

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



論刑法猥褻概念中的性道德規制：以強制猥褻罪、公然猥褻罪與散布猥褻物品罪為核心

The Ghost of the Regulatory of Sexual Morality in  
Criminal Law: Focus on Compulsory Indecency, Public  
Indecency and Spreading Obscene Objects

王彥

Yen Wang

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D.

中華民國 106 年 6 月

June 2017

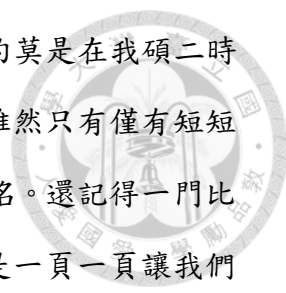


## 謝 辭



在還沒寫論文之前，總覺得「研究生禮貌運動」是個玩笑。只有自己在寫論文的當下，才會感覺到寫不出論文，或是趕論文是多麼折磨的事，也因此，本篇謝辭可能有點長，請讀者耐心觀看（當然如果要跳過去也是可以的，畢竟個人行動總是最難以預測的，而我也無力阻止）。


本篇論文能夠開始與完成，首先最應該感謝的就是李茂生老師了。記得當上大學時，雖然很天真地想要實現正義、幫助弱勢的人們。但對於什麼是正義、弱勢的人又長什麼樣子，根本沒有足夠的認識。是上了老師的刑法總則開始，才開始思考法律的意義，以及權力可能對於人民的侵害。老實說，當時對於老師的刑法理論根本不到一知半解的程度，即使課前大概讀了兩三遍講義、課後再讀一兩遍，還是大概只有理解三四成（是說當時的講義真的是有夠難讀，根本不知道老師的見解是什麼，還是得靠上課和助教講解才有辦法了解）。但老師所提供的反思，卻已足以讓我認知到，法律可能擁有的不同樣貌。這種不會顯露於外的法律特性最終讓我對刑法產生興趣，因此，我吃了老師的「課程全餐」；而上研究所之所以選刑法組，也正是想在老師的門下學習，其實最終，我想要學習的也就是真實的人可能是什麼樣貌，而法律和權力又是如何讓產生區別。因此，可以說，老師正是引領我進入此一領域以及幫助我形塑法律理解的重要推手。此外老師真實、表裡如一而絕不虛偽的言行，雖然偶爾會讓身為學生的我感到錯愕，但多半還是讓我們得以在更輕鬆的環境中討論與獲取知識，而其言行所內含對人的關懷，更是讓我得以順利寫作的重要動機（還記得老師在我大學少事法的最後一堂課語重心長的說：「我努力了二十年沒有成功，接下來只能看有沒有人繼續做下去了」）。這些年真的感謝老師的教導，讓這本論文能順利誕生。



而也要感謝本次的口委謝煜偉老師和許恆達老師。謝老師約莫是在我碩二時回到台大任教，因此僅有碩二、碩三有機會上到謝老師的課。雖然只有僅有短短的兩年，但老師上課的扎實和嚴謹卻是我研究所生涯的前幾排名。還記得一門比較刑法的課程中，我們翻譯了中山研一的刑法總則。而老師更是一頁一頁讓我們翻譯並帶我們討論，該門課讓我的日文閱讀能力和日本刑法的知識都有不少提升；但即便如此，上老師的課依然有李門特徵，那就是絕對有趣、絕不嚴肅。總之，老師的認真和趣味都讓該課增色不少。而老師的認真也表現在口試上。原本沒有預期會被發現的錯誤（例如注釋少句點等）也同樣被抓出來，更別說在解釋法中出現的定義困難，也成為被主力攻擊的對象。但這些攻擊也讓我進一步思考猥褻定義的難處與問題，這些也都是本篇論文能再往前走的動力。

同樣地，也非常感謝許恆達老師。其實在研究所期間，僅有讀過許老師的文章，而並未見過老師本人。但老師還是在詢問的第一時間內，便很快地回信同意口試。最後雖然有一些意外，導致溝通上的差錯，但老師還是人很好的以愉快的（？）心情來參加口試，並同樣給予解釋法以及論點上的建議。真的很謝謝老師的協助。

此本論文的誕生，代表了我研究所知識的總匯集與再梳理，而要開始這條路，首先你得考上研究所。因此接下來要感謝的，是讓我能考上研究所的學長姐與同學。感謝月巴學長、饒卓亞學長（就是難得的稱一下學長）、高啟需學長、李俊良神（無法單純以學長稱呼）帶的研究所和國考讀書會，如果不是你們帶讀書會、改考卷，我一定無法考上。接下來，劉倍是我考研究所的好戰友，也是把我拉進法律系的關鍵，如果沒有你，我也不會進入法律系這個圈子，應該也無法認識這麼多好朋友，只能說謝啦！雖然你沒有考上研究所，但現在看來，好像也沒那麼重要了。你後來比我們都早成為大律師，現在更是達成自己的心願成為司法



官，恭喜啦！相信你一定可以在自己想要的路上邁進的（但你懺康我的事情還是令人蠻不爽的，要記得請吃飯啊XD）。而在讀書會中，也認識很多好戰友，陳盈睿、我妹王晨、林琬純、江永楨、謝丹瑜、牛奶劉乃鳳、施宇晨、陳乃嘉、故主。可以一起開讀書會、互相激勵，在那段不知未來在何處的我來說，彌足珍貴。

而這裡特別要感謝幾個人：首先是王晨，我們在刑法讀書會變熟後好像真的做了很多荒謬的事XD，例如 Motel 生日趴、四人小畢旅之類的。但也因為這些事情，讓我的研究所生活多了很多難忘的回憶。而更別提在這之間我們一起討論的刑法問題或是給予對方的各種人生或感情建議，我想大概真正的兄妹也不過就是這樣了吧。謝謝妳，雖然一回來就開始工作，但還是別忘了關心身為阿替的老哥啊。

江永楨也是我求學路上的好夥伴。說起來我們也真有緣，從歷史系的學長學妹、政治系的學姊學弟最後是法研所同學，妳大概是我法律系認識最久的人了。而妳雖然常愛該該叫說自己很弱，但那份認真的精神還是常讓我欽佩，看到妳那樣，好像覺得自己也必須更認真了。也感謝從大學時期一路上的互相幫助。

謝丹瑜大概是我認識數一數二聰明的人，而我也會忘記我們和牛奶（牛奶也謝謝妳！）在研究所考前三十天每天蹲在圖書館瘋狂衝刺的歲月。雖然我們偶爾會為一些不重要的是爭辯不休（唉我們個性都太強了）但在研究所、國考期間有戰友難互相打氣真的是太好了。在大所賺太多錢的話記得請我吃飯啊哈哈。

在研究所中，也必須感謝很多幫助過我的人。首先是李門的學長姐唐玉盈、陳和君、吳家豪、陳贈吉、鄒萬承與林珣如夫婦、蘇佩鈺檢察官，不管是尋找實習或是未來方向的建議等，大家都給過我許多的協助，加入李門這件事，真的是

不會令人後悔的決定啊！其中要特別感謝劉家丞，除了你的「魔鬼藏在細節裡」蔚為經典外，跟我討論論文、給予各種意見（包含性圖像的看法等）都對此篇論文的誕生貢獻良多。而李門的學弟妹們要感謝林立群、林奕延、劉穎嫻，和你們討論問題，也讓我對李老師的學問有更深的認識。其中特別要感謝林奕延，在我口試的前幾天因為某些意外而臨時要找紀錄時，二話不說的答應下來，真的是讓我放下心中的石頭（你知道要考試的人總是特別玻璃心），謝啦！

在此也要特別感謝研究室好夥伴陳威達與王薇安夫婦（恭喜你們真的要結婚了，要記得炸我XD）、阿飛、王俊凱、張晁綱（？）感謝你們忍受我有時在研究室的吵鬧，也感謝威達、小花、阿飛我們一起抽菸聊天的時光。

除了上面提過的以外，也感謝刑法組的同學林佳漢、林鈺滢、林若榆、李翎瑋、李昕陽、李淙源、周靖安、侯憶萍、黃一鳴、張益昌、張譽鐸、劉興邦在碩一碩二容忍我的邀約與胡鬧。其中特別感謝好兄弟（？）侯憶萍各種心靈導師的角色，論文寫完快去結婚了啦哈哈。也感謝玉吐李翎瑋，妳大概代表了某種鏡子般的角色，總是如實的告訴我某些或許我不願面對的真實，雖然有時覺得不快，但事後總是感謝。

另外也感謝所有我帶過讀書會的學弟妹（我就不一一標姓名了），特別是我所帶的第一屆林宛菱、朱明希、李嘉容、黃旆靖、魏威至、湯華娟等，最後我們不只是學長和學弟妹的關係，而可以成為朋友真的是太好了。尤其是嘉容，之後我們三人的每週吃飯時光，都是我寫論文最為痛苦時候的期盼。謝謝你在我\_\_\_\_\_後聽我各種訴苦，真的是非常感激。

研究所之中，也要謝謝律訓中的朋友，你們給我一個有趣的假期。特別要感

謝鄭咏欣與張世明，跟你們聊八卦、出遊實在舒壓。雖然你們各奔四地，但偶爾還是可以約個吃飯什麼的啊。



接下來，也有雖然未必是研究所，但同樣對我目前人生有重大意義而需要感謝的人。首先是 Kelly，謝謝妳從大學一開始的五年陪伴，仔細回想，那段時間似乎是最為安定而平靜的歲月，我想那是你給我的力量，能讓我專心一志地往我的目標邁進。有太多的感謝和抱歉想說了，畢竟，我想最後還是我不夠成熟，才無法走到最後。但無論如何，那些回憶我都感念在心，謝謝妳那段時間的包容，讓我成為更好的人（我想應該有吧？）

而因喝酒認識的姊 Jessica、橘子、沛，雖然認識的過程有點荒謬，但沒想到卻成為了相當不錯的朋友，想到我們曾經做過的荒唐事，現在還覺得蠻好笑的。但如果沒有那段，大概我的人生不會那麼有趣，也無法有像現在的酒量吧哈哈。看到你們一個個都成家、有小孩了，真是感慨啊！（喂）總之，你們都要幸福喔！

在研究所中，我找到我一生的興趣，游泳、衝浪和潛水，游泳真的可以說是我的抗憂鬱劑，如果在寫論文期間沒有一週兩到三次的游泳的話，我大概會發瘋吧。而這些都是參加救生班後帶來的轉變，其中重要的推手就是零八零啦。感謝我的游泳好夥伴零八零和詹凱惟，尤其是零八零，如果不是你的話，我大概不會參加救生班，更別說結訓了。雖然工作後變忙碌了，但還是要一起衝浪啊！

而因為奇妙因緣認識（你前男友 XD？）的政綱，你大概是我最好的垃圾話 boddy 了。每次聊一聊、喝點小酒，再加上狂ㄍ一ㄠ，某些人事物總是身心愉悅。另外，我真的要說，你的實話雖然中肯，但每次都很靠北，請改進好嗎？（我是指說到我的時候）

芷毓，或許是羈絆太深，我反而不知道該跟你說什麼了（笑）。總之，我不會忘記，那個生日的那根蠟燭、那個\_\_\_\_\_後的早上，妳衝到我家我們聊了快一整天的故事，以及每個聊天、分享心事的時光。雖然有時笑妳像公主（還是常常XD？），但其實是謝謝妳一直對朋友、對我這樣的照顧與包容。

靦腆，其實也不用跟你說什麼。就是一生的兄弟。快把論文寫完、去哈佛唸書，當個大教授吧！

怡蓁，如果不是妳，恐怕這本論文還要很久以後才有機會問世。感謝妳兩年的陪伴與照顧，因為妳的支持與激勵，我才有辦法持續往前。即使最後我們無法繼續走下去，但妳依然給予我很多無論是法律或是其他方面的協助。\_\_\_\_\_後還能有一起游泳、潛水的朋友真的是太好了，希望我們都能珍惜這得來不易的情誼。所以以後請不要在法庭上電我謝謝（欸）。

最後，我要感謝我的家人，如果沒有他們提供我在求學期間的各種資源，我不可能有辦法完成這篇論文，也特別感謝他們忍受在我最後一個月每天熬夜下所累積的壞脾氣。為了感謝他們，我決定在最後的最後，以我在fb上說的一則小故事作結。

#### 《我不順遂，但我很幸運》

那天，和友人M邊吃飯邊聊天，聊到截至目前為止的人生經歷，忘記是什麼事情，但M就說：「你過得很順遂了啦。」

雖然我沒有想得很清楚，但立馬回應：「我沒有很順遂阿，只是很幸運而已。」

「等一下，幸運和順遂有什麼差啊？」她問

嚥下嘴中的河粉，終於想到怎麼回答的我，緩緩地說：「恩…順遂應該是都

沒有遇到什麼困難就過去了吧；但幸運的話，就是雖然遭遇困難，但恰巧都可以找到解決的方法。」「恩…好像也是」



是阿，說起來，我真的很幸運。尤其是當我回想起過去十年的歲月時，更覺得如此。想起近十年前，第一次對於自己的未來產生徬徨、質疑，乃至於信仰破滅，因而自我放逐的荒誕歲月，那時，如果稍有不慎，或許便和一直以來的夢想無緣。但我很幸運的，有很棒的朋友與家人。朋友，總是很好的傾聽者，很少 judge 我的言行(雖然我當時的行為超適合被 judge 的…)；而家人，即使擔心，卻更是默默地包容我的低潮，並供我吃住花用。若不是他們，我絕對沒辦法在無盡的墜落中，找到堅實的土地，重新省思自己的未來與人生。

最近其實也是這樣(奇怪，好像每隔十年，就要來一次低潮)，結束一段感情、論文難產、年近三十還在家當米蟲等等。這些事情加在一起，真的讓人快喘不過氣來。但好在，我還是很棒的朋友和家人，在我低潮的時候，沒有問得太多，只是支持。就像昨天聊到論文，他們只是說：「雖然沒辦法幫你寫論文，但至少我們可以提供資源」。他們像羽毛一樣，在我覺得無盡墜落的日子中，緩緩地阻止了我的失落。讓我能夠堅持著，不向爛爛的選項妥協。如果不是這樣的環境，我想，我應該做不到吧。雖然通往刑事辯護律師這一路走來並不順遂，但我真的是很幸運阿。

王彥

2017.08.04 夜晚，於中和家中

## 摘要



在 1999 年我國刑法修法增訂性自主罪章，正式宣告性自主法益為我國刑法所保障的法益之一。然而潛藏在我國司法判決系統的性道德規制並未消失，相反地，藉著資本主義的發展以及性自主脈絡的保護外殼，性道德以一種更難以發覺的方式持續存在著。此種現象在一般性犯罪是如此，在猥褻犯罪的相關定義與判斷中更是如此。

本文首先以強制猥褻罪、公然猥褻罪與散布猥褻罪的實務判決出發，找出性自主保護的下的矛盾，以此開啟本文的問題意識。之後並以女性主義與後結構主義的論述，根本的質疑性自主是否存在。本文基本上認為，並不存在一個先驗的主體性，性別、性取向等都是藉由身體的「展演」來進行實踐的。也就是說，性自主僅取決於個人的行動。在此種前提底下，性自主不會是一種主張，也不會有個普世皆然的標準。而我國刑法如想將性自主普世化，無疑是一種虛妄。

然而如果性自主罪章所保障的不是性自主，那為何存在？本文藉由傅科的論述以及資本主義的勞動邏輯論述，認為「性」，尤其是「猥褻」，在規訓和消費兩種作用力下被界定、被刺激，從而達到治理的目的。但為了此種治理的目的卻可能創造出許多的問題，例如可能會僵化人們對於性的想像、使此種原本保障個人的法律轉變為對於性少數與性弱勢族群的侵害。因此本文最終希望可以從法律解釋或是立法的方式，達成「去性化」的目的。或至少能使眾人對此問題有更多的警醒。

關鍵字：猥褻、性自主、性道德規制、主體性、性別、性取向、Judith Butler、展演、Michel Foucault、性史、規訓、治理、資本主義、消費、性少數、去性化

## Abstract



Sexual autonomy has been well established as one of legal interests in Taiwan since 1995. However, the regulatory of sexual morality hiding in criminal law system has never disappeared, on the contrary, it exists with the name of sexual autonomy and capitalism, especially in the indecent assault case. The purpose of the thesis is to demonstrate and explain why the phenomenon continuously exists and how to alleviate the negative impact to sexual minority.

By case studying between Compulsory indecency, Public indecency and Spreading obscene objects, the thesis questions whether the protection of sexual autonomy is the real purpose of criminal law (or just some kind of political illusion). Moreover, the thesis demonstrates the viewpoint of Judith Butler's viewpoint and the Post-Structural Feminism to oppose the conception of transcendental subject. The thesis then further advocates that "sex" or "sexual orientation," is only decided by "performativity (nearly "action")." From the viewpoint, the thesis asserts that sexual autonomy as one kind of rights would be hardly protected by our criminal law.

The thesis then argues that, if the protection of sexual autonomy is not the real purpose of criminal law, what dominates the sex in criminal law. From the thesis' perspective, the power of discipline (as Michel Foucault said) and consumption are the crux of the matter. For governing, the authority uses these power to differ, to stimulate, and to enforce the image of "good sex" and "bad sex." However, the method would lead to, if not strengthen, the sexual discrimination. In order to avoid the situation, the thesis considers "unsexualization" a solution.

To sum up, the thesis asserts that the ghost of the regulatory of sexual morality in criminal law still influences us. In order to alleviate the negative impact from the ghost, the thesis advocates that sexual should be used in the definition of indecent assault in criminal law.

Key words: indecency, sexual autonomy, the regulatory of sexual morality, Subjectivity, sex, sexual orientation, Judith Butler, performativity, Michel Foucault, The History of Sexuality, discipline, governing, capitalism, consumption, sexual minority, unsexualization.



## 簡目

<b>第一章</b>	<b>緒論</b> .....	1
第一節	研究動機—從兩則判決開始 .....	1
第二節	問題意識 .....	7
第三節	研究範圍與章節安排 .....	8
第一項	研究範圍 .....	8
第二項	章節安排 .....	10
<b>第二章</b>	<b>強制猥褻的猥褻概念</b> .....	13
第一節	猥褻的歷史—刑法上強制「猥褻」的演進 .....	13
第一項	傳統見解：從民國 17 年到民國 90 年代 .....	13
第二項	90 年代後期至今：性騷擾防治法的訂立與釋字 617 號解釋後 .....	15
第三項	猥褻的歷史軌跡 .....	20
第二節	性交、猥褻與性觸摸 .....	21
第一項	性交 .....	22
第二項	性觸摸罪 .....	24
第三項	難分難捨的三角關係：性交、猥褻與性觸摸 .....	26
第三節	光與影的交錯—實務與學說上的猥褻爭議 .....	30
第一項	行為客體：未成年男女？ .....	31
第二項	行為手段：其他違反意願的方法？ .....	33
第三項	構成要件行為之一：碰觸身體的才是猥褻？ .....	35
第四項	構成要件行為之二：猥褻是主觀還是客觀？ .....	37
第五項	故意與傾向：性慾傾向要不要論？ .....	38
第四節	小結—寬鬆認定的趨勢與待解的謎團 .....	41
<b>第三章</b>	<b>妨害風化罪章之猥褻概念與其區辨</b> .....	43
第一節	妨害風化中的猥褻概念及演進 .....	44
第一項	猥褻行為與猥褻物品的猥褻 .....	44

第二項	大法官釋字第四零七號解釋與六一七號解釋 .....	47
第三項	實務中的猥褻 .....	53
第四項	公然猥褻罪與散布猥褻物品罪之判決分析 .....	61
第二節	公然猥褻、散布猥褻物品罪與強制猥褻：兩極化的走向 .....	63
第一項	基礎：「妨害風化」作為一種法益 .....	64
第二項	求同：朝向個人性自主的追求 .....	70
第三項	辨異：妨害性自主之猥褻與妨害風化之猥褻 .....	73
第三節	小結：相同的進程帶來不同的規制結果 .....	76
<b>第四章</b>	<b>性現象與性自主 .....</b>	<b>78</b>
第一節	性現象：有關於「性」的互動關係 .....	79
第一項	性的本質主義與建構主義 .....	79
第二項	性別、性差與性意識 .....	81
第三項	認同與認同政治 .....	83
第二節	性自主與女性主義 .....	84
第一項	源頭：以所謂的「貞操」為例 .....	84
第二項	作為一種反抗論述：女性主義 .....	85
第三項	關於性自主：性選擇自由與性差、性取向自主 .....	90
第三節	「展演」的性別 .....	91
第一項	主體的顛覆 .....	91
第二項	身體的展演：扮裝與諧仿 .....	97
第三項	虛化的性自主 .....	99
第四節	小結：變動的性自主與性的規制 .....	102
<b>第五章</b>	<b>性道德規制的建構與性的商品化 .....</b>	<b>104</b>
第一節	性意識史：性壓抑與性道德規制 .....	105
第一項	性壓抑與其假設 .....	105
第二項	性意識史：生命權力與肉體規制 .....	107
第二節	性與勞動：商品化的性 .....	115

第一項	勞動與性的對應關係 .....	115
第二項	關係的轉變：作為商品之性的合理化 .....	119
第三項	台灣的演變 .....	123
第三節	猥褻的雙極：規訓的猥褻與消費的猥褻 .....	127
第一項	規訓的猥褻：正常、普遍化性慾模式的區分 .....	127
第二項	消費的猥褻：猥褻的商品化 .....	130
第三項	兩者的交會與循環：隱藏於意志決定之下的權力運作 .....	131
第四節	再建構的猥褻解釋論 .....	133
第一項	共通的猥褻定義 .....	133
第二項	各犯罪要件之再詮釋與適用 .....	136
第三項	案例判決的另一種可能 .....	140
第五節	小結 .....	141
<b>第六章</b>	<b>結論：去除性道德的努力 .....</b>	<b>143</b>
第一節	給予身體展演的空間：刑法的謙抑性展現 .....	143
第二節	從「性解放」到「性的解放」 .....	145
<b>參考文獻</b> .....		<b>147</b>



## 詳目

<b>第一章</b>	<b>緒論</b> .....	1
第一節	研究動機—從兩則判決開始 .....	1
第二節	問題意識 .....	7
第三節	研究範圍與章節安排 .....	8
第一項	研究範圍 .....	8
第二項	章節安排 .....	10
<b>第二章</b>	<b>強制猥褻的猥褻概念</b> .....	13
第一節	猥褻的歷史—刑法上強制「猥褻」的演進 .....	13
第一項	傳統見解：從民國 17 年到民國 90 年代 .....	13
第二項	90 年代後期至今：性騷擾防治法的訂立與釋字 617 號解釋後 .....	15
第一款	更為傾向個人侵害 .....	16
第二款	從主客觀性慾論漸走向客觀性意涵 .....	17
第三款	性自主概念的深化 .....	19
第三項	猥褻的歷史軌跡 .....	20
第二節	性交、猥褻與性觸摸 .....	21
第一項	性交 .....	22
第一款	從姦淫到性交 .....	22
第二款	刑法第十條對於性交的修訂 .....	23
第二項	性觸摸罪 .....	24
第三項	難分難捨的三角關係：性交、猥褻與性觸摸 .....	26
第一款	性交與猥褻 .....	26
第二款	性觸摸與猥褻 .....	28
第三節	光與影的交錯—實務與學說上的猥褻爭議 .....	30
第一項	行為客體：未成年男女？ .....	31
第二項	行為手段：其他違反意願的方法？ .....	33
第三項	構成要件行為之一：碰觸身體的才是猥褻？ .....	35
第四項	構成要件行為之二：猥褻是主觀還是客觀？ .....	37
第五項	故意與傾向：性慾傾向要不要論？ .....	38

第四節	小結—寬鬆認定的趨勢與待解的謎團 .....	41
<b>第三章</b>	<b>妨害風化罪章之猥褻概念與其區辨 .....</b>	<b>43</b>
第一節	妨害風化中的猥褻概念及演進 .....	44
第一項	猥褻行為與猥褻物品的猥褻 .....	44
第二項	大法官釋字第四零七號解釋與六一七號解釋 .....	47
	第一款 釋字第四零七號解釋.....	47
	第二款 釋字六一七號解釋.....	49
	第三款 評析：並未實際變動的「猥褻」定義.....	51
第三項	實務中的猥褻 .....	53
	第一款 公然猥褻罪.....	53
	第一目 猥褻的定義.....	54
	第二目 公然以及意圖供人觀覽.....	55
	第二款 散布猥褻物品罪.....	57
	第一目 「猥褻性言論」與「藝術性、教育性和醫學性」 的區分	57
	第二目 硬蕊與軟蕊.....	58
第四項	公然猥褻罪與散布猥褻物品罪之判決分析 .....	61
	第一款 限縮的猥褻概念和可罰性.....	61
	第二款 個人侵害受到重視.....	62
第二節	公然猥褻、散布猥褻物品罪與強制猥褻：兩極化的走向 .....	63
第一項	基礎：「妨害風化」作為一種法益 .....	64
	第一款 保護善良性風俗.....	65
	第二款 避免他人受到有關性之言論或行為干擾.....	66
	第三款 保護兒童與青少年身心發展.....	68
	第四款 物化他人與性自主保障.....	69
第二項	求同：朝向個人性自主的追求 .....	70
	第一款 相似的法益確認進程.....	70
	第二款 類似的定義困境.....	71
第三項	辨異：妨害性自主之猥褻與妨害風化之猥褻 .....	73
	第一款 部分重合的保護法益.....	73
	第二款 猥褻的界定範圍有別.....	74
	第一目 猥褻的認定部位.....	74
	第二目 猥褻的手段.....	75

第三節	小結：相同的進程帶來不同的規制結果 .....	76
<b>第四章</b>	<b>性現象與性自主 .....</b>	<b>78</b>
第一節	性現象：有關於「性」的互動關係 .....	79
第一項	性的本質主義與建構主義 .....	79
第二項	性別、性差與性意識 .....	81
第三項	認同與認同政治 .....	83
第二節	性自主與女性主義 .....	84
第一項	源頭：以所謂的「貞操」為例 .....	84
第二項	作為一種反抗論述：女性主義 .....	85
第一款	自由主義女性主義(liberal feminism).....	86
第二款	基進女性主義(radical feminism).....	87
第三款	後現代女性主義(postmodern feminism).....	88
第三項	關於性自主：性選擇自由與性差、性取向自主 .....	90
第三節	「展演」的性別 .....	91
第一項	主體的顛覆 .....	91
第一款	性別/性差架構的破壞.....	92
第二款	多元的性取向.....	95
第二項	身體的展演：扮裝與諧仿 .....	97
第三項	虛化的性自主 .....	99
第四節	小結：變動的性自主與性的規制 .....	102
<b>第五章</b>	<b>性道德規制的建構與性的商品化 .....</b>	<b>104</b>
第一節	性意識史：性壓抑與性道德規制 .....	105
第一項	性壓抑與其假設 .....	105
第二項	性意識史：生命權力與肉體規制 .....	107
第一款	傅柯的權力觀.....	107
第二款	從死的權力到生的權力.....	109
第三款	性意識的誕生：肉體的規訓、人口控管與性別..	113
第二節	性與勞動：商品化的性 .....	115
第一項	勞動與性的對應關係 .....	115



	第一款	資本主義下的商品與勞動.....	115
	第二款	不被視為勞動或商品的性.....	117
第二項		關係的轉變：作為商品之性的合理化.....	119
	第一款	國家、生產形式與家庭三者互動關係的改變.....	120
	第二款	女性主體、大眾傳媒與色情.....	121
第三項		台灣的演變.....	123
	第一款	台灣的經濟發展.....	123
	第二款	性圖像之轉變：從家庭中解放的女性.....	125
第三節		猥褻的雙極：規訓的猥褻與消費的猥褻.....	127
第一項		規訓的猥褻：正常、普遍化性慾模式的區分.....	127
第二項		消費的猥褻：猥褻的商品化.....	130
第三項		兩者的交會與循環：隱藏於意志決定之下的權力運作.....	131
第四節		再建構的猥褻解釋論.....	133
第一項		共通的猥褻定義.....	133
第二項		各犯罪要件之再詮釋與適用.....	136
	第一款	強制猥褻罪.....	136
	第二款	公然猥褻罪.....	138
	第三款	散布猥褻物品罪.....	139
第三項		案例判決的另一種可能.....	140
第五節		小結.....	141
<b>第六章</b>		<b>結論：去除性道德的努力.....</b>	<b>143</b>
第一節		給予身體展演的空間：刑法的謙抑性展現.....	143
第二節		從「性解放」到「性的解放」.....	145
<b>參考文獻</b>		<b>.....</b>	<b>147</b>



## 第一章 緒論

### 第一節 研究動機—從兩則判決開始

「生靈的地獄，不是一個即將來臨的地方；如果真有一個地獄，它已經在這兒存在了，那是我們每天生活其間的地獄，是我們聚在一起而形成的地獄。有兩種方法可以逃離，不再受苦痛折磨。對大多數而言，第一種方法比較容易：接受地獄，成為它的一部分，直到你再也看不見它。第二種方法比較危險，而且需要時時戒慎憂慮：在地獄裏頭，尋找並學習辨認什麼人，以及什麼東西不是地獄，然後，讓它們繼續存活，給他們空間。」……伊塔羅·卡爾維諾《看不見的城市》<sup>1</sup>

「猥褻」一詞作為生活的點綴時，可能僅是好朋友間完全不帶有性意涵<sup>2</sup>，而對下流言語或行為的玩笑描述，縱然它可能帶有某種戲謔甚至是政治不正確（例如對他人長相之侮蔑），至少在一定關係中，還帶有某種親密性。然而，該詞彙若是被用在刑法中，那便是完全不同的概念了。作為刑法犯罪的構成要件，其指涉一種負面或至少為刑法所否定的行為、物品或言說，並因為此種行為、言語或物品的陳列使用而賦予一定的刑罰效果。但「猥褻」作為一種刑法上的犯罪構成要件，是否足夠穩定可靠？

在過去的十五年間，我國對於強制猥褻罪案件，發生過多起社會譁然的爭

<sup>1</sup> Italo Calvino (著)，王志弘 (譯) (1993)，《看不見的城市》，頁 201。台北：時報。

<sup>2</sup> 例如我們可能跟朋友開玩笑時說：「你長得很猥褻欸」此時，猥褻並不帶有性別上的意味，可能單單只是說他很醜而已。又例如我國教育部所編的國語辭典中，「猥褻」一詞也不包含性意涵，僅是難以公開言說的下流或汙穢言行。見教育部重編國語辭典修訂本，網址：

<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gswweb.cgi?ccd=KqRnE5&o=e0&sec=sec1&index=1>

搜索字詞：「猥褻」，最後到訪日期：105.4.2。

議判決，例如民國 89 年的「超商強吻案<sup>3</sup>」和民國 97 年的「父女強吻案<sup>4</sup>」。前者被害人為超商店員，遭進入商店之男子正面強行抱住並親吻臉頰，其整體行為經過約 1、2 分鐘；而後者則是父親對於未滿十四歲之女兒進行舌吻，過程約 5 秒鐘。前者，第一審法院即認為親吻臉頰為國際社交禮儀之一種，客觀上非誘起性慾的猥褻行為，客觀評價上即無猥褻概念可言，因此僅依刑法第 302 條判處妨害自由罪。其後第二審、三審法院仍大致維持同樣見解，僅認為所犯不是第 302 條而是第 304 條的強制罪，本案因此定讞；而後者，第一審法院則認為 5 秒鐘的偷襲行為，並非如強暴脅迫等違反被害人意願，而是「突襲性的騷擾舉動」，因此和強制猥褻罪之要件有異，不成立該罪<sup>5</sup>；雖然其後在二審判決時推翻了此一見解，認為其構成了強制猥褻罪，並因此定讞，但此二判決同樣已造成了學術界和社會上的諸多議論。尤其是針對前者的法學學術論著更是汗牛充棟<sup>6</sup>。

但是，我國對於強制猥褻罪的認定，乃至於「猥褻」的概念，有因此而更為可靠了嗎？許多法學上待解的疑問是否已尋得解答？關於這些問題，其實我們只要舉近年的幾個實務例子便可知其一二：

---

<sup>3</sup> 詳見台灣桃園地方法院 89 年度易字第 1266 號刑事判決；台灣高等法院 89 年度上訴字第 3561 號刑事判決；最高法院 91 年度台非字第 168 號判決。

<sup>4</sup> 詳見台灣彰化地方法院 97 年度訴字第 712 號刑事判決；台灣高等法院台中分院 97 年度上訴字第 1747 號刑事判決；最高法院 97 年度台上字第 6465 號判決。

<sup>5</sup> 本案「5 秒判決」所著眼的重點雖在於「是否違反被害人意願」，而非此行為「是否猥褻」。由此觀之，似和「猥褻的概念」本身並無相關，然而同樣該注意的是，在本案判決中，有說明猥褻的定義如下：「所謂『猥褻』之意義，應指對人之身體有所侵害，使人感到性羞恥，並引起他人之性慾或滿足自己之性慾，而對個人性自由之決定權有所妨害，始足當之，若加害者雖係對被害人施予輕微暴行，然於瞬間即已結束，因時間甚為短暫，被害人尚未及時知覺有侵害發生，來不及反應時，該施暴行為即已終了，此時被害人之心理尚未有遭受強制之感受，因認不構成強制猥褻。」在這裡，猥褻的意涵似乎和性自主的違反和強制已脫離不了關係。但這種說理方式究竟合不合理？可否成為一有效可靠之判準？這些都有待本文接下來的釐清。至少目前可見的事實是，對於社會大眾而言，所謂的「5 秒判準」是不折不扣的「恐龍判決」，而且對於司法實務，亦可見不少推翻此說的判決，有關這些判決的內容，容見下述。

<sup>6</sup> 如林東茂（2003），〈猥褻的概念〉，《台灣本土法學雜誌》，42 期，頁 77-82；陳子平（2003），〈強吻案談強制猥褻罪〉，《台灣本土法學雜誌》，42 期，頁 83-92；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 期，頁 94-99 等。此一案件所引發的契機，令我國刑法學界對於猥褻有長足的討論，更召開多場研討會，使我們在此議題上，有更多認識。

案例一<sup>7</sup>

被告甲男在網路上取得多名中國男模資料，便以各種化名，用表演商談的名義，約男模到飯店進行磋商。到了飯店以後便以具有安眠作用的第三級毒品 FM2 滲入飲料，使被害人暈厥後，遂行其猥褻性交之目的。多名男模被以肛交的方式進行性侵害，其中甚至有一名被害人因為本來就有吸食愷他命等毒品，在與 FM2 於體內交互作用後猝死。然本案和猥褻相關之處在於其中一名並未遭強制性交的被害人，被告僅在其身旁觀看並自慰射精，如此是否構成強制猥褻？

於一二審判決當中，法院均認可此種行為為猥褻，判決認為：

「被告雖辯稱：伊並未碰觸丙○之身體云云。惟按刑法妨害性自主罪章之『猥褻』行為，係指姦淫以外，足以興奮或滿足性慾之一切色慾行為而言（最高法院 69 年度台上字第 2235 號判例意旨參照），是『猥褻』者，乃客觀上足以刺激或滿足性慾，且引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之一切行為（司法院大法官釋字第 407 號解釋意旨參照<sup>8</sup>）。被告待丙○因 FM2 藥效發作、陷入昏睡狀態後，觀看丙○之身體，並在丙○身旁自慰射精等情，業如上述，足認被告上開所為，顯係為滿足性慾，且引起普通一般人羞恥感而侵害性道德感情之色慾行為無誤。縱認被告並無觸摸丙○之身體，其所為既係足以興奮或滿足性慾之色慾行為，當屬『猥褻』，亦屬明確。」

<sup>7</sup> 歷審判決請詳見：台灣士林地方法院 104 年侵重訴字第 1 號判決、台灣高等法院 104 年侵上訴字第 306 號判決、最高法院 105 年台上字第 2134 號判決、台灣高等法院 105 年侵上更（一）第 13 號判決。

<sup>8</sup> 此處雖以大法官釋字第 407 號解釋以為參照，然而該號解釋所闡述之對象，應指「猥褻物品」而言，所指涉者，乃刑法妨害風化罪章中第 235 條之罪，兩者雖有可互通之處，惟究竟是否得同一而論，仍有不少爭議，認為兩者不同的論者諸如：林東茂（2003），前揭註 6，頁 77-82；陳子平（2003），前揭註 6，頁 83-92；林慈偉（2012），〈「滿足性慾」很重要嗎？評台灣版板橋地方法院 99 年度訴字第 2883 號刑事判決〉，《法令月刊》，63 卷 4 期，頁 20-40；另外也有認為兩者為同一概念的論者如余振華（2003），〈對性犯罪之刑罰規定的再檢討〉，《月旦法學雜誌》，96 期，頁 93-95。

上開判決顯然認為，即便是未觸碰身體，也同樣可以是「滿足色慾」的猥褻行為。然而該案的最高法院卻不這麼認為，其在判決中闡述：



「前開所認定之事實，倘若無訛，則被告係於B男飲用摻有FM2成分之啤酒而陷入昏睡狀態後，僅在B男身旁「觀看」B男之身體並自慰至射精，又依被告之供述，B男當時係身穿衣服（見原審卷第一一三頁反面），則能否謂被告有對B男『為』猥褻之行為？即似非無疑。」

在最高法院的這則判決中，顯見對於「未觸碰身體之行為」不認為會是「猥褻的積極行為」而有罪<sup>9</sup>。但這樣的見解，卻不是最高法院固有的定見，事實上，從近年來的案例我們可以得知，「未觸碰身體也可能是猥褻行為」（也就是不以積極行為為必要），這樣的看法或許才是多數說<sup>10</sup>。

#### 案例二<sup>11</sup>

被告甲男和被害人A女為前男女朋友，因甲對A女施暴而分手，後因妨害性自主等罪，A對甲提出告訴。於全案審理中，甲因不憤A對其提出告訴，便於某日早晨前往A女住處，毆打並囚禁A於房內，其後更割破A女胸罩並撫摸其胸部，同時還說：「現在摸妳是怎樣，不是很愛告？去告阿。」等語。

<sup>9</sup> 有趣的是，後來高等法院對此部分就「迎合上級」撤銷改判，認為「被告於乙（即原B男）飲用摻有FM2成分之啤酒而陷入昏睡狀態後，僅在乙身旁『觀看』乙之身體並自慰至射精，又依被告之供述，乙當時係身穿衣服（見本院104年度侵上訴字第306號卷第113頁反面），足見被告案發時係『對於自己』為自慰之猥褻行為，而非著手『對於乙』為猥褻之行為甚明，自亦不構成強制猥褻罪。」但此號判決和以往不同的是，以往通常專注於積極行為與否（受到過往法律問題研討的影響），但本案似乎是轉向認為這是針對客體的問題。見臺灣高等法院刑事判決105年度侵上更(一)字第13號。

<sup>10</sup> 例如最高法院103年台上字第4527號刑事判決、最高法院102年台上字第2665號刑事判決、最高法院101年台上字第6683號刑事判決、最高法院101年台上字第308號刑事判決、最高法院100年台上字第6538號刑事判決等皆認為猥褻行為不以身體觸碰為必要。

<sup>11</sup> 歷審判決請詳見：台灣台南地方法院102年侵訴字第43號判決、台灣高等法院台南分院侵上訴字第26號判決、最高法院103年台上字第2416號判決。

雖然本案三審法院均認為就此部分應屬猥褻無疑，然而有趣的部份是法院認定的猥褻標準：



「次按凡客觀上足以刺激或滿足性慾且與「性」之意涵包括性器官、性行為及性文化有關，而侵害性自主決定權及身體控制權者，即屬刑法第二百二十四條所稱之『猥褻行為』，並不以行為人主觀犯意在滿足其個人性慾為必要。是上訴人持刀割破A女上身衣服，並脫卸A女下身褲子後，繼而對A女『撫摸胸部』之行為，客觀上已足以刺激性慾，並與『性』之意涵有關而屬侵害A女之性自主決定權及身體控制權之行為，即便其當時懷有報復A女之心態，其所為仍屬刑法所稱之『猥褻行為』。」

單看此判決內容，似乎頗為合理，也符合所謂的社會常情。但問題是該判準並非一般判決常態，事實上，我國實務針對猥褻的「定語」，即為「所謂猥褻係指性交以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為，亦即在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之行為<sup>12</sup>。」而從判決實務中，我們更可以找到無數認為猥褻須從主觀性慾出發的案例<sup>13</sup>。

或許我們可以輕易找出這些實務判決的不一致，並將其歸咎於司法獨立性或法官個人見解的歧異導致司法安定性的喪失。但本文的目的並非如此。提出上面兩則案例的目的，除了說明本文絕非冷飯熱炒外，更重要的是，本文認為，在這些不一致的判決結果背後，其實隱藏著相同的脈絡。而這脈絡除了對性自主權的追求以外，更可能是那難以言說的性道德觀。亦即，表面上看來，此些案例係對

---

<sup>12</sup> 事實上，這樣的定語似乎遠從民國 17 年的最高法院刑庭決議便是如此認定：「猥褻云者，其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂。」其後，更有最高法院 27 年上字第 558 號判例承繼此用語。有關猥褻定義的流變與演進，請參閱本文第二章的介紹。

<sup>13</sup> 除了前述案例一以外，還有如最高法院 105 年台上字第 1443 號刑事判決、最高法院 105 年台上字第 1312 號刑事判決、最高法院 105 年台上字第 1022 號刑事判決、最高法院 105 年台上字第 814 號刑事判決、最高法院 105 年台上字第 134 號刑事判決等，這類案件幾乎可說層出疊見。

於猥褻定義不同的認定與見解，然實際上，對於「猥褻」這個性自主犯罪的行為態樣，法官們藉由相同的脈絡，也就是性道德，獲得某種程度的共鳴<sup>14</sup>。

而若論及「性道德」，更是無法忽略妨害風化罪章裡面，對於公然猥褻罪以及猥褻物品罪的猥褻敘述即是由「道德」、「嫌惡」所鋪墊而成<sup>15</sup>。然而隨著大法官第四零七號、第六一七號等兩號解釋出爐，對於社會風俗等風化之認識，也漸漸偏向「青少年保護」、「強制入目」等針對個人（雖仍是不特定之個人），而非整體社會風氣之論述方式。而加之「硬蕊、軟蕊」等限制，在構築「正常/不正常的性」之餘，也等同於實質地放寬對於「愉悅的性」之審查。而此種性道德的轉向，和前述對於強制猥褻之性道德審查可說是不甚相同，甚至更可說是走向截然不同的雙極的寬鬆化處置。亦即，在考量言論自由或性的自我決定等其他利益後，不認定為猥褻的可能性也同時大增，此點和「強制猥褻」到「違反意願猥褻」此種嚴刑化的趨勢，實在是大相逕庭。

究竟性道德的源頭是什麼？是某種素樸的情感嗎？而這種性道德觀與情感又是如何影響我國刑法理論與實務？其分別對於性自主罪章之猥褻與妨害風化之猥褻造成什麼影響呢？這些都是本文想要了解並處理的地方。因為正如本文在開頭所引的《看不見的城市》內容，身處於情感與道德交織的法學實務當中，最好的方法，絕非適應並習慣，然後最後因此而假裝它不存在；我們應該去學習辨認那是什麼，並正視它的存在。或許唯有如此，我們才有可能從猥褻的定義泥淖中抽出身來，獲得解脫<sup>16</sup>。

<sup>14</sup> 然而，相同的脈絡，亦可能帶來不同的結論。就如同身受相同法學教育的法官們，在面對同一件案例，可能依據認定事實的不同而有不同判決結果，在此想要說明的是，相同脈絡可能是相互之間得以溝通了解的依據，卻不一定會帶來相同甚至相近的結果。

<sup>15</sup> 如大法官釋字第 407 號與第 617 號解釋，針對猥褻物品的猥褻概念所稱：「所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限」（第 617 號解釋文參照）。

<sup>16</sup> 本文雖然試圖去界定刑法中猥褻的概念，然若讀者往下閱讀便會發現「猥褻是否得以界定？」這樣的問題，會如同幽靈般，不斷迴盪在本文的不同段落之間。事實上，面對猥褻、性等這種問



## 第二節 問題意識

「猥褻」作為一不確定法律概念，有給予其定性與解釋的必要。雖然說，理論上文義解釋為最基本的解釋方式，所有解釋方法幾乎也不得超越其文義範圍，然則由於語言的模糊性，我們勢必得為每種法律要件及其文義探求其核心概念<sup>17</sup>。而在猥褻的領域中，其最重要的核心概念（或說實務所認定的重要概念），就是「性慾」，此點從上述的判決中大致可了解一二。正如古老判例中，所謂「客觀上刺激他人性慾、主觀上滿足自己性慾」這樣的見解，定性猥褻行為的核心正是對於「性慾」的刺激與滿足。

然而，故且不論此種古老見解於現代究竟仍否合適，採取此見解也有很多適用上的問題，除了上述判決的「碰觸身體與否」、「刺激或滿足性慾是客觀或主觀？」等爭議外，更重要的問題應該是，何謂性慾？或者說，性慾從何而來？

性慾無論作為一種生理學、心理學乃至於社會學等的概念，都具有不同的意義和標準<sup>18</sup>，我國實務究竟是依據何種邏輯與標準去適用該法律？換言之，在我國刑法下，性慾應如何操作？尤其在民國 88 年修法後，將「性自主權」明訂為我國刑法所保障的法益後，個人的、不受干涉的性自由成為核心，那麼「刺激性慾」一事，究竟是刺激誰的性慾？如果是「他人」性慾，又與受害者何干？性慾

---

題，是否真有可能客觀以待？或許正如學者所說，因為將個人好惡與社會之惡加以混淆，所以許多人在面對性的議題時，都不是自由的。但筆者認為，至少，經過討論，我們可以將此問題點出來，即使無力界定，至少獲得警醒。這也是我們唯一能做的。有關上述學者的論點，詳見李茂生（2002），〈論性道德的刑法規制〉，翁岳生（著），《台灣法學新課題（一）》，頁 311，台北：元照。

<sup>17</sup> 有關解釋方法論及其核心概念，請參照 Ingelborg Puppe（著），蔡聖偉（譯）（2010），《法學思維小學堂》，頁 73 以下，台北：元照。

<sup>18</sup> 例如在生理學上，男性和女性引起性慾乃至於達到性高潮的方式和感官都不一樣，男性較女性而言，似乎更能以單一感官（如視覺），而引起性慾。但從生理學所帶來的性慾論真的可靠嗎？亦即男女性別或性慾真的有辦法以生理學的角度加以證明詮釋嗎？這些都是接下來要討論的問題。有關於性與性慾更詳盡的介紹與批判，請詳閱本文第四章與第五章的論述。

會不會有其他解釋的可能？又或者性慾在該年刑法修正後，理應成為一個不太重要的關鍵？此點又與原本的「妨害風化」罪，磨擦出什麼樣的火花？會不會這些轉向性自主的嘗試，依然是一種國家權力對於性的規制？而此規制的意義為何？

本文將試圖從性自主與性慾的關係出發，去探討作為性自主保護的強制猥褻罪與妨害風化罪章中公然猥褻罪與猥褻物品罪中的猥褻，這兩者間的猥褻概念是如何、以及產生什麼樣的分化？其中猥褻以「性慾」定義之，究竟能否合理客觀，抑或僅是法官們無可明言的個人「性道德」論述，最後，這些「性道德論述」會不會又落入某種「性規制」的陷阱？此些是本文想要處理的問題。

### 第三節 研究範圍與章節安排

#### 第一項 研究範圍

我國現行法規與行政辦法中，包含「猥褻」此一詞彙的規範，共有 17 部<sup>19</sup>，其中具有實體規範規定的多半集中於刑法與兒童及少年性剝削防制條例<sup>20</sup>，而刑法中關於猥褻的要件，依照其規範的對象以及對於被侵害對象是否可得特定而可略分為三大態樣，即 1. 對特定人為侵害的妨害性自主犯罪之猥褻，其中以第二二四條強制猥褻罪為典型代表；2. 無特定被害人的猥褻行為，該類型以妨害風化罪章中的第二三四條公然猥褻罪為代表；3. 同樣無特定被害人，但所規範的對象卻非行為而是物品的猥褻，亦即所指涉者為行為「客體」，而和前述之「行為」有所不同，此類型以妨害風化罪章中的第二三五條散布猥褻物品罪為代表

<sup>19</sup> 關於法律中詞彙之統計，係參考法務部，全國法規資料庫，網址：

<http://law.moj.gov.tw/Law/LawSearchResult.aspx?p=A&k1=%E7%8C%A5%E8%A4%BB&t=E1F1A2&TPage=1>，到訪日期：2016/12/21。

<sup>20</sup> 其中刑法包含猥褻一詞者，共有 19 條，多半散見於第十六章妨害風化罪與第十六章之一妨害性自主罪章；而兒童及少年性剝削防制條例中，則有 9 條。



雖有論者認為上述三者的猥褻意涵可用同一概念加以理解<sup>22</sup>，本文也認為此類見解深具參考價值，然就目前的立法與實務理解來看，仍有兩個難以跨越的關隘：其一，在保護法益方面，於民國八十八年修法的時候，增設妨害性自主罪章，雖仍有解釋空間，其實已是立法者明文將妨害風化及妨害性自主，從保護法益層次加以區分。而反映到個別犯罪的，便是刑法的二二四條和二三四條在保護法益不同的情況下是否仍有統一解釋的可能？其次，猥褻行為和猥褻物品分別指涉構成要件中「行為」和「行為客體」的要件，其在構成要件中所扮演的功能和意義均有所不同<sup>23</sup>，解釋上可否克服此種功能不同之障礙，有所疑問。

本文討論猥褻之面向，在於性道德的論述是如何影響我國刑法理論與實務。而「違反意願與否」一事，事關「正常/不正常的性」之界定，以及法系統如何讓此種規訓以及統治技術成為可能。因此，本文至少必須分類上，必須把猥褻分成妨害個人性自主的強制猥褻，以及妨害風化的公然猥褻行為或猥褻物品之猥褻等兩種。誠然，就後者而言，因為指涉內容不同，會有些許差異，然而就猥褻本身「引起性慾、使人羞惡」的性道德感而論，應無分類上的困擾。

