害性自主，後者妨害性道德，強制性交未遂不得逕以強制猥褻論科¹⁰³；此或許可以作為具體適用之基準判斷。

同理，強制猥褻未遂自亦不得逕以強制罪論科；要區辨單純之強制未遂與強制猥褻未遂，應回到行為人主觀意識或態度上，強制猥褻行為人主觀上必須意識到與性具有

¹⁰² 陳煥生、劉秉鈞，同前註7，頁310、311、503。

¹⁰³ 周治平，同前註6，頁440、470、471。

關聯性，始具有強制猥褻之故意，若係客觀上具有多義性之舉止，則端看行為人是否具備滿足或刺激自己或他人性慾之傾向意圖而定；對此問題，實務大抵由客觀情狀推論被告之主觀犯意。關此強制與強制猥褻未遂之區分，審查委員垂詢猝不及防情況是否有強制性質？此問題如將未觸及被害人自主意識之行為摒除於強制猥褻概念外，或可獲解決；若係出其不意的與性有關之暴力，使得對方難以反抗之情形，則宜認其成立強制猥褻罪；此外，對應德國刑法第240條第1項強制罪規定：凡是違法以強暴或透過以惡害威嚇強使人為行為、忍受或不作為者……¹⁰⁴；由條文文字脈絡看來「出其不意，難以反抗」亦無法含括在強制概念當中。

綜上所言，性之本身，便是在追求親密關係，有其社會及情感意涵，妨害性自主主要非單純妨害自由之概念可完全涵蓋，妨害性自主其本身之罪責即高於強制罪或剝奪行動自由罪，強制性交不等於非法剝奪他人行動自由，強制猥褻不等於強制性交；為了要達成強制猥褻之目的，而造成其他除猥褻以外之身體或生命法益風險時，行為人之罪責就應更重。

¹⁰⁴ (1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

四、國民法官法提前實施，並擴及刑法性犯罪案件¹⁰⁵

人民的信任係司法公信之支撐，但當今司法最大問題，在於判決之不可預測性。法官應如何斷案才能獲得人民的信任？在量刑方面以強制性交罪為例，經檢視絕大多數判刑均落入3年，亦即實務上法官大抵從低度刑量起¹⁰⁶，司法院並表示，針對各地方法院之性侵害有罪判決所為統計結果，目前妨害性自主罪之普遍問題在於，法官量刑時往往從低度刑責起跳，在加重罪責之時，加重不多，減輕時卻大幅減低，因此，導致量刑歧異普遍存在，且在類似犯罪態樣之有罪判決中，最高與最低之刑度出現

¹⁰⁵ 本文結論建議《國民法官法》提前實施，並擴及刑法性犯罪案件，審查意見建議另以專論加以說明，避免將未經詳予論證之主張放入結論乙節，筆者業於（參、五）「司法社群保守主義，缺乏和社會的對話之窗」，補強論述，此部分雖屬旁論，未盡然與文旨有關，但司法判決就性侵害案件刑度出現大幅落差確係事實，爰有此建議，並將另以專論研析。

¹⁰⁶ 美國聯邦政府依1984年Sentencing Reform Act，設立United States Sentencing Commission獨立機構，於1987年4月13日向參議院提出第一版United States Sentencing Commission Guidelines Manual，依法每年修正一次。英國依1998年Crime and Disorder Act設立Sentencing Advisory Panel獨立機構，協助上訴法院制定量刑準則，以促進英格蘭與威爾斯法院量刑實務之一致性，自1999年7月開始運作，業已陸續提出12項量刑諮詢意見，由上訴法院採納其中11項據以制定量刑準則。澳洲新南威爾斯省依1986年Judicial Officers Act成立獨立司法委員會，建立量刑準據，開發電腦化量刑資料庫Sentencing Information System，並進行統計分析研究，嗣依1999年Crime Sentencing Procedure Act設立量刑委員會，自2003年1月1日開始運作，以減少地方法院量刑歧異，確保量刑一致為首要任務。參林錦芳，妨害性自主罪量刑分析研究，刑事法雜誌，55卷5期，2011年10月，頁36-37。