而針對妨害性自主罪章，本文以刑法第二二四條強制猥褻罪為主。之所以不討論第二二七條與未成年男女合意性交猥褻罪，係因為除了性自主之保障外，該

<sup>21</sup> 此種分類方式雖非絕對，然而為了區分法益或其規範事務之不同，此種分類方式或可認為妥適而有其必要，即便是認為刑法上的猥褻具有同一解釋空間之論者，也往往會以此模式類型化以後再加以討論。類似見解請參照盧映潔（2016），《刑法分則新論》，頁 411 以下，台北：新學林；林東茂（2003），前揭註 6，頁 78。但須注意的是，此種區分係按照學說所為的形式上區別，但實際上而言，實務在第 234 與 235 條的判決當中，還是可以特定出被害人。相關判決整理，請詳見本文第三章的說明。

<sup>22</sup> 除了余振華（2003），前揭註 8 以外，另外有論者基於猥褻是「把別人當作發洩性慾的工具」，此一立場而認為所有猥褻可同一解釋。有關此見解，請參照許玉秀（2003），「從『強吻案』談刑法上猥褻的概念」研討會發言，《台灣本土法學雜誌》，第 42 期，頁 111。

<sup>23</sup> 關於刑法構成要件中，各要件結構之分類與功能介紹，參照謝開平（2010），〈構成要件之結構分析〉，《月旦法學教室》，90 期，頁 92-101。

條所保障的似乎更偏向對未成年人身心發展的保障<sup>24</sup>，且此部分又和民國 104 年所修訂之兒童及少年性剝削防制條例，亦有競合之處，在概念上若要討論，恐須將該法之修訂與法益考量亦納進本文寫作，如此一來，不免使本文過於繁雜，概念也易生混淆<sup>25</sup>。

故而，本文所討論的範疇將主要在於妨害性自主罪章中，排除青少年合意性交猥褻罪的猥褻概念（主要還是以強制猥褻罪作為典型），以及其與妨害風化罪章之公然猥褻罪與猥褻物品罪之交錯討論。雖然可能也會約略提及第二二七條、第二二七條之一，乃至於妨害風化罪章中諸如第二三一條營利性交猥褻罪，然本文將不會(亦無力)涉及刑法中所有猥褻概念的討論，在此說明。

## 第二項 章節安排

本文所關心的重點在於刑法所規定的猥褻中，性道德和法律系統的連動與溝通，然而若對於相關規範與其問題沒有清楚認識，恐難達成討論目的。因此於第二章，本文將先整理我國刑法有關猥褻的法條，並將強制猥褻相關的判決進行整理。從歷年的判決整理中，我們或可從其字句中，琢磨出一些耐人尋味的差異，而這些差異大至見解的變更、小至用語的抽換，都可以是分析的有趣依據。此外，

---

<sup>24</sup> 然而未成年人進行合意性交究竟對於其身心發展會造成何種程度的傷害，目前仍未有可靠的實證研究可資證明，參照黃惠婷（2011），〈從性自主權檢視刑法保護兒童及少年之規定與修法建議〉，《司法新聲》，97 期，頁 65-66。

<sup>25</sup> 例如，在近年的一次檢察署法律問題提案中，所討論的一個法律問題即是「甲男與未滿 14 歲之 A 女利用電腦網路視訊，相約各自在電腦螢幕前，相互裸露身體為猥褻行為，A 女遂自為撫摸胸部、生殖器等行为，以供甲男觀覽，則甲男之行為是否屬於與或使兒童及少年為猥褻行為？亦即，猥褻行為是否限於加害人與被害人處於同一空間？」而面對此種問題，過去實務見解多認為，猥褻行為雖不以身體接觸為必要，但仍需身處同一空間處所，否則難以想像對被害人有何猥褻積極行為之可能。然而，在此決議中卻認為：「兒童及少年性剝削防制條例修正後，對於所規範『猥褻行為』之定義宜採廣義解釋，是以猥褻應不以行為人與被害人在同一空間為限，如此解釋對於兒童及少年之保護更為周延。」是以，在這裡猥褻的概念因為加入了青少年身心保障等因素，而做出不同的解釋，和本文主要想討論的性自主仍有區別。有關該決議之內容，請詳閱臺灣高等法院檢察署及各一、二審檢察署「兒童及少年性剝削防制條例法律問題座談會」法律問題提案，編號：第 2 號。

本章除了實務見解的整理外，也將對於學說就強制猥褻罪的相關爭議加以介紹；在這一部分，由於各家學說引介的關係，也會帶入比較法的成分，然而因為比較法並非本文重點，故也不會特立專章介紹，僅會在此處作為分析例證之用。簡言之，該章作為問題的導引，除了簡介外，就是藉由這些介紹點出我國目前學說和實務在強制猥褻罪所遭遇的爭議。

通盤了解過強制猥褻罪的實務學說見解後，本文於第三章將進入到妨害風化罪章的領域。因為正如前述，雖然法條用語均為「猥褻」，但其內涵和標準，卻因為所指涉事物或法益不同，而有變化。因此我們有必要了解妨害風化罪章中的猥褻(此處主要指公然猥褻行為與猥褻物品之猥褻)和強制猥褻之間，有何異同。而除了兩者間的比較之外，本章也將會描述兩者在實務操作上的分化現象；意即在我國實務操作上，表現在二者中寬鬆或嚴格的標準究竟是如何的被形塑出來的？這是本章想要介紹的內容。

經過第二章和第三章的描述性簡介以後，應該會產生更大的疑惑是：我國實務操作是如何決定猥褻的標準？雖然兩者的用語相似，皆有引起性慾、引人嫌惡等說法，但很明顯在操作上，兩者有不同的脈絡。為了解決此一疑惑，本文將於第四章轉向另一面討論：即性自主的論述。在此章中，本文將試圖探討一般法律論述中較少提及的部分，也就是性現象。從生理到自我的心理認知，「性」是如何被形塑？在這裡，想要討論生理上的「性別」與社會上的「性差」，如何對一般社會大眾產生影響。因為只有了解男女差異之產生與再製的過程，才有可能了解性道德是如何形塑的。

最後，在探討完性現象以後，本文將從整個社會文化對於性的形塑進行反思。在這裡，我們將試圖從後現代的角度去探討(與解構)性道德的社會規制究竟是如

何形成的。並加以觀察，此種對於性的規制，是如何在此法律系統中運作，並成為溝通的媒介。並且本文將會回到三個犯罪條文中，來檢視一種假設：即為了防止此種性道德規制所帶來的惡果，在此三種猥褻犯罪中「去性化」是否可能？如果可能，又將呈現什麼姿態？而本文最終會認為，雖然「去性化」一事在現實中甚難完成，但只有當我們了解這點、具有此種危機意識（即性的道德規制存在）或許（也僅是或許），我們才有可能從此系統中，獲得解脫。

## 第二章 強制猥褻的猥褻概念



「刑事司法裡，什麼事都有可能發生。有些人也許會以為，這樣的事大概只會發生在獨裁時代的法院裡。但我們發現，直到今天，男男女女仍舊會被人閉著眼睛指成巫師，而刑事訴訟法裡卻沒有一條法律可以保護他們。」……

記者—葛爾哈·毛茲，於 1990 年記於《明鏡週刊》的報導<sup>26</sup>

該則報導係針對當時德國一件著名的兒童性侵冤案所提出的警告。在該案中，從原本的單一被害人遭猥褻供述，到集體性侵的幻想。可以看到司法偵查過程中，是如何「創造」出加害人的。而此點其實在性犯罪中，一直屢見不鮮。在猥褻的歷史中，直覺式的辦案與法理論述，隨著時代與個案的需要而有所變化。於本章中，便是經由對強制猥褻判決歷史的爬梳，去找出那可能不顯而易見，卻至關重要的變化。進而發掘在猥褻的實務學說中，那些待解的謎團。

### 第一節 猥褻的歷史—刑法上強制「猥褻」的演進

#### 第一項 傳統見解：從民國 17 年到民國 90 年代

我國審判實務針對猥褻，素來有其固定用語，即認為猥褻是「指性交以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為，亦即在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之行為。」這個定語若追溯其源頭，多數研究均認為<sup>27</sup>應從

<sup>26</sup>見 Thomas Darnstädt(著)，鄭惠芬(譯) (2016)，《法官的被害人：德國冤案事件簿》，頁 165，新北：衛城。

<sup>27</sup> 例如：盧映潔 (2009)，〈強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？〉，《月旦法學雜誌》，171 期，頁 217；張必昇 (2009)，《猥褻概念的解構與性自主概念的重構》，頁 7，國立台灣大學法律學研究所碩士論文論文；吳奕林 (2003)，《猥褻之概念及其規範評價》，頁 66-68，國立台北大學法學系碩士論文論文；甚至是時任大法官的學者許玉秀，也在釋字 617 號解釋的不同意見書中，這樣論述猥褻的歷史脈絡，見許玉秀 (2006)，《大法官會議釋字第 617 號解釋之不同意見書》，頁 4-5。

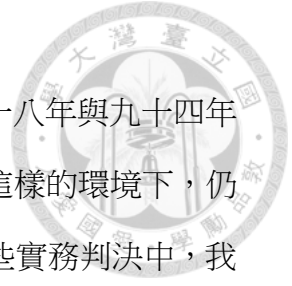
民國十七年十月十三日最高法院刑庭決議開始，該決議認為：「猥褻云者，其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂。」其後，最高法院 27 年上字第 558 號判例更認為猥褻係指「姦淫以外，有關風化之一切色慾行為而言。苟其行為在客觀上尚不能遽認為基於色慾的一種動作，即不得謂係猥褻行為。」至此，傳統實務對於猥褻的見解，可說已具備雛形，而之後雖有最高法院 45 年台上字第 563 號判例、63 年台上字 2235 號判例等實務見解加以補充，但實際上仍不脫前開二則實務見解的內容<sup>28</sup>。

此種對於猥褻的見解，有幾個重點：其一，以「性的慾望」為中心。在上開決議判例中，無論是滿足刺激性慾或色慾，均是指涉行為人為達自己性的慾望所犯下的罪行<sup>29</sup>。其二，和「姦淫<sup>30</sup>」、「性交」者相區隔。亦即，先定義較為容易地「姦淫」與「性交」，然後再藉由「性交以外」此種方式反面界定猥褻的疆界。其三，強調「風化」與「社會風俗」。由於在民國八十八年刑法修正前，第 221 條到 229 條之罪仍屬於社會法益的妨害風化罪章，因此，該時的法院判決受到影響而認為猥褻帶有社會倫理規範的性質也就不難想像了。事實上，我們從這些較為傳統的定義可以看出，就猥褻而言，雖然客體為特定當事人，然而就要件定義上，並未對被害人有多少著墨。

<sup>28</sup> 以最高法院 63 年台上字第 2235 號為例，其對於猥褻的描述，僅是將性慾的部分改為「足以興奮或滿足性慾」，雖然和現在的判決用詞較為接近，但實際上，僅是加入「興奮」，似乎並未脫離 17 年的決議內容（而且何謂「興奮」？依然是需要解釋的不確定法律概念）。而最高法院 45 年台上字第 563 號判例更是只有加入「以姦淫意圖施用強暴手段，即為姦淫著手」這種猥褻和強制性交的判斷依據方法，而對於猥褻本身並無另外的創見。

<sup>29</sup> 然而，「滿足性慾」這種看似代表當事人主觀心理的要件，在刑法上應如何衡量與評價，卻饒富爭議。事實上在實務見解中，不僅將其同時當成主觀和客觀要件者有之，連僅將「足以滿足性慾」當成客觀要件的亦所在多有。而此點也在國內外學說中廣泛被討論，更詳盡的論述，詳見本章第三節的說明。

<sup>30</sup> 「姦淫」一詞為民國 88 年修法前原刑法第 221 條至 229 條對於強制性行為的用語，然修法後以「性交」加以取代。性交之定義範圍雖然較為寬廣，包含男對女、女對男、男對男、女對女等各種不同態樣之強制性交，但本節為討論便利，仍逕將「姦淫」等同於現在的「性交」，特此說明。有關姦淫與性交之修法討論，請參閱林山田（1999），〈評一九九九年的刑法修正〉，《月旦法學雜誌》，51 期，頁 30-31；蔡碧玉（1999），〈刑法部分修正條文重點簡介〉，《月旦法學雜誌》，51 期，頁 44-45；林東茂（1999），〈評刑法妨害性自主罪章之修正〉，《月旦法學雜誌》，51 期，頁 73-75。而至於性交，其後至民國九十四年，更是在刑法第十條中進一步擴張定義。關於性交的定義演進之詳細說明，請參閱本章下一節。



上述定義其實依然持續影響著我國實務，即便歷經民國八十八年與九十四年的修法，也僅是在法有明文的前提下變更標準<sup>31</sup>。不過即使在這樣的環境下，仍有一些有趣的變化，像是醫學、心理學的介入即為一例。在某些實務判決中，我們甚至可以看到法院利用心理醫學佐證，去證立猥褻行為之存在，例如下面這則判決：

「.....按『猥褻』係指性交以外足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言，本件上訴人撫摸A女大腿內側上方，繼隔著內褲撫摸下體之行為，在客觀上原足以刺激或滿足其性慾，並已引起A女『創傷後壓力症候群』，原判決認其屬『猥褻』行為，認事用法亦無違誤。<sup>32</sup>」

於本案例中，法院即利用心理醫學中的「創傷後壓力症候群」(PTSD)，來認定猥褻行為存在與否。當然，這並非對於猥褻行為要件本身的影響，而毋寧說是新證明方法之採用。然而，此點或許亦象徵在此些修法過程中，法院的思考脈絡，也逐漸的從社會道德倫理，轉向了以被害人為本的方向。

## 第二項 90年代後期至今：性騷擾防治法的訂立與釋字 617 號解釋後

雖然在八零年代和九零年代修法後，法院見解已小有變化，然而真正的轉變，

---

<sup>31</sup> 例如口交和肛交，以最高法院 94 年台上字第 2414 號刑事判決為例，便可清楚看出，修法前後標準的差別：「刑法第十條及該法第十六章於八十八年四月二十一日修正公布（於同年月二十三日生效）後，以性器進入他人口腔之行為，始能稱為性交；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，以性器侵入其口腔之行為，始構成強制性交罪，此觀正後刑法第十條第五項第一款、第二百一十一條第一項之規定自明。原判決認定上訴人自八十七年年底某日至八十九年九月二十七日，有違反A 1 之意願，約每隔二週一次，先後多次，將其性器侵入A 1 口腔，繼而侵入A 1 性器內，或僅以其性器侵入A 1 口腔等方式，對A 1 為強制性交行為云云，然於上開刑法修正生效前，倘上訴人有時僅以性器侵入A 1 口腔之行為，該部分行為，僅能認係猥褻行為而不能認係性交行為，縱認該部分行為應構成其他犯罪，亦難認係構成強制性交罪或強姦罪。」。

<sup>32</sup> 請參考：最高法院 94 年台上字第 2873 號刑事判決。

本文以為應當發生在性騷擾防治法的訂立與釋字 617 號解釋出爐之後所產生的轉變，而這些轉變至今仍為我國實務判決的主流。



### 第一款 更為傾向個人侵害

於民國 94 年制定、95 年正式公布生效的性騷擾防治法，其原先的立法目的，是希望在性工作平等法以及性別平等教育法等工作、教育的場域外，也可保障當事人無論在任何場域，都可以不受來自性方面的侵擾<sup>33</sup>。而也因為該法第二條：「本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為」之規定，照理來說，性騷擾和刑法上之性犯罪，應有所不同。然而由於性騷擾本身定義的錯誤與該法第 25 條性觸摸罪「不及抗拒」要件之模糊，致使法院必須在個案中，去區分強制猥褻與性觸摸罪之異同。但也因為這樣無心插柳下，對於猥褻定義有更深刻的描述。

首先，最直接的影響是，過去觸摸性器官、乳房而被害人不及抗拒者，均被認定是該當於強制猥褻罪，但在性騷擾防治法制定後自然轉移到該法第 25 條的性觸摸罪<sup>34</sup>。但此點也可以說僅是針對強制猥褻中的「強制」要件，亦即「違反當事人意願」的適用範圍進行縮減，至於在論理上兩者有何本質上的差異？實務上為了區別二者，而有了下面這則判決的說明：

<sup>33</sup> 此點除了觀察性騷擾防治法第一條第二項的規定：「有關性騷擾之定義及性騷擾事件之處理及防治，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。但適用性別工作平等法及性別平等教育法者，除第十二條、第二十四條及第二十五條外，不適用本法之規定。」外，更詳盡的說明，請參閱高鳳仙(2005)，〈性騷擾防治法之規範內容與評論〉，《台灣本土法學雜誌》，第 67 期，頁 250。

<sup>34</sup> 例如最高法院 90 年台上字第 7167 號刑事判決「查刑法第二百二十四條強制猥褻罪所稱之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術，乃違反被害人意願方法之例示。亦即強暴、脅迫、恐嚇、催眠術，均屬違反被害人意願之方法。故原判決理由記載上訴人乘被害人不及反抗之際而出手強抓被害人胸部之行為，其即係對被害人逞強施暴而違反被害人意願而為之猥褻行為，何況該條規定僅需違反被害人之意願而為猥褻之行為，即可成立。核上訴人所為，係犯刑法第二百二十四條之強制猥褻罪。僅係在說明上訴人之強抓被害人胸部，如何屬強暴猥褻行為，應成立強制猥褻罪，並未對同一行為重覆評價，無理由矛盾可言。」。

「……性騷擾防治法第二十五條所規定之『性騷擾』，係指帶有性暗示之動作，具有調戲之含意，讓人有不舒服之感覺，行為人具有性暗示而調戲被害人之意，以滿足調戲對方之目的，屬性騷擾之犯意，至於『猥褻』，係指足以滿足自己、他人性慾之動作，侵犯他人性自由之權利，被害人有被侵犯之被害感覺，係屬於性侵害之概念。<sup>35</sup>」

於是乎，在性騷擾的對照之下，「猥褻」一詞相較過去的論述方式有了一點不一樣：開始強調猥褻是「侵害他人性自由」而使「被害人有被侵害的感覺」。亦即，為了要和性騷擾「不舒服的感覺」區別，最高法院首次開始針對「猥褻為對被害人之侵害」一事做出回應。這原先本應屬於民國八十八年妨害性自主罪章修法後便應做出的見解，卻因為和性騷擾實際適用上的問題才有所改變，此種我國「獨特」的審判系統實值得玩味<sup>36</sup>。

## 第二款 從主客觀性慾論漸走向客觀性意涵

猥褻一開始的核心定義便是「客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾」，此點即便歷經八十八年和九十四年刑法修法均未有改變。然或許是為了和性騷擾相區別，抑或是為了回應個案當事人受到侵害，猥褻也有趨於客觀化的趨勢。此不僅是表現在猥褻的證明方法上，連猥褻本身的定義也開始發生些

<sup>35</sup> 請參閱最高法院 96 年台上字第 6736 號刑事判決，但本判決僅是筆者所挖掘出的第一篇針對猥褻和性騷擾之區辨所做的說理，事實上，其後有多則判決為區別二者而做出相類似的論調。例如：最高法院 99 年台上字第 2516 號刑事判決、最高法院 100 年台上字第 393 號刑事判決、最高法院 100 年台上字第 2479 號刑事判決。

<sup>36</sup> 這其實和我國特有的判例制度也脫離不了關係，按判例制度原先希望運用個案審判和審級制度達到統一法律見解的作用，但卻發展成「表面上不拘束，卻實質影響各級法院」的司法判例編輯系統。此一系統令我國法院在遭遇類似案件時，不僅思路相同，連判決內文都互相「參考」。關於法院判例制度的演進與運作，請參閱林孟皇（2015），〈台灣判例制度的起源、沿革、問題與改革方向——從最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例談起〉，氏著，《轉型正義與司法改革》，頁 463-513，台北：元照。

許轉變<sup>37</sup>。而最高法院 99 年台上字第 3850 號刑事判決或可作為一顯例<sup>38</sup>。

該案案例事實本身並不複雜，為雙方當事人為報社業務於夜晚在公司交涉，交涉過程中，行為人或因飲酒而對被害人有親臉頰、擁抱甚至掐大腿等動作，而被害人在此過程亦有掙扎、推擠之舉動。於過往這其實是一個普通的強制猥褻案件，法院多半會以傳統定語判決之。然在本案，或許是為了回應被告所提出「並未有滿足自己性慾」、「引起被害人性慾」等答辯，法院特於判決中，從民國八十八年修法意旨開始，講述設置性自主罪章之用意，乃至於猥褻的意義均是在保護當事人的性自主決定及身體控制權：

「另刑法第十六章妨害性自主罪章於八十八年四月二十一日修正公布，其立法目的，係考量該章所定性交、猥褻行為侵害之法益，乃是個人性自主決定權及身體控制權；該次修正前之刑法將之列於妨害風化罪章，不但使被害人身心飽受傷害，且難以超脫名節之桎梏，故將之與妨害風化罪章分列，自成一章而為規範。是以，凡客觀上足以刺激或滿足性慾且與『性』之意涵包括性器官、性行為及性文化有關，而侵害性自主決定權及身體控制權者，即屬列於該章之刑法第二百二十四條所稱之『猥褻行為』，並不以行為人之主觀犯意在滿足其個人之性慾為必要。」

雖然其實從這些實務判決中，依然不是很能明白，為何該罪章法益在於保障被害人因此我們便能以客觀性意涵即認為是猥褻？但至少本判決已有脫離傳統見解而獨自說理的傾向仍值肯定。當然，我們並沒辦法說這樣的見解已成為主流，事實上若持續觀察我國有關強制猥褻的判決即會發現，即使是到現在，強調主客

<sup>37</sup> 其實在過去也有僅要求客觀上足以刺激他人性慾者，例如前面提到的最高法院 94 年台上字第 2873 號刑事判決即為一例。然在過往主要是作為猥褻證明方法之論證，像在該例中，即是為了 PTSD 的證明所致。

<sup>38</sup> 原審判決見：臺灣彰化地方法院 97 年易字第 322 號判決、臺灣高等法院臺中分院 97 年上訴字第 1311 號判決。

觀性慾論的看法依然為實務多數<sup>39</sup>。但從客觀上檢視其性慾或性意涵而作為猥褻之定義者，在那之後的確也有增加的趨勢，這似乎也是無可否認的事實<sup>40</sup>。



### 第三款 性自主概念的深化

近年來，或許是受到不少爭議案件之刺激、性騷擾防治法制定之影響，抑或是大法官解釋與其意見書之討論<sup>41</sup>，實務判決針對猥褻甚至是性自主議題，似乎也有想要突破的嘗試。因此，在最高法院企圖去和性騷擾概念相區分時，對於「何謂性自主」一事也有更多更詳盡的論述。例如在最高法院 100 年台上字第 4745 號刑事判決中，便首見最高法院針對猥褻與性騷擾作出有別於以往的長篇大論：

「……考其犯罪之目的，前者（編按：指強制猥褻罪）乃以**其他性主體為洩慾之工具**，俾求得行為人自我性慾之滿足，後者（編按：指性觸摸罪）則意在騷擾觸摸之對象，不以性慾之滿足為必要；究其侵害之法益，前者乃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，後者則尚未達於妨害性意思之自由，而僅破壞被害人所享有關於性、性別等，與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態…。<sup>42</sup>」

<sup>39</sup> 便以最近的判決為例，採主客觀猥褻論者便有如：最高法院 105 年台上字第 1443 號刑事判決、最高法院 105 年台上字第 1312 號刑事判決、最高法院 105 年台上字第 1022 號刑事判決、最高法院 105 年台上字第 134 號刑事判決等，可說是到了俯拾皆是的地步。甚至尚有採純主觀的例子，如最高法院 105 年台上字第 814 號刑事判決。

<sup>40</sup> 其後例如最高法院 99 年台上字第 4484 號刑事判決、最高法院 100 年台上字第 1706 號刑事判決、最高法院 100 年台上字第 2475 號刑事判決、最高法院 101 年台上字第 3799 號刑事判決、最高法院 102 年台上字第 2700 號刑事判決、最高法院 102 年台上字第 4016 號刑事判決等，乃至於在第一章曾提及的最高法院 103 年台上字第 2416 號判決，可說是年份越接近現代，越有客觀化之傾向。然而另一個其實更有趣的問題是：即使是主觀的滿足自我性慾，其實也同樣需要客觀之佐證，而我國實務又是如何證立主觀性慾的呢？相關疑問，請見本章第三節的進一步說明。

<sup>41</sup> 其中本文以為最值得注意的當屬釋字第 617 號解釋中許玉秀大法官的不同意見書，其中針對性自主的部分，講述性別權力/利、性主體/客體等論述殊值參考，其所引申出的「洩慾工具論」亦被許多實務判決所引用。有關「洩慾工具論」的更詳盡論述，請參閱許玉秀（2002），〈強吻非強制猥褻？〉，《月旦法學雜誌》，90 期，頁 309-311。

<sup>42</sup> 於該判決中，不僅有本文所摘的這段，尚有關於法院認為「性騷擾屬於短暫之干擾」或是「猥褻無須身體碰觸」等法律見解，由於這些問題並非本節所欲處理，有興趣者可參考本章第三節，



儘管在判決中，仍有許多舊時代的遺緒，例如「性慾的滿足」等，然而繼續看下去如「以其他性主體為洩慾工具」其實在某種程度上，也象徵著對於原本僅是一句空話（滿足性慾）的字句，開始進行內容填充<sup>43</sup>。又例如在該判決中，也開始帶入性/性別侵害與性環境之不受干擾狀態等差別，顯見法院也開始意識到性/性別議題，對於這些案件的重要性。而之所以選出此則判決，係因本判決為最高法院首次嘗試進行此種論述，但於此之後，也可以窺見類似的見解<sup>44</sup>。

### 第三項 猥褻的歷史軌跡

我國刑法歷經多次修法、釋憲以及重大爭議性案件，猥褻的定義也在這其中產生一些變化。雖然從單一個案無法覺察其見解的改變，但從一個個判決累積，還是可以看到一些趨勢。

於本節，我們可以發覺，隨著妨害性自主罪章的修正以及性騷擾防治法的增訂，判決從原先注重社會風俗、妨害風化的走向，漸漸地走向個人，亦即無論是在證據證明方法或是定義的說理，犯罪被害人的情況及意見越顯重要。而這似乎也反映了法院實務對於性自主概念有更深入的了解，並將這情況表現在判決理由。

然而是否真是如此？雖然有許多事情會改變，但總有些事情是不變的，這點反

---

或參閱歷審判決：臺灣新北地方法院 97 年訴字第 4721 號判決、臺灣高等法院 98 年上訴字第 2657 號判決、最高法院 100 年台上字第 4745 號刑事判決。

<sup>43</sup> 當然，究竟這些填充內容是否合適或可否成為可靠判準則是另一個問題了。此處僅是點出法院轉變之過程。有關性自主之形成過程，請見本文第四章的論述。

<sup>44</sup> 其後相類似的「洩慾工具論」與「性平和說」之實務判決，例如：最高法院 101 年台上字第 308 號刑事判決、最高法院 101 年台上字第 4978 號刑事判決、最高法院 101 年台上字第 6601 號刑事判決、最高法院 101 年台上字第 6683 號刑事判決、最高法院 102 年台上字第 736 號刑事判決、最高法院 102 年台上字第 1069 號刑事判決、最高法院 103 年台上字第 2312 號刑事判決、最高法院 103 年台上字第 4527 號刑事判決、最高法院 104 年台上字第 1135 號刑事判決、最高法院 104 年台上字第 1859 號刑事判決、最高法院 104 年台上字第 1571 號刑事判決等，族繁不及備載，但可以發現，越到後面其實這種說法就越為常見。

應在猥褻的判決上也是一樣。其中一件不會改變的事情是和強制性交間的拉扯；一般而言，猥褻既是性交的反面解釋<sup>45</sup>，似乎不會有範圍模糊的問題。但是，實務見解也不斷提到：「猥褻與姦淫，僅行為之程度不同而已，欲達姦淫之目的，必須經過猥褻之階段。<sup>46</sup>」因此，在猥褻既遂和強制性交未遂間，應該適用何者即成為問題。而這個問題，並非修法所產生的問題，而是修法前便已有此爭議<sup>47</sup>，但新修法卻未能加以改正。

其次，即便猥褻本身意涵已有鬆動的情況，實務判決仍然死硬地抱著「刺激或滿足性慾」這樣的核心定義。如此的定義也說明我國實務所採取的「性道德」論述，依舊在「性自主權」的脈絡之下潛藏著。而這，同時也影響著性交和性觸摸罪的互動。事實上，隨著性交和性觸摸罪的修法，猥褻的疆界因而有所變動，但其內在本質，依然處處可見性慾乃至於性道德的影子。而這，也將從下面的介紹與比較中，略知一二。

## 第二節 性交、猥褻與性觸摸

在理解了猥褻的歷史脈絡後，開始進入實務與學說的爭議之前，我們必須先了解一下我國刑法對於猥褻的界定，尤其當此概念和「性交」、性騷擾防治法中的「性觸摸」產生碰撞時，便有可能發生邊界模糊的問題；事實上，無論是前面的猥褻定義或再往下看得實務學說爭議，我們都會發現，許多實務上的爭端都是源自於應當適用何者的爭執（其中尤以猥褻和性觸摸罪之區辨為大宗）。因此，

<sup>45</sup> 便如同之前不斷提到的猥褻定義「除姦淫（性交）以外」，所以可說猥褻是性交的反面解釋，關於兩者的界定問題，請詳見本章下一節。

<sup>46</sup> 例如：最高法院 105 年台上字第 1312 號刑事判決、最高法院 101 年台上字第 6675 號刑事判決、最高法院 100 年台上字第 2736 號刑事判決等。

<sup>47</sup> 甚至有學者認為，修法後反而令兩者的界線更加模糊，見林東茂(1999)，前揭註 30，頁 76-77。雖然氏所批判的 88 年修法，然按照該文之內容：「實務上必須區辨並且證實，行為人的手指即將觸擊他人臀部，究竟意欲何為；這樣，才能斷定到底是強制性交未遂或是強制猥褻。換言之，『探觸行為人複雜的主觀世界，會成為實務上必須面臨的工作』。」應該可以合理推斷，即便是在 94 年刑法第十條修正後，還是免不了遭氏所批判的命運。

本文理當先就此三者為一概略性的說明。而由於猥褻的定義和脈絡，已在前述著墨甚深，故類似的東西不再贅述，本章將以性交和性觸摸罪之介紹為主，最後再來進行三者的比較。



## 第一項 性交

### 第一款 從姦淫到性交

從民國二十三年刑法制定至八十八年前，我國將非法的性交行為，定名為「姦淫」，故而當時的刑法僅有「強姦罪<sup>48</sup>」，其用語為「姦淫」。其時，不僅刑法中不僅沒有對於性交的定義，便是對於姦淫，一開始也並無明確的看法，而是由學說和實務逐漸建構。對於傳統的實務與學說而言，姦淫係指男性對女性不法的性交行為而言，而此種性交只限於兩性生殖器之接合，若是同性間之性行為或是口交等非屬兩性生殖器之接合者，都只算猥褻而非性交<sup>49</sup>。

以上是姦淫的行為與主客體方面，而就法益來說，強姦罪雖是規定在妨害風化罪章，然大多數的學者均認為，由於舊刑法自第 221 條至 230 條均為告訴乃論之罪，因此除了社會善良風俗外，也兼含保障個人法益，以尊重當事人之決意<sup>50</sup>。因此連帶著姦淫一詞，本身也帶有社會倫理與個人侵害的雙重評價面向。

<sup>48</sup> 日本刑法第 177 條「以強暴、脅迫而姦淫 13 歲女子者，處 3 年以上有期徒刑。」我國該條之罪不僅在罪名上與日本刑法第 177 條一致，連在諸多要件，例如「強暴、脅迫」、「姦淫」甚至限定主體、客體之性別等均一致，應為立法之時，即大量參考日本法所致。其實不僅強姦罪有此現象，強制猥褻罪亦有此傾向。有關日本強姦罪要件之問題，請參閱中山研一（2006），《口述刑法各論》，頁 76-77，2，東京：成文堂；岡野光雄（2009），《刑法要說各論》，頁 68-69，5，東京：成文堂；伊東研祐（2011），《刑法講義各論》，頁 76-78，東京：日本評論社；前田雅英（2011），《刑法各論講義》，頁 153-155，5 版，東京：東京大學出版會。

<sup>49</sup> 此點其實觀察民國 88 年刑法第 221 條修法意旨，即可了解。

<sup>50</sup> 參閱李彥光（2009），《論刑法上性交、猥褻與性騷擾》，頁 18-19，東吳大學法學院法律系碩士論文論文。

## 第二款 刑法第十條對於性交的修訂



由於「姦淫」本身隱含男女私合、影射不正當性關係等意思，為維護男女平權，讓主客體不帶有單一性別的限制<sup>51</sup>，遂於民國八十八年與九十四年修正刑法，除了將 221 條至 229 條之 1 增列並移至妨害性自主罪章，並將原強姦罪改成強制性交罪，同時改姦淫為性交，並於歷經二次修法後，在刑法第十條第五項即規定性交定義：

「稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：

- 一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。
- 二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為<sup>52</sup>。」

至此，性交首先在規範對象上，已不再限定主體為男、客體為女，甚至，兩者皆為同性別亦屬可能；易言之，在規範對象上打破了性別框架，認定無論性別皆有可能為加害人或受害者。其次，在行為上雖仍是以「性侵入」行為為主，但加入了「接合」行為，以淡化男女支配/從屬關係。第三，也不限於雙方性生殖器之接合，如果是一方性生殖器與口腔或肛門等其他身體部位甚至是與物品之接合，皆屬之<sup>53</sup>。簡而言之，對於性交的修法，係以當事人的性自主為基礎，而藉

<sup>51</sup> 有關其意旨，請參閱民國八十八年修法理由。

<sup>52</sup> 本條「非基於正當目的」與「使之接合」，為 94 年修法時所增訂，依修法理由，「非基於正當目的」係為了和醫療等正當目的所區隔，然便有學者批評，除了該「正當目的」，本來就是類似於刑法上的「業務上正當行為」，根本不用多加贅詞外，何謂「正當目的」也曖昧不明，例如夫妻間的性交難道就不是刑法上的性交？而相反的，不以結婚為目的的合意性交反而是刑法上要規制的性交？實難想像。而「使之接合」在尚未刪除「進入」等詞語之前，仍不免有「支配/從屬」之觀念，實對於兩性關係沒有正面幫助。關於相關批評，請詳閱李茂生（2003），〈論刑法修正草案第十條有關性交的定義〉，《台灣本土法學雜誌》，46 期，頁 145-154。

<sup>53</sup> 有認為此種非屬於男女間性器接合的性交行為為「常態性行為」，而與男對男、女對女、口交、肛交等「變態性行為」等相區分，見林山田（1999），前揭註 30，頁 31-32。惟多數學說雖對本次修法有其他方面的批判，但對於此次性交定義之擴張，仍基於性自主的立場而肯認之。請詳閱蔡碧玉（1999），前揭註 30，頁 44-45；許玉秀（2002），前揭註 41，頁 310；李茂生（2003），

由擴張規範對象與行為之認定，也擴大了性交的適用範圍<sup>54</sup>。



## 第二項 性觸摸罪

性觸摸罪為性騷擾防治法第二十五條第一項所規定：

「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<sup>55</sup>。」

性騷擾防治法之立法目的，便如同本章第一節所言，係為訂立一部不分場域均不受他人來自性方面侵擾的法律。而所謂性的侵擾(亦即該法中的「性騷擾」)，依照該法第二條之定義<sup>56</sup>，應指的是在刑法所規定的性犯罪之外，所做出具有性意涵的交換或敵意行為，而此行為，因具備性別歧視的性質，而有侵犯個人人性尊嚴之虞<sup>57</sup>。

而在實務上，對於性騷擾的理解也就像之前判決所提及：「…係指帶有性暗

---

前揭註 52，頁 145。

<sup>54</sup> 其實在該修法歷程中，配合性自主概念修法的事例不僅性交之定義，例如強制性交罪與強制猥褻罪中「至使不能抗拒」要件之刪除乃至 97 年第 5 次刑庭決議「違反當事人意願不必和強盜脅迫等方法相當」等，均在宣示重視當事人意願之重要。

<sup>55</sup> 本條尚有第二項，為第一項告訴乃論之規定，由於和本處所討論無甚相關，暫且不表。

<sup>56</sup> 性騷擾防治法第二條規定：「本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，且有下列情形之一者：

一、以該他人順服或拒絕該行為，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。

二、以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。」。

<sup>57</sup> 學說上稱此交換或敵意行為，為「利益交換型的性騷擾」與「敵意環境型的性騷擾」，此種分類方式，係出自於美國法上對於工作環境發展而來。請參閱焦興鎧（1999），〈美國法院對工作場所性騷擾判決之發展〉，《台大法學論叢》，28 卷 3 期，頁 35-36；盧映潔（2009），前揭註 27，頁 217-218。

示之動作，具有調戲之含意，讓人有不舒服之感覺，行為人具有性暗示而調戲被害人之意，以滿足調戲對方之目的，屬性騷擾之犯意<sup>58</sup>...。」簡單來說，就是帶有性暗示或性意涵的行為中，未達性侵犯的感覺，而僅有令人感到不舒服之感。所以無論是程度上，或是法益侵害來說，均不如性犯罪等為性自主侵害如此程度，而毋寧是兩性平權意義下，對於性別歧視之預防與宣示<sup>59</sup>。

但無論性騷擾的定義為何，在性觸摸罪中，其主觀要素的特性，仍需客觀行為將其定性並加以明確化。於本罪中，「親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為」或有其爭議，然因為不管是行為或是對象方面都尚屬具體而問題不大<sup>60</sup>。真正有問題的還是在於「不及抗拒」此一要件。

「乘人不及抗拒」係指出其不意而偷襲，此要件原先訂立的目的即係與強制猥褻罪相互區辨而補強制猥褻罪之不足<sup>61</sup>，照理而言，兩者無論是在目的、手段及適用範圍上，皆有所不同。然就因為修法之時，並未與強制猥褻罪有明確的區別，加之其後九十七年第五次刑庭決議，將強制性交及猥褻之「強制」手段不限於與「強暴脅迫」等程度相當，故而兩者更難分辨，而這也是下面所要討論之問題，即性交、猥褻、性觸摸罪之區辨。

<sup>58</sup> 請參閱本章第一節，判決引自最高法院 96 年台上字第 6736 號刑事判決。

<sup>59</sup> 性別歧視，就如同前面所說，在於防止要求性取悅(sexual favor)為往來的代價，和構築對女性不友善之環境，其根本定義的意義在於反對以性作為資源分配的工具。從此點來看，其重點並非「侵害」本身，而在於環境的塑造。有關於性別歧視之論述，請參閱許玉秀(2002)，前揭註 41，頁 311；高鳳仙(2001)，〈性騷擾之法律概念探究〉，《法令月刊》，頁 高鳳仙(2001)，〈性騷擾之法律概念探究〉，《法令月刊》，52 卷 4 期，頁 267-268。

<sup>60</sup> 此問題在性觸摸罪本身問題不大，但在和強制猥褻之區辨中，卻常陷入是否該當於猥褻的問題。例如便有判決為區別二者而創出「足以引起性反應部位」和「一般社交碰觸部位」，以區別猥褻(前者)和性觸摸(後者)。但其實看判決仍是無法了解兩者區別的標準為何。相關見最高法院 101 年台上字第 6642 號刑事判決。

<sup>61</sup> 性觸摸罪制定之用意，為針對當時的「強吻案」，個別判決認為強吻乃國際禮儀所致。雖然立法之時，即有認為若該法訂立，恐和刑法有相混淆之問題，且相關案例其實以刑法加以處置即可，然立法委員在婦女團體的壓力下，仍堅持修訂，僅刪除「違反意願」之部分，故而區分兩者的方法，除了主觀要件，似僅剩「不及抗拒」此一要素。相關立法歷程，詳見吳燦(2008)，〈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，頁 244，蔡碧玉司長與秦慧珠委員談話內容之部分。



### 第三項 難分難捨的三角關係：性交、猥褻與性觸摸

雖說是性交、猥褻和性觸摸罪三者之區辨，實際上我們可以將其輕易地分為兩組：即性交與猥褻、猥褻與性觸摸。易言之，其實真正有混淆之虞的不過就是猥褻和其他二種概念<sup>62</sup>，因此，本文也將以此兩組概念為單位分析，試圖去論述其中（主要是判決中）的差異性。

#### 第一款 性交與猥褻

強制性交罪與強制猥褻罪中的性交和猥褻，無論是作為一種概念或是行為態樣，由於其保護法益相同，均是針對性自主的侵害，同時在刑法第十條中的定義，讓性交和猥褻的區分都較為簡易。也因為實務上對於猥褻係「性交以外」的定義，我們大概可以這樣理解性交和猥褻：即在行為上，性交指的是具有性器接合的行為，此處性器接合，指的並非兩性生殖器，而僅要一方生殖器與其他身體器官或器物等皆可；相對地，猥褻則是無此限制，僅要求除性交之外的一切含有性意涵（或稱性慾）之行為。

在行為上，或許的確可以將猥褻視為性交的反面界定。然則，兩者的關係不僅此點不同；由於猥褻並無一定的行為可供特定，因此，實務上習慣以「滿足或刺激性慾」的方式去界定猥褻<sup>63</sup>；因此，若行為人所為，不合於此種目的，便有

---

<sup>62</sup> 而也有學者認為，性騷擾(或性觸摸罪)由於重點是保護女性免於受到性別歧視，在本質上與性交和猥褻不相當，應無法比較，而在此種意義上，性交和猥褻也僅是一種技術性的區分。然本文以為，該學者所言固有其道理，然基於三者之行為態樣、保護法益之相近以及現今實務判決所衡定的裁量標準，三者仍有比較之實益。關於該學者的見解，請參閱許玉秀（2002），前揭註 41，頁 311。

<sup>63</sup> 當然，此點仍有所爭議，便如本文在緒論中所提及的案例，雖然法院已承認行為人無滿足性慾之目的，但依然該當猥褻。而相反的案例如最高法院 102 年台上字第 962 號刑事判決，於該案中，由於法院認定行為人以聽診器壓胸是醫療行為，不具「滿足性慾的意圖」，故不認為

可能不構成猥褻。但在性交中，由於行為已足夠特定，所以並不額外要求「刺激或滿足性慾」之要件。



然若兩者區分如此明確，那實務所爭為何？事實上，爭點之所在往往在於強制性交未遂和猥褻既遂之區別而言。以實務判決為例，實務上認為：「刑法上之猥褻行為，係指性交以外足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言。如行為人基於對幼女性交之犯意，並已著手實行構成要件之行為，縱未完成其目的，仍應成立對幼女性交未遂罪，而不得僅論以對幼女猥褻罪。<sup>64</sup>」亦即，兩者之區別以「犯意」而論，若以性交犯意而為之，且已達強制性交著手，則以強制性交來論；反之，若以猥褻犯意為之，則以強制猥褻論。

上述方法乍看清晰，然則，主觀犯意藏於被告心中，外人無從得知。因此，除了被告口供外，著手理論的選擇及適用則對兩罪的形成影響甚大<sup>65</sup>。雖然著手問題饒富趣味亦深值探討，惟和本文主旨關聯甚微，故無法深入討論。於此，僅在於說明行為人行為外觀是否達到實務所謂著手之程度，可能也會對於性交與猥褻的判斷達到一定程度的影響力。

因此，綜合而論，從上述我們大致可以區別性交與猥褻：首先在法益侵害方面，僅有程度的差異而無本質上的不同；其次在於行為，性交由刑法第十條第五項所特定，而猥褻並無此行為上的特定；最後，也由於猥褻沒有行為上的特定，只好以「刺激或滿足性慾」加以限制其適用範圍，而這是性交所無之額外限制。

---

是猥褻。

<sup>64</sup> 原審判決請參閱：臺灣新北地方法院 98 年訴字第 415 號判決、臺灣高等法院 98 年上訴字第 3230 號判決、最高法院 100 年台上字第 2736 號刑事判決。

<sup>65</sup> 以學說為例，採主觀說或客觀說的著手理論，可能便會有不同的結果，尤其在 A 下藥 B 迷姦(或猥褻)的案例中，可能在主觀著手理論中，下藥之時，風險已然失控；但在客觀理論者的眼中，性自主法益風險危殆化之時點，似乎能再往後置之。而此時，在這中間為猥褻行為，在無法探究當事人心中真意的情況，得否成立強制性交，似乎便得視其所採的著手理論而定。有關主觀著手理論，請參閱黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，頁 486-488，4 版，台北：元照。

而在客觀上達猥褻既遂之情形，是否有性交未遂，則是個別著手理論之不同而有所差異。



## 第二款 性觸摸與猥褻

性騷擾乃至於性觸摸罪作為一種性別歧視的預防與宣示，和性交、猥褻等以侵害<sup>66</sup>為核心，在本質上即有所不同，此點前面已然提及。但在實務上有何區別的標準？實務判決除了對於被害人造成前述「被侵害的感覺」與「不舒服的感覺<sup>67</sup>」之差異外，是否具備「滿足及刺激性慾」，成為兩者間的重要區辨理由<sup>68</sup>。例如最高法院 105 年台上字第 1443 號刑事判決即認為：「前者乃行為人為滿足自我之性慾，而以其他性主體為洩慾之工具，後者則意在騷擾觸摸之對象，不以性慾之滿足為必要。」

然而也就像是許多文獻所說的，此種依循判例與個案衡量的言詞，並無太多實證研究或心理學佐證，因此實務上若想要尋求科具體客觀的辨別標準，便僅能朝另一條路邁進，即性觸摸罪中的「不及抗拒」之要件，與強制猥褻中的「不能抗拒」乃至於「違反意願」要件，兩者進行比較衡量<sup>69</sup>。

<sup>66</sup> 性交猥褻等以侵害為核心自是無疑，然問題是，此侵害的本質究竟是性犯罪還是暴力犯罪仍不無疑問；亦即，此侵害之目的是為了（如判決所言）「滿足性慾」還是一種以支配或憤怒為中信的犯罪？此探究其實不僅在犯罪矯治有其作用，也對於犯罪的定性和本質論上有其價值，而此方面的討論，將於本文第三章及第四章會有更詳盡的介紹。關於認為性侵害的本質並非滿足性慾的文獻，請參閱法思齊（2007），〈論性侵害犯罪之本質與修正〉，《月旦法學雜誌》，145 期，頁 96-112。

<sup>67</sup> 請參閱本章第一節之內容，判決見最高法院 96 年台上字第 6736 號刑事判決。

<sup>68</sup> 但此種理由的論述，除了以被害人的心理狀態為基底，或者是法官個人對於判例之認知或個案的自由心證外，似乎不常見到科學化的證明性慾存在。類似觀察見陳慈幸等著（2007），〈強制猥褻與性騷擾要件法律心證標準之比較研究〉，《亞洲家庭與性侵害暴力期刊》，3 卷 2 期，頁 46-48；盧映潔（2009），前揭註 27，頁 217-218。

<sup>69</sup> 有研究認為臺灣判決區分強制猥褻與性騷擾的心證標準，為侵害性的大小、碰觸行為之長短，以及強制力的大小為準。惟本文不完全採之。本文以為，若可將上述三種標準加以量化，並以「大數據」加以統計分析，或能得到如此結論，然可否量化已然有疑，其次，若我們分析各判決的裁判理由，便會發現法院所採納之論據，並非如此。例如碰觸行為長短，其實僅是在證明「有無」強制力，而非強制力的大小，而即便是觸碰行為之時間長短本身，也並非時間短便必然不成立強制猥褻，仍須視「整體行為」而定（例如最高法院 104 年台上字第 1571 號刑事判決）。有關相



性觸摸罪中的「不及抗拒」要件，其內涵應該是指乘他人猝不及防的時候，採取騷擾行為而論；易言之，被害人雖有意識（因為此點而與對於無意識之人為犯行的刑法第 225 條乘機性交罪有所不同），然因事發突然或行為時間過於短促而沒有察覺；也因此，「不及抗拒」之核心概念也就在於被害人的自由意思尚未有受壓迫之感<sup>70</sup>。此點和要求違反當事人意願的性交、猥褻，可說是最大的不同。

而也因為這樣的概念，實務上為了要區分性觸摸與猥褻，便必須在個案中說明什麼情況是違反當事人意願，而怎麼樣的情況是猝不及防<sup>71</sup>。為此目的，實務上便創出一些「客觀的標準」，其中，最常拿出來討論和引用者，即「時間短暫說」。

此說的原本之初衷在於，藉由時間短暫一事，來佐證行為人係「出奇不意乘隙為短暫之觸摸，尚未達於妨害性意思之自由，而僅破壞被害人所享有關於性、性別等，與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態<sup>72</sup>。」然而，時間長短本身是否能夠證明被害人無所知悉，已然有疑，更遑論法院判決書中，明確出現襲胸十秒、舌吻五秒<sup>73</sup>等「精確時間計算」，現實生活中是否能夠如此精確，更是成為輿論

---

關研究對談灣判決心證的分析，請參閱陳慈幸、林明傑、胡書原等三人合著（2007），前揭註 68，頁 49-50。

<sup>70</sup> 關於性觸摸罪「不及抗拒」更詳細之要件定義，請參閱郭棋湧（2005），〈論強制觸摸罪之構成要件（二）〉，《法務通訊》，2270 期，頁 3-6。

<sup>71</sup> 而就如本章第一節介紹我國猥褻判決的轉變之處一樣，在過去沒有性騷擾防治法與性觸摸罪的時代，如遭遇時間短暫、當事人尚未意識到的騷擾行為時，法院也可能便以強制猥褻罪加以相繩，其中的顯例如第一節所介紹過的最高法院 90 年台上字第 7167 號刑事判決，另外如臺灣彰化地方法院 90 年訴字第 16 號刑事判決，該案係行為人騎車從旁經過時，忽然抓旁邊騎腳踏車女生的胸部，即驅車離去的案例，若是在性騷擾防治法制定後，應該當性觸摸罪，然該判決仍判以強制猥褻罪成立。

<sup>72</sup> 例如最高法院 104 年台上字第 1571 號刑事判決。

<sup>73</sup> 前者襲胸案第一審雖判無罪，然隨即遭二審反盤，而有罪定讞。請見臺灣彰化地方法院 96 年訴字 25 號判決、臺灣高等法院台中分院 96 年上訴字第 2374 號判決；後者舌吻案也同樣是一審無罪，而二審就改判的案件，請見台灣彰化地方法院 97 年訴字第 712 號判決、臺灣高等法院台中分院 97 年上訴字第 1747 號判決、最高法院 97 年台上字第 6465 號判決。

譁然的眾矢之的<sup>74</sup>。



雖然襲胸十秒或舌吻五秒等敘述並非一般社會大眾所認知的那般荒謬，但從上述的案件事實及其一二審的認定不一致中，我們的確也可以體會到二者在個案中分辨的困難。按理，兩者既然在本質上和上位概念中已有如此區別，似乎不應該如此難以辨別才對。但或許問題的答案，正是因為我們對於猥褻的本質，即性自主或性道德的概念，依然所知甚微。因此，本文接下來，將在第三章與第四章，企圖去了解其意涵，以尋求一更好的解決方案。但在此之前，且讓本文以符合刑法要件脈絡的方式，繼續挖掘強制猥褻罪中的疑難雜症，並借鏡學說的見解，看看是否能有妥適的解答。

### 第三節 光與影的交錯—實務與學說上的猥褻爭議

前面本文從猥褻的歷史沿革、定義，以及和性交、性觸摸罪等區辨，來分析探索其中的問題。然而在探討犯罪是否成立時，最直接而具體的方法，還是從犯罪構成要件中去判斷。

我國學界與實務目前所採的刑法理論通說，仍是以構成要件、違法性、責任等三階體系為主要架構。其中構成要件作為特定事實是否構成犯罪的判斷依據，和違法性、責任等作為例外排除犯罪構成之性質，有所不同。可以說構成要件作為第一步篩選事實之步驟，在犯罪構成的判斷上為最重要的檢驗手段<sup>75</sup>。

---

<sup>74</sup> 在當時的報導中，多以負面評價描述其判決，例如蘋果日報 2007 年 8 月 29 日的標題，即以〈襲胸十秒判無罪〉為題，並在內文中批判法院見解違反社會大眾認知，關於該報導，詳見蘋果日報網路報導，網址：

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20070829/3770417/>，最後到訪日期：2017/01/26。

<sup>75</sup> 參閱謝開平（2010），前揭註 23，頁 92-93。

刑法第 224 條對於強制猥褻的要件規定了「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，而為猥褻之行為者」。若我們將其加以分析，大致可分為幾個部分：即作為行為客體的「男女」、行為之方法手段如「強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法」和構成要件行為<sup>76</sup>本身之「猥褻行為」等，以上為該罪的客觀構成要件。而主觀要件雖然未見於條文中，但學界和實務界普遍承認需具強制猥褻的故意，此事應無疑問。有疑問者係實務上所言「滿足性慾」之行為人內心主觀傾向是否為本罪要件？以下的討論，便會循著行為客體、行為手段、構成要件行為，以及主觀上的故意和傾向等四點進行問題的探索與說明。

#### 第一項 行為客體：未成年男女？

我國刑法針對強制猥褻的客體，以「男女」代之，實際上這便是已包含所有人，無怪乎有學者會認為此為累贅之規定<sup>77</sup>。然問題是，對於未成年男女是否也是同樣看待？

有此問題是因為我國刑法第二百二十七條對於未滿十四歲以及十四歲以上未滿十六歲的男女為猥褻行為，有即便未違反意願也要處罰的特殊規定<sup>78</sup>。雖然該罪主要是針對未違反意願<sup>79</sup>的情況，而對於未滿十四歲以及十四歲以上未滿十六歲的男女為猥褻行為，且違反其意願的情形有第二百二十四條之一的規定，表

<sup>76</sup> 有關於行為分成「行為手段」以及「構成要件行為」，兩者分別獨立，且未達成其中一者即不構成犯罪之「雙行為犯」之介紹，請見林山田（2008），《刑法通論（上）》，頁 258-259，10 版，台北：元照。

<sup>77</sup> 參閱盧映潔（2016），前揭註 21，頁 390。

<sup>78</sup> 刑法第 227 條第二項：「對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。」；刑法第 227 條第四項：「對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑」。

<sup>79</sup> 但也有認為，在違反意願的情況下，也會成立本罪，僅是因為和第 224 條之 1 產生法條競合而未適用本罪。相關見解請參閱林山田（2006），《刑法各罪論（上）》，頁 246，5 版，台北：元照。

面上似無適用上的困難。但實際上除了是否違反意願本身在個別案例難以認定的實際問題外，第二百二十七條究竟為何要規範合意而為猥褻行為之情況？這可能才是問題的核心。



刑法第二百二十七條與未成年男女為性交猥褻罪，其規範目的一般均認為是在於保護幼年男女的自我身心健全發展。申言之，在本罪當中，未滿一定歲數年齡之男女，其性自主是否受到尊重並非重點，甚至可說在某種程度是忽略其性自主的追求，而認為未滿一定歲數之幼年男女尚無對於性有足夠成熟的認知判斷可言。

而這樣的法益論述若和刑法第二百二十四條之一綜合觀之，則會展現出非常有趣的樣貌，即一方面在與未成人性交猥褻罪中，認為未滿一定歲數之少年對性之自主性認知不足，而不予考量；但在另一方面，卻第二百二十四條之一中，重新重視起未滿一定歲數之少年的性自主決定權。也就是說，若我們合理解讀立法者對於少年或幼年人的想像，即會是：這些少年們所說的「要」未必是「要」，但其說的「不要」就一定是「不要」。但這樣的講法是否合理？如果我們要統一對這些幼年、少年人的保護論述（即以「對他們好」的這種講法），而非性自主權，那對於第二百二十四條強制猥褻罪之客體，是否應在立法論上考慮廢除未滿一定歲數之少年，而專由刑法第二百二十七條處斷，即非無討論的空間<sup>80</sup>。

事實上，和我國強制猥褻罪立法模式相近的日本，無論是強姦罪或是強制猥

---

<sup>80</sup> 但很不幸的，我國在輿論壓力下似乎反而逆向操作。於最高法院 99 年第 7 次刑庭會議中，決議 7 歲以下的兒童，無論是否得其同意，對其為性交猥褻行為，一律判處加重強制性交猥褻罪。究竟為何保護青少年身心發展等同於違反性自主？此實是耐人尋味。關於此號決議相關批判，請參閱盧映潔（2010），〈意不意願很重要嗎？評高雄地方法院九十九年訴字第四二二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議〉，《月旦法學雜誌》，186 期，頁 164-173；鍾慶禹（2010），〈未成年男女的性與不幸：評最高法院 99 年第 7 次刑庭決議〉，《臺灣法學空中法學教室》，1 期，頁 9-15。

褻罪，均在條文中直接加入了「13 歲以上」此一要件<sup>81</sup>。而對於未滿十三歲者所為之猥褻行為，無論是否違反其意願，皆成立第一百七十六條強制猥褻罪<sup>82</sup>。雖然日本的立法模式，並未在普通刑法中為未成年男女特別設置如我國第二百二十七條的規範，但在其第一百七十六條的規定中，似乎更容易將性自主與對未成年人之保護分開而不致混淆。而日本為達成此目的，更是有其他配套如兒童福利法第三十四條第一項針對兒童「淫行<sup>83</sup>」之處罰、兒童買春等處罰法、青少年保護育成條例等，擴大了對於青少年性方面的特別保護<sup>84</sup>。

總而言之，我國強制猥褻罪的客體規定雖未有年齡限制，而以第二百二十七條專條處理的方式，雖表面上看來更重視兒童及少年的身心保障<sup>85</sup>，然卻在第二百二十四條之一加重妨害性自主之處，帶入兒童及少年保護的概念，讓性自主和兒童及青少年身心發展保護因此發生模糊<sup>86</sup>。

## 第二項 行為手段：其他違反意願的方法？

在民國八十八年修法前，對行為人的強制手段要求與強盜罪相當，均是須達

<sup>81</sup> 日本刑法第 177 條強姦罪之規定請參考本文前揭註 48，而日本刑法第 176 條有關強制猥褻之規定「以強暴、脅迫手段而對 13 歲以上之男女為猥褻行為者，處 6 個月以上 10 年以下有期徒刑。對未滿 13 歲之男女為猥褻行為者，亦同。」亦即日本刑法以 13 歲為一標準，而僅在十三歲以上才要求要有強暴脅迫等違反意願之方法。

<sup>82</sup> 於日本實務案例中，即便是對未滿 13 歲之男女為強暴脅迫之猥褻行為，也會適用第 176 條的案例，見最決昭和 44 年 7 月 25 日 刑集 23 卷 8 號；前田雅英（2011），前揭註 48，頁 148；西田典之（2012），《刑法各論》，頁 6 版，東京：弘文堂。

<sup>83</sup> 淫行（いんこう），係指性交或性交類似行為，如口交、肛交等行為，見前田雅英（2011），前揭註 48，頁 147。

<sup>84</sup> 但此種特別保護，是否符合憲政主義，也成為了日本實務和學說爭執的對象。請參閱西田典之（2012），前揭註 82，頁 107-108

<sup>85</sup> 但即便如此，在年齡的限制上，除了未滿十四歲之人，還加入十四歲以上到未滿十六歲之人的保障，其實不太清楚這個年齡區段的青少年究竟為何有特別需要保護的地方。如此規定恐令法條顯得瑣碎而無實質意義。相關批評參閱林東茂（1999），前揭註 30，頁 74。

<sup>86</sup> 本文並非反對對於未成年男女採取物理強制方法時採取加重處罰，畢竟即使僅採兒童及青少年保護說，也可能認為對其的強暴、脅迫手段，可能危害其身心發展。本文是反對我國刑法在概念上由於此種法條安排模式，使兩者混淆。或許更好的方式是在 227 條後面，加入物理強制的加重處罰，以及致死傷等加重處罰。如此一來或許可以在概念上較容易區分性自主與青少年身心發展保護。

到「至使不能抗拒」的程度<sup>87</sup>。然而，便如同八十八年的修法理由指出，原條文中的「至使不能抗拒」，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因為需要「拼命抵抗」而造成生命或身體方面更大的傷害，因此，於該次修法時便已刪除此要件。然刪除之後，馬上會面臨的問題即是：行為人所為的行為需到什麼程度？是否需與條文前面的「強暴、脅迫」等相當？

實務在過去一向認為，雖然不必到「至使不能抗拒」，但至少要到達與前述「強暴脅迫」等要件相當的程度才稱得上強制而具有可罰性<sup>88</sup>。但在「襲胸十秒」、「舌吻五秒」等社會輿論後，最高法院迫於壓力做出了九十七年第五次刑庭會議之決議後，實務見解也逐漸轉向，認為只要「達於妨害被害人之意思自由者，即合於「違反其意願」之要件。」而「不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要<sup>89</sup>。」

然而這樣的說法除了可能會造成本章第二節所說的，和性觸摸罪產生疆界模糊的困難外，更大的問題可能會是，如此的見解可能讓本條原本的「強暴、脅迫」等強制手段失去意義<sup>90</sup>。按假若違反意願無須強制，則如詐欺等有瑕疵或受欺罔的同意，是否也會成為該條所處罰之標的？對此，雖然學說多不予認可<sup>91</sup>，但實務判決卻似乎認為詐欺而為猥褻等，得該當強制猥褻罪<sup>92</sup>。但如此一來，便等同

<sup>87</sup> 88年修法前刑法第224條第1項：「對於男女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而為猥褻之行為者，處七年以下有期徒刑。」

<sup>88</sup> 例如最高法院96年台上字第6736號刑事判決即認為在增訂了性騷擾防治法以後，為了和性觸摸罪加以區別，強制猥褻的違反意願應是程度較高的態樣，「是本條所謂「其他違反其意願之方法」，似應指行為人仍應有與條文列舉之所謂強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓制被害人性自主決定權，始足當之……。」

<sup>89</sup> 例見最高法院99年台上字第233號刑事判決、最高法院102年台上字第2886號刑事判決、最高法院102年台上字第2646號刑事判決。

<sup>90</sup> 參照盧映潔(2016)，《刑法分則新論》，增訂11版，頁365-368，台北：新學林。

<sup>91</sup> 參照林山田(2006)，前揭註79，頁224-227；盧映潔(2016)，前揭註90，頁369。

<sup>92</sup> 例如最高法院101年台上字第1087號刑事判決即在一宗教騙色案中認為「刑法第二百二十一條第一項之強制性交罪，係為保護性自主權法益而設，性交必須絕對尊重他方之意願，無論出於法文所列舉強暴、脅迫、恐嚇之非和平方法，抑或催眠術之和平手段，尚包含其他方式，祇要違背他人之意願，罪即成立，是倘利用藥劑或以怪力亂神為藉詞，致使他人任令或聽從而性交，無異壓抑或剝奪他人之性自主權，違反他人原始意願，該當於「違反其意願之方法」之構成要件。」

於擴張了由強暴、脅迫所構築的侵害程度，等於承認遠比其侵害程度低的行為態樣亦有可能成為本罪處罰的對象。但這是否合理，實不無疑問。



於日本刑法中，雖然條文與我國相近，但由於沒有類似的法院決議存在，因此學說和實務上，目前多半仍認為縱然無須到無法抗拒的程度，但至少也要到達明顯難以抗拒的強制程度，而此重點在於那種可以壓制反抗和給予心理壓力的暴行與脅迫本身<sup>93</sup>。

### 第三項 構成要件行為之一：碰觸身體的才是猥褻？

於我國實務，過去一向以「碰觸身體」為猥褻的必要要件<sup>94</sup>。如本文第一章所引述的第一個案例便是如此。然而，也正如本文於該處所述，這樣的看法近 5、6 年來已非實務上的通說。雖然於多數情況，碰觸身體的猥褻案例占我實務大多數比例，但只要涉及到未碰觸到身體的猥褻案例，如強行拍攝裸照等皆認為亦屬猥褻行為<sup>95</sup>。

但這並不表示此爭議已不復存在，正如本文所引 105 年的判決，一直到最近都仍有認為碰觸身體才算猥褻的見解出現。這或許並不完全只是實務判決蕭規陳隨、沿襲舊規的結果；事實上，即使在學說中，雖然目前大多數的見解都是站在

---

類似案例在性交和猥褻中可能會有所不同。騙色案在強制猥褻中並不多見，而在強制性交案中較常見。但由於在性交案例中，可適用我國刑法第 229 條詐術性交罪，而猥褻案件無此等條款，故而，法院於性交案會傾向認為沒有強制性交而為詐術性交；但在猥褻案中，則如同此案，因沒有類似條款適用，而僅能認定為「違反其意願」而判決強制猥褻該當。

<sup>93</sup> 大谷實（1994），《刑法各論的重要問題》，頁 125，新版，東京：立花書房。

<sup>94</sup> 於過去實務，若未有肢體碰觸（甚至嚴格至性器或敏感部位碰觸）僅能判以強制罪。例如司法院 82 年刑一廳字第 7626 號法律問題座談會即針對行為人強迫被害人觀看自己自慰之情形應如何處斷。最終研討結果以該行為「並未對乙女（編按：被害人）加以猥褻之積極行為」而不該當強制猥褻罪，而僅能判處強制罪。

<sup>95</sup> 相關實務見解，請詳閱前揭註 10；另外也有相當邊界的案例，例如：行為人將被害人衣服脫去觀看，法院認為此「脫去衣物並觀看裸體」的行為，已符合猥褻的要件，見最高法院 99 年台上字第 5756 號刑事判決；或是隔著衣物的非直接碰觸肢體，也算是猥褻，見最高法院 99 年台上字第 3246 號刑事判決。

維護性自主的立場，但即便如此，這個問題同樣也是眾說紛紜。



在認為無需身體接觸的見解當中，有採「客體說」者，認為猥褻的重點在於使他人淪為行為人的性客體，故而在此種定義下，是否有身體上的物理接觸並非重點，重點可能在於將他人當成自己滿足性慾的工具<sup>96</sup>。而另一種雖然同樣也是認為身體接觸不必要的見解，卻也同時認為「滿足性慾、引起性慾」等說法是不必要的；其認為既然性犯罪的重點在於性自主的維護，那麼重要的應當是被害人是否受到侵害，故而只要客觀上該行為有性意涵、被害人性自主遭受侵犯即屬之，至於滿足性慾與否、物理上是否接觸身體在所不論<sup>97</sup>。而另一方面，雖然同樣是「客體論」、「工具論」者，但卻認為在妨害性自主的意義上，猥褻和性交應都是一種為了滿足性慾而有身體接觸的行為<sup>98</sup>。

若我們參考他國法，其中和我國最為相近的日本法在此問題上，其解釋似乎較為統一。在實務上，有著名的案例脅迫女性拍攝裸照亦屬於猥褻行為<sup>99</sup>，而不限於身體接觸。雖然該判決之重點在於「其意不在滿足性慾，而在於報復或其他目的者，不構成猥褻」這點。但學說也認為因為重點在於滿足性慾，所以是否碰觸身體在所不論<sup>100</sup>。總而言之，在此問題上，雖然可能均是站在保護當事人的立場，但隨著對於性自主解釋的不同，結論也有所差距。

<sup>96</sup> 許玉秀(2003)，「從『強吻案』談刑法上的猥褻概念」研討會發言，《台灣本土法學雜誌》，第42期，頁112-113。

<sup>97</sup> 盧映潔(2003)，前揭註6，頁95-98。

<sup>98</sup> 黃惠婷(2011)，前揭註24，頁65-66。然而氏在該文中，其實並未明確說明為何必須要有身體接觸才是妨害性自主或滿足性慾，故而甚難分辨其所指的究竟是狹義的身體碰觸，抑或是如學者許玉秀所言的「親密身體接觸」，不以物理碰觸為限。我們僅能從該文所引的例子，以及該文後面的兒童立法建議中，去推敲認定其應該是指狹義的身體碰觸。

<sup>99</sup> 最決昭和45年1月29日，刑集24卷1號；另外，如果是在滿足性慾的意圖下，強迫拍攝男女性交照片之行為者，便該當日本刑法第176條強制猥褻罪。請參閱東京高判昭和29年9月29日。

<sup>100</sup> 前田雅英(2011)，前揭註48，頁149-151。而這種見解，和我國學者許玉秀之見解似可說是十分相似。

#### 第四項 構成要件行為之二：猥褻是主觀還是客觀？



猥褻為主觀或客觀的問題，可說從緒論開始，便不斷的迴盪在本文每個段落。事實上此疑問和下面的性欲傾向要不要論，可說是本文最核心的追問<sup>101</sup>。誠如第一章所言，此疑問的由來，源自於實務向來之定語。由於一開始的「客觀上刺激他人性慾、主觀上滿足自己性慾」的要求，讓猥褻似乎必須同時滿足主觀和客觀要件方得成罪<sup>102</sup>。

但也正如本章第一節所說的，隨著時代的演進，猥褻的定義漸漸也有客觀化的傾向。意即，除了要求客觀上有刺激或誘起他人性慾外，不再要求滿足自己性慾此一主觀要件的判決也逐漸增加<sup>103</sup>。然而這個爭議卻不因此平息。除了實務上依然普遍使用前述的傳統定語外，學說上對此問題也有爭議。

除了與實務一致的傳統見解外<sup>104</sup>，多數學說均認為，由於新修法後，強制猥褻已從妨害風化轉變為注重個人法益的妨害性自主，因此猥褻行為的重點應在於侵害性自主與身體控制，意即對於個人身體的支配，若以此角度理解，則是否滿足或刺激行為人之性慾，則應非重點<sup>105</sup>。但即使同樣是從個人侵害出發，也有學從基於性自主權之保護與性犯罪之制裁，係基於行為人將他人當成工具以滿足自

<sup>101</sup> 本處和下面的問題雖然都有主觀層面上的考量，兩者看似相似，但本處所整理的主要是猥褻行為定義的問題。而下面故意與傾向的部分，卻是行為人本身的主觀意思構不成犯罪的問題。在概念上兩者仍有差異，故有分別討論之必要。

<sup>102</sup> 事實上，以行為人主觀決定行為定性是否合理實有疑義，例如最高法院 102 年台上字第 962 號刑事判決，認為以醫療意圖所為之行為，不屬於猥褻。但事實是兩名被害人遭聽診器在胸口「聽診」五分鐘，已有遭侵害之感，如此狀況下，如何區分猥褻？憑藉行為人主觀意圖決定是否合理？實值得探討。另一則相近的判決見最高法院 100 年台上字第 6313 號刑事判決。

<sup>103</sup> 相關判決除了本章第一節所引的案例最高法院 99 年台上字第 3850 號刑事判決外，最近的判決例如最高法院 105 年台上字第 599 號刑事判決、最高法院 103 年台上字第 2359 號刑事判決、最高法院 103 年台上字第 2312 號刑事判決、最高法院 102 年台上字第 2700 號刑事判決等，皆僅要求客觀上足以引起性慾即屬猥褻。

<sup>104</sup> 林山田（2006），前揭註 79，頁 545；蔡墩銘（2007），《刑法精義》，頁 376，2 版，台北：翰蘆；林東茂（2016），《刑法綜覽》，頁 71-72，8 版，台北：一品。

<sup>105</sup> 甘添貴（2015），《刑法各論（下）》，頁 255-256，4 版，台北：三民；陳子平（2015），《刑法各論（上）》，頁 2 版，台北：元照；盧映潔（2016），前揭註 21，頁 388-389。

己的慾望，而使被利用者因而感到被侵犯，因此猥褻行為仍需足以滿足或刺激性慾之要件<sup>106</sup>。



然而即便採取純然客觀化的立場，仍有許多問題仍待解答。而所謂的「客觀上引起性慾」究竟是引起誰的性慾？如最高法院 103 年台上字第 1254 號刑事判決即認為，合意接吻「依社會通念，並不會引起對方性嫌惡感，客觀上即非屬色慾之一種動作，不應被評價為猥褻之行為。此與以違反其意願之方法為接吻之行為者，不應等同視之。」意即，在此判決中，引起被害人的性嫌惡感等同於色慾行為。在此等意義下，引起性(色)慾，似乎變成引起被害人之性(色)慾。但性嫌惡感是否等同於性慾一事，已然有疑，更遑論引起被害人性慾之見解，實可說極不合乎情理。

雖然多數實務判決與學說所認為的客觀，意即「社會一般人之健全常識<sup>107</sup>」，是較為合理的說法，但如果對於性自主或性本身沒有得以說服人或統一的認識，那麼這個「社會通念」又如何不會淪於學者所批判的「法官自己的觀感<sup>108</sup>」？

#### 第五項 故意與傾向<sup>109</sup>：性慾傾向要不要論？

行為人主觀上需不需要具備性慾之傾向，乍看下固然和上述有雷同之處，然

<sup>106</sup> 許玉秀（2002），前揭註 41，頁 309；雖然從脈絡上來看，氏似乎是贊成實務見解主客觀同一說的看法，但是定義中的「足以」二字，仍有可能採完全客觀化的解釋，例如實務判決最高法院 102 年台上字第 2700 號刑事判決，便認為無需主觀上滿足，僅需客觀上「足以」滿足即可。是以此處，氏的見解仍有反向解釋的空間。

<sup>107</sup> 實務判決如最高法院 103 年台上字第 2359 號刑事判決、最高法院 103 年台上字第 2312 號刑事判決；學說如陳子平（2015），前揭註 105，頁 241。

<sup>108</sup> 林志潔（2007），〈誰的標準？如何判斷？刑法第二三五條散布猥褻物品罪及相關判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，145 期，頁 93。本篇主要在批判的是散布猥褻物品罪的猥褻定義模糊，但其實此批判放在此處一樣適用。

<sup>109</sup> 於國外(特別是日本)，主觀要素的層次一直都是問題，有學者將其放在責任層次；亦見同時出現於主觀構成要素(傾向犯、表現犯等)和責任層次(故意)(淺田和茂，刑法總論·補正版，頁 124-127、297 以下)。然而本處為了和我國刑法通說接軌，暫且把主觀要素一律擺在構成要件進行討論。

而，在刑法要件的層次上，本處屬於行為人對於事實的認知，為主觀要件。而上述則是猥褻行為的構成是否受到行為人主觀影響，雖然也有主觀感受的問題，但重點仍是猥褻行為本身，故而在層次上兩者有所不同。



我國刑法第十三條規定：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。」也就是說，對於所有犯罪而言，行為人對於犯罪事實的認識和意欲是必要的。

然而，除了故意以外，還有些犯罪可能存在著「超出構成要件該當事實的認識之主觀要素」這樣的要件存在。於是，日本刑法學說遂利用解釋學發展出如目的犯、傾向犯等有別於原本故意的特殊主觀構成要件要素<sup>110</sup>。例如目的犯即是在原犯罪行為外，另有一目的的行為；如偽變造貨幣罪中，無論我國或是日本皆須具有「行使」之目的<sup>111</sup>，若不具此目的，則縱或有偽造之行為亦不該當本罪<sup>112</sup>。

而日本實務上被當成傾向犯典型的強制猥褻罪，則為另一種超過原先故意的主觀要素類型。此種類型和目的犯不同之處在於，傾向犯雖有超過原先故意之內心傾向，惟此種傾向並未有如偽變造貨幣罪中「行使」之目的行為。亦即，雖然在客觀上僅有一行為，但對行為人而言，除卻原本應具有對此行為之認識外，尚須具有其他的意圖，方成立本罪<sup>113</sup>。若以強制猥褻罪為例，則是行為人滿足性慾

<sup>110</sup> 其實最早的傾向犯來源，可能是從德國學者メツガー(E.Mezger)以降之客觀違法性論所支持的主觀違法要素出發，見阿部純二(2000)，〈強制わいせつ罪における性的意図の要否〉，《現代刑事法：その理論と実務》，11期，頁22-23；淺田和茂(2007)，《刑法總論》，頁124-125，補正版，東京：成文堂。

<sup>111</sup> 我國規定在刑法第195條，其要件為「意圖供行使之用，而偽造、變造通用之貨幣、紙幣、銀行券者」；而日本刑法規定在第148條，其規定為「以行使之目的，而偽造或變造通用之貨幣、紙幣或銀行券者」。雖然用語上也些許殊異，但均應指涉行為人除故意以外的主觀意思。

<sup>112</sup> 例如以欣賞或教學為目的者，即不該當本條之目的。見盧映潔(2016)，前揭註21，頁287；淺田和茂(2007)，前揭註110，頁125。

<sup>113</sup> 淺田和茂(2007)，前揭註110，頁126-128。

與否為其額外的主觀要素判斷<sup>114</sup>。



雖然我國與日本實務皆偏向接受強制猥褻罪需要行為人「滿足性慾」等額外主觀傾向之見解，但無論我國或是日本，強調性犯罪為對個人性自主之侵害，因此不該要求行為人滿足性慾的性意圖不要說，越發成為有力學說<sup>115</sup>。

之所以實務會認為需要滿足或刺激性慾等要件，除了猥褻的行為並未特定，需要額外心理要素加以限制外，另一個原因即在於，過去將其視為和社會善良風俗有關之犯罪，故而重點會擺在其滿足或刺激性慾的猥褻行為，對於社會善良風俗的破壞與違反<sup>116</sup>。

因此於我國，不僅有學者從修法、法益的轉變論述，認為強制猥褻罪之猥褻概念應著眼於個人的侵害與性自主的保障，從這個角度來看，個人是否滿足性慾即不應該是成罪於否的標準<sup>117</sup>。更有學者參考德國立法模式，認為妨害性自主犯罪並非因為行為人之主觀意圖所給予其負面評價，而是因為一個外觀上具有「性之關聯」的「性的行為(sexuelle Handlung)」，侵害到個人性自由與身體控制權而言<sup>118</sup>。亦即，藉由「性行為」與「性的行為」之區分，性的行為不再和受精、生育畫上等號，性自主權因而減少其社會機能性而獲得強化。因此，在追求個人性

<sup>114</sup> 日本實務常舉為例子的便是前面介紹過的最決昭和 45 年 1 月 29 日，刑集 24 卷 1 號，於該例中，雖然拍攝裸照屬於猥褻行為，然而由於行為人出於報復意圖，故而不該當本罪。而台灣最為相近的例子則為本文一開始所引的案例二，即最高法院 103 年台上字第 2416 號判決；但有趣的是，雖然同樣是以報復為目的，但該案法院卻在本案判決中，否認滿足性慾意圖之必要。可說是本文目前看到唯一採此見解的判決。

<sup>115</sup> 我國例見甘添貴(2015)，前揭註 105，頁 255-256，增訂四版，台北：三民；陳子平(2015)，前揭註 105，頁 241-242；盧映潔(2016)，前揭註 21，頁 288-289；日本例見大谷實(2015)，《刑法講義各論》，頁 111，4 版，東京：成文堂；前田雅英(2011)，前揭註 48，頁 152；川端博(2010)，《刑法各論概要》，頁 91，2 版，東京：成文堂。

<sup>116</sup> 陳子平(2003)，前揭註 6，頁 89-90

<sup>117</sup> 甘添貴(2015)，前揭註 105，頁 255-256；陳子平(2015)，前揭註 105，頁 241-242。

<sup>118</sup> 盧映潔(2003)，前揭註 6，頁 97-98；李聖傑(2003)，〈從性自主權思考刑法的性行為〉，《中原財經法學》，10 期，頁 32-34。

自主權保障的此等意義下，行為人主觀不再是判別成罪與否的標準<sup>119</sup>。

目前，誠如前述，雖然有不再認定行為人主觀要素為判別標準，而僅從客觀情勢出發而成罪之判決。然此爭議可以預想，依然會在實務與學說繼續爭執，而這要解決此一源頭，可能仍然必須從性道德與性自主權的認知著手。

#### 第四節 小結—寬鬆認定的趨勢與待解的謎團

本章從三個面向來介紹並探討強制猥褻罪的問題：即實務判決中的猥褻用語、猥褻與性交及性觸摸罪定義之區辨，以及從要件入手的實務學說問題整理。


在這三個部分當中，第一部分從猥褻判決歷史出發的用語整理，或許可說是脈絡最為清晰的部分。從長遠且眾多的判決長河中，我們可以很容易發現其客觀化、個人法益化、以及性自主概念深化的趨勢。但即便如此，似乎也無法解決蘊含在定義中的內在矛盾：亦即「性慾」本身，成為其難以解答的疑惑。

而從「性慾」所引發的問題，到了第二節，也就是和性交、性觸摸罪的區辨處時，更為明顯。一方面，藉由「滿足性慾」與否之要件，猥褻因而和性觸摸罪擁有截然不同的概念與定義；然而在另一方面，由於對於性乃至於性慾、性道德等皆未有足夠的認識與研究，讓這些概念與定義淪於抽象的空中樓閣，最終還是僅能按照客觀上的「難以抗拒」或「不及抗拒」等行為態樣進行區分。但即便有客觀行為，也因為上位概念的模糊，使得區分更顯困難。

而本文在第三節之處，所列舉的不同要件所產生之問題，雖然有些似乎和「猥

---

<sup>119</sup> 李聖傑(2003)，前揭註 118，頁 33-34；然而由於修法後德國新進學說較少討論行為人的目的或傾向，因此在概念上甚難了解是針對猥褻行為的定義本身或是單純主觀要件的問題。



褻」定義本身乃至於性慾等，並無相關。然若仔細推敲各爭點，應可發現大多數的問題，依然環繞在性慾和其保護法益，亦即性自主法益之周遭。以該節第一點為例，雖然是客體的問題，但其涉及的是性自主權的保護射程（什麼年齡才認為有性自主決定權？）以及其與兒童和少年身心保護的輕重爭執。類似的問題也出現在第二點和第三點，前者在於性自主的「自主」程度，為何和其他自由有所殊異；而後者則是因為對於如何保護性自主的認知不同而有所爭論。而更別提第四點和第五點，均是修訂為性自主罪章後，新法益對舊有「性慾」解釋之衝擊。

若更仔細去分析各要件的爭議以及歷年判決，會發現雖然在猥褻與性交和性觸摸罪的疆界上，隨著修法而迭有變化，但就其本身的認定上，卻越趨於寬鬆認定。亦即隨著「性自主法益」對於個人意願的看重，不僅在「是否接觸身體」、「強制或違反意願」等問題讓步。連「滿足性慾是否為必要」都產生疑問。因此搭配上第一節的演變歷程，我們便可發覺，在強制猥褻的實務操作歷程中，是一逐漸寬鬆認定猥褻的過程。而其中所產生的疑問，實基於對性現象沒有統一而深刻的認識所產生的疑惑。

言至於此，大致可以發現，本章的內容雖是對於實務上猥褻定義的概括介紹，但實際上更重要的功用在於提出問題。正如本文於第一章所言，只有點出問題我們才有辦法加以解決。因此，於本章便是藉由強制猥褻歷來判決的整理以及學說的爭論，來點出我國目前所遭遇的問題，也就是對於性自主以及性慾未盡了解的部分。接下來的章節，將會進入另一種猥褻，亦即「妨害風化罪章」之猥褻，並將其與強制猥褻進行比較，試圖找尋其中的判決脈絡。

### 第三章 妨害風化罪章之猥褻概念與其區辨



「她躺在那兒雙手動也不動地扶著他賣力抽送的身體，無論她怎麼表現，總覺得自己的靈魂好像在頭頂上巡視，他那腰腿驅動的抽送看起來蠻可笑的，他的陰莖急欲達到高潮高潮的微微洩精現象看起來很滑稽。沒錯，這就是愛，荒謬彈衝的臀部，以及迅間萎縮成可憐的、卑微的、溼答答的陰莖。這就是神聖的愛！現代人鄙視這種表演是對的，因為那就是一場表演。某些詩人說得好，創造人類的上帝一定有惡作劇的性格傾向，祂既將人創造成理性的動物，但又使人們以如此可笑的姿勢就位，要他們盲目地從事這種表演。連莫泊桑都察覺到這令人汗顏的掃興行為。人蔑視性交，卻又付諸行動。」……

D·H·勞倫斯《查泰萊夫人的情人》<sup>120</sup>

性行為，或有關於性的舉措，在許多的文化和社會都被視為是羞赧而令人難以啟齒的。自然，對於此類性活動的描述文類（包含文字和圖畫等）也成為難以公開而必須私下傳閱的秘密<sup>121</sup>。即便是現今社會，此種「傳統」依然存在。甚至可能更為嚴重地，我們對於違反此種「傳統」者，藉由國家之手，給予程度不一地懲罰，正式地讓羞赧成為一種罪<sup>122</sup>。於是我們界定它為色情、為猥褻。

然而有趣的是，人類的言行，以及文學、藝術甚至教育、醫學等似乎向來無法輕易和性、肉體等劃清界線，而隨著多元發展成為社會的主流價值，個人表現自由成為普世認定的基本人權，文學、藝術等也同樣成為人類社會健全發展之必

<sup>120</sup> D.H.Lawrence (著)，胡依嘉 (譯) (2002)，《查泰萊夫人的情人》，頁 234。台北：小知堂。

<sup>121</sup> 例如世界各地皆有的春宮圖以及房中秘畫等，而中國古代，則流行於道教房中術的書中以及大家閨秀的秘畫，相關文獻，見劉達臨 (2004)，《性史圖鑑》，頁 230 以下，台北：八方。

<sup>122</sup> 於是乎，通過西方文化與法學的傳播與吸收，原本東方的「恥感社會」似乎也開始朝向基督教式的「罪感社會」移動。有關恥感社會與罪感社會的論述，請見 Ruth Benedict (著)，呂萬和、熊達雲、王智新等 (譯)，《菊與刀》，頁 320-324，台北：笛藤。

須。此時，應當如何看待人類言行與文學、藝術當中的性即成為問題。

要討論這個議題，首先，我們至少可以將其切割成兩個問題，而兩者彼此相互影響。第一，這些展現於人類言行、文學藝術之中的性是不是色情/猥褻？第二，如果是色情/猥褻，應當如何處理？可以說公然猥褻罪和猥褻物品罪所要處理的事情就是這兩件事。於前者，必須先界定猥褻的範圍；我國法律實務利用大法官解釋和判例，建構了一套有關猥褻的論述和定語（容下述），然而此種論述也如同前面強制猥褻罪一般，由於現實的需要以及時間的轉移，逐漸地變化其原本的面貌；而後者，則是在確定為猥褻行為或物品以後，對於其他要件の確認。而在公然猥褻罪和散布猥褻物品罪中最常見者，即為「公然性」的要素<sup>123</sup>。

正如同強制猥褻罪的其他要件和猥褻之間的關係，在公然猥褻罪和散布猥褻物品罪中，雖然看似不相關，但其實均猥褻的意涵互為影響。但和強制猥褻罪不同的是，對他人所造成的心理意願違反程度低微，甚至在許多案例當中完全沒有違反其他人之意願。而這又會對於猥褻的論述和實務運作產生什麼影響呢？基於這些問題，本章將從公然猥褻和猥褻物品罪的概念以及實務的演進開始，再進展到和強制猥褻罪的關係當中，來觀察兩者在論述和實務操作中的變化。

## 第一節 妨害風化中的猥褻概念及演進

### 第一項 猥褻行為與猥褻物品的猥褻

我國對於妨害風化罪章中的猥褻，在實務中有類似的定義，亦即在「客觀上

---

<sup>123</sup> 若進一步分析，在公然猥褻中，時常被拿出來爭執以及被當成是無罪理由的就是「在公開場所」「意圖供人觀覽」之要件；而猥褻物品罪在大法官釋字第 617 號解釋出爐後，則常爭執軟蕊是否具有「適當隔絕措施」。兩者其實都是對於「公/私」領域間的一種標準界定。

足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述連結，且須以引起普通一般人羞恥或嫌惡而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限。

<sup>124</sup>」此種定義也就是所謂的「猥褻三要件<sup>125</sup>」：1. 刺激或滿足性慾、2. 有害一般人正常的性羞恥心、3. 違反善良的性道德。然而，雖然在刑法體例安排上，我國刑法第二百三十四條公然猥褻罪和第二百三十五條散布猥褻物品罪均為妨害風化罪章，保護法益相同，均為「善良風俗與性道德<sup>126</sup>」，且在猥褻用語也類似，但在學理上，兩者仍有許多差異之處。

首先，在指涉的對象方面，刑法中仍分別規定了猥褻行為和猥褻物品等兩種不同的要件。由於其指涉的對象不同，有學說從此處認為二者在要件上實屬不同概念<sup>127</sup>；易言之，就前者而言，屬於刑法構成要件的「構成要件行為」，所扮演者之功能為刑法評價和判斷之基礎；而後者，則屬於「行為客體」，則是行為所攻擊之目標，兩者在刑法規範功能上有所殊異<sup>128</sup>。

另外，也有從法益的實質內涵角度認為二者不同者，認為公然猥褻之猥褻，

---

<sup>124</sup> 請參閱大法官釋字第 617 號解釋。雖然該號解釋係針對刑法第 235 條之猥褻物品而言，但於該號釋字中，並非如釋字第 407 號解釋清楚指涉猥褻物品，而僅定義「猥褻」二字。事實上，此定義或可追溯自司法院院字第 2033 號解釋、最高法院 63 年台上字第 2235 號判例等實務解釋，這些都是猥褻物品和公然猥褻行為定義不分的判例。而其後，我們更可從個別的判決中觀察到兩者的類似。以近期判決為例，例如在公然猥褻罪中，即有臺灣高等法院 104 年上訴字第 639 號刑事判決「所謂「猥褻」，乃指足以刺激、挑起或滿足行為人或他人性慾，且有害於一般人正常之性羞恥心、違反善良之性道義觀念者而言」；而猥褻物品罪則如臺灣高等法院 103 年上易字第 1610 號刑事判決：「又上開文字之內容，在客觀上確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，而屬猥褻文字。」等。

<sup>125</sup> 請參閱陳子平（2015），《刑法各論（下）》，頁 448，2 版，台北：元照；其實，此種定義，也如前文所說，深受日本刑法的影響，日本刑事實務也以此原則為猥褻定義，有關日本之定義，請參閱謝煜偉（2016），〈淺談日本性刑法及近期修法動向〉，《月旦刑事法評論》，3 期，頁 41

<sup>126</sup> 事實上，妨害善良風俗的內涵為何？甚至其是否可以成為一合理適當的法益都有爭議，本處僅在說明公然猥褻罪與散布猥褻物品罪之間猥褻概念的差別，至於妨害風俗的法益問題，請見本文下一節的說明。關於妨害風化罪章之修法說明及正當性疑義，則可先參閱黃榮堅（1999），〈刑法妨害風化罪章增修評論〉，《月旦法學雜誌》，51 期，頁 81-92。

<sup>127</sup> 請參閱林慈偉（2012），前揭註 8，頁 23-24。該文主要是比較強制猥褻罪和猥褻物品罪之概念不同。然從其上下文脈絡，也可以導出在行為客體和行為方面，猥褻物品和公然猥褻罪之猥褻有類似的可比性。又除了行為客體與構成要件行為之功能不同外，該文也從法益角度認定兩者不同。而這也和下面部分學說的講法有類似之處。

<sup>128</sup> 請參閱林慈偉（2012），前揭註 8，頁 26-27。

所處罰者為「行為人刻意顯露於公眾的縱慾態度，並足以激起一般理性人的公憤<sup>129</sup>」。申言之，該氏認為公然猥褻不在於處罰「誘起他人性慾之行為」，而在於侵犯到一般人對於性方面不願見到的視覺侵擾。事實上，不限於公憤，只要是有關於性而一般人感到羞恥、厭惡等受侵擾的「防止強制入目」，有學說也肯認其為本罪的保護法益或為比較合理的選項<sup>130</sup>。

至於散布猥褻物品罪之猥褻，其所保障的法益在學說的討論上較為多元。除了傳統實務學說所認為的「性道德之確保」外，多數認為應以「青少年的身心發展」作為法益的實質內涵較為妥適<sup>131</sup>。亦即，規範猥褻物品，並非禁止一般成人自願地接觸，因為猥褻物品對一般成年人而言不一定會造成傷害，若要論傷害，應是防範未成年人接觸後所造成的身心影響<sup>132</sup>，申言之，色情影像產品容易讓青少年對性產生偏差及不正確的認識，進而對其未來的兩性交往和在性方面的態度都可能產生負面影響，更甚而可能會模仿色情影片之內容，諸如強暴等情節，不可不防<sup>133</sup>。除了上述兩種，尚有一種看法從性自主的角度出發。認為限制的目的是避免人被視為發洩性慾的工具而成為物化的客體。因為猥褻物品所傳達的是「人可以成為性客體」的價值觀，也因為此種價值觀的傳達，此種資訊應該被限制，而我國散布猥褻物品罪正是為了防止此種價值之傳達而設的<sup>134</sup>。

<sup>129</sup> 請參閱林東茂（2003），前揭註 6，頁 81。

<sup>130</sup> 請參閱盧映潔（2003），〈「猥褻二部曲」：論公然猥褻罪〉，《月旦法學雜誌》，102 期，頁 240-241

<sup>131</sup> 請參閱黃榮堅（1999），前揭註 126，頁 86-87；林東茂（2003），前街註 6，頁 80；陳子平（2015），前街註 125；另也有學者採類似見解，認為以此為法益有其正當性，惟該氏認為以刑事規制的必要性有所疑慮，見林志潔（2007），前揭註 108，頁 94-95。

<sup>132</sup> 請參閱黃榮堅（1999），前揭註 126，頁 86-87。然而該氏同樣提醒讀者，目前依然沒有足夠的實證研究可以證明，青少年及兒童在觀看過猥褻資訊與讀物後必然會對其身心有不利之影響。見黃榮堅（2006），〈棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋〉，《台灣本土法學雜誌》，89 期，頁 60-61。

<sup>133</sup> 請參閱黃榮堅（2006），前揭註 132，頁 67-68。

<sup>134</sup> 請參閱許玉秀（2003），〈妨害性自主之強制、乘機與利用權勢-何謂性自主？〉，《台灣本土法學雜誌》，42 期，頁 18。此說雖然合理，且已頗為具體，但仍應注意相對應的批判，亦即，既然本說從性自主的角度出發，那如果有人自願成為性客體，或自願成為此項資訊的載體與接收者，那是否應予尊重？此項疑問仍有待釐清。相關批判見林志潔（2009），前揭註 108，頁 89-90。

從這裡我們可以看出，猥褻物品和公然猥褻的猥褻行為，雖然在定義和保護法益乍看之下，雖然雷同，但就具體的內涵方面，兩者仍有差異。但從此處我們僅看到猥褻定義的一角；實際上，我國猥褻定義其來有自，一直以來深受實務判決以及大法官解釋影響。因此，以下先從位階較高的大法官解釋開始介紹，並接著說明，在兩號大法官解釋作出後，對於實務判決究竟造成了何種改變。

## 第二項 大法官釋字第四零七號解釋與六一七號解釋

大法官釋字第四零七號解釋與六一七號解釋可說是對於我國猥褻定義深具影響的兩號解釋，除了兩號釋字在內容上是在傳統實務的定義加以延伸變化而具有歷史的關聯性外；即便是猥褻行為相關的犯罪，亦不乏看到判決中，引此二號解釋的內容作為猥褻的概括性定義<sup>135</sup>。因此，介紹此二號解釋可說，無論是對於猥褻行為或猥褻物品而言都有其必要性。

### 第一款 釋字第四零七號解釋

本件解釋的標的，原本係針對行政機關(即新聞局)對於出版法(目前已廢除)第三十二條所稱之「違反妨害風化罪」所做出之標準函釋是否違憲而言。而此便牽涉到刑法第二百三十五條「猥褻出版品」應如何認定的問題。於行政院新聞局81年強版字第2275號函釋中認為「出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪，以左列各款為衡量標準：甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行為者。丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者。丁、刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或

<sup>135</sup> 例如臺灣高等法院高雄分院 99 年上訴字第 1003 號刑事判決雖然是刑法第 231 條媒介從事猥褻行為罪，然而法院仍引釋字第 407 號解釋為猥褻之定義說理；又如臺灣板橋地方法院 99 年度訴字第 2883 號判決，該案為強制猥褻案，法院則以釋字第 617 號解釋為說理。雖然就本文立場而言，強制猥褻和猥褻物品罪之猥褻在概念上相差甚遠，該則判決似有誤用之嫌。然而至少可說明對於實務判決而言，兩號大法官解釋實有其重要地位。

性器官而姿態淫蕩者。戊、雖涉及醫藥、衛生、保健、但對性行為過分描述者」。<sup>136</sup>簡單整理該號函釋大致可發覺其標準基本上就是「和色情有關而足以誘發性欲」之出版品。但這同時引發兩個問題，而本號解釋主要也在解決此二問題；其一、此標準是否足夠明確而達法律明確性原則之要求？其次、即便足夠明確，其所欲保護者為何、以及是否須採取如刑法這樣嚴厲的手段？簡言之，此二問題，一者在於明確性，而另一者在於必要性。

就第一個問題，雖然大法官於釋字四零七號解釋理由書中認為此項標準為例示性解釋，且「附有足以誘發、強調色情、刻意暴露、過分描述等易引起性慾等特定條件，非單純刊登文字、圖畫即屬相當，以協助出版品地方主管機關認定出版法第三十二條第三款有關刑法妨害風化罪中之猥褻罪部分之基準，函釋本身未對人民出版自由增加法律所未規定之限制，與憲法尚無抵觸。…」

然而大法官對於這樣的標準顯然並未如該段文字所述般具有信心，而認為此標準以達具體。該號解釋文在關於猥褻的標準上，認為「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。」亦即其除了刺激及滿足性慾外，其要件還要滿足「引起羞恥或厭惡」而「侵害性道德、有礙社會風化」；申言之，大法官除了原先的引起性慾，又額外增加了兩個要件<sup>136</sup>，其目的就是希望使標準再明確化<sup>137</sup>。同時，為達此目標，本號解釋同時區分了猥褻性言論和教育性、藝術

<sup>136</sup> 這也就是前述所說的「猥褻三要件」，而在日本實務發展的三要件見解，最早可追溯到「週日娛樂事件」。此事件為週日娛樂半月報在其刊物上，刊載名為「好色話の泉(好色大全)」、「其の夜我慾情す(那夜我的情欲)」、「變態女の秘戯(變態女的秘戯)」及「処女の門、十七の扉ひらかる(處女之門，打開十七歲的門扉)」等文章，內容描寫男女性交、性器等並加以販賣。法院經由一審有罪、二審無罪等過程，最終由最高法院定義猥褻三要件，而判定此為猥褻物品而有罪。相關判決，請見最判昭和 26 年 5 月 10 日刑集 5 卷 10 号 1026 頁。

<sup>137</sup> 然而這樣的解釋文同樣無法達到明確化的效果，而導致學說諸多之批評自也不難想像，批評者多以：此定義，無非是以另一種主觀抽象的概念，去形容本來的抽象概念。相關論述詳見孫森焱大法官釋字第 407 號解釋之不同意見書；蘇俊雄大法官釋字第 407 號解釋之不同意見書；李茂生(2002)，前揭註 16，頁 327。

性與醫學性等言論之差別。似乎是認為，應從整體觀察方能決定其特性<sup>138</sup>。

而對於其保護法益為何？本號解釋文中言及，在保障言論自由之同時，須「兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。」其言下之意，似是認為該條所保障者在於「善良風俗」及「青少年身心健康之維護」。抽象的善良風俗所指為何暫且不提，但就援引自德國刑法的「青少年身心健康維護」來看，其規範目的不僅明確具體，且就如同前面曾提及的一般，雖仍有爭議，但已算有其刑法上規制的理論基礎。至於必要性方面，本號解釋於解釋文與理由書中並未多加著墨，但至少其願意承認「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…」所以有關猥褻之認定應隨時代而與時俱進，這對於必要性備受質疑的猥褻物品相關之罪中顯得格外親切。