大幅落差¹⁰⁷。

於此同時，為輔助國民法官量刑，司法院「刑事案件量刑委員會研議委員會」於2020年7月27日召開第11次會議，就《刑事案件量刑基本法草案》完成討論，如獲立法通過，將使量刑改革向前邁一大步¹⁰⁸；就此，或可廣邀各領域學者專家、民間各行業有識之士等，妥善研議刑度差距及量刑重、輕之各種考量因子¹⁰⁹，以齊一量刑觀點，補足部分法官的偏離人民之期待。

整體以言，法律規範之制定與生成，需要符合人民之期待，刑法之解釋與運用，藉由司法制度來實踐。囿於本文在強制罪涵攝範圍，及強制猥褻既遂之認定上有些新解，與大多數學者和司法實務存在歧異，爰於法哲學抽象論述外，亦旁及法社會學與比較法之論述，期能引起更廣泛共鳴，促成實務見解之改變。東亞社會對性犯罪一向極為重視，此或受儒家思想文化影響所然，臺灣社會亦同，輿論咸認應以重刑對付此等惡質犯行，此可從刑法性犯罪一章修法次數頻密，及性犯罪除刑罰外，另可施以無限期

¹⁰⁷ 蕭宏宜，電子監控與性犯罪者——借鑒美國經驗？，高大法學論叢，7卷2期，2012年3月，頁130-131。

¹⁰⁸ 司法院參考英、美、澳洲及荷蘭等國改革模式，於2011年2月即著手建置「妨害性自主罪」量刑資料系統，同年11月啟用；惟因系統之建置係以過去職業法官針對性侵害犯罪所做之統計，故在量刑建議上刑度均仍偏低。參見司法院，量刑委員會研議會研竣草案將廣徵意見，司法周刊，2015期，2020年8月。

¹⁰⁹ 趙萃文，刑法親屬間倫常規範的成與變，輔仁大學法律學系研究所博士論文，2021年，頁344-345。

之保安處分強制治療得到驗證。本案從法官在判決中所為法律（罪名）解釋，其推理論證及使用之說理文字，無法理解其具體基準為何，亦難看出其心證之價值判斷，但結果予人有法官認知落差及跳脫日常之慨嘆，更別謂能否達成增進國民對司法之瞭解及信賴！本文立基於個人之價值判斷，說理論證或待檢驗，但見解容未超乎條文可能文義，而在法規解釋可容許範疇中，基於有對話、有溝通，才有方法解決，亦才能為社會大眾接受，發揮更有效保護「性自主」及維護「罪刑均衡」之立法意旨，具體反映刑法目的與功能，以期減少無辜被害，提升社會安全，回應人民安全需求，此為本文之發想與期盼¹¹⁰！

¹¹⁰ 另現行刑法公然猥褻罪將露鳥狂與脫衣舞者二種性質迥然不同之行為人並列為處罰對象，造成適用上極大問題，允宜拆分為二，針對脫衣舞孃等營利性色情行為，在現今社會風氣開放下，依《社會秩序維護法》處理即可；針對露鳥狂等於本章增訂規制暴露行為之條文，其犯罪構成要件亦應從保障性自主決定權角度來加以設計；現行第234條公然猥褻罪，可考慮予以刪除或限縮其適用範圍，朝保護個人性自主決定權方向轉型，如是，則刑法對被害人性自主權與免於恐懼自由之重視及保護，才得以完整彰顯，將另為文探討。

參考文獻

一、中文文獻

- 古承宗（2017）。*刑法的象徵化與規制理性*。元照。
- 古承宗（2020）。經濟刑法的保護法益與抽象危險。*刑事政策與犯罪防治研究專刊*，24，1-44。[http://doi.org/10.6460/CPCP.202004_\(24\).01](http://doi.org/10.6460/CPCP.202004_(24).01)
- 司法院（2020）。量刑委員會研議會研竣草案將廣徵意見。*司法周刊*，2015，1。
- 甘添貴（2009）。*刑法各論（上）*。三民。
- 甘添貴（2014）。*刑法各論（下）（修訂三版）*。三民。
- 甘添貴（2015）。*刑法各論（下）（四版）*。三民。
- 甘添貴總主編，余振華主編（2018）。*日本刑法翻譯與解析*。五南。
- 甘添貴總主編，林東茂主編（2018）。*德國刑法翻譯與解析*。五南。
- 何賴傑（2015）。從德國參審制談司法院人民觀審制，載於政治大學法學院刑事法學中心編，*刑事法學的回顧與展望*（頁247-303）。元照。
- 吳經熊編（1947）。*中華民國六法判解理由彙編（刑法之部）*。會文堂新記書局。
- 吳燦（2009）。強制猥褻與性騷擾犯罪之界定及案例研究。*軍法專刊*，55（2），238-247。
- 吳耀宗（2012）。「火車性愛趴事件」與刑法誘媒性交猥褻罪。*月旦法學雜誌*，206，201-220。
- 李佳玟（2017）。說是才算同意（Only Yes Means Yas）：增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議。*臺北大學法學論叢*，103，53-