從上述中我們可發現，作為定義猥褻的第一號大法官解釋，雖在明確性和必要性上或有其未竟之處，然至少就猥褻之法益保護和規範目的上，可看見其清楚的脈絡。而就定義上來說，除了特別點出須和藝術性、教育性以及醫學性言論相區分外，也和過往見解維持其一貫性。可說，此號解釋有其進步性，但在定義上似仍略顯保守。

## 第二款 釋字第六一七號解釋

於釋字四零七號做成後約 10 年內，由於「猥褻」之定義依然模糊難辨而難以操作，又陸續有觸犯刑法 235 條之當事人於終局裁判後提出憲法解釋之聲請，

<sup>138</sup> 本號解釋理由書：「猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。」此種區別觀察法，似乎也和日本實務的整體考察法有相近之處，亦即，文書猥褻性之判斷，應考量該文書整體的露骨和詳細程度、該敘述占文書的比重、文書和性的關聯性、情節、藝術性等事項，綜合判斷。相關判決，見最判昭和 55 年 11 月 28 日刑集 34 卷 6 号 433 頁。

故而大法官又針對該條作出解釋<sup>139</sup>。



首先，仍是定義明確性的問題：本號解釋對於「猥褻」定義有其重要意義，在於其雖然同樣是對於出版品為解釋，卻除去了釋字四零七號解釋那種不斷和出版品掛鉤的假象，逕稱「『猥褻』雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限」，除了重申釋字四零七號解釋的標準外，再一次地充分表達了猥褻本身即充滿不確定性的意涵。

但該號解釋大法官們顯然不甘僅於沿襲舊規，除了上開定義，本號解釋還對於猥褻物品本身做出區分：「刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或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」此種將猥褻物品又進一步分成「暴力、性虐待、人獸交等而無藝術、醫學、教育性價值之資訊和物品」（硬蕊）以及「其他足以引起性慾、令人感覺羞惡」（軟蕊）的作法，其實僅在彰顯（大法官們自己認為）在一般猥褻之後還有更猥褻這樣「一山還有一山高」這樣的事實<sup>140</sup>。但這定義與區分間的規範意義，還是得看背後所欲保護的法益內容為何。

<sup>139</sup> 本案共有兩名聲請人，其一即為著名的「晶晶書店案」之當事人。之所以著名，係因其除了猥褻物品定義上之爭議外，尚有關於同志族群或其他性少數族群之性自由應如何看待的問題。相關爭議，請見林佳儀（2009），《猥褻、性與道德—由晶晶書庫案之爭議談起》，頁 31 以下，國立台灣大學法律系碩士論文論文。

<sup>140</sup> 其實這樣的區分方式除了未見於我國刑法條文外，其概念是否符合憲法意旨而為一具有明確性、合憲性解釋在學說上均有不少質疑與批評，見許玉秀大法官就該號解釋所做出的不同意見書；林子儀大法官之部分不同意見書；林志潔(2007)，前揭註 108，頁 81-82。

本號解釋，大法官認為規範猥褻物品之目的在於「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。」亦即其重點在於「性道德」與「社會風化」。且或許是和釋字四零七號案件聲請人不同有關，本號釋字無論解釋文或是理由書中，都完全沒有提及青少年身心健康之維護。但除卻了青少年身心健康之維護這個法益，僅留下抽象的社會風化與性道德，不僅不明確，也正如學說所批評，以此作為法益，根本無從檢驗個別犯罪規範存在的正當性，事實上也無從作為解釋犯罪類型的指導原則<sup>141</sup>。蓋若以「善良與否」而論，根本沒有犯罪是善良的，那又有哪個刑法條文不是在保護「善良風俗」？因此可以說，保護善良風俗其實並無實質內容可言<sup>142</sup>。更別提所謂的「根據社會多數共通價值所為之判斷」下的善良風俗，所指涉的「多數」為何，又會對所謂的「少數」進行何種程度的箝制了<sup>143</sup>。綜上所述，釋字六一七號解釋可說在猥褻的定義和規範目的上，皆因論述模糊而被學說嚴厲批判。

### 第三款 評析：並未實際變動的「猥褻」定義

從釋字四零七號解釋中，大法官遵循了過往的猥褻定義：「需具備足以引起性慾、引人羞惡，以及違反性道德」等要件。並在此基礎上，加入了和藝術、教育、醫學區別的「整體觀察法」作為操作標準。而到了釋字六一七號解釋，依然是同樣的定義，然而在操作性標準上面卻又區分了「硬蕊」和「軟蕊」兩種

<sup>141</sup> 黃榮堅(2006)，前揭註 132，頁 70。

<sup>142</sup> 黃榮堅(1999)，前揭註 126，頁 86-87；又如果就憲法解釋的角度，假若可以用立法者訂立法律即證立其具有值得保護的善良風俗或道德存在，那大法官即無任何解釋法律的必要。相關論述，請見林子儀大法官該號解釋之部分不同意見書。

<sup>143</sup> 其實，在解釋文中，並非沒有意識到多數暴力的問題，例如在本號解釋文中即有：「除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律或法律授權訂定之命令加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。」然而就像許玉秀大法官所批評的，如果少數族群的性言論在和多數族群碰撞時即遭受禁止之方式壓迫，又如何算得上尊重？又所謂的多數主流價值又經由什麼樣的實證研究或判斷所決定？這些問題沒有解決之前，大法官於解釋文中所言，不過僅為空言。

不同的規範密度。而這樣的標準也如前文所述，並未提供該定義更精準的解釋，反而遭致無明確性亦非合憲性解釋的批評。然而何以致此？本文以為這還是必須回到其規範意義，亦即其保護法益為何進行說明。



在釋字第四零七號解釋中，指出其保護法益係為了善良風俗與青少年身心發展；但到了釋字第六一七號解釋卻僅剩下善良風俗，亦即一般人的性道德之保障。在保護法益空洞的情況下，即使創造再多標準亦顯得蒼白無力。行文至此，這似乎可歸結於釋字第六一七號解釋將青少年身心發展之保護法益去除後，所造成的不明確帶來之後果。但是否真是如此？姑且不論青少年身心發展作為保護法益有何缺點，青少年身心發展是否為該罪，甚至妨害風化罪章所欲保護之內容，便已有爭論。除了有學說認為，妨害風化本質上，所保護的具體法益仍然是性自主<sup>144</sup>以外；實務判決也多否認其為猥褻物品罪所保障之內涵<sup>145</sup>。因此，規範意義在此二號解釋中，在大法官模糊的話語中，顯得似乎有所變動，卻實際上並無什麼改變，而僅在操作性定義，如硬蕊軟蕊等處，提供評量標準。

其實，不能就此認為青少年發展作為保護法益不夠具體，相反地，其可能是規範「猥褻物品」，甚至「猥褻概念」本身重要保障內涵之一，然而在此本文想要闡明的是，作為「性」議題的猥褻，首先要認識的是「性」本身。蓋世上任何事物皆有其獨特性，何以「性」特別讓人羞恥？「性」特別需要保障<sup>146</sup>？這些問題如果不去探討「性」乃至「性現象」，僅泛言「一般人之性道德」恐無甚說服

<sup>144</sup> 黃榮堅(1999)，前揭註 126，頁 86。值得注意的是，該氏認為以青少年身心發展之保全作為法益，亦有其合理性，只是須注意必須是在具體情況中，有侵害其對於性的不良認知與發展(如有模仿之危險等)方得以刑法加以規制。從此看來，青少年身心發展似乎是性自主下所派生之概念。類似見解，可參考許玉秀(2003)，前揭註 134，頁 22 以下。

<sup>145</sup> 例如臺灣高等法院 102 年上易字第 1378 號刑事判決便稱：「惟上開一、二部分皆係以刑法第 235 條係在保護『青少年身心健康之維護』為其論據，然該條之立法目的應係在保護社會之善良風俗，此由釋字第 617 號解釋所稱『適當之安全措施』，係指『附加封套、警告標示或限於依法令特定之場所等』，而非分級制度可明」，類似見解也可見如臺灣高等法院 101 年上易字第 2345 號刑事判決。有關我國實務對於猥褻之見解更詳盡的論述，請見本節下一項的說明。

<sup>146</sup> 如果是在刑法中，則更凸顯此一問題：例如強制性交、強制猥褻罪何以特別獨立於強制罪而成為單獨保障之罪？申言之，性自主究竟比起其他的自由法益多出來的意涵為何？

力道。



因此本文以為上述釋字之所以顯得曖昧不明，實肇因於對「猥褻」之於「性」的意義不明所導致，而這更深一層是，在世界各國大多肯認「性自主」為法益保護之重要概念時<sup>147</sup>，台灣仍謹守「妨礙風化」之名稱，徒具此罪章，但實質意義為何？這恐怕不是去想像一個「社會主體共通的性價值」如此簡單的事情了。

### 第三項 實務中的猥褻

在憲法的層次，我們從上述可以看出大法官是如何試圖去詮釋「猥褻」，又如何的再度使猥褻模糊化。然而，姑且不論大法官解釋對於猥褻定義理論之幫助，在實務操作上，大法官解釋又是如何影響實務運作的發展呢？以下透過近十五年的修法以及判決研究<sup>148</sup>，來觀察我國的法律系統如何自我維持並成長。

#### 第一款 公然猥褻罪

我國針對公然猥褻罪係規定於第二百三十四條，原本在民國八十八年修法前，僅有一項：「公然為猥褻之行為者，處拘役或一百元以下罰金。」但為了處罰所謂的「脫衣舞之表演」等「劣質文化展演」<sup>149</sup>，於八十八年修法後，除了將原本的條文加入「意圖供人觀覽」的要件，也加入了第二項「意圖營利犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一萬元以下罰金。」特別針對牛肉場、脫衣舞等以裸露表演者為處罰對象。此外，也由於第一項加入新的要件而限縮了該

<sup>147</sup> 其實就如同前面所說的，兒童青少年的立法目的，也和性自主決定權脫不了關係，這也是對保護青少年著力最深的德國實務和學說之共識。請參照許玉秀(2003)，前揭註 134，頁 22 以下。

<sup>148</sup> 此處原擬尋求更久遠以前的判決，例如 1999 年刑法修法前的判決內容，若能與其後的判決參照或更有助益。但是限於年代久遠與判決公開化等侷限，筆者力有未逮，僅能尋得一些早期判決的斷簡殘篇，無法全面性的通盤檢討。如果未來能將早期判決網路化，或能補足此一不足。

<sup>149</sup> 請參閱民國 88 年該條修法理由，而此點亦被學者批判無刑法介入必要，應由行政法秩序罰即可，林山田(2006)，《刑法各罪論(下)》，頁 485，5 版，台北：元照。

罪，立法理由認為此為「影響善良風俗甚鉅」，故而提高刑罰至「處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。」



也由於法條如此規定，我們可以清楚將公然猥褻案件分成兩個類型，亦即一般型公然猥褻案與營利型公然猥褻案。前者範圍較廣，從病態性倒錯患者<sup>150</sup>的暴露行為、情侶夫妻等在大庭廣眾的親密舉動，甚至到現今所謂的性騷擾案件<sup>151</sup>等皆有可能落入本罪第一項的討論當中；而後者，規範對象雖然多非立法理由所謂之牛肉場、脫衣舞表演，但其實相差不遠。回顧近幾年有關該類型案例，多半是和酒店脫衣陪酒相關的情事，僅有極少數是例如檳榔攤買檳榔摸乳<sup>152</sup>等案例。

上述此種以營利與否的區分方式，對公然猥褻罪之影響，至少表現在兩個層面：第一、猥褻的定義本身。第二、公然以及意圖供人觀覽之要件。而此二層面雖看似分立，但也互有連帶性。

### 第一目 猥褻的定義

就猥褻的定義本身層面，雖然在一般公然猥褻罪(一項犯罪)和營利公然猥褻

---

<sup>150</sup> 病態「性倒錯」(paraphilias 或譯「性偏好」即一般所稱之「性變態」)，為精神醫學中的一種疾病分類，而暴露症則為其中的一種分類，其有兩種特徵，即 1. 出現強烈性興奮、性衝動或行為，其內容是暴露自己的生殖器為一不疑有他的陌生人面前。2. 此幻想、衝動或行為，造成臨床上的重大痛苦或造成社會功能上之減損。有關此定義，請參照陳慈幸(2011)，〈病態性倒錯之暴露症者刑事處分與處遇〉，《亞洲家庭暴力與性侵害周刊》，7卷2期，頁21。另外需特別注意的是，並非所有性倒錯者都被歸為精神醫學意義下的病患。在精神疾病診斷與統計手冊(DSM-V)中特別說明，必須是造成個人痛苦與損傷等負面效果者，方屬之。此是為了避免將所有「非常態」(non-normative)性行為直接標記具「精神病理」(psychopathological)，有關性倒錯或性偏好在 DSM-5 中的沿革，請參閱薛克利(2012)，〈性偏好症在 DSM-5 的沿革〉，《精神疾病診斷與統計手冊第五版通訊》，2卷2期，頁12 以下。

<sup>151</sup> 此類案件，行為多屬於「突襲式」觸摸他人胸部或其他性器官，而在民國九十四年性騷擾防治法制定後，也多將此類行為歸於性騷擾防治法第二十五條的性觸摸罪來處理。然而，在此之前，此類案件，除了有前述強制猥褻罪之討論外，有許多案例亦以公然猥褻罪定之。例如台灣高等法院 86 年上易字第 119 號判決、台東地方法院 87 年易字第 536 號判決、板橋地方法院 88 年訴字第 1556 號判決皆屬此例。

<sup>152</sup> 例見臺灣高等法院高雄分院 101 年上易字第 1012 號刑事判決。

罪的判決中，其所出現的用字遣詞差異並不大，一般仍是以「三要件」原則為定語。然而就像學說所批評的，既然雙方均為自願，應該對營利性質的表演感到愉悅才對，又何來侵害<sup>153</sup>？事實上實務也並非沒有察覺到這點，因此，在營利型公然猥褻罪的說理上，姑且先不論是否合理，但通常較為充足。

若比較兩種類型猥褻罪之判決即可發現，在一般公然猥褻罪的態樣當中，判決內容多以「裸露其生殖器並為自慰行為之舉止，顯有供人觀覽之意圖，且其所為不僅足以刺激或滿足個人性慾，在客觀上亦足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙社會風化<sup>154</sup>」等帶過，實際上即是完全套用三要件原則，並無實質說理。而在營利公然猥褻罪，則較為繁雜，從妨害風化的意義「以性交方式保存種族固為生物之本能，人類自亦受上開本能之支配，故性之關連行為乃社會存在之根本條件，惟為維繫社會之正常運作，亦必須維護性之道德，而所謂公然猥褻行為，乃有害於社會健全之性感情及善良風俗、破壞社會秩序，故為刑法所禁止之行為，…。<sup>155</sup>」到猥褻的定義本身「被告將內褲全部褪去而露出下體，並爬到客人腿上，客觀上顯與單純展現人體美感因而裸露女子下體、乳房之情形有異<sup>156</sup>。」似乎是將猥褻的標準訴諸於藝術性而為判斷；可說，為了解釋何以在兩相情願的情況，公然猥褻仍要處罰，法官也是費盡了心思。

## 第二目 公然以及意圖供人觀覽

關於公然以及意圖供人觀覽此二要件，可說是實務判決就公然猥褻案最常出

<sup>153</sup> 盧映潔(2003)，前揭註 130，頁 242。

<sup>154</sup> 例見：臺灣高等法院 105 年上易字第 2373 號刑事判決、臺灣高等法院 103 年上易字第 1022 號刑事判決、臺灣高等法院 102 年上易字第 1026 號刑事判決等，然其實族繁不及備載。

<sup>155</sup> 臺灣高等法院 104 年上訴字第 639 號刑事判決，本號判決雖然肯認了妨害風化罪的處罰正當性，但在本案，卻以另一種方式予以無罪，亦即下述的「不具供人觀覽之意圖」。這種論述，似乎可見法院在裁判時的糾結與矛盾。

<sup>156</sup> 臺灣高等法院 104 年上訴字第 897 號刑事判決。有趣的是該判決通篇未出現大法官釋字 407 號解釋，然而卻在判決中，實質地引用了藝術性等釋字 407 號解釋之操作性判準。

現的爭議。此二要件雖分別為客觀與主觀要件，然而，因為行為人主觀感受往往也需要客觀事態加以佐證，因此，在實務判決中，一般而言皆會將公然和意圖供人觀覽畫上等號，亦即若認定為公然的情況，也會認定行為人意圖供人觀覽<sup>157</sup>。而「營利」與否又是如何影響此一公然性的認定？除了原本區域上的區別外<sup>158</sup>（即營利事業本來就多半會在室內隱密處進行），判決對於此種對象為自願之情形，也較容易趨向無公然或供人觀覽意圖之認定。

例如在臺灣高等法院高雄分院 101 年上易字第 1012 號刑事判決中，即以「惟被告並未自其他人處獲取任何對價利益，衡情，自無可能有與相對人為上開猥褻行為，任意供他人觀覽之意圖。」於此案例中，法院認為行為人沒有向除了相對人以外的其他人士收取對價，因此沒有供「他人」觀覽之意圖。此即是認為相對人固然有收取對價，但相對人因自願而不屬於「他人」的範疇。而類似卻更為明確的見解，可以參看例如臺灣高等法院臺中分院 100 年上訴字第 623 號刑事判決，於該判決中認為，因「可觀覽該行為之其他搜證警員及陪酒小姐人數甚少，且得以特定，而該店由服務小姐在包廂內為猥褻行為，無非意在炒熱氣氛以求使包廂內客人盡情消費，當無意使不特定多數人共見共聞店內服務女子拔陰毛以圖營利之意圖。是縱以被告確有在店內拔陰毛之猥褻行為，惟刑法第 234 條第 2 項罪名之成立，必須符合同條第 1 項所定『意圖供人觀覽』及『公然』為猥褻之行為之要件，本件喬裝成男客之警員及陪酒小姐，尚難認係本條文立法意旨所欲保護之『特定多數人』。」亦即，在本案中，因為當事人的自願，而被法院排除於該罪所保護的對象之外<sup>159</sup>。

<sup>157</sup> 但此點並非絕對，如果是在完全開放性場所，則說理上很難當成非公然，於是這時候法院如要判無罪，則通常會採取諸如「地屬偏僻」、「人煙稀少」或「遇人迴避」等事態說明其並無供人觀覽之意圖。類似判決例見：臺灣高等法院 103 年上易字第 1022 號刑事判決、臺灣高等法院 101 年上易字第 1255 號刑事判決、臺灣高等法院 高雄分院 101 年上易字第 1012 號刑事判決等。

<sup>158</sup> 有實證研究即有統計，一般公然猥褻罪之場所，除了交通工具外(約佔 2 成)，大多是諸如候車室、公園等完全開放性之公眾場所。相關研究請見陳慈幸(2011)，前揭註 150，頁 30-31。

<sup>159</sup> 類似見解還有如臺灣高等法院 104 年上訴字第 639 號刑事判決、臺灣高等法院 101 年上



雖然乍看之下，營利的區分標準不過是針對兩種不同犯罪類型的形式化區分。但從猥褻的定義到公然性要素，其實也因為這種區分而有所差異。而差異的關鍵，依照上述的判決，似乎是在於自願與否的差別。誠然，這裡並不是說公然猥褻罪就是在保護性自主等被害人的自我意願；然而無可諱言的是，是否具有被害人、相對人是否自願等情事，很可能是法院在評估是否成罪時的其中一個指標。

## 第二款 散布猥褻物品罪

我國散布猥褻物品罪規定在刑法第二百三十五條，其實從行為要件嚴格說起來，並非僅有「散布」此一要件，尚包含「播送或販賣」、「公然陳列」和「以他法供人觀覽、聽聞」等，以及二項犯罪的「意圖散布、播送、販賣而製造、持有」。但這些行為方法對於猥褻而言並未有太大的影響，真正具有影響力的應當還是前述介紹過的釋字第四零七號解釋與六一七號解釋所提供之判准。而此些判准，對於我國實務之影響，大致可以歸納為下列幾個層面：

### 第一目 「猥褻性言論」與「藝術性、教育性和醫學性」的區分

在本條犯罪的實務判決歷史中，猥褻物品的猥褻定義，和猥褻行為的差距不大，一般還是如同公然猥褻罪一般採取「三要件原則<sup>160</sup>」，也由於早期受到出版

---

訴字第 1248 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 99 年上易字第 1187 號刑事判決等。當然，這並非沒有反例，例如臺灣高等法院 103 年上訴字第 731 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年上易字第 1000 號刑事判決等皆然。但若仔細觀察其中內容會發現，其論述方式，多半強調其公然性，此點和一般公然猥褻罪並無差異。本文在此特別說明的是，因為營利(或是自願)此一要素，讓法院在評量時，需要去額外考量，也更容易因此而予以無罪判決。

<sup>160</sup> 而此點也會和「擬不擬真」有關，例如便有判決認為塑膠陽具與充氣娃娃等模仿性器官之物品「仿男女性器官所製之塑膠製品，與真實男女之性器官明顯不同，尚不足以引起一般人之性慾及厭惡，且該些物品非但合法提供無性伴侶之人適當解決性需求之方式，亦有助於降低性犯罪及色情交易之氾濫，實無認定係猥褻物品之必要。」相關判決，例見：臺灣高等法院臺中分院 100 年上易字第 1456 號刑事判決、台灣高等法院 89 年度上易字第 4536 號判決等。

法等行政法規限制，呈現於大眾之前便已先受審查，所以在刑事法上並未有太大的爭議<sup>161</sup>。因此真正對於猥褻物品定義有實質影響的，也就是兩號解釋的操作性定義。



便如同本文在前一項大法官解釋所介紹的一般，釋字第四零七號解釋因為出版法函釋的關係，特意引出了「猥褻性言論」與「藝術性、教育性和醫學性」的區分。而此種區分，也影響了實務判決在說理時，必須將此類要素包含於判決其中。此些內容除了引用大法官：「猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。」定語外，更重要的是，開始會進行如何為展現姿態之美、如何又為猥褻之實質論述<sup>162</sup>，此點不啻為一種進步。

## 第二目 硬蕊與軟蕊

然而也如同前述，於釋字四零七號解釋做成後，解釋空間的模糊導致許多的紛爭持續不斷產生。而其後釋字第六一七號做成，雖招致諸多批評，但也為實務判決提供了另一種操作性判准，即「硬蕊」與「軟蕊」之區分。如果說，釋字第四零七號解釋所提供的「藝術性」判准還有諸多法官的主觀因素考量，那此號解

<sup>161</sup> 相類似觀察，請見陳子平(2008)〈刑法第二三五條散布猥褻物品等罪之合憲論與違憲論(下)〉，《月旦法學雜誌》，157期，頁182。

<sup>162</sup> 例如，在臺灣新北地方法院 90 年易字第 3445 號刑事判決中，即認為涉案之寫真集：「綜觀其內容，係呈現少女整體之人體美，內中女子所擺設之姿態及裸露身體，或可使一般男性觀後產生遐思，然內中並未有顯示脫離常軌之性行為，亦未見有足以使人引起噁心、下流、厭惡之感、或以刻意強調之手法拍攝性器官或性暗示舉動之內容」於本判決中強調女性姿態之美，並認為此種美不會噁心或厭惡，似是認可其具有某種藝術性質；而與其相對的，例如像是臺灣新北地方法院 91 年易字第 659 號刑事判決：「扣案光碟片中人物有撫摸生殖器官、性交、口交、性行為過程清晰可見，其內容並無含蓄之美，而是將男女之性行為過程完全予以具體的暴露顯現，且其程度已達在客觀上，足以挑起、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，已有礙社會風化等情。」於該案中，則認為含蓄之美為判定是否為猥褻物品的一個要素。申言之，在上述兩個案例中，美與不美此種藝術性要件，被法院轉化為判斷猥褻與否的要件。誠然，此種標準流於主觀，其中也帶有對於性別之刻板印象。但姑且先不論這些批判，光就判決的論述而言，可說已開始會從出版品的整體特性來做實質考量，而非過往流於形式的認定模式，此點可說是一種進步。

釋的硬/軟蕊說，可說是相當的「客觀」了。



由於釋字第六一七號解釋中，將猥褻區分為暴力、性虐待、人獸交等而無藝術、醫學、教育性價值之資訊和物品」的硬蕊，以及「其他足以引起性慾、令一般人感覺不堪或羞惡」的軟蕊，並且將兩者分別處理。意即在硬蕊方面，是只要加以傳布便具有可罰性；而在軟蕊的部分，則是採取適當之安全措施則不具可罰性<sup>163</sup>。也因為如此的區分方式，我國實務判決也多了額外的猥褻審查要件：即先討論所散布的物品是硬蕊或是軟蕊，如是軟蕊，則需多加討論其是否具有「適當的安全隔絕措施」；相對地，若是硬蕊，則無需進行此種判斷。可以說，此種區分方式，是將猥褻隨著程度而加以類型化之判斷方法。此種新增的審查要件，深深的影響我國實務在相關案件有罪或無罪的判斷，尤其在觀察六一七號解釋做成前和做成後的判決比較時更是顯而易見。例如在解釋做成前，並不區分猥褻的輕重程度，只要被認定是猥褻物品通常便成立本罪<sup>164</sup>。但是在解釋做成後，只有暴力、性虐待以及人獸交才得以逕行成立本罪<sup>165</sup>，而大部分的猥褻類型，都必須討論「適當安全隔絕設施」之有無。因此，怎麼樣的情形會是「適當安全之隔絕」便會是法院所討論與判斷的關鍵。

有研究歸納判決，認為法院主要根據兩種標準來判斷有無添加適當安全隔絕

<sup>163</sup> 關於該區分的相關學說批判，請見本章前項的說明。

<sup>164</sup> 這些猥褻物品，通常都是只要為男女性交、裸露性器官的圖畫影片，就會被視為猥褻物品，有時縱然已打上馬賽克，但聲音的傳遞(所謂淫聲浪語)可引起性慾，亦為猥褻物品。例如：臺灣高等法院臺中分院 88 年上易字第 2934 號刑事判決：「有男女撫摸胸部及男女性交等猥褻影像，並有發出淫穢之聲音，雖魔界妖女一片於性交鏡頭有經馬賽克處理，然客觀上仍足以引起一般人之性慾」而這些猥褻物品，在釋字六一七解釋後，其實應均可被視作軟蕊處理。

<sup>165</sup> 雖然就如同學者所批評，暴力、性虐待與人獸交等色情資訊同樣屬於少數族群的性道德感情，為何不加以尊重？同時對特別拿此三種類型開刀之論述也難以理解。但無可諱言地，實務判決在此解釋文的框架下，謹守硬蕊的界線，亦即，實務判決僅在有暴力、性虐待與人獸交之色情資訊個案，方會認為是硬蕊，例如同性戀影片、不倫片等也不會認為是硬蕊。在某種程度上，的確實質地限縮了本罪適用空間。關於學者之批判，請見黃榮堅(2006)，前揭註 132，頁 71；另外關於我國硬蕊之判決，例見臺灣高等法院 99 年上易字第 1602 號刑事判決、臺灣台北地方法院 100 年易字第 1122 號刑事判決、臺灣高等法院 102 年上易字第 1776 號刑事判決等；而關於同志影片、不倫片並非硬蕊，請見臺灣高等法院 102 年上易字第 2591 號刑事判決。

措施，即一、視傳播對象是否得以特定；二、以散布場所之空間與散布方式來判斷<sup>166</sup>。前者，指的是該資訊是否僅傳遞與接收之雙方得知，若是，則易於偏向有進行隔絕措施之認定；而後者，則是空間之不同而有不同的評判方式，例如在網路空間，可能便需要有標語警告、帳號登入等內容<sup>167</sup>；而在室外開放空間，則會進行更加嚴格的審查與控管<sup>168</sup>。雖然此種看法確有憑據，但本文以為，除此種分類標準外，其實被害人之有無同樣也是影響判決之依據。

在本條犯罪中，雖然沒有如公然猥褻罪一般，可分為營利/非營利。本條一項與二項犯罪的差別也不大<sup>169</sup>。但若我們概覽這十五年的判決，大致還是可以根據其是否具有特定被害人而歸納出兩種類型。在具有特定被害人的類型，多半是性伴侶其中一人所偷拍的自身性交猥褻內容；而在不具特定被害人的情形，則以散布販賣情色戲劇影片為主。而此種區別對實務判決有無適當安全隔絕措施之判斷也有寬嚴的不同標準。

申言之，若是有被害人之情形，法院對於有無隔絕措施之認定會較傾向認定於無安全隔絕，甚至常常不論究竟是否具有隔絕措施此一要件。例如臺灣高等法院 103 年上易字第 1610 號刑事判決，在該案中，被告因分手不憤，而在網路論壇上發表攻擊女方之猥褻文字及裸照<sup>170</sup>，然而在此明顯為軟蕊的案例中，法院

<sup>166</sup> 黃琬倫（2015），《論性表現與公然猥褻罪及散布播送陳列猥褻物品罪》，頁 72 以下，國立高雄大學法律學系法律研究所碩士論文論文。

<sup>167</sup> 例見臺灣高等法院 102 年上易字第 1378 號刑事判決：「又被告固於網頁內容即刊登有猥褻性內容，然該等內容既亦需透過登入成人專區方得瀏覽與購買，應認被告就該等內容，已採取適當之安全措施。」

<sup>168</sup> 例見臺灣高等法院臺中分院 104 年上易字第 598 號刑事判決：「置於室外之廣告招牌因可供多人（包含不同性別之同行者，甚或親子同行）同時觀看，宜採行較保守之標準，以避免難堪；至於貼圖於網路上者，因係供上網者單獨觀看，可採較為開放之標準。」

<sup>169</sup> 實際上，有關二項犯罪的案例可說是極少，經筆者搜尋，僅在早期(民國 90 年代初期)，發現寥寥數例，如臺灣高等法院臺中分院 92 年上易字第 657 號刑事判決、臺灣高等法院 91 年上易字第 2381 號刑事判決等。這或許是現今資訊的媒介已多半被網路傳輸所取代有關。

<sup>170</sup> 但有趣的是，裸照並不被法院承認為猥褻物品僅有猥褻文字是猥褻，此點也和之前的判決不同。請見本章第四項的說明。

對於是否已採適當安全隔絕措施未置一詞<sup>171</sup>。另外，在有被害人的案例中，即便是稍微有提及隔絕措施者，也其標準也和無被害人之情形不同，此在網路空間最為明顯，過去只要對象得特定、網路空間有加設標語、使用帳號等便可認定有適當安全隔絕措施，但在有被害人之情形即非如此，例如在臺灣高等法院 103 年上易字第 1074 號刑事判決中，即使相對人(給予對象)以得特定，依然被法院認為未有適當安全隔絕措施。

#### 第四項 公然猥褻罪與散布猥褻物品罪之判決分析

公然猥褻罪和散布猥褻物品罪雖然在要件上有所差異，但經由上述對現今實務判決的介紹，我們依然可以尋得某些共通點，或更精確地說，是妨害風化罪章在實務運作上，具有某種類似的趨向。本文以為，實務判決經由修法、大法官解釋的做成後，至少造成了兩項轉變：其一，限縮的猥褻概念和可罰性；其二，個人侵害與否逐漸受到重視。

##### 第一款 限縮的猥褻概念和可罰性

在概念上，一個行為或物品是否猥褻與以及猥褻行為或物品是否可罰性自然是可以加以區隔的<sup>172</sup>，而在實務發展的進程當中，其實兩者均有限縮的趨勢。就猥褻概念而言，如前述提及的，從釋字第四零七號解釋中對於藝術性、教育性與醫學性標準的提出，便有實務認為「訴求歌頌、描繪人體之純粹與美好之人體寫真照片或圖面，依個人純觀賞之角度而言，自有其藝術之成分及價值存在。在強

---

<sup>171</sup> 且這樣的案例並不只一件，如臺灣高等法院 103 年上易字第 838 號刑事判決、臺灣高等法院臺南分院 102 年上易字第 308 號刑事判決等皆是如此。

<sup>172</sup> 也因此，有學說認為猥褻亦可分為「可罰的猥褻」以及「不可罰的猥褻」自有其道理。請參閱鄭逸哲（2005），〈從所謂「強吻案」談猥褻、可罰的猥褻和如何處罰可罰的猥褻〉，《月旦法學雜誌》，95 期，頁 255 以下。然須注意的是，該氏所論者，在於強制猥褻的猥褻概念，至於妨害風化之猥褻意涵如何，並非該文所注視之焦點。

調多元、開放、自主之現今社會，尚難認為足以引起普通一般人之羞恥心或厭惡感而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而加以排拒，並有礙於社會善良風化。」因此並非猥褻。在此等意義上，我們應該可說法院以藝術性等其他價值，限縮了猥褻概念<sup>173</sup>。

另外，就裸露一事，實務判決也因時期的不同，而有不同的評價。早期的實務見解均認為，女性裸露上半身之行為或圖片影像便可為猥褻<sup>174</sup>。然而隨著時代演進，此種見解越趨減少，目前較為主流的實務判決均認為，若是只有單純裸露身體，並不構成猥褻的要件，而需具備諸如性交的特別描繪或淫聲浪語等，方足以引起性慾而該當猥褻要件<sup>175</sup>。

而就「雖是猥褻，但不具可罰性」而言，最明顯的例子便是前述釋字第六一七號解釋中所謂的軟蕊。軟蕊在有適當安全隔絕措施之情況下，其可罰性便被消弭。此點已如前述，便不多加說明，但重點是，此可罰性的認定，也因此不再僅是因為「猥褻」本身，反而被移轉到「散布」此一要件上。此種認定的轉移應可證明猥褻的可罰性，的確是因此而被限縮。

## 第二款 個人侵害受到重視

妨害風化罪章中的猥褻罪，究竟實質的法益保護為何，學說仍有所爭執。但

<sup>173</sup> 其實也不僅是藝術性、醫學性、教育性等三種言論，法院甚至有認為具有政治性、文化性等隱含性意涵之言論亦不具猥褻性。相關判決見臺灣高等法院 102 年上易字第 612 號刑事判決：「被告所繪製並張貼之系爭圖片，男女之各種姿態及表情，顯難認係為刺激或滿足閱覽人之性慾並侵害大眾之性道德感情所作成，反具宣傳個人信仰、政治及文化價值觀之目的及意涵。是縱系爭圖片之內容具男女生殖器之誇張裸露，甚或交媾之姿，惟不足以刺激或滿足一般閱覽人之性慾，而與刑法第 235 條所稱之猥褻資訊或物品之構成要件有間。」

<sup>174</sup> 例見臺灣高等法院 95 年上易字第 954 號刑事判決。但須注意，此僅是「可為」猥褻，畢竟就如同前述，是否為猥褻，還要看是否具有藝術性等要件。

<sup>175</sup> 例見臺灣高等法院 99 年上易字第 725 號刑事判決、臺灣高等法院 103 年上易字第 1610 號刑事判決。

至少就體系安排而言，該罪章為社會法益之罪應為不爭之事實<sup>176</sup>。然而在上述分析中，我們卻可發現，無論是在公然猥褻罪或是散布猥褻物品罪，實務判決雖然還都是用「有礙社會風化」、「有害善良風俗」等為論據。但在此同時，個人是否自願一事，也漸漸成為法院所依循和考量的因素。

以公然猥褻罪而言，除了前述有關於公然性的判準外，個人是否受到侵害還可能是當事人是否有罪的重要考量依據。以臺灣高等法院 101 年上易字第 423 號刑事判決為例，在該公車裸露生殖器的案例中，被害人因該案而患有創傷後壓力症候群(PTSD)，而雖然除了被害人證詞已無其他證據，法院仍以「談到相關遭遇，猶聲音顫抖、數度哽咽，足見陳女因本案致身心受創之深。參以告訴人即證人陳女與被告並不認識且無夙怨，苟非確有其事，衡情告訴人當無甘冒偽證重典，並以事關其名節之事，虛構情節而設詞誣陷被告之理」論斷被害人所言為真，而判當事人有罪。並同以造成被害人身心受創為由，論斷其無悔悟之心，而予以較重之刑罰<sup>177</sup>。而這樣的對被害人意思之看重，也發生在散布猥褻物品罪中，例如前述所提及的在有被害人或無被害人之情形，所造成的標準不同，即為顯著案例。簡言之，妨害風化罪從過往的「侵害一般人之性風俗」，似乎也有開始轉變到以個人為重的趨勢。然而這是否便是與妨害性自主罪相當？或其實仍隱藏其他的超個人法益？而經過這種轉變後，妨害風化罪裝之猥褻和強制猥褻罪之猥褻，又有何異同？這便是下一節所要討論的目標。

## 第二節 公然猥褻、散布猥褻物品罪與強制猥褻：兩極化的走向

<sup>176</sup> 雖然近代刑法「超個人法益」的概念盛行，認為社會或國家法益可還原為個人法益，或至少必須以個人為出發點。但這種說法並非認為社會或國家法益不重要，而毋寧是藉由觀察個人的角度出發，以免因為法益的抽象化而避免在此過程被隱藏的超個人法益發生。

<sup>177</sup> 於該案中，法院甚至以「且犯後猶不知自省過錯，反多次質疑陳女是否因身體狀況不佳而為不實指控，飾詞否認犯行，難認有悔悟之心」來指摘被告。但是為己辯護究竟何罪之有？若以此為理由給予較重之刑，恐怕在量刑的政策設計上，也非明智之舉。

公然猥褻與散布猥褻物品罪雖然為妨害風化罪章，其保護法益應在「社會之善良性風俗」。但經過前一節說明後可以發現，公然猥褻和散布猥褻物品罪在實務運作上，已有趨向看重個人保護之走勢。當然，這並非是說妨害風化罪章已然轉為保護個人法益，但對於其實質內涵仍有其探究之必要。另外，也因為上述實務的轉向，也令人納悶究竟妨害風化之猥褻犯罪和妨害性自主的猥褻犯罪，有何殊異？我們又應如何理解與面對此種殊異？這是這一節想要處理的。

### 第一項 基礎：「妨害風化」作為一種法益

妨害風化作為一種社會法益，其本來用意係在於借用刑法的強制力，以維持社會生活之善良風俗<sup>178</sup>。但便如前述，經過時代的演進後，除了社會道德本身有所更迭外，是否應以國家強制力干涉個人之性選擇與自由，也成為問題所在<sup>179</sup>。因此，如何將妨害風化的保護內涵正當化或乾脆尋求其他出路，則成為本處想要探的目標。

一般而言，規範妨害風化之猥褻所保護之內涵應可分為四說，即一，保護善良性風俗；二，避免他人受到有關性之言論或行為干擾；三，保護兒童與青少年身心發展；四，性自主保障<sup>180</sup>。以下便以此四說進行分析說明。

而於本文之前，須先說明的是，雖有研究<sup>181</sup>認為公然猥褻罪和散布猥褻物品罪之保護法益，因其規範要件的不同而略有差異，此種看法雖有其見地，但本文有兩點理由而認為兩者應同時討論：其一，上述針對規範要件而認為保護法益有

<sup>178</sup> 請參閱陳子平(2015)，前揭註 125，頁 401。

<sup>179</sup> 此種以刑法強制個人之性生活的手段，也被批評是將刑法過度的倫理化、道德化。關於此些批判，請參閱陳子平(2015)，前揭註 125，頁 401。

<sup>180</sup> 整理自許福生（1998），〈性表現自由與刑法散布猥褻物品罪〉，《中央大學警察法學論集》，3期，頁 295 以下；林志潔（2007），前揭註 108，頁 83 以下；李彥光（2009），前揭註 50，頁 87 以下；黃琬倫（2015），前揭註 166，頁 5 以下。

<sup>181</sup> 請參閱李彥光（2009），前揭註 50，頁 87 以下；黃琬倫（2015），前揭註 166，頁 5 以下。

所差別的觀點，僅在於程度上的差異；亦即對於猥褻的本質與其保護法益而言，兩者僅在手段偏重上略有不同但實際上並無差異，例如公然猥褻視覺上的衝擊較為直接且立即，而猥褻物品罪則似較為間接而無此等危害，因此，該研究認為公然猥褻之保護法益具有保障個人不受他人性方面視覺干擾之性質<sup>182</sup>。但其實猥褻物品若直接如大型廣告看板聳立於公眾場所，則兩者幾無差異。其次，上述觀點針對的是手段，但如果是猥褻本身，其實並未有多大的差異，亦即如果除卻各罪的行為態樣的話，其實保護法益也會因此相當。而本文即基於單純討論猥褻意涵的立場，將公然猥褻罪和散布猥褻物品罪的法益保護實為同一法益來處理<sup>183</sup>。

### 第一款 保護善良性風俗

一直以來，無論實務或是傳統學說乃至於大法官，都將妨害風化之猥褻罪的規範目的，以「保護社會善良的性風俗，防止其破壞性道德秩序」為主<sup>184</sup>。但究竟內涵為何？其實並不清楚。因此有研究<sup>185</sup>便參考國外學者 Charles Taylor 有關於積極自由(positive liberty)與消極自由(negative liberty)<sup>186</sup>，並認為前者為一種「運用型概念」(exercise-concept)，亦即對自我生活控制能力之運用；而後者為「機會型概念」(opportunity-concept)，亦即一個人的自由程度，視其得以選擇的

<sup>182</sup> 除了上述研究外，請參閱盧映潔（2003），前揭註 130，頁 240。然在該氏的文章中，由於其研究重點在於公然猥褻罪，因此並無提及散布猥褻物品罪是否有所謂「性方面視覺上的侵擾」。

<sup>183</sup> 將公然猥褻罪和猥褻物品罪之法益同一視之這樣的看法，國外學者諸如日本學說也有類似的見解，只是該氏因為日本實務以及通說的想法緣故，採「公眾的性感情」這樣類似於社會法益的論述(但若細究其內容，所謂的公眾性感情，其實已偏向保護「一般人不欲見的性表現內容」這樣的見解。)相關論述，請參閱中山研一（2000），〈わいせつ罪の保護法益〉，《現代刑事法》，11期，頁 5-7。

<sup>184</sup> 請參閱許福生(1998)，前揭註 180，頁 296。但該氏的見解似乎是將本文下述如青少年身心發展、強制入目等，皆視為是性秩序保護的派生理由；而釋字六一七號解釋理由中亦有猥褻物品會「侵害性的道德感情、有礙社會風化、對平等和諧的性價值秩序有所危害」等敘述。但對於其實質意涵，並未有太多著墨。

<sup>185</sup> 請參閱林志潔(2007)，前揭註 108，頁 83-84。

<sup>186</sup> 嚴格說起來，這種將自由分成消極自由與積極自由的二分概念，並非原創於 Charles Taylor，便如他在該文所坦言，此概念係出於 Isaiah Berlin 的著名文章“Two Concepts of Liberty”。但 Charles Taylor 的貢獻，在於認為自由為運用型概念與機會型概念，以及對自由選擇能力可能會被誤導的說明。請參考 Charles Taylor, *What's Wrong with Negative Liberty*, in *PHILOSOPHY AND THE HUMAN SCIENCE* 221-224, (1985).

多寡而定，而是否得以選擇，除了受到外在條件的限制外，還有自己的內心動機因素。此種因素可能會受到其他價值判斷的束縛與誤導<sup>187</sup>。因此，若受到錯誤的價值指引，則有可能喪失自己的選擇能力，也就喪失自己的自由。



此點若套到性的善良風俗論證，或許我們可以說，猥褻行為或物品，提供了一種錯誤或較差的價值判斷，而此種價值判斷，會誤導我們導向錯誤的選擇，進而減損自己的自由，因此猥褻具有道德之可非難性。而此種想法不僅在理論上有根據，實務亦有認為猥褻物品或行為留有令人模仿的空間，進而有「誘發性犯罪之潛在危險<sup>188</sup>」或可做為相互對應之處。

然而，姑且不論是否真有誘發犯罪的風險，其誘發的風險也難以判斷的問題。正如學者在文中的批判，最大的問題還是：什麼叫做良好或正確的道德？這種道德應該由立法者來規定嗎<sup>189</sup>？事實上，在釋字第四零七號解釋中，吳庚大法官的協同意見書中即有言明：「立法者及行政部門宜從根本上放棄『作之君』、『作之師』的心態，勿再扮演指導國民何者可閱覽，何者應拒讀之角色」因為多元的思想與言論才是民主的基石，我們又如何決定哪樣的言論或行為才是對於民主正確或良善的？尤其又是以刑法加以規制，更應避免此種想法。因此，所謂的性道德在現今，至少在明面上已很難是刑罰之正當化事由。

## 第二款 避免他人受到有關性之言論或行為干擾

<sup>187</sup> See *ibid.* at 224-225。

<sup>188</sup> 相關判決例見臺灣高等法院 89 年上易字第 4536 號刑事判決、臺灣高等法院臺南分院 97 年上易字第 20 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 100 年上易字第 1456 號刑事判決等。不過即便是認為有引誘犯罪的潛在風險，理由仍有區別，例如在臺南分院 97 年上易字第 20 號刑事判決當中，即認為和被害人人性自主權之侵害有關，即有可能把女子地位弱化，作為客體，進而侵害女性性自主。

<sup>189</sup> 林志潔(2007)，前揭註 108，頁 89。

在過去傳統的論述中，對於妨害風化之「性風俗」者所保障為何？便已有論者認為：「本罪之立法意旨原在維護善良風俗，而本條之規定，作為個人性行為之隱密誡命，故即使如倫理道德與法律均允許之夫妻間的性行為，若於大庭廣眾之前公然為之者，亦屬本罪之公然為猥褻之行為<sup>190</sup>」申言之，由於性行為本質即為隱密而非公開的，因此若公開為之，可能造成一般人性道德情感的傷害，進而對於公然為猥褻行為或散布猥褻物品者，擁有處罰之正當性。此即「性行為非公開性原則」之適用<sup>191</sup>。

近年來，由於表現自由、個人性自主的重視，維護善良風俗的看法逐漸被揚棄，但性行為非公開性原則卻留存了下來。除了釋字第六一七號解釋林子儀大法官的部分不同意見書有認為，「保障他人免於性言論干擾之自由」應具有目的正當性外，有學說參考德國刑法與相關文獻，認為處罰猥褻的依據不在於維護公共利益，而在於「保障個人不會面臨到一些不樂意見到、可能引發驚嚇別人的性之行為<sup>192</sup>」亦即，依照該學說的見解，猥褻的處罰，應從善良風俗之維護，轉變到具有個人權利保護特性的個人視覺之侵擾<sup>193</sup>。

此種見解固然比維護善良風俗更為具體，也更為偏向對表現自由、個人性自主的重視。但問題也如德國學說自己批判的那樣：如果該行為僅涉及個人視覺上的侵擾以及心理上的不快，而沒有其他直接可見的身體或自由侵犯，那以刑法加以規制的正當性何在<sup>194</sup>？如果接下去問：如果此種視覺上的侵擾可罰，那聽覺上

<sup>190</sup> 請參閱林山田(2006)，前揭註 149。須注意的是，氏此處專指公然猥褻罪之保護法益，對於猥褻物品罪是否有此適用未置一詞，然本文認為猥褻物品罪亦有適用，已如本項一開始的說明。

<sup>191</sup> 基於此等理由，傳統見解也有認為保護青少年身心發展、導致誘發性犯罪等也是善良風俗的派生理由。請參閱許福生(1998)，前揭註 180，頁 296。

<sup>192</sup> 盧映潔(2003)，前揭註 130，頁 238。

<sup>193</sup> 盧映潔(2003)，前揭註 130，頁 241-243。然而有趣的是，雖然該氏認為猥褻行為之主要保護目的在於個人之性自主自由，但卻又將猥褻行為的標準擇定繫於一般人的普遍感受，並認為這種普遍意識即為善良風俗(242 頁)。似是某種程度上，既承認善良風俗作為法益的正當性，卻又認為個人性自主才是主要關鍵。然而兩者應如何平衡卻未見於文內。

<sup>194</sup> Sick, *Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht*, ZStW 103,143。轉引註自盧映潔(2003)，前揭註

的侵擾又是否可罰？而更深的問題是，人生中造成不快的侵擾甚多，為何僅有性的侵擾特別具有處罰性？這些都是此說不得不面對的問題。



### 第三款 保護兒童與青少年身心發展

我國大法官釋字第四零七號解釋當時針對我國言論自由，便有認為「應尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護」。似是認為善良風俗和青少年身心健康的保護同時為規制性表現自由的正當依據。而學說有參考德國刑法，認為妨害風化之猥褻罪其主要的保護法益就在於青少年身心健康的保護<sup>195</sup>。

然而我國實務是否真的接受這樣的見解，則有相當疑義。多個判決在猥褻物品罪是否有適當安全隔絕措施的說理中皆認為：「惟上開一、二部分皆係以刑法第 235 條係在保護『青少年身心健康之維護』為其論據，然該條之立法目的應係在保護社會之善良風俗，此由釋字第 617 號解釋所稱『適當之安全措施』，係指『附加封套、警告標示或限於依法令特定之場所等』，而非分級制度可明<sup>196</sup>」。當然我們也可以找出支持見解如：「查『猥褻物品』固然有禁止散布、播送、販賣之必要，然其目的應非防止違法或維護道德，亦非保護抽象的善良風俗，而係『保障他人免於猥褻物品干擾之自由』以及『保護青少年的健全發展』<sup>197</sup>」但至少可以說明青少年身心發展作為保護法益一事，仍容有爭議。

---

130，頁 238。

<sup>195</sup> 請參閱黃榮堅(1999)，前揭註 126，頁 86-87；黃榮堅(2006)，前揭註 132，頁 60-61。而該氏在文章中也認為，另一個較次要的法益為「一個人的私生活和廣義的性自主決定權」。另外即便是認為青少年身心發展或許是比較好的選擇，也會承認這些性表現是否真的會導致青少年引發性攻擊行為或妨害其身心，根本沒有經過確實的實證研究與統計證明。見黃榮堅(2006)，前揭註 132，頁 61。

<sup>196</sup> 判決例見臺灣高等法院 101 年上易字第 2345 號刑事判決、臺灣高等法院 102 年上易字第 1378 號刑事判決。

<sup>197</sup> 判決例見臺灣高等法院 90 年上易字第 4330 號刑事判決、臺灣高等法院 91 年上易字第 352 號刑事判決。



但姑且不論實務是否接受這種見解，也不論在實證研究上是否得以證明。其更為根本的問題，便如同兒童色情可能會遭受的批判<sup>198</sup>一樣：近年來我們不斷提倡的性自主乃至於個人應為性主體的論述，而卻在這過程中，不斷兒童乃至於青年純潔的形象，因此其不應接受這些資訊以避免被汙染。但究竟為何兒童與青少年不得為性主體？所謂不應接受猥褻行為或資訊的汙染究竟為何意？這些都是本說論者所必須提出說理的地方。

#### 第四款 物化他人與性自主保障

雖然說上述二、三說對於妨害風化之猥褻禁止的保護法益論述，都帶有個人權利乃至於性自主權保障之意涵，但仔細而論其實也都帶有某種維持性風俗的色彩<sup>199</sup>。若論嚴格定義下的性自主保障論述，應首推學者許玉秀所提出的性客體理論。氏認為無論公然猥褻罪和散布猥褻物品罪，所要保護的善良風俗都是基於人為性主體、有性自主的這個價值觀<sup>200</sup>。申言之，在公然猥褻罪中，行為人所表現的就是將其他人當成發洩性慾的對象，也就是當成如工具般的性客體；而在散布猥褻物品罪中，則是散播人可以成為性客體的資訊<sup>201</sup>。

此種論述在釋字六一七號解釋許玉秀大法官的不同意見書出現後，實務判決也同樣出現這樣的見解：「衡諸當前社會發展，上開光碟內容，不僅客觀上足以刺激或滿足性慾，且顯有弱化女子地位，將女性淪為權利客體，誘發性犯罪之潛

<sup>198</sup> 關於兒童色情近年刑事立法趨勢之介紹與批判，學者謝煜偉文中有精彩的論述。請參閱謝煜偉（2010），〈論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢〉，《月旦法學雜誌》，186期，頁38以下。

<sup>199</sup> 便如前面所介紹，便有學者認為青少年身心發展、防治犯罪、避免來自他人性表現的侵擾等都是維持善良性風俗的派生理由。相關論述請參閱許福生(1998)，前揭註180，頁296。

<sup>200</sup> 請參閱許玉秀(2003)，前揭註134，頁29。

<sup>201</sup> 請參閱許玉秀(2003)，前揭註134，頁27-28。

在危險<sup>202</sup>」雖然其後仍有誘發性犯罪之潛在危險、侵害性道德等傳統妨害風化論述方式，但採取客體理論之意態已然明顯。



此說雖然的確充實了性自主論述，並使其更為具體。但便如其他學者所批判的：如果被物化者自我同意，那是否還有處罰的實益？亦即，既然此說係基於性自主權之保障，那如果被物化者自己同意被物化，我們是否應尊重其決定<sup>203</sup>？而如果繼續追問下去，甚至還可以質疑：究竟什麼是物化？物化真的不好嗎？如果按許氏的說法，將他人作為發洩性慾的客體來說，那基於合意的性交不就是互為客體？究竟我(主體)內心對於其他對象(客體)具有怎麼樣的想法，是否真的如此重要？總之，在合意的情況下，客體說應如何去解釋，應為此說學者必須考量的問題。

## 第二項 求同：朝向個人性自主的追求

經過上述判決的整理分析後，接下來便要 and 妨害性自主罪的猥褻進行比較。而若從其相似性進行說明開展的話，本文以為至少有兩點類似：其一，為相近的法益再確認過程；其次，為兩者都有類似的定義困境。

### 第一款 相似的法益確認進程

強制猥褻罪的保護法益於民國 88 年修法後，已為妨害性自主之防止，此點應無疑問。而關於我國實務如何形塑以及逐步演進猥褻的概念，業經本文第二章的介紹，應已有初步認識。簡單來說，從判決的內容來看，從一開始的「『猥褻』，

<sup>202</sup> 相關判決例見臺灣高等法院臺南分院 97 年上易字第 20 號刑事判決。

<sup>203</sup> 該批評更舉 SM(性虐待)的案例說明，若被虐待者自己同意此種性虐待，是否便認為此種行為不算物化？相關批評，請參閱林志潔(2007)，前揭註 108，頁 89。

係指姦淫以外有關風化之一切色慾行為，且在客觀上，足以誘起他人性慾，主觀上足以滿足自己性慾者而言。」這種內容雖然一直持續，但逐漸地深化，從區分性騷擾和猥褻的判決中，開始明確指出猥褻係「侵犯他人性自由之權利，被害人有被侵犯之被害感覺，係屬於性侵害之概念」，到之後開始朝向「客體說」或「工具說<sup>204</sup>」的道路前進。亦即，原本為了「維護善良風俗」所設的「誘起他人性慾、滿足自己性慾」說詞，歷經近二十年來的變革後，已被賦予了完全不同的個人法益保護之意涵。而著重於保護被害人一事，除了從判決內容對於猥褻的定義變化觀察外，從法院開始運用精神醫學等對於被害人的診療來證明猥褻的存在這點<sup>205</sup>，也獲得了印證。

在此點上，妨害風化罪章也有相近的歷程，意即從一開始的三要件原則僅著重在維護善良風俗上，但到後來，也開始在意有無被害人，以及被害人是否有因相關案件而罹患 PTSD 等精神疾患，並可能以此來論斷犯罪行為之有無<sup>206</sup>。是以無論妨害性自主或妨害風化，在猥褻的保護意涵上，都似乎有偏向個人保護的趨勢<sup>207</sup>。

## 第二款 類似的定義困境

妨害風化及妨害性自主的猥褻，共用著類似的定義，即對於「性慾」的看重。而無論是何者，都有無數的判決在講述當事人之行為如何引起、刺激他人性慾或

---

<sup>204</sup> 相關文獻與判決請見本文前揭註 41、42。有趣的是，這樣的說法也如本文第二章所言，本來是釋字第六一七號解釋時許玉秀大法官針對猥褻物品所進行之論述。但或許是該氏相關文章將三種不同猥褻以同一種「工具說」的論述同一而論之故，實務見解常在強制猥褻罪的判決中，帶有此類說法。

<sup>205</sup> 於個案中，法院會以被害人是否得到 PTSD(創傷後壓力症候群)來判斷猥褻行為是否存在。相關介紹請見本文第二章第一節。

<sup>206</sup> 有關相關個案及判決，請參閱本章第一節的介紹。

<sup>207</sup> 然而是否真是如此？亦即在性自主保護的光環下，是否有所隱藏？會不會這不過是另一種權力技術對於性的彰顯與強化，以達成控制的手段？這方面的論述，請見本文第四章、第五章的說明。

滿足自己性慾。然而，固守要件的結果是，許多的案例如今看來，都已荒謬到了令人啼笑皆非的程度。



例如在一件男性涉嫌猥褻小男童的案例當中，被告主張自己並非同性戀者，並非在為「滿足自己性慾」的猥褻行為。如果法院直接駁斥，並說明猥褻行為不需滿足自己性慾，只需有性意涵都堪足以說理。但本案法院卻以「至猥褻行為之對象不限於異性，同性亦無不可；對同性為猥褻行為之人，非以同性戀者為必要。……此等親吻、撫摸私密身體部位之舉，不僅嚴重侵害A男之性自主決定權，並引發A男性道德感情之不悅及羞辱感，在客觀上實足以引起一般人之性慾，主觀上亦可興奮或滿足上訴人二人之性慾，當係猥褻行為無誤<sup>208</sup>」實難說服大眾。其一，所謂一般人究竟所指為何？只要這個一般人的標準，包含目前的性多數(亦即異性戀者)，那如何會刺激或滿足性欲？其次，如果同樣的問題也會在當事人身上：如果非同性戀者，如何滿足自己性欲？

而類似的實務見解也發生在妨害風化的猥褻案例上<sup>209</sup>。其實，只要仔細觀察判決我們便會發現，此種猥褻定義的問題常常出現在性少數的案例上。因為少數族群性取向原來就和一般人不相雷同，硬要把所謂的「社群標準<sup>210</sup>」(community standard)套到他們身上，本來就會有削足適履之虞。而雖然實務判決很可能只是在操作過往遺留的定語，但這樣的寫作模式，也應證了學說的批判：亦即，在面對色情或猥褻時，每個人的解讀都不同，所謂「一般人」，其實很有可能只是審

<sup>208</sup> 相關判決例見最高法院 101 年台上字第 6715 號刑事判決。

<sup>209</sup> 相關判決例見臺灣高等法院 97 年上易字第 578 號刑事判決、臺灣高等法院 102 年上易字第 2591 號刑事判決等，在此類判決中，也多半和性少數案例有關，但不僅於同性戀，諸如人獸交、性虐待等，也常以此種論述呈現。

<sup>210</sup> 此項判准原為美國最高聯邦法院在判斷性資訊是否為猥褻時所採用的準則，其重點便在於運用當時的社群標準，即一個平均人(average person)，在見到該物品或資訊時，從整體觀察的角度看其是否具有政治性、藝術性等，或僅是單純地以一種令人感到侵犯的方式在挑動性慾。See *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24(1973)。

判法官自己能不能接受的問題而已<sup>211</sup>。而這樣的批評也反映了妨害風化與妨害性自主對於猥褻的共通定義困境。



### 第三項 辨異：妨害性自主之猥褻與妨害風化之猥褻

猥褻的概念是否得同一而論，此一爭議業經學說多次討論，也有正反不同的見解，此點已經本文第一章說明。而經過前述分析，我們可以發現雖然妨害風化的保護法益乃至於刑罰正當性都有所缺漏，至少已有一個明顯的想法趨向是，拋棄概括而抽象的社會性風俗，而轉向具體的個人保護（雖然此「個人」為何仍須深究）似乎是一個比較能接受的選項。而從判決中，我們也可以發覺藉由有無被害人的分類方式，也能得出類似的結論，既然如此，接下來的問題便是既然都開始偏向個人之保護，那妨害性自主與妨害風化之猥褻罪，在猥褻的意涵或處罰正當性上，又有何差別？而本文以為，此處應當可以分成兩點來加以討論比較，其一為猥褻的保護法益；其二為猥褻的界定範圍。

#### 第一款 部分重合的保護法益

無論妨害性自主或妨害風化，其所保護的法益，已經逐漸轉向個人保護。此點已經前述多次說明。但也如同前面所介紹，妨害風化的猥褻罪，並非僅有個人性自主的保護；就像本節一開始的法益介紹，除了青少年身心健康的維護、保護他人受到性資訊的強制干擾，以及避免物化他人外，一般實務仍以維護善良風俗、維持性道德為保護目的。此點尤在沒有被害人的案例上特別明顯<sup>212</sup>。而即便是青

<sup>211</sup> 相關批判，請見林志潔(2007)，前揭註 108，頁 93。

<sup>212</sup> 儘管如前文所述，此種案例的有罪判決已被大幅縮減，但依舊存在。例如在營利公然猥褻罪的案例中，許多案例已因公然性等要素加以判決無罪，然仍約有一半的案例，在背景類似的情況被判決有罪。而此類案件多半會以「對社會有負面影響」、「有礙社會風化」等論述。相關判決例見臺灣高等法院臺南分院 98 年上訴字第 1273 號刑事判決、臺灣高等法院 104 年上訴字第 897 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年上訴字第 1000 號刑事判決等。

少年身心健康的維護、保護他人受到性資訊的強制干擾等帶有個人保護色彩之規範目的，也就像前面所說的，同樣具有維護社會善良風俗的規範色彩。



因此，妨害性自主或妨害風化在所保護的法益不同，在於妨害性自主至少在表面上，可說是「專為」個人保護所設計的<sup>213</sup>；而妨害風化的猥褻，則經由判決的論述，承載了性道德和性自主兩種不同的保護目的與功能。

## 第二款 猥褻的界定範圍有別

若說妨害性自主或妨害風化在上位概念，即抽象的保護法益就有所不同，那影響所及，就是具體的認定方式。而在認定方式上，最明顯的不同即表現在第一，猥褻的認定部位，即露出或侵害部位之不同會影響是否為猥褻的判斷；其次，於犯罪手段的強弱發展認定上，也有兩極化的趨勢。

### 第一目 猥褻的認定部位

強制猥褻與妨害風化之猥褻犯罪，其保護的範圍有許多學說都肯認其有所不同。然而具體來說究竟何者不同，一直莫衷一是<sup>214</sup>。但姑且先不論應然層面兩者有何不同，至少在判決的比較上便可發現差距。

就身體部位之侵犯或接觸這點而言，強制猥褻一向便有範圍廣泛的特徵。例

---

<sup>213</sup> 然而本文認為，此種「專為」個人保護所設計的說法，的確僅是表面，甚至於下面所謂妨害風化的猥褻也具有保護個人的功能，亦是表面。兩者實際上仍隱藏有對於性別刻板印象以及性道德意涵的深化等功能。相關論述，請見本文第四章、第五章的說明。

<sup>214</sup> 便有研究整理學說，認為就觸摸部位而言，單是強制猥褻罪從寬到嚴認定一共有四說：即 1. 基於維護善良風俗的立場，無論何部位均屬之；2. 凡醫學上的婦女性感部位，如嘴唇、頸部、腋下等，更遑論腰胸臀陰部等等部位，皆屬之；3. 胸、腹、背、腰、陰部等特定部位，但頭、臉、雙手(腳)等部屬之；4. 胸、臀、陰部等性徵、性器官。相關整理，請見吳燦(2008)，前揭註 61，頁 246。

如在判決中，不僅對胸、臀、陰部等性徵、性器官為侵犯行為屬於猥褻，便是諸如環抱、親吻嘴唇或臉頰等亦屬於猥褻行為<sup>215</sup>。而此種廣泛的特徵並非固化，相反的還有向外擴張的趨勢。例如本文在第二章談論強制猥褻構成要件時所討論的「猥褻行為需不需要接觸身體？」問題時便有說明<sup>216</sup>，在早期通說判決中，多半認為猥褻行為以接觸身體為必要；但此標準卻在近期的判決和學說意見中，漸漸消融，甚至於近年判決多認為不用接觸身體也可以是猥褻行為。

相對於強制猥褻對於觸摸部位的認定擴張，妨害風化罪之猥褻，所認定的裸露部位卻越顯限縮。例如前面所述及，在散布猥褻物品的早期判決當中，多半認為女性上身裸露地圖片或影像等性資訊即為猥褻；但到了最近的判決，只要不是特別描寫性器官或性交動作，甚至於全身裸露都不會被認定是猥褻資訊<sup>217</sup>。因此可以說，在妨害風化方面的猥褻認定來說，是有嚴格化的趨勢。而此種趨勢，和強制猥褻罪的寬鬆化認定相互比較，就更為明顯。但為何會形成此種二極化的趨勢？和法益本身是否有關聯？又有何關聯？這便是接下來所要討論的。

## 第二目 猥褻的手段

強制猥褻、公然猥褻以及散布猥褻物品罪，三種不同的犯罪態樣，在構成要件上自然也有所不同，自無須待言。此點自然也會造成比較上的困難。但如果比較的對象為一段時間中，手段控制強弱的變化，或許具有比較的立基。

就如同之前的歷史演進歷程與構成要件介紹中所說明的，強制猥褻罪的「強

---

<sup>215</sup> 相關判決例見最高法院 103 年台上字第 2359 號刑事判決、最高法院 104 年台上字第 1571 號刑事判決、最高法院 104 年台上字第 1859 號刑事判決、最高法院 105 年台上字第 814 號刑事判決等判決。在高法院 103 年台上字第 2359 號刑事判決中，其所描寫的行為態樣甚至是摀住口鼻、撫摸背部，此類行為都可視為是猥褻。

<sup>216</sup> 更詳盡的相關判決與論述，請見本文第二章第三節的說明。

<sup>217</sup> 相關判決與論述請見本章第一節第四項的介紹。

制」手段，從一開始的「至少不能抗拒」到「須與強暴、脅迫手段相當」，到近幾年只要達於妨害被害人之意思自由者，即合於「違反其意願」之要件<sup>218</sup>。也就是說，至少在如何行使猥褻的行為手段中，其強度的變化，也呈現逐漸擴張、強化的趨勢<sup>219</sup>。

另一方面，妨害風化的猥褻，除了猥褻定義本身在歷次修法和大法官解釋中逐漸遭受限縮以外，利用公然性以及主觀的「意圖供人觀覽」等要素，也使得妨害風化的猥褻犯罪，其成罪認定越顯嚴格<sup>220</sup>。這也就是說，在妨害風化罪章的猥褻控制手段上，呈現著寬鬆、弱化的進程。

因此，從兩種猥褻的控制手段觀察，可以發現這種「嚴格/寬鬆」的兩極化發展趨勢。而綜合前述關於認定部位的分化趨勢，我們甚至可以說，此種兩極化的發展已成為猥褻是所以特殊的關鍵，而本文在此，僅是點出此種特殊性；尋求此種特殊性的答案，其重點或許就在下面的性論述。

### 第三節 小結：相同的進程帶來不同的規制結果

本章從妨害風化罪章的判決開始，從判決的走向、大法官解釋的影響，到法益的介紹，然後再和前一章所介紹過的強制猥褻進行比較。最後我們可以暫時觀察出一個結論，也就是雖然妨害風化的猥褻罪和妨害性自主的猥褻罪在法益的轉變歷程上有類似的進展，即對於個人保護的追求，也同樣具有類似的定義困境。

<sup>218</sup> 相關判決與論述請見本文第二章第三節第二項的說明。

<sup>219</sup> 而此點如果和前述強制猥褻的定義擴張一同觀察，也會呈現非常有趣的樣貌，亦即，「強制」固然是一種控制的手段，但有時也會被當作是「猥褻與否」的判斷本身，換言之，實務判決有時會將強制納入猥褻行為本身的考量當中。最明顯的例子例如接吻，在前面本文曾說過，強吻本身會被視為是猥褻行為；然而如最高法院 103 年台上字第 1254 號刑事判決便認為：「就男女接吻之行為而言，其屬兩情相悅，互為愛意表現之合意接吻行為，依社會通念，並不會引起對方性嫌惡感，客觀上即非屬色慾之一種動作，不應被評價為猥褻之行為。」此時，合意便成為是否為猥褻的重要的判斷依據。

<sup>220</sup> 相關判決與論述請見本章第一節第四項的介紹。

但在實務判決的操作過程中，卻可以發現兩種猥褻卻有了兩極分化的走向；亦即，無論是在猥褻的認定或是控制手段的演變，都有「寬鬆化/嚴格化」的趨勢。

為何類似的進程以及定義會有不同的演變結果？或有認為這便是個人保護的思維，同時在兩者身上發揮作用；亦即，因為個人保護思想的昂揚，妨害風化此種所謂保護社會善良風俗與性道德的規範目的便會慢慢衰弱，因此相關判准也會日漸寬鬆。本文以為，此種想法雖有部分正確，但卻不全面；因為，姑且不論在妨害風化罪中，眾多法益論述都仍帶有保護社會善良風俗的事實<sup>221</sup>，如果僅是個人保護，何以在猥褻的諸多判決中，無論強制猥褻會妨害風化的猥褻犯罪，皆以滿足自己性慾、刺激他人性慾為判準？性慾又何以成為猥褻的關鍵？我們甚至可以從此問題衍生出更多疑問，例如，「性」自主何以獨特？和一般的自由類型又有何不同？這些也是本文的核心疑問。

其實，文至於此，大概也可以發現，本文第二章和本章都是在藉由觀察我國對於猥褻的判決提出一個疑問：刑法上所保護的「性」的意義是什麼？性自主又何以因此意義而變得重要？而為何凸顯他的重要以後，卻時常在諸多論述中，尋求一個「一般社會通念」的社會平均準則？會不會隱藏在性自主中的，仍是性道德在主導？為了解這些疑問，接下來，本文將深入「性」的領域，試圖去了解這脈絡的源頭。

---

<sup>221</sup> 相關判決與論述請見本章第二節第一項的介紹。

## 第四章 性現象<sup>222</sup>與性自主



「要極具啟發性的談論女性，便不可能是毫無爭議的」……

卡薩琳·麥金儂《就是女性主義》<sup>223</sup>

「『親愛的，這件事沒什麼他媽的意義。你可以強暴我、搶我，若你攻擊我，我還能怎麼辦呢？拿憲法砸你的臉嗎？我不過是一個平凡的黑人扮裝皇后 (drag queen)<sup>224</sup>』之後，她停頓了一下，她的臉去除了偽裝與苦澀，說：『但你知道嗎？當我聽到憲法的反性取向歧視條款時，我內心感到一股自由』」……一名扮裝皇后在南非通過反性取向條款後所作出的評論，載於《不同的彩虹》<sup>225</sup>

要了解刑法中性自主的意義，便不能不去了解性與性別的脈絡。講到性與性別議題，便不可能不提及在其中著力最深的女性主義。女性主義所牽涉到的性與性別議題，一開始時只是一種基於平等權的訴求：即男女平等的追求，也就是針對法律或制度上那些對於女性明顯不利的限制加以去除的主張<sup>226</sup>。但就跟任何平等權的背後思考一樣，除了對於「相同」的理解以外，也要面對「差異」。究竟男女之間的差異是什麼？又為何造成這種男女不平等，此種差異所形成的不平等是否合理？隨著這些問題的深化，即使是專注於性別議題的女性主義者也因為不

<sup>222</sup> 性現象泛指一切和性、性別、性慾特質有關的行為與互動關係。此詞彙的來源，係參考加藤秀一（2002），《性現象論》，頁 157-158，東京：勁草書房。

<sup>223</sup> See Catharine A. Mackinnon, *On Exceptionality: Women as Women in Law*, in *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW* 70-80, (1987).

<sup>224</sup> 或稱異裝皇后、變裝皇后，係指透過穿女性服裝來扮演女性的男性，原先具有某種侮辱人的意思，指對方具「女孩子氣」，但後來傳進同志圈後，成為某些人的褒義詞。因此，此語的褒或貶義隨發話者和接收者的不同而有異。

<sup>225</sup> See Mark Gevisser, *Mandela's stepchildren: homosexual identity in post-apartheid South Africa*, in *DIFFERENT RAINBOWS* (Peter Drucker ed. 2000).

<sup>226</sup> 而在台灣，約在九零年代左右此種自由主義思想昂揚，因此多項歧視女性或對女性不利的規定因此而廢除。例如，外交特考對於女性僅錄取一定比例（約十分之一），所以變成女性必須考較高的分數才能考上。面對外界的批評，外交部也以女性有婚姻、家務、生育等理由認為不適合外交工作。但此項規定，終於在 1997 年諸多的批評後取消。相關資料，請見林芳玫（2000），〈自由主義女性主義〉，顧燕翎等（著），《女性主義理論與流派》，頁 27 以下，台北：女書文化。

同的理念而分道揚鑣。因此，要真正完整的介紹所有的性/性別論述，可說是一件不可能的事。而也如同本章在卷頭語的地方所引的麥金儂所言：「要極具啟發性的談論女性，便不可能是毫無爭議的」而要討論性別議題同樣也是如此。所以本章僅會以自身所認定重要的女性主義流派與思想介紹。

而雖然男性/女性此種二元化的發展是社會普遍的常態，此種二元分類卻無法涵蓋多元社會環境中所有的身分認同，例如同性戀、例如跨性別者。而如果認為法律的某部分功用便在於保護弱勢，那就不可能逃避談論此類性別/性取向認同的弱勢族群。因此，本章也會介紹「酷兒」(Queer<sup>227</sup>)此種性別/性取向認同型態，並以此說明，或許比較好的策略是，打破原本的性框架。

### 第一節 性現象：有關於「性」的互動關係

想要討論性與性別議題，需先了解何謂性或何謂性別，尤其在本質論與建構論者的交鋒中，我們或許會因此對「性」的天然性產生質疑，進而探索社會文化對於「性」的影響。

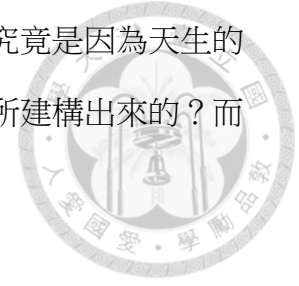
#### 第一項 性的本質主義與建構主義

從一九七零年代到八零年代，女權主義蓬勃發展。然而就像是所有批判性論述與運動，首先面臨的問題就是：誰要和誰對抗什麼？這個問題可以延伸出好幾個不同的問題，但首先最主要的問題便是：「我們」是什麼？女性可以被視為一

---

<sup>227</sup> 酷兒(queer)為一涵蓋甚廣的詞彙，其包含所有性少數。例如跨性別者、男同性戀、女同性戀、雙性戀等，最後甚至包含支持一夫多妻、一妻多夫等性解放者。酷兒出現於 1980 年代晚期，其係對於當時過於狹隘的身分認同的反應。當時雖然同性戀運動蓬勃，卻對於其他性少數，例如跨性別者不甚友善，為打破二元性別者的框架，於是開始興起酷兒政治(Queer Politics)與酷兒運動的論述。相關論述，請見 Vanessa Baird (著)，江明親 (譯) (2003)，《性別多樣化》，頁 42 以下，台北：書林。

個主體嗎？而女性如果可以被視為一個主體，那女性這個概念究竟是因為天生的自然條件，例如基因、生理構造的不同，還是由後天社會文化所建構出來的？而這就是一開始的本質主義和建構主義所爭執的問題。



「性的本質主義」(sexual essentialism)的基本想法是，性是先於社會生活而存在的、也是由某種別於制度的自然之力所形成的（例如基因、或是神）。而也因為此種特性，性具有不變性、非社會性、以及超越歷史而具有共通性等特性<sup>228</sup>。此一論者通稱為性學家，其通常以兩種方式去追尋性慾與特定的性形式，其一是偏好以歸納、統計等調查研究來建立某種理論模型；另一種，則是利用如佛洛伊德等心理學理論，去建構其理論<sup>229</sup>。但無論是何種方式，上述性學家們多半認可要建立某種「性的科學」，且認為性是來自於某種內在的生物動力，此為性所不變的本質。簡單來說，精神醫學、醫學與心理學在此領域中，成為佼佼者，並因為其「科學的地位」，對性與性慾的定義與解釋，產生非常大的影響<sup>230</sup>。

而這樣的「性普遍性」的說法，自然會遭受挑戰。認為性非自然化、永恆不變者，開始提倡「性是由社會關係所建構出來」的這種「建構主義」(constructionism)於焉誕生<sup>231</sup>。此種源自於對本質主義的批判，主要來自於女性主義研究者，其批判主要基於兩點：首先，對科學的中立性質疑；由於知識可能帶有之政治性，因此可能在前提上便是存有偏見的<sup>232</sup>。其次，是性本身的不斷變動性<sup>233</sup>；性的概念並非一成不變，例如「身體」，特別是「女性身體」的私密化到現在哺乳的正當

<sup>228</sup> 請參閱加藤秀一(2002)，前揭註 222，頁 142-143。

<sup>229</sup> See JEFFERY WEEKS, *SEX, POLITICS AND SOCIETY 2* (longman. 1989).

<sup>230</sup> See JENNIFER HARDING, *SEX ACTS: PRACTICES OF FEMININITY AND MASCULINITY 14-15* (Thousand Oaks. 1998).

<sup>231</sup> 請參閱加藤秀一(2002)，前揭註 222，頁 143-144。

<sup>232</sup> See Jennifer Harding, *supra* note 230, at 12-13。而姑且不論氏所舉出的學術文章證明，事實上我們可以輕易想見的便是諸如犯罪顯相學、黑人智商較低等偽科學。另外，即便不是偽科學，科學家當時所謂的真，或許也不過是拼湊出來的假想，只不過由眾人所肯認、相信罷了。明顯的例子，如牛頓利用光學測定月球和地球的距離，但最後證明完全是謬誤。

<sup>233</sup> See Jennifer Harding, *supra* note 230, at 13-14。

化即為一例；又例如本文的「猥褻」定義，從本文前述對於判決的分析，應該不難發現實務判決對於猥褻定義的變動，而這或許也是對於「不斷變動的性」一個不錯的例證。



然而，這樣的說法並非毫無問題。例如茱蒂絲·巴特勒（Judith Butler）便曾批判此種將性與性別完全歸諸於社會文化的想法，也不過是將生物性代換為社會性，亦即，巴特勒認為這樣的看法並未真正批判到本質論的核心，也就是關於性的普遍性究竟存不存在一事，同時這樣的看法也忽略人本身自我認同之可能<sup>234</sup>。而即使不進行如此「後現代」的批判，此種二元論的論述模式，也在一九八零年代受到衝擊；於當時的美國社會，掀起對於同性戀的「矯治」與「預防」風潮，而同時，也興起對同性戀起源的反思：同性戀真的是在環境中所塑造的嗎？還是自然產生的呢？在這種似乎兩者兼具的情況，單純的二元論似乎無法解決像這樣的起源問題<sup>235</sup>。但無論如何，現在無論是本質主義者或是建構主義者，似乎都有意識到對方的存在，也在類似的平台中得以對話。亦即，以生理的身體作為預設，而透過社會文化所影響的心理性別（也就是下面所談的「性差」（gender））來建構整體理論，其差別僅在於生理或心裡（社會文化）的偏重<sup>236</sup>。

## 第二項 性別、性差與性意識<sup>237</sup>

<sup>234</sup> See JUDITH BUTLER, *GENDER TROUBLE 10-11* (Routledge, 1999), 關於該氏更詳盡的論述，將在後面第三節進行更完整的說明。

<sup>235</sup> 請參閱加藤秀一(2002)，前揭註 222，頁 146-147，至於接下來的批判，本文將在第三節持續進行，此處僅先介紹其侷限。

<sup>236</sup> John Archer & Barbara Lloyd (著)，簡皓瑜 (譯) (2007)，《性與性別》，頁 389-392，台北：巨流。在本書中，係專以心理學的角度出發，談論性的生理或社會取向。這種論述方式意味著，建構論或本質論其實已經無法單憑學科論斷，經過這些年的討論與交流，即便是在以往本質論所佔據的心理學領域，亦有建構論的討論。當然這裡所說的是主流的二元論者之見解。但本文並不採此項見解，並認為所謂的「生理身體」，並非自然的預設，而也是建構出來的結果。更詳盡的論述見下述。

<sup>237</sup> 這三個詞彙，分別對應“sex”、“gender”、“sexuality”。雖然本文了解，在一般的性別論述中，常以「性」、「性別」代指 sex 和 gender，但本文以為，若不以「性差」表述，無法表達出「性的差別對待」(也就是接下來所提及的社會機能的差別)和「性別差異」(也就是純粹肉體、生理上的差異)不同一事。故而在這有別於一般性別論述，以「性別」、「性差」分別代指“sex”和“gender”，特別在此說明。相同的 sex 和 gender 詞彙翻譯，請見李茂生(2002)，前揭註 16，頁 295；李茂生



性別(sex)、性差(gender)和性意識(sexuality)此三者的差異與關係，可說是一直以來都相當具有爭議性。就普遍上來說，最基本的定義是，性別指涉的是生物學上、純粹肉體上的生理特質，例如女的(female)、男的(male)；而性差指的是社會文化所賦予的身分，例如女性(woman)、男性(man)等<sup>238</sup>。至於性意識，則是更為複雜的概念，它通常指涉了慾望以及性取向，亦即「和他人的身體接觸所帶的快樂及渴望為中心，所組成的社會群體，此群體帶有一定的觀念以及行為態樣<sup>239</sup>」，例如同性戀、異性戀等。

然困難的不僅是定義上的爭議，更是前述的理論脈絡不同所塑造出的三者間關係之差異。便如同前項所述，在過去以性學主導的論述中，以生理上、肉體上的性別為依歸，認為「性」因此具有永恆不變的普遍特性。而這也會影響其對於「性意識」的理解，亦即因為人的生理特質，使得他自然會擁有特定的慾望、性取向及行為模式<sup>240</sup>；而相對的，在講求社會文化影響「性」的建構主義者眼裡，縱然生理特質的性別無法改變，但社會文化、歷史等所賦予給個人的性身分(也就是性差)才是影響個人性意識的重要因素；例如剛強的男性與柔弱的女性等，甚至於在某種程度上，性道德之規範也是如此被形塑出來。亦即，透過社會文化對於性的形塑，形塑出某種人為的一致性，而這種一致性會再定義出社群容忍/不容忍的疆界，例如婚前性行為、例如青少年懷孕等，性道德與焉誕生<sup>241</sup>。雖然也如前述，此種傳統「性的二元論」遭受許多批判，但此種生理上的「性別」、

---

(2003)，前揭註 52，頁 147。

<sup>238</sup> 請參閱加藤秀一(2006)，〈ジェンダー入門〉，頁 24-26，東京：朝日新聞。但筆者就如同該書作者在其中的講述，對於此種男女二分法保持存疑的態度(該書第 24 頁)；事實上，或許也可以在性別中加入「雙性的」(intersexual)，在性差中加入「跨性別者」(trans person)，以打破二元的性別框架。

<sup>239</sup> 加藤秀一(2002)，前揭註 222，頁 35。

<sup>240</sup> 當然這樣的講法依然是過於簡化與平面，因為即使是在性學界，對於生理所帶來的內在動力，仍有正反不一的評價，有的視其為對抗保守社會的正面力量，而有的(如佛洛伊德一派)則視為是需要被社會所控制的負面力量。See Jennifer Harding, *supra* note 230, at 10-11.

<sup>241</sup> See Jeffery Weeks, *supra* note 229, at 7.

社會文化所影響的「性差」，乃至於性意識的架構也仍舊是被保存了下來，成為許多性別論述認識「性」的第一步<sup>242</sup>。



### 第三項 認同與認同政治

雖然上述的說法，相當程度地說明了生理和社會對於個人有關於「性」方面的影響。但這樣的論述架構卻很明顯缺乏非常重要的一塊：即個體的選擇和能動性<sup>243</sup>，而這在認同(Identity)的面向來說更是如此。

認同在性別論述中，向來是討論的重心，因為認同不僅是一種自我認定的過程，更是在社會學中，作為一種認定我群和他群的方式與界線而存在<sup>244</sup>。意思是，藉由認同這種自我感覺的認定，尋求和自我認同相當或類似的群體，並依此來鞏固自身並排除(或僅是防禦)與自身不同的認定感。這講起來很抽象，因此我們必須帶到下列兩種最常見的性認同，或許較能想像其中的概念。

在性論述中，最常見(或說最常被討論)的兩種認同，其一為性別認同(gender identity)；另一者為性取向(sexual orientation)的認同。就前者而言，顧名思義就是對於自體性別身分的認可與了解，例如認同自己身為男性的身分，並因此從事男性的活動等<sup>245</sup>；而後者則指的是對自身欲望對象的認同，例如喜歡同性者或異

<sup>242</sup> 然而有趣的是，在需要對性有所認識的刑法界(無論實務或是學術圈)，這種幾乎是性別理論 ABC 的基礎論述卻寥寥可數，但即使如此，仍可以帶入諸如「性慾」、「性自主」等詞彙。這不禁讓人反思，在台灣，法律系統與其他外在環境的互動，是否僅具形式上的功能。

<sup>243</sup> 「能動性」(agency)係指個人在結構中所具有的行動能力。此概念的提出，原本是為了批判過往社會學理論過於強調「結構」(structure)對於群體的影響，但對於個人行動所造成之改變可能卻未置一詞。但現代的社會學家，往往不將結構與能動性視為對立的存在，例如 Giddens 即認為結構和個體是相互建構的。在此等意義下，結構既影響個體，個體也會反過來形塑結構。見游美惠(2012)，〈能動性〉，《性別教育季刊》，63 期，頁 92 以下。

<sup>244</sup> See DIANA FUSS, *INSIDE/OUT. LESBIAN THEORIES, GAY THEORIES 2* (Routledge. 1991).

<sup>245</sup> 請參閱 John Archer & Barbara Lloyd (著)，簡皓瑜(譯)(2007)，前揭註 236，頁 138 以下。例如剪一定長度的頭髮(男性短髮、女性長髮)、玩特定玩具等。

性者等<sup>246</sup>。性認同的重要處，便在於其排除與內包不同性族群的過程。這樣的運作，同樣的代表了某種權力機制與關係，也是認同政治的來源<sup>247</sup>。但性認同是如何產生的？是否有跨越生理的可能？同時，在認同過程中的主體形塑，會不會造成某種均質同一性而排除掉可能的參與者？這些都是接下來所要討論的，但在此之前，我們仍有必要先將「性自主」此一概念界定清楚，這也就是下一節所要探討的目標。

## 第二節 性自主與女性主義

在談論過性的基礎論述後，接下來要探討的就是「性自主」究竟是什麼？事實上「性自主」這個概念並非憑空而生，而是作為一種對抗而誕生的；畢竟如果本來就是自由、自主的環境，就不需要特別去彰顯這個事實。因此本節會先從其源頭，也就是性自主所欲對抗的事物開始論述，其後不可避免的，作為性別/性差論述的反抗先鋒，女性主義的論述介紹才是本節之重點所在，本文希望從可以女性主義的論述中，探索出「性自主」的含意。

### 第一項 源頭：以所謂的「貞操」為例

貞操如果作為一種性道德與社會風化的約束，其意思是指女性的性清白<sup>248</sup>。也就是在婚前未曾與配偶以外之人從事性行為。然而便如同有些學說所批評的，

---

<sup>246</sup> 在這裡已經很貼近本文闡述的核心爭議，亦即同性戀作為「被創造」、「被特徵化」的認同(傅柯語)，在結構上成為機制的一部分，但似乎仍無法忽略個體利用其作為行動的基礎。其實，有關「性」的議題，大抵都有此類機制與能動性的交錯與衝突，猥褻議題同樣也不例外，因此在覺察到這樣的事實後，應當如何去運作或是自身應當如何自處，則會是關鍵所在。有關同性戀是被創造或被特徵化的見解，See Michel Foucault, *The History of Sexuality I: An Introduction* (Robert Hurley trans., Vintage books 1980).

<sup>247</sup> See Jennifer Harding, *supra* note 230, at 50. 而正如文中所說，在這過程中，所展現的霸權特性，正是使得弱勢族群發聲成為可能的關鍵。

<sup>248</sup> 請參閱薛文郎(2002)，〈配偶強制性交罪之保護法益到底是什麼？〉，《刑事法雜誌》，46卷4期，頁99。

女性的性清白一事為何重要？有性經驗的女性，不是可以使雙方更為享受性行為  
249？



如果依循上述質疑，貞操的確是在邏輯上就是不合理的存在。但如放在傳宗接代的角或也就不足為奇。在過去，性行為以繁衍為目的，而因為戰爭或高勞力密集工作而取得社會支配地位的男性為保證後代子孫血統的純正性，除了獨佔女性個體外，更創造出這類「性清白」的性道德<sup>250</sup>。在這樣的前提下，個人（特別是女性）的性選擇自由可說是趨近於無。

雖然貞操概念或有其歷史與文化緣由，但不可諱言的，類似貞操的這種對於女性的性規範與倫理準則確實隱含著不平等，而此種不平等在進入現代社會、性行為不再以繁衍為其唯一或主要目的的時候，又應當如何解決？於是，作為一種對此不平等的反抗論述：女性主義式的性別/性差論述便逐漸開始昂揚。

## 第二項 作為一種反抗論述：女性主義

女性主義作為一種反抗論述，約在十八世紀晚期的歐洲出現<sup>251</sup>。其實不光是上述的性自主問題，女性主義所反抗的更是所有基於性別上的不平等。所以當我們提及性別和性差議題，很難忽略女性主義這個脈絡。尤其是涉及和性意識有關

<sup>249</sup> 請參閱許玉秀(2003)，前揭註 134，頁 20。

<sup>250</sup> 便如同佛洛伊德所引用葉南斐(Von Ehrenfels)的言論：「『自然的』性道德乃是一個種族為保持其健康與活力而施之於其成員的控制系統。」雖然本文並不贊成此種認為性道德為正面的論調，但也必須承認「性」的確成為了社會控制的一環，而這也和之後會提到傅柯所談論的性道德規制有異曲同工之處。有關佛洛伊德的論述，請見 S. Freud (著)，林克朗(譯)(2015)，《性學三論·愛情心理學》，頁 231，台北：志文。

<sup>251</sup> 根據研究，女性主義(feminism)一詞應出現在 1880 年代的法國，當時為法文的"feminisme"，但現在認為女性主義的實質源頭(亦即雖無此詞彙，但已明確追求女性權益之主張)，應從 1792 年英國 Mary Wollstonecraft 所寫的《為女權辯護》(A Vindication of the Rights of woman)開始起算。關於女性主義的歷史及其源頭，本文係參考顧燕翎等(1999)，〈女性主義經典〉，顧燕翎、鄭至慧(著)，頁 31 以下，台北：女書文化；林芳玫(著)(2000)，顧燕翎(等著)(編)(2016)，前揭註 226，頁 10 以下。

的性自主權時更是如此。當然，女性主義由於其理論與流派的繁雜，有時很難精確地給予其一個精確的定義，但若說他們的共通點，即為一、敘述男女不平等的現象，或其中女性居於次等地位之狀態。二、以女性的觀點解釋其原因，其中，此種觀點多不以生物決定論出發，而以社會文化因素解釋之，並依其觀點提出解決方案。三、除了解決上述問題外，進一步尋求根治這種宰制與支配的權力關係<sup>252</sup>。也基於上述理念，許多女性主義論述被視為較為激進的論述形式<sup>253</sup>。而由於女性主義具有諸多流派，本文限於篇幅不可能逐一檢視各流派之異同，在此僅介紹三個本文認為最具代表性的女性主義理論，來說明此種反抗論述對於性自主的重要性<sup>254</sup>。

#### 第一款 自由主義女性主義(liberal feminism)

自由主義的女性主義可說是女性主義的起源，和十八、十九世紀所興起的自由主義雷同，自由女性主義基於理性人的預設前提，認為每個人都應該有自我決定權，並認為基於每個人皆有的理性，女人和男人應享有相同的待遇。無論在政治或經濟的場域，兩者皆應享有同等的待遇。有名者例如瑪莉·烏絲東奎芙特(Mary Wollstonecraft)所著《為女權辯護》(A Vindication of the Right of Woman)即表達女性和男性同樣有能力，應尋求經濟自主。

此種女性主義相較起之後的女性主義，顯得較不重視男女差異的存在，然而，其同樣注意到男女不平等的起源並非來自於能力、階級等，而係基於傳統父權制

<sup>252</sup> 顧燕翎(等著)(編)(2016)，前揭註 226，導言 VII-VIII。

<sup>253</sup> 有認為女性主義基本上就是奠基於「差異」而來的論述。亦即其和一般去性化的平等主義不同，不從人生而平等(但有接近這一派的如自由女性主義)進行論述，而是直接闡明「性別差異」，並要求基於這些差異的實質平等。相關論述請參閱李駿逸(2007)，〈論「性」之刑事法規制〉，頁 92 以下，國立台灣大學法律學研究所碩士論文論文。

<sup>254</sup> 本處關於女性主義理論的分類與介紹，主要係參考自顧燕翎(等著)(1999)，顧燕翎、鄭至慧(編)，前揭註 251、顧燕翎(等著)(編)(2016)，前揭註 226；林志潔(2010)，〈美國女性主義法學發展與性侵害防治法之改革〉，《月旦法學雜誌》，182 期，頁 144-161、And See General JENNIFER MATHER SAUL, FEMINISM: ISSUES & ARGUMENTS (Oxford. 2003).

度對於女性的壓迫<sup>255</sup>。



對於性或色情言論上面，自由女性主義雖然同樣反對違反性自主的性，但並未如基進女性主義反對色情，相反地，基於言論自由的立場，認為縱然色情的確有害處，但我們觀看色情的權利仍是神聖不可侵犯的<sup>256</sup>。而在性自主與性侵害方面，其建立起「個人自主決定與何人、何地、何種方式進行性行為」的「性自主權」的概念之同時，也將性犯罪中立化，也就是去除諸如「姦淫」等非中立詞彙、認為男女皆有可能是犯罪主體或客體，並將性犯罪定位為暴力犯罪，亦即將重點擺在被害人在此過程所受到的傷害，而不在於貞操或性本身<sup>257</sup>。

## 第二款 基進女性主義(radical feminism)<sup>258</sup>

談到女性主義便不得不談到基進女性主義，基進女性主義起源於六、七零年代的美國與紐約，其主張就如同其名稱，尋求女性受壓迫的根源：即父權制度或男性支配。這種支配不僅是經濟或政治上的不平等，而是從社會文化到個人性別角色的形塑皆是如此。如最早的基進女性主義者葛瑞爾(Germaine Greer)即在其著名的《女太監》(The Female Eunuch)一書中，即認為陰柔、可愛且被動等刻板的女性形象，即是受制於男性主導的社會，女性真正的性天性(sexual nature)應為主動且敢為。

<sup>255</sup> 但這也被認為是自由女性主義的致命弱點，亦即其雖然在敘述層次上指出女性遭受歧視的事實，但卻未建立系統論述說明為何女性會遭受這些歧視。相關說明，請見顧燕翎(等著)(編)(2016)，前揭註 226，頁 16。

<sup>256</sup> See General NADINE STROSSEN, DEFENDING PORNOGRAPHY: FREE SPEECH, SEX, AND THE FIGHT FOR WOMEN'S RIGHTS (New York University Press, 2000).當然其論點不僅僅在於抽象而虛幻的言論或表見權利，氏在該書中，除了認為基進女性主義反對色情之見解有誤，還更進一步認為色情其實可以帶給女性正面的好處，例如讓某些弱勢女性成為明星而獲取名利、反而因此取得尊嚴等。

<sup>257</sup> 請參閱林志潔(2010)，前揭註 254，頁 53-57。

<sup>258</sup> 基進女性主義(radical feminism)一詞，有譯為「激進女性主義」，然而究其字根，係出於「根基」(root)的語源，其意義指的是，從男女差異的根源，去尋求女性主義的真義，因此就意義上而言，應翻譯為「基進」較符合原意，詳細說明，請參考顧燕翎(等著)(編)(2016)，前揭註 226，頁 107 以下。



而從著名的基進女性主義者麥金儂(Catharine A. Mackinnon)處理性與色情的議題，即大概可知該流派如何建構其理論。麥金儂認為，男女的關係是支配與附屬的關係，尤其「性」更是如此。例如其在「性騷擾」(Sexual Harassment)的案例當中，麥金儂即認為由於支配、附屬關係的核心是「性」，因此男主管理所當然會將這類支配手段帶入職場，這對維持其職場中的地位有不可或缺的必要性。所以想要解決這類的性騷擾現象，需做的不是給予女性更多不必要的保護，而是要根本地打破這樣的支配從屬結構<sup>259</sup>。

另外，其著名的反色情言論也極具代表性。和上述自由主義者不同，其認為，色情影片或刊物「本身」即代表對女性的輕視，因為內容描寫女性面對性暴力而屈從，因而將女性貶為次等。而這樣的現象也將導致女性在性以外的層面失去話語權，因為如果色情讓男性相信女性為次等，則後者的言論對男性而言將失去重要價值<sup>260</sup>。至於在性侵害與性自主之處，基進女性主義也批評自由女性主義去差異性的做法，並認為性侵害不僅是暴力犯罪，更是性犯罪，是男性在父權體制下，將女性視為洩慾的工具，並藉此來貶低女性<sup>261</sup>。

### 第三款 後現代女性主義(postmodern feminism)

後現代女性主義顧名思義，就是從後現代論述出發來進行女性主義的批判。雖然說後現代主義本身就有定義模糊的問題，但依然有幾項特徵：其一，強勢文化中心的「去中心化」(decenter)，亦即開始去質疑強勢文化的主導性之價值與思考是否合理；其次，「意義」的鞏固地位被鬆動，在此之前語言有其獨特地位，

<sup>259</sup> See general CATHARINE A. MACKINNON, *THE SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN A CASE OF SEX DISCRIMINATION* (Yale University Press. 1979).

<sup>260</sup> See Catharine A. Mackinnon, *supra note 223*, at 456-511.