118。

- 李聖傑（2011）。未遂行為刑法處遇之探究。*月旦法學雜誌*，194，22-38。
- 沈勝昂（2012）。性侵害Deviance vs. Disorder與處遇vs.治療——神經心理的觀點。*檢察新論*，11，348-366。
- 周治平（1968）。*刑法各論*。三民。
- 林子儀等（2020）。*正義與慈悲【復刻版】——給法律人的一封信*。新自然主義。
- 林山田（1995）。論強制罪及其與他罪之競合之關係。*刑事法雜誌*，39（3），123-132。
- 林山田（2006）。*刑法各論（上）*（五版）。自版。
- 林東茂（2005）。保安處分。載於台灣刑事法學會主編，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析（頁439-456）。元照。
- 林東茂（2007）。*一個知識論上的刑法學思考*（增訂三版）。五南。
- 林東茂（2016）。*刑法綜覽*（增訂八版）。一品文化。
- 林信銘（2018）。暴露與觸摸性騷擾刑事責任之探究——以德國刑法的性騷擾規範為借鑑。*高大法學論叢*，14（1），345-396。
- 林琬珊（2016）。強制罪強暴脅迫行為的判斷要素——評析臺北地方法院104年度字第43號刑事判決。*法令月刊*，67（11），56-79。<http://doi.org.10.6509/TLM.2016.6711.03>
- 林鈺雄（2021）。*新刑法總則*（九版）。元照。
- 林錦芳（2011）。妨害性自主罪量刑分析研究。*刑事法雜誌*，55（5），17-40。
- 法務部（2001）。*中華民國刑法總則修正草案公聽會會議記錄彙編（第二冊）*。法務部。
- 柯耀程（2013）。刑事法實務爭點。載於月旦別冊編輯部編，*月旦2013實務爭點與修法解析*（頁78-94）。元照。

強制猥褻罪不罰未遂？

- 洪學廣（2020）。長榮大學外籍女大生遭擄走殺害，檢方求處凶嫌死刑。中共通訊社。<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202012250034.aspx>
- 孫英哲、劉榮輝、吳慧玲（2007）。襲胸10秒鐘判無罪 法官：時間短 不足引起性慾。蘋果日報。<https://tw.appledaily.com/headline/20070829/COQ6JCKWNYFRAX34GAIDZTI3XU/>
- 張明偉（2015）。*學習刑法——總則編*（四版）。五南。
- 張麗卿（2018）。*刑法總則理論與運用*（七版）。五南。
- 許玉秀（2002）。強吻非強制猥褻？。*月旦法學雜誌*，90，305-313。
- 許玉秀（2005）。第16次修正刑法之總檢討(1)——刑事政策、刑法理論與具體適用。載於司法院主編，*司法院司法人員研習所94年第1期新修正刑法研討會講義*。司法人員研習所編印。
- 許玉秀（2012）。重新學習性自主——勇敢面對問題。*月旦法學雜誌*，200，302-323。
- 許恒達（2010）。「行為非價」與「結果非價」：論刑事不法概念的實質內涵。*政大法學評論*，114，215-300。[http://doi.org/10.6990/CLR.201004_\(114\).0004](http://doi.org/10.6990/CLR.201004_(114).0004)
- 許恒達（2021）。國道急煞堵車的刑事責任。*月旦法學教室*，220，14-17。<http://doi.org/10.3966/1684739322003>
- 許春金（2007）。*犯罪學*（修訂五版）。三民。
- 許澤天（2019）。*刑法分則（下）——人格與公共法益篇*。新學林。
- 陳子平（2012）。*新聞刑法1*。元照。
- 陳清秀（2018）。*法理學*（修訂二版）。元照。
- 陳煥生、劉秉鈞（2020）。*刑法分則實用*（七版）。一品文化。
- 陳運財（2010）。國民參與刑事審判之研究——兼評日本裁判員制度。*月旦法學雜誌*，180，131-149。