<sup>261</sup> 請參閱林志潔(2010)，前揭註 254，頁 62-63。而這樣的講法，其實正是我國對於性自主及猥褻的「客體說」論述方式；也就是男性將女性視為客體，而藉此貶低其身為人的主體性。

文字不受重視的原因，在於其在作者死亡後，仍然可以指涉某些意義，但此意義因為時間和不同的解讀，可能會有不同意涵。但德希達(Jacques Derrida)則認為，既然文字有脫離原先作者，本身就可以被當成是獨特的文本詮釋，因此意義不再限於「語言」、對原解讀者的精確了解，其地位因此而鬆動。第三，因為去中心化和原先牢固意義的鬆動，而顛覆了對於統一求同的思考模式，取代的是對多元和差異的尊重<sup>262</sup>。

而這些特點在後現代女性主義中，同樣具有。其反對單一性的封閉思想，並反對二元對立的情況，例如反對將特定特質歸於特定性差之情形，並認為這只會讓兩性刻板框架更加明顯，因此在某種程度上來說，後現代女性主義者是不去界定何謂女性特質的<sup>263</sup>。

因此簡單來說，後現代女性主義的主要貢獻在於批判，批判原有的性別框架以及解構原有價值<sup>264</sup>；更精確的說，其提供另外一種視角，幫助我們去檢視原先可能未曾注意的層面，例如藉由刑法去規制性交易，很可能是在規訓人民何者為好的性、何者為壞的性。又或者，如同本文的猥褻定義，按照後現代女性主義者的想法，可能也是意圖使人民具有某種共同的性價值，但此種性價值其實也僅能代表特定主流族群，卻使得其他弱勢族群的意見和需求則被掩蓋<sup>265</sup>。因此，無論是在性侵害或色情問題上，其著重的重點會在於相關定義是否具有偏見，而法官

---

<sup>262</sup> 相關介紹，請參閱莊子秀(2000)，〈後現代女性主義〉，顧燕翎等(著)，《女性主義理論與流派》，頁 299 以下，台北：女書文化。。

<sup>263</sup> 請參閱莊子秀(2000)，前揭註 262，頁 316-317。

<sup>264</sup> 請參閱林志潔(2010)，前揭註 254，頁 65-66。

<sup>265</sup> 此點，例如在同性戀議題上則更為具體。例如在猥褻物品罪的裁量上，當同性戀主張此種影片對其社群來說是正常而必須時(因為發洩管道較其他異性戀為不易)，法院仍可能以異性戀角度去審視該罪之構成要件，對其實有不公之處。相關判決例如臺灣高等法院 94 年上易字第 1567 號刑事判決，此則和同性戀相關之案例，當事人抗辯歧視同性戀，但法官以「如於刑法第 235 條猥褻之認定上，採取較異性戀寬容之態度者，反而造成對同性戀所謂「反歧視」之情形，嚴重違反憲法第 7 條中之性別平等原則。」標示需與異性戀有一樣的性標準，才是「平等的展現」。

的判決說理又是否足以排除偏見<sup>266</sup>。



### 第三項 關於性自主：性選擇自由與性差、性取向自主

從上述三種女性主義流派的論述當中，雖然可以得知三者就「差異」的角色、對性的態度等皆有所不同，但三種女性主義卻有一個共通之處，即注視於來自權力的壓迫。這種壓迫來自於性、來自於某個特定的性優勢族群。而認識到這點，我們至少可以理解，所謂的性自主是從反抗這種壓迫而來的。因此，一般皆認可的刑法中關於「性自主權」保障，即是認為「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的權利<sup>267</sup>」，這樣對於性行為的選擇及不選擇自由，自然也可以視為對於過去貞操觀念或保守性道德所規訓的性行為壓迫之反抗。

但問題是，性自主的意涵真的只有性行為的選擇或不選擇自由嗎？如果說性差或性取向的生理特徵或是認同，如同本文在本章第一節(以及下一節)的論述，並非個體所不能改變的話，那性自主的意涵難道不該包含性差與性取向之選擇自由？

事實上，本文以為性行為之選擇自由和性別或性取向之選擇自由，本就是無法拆分的。因為在性行為的選擇背後所支撐的，就是個人對於自身性差或性取向的認識。如同任何異性戀者或同性戀者，在選擇其性伴侶時所偏近的趨向，必然是其所認同自身性差和性取向所做出的決斷。所以，若說有支持性自主論者，卻認為其中不包含性差自主與性取向自主，本文以為那這其中必有誤會<sup>268</sup>。因此，

<sup>266</sup> 請參閱林志潔(2010)，前揭註 254，頁 66。

<sup>267</sup> 請參閱李聖傑(2003)，前揭註 118，頁 25。

<sup>268</sup> 本文以為，除了「對於性自主權的認識不深」的這個可能外，另外最有可能的或許是在其「性自主」的框架中，隱含了其他目的，例如對於性的規制等。而這方面更詳細的論述，請見本文第

若認同性自主包含性差自主與性取向自主，那重點便在於，性差或性取向的認同究竟是如何形塑而成的？而認同有辦法被界定嗎？這些問題，女性主義者們試圖以父權或性框架(sexual hierarchy)<sup>269</sup>，對個人的影響來進行說理。也就是認為個人天生具有的主體性，遭受父權的壓迫所形塑而成後天屈從而柔順之男性觀點的女性特質。因此，在這樣的女性主義運動中，認為必須以「認同」為核心，找回女性原先不受壓迫的主體性<sup>270</sup>。但問題是，先天的主體性是否存在？而認同又是否可能造成女性的均質同一性？應該怎麼樣才有辦法找到我們的主體性？基於上述對於女性主義與主體性的疑問，我們甚至可能會懷疑，是否真有性自主的存在？為回應這些問題，本文接下來將介紹茱蒂絲·巴特勒的理論進行論述。

### 第三節 「展演<sup>271</sup>」的性別<sup>272</sup>

#### 第一項 主體的顛覆

性自主的先決條件，是存在於一個擁有自我意志的個體，這樣的個體，了解

---

五章的論述。

<sup>269</sup> See Catharine A. Mackinnon, *supra note 223*, at 6-7. 簡單來說，就是認為性別/性差是由於男女不平等的框架所凝聚而成的。亦即這樣的框架是由異性戀體系，硬加諸於個人。此點雖然男女皆受影響，但由於現行制度是由父權體系所形塑而成的，因此，這樣的框架依然是對於女性不平等的框架。

<sup>270</sup> 請參閱許明暄(2008)，《試論性別展演論的顛覆性》，頁 13-14，國立中山大學政治學研究所碩士論文論。

<sup>271</sup> 「展演」(performative)，有翻譯成「操演」、「踐履」、「述行」等多種翻譯，但首先我們必須了解此概念就巴特勒來說，同時具有標示了戲劇性和語言行動性(performativity as linguistic)，無論是「踐履」或「述行」等，似乎都僅表達出其單面性。雖然說本文想譯作「表踐」試圖去表達「表演」和「實踐」兩個層面；此外，作為法律論述，「表踐」也成為法律人所習慣之諧音，除了好記外，也有試圖為兩種不同的學門架起一座橋梁意味。然而考量目前「展演」仍是較為多數的譯法，同時似乎也最為符合其表現、實踐的特性，因此還是權譯為「展演」，特此說明。有關巴特勒之理論同時有戲劇性和語言行動性的論述，請見 Judith Butler, *supra note 234*, at preface XXV(1999).

<sup>272</sup> 在巴特勒的論述當中，性別與性差的界線，已然無存。就如同 gender trouble 的中文譯者所言，當其使用“gender”時，其不僅在表達社會文化的性別，更是在生物性與文化性中游移，充滿了不確定性與可能性。因此，本文在此也不再區分性別或性差，直接以慣行的性別代表。類似譯法，見 Judith Butler(著)，林郁庭(譯)(2008)，《性/別惑亂》，原著 1999 年版序 24 頁，台北：國立編譯館。

自己，並因此可以為自己的行為負責。而性自主也就是了解自己的生理與心理特徵之前提下，為自我性方面之行為做決定。然而，這樣的「主體性」是否存在？本文引巴特勒的觀點分別就性差和性取向為質疑論述。



### 第一款 性別/性差架構的破壞

過去傳統的文化論述會認為，女性的天生特質，讓她們天生不如男性。例如女性不善於理性分析、天性柔弱等。然而就如同本文在本章前幾節的說明，女性主義者基於「性的建構主義」，首先區分生理上的「性別」與社會文化所形塑的「性差」，並認為女性地位的劣勢，並不在於先天、物理或生理上的差異，而在於社會對於這些事實的評價與誇大<sup>273</sup>。亦即，由男性所掌控的社會體制，將女性和男性不同之處，加以詮釋，並依此作為壓迫女性的工具。因此真正重要的是，如何去理解這樣的社會文化之形塑。

若探究這樣的女性主義論述起源，包含巴特勒的諸多論者都認為，應該可以回溯至西蒙波娃在《第二性》中的經典名言：「女人不是生來就是，而是逐漸變成女人」(one is not born a woman, but, rather, become one<sup>274</sup>.) 這樣的說法，雖然隱約拒斥著生理決定論，而強調社會建構的重要，但其實並未脫離生理心理二元論的性別範疇。巴特勒也是從此點，開始進行她的性別質疑論述。

首先，她懷疑將性分成性別(sex)和性差(gender)是否真有意義？便如同本文前述曾提及的，科學和醫學中對於身體構造、染色體等理論其實也不過是種論述，其並非自然中立或顛沛不破的真理。而社會文化的形構，基本上也不過是一種論述。就概念上而言，兩者同為論述的形式，並未有多大的差異。而巴特勒更進一

<sup>273</sup> 請參閱許明暄(2008)，前揭註 270，頁 16。

<sup>274</sup> See SIMON DE BEAUVOIR, THE SECOND SEX 330 (Constance Borde & Sheila Malovany-Chevallier trans., Vintage books. 2010).(1949).

步指出，如果性作為科學的本質受到質疑，那在這點上，「性別」也可以被當成是文化建構的一環，如此一來，所謂的性別與性差，便沒有什麼差別，都是由社會文化所建構而成的。其次，巴特勒更是根本性地批判在身心二元論的這種性別/性差/慾望序列中，預設一個行為者（主體）的存在一事是種錯誤。西蒙波娃認為女人是「逐漸變成」，這似乎是意味著，在尚未被社會文化「變成」女人之前，有個尚未被性別化的、空白而自由的主體存在<sup>275</sup>。

申言之，這樣的說法配合著身心二元論，其意味著在在被動的身體媒介之中，有個主動的意志體（或你也可以稱之為靈魂、意識）。在這種身體受意志所統屬的關係中，身體受到男性的定義，而心靈便在壓迫的過程中，想要打破此陽性中心，故而一種以認同自身女性地位的男/女二元性別結構於斯誕生。雖然這樣的想法看似合理，也符合傳統哲學本體論中對於自由意志的信仰，但其中可能會有幾個問題。首先，巴特勒便認為身體並非只是文化意義的媒介，身體本身也是建構物<sup>276</sup>；就如同前述，科學、醫學都可以被視為文化論述的前提下，身體的界定也並非自然中立，例如男女身體的劃分，如果碰到陰陽雙性別者，即無法適用，而又例如賀爾蒙的「塑造」，賀爾蒙常被性醫學當成是決定「性差異」的主要因素，但過去對於賀爾蒙的看法，卻是認為男性賀爾蒙與女性荷爾蒙分別存在於男女身體中，所以造就出男性與女性特質。而這項科學謬誤才被後面的新進醫學推翻，發現其實雌激素(oestrogens)同時存在於男女體內，可說身體，被這一連串的科學論述形塑了一遍<sup>277</sup>。因此，顯然將身體視為被動的從屬，本身就有其不妥之處。

最後，在這場反抗的行動中，為了對抗男性霸權，將女性收納於同一個女性

---

<sup>275</sup> See Judith butler, *supra* note 234, at 10-12.

<sup>276</sup> See Judith Butler, *Contingent Foundations: Feminism and The Questions of "PostModernism"*, in *FEMINIST CONTENTIONS: A PHILOSOPHICAL EXCHANGE* 3. 17-19, (Seyla Benhabib ed. 1995).

<sup>277</sup> See Jennifer Harding, *supra* note 230, at 58-59.

的形象當中，讓原本具有的差異性因此而被消弭<sup>278</sup>。在這裡，例如不贊同女性自主權的保守女性、或不認同性別疆界的極端開放女性，可能無法被此反抗組織或系統所採納。講白話一點就是，哪一種女性可以代表全體？而又有哪一些女性「被代表」？這些不具同質性的「人」可否被化約在同一個概念底下，實令人生疑。最後，巴特勒根本性地質疑「『我』等同於『思考』的主詞」這種笛卡兒式的主體論<sup>279</sup>；如果同意之前對於科學、社會、文化等論述都是被形塑出來的說法，同樣會認為所謂的主體也不過就是人工所形塑的結果。而性別的形成更是經由所謂的「制約性實踐」(regulatory practices)所構成。亦即「人」此一身分的「一貫性」(coherence)和「連續性」(continuity)不是因為人本質上具有邏輯，而是因為社會上可見的規範<sup>280</sup>。也就是說，因為人的身分和社會上所肯認的規範一致，個人才獲得肯認。

平心而論，雖然巴特勒對於西蒙波娃以降的女性主義者所做出的批評未必公允<sup>281</sup>，也在政治行動上被認為過於消極而飽受批評<sup>282</sup>。但本文以為，其在性別上所做出的貢獻在於去除單一、平面的二元性別框架。這本身就為多元的性別找到出路。而其消除主體性、認為「在行為背後沒有行為者<sup>283</sup>」的想法，更是帶給性自主衝擊性的顛覆(詳見本文第三項)。但光是性別，仍在性別議題中缺乏很重要的一片拼圖，因此接下來，本文將審視巴特勒在性取向方面的說法。

---

<sup>278</sup> See Judith butler, *supra note 234*.

<sup>279</sup> See Judith butler, *supra note 276*, at 10-13。這裡巴特勒甚至說，由於權力會自我生產權力，所以主體的建構是永遠無法完成的。

<sup>280</sup> See Judith butler, *supra note 234*, at 22-23。因此，在某種程度上，巴特勒可以說是某種極端化的社會建構論者，其相信人的性別和身分認同，都受到社會規訓，此點本文第五章所要介紹的傅柯可說是一脈相承。但巴特勒並非完全認為個人就因此完全受到社會規訓的影響，其還是認為個人藉由「展演」的概念而具有能動性，請見本文下述的說明。

<sup>281</sup> 例如便有論者認為，由西蒙波娃的論述中，是否能直接連結到完全以意識為主，又值得懷疑的。相關質疑，請參閱許明暄(2008)，前揭註 270，頁 21-22。

<sup>282</sup> See Martha Nussbaum, *The Professor of Parody: The Hip Defeatism of Judith Butler*, 22 THE PROFESSOR OF PARODY: THE HIP DEFEATISM OF JUDITH BUTLER, 37, 41-44 (1999).

<sup>283</sup> See Judith butler, *supra note 234*, at 33.

## 第二款 多元的性取向



性取向的議題，通常直觀的想法是和性意識有關，一如本文在本章第一節的說明，其指涉了某種和他人的身體接觸所帶的快樂及渴望，而我們若簡單的將其分類的話，可將不同的性取向分為同性戀與異性戀。但這個議題當然沒有這麼簡單，在同性戀議題或女性主義的討論脈絡下，性取向論述同樣也是一種權力論述。也就是（同樣承接於前一項的概念），以異性戀主導的社會文化乃至於科學、醫學，塑造出以異性戀為中心、為典範的認同模式。

為了更清楚其中的概念，這裡我們舉維蒂格(Monique Wittig)理論為例。維蒂格作為同性戀理論的研究者及倡議者，其贊同西蒙波娃對於性別性差的基礎論述，即對於社會文化將生理性別誇大，並依此對女性進行壓迫。然除此之外，其更進一步認為，男女性別框架本身，就是異性戀霸權的產物，無論男或女的概念，都是由歷史、文化等社會建構下的結果<sup>284</sup>。因此，為了打破此種異性戀霸權框架，維蒂格主張以「女同性戀」的身分認同加以翻轉，也就是以自我認同的「女同性戀」此一身分為主體，以此有別於過往的男/女二元框架，而也只有以同性戀的角度出發，才有可能真正打破此一框架束縛。在概念上，維蒂格似乎創造出除了男女之外的第三種性別<sup>285</sup>。

雖然維蒂格已察覺到兩性性別框架為異性戀霸權的一環，也想要打破此一框架，但對於巴特勒來說，這樣仍是不夠的。因為維蒂格以自我認同的方式創造以女同性戀為中心的主體，實際上，依然是承繼於西蒙波娃的觀點，也就是如同本文前一項所述，站在某種本體論的立場，認定在概念（或想像）上，依舊存在一個普世存在的主體，這個主體因為思想而存在。這樣的思維模式，巴特勒認為不

<sup>284</sup> See Monique Wittig, *The Straight Mind*, 1 THE STRAIGHT MIND 103, 107-111 (1980).

<sup>285</sup> See Judith butler, *supra* note 234 , at 26.

外乎是將異性戀視為一個整體，而與之相對的，就是以女同性戀為模板的同志族群。但這種想法的問題便和上述性別的問題有些類似：首先，區分「受到束縛的異性戀」和「打破框架的同性戀」的論述模式，本身為了打破既有框架而設，但此種設計，本身就是複製異性戀思維，亦即，此種二元設計，又淪為模仿異性戀/反異性戀此種二元框架的固有思維當中，除了這本身就是一種武斷而平面的錯誤建構外。同時這樣的框架也會和異性戀有同樣的問題，也就是為了二元對立，將任何一方都化約為一種平面而一致的想像當中，但實際上，在異性戀實踐當中，同樣有同性情慾的存在，而相反的，在同性戀實踐中，同樣有對於異性戀之模仿<sup>286</sup>。因此武斷的將性取向區分為異性戀和同性戀，只是加深固有框架的侷限，對於性別或性取向多元性並無幫助。

因此，如果要打破固有異性戀框架，創造一個在概念上的原初模型與主體，可能不是會一個好的選擇。此處之所以舉維蒂格為例，並非她站在一個保守、反動的位置，恰恰相反的是，作為同志理論的倡議者，她相當程度地代表了現代同志以自身認同為中心的解放思維。但即便如此，當她創造出以「女同性戀」代替「異性戀」的強制框架時，也同樣限縮了多元性取向的可能。所以在此意義上，似乎性取向也因此被解構而不應該、也無從被定性。但如果真是如此，我們又該如何去認識性別與性取向呢？便如同哈樂薇(Donna Haraway)所言，我們研究的意義不在於否定意義或解構身體，而在於提供更多不同的意義給予身體生存的機會<sup>287</sup>。因此，在下面，本文會繼續引用巴特勒的理論，來試圖找出，在不採用上述框架的前提下，讓身體表現性別與性取向之可能。

---

<sup>286</sup> 本段整理自 Judith butler, *supra note 234*, at 154-156。此點例如書中曾提到的，男同志店長在因為度假關門時，會在告示上寫：「她因工作過度而需要休息」，這就是相當男同志陰性化的用法，另外男同志在面對喜歡的男性偶像時，也常常以 XX 夫人作為自稱。成為一種對異性戀婚姻制度的模仿。

<sup>287</sup> See DONNA HARAWAY, *PRIMATE VISIONS: GENDER RACE AND NATURE IN THE WORLD OF MODERN SCIENCE* 580 (Routledge 2 ed. 1990).

## 第二項 身體的展演：扮裝與諧仿



上述去除先驗主體以及反對認同的見解，或許會讓人懷疑，是否巴特勒完全否定了個人主體以及能動性的存在。但事實上並非如此，對巴特勒而言，其所反對的，是那種藉由身心二元論（或性別二元論），所帶來的性別或性取向固化。易言之，就如同前述時常在問的問題：究竟誰被代表了？透過二元論或是本體論所認定的性別、性取向，往往展現出一種平面、一致的性別、性取向觀點，但這並無法代表所有的類型，甚至會在某種程度上，消滅多元性別、性取向出現之可能性，這些是巴特勒所無法接受的。

但巴特勒的性別觀又是什麼呢？對其而言，性別既非名詞，也非個人的特質，性別是一種需要經過反覆實踐、演練的行動<sup>288</sup>。為了瞭解這種「展演」性，我們在這裡不得不先稍微介紹一下巴特勒對主體的認識。

就如同前述曾提及，巴特勒認為，在行為的背後沒有行為者。其對於主體的見解也正如此語。這裡，巴特勒運用了阿圖塞(Louis Althusser)的例子，說明其對於主體的看法：一個警察在路邊叫喚(hail)路人進行臨檢，而路人只有在被叫喚時，這個屬於路人的身分主體才因此被招喚、被知悉。此事例意味著個人的主體性，經由與外在的權力關係之交互作用而被形塑出來<sup>289</sup>。因此，主體並非一種身分，而毋寧是一種行為或行動，藉由此種行動，主體才因而被社會所承認。但這樣的關係並非藉由一次的互動或行為便穩固下來，其需要多次反覆的實踐及確認，主

<sup>288</sup> See Judith butler, *supra* note 234, at 33.

<sup>289</sup> See Judith butler, *the psychic life of power*, at 5, Stanford: Stanford University Press. 而雖然阿圖塞認為構成主體的是個人因為經由外在交互關係所形塑的「意識形態」(ideology)，但巴特勒似乎是認為其與傅柯的權力關係行塑個人主體的想法有雷同之處，亦即主體係經由外在關係(儀式與慣習)所建構而成，而在此之前，並無主體的存在。相關見解，見董佳豪(2017)，《茱蒂斯·巴特勒的主體理論》，頁 27-29，國立台灣大學法律學系研究所碩士論文論文。

體才有辦法在此社會中活存下來<sup>290</sup>。在這裡，巴特勒顯然是從一種社會學以及建構論的角度出發，去看待主體的問題。



而在性別與性取向當中，也同樣如此。其認為，在社會中並未有一原始或本質的性別與性取向，就如同前述，這些性別與性取向不過是一種論述的產物，而此種論述，因為不斷地「展演」而被確認。而這樣的行為不僅是一種「實踐」，也具備表演的儀式性，藉由反覆的操作，來鞏固虛幻的架構。而也由於這是一種具有強迫性質的社會規範系統，這樣的規範系統會強迫個人去接受「人具有本質」這件事，使「性別為建構出來的」一事，遭受掩蓋<sup>291</sup>。

雖然從上述脈絡看下來，巴特勒對於性別或性取向的看法，似乎是認為主要在於跟社會或權力關係的互動，而此種互動並未帶有太多個人主觀意志的空間，好像將個人能動性從結構中消除，但其實並非如此。扮裝(drag)與諧仿(parody)在此成為斷開結構鎖鏈的機會。

正如同本章一開始索引的卷頭語，扮裝所指的是被社會大眾普遍認定的男性，藉由穿女裝的方式，來表達自我。而諧仿更是藉由詼諧地模仿另一種性別的方式，來表現一種對於體制的批判<sup>292</sup>。而此二者對於巴特勒而言，之所以可以在某程度上干擾、甚至截斷結構之連續性，在於這些行動有效的嘲諷了這個所謂「真實性別」的概念。例如跨性別者的變裝，這代表雙重的反轉：首先外在的服飾為陰性，但內部（身體）為陽性；而另一方面，外部的身體、性別為陽性，但「內心」卻是陰性，此時，身體變裝後的「展演」，徹底的玩弄了生理和心理性別的界限。而諧仿更是藉由對於性別誇張化的表演形式，揭示了整套連貫體系的不正常之處

---

<sup>290</sup> See Judith butler, *supra note* 289, 28-29.

<sup>291</sup> See Judith butler, *supra note* 234, at 189-190.

<sup>292</sup> 而這兩者不僅表達一種批判和破壞，同時也擁有再造的功能。亦即，經由這類的誇張模仿或扮演，賦予和原角色不同的生命力。

293。也就是說，透過身體的展演，表達個人對於性別體系的嘲諷，而藉由這種嘲諷，揭露出性別和性取向體制係受到規制而被建構出來的面向。



雖然上述見解也遭遇眾多女性主義者的批判，然批判多半是落於其破壞性別的政治參與及能動性<sup>294</sup>。然而本文認為，巴特勒在某種程度上的確打中了目前性別論述的問題核心：即透過包攝與排除的方式，只是將原先的父權體制，換成兩性體制，但實際上，還是異性戀體系的鞏固。也就是說，在試圖擊敗暴君的同時，我們讓自己本身也成為了暴君。而這真的是我們想要的嗎？替換一個霸權，而讓自己成為另一個霸權？因此，為了讓自己不陷入此種泥淖當中，本文認為對於此種機制的製造與複製，還是有認識的必要。而認識到這樣的體制，其實也就會認識到，我們目前宣稱所保護的、刑法上的「性自主」，根本並非對於個人的保障，而可能僅是一種權力機制下的遮掩。

### 第三項 虛化的性自主

刑法中關於「性自主權」保障，係指「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的權利。」而這種權利，按照本文前述，不可能自外於個人對於其性別和性取向的關聯。因此，在想像上，性自主權是在保障是一個「了解且認同自身性別與性取向的人（主體），所對於自己性行為所下的自我決定。」

表面上這是為維護個人主體意識乃至於人性尊嚴所設之性自主規範意旨，但實際上真是如此？正如前述巴特勒所帶給我們的啟示與疑問，真有一個先於法律、

---

<sup>293</sup> See Judith butler, *supra* note 234, at 174-176.

<sup>294</sup> 其主要內容是認為，巴特勒此種將女性此一主體破壞的論述，打擊女性主義過去不斷的努力。不僅對破壞父權架構毫無幫助，也無視於現今女性實際所遭受的苦難。See Martha Nussbaum, *supra* note 282, at 38-42.

先於論述而不受汙染的主體(或主體意識)存在嗎?如果同意無論科學或是文化,都是論述建構的一環,而我們就是被這樣的論述所建構出多元而複雜的人,那麼我們又該如何承認在論述之前,便已有一個近乎一致的「理型」存在?更何況,這樣的法律主體,不過是一種代言;換言之,雖然未必是你自己所做之決定,但是法律卻認為這樣才是維護個人性自主權,所以為你下了判斷<sup>295</sup>。這裡我們可以舉兩個例子來說明這種主體代言乃至於主體本身的荒謬性。

第一個例子有關於我國刑法第二百二十五條乘機性交猥褻罪。該罪規定:「對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形,不能或不知抗拒而為性交者,處三年以上十年以下有期徒刑。對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形,不能或不知抗拒而為猥褻之行為者,處六月以上五年以下有期徒刑。第一項之未遂犯罰之。」該罪之立法目的,一般仍認為係為了保障個人的性自主,申言之,因為某些缺陷或特殊事態,導致在外觀上無法取得被害人同意時,則「擬制」行為人與被害人的性接觸乃是未經同意的<sup>296</sup>。這樣的擬制在理念上之所以行得通,即在於其想像一思慮完整的主體,而被害人在行為當下,是「無法基於自主而實踐其主體性的狀態<sup>297</sup>」,所以,法律假定被害人,若「思慮健全」,必然不會同意此一行為。

但這樣的想像,在實際上即有可能遭遇困難,例如具有心智缺陷者的同意都不算同意嗎?在這個問題上,一般法院都會採取否定見解,而認為應該以具體個案認定,但是,這樣的具體個案認定,也往往流於法官自身對於此族群的想像。例如臺灣桃園地方法院 102 年侵訴字第 190 號刑事判決便以:「甲女因其心智缺陷之故,致其思考力及對外界事務之判斷力明顯不足,自我照顧能力亦較常人

<sup>295</sup> 在這裡,有研究者以父母幫子女決定婚姻為比方,亦即父母不喜子女現在的伴侶,而執意幫他/她決定另一半,還認為這樣才是對他/她好的方式。相關內容請參閱廖宜寧(2014),《乘機性交猥褻罪的規範適用問題》,頁 76-77,國立台灣大學法律學系研究所碩士論文論文。

<sup>296</sup> 請參閱李聖傑(2003),前揭註 118,頁 17-18。

<sup>297</sup> 請參閱廖宜寧(2014),前揭註 295,頁 76。

為弱，就被告癸對其所為性交行為之阻止，更缺乏正確之判斷與即時因應之行為能力，是縱被告癸對之為事實欄一所示犯行(編按：即性交行為)時，甲女未為積極反抗舉措或明確表示反對，亦不能解為此係出於甲女真摯且積極之同意<sup>298</sup>。」而在臺灣高等法院臺南分院 99 年上更(一)字第 267 號刑事判決更是直接地認為：「而依常情與經驗法則以觀，有心智缺陷之女子與有心智缺陷之男子互相來往亦屬平常之事，而一般正常人除非有利用其心智缺陷乘機性交之慾念，否則根本不可能會與有心智缺陷之人談戀愛之事，因此本件縱然 A 女或 B 女曾交有心智缺陷之男朋友，但核與被告之正常人係利用 A 女、B 女之心智缺陷乘機性交犯行者有所不同，亦不能以曾交過有心智缺陷之男朋友即認 A 女、B 女對於性交之觀念能或知抗拒之程度。」而否定具有心智缺陷者，擁有對性交或其他性行為的認知能力。這些判決都說明一件事：即使當事人已經同意(或未表示反對)的情形，法官都以自身之情形，去想像一般人和身心障患者之間的相處模式，以及身心障礙者的同意能力。但，我們又該如何知道呢？或者，我們真能這樣去「代表」他們嗎？這些問題都令人深感疑慮。

以上是針對同意的情形，然而在當事人表達反對的情形，又必然是認為違反當事人的性自主嗎？這答案同樣是不一定，例如在其行為可以被認定具有醫療等其他目的時，則原先的猥褻或性交行為，縱令被害人已明確表達其違反意願，其行為性質，也會因此轉變為醫療或其他等不具違法性之行為<sup>299</sup>。也就是說，縱令當事人認為行為人的行為已違反個人性自主、而客觀上的確也可能符合猥褻的形式外觀之情形，還是有可能依據法官之裁量而不成立猥褻。

<sup>298</sup> 而本案到了高等法院，法官卻反而認為有被害人同意而撤銷原判決，改判行為人無罪。見臺灣高等法院 103 年侵上訴字第 253 號刑事判決。

<sup>299</sup> 例如最高法院 102 年台上字第 962 號刑事判決，在本案中，醫生以聽診為由脫去女子胸罩，並以聽診器游移、壓胸達五分鐘，但法院認為此案具有醫療目的，屬於醫療行為而判決醫生無罪。這裡有兩個問題：首先，為何此處會被判斷為具有醫療目的或符合醫療準則？其次，為何在具有醫療目的或符合醫療準則時，便認為等同於交付性自主？這裡同樣涉及了被害人同意的範圍與醫療行為作為正當法律行為的界線等問題，甚至於還有醫療常規的告知範圍等可討論問題甚多，惟本處僅用來質疑儘管性自主在目前似乎是被法律所彰顯，但是否在這些目的與公共利益下，也不過就只是可被犧牲的幌子？



以上兩例雖然就「當事人是否自願」一事態樣相反，但卻同樣反映出一個事實，亦即所謂的性自主保障，其實未必真的是保護當事人自我性選擇之自由，更多的是，法官自己對於「性主體」想像的投射，而這種性主體的投射，更是一種概括、平面式的想像，同時在概念與現實中，都無法涵蓋所有性別、性取向與性行為類型。其所造成的結果，就是我們所倡導的性自主，不過就是一種虛幻，所保障的個人，只是部分、特定的族群（和法官類似階級或行為模式的族群）。性自主藉由主體的敘述和界定，排除與篩選了合理與不合理的性。最終似乎也不過就是成為了社會規訓的技術與工具，如此而已。

#### 第四節 小結：變動的性自主與性的規制

性究竟是什麼？又為什麼重要？本章基於這兩個問題而開始探究性別、性差、性意識等有關性的論述。而透過對於女性主義的介紹，我們更是可以了解性自主的由來，即對於父權結構的引介與反抗而來。在此，女性主義給我們最大的啟示就在於說明了社會所藏有的某種支配與從屬支配關係。而這種支配關係是人為所建構出來而需要去破除的。

但反抗了父權結構，就真的得到性的自主決定權了嗎？如果只有這樣的認識，對於性自主而言似乎仍嫌片面。因此，本文藉由對女性主義的批判性論述，來說明若想像一個未受汙染、宰制的主體，在概念上可能會有的弊害：也就是對於多元性別與性取向路徑之封閉。而如果我們同意巴特勒所認為的，性別和性取向具有「展演性」，而僅能藉由個人外顯的行為去表現、甚至嘲諷整個性別結構的話，那麼我們更可以看出，在多元的性別實踐上，所謂的以刑法來「保障」性自主是多麼荒誕的事情。而在最後，藉由兩個實務上的例子，就是要藉此來反思，警覺

到我國在性自主保護上的實務運作上，法院是帶有自己的觀感的。而這其實並非是在怪罪判案的法官，本文反而是認為這種結構「性」的問題，其結構便是讓每個陷入其中的人都無法自拔而不自知，因此我們要瞭解的，就是這種結構和性的規制究竟是如何形塑而成的，在破除了性自主的迷思後，下一章便是要去認識性的規制，以尋求從性中的解脫。

## 第五章 性道德規制的建構與性的商品化



「『叫他佛地魔，哈利，你要記住，永遠都要使用事務的正確稱呼。對於名稱的恐懼，會更強化對於事物本身的恐懼。』」……J.K. 羅琳《哈利波特》<sup>300</sup>

「在飯桌上，思琪用麵包塗奶油的口氣對媽媽說：『我們的家教好像什麼都有，就是沒有性教育。』媽媽詫異地看著她，回答：『什麼性教育？性教育是給那些需要性的人。所謂教育不就是這樣嗎？』」……林奕含《房思琪的初戀樂園》

301

關於性的規範，誠如前一章所言，不能簡單的將其當作是對於個人性自主的保護，甚至在國家與個人、社會間的權力關係中，個人性自主的保障可能僅是一種表象，而在其內裡所隱藏的，正是對於性的社會規制。這種規制的特性在於，其雖然不像法律，有一定具體的強制力與效果，然而卻藉由泛道德的論述、社會輿論的壓力等無形手段，形塑個人對性的想像。因此，從這些權力關係的言說中，挖掘出性的規制即成為關鍵。

為明白此種規制，本章將從傅柯的性意識史<sup>302</sup>談起，透過對於性意識的歷史轉變，來了解權力機制是如何滲透進個人的肉體，進而達成人口控制與規訓的作用。而光了解歷史，並沒有完整地知道它是如何影響現代社會，尤其這種權力機

<sup>300</sup> J. K. Rowling(著)，彭倩文(譯)(2000)，《哈利波特：神秘的魔法石》，頁 304，台北：皇冠。

<sup>301</sup> 林奕含(2017)，《房思琪的初戀樂園》，頁 68，台北：游擊。

<sup>302</sup> 性意識史(History of Sexuality)，也有譯為性經驗史，惟本文以為傅科所述，在於權力影響個人(或整個社會)看待性的方式，亦即整體性圖像的移轉變化，以此為立論，或可稱作性意識的歷史演變，和較為講求個人體驗的性經驗，略有不同，因此，本文仍以性意識史為翻譯。有關本書相關中文譯本，請參閱 Michel Foucault (著)，尚衡(譯)(1990)，《性意識史-第一卷：導論》，頁 67 以下，台北：桂冠；Michel Foucault (著)，余碧平(譯)(2005)，《性經驗史》，頁 50 以下，上海：上海世紀。

制和資本主義社會又會以什麼樣的方式連結？這些便是在性意識史之後所要談的。最後，在理解這些規制技術後，本文將回到猥褻，也就是一開始的核心，去看看我國的猥褻犯罪又是如何受到此種性道德規制所影響，以及實際上又是如何運作的。

## 第一節 性意識史：性壓抑與性道德規制

性意識史一書是傅柯思想（也是其人生）晚期的作品，也是其研究「性」的著作，其研究發想從一個問題而來：即性的歷史是否正如許多性學家所言，是一段受到壓抑的歷史？如果不是，那又是如何運作的？在這裡，本文將討論性的規訓機制以及圍繞於這規訓機制的權力技術。

### 第一項 性壓抑與其假設

於十七世紀中後期的西方世界，似乎出現了一種趨勢，就是對於「性」的態度開始變得小心翼翼、戒慎恐懼，好像談論「性」成為一種敗德、齷齪的事情。為了瞭解這種現象，便有性學家深入分析認為，在人類發展的歷史中，至少可以將性意識的轉變，分成四個階段<sup>303</sup>：即第一、自體享樂階段，於此階段中，即使不能生育的性行為（如同性愛等），亦是被允許的；第二、除了能達成生育的那種性行為，其他的性行為都被壓制。但須注意的是，於此時期，不能完成生育責任的其他種類性行為，雖然不道德，但並非被完全禁絕；第三、只有「合法的」(legitimate)生育才是性目標，此時，其他「不合法」的性行為都被限制或禁絕。也就是開始提倡一種「禁慾式」的生活；最後，由於不是每個人都能適應和接受

---

<sup>303</sup> 請參閱 S. Freud(著)，林克朗(譯)(2015)，前揭註 250，頁 241 以下。而需注意的是，雖然佛洛伊德在書中，主要將文化分成三個時期，而並未明言第四期為何，但透過脈絡的剖析，應該可以得出「去除禁慾狀態的社會型態」之第四期狀態。

此種禁慾生活，於是，進入解放性慾的性解放時期<sup>304</sup>。



然而，這樣的時代解讀是否正確？亦即，所謂的「性壓抑」是否為歷史事實？而我們社會所運作的權力機制(mechanisms)是否就是壓抑機制？而如果是，那此種禁止、審查形式是否為權力的普遍形式？或僅僅出現在我們社會？對壓抑的批判言說究竟是此種審查形式的一部份？亦或是和其斷裂開來而不相容<sup>305</sup>？這些問題都讓傅柯對於「性是受到壓抑的」一事存疑。因此，他認為「性壓抑」僅是一種假設，而性意識史的目的就是在於穿透這種假設，試著去探索背後的其他可能。

傅柯在《性意識史第一卷：導論》(以下逕稱《導論》)中，首先檢視從十七世紀以來的四個世紀，其認為就性的方面而言，雖然有關「性」的話語的確有被監視、革新，而形成新一套性的語言結構，但這並不代表性受到壓抑，甚至相反地，呈現了性話語大爆炸的趨勢<sup>306</sup>。也就是說，有關「性」的話語雖然開始受到控管，然反而因為此種控管、為了監視、觀察、紀錄等，人們被鼓勵談論性<sup>307</sup>。但究竟何以致此？為何意識到要監管「性」？傅柯在《導論》中認為，各種「性反常」(perversion)的出現是其主因<sup>308</sup>。在這裡，藉由合法與不合法的性之界定，合法的性行為被規範化，而不合法的性，則在那合法規範化的對立面逐漸被確立。同時，藉由科學、醫學等領域，將這些不正常的性行為和精神病、心理疾病等相

---

<sup>304</sup> 而也有認為目前世界已經進入「後性解放」時期，即對於性自主的保護，係透過相互取悅與歸屬感的獲得來創造或彰顯性價值。相關論述，請見許玉秀(2003)，前揭註 134，頁 21；李聖傑(2003)，前揭註 118，頁 31。

<sup>305</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 10.

<sup>306</sup> See *ibid*, at 17.

<sup>307</sup> 而即使到現在，因為控管和觀察所興起的討論，依舊持續，只是隨著規訓內容的不同，而有些差別，例如現在社會加入了 Beck 的風險概念後，「性」的討論，變成如何創造「安全的性」。而隨著愛滋病(後天免疫缺乏症候群 AIDS)的氾濫，少數性族群成為恐懼底下汙名的最佳目標。而此點，我們若觀察新聞，也可以看到到「同志濫交趴」等標題。而捐血機關更是明定同性戀為不得捐血群體，都可作為此種討論和汙名的例證。

<sup>308</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 32-36.

結合，例如戀物癖、同性戀等，在此過程被當作是精神疾患來對待<sup>309</sup>，而有關於性的話語，更是在這其中，被大量的引用與提及。



因此，性在外觀上來看（例如性行為與性取向的正常與不正常），或許是被監控、規範化，但有關性的話語、技術，卻反而蓬勃發展。在了解到這點以後，接下來的問題即是：這其中一套套的權力技術是如何的運作的呢？要談論這點之前，我們必須先明白傅柯的權力觀，因此，以下的論述，便要以傅柯的權力觀介紹開始開展。

## 第二項 性意識史：生命權力與肉體規制

傅柯對於性的歷史論述，圍繞著「權力」。這裡，權力一詞不再僅是政治學上，有關於資源的占有與分配，也不僅僅是上對下的強制力，而是更多元的、深入人與人之間的關係以及滲透進人的肉體當中，進而形塑個人的力量。因此，這裡本文將先討論傅柯的權力觀點，進而談論這樣的權力觀點，是怎麼影響個人的肉體與性。

### 第一款 傅柯的權力觀

過去，我們講述到權力，往往擺脫不了否定式的、限制型的權力觀，亦即認為權力的本質就是在於制約和壓抑（而表現在「性」上就是性壓抑）；此種權力觀有些特點<sup>310</sup>：首先、就是如上所說的認為權力只有限制、否定等負面功能，

---

<sup>309</sup> 此點例如同性戀一直以來，被美國精神醫學學會(American Psychiatric Association)在其指導用書《精神疾病診斷與統計手冊》(簡稱「DSM」)中，當成精神疾患中的性倒錯(paraphilia)類型看待，此點雖然一直受到攻擊，但直到 1973 年才去病化。相關歷程，請參閱王秀雲(2013)，〈裡應外合：同志與精神醫療史〉，游美惠(等編)，《揚帆深水—教師性別意識培力讀本》，頁 10-11，教育部出版。

<sup>310</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 83-84.

而不具正面的生產功效；其次，這種權力利用某種言說行為，來控制「性」<sup>311</sup>，也就是利用法律或命令，將性納入二元體制（法/不法）的框架中；同時，此種權力的機構也是一致、單一的，其方式更是從上到下的統治，在過去是王權，而於現今，則為政府。總之是擁有制定規範與實行之當權者。這樣的權力觀，被傅柯稱作是「法律—話語」(juridico-discursive)的權力觀<sup>312</sup>。但這種「法律—言說」權力觀，傅柯卻告訴我們，這是我們所必須擺脫的；原因或許不在於其是否正確，事實上，對於傅柯來說，法律或主權所代表之權力關係，可能也是重要的分析對象（詳下一款的說明），但若不能擺脫這種權力的單一面向，恐怕無力去穿透隱藏在法律與王權後面的權力關係。

那傅柯的權力觀又是如何呢？如果我們用簡單的一句話說明，那就是「眾多力之間的關係<sup>313</sup>」。在此意義底下，權力不再只具備法律或王權的單一面向，而是一種網絡或關係的措置(deployment/ dispositif)<sup>314</sup>。當然，這裡並非說法律便消失不見，而是代表和這樣的分析方式告別，而法律作為力的一種因此能保存了下來<sup>315</sup>。換言之，在脫離了「法律—話語」的這種「主權模式」後，權力以及其所衍生的各種知識技術成為了觀察的重點，而法律運作也成為其中觀察項目之一，於是這種權力不再只是否定或限制，其同樣具有生產性<sup>316</sup>。在這樣的關係中，權力可能具有以下的特點：即除了具有生產性外，還是非單一性的；也就是說，權

<sup>311</sup> 在這裡，言說行為形塑了關係和架構，例如前述曾提及阿圖塞的警察呼喚路人的例子。又在這裡的言說行為，似乎參考了 John L. Austin 的言說行動理論(speech act)，此理論認為任何言語都可以簡單分成兩個類型即敘事話語(constative utterance)和表現話語(performative utterance)，而在後者，言語本身即帶有某種效力。See general JOHN L. AUSTIN, HOW TO DO THINGS WITH WORDS (Harvard University Press 2 ed. 1975).

<sup>312</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 82.

<sup>313</sup> See *ibid*, at 92.

<sup>314</sup> 措置(deployment/ dispositif)，係指對於權力關係的安排，由於該詞彙一方面含有策略性的意味、一方面為動態而非靜態的關係，故本文選擇翻譯為「措置」，而非「布置」或「裝置」。此翻譯係參考范耕維（2012），《「生命政治」視角下的刑事政策》，頁 149 以下，國立台灣大學法律學系研究所碩士論文。

<sup>315</sup> 除了性意識史，此點也正如傅柯在其 1976 年《必須防衛社會》的演講集中所述：「主權的法模型，作為眾多力的關係一環而被留存。」相關內容，請參閱ミシェル・フーコー（著），石田英敬 & 小野正嗣（譯）（2007），《社会は防衛しなければならない》，頁 45，東京：筑摩書房。

<sup>316</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 94.

力並非來自特定、單一的機構，反而是一種社會中，各個機構相互關係的總和<sup>317</sup>。

因此，若總結上述，可以認為傅柯的權力觀是一種多元、多機構的交互關係，在這交互關係中，可能產生衝突，最後也可能達成共識。然而無論是否產生衝突，知識都從中誕生。所以，依照這種權力觀點，觀察的重點就不會僅僅是注視著那唯一、巨大的權力機構：即王權或法律，而是必須深入到產生權力話語的各個機構與其產生的相互關係當中，來看看權力是如何運作的。而要了解這點，首先要先看的便是，權力的視角是怎麼從法律或王權，轉移到各機構的互動關係上，這也就涉及了「從死的權力到生的權力」這樣的脈絡。

## 第二款 從死的權力到生的權力

「權力」，一直都是歷史觀察與詮釋的重點。而治理或管理生命的權力自然是其中之重。但管理生命的權力究竟是如何演變的？傅柯認為這是由「死」到「生」的權力轉換關係<sup>318</sup>。

在過去（十八世紀以前），生殺大權作為君王主權的特徵，其意味著君主（作為其臣民的主權者），擁有決定臣民生死的權力。而這種決定生死權力的表現方式，實際上是透過「使其死、放其生」的方式呈現，亦即透過奪取臣民生命（或選擇放過他）的手段，顯示對其的生命具有掌控和佔有的能力。雖然說，此種權力比起更早以前（羅馬時期）對於子女或是奴隸那種完全生殺予奪的權力，已有所萎縮，基本上僅能在保衛國家（例如戰爭）、或是保衛王權（例如臣下反叛等

---

<sup>317</sup> See *ibid*, at 94-95。這種總和並非僅是加起來、毫無爭執的，而是在穿越了爭端、取得共識後的展現。例如在心理學或精神醫學中，新學說或新見解的提出和實驗，必然遭受質疑，此時再經過一連串的爭執後，可能可以取得某一程度的共識，而這個共識，則會被正式運用在患者身上。這裡我們可以看到無論是新學說的提出或是其質疑，都代表了一種權力的運作。而最後的共識，則是交互作用後的權力。

<sup>318</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 135-140.

王權受到威脅)等情況才適用,但基本上,仍是一種強取豪奪式、不對稱的生命佔有權力<sup>319</sup>。不過,這種權力這也僅僅限定於奪取生命,對於人的生活方式、風格,以及如何繁衍生命,都並非其所關注的重點。



然而這樣的權力模式在十九世紀卻出現轉變。由於十九世紀戰爭的慘烈與嚴酷,維持與發展整個社會成為管理生命理由;以「安全」為名的權力機制於斯誕生<sup>320</sup>。此種權力與過去不同之處即在於,首先,保護的對象從王權移轉到全體國民,這意味著受威脅的對象,不再是個人的王權,而是整個社會之人民作為生物存在的這件事<sup>321</sup>;而伴隨著保護對象之移轉,權力的使用方式也隨之變換,過去那種「使其死、放其生」的不對稱生命佔有權力模式已不適用於保衛社會安全;因此,權力也開始關注起生命的生存形式、風格,甚至於其繁衍的方式。進而權力的運作方式,從原先的「使其死、放其生」轉變到「促其生、棄其死」的模式<sup>322</sup>。也就是說,藉由對生命的關注與管理,塑造符合社會需求的生命,而去除(或限制)不符合需求的生命,讓其自生自滅<sup>323</sup>。此類管理生命的政治權力即是傅柯所稱之「生的權力」(bio-power)<sup>324</sup>。

這種管理生命的權力,以兩種方式運作。第一種以對勞動規律訓練轉向肉體柔順化為主的「規訓權力」;第二種則是以「人口」為中心,以干預與調整社會

<sup>319</sup> 請參閱 Michel Foucault(著),前揭註 315,頁 240-241。

<sup>320</sup> 這點我們可以從傅柯於 1978 年的演講集中獲得印證。於該名為《安全、領土與人口》的演講集當中,其生政治的談論範疇,圍繞著「安全」概念出發,並認為諸如犯罪統計學等刑事法上風險管理的概念,揭示出自於此。相關論述,請見ミシェル・フーコー(著),高桑和巳(譯)(2007),《安全・領土・人口》,頁 9-11,東京:筑摩書房。

<sup>321</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 137.

<sup>322</sup> See *ibid*, at 138。但這並不意味著死刑等剝奪人生命的方式便從社會中消除。只是理由已經和過去保衛王權有所不同,而是以整個社會的存續為保護目標。也因為如此,表面上看來會更符合眾人所通過的法律,以及更謹慎使用,但是無法否認的,依然是背後的權力邏輯。

<sup>323</sup> 這個地方,我們便不得不關注傅柯在《必須防衛社會》中特別提出來的種族主義,其便是以去除掉劣等人種作為保全社會的一種手段。而種族主義也是生命政治或生的權力一個重要的因素。更詳盡的論述,請見下述。

<sup>324</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 144。這時候,可以發現觀察的視角,已經從王權,轉移到各個產生知識技術的機構。

整體人口為目的之「環境管理權力」<sup>325</sup>。



以前者而言，有賴於《規訓與懲罰》一書，讓我們了解所謂的規訓，作為十七至十八世紀當時的新型態懲罰技術，是一種藉由「全景敞視<sup>326</sup>」(Panoptique)的監控，觀察人體、研究人體，來對人體進行控制、使人的肉體因此柔順的技術。也就是說，透過觀察、實驗，以及矯治技術（最初從監獄內的人犯矯治開始），將原本「對社會無用之人」轉變為有用。可以說，規訓權力透過塑造紀律，一方面讓肉體變得順從，以增加政治上的順從度；另一方面，也加強人體的力量，以增加經濟上的產能<sup>327</sup>。

而另一方面，約在十八世紀末、十九世紀初出現另一種管理生命的權力。此種權力和對於身體的規訓不同，此種權力以人的生命本身為對象，更精確地說，其所針對的不是單一、個人的生命，而是人作為生物性的存在、作為一個物種的整體調節，透過人口統計學、優生學等知識，達到控制整體人口的目的<sup>328</sup>。也就是說，如果上述肉體的規訓是針對個人異常處給予肉體上的矯治與馴化，那麼此種環境管理型的權力就是藉由統計學等在劃出人類的各項平均、劃分正常與不正常後，在其中的價值範圍內安排個人的生命。

雖然傅柯因為兩種生的權力關注的視角不同而做出「肉體/人口」的這種區分，但實際上是否有區分的必要？便有論者基於兩點理由，認為規訓權力和環境

---

<sup>325</sup> 「規訓權力」(power of discipline)之翻譯係參考 Michel Foucault (著)，劉北成 & 楊遠嬰 (譯) (1992)，《規訓與懲罰：監獄的誕生》，頁中譯者說明 1，台北：桂冠。有規律訓練使其柔順化之意。而「環境管理權力」則是參考金森修 (2010)，《“生政治”の哲学》，頁 203 以下，京都：ミネルヴァ書房。以用來表達藉由對大環境的調整與干預，來達到整體人口成長或縮減的目的。

<sup>326</sup> 請參閱 Michel Foucault (著)，劉北成 (等譯) (1992)，前揭註 325，頁 195 以下。此詞彙本指一種由中央瞭望塔監視周圍圓形監獄的建築模式，但傅柯在這裡用來指稱一種監視模式，由於此種模式讓被觀察者隨時處於被監視的環境下（而被觀察者無法看到觀察者），因此會製造出一種權力的持續性與自動性。

<sup>327</sup> 相關論述，亦可參閱李茂生 (1998)，《權力、主體與刑事法》，頁 15-16，台北：國立台灣大學。

<sup>328</sup> ミシェル・フーコー (著)，石田英敬 & 小野正嗣 (譯) (2007)，前揭註 315，頁 242-243

管理權力沒有區分的必要。首先，其認為如果以人口統計學來說，其所追求的是  
一個大數量的蓋然性，對於個體的發展並不重視，換言之，無論如何，所謂完美  
的生政治並不存在，這種生的權力並無法徹底掌握生命的控制。其次，對於肉體  
的規訓，勢必影響其日後生命的形式，如果說生政治的目的在某種意義上是要畫  
出平均、區分正常與不正常，那麼，對於特定肉體的規訓，勢必影響到其正常或  
不正常的區分，因此其主張在概念上，其實對身體的規訓和環境控制，在意義上  
就會變得模糊<sup>329</sup>。

雖然就第一點來說，本文認為其批評並不成立，因為就如同本文前述對於傅  
柯權力觀的介紹，其並非在追求一永恆不變、固化及單視角的權力，因此，其權  
力觀不在於追求「徹底地控制」生命的形式或風格，而毋寧說是一種趨勢。就此  
層面而言，傅柯應會承認個體有逸脫控制的可能，然而此個體逸脫已被包含在統  
計學中的離散概念當中。

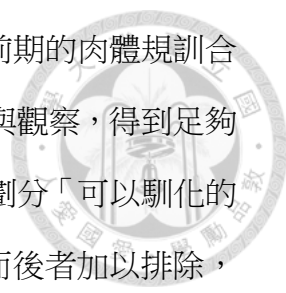
但就第二點而言，似乎的確有其道理，即環境管理型的權力，無論如何還是  
帶有規訓的性質。但當我們將注意力擺回《導論》會發現，似乎傅柯在此二種權  
力中，也並未否認其互相關聯，更甚而，其承認「此二種形式並不互相對立，然  
而他們就像是兩極，而由一整組中間的媒介所串連<sup>330</sup>」這意思似乎是，在「管理  
生命」此一概括概念下，從不同視角來看待生的權力，而串聯起來的就是各種如  
解剖學、統計學等技術。此點如果我們回到一九七零年代傅柯當時的時空脈絡便  
會更為清楚：在當時正是馬汀森主張矯治無用論的時代<sup>331</sup>，而刑事政策因此開啟  
一股為了「防衛社會」而採取監禁人犯、使之隔離社會的風潮<sup>332</sup>。而傅柯正是在

<sup>329</sup> 請參閱金森修(2010)，前揭註 325，頁 192-193。

<sup>330</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 139.

<sup>331</sup> See ROBERT MARTINSON, *WHAT WORKS?-QUESTIONS AND ANSWERS ABOUT PRISON REFORM*, 35 *WHAT WORKS?-QUESTIONS AND ANSWERS ABOUT PRISON REFORM*, 22, 48-54 (1974).

<sup>332</sup> 但須注意的是，矯治也並未從刑事政策中消失，僅是重要性衰退，並在其中加入了「正義模  
式的精神」，相關論述請見謝煜偉（2004），《寬嚴並進的刑事政策》，頁 68-69，國立台灣大學法  
律系研究所碩士論文論文。



這時候觀察與發展出這樣的人口控制權力，而若將這種權力與前期的肉體規訓合併觀察，即會發現一個現象是，藉由前期對於的個人肉體規訓與觀察，得到足夠的知識後，區分出正常與不正常的疆界，在不正常的地方再次劃分「可以馴化的肉體」與「不能馴化的肉體」；前者，繼續以規訓的模式處理，而後者加以排除，除了人口的控制外，於此同時也再次塑造了應該排除和不該排除的疆界。可以說，兩種生的權力共同創造出一種更為精巧的生命治理技術，而肉體正是被這兩種權力所聯合形塑出來的，肉體在這中間成為兩者的貫穿點。這在某種程度上，似乎也呼應了前面巴特勒所說的：「身體不是一個存在體，而只是一個可變的疆界<sup>333</sup>」這樣的話語，生命的樣貌同時也被肉體形塑著。

總而言之，從「死的權力」到「生的權力」，生命的剝奪已非重點，而環繞於生命周圍的權力技術成為觀察的關鍵。但這又和「性」有何關係呢？因此，下面便是要看看，「性」如何成為「生的權力」之重要節點，而生的權力又是如何連結身體與性別？這些都是以下所要探究的。

### 第三款 性意識的誕生：肉體的規訓、人口控管與性別

如果我們同意在十八世紀到十九世紀期間，權力機制已經從生命剝奪式的「死的權力」移轉到規訓肉體、管理生命式的「生的權力」，那麼對於此種權力在「性」方面的運作應該也就感到不足為奇了。

性在「生的權力」中，同時在肉體規訓和調節人口方面扮演重要的角色，兩者在「性」這一領域中結合在一起，而性的特殊也在此：亦即，一方面直接以肉體為特徵，藉由對肉體的研究找出人健康的因素以及繁衍的機制，這是權力對身

---

<sup>333</sup> See Judith butler, *supra* note 234 , at 173-174.

體微觀層面的控制；另一方面，則透過大規模的統計、分析，來對整個社會的人口進行調節<sup>334</sup>；並於此同時兩者交纏在一起，例如像是以整個民族的後代健全所設計的優生學，或者是以此概念所倡導的健康概念，以整個族群的健康為目的，將某種意識形態道德化，以達肉體規訓的效果<sup>335</sup>。總而言之，橫跨了生命的性，讓兩種權力交纏。而作為支點的，正是前述曾提及的，被規訓的肉體。藉由身體的規訓以及族群健康之號召，我們才能構築性意識。

而性別與性取向的規訓同樣也是循著同樣的脈絡而來：透過人口調節機制與肉體的規訓，建立起人的性意識，而人為的性別也在這其中被構築出來。在此，便一如巴特勒所闡述的，沒有一個先於論述的身體，也沒有一個先於論述的性別；性別或性取向在肉體的規訓過程中，一遍遍的被確認。此點我們可以舉同性戀為例：在過去（十九世紀以前），同性相戀雖有所聞，但只有其行為被作為犯罪時（例如雞姦），才會討論其行為，然而真正被視為是一種性取向群體，卻是在十九世紀末，當人們開始研究他們所謂的「性倒錯」或「性反常」時，此時，異性戀與同性戀、正常與不正常的界線才被標示出來<sup>336</sup>；其後同性戀的病理化與治療，甚至是那個「不正常」的標籤，都讓被標示為同性戀者一而再、再而三的感到痛苦，卻也因此一次次確認自己為同性戀者的這個身分。然而此點也不光是同性戀，任何性別身分也都遭受到相同的過程。也就是說，透過人體的規訓和研究，畫下性別或性取向的正常範疇，並藉由這種「正常/不正常」的二元對立，確認（或解消）了彼此的身分<sup>337</sup>。

---

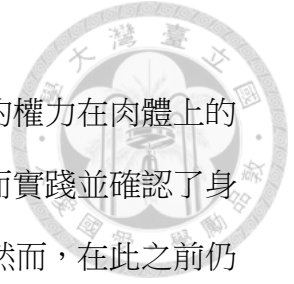
<sup>334</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 145-146.

<sup>335</sup> 例如像是現在政府所發行的《新婚健康手冊》中，即認為 25-29 歲為最佳生育年齡，生出的小孩最為健康。而此種概念經過推廣、長輩依此催婚(生)，也造成年輕人(尤其是女性)似乎不得不在這段時間結婚或生育的壓力。相關新聞見蘋果日報 2016 年 6 月 28 日新聞，《想生下健康寶寶 25 到 29 歲是黃金生育期》，網址：

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20160628/895921/>，最後瀏覽日期：2017.05.22。

<sup>336</sup> See Michel Foucault, *supra* note 246, at 42-43.

<sup>337</sup> 因為劃定界線的同時，在代表某些無法被分類的類別便因此消逝於論述之中。See Judith Butler, *supra* note 234, at 22-23.



以上的敘述，應足以說明性意識產生的歷史：亦即透過生的權力在肉體上的運作，確立了正常與不正常的界線，並因為這樣的範圍界定，而實踐並確認了身分。乍看之下，這樣似乎足以說明性道德規制是如何產生的。然而，在此之前仍有一塊相當重要的拼圖需要拼湊，即現代社會最為重要（且幾乎是唯一）的經濟運作模式：資本主義的運作。究竟資本主義會對於性的規制產生什麼影響？尤其，我們常聽到的「性的商品化」或「性的物化」又會對「性」乃至於性意識的形塑產生什麼影響？這就是下一節所要探討的。

## 第二節 性與勞動：商品化的性

性與勞動，乍看之下沒有關係的兩者，在近代資本主義興起之後，也成為可以被比較、對應的目標。在幾乎一切皆可以被物化、商品化的資本主義下，正如馬克思所揭示的，勞工與勞動力被貼上價碼來販售自是不難想像的事實。然而相對的，同樣具有勞動性質的「性」是否可以成為商品？這件事則會成為問題。這裡的「性」，除了直接可以和勞動聯想在一起的性服務外，另外像是性圖像、性資訊的販賣等也成為其討論的外延。因此本文在此便是想要探討「性」在資本主義世界中，是如何被形塑的。其商品化的歷程又是為何？這些是本文想在這裡找出的答案。

### 第一項 勞動與性的對應關係

#### 第一款 資本主義下的商品與勞動

自十八世紀中葉，亞當·史密斯開始批判重商主義的同時，搭配著工業革命

下勞動力釋放的浪潮，資本主義開始了他的世界體系支配之路。資本主義作為自由經濟體系的秩序，其特色自然是「私有財產制」和「市場」的假設。然而，同樣無法忽略的是，在其中作為生產工具的「勞動<sup>338</sup>」與其生產出來的「商品」。亦即，藉由「勞動」，將原本屬於自然之物私有化後增加其價值成為「商品」，並因此和他人（消費者）透過市場交易來創造利潤。於是，便如同亞當·史密斯的看法一般，一開始是勞動創造利潤，而市場經濟促進了分工，又反過來刺激了勞動的生產力。因此可以說，勞動作為生產工具，在某種程度上影響、甚至決定了商品的價值<sup>339</sup>。而勞動和商品便在此中間相互循環。

但問題是，作為生產工具的勞動本身，「是否」能成為商品？而又是「如何」成為商品的？為了解此問題，首先，我們必須更深入了解何謂商品。商品(goods)最基本的定義就是一切滿足人們需求與慾望之物。而最直接的商品自然就是那些經由勞動生產出來、為了滿足個人需求的有形之物，如食物、桌椅、電視等。而由於我們無法自己製造所有所需之物，因此這些物品藉由分工、交換而來，用以填補我們的需求與慾望。但問題是，有些無形的服務本身，雖然沒有製造出東西，但也會填補需求而帶給人們滿足，同時，也很可能可以用交換、交易得來。難道這些無形的服務、勞動就不能稱作是商品嗎？但如果視為商品，可能會發生的問題即是，如果將勞動視為商品，那麼和過去的奴隸制度差異何在<sup>340</sup>？在過去奴隸制度是直接對於個人進行支配，然而在資本主義下，將人（勞工）與其勞務（勞動力）分開，而資本家「宣稱」只是購買其勞務，而非這個人本身。於是，在交換的資本主義邏輯下，勞動與服務成為可以標價、交換的對象，而成為了資本主

---

<sup>338</sup> 在這裡，勞動所指的是包含作為生產者的勞工以及其所生產的勞動力二者。

<sup>339</sup> 當然在這裡，現今的主流經濟學家和馬克思主義經濟學家看法是差異極大的。主流的新自由主義經濟學家認為商品的價值決定，除了勞動價值以外，還有其他的因素，例如消費者的心理因素（如邊際效益）、資本等。但就馬克思主義經濟學家而言，其否認其他的價值因素，而認為勞動價值是唯一而具支配地位的商品價值決定因素。

<sup>340</sup> 於是，便有論者認為勞工其實與奴隸相似，只是給予資本家一個正當性而已，是一種「政治幻覺」(political fiction)。相關論述，See CAROLE PATEMAN, *THE SEXUAL CONTRACT* 151-152 (1988)。

義市場中的商品<sup>341</sup>。



## 第二款 不被視為勞動或商品的性

以上是對於勞動與商品之間的關係，但「性」呢？性在資本主義興起的初期，似乎便有被趕到社會的邊緣、汙名<sup>342</sup>的趨勢。如果說性與勞動性質類似，為何會有如此待遇？在此，我們可以先探究一下「反對將性作為一種勞動」的論述。在反對將性作為勞動論述中，一般而言可大致分為三類<sup>343</sup>：即一、違反社會傳統道德；二、直接使用身體，而和傳統勞動僅使用勞動力不同，反而如同古代奴隸制；三、性別平等，亦即女性在這中間是受到壓迫、剝削的一方。

然而這些說法是否構成反對的理由？首先，傳統道德作為一種社會規制，其缺點已如前述，且和經濟體制不太相關，所以姑且不論。但即便是第二點似乎也有不合理之處；在這裡，直接使用身體，指的是像奴隸般的占有，是一種在一段時間內完全支配的概念。因此，這樣的反對理由必須奠基在「有直接占有」的情況，亦即在這種狀況下，反對者想像性工作者失去自己的人身自由與尊嚴，身體如木偶般被人操縱<sup>344</sup>。然而真的是這樣嗎？姑且不論性工作者中也包含了未被直接使用身體者，例如 A 片演員、陪酒小姐等多樣化類型；即便是被反對者所認定的、以性交來賺取財物的性工作者，也並非都是反對者所想像那樣，甚至很多時候，性工作者基於其專業，而才是交易的主導者<sup>345</sup>。這裡並非忽視性工作產業

<sup>341</sup> 當然，這樣的想法並非是傳統個體經濟學下對於狹義的「商品」定義，此毋寧是馬克思對於資本主義底下「勞動」的詮釋。當然其同樣承認，這樣的手法遠較過去的奴隸制直接的威壓高明。也就是說規訓技術也變得精緻且經過了包裝。而這似乎也符合傅柯認為在資本主義底下，權力技術已轉變得和過去不同，雖然更為精巧，卻依舊是一種對肉體的規訓。

<sup>342</sup> 在這裡本文並非認為在汙名之前，有個潔白無瑕的理型存在。而是認為這是社會中，藉由互動關係來加以形塑，最後將其推往社會認定的不利評價。

<sup>343</sup> 甯應斌(2002)，〈性工作是否為工作？--馬克思商品論與社會建構論〉，《台灣社會研究季刊》，46期，頁93。

<sup>344</sup> See Carole Pateman, *supra note 340*, at 203.

<sup>345</sup> 何春蕤(2003)，〈浮出地表的性邊緣〉，何春蕤(等著)，《性政治入門：台灣性運演講集》，

下的可能的潛在被害人，本文在此所要揭示的是，從這些反對理由中，往往可以看出其對於該工作的平面想像。我們當然可以反對其中的受壓迫者，但如果此非該工作的全貌，甚至並非常態，其作為反對理由之立基恐有所不足。而相同的批評，同樣也會落在第三點，也就是在所謂「性別平等」的框架下，去想像女性在性交易中受到剝削的案例。然而反對者（通常是部分女性主義者）和性工作者的生活相差過大已為人所詬病<sup>346</sup>，可能還會因為此種平面想像，而忽略了其他從事性工作動機之可能。

以上對於三點論述的反駁說明一個事實，對於性工作不能作為一種勞動而言，並未有一種足以支撐此主張的應然性。其實也正如學者所言：「性交換不是一開始就被貼上負面標籤的，轉進資本主義體制後的性交易漸漸被標舉成違背善良風俗<sup>347</sup>」。性的汙名化在資本主義之後漸漸出現。然而有趣的是，即便上述的反對論證皆沒辦法成立，但這樣的看法在資本主義開始時萌發，一直到現今，都仍屢見不鮮。究竟為何會有這種汙名的現象，即成為值得注意的目標。

便有論者認為，在資本主義下，性被當成勞動的再生產活動，亦即利用性的慰藉，使原本因勞動而感到疲倦的個體恢復活力；同時，也因為性，而得以製造出下一代的勞動人力。這樣的性自然不能被當成勞動，否則「有價的性」不但不能被視為安慰，也無法達成生育的目的。而這樣的性需要賦予其神聖化的目的，也就是「愛」。於是，在愛所包裝下的婚姻制度、一夫一妻的家庭都成為資本主

---

頁 276-277，桃園：中央大學性/別研究室。

<sup>346</sup> 例如後殖民女性主義者，便認為晚近的西方女性主義者都來自於「白人、高學歷、富裕生活」等類似的背景條件，對於第三世界女性所發生的問題，既不注意也不在乎。相關論述，見邱貴芬（2000），〈後殖民女性主義〉，顧燕翎等（著），《女性主義理論與流派》，頁 341 以下，台北：女書文化。

<sup>347</sup> 魏書娥（2005），〈身體商品化、社會規範與多重現代性〉，《政治與社會哲學評論》，13 期，頁 103-104。其後氏更進一步指出，在現今的資本主義浪潮下，性工作又再次獲得其正當化的地位，而這也是本文在下面想要論述的部分。

義體制下所不可或缺的體系，成為勞動再生產的機制<sup>348</sup>。也就是說，在這樣的看法下，由於「性」與家庭的折衝，講究個人的資本主義和充滿家父長意味的家庭制度，巧妙地融合在一起<sup>349</sup>。



雖然此論述確為卓見，也的確能夠說明為何在資本主義底下性和勞動的差異，但或許仍有可以補充的空間。首先，此論述為概括而抽象的說明資本主義下的勞動與性；然而，這樣的勞動與性之結合，能否配合具體的產業？若配合具體的產業型態以及其轉型，似更能看出其中的端倪（這也將是本文下面所要做的事）。其次，該論述認為此資本主義乃至於「性—愛—一夫一妻制度」的其中一個重點即在於性差异化論述，因為性差异化，將「男主外（工作）、女主內（生殖）」固化。因此若此論述瓦解，將對整個資本主義制度造成相當大的破壞。雖然本文認為這種性別或性差都是被建構出來的，但本文並不懷疑性差异化論述對資本主義曾經的重要性；然而，就如同學者在該文中所承認的，資本主義在面對性差論述遭瓦解時，自會發動再生產機制，而修補漏洞<sup>350</sup>。本文所質疑的是，以現今的眼光來看，資本主義是否仍然看重此種分化論述？或者資本主義已找到「更大的連結」來填補其漏洞？這些就是接下來性的商品化所要討論的內容。

## 第二項 關係的轉變：作為商品之性的合理化

於資本主義起始時，性即便和勞動相似，卻依然無法擁有和勞動相似的待遇，也無法被視為商品。然而隨著時代以及產業的演進，社會對於性的看法（也就是所謂的「性圖像」）也漸漸產生轉變。性的商品化一事似乎也不再那麼無法接受。但這樣的轉變是怎麼發生的？本文認為造成這變化的原因，一共有兩點：第一即

<sup>348</sup> 請參閱李茂生(2002)，前揭註 16，頁 293-294。

<sup>349</sup> 請參閱上野千鶴子(2006)，《女という快樂》，頁 174-176，新裝版，東京：勁草書房。

<sup>350</sup> 同前註，頁 294-297。然而氏在文中對於資本主義是否真能修補此漏洞，似認為在當時的時空環境中，仍未看到真正的良方。

國家、生產形式與家庭三者互動關係的改變、第二，則為性主體的形塑以及大眾傳媒和色情的關係。而此二者可說也具有相輔相成的關係。



### 第一款 國家、生產形式與家庭三者互動關係的改變

如果說，資本主義剛開始時，是靠著家庭與男女分化聯繫著個人與社會，而使得性無法像勞動一樣，那麼家庭關係轉變，同樣也會使得性從這樣的關係中被釋放出來。但家庭關係是如何、又發生什麼樣的轉變呢？這可能必須從夜警國家到福利國家的轉變開始說起。

近代資本主義的興起，其假設是奠基於古典自由主義，其相信在經濟上，要放任市場機制，完全靠市場的力量來調節損益；而在國家規制上，自然是對個人或社會越少干涉越好，僅有在可能影響個人自由與財產或社會治安（因為可能干涉到市場運作）的情況，政府才需要出面干涉，因此，這樣的國家類型與想像，被稱作是夜警國家，意指國家所需要的僅是付出夜晚的警力（守夜警察）以維持治安的這種象徵<sup>351</sup>。然而，隨著資本主義的發達，對於其可能產生的惡害，例如外部性，及其所產生的市場失靈等也開始有所認識；因此，國家權力開始進入市場、進行管控調配也成為理所當然的事。社會的型態隨著國家介入市場的不同而有差異；其中最極端的，自然就是馬克思主義下的計劃經濟模式。然而，即便不是如此極端的情況，現在也多半同意讓國家權力部分地規制市場，擔任起部分資源分配的角色。於是，兩種主義所混合的國家「福利國家」也隨之誕生，這也是目前大部分國家的社會型態<sup>352</sup>。

<sup>351</sup> 請參閱秋山和宏（2011），《現代政治過程》，頁 29-30，東京：三和書籍。

<sup>352</sup> 請參閱鶴田滿彥（2009），〈現代国家の将来〉，一井昭、渡辺俊彦（著），《現代資本主義と国民国家の変容》，頁 11-12，京都：昭和堂。而論者更認為二次大戰，促成了福利(社)國家的誕生。

而家庭制度也在夜警國家到福利國家的移轉中，發生了變化。在原先的夜警國家中，家庭就誠如前面所說，是資本主義社會與個人的聯繫，也是一種勞動的再生產機制。經由性差分化的概念，讓男性負擔起薪水勞動的工作，而女性則負擔起生養子女的家務（即所謂的「賢妻良母論<sup>353</sup>」的發揚）。在公/私領域的劃分下，基本上國家是不會干涉甚至鼓勵是這樣的家庭型態。然而隨著夜警國家的社會型態消失、國家權力開始介入自由市場以及資源分配當中，原先所認定應交由家庭來進行的行為，也開始委任給國家，例如子女的教養等。這樣的結果，便是原本家族機能的縮減<sup>354</sup>。女性從這樣的性別分化中被釋放出來，開始加入勞動市場，而隨之而來的，就是女性做為一個主體的論述開始浮現，女性的身體以及情慾在這樣的論述中，也逐漸被討論，而「性」乃至於「性勞動」作為商品的正當性，也因此漸漸浮出水面。

## 第二款 女性主體、大眾傳媒與色情

當家族機能開始縮減、女性逐漸進入勞動市場後，關於女性權益的論述與主張也逐漸增加。女性的身體以及情慾開始受到重視。例如本文先前所介紹的女性主義，若是搭配本節資本主義的脈絡，便更為清楚其出現的原由。而「妓權」，作為一個由女性作為情慾主體的論述方式也在類似的脈絡中被提出。其內容也就是女性不僅是一個權利主體，也是一個情慾主體，她有權決定如何使用自己的身體，其中便包含以性行為交易對象而藉此來滿足自己的性慾與需求<sup>355</sup>。當然這樣的看法也受到來自於不同派別、專注於父權結構與女性從屬地位的女性主義者之

---

<sup>353</sup> 賢妻良母論在 1920 年左右開始受到討論，其將此詞彙特定於專門在家操持家務的家庭主婦，而和有工作職業婦女加以區隔。此論述同樣批評將家務交由傭人來做的貴婦，認為女性應該要懂得食品科學、衛生等才是良家婦女，方可完美地操持家務。相關論述見 陳姪媛（2006），《東アジアの良妻賢母論：創られた伝統》，頁 240-241，東京：勁草書房；程郁（2005），〈二十世紀初中國提倡女子就業思潮與賢妻良母主義的形成〉，《史林》，6 期，頁 66。

<sup>354</sup> 請參閱上野千鶴子（2006），前揭註 349，頁 175-176。

<sup>355</sup> 同時，支持妓權的論者，通常也會肯認性的多變性，亦即難以用同一性別形象去概括所有的女性。相關論述請參閱甯應斌（2002），前揭註 343，頁 126-130。

批評，認為娼妓的存在與性的商品化讓女性成為物品，並因此鞏固了資本主義下的父權結構<sup>356</sup>。



無論對錯或勝負，但不可諱言的是，在上述兩者的爭執中，同樣形塑了社會或其自身對於女性身體的理解與意識，並因此強化了性商品化的推廣。例如美國知名的情色雜誌《好色客》(hustler) 創辦人在遭受女性的攻擊時，即稱：是將「原本醜陋的女性性器官，以公眾覺得美的方式呈現，是一種價值觀的轉換」因此，「《好色客》也是對於女性主義有所貢獻的<sup>357</sup>」固然，這些話是其為所創辦的雜誌所做出的強辯。但其中卻隱藏了兩項有趣的暗示在裡面：其一，大眾傳媒在當代社會（尤其是資訊傳播發達的資本主義社會），擁有改變價值觀而強大得令人覺得不可思議的力量；其二，女性主義的多元性，在身體論述中展現無遺，因此在上述脈絡中，就可以看見，兩種不同但同樣以女性為主體的女性形象在此擺盪：其中一個是禁止女性受物化的女性個體；而另一種則是女性應該自由展現或使用美好身體的情慾主體。而兩者交織的結果是，大量有關性的想像被激發，並透過大眾傳媒的播送，引發好奇，進而創造出慾望<sup>358</sup>。而沿著性工作外延的「色情」，便在這中間一方面負責安撫這些好奇與慾望，另一方面，卻創造出更多、更強、更廣泛的慾望型態<sup>359</sup>，而性的商品化一事，也在這中間獲得了一定的合理性。簡而言之，對性的好奇，在性主體的形塑中被激發，而藉由大眾傳媒和色情，對性的消費能力與慾望，在此過程中被大量地製造了出來。

<sup>356</sup> 相關見解，請參閱魏書娥(2005)，前揭註 347，頁 107-111。

<sup>357</sup> 以上兩段話，轉譯自上野千鶴子(2006)，前揭註 349，頁 267。然而上野氏是拿他來說明男性優勢的權力結構，而本文是認為，重點或許不在於男性或女性，而在於論述中可以發現某種女性形象的形塑。

<sup>358</sup> 此點，例如下面所會講到的台灣，在 1990 年代因為女權的抬頭，性學相關書籍與兩性節目越發可觀。而相關節目中，從原本的性學知識到後來個人的現身說法來講述自己的性經驗等，都可以視作性論述爆炸後的慾望湧現。此點其實也和前述傅柯所言，管制後反而因此性論述爆發有異曲同工之妙。相關歷史探討，請見何春蕤(等著)(2003)，〈近年台灣重大性/別事件〉，氏著，《性政治入門：台灣性運演講集》，頁 47-48，桃園：中央大學性/別研究室。

<sup>359</sup> 就如同巴代依(Georges bataille)在其《色情史》裡所言：「色情只包含了一個由違反規則來規定範圍的領域。這總是意味著打破認可的界線。」色情作為一種對於禁忌突破的想像，其大大地開拓了人們對於性的圖像與想望。關於巴代依的敘述，請見ジョルジュ・バタイユ(著)，湯淺博雄 & 中地義和(譯)(1987)，《エロティシズムの歴史》，頁 103-104，東京：哲学書房。



### 第三項 台灣的演變

以上是關於性與勞動的一般性論述。然而就如同美國歷史學家吉爾佛依德 (Timothy Gilfoyle) 所言,「賁淫的文化轉型在不同的社會有不同的結構與啟動點<sup>360</sup>」這點在廣義的性與性勞動轉型亦然。因此,我們必須要具體地看台灣的改變情況就不能忽略本土的產業轉型與其相關的改變。台灣是如何對性的圖像開始產生轉變的? 本文認為這同樣和產業轉型有關,因此有必要就先就台灣的經濟發展與產業轉型簡單加以介紹。

#### 第一款 台灣的經濟發展

首先,是台灣近代的經濟發展脈絡。從二戰後近五十年的時間,台灣受到國民黨政府的威權統治,因此,無論是在意識形態的塑造或是政治經濟局勢的發展,都深受此威權體制的影響<sup>361</sup>。一開始時,由於二戰的破壞,自 1945 年至 1950 年間,主要的經濟活動是恢復台灣原有的經濟運作,因此,此階段主要在於將原本日本經營的公共建設收歸國有<sup>362</sup>。而就產業結構方面,由於中國內戰,台灣僅

---

<sup>360</sup> See Timothy Gilfoyle, *Prostitutes in History: From Parables of Pornography to Metaphors of Modernity*, 104 PROSTITUTES IN HISTORY: FROM PARABLES OF PORNOGRAPHY TO METAPHORS OF MODERNITY, 117, 117-118 (1999).

<sup>361</sup> 當然如果細分此威權型態,有認為應可將其依時代和控制程度分為四個階段:即 1. 戰時階段(1945-1950),此階段為國共內戰,雖已由國民政府統治,但台灣並不和中國各省採取相同的制度,而是類似日本總督府的統治模式。2. 硬式威權體制(1950-1975),國民黨政府戰敗來台,宣布戒嚴,大力限制人民政治參與和基本人權。3. 軟式威權(1975-1988),蔣經國主政,開始面對台灣甚囂塵上的自主和獨立訴求,民間更有許多挑戰威權的活動,如「中壢事件」、「高雄事件」等,迫使政府開始有限度地放寬限制。4. 威權轉型(1988-2000),戒嚴開放後一連串的民主改革也逐步進行,在此階段,也進行了多達六次的修憲。而台灣經濟,也深受此轉型的影響。關於此部分更詳盡的敘述,請參考陳添壽、蔡泰山(2009),《台灣經濟發展史》,頁 212-216,台北:蘭臺。

<sup>362</sup> 然而,由於中國正值內戰,以及國民黨政府內部派系分立等問題,曾受日本大力建設的台灣成為瓜分資源、政治分贓的一塊大蛋糕,中央執行委員會調查統計局(簡稱中統)、軍事委員會統計科(簡稱軍統)、政學系等派別都安插自己人進入政府機關與公營企業中。讓經濟恢復速度其實成效不彰。相關資料,請參閱陳翠蓮(2017),《重構二二八:戰後美中體制、中國統治模式與台灣》,頁 171-177,新北:衛城。

作為支援國民黨政府資源之用，以生產糧食的農業、原料和民生工業（如紡織）為主，一直到國民黨政府戰敗來台，台灣經濟才開始往工業之路發展<sup>363</sup>。

從 1950 年代開始到 1970 年代間，台灣為抵禦來自中國的威脅，開始致力於發展台灣的工業。由於承繼著之前農業為主、民生輕工業為主的經濟體質，此時期的發展一方面受制於大量的移入人口、一方面又因為日本和中國市場的流失，為扶持本國待發展之幼稚產業，遂以進口替代政策為方針，以自製非耐久消費品代替進口。於經濟結構方面，雖然農業在此時期仍屬大宗，但以勞力密集的製造業為主之輕工業成長率卻遠高於農業成長率<sup>364</sup>。

而到了 1970 年代左右到 80 年代，更是藉由推動十大建設等方式，推動台灣的工業發展；此時，台灣的經濟依賴性已較前期(1970 年前)為低，故而勞動力可從原本的輕工業中釋放出來往資本密集化的重工業發展。便在此時，政府注意到台灣以中小企業為主的經濟體質，便透過「中小企業發展條例」之立法、成立中小企業銀行幫助期融資等方式，輔導中小企業發展，而紡織、石化、電子、鋼鐵、機械等五大工業，便在此時被政府選中，作為策略性的產業以帶動整體工業的發展與升級<sup>365</sup>。而在其後的 1980 年代到現在，為因應資訊科技的變化，更是進一步以技術為主的高科技工業與服務業為發展主軸。

簡單概觀台灣的整體經濟發展，會發現台灣從一九四零到五零年代的前工業社會，經過快速發展而進入資本主義社會，而其中也經歷多次產業的變化，從農工混合到勞力密集，再到最後以技術和資訊為主的產業形式。然而這樣的產業變化會對社會與家庭造成什麼影響，而這種影響又會對性的圖像產生什麼變化？這

---

<sup>363</sup> 陳添壽、蔡泰山(2009)，前揭註 361，頁 218-219。

<sup>364</sup> 同前註，頁 221。依照統計資料，1961 年至 1972 年的工業經濟成長率高達 16.7%，遠高於農業成長率 4.7%。

<sup>365</sup> 請參閱于宗先（1998），《台灣經濟發展的困境與出路》，頁 84-91，台北：五南。

是接下來要說明的。



## 第二款 性圖像之轉變：從家庭中解放的女性

台灣在過去，深受日本與中國「賢妻良母論」的影響，認為女性應該要在家好好操持家務，此點在 1970 年代以前仍蔚為主流。事實上，若搭配上上述的經濟情勢，會發現這樣的想法也和當時的經濟息息相關；亦即，在農工混合的經濟體制下，以家庭為單位，男性作為主要的勞動力出外工作；而女性除了在家操持家務，亦可從事農務或進行手工業以貼補家用<sup>366</sup>。

然而這樣的狀態和看法，在 1970 年後開始有鬆動的趨勢。於 1970 年代，由於大量資本集中而勞力密集產業開始出現，女性進入勞動市場的比率也隨之上升；便有統計數據指出，在六零年代，女性的勞動參與率一直保持在 33% 左右，但是到了七零年代，卻大幅提升至 39%，1973 年達到最高點時甚至到達 41%，而之後依然穩定上升至 45% 左右<sup>367</sup>，一直到現在。因應如此現象，社會制度和家庭型態也隨之發生轉變，例如因為年輕人前往都市工作，留父母在家鄉，讓家庭組成從原本的「擴大家庭」（即三代同堂）漸漸變成以夫妻子女為成員的核心家庭為主<sup>368</sup>。又例如一連串保障婦女就業以及哺育子女的修法在這個階段完成<sup>369</sup>，讓婦

<sup>366</sup> 事實上，工廠外包給家庭的「家庭代工」，可說是台灣經濟發展中相當重要，又因為產值難以計算而可能受到忽視的一環。相關資料請參閱謝國雄（1992），〈隱形工廠：台灣的外包點與家庭代工〉，《台灣社會研究季刊》，13 期，頁 145-146。

<sup>367</sup> 行政院主計處(1984)，《臺灣地區勞動力追溯估計與調整銜接結果報告(民國四十年至七十二年)》，台北：行政院；行政院主計總處統計專區查詢系統，條目：勞動參與率，網址：<http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=18843&ctNode=4943&mp=1>，最後瀏覽日期 2017.05.30。而有研究者認為，這樣的情況和當時對女性進入職場的焦慮和大量討論亦有關聯，見莊韻親（2009），〈當個怎樣的母親？戰後台灣法律中的母職建構〉，頁 54-56，國立台灣大學法律學系研究所碩士論文。

<sup>368</sup> 有研究統計資料顯示，以本省家庭為例，核心家庭從 1965 年的 45% 上升到 1973 年的 53%。請參閱簡文吟、伊慶春（2001），〈台灣家庭的動態發展：結構分裂與重組〉，《人口學刊》，23 期，頁 7-8。然而在同一份文獻中，卻認為此現象可能不完全是資本主義或工業化之結果，而是原有大家庭的解體，因為諸多父母依然和子女同住，僅是沒有所有兄弟姐妹一起居住而已。但本文以為，這種解體，其實在某種程度上也正好反映了經歷產業轉型而改變的價值和家庭型態。

<sup>369</sup> 例如 1975 年工廠法的八周產假、禁止懷孕婦女夜間工作；1984 年勞動基準法規定懷孕期間

女能從原本的家庭勞務中稍稍解脫<sup>370</sup>。



雖然說上述事態並未完全使女性脫離在家操持家務的角色，但女性進入勞動市場、成為有薪的勞動力一事，依然使其鬆動了原有對於性的想像。大眾開始對性感到好奇，因此，眾多如「婦女新知」等女性組織開始在 1980 年代出現，並開始出版具有知識性和啟蒙性的刊物，以求啟蒙大眾。而且也不僅女性自身，可說全民都開始對性方面的知識充滿渴望；以 1992 年出版的《新金賽性學報告》為例，這樣一本非大眾文學類、以介紹為主的書籍，竟然可以賣到一年十萬本，以當時的書籍銷售量來說，可謂十分驚人。而電視媒體更是開始出現個人親自現身說法自身性經驗的兩性節目<sup>371</sup>。可以說這種對性的狂熱在 1990 年代到達一個十分強烈的程度。

此種對性的好奇與渴望，也造成了兩個結果。其一，女性做為性主體的圖像在這些討論的論述中，逐漸被形塑出來；亦即以性自由為號召，「個人應具有性的自主決定權」一事，逐漸成為了共識。其次，因應著上述對性的好奇以及資訊流通的快捷，更搭配著女性對自己身體的自由決定權，色情以表見自由為核心概念，逐漸成為可以討論或被認為應該解禁的資訊<sup>372</sup>。易言之，在台灣的資本主義運作下，雖然看似藉由將女性化為有薪的勞動力以及大眾傳媒的威力，將性別分化加以鬆動，然而實際上卻是將性別從原先的「男主外、女主內」化為某種「兩性皆應獨立自主」的形象，而加以穩固。在此之間，性的消費一事也便不足為奇。


---

可申請改調時間和哺乳；到了 2001 年更是有兩性工作平等法的通過。

<sup>370</sup> 當然女性並非完全從家庭中從事家務的母職角色中解脫，僅能說稍稍放緩。關於女性在家庭中的母職建構，見莊韻親(2009)，前揭註 367，頁 57 以下。

<sup>371</sup> 關於當時對於性的好奇與狂熱的更多相關資料，請參閱何春蕸、丁乃非、甯應斌(等著)(2003)，前揭註 358，頁 46-48。

<sup>372</sup> 而更有研究者認為，此結果除了經濟層面，更和延續解嚴打破威權禁忌的風氣有關。相關論述，請參閱林伊倫(2009)，《誰近／禁女色？：戰後台灣法律再現系統中之色情圖像》，頁 61-63，國立台灣大學法律學系研究所碩士論文論文。



回應前述對於性的商品化是否會使性失去勞動再生產功能的問題，在這裡本文認為，性的商品化並非是瓦解原有的勞動再生產機能，而是藉由性主體的重新形塑，再次劃分家庭的功能與疆界，將性帶入勞動的體系中，而藉由大眾傳媒的影響，一方面宣揚愉悅、有價的性；但另一方面又創造一種對於愛情、家庭的渴望，使其不妨害家庭的舊有功能。簡單來說，就是一種在資本主義消費市場下，對「合理的性」、「不合理的性」更細緻化的劃分與規訓。然也正如本文之前對性主體與性自主的敘述，此種對於性自主的追求看似是個人主體的展現，然而若將他放在法律的脈絡下便會發現，所謂的性自主，也不過是尋求一種社會普遍認可的道德規範。而這樣的結果便是不斷的刻畫舊有的兩性刻板印象，對於現今越發廣泛的多元性別則恐有保護不足、甚至歧視之處，此點對於深受規訓和性別消費的台灣實在是不可不慎。

### 第三節 猥褻的雙極：規訓的猥褻與消費的猥褻

以上是對於性道德的一般化敘述，現在讓我們把目光拉回「猥褻」本身。在台灣的刑法中，猥褻的雙極意涵除了「嚴格/寬鬆」的標準外，在性道德的介紹後，開始顯示出更深一層的樣貌：即同時具備規訓和消費的特性。易言之，雖然妨害性自主的猥褻和妨害風化的猥褻，看似兩種不同的法益保障，實際上隱含了同一種性道德規制，而此性道德規制同時具備了「規訓」與「消費」兩種特性，這兩種特性也同時影響了我國實務上的判斷基準，這解釋了為何無論是以妨害性自主或妨害風化解釋均可能得到矛盾之解答。而本文認為，規訓的猥褻和消費的猥褻，所展現的特性，即分別在於一般化的性慾模式和猥褻的商品化。而兩者所交會之處，就是那名為「自主意志」背後的權力運作關係。

#### 第一項 規訓的猥褻：正常、普遍化性慾模式的區分

誠如傅柯在《規訓與懲罰》一書中所言，規訓權力的主要功能是「訓練」，亦即，「通過這種機制本身來使人體在變得更有用時也變得更順從，或者因更順從而更有用<sup>373</sup>。」規訓權力藉由權力機制的強制力，揀選、區分出正常與不正常的邊界，進而形塑出柔順且有用的肉體；而此點，在法律系統中也同樣適用。也就是說，不僅是法律條文本本身，透過法律實務，例如判決的言說，劃定了社會某方面正常與異常的界線，進而藉由此種言說的強制力，限定人民應該遵循的範圍，以達成規訓的目的。而柔順的肉體因此而生。

在猥褻判決中我們同樣可以觀察到這種現象。便如眾人所知，刑法中的猥褻（無論何者）沿用了一套類似的定義，即「指性交以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為，亦即在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之行為。」此種定義自然是空話自不待言，但重點是其解釋的內容為何？雖然說隨著其他構成要件的不同，或表面上的法益不同，而使得實務判決在猥褻標準的解釋上有所差異，但有一點卻是兩種猥褻所共通的：此即對於一種正常化、普遍化猥褻與性慾類型之形塑，而在這裡，性慾本身一方面成為一種人類的原罪，「滿足」成為負面的修辭，一方面又假定著每個人都具有蓬勃的性慾，可以輕易地被觸發、刺激著。

在妨害性自主的猥褻方面，藉由對個人意願尊重之宣示，塑造一種獨立自主的情慾主體形象，此點藉由強制手段推往「其他違反意願之方法」獲得印證。然而在此處的規訓並非「若非獨力自主之主體，即不保護」。反而是，在此種情況下國家會反過來更進一步加強對其的保護（刑法第二百五條、第二百二十七條）。然而，若我們觀察一般侵害自由之罪，完全無法看到類似的情況。因此可以說，在這裡國家一方面藉由刑法第二百二十四條宣示一種獨立自主的情慾主體

---

<sup>373</sup> 請參閱 Michel Foucault(著)，劉北成(等譯)(1992)，前揭註 325，頁 137。

形象，一方面卻將不被認為具有獨立自主之人的性納入保護。這裡首先是獨立自主與否的判斷，本身就是一種差異排除的機制；其次，國家特別將（無法自主決定的）性納入保護，本身也是一種控制生命誕生、人口調節式生命治理權力機制之展現。

如果說強制猥褻是對於個人主體的界定與形塑，那麼妨害風化的猥褻就是進一步針對猥褻行為的態樣劃分界線。雖然說，誠如本文第三章所述，猥褻概念不斷的遭受限縮，但在這過程中，依然是一次次地劃定了性行為中正常與不正常（即猥褻）的分界。從一開始的藝術性、醫學性之分類，到釋字第六一七號解釋硬蕊和軟蕊的區別。這些都展現了規訓權力差異排除的性質。然真正的問題是，這樣的差異製造，完全是從大法官主觀認的「主流價值」所萌發，再藉由歷年判決的司法實踐過程而形塑而成。這樣的「主流」異性戀視角，即有可能對於性少數族群造成侵害。事實上，便誠如學者所言，無法了解「如果同性戀是少數，為何硬蕊不是少數？為什麼軟蕊可藉由阻隔免罪，而硬蕊就不行？」<sup>374</sup>但無論如何，此些規範，的確在某程度上控制著我們，告訴我們應當如何去生活及從事所謂「正常的」性活動，使我們的肉體因此柔順。而這也正是猥褻的規訓意義所在<sup>375</sup>。而當我們回到猥褻的定義本身，藉由「有害於一般人正常之性羞恥心」或是「違反善良之性道義觀念」操作，同時也展現了「正常/不正常」的性慾模式，規訓的特性在此展現無遺。

綜上所述，從強制猥褻到妨害風化之猥褻，雖然兩者表面上以不同的法益保

<sup>374</sup> 請參閱黃榮堅(2006)，前街註 132，頁 55-73。

<sup>375</sup> 其實這樣對性的規訓，在法律上是無所不在的，而這種情況有時或許連做出判決或解釋的人自己也沒察覺。即使是最近頗受好評的大法官釋字第 748 號解釋，可能也落入如此的窠臼。便有論者認為，在該號解釋中，性傾向的本質論被肯認，亦即大法官認為其不是同性戀，就是異性戀，而且這天生便已決定。同時，該解釋同樣將結婚視為正常、不婚視為反常。這些都固化了原有的性別二元體系，試圖規訓人民，應該如何面對自己的性活動與生活。相關見解，見萬庭威(2017)，《文明民法的蒙昧：簡評大法官釋字第 748 號》，newbloom 網站，網址：<http://newbloommag.net/2017/05/27/748-interpretation-tw/>，最後到訪日期：2017.05.31。

護的面貌出現，但其實也就是一整套從性主體的形塑到性行為界定規範的規訓體系。而這樣的體系卻在性主體的形塑下而被隱藏起來。



## 第二項 消費的猥褻：猥褻的商品化

如果說，上述猥褻的規訓意義，尚且看不出猥褻表層的雙極化，亦即為何在妨害性自主和妨害風化之為褻會有「嚴格/寬鬆」分化，那麼在猥褻的消費意義此一層面，應可觀察到此種流動性。

性的商品化誠如前一節所言，是將性當成有薪的勞動或商品予以出售販賣。其內部的邏輯就是資本主義下的供給與消費。也就是說，為滿足人們慾望之需求，市場機制會提供相應的供給。然而需求不一定持續存在，也是有需求匱乏的時候，因此，供給者為了販賣的需要，便有可能會以宣傳促銷、廣告媒介等各種方式去刺激購買的需求。而搭配著此種行銷手法的另一個資本主義下之消費特性，即是對於個人主體的凸顯，因為只有在強調個人具備主體意識、可以自由決定買賣的市場中，此種刺激消費的宣傳方有意義<sup>376</sup>。而在這點上，性自然也不意外，藉著性論述的爆炸，以及大眾媒體的傳播，被激發出來的性慾給予了性消費相當程度的動機。而這股趨勢，乘著 1970 到 1980 年代台灣女性勞動力被釋放出來的風潮，搭配上日漸進步的資訊科技而越發明顯。

而性犯罪與猥褻，也在這樣的浪潮中越加受到重視。首先，隨著 1980 年代女性主體概念的形塑與勃發，1999 年終於在女權組織的倡議之下，增訂了刑法第十六章之一，將原先的妨礙風化罪章移置於此，並將原本的十六章改為妨害性

---

<sup>376</sup> 此點甚至可從現在消費商品中，不斷強調的「量身訂做」、「限量商品」來獲得印證。亦即，藉由個人與個人差異的彰顯，來達成刺激購買的目的。但實際上，其實同樣落入了普遍化的行銷迷思當中。

自主罪章，以彰顯對於性主體的尊重。而其後更是透過對於「強制」要件的解釋與修法，來一步步形塑出尊重個人意願一事；另一方面，在妨害風化的猥褻罪當中，藉由猥褻要件的限縮與公然性的解釋等，也同樣展現出和妨害性自主類似的風貌，即對於「有個人意願之性」越發不願干涉的立場。但誠如前述所言，這真的是對性主體的尊重嗎？藉由前一章〈虛化的性自主〉一項所帶來的例子，本文認為應已有足夠理由懷疑此項主張。

所以，或許我們可以換另一種想法來思考這種轉變：即社會對於性的商品化與消費之接受程度，隨著時間累積而越來越高，而法律所反映的正是這個現象。因此其所反對固然表現出是針對無意願之性行為，然其背後邏輯可能是對於資本主義底下可被交換、而有對價的性之尊崇，亦即，所謂無意願一事可能代表的是不尊重自由市場的交易規則<sup>377</sup>。而另一方面，這也可以說明，為何在妨害風化的猥褻當中，對於色情資訊中的猥褻定義，不斷向後限縮，最後僅留下性少數中的「硬蕊」才是完全違法的。而在公然猥褻（特別是營利）公然猥褻中，更是可能因為有無收取對價，而作為「公然性」中的「他人」之認定標準<sup>378</sup>。這些事例都說明著性的商品化也同樣影響著刑法中猥褻罪的實際判斷和走向。因此，透過上述的說明，消費的猥褻在資本主義的邏輯下，在此展現了他影響刑法上猥褻判斷的特點。

### 第三項 兩者的交會與循環：隱藏於意志決定之下的權力運作

透過前面兩項的說明，分別介紹了猥褻關於「規訓」和「消費」的兩個面向。

---

<sup>377</sup> 當然這必須說明強調的是，本文並非全然否定女性主義或婦女團體在修法歷程中間的貢獻，也絕非在檢討被害人，但畢竟正如本文前述所言，權力機制是多頭而複雜的，並非單一面向可以說明完整。而本文所要做的是，將性主體大旗下的陰影揭露，說明埋藏在崇高目的下的國家權力或社會機制，依然有可能帶有自己的功能性。而本文認為此種說理，其實反而是在表達我國前述判決諸多未尊重主體的矛盾性質。

<sup>378</sup> 相關判決請見本文第三章第三項的介紹。

而如果對上述兩個面向稍加觀察，應可發現，兩者在對於「自我意志決定」之著重上，可說是有其雷同之處。也就是說，無論是規訓的猥褻或是消費的猥褻，其實都是被埋藏在自我意志決定的大帽子之下。然而，縱使先拋開人是否具有自我決定抑制或能力不談，法律真的在保護個人的自由意志嗎？本文並不這樣認為。由於此點本文前面已有過諸多質疑，便不再贅述。這裡就讓我們看一下隱藏在「規訓」和「消費」在現今社會中可能會怎麼樣的運作，而又可能會是怎麼樣的結構。

首先是規訓的猥褻，利用妨害性自主以及妨害風化的猥褻判決，規訓的猥褻在這裡塑造出一個獨立自主的個體，並且劃定了人們所謂「正確的」性活動模式。而這樣的性圖像對於性的商品化來說，同樣是有好處的。亦即透過獨立自主的主體塑造，讓性的商品與交易一事更為合理與順利；而「正確性活動」的概念，更是可以框定性商品的範圍，使其不致氾濫<sup>379</sup>。