- 曾淑瑜（2011）。*刑法分則實例研習——個人法益之保護*（修訂三版）。三民。
- 曾淑瑜（2017）。*刑法分則爭點精解*。翰蘆。
- 絲柏客（2006）。*溫城筆記——一個律師的人文世界*。書泉。
- 黃士軒（2021）。強制性交與強制猥褻罪中的其他違反其意願之方法——以關於利用宗教手段為性交猥褻行為類型的臺灣最近學說與實務為中心，載於甘添貴教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，*刑事法學的浪潮與濤聲：刑法學——甘添貴教授八秩華誕祝壽論文集*（頁884-920）。元照。
- 黃仲夫（2020）。*刑法精義*（修訂三十三版）。犁齋社。
- 黃源盛纂輯（2010）。*晚清民國刑法史料輯注（上冊）*。元照。
- 楊智傑（2008）。猥褻是形容詞還是動詞？。臺灣法律網。
<https://www.lawtw.com/archives/371865>
- 廖宜寧（2020）。由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎。*國立臺灣大學法學論叢*，49（2），635-710。
[http://doi.org/10.6199/NTULJ.202006_49\(2\).0004](http://doi.org/10.6199/NTULJ.202006_49(2).0004)
- 趙萃文（2020）。劃時代的里程碑——《國民法官法》正式起步。*清流月刊*，30，50-55。
- 趙萃文（2021）。刑法親屬間倫常規範的成與變（未出版博士論文）。輔仁大學。
- 蔡聖偉（2015）。親吻與猥褻——評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決。*裁判時報*，41，40-48。<http://doi.org/10.3966/207798362015110041005>
- 蔡聖偉（2018）。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*，276，5-21。<http://doi.org/10.3966/102559312018050276001>
- 蔡聖偉（2020）。*刑法案例解析方法論*（三版）。元照。
- 盧映潔（2003）。由強吻案談起論我國刑法第二二四條強制猥褻

- 罪之猥褻行為的界定。《台灣本土法學雜誌》，42，94-100。
- 盧映潔（2009）。強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？——評最高法院九十七年度第五次決議。《月旦法學雜誌》，171，215-228。
 - 蕭宏宜（2012）。電子監控與性犯罪者——借鑒美國經驗？。《高大法學論叢》，7（2），99-144。http://doi.org/10.29887/NUKLJ.201203.0003
 - 蕭宏宜（2015）。《未遂與犯罪參與》（八版）。三民。
 - 謝開平（2010）。構成要件之結構分析——兼論襲胸案在強制猥褻罪之適用。《月旦法學教室》，90，92-101。
 - 謝煜偉（2020）。論實行行為概念。《國立臺灣大學法學論叢》，49（3），1203-1265。http://doi.org/10.6199/NTULJ.202009_49(3).0007
 - 簡至鴻（2020）。刑法妨害性自主犯罪的基礎考察。載於李茂生教授六秩晉五祝壽論文集編輯委員會主編，主體、理性與人權的彼岸——李茂生教授六秩晉五祝壽論文集（頁427-453）。新學林。

二、日文文獻

- 山中敬一（2015）。《刑法總論》（三版）。成文堂。
- 井田良（2015）。性犯罪処罰規定の改正についての覚え書。《慶應法學》，31，43-60。
- 井田良（2018）。《講義刑法学・総論》。有斐閣。
- 平野仁彦、龜本洋、服部高宏（2007）。《法哲學》。有斐閣。
- 辰井聡子（2014）。「自由に対する罪」の保護法益——人格に対する罪としての再構成。載於岩瀬徹、中森喜彦、西田典之編，《刑事法・医事法の新たな展開——町野朔先生古稀紀念》。信山社。
- 辰井聡子（2018）。性犯罪に関する刑法改正——強制性交等罪

- の検討を中心に。刑事法ジャーナル，55，4-9。
- ▶岩井宜子（2010）。性犯罪規定の見直し。神奈川法学，43（1）。
 - ▶斉藤豊治（2017）。性刑法の改革と課題。犯罪と刑罰，26。
 - ▶高良沙哉（2009）。集団強姦罪の制定過程における「性的自由」論議。沖縄大学法経学部紀要，12，1-12。