而消費的猥褻則一方面肯認著獨立主體，一方面卻藉由有無對價等解釋，再一次地確認「性商品化」的合理性。而性的商品化又再一次的刺激了大量的性論述以及對於性的好奇與慾望。如此一來，又使得人民更加看重「性」、「性道德」乃至於「性主體」。於是乎，同樣的篩選、規訓，最後再次形塑我們對於「性」應有道德的想像。

簡言之，規訓的猥褻與消費的猥褻，在「性的自我決定」這個想像框架下，不斷的交錯與循環，不僅形塑了性道德，同時也加強了人們對於性的看重。整套性機制在這種運作之下，也因此生生不息<sup>380</sup>。

---

<sup>379</sup> 此種氾濫，並非指的是客觀而價值中立的性氾濫，而同樣是一種權力塑造知識的關係。亦即透過權力的言說，去界定出性的正確與不正確範圍。

<sup>380</sup> 這裡其實還有許多的權力技術可能進入此交錯循環當中，惟限於篇幅以及為了不使論點過於龐雜，本文並未討論，例如性的病理化、對於公與私的領域劃定等。但本文以為，其實無論是何者，皆可以納入規訓的猥褻和消費的猥褻當中來討論。

最後，再讓我們回到「猥褻」的基本定義：「所謂「猥褻」，乃指足以刺激、挑起或滿足行為人或他人性慾，且有害於一般人正常之性羞恥心、違反善良之性道義觀念者而言」。這個從民國二十三年一直沿用至今的定義，歷經多次修法以及社會文化變遷，如今，也被賦予了不同的意義；在過去，此定義的確乘載了如同西方中古歐洲禁慾式的傳統，以傳統保守風氣為名，用高高在上的家父長式權威，去懲戒刺激或滿足性慾的行為。然而到了現在，雖然用語依舊，但在前述第二章與第三章的判決中，也被解釋成不同的脈絡；一方面，此定義似乎還是在反對刺激和滿足性慾的行為，然而另一方面藉由「有害於一般人正常之性羞恥心」或是「違反善良之性道義觀念」的這種不確定概念，以及和其他要件的操作互動（如同本文第二章和第三章的介紹），猥褻所懲罰的不再是刺激或滿足性慾一事，而是在規訓與消費邏輯下所形塑的「自我」侵害。而透過這種性主體的形塑、有無意願之判斷等，對於諸如性資訊之流傳、甚至（未有性行為的）性交易等未有違反意願之情事，在判決中也越顯寬容。而前述那種規訓與消費的循環，也就在這猥褻的定義解釋中，不斷地重演著。

#### 第四節 再建構的猥褻解釋論

透過上述的論述，應可大致了解此種隱藏在個人性自主保護之下的權力機制。而也因為和現代資本主義等體系相結合之結果，要加以破除實具有相當的難度。本文僅能以解釋論的方式，試圖去降低其中對性的規訓與刺激<sup>381</sup>。

##### 第一項 共通的猥褻定義

首先，我們必須面對的就是「猥褻」定義本身。如果我們同意，從強制猥褻

---

<sup>381</sup> 其實，以本文的立場來說，最好從立法論根本地消除性犯罪、達成性的解放，但由於本文也深知此點之艱難，因此只能暫且退而求其次，在解釋論上做出稍能符合此項目的之解釋。

到妨害風化之猥褻其實不過是一整套規訓、消費體系的不同面向，那麼對於猥褻的定義，其實也就沒有加以區分的必要，因為只有直接將這三種猥褻同定性為一種猥褻，才更有可能直接揭示出此中的規訓意涵，也才有辦法使法律實踐者更為警覺此種現象。因此本文認為，無論基於應然或實然的面向，都應該將猥褻設定為同一種定義。

而就實質的猥褻定義來說，過去的猥褻定義顯然具有規訓或消費刺激之功能，因此為了降低此些性質，必然有重新定義的必要。過去的猥褻定義三要件說中，違反善良風俗、性道德等自然具有規訓性質，應當除去自不待言。然而其餘二者呢？如果我們要將問題專注在「侵害」此一事實，那麼就如同前述學者所言，是否滿足或刺激他人性慾根本並非重點所在。事實上，去除掉性慾此一要件，對於降低規訓或消費性亦有好處，因為誠如前述，性在現代資本主義被激發、刺激的特性，在性慾的強調下可能更為明顯，因此，如能去除此一要件，應可降低此一刺激之可能。

最後是引人羞恥與嫌惡的要件，此要件的問題在於，是否讓人感到羞恥或嫌惡可以視為一種侵害？如果按照性騷擾防治法的性觸摸罪判決解釋，「使人感到不舒服的感覺」似乎可以成為處罰的依據。然而即便我們暫且忽略性觸摸罪的保護意涵在於「性別歧視」，遠較刑法保護廣泛的事實外，在類似判決中也可以看到其認為此種「不舒服的感覺」和「被侵害的感覺」並不相同<sup>382</sup>。而當我們回歸到「羞恥或嫌惡」此類感覺本身，正如納思邦(Martha Nussbaum)所言，其不如「憤怒」此一情緒直接反應著某種傷害；其所象徵的是源於某種對於自身肉體脆弱和必死性之恐懼，而因為此種對自身不完足狀態的映射，而「污染」到其他的對象上<sup>383</sup>。而此種情緒的特徵也就是易於區分「正常與不正常」、「我群與他群」，而

<sup>382</sup> 相關判決與分析請見本文第二章第二節第三項。

<sup>383</sup> See general, MARTHA NUSSBAUM, *HIDING FROM HUMANITY* (Princeton University Press. 2004)., 於該

使得少數族群因此受到污名與歧視，此點也正是防止規訓所要避免的事態。因此，既然此些情緒並不能直接反應傷害，又可能會流於污名與歧視，自然不應該再納入猥褻的定義中。



既然原本的猥褻三要件都無法使用，那麼我們又該如何定義猥褻？本文以為，首先為了防止正常、不正常的性劃分所帶來的污名與歧視，在性的定義上。也就是說一切在客觀上具有性意涵的行為或資訊，都可能是猥褻。然而這僅是第一層要件；其次，既然是刑法上的要件，則仍應以「侵害」為其核心概念。此侵害便如同上面納思邦所言，不應是羞恥或厭惡等情緒的反映，而是必須出自於個人的、直接與生活利益相關的損害，這也就是刑法上所謂的法益<sup>384</sup>。

從此處可以了解，本文為了降低規訓和性刺激之可能，也間接地抵抗了其社會法益的機能性，僅承認其個人法益的面向<sup>385</sup>。因此，猥褻的定義，在本文論述下，便會變成「具客觀性意涵而侵害他人之行為、物品或資訊。」而在這種定義下，強制猥褻的法益侵害，則會是對於自由及身體法益的侵害；而公然猥褻和散布猥褻物品罪則會是自由法益或名譽法益之侵害<sup>386</sup>。上述犯罪在此操作下都會是

---

書中，論證了噁心與羞恥的情緒來源與運作機制，並認為對性的不舒服感覺大致來自於此二種情緒。本文認為，雖然其中並未提到嫌惡感，但嫌惡本身其實機制也與此二者情緒相通（甚至可能就是源於此二者），亦即並非直接反映著某種傷害，而是根據對於自身的不完足，為了隱藏自己的脆弱性，只好藉由宣揚某種「正常」的態樣來保護自身，而所刻劃出的不正常，就映射在其他對象上（也就是該文中所謂之「污染」）。此點我們觀察特定族群對於性少數的刻板印象即更為明顯。例如對於同性戀會認為他們皆從事濫交等「危險的性行為」；但其實姑且不論愛滋病在同志族群比例也未必比異性戀高的事實，對於異性戀族群，根本不會有直接的損害，所以此種厭惡不過只是某種自身肉身脆弱投射的污染罷了。

<sup>384</sup> 關於法益，請參閱黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，頁 22-23，4 版，台北：元照。然而本文並不認為刑法之目的在於「保護法益」，而毋寧是藉由法益的說明與宣示，達到一種事後處理與合理化的功能。-

<sup>385</sup> 當然，如果認為所謂國家法益、社會法益到最後都應該、也可以還原成個人法益，那麼似乎也有肯認的空間。但即使如此，要如何去認定那未經還原前抽象的個人存在，以及因果關係應該如何認定，顯然會是很大的問題。便有學說認為，如此的因果連結與多元社會下的價值獨斷，很顯然已違背比例原則。見黃榮堅（2003），〈以刑法防制性交易？〉，《台灣本土法學雜誌》，50 期，頁 1 以下。

<sup>386</sup> 這裡還是會隨著解釋論不同而有些許差異，例如危害青少年身心發展或是強制入目究竟屬不屬於自由法益甚或是身體法益的侵害？本文認為，前者（青少年身心發展）在無更多資料加以佐證之前，即便認為可能有此一法益，因果關係的認定似也難以成立；而後者，則除非是特殊情勢，

實害犯，特別在公然猥褻和散布猥褻物品罪部分，由於對法益侵害的因果關係認定會變成極度困難，可說是很大程度地限縮其適用。



在這裡本文必須承認，即使是這樣的定義，同樣會有差異排除之可能；例如在所謂「客觀性意涵」或「侵害」如何認定，即可能會有個人詮釋的問題。然而在前者，本文盡可能打開詮釋的空間就是盡可能降低這種差異排除的危害；而後者之「侵害」，除了其本身以個人法益為出發點的法益解讀外，還有賴其他要件的配合和認定，因此，下面便是要看看在這樣的解釋下，各要件應如何解釋與適用。

## 第二項 各犯罪要件之再詮釋與適用

### 第一款 強制猥褻罪

在強制猥褻的要件方面，由於前述定義，有關於性慾的部分在本文脈絡下，已全數去除，因此首先在於客觀或主觀性慾的部分，便可以全數不予適用，而僅保留客觀性意涵。此時，客觀性意涵的重點便不再是「使人興奮或刺激」，而包含一切環繞在性周邊的相關意涵<sup>387</sup>。雖然猥褻概念在此處放寬，但本文卻利用「侵害」的概念限縮猥褻的範疇。表現在具體要件方面，應該就是接觸身體和其他違反意願之方法兩點，至於有關行為客體的部分，雖然同樣涉及對於未成年男女的規訓，但由於法條有明文規定，且其涉及和二百二十七條立法政策上的關係，宜從立法論上加以探討，本文暫且不論。

---

否則亦容易流於前述僅是噁心、羞恥或厭惡便加以處罰之虞，應不予承認方為妥當。

<sup>387</sup> 若具體來說，例如摳手心，可能客觀上大家都知道有性暗示，但大多數的人可能不會因此覺得興奮或感到刺激。於是此和性慾無關，應可計入具有性意涵的範疇。

在接觸身體方面，雖然在概念上，無法排除在未接觸身體的情形下，具有性意涵之侵害可能（例如監禁而後隔門自慰，強迫被害人觀賞）。然而，若仔細觀察其諸多未接觸身體之態樣，會發現按照本文脈絡，侵害多半落在妨害自由的行為上，至於強迫觀看行為，頂多是讓人不舒服、噁心等感覺罷了，而如同前述，這種感覺並未能構成處罰的理由<sup>388</sup>。即便是為了供人觀看而「專門」監禁而或得以認定一行為，因此有本罪適用，其違法性似也不高。此時或可依照強制程度，依強制罪或私行拘禁罪之最高刑度向下判處其刑<sup>389</sup>。

在其他違反意願的方法這點上，本文認為有兩點需要考慮：其一本罪在法條文字的編排；其二，本罪在自由法益犯罪的體系。就前者而言，法條安排為「以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法」此種安排方式代表「其他違反意願之方法」雖然未必需要到達使其不能或難以反抗（其實強暴脅迫也未必有此要求），但應與前面「強暴、脅迫」等方法相當。此點其實一直為過去的學說見解所採，然而迫於當時的社會壓力，九十七年第五次刑庭決議做出與過往相反的見解<sup>390</sup>，但恐怕有違其法條之原本文義。而除此之外，當我們將強制猥褻與強制罪或其他妨害自由罪相比，會發現這種手段的要求幾乎可說是嚴格異常；例如犯罪刑度尚較強制猥褻輕的強制罪，僅要求「強暴、脅迫」，而犯罪刑度與強制猥褻差不多的私行拘禁罪，更是要求要限制行動自由。如果按照這種刑度，只能說這是對於「性」的特別標示。而這種特別標示，作為規訓或消費體系已如前述，故而應予放棄。

綜合上述，強制猥褻罪經由猥褻的再詮釋，以及接觸身體、其他違反意願之方法的限縮解釋，其實已和一般自由犯罪十分接近，只是在其中仍帶有性的意涵，

<sup>388</sup> 當然，這具有斷言的成分，若是可以證明此種行為會導致當事人身體或心理的傷害，或有認定侵害的空間。本文僅是在說明，若僅是單純感到噁心或厭惡，並非處罰的理由。

<sup>389</sup> 若是單純強制猥褻罪，量刑範圍為 6 個月以上、5 年以下。而強制罪為三年以下，至於私行拘禁罪為五年以下。若是以拘禁方式為猥褻，其實也等於沒有減刑。

<sup>390</sup> 關於學說以及實務見解的脈絡，請見本文第二章第三節第二項。

但至少本文希望可以藉由這種方法，來淡化性自由的特殊之處，已減輕其特別標示的效果。



## 第二款 公然猥褻罪

公然猥褻罪有營利與非營利之分，雖然本文認為這會鼓勵消費的猥褻而使得性被刺激，實際上反對這樣的立法模式<sup>391</sup>。但在解釋論中，只能接受其存在。而雖說猥褻的解釋表面上不會受此影響，但事實上，由於營利者所為公然猥褻的對象，通常為自願付費之消費者，從此觀之，若按照本文「侵害」方能構成猥褻的定義，應在營利公然猥褻的情形，極難構成本罪之成立<sup>392</sup>。因此，公然性或意圖公然觀覽之要件在此處的解釋中，並非因為具有對價或具有意願而不具公然性或公然觀覽的意圖；而是在具有對價的情形，通常即具有意願，而具有意願按照前述猥褻的定義，則無法構成侵害，故而不屬猥褻行為。

而另一方面，即便是在非營利公然猥褻的情形，雖然非自願觀覽的情形較多，但也並非表示在此種情況下便會成罪，原因便在於本文所定義猥褻中的「侵害」。便如前面不斷強調的，如果僅是造成噁心、嫌惡的感覺，並無法構成處罰理由，因此若裸露僅是造成他人噁心等不適感，便不會是此種定義下的猥褻。而即便是能證明當事人後來患有心理疾患，也應當證明兩者的因果關係存在。也就是說在不承認強制入目可以做為自由法益侵害的情況下<sup>393</sup>，唯一可能成立猥褻的方式，似乎就是對於身心的傷害，而在此點難以證明的情形下，自然也難以成立犯罪。

<sup>391</sup> 但本文其實並非反對性可以成為商品一事，筆者認為這為個人的選擇，但反對的是由國家來凸顯，並加強性的規訓力量。

<sup>392</sup> 唯一可想見的方式，或許是某人花錢去令行為人以公然猥褻的方式，去嚇唬另一個不知情者，造成其身體或心理創傷等。但首先在現實生活中，此種手法已屬罕見；再者公然猥褻和客觀可證明之身心受創是否具有因果關係又是另一問題與挑戰。其實，關於後者，也算是非營利公然猥褻的問題。

<sup>393</sup> 再次強調，若將強制入目作為視覺上的自由侵擾，似乎只是將噁心或厭惡感強冠上權利之名罷了，本文並不贊同此種作法。

更毋庸以公然性或公然觀覽之意圖為其脫罪，同時也可淡化性的危害。



### 第三款 散布猥褻物品罪

散布猥褻物品罪的問題較公然猥褻罪稍微複雜，原因並不在於兩號大法官解釋的做成（在此，暫且些讓我們忽略此二號解釋）；而在於散布的資訊內容可能對他人所造成的傷害為何。

在一般散布色情片之情形，由於傳播者和接收者雙方皆有意願，對雙方而言，很難視為侵害。然而問題是對於資訊中人呢？也就是除了買賣雙方以外的「入鏡人」又應如何處理？如是一般戲劇、表演性質的色情影片自然沒有問題，此時這類具有商業性質，拍攝即有販賣或散布目的之影片或資訊，本非個人隱私、秘密或是名譽法益所保障之範疇。換言之，因為其商業用途，在拍攝時，即已知悉散布之必然，故而散布本身並非「侵害」而並不符合本文脈絡下的猥褻，其侵害性質因其同意而失去可罰性<sup>394</sup>。但如果是偷拍、或前男女朋友分手後將其性愛影片或圖片散布的報復之舉，可否視為侵害？本文雖然認為，裸露身體或性交行為都不能因為個人或社會感到羞赧而入罪化，而個人名譽究竟為何會因此減損？其原因不過就是個人受到社會規訓，認為女子不應從事婚前性行為，否則可能「嫁不出去」的這種想法。

從這樣看來，本文應該反對這樣的規訓機制與思維，而因此在這樣的政治選擇下，似乎不應承認因合意性交所拍攝、傳播出去的影片應該是一種傷害。反而認為如果真有損傷，好像也應當是散播者的人格，在此過程中的自我踐踏。然而，

<sup>394</sup> 於此，若套用刑法學說的用語，應可認為此同意為阻卻構成要件的同意。而至於非法的轉載等其實已非隱私的問題，而是個人財產是否會侵害的問題。雖然表面上有保護的空間，然而這樣一來，不免落入本文前述資本主義的「性」的勞動化與刺激化的陷阱當中，此時的優越利益衡量是否能通過檢驗殊值考慮，考量到刑法的最後手段性與謙抑性(下面會再次論述為何需要此二者)本文以為比較好的作法或許是透過民事法或著作權法來加以處理以斷絕其性道德規制為佳。

理念上雖當如此解釋，但若實際這樣解釋，恐遭遇問題即：妨害隱私與秘密乃至於名譽之個人法益縱有解釋上的模糊空間，至少仍為我國刑法明訂且承認的重要個人法益，縱或認為名譽法益依上述理由不應予以保障，但對於個人隱私與秘密的維護，似仍有保護之必要。因此，在這種前男女朋友分手後將其性愛影片或圖片散布的報復之舉，因未得同意而侵害當事人隱私的情況，應得是為一種侵害而加以處罰<sup>395</sup>。

然而，有一種情況應必然可算對於被散播者的傷害，也就是非自願情形下所具有性意涵行為的影片或資訊傳播，例如強制性交影片的外流等。在這裡，所要注意的並非是當事人名譽的受損，而是其受到二次傷害的可能。也就是當事人在此播送、傳遞、收看的過程，可能因此回憶起受害經歷而導致身心受創<sup>396</sup>。

### 第三項 案例判決的另一種可能

當我們重新檢討過猥褻，以及各犯罪要件，現在讓我們回頭看看一開始的兩個判決。其實大多數的判決，就如同本文前述一樣，都具有社會規訓以及消費的特性。而此二則判決之所以具有代表性，在於雖然表面上看來都有些突破，然而實際上依然潛藏著類似的模式。

例如在第一個案例中，判決都在爭執猥褻的積極行為此一要件（也就是是否觸碰身體一事）是否重要，但背後潛藏著的，其實是對於「自慰=滿足性慾=猥褻」

---

<sup>395</sup> 但或許讀者已可從兩段的字句中看出本文筆者在此問題的猶豫。此猶豫的來源一方面來自於對於名譽、隱私等法益存在的質疑；另一方面卻面臨「侵害」此一概念若沒有法定的個人法益加以附麗，則恐流於另一種恣意的恐慌。而選擇採取保留隱私、秘密法益的中庸之道，也是在兩種想法折衷之後，採取一種較佳的政治選擇。當然誠如接下來所言，做出決斷與定義本身，便要承受界定範圍後的風險，因此本文在這裡所做的也不過是一個不得已的抉擇，或許重點還在於凸顯「性規制」的存在以及如何使其不固化的意識了。在此也特別感謝口試委員於口試時所對於侵害概念可能流於恣意之提醒。

<sup>396</sup> 然而證明傷害一事，仍需要視個案在訴訟過程中的法官裁量而定。

一事的不爭執。亦即在猥褻此一明顯具有負面意涵的法律犯罪要件中，自慰、滿足性慾成為了負面修辭；而此種現象在第二個例子中也同樣出現，也就是雖然表面上已不在意當事人的性慾，看起來是一種肯認當事人其他動機的突破，然在同段落中，卻仍是以「客觀上已足以刺激性慾」來傳達同一套規訓體系。而也正如前述的分析，這種規訓事實上並非真正壓抑或禁止性慾，而是在消費的刺激以及非意願的性慾禁止中，創造出更多性的需求、激發更多的性。

因此要如何去對抗這種規訓？本文認為，經由上述的猥褻定義以及要件搭配或能稍稍緩解此一形勢。亦即將性慾的要件去除，並專注在法益侵害上。而在上述要件操作下，結果或與原先判決結果並無太大差異，但在內涵上會截然不同；例如在第一個判決中，假設詐欺餵毒是為了猥褻，則或許的確可算是具有性意涵、且也具有自由侵害的強制猥褻（灌毒和自慰為一行為）。雖然如此，但至少可看出重點已不在性慾的滿足或身體的接觸，而在於對自由的侵害。至於第二個例子，則同樣地會將重點擺在具有性意涵的撫摸胸部動作以及對其自由的侵害。簡言之，根據此種解釋，可以說將性的重要性進行很大幅度的縮減。雖然說，本文承認這依舊帶有社會規訓的成分，但這已是本文在解釋論上所能達成的極限。剩下的，或只能仰賴永不可能達成的立法論了<sup>397</sup>。

## 第五節 小結

本章從傅柯的性意識史開始，敘述性道德的可能機制，也就是藉由規訓和生命治理所構成的權力架構。雖然說這種權力模式，的確可能是構成性道德規制之重要一環，然而在現代資本主義社會中，還是無法忽略勞動與消費間的關係，因此本文在之後即說明勞動和性之間的關係，並認為在過去，無償的「性」的確是

---

<sup>397</sup> 其實，光是這樣的解釋論，在現今如此重視「性」的氛圍都可說是不可能達成。但本文僅能以此文，希冀可對此現象進行小小的警醒作用。

讓勞動再生產的一個重要機制，但在晚近的資本主義脈絡下，有償的「性」也在資本主義下扮演著重要的地位，同時，這並不減損原先使勞動再生產的機能。亦即透過新家庭觀念的形塑與大眾傳媒的渲染，勞動與性也可以結合在一起。

而上述的說明，其實也都是為了猥褻的論述而來。亦即本文認為猥褻的性道德規制其實可以分成兩個層面（也就是本文所稱之雙極），在規訓的層面上，藉由差異與排除，建立起正常、普遍化的性慾主體與模式；而在消費的層面上，又藉由猥褻的法律言說去再次確認並強化了「性的商品化」一事。而細究起來，兩者其實是在同一個「性自我決定」的想像框架下，進行不間斷的交錯與循環，同時也彼此的補充。在此過程中，性道德規制因此被強化，社會對於性也因此越來越看重。

因此，本章在最後，企圖以解釋論的方式，提出另一種解釋猥褻的可能。也就是利用「侵害」等機制，去虛化「性」的重要性。在此解釋論當中，其實也無可避免地包含了規訓的成分，畢竟定義本身，便創造了差異排除的機制。但本文利用性詮釋的開放性，希望可以降低此種危害，希望可以降低性道德固化之可能。

雖然上述說了這麼多，然而固化性道德一事究竟有何壞處呢？本文認為，當某種形式的性道德被固化後，便容易喪失對於其他態樣想像之可能；而當其餘態樣出現時，除了感到衝擊以外，最有可能做的事情，便是區分彼此：「正常/不正常」、「我群/他群」。而這些區分，到最後可能都成為汙名、歧視、甚至排除的源頭。本文所希望達成的是一個多元而能彼此共處的世界，因此對於固化性道德一事，實是抱持懷疑甚至反對的態度。所以本章在此所提出的，便是一種性道德形成乃至於固化的可能，其目的，也不過是希望能提供一種警醒與反省的功能。

## 第六章 結論：去除性道德的努力



本文藉由兩則強制猥褻罪的判決開啟了問題意識，其後藉由強制猥褻罪以及散布猥褻物品罪、公然猥褻罪的判決研析，帶出有關於性乃至於性自主、性意識，最後歸結於性道德的說理脈絡。其實最終，要問的問題也不過就是最初的那個：為何我們要特別在意「性」？本文最後藉由性道德規制的說理，試圖為此問題尋求了一個解答。然而這個解答，其實充其量也不過是一種觀察，如果說有什麼實質意義填充入內，也不過就是一種警醒。但作為一篇法學論述，似乎需要給予一些修法上的建議或立法論的改革，方才算數。本文雖有心給予具體的建議方針，也在中間，嘗試以解釋學的重新詮釋，來達成去性化的目的。然到最後，似乎還是僅能從規勸的角度出發，希望司法實踐者們，能夠小心自己手中所掌握的權力。畢竟就誠如前面所欲傳達的概念：刑法作為辨識差異與排除的工具，其作用不過就是鞏固原本的權力結構和秩序<sup>398</sup>，而其可能造成的邪惡，卻是汙名、歧視的這種集權主義的誕生。因此下面的建議也多半是從這個角度出發，若能讓司法實踐者在下判斷時能多想一下，那也足夠了。

### 第一節 給予身體展演的空間：刑法的謙抑性展現

在本文的寫作歷程中，雖然不斷地強調主體是被形塑出來的，似乎是在反對人具有主體性。但其實在筆者的心目中，並非認為主體不存在。只是主體性的存在，並非先驗、不證自明的。就誠如本文第四章藉巴特勒的理論所闡述：主體的存在並不在於對自身的認同、不在於「認為」自己是什麼，而在於自己「做」了什麼。也就是說，藉由身體的展演<sup>399</sup>，我們才得以在社會中尋得一個位置。

<sup>398</sup> 類似見解，請參閱謝煜偉(2004)，前揭註 332，頁 171。

<sup>399</sup> 關於身體的展演，請見本文第四章第三節的敘述。

而這種「展演性」，很無奈地，也深受社會文化（或我們可以逕稱社會規訓）所影響。我們大多數的人為此所進行的反抗，如果設法改變了體制，最終，多半也不過成為下一個體制的一環。所以巴特勒才會提出以「扮裝與諧仿」的嘲諷方式，企圖去打破這種社會的鏈結。而也在這種過程中，主體才真正誕生出來，而彰顯了自身的特殊性。可以說，這是一種在社會控制下似乎略顯無奈的主體實踐與形塑。

然而這樣的主體實踐，照這種脈絡來看，似乎也和社會控制程度有關。如果我們的社會越顯寬容，充斥著各種多元的想像，那是否個人在其中的展演也就越顯可能？例如，如果說有一天那種二元的性別架構消失，是否 LGBT、酷兒終於可以不用藉由嘲諷的方式表現主體？或許只要到那時候，展現自我，才不會顯得如此無奈。

而在法律上應當如何促進此項發展？本文以為重點不在於修法，而在於解釋。因為便如同之前對性自主及性交定義所為之修法，最後仍不免有固化男女性別架構之嫌<sup>400</sup>。無論在良善的立法或修法，若存有特別定見，總不免走樣，因此，重點在於法官面對具體案例時，應如何解釋適用法律。其實，適用本身並無標準，僅在於有無意識到其他不同可能而已。本文認為，唯有法律實務者心中沒有絕對而扁平的公平正義觀，才能夠去接納除原先框架以外的其他事務，而只有這樣，規訓權力才有辦法從法律實務中，稍稍獲得緩解<sup>401</sup>。而這，也正是從前述脈絡中所得出的刑法謙抑性之展現<sup>402</sup>。

---

<sup>400</sup> 相關論述，請參閱李茂生(2003)，前揭註 52。

<sup>401</sup> 但要如何能使得從事法律實務者能體認到此事實呢？雖然不願意將所有事情都交由教育處理，但目前來看，最能使法律實務者認識到此一情勢的，似乎還是只能從教育著手。

<sup>402</sup> 誠如論者所言，刑法謙抑性並非一個理由，而是一個結果。其並非一句空泛的口號，而是經由歷史脈絡反省後所得的結果，目的就是在對權力的反思與警醒。因此必須了解權力的脈絡，了解刑法是一種事後的處理機制後，方能對於刑法有相對應的回應。相關論述，請參閱謝煜偉(2004)，前揭註 332，頁 174。

## 第二節 從「性解放」到「性的解放」

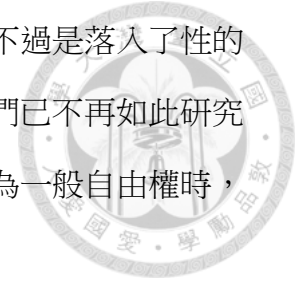


當本文所得出的結論是，性道德規制造成「性」如此重要的結論時，那麼最直接的想法自然是去除掉這樣的性道德規制。然而應當如何去除？或者，最根本的問題是，這樣的性道德規制有可能去除嗎？即便本文抱持著最為樂觀的想法，其答案可能都會是負面而否定的。由於性道德規制除了法律上的規範外，還配合著資本主義經濟的的意涵，因此讓整套體制很難被瓦解。

然而我們為何要打破性道德的規制呢？就誠如前面所述，除了排除與差異外，另一個根本而嚴重的問題或許在於讓人不自由。因為規訓的力量會不斷在社群中發酵。例如過去的貞操概念即是一例，此種有無貞操的區分，讓失去貞操者一輩子承受汙名、受鄉里指點。至於現在的社會，雖然女性或男性看似獨立，但只要「性」還被嚴重看待，未經意願的性，也依舊會成為受害者身上的烙印。並非在譴責被害人，當然筆者也知道受到侵害必然是身心皆飽受折磨。只是筆者依然不斷思索一種可能：即如果有一天社會不再積極看待「性」，是否遭強制猥褻或性交，被害人的受苦程度是否會就如同遭受搶劫、或是傷害罪等相同程度？會不會再也不會覺得自己「變髒」、不夠純粹？誠如《房思琪的初戀樂園》一書所述，獨立自主的主體塑造，並未讓其走出這種陰影，反而讓她覺得，只要自己愛上對方，那自己就是行為主體了。也就是說，所謂「把自己當成是行為主體或是性主體」一事，到最後，似乎也不過成為一種類似自我催眠的規訓，而並未使人真正自由。如果說女性主義把女性塑造成主體的方式，並未使其脫離痛苦，那我們可否想出別的解答？這是筆者持續在思考的問題。

過去，有「性解放」論者認為，藉由解放女性的勞動以及性慾，即可使社會

環境開放，達成充滿友善的性別環境<sup>403</sup>。然而這樣的看法，也不過是落入了性的規訓窠臼中。或許只有當有一天，我們可以如學者所言，當我們已不再如此研究看待「性」、而能從性中間解放出來(即性的解放<sup>404</sup>)，並將性視為一般自由權時，或許，那時我們才能真正獲得解脫<sup>405</sup>。



---

<sup>403</sup> 請參閱何春蕤(2003)，〈情慾解放運動：一個歷史-社會的觀點〉，何春蕤, et al. (著)，《性政治入門：台灣性運演講集》，頁 193-194，桃園：中央大學性/別研究室。

<sup>404</sup> 相關見解，請參閱加藤秀一(2002)，前揭註 222，頁 248-249；李茂生(2002)，前揭註 16，頁 317。

<sup>405</sup> 而法學上能做的，或許是先廢除有關性交的定義與性自主罪章，以及妨害風化等有關性的罪章，讓其回歸到自由法益之罪。然而此般「走回頭路」的驚世駭俗做法，恐怕不僅社會民眾不會接受，連一般受過法學訓練的人亦難以想像吧。

## 參考文獻

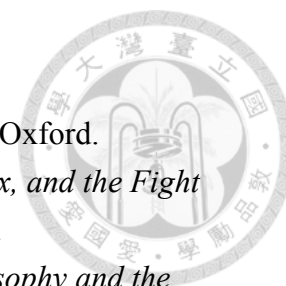


### 英文

- Austin, John L. (1975). *How to Do Things with Words* (2 ed.). Cambridge: Harvard University Press.
- Beauvoir, Simone d. (2010). *The Second Sex* (C. Borde and S. Malovany-Chevallier, Trans.). New York: Vintage books.
- Butler, Judith. (1995). Contingent Foundations: Feminism and The Questions of “PostModernism”. In S. Benhabib (Ed.), *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*: Routledge.
- Butler, Judith. (1999). *Gender Trouble*. New York: Routledge.
- Butler, Judith. (2004). *Undoing Gender*. New York: Routledge.
- Foucault, Michel (Ed.) (1980). *The History of Sexuality I: An Introduction* New Work: Vintage books.
- Foucault, Michel (1985). *The Use of Pleasure* (R. Hurley, Trans.). New York: Pantheon Books.
- Fuss, Diana (1991). *Inside/Out. Lesbian Theories, Gay Theories*. New York: Routledge.
- Gevisser, Mark. (2000). Mandela’s stepchildren: homosexual identity in post-apartheid South Africa. In P. Drucker (Ed.), *Different Rainbows*.
- Gilfoyle, Timothy (1999). Prostitutes in History: From Parables of Pornography to Metaphors of Modernity. *The American Historical Review*, 104.
- Haraway, Donna (1990). *Primate Visions: Gender Race and Nature in The World of Modern Science* (2 ed.). New York: Routledge.
- Harding, Jennifer (1998). *Sex Acts: Practices of Femininity and Masculinity*. California: Thousand Oaks.
- Mackinnon, Catharine A. (1979). *The Sexual Harassment of Working Women A Case of Sex Discrimination*. Conn.: Yale University Press.
- Mackinnon, Catharine A. (1987). On Exceptionality: Women as Women in Law *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Martinson, Robert (1974). What Works?-Questions and Answers About Prison Reform. *The Public Interest*, 35.
- Nussbaum, Martha C. (1999). The Professor of Parody: The Hip Defeatism of Judith Butler. *THE NEW REPUBLIC*, 22.
- Nussbaum, Martha C. (2004). *Hiding from Humanity*. Princeton: Princeton University

Press.

- Pateman, Carole (1988). *The Sexual Contract*. Stanford.
- Saul, Jennifer M. (2003). *Feminism: Issues & Arguments*. London: Oxford.
- Strossen, Nadine (2000). *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*. New York: New York University Press.
- Taylor, Charles (1985). *What's Wrong with Negative Liberty philosophy and the human science* (Vol. Philosophical papers ). Cambridge University Press: Cambridge.
- Weeks, Jeffrey (1989). *Sex, Politics and Society*. New York: longman.
- Wittig, Monique (1980). *The Straight Mind. Feminist Issues, 1*



## 中文

- Archer, John & Lloyd, Barbara (著), 簡皓瑜 (譯) (2007), 《性與性別》, 台北: 巨流。
- Baird, Vanessa (著), 江明親 (譯) (2003), 《性別多樣化》, 台北: 書林。
- Butler, Judith (著), 林郁庭 (譯) (2008), 《性/別惑亂》, 台北: 國立編譯館。
- Calvino, Italo (著), 王志弘 (譯) (1993), 《看不見的城市》, 台北: 時報。
- Clough, Patricia T. (著), 夏傳位 (譯) (1997), 《女性主義思想: 慾望、權力及學術論述》, 台北: 國立編譯館。
- Darnstädt, Thomas (著), 鄭惠芬 (譯) (2016), 《法官的被害人: 德國冤案事件簿》, 新北: 衛城。
- Foucault, Michel (著), 尚衡 (譯) (1990), 《性意識史-第一卷: 導論》, 台北: 桂冠。
- Foucault, Michel (著), 劉北成、楊遠嬰 (譯) (1992), 《規訓與懲罰: 監獄的誕生》, 台北: 桂冠。
- Foucault, Michel (著), 余碧平 (譯) (2005), 《性經驗史》, 增訂, 上海: 上海世紀。
- Freud, Sigmund (著), 林克朗 (譯) (2015), 《性學三論·愛情心理學》, 2版, 台北: 志文。
- Lawrence, David H. (著), 胡依嘉 (譯) (2002), 《查泰萊夫人的情人》, 台北: 小知堂。
- Nussbaum, Martha C. (著), 方佳俊 (譯) (2007), 《逃避人性: 噁心、羞恥與法律》, 台北: 商周。
- Puppe, Ingeborg (著), 蔡聖偉 (譯) (2010), 《法學思維小學堂》, 台北: 元照。
- Rowling, J. K. (著), 彭倩文 (譯) (2000), 《哈利波特: 神秘的魔法石》, 台北: 皇冠。

- 于宗先（1998），《台灣經濟發展的困境與出路》，台北：五南。
- 王金玲（2016），《婦女的另一種生存》，台北：巨流。
- 甘添貴（2015），《刑法各論（下）》，4版，台北：三民。
- 何春蕤（2003），〈浮出地表的性邊緣〉，收於：何春蕤、丁乃非與甯應斌（著），《性政治入門：台灣性運演講集》，桃園：中央大學性/別研究室。
- 何春蕤（2003），〈情慾解放運動：一個歷史-社會的觀點〉，收於：何春蕤、丁乃非與甯應斌（著），《性政治入門：台灣性運演講集》，桃園：中央大學性/別研究室。
- 何春蕤、丁乃非與甯應斌（2003），〈近年台灣重大性/別事件〉，氏著，《性政治入門：台灣性運演講集》，桃園：中央大學性/別研究室。
- 余振華（2003），〈對性犯罪之刑罰規定的再檢討〉，《月旦法學雜誌》，96期。
- 吳奕林（2003），《猥褻之概念及其規範評價》，國立台北大學法學系碩士論文論文。
- 吳燦（2008），〈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。
- 李彥光（2009），《論刑法上性交、猥褻與性騷擾》，東吳大學法學院法律系碩士論文論文。
- 李茂生（1998），《權力、主體與刑事法》，台北：國立台灣大學。
- 李茂生（2002），〈論性道德的刑法規制〉，收於：翁岳生（著），《台灣法學新課題（一）》，台北：元照。
- 李茂生（2003），〈論刑法修正草案第十條有關性交的定義〉，《台灣本土法學雜誌》，46期。
- 李聖傑（2003），〈從性自主權思考刑法的性行為〉，《中原財經法學》，10期。
- 李駿逸（2007），《論「性」之刑事法規制》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文論文。
- 林山田（1999），〈評一九九九年的刑法修正〉，《月旦法學雜誌》，51期。
- 林山田（2006），《刑法各罪論（上）》，5版，台北：元照。
- 林山田（2006），《刑法各罪論（下）》，5版，台北：元照。
- 林山田（2008），《刑法通論（上）》，10版，台北：元照。
- 林山田（2008），《刑法通論（下）》，10版，台北：元照。
- 林伊倫（2009），《誰近／禁女色？：戰後台灣法律再現系統中之色情圖像》，國立台灣大學法律學系研究所碩士論文論文。
- 林志潔（2007），〈誰的標準？如何判斷？刑法第二三五條散布猥褻物品罪及相關判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，145期。
- 林志潔（2010），〈美國女性主義法學發展與性侵害防治法之改革〉，《月旦法學雜誌》，182期。
- 林志鍵（2006），《性自主？性桎梏？我國刑法性自主犯罪之分析與批判》，國立台灣大學法律系研究所碩士論文論文。

- 林佳儀 (2009),《猥褻、性與道德—由晶晶書庫案之爭議談起》,國立台灣大學法律系碩士論文論文。
- 林孟皇 (2015),〈台灣判例制度的起源、沿革、問題與改革方向——從最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例談起〉,氏著,《轉型正義與司法改革》,台北:元照。
- 林東茂 (1999),〈評刑法妨害性自主罪章之修正〉,《月旦法學雜誌》,51 期。
- 林東茂 (2003),〈猥褻的概念〉,《台灣本土法學雜誌》,42 期。
- 林東茂 (2016),《刑法綜覽》,8 版,台北:一品。
- 林芳玫 (2000),〈自由主義女性主義〉,收於:顧燕翎等(著),《女性主義理論與流派》,台北:女書文化。
- 林奕含 (2017),《房思琪的初戀樂園》,台北:游擊。
- 林慈偉 (2012),〈「滿足性慾」很重要嗎?評台灣版板橋地方法院 99 年度訴字第 2883 號刑事判決〉,《法令月刊》,63 卷 4 期。
- 法思齊 (2007),〈論性侵害犯罪之本質與修正〉,《月旦法學雜誌》,145 期。
- 邱貴芬 (2000),〈後殖民女性主義〉,收於:顧燕翎等(著),《女性主義理論與流派》,台北:女書文化。
- 范耕維 (2012),《「生命政治」視角下的刑事政策》,國立台灣大學法律學系研究所碩士論文論文。
- 高鳳仙 (2001),〈性騷擾之法律概念探究〉,《法令月刊》,52 卷 4 期。
- 張必昇 (2009),《猥褻概念的解構與性自主概念的重構》,國立台灣大學法律學研究所碩士論文論文。
- 曹寶文 (2010),《性、商品、符號--台灣性產業問題重探》,國立台灣大學法律系研究所碩士論文論文。
- 莊子秀 (2000),〈後現代女性主義〉,收於:顧燕翎等(著),《女性主義理論與流派》,頁台北:女書文化。
- 莊韻親 (2009),《當個怎樣的母親?戰後台灣法律中的母職建構》,國立台灣大學法律學系研究所碩士論文論文。
- 許玉秀 (2002),〈強吻非強制猥褻?〉,《月旦法學雜誌》,90 期。
- 許玉秀 (2003),〈妨害性自主之強制、乘機與利用權勢-何謂性自主?〉,《台灣本土法學雜誌》,42 期。
- 許明暄 (2008),《試論性別展演論的顛覆性》,國立中山大學政治學研究所碩士論文論文。
- 許福生 (1998),〈性表現自由與刑法散布猥褻物品罪〉,《中央大學警察法學論集》,3 期。
- 郭棋湧 (2005),〈論強制觸摸罪之構成要件(二)〉,《法務通訊》,2270 期。
- 陳子平 (2003),〈強吻案談強制猥褻罪〉,《台灣本土法學雜誌》,42 期。
- 陳子平 (2008),〈刑法第二三五條散布猥褻物品等罪之合憲論與違憲論(下)〉,《月旦法學雜誌》,157 期。



- 陳子平（編）（2015），《刑法各論（上）》，2版，台北：元照。
- 陳子平（編）（2015），《刑法各論（下）》，2版，台北：元照。
- 陳添壽、蔡泰山（編）（2009），《台灣經濟發展史》，台北：蘭臺。
- 陳慈幸（2011），〈病態性倒錯之暴露症者刑事處分與處遇〉，《亞洲家庭暴力與性侵害周刊》，7卷2期。
- 陳慈幸、林明傑與胡書原等三人合著（2007），〈強制猥褻與性騷擾要件法律心證標準之比較研究〉，《亞洲家庭與性侵害暴力期刊》，3卷2期。
- 陳翠蓮（2017），《重構二二八：戰後美中體制、中國統治模式與台灣》，新北：衛城。
- 游美惠（2012），〈能動性〉，《性別教育季刊》，63期。
- 焦興鎧（1999），〈美國法院對工作場所性騷擾判決之發展〉，《台大法學論叢》，28卷3期。
- 甯應斌（2002），〈性工作是否為工作？--馬克思商品論與社會建構論〉，《台灣社會研究季刊》，46期。
- 程郁（2005），〈二十世紀初中國提倡女子就業思潮與賢妻良母主義的形成〉，《史林》，6期。
- 黃惠婷（2011），〈從性自主權檢視刑法保護兒童及少年之規定與修法建議〉，《司法新聲》，97期。
- 黃琬倫（2015），《論性表現與公然猥褻罪及散布播送陳列猥褻物品罪》，國立高雄大學法律學系法律研究所碩士論文論文。
- 黃榮堅（1999），〈刑法妨害風化罪章增修評論〉，《月旦法學雜誌》，51期。
- 黃榮堅（2003），〈以刑法防制性交易？〉，《台灣本土法學雜誌》，50期。
- 黃榮堅（2006），〈棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋〉，《台灣本土法學雜誌》，89期。
- 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4版，台北：元照。
- 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，4版，台北：元照。
- 董佳豪（2017），《茱蒂斯·巴特勒的主體理論》，國立台灣大學法律學系研究所碩士論文論文。
- 廖宜寧（2014），《乘機性交猥褻罪的規範適用問題》，國立台灣大學法律學系研究所碩士論文論文。
- 劉達臨（2004），《性史圖鑑》，台北：八方。
- 蔡碧玉（1999），〈刑法部分修正條文重點簡介〉，《月旦法學雜誌》，51期。
- 蔡墩銘（2007），《刑法精義》，2版，台北：翰蘆。
- 鄭逸哲（2005），〈從所謂「強吻案」談猥褻、可罰的猥褻和如何處罰可罰的猥褻〉，《月旦法學雜誌》，95期。
- 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期。
- 盧映潔（2003），〈「猥褻二部曲」：論公然猥褻罪〉，《月旦法學雜誌》，102期。

- 盧映潔 (2009),〈強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」?〉,《月旦法學雜誌》,171 期。
- 盧映潔 (2010),〈意不意願很重要嗎?評高雄地方法院九十九年訴字第四三二號判決暨最高法院九十九年第七次刑庭決議〉,《月旦法學雜誌》,186 期。
- 盧映潔 (2016),《刑法分則新論》,台北:新學林。
- 薛文郎 (2002),〈配偶強制性交罪之保護法益到底是什麼?〉,《刑事法雜誌》,46 卷 4 期。
- 薛克利 (2012),〈性偏好症在 DSM-5 的沿革〉,《精神疾病診斷與統計手冊第五版通訊》,2 卷 2 期。
- 謝國雄 (1992),〈隱形工廠:台灣的外包點與家庭代工〉,《台灣社會研究季刊》,13 期。
- 謝開平 (2010),〈構成要件之結構分析〉,《月旦法學教室》,90 期。
- 謝煜偉 (2004),《寬嚴並進的刑事政策》,國立台灣大學法律系研究所碩士論文論文。
- 謝煜偉 (2010),〈論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢〉,《月旦法學雜誌》,186 期。
- 謝煜偉 (2016),〈淺談日本性刑法及近期修法動向〉,《月旦刑事法評論》,3 期。
- 鍾慶禹 (2010),〈未成年男女的性與不幸:評最高法院 99 年第 7 次刑庭決議〉,《臺灣法學空中法學教室》,1 期。
- 簡文吟、伊慶春 (2001),〈台灣家庭的動態發展:結構分裂與重組〉,《人口學刊》,23 期。
- 魏書娥 (2005),〈身體商品化、社會規範與多重現代性〉,《政治與社會哲學評論》,13 期。
- 顧燕翎等 (1999),〈女性主義經典〉,收於:顧燕翎、鄭至慧(著),《台北:女書文化》。

## 日文

- キャサリン・マッキノン(著),森田成也,中里見博,武田万里子(譯)(2011),《女の生、男の法》,東京:岩波書房。
- ジョルジュ・バタイユ(著),湯淺博雄、中地義和(譯)(1987),《エロティシズムの歴史》,東京:哲学書房。
- ミシェル・フーコー(著),高桑和巳(譯)(2007),《安全・領土・人口》,東京:筑摩書房。
- ミシェル・フーコー(著),石田英敬、小野正嗣(譯)(2007),《社会は防衛しなければならない》,東京:筑摩書房。
- 岡野光雄(編)(2009),《刑法要説各論》,5 版,東京:成文堂。
- 秋山和宏(編)(2011),《現代政治過程》,東京:三和書籍。

- 淺田和茂（編）（2007），《刑法總論》，補正版，東京：成文堂。
- 阿部純二（2000），〈強制わいせつ罪における性的意図の要否〉，《現代刑事法：その理論と実務》，11 期。
- 伊東研祐（2011），《刑法講義各論》，東京：日本評論社。
- 上野千鶴子（編）（2006），《女という快樂》，新裝版，東京：勁草書房。
- 大谷實（編）（1994），《刑法各論の重要問題》，新版，東京：立花書房。
- 大谷實（編）（2015），《刑法講義各論》，4 版，東京：成文堂。
- 加藤秀一（編）（2002），《性現象論》，東京：勁草書房。
- 加藤秀一（2006），〈ジェンダー入門〉，收於：東京：朝日新聞。
- 金森修（編）（2010），《“生政治”の哲学》，京都：ミネルヴァ書房。
- 川端博（等編）（2006），《裁判例コンメンタル刑法（第二卷）》，東京：立花書房。
- 川端博（編）（2010），《刑法各論概要》，2 版，東京：成文堂。
- 陳姪媛（編）（2006），《東アジアの良妻賢母論：創られた伝統》，東京：勁草書房。
- 鶴田滿彦（2009），〈現代国家の将来〉，收於：一井昭、渡辺俊彦（編），《現代資本主義と国民国家の変容》，京都：昭和堂。
- 中山研一（2000），〈わいせつ罪の保護法益〉，《現代刑事法》，11 期。
- 中山研一（編）（2006），《口述刑法各論》，2 版，東京：成文堂。
- 西田典之（2012），《刑法各論》，6 版，東京：弘文堂。
- 前田雅英（編）（2011），《刑法各論講義》，5 版，東京：東京大學出版會。

## 網路資料

- 教育部重編國語辭典修訂本，搜索字詞：「猥褻」，網址：  
<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gswweb.cgi?ccd=KqRnE5&o=e0&sec=sec1&index=1>（最後到訪日期：105.4.2）
- 萬庭威（2017），《文明民法的蒙昧：簡評大法官釋字第 748 號》，newbloom 網站，  
網址：<http://newbloommag.net/2017/05/27/748-interpretation-tw/>（最後到訪日期：2017.05.31）
- 蘋果日報，《想生下健康寶寶 25 到 29 歲是黃金生育期》，2016 年 6 月 28 日，  
網址：  
<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20160628/895921/>，  
（最後到訪日期：2017.05.22）
- 蘋果日報，《襲胸十秒判無罪》，2007 年 8 月 29 日，網址：  
<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20070829/3770417/>  
（最後到訪日期：2017.01.26